

论私法与公法的区分标准

孙文桢

(武汉工程大学法商学院, 湖北武汉, 430205)

摘要: 私法与公法区分标准的确定应当从研究市民社会的理论入手, 并以家庭、市民社会和政治国家这三者的关系为基础。根据法律的调整对象是否为非国家统治关系, 可将私法与公法区分开来。这种区分同时也产生了新的私法观。对于今日中国的民法法典化而言, 这种新的私法观有助于将未来的民法典建成宏伟大厦, 而不是将其弄成“三根棒棒”; 对于民法的理论研究而言, 这种新的私法观有助于丰富现有的民法理论, 使其更加充实和丰满。

关键词: 私法; 公法; 区分标准; 非国家统治关系; 新的私法观

中图分类号: D913

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2013)04-0049-07

之所以拟对私法与公法区分标准这个问题进行再研究^[1], 原因有三个方面。其一, 这个问题目前依然没有统一的答案, 故有必要继续探讨。学者们虽然经常使用“私法”和“公法”这两个概念, 但却各有各的私法观, 意见很不统一。而且这个问题也不是一个单纯的学术问题^①。其二, 民法法典化需要对此问题继续研究。

《民法典》尚未制定出来, 我国正处于民法法典化的过程之中。既然民法是基本私法, 那么, 在对民法进行法典化时, 就必须树立科学的私法观。首先搞清什么是“私法”, 进而搞清什么是私法的“基本”, 然后才能准确地界定民法的内涵。为达此目的, 就需要科学地区分私法和公法。其三, 为了“将私法作为一个整体的学问”^[2]。私法在我国被称为“民商法”, 目前的私法研究实际上只是对于民法和商法的分别研究, 而缺乏整体观念。这就需要冲破民法和商法各自的狭小范围, 而立足于私法的整个体系, 高屋建瓴, 俯瞰民法和商法。

需要说明的是, 在大陆法国家的传统法学理论中, “私法”乃“公法”的对称。所以, 本文的论述即以这种对于法律的传统两分法为思维预设。^②

一、回顾: 公法私法区分标准的六种学说及其评析

自古罗马法学家乌尔比安首次将法律区分为私法和公法以来, 私法公法的区分就一直为大陆法国家所承认并坚持, 历千年而不衰。但是, 在这种区分所依据的标准问题上, 长期以来却正如前文所述, 共识迄

今尚未达成。据统计, 到20世纪初, 在此问题上相互冲突的学说就已经多达十七种^[3]。对于这些学说作逐一罗列, 既无可能也无必要, 而分门别类并抽象概括出其中的代表性学说以进行分析, 则不失为一种科学的方法。抽象概括之后, 我国学界普遍认为, 关于私法公法区分标准的代表性学说共有三种, 即目的说、关系说和主体说^[4]; 王泽鉴教授认为关于这种区分标准的学说共有四种, 即目的说、关系说、主体说和新主体说^[5](12, 13)]; 沈宗灵教授将所有关于私法公法区分标准的学说归纳为五种, 即目的说、关系说、主体说、性质说和折衷说^[6](94-96)]。可以看出, 在私法公法区分标准上, 我国学界主要有六种学说, 即目的说、关系说、主体说、新主体说、性质说和折衷说。

在关于私法公法区分标准的六种学说中, 目的说历史最为悠久。该说以法律的目的在于私益抑或公益而区分私法公法: 凡其目的在于保护私人利益的法律, 就是私法; 凡其目的在于保护社会公共利益的法律, 就是公法。目的说肇端于古罗马法学家乌尔比安, 即所谓公法是“涉及罗马帝国政体的法律”, 而私法则是“涉及私人利益的法律”。^[7]

关系说着眼于法律所调整的社会关系。依照该说, 凡调整权力服从关系即隶属关系的法律就是公法, 而调整平等对应关系即非隶属关系的法律就是私法。^[8]

主体说为德国学者耶利内克所首倡, 并获日本学者美浓部达吉的赞同。该说认为, 如果法律关系主体中至少有一方是国家公权力主体, 则构成公法关系, 否则就是私法关系。^[9]新主体说认为, “仅对国家或机关以公权力主体地位作为法律关系的主体而适用的法

收稿日期: 2012-10-10; 修回日期: 2013-07-08

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划基金项目《21世纪中国民法典人本问题研究》(12YJA820064)

作者简介: 孙文桢(1966-), 男, 陕西富平人, 法学博士, 武汉工程大学法商学院教授, 主要研究方向: 民商法学, 法理学。

律为公法;对任何人均可适用的法律则为私法。”^{[5](12)}性质说以瑞士法学家伯克哈特为代表。该说认为,公法是强行法,由国家机关根据职权强制执行,其法律关系不能由当事人任意改变,而私法是任意法,这种法律关系可以由当事人双方通过协议加以改变,其强制执行也应以当事人的要求为前提。^{[6](95)}

与前五种学说采单一标准以区分私法公法不同的是,折衷说采取了混合标准,主张将上述几种标准结合起来考虑问题,特别是将关系说和主体说结合起来。在这方面,法国法学家沃林的观点堪称代表。沃林教授认为:“公法实际上是调整公共机构和被统治者,即以国家为一方并以个人为另一方的法律,但并非公共机构和个人之间的一切法律关系都包括在内。事实上,并非所有这些关系都由公法调整,它仅调整公共机构在行使其命令权时的那些关系。”^{[6](96)}

折衷说在我国也有赞同者。例如,有法理学者认为,“凡涉及公共权力、公共利益,体现上下隶属关系、管理关系的法律为公法,如宪法、刑法、行政法等;凡规定私人之间利益关系、体现平权关系、确认意志自由选择的法律为私法,如民法、商法等。”^[10]

在前述关于私法公法区分标准的六种学说中,除折衷说采混合标准外,其他学说均采单一标准。而在采单一标准的诸学说中,除了目的说采实质标准外,其余四说均采形式标准。

目的说看到了法律因其所指向的目的不同而保护不同的利益,但是该说太过笼统模糊。诚然,在有些情形下,很容易分辨某种利益是私益还是公益,但是,在许多情况下私益和公益往往相互交织。一方面,法律在保护私人利益的同时,也间接地保护着社会公共利益;另一方面,法律在保护社会公共利益的时候,也在最终的意义上保护了私人利益。该说将私人利益和社会公共利益完全对立起来,而无视同一法律同时保护社会公共利益和私人利益的事实。

目的说笼统模糊的缺陷还在于,往往难以确定究竟什么是社会公共利益。对同一种利益,有人认为属于私人利益,而另有人认为属于社会公共利益。这种情形在今日中国社会,尤为多见并且突出,如房屋强制拆迁。

关系说以作为法律调整对象的社会关系属于平等关系抑或平等关系而区分私法和公法,从而表明了该说试图从法律调整对象方面寻求问题答案的努力。这种努力的方向无疑值得肯定,因为法律划分的基本依据就是法律的调整对象^⑧。同时,关系说确实也道出了私法和公法各自的某些特征,如私法调整对象中的确有着大量平等主体之间的关系,而公法调整对象中

有着不少不平等关系。但问题的关键在于,不平等关系是否就完全等同于公法所调整的关系,而平等关系是否就完全等同于私法所调整的关系?

形象直观乃关系说的突出特点。而中华民族正好长于形象直观思维而拙于抽象逻辑思维,于是关系说很容易为国人所接受。中国社会有着数千年根深蒂固的等级传统等级,对一个中国人来说,在其生命里的绝大部分时光中,他都在承受着这种等级的森严沉重。因此,对于平等关系和不平等关系这两者之间的差异,中国人比世界上绝大多数国家的人有着更为强烈的感受。关系说在中国有着远远胜过其他学说的吸引力,其原因正在于此。

《民法通则》第2条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”该条采纳的正是关系说。自上个世纪80年代《民法通则》颁行以来,关系说已经深入国人之心,法官也深受其影响,往往依照关系说对案件作出裁判。如2005年梁华仁等7位法学教授状告中国政法大学低价回购旧房被驳回起诉一案即堪称适例^[11]。

如果我们拒绝让思想停留在如此肤浅的层面而愿意作深入思考,我们会很容易发现,私法也同样调整着不平等关系。亲属法中父母和其未成年子女的关系、监护法中的监护关系、公司法中股东(大)会和股东的关系等等,都是私法中的不平等关系。合同关系被视为平等关系的典型,但即使在这其中,也可以看见不平等关系的身影。如在雇佣合同中,就存在着管理指挥的权力和对此权力的服从。另外,依照关系说,公法并不调整平等关系,但这显然不合事实。因为诸如两个同级国家机关之间的工作关系、两个公民之间的选举权纠纷关系等平等关系正为公法所现实地调整着。更让人忧虑的是,关系说还潜藏着恶果。某些本应按私法予以处理的案件,在实践中却往往因为当事人间的不平等关系而被按公法进行处理。如学生状告其所在高校侵权的案件、国家侵权案件、公务员招考中考生权利受侵害的案件等均属此类。

主体说和新主体说有着内在的关联。主体说认为如果法律关系的主体一方或双方代表国家公权力,则该法律关系就是公法关系,而如果法律关系的任何一方都不代表国家公权力,则这种法律关系就是私法关系。该学说的真理性在于,公法关系中确实有一部分关系的主体代表着国家公权力,而私法关系中,也确实有大量的关系,其主体的任何一方都与国家公权力无涉。但是,有两类现象为主体说所无法解释。其一,在有些私法关系中,也有国家公权力参与,如国家侵

权关系和国家以国库资格参与的国库券发行关系；其二，在有些公法关系中，任何一方都不代表国家公权力，如两个公民之间因为其中一位有无选举权而生的纠纷。

作为主体说的翻版，新主体说具有主体说所具有的一切缺陷。此外，新主体说认为“对任何人均可适用的法律则为私法”，这实在难谓科学。事实很明显，刑法、选举法、戒严法、国籍法、国家通用语言文字法等法律对任何国人都可以适用，但这些法却都不是私法。

性质说以是否具有强行性而区分私法和公法。该说不但没有触及问题的内容和本质，只是就形式和现象立论，并且该说也违反了形式逻辑。诚然，公法具有强行性，不可由当事人任意变更，而私法具有任意性，其法律关系可由当事人双方通过协议加以改变。但是，我们是否能反过来说，具有强行性的法律就是公法，而不具有强行性的法律就是私法呢？衡诸形式逻辑的原理，原命题成立，其逆命题未必成立。

性质说也违背了法理，因为它混淆了法律调整的强行性和法律调整对象的特性。法律的调整，无论是公法的调整抑或私法的调整，尽管其强行性的程度不同，但却都有着强行性。这一点不可否认。强行性既为私法公法所共有，又焉能将私法和公法区分开来？

从反面看，公法中也有着关于双方合意的规定，也有着经过要求才能强制执行的规定，甚至还有着当事人可以任意处置的规定。如根据选举法，公民可以行使选举权，也可以放弃行使选举权。同时，私法中也不缺乏强行性规定，对于这些规定，当事人不得任意加以改变，如婚姻法、继承法中的某些规定。所以，依据是否具有强行性而区分私法和公法并不可行。

与关系说一样，性质说在我国也颇有影响。稍微不同的是，关系说的影响主要体现在法律实践方面，而性质说的影响则主要体现在学者论述当中。

最后来看折衷说。在私法公法区分标准问题上的折衷说，虽为法国学者所提出，并有我国学者附和赞同，但该说并未在私法公法区分标准问题上提出自己的独立观点，并未给有关研究增加新的信息，而只是简单地重复叠加已有的学说，因而不可能比作为其构成成分的那些学说更为人服膺。

二、前瞻：私法公法区分的应然标准

私法公法的区分标准问题，虽然与公权力和私权利、公益和私益的对立有着天然的联系，但它并不仅

仅是公权力和私权利、公益和私益的对立问题；虽然与平等和隶属、强行和任意的分野不可分割，但它也不仅仅是平等关系和隶属关系、强行性规范和任意性规范的分野问题。私法公法的区分标准问题，只有在对人民^④和政府的关系的探求中才能得到准确的把握，这就要求我们必须以市民社会的理论为研究的切入点。

同时，我们还应当明确，私法公法区分标准的确定，实质上也是一个如何概括的问题。我们并不是对任何一个法律的私法公法属性都无法判断，相反，我们知道民法属于私法，知道刑法和行政法属于公法。前述学说中除折衷说之外的其他学说，虽均有一定程度的真理性，但却在概括的完全性和准确性上出了问题。所以，在确定私法公法的区分标准时，我们还应当注意概括的完全性和准确性。

（一）市民社会的理论

“市民社会”这一概念源自西方。市民社会有三种形态，即古典市民社会、现代市民社会和市民社会的当代发展，相应地就有三种市民社会理论。在古典市民社会理论中，“市民社会”“政治社会”和“文明社会”这三者之间并无明确区分^[12]。亚里士多德奠定了古典市民社会理论的基础，而西塞罗则在公元1世纪明确了古典市民社会的涵义。到了13、14世纪，无论为教皇的神权统治进行辩护的学者，抑或为国王的世俗统治提供合理性说明的思想家，都仍然是从亚里士多德的市民社会思想中寻找理论依据。他们所重新使用的“市民社会”一词，主要是指政治国家或者城邦国家，其内容并没有超出亚里士多德和西塞罗赋予此词的涵义。可以看出，古典市民社会理论往往在政治社会的意义上使用市民社会的概念，并不认为家庭、私有财产、工商业活动等属于市民社会的主要特征，而认为市民社会的主要特征就在于它拥有政府和法律这样一些政治文明因素。

现代市民社会理论主要由黑格尔提出并由马克思加以完善。黑格尔认为：“市民社会是处于家庭和国家之间的差别的阶段，虽然它的形成比国家晚。其实，作为差别的阶段，它必须以国家为前提，而为了巩固存在，它也必须有一个国家作为独立的东西在它前面。”^[13]可以看出，黑格尔将政治国家和市民社会明确地区分开了，这一点堪称伟大。不过，黑格尔理论的缺陷也很明显，如认为市民社会从属于政治国家即是。

马克思在继承黑格尔市民社会理论的合理因素的同时，批判了黑格尔关于市民社会从属于政治国家的观点，认为政治国家必须以市民社会为基础。“政治社

会没有家庭的天然基础和市民社会的人为基础就不可能存在。它们是国家的必要条件。但是在黑格尔那里条件变成了被制约的东西,规定其他东西的东西变成了被规定的东西。”^{[14](252)}马克思认为,市民社会是私人利益关系的总和,处于政治国家之外,是全部历史的真正发源地和舞台。按照马克思的市民社会理论,现代市民社会的运转以政治社会和市民社会的分离为基础,市民社会自己完全可以内部建立起必要的秩序,而根本不必仰仗国家的强制性力量。由此可见,在市民社会和政治国家这一对范畴中,是前者决定后者,而不是相反,正所谓政治国家只不过是“市民社会的正式表现”而已。^[15]

由葛兰西开创并由帕森斯和哈贝马斯等人所发展的当代市民社会理论,将独立的社团及其在公共领域中的活动看作是市民社会的基本构成要素,从而在文化层面上界定了市民社会,为市民社会概念增添了新的内涵。近二三十年间,市民社会思潮在全球范围内得到了复兴和拓深,这一思潮在很大程度上是对当代市民社会理论传统的延续。诸多当下的市民社会论者都将理论源头追溯至葛兰西以降的市民社会理论脉络,从中发掘并援用自己所需的资源。在这方面做得最突出的当属柯亨与阿拉托。他们依据葛兰西和哈贝马斯的市民社会理论,将市民社会视为“介于经济与国家之间的一个社会相互作用的领域,主要是由私人领域(特别是家庭)、社团领域(尤其是自愿性社团)、社会运动以及公共沟通形式所组成”。^[16]

在我国,比之于社会学界对市民社会的研究,民法学界的相关探讨显得少了一些。张俊浩教授认为,市民社会是全部历史的真正发源地和舞台,而政治国家只不过是市民社会的正式表现而已^[17];徐国栋教授认为,市民社会的传统并非在资产阶级革命后才形成,而是在西方文明的源头时期就存在了^[18]。同时,观诸已有的研究成果可知,我国民法学界在研究市民社会理论时,普遍以现代市民社会理论为重点,以马克思的市民社会理论为基础。这种做法自有其内在的道理,因为今日中国社会与现代市民社会理论尤其是马克思的市民社会理论所产生于其中的那个历史阶段,至少在经济方面有着诸多的相似性。

需要指出的是,由于对马克思的市民社会理论在理解上存在着某种片面性,我国民法学界在研究市民社会与私法的关系时,惯常将私法和市场经济联系在一起。事情很明显,如果不进一步挖掘市场经济背后潜在的社会根源,而仅仅停留于表面,则无法获知私法的本质。市场经济并不能凭空而生,它只不过是市民社会在经济层面的表现方式而已,而绝非市民社会

的全貌。因此,如果仅仅从市场经济的角度探求私法的内涵,则势必会得出私法是调整商品经济或者市场经济的基本法这样片面的结论。

笔者认为,在研究市民社会理论时,固然应当以马克思的市民社会理论作为研究的重点和基础,因为该理论以唯物史观为指导,恰当地表述了经济关系对于政治国家的决定性作用。但我们同时也应当吸收古典市民社会理论和当代市民社会理论中的合理成分,以便更准确地把握市民社会这个概念的内涵。笔者在后文论述私法观念的革命时论及社团和社员之间的民事权力问题,正是从当代市民社会理论中得到了相关启示。

(二) 公法私法区分的应然标准: 是否为国家统治关系

正如前文所述,与今日中国的民法学研究密切相关的主要是现代市民社会理论。在对现代市民社会的探讨中,不管是黑格尔还是马克思,均区分了家庭、市民社会和政治国家这三个概念,只是在决定与被决定的关系问题上两人有不同的看法。以这三个概念的区分为基础,我们可以在思维上通过这样的步骤来区分私法和公法:首先,对某个特定的社会,比如今日中国社会,将其全部社会关系分为三大类,即国家统治关系^⑤、市民社会关系和家庭关系;其次,调整国家统治关系的法律规范总称为“公法”,而调整非国家统治关系包括市民社会关系和家庭关系的法律规范总称为“私法”;最后,此处的“国家统治关系”就是公社会关系,而“非国家统治关系”则是私社会关系,包括了市民社会关系和家庭关系。一言以蔽之,公法私法的区分标准就是作为其调整对象的社会关系是否为国家统治关系。为叙述方便,本文此后如无特别说明,一律将“私社会关系”简称为“私关系”,将“公社会关系”简称为“公关系”。

对于国家统治关系,我们可以从内容、结构和职能三个角度进行考察。从内容上看,国家统治关系包括政治统治关系、经济统治关系、文化统治关系、军事统治关系、环境统治关系等种类。对这些国家统治关系进行法律调整,就产生了一系列的公法。例如,在政治统治方面,公法有选举法、立法法、行政法、法院组织法、刑法、各种诉讼法,等等;在经济统治方面,公法有经济法和计划生育法^⑥;在文化统治方面,公法有书报检查法、文物管理法、国家通用语言文字法,等等;在军事统治方面,公法有兵役法等;在环境统治方面,公法有环保法。从结构上看,国家统治关系包括国家公权的形成关系和国家公权的行使关系。前者可谓“自下而上”的关系,如公行使选

举权和被选举权而生的关系、公民对国家机关工作人员的监督关系、国家机构的组织关系，等等；后者可谓“自上而下”的关系，如国家机关对公民的行政许可关系、行政处罚关系、审判关系、军事管制关系，等等。从职能上看，国家统治关系包括政治镇压关系和社会管理关系。按照马克思主义的国家观，国家在其本质上乃是阶级统治的机器，因而国家的职能就可归结为政治镇压和社会管理两个方面，并且这里的社会管理不管多么的貌似没有政治镇压的色彩，甚至可能还会表现出某种温情脉脉，其最终目的都是为政治镇压服务的。据此，调整国家统治关系的法律即公法就可分为政治镇压的法律和社会管理的法律，前者如刑法，后者如环保法、劳动法、反不正当竞争法、垄断法等等。在此，我们还可以附带地得出一个结论：这里的后者即“社会管理法”，其实就是在法律划分问题上主张三分法即将法律分为私法、公法和社会法的学者所说的“社会法”。换言之，所谓“社会法”，并不能与公法、私法相并列，而应该属于公法。

需要说明的是，按照现代汉语词典的解释，“统治”一词意为“依靠权势控制、支配和管理”^[19]。简而言之，就是“统率治理”。因此，“统治”一词乃属中性词汇，不含有任何对于统治者的感情评价。同时，“统治”不仅仅包括国家统治，而且还包括其他形式的统治，常见“其他形式的统治”如父母对其未成年子女的统治、学校对其学生的统治以及公司对其职工的统治，等等。

此种私法公法的区分标准，其突出特点有两个。第一，科学地反映了家庭、市民社会和政治国家三者之间的关系。按照此种区分标准，我们不用费力地去为“什么是私关系”寻求答案，去给私关系下一个无可挑剔的定义，而是对某个特定的社会，首先注目于其公关系即“国家统治关系”，然后将除公关系之外的全部社会关系包括家庭关系和市民社会关系统称为“非国家统治关系”即“私关系”，并进而确定私法概念的内涵界限。从“非国家统治关系”的角度出发而界定私法，其科学性就在于家庭和市民社会这两者与政治国家之间的关系，如源与流，是政治国家产生于家庭和市民社会，而不是相反。正如马克思所言：“政治社会没有家庭的天然基础和市民社会的人为基础就不可能存在。”^{[14](257)}

学界在论述私法时，总是只谈私法与市民社会的关系，甚至只谈私法与市场经济的关系，而忽略了私法与家庭的关系，无视亲属法属于私法并且已经回归私法的现实，结果导致有的结论无法适用于亲属法领域。例如，在民法调整对象问题上，“民法调整平等主

体之间的关系”这一说法自上个世纪80年代《民法通则》颁行时就开始流行，迄今已经快三十年。这一说法很难解释父母和其未成年子女之间这种显而易见的的不平等关系，但为何能够成为民法的调整对象。由此可见，在论及政治国家的对立面时，如果仅仅考虑到市民社会而忽视了家庭，那么，得出的结论就会片面而不具有科学性。换言之，对于一个特定的社会而言，不是仅仅存在着政治国家和市民社会这两样东西，在这之外，还存在着一样，那就是家庭。

第二，此种区分标准消除了前述六种学说的所有缺陷。一方面，它既排斥了在私法公法区分标准问题上的形式主义做法，如前文评析过的关系说、主体说、新主体说和性质说，同时也否定了所谓的“折衷说”那种貌似全面辩证实则简单叠加的方法，而采用了实质主义的方法。因为它从实质上探讨问题，从人民和政府的关系中去寻求解决问题的途径。另一方面，它也消除了目的说无法分清私益和公益的缺陷。此种区分标准合乎今日中国社会的理解力，因为相对于“社会公共利益”和“私人利益”这样的概念而言，“国家统治关系”和“非国家统治关系”更为民众所熟悉。

三、余论

按照本文的前述私法公法区分标准，私法就是调整非国家统治关系的法律，而“非国家统治关系”的范围则是非常广泛和多样的，它包括了除国家统治关系之外的所有社会关系。这样一来，私法的调整对象就具有了空前的广泛性和多样性。于是，我们就实现了私法观念的革命，从而有了新的私法观。这种新的私法观，其作用将主要体现在如下两方面。

（一）充实未来的民法典

按照这种新的私法观，私法不仅可以调整私的财产关系，而且也完全可以调整其他私关系，如人格关系和身份关系。目前的私法观虽然并不排斥财产关系之外的其他私关系，但它过分置重财产关系而相对轻视其他私关系，重“财产”而轻“人格”。目前的民事责任理论实际上是以财产性民事责任为对象概括而成，学者们在构建民事责任理论时，想的其实只是财产性民事责任，而忽视了人格性民事责任。例如，学者们普遍认为法人必须有独立财产，否则就不能独立承担民事责任。显然，学者们此处所谓“民事责任”指的其实只是财产性民事责任，而丝毫没有意会到即使没有任何财产，法人依然可以承担人格性民事责任，如向受害人赔礼道歉，为受害人恢复名誉并消除影响，

从而挽回受害人的尊严。

按照这种新的私法观,私法不仅可以调整平等主体之间的关系,而且也完全可以调整不平等主体之间的关系。目前的私法观认为,私法的调整对象只是“平等主体之间的关系”,而拒绝承认不平等主体之间的关系也可属私法的调整范围。根据本文的新私法观,既然家庭关系也属于私关系,那么,父母和其未成年子女之间的关系就可以被私法所调整,而父母与其未成年子女之间的关系正是不平等主体之间的关系^⑦。此外,监护人和被监护人之间的关系、社团和社员的关系以及雇佣者和受雇者之间的关系、股东(大)会和董事会之间的关系等等都是不平等主体之间的关系,都受到相应的私法调整。

按照这种新的私法观,私法不仅可以继续以任意性规范为主体,而且完全可以因时顺势地将新的更多的强行性规范也包括进去。此处所谓“强行性规范”,不仅包括如目前《婚姻法》和《物权法》中的那些强行性规范,也包括某些程序性规范。程序能够决定实体权利的有无,能够使实体权利发生质变,能够增强实体权利的效力。崔建远教授曾为此专门撰文强调程序机制对于民法的重要性。针对民法长期以来忽视程序所造成的不良后果,崔建远教授指出:“由于未充分考虑到程序机制来设计民法制度,结果有的民法制度不合理,有的过于复杂,有的增加了设计难度,有的适用时疑问迭生。这种状况必须改变,民法必须高度重视程序所起的巨大作用。”^[20]因此,我们应当彻底地更新私法观念,在私法中给那些关于权利得失变更的程序性规定以一定的位置。

综上,本文的新私法观在今日中国的现实意义在于,它克服了目前主流观点将私法理解为财产法、平等关系法和任意法的偏狭,从而展示了私法的全貌:私法中既有财产法,也有人法;私法不仅调整平等主体间的关系,而且也调整不平等主体间的关系^⑧;私法并非只能有任意性规范,也可以有强行性规范。一言以蔽之,私法的“私”并不必然意味着财产,意味着平等,意味着任意,而是意味着“非国家统治”。显而易见,对于今日中国的民法典化而言,有了这种新的私法观,未来的民法典才可能最终被建成宏伟大厦,而不是被弄成“三根棒棒”^⑨。

(二) 丰富现有的民法理论

根据本文前述的新私法观,私法也调整不平等主体之间的关系。那么,作为基本私法,民法肯定也调整不平等主体之间的关系。于是,我们必然会得出一个结论:民法中不仅存在着民事权利义务关系,而且也有着民事权力服从关系。

长期以来,我们的民法理论只谈民事权利义务关系,而不谈民事权力服从关系。有学者甚至主张:“权力往往只存在公法之中,在民事主体之间不应存在任何权力。”^[21]虽然,如徐国栋教授曾撰文论述民事屈从关系^⑩,但就笔者所知,其影响甚微,没有引起学界多大的关注,更谈不上改变目前这种只谈民事权利义务关系而无视民事权力服从关系的局面。正因为这种无视,父母对其未成年子女的“亲权”才被学界普遍而又牵强地界定为“权利和义务”的统称^⑪。在代理权的性质问题上,我国民法学者几乎不约而同地主张所谓的“资格说”,而反对“权力说”,其理由竟然是民事主体之间不可能存在任何权力。事情很明显,如果承认了不平等性质的民事关系,承认了民事权力服从关系,承认了民事权力,我们就可以立刻给出此问题的正确答案。

近几年来,伴随着日益强劲的民主化潮流,“权力”和“权利”逐渐引起了学者的关注。但是,此类关注却有着片面性:说到“权利”,往往指民事权利,而忽视政治权利;说到“权力”,往往指国家权力,而无视民事权力。^⑫于是,学者们眼中只有民事权利,而无民事权力。对亲权、监护权、代理权等民事权力,学者们或者视而不见,或者对其作牵强附会的解释,如学界普遍将亲权界定为“权利和义务”的统称即为适例。

除了亲权和监护权之外,民事权力常见者主要有四类:其一,社团对社员的民事权力^⑬,如股东(大)会对股东的权力;其二,特定情形下债务人对债权人的民事权力,如承运人对旅客的权力、学校对学生的权力和医疗方对患者的权力;其三,特定情形下债权人对债务人的民事权力,如雇佣者对受雇者的权力;其四,代理权,即代理人对被代理人的民事权力。

民事权力的存在目的,只能是为了使民事权利更加完满,除此之外不允许有任何其他目的。在绝大多数情形下,民事权力的存在目的在于使该权力的享有者更好地履行对于民事权力相对人的民事义务,从而使相对人的民事权利更加完满。在上举各例中,亲权人之所以有权力适当惩戒其未成年子女,目的在于更好地履行其对未成年子女的养育义务;监护权人之所以有权力监督保护被监护人,目的在于更好地履行监护义务;承运人之所以有权力指挥管理乘客,目的在于更好地履行承运义务;代理人之所以有权力改变被代理人和第三人之间的法律关系,目的在于使被代理人的权利更好地实现;等等。在极少数情形下,民事权力的存在目的则在于使该权力的享有者自己的民事权利更加完满,如雇佣者对于受雇者的民事权力即是。

综上，本文的新私法观在承认民事权利义务关系的同时，还承认民事权力服从关系，这无疑有助于丰富现有的民法理论，使其更加充实和丰满。这其中的原因就在于，按照本文的新私法观，民法理论不仅要关怀平等主体之间的关系从而研究民事权利义务关系，它同时还要关怀不平等主体之间的关系从而研究民事权力服从关系。

注释：

- ① 在论及私法公法的区分问题时，梁慧星教授认为，法律之分为私法和公法，乃是人类社会文明发展的重大成果。他同时还引用了德国学者基尔克的论断：私法公法的区分乃是今日整个法秩序的基础。参见：梁慧星. 民法总论. 法律出版社, 2011 年。
- ② 虽然近年来有学者主张法律的三分法即在私法和公法之外还存在着“社会法”，但笔者认为，这种三分法违背了形式逻辑，因为“公”“私”“社会”这三者并不居于同一个层次，因而不能并列。能与“社会”相并列的只能是“个人”，而不能是“公”或者“私”。三分法采取了双重划分标准，违背了形式逻辑。如果真有“社会法”，那么就应该也同时有“个人法”，可是这个“个人法”在哪里呢？据此，本文的理论基点依然遵从传统大陆法系的两分法，即法律分为私法和公法，而对于学者所说的“社会法”，笔者认为它其实属于公法。关于这一点，详见本文第二部分。
- ③ 此处论及法律划分的基本依据时，之所以只提法律的调整对象，而未提法律的调整方法，原因在于后者最终为前者所决定，而并无独立的意义。
- ④ 本文所谓“人民”，并非指“敌人”的对称，而是指公民的复数。
- ⑤ 笔者此处所谓“国家统治关系”，系指国家行使其职能时所发生的关系，包括政治镇压关系和社会管理关系。之所以对这两种关系作如此概括，是因为由国家的阶级统治机器本质所决定，这两种关系本质上也都是统治关系。
- ⑥ 诚然，计划生育问题不仅仅是一个经济统治问题，它还涉及其他诸多问题，如人的生育权、人格尊严以至于基本人权问题。此处从经济统治的角度理解计划生育问题，仅仅是理解这个问题的一个角度，而并不排除从其他角度理解这个问题。
- ⑦ 徐国栋教授将父母与其未成年子女间的不平等关系称为“民事屈从关系”。关于徐国栋教授的观点，详见其发表于《东方法学》2010 年第 3 期上的《父母与未成年子女关系的法哲学透视——与夫妻关系的比较》和发表于《中国法学》2011 年第 5 期上的《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》两文。
- ⑧ 关于对民法只调整平等主体之间关系的质疑，除前注徐国栋教授“民事屈从关系”一说可资引证外，还可参见尹田教授发表于《私法》第 8 辑第 2 卷（2010 年 4 月出版）上的《民法调整对象的理论检讨和立法表达》一文。
- ⑨ “三根棒棒”乃徐国栋教授形容我国目前民法粗陋样态时的用语。笔者觉得该用语真实贴切、形象生动，故借用之。
- ⑩ 学界目前在亲权概念的定义问题上犯了集体性错误。翻开目前几乎每一本民法学或者亲属法学教材，“亲权”的定义都是“父母对其未成年子女……的权利和义务。”这种定义看似辩证深奥，实则逻辑不通，因为在特定的时空条件下，权利不可能同时是义务，义务也不可能同时是权利。笔者认为，亲权既非民事权利和民事义务的统称，也非民事权利，而是一种民事权力。
- ⑪ 关于这种片面性，可参见周安平：《社会自治与国家公权》，载《法学》2002 年第 10 期；梁慧星：《靠什么制约公权力的滥用？》，

载《时代法学》2004 年第 3 期；汪渊智：《理性思考公权力与私权利的关系》，载《山西大学学报》（哲社版）2006 年第 7 期；钱弘道等：《在公权力和私权利之间寻找均衡——第九届海峡两岸行政法学学术研讨会、东亚行政法学会第七届国际学术大会热点问题分析》，载《环球法律评论》2007 年第 1 期。不过，需要特别指出的是，江平、郭道晖两位教授认为“权力”中包含着“社会权力”，而郭道晖教授在论及“权利”时，还将其分为公权利和私权利。参见江平：《社会权力与和谐社会》，载《中国社会科学院研究生院学报》2005 年第 4 期；郭道晖：《论公民权与公权利》，载《政治与法律》2005 年第 6 期。

- ⑫ 正如前文所述，当代市民社会理论认为，社团尤其是自愿性社团，乃是市民社会的基本构成要素。

参考文献：

- [1] 孙文桢. 私法概念的比较研究——兼论私法的体系[J]. 法学论坛, 2011(1): 121-125.
- [2] 易继明. 将私法作为一个整体的学问[C]//私法(总第 2 卷). 北京: 北京大学出版社, 2005: 1.
- [3] 郑玉波. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 4.
- [4] 易继明. 私法精神与制度选择[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 13.
- [5] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [6] 沈宗灵. 比较法研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 1998.
- [7] (古罗马)查士丁尼. 学说汇纂(7): 用益权[M]. 米健译. 北京: 法律出版社, 1999.
- [8] (德)迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000: 11.
- [9] (德)卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上)[M]. 王晓晔, 等译. 北京: 法律出版社, 2003: 1.
- [10] 张曙光. 法理学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 43.
- [11] 七教授状告中国政法大学 海淀法院驳回起诉[EB/OL]. <http://news.sohu.com/20050429/n225388855.shtml>, 2005-04-29.
- [12] 何增科. 市民社会概念的历史演变[J]. 中国社会科学, 1994(05): 67-81.
- [13] (德)黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬, 等译. 北京: 商务印书馆, 1961: 197.
- [14] (德)马克思. 黑格尔法哲学批判[C]//马克思恩格斯全集(1). 北京: 人民出版社, 1979.
- [15] (德)马克思. 致巴·瓦·安年柯夫[C]//马克思恩格斯选集(4). 北京: 人民出版社, 1972: 321.
- [16] J. L. Cohen, A. Arato. Civil Society and Political Theory [M]. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1992.
- [17] 张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1991: 10-13.
- [18] 徐国栋. 市民社会与市民法——民法的调整对象研究[J]. 法学研究, 1994(4): 3-9.
- [19] 中国社科院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京: 商务印书馆, 1980: 557.
- [20] 崔建远. 民法, 给程序以应有的地位[J]. 政治与法律, 1998(2): 1.
- [21] 彭万林. 民法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 115.

(下转第 92 页)