

规制性规范、侵权法和转介条款

□ 朱 虎

摘要: 在风险社会语境下,规制性规范和侵权法之间不可能相互区隔,但亦无何者应当在一般意义上优位的问题,两者实际上是“相互工具化”,从而应当接轨汇流,在整体法秩序下相互配合。接轨汇流的管道就是转介条款的设立,转介条款的功能绝非引致,而是在适当理解立法者和司法者关系的基础上,通过概括授权容许司法者在侵权法领域做出自主评价。

关键词: 规制性规范;侵权法;转介条款;司法者评价;公私法关系;风险社会

中图分类号: D901 **文献标志码:** A **文章编号:** 1007-9092(2014)03-0115-07

一、问题提出和概念界定

随着产业化、城市化、全球化、网络化程度的提高,中国迅速进入风险社会,不安全的隐患无所不在,而避免、减弱、改造和疏导这些风险的最有效途径大概就是规制性规范(Regulatory Norms,或称“管制规范”)的制定,风险社会与规制国家如影随形。其中许多规制性规范为法律主体事先设定了一定的行为标准,由此就产生了一个问题,违反规制性规范所设定的行为标准而导致他人受损,是否会导致行为人承担侵权责任?换言之,规制性规范与侵权法之间存在何种关系?如何妥善地处理规制性规范与侵权法之间的互动关系,既涉及到规制性规范目的的最终实现,也涉及到侵权法基本框架和构思的最终实现。这其中,最具基础性和重要性的就是为规制性规范和侵权法的关系设定一个基础框架。

需要说明的是,在本文所使用的规制性规范这个概念中,“规制”(Regulation)的含义非常多元,最为常见的方式是将规制理解为一种命令控制性规制(Command-and-Control Regulation),与此相关的形式是设定法律主体的行为义务,包括信息披露、标准制定和许可要求等形式。在此意义上,规制主要和公法相联系起来,规制性规范所指的就主要是公法规范。但是,公法本身仍然要根据前述的规制形式来理解,这样其就不仅仅限于行政法和刑法等法律部门,例如《证券法》中就包含了大量信息披露的要求。本文无意对公法和私法的区分标准进行细致描述,且该描述对于论题而言也不具有意义,因此本文只是简单地认为规制性规范大多属于公法。

二、公私法规范的整体关系

如果规制性规范主要与公法相联系起来,则规制性规范与侵权法之间的关系无非就是公私法

收稿日期: 2014-03-28

作者简介: 朱虎,中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员、法学院副教授,法学博士,主要研究方向为民商法。

基金项目: 北京高等学校青年英才计划项目(Beijing Higher Education Young Elite Teacher Project); 国家社会科学基金青年项目“规制性规范的违反与侵权责任的构成研究”(编号: 11CFX015)。

关系的一个组成而已。因此,在公私法关系的总体视角下观察规制性规范与侵权法之间的关系,无疑是一个合理且正当的做法。

(一) 风险社会语境——公法规范和私法规范的区隔?

在德国学者贝克(Ulrich Beck)看来,现代化以来的社会状态可被分为“古典工业社会”与“风险社会”。在前者中,财富生产的逻辑统治着风险生产的逻辑,而在后者中,这种关系就颠倒了过来。技术经济进步增加的财富日益被风险生产的阴影所笼罩。“风险”构成了风险社会的核心概念,风险社会的风险与古典工业社会中的风险不同,后者大多来源于自然界,是个人的风险,且可以被感知到的危险是明确的,风险往往局限于发生地,结果单一,因此是可被计算的;而前者往往与人的行为和决策相关,来源于工业化本身,是人为的风险,往往并不局限于发生地,一般无法被感知和计算。^①

即使风险社会并未最终到来,但风险确实已发生了上述变化,风险和其影响无处不在,影响程度也更深,评估和度量也更为困难甚至不可能。为了减少风险存在和影响的可能性,可以考虑采取个人控制方式,但个人由于有限理性,对风险缺少足够的认识和相应的信息、知识,无法有效地因应风险。风险问题涉及大量的科学政策问题,自由市场很难去对诸多社会现象所蕴含的风险和收益进行评估,在不同的甚或难以相互权衡的价值之间进行衡量;因此风险社会要求结合国家和社会的力量,国家需要发挥更大的作用进行有效率的风险控制,这时所采取的方式就是国家规制。故此,虽然规制并非是在风险社会背景下产生的,但其却在风险社会之中,因为风险规制的必要性得到了更程度的发展,规制性规范的数量也激增,“规制国”(Regulatory State)逐渐形成。^②

但即使如此,任何规制的实施都需要成本,如果仅仅依照政府机构来具体实施规制,那么由于信息成本、执行成本、监督成本、机构运作成本等

各种成本的限制,规制的实施或者极为困难,或者达不到预想的规制目标。在此情形下,规制就可以考虑通过个人而实施,国家越来越多地将一些原本应由自己去解决的问题通过外包或许可的方式交由私人来实现。此时,私法制度虽然本身大部分不属于规制,但是其却有助于规制的有效实施。最为简单的例子就是为了控制风险,规制性规范要求用人单位应为劳动者提供适当的安全措施,此要求的违反可能导致刑事责任和行政责任,但也同样可能导致侵权责任的承担。在此情形下,侵权责任承担本身就是实施规制的一个工具。通过这样一种机制,所有的规制成本就平均分散于个人,私法就成为公法的工具。但相反的可能性同样存在,例如以规制性规范甚至刑事或行政处罚来吸收私法交易中可能产生的防险成本,此时公法也变为私法的工具。公法规范和私法规范就不可能相互区隔,毋宁说,两者实际上是“相互工具化”。^③

(二) “最小国家”难题——私法规范优位于公法规范?

自从古典政治经济学以来,“最小国家”的观念一直存在,即个人基于自己的偏好能够更好地实现社会福利,故国家原则上不能采取规制进行干预,其是中立的“守夜人”,国家所为的规制往往会僭越私人决定。因此,规制往往是对私人自由的不当干预,私法应作为公法的解释背景和基线从而优位于后者。

但此种论证仅仅陈述了一个众所周知的事实,即所有的法律规范都应当在终极意义上以维护个人自由为正当性基础。但是,首先,个人自由并不能等同于私法规范。完全无条件尊重私人自治的私法是否就妥当地维护了个人自由仍然是一个有待解决的问题。为回应该问题,私法本身也在发生着剧烈变化,对合同自由的限制、责任承担的分散化等莫不体现了这一点,与此同时,自由的含义也由消极自由到积极自由,即从个人免于

① [德]贝克《风险社会》,何博闻译,凤凰出版集团、译林出版社2003年版,第18-20页。

② 宋华琳《迈向理性的风险规制》,[美]布雷耶《打破恶性循环——政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第5页。

③ 对此的具体论述,参见苏永钦《从动态法规范体系的角度看公私法的调和》,《民事立法与公私法的接轨》,中国人民大学出版社2005年版,第75页。

国家干预的自由转向了通过国家获得和实现自由。其次,规制是否就一定是不当的干预?从传统理论角度观察,公私法区分的基础是政治国家和市民社会的对立,其中恰恰蕴含着自由和规制的区分。但是完全的市场竞争所导致的协调难题、集体行动的困境、个人行为的外部效应和人的实际隶属性问题在市民社会内部无法被消解,这使得国家针对社会共同体认为重要的活动开始施加持续集中的控制,导致了规制国的出现。桑斯坦教授认为:(1)规制对于解决集体行动困境和协调难题有时是必要的;(2)私人偏好的形成受到可得机会、信息和社会压力等条件的限制,而规制可以克服不充分的信息或对机会的不公平限制,促进个人偏好形成过程中的自治;(3)私人偏好可能会被集体抱负或慎思明辨的判断所推翻;(4)在社会性规制之中,处在第一序位的是“无隶属”原则,而非自由或私人偏好,后者作为手段无法达到前者时就应当被抛弃。^①规制并非是单纯的寻租或者财富转移,而有助于反映集体抱负、增进经济效益、免受不可逆的损失、减少社会隶属以及改变私人偏好形成过程中的不当限制。

事实上,论证规制的必要性并不否认合同自由和私人秩序等前提,它仅仅是在整体上认可这些前提的基础上予以适当的限制。在这个意义上,私法应当作为公法的解释背景和基线这个观点是含糊的和不明确的,如果它指的仅仅是不应否认私法秩序的前提,那么此观点当然值得赞同;但如果它试图拥有更多的含义,这可能就超越了合理界限。

(三) 规制失灵和私法价值原则——公法规范优位于私法规范?

既然私法不能优位于公法,那么公法优位于私法吗?首先,规制可能存在失灵的现象,其原因可能是在实施方面,但另外一个最为重要的原因在于公法规范本身的失灵。公法规范本身失灵原因多种多样的:^②(1)制定过程受到组织严密的利益集团的影响,从而仅仅是利益集团转移;(2)对问题的错误诊断、拙劣的政策分析或不充分的

信息为依据;(3)对妨碍规制目标实现的障碍不敏感,例如地区差异和社会目标的权衡等;(4)公法规范制定者不理解干预所产生的复杂的体系化效应,包括市场的规避以及意料之外的消极后果;(5)公法规范与规制同一事项的其他制定法协调得不好,降低了问责性和回应性;(6)公法规范因为不断革新的技术以及新的政策和法律而失灵;(7)规范制定者在平衡各种变量的过程中造成了严重的困难,从而以技术官僚或工程决定取代了政治决定。所有这些都极大地增加了公法规范失灵的可能性,而这使得公法并不必然优位于私法。

但上述理由并非最为重要的,因为完全可能得出一个结论,即未失灵的公法规范一般上优位于私法规范。事实上,即使是做出这样一个限缩,此结论也仍然是无法成立的,其最为重要的原因在于私法规范所保护的价值原则应值得尊重。众所周知的是基本权利的第三人间接效力问题,即基本权利具有第三人效力,但基本权利不能直接适用于私人之间,而仅具有间接效力,基本权利的规范功能只能通过民法上的“概括条款”适用而实现,宪法基本权利条款不能在民事判决中被直接引用作为裁判依据。这一立场得到了学说上的大力支持,成为通说观点。可以根据间接效力理论得出,“私法所保护的那些价值原则在宪法价值面前仍然受到极大珍视。这里私法的历史传统显示出其巨大的力量,人们始终深信,私法关系领域是政府行为的禁区。由此法院倾向于认为,由私法体现的那些价值原则为实现个人自由和公共利益做出了重要贡献,从而当这些价值与宪法保护的那些客观的公共价值相冲突时,它们至少应当在一定程度上不受宪法原则的任意摆布。”^③这一论证也同样适用于公法规范和私法规范之间的关系。并且,在制定这些公法规范时,并不能肯定立法者充分考虑到了公法规范对于私法规范的体系效应,而由于立法成本的考量,否定的回答是更为常见的。因此,私法规范不应完全、必然唯公法规范马首是瞻,而应具有独立的价值和意义,也即公法并不优位于私法。

^① [美]桑斯坦《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,李洪雷校,中国人民大学出版社2008年版,第42-80页。

^② [美]桑斯坦《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,李洪雷校,中国人民大学出版社2008年版,第96-110页。

^③ [美]Peter E. Quint《宪法在私法领域的适用:德、美两国比较》,余履雪译,蔡定剑校,《中外法学》2003年第5期。

(四) 公私法规范的接轨汇流

1929年,德国法学家拉德布鲁赫(Radbruch)曾经做出断言“行政法是社会的法律,在将来社会主义的福利国家中,如我们所料,民法可能会完全融合在行政法之中。”^①但拉德布鲁赫的预言至今仍然没有实现,且在可预见的将来也不会实现,公法与私法现在而且在可预见的将来也仍然会并存,所以关键的问题是两者之间的关联究竟如何。私法学者认为,从近代私法到现代私法具有诸多表征,从抽象人格到具体人格、从意思自治到意思自治的限制、从所有权的绝对保护到所有权的限制以及从自己责任转向社会责任等。与之对应,公法学者认为,近代公法向现代公法的转变,其表征就是从最小国家理论转向规制国家理论。如果整体结合,可以认为,公法和私法的现代转向具有整体关联,国家对市民社会的规制促进了近代私法向现代私法的转变,公法的转变促进了私法的转变,而私法转变的诸多表征也不外乎是公法转变的实现方式。“如果说近代私法以极端自由主义作为理论支撑,与其相对的则是以整体主义作为理论支撑的威权国家,两者之间只会存在对抗不可能出现交融。但是当规制国的理论基础从社群主义转向共和主义,而现代私法的理论基础从极端自由主义转向温和的自由主义时,两者的理论共识已然逐渐趋近。”^②

因此,从理念上而言,公私法规范绝无相互区隔的问题,且并无何种规范应当在一般意义上优位的问题,两者应当接轨汇流,从而在整体法秩序下相互配合。尤其是,在超越形式法治而进入实质法治的国家,宪法通过基本权确立的客观价值秩序已经成为包括公法、私法在内的整个法律秩序的基础,公私法规范就更应携手并行,以保护此种客观价值秩序。此时,公法系统和私法系统就并非自洽的封闭系统,两者需要相互支援和相互工具化,以形成一个“乱中有序的动态规范体

系”。^③公法规范和私法规范这两条大河之间本来就有若干小溪沟通,互为源头活水,整个法律水系看似杂乱,实则有序,共同维护着整个法律水文环境。

三、转介条款与司法者评价

如果将上述整体分析结论应用于规制性规范和侵权法的关系这一点上,很容易得出以下结论:规制性规范和侵权法之间应当相互协作,并无在一般意义上的优位与否之问题。但这仅仅是在抽象层面上确定了规制性规范和侵权法之间的关系,两者关系如何在规范文本和司法适用中具体体现和贯彻,仍是一个极为困难的事情。这就会涉及到私法立法者是否有必要在私法之中设置使得规制性规范和侵权法接轨的转轴和管道,而此转轴和管道对于司法者又有何意义。

(一) 转介条款之立法设置

《德国民法典》第823条第2款规定,违反以保护他人为目的的法律的人,富有损害赔偿义务。Wagner教授对此认为“对于出现在其他法领域中的评价而言,第823条第2款是传送带之一。此规定尤其能够将数量上持续增长的公法——例如道路交通法、营业法、劳动保护法以及环境法——上的行为标准延伸至民法中,并能够对违反行为课以私法上的损害赔偿请求权。”^④通说也认为,该条款使得法院能够对违反其他法律所确立的行为标准而造成的损害提供侵权救济,因此连接了侵权法之外法领域的立法价值,转介其他非属于侵权法的法领域,维持侵权法的开放性,从而使得侵权法之外的立法价值和规范对于侵权责任构成发生影响,判例对此点也予以了明确承认。^⑤由此可将部分规制性规范作为附属的侵权法规定,民法典中的侵权法的条文不变,而侵权责任却可根据需要不断进行调整,立法资源得以大大节省,民法规范赔偿责任的负担得以减轻,故被

① [德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第137页。

② 方新军《私法和行政法在解释论上的接轨》,《法学研究》2012年第4期。

③ 这一点最有力的提倡者首推苏永钦教授,他的两篇重要文章《民事立法者的角色》和《从动态法规范体系的角度看公私法的调和》均载《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版。

④ MünchKomm/Wagner, § 823, Rn. 317.

⑤ BGHZ, 122, 1, 8 = NJW 1993, 1580, 1581f.; Staudinger/Hager, § 823, G3; Soergel/Spickhoff, § 823, Rn. 181.

称之为“转介特征”(Umformungscharakter)。^①台湾地区“民法典”第184条第2项的规定类似,学说多认为,此规定的功能在于,将其他领域的规范迁入侵权法,使得侵权行为得与整个法规范体系相连接,且立法者无须重复订定此种行为法条,具有使立法简化、合理化的作用。^②

学说多将这两个规范界定为“转介条款”,其是公私法规范接轨汇流的实现机制之一。当然还可以考虑通过设立特别私法来实现公私法规范的接轨,实际上此种特别私法规范的形式也大量存在,^③此时规制性法律的立法者已经考虑到规制性规范的私法效果,立法者做出特别的私法规范时,已经对公共政策和立法自治的价值冲突做出了评价,而司法者的任务只是循着这样的评价去使用法律。但在所有领域都设立此种特别私法规范实际上做不到。原因很简单,由于规制性规范的立法者自身能力和理性的限制,规制性规范本身已经经常失灵,如果再要求立法者除了考虑规制目的以及进行妥当的政策分析之外,还需要像私法

规范的立法者那样考虑规制性规范的私法效果,那么这个要求几乎无法实现。即使在某些领域中,立法者在花费大量时间的情况下能做到这一点,但规制性规范往往需要与时间赛跑,从而能迅速回应社会存在的规制需求,要求立法者考虑该规范的私法效果就与这种要求背道而驰了。^④

由此,在私法中设立能够让规制性规范的政策考量进入私法的“转介条款”就非常有必要了。通过转介条款,规制性法律的立法者就可将思考的重心放在规制性法律的民主的制定程序、完整的信息收集、妥当的政策分析、合理的社会目标权衡、适应于技术的进步和革新等防范规制性规范本身失灵的这些因素之上。除了某些特别领域之外,公私法规范之间的后续接轨工作就可以由司法者承担,针对不同类型的私法关系与管制的范围、内容、目的与强度去做抽丝剥茧的分析和决定。对于上述特别私法规范和转介条款两种实现公私法接轨的机制,苏永钦教授通过以下图表(表1)进行了对比。

表1 特别私法规范与转介条款比较^⑤

特征接轨机制	与民法典的关联	运作原则	功能承担者	主要功能	主要考虑	常见误区
特别民法	外造	特别优于普通	立法者	创设规制规范 回应民意	政策妥适性	民法典反致特别法
转介条款	内建	概括条款	司法者	管理规范调和 体系矛盾	体系一致性	法官转介特别民事 规定

(二) 司法者评价

在转介条款中,立法者并未做出私法评价,司法者需要独立地做出评价,这里已经蕴含了司法者评价的必要性。如果秉持功能主义的比较方法,美国具有类似功能的制度是“违反制定法义务”(Breach of Statutory Duty),其总体观点是将制定法义务的问题并入到一般的过失侵权法之中。^⑥美国两次《侵权法重述》就如此作为,这样,在判断行为人是否负有注意义务以及何种内容的注意义

务时,考察制定法所规定的行为标准是否应被采纳为理性人的行为标准就非常重要了。

但在两次《侵权法重述》中,关于此问题的具体表述存在一些差异。《侵权法重述》(第一次)第285条规定“理性人的行为标准,得依下列方式确定:(a)被立法机关所制定的法律或者司法判决所确立的行为标准……”。而在《侵权法重述》(第二次)中,第285条规定“理性人的行为标准,得依下列方式决定:(a)立法机关所制定的法律或

^① Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, KG/K? In/Berlin/München, 2002, S. 112.

^② 王泽鉴《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第286页。

^③ 在侵权法领域,这方面的规定例如,《产品质量法》第四章和《消费者权益保护法》中的相关规定,《道路交通安全法》第76条,《注册会计师法》第42条,《环境保护法》第41条,《海洋环境保护法》第42条等。

^④ 参见苏永钦《再论一般侵权行为的类型》,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第329页。

^⑤ 参见苏永钦《合同法§52(5)的适用和误用:再从民法典的角度论转介条款》,2014年3月15日,http://fy.buaa.edu.cn/dis-pnews.php?newsid=902&pntid=95&ntid=96。

^⑥ Markesinis and Deakin, Tort Law, 4th ed., New York: Oxford University Press, 1999, p. 338.

行政机关所颁布的规范中所规定的行为标准……”同时第286条规定“当立法机关的法律或行政机关的规范具有下列全部或部分目的,法院可以采纳(may adopt)为某一案件的理性人的行为标准:……”。最大的变化在于,《侵权法重述》(第二次)第286条增加了“法院可以采纳”制定法所确定的行为标准这个表述,同时第288B条区分了制定法所确定的行为标准被法院所采纳和未被法院所采纳两种情形,这意味着制定法所确定的行为标准可以被法院所采纳也可以被法院不采纳。

事实上,早在1914年,Thayer教授就探讨了刑法和私法损害赔偿请求之间有无可能建立关联。他认为,立法者并未在制定法规定中创设损害赔偿请求,故必须在过失之下考虑制定法违反,违反制定法同时意味着过失的存在,违反制定法就构成了“当然过失”(Negligence per se),且此过失就不可推翻的,法院在此必须遵从立法者的决定,而无自主评价的空间。^①该观点具有很大影响,到了20世纪70年代,大多数的州法院都采纳了当然过失理论。《侵权法重述》(第一次)之表述的基础也在于此,根据第285条,立法机关所制定的法律单独且必然决定行为标准,从而违反一定条件的制定法也就必然构成过失,司法者评价的角色是非常不明显的。

但Morris教授对此进行了重要的改变。在他看来,并非所有的违反制定法的行为都应构成过失,当然过失理论旨在规定立法所确定的刑事标准自动适用,而无司法裁量的余地;更为正确的途径是,容许法院对赔偿请求的适当性进行直接评价,而在某些情形下拒绝当然过失规则的适用,从而改变了立法者和司法者在此事项上中的关系。^②而在判例中,加利福尼亚高等法院在1943年就已涉及到了此种关系,Traynor法官对此阐述道“制定法在民事诉讼中的重要性在于其形成法院在关于此种责任的判决中所采用的行为标准的作用……关于民事标准的决定应仍然保留给法院,立

法机构在警察法或刑法中所形成的标准成为决定民事责任的标准,这仅仅是因为法院接受了此标准。”^③

《侵权法重述》(第二次)的报告人之一和最初的撰稿人Prosser教授认为“最终并不存在任何以下强制,即通过此种强制,单纯的刑事制定法必然导致民事责任,法院拥有产生此种结果的决定权。”^④在此背景之下,《侵权法重述》(第二次)第286条使用了“法院可以采纳”这样的表述,并在第288B条区分了法律或规范“被立法者采纳”和“未被立法者采纳”这两种情形。Prosser教授对第286条解释道“2.本部分通过立法的‘采纳(adoption)’……改变了措辞,以便摆脱以下观点,即法院负有义务采纳制定法确定行为标准。……唯一合理的结论是……当(立法机构)对于民事责任未置一词时,它就从未想过这一点,或者有意不进行规定。唯一合理的理论似乎是这样的,即最终是法院通过接受某标准作为法律的司法规则而自愿促进其在立法中所发现的目的。这在Phoenix Refining Co. v. Powell案件中得到了很好的表述……法院在此引用了Morris的观点……”^⑤

(三) 转介条款中的司法者评价

据此,在规制性规范和侵权法的整体关系中,进而公私法的整体关系中,司法者的评价作用始终存在,而恰恰是司法者评价的必要性使得转介条款不同于引致条款(Verweisungsnorm)。所谓引致条款,是指此条款无独立的规范内涵,只是单纯引致某一规范供法官适用,把私法或者其他法律中已规定了私法效果的条文重复作一次总括规定。引致条款的目的虽然在于实现私法和公法的外部接轨,但其遵循的仍然是私法和公法两分的思路,如果只是单纯的引致,司法者基本上没有解释的余地。但如果情形应当如此,则此引致条款实际上可有可无,苏永钦教授对此阐述道“久而久之,会让一般人以为,只要无法引致任何特别规定,就不能改变私法关系原来的运作,实无异课与

① Thayer, Public Wrong and Private Action, 27 Harvard L. Rev. (1914).

② Morris, Relation of Criminal Statutes to Tort Liability, 46 Harvard L. Rev. (1933). Ibid, pp. 453, 477.

③ Clinkscales v. Carver, 22 Cal. 2d 71, 76f., 136 P. 2d. 777, 782 (1943).

④ Prosser, Handbook of the Law of Torts, Minnesota: West Publishing Co., 1941, p. 273f.

⑤ Restatement of the Law, Second, Torts, Tentative Draft No. 4, The American Law Institute, 1959, p. 34f.

立法者无法承担的全权调和功能,这可说是许多教科书诠释各转介条款共同的最大误区。”^①

可以看出,转介条款是立法者对司法者的“概括授权”,立法者授权司法者超越各规制性规范之立法者意图而作独立的价值判断和评价,得以使得公私法规范之间协调配合,因此转介条款是一项具有对法官授权性质需要进行价值填补的概括条款,由此实现社会价值的统合、减少法秩序内部的冲突。在特别的私法规范已经明确由立法者规定的情形下,立法者已经做出了评价,司法者只是在此评价的基础上适用法律,但“转介条款却只是概括的转介某个社会伦理或公法规定,对于它在私法领域的具体适用,如何与私法自治的价值适度调和,都还未作成决定,司法者站在公私法汇流的闸口,正要替代立法者去做决定:让公法规范以何种方式,以多大的流量,注入私法。”^②由此看来,转介条款的适用绝非像引致条款的适用那样简单,而是极其复杂,需要由司法者通过自己的评价构建出一套精致的控制标准。因此,私法规范中的转介条款虽然可以被认为是私法中的“特洛伊木马”,但其目的绝非是导致公法对私法的“屠城”,而是公法和私法的接轨汇流。

四、结 论

在风险社会语境下,公法规范与私法规范之间不可能相互区隔,且并无何种规范应当在一般意义上优位的问题,两者实际上是“相互工具化”,从而应当接轨汇流,在整体法秩序下相互配合。公法规范和私法规范互为源头活水,使得整个法律水系井然有序。规制性规范和侵权法之间的关

系不外乎是上述这种关系的有机组成部分。但上述关系如何在规范文本和司法适用中具体体现和贯彻,仍是一个极为困难的事情,这就会涉及到转介条款在私法中的设置。在我国,最为引人瞩目的转介条款是《合同法》第52条第5项,而在侵权法领域中尚缺少类似的一般意义上的转介条款。^③虽然不能由此据此认为,在我国的侵权法领域中,规制性规范无法在一般意义上对侵权法发生影响。但如果在侵权法领域中,立法者有意识地设立此种转介条款,规制性规范和侵权法之间的互动自可更为畅通无阻,立法成本得以减少,规制目的有更大的可能得以实现,侵权法体系本身也更易于取得平衡。

需要注意的是,转介条款的功能绝非引致,司法者有必要在侵权法领域中做出自己的独立评价,故转介条款实际上是对司法者的概括授权,这里已经蕴含了对立法者和司法者之合理关系的理解。因此,规制性规范应对于侵权法发生影响,但此种影响的最终实现与否取决于司法者通过转介条款的概括授权而做出的合理考量。此结论的一个应用就是公法责任和私法责任两者之间的关系。一个行为既可能违反了公共秩序,同时也可能会导致他人损失。但因该行为违反公共秩序而对行为人课予行政或刑事处罚,并不会影响到行为人对私法责任的承担,因为公法责任和私法责任的目的是根本不同的。换言之,对行为人课予公法责任既不会自动排除,也不会自动课予行为人对私法责任的承担,这其中的合理考量便是司法者的自主评价空间。□

(责任编辑:石洪斌)

^① 苏永钦《合同法§52(5)的适用和误用:再从民法典的角度论转介条款》2014年3月15日,http://fxy.buaa.edu.cn/disnews.php?newsid=902&pntid=95&ntid=96。

^② 苏永钦《再论一般侵权行为的类型》,载《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第331页。

^③ 在特殊的侵权责任领域,似乎存在这样的转介条款,如《侵权责任法》第58条第1项规定,具有“违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定”的情形,则推定医疗机构有过错。