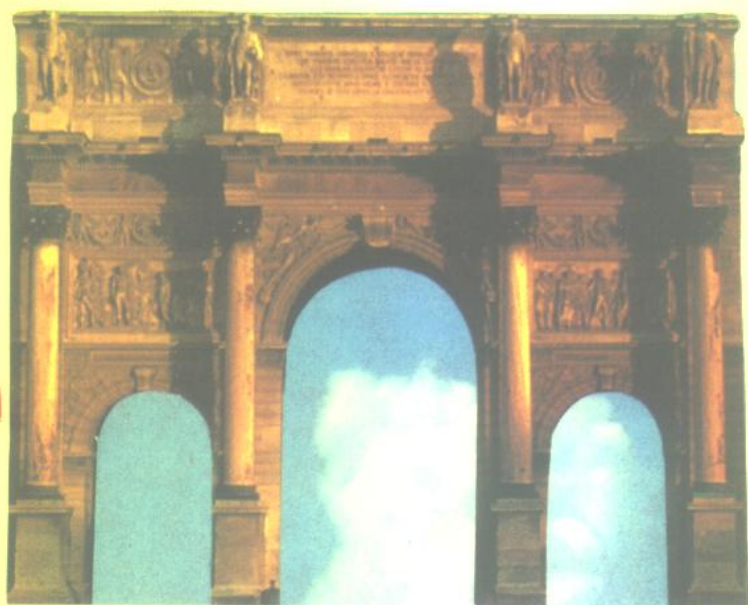


SHANG PIN SHE HUI DE SHI JIE XING FA LU

商品社会的 世界性法律

纪坡民 著



经济管理出版社

商品社会的世界性法律

纪坡民 著

经济管理出版社

责任编辑：郭亚夫

技术设计：蒋 方

商品社会的世界性法律

纪坡民 著

出版：经济管理出版社

(北京市新街口六条红园胡同8号 邮编：100035)

发行：经济管理出版社总发行 全国各地新华书店经销

印刷：北京国马印刷厂

850×1168毫米 1/32 6.375印张 140千字

1996年1月第1版 1996年1月北京第1次印刷

印数：1—6000册

ISBN7-80118-139-5/F·139

定价：9.80元

· 版权所有 翻印必究 ·

(凡购本社图书，如有印装错误，由本社发行部负责调换。)

地址：北京阜外月坛北小街2号 邮编：100836

前 言

恩格斯说：罗马法是“商品生产者社会的第一部世界性法律”。^①

什么是罗马法？它何以被称为商品社会的世界性法律？这本小册子对古代罗马法的产生、近代罗马法复兴运动、罗马法的主要内容以及它和中华法系的比较作些简要的介绍。

罗马法产生于两千年前的欧洲，它对今日的中国有什么价值呢？王国维有句话说得好：“学无所谓古今，无所谓中外。”判断一种学术思想是否有价值的标准，是实践，是历史与逻辑的统一，并不因为它产生于古代还是现代、是由中国人还是由外国人发现它而有所区别。

改革开放的中国，正致力于发展商品经济、建立市场经济体制，恩格斯关于罗马法的论断，对今日中国的现实意义就在于：罗马法，是商品社会的“几何公理”，现代市场经济制度的ABC。

可是，由于种种复杂深刻的原因，罗马法作为简单商品经济的法，对许多中国人包括学者，却还“养在深闺人未识”，是未经“理其璞”的“和氏璧”。为了廓清理论的迷雾、扫去历史的蒙尘、解除思想的困惑，我们对若干长期笼罩人们心头的理论观点，对若干被忽略的历史，对“正义”——一个人人耳熟能详、却未深究其含义、又使人们产生困惑的问题，进行一些回顾、反思和探讨。

^① 恩格斯：《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》，《马克思恩格斯选集》第四卷，第232页，1966年6月版。

我国经济学界关于“所有权”、“产权”的讨论，已进行多年，至今未获结果，原因何在？如果用一句话回答：问题就出在“几何公理”和ABC上。我们根据一个古老的真理，对讨论中出现的混乱和错误，进行一些辨析和澄清。

为谋求经济改革中迫切现实问题的解决，笔者对我国的民法建设和众所瞩目的国有企业改革，提出一些建议和设想。

这本小册子并没有什么重大的理论创新，也没有创立什么体系，它只是向人们介绍了一个虽然年代久远却是人类智慧杰出的成就——关于财产权利的理论体系。由于该问题涉及的范围很广，笔者也不得不有所论及，文中涉猎的许多领域，如：不仅在理论界而且在大众传媒亦属头号“热点”的“股份制”，在经济学术界同样可属“热点”的科斯的产权理论，众口相传的“经济法”，以及国内尚属冷僻的法哲学等。笔触所至，只能是浅尝辄止。这是笔者学力所限，勉强不得。况且，一本小册子，也不可能把所有问题都说清楚。

这本小册子，只能算是一点读书学习的心得，笔者文中论及的问题，谬误不当之处，自是难免。诚挚欢迎读者与学界同仁批评指正。所敢有望于引起讨论以期收抛砖引玉之效者，唯因问题本身是重要的。

写这本小册子的目的，很明确，也很简单：呼唤一部“中国民法典”。笔者将它视为中国实行改革开放、实现经济现代化的基础性法律、关于经济生活领域一切法律的基石。这本小册子若能于此有些微助益，则笔者幸甚。

目 录

前言	(1)
古代罗马法的产生、发展与湮灭	(1)
罗马法关于财产权利的规范	(6)
罗马法与中华法系	(13)
近代的罗马法复兴运动	(19)
对若干理论观点的反思	(26)
一、关于“马克思主义法学”	(26)
二、一桩历史公案——关于“资产阶级法权”	(27)
三、关于“社会主义法系”	(32)
四、关于“重建个人所有制”	(35)
五、现实的选择——“私法的公法化”与“公法 的私法化”	(38)
对历史的若干反思	(41)
一、历史的选择：必然性、失误与教训	(41)
二、又一桩历史公案——《六法全书》的民法	(45)
关于“正义”的困惑	(53)
一、保护财产与剥夺财产——一个逻辑悖论	(53)
二、正义的演进——革命的正义	(54)
三、正义的逆转——普洛透斯的脸	(56)
四、新的正义——保护财产权利	(58)
对我国目前关于“所有权”、“产权”讨论中若干问题 的辨析与澄清	(61)
一、“双重所有权”的错误	(61)
二、“法人所有权”的剖析	(75)

三、“股份制”的澄清·····	(86)
四、经济学和民法学——“鸠占鹊巢”·····	(100)
五、从科斯到林毅夫——“产权学派”、“新制度 学派”告诉我们些什么·····	(107)
六、民法与经济法——法学家的错误·····	(115)
七、从“领异标新”到“删繁就简”·····	(124)
对加强我国民法建设的建议·····	(130)
国有企业改革的症结——效率与秩序·····	(141)
一、国有企业效率不高的原因及解决途径·····	(141)
二、对国有企业财产制度的设想·····	(154)
关于法律文化的断想·····	(183)
主要参考书目·····	(191)
后记·····	(195)

古代罗马法的产生、发展与湮灭

有国家，就有法。按照历史唯物论的观点，法和国家产生于相同的社会物质生产条件，同是一定社会经济基础之上的上层建筑的组成部分。

罗马法也是如此。罗马法产生于距今约二千五百年意大利半岛上的古罗马王政后期。罗马王政时期，虽然称为国家，但在中期以前，实际仍是氏族、部落社会，国王非世袭，而是推选产生，大体与我国历史传说中比“尧舜禅让”更早一些的情形相类似。公元前六世纪时，罗马第六个国王塞维阿·塔里阿的改革之后，以地区划分和财产差别为基础的真正国家制度取代了以血缘关系为基础的氏族社会制度。法律随之产生。先是习惯法，继而有了成文法。罗马法这一时期的文献虽然都已失传，但塞维阿·塔里阿改革一般被作为罗马法的起点。

公元前六世纪末，罗马第七个国王被放逐，罗马由王政时期进入共和时期。这一时期，罗马积极向外扩张，首先统一了意大利半岛，再经过三次“布匿战争”，打败了北非强国迦太基，取得地中海霸权，向东打到小亚细亚、中东地区，向北打到莱茵河，向西向北打到高卢、西班牙，国界横跨欧亚非三大洲。

罗马的扩张引起社会经济生活的深刻变革。战争俘获的奴隶大量增加，罗马商人踏着军队的足迹辗转奔波，大作奴隶买卖。奴隶成为主要生产者，生产力有了进一步发展，尤其是手工业和商业日益兴盛，外国人来罗马作生意的愈来愈多。社会经济生活的变动，要求改变法律由贵族祭司团垄断的神秘状态，以限制贵族的专横与徇私。公元前五世纪中叶，罗马共和国“十人立法会”制

订成文法律，共十二条，刻在十二块铜板上，公布于众，史称“十二铜表法”，以此为标志，罗马法走出第一步，为以后的发展奠定了基础。

成文法的公开化，是法律进步的重要标志。中国春秋后期，郑子产“铸刑书于鼎，以为国之常法”，随后则有邓析刻《竹刑》，晋国赵鞅等“铸刑鼎”，在时间上要早约一个世纪，但同罗马刻“十二铜表法”，是同样性质的行为。中西方在古代虽然遥隔万里，不通音问，但这一时期的历史却颇有相似之处，体现了历史规律的普遍性。

在罗马共和国时期至罗马帝国前期，研究法律的法学学术活动空前活跃，诸家争鸣，学派林立、人才辈出，先后出现盖尤斯等五大法学家，法学界学术十分繁荣。这和中国春秋战国诸子百家的情况，可谓无独有偶，只是罗马人争鸣的范围没有中国人那样宽广，而是集中于法学领域。罗马法和罗马法学的理论思想和立法实践在这一时期获得极大发展，史称罗马法的“古典时代”。罗马法先有市民法、而后产生裁判官法、万民法，逐渐融汇一体，形成包括人法、物法、诉讼法在内的罗马法的发达、完备的体系。在罗马法走向完善、成熟的发展过程中，罗马法学家们功不可没。

公元三世纪，罗马帝国走向衰落；四世纪，罗马帝国分裂为东西两部；五世纪，西罗马帝国灭亡。罗马法鼎盛发达的“古典时代”也一蹶不振，随之走向衰落。

这时，出现了一个人物——东罗马帝国皇帝查士丁尼，他雄心万丈，励精图治，要作罗马帝国的“中兴”之主；他对外连连出兵西征，收复失地，企图“重建罗马帝国”；对内则积极从事立法事业，谋求法律的统一，以巩固奴隶主国家的统治。

在这样的背景下，查士丁尼下令编纂了著名的《国法大全》，亦称《罗马法大全》、《民法大全》。《国法大全》内容浩繁，达60多卷，包括四个部分：（一）《法典》，是罗马历代皇帝颁布的法律汇编；（二）《法学阶梯》，阶梯，即入门之意，是查士丁尼钦定的

罗马法教科书，并宣布它具有法律效力；（三）《学说汇纂》，是罗马法学家学术著作的摘录汇集；（四）《新律》，是《法典》汇编之后颁布的法律续编。

查士丁尼的帝王功业，为恢复昔日罗马帝国光荣的“武功”，不久便统统宣告失败，但编纂法典这项“文治”，却使他永垂史册。《国法大全》的编纂，继承了古典世界的文化遗产，对罗马法的发展和后世是一大贡献。此举在古代，无论西方还是东方的君主中并不多见，查士丁尼堪称一位难能可贵的历史人物。

罗马法与古代世界其他法系诸法合体、民刑不分、实体法与程序法不分的情况有所不同，它有与实体法相分离的比较详尽的诉讼法，尤其是有发达完备而独立的民法。罗马法有公法与私法的划分，有关国家事务为公法，关于个人利益为私法，这是罗马法的首创。不过，罗马法的公法并不发达，实际上也不独立。这与东方国家的法律尤其是中华法系形成鲜明对比。中华法系长于公法，政治统治的法——刑法、行政法——比较发达，但民法很弱。公法领域的学术和立法，欧洲是近代才发展起来。所以，后世说罗马法，即是指罗马私法、罗马民法。因为只有私法，才是罗马法的精华。

罗马共和国和罗马帝国在地中海地区开创的大一统局面，促进了商业繁荣。应运而起的罗马法，是简单商品经济的法。罗马法的人法即对权利主体的规范，带有奴隶制社会的鲜明特征。奴隶社会里，人与人之间的关系自然不会平等，但罗马法就其理论体系而言，它的逻辑起点却是平等。这反映了商品经济的要求——商品是天生的平等派。那么，罗马法又如何规范当时显然不平等的社会现实呢？

以儒家思想为依据的中华法系，是承认人们的社会地位不平等并以等级制即“礼”来规范包括财产关系在内的社会生活，因而有孔夫子“八佾舞于庭，是可忍，孰不可忍！”的疾言厉色和“觚不觚，觚哉！觚哉！”的愤愤不平。

而罗马法却是引入“人格权”的概念，所谓平等，是“人格权”的平等。而现实的人（自然人）的“人格权”却是不平等的。理论的逻辑起点与实际的社会现实是相悖的。其“人格权”的基本规范，一是将奴隶视为完全没有“人格权”的物即财产，直到上个世纪，我们仍可从美国南北战争前的黑奴制——奴隶制在近代的回光返照——中看到这种典型的作法；二是将罗马公民与外国人——被征服的其他民族——加以区别，规定不同的“人格权”；三是关于“家长权”的规定，“家长权”既是父权，又是夫权，有“家长权”者为“自权人”，家长以外的妻子儿女为“他权人”，只有“自权人”才有财产权。

这样，“人格权”就成为类似数学上的系数那样从0到1的一个序列，为此罗马法还作出关于“人格减等”的种种规定。

罗马人以这种在我们今天看来颇为奇特的理性思维构筑了关于人法的细致而复杂的规范，以至在篇幅上比现代民法的人法还要大，而且，因为财产中有奴隶这样一种特殊成分，把罗马法的物法也搞得稀奇古怪，人为地复杂化了，使本来很通俗的《法学阶梯》，读起来也觉得很别扭。

罗马法的人法这种公然建立在“人格权”不平等基础上的“平等”的法律规范，自然与现代社会的平等观相去甚远，也谈不上有多少道德上的价值可言。德国诗人海涅因而称罗马法是“恶魔的圣经”。尽管罗马法学家在对法的定义里，时常把法和道德混在一起，如称“法是善良公平的艺术”，“所谓善良，是指合乎道德，所谓公平，指合乎正义”。但是，若与同时代的中华法系“礼”的核心是“仁”这样道德色彩极为浓重的观念比起来，两者的价值观具有鲜明的差异。

不过，我们研究历史文化，并不是为了对古人进行道德谴责。政治文化包括法律文化，往往更多地反映上层统治者的观念，至于奴隶在那个时代的社会地位，中西方并没有什么本质的不同。今天，当我们以理性的目光从科学史的角度重新审视罗马法关于

“人格权”的规范时，发现它的价值在于：一、它适应当时奴隶制简单商品经济的社会生活的需要；二、由“人格权”的概念，后人逐渐演绎出“法人”这个现代民法的概念。人的认识，总是在继承前人思想的基础上前进的。

“时移事易，治国不一道。”罗马法历经千年，其“人格权”的规范已十分周到细密，但却不能适应社会生活的变化。罗马帝国盛极而衰，继而分裂、灭亡，地中海大一统的局面随之瓦解，海路受阻，商业衰落，农业经济兴起。罗马法的“人格权”虽然不断简化而趋于更加平等：不同民族的区别逐步取消了，这就是史家所称罗马人的“世界主义”倾向；“家长权”也动摇了，有军功和担任官职的儿子也开始有财产权——“特有产”，等。但最大的不平等——将奴隶视为财产——却始终坚持。这种法律规范不仅不能鼓励生产，而且也过于野蛮，社会进步使人们越来越难以接受这种规范。

终于，“上帝的圣经”取代了“恶魔的圣经”。基督教“征服”欧洲之后，《圣经》开始发生法律效力，教会寺院法压倒了罗马法，封建制法律占据统治地位。欧洲进入中世纪的封建社会后，罗马法湮灭了。

查士丁尼去世稍后的一个时期，一般被视为古代罗马法终结的下限。那时，东罗马帝国已经“失去”了欧洲。

在商品经济的基础上产生、而且适应其需要、并已相当发达完备的罗马法，没有将地中海地区当时已经相当繁荣的商业经济导向商业与工业的进一步发展，却走向湮灭，从罗马法自身看，是亡于它的人法。

罗马法关于财产权利的规范

作为反映简单商品经济时代的法，罗马法最有价值的部分，是它的物法。古代罗马法的物法，不仅包括物权，也包括债权，因此，物法是对整个财产权利的规范。物法，是罗马法的主体，实体法的核心。罗马法作为私法，它的物法，是对私物主要是对奴隶主私有财产的权利的规范。为此，罗马法建立了关于物法的一系列基本概念和完备的理论体系。其要点是：

国家保护财产权，即后人所谓“神圣不可侵犯”的原则。

“平等”、“等价”、“自愿”的原则，即权利主体的地位平等、财产交易等价、契约自由。

财产权分为物权和债权，物权是对世权，即权利主体是特定的人，义务主体是世上的一切人，属财产的静态规则；债权是对人权，即权利主体和义务主体都是特定的人，属财产的动态规则。

物权分为自物权和他物权。

自物权即所有权，所有权是一切财产权利的核心和基础，是最完全最充分的物权。所有权具有占有、使用、收益、处分四项权能。所有权具有绝对性、排他性（即独占性）和永续性三个法律特征。

所有权的取得主要有两个途径：第一，原始取得：先占、孳息等；第二，继受取得：买卖、赠与、继承等；这类规范在古代罗马法中占相当篇幅。

他物权是在他人所有物上设定的权利，主要分为用益物权和担保物权两类。用益物权是为使用与收益的目的在他人所有物上设定的权利，如人役权、地役权、地上权、永佃权等。担保物权

是为保证债权行使在他人所有物上设定的权利，如抵押权、质权、留置权等。

债权有多种分类方式，其主要内容分为合同之债、侵权之债、无因管理之债、不当得利之债，后两者在古代罗马法中被称为准合同之债、准侵权之债。那个时代的罗马，商品交换有相当发展，因而在古代罗马法中，债权占很大篇幅，有很详尽的规定。

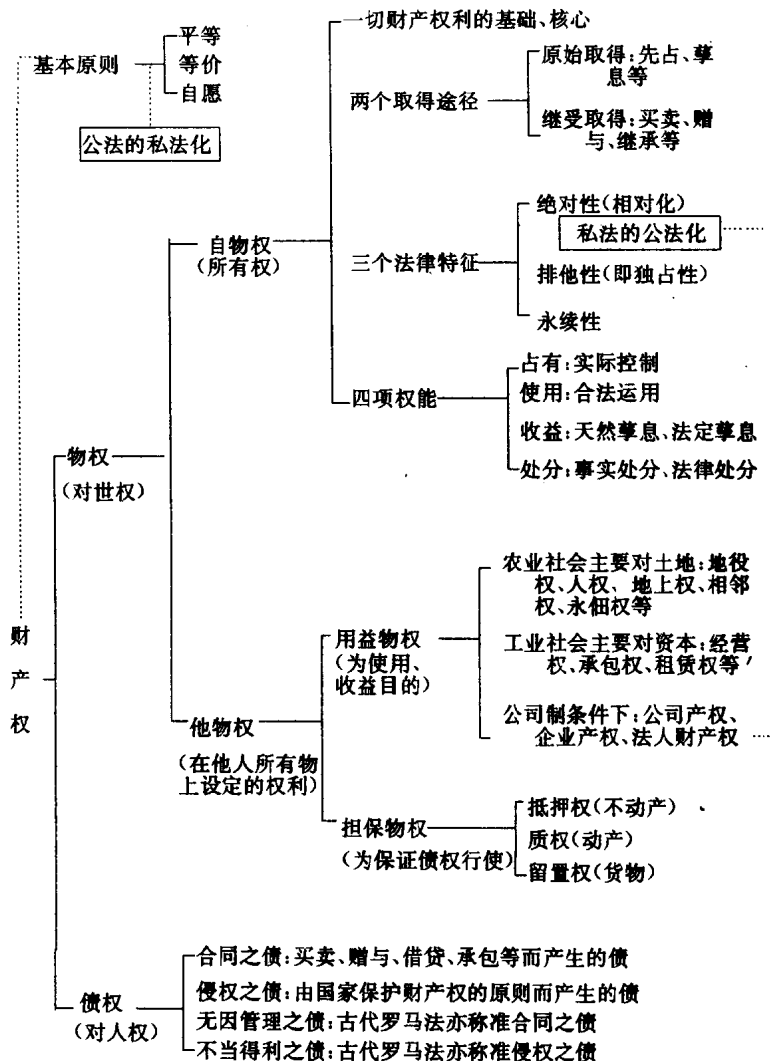
罗马法在古代，已发展成为一个法理精深、体制完备、结构庞大的学科体系。古代罗马法给我们留下了数量巨大的历史文献，我们自然不必也不可能都去看那些原著。经过历代罗马法学家的努力，对其内容进行研究整理，先后发表了许多种关于罗马法的专门论著。今天，世界各国包括我国，都把罗马法作为法律院校的必修课。不过，重述罗马法物法理论的基本内容并不是这本小册子的任务，因此，我们只能极其简略地列举罗马法物法理论的要点。为使读者能直观、形象地理解这些要点及其相互之间的关系，请参看附图一：《民法关于财产权利的规范体系略图》和附图二：《私法体系略图》。

对于未曾涉猎罗马法的读者来说，要理解罗马法物法理论的基本要点，仅靠这两张附图无论如何是远远不够的。要比较系统地掌握罗马法关于财产权利的理论，需要读罗马法的教科书。如果允许笔者向读者介绍一本关于罗马法的书，而且基本上是原汁原味、原装原货，周枬的《罗马法原论》堪充此任。

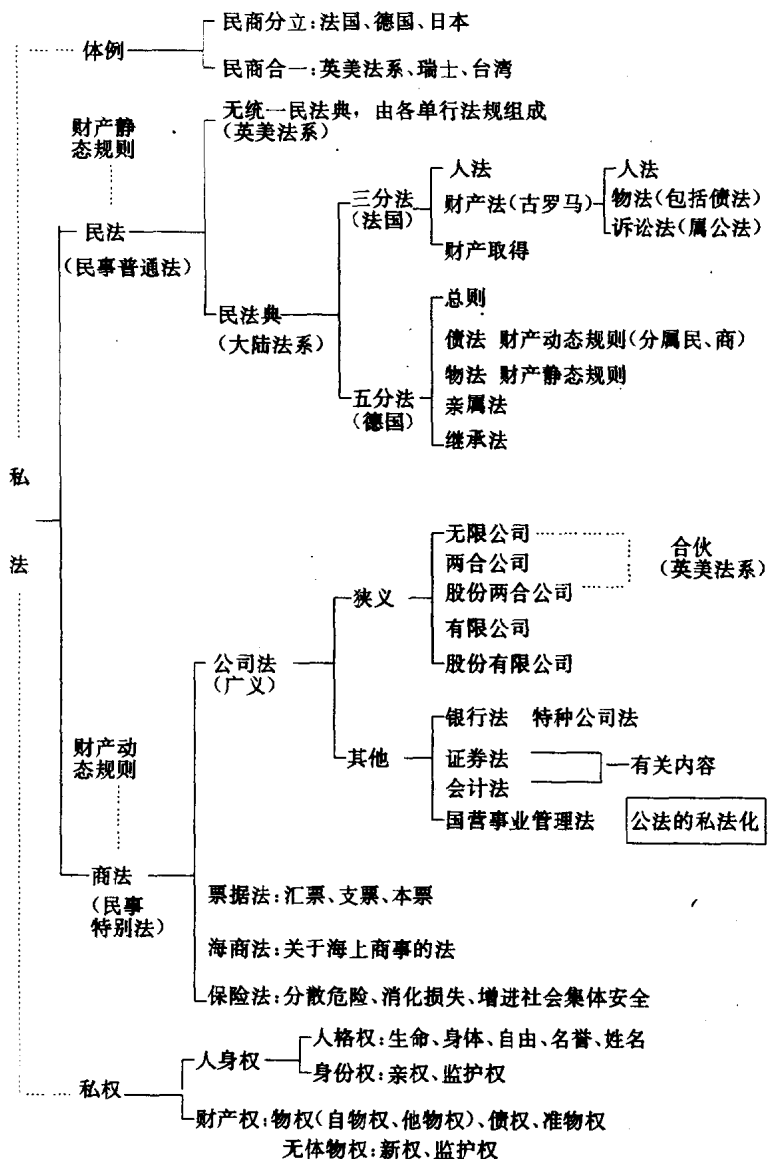
罗马法产生、发展、成熟于距今 2500 年至 1500 年的古代，但其物法的理论与规范，几乎被现代民法全部采用，构成现代民法的基本理论原则和法律框架。

现代民法与罗马法，也有一些不同。如：

罗马法当初在为保证实体法实施的诉讼法中，包括盗窃、伤害罪等内容，罗马法认为这些行为侵犯了私人的利益，属于私法范畴。随着社会进步，法律分类越来越细化，原为罗马私法所涵盖的这些应当归属公法范畴的内容，分化出去了，列入现代刑法



图一 民法关于财产权利的规范体系略图



图二 私法体系略图

注: ① 英美法系没有民法、商法和公法、私法的分类概念。
 ② 美国有《统一商法典》，但部分内容和罗马法系民法重叠。

中。

和其它法系实体法与程序法不分的情况相比，罗马法的特点是诉讼法同实体法相分离。但在古代罗马法中，诉讼法仍属私法范畴。¹自《法国民法典》始，诉讼法从民法中独立出去，列入公法范畴。因而私法的范围比古代罗马法缩小了。

债权在古代罗马法中，属物法篇。物权是财产的静态规则，债权是财产的动态规则。财产的动态规则不仅包括债权，还包括财产的组织方式即后来的公司法。由于商品经济的发展，财产的动态规则愈益复杂细密，债权从物法中分化出来，发展出另一个大的独立学科——商法。债权在许多国家的法律中，分属民法和商法；它的一般规则列入民法的债权篇，称民事普通法；各项专门规则，如票据法、海商法、保险法以及公司法，则组成商法的各个门类的基本内容，称民事特别法。

发达商品经济与简单商品经济相比，其形态和运动要复杂得多，因而罗马法需要建立一些新的概念和范畴，补充新的内容，才能适应。

拿用益物权来说，古时农业社会，财产主要是土地，用益物权是地役权、人役权、地上权、永佃权这样一些形态；现代工业社会，财产主要是资本，因而用益物权也就发展出承包权、租赁权、经营权、公司产权或称法人财产权等新的形态。

他物权是对所有权的一种限制，所以，所谓所有权的绝对性，其实也是相对的，是相对意义上的绝对。现代市场经济条件下，他物权对所有权的限制愈益扩大，所有权的绝对性也愈益相对化了。

还拿用益物权来说，这种变化趋势发展到最高程度，是由于公司制的诞生。确立公司制的公司法，不属于民法范畴，而属于商法。不少国家将公司法作为单行法规，有的国家如瑞士，实行民商合一体例，将公司法列入民法，不过这并没有改变公司法的性质。公司法规范的对象，不是财产权利，而是财产的组织方式。但是，公司制的诞生，却对财产权利的规范发生重大影响，甚至