

Xiamen University Law Review

厦门大学

法律评论

2015年下半年卷 总第二十六辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

厦门大学法律评论

2015年下半年卷 总第二十六辑

主编 周 赟



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

厦门大学法律评论. 2015 年. 下半年卷: 总第 26 辑/周赞主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2015. 10

ISBN 978-7-5615-5746-4

I. ①厦… II. ①周… III. ①法学-研究-文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 219514 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

总编办电话: 0592-2182177 传真: 0592-2181406

营销中心电话: 0592-2184458 传真: 0592-2181365

网址: <http://www.xmupress.com>

邮箱: xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2015 年 10 月第 1 版 2015 年 10 月第 1 次印刷

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 13 插页: 2

字数: 308 千字

定价: 52.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《厦门大学法律评论》编委会

编委会主任：徐崇利

编委会成员（以姓氏首字母为序）：

陈 鹏 陈喜峰 李 刚 刘志云
吕英杰 马 腾 孙丽岩 魏磊杰
吴旭阳 徐振东 郑晓剑 郑永宽
周 贇

学术编辑：

韩 宝 柯宇航 刘玉姿 王能萍

编辑者言

编辑者将怀着对作者和作品的温情与敬意,持守对法治及其理论的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》(以下简称《评论》)参与中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的理论平台包括:学术专论;学术评论(包括学术批评、立法评论、案例评析等);学术译作;学术随笔;法律教育评论;司法官来稿(视稿源情况可以分别是“检察官来稿”、“法官来稿”、“代理人来稿”等)。

在必要且可能时,编辑者将就某一特定主题以专题研讨的形式展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限。编辑者希望作者可以借此从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。所刊稿件若确因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》上发表的文章均可能被《高等学校文科学术文摘》转载或摘编。

《评论》已加入“中国期刊全文数据库”(CJFD)、北京万方数据股份有限公司“万方数据”库(WANFANG DATA)、“中国法律知识总库”以及 DOI 系统。所有在《评论》上发表的文章均被同步编入如上数据库。编辑者就此敬请作者于惠赐作品时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请用 word 文档形式发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn。

七、编辑部电话:0592-2187782。

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、籍贯、所在机构、学位、职称、通信方式,并请附上中英文标题、摘要和关键词。作者的以上信息,仅当文章录用并刊发时一并载明,以便读者与作者通联。

《厦门大学法律评论》编辑部

DOI 简介

DOI(Digital Object Identifier),即文献数字对象识别号,为美国出版商协会(The Association of American Publishers,AAP)于1994年建立,1997年成为数字资源命名的一项标准。DOI能让学术文章永久寻址,实现文献永续存在。

《厦门大学法律评论》从2013年起,通过台湾元照出版公司提供的平台,正式加入DOI系统,所有本刊刊发的文章将正式获得全球唯一且永续的“身份证号”。

DOI之特色可以简要地从如下几个方面进行介绍:

- 唯一且永续存在的标识符:DOI的意义在于,替数字文献加上固定的寻址,避免文献搜寻结果为“该资源已经被移除或无效”,解决大量网络信息链接失效的问题,增加引文的正确性。

- 文献跨入国际DOI学术圈:透过国际的DOI系统进行解析,跨越单一平台或数据库的局限走入国际,提升论文的能见度与学术影响力。

- 提高作品的引用率:对学术期刊及其文章而言,DOI可永久成功链接的特性,让服务质量提升;对搜寻服务来说,在学术文献中加入DOI,会提高检索结果的正确性,导引读者取得全文,提高文献被引用的机会。

- DOI的呈现方式:在文献标题处以脚注形式加上,具体如 doi:10.3966/102559312013020213001。

目 录

学术专论

- 民事司法适用国家政策的要件研究 彭中礼(1)
- 海军参与海上执法的国际法基础与实践 徐 鹏(25)
- 巨额财产来源不明罪适用研究
——从实行行为“着手” 陈洪兵(40)
- 论公民的违宪主体资格
——学说述评基础上的再思考 饶龙飞(58)

学术评论

- 论国际证券监管中的相互认可机制及我国国际板的借鉴 马其家 涂 晟(84)
- 论英国无效律师协助制度及其借鉴意义 吴常青(105)
- 为什么古代中国没有产生著作权法
——文化结构制约下的著作权法缺位 李宗辉(120)
- 单位经济犯罪刑事责任比较研究
——以德国、日本和我国刑法理论为视角 李冠煜(135)

学术译作

- 法律之道 [美]霍姆斯(O. W. Holmes) 著 姚 远 译注(156)

法曹来稿

- 民事诉讼缺席判决之探析及完善 邱兴亮(174)
- 农村征地拆迁补偿分配若干问题的探讨 蔡日升(191)

Contents

Academic Monographs

- On the Important Condition Applying to National Policy in Civil
Judicature Peng Zhongli (1)
- The International Law Basis and Practices on Navy Participating
in Law Enforcement at the Sea Xu Peng (25)
- On the Application of the Crime of Huge Unidentified Property Chen Hongbing (40)
- On the Unconstitutional Subject Qualification of Citizens
—Rethinking based on Reviewing Previous Theories Rao Longfei (58)

Academic Review

- On the Mutual Recognition Regime in International Securities
Regulation and its Reference for International Board of Securities
in China Ma Qijia Tu Sheng (84)
- Ineffective Assistance of Counsel in the United Kingdom
and Reference Wu Changqing (105)
- Why Copyright Law was not Produced in Ancient China
—The Absence of Copyright Law under the Cultural Structure Li Zonghui (120)
- A Comparative Research on the Criminal Liability of Unit Economic Crimes
—In the View of Criminal Law Theory in Germany, Japan
and China Li Guanyu (135)

Academic Translation

- The Path of the Law O. W. Holmes (156)

Lawyer's Manuscript

- Analysis and Improvement of the Default Judgment in Civil
Litigation Qiu Xingliang (174)
- On Several Problems of Rural Land Requisition Compensation
Distribution Cai Risheng (191)

民事司法适用国家政策的要件研究^{*}

彭中礼^{**}

摘要:“国家政策”是我国民事法律体系其中的一个重要法律概念,民事司法经常适用国家政策。国家政策要以符合法治原则的方式进入司法,必须从实体和程序两个方面来思考,并结合恰当的法律方法。从实体要件来看,在具体的司法活动当中,法官要考察有没有法律规定,是否存在国家政策,能否适用国家政策。从程序要件来看,法官要考察发现程序、审查程序和适用程序上的基本问题。同时,只有适用某种方法,国家政策才能成为司法的合法性和合理性依据来源。运用恰当的适用方法是国家政策司法适用的方法要件,主要涉及的是法律论证方法和利益衡量方法。

关键词:国家政策;民事司法;实体要件;程序要件;方法要件

On the Important Condition Applying to National Policy in Civil Judicature

Peng Zhongli

Abstract: National policy is an important legal concept in our civil legal system. There is applying to national policy in civil judicature always. National policy applying to civil judicature must be conform to the rule of law, which is to think from substantive and procedure law, and combine legislative method. From substantive condition, the justice must be to inspect law which exist or not. From procedure condition, the justice must be to inspect finding procedure, review process and the basic question in applying process. At the

* 文章 DOI:10.3966/615471682015090026001。

本文为湖南省哲学社会科学基金项目(项目编号:14YBA379)、中国法学会 2014 年度部级法学研究课题[CLS(2014)D008]、第 7 批中国博士后科学基金特别资助项目(编号:2014T70173)的阶段性研究成果。

** 彭中礼,男,1981 年生,湖南隆回人,法学博士,中共湖南省委党校、湖南行政学院副教授,中国社会科学院法学研究所博士后,研究方向:法哲学。电子邮箱:ppzzllii@163.com。

same time, by applying to somehow, national policy is able to the legitimate and reasonable source. Therefore, using proper legislative method is a method condition, including methods of legal argument and methods of interests balancing, and so on.

Key Words: national policy; civil judicature; substantive condition; procedure condition

《民法通则》第6条就规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”该条将国家政策当作是民事活动的一个补充性法律渊源,意即国家政策在一定条件下可以是行为规范和司法的裁判规范。^① 国家政策作为一种补充的规范形式,在法治建设中发挥着重要作用。因此,在司法裁判当中适用国家政策的案例较多。比如在“黄骅市国土资源局诉黄骅新希望六和种鸡有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案”中,法院指出:“依照《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百零七条、第一百一十三条第一款、第一百二十四条、《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第七条、参照《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》第七条的规定,判决如下……”^②再如,在“方爱兰诉桂建荣农村房屋买卖合同纠纷案”中,法院指出:“《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》(国办发[1999]39号)规定:‘农民的住宅不得向城市居民出售,也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅,有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证’;同时,《中华人民共和国物权法》第一百五十三条规定:‘宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定’,故原告方爱兰与被告桂建荣于2007年5月8日签订的《房地产转让合同》因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。”^③在上述案例当中,法院分别使用了《国务院办公厅关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》等文件,这些文件的性质从法学的角度来看就是《民法通则》第6条所指称的国家政策^④。然而,从论证的角度来看,法院在民事判决书中径行适用国家政策,却没有给予任何说明,这是不符合法治原则的。也就是说,当法院需要依照国家政策进行司法活动时,法治必然要求其有相应的制约要件。换言之,国家政策应当以符合法治原则的方式进入司法,必须从实体和程序两个方面来思考,并结合恰当的法律方法。下文将对此作出具体分析。

一、国家政策司法适用的实体要件

《民法通则》第6条规定:“民事行为必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”这是从行为规则的角度来确定民事行为的方向。然而,在民事司法当中,虽然大的方向

① 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1999年版,第164页。

② 河北省黄骅市人民法院(2014)黄民初字第4638号民事判决书。

③ 浙江省临安市人民法院(2013)杭临昌商初字第221号民事判决书。

④ 有关国家政策的概念及其表现形式,请参见彭中礼:《国家政策的民事司法适用研究》,中国社会科学院2014年博士后出站报告。

上有规定必须遵从法律,没有法律应当从国家政策,但是这仅仅只是司法原则。在具体的司法活动当中,有无法律规定,是否存在国家政策,能否适用国家政策,都是法官必须衡量的问题。

(一) 民事行为:基本前提

《民法通则》第6条规定明确指出其适用基础是民事行为。在民法上,民事行为专指民事主体设立、变更和终止民事权利义务的合法行为。由此可以看出,司法活动在大的方面应当遵守以下几点:

第一,只有民事行为才应当遵守国家政策;涉及刑事司法活动时,衡量个人行为的标准只有法律。这既是由法治的基本原则决定的,也是我国历史经验的深刻教训。从法治的角度来看,只有法律才能规定何谓犯罪,因此罪刑法定原则是近代法治国家中最重要的一项原则。如一些学者所描述的那样:“蔑视法治的政权的特征都非常相似:深更半夜时撞门、忽然失踪、拖拖拉拉的审讯、用囚犯进行生物实验、屈打成招、古拉格式的集中营、毒气室、有计划的种族灭绝或者清洗、发动侵略战争,等等。”^①新中国成立以后,存在政策办事、政策定罪的历史,并因此造成了一些冤假错案,其中有很多案件的发生都值得我们法治的角度深以为鉴。任何一个国家长治久安的秘诀就在于规则之治,缺乏规则治理的国家也难以实现向正常国家的转型。其中最重要的一环,就是使民事行为和刑事处罚分开,犯罪行为明确化。1986年制定的《民法通则》,正是基于历史的教训,痛定思痛,所做出的一个带有针对性的规定。如果我们看不到这背后的历史,看不到历史带给我们的教训,那么我们就有可能对此带来误解。误解之一就是为什么还要写上国家政策这一条,实际上我们已经在上文有所回答。概括而论,《民法通则》第6条就是对历史负责任的回答,即终结政策高于法律的争论,抛弃政策治国的思想,算是承续历史的一个法律叙事。虽然有其局限性,但是更多的要看到其正面价值。误解之二就是我们是不是还要坚持政策治国?实际上,带有这种误解的人没有看到“法律没有规定”这一规范要件。随着中国法治建设进程的不断加速,社会主义法律体系已经基本建立,我国的法律部门也初步形成,许多领域都已经做到了有法可依,“法律没有规定”的情形会因为法治的进步而不断减少。更何况,“法律没有规定”也并非哪一家说了算,后文将表明,“法律没有规定”必须经过严格的司法审查。误解之三是既然只有民事行为才遵守国家政策,那么作为国家政策的司法政策,如刑事政策,为什么可以影响刑事司法活动?德国当代刑法学家汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏特根认为:“刑事政策探讨的问题是,刑法如何制定,以便其能最好地实现其保护社会的任务。刑事政策与犯罪的原因联系在一起,它探讨如何描述犯罪构成要件特征以便与犯罪的实际情况相适应;它尝试确定在刑法中适用的制裁措施的作用方式;它斟酌允许立法者将刑法延伸到何种程度以便使公民的自由空间不会超过不必要的限制;它检验实体刑法是否作了使刑事诉讼能够得以进行的规定。”^②他们还说:“除刑法教义学外,刑事政策也是刑法学的一部分。刑事政策主要与现行

① [英]汤姆·宾汉姆:《法治》,毛国权译,中国政法大学出版社2012年版,第14页。

② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏特根:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第28~29页。

刑法的修改有关。它首先以现行法律为出发点,同时也吸收了刑法教义学的研究成果。它根据犯罪学经验研究的成果,对在将来修订现行法律的要求提供理由。因此,刑事政策是刑法教义学和犯罪学之间的一个重要的桥梁。”^①也就是说,在西方人所理解的刑事政策与我国所理解的刑事政策有所差别。我国的刑事政策对刑罚量刑影响太大,严格说来不符合法治原则,应当尽量避免。

第二,“法律没有规定”时“应当”遵守国家政策。在此处,我们有必要考虑一下“应当”的具体含义。在英文当中,“应当”对应的是“should”,一种比“must”语义稍弱的情态动词。有人认为,从基本特征上说,“应当”引导的是劝导性规范,而“必须”则引导约束性规范;从价值意蕴上说,“应当”在很大程度上基于主体之自由的选择,而“必须”则是基于某种平等(所谓“自己做某事的同时也可以要求他人做该事”)之要求;从直接根源上说,“应当”源于个人人格,而“必须”则源于社会契约;从核心内容上说,“应当”之要求集中表现为个人奉献,而“必须”则集中表现为社会正义;从社会功能上说,“应当”是“内圣”的道德支持,而“必须”则是“外王”的道德基础。^② 谢晖教授认为,“应当”所引导的规范模式属于强行性法律规范的范畴。在法律权利义务体系中,由强行性规范所引导的行为,都属于法律义务的范畴。这样,由应当所引致的法律规范模式,是法律对作为性义务的要求,以区别于法律对不作为义务的要求。在行为模式上,则由应当所引发的,是法律主体按照法律安排去做某种义务行为。如果违反相关的义务,在处置后果上只能是受罚。^③ 虽然,“应当”属于弱强行性法律规范,但毫无疑问,其强制性内涵是必须认可的。所以,《民法通则》第6条的规定,从司法的角度来看,属于对法官的强行性的指引规范。也就是说,只要能够确定“法律没有规定”的规范要件,法官就不得拒绝适用国家政策。

(二)“法律没有规定”:规范要件

国家政策要进入司法,基本前提是“法律没有规定”。然而,在当今时代,如何理解“法律没有规定”,却是一个值得探讨的学术问题。《民法通则》并没有关于法律漏洞的规定,但是很多学者认为,“法律没有规定”就是指法律漏洞。严格说来,这种理解只答对了一半。上文曾对《民法通则》第6条的立法原意进行过理解,现在再对“法律没有规定”的含义进行解读。

“法律没有规定”的第一层含义是指法律缺位,即在该领域尚无法律依据。我国《民法通则》制定于1986年,是改革开放的第8个年头。那时,不仅政策与法律的关系的争论还在继续,而且市场与计划之争也在进行,有关姓“资”还是姓“社”的政治敏感问题也在法律制定过程中发挥重大影响力。虽然在民商经济领域《经济合同法》《涉外经济合同法》《专利法》《商标法》《婚姻法》《继承法》已经制定,但是大的方面还有很多法律不完善。正是因为没有法律,所以急需制定法律。1980年1月16日,邓小平同志明确指出:“真正要巩固安定团结,

① [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏特根:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第55页。

② 周赞:《论作为立法用虚词的“必须”——主要以“应当”为参照》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第1期。

③ 谢晖:《“应当参照”否议》,载《现代法学》2014年第2期。

主要地当然还是要依靠积极的、根本的措施,还是要依靠发展经济、教育,同时也要依靠完备法制。经济搞好了,教育搞好了,同时法制完备起来,司法工作完善起来,可以在很大程度上保障整个社会有秩序地前进。但是法制要在执行中间逐步完备起来,不能等。”^①对此,王汉斌在《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》中也指出:“由于民法牵涉范围很广泛,很复杂,经济体制改革刚开始,我们还缺乏经验,制定完整的民法典的条件还不成熟,只好先将那些急需的、比较成熟的部分,制定单行法。几年来,陆续制定了一批民事的或者与调整民事关系有关的《经济合同法》《涉外经济合同法》《专利法》《商标法》《婚姻法》《继承法》等。但是,民事活动中的一些共同性的问题,如公民和法人的法律地位、民事法律行为、民事代理、民事权利、民事责任、时效等,还缺乏法律规定。同时,这几年民事纠纷,特别是经济纠纷大量增加,迫切需要制定共同遵循的规范,使民事活动可以有所遵循,调整民事关系有法可依。总结几年来制定有关的单行法律、进行经济体制改革、对外开放和人民法院审理民事、经济纠纷案件的实践经验,参考我国处理民事关系的民间习惯,现在已有可能对民事活动中一些共同性的问题作出法律规定,但是仍然有些问题还看得不很清楚,考虑到民法通则还不是民法典,草案可以对比较成熟或者比较有把握的问题作出规定,一些还不成熟、把握不大的问题,可以暂不规定。”^②也就是说,《民法通则》的制定者们看到了当时的历史条件限制,所以对法律不完善这一现象的认识是心知肚明的。到了2010年,我国才初步建立起社会主义法律体系。所谓初步建立,其意思就是,我们还只是在宪法、民法、刑法、诉讼法、环境法等大的法律部门上有基本法律,在许多具体社会关系上还没有形成完善的法律制度。官方认为中国特色社会主义法律体系构成的标志有三个:一是涵盖各个方面的法律部门基本齐全;二是各个法律部门中的基本法律已经制定出来;三是形成了以法律为主体,包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的配套制度体系。由此,我们可以看出,在《民法通则》制定之时,我们国家的法治建设才刚刚起步。“法律没有规定”在那个时候绝对不是谦虚之词,也绝对不是为了应付,完全考虑到了当时中国的现实情况。此时,“法律没有规定”的含义有二:一是《民法通则》没有规定,其他民事法律如《经济合同法》《涉外经济合同法》《专利法》《商标法》《婚姻法》《继承法》等也没有规定的,算是“法律没有规定”;二是所有的民事法律没有规定,诸如司法解释等也没有规定。

“法律没有规定”的第二层含义是指存在法律漏洞。德国学者卡尔·恩吉施认为,法律漏洞是指“法律整体内部的一个令人不满意的不完整性”^③。我国学者梁慧星将法律漏洞概念定义为:“现行法体系中存在影响法律功能,且违反立法意图的不完全性”^④。因此,从法律文本的角度来看,就是我国虽然制定了《民法通则》,但是还没有制定比较完善的《民法典》,法律漏洞的存在是不可避免的(其实即使制定了《民法典》,也是会存在法律漏洞的)。与法律不完善不同,法律漏洞强调的是在一个法律体系的内部出现了应当规范的社会关系事

① 邓小平:《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第254~255页。

② 王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》,载《中华人民共和国国务院公报》1986年3月14日。

③ 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第168页。

④ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第251页。

项断层,假设在《担保法》中,法律规定了留置权,却没有规定权利质押,那么权利质押就属于法律漏洞。而法律不完善则是整个法律关系都没有获得立法规范,比如《民法通则》制定以后,却没有制定完善的《物权法》。就当时的发展现状而言,至少有三个理由致使当时制定的《民法通则》必然存在法律漏洞:

第一,经济发展刚刚起步,经济体制正处于不断变革之中,社会正处于日新月异的变化当中,此时的经济条件不足以为制定完善的民法典奠定基础。在改革开放之前,中国处于“一大二公”的社会主义平均主义公平观的追求之中,个人财产观念被摒弃,某种程度上“贫穷便是社会主义”的政治经济思维盛行。即使到了改革开放之初,依然有许多人没有转变思维,经济发展也不会因为改革开放一蹴而就。此时的民事法律关系类型尚处于计划经济向市场经济的低层次转型时期,即都处于不稳定状态之中,难以符合制定较为完善的民法典的经济基础。法国民法典制定之时,“法国大革命摧毁了旧的封建经济体制,造就了新的市民社会。每一个人都是独立享有民事权利的主体,其身份约束一旦取消,自我发展的愿望促使其经济活动的展开,在机会均等、一切以金钱为标准的前提下,广泛展开信用,不受人身关系束缚的雇佣经理和劳工,以及通盘活用的服务,创造了一个低层机构里各种经济因素都能公平而自由交换的环境”^①。中国要制定比较完善的民法典,显然不可能跳出法国民法典制定的三个基本原则(权利平等原则、私有财产不受侵犯原则和契约自由原则)。但是,在1986年的中国,私有财产不受侵犯、契约自由、个人意思自治等观念在全国范围内尚未起来,各种生产要素也未能够在全国范围内自由流动,人口自由流动还受到相当程序的限制,资源也未能够实现高度自治的市场流通,因此可以说民法典诞生的经济因素尚未具备。所以,《民法通则》的制定者们不可能制定出一部完善的民法典。

第二,政治思维依然影响法典编撰,对政策特别是国家政策的依赖性还很大。艾伦说:“对于法的编纂而言,政治因素必定是重要的,当法典问世之时,也必定有适当的政治环境。”^②而所谓适当的政治环境,即必须是在一种合乎法治的政治环境下才能诞生比较完善的法典。法国民法典制度之时,在经历法国大革命以及一系列的革命洗礼之后,“1799年11月拿破仑兵变夺取政权,使法国由一个朝代国家发展成为地道的民族国家。通过法国大革命,使新体制初步形成,其低层结构可谓全民平等”^③。这种平等思维为民法典的权利平等原则和契约自由原则的普及奠定了政治基础。可见,没有良好的政治基础,完善的民法典编撰很容易变成空中楼阁。特别是,如果法律在尚未制定之初,就被扣上了诸如“资本主义”之类的帽子,那么足以说明当时的政治环境尚未能发展到可以制定较好法典的时机。1986年的中国,姓“资”论还是姓“社”论的争论正在激烈斗争,政治正确思维也不断挑战民法思维。再加上,在当时的中国,全民平等的观念尚未普及,至少还存在城里人和乡下人的阶层差别。这种由身份不平等所带来的歧视意识在当时的中国非常常见,甚至还出现在我国的法律当中(如原《选举法》中的部分条文)。再加上刚开放的经济特区并没有对所有人开放,限制人

① 黄仁宇:《资本主义与二十一世纪》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第392~395页。

② [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第130页。

③ 黄仁宇:《资本主义与二十一世纪》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第392~395页。

口流动的行为处处皆是。由此可知,《民法通则》的制定者们不可能制定出一部完善的民法典。

第三,法学研究刚刚起步,有关民法典的研究还处于拓荒状态,已有的知识储备和法典编撰技术不足以支撑民法典编撰。法国民法典制定前已经做了足够的民法知识功课,我们可以从下列叙述中得到启示:“公元1100年左右,在意大利的波伦那发现了《国法大全》,以此为起点,对《国法大全》的注释研究逐渐发展成为影响人类法制进程的罗马法复兴运动。12世纪下半叶,意大利注释法学派的代表人物之一普拉坎梯努斯在法国南部的蒙彼利埃创立传科大学。13世纪时,巴黎大学、奥尔良大学、阿维尼翁大学、布日尔大学都相继开设了专门讲授罗马法的讲座。在罗马法传播的同时,法国也在进行着习惯性的编纂活动。这些习惯法主要来源于蛮族入侵时带来的日耳曼部落习惯,而原先的罗马人继续适用罗马法,因此在长期的历史进程中日耳曼习惯和罗马法不断地交流、碰撞、融合。由于日耳曼习惯本身就有许多种,加之与罗马法的融合程度也不尽相同,所以后来形成的习惯法也是气象万千,层出不穷。”^①不仅如此,在法国,习惯法的汇编锻炼了法学家们的立法技术和技能,再加上古罗马法的传播,法国民法典编撰的知识条件和技术条件基本成熟。而在我国《民法通则》制定之时,不仅高考恢复才不过8年的时间,新生代的法学专业人才尚未站稳脚跟,而且由于“文化大革命”的影响,很多对法典制定有深厚研究的专家都受到迫害甚至被迫害致死,这样有关民法典知识传承的学术梯队尚未建立起来。而且,我国已有多年来未立法,立法技术也未成熟。由此可知,《民法通则》的制定者们不可能制定出一部完善的民法典。

综上所述,我们不难看出,《民法通则》不可能是一部完善的法典,法律漏洞存在也是自然之理。另一方面,立法者们意识到,要法治,就应当有规则;没有规则的法治,亦是无水之源。这样,我们就可以正确地认识到《民法通则》第6条规定的具体历史背景和具体含义。显然,立法者们告诉我们,在法律不完善或者存在法律漏洞之时,司法不当放弃裁决,而是可以在诸如国家政策之类的补充规范中寻找裁判依据,这也是当时历史条件下的一种可行选择。

(三)存在国家政策:适用要件

根据《民法通则》第6条的规定,只要“法律没有规定”,那么人们的行为就应当遵守国家政策。这实际上也给司法裁判指明了一条道路:在“法律没有规定”之时,国家政策既然能够成为行为依据,那么法院也应当肯定其审判依据的地位。关键问题是,国家政策是否存在?从司法过程来看,由谁来发现国家政策,由谁来认定国家政策,也就是说如何找到相应的国家政策,那是程序问题。但是,国家政策的内容是否符合弥补“法律没有规定”的内容,却是一个实体问题。法官必须基于“法律没有规定”的前提,寻找到填补法律漏洞的国家政策或者可以填补缺位法律的国家政策。

笔者认为,在国家政策适用过程当中,要坚持合法性与合理性的统一,就应当从实体方面仔细衡量国家政策与所需调整的社会关系的关系问题。从司法实践以及法学理论来看,

^① 刘春田、许炜:《法国民法典制定的历史背景》,载《法学家》2002年第6期。

至少应当符合以下两个方面的实体要件:

第一,国家政策具有规范性。也就是说,当出现“法律没有规定”的情形之时,法官应当仔细分析诉讼两造主张中实存的社会关系性质,根据社会关系来寻找相应的国家政策规范依据,而该国家政策在一定程度上具有规范能力,即对所要规范的社会关系具有明确的预期和比较清晰的处理结果。比如在“耒阳市长冲里煤矿与杨建斌等物权保护纠纷上诉案”中,法院认为,所谓煤炭资源整合,是指以现在合法煤矿为基础,对两座以上煤矿的井田合并和对已关闭煤矿的资源储量及其他零星边角的空白资源储量合并,实现统一规划,统一经营管理。本案中,根据衡阳市煤矿安全专项整治工作领导小组《关于印发〈衡阳市关闭煤矿资源整合方案〉的通知》(衡煤安整[2008]6号)文件决定,关闭同兴煤矿,关闭后的同兴煤矿资源整合到原长冲里煤矿。基于上述要求,原长冲里煤矿与同兴煤矿于2006年3月29日签订了《新市长冲里煤矿、同兴煤矿资源整合协议》,该协议约定同兴煤矿的所有资产、证照全部并入原长冲里煤矿,但对整合后各方所占的股份未作明确约定。该协议是双方真实意思表示,内容不违反国家法律、法规的效力性强制规定,应视为合法有效。此后,双方又于2006年4月1日签订了《长冲里煤矿和原同兴煤矿整合协议书》,该协议约定:两矿各自独立经营核算自负盈亏,各自承担整合前后的债权债务;各自承担安全生产当中的一切事务,两矿共同承担上级部门的办证及一切费用,各占50%。但该协议系以整合为名,行分散经营之实,违反了国务院办公厅发布的《关于坚决整顿不具备安全生产条件和非法煤矿的紧急通知》及湖南省煤炭工业局《关于规范煤矿资源整合有关问题的通知》(湘煤行[2006]14号)文件及相关法律法规的禁止性规定,应视为恶意串通、损害国家利益的行为,应依法认定为无效协议。2011年10月24日,长冲里煤矿被耒阳市新市镇人民政府要求停产整顿后,其法定代表人郑头生及部分股东与原长利煤矿、原同兴煤矿的全体股东签订了《耒阳市新市长冲里煤矿资源整合的协议》,对长冲里煤矿副井和南风井在长冲里煤矿占有48%的股份,但在2011年11月12日,长冲里煤矿全体股东以其煤矿部分股东未同意该协议为由申明该协议作废,至此,长冲里煤矿与原同兴煤矿虽就两矿的资源合并达成一致,但双方对资源合并后各自股份比例或资源补偿事项仍未达成一致。上诉人长冲里煤矿提出的原审认定长冲里煤矿部分股东与原长利煤矿、原同兴煤矿股东签订的《耒阳市新市长冲里煤矿资源整合的协议》合法有效系认定事实错误的理由于法有据,应予采纳。长冲里煤矿在原审法院起诉前,五原审被告即因政府相关部门的决定停止了煤炭开采生产,因此,长冲里煤矿要求判令五被上诉人停止侵害、排除妨害缺乏事实依据,其对此提出的上诉主张应不予支持。在双方就资源整合达成协议后,五被上诉人并不存在独立的采矿权,因此,上诉人提出应予判令五被上诉人返还其左风井的采矿使用权亦缺乏事实依据,应不予支持。^①在该案中,有关煤矿资源整合的行为没有相关的法律法规给予规范,因此从实体角度来判断属于“法律没有规定”的事项。而国务院办公厅发布的《关于坚决整顿不具备安全生产条件和非法煤矿的紧急通知》所处理的事项是有关非法煤矿或者不具备安全生产条件的煤矿。本案中查明长冲里煤矿于2003年8月28日办理了工商营业执照,2007年4月14日,办理了煤炭生产许可证,2010

^① 湖南省衡阳市中级人民法院(2012)衡中法民一终字第127号民事判决书。

年至2011年年初,陆续办理了采矿许可证、安全生产许可证、矿长资格证、矿长安全资格证,而同兴煤矿却没有这些证件,因此属于国务院办公厅发布的《关于坚决整顿不具备安全生产条件和非法煤矿的紧急通知》中的“非法煤矿”,在没有法律规范的情形下,应当接受该通知的规范。该通知既然禁止非法煤矿存在,那么不管是以何种名义存在的非法煤矿就属于国家政策的禁止之列。因此,根据该通知,法院的裁决合法。在司法活动当中,国家政策要具有规范性即是国家政策本身是对具体事项是与否的具体回答,而且这种回答在一定范围内对同样的人具有均等性和普及性。

第二,国家政策不违背国家法治原则。从人类社会的发展规律来看,治国方式之所以要选择法治,根本原因在于对公权力使用的不放心,甚至是以对公权力防范和规制为主。当孟德斯鸠说有权力的人会使用权力到其界限为止之时,权力规制原则已经深入人类的法治追求之中。“尽管民主国家的公民赋予了代议机构制定法律的权力,当法律被正当制定之后,约束着法律适用范围内的所有人,而实施法律的责任就落到了行政机关——当时的政府及其雇员的头上,一般情况下,行政机关除了严格依照那些法律行事以外,不会得到自行其是的其他授权。”^①国家政策属于国家行政机关或者司法机关根据法律的授权在法定范围内发布的指导行政行为或者司法行为的规范性活动,在很大的程度上都对行政相对人或者诉讼当事人产生重要影响。国家政策只能够在法律的范围内细化某种管理行为,而不能自我授权或者超越法律范围行使职权。但是,这里有一个问题值得注意,说国家政策不超越法律的范围,主要是指国家政策不能超越宪法的范围。如果不这么理解的话,那么我们在现实生活中将对很多事项无法理解。比如,就上文所说的“耒阳市长冲里煤矿与杨建斌等物权保护纠纷上诉案”,并没有具体的法律对矿产资源的管理权属和管理方式有仔细的规定。因此,会有少数人认为,如果国家政策不能超越法律的范围,那么国务院发布的《关于坚决整顿不具备安全生产条件和非法煤矿的紧急通知》就属于违背法律的通知,其合法性问题存疑。按照这种理解思路,那么《民法通则》第6条的规定也是有问题的。问题在于国家政策一方面不能超越法律的范围,另一方面又要求没有法律规定时应当遵守国家政策,岂不是互相矛盾?所以,我们在这里必须将超越法律范围理解为不超越宪法的范围,这也是法治原则对国家政策的基本要求。现代中国法治建设是中國人在长期的法制实践中总结出来的,是党和国家治国理政的基本方式。虽然国家政策能够对社会产生重要影响,但毕竟这种影响性带有未知的风险,所以按照法治原则要求国家政策,确属必要。比如1957年12月18日的《中共中央国务院关于制止农村人口盲目外流的指示》,这一国家政策严格说来违背了基本的法治精神。

二、国家政策司法适用的程序要件

在实体部分,我们要确定的是国家政策能够被司法适用的前提条件和范围。但是,司法作为一种规范性较强的专门性活动,不仅需要具有实质意义的判断,也需要有程序上的启动。

^① [英]汤姆·宾汉姆:《法治》,毛国权译,中国政法大学出版社2012年版,第86页。