

论私法的公共性维度^{*}

——“公共性私法行为”的四维体系

蒋大兴

摘要:今日之私法已不纯然是关乎私人领域的法律,私法中存在公共关系与公共利益,且这种公共关系及公共利益元素几乎遍及私法的全部,从私人财产权、到私法主体、再到私法行为以及私法责任,都体现了超越传统私法形象的公共性的一面。公共财产权、公共法人、公共民事/商事行为、公共私法责任的兴起,是否意味着要对传统的私法结构进行重构?我们用何种法律模式去调整公共民事/商事行为?这是今天经常被忽略的问题。一些国家采取单行法模式回应私法公共性的部分领域,例如,对公共法人,单独制定公共企业法予以调整,对公共财产单独制定公共财政法/财产法予以保护。此种集约立法,有助于凸显私法行为的公共性,引起社会对其特别关注。但私法的公共性在不同领域,其表现程度存在差异,并非所有“公共性的表现”均需单独立法。惟在观念上,有必要形成“公共民事/商事行为”的法律架构,以公法及私法的观念,交错调整该种行为,才能构造适当规范,满足公共性私法行为之调整需求——遗憾的是,此前的私法构造往往忽略这种观念。

关键词:私法;公共性;公共财产;公共法人;公共民事/商事行为

一、理解私法的多面形象

法律系统正处于一个转型过程中,从传统私法规制占主导地位过渡到福利主义规制逐渐为法律规制合同提供了基础的话语^{[1](P.9)}。“私法是我们社会生活中的一个普遍现象,在我们最普遍的交易中,它是一个沉默但普遍的参与者。它规定我们所拥有和使用的财产,规定我们导致或者普遍避免导致的伤害,规定我们订立或者违反的契约。它是一个公共的储藏所,把我们关于正义和个人责任的内在直觉包含其中”^{[2](P.1)}。由此,加拿大多伦多大学法学院教授温里布在《私法的理念》里提出了一个关于私法的哥德巴赫猜想:我们应当如何去理解私法?^{[1](P.1)}私法是否仅仅是“私人的”?

传统关于私法的理解,往往倾向于从双方当事人角度展开——“私法最突出的特点是,它通过责任的现象直接将双方当事人联系了起来”^{[1](P.1)},因此,私法被视为一种“个别性秩序”——一种内在的私的秩序,或者说“自生自发的秩序”^{[3](P.55)}。“个人主义”、“自由主义”被视为私法的哲学基础,“私法自治”则成为其中最为核心的原则,私法规范也多以赋权性、任意性或缺省性规范形态存在。可是,如此理解,只把握了私法“最普遍”的一面,忽略了其“公共性”的一面。如同 Claudio Michelon 在《私法的公共》中所说的那样:“私法,作为私人领域(private domain)的法律,常被视为公法和公共领域(public domain)的陪衬。然而,……私法仍然是法律(private

作者简介:蒋大兴,法学博士,博士生导师,北京大学法学院教授。

^{*} 本文系国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制——勘定政府与国企的契约边界研究”(项目号:14ZDC019)的阶段成果。

① See Michelon, Claudio, *The Public Nature of Private Law?* (March 21, 2011). C. Michelon, THE PUBLIC IN LAW, G. Clunie, C. MacCorkindale, H. Psarras, eds., Ashgate, 2011; U. of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2011/10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791793> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791793>.

law is still law),只是夹带着一种不可避免的公共元素(an inescapable public element)。”^①因此,在现代社会,私法已非纯粹的私人秩序,而是一种“公共集合物”,私法和其他法律并不存在差异:“像所有法律一样,在服务于社会所期望的目的方面,私法才具有规范性,要理解私法,首先就要确认这些目的,其次评价它们是否服务成功。”^②(P.2)

本文致力于从规范构造角度,整理“私法公共性”的一面——发现私法构造的另一支柱——“公共民事行为”(public civil behavior)/“公共商事行为”(public commercial behavior)及其在私法中的全面反射。由此,我们可以发现,现代私法(modern private law)已经全面实现了“公共性转型”(transfer to the public),无论是在其精神基础、财产权、法律主体、法律行为,还是救济机制(法律责任)等方面都彰显了公共性/团体性的因素。“公共民事行为”以及“公共商行为”已经成为交错在私法与公法中的重要领域。对私法的诠释,必须从“私人性”与“公共性”两个维度展开,才能获得对现代私法的完整理解。这些讨论印证了这样的判断:法律的目的是服务于人类的需要^③,私法不仅仅是关乎私人秩序的法律部门,它还是社会政策、公共利益的执行者、维护者。

虽然,也有学者反对从私法的各种外在性目的角度理解私法,试图坚持纯粹的私法观念——即认为“私法的目的就是私法”,这就如同对“爱”的理解,“用外在的目的解释爱必定是一个错误,因为用外在目的借来的光,爱无法照亮我们的生活。爱就是它自己的目的。……私法就是爱”^④(P.6)。但本文认为,对私法公共性的解释,可以使看清现代私法的结构,理解私法的多维形象。因此,这样的讨论和理解是有积极意义的。

二、私法公共性的制度表现:一种四维体系的结构

尽管“公”(public)与“私”(private)的区分是困难的^⑤,但私法的公共性确为既存事实。休·柯林斯指出,由于私法和公共规制的碰撞,一种关于合同的新型的法律话语逐渐形成。新型的规制是一种混合物,它保留了私法的许多特征,同时又产生出新的功能和进化路径——“不止是私法被理解为一种规制技术,连当事人对于合同条款的协商也被看做是自我管理的方法”^⑥(P.10)。所以,Claudio Michelon认为,私法“夹带着不可避免的公共元素”^⑦。“法律人要明白要约和承诺的概念并不是自行适用的(self-applying)”^⑧(P.43),在私人执行之外,私法的公共执行有国家强制的后盾。

如同私法的自治性贯穿私法的全部范围,从制度范畴而言,私法的公共性也是全方位的,贯穿于私法的全部范围之中,形成私法公共性的四维体系。即,公共财产权制度;公共法人制度;公共法律行为制度及公共救济与公共责任。私法公共性的制度范畴分别对应其非公公共性(私法性)的相应领域:私人财产权、私法人、法律行为及私法救济与私法责任(参见下表)。

表1 私法公共性的制度范畴:四维体系

法律制度构造之内容	私法性制度	公共性制度
财产权	私人财产权	公共财产权
法律主体	私法人	公共法人
法律行为	民事法律行为(私法契约)	公共法律行为(公共民事/商事行为)
法律救济与责任	私法救济及私法责任	公共救济及公共责任

私法的多维公共性已受到一些学者关注,国外也有学者对私法中的公共利益做过系统研究。例如,Rafal

① See Guido Calabresi, *Concerning Cause and the law of Torts*, 69 university of Chicago Review 105(1975);转引自[加拿大]欧内斯特·J.温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第4页。

② Geuss在2001年指出,公共与私人之间没有简单的区分;关于“公共”以及“私人”的各种含义并不连贯一致;公共与私人之间的各种对立形式既不是绝对的,从最终的意义来说,也并非都是单薄和虚幻的(insubstantial and illusory)。See Geuss, R., *Public Goods, Private Goods* (Princeton: Princeton University Press), p. 109(2001). Quoted from Michelon, Claudio, *The Public Nature of Private Law?* (March 21, 2011). C. Michelon, *THE PUBLIC IN LAW*, G. Clunie, C. MacCorkindale, H. Psarras, eds., Ashgate, 2011; U. of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2011/10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791793> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791793>.

③ See Michelon, Claudio, *The Public Nature of Private Law?* (March 21, 2011). C. Michelon, *THE PUBLIC IN LAW*, G. Clunie, C. MacCorkindale, H. Psarras, eds., Ashgate, 2011; U. of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2011/10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791793> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791793>.

ManiŃko 在“我们不承认任何‘私人’：社会主义法律传统中的公共利益和私法及其超越”一文中，以波兰私法为主体，对财产法、合同法、侵权法、民事程序法中所体现的公共利益进行了系统整理。^① 籍此，我们同样可发现私法的公共性是一个普遍的多维现象。因此，我们不仅要“从‘自治的秩序’角度理解私法，还应将其当作一种‘规制的工具’——私法和商业规制也许在控制市场活动的程度上有所不同，但假定私法并不试图去规制商业是错误的。私法是看不见的手中的食指，指引着市场经济”^{[1](P.65)}。总之，私法的规制性领域是广泛而全面的。

(一) 私法财产的公共性：公共财产权

私法财产的公共性，主要是指私法财产权的权能行使（支配权、使用权等）日益受到公共利益及公共权力机构或公共目的的限制，使个人财产表现出“利他性”的一面——基于公共性的需要，原来排他的个人财产呈现出“为他所用”之特点。私法财产的公共性主要体现在以下三方面：私法财产的主体日益多元化、社会化；私法财产权关联性增强，财产权功能日益社会化；私法财产的公共性日益增强——公共征收及公共财产所有权的合法性得到认可。

私法财产的公共性是与社会经济制度密切相关的，这自然首先也与确定一个国家社会经济基本制度的宪法相关。就像梅里曼(J. H. Merryman)所说到的那样：“是财产法控制一个社会中的财富分配，因此，在这个社会的经济和社会特征与它的财产法的条例、惯例和制度之间，一定存在最密切的关系。”^{[4](P.46)} 德国民法学家施瓦布也注意到了宪法上的财产所有权概念，他指出，财产权（所有权）有两重概念——宪法上的财产权（所有权）概念与私法上的（财产权）所有权概念。前者包括所有私法上的财产权利，后者是对一个有体的标的（即物）拥有完全的决定权力，宪法的所有权概念和对所有权的保护要远远大于民法的所有权概念和对所有权的保护^{[5](P.49)}。因此，私法财产的公共性首先表现在宪法层面，各国宪法性文件大多对私法财产制度及其公共利用设定了宪法框架。例如，法国《人权宣言》第17章规定：“财产是不可剥夺的神圣权利；除非以合法形式建立的公共需要明确要求，且在公正补偿被事先支付的前提之下，任何财产皆不得受到剥夺。”德国《基本法》第14章规定了财产权利及其社会责任，以及财产的征收及补偿。即，财产和继承权利应得到保障。其内容与限制应被法律所决定。对财产施加责任，其使用亦应该为公共福利服务。只有以公共福利为由才能征收财产。征收的施行只能根据调控补偿的性质与程度之法律。这种补偿应通过建立公共利益和那些受到影响的利益之间的公正平衡来确定。对于有关补偿数量之争议，当事人可求助于具有普通管辖权的法院。第15章规定，为了社会化的目的，土地、资源和生产手段皆可通过调节补偿性质与程度之法律，被转移到公有制或为了公共福利之其他形式的集体企业。《宪法》第13条也规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

宪法的上述限制，在私法中也会得到不同程度的反映，因此，私法财产的公共性同时体现在宪法及具体私法规范之中——私法规范中有关财产公共性的内容是宪法规则的具体化。当然，这种个人权利与社会责任的保护需求可能存在一定的表面矛盾^{[6](P.331)}。例如，舒柏特(Gunnar Folke Schuppert)认为，在探索宪法财产保障的范围和强度过程中，可区分财产的两种职能：首先，财产具备独特的个体或私人职能，因为它对个人自由发挥保护作用；其次它具备独特的社会职能，“其使用必须为公共福利服务”。两种职能当然相互对立：如果强调财产保护个人自由的职能，那就易于导致宪法的财产保障之扩产；如果强调财产的社会职能，就倾向于允许议会去限制个人拥有者的支配范围^②。

1. 私法财产主体的公共性

私法财产主体的公共性，是指私法财产的主体日益多元化、社会化，各种类型的“共同所有权”结构及“变形状态”大量涌现，改变了私法财产权的传统形式，形成个人所有权与团体所有权（公共所有权）并存、实行不同/差别规则的局面。“所有权主体的主要类别是私人所有者、集体所有者以及公共所有者”^{[4](P.39)}。在波兰私法

① See Rafał ManiŃko, *We do not Recognise Anything 'Private': Public Interest and Private Law under the Socialist Legal Tradition and beyond*, Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition, Edited by Bronisław Sitek, Jakub J. Szczerbowski, Aleksander W. Bauknecht, Magdalena Szpanowska and Katarzyna Wasyliszyn, Olsztyn 2015, pp31-65. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2559822>.

② 参见 Schuppert, *The Rights to Property*, Karpen (ed.), *Constitution of the Federal Republic of Germany*, p. 108. 转引自张千帆：《西方宪政体系》（下册·欧洲宪法），中国政法大学出版社2001年版，第331页。

中,财产权的社会主义创新主要体现在所有权分层中(the stratification of property),波兰私法也将所有权区分为三种类型,社会财产(social property)(分为国家财产(national property),例如州财产(state property)/合作财产(cooperative property)及其他集体财产(other collective property)、个体财产(individual property)、个人财产(personal property)。学者认为,财产分层不仅是一种技术或概念的演练,还是促进公共利益的工具^①。多样化的所有权中彰显了财产法的公共性。

首先,这种所有权的多样性有其宪法基础。例如,我国宪法建立了个人所有权、集体所有权、国家所有权等多种所有权形式,同时,还建立了私人财产所有权与公共财产所有权等不同类别^②,为私法的多类型所有权奠定了基础。

其次,在私法的具体规范中,还存在更为具体的团体性所有权。既有对宪法安排的落实,例如,国家所有权及集体所有权、个人所有权的規定^③;也有其他新型的所有权形式,例如,各种类型的企业所有权、社会团体所有权^④、建筑物区分所有权^⑤。此外,还有公司股东共同所有权、共同基金等新型财产权形式的出现,打破了个体所有权一统天下的传统,而且,其财产权内容与普通物权存在较大差别。在波兰,财产法作为提升公共利益的工具包括两种特别的社会主义产权(specifically socialist property rights),即公寓的合作成员权(the cooperative member's right to an apartment)以及土地的永久使用权(the right of perpetual usufruct),这两大权利既能使公民能满足其住房需求,又能保护土地和不动产的社会属性。^⑥

私法财产主体的多元性意味着法律关系更趋复杂。团体性的财产关系会受到私法更多的管制,财产自由原则受到限制。例如,我国物权法对共同物权的管制要比单一物权更多,物权法第96-104条对共有人的管理权利及义务(第96条)、共有财产的处分及重大修缮(第97条)、共有物的管理费用及其他负担(第98条)、共有物的分割(第99条)、共有物转让之优先购买权(第100条)、因共有财产而产生的债权债务之处理(第101条)、共有类型及份额约定不明之处理等(第102-103条),均做了详细规定。

2. 私法财产的关联性

传统上的“私人的自由所有权”财产观,将财产所有者在某种意义上视为其“所拥有的东西的统治者(家和城堡的隐喻就反映了这一点)。即使像防止饥饿和帮助残疾人这样重大的社会需要,只能通过斗争才能得到满足。财产的所有者总是把为这些救济项目的纳税看成是对他私人领域的侵犯,即使最后证明这些税收是正当的,仍然是一种侵犯”^{[4](P.7)}。这幅一般图像描述了一个所有者的情况:他或她对于其财产具有实质上不受限制的、远离国家这样一个独立政治实体的特权和权力。所有者的这些权利不是按社会的命令被充分赋予的,也不是为了服务于社会的目标而塑造或建构的。根据自由主义的观点,它们所直接保护的利益是所有者自己的利益^{[4](P.21-22)}。这种认识与对于自由(和资本主义)的法律制度特别重要的公—私领域区分的问题有关系,而且还是很关键的关系。政府的权力在我的家(或我的汽车、我的衣箱)的边界终止。这预设了我对我的财产的或多或少的充分权利属于国家无权干预的私人行为领域。依这种看法,自由所有权赋予公民社会秩序所能允许的最大可能的独立、隐私以及个人主权^{[4](P.7)}。

在这种财产权观念下,私法财产是“排他性”的“独立存在”,与周围的世界没有关联。而私法财产的关联

^① See Rafał Mańko, *We do not Recognise Anything 'Private': Public Interest and Private Law under the Socialist Legal Tradition and beyond*, Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition, Edited by Bronisław Sitek, Jakub J. Szczerbowski, Aleksander W. Bauknecht, Magdalena Szpanowska and Katarzyna Wasyliszyn, Olsztyn 2015, p. 39. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2559822>.

^② 参见我国宪法第6条-13条。

^③ 参见我国物权法第5章“国家所有权和集体所有权、私人所有权”(第45条-69条)。

^④ 例如,我国物权法第67条规定:“国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产,投到企业的,由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。”第68条规定:“企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。企业法人以外的法人,对其不动产和动产的权利,适用有关法律、行政法规以及章程的规定。”第69条规定:“社会团体依法所有的不动产和动产,受法律保护。”

^⑤ 参见我国物权法第6章(第70条-83条)之规定。

^⑥ See Rafał Mańko, *We do not Recognise Anything 'Private': Public Interest and Private Law under the Socialist Legal Tradition and beyond*, Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition, Edited by Bronisław Sitek, Jakub J. Szczerbowski, Aleksander W. Bauknecht, Magdalena Szpanowska and Katarzyna Wasyliszyn, Olsztyn 2015, p. 39. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2559822>.

性,是指私法财产逐渐超越了个体所有权的范畴,在功能利用上呈现出“利他性”,一个私法主体的财产权可能为其他私法主体的财产权之行使提供便利。世界是普遍联系的,社会连带关系及财产连带现象的存在,使私法财产的关联性逐渐增强,财产权功能日益社会化——主要表现为财产权相互之间的勾联日益密切,财产权的个体性减弱,财产权所负载的社会功能和目标也日益超越了单一私法个体范围,复杂性和社会性都明显增加。例如,相邻关系及地役权的存在,^①即非常明显地表明一种私法财产权为另一种相邻的私法财产权让路/受限的状况,不同私法主体之间财产的关联性大大增强,从而也影响到独立的财产权之自由行使。

3. 私法财产的公共化(公共财产权)

私法财产的公共化,是指为了某种公共性的而非私人性目标,通过特定程序,将私人财产直接或间接转化为公共财产,或者为了公共目的使用或限制使用私人财产。在现代民法中,私人财产的公共性日益增强,甚至私人财产呈现出“公共转化”的多样化形式,其中,体现比较明显的是“公共征收”和“公共役权”以及公共所有权的形式——“物权法中存在公共利益”^[7]。例如,我国物权法规定:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”^②“因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。”^③可见,“在这样一幅图景中,国家向公民个人强力推行经济正义的原则,同时收束公民字面上的财产权应当覆盖的范围”^{[4](P.13)}。集体财产制度是按照“最有利于社会利益的利用”来决定资源利用问题的^{[4](P.40)}。私人所有权是在单独一个人(或者类似人的存在,如公司)处在这样一种关系中时获得的。而当一个比单独一个人大的群体,以这种所有权所描绘的方式系统地控制某些资源时,就出现了非私人所有权的所有权^{[4](P.40)}。

私法财产的公共性转换也有其宪法基础,私法中的具体规范只是宪法的具体化^④。私人财产权的公共性,还意味着我们需要检讨传统的自由主义财产观。如同克里斯特曼(John Christman)所说的那样,那种认为所有者相对于他人对他的物品具有支配权的财产观——“私人自由所有权”的观点,涉及对个人拥有财产权利持一种古典自由主义态度。在一个公正的社会里,必须抛弃这种含义的拥有某物的模式^{[4](P.6)}。私人所有权不应成为一个社会占统治地位的财产制度^{[4](P.15)}。

(二) 私法主体的公共性:公共法人

私法主体的公共性主要体现在两方面:其一,团体性主体本身的公共性。即,相对于自然人而言,私法中的团体性主体(例如法人)本身具有“成员众多”的特征,从而,带有明显的公共性。其二,公共法人的目的公共性。就私法主体的存在目的或负载功能而言,为公共性目的而存在的公共法人(包括机关法人及其他非营利性法人)体现了私法主体的另一种公共性。

1. 团体性主体的公共性

就成员之数量多寡及法律构成差异而言,私法中的主体可以区分为“自然人主体”与“团体性主体”,自然人主体是“单体性”私法主体,其成员具有“单一性”;而团体性主体则带有“集团性”,其成员往往呈现出复数形式(包括法人及非法人团体,以及在我国较有特殊性的“承包经营户”/“家庭”、业主委员会)。

私法主体复数之成员构成,带来更多的“公共性问题”,例如,团体决策的多数决、利益平衡的复杂性等等,这都使得团体法中的公共性成分/色彩要更多。以业主委员会为例,法律对其决策程序做了很多强制性安排,以平衡业主成员之利益。例如,我国物权法第76条-83条对业主共同决定事项的范围及表决权数(76条)、住改商的规则(第77条)、业主大会或者业主委员会决定的效力及侵权救济方式(第78条)、维修基金的权属及使用(第79条)、建筑物及附属设施的费用分摊、收益分配及管理主体(第80条-82条)、业主大会和业主委员会对业主的管理权及业主的抵抗权(第83条)等进行了详细规定,一方面确保业主大会及业主委员会对物业及业主的管理权,同时,防止其对物业及业主构成不当侵害,以平衡各方利益。

① 《物权法》关于相邻关系的下述条款(第84-92条),比较集中地反映了上述“利他性”需求。

② 参见我国《物权法》第42条。

③ 参见我国《物权法》第44条。

④ 参见《宪法》第13条。

2. 公共团体的目的公共性

基于设立之目的与功能差异,私法中的团体性主体,包括公共性团体和私人性团体,无论是公共性团体还是私人性团体,又可区分为法人性团体和非法人性团体。

所谓公共性团体是指那些旨在实现某种公共目的而设立的团体,基于公共性目的之差异及活动领域的不同,公共团体又可区分为各种功能性组织——政治性公共团体(例如,国家机关)、经济性公共团体(例如,公共企业)及其他非营利性公共团体(例如,红会)。公共法人之最典型表现是国家作为民事主体——例如,国家所有权之情形。虽然,对国家所有权一直存在“消亡说”^{[8](P.200-213)},但不争的事实上,现代社会国家透过其代理机构多方面地参与着民事活动,甚至持有财产。

团体的公共性目的会直接影响私法的规范结构,公共性团体会衍生更多的公共规制。以经济性公共团体为例,基于其公共性的一面,法律对其行为之调整,就不能坚持完全的“自由市场”的逻辑,还可能凸显公共规制的逻辑,对该类企业之设立、公司治理、信息披露、财务监管、解散等方面均应有更多限制^[9]。这种限制若在私法层面展开,就使私法呈现出较多的公共性元素。如果桑斯坦所说,“考虑到市场具有诸多缺陷,考虑到公共抱负的存在,考虑到既存财富分配的不公平,再考虑到法律——即使在由私人秩序所形成的体系中——必然会在权利和财富分配以及偏好自身内容的形成方面发挥作用,纯粹建立在私人秩序和私人市场之上的体系并不可取。”^{[10](P.256)}

(三) 私法行为的公共性:公共民事/公共商事行为

纯粹的私法行为以合意、自我决定为基础——集中表现为“交易自主”、“契约自治”。私法行为的公共性突破了契约自治——计划契约是比较典型的形式。例如,在契约法中,提升公共利益的主要工具是一套有关社会经济实体之间(不仅仅是国有企业,也包括合作企业)的计划契约。^①但私法行为的公共性并不局限于此种“契约法的内部调整”,还主要表现为私法行为/法律行为的强制性以及公共民事行为及公共商事行为的涌现。这种强制性/规制从根本上还是为了促进私人自治。因为,“在很多场合下,鉴于集体行动和协调难题的存在,表面看来践踏了私人选择的规制实际上恰恰是促进私人选择的手段。规制还可能实现民主抱负和利他目的,或矫正那些已迁就了信息匮乏和机会匮乏,迁就了现存消费模式,或迁就了不公平背景条件的偏好。在所有这些语境之中,对自治和福利的考虑都支持进行规制控制”^{[10](P.256)}。

1. 法律行为的强制性

私法虽然整体上贯彻“私法自治”原则,但私人的法律后果意志与国家各级机关的规范意志相互交错^{[5](P.299)},才会形成法律行为之“法效果”。私人意志与国家意志的这种“关联性”,增强了法律行为的公共性。而且,“目前,在公法上对合同自由实行限制这个问题越来越重要,原因是私法合同的效力要由政府机关的同意来决定”^{[11](P.68)}。如同苏永钦教授所言:渊源于上一世纪的私法自治理念,在社会主义国家固然遭到边缘化的命运,即在福利国家发展到高峰的西方世界,由于国家对市场的干预之广与深,自治在很多领域事实上也仅具补充地位,民事请求权的规定有时也会出现在行政单行法中,被当成行政管制的辅助工具,这种情形直到20世纪末福利国家逐渐退潮后,才走向重新调整^{[12](P.61)}。法律行为的强制性具体体现以下两方面:

其一,法律作为公共产品,为私法自治提供了必要的技术支撑,在整体上增强了私人法律行为的公共性。这些法律技术导源于私法的基本价值——或通过任意性规定,或通过强行性规定予以贯彻落实,从整体上为私法交往提供了符合逻辑的规范体系^{[5](P.299)}。在公共性之维护方面,法律有时还采取劝诱的方式,这主要针对那些若公共性的行为,以及利益可以调控的领域;有时采取“类型强制”的方法,例如“物权法定”、“处分行为法定”、“社团形式(企业形态)法定”、“外观主义法理”等,以防过多自由害及交易秩序及安全。虽然,法定主义也还存在另一种消解的倾向,例如,从物权法定走向物权自由^{[12](P.72-77)},但并未完全改变法律的强制性本性。

其二,法律制度还会直接参与决定私法行为的成立及效力内容。虽然私人法律行为的成立及效力主要取决

^① See Rafał Maniako, *We do not Recognise Anything 'Private': Public Interest and Private Law under the Socialist Legal Tradition and beyond*, Private Interest and Public Interest in European Legal Tradition, Edited by Bronisław Sitek, Jakub J. Szerbowski, Aleksander W. Bauknecht, Magdalena Szpanowska and Katarzyna Wasyliszyn, Olsztyn 2015, p. 42. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2559822>.

于当事人的意思,但法律制度可能会增强其法律后果^[5](P.299)。尤其是,法律制度偶尔还会以强制规定的形式,深度介入法律行为的成立及效力构成之中,参与决定法律行为的成立及效力内容。例如,基于平等原则,对缔约自由进行干涉(强制缔约);再如,基于公益或行政考量,规定特定法律行为需经有关行政机关批准才生效;或者,当法律行为违反公共利益、善良风俗时,以无效机制或禁止性规定,对其效力进行直接矫正,等等。法律对私人行为效力的具体干预模式也是多样化的,例如,有时采取“效果性强制”模式,例如,规定违反相关规定的合同无效——这主要针对那些强公共性的领域;有时采取“行为性强制”模式,例如,仅规定有关民事行为不得违反相应规定,但未对其法效果进行强制安排——这主要针对那些公共性较弱或市场可以替代调控的领域,等等。

其三,私法本身还会设定“私的强制”。即,以私法方式对某些主体的行为进行限制。例如,以合同自由限制合同自由自身,即使某人负有订立抑或不订立某些债务合同的义务^[11](P.66-68)。诸如预约合同、合同赋予的一方当事人的选择权、使当事人或多或少地放弃营业自由,特别是或多或少地放弃以合同实行营业自由的卡特尔协议,等等,均属此类。

虽然,违反私法及公法中强制性规定所实施的私法行为,是否一定无效存在不同争议^①,但强制性规定介入私法,无疑使私法自治/意思自由等私法原则受到限制,在局部范围内影响或改变着私法的形象,强制性规定在某种程度上都关涉着他人/公共利益^[13](P.113-122)。

2. 公共民事行为

公共民事行为是指行为目的或方式具有公共性的民事行为。主要可以区分为两类:一为公共性决议行为,例如团体决议行为;二为非营利性公共行为,例如,公益募捐,等等。

其一,公共性决议行为。私法中的公共性决议行为主要是各种团体决议行为,以及共同财产权的行使行为。团体性决议行为包括公司内部之决议行为(股东会、董事会决议)、合伙人之决议行为,以及业主委员会之决议行为,等等。团体性决议行为乃因团体成员或者决议机构成员之多数性而产生,贯彻“资本多数决”或者“人数多数决”原则。决议行为之效力构成并不完全固守“各方意思表示一致”原则,而是以“推定合意”/“强制合意”为特征,举凡团体通过的决议,各成员及持不同意见之决策参与者皆有服从之义务,以此维持团体的正常运转。

其二,非营利性公共行为。此乃就民事行为之公共目的而言,例如,公益性捐赠行为,就是非常典型的非营利公共行为。相较于普通民事行为,非营利性公共行为通常可以得到更多“法律优待”,当然,也正是因其所涉公共性,还会受到更多法律管制。例如合同法186、188条规定,公益性捐赠相较于其他捐赠而言,属于诺成性合同,强化了对公益捐赠行为的公共控制。再如,慈善法对慈善募捐的主体、行为、税收等进行了多方管制。

3. 公共商事行为

公共商事行为,简称公共商行为,是指为公共目的而实施的营利性行为。公共商事行为与私人商事行为共同构成商行为之完整内涵,二者之本质区别在于法律行为之目的是否具有公共性——私人商事行为旨在实现私人的营利目的,追求私人利益之实现;而公共商行为虽亦属营利性行为,但并非旨在实现私人的营利目的,而是旨在实现某种公共利益需求,营利行为只是实现此种公共需求的手段。商事行为本身相对于普通民事行为而言,就是“公共性”更强的领域——因此,有所谓“商法公法化”之说^②,而公共商事行为在商行为之上,又添加了“公共”的目的,此种双重公共性之特质,无疑会进一步增强私法行为的公共性。相较于普通民事行为与普通商事行为而言,公共商事行为是“交叉性的行为领域”,其具有以下特征:

其一,行为目的之公共性。公共商事行为按照其行为方式之不同,可以分为四类:公共投资行为(包括公

① 参见谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’——公法对法律行为效力的影响及其限度”,载《中国社会科学》2007年第6期;孙鹏:“私法自治与公法强制——日本强制性法规违反行为效力论之展开”,载《环球法律评论》2007年第2期;王轶:“强行性规范及其法律适用”,载《南都学坛》2010年第1期;黄凤龙:“论《合同法》中的强制性规定——兼谈《合同法解释(二)》第14条的功能”,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期;许中缘:“论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评《中华人民共和国合同法》第52条第5项”,载《法商研究》2011年第1期;黄忠:“法律行为部分无效的处理规则研究”,载《当代法学》2010年第3期;解亘:“论管制规范在侵权行为法上的意义”,载《中国法学》2009年第2期;耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主与法制出版社2009年版。

② 参见李康宁:“论商法部门与商法公法化”,载《天津师范大学学报(社会科学版)》2004年第2期;艾围利:“论‘商法公法化’之逻辑思辨”,载《海峡法学》2010年第3期;张春玲:“公权力干预下的商人自治——也谈商法公法化现象”,载《哈尔滨商业大学学报(社会科学版)》2011年第4期。

共企业之设立、公私合营等)、公共契约行为(包括供水、供电、供热/公共招标等各种公共契约)、公共筹资行为(包括公共财政、公共税收及公共证券之发行等)、公共规制行为等等,无论何种公共商行为,其目的均旨在实现某种公共性利益,因此,行为目的之公共性,是公共商行为之核心本质。正是基于此种公共性,法律对此种公共商行为会有更多约束。例如,对企业国有资产监管法对公共投资行为有比较严格的监管;再如,合同法对公共契约行为的责任有不同于一般合同行为的管制;相较于私募发行而言,证券法对公共发行行为也有更加严格的管制;等等。

其二,行为方式之私法性/商事性。公共商行为的另一层外围本质是行为之私法性/商事性。这意味着,公共商行为是商行为,要从事营利性活动,要符合私法的一般要求。事实上,在公共商行为中,存在大量的私法行为,但基于其公共性本质,此种私法行为与传统私法行为存在差异。例如,公共契约或者规制契约大量存在,契约的平等性被打破。总之,公共商行为既有“商”的一面,又有“公”的一面,是复杂的私法行为,也是复杂的公法行为。例如,海上石油开发,可能以国家名义进行。再如,海外市场开拓或者投资,也是以国家名义展开,这与纯粹的私法行为又有很大的不同。

其三,行为主体的交错性。在公共商行为中,有大量的国家作为商事主体的现象,但这并不意味着公共商行为只能由公法主体从事。公共商行为的主体构成比较复杂,既有公法主体实施的公共商行为,也有私法主体实施的公共商行为。私法主体从事公共商行为时,例如,受委托从事公共招标,除了应当受到私法规则约束以外,还应当受到公法规则约束。

其四,行为规制的透明性。对公共商行为的法律规制不断游离在公法与私法之间,公共商行为既要服从私法规范,又要服从公法规范,是公法与私法交错调整的对象。就公法调整而言,其核心是“透明度”——这是基于民主的要求及原则所需。因此,提升公共商行为之透明度,这是与私人商行为之法律调整侧重于“秘密保护”有明显差异。

(四)私法救济的公共性:公共私法责任

在当代法律制度中,公共执法和私人执法实际上是混合交错的。许多法律既可由私人也可由公共机关来执行^[14](P.383)。私法的公共性还体现在其救济的公共性方面,尤其是公共性私法责任的出现,导致法律责任的公共性日益强化。这主要体现在责任的连带性、责任的规模性、牵连性以及责任监管、追究的公共性等方面。

其一,责任的连带性。社会私法生活中的连带社会关系、连带权力及连带义务的存在,导致私法中的责任具有越来越多的连带性。例如合同法 267 条规定共同承揽人的连带责任;272 条的工程分包时的连带责任,物权法第 102 条共有人的连带债务,担保法第 12、18、19 条保证人的连带保证责任;侵权责任法第 8-14 条,第 36 条,第 51 条,第 74-75 条,第 86 条共同侵权责任,以及公司法第 20 条第 3 款之规定中的法人格否认所导致的责任,都具有连带性的特点。

其二,责任的规模性。私法责任的公共性还体现在责任规模庞大方面,在现代风险社会,危险性私法责任日益增多,而这些责任之规模一般都较大。例如,环境侵权(油污损害、危险品爆炸、水污染、空气污染、核污染等)、食品安全、产品质量责任等所导致的赔偿额度往往相当高,此种大规模侵权行为所导致的责任规模,通常超出了独立责任个体的承受范围。因此,吁请对私法责任有更多的公共性干预。诸如,成立大规模侵权政府或社会救助基金^①,推行强制性责任保险^[15],采取集团诉讼以及惩罚性赔偿^[16],以强化对行为人的责任约束,应对责任人能力不足而衍生的社会不安及危害。或者,直接由法律安排适当减轻行为人之责任。(侵权责任法第 76、77 条的规定)责任规模性的另一个表现是“责任加重”,即私法中的惩罚性赔偿责任明显增多。在公法私法二分思维下,惩罚性赔偿实质上是一种利用私法机制实现本应由公法担当的惩罚与威慑目的的特殊惩罚制度,是一种旨在惩罚准犯罪行为的私法制度,它有条件地认可了私人之间的报应^[17]。

其三,责任的牵连性。所谓责任的牵连性,是指私法责任往往涉及不同类型的法律责任之交叉,例如,非法集资可能涉及民事、行政及刑事责任牵连,由此产生何种责任追究优先的问题。在中国,这种责任牵连很容易导

^① 参见杨立新:“《侵权责任法》应对大规模侵权的举措”,载《法学家》2011 年第 4 期;宋超:“论大规模侵权下受害人的救济——以侵权人资不抵债为视角”,载《佳木斯大学社会科学学报》2012 年第 6 期。

致警察权力的滥用,为避免警察权力过多/随意干预商事及私法生活,应在宪法及相应诉讼法中建立“民事(行政)责任/民事(行政)救济先行原则”,在商事纠纷案件处理中,对相关当事人非经民事/行政诉讼,不得进行刑事追责。只有将“民事/行政救济先行”作为宪法原则,并贯彻于具体程序法中,才可避免或减少今日之社会对商人进行“随意刑事追究”或者“雇佣公共权力,以刑事方式进行商业竞争”等现象发生,维护商人的合法权益。

其四,私法责任监管的公共性。一般私法行为都是通过私人行动进行监管,例如,合同债权之实现,通过合同当事人进行监管;物权行为之有效行使,通过物权权利人进行监管。私法责任监管的公共性表现在——越来越多的第三方介入私法行为的监管,成为私法中的公共警察——例如,会计、审计、保荐人、保证人等实施的监管,就是典型的第三方监管现象。通过引入第三方监管,使得私法行为及责任之实现有了更多保障,当然也强化了其公共性——由此引发关于会计、审计及保荐机构的“私人委托”与“公共委托”何者更优的讨论^[18]。

责任监管的公共性还体现在责任安排的强制性方面。对公共商行为的许多责任安排皆非当事人约定,而是法律强定的。例如,合同法对公共契约的责任,做了强制安排。以供电契约为例,该法对供电任的安全供电责任(第179条)、供电人的断电通知义务及责任(第180条)、供电人的抢修义务及责任(第181条)、用电人的电费交付义务(第182条)、安全用电义务及责任(第183条)等,做出了强制规定,此与一般合同责任多由当事人自己安排,法律较少具体介入,存在较大区别。

其五,责任追究的公共性。私法责任追究的公共性主要体现为集团诉讼、代表诉讼、公益诉讼等兼为他人利益而行使救济性权利的行为。在这些诉讼中,权利人行使权利并非基于纯粹的私人利益追求,而是“利他行权”,这体现了救济权行使之公共性。责任追究的公共性,来自于受害人的多数性^{[19](P.149-152)}。责任追究的公共性还体现在对私人行政行为的司法审查标准的设计上。如同学者所言,如今,越来越多的私人主体承担行政任务,提供公共服务,履行公共职能。如何构建私人行政的责任机制是公共行政主体多元化情境下当代行政法面临的新课题。美国对私人行政可能引发责任缺失给予的回应是严格设定私人行政应受司法审查的受案标准,包括公共职能标准、紧密关联标准、行政强制标准,审慎地将公法规范拓展适用于私人主体。我国行政诉讼法关于私人行政的司法审查受案标准存在一定的局限性,可以借鉴美国“公共职能”标准对其进行再造。只要私人主体行使传统上属于政府的行政职能,对外作出权利义务处分行为,就可以对其进行司法审查。建构私人行政的责任框架,应坚持传统与非传统的责任机制并举,平衡和兼顾私人行政的责任与收益^[20]。

三、私法公共性之精神基础:法律/政治性/社会构造与宪法的干涉力

为什么一直视为传统私人领域的私法会呈现出公共性?或言之,私法公共性特质之精神基础何在?笔者认为,私法公共性之精神基础主要来自法律本身的公共性、私法的政治性、私法与社会构造的关系以及私法“落实基本法/宪法”之本性——宪法的干涉力对私法的影响。

(一)法律的公共性(publicity)

法律,无论是公法还是私法,其作为多数人利益及意志的产物,本身即属公共产品,法律所蕴含的公共性本质自然会显现在同样作为法律的私法之中。法律本身的公共性集中体现在两方面:

其一,法律是多数人意志的产物。无论是偏向集权还是民主的立法程序,法律都必须是多数人意志的产物。在民主国家,立法程序直接体现了多数人意志;在集权国家,法律也必须通过某种方式/程序彰显人民的意志,例如,代议程序、立法调查、公开征求意见,等等。脱离民众意志的法律,其执行必将成为问题——会遇到多数人的抵抗,而正常彰显民意的法律,只需要处理“少数人的对抗”。

其二,法律是多数人利益的产物。虽然在立法程序的民意彰显方面,不同政治体制存在差异,但法律必须是多数人利益的产物,惟此才能透过法律实现社会治理。所有立法都是利益集团博弈的结果,如果法律成为少数人的特权,则相关区域的社会治理无法有效实现。

任何关于法律的“非纯粹工具主义的概念”(non-purely-instrumentalist conception)都会认可,法律代表相

关社会群体中考虑周密的那部分的利益〔尤其是群体中的“多数”(majority)]^①。法律的公共性要求其不仅应在规则形成程序上体现“多数人的参与”,还应在规则所保护的实质法益上,体现“多数人的利益”。这就使所有法律——无论是维护意思自由的私法/还是限制意思自由的公法,都会成为公众/公共利益的守护神。如同Chapin F. Cimino所说:“所有法律都有公共后果,包括私法”(all law has public consequences, even “private law”)^②。只是,私法通过“自己决定”实现利益分配,以私益满足实现秩序治理;而公法则通过“权力决定”实现利益分配,以公益均衡实现秩序治理,二者共同形成社会秩序。“虽然表现形式相反,但法律作为集团蓬勃发展中成员共同利益(mutual interest of the members)的体现,应当值得尊重。”^③

(二) 私法的政治性(political)

“没有人能够超越党派而存在于世界中”^④,私法的公共性与其政治性密切相关——法律的内容有赖于其来自政治、道德、经济、公共政策、传统和法律系统的内在价值等各种各样的规范性标准进行充分的对话^{[1](P.37)}。但关于私法与政治制度之间的关系,学术认识上存在两种截然对立的观点:一为“否定相关说”,不承认二者之间的实际关联;二为“肯定相关说”,承认二者之间的实际关联,甚至认为“政治决定私法/民法”——这是典型的国家权力论。

“否定相关说”认为,政治与民法二者互不相干。民法出自古代的罗马法,是通过科学研究自主发展起来的。政治上的变迁,譬如从君主制演变为民主政体,虽然也产生某些影响,但是这些影响只处于边缘。民法的核心法律制度(rechtsinstitute),如合同或所有权,更多是因科学认识的增加而非因政治改革得以发展。“政治逝矣,民法长存”,是该种观点的简明表述^{[5](P.41)}。“否定相关说”实质乃坚持私法的个人主义观,认为“个人具有理性决策能力,能够自主地安排自己的社会生活。因此,以国家强权为后盾的立法活动应当坚持立法目的中立性,或非政治性”^[22]。此种观点认同法律/私法乃“自创生系统”,可以相对于其他政治上层建筑而独立存在。的确,一些法律人从根本上倾向于“将私法理解为一个支撑市民社会中私的秩序的前政治系统”,这种对私法的传统解释设想国家领域和市民社会是分离的,私人秩序是自发的,国家充其量只是通过保护协议效力的方式,避免私人秩序被滥用^{[1](P.63)}——由此主张法律应当“祛政治化”^⑤。

“肯定相关说”则认为,所有社会事件和人与人的关系均与政治相关。因此,政治教义(politische doktrin)也是民法的基础,民法的地位和规范均派生于当时的政治制度——非政治性的法学只是一个幻想^{[5](P.41)}。由此,私法规范中隐藏着政策目标,国家不仅保护私的秩序不被滥用,还会将特定的政策目标置于参与者头上/身上。由此,私法也是一种政治秩序的反映。

在特定的时空内,任何法律都无法逃脱政治制度的局限——私法同样也是特定政治制度的反射,私法中隐含着与该时代占统治地位的政治制度相适应的元素——例如,彰显着该时代的政治理想、政治需要、政治追求。因此,私法在某种程度上会成为政治的手段与工具,这与“私法的立法权”往往配置给居统治地位的政治集团有关。可见,法律人的“去政治化”确实更多是一种理想而非现实。因此,施瓦布说,真理常常处于中间位置。民法在各时代所处的状态由两个成分所决定:一个是科学的法律传统,它脱离政治而存在并且不断地继续发展;另外一个是个各政治制度的预先规定(voragben)。民法在政治上呈中立性的观点和民法完全是由政治所塑造的法律的观点一样,同样站不住脚^{[5](P.42)}。例如,对待高利贷的态度,只有在政治上认同或容忍可以用货币不劳而

① See Michelon, Claudio, *The Public Nature of Private Law?* (March 21, 2011). C. Michelon, THE PUBLIC IN LAW, G. Clunie, C. MacCor-kindale, H. Psarras, eds., Ashgate, 2011; U. of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2011/10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791793> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791793>.

② Chapin F. Cimino, *Private Law, Public Consequences, and Virtue Jurisprudence* (October 29, 2010). University of Pittsburgh Law Review, Vol. 71, p. 279, 2010; Drexel University Earle Mack School of Law Research Paper No. 2010 - A - 15. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1699913>.

③ See Michelon, Claudio, *The Public Nature of Private Law?* (March 21, 2011). C. Michelon, THE PUBLIC IN LAW, G. Clunie, C. MacCor-kindale, H. Psarras, eds., Ashgate, 2011; U. of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2011/10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1791793> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791793>.

④ 阿道夫·格拉斯布伦纳(Adolf Glasbrenner)之语。参见[德]G.拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第62页。

⑤ 自20世纪80年代以来,包括私法在内的整个中国法学都深受祛政治化思潮的影响。参见李学尧:“转型社会与道德真空:司法改革中的法律职业蓝图”,载《中国法学》2012年第3期;转引自熊丙万:“私法的基础:从个人主义走向合作主义”,载《中国法学》2014年第4期。

获、剥削他人,并且不限制“暴利”的政治制度下,才有可能得到民法认可。可见,私法不可能完全拒绝政治立场。因为私法本身重在规范市民生活,“过于反动”的私法会引起“基层不满”,进而影响到政治秩序的安定性,政治制度不可能听任私法朝与其相反的价值方向、一意孤行地前进。

作为规范综合体(Normkomplex)的民法,其组成部分由此便成为总在不断变化的、由传统法和新法组合而成的混合体。一是那些长期发挥作用的结构,二是因时所生、常属短命的元素^{[5](P.43)}。比较而言,以自由为目的的政治制度,虽然预先规定了特定的基本条件,但会给予私法更广阔的规划空间^{[5](P.42)}。相反,以管制为特色的政治制度,其私法的发展空间可能会受到局限。但私法的一些领域可能受政治制度的影响相对较弱,例如,移动通讯、互联网、现代移植医学等高科技、全球化对私法规范的需求及影响,可能与政治制度的关系比较疏离——对由此产生的法律问题,不论政治背景如何,法律都要应对,并且在同样的文明前提下,解决方案也会相去不远^{[5](P.43)}。

可见,“民法尽管有自己的特性,但却仍然要服从政治制度的基本抉择”^{[5](P.58)}。在中国,甚至民法典的制定与否都直接表现围一种“政治决策”。只是,民法受政治影响的一面,会因政治制度不同而有差异,在自由主义政治国家,民法主要的功能是维护私法自由,这种私法自由全方位地体现在其价值追求、基本原则、所有权结构、法律行为及契约规则、私法责任安排等方面。相反,在更“警察化”的国家,民法的主要功能在于维护生活秩序的安定,对有关“私法自由”的追求淡化,无论是在伦理价值、基本原则、所有权结构、法律行为及契约规则、私法责任安排等方面,都可以看到更加“社会化”/“社会国”的倾向。当然,在同一政治形态的不同阶段,民法的“政治性”也会呈现出多样化的状态。例如,自由主义国家发展到一定阶段,其私法的社会性会增强,以平衡日益失衡的私法权利及利益。因此,“私法的政治性”使私法构造成为“公共的事务”,体现出“公共精神”——但这种公共精神因不同区域、不同时代/阶段政治性本身的差异,也会呈现出明显的不同。以公共征收等对私人财产权的限制为例,在中国事实上经历了“绝对强制”,到“相对强制”,再到“缓和对价”的变化过程。这与政治权力逐渐弱化,公民权力逐渐凸显的社会变迁过程是一致的。

(三) 私法与社会构造(the social structure)

私法的公共性还与其所调整的社会关系的特殊构造有关——即,私法调整的“平等性”社会关系中有“牵连性”的一面,同时,私法调整的社会关系中还有“隶属性”的一面^①。社会关系构造的“牵连性”和“隶属性”,均强化了私法的公共性基础,使私法从个人主义逐渐走向合作。因为,学者认为,私法在强调私人主体地位、私人自主决策和私有权利的同时,需同时关注私权的生成过程,即私人与社会同伴的共同合作现象。私法学重拾私人社会生活和私法的合作面向,不仅有利于描绘一幅新的私人社会生活图景,而且还有利于更深刻地认识私人开展社会合作的价值、困难和应对办法,从而让私法更好地引导未来。强调国家通过私法促进私人积极合作,也就意味着对国家强制力介入私人社会生活的适当认可^[22]。以下详细分析。

其一,平等社会关系——“元社会关系”之“牵连性”。私法主要调整以意思自治、主体平等为基础的“元社会关系”,这是私法调整的社会关系之主流,最为典型的是各种民事契约关系。但,受私法调整的此种社会关系有“牵连性”、“复数性”、“团体性”的一面,从而,使私法所调整的社会关系超越了“个人”的范畴,带有集体/合作的特性。日常的观察以及自己的内省,都使我们相信我们的行为明显地受到我们的邻居、朋友以及熟人行动的影响。我们朋友的行为又受到他们朋友的影响,而这些人又受到他们的朋友的影响,等等。这就使得我们得出一个结论,即个人的行为由一个社会或者经济背景下的整个关系结构所定性——这是社会关系中的“邻域效应”^{[23](P.28)}。虽然私法自治往往仅涉及双方当事人,但双方当事人可能各自又涉及若干主体,这使现代私法调整的交易关系变得更加复杂,甚至网络化。这在各种“多方法律行为”、“持续性法律行为”中表现较为明显。例如,一对多的物权性法律关系、团体性契约、持续性/继续性契约、家庭关系、继承关系,等等,都带有“集体性”色彩。社会关系的牵连性,以及由此而导致的“复数性”、“团体性”/“集体性”,使私法中的利益平衡之复杂度和难度均得以增加,自然也提升了私法的公共性干预需求及可能。

^① 一些观点认为,私法仅调整平等性的社会关系,不调整隶属性的社会关系,这样的理解是不全面的。私法不仅调整平等社会关系,还调整不平等性及隶属性社会关系,只是以平等性社会关系为主体,以不平等性及隶属性社会关系为例外。

其二,隶属社会关系——“次生社会关系”的隶属性。私法除了调整平等性的“元社会关系”以外,还调整由此衍生而来的“次生社会关系”,而这些社会关系多带有隶属性——隶属性社会关系更需要公共干预。例如,为避免对平等性的“元社会关系”造成影响,私法会从规制性的角度,干预那些不平等的社会关系。这主要体现在对商人的交易关系、公共民事行为/公共商事行为的法律调整方面,以及对“平等民事关系异化”之修复。例如,政府与公司之间的契约以及商人与非商人从事交易,带有明显的不平等性,私法的调整有更多的规制性色彩,这被称为“私法/商法公法化”。再如,私法对非公平交易关系的管制——对显失公平的规范,旨在修复失衡的平等关系,同样也体现了私法关系隶属性的一面。“次生社会关系”反映了私法对“矫正正义”的追求,是私法利用其自身的修复功能,在其自身内部矫正失衡的利益关系,或者公法将其无法应对的利益关系交给私法调整(公共民事行为或公共商事行为),借助私法实现公法的任务。

私法所调整的社会关系的“牵连性”及“非平等性”一面,在某种程度上是社会关系本身构造发生异化的结果,是私法自由高度发达并走向其反面,以及私法关系社会化的产物。换言之,是社会构造已经打破简单的双向平衡,走向多极平衡,私法从简单的平等民事关系调整法,走向复杂的多元民事关系调整法的结果。

(四) 宪法的干涉力(the power of intervention)

私法公共性的第三个精神基础是宪法对私法关系的干涉力。宪法对私法关系的干涉力是私法的政治性及私法与社会构造的关系在法效力层面的“体系化反映”。宪法是一个国家和特定社会的根本大法,自然需要关注社会构造的实态,而且,因为私法的政治性,宪法对民法也具重大意义。所以施瓦布说,民法规范不是“私人”意志的产物,而是由主管制定规范的国家机构制定出来的。那种认为民法规范可以置身于宪法的思想表述领域之外的观点,是不妥当的。因此,宪法对民法具有根本性的重要意义,但这并不意味着具体的民法规范可从宪法中去推导。而是说,宪法表述的思想内容为民事立法和司法划定了活动范围^{[5](P.59)}。

宪法对私法的干涉力主要体现在“基本权利的第三人效力”(Drittwirkung der Grundrechte)上。在德国,古典自由主义时期,基本权利完全是针对国家的,《基本法》扩展了基本权利的效能,使其相对于私法主体,特别是相对于民法上有组织的社会力量(企业、联合会、工会等)也具有保护地位^{[5](P.60)}。第三人效力说可区分为直接的第三人效力说和间接的第三人效力说两种。前者由尼佩代(H. C. Nipperdey)所倡,认为基本权利直接约束“私法”或者“私法往来”,据此,凡与基本权利相抵触的法律行为,依据《民法典》第134条均为无效。后者同样也认可宪法对于“私法”和“私法往来”的规范意义。但却认为这一意义不应体现为私人在其相互关系中也要直接尊重基本权利。而是说,基本权利所表达的是,在运用和解释民法规范时必须加以考虑的价值抉择,这一点,尤其对于运用诸如《民法典》第138条、第826条、第157条和第242条这类民法中的一般条款极为重要^{[5](P.60)}。

对于宪法中基本权利条款的效力,德国联邦宪法法院支持“间接第三人效力说”。联邦宪法法院认为,在宪法的基本权利这一章中,建立了一个“客观的价值体制”,或者说是“价值体系”,立法、行政和司法都从中获得“方针和动力”(impulse)。因此,它理所当然地也对民法产生影响;任何一条民法规定都不得与之相违背,每一条规定都必须以其精神来加以解释^{[5](P.60)}。如同卡尔·拉伦茨所说,在位阶上,宪法规范高于其他法规范,因此,抵触宪法一般原则的法律规范将归于无效。至于法规范是否抵触宪法,惟联邦宪法法院有决定权。该法院在许多裁判中宣示:只有当一项规定无法作“合宪性”解释时,始能认其违宪并因此无效^{[24](P.217)}。但是,这并不意味着宪法规范将直接对民事行为发生效力,基本权利规范的私法效力是间接的——根据联邦宪法法院的观点,基本权利的权利内容在私法中的阐发,系以直接支配该法律领域的规定为媒介而实现,尤其是那些指示参照民法外标准的一般条款(如善良风俗)^{[5](P.60)},这被称为基本权利对私法的“辐射效力”(Ausstrahlungswirkung)^{[5](P.60)}。可见,宪法基本权利规范对私法的效力,主要体现在“规范构造”与“法律解释”的空间约束力上,而非直接体现在对法律行为的约束力上,更不意味着任何私法交易都必须根据宪法去衡量其合法性——如果认为私人的法律行为也要一般性地像公权承担人(Hoheitsträger)的行为那样,受同样(约束后者的)规定约束,那将是自由的末日^{[5](P.61)}。例如,公权行为通常需要说明理由,在拒绝分配资源或者拒绝相对人之请求时,需要说明为什么,而私法行为(例如拒绝接受某人的要约)则通常不需要说明理由,这反映出私法行为有更大的自由决定权。

正是因为宪法以某种形式介入私法行为的效力形成过程,使得私法的公共性大大增强,宪法对私法行为的

此种介入,在美国联邦最高法院最近有关同性婚姻案的判决中体现得更是淋漓尽致。

四、结论

因此,无论私法在其自身的内在话语中如何看待自己,它也可从一个外在的视角加以观察,被看做国家试图规制市场的一个机制。私法在调控市场行为方面,无疑和商业活动的其他社会和经济规制有着相似的效果。市场的参与者可能为了遵循私法规则而改变他们的行为^{[1](P.62)}。私法的公共性表明,私法已经不是简单的关乎私人领域的法律,私法中存在公共关系与公共利益,而且,这种公共关系及公共利益几乎遍及私法的全部内容,从私人财产权、到私法主体、再到私法行为以及私法责任,都体现了超越传统私法形象的公共性的一面,公共财产权、公共法人、公共民事及公共商事行为、公共私法责任的兴起,是否意味着要对传统的私法结构进行重构?我们用何种法律模式去调整公共民事及公共商事行为?这是今天经常被忽略的问题。

一些国家采取单行法模式回应私法公共性的部分领域,例如,对公共法人,单独制定公共企业法予以调整,对公共财产单独制定公共财政法及公共财产法予以保护^[9];等等。此种集约立法,有助于凸显私法行为的公共性,并吸引民众眼球,引起全社会对其予以特别关注。然而,我们不应该忘记,私法本身也是一种规制工具,“私法在很多情况下有能力提供一个更为精妙、情景化的和有效率的规制系统”。虽然,确实私法,尤其在欧洲,未能充分地进化以应对全部规制任务^{[1](P.392)}——所以,私法的公共性在不同领域其表现程度存在差异,并不是所有公共性的表现都需要单独立法,例如,私法责任的公共性主要零星地显现在私法及相应法律之中,毋需单独专门立法。一些公共民事及公共商事行为也可以分散于私法之中,但在观念上,有必要建立“公共民事行为及公共商事行为”的法律框架,以公法及私法的观念交错调整该种法律行为,才能建构适当的法律规范,以满足公共法律行为之调整需求——遗憾的是,在此前的私法构造中,这种观念往往被忽略。

参考文献:

- [1] [英]休·柯林斯:《规制合同》,郭小莉译,中国人民大学出版社2014年版。
- [2] [加]欧内斯特·J.温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版。
- [3] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版。
- [4] [美]克里斯特曼:《财产的神话——走向平等主义的所有权理论》,张绍宗译,广西师范大学出版社2004年版。
- [5] [德]德特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版。
- [6] 张千帆:《西方宪政体系》(下册),中国政法大学出版社2001年版。
- [7] 王轶:“论《物权法》中的‘公共利益’”,载《北京规划建设》2008年第1期。
- [8] 萧博仁:“国家所有权的幻象”,载费安玲主编:《私法的理念与制度》,中国政法大学出版社2005年版。
- [9] 蒋大兴:“国企为何需要行政化的治理——一种被忽略的效率性解释”,载《现代法学》2014年第5期。
- [10] [美]凯斯·R.桑斯坦:《权利革命之后——重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2009年版。
- [11] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版。
- [12] 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版。
- [13] 耿林:“强制性规定与社会公共利益”,载易继明主编:《私法研究》(第13卷),华中科技大学出版社2012年版。
- [14] [日]田中英夫、竹内昭夫:“私人在法实现中的作用”,李薇译,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社2000年版。
- [15] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《大规模侵权损害责任法的改革》,贺栩栩译,中国法制出版社2010年版。
- [16] 朱岩:“从大规模侵权看侵权责任法的体系变迁”,载《中国人民大学学报》2009年第3期。
- [17] 朱广新:“惩罚性赔偿制度的演进与适用”,载《中国社会科学》2014年第3期。
- [18] 蒋大兴、沈晖:“从私人选择走向公共选择——摧毁‘保荐合谋’的利益墙”,载《证券法苑》第5卷(上),法律出版社2011年版。
- [19] 张新宝:《中国侵权行为法》(第2版),中国社会科学出版社1998年版。
- [20] 李年清:“私人行政司法审查受案标准的美国经验——兼论我国私人行政责任机制的建构”,载《法制与社会发展》2015年第3期。
- [21] 易军:“私人自治与私法品性”,载《法学研究》2012

年第 3 期。

论》，吴谦立 译，北京大学出版社 2010 年版。

[22] 熊丙万：“私法的基础：从个人主义走向合作主义”，载《中国法学》2014 年第 4 期。

[24] [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥 译，商务印书馆 2003 年版。

[23] [英] 桑吉夫·戈伊尔：《社会关系——网络经济学导

The Publicity of the Private Laws ——Four Dimensions of ‘Private Conduct with Publicity’

Jiang Daxing

Abstract: Private laws have covered private property, private party, private action and private responsibility and so on, there are so many public interests, therefore, the private laws are not only about private matters today. Whether the rising of public property, public legal person, public civil/business conduct and private responsibility with publicity produces the need of reconstruct the private structure? What patterns should we impose on the regulation of private conduct with publicity? This matter is ignored by us. Some countries chose to enact special laws like public legal person law and public property law to regulate the public part during private domain. The pattern concentrates the special matters was highlighting the public nature of private things. But it failed to capture the differences among the different domains because not all of the ‘public performances’ need to enact a law. The appropriate regulation should be a pattern which interlace the public law concept with private law concept, then develop a legal structure of ‘public civil/business conduct’. Unfortunately, we failed to do that in present private structure.

KeyWords: Private Law; Publicity; Public Property; Public Legal Person; Public Civil/Business Conduct

(责任编辑 郝梦莹)