

关于编纂民法典须处理的几种关系的思考

郭明瑞|文

摘要 编纂民法典，须处理好形式理性与实用性、现实性与前瞻性、本土化与国际化、任意性规范与强制性规范的关系。民法典是形式理性的结晶，实用性为民法典生命价值，形式理性为实用性创造条件，但形式理性不应是法典编纂的第一位目标。民法典既要有现实性，又要有前瞻性。在现实性方面，应考虑民法调整的社会关系的空间，在前瞻性方面应考虑民法在 21 世纪的发展趋向。民法典应立足于本国国情以体现本土化，同时也须吸收他国的经验并注重国际化。民法典须坚持民法的私法性，为意思自治、主体自由留下充分的空间，在民法典中制定公法性的规范是必要的但必须有合理的理由。

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第二部分“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法的实施”中特别提出：“加强市场法律制度建设，编纂民法典”。编纂一部符合中国国情的社会主义民法典，是贯彻落实中央决定的必要之举，是建设法治国家、法治政府、法治社会的必经之路。编纂民法典不仅是我国法治建设的一件大事，也是世界关注的大事。关于民法典如何编纂，学者中有各种不同的观点。笔者认为，在编纂民法典中处理好形式理性与实用性、前瞻性与现实性、本土化与国际化，以及任意性规范与强制性规范的关系，是制定好法典的基础性工作。笔者试就以上问题谈谈自己的初步思考，以引起方家及立法者的重视。

一、法典的实用性与形式理性的关系

民法是调整市民社会非财产关系和财产关系的基本法，是规定人们的人身权和财产权的权利法与权利保护法，与人们的日常生活密切相关。毋庸置疑应以实用性作为其首要的价值取向。

编纂民法典，使我国民法走向法典化，也就是追求民法具有更高程度形式理性。因此，在编纂民法典的过程中，须处理好实用性与形式理性的关系。

法律的活力在于实施，只有具有实用性，才有存在的价值。可以说实用性是民法的生命价值之所在。实现民法实用性的最基本的要求应是民法的全面性，即民事法律规范能对复杂多样的市民社会关系进行周密的调整，尽量避免法律漏洞

的出现。但纯粹具体的法律规范所能实现的结果显然难以满足这一要求，因此，必须将法律规范提升到一定的高度，通过形式理性的抽象功能来统摄更加宽广的领域，以实现民法对市民社会关系的全面调整。而民法典是民法形式理性的最高成果，编纂民法典也就成为实现民法实用性这一价值取向的基本条件。

法典的形式理性程度的一个重要表现是法典的体系化。从比较法的角度看，法国民法典和德国民法典的体系结构至今仍是大陆法系各国制定民法典的蓝本。不管是一百多年前颁布的日本、瑞士等国家的民法典，还是近些年来出台的荷兰、俄罗斯、越南等国家的民法典，在体系结构上虽未完全照搬法国法的三编制或者德国法的五编制构建及其次序，但也并没有超越法国民法典和德国民法典按照人身非财产关系与财产关系的具体划分来设置编章的基本理念。这种基本理念上的稳定与各国法典在具体编章构建上的调整表明，民法典体系结构上的变化主要是由于社会发展产生了某些新领域和新问题，需要在民法典中有所反映。至于对这种新领域、新问题是作为民法典中的一编还是某编中的一章或者一节来规定，则取决于该国法律界主流观点或立法者的偏好。但无论是哪种观点被立法所采纳，都不代表其具有完全的真理性，其最终效果的优劣也并非编章节设置的功过。民法典形式理性的根本结晶更重要的是形成抽象性一般条款。在各国民法典中不论是设置总则、序编，还是不设置总则、序编而采用其他方式规定，都是要形成某些实质上的抽象性一般条款。否则，民法典就与一般的法律汇编无异，称不上形式理性的产物，起不到全面调整的作用。

综观各国民法典，“民法之编纂体例，有两种。其一，罗马式，又称法学阶梯式；其二，德意志式，又称潘德克吞式。”世界上著名的法国民法典和德国民法典分别采取了这两种体例：

法国民法采用罗马式，因而罗马式也即为法国法体例；德国民法采取潘德克顿式，因而此编纂体例也即为德国法体例。大陆法系各国民法典分别采取了这两种不同体例。我国编纂民法典是采用法国法的体例还是采用德国法的体例？法典的编章应当如何设置？对此学者中有不同观点。

但总的来看，学者在我国民法典编纂体例应采潘德克顿式上基本达成了一致意见。依这种立法例编纂的法典体系的根本特点是总则加分则。我国民法典应设总则编和分则编，对此基本无争议。但在我国民法典的分则编应如何设置上，在诸如人格权是否独立成编、侵权责任法是否独立成编、知识产权是否纳入民法典、是否设债法总则编、有关人身权编与财产权编的先后顺序如何编排等问题上，尚

未形成一致意见，仍是学者经常争议的话题。笔者曾提出，民法典应设人身权为独立的一编。笔者也赞同侵权责任法独立成编，赞同在民法典中对知识产权作一般性规定，赞同设立债法总则编。但笔者也认为，从实用性的角度来看，上述诸问题的争议结果并非是至关重要的。对权利保护和法官适用民法典判案而言，民法典相应部分的具体规定才是当事人和法官所最为关注的。因此，笔者主张，在民法典的编纂中，民法学界和实务界应当将主要精力放到具体制度的研究上，而不要因此类问题的争议而延缓民法典编纂的进程。当然笔者并不否认法典编章的妥当设置对于民法典的重要性。但法典总体编章的设置要以具体法律制度的完善为基础，并且编章无论如何设置都只具有相对合理性。因此，从实用主义角度看，对于民法典形式理性的追求不应成为第一位的目标。

如前所述，法典内容的全面性是实用性的最基本要求。实现这一要求仅通过提高法律形式理性是不够的，还必须使法典的内容更加完备，能够覆盖社会生活的各个方面。从对实用性的影响来看，内容的完备性在重要程度上甚至已经超过了形式理性。

在民法典两百多年的发展进程中，民法典的形式理性有一定发展。从近代自法国民法典始确立的权利本位转向现代民法典的所谓社会本位，实现了民法基本原则由近代到现代的转化，从所有权绝对、契约自由、过错责任这三大基本原则转变为所有权社会化、契约自由和契约正义兼顾、归责原则多样化。但民法典的发展更体现在内容的完备上。比较各国民法典的内容可见，法典的具体制度随着社会的发展而有了很多不同，后颁布的民法典较前颁布的民法典的内容总是有所增加。例如，德国民法典较之于法国民法典增加了法人制度等规定；瑞士民法典较之于德国民法典增加了合作社、建筑物区分所有权和有价证券等规定；近些年颁布的俄罗斯民法典和越南民法典都增加了对知识产权的规定。这是因为民法作为私法的基本法，必须对社会发展所出现的法律需求作出回应。与民法典形式理性的发展变化相比，民法典新增内容对人们生活 and 司法实践的影响力显然更大。因此，从民法典发展趋势来看，民法典制定成败的关键在于法典的内容是否充实完善，而不在于法典的形式理性有多大提升。

因此，编纂民法典应当保持一定形式理性，但更重要的是从各个方面充实完善民法典的内容，使民法典能够反映当前社会生活的特点和要求。例如，在财产权领域，法典中特别需要规定无形财产权。在网络环境下，法典不仅应对各种形态的网络财产的归属和利用做出明确规定，而且在现代的网络（互联网与物联网）

条件下的交易与传统的交易方式相比较,无论是在合同订立还是在合同履行即货物的交付和货款的支付上,都极不相同。在此类交易中各方的权利义务如何界定,也需要民法典予以明确。再如,现在日常生活中人们已经普遍使用手机卡、银联卡、信用卡等,这些卡的用户与开户者之间属于何种法律关系?卡出现故障或者取款过程出现吞卡现象时责任应如何承担?卡内存款被盗时谁应当承担赔偿责任?民法典若不对此做出制度设计,就会离现实太远,使其实用性大打折扣。在人身权领域,不仅需要规定物质性人格权,而且需要规定各种精神性人格权。特别是针对现代科学技术尤其是医疗技术发展对人身权益的影响、人身权益的商业化利用,以及大数据对人身权益的影响,民法典也需要做出有针对性的制度设计,这样才更能使法典发挥其应有的作用。

总之,我国民法典应当对那些与人们日常生活密切相关并且极具时代特色的制度做出比较明确的规定,要体现出信息时代、知识经济时代、大数据时代民法典的制度变化,以实现民法典的实用性价值。当然,如何实现这一目标涉及立法的前瞻性。

二、前瞻性与现实性的关系

民法规则是社会经济生活条件的反映。因此,编纂民法典,设计各项民法制度,必须立足于社会现实。但这种现实并非是也不应当是仅指现存的社会状态,而应包括社会发展的现实。这也就要求编纂民法典时要正确地处理立法的前瞻性和现实性问题。

首先,任何立法都是针对现实的立法,毫无疑问要对现实中存在的社会关系如何规制或调整做出回应。因此,我们编纂民法典当然应考虑现实社会生活的需要或者说现实社会关系的现状。但是,制定民法典考虑现实的市民社会的需求或现状,并非是仅将现有的关系以法律的形式予以确认或者说对现有的关系完全接受而在民法典中升华。编纂民法典要考虑的现实,应是社会现实生活对于民法的需求,也就是民法调整的社会关系的空间。关于民法调整的社会关系,尽管可有不同的表述,但无非也就是两个方面:一是社会交易关系亦即商品经济关系;二是社会私生活关系。民法的任务主要是确认这两方面关系中主体所应有的权利。只要承认这两方面关系的存在,民法就应当确认主体在这两方面应有的权利。就现实状态而言,应当看到我国的民事立法与外国特别是近现代资本主义国家的立法走的是不同方向的道路。我国大陆地区是从高度集中的计划经济体制转向市场经济体制的,而资本主义是从绝对自由经济转向国家干预的。

我国大陆地区这种体制上的转轨，决定了其在立法上是从不承认私权利到随着改革开放逐步承认私权利，而不是直接确认应有的私权利，在许多场合私权利似乎仅是国家恩赐的结果（如对农民享有的土地权利的认识，有人总认为这是国家给予的福利），改革初期立法方针上的“放权”而不是“还权”可以说是此种现象的反映。由于改革初期我们奉行的是“摸着石头过河”，立法上也强调成熟一个制定一个，因而以往的一些民法法律也往往仅是对已经成熟的改革成果的确认，而不能适应深化改革的要求。因此，现行法并未完全确认民事主体应当享有的各种权利。在编纂民法典时，我国应考虑的现实不应是现有的法律规定或者现有的社会关系的现状，而是现在我国政治经济体制所决定的应有的社会关系的状态。就商品经济关系的调整而言，编纂民法典时必须贯彻中共中央关于深化改革的决定精神，要按照“使市场在资源配置中起决定性作用的要求”设计产权制度和交易制度，要使民法典能起到引领改革和为改革提供法律保障的作用。从这个意义上说，民法典具备了“转型工具”的作用，能够带动、促进社会的转型。

当然，我国启动民法典的编纂并不是在完全空白的基础上而是在已有一定民事立法文件的基础上进行的，因此，在编纂民法典中，对现行法律进行体系化整理时，很重要的一点就是如何对待现行的法律规定。对此，笔者认为应从两方面考虑：一方面，对于现有的法律传统只要是不与民法的基本精神相冲突或相悖的，就应当保留，而不应轻易改变或废除。例如，现有法律中的法人的概念、合伙的概念、土地承包经营权的概念、地役权的概念等已经为大众接受，没有特别正当的理由就没有必要更改。另一方面，也是更重要的，对于现行法中不符合民法基本精神的规定应当坚决予以修正，而不是照搬照抄。例如，现行法中基于城乡二元化的体制原因，将公民区分为城镇居民和农民，并以户籍决定当事人的权利，就违反了民法的平等原则，必须改变，否则也不符合城乡一体化建设的要求。又如，在侵权法领域，“同命不同价”一直备受诟病，尽管《侵权责任法》为解决这一问题，在第17条规定“因同一侵权行为造成多人死亡的，可以以相同的数额确定死亡赔偿金”，但由于现行的赔偿规则不合理，一个农村儿童因交通事故死亡所得的赔偿与一个城镇儿童因同样原因死亡所得的赔偿竟能相差数倍。这如何能让人们感受到公平呢？再如，关于农村宅基地使用权的规定，现行规定不允许农村居民向本村以外的人转让房屋，也禁止城镇居民购买农民的房屋，这种权利限制并无正当理由。并且依现行规定，会出现一种令人奇怪的现象。如一个农

民死亡，其房产为两个子女继承，若有子女有城镇户口，则仅能取得房屋所有权而不能享有宅基地使用权，而没有宅基地使用权的房产能有效？

还如，对于土地承包经营权、宅基地使用权，《物权法》虽明定为用益物权，但现行规定仍对其流转予以不正当的限制，有的甚至以保护农民利益作为限制的理由。以限制权利来保护权利的做法，显然与权利的属性相悖。对于现行法中的此类不合理的规定，编纂民法典时须加以修正。另外，由于我国前一时期的民事立法采取的是“零售”方式，因而不可避免地相互有冲突，这也需要在法典编纂中予以解决，而不能仅将现有的民事法律在法典中“照单全收”。

其次，由于社会关系是不断发展的，为避免法律一经施行就滞后，要求民法典应当考虑未来社会关系的发展动向。这也就是说民法典应有前瞻性。我国现在进行编纂的民法典是 21 世纪的民法典，因此，我们就不能完全以 19 世纪、20 世纪的民法典为样本，而应考虑 21 世纪民事关系的发展。尽管对于 21 世纪民事关系是何种发展趋向，我们无法完全预料到，我们也不能预想现在制定的民法典在 21 世纪中不会修改，但是，对于新世纪中已经显现出的民事关系的发展趋向，我国却不能不予以考虑。从交易关系上说，知识经济、信息经济、世界经济、区域经济等引发的问题在法典中必须有所反映。除前面提到的问题外，即使现行法已经有所规定的内容，也须加以完善。例如，现代社会中土地的纵向利用特别重要，而《物权法》仅在第 136 条规定“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权”，而现实中的空间利用问题相当复杂，权利冲突多发，编纂民法典时应对空间权制度予以完善。又如，21 世纪的海洋经济具有重要的地位，蓝色国土与黄色国土有着同样的重要性。而我国《物权法》中对于不动产物权的规定基本上仅限于土地上的权利，尽管在第 122 条规定“依法取得的海域使用权受法律保护”，但这仅有宣示海域使用权为用益物权的作用，对于海域的利用权并没有受到如土地的利用权一样的关注和重视。而现实中存在的填海造地现象滥发，其经济动因就是造地后的价值增加 30 倍。而这种填海对于海域和海洋环境破坏的后果会是不可弥补的。这种现象的多发与我国民法对于海域利用关系调整不到位不无关系。

从社会生活关系上说，私生活自由观念日益增强并为公众所接受。例如，不要说网上婚姻、同性婚姻的出现，就是现实世界中的异性同居关系不仅在老年人再婚中大量存在，而且在其他人群中大量存在，但我们的立法对此类“婚姻”一概不承认而没有予以规制，这不能说不是一种滞后。再如，现代生殖技术的发

展和运用，不仅出现关于“胚胎”性质和归属的确认问题，而且血缘关系已经不再是确认亲子关系的唯一根据。对于利用人工生殖技术生育的子女的地位，也是民法典所不能回避的问题。

众所周知，民法是权利法，以确认和保护民事权利为己任。民法在确认权利上应考虑应然与实然两个方面，这就要求处理好现实性与前瞻性的关系。笔者认为，如果民法典确认的权利完全超越社会经济生活条件，固然是不能实现的，这种规定也是没有多大意义的。但是，如果民法典确认的权利不能满足社会经济生活条件的需要，则这种立法就是落后的，这样的法即使不能说是“恶法”，也不能算是“良法”。

三、本土化与国际化的关系

民法是国内法，因此，一国的立法不能不立足于本国的国情，这也就导致各国的民法典必有自己与他国不同的地方。但作为民法，不论何国的立法，又必有共通之处。因此，在编纂民法典时如何处理本土化与国际化的关系也是一个应重视的问题。

本土化反映一国的立法特色。就我国大陆地区来说，决定民法典不同于他国或地区民法典的是社会主义市场经济和社会主义社会生活关系。社会主义市场经济是以公有制为主体的经济制度，在我国很重要的表现就在于主要的自然资源归国家和集体所有。但既然实行市场经济，作为生产要素的自然资源就需要通过市场才能予以优化配置。如果某一类财产只能归某人所有，而不能流通，那么在民法上也就没有规定的必要。如果某一类财产并不是只归某人所有，那就需要从法律上确认主体的所有权，并有必要赋予其流通性。虽然法律对于某一所有权的行使可以予以必要的限制，但这种限制必须有正当的理由。例如，我国大陆的集体土地归集体所有，法律上既然确认该项所有权，对其行使就应由所有人自主决定，国家可以对其用途予以限制，但不应作其他的不必要限制。依我国现行土地管理法规定，农村土地只能由国家取得所有权，然后由国家将土地使用权出让给需要土地的人。这一规定的不合理性已经显现。《物权法》第42条中规定对于集体土地征收仅限于为了社会公共利益的目的，这是合理的，尽管对于社会公共利益的范围及如何界定尚有争议。但是，如果不是为了公共利益的目的而需要利用农村集体所有的土地，需要利用土地的人又该如何取得对土地的利用权呢？这就需要承认农村土地上权利的可流通性。民法典要立足于我国的现实，必须对此予以明确。又如，由于土地归集体和国家所有，公民对其宅基地不能享有所有权，

但是公民对宅基地的使用权是必须享有的。这一问题无论在城市还是在农村都是存在的。而《物权法》对于宅基地的规定仅以农村宅基地为规范对象，这就没有考虑本国的国情。实际上，城镇居民对其原有的私房宅基地原本也是享有所有权的，虽然宪法规定城市的土地归国家所有，城镇居民对其私有房屋的宅基地也就不能再享有所有权，但宪法并未否认房主对私房宅基地的使用权。另一方面，现行法规定商品房的开发商需取得国有土地的建设用地使用权，但房屋建成后公民取得房屋所有权的同时也应取得宅基地使用权，正因为没有明确认可取得房屋所有权的公民当然享有宅基地使用权，也就导致购买商品房的公民担心70年以后的产权前景。尽管《物权法》第149条规定：“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期”，但“自动续期”的是何人的权利？因为建设用地使用权是开发商取得的，它又如何成为房屋所有权人的权利呢？民法典要重视本国国情，也就应对此类问题予以解答。

法典的本土化应当考虑本国的传统。因此，凡是传统的法律文化、法律规则只要不与社会主义原则相抵触，也就应当予以确认。例如，物权法立法中关于典权的存废问题的争论就涉及传统问题。典权是我国法律中传统的特有现象，这一制度与社会主义原则并不相悖，也就应当予以规定。而物权法中没有规定典权，也没有规定营业质权，这就一方面导致欲以设立典权的方式处分房产的当事人只能设立不具有物权性的债权，另一方面导致现行典当办法中认可将不动产典当的合理性，从而导致“典”、“当”不分，而典当行实行的不动产典当实际上就是不动产抵押。典当行的做法造成法律概念上的混乱。这种有违本土化的规则应予以修正。

虽然一国的民法典应当考虑本国的特殊情况，但既然是民法典，也就不能不考虑到各国民法典的共通之处，加之现代社会交易关系的区域化、国际化，这就要求在民法中必然要吸收他国立法的经验和国际惯例，以使立法具有国际性。但在吸收他国的立法经验和借鉴他国的制度时，应当注意各国立法上的逻辑性和制度的目的性，而不应照搬，以免造成制度间的矛盾和资源的浪费。例如，关于担保物权制度，我国物权法上已经规定了动产抵押和不动产抵押，如仍接受按揭制度，其妥当性就值得研究。再如，我国《物权法》对于不动产物权变动，原则上采取登记生效主义（《物权法》第9条），并且将此与不动产物权的公示联系在一起。但现在还有许多人还要求规定不动产物权的变动必须公证。对此，许多学者都能举出他国的立法例作为论据。实际上，在笔者看来，物权变动的登记也好，

公证也好，其制度的目的仅在于保障交易的安全。如果说是因公示方式的需要，不动产物权的变动必须登记或公证，那么为什么动产都可以以占有（或交付）为公示方式而不不动产却不能以占有（或交付）为公示方式呢？而从保障交易安全上说，只要规定未经登记不得对抗善意第三人也就可以了，为什么非要求当事人登记或公证呢？登记或公证是需要成本的，不登记或公证是会有风险的。因此，笔者认为，物权变动时是否登记或公证，与其由法律直接做出强行规定，不如让当事人自愿选择决定。在编纂民法典过程中，立法者应当考虑一项法律规定、法律制度的价值和相互间的逻辑性，但不应当充当“监护人”和“家父”的角色；法律可以将风险预先告知当事人，但不应当为当事人包办一切。

关于民法规范的事项，各国法上尽管有不同的制度安排，但如前所述大致可分为财产关系和非财产关系两个方面，其基点都是规定公民的基本人权，人的保护是我国民法典编纂的价值基础。笔者赞同这种看法，无论是财产权还是人身权都是基本权利，各国的民法典可以说都是以“人”为本而非以“物”为本的。因此，关于民法典中先规定人身权还是先规定物权，并不存在所谓“人文主义”与“物文主义”之争的问题。但是，对于人身权的规定也应为现代民法所重视。如果仅在侵权行为法中规定侵害人身权的后果，似乎在逻辑上也有说不通的地方。

当然，对于人身权的种类及如何安排的确也值得研究，例如，就公民的姓名权而言，尽管多数人认为属于人格权，但其是否也具有身份权的特性并非没有疑问。总之，如果说法律是地方性知识，民法典的本土化须与我国国情相契合，但也须顾及国际化因素。切不可刻意追求具有“特色”的本土化，而不顾民法的私法品性，背离民法的精神。

四、自治与强制的关系

民法为私法，此无争议。但由于现代法的发展，出现私法公法化与公法私法化的趋势，如何处理私法与公法的关系也就成为民事立法中需要认真对待的问题。

公法与私法的融合趋势日益增强，体现在私法上出现一些公法规范，强制性规定增多。因此，在现代制定民法典时，完全消除公法性民事规范是不可能也不现实的。但是，我们在民法典中制定公法性规范不能影响民法的基本精神。笔者认为，民法的基本精神就是平等和自由，体现为私法自治或意思自治。特别应当看到，我国对于公法与私法的关系走的是与资本主义国家不同的道路。因此，我们首先应强调的是民法的私法性，这正如商品经济是社会发展不可逾越的历史阶

段一样，确认民法的私法性也是不可逾越的。这就要求在民法典中必须为意思自治、为主体的自由留有足够的空间，而不是先从如何干预和限制自由上考虑。换言之，制定公法性民事规范时必须有足够的合理事由，必须要证明某些价值相对于意思自治而言具有基础性意义或者更加重要的意义。我们曾提出，只有下列一些情形可以成为制定公法性规范的合理事由：

首先，维护平等。“平等是自由的必要条件，或者相对于非社会的或无政府主义的自由而言，平等至少是社会自由的必要条件。偏爱平等的基础是一种具有合理核心的直觉知识。‘缺乏平等的自由，听起来高尚合理，结果却污秽不堪。’”由此可见，平等对自由而言具有基础性的意义，没有平等是不可能自由的。如果此时给予人们“自由”，将会出现一部分人对另一部分人的“合理”压迫，而此种结果显然需要国家予以避免。因此，若一方是具有垄断地位和庞大经济实力的组织，而另一方是弱勢的公民或者组织时，为了维护平等而制定公法性民事规范就是必要的。这也是现代民法从形式平等向实质平等转化的要求。例如，我国合同法中关于格式条款的规定，关于强制缔约的规定，就属于此类强制，具有合理性和正当性。

其次，保障秩序。“自由的价值，”霍布豪斯说，“在于增进人类思想的活力，而国家控制的价值在于保障外部的环境，包括（争论各方的）互相克制，从而保障思想的活力……抑制直接或间接伤害同伴的行为，为了适应不断发展的集体责任感，国家行动的范围也在扩大。”私法自治以法秩序为前提。在这方面，弗卢梅的私法自治论可以说是现代学说的代表性见解。他认为现实中的具体法律行为，不仅是私法自治所规定的行为，它是由私法自治与法秩序共同规定的行为，是两者相结合而成的一种法律行为。良好的、稳定的秩序是市民社会正常运转所必需的，无法想像在无秩序的社会人们能够行使或者保护其权利。因此，对于那些妨害社会秩序的民事行为，例如恶意串通损害他人利益的行为、协议因故意或者重大过失造成对方人身伤害或者财产损失而不承担责任的行为，必须通过公法性规范予以禁止。

当然，对于是否存在必须实施某种民事行为来维护的良好的、稳定的秩序，是有争议的。有人认为，在长期的生产和生活实践中，某种秩序是有助于提高效率的，需要实施民事行为予以维持。这种观点得到立法者的赞同，并在立法上规定了建立该秩序所必须实施的民事行为。

然而，也有人对此种观点和规定提出了否定的看法。由于人们认识存在着局限性，认定应由实施民事行为维护的某种秩序是否就是良好的，不能说不会有疑问。从这一角度看，否定的观点也是有一定道理的。例如，大陆法系国家基本上都在民法中确立了物权法定原则，认为这是确定财产归属、维护交易安全、实现交易便捷的最好秩序，但此种观点受到学者越来越有力的质疑。另外，对于哪种秩序是最合理的，不同国家的立法者存在着不同的看法，并且不同的看法在各国的立法上都得到了确认。但一方面在一国看来是最合理的秩序在他国未必也是最合理的；另一方面不可能每种秩序都是好的，也就是说，某些不好的秩序在立法上也会得到确认。而一旦某种不好的秩序被公法性民事规范所保护，就会妨碍人们通过自治及时地建立合理的新秩序。

因此，笔者认为，如没有确定的充分理由证明某种秩序就是最优的，就不应当在立法上制定相应的公法性民事规范，否则必将妨碍人们追求和构建更加合理的制度。“基于对私法自治的尊重，在强制性质的民事规范是否具有特殊公共政策目的不甚明确的时候，即应朝单纯自治规范的方向去解释，法官应避免假设有特殊公共政策目的的存在，或对合目的性作扩大解释，而损伤了自治机制，换言之，就是‘有疑义，从自治’。”因此，在通过公法性民事规范来建立某些自以为是积极秩序的时候，必须进行充分的论证，并且随着社会发展要不断反思检讨。对立法者而言，或许更明智的做法是尽可能完善配套机制，给当事人更多的选择机会。例如，如前所述的不动产物权变动问题，对于不动产物权变动，应完善登记制度，给当事人以选择的自由，而不应规定不动产物权不经登记不能取得，或者规定不动产物权的变动必须公证。正如国家应修建更加完善的道路交通网络，而不应是规定人们具体的行车路线一样。

再次，实现公共用途。社会公共利益一度成为公法干预私法的一个冠冕堂皇的理由，但是对于社会公共利益具体范围的理解是存在很多争论的，即使在某些比较普遍认为存在社会公共利益的场合，也可能会出现不同的声音。例如，像环境这样的因素可以被社会公众普遍认可属于社会公共利益的范畴，但对于城市规划是否属于社会公共利益则是有不同看法的。对于因城市规划要搬迁的住户来说，他们的利益显然在某种程度上被牺牲了，因此，即使城市规划在客观上成为制定公法性民事规范的理由，也不能够使用社会公共利益的名义。相对于结果性和普适性要求意味较浓的社会公共利益而言，或许仅具有功能性描述的“公共用途”一词更加准确、贴切。另外，公共用途也比社会公共利益更加容易限定和把

握,有利于防止和减少打着社会公共利益的旗号而任意干预、剥夺私权利的现象。某种公共用途是否具有高于个体权利的价值是由立法者进行判断的,这种判断或许在有些情况下会出现失误,但不可否认的是公共用途绝大多数情况下是高于个体权利价值的。因此,对于以实现公共用途为理由制定公法性民事规范的合理性是毋庸置疑的,只是要对判断的标准和过程进行严格的控制,比如说此种公共用途必须是必要的、迫切的、损益比较最优的并且经过了广泛的、深入的论证和听证程序。

总之,面对纷繁复杂的现代社会,不能赞同这种传统的观念,即“在私法范围内,政府的唯一作用就是确认个人的私权并保证私权的实现。”但这也不意味着我们完全放弃私法领地的自治权,而是有限地承认公权力干预的合理性、合法性。或许前述三种公权力干预的合理事由不够完全,但除非有充分且正当的理由,否则,不应给公权力干预开放更大的空间。但需要指出的是,即使基于公共用途或公共利益的需要,须对某些人的私权利予以限制,法律也应当建立相应的补偿机制,以维护这些人的合法利益。