

【综合研究】

民法适用中的价值判断

姚 辉

【摘 要】脱胎于法理学研究范畴的价值判断问题,在民事实体法上同样体现其理论意义和实践价值。在民事法律适用层面,价值判断不仅是衡量当事人利益关系的工具,而且会对事实认定的形成以及价值共识的寻求产生重要影响。文章所选取的对于“批评的尺度”的探讨、“知假买假能否请求惩罚性赔偿”的判断、“夫妻共同债务清偿规则”的分析以及对于“民刑交叉案件中价值共识的寻求”等问题的论述,都是佐证前述观点的实例。

【关键词】民法方法论;价值判断;知假买假;夫妻共同债务;民刑交叉

【作者简介】姚辉,中国人民大学法学院教授,民商事法律科学研究中心主任。

【原文出处】《中国法律评论》(京),2019.3.93~112

【基金项目】本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国债与合同法改革”(17JJD820007)的资助成果。

一、从法理(学)开始

这是一个从法理学出发的部门法探索之旅。按照“法理学是法学的基础理论或法学体系的基础”的主流观点,法理学属于法学知识体系的最高层次,担负着探讨法的普遍原理和根本原理,为各个部门法学和法史学提供理论根据和思想指导的任务。^①民法学的理论和实践难题,也当然应当从法理学当中寻求答案和指引。虽说作为一个“搞民法的人”,我一直坚持认为民法根本就不仅仅是部门法和制度法意义上的。民法的理念和其中许多设计,几乎直接就是法哲学的研究课题;民法的转变,也大致可以充当整个法学发展的向导。^②然而作为部门法的民法,由于其太过务实的学科气质,在公众的认知里总还是会被认为是一门技艺型的学问,在解决具体纠纷的法律适用当中,这种感觉尤为明显,以至于当现代科技足以令人工智能进入社会生活时,所谓“电脑判案”立即就在民事案件的裁判当中引发无尽遐想。

按照这样一种理想主义所刻画的未来,法官将会由一台电脑胜任,这一端输入事实证据和法律条文,那一端就会打印出司法判决。最终,司法裁判的过程变得像工业化生产一样全部或大部分由机器来完成,机械化的生产将取代人工的操作和人脑的思考。如此科幻的场景在民事法部门中之所以被人津津乐道,与公众对于民法的“非法理”属性的认知不无关系。

实情当然不是这样的。包括民法在内的实体法律之适用,过去、现在、将来都不可能纯为概念逻辑之推演,裁判背后必然包含立法者和司法者的价值判断以及当事人之间的利益衡量。具体到民法而言,由于民法的基本功能是对各种利益进行权衡和调整,因此其终极工具只能是价值判断。^③在今天的法学研究与法律实践中,“价值判断(抑或利益衡量)”明显成为一个高频词,用来指称在案件涉及多个利益冲突的场合,法院判决究竟如何作出或应当如何

作出。此项命题,不折不扣属于法理学范畴。脱胎于法理学的价值判断方法已经被广泛应用于法学研究的各个学科领域,以至于有法律的地方就需要价值判断。与此同时,价值判断作为法律适用理论,也已经形成其特定的适用范围和理论内涵,并占据日益重要的位置。在当今法学领域中,离开价值判断谈论法律适用,似乎无论如何也难以达到完美之境。不宁唯是,价值判断还超越了实定法和理论法的界限,成为一种通行的方法。例如,当下在民法领域中红透半边天的法教义学,就并不是一个具体的学科或部门法,而是“对实在法的研究所运用的方法,就是一种特殊的方法,即体系的、分析评价的方法,也是说体系地、分析评价地揭示实在法律规范的内容”,^④亦即德语语境下的“法律方法”。而我们很清楚地看到,几乎所有探讨法教义学的人,都注意到价值判断在其中的地位。价值判断的统治力之强,于此可见一斑。

法律中的价值判断之所以必要,源于其实质理性品格。关于法律的实质理性的提法,出自马克斯·韦伯(Max Weber)的划分,按照韦伯的界定,实质理性具有价值的性质,是关于不同价值之间的逻辑关系的判断。与之相对的形式理性主要被归结为手段和程序的可计算性,是一种客观理性;实质理性则基本上属于目的和后果的价值,是一种主观的合理性。就法律的制定和施行而言,形式理性体现为法律本身符合形式法治的要求;而所谓实质理性主要指立法者将其主观认定的社会公认的实体价值固定于法律规范之中,并在司法当中根据主观的社会正义价值标准来解决纠纷。^⑤在以立法为终极目标的时代里,民法理论的研究也始终绕不出立法的主题,这使学者们在民法学的研究上更愿意以对策性的制度研究为重点,而一些基础理论的研究则往往受到忽视。另外,理论的发展也主要依靠立法任务的催生和拉动。当然,这种发展模式在特定的历史时代背景下具有一定的合理性与必要性,然而,必须明确的一点在于,法学理论的作用固然在于为规范的生成奠定基础,为制度的构建提供平台,为价值的遵循树立指向,这是由法学的规范与价值属性所决定的;但是,法学也不单单只是一门关涉理论的学问,法学还

具有实践性,其归根结底是一门以解决现实社会的诉愿纷争为目的的实用性学科。

民法作为市民社会的基本法,其功能旨在通过对市民社会成员之间的权利、义务、责任以及风险的分配来确定他们之间的法律关系和法律地位,进而实现市民社会私法秩序的构建。由立法行为形成的制定法固然可以为人们提供一种确定的行为规范,使人们对行为的法律效果有一个基本的预期,但这并不能阻止社会交往中各种利益的冲突与碰撞。毕竟较之于理想的法典所预设的行为模式,真正的社会交往要更加现实,也更加复杂。因此,民法功能的实现不能仅依靠一种“纸面上的法律”,更需要的是—种“行动中的法律”(law in action),只有在具体的民事纠纷裁判中,互相冲突的各方利益才得以平衡,市民社会成员的法律关系也才能得以落实。按照一位德国学者的说法,“制定法(Gesetz)并不等同于法律规范(Rechtsnorm),只有在法院对法律的适用当中,法律规范才获得更加明晰的形象,适用法律并不仅仅只是推导出结论,而是还要构建法律变得更为精确的价值评判”。^⑥所以,民法功能的真正实现要靠法官对民法的适用来完成。从这个层面上来说,民法更多的意义在于其裁判规范的性质。质言之,我们需要将关注的焦点由立法文本的制定转向立法文本的适用以及司法裁判的运行,这也就决定了,并非只有在面对不确定的规范概念或者存在法律漏洞之时才需要价值判断,在法律适用的环节也都会存在价值判断。^⑦

基于“法理学者只是做关于法教义学方法即法学方法论的研究”^⑧的说法,本文关于价值判断这一民法学方法论的叙述,当属观察部门法当中的法理的一个有利视角。

二、三个追问

在谈及民法中的法理,尤其是使用法理学的方法和技术去分析属于实体法的民法问题时,总难免追溯到一个终极性的提问:法学究竟是不是一门科学?以及,在司法论的视域下,如何看待裁判中出现的法律以外的判断因素。

(一)法学究竟是不是一门科学^⑨

“就现代人文社会科学而言,能否具有‘科学’的

本质,已然成为该学科是否正当化的标志,若某一学科被贴以‘不科学’抑或‘伪科学’的标签,那么该学科也难以在学术圈之内占据一席之地。”^⑩然而,要把“科学”的内涵说清楚,特别是回答一门学科何以成为科学的问题,又谈何容易。若按照传统的逻辑经验主义的解说,科学必须具有可验证性,即能够借助实证性的方法,为事物间的因果关系提供论证,同时为人们预测相关的社会现象提供准则。德国著名法学家基尔希曼(Julius Von Kirchmann)即提出了“作为科学的法学的无价值性”这一命题,他在柏林法学会的演讲中认为:“法学尽管是一门科学,却不像其他科学那样能够并且应当对现实以及人们的生活产生影响;另一方面也可以理解为:法学作为‘科学’从理论上说是无价值的,它并非‘科学’,不符合‘科学’一词的真正定义。”他进而认为,“法学系以偶在现象为研究对象,自身也难免沦为偶在,只要立法者修改三个字,所有的法学文献便将因此变成一堆废纸”。^⑪基尔希曼对于法学的科学性的批评可谓一针见血,“在日常的法律语言习惯中,人们很少说法学是科学,而是说法律信条学”。^⑫

与之相反,威廉·冯特(Wilhelm Wundt)则把法学视为所有科学中的一种本土精神,是“所有科学中的最复杂的科学”,^⑬但是也“只有在德语中法律学科被称为科学,这在传统上归因于艺术理论,法学家因此享有历史的声望和职业的社会重要性”。^⑭德国著名法学家拉伦茨(Karl Larenz)同样在柏林法学会的演讲中认为,法学作为科学是不可或缺的,只要如何公正解决相互层出不穷的利益冲突之追问不停止,如何合理建立彼此唇齿相依的生活秩序之追问不停止,法学就会存在,其对于人类就是不可或缺的——这不仅是因为它有着实践功用,更在于它表述着人类精神的实质。^⑮

概念法学派与注释法学派均偏向于用逻辑标准来作为法律评价的主要甚至唯一标准,从而将价值判断这一主观因素排除于客观的法体系之外,法律适用变成一个类似于算数的技术,只要依循法律内的逻辑秩序,任何一个裁判者都能得出同样的结果。法律适用的过程只是纯粹的机械过程,而无须考虑伦理道德、社会评价、政策考量等方面的因素,

法律这种高度技术性的特征如果得以实现,自然可使其与自然科学比肩而立。遗憾的是,这些愿景仅仅是无数概念法学家所追求但永远无法达到的梦想。不可否认,在假定大前提的妥当性及小前提的该当性皆无疑问,从而认为不必对其进行价值判断便可从事价值中立思考的情形下,概念法学之类的法律方法确能提供一个缜密认识法律规定间逻辑结构的现状,并在该现状实际适用下,帮助我们认知法律制度。^⑯但是,“精确的法律认识,法律的可计算性,根本不曾有过并且将来也不会有。它永远只是一种乌托邦。或然性,是我们人类实际活动的广大范围”。^⑰姑且先依附于这样的判断:所谓科学,就是建立既可以证实又可能证伪的命题,并使这些命题关联起来形成互不矛盾的体系,用以有效解释更多的现象的一种认知范式。诸如概念法学、价值法学、社会法学、历史法学等众多法学理论的存在及其流播,就是法学还不是一门科学的明证。^⑱然而,科学主义法律观最大的缺点,恰恰是将法律思考中的价值判断完全排除在外,或者将价值考量完全隐藏在确定性的概念体系之中,遮蔽了法律规范背后所固有的评价关联和意义脉络。^⑲事实上,法律的科学化已经成为近代理性精神的体现,并成为现代法学发展的一种基本趋势。

(二)裁判能不能采用法律以外的评价标准^⑳

这个话题肯定要从概念法学——更确切地说——从对于概念法学的批判说起。民事法律规范的适用,必须针对个案依价值判断予以具体化。法律规则背后有其潜在的文化、理念和价值,亦有其镶嵌于特定时空下的社会、政治、经济的要求。作为法律文本的法条,当其在法律适用的三段论演绎中出现时,不过仅仅只是“法源”而已,真正作为大前提的是相互联系的规范整体。法官在具体案件中依据的裁判规范,其实是结合自己的智识、前见、体系化法律思维以及客观情势而形成的综合判断。几乎可以认为,所有规范性的概念都是必须具体化或予以价值补充的概念,无论是立法抑或法律运作,都不只是一个纯然技术性的、仅靠形式理性化即能解决的问题。“貌似一种极富操作性的‘以事实为根据,以法律为准绳’的司法运作,事实上亦体现着多向度的价值

冲突、博弈和协调。”^②

法官进行法律续造的根本动力在于,法官不仅要依法裁判以满足合法性的要求,还要追求个案正义来为判决提供正当化基础,依法裁判与个案正义两个目标之间并非每每和谐无碍,而是时常出现冲突。理论家们关心的问题远不止于判决是否有法律依据,更让他们感兴趣的是,判决的法律依据能否经得起道德哲学关于正当性标准的检验以及标准本身能否经得起进一步的追问。尤其是,当不同判决方案所依据的正当性标准发生冲突时,又如何根据更高的正当性标准来决定取舍。^③

以法律之外的评价标准进行裁判的问题还在于,放弃了规则约束,这种“个案结果导向或个案实体正义的司法实践”思路势必更多诉诸法官个人的道德直觉,或者是不太稳定的民众情绪,或者是两者兼有;换言之,其很容易为个人直觉或民粹正义所左右,很难保证法律的同等保护。^④诚如学者所言,具体解决模式虽然肯定能解决问题,能对个案作出判断,然而这种没有规范依据而任由法官内心确信的方法又何异于凭空捏造呢?^⑤

人类历史的每一步,都证明着凡是人类有意识的活动都受到价值判断的引导,其间区别仅在于:受未经理性反省的价值判断的引导,还是受过理性反省的价值判断的引导;受他人价值判断的引导,还是受自己价值判断的引导;受有根据的价值判断的引导,还是受无根据的价值判断的引导。^⑥民法作为一门实践技艺亦不例外,其不只是一个自给自足的概念体系内进行逻辑推演,更重要的在于不同价值冲突之间的平衡,以切实回答现实生活中出现的各种价值判断问题。价值判断是现代民法的核心问题,在一定程度上,可以说民法的发展史就是追求价值共识的过程。

(三)究竟能不能对案件作出“公正”的裁判

我同意这样一种说法,所谓“概念法学”也不过是一种标签,没有人真正坚持纯粹的概念法学或“法条主义”,即使是德国概念法学派的代表性人物普赫塔(Puchta)也并没有拒绝一切现实的思考。问题的实质其实在于对待法律、法官的裁判能力以及自由裁判权的态度:是否相信立法者会制定出符合法律

原本精神的规则;是否相信法官会在一般理性的支配下做出公正的裁量。^⑦法官与立法者一样,都必须去界定生活中存在的各种相对立相冲突的利益,但不同的是,法官必须受到制定法中所包含的价值判断的拘束。^⑧在“法官受制定法拘束”这个原则下,法官裁判案件的基本问题就在于:法官应该以何种方式正确地探知制定法的价值判断。^⑨

价值法学或曰评价法学一向被认为是作为对概念法学和利益法学进行立场折中的理论而产生的。说白了,利益法学所主张的利益衡量实际上就是一种价值衡量,是对于何种利益居于优先顺位的判断,实质就是一种价值评价。价值法学派以隐藏于法概念后面的价值为基础展开对“法律概念”与“法律原则”间关系的探讨,并提出以法律原则为纽带的体系理论。这种体系理论的主要特点在于“活化法律体系”,使法律不因体系化而僵化。“它不但具有开放性,以便将来随着人类日新月异的社会生活而演进,而且具有动态性,以配合人类各色各样的社会生活而调整。”^⑩

价值法学(评价法学)的正当性,在今日已几无争议,但是其也带来了一些新的问题。尽管价值法学认为法律规范中的价值判断在某种程度上可以起到规定判决结论的作用,但是在此种情形下,如何从法律规范中获得基本价值判断,仍成为一项悬而未决的难题。^⑪在许多案件中,法官的价值判断可能会取代立法者的价值判断,而且,可能无法依照有效的客观标准对这些价值判断做事后的审查。事实上,对于这些标准为何,法学家也是众说纷纭。这种意义上的价值(评价)法学也有矫枉过正之嫌,因为其忽略了一个重要的问题,即在司法者对于立法者的评价无从认识的情况下,应当如何进行裁判。换言之,能否完全依赖于法官的自由裁量来进行判断呢?

当然价值(评价)法学也给我们带来了很多思考空间,我们应当认识到在适用法律的过程中,主观因素是不可能完全排除的。可能正因为如此,拉伦茨的法学方法论才不局限于单纯对法律规范思考,也强调考察事实本身。他认为法律判断往往包含价值判断,价值判断正当化以在“规范与事实之间往返流转”为必要。拉伦茨致力于寻找可以对价值判断

进行审查的客观标准,以循序渐进地实现法规范普遍安定性与价值判断客观化的协调,也同时在功能层面上促进法规范客观地向前发展。因此,拉伦茨的理论也被称为评价法学的现代轨迹或者新评价法学。

三、作为方法论的价值判断

“法学兼具理论的认识及实践的价值判断两方面的因素,系一种具有实践性质的认识活动,故如何正确地解释法律,不仅系理论认识的问题,亦为一种实践的活动。”^④在方法论层面,当我们讨论价值判断问题时,主要有以下几个核心论点。

第一,寻求价值共识。从法理上看,民法适用的根本依据,来自正义以及社会价值的共识。毋庸讳言,法官对法律规范和案件事实的理解当中不可避免地会夹杂法官的个人成见。正如拉伦茨所指出的,法律之所以是制度,主要是它的安定性和普遍性。所以,在具体的民事裁判中追求个案特别的具体的公正的意图,对人类的实践活动而言,不仅是极没有效率的,而且在某种程度上而言也是不可能的。与此相对,法规范的普遍性,是我们不得不采用的规范模式。因此,现代法学研究的主题不在于其他,而就在于法学方法论的研究,从而去寻找使价值判断客观化的方法,以保证法的普遍性和法的安定性在契合时代主题的前提下得以客观地实践。^⑤

第二,法典的体系效应。尽管价值判断、利益衡量是司法中非常重要的一种方法,然而并非在每个案件中都须使用价值判断和利益衡量来解决问题。这是因为,立法者在立法过程中已经先行做了一部分利益衡量工作。可以说,法律上的利益,并不是社会生活中利益的全部,它是以法定形式存在的利益,因此只有合法利益或权益才是法官在司法判断中需要关注的利益。“立法作为利益冲突调整的最为重要的工具,必须置于特定的社会关系或者法律关系的环境之中。法律是以国家的名义出现并要求全体社会成员普遍遵守的一种行为准则,它为人们追逐利益的行为提供了一系列的评价规范,努力为各种利益评价问题提供答案。”^⑥如果对特定的利益冲突已有法律规定,立法者已作出取舍,司法者就不应也不能随意利用自有裁量权进行利益判断和利益衡量;

换言之,司法者必须尊重立法者体现在实定法中的价值取向。^⑦

当然,这也就对法典编纂提出了更高的要求。民法典不仅需要为裁判机关妥善处理民事纠纷提供规范支撑,更要让裁判者在面对那些无法通过法律解释、类推适用和法学通说来处理的价值判断问题时,能够在法典中找到立法者的结论。^⑧

第三,以一般条款作为价值传递的路径。为了减少抽象概括式立法的缺点,立法者在法典中规定了一些“一般条款”,一般条款在私法中大多是以法律原则的形式出现,如诚实信用、禁止权利滥用等。这些条款具有指令的特点,属于判断标准,其外延应是开放的,本质上是赋予法官以自由裁量权,为个案的裁判指引方向。^⑨

成文法中广泛使用的一般条款往往包含直接的价值判断因素。以宪法和民法关系为例,宪法所确定的基本权利对民法的影响主要是通过民事立法的方式使基本价值体系在民法规范中得到反映。宪法作为民法典的效力基础,两者的关系主要在于基本权利,即通过民法典来具体化或者实践宪法上的基本权利。^⑩但是由于立法本身的局限性,仍然可能出现民法对基本价值体系贯彻不彻底的情形,此时,基本权利对第三人产生效力主要是通过法官对民法一般条款(基本原则)的解释将基本权利这一客观价值秩序注入民法体系。

一个需要注意的问题是价值判断与政策(政治)考量之间关系的处理。有学者直截了当地指出,所谓“价值判断”无非就是对于案件判决的政策性的甚至(在功能上)政治性的判断,只是有学者可能为回避政治而愿意美其名曰而已。^⑪此话虽然刺耳却切中肯綮。这种情形在个案中尤为突出,在疑难案件中法学外的价值判断与法教义学之间的关系显得更为紧张。法官如果固守法教义学,难免将有损于个案正义,若脱离教义学寻求于法外的价值判断,则又会走向法律虚无主义,批评论者便又会得出法律裁判无非是政治、舆情等法外价值裁判的装饰的结论,动摇法的安定性根基。^⑫

第四,以法律解释作为价值补充的方法。法律解释是解释主体基于价值判断选择解释对象和运用

解释方法的结果。价值判断如同解释活动,都是一种思维的逻辑或路径,同具方法论上的意义,但价值判断更加靠前,先有价值判断后有解释活动,价值判断决定着法律解释的路径。^⑩诸如诚实信用、禁止权利滥用等一般条款,都是内涵不确定同时外延开放,在适用中,都需要法官进行创造性的价值补充。至于在法解释过程是否具有客观性,法解释是否应在价值判断下展开,以及价值判断应秉承何种限度,都是需要讨论的问题。

价值判断是无处不在的。当面对具体案件时,依照前述价值判断方法的核心要点,价值判断的形成与适用大致遵循以下路径:首先应明定所处理的问题的本质,即明确对待当事人双方的纠纷时,裁判者缘何会在此利益与彼利益之间纠结往复;其次,厘清案涉纠纷所纠葛的利益关系并作出价值判断,这样做同时也是为了使问题的讨论能够遵循一以贯之的价值路径,从而增强论证的说服力;再次,结合价值判断的结论对法教义学上的各种判断方法做出选择;最后,基于前述论断得出能够平衡各种利益的裁判模式。

四、四个标本

实体法当中的法理从来不会仅仅停留于高堂讲章的叙述,我接下来更愿意通过实例而不是抽象理论来显示:在处理具体的司法案件时,基本的价值判断如何形成;价值判断在裁判中如何具体适用;(甚至试图表明)必要的价值判断对于“客观的”案件事实的形成同样具有重要的意义;以及,不同部门法之间价值判断的交汇和干扰对于裁判思维的影响。

(一)标本一:批评的尺度

民法的价值判断问题大多属于自由及其限制问题。^⑪表达自由、舆论监督以及民事主体的具体人格权(诸如名誉、肖像、隐私之类),如果各自评判,都可谓重要且不可或缺,然而在具体司法案件中,当上述价值目标集合于一项终极判断且相互冲突时,价值判断就不可避免。通常认为,法益位阶原则是解决权利冲突的有益思路 and 有效办法,是权衡处于不同位阶上权利的有效工具。但是,面对表达自由、舆论监督和人格权的相互冲突时,法益位阶原则却遇到了困境——在“说话的自由”“监督的需要”和“个体

的尊严”之间无法判断孰优孰劣。三者的不可或缺性,决定了法益位阶原则适用上的困难。

平衡或者解决权利(利益)冲突的另一常用手段是对权利的限制。权利冲突表面上是权利行使的交叉,背后则蕴含着是否对某种权利进行限制或者强化保护的价值判断。由于表达自由易使他人因此而遭受损害,对其应加以适当限制已成为多数人的共识。任何一个法治社会,都不会容忍无限制的表达自由对人格权的侵害。对表达自由进行限制,是平衡表达自由与名誉权保护的重要手段。当然,为了保证对表达自由的限制不至于侵害表达自由本身的范围,就需要对各种价值作具体的比较衡量,以便找到保护和限制表达自由的基本界限。具体到侵害人格权的案件中,由于侵权主体并不相同,其背后的利益亦有差异,因此,对不同主体进行不同的限制,不失为调和表达自由、舆论监督与人格权保护的可行手段。

以消费者权益保护为例。当言论发布主体为消费者时,理论与实践通常给予更大的宽容,亦即对消费者的表达自由进行较小的限制,原因无非是:首先,消费者是市场经济中的弱势群体,其“弱势”主要体现为在交易信息的获得上与经营者处于不对称的地位。^⑫法律作为一种利益调和手段,应向弱势方倾斜。其次,在身份上,之所以制造出与经营者相对的“消费者”概念,本来就是为了在价值判断上对其进行倾斜考量,是故在表达自由的限制上同样应当对消费者进行特殊对待,即进行较少的限制。如此才有助于提高消费者的权利意识,符合社会的善良风俗,同时也能督促商家改进自己的做法,维护消费者的合法权益。^⑬

当言论发布主体为新闻媒体时,前述结论仍然适用。虽然新闻媒体并非如消费者一般属于弱势群体,但新闻媒体背负着进行舆论监督的重担,新闻表达的自由度决定了媒体舆论监督权的行使,并直接关涉公共利益。消费者在交易实践中并非总能获知一些“黑幕”,一些事关重大公共利益的事件中新闻媒体都扮演着重要的角色。^⑭相应的,对于媒体表达自由的限制自应有所减弱,如果一律坚持客观真实的标准,不免会产生“寒蝉效应”——新闻媒体为避

免构成侵权,需权威机关作出定论后才予以报道,媒体舆论监督的积极性和时效性将大为降低。^⑤在此意义上,从维护公共利益的角度出发,给予新闻媒体更多的自由度,让它能够更多地反映、揭露法人生产经营中的问题,有利于维护社会公共利益,尤其是多数消费者的合法权益。

然而,当言论发布主体为同业经营者时,则是另一番景象。在欧盟和美国,依据言论表达的不同价值,通常将受保护的言论分为政治言论、艺术言论和商业言论,由于三者的目的和价值不同,故受保护的程度上也有不同,其中商业言论受到的保护最弱。^⑥在我国理论与实践,同业经营者批评监督的权利不应因存在竞争关系而被剥夺。相反,越是“圈子里的人”,越容易了解该行业的内幕,也越可能揭露竞争公司存在的各种问题,进而达到保护消费者权益、净化市场的目的。但随着市场经济的高速发展,行业中巨头林立,对市场份额的竞争亦呈现白热化趋势,为了实现自身利益的最大化,同业经营者之间难免相互批评,以期通过减损对手的方式提高自身商业地位。同业经营者的身份及其所处的地位,取得信息的难度以及相关言论关涉公共利益的程度,与前述消费者及新闻媒体均不相同,决定了对待同业经营者不应与对待消费者和新闻媒体秉承同样的标准。

详言之,首先,同业经营者在身份上同样属于经营者,与言论指向的经营者处于同等地位,并不存在偏斜保护的法理。其次,在信息获得的难度上,同业经营者也并非如消费者及新闻媒体存在较大差异,越是具有竞争关系的对手,越是了解同行业中的一些“内幕”,因此同业经营者并不会因为在信息取得上存在较大难度而处于弱势地位。最后,由于同业经营者并非处于客观中立的地位,决定了同业经营者在发表批评性言论时的目的难言纯正,难免带有贬低对手以抬高自身,从而追求更大商业利益的考虑,这也致使同业经营者所发表的批评性言论关涉公共利益的程度较低。^⑦

因此,同业经营者对于他人提供的商品或服务并非不能批评,但如果为了竞争目的而对他人进行商业评论或者批评,相应的表达自由就应受到更多

的限制。申言之,同业经营者在发表批评性言论时相较于消费者应当更为审慎,其秉承的目的必须正当,基于的事实应当客观真实,所持立场亦应中立公允。否则,便更可能触碰侵权的红线。^⑧

综上所述,同业经营者的身份和所处地位、信息取得的难度以及关涉公共利益的程度,与消费者和新闻媒体皆存在差异。之所以偏重保护消费者和新闻媒体的表达自由,是因为消费者处于相对弱势地位,在信息取得上与经营者并不对称,而新闻媒体的身份与职责在于对市场进行监督,且二者所发表的对于商品与服务的批评性言论亦与公共利益息息相关。但对于同业经营者而言,由于其本身为经营者,且获取信息较为便捷,不存在信息不对称的情况,加之其所发表的言论与公共利益的关联较少,故偏重保护表达自由的法理对其并不适用。相反,基于同业经营者的上述特征,在商业诋毁中,应对同业经营者课以更高的注意义务,在一定程度上限制其表达自由。这就是基本的价值判断。

(二)标本二:知假买假行为的司法判定

自1995年“王海打假案”以来,我国理论与实务界对于“知假买假能否请求惩罚性赔偿”这一问题历经数十载仍争论不断,多数论争沿用了概念法学的分析方法,主要围绕法律条文中的术语展开语义分析,其中对于《消费者权益保护法》第2条规定的“消费者”概念的解释分歧乃其典型例证。

全国人大法律委员会在对《消费者权益保护法》进行修改时曾经指出:“消费者权益保护法是保护市场交易中处于弱势地位的消费者的法律,体现了对消费者的特殊保护。至于平等民事主体之间的其他关系,则受合同法等法律的规范。同时,‘生活消费需要’的表述涵盖范围较宽,可以为法律适用留有余地。”^⑨立法者这种刻意保留的态度,赋予了论者较大的解释空间与余地。有观点认为,《消费者权益保护法》第2条是以“是否为生活消费”来对消费者进行定义,故只要购买人的购买目的不是为了生产经营,就应认定为消费者,即使是知假买假行为也有权请求惩罚性赔偿。^⑩也有观点认为,“知假买假”案件的原告,其订立合同的目的不是“为生活消费的需要”,因此按照《消费者权益保护法》的规定,应当认定其不

是消费者,故不受消法保护。^④还有观点认为,只有在“消费者为消费行为”之时,方可适用《消费者权益保护法》的规定,“知假买假者”虽然也可以认定为是消费者,但其购买超过日常生活需要商品的行为属于“非消费行为”,因此不受《消费者权益保护法》的保护。^⑤

必须承认的是,上述解释路径在逻辑上皆能融贯自洽,持此观点的论者与持彼观点的论者互相之间都无法说服,由此带来的后果便是,司法实践中形成完全相反的两套裁判方案,造成“同案不同判”,严重影响司法裁判的统一性与确定性。在知假买假能否请求惩罚性赔偿这一疑难问题面前,概念逻辑的推演本身无法对上述互相冲突的结论做出取舍,正如学者所总结的那样,“对于知假买假这类具有显著的中国特色的问题,其产生原因、实践类型和社会效应都有本土复杂性,希望将复杂现实问题转化为形式问题来处理的努力,常常无助于有效解决现实问题”。^⑥在概念法学的形式理性捉襟见肘、难以充裕自如之时,价值判断方法作为概念规则适用的补充,将开始发挥作用。

实质上,在概念分歧面前,决断的要素只能是价值判断,即通过做出实质的价值选择指引解释的路径和方向。其实,立法者对“消费者”概念有意保留的态度,也说明了对“消费者”的具体判定并非概念定义本身能够解决的问题,避免赋予概念绝对化的内涵,有助于防止裁判过分关注概念本身,从而鼓励司法充分发挥其能动性,于个案中做出取舍。实践中,知假买假的形式纷繁多样,个案中所纠葛的利益关系也不尽相同,但大致可以将知假买假区分为良性的与恶性的知假买假。^⑦面对此种区分,裁判者应有的价值判断是,支持良性的知假买假,不支持恶性的知假买假。为保持价值上的融贯,法官在裁断具体个案做出价值判断时,需要考量如下因素。

首当其冲的是需要考虑“知假买假”行为是否与诚实信用的民法基本原则相符。诚实信用原则作为民法中的帝王条款,虽然可能在一些特定时期的价值权衡体系中,被置于某一价值下考虑,但无论如何,其内在意蕴与外化表征都不能被忽视或低估。^⑧法官在裁断具体案件时,也应充分认识并重视

裁判结果对整个社会诚信度的影响,对于确有不诚信行为的经营者判决惩罚性赔偿自属应当,但面对以不诚信为内核的恶性知假买假行为,亦应发挥司法的指引作用。无论是多次购买逐一索赔、同一购买行为分开结账以恶意制造出多份合同关系,抑或是利用已经胜诉的判决再次购买以期再次获赔的打假行为,以及由此演化出的以诉讼为手段对商家进行敲诈勒索的行为,皆有悖于诚实信用,即使这种知假买假行为在形式上、逻辑上符合惩罚性赔偿的构成要件,但在价值上应对其予以否定评价,方可避免助长此种愈演愈烈的恶性知假买假行为的歪风。

再有,裁判者还需要考量,如果支持案涉“知假买假”的行为,能否发挥制度本身的作用与价值。考究《消费者权益保护法》第55条的规范目的,其承载了如下期待:首先,相应制度被视为“对于公共政策的私人执行”,易言之,惩罚性赔偿在一定程度上是对公力救济之不逮的私力补偿,若运用得当,则有利于弥补分散的个体消费者诉讼动力缺陷,从而提高不安全产品的发现和追诉概率;^⑨虽然“保护消费者权益”和净化市场环境并不一定是打假者的本意,但其针对商家欺诈的诉讼活动却能够带来这方面的客观效果。^⑩其次,相应制度属于私法上的治理手段,与行政法、刑法等公法形成了多元的治理机制,可以发挥合力治理作用。^⑪

无可否认的是,部分知假买假行为在客观上的确发挥了打击假冒伪劣等违法经营行为的功能,担负起了净化市场的职能,弥补了行政机关的监管缺失;在价值导向上支持此种知假买假行为,有助于达到制度本身的目的。但必须注意的是,将私法引入公法制度固有的弊端在于,无论是程序设计还是制度保障,私法与公法毕竟难以完全并轨,私法介入公法所应当承担的职责极易导致社会效果的偏离。换言之,此种弥补国家监管不足的功能期待,极易使知假买假者受利益驱使逐渐成为“职业打假人”。一旦知假买假者将打假作为职业后,希望的自然是假货越多越好,因为这样才能依靠惩罚性赔偿制度保持牟利状态的延续,确保这一“职业”有利可图。当打假成为一种经营行为时,无法不令人产生一种担忧,即利益驱动下的“营利”式打假会否背离《消费者权

益保护法》旨在保护处于弱势地位的消费者、打击假冒伪劣产品的初衷。此种名为“打假”实为谋私利的行为,在客观效果上很可能不仅对假货的减少并无助益,反而对有限的司法资源造成巨大浪费。毕竟在“逐利”的“打假”行为中,职业打假人与假货之间难免发生共存关系——假货越多打假人赚得越多,假货越少打假人便无利可图。面对此种打假行为,司法机关亦须明确表达否定性态度。通过实质的价值判断区分对待良性的知假买假和恶性的知假买假,能够弥补概念逻辑的不足,使裁判者作出的裁判既能彰显制度价值,又能维护当事人的合法权益。

从现有审判实践来看,法官的“实践智慧”得到了充分展现。典型的例子是,在个案之中,打假人诉请惩罚性赔偿已经获得支持后,为了谋取更多利益,再一次购买若干相同商品起诉请求赔偿时,裁判者往往并不陷入概念法学的泥淖,其一般判法是仅仅认定第一个购买行为属于为生活消费而得受《消费者权益保护法》的保护,对于之后的购买行为,由于属于明知瑕疵而仍然购买,且数量不属于为生活消费的范畴,遂判决驳回相应的起诉。^⑤还有诸多经营者提出购买者不属于消费者时,提供了原告购买的产品不符合理性人的消费水平、其之前有过多次购买相同产品并起诉的先例等例证,法院也会据此驳回原告的惩罚性赔偿请求。^⑥

诚然,法律条文若能够始终在概念上前后融贯,对法律规则的稳定性和可预期性断然有益,但实践中对待知假买假能否请求惩罚性赔偿这一疑难问题的解决方案,充分说明了在概念语句的模糊性无可避免之时,裁判者在解释路径的寻求上就不得不倚赖于通过价值判断的方法进行补充,通过对个案中知假买假行为可能带来的社会效应做出评价,最终进行权衡与取舍。换句话说,面对诸如知假买假能否请求惩罚性赔偿等疑难问题的拷问,概念法学已然无法应对自如,此时,运用价值补充方法进行裁断,恐怕是切实可行的对策。

(三)标本三:夫妻共同债务的认定

我一直认为,围绕夫妻共同债务的认定而发生争执的焦点,很大程度上是事实的认定问题。按照法律适用的最一般技术,一份判决的形成相当于形

式逻辑中的三段论。在三段论演绎中,法律规范充当大前提,法律事实是小前提,判决就是推理结论。其中的法律事实就是指经法官认定的有法律意义的事实,通常通过法庭调查以及当事人举证质证来完成。这种程序上的操作看上去似乎与价值判断毫无关系,事实作为一项客观的存在,取决于裁判者是否以及如何发现,与主观价值判断无涉。也正因如此,事实之调查和认定,一般不会被纳入价值判断的范畴。然而以下这个典型事例将表明,尽管经验的判定、逻辑的推理以及证据规则的设置为裁判当中案件事实的形成提供了可靠性基础,但在无法判定和逻辑无法推知的情况下,必要的价值判断对案件事实的形成仍然具有重要的影响。^⑦

1950年《婚姻法》颁布以来,我国对于夫妻共同债务推定规则一直坚持“目的推定制”。原《婚姻法》第24条规定,“离婚时原为夫妻共同生活所负担的债务,以共同生活时所得财产偿还”,该条规定确认了夫妻共同生活所负债务为夫妻共同债务的准则。现行《婚姻法》第41条延续了此种做法,该条规定:“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。”由此可知,以所负债务的目的和用途推定该债务是否属于夫妻共同债务,是我国《婚姻法》多年来坚持的原则。简单地说,如果夫妻负担的某项债务系用于夫妻共同生活,无论该项债务是以夫妻双方名义还是夫妻一方的名义负担,都属于夫妻共同债务;反之,则为夫妻一方的个人债务。^⑧民事裁判中要判断某项债务是否属于夫妻共同债务这一法律问题,前提是必须查证该项债务是否被用于夫妻共同生活,这是一个纯粹事实问题。

在实践中,判定以夫妻双方名义共同负担的债务属于夫妻共同债务自不待言,即使对于夫妻一方为了家庭日常生活所负担的债务,亦可以借助家事代理权理论,将之归入夫妻共同债务的范围。^⑨实务中面临的最大考验、也是社会反响最为激烈的,是对于以夫妻一方名义对外负担的超出家庭日常生活的债务,能否认定为夫妻共同债务。换言之,法官纠结的是如何准确地做一道“以夫妻一方名义对外负担的超出家庭日常生活的债务是否用于夫妻共同生活”的事实判断题。

这道判断题的答案依赖于裁判者的价值取向。2003年最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》[以下简称《婚姻法司法解释(二)》]给出了一个较为确切的回答。该解释第24条第1款规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”该条规定以夫妻日常家事代理权为法理,确认了夫妻共同债务推定规则。^④根据该条规定,婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负的债务,在用途上均得推定为系用于夫妻共同生活,为夫妻共同债务,但不排除配偶一方举出反证。另外,如果配偶一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者证明存在《婚姻法》第19条第3款的情形,即债权人明知夫妻存在分别财产制的约定,则该债务为举债方个人债务。显然,在价值判断上,由于将推翻法律上夫妻共同债务存在的事实的“推定”的举证责任分配给了配偶一方,《婚姻法司法解释(二)》第24条的推定论体现出了浓厚的保护债权人利益和维护交易安全的色彩。

该条解释出台后,司法实践开始使用上述推定方式处理婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务的认定,此种裁判规则随即引发巨大争论。批评意见主要认为,在法理基础上,该条解释以日常家事代理权为依据,构建夫妻共同债务推定规则,属于对日常家事代理权的误用,因为“日常生活”仅属于“共同生活”的一部分,夫妻共同债务的范围包括但不限于基于日常家事代理权产生的夫妻共同债务;^⑤在规范构造上,司法解释对夫妻共同债务的认定以“婚内标准”取代了《婚姻法》规定的“共同生活”标准,违背了立法本意;^⑥尤其是,在价值取向上,《婚姻法司法解释(二)》确定的共债推定规则不仅不利于维系和巩固夫妻团体关系,而且有违强调人格独立和个人主义勃兴的时代潮流。^⑦另外,在司法实践中,基于司法解释规定的除外情形过少的现状,有人称在接近九成的夫妻共同债务纠纷案中,夫妻一方对外举债都被推定为夫妻共同债务。^⑧鉴于无辜被

拖累负债者数量庞大,论者进而呼吁,应当废除《婚姻法司法解释(二)》第24条。^⑨

在我看来,就规范层面而言,《婚姻法司法解释(二)》第24条的设计并无问题。具体来说,《婚姻法司法解释(二)》第24条虽表述为“婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务应当按夫妻共同债务处理”,但其实质上跳过了一项论证的中间环节,即推定婚姻关系存续期间内夫妻一方以个人名义所负的债务,都会用于“共同生活”,进而再依据《婚姻法》第41条的规定,将该债务划归为夫妻共同债务。夫妻共同债务推定的基本精神仍未超出《婚姻法》第41条规定的内涵,也并未改变以“共同生活”作为认定夫妻共同债务的标准。换句话说,配偶一方不仅可以依据《婚姻法司法解释(二)》第24条的除外规定证明在订立合同时债权人与债务人达成了该债务系个人债务的合意,或者存在《婚姻法》第19条第3款的情况,还可以通过证明案涉债务与夫妻日常生活无关(如负债时夫妻已经分居),从而推翻共同债务的推定。^⑩在此意义上,《婚姻法司法解释(二)》第24条的规定在规范上和《婚姻法》第41条的规定并不存在冲突,前者只是举证责任分配的程序性规定,后者则是夫妻共同债务认定的实体标准。

问题在于,无论是通过事实的证明还是借助推定规则来拟制,夫妻双方在婚姻关系存续期间是否知晓、以及是否从配偶一方所负债务中获益,都是这项规则得以正确妥当适用的前提,而此项前提判断的形成恰恰构成真正的冲突——价值取向上的冲突。如前所述,推定论体现出对债权人利益和维护交易安全的偏重保护,难免造成对配偶另一方保护的缺失。根据《婚姻法》第19条第1款的规定,我国的法定夫妻财产制为婚后所得共同所有制,在学理上这种共有属于共同共有,论者通常会认为,既然夫妻婚后收入属于共同共有,则因共同生活所负债务也由夫妻共同偿还自然也理所应当。^⑪《婚姻法司法解释(二)》第24条正是在夫妻共同财产制的立法现状下做出设计,其预设判断乃确信夫妻间属于最亲密共同体,对于以夫妻一方名义所负的债务,推定另一方应当明知;反之,如果不将该项债务归为夫妻共同债务,将可能导致夫妻双方恶意串通转移资产,通

过减少债务人的责任财产的方式损害债权人的利益。因此,第24条基于偏重保护债权人利益的需要对夫妻共同债务的证明责任进行了分配,将婚姻存续期间夫妻一方以个人名义负担的债务推定为夫妻共同债务,债权人原则上可以就夫妻共同财产受偿,除非配偶一方能够举出反证证明该债务仅为债务人的个人债务,以推翻这种推定。需要强调的是,此时推定的夫妻共同债务,限于以夫妻共同财产和举债方的个人财产作为责任财产,配偶方的个人财产原则上不属于责任财产。^②在区分夫妻共同债务不等于夫妻连带债务的前提下,理论上配偶方可能蒙受的不利益也被限制在了夫妻共同债务的应有份额内,而未及于其个人财产,因此在利益衡量上,虽然使配偶方承受了一定的不利,但该种不利具有可控性,故司法解释的制定者在价值层面的考量本身也并不欠缺正当性。

问题出在操作上,司法解释制定者利益平衡的考量很不幸地在实践中往往落空,即对非举债方不利益进行控制的价值目的并未完满实现。如前所述,配偶一方证明在订立合同时债权人与债务人达成了该债务系个人债务的合意,或者证明存在《婚姻法》第19条第3款的情况本就存在困难,如果诉诸通过证明案涉债务与夫妻日常生活无关,则配偶一方需要举证证明案涉债务“未用于共同生活”,或者配偶一方“未分享共同利益”,但是,“未用于”也好,“未分享”也罢,二者皆属于消极事实,从可能性的角度,证明某一事实并未发生实在强人所难,在逻辑上也难以成立。^③这就导致配偶方欲在诉讼中举出反证极其困难,法律上关于共同债务的推定几乎无法被推翻。^④由此导致的后果是,配偶方的不利益并未被限制在合理范围内,配偶方时常需要承担“被离婚”又“被负债”的后果,致使其利益受到巨大损害,甚至酿成社会关注。

为在价值层面解决前述弊端,增强对配偶方利益的保护,最高人民法院在充分调研后,于2018年1月发布《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(以下简称《夫妻债务纠纷解释》),解释第3条规定:“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负

的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”该规定意味着在事实判断上,对于夫妻一方名义所负的超出日常生活需要的债务,不再直接推定为夫妻共同债务,而有赖于债权人证明该债务用于“夫妻共同生活”或者用于“共同生产经营”等积极事实。同时,《夫妻债务纠纷解释》除规定正在审理的一审和二审案件均适用新司法解释外,还特意强调已经终审的案件,若是存在认定事实不清、适用法律错误、结果明显不公的,也应该依法再审予以纠正并改判,以保护配偶一方受损的权益。这一举动明显做出举证责任上的偏移,有可能显著改善举债方配偶在诉讼中的“不利”地位。

显然,在新的司法解释所确立的规则当中,维持家庭伦理需要的利益,相较于交易安全和交易效率的利益,被赋予了更为优越的地位。这一立场上的变化,无疑是价值判断上的取舍考量。无论是《婚姻法司法解释(二)》还是《夫妻债务纠纷解释》,都是以《婚姻法》第41条的规定为基础,二者的价值差异直接影响了对于婚姻存续期间以夫妻一方名义所负的债务“是否用于共同生活”的事实判断问题,前者是推定所有的债务都用于共同生活,而后者则是将超出日常生活需要的债务推定为未用于夫妻共同生活,而需要债权人举证加以证明。同为事实问题,价值导向的差异引致出的举证责任规则,将有可能对此产生颠覆性的影响。

此项变化的效果仍然有待评价。将举证责任分配给了证明积极事实发生的债权人一方,看上去似乎更加有助于查清案件事实,但由此带来的问题是,按照日常生活常理,夫妻一方是否将案涉债务用于共同生活的证据均为夫妻方所掌握,债权人要证明债务用于夫妻共同生活绝非易事,由此必然带来对交易安全的担忧。相应地,债权人为了保障自身债权的实现,就不得不要求所有的债务人在发生债务时让其配偶在债权债务协议上签字,以实现“共债共签”,此举会否极大地增加交易成本,丧失交易的效率,不无疑问。尤其是在陌生人交易的场合,债务人是否有配偶、债务人所声称的配偶(甚至所提供的结

婚证)是否真实,债权人其实难以确定。就算形式要件全部满足,如果配偶方不同意交易,进而不愿意实施“共债共签”,理性的债权人就很可能取消交易。如果市场经济最具代表性的合同动辄就因为某项规则的存在而无法成立,则交易阻滞、流通丧失,财富流将受到极大限制。总之,当价值判断倒向家庭伦理时,在天平的另一头,会否“按下葫芦起了瓢”?

规则并无对错之分,对于夫妻共同债务事实认定和举证规则的探讨,无非是在价值层面再次反映出配偶方保护与债权人保护之间的紧张关系,前者突出代表着家庭伦理与道德人伦价值,后者则是交易效率与交易安全价值的典型体现,二者的碰撞与交融,方才是法律真正的魅力所在。

(四)标本四:民刑并立,抑或以刑代民?^⑤

“民刑交叉”或“刑民交叉”,此类现象,学界也有称为“民刑交织”“刑民交错”或者“民刑结合”,^⑥单就其内涵而言,尚未形成共识。就案件处理中所涉疑难,归纳起来主要包括刑、民程序的协调与实体责任的确定两个方面。其中,前者主要涉及诉讼模式的选择,即究竟应该“先刑后民”还是“先民后刑”,抑或“刑民并行”;后者则以刑民交叉案件的定性和类型化为出发点,确定刑民两种责任及二者之间关系。具体而言,由于案件的法律事实产生了重合,根据民法产生了民事责任,而根据刑法却产生了刑事责任,同时法律主体也存在一定程度的重合,作为合同一方的当事人同时就其合同行为而成立犯罪。对于刑事责任部分要通过刑事诉讼运用公权力进行制裁,对于民事责任部分要通过民事诉讼对私权利进行救济来实现最终的权利救济,由此产生了不得不面对的民刑交叉难题。在处理此类案件时,如何评价民事合同的效力,乃是刑民交叉中最为重要的法律实体问题。涉嫌犯罪的民事案件在司法实践中屡见不鲜,裁判上往往最显复杂、疑难。然而现有法律并未作出明确规定,由此导致案件处理上混乱不堪,不同地区、不同法院乃至同一法院的不同法官对此在法律适用上极不统一。^⑦尤其是在合同纠纷中,当事人一方犯罪、另一方则据此主张合同无效的情形,在审判实践中最为常见,但因没有相应的法律依据而处理结果迥异。^⑧由于合同无效的法律后果相对简单、

易于掌握和操作,同时其在对受害人的救济上(如刑法上的追缴)并无明显不同,故而相当长的一段时间中并未引发太大的困惑和障碍。在对被告人的行为作出法律评价时,法官受传统刑事主导观念的影响,倾向于将构成刑事犯罪事实中涉及的民事行为也一概归于无效,由此对当事人的意思自治作出完全彻底的否定。例如在涉及民间借贷合同(借款合同)及其担保合同的效力认定上,传统观点就认为,借款人在向社会公众借款时有犯罪的故意和行为,或者出借人在出借款项时有贪污受贿等犯罪行为,因此所涉及的民间借贷合同只能认定无效。尤其是在刑事领域,这种观念根深蒂固,且具有很强的“诱致性传导力”。^⑨非法集资犯罪更是此类案件中较为典型的类型。^⑩

在我看来,意欲回答刑事判决究竟何以影响民事合同的效力,仍然要遵从不同部门法的价值和价值判断。

刑事规范的基本模式为禁止,其主要目标和功能在于打击那些具有严重社会危害性的犯罪行为,从而保护国家、集体、社会以及公民个体的利益。因此,刑事法律关系就是犯罪人与国家之间的关系,而这是一种不平等的法律关系,作为公法的刑法所维护的国家和社会公共利益的特征正是如此范围宏大且内容抽象。比如,之所以规定绑架行为为犯罪行为,乃是缘于这种行为不仅侵犯了他人的人身安全和生命健康,侵害了他人自主移动场所的自由,而且还侵犯了国家的正常运转与社会的安宁秩序。这点与民法恰恰不同。以私法自治(意思自治)为基础的民法,建基于个人与个人之间关系的调整。^⑪民事规范的基本范式是授权,法律宣示民事主体依法享有的各类权利,并对权利所受到的损害提供可靠的救济,以此来保障各类主体的意思自治和契约自由。换言之,任何民事主体均拥有在法律允许的范围内完全独立自主地决定与其利益相关的任何事项,并有权根据自己的意志,通过法律行为构筑起法律关系的可能性。^⑫民法规范以尊重当事人意思自治为要素,以肯定当事人意思表示为手段,以维护当事人意思结果为目标,充分体现民事主体所享有的行为自决和行动自由,从而促进民事权益最大化。

在法不禁止的范围内,个人享有充分的行动自由,不过不得妨碍他人同样得以享有的自由,因而对合同条款效力的判断,不仅要考虑合同当事人的利益,而且还要考虑与合同存在利害关系的第三人的利益。但是,为避免不当干预进而损害私法自治下的行动自由,在对双方的合同损害第三方(国家、集体和个人)的利益加以干预时,这里的“利益”应当是具体的利益,而非宏观、抽象的利益。总之,判断刑事判决对民事合同效力的影响时,需要从价值上考虑合同承载的交易行为的价值是否属于刑法所禁止或否定性评价的价值,如果合同承载的交易行为并非刑法所禁止或否定性评价的对象,则合同并不必然因犯罪行为而无效。

不过,即使明确了民法价值与刑法功能的异同,在法律适用中仍然面临法教义学上的困惑。仅举一例说明,《合同法》第52条第5项中所称之“法律”是否当然包括刑法?目前,学界和实务界对涉犯罪合同的效力问题远未达成一致,实务上,认定涉犯罪合同无效的裁判依据以其违反《合同法》第52条第5款规定为主流。^⑧如前所述,作为法律行为的合同,是私法自治的技术工具。民事主体通过订立合同设定彼此间的权利义务关系,合同之所以产生约束力,是因为缔约双方当事人基于彼此的意思自治而达成协议,共同为双方关系设立相互遵从的规则。^⑨由于人类生活中的绝大多数利益安排都需要借助与他人的合作来实现,从而合同成为市场经济条件下人类活动的最重要手段。通常情况下,私法自治确保的合同自由具有与前者同样的价值,合同当事人自愿协商的结果并不受他人观念的评判。合同双方当事人订立合同的目的是为了达到一定的私法效果,合同作为一种民事私法行为,其效力应当由民法认定,而不能当然地以刑法的判断代替民法的判断。“凯撒的归凯撒,上帝的归上帝”,“合同”与“犯罪”二者所评价(或适用)的对象并非一致,如果仅仅因为民事合同涉及犯罪则一概认定为无效,则等于承认公法的利益和目的必须为私法所服从、所遵循、所追求。民法有其自身的规则体系和调整方法,民事合同是否有效应由民法来衡量,刑法不能越俎代庖,只有通过《合同法》和其他法律规范相结合才能对合同效力作

出正确判定。说到底,刑法规范一般不直接调整私法行为,其中的强制性规定只是对某类犯罪行为进行规制,本身并不产生私法上的效果,故刑法规范中的强制性规定不能直接援引作为确定合同效力的依据,需结合其他规范加以解释。在认定合同效力时,仍然要根据合同法有关合同效力的规定以及合同当事人是否知道或应当知道借款行为涉嫌犯罪或用于违法目的等事实,综合予以判断。^⑩因此,不能认为《合同法》52条第5项中据以认定合同无效的“法律、行政法规”当然地包括刑事法律规范。

五、尾声

价值判断是困扰人类智慧的难解之题,也当然是民法问题的核心。探索这条民法中的典型法理问题的道路充满艰辛,以至于分析哲学家干脆否认价值判断问题可以成为理性讨论的对象。如果我在这篇文字中同样传递出一种面对价值判断难题时所产生的认知上的迷茫和无奈,那么可能不幸(抑或有幸)再次印证了他们的定论:“只表达价值判断的句子没有陈述任何东西,它们是纯粹的情感表达。”^⑪再次转述这种消极言论并非真心要传递某种虚无主义的情绪,恰恰相反,回到本次讨论的主旨上来说,探索“实践性”“部门性”的民法学与“理论性”“指导性”的法理学之间的关联与互动,乃至试探人类理性的有限性和世界的无限复杂性的对抗,所彰显的正是人类作为思考动物的优越。正好比一万个个人读《圣经》,会有一万种读法。^⑫民法,这部“人民权利的圣经”,在涉及其中的价值判断的时候,也大抵如是吧。

中国人民大学法学院博士研究生阙梓冰、李付雷等提供了研究上的大力协助,谨致谢忱。

注释:

①张文显:《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,载《清华法学》2017年第4期。

②姚辉:《民法的精神》,法律出版社1999年版,第2页。

③王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年

第6期。

④王夏昊:《法学方法论的概念及其地位》,载《清华法学》2008年第1期。

⑤参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第15页、第16页。

⑥[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第15页。

⑦在关于价值判断的传统论述中,通常认为仅有在法官面对不确定的规范性概念或不确定法律概念以及概括条款时,需要进行价值补充。参见杨仁寿:《法学方法论》(第二版),中国政法大学出版社2013年版,第185-190页。

⑧侯猛:《当代中国法理学的变化与反思——一个局内人的知识社会学观察》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2019年第1期。

⑨“法学究竟是不是一门科学”的疑问来源于鲁道夫·冯·耶林的著作《法学是一门科学吗》。耶林在该书中对于法学这一门似乎从表面上就否定其科学性的学科是否有资格主张“科学”这一名称进行了详尽探讨。详见[德]鲁道夫·冯·耶林:《法学是一门科学吗》,李君韬译,法律出版社2010年版。

⑩[美]阿尔弗雷德·S.艾克纳主编:《经济学为什么还不是一门科学?》,苏通、康以同等译,北京大学出版社1990年版,第22页。

⑪[德]J. H. 冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性——在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

⑫[德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2013年版,第137页。

⑬[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第174页。

⑭[瑞士]菲利普·马斯托拉蒂:《法律思维》,高家伟译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(六),中国政法大学出版社2003年版。

⑮[德]卡尔·拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法学会的演讲》,赵阳译,载《比较法研究》2005年第3期。

⑯黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第229页。

⑰[德]考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,台北学林文化事业有限公司出版1999年版,第131页。

⑱参见谈话录:《权利冲突与权利顺位:民商事案件中的

利益衡量与裁判方法》,载《人民司法》(应用)2016年第25期。

⑲参见梁治平:《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1994年版,第51页。

⑳此处所提出的“裁判能不能采用法律以外的评价标准”以及后续“究竟能不能对案件作出‘公正’的裁判”的疑问,来源于哈特与德沃金等人对于法官在判案时是否应当以法律作为唯一标准、裁判是否存在唯一的正确答案的争论。详情可参见[英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2018年版,[美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版。

㉑姚俊廷:《在“事实”与“价值”之间——马克斯·韦伯学术方法的法理学启示》,载《北方法学》2009年第5期。

㉒桑本谦:《法律论证:一个关于司法过程的理论神话——以王斌余案检验阿列克西法律论证理论》,载《中国法学》2007年第3期。

㉓苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

㉔张翔:《基本权利冲突的规范结构与解决模式》,载《法商研究》2006年第4期。

㉕冯平:《价值判断的可证实性——杜威对逻辑实证主义反价值理论的批判》,载《复旦学报》(社会科学版)2006年第5期。

㉖参见许德风:《论法教义学与价值判断》,注释35,载《中外法学》2008年第2期。

㉗例如,宪法之所以能够成为“法律的法律”,取得整个法律体系的中心地位,不仅仅是因为宪法是包括民法在内的整个法律规范体系的依据,更因为其是整个价值体系的集中地。

㉘吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,元照出版公司2007年版,第89-90页。

㉙黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第453-454页。

㉚顾祝轩:《制造“拉伦茨神话”:德国法学方法论史》,法律出版社2011年版,第109页。

㉛杨仁寿:《法学方法论》(第二版),中国政法大学出版社2013年版,第227页。

㉜[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2013年版。

㉝张新宝:《侵权责任法立法的利益衡量》,载《中国法学》2009年第4期。

㉞王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以

中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期。

⑤王文胜:《民法典的立法讨论应以价值判断问题为先》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2017年第1期。

⑥谢怀栻:《大陆法国家民法典研究》(续),载《外国法评译》1994年第4期。

⑦参见台湾大学王泽鉴教授2005年4月10日在浙江大学法学院举办的“基本权利与私法”学术研讨会上的发言。徐钢:《宪法与私法交汇点上的人权保障》,载《人权》2005年第3期。

⑧苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

⑨论者在探讨“规范拘束”与“个案正义”之间的矛盾与平衡时,认为可以通过以价值判断落实个案正义,同时价值判断的做出应受到规范体系的约束的方式,捍卫疑难案件裁判中法律属性的基本立场,最大限度地确保司法判决的确定性。参见孙海波:《在“规范拘束”与“个案正义”之间》,载《法学论坛》2014年第1期。

⑩邹海林:《私法规范文本解释之价值判断》,载《环球法律评论》2013年第5期。

⑪王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,载《中国社会科学》2004年第6期。

⑫参见陆青:《论消费者保护法上的告知义务——兼评最高人民法院第17号指导性案例》,载《清华法学》2014年第4期。

⑬参见张红:《法人名誉权保护中的利益平衡》,载《法学家》2015年第1期。基于消费者身份的特殊性,现行立法对表达自由和舆论监督均进行了明确规定。根据《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》第9条前半段的规定,消费者对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论时,原则上不应当认定为侵害他人名誉权,同时依据《消费者权益保护法》第15条的规定,消费者对商品和服务有进行监督的权利。

⑭典型例证如媒体历年来爆出的“假疫苗”事件、“苏丹红”事件、“瘦肉精”事件、“三聚氰胺”事件等。

⑮参见张红:《法人名誉权保护中的利益平衡》,载《法学家》2015年第1期。

⑯参见张志铭:《欧洲人权法院判例法中的表达自由》,载《外国法译评》2000年第4期。

⑰行为的目的同样会影响侵权行为的认定,如《民法典人

格权编》(第二次审议稿)第781条规定:“认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权以外的人格权的民事责任,可以考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度,以及行为的目的、方式、后果等因素。”

⑱实践中已有判决支持了此种观点,如在北京金山安全软件有限公司与周鸿祎侵犯名誉权纠纷案中,北京市海淀区人民法院认为:周鸿祎作为同业竞争企业的负责人,应对其言行谨慎负有更高的注意义务,其利用微博作为“微博营销”的平台,密集发表针对金山系公司的不正当、不合理评价,目的在于通过诋毁金山软件的商业信誉和商品声誉,削弱对方的竞争能力,从而使自己任职的公司在竞争中取得优势地位,具有侵权的主观故意。参见北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第19075号民事判决;北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第09328号民事判决。

⑲《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国消费者权益保护法修正案(草案)的说明〉》,转引自李适时主编:《中华人民共和国消费者权益保护法释义》,法律出版社2014年版,第351页。

⑳参见王利明:《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,载《政治与法律》2002年第2期。司法实践中,最高人民法院指导案例第23号“孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷案”的审理法院亦认为:只要在市场交易中购买、使用商品或者接受服务是为了个人、家庭生活需要,而不是为了生产经营活动或者职业活动需要的,就应当认定为“为生活消费需要”的消费者。参见南京市江宁区人民法院(2012)江宁开民初字第646号民事判决书。

㉑参见梁慧星:《消费者权益保护法第49条的解释与适用》,载《人民法院报》2001年3月29日。司法实践中,在王万里与徐州市鑫泰隆超市有限公司产品销售者责任纠纷案中,审理法院认为:自2015年4月以来,原告以产品销售者责任纠纷为由在本法院提起诉讼要求赔偿的案件已有几百起,案件被告分布在11个区县,且就同种产品、同类问题、同一商家原告提起多起诉讼,相应购买行为并非用于生活消费,具有明显的牟利目的,不属于《消费者权益保护法》保护的消费者,故对其主张退还货款并要求惩罚性赔偿的请求不予支持。参见一审:江苏省徐州市鼓楼区人民法院(2016)苏0302民初3051号民事判决;二审:江苏省徐州市中级人民法院(2017)苏03民终4512号民事判决;再审:江苏省高级人民法院(2018)苏民申2281号。

㉒税兵:《惩罚性赔偿的规范构造——以最高人民法院第23号指导性案例为中心》,载《法学》2015年第4期。更为详尽

和热烈的讨论请参阅:李志刚主编:《民商审判前沿:争议、法理与实务——“民商法沙龙”微信群讨论实录》,人民法院出版社2019年版,第194页以下。

⑤熊丙万:《中国民法学的效率意识》,载《中国法学》2018年第5期。

⑥良性的知假买假主要指针对具有实质安全问题的产品和误导消费决策信息的、有助于增进社会公益的知假买假行为,恶性的知假买假则指针对既无食品安全问题又不误导消费决策的标签瑕疵的、有损于社会公益的职业打假行为。详见论述,参见熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假案”为分析范例》,载《中外法学》2017年第2期。

⑦有观点认为,从法经济学的角度而言,认为在当今社会,不诚信行为的普遍化与公权机构矫正力的弱势化,使诸如知假买假的私力救济成本低廉且效果明显,应当予以激励。其论证核心是,效率价值应当优先于诚信价值。参见应飞虎:《知假买假行为适用惩罚性赔偿的思考——基于法经济学和法社会学的视角》,载《中国法学》2004年第6期。

⑧参见金福海:《论民间打假法律障碍的消除——兼论惩罚性赔偿制度在我国相关法律中的完善》,载《烟台大学学报》2004年第4期;熊丙万、周院生:《诉讼效益的经济分析框架——以当事人诉讼动力的调节机制为中心》,载《制度经济学研究》2015年第1期。

⑨参见奚晓明主编:《最高人民法院关于食品药品纠纷司法解释理解与适用》,人民法院出版社2014年版,第54页;熊丙万:《法律的形式与功能——以“知假买假案”为分析范例》,载《中外法学》2017年第2期。

⑩参见张新宝、李倩:《惩罚性赔偿的立法选择》,载《清华法学》2009年第4期。肖峰:《论“知假买假”行为的反契约性及其克服》,载《行政与法》2015年第1期;刘保玉、魏振华:《“知假买假”的理论阐释与法律适用》,载《法学论坛》2017年第3期。

⑪在王某某与镇江市八佰伴商贸有限公司产品责任纠纷案中,法院认定案涉茶叶存在稀土超标情况,支持了原告的诉讼请求。后王某某告知徐某从被告处大量购买同一种茶叶,并向同一法院起诉。但法院认为,原告应当知道该品牌茶叶可能存在稀土超标的情况,仍然购买并一次性买入32袋,其行为有违普通消费者的消费习惯,且不能作出合理解释,可以认定是以牟利为目的的购买,故判决不予支持原告的诉讼请求。参见江苏省镇江市京口区人民法院(2016)苏1102民初2074号民事判决书、江苏省镇江市京口区人民法院(2016)苏1102民初4194号民事判决书。另见于《“知假买假、购假索

赔”不适用于消法市中级人民法院公布七起典型案例》,载 <http://cmstop.zt.jszw.com.cn/chengshi/p/13922.html>, 2019年3月19日访问。

⑫在大商集团大庆新东风购物广场有限公司买卖合同纠纷案中,一审判决支持了打假人十倍赔偿的请求,但在再审中,法院查明打假人丛李松本人在本案前已就食品标签瑕疵问题提起多起诉讼,与本案案情类似的(2016)黑01民终4985号民事判决作出时间为2016年12月9日,而本案买卖行为发生时间为2017年5月22日。因此被申请人丛李松在熟知法律法规并参与多起诉讼的情况下,依然购买涉案食品,由此判断本案涉案食品的标签瑕疵并不会对被申请人丛李松构成误导,故再审判决改变了一审判决,驳回了打假人要求十倍赔偿的请求。参见黑龙江省大庆市中级人民法院(2018)黑06民再21号民事判决。

⑬舒国滢等:《法学方法论》,中国政法大学出版社2018年版,第244页以下。

⑭对于“共同生活”的解释,有观点认为不应局限于狭义的字面解释,而应将其外延扩大解释为“共同利益”,即只要某项债务旨在满足夫妻共同利益,则该债务也属于夫妻共同债务。相反,夫妻一方未分享到相应收益的,则该债务属于夫妻一方债务。参见最高人民法院民一庭关于夫妻一方对外担保之债能否认定为夫妻共同债务的复函(〔2015〕民一他字第9号)。司法实践中,不少法院倾向于将以夫妻一方对外负担的投资经营性债务认定为夫妻共同债务,也正是基于此种考量。如在张某某与田某等借款合同纠纷案中,最高人民法院认为:从本案的实际情况来看,徐某某尽管系担保人身份,但其同时也是债务人旭跃公司的法定代表人和控股股东,旭跃公司的经营状况直接影响股东徐某某个人收益的多少,和徐某某与张某某婚姻关系存续期间夫妻共同财产的多少也有直接关系。参见最高人民法院(2017)最高法民申44号民事裁定书。

⑮对于基于夫妻双方合意所负担的债务,根据《民法通则》第87条的规定和多数人之债的一般理论,本就应该认定为夫妻双方的连带债务,其本身与多数债务人之间是否存在婚姻关系并无直接关联。对于夫妻一方为了家庭日常生活所负担的债务,家事代理理论认为在基于一般日常生活需要而缔结合同时,相对人有理由相信做出意思表示的是夫妻双方而非夫妻一方,依据代理制度的相关理论,相应合同的法律效果归属于夫妻双方。最新的司法解释同样肯定了该种做法,该解释第2条规定:“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同

债务为由主张权利的,人民法院应予支持。”

⑭最高人民法院民事审判第一庭编:《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第257页。

⑮日常家事代理权主要适用范围在于法律行为直接满足家庭日常生活的情形,以日常家事代理权为依据,将夫妻一方在婚姻关系存续期间负担的债务一概推定为夫妻共同债务,超越了日常家事的范围,也违背了日常家事代理权的宗旨。贺剑:《论婚姻法回归民法的基本思路——以夫妻法定财产制为重点》,载《中外法学》2014年第1期;叶名怡:《〈婚姻法解释(二)〉第24条废除论——基于相关统计数据的实证分析》,载《法学》2017年第6期;缪宇:《走出夫妻共同债务的误区——以〈婚姻法司法解释(二)〉第24条为分析对象》,载《中外法学》2018年第1期。

⑯参见夏吟兰:《我国夫妻共同债务推定规则之检讨》,载《西南政法大学学报》2011年第1期。

⑰叶名怡:《〈婚姻法解释(二)〉第24条废除论——基于相关统计数据的实证分析》,载《法学》2017年第6期。

⑱陈法:《我国夫妻共同债务认定规则之检讨与重构》,载《法商研究》2017年第1期。

⑲除学界的呼声外,多位全国人大代表、政协委员曾连续多年在全国两会提案,并在各种场合发声,呼吁修正《婚姻法司法解释(二)》第24条。参见曾云英(全国人大代表):《借贷须夫妻共同签字方为共同债务》,载《人民法院报》2015年12月5日第5版。全国妇联副主席更是直指该条解释损害家庭成员的合法权益,导致一系列不公正司法判决,催生出一批无辜受害女性。一大批“二十四条受害者”,则向记者详细描述了他们的不幸遭遇。参见谷岳飞:《离婚被负债:她们是婚姻法第24条“受害者”吗》,载《新京报》2017年1月17日。

⑳实践中最高人民法院也肯定了此种判断。如在陈某某与郑某某、丁某某第三人撤销之诉一案中,最高人民法院在说理部分认为:《婚姻法司法解释(二)》将婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务推定为夫妻共同债务的前提是一方不能证明另一方所举债务并非用于夫妻共同生活,若有一方能够证明另一方以个人名义所负债务并非用于夫妻双方共同生活的,则应当直接适用《婚姻法》第41条的规定,由举债一方偿还。参见最高人民法院(2015)民申字第1031号民事裁定书。

㉑在比较法上,共同债务推定规则同样能够找到诸多国家立法例的印证,在采取夫妻共同财产制的国家,通常也伴随着夫妻共同债务推定规则。典型立法例,如《法国民法典》第

1413条,《意大利民法典》第190条,《路西斯安那民法典》第2360条、第2361条。

㉒学者在论及婚姻存续期间夫妻一方以个人名义负担的债务、债务人的责任财产问题时,认为学界普遍存在一项误解,即认为债务人此时的责任财产包括夫妻共同财产和夫妻双方的个人财产,其实,如果在夫妻双方的合意和符合日常家事代理权适用的场合,配偶方的个人财产应作为责任财产承担连带责任并无疑问,但是在其他的场合,配偶事实上无须以个人财产对案涉债务负责,相应的责任财产范围应当仅限于夫妻共同财产以及举债方一方的个人财产。更加详尽的探讨,参见龙俊:《夫妻共同财产的潜在共有》,载《法学研究》2017年第4期;缪宇:《走出夫妻共同债务的误区——以〈婚姻法司法解释(二)〉第24条为分析对象》,载《中外法学》2018年第1期。当然,反对意见也认为,区分夫妻共同债务和夫妻连带债务的实践意义不大,因为尽管夫妻一方的个人财产与夫妻共同财产在理论逻辑上的区分是清晰的,但在实践中却难以区分,尤其随着夫妻关系的延续,两者的区分不仅会越来越难,而且会发生混合、添附等导致归属关系变化的法律事实,从而趋向于财产混同。参见冉克平:《论夫妻共同债务的类型与清偿——兼析法释[2018]2号》,载《法学》2018年第6期。

㉓陈贤贵:《论消极事实的举证证明责任——以〈民诉法解释〉第91条为中心》,载《当代法学》2017年第5期。当然,该项判断也并非绝对,如前述案例所示,通过证明夫妻之间已经分居的积极事实,亦可以证实案涉债务未用于共同生活的消极事实。

㉔叶名怡:《〈婚姻法解释(二)〉第24条废除论——基于相关统计数据的实证分析》,载《法学》2017年第6期。其实,最高人民法院也意识到除外规定过少的问题,于2017年2月28日发布《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》,增加了两项免责事由,即夫妻一方与第三人串通虚构债务以及夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务不属于夫妻共同债务。但是补充规定仍未改变共同债务推定规则。

㉕本节内容笔者曾在另外一篇文章中做过更为详尽的表述,详见姚辉:《凯撒的归凯撒,上帝的归上帝——最高人民法院(2016)最高法民终222号判决评析》,载《月旦民商法杂志》2018年第9期(总第61期)。

㉖姚辉:《关于民间借贷若干法律问题的思考》,载《政治与法律》2013年第12期。

㉗杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著:《最

高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第239页。

⑧据学者统计，在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》出台前，2015年认定涉犯罪合同有效的比例仅有46%，该司法解释颁布后，2016年1-4月，认定涉犯罪合同有效的比例上升到82%。参见林晶晶：《涉罪民间借贷合同效力研究——以民刑界分为视角》，中国人民大学2016年博士学位论文，第46页。

⑨杜万华主编、最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第238页。

⑩以涉及非法集资类犯罪时合同效力的判定为例，裁判机关存在迥异的司法态度，且较多法院将涉非法集资犯罪的合同认定为无效。最高人民法院虽以公报案例的形式，在吴国军诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案（《最高人民法院公报》2011年第11期）中指明“民间借贷涉嫌或构成非法吸收公众存款罪，合同一方当事人可能被追究刑事责任的，并不当然影响民间借贷合同以及相对应的担保合同的效力”的裁判规则。但在最高人民法院（2014）民申字第441号民事裁定中，法院仍认为“关于黄木兴主张本案应参照本院公报案例（前述吴国军案）处理的问题，经查，黄木兴援引的本院公报案例并非本院根据《关于案例指导工作的规定》发布的指导性案例，其主张本案应参照该案例处理没有依据”，即以公报案例并非指导性案例为由拒绝参照最高人民法院在“吴国军案”中确认的规则。裁判涉集资诈骗类犯罪合同无效的已有判决主要集中于地方法院，且判决合同无效的理由多种多样。有认为借贷行为实为非法集资因而无效的，如浙江省湖州市德清县人民法院（2007）德民重初字第4号民事判决中认为：“我国法律规定，公民与非金融企业之间的借贷属于民间借贷，只要双方当事人意思表示真实即可认定有效。但是，企业以借贷名义非法向社会集资，应当认定无效。”[二审经浙江省湖州市中级人民法院做出（2009）浙湖商终字第134号维持判决]。有认为借款合同系以合法形式掩盖非法目的因而无效的，如杭州市西湖区人民法院（2010）杭西商初字第1737号民事判决认为“陈小林取得周某、何某房产及委托书后指使王进文与田乐明签订《抵押借款合同》，属于其为实现诈骗目的而实施的一种犯罪手段，系以合法形式掩盖非法目的，据此，讼争的《抵押借款合同》应认定无效”。还有认为合同系违反法律、行政法规的强制性规定无效的。如浙江省高级人民法院（2015）浙商终字第9号民事

判决认为“根据衢州市衢江区人民法院作出刑事判决，金沐公司及其原法定代表人尤新权构成非法吸收公众存款罪，分别被处罚金和有期徒刑，案涉3700万元亦被认定为金沐公司非法吸收公众存款犯罪事实的一部分，故金沐公司就案涉借款与潘杰峰签订《借款协议》的单个借款行为即属犯罪行为，该单个借款行为并不能从金沐公司非法吸收公众存款罪的整体犯罪行为中分离出来，故该《借款协议》违反了法律、行政法规的强制性规定，符合《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项规定的无效情形，应认定为无效”。

⑪[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第3页。

⑫[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8页。

⑬除前述浙江省高级人民法院（2015）浙商终字第9号民事判决外，司法实践中还存在诸多以《合同法》第52条第5项为由否认涉犯罪合同效力的判决。比较典型的是吉林省高级人民法院（2009）吉民三终字第82号民事判决[该判决被最高人民法院（2011）民申字第1559号民事裁定维持]的说理：“黄元福以龙福公司和该公司法定代表人的名义向杨志军借款139万元的行为已经触犯《中华人民共和国刑法》，构成单位合同诈骗罪，根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）项之规定，双方之间的借款合同因违反法律而无效。”其他判决诸如浙江省杭州市中级人民法院（2015）浙杭商终字第1067号民事判决认为：“李惊鸣与郑迅民、戚小英之间的《抵押借款合同》，经生效刑事判决认定属于饶某非法集资的一部分，违反了国家法律、行政法规的强制性规定，应认定为无效。”类似说理还可以见于江苏省泗洪县人民法院（2013）洪民初字第2955号民事判决；浙江省杭州市中级人民法院（2015）浙杭商终字第635号民事判决。

⑭参见[德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第8页。

⑮姚辉：《关于民间借贷若干法律问题的思考》，载《政治与法律》2013年第12期。

⑯转引自王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，载《中国社会科学》2004年第6期。

⑰比如，“献身上帝的人读到了箴言，世俗之人看的是传奇，对神秘力量有兴趣的人关心里面的超自然段落，历史学家透过字面探究真相。”详见李孟苏：《玛丽亚是处女吗？》，载《三联生活周刊》2003年第3、4期合刊。