

民法典：国家治理体系现代化的保障

王利明*

摘要 民法在国家治理体系的构建和运行中发挥着重要作用。私法自治的理念,有助于有效激发市场主体的活力与创造力,推动社会财富的创造与增长。以此为根基的从正面清单管理模式向负面清单管理模式的转变,反映出私法自治原则在国家治理体系中的地位和作用。保障私权,有助于构建基本的市场经济秩序,是实现国家治理体系与治理能力现代化的基本要求。《民法典》所确立的绝大多数制度,包括主体制度、物权制度、合同制度、侵权制度、婚姻家庭制度等都与国家治理体系密切关联,是实现国家治理体系现代化的重要载体和具体体现。正确解释和适用《民法典》,充分发挥《民法典》在国家治理体系中的作用,是未来民法理论与实务的重要任务。

关键词 民法典 国家治理体系 民法的渊源 民法的功能

引言

《民法典》是市民生活的百科全书,是市民社会的基本法,也是国家治理体系的基本制度保障。所谓国家治理体系,是指“各领域体制机制、法律法规安排,也就是一套紧密相连,相互协调的国家制度”。〔1〕国家治理体系现代化就是国家治理制度的安排和完善;是从治理的规律

* 中国人民大学法学院教授。本文系国家社科重点规划项目“人格权保护立法研究”(项目批准号:18ZDA143)的成果形式。

〔1〕 习近平:“切实把思想统一到党的十八届三中全会精神上来”,载《人民日报》2014年1月1日,第2版。

出发,将国家治理各项事务科学化、法治化、程序化。〔2〕习近平同志指出,“国家治理体系和治理能力是一个国家制度和制度执行能力的集中体现。”〔3〕党的十九届四中全会《决定》指出,我们实行的是“以公有制为主体、多种所有制经济共同发展,按劳分配为主体、多种分配方式并存,社会主义市场经济体制等社会主义基本经济制度”。〔4〕在此过程中,必须坚持党的领导,坚持社会主义基本经济制度,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,全面实现国家治理体系和治理能力现代化,以使中国特色社会主义制度更加巩固、充分展现其优越性。毫无疑问,国家治理体系和治理能力现代化涵盖多个方面,法治是其中不可或缺的、核心的组成部分,也就是说,只有全面推进依法治国,才能真正实现国家治理体系与治理能力的现代化。

法律体系可以分为公法与私法,民法作为私法,在国家治理体系的构建和运行中发挥重要作用。国家治理体系是以法治为基础建立的规范体系和权力运行机制,《民法典》作为国家治理体系现代化的制度保障,在其中发挥着基础性作用。本文拟对《民法典》在国家治理中的地位和作用展开探讨。

一、从民法的价值与功能看民法典在国家治理体系现代化中的作用

(一) 私法自治与负面清单管理

民法的基本价值就是私法自治,这一价值理念是国家治理体系中不可或缺的内容。私法自治又称意思自治,指“私法主体依法享有在法定范围内广泛的行为自由,其可以根据自己的意志产生、变更、消灭民事法律关系。”〔5〕《民法典》第5条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则,按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”,这就是私法自治原则的体现。私法自治通过在法律规定范围内的所有权行使自由、合同自由、公司设立自由以及遗嘱自由等制度,贯穿于民法的全部规则和体系中。社会历史经验,特别是中国从计划经济向社会主义市场经济转变的历史经验,告诉我们一个经验法则:“保证个人自主决定实现的制度是符合人性的制度,也是最有生命力的制度”。〔6〕这也如德国学者海因·科茨等指出的:“私法最重要的特点莫过于个人自治或其自我发展的权利。契约自由为一般行为自由的组成部分……是一种灵活的工具,它不断进行自我调节,以适应新的目标。它也是自由经济不可或缺的一个特征。它使私人企业成为可能,并鼓励人们负责任地建立经济关系。因此,契约自由在整个私法

〔2〕 参见刘须宽:《传统特性与现代规律的有机衔接:中国特色国家和社会治理模式》,国家行政学院出版社2016年版,第188页。

〔3〕 习近平,见前注〔1〕。

〔4〕 “中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定”,载《人民日报》2019年11月6日,第1版。

〔5〕 王利明:“负面清单管理模式与私法自治”,《中国法学》2014年第5期,第27页。

〔6〕 王轶:“民法基本原则”,载王利明主编:《民法》(第五版),中国人民大学出版社2010年版,第30页。

领域具有重要的核心地位。”〔7〕私法自治的核心在于，只要不逾越法律、行政法规划定的自由行为的范围，市场主体即享有广泛的行为自由，可以自由地转让财产，大胆投资，展开创新。实行私法自治，才能有效激发市场主体的活力与创造力，推动社会财富的创造与增长。

从国家治理体系层面来看，贯彻私法自治理念最为重要的是实行负面清单管理模式。所谓负面清单(negative list)，是指“仅列举法律法规禁止的事项，对于法律没有明确禁止的事项，都属于法律允许的事项”。〔8〕与负面清单管理相对应的是正面清单管理，即主要采用列举的模式，人们只能在法律法规列举的事项范围内行为。采取负面清单模式的法律依据包括我国《民法典》第5条规定的自愿原则；《民法典》第143条规定的“不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”的民事法律行为有效；《民法典》反复强调的“当事人另有约定的除外”，等等。

从正面清单向负面清单的转变，反映了国家治理模式的转变，具有重大意义。

一是在市场准入方面赋予市场主体广泛的自由，从而充分发挥各类市场主体在国家治理体系中的作用。“在正面清单模式下，只有法律法规明确规定的事项，市场主体才有相应的行为自由，但社会经济生活纷繁复杂，法律列举的事项是极为有限的，在大量的经济生活领域，法律法规都没有明确作出规定。随着社会的发展，各种新的业态不断出现，市场主体能否进入这些领域，必然成为法律调整的‘空白地带’。按照正面清单模式，市场主体只有在法律允许的前提下，才能进入这些‘空白地带’，这就严格限制了市场主体的经济活动自由。而在负面清单模式下，‘法无禁止即自由’，只有法律法规明确禁止的领域，市场主体才无法进入，凡是清单没有列明的领域，市场主体均可以进入。”〔9〕《民法典》合同编从合同的订立到履行都强调增进合同自由和私法自治这一宗旨，有力调动了市场主体从事交易的积极性。与正面清单模式相比，负面清单模式赋予了市场主体更充分的行为自由。〔10〕

二是改变行政管理模式。按照正面清单管理模式，市场主体对其进入的领域，必须要有法律许可，在这种模式下，“政府力图对社会经济活动进行事无巨细地管理，政府因此享有极大的裁量权力。特别是对于大量的‘法律的沉默空间’，市场主体能否进入，法律并无具体、明晰的规则，而是在很大程度上取决于政府的自由裁量，由此就产生了权力寻租等问题。由于政府享有广泛的自由裁量空间，因此也缺乏充分的动力去细化规则和相关法律，从而使有关市场准入、管理等问题长期处于模糊状态。”〔11〕负面清单模式则将使行政管理理念发生根本变化，此种模式不仅要求对市场主体采取“法无禁止皆自由”的原则，而且要求对政府行为采取“法无授权不可为”的原则，由此，政府的权力能够得到有效的规范和约束，其权力仅限于保证那些被列

〔7〕（德）罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·莱塞：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版，第90页。

〔8〕王利明，见前注〔5〕，第26页。

〔9〕王利明，见前注〔5〕，第31页。

〔10〕参见龚柏华：“‘法无禁止即可为’的法理与上海自贸区‘负面清单’模式”，《东方法学》2013年第6期，第137—141页。

〔11〕王利明，见前注〔5〕，第31页。

入清单的领域切实得到规范或禁止。^{〔12〕}而且在负面清单模式下,“空白地带”原则上属于主体自由行为的空间,市场主体可以自由进入,行政机关不得设置额外的市场准入条件,^{〔13〕}或变相规避行政许可法定的原则。^{〔14〕}这说明,负面清单模式既有助于使政府的审批与管理制度的科学化、系统化,也有助于督促政府及时更新相关政策,有效回应市场需求。

三是有效规范和限制政府的自由裁量权。在正面清单模式下,市场主体是否可进入大量的“法律的沉默空间”,完全取决于政府的自由裁量。由于缺乏明确的法律依据,政府在审查和决策过程中主要采取非公开的自由裁量方式,这就难免出现暗箱操作等现象。但在负面清单模式下,“法律的沉默空间”原则上属于市场主体自由行为的空间,需要行政机关审批的领域仅限于法律明确列举的事项,并且行政机关要对市场准入的限制条件进行合理说明,从而有利于推动行政行为的公开化、透明化,使政府的自由裁量权受到规范限制,从而能真正保障市场主体的行为自由。^{〔15〕}

从正面清单管理模式向负面清单管理模式的转变,反映出私法自治原则在国家治理体系中的地位和作用日益凸显。这实际上也是国家治理体系现代化的体现,因为在现代市场经济条件下,“尽可能地赋予当事人的行为自由是市场经济和意思自治的共同要求”。^{〔16〕}“改革开放以来,中国经济的迅速发展与市场主体自由的扩大紧密相连,自由意味着机会,自由意味着创造,意味着潜能的发挥。负面清单模式落实了‘法无禁止即自由’这一私法自治的基本原则,因此是一种激发主体活力、促进社会财富创造的法律机制。”^{〔17〕}私法自治既是民法调整市场经济关系的必然反映,也是民法作为市民社会的法律的本质要求。私法自治的核心内容就是在私法领域充分保障私权和尊重自由。^{〔18〕}私法自治本质是尊重个人的自由和自主,充分发挥个人在现代社会治理中的作用。私法自治对公权力干预市场起到了有效的防范作用,它是“私法区分于公法的标杆,反映私法特质”。^{〔19〕}这既有利于节约国家治理成本,也有利于增加社会活力,激发主体的创造力。民事关系特别是合同关系越发达越普遍,意味着交易越活跃,市场经济越具有活力,社会财富也才能在不断增长的交易中得到增长。

当然,私法自治也存在一定的不足,因为纯粹的私法自治主要发挥个人的主观能动性,而现代民法更强调国家、社会、个人的有机衔接。因此,要实现国家治理体系的现代化,既要充分发挥私法自治的作用,也需要对其进行必要的限制。国家有必要加强宏观调控,克服私法自治所固有的盲目性。近代民法向现代民法发展的过程也是对意思自治进行必要限制的过程,民法的基本价值理念从绝对的意思自治转向了相对的意思自治,实现了国家治理与社会治理的有机衔接。也就是说,为了发挥市场主体的活力,实现社会自我调节的功能,需要以私法自治

〔12〕 参见王利明,见前注〔5〕,第31—32页。

〔13〕 参见魏琼:“简政放权背景下的行政审批改革”,《政治与法律》2013年第9期,第58—65页。

〔14〕 参见龚柏华,见前注〔10〕,第137—141页。

〔15〕 王利明,见前注〔5〕,第32页。

〔16〕 江平:“市场经济和意思自治”,《中国法学》1993年第6期,第23页。

〔17〕 王利明:“市场主体法律制度的改革与完善”,《中国高校社会科学》2014年第4期,第137页。

〔18〕 王利明,见前注〔5〕,第32页。

〔19〕 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。

为原则；但为了克服私法自治的不足，又需要对其进行必要的限制，以有效维护市场交易秩序。换言之，要将国家管理与市场主体的自主能动性有机结合起来，实现鼓励财富创造与有效规制之间的有机衔接。因此，我国《民法典》规定了“国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的，有关民事主体之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同”。（第494条第1款）；明确规定了强制缔约制度（第494条第2、3款）；并规定“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理”（第534条），在合同自由与交易安全价值发生冲突时，《民法典》优先保护交易安全。这些规定都旨在对私法自治予以必要限制，《民法典》正是通过私法自治与国家干预的有机结合，平衡各种利益，从而形成了国家治理体系的制度保障。

（二）保障私权是实现国家治理体系与治理能力现代化的基本要求

法治不仅包括通过公法明确公权力的行使范围和程序，也包括通过私法维护市民社会的有序运行。其中，私权保障既是国家治理的重要目的，也是实现国家治理现代化的关键环节。《民法典》是“民事权利的宣言书”，是公民私权保护的基本依据。从我国《民法典》的体系来看，保障民事权利是结构安排中的红线和中心轴。《民法典》采取提取公因式的方式，将保护私权的基本规则集中于总则编；各分编是以民事权利为中心而构建起来的：即物权、合同债权、人格权、婚姻家庭中的权利（亲属权）、继承权以及对权利进行保护的侵权责任。这表明我们的民法本质上是一部权利法。《民法典》通过全面保障民事权利，贯彻了法治所包含的“规范公权、保障私权”的价值，将成为国家治理体系与治理能力现代化的制度基础。主要理由在于：

第一，保障私权是构建市场经济秩序的前提和基础。党的十九届四中全会《决定》指出，要“改善营商环境，激发各类市场主体活力”。〔20〕《民法典》通过一系列制度构建了完整的私权体系，从而为实现国家治理目的、激发市场活力、促进社会经济发展提供了制度保障。财产权的保护有助于市场功能的发挥，使“有恒产者有恒心”。在当代社会，财产的组成是多元化的，物权、知识产权和其他财产权的保障是市场运行的前提，合同制度是市场运行的核心，而市场这只看不见的手，构成了当代社会治理的基础性机制之一。这样一套完整的私权体系关系着国家治理中的各种要素，保护产权和人格权对市场秩序的构建具有基础性作用。保护产权，实质上就是保护劳动、保护发明创造、保护和发展生产力。从宏观层面看，产权保护对营商环境的改善和经济的稳定增长具有基础性的意义；从微观层面看，产权保护具有激励投资兴业、创造财富的重要作用。当前，我国改革开放正处于关键时期，各种社会矛盾相对比较突出。改革要再出发，经济要有序发展，就必须要进一步强化产权保护，加大力度完善保护产权的相关法律制度。

第二，《民法典》充分保护私权，有利于发挥各类主体在国家治理中的作用。《民法典》全面确认与保障私权可以调动各类主体参与国家与社会治理的积极性，充分发挥其国家治理作用，这也有利于实现更好的治理效果。民法对于个人人格权和身份权的保障，也有助于明确治理

〔20〕 见前注〔4〕。

以人为本的价值取向,保障个人的人格尊严,维护个人的人身安全,这就可以在激发个人活力和创造力的同时,充分发挥个人在国家和社会治理中的作用,而不是仅仅将个人看作被管理的对象。还应当看到,在传统的私权体系中,对各项私权的保障构成了国家治理的重要环节,这就是说,民法采用赋权的方式,确认个人享有各项具体民事权益,使个人能够积极行使和主张权利;在权利遭受侵害后,民法又通过各种民事责任对权利人提供救济,从而鼓励个人积极维护自身权利。保护私权常常可以达到更好的社会治理效果。例如,针对互联网信息社会中出现的网络谣言、网络暴力、信息泄露、人肉搜索等各种新形态的侵权行为,强化政府管理是必要的;但面对互联网上的海量信息,完全通过政府进行管理未必是有效的办法。在这种情况下,私权保护也是一种管理模式,可以应对大量的网络侵权行为,甚至可能是治理无序状态的最佳选择。因此,《民法典》单设人格权编,保护各类具体人格权,也是治理网络空间的有效办法。又如,在环境保护问题上,多年来强化行政管理,使用行政罚款等措施始终难以解决“守法成本高、违法成本低”的问题,且造成了治理成本的显著提升。事实上,在环境污染和生态破坏同时损害特定民事主体的权益时,鼓励受害人通过请求损害赔偿的方式捍卫其权利,也可以成为实现良好治理效果的一种有效手段。^[21]

第三,保护私权也有利于规范公权。规范公权、保障私权是现代法治的核心理念,因此,对公权进行规范也是国家治理现代化的重要标志。保障私权也可以明确公权行使的边界,因为依法行政的基本要求,就是行政机关不得非法侵害个人所享有的各项民事权利。事实上,公权与私权并非尖锐的对立关系,公权来自私权的让渡,并为私权的保护提供坚强的后盾,可以说,公权力的设立目标就是保障私权,^[22]同时,私权也确定了公权行使的界限,这就是说,公权力的行使不得以损害公民的私权为代价,否则就逾越了公权行使的界限,公权的行使也就失去了正当性。因此,通过民法对公民进行赋权,在一定程度上也有利于规范公权。这也有利于公法与私法的协力配合、多管齐下、综合配套。

可见,私权保障在现代社会中具有重要意义,从某种意义上说,私权保障的水平也将直接反映国家治理体系与治理能力现代化的水平。自由止于权利,权利的行使不仅关系到权利人的自由,也会对其他人产生影响,逾越权利边界行使权利可能损害他人权利或者公共利益。因此,在《民法典》中确认禁止滥用权利、诚实信用等原则,都旨在明确划定权利的范围,谋求权利人之间利益的和谐。以消费者保护为例,现代民法都普遍强化对处于弱势地位的消费者的保护,以平衡消费者与经营者的利益,将维护个体消费者的权益作为实现公共利益与社会福利最大化的工具。^[23]甚至有人据此将国家看作是私人法律关系中“看不见的当事人”。^[24]因此,

[21] 参见吕忠梅:《环境损害赔偿法的理论与实践》,中国政法大学出版社2013年版,第63—64页。

[22] 参见汪习根主编:《发展、人权与法治研究——法治国家、法治政府与法治社会一体化建设研究》,武汉大学出版社2014年版,第268页。

[23] Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, 2005, pp. 160 ff.

[24] Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, p. 37.

《民法典》合同编通过对格式条款的限制(第 496 条)、对免责条款的规制(第 506 条)、对强制缔约的规定(第 494 条),等等,保护消费者的权益,旨在谋求维护权利行使自由与他人的行为自由、实现公共利益等方面的平衡与协调。

二、从民法制度层面看民法典在国家治理体系中的作用

《民法典》内容丰富,贯彻社会生活的方方面面,涉及每个市场主体的基本权益,绝大多数制度都与国家治理体系具有密切关联。笔者选择几项较为典型的制度,讨论其与国家治理体系现代化之间的关系。

(一)主体制度:承认社会组织的能动性与对社会组织的有效监管并举

治理是一种“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”。^[25]从宏观层面看,国家治理体系涉及国家的各项制度安排;而从微观层面看,则涉及如何调动各个主体的积极性,激发各个主体的活力,使其积极地参与市场经济活动与社会治理,从而使整个治理体系充满生机与活力。民法在其中发挥的作用体现在以下几个方面:

一是《民法典》通过对民事主体资格的确认,使其享有合法的身份地位,能够参与民事活动与社会治理。《民法典》总则编确认了各类主体的法律地位,尤其是将法人区分为营利法人与非营利法人,其中又包括了各类组织;并且,《民法典》打破了传统的民事主体二分法,承认了非法人组织的民事主体地位。《民法典》在主体的类型方面形成了有效的制度供给,任何组织的设立者都可以从中找到最适合自己的组织模式,从而依据民法的规定设立不同的组织,承担不同的义务,享有不同的权利。此外,《民法典》第 97 条确认了国家机关法人的民事主体资格,使国家机关可以以平等的民事主体身份广泛参与民事法律关系,与其他民事主体订立有关 PPP 协议、BOT 协议、政府采购协议、国有土地使用权出让协议、国有自然资源使用权出让协议等。与单向度的行政管理方式相比,引入民事机制、采取订立协议的方式,能够更好地尊重相对人的意愿,缓和行政管理的严苛性,更好地实现国家治理目标。

二是在设立公司、合伙、独资企业等现代企业方面充分贯彻私法自治原则,鼓励当事人依法创设各类企业,并保护其合法权益。社会组织可以作为国家和个人之间的中间机制和沟通机制,降低治理成本,取得更好的治理效果。例如,关于对网约车的监管,更好的策略是发挥网约车平台的治理优势,而非由国家直接治理网约车个体。这涉及到治理成本与收益的比较:国家直接面对个人将产生高昂的治理成本,但实际收益可能非常低;通过中间组织发挥治理功能,就有可能降低治理成本,提高治理收益。这也体现了治理现代化的要求,即实现社会共治,强调国家到社会组织、社会组织到个人、个人到社会组织、社会组织到国家的多元治理的关系,而非国家直接到个人的单线条的关系。在简单化的社会之中,上述单线条的治理方式尚可维持,但在当前社会形态更为复杂、利益关系更为多元、社会结构更具多层次的背景下,以社团等

[25] 石佳友:“治理体系的完善与民法典的时代精神”,《法学研究》2016 年第 1 期,第 4 页。

社会组织作为沟通个人与国家的中间机制,无疑是一种更好的治理模式。

三是赋予私主体其应有的民事权利,充分发挥私主体在社会治理中的作用。与国家自上而下的直接治理相比,私权的赋予与保障也能够有效地实现维护公共利益的目标。党的十九大报告指出:“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度,让全体人民住有所居。”这里所说的“有”究竟应当如何理解?笔者认为,“实现‘住有所居’并不意味着人人都拥有住房所有权,而是能有房屋用于居住,这一目的完全可以通过居住权制度实现。”^[26]在中国这样一个最大的发展中国家,每人都能所有一套住房,是很难做到的。^[27]在实践中,按照居住权的法律构造,“在住房制度改革中,可以改造既有的经济适用房和廉租房等保障措施,对于由国家投资兴建的房屋,可以由国家享有房屋的所有权,但政府可以为低收入家庭设置长期居住权,以满足其基本的居住需求。”^[28]因此,我国《民法典》增设居住权,有助于缓解住房紧张的局面,有利于维护社会稳定,充分保障民生。就此而言,在《民法典》物权编中规定居住权制度,实际上是为实现全体人民“住有所居”提供了重要的法律支撑。

四是充分发挥各类社会组织的自治功能。《民法典》充分发挥社会组织的自治功能,使得社会组织成为社会治理的重要环节,进一步提升了社会治理能力。社会组织本身可以实现部分国家治理的功能。社会组织由多个个体组成,这些主体会为自身设定一定的行为规范,使彼此之间紧密联系并达成特定的目的。这些规范同道德、习惯一样,也是自下而上形成的国家治理手段。承认社会组织的能动性,可以使这些规范被有效运用于国家治理。社会组织的自治可以弥补对社会组织监管的不足。《民法典》发挥社会组织自治功能主要体现在以下几个方面:第一,总则编关于民事主体的规则规定法人组织应当通过章程规范自身行为,并以法人章程为基础开展活动(第79条、第80条、第91条);但是,《民法典》对社团等社会组织的设立、治理和财产使用与分配也要发挥一定规范功能,这尤其表现在章程的订立,也就是社团设立的条件上:例如,营利法人的设立首先属于多数人意思表示一致的共同行为,应当适用意思表示的共通规则;^[29]但在主体设立法人的意思达成一致后,社团的设立往往还要得到法律的确认(我国主体设立的方式从以许可主义为主逐步转为以准则主义为主,^[30]虽然放宽了对主体设立的限制,但是仍然要求设立主体必须满足法律所要求的条件)。第二,总则编在民事法律行为部分明确承认了决议行为的效力,并规定了法人、非法人组织决议行为生效的条件(第134条第2款),确立了各类主体有效运转的规则。第三,物权编单独规定了业主管理规约,允许通过管理规约来实现业主的自治,同时明确规定物业管理中的重大事项由业主通过一定程序来共同决定(第278条、第286条)。社会组织通过法定程序对其从事的活动进行管理,实际上弥补了法律规则的不足,发挥了社会组织作为国家治理不可或缺环节的重要功能。例如,在我国,城市居民大多居住在以业主区分所有为特征的建筑物内,许多治理功能需要通过社区来完

[26] 王利明:“论民法典物权编中居住权的若干问题”,《学术月刊》2019年第7期,第95页。

[27] 同上注,第94—95页。

[28] 王利明,见前注[26],第95页。

[29] 参见王泽鉴:《民法总则》,新学林出版股份有限公司2014年版,第183页。

[30] 参见蔡立东:“公司制度生长的历史逻辑”,《当代法学》2004年第6期,第29—42页。

成(例如,防疫任务等),且在业主与非业主、业主与物业管理人、业主相互之间经常会发生摩擦和纠纷,如果都由政府来承担管理职责,显然是困难的。因此,需要充分发挥业主自治,有效提升治理效率,构建和谐社区,维护社会秩序。

(二)物权制度:物权行使自由与权利人社会义务的有机结合

物权制度是确认产权、物尽其用、保护物权的基本规则。法律通过确认物权归属和个人对其物享有的支配自由来保护所有权。保护产权是构建市场秩序的核心,是稳定的市场交易秩序的前提;有利于降低交易费用,优化资源配置。物权天然具有财产自由的内涵,是人的自由的基础。保护物权能使市场主体最有效地利用财产,实现物尽其用。如果各种财产都受到法律切实有效的保护,就可以促进投资的增长以及投资形式的多样化,促进劳动力、技术、信息等市场的充分发展,促使个人因追求资产的价值而合理地交换财产和转移所有权权能,使资源向更有能力利用的人手中转移,最终真正实现市场对资源配置的决定性作用。还要看到,只有有效保护产权,人们才会有投资的信心、置产的愿望和创业的动力。法治不健全,将可能导致人才的流失和财富的外流。因此,《民法典》保护财产,就是要鼓励人们创造财富,促进人的自由。一方面,《民法典》总则编规定“民事主体的财产权利受法律平等保护”(第 113 条);物权编在确认国家、集体和私人所有权的基础上,规定了平等保护各类物权的原则(第 207 条)。另一方面,物权编通过完善确认物权归属请求权(第 234 条)、物权请求权(第 235 条至第 237 条),以及与侵权请求权的衔接(第 238 条),构建了物权保护的完整体系。

然而,自由不是绝对的、不受限制的,人们所追求的自由秩序也绝不是任意的自发秩序。放任物权的绝对自由会导致较多的负外部性(negative externalities),^[31]“如果让所有权走向完全的自由张扬,反而会因其与社会的对立而导致财产自由的毁灭。”^[32]物权,甚至所有私权,“归根结底,可以说都是为社会共同生活而存在的”,^[33]因此,要通过使物权人负有社会义务的方式,解决绝对自由带来的问题。“所有权的观念不能与社会的理念相违背,充分考虑财产所处的社会关系并服从法律所设定的界限,才是真正实现财产自由的方式”,^[34]20 世纪以来,西方所有权的社会化转变也表明了这一特点。我国《民法典》总则编要求权利人必须“依法”行使所有权等权利(第 130 条);所有权等权利的行使应当兼顾他人和社会的利益,不得滥用权利,损害他人权益(第 132 条)。物权编规定“用益物权人行使权利,应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源、保护生态环境的规定”(第 326 条);“设立建设用地使用权,应当符合节约资源、保护生态环境的要求”(第 346 条)。所有权也应当受到公共利益的限制,基于公共利益的需要,可以对财产进行征收(第 243 条)。这些都体现了对产权行使的限制,实际上是基于物权的社会化而进行的限制。此外,我国《民法典》物权编确认的相邻关系中的所有权人给邻人提供便利的义务(第 290 条—第 295 条)、忍受轻微妨害的义务等,也体现了物权人所负载

[31] 关于财产权行使中的负外部性,See H. Demsetz, “Towards a Theory of Property Rights”, *American Economic Review*, Vol. 57, No.2, 1967, pp. 347—348.

[32] 张翔:“财产权的社会义务”,《中国社会科学》2012 年第 9 期,第 104 页。

[33] 参见(日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社 2008 年版,第 30 页。

[34] 张翔,见前注[32],第 105 页。

的义务。当然,物权的类型不同,物权人所负载的社会义务也存在一定的差别。例如,就动产与不动产而言,不动产因更具有社会关联性(如与环境保护、粮食安全、土地的长期利用等各种社会目标的实现的关联性更为密切),所以受到的限制更大,其物权人应当负有更多的社会义务。

(三)合同制度:合同自由与合同正义的有机结合

合同法是市场交易法,也是组织经济的法,是促进市场交易、鼓励财富创造的基本规则。合同法以合同自由为核心理念。德国学者海因·科茨曾指出:“契约自由在整个私法领域具有重要的核心地位。”^[35]美国学者富勒也认为,合同责任不同于侵权责任的重大特点在于,其贯彻了私法自治原则。^[36]产权保护和合同自由理念的发展,激发了资本主义的活力,鼓励了投资和财富创造,极大地推动了社会经济的发展。正是因为这一原因,Tony Weir认为“合同法是创造财富的法,侵权法是保护财富的法(contract is productive, tort law protective)。”^[37]

如前所述,私法自治包括合同自由在整个国家治理体系中具有十分重要的地位。正如梅迪库斯所指出的,民法通过“私法自治给个人提供一种受法律保护的自由,使个人获得自主决定的可能性。这是私法自治的优越性所在”。^[38]因此,我国《民法典》通过赋予合同当事人广泛的自由,激发市场主体的活力和创造力,充分发挥了市场主体在国家和社会治理中的作用。

但是,合同自由也会导致个人无序地追逐个人利益,妨害竞争秩序,在交易双方当事人地位实质不平等的情况下,导致强势一方损害弱势一方的利益。^[39]“如果合同关系不是发生在事实上平等的双方当事人之间,竞争可以带来经济自由和实质公平的结论就无法实现。因此,法律必须确保双方当事人地位的实质平等。”^[40]特别是,因为市场本身存在缺陷,所以需要通过政府的干预来保障市场的有序运行。因此,《民法典》通过强制缔约等制度对合同自由进行必要的限制,维护交易和竞争秩序,使“看得见的手”与“看不见的手”要共同发挥作用。例如,合同编分则完善了租赁合同的规则,新增的优先承租权(第734条)干预租赁关系,对于规范租赁市场秩序、保障承租人的居住利益具有重要意义。

总体而言,《民法典》有效地协调了合同自由、鼓励交易与保障交易安全和秩序之间的关系,实现了两者的有机结合。

(四)侵权责任制度:保障民事权益与维护行为自由的结合

侵权责任法在国家治理体系中的作用也是不可低估的:一方面,现代社会是风险社会,各类风险事故频发。如何有效救济受害人的人身和财产损害,日益成为当今社会关注的焦点。现代民法首先应当考虑如何倾斜保护受害人,通过多种责任承担方式,对受

[35] 霍恩等,见前注[7],第90页。

[36] See Lon L. Fuller, “Consideration and Form”, *Columbia Law Review*, Vol. 41, 1941, p. 799.

[37] Marc Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2008, p. 7.

[38] (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第143页。

[39] See Kessler, “Contracts of Adhesion — Some Thoughts about Freedom of Contract”, *Columbia Law Review*, Vol. 43, 1943, pp. 629—640.

[40] (德)乌尔里希·伊蒙伽:“市场法”,《比较法研究》2005年第6期,第137—144页。

害人提供全面的救济。^[41]同时,应当妥当衔接侵权责任与社会保险、社会救济等制度,从而形成对受害人进行救济的综合补偿机制。此外,传统侵权法难以有效应对大规模环境侵权、公共卫生侵权等事件;如何发挥侵权法的损害预防功能,也是传统侵权法所面临的重要挑战之一。正是因为上述原因,当代侵权法越来越强调对损害的预防,^[42]这也是现代侵权法与传统侵权法的重要区别之一。也就是说,现代民法既注重对受害人的事后救济,也注重通过停止侵害、排除妨害等责任形式,实现对损害的事先预防。^[43]另一方面,21世纪也是一个生态危机日益严重的时代,全球变暖、海洋污染、酸雨等已经对人类的生存构成了直接威胁,人类生存与发展的环境面临严峻挑战。如何通过侵权法回应生态环境保护的现实需要,也是国家治理体系面临的重大问题。

还应当看到,在制裁各种侵权的同时,如何有效维护他人的行为自由,也是国家和社会治理中的重大问题。侵权责任编在国家治理体系现代化中同样发挥了重要的作用:一是侵权责任编规定了过错责任原则(第1165条),协调了过错与自由的关系,对行为自由设置了边界,为国家治理在微观层面提供了准则。正如学者所指出的,侵权责任法的主要任务在于,如何构建法益保护与行为自由之间的矛盾关系。^[44]在19世纪,侵权责任法曾以维护行为自由作为其主要功能,并因此产生了为自己行为负责的原则。该原则曾经成为近代民法的三大原则之一。各国侵权法都强调,侵权法应当具有维护行为自由的功能。^[45]侵权责任编贯彻了自己责任和过错责任的原则,其基本目的即在于维护行为自由。过错责任意味着任何人仅对因自己的过错造成的损害承担法律责任。二是侵权责任编对网络侵权进行了较大篇幅的规定(第1194至第1197条),这些规定进一步完善了通知—删除规则,对于在网络空间发布信息的行为进行了有效的规范,有利于进一步提升网络空间的治理水平。三是进一步完善了安全保障义务的规则。侵权责任编第1198条规定了经营场所、公共场所的经营者、管理者的安全保障义务,可以有效预防大规模侵权行为的发生,避免出现群体性事件。四是侵权责任编还进一步完善了产品责任制度和高楼抛物致人损害的责任,对社会治理中的重点难点问题进行了回应。侵权责任编在产品责任部分规定了惩罚性赔偿规则,这必将有力遏制生产、销售不合格食品的行为,有利于保证人们“舌尖上的安全”(第1207条)。该编还重点完善了高楼抛物致人损害的责任,充分保障人们“头顶上的安全”(第1254条)。上述规则都能有效实现国家和社会治理,满足人民群众美好幸福生活的需要。

尤其应当看到,党的十九届四中全会《决定》指出,“加大对严重违法行为处罚力度,实行惩

[41] 参见王利明:“民法典的时代特征和编纂步骤”,《清华法学》2014年第6期,第10页。

[42] Hans Jonas, *The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age*, University of Chicago Press, 1984, p. 57.

[43] 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—103页。

[44] 参见(德)马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》(第5版),齐晓琨译,法律出版社2006年版,第4页。

[45] 参见于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第40—42页。

罚性赔偿,严格刑事责任追究。”〔46〕所谓“严格”,应当是指严格使用刑事手段,严格限定刑事制裁方式,审慎地认定犯罪的标准,不可罪及无辜;要严格按照罪刑法定、疑罪从无的要求,不得擅自扩大刑法的适用范围。十九届四中全会《决定》强调要实行惩罚性赔偿,表明在能够用民事的方式加大对违法行为的处罚时,并不当然需要运用刑事、行政惩罚手段。所谓惩罚性赔偿,是指由法院所作出的超出实际损害的赔偿数额,〔47〕它具有补偿、惩罚与遏制等多重功能。一方面,由于侵权损害赔偿采取完全赔偿原则,以受害人遭受实际损害为前提。惩罚性赔偿的适用可以使行为人考量成本效益,通过增加违法成本的方式对其行为进行遏制,这就形成了一种最优化的遏制方式(optional deterrence)。〔48〕另一方面,通过惩罚性赔偿的方式形成利益激励机制,刺激受害人请求行为人承担赔偿责任。〔49〕尤其是,由于政府并没有足够的力量监控一切,所以最好的方式是通过民事责任使受害人积极参与监控,预防损害的发生,并通过加重赔偿惩治违法行为。我国《民法典》总则编规定“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。”(第179条第2款),侵权责任编中规定了故意侵害他人知识产权且情节严重的惩罚性赔偿(第1185条);明知产品存在缺陷仍然生产和销售的惩罚性赔偿(第1207条);故意违反法律规定污染环境、破坏生态造成严重后果的惩罚性赔偿(第1232条)。惩罚性赔偿的规定可以形成有效的利益刺激机制,形成巨大的社会监控力量,甚至可以做到即时监控,这可以有效弥补行政执法的不足。

(五)婚姻家庭制度:维护家庭的和谐稳定

社会稳定是国家治理的重要目标之一,而家庭稳定则是社会稳定的基础。《法国民法典》的起草人波塔利斯将家庭的重要性总结为:“我们的目标在于将品性与法律相关联,传播家庭的精神——无论人们怎么说,它是如此有利于国家的精神……社会的持久和良好秩序极大地取决于家庭的稳定,它是一切社会的肇端、国家的胚胎和基础”。〔50〕黑格尔同样将国、家作为社会治理的两个基本单元。〔51〕中国古代强调“家国同构”,将家庭视为社会治理的基本单元,儒家倡导“家齐而后国治”,这实际上是将家庭作为社会的细胞,将家庭治理作为国家治理的基础。因此,家庭治理水平的提升是国家治理现代化的重要体现:一方面,家庭是国家和社会的基本单元,家庭和谐是社会和谐的基础,家庭治理是国家治理的基石;另一方面,对妇女、儿童、老人等弱势群体利益的保护,既是家庭和谐稳定的基础,也是国家治理的重要内容。因此,《民

〔46〕 见前注〔4〕。

〔47〕 Harvard Law Review Association, “Exemplary Damages in the Law of Torts”, *Harvard Law Review*, Vol. 70, 1957, p. 517.

〔48〕 Keith N. Hylton, “Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 87, No.2, 1998, p. 421.

〔49〕 王立峰:“关于惩罚性赔偿的一些思考——《兼与民法同质补偿原则新思考》之作者商榷”,《法学》2000年第6期,第27—28页。

〔50〕 Portalis, *Discours préliminaire sur le Projet de Code civil*, Caen: Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 25.

〔51〕 参见蒋海松、韩娜:“从家到国的逻辑过度及精神局限——黑格尔中国政制法律观启示之一”,载肖海军主编:《岳麓法学评论》(第7卷),湖南大学出版社2012年版,第116页。

法典》必然将维护家庭成员中弱势群体的利益作为重要任务。

《民法典》在维护家庭生活的和谐有序方面具有重要作用，打下了社会治理的坚实基础。民法对家庭生活的调整体现为两个方面：一是设定家庭关系内部权利和义务关系，二是设定家庭外部权利和义务关系。民法不仅强调家庭生活中的权利，也强调家庭的责任，^[52]这些调整手段均有利于维护家庭成员之间的和睦团结、实现家庭生活的和谐稳定。具体而言：

第一，强调夫妻平等及家庭和睦团结。一方面，平等的价值在婚姻家庭领域中体现为夫妻对子女抚养、教育的权利与义务，家庭成员之间的亲权制度，以及家庭成员之间的相互继承等制度。作为新中国第一部法律的《婚姻法》就把男女平等作为其基本原则；改革开放以来，我国民法继续坚持婚姻自由、一夫一妻和男女平等原则，注重发挥家庭作为社会基本单位的独特价值，并借助民法的平等、意思自治等原则实现家庭法律制度的现代化。《民法典》第1041条第2款规定，我国“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度”，这是婚姻家庭编的基本原则。另一方面，家庭是一个国家的雏形和缩影，一个充满仁爱的家庭也对应着理想国家的结构状态。西方近现代传统注重家庭成员个性的张扬，而中国传统则更注重家庭的和谐、和睦，追求“父严母慈子孝”，强调家庭的整体性。《民法典》第1043条第2款规定：“夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”为维护家庭和睦团结，《民法典》在调整婚姻家庭关系时并没有完全采用财产法个人主义的方法论，而更多地采用了团体主义的方法论，即要求家庭成员之间负有更多的义务，如夫妻之间互负忠诚义务；同时要求这些义务与职责不可转让与放弃，如监护职责，这些都是为了实现家庭和睦团结的目标。再如，在离婚的财产分配问题上，法律规定一方生活困难的，另一方需要给予经济帮助（第1090条）；夫妻一方抚养子女、照料老年人，可以向另一方请求补偿（第1088条）。这些规定都体现了通过家庭治理实现社会治理的目标。

第二，保护妇女、儿童和老人的合法权益。在家庭关系中，妇女、儿童、老人等属于弱势群体，应当受到民法的特别保护，因此《民法典》第1041条第3款规定：“保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。”《民法典》明确规定“禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃”（第1042条第3款），充分发挥家庭所具有的繁衍、教育、抚养、赡养等社会功能。还应当看到，家庭对于未成年人心理和身体的健康发展至关重要，在一段时期内，由于经济成分和经济利益多样化等方面的原因，未成年人监护制度存在一定缺失，导致未成年人群体利益与其他群体之间的矛盾加剧，出现了诸如家长强迫儿童辍学的现象。有研究显示，家庭监护方式不当、监护能力不高，是未成年人犯罪的重要成因。^[53]为保护未成年人的合法利益，《民法典》总则编以较大的篇幅完善了监护制度，强化了对未成年人的保护。《民法典》总则编还完善了成年人监护制度，规定了遗嘱监护制度、意定监护制度、临时监护人制度以及监护人的撤销制度，以强化对老年人的保护，从而有效应对已经到来的老龄化社会的现实需要。^[54]《民法典》继承

[52] 参见夏吟兰：“民法分则婚姻家庭编立法研究”，《中国法学》2017年第3期，第72页。

[53] 参见林艳琴：“国家治理视域下未成年人家庭监护缺失的预防与干预”，《国家行政学院学报》2018年第4期，第69—72页。

[54] 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第97页。

编也明确规定：“应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产”（第1159条），“对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾”（第1130条第2款）。

第三，注重树立优良家风，弘扬家庭美德。家庭具有很强的教育功能，家教家风是形成良好社会风气的重要前提。家庭是国家的基本构成单元，也是人生的第一所学校，是个人成长的基点；家教、家风对于家庭建设具有基础性的作用，是连接个人、家庭、社会、国家的重要节点，在国家治理体系中具有重要作用；父母是子女的第一位人生导师，父母的言传身教对于子女的行为具有极为重要的示范作用。波塔利斯指出：“家庭是良好品性的圣殿：正是在其中，私德逐步培养为公德。”^{〔55〕}家庭培养公民的私德；而良好的私德是公德的基础。《民法典》第1043条第1款规定：“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。”把树立优良家风直接写入法典，这在比较法上是罕见的。该规定将有助于弘扬社会主义核心价值观，这也正如德国法学巨儒耶林在《为权利而斗争》一文中明确提出的：“不是公法而是私法才是各民族政治教育的真正学校。”^{〔56〕}

三、从民法的渊源看民法典在国家治理体系中的作用

（一）民法典确认了多元化的社会规则体系

现代社会中，法治的内涵越来越丰富，其不限于国家机关所指定的法律规范，也包括乡规民约、自治性的团体规则、行业章程、习惯等软法规则，与国家立法相比，这些软法规则在针对性、参与性、灵活性等方面具有显著优势。^{〔57〕}《民法典》总则编承认了符合善良风俗的习惯的法律渊源地位（第10条），从而使民法可以从民间习惯中汲取营养，从而有利于民众将民法规范内化于心、外化于行。同时，总则编还确认了法人、非法人组织等组织体依据法律和章程规定所作出的决议行为的效力（第134条第2款），这就实现了对团体决议行为、团体规约以及章程等的民法调整。这有利于降低国家治理成本，提高治理效率，有利于提高国家治理体系的科学性和正当性。此外，发挥软法的治理功能也有利于培育市民社会，从而实现国家治理和行业自治的良性互动，不断推进国家治理的现代化。^{〔58〕}

在现代社会，公司、合伙、独资企业都是现代企业的典型形态，在现代市场经济社会中发挥着越来越重要的作用。^{〔59〕}公司设立协议、公司章程、合伙协议等能够发挥自治的功能。所谓自治功能，是社会成员通过法定或者约定的程序实现自主决定，管理共同事务的一种治理方式。在社会自治过程中，团体成员可以通过决议的方式调整自身的行为，此种决议作为团体成

〔55〕 Portalis, “Discours préliminaire sur le projet de Code civil”, in Jean-Etienne-Marie Portalis, Discours et rapports sur le Code civil, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, pp. 103-104.

〔56〕（德）鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2007年版，第17页。

〔57〕参见罗豪才、毕洪海：“通过软法的治理”，《法学家》2006年第1期，第1-11页。

〔58〕参见罗豪才、周强：“软法研究的多维思考”，《中国法学》2013年第5期，第108页。

〔59〕参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2010年版，第102页。

员的行为规范,只要符合法律的规定,公权力不得进行不当干预。

以合伙协议为例,合伙协议不仅是当事人之间的合同关系,也是合伙组织体的组织规则,是合伙人与合伙组织体行为的章程,可以被视为是合伙人活动的“宪章”。与公司等企业法人不同,在合伙中,合伙人之间必须通过合伙协议调整其相互关系,合伙人之间的关系主要依据当事人的约定确定,通常并不需要国家的过多干预。可见,与公司等法人相比,合伙的自治色彩更为明显。合伙协议与公司章程相似,其本身具有设立组织体的功能,^[60]设立合伙应当以订立合伙协议为前提。依据相关法律规定,合伙协议应当包含合伙企业名称、主要经营场所、合伙事务的执行规则、合伙目的和合伙经营范围、入伙与退伙、合伙争议解决办法以及合伙企业的解散与清算等内容,这些内容显然已经超出了普通民事合同的范畴,而具有明显的组织规则色彩。因此,我国《民法典》合同编增设合伙合同一章(合同编第 27 章),对合伙合同进行全面规范。

(二)承认习惯的民法渊源地位

承认习惯的民法渊源地位,有利于发挥习惯这一自发秩序在国家和社会治理中的作用。习惯是自下而上自发形成的,因而具有极其顽强的生命力。“习惯是人们长期生活经验的总结,它既是人们交往关系的规范,也是人们生产生活中的一种惯行。尤其是经过长期的历史发展,一些习惯已经得到了社会公众的认可,长期约束人们的行为,因此其也被称为‘活的法律’。”^[61]法谚云:“习惯乃法律之最佳说明(optimus legum interpres consuetudo; optima est legis interpres consuetudo; custom is the best interpreter of law)”。^[62]民法来源于习惯,其与习惯之间的边界是流动的。从法源理论来看,这一认识具有突出重要的意义。例如,实践中许多交易习惯可以直接填补合同漏洞,人们也通常不会认为此种做法会损害当事人的权利或造成不确定性,其原因就在于民法与习惯的内在契合性。在各国民法中,许多法律规则不仅根植于习惯,从习惯中汲取营养(如商法主要是商事习惯法),而且也承认习惯是重要的法律渊源。随着全球化的发展,商事习惯已经日益成为有关国际经贸活动的重要规则或具有一定法律效力的惯例。^[63]为适应商事仲裁发展的需要,我国《民事诉讼法》在 2012 年的修改中不再将“适用法律错误”作为撤销仲裁裁决的依据,这也是尊重商事交易习惯的一种体现。

按照哈耶克的观点,人类的秩序在本质上可以分成两种:第一种是自发秩序,这是通过群体互动所形成的一种“物理秩序”,^[64]这类各种主体共同承认和服从的制度具有“自生自发”和“非计划性”的特征,因而可以称之为自发秩序或非计划秩序;第二种是组织(organisation)或建构的秩序(konstituierte ordnung),它是命令的结果,是有意识的计划的产物,凭借外部权

[60] 参见韩长印:“共同法律行为理论的初步构建——以公司设立为分析对象”,《中国法学》2009 年第 3 期,第 78 页。

[61] 王利明:“论习惯作为民法渊源”,《法学杂志》2016 年第 11 期,第 1 页。

[62] 1.3.37 Paulus Dig.

[63] Gunther Teubner/Globale Bukowina, Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 1996, S. 255, 264 ff.

[64] (英)弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 200 页。

威、指示和指令建立。围绕这两种秩序,形成了两种不同的治理模式。^{〔65〕}在对待习惯的态度上,各国都力求在自发秩序和建构秩序之间形成一种平衡:习惯是自然生长的,体现的是一种自发秩序;而制定法是自上而下推行的,体现的是一种建构秩序。从国家治理层面来看,既要注重建构秩序,也要注重发挥自发秩序的作用,实现自发秩序与建构秩序的有效衔接,唯有如此,才能充分发挥两种治理手段、方略的优势。

按照这一思路,首先需要承认习惯的法律渊源地位。在法律成文化运动中,大量成文法的出现并没有使习惯走向消亡,因为习惯是“法律的最初现象”,“无论是在成文法多么完备的社会中,习惯法都是在不断发生的”。^{〔66〕}习惯是一种自发秩序,是社会生活中必不可少的治理规则,民法不承认习惯,就否定了这种自发秩序在社会治理中的作用。承认习惯的法律渊源地位,一方面有利于形成哈耶克所说的“自发秩序”,以实现社会关系调整的稳定有序;另一方面,由于习惯实际上是一种自下而上形成的规则体系,所以其能够克服自上而下形成的规则可能具有的“威猛莫测”以及与现实脱节的问题,^{〔67〕}“法典时刻面临着因社会演进变革而滞后过时的风险,为了满足社会生活的需求,法源必须保持开放”。^{〔68〕}所以,我国《民法典》总则第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”这就充分肯定了作为自发秩序的习惯在国家治理中的功能。

但是,应当看到,自发秩序与建构秩序之间可能存在一定冲突。自下而上形成的习惯秩序可能出现违背社会整体治理目标的情况,因而需要通过制定法限制习惯发挥作用的范围。在承认习惯可能成为法源的前提下,应当对习惯加以区分和控制。一方面,“为了维持法秩序的统一,习惯作为法源自然不得与强制性规范相矛盾”。^{〔69〕}依据习惯与成文法的关系,习惯可以被分为两种:一是补充法律的习惯法(*coutume praeter legem*);二是与法律相反的习惯法(*coutume contra legem*)。就前者而言,一般认可其在满足一定条件后即取得法律渊源地位,就后者而言,除非有充足的理由,否则不能将其视作法源,^{〔70〕}这样,习惯在作为国家治理方式发挥作用的同时,也受到成文法的限制,从而较好地平衡了其与成文法的关系。另一方面,公序良俗原则也是对习惯进行控制的重要手段。我国《民法典》总则第10条也规定,只有在不违背公序良俗的情形下,习惯才能成为法律渊源,因为“公序良俗从民族共同的道德感中抽象而成,可以看作是全社会范围内所形成的普遍共识,是一种通行于

〔65〕 参见(德)柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2001年版,第172页。

〔66〕 参见我妻荣,见前注〔33〕,第30页。

〔67〕 普通法国家之所以抵制民法典编纂,很大程度上是认为,自上而下制定的民法典有可能会侵蚀自发形成的普通法规则。Csaba Varga, *Codification as a Social-Historical Phenomenon*, 2nd ed., Budapest: Szent Istvan Tarsulat, 2011, pp. 71 ff.

〔68〕 汪洋:“私法多元法源的观念、历史与中国实践——《民法总则》第10条的理论构造及司法适用”,《中外法学》2018年第1期,第128页。

〔69〕 同上注,第145页。

〔70〕 参见(法)雅克·盖斯坦、吉勒·古博:《法国民法总论》,程鹏等译,法律出版社2004年版,第487-489页。

全社会范围的‘习惯法’，具备最高程度的‘法的确信’，权威等级与规范拘束力高于其他习惯”。〔71〕只有实现对习惯的区分与控制，才能够在通过习惯实现治理多层次化的同时，避免习惯的滥用损害社会治理的整体目标。

（三）任意性规范调整与强行法的有机结合

《民法典》的私法自治价值主要是通过任意性规范而发挥作用的。民法规范主要是任意性规范；而强行性规范主要发挥着划定民事主体意思活动界限的功能，只是在特殊情形下才会设置。在国家治理中，任意性规范能够发挥激发市场主体活力、鼓励交易和财富创造的作用，其中最为典型的是合同法规范。由于合同法在很大程度上可以说是交易法，即“调整个人之间为获取金钱而交换货物和服务的方式的法律”，〔72〕所以，《民法典》合同编要借助大量的任意性规范进行调整，以充分尊重当事人的意志。合同编以鼓励交易(promoting trade)为目标，只要当事人所缔结的合同不违反法律和政策，法律就承认其效力。据此，“合同法是备用的安全阀”，〔73〕在当事人不能通过合同有效安排其事务时规范当事人的交易行为。民法规范主要是任意性规范，当事人的约定应优先于法律的任意性规定，我国民事立法中要尽量减少对民事活动的不合理限制，以充分尊重民事主体在私人生活领域中的意思自由。现代法出现了从强制法(compulsory law)向任意法(negotiated law)发展的趋势，这实际上也是契约精神的体现。〔74〕尽管如此，在涉及财产制度的物权法和伦理性浓厚的亲属法中，强行性规范依然扮演着重要角色。

由于现代市场机制的核心是合同的广泛运用，因此出现了“合同式治理”(governance of contract)的概念。〔75〕民法上合同的概念不仅适用于交易关系之中，公司的设立、合伙企业的设立以及企业通过章程等行为而实行自治，都需要借助于合同概念；甚至在建筑物区分所有权中，也可以通过订立管理规约等方式实行业主自治，从而实现对业主行为的有效治理。

民法任意性规范的调整模式也对公法产生了重大影响。合同的范式在公法上的适用，如行政协议、诉讼和解协议、政府采购协议、政府购买社会服务协议、PPP协议等，产生了所谓“新行政法”，成为一种新的国家治理模式。〔76〕

但是，任意性规则并非确立了绝对的行为自由，《民法典》也在不断强化对意思自治的限制，除了引入强行法规则外，还通过确立公序良俗原则限制当事人的意思自治，如规定违反公序良俗的法律行为无效，藉此对从事私法活动的当事人进行干预。〔77〕

〔71〕 汪洋，见前注〔68〕，第145页。

〔72〕 (英)P.S.阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第3页。

〔73〕 (美)罗伯特·A.希尔曼：《合同法的丰富性》，郑云瑞译，北京大学出版社2005年版，第270页。

〔74〕 (日)星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第5—8页。

〔75〕 Peter Zumbansen, “The Law of Society: Governance through Contract”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.14, No.2, 2007, p. 208.

〔76〕 参见石佑启：《论公共行政与行政法学范式转换》，北京大学出版社2003年版，第88—98页；另见姜明安：《法治思维与新行政法》，北京大学出版社2013年版，第123页。

〔77〕 参见《民法典》第8条、第153条。

四、结 语

十九届四中全会《决定》提出了国家治理现代化的目标,同时提出“全面实现国家治理体系和治理能力现代化,使中国特色社会主义制度更加巩固、优越性充分展现”。〔78〕《民法典》的出台强化了我们的制度优势,但制度优势如何转化为治理效能,取决于该制度的实施效果。因此,加强《民法典》的实施是《民法典》出台后的重要问题。如果只是孤立地观察《民法典》的制度、规则,往往会一叶障目,不见泰山,无法真正理解《民法典》在社会治理体系之中的地位,也难以充分发挥《民法典》的治理效能;只有从社会治理的视角观察,才能凸显《民法典》在社会治理中的地位和功能。

Abstract: Civil law, the most important part of private law, plays a critical role in the building and operating of China's system for governance. Autonomy in private law helps to effectively stimulate the vitality and creativity of market players as well as promote the creation and growth of social wealth. The status and role of this important principle are reflected by the transition from a management model to a service one. The protection of private rights, which contributes to building the basic market economic order, is a fundamental requirement for advancing the modernization of China's system and capacity for governance. Closely related to the system for governance, most of the systems established in the Civil Code, including rules concerning natural person and legal person, property law, contract law, torts, marriage and family law, also serve as important carriers and embodiments of the modernization of China's governance system. It is important to correctly interpret and apply the Civil Code and to give full effect to its role in China's system of governance in the future.

Key Words: Chinese Civil Code; Governance System; Sources of Civil Law; Function of Civil Law

(责任编辑:许德风)

〔78〕 见前注〔4〕。