

【特别策划·《民法总则》相关问题研究】

《民法总则》“法律除外条款”的考察与论证

马新彦 吴晓晨

(吉林大学法学院,吉林长春 130012)

摘要:《民法总则》的编纂代表着中国正式迈入民法典时代。受我国多层次法律结构体系的影响,《民法总则》中设置了大量的法律除外条款,使其在补正、调整民事法律体系的同时,也为法律适用带来了难以防控的风险。法律除外条款指向条文不存在、指向条文的层级模糊抑或是指向条文与民法理念、法律位阶相背离,都是对民法体系本身的颠覆性破坏。法律除外条款是现代法治的共同经验,较之各国民法对于法律除外条款采取的谨慎、精准之态度,未来民法典对法律除外条款的设置应当以法律规范的客观确定性为逻辑前提,以法律位阶的合规性为效力指引,以民法基本理念与原理为检视标准,将法律除外条款最大程度限定于民法典体系内部,以实现民法体系的自足与完备为最终价值追求。

关键词:法律除外条款;民法理念;效力位阶;民法典

中图分类号:D913.1

文献标志码:A

文章编号:1009-8003(2018)03-0035-15

一、民法总则法律除外条款的实证考察

法律除外条款作为一项立法技术,为各国所普遍采用。究其根本,乃在于其所具有的法律体系链接功能和法律适用补充功能。我国作为素来依赖体系思考的成文法国家,既追求法律体系的完备性,又向往法律的开放性,故此,法律除外条款成为了我国立法上惯用的标志性语言和标志性的立法技术,在《民法总则》中进行了大量的使用。^①

“法律除外条款”包括明确了具体除外情形的条款,例如“其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外”^②,以及未直接明确除外情形,而需要借助其他法律条文予以释明的条款,例如“法律另有规定的,依照其规定”“法律另有规定除外”或“法律规定的其他情形”。本文主要立足于后者进行考察与论证。经考察,《民法总则》总共11章206个法律条文,其中法律除外条款的条文43个,占比20.87%。

鉴于其表述的不同,我们将《民法总则》中的法律除外条款划分为三种类型:第一,特别规定型除外条款。此类法律除外条款设置是对原有法律条文的细化说明或扩张解释。例如,第128条“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。”该类法律除外条款共19个,占比44.18%。第二,相反规定型除外条款。此类法律除外条款是指法律条文已做一般性规

收稿日期:2018-03-28

基金项目:本文系2016年度中国法学会部级法学研究课题“未来民法典‘法律除外条款’的正当化研究”(CLS(2016)D72)的阶段性成果之一。

作者简介:马新彦(1958-),女,吉林延吉人,法学博士,国家2011司法文明协同创新中心教授,吉林大学法学院教授、博士生导师,主要研究方向:民法学;吴晓晨(1990-),女,辽宁大连人,吉林大学法学院民商法博士研究生,主要研究方向:民法学。

^①参见马新彦《民法总则代理立法研究》,载《法学家》2016年第5期。

^②《民法总则》第51条:被宣告死亡的人的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的,婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复,但是其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

定,设置法律除外条款意在通过设置相反规定排除适用。例如,第89条“事业单位法人设理事会的,除法律另有规定外,理事会为其决策机构。事业单位法人的法定代表人依照法律、行政法规或者法人章程的规定产生”。此类法律除外条款主要有14个,占比32.55%。第三,兜底型除外条款。此类法律除外条款的设立仅是出于法律开放性的考量,意图为法律的适用和变化提供充足的空间。例如,第106条“有下列情形之一的,非法人组织解散:(一)章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现;(二)出资人或者设立人决定解散;(三)法律规定的其他情形”。此处第3款为兜底型除外条款的典型表述。经统计,《民法总则》中兜底型除外条款共10个,占比23.27%。

不同于其他大陆法系国家和地区对于法律除外条款的审慎应用态度和对法律条文精确性的追求,我国《民法总则》中多采用未明确指向的“法律另有规定除外”“法律另有规定的,依照其规定”的模糊表述。意在为法律实施后法律适用、法律解释、法律的变化留下必要的空间,但同时也为司法实践带来了困惑,潜藏着难以防控的法律风险——法律的错误制定和错误导向。^①同时也使得本应以言语精准而著称的《民法总则》失去应有之义,给司法造成了无休止的负担。

(一) 法律除外条款指向不明

《民法总则》颁布后,许多对《民法总则》条文释义性的著作纷纷出版,各版本的条文释义对法律除外条款的具体指向均竭尽全力予以阐释,但仍有许多法律除外条款,释义中并未对其特定指向予以说明,这不能归结为学者的懒惰,一些法律除外条款确实无法检索到所指向的法律规定,或许这些所谓的法律规定根本就不存在。经整理,《民法总则》中欠缺除外指向的法律除外条款主要为第123条、第138条、第204条。

《民法总则》第123条“民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;(三)商标;(四)地理标志;(五)商业秘密;(六)集成电路布图设计;(七)植物新品种;(八)法律规定的其他客体”。各版本的《民法总则》释义对“法律规定的其他客体”均未做任何说明,唯一提到此条款的释义似将“科学发现”作为“其他客体”:“民法总则草案二稿曾规定科学发现,经研究,三审稿删除了科学发现,相关法律对与科学发现有关的知识产权有明确规定的,可以纳入本条第八项进行调整。”^②但是,经过笔者检索,并未发现存在任何认定科学发现为知识产权的法律条文,尤其是科学发现究竟应否为知识产权的客体还在争论中。《民法总则》第138条“无相对人的意思表示,表示完成时生效。法律另有规定的,依照其规定。”对于此处的法律除外条款,学者们几乎无一例外地举出一种情形,即《继承法》中设立遗嘱的意思表示,自被继承人死亡时发生效力。经查,无论是我国现行《继承法》,抑或是《继承编》(室内稿),均无明确规定设立遗嘱的意思表示自遗嘱人死亡时发生效力,此种规定是学理上对于法律规定的扩大解释,而非法律的特殊规定。《民法总则》第204条“关于期间的计算方法原则上依照本法的规定,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”然而,各版本的《民法总则》释义均未指出不同于《民法总则》期间计算方法的其他法律的特别规定。笔者经检索也未发现存在对于期间计算方法的其他法律特别规定。

《民法总则》第123条和138条的法律除外条款,尽管无法查实所指向的法律为何,释义者尚可以自己的理解填补“空白”,或许通过法律除外条款的设置为将来法律的特别规定预留空间,但《民法总则》第204条的法律除外条款释义者甚至难以想象、难以假设。那么对该法律除外条款的设置究竟意在为以后的法律留足适用和变化的空间,还是仅仅是一种习惯性表述,犹如一个完整句子后加上一个句号?我们无从得知。

(二) 法律除外条款层级模糊

我国现行法所采取的“法律另有规定除外”“法律另有规定,依照其规定”的高度概括性表述,看似实现了对特别规定予以全面吸收的效果,实则忽略了一个问题,此处的“法律”是广义上的法律范畴,还是狭义上的法律范畴?是普通意义上的由全国人民代表大会制定的法律规范,抑或是严格意义上的民

^①参见马新彦《民法总则代理立法研究》,载《法学家》2016年第5期。

^②李适时《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第387页。

法典规范?对此,法律条文本身并未加以精确厘定,而学者们对于“法律”范畴未形成统一认识。

针对《民法总则》第68条“有下列原因之一并依法完成清算、注销登记的,法人终止:(一)法人解散;(二)法人被宣告破产;(三)法律规定的其他原因。……”。有学者认为《企业法人登记管理条例》第22条关于企业法人视同歇业的规定属于此处的“法律规定的其他原因”,即将“法律”界定为广义的法律范畴。^①第127条“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”。学者认定此处的“法律”包括国家税务总局《关于个人通过网络买卖虚拟货币取得收入征收个人所得税问题的批复》;文化部、商务部《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》;文化部《网络游戏管理暂行办法》中有关数据、网络虚拟财产的保护规定,似乎也将“法律”的范畴界定为广义的法律。^②而学者在解读第126条“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益”时强调:此处的法律仅指狭义的法律,行政法规、部门规章、地方性法规和规定等不得创设民事权利和利益。^③

立法者对于法律除外条款中“法律”的范围界定,也处于模糊的状态。笔者查阅了由全国人大常委会法制工作委员会编制的《中华人民共和国民法总则释义》,发现其在对第71条“法人的清算程序和清算组织权,依照有关法律的规定;没有规定的,参照适用公司法的有关规定”的释义中认为,现有对于法人的清算程序和清算组织权有规定的法律包括《事业单位管理登记暂行条例》第13条《社会团体登记管理条例》第20条《基金会管理条例》第18条《民办非企业单位登记管理暂行条例》第16条《宗教事务条例》第37条。^④即将行政法规纳入到“法律”的范畴内,将“法律”界定为广义的法律范畴。但针对第123条“民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:(一)作品;(二)发明、实用新型、外观设计;(三)商标;(四)地理标志;(五)商业秘密;(六)集成电路布图设计;(七)植物新品种;(八)法律规定的其他客体。”对“法律规定的其他客体”的解读时则强调:知识产权的客体由法律规定为宜,所以删除了“行政法规”。则此处的“法律”显然被定义为狭义的法律范畴。^⑤

学者与立法者对于“法律”范畴的不同解读,实质均源于法律除外条款过于模糊的表述。高度盖然式的法律除外条款,加之缺乏权威释义的有效释明,使得我们不但无法明确“法律存在哪些特别规定”,更因对于条文本身“法律”范畴的解读不同而产生了适用上的困扰。法律的本质所决定,法律条文的每一个文字,甚至是每一个符号都必须精确而严谨,《民法总则》中对法律除外条款的使用,似乎仅侧重其“兜底”的功能,而忽视了其作为法律语言和法律条文本应具有精确性。

(三) 法律除外条款理念分歧

《民法总则》法律除外条款所指向的法律规定是对民法总则条款的必要补充,尽管没有以条文的方式置于《民法总则》之内,也应当是《民法总则》的必要内容。因此,法律除外条款所指向的法律规定在理念上、价值取向上必须与《民法总则》保持一致,否则,大量使用法律除外条款必将对《民法总则》价值理念基础之上构建的理论体系与制度体系造成颠覆性破坏。这就要求立法者在设计除外条款时对法律除外条款所指向的法律规定进行审慎分析与判断。

《民法通则》第56条规定“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定是特定形式的,应当依照法律规定”。该条规定曾引起理论与实践的诸多歧义,《民法总则》第135条“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式;法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的,应当采用特定形式”的规定无视这些歧义缘由,不仅全然接受了《民法通则》第56条,还将除外条款指向行政法规。所谓法律、行政法规规定的特定形式无非有书面形式、登记与行政机关的行政审批等形式。在此我们不妨仅以行政审批形式为例,据不完全考察,至少有八个行政法规涉及行政审批的对法律行为效力的规定。2014年国务院重新修订的《探矿权、采矿权转让管理办法》规定转让探矿

①参见张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第130页。

②参见张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第251页。

③参见张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第248页。

④参见李适时《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第213页。

⑤参见李适时《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第387页。

权与采矿权,须经地质矿产主管部门的审批,关于审批与合同效力的关系,该办法第10条第三款规定:“批准转让的,转让合同自批准之日起生效。”对此规定,学者多提出批评,以合同效力与物权变动的物权区分原则为技术路线论证行政审批绝缘于合同效力的观点,主张以合同不存在效力瑕疵为前提,未经审批的合同不失为有效合同。行政审批的意义在于限制履行,未经审批的合同不能发生权利的变动,而不是合同的无效^①。合同无效,源自于合同内容的违法或损害国家利益等情形,而非源自于行政机关的审批,若合同内容有上述情形,即便行政机关审查批准,仍改变不了其无效的命运。“自主实施法律行为、自主决定法律行为的效力应当是民事主体最基本的自由和权利。公权力存在的唯一正当性理由是维护权利,保护权利,而不是制约和控制权利,否则,就丝毫没有存在的价值。”^②公权力对经济生活的管制无可厚非,唯一的正当理由,只能是这种限制会带来更多的自由。^③如果借助法律除外条款,引进行政法规对于法律行为的特殊限定,并抑制了自由,则属于公权力的不当干预,是对民法权利本位基本理念的悖反。在此意义上可以说,行政法规或部门规章赋予行政机关审批权,并绑架合同的效力是与法理相违背的,也与现代法的法治理念背道而驰。最高人民法院历经多年审判实践的谬误,为了矫正该行政法规的错误理念对民事法律及民事司法的不正当干扰,终于发布《关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释》,该解释第六条明确规定“矿业权转让合同自依法成立之日起具有法律约束力。矿业权转让申请未经国土资源主管部门批准,受让人请求转让人办理矿业权变更登记手续的,人民法院不予支持。当事人仅以矿业权转让申请未经国土资源主管部门批准为由请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持。”彻底将合同的效力绝缘于合同的行政审批,还原了法理的真谛。而对其他法律、行政法规在价值理念上是否与《民法总则》相吻合的审查与判断,是《民法总则》立法者的任务。

(四) 法律除外条款位阶混乱

《民法总则》作为民商事法律规范的统帅,决定了其在民商事法律规范中的地位。然而,《民法总则》206个法律条文,竟然有43个条文,即占全部法条的20.87%为法律的除外条款。大量的法律除外条款的设置,无非是借助法律除外条款囊括现有的所有特别规定,抑或是为未来的法律制定留有足够的空间。然而,过分地仰仗、尊重单行法或行政法规的特别规定,势必混淆了《民法总则》与其他法规范的位阶,使得《民法总则》被迫去迁就、适应,甚至依赖特别规定,从而失去了它应有的法律地位。

在此我们不妨以《民法总则》第127条的规定为例进行分析,该条原文为“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”对此除外条款,人大法工委编纂的民法总则释义解释道:在立法过程中,对民法总则是否规定和如何规定数据和网络虚拟财产,以及关于数据、网络虚拟财产的概念、保护范围、权利属性、权利义务内容都存在较大的争论,鉴于数据、网络虚拟财产的复杂性,如何具体规定数据、网络虚拟财产及其权利属性,应由专门法律加以规定^④。可见,立法者意识到民法总则应当对数据、网络虚拟财产进行规定,鉴于问题的复杂性及争论观点的难以取舍性,遂将规定的任务推给专门法律,这个专门法律可能是知识产权法、物权法、侵权责任法,也有可能是行政法规和部门规章。学者的民法总则释义确实列举了诸如国家税务总局《关于个人通过网络买卖虚拟货币取得收入征收个人所得税问题的批复》、文化部、商务部《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》、文化部《网络游戏管理暂行办法》等行政法规和部门规章^⑤。暂且不论这些行政法规和部门规章中是否找得到值得由《民法总则》予以遵循和尊重的规定,但就立法者从骨子里对其他法律,甚至部门规章的依赖就是极其不能赞同的,与其说是为了法律的周延,不如说是懒惰和懦弱,对立法中激烈争论的问题懒于判断、怯于取舍。直接的结果则是彻底贬损了《民法总则》应有的统帅地位。学者的民法总则释义本着厚道之心为该条粉饰,主张该条为引致性规定、指引性条款,宣誓了对数据、网络虚拟财产的保护,将其定性为综合性的财产权

①参见蔡立东《行政审批与权利转让合同的效力》,载《中国法学》2013年第1期。

②马新彦《论民法对合同行政审批的立法态度》,载《中国法学》2016年第6期。

③[美]罗斯科·庞德《法的新路径》,李立丰译,北京大学出版社2016年版,第13页。

④参见李适时《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第394页。

⑤参见张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第251页。

利,在立法上避免了学者关于权利定性的难题^①,同时为未来相关法律的制定和完善提供了基本法上的依据。^②但思忖“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定”的文字,无论如何也难以在这段文字中寻找这么厚重的道理。

另一个鲜明的例子是《民法总则》第196条,该条规定“下列请求权不适用诉讼时效的规定:(一)请求停止侵害、排除妨碍、消除危险;(二)不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产;(三)请求支付抚养费、赡养费或者扶养费;(四)依法不适用诉讼时效的其他请求权。”借助民法总则释义^③,我们查到关于不适用诉讼时效的其他请求权,仅在《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第1条中有规定。依此规定,支付存款本金及利息请求权,兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权,基于投资关系产生的缴付出资请求权属于不适用诉讼时效规定的债权请求权。最高院此项司法解释于2008年9月1日施行,历经近十年的审判实践检验,《民法总则》应当予以合理的判断和吸收,而不应当再依赖最高院的司法解释,司法解释充其量应当是对法条的理解与适用的补充规定,而不应当作为《民法总则》法律除外条款所指向的法律。将法律除外条款指向法院的解释不仅无法在理论上自圆其说,而且严重损害了《民法总则》的应有地位。

《民法总则》采纳了潘德克吞编制体例,通过“提取公因式”的方式,对各分编的法律规范予以吸纳,从而在总则中制定具有普遍适用性的抽象性规范,诚然具有有效防止“法律老化”,使得法律能够在社会变迁中保持活力的作用。^④但这并不等同于需要借助法律除外条款的方式,对于现行特别法律规范予以无差别的囊括,无视法律位阶的“原则+例外”的笼统设定方式,会导致法律体系内部管控的失灵,从而成为法律规范冲突的根源。

二、大陆法系民法“法律除外条款”的比较分析

法律除外条款的正当使用能够建立法律体系的动态联系,同时也能够增强法律本身的严密性和可操作性。大陆法系民法典均有“法律除外条款”技术性使用。通过对大陆法系几个具有代表性的民法典的实证考察,笔者发现,各民法典法律除外条款的使用态度均十分谨慎,且注重适用的准确性。

(一) 我国台湾地区“民法”法律除外条款

我国台湾地区“民法”中法律除外条款共48条,通常采用“法律另有规定除外”“除本法另有规定外”“法令另有规定除外”等类似的表述。经过反复认真分析,我们发现台湾地区“民法”法律除外条款的设计至少有三点值得借鉴的特质。

1. 条文中明确指明除外的法条所在。如第557条规定“经理权之限制,除第553条第3项,第554条第2项及第556条所规定外,不得以之对抗善意第三人。再如第881条之17规定“最高限额抵押权,除第861条第2项、第869条第1项、第870条、第870条之一、第870条之二、第880条之规定外,准用关于普通抵押权之规定”。这样的除外条款共有13条,占全部法律除外条款的27.1%。

2. 条文中虽未明确指明除外条款之所在,但权威释义对于法律除外条款所指向的法条有明确的列举和说明,借助权威释义完全可以寻找到法律除外条款指向条文之所在。这类条款有35条,占全部法律除外条款的72.9%。例如,第146条规定“主权利因时效消减者,其效力及于从权利。但法律有特别规定者,不在此限”。权威释义将该“法律有特别规定者”解释^⑤为本法第145条^⑥和第880条^⑦。即根据145条、880条与146条的链接,这一问题的全貌是,主权利因时效消灭,其效力及于从权利,但抵押

^①参见王利明《中华人民共和国民法总则条文释义》,人民法院出版社2017年版,第283页。

^②参见张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第250页。

^③参见张新宝《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第422页。[美]罗斯科·庞德《法的新路径》,李立丰译,北京大学出版社2016年版,第503页。

^④参见梁慧星《民法总则的时代意义》,载《海南人大》2017年第5期。

^⑤参见《民事法规》,高点法学研究中心编,高点文化事业有限公司2011年版,第57页。

^⑥第145条:以抵押权、质权或留置权担保之请求权,虽经时效消减,债权人仍得就其抵押物、质物或留置物取偿。

^⑦第880条:以抵押权担保之债权,其请求权已因时效而消减,如抵押权人于消减时效完成后,五年间不实行其抵押权者,其抵押权消减。

权、质权、留置权等担保物权不因债权时效消灭而失其效力。

3.法律除外条款多指向法律,尤其是“本法”,鲜有法律除外条款指向行政法规性质的法令。在我们搜寻到的48个法律除外条款中,有27个法律除外条款指向本法,表述为“本法规定的除外”,占全部除外条款的56.3%。13个除外条款指向法律,表述为“法律另有规定的除外”,占全部除外条款的27.1%。仅有8个除外条款指向法令,表述为“法令另有规定者不在此限”,占全部除外条款的16.7%。“本法规定的除外”的典型实例是第1005条的规定,“夫妻未以契约订立夫妻财产制者,除本法另有规定外,以法定财产制,为其夫妻财产制”。权威释义将“本法另有规定”解释^①为本法第1009条至第1011条^②夫妻间适用分别财产制的相关情形,即夫妻之间一般适用法定财产制,当且仅当出现夫妻一方破产、提出申请或债权人提出申请的情况下才适用分别财产制。“法律另有规定”的典型实例如第1164条的规定,“继承人得随时请求分割遗产,但法律另有规定或契约另有订定者,不在此限”。权威释义将该“法律另有规定”解释^③为民法第1165条^④遗嘱对分割财产时间有其他设定、第1166条^⑤胎儿遗产继承及稽征法第24条^⑥继承人拖欠税款这三种情形,明确了继承人得随时请求分割遗产的限制。而采取“法令另有规定除外”的8个条款都是关于行政权力应当加以介入的水利、农耕、基础设施,以及无主物先占、共有物分割等领域^⑦;经对此8个除外条款所指向的法令的分析,其均属于对于社会发展会产生不利影响而需要行政权力予以规制的情形。例如,第781条关于水流地所有人自由用水权的规定“水源地、井、沟渠及其他水流地之所有人得自由使用其水。但法令另有规定或另有习惯者,不在此限”。权威释义将该法令解释^⑧为本法第775条^⑨及水利法施行细则第25条^⑩之规定,即国家权力在用水登记、排水权的限制及承水义务的承担方面对水流地所有人自由用水加以限制,以防止自由用水对水资源的滥用及对自然环境的损害。

综上,我国台湾地区“民法”设置法律除外条款有着较高的精确性和审慎性,多在条文中明确指明除外规定之所在,即便在条文中未对法律除外条款所指向的条款悉数列举,也基本上可以通过权威注释方式予以释明,这表明立法者设置除外条款之时对除外条款之指向及其正当性有清晰的认识和判断。尤其值得一提的是,除外条款链接之法条多以法律为限,且多以本法为限。极少数需要援引法令的,也主要集中在行政权力必要介入的水利、农耕、基础设施方面,第823条、第824条对于共有物分割的限制援引法令的规定,目的在于避免因土地细分而对社会经济发展产生不利影响。法律除外条款的这一特质无不充分体现了民法的权威性,以及民法对私权的尊重。

(二) 德国民法典法律除外条款

德国民法典以概念的细密精确,用语的严谨准确著称,被誉为“世界上历来用语最精确而一致的私法典。”^⑪经过考察与分析,我们发现,德国民法典法律除外条款较之我国台湾民法更加严谨。在典型的

①参见《民事法规》,高点法学研究中心编,高点文化事业有限公司2011年版,第352页。

②第1009条为因夫妻一方破产而当然适用分别财产制的情形;第1010条为因夫妻一方申请而适用分别财产制的情形;第1011条为因债权人申请使得夫妻双方改用分别财产制的情形。

③参见《民事法规》,高点法学研究中心编,高点文化事业有限公司2011年版,第412页。

④第1165条:被继承人之遗嘱,定有分割遗产之方法,或托他人代定者,从其所定。遗嘱禁止遗产之分割者,其禁止之效力以十年为限。

⑤第1166条:胎儿为继承人时,非保留其应继份,他继承人不得分割遗产。胎儿关于遗产之分割,以其母为代理人。

⑥台湾地区“税捐稽征法”第24条:纳税义务人欠缴应纳税捐者,税捐稽征机关得就纳税义务人相当于应纳税捐数额之财产,通知有关机关,不得为移转或设定他项权利;其为营利事业者,并得通知主管机关,限制其减资或注销之登记。

⑦第781条水流地所有人之自由用水权的规定;第784条水流权变更规定;第785条堰之设置与利用规定;第786条线管安设权的规定;第802条关于无主动产之先占的规定;第823条共有物分割请求及限制规定;第824条以不动产为共有物的分割方法的限定以及第850-1关于农育权的规定。

⑧参见《民事法规》,高点法学研究中心编,高点文化事业有限公司2011年版,第241页。

⑨第775条:土地所有人不得妨碍由邻地自然流至之水。自然流至之水为邻地所必需者,土地所有人因其土地利用之必要,不得妨碍其全部。

⑩台湾地区“水利法施行细则”第25条:依民法第781条规定得自由使用其水者,以本法第42条第1项规定所列各款为限,免为水权登记,逾越其范围者,仍应申请水权登记。台湾地区“水利法”第43条:左列用水免为水权登记:一、家用及牲畜饮料。二、在私有土地内挖塘。三、在私有土地内凿井汲水,其出水量每分钟在一百公升以下者。四、用人力、兽力或其它简易方法引水。

⑪参见 Gmür, Rudolf, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1965, 28.

16 个除外条款中无一例外的将指向限定在法律范围内,其表述通常为“法律另有规定除外”^①或“本法某某条规定除外”^②。究其缘由,一个重要原因在于,德国民法典极其注重对法律的修正以及法律内部的协调性。在每一次关乎民法典内容的新的单行性法律或行政法规性质的政令制定实施时,德国民法典都会做相应的修改,直接吸收、借鉴新制定的法律规定,避免法条之间的冲突,保证法律体系内部的协调性。例如第 72 条根据 1908 年 4 月 19 日颁布的《社团法》规定进行修改,第 1012 条至第 1017 条根据 1919 年 1 月 15 日颁布的《关于地上权的法令》而废除,第 1784 条根据 1922 年 7 月 9 日颁布的《关于青少年福利的帝国法律》进行增订等。这种工作虽然繁重,但却能够避免、防范民法典与未来行政法规、条例规定产生冲突,或者为了尊重未来可能制定的行政法规性质的规定而频繁使用“法令另有规定除外”等兜底性模糊表述,进而在保证民法典适应时代社会的发展需要的同时确保法律体系的内在逻辑和制度的内在和谐,更重要的是维护了民法典作为基本法的权威性。

在对德国民法典除外条款的考察中,我们还发现,大部分法律除外条款都严谨到指向本法的具体法条,通常表述为“本法第 XX 条规定除外”。例如第 581 条第 2 款规定“除土地用益租赁外,对用益租赁准用关于使用租赁的规定,但第 582 条至第 584b 条另有其他规定的除外”^③。第 343 条第 2 款规定:“除第 339 条、第 342 条的情形之外,某人对自己做出或者不做出一定行为的情形,允诺给付违约金的,亦适用相同规定。”这样严谨的表述占典型法律除外条款的 60% 以上。除外条款的严谨适用不仅为法官检索和适用法律提供极大的便利,加强了法典内部各编章之间的联系,保障民法典的权威性及其内部体系的一致性。

(三) 日本民法典法律除外条款

在日本民法典中,“法律除外条款”共 17 条,多指向法律,且侧重指向本法。指向本法的,共有 11 条,占全部法律除外条款的 64.7%。严谨地表述为“除本节规定外”^④或“第 XX 条规定不在此限。”例如第 592 条规定“借用人已经不能用与出借人借出之物相同的种类、品质及数量的物返还时,需以该物当时的价格偿还。但第四百零二条第二项规定的情形,不在此限”。除外条款指向法律的有 3 条,常表述为“依法律之规定的,不在此限”^⑤,占比 17.6%;除外条款指向法令的有 3 条,占比 17.6%。指向法令 3 个的法律除外条款中,2 条^⑥是关于外国人或无居所人权利能力或居所认定的规定,1 条^⑦是关于期间计算方法的规定,均是应当由行政权力进行细化规定的程序较为繁琐的内容。

在指向本法的 11 个条款中,均明确指明除外条款在本法中的具体“节”或具体“条”,在指向法律及法令的 6 个条款中未明确指明除外条款之所在。如第 264 条“本节的规定,于数人有所有权以外的财产权场合准用之。但法令有特别规定时,不在此限”。我妻荣教授在《新订物权法》中对该条法律除外条款的设立作有特别的解释“民法上有关共有的规定具有浓厚的个人色彩。因此,特别法中有关财产权的共有规定,特别是在承认持份权的处分自由、分割请求自由等方面,产生不相适宜的情形较多。因此,特别法中针对各种财产权的共有设定了特别规定,目的在于修正这些不相适宜之处。”^⑧可见,日本的法律除外条款的设置并非为兜底性设计,亦非为未来法律留有空间,而是一种增强法律适应性,避免法条

①例如第 134 条规定:法律行为违反法律上的禁止时,无效,但法律另有规定的除外。

②例如第 343 条第 2 款规定:除第 339 条、第 342 条的情形之外,某人对自己做出或者不做出一定行为的情形,允诺给付违约金的,亦适用相同规定。第 339 条:如果债务人与债权人约定,在债务人不能履行或者不能以适当方式履行债务时,须支付一定金额作为违约金,那么在债务人迟延时,罚其支付违约金。以不作为为给付标的的,在有违反行为时,罚付违约金。第 342 条:约定以支付金钱之外的其他给付作为违约金时,适用第 339 条至第 341 条的规定,债权人要求支付违约金的,其损害赔偿请求权即告消灭。

③本条明确指出除外的范围为本法第 582 条至第 584b 条之规定,对法条内容进行填补。即对于用益租赁合同一般适用使用租赁的规定,仅在附属物的维持(第 582 条)、按估定价值承担附属物(第 582a 条)、附属物情形的处分限制(第 583a 条)、租赁终止期间(第 584 条)及使用租赁法上某些终止权的排除(第 584a 条)方面,适用第四目用益租赁合同中的特别规定。

④例如第 341 条规定:不动产质权,除本节规定外,准用下章(抵押权)的规定。

⑤例如第 36 条:外国法人,除国家、国家的行政区划及商事公司外,不认许其成立。但依法律或条约被许可的,不在此限。

⑥第 2 条:外国人,除于法令或条约有禁止的场合外,享有私权。第 23 条:在日本没有住所的人,不论其为日本人或外国人,以在日本的居所视为住所。但按法令及其他准据法的法律,应依其住所的法律场合,不在此限。

⑦第 138 条:期间的计算方法,除于法令、裁判上命令或法律行为有特别规定场合外,依本章的规定。

⑧我妻荣《新订物权法》,有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社 2008 年版,第 347 页。

规定冲突的表述方式,其存在具有必要性。

综上,日本民法典对于每一条除外条款的设置,表述中每一个字句的选择都经过了严谨的考察和斟酌。大多在条文中明确列明除外的具体法条,以期实现民法典的严密性和准确性。未指明除外条款的法条,立法者亦经过认真考虑与设计绝不盲目使用除外条款。再者,其指向范围大多以法律为限,且多限定在本法范围之内,少数指引至法令范畴的除外条款,亦是设定在外国人权利能力、无居所人居所认定及期日计算等视为极其必要的场合。日本民法典的上述特征,无不体现了其对“精致民法典”的追求。

(四) 意大利民法典法律除外条款

意大利民法典法律除外条款亦具有表述明确、严谨的特质。意大利民法典中法律除外条款共55条,将除外情形指向本法具体法条的有23条,占全部法律除外条款的41.8%。例如第634条规定“遗嘱处分,附以不能条件及违反强行规范、公共秩序或善良风俗的条件,视为未附条件。但第626条所定的情形,不在此限。”可以说,凡除外条款指向本法的,均明确指出具体法条之所在,绝不笼统使用“本法另有规定的除外”的表述。有32个条文指向法律,其表述通常为“于特别法律被规定者,不在此限。”例如第83条规定“在国内被承认的教派牧师面前举行仪式的婚姻,依下节的规定调整。但关于此种婚姻,于特别的法律被规定者,不在此限。”该种表述占全部法律除外条款的58.2%。

(五) 法国民法典法律除外条款

法国民法典作为世界上第一部现代民法典,在民法的发展历史上具有重要的意义,使用法律除外条款十分审慎与严谨。法国民法典条文共2283条,法律除外条款仅有24条,其中20个除外条款指向本法,表述为“除本节另有规定外”或者“第XX编有特别规定的从其规定”,占全部除外条款的83.3%。例如,第304条“除本节之各项规定外,分居之后果受上述第三章对离婚后果所定的相同规则约束。”与意大利民法典一样,凡除外条款指向本法的,均明确指出民法典中的具体“条”或具体“编、章”。其余除外条款,其中3条将指向法律,占全部除外条款的12.5%。例如,第1834条“本章之规定适用于所有公司,依据公司的形式或标的,法律另有规定者除外”。仅1条除外条款指向条例,占全部除外条款的4.1%,即民法典第544条“所有权是指,以完全绝对的方式,享有与处分物的权利,但法律或条例禁止的适用除外。”

经过对上述五部民法典法律除外条款使用情况的比较分析,我们发现这些民法典对于除外条款的使用均秉承着严谨审慎的立法态度,绝大多数除外条款指向本法,并在条文中明确指明本法中的具体方位,鲜有除外条款指向行政法规性质的条例、法令,且除非公权力必要介入的场合,不会随意指向条例或法令。另外,除外条款所指向的法律或法令、条例,是现实存在的,而不是未来可能存在的,或立法者想象中可能存在的,除外条款的使用是民法规则法律语言完整而精准表达,而不是无特定意义的兜底条款的常态习惯性表述。

三、民法总则法律除外条款立法技术的论证

制定民法典是现代法治的共同经验,法律除外条款是实现现代法治的有效工具。法律除外条款的合理使用,一方面能够解决我国当前民事法律体系内部的冲突和混乱问题,将已有的立法成果整合成为有机整体;另一方面能够克服成文法的“时滞性”缺陷,实现法律制度确定性与灵活性的完美结合。未来民法典对于法律除外条款的使用应当遵循法律的固有规则与民法的基本理念,以保护民事权利为法律技术的架构基点,以实现民法体系的自足与完备为最终价值追求。

(一) 民法总则法律除外条款立法技术之必要性

社会发展的经验法则证明:民法典的制定,囿于其所处的历史发展阶段的限制,必然存在其固有局限。如果我们对这些问题不给予足够的重视或者完全视而不见,那么它们就会发展成严重的操作困难。^①立法技术作为法律制度的有益补充,能够帮助成文法更好适应其所被赋予的特定角色,从而帮助

^①参见[美]博登海默《法理学-法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1998年版,第418页。

实现法律对于人的行为的价值指引功能。

1. 基于法律条文本身之必要。社会发展的多元性和社会变化的多样性, 致使人类无法实现对于事物的绝对认知, 更无法穷尽事物的一般情形。法律调整事实的无限性与法律条文数量的有限性之间的矛盾, 是立法中必须设立不确定法律概念的逻辑前提。由此, 法律条文本身所包含的一般规范存在之外, 必然伴随着例外情形的身影。哈特将其称为法律规则的“空缺结构”, 即无论是由判例还是由立法来传递一般的行为标准, 只要通过“一般”的词语来传递这种信息, 就必然存在着法律规则的“空缺结构”。因为, 缘于表述立法规则的普通语言只能与以权威性范例同样的不确定的方式指引行为。^①

法律规范与作为载体的语言文字本身都具有一般意义上的确定性和可预测性, 此为调整人类行为的法律规范之所需, 也为法律的生命力之所在; 同时, 法律规则与语言文字亦具有“开放性”特质, 基于语言文字并非绝对精确周密的示意工具, 加之立法者在起草法规时无法实现对于法律调整事实的绝对认知, 故而在某些所谓的“边缘地带”, 法律规则的适用具有不确定性。为克服法律条文本身之不周延特性, 例外情形应当在立法中尽可能得到体现, 以实现法律的普遍使用和有效实现, 立法技术中的“法律除外条款”由此成为了这一规则的载体。^② 较之法律规则本身的不周延性, 判例法国家尚可通过法官造法的方式予以弥补, 对我国这样的成文法国家, 采用法律除外条款的立法技术似乎成为了补充法律条文的首选。

2. 基于我国独特法律体系之必要。外国法的借鉴固然有其独特意义, 基于本国国情和特色的考量则是选择立法技术的关键。《民法总则》中法律除外条款的设置, 有其存在的本土原因和时代背景。首先, 取决于我国多层级的“行星”构造法律体系。我国立法机构经过 30 年的努力, 颁布了诸多内容和形式均已自成体系的单行法, 于单行法之外, 亦有大量的由行政法规、法律规章以及司法解释构成的“小行星”环绕四周, 加之我国民商合一的法律体制, 商法单行法需在民法典外组建商法体系, 作为民法特别法存在。^③ 这种独特的法律结构体系一方面代表我国民事领域立法已形成相对成熟, 能够独立运作的规则体系; 另一方面也给民法典的编纂带来了巨大的挑战。如何将大量的法律规范纳入到法律体系中, 以实现逻辑、体例上的一致, 是法典化之路需要解决的首要问题。《民法总则》作为统领民商事法律的规范, 无疑承担起囊括各级法律规范, 统一民商事法律体系的重任。而法律除外条款的确能够建立起一般法同特别法的沟通渠道, 从而形成逻辑严密、体系完整的民法体系, 故受立法者青睐。

再者, 取决于我们国家民事立法的体例结构。从民法典设置的体例来说, 民法总则所规定的内容, 通常来说, 需要具有一般性、概况性的特点。此种模式也是借鉴了德国法民法总则中高度抽象的大法律行为模式。^④ 民法总则的设置优点是将私法上的共同事项加以归纳, 具有合理化的作用, 可以避免重复或大量采纳准用性规定。但这种抽象规定也存在缺点, 就是必须创设例外, 正所谓“利之所在, 弊亦随之。”^⑤ 囿于篇幅的考量, 立法者无法将所有例外规则一一写进民法典之中, 而无论是业已存在的例外规则, 抑或是根据社会发展变化的新问题作出的新规范, 都迫切需要民法典中设定例外规定予以吸纳。在此基础上, 必须采取法律除外条款的立法技术, 通过以此设置法律的除外情形, 来不断的修正、调整成文法所具有的局限性。

3. 基于法律除外条款功能之必要。潘德克吞的编制体例模式决定了法律规范往往分处于民法典各地, 需要立法技术上的补缀接合, 以实现适用上的和谐与精准。法律除外条款因具有法律链接功能和法律补充功能, 成为立法者实现法律体系化和周延化的必备工具。首先, 法律除外条款具有法律链接功能。“任何法律规范都不是独立存在的, 任何具体规范都是‘整个法律秩序’的一部分。”^⑥ 法律规范内

① [美] 哈特《法律的概念》, 张文显译, 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 127 页, 转引自刘平《法治与法治思维》, 上海人民出版社 2013 年版, 第 225 页。

② 参见刘平《法治与法治思维》, 上海人民出版社 2013 年版, 第 226 页。

③ 参见杨立新《〈民法总则〉规定的民法特别法链接条款》, 载《法学家》2017 年第 5 期。

④ 参见薛军《民法总则: 背景、问题与展望》, 载《华东政法大学学报》2017 年第 3 期。

⑤ 王泽鉴《民法总则》, 北京大学出版社 2009 年版, 第 21 页。

⑥ [德] 伯恩·魏德士《法理学》, 丁晓春、吴越译, 法律出版社 2017 年版, 第 65 页。

部的协调统一性,决定了法律规范之间并非彼此相互平行,而是存在着价值意义上的脉络关联,此为法律规范自身所形成的内部体系,是法律体系之根本。法律规范只有被置于整体脉络之中,与其他具有相同法律价值的法律规范相联系,才能考察出其真实的法律价值评价。但是,法律规范间的内部联系需要通过“使人知”的方式,方能使其效用得到最大程度的发挥。故将具有相同法律价值评价的法律规范进行筛选、整合,从而形成的有联系、有规律的整体,此为法律规范的外部体系。法律除外条款作为外部体系中各法律规范之间的连接渠道,体现出其卓越的法律链接功能。抽象规范的统领作用,加之法律除外条款指引功能之技术补充,此为构建互联互通的动态化法律体系的有效路径。

再者,法律除外条款具有法律补充功能。^① 罗斯科·庞德的这句话揭示了一个无可辩驳的真理:即法律虽以稳定性为前提,而应对社会进步进行不断调整变化则是法律具有生命力的关键。诚然,法律的稳定性是法律存在的前提,但是稳定性本身并不是法律发挥效用的生命力所在,应对社会变化而时时更新,针对社会事实而时时检证,则是促使法律发挥最大效用的关键。现代民法学面临的最大问题是社会外部环境的复杂性和不确定性。如何运用制度(系统)去降低外部环境的复杂性,建立具有一般性的预期,是现代民法要实现的首要目标。^② 各国民法对于法律除外条款的普遍使用亦是基于法律的此种特性,“原则+例外”的立法模式的本质是基于运动和静止相对性的考量,更是对法律所具有的稳定性和变化性的深刻诠释。《民法总则》居于我国民法典中的地位,要求其需具有一般化的原则,但针对社会的时时变化,法律的时时调整,则需要通过创设例外的方式予以补充,此为法律除外条款这一立法技术本身所具有的法律补充功能之所在。

(二) 民法总则法律除外条款立法技术之应然性

无论是我国多层次法律体系的感召,抑或是法律条文本身对于开放性的迫切需要,均给予了法律除外条款充足的生存空间。然而,缺乏对于法律条文的时时检视与对法律精确性的孜孜以求,法律除外条款的滥用使得法律工作者在司法实践中饱尝“苦果”。故此,法律除外条款作为立法辅助技术,必须有其应有的适用准则,方能使其功能得到最大程度发挥。

1. 民法典法律除外条款存在之确定性。首先,确定性是法律本质之要求。法律除外条款作为立法的辅助技术,其设置应当与法律的本质追求相契合,以法律对于确定性的追求为同等追求。马克思指出“法律是肯定的(sicher)、明确的、普遍的规范,在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任性的性质,法典就是人民自由的圣经。”^③ 在这里,作为19世纪法学家的马克思为我们揭示了法律的本质要求,即以肯定的、明确的、普遍的规范为人类提供行动的指引。法律的明确性要求源于其作为指引性规范的本质。必须以明确的法律条文方式构筑起法律行为与法律结果之间的因果联系,使人们能够明确预知自己所为法律行为导致的法律结果,并以法律结果为导向设计自己的法律行为,以达到趋利避害的效果。明确的法律规范是法律可预期性的前提,确定性的法律会给予人们充分的心理预期,使其因对行为的后果有充足的把控而可以合理安排自己的政治、经济生活,这也是法律对自由价值追求的外化表现。自由是法律的基点,更是法律应当追求的终极价值,法律对于自由的限定必须以明确的方式示之。“法律的自由”来自于被规范行使的“自由的法律”;法律只能是为了自由而去限制某种自由。^④

不确定的法律本身就因其所导致的法律后果“不可知”,使得人们对法律的意旨“不可测”,而对法律无所适从。法律初衷在于通过具体、规范的法律条文为人们提供明确的指引,以实现秩序价值的维护,和对自由价值的追求。如果仅因采取了模糊性的法律除外条款这一立法技术,而无法实现法律语言的精准,导致法律确定性的初衷不能实现,致使人们无法按照对于法律结果的预期来设计自己的行为,选择自己的行为模式,实现对经济、政治和生活目的的把控,那么这样的法律除外条款的设置,不仅是与

^① 法律必须是稳定的,但不可一成不变。

^② 顾祝轩《民法系统论思维—从法律体系转向法律系统》,法律出版社2012年版,第77页。

^③ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1964年,第71页。

^④ 刘平《法治与法治思维》,上海人民出版社2013年版,第176页。

法律的本质要求相背离,更是与法律对人类自由价值的尊重和保护理念的悖反。

法律语言的精确性,法律内容的可预测性,是一部法典本身的价值所在,更凝结了人们对它的期望。“就法律本身的状况而言,人们期其最具精确性,同时,在适用中则当最具统一性。因为一部普适的国家制定法将会取替各不相同的习惯法,所以,制定法的司法管辖应予为精确之厘定规范。”^①未来民法典对于法律除外条款的使用更应当以此为参照,时时检证,以法律除外条款的确定性为设立原则,以增强法律的可预测性为设立基础,以对人类自由的维护为终极目标。

其次,确定性是民法典体系化之需要。民法典的制定是在传统民法的基础上,响应时代新变化,对民商事法律领域的完整规范进行整理汇编,把多年累积的实务和学说加以体系化,实现去芜存菁而继往开来的过程。民法典的体系化功能的发挥在于发掘法律规范的内在逻辑关联,通过精确的统摄性概念,把法律规范分门别类的予以区分,其核心在于用语的精确化。换言之,民法典用语的精确化,能够带动整个民事法规的系统化。^②但基于立法理念的不同,我国民法典对于法律除外条款的使用忽视了其应有的精确化指引功能,更多的是看中其对现有法律规范笼统囊括的“兜底”功能,其实质是忽视了法律体系内部的自治性,过度夸大了法律规范的独立性的结果。法律规范并非完全独立存在于法律体系之中,法律规范之间的价值趋同,是其存在内部联系的关键,使得其与相隔很远的法律规范也因价值的一致性而产生了内在的联系,即法律规范之间的动态耦合性。故此法律规范间实质并不需要所谓的“兜底”性法律除外条款对其进行笼统囊括,相反,更需要明确的法律除外条款予以补缀缝合,从而实现法律规范真正意义上的互通、结合。

有学者认为德国采用的精确主义法律体系,实质为封闭性质的法律体系,忽略了法律规则本身的动态性,中国民法典体系如果对于德国民典的法律路径简单重复,则会有“刻舟求剑”之嫌。^③笔者认为,法律规范本身的动态性来自于其对于价值评价的一致性,是一种内部的动态联系,而法律除外条款的使用则是通过确定化的方式建立起法律规范的外部联系。诚如德国民典,其内部的严谨性并不代表着法律体系的严格闭合,相反,因其对于法律除外条款的明确化规定,使得整个法律体系联结成一个良性的循环体系,并不因其追求法律规范的精确性而导致严格意义上的法律体系的封闭性。同时,法律体系的开放性源于立法者无法实现对于事物的绝对性认知,而需要通过适度的开放性来弥补其固有的不周延性,这本毋庸置疑,但仅为过度追求法律周延,而给予法律的变化预留过度空间,实质是混淆了法律体系的精确性和开放性何为第一性的问题。法律体系的精确性代表着法律的精确适用,是法律价值的核心和根本,而法律体系的开放性亦是出于对法律适用日臻完善的考量。故此,追求法律体系的开放性,并不能成为阻碍法律精确适用的理由,如果过度追求法律体系的开放性从而给予司法适用造成难以修复的负担和风险,则此种对于法律体系开放性的追求,并不可取。正如学者强调的“从实践理性视角,我们对中国当代民法规范体系的追求应该是:从精确开始,到开放为止。”^④“民法典体系化的最根本要求在于法律规则的精确性从而实现逻辑严密、体系完整,人们的一切选择都可以在法典中得到指引,这样的确定性最终才能使法具有实践性,规则也才能具有所谓的‘规则’效力。”^⑤

最后,确定性是对法律精准适用之追求。“奉自治理念为圭臬的法典,不以管制民众行为为目的,毋宁旨在为法官提供尽量精确高效的裁判技术。”^⑥故此,民法典的落脚点应当在于以体系化的法律制度为法官适用法律解决纠纷提供明确、精确的指引,立法技术的使用也仅应当成为实现精确指引的辅助工具。以“法律另有规定除外”“法律另有规定,依照其规定”的法律除外条款的使用,会导致以下后果:

①[德]弗里德里希·冯·萨维尼著《论立法与法学的当代使命》,中国版本图书馆2001年版,第16页。

②参见苏永钦《从动态法规范体系的角度看公私法的调和——以民法典转介条款和宪法的整合机制为中心》,载《月旦民商法杂志》2003年第3期。

③学者阿瑟(Esser)倾向于判例法和“问题思考”,提出“开放的体系概念”,认为早期法典化理念主张的是“封闭的体系”。参见Esser, Grundsatz und Norm, S.44, 239, 7.转引自龙卫球《民法基础与超越》,北京大学出版社2010年版,第43页。

④龙卫球《民法基础与超越》,北京大学出版社2010年版,第45页。

⑤阳帆《从中国实际出发看民法法典化的利弊》,载《江苏商论》2014年第14期。

⑥朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第34页。

法律中规定了除外条款,在法律体系内无法找到对应法律条文,或对应的法律条文之间因存在着法律层级的冲突而无法适用。这样的立法技术的使用,不仅没有实现为法官提供精确高效的裁判技术的功能,反而因其模糊性的指向迫使法官出于公正裁判的考量不得不消耗大量的时间查阅法律条文,从而导致司法成本增加,司法效能降低;更会因法官在实务中无法穷尽法律规定的除外情形而增加错判的风险。

法律的确信性是法律能够实现精准适用的前提。法律的读者是以法官队伍为首的法律工作者,法律的意义在于通过一般性规则的制定从而成为法官应对千变万化的案件纠纷的裁判利器,法律规定的精准、明确是法官在司法适用中实现高效的保证。我们立足于中国特色基本国情,以域外的法律为借鉴,在《民法总则》中采取了“原则+例外”的立法模式。但却忽视了,高度盖然性原则性规范应当同明确具体的例外情形相契合,而不能采取高度盖然性的原则性规范的同时,辅之以更为抽象性的例外规定,这无疑是对法律精准性的彻底违背,这样的法律条文,在司法适用中不仅无法起到应有的指引作用,反而会因其立法理念的错漏而成为无休止的纠纷之源。我们效仿德国立法模式在《民法总则》中建立起高度盖然性抽象性的法律规范,继而通过设置法律除外条款的方式力图缓解法律的不周延性特质,却亦忽视了对德国法律的严谨的态度以及时时考察调整、予以补足方式的借鉴。此类既未指明法律除外情形,也未对法律除外情形予以时时考察补正的笼统适用方式,必将使得法律本身无法达到精确适用的基本要求,也不能使得民法典成为法官据以解决纠纷的法律利器。

2. 民法典法律除外条款理念之吻合性。民者、人也,民众也。^① 主体的特定性决定了民法的核心价值,即对于人基于生活需要而产生的权利予以充分肯定和保护的法律规范。换言之,民法以保护私权为己任,民法赋予了人们依照自己的意志生活的力量与自由。民法的权利本位性,决定了其自治法的基本性格。民法中的权利义务关系基于人们的自治而创设,各主体通过法律行为,达成彼此间的生活目的。严格意义上,各主体遵从自治行使权利,履行义务,非不能解决纠纷而诉诸于公权力帮助,公权力不应当介入。其自治法的基本性格应然之义在于此,有学者因此将被法律确认的行使权利的自由空间定为权利主体的“独立王国”。^② 纵使法律疆域再辽阔,对于权利主体的私权,公权力都应当绝对意义的回避。

自20世纪以来,行政权力在民法体系中大有扩张之势,这种扩张并非基于国家权力的扩张,而是采用了“措施性法律”的方式,学者将其定义为“旨在妥善、有效且短期性规范民主工业社会发展的技术性规定。”^③ 《民法总则》与《合同法》中都不乏此类“措施性法律”。法律除外条款则一定程度上成为了“措施性法律”的载体。以《民法总则》为例,典型法律条文为《民法总则》第135条“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式;法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的,应当采用特定形式。”通过法律除外条款的设置,引入行政法规的登记、行政审批等特别形式,以实现民事法律行为的管控。法律行为制度乃是以权利为支点所创设,是民事主体行使权利的根本所在,如此严格意义上的自治规范,国家公权力的干涉本就不为不当干预,而此条文法律除外条款的设置采取了“行政法规规定采用特定形式的,应当采用特定形式”的模糊表述,这样的表述实质上是给予了行政权力充足的管控空间。虽是出于周延之目的,却以给私权造成潜在损害为代价,实为公权力介入私权领域打开了大门。其结果必然是任意的行政法规规定都可以排除《民法总则》中关于法律行为的基础性规定,而使得凝结民事权利精神内核的《民法总则》因行政法规规定的任意干涉而丧失其基本的理念和权威。《民法通则》“以‘合法性’为要素的”民事法律行为“概念拓展了国家干预权利主体行为的空间”^④而对民事法律行为的合法性要素进行根本改变的《民法总则》仍然扩张引入公权力的干预,无疑是对民法权利本位的理念的悖反。

如果《民法总则》作为统领民商事法律体系的统帅,尚且需要受制于不明来源的行政法规,其他单行法对于公权力侵入的抵御,则更显薄弱。我国现代民事立法中对于法律除外条款的此种使用态度,与

① 参见章礼强《民法本位论》,上海人民出版社2013年版,第13页。

② 参见张文显、于宁《当代中国法哲学研究范式的转换——以阶级斗争范式到权利本位范式的转换》,载《中国法学》2001年第1期。

③ 龙卫球《民法基础与超越》,北京大学出版社2010年版,第12页。

④ 参见董彪、李建华《我国民法典总则中法律行为构成要素的立法设计——以权利本位为视角》,载《当代法学》2015年第5期。

其说是引进了活水,将民事法律体系所激活,毋宁说是将国家管制之网覆于公民自治之上,以法律除外条款的外观,实现管控民众之目的。毫无疑问,此种结果显然与法律除外条款的立法初衷相违背。我们并非否认国家对于经济生活实现合理管控的正当性,但是,以行政法律、法规为外观的公权力本身,其制定往往一定程度上出于个别领域的管制理念抑或公共政策所考量,并非以民法的基本规范为参照,更非民法基本理念的凝结。如此设置的法律规范,如果民法典还需要通过法律除外条款的方式将其引入民法体系内部,势必会导致对民法基本理念的冲击。

成文法并非仅为规制守法者行为的法,更应当是衡量和评判立法者和司法者行为的标尺。成文法制定的本质源于对于公权力行使的不信任,需要将此不信任物化为具体规定,以实现对于立法者和司法者权力滥用的限制。民法作为成文法的典型规范,其设立理念也同成文法相契合,加之民法本身的权利本位性,更突显出民法的基本理念就在于保护私权自由,限制公权力滥用。这是民法的理念所在,如果法律除外条款的设置宛若给行政权力的不当介入提供了“绿色通道”,反使民法的精神内核被侵蚀,那么这样的立法技术显然应当为立法者所抛弃。

本文所列举之例仅为法律除外条款产生的众多理念、原理冲突之一隅,此例说明法律除外条款的滥用所导致的理念与原理的冲突后果极其严重,故此,未来民法典应当以价值理念以及民法固有原理之吻合性检视法律除外条款之恰当性,实现法律规范合理配置的最终价值追求。

3.民法总则法律除外条款位阶之恰当性。法的位阶是实现法律体系错落相致的根本,也是维系法律体系内部和谐与稳定的基石。《民法总则》对于法律除外条款的使用恰恰忽视了对法的位阶遵循,由此导致了法律适用上的混乱。笔者认为,法的位阶规则并非仅仅体现于法的适用过程,抑或是法律规范的冲突解决过程,更应当在法的制定过程中予以严格遵循。

首先,法的制定对于位阶的遵从。法产生于一般变化的过程,法的产生和变化也严格遵循了由抽象到具体的实然规律,形成了从抽象规范到具体规范的法律制定的道路。^①从时间上看,较高位阶的法律规范总是优先于各个较低位阶的法律规范先行制定;从法律效果上看,较低位阶的法律规范的制定则严格意义上以较高位阶的法律规范为参照,其效力也由较高位阶的法律规范所决定。由此,形成了一个相互错落有序,法定程序严密的法律位阶结构,此为制定规范严格遵循位阶的应然状态。在法律位阶结构中,低位阶的法律规范制定以高位阶法律规范为参照,相对应的立法是一个“向上看”的过程。法律位阶就像金字塔,下位法的规定永远多于上位法的规定,上位法的规定是对下位法规定的归纳总结。因此,低位阶的法律规范以其所参照指引的高位阶的法律规范理念为指引,制定相应规范以辅助高位阶法律规范的落实。立法过程严格遵循法律位阶的要求,是维护法律体系的内在和谐性的体现。

我国现有的立法观念似乎忽视了制定法律需要遵循的法律位阶的本质要求,采取了“向下看”的立法理念。具体体现在制定法律过程中,对上位法的基础性规定往往采取无视的态度,或因下位法诸多规定抑或是存在争议问题无法解决,索性设置法律除外条款予以笼统囊括;或因下位法的规定较为具体,而不设定前瞻性规则,仅将规制任务通过法律除外条款方式转嫁给其他法律。这样的立法理念,毋宁说是对法律位阶没有做到起码的遵从,更确切的说是一种不负责任的立法态度。民法典是统领民商事法律关系的基础法律规范,法律的制定过程应当严格遵循法律位阶的要求,法律除外条款的设置更应当奉“上位法优于下位法”的原则为圭臬,采取向上看的态度,以此设置下位法的特别规定,这是法律体系的本来面貌。如若一意孤行,仍而以下位法的规定为指引,必将使得作为上位法的民法典法律规范本身丧失了作为一般性规定的作用和作为统帅性规定的权威。

其次,法的适用对于位阶的信守。法律因位阶不同而产生了不同的法律效力。《立法法》第78条、第79条、第80条、第83条明确规定不同法律规范之间的效力等级关系,即“上位法优于下位法”、“特别法优于一般法”。民法典关于法律除外条款的设置也应当遵循以上规则,具体体现为以下方面:

第一,同一位阶法律规范适用“特别法优于普通法”规则。特别法并非绝对概念,而是一个相比较而存在的概念。从民事法律规范来看,其实质应当区分为基本法律和非基本法律,基本法律即为民法

^①参见顾建亚《法律位阶划分标准探新》,载《浙江大学学报》2006年第6期。

典,而非基本法律则指民法典以外的民事特别法以及非民事法律中规定的民事特别法。民法典范围内,因各单行法之间均属于基本规范的范畴,无法适用“特别法优于普通法”规则,可以通过设定具体的法律除外条款的方式,将除外规则限定于“本法”,但必须以明确方式示之,现行立法中的模糊表述断不可取。对于民法典以外的民事特别法,则无需通过在民法典中设置法律除外条款的方式示之,仅需依“特别法优于普通法”的原则即可。《民法总则》第11条规定“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”已从实质上确立了特别法优先于普通法适用的原则性规定,设置“法律另有规定除外”的方式予以强调纯属文字上的无益浪费。这样的规定,无论是出于强调意义上的考量,抑或是出于兜底的需要,都不可取,反而会因此画蛇添足的规定给予司法适用带来困扰。例如,关于消费者七天无理由退换货的权利,《消费者权益保护法》第25条已经作出明确规定,即消费者对于其远程购买的商品享有七天无理由退换货的权利。而《合同法》第94条^①第5款关于“法律规定的其他情形”的设定,则使得《消费者权益保护法》第25条经解释成为了民法典基本法律规范。由此产生了适用上的冲突,如果适用《合同法》第94条规定,则需要首先解决法定解除权的问题,从而确定是否可以解除合同,在此之后,消费者方能行使七天无理由退货的请求权;而如果直接适用作为特别法的《消费者权益保护法》的规定,消费者可以直接享有七天无理由退换货的权利。^②从法律适用效果看,亦能说明,民事特别法本就可以依照“特别法优于普通法”的基本适用规则直接适用,此为特别法自治性之根本,更为民事法律体系内在逻辑性之所在,强行增加法律除外条款的“兜底”功能,仅会导致对法律体系内在逻辑的颠覆性破坏,从而导致法律适用上的冲突,更违背了法典化的时代使命。

第二,不同位阶法律规范适用“上位法优于下位法”规则。《民法总则》中法律除外条款的设置,存在着行政法规、部门规章甚至司法解释对其排除适用的情形,其实质在于混淆了“特别法优于普通法”的适用范围。基于“法律另有规定除外”表述的法律除外条款本身并非因其适用“特别法优于一般法”而具有正当性。《立法法》所确立的“特别法优于一般法”规则的适用前提条件是特别法与一般法是由“同一机关制定的”,而上位法与下位法是由不同的立法机关所制定,因此两者之间的冲突本就不符合“特别法优于一般法”规则的前提条件,而应当由“上位法优于下位法”的规则所调整。^③即下位法应当以上位法的基础性规定为参照,是对其的具体化说明,而不能作出任何与上位法相抵触的特别规定。《民法总则》中法律除外条款的使用方式,实质是给予作为下位法的行政法规绝对意义上的优先适用效力,导致的结果不仅是法律位阶的混乱,更会使上位法的基础性规定因法律除外条款等过多设立而被架空,失去其应有的适用价值与权威地位。此外,我国现行立法中关于法律除外条款的规定不乏“法律、行政法规另有规定的,依照其规定”的表述,在条文中直接指向了行政法规。笔者认为,此处的行政法规应当仅指国务院做出的规范性法律规定,而排除相关政策的干预。《民法总则》第10条^④关于法源的规定,颠覆了《民法通则》“民事活动必需遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策”的规定,已经将国家政策排除于法源之外。法律除外条款之中引入的特别规定,则理应不包括政策的范畴。

我国现行法律体系从上到下依次为宪法、法律、行政法规、地方性法规、部门规章。不同位阶的法律规范之间的应然状态应当是逐步具体化的过程。即法律应当是宪法的具体化,而行政法规、地方性法规和规章乃至司法解释则应当是前一规范层级的具体化,这才是法律体系内严格遵循位阶规则的理想化模式。^⑤

结语

法律除外条款是现代各国法治实践的共同经验,相比其他国家的谨慎使用态度,我国仅《民法总

^①《合同法》第94条:有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(一)因不可抗力致使不能实现合同目的;(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(四)当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的;(五)法律规定的其他情形。

^②参见杨立新《〈民法总则〉规定的民法特别法链接条款》,载《法学家》2017年第5期。

^③参见刘志刚《法律规范的冲突解决规则》,复旦大学出版社2012年版,第32页。

^④《民法总则》第10条:处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯。

^⑤参见刘平《法治与法治思维》,上海人民出版社2013年版,第54页。

则》中法律除外条款就占据极高的比例。如果说《民法通则》制定之初,囿于历史发展阶段所限,抑或基于法律关系变化考量,使用法律除外条款予以“留白”,尚属必要,《民法总则》的制定则是在公有制为基础的市场经济蓬勃发展与法律规范健全成熟的基础上,实现民法体系重构的过程。未来民法典对于法律除外条款的使用应当秉承谨慎、精确之态度,以除外条款指向法律的客观存在为基准,以法律位阶的合规性为效力指引,以民法基本理念与原理为检视标准,将法律除外条款严格限于民法典范畴内;特别法抑或行政法规的设定仅以必要为限,而不以未来可能规定为由。例如,民法典物权编土地承包经营权的制定可设法律除外条款,与《土地管理法》《农村土地承包法》的相关规定链接而使其成民法典的有机整体;司法解释本质为对基本法律规范的补充性回应,民法典应当对历经实践检验的司法解释予以萃取、吸收,而非通过设定法律除外条款方式将其简单囊括。诚然,法律语言并非精确周密的示意工具,法律规定亦无法实现对调整事实的绝对认知。故此,立法者更应当通过精确的统摄性概念,建立起法律的一般预期,辅之以及时修法或司法解释予以补正,此为实现法律规范合理配置之基本路径。响应时代发展需要而生的民法典,凝结着法律工作者的梦想与期待,更是维系国家长治久安的基石,我们所需要的,并非过度追求开放、不断留有余地的“松散民法典”,而是一部蕴含着前瞻性与时代性的中国特色“精致民法典”。

Subject: An Observation and Reseccrch on the “Exclusion Clause” in the General Principls of Civil Law

Author & unit: MA Xinyan ,WU Xiaochen(Law School ,Jilin University ,Changchun Jilin 130012 ,China)

Abstract: The compilation of the general principles of civil law represents China ’ s formal entry into the era of civil code. Under the influence of China ’ s multi-level legal system , the general principles of civil law set up a large number of legal exclusion clauses , which make it in the correction and adjustment of the civil legal system. However , it also brought uncontrollable risk to the application of law. As to the legal exclusion clauses , the non-existence of the reference ,the ambiguity of the article and the departure of the doctrine and the legal status may cause subversive destruction to the civil law system. The use of legal exclusion clauses is the common experience of modern rule of law. With the reference of the cautious and accurate attitude of civil law to the legal exclusion clauses , the establishment of the future civil code should take the objective certainty of legal norms as the logical premise ,take the legal rank as the effective guidance ,take the basic concept of civil law as the inspection standard ,and limit the use of legal exclusion clauses to the maximum extent within the civil code system in order to achieve the ultimate value pursuit of self-sufficiency and integrity of the civil law system.

Key words: legal exclusion clauses; doctrine of the civil law; rank of legal effect; civil code

[责任编辑: 满洪杰]