



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)

您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文

> 论文精粹

高富平：社会转型时期私法的使命

发表于： 2010-04-19 22:52 点击： 554

法律是调整社会关系或人们行为的制度工具，法学是建立在对社会认知基础上的一门科学；而对社会的认知，既可以是人类社会一般规律的认识，更重要的是对某一特定历史时期的特定社会认知。由于法律的政治属性，法律是国家调整其主权范围的社会关系的法律。人类社会法制历史上形成的法治经验和当今世界各国的普遍法律规则，可以为我国所借鉴，但是中国的法律应当是建立在中国社会的认知基础上的科学。中国的法学家当然以中国社会为认知对象，中国法学的科学性在一定程度上是建立在中国当代社会的认知准确、深刻程度之上的。

众所周知，中国正处于计划经济体制到市场经济体制变革时代，这场变化不仅仅是经济运行方式的变革，也是财产制度和整个社会运行方式的变革。这种变革最终导致的是社会变革，即政治社会向市民社会转型。这便是我们身处的时代。

民法一向被认为是重构社会秩序的制度工具。认知我们身处的社会的目的是要准确地定位法律的价值、明确法律发展的目标和任务，引导社会朝既定的目标发展。也就是自觉地把法律作为社会变革和制度演进的工具，通过前瞻性、科学的制度设计，培育人们的行为规范和理念，引导社会走向既定目标。因此，在变革时代需要有真正地了解社会，对社会有真正认知的法学家，需要有能够肩负时代使命的法学家。而在这其中，私法更是首当其冲。

一、社会转型时代

改革开放或经济体制改革是一场社会革命其被誉为中国“第二次革命”，它不仅引发经济运行方式的转变，而且会引起整个社会运行方式的变革，导致整个社会制度变革。

计划经济体制是与传统社会主义的公有制联系在一起的，这种经济运行模式有以下特点：

第一，个人不拥有生产资料，国家或政府替代了个人成了经济活动的发起人（决策人）和责任人，个人成了受国家或集体单位调配的、从事劳动并获取工资收入的、不承担任何责任的生产要素。第二，在这样的经济运行体制中，财产权淹没在政治权力之中，成为政治权力的附属品，财产权对人经济行为的约束和激励作用丧失殆尽，政治评价和政治地位成为主要约束和激励机制。第三，由于计划经济剥夺了个人生产资料所有权，也就剥夺了个人独立的经济权利（个人不能独立营业，发起经济活动），因而国家承担了社会（公民个人）应当承担的责任，一个人的就业、住房、养老、医疗等均由国家直接承担。计划经济是一个国家与社会高度融合的社会。

70年代末我国开始探索一条新的社会主义建设道路，经过十多年的探索，终于在90年代初确立了建立社会主义市场经济新体制的改革方向。这意味着从计划经济体制到市场经济的彻底“转轨”。

市场经济是社会主体（自然人和法人）主宰经济活动的经济，市场经济有两个基础性条件：独立的可自由参与市场

活动的主体；可自由处分的财产权，使社会资源实现市场化、社会化配置。计划经济到市场经济转变也基本上围绕这两条件而展开的。笔者认为，经济体制改革基本内容表现为发育私主体（人的解放）和培育私有财产（财产的解放）。

首先，是人的“解放”，即将人从传统政治社会中解放出来，还原为独立的人。市场主体本质上均可以还原为个人。经济体制改革初期，主要通过自主经营、自负盈亏国企主体改造，塑造独立市场主体；但后来，逐渐地转向将人从传统体制下释放出来，允许自由就业、自由营业、自由投资，并保护人们劳动和投资取得的财产。因此，市场主体的发育根本上是个人主体或人格的发育，是社会基本主体一人一的再造，国有企业和集体企业的改造只是这一过程的“表层”。

过去，个人是生活在政治社会之中，个人从出生到死亡均由国家（政治社会）安排，个人不允许自由择业，也不允许自由营业；人不是社会生活中独立的主体。而经济体制改革的最主要贡献和成就是人的解放，将人从传统的身份中解放出来，将人从国家控制的人还原为社会中独立个体。

其次，是财产的“解放”，即私有财产的培育。独立人格需要独立财产，市场经济是用财产“说话”的，有钱（财产或资本）就意味着有话语权、决策权、对人的“支配”[1]。因此，人的解放需要私有财产做奠基。培育私有财产，表现在私有财产相对数量的增加和法律地位的确立。

30年的改革实践表明，经济改革遵循两条线索：一条是对计划体制下集中于国家的全民所有制经济进行改革，另一条是适当地发展非公有制经济。中国没有采取前苏联和东欧国家彻底的“私有化”方式[2]，实现资源拥有主体的分散化，而采取在基本维持原来国家所有资产范围的前提下“搞活”国有存量资产与发展非国有经济并行模式。国有资产或企业改革措施主要是，在基本保持国有资产总量和范围及权属关系不变的前提下，在早期赋予国有资产的经营管理人以相当的自主权利（政企分开、承包、租赁等），以期达到国有资产参与市场竞争和流通的目的；在后期，通过股份化或公司化改造，完全借助现代公司制，在使国有企业与市场经济接轨的同时，吸收大量的社会资本，盘活国有企业，进而也导致了社会财富的积累。

在进行国有经济改革的同时，非国有经济或民营经济从无到有，得到快速发展。首先，允许一定程度的自由营业，开放个人投资渠道，孕育一大批民营企业；其次，国有和集体经济体制改革中，有些中小型国有企业及大量的集体企业彻底地改变为民营化方式经营。无论是国有经济改革，还是民营经济的发展，均使国民收入增加，国民财富积聚，私人资本力量增加，公民拥有的财富或财产数量的相对规模、绝对规模都大大改善。这两个方面渠道使得我国的非国有经济得到长足发展，形成了如今占市场经济半壁江山的民营经济。[3]

总之，30年的改革，已经使个人从只拥有少量消费资料，转变为可以进行适当投资营业、拥有一定量生产资料的社会主体。市场主体的发育根本上是私权的发育、私主体的发育和私有财产的发育。

经济体制变革所引起的绝不仅仅局限于经济结构和总量的改变，而是中国整个社会制度的重构。这表现为：由过去国家控制一切资源、安排一切、负责一切的社会结构，转变为公民个人或社会团体拥有资源、自主组织社会及经济生活的社会结构模式。这意味着赋予个人独立生存权利[4]，使个人成为自主生存的社会主体，还权于民、放权于民，营造分散的社会主体自治的社会运行机制。国家不再作公民的“监护人”，而使公民成为自主自立的社会主体；也即意味着独立于政治国家的“市民社会”[5]的建立。经济体制改革集中到一点就是国家与社会的分离和市民社会重新塑造。

二、社会转型对私法的渴望

国家与社会的分野，需要建构市民社会法律，这便是民法的功能。民法被认为是市民社会的基本法，是政治国家与市民社会分离的产物，民法是市民社会的宪法。

改革开放以来，尤其是建设社会主义市场经济体制目标确立之后，我国民事立法获得长足发展，初步建立了市场经济—市民社会—制度框架和规范体系。随着物权法的颁布，市场经济的基础制度有了基本法；民商事主体、行为、责任立法也基本成型。这些法律使得人的私法的主体地位的逐步确立、私法自治基石性地位的奠定、私人财产权和人格权益得以确立并获切实保障，初步具备了市民社会的基本框架。

由于这些法律大多数是随着改革开放的步伐“应时而生，应景而出”，缺乏体现私法精神的社会理论或社会学说，缺乏成熟的制度设计，不仅这些法律所体现的精神是否与我们社会要走的方向是否相吻合令人怀疑，而且其执行的状况和实施的效果也大打折扣。

现在民法典的制定也已提上议事日程，因为民法法典化是民法法系国家的理想，也是实现私法体系化的一个完美工具。我们希望通过民法法典化，消除法律体系和规则之间的冲突，为市民社会构建和谐、统一、完善的民事法律体系。[6]

许多学者均指出了民法法典化的功能。王利明、易军在教授《改革开放以来的中国民法》一文指出了现阶段我国民法法典化的必要性：第一，通过民法法典化可消除价值之间的冲突；第二，通过民法法典化可消除规则之间的冲突；第三，通过民法法典化可建立单行法之间的逻辑关联，实现民法整体的统一性；第四，通过民法法典化可尽量减少法律漏洞；第五，通过民法法典化可消除各种法律渊源的冲突和矛盾，促进私法规范统一。[7]

笔者也非常认同这样的观点，民法法典化不仅是大陆私法学者的梦想，而且的确具有实现法律统一、协调、体系化的功效。但是，仅仅民法或私法的完善和体系化是否就可以促进市民社会的建设或者为我国市民社会建立奠定制度基础？从笔者多年来参与立法和司法活动对社会运行规则感悟来看，笔者有一个感觉，我国私法的空间愈来愈狭小，私法很难肩负起完成创建中国市民社会的重任，我也愈来愈怀疑民法法典化是否能够培育中国的自治私法精神、市民社会文化。[8]

在人们热衷于讨论民法典的体系、结构，是三编制，还是五编制，是邦联制，还是体系化的时候[9]，笔者一直怀疑我们民法法典化的理论是否真的已经成熟，我们能否制定出引领社会发展方向、反映这个时代思想的法典，我们的社会是否已经准备好接纳欢迎这个私法结晶。这种怀疑实质上是从法律实质价值看待民法法典化，追求法律的实质价值，而不仅仅是形式价值或逻辑体系价值。由此，笔者不得不提及19世纪初期的德国在蒂堡(Thibaut)和萨维尼之间的争论。

1814年，德国学者蒂堡写成了《论制定一部统一的德国民法典的必要性》一文，呼吁德国仿照《法国民法典》，在三四年的时间内制定一部综合性的法典并凭藉法典的统一，最终实现德国国家的统一。这份充满理想主义色彩的法学倡议一经问世，就受到了另一位德国学者萨维尼的激烈反驳，在他同年完成的《论立法与法学的当代使命》，表达了相反的观点。萨维尼认为：由一个民族的历史所凝聚而成的这个民族的全体成员的内在信念与外在行为方式，决定了其法律规则的意义与形式，立法的任务不过是找出一个民族的共同信念与共同意识，经由立法形式予以保存与确认而已；立法可以发现并记载这一切，但却不可能凭空制造出这一切，那种希望通过一个详尽无遗的立法制度，即能创制出一个崭新秩序的企图，只会摧残现实，强化规则与事实之间的乖张。[10]

争论的分野不在于立法要不要理论，而在于直接继受自然法为基础的《法国民法典》，还是在对罗马法、日尔曼法的梳理后重新抽象化，塑造一个新的民法体系。[11]萨维尼认为，一个国家的法律不能照搬他国法律而只能是对本国法律、规则(萨氏着重提到了习惯法)的承继、梳理和编纂。

笔者不反对通过借鉴、移植他国法律，但是，同时欣赏和赞同萨维尼关于法律应当来自于本土文化的观点，认为法律移植只是精神和原则接受，而不是制度和规则接受，必须在接受的基础上创制适合中国土壤制度的规则，由此才能实现中国社会秩序的再造。这要求对我们的“土壤”有充分的认知，找到适合中国社会、有助于实现制度变革目标的“种子”。显然，这样的“种子”需要中国的法学家在对中国社会认知、解剖和研究的基础上“选育”。“选育”就意味着不是移植，而是先选择，再改造、设计，本土化。因此，赞同萨维尼的是，法律规则应当在特定历史时期的社会中去发

掘和培育。

三、我国私法的困境

政治国家与市民社会、公法与私法的观念发端于古巴马，但是，近现代市民社会是伴随近代资产阶级革命而建立起来的。18世纪，自然法学说与启蒙思想中的人本主义思潮相结合[12]，确立了市民社会“自治”的原则，从而支撑市民社会的私法独立，司法权威的建立。近代民法典化完成市民社会法律基础的构建。因为民法典至少宣布了两条戒律：自主的财产权和合同自由原则。财产权意味着个人享有的自主支配私有财产的权利不受干预，合同自由则意味着个人享有的按自己意愿缔结合同的自由不受干预。它们既是私法上的权利，可以排除私法主体的干扰；同样也是公法上的权利，可以防御主权国家的干涉。同时，资产阶级革命还使司法独立（独立于政治权力），使公民财产权利纠纷由司法机关裁决而不是由政治权力（行政）裁决。这样的安排就完成了人的解放和财产的解放两个重要任务。

如果说资产阶级革命是从封建社会中解放出财产和人的话，那么我国市民社会建设的路径则是将社会资源（财产）从政治权力中解放出来，发育私有财产和私主体。而这显然要求政府角色、权力、行为方式等变革或转型。这至少要求在制度上实现三个分离：

(1) 政治权力与经济权利的分离。在计划经济体制下，政府将财产所有权直接作为政治权力的基础，是以政治手段和方式运行经济的一种模式，因而政治权力和经济权利不分。而市场经济则是市场主体（民事主体）基于财产权进行自主决策的经济运行模式，这样的模式强烈要求将经济权利（财产权）与政治权力分开，以为市场主体提供统一的规则。这要求将政府的财产权利从政治权力中剥离，建立专门行使经济权利或财产权利的机构，按照私法规则行使国家所有权，管理和经营国有资产。

经济体制改革即经济权利与政治权力的分离改革。改革开放伊始，即开始这种分离进程。最初推行“政企分开”改革措施，赋予企业自主权（即是赋予物权），以减少行政干预，使企业经济决策与政府脱钩；然后推出“国有资产所有权和行政管理权”，设立专门的国有资产管理机构、授权专门的国有资产经营公司代表国家行使所有权等，使国有资产所有权从根本上成为与行政管理权有别的一种权利（力）。目前，这一进程还没有完全结束，分离的目标还没有完全实现。但是，国有资产纳入物权法规范必须实现二者的分离。

(2) 国家所有权与公共管理权分离。在市场经济下，我国政府担当两种经济角色，一种是经济宏观管理者，其权力基础是国家的公共管理职能；一种是市场参与者，其权利基础是财产权或经济权。如果混同使用二者就会导致政治权力与经济权利不分，破坏平等竞争的市场规则，丧失中立立场。目前，国有资产监督管理委员会设立后[13]，可以代表国家行使国有动产资产所有权，但是，土地和其他资源仍然是由国土资源管理部门行使。两种权利（力）混在一起自然使国家管理权力过分膨胀，而且导致政府机构时常混同使用两类权利，既不利于土地使用权的保护，也不利于其行政职责清晰划分，还不利于土地规划和管理的实施。只有区分行使两类权利，国有资产（自然资源和动产）才能真正地纳入到《物权法》，才能如何区分行政行为和民事行为，并纳入不同的纠纷解决渠道。

(3) 政治权力与司法权的分离。一旦从政治权力保护下分离出独立的财产，且要保护财产的话，必须有独立于政治权力来保护人们的财产权的权威机关，这便是司法机关。司法权的公正行使其前提是司法独立，司法独立是司法公正的前提。孟德斯鸠在《论法的精神》中指出：“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由就不存在了；如果司法权和立法权合而为一，则将对公民的生命和自由实行专断的权力，因为法官就是立法者，如果司法权和行政权合而为一，法官便握有压迫者的力量。”[14]司法权是一种限制公权力和私权利不当行使的权力，是保护民事权利、制约行政权力的权力，司法权必需独立于行政权才能得到公正行使。

但是，现实是什么呢？笔者认为，上述三种分离还没有完全实现，尽管国有资产管理委员会的成立旨在实现这样的分离，但是，事实上经济的决策权仍然控制在各级政府机构手中。由此导致中国的市场经济实际上演变为官办市场经济或者是政府计划（操控）的市场经济，政府仍然是市场经济的核心。另外，公共利益的界定困难，就在于司法没有树立权威。

众所周知，我国一直处于“强国家、弱社会”的社会运行模式[15]；建国后所实行的计划经济体制进一步吞噬了社会和其他组织的领域，导致了国家权力的极大扩张，市民社会丧失生存空间。而经济体制改革—市场经济 / 市民社会的建设又是在国家主导下并在“放权让利”模式下进行的，也就是说市场经济和市民社会的建设不是一个自发的过程，而是一个国家培育过程。在这样的背景下，根本就没有制约和对抗国家的社会力量，社会仍然在国家控制之下，国家与社会之间存在着许多不规范的安排，这障碍着三种权力（利）的分离，障碍着我国市民社会的发育，也障碍私法的发达和其对社会的引导作用。

那么是什么原因导致目前的私法环境不尽如人意呢？笔者认为根本的原因是社会理论的缺失。

计划经济到市场经济的转变意味着公有制的实现方式的转变，意味着社会运行方式的变革，但是，指导我们社会运行的社会政治理论仍然是传统公有制观念下的政治理论，我们的政府仍然习惯于计划经济的运行模式。也就是说，我们虽然在搞市场经济，但是，与市场经济配套的制度理念却仍然是旧的，至少是残留着计划经济的遗风。比如，市场经济是“放任”人们追逐个人利益的经济，因而需要保护人们合法取得的财产，这种保护私有财产是否与公有制社会制度或理念相违背呢？2005年，物权法是否违宪的大讨论实际上揭示了，我们还没有令人信服的社会理论来充分地解释公有制与市场经济相融合的理论基础，也没有充分的解释我们的“社会主义市场经济体制”需要怎么的私法制度。再如，市场经济或市民社会不仅保护私人权利、私人利益，更要保护公共利益，甚至公共利益保护恰恰是私人利益保护的前提。但是，在我国，什么是公共利益始终是一个说不清楚的事情，甚至公有制经济或政府的利益被等同于公共利益。公共利益是不特定公众的利益，只有放在市民社会或私法的层面才能说得清楚，而我国传统私法中的公与私的观念，还没有渗透到社会意识形态层面，甚至更可悲的是，私法学者没有认真地研究过民法上的公与私的含义和界分。因此，我国缺失真正体现市场经济、市民社会理念的社会理论、社会学说，我们缺少能够解释与社会主义市场经济相适应的政府体制、社会运行结构的社会学说和思想，我们的私法或民法也缺少支撑其生存发展的理论学说、伟大思想，我们的政府体制或多或少地仍然是“新瓶装旧酒”。我们在搞市场经济，我们也在搞依法治国，但是，由于国家与社会的不分，政治社会的强势，我们的法律被高度政治化，法律成为政治工具。

因此，中国私法发展的真正困境在于，我们的规则已经是先进的了，是与市场经济、市民社会方向和目标相吻合的，但是，我们的社会基础、我们的政治文化、主流社会意识仍然与私法精神和规则不协调，我们的法律文化[16]不适合私法发展，导致私法种子撒了满地，发芽结果的不多。

四、我国私法学者的使命

德国法学家耶林曾指出，不是公法而是私法才是各民族政治教育的真正学校。在社会转型时代，私法学者应当担负起改造社会的责任，私法学者应当肩负起促进社会转型的历史使命。而社会转型的实现不仅仅是制度移植，更重要的是民法文化的建设。民法文化甚至被认为是整个法治建设的路径。[17]

在笔者看来，就促进中国社会转型而言，民法法典化—民事法律规范体系化—固然是重要的，但是，更重要的是要突破自我封闭的私法体系，超越私法，将私法的精神贯穿到整个法律体系中，渗透到政府行为规则中，贯彻到整个社会运行之中。这是民法文化建设的重要组成部分。

何以担当这样的历史使命？难道私法学者的任务就是在“法律规范体系”中“打转”，在私法的金字塔中追求自己完美的逻辑吗？有学者针对中国法学主要存在的一些问题，提出了八个方面的努力方向：培养法学研究的自主性；法学特别是理论法学要更多关注社会现实；法学者应成为思想者；造就法学社会活动家；法理学教材要具有开放性，走向应用化；培育和发展民间学术力量；提倡学术平等，加强法学学术的规范化；多研究问题，少争论概念。[18]笔者非常认同这样思路，无意在此赘述，只想呼吁私法学者应当走出私法，到社会的大舞台去研究私法。这意味着：第一，私法学者应当关注社会、研究社会；第二，私法学者应当关注政府私法行为规范，关注公法。

（一）关注社会、研究社会

私法学者应当充分认识到私法规则来源和应用于社会，社会是私法生存根基，私法学者应当将法律放入社会中研究，不是盲目地、直接地移植他国制度，而是在学习借鉴的基础上，设计最符合中国国情的制度和规则。对现实问题的关注与解决关系到法学本身的兴衰，关系着私法的生命力。

形式理性固然是重要的（是民法典的基本要求和宗旨），但是“民族化是培养民法典原动力的要求，法律也是文化系统的一部分。如果缺乏民族文化和本土资源的涵养，法典就很难适应本民族生活发展的需要，也不可能彰显和弘扬民族精神为法治作出原创性的贡献。”“未来中国民法典以及民法制度的设计必须将民族精神渗透到逻辑自足的理论框架，为本土资源下的人提供一种合理的生活模式”。[19]

这要求私法学者重视对社会的研究，重视社会调研，将法学研究建立在社会认知的基础上。中国私法研究应当重视社会法学方法，在私法领域诞生社会法学派。中国正处于剧烈的社会转型时期，“法学者不仅要‘眼光朝天’，更要‘脚板朝地’，应当有更多的人来研究和解决转型时期的社会问题。”[20]

这首先要将法律放入中国社会研究，重视法律的社会功能、效果和对社会的引导，重视中国文化的研究，重视社会习惯的调研。清末至民国时期，我国曾经展开过几次全国范围的、规模巨大的民商事习惯调查运动，先后编纂成《民事习惯大全》和《民商事习惯调查录》，重视民事习惯对法律的补充和制度化，使法律继受建立在与本土文化的协调基础之上。而当今我国的民法典制订岂能仅仅是法律移植呢？我们今天要制定民法典，大家有没有人讨论过我国民法典的社会基础是什么，我们这样的社会基础需要怎样的民法典？且不说要进行大规模的社会调查，就是《民法通则》已经伴随改革开放走过了二十几个春秋，民法通则实施效果如何，其确立的法律制度哪些已经过时、不适应社会需要了，哪些还应当承继下来，这样的法律实施效果评价，总应当有权威部门牵头进行吧。因此，笔者主张应当对现行法律实施效果进行评价，才有可能有针对性地选择和确定适合中国国情的法律。这种评价不纯粹理论的，而是社会效果或社会目标或价值的评判。

这意味着我们的私法学者—如果不是全部，至少是相当一部分人—应当学习和应用法学社会实证研究，摆脱单纯的法律规范或逻辑研究，而引入社会学研究范式。因为“实证研究注重对实践中的法律现象进行描述与解释，而不是对并不存在的假想情况（伪命题）进行研究论证，因而更加符合学术的本义。”它不仅为先前的逻辑实证研究注入了经验的血液，而且使人文社科进入法学研究视野，形成跨学科追求真知的学术氛围，使法学研究的眼光“从域外转向国内，从书本转向行动，从理想转向现实，从理论转向实践，因而它也必然会促使学者开始关注中国的问题，关注基层的问题，进而也是一关注‘真正的问题’，实证研究使得法学不再生产和传播‘纯粹的演绎知识’，而是累积在制度框架中行动着的知识，从而使得法律经验的累积成为可能，也使得更加务实的实用主义的审判成为可能。”[21]因此，笔者期盼，私法乃至整个法律研究方法的改变，有一批掌握和运用法社会学方法的私法学者提出。

（二）关注政府私法行为规范，关注公法

在建立市场经济和市民社会的过程中，我们无疑对民法有较高的期待。民法（私法）是建设民主政治与法治国家的基础，是社会进步和人类发展的基础，“民法（或者说私法）是万法之母，是一切部门法的基础，也是法治的真正基础。”[22]甚至，在成文宪法没有产生之前，“私法被誉为真正的宪法”。即使已经制定了成文宪法，法国民法典似乎仍是“最为持久和唯一真正的法国宪法”，“法国民法典也确实具有宪法意义；民法典的法律恰恰将政府的职能限制于承认并执行私人权利的法律领域。”[23]

因此，民法法典化被寄予厚望。但是，单纯的民事立法不可能解决国家这一特殊民事主体的市场行为，不可能营造平等和自由的市场环境。我们在推进民事立法的同时，一定要关注如何束缚国家这只“恐龙”，让她能够区分行使公权力和私权利，不借助公权力侵害私权利，既行使好社会公共管理权，实现公共利益；同时又能够温顺地遵循私法的规则，平等地参与市场活动。

政府私法行为规范是世界性难题，因为政府是特殊主体，导致其主体、行为和责任具有不同于私法的特征。政府的私法行为规范在我国更是难题。因为在我国政府拥有社会大多数自然资源（包括土地）和庞大的国有资产，在国民经济中占据半壁江山；如果政府经济行为或私法行为得不到合理有效的规范，那么中国的市场经济就不可能有清晰的市场规则，也不会有平等的竞争环境（只能停留在目前的官办市场经济），中国精神渗透到逻辑自足的理论框架，为本土资源下的人提供一种合理的生活模式”。[19]

这要求私法学者重视对社会的研究，重视社会调研，将法学研究建立在社会认知的基础上。中国私法研究应当重视社会法学方法，在私法领域诞生社会法学派。中国正处于剧烈的社会转型时期，“法学者不仅要‘眼光朝天’，更要‘脚板朝地’，应当有更多的人来研究和解决转型时期的社会问题。”[20]

这首先要将法律放入中国社会研究，重视法律的社会功能、效果和对社会的引导，重视中国文化的研究，重视社会习惯的调研。清末至民国时期，我国曾经展开过几次全国范围的、规模巨大的民商事习惯调查运动，先后编纂成《民事习惯大全》和《民商事习惯调查录》，重视民事习惯对法律的补充和制度化，使法律继受建立在与本土文化的协调基础之上。而当今我国的民法典制订岂能仅仅是法律移植呢？我们今天要制定民法典，大家有没有人讨论过我国民法典的社会基础是什么，我们这样的社会基础需要怎样的民法典？且不说要进行大规模的社会调查，就是《民法通则》已经伴随改革开放走过了二十几个春秋，民法通则实施效果如何，其确立的法律制度哪些已经过时、不适应社会需要了，哪些还应当承继下来，这样的法律实施效果评价，总应当有权威部门牵头进行吧。因此，笔者主张应当对现行法律实施效果进行评价，才有可能有针对性地选择和确定适合中国国情的法律。这种评价不纯粹理论的，而是社会效果或社会目标或价值的评判。

这意味着我们的私法学者—如果不是全部，至少是相当一部分人—应当学习和应用法学社会实证研究，摆脱单纯的法律规范或逻辑研究，而引入社会学研究范式。因为“实证研究注重对实践中的法律现象进行描述与解释，而不是对并不存在的假想情况（伪命题）进行研究论证，因而更加符合学术的本义。”它不仅为先前的逻辑实证研究注入了经验的血液，而且使人文社科进入法学研究视野，形成跨学科追求真知的学术氛围，使法学研究的眼光“从域外转向国内，从书本转向行动，从理想转向现实，从理论转向实践，因而它也必然会促使学者开始关注中国的问题，关注基层的问题，进而也是一关注‘真正的问题’，实证研究使得法学不再生产和传播‘纯粹的演绎知识’，而是累积在制度框架中行动着的知识，从而使得法律经验的累积成为可能，也使得更加务实的实用主义的审判成为可能。”[21]因此，笔者期盼，私法乃至整个法律研究方法的改变，有一批掌握和运用法社会学方法的私法学者提出。

（二）关注政府私法行为规范，关注公法

在建立市场经济和市民社会的过程中，我们无疑对民法有较高的期待。民法（私法）是建设民主政治与法治国家的基础，是社会进步和人类发展的基础，“民法（或者说私法）是万法之母，是一切部门法的基础，也是法治的真正基础。”[22]甚至，在成文宪法没有产生之前，“私法被誉为真正的宪法”。即使已经制定了成文宪法，法国民法典似乎仍是“最为持久和唯一真正的法国宪法”，“法国民法典也确实具有宪法意义；民法典的法律恰恰将政府的职能限制于承认并执行私人权利的法律领域。”[23]

因此，民法法典化被寄予厚望。但是，单纯的民事立法不可能解决国家这一特殊民事主体的市场行为，不可能营造平等和自由的市场环境。我们在推进民事立法的同时，一定要关注如何束缚国家这只“恐龙”，让她能够区分行使公权力和私权利，不借助公权力侵害私权利，既行使好社会公共管理权，实现公共利益；同时又能够温顺地遵循私法的规则，平等地参与市场活动。

政府私法行为规范是世界性难题，因为政府是特殊主体，导致其主体、行为和责任具有不同于私法的特征。政府的私法行为规范在我国更是难题。因为在我国政府拥有社会大多数自然资源（包括土地）和庞大的国有资产，在国民经济中占据半壁江山；如果政府经济行为或私法行为得不到合理有效的规范，那么中国的市场经济就不可能有清晰的市场规则，也不会有平等的竞争环境（只能停留在目前的官办市场经济），中国的市民社会建设也将无限期的延长。

以物权法为例，公有制财产纳入物权法规范能够解决什么问题？国有自然资源和国有资产必须特殊规范，如《企业国有资产法》、《土地管理法》、《房地产管理法》、《征收和征用法》。我们私法的学者应当积极地参与经济法、行政法或公共法制订将私法原则贯彻到国有资源管理、利用和保护之中，贯彻到行政管理中。

人类法制文明告诉我们，公法与私法的区分，曾经被认为是政治国家和市民社会区分和建设的制度基础；笔者认为，相反的观点也成立，即政治国家与市民社会彼此分立、相对独立公法与私法的划分才有可能。

在公法私法化、私法公法化的时代，在像我国这样的政府主宰的社会，强调私法的重要性，努力完善私法的体系化（比如民法法典化）是重要的，但是，更为重要的是将私法的原则贯彻到国有资产管理和运作之中，建立符合中国特色的政府经济行为规则，是法学界努力的目标，也是私法学者的重要使命。

规范政府私法行为，不仅要防止政府权力滥用，更要分离公权力与私权利，建立不同的规则和责任。如何规范政府的私法行为，不仅是一个民法问题，而且也是一个公法问题，需要公法学者与私法学者共同关注和共同探讨。

结论

如果说欧洲大陆法国家是先在内部孕育出私法精神，然后催生出民法制度，再诞生民法典的话，那么，我国始终没有生成私法精神社会土壤和理论学说。我们只能走先行移植私法制度，在民法典的制订和实施过程中，走以民法制度培育私法精神的道路。在这个意义上，“借鉴移植式”民法法典化具有历史必然性；再说，中国现在似乎没有萨维尼那样的一既有勇气，又有学识的法学家出来延缓它的进程。不过，法学之所以成为一门科学，就是因为它负有解释与发掘社会价值和社会秩序需求之使命，而立法之所以成为一门艺术，就是因为它负有把发掘出来的社会秩序需求规则化、权威化。当代的私法学者应当沉下心来，在丰富自身理论修养的同时，投身社会，发掘出我国真正满足市民社会需求的法律，这才是私法学者的使命。当然，在制度移植为主流的背景下，私法学者也不能忘记用民法来培育和构建整个社会的私法精神。不过，我们“培育”的重点并不是普通老百姓，而是具有话语权的当权者。这也需要有勇气和深厚的理论功底，否则也会被政治俘、获，而渐入“主流”。

【注释】 [1]最典型地表现为现代公司制度安排，投资者放弃物权取得股东资格，股东权利的核心表现为对董事等管理层的选任上，表现出对人的决定权上。

[2]徐国栋教授在《东欧剧变后前苏联集团国家的民商法典和民商立法》（载《民商法论丛》第14卷）一文中考察了30个原来社会主义阵营国家（实际上有许多是新独立成国家的，但中国、朝鲜除外）在苏东剧变后民商立法的变化，其中对土地所有权和国有企业“改制”作了详细论述。根据他的统计和总结，这30个国家有27个国家承认土地私有，并进行了土地私有化改革（有的国家一直存在土地私有，所谓的私有化进程并不明显）；另外三个国家有一个国家（格鲁吉亚）资料不详，而塔吉克斯坦，虽不承认私人所有权，但该国土地使用权与土地所有权之间，难以发现差别，另有越南坚持土地全民所有，由集体和个人享有使用权。在这30个国家中，古巴和越南仍然坚持社会主义制度，但包括越南在内的29个国家均对国有企业实行了私有化改革，只有古巴没有进行国企的私有化。由此可见，私有化并不等于背弃社会主义，而只是另外一种市场化改革措施。

[3]改革开放以来，我国非国有经济蓬勃发展，对国民经济发展的贡献程度不断攀升，非国有经济对GDP的贡献已达63%，对工业增加值的贡献已达74%，而在全部银行信贷资产中，非国有经济使用的比率不到30%，70%以上的银行信贷仍然由国有部门利用（证券市场上的直接融资也主要是为国有企业服务的）。源自：《民营银行市场准入的制度分析》，载《中国经济时报》2006年7月12日。

国务院发展研究中心旗下的中国企业家调查系统2008年发布“市场化改革与中国企业家成长”长篇报告认为，在改革之初的1978年，包括集体企业在内，国有经济在全国经济总量中的比重超过95%。而到2007年，以工业为例，1至11月，全国规模以上工业企业累计实现利润二万二千九百五十一亿元人民币，其中非国有工业企业累计实现利润一万三千多亿元，占近58%。

来源：《调查显示非国有经济成中国快速成长助推力》，<http://news.stockstar.com/info/darticle.aspx?id=GA,20080918,00135543> (2009年5月9日访问)。

[4] 作者理解，生存权最主要的是给予人们自由投资营业的权利，其前提是个人拥有适当规模的生产资料所有权。因此，财产所有权是生存权的前提。

[5] 中文的“市民社会”一词是由英文civil society翻译而来。从古希腊的亚里士多德到近代的思想家霍布斯、洛克、卢梭、黑格尔等都对市民社会作过论述，基本上以理想的社会自治为模型的。当代市民社会概念复兴于上个世纪70年代，基本上是批判20世纪以下政府角色的过度膨胀，强调社会公众应当积极参与社会公共事务决策，市民社会的目的不在掌控政权，而在于实现公共利益。市民社会主要包括以下两方面的含义，可作为一种对市民社会的描述：第一，市民社会是国家与个体的中介。一方面，市民社会作为国家的对立面而存在，它是个人利益的最佳避风港，利益集团的力量使国家不能轻易侵犯；另一方面，集合化的市民社会通过利益集团表达自身利益，使政府更好地意识到社会利益构成的聚合与诉求。第二，市民社会是市场经济与个人活动的载体。个人活动与市场经济的运行都是在市民社会场域中进行。在市民社会与国家良性关系的前提下，市民社会中的个人通过长期交往形成共同文化与行为准则，人们的行为具有可预期性，倾向于追求长期利益。参见唐睿：《当代中国之现代国家与市民社会关系构建》，http://www.txwxw.cn/Article_Show.asp?ArticleID=653（2009年5月9日访问）。

[6] 徐涤宇：《民法典的形式理性和中国市民法理念的培植—以历史的描述为线索》，《法商研究》，2002年第3期。

[7] 王利明、易军：《改革开放以来的中国民法》，《中国社会科学》，2008年第6期。

[8] 例如有学者认为：“一部全面的科学的现代化的民法典在培育我国私法观念的同时，必定促进中国市民社会的形成和发达。”参见冯永军：《论中国市民社会构建的民法基础》，《河南师范大学学报》，2004年第3期。

[9] 王卫国主编：《中国民法典论坛》（2002 -2005），中国政法大学出版社2006年版。

[10] [德]萨维尼：《论立法与法学的当代使命》。许章润译，中国法制出版社2001年版。

[11] 杨振山、王洪亮：《继受法律的理性科学化—当代法学家的使命与继受法律的理论化》，载《比较法研究》，2004年第1期。

[12] 在欧洲大陆，近代民法法典化是政治革命的产物，而政治革命之前则经历了“罗马法复兴”、“文艺复兴”、“宗教改革”等并称为“欧洲三大思想运动”的“3R”运动，三大运动对于私法精神的积累和升华的意义不可忽视，不仅成为政治革命的理论基础，也是民法典的诞生的思想基础。

[13] 1988年机构改革中，从中央到地方，在各级政府中设立了国有资产管理局；10年之后，1998年机构改革撤销各级国资局（上海、深圳没有撤，也有的省之后恢复该机构）。根据2003年第十届全国人民代表大会第一次会议批准的国务院机构改革方案，国务院设立了国有资产监督管理委员会，为国务院直属正部级特设机构。国务院授权国有资产监督管理委员会代表国家履行出资人职责。

[14] (法)孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961年版，第156页。

[15] 参见牛涛：《从“强国家弱社会”到“强国家强社会”》，载《湖北行政学院学报》，2008年第4期。

[16] 文化是人的自觉的或不自觉的活动的历史积淀，是历史地凝成的人的活动的产物；法律文化就是在一个在社会中存在的，与法律相关的价值观念、规范、制度、程序规则和行为方式的总和；私法精神本质上是一种文化现象。

[17] 戴少杰在《民法文化、市民社会与法治启蒙》一文中得出这样的结论：“中国法治建设的一个可能路径或许应当以民法文化为起点。”参见http://www.chinalawedu.com/news/2004_12/4/1428038949.htm（2009年5月9日访问）。

[18] 郭相宏：《转型时期中国法学的问题与出路—中国法学忧思录》，<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=147491>（2009年5月9日访问）。

[19] 蒋海松：《我国民法典编纂的形式理性分析》，<http://www.dffy.com/faxuejietyi/ms/200311/20031116211635.htm>（2009年5月9日访问）。

[20] 郭相宏：《转型时期中国法学的问题与出路—中国法学忧思录》，<http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=147491>（2009年5月9日访问）。

[21] 陈虎：《法社会学实证研究之初步反思—以学术规范化与本土化为背景》，载《法制与社会发展》，2007年第2期。

[22] 李先波、杨志仁：《论我国私法精神之构建》，载《湖南师范大学社会科学学报》，2008年第4期。

[23] 刘楠：《论公、私法二元结构与中国市场经济》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第4卷），法律出版社1996年版，第28、65页。

