

# 民法权利思维的局限与社会公共维度的解释展开\*

梅夏英

---

**摘要** 当代中国民法典编纂缺少对于个人和社会公共维度之间的话语空间的关注，这制约了民法典的社会性发展和功能定位的评价。民法权利思维定式过于僵化，它缺乏对以公共秩序形式彰显的法益的构建力和解释力，导致权利化表达范围的局限和非理性扩张，高估了权利及请求权对法律生成的作用，忽视了权利运行的公共社会基础和义务底色。社会公共维度的关注对于当代民法的意义在于：“公共之善”在当代彰显的现实价值；公私法区分相对性的当代深入展现；权利“孤岛”和法益社会化中私法退守的必然性；信息时代立法社会化诉求的加强。基于民法与社会的互动，主观权利和强制个人独立的民法体系趋向式微，民商法单行法功能性立法趋势逐步确立。当代民法典因其政治动力不足、价值引导力的衰退、涵盖面缺乏以及可预期性减弱，已逐步成为一个关于物权、债权等传统基本私法关系的规范群，民法所面临的超复杂社会将导致可变的实证法时代逐步来临。

**关键词** 公共维度 权利思维 法益 预期强制 实证法

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.01.002

作者梅夏英，法学博士，对外经济贸易大学法学院教授。

---

## 一、问题的提出

民法典的编纂是我国当代一项浩大的立法工程，它将使我国的立法水平提升到一个新的高度，同时也对立法界和学术界提出了更高的要求。我国民法典的编纂（包括前期分编制定）过程中，理论争议非常活跃，几乎涵盖了我国民法学理论所能涉及的领域和层面，这成为新时代中国特色民法典制定的坚实理论基础。但当前我国民法典的编纂仍以沿袭德国民法的立法体例为主流，一定程度上缺乏适应当代社会的民法理论和立法创新。虽然理论界不乏对民法典的深切关注，但大多数的理论资源并不能对民法典的结构和内容有所影响。就宏观理论而言，有学者提出在秉承舶来的西方形式主义法学之外，应提倡历史—社会法学的建构<sup>①</sup>，亦有学者提出民法典负有政治性使命这一时代

---

\* 本文为2018年对外经济贸易大学“双一流人才工程”个人重点课题“民法的社会公共维度研究”的最终成果。

<sup>①</sup> 参见黄宗智“中国正义体系的三大传统与当前的民法典编纂”，《开放时代》2017年第6期，第12页；谢鸿飞“你应该知道的历史法学及其在中国的近况”，《中国法律评论》2015年第2期，第209页。

建议。<sup>②</sup>在宪法、各部门法与民法典的关系上,宪法学者普遍强调宪法对民法典的辖制和辐射;诸多商法学者在强调民商合一的立场之上,主张民法典与商法建立形式和体系上的连接和融合;部分知识产权法学者主张民法典容纳知识产权是法理上正当的要求;也有经济法和社会法学者认为劳动法和弱者保护法是民法典的新任务,且世界立法已有先例。<sup>③</sup>

在民法典自身范畴内,关于习惯、政策、司法解释和案例的作用都有学者进行深入研究,力图使上述内容在民法典里有所体现或建立合理连接。除此之外,一部民法典与社会互动联系所应依赖的基础理论主张也需要专门提炼和打磨,恰如当年德国民法典制定时同时盛行的各种学说,如萨维尼的民族精神学说、普赫塔的法律家法、贝斯勒的民法、耶林的利益法学和基尔克的社会法等,成为该法典精神营养之源。<sup>④</sup>但上述这些方面似乎在我国民法典编纂中都不同程度上受到了忽视,目前立法所关注的都集中在以德国民法典为摹本的体系和内容的取舍和安排上,总体上遵循近代法教义学的构建和解释方法。尽管某种程度上我国民法典有一些自身特色,但其所具有的空洞的、超越体制的特性犹如一个顽固的城堡,阻挡着各种思想、方法和社会主张的融入。民法典的这种封闭性与我国目前波澜壮阔的社会发展和改革实践对民法典的实际诉求有一定差距,也与当代民法典所应具有的开性和时代性颇不相符。

造成这一现象的原因很复杂。它既与我国目前民法典编纂的立法目标和立法机关的技术取舍有关,又与民法立法模式在历史上所形成的路径依赖直接相关,但更重要的原因则与我国民法学所固有的形式主义的思维模式密切相关,这种思维模式承继于德国近代民法理论和立法,其中最为核心的体现则是以权利的分类和体系构建为表征的权利思维定式。这种权利思维定式企图以权利概念和类型来统领民事关系,而忽视了法律关系的丰富性和开放性,以及民事关系所依存的社会背景对个人自由的影响和制约,因而具有强烈的保守性和自我收缩的倾向。在此前提下,针对民法典的开放或创新话题而产生的新的理论或方法大多数便无法被传统思维体系有效地吸收,因为一旦涉及民事关系的扩展或优化,民法理论便回避不了权利的“名”或“实”的问题,这实际上并不必然是民事关系理论必须回答的问题。近代德国法系民法的教义学与社科法学之间的关系也实际上面临类似的境况。德国民法的权利思维定式并不是世界普适的私法构建方法,它立足于弘扬自由的近代个人主义哲学,以及追求理性和稳定预期的法教义学原理和方法,而形成了独特的对于近代农业和工业社会场景的定格化法律表达。权利思维定式强调私法关系的定型权利化表达,因而无论在私法理论还是立法体系上都缺乏适应社会关系发展和变化的容纳力和扩展力,这导致在民法典与法典之外私法规范或私法法益的关系梳理上,一直缺乏一个有效的、一以贯之的理论来获得有效的理论统合和解释,因而对于权利思维定式进行检视或许是理论探讨的一个重要视角。

对于权利思维的理论检视,绕不开个人主义哲学和法教义学两个理论支点。对于个人主义哲学与民法公共维度之间的关系,我国已有相关学者进行反思性探讨,这些探讨主要从个人自由和国家干预的关系角度,或从民商事法律关系公私法融合角度进行展开,也有从个人主义和合作主义的区

<sup>②</sup> 参见石佳友“民法典的政治性使命”,《山东法官培训学院学报》2018年第1期,第1页。

<sup>③</sup> 关于民法作为宪法的“具体化法”,受宪法价值和规则体系的制约,参见韩大元“宪法与民法关系在中国的演变——一种学说史的梳理”,《清华法学》2016年第6期,第151页;关于建议制定一部具有商法品格的民法典主张,参见王涌“中国需要一部具有商法品格的民法典”,《中国法律评论》2015年第4期,第30页;关于知识产权与劳动法应纳入民法典的主张,参见吴汉东“知识产权应在未来民法典中独立成编”,《知识产权》2016年第12期,第3页;谢增毅“民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则”,《中国法学》2016年第4期,第92页;郑尚元“民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位”,《法学家》2016年第6期,第69页。

<sup>④</sup> 参见注①,谢鸿飞文,第209页。

分角度，来探讨权利的静态享有和动态生成机制的。<sup>⑤</sup> 这些研究对于私权与社会互动的整体观察和评判尚留有较大余地；对于民法教义学于中国民法发展的意义，有若干学者从法教义学的历史、社会功能以及现实价值的角度进行引介和阐扬，但对于法教义学中的权利思维方法和规则体系评价方面尚无专论涉及。基于此，在上述理论背景下，从权利与社会的互动维度来探讨权利思维的局限及其与社会的互动走向，对于当代社会权利观念和规则体系的重新认识，甚至对于当前民法典理论和立法的宏观评判，都有一定的理论和现实意义。这种视角要求在检视传统民法权利规则的基础上，关注更抽象的相关法社会学和批判法学理论，以权利和社会的价值冲突和整合为主线来展开论述，故本文不尝试解决既有模式下的具体民事理论和立法问题，但在理论上致力于提供一个权利思维定式之外私法体系的发展图景和解释模式，以期对当今民法典编纂的理解有所助益。

## 二、传统民法权利思维定式的局限分析

民法的权利思维定式意指民法典运用权利为基本工具，来分析私法关系和私法救济，并通过权利类型化手段来建构民法的体系。其中，在权利分析上采用三要素（即主体、内容和客体）的分析方法，以使权利获得具体的界定。权利思维方法存在于近现代各国民法典，此种思维方式可在价值和规则两个层面上分别体现。就价值层面而言，权利思维体现为主观权利观念对于近代私法体系的价值引领作用，这已成为近代欧陆国家法典化的理论基础；就规则层面而言，权利思维则体现运用法教义学上的概念法学方式，将权利概念和分类作为具体私法关系的分析工具和法典体系化组织工具，并作为法律体系的质料直接参与到私法体系的构建中。价值层面上的权利思维之局限，体现为个人与公共领域的冲突和紧张关系，这种局限性需要在探讨个人与社会关系的法哲学层面来理解和解释，而私法规则上的权利思维定式之局限，则体现在权利思维对于私法体系发展的掣肘，这需要在法教义学层面上进行理解和解释。但这两种层面的局限性很大程度上具有价值传递上的共通关系，某种程度上是个人主义哲学催生了法教义学，而法教义学则强化了个人主义哲学，故在理论上不可将两者完全分割，在论述上也会相互指涉。从法教义学在权利思维方法上的局限性进行分析，进而延伸至个人主义哲学与法社会学之间价值冲突的探讨，是研究作为私法基础范畴的权利概念所应具有的整体性视野的理论要求。

值得注意的是，近代大多数国家私法只是在价值原则上坚持个人主义和权利观念，并不一定运用权利概念来组织民法典或私法体系。比如，《法国民法典》便没有通过民事权利体系来组织民法典，也未形成固定的权利分析模式，甚至该法典对于物权和债权的有效区分并未完全形成；<sup>⑥</sup> 又比如，在以个人基本权利作为宪政基础的英美法系，尽管隶属于风格迥异的判例法传统，但在私法成文立法中并没有形成权利体系和权利概念化分析定式，私法与公法的划分更多体现在理论分类上，且私法大致体现为财产法、合同法和侵权法等以法律关系领域划分的综合体。<sup>⑦</sup> 只有《德国民法典》除了将个人权利作为价值原则之外，还将其作为具体概念和质料内置于民法典的结构形式中，

<sup>⑤</sup> 参见易军“个人主义方法论与私法”，《法学研究》2006年第1期，第89页；蒋大兴“论私法的公共性维度——公共性私法行为的四维体系”，《政法论坛》2016年第6期，第61页；熊丙万“私法的基础——从个人主义走向合作主义”，《中国法学》2014年第3期，第138页。

<sup>⑥</sup> 参见陈华彬“物权与债权二元权利体系的形成以及物权和债权的区分”，《河北法学》2004年第9期，第8页。

<sup>⑦</sup> 参见王利明“论物权法中物权和债权的划分”，《法学论坛》2007年第1期，第5页。

并因此最为有效地建立了个人利益和自由的堡垒，权利所及之处均为个人不可侵犯的私域空间。

以个人主义为基础的法教义学在当今德国法系国家仍有持久的影响力。目前我国理论研究重点在于探究法教义学的基本立场、立法应用和理论评价，其中关于法教义学是在经验和价值之间、法律虚无和法典万能之间，以建立和理解规范体系并服务于司法实践的沟通和论证的方法论范式，已在理论上逐步明晰。<sup>⑧</sup> 有学者在考察法教义学的方法时，认为在法学理论上，“法教义学主张‘法学应持规范性研究的立场’，因为它本质上是以建构性活动为中心的实践科学。正因为对‘规范’与‘规范性’的强调，所以法教义学在元方法论层面是一种‘规范法学’”。<sup>⑨</sup> 法教义学在近现代德国私法理论上经历了多次发展和演变，其基本观点和方法也一直在调整之中，但其所依赖的现实法律即《德国民法典》自颁行之日沿用至今，其结构和体系并未产生根本变化，这使得法典颁布之时主导立法的概念法学所创造的“概念—命题”体系，以及相应的受一般权威拘束的思维形式，仍被保留下来，并对现实法律的发展产生影响。正是在建构法学的意义上，权利分类和思维定式对于民法典调整的私法关系范围产生了牢固的影响，这种局限性并不能通过其后法教义学的适应性发展和调整得以根本缓解。我国继承了《德国民法典》的立法体例，即一定程度上继承了这种权威的权利思维方式，由于在法教义学层面上没有及时跟进法典与实践之间冲突缓解之方法体系，我国民法理论上的权利思维局限变得更加直接和芜杂。

德国民法权利体系的建立在近代具有积极意义，即通过形式上个人利益的权利化而充分贯彻了个人主义原则，使个人通过权利体系强制性地获得了独立，这与近现代公民社会的发展和市场化的基本要求是吻合的。在此基础上，民事权利作为个人利益形式上的象征，某种程度上成为公法和私法的一条天然界限，在私法的话语体系中，对于权利的追问和确定成为一项法律关系是否进入私法领域尤其是民法典结构体系的前提条件。上述权利思维定式在相对简单的传统社会中具有较为确定的适应性和操作性，在一段较长的时期内也能涵盖大多数的法律关系，民法理论对于非权利化的法益和民事公共秩序，也能通过例外的规则或传统规则的扩充来得以缓冲和解决，但随着社会的发展和复杂程度的提高，过于纯粹的权利思维定式愈来愈显现其局限，对一些法律关系的调整和解释无法通过理论变通来求得体系的整体一致性。这主要体现在如下方面：

首先，权利思维定式对于非权利化的、以民事公共秩序为表征的民事法益无法纳入其分析和调整框架。民事关系中的私人利益具有多种表现形式，传统民法典中的物权和债权只是个人财产利益的两种典型形式，这两种权利是完全个人化的确定的利益表达，它基本不依赖于外部的公共关系，但民事关系中大量存在着以公共秩序为表征的民事利益，这类利益无法通过完全个人化的私人权利表现出来，但仍应通过侵权责任等民事救济手段来获得保护，理论上将此大多纳入“法益”的范畴。这可从日常生活中排队时的“插队”现象获得大致的理解。如市场主体对于有序市场享有某项利益，是通过《反不正当竞争法》和《反垄断法》来彰显和保护，市场主体的利益在此体现为无形的秩序性利益，也应通过侵权责任法来获得救济。又如我国相关法律、法规对于资本交易市场中的虚假陈述和内幕交易的禁止，亦是保护交易参与人的秩序性利益，这些利益当属于民事利益或框架性法益。<sup>⑩</sup> 这些框架性利益与民事权利不同之处在于，它不能由被类型为特定权利，不能形成稳定的权利构成，亦不能基于个人权利的效力而推导出相应规则，它具有深厚的社会性，但却又难

<sup>⑧</sup> 参见许德风“法教义学的应用”，《中外法学》2013年第3期，第937页；雷磊“法教义学的基本立场”，《中外法学》2015年第1期，第100页。

<sup>⑨</sup> 同注<sup>⑧</sup>，雷磊文，第100页。

<sup>⑩</sup> 关于框架性法益，参见[德]梅迪库斯《德国民法通论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第106-108页。

以完全纳入公法领域。

判断一项利益是否构成民法上的权利，在于该法律关系是否能通过相对纯粹的、稳定的及不依赖于外部公共秩序的私人利益空间的界定，并辅以逻辑推导形成自洽的利益调整规范群。在有些情形下，某种民事利益似乎可以达到民事权利的上述要求，实则不能达到典型权利的逻辑推导和规范自洽的效果，只能构成框架性的法益，如人格利益和个人信息法益即属于此列。这些法益的权利边界非常模糊，大多需要公法资源的支持。如目前民法典人格权编（草案）中，存在着大量行政法规和强制性保护规范，纯粹的民法规范因比例较小而不能得以彰显。又如在个人信息保护问题，也在个人信息权的讨论角度受到理论困扰，实际上个人信息作为新型法益，其保护的理论基础和方式并不能从私权角度得到有效解释，从公共维度的基于信息安全的社会控制角度理解更具有可行性。<sup>①①</sup>另外，法益的表现形式多种多样，但不能由既定权利推导出来为其共同特征，一项社会秩序是否可以通过非权利化的法益得到民法保护，也只能通过超出权利框架之外的利益平衡得以实现。如民法上关于纯粹经济损失保护之扩展或限制，便是通过保护性义务规范或权利的“拟制”（如所有权的人为扩张和营业权等“权利”的赋予）来予以调节，这是一个远比权利体系本身更为根本和灵动的领域，它决定了民事救济的最大射程。<sup>①②</sup>在纯粹经济损失的保护上，权利思维除了通过客观违法性确保最低限度的民事赔偿范围之外，对损失赔偿的扩张缺乏建设性的手段，而交由法官通过个人自由和社会秩序的价值平衡来解决。

其次，权利思维定式导致私法关系权利化表达的局限和权利的非理性扩张。私法关系权利化表达的局限，主要体现在商事法和人身法上。商事规则作为私法的重要组成部分，其法律关系大多不体现为定型化的权利规制模式，更多地体现为一种尊重商事活动本身的实践行为逻辑体系。民法权利思维对商事关系的解读常会遭遇“权利性质”之争，如信托财产权的性质、股权与法人所有权的关系、提单的物权或债权性质之争等，这些争议并没有确定的答案，且商事关系的扩展使这些争议会延续下去。人身关系上权利化表达的局限除了人格利益问题外，还存在诸如人体器官转让、人类胚胎继承中所有权是否存在的问题。对于人体器官和胚胎等事物，是否纳入所有权和客体的范畴进行理解和调整是值得怀疑的，这些特定关系中需要解决的并不是上述事物是否为“物”的问题，而是从问题导向入手，解决上述行为的社会妥当性判断问题。<sup>①③</sup>另外，身份法上也存在诸如“同居权”“生育权”甚或“配偶权”之类的思维惯性，这些“权利”并不具有民事权利的典型特征，也没有个人私域明确界限和保障力，它更应该属于伦理法上的合法“主张”领域。

对于权利的非理性扩张，理论上也被表述为“权利泛化”或“新兴权利”。<sup>①④</sup>诸多现实生活中新产生的被表述为“权利”的事物纷繁复杂，不胜枚举，如亲吻权、贞操权、被遗忘权、追悼权、信息权、环境权、安宁死亡权、社会福利权等，这些“权利”暂时都难以归入既定的权利体系调整，也很难将之作为独立的新型权利予以法定。它们经常混淆“权利”与“权能”、“权利设定”和“权利推理”以及“利益主张”与“权利实现”之间的关系，忽视了权利本身的制度性和社会性的基础特征。权利的泛化与民法权利思维中的“唯名化”表征直接相关，它更多地体现为个人主义权利观与现实利益诉求之间的简单结合，它以某种权利名义将个人的诉求人为纳入合法的法律救

<sup>①①</sup> 参见高富平 “个人信息保护：从个人控制到社会控制”，《法学研究》2018年第3期，第84页。

<sup>①②</sup> 关于纯粹经济损失救济范围与权利类型的相互关系，及纯粹经济损失保护所依赖的法律手段和方法，参见梅夏英 “侵权法一般条款与纯粹经济损失的责任限制”，《中州学刊》2009年第4期，第96页。

<sup>①③</sup> 参见纪海龙 “法教义学：力量与弱点”，《交大法学》2015年第2期，第90页。

<sup>①④</sup> 参见王方玉 “权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思”，《法商研究》2018年第4期，第82页。

济轨道，而忽视了权利的内在伦理性基础和社会资源的支持。私法上的新兴权利很难为既有民法权利所能完全吸收和消化，大多数新兴权利需要立法者考虑个人和国家之间从“独白”关系迈向合作关系，以及人由传统理论中的“主体性”关联转向“主体间性”的社会交互关联的现实背景，对其合法性来源、认知和甄别、边界确定等进行论证和规制。<sup>⑮</sup>

再次，民法权利思维定式过分关注权利的逻辑推理效力，而抑制了私法规则的有效生长和发展。基于法教义学尊重现有法律规范的立场，《德国民法典》在调整因现代社会急剧变化而产生的新型社会关系方面并没有实际建树，法教义学力图在现有法规规则体系下解决实践中新出现的私法问题，而忽视了私法关系对规则生长和扩展的实际需求。权利思维对民法规则生成的抑制体现在立法和司法两个层面。就前者而言，主要体现在早期法教义学立足于概念法学推理上的逻辑自洽，力图运用传统的概念工具覆盖现实中的私法关系，而忽视了具体私法关系对自身法律规则的增长需求。迄今为止，传统民法典仍局限于调整自罗马法以来所形成的物法、债法和人身法关系，其他私法关系因民法典不能有效容纳和调整，而逐步分化形成单行法规群体来进行调整，比如知识产权法、商法体系以及大量民事单行法从民法典大量溢出，即为例证。

传统的物权和债权理论为何不能延伸及其他私法关系，与权利思维赖以建立的基本概念的覆盖面过于狭窄有关。近代民法在对罗马法体系进行理论改造的过程中，也沿袭了古代罗马法的基本概念和财产观点，其中“物”和“给付”在其中起到了结构性的作用。尽管近代民法的财产观念已从客体“物”的范畴上升到抽象财产权利范畴，债权也从罗马法上的“无形物”地位获得权利意义上的解放，但“物”和“交付”这两个概念的基础性地位，决定了财产观念上的“物的实体化思维”基因的持续存在。<sup>⑯</sup>在基于物的支配形成物权、基于物的买卖中的交付过程形成债权的传统场景支配下，物权和债权在理解和调整近现代新型私法财产关系上并不能与时俱进。比如，基于对以“物”为参照的“客体”的确认和追寻，物权和债权体系容纳不了知识产品这种无形客体的规则体系，也容纳不了以现实行为规制为导向的立法体系中的商事财产关系，对于团体集合财产的调整也力有不逮（如集体所有权和区分所有）。债权关系虽然较好地容纳了近代新型合同关系，但其固有的“物”的“交付”观念会不经意延伸至相关权利转移领域，辅以“债权行为”和“物权行为”的区分，对于不以有形物为表征的财产权亦纳入该分析框架予以讨论。<sup>⑰</sup>非唯如此，对于法典之外的私法关系，实务界也常常面临法律关系的“物权性”或“债权性”之争。传统民法赖以建立的物、客体和交付等概念的基点过于狭窄，它适用于以有体物为坐标的世界，不能对追求事功的商业性、行为交互性以及虚拟性的世界进行有效的解释和容纳。<sup>⑱</sup>现实中对于特定私法规则的需求更多地需要通过立法来直接解决。

权利思维对于司法能动性的抑制，主要体现在着重强调权利本身的弹性和回复性等固有效力，权利效力甚至及于诉讼领域，而一定程度上轻视了裁判在法律发生学上的独立价值。民法权利思维与法学家早期对于法律确定性的追求和对于法官自由裁量的不信任直接相关。为了最大限度减少法官自由裁量，这种思维方式赋予权利本身强大的效力，力图通过这种效力在复杂的案件中推演出裁判结果。比如，权利与诉权理论在法教义学上紧密结合，形成了实体诉权（包括胜诉权）的理

<sup>⑮</sup> 参见侯学宾、郑智航“新兴权利研究的理论提升与未来关注”，《求是学刊》2018年第3期，第98页。

<sup>⑯</sup> 参见马俊驹、梅夏英“无形财产的理论及立法问题”，《中国法学》2001年第4期，第10页。

<sup>⑰</sup> 现今民法理论上基于物和交付的逻辑，对于权利转移（如知识产权、股权或债权等），也采取物权行为理论来进行定位和解释，实则忽视了交付过程在这些交易中并不独立存在。

<sup>⑱</sup> 参见梅夏英“民法权制度的体系价值及当代反思”，《法学家》2016年第6期，第29页。

论，也形成了德国法上颇具特色的权利请求权保护体系。这种思维方法导致一切法律资源和手段服务于权利保护这一目的，且法律适用过程中的论证和解释均应与权利本身的完整保持一致。目前教科书中普遍强调的权利请求权即是以权利为归依，相关救济可以理解为乃权利自身效力所及。这种做法带有明显的理想化色彩，姑且不论法律存在漏洞和不完备之处，需要法官进行自由裁量，就典型权利如物权和债权而言，权利本身总是与社会纠缠在一起，其界限并不总是清楚无疑，抽象的纯粹权利几乎是不存在的，这导致法律推理中的权利本身并不能完全成为一个稳固的逻辑基础，而需要与实定法规则相互配合而逐步明晰。另外，若将主观权利的效力及于整个法典甚至裁判过程，则理论上要求采用利益法学的法律目的学说，将权利与法律目的建立有效的连接。<sup>①</sup>但这正是概念法学所刻意避免的，因为概念法学强调抽象的法律逻辑因果律和价值中立的形式理性，不掺杂任何特定的社会目的和明确的利益导向因素，这使得权利体系缺乏有效的动能而有效运行。

权利请求权虽然能够对权利本身的维护起到一定的作用，但并不能胜任现实中存在更多的诸如损害填补请求权和信赖保护请求权等保护的客观需要，基于司法实践中民事诉求的复杂化，德国民法在现有权利请求权体系的基础上，尝试在法律适用方法上淡化权利本身的逻辑论证，转而采用一种实用的请求权思维体系，即在尊重客观规则的基础之上，通过检索具体条文来决定裁决的依据。这种方式可以理解为是从理想的权利思维定式向成文法具体规则的有效退却，其间并无太大理论上的创新。同时，虽然近代法典化阻止了类似古罗马人通过决疑术来发展法律规则的方式，但是当代德国司法并没有排斥司法的能动性及判例的地位，尽管除了联邦宪法法院的判例具有确定的法律约束力之外，其他法院判例尚未有确定性的约束力，但是判例在司法实践中具有被援引或发展法律的实际作用。<sup>②</sup>这与《德国民法典》制定以来的法教义学的发展和进步紧密相关。概念法学意义上的权利思维定式经过利益法学和自由法运动的冲击，已使传统法教义学在保留了阐释性体系的基础上，不再延伸及法教义学的发生学体系功能，且经过第二次世界大战后客观价值秩序的重新发现，评价法学理论潮流使法教义学在“概念—命题”体系之外，强调“价值—原则”体系，且倡导在开放的体系中论证，权利思维一定程度上被纳入更广阔的价值体系世界予以审视和修正。<sup>③</sup>但基于判例的法源地位一直未能合法确认，德国法律界在对现实判例与传统法条之间进行法律适用论证和理论评析基础上，发展出令人叹为观止的法律评注文献体系。<sup>④</sup>这种基于对法典的尊重和对法官造法的警惕之间的紧张关系而形成的文献膨胀体，多少体现出法典自身规则供给的不足以及体系化的局限，需要充分扩展裁判的能动空间。我国指导性案例制度的尝试，即面临上述理论背景的考验。

最后，权利思维定式强调民法体系中权利概念的统领地位，客观上抑制了义务、责任和公共利益等基本概念的应有价值，使民法典一定程度上陷入了去社会化的误区。正如德国学者梅迪库斯所言，“权利在私法中所占的主导性地位，长期以来遮住了传统学说考察其他思路的视线。”<sup>⑤</sup>一个明显的体现是，德国民法思维在以权利规则统领和吸收义务规则的基础上，进而排斥了非法行为应承担法律责任这一基本社会评判，即它在将义务和责任纳入完全个人化的请求权和债的关系领域，混

<sup>①</sup> 关于法律目的和形式的关系，参见[德]耶林《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2007年版，第1页以下。

<sup>②</sup> 关于德国法上判例的地位和作用，参见[德]罗伯特·阿列克西、拉尔夫·德莱尔“德国法中的判例”，高尚译，《中国应用法学》2018年第2期，第133页。

<sup>③</sup> 参见注③，雷磊文，第100页。

<sup>④</sup> 参见贺剑“法教义学的巅峰”，《中外法学》2017年第2期，第376页。

<sup>⑤</sup> 同注①，第62页。

淆了义务和责任、指向性义务和非指向性义务之间的界限。传统民法将侵权责任纳入债法体系中作为侵权行为之债处理，并赋予权利人通过债法上的侵权行为请求权来实现自身“债权”，在理论上引起持久争论。有学者研究认为，采用权利本位和请求权理论模式的立法，必然会倾向由请求权规则来解决本应由责任制度解决的问题，从而排斥民事责任和侵权法的独立存在，只有严格区分债权和侵权请求权，强调救济请求权中义务的主导地位，民事责任才不至于又变成新的债权而失去独立的意义。<sup>④</sup> 传统民法对于违法行为的后果仅仅采取私权性质的债权及请求权话语来表达，带有将其仅视为一种特定主体间的财产或金钱给付的纯粹物质化倾向，而忽视了其违法行为对整体法秩序破坏和法感情伤害而应承担的社会性负面评价。<sup>⑤</sup> 尽管在现有规则层面上强调民事赔偿的债务属性和责任属性的区分，似乎对于民事损失赔偿并没有决定意义，但对于以非损害赔偿形式存在的民事责任，以及保护民事权利的民事制裁手段等法律事实，都不能简单地通过纯粹私法上的“债务”关系或权利请求权的效力就能轻松解决。

关于权利在法律关系中的角色，在民法理论中其体现为一种单向度特征，即权利一方面体现为法律关系的定性者，另一方面又体现为法律关系的内容，在后者意义上，义务和权利具有同一层次中的地位，但同时民法又用前者意义上的权利概念来归纳法律关系。在实证法体系上，根据是否存在“指向特定人”这一标准，可以将义务分为指向性义务（如债务）和非指向性义务（大多为公法义务）。有学者认为权利与指向性义务（即义务承担指向特定人）有关，即通过指向性义务将某种控制能力变成权利，以实现其基于道德权利而享有的自由选择生活的能力，并避免功利主义对于权利人主体性和自由的漠视。<sup>⑥</sup> 亦即权利在由“义务”导出的同时，还具有超出作为义务对立的自由含义，即可以选择行使、变更还是放弃权利，这可以解释为何民法将债权作为指向性义务所可能涉及的权利表达形式，即通过债权形式将合同、不当得利、无因管理和侵权行为之债限制在私法领域内，并受私法自治原则支配，甚至对于违约责任和侵权责任等救济请求权，也因只涉及特定人之间的利益而置于私权领域运行。

这种法教义学上的处理忽视了两个重要面向：一是指向性义务和非指向性义务经常处于交叉重合状态，如侵害民法上的绝对权利经常会违反公法（如宪法、刑法或保护性法律）的非指向性义务，将责任归为“债权”体系并不能与公法上负面的社会评价相一致；二是即使将民事责任纳入请求权体系，也会面临请求权的司法救济问题，在此层面上，权利保护已超出私法领域而进入公共空间，辅以当代法学理论强调私法上“为权利而斗争”的社会化功能，强化民事责任概念具有充分的现实正当性。归根到底，权利还是与个人主义价值观和道德原则直接相关，而忽视了权利以实在法规范为前提这一事实。权利可能具有上述某种价值背景，但并不直接来源于斯，权利规范与价值的关联具有区隔性和不可穿透的特性。<sup>⑦</sup> 在此基础上强制性地将某种价值贯彻到私法体系中，会引起前述实在法规范的错位。现实中义务性的法律如此之多，却并不影响其保护私人权益的立法目的，现有如个人信息保护法、消费者权益保护法等均以义务的设定为主线，实则服务于民事权益保护的目。我国立法将民事责任（尤其是侵权责任）从债法中脱离而独立规定，是立法的一个巨大进步，它使民法与社会公共领域取得了实质的联系。

<sup>④</sup> 参见魏振瀛 “论返还原物责任请求权兼与所有物返还请求权比较研究”，《中外法学》2011年第6期，第1171页。

<sup>⑤</sup> 参见注④，第1页以下。

<sup>⑥</sup> 参见陈景辉 “法律权利的性质：它与道德权利必然相关吗”，《浙江社会科学》2018年第10期，第4页。

<sup>⑦</sup> 参见朱振 “事实性与有效性张力中的权利——关于权利来源的省思”，《浙江社会科学》2018年第10期，第13页。



### 三、社会维度视角对于私权发展趋势的现实意义

上述对于权利思维定式局限的探讨，主要揭示了法教义学上权利思维的封闭性和片面性，但这些局限并非直接归因于法教义学，其根源在于近代私法的个人主义哲学理论基础，法教义学只是显示或加剧了上述缺陷。基于权利本位和权利体系在法典化结构中的基础性地位，对其进行的反思性研判在理论上显得异常沉重，遑论从整体上进行尝试性解构和完善，本文并不致力于此。但基于个人和社会之间对立和互动的社会现实，在理论上从社会维度来尝试解读个人主义自由观所致民法实在法的不足，或许是一种有效“解毒剂”，它至少能为我们提供了对未来私法发展困境的重要思考面向，也将对私法理论和立法的发展预期提供一个整体判断的视角。社会公共维度对于未来私权发展的现实解释意义存在于多个领域，以下详述之。

#### （一）“公共之善”与“权利”作为民法价值共同彰显的现实意义

在民法学发展史上，个人和社会的关系始终难以说清，在法理和政治哲学上一直存在“权利与善孰优孰次”的基本主义之争。古代自然法思想强调将“公共之善”作为终极自然秩序的体现，个人在此客观自然秩序中，只能“诚实生活、不侵犯他人、各得其所”。<sup>⑳</sup>近代民法则秉承近代自然法学的自由主义权利观，将个人权利和自由作为其主要价值目标，社会在自然契约学说中，则是通过个人之间的社会契约来定义的，并没有独立于个人的终极意义。迄今为止，关于自由和社会的关系的论述在法理上伴随法律发展的全过程，产生了精彩纷呈的学说体系，但并无一种终极的理论作为定论出现。但与近代私法抽象的个人自由权利观相映衬的当代普适价值，的确带有一定的空洞化的、背离传统社会的倾向。美国政治哲学家列奥·施特劳斯将之与西方现代性的危机联系起来，他认为近代个人主义传统严重背离了西方社会所倡导的社会性价值，使社会在个人原子主义的盛行下有逐渐消解的趋势。<sup>㉑</sup>后现代主义则将个人主义理论中的最有价值的理性主义部分予以系统解构，彻底将个人从社会以及社会观念中脱离出来。依此理论导向，后现代社会的社会维系会呈现“唯法律论”的倾向，即除了法律成为社会最后粘合剂以外，早先社会沉淀的社会性土壤之营养将流失殆尽。<sup>㉒</sup>将“公共之善”与“权利”一样作为民法价值予以彰显便具有了现实意义。

但对于“公共之善”进行当代提炼或界定殊非易事，它不似权利概念具有稳固的个人出发原点和可衍生的操作规则体系，它确定存在但又无法实在化，这也是“公共之善”之“公共性”这一前提所产生的复杂性难题。如美国政治哲学在与自由主义抗衡中产生了社群主义、法团主义等流派。社群主义强调社群对于个人具有优先性，以及权利是社会历史的产物等基本观点，力图在尊重传统的基础上，恢复博爱精神，强调国家责任，主张积极自由和消极自由的统一等。<sup>㉓</sup>法团主义则在重视社群的基础上，更强调社会组织与政府的合作互动，体现为一种积极的政治主张。但上述理论就个人和社群关系所作的论断一直处于纠缠不清的状况，比如有学者认为，离开自由主义谈社群主义

<sup>⑳</sup> 参见张乃根《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1997年版，第69页以下。

<sup>㉑</sup> 参见[美]列奥·施特劳斯《自然权利与历史》，彭刚译，三联书店2018年版，第48页以下。

<sup>㉒</sup> 即便如此，“唯法律论”所倡导的“法律”也会因缺乏社会性背景的支持而脆弱不堪，无法取得稳固的共识。现今西方法律话语中存在的诸如“个人可否退出社会契约”或“个人自由是否与爱国主义相互矛盾”的论调，即是此理论倾向的极端表现。关于社会契约与个人主义之间的理论渊源与发展，参见石元康“社会契约与个人主义”，《中国学术》第16辑，商务印书馆2004年版，第177页以下。

<sup>㉓</sup> 关于社群主义的引介，可参见俞可平《社群主义》，中国社会科学出版社1998年版，第55页以下。

是危险的;<sup>②</sup>又有学者认为,社群主义体现的是在本体论上对个人与社群关系的基本判断,它并不阻碍社群主义者同时又是自由主义者。<sup>③</sup>这种将个人和社群作为对立范畴论述的理论模型带有浓厚的传统西方学术特征,它对我国公共领域的构建具有一定的启发意义,但却不宜机械复制。

传统民法对于社群或道德并非毫不关注,相反民法在与道德义务建立有机联结方面颇有力度和建树。如诚实信用和公序良俗作为民法的弹性条款,一定程度上弥合了概念法学与社会情境之间的缝隙,又如现代德国民法强调民法的内外体系之分,将民法的伦理性基础作为内在体系决定外部体系的意涵之源,也是理论上强调民法与社会道德基础有机联结的体现。但上述努力主要体现在传统民法规则的法律适用领域,即主要限于权利行使和法律行为的合法性判断以及法律解释的基准方面,而非社会性建构方面。现时我国更应关注民法在适应社会性的要求时,应强化适当标准的“道德填充”和完善培育公共精神的制度供给,这方面尚有较大立法发挥空间。对于民法与道德的整合的理论把握,传统民法基于道德中立的基本倾向,主要是从作为单独个体的自然人角度设立较低限度的道德标准,其核心为个人的自由和自律。但民法既然以公民社会为背景,就不可能不分享和维护公民社群的美德,实际上民法相关制度已经包含了传统的美德如宽容和友爱,前者如不动产相邻关系、善意取得和添附规则等,后者如信赖保护和“附保护第三人效力的合同”等。民法甚至尝试对个人提出较高的道德要求,如“撒马利亚人法”的出现。有学者则侧重于民法与人的美德的塑造,从人作为“孤独个体”“社会人”和“国家公民”三个层面探讨人在民法中的道德约束的当代重要性,即民法典有可能和必要对人的美德做出安排,在自由、公正、友爱和无私的道德体系中有所建树。<sup>④</sup>

对于社会公共精神的培育,民法理论不应局限于理论化的逻辑论证,而应转向目前社会迫切需要的公共秩序和公共精神的建设上来。有学者在观察民法上部分被解放的私权在实践中被过分张扬,私权所蕴含的社会公共品性严重缺失的现象基础上,阐述了民法对公共精神关注和塑造的必要性,并提出了在原则和规则两个层面上实现个人主义和团体主义并重,意思表示与程序并重,借助秩序化的团体公共生活和程序化的私权行动规则,塑造国民公共精神。<sup>⑤</sup>上述主张是值得关注的。目前在理论上坚持问题导向,从最低限度的社会共同体的塑造着手,将个人与社会融于良好的制度体系进行调整,是符合现有社会发展实际的。

## (二) 公私法的划分相对性在民法领域的深入发展

民法典作为私法基本法天然具有排斥公法规范的倾向,这是由民法所秉承的个人私域独立于社会公域的基本法律判断决定的。但这并不能将公法规范排斥于民法典之外。目前的民法典草案诸种版本中,毫无例外地充斥着相当的公法规范。如总则中法人制度中的关于公法人的规范(事业单位法人、机关法人和社会法人中的公法人等),物权法中存在的公法规范有几十处之多,合同法中存在的合同管理规范等。除了上述涉及公权机关的公法规范,民法典还存在着大量的强制性管制规范,在民事单行法中这类规范不胜枚举。在民法典的整合上,对公法规范影响私法纯粹性的担忧,阻挡了单行法进入民法典的步伐。究其原因,单行法往往是针对特定领域的民事关系的专门立法设

<sup>②</sup> 参见俞可平“政府:不应当做什么,应当做什么——自由主义与社群主义的最新争论”,《政治学研究》1998年第1期,第8页。

<sup>③</sup> 参见[加]查尔斯·泰勒《答非所问:自由主义—社群主义之争》,应奇译,载应奇、刘训练主编《公民共和主义》,东方出版社2006年版,第372页。

<sup>④</sup> 参见谢鸿飞“民法典与人的美德”,《中国法律评论》2015年第4期,第40页。

<sup>⑤</sup> 参见吴飞飞“论中国民法典的公共精神向度”,《法商研究》2018年第4期,第3页。

计,其中基于公共利益维度的考量,单行法中国家和社会因素的介入较多,一定程度上干扰了理想状态下民法规则运行的正常轨迹,也使私法概念的逻辑推演受到了扭曲。若将公法规范或单行法整合进民法典,则使公私法的界限模糊不清,对此有学者提倡制定“纯粹的民法”,以固守私法的精神阵地。<sup>③⑥</sup>

但这种将公私法规范泾渭分明予以区分的理想,在立法历史上从未完全成功过,只是私法话语有意忽视了其客观存在。公法规范存在于民法的正当性在于,一是目前理论上无法找到确定的公私法规范区分的依据。理论上的“主体说”“服从说”和“利益说”都只能起到部分区分的效果,无法在公私法之间划定一条明确的界限。在这种前提下,私法规范的范围也就不是确定无误的,我们也不能据此明确地认定某项“公法规范”不应属于民法的范围;二是即使在最私法化的个人权利如物权、债权等规范体系中,权利的社会化对权利施加的种种限制已成为权利内容和效力的一部分,不可能与权利分割开来;三是诸多单行法中的强制性规范增多以及公益色彩的加强,恰是特定民事关系社会化的体现,也是纯粹私法关系进入社会领域所表现的真实形态,更是民法精神与社会结合的产物,理论上不能简单地以其强制规范或管制色彩的存在而否认民法典对其私法上的统领和辖制。

上述事实揭示了公私法的划分对于民法典规范体系的相对意义。日本学者美浓部达吉关于公私法的研究揭示了公私法规范的界限模糊性,及公私法规范混同的必然性。<sup>③⑦</sup>我国民法学对于公法规范更多地强调国家或公法主体作为一方当事人时的情形,提倡严格限制公权力对于私法系统的干预,并限制私法中纯粹行政法规范和公法引致规范的引入,但对于以强制性规范干预民事关系的公法规范和公益考量色彩浓厚的社会法规范则关注较少,甚至对此也作对于公权力限制角度的理解,这就忽视了公法规范存在的普遍性。<sup>③⑧</sup>当代公私法相对性的深入发展体现在,传统意义上国家权力通过公法规范引介进入私法只是其中一部分,其更多地体现为社会因素通过强制性规范在私法得以显现,并已成为民法不可分割的一部分。当代国家与社会的结合使公法和私法逐步混同,国家和私人组织都不再保持中立,而成为博弈的双方,这根本改变了公法与私法的固有界限。<sup>③⑨</sup>这种状况一方面决定了公法和私法在法律规则体系上不可能分开,另一方面也决定了公法与私法在对违法行为处置上的冲突无固定成规,坚持公私法二元论基础上的“公法优位论”或“私法优位论”都有失偏颇。有学者在研究公私法对违法行为采取形式上的法律一致性的局限时,提出公法和私法在目的和价值上的矛盾决定了公法和私法遵循不同的判断标准,但两者应在宪法的价值体系下服从实质的法秩序,分享着共同的基础和价值取向,为此民法典应确立协调公私法关系的基本原则。<sup>④①</sup>公私法规范在法秩序上的统一和功能形式上的相对区隔,对于民法权利理论的构建和解释提出了新的要求,值得理论上的继续关注。

### (三) 权利的“孤岛”与法益的社会化

当今主导民法典编纂的仍然是将民法视为具有固定调整范围和公私界限的法域,其中判断是否属于私法调整范围除了平等性原则以外,还有所调整的利益是否属于私法权利或私法法益,权利和

<sup>③⑥</sup> 参见苏永钦《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第37页。

<sup>③⑦</sup> 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71页以下。

<sup>③⑧</sup> 关于私法与公法规范的关系,可参见谢鸿飞“民法典的外部体系效益及其扩张”,《环球法律评论》2018年第2期,第28页。

<sup>③⑨</sup> 参见黄忠“民法如何面对公法:公、私法关系的观念更新与制度构建”,《浙江社会科学》2017年第9期,第62页。

<sup>④①</sup> 参见注<sup>③⑨</sup>,第62页。

法益因此也成为民法所保护利益的基本分类形式。但除了少数可以满足独立权利类型所需要的“归属效能”“排除效能”和“社会典型公开性”三项基本要求之外，其他私人利益则因不能被权利化而归为“法益”或“一般利益”。典型权利如物权和债权一经打造成功，就成为相对固定的私法关系堡垒，不仅其内容和界限相对确定，权利本身因主体、内容和客体的确定性而获得了一定的逻辑自治能力，这种能力导致权利一定程度上摆脱了社会的干预，而形成了相对独立的规范群。法益的内容则要模糊得多，它除了不能同时满足上述权利所要求的三项效能以外，利益边界也不能通过逻辑自足来确定，从而进入到社会化的领域。权利和法益的区分对侵权法一般条款中保护对象的限定和损害赔偿的范围具有结构上的意义，在此不作引申论述。这种区分的另一个重要的意义在于，权利之外的法益保护实际上已进入了社会化的领域，大多体现为保护性的法律，脱离了严格的私法语境。由此可以看出私法界限之确定似乎不是以“私益”和“公益”的划分为界，而退居到“权利”和“法益”的界限之内。

权利的私法领域被“法益”“公益”之社会化所包围，犹如海洋中的孤岛，加之自身的社会化趋势，使纯粹私法的领域远比想象范围要小得多。法益之所以具有社会化的特征，是因为其内容更为模糊和抽象，需要保护性的法律予以具体判断和权衡，在此过程中其因逐渐融入了诸多社会性因素而丧失了纯粹的私法意义。关于法益的范围界定有许多理论争论，但并不影响法益社会化的基本判断。<sup>①</sup>就《德国民法典》第823条一般条款而言，无论是否把人格利益视为法益，除了所有权或其他绝对权利之外，其他所有私益都依靠社会化的保护法律来获得保护。在理论上，民法理论对于法益侵害的性质一直存在“法益侵害说”和“规范违反说”的争论，这一点在刑法对于犯罪客体的讨论中也时常出现。但两者涉及的实质是法益究竟如何界定，自由主义者倾向于“规范违反说”，对于没有确定权利损害的不法行为的刑法保护，采取侵扰原则、温情主义和道德主义原则来逐步展开，且尽量限制“法益”的范围；而“法益侵害说”则强调社会损害的存在，对于个人权利以外的侵害所造成的社会损害，不能通过传统社会契约理论中的基于权利保护的还原论来论证，只能体现为规范评价的结果。<sup>②</sup>这种主张倾向于让“法益”概念承担一些体系批判的功能，但这种判断本身很容易放弃法益与人的利益维系，且有扩大潜在法益范围的倾向。<sup>③</sup>民事法益的保护以实际经济损害为前提，但这种法益之所以受到民法保护，并不是存在一个现存民事权利之外的固定的利益，而是以离散的保护性规范为直接体现，以利益权衡为支撑的社会化判断结果。

#### （四）当代信息社会强化了法律的社会化趋势

我国已进入信息时代，社会形态产生了巨大的变化，它对社会和民法的影响甚巨。传统法律部门划分是建立在国家、社会和个人三维区分之分析框架上，近代民法没有过多显扬社会在法律体系中的结构性意义，而主要关注国家和个人之间的法律关系处理。私法一直以来始终强调私法对公权力干预的抵制，对于社会和国家的约束并不刻意区分。现代社会学的发展揭示了社会存在的独立价值和意义，但并未能对民法理论造成实质冲击，但信息社会改变了这一状态。信息技术的发展释放了公共交往和公共议论的威力，形成了一个足以对抗国家和个人的实在力量，它带有强迫国家和个人服从自身的倾向，成为法律不得不面对的重要挑战。信息匮乏的物质社会，民法对于财产和人身

<sup>①</sup> 关于法益概念与人格利益的关系及相关理论争论，可参见于飞“法益概念再辨析”，《政治论坛》2012年第7期，第141页。

<sup>②</sup> 参见[德]克努特·阿梅隆“法益侵害与社会损害性”，载方小敏主编《中德法学论坛》第14期（下卷），法律出版社2018年版，第4页。

<sup>③</sup> 参见[英]安德鲁·冯·赫尔希“法益概念与损害原则”，樊文译，《刑事法律评论》2009年第1期，第187页。

关系的调整依赖于固定的物质生活背景，具有较好把握的权利空间，一旦社会从信息饥渴中解放出来，社会关系与行为方式都被信息无限分享塑造成为一个全新的、紧密联系的复杂社会。从“干性社会”到“湿性社会”的转变导致了人与人之间界限区分难度的加大，民法的社会化程度进一步加剧。<sup>④</sup>

信息作为与物质同为现象世界的两个基本维度之一，它以无形性、充沛性和可即时分享性为根本特征，具有与物质世界迥异的运行规律。目前法学界仍努力以权利化思维来约束信息的占有和分享行为，很可能选择了错误的理论路径。如对于个人信息和数据保护问题上，“个人信息权”或“数据权”的理论主张屡见不鲜，这些主张都忽略了信息的公共性本质，个人不可能实现对信息的实质性独占。<sup>⑤</sup>在此基础上，法律所要面对的是信息处理和利用中的局部利益的保护问题，这只能通过公共法律制度来进行实证法上的规制。除此之外，信息处理依赖工具系统的特性，也使法律无法直接深入到技术本身和信息本身，只能通过人的行为控制来达到规制目的，信息与工具这种相互依赖的天然结构将在区块链、物联网和人工智能的发展中进一步强化，对此法律除了基于整体性的权衡而进行碎片式的行为规则设计外，很难在其中打造出任何有意义的个人权利。

#### 四、当代民事权利与社会互动的理论和立法走向

对于社会维度下民法权利发展环境和趋势的评判，有助于正确理解前述民法权利思维定式局限的成因。上述两部分的讨论并不构成直接对立的问题和对策关系，而是提供了一个解决权利思维定式局限的社会性背景，其中权利思维局限的各种表征都能在此背景下部分或完全消解（除了纯粹法教义学的技术问题）。但问题不应止于此，基于权利制度对于民法体系的基础性地位，对于民事权利与社会互动的研判应是判断未来民法理论和立法走向的核心因素。下文将从理论和立法方面进行阐述。

##### （一）价值与规则的错位和分离：主观权利思维的当代式微

近代主观权利与作为客观规则的法律相对而称。主观权利作为近代自由主义的核心，其目的在于倡导建立一个脱离传统的个人自由和独立的社会。这种使命当时并不带有当今理解的普适的或超越国界的真理性色彩，而是具有强大的政治性背景和目的。在近代西欧社会国王、教会和第三等级的博弈中，基于超验性的宗教信仰，达成妥协的三方接受了法律普遍性和形式上的平等观，这种政治博弈的目的在于适应近代民族国家统合和市场发展的需要，通过个人主义的形式化和理性化来推进社会的个人独立化改造。这个过程体现了民法强烈的政治性色彩，它着眼于社会新形态的组织和改造，引领民众在短期内适应新的社会形态的变迁，使公民如同服从自己的意志一样臣服于法律。有学者指出“民法典历来不是一个单纯的技术性法律文本，对于推进法典化议程的政治家而言，民法典是一个国家进行社会和政治重构的决定性文本。”<sup>⑥</sup>民法立法中通过威权主义的法典化方式有

<sup>④</sup> 参见 [美] 克莱·舍基 《未来是湿的》，胡泳、沈满林译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 4 页。

<sup>⑤</sup> 现有民法学界对于信息或数据的保护主要还是比照现在的人格权或财产权理论来拓展思路，这些尝试具有一定的理论意义，但对于信息或数据具有公共性这一基本特性并没有过多涉及，其局限性在未来的数据交易和保护实践中会逐步显现。参见龙卫球：“数据新型财产权构建及其体系研究”，《政法论坛》2017 年第 4 期，第 63 页；刘德良《论个人信息的财产权保护》，人民法院出版社 2011 年版，第 1 页。

<sup>⑥</sup> 同注<sup>②</sup>，第 1 页。

助于过滤传统社会的观念和为之枝节散乱的状态,来达到一种整齐划一的约束效果。不论《法国民法典》意在实现的恢复被法国大革命急剧破坏的社会秩序这一目的,还是《德国民法典》意在实现的德意志民族实现邦国私法统一的政治诉求,都集中反映了民法典并非脱离于政治国家而自成一统,或构建了独立于国家的市民社会而自我运行。依此角度理解,作为对传统社会人身依附关系反动的个人主义意识形态,主观权利成为民法典制定的指导思想并成为强制个人独立的重要法律原则。

主观权利在法国主要作为抽象的立法理念和原则来构建民法典,并未融入民法典的规则体系中,《法国民法典》还保留了传统生活的经验性和相关历史特征,权利概念并未真正有效统领民法典体系,亦即法国民法中的主观权利对于个人独立社会的塑造主要体现为观念和相关规则的转变中,给社会发展走向带来了多种可能性。而《德国民法典》则因自然法学派、历史法学派、利益和社会法学派的激烈交锋,尤其是基尔克的社会法学派对于极端个人主义的警惕和法典与社会界限的理性分析,将主观权利观念纳入法典的概念和结构体系中,以实现个人独立与他人、社会之间的理性平衡,使社会获得确定的规则体系和发展方向,以确保私法体系之稳定和法的安定性,无偏离之忧。这种个人独立的法典化表达通过体系强制使后来的《德国民法典》继受国深受其惠,各国在享受其营养丰富的中和表达和精准的结构体系的基础上,只需对该法典作本土性的装饰和定期检修即可。

但这种状况在当代受到了冲击。当代批判法学正视了近代法治产生的历史背景和局限性,对其产生的历史偶然性及其逐渐衰落的命运进行了重新认识。如最有代表性的美国著名批判法学家昂格尔就认为,现代法治建立在相互联系的中立性、统一性和可预见性的基础上,它应符合现代法治所应具有公共性、实在性、普遍性和自治性四个基本特征。<sup>④7</sup>但这种理想的状况由于自由主义权利观的主导而难以持续,其原因在于,“自由主义是最依赖非人格化规则的生活形式,但是它也是最不能形成和适用这类规则的社会”。<sup>④8</sup>具体而言,即他认为法治本身是用来维护自由主义的工具,但自由主义本身又不是价值中立的,因而同时又是破坏现代法治的主要因素。详言之,主观权利的价值主观性与客观的法治规则体系存在着不可调和的矛盾。主观权利理论坚持“权利优先于善”以及“权利可以预设”这两大前提,在此前提下,价值主观性原则与客观的价值与规则体系产生不可调和的矛盾。<sup>④9</sup>即使自由主义者公开主动承认立法具有一定非客观性的价值色彩,也会强行认为司法裁判可以使用客观的、非政治性的推演工具。而一旦没有自由主义权利观的这一立法前提,现代法治也就没有成立的基础。这正是当代西方国家民法典所面临的现实情况。

这种原则与规则在价值中立问题上的错位和冲突,既使个人与社会原则上难以和谐相处,也使现代法治体系不能自由发展。这种状况归根到底源于个人权利观念是一种意识形态,它服务于一种价值就忽视了另一种价值,主观权利观念的错误在于,权利的具体化总是离不开与之相反的组织 and 法律的推动,而一旦和组织原则和社会因素结合,权利就失去了其原本的意义,就如盐入水融化了一样。比如一旦人加入某个团体,就带有团体的属性;所有权一旦进入社会就面临权能分离和社会限制的约束。权利与社会的关系好比一对进入夫妻关系的男女,而其中一方在必须维持夫妻关系的

<sup>④7</sup> 参见 [美] 昂格尔 《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社 2002 年版,第 45 页以下。

<sup>④8</sup> 同注<sup>④7</sup>,第 253 页。

<sup>④9</sup> 昂格尔更倾向于从超自由主义层面出发,将社会看作“人为社会”,不主张基于某种主张的社会基础构架的统治地位。参见崔之元“昂格尔的‘超自由主义’”,原载“实验主义治理”(微信号:CLS-PRAQ)、“雅理读书”(微信号:YALIPUB) 2017 年 10 月 24 日推送。

基础上却又要求完全独立一样，难以调和。其社会后果又如现代婚姻法坚持个人平等和独立原则，但并不能使现代婚姻更稳定、更和谐一般。这充分说明任何个人主义原则都要在社会中接受检验和约束，个人作为公民和社会的一分子也要对国家和社会施加有益影响，这也是当代社会合作主义的主旨。<sup>⑤⑥</sup>

后自由主义时代由于福利国家的出现和国家对社会生活干预的常态化，民法立法和审判领域出现了两种变化，一是民法中无固定范围的一般条款和弹性条款的大量适用；二是基于从形式正义向实质正义的转变，法律推理也出现了从形式逻辑向目的性和政策性的社会考量转变。这两种变化都不同程度地破坏了现代民法典赖以存在的法治普遍性和自治性的基本要求，法律判决的不确定因素大大增加。由此经过自由主义的主导和社会化的干预，民法典在双重撕扯下成为社会利益冲突的调和场所，其原本基于个人权利观念建构控制个人独立的技术体系的功能已经式微。

## （二）当代民商事立法的非权利化表达与功能化趋势

### 1. 当代民商事立法的非权利化表达

上述理论判断对于当代民事立法有相应的启发意义。理想的个人权利意识形态的推行有助于摆脱传统社会中的人身依附关系，形成个人相对独立的近代市民社会，但决非能无限延伸至构建原子式个人社会的地步，这种企图体现了理性的自负，势必受到国家和社会的反抗。《德国民法典》将权利概念内化于规则中，通过体系监控的方式来贯彻个人自由的实现，除了为民事规则体系添加一层宣示性的价值标签外，对规则的生成和民事交往的实际开展并没有不可或缺的意义。如若其有实际层面的意义，我们就不能解释为什么该法典能在不同的国家和不同的社会体制下被引植适用，因为不同形态的国家对自由的理解和要求并不一致。《德国民法典》对当今世界的实际价值，主要体现在其所具有的相对科学的、普适性的规则体系和形式主义推理上，而非其作为前提性的个人和自由主义价值观。另外，这种冠以“权利”之名的定式化表达也阻碍了法律规则本身的展开，现实中法律的制定大多遵循所调整社会关系的生活事实纹理，紧贴社会中具体社会关系，追求民事主体行为规则的可操作性和完备性，并不一定依赖权利化的命名和表达。

民商事立法的非权利化表达主要体现在商事关系中。商法的立法倾向于以法律关系和行为所属领域的划分来制定规范体系，它没有按照权利体系的构建来组织商法体系，权利概念也从没有成为统领法律规则体系的基本概念，但这并不影响商法对最具个人主义的商事行为的有效规制和调整效果。关于商法与民法典的关系有诸多争论，但对商法通则的构建内容有商人、商行为、营业等范畴区分，却鲜有关于商法权利建构的理论尝试。<sup>⑤⑦</sup> 商事立法的非权利化表达至少成为民法和商法形式融合的一个重要障碍。除了商法以外，民事单行法也少有冠以权利之名的法律，数量庞大的单行法与民法典的关系，一直得不到理论上一致的解释。通过权利与社会的互动的理解，就可能解释权利与行为规则、制度的关系。事实上，权利在理论上通常被限定为个人自由的领域，而往往忽略了其是由行为规则和制度完善而明晰的。法典化和成文法的目的是引导主体的行为，建立一个有序的社会秩序，行为规则和制度应成为比权利更实际的概念来加以运用，其中与行为规则直接联系的是义务概念以及与此相对应的责任规则。在实证法上，之所以义务规则体系占有更基础的地位，其原因在于，在个人与社会的合作中，社会具有事实上超脱于个人的基础地位，在涂尔干等社会学家的社

<sup>⑤⑥</sup> 关于权利的静态享有的私法保护与权利动态生成机制的运行，及其对个人主义认识论的纠偏，可参见注⑤，熊丙万文，第128页。

<sup>⑤⑦</sup> 参见施天涛“商事关系的重新发现与当今商法的使命”，《清华法学》2017年第6期，第136页。

会学理论中，社会并不依赖特定个人而存在，但个人却以特定社会的存在为前提。一个社会的存在和维系首先需要众多成员的一定程度的服从和义务承担等方面的贡献才能达成，这是法律规则体系的底色，在此基础上才有可能谈及自由主义、社会主义等多种政治主张。

制度则是比义务更具有公共性的概念，它是行为自由和限制的结构化存在，这一点与权利思维的个人化色彩具有本质区别。由于权利经常忽视“社会”这一参照系，故在内容和界限上常常模糊不清，如拉伦茨所言“某人享有一种权利，意思是说，他依法能享有什么，或者应享有什么，这只能是一种框架概念。所谓这里的什么，可以有各种情况，如对人的尊重，或所有权，或请求，从而有各种不同的类型，某人依法享有什么，是一种基础关系，是规范领域内不能再引申的基础类型，即人与人之间的相互尊重关系。”<sup>②</sup>亦即权利享有的普遍性特征决定了人与人之间相互尊重的需要，对每个个体权利的满足端赖个人之间的义务配合和相互尊重来实现，在此过程中立法者通过相关公共制度的配套来固定这种状态，就凝结成了民法中形形色色的制度，如不动产登记、债权实现的代位和撤销、公司的设立和破产清算的债务清偿顺序等等。通常在法律制度中坚持自己权利的人并不是基于法律授予了他某种权利，而是基于他的行为和要求是合法的。脱离整体制度的纯粹个人权利只有在法律原则和规则能大致吻合的情形下才有法律意义，如传统的所有权、债权、隐私等因其个人私域空间的相对独立，从权利角度去理解具有引申出行为规则的直观意义，现实生活中其他权利则达不到此种效果，但权利的界限确定和冲突的解决仍然需要制度化的规则体系来解决。

## 2. 民商事立法的功能化趋势

当代民商事立法中单行法的蓬勃兴起，使法典化和体系化的立法理论受到了挑战，也催生了关于单行法与法典化之间关系的讨论。通行的理论倾向于将单行法作为实质民法的一部分，虽然不能在形式上纳入民法典或商法典，但仍应由民法的价值和规则来辖制。这种给予领地以标签的做法并没有使民法典对商法和单行法有任何实际作为，且也不能决定单行法的发展方向。即使在商法和单行法中遇到民法典统领的情况，我们也可以发现它本身就是属于民法的内容，而不是商法和单行法所要解决的问题。如股权转让合同的效力、融资租赁中租赁物的登记、船舶优先权的行使等，都属于民法典自身的内容，是单行法触碰到民法工具箱所产生的后果。除此以外，每个单行法具有自身特定的使命和功能，和通过民法典体系所不能推演的规则体系，加之单行法的数量如此之多，民法典已无力进行实质的统合和管辖，民法典更像一块精神领地，期待单行法的定期朝圣。

这种分散式的单行法立法现象体现出一种强烈的立法功能化趋势。民法理论纠结于法典和单行法的关系，却从未关注单行法自身发展的合理性和必然性。单行法所遵循的功能性和目的性原则与法典的形式主义风格迥异，它立足于实际社会制度的构建和实际问题的解决，随时补白或修正新的社会关系的立法空缺或既有社会关系的不足之处，它因缺少宏大的立法价值判断和考究的法律规则表达而难以达到法学主流话语的大雅之堂，但却代表着立法未来发展的一个重要面向。单行法的社会价值和命运仍应放入当代社会发展走向中去评判，其中将系统论引入社会分析的学说对我们具有重要的启发意义。将法律系统作为社会系统一部分，并强调两者的相互适应和制约，是美国社会学家帕森斯“系统一功能”学说的观点。现代德国法社会学家卢曼则在此基础上引入“进化”理论对此进行了发展，他结合现代现象学的基本原理，提出了法律负有在多种社会可能性中采撷同一意义的行为模式来构建具有某一稳定预期的社会，以减少社会复杂性带来的不确定性的冲击。<sup>③</sup>但法

<sup>②</sup> [德] 拉伦茨《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第279页。

<sup>③</sup> 参见曲阳“卢曼法社会学述评”，《华东政法大学学报》2007年第1期，第70页。



律本身也随着社会复杂性的变化而呈现不同的进化形态。从早期简单社会、前近代社会和现当代发达社会分别体现为简单具体的法、抽象法和可变的实证法形态，其中社会复杂性的发展对于法律的演变起了关键作用。对于因社会复杂性提高而导致的法律由简单具体法向抽象法的转变，传统民法理论已有系统论述，在此应关注的是抽象法向可变的实证法的转变。

卢曼论及抽象法在适应前近代社会的发展以后，因遇到社会急剧分化和社会形态变化带来的挑战而变动的过程，即抽象法在自身无法提供足够的规则供给后，通过一般条款、弹性条款和法律解释、漏洞补充进行应对和缓冲，但这种权宜之计破坏了社会的稳定预期且作用有限，社会立法思路基于此种社会功能分化而转向可变更的实证法（Positives Recht）。这种可变更性的实证法是法的进化的最高级形式，它强调法的变更作为法的一种内在要素通过日常的立法手段来完成。这里所称的立法手段，是基于将法律本身当作独立子系统的意义上来理解的，因为传统立法倾向于将立法当作政治选择的过程，即“立法尽管被允许，但法在整体上是因真理、神圣的规训和传统而获致妥当的古老法律，并非被制定出来的、随时可变更的实证法。”<sup>⑤4</sup> 但当传统的法对政治博弈的依赖被淡化后，法律子系统开始独立发挥作用，有意识进行规则选择和设计的立法门槛降低，法律便被大量针对性地生产出来，以回应现实特定问题的需要。由于社会一直变动不居，实证法也具有可变更的特性。这里所指的实证法，即法典外独立存在的单行法，既包括解决专门社会问题的专门立法，也包括综合调整的综合立法。单行法确实具有“可变的”特征，即立法和修改的门槛较低，这也比较符合我国目前的实际情况。

现代德国学者施塔姆勒在系统考察各种正义理论和学说后，在个人与社会关系调和上提出了“公道”概念作为法律的根本价值，且认为公道具有可变的特征。<sup>⑤5</sup> 这种可变的正义思想与可变的实证法具有思想上的一致性，且互为补充。实证法的可变也不随心所欲的，它必然受制于正义这一立法目的，故可变的正义即为可变的实证法的指导思想。基于宪法和民法价值体系的抽象性和固定性，可变的正义体现在应对性的国家政策制定和实施上。有学者在考察政策在当代法律体系中的地位时，提倡将政策作为法律体系的一部分来重视，因为政策在完善当代法律的应对性方面具有不可或缺的意义。<sup>⑤6</sup> 这种看法具有前瞻性和独创性，它是与民商法功能化立法趋势所需要的即时调整的“可变的正义”密切相关的。

## 五、公共维度下中国民法典的地位与未来民法发展趋势

当代中国编纂民法典是一个史无前例的立法实践，它是在信息时代一个蓬勃发展的社会主义国家的重要立法活动，无疑具有承前启后的开创性意义。民法典编纂需要立法者适应世界发展潮流和我国社会发展趋势，整体性地考察法律与社会的互动及其“分化”或“变化”的规律，合理确定民法典在当代中国法律体系中的地位和功能，以科学的理论和方法来达到“系统一功能”的统一，促进我国民法的健康成长和发展。

### （一）当代中国民法典地位和功能的合理解读

当代中国民法典编纂过程中，理论上尽管存在着多种争议，诸如是制定“松散式”还是“体系

<sup>⑤4</sup> 同注<sup>⑤3</sup>，第70页。

<sup>⑤5</sup> 参见【德】施塔姆勒《现代法学之根本趋势》，张季忻译，中国政法大学出版社2002年版，第121页以下。

<sup>⑤6</sup> 参见史际春“法的政策化与政策法治化”，载《经济法论丛》第31期，社会科学文献出版社2018年版，第⑤1页以下。

化”的民法典，是采用“民商合一”还是“民商分立”模式，是采用德国模式的债法总则还是采用英美式的侵权责任制度等等，这些争议都对民法典立法具有重要意义，但总体来说仍囿于近代法典化的立法语境。立法机关和学者效仿当年西方国家对民法典社会政治意义的颂扬，以及对法典抽象性和体系性的强调，将民法典与社会变革或转型时期民法的市民社会组织功能联系起来，着重强调民法典的跨时代意义，这些都显得有些刻意和过时了。法典化的黄金时代已经一去不复返，是到了客观看待中国民法典的地位和功能的时候了。

我国民法典的制定与近代法典化运动之社会情境和法律环境的不同主要体现在如下方面：首先，我国法典化的政治意愿和诉求的推动力远不及近代法典化国家强劲。法典化在近代具有通过法律变革来促进和保障社会变革或社会转型的时代使命，它是政治威权主义主导下的社会形态重新组织和培育的重大立法事件，涉及社会根本制度的调整或基本利益的博弈，政治意愿的达成和政治诉求的推动如此重要，以至于其成为民法典合法性的来源。但我国目前的民法典编纂的政治诉求并不强劲，因为现时我国通过分步立法已形成了较为系统的民事立法体系，宪法业已颁布实施，通过40年的改革开放，中国社会已融入现当代世界发展的潮流之中，这些都决定了法典化的政治动能不足。虽然国家立法计划将民法典编纂纳入其中，但将其理解为法律整理和汇纂的技术性立法活动是合理的，这从我国民法典争论中的问题主要体现在立法技术的选择就可以看出这一点。民法典的政治性决定了政治判断时时出现在立法活动中，现今我国由于没有就政治和法律群体进行有效区分，民法典立法往往出现“泛政治化”的争论，有将具体立法技术问题上升到政治层面的倾向，这种状况决定了立法机关对于民法典的编纂采取了一种保守的维持原状的态度，民法典的创新性和时代性愈发微弱了。<sup>⑤7</sup>

其次，民法典在当代社会价值统领功能的有限性。民法典作为近代市民社会的基本法律，因其对市民社会价值承载的重要意义，常被认为是市民社会或整个社会真正的“宪法”。<sup>⑤8</sup>即使其形式有所发展和变动，但其所建立的价值观和基本规则始终屹立不倒。这种对民法典的赞美有一定的时代合理性，但并不完全符合实际。民法典是一部时代作品，但它只是价值体系的表达者，价值体系的话语权掌握在政治博弈者手里，其更权威的表达者则是宪法。民法价值观大致可以分为两个层面，即市民社会生活的价值观念和自由市场价值观念体系。前者侧重个人的自由、平等和私权神圣等，后者则强调财产市场化和经营自由等。这两者有相当的联系，但在社会塑造意义上仍有区别，不可完全混同。因为采取市场经济的国家不一定具备现代宪政体系下的市民社会，反之具有完善的市民社会的国家也不必然就存在发达的自由市场体系。传统理论将民法的价值观等应用于市民社会和市场自由的表达，以彰显其价值体系的主导性地位。实际上，就市民社会的价值体系而言，当代宪法是权威来源，民法是表达者；就市场自由价值体系而言，最充分的表达者和承载者则是商法。<sup>⑤9</sup>

日本近代著名学者我妻荣在论及法律与资本主义的发展时，就区分了“私权”和“合同”在社会和市场里不同的功能，他认为所有权和合同自古就有，而对财产转让性和经济自由的强调则是资本主义所完成的。<sup>⑥0</sup>由此可看出，民法价值体系存在一种对社会自由和市场自由的统一倾向，这也是民法被看作社会真正的“宪法”和民商合一观念的理论基础的原因。基于宪法和商法对社会和

<sup>⑤7</sup> 关于技术官僚对民法典制定的约束作用，参见注②，第1页。

<sup>⑤8</sup> 参见郝铁川“宪法是万法之父，民法是万法之母”，载《法制日报》2018年11月7日。

<sup>⑤9</sup> 参见注⑤1，第136页。

<sup>⑥0</sup> 参见〔日〕我妻荣《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷译，中国大百科全书出版社1999年版，第333页以下。

市场价值体系确立和表达功能的分化，民法典的价值统领功能实际上减弱了，它既无法左右社会基本价值的变迁，也无法引领商法发展方向。合理的民法价值定位应是，民法是当代市民社会基本秩序和价值的维护和表达者，它只维护关于人、家庭、财产和民事交易的最一般、最基础的秩序，它不引领社会变革，也不追求商业事功，它的成功及核心贡献在于创造了稳定、可延续的法律规则技术体系，这种体系带有一定的自然法的正义色彩和普适的、可局部移植的特性，从而成为人类共同的私法话语表达体系。这个体系在社会化的冲击下，将面临重大的挑战。

再次，当代民法典对社会关系的可涵盖面严重不足。民法典起始服务于构建市民社会基础秩序这一目的，决定了它只能对近代的农业和早期工业社会的基础关系做直观的梳理和反映，加之近代各国沿袭罗马法的基本概念和规则体系，导致其对社会关系的调整范围非常有限。如民法对财产关系的理解以有形物为基础，并在此基础上基于物的交易形成债权，这种简单化的处理大大限制了其对财产关系的调整口径，它不能适用于传统财产“物的实体化思维”以外的无形财产领域，无法通过物和所有权概念推理出适用于知识产品、信托产品、数据产品的规则，甚至对应当属于传统民法领域的区分所有、空间、公物等都不能有效调整。权利思维定式适用的客体场景使民法对于缺失有形物客体的民事权益缺少有效的规则构建手段，大量法益和私法秩序流失在法典概念体系之外，由专门法调整。除此之外，传统民法典浓厚的个人主义色彩及对社会有机体的忽视，使民法典对于团体财产的规制和社会与民事关系的互动方面的调整力度远远不够。在法典万能时代商法在形式上即已脱离民法自由发展，加之公法对于非权利化的私人利益保护的大量介入，民法典成为“孤岛”，其核心内容仍限于近代社会的物权和债权，没有实质改变。

民法这种自我封闭和自我收缩的状况决定仍是由其权利思维决定的，权利思维决定了民法只善于调整相对静态的财产关系，它力图人为地为个人划分一个有参照系的利益空间，而忽视了行为规则对秩序构建的基础作用。它通过主体、权利内容和客体的确定来体认世界，这种方式对于以动产与不动产为表征的物质世界有一定的作用，对于纯粹行为领域的法律关系则缺乏有效的规制，并严重阻碍了民法调整范围的扩张，在当代世界中缺少应对纷繁复杂社会关系的能力。但是这种思维定式暂时还不能被完全解构，只能被部分解构，比如通过合同法和侵权责任法独立成编这些方式等，若彻底解构，作为民法主体部分的物权法和债权法甚至都不能保全。由此将民法典的财产关系调整范围主要限制在物权和债权领域是合理的。

最后，当代民法典也缺乏近代立法所追求的法的安定性。民法典的安定性即可稳定预期性，是法典化的一个重要理由和立法追求，这种安定性在相对复杂的近代社会通过抽象性立法基本实现了。传统民法典解决立法条文冲突、空白或漏洞是通过一套严谨的法律解释和漏洞补充技术来得以完成的，但当代社会复杂程度空间提高，使民法典可预期性受到了巨大考验。传统民法典应对复杂社会的方法体现为一般条款和弹性条款的大量适用，以及对以具体人格为对象的实质正义的追求，这两者都是对传统民法典非人格化的形式理性的干扰和破坏。非人格化的形式理性是近代民法普遍性和自治性的基本要求，它遵循韦伯所言的价值中立的形式理性原则，唯有如此法典才能发挥体系化的作用。<sup>①</sup>但一般性条款和实质正义的引入使在法典的适用和解释中，一般性条款违反了法典所要求的严格限制裁判所应参考的事实范围的要求，导致了不确定性的增加，并极易导致法律职业者感染上外行人的价值观念。而实质正义的追求则增加了许多特殊情况特殊处理的法外裁判，其使用

<sup>①</sup> 关于民法典体系化和概念推理在当代的意义，可参见注<sup>③</sup>，第28页。

的目的导向的推理方法使法律推理丧失了中立性，开始接近政治的和经济的推理方法。<sup>②</sup>

这种不确定性的增加非独局部现象，它是当代社会复杂性的客观要求对法典的挤压和破坏，导致法典千疮百孔，不堪重负。社会化因素和商法对民法典的侵蚀和背离，决定了民法典作为统领私法的形式已经力有不逮，民法典除了在既有的范围内保留纯粹形式理性的自治体外，它已不能有效地对社会化的私法关系进行法典化的统合，这要求我们重新看待法典化的局限和新的立法形态的当代转变。

## （二）民法与社会互动发展的理论和立法展望

上文系统探讨了权利思维定式的局限性，以及民法理论和立法与当代社会公共领域的互动趋势，其逻辑关系可以简化为，民法典因其权利思维定式的存在成就了近代市民社会私法的形式理性，也因其存在而成为民法发展的结构性障碍。这种定式如此顽固和狭窄，以至于难以被社会软化和修正，它阻止了当代社会法律合理的分化和重组，新的法律体系无法建立。在立法社会化和功能化趋势日益明朗的今天，将民法典局限在一个关于传统物权、债权、侵权和亲属关系的规范群进行理解，是使坚固的民法典与社会达成和解的唯一方式。

将民法典理解为规范群，也意味着民法典价值辐射功能的有限性，它不一定能作为私法价值的承担者统领所有的私法关系，也不能对抗社会化因素对法典和单行法的渗透。民法的社会化和功能化会成为常态，立法也进而呈现分散化、专门化和综合化的趋势，民法的工具箱会持续影响到私法制度的一些领域，但并不是所有的领域。但即使如此，民法典的法律区分意义仍然存在，它成为公法和私法、民法和商法之间的一个象征性的界标，这个界标非常模糊，但仍有大致的区分意义，不然未来法律会完全陷入综合立法而导致的混浊状态。按照卢曼的观点，未来社会的立法不再简单地受宪法的权威、政治对立法的主导权以及既有的抽象的国家、社会和个人的自由主义价值体系的约束，它带有法律系统独立的自我进化的特性，法律之所以成为法律，不是由法律以外的因素决定的，而是因为法律成为社会预期的创造者而得以合法存在的。

上述图景描述了抽象法式微之际社会法律体系的分化和变化之势，但社会与法律的互动仍是理解这一发展趋势的主线。私法与社会存在双重关系，一是法律本身是一种社会现象或社会事实，它内嵌于社会，具有保守性；一是法律又是社会的规范，它必须随时对社会进行维护和调整，又具有主动性和开拓性。法律与社会的这种矛盾关系一直处于一种动荡之中，近代私法基于社会关系的相对简单和稳定，其主动性的规范功能是由大规模的立法迅速完成的，之后趋向于保守性，倾向于通过法律解释和法律修正维持原有体系的运转，也因此积累了本应由主动性立法解决的诸多结构性问题。而现代社会基于社会复杂化和动态化，要求提高法律对社会调整的日常化和应对性，故保守性应让位于法律的主动性，因此扬弃原有私法体系，通过立法手段应对社会变革应成为当代私法的主旋律。日本现代著名学者牧野英一在论及此问题时，主张通过“法律解释的解放”来完成私法与社会互动进化的问题，即通过将新的社会理想注入现有私法体系，并通过类推、一般条款和比较法学等形式实现传统私法与新社会的融合，以实现私法的进化和进步。<sup>③</sup> 这种主张仍囿于法典化和体系化的思维，它夸大了形式理性对复杂社会的应对和适应能力，但它对法律社会化的高度关注是值得借鉴的。

当代单行法（包括专门立法和综合立法）释放了因体系化的约束而本应早就解决的诸多具体社

<sup>②</sup> 参见注①，第186页。

<sup>③</sup> 参见〔日〕牧野英一：《法律上之进化与进步》，朱广文译，中国政法大学出版社2003年版，第65页以下。

会问题，它将继续成为未来立法的基本形式。传统基于民法典体系维护而强调的一系列法学范畴的地位将随之变化。如宪法的私法适用援引的问题，传统民法因其对宪法基本权利价值体系的复制，倾向于不直接适用宪法规范，而由民法通过规范自足的方式来解决，但未来实证法因逐步脱离了体系化的约束，缺乏规范自足的能力，宪法的引领作用则会被强化。又如判例对于实证法的作用也会有根本改变。法典化背景下无论如何强调判例的非法源地位，也总是需要利用判例的参考价值以增强法律适用的一致性和可预期性。但在立法成为主动性的社会应对方式以后，案例和司法解释则会通过积累较快地转化成立法形式。至于单行法所采用立法技术形式，简单社会对应的决疑方式不复存在，近代的抽象式立法也不再占主导，法律回到以指令准则式为主的时代，其中固定要素的表达形式和基本三段论的推理适用将成为法律世界的基本语言。

## 结 语

上文对于权利思维局限性的分析，及对社会公共维度视角的参照研究，是对我国民法学未来发展的一个“社会”面向的宏观、系统的理论尝试，其中个人与社会的关系是贯穿论述全过程的主线。基于传统德国民法权利思维的理论惯性，对于“权利”这一根本概念的批判性论述会存在理论上的风险，即私法的基础原则和规则体系会被轻易动摇。实际上对于权利思维的反思并不意味着否定现有民事权利的存在和发展，也不意味着传统自由价值观念的否定，相反正视社会共同体的存在会更好促进权利的生成和发展，因为在现代社会中自由本身就是社会的一个基础价值，这种研究只是如实地看待民法与社会的互动现象与可能的规律。在民法的整个发展历史中，民法与社会或传统的关系始终是伴随民法成长的一条理论暗线，从近代的利益法学、自由法运动、法社会学，到现当代的批判法学、社群主义、评价法学等，无不对于民法和社会的良性整合提出种种设想和主张，这种公共维度的理解和探究并未过时，尤其是随着个人主义运动以后的“社会重新发现”，以及中国面临的社会道德危机和公共空间萎缩的日益加剧，要求民法不能置身于社会系统之外独自发展，毕竟个人不能完全定义社会，而社会却时刻影响着个人。从法教义学和民法立法实践角度观察，通过民法的修补来解决权利思维局限问题是有限的，这种模式的发展结果就是法律的分散化和无体系化。目前理论上坚持民法依赖于一个特定社会的本体论观点只是一个开始，其后的论辩式理论探讨将会精彩纷呈，其最终达到的结果是：法律上纯粹的权利并不多，但生活中应处处充满权利的味道。

### 【主要参考文献】

1. [德] 梅迪库斯 《德国民法通论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版。
2. [美] 昂格尔 《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社 2002 年版。
3. 曲阳 “卢曼‘法社会学’述评”，《华东政法大学学报》2007 年第 1 期。
4. 谢鸿飞 “历史法学的思想内核及其中国复兴”，《中国法律评论》2015 年第 2 期。

(责任编辑：高圣平)

## ABSTRACTS

***The Combination of Legislative and Executive Powers and the Horizontal Allocation of National Powers in China***

*DU Qiangqiang • 1 •*

The doctrine of combination of legislative and executive powers could not be simply and literally understood as the merge of the legislative and executive organs ,or the merge of the legislative and executive powers. This doctrine is not opposed to be the proper allocation of national powers among the legislative branch , administrative branch and judicial branch. It simply maintains the supremacy of the legislative power in the system of national powers ,which implies inseparability of the popular sovereignty ,and stands opposed to the doctrine of separation of powers accordingly. Compared with the principle of democratic centralism ,the doctrine of combination of legislative and executive powers could characteristically describe the horizontal allocation of national powers in China constitutional law.

**Key Words** Combination of Legislative and Executive Powers; Separation of Powers; Allocation of National Powers

Du Qiangqiang ,Ph. D. in Law ,Professor of Capital Normal University College of Political Science and Law.

***The Limitation of Civil Right Thinking and the Explanation in Social Public Dimension***

*MEI Xiaying • 15 •*

Contemporary Chinese civil law codification does not pay much attention to the public dimension of discourse space between society and individuals ,which restricts the social development of the civil code and the evaluation of its functional orientation. The thinking pattern of civil law rights is too rigid. It lacks the constructive power and explanatory power to the legal interests manifested in the form of public order ,overestimates the inferential function of the right and the right of claim to the judgment ,and neglects the public social foundation and the background of the obligation for the operation of the right. The significance of the social public dimension to the contemporary civil law lies in the realistic value of “public good” in the contemporary era; the contemporary in-depth display of the relativity between public and private law; the inevitability of the withdrawal of private law in the socialization of rights and interests; and the strengthening of the demand for the socialization of legislation in the information age. Based on the interaction between civil law and society ,the civil law system of subjective rights and compulsory individual independence began to decline ,and the trend of functional legislation of civil and commercial law was gradually established. The contemporary civil code has gradually become a normative group of traditional basic private law relations ,such as real right ,creditor’s rights and so on ,because of its insufficient political impetus ,the decline of value guidance ,the insufficient coverage and the weakening of predictability.

**Key Words** Public Dimension; Right Thinking; Legal Interest; Expected Mandatory; Positive Law

Mei Xiaying ,Ph. D. in Law ,Professor of Law School of University of International Business and Economics.

***The Growth and Transformation of the Security Interest Law***

*XIE Zaiquan • 36 •*

Security law not only has a function of ensuring the satisfaction of claims ,but also has a social function