

论民法典中的道德思维与法律思维

彭诚信

【摘要】对于法律与道德的关系无论采何种观点,民法典中某些法律制度及理念均受到道德思维的一定影响。民法典既有坚持好人思维(如拾得遗失物等)、坏人思维(如缩短重大误解撤销权期间等)的制度设计,也有从坏人思维转变到常人思维的合理制度改进(如自己代理与双方代理等)。民法典既有依据纯粹法律思维的制度改善,也有受道德影响体现了不纯粹法律思维的制度设计:其中既有值得肯定者(如高空坠物不明加害人对受害人的合理分担补偿),也有可深入探讨者(如善意取得排除赃物等)。民法典对生物技术伦理的要求、环境保护意识的弘扬、救助他人好人条款的设计等均体现出受美德影响可生良法,而“共债共签”等夫妻债务认定制度则体现出败德对法律的不良影响。单纯站在坏人或好人视角理解法律往往会简化制度设计,甚至会违背制度设计的应然逻辑,最好还是坚持常人思维:立法上应侧重引导常人行善,注重预防或减少常人作恶的程序化制度设计;司法上则应坚持“案件社会背景考量”的思维方式与判决导向,强化当事人识别欺诈的注意义务以减少作恶者成功机会,加强惩治力度;最终实现遏制与打击败德和维护交易安全的法律正义之美。

【关键词】民法典;法律思维;道德思维;常人思维;案件社会背景考量;利益平衡

【作者简介】彭诚信,上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师。

【原文出处】《东方法学》(沪),2020.4.49~73

【基金项目】本文系国家社科基金专项课题重大项目“社会主义核心价值观在民法典中的价值定位与规范配置”(项目批准号:18VHJ003)和国家哲学社会科学重大基金项目“大数据时代个人数据保护与数据权利体系研究”(项目批准号:18ZDA145)的阶段性研究成果。

法与道德的关系一直为法学中的一个重要理论话题,基于两者关系的争论甚至分化出了对法的本质理解的两个重要学派,即自然法学派与实证法学派(包括排他性实证法学派与包容性实证法学派)。法与道德的关系可贯通于法学的全部,既包括学理,也包括立法与司法。笔者主要不是从法学理论以及司法实践的角度探讨法与道德的关系,仅是结合道德思维与法律思维在《中华人民共和国民法典》(以下简称民法典)中的体现,来揭示道德或伦理如何影响相关法律制度设计,法律思维又是如何影响相关道德考量,最后试图回答立法、司法乃至整个法学应该采用怎样的道德思维与法律思维。

一、民法典中的道德与伦理思维体现

道德与伦理的概念在本文是等同对待的,无论

两者的关系在学理中有怎样的分歧与争论。笔者甚至不打算界定何为伦理与道德以及两者的区别,只需知道道德与伦理规则是提供善恶好坏的标准即可。何为善?又何谓恶?法律到底应坚持霍姆斯大法官所说的“坏人”^①思维,还是应坚持“好人”^②思维?这或许是永远没有确定答案的问题。尽管解决善恶的标准不是本文的主题,但还是要给出作为本文讨论前提的简单标准。要辨别好人(善人)坏人(恶人),前提是要知道常人。常人的通常理解是,“就是与你我大致相似的人”,^③好人大概就是像“撒玛利亚人”一样的人,他比常人无私而关爱他,^④坏人大概是比常人要损人利己,甚至损人不利己,即“损人”或“害人”之人。脑海中有了好人、坏人与常人的简单图像后,我们便可观察道德与伦理思维在民法典中

有无体现,又是如何体现的。

(一)好人(善人)思维的继续维持

民法典采取好人思维的制度,最典型的例子莫过于有关拾得遗失物(物权编第314-318条)、拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物(物权编第319条)的制度了。这些制度设计的道德或伦理前提是,立法者认为,作为社会主义国家的公民与人民,都应该是好人。好人肯定会拾金不昧,这样才能弘扬“社会主义风尚”、符合“社会主义道德”的指引。如果有些人道德败坏,拾金而昧的话,便应被法律禁止甚或惩罚。^⑤基于此,相关的法律制度设计多是给拾得人课以义务,甚至是完全课以义务而几乎没有赋予其些许权利,^⑥以保护失主的利益。

这些制度尽管起到了一定的社会效果,但仍有需要完善之处,以应对现实生活中经常出现的相关争议案例:如轰动全国的“四川彭州天价乌木案”^⑦“新疆清河县狗头金事件”^⑧“深圳梁某案件”^⑨等以及在我国出现多次的“祖宅发现银元等古钱币争议案”^⑩等。未来的修改完善也可借鉴学者在热议此类案件或事件时所提出的诸多完善建议。^⑪事实也是如此,如果每一公民都是“好人”的话,法律就无需规定遗失物、埋藏物等制度,甚至整个法律亦不需要。客观上,即便是社会主义国家的公民,多数人仍为常人。这一点,可从一项对北京市某遗失物招领处的社会调查结果予以揭示。尽管该调查发生在20多年前,但还是能说明一定问题。该招领处1982年收到上交物品63000件,1983年为54556件,比20世纪70年代的每年数量少了一半,而1992年仅为10000件,1994年为5000件,1995年为4056件,1996年为3302件。现在(即1997年)一个月上交的数量还不及六七十年代一天的数量。^⑫这说明我国原民法通则(1987年实施)有关遗失物的相关规定并不成功,但原物权法较原民法通则第79条,并没有实质性进步,甚至还有退步:毕竟拾得人依照原民法通则第79条还有可能获得不确定的“物质奖励”,但原物权法可能什么都得不到,除非运气好碰到失主有悬赏。

民法典也意识到了原物权法中相关制度局限,试图通过新增物权编第318条,把失主认领期限由原物权法中的半年修改为一年,来增大失主利益的保

护。无需说,认领期限的延长当然有一定的积极意义,但这种改进仅是治标而不能治本。所谓“本”,就是要回到常人思维上来,通过赋予拾得人利益驱动的方式鼓励其上交。该制度激励无非两种情形,当失主出现时,至少应给予拾得人或发现者就标的物价值本身一定比例的奖励。如果符合法律规定的条件,标的物的所有权一般应给予拾得人或发现者。若在特殊地点的拾得物(如公共行政机关或公共交通工具等)或具备特殊属性的物(如证明个人身份或个人私密事项的物等),即便不给予其所有权或由专门法律决定所有权归属的话,也应该给予拾得人或发现者合理的奖励或报酬。即便抱着良好意愿,试图使常人成为好人的立法,其结果不但无法使常人成为好人,有时反而诱使常人发生道德风险,如“武汉摩的司机捡钱事件”;^⑬有时还会使得原本一个普通的民事争议,即费用或报酬问题,变成刑事案件或把刑事因素引入民事案件。^⑭若因民事制度的不合理把人引诱为失德或犯罪的话,该法律便不仅是存有缺陷,而是对立法初衷的背离。^⑮

我国早有学者指出:“正是道德与法律的分野不清,阻碍了我国遗失物制度的合理构置。”^⑯其实,如果立法者能够仔细学习与思考比较法上的相关制度,认真斟酌与审视我国历史上的相关法律,会有更深刻的认识。在比较法上,有关私人之遗失物、埋藏物、漂流物、沉没物(品)与隐藏物等,几乎所有的成文法国家都明确规定了拾得人、发现人基于标的物价值一定比例的报酬请求权:如德国民法典第971条、瑞士民法典第722-724条、日本遗失物法第28条、意大利民法典第929-930条等。几乎所有的成文法国家都明确规定了在特定条件下,拾得人或发现人可取得或共享该标的物所有权。诸如德国民法典第973条、瑞士民法典第722条、法国民法典第716条、日本民法典第240-241条、意大利民法典第932条等。不考虑我国古代特有“诸法合体,以刑为主”的制度传统(在此意义上,我国古代通常以刑事规制遗失物等事项),不考虑我国古代“拾遗近盗”^⑰的观念传统(在此意义上,我国古代对拾得行为多为禁止或否定),仅从唐朝以来相关民事制度的设计上,也有诸多同现代国外法律相同或相似的内容。在此试

举几项我国古代法中的相关规定作为例证:

如唐《杂令》规定:“诸官地内得宿藏物者听收。他人地内得者,与地主中分之。即古器形制异者,悉送官酬其值。”《唐律·杂律》中有:“问曰:官田宅,私家借得,令人佃食;或私田宅,有人借得,亦令人地佃作,人于中得宿藏;各合若为分财?答曰:藏在地中,非可预见。其借得官田宅者,以见(现)住、见(现)佃人为主,若作人及耕犁人得者,合与佃住之主中分;其私田宅,各有本主,借者不施功力,而作人得者,合与本主中分,借得之人,既非本主,又不施功,不合得分。”《唐令》有关漂流物归属的规定为:“诸公私竹木为暴水漂失,有能接得着,并积于岸上,明立标榜,于随近官司申牒。有主识认者,江河,五分赏二分;余水,五分赏一分。限三十日,无主认者,入所得人。”宋朝的法律深受唐律的影响,《宋刑统》有关埋藏物、遗失物、漂流物的规则基本上是采用唐律的规定。^⑩

元朝法律对于埋藏物权利归属的规定也比较详细,“今后若有于官地内掘得埋藏之物,于所得物内一半没官,一半付得物之人;于他人地内得者,依上与地主停分。若租佃官私田宅者,例同业主。如得古器珍宝奇异之物,随即申官进献,约量给价。如有诈伪隐匿其物,全追没官,更行断罪”,都省准拟。^⑪

明朝《大明律·户律·钱债·得遗失物》对动产埋藏物、遗失物等的权利归属等也有详细规定:“若于官私地内,掘得埋藏之物者,并听收用。若有古器、钟鼎、符印异常之物,限三十日送官。违者,杖八十,其物入官。”“凡得遗失之物,限五日内送官。官物还官,私物招人识认,于内一半给予得物人充赏,一半给还失物人。如三十日内无识认者,全给。限外不送官者,官物坐赃论,私物减二等,其物一半入官,一半给主。”

《清律·户律》中规定:“凡得遗失物之人,限五日送官,官物尽数还官,私物招人认识,与内一半给与得物人充赏、一半还失物之人,如三十日无人认识者,全给。”

未来法律改进若能进一步确立拾得人的报酬请求权以及合理的遗失物、漂流物等所有权归属,或能祛除我国古代对拾遗行为确立的“为盗心焉”或“拾

遗近盗”的心理影响,以避免仅基于要求拾得者成为好人或圣人的主观善意而带来的实际效果不佳。要想使人成为好人,前提是不能让人变坏,更不能诱使人变坏,也不能强迫人成为好人。如果径直规定结果可以奏效的话,那法律尽可列出不得杀人、放火等禁止性规定,或要求拾得人将物上交且不要报酬的义务性规定,相信会实现更理想的社会治理。有关拾得遗失物、发现埋藏物等制度设计的合理思维常态,应是通过给予拾得人好处的方式鼓励其上交,尽管有些迂回,但这是最终能使失主利益得到保护的最好制度设计。任何制度设计,程序性思维比结论式思维更能实现制度预期。

(二)坏人思维的制度体现

民法典也有从常人思维到坏人思维的制度变化,表现在总则编第152条有关基于重大误解(错误)^⑫的撤销权行使期间的变动,即由原合同法规定的1年变为现在的“90日”。总则编第152条(1)的内容为,“当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起90日内没有行使撤销权”的,撤销权消灭。本文并不关注基于重大误解的撤销权期间多长应为合理,而是探讨把重大误解与基于欺诈、胁迫等情形下的撤销权区别对待的合理性问题。

这种变化的理由,依据我国立法机关权威部门所揭示的立法目的是:“同欺诈、胁迫、显失公平等影响意思表示自由的情形相比,重大误解权利人的撤销事由系自己造就,不应赋予其与其他撤销事由同样的除斥期间。因此,本条将重大误解的撤销权除斥期间单独确定为三个月,并仍以权利人知道或者应当知道撤销事由之日起算。”^⑬基于“重大误解权利人的撤销事由系自己造就”,撤销权期间被缩短为90日,“并仍以权利人知道或者应当知道撤销事由之日起算”。简单说就是,基于重大误解人的“咎由自取”。此处对“重大误解人”采取的显然是坏人思维,即惩罚有过错的人,惩罚犯错误的人。这种变化看似有其道理,但实际上还有可斟酌之处。

首先,讨论重大误解的一个理论前提是针对“对内容有重大误解的民事行为”,^⑭且表意方往往是基于一般过错而产生的误解,而不包括基于故意或重

大过失产生的误解。理由在于,一方故意或重大过失造成误解的话,或可推定为真意保留,根本不影响合同效力,也不应赋予其撤销权,否则便对相对人极不公;若双方故意或重大过失造成误解的话,或可推定为双方通谋,合同一般情形下直接无效,也不会发生可撤销的效力。^②

其次,从表面(尤其是从具体个案)上看,缩短基于重大误解的撤销期限确有一定的合理性,即重大误解人具有可责性,为保护相对人的信赖利益与交易安全,将其跟受欺诈、胁迫之人区别对待似乎有一定道理。^③但若从整个的民事法律制度来看,该思维似乎过于细腻。不要说法律行为,就是对侵权行为一般情况下都不惩罚一般过失,而仅是对一般过失造成的损失予以填补。举重以明轻,在法律行为效力方面,把欺诈、胁迫与重大误解区别对待似乎过于严格,显然是把重大误解人看作较“受欺诈、胁迫之人”多有可责之处,甚至比一般侵权人还多有可责之处。重大误解人在法律上无疑具有可责性,但民法典已经有“缔约过失责任”等予以归责。除此之外,再把撤销期限缩短为90日,而起算期限“仍以权利人知道或者应当知道撤销事由之日”,这减少了重大误解人获得法律救济的机会。^④

第一,民法典现有规定引发争议的还不在于“90日”,而在于这90日的起算点,即“知道或者应当知道”。正如耿林教授指出的,“如果期间规定较短,又严格要求其‘应当知道’即开始计时,那实际上无异于剥夺撤销人的撤销机会。如果是那样的话,撤销制度就是失败的制度。”问题就出在“应当知道”的时间推定上。“因为,如果从‘应当知道’就开始算3个月的话,通常而言,错误表意人很难在3个月的时间里及时发现自己的错误,恐怕是时间转瞬即逝,错误根本来不及发现。”退一步说。如果我国民法典把基于欺诈、胁迫等撤销权期间规定得像意大利民法典与日本民法典的5年、韩国民法典的3年那样长,把基于重大误解的撤销权期间略微短些,或许对重大误解人的利益影响不会太大,但在一般撤销期间仅有1年的规定下,把重大误解人的撤销权缩短为90日,并以“知道或应当知道”为起算点,这减少了重大误解人获得法律救济的机会。

第二,对基于重大误解撤销期间区别对待的考虑前提往往是,仅重大误解人有“过错”,相对人则毫无过错之情形。而现实情况是,正如石佳友教授指出的,“这一假定并不见得符合事实,在意思表示的形成、表达、传递和受领等环节中,误解人对于误解的形成不见得必然有过错,而相对人也不见得是‘毫无可归责性’的无辜者。并且,三个月的超短期间,对于重大误解的受害人显然不公;自知道或者应当知道重大误解之日起,受害人必须在三个月的期限内采取行动,保留并收集好相关证据材料,这对一些复杂合同的当事人来说,将构成一个十分严峻的挑战”。^⑤如果考虑到共同错误情形的话,缩短撤销权期限的理由似乎更难以成立。“由于当事人陷入同一错误,任何一方当事人的利益都不应被优先考虑;反之,根据诚实信用原则,当事人负有再磋商的义务,难谓存在保护交易安全的较高程度的迫切性。何况,受不利方有关变更合同或者解除合同的请求往往是在相对人请求履行合同时提出,三个月权利存续期间难免过于僵化”。^⑥

再次,从民法学基本原理以及比较法的意义上,我国的法律到底应否区分对待合同的撤销权期间,简单的回答是最好不要区分。理由如下:第一,先从比较法依据上看,欧洲合同法原则(PECL第4:113条)以及共同参照框架草案(DCFR第II.-7:210条)都没有根据不同撤销情形来设置不同期间,对所有撤销情形均采用统一的期间限制,即都要求在“合理时间内”行使撤销权。只有传统的欧洲大陆法系国家(典型的是德国)对不同撤销情形设置了不同的撤销期间。当然,比较法上大多数法律采用统一的期间限制,并非意味着该制度设计的必然正确性。

第二,从民法学基本原理上看,自由与信赖是合同法,乃至整个民法的一对基本价值。自由侧重对当事人本人利益与意思的价值实现;信赖则侧重于对相对人外在利益的保护,即维护整体社会的交易安全与基本信任。在此意义上,整个民法,包括每一个具体制度,都是为实现该目的而存在。为实现信赖价值与交易安全的维护,法律到底是采取宏观上的整体制度设计为好、抑或采取微观上的制度设计为优,还是两者兼而采之更佳,的确值得立法者思

考。但一个基本的价值取向是,若能从宏观上整体实现,便不要从微观上个别设计。这样更能凸显法律的基本价值,简洁且富有实效。具体到合同成立及效力判断的撤销权制度,其本意无非是保证生效的合同符合当事人真意,并保护相对人的信赖与交易安全。在采用“表示主义”^③的意思表示理论下,法律更为关注当事人的外在信赖价值,而非过多探求当事人的内在动机、过错等主观意思。如果合同确因某方的法定事由被撤销,那就让有过错方承担合同不成立、不生效的法律责任。若基于该普适性的制度设计能补救受害人的损失,可统一解决合同的可撤销问题,便没有必要再在撤销期间上区分对待,徒增制度复杂性与设计成本。

第三,任何一项制度设计都是某种利益平衡技术,而无所谓对错,至多是哪种选择更为合理。合同撤销权期间制度同样也是如此,它无非是“平衡表意人与受领人之间利益关系的技术性因素,不同哲学背景下的不同制度,会采用不同的具体技术手段”。^④

其实,若回到常态(常人)思维上来,重大误解人并无那么严重的苛责性。这是因为,每个人几乎每天都会犯错误,更准确的说法是,每个人都会犯错误。法律主要不是惩罚人犯错误,而是纠正人犯错误,这才是应有的常人思维。既然整个的民法制度主要是以填补受害人的损害为首要归责理念,而不在于惩罚有过错之人,对重大误解人的苛责至多是达到填补受害人的损害已足。既然法律已经设计了“缔约过失责任”予以归责,也就没有必要再从撤销期限上予以罚戒。重大误解之错(一般过失)也是日常生活常态,一般情况下双方当事人都会予以积极纠正。即便有重大误解人迟迟不撤销合同,造成相对人损失的情形,法官也会在诉讼中把此种损失计算在相对人损害之中,实际上也实现了对重大误解人的法律归责。因此,即便采取统一的撤销期间,如果在前端把“重大误解”的构成要件理解得更为严格些,^⑤后端基于重大误解人的过错程度确定其损害范围,也足以实现保护相对人的信赖利益以及交易安全。若能做到这些,便没有必要再缩短其撤销期限。

(三)从坏人(恶人)思维到常人思维

民法典也有从坏人(恶人)思维到常人思维的进步体现,那就是总则编第168条^⑥对自己代理与双方代理明确采用了常人思维的方式,而没有采用诸如我国1981年经济合同法(已失效)第7条第1款第3项或德国法上最初也采用的直接无效^⑦的法律后果。自己代理和双方代理行为直接无效往往是持“坏人思维”的当然结果。因为在立法者眼里,当代理人以本人的名义与自己为民事法律行为(即自己代理)时,那他一定会损害本人的利益。当代理人同时以两个本人的名义为民事法律行为(即双方代理)时,那他一定会损害其中一个,甚至两个本人的利益。换句话说,“在自己代理的情形下,代理人可能将被代理人的利益置于其自身意愿之后;在双方代理的情形下,被代理双方被假定对立的利益诉求则集于代理人一身”。^⑧应该说,在现实生活中的确不排除这些可能,此亦是持无效或禁止态度立法者的基本观点,“在某些特定情形下,可能会存在被代理人、代理人与相对人之间的利益冲突,代理人难免会厚己薄人或者厚此薄彼,此时,法律须做出规范,以保护被代理人的合法权益。最典型的情形就是自己代理和双方代理”。^⑨德国学界通说认为,之所以禁止自我行为(即自己代理和双方代理),主要意在避免“利益冲突”的风险。“德国民法典第181条最重要的目的在于,在自己代理场合中保护被代理人免受可能的利益冲突,或于多重代理场合中保护双方被代理人免受可能的利益冲突,这种利益冲突可能产生于一个代理人需要维护两方经常处于对立的利益。”^⑩此处的“利益冲突”大概跟我国前述立法背景中考量的“厚己薄人或者厚此薄彼”应是同一道理。学者也有类似观点:“自己代理”本身“就存在着对被代理人不利的因素”;^⑪“若法律规定某代理事项可以自己代理或双方代理,除了自己代理中使被代理人纯获利益的情况之外,实际上没有任何人可以肯定代理人在该代理事项中,实施自己代理或双方代理不会给被代理人利益造成损失,一旦损害了被代理人利益,法律甚至连可能的补救方法都没有。严重点说,法律规定了除外条款,便等于放纵了代理权的滥用。”^⑫传统法律或正是基于类似的价值衡量,往往

把自己代理行为和双方代理行为直接规定为无效。尽管现在仍有学者继续坚持此类代理行为的无效说,^③但此种观点已大不如以前占主流地位。

现在更为人接受的观点是,无论是国内学理、司法实践,^④还是从国外“德国法与欧盟法的发展来看,自己代理与双方代理的自始无效模式已成明日黄花”,有条件承认此类代理效力的模式更为现代法律所接纳。^⑤这其中道理并不深奥,只要采用常人思维,便可知悉代理人所为代理行为未必会对被代理人有害,有时还很有利。如果一刀切地令该类行为无效,有时会增加不必要的交易成本,尤其是当被代理人同意时,更没有必要令此类代理行为无效。如有学者指出的:“不能一概将被代理人的意思排除在外,因为被代理人有可能愿意接受代理人的自己代理或者双方代理行为。”^⑥有效抑或无效,真正的判断者应该是本人,唯有他最关心自己的利益,唯有他知道何种行为效力对自己有利。依据常人思维而把“自己代理”与“双方代理”下的合同效力交由本人判断,更为契合代理制度的本质,即一切以被代理人的意志为主要考量,一切服务于被代理人的利益保护。这也是总则编第168条采取的立场,亦为当今德国、日本与欧盟、意大利、葡萄牙等大多数国家或国家联盟所采纳。只不过,我国立法者并没有明确总则编第168条是持当今德国法、日本法等效力待定立场,^⑦还是持欧盟法以及意大利、葡萄牙等民法典中的可撤销立场,^⑧而这两种立场在我国也各有拥趸。^⑨至于是把总则编第168条理解为效力待定抑或可撤销行为,则取决于对自己代理和双方代理采取怎样的法律思维与道德思维。

第一,如果采取应然的法律思维,即坚持保护被代理人利益最大化的话,那么采效力待定无疑是最佳选择。这是因为,效力待定把代理行为的法律后果完全交由本人选择,以保护其利益。该制度设计也是秉持常人思维的结果,即代理人的自己代理和双方代理行为既可能会侵害本人的利益,也可能不会侵害,但本人受损是常态。因此,常态的制度设计为不鼓励此种代理行为,本人是否受损交由本人判断为宜。

第二,如果坚持好人思维,采鼓励交易取向的话,那么可撤销比效力待定更利于实现该制度目

的。可撤销效力在某种程度上对本人略为不利,因为法律有对他行使撤销权的能力性要求:若其不欲使此类代理下的行为发生效力,他必须积极行使撤销权,否则合同便继续发生效力。此点跟效力待定中的追认权不同:追认权不行使,合同便不生效力。撤销权对本人所包含的此种主动性要求,其实质意在促使本人追求行为效率,更多的是经济效率。采可撤销在一定程度上是坚持好人(善人)思维的结果,即认为代理人通常不会损害本人,所谓的“利益冲突”仅是异常情况。好人思维下的制度设计理念是:原则上(常态情况下)代理行为有效更有效率。在异常情况下,由本人通过行使撤销权与否来决定行为效力就好。^⑩

基于本人所持常人思维的法律立场,还是倾向于把总则编第168条理解为效力待定更好,即“自己代理”与“双方代理”下的合同效力由被代理人决定。具体说就是把自己代理和双方代理理解为超越代理权的无权代理,本人可依据民法典总则编第171条关于无权代理的规定予以追认。该理解既契合了采效力待定说的通常解释,^⑪也实现了民法典体系内的融贯。

(四)从常人到好人的制度性激励

法律,包括立法,当然可以采用好人思维。但问题是,法律能否要求一个人成为好人(善人)。实际上,法律即便要求人人为善,人们也难以做到。我们常说,法律是最低层次的道德,这意味着法律几乎不是道德。法律对人的道德要求所能做到的,主要是通过通过对坏人的禁止性、惩罚性规定来惩戒坏人,并在一定程度上警示或预防人成为坏人。实现此种目的的最严格的法律是刑事责任和民法上的责任制度(尤其惩罚性损害赔偿制度)、一些禁止性条款等亦有此种目的。民法典人格权编第1009条新增的一项有关“从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动”的规定,便明确提出了“不得违背伦理道德”的要求,此亦即对“基因编辑婴儿”事件^⑫的回应。^⑬在生物技术与人工智能迅速发展的社会背景下,该规定值得肯定。它是对人类发展的基本要求:做人 与做事(包括医学、人工智能等科研活动)首先不作恶,才有可能行善。

法律对人的道德伦理要求的积极体现,至多是通过制度设计鼓励人们去行善而不受损、不担责。其中的典型制度是民法典中的无因管理以及“好人(见义勇为)条款”(即总则编第183条、第184条)。笔者暂且把见义勇为行为与无因管理的关系予以搁置,^⑩只以好人条款为例说明法律确实有引导人们从常人走向好人的内在制度激励。笔者把总则编第183条概括为“保护他人受损可获补”,把第184条概括为“救助他人致害可免责”。先看全国人大法工委对这两条立法目的的介绍,以体会设计该制度的立法背景。“民法总则规定本条(即第183条)的目的,在于保护见义勇为者,鼓励见义勇为行为。在民法通则和侵权责任法规定的基础上,本条补充规定了没有侵权人时,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿的内容。”再来看第184条所欲实现的目的:“匡正社会风气,化解老人倒地无人敢扶等社会问题,需要强化对见义勇为的救助行为的鼓励和保护”,“弘扬社会主义核心价值观”,“弘扬正能量”,要“免除见义勇为者的后顾之忧”,“倡导培育见义勇为、乐于助人的良好社会风尚”。^⑪两个条款立法目的完全相同,此亦统称之为“好人(见义勇为)条款”的理由。

“保护他人受损可获补”条款(第183条)鼓励人们积极为见义勇为行为而不必担心自己受到损失,因为该条赋予了见义勇为者受损时具有适当补偿的请求权。此处需注意适当补偿的应然理解。“适当补偿”并非意味着见义勇为者不能获得全额补偿,而是强调“补偿”不能给受益人施加过重负担,从而以“适当”予以限制。如果受益人有能力,并不反对见义勇为者予以全部补偿。如果受益人愿意,给予见义勇为者额外奖励也会予以支持。如果说,见义勇为行为跟无因管理有区别的话,大概就在此处,这也算是对“义”与“勇”的一种鼓励!唯有如此理解,才符合鼓励、倡导人们见义勇为之本意。

“救助他人致害可免责”(第184条)鼓励人们积极为见义勇为行为而不必担心造成受助人损害,因为该条明确规定了见义勇为者致害时可对此免责。此处需要注意的是该条中“不承担民事责任”的应然理解。“不承担民事责任”主要意在不能责令救助者

承担没有法律依据的责任,但并不意味着救助者可以免除具有法律依据的责任。如果救助者因重大过失(甚至故意)构成侵权的,仍需依法承担特定侵权责任。^⑫唯有如此理解,才能既符合法律鼓励、倡导人们见义勇为之本意,又能兼顾不能无端给被救助者造成不必要损害的法律限制。

可见,第183条是以赋予见义勇为者“适当补偿请求权”的积极方式从正面鼓励其为见义勇为行为,而第184条是以免除见义勇为者“民事责任”的消极方式从侧面打消其为见义勇为行为时的疑虑。两者相辅相成,共同致力于倡导或重塑见义勇为的良好社会正气。尽量打消因“彭宇案”“小悦悦事件”等在社会上造成的不良风气。读者也许已能体会到,无论法律如何努力鼓励人们向善,它所能做的也仅是尽力让做好事者不受损,或不受大的损害。但它并不能直接要求人们完全无私,甚至受委屈,或必须完美。在此意义上,所谓的“好人条款”也是站在常人视角而设立。尽管直接实现人之为善的伦理价值不为法律所重点关注,但鼓励人们向善也是法律不可或缺的内在价值。“好人条款”因此也多为学者所肯定。^⑬

二、民法典中的法律思维体现

法律之所以是法律,就在于它有其自己特有的思维模式与理念,那就是法律思维与法治理念,以民法典为代表的立法活动也应如此。但问题是,什么是法律思维?什么是法治理念?在立法中如何坚持应有的法律思维与法治理念?鉴于本文并不打算讨论形而上的学理与概念,那就以民法典中的具体制度为例予以说明与展示相关的法律思维与法治理念。

(一)不纯粹法律思维的肯定性体现

1. 保护环境生态的相关理念与制度

民法典的一个重要特点或重大特色就是把环境与生态保护的理念(学界习惯上称之为“绿色原则”或“绿色理念”)全面融入了法典,甚至可以说融入了法典的方方面面。总则编第9条“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境”,赋予了“保护生态环境”以民法基本原则的地位。物权编第346条有“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”;合同编第509条第3款有“当

事人在履行合同过程中,应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态”的规定。侵权责任编则用整个第七章规定了“环境污染和生态破坏责任”。诸多学者还针对性研究了“绿色理念”如何融入具体的民法制度。^③

若坚持纯粹的法律思维,民法典有关“绿色原则”“绿色制度”的具体规范设计,及其在司法实践中的适用及具体效果等问题,或许均有值得深入讨论的空间。基于纯粹的法律思维,民法主要是调整特定平等主体之间的权利义务关系,即主体要特定,权利义务内容要具体,客体要确定。但这些要求对于环境与生态来说,往往都难以把握。某个主体(含自然人、法人与非法人组织)对环境生态的破坏,其受害的主体范围往往也难以确定。基于环境生态破坏的具体受害人,往往也难以找到破坏环境生态的具体加害人,因为此类加害人通常并非一个,而是多个。基于环境生态破坏所产生的内部权利义务关系,往往亦繁杂且边界模糊。对于加害人与受害人皆确定的环境污染等案件,当然可依据民法典予以解决。但是,当加害人与受害人一方或双方都不确定时,适用一般民事制度通常难以解决,只能借助于环境公益诉讼,但此类诉讼已经超出民事侵权调整的领域;^④而对于“生态破坏责任”来说,则更应细化规定。民法典对“绿色原则”与“绿色理念”的贯彻,不会也不应影响民法的基本制度与理念逻辑,“绿色原则”与“绿色理念”更多地应体现在对民事主体行使权利与履行义务的限制中,其适用亦应纳入相关民法制度的具体构成要件之中。对于不能纳入民法规范调整的制度,即便放入民法典也不能起到应有的作用。强调“绿色理念”并没有错,但要避免引起不应有的法律体系的模糊与混乱。^⑤

对“绿色原则、制度、理念”进入民法典的具体适用及实际价值、对民法典与其他部门法的相关制度如何衔接与协调等,或许还有疑问,^⑥但对于“绿色理念”的宣示性价值却几乎没有疑义。^⑦曾经发生的全国性雾霾让人们饱受其苦,也从中深刻意识到良好生态与环境的无比重要。我们常常说,一切制度的核心目的都是为了实现人的自由与尊严,而其中的前提是,人要首先要活着,然后才能自由与有尊严地

活着。当严重的雾霾影响人民群众生命健康时,法律不可能对此无动于衷。具有社会担当与时代意义的法律必然会把绿色原则、绿色理念以及具体的绿色制度纳入其中,民法典便在这个世界上第一次将其纳入法典,从而具有重要的时代意义与宣示价值。一言以蔽之,保护环境生态的观念与理念,无论如何强调都不为过。

2. 加害人不明之抛掷物品致害的法律后果问题

无论在民法典制定前还是制定过程中,这都是一个在民法领域引起激烈争论的话题。相信在民法典的适用中,仍会因此而争论,因为该问题并未最终解决。若依据纯粹的法律思维逻辑,该问题本不应由法律来解决。当被告(加害人)不确定时,一个诉讼便很难发动,看似明显违背法律思维的基本常识。民法典侵权责任编第1254条较原《侵权责任法》第87条有所改进,但仍有进一步完善的空间。在纯粹法律思维意义上,对该规定的大多批判意见或质疑无疑都是成立的。^⑧问题是,不明加害人的补偿义务是否就应绝对删除?可以,但有一个前提,即社会上已经有了对此类受害主体的救济途径:无论是社会保障、商业保险、专门救济基金、责任险,^⑨等等。在没有确定的相关救济途径之前,该制度便仍有存在的合理性,无论批评意见多么强烈。理由如下:

(1)此类案件在我国现实生活中频繁发生,大量案例(参看本部分引用案例便已足够)以及学者激烈的讨论已经充分揭示,这是一个不争事实。

(2)由于当下社会缺乏相关救济途径,大多争议因此走向法院,走到法官面前,这也是一个不争事实。

(3)如果没有侵权责任编第1254条(原侵权责任法第87条)的相关规定,而采用反对该条款存在的多数意见,即驳回受害人的诉请,便在实质上采取了任由受害人自担风险(即自认倒霉)的结果。但受害人是否自认倒霉,那还是另一个问题。

(4)事实是,受害人并不会自认倒霉,此类案件大多走向法院已证明此点。他也本不该自认倒霉,当空中落下的是烟灰缸、菜墩、菜板^⑩、水泥块^⑪、砖头^⑫、粪便^⑬、橡胶锤^⑭、玻璃^⑮、装修废料^⑯时,显然其中多是有人投掷,而非意外事故,更不是诸如天降陨石伤人

的飞来横祸。若被陨石所伤,受害人相对容易自认倒霉。但若掉下的是烟灰缸、菜板、砖头等物体时,受害人肯定难以接受自认倒霉。

(5)若受害人不自认倒霉,假设法院又判决他必须倒霉的后果会是怎样?敬请大家设身处地地想想!最少的不明加害人是两人或两户,实践中也不乏被法院确定为两人或三户等少数不明加害人的案例。在“刘某某等与张某某等生命权纠纷案”中,原告张某某的妻子董女士(也是其他三位原告的母亲)被从刘某某家三层楼里“抛掷”的“半块红砖砸中头部,致其当场死亡”,法院确定还有两家租户(即王某某和邹某某)的孩子也有加害可能,最终判决三户可能的加害人分担了死亡赔偿金。试想,如果法院作出驳回起诉的裁决,这位死者的丈夫及三位子女跟其这三户可能的加害人(尤其是房屋所有人刘某某一家)会发生怎样的结果?他们会自认倒霉吗?设身处于原告的境况想一想,他会接受驳回起诉的结果吗?最少的不明加害人仅两人,“郭某某与景某某等不明抛掷物、坠落物损害责任纠纷案”便是实例。如果不明加害人为两人,受害人受害后果又比较严重(如类似案件中致孩子死亡、残疾等),而判决结果为因加害人不明,驳回诉请。可以想象的后果会怎样?试请设身受害孩子父亲或母亲的处境体味,该判决结果怎样?如果他(或他们)不能接受,会对两名不明加害人采取怎样的行动?再请体味“被从高空抛掷的水泥块砸中头部并受伤致残”的出生“仅46天的何某”^⑥父母的心情,他们能否轻易接受这是其霉运?大概现实生活中的多数人不会认为受害人该自认倒霉,受害人本人更不会自认倒霉,毕竟存在真正的肇事人。尤其是当最大可能的加害人为两人、三人等少数人,而受害人的损害又是难以承受之重(如父母或孩子被砸死或重伤)时,谁敢保证被法院驳回诉请的受害人不会引发新的悲剧?!

(6)如果真的出现了新的悲剧,如果类似的悲剧频频出现,请问这是持纯粹的法律思维者愿意看到的结果吗?不会,每一个人都愿看到。回到主题,社会上之所以没有出现这种悲剧,主要是因为无论在原侵权责任法第87条出现之前还是之后,对于绝大多数的此类案件,法官往往都是让不明加害人分

担补偿了受害人的一定损失。

(7)借用原全国人大常委会法工委民法室扈纪华巡视员的话说,“在社会目前不能建立对被侵权人救助机制及不能删除这一条文(即加害人不明情况下的高空抛物坠物条款)的情况下,建议平衡各方面利益”。^⑧的确,必须再强调一遍,在没有相关的社会救济制度之前,原侵权责任法以及民法典对此作出必要的回应至少符合社会现实要求。这是不得已而为之;法官有不得拒绝审理案件的义务,社会缺少相关的救济制度,任由受害人倒霉又不符合基本的社会正义与人之常情。这实际是让法律承受了本该由国家应尽的保护其领域内人民人身财产安全的义务,让法律对不完备社会制度予以救场,也就只能理解为在法治社会中法律应有的担当与代价。尽管该规定属于非纯粹法律思维的产物,但在具体制度设计上还是要尽量使之契合法律的应然理念。可以看出,在此种两难情况下,侵权责任编第1254条的制度设计也已是尽力而为,尽管仍有改进空间。

第一,该条赋予了不明加害人举证证明本人不存在侵权可能的权利,即可“证明自己不是侵权人”,否则便是“可能加害的建筑物使用人”。第二,可能加害人承担的是“补偿”义务,而非赔偿责任。其法律属性在本质上应是一种法定补偿之债,而非侵权责任。^⑨“补偿”意味着未必完全赔偿,而是由所有的“可能加害人”共同分担。具体数额多少,由法官视情况基于裁量而定。从既有判决来看,法官大多都能兼顾对受害人利益填补与“不明加害人”心理承受能力的平衡。第三,让“可能的加害人”承担补偿义务也并非没有任何理论依据。风险理论便是其中一个重要的理论支撑。人们时刻都生活在不同的社会风险之中,我国城镇居民绝大多数都居住在高楼林立的公寓而非独立的房屋,此即我国民众的生活环境风险,更为重要的还有道德风险,甚至已经不是风险,而是事实上的败德之风。当从空中落下的是烟灰缸、菜墩、菜板、砖头、粪便、橡胶锤等物体时,不能再说这是道德风险,因为已是事实存在。可以断言,这其中绝大多数都是人为,尽管不能确定说是故意而为。即便是儿童所为,孩子的家长及儿童本人,甚至学校等教育机构等亦有不可推卸的社会责任,甚

至法律责任,因为从高处抛掷坚硬等物体的危险,多数儿童应该具备其中的基本风险认知。^⑩第四,“未采取必要的安全保障措施的”物业服务企业“应当依法承担未履行安全保障义务的侵权责任”。该内容是较原侵权责任法新增的。不清楚的是,物业服务企业的侵权责任跟“不明加害人”补偿义务的法律关系是怎样的?而一旦真正的侵权人出现,“不明加害人”还可“向侵权人追偿”。这些举措至少是对“不明加害人”责任的分担,或者补救。第五,除民法制度外,诸如刑法、治安管理处罚法等亦可对高空坠物行为予以惩罚或震慑。技术手段也不可或缺,那就是通过多角度、多层次的扩大摄像头范围以配合甄别高空抛物者,尽量减少加害人不明现象的出现。

总之,依靠纯而又纯的法律理念、纯而又纯的法律制度解决纯而又纯的争议案件,在现实生活中是不可能的。以未来完美的社会制度(如各种社会保障、救助制度齐全)为前提,作为建构当下法律制度的思维方式(坚持纯粹法律思维而取缔不明加害人对受害人的补偿分担义务),则更不可取。当现实社会相关救济制度尚未健全,而生活实际又需要法律解决当下发生的争议时,坚持纯粹的法律理念便未必适恰。在此意义上,有关侵权责任编第1254条“不明加害人分担损失制度”的所有争议,本质上皆非纯粹法律意义上的争执,无论多么激烈。因为该问题的解决,主要依赖的不是法律,而是社会保障等相关制度,更为重要的是人的道德。社会上诸如司法救助、社会保障、商业保险、责任险等相关救济制度健全之时,便是这个条款消亡之日。当人人皆有不从高空抛掷物体的基本道德素养时,该制度有无也就无关紧要了。

(二)不纯粹法律思维的修正

1.“英烈条款”人格利益保护条款

针对现实生活中,“一些人利用歪曲事实、诽谤抹黑等方式恶意诋毁侮辱英烈的名誉、荣誉等,损害社会公共利益,社会影响很恶劣”^⑪的现象,原民法总则规定了“英烈保护条款”,其内容被民法典总则编第185条完全继受,即“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任”。在此背景下创设的“英烈条款”显然有十分

积极的价值。这是因为,任何人都会支持与弘扬对本国或民族所认可的“英雄、烈士”予以保护,毕竟“英雄和烈士是一个国家和民族精神的体现,是引领社会风尚的标杆”。该条款是为制止或惩戒侵害特定群体(即英雄烈士)人格利益之“公共利益”而设,而非为了全部民事主体。这是该条文不纯粹法律思维的体现,因为民法主要调节平等主体之间的个人利益,而非公共利益,公共利益多是凭借个人利益的保护而间接实现。

为了更为全面保护死者(包括英烈)的人格利益,本条中的基本概念、语句内涵、规范内容等可在未来司法实践中进一步明确:如,“英雄烈士”是一个词组,还是两个名词?^⑫“英雄烈士”的范围如何:是仅指“已身故且无近亲属”者,^⑬还是可更大些?^⑭“等”字如何理解:是仅限于英雄烈士,还是类似于或近似于英雄烈士的人?“姓名、肖像、名誉、荣誉”是封闭的,还是开放的?或者说,民法典是否仅限于保护这四项目人格权益?此处“损害社会公共利益”如何理解:是否构成侵权的必要要件?“承担民事责任”又该如何理解:应对公益诉讼或私益诉讼区别规定?该条的请求权主体是谁:近亲属,抑或包括有权提起公益诉讼的机关?^⑮为此,可把该制度设计理解为:首先把所有死者利益(含英烈)一体保护,然后再对“英烈”予以特殊保护:即基于公共利益的衡量,在特定情况下可对“英烈”额外增加特殊民事私益或公益的保护,公共利益此时成为特殊保护“英烈”的加强理由。^⑯如此理解“英烈条款”,既能实现对“英烈”的特殊保护,亦能坚持法律思维逻辑。如果未来能把完善后的“英烈条款”放入民法典侵权责任编,可更好兼顾对死者(含英烈)的人格利益保护与纯粹法律思维的坚持。^⑰

2. 欺诈、胁迫在旧法中的二元效力条款

民法典也有把原来采用不纯粹法律思维设计的制度予以删除的例子,即删除了原合同法第52条将“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”作为“合同无效法定情形”的规定,从而使得基于欺诈、胁迫手段订立的合同效力统一为可撤销效力。这个看似简单且早应如此的变化。却历经了从一元的无效效力到二元的无效与可撤销并存效力、再到

一元的可撤销效力曲折而漫长的道路,个中原因主要便是不纯粹的法律思维使然。

民法通则将“以欺诈、胁迫的手段”所为法律行为规定为无效的理念支撑,可从该法刚施行之际(1987年)著名民法学者李静堂先生的相关评价中得以体会。他说:“我国法律将因欺诈、胁迫而为的民事行为升华为无效民事行为之列,意味着无论在何种情况下,法律都不承认因欺诈、胁迫成立的民事行为的法律约束力,显出了法律对这两种无效民事行为的处理的严格和彻底,对制止与社会主义社会格格不入的欺诈、胁迫行为则更有意义。”^⑧摒弃可撤销规定的理由是,“这样的(指可撤销)规定对因欺诈、胁迫行为所产生的后果的处理显得不彻底,因而容易给严重违反法律和道德的欺诈、胁迫行为‘开绿灯’”。^⑨在一篇作者来自法院的文章中也持近似观点,“根据我国民法通则的规定,民事欺诈行为是非法的无效民事行为,它从行为开始起就是无效的,法律不予确认。民事欺诈行为是一种危害社会的行为,行为人不仅应向受骗人承担民事责任,而且司法机关应对其予以法律的制裁,以教育公民自觉遵守法律,净化社会环境,服务于经济建设”。^⑩这至少代表了当时部分司法界同行的声音。这些表述应可代表民法通则出台前后有关欺诈、胁迫之合同效力的主流观点,从中亦可体会出将其规定为无效的主要理由。其中既有道德考量,也有意识形态因素影响。

此种完全剥夺当事人自主决定合同效力的观点显然违背了民法(含合同法)的基本原理。在我国起草统一的合同法(即原1999年合同法)过程中,尽管有诸多学者呼吁将基于欺诈、胁迫订立的合同规定为可撤销,^⑪但该观点最终没能如愿。结果就是从民法通则的一元无效效果变为原合同法中的二元法律效果,即“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同”“损害国家利益”的合同无效(第52条第(一)项),除此之外,受损害方“有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”(第54条第2款)。支持继续保留无效最有力的观点是,“在经济生活中出现很多以此类合同的方式侵吞国有资产和侵害国家利益的情形,但是受害方当事人害怕承担责任或对国家财产漠不关心,致使国有资产大量流失,若此类合同不纳入无效合

同之中,则不足以保护国有资产”。^⑫要读懂这句话实属不易,不要说其中的语法与基本表达,就是其中“国家利益”如何理解与界定、其主体是国家还是国有企业也不清楚。鉴于无效的目的在于防止“国有资产大量流失”,则很容易被人理解为,把国有企业受欺诈、胁迫而订立的合同认为属于国家利益受损害而无效,而国有企业欺诈、胁迫非国有企业则似乎属于第54条规定的可撤销。正如张广兴、柳经纬等教授指出的,这种理解明显不当,保护国有资产跟基于欺诈、胁迫的合同效力并没有必然联系。理顺国有企业产权、强化国有企业的依法运行与监管可能更为重要。^⑬支持无效与可撤销二元效力并存的制度设计显然非依纯粹的法律思维,“保护国有资产”的任务被不当强加在合同制度之上。

二元效力的局面直到2017年原民法总则出台,才被整个法律界渴盼已久的一元可撤销效力所取代,此种效果亦为今日民法典完全继受。全国人大法工委权威部门针对原合同法第148条“有关欺诈的可撤销合同效力”给出的立法理由是:“关于欺诈的法律后果,民法通则规定是无效,合同法则区分欺诈行为是否损害国家利益而分别规定,如损害国家利益,则无效。如不损害,则为可变更或者可撤销。应当说,合同法在民法通则规定的基础上,修正了凡欺诈一律无效的规定,考虑到了对受欺诈人意思自治的尊重与保护,是可取的。但其又区分合同是否损害国家利益将欺诈的法律后果分别规定为无效和可撤销,这既与传统民法理论及世界各国立法例不符,在实践中也难以把握,甚至容易导致裁判者滥用自由裁量权随意判定民事法律行为无效的情形,反而损害特定情形下受欺诈人对民事法律行为效力的自主选择权,因此不宜采纳。同时,将欺诈行为的法律后果规定为可撤销,也是立法中的多数意见,因此本法采纳这一意见,将欺诈后果规定为可撤销。”^⑭对规定于原合同法第150条的“有关胁迫的可撤销合同效力”亦当同解。

回首基于欺诈、胁迫订立合同效力走向一元的可撤销效力正轨历经40多年,乃至近半个世纪的曲折历程,可以深刻体悟出,常态、正确的法律思维多么重要,要改变守旧、甚至错误的法律思维又是何等

艰难!

(三)纯粹法律思维的坚持

纯粹法律思维的一个重要特征体现在,立法中的任何一个具体制度设计都不能无端地给他人施加义务;否则,该制度便会天然地存在局限或缺陷。无论对该特征的正面坚持还是反面例证,民法典中的例子都不鲜见。

1. 赃物适用善意取得的排除规定

排除赃物适用善意取得可以作为无端给他人施加义务的反面例子。民法典物权编第312条的内容,是对原物权法第107条的复制。第312条仅规定了“遗失物”附两年除斥期间的善意取得,仍未包括“赃物”。^⑧该规定在实质上便课以了所有民事主体在动产交易时负有判断某项物品是否为赃物的义务,否则,其买受的赃物便不为法律所保护。以“不能无端地给他人施加义务”之法律思维为根基,便可在司法实践及比较法中检索与检视赃物到底应否适用善意取得。结果不难发现,从比较法上看,把赃物同遗失物同等对待直接适用或有条件适用善意取得制度的规定原来是常态;而我国司法实践也确有需要赃物有条件地适用善意取得,这都跟立法机关不承认赃物适用善意取得的理由与依据明显不符。如我国基层公安机关在原物权法制定过程中便曾提出,“希望民事立法对善意取得制度做出明确规定,使公安机关在处理赃物的问题上有合法法源”。^⑨显然,原物权法并没有接受这种请求与要求,其出台后的生活现实与司法实践也再次证明有此需要。^⑩物权编第312条将赃物排除善意取得之外,实际是给交易主体增加了辨别交易标的是否为赃物的义务,一定程度上增加了交易成本。

2. 原合同法第51条的废除与第132条的改进

民法典对原合同法第51条的废除以及对第132条内容的改进,可以作为坚持纯粹法律思维的正面例证。原合同法第132条第1款与第51条,是有关当事人出卖标的物是否需以所有权或处分权为前提的规定。如果这两个条款均为强制性规范,或者裁判性规范的话,便与常态的法律思维有冲突,因为这也给交易相对人施加一个判断出卖人有无所有权或处分权的义务。

显然,不能把原合同法第132条第1款“出卖的标的物,应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分”的规范性质,理解为强制性规范或裁判规范。如果把该条款内容理解为约束出卖人的话,则是把交易标的的限制为现实财产,一般只有现实财产才涉及所有权或处分权问题,从而没有将来财产交易的适用空间。^⑪其实,对现实财产交易提出此种要求并无任何实际意义,处分自己的物或拥有处分权应是不言自明的交易常识。如果把该条款内容理解为也约束买受人的话,便给其施加了判断出卖人有无所有权或处分权的义务。这显然会增加交易成本,影响交易安全,而实际上相对人无论如何努力也不可能完全予以断定,该要求便是对基本法律思维的违背。基于此,该条款的规范属性至多可理解为王轶教授所主张的倡导性规范。^⑫既然是倡导,那只不过是提倡或鼓励出卖人对其出卖的标的物要有所有权或处分权,即便其违背该要求也无法律上的强制效果。这种规范在法律上毫无实益,其既不能约束任何一方当事人,也不能作为裁判依据。民法典合同编第597条把它修改为:“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物,依照其规定。”此种改进应值得肯定。

对于一直以来争议颇多的原合同法第51条有关“无权处分合同效力”的规定,民法典则予以废除。不考虑该条款曾经乃至当下在学理与司法实践中引起的各种争议或烦扰,仅在坚持纯粹法律思维的意义上,将其删除亦应肯定。^⑬只要处分权的有无影响合同效力,无论是在处分行为的意义上,还是在负担行为的意义上,在本质上都是给交易相对人施加了一项判断处分权有无的义务。这对相对人来说,通常无从判断,除了基于物权的公示制度予以判断外,别无他途。公示制度则是为物权变动而设,本不应影响合同效力。^⑭在此意义上,民法典对原合同法第51条的删除也是坚持纯粹法律思维,不能无端给他人施加法律义务的一个基本体现。

三、道德与法律相互影响在民法典中的体现

道德思维和法律思维紧密相关。道德理念影响

着具体的法律制度设计,而具体的法律制度设计也影响着现实社会中的道德表现。两者在我国现实生活中产生的相互影响,在民法典中也有明显体现。

(一)道德与法律在现实社会中的相互影响

我国广泛存在的一房二卖甚至多卖现象,引发了诸多法律争议。^①一房二卖或多卖涉及合同法(生效、履行、解除、违约等)、物权法(所有权归属、所有与占有的关系等)、诉讼法(执行给谁、如何执行等),甚至刑法等诸多而复杂的法律问题。其中还经常涉及出卖人跟第三人串通欺骗前手买受人、^②出卖人故意甚至不惜通过犯罪手段一房二卖骗取买受人钱财,^③而无论恶意串通的认定还是诈骗罪的构成在实际中通常又难以认定。表面看来,一房二卖或多卖是个纯粹民法问题,因为其涉及合同、物权、占有,甚至侵权、不当得利等民法制度的方方面面。但从社会现实看,该现象已经远远超出了法律领域。比较一房二卖或多卖现象在世界上主要国家的存在,无疑在我国更为普遍些。这纯粹是由法律引起的结果吗?显然并非如此。一房二卖或多卖在我国与其说是法律问题,还不如说是道德问题,败德问题,即房价短时上涨(更多是暴涨)所引发的“卖房人的趋利心理”^④成为该现象存在的主要原因。人毕竟是一种逐利动物,为获利甚至不择手段,丧失道德底线。但问题是,基于房价频繁波动产生的败德,相关制度(含法律、政策等)难道不也是其中的原因吗?法律与道德作为此类事件或案件中的促因能完全分清吗?

我国跟房价暴涨紧密相关的另一个社会现实是,假结婚与假离婚现象的广泛存在,^⑤甚至还有“闪婚闪离”^⑥以及把假结婚作为职业^⑦之怪象。无疑,结婚与离婚都是法律问题,一个是极其神圣(结婚),一个要绝对慎重(离婚)。可是,如此神圣或慎重的法律问题,有些人却如此随意、犹如儿戏,^⑧由此亦引发了诸多法律及社会问题,甚至悲剧。^⑨这主要还是源于房价暴涨的利益驱动。如果因为离婚,能省下几十万元的税费,那人们确实也值得为此去离婚。^⑩若因为结婚,能取得购房资格,也的确值得为此假结婚。这些败德现象的存在,表面上是为省钱或为获取购房资格,实际上也是造成不合理房价的制度(含限购政策等)使然。正如有人一针见血指出的,“一些公

共政策已经成为‘假结婚’的红娘和‘假离婚’的‘第三者’。与其指责大众无视婚姻家庭的政策、律法,选择‘假婚姻’,不如反思公共政策本身的漏洞和荒唐”。^⑪如果假结婚、假离婚、闪婚闪离等现象是不合理限购政策催生借此谋财而不顾廉耻之道,那此种结果或现象的频频发生其实也在羞辱着某些不合理制度。^⑫当然,受制度羞辱与羞辱制度的现象并非仅存在于房地产领域,在其他方面亦不鲜见。^⑬在此意义上,法律、政策等规则问题和道德伦理问题也被紧紧捆在了一起。

类似的现象还有很多,在我国利用P2P^⑭、融资租赁^⑮、信托^⑯等法律制度外衣坑害他人钱财的案件或事件,可谓不胜枚举。是什么造成了这么多公司(实际上就是利用这些公司行骗的自然人)公然行骗,而且多是通过设计法律陷阱来行骗。从制度上看,法律监管力度不够是大量骗子公司得以存在的主要原因,而更值得警醒的司法实践是,某些司法裁判文书已成为帮骗子洗白的工具,甚至行骗者在骗局设计时,正是基于对裁判结果的预判而把它设计为行骗的一环。^⑰无论裁判者是否意识到,有些判决、裁决已在事实上成为“帮凶”。试想,在一物二卖或多卖案件中,其中有多少正是出卖人与后手买者串通而为,而串通而为的合同往往在法律上更为严谨,经常使用的招数是迅速完成过户登记。当法院难以查明、证成后手买卖存在恶意串通时,其作出的保护后手买卖的判决以及基于该判决所为的执行,便是在帮助实质意义上的恶。在类似“远程融资租赁诈骗案”^⑱中,当绝大多数裁判文书裁决直接受害人医院败诉时,其在实质上保护的恰是行骗者。该裁判后果还会更为助长融资租赁公司(出租方)的疏忽大意,对承租人利益的毫不关心。这还不要说,其中有多少恰是出卖人与出租人联手(恶意串通)而为,只不过在法律上难以认定、无法证成而已。

这就要求裁判者的视野不能仅停留在个案,还要基于整个社会的相关背景与环境予以考量。诸如一房二卖或多卖、融资租赁、P2P、信托等争议性案件,聚焦个案或疑点重重,而置入整个社会考量或可柳暗花明。以“远程融资租赁诈骗案”为例,法官或仲裁者针对单个案件确实难以判断其中真相,但在

全国有成百上千个类似或相同案件,甚至同一法院、同一仲裁机构便有数十件被告相似(各公立医院)、原告相同(某基金公司)、第三人或出卖人相同(远程公司)、所有标准合同模板相同案件出现时,裁判者只需将个案与社会上相同或相似案件作简单比较与参照,便会大致得出一个基本判断或宏观考量。无论是基于法律人的专业常识,还是源于自然人的基本直觉,至少在很大程度上可判断出此类合同正常与否,从而在裁判中提高应有的审慎。笔者将个案置于社会相关背景予以整体考量的裁判思路,概括为“案件社会背景考量”的司法思维模式。基于此,裁判者对某些存疑案件不能仅作为个案予以判断,可将其置于整个社会背景中予以考量,观察其存在是否普遍,是否有相似或同类案,从宏观社会背景中查清事实疑点,并充分利用细节、证据揭开行骗者的面纱,揭露行骗者与第三人的恶意串通行为,从而减少其行骗成功的机会。

无需说,法律(具体说是裁判者)承担了败德课以的更多义务,其中多有本不属于法律的任务,从而亦不应仅由裁判者来承担。利用P2P、融资租赁、信托等法律手段坑骗钱财的现象从表面上看都是法律问题,但从整个社会现实看,更多的却是道德问题,是道德败坏与沦丧问题。而这些败德现象的出现与存在,又跟法律制度及法律适用密切相关。尽管法律不是引起社会败德的唯一原因,甚至不是主要原因,但是若真正依法治理社会的话,比如对这些害人公司从设立到运行全面予以法律监管,应会减少很多败德现象。不是每个人都高尚,甚至很多人并不高尚,若法律能在一定程度上禁止人作恶,或减少人作恶的机会,亦是在为社会逐步走向文明与高尚提供助益。

(二)道德与法律在民法典中的相互影响

上文是从我国既存的社会现实来揭示法律与道德的关系,看似有些跑题,但为接下来介绍民法典中道德与法律的相互影响提供了事实铺垫。民法典对夫妻共同债务与个人债务的认定规则,便是受社会道德现状影响而制定。婚姻家庭编第1064条规定的所谓“共债共签”^⑨制度,便典型反映了道德与法律针对社会现实的相互影响。

1. 第1064条制定背景:对夫妻共同债务中败德现象的现实回应

婚姻家庭编第1064条的制定历程便是与夫妻债务认定中败德现象作斗争的过程。依原婚姻法(2001年)第41条的规定,共同债务的核心认定标准是债务须为“夫妻共同生活所负”,在诉讼中一般需由债权人举证。如果夫妻均承认某笔债务并非为“夫妻共同生活所负”,那就不是共同债务。学者习惯称之为“用途论”,该标准显然对债权人的举证义务要求很高。社会上经常出现夫妻一方独揽债务,而把所有财产转移给另一方以坑害债权人的现象。原因主要在于夫妻双方的败德,而非仅因法律规定不周。

为了扭转这种坑害债权人的现象,便有了最高人民法院《婚姻法司法解释(二)》(2003年)第24条的规定:“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。”无疑,该条款采用了只要在“婚姻关系存续期间”,夫妻任何“一方以个人名义所负债务”,在法律均“按夫妻共同债务处理”。学者常称之为“推定论”或“婚内推定论”认定标准。“推定论”采用了绝对保护债权人的价值取向,以克服夫妻联合坑害债权人的现象。^⑩但这种头疼医头脚疼医脚的做法显然违背了婚姻法甚或整个法律的基本原理,造成了更大的人间悲剧。那就是,当因夫妻关系不睦而要离婚时,一方不但被对方离掉,而且还要为其背负债务,甚至是巨额债务,这还不排除举债方配偶跟第三方串通编造债务的情形。基于道德思维与法律思维的混淆(先验地认为夫妻双方必然会联合坑害债权人),所设计的制度亦必然混乱(在法律上直接将两者捆在一起共同负担债务)。^⑪如果说初始是夫妻双方利用原婚姻法第41条漏洞作恶的话,那《婚姻法司法解释(二)》第24条本身便会造成对非举债方配偶不公,或者引发与诱发债权人与所谓的举债方配偶共同作恶。

为克服上述情形下的恶果,最高人民法院对《婚姻法司法解释(二)》第24条又作出补充规定(2017年2月28日),增加两款分别作为该条第2款和第3款,即“夫妻一方与第三人串通,虚构债务,第三人主张

权利的,人民法院不予支持”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,第三人主张权利的,人民法院不予支持”。该补充表面上看,是为了缓和债权人保护绝对而有害夫妻其中一方利益的情形。其实这仍是治标不治本,继续是在医《婚姻法司法解释(二)》第24条引发的头疼,在某种意义上是乱上加乱。增加第2款的目的是在克服“虚构债务”之弊。但问题是,该规定为受害的非举债方配偶施加了一种举证义务,即证明举债方配偶跟第三人存在基于“串通”而“虚构债务”的情形,试想其作为合同外第三人这是何等之难?法律课以非举债方配偶此种义务的法律依据何在?法律理论基础为何?增加第3款的目的是把基于“赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务”认定为个人债务。依据法律的基本原理,基于违法行为所负债务本不应属于夫妻共同债务。^⑩最高人民法院增加这两个条款意在补救前面的错误,但当一个错误错在根源上时,是不可能从表面解决的。^⑪

无奈,最高人民法院在2018年又专门就夫妻债务问题作出司法解释,即《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》,共4条。具有实质性内容的是前3条:

第1条:夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,应当认定为夫妻共同债务。第2条: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。第3条: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。

第1条是“夫妻共同债务的明确认定”,即基于“共同签字”“事后追认”等明确的共同意思表示所负的债务,其最大特色是承认了“共债共签”。第2条是把基于日常家事代理权形成的债务明确为共同债务,即“以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务”。第3条是“夫妻共同债务的法律推定”,夫妻一

方超出日常家事代理权所负的债务,只有“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”,可认定为“夫妻共同债务”,但这需要债权人的举证证明。这三条讨论的前提都是“在婚姻关系存续期间”内形成的债务。其核心内容被原封不动地整合为民法典婚姻家庭编第1064条,“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务,以及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,属于夫妻共同债务。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,不属于夫妻共同债务;但是,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”。

2. 第1064条的总体评价:道德风险的法律积极应对

婚姻家庭编第1064条显然将《婚姻法司法解释(二)》第24条对法律思维的偏离拉回了正确轨道,从绝对保护债权人利益拉回到了侧重保护夫妻一方利益之正途,积极意义不可谓不大。为平衡对债权人利益的保护,第1064条规定了“共债共签”以及“推定的夫妻共同债务”。

(1)第1064条第1款规定的“共债共签”有减少夫妻双方道德风险的积极意义。任何法律制度都有避免社会风险的功能,鉴于夫妻财产制度主要是约束夫妻内部关系而不具有对外效力的基本原理,^⑫债权人若为避免债权风险,保护其债权利益,自然可要求夫妻双方共同签订合同。“共债共签”是一个当然存在的契约行为,完全是当事人的意思自由,即便没有在法律上明确规定,也可天然地包含于合同法与婚姻法之中。^⑬第1064条的文义本质其实是“共签共债”。“共签”的当然是共债,且是不言自明的共债,但它并不意味着,没有“共签”的就一定不是共债。依据本条第2款“夫妻共同债务”的规定,即使“没有共签”仍有可能推定为“共债”。^⑭

(2)第1064条第2款也对“推定的夫妻共同债务”作出了规定,这是确立夫妻共同债务的真正核心问题,因为整个夫妻债务的核心问题皆为“平衡非举债配偶一方和作为债权人的第三人之间的利益”。^⑮该

款仅列明了“推定的夫妻共同债务”的判断标准,对于其中的责任财产确定规则、清偿顺序以及夫妻内部追偿等更为司法实践所亟需的内容,一方面需要裁判者在司法实践中针对个案予以裁量,另一方面需要未来法律的强化与细化规定。由于法律明确规定了“共债共签”制度,债权人一般都应会要求债务人夫妻共同签名,再加上“事后追认”作宽泛理解的话,本条规定的“推定的夫妻共有债务”(尤其是基于“合意推定”的“夫妻共有债务”)的存在空间应会大大减少。法律也同时规定了“夫妻共有债务”的“合意推定”,如果此处“合意推定”亦采宽泛理解,又可能会完全涵盖“共债共签”或“事后追认”内容,明示的与推定的“夫妻共有债务”便在实质内容上重合或重复。^⑩

(3)既然把“共签共债”在法律上明确下来,便是在实际上鼓励债权人为了保护自身利益要求夫妻双方共同签名,或至少给债权人如此要求提供了法律依据,双方当事人之间交易成本会加大。该规定所持的其实是异态的法律思维,即把为法律行为的夫妻一方或双方推定为不值得信任的人。“共签共债”的制度设计其实就是为了防范夫妻合谋欺骗第三人或夫妻一方与第三人合谋欺骗夫妻另一方这样的现象。这是因为,当债权人跟夫妻一方(其实双方当事人大多都生活在婚姻关系之中)为债权债务关系时,只要举债方配偶不明确表示是为夫妻双方所为,债权人也可以基于法律的相关规定推定为“夫妻共同债务”,只不过举证不成功的风险很大,最终往往被判定为夫妻一方个人债务,这是婚姻法认定夫妻债务的基本原理与常识。若债权人不放心举债方配偶的履约能力或信用,即使没有法律规定,他也可要求夫妻双方共同签名(包含“共签共债”、做保证人等任何形式)。但是,当法律明确把“共签共债”作为一种制度规定时,它其实是给债权人要求举债方配偶如此行为的一种提示或明示,甚至是一种鼓励。当法律不规定“共签共债”而债权人基于其自由意志如此而为时,至少是把人与人之间的不信任掩藏在了法律背后;而当法律对此明确规定时,便等于是把原本掩藏在法律背后完全由当事人意思自治的事项明示出来,其中也包含把人与人之间的不信任昭示于人;如

果不信任对方,那请其配偶共签。这个条款很好地诠释了法律和道德的相互影响:良好的道德风气会塑造健康的法律思维,而不良的道德风气则会提升巨大的立法成本。民法典第1064条便真切地反映了克服与摒弃不良风气的艰辛付出,以及对社会正气的坚守与追求。

结语:法律思维的现实应变

如果说常态生活中民法的重心是维护交易安全的话,而在败德现象较为普遍的生活场景下,民法的重心则应是尽力预防或惩戒败德之人,即侧重惩罚或打击故意一房二卖或多卖者,而非仅在两个或多个买受者之间平衡利益,否则便是对真正作恶者(故意一物二卖或多卖的出卖人)的纵容,因为他才是最应予以打击者;应侧重惩罚与打击融资租赁中故意出卖不合格物品甚或虚构物品的欺诈者(出卖人),而非仅在出租者与承租人之间平衡利益,否则便是对真正应以打击之作恶者的纵容。若坚持“案件社会背景考量”的司法思维模式与导向,那就需要裁判者在一房二卖或多卖、P2P、融资租赁、信托等案件中贯彻鼓励当事人识破作恶者或至少让其欺诈目的难以得逞的判决导向,^⑪课以两名或多卖买受人之间、融资租赁公司与承租人等潜在受害主体之间更为谨慎的注意义务:即双方均应为自己的过失承担责任,而非单纯让一方倒霉者完全承担责任,唯此方能提高双方共同防范作恶者欺诈或识破其欺诈目的的注意义务。若坚持这样的思维导向,至少不能使得故意一房二卖或多卖者从其多次出卖行为中获利,^⑫甚至应让其偷鸡不成反蚀把米。^⑬败德当事人自始便追求非常态的法律活动,以坑骗他人钱财为动机,此时坚持简单的法律思维更易于被其诱偏目标,判决结果有时不仅是对罪恶肇事者的放纵,甚至成为其帮凶。纵观我国司法实践,很多交易争议的出现,房地产、融资租赁、信托、金融等市场的混乱恰是这些败德者引起。强化当事人识别欺诈目的的注意义务、减少作恶者成功机会以及加强惩治与打击力度的判决导向,与纯粹的应然法律思维、与基本法律原理是真正的契合,即唯有打击与遏制罪恶的源头,方能真正维护交易安全。在败德现象频出社会背景下的案件审理,裁判者若采用“案件社会背景考量”的司法

思维模式,有意识地把案件放入整个社会背景、整个活动业态予以考量,便可在很大程度上避免仅基于个案考量时的误导甚至蒙蔽,并最终作出面向整个活动业态未来具有引领与导向的判决。无论是法律思维还是道德思维,在终极价值取向上应该始终相一致,惩恶扬善是道德追求,亦为法律所秉持。

经常听到一句有名的政治谚语,“好的秩序使坏人变好,坏的秩序使好人变坏”。其实,对大多数现实生活中的人来说,并无所谓绝对的好坏、善恶。如同哈特所说,人类“并非天使”,但也“不是魔鬼”,^⑩而皆为常人。若现实社会都是好人,根本不需要法律。若都是坏人,即便存在法律也是徒然。诸如法律等规则设计,往往是为常人所需。在常人社会中,单以坏人或好人的视角理解法律,其后果或会简化法律制度的设计,如基于好人思维令拾得人直接上交遗失物会忽视其相应权利,基于坏人思维径直缩短重大误解人的可撤销期间会忽视设计合理的期间计算起点;或会违背法律制度设计的应然逻辑,如基于好人思维往往会忽视当事人的利益而径直取缔拾得人的报酬请求权或遗失物的获得权等权益,基于坏人思维往往会忽视或限制当事人的意志,原经济合同法中自己代理和双方代理的无效制度,便在实质上压缩了当事人意思自治空间,而基于重大误解可撤销期间的缩短,在本质上也是对重大误解人意思的限制。这就要求无论立法、司法,还是学理研究,应尽可能地站在常人视角:常人既有行善的追求与驱动,又有逐利的动机与倾向。法律与道德应相互配合鼓励并放大常人的行善激励,遏制并缩减其败德动机。法律的主要功用就是尽可能止恶,让作恶者不得利;鼓励其行善,且尽可能让行善者利益不受损。道德的主要功用就是鼓励人们内在自发地逐善止恶,并对恶予以道义谴责。法律与道德并不对立,甚至完全可协调一致。^⑪基此,良好的法律应是侧重引导常人行善、预防或减少其作恶的程序化制度设计,如通过给予拾得人多种权利的方式引导其上交、妥善保管,最终会更利于失主的救济;而非简单配置径直以实现结果为目的的权利义务,如强令拾得人必须上交而无相应权益,这样的制度设计效果恰与其初衷背道而驰,最终造成的是对失主的损

害。历史的发展揭示,无论有怎样的法律存在,并非所有人都会绝对服从法律,这便需要倾心设计符合常人思维的良好制度以引导并规制人的行为。现实社会中的常人信服的往往是法律正义,更是伦理善真,由此才能逐渐生发出对法治的内在信仰。法律与道德在世俗社会中难以分离:道德是法律的土壤,法律则是道德的果实。人们所期待的是,法律扎根的无论是芬芳的土壤(善德),还是恶臭的淤泥(恶德),都能“开出朝向天籟的圣洁花朵”,展现其无尽的“正义之美”。^⑫

*衷心感谢浙江万里学院法学院裴桦教授、吉林大学法学院李洪祥教授、苏州市中级人民法院高小刚法官、美国哥伦比亚大学法学院法律博士(JD)候选人李思遥同学、上海交通大学凯原法学院其木提副教授、李贝副教授、博士生云晋升、向秦、史晓宇、赵诗文、王冉冉、硕士研究生郝雨璇等同学为本文资料查询、修改完善所付出的辛劳,没有他们的鼎力帮助,本文不可能完成!

注释:

①主张采用“坏人”视角看待法律的莫过于霍姆斯大法官了,他在其传世名作《法律之道》中明确指出:“倘若您仅想了解法律,而非别的什么,那就必须以坏人的眼光看待法律,因为坏人只关心法律知识能帮他对实质性后果作出预测,而不像好人,总是在甚为模糊的良心法则约束中寻找其行为理由,不论该理由是在法律之内还是法律之外。”O.W.Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, 1897, Vol.10, No.8, p.459.至于对句中“坏人”具体如何理解?“坏人预测”的具体内容为何?“坏人视角”在法律运行中的适用范围以及功能等问题,并非本文所专注。有兴趣者除了阅读其原文之外,还可参考研究该文之汗牛充栋的国内外论著。代表性英文论著有:Henry M. Hart, Jr., *Holmes' Positivism: An Addendum*, *Harvard Law Review*, 1951, Vol.64; William Twining, *Other People's Power: The Bad Man and English Positivism 1897-1997*, *Brooklyn Law Review*, Volume 63, Issue 1; Robert W. Gordon, ed., *The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Stanford University Press, 1992; Steven J. Burton, ed., *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes*, Cambridge University Press, 2000.最后一书有中译本,[美]斯蒂文·J.伯顿主编:《法律的道路及

其影响:小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社2005年版。中文论著,参看徐爱国:《〈法律的道路〉诠释》,载《中外法学》1997年第4期;许章润:《法律之道即生存之道》,载《环球法律评论》2003年春季号;柯岚:《霍姆斯的“坏人论”及其神话》,载《清华法学》(第五辑),清华大学出版社2004年版,第113-138页等。依照霍姆斯大法官把好人理解为“受良心法则约束”的人,便可把与之相比的坏人理解为,只在意行为可预测的“实质性后果”而不“受良心法则约束”的人

②“好撒马利亚人”的故事源于“New Testament”Luke10:30-37,简单说就是“帮助危难者的人”。它对法律的影响是,在欧美等很多国家都有表现形式不同的以其命名或用它来指代的“行善人(保护法)”,包括侵权、刑法、行政法等。如美国的每个州都有 good Samaritan law,其主要目的在于,“使那些对处于紧急危险中的他人自愿实施救助、但又在施救过程中由于过错而导致他人伤害的免除责任”。薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2014年版,第606页。法律上的“好撒马利亚人”,既不是道德上的好人,亦非宗教中的善人,而是趋向道德善的常人。这是因为,“西方国家的立法并未要求好撒马利亚人做出牺牲,他只有在不危及自身安全的情况下才施救,施救后可以获得报酬甚至奖励”。徐国栋:《见义勇为为立法比较研究》,载《河北法学》2006年第7期。

③彭诚信:《主体性与私权制度研究》,中国人民大学出版社2005年版,第9页。相关论述,还可参见彭诚信:《现代权利理论研究》,法律出版社2017年版,第244、275-277页等。

④坏人之所以难以找到某个具体人物做例证,那是因为“好人有典型,坏人无底线”使然。

⑤该规定几乎完全照搬原物权法,因此从我国立法机关公布的原物权法立法背景介绍中,可在一定程度上推知当时相关制度设计受到怎样的观念影响。当时有观点指出,“作为一种社会道德风尚的指引”,“应该考虑建立一种机制,公示后无人认领的遗失物应该由国家取得”;还有观点认为,“应该提倡‘拾金不昧’的社会主义风尚。草案规定‘所有权人、遗失人等权利人领取遗失物时,应当向拾得人或者有关部门支付遗失物的保管费等必要费用’与道德常理不符,应该删去。再如草案规定‘所有权人、遗失人等权利人领取遗失物时未支付保管费等必要费用的,拾得人或者有关部门有权留置遗失物’,更是与一贯提倡的社会主义道德不符”。上述观点是何等高尚,连必要费用都不得请求。那就意味着,拾得人不仅要负各种义务,还要搭进一些费用。参见全国人大法工委民法室编著:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第462-463页。相关学者观点的介绍,参见王利明:《遗失物的所有权归属及返还问题》,《民商法研究》第3辑,法律出版社2001年版,第296-299页。吴向红教授曾指出,严格从我国传

统文化讲,“真正称得上传统美德的,是‘道不拾遗’”,“‘拾金不昧’并非‘道不拾遗’的更高境界,而是退化”,“在古人眼里,‘拾’这一行为本身就是很成问题的”。但是,作为传统美德的“道不拾遗”应是出于本真(民风淳厚)的滋养,而非严峻刑罚的恐吓。这种本真的传统美德大概从《左传》所载子产执政三年的“道不拾遗”时期起,主要是社会强制而非人心教化的结果,因此本真的“道不拾遗”可能只是“一种传说,一个纸面上的美丽标签”而已。参见吴向红:《中国古代遗失物制度的法律运行与观念流变》,载《法学》2006年第1期。

⑥拾得人负有的相关义务有返还、及时通知、上交、妥善保管、致遗失物毁损或灭失需承担民事责任、不得侵占等;当遗失物若无人认领时,该物则归国家所有而非拾得人。也许有人会辩解,拾得人在民法典中还是规定了相关权利的:一是拾得人的必要费用请求权(物权编第317条第1款),其实该权利在本质上对拾得人并无任何实益,因为他只能请求已经付出的费用,且还只能是必要费用,当拾得人所花费用大于必要费用时,他还会有损失;二是拾得人对失主的悬赏请求权(物权编第317条第2款),该项权利对拾得人实益也不大,因为拾得人在发现遗失物时,通常无从判断失主是否已经悬赏。如果一定要说有权利的话,仅是那些赌对了的拾得人有该项权利。因此,悬赏请求权的激励作用也是有限的,即对好人来说,有无悬赏他都会捡,也会上交;对坏人来说,他一般也会捡,但仍然不上交,因为他无从得知该物是否已悬赏;对常人来说,不捡是最优选择,即“多一事不如少一事”。参见张淦纶:《遗失物的财产权结构——重新反思梁雨润案件》,载《政法论坛》2016年第1期。

⑦2012年2月,四川彭州通济镇农民吴某某无意中在自家承包地里,挖出7根乌木,据专家鉴定,仅木材价值就在500万元至700万元之间。7月初,彭州市国资委对外宣布,乌木归国家所有,对发现者吴某某奖励7万元。因不满奖励结果,吴某某起诉彭州国资委。成都市中级人民法院裁定驳回彭州农民吴某某关于确定7件乌木为他所有的起诉,后四川省高级人民法院作出终审判决,维持一审裁定。http://scnews.news-sc.org/system/2013/06/21/013798050_01.shtml,2020年2月27日访问。

⑧2015年1月30日由一位哈萨克族牧民在新疆阿勒泰地区青河县境内发现一块重7850克的狗头金。当地政府官员表示,牧民可不上交而自行保管,政府在牧民出卖时可以市场同等价格收购。<http://www.chinanews.com/sh/2015/02-12/7060104.shtml>,2020年2月27日访问。

⑨梁某是深圳机场的一名普通清洁工。2009年3月20日上午,梁某在机场候机大厅“捡”到一个纸皮箱,内有真金首饰(价值300万元),下班后将其带回自己家中。当天晚上,警察到梁某家,梁某主动交出纸箱,但警察以涉嫌盗窃将其拘留。

2009年9月25日,因证据不足,深圳市宝安区检察院认定梁某不构成盗窃罪,不提起公诉。<http://news.sohu.com/20091011/n267273442.shtml>,2020年2月27日访问。

⑩“汪某友诉詹某华隐藏物返还纠纷案”,浙江省开化县人民法院(2015)衢开马民初字第64号民事判决书;“汪某诚等诉淮安市博物馆返还原物纠纷案”,江苏省淮安市中级人民法院(2011)淮中民终字第1287号;“岳某香诉王某安有关旧宅埋藏银元归属案”,河南省温县人民法院(2001)温民初字第972号判决书。

⑪参见徐国栋:《财宝概念研究两题》,载《现代法学》2017年第2期;王建平:《乌木所有权的归属规则与物权立法的制度缺失》,载《当代法学》2013年第1期;金可可:《论乌木之所有权归属》,载《东方法学》2015年第3期;朱虎:《国家所有和国家所有权》,载《华东政法大学学报》2016年第1期,等等。

⑫参见陈霞等:《遗失物归路在何方》,载《法制日报》1997年6月5日。

⑬简要内容为:2013年10月5日下午,武汉市民曾某酒后乘坐王某摩的回家,但下车回家时将以黑色布袋装着的40万元遗忘在摩的上。王某发现黑色布袋后将其带回家,企图用该钱款还债。后王某在舆论压力下,并经过艰苦的思想斗争在事发5天后将款项归还给曾某,并获得10万元悬赏金。<https://news.cnhubei.com/xw/sh/201310/t2723843.shtml>,2020年2月27日访问。如果法律有明确报酬请求权制度话,王某便不会经历这些,而这些斗争与煎熬对多数常态的拾得者来说通常都会发生;如果法律有明确报酬请求权制度,拾得人基于利益计算迅速上交的话,失主更不会饱受巨额资金丧失的痛苦,且也不会因报案而动用警力等公共资源。

⑭除了前述“深圳梁某案件”,还有“原告刘某华与被告张某国漂流物返还纠纷案”,湖南省新邵县人民法院(2015)新民初字第261号民事判决书。基本案情为:2013年12月17日,被告张某国在河中发现属于原告刘某华所有的船只,将其牵到河岸,并告知所在村委会。2014年3月29日,刘某华在张某国处发现了涉案船只并要求返还,但因被告提出3000元报酬费的要求未达成一致意见而涉诉。原告向当地公安局派出所报案,派出所对本案以盗窃立案侦查,后因没有发现犯罪事实为由予以撤销,从而又转为民事诉讼。对于该案,如果法律有明确的报酬请求权及确定的比例数额,双方当事人便很可能不会因“3000元”的报酬引发争执且引发原告向公安局派出所报警,并对本案以盗窃立案侦查。尽管当地公安局最后以侦查过程中没有发现犯罪事实为由予以撤案,但对双方当事人来说造成的绝不仅仅是感情伤害。

⑮参见张淦纶:《遗失物的财产权结构——重新反思梁丽案件》,载《政法论坛》2016年第1期。

⑯谭启平、蒋拯:《遗失物制度研究》,载《法学研究》2004

年第4期。

⑰“拾遗近盗”“最有力的表达就是李悝的‘盗心’说”,出自桓谭的《新论》。参见前引⑤,吴向红文。

⑱参见张晋藩总主编:《中国法制通史》,法律出版社1999年版,第四卷:隋、唐,本卷主编陈鹏生,第456-460页;第五卷:宋,本卷主编张晋藩、郭成伟,第148-152页。

⑲《通制条格》卷28,《杂令·地内宿藏》;《元典章》卷56,《刑部》18,《闲遗·宿藏·得宿藏物地主停分》。

⑳笔者把民法典中的“重大误解”同比较法中的“错误”视作同一概念。

㉑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478页。

㉒参见陈国柱主编:《民法学》,吉林大学出版社1987年版,第90页;陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1057页,引用部分为韩世远教授撰稿。

㉓参见韩世远:《重大误解解释论纲》,载《中外法学》2017年第3期;杨代雄:《法律行为制度中的积极信赖保护》,载《中外法学》2015年第5期。

㉔前引②,杨代雄文;薛军:《论意思表示错误的撤销权存续期间》,载《比较法研究》2016年第3期。

㉕本段观点及相关引文,主要参考了耿林:《论民法总则的撤销期间》,载《华东政法大学学报》2018年第5期。

㉖石佳友:《我国〈民法总则〉的颁行与民法典合同编的编订》,载《政治与法律》2017年第7期。

㉗武藤:《民法典编纂背景下重大误解的规范构造》,载《当代法学》2019年第1期。

㉘参见前引②,韩世远文;龙俊:《论意思表示错误的理论构造》,载《清华法学》2016年第5期。

㉙前引②,耿林文。

㉚参见前引②,杨代雄文。

㉛第168条内容为:代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为,但是被代理人同意或者追认的除外。代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为,但是被代理的双方同意或者追认的除外。

㉜Vgl. RGZ 51, 422, 426.

㉝于程远:《从风险规避到实质保护》,载《政法论坛》2018年第2期。

㉞前引②,李适时主编书,第519-520页。

㉟Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Verlag C.H.Beck, S.859.

㊱孙建:《对代理法中若干问题的探讨》,载《南开学报》2000年第1期。

㊲马新彦:《民法总则代理立法研究》,载《法学家》2016年第5期。

③王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2018年版，第652-654页；杨立新：《民法总则要义与案例解读》，中国法制出版社2017年版，第621页；李永军：《民法总则》，中国法制出版社2018年版，第807页。笔者在论文写作过程中曾跟李永军教授交流，其本人确认持无效观点，在此特向李老师表示感谢！

⑨甚至在民法总则颁布之前，司法中已有把自己代理和双方代理作为效力待定或可撤销，或直接判其有效的诸多判决。其中把双方代理认定为效力待定的案例有“海澜国际诉韩国海空等海上货物运输合同损害赔偿纠纷案”（上海海事法院沪海法商初字第2005）第6号民事判决书）、“上海宝建公司与上海越盛公司建设工程施工合同纠纷案”（上海市第二中级人民法院沪二中民二（民）终字第1575号民事判决书）等；把自己代理认定为效力待定的案例有“莫某某等与王某房屋买卖合同纠纷案”（广西壮族自治区高级人民法院（2013）桂民申字第16号民事裁定书）、“盛某某等与王某某确认合同无效纠纷案”（广东省佛山市顺德区人民法院（2015）佛顺法容民初字第158号民事判决书）等；把自己代理认定为可撤销的案例有“国泰君安与江苏昆山农商银行代理买卖金融债券合同纠纷案”（最高人民法院2015年12月26日再审判决书）等；其他把自己代理认定为有效的案例有“上海威鸿公司与厦门贝品公司海上货物运输合同纠纷案”（福建省高级人民法院（2009）闽民终字第745号民事判决书）、“王某某诉宁波众缘公司等合同纠纷案”（浙江省宁波市江北区人民法院（2016）浙0205民初867号民事判决书）等。

⑩参见前引③，于程远文。

⑪陈甦主编：《民法总则评注》（下册），法律出版社2017年版，第1189页，该条评注由方新军教授撰写。

⑫如今被广为接受的主流意见则认为，“德民”第181条字面上对自我交易行为的禁止，并不直接导致自我交易行为无效，而是使其效力待定，允许被代理人追认，准用无权代理规则使其具有追认的可能（“德民”第177条）。从比较法上看，德国当今通说认为，违反德国民法典第181条禁止自我行为规定的法律后果与无权代理相同，属于效力待定，由被代理人决定是否通过追认承认合同的效力。我国台湾地区“民法”第106条完全沿自德国民法典第181条，在解释论上亦坚持无权代理说。参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第361页。有关日本民法典第108条所持的效力待定立场，参见董安生、张保华：《缺失的合同效力规则》，载《法学家》2007年第3期；潘芳芳：《日本民法典（债权法）修改的动向与课题》，载《日本法研究》（第3卷），中国政法大学出版社2017年版，第147页。可见，持效力待定法律效果的多数国家或地区，均是把自己代理与双方代理理解为无权代理，由被代理人追认合同效力。

⑬如欧洲合同法原则第3:205条、国际商事合同通则（PICC）第2.2.7条、共同参考框架草案II-6:109、意大利民法典第1394-1395条、葡萄牙民法典第261条等。相关论述参见前引④，陈甦主编书，第1190页，该条评注由方新军教授撰写；王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》（下册），中国法制出版社2017年版，第753-754页，这部分由朱虎教授撰写；谢鸿飞：《代理部分立法的基本理念和重要制度》，载《华东政法大学学报》2016年第5期；前引③，于程远文。

⑭持效力待定的观点，参见前引③，于程远文；张新宝：《〈中华人民共和国民法总则〉释义》，中国人民大学出版社2017年版，第363页；前引③，王利明主编书，第751-752页，这部分由朱虎教授撰写；尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社2010年版，第697页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2017年版，第341页；汪渊智：《代理理论》，北京大学出版社2015年版，第234页。持可撤销的观点，参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第240页；耿林、崔建远：《民法总则应当如何设计代理制度》，载《法律适用》2016年第5期；前引④，谢鸿飞文。

⑮相关论述，参见前引③，于程远文。

⑯效力待定说甚至被学者认为是我国通说，参见迟颖：《自我行为中的利益冲突及其规制——〈民法总则〉第168条解释论》，载《河北法学》2019年第10期。

⑰See David Cyranoski: HE JIANKUI: CRISPR rogue, 载 <https://www.nature.com/immersive/d41586-018-07683-5/index.html>, 2020年3月3日访问。该行为蕴含的具体伦理、法律、科研等风险不仅是基因歧视风险、人格尊严风险，而且它会影响整个人类的存在样态，甚至能否存在的问题。尽管整个事件以贺某为核心的三名人员被判非法行医罪入刑（其中贺某被判处有期徒刑三年，并处罚金人民币三百万元）而告终，但是它给三名“基因编辑婴儿”未来生活带来的各种法律及伦理问题，尤其是给人类提出的各种应然反思，将持续久远。参见王攀、肖思思、周颖：《科研幌子难掩非法行医事实 名利动机驱使恶意逃避监管：聚焦“基因编辑婴儿”案件》，载《人民日报》2019年12月31日，第11版。有关人类基因编辑引发的道德与法哲学思考，可参见朱振：《反对完美？——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

⑱参见王博勋：《人格权编草案二审：及时回应新情况新问题》，载《中国人大》2019年第9期。

⑲对两者关系感兴趣者，参见徐国栋：《见义勇为立法比较研究》，载《河北法学》2006年第7期；关涛：《救助他人行为的私法构造》，载《法学》2017年第9期；王雷：《见义勇为行为中的民法学问题研究》，载《法学家》2012年第5期；曾大鹏：《见义勇为立法与学说之反思》，载《法论坛》2007年第2期；

缪宇：《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》，载《法学家》2016年第2期。另可参见《华东政法大学学报》2014年第4期上的“见义勇为为民事责任的比较法研究”专题讨论，其中有吴从周、叶名怡、肖俊、章程、李昊、王雷等教授的相关文章，可供参考。

⑤前引②，李适时主编书，第572、575-576页。

⑥参见崔建远：《我国〈民法总则〉的制度创新及历史意义》，载《比较法研究》2017年第3期。

⑦参见梁慧星：《〈民法总则〉重要条文的理解与适用》，载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期；王利明：《民法总则的本土性与时代性》，载《交大法学》2017年第3期。

⑧参见单平基：《“绿色原则”对〈民法典〉“物权编”的辐射效应》，载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期。《法律科学》2018年第6期的“绿色民法典专题”专门讨论了“绿色原则”在各编的具体化，其中有吕忠梅、巩固、刘长兴、刘超等教授的论文，可供参考。把“绿色原则”贯穿于民法具体制度最早且体系化的尝试，在我国当属徐国栋教授主编的《绿色民法典草案》(中国社会科学文献出版社2004年版)。

⑨参见张新宝、汪榆森：《污染环境与破坏生态侵权责任再法典化思考》，载《比较法研究》2016年第5期。

⑩参见孙佑海、王倩：《民法典侵权责任编的绿色规制限度研究》，载《甘肃政法学院学报》2019年第5期。

⑪参见吕忠梅、窦海阳：《民法典“绿色化”与环境法典的调适》，载《中外法学》2018年第4期；贺剑：《绿色原则与法经济学》，载《中国法学》2019年第2期。

⑫参见前引⑤，崔建远文；前引⑥，王利明文。

⑬最为严厉的批评莫过于指责该制度有基于“有罪推定”而产生“连坐”后果之嫌。参见曹险峰：《侵权法之法理与高空抛物规则》，载《法制与社会发展》2020年第1期；韩强：《论抛掷物、坠落物致损责任的限制适用》，载《法律科学》2014年第2期。

⑭参见李霞：《高空抛物致人损害的法律救济》，载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期；前引⑬，曹险峰文。

⑮有关重庆“烟灰缸伤人案”(2001年，由22名被告分担损失)、山东“菜墩致人死亡案”(2001年，15名被告，驳回原告起诉)、济南“菜板伤人案”(《侵权责任法》出台前，56户被告承担连带赔偿责任)的相关介绍，参见最高人民法院侵权责任法研究小组编著：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第578-581页。

⑯“何某与陈某某等不明抛掷物、坠落物损害责任纠纷案”，武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终3752号判决书(由47名被告分担损失)。

⑰“刘某某等与张某某等生命权纠纷上诉案”，贵州省安

顺地区(市)中级人民法院(2012)安市民终字第212号民事判决书(由两户分担损失)；“吴某某等28人与王某甲、王某乙物件损害赔偿纠纷案”，鞍山市中级人民法院(2017)辽03民终2787号判决书(由54名被告分担损失)。

⑱“李某某与丁某某等不明抛掷物、坠落物损害责任纠纷案”，上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第3623号民事判决书(由4位被告各自补偿)。

⑲“王某某与王某等身体权纠纷案”，上海市浦东新区人民法院民事判决书(2011)浦民一(民)初字第20640号(由15名被告各自补偿)。

⑳“钟某某等与刘双庆等81人人身损害赔偿纠纷案”，广东省深圳市中级人民法院民事判决(2008)深中法民一终字第1549号(由其中74名被告各自补偿)。

㉑“郭某某与景某某等不明抛掷物、坠落物损害责任纠纷案”，吉林省白山市江源区(2011)江民一初字第97号民事判决书(由两名被告各自补偿)。

㉒让我们来听听审判法官的声音：“虽然致害人可能仅为一人，对于并未真正实施抛掷行为的使用人来说承担补偿责任纵然有些不公平，但仅46天的何某被从高空抛掷的水泥块砸中头部并受伤致残，又何其无辜！”“何某与陈某某等不明抛掷物、坠落物损害责任纠纷案”，武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终3752号判决书。就在撰写本文的过程中，又看到同样的悲剧继续在我国发生：2020年3月5日，在浙江绍兴市柯桥区待驾桥花园，一个“14月龄男宝宝(刚学会走路)被高空坠落的砖块砸中头部，伤势严重”，“已脑死亡”，载<https://news.qq.com/omn/20200307/20200307A0CBGN00.html>，2020年4月2日访问。真是心如刀绞，不能平静！

㉓扈纪华：《关于高空坠物法律规制问题》，载《法制日报》2019年8月28日，第9版。

㉔参见王轶：《作为债之独立类型的法定补偿义务》，载《法学研究》2014年第2期；彭诚信：《损失补偿之债：一种新型的法定之债》，载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2010年第6期。

㉕以《深圳特区报》(2007年5月31日)的相关报道为例，从2006年6月至2007年5月一年的时间，仅媒体披露的高空抛物事件就多达20余起，平均每月两起，有十多人在这类高空抛物事件中受伤。如此频繁的高空抛物事件与其说是道德风险，不如说是道德堕落。在该报2012年8月14日第B12版理论周刊“如何根治高空抛物顽疾”的读者参议中，几乎所有参议读者皆提到了要加强“人的道德修养”、提高“最基本的公民素质”问题。

㉖《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉审议结果的报告》，2017年3月12日第十二届全国人民代表大会第五次会议主席团第二次会议

通过。

⑫张新宝先生便将“英雄”理解为形容词(参见张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第402页),也有把“英雄”作为名词的理解(中国审判理论研究会民商事专业委员会编:《〈民法总则〉条文理解与司法适用》,法律出版社2017年版,第344页)。

⑬参见沈德咏:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》(下册),人民法院出版社2017年版,第1222页。

⑭参见张红:《民法典之名誉权立法论》,载《东方法学》2020年第1期。

⑮相关观点的讨论,参见王利明:《论我国〈民法总则〉的颁行与民法典人格权编的设立》,载《政治与法律》2017年第8期;刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,载《法律科学》2018年第2期;前引⑫,李适时主编书,第579-583页。

⑯参见朱振:《共同善权利观的力度与限度》,载《法学家》2018年第2期。

⑰参见杨立新:《我国民法典立法思想的选择和坚守》,载《法制与社会发展》2018年第4期。

⑱李静堂:《无效和可撤销民事行为及其认定和处理》,载《中国法学》1987年第6期。

⑲叶向东:《民事欺诈行为的认定和处理》,载《中央政法管理干部学院学报》1994年第1期。

⑳如王利明先生的一篇力作《无效抑或撤销》(《法学研究》1997年第2期),就被收入全国人大法工委民法室编著的《合同法立法资料选》“三、有关合同法草案总则的资料”部分,作为重要的立法参考资料,参见该书(法律出版社1999年版,第155-160页)。

㉑胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第80-90页。这句话原封不动地出现在该书第3版(法律出版社2013年版),第101页。

㉒参见张广兴:《法律行为之无效——从民法通则到民法典草案》,载《法学论坛》2003年第6期;柳经纬、李茂年:《论欺诈、胁迫之民事救济——兼评〈合同法〉之二元规定》,载《现代法学》2000年第6期。

㉓前引⑫,李适时主编书,第464页。

㉔首先,对本条是否为遗失物善意取得的规定,仍有持异议者,而依据我国立法部门的权威解释,“本条是关于遗失物善意取得的规定”;其次,对本条不包括赃物的理由,相关权威解释是,“物权法不规定盗赃物的善意取得,立法考虑是,对被盜被抢的财物,所有权人主要通过司法机关依照刑法、刑事诉讼法、治安处罚法等有关法律的规定追缴后退回”。参见全国人大法工委民法室编著(主编王胜明):《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社2007年版,引文分别见第231页、第232页。

㉕一般认为英美法系以及意大利民法典(第1153条)为直接适用,而大陆法系中德国民法典(第934-935条)、瑞士民法典(第934-935条)、法国民法典(第2279-2280条)、日本民法典(第193-194条)等皆采有条件适用。该附加条件一般为购买场所、购买价格、标的物性质、回复期间、价金偿还等。参见全国人大法工委民法室编著:《物权法立法背景与观点全集》,法律出版社2007年版,第449-457页,引文见第456页。

㉖此点可从物权法出台后作者分别为法官和检察官的两篇文章中看出,参见潘玉君:《盗赃物应否适用善意取得》,载《人民法院报》2011年6月22日,第7版;金全:《以善意与过错标准衡量“盗赃”善意取得》,载《检察日报》2017年7月3日,第3版。更多的学者也在呼吁赃物有条件地适用善意取得,参见梅夏英:《民法典编纂中所有权规则的立法发展与完善》,载《清华法学》2018年第2期;陈华彬:《我国民法典物权编所有权规则立法研究》,载《政治与法律》2018年第10期;熊丙万:《论赃物的善意取得及其回复请求权》,载《法律科学》2008年第2期;彭诚信:《赃物应适用善意取得制度》,载《当代法学》1994年第3期。

㉗依梁慧星先生的解释,原合同法“起草于中国由计划经济向市场经济转轨之初,当时将来财产的买卖还不普遍,起草人无法预见到此种买卖是市场经济条件下重要的买卖合同形式,故合同法未设相应规则,致形成法律漏洞”。梁慧星:《审理合同纠纷案件的若干问题》,载《法律适用》2012年第12期。

㉘参见王轶:《论倡导性规范——以合同法为背景的分析》,载《清华法学》2007年第1期。

㉙参见房绍坤:《论民法典物权编与合同编的立法协调》,载《现代法学》2018年第6期;彭诚信、李建华:《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》,载《中国法学》2009年第4期。

㉚如崔建远先生言:“物权变动以公示为原则,债权变动及其原因行为原则上不要求公示。”崔建远:《处分行为理论真的那么美妙吗?》,载《中国政法大学学报》2016年第5期。

㉛此点可从某基层法庭涉“一房二卖”案件数量中窥探一二,“仅2010年第一季度,朝阳法院酒仙桥法庭受理二手房买卖合同纠纷近二百件,其中涉及‘一房二卖’因素的,达到八成以上”。陈洁:《“一房二卖”频出怎么办》,载《经济参考报》2010年5月4日,第8版。如此高的比例简直是触目惊心。

㉜如“刘某与京吉顺公司、吕某某房屋买卖合同纠纷案”,北京市大兴区人民法院(2010)大民初字第10760号民事判决书。

㉝有房主李某为偿还债务把房屋予以34.8万元卖给李某(李某已先行支付房款25万元)后,又用私留的钥匙更换该房屋门锁,将该房屋以35万元再次出售给梁某(梁某同样先行支付房款25万元)。李某将两次收取的50万元用于偿还个人债务,两买受人则因房屋归属引起争议。公安机关对李某以合

同诈骗罪立案侦查,并移送检察机关审查起诉。参见商开平:《本案中“一房二卖”是民事违约还是刑事诈骗》,载《江苏法制报》2019年7月2日,第C版。类似或同样的案情并不鲜见。上海浦东也发生过出卖人保留钥匙,换门锁,一房二卖,参见田思倩:《动迁房“一房二卖”惹风波》,载《浦东开发》2017年第8期。

⑨前引⑨,陈洁文。

⑩“2016年9月11日,多个媒体报道北京将实施楼市新政,封堵通过结婚骗取购房资质的行为。”“‘假结婚’和‘假离婚’现象愈演愈烈,其背后是可观的利益驱动。”胥玲:《完善公共政策,遏制“假结婚”“假离婚”》,载《中国财经报》2016年10月11日,第6版。“2013年初,国务院出台‘国五条’抑制投机投资购房,当时(上海)就出现过排队离婚的景象。上海一家民政局婚姻登记中心门口甚至特意挂出警示牌,提醒‘楼市有风险,离婚需谨慎’,一时引来各地媒体围观。”卞文志:《化解购房者焦虑才不会掀起“离婚潮”》,载《中国房地产报》2016年9月19日,第2版。“同是上海,浦东新区则在不久前迎来离婚大潮,不得不采取每日限额70对的应急办法”。童亦弟:《限额离婚的悲哀》,载《中国建设报》2013年5月15日,第1版。“2013年初‘国五条’前后,为规避限购及税费成本,沪上当年有2.6万对夫妻离婚。”“事实上,在深圳和南京,离婚购房也如火如荼。据链家地产统计,在2015年深圳二手房市场,离婚购房的比例达47%。”“今年上半年,南京离婚高达22200对,去年同期仅15763对,同比增加41%”。李宇嘉:《30年前“假结婚”,30年后“假离婚”》,载《证券时报》2016年9月5日,第3版。

⑪参见舒锐:《闪婚闪离为买一套房》,载《人民法院报》2013年1月16日,第2版;杨涛:《“闪婚闪离”为买房:从制度性羞辱到羞辱制度?》,载《经济参考报》2013年1月22日,第8版。

⑫“中介机构人员为了帮客户买房,准确地说为了自己赚取报酬,已假结婚四次,结婚对象包括70多岁的老人。”冯海宁:《楼市中介人员疯狂假结婚击中多个软肋》,《证券时报》2017年3月30日,第A03版。

⑬“高峰时期,离婚居然也需要排队预约,甚至还有夫妻手拉手去‘亲亲热热办离婚’。”朱永华、何勇:《“假结婚”错在谁?》,载《工人日报》2017年6月22日,第3版。“婚登处工作人员告诉记者,这些人甫一离婚,便笑咪咪地咨询复婚的手续。”前引⑭,李宇嘉文,第3版。

⑭因交易房产而办理离婚的悲剧已很多。现实中的确有人借机假戏真做,带着一套自己名下的房子跟他人过起了日子。法官程秀建指出,为规避一项税费而不惜离婚、再娶、再离、再婚,且不论这一行为本身对于基本道德伦理的违反,任何一个环节的不正常衔接,影响的将是两个家庭的幸福生

活。董山峰、张景华:《假离婚避税“离”不掉的楼市风险》,载《光明日报》2013年4月3日,第10版。

⑮“据6月20日《经济参考报》报道,近年来,多地出现经济因素驱动的‘假婚姻’现象,‘假结婚’‘假离婚’处于高发态势。一位房地产中介给记者算了一笔账,按照2016年10月前的政策,同样是300万元贷款,首套住房和二套住房,在30年等额本息还清的情况下,利息相差80万元,相当于一个平均工资水平的职工不吃不喝干10年。”前引⑯,朱永华、何勇文。若基于离婚能节省下来这么多利息的话,不知会有怎样的伦理道德说服普通老百姓不去这么做。正如有人指出的,“离婚换来的是,首付低几十万、月供少1/4左右,何乐不为。”前引⑮,李宇嘉文。

⑯前引⑯,朱永华、何勇文。

⑰参见前引⑯,杨涛文。

⑱某女士为满足把父亲户口从老家迁到成都的老人投靠子女的入户条件,并为其父亲办理成都社保,而与自己的亲生父亲登记结婚。参见晏扬:《不讲人伦岂能“美化”为“抗争”》,载《新华每日电讯》2014年2月17日,第3版。

⑲P2P原本是我国政府推行普惠金融的一种手段,现在若说它是一种普惠金融可能有些夸张,但说它已成为骗子实施非法吸收公众存款或诈骗等行为的重要工具,也是不争事实。P2P因此从最初的野蛮生长,再到爆雷频频、跑路不断,乃至遭遇今天全面的清退治理。一句话,“从高光到至暗,P2P正退出历史舞台”。参见龚亮:《如何识别披着P2P外衣的集资诈骗》,载《光明日报》2018年7月22日,第3版;单美琪:《人间再无P2P?》,载《华夏时报》2019年12月30日,第13版。

⑳“最高人民法院数据显示,近年来,我国受理的融资租赁纠纷案件呈持续增长态势。2012年底,全国受理的融资租赁纠纷一审案件为4591件,而截至2018年11月末,该数字已上升至29543件,增长近6倍。”“融资租赁行业近年来的发展特点可以归结为‘风起云涌、乱象丛生’。”“一方面,融资租赁行业发展迅猛,规模不断扩张,截至2018年底,全国已有近万家融资租赁公司,尤其在北、上、广、深、津等城市,公司数量成几何倍数增长。但是,上市公司、国有企业、民营企业等各类主体在积极设立租赁公司时,更多是希望以此介入金融领域,一定程度上偏离了租赁本源,这是纠纷案件持续频发的重要因素。”田忠方:《纠纷案件六年增6倍:融资租赁业遭遇“成长的烦恼”》,载《上海金融报》2019年11月26日,第9版。北京远程视界以医疗设备作为融资租赁物,套住千余家公立医院,便是通过融资租赁为手段诈骗的典型案列。参见田忠方:《远程视界“套住”千家公立医院医疗巨星被指诈骗》,载《第一财经日报》2018年8月20日,第A6版。

㉑产生全国影响的是“以信托受益人转让或者抵押信托产品为由”实施合同诈骗的“高晋宾等合同诈骗案”(呼和浩特

市中级人民法院(2015)呼刑二初字第00003号刑事判决书)以及号称“国内信托业第一案”的“周刚等利用虚列信托项目投资顾问人骗取顾问费的贪污案”(甘肃省高级人民法院(2016)甘刑终222号刑事裁定书),从中反映出我国信托公司运行中的监管不严、不规范等诸多法律问题。利用信托实施诈骗的事件亦可见于媒体报导,“近期,包括银行业与信托业在内的金融圈内,以理财产品受益权转让的名义实施的诈骗先后被曝光,其中反映出的受益权转让的风险隐患也随之引发了关注,甚至有信托公司开始采取针对性的措施”。李亦欣:《受益权转让成诈骗“新衣”有信托公司已开设受益权转让业务专门账户》,载《证券日报》2017年6月9日,第B02版。

⑩在2019年7月底北京远程视界科技集团有限公司法定代表人、董事长韩春善被抓捕之前,有关该公司的融资案件就已经很多,截止到2019年3月31日在中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>)收集到的738份裁判文书中,仅4例支持医院的主张。这其中,判决医院败诉的判决(至少有部分,甚至大部分)在实际上便是做了欺诈者的帮凶,而不仅仅是对其欺诈行为的放纵。感谢上海交通大学凯原法学院法科特班研究生黄景筠、岳文童、贡正、潘昭宇、李梦遥、陈梵等同学为收集、分析、整理相关案例作出的贡献。

⑪远程欺诈案的套路是:远程(出卖人)、融资租赁公司(出租人)、医院(承租人)签订《融资租赁合同》《租赁物买卖合同》等;远程跟医院签订《医疗合作协议》,以融资租赁方式由远程向医院交付设备,且由远程垫付融资租赁租金;在远程明知自己未发货、融资租赁公司明知医院未收到货的情况下,要求医院在《租赁物交付确认书》签字。上述所有合同通常是远程与融资租赁公司在承租人医院处同时签订,融资租赁公司往往即刻把近千万元乃至数千万元的购物款一笔付给远程。而结果通常是,远程未如期如数交付设备,也未按合作协议持续替医院垫付租金,融资租赁公司因而向法院或仲裁机构提出起诉或仲裁申请,请求承租人医院支付到期未付租金、未到期租金以及违约金等各项费用。

⑫这一条实质上规定的是“共签共债”,无论是“共签共债”,还是“共债共签”,作为对夫妻共同债务的应然概念,皆不周延,甚至并不准确。参见王礼仁:《完善夫妻共同债务认定标准和举证责任》,《人民政协报》2019年7月30日,第12版。如无特别场景,本文仅在宽泛的描述意义上使用“共债共签”概念,即“共签共债”与“共债共签”不作区分,且相互包含。

⑬“2003年之所以作出本条(即《婚姻法司法解释(二)》第24条)规定,是因为当时存在夫妻双方相互串通、转移财产损害债权人利益的情形,对债权人的利益造成了很大损害。”杜万华:《当前民事商事审判的九个重点问题》,载《法律适用》2016年第7期。

⑭此点可从最高人民法院法官的相关论述中明显得以证

实,除了前引杜万华大法官的论述,还可参见其他法官几乎完全相同的解释,即“2003年底出台《婚姻法司法解释(二)》的背景是,许多案件中夫妻双方恶意串通逃避债务,极大损害了债权人的利益。”吴晓芳:《〈婚姻法〉司法解释(三)适用中的疑难问题探析》,载《法律适用》2014年第1期。有关最高人民法院司法解释的逻辑混乱,参见李贝:《夫妻共同债务的立法困局与出路》,载《东方法学》2019年第1期。

⑮参见“林某某与金某等民间借贷纠纷案”,湖北省武汉市中级人民法院(2014)鄂武汉中民再终字第00017号民事判决书;“陈某某与王某等民间借贷纠纷案”,北京市第一中级人民法院(2018)京01民终1687号民事判决书等。

⑯正如叶名怡教授指出的,“《婚姻法解释(二)》第24条新增第2款和第3款几乎没有任何实际意义。因为无论是虚假债务还是非法债务,依据原先的规定,原本就不可能得到法律保护。问题的关键不在于要不要保护虚假债务和非法债务,而在于非举债方难以证明对方配偶与第三人之间的债务是虚假债务或非法债务。该第24条新增的两款规定对于此问题的解决并无任何助益。”叶名怡:《〈婚姻法解释(二)〉第24条废除论》,载《法学》2017年第6期;叶名怡:《“共债共签”原则应写入〈民法典〉》,载《东方法学》2019年第1期。

⑰参见裴桦:《夫妻财产制与财产法规则的冲突与协调》,载《法学研究》2017年第4期;龙俊:《夫妻共同财产的潜在共有》,载《法学研究》2017年第4期。

⑱相同观点,参见蔡立东、刘国栋:《关于夫妻共同债务认定的立法建议》,载《中国应用法学》2019年第2期

⑲“共债共签”入法还会造成违反夫妻共同债务本质的硬伤。因为依据夫妻共同债务的本质,没有“共签”的未必不是共债,有关其例证与论证,可参见王礼仁:《完善夫妻共同债务认定标准和举证责任》,载《人民政协报》2019年7月30日,第12版。

⑳李洪祥:《夫妻一方以个人名义所负债务清偿规则之解构》,载《政法论丛》2015年第2期。

㉑感谢李贝副教授指出此点!

㉒在类似“远程融资租赁诈骗案”中,便应让对承租人(医院)利益漠不关心,借标准合同条款免除自己各种主要义务,对出卖人的资质、标的物等不尽基本审查义务,且付款方式违背常规(一次甚至提前清付全款而不尽基本注意义务)的融资租赁公司(出租人)承担主要责任;让相信天上会掉馅饼而不谨慎审查、盲目签字的医院(承租人)亦须承担相应的缔约过失责任,唯此才能促使所有潜在受害人共同努力识别出欺诈者,防止作恶者的欺诈目的得逞。

㉓我国司法实践中已有法官作出尽量让故意违约者不得利的判决,如“甄某某与闫某某等房屋买卖合同纠纷案”(北京市中级人民法院(2018)京02民终5095号民事判决书),法院判

决出卖方甄某某赔偿闫某某房屋涨价损失 847740 元;“张某某与闵某某等房屋买卖合同纠纷案”(上海市第一中级人民法院(2017)沪 01 民终 13039 号民事判决书),法院判决张某某赔偿闵某某等购房损失 40 万元;“彭某某陈某与深圳世华房地产公司等房屋买卖合同纠纷案”(深圳市中级人民法院(2019)粤 03 民终 11732 号民事判决书),法院判决出卖方陈某赔偿购房人彭某某房屋差价损失 743031 元并返回购房定金 9.5 万元;“韩某某等与徐某某房屋买卖合同纠纷案”(江苏省苏州市中级人民法院(2018)苏 05 民终 6910 号民事判决书),法院判决出卖方韩某某等赔偿购房人徐某某房屋差价损失 63 万元。

⑫参见朱海兰、艾罗伟、艾家静:《贪心房主一房二卖偷鸡不成反蚀把米》,载《人民法院报》2019 年 2 月 13 日,第 3 版。

⑬H.L.A Hart, *The concept of law*, 2nd ed., Oxford University Press, 1994, p.196.

⑭参见[美]罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 101-102 页。

⑮John C.H. Wu, *Fountain of Justice: A Study in the Natural Law*, Sheed & Ward, Inc.1955, pp.264, 269. 中文译本,参见吴经熊:《正义之源泉:自然法研究》,张薇薇译,法律出版社 2015 年版,第 373、381 页。

On the Moral Thinking and Legal Thinking in the Civil Code

Peng Chengxin

Abstract: Regardless of the view of the relationship between law and morality, certain legal systems and concepts in the Civil Code are influenced by moral thinking. The Civil Code has both unreasonable institutional designs that adhere to the mindset of the good guys(e.g., picking up lost property, etc.), the mindset of the bad guys(e.g., shortening the time period for a major misunderstanding of the right of revocation, etc.), and reasonable institutional improvements that shift from the mindset of the bad guys to that of ordinary people(e.g., self-representation versus mutual representation, etc.). The Civil Code has both institutional improvements based on purely legal thinking and institutional designs that are influenced by moral influences that reflect in-purely legal thinking: both those that merit affirmation(e.g., reasonable share of compensation for victims from unidentified Victimizer of falling objects) and those that need further discussion(e.g., bona fide acquisition to exclude stolen goods, etc.). The ethical requirements on bioethics, the promotion of environmental protection, the design of provisions for the rescue of good people, etc. of the Civil Code, reflect the influence of virtue to create good law, while the system of recognition of conjugal debts, such as "co-debt co-sign", reflects the negative influence of morality on the law. Understanding the law from the perspective of the bad guy or the good guy will often simplify the institutional design, or even contradict the natural logic of the institutional design, it is better to stick to the common man's thinking: legislation should focus on leading the common man to do good, focus on the prevention or reduction of the common man's evil act; judicially, should adhere to the "social context of the case" way of thinking and sentencing orientation, strengthen the party's duty of care to identify fraud to reduce the chance of success of the perpetrator, strengthen the punishment; ultimately, realize the beauty of legal justice to curb and combat corruption of morality and maintain security of transactions.

Key words: the Civil Code; legal thinking; moral thinking; common people thinking; "social context of the case" way of thinking; balance of interests