

“平等主体关系说”的弃与留

——未来《民法典》调整对象条款之抉择

蔡立东

(吉林大学 法学院, 吉林长春 130013)

摘要:《民法通则》采纳“平等主体关系说”厘定民法的调整对象,混淆了事实与规范,将本是规范状态的平等视为调整对象事实层面的规定性,不仅存在因果倒置的逻辑错误,淡化民法对平等的追求,而且不能完成对民法调整对象的界定,并蜕变为法院逃避裁判责任的规范基础。“平等主体关系说”之所以成为《民法通则》的现实选择,渊源于彰显民法独立性的历史需要。事易时移,我国未来《民法典》关于调整对象条款的抉择应向区分公、私法的逻辑回归,采取确立其他法部门调整对象之负面清单的立法模式,《民法典》不再设置调整对象条款,或对调整对象作空洞化处理,从中抽离平等主体等实质内涵,落实民法的本位法地位。

关键词:民法调整对象;平等主体;事实与规范;负面清单

中图分类号: D913 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2015)02-0013-07

以调整对象为界定法律部门的主要参数是中国法学厘定部门法定义的基本定式。^①在计划经济思维支配下形成的法律体系中,任何独立的法律部门,都必须有自己先在的调整对象,民法亦概莫能外。民法的调整对象就是民法规范所调整的社会关系。^②《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。^③该条通过厘定民法的调整对象,奠定了民法的独立法律部门地位,也构成了诠释民法定义的基本遵循。全国人大常委会2002年公布的《中华人民共和国民法典(草案)》第2条与《民法通则》的上述规定基本一致,只是将其中的“公民”替换为“自然人”。可见,民事法律及法律草案均将平等主体作为界定民法调整对象的当然参数。权威教科书则将民法的调整对象解读为:平等主体之间的财产关系和人身关系。^④相关法律规定及其学理解析的要义在于民法的调整对象就是平等主体间的社会关系,民事案件只能是发生在平等主体之间的纠纷。这构成了关于民法调整对象和民法定义的“平等主体关系说”,据此,平等主体与民法的调整对象紧密勾连,具有共生关系。

当《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》吹响向民法典再出发的号角之时,我们

收稿日期: 2015-02-06

基金项目: 本文系2014年度国家社会科学基金项目《中国法人制度构造的私法逻辑研究》(14BFX073)和国家法治与法学理论研究项目重点课题《团体法制的中国模式》(12SFB1004)的阶段性成果之一。

作者简介: 蔡立东(1969-),男,吉林长春人,法学博士,吉林大学法学院教授、长春理工大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:民法学。

①参见张文显主编《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2011年版,第82页。

②参见王利明(项目负责人):《中国民法典学者建议稿及立法理由:总则编》,法律出版社2005年版,第10页。

③《合同法》第2条规定“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”这一规定可以视为对《民法通则》第2条的重申。

④佟柔主编《中国民法学·民法总则》,人民法院出版社2008年版,第8页。与此形成对照的是,域外民法教科书多从公、私法划分的角度讨论民法的性质,而不阐明民法的调整对象。具体可参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版。

不仅需要民法典精神气质、结构安排等宏大问题作出决断,也需要对民法调整对象等既虚又实的问题作出具体的抉择,或许细节更能决定成败。中国民法理论界和实务界已经开始关注、未来《民法典》立法也无法回避民法调整对象这个“愁死人”^①的问题,本文拟结合具体的法律实践以及我国经济、社会的转型,对《民法通则》在这一问题上的选择进行再反思,并在此基础上,以《民法典》立法为背景,重申并细化相应的立法建议。^②

一、“平等主体关系说”的问题化:事实与规范

逻辑上,相对于民法,其调整对象及其特征一定是先存在的,属于事实层面的问题,正是有了调整对象才产生了民法调整的需求。也即民法的调整对象应该是先于民法存在的社会关系,而不是因法律调整而发生的法律关系,其特征应与民法的调整无涉。

将平等主体作为民法调整对象的特征,则意味着在事实层面来把握平等主体与民法的关系。依据“平等主体关系说”,民法只能调整存在于平等主体之间的社会关系,或者说只有发生于平等主体之间的社会关系才归属于民法调整。这里预设的前提是:民法产生之前,就存在平等主体之间的社会关系等待民法去调整,这类关系中的主体平等因素是先于法律调整的。也即把“平等主体”作为民法调整对象的规定性,则意味着承认在事实层面主体之间存在着平等关系,且该种社会关系由民法调整。存在主体不平等因素的社会关系民法均不能调整,由此引发的纠纷,法院也不能作为民事案件受理。果真如此,社会生活中不存在平等的主体或者不存在发生于平等主体间的社会关系,民法就将失去自己的调整对象而悬置或空转。

来自对经验事实的观察却提示我们,民事主体之间存在显而易见的差别。自然人之间,不仅性别、种族、信仰之分昭然若揭,年龄、智力、体力之别亦毋庸置疑。法人之间,经济规模、营业范围和市场地位等方面的差异也不言自明。至于自然人与法人之间,更是存在无法通约的巨大差别。基于对经验事实的尊重,科恩掷地有声地强调,首先我要指出任何企图证明人皆平等的努力,都是应该否定的,要证明人皆平等是不可能的。在许多重要方面,人显然是不平等的,我们也不会希望他们在这些方面平等,任何一个有头脑的人也不会主张他们应该如此。^③

如果我们对于经验事实的观察不存在根本性错误,如果实在法及其的共享理解真正规范着我们的行为,符合逻辑的结论就应该是:我们寄予重托的民法体系极有可能因为没有调整对象而被悬置,我们为之皓首穷经的民法学也绝对无法成为“用得上”的学问。但民法运行的实践却与我们的推论出现了巨大的反差,民法规则调整着广泛的生活场域,而丝毫没有空转的风险。^④这表明,首先,无论是法律规定,还是学理阐释,都与法律的实际运行状况存在着巨大的距离。其次,法律规定及其符合逻辑的学理阐释并未实际地规范着人们的思想和行为。逻辑和现实的巨大鸿沟提示我们,“平等主体关系说”是需要问题化的。

现代社会科学的基本共识是:事实与规范不能通约。“平等主体”在同一法律体系中,不能同时既是事实层面的规定性,又是规范意义上的应然状态。“平等主体关系说”之问题的认识论根源在于:混淆了社会关系的事实状态与法律的规范状态,把本属于法律规范状态的平等瞒天过海地置换为调整对象事实层面的规定性。

二、“平等主体关系说”的要害:主体平等为民法的规范取向

平等之于民法固然重要,重要到不可或缺,但这绝不等于把主体平等当做事实层面的问题,作为界

^①徐国栋《论民事屈从关系》,载《中国法学》2011年第5期。

^②本人曾与张临伟法官于2005年提出了这一问题,并进行了初步的分析。参见蔡立东、张临伟《“平等主体关系说”评判》,载《南京大学法律评论》2005年秋季号。

^③[美]卡尔·科恩《民主概论》,聂崇信、朱秀贤译,商务印书馆(香港)有限公司1989年版,第273页。

^④仅2014年1-6月人民法院就受理一审民事案件4206050件。参见最高人民法院发布的《2014年1-6月人民法院审理一审案件情况》,http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-6599.html。最后浏览日期:2015年1月25日。

定民法调整对象的标准,更不等于将“平等主体关系说”视为必须遵奉的教条。也就是说,问题的要害在于:如何理解民法与平等主体之间的关系。正如平等对待人和试图使他们平等断然有别一样,将主体间的平等理解为事实问题、视其为民法调整的前提,与将其理解为法律的规范状态、视其为民法调整社会关系的法律原则,也会形成强烈的反差。法学比较是一种探讨人们如何确立平等性的学问,其首务反不是研究什么是平等的。^①包括《民法通则》在内的各国(地区)民法的公共选择是:强调民事主体的法律地位(权利能力)平等,^②将平等作为调整社会关系的原则,旨在使民事主体在法律世界中获得平等对待。

(一) 主体平等是民法追求的规范状态

首先,以主体法律地位平等为原则,民法使本不平等的人在民法的世界里获得平等对待。任何人皆享有相同的私法上的权利和义务乃是近代私法把握人方面的首要的最大的特色。^③民法的特色首先在于承认所有的主体具有完全平等的法律“人格”。正是由于民法的调整,其间存在巨大差别的自然人、法人等民事主体,才从身份因素、权力因素中解放出来,在民法的世界里得到了平等对待,获得了“一个孤立的、褪掉个人历史特性和历史条件的个人,一个绝对的法定的我的图像。”^④在平等原则之下,没有人生来就是买者或卖者(可能有天生的商店经营者),男人们和女人们担当着买者、卖者、商人或中介的角色,他们进入或放弃这些角色就像他们可以穿上和脱下衣服一样;^⑤也是由于民法的调整,身份、权力等影响自由意志的因素才得以从民事主体制度剥离,不再具有影响法律行为效力的法律意义。也就是说,在民法的世界里,经过民法的调整,在民事主体之间生成平等性的法律关系。在这种法律关系中,主体的法律地位平等,于是主体的意思,而不是身份、权力、实力等其他因素成为确定主体间权利、义务的主要依据。由此民法通过“法律人格”的概念打造了一个“人格世界”,它与“现实世界”是异质的,是两个完全不同的世界。现实中“事实上的不平等”只存在于“现实世界”,并不存在于“法律人格”的世界。^⑥

其次,主体基于平等法律地位表达之意思才能获得民法的确认和保护。现代社会,主体角色多元,只有以平等的地位,而不是借助身份、权力、实力等具体人格参与民事活动,其意思才能成为确定法律行为、法律关系内容的支配性因素,进而决定主体间的权利、义务关系,由此各自的意志才能获得法律上的实现。民法确认并保护主体间以平等为前提的自愿交易的法律效力,尽管这种交易可能产生不利于一方的结果,而以身份、权力为基础的权钱交易,由于其间充满着制度性不平等因素,虽然交易双方你情我愿,但其效力却无法得到民法的确认和保护。

再次,以主体法律地位平等为基石的调整机制构成了民法的基本特征。民法的特征就是民法区别于其最相近法部门的规定性,以劳动法为参照,通过提炼民法与劳动法的区别,是凸现民法特征的最佳路径。对此,拉德布鲁赫给出了经典的概括:民法只认识“人”(Person),即双方自由决定而缔结契约的平等主体;不认识相对于企业主力量弱小的劳动者。对于劳动者的结社它一无所知……对于大的职业联合会它也一无所知……对企业的联合一致同样一无所知……。劳动法的本质就在于它对生活的无限接近。它不像抽象的民法一样仅仅看到“人”,而且看到了企业、劳动者、雇员;不仅仅看到了单个的人,而且看到了工人联合会和工厂,不仅仅看到了自由的契约,而且看到了严重的经济上的权力斗争,这种权力斗争才是所谓的自由契约的背景。^⑦也就是说,民法以平等为原则调整其所面对的社会关系,无视主体在事实层面的差别。经由平等原则,主体的具体人格不再具有法律意义。而劳动法则正面承认企业与劳动者之间在经济、社会等方面的不平等,并通过识别出其各自的具体人格,借助反向矫正的法律

①[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第39页。

②参见我国《民法通则》第3条、《合同法》第3条、《物权法》第3条、我国台湾地区“民法”第6条、《瑞士民法典》第11条、《德国民法典》第1条、《法国民法典》第8条。

③[日]星野英一《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第10页。

④[德]罗尔夫·克尼佩尔《法律与历史》,朱岩译,法律出版社2003年版,第75页。

⑤Lawrence M. Friedman, *American Law in the 20th Century*, Yale University Press, 2002, p. 381.

⑥王森波《一个“常识性”问题的法学难题:对“平等主体”的再思考》,载《湖北社会科学》2014年第8期。

⑦[德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第119-120页。

机制,试图缓和或消除基于事实上的这些不平等产生出的不正当结果。在劳动法的世界里,主体具体人格的法律意义开始显现,其各自的身份,而不仅仅是意思,成为配置权利、义务的基本判准。

最后,主体法律地位平等铸成了民法调整机制的社会效果及其异变。只有主体之间事实上存在某种均势,他们贯彻意思的能力大体相同,才能期待各方都能在自由博弈中实现自己的意志。主体法律地位平等所捍卫的意思自治才能够自然而然地保证主体所为给付的合理与平衡,形成与公正、效益通约的“预定调和”效果,即主体之间基于事实上的大致平等和交易地位的经常互换,存在着一种平等协商、相互让步的机制,任何一方如果在博弈中不能获得自己所认为的“平衡”的条件,即可停止协商,另寻相对方。^①正是这种“预定调和”的逻辑铸就了近代民法产生之初良好的社会效果。但主体之间事实层面的严重不平等一旦成为现实,协商与让步就将被排除,所谓的意思自治必然沦为支配者单方面意志的表达,“预定调和”的逻辑也将难以维系,主体之间自由博弈必然的结果就将是严重的利益失衡。20世纪,产业工人这一崭新的社会阶层正在崛起,同其他居民阶层相比,产业工人的情况具有明显的特殊性。他们没有自己的土地或其他财产,因而必须依靠从事雇佣劳动才能维持自己的生计。^②这诱发了深刻的不平等问题:不平等不仅存在于自然人的贫富之间,而且存在于势单力薄的消费者、劳动者等个人与实力雄厚的工商业组织之间。所谓的意思自治,由此异化为一方当事人强迫另一方接受苛刻条件的权力,主体自法律地位平等原则的获得自由,实质上几乎总是作为经营者欺凌消费者、雇主解雇劳动者的自由而发挥作用的。罔顾主体间事实上的力量悬殊,抽象地赋予其平等的法律地位已然导致了严重的社会不公正,诱发剧烈的社会动荡。

(二) 民法尊奉主体法律地位平等原则的正当性

首先,主体法律地位平等是意思自治理念的内在诉求。保障意思自治就是保障主体得依其意思形成其私法上权利义务关系,成为与自己有关的私法关系的立法者。服务于市民社会和市场经济的民法必然以意思自治为理念和制度中枢,近现代民法均通过确认意思自治体现对国家市民社会独立性和市场经济基础地位的政治承诺,其制度设计均以体现意思自治之内在诉求为圭臬,围绕保障主体的意思自治展开。由此正是意思自治使民法的制度安排获得了意义统一性,并得以内在体系化。回应意思自治之诉求,民法必然以主体法律地位平等原则落实抽象的人格平等。只有否决具体人格的法律意义,无视自然人之间的种种差别、无视法人在类型、规模、所有制归属等方面的分殊,主体完全依凭抽象的平等人格参与民事活动,其意思才能取代身份、权力、实力,成为决定权利、义务配置的根本要素。正是主体平等法律人格的获得,才成就了“从身份到契约”的法律进步运动。

其次,主体法律地位平等具有伦理上的正当性。没有理性的东西只具有一种相对的价值,只能作为手段,因此叫做物;而有理性的生灵叫做“人”,因为人依其本质即为目的本身,而不能仅仅作为手段来使用。^③每个人身上都有一种因素,或者一个方面,或者一种主要的特性,是可以证明在人类生活最广大的领域中,人人互相平等相待是合理的。^④使他在他那个领域内占有一席之地的,就是因为他有人的尊严,那是他存在的内在属性。时人所说的“必须尊重每个人的尊严”,正好表达了这种思想。此处所说的尊严,不包括内心的自尊或外部的举止,而是每个人内在的价值,与他的智力、技艺、才能、等级、财产、信仰无关。肯定人人平等这一原则的,一般都承认人人都拥有这一意义上的尊严。^⑤所以法的命令是“成为一个人,并尊敬他人为人。”^⑥这一切在《奥地利民法典》第16条那里获得了集中的体现,任何人生来就因理性而获有明确的天赋权利,故得作为(法的)人格而被看待。

(三) “平等主体关系说”的逻辑与现实困境

坚持“平等主体关系说”将主体规范意义上的平等视为已然存在的事实,民法就无法回避以下逻辑

①参见梁慧星《从近代民法到现代民法》,载《中外法学》1997年第2期。

②参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第67页。

③参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第46页。

④参见[美]卡尔·科恩《民主概论》,聂崇信、朱秀贤译,商务印书馆(香港)有限公司1989年版,第274页。

⑤参见[美]卡尔·科恩《民主概论》,聂崇信、朱秀贤译,商务印书馆(香港)有限公司1989年版,第275页。

⑥[德]黑格尔《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第46页。

辑及现实困境。

第一,“平等主体关系说”存在因果倒置的逻辑谬误。近现代民法以主体平等作为法律原则,其问题意识正是此前的时代并非所有人皆得到法律的平等对待。18世纪以前的欧洲社会可以说是一个身份制社会,人的私法地位是依其性别、其所属的身份、职业团体、宗教的共同体等不同而有差异的;作为其一个侧面,一个人若是不属于一定身份便无法取得财产特别是像土地那样的财产权利的情形是普遍存在的。^①《人权宣言》所宣称的“人们生来并且始终是自由的,在权利上是平等的;社会差别只可以基于共同的利益平等”,只能是法律追求的应然规范状态,而决不是已成现实的事实状态。主体法律地位平等是民法的追求,是经由民法调整之后得以生成的状态。也即民法调整之后,民事主体间才能产生平等性社会关系。“平等主体关系说”以平等主体为参数厘定民法的调整对象,显然是不分因果,甚至是以果为因,颠倒了主体间关系演变的逻辑顺序。

第二,“平等主体关系说”势必淡化民法对平等的强调和追求。法律不是针对善,而是针对恶来制定的。一项法律越是在它的接受者那里以恶行为前提,那么它本身就会越好。^②如果法律把主体平等视为事实问题,承认民法调整之前,主体地位已经平等,民法将主体法律地位平等上升为法律原则、作为一种规范状态加以追求的必要就将被取消。换句话说,我们无法理解和接受下面的状态并存:民法调整以前主体事实上已经平等,法律又以平等原则对其加以调整。也就是承认主体平等的事实,就没有理由再高扬追求平等的旗帜。果如此,主体间种种事实上的不平等对意思自治的侵蚀将被视为不存在,也就不再成为民法的问题,人们对不平等因素影响主体间权利义务关系的警惕也将被麻痹,意思自治及其诱致的良性社会效果也将消弭于无形。

第三,“平等主体关系说”极易被举例证伪。一方面,我国与其他国家和地区互相承认学历、学位的协定等真正平等主体间的社会关系,毫无疑问不属于民法调整,而只能由公法规范。另一方面,亲权关系等主体间无论在事实层面还是规范层面均无平等性的社会关系,则毫无争议地归属民法调整,在民法的调整对象之列。^③来自两方面的大量反例昭示我们,“平等主体关系说”关于民法调整对象的厘定都只能是历史的产物,也是一个不得已的下策。

第四,“平等主体关系说”诱发了严重的实践后果。司法实践中,民事主体间许多本应由法院作为民事案件受理的纠纷频频遭遇“平等门”,被法院以不是发生于平等主体之间的纠纷为由,拒之门外,这些纠纷又不属于行政案件的收案范围,结果是当事人的民事权利得不到有效的救济。实践中,由于主体间事实上的种种差别,如果任意转换角度,总能发现不平等的因素,“平等主体”这一判准成为法院拒绝说理的挡箭牌,民事案件受案范围完全沦为不受节制的司法飞地,这往往会掩盖真正问题,而使得功能法上适当权限划分的问题转而取决于法官的恣意。在对“平等主体”的解释上,从表面上我们完全看不到司法自制的美德,“平等主体关系说”蜕变为法院逃避捍卫私人权利责任之鸵鸟政策的规范基础。

三、“平等主体关系说”的出场:彰显民法独立性的现实需要

《民法通则》采纳“平等主体关系说”厘定民法的调整对象,有其历史必然性。建国以来,我国一直实行计划经济体制,是否需要制定民法始终是一个问题。^④《民法通则》制定之时,存在以“平等主体关系说”彰显民法独立性的现实需要。当时正值中国经济由计划经济向有计划的商品经济过渡之时,计划和市场的各自疆域远未得到正确厘定,关于经济体制的抉择更是没有定论,当此之时也正是中国法学界民法与经济法调整对象之争达到高峰之时。由于论战的成败几乎关系到一个法部门、一个学科的生死存亡,至少要影响该法部门、该学科适用范围,几乎所有著名的民法、经济法学者都被裹挟其中。民法能否作为一个独立的法部门存在、调整何种范围的生活场域也是《民法通则》必须回答的问题,这是近

^①参见[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年,第12页。

^②参见[德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第105页。

^③参见徐国栋《论民事屈从关系》,载《中国法学》2011年第5期。

^④《民法通则》出台前,我国曾在1954—1956年、1962—1964年、1979—1982年三次起草民法典,但均因需求不足而告失败。

代以降西方国家制定民法典之时,不曾遇到、甚至不会考虑的。在中国,对这一问题的回答成功与否,直接决定着民法的命运。《民法通则》的制定者承担着证成和捍卫民法独立性(也就是市场经济和市民社会独立性)的历史使命,必须用一个可区别于其他法部门的标准将人们的经济和家庭生活场域从国家权力的笼罩中解放出来,给市场开拓更大的作用空间。受前苏联法学的影响,当时公、私法的划分在中国又属于理论禁区,立法不可能从公、私法二分的角度界定民法的调整对象。^①于是,便只能以瞒天过海的方式搁置问题、摆脱羁绊,^②藉“平等主体关系说”支撑了民法的独立地位。在立法者看来,民法应调整平等主体之间的横向经济关系,包括买卖、租赁、运输等各种经济合同关系。用通俗的话说,称为横向的经济关系……在横向的经济关系中,当事人的法律地位是平等的。^③通过强调“民法主要调整平等主体之间的财产关系,即横向关系、经济关系”,^④该说使民法超越了亲属关系法,提供了市民生活的基本规则,实现了民法内部的统一,从法律思想方面承认了中国民法社会的存在,^⑤为中国经济的市场化改革和人的独立性提供了最为基础、也最为有效的法律保障。

“平等主体关系说”也暗合了中国民事立法的立法目的。中国民事立法无论是保障公民、法人的合法民事权益,还是正确调整民事关系,都以适应社会主义现代化建设事业发展的需要为前提。基于发展对于当代中国的极端重要性,不能因保护民事权益而阻碍社会主义现代化事业,国家保留着可以随时重新厘定市民社会独立性之边界的权力。而民法关于调整对象的规定则一方面为这种国家权力的实现提供了实现机制,另一方面又为私人自治厘定了相对确定的作用空间。

综上,“平等主体关系说”通过借用民法法律原则的方式彰显民法区别于其他部门法的独立性,虽然以今天的时势观之,已无实际的意义,甚至会造成相当的混乱,但在当时却有堪比“明修栈道、暗度陈仓”之妙,是一个富有智慧的选择,有着不可低估的、相对的历史进步性。

四、“平等主体关系说”的退场:我国未来《民法典》的抉择

制定民法典是国家对市场和社会独立性的庄重承诺。前述分析表明,“平等主体关系说”试图以平等为标准划定民法的调整对象、并进而界定民法的定义确属不智之举。基于对民法本位法地位的肯认,大陆法系国家的民法典一般不通过定义的方式明确民法的调整对象及概念,少数国家的民法典虽有民法定义,但均从私法角度立论。如1811年《奥地利民法典》第1条规定:民法为规定人民私的权利义务之法典。1917年《巴西民法典》第1条规定:本法典为规定私的权利义务,即人、物及其关系之法典。学理上亦从私法角度立论阐释民法的调整对象和定义,强调广义的民法指私法全体而言,狭义的民法指除去商法及其他特别私法之部分私法,又称一般私法。

与市场经济国家将私法视为本位的法律、先界定公法调整的负面清单、将公法调整之外的生活场域悉保留由私法规范的立法与学说迥然有别。实行计划经济体制的国家虽然为维护权力在形成社会秩序过程中的主导地位,民法典有从正面框定民法的调整对象的传统。即便如此,除我国外,也未见将平等主体作为界定民法调整对象参数的立法例。如苏俄民法典规定:民法调整财产关系以及与财产关系有关的人身非财产关系。原东德民法典规定:民法调整公民与企业间以及公民相互之间为满足物质和文化需要所形成的关系。

当今,社会主义市场经济体制已经是中国经济和社会转型的既定选择,市场在资源配置上的决定性

①前苏联法学不承认公法和私法的区分,把民法也当作公法。民法和公法都是阶级斗争的产物,因此民事权利不是私权,本质也是公法上的权利。因为这一点,民事权利始终在中国不能得到法律的充分承认和保护,民事权利的享有和行使,都必须绝对服从公共利益。参见孙宪忠《中国近现代继受西方民法的效果评述》,载《中国法学》2006年第3期。

②当时,“平等主体”之于民法的真正意义及其内在意涵并未被充分地挖掘和展开。从某种意义上说,针对“平等主体”问题的疑问并不是被解决了,而是被搁置了。参见王森波《一个“常识性”问题的法学难题:对“平等主体”的再思考》,载《湖北社会科学》2014年第8期。

③参见顾昂然《新中国民事法律概述》,法律出版社2000年版,第13页。

④王汉斌《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明——1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1986年第4期。

⑤参见孙宪忠《中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴》,载《中国社会科学》2008年第2期。

作用已经得到认可并逐步落实。相应地,民法与经济法调整对象之争也早已成为尘封的历史,民法的独立性不再成为问题。关于民法调整对象的探索必须向公、私法划分的维度回归。在现代法律体系中,应确立公法调整对象的负面清单模式,真正需要明确的是公法的调整对象,而私法则为本位的法律和补缺省的法律,举凡没有明确为公法调整对象的社会关系,当然由民法规范。由此通过立法明确民法的调整对象,以彰显民法独立性的必要已不复存在,“平等主体关系说”退出历史舞台的条件和时机已经成熟。

尽管学界对公、私法的划分给予了充分的关注,并形成了各种富有启迪的学说,但迄今并无任何方法能够完全厘清公法与私法的界限,倒不如反过来观察,凡是允许自由决定的法律为主的是私法,决定时需受法律授权拘束的(*gebundene Entscheidung*)法律是公法。^①这意味着划定公、私法疆域的规范作用十分有限,着眼于法律适用的实际意义,通过描述公、私法的特征区分何者为公法、何者为私法则更具实效,《民法通则》在解决民法独立性问题上的成功经验就是明证。在实证法的体系内,公、私法的划分不是形式逻辑的问题,而属于实质逻辑的问题,其具体划分取决于国家对于整合社会关系、形成秩序的方法、机制的选择,即对于何种社会关系适合于通过民法以法律行为式的调整方法调整的认知和确定。相应于不同的政治、经济体制,关于公、私法调整对象的界分也将迥然不同。

最后,由于民法调整范围极其广泛,及于人们经济生活和社会生活的全部,调整对象之间又存在无法通约的分殊,立法无法通过确定形式化的标准来完成民法调整对象的最终划定。因此,随着国家权力在经济和社会生活中的逐渐淡出,对于我国未来《民法典》而言,以“平等主体关系说”厘定调整对象实为立法选择的下策,因此必须被排除在《民法典》立法的选项之外。以此为前提,上策是打破部门法对调整对象的先期忠诚,采取确立其他法部门调整对象之负面清单的立法模式,《民法典》不再设置调整对象条款,敞开民法的作用空间,落实民法的本位法地位;中策则是对民法调整对象作空洞化处理,从中抽离平等主体等实质内涵,《民法典》仅规定“中华人民共和国民法调整自然人之间、法人之间、自然人和法人之间的财产关系和人身关系”。^②

Subject: The Theory of Equal Subject Relations: Its Abandonment and Persistence

Author & unit: CAI Lidong(Law school , Jilin University , Changchun Jilin 130012 ,China)

Abstract: The theory of equal subject relations confuses the subject status stated in fact and in norm. It would be considered that causal inverted logic errors are created ,the quest for equality of civil law can not be reached ,and it is used as normative basis by the court to evade responsibility. The theory of equal subject relations has become the “Civil Law” realistic choice ,which originated from the need to highlight the history of the independence of the civil law. Our “Civil Code” in the future must make decisions on the adjustment of the objects ,which should be based on distinguishing public and private law ,and establishing a negative inventory of adjustment provinces of other legislations. “Civil Code” ought to exclude terms of objects ,or hollowing the object of Civil Law issues by abstracting out of the substance of equality of subject ,resulting in the implementation the major status of the civil law.

Key words: Civil Law object; equal subject; facts and norms; negative list

[责任编辑: 吴 岩]

^①参见黄立《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第11-12页。

^②在民法调整对象的问题上,梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》第2条采本文建议的中策“本法调整自然人、法人和非法人团体之间的人身关系和财产关系。”但其在条文说明仍强调“民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律”。该建议稿关于调整对象的表述中删去“平等”一语的理由是民法同时有关于平等原则的规定,“平等”应是民事主体的“题中应有之义”。可见,这一建议稿关于民法调整对象的立场与“平等主体关系说”形异实同,只有表述上的差别,没有思想上的不同,本文关于“平等主体关系说”的批评对其仍然有效。参见梁慧星(课题组负责人):《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社2013年版,第7-8页。当然关于民法调整对象的表述还取决于未来《民法典》主体制度是选择二元说即仅承认自然人、法人两种主体,还是三元说即不仅承认自然人、法人,还认可其他组织的主体地位。对于主体制度,本文作者持二元说的立场。