

民法与国家关系的再造

许 可*

摘要:中国民法典面临着外在体系、内在体系和社会基础的三重挑战,其应对有赖于民法与国家关系的再造,需要重新找回国家。民法在与国家关系的变迁中经历了从自治性民法向“中立性民法”的转变。这一新的民法范式为国家提供了内设、引致、转介、变形等进入民法典的多条通道,同时又凭借其形式理性对国家的进入予以审视、评估和接纳,从而在保持自身体系的同时容纳多元的价值和多层次的规则,调和私法自治与国家管制的张力,汇通世界民法的普遍智识与中国的独特经验,最终化解中国民法典的理论障碍。就后者而言,民法接纳国家的方式,在我国以特有的民事政策的司法适用为典型。鉴于现行司法实践存在的缺憾,我们可以参酌民事政策的层级、对象、领域、强度以及目的和实际后对立法的“开放漏洞”和“隐藏漏洞”进行填补。

关键词:国家 中立性民法 自治性民法 民事政策

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2015.01.014

一、问题的提出

在婚姻法、继承法、收养法、合同法、物权法、侵权责任法、涉外民事关系法律适用法业已出台、人格权法正在酝酿的当下,我国民法学人实现制定一部中华人民共和国民法典的夙愿似乎指日可待。然而,这种“分编审议、分编通过”的民法典编纂方式,却引发“中国民法典并非越来越近,而可能是越来越远”的忧虑。^①这绝非杞人忧天。民法典从来就不是简单的法律汇编,而是外在体系与内在体系的统合——前者表征逻辑,后者揭橥价值,更重要的是,它还始终受制于其所附着的社会基础。^②遗憾的是,学界既有论争多集中于民法典的体例结构,而对调整特定部门或特定功能领域的特别民法关注甚少。实际上,现代私法“真正重要的发展体现为特别民法”,而且补充型特别民法、政策型特别民法、行政型特别民法已在某种意义上迫使民法典沦为“剩余法”,包罗万象的民法典外在体系已不复存在。^③不止如此,当代国家介入社会生活的范围之宽广、方式之多样、手段之复杂均非近代民法所能想象,当国家干预从强制、半强制到“遁入私法”不遗余力时,坚守私法自治内在体系的民法将不得不小心调适,需要在既坚持自治时又与管制规范协调并进。^④“中国的”民法典固然要继受世界民法学普适性知识遗产,但只有扎根于中国现实,认真对待和反思中国经验,方能真正回应社会基础的变迁和市场经济发展的需求。因此,法律界既要正视国有经济尚占主导地位、宏观调控日趋精密、行政力量依然强大的宏观背景,又要从中国成功之道的关键要素——“国家之手”的重新定位和积极作用^⑤——中汲取养分,最终才有可能构建出富有本土特色与原创性的中国民法典。

* 对外经济贸易大学法学院博士研究生

基金项目:对外经济贸易大学优秀博士论文培育基金、教育部人文社会科学研究规划基金项目(11YJA820055)

- ① 柳经纬:《渐行渐远的民法典》,《比较法研究》2012年第1期。
- ② 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,《中国社会科学》2010年第6期。
- ③ 参见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期。
- ④ 参见苏永钦:《寻找新民法》,台湾元照出版公司2008年版,第74页。
- ⑤ 参见陈平:《中国之谜与中国之道》,《红旗文稿》2010年第4期。

外在体系、内在体系和社会基础的三重挑战及其理论认识的不足使得中国民法典难以一蹴而就。人们有理由怀疑,体系谨严的民法典能否包容特别民法?推崇意思自治的民法典能否与不断增长的管制兼容?以欧陆近代民法为蓝本的民法典能否与中国社会经济体制契合?放宽视野来看,上述疑问所内含的“一般民法与特别民法”、“意思自治与国家管制”、“自由市场经济与社会主义市场经济”之关系可以置于一个更具包容性的框架下思考,此即“民法与国家”。尽管作为一项完整议题,“民法与国家”研究源自晚近的国家转轨、全球化和欧洲私法统一,^①但事实上它的诸多侧面早已被一一探究:社会/国家、私法/公法、个人/集体、权利/权力、法律/政策、自治/强制——这些语义不尽相同、内容彼此交叠的二元对象构成了“民法与国家”的问题阈,而居于其核心的则是“国家能否以及如何影响民法规范”或者“民法规范是否需要以及如何从国家处获得正当性和有效性”,^②该等一体两面的追问进而可化约成“民法与国家关系”议题。比较法考察和历史分析表明:民法与国家之间并没有“命定”的完美关系,相反,其始终是一种具体和可变的依存关系,是社会类型和历史发展的结果。^③因而,在中国民法典编纂的历史关头,我们有必要在中国语境下重新审视民法与国家的关系,以期在根本上消解民法典的理论障碍。

二、从自治性民法到中立性民法

(一)民法与国家关系的变迁

自罗马法以降,民法就因其原理、原则、规则、概念可以超越时空、地域、民族、国体、政体而存在,而被视为具有永恒性和普适性的品格,“一切后来的法律都不能对它(罗马法)做任何实质性的修改”正是民法自治性的有力表述。^④通过形式主义和概念法学的塑造,民法成为一个与社会、经济、文化相疏离的独立自足王国,从而摆脱了公共价值和国家政策的困扰与纠缠。详言之,自治性民法的内涵可从如下诸方面把握:(1)它以公法/私法严格分野为前提,要求在市民社会的范围内贯彻“私人自治”的理念,划定公权力的范围并抵御其侵蚀。在此意义上,自治性民法可称为“没有国家的民法”。^⑤(2)它以“抽象人”和“平均人”为对象,认为民事关系中的主体均享有同等的自由、理性、自律和平等地位,因而民法并不对交易的具体内容进行评价和调控,当事人的交涉博弈足以保证结果的公正。(3)它以技术性规则为标准模式,拒绝设置任何目的导向的原则和任务——作为向当事人提供的制度性工具,其不应关心当事人运用这些工具去实现什么目的,甚至将目的的承载看作是一种禁忌。^⑥对此,德国法学家萨维尼就法的“政治因素”和“技术因素”的区分颇具深意:前者是政治家因时因地的权衡;后者才是法学家唯一应该思考的科学因素。^⑦(4)它以自然主义市场观为圭臬,将市场视为一种脱离于人为因素之上的“自然机制”,无须借助任何设计、控制、约束而能自然生成和自发运作,市场所具有的外在于国家、政治、意识形态的禀赋为民法提供了自治自治的基础。^⑧依托于自治性民法观念,民法被当做一套由若干基本原则自我合理化的静态规范体系,从而与建立在多数决基础上且内容多变的国家政策绝不兼容。法学家而非政治家制定的欧陆近代民法典亦证明,民法的效力与其说来源于国家意志,不如说来源于其自身的普适价值。故此,在民法中,国家只是作为平息权利纷争的消极性权威而存在,没有也不应该有超乎当事人的利益关切。

然而,时代在变,制度和观念也在变。现代化所带动的公领域和私领域的扩张和交错使得公法和私法的二元日趋多元,美国法学家邓肯·肯尼迪曾通过美国判例详细描绘了这种公私两分法的瓦解过程:从疑

^① See Ralf Michaels & Nils Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, 54 AM. J. COMP. L., 2006.

^② Hanoch Dagan, The Limited Autonomy of Private Law, 56 AM. J. COMP. L., 2008.

^③ See Nils Jansen & Ralf Michaels, Private Law and the State: Comparative Perspectives and Historical Observations, 71/2 RA-BELSZ, 2007.

^④ 参见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期。

^⑤ Charles Donahue, Jr., Private Law Without the State and During its Formation, 56 AM. J. COMP. L., 2008.

^⑥ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第8页。

^⑦ 参见谢鸿飞:《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版,第194页。

^⑧ 参见薛军:《两种市场观念与两种民法模式》,《法制与社会发展》2008年第5期。

难案件中公/私中间类型的发现到一般案件中公/私核心含义的争议,再到对公/私内在一致性的理解,最终公法和私法变成不可分割、相互缠绕的整体。^①在大陆法系,无论是德国的“第三者效力理论”还是日本的“统治行为理论”,公法对私人领域的介入乃至公法和私法的相互工具化都已是常态。同时,在当代民法“人的再发现或复归”的旗帜下,“抽象的人”、“平等的人”开始被“具体的人”、“弱而愚的人”所取代。^②而且,法律的制定也日渐以公共福利的最大化为依归,人们甚至期待法院为了公开的政策导向而牺牲对法律逻辑的遵从。从“规制国家”的角度观之,如果人民之间创设的权利义务即使与国家基于特定政策所作的宏观调控相抵触,仍可请求法院强制执行,则必然发生国家“左右手互搏”的尴尬局面。^③此外,匈牙利的波兰尼、法国的布罗代尔等经济史学家的研究还深刻揭示出自然主义市场观念的谬误:市场绝非自然的或自由的领地,而是各种社会力量共同参与塑造的“人为机制”。^④所谓的“自由市场”不是一种虚构,而且是一种掩饰——对隐藏在市场表象背后的垄断或支配力量的掩饰。各种生产要素的不完全自由才是市场经济的核心。显然,自治性民法已无法应对上述变迁的挑战。职是之故,新的民法观念在20世纪下半叶渐次出现,并与自治性民法构成一系列矛盾的两极:“实质”与“形式”、“团结”与“自由”、“团体”与“个体”、“社会正义”与“自由主义”、“市场矫正”与“市场中心”。^⑤由此,自治性民法不可避免地衰落了。

上述背离传统民法的潮流被许多人称为“私法公法化”。这一说法固然揭示出现代民法中“国家强制力积极介入市民社会法律关系”的特质,但却是不准确和误导性的,更重要的是它使人错失了重新认识民法范式的良机。其理由如下:(1)“私法公法化”仍以公法/私法二元为前提,公法象征国家公权力,私法象征个人私权利,^⑥事实上,个人的权利和自由在根本上依赖于有力的政府行为,所谓的私人领域都是由国家权力创造和维持的。^⑦而只要国家制定和执行私法,国家就是在作政治决定,其不可能保持放任的姿态。^⑧在此意义上,所有的“私法”都是“公法”。(2)“私法公法化”固守自治性民法的价值,对特别民法或视而不见,或将其简单地看做国家对民法的入侵。前者导致民法一统天下的风光不再;后者则将公法和私法当做相互独立的价值与制度体系,致使“公私法接轨”困难重重。而现代社会的法律实践表明:公法或私法只是解决同一问题的不同途径而已,它们在功能上等同,在形式上共通。^⑨(3)“私法公法化”貌似捍卫了民法的独立性,结果却反而削弱了民法的地位。其吊诡之处就在于一旦将国家权力看做民法的“异己”力量,那么国家对民法的任何干预都可能是压制性的;更有甚者,“私法公法化”本身并不能给出“公法化”的合理边界,国家“过分强制”的恶果常常难以避免。^⑩面对“私法公法化”的上述缺陷,我们亟待祛除自治性民法的束缚,革新而非修正关于民法的制度设计和想象,在此我们将新的民法范式称为“中立性民法”。

与自治性民法不同,中立性民法并不是一个隔绝于国家的空间,相反,它努力透过形式理性将所栖身的经济结构、社会关系、公众观念乃至国家管控兼容并收。换言之,只有民法和整个社会经济体制不只是和平共处,更是互相融合,才是“中立”的含义所在。^⑪在中立性民法看来,当事人的意思自由仅是在国家设定的高低不同的栅栏中流动而已,私法自治的领域事实上自始就充满了各种国家强制,因此以规范理念

① See Duncan Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 *University of Pennsylvania Law Review*, 1982.

② [日]星野英一:《现代民法基本问题》,段匡、杨永庄译,上海三联书店2012年版,第78页。

③ 参见苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第29页。

④ 参见汪晖:《现代中国思想的兴起》(下卷),三联书店2008年版,第1460—1467页。

⑤ See Gert Brueggemeier, Mauro Bussani, Hugh Collins, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, 10 *European Law Journal*, 2004.

⑥ 参见田喜清:《私法公法化问题研究》,《政治与法律》2011年第11期。

⑦ 参见[美]史蒂芬·霍尔姆斯·凯斯·R.桑斯坦:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京大学出版社2004年版,第2—3页。

⑧ See Frances Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 *U. MICH. J. L. REFORM*, 1985.

⑨ See Ralf Michaels & Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54 *AM. J. COMP. L.*, 2006.

⑩ 参见钟瑞栋:《“私法公法化”的反思与超越——兼论公法与私法接轨的规范配置》,《法商研究》2013年第4期。

⑪ 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第6页。

为基础的公私二分可能只剩下概念操作的意义,而纯粹工具性的规则也被宣言性规范以及对特定目标的声明所补充与调和。问题的症结并不是民法如何非政治化和非目的化,而是国家如何影响民事关系及其限度何在。对此,中立性民法的回答是:无论是自治规范还是管制规范,均应符合功能不断分化的差异化社会领域,反映特定群体的生活经验,随物赋形地熨平商业活动、日常生活、卫生医疗、教育、宗教、科学、艺术、媒体、互网络中参差多态的人际关系模式,而不得有损于多元生活世界的真实记载和理性表达,否则都会丧失其自身的正当性。从自治性民法向中立性民法的范式转换,意味着国家不再以“国家利益”的名义侵入民法,恰恰相反,国家必须作为建构和保护多元私人空间的积极力量被民法所审视、评估和接纳。就此而言,不是私法“公法化”,而是公法被私法“内化”了。

(二)中立性民法中的国家

内化于民法的“国家”呈现出多种面向,根据其寄居的社会关系与发挥的政策导向,我们在此大致勾勒出国家的若干功能形态:

1. 以“市场关系”为指向的“国家”依次表现为“强化市场理性之国家”、“纠正市场偏差之国家”与“保护市场弱者之国家”,这亦是国家面貌由模糊到清晰的过程。所谓“强化市场理性之国家”,即国家旨在化解信息不对称、垄断、负的外部性等市场失灵问题,以提升市场机能、完善经济秩序,进而实现个人自主。^①例如,各国消费者保护法均赋予消费者以知情权,这种权利义务强制性分配的意图就是促进消费者在获知信息基础上作出理性决策,最终形成符合经济学理念的有效市场机制。所谓“纠正市场偏差之国家”,即国家通过对具体市场交易结果的调整,达致双方当事人之间的利益平衡状态。如果说“强化市场理性之国家”侧重于程序控制,那么这里的国家则倾向于实质衡量。从公平交易原则到诚实信用原则,从“显失公平”的撤销权到合同的“情势变更”,无不体现出背后的国家考量。所谓“保护市场弱者之国家”,即国家针对地位形式对等但实际悬殊的当事人,基于对特定群体的政策偏向而向另一方课加义务。在社会多元化和阶级分化的时代,强弱对立不只是当事人在微观场景下的个别事件,更是群体之间的常态。较诸“纠正市场偏差之国家”,国家在此遵循着罗尔斯的“分配正义”而非司法的“矫正正义”。市场的“弱者”不止包括经济上的“弱者”(如劳动者、小微企业),还涵盖了文化上的弱者,欧盟合同法中的非歧视原则就是与后者相关的例子。^②作为对合同自由的限制,国家禁止因个人的民族、种族、性别、年龄、残障及性取向而被排除在合同关系之外或遭受差异性对待。

2. 以非市场关系为基础的“国家”,可进一步划分为“守护交往伦理之国家”和“调整屈从关系之国家”。前者是指国家致力于保护生活世界中种类纷繁的私人交往关系,以抵御逐利动机和金钱交易的过度侵蚀。虽然市场秩序只是人类社会秩序的特例,但近代资本主义的发展却将“市场”从社会关系中剥离出来,成为支配性的资源配置方式。^③在这样的“市场社会”中,市场规范对其他社会规范的取代造成一切事务的商品化,这削弱了人们对尊严、情谊、关怀、友善等价值的尊重,破坏了交互个体之间情理沟通与理性商谈的交往伦理。正如美国学者桑德尔所发现的,生育、儿童、教育、环境、捐助、公民资格以及具有精神意义的物品都不能接受至少不能完全接受市场逻辑。^④而民法对市场逻辑的拒绝,不但体现在利用公序良俗原则禁止器官买卖、代孕协议等行为上而且还体现在正面构建理想的私人交往领域上,德国的“摸奖团体案”^⑤便是其例证。“调整屈从关系之国家”即国家主动介入不平等的非市场关系中,以防止强势的一方当事人滥用其优势地位。首要的“屈从关系”为父母和未成年子女的“亲子关系”,监护人和被监护人关系、保佐人与被保佐人关系、住院医患关系等亦属之。区别于市场关系,屈从关系中的国家常以一方主体的身份参与

^① See Thomas Wilhelmsson, Varieties of Welfarism in European Contract Law, 10(6) European Law Journal, 2004.

^② See Reiner Schulze & Hans Schulte-Nölke, European Private Law – Current Status and perspectives, Sellier European Law Publishers, 2011, pp. 63–65.

^③ 参见[英]卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯钢、刘阳译,浙江人民出版社2007年版,第63页。

^④ 参见[美]迈克尔·桑德尔:《金钱不能买什么:金钱与公正的正面交锋》,邓正来译,中信出版社2012年版,“引言”第XXI页。

^⑤ 该案表明了民法对金钱利益入侵朋友关系的抵御。参见邱鸷凤:《论情谊行为侵权责任》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2008年第5期。

其中,利用抑强扶弱的手段予以调整。例如,在自然父母、国家父亲和子女的“亲子三方关系”中,国家剥夺了家父对家子的杀害权、出卖权,并在自然亲权不足时以国家亲权补充之。^①

3. 在“市场关系”与“非市场关系”杂糅的混合关系中,国家针对具有公共性质的特定主体(如政府机关、事业单位、国有企业或通讯、能源、交通企业)以及具有公共影响的特定主体(如上市公司、金融机构、医药公司)加以特别管制,以敦促它们在市场交易时履行必要的公共职责,我们称其为“促进公共福祉之国家”。对上述两种主体的管制基于不同的理由:前者由国家所拥有或者由国家所控制,所提供的亦是公物或准公共产品,这决定其不像其他市场主体那样将利润作为唯一目标,而必须优先考虑公益;^②后者对公众有着广泛且重大的影响,而在目前的风险社会中,一旦其出现不当行为将造成当代乃至未来世代都无法恢复的后果。面对这种不可逆的、难以弥补的损失,事前与事中的国家监管远比事后的司法救济更有效。^③有鉴于此,民法超越上述主体及其相对方的二元格局,将公众福祉以无利害关系第三方的名义纳入到双方法律关系之中。举例而言,我国以避免国有资产流失的宗旨,要求国有企业转让资产时必须履行招标、拍卖和挂牌的手续,否则转让无效。与此相似,我国上市公司的股票交易除非涉及上市公司要约收购外,不得进行秘密的协议收购,以防止因潜在的利益输送或股价不正常波动而有损公众投资人。

总之,在“重新找回国家”的自治性民法范式下,民法不但从市场的“看门人”转变为影响整体社会结构形成、规划其特征和精神面貌的参与者(民法内在体系),还能与证券法、劳动法、消费者保护法、国有企法等特别民法互动互联(民法外在体系),从而真正成为中国市民社会的基本法(民法社会基础)。

三、国家进入民法的通道

中立性民法通过引入国家分享法律能动主义的要旨,即在社会进程中对社会系统在特定情境下的缺失进行补偿性干预,但拒绝简单的法律工具化,而是倾向于更为抽象的非直接控制。这要求国家权力退回到程序和组织的元层面上,退回到决定权的分配和再界定上,进而促使分散的民事关系实现“受规整的自治”。^④从此出发,国家在民法中的现身绝不是将行政法规、政府命令或政党方针与民法生硬拼凑,而是通过更加微妙和复杂的技术操作来实现国家的政治意旨。在这里,我们尝试使用“内设”、“引致”、“转介”、“变形”等不同术语,对国家进入民法的四种路径做一番细致检视。

(一) 内设、引致与转介

自治性民法基于平等主体的预设,将所有涉及弱势保护、公共利益和分配正义的规则排除在外。因此,尽管德国民法典起草委员会理解和同情工业革命后德国社会经济秩序的根本改变,但他们仍坚持对特殊人群的法律呵护,应由单行法和特别法完成。^⑤与此相反,中立性民法的调整对象并不限于平等民事主体,而是进一步扩展到市场关系中的弱者、非市场关系中的屈从地位者以及混合关系中的特定主体。从劳动法独立成编的《意大利民法典》和《荷兰民法典》,到把消费者和经营者引入《德国民法典》的德国债法现代化改革,再到增添商品制造人责任和格式合同的我国台湾地区“民法”债权编修正,当代的大陆法系民法恰恰反映了民法范式的变迁。用老子“人法地,地法天,天法道,道法自然”的说法,中立性民法水无常形,故能因事势变化而取胜,展现出了“新民事自然法”的品格。实际上,“中立性”即意味着普遍性,当新的社会关系已广泛存在而不再是一时一地的例外、新的规则已达成社会共识而不再是权宜工具时,民法可以也应该将之收入。由此观之,国家能否内设于民法首先要考量其所对应的社会关系是否满足了“重要性”和“一般性”的条件,而它们的标准无疑又是地方性和历史性的。故此,我们有必要以一种务实的态度来对待

① 参见徐国栋:《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,《中国法学》2011年第5期。

② 参见[日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第243页。

③ See Edward L. Glaeser and Andrei Shleifer, The Rise of the Regulatory State, 41(2) Journal of Economic Literature, American Economic Association, 2001.

④ 参见[德]贡塔·托依布纳:《魔阵·剥削·异化:托依布纳法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧译,清华大学出版社2012年版,第280—283页。

⑤ 参见[德]克尼佩尔:《法律与历史——论德国民法典的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第43页。

我国民法中的国家。例如,我国物权法明确区分了国家、集体和私人的所有权,这一立法因有违“平等主体关系”原则而饱受批评。然而,如果考虑到我国国有资产不仅总量庞大,而且与市场关系中的私有产权在目的上迥然不同,那么按照所有权归属进行的区隔恰恰来自“事物本质”的要求,同时为国有资产与公物法的连接预埋了基本管线。^①此外,就某一特别民法部门或规则能否放在民法典内的问题,首当其冲的考虑是成本是否优化,重要性或一般性的判断还在其次。质言之,法典因其体系化而衍生出内部法规整合成本以及高昂的修订成本,特别民法则存在因数量膨胀和交易复杂化而来的外部协调成本。两害相权取其轻,只有当前者的边际成本低于后者时,法典化才是最佳选择。

基于上述,由于亲属、继承等非市场关系有着文化上的稳固性和基础性,守护交往伦理之国家和调整屈从关系之国家应充分内设于民法中。与之相反,在我国改革转型尚未完成的当下,针对特定主体的混合关系急剧变动,以至于如何达致公共福祉都远没有形成共识,如围绕国有企业改革的激烈争论即是明证。因此,民法应尽可能将促进公共福祉之国家排除在外,从而给政治决断和公众商谈保留空间。此外,市场关系中一些高度成熟的交易形态有着共同的法律确信,国家自然得相机介入,但其出现的频率应受限于其作用的强度,以免过多的政策考量伤害了“对等正义”的市场精神。

有异于“内设”,“引致”和“转介”均是民法对国家的外接路径。所谓“引致”,意指法律条文本身并无独立的规范内涵,甚至不具有解释规则的意义,其法律效果必须通过其所导引的其他部门法或具体条款来确定。^②与指向明确的“引致”不同,“转介”所转向的、用以确定法律效果的规范是开放式和模糊性的。《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第 7 条以及《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第 52 条第 5 项均为其适例。引致和转介在形式上的差异具有实质上的意蕴:就如日本动画节目《哆啦 A 梦》中的“传送门”,“引致”令国家自由且完整进入民法,而无须做任何改变。在司法适用中,它所产生的往往只是表面的民行交叉问题,在程序上确立何者优先便能解决。故此,法院应直接援引相关规范以实现国家意图,而基本上没有解释的余地。^③另一方面,好比希腊传说中的“特洛伊木马”,“转介”固然得将公法规规范源源不绝地运入民法,但国家终究不是正大光明地出现,其最终法律效果如何仍有待民法的评估。就此而言,转介并未就如何协调公私法的价值在先做出决定,而是要求司法者站在公私法汇流的闸口上,替代立法者去做决定:让公法规以何种方式、以多大的流量注入私法。^④因此,“转介”可谓是对法院的概括授权,正因其无法直接演绎出涵盖具体事实的规则,司法者才必须反复掂量、斟酌,通过逐案累积的类型,归纳成较为具体的、可预见性较高的权衡规则,再慢慢摸索出贯穿规则之间的体系。

乍一看来,国家经由“引致”的进入简单有效,实则不然。姑且不论“引致”仅限于数量稀少、内容清晰的行政规定,其暗藏的“国家归国家,民法归民法”的二元思路就使得国家在民法中的功用大打折扣,更不消说还有加剧国家与民法、公法与私法关系紧张的可能。相反,“转介”不但可以将多如牛毛的法律、法规、行政命令、地方自治条例,乃至具体行政行为暗度陈仓,而且赋予了法院就国家所保护的法益及所追求的政策目的与私法自治理念折中调和的重任,要求司法者在个别场景下揣摩法律意旨,从而让国家所欲的干预恰如其分地延伸到私法关系,不至于因民法典的作梗达不到目的,其手段远较引致高明。因此,只有国家在政策面上对相关法益进行细致权衡、在技术面上对民事效果进行细腻处理的前提下,才能设置引致。相应的,在国家仅从公法的角度思考而并未顾及可能造成的私法后果时就须利用转介将国家没有完成的协调工作交给处在法律运行链条下端的法院。实际上,由于现代国家对社会生活的介入既广又深,无力或无暇来做巨细靡遗的事先判断,因此只能着眼于特殊或重要部分,其他则不得不仰赖司法者的后端接力。可惜的是,我国民法对转介的安排和角色尚缺重视,《物权法》第 7 条多被视为对物权取得和行使的原则性规定,《合同法》第 52 条第 5 项则缺少“但可从法律得出其他效果者,不在此限”的但书条款,使得一概

① 参见周刚志:《公物概念及其在我国的适用》,《现代法学》2006 年第 4 期。

② 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 34—35 页。

③ 参见方新军:《私法和行政法在解释论上的接轨》,《法学研究》2012 年第 4 期。

④ 参见苏永钦:《以公法规控制私法契约》,《人大法律评论》第 8 辑,法律出版社 2010 年版,第 11—12 页。

无效的处理方式过于僵化。不仅如此,《中华人民共和国侵权责任法》第6条采用了一般条款模式,令大陆法系传统上“违反保护他人法律的侵权责任”这一重要转介条款无处着力,导致证券法、反不正当竞争法、环境保护法等特定关系中保护特定民事主体的法律规范难以进入,丧失了差别保护的政策弹性。^①

(二)变形:我国民事政策的独特功能

如果说内设、引致和转介是国家进入民法的国际公路,那么民事政策就是中国的特有“通道”。所谓民事政策,即党和国家对民事活动进行引导、规范或对之发生影响的法政策总和。^②无论是对各级人民法院政策适用的实证考察还是最高人民法院的历年工作报告,都证明了民事政策对我国司法裁判发挥着重要影响,足以成为我国法院遵循的重要法源。^③民事政策之所以在我国民法中有着在其他各国民法中所没有的重要地位,主要源于赋予其法源地位的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第6条,因而,对该条的学理剖析无疑有裨于民事政策功能的探究。

从比较法的体例来观察,上述《民法通则》第6条与我国台湾地区“民法”第1条类似。借鉴苏永钦先生的阐释,我们可以将《民法通则》第6条与上述条款等量齐观,看做“造法规范”而非“找法规范”。^④详言之,该条款承认法律的不完美性,赋予司法者在发现“法律没有规定”(法律漏洞)时,诉诸民事政策进行法律续造,从而将法律以外的政策因素(“社会效果”)和法律之内的体系相容性(“法律效果”)做合并思考,最终通过个案的法律漏洞填补来实现法律发展。就此而言,国家意志得经由民事政策这一补充性法源,直接转化成法律秩序的一部分,从而跳过了法律制定和修改的种种关隘,既消弭了法律的时滞效应,又大幅降低了立法成本。笔者将该捷径描述为“变形”,以彰显其“非法”到“法”的神奇一跃。与之相比,引致和转介固然可以将外部法律规范输入民法,但其依旧在封闭的法律体系内打转,不得不忍受规范落伍或规范不足的限制。总之,民事政策的变形一方面正视中国社会的变动不居,另一方面走出法律圆满性的迷思,通过构建开放体系化解法律供给的不足与法律移植的不适。我国法院适用劳动和社会保障部《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》来落实劳动法上平等与反歧视原则就是著例。^⑤

当然,民事政策的变形绝不是任意的,其必须以“法律漏洞”存在为前提。法律漏洞意味着法律违反立法计划的不圆满,即法律并非未为任何规定,而是欠缺特定的依据法律计划得以期望的规则。^⑥它既包括“法律应有而没有”的“不及”(开放漏洞),也包括“法律调整范围过大而不明”的“过”(隐藏漏洞)。例如,《中华人民共和国商标法》第52条“相同或近似使用”的侵权标准对“涉外贴牌产品”过于宽泛,法院得依司法政策进行限缩适用。^⑦除此之外,尚有违反根本法秩序及其法律原则所定整体意向的法律漏洞(体系外漏洞),这主要发生于某类社会生活完全未纳入法律之中或既有法律在特殊情事下的适用产生了违反其目的或正义原则的结果。^⑧譬如,在严重金融危机、大规模侵权事件、重大自然灾害、涉民族突发问题等非正常状态下,仅借法律性考量已不能提供必要的裁判根据,必须基于目的性考量而为政治性决定,民事政策由此成为不二利器。^⑨需要提醒的是,由于体系外漏洞的认定实质上是对法律进行的批判性评价,司法者应谨防用自己的价值判断发现漏洞,避免引发国家政策的滥用。

四、民法接纳国家的方式

在民法与国家的动态关系中,民法并不是被动的一方,相反,它有着积极的力量。在此意义上,民法既

① 参见朱岩:《违反保护他人法律的过错责任》,《法学研究》2011年第2期。

② 参见齐恩平:《“民事政策”的困境与反思》,《中国法学》2009年第2期。

③ 参见李友根:《司法裁判中政策运用的调查报告》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2011年第1期。

④ 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第2-29页。

⑤ 参见齐恩平:《民法适用解释的政策检视》,《南开学报》(哲学社会科学版)2012年第5期。

⑥ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第253页。

⑦ 参见宋亚辉:《经济政策对法院裁判思路的影响研究》,《法制与社会发展》2013年第5期。

⑧ 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第93页。

⑨ 参见宋亚辉:《公共政策如何进入裁判过程——以最高人民法院的司法解释为例》,《法商研究》2009年第6期。

不完全是国家用来实现目的的工具,亦不只是为私人自由决定所设定的自治架构,而应当是国家和个体之间建立合作关系的纽带和制度化的交涉机制。^① 正因如此,只有将“民法接纳国家”与“国家进入民法”一体把握,才能认识到民法与国家关系的真义。详言之,以形式理性为基础的“中立性民法”把民法看做一个闭合的“自创生”系统——该系统的各个组成部分之间通过交流媒介和专业术语自我演绎,产生出特有的信息模式以及观察、解释、应对外在环境的方式,因而民法的任何调整和再生产都是自我关联和自我指涉的。^② 借用德国学者卢曼的表述,国家只有在法律秩序内运作才能被视为是有效的。^③ 据此,国家对民法的进入须以尊重法律秩序的融贯性为前提,法院在审判案件时绝不可无条件服从于国家意志,而应从客观法律秩序的角度对代表国家的各种规范先做一番检验与审查,进而采用适切的法律方法消除法律体系中的不畅,以事后可验证的方式,更完全地展现中国人生活的共同图景。基于此,本文的最后一部分将转向民法接纳国家的方法,以进一步增进对民法与国家关系的理解。鉴于国家的内设、引致、转介问题已著述颇丰,这里仅聚焦于中国特有的民事政策。考虑到民法对民事政策的接纳必须在司法场景中方能显现,下文拟从法院判例出发,借此提炼出理性化和建设性的民事政策法学方法论。

(一)我国民事政策的司法适用现状

为把握我国司法实践的基本图景,我们以“政策”为关键词对《最高人民法院公报》进行全文检索,共得到有效案例 19 个。毋庸讳言,这一结果并不是民事政策适用的全貌:一是大量民事政策已转化为效力更强和更具操作性的司法解释;二是民事政策往往以国务院法规、政府规章或其他规范性文件的形式间接体现在判决中;^④三是由于直接引用民事政策的做法不被鼓励,^⑤作为审判依据的民事政策可能并不在法律文书中呈现。不过,倘若考虑到《最高人民法院公报》的权威性,上述案例仍然有助于对我国民事政策司法适用暂做“以小见大”的检视。从“民法接纳国家”的角度出发,现有司法实践的缺憾,一是“民法接纳民事政策的门槛不明”,即哪些民事政策可成为民法法源有着太多的随机性;二是“民法接纳民事政策的途径不明”,即民事政策运用缺乏法律论证,这既使各级人民法院对特定民事政策难以形成规范共识,更使司法者逃避了对国家进入民法的监控职责,自然招致依“政策”而非依“法”裁判的抨击。就上述缺憾,我们有必要作出针对性的改进,通过逻辑有效性和实质合理性的程序操作,排除不恰当的民事政策、规范民事政策的适用技术,最终促使法院成为民法的捍卫者和国家正当性的守护者。

(二)民法接纳民事政策的门槛

与正式法源不同,民事政策并无明确的外延,因而民法在接纳民事政策的首要问题是:有无可得适用的民事政策存在?对此,司法者不但应在形式面上对民事政策予以识别,更重要的是在实质面上对民事政策加以认可,两者共同构成了民事政策的准入门槛。

民事政策一般外在表现为由国家机关或执政党颁布的“决定”、“通知”、“宣言”、“意见”、“声明”,即通过行政系统或党务系统直接下发的所谓“红头”文件。^⑥ 该等描述可从主体和客体两方面进一步剖析。就主体而言,尽管地方政府已经被法院承认为适格的政策制定主体,^⑦但在实质上,地方政策仅是中央政策的细化和重组,其效力源自其与中央政策的契合程度,一旦越出国家“元政策”^⑧的边界则当然地不再具有正当性。就客体而言,政策内容不具有操作性、明晰性、可诉性等法律规范特质,无法还原为“如果 A 做 B,官员 C 要把制裁 D 施加于 A”的“法律语句”形式,^⑨而是体现出“鼓励”、“限制”、“倾斜”、“差别对待”的

① See Trubek, David M., Law and Development 50 Years On, International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences, 2012.

② 参见[德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社 2004 年版,第 9—12 页。

③ 参见[德]卢曼:《法律自我复制及其限制》,韩旭译,《北大法律评论》第 2 辑,法律出版社 1999 年版,第 450 页。

④ 参见孔祥俊:《法律方法论》第 1 卷,人民法院出版社 2006 年版,第 114 页。

⑤ 参见刘克希:《民法通则原理与实务》,重庆出版社 1990 年版,第 16 页。

⑥ 参见袁明圣:《公共政策在司法裁判中的定位与适用》,《法律科学》2005 年第 1 期。

⑦ 参见最高人民法院(2007)民二终字第 19 号民事判决书。

⑧ 元政策即其他政策的源头和基准的政策。参见单飞跃、张玮:《经济法中的政策——基于法律文本的实证分析》,《社会科学》2012 年第 4 期。

⑨ 参见陈历幸:《对政策与法律差异性的反思与重构》,《毛泽东邓小平理论研究》2010 年第 2 期。

色彩,从而类似于一种“倡导性规范”,即提倡和诱导公众采用特定行为模式,却并不指明特定的法律后果。^①在某种意义上,恰恰因为政策往往是纲领性的宏观指引和概括性的目的宣示,它才有可能最大限度地融入法院裁判之中,又不会引发政策对法律的破坏和不当替代的危险。

与自治性民法所构建的普遍关系不同,中立性民法将真实的市场关系、活生生的生活关系以及与之相联的国家形态归入到民法之中,以保持民法与社会及政治体制关系的顺畅。既然如此,能否与某种社会关系的内在特质相符便成为判别民事政策的实质标准。在民事政策证立的过程中,司法者应反复思考:所审案件涉及何种社会关系?某一特定政策究竟是顺应还是扭曲了该社会关系的理想模式?尽管上文已描绘了民法中国家的典型形态,但在丰富多变的社会关系面前,民事政策的认可标准只能通过案例整理才得以类型化,在这里,我们仅尝试着列出若干参酌要素:(1)政策层级。考虑到中央和地方的政治目标偏差,法院应更加审慎地判定地方政策。(2)政策对象。政策的司法价值之一在于引入特殊处理,以弥补法律普遍主义的不足,“特殊主体”存在与否由此成为重要标准。在19个案例中,不论是以国有企业为对象的国家贷改投政策还是以资产管理公司为对象的不良金融债权处置的政策,法院所适用民事政策大多着眼于混合关系中“特别管制的人”,对市场关系中“弱而愚的人”和非市场关系中“生活化的人”不恰当地忽视了。随着国家政策的重心向社会民生的转移,法院应勇于运用更加多样化的民事政策,熨平不同类型的社会关系,尽可能满足民众“讨个说法”的诉求。(3)政策领域。目前我国仍处于从计划管制到强化自治的历史阶段,在此情形下,就市场关系,对政策的审查原则上从严;就环境保护、食品安全等混合关系以及非市场关系,则可以适当宽松。(4)政策强度。社会紧急状态下的政策显然比平时常态时期的政策更有贯彻到私法关系的必要,而政策出台的密度、配套的完整程度亦是判断国家是否有意影响私法行为的重要参考。在“淮安清浦振昌金属制品发展有限公司与江苏沙钢集团淮钢特钢有限公司租赁合同纠纷案”^②中,最高人民法院便以国家陆续出台的淘汰落后产能设施的政策文件为依据,认定双方租赁的标的物是国家明令淘汰的落后产能设施,符合合同中约定的因政策原因提前解除合同的情形。(5)政策目的和实际后果。纳入司法场域的民事政策不仅要符合上文所述的强化市场理性、纠正市场偏差等一系列基本宗旨,更须具有实践上的可行性,以免背离其良善的初衷。对“中福实业公司担保案”^③的分析表明,法院看似遵循了保护市场弱者(中小股东)的政策,实际上却对公司经营造成难以估量的冲击。为此,法院应积极开展对政策的“结果考量”,即判断政策可能会产生怎样的结果(结果预测),在考虑到能够接受的情况下对政策加以评价(结果评价),并做出所期望结果的决定(结果导向性控制)——承认或否定一项民事政策。^④对法院而言,这无疑是最具挑战性的工作。

(三)民法接纳民事政策的路径

法律漏洞的存在为民法接纳民事政策提供了契机,同时也加重了民事政策适用的法律论证负担。由于“法律没有规定”,司法者就必须首先论证自己所创设“大前提”的正当性和可接受性。因此,在“开放漏洞”和“隐藏漏洞”等体系内漏洞的场合,民事政策应遵循漏洞填补的一般方法,与特定的民法规范相互勾连,力争无缝隙地融入既有法律体系,从而透过民法形式主义原则实现其政策意图。一旦民事政策被接纳,其自然成为民法的一部分,后续相同案件将无须另外填补漏洞,法律的成长性和安定性据此得以平衡。至于体系外漏洞,由于其可能带来“反法”裁判或“无法”裁判的悖论,因而要求司法者负有最高等级的说服责任,即只有穷尽了法律内的漏洞填补仍不得其解时方能超越法律进行法律续造。而在中国特色社会主义法律体系已经建成的当前背景下,其仅在“真正的法律紧急状态”时方有适用之余地。囿于篇幅,同时考虑到既有案例并不涉及体系外漏洞,在此重点讨论民事政策对“开放漏洞”和“隐藏漏洞”的填补方法。

“开放漏洞”的填补以“目的性扩张”为基本方法。所谓目的性扩张,意谓衡诸立法意旨法律文义所涵

^① 参见王轶:《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》,《清华法学》2007年第1期。

^② 参见最高人民法院(2010)民二终字第67号民事判决书。

^③ 参见侯猛:《最高法院规制经济的功能》,《法学》2004年第12期。

^④ 参见耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第266页。

盖的类型显然过窄,有必要越过法律文义,将其适用的范围扩张到原法律规定文义不包括的案型。就此而言,司法者负有以民事政策为论据,论证法律调整范围延伸之责任。作为唯一则在裁判文书中强调法院有条件适用民事政策的案件,“崂山国土局与南太置业公司国有土地使用权出让合同纠纷案”^①可被视为扩张适用《合同法》第 110 条第 1 款的结果:通过将“法律上或者事实上不能履行”中的“法律上”目的性扩张到“法律、法规及国家政策”,法院合法限制了权利人的履行请求权。相应的,“隐藏漏洞”的填补以“目的性限缩”为基本方法。^②所谓目的性限缩,即对法律文义所涵盖的某一类型,由于疏忽未将之排除在外,为贯彻规范意旨,乃将该类型排除在该法律适用范围外的方法。就此而言,司法者应负有证明特定案件不在法律规范的目的之内,或另有特别规范存在的责任。由于民事政策以差序格局的社会关系为前提,务要在一般规范中找寻“特别目标”并精确定位,其目的较诸法律自然更为狭窄,目的性限缩从而成为民事政策适用的首要方法。在“沈阳银胜天成投资管理有限公司与中国华融资产管理公司沈阳办事处债权转让合同纠纷案”^③中,针对特殊金融资产处置行为,最高人民法院利用民事政策对《合同法》和《物权法》相关条款进行两次目的性限缩解释,使得被告交付债权瑕疵、不履行资产过户手续等瑕疵均不被看做债权让与和所有权转让中主要义务之违反,原告的法定解除权被否决。在“深圳富山宝实业有限公司与深圳市福星股份合作公司、深圳市宝安区福永物业发展总公司、深圳市金安城投资发展有限公司等合作开发房地产合同纠纷案”^④中,尽管法院试图引用相关政策说明置换合同的有效性,但其仅诉诸公平正义与社会利益,未免失之空泛。实际上,完全可以通过政策解读,将“烂尾楼”这一特殊房地产以及“置换”这一特殊处置方式排除在《中华人民共和国城市房地产管理法》第 36 条所规定的“房地产转让”外,置换合同自无违法而无效之虞。

五、结语

一如 1804 年《法国民法典》,中国民法典同样担负着整合社会关系、守卫市民社会的重任,但在“解法典化”的今天进行“法典重构”,其所面临的困难远非二百年前所能设想。通过民法与国家关系的再造,“中立性民法”这一新的民法范式在保持自身体系性的同时,容纳了多元化的价值和多层次的规则,调和了私法自治与国家管制的张力,汇通了民法的普遍智识与中国经验,从而积极回应了中国民法典的三重挑战。质言之,立足于经济、教育、文化、健康、媒体等功能分化的社会关系,中立性民法首先破除了公/私二元区隔,将之融于不同的领域之中,从而把“私人的规范”转变为“社会的规范”。由此,“强制”不再只是政府单方面地施加,而是社会关系内部自发演化并通过国家所体现的公共规制,^⑤民法亦不再只是保障私人以合适手段来实现自由,还可激发人们向国家所欲的目标迈进。^⑥中立性民法及其社会基础的上述包容性为国家进入民法提供了通道,特别民法、行政法规和国家政策纷纷经由内设、引致、转介、变形出现在民法典中,但这绝不意味着国家对民法的攻占;恰恰相反,民法典始终用自己的标准接纳国家,用自己的语言对外部规则和价值作独立的理解与反思。我们相信,惟开放能常新,惟封闭能固本,兼顾“对外开放”和“内在封闭”的中立性民法必将有助于中国民法典守成拓新,铸就中国市民社会的伟大宪章。

责任编辑 耿 卓

① 参见最高人民法院(2004)民一终字第 106 号民事判决书。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 267 页。

③ 参见最高人民法院(2009)民提字第 125 号民事判决书。

④ 参见最高人民法院(2010)民一终字第 45 号民事判决书。

⑤ 参见[德]贡塔·托依布纳、顾祝轩:《私法的社会学启蒙:对谈当代著名法学家托依布纳》,《交大法学》2013 年第 1 期。

⑥ 参见[意]那塔利诺·伊尔蒂:《解法典化的时代》,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第 4 卷,中国人民大学出版社 2004 年版,第 83—86 页。