

# 强制性规范的解释与适用

## ——公法与私法“接轨”的司法途径

钟瑞栋<sup>\*</sup>

### 引言

公法与私法本有“楚河汉界”相隔,二者分庭抗礼,势不两立。但为了兼顾自治与管制的双重目标,在现代各国的立法中,公法与私法越来越呈相互交错和融合的姿态。在“公法私法化”和“私法公法化”两股思潮的影响下,在世界范围内,从理论研究、立法实践到司法实践,都在探寻公、私法的“接轨”问题。

本文旨在论证:在公、私法“接轨”的宏大工程中,法院担当着无可替代的重要角色。无论立法者在立法中对公、私法“接轨”工作做得如何,最终还必须由法院把好最后一道关。要把好这最后一道关,法院必须具备妥当识别民法中的各种强制性规范的能力,并通过运用恰当的解释方法,对各种不同类型的强制性规范进行合理解释,为强制性规范的适用奠定基础。无论是对强制性规范的历史解释、体系解释、目的解释和合宪性解释,还是对强制性规范的漏洞补充,实质上都是法院对立法者在公、私法“接轨”工程中留下的“裂缝”进行“缝补”,所不同的是,前者所“缝补”的是小“裂缝”,后者填补的是大“窟窿”。离开了法院的这些艰苦细致的工作,公、私法的“接轨”任务无法真正完成。

### 一、强制性规范的解释

强制性规范作为民法规范之一种,在解释的方法和解释的原则上都没有太多的特殊之处,民法解释学上所论及的文义解释、历史解释、体系解释、目的解释、合宪性解释等解释方法,均可用于对强制性规范的解释。如果说强制性规范的解释有什么特殊之处的话,那就是后四种解释方法,即历史解释、体系解释、目的解释和合宪性解释在运用时,会有一些不同于对其他规范的解释之处。其中,最为突出的就是合宪性解释。

#### (一) 历史解释

<sup>\*</sup> 厦门大学法学院讲师,法学博士。

所谓历史解释,又称法意解释,是指探求立法者或准立法者于制定法律时所作的价值判断及其所欲实现的目的,以推知立法者的意思。<sup>[1]</sup>例如,关于我国《合同法》是否确立了情势变更原则的问题,理论界有人认为,由于情势变更原则是诚实信用原则在合同履行制度中的具体原则,虽然《合同法》没有直接规定该原则,但法官在司法实践中可根据诚实信用原则来间接适用该原则。如所周知,我国《合同法》在起草过程中,历次草案都规定了情势变更原则,只是在提交全国人大审议之前才取消该原则,据立法权威人士解释,其目的是“为了保障依法成立合同的严肃性”。<sup>[2]</sup>因此,从历史解释来看,法院在司法实践中不能适用情势变更原则。再如,如果当事人订立的合同违反了部门规章和地方法规中的强制性规定,是否也应根据第52条第5项的规定,确认为无效?这实质上是关于《合同法》第52条第5项中的“强制性规定”的范围问题。对于这个问题,也可以用历史解释的方法得出结论。全国人大常委会法律工作委员会前主任顾昂然对此解释道:“作为民事问题,基本上应由法律来规定,根据我国情况,有些需要国务院以行政法规来规定。为更好地体现合同自愿原则,如果必须强制执行的,由法律、行政法规来规定,地方部门不作规定,这样也有利于法制的统一。”<sup>[3]</sup>

## (二) 体系解释

制定法由法条组成,法条在一部规范性的法律文件中被归之于一个序号下,与其他法条排列在一起,依次组成这部法律文件的节、章、编。同时,法条自身还可析分为款、项、目等,最后出现在我们面前的规范性法律文件(如民法典)是一个从编、章、节到条、款、项、目组成的规范体系。所谓体系解释,是指以法律条文在法律体系上的地位,即依其编、章、节、条、款、项、目之前后关联位置,或相关法条之法意,阐明规范意旨的解释方法。<sup>[4]</sup>强制性规范在运用这种解释方法时,其所谓的“体系”,不限于民法典内部,还包括各个部门法和单行法,因而在体系化的思考时,需要更为宏大的视野。所谓“部分”与“整体”之间的“解释学循环”<sup>[5]</sup>也是在更为广阔的空间进行。最典型的例子是《合同法》第52条第5项的规定。对该项规定的解释,就必须在整个法律体系的框架内来回穿梭思考,不断

[1] 杨仁寿:《法学方法论》中国政法大学出版社1999年版,第162页。

[2] 顾昂然:《新中国民事法律概述》,法律出版社2000年版,第101页。

[3] 同注2引书,第101页。

[4] 同注1引书,第140页。

[5] 法学理解上的循环关系被归结为法律解释的“法律的意义脉络”标准(拉伦茨)、“体系因素”(黄茂荣)等,其基本含义则是“(法律规范的)每一个用语(der Ausdruck)、条文(der Rechtsatz)或规定(die Regelung)都必须考虑到整个法体系;而整个法体系也必须考虑到它所包含的个别用语、条文或(及)规定被了解。”拉伦茨指出,与数学上的证明或逻辑上的连锁推论不同,理解的程序不是以一种“直线”、单向的方式在进行,毋宁是以对向交流的步骤来开展,开展程序则以各步骤的相互解明(并达到彼此一致的目的)为目标。虽然“精确”的学科对此种思考方式相当陌生,逻辑学家亦大多忽视它,然而,它在法学中有重大意义。这种思考方式不仅出现在依意义脉络以解释文字,在通过借助该文字来发现“法律目的”从事的解释之时,以及将规范适用于特定案件事实时,都需要运用到这种思考方式。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第87—88页。

“循环”，乃至“螺旋式上升”，<sup>[6]</sup>方能最终确定该项规定对于系争法律行为的意义。而任意性规范的体系解释则主要在民法体系内部进行。

### (三) 目的解释

所谓目的解释，是指以法律规范目的为根据，阐释法律疑义的一种解释方法。例如，关于《合同法》第47条的规定是否可以类推适用于无民事行为能力人的问题，我国理论界有不同看法，有人认为可以类推适用，尤其是无民事行为能力人订立的纯获利益的合同应该有效。但无论从体系解释还是目的解释来看，上述观点都是不妥当的。从体系解释看，我国《民法通则》第12条第2款规定：“不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”再结合第58条第1项关于无民事行为能力人实施的民事行为无效的规定，就可以推知，一方面，无民事行为能力人所实施的法律行为都是无效的；另一方面，无民事行为能力人所实施的法律行为不能经由其法定代理人的追认而变为有效，只能由其法定代理人代理，即使是纯获利益的合同也是如此。从目的解释来看，法律将无行为能力人所实施的法律行为规定为无效的立法目的，是“为了保护这些人不致因自己的行为发生对己不利的后果”，而其政策导向是，“对于无行为能力人的保护优先于对交易的保护”。<sup>[7]</sup>拉伦茨指出，让儿童经其（不理智的）父母的同意就能支配“零花钱”可能对儿童的健康成长产生负面影响。<sup>[8]</sup>不仅如此，《德国民法典》还在第107条规定：“未成年人并非仅为取得法律上的利益而作出的意思表示，需取得法定代理人的同意。”<sup>[9]</sup>对于纯获利益的合同，也需要由法定代理人代理。作出这样规定的目的仍然是保护未成年人，因为“父母从教育出发可能不希望幼小的子女接受其叔叔赠给他的电视机。”<sup>[10]</sup>

### (四) 合宪性解释

所谓合宪性解释，是指以宪法及位阶较高的法律规范解释位阶较低的法律规范的一种法律解释方法。简而言之，是以宪法上的规定解释民法上的规定。合宪性解释的依据在于，一个国家的全部法律规则构成一个“金字塔”状的统一整体，位阶最高的是宪法，其次是各基本法，再其次是各单行法，以下是众多行政法规。在这个法律体系结构中，位阶最高的宪法决定了整个法律体系的基本原则和基本的价值判断，这些基本原则和基本的价值判断，一定要在整个法律体系当中得到贯彻。由此决定了位阶较低的法律、法规不得与位阶较高的法律相抵触，所有的法律法规不得与宪法的规定相抵触。这是现代法制的—个基本原则。在民法解释学上，将这个基本原则反过来用，即用宪法的规定解释民

[6] 拉伦茨又指出，“循环”这种象形的说明并不精确，因为理解的循环运动并非单纯地返回原来的出发点。同注5引书，第87页。朱庆育也认为，解释循环非简单地从起点回到终点之封闭式运动，每一次循环结果皆与解释者的先理解有所不同。就此而言，哈斯默尔之“诠释学螺旋”称谓当较之传统的“解释学循环”更为准确。也正是在此意义上，我们可以理解，当法学家声称没有任何人的解释为终局解释时，其原因不仅仅在于人的认识能力有限，更在于，具有本体论构造的理解过程本身就是不可完成的，每一次新的理解关系展开皆带入了解释者新的视域。参见朱庆育：《意思表示解释理论——精神科学视域中的法律推理理论》，中国政法大学出版社2004年版，第319页。

[7] [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142页。

[8] 同注7引书，第142页。

[9] 《德国民法典》郑冲、贾红梅译，法律出版社2001年版，第20页。

[10] 同注7引书，第143页。

法的规定,这就叫合宪性解释。<sup>[11]</sup>

笔者认为,合宪性解释只适用于对强制性规范的解释,而不适用于对任意性规范的解释。理由是,宪法的规定体现了整个法律体系中具有支配性的价值秩序,这一价值秩序只有通过强制性规范才能在民法中得以贯彻和体现。而任意性规范只是对当事人意思表示不足的一种补充,是一种可供选择适用的法律规范,从而无法贯彻和体现宪法所确立的价值秩序。如果说任意性规范对宪法上的规定及其所确立的价值秩序也有所反映的话,那就是任意性规范在民法中的广泛设置,体现了宪法中所确立的自由的价值观。但合宪性解释并不是当事人可以自由选择的一种解释方法,对每一条具体的任意性规范的解释,无论对于当事人还是法官,都必须根据法律所确立的解释规则(为强制性规范)进行,没有自由可言。

## 二、强制性规范的漏洞补充

### (一)不应填补的法律漏洞——公法性质的强制性规范

所谓法律漏洞,是指关于某一法律问题,法律依其内在目的及规范计划,应有所规定,而未规定。所谓未设规定系指不为法律的可能文义所涵盖。<sup>[12]</sup>法律漏洞的基本特征在于不圆满性和违反计划性。<sup>[13]</sup>任何法律皆有漏洞,系今日判例学说共认之事实。<sup>[14]</sup>不过,由于强制性规范大多具有公法性质,许多强制性规范本身就是纯粹的公法规范。因此,笔者认为,基于以下两点理由,具有公法性质的强制性规范即使存在漏洞,作为处理民事纠纷案件的民事法庭,既不应也无权对强制性规范的漏洞予以填补(行政法庭除外)。其一,民事法庭不应填补。在私法领域,“法不明文禁止即自由”是私法自治原则的基本要求。在这一原则的要求下,私法自治所受到的限制应以已经公布并生效的公法规范为限。即使公法性质的强制性规范存有漏洞,只能通过立法予以填补。其二,民事法庭无权填补。尽管我国《宪法》并没有实行“三权分立”的宪政体制,行政机关和法院等国家机关都只对相应级别的人民代表大会负责,但各个国家机关之间还是存在明确的职责分工的。在我国还没有建立完善的违宪审查制度以及与其配套的宪法法院之前,即使对于国务院制定的涉嫌违宪的行政法规,法院也无权加以纠正或宣布其无效。对于行政法规中的漏洞,就更无权填补了。

### (二)应予填补的法律漏洞——公序良俗原则

民法中的强制性规范的法律漏洞并非都不能由法院填补,只有公法性质的强制性规范才不允许由法院填补,内设型的强制性规范由于其本质上仍然是私法规范,对于这些规范,法院不仅有权而且应该予以填补。尤其是对于民法所设置的通往公法的“管道”的“空白条款”,更是如此。最典型的就是公序良俗原则。

在我国的民法理论中,一般将强制性规范与公序良俗原则并列使用,并将二者作为法

[11] 梁慧星:《民法解释学》中国政法大学出版社1995年版,第231页。杨仁寿:《法学方法论》中国政法大学出版社1999年版,第171页。

[12] 王泽鉴:《民法总则》中国政法大学出版社2001年版,第63页。

[13] 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294—330页。

[14] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》中国政法大学出版社1998年版,第286页。

律行为无效的法定事由。笔者认为,作为民法的基本原则之一,公序良俗原则必然会贯彻于具体的民法规范之中。强制性规范的设置就是公序良俗原则在民法中的具体体现。换言之,公序良俗原则在民法中表现为两种规范:一是已经具体化为民法规范的强制性规范,二是对强制性规范起漏洞补充作用的“空白条款”——公序良俗原则。因此,强制性规范若存有漏洞,就只能通过公序良俗原则这个“空白条款”来填补,而这个“空白条款”则需要用基本权利对第三人效力的理论来填补。

### (三) 公序良俗原则的填补方法——基本权利对第三人的效力

公序良俗是公共秩序和善良风俗的统称。如果公共秩序的法律要求通过分布于各部门法中的强制性规范的设置仍然不能得到满足(即存在漏洞的话),那一定是宪法上对于公共秩序的要求,并没有在各部门法中得到很好的贯彻和体现。因此,若要对公共秩序方面的漏洞进行填补,在立法机关来不及对相关事项通过立法予以补正的情况下,就必须到宪法中寻找可资填补的资源。这种资源就是宪法上所确立的基本权利。对于善良风俗,施瓦布指出,“‘风俗’指向一种事实上的确定状态(在社会上或特定圈子中通行的行为方式)。修饰词‘善良’则是再加上一个价值评判概念。”但是,

“依据今天通行的观点,作为标准的首先不是道德上的应当规范,而是政治——社会体制的价值抉择。……宪法的基本抉择构成善良风俗最根本的基准点。……把善良风俗与社会——政治体制观念的化身相联系的努力,与如今主导地位的对基本权利的民法意义的宪法解释相辅相成。”依照“间接的第三人效力”说,首先被设想为针对国家的反抗权的基本权利构成了一个“价值体系”,该价值体系通过一般条款对民法产生影响。<sup>[15]</sup>

由此可见,无论是公共秩序还是善良风俗,其漏洞填补都必须在宪法中寻找价值判断的根据,而这个根据就是基本权利对第三人的间接效力。然而,特别需要注意的是,在运用基本权利对第三人的效力来填补公序良俗原则漏洞时,承担填补法律漏洞任务的法官只是到宪法中寻找填补漏洞的价值根据,绝不是以宪法上所确立的基本权利直接作为判决的依据。施瓦布提醒道:

基本权利对第三人效力尤其绝不能使人误入歧途,认为私人的法律行为意义上的行为也要一般性地像公权承担人的行为那样,受同样的(约束后者)的约束——果若如此,那将是自由的末日。比如,公权承担人对于公民在同等前提下应当平等对待,而私人在其法律行为意义上的行为中则绝对不受这种要求的约束。一个人可以同一个有意订约的人订立合同,同时他也可以拒绝另一个有意订约的人的要约而无须说明实际理由。一个债权人可以免除一个债务人的债务,同时他却可以对另一个债务人采取措施,对于这种不平等的对待也不必有什么“实际理由”。一个父亲可以把这个子女设定为继承人而剥夺另一个子

[15] [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第476页。

女的继承权,也不必为此提出什么理由。<sup>[16]</sup>

德国联邦宪法法院在对“吕特事件”案的判决中的经典论述,表明了施瓦布的上述提醒是极为必要的:

“基本权利主要是人民对抗国家的防卫权;但在基本法的各个基本权利规定里也体现一种客观的价值秩序(Wertordnung)被视为是宪法上的基本决定,有效适用于各种法律领域”;“这个以人格及人性尊严能在社会共同体中自由发展作中心点的价值体系必须视为宪法上的基本决定,有效适用各种法律领域;立法、行政、司法均由此获得了方针与动力。自然地它也会影响民事法律;没有任何民事法规可以抵触它,每一规定均需依照它的精神来解释。直接透过私法领域内各项规定的媒介,基本权利的法内涵成了客观规范,在私法中伸展开来”;“像这种私人间根据受基本权利影响的民事法律行为规范的权利义务争议,在实体上及诉讼程序上,仍然维持其为民事法上的法律争讼。尽管民法的解释需依循公法——宪法——所做的解释及适用则仍是民事法。”<sup>[17]</sup>

### 三、强制性规范的适用

#### (一)寻法“三部曲”

##### 1. 确定法律规范的意义脉络

法律之规定,无论其范围的大小,皆不外为抽象的规定,将此抽象的规定,适用于各个具体的事实时,须以此抽象的规定为大前提,以各个具体的事实为小前提,而以三段论求其结论,此一过程谓为法律之适用。<sup>[18]</sup> 通说认为,实务中的法律适用,是一种法官在案件事实与法律规范之间进行来回穿梭思考,相互阐明的“寻法”问题。然而,法律规范并非彼此无关地平行并存,其间有各种脉络关联。拉伦茨指出:

例如,构成买卖法、租赁法或抵押法的许多规则,其乃是一整体规整中彼此相互协调的部分,而此规整常以某些指导观点为基础。此规整本身又常是更广泛规整的部分规整,例如前述规整即属债法或担保法的部分规整,而后者又是私法的部分规整。与此相应,解释规范时亦需考量该规范之意义脉络、上下关系体系地位及其对该当规整的整个脉络之功能如何。此外,整个法秩序都受特定指导思想、原则或一般价值标准的支配,其中,若干思想、原则,在今日甚至具有宪法位阶。其作用在于:诸多规范之各种价值决定得借此法律思想得以正当化、一体化,并因此避免其彼此间的矛盾。<sup>[19]</sup>

[16] 同注 15 引书,第 61 页。

[17] 西德联邦宪法法院裁判选辑,台北:司法周刊杂志社,1990 10 (1)。

[18] 郑玉波:《民法总论》中国政法大学出版社 2003 年版,第 470—471 页。

[19] 同注 5 引书,第 316 页。

可见,在寻法的过程中,不仅案件事实与法律规范之间的来回穿梭思考并非易事,单就法律规范之间的意义脉络之确定,就是一件异常复杂的艰苦工作。对于强制性规范的寻法问题,更是如此。民法中的强制性规范分布于不同的法律领域,其中,内设型的强制性规范处于民法典内部,外接型的强制性规范散见于各种民事特别法中,前置型的强制性规范则分布在包括宪法、行政法和刑法等各种公法规范之中。因此,民法中的强制性规范的意义脉络之确定,必须置于整个法律体系的整体脉络中,方可实现。此为寻法的“第一三部曲”。寻法者的任务主要是,在由层次不同、价值导向不一的各部门法组成的法律体系中,厘清法律规范在各种性质的部门法之间的意义脉络。

### 2 法条关联与法条整合

法条是民法规范的基本单位。在制定法上,通过法条的组合形成法律规定,然后通过法律规定的组合形成民法规范。<sup>[20]</sup>然而,民法中的法条有多种类型,如完全法条、不完全法条;在不完全法条中,又有说明性法条、限制性法条、指示参照性法条和拟制法条。拉伦茨指出:

法律中的诸多法条,其彼此并非只是单纯并列,而是以多种方式相互指涉,只有透过它们的彼此交织及相互合作才能产生一个规整。法秩序并非法条的总合,毋宁是由许多规整所构成。在规整特定事项,例如买卖法、租赁法以及侵权行为法时,立法者不只是把不同的法条单纯并列串联起来,反之,他形成许多构成要件,基于特定指导观点赋予其法律效果,透过这些指导观点,才能理解各法条的意义及其相互作用。法学最重要的任务之一,正是要清楚指出彼等由此而生的意义关联。<sup>[21]</sup>

黄茂荣先生亦持相似的看法,他指出:

各个法条实际上先在一个领导性的价值观点被组合成一个规定的单元,而后才发挥其不矛盾的规范功能。换言之,各个法条只有当其取向于一定之价值标准,针对一定之生活类型被组合成一套规定以后,它对系争生活类型的意义才能相对地确定下来,同时也才产生其规范功能。<sup>[22]</sup>

因此,在理清法律规范在各种性质的部门法之间的意义脉络之后,寻法者还必须进一步理清法条与法条之间以及法律规定与法律规定之间的意义脉络。简言之,寻法者必须明确各个关联的法条之间的意义脉络,然后对这些相互关联的法条进行整合,才能确定哪些才是适合于待决案件的法条,初步完成寻法任务。此为寻法的“第二三部曲”。寻法者的任务是,在确定相互关联的法条之间的意义脉络的基础上,对这些相互有意义关联的法条进行整合,组成一个完整的法律规范,并以此作为待决案件的适用依据。

### 3 确定法条的具体含义

作为立法技术的产物,法条是由具有规范意义的语词文句组合而成的。尽管法条的

[20] 汪渊智:《民法总论问题新探》,中国社会科学出版社、人民法院出版社2005年版,第11页。

[21] 同注5引书,第144页。

[22] 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106页。

语言形式均采用陈述语句,但是,法条的目的是要达成规范的目的,其语言形式具有规范的意义,属于逻辑命题中的规范命题,因而不是普通的生活语句,与日常用语主张或确定事实的陈述语句不同。<sup>[23]</sup> 拉伦茨指出:

法律经常利用的日常用语与数理逻辑及科学性语言不同,它并不是外延明确的概念,毋宁是多少具有弹性的表达方式,后者的可能意义在一定的波段宽度之间摇摆不定,端视该当的情况、指涉的事物、言说的脉络,在句中的位置以及用语的强调,而可能有不同的意涵。即使是较为明确的概念,仍然经常包含一些本身欠缺明确界限的要素。<sup>[24]</sup>

因此,即便是找到了可适用于待决案件的关联法条,也只是大致确定了可资适用的法条的范围。要真正将所寻找的法律规范适用于待决案件,必须确定组成某一法律规范各法条的具体含义,“寻法”的任务才最终完成。此为寻法的“第三部曲”。寻法者的任务是运用法律解释的各种方法,探寻法律规范的具体含义和规范意旨。

## (二)民法规范的寻法过程

民法规范由任意性规范、授权一方当事人的规范、授权第三人的规范、半强制性规范和强制性规范五种规范构成。但在这五种规范中,数量最多的是任意性规范和强制性规范,其他三种规范的数量相对较少。因此,本文关于民法规范的寻法过程的分析,就以任意性规范和强制性规范为分析重点,下文的分析表明,由于二者的性质和功能不同,导致二者的寻法过程也颇不一致。

首先需明确指出的是,本文所说的“寻法”是指寻找可以作为法官判案依据的规范。在私法自治原则的体制下,能够且应该作为裁判依据的首先应当是当事人在法律行为中的意思表示。换言之,意思表示本身就是民法渊源之一。朱庆育甚至认为,整个私法推理过程,本质上就是意思表示的解释过程。<sup>[25]</sup> 尽管这一洞见还没有得到民法学界的普遍承认,但关于意思表示(或法律行为)属于民法的法源的观点,却是得到许多学者的赞同的,<sup>[26]</sup>而且意思表示作为裁判的依据是司法实践中存在的不可否认的客观事实。至少在个案中,在特定的当事人之间,合法的意思表示具有相当于法律的地位,既是当事人行使权利和履行义务的合法依据,也是法院作出裁判的合法依据。正是在这样的逻辑下,任意性规范与强制性规范的寻法过程走的是完全不同的两条“路径”:

强制性规范往往是决定法律行为效力的规范,因此,强制性规范优先于当事人的意思表示而适用,<sup>[27]</sup>这些规范成为了法官适用法律的第一道工序。如前所述,民法中的强制性规范分布于不同的法律领域,其中,内设型的强制性规范处于民法典内部,外接型的强制性规范散见于各种民事特别法中,前置型的强制性规范则分布在包括宪法、行政法和刑法等各种

[23] 同注 20 引书,第 11 页。

[24] 同注 5 引书,第 193 页。

[25] 同注 6 引书,第 7 页。

[26] 曾世雄:《民法总则之现代与未来》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 27 页。

[27] 同注 26 引书,第 27 页。



公法规范之中。在这些规范中,尽管宪法具有高于其他法律的优先地位,但由于所有的强制性规范都已经是法律行为合法性的最低要求,因此,各种性质、分布于不同法律领域的强制性规范,对法律行为效力的影响而言,其适用一般没有顺位可言,即一般不存在谁优先于谁适用的问题。因此,法官在寻法时应该将所有的强制性规范“扫描”一遍,才能确定系争的法律行为是否存在违反强制性规范的情形,再根据所违反的强制性规范的具体类型,来最终决定法律行为的效力。如果法院认定该法律行为有效,就开始进入任意性规范的寻法过程。

任意性规范,无论是补充性的任意性规范还是解释性的任意性规范,都只是对当事人意思表示不足的补充,因此,一方面,当事人的意思表示优先于任意性规范而适用,<sup>[28]</sup>只有在当事人的意思表示不足且经解释仍然不能确定其确切含义时,才能适用任意性规范。因此,任意性规范只能处于寻法过程的末端。另一方面,与强制性规范不同的是,在各种任意性规范之间存在适用的顺位问题。以合同法中的任意性规范为例,总则和分则中都有大量的任意性规范,根据特别法优于普通法的法律适用原则,分则中的任意性规范应优先于总则中的任意性规范。即使在分则中,不同类型的有名合同下的任意性规范也存在特别规定与普通规定的关系。例如,建设工程合同与承揽合同之间就是一种特别规定与普通规定的关系(《合同法》第 287 条);所有的有偿合同与买卖合同之间也存在特别规定与普通规定的关系(《合同法》第 174 条)。上述规定之间如果有冲突,就应优先适用特别规定。

以建设工程合同为例,假设当事人订立了一份建设工程合同,在合同履行过程中发生了争议并起诉到法院。法官应该先看这份合同的条款是否已就有关争点作出明确的意思表示,如果有,就可直接根据该合同中的意思表示作出判决;如果虽有规定,但意思表示不明确,就应根据《合同法》第 125 条(此条为强制性规范)的规定对该意思表示进行解释,以确定该条款的“真实”意思,并据此直接作出判决;如果没有任何一个条款对相关争点作出规定,法官寻法的工作才正式开始。他首先应该根据《合同法》分则第十六章关于“建设工程合同”的规定判决;如果第十四章没有就有关争点作出规定,就应当根据第 287 条的规定,适用第十五章关于“承揽合同”的规定;若“承揽合同”中也没有就有关争点作出规定,就应当根据第 174 条的规定,适用“买卖合同”的规定;如果“买卖合同”中也没有规定,就应当根据《合同法》总则的相关规定;如果《合同法》总则也没有作出相关规定,就应按《合同法》的基本原则——以补充法律漏洞的方式——判决。

### (三) 强制性规范的适用

通过上文的分析可知,民法规范的寻法过程是从寻找强制性规范开始的,而强制性规范是对法律行为的最低要求,因此各种类型的强制性规范之间一般不存在适用的顺位问题,只要违反其中任何一种强制性规范,都可能对法律行为的效力发生影响。而任意性规范是对当事人意思表示的一种补充,且各种任意性规范之间往往存在普通规定与特别规定的关系,因而寻法过程应从特别规定开始,沿着法律规范体系的“台阶”,“拾级而上”,才能最终寻找到适用于待决案件的任意性规范。因此,强制性规范的寻法过程可称之为“扫描式”寻法活动,而任意性规范的寻法过程可称之为“上楼式”寻法活动。从两种规范寻法过程的不同,还可以看出两种规范的适用对于当事人和法官的不同影响:

[28] 同注 26 引书,第 27 页。

强制性规范只决定法律行为的效力,不影响法律关系的内容(即权利义务的分配)。换言之,强制性规范不能成为当事人的请求权规范基础。对于当事人而言,他只能依据强制性规范请求法院确定法律行为的效力(是否有效?是全部无效还是一部无效?);对于法院而言,也只能依据强制性规范来作出法律行为是否有效以及是全部无效抑或一部无效的判决。正是在法律行为获得有效判决的前提下,任意性规范才有其适用的余地。任意性规范是对当事人权利义务进行依照立法者意志的方式分配的规范,这种规范是民法规范的典型模式——既是请求权规范又是裁判规范,根据它,法院可以直接对当事人之间的权利义务作出分配。这,就是民事判决。

#### 四、结论:公法与私法“接轨”的司法途径

通过本文的研究,大致可以得出如下结论:

首先,在运用历史解释、体系解释、目的解释和合宪性解释等方法对强制性规范进行解释时,各种解释方法对公、私法“接轨”工程中留下的立法“裂缝”所作的“缝补”工作是不一样的。其中,历史解释和目的解释主要用于填补民法内部各种强制性规范之间的“裂缝”,体系解释主要用于填补民法与其他部门法以及普通民法与特别民法之间的“裂缝”,而合宪性解释则主要用于填补民法与宪法之间的“裂缝”。

其次,强制性规范的立法漏洞有两种:一种是法官无权填补的法律漏洞,一种是可以且需要由法官填补的法律漏洞。根据“法不明文禁止即自由”的法律原则,具有公法性质的强制性规范的立法漏洞,法官无权也不宜予以填补;对于内设型的强制性规范的立法漏洞,如民法所设置的通往公法的“管道”的“空白条款”——公序良俗原则,法官不仅有权而且应该予以填补。对于这一漏洞的填补,必须根据宪法所确立的基本权利对第三人效力的原则进行价值补充,方能使法官的判决不逾越宪法所匡定的法治轨道。法官对这种立法漏洞的填补搭起了民法与宪法“接轨”的桥梁。

最后,民法规范的适用从寻法开始,一般法律规范的寻法过程分三步走,民法规范的寻法过程亦不例外。民法规范的寻法过程是从寻找强制性规范开始的,是一种“扫描”式寻法活动。任意性规范是对当事人意思表示的一种补充,只能处于寻法过程的末端,且各种任意性规范之间往往存在普通规定与特别规定的关系,因而寻法过程应从特别规定开始,是一种“上楼式”寻法活动。从两种规范寻法过程的不同,还可以看出两种规范的适用对民法判决的不同影响:强制性规范只决定法律行为的效力,不影响法律关系的内容(即权利义务的分配)。换言之,强制性规范不能成为当事人的请求权规范基础。只有在法律行为获得有效判决的前提下,任意性规范才有其适用的余地。任意性规范是对当事人权利义务进行依照立法者意志的方式分配的规范,根据它,法院可以直接对当事人之间的权利义务作出分配。民法规范的上述适用过程,便是以强制性规范为主的公法与以任意性规范为主的私法实现成功“接轨”的过程。

(责任编辑:刘馨)