

## · 民法典研究精要 ·

**编者按：**自“编纂民法典”之决定作出以来，民法学人建言撰文，精彩纷呈。不少法学期刊或组织专题，或选发力作。《法学研究》亦不揣愚后，于此重大历史时机，为不负时代之使命、不负学界之期许，以“民法典编纂的前瞻性、本土性与体系性”为题举办2015年秋季论坛，广邀学界名流，博纳学者文章，期使民法典之研究达致“精、深、广、博”之新境界。另则，民法典虽已然为一完备而庞大体系，但放诸我国依法治国之大视野，不过是整个法律体系的一个重要构成，非民法学凭己力能供给充足学术支持。宪法学、行政法学、商法学、民事诉讼法学等诸多其他法学学科共同协力，方能为这一伟大政治与历史事件提供多面智力支撑。民法典之编纂当非一蹴而就之事，虽有中央决策和立法规划，然对其法律精神及主要制度，尚须反复讨论，细致琢磨，务使民法典所描绘的法律图景能够契合未来中国的社会生活需要。为此，本刊特设“民法典研究精要”栏目，本期推出秋季论坛征文和约稿各一篇，以为开山。栏目还将继续刊发涉此宏大主题之约稿、征文及来稿。

# 治理体系的完善与民法典的时代精神

石佳友<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**民法典的编纂是当代中国全面推进依法治国、实现国家治理体系和治理能力现代化进程中的重要环节。治理体系的完善要求未来的中国民法典具备鲜明的时代特征，回应时代的需求。这些时代精神表现为：自由主义要求民事立法中严格限制公权力的介入，方法论个人主义要求进一步强化对个人民事权利尤其是个人所有权的保护，人文主义则表现为私法关系中对宪法基本权利给予保护，开放性表现为民法典对其他法律渊源的开放与包容，生态主义则要求民法典在物权法、侵权法等规则设计中给予环境保护以更重要的考虑。中国民法的法典化与治理体系的现代化之间存在着辩证性的互动关系：前者是后者的重要组成，有力地促成后者的实现，而后者则为前者规定了框架与前景，由此对前者提出了要求与目标。

**关键词：**治理 民法典 自由主义 人文主义 开放性 生态主义

---

## 一、治理对传统法律模式的挑战

从“统治”转向“治理”，是当代社会组织模式的重大革新。2013年中共十八届三中

---

<sup>\*</sup> 中国人民大学法学院教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究人员。  
本文为《法学研究》2015年秋季论坛“民法典编纂的前瞻性、本土性与体系性”征文；系中国人民大学科研项目“治理体系的现代化与民法的法典化”（项目编号2015030094）的部分成果。

全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（下称“十八届三中全会决定”）提出了“实现国家治理体系和治理能力现代化”的目标；2014年中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（下称“十八届四中全会决定”）重申了这一目标，并进一步指出：“依法治国是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求……全面推进依法治国是一个系统工程，是国家治理领域一场广泛而深刻的革命，需要付出长期艰苦努力”。这是我国国家管理和社会组织模式的重大变革。

治理，是指导、引领或管理某一组织事务的行动，这一组织可以是某个国家、地区、地方机构、公立或私人企业等。据考证，“治理”一词源于希腊文 *kubernáo*，意思是“引领”，最初由柏拉图所使用；后来拉丁文继承了这一语词，写为 *gubernare*，这一词并由此传入其他语言。<sup>〔1〕</sup> 作为一种进程，治理关注于参与解决某一集体性问题的各行动者之间的互动关系和对决策过程的影响；<sup>〔2〕</sup> 治理进程致力于对集体性问题的解决，其结果将导致社会性的规范或者机构的产生、强化或复制。<sup>〔3〕</sup> “治理”与“统治”的区别在于，前者是一个进程，而后者是一种制度。“统治”是主导与国家主权有关的事项，是通过居于中心地位的公权力机构来施加某些行动的原则；而“治理”则是协调不同行动者、社会集团的进程——这些行动者和社会集团并非都是国家机构或者公权力机构——以便达到在某些分散化和不确定环境下集体讨论和确定的目标。“统治”的特点在于公权力的集中和等级化，表现为单向度的“命令”和“控制”，而“治理”则表现为交互性、网状和无等级性，规则经由谈判和协商模式所共同确立。<sup>〔4〕</sup> 因此，“治理”的出现是对韦伯所提出的基于权威、等级和强大的官僚主义的统治理论范式的质疑和否认。

在治理模式下，公法与私法的界限变得模糊，公法与私法出现了前所未有的交融：契约模式的主导、从集权走向分权、从再分配型国家转向规范型国家、从对公共服务的管理转为根据市场原则的管理、从公共部门的引导转向公私合作。在国际法层面，治理成为近几十年来在国际关系特别是在国际发展合作中使用最为频繁的语词之一，以国际组织、非政府组织、国家、跨国企业以及个人等所构成的复杂体系，致力于应对全球的共同挑战，形成“全球治理”的新格局。<sup>〔5〕</sup> 治理所强调的是决策过程中的协调、对话、参与、透明；治理尊重社会分化和利益多元的格局，因此鼓励不同的利益相关方形成合作关系，协调各方的利益共存。治理体系的现代化，对于传统的法律体制形成了多方面的挑战，这表现在：

一是国家失去对法律制定的垄断地位。按照传统理论，国家是全体人民的“公意”和公权强制力的唯一代表。但是在治理体系中，规范体系从凯尔森的金字塔式的等级结构，过渡为网状的平行和交叉结构，大量的治理规范来自于非国家主体，包括私人性的主体。

〔1〕 Louise Lalonde & Stéphane Bernatchez, *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, Québec: Les éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2011, p. 5.

〔2〕 Mark Bevir, *Governance: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2012, p. 5.

〔3〕 G. H. Addink, *Governance and Norms: An Interdisciplinary Approach of Good Governance*, in A. L. B. ColombiCiacchi, M. A. Heldeweg, B. M. J. van der Meulen & A. R. Neerhof (eds.), *Law & Governance, Beyond the Public-private Law Divide?*, Eleven International Publishing, 2013, p. 248.

〔4〕 参见〔法〕让-皮埃尔·戈丹：《何谓治理》，钟震宇译，社科文献出版社2010年版，第28页。

〔5〕 Hervé Magro & Séverine Bellina (dir.), *La gouvernance démocratique-Un nouveau paradigme pour le développement?*, Karthala, 2008, p. 1.

除了传统的“硬法”之外，出现了大量的“软法”，以示范法、指南、行业公约等形式存在。

二是成文法作为规范中心的地位的消解。一些规范由于没有成文化，不具有成文法的刚性，因而更为灵活，能更充分地考虑到每一个案的特殊性，法律主体对其的采认方式是自愿，此类规范能更好地发挥导向作用。以“公司治理”为例，它是指公司的治理机关指挥公司运作的法律、惯例、规则、政策、制度等所组成的整体。<sup>〔6〕</sup>在公司治理领域，大量的规范是以最佳实践、指南、建议等形式出现的行业性惯例。

三是治理作为过程的动态性及治理体系的多层次性，与传统的法律范式的稳定性和等级化模式之间显然存在张力。作为过程的治理，是指各行动者以正式或非正式形式所采取的各种行动与进程。这种动态性和开放式的特点，使得治理这一范畴具有极大的包容性，治理主体由此具有广泛的包容性：它可以是国家、政府，也可以是企业、非营利机构、非政府组织或者参与具有特定目的行动的个人。而治理的多层次性具有纵向和横向两个维度：就其纵向维度而言，它表明在不同权力层级中的各级政府具有越来越强的相互依存性；在横向维度上，它表明在不同层次上，政府和非政府机构之间的相互依存性也在不断增长。<sup>〔7〕</sup>

四是公法与私法划分的淡化与模糊。在当代，公法主体适用私法的情形大量出现。例如，在荷兰，对于政府的侵权行为所引发的赔偿责任，如公法规范没有特别规定，则应适用其民法典第6节第162条的规定；对于所谓行政合同，同样是适用民法典第6节第123条及以下条文。这种情形使得一些学者声称，在某种意义上私法构成公法的“普通法”，而公法则为“特别法”；在没有特别的公法规范存在的时候，公法主体可以适用私法规范。<sup>〔8〕</sup>

从立法技术的角度来看，公法与私法越来越多地相互借鉴对方的原则和法律技术。例如，在民事权利与基本权利发生冲突的私法案件中，公法的比例性原则同样会被民事法官所采用，包括四个基本步骤：首先，考虑对基本权利进行限制的目的合法性；其次，考虑所选择手段的合适性；第三，考虑所选择手段的必要性；最后，考虑对基本权利限制的合理性。与此同时，私法的一些原则被赋予宪法价值。例如，过错原则和契约自由被法国宪法委员会承认为具有宪法价值的原则。而民法的一些制度诸如过错推定、因果关系推定、时效、惩罚性赔偿等，也为行政法所吸收。民法中的诚实信用、禁止不当得利、信赖保护等原则，也为公法所采纳，由此成为整个法律体系的一般性原则。<sup>〔9〕</sup>

尤其应当看到，治理在当代呈现出一些新的发展趋势：公私合作（如PPP，政府与社会资本合作）模式得到广泛的应用，政府与社会机构开展越来越多的合作；通过竞争原则，市场机制在公共资源配置中发挥越来越大的作用；私法机构越来越多地受国家机构的委托而行使一部分公法职能。如今，大量公共服务被外包给私人部门来承担，这也被称为“公

〔6〕 Asie Dwise, *Corporate Governance: An Informative Glimpse*, 2 International Journal of Governance 207 (2011).

〔7〕 Gary Marks, *Structural Policy and Multilevel Governance in the EC*, in Alan Cafruny & Glenda Rosenthal (eds.), *The State of the European Community: The Maastricht Debates and Beyond*, Longman, 1993, p. 392.

〔8〕 也有学者认为，宪法在公法中与行政法等其他部门法存在着明显的差别，因为宪法与国家和社会的组织方式有着比后者更为紧密的关系。除了宪法之外的其他公法部门，与私法之间不应设置实质性的区分。参见 Frank J. van Ommeren, *Governance and the Public-private Law Divide in the Netherlands*, 载前引〔3〕，ColombiCiacchi 等编书，第3页以下。

〔9〕 同上引 van Ommeren 文，第11页以下。

权力的私有化”。<sup>〔10〕</sup>以PPP模式为例,这一模式起源于英国,后迅速为许多其他国家所接受。其“旨在实现风险的最优共担。它将有关的责任分配给能够最有效承担的当事方”;<sup>〔11〕</sup>它使得地方政府不必再以其大量的财政收入来负担巨额的出资责任,而是通过“特许经营权”方式将风险转移给市场主体;在这一模式下,政府与社会资本之间地位平等、风险共担、利益共享,这有助于政府转变其职能,从管理转向服务和引导。正因为如此,国务院和有关部委在近期也颁布了推进PPP模式的相关文件。<sup>〔12〕</sup>

这场国家治理领域“广泛而深刻的革命”,对于整个法律体系都带来了深远的影响,无论是公法还是私法,无论是国内法还是国际法。作为治理体系现代化和全面推进依法治国进程的一个重要内容,“十八届四中全会决定”庄严宣告了“编纂民法典”的目标,为我国的民事立法工作指明了方向。“决定”同时还指出:“建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键”;为提高立法质量,务必“实现科学立法”;为此,“要把公正、公平、公开原则贯穿立法全过程”,立法必须“维护社会公平正义”。

这些要求首先必须体现于未来中国民法典的精神气质上,因为“说到底,一部法典首先是一种精神;没有精神,就没有法典”。<sup>〔13〕</sup>民法典的精神是民法典的价值导向,是法典起草者透过法典条文所传递出来的价值观。法典精神关注的是法典本身所传导出来的哲学精神、伦理价值观。法典精神通常通过立法目的和原则、起草人意图、起草的时代背景等因素来判断,其关注点主要不是法典的文本和立法技术层面。法典的精神决定了法典的精神气质和面貌,法典的精神能最为充分地反映出其所属的时代。从这个意义上来说,当代中国的治理体系现代化进程,在民法领域中首先应在民法典的精神层面得到折射和反映。

## 二、治理模式与民法典的自由主义

当代的社会组织模式从“统治”过渡为“治理”,意味着需要协调不同行动者、社会集团的行动,以便达到在某些分散化和不确定环境下经由集体讨论所确定的行动目标。由于这些行动者和社会集团并非都是国家机构或者公权力机构,因此,这种协商进程往往具有无等级的平等性,往往意味着合同逻辑在更大范围内的适用。而合同是市场自我调节的核心机制,市场机制的核心是合同逻辑的适用。由此,出现了“合同式治理”<sup>〔14〕</sup>的新话语体系。

“合同式治理”这一新话语体系意味着,个人意志在更大程度上得到尊重,意思自治和自由主义的扩展也意味着治理的民主化参与。合同与自由主义有着天然的内在联系,合

〔10〕 Timothy Endicott, *Administrative Law*, 2d ed., Oxford University Press, 2011, p. 580.

〔11〕 Frédéric Marty, Sylvie Trosa & Arnaud Voisin, *Les partenariats public-privé*, La Découverte, 2006, p. 3.

〔12〕 2014年11月,国务院印发了《国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》(国发〔2014〕60号)。与之相配套,2014年12月,国家发改委和财政部分别发布了有关政府和社会资本合作的指导意见、通知及相关指南。2015年3月,李克强总理在《政府工作报告》中提出,要积极推广政府和社会资本合作模式。

〔13〕 Pierre Murat, *Lectures croisées sur l'art de légiférer*, dans *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. 165.

〔14〕 Peter Zumbansen, *The Law of Society: Governance through Contract*, 14 (2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 208 (2007).

同正是摆脱自然状态的手段。合同制度具有特定的价值：立足于人的自由，合同制度使得人可以按照其所愿意的方式，自由地组织其社会关系，以促进经济发展，保持社会稳定，并赋予秩序调控者以合法性。意思自治理论同样具有伦理价值。因为处于自由和平等状态的个人之间自由谈判所缔结的合同必然是公正的，立法者对此所设置的任何不合理阻碍都会损害这一平衡，造成不正义的状态。由此，19世纪后期，法国哲学家福耶（Fouillée）曾有“合同即正义”（*Qui dit contractuel, dit juste*）的名言；合同当事人被视为自己利益的最佳代表，合同是他们实现自己利益的最好手段；平等的当事人通过自由地谈判协商，所达成的合同就是公正的。因此，合同一旦达成，不允许单方面变更合同，法官的职责仅是确保合同的强制履行。意思自治原则的经济合理性在于，人只有在可以自由缔约、按照其意愿去实施其行为的时候，才会表现出创新性，自由是创新的前提。合同自由是民事自由的集中体现，合同制度最为典型地表明了立法者所愿意给予私人处分其财产以多大的自由度。根据自由主义理论，人享有合同权利和受到合同义务的约束的唯一原因，就在于其意志；意志是当事人主观权利的来源。正是在这个意义上，1804年法国民法典创设了著名的第1134条：“当事人之间依法所成立的合同，具有相当于法律的效力”。由此，民法典赋予合同以与法律相同的强制力，当事人对合同负有与对法律相同的遵守义务；与法律一样，合同也成为当事人主观权利的渊源。意思自治理论由此成为民法典的基石。<sup>[15]</sup>

所以，在平等的私人主体之间，立法者通过合同制度来力图实现合同正义。当事人的合同自由必须遵守一定的限制条件：勿害他人，不得以非法方式取得他人财产，不得损害公共秩序，不得违反善良风俗等。合同自由作为民事自由的典型体现，成为私法制度的基石之一。不难理解的是，民法的许多法律制度也都参照合同理论来进行解释。例如，婚姻被理解为一种身份契约，夫妻间的无约定财产制度被解释为夫妻之间存在着默示合同，法定继承制度被解释为继承人是被继承人所默示选定的财产继承人。合同逻辑在私法领域很早就出现了向物权法、身份法等的“外溢”效应，这也是意志和自由逻辑的外溢。

“自由”这一基本价值在我国新时期的一些纲领性文件中都得到了承认和强调。2012年，中共十八大报告提出要倡导“富强、民主、文明、和谐、自由、平等、公正、法治、爱国、敬业、诚信、友善”的“社会主义核心价值观”，其中即有“自由”这一基本价值。“十八届三中全会决定”指出，要让“市场在资源配置中起决定性作用”，这就是说，要遵循合同逻辑，由市场主体自由决定交易对象，由立足于合同自由（尤其是缔约自由）的竞争机制来配置资源。“十八届四中全会决定”进一步指出：“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，完善社会主义市场经济法律制度”。“市场”、“契约”、“竞争”等关键词再次得到强调，其中所蕴含的自由主义逻辑不言而喻。“四中全会决定”还强调：应“强化规则意识，倡导契约精神”；契约精神的核心是重诺守信，其目的在于维持意思自治，从而维护私法主体的行动自由。

自由主义逻辑还意味着，在私法范围内“法无禁止即可为”；而在公法范围内，“法无

[15] Christian Kohler, *L' autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, Brill/Nijhoff, 2013, p. 13.

授权不可为”。“法不禁止皆自由”被一些学者认为是“私法区分于公法的标杆、反映私法特质”。<sup>[16]</sup>在法律史上，“法无禁止即可为”进入立法范畴，最早应追溯至1789年法国《人权宣言》第5条：“法律仅有权禁止那些有害于社会的行为，一切未被法律禁止的事项均不得受到妨害，任何人不得被强迫从事法律所未要求之事项”。受其启发，1800年8月法国民法典的“序编”草案第三节第8条曾有如下规定：“法律调整行为，而不探究思想；法无禁止即视为合法”。这体现的显然是一种自由主义的逻辑，鼓励民事主体自由从事一切法律所不禁止的行为。在同样的意义上，“十八届四中全会决定”特别强调指出：“行政机关要坚持法定职责必须为、法无授权不可为”。这些内容强调在公法领域“法无授权不可为”，公权力应设定“负面清单”，是从另一个角度肯定了私法领域的自由主义原则，它禁止公权力对市场主体的行为设定不必要的禁止或者妨碍。基于以契约自由为代表的民事自由观，只要行为不违反公共利益，私法没有必要禁止，应视为合法和可为。例如，对于物权法领域的“流质”、“流抵押”约定，应尽量从尊重当事人双方意思自治的角度去看待其效力，只要不存在意思表示瑕疵（欺诈、胁迫、显失公平等），就应尽量承认其效力；这也是国外担保法改革的最新趋势之一。<sup>[17]</sup>在合同法领域，应给予当事人意思自治以更大的空间，对当事人自行约定的纠纷解决途径，如违约金或免责条款，应尽量尊重和维持其效力，法律不应过多地介入。

与自由主义相对的，则是威权主义、家长主义（paternalism，或译为“父爱主义”）。这种哲学主张，基于保护法律主体的目的，立法者应尽可能地干预和介入个人所参与的法律关系，以避免个人的权益受到损害。如果说在公法领域，由于双方关系的不对等，这种保护主义和家长主义是必要的，那么在双方主体处于平等地位的民事领域，这种威权主义和“父爱主义”情结就显然与民事关系的平等性和自治性不相符合；在私法关系中，保护弱势一方应以必要为限度，不能损害私法的平等和自由这些基础性原则。自由主义与家长主义的差异，就其根本而言是方法论和哲学思想方面的差异。自由主义合同观认为，合同是当事人实现自己利益的手段，而每个人最了解自身的诉求和境遇，是自己利益最好的“法官”，因此，他所作出的选择对他而言必然是最优的选择。而家长主义合同观则认为，当事人囿于信息和自身能力的欠缺，有时候未必清楚地了解自身的利益，其所作出的选择未必是最符合其利益的方案。在此情况下，应交由具有精深法律造诣和地位中立的法官来判断和代替他作出最优的选择。

这种家长主义思潮在我国民事立法中一直有很大影响。例如，物权法第186条规定：“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有”；这是禁止流抵押的典型规定。这样的禁止性规定显然是对当事人意思自治的限制，其实并无意义，因为债务人若认为流抵押的约定有失公平，可以依赖显失公平制度寻求救济。流抵押的禁止性规定也没有效率，当事人完全可以通过其他形式的合同予以规避。例如，双方在签订借款与抵押协议之外，另行签订一份以抵押物为标的物的买卖合同，以债务不履行为条件；这样的协议安排，有可能得到法院的承认与保护。<sup>[18]</sup>

[16] 参见易军：《“法不禁止皆自由”的私法精义》，《中国社会科学》2014年第4期，第122页。

[17] 例如，法国2006年3月23日第2006—346号法令废除了此前禁止“流质”契约的做法，法国民法典新增的第2348条承认流质契约的效力；而且，流质契约的适用对象既包括动产也包括不动产。

[18] 参见“朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”，最高人民法院（2011）民提字第344号，《最高人民法院公报》2014年第12期。

这样的家长主义立法还有：我国合同法第52条第1款将受欺诈、胁迫且损害“国家利益”的合同宣告为无效，这就是说，当被欺诈、胁迫方为国有企业时，合同应被确认为无效；而当受害方为非国有企业时，其结果则是可撤销。“这种主体立法思想，使不同主体受到不同的法律对待，不符合平等的价值原则”，<sup>[19]</sup> 违背了民法的自由主义。另外，合同法第52条第2款规定，恶意串通，“损害第三人利益的”，合同无效；这里，法律直接代替作为受害方的第三人作出了判断，只能选择合同无效，违背了意思自治的原则。

再如，关于违约金的水平，合同法第114条第2款规定：“约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加”。但是，在违约金过低的情况下是否有必要要求法院调整，这一问题值得商榷。违约金作为当事人自行约定的纠纷解决方式，其优点在于直接适用的简洁性，是意思自治原则的体现，也充分体现了合同可以预先分配责任和风险的独特功能。从意思自治原则出发，只要其不违背公共秩序，应当尽可能尊重当事人的约定，约定的违约金应尽可能得到法院的承认和适用。如果违约金低于实际损害，表明当事人自愿放弃了部分赔偿责任，不应允许当事人主张调高违约金；如果违约金过分低于实际损害，受害人完全可以放弃适用违约金条款，通过主张损害赔偿来弥补损害。

这种家长主义思潮还表现于司法解释中。例如，2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第18条第2款规定：“约定的检验期间或者质量保证期间短于法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间的，人民法院应当以法律、行政法规规定的检验期间或者质量保证期间为准”。这里，在约定的检验期间或质保期间短于法定期间的时候，司法解释直接要求法院排除适用约定期间，转而适用法定期间。而问题在于，司法解释并未考虑法定期间是强行法还是任意法。在法定期间为任意法的情况下，应优先适用当事人约定的期间。

该司法解释第27条还规定：“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。”这里的问题在于：当事人未主张违约金过高并要求调整，而仅是认为合同效力有瑕疵，或者认为自己没有违约从而无须承担责任，法院何须主动对违约金的水平进行释明？

再如，2014年《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第14条规定：“被侵权人与构成侵权的网络用户或者网络服务提供者达成一方支付报酬，另一方提供删除、屏蔽、断开链接等服务的协议，人民法院应认定为无效。”这里，受害人与侵权人和网络服务商之间就付费删帖达成一致，属于私权的处分，并无涉公共利益，似不应宣告合同无效。

这些家长主义的民事制度，以保护公共利益或弱势一方当事人的利益为出发点，主张法官积极介入，排除或者否定当事人的私人意志，实际上构成对当事人的民事自由的过度干预和侵犯，与民法典的自由主义精神相悖。

[19] 易军：《私人自治与私法品性》，《法学研究》2012年第3期，第80页。

### 三、治理模式与民法典的人文主义

人文主义在当代是一个被大量使用的语词。究其原因,在于人文主义包罗万象,囊括了诸多的思想流派。当然,这些不同的流派都有一些共同的“内核”:促进人的全面发展,保护人的尊严;社会生活的基本目的在于满足人类的各种需求,包括智识的、情感的和精神的需求。人文主义与启蒙运动密切相关。启蒙运动立足于这样的思想:将个人作为一种超越了社会、民族和历史的一般性规范;由此,启蒙运动的信仰是:个人只有通过充分和自由地行使其理性,才能获得更为美好的发展。<sup>[20]</sup>如布洛克所说,文艺复兴时期的人文主义按其性质来说是属于个人主义的,它既不是一种信条,也不是一种哲学体系;它不代表任何一个利益集团,也不想把自己组织成一种运动。<sup>[21]</sup>人文主义的中心主题是人的潜在能力和创造能力。

法律人文主义要求法律成为保障人类发展的基本框架,立法和法律制度必须积极地回应人类发展的整体需要。作为社会安排和组织的动态性工具,立法必须结合本民族的特性,针对其在某一特定历史时期的主要问题,确认法律制度的任务和使命,诸如保障人权,促进社会安全,促进社会正义,与贫困作斗争,打击官僚主义、治理效率低下和腐败等。<sup>[22]</sup>就民法而言,强调人文主义,按照学者的观点是突出所谓人文关怀,对人的自由和尊严的充分保障以及对社会弱势群体的特殊关爱;要将个人的福祉和尊严作为国家和社会的终极目标,而非作为实现其他目的的手段。<sup>[23]</sup>显然,这具有明显的康德主义道德哲学观色彩。从人文主义的基本命题出发,民法典的人文主义突出表现于其对个人权利的重要保障方面。必须强调的是,这种对个人权利的保障,过去往往被狭隘地限定为对个人民事私权的保障,即对个人所享有的各类民事权利的保障(物权、债权、人身权、知识产权、继承权等)。这一观点的局限在于:忽视和排除了民法对于个人所享有的宪法性基本权利的保护。根据当代的学说和司法实践,宪法和国际人权公约所规定的个人基本权利,在私法关系中同样具有所谓横向效力。由此,民法对于基本权利的实现,同样具有不可低估的重要作用。在民事关系中,通过合同等私法手段对其他个人所享有的基本权利的伤害,在当代越来越成为基本权利所面临的主要威胁之一。

私法关系中承认宪法基本权利的效力,并对其进行保护,这是当代治理模式的必然逻辑后果。在治理模式下,公法与私法的界限变得模糊,二者之间出现交错。大量的私法主体行使公法的部分职能,因此,它们应当负担与公法主体相同的义务,对公法上的基本权利予以尊重和保护。正是在这个意义上,美国著名法社会学家、伯克利学派的代表人物塞尔兹尼克曾提出所谓“私人政府”(private government)的理论。他认为,在此情况下,私法主体就不能仅限于遵守一般性的管理标准,而应与公法主体一样,受到治理规范的约束:

[20] Jacky Hummel, *L' introuvable vérité du droit public ou l' éclipse du politique dans le discours juridique*, in *Droits*, vol. 42, PUF, 2006, p. 186.

[21] [英] 布洛克:《西方人文主义传统》,董乐山译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第67页。

[22] David Goicoechea, Preface in David Goicoechea et al. (eds.), *The Question of Humanism: Challenges and Possibilities*, New York: Prometheus Books, 1991, p. 8.

[23] 参见王利明:《民法的人文关怀》,《中国社会科学》2011年第4期,第149页以下。



“无论在何处，统治的社会性职能一旦被履行，治理规则就应当得到适用”。<sup>[24]</sup>从这一理论出发，一旦有行使公共权力的情形，无论主体为何，都应适用权力限制的规范。正是在这个意义上，一些法社会学者将塞氏的学说称为“社会学意义上的法治”理论。<sup>[25]</sup>而他著名的“回应型法律”理论的重要内容，就是强调突破现代法纯粹的形式正义所造就的“理性铁笼”：“好的法律应该提供的不只是程序正义。它应该既强有力又公平；应该有助于界定公共利益并致力于达到实体正义”。<sup>[26]</sup>这一理论与如今的基本权利在私法关系中的横向效力，无疑具有相通之处。因为公法与私法泾渭分明式的严格区分在当代既无法操作，也不合乎需要。对人权提供有效的法律保障，这正是“善治”的基本特征和要求之一。从人权保障的角度出发，私法与公法一样，同样负有保护宪法基本权利的义务。

我国宪法于2004年引入了“国家尊重和保障人权”的重要条款，这是我国宪法在人权保护问题上取得的重大进步。“国家尊重和保障人权”的庄严承诺意味着国家既负有“尊重”人权、不干预个人行使基本权利的消极义务（防御功能），也负有以立法等手段来“保护”人权、促进其实现的积极义务（保护功能）。<sup>[27]</sup>对于基本权利的侵害来源，我国宪法并没有区分国家侵犯和私人侵犯，因此，防御功能和保护功能应当处于同等重要的地位。这也是宪法修正案将“尊重”与“保障”人权并重的原因所在。<sup>[28]</sup>尤其应当看到，继“人权入宪”之后，“十八届三中全会决定”提出要“完善人权司法保障制度”，以此作为“推进法治中国建设”的重要内容。而“十八届四中全会决定”除重申“加强人权司法保障”之外，还进一步指出：“依法保障公民权利……保障公民人身权、财产权、基本政治权利等各项权利不受侵犯，保障公民经济、文化、社会等各方面权利得到落实，实现公民权利保障法治化。增强全社会尊重和保障人权意识，健全公民权利救济渠道和方式”。显然，这里所保障的权利，既包括人身权、财产权等民事权利，也包括经济、文化、社会领域的基本人权。“健全公民权利救济渠道和方式”要求在私法中同样对宪法基本权利进行保护。

#### （一）民法典应在序言或者第1条援引宪法人权条款作为立法理由

民法典如果在其条文中直接规定对于宪法基本权利的尊重和保护，则对于民事司法中有效保护基本权利，十分有益。就此而言，魁北克民法典的模式尤其值得关注。1994年生效的魁北克民法典在其序言第1款中即开宗明义地宣告：“魁北克民法典与人权宪章和法律一般原则保持和谐一致，调整人、人与人之间的关系以及物。”此条有重大意义，它揭示出魁北克民法典与人权宪章之间“和谐一致”的互动关系。<sup>[29]</sup>

[24] Philip Selznick, *Society and Industrial Justice*, New York: Russell Sage Foundation, 1969, p. 259.

[25] Caroline Raat, *Selznick on Governance Revisited, What Can We Learn from Early Legal Sociology?*, 载前引[3], ColombiCiacchi等编书, 第63页。

[26] [美] 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会: 迈向回应型法》, 张志铭译, 中国政法大学出版社2004年版, 第82页。

[27] 有学者认为, 宪法第33条的人权入宪条款赋予国家以尊重和保障人权的义务, 因此, 明确了我国宪法基本权利的约束对象是国家公权力。参见张翔:《基本权利的体系思维》,《清华法学》2012年第4期, 第31页。

[28] 参见陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,《法学研究》2008年第1期, 第52页。

[29] Mélanie Samson, *Les interactions de la Charte des droits et libertés de la personne avec le Code civil du Québec: uneharmonie à concrétiser*, Collection Minerve, éditionsYvonBlais, 2013, p. 7. 令人困惑的是, 魁北克民法典的中译本不知何故竟没有将“序言”的两个条款译出, 这无疑是一个重大的失误, 也反映出译者在当时未能理解“序言”在沟通宪法基本权利与民事权利方面的重大意义。参见孙建江等译:《魁北克民法典》, 中国人民大学出版社2005年版, 第1页。

第一, 该条款宣示了民法与宪法基本权利的统一性。如同有学者所指出的, “民法与人权之间的和谐一致表现为, 从宏观角度看二者在目标上存在着一致; 从微观角度看, 在两者领域中法律主体践行其‘法律’的实践也存在着一致性……就民法规范与人权的要求之间的关系而言, 等级性、金字塔式或简单的凯尔森式的逻辑由此被淡化, 取而代之的是在私法自治和规范等级化要求之间的新的折中。”<sup>[30]</sup> 这种折中是宪法至上性和基本权利“客观价值”属性的必然要求。

第二, 该条款蕴含了合宪性解释方法。也就是说, 民法典条款的解释必须与魁北克人权宪章的规定相一致。从这一条款出发, 加拿大最高法院承认民事侵权责任必须从基本权利制度所保护的价值中寻求启示, 只是在具体适用中仍然遵循民法的方法和原则。<sup>[31]</sup> 尤为重要的, 是需要结合魁北克民法典“序言”第2款的规定: “民法典由调整相关事项的规则的整体所组成, 这些条文的文字、精神或对象在其所调整事项的领域内, 以明示或默示方式确立了其共同法(jus commune)。在这些领域中, 法典是其他单行法的基础, 尽管单行法可以补充法典或者作出例外规定”。民法典作为私法的“共同法”, 包括组织学和解释学两个层面的意义。结合该第2款规定来看, 在整个私法领域而不仅仅是民法典的范围内, 都需要遵循合宪性解释方法。<sup>[32]</sup>

第三, 侵犯基本权利将引发与侵害主观权利类似的侵权责任。魁北克人权宪章第49条规定, “如本宪章所承认的某项权利或自由受到侵害, 受害人有权要求停止侵害, 及赔偿由此所造成的精神或者物质损害。在故意侵害基本权利的情况下, 法院还可以另外判处侵权人承担惩罚性赔偿责任”。受人权宪章这一条文的启发, 魁北克民法典第1457条规定: “任何人均负有义务以不损害他人的方式, 遵守依据情势、习惯或法律为其施加的义务。在其具有理智且未履行其义务之时, 应对因过错致他人之损害负赔偿之责, 无论此为身体、精神或物质上之损害”。<sup>[33]</sup>

借鉴魁北克民法典的这一模式, 未来的中国民法典在其“序言”或者第1条中, 可以明示的方式直接援引“国家尊重和保护人权”这一宪法条款。其意义在于, 其一, 民法典援引宪法人权条款, 可以作为其立法的理由与根据之一。其二, 民法典援引宪法人权条款, 也要求法官在民事司法中必须尊重和保护宪法所规定的基本权利, 必要时采取合宪性解释的方法来解释有关的民法规范或者合同, 或者从宪法基本权利保护之必要性中获得解释民

[30] Bjarne Melkevik, *Le nouveau Code civil du Québec et les droits de l'homme: le paradigme d'un nouveau "droit commun"*, in Jean-Luc Chabot, Philippe Didier & Jérôme Ferrand (dir.), *Le Code civil et les droits de l'homme*, L'Harmattan, 2005, p. 409.

[31] L'honorable Louis Lebel, *La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile*, 49 McGill Law Journal 246 (2004). 例如, 在魁北克上诉法院2001年审理的一起案件中, Louise Otis法官指出: “魁北克民法典作为一个结构化和等级化的立法整体, 为了与人权宪章保持一致, 将人的身体完整确立为民事权利享有与行使的基本原则之一……民法典的序言、第3条、第10条和魁北克人权宪章第1条都反复地强调了这一点”。Cour d'appel du Québec, l'affaire: Montréal (Ville de) c. Tarquini, [2001] R. J. Q. 1405 (C. A.) paragraphe 174 (L. Otis).

[32] Ministère de la Justice du Québec, *Commentaires du ministre de la Justice, Le code civil du Québec*, Tome 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1.

[33] Mariève Lacroix, *La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile-Analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois*, 59 McGill Law Journal 462 (2013).

事规范或合同的启示或思想来源。其三，民法典援引宪法人权条款，也充分昭示了我国民法典作为 21 世纪的新型民法典具有明显不同于古典民法典的鲜明时代特征：维护社会公平正义，注重对人的全面保护。

## （二）民法典应在总则部分将人的尊严确定为基本原则

人的尊严是宪法和国际人权公约所普遍承认的一项基本人权。为了对这一宪法基本权利进行有效保护，民法中也将人的尊严作为一项基本的民事权利。就我国而言，宪法第 38 条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”民法通则、消费者权益保护法等民事法律相应规定了人格尊严原则，有关司法解释甚至直接使用了“人格尊严权”这一富有争议的提法。<sup>[34]</sup>人格尊严在民法上作为一项主观权利的属性由此得以承认和确立。在科技飞速发展的今天，强调人的尊严原则尤为必要：在当代，人工辅助生殖、代孕、胚胎干细胞研究、克隆等生物医学技术的突飞猛进，给人的主体性地位带来了严重冲击。有鉴于此，基于人的尊严，衍生出几项极为重要的原则：人的先在性、自生命开始对人的尊重、人体的不可侵犯、禁止对人体的商业性利用。这正是 1994 年法国民法典增加其第 16 条的原因：该条规定，法律确保人的先在性，禁止对尊严的一切损害，确保自生命伊始对人的尊重。<sup>[35]</sup>基于同样的考虑，2002 年巴西民法典第 13 条规定：“除基于医疗紧急原因外，个人处分其身体的行为若可能对身体完整造成永久损害或违反公序良俗，则应被禁止”；第 14 条规定：“个人同意在死后无偿捐赠其全部或部分人体，供医学或利他目的之用途，应被允许”。<sup>[36]</sup>

## （三）“大数据时代”尤其需要强调“数字人文主义”

法国著名人类学家克劳德·列维-斯特劳斯曾提出，人类历史上先后出现了三种形式的人文主义：文艺复兴时期贵族的人文主义，以对古典文献的重构为特点；近代资产阶级对异国文化的人文主义，以对东方和远东文化的承认为内容；当代全民的民主人文主义。<sup>[37]</sup>在当今的大数据时代，有学者提出了第四种人文主义：数字人文主义。<sup>[38]</sup>在数字化环境下，由于技术的巨大进步，人们对于客体、对于主体间的关系和价值等的看法都发生了修正，人在虚拟社会中的行为可能映射到现实社会的行为模式上。数字化时代一个很大的危险在于人的自主性地位可能受到威胁，主体性地位被消解。数字人文主义强调人对自己所处的数字环境的主体性地位。由此出发，数字人文主义承认个人对互联网环境下的个人信息享有支配权：“如果个人无法确切地预见到个人的哪些信息为社会环境所知晓以及谁可以

[34] 参见 2001 年最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第 1 条第 3 款。“人格尊严权”的提法有可能会将作为法律基本原则和当代法律秩序基础的人格尊严，贬低为一项普通的人格权。关于人格尊严是否可以成为一项人格权，在法国学理上是存在争议的。反对者认为，尊严并非是民事主体的一项人格要素，因为尊严的主体并非个人，尊严非为某个具有特定个体性的主体所有，而是全人类所共有的要素。从这个意义上说，甚至可以将“尊严”（dignité）与“人格”（personnalité）相对立：如果说具有尊严的人道（humanité）是所有人所共有的“公约数”，那么彰显主体个性（individualité）的“人格”正好与之相反。换言之，人格权强调的是“个性”，而尊严属于“人道”的范畴，是人类的“共性”。Jean-Michel Bruguière, Bérengère Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, pp. 109 - 110.

[35] Raymond Martin, *Personne, corps et volonté*, in *Recueil Dalloz Sirey*, No. 33, 2000, p. 505.

[36] Leslie Rose, *The Brazilian Civil Code in English*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

[37] Claude Lévi-Strauss, *L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne*, Seuil, La Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2014, pp. 12 - 16.

[38] Milad Doueïhi, *Pour un humanisme numérique*, Seuil, La Librairie du XXI<sup>e</sup> siècle, 2011, pp. 26 - 35.

获得这些信息，个人不受任何压力地自主决定其行动的自由将受到损害”。〔39〕

#### 四、治理模式与民法典的开放性

法典化是一个庞大的工程，围绕基本的方法而展开：构造一个体系，由此导致的统一性和完备性，发现（最为重要的、本质性的、真实和恒定的）法律原则，组织好这些原则之间的关系，确定原则实施的法律后果。〔40〕从立法技术的层面看，民法典的两个传统特征是完备性和内在一致性。所谓完备性，是指作为逻辑抽象的结果，私法的所有事项都规定在民法典之中。完备性不是排他性，不是说私法的事项只由民法典加以规定。所谓内在一致性，是指法典内部的规则之间不存在冲突，每一项规则有一个真实的含义，它仅为每一个法律问题提供一个正确的答案。这是一种教义性和实证主义（形式主义）的方法，也是大陆法系的典型特征。〔41〕但是，完备性并不意味着民法典是一个完全自足的封闭逻辑体系。相反，由于民法典所调整的人类社会本身的演进性，民法典在规范和精神上必须保持开放性。法典的开放性，主要表现在对法典之外的其他法律渊源的开放性。这些（形式性和实质性的）法律渊源主要有判例、习惯、学理、规约等。由此，强调法典的开放性，必须反对成文法（法典）中心主义。成文法并非是法律的唯一表现形式。民法典对于其他法律渊源的重视和吸收，这一论断在当代尤其具有重要意义，因为当代社会生活日趋复杂，社会关系的变动更为频繁，以判例、学说等来克服成文法刚性所带来的诸多不便，就显得尤为必要。正是在这个意义上，当代比较法学家勒内·达维在其名著《当代世界主要法系》中，在论述法典化之后法律实证主义和法律民族主义的衰落时指出：“我们越来越公开地承认学理和判例在法律的形成和发展中的重要作用；再也没有任何法学家会认为，对了解法律来说，只有成文法的文本才是唯一重要的”。〔42〕

根据法律与治理理论，治理模式下法律的一个重要特点就表现为对规范封闭性的抛弃，这是治理体系下法律规制的民主性的必然要求。一方面，在治理的复杂体系中，对行为合法与否的判断，不再由一个完全逻辑自足的封闭性法律体系去完成，各种新型的社会行动者、各种利益团体的代表以各自的方式直接影响和参与了规则体系的形成，合法性和民主要求这必须在法律的图景中有所回应。另一方面，法律可以预见一切的神话在当代已然破灭；实定法本身可以垄断法律渊源的合法性，已经难以为继。〔43〕正是在这个意义上，美国学者塞尔兹尼克主张建立“回应型法”，德国学者图伯纳提出“反应性法”的理论。〔44〕这些理论反映了治理模式下法律所具有的新特征，其中一个重要内容就是法律的能动性、对治理体系的完善的促进。“法律机构应该放弃自治型法通过与外在隔绝而获得的安全性，并成为社会调整和社会变化的更能动的工具。在这种重建过程中，能动主义、开放性和认识

〔39〕 前引〔34〕，Jean-Michel Bruguière 等书，第178页。

〔40〕 Valérie Lasserre-Kiesow, *L'esprit scientifique du Code civil*, in *Droits*, vol. 41, 2005, PUF, p. 56.

〔41〕 Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Kluwer, Deventer, 2001, p. 11.

〔42〕 René David & Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e édition, Dalloz, 2002, p. 51.

〔43〕 M. van Hoecke, *Law as Communication*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 53.

〔44〕 Günther Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1998, p. 73.

能力将作为基本特色而相互结合。”〔45〕显而易见，回应型法的重要特征在于其开放性，向其他性质的规则和政策、价值等保持开放，通过价值的考量来批判现行规则，造就新规则。

当下中国的民事立法，在开放性方面表现得十分不足。这种不足首先表现为对其他法律渊源的严重压制甚至排斥。以物权法为例，其第5条规定了极为严苛的物权法定原则，物权的种类和内容仅得由法律规定。此处的“法律”是否包含行政法规，不无疑问；而从允许创设物权的法律渊源中明确加以排除的，则显然包含判例、习惯、法律一般原则、学说和当事人契约等。然而，他物权特别是担保物权领域存在着大量的所谓非典型担保形式，并不会由于物权法没有规定而在实践中消亡。由于融资的需要，这些非典型的担保形式会在体制外不断发展和演化，将它们长期排除在物权法的调整和适用范围之外，并不利于法律安全。〔46〕

以习惯为例，习惯之于民法典的重要性，法国民法典和德国民法典的编纂历史就是极好的例证。波塔利斯承认法国民法典只是“成文法和习惯法的折中”的产物，习惯法几乎占据法国民法典的半壁江山。而在德国民法典起草的过程中，习惯同样深受起草者的重视。例如，温德沙伊德认为，成文法是最具深远意义的法源，但是习惯法也是重要的法源。〔47〕而反观我国的民事立法，对习惯普遍表现出一种十分轻视的立场。以物权法为例，由于涉及物的占有、使用、收益、处分等事项，习惯无疑是重要的法律渊源。然而，我国物权法却表现出对习惯的排斥，物权法通篇仅有两个条文提及习惯（第85条相邻关系、第116条法定孳息的收取），这无疑让人十分费解：很难想象以不动产为调整对象的用益物权体系中（如地役权），我们会不要求助于习惯这一重要的法律渊源。至少对于物权法而言，根据一些学者们的研究，成文法尽管是主要的法源，“但无法独立完成全方位的调整任务，在不同层面或程度上离不开非出自立法者的其他规范的协力”，这些补充性的法源包括有关政府机构的规定、民间习惯以及政策。〔48〕故此，“基于中国民族结构的多元性、社会发展水平的多层次性、城乡的差异性和成文法固有的局限性，最合适的做法应当是确立民间习惯的补充渊源地位”。〔49〕

我国现行民事立法开放性之不足，还表现为立法者的决疑论（*casuistic*）倾向。尽管我国立法也普遍采取了一般条款的模式，允许法官根据社会情势的演进，对一般条款作出与时俱进的解释与适用，但是，立法往往在一般条款之后，以不必要和过分详尽的列举来限制法官的自由裁量权。这种决疑论做法的根源在于立法者对法官的深刻不信任。以侵权责任法为例，该法第2条第2款竟然一口气列举了十八种具体的民事权利。如此规模壮观的列

〔45〕 前引〔26〕，诺内特等书，第83页。

〔46〕 2009年法国“物权法改革草案”第四章创设了“特殊物权”（*droit réel de jouissance spécial*，建议编为法国民法典第608—611条）。根据这一制度，所有权人可在其一项或数项财产上根据需要而设立特殊物权；特殊物权的产生、权利与义务关系可比照适用用益权的有关规定。不过，与用益权设立于财产的整体之上有所不同，特殊物权可以根据权利人的需要，仅设定于财产的部分权能之上；另外，特殊物权是有期限的，最长不得超过30年，而非终身性的物权。这一具有创新性的制度的特征在于其开放性。根据起草人的说明，这一开放性的范畴旨在克服物权法定的弊端，为当事人自行创设新型物权（譬如渔业权、使用某些体育设施的权利）提供制度性框架。Hugues Périnet-Marquet (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, 2009, p. 85.

〔47〕 参见〔德〕霍尔斯特·海因里希·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学和立法》，王娜译，法律出版社2003年版，第70页，第129页以下。

〔48〕 参见常鹏翱：《多元的物权法源及其适用规律》，《法学研究》2014年第4期，第135页。

〔49〕 尹凤桐：《论民事习惯法与民法典的关系》，《山东社会科学》2009年第9期，第111页。

举,在外国民法典中似无先例,未免有损立法的美感与均衡;而这些列举又标准不一(对人身权逐项列举了其“种概念”,而对于他物权却只保留用益物权、担保物权这样的“属概念”),有些提法不无争议(如“婚姻自主权”实为婚姻自由)。而在第十章“饲养动物损害责任”中,立法又将“动物”区分为“禁止饲养的烈性犬等危险动物”(第80条)、“动物园的动物”(第81条)、“遗弃、逃逸的动物”(第82条)。这些列举,难免显得多余和过分,因为一些冗余的条文完全可以通过法律解释的技术推导出来。这些条文如果最终出现于民法典之中,只能说明法律解释技术和学理的落后。法典化意味着“构想的艺术、摄取本质的能力和涵盖其他的冲动;立法的天赋会产生法律的特殊语体,法律的高度使其能以很少的语词表达极多的内容。由此,立法如同格言,简约原则既是智慧的产物,也是书写的规则”。<sup>[50]</sup>

另外,出于对所谓“同案不同判”的担忧,我国的立法者和民法学界对法官自由裁量权表现出了一种偏执式的敌视和担忧。以物权法为例,这本来是“权利滥用”制度的“发源地”和“天然选地”(如所有权制度),但物权法最终在全文中对权利滥用未置一词(第7条规定的合法和合乎公德原则甚至诚实信用原则,都不能完全替代禁止权利滥用制度的功能)。权利滥用的核心特征在于损人而不利己,欠缺合法利益,尤其反映出行为者主观上的恶意,而探究当事人的主观要素,必然赋予法官相当的自由裁量余地。这大约是物权法没有采纳具有法哲学色彩的权利滥用制度的原因之一。<sup>[51]</sup>然而,法律作为社会科学的最大特点就在于其实践性。从这个意义上说,“就整个法律科学来说,以法律适用为中心的法律实践活动才是值得我们关注的重点……法律首先应当是法官的,是一种裁判规范”。<sup>[52]</sup>以1992年荷兰民法典为例,民法典的起草者承认了判例作为法律的重要渊源;新法典的重要目标之一就是将其联邦最高法院的判例法典化。“从法学方法论角度看,新民法典将判例法典化的途径是运用法律一般条款的规定,以实现法典本身的开放性与现代性。”<sup>[53]</sup>我国民事立法中严苛的法定主义、对习惯的轻视、对判例发展法律的排斥,是十分值得我们反思的,因为这有损于民法典的开放性,会限制法律的发展。对法典开放性的损害,将会严重抑制法官的创造性司法的想象力,从而损害民法典的生命力。

民法典的开放性,在治理模式中显得尤为必要。在当代治理体系中,社会和政治秩序的建构并非立足于“自我中心和等级式”的体系,而是立足于一个多中心和协商式的进程,存在多种微调的机制,寻求协调原则的关系网络。治理模式往往是多层次的,表现为国家、地方机构、企业 and 非政府组织之间的合作关系,以求实现效率和民主的结合。<sup>[54]</sup>治理的多层次、多中心、灵活性等特点,尤其要求规范渊源的开放性和多元性。在治理体系中,软法占有特别重要的地位。首先,软法由于以自律为特点,其制定以当事方的同意和参与为前提,因而实施起来更为容易,遭遇的阻力更小。其次,由于软法在形式上的非正规性,

[50] Gérard Corun, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris: Montchrestien, 2003, p. 7.

[51] 参见石佳友:《民法典与法官裁量权》,《法学家》2007年第6期,第65页。

[52] 姚辉:《民法典的实质理性》,《中国政法大学学报》2013年第1期,第66页。

[53] 焦富民、盛敏:《论荷兰民法典的开放性、融和性与现代性——兼及对制定民法典的启示》,《法学家》2005年第5期,第145页。

[54] François Ost & Michel van de Kerchove, *De la pyramide au Réseau: Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 29.

其制定、实施和修正的成本比传统的硬法要低得多。从法社会学的角度看，软法也更富有实效。第三，软法日后可以过渡为硬法，因而软法常常作为硬法出台前的过渡性和中间性规范，具有很强的实验性和针对性。正是在这个意义上，“十八届四中全会决定”指出，“推进多层次多领域依法治理……发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用……支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能”。这对民法典的开放性无疑提供了一个新的重要启示：当代社会的治理体系中，大量的自律性公约、行规、章程等“软法”体系是对于现代社会“网状结构”的复杂性的有效调整手段，它们与成文法等“硬法”一样，是法律渊源体系的重要组成部分。

## 五、环境治理与民法典的生态主义

毋庸置疑，环境保护是中国在当前所面临的最严峻挑战之一。当前，我国的环境问题日益突出，已经严重影响到人民群众的健康和社会的可持续发展。这些日渐恶化的环境问题表现在许多方面：大气污染严重、雾霾大面积多发、土地退化、生物多样性减少、水资源严重短缺、森林质量下降等。这些严重的环境问题不仅严重危害了人民群众的身体健康，危及其基本的生存环境，而且导致地区生存与发展的自然条件退化，出现大范围的生态失衡，加剧了贫穷、灾害风险和生态危机，使经济难以持续增长并引发社会不稳定。

正因为如此，“十八届四中全会决定”指出，必须确保“生态良好”，以“实现我国和平发展的战略目标”。为此，必须“用严格的法律制度保护生态环境，加快建立有效约束开发行为和促进绿色发展、循环发展、低碳发展的生态文明法律制度，强化生产者环境保护的法律责任，大幅度提高违法成本”。“十八届五中全会公报”则明确强调：“加大环境治理力度，以提高环境质量为核心，实行最严格的环境保护制度”。

要构建“生态文明法律制度”，就必须建立起有效的环境治理体系。“环境治理”是指与对环境和自然资源的控制与管理有关的决策过程；环境治理是包括但不限于国家、市场及民间社会的主要行动者之间以正式或非正式方式相互影响的多层次（地方/国家/国际/全球）互动过程。这些行动者以环境的可持续发展为宗旨，参与环境政策的制定和执行，并受到有关规则、程序、进程和公认的行为模式的约束，以实现环境领域的善治作为目标。环境政策的成败，取决于环境治理体系中公立部门、私立部门和民间社会的互动与有效协调体系。<sup>[55]</sup>显然，与“统治”不同，“治理”强调多方的参与和协调，淡化政府与社会的界限，社会更多地参与公共性议题的应对。正是基于鼓励社会组织参与环境治理体系的目的，2014年修订的环境保护法确立了公众参与的原则。该法第58条规定，符合一定条件的社会组织，可以向人民法院提起环境公益诉讼。根据这一条文，最高人民法院于2015年初发布了《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》，大大便利了社会组织提起环境公益诉讼，并准许环境公益诉讼的原告主张损害赔偿，这是对传统理论的重大突破，是环境治理领域的一个重大的进步。

[55] Magali A. Delmas & Oran R. Young (eds.), *Governance for the Environment: New Perspectives*, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

环境治理也要求对传统民法进行重塑, 这为当代民法典的编纂提出了新的任务和视角。必须承认的是, 传统民法对于环境保护并没有给予足够的重视。民法对环境保护的忽视, 大约有两个方面的原因。一方面, 传统的观念认为, 环境保护主要是环境法和行政法的任务, 环境保护义务主要采取公法的调整手段和责任形式来加以落实。另一方面, 传统的民法范式仍然是“人类中心主义”,<sup>[56]</sup> 认为人类是自然的主人和主宰者; 在民法的财产关系中, 人是主体, 自然是客体, 主体对于客体享有绝对的支配处分权力, 主体与客体之间是所有和利用关系, 作为客体的自然的存在目的是满足作为主体的人类的需要。这种“人类中心主义”的立法观显然也影响了2007年我国物权法的起草。该法通篇没有提到“环境(保护)”而只提到“资源(利用)”, 因为立法的着眼点显然在于利用资源, 强调物尽其用, 却只字不提资源利用的节制和保护。这是一种典型的“古典主义”, 如今显然已不合时宜。<sup>[57]</sup> 而反观许多新近颁布的外国民法典, 都强调环境保护是民法尤其是物权法的基本原则, 可以对物权等民事权利的行使设定限制。例如, 1997年吉尔吉斯斯坦民法典第1条第1款第2项规定: “民事立法适用于家庭和劳动关系, 以及自然资源利用和环境保护的关系”; 第2条第3款规定: “货物、服务和资金可在共和国领土内自由交易。对于货物与服务交易的限制必须符合立法的规定, 且对于保障安全、人民的生命和健康、保护环境和文化价值等确有必要”; 第232条规定: “公民可自由使用国家或市镇所有的森林、水库、道路及其他根据惯例和习俗可广泛获取的物品。对上述物品的使用可由立法基于公共秩序、安全、人民健康和环境保护等理由设定限制”。<sup>[58]</sup> 而2014年生效的匈牙利新民法典也以多个条款对环境保护作出了规定, 确保拥有健康环境的权利得以落实。<sup>[59]</sup>

环境保护同样也对侵权责任法提出了新的挑战。相对于传统侵权法上的“损害”概念来说, 环境污染损害呈现出诸多新特点, 难以为其所包容: 其一, 后者可为集体损害, 非为前者通常的个别性损害, 传统的侵权法仅对前者进行赔偿。其二, 后者可为未来发生的损害, 而非前者所要求的现时既存的损害。其三, 后者可为纯粹的生态损害, 例如生物多样性的损害, 而并不具体涉及对任何人的现实实际利益的损害。<sup>[60]</sup> 就环境侵权的责任承担形式而言, 考虑到环境侵权后果的特殊性(除了损害了个别利益之外, 还损害了公众的公共利益), 法院应首先要求侵权人承担非货币形式的实物赔偿责任(行为责任), 譬如恢复原状; 仅在实物赔偿责任不可行或者成本过高的时候, 方考虑货币赔偿责任。

侵权责任法在当代的另一个重要变化是从“防止”原则到“预防”原则, 这是对现代社会风险无处不在的法律回应。<sup>[61]</sup> “防止原则”要求通过使用经济成本合理和可接受的最优技术, 采取预防性行动和纠正措施, 防止已经科学证实的环境损害的发生。而“预防原

[56] Mark Wilde, *Civil Liability for Environmental Damage: A Comparative Analysis of Law and Policy in Europe and the United States*, Comparative Environmental Law and Policy Series, Vol. 4, Kluwer Law International, 2002, p. 5.

[57] 参见石佳友:《物权法中环境保护之考量》,《法学》2008年第3期,第89页。

[58] Civil Code of the Kyrgyz Republic (As Amended by the Laws of the Kyrgyz Republic of April 29, 1997 # 29 and October 15, 1997 # 76), Bishkek, Kyrgyzstan, May 8, 1996, # 15.

[59] Mate Julesz, *The Individual and the Environment: the New Hungarian Civil Code*, 3 The Open Law Journal 3 (2010).

[60] Yves Jégouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport présenté à Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, pp. 6-8, le 27 novembre 2013.

[61] 参见石佳友:《论侵权责任法的预防职能——兼评我国〈侵权责任法(草案)〉(二次审议稿)》,《中州学刊》2009年第4期,第100页。



则”主要是指在缺乏非常确定的证据的情况下，采取一切预防性措施来防止损害的发生。<sup>[62]</sup>“防止”与“预防”二者之间有类似之处，但其区别在于程度不同：防止原则往往针对的是即将到来的、已经科学证实的危险，类似于物权法上的消除危险责任；而预防原则是指在欠缺确凿的科学证据的情况下，事先采取风险预防措施。<sup>[63]</sup>从“防止”到“预防”的这一转变主要是针对一些新型的环境损害，这些损害的特点是其性质、范围甚至危害性都具有科学上的不确定性，现有的科学水平难以精确确定其损害的必然性和损害的范围；但是，这些都不应成为不采取措施的理由。例如，针对转基因食品，尽管目前欠缺非常确凿的证据证实其对人体的健康有害，但公权力机构仍然负有义务采取警示等一切必要措施，预防其可能带来的损害。从防止原则转向预防原则，意味着注意的重心不再是竭力避免已知的某一风险的发生，而在于采取措施防范某一不确定风险的发生；如果行为人未能尽到谨慎和勤勉等注意义务来全力预防损害的发生，则应承担责任。我国2014年修订的环境保护法第5条也强调：环境保护坚持“保护优先、预防为主”。

我国于2009年制定的侵权责任法以专章（第八章）规定了“环境污染责任”，体现出立法者对于环境保护问题的重视。但是该章仅四个条文，只规定了归责原则、举证负担、责任主体等问题，对于实践中大量发生的环境侵权行为来说，简单和粗疏的立法显然难以应对。侵权责任法尤其没有对环境侵权中不同于普通侵权责任的内容作出特别规定，如损害的特殊性、责任形式的特殊性等。值得注意的是，这些缺点和遗漏部分地为最高人民法院《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》所补救。该解释第18—20条规定了法院可责令环境侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任，其中消除危险责任是针对未来所可能发生的危险，体现了“预防原则”。为了防止生态环境损害的发生和扩大，基于预防原则，原告还可以主张停止侵害、排除妨碍等其他责任。尤其值得注意的是恢复原状责任，如被告不履行修复义务，可直接判决被告承担“生态环境修复费用”，包括制定、实施修复方案的费用和监测、监管等费用。这显然受到2014年9月泰州市中级人民法院作出的“天价赔偿判决”的启发。<sup>[64]</sup>司法实践所发展出的这些富有价值的经验，值得未来我们在编纂民法典的过程中予以认真总结和提炼，必要时应纳入民法典之中。

由此，从建立有效的环境治理体系和“生态文明法律制度”的要求出发，未来的中国民法典需要增加许多富有时代气息、反映时代特征的规定。包括：

首先，在总则部分，必须将环境保护和可持续发展作为民法的基本原则之一。作为民法基本原则之一，它将对民事立法、民事法律的解释以及民事司法都发挥指导和约束作用，

[62] Manuel Gros, *L'appréciation par le juge du principe de précaution et du principe de prévention*, in *Revue Droit de l'environnement*, décembre 2006, n°144, p. 367.

[63] Chantal Cans, *La Charte constitutionnelle de l'environnement: évolution ou révolution du droit français de l'environnement*, in *Revue Droit de l'environnement*, septembre 2005, n°131, p. 195.

[64] 参见泰州市中级人民法院（2014）泰中环公民初字第00001号民事判决书，2014年9月10日。该案中，针对泰州市环保联合会所提起的环境公益诉讼，法院判令六家污染企业支付1.6亿余元的环境修复费用。这一“天价”费用的得出，就是法官创造性地引入“污染修复虚拟成本”这一概念的结果：法官根据受污染河流地表水分类，在环保部环境污染损害数额计算推荐方法规定的4.5至6倍范围内，确定赔偿费用为废料正常处理成本的4.5倍。

使得环境保护的要求有效地贯彻到民事立法和司法活动中去。

其次,在物权编,规定可以环境保护为由,对个人的物权尤其是不动产物权设定限制;强调征收拆迁的过程中,应考虑环境保护的要求;规定动物的特殊地位,动物不同于一般的物;在野生动植物资源的国家所有权条文中,强调对于生物多样性的保护;在相邻关系和用益物权部分,规定环境保护义务;在准物权部分,规定碳排放权、<sup>[65]</sup>水权等新型物权。

第三,在侵权责任编,进一步充实和完善“环境污染责任”的有关内容:确立预防原则,纳入环境和生态损害的概念,在责任形式上优先要求侵权人承担停止侵害、恢复原状、排除妨害、消除危险等行为责任;如侵权人不能承担上述行为责任,则应承担损害赔偿责任,赔偿范围中包含生态环境修复费用;在侵权人具有显而易见的重大过错的情况下,施加惩罚性赔偿责任。

### 结语:以“良典”促进“善治”

“十八届四中全会决定”十分精辟地指出:“法律是治国之重器,良法是善治之前提。”民法典作为调整社会最为基础的人身和财产关系的基本法律,无疑是“治国之重器”。按照法国民法典的主要起草者波塔利斯的论断:“好的民法是人类所可能给予和接收的最伟大财富”,因为民法“是善良风俗的来源、繁荣的守护神、公共秩序和个人秩序平和的保障……它是民族道德的来源,属于公民自由的组成部分”。<sup>[66]</sup>而民法典对于整个私法科学也有着举足轻重的影响,因为“民法典是概念范畴的集大成者;一切私法的基本概念都出自其中,一切学科的方法尽在其中;民法典包含了一个法律范畴的网络,这些范畴奠定了民法学和私法学者思想的基本架构”。<sup>[67]</sup>一部充分反映当代中国时代特色的优秀民法典,必定是实现“善治”所不可或缺的前提。

根据公认的有关标准,“善治”有以下基本特征:参与性(多方和多元参与)、共识导向(多方利益的兼顾与协调)、问责制(公立与私立机构都应对利益攸关方负责)、透明度(决定的作出和执行符合法规的要求并保障公众的知情权)、回应性(所有的行动者在合理的时间内对利益攸关方的诉求作出回应)、富有实效(治理过程产生出符合社会需要的结果)、效率(可持续发展)、公平(所有的利益攸关方的利益得到合理的考虑)、包容(确保利益攸关方特别是弱势方的参与,反对排斥)及法治(好的法律得到公正的执行,人权得到保障)。<sup>[68]</sup>

对照这些标准,未来中国民法典所应具备的前述精神对于“善治”的有效实现,无疑十分富有意义。民法典的自由主义和个人主义强调个人的同意和意思自治,强调个人利益

[65] 国务院2014年印发的《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》中指出:“积极开展排污权、碳排放权交易试点”。

[66] Portalis, *Discours préliminaire*, in Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 4.

[67] Gérard Cornu, *L'unité du Code civil*, in *Droits*, 2005, vol. 42, p. 39.

[68] United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), *What is Good Governance?*, Friday, July 10, 2009.

同样应受到尊重和保护，这有助于保障治理进程中的多方参与性和共识导向的形成。民法典的人文主义和人权保护精神将有助于促进公立与私立机构问责制的落实，确保法治的基本价值得以遵守。民法典的开放性将使得法典在法律渊源上向由行业公约、自律性规范、示范法等所形成的软法体系开放，在很多情况下这将是成本更低、速度更快、效率更佳的治理手段，它有助于回应性和富有实效目标的落实。<sup>[69]</sup> 民法典的环保主义将提升可持续发展的效率。

超越公法与私法划分的治理体系，究其本质而言是一种网络体系下的公共行动，其非等级化、非集权化的特征要求采取的是谈判、协调、对话和互动式的行动逻辑。<sup>[70]</sup> 始终践行平等精神的民法典，对于治理所要求的协商和互动的对话性秩序的形成，无疑大有裨益。从这个意义上说，治理体系的现代化，为民法典注入了新的时代精神；而富有时代气息的民法典，又将反过来极大地促进善治的最终实现。

---

**Abstract:** Governance refers to the processes of interaction and decision-making among the actors involved in a collective problem that lead to the creation, reinforcement, or reproduction of social norms and institutions. The change from “government” to “governance” is one of the more noteworthy developments in the field of contemporary social science. It marks a transition of decision-making from the hierarchical form to more network-based forms, a blurring of boundaries between private and public actors, and a shift of the emphasis away from statutory law to more flexible “soft law”. The naissance of governance brings new challenges to the development of law and requires that the future Chinese Civil Code reflects the spirit, and responds to the actual needs, of the contemporary time. The manifestations of this spirit include that, the liberalism of the Civil Code necessitates the strict limitation of the public power in private sphere, the methodological individualism of the Code entails the enhancement of the protection of individual rights, especially individual property right, the humanism of the Code implies the protection of fundamental rights in private relations, the openness of the Code renders it necessary to incorporate other sources of law, and the ecologic character of the Code requires it to pay more attention to environmental protection in its property law and tort law. The relation between the codification of the Chinese Civil Law and the modernization of the governance system is quite dialectic. While the former constitutes an essential part of the latter and contributes largely to the realization of the latter, the latter provides the framework and the perspective to the former and sets up objectives for the former.

**Key Words:** governance, civil code, liberalism, humanism, openness, ecologism

---

---

[69] Gregory C. Shaffer and Mark A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, 94 *Minnesota Law Review* 722 (2010).

[70] Jean-Pierre Gaudin, *Pourquoi la gouvernance?*, Presse de Sciences-Po, 2002, p. 37.