

论“平等主体”：以《民法典》第2条为中心

陈帮锋*

内容提要 《民法典》第2条的“平等”不同于政治哲学上的平等,不以相同性或相同对待为内核。这一条文中的“平等主体”指的是相互间并不存有权力与服从关系的主体,旨在强调意思自治。“权力与服从关系”是狭义上的,即国家机关因行使职权而形成的权力与服从关系。除了这种权力与服从关系,其他社会关系都是平等主体之间的关系,都是民法的调整对象。平等主体之间的关系有兜底功能,是公法“挑剩下”的社会关系。要将狭义的权力与服从关系识别出来,难点在于如何将行政协议与民事合同区分开来。行政协议的识别以主体要素为主、职权要素为辅,而是否为了公共利益是这两个要素的判断标准。因此,在“为了谁”因果链条的指引下,国家机关签订协议若为了自身利益便是民事合同,若为了公共利益便是行政协议。

关键词 平等主体 民法典 民法调整对象 行政协议

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.06.003

目次

- 一、问题的提出
- 二、如何理解“平等”
- 三、如何理解“平等主体”
- 四、如何兼容某些“不平等主体”
- 五、如何识别“不平等主体”
- 六、结语

* 厦门大学法学院副教授,法学博士。

一、问题的提出

我国《民法典》第2条规定,“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”这一条文承袭了2017年《民法总则》和1986年《民法通则》的相关规定——它原封不动地沿用了原《民法总则》第2条,而原《民法总则》第2条对原《民法通则》第2条也仅稍作改动,即在细节上将“人身关系”和“财产关系”对调、改“公民”为“自然人”并增加第三类主体“非法人组织”。可以说,我国立法者对“平等主体”这一表述从未变更过,在制定《民法总则》《民法典》过程中,专家、学者对这一表述也并未提出过修改建议。这表明原《民法通则》第2条的“平等主体”所招致的先前一些学者的质疑并未能引起立法者的关注。

其实,早在2005年,蔡立东、张临伟的《“平等主体关系说”评判》一文就对原《民法通则》第2条规定的“民法调整平等主体之间的关系”提出了质疑。他们指出,既然平等主体之间的社会关系是民法的调整对象,那么在逻辑上这种社会关系就必然先于民法而存在。然而,现实中并不存在平等主体,因为在现实生活中,主体之间都有差别,是不平等的。因而不存在平等主体之间的关系。这样一来,民法便会因失去自己的调整对象而被悬置。⁽¹⁾之后,也有学者提出过类似的质疑。⁽²⁾这一质疑很有见地。法律总是通过调整社会关系以达到治理社会的目的。法律规范将影响社会关系的客观现实抽象为法律事实,并设定为法律规范的构成要件,一旦现实中发生了构成要件所涵摄的要件事实,与该事实相关的社会关系便由此上升为法律关系。属于事实范畴的民法调整对象应先于属于规范范畴的民法而存在。既然是事实状态,作为民法调整对象的社会关系便难以确保是平等主体之间的关系,第2条这一表述也就站不住脚。

对于这一质疑,学界少有回应。徐国栋在较早时认为,这一质疑证伪了民法调整对象的“平等主体”限制语,⁽³⁾即民法所调整的社会关系不应当以“平等”来限定。于飞在评释原《民法总则》第2条时也评论了这一质疑,似乎也持赞同的态度。⁽⁴⁾这一质疑犀利且严谨,尤其是随着逻辑推理的展开,它势必会导出“民法调整平等主体之间的社会关系”这一命题难以成立的结论。如果这一命题是错的,如此“年轻”的《民法典》也不可能以修法的方式加以纠正。最关键的是,倘若修改这一条文,能否依蔡立东、张临伟的论据——现实中主体间并不平等因而主体间的社会关系是不平等的,而将其修改为“民法调整不平等主体之间的社会关系”?这一改动显然会导致民法与行政法的关系陷入混乱;能否将“平等”去掉,修改为“民法调整主体之间的社会关系”以排除逻辑问

(1) 参见蔡立东、张临伟:《“平等主体关系说”评判——兼评〈民法典草案〉第二条》,载《南京大学法律评论》2005年秋季号,第82页。

(2) 参见杨咏婕:《平等主体与主体平等》,载《山东社会科学》2011年第7期,第121页。

(3) 参见徐国栋:《“平等主体”民法调整对象限制语研究综述》,载《北方法学》2009年第3期,第39页。

(4) 参见《民法总则》第2条评注,于飞执笔,载陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第18页。

题？但这样的条文纯属“正确的废话”，因为所有的法都调整主体间的社会关系。另外，自原《民法通则》颁布以来，由于调整对象是界定部门法的核心标准，民法学文献无不以“民法调整平等主体之间的社会关系”这一命题作为理论前设，如果修改这一条文，就应了德国检察官基尔希曼的话——“立法者修改三个字，所有法学文献将因此变成一堆废纸”⁽⁵⁾。可见，这一问题的解决唯有解释论一途。

笔者认为，若要回应这一质疑，即在维持“民法调整平等主体之间的社会关系”这一命题的前提下，破解“调整事实上不平等的平等主体之间的社会关系”这一逻辑困境，就必须解决两个问题：一是第2条所规定的“平等”以及“平等主体”应作何理解。“平等”采何种意义决定着“平等主体”是否存在；二是民法如何处理不平等主体之间的社会关系。在民法的调整范围内，仍然存在着一些事实上不平等的主体之间的社会关系，如何分拣出这一类社会关系，值得研究。本文主要围绕这两个问题展开思考，试图在解释论上对《民法典》第2条作出解读，敬请方家评断。

二、如何理解“平等”

在习惯用语上，平等往往以相等来衡量。《现代汉语词典》将“平等”界定为“人们在社会、政治、经济、法律等方面享有相等待遇”。⁽⁶⁾《布莱克法律词典》也将“equality”界定为“（能）达致同样的地位或能力，特别是在政治地位上或权力上的相似性”⁽⁷⁾。意大利文中的 *eguale*、德文中的 *gleich* 除了表示规范性的平等概念之外，还含有“相同”之意。

在政治哲学上，学者也是这样来理解平等的。亚里士多德是最早系统阐述平等问题的哲学家，他将平等与数学上的相等紧密联系在一起，平等即相等。之后在整个欧美的学术传统中，平等都是兼具两种含义的复合概念，即相同性和相同对待。如果在相同性意义上理解平等，平等就是一个描述性范畴；如果在相同对待意义上理解平等，平等就是一个规范性范畴。⁽⁸⁾与这两种含义相对应，平等被分为描述性平等与规范性平等，我国也有学者持此观点⁽⁹⁾。

其实，描述性平等概念的解释力极为有限，因为相同的情形并不多见。世上没有两片完全相同的树叶！很多学者都直陈“人生来就不平等”⁽¹⁰⁾，甚至有学者套用卢梭的名言，说道：“人生而平等，却无往不在不平等之中”⁽¹¹⁾。不过，当我们将相同性的考察范围限

(5) 朱庆育：《民法总论》（第2版），北京大学出版社2016年版，代自序，第7页。

(6) 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第1051页。

(7) Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary* (9th ed.), Thomson Reuters, 2009, p.616.

(8) 参见王元亮：《平等的学理基础》，北京大学出版社2020年版，第3、19页。

(9) 参见王海明：《平等新论》，载《中国社会科学》1998年第5期，第51页；毛德操：《论平等——观察与思辨》，浙江大学出版社2012年版，第8页。

(10) 何霜梅：《关于平等的五个追问：社群主义的社会平等思想及其当代价值研究》，中国社会科学出版社2018年版，第9页。

(11) 前注⁽⁹⁾，毛德操书，第236页。

制在主体的某些方面,平等便是存在的。例如,印度学者阿马蒂亚·森就指出,“首先要确定什么要平等,对比的是哪一方面的相同性”⁽¹²⁾。在这一视角下,平等所指涉的对象便得以固定下来。相较而言,规范性平等概念更具解释力。这种应当相同对待的观念可以适用于多种场合,因为作判断时无须考察分析对象是否具有相同性,明知存有差异,仍可相同对待。可见,描述性平等属于事实范畴,而规范性平等属于价值范畴。前者重在比较异同而后者旨在权衡应当相同对待还是差别对待;前者是对事实状态的确认,而后者是一种态度或追求。

在民法学中,就主体而言,描述性平等仅在两个方面有适用余地:一是人格尊严;二是主体资格。人格尊严一律平等这一命题有两种解读方案:从人种学上看,所有人在属人的意义上都是平等的;从伦理学上看,人无贵贱之分,人的内在价值和尊严应当是无差别的。在这个意义上,平等主体是存在的。正如康德所言,“所有有理性的生物一律平等,而不问他们的品级如何。也就是说,就其本身就是目的这一要求而言,他就应该作为这样的一个人而为每一个别人所尊重,而绝不能作为单纯是达到其他目的的手段而被任何别人加以使用”⁽¹³⁾。由人格尊严一律平等这一命题可推导出,基本权利和人格权都是平等的。权利被分为基本权利与非基本权利,基本权利完全平等,而非基本权利只能比例平等。⁽¹⁴⁾基本权利不能用金钱来交换,否则就会造成“有钱能使鬼推磨”、产生特权阶层。⁽¹⁵⁾人格权也是平等的,因为人格权所保护的是主体的生命、身体、自由以及人格尊严,而主体间在这些要素上并无差别。也就是说,主体间的人格权因其客体的相同而平等。正因为如此,法国的经典民法教科书《法国民法总论》虽然认为,权利是向他人提出要求的权力、反映了一种有利于权利主体的不平等社会关系、是“合法的不平等”,⁽¹⁶⁾然而却承认,“在这点上,人格权是一个特例,因为所有的人都享有人格权。所以人格权的分配是平等的”⁽¹⁷⁾。

主体资格一律平等这一命题由两个路径来加以证成:其一,从实证主义角度看,法律是调整社会的手段,法律对社会关系的调整只能以人的行为作为抓手。从规制的角度来看,人是被管理的对象,法律适用于人是强制的结果,是以国家强制力为后盾的,因此人是被迫成为法律主体的。因为无差别地成为法律主体,所以,主体资格一律平等。其二,民法学理论体系以法律关系这一范畴为骨骼对民法规范加以理解、归整。法律关系是主体之间针对客体产生的社会联系,主体是施动者而客体是受动者。要成为主体就得有主体资格,而要成为客体也得有客体资格。即人有人格,物有物格。这些资格成为法律世界的入场券。在这种主客体关系中,人处于中心地位。这似乎是法学理论给人安排

(12) [印度]阿马蒂亚·森:《再论不平等》,王利文、于占杰译,中国人民大学出版社2016年版,第2页。

(13) [德]康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆1990年版,第68页。

(14) 参见前注,王海明文,第53页。

(15) 参见前注,毛德操书,第80页。

(16) 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博等:《法国民法总论》,陈鹏等译,谢汉琪审校,法律出版社2004年版,第143页。

(17) 前注,雅克·盖斯旦、吉勒·古博等书,第146页。德国学者施瓦布也认为,人享有的人格权是相同的。参见[德]迪特尔特·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第85页。

了一个“好差事”，让人当主体而不是当客体，人必当乐在其中。其实，这些都是理论解读出来的。人处于这个中心地位只说明了人受到了法律的调整而已。人因受法律调整而被解读为有主体资格，仅就享有主体资格这一点而言，人是具有相同性的，因此，主体资格一律平等。

在我国《民法典》中，除了第2条使用“平等”概念之外，第4条、第14条、第113条、第206条第3款、第207条、第1041条第2款、第1043条第2款、第1055条、第1058条、第1062条第2款以及第1126条也使用了这一概念。第14条规定的“自然人的民事权利能力一律平等”，属于描述性平等，其描述出这一现实，即法律所赋予自然人的主体资格都是相同的。这正是前文所阐述的民法中的一种描述性平等。其他条文所使用的“平等”都属于规范性平等。这些条文的主旨在于强调平等保护，即立法机关、司法机关应当给民事主体以相同的保护、不歧视地对待民事主体的利益。第113条（“民事主体的财产权利受法律平等保护”）和第207条（“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律平等保护”）内含此意，已是昭然。而第4条的“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”和第206条第3款的“保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利”具有更为浓重的免于歧视的意味。第1041条第2款、第1043条第2款、第1055条、第1058条、第1062条第2款以及第1126条除了强调平等保护、不予歧视之外，还旨在达到提升妇女地位的社会效果。这些条文是对规定男女平等的《宪法》第48条的落实（即“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利”）。《民法典》中，不管是“夫妻双方平等享有对未成年子女抚养、教育和保护的權利”（第1058条）、“夫妻对共同财产有平等的处理权”（第1062条第2款）、“继承权男女平等”（第1126条），还是“实行男女平等的婚姻制度”（第1041条第2款）、“维护平等的婚姻家庭关系”（第1043条第2款）、“夫妻在婚姻家庭中地位平等”（第1055条），都是在强调男女应当享有同等的权利、不应当忽视妇女的权益。值得指出的是，《民法典》第1126条保留原《继承法》第9条的“继承权男女平等”，是考虑到现实中仍存在重男轻女的现象，才通过这一规定宣示男女平等以抵制这种社会现象。这是立法者想通过这些条文达到提升妇女地位的社会效果之明证。概言之，上述规定规范性平等的法律规范正如民法明确、坚定地在向世人宣布：“差别是有的，但我不管这些，在我这里，男女都一样，交易双方都一样”。

三、如何理解“平等主体”

在描述性平等观念下，人仅在人格尊严和主体资格上才具有平等性。如果按照这种平等观，“平等主体”应当被理解为“在人格尊严和主体资格上平等的主体”。然而，这样的理解会导致第2条丧失其原有的意义。第2条是技术性的，其功能在于确定民法的调整范围、识别出由民法调整的社会关系。从逻辑上看，“平等主体”的对立面是“不平等主体”，第2条规定民法调整平等主体之间的社会关系，即意味着民法不调整不平等

主体之间的社会关系。这样一来,不平等主体之间的社会关系便被排除出民法世界。然而,如果采取描述性平等观念,第2条的目的便无法达致,因为在规制意义上,所有的主体都有主体资格,不管是国家机关还是自然人,在主体资格上都具有平等性;在价值意义上,社会组织体和自然人都有人格尊严,⁽¹⁸⁾二者同样在人格尊严上平等。可见,如果采用描述性平等观念,“平等主体”概念便无法区分出平等主体之间的关系和不平等主体之间的关系。

如果以规范性平等观念来理解“平等主体”,第2条的规范内容便是民法调整应当得到相同对待的主体之间的社会关系。这样的理解同样会存有阻滞,因为“相同对待是不得歧视的命令”⁽¹⁹⁾,往往体现在平等原则、民法的调整机制上,而不是体现在民法调整对象的识别上。《民法典》第4条规定了平等原则,即“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”,其实是要求国家机关在制定法律、适用法律时对民事主体不应作差别对待。有学者指出,第4条与第2条的功能并不相同。第2条旨在判断一个社会关系是否由民法来调整;第4条是在确定一个社会关系适用民法之后,在调整中不得造成违反形式平等的差别对待。⁽²⁰⁾民法从来都以平等为调整机制。正如佟柔教授所言,“民法在调整财产关系时所运用的平等、等价的方法,是由其调整的社会关系的性质决定的,也是民法区别于其他法律部门的重要标志”⁽²¹⁾。这种调整方法就是将民事主体相同对待。然而,相同对待这一方式并无法识别出民法的调整对象。如果将“平等主体”理解为“应当相同对待的主体”,则作为一定社会关系的调整对象的性质就被误读——本是事实层面上的事物却反而成为价值层面上的事物,受民法调整的现实存在的社会关系却变成了应当相同对待的主体之间的社会关系,而两者之间如同“是”与“应当”、“事实”与“价值”之间一样,存在着难以跨越的“休漠鸿沟”。况且,民法调整对象是对是否适用民法的一般性指示,“应当相同对待的主体之间的社会关系”这一表述只会把问题复杂化,因为还要进一步探讨是否应相同对待这一问题。因此,也不应当以规范性平等观念来理解“平等主体”。

也许从发生学的路径出发,方能准确把握“平等主体”的真实含义。从立法上看,1986年《民法通则》第2条对“平等主体”概念的使用在新中国立法文件中当属首次。我国自1955年开始尝试制定民法典,其间完成了很多立法草稿。然而,直至1981年的“民法草稿”“民法典草案”“民法草案征求意见稿”都未曾使用“平等主体”来限定民法调整对象。⁽²²⁾哪怕是比原《民法通则》早一年颁布的原《涉外经济合同法》(第2条)也并未使用“平等主体”来描述作为主体的企业、其他经济组织以及个人。原《经济合同法》1981年颁布时未作此限定,但在1993年修订的条文(第2条)便开始使用“平

(18) 法人、非法人组织也享有人格权就是明证。

(19) 徐国栋:《平等原则:宪法原则还是民法原则》,载《法学》2009年第3期,第69页。

(20) 参见前注,陈甦主编书,第30页。

(21) 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,第12页。

(22) 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览》(上卷),法律出版社2017年版,第3-1244页。

等民事主体”这一表述。因此,朱庆育指出,原《民法通则》直接以“平等主体”来界定民法的调整对象,“于当时的法学界略显陌生”。⁽²³⁾其实,这一处理方式旨在解决如何划分民法与经济法的界限这一问题。当时民法与经济法的调整范围之争,是制定《民法通则》所要解决的基础问题,彭真同志在1985年底召开的全国《民法通则》(草案)座谈会上“明确了民法是调整平等的公民、法人之间关系的基本法律”。⁽²⁴⁾

从学理上看,在民法调整对象语境下最早使用“平等主体”这一表达的学者当属杨振山教授。⁽²⁵⁾他在1983年提出“民法是统治阶级根据自己的意志制定的,用以调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称”⁽²⁶⁾。不过,似乎这是将民法的调整方法嫁接到民法的调整对象而得到的结果。原《民法通则》颁布前的民法教科书都将民法调整对象表述为“一定范围的财产关系和人身关系”,而将民法调整方法归纳为平等、等价。⁽²⁷⁾而苏联学者早在1950年代就以“一定范围”限定民法的调整对象,并只在阐述民法调整方法时才论及平等。⁽²⁸⁾苏联学者这一结论源自于马克思在《资本论》中的名言,即“因此要使这种物能当作商品来相互发生关系,商品监护人,必须以意志寄托在这种物内,并且以这种身份,发生相互的关系。一方必须得到他方同意,必须依共同的意志行为,才能让渡自己所有的商品,占有他方所有的商品”⁽²⁹⁾。其推理过程可简化为:想要完成交易,商品所有人必须互相独立,他们因相互独立而相互平等。⁽³⁰⁾佟柔教授也经常引用马克思这一经典名句,⁽³¹⁾其推理过程也应相同。民法的调整方法受制于民法的调整对象,后者是参与者相互独立的民事流转关系,前者因而以平等为首。⁽³²⁾正因为认识到这一点,苏联学者普遍主张以民法调整方法作为识别民法调整对象的补充标准,即以法律关系当事人的平等来确定民法的调整方法。不过,有学者担心这将会使苏维埃著作早已摒弃的、

(23) 参见前注,朱庆育书,第7页。

(24) 参见王汉斌:《彭真同志对我国社会主义民主法制建设的卓越贡献》,载《中国法学》1997年第6期,第11页。

(25) 参见田夫:《对民法调整对象法定化的政治社会学检讨——以学术与政治的关系为中心》,载《比较法研究》2008年第3期,第102页;前注,朱庆育书,第7页;孙莹:《我国民法调整对象主流学说的重新审视》,载《西南政法大学学报》2012年第3期,第61页。

(26) 杨振山、王遂起:《中华人民共和国民法讲义》,中国政法大学出版社1983年版,第2页,转引自前注,田夫文,第102页。

(27) 参见前注,佟柔主编书,第11、12页;王作堂、魏振瀛、李志敏、朱启超:《民法教程》,北京大学出版社1983年版,第6、10页;西南政法学院民法教研室编:《中华人民共和国民法讲义(初稿)》,1980年自版,第1、3页;西北政法学院民法教研室编:《民法原理讲义》,西北政法学院科研处1982年自版,第16、17页。

(28) 参见[苏]B·П·格里巴诺夫、C·M·科尔涅耶夫主编:《苏联民法》(上册),中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,第13页;[苏]坚金、布拉图斯主编:《苏维埃民法》(第1册),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1956年版,第26页;[苏]B.T.斯米尔诺夫等:《苏联民法》(上卷),黄良平、丁文琪译,中国人民大学出版社1987年版,第9、10页。

(29) [德]马克思:《资本论》(第1册),郭大力、王亚南译,上海三联书店2009年版,第39页。

(30) 参见前注,B·П·格里巴诺夫、C·M·科尔涅耶夫主编书,第13页。

(31) 参见杨立新、孙沛成:《佟柔民法调整对象理论渊源考》,载《法学家》2004年第6期,第67页。

(32) 参见C·C·阿列克谢也夫:《论苏维埃民法的对象和民法的调整方法》,中央政法干部学校翻译室译,载全国人民代表大会常务委员会办公厅编译室编:《苏维埃民法的对象论文集》,1956年自版印发,第45页。

资产阶级法律所固有的公私法区分复活起来。⁽³³⁾这一担忧足以说明“平等主体”与公私法区分理论的内在关联。也许正是因为杨振山教授稔熟欧陆民法的公私法区分理论,他才径直以“平等主体”作为民法调整对象的识别标准。这一处理方式采用传统的民法话语而去除浓重的政治经济学意味,更加有利于我国民法理论的发展。

1986年4月2日,王汉斌在第六届全国人大第四次会议上所作的报告《关于中华人民共和国民法通则(草案)的说明》将平等主体间的财产关系解释为横向的财产、经济关系。“政府对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系,不是平等主体之间的经济关系,主要由有关经济法、行政法调整,民法基本上不作规定。”⁽³⁴⁾他所说的“纵向关系”其实是因上级对下级的经济管理或行政管理而形成的关系。也就是说,平等主体之间的关系是横向关系,而不平等主体之间的关系是纵向关系。后者是管理与服从关系,而前者是无权管理与免于服从的关系。较早时期,我国大多数民法教科书都在这一意义上理解“平等主体”。在这些教科书中,“平等主体”的表达往往与“不存在命令与服从关系”的表达一同出现,后者其实是前者的注解。例如,《民法学原理》认为,民法是调整私人之间相互关系,“双方身份平等,任何一方都不以官员或权力者的身份出现——尽管他实际上可能具有这样的身份,彼此不存在命令与服从的关系”。⁽³⁵⁾《中国民法学·民法总则》认为,“在我们社会主义的商品市场上,买卖双方是没有官和民以及什么上级、下级、特权与非特权之分的,都是平等的主体”;“非平等主体之间的财产关系和人身关系,如基于权力服从的行政关系中的财产关系和人身关系,不由民法调整”。⁽³⁶⁾《中国民法学》指出,“这类财产关系的主体都是独立、平等、互不隶属的,都具有独立的法律人格,不存在法律上的依附关系”⁽³⁷⁾。

《关于中华人民共和国民法通则(草案)的说明》对平等主体和不平等主体的官方解释也同欧陆学者关于公法与私法区分的隶属说相暗合。与利益说不同,隶属说并不以法律所保护的对象——利益作为公私法区分的标准,而以法律关系主体间的关联为标准。隶属说认为,在公法中,法律关系的主体间有隶属关系;而在私法中,法律关系的主体间无隶属关系,都是平等主体。隶属说将公法与私法所调整的法律关系区分为隶属性法律关系与平等性法律关系。⁽³⁸⁾例如,德国学者布洛克斯谈到,“私法规定了各个组织中平等成员之间的关系。相反,公法则大多涉及调整上下级关系的规定”⁽³⁹⁾。瑞士学者许莉

(33) 参见[苏]根金:《苏维埃民法的对象》,中央政法干部学校翻译室译,载前注,全国人民代表大会常务委员会办公厅编译室编书,第36页。

(34) 王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》,1986年4月2日在第六届全国人民代表大会第四次会议上。

(35) 张俊浩主编:《民法学原理》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第6页。

(36) 参见佟柔主编:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,第4、8页。

(37) 金平主编:《中国民法学》,四川人民出版社1990年版,第24页。

(38) 参见谢潇:《私法定位及其规范体系的二元构造——“新利益说”的提出与展开》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2024年第1期,第151页。

(39) [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(原书第33版),张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第13页。

蔓-高朴和施密特指出,“附属说的关键点在于,参与法律关系的当事人之间是平等地位关系,抑或附属和上级地位”⁽⁴⁰⁾。葡萄牙学者平托认为,“只可以说法律关系主体的平等地位一般为私法所规范的关系的特征;上下级关系是公法关系的一般特征”⁽⁴¹⁾。这些学者所提到的“上下级关系”“管理关系”“附属”“隶属”都属于权力与服从关系,即一方发号施令而另一方遵照执行;相反,“平等”“身份平等”“平等地位”“平等成员”都不属于权力与服从关系,都是平等主体间的关系,各方主体都无须依他人命令行事,即处于一种自由的状态。从社会关系性质上看,权力服从关系与平等主体间的关系、隶属性社会关系与平等性社会关系形成二元对立。非权力与服从、非隶属即平等,不存在权力与服从关系便是平等主体间关系的同义语。

可见,《民法典》第2条的“平等主体”其实指的是相互之间不具有权力与服从关系的主体。相应地,该条文的“平等”也是指不具有权力与服从关系,而与政治哲学上的以相同性或应当相同对待为内核的平等概念无关。有权力服从关系与无权力服从关系是事实问题,是描述性的,而不是规范性。从这个意义上说,当然存在着“平等主体”。正如学者所说的那样,“平等主体这一中国民法元素,应置于历史背景下理解”⁽⁴²⁾。对“平等主体”不宜按照政治哲学上的、语言学上的通常意义来理解,不能在相同性意义上寻找平等主体,那样只能导致民法丧失自己的调整对象。正是出于这种担心,有学者认为,“为了不对民法典适用范围形成不当限制,在裁判实践中,应当对平等进行目的性扩张。也就是说,为妥当实现民法典调整民事关系的立法目的,避免不当遗漏,应当认为凡不属于公权隶属关系中主体行使公权力形成的关系,都符合这里的平等要求,民法典都有适用余地”⁽⁴³⁾。其实,平等本就是非隶属的意思,不需要进行目的性扩张。

平等的本义是没有权力与服从关系,正因为不受这一关系的约束,主体才能意思自治。卢梭对平等的理解也有此意。他认为,不能从平等的字面意思出发将平等理解为人的权力和财富绝对相等,而应理解为不能强迫他人。⁽⁴⁴⁾从这个意义上看,在民法中,平等是达致意思自治的手段。平托就认为,意思自治,或者说反映在人际关系上的自决权,必须以相互平等的主体法律状况为基础。⁽⁴⁵⁾“平等”意味着“我不用听你的”“你无权命令我”“你管不着”。唯有不用听从他人的摆布,自己才能自由地进行民事活动、才有意思自治、才是市民社会。可见,在政治哲学中,平等就是达致自由的手段。“哪里没有平等,哪里就没有自由。”⁽⁴⁶⁾因此,相较于平等,在民法中,自由更具有核心意义。

(40) [瑞士] 贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》(第2版),纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第151页。

(41) [葡] Carlos Alberto da Mota Pinto:《民法总论》,澳门翻译公司译,澳门法律翻译办公室、澳门大学法学院1999年版,第9页。

(42) 徐涤宇、张家勇主编:《〈中华人民共和国民法典〉评注》(精要版),中国人民大学出版社2022年版,第3页。

(43) 前注,陈甦主编书,第15页。

(44) 参见[法]卢梭:《社会契约论》,李平沅译,商务印书馆2011年版,第58页。

(45) 参见前注,Carlos Alberto da Mota Pinto书,第16页。

(46) [法]皮埃尔·勒鲁:《论平等》,王允道译,商务印书馆1988年版,第40页。

四、如何兼容某些“不平等主体”

但是,即便可将“平等主体”理解为相互间不具有权力与服从关系的主体,也仍未完全解决《民法典》第2条的适用问题。在逻辑上,平等主体之间的社会关系由民法调整,而不平等主体之间的社会关系不由民法调整。然而,越来越多的学者注意到民法从来都调整着一些权力与服从关系。这些不平等主体之间的社会关系一旦掺杂进来,第2条所规定的“民法调整平等主体之间的人身关系和财产关系”这一命题便不攻自破。学者们所说的由民法调整的权力与服从关系的典型是亲子关系、雇佣关系。在这些关系中,父母向未成年子女、雇主向雇员都有权力发号施令。如何周延地处理好这一难题、将这些权力与服从关系顺畅地解释为民法的调整对象,不管是对我国民法还是对外国民法而言,都是对民法理论的一大考验。

外国民法学者常在讨论公私法区分问题时提到这些不平等关系,他们将这些不平等关系在民法中的存在视为否定隶属说的理由。例如,布洛克斯认为,私法调整平等成员之间的关系而公法调整上下级关系,然而,这种区分“并非永远适用”,因为“在父母子女关系中就存在某种上下级关系,但是婚姻家庭法仍属于私法范畴”(47)。他将亲子关系界定为上下级关系,而亲子关系归私法调整,因此,以主体间是否有隶属关系来区分公私法的隶属说便难以为继。拉伦茨在认为社团与社员的关系是权力与服从关系之外,还将整个亲属法所调整的社会关系都视为权力与服从关系。(48)范围最广的当属平托所指出的归民法调整的权力与服从关系,他认为,有关亲属、监护、社团或公司与成员的关系以及有关劳动关系都属于这一类关系。(49)

我国学者也注意到这些情形,甚至比外国民法学者所总结出来的还要多。例如,王泽鉴认为,体现为亲子关系的亲权是私法中的不平等主体间的关系。(50)在施启扬所列举的不平等主体间的关系中,除了在父母与子女的关系上父母对子女有惩戒权这一情形以外,还有在法人与社员的关系上法人可以开除社员这一场合。(51)朱庆育认为,“父母与未成年子女之间、雇主与雇员之间以及培训合同当事人之间的社会关系虽然由私法来调整,但主体之间是隶属关系”(52)。在他看来,培训合同的当事人之间也是权力与服从关系。汪志刚指出,在民法的调整范围中有一些“实质上不平等的命令服从关系”,如用人单位和劳动者、教育机构和受教育者、医院和住院患者、父母与未成年子女、监护人与被监护人、个体经济组织中的雇主与雇员之间的关系。(53)依此,归民法调整的权力与服从关系又

(47) 前注, 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克书,第14页。

(48) 参见[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1页。

(49) 参见前注, Carlos Alberto da Mota Pinto 书,第8页。

(50) 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第13页。

(51) 参见施启扬:《民法总则》(原书修订第8版),中国法制出版社2010年版,第2页,注2。

(52) 前注, 朱庆育书,第9页。

(53) 参见汪志刚:《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》,载《法学研究》2019年第4期,第41-43页。

增加了医患关系、教育合同关系。徐国栋还看到更多一直都由民法调整的权力与服从关系,如保佐人与被保佐人之间的关系、房屋租赁关系、附有随意条件的合同关系以及附随合同关系。⁽⁵⁴⁾从学者们归纳出来的各种情形来看,由民法调整的权力与服从关系已经涉及亲属法、合同法、公司法、监护法,已占民法不少“地盘”。

尽管中外民法学者都分析这些权力与服从关系,都认为这些关系仍归民法调整,然而总体上他们所遵循的是两条不同的分析路径。第一条是公私法区分,第二条是民法调整对象的确定。王泽鉴、施启扬、朱庆育和外国学者采用的是第一条分析路径,而汪志刚和徐国栋采取的是第二条分析路径。采用不同的分析路径却抓到了同一问题,这也从侧面说明公私法区分理论与民法调整对象理论有交叉之处。诚如朱庆育所言,“从调整对象的角度理解民法概念这只是众多可能的路径之一。欧陆民法传统中,更通行的路径是公法与私法之分野”⁽⁵⁵⁾。这是两条叉路。在罗马法传统的影响下,欧陆民法从来都采用区分公法与私法的思维模式,而我国则不然。在民国时期,由于受到欧陆民法的影响,民法教科书无不以阐述公私法区分为开篇。⁽⁵⁶⁾然而,新中国成立后,民法教科书不再论及公私法区分,而仅阐述民法调整对象。⁽⁵⁷⁾直到2000年前后,才有教科书阐述公私法区分,并坦言民法是私法。⁽⁵⁸⁾不过,自那以后,我国民法教科书又开启了一种兼论公私法区分与民法调整对象的模式。这两个“显然处于不同的话语系统”⁽⁵⁹⁾,却被熔于一炉。

笔者认为,民事调整对象与公私法区分理论看似分属不同话语体系、形同陌路,实则内在关联。首先,公私法区分所依仗的是民法调整对象。公私法的区分标准都属于法律关系的要素,不管是利益说、隶属说、主体说还是新主体说,其赖以将公法与私法区分开来的标准无非是法律关系的客体或主体。而法律关系的要素仍属社会关系的要素。可见,作为民法调整对象的社会关系始终是公私法区分理论的着眼点。其次,从发生学上看,民法调整对象理论是公法区分理论的替代品。自列宁提出社会主义民法不是私法这一论断之后,苏联学者开始批判欧陆的“私法”概念,提出民法调整对象理论。⁽⁶⁰⁾苏联学者其实是在否认公私法区分,因为“在经济领域一切都属于公法范围”⁽⁶¹⁾。至于为何否定公私法区分之后一定要提出民法调整对象理论,有学者认为,这是“重新奠定民法存在的理论基础”⁽⁶²⁾。笔者认为,当然有这方面的考虑,但最主要的应是为了解决抛弃公私法区分之后如何界定民法这一问题。生活中,事物都应当得到界定,因为唯有界定才能叙

(54) 参见徐国栋:《论民事服从关系——以菲尔麦命题为中心》,载《中国法学》2011年第5期,第171-172页。

(55) 前注,朱庆育书,第8页。

(56) 参见胡长清:《中国民法总论》,王涌校勘,中国政法大学出版社1997年版,第9页;梅仲协:《民法要义》,张谷校,中国政法大学出版社1998年版,第4页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第2页。

(57) 参见中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,第19页。

(58) 梁慧星教授的《民法总论》(法律出版社2001年版)和寇志新教授的《民法总论》(中国政法大学出版社2000年版)都使用了很长的篇幅来阐述这一问题。

(59) 孙莹:《民法调整对象理论溯源——以新中国民法典第一次草案为视角》,载《河北法学》2011年第1期,第123页。

(60) 参见王卫国:《论民法与商品经济》,载《法学研究》1987年第3期,第49页。

(61) 《列宁全集》(第36卷),人民出版社1956年版,第587页。

(62) 前注,田夫文,第104页。

说、才能交流。本来,在公私法区分构架下,民法是私法,当公私法区分被抛弃后,民法是什么?势必无法叙说。苏联学者不再区分公法与私法,却使用公私法的区分标准来界定民法,可能他们自己都未必意识到了这一点。⁽⁶³⁾其实,由社会关系来把握法律、将事实与规范相结合,是苏联民法学一贯的方法论。这一方法论来自马克思在《资本论》中所使用的方法。苏联学者认为,“《资本论》的方法就是社会科学的逻辑”⁽⁶⁴⁾,其实就是辩证唯物主义的方法⁽⁶⁵⁾。在这一方法论的指引下,整体地、有机地、内在地分析法律问题,便不会承认私人利益与社会利益的区分,因而抛弃公私法区分;⁽⁶⁶⁾也就应当以现实关系作为法律的基础⁽⁶⁷⁾。由社会关系来理解法律制度让思路更清晰,这一方式至今仍属可取,而民法调整对象与公私法区分各有侧重,相互交织在所难免。

针对这些不平等主体,采用公私法区分路径的学者以新主体说来克服隶属说因这些不平等关系也受民法调整而导致的不周延性。⁽⁶⁸⁾这种处理方式的思路是通过解释来使民法不因为调整不平等关系而丧失私法品格,但对不平等关系本身并不做理论努力。采取调整对象路径的汪志刚和徐国栋则试图对这些“不平等主体”本身作理论上的努力。汪志刚引入福柯的规训权力理论,将这些不平等关系界定为民事规训关系。他认为,民事规训关系是含有一定的规训权力与服从关系的“非纯粹”的民事法律关系。这种关系兼具主体平等与身份差异、意志自由与命令服从,既属于形式平等、资格平等,又属于实质不平等。在他看来,这些关系自身的不平等并不影响主体在法律上的形式平等。⁽⁶⁹⁾徐国栋认为,这些“不平等关系”的一方当事人处于被动地接受对方当事人决定的地位,形成“你定我从”的格局,双方在决策权上并不平等。他尝试以“民事屈从关系”概念来指称这些不平等者之间的关系,并指出应承认民法不仅调整平等者之间的关系,也调整民事屈从关系。⁽⁷⁰⁾

事实上,上述两条路径实质包含了处理“不平等主体”的三种方式。第一种方式(如朱庆育的主张)承认这些主体之间是不平等的,但通过能够包容这些不平等关系的新主体说将民法仍然界定为私法,而对这些不平等关系是否经民法调整而变为平等关系,并不予深究;第二种方式(如汪志刚的主张)承认这些主体之间的不平等,但却认为这些不平等关系经民法调整而形成具有资格平等、形式平等特性的关系;第三种方式(如徐

(63) 苏联学者也认为,公法与私法区分在形式上抛弃了而实际上却仍然隐蔽地保留在苏维埃法学著作中。参见[苏]依·格·姆列夫里什维里:《苏维埃社会主义民法的对象与体系》,郭一民译,载前注③,全国人民代表大会常务委员会办公厅编译室编,第1页。

(64) [苏]阿斯克那齐:《民法方法论上的几个一般性问题》,中国人民大学研究部编译室译,中国人民大学印厂1951年版,第4页。

(65) 参见前注④,阿斯克那齐书,第8页。

(66) 坚金指出,“苏维埃法不会而且也不可能划分出:某些法的部门是规定整个社会利益的,而另一些法的部门则是着眼于保护个别人的私人利益的”。前注③,坚金、布拉图斯主编书,第16页。

(67) 参见前注④,阿斯克那齐书,第11页。

(68) 参见前注③,朱庆育书,第9页。

(69) 参见前注③,汪志刚文,第43-45、49页。

(70) 参见前注④,徐国栋文,第165、175页。

国栋的主张)径直认定这些主体之间在法律上不平等,属于民事屈从关系,也就是说,这些关系在事实上和在法律上都是不平等的。这三种方式都承认这些主体在事实上是不平等的,至于在法律上是否平等,第三种方式认为不平等,而第二种方式认为平等。不过,似乎采第二种方式的学者对平等的理解并未前后一致,其对“平等主体”和亲子关系等不平等关系的理解都是以不存在权力与服从关系为基础的,而对资格平等、形式平等的理解却以相同性的平等观为基础。因此,可以断言,在民法的调整对象中的确存在着不平等主体之间的关系。

至此,可以得出的结论是:民法调整平等主体之间的关系,平等主体是相互之间不存在权力与服从关系的主体,平等主体是现实存在的;但民法也调整某些不平等主体之间的关系。我们确定地知道有一部分权力与服从关系也归民法调整,但是,这种“一部分”“某些”的限定语跟苏联学者对民法调整对象使用的限定语——“一定范围”一样,都过于笼统、过于含混。这就需要寻找一个能够将这一类关系提炼出来的逻辑抓手。狭义的权力与服从关系概念可担此任。权力与服从关系可以分为广义的权力与服从关系和狭义的权力与服从关系。狭义的权力与服从关系是法律明确规定的国家机关在行使职权过程中产生的权力与服从关系,而不是指所有“你定我从”的情形。这一理论构造可以在马克斯·韦伯的支配社会学中找到注解。韦伯将“你定我从”称为广义上的支配。他指出,“支配影响被支配者的行动,被支配者只能服从”(71)。在共同体行动中处处都受到支配结构的影响。他将支配分为两种类型:一种是基于独占地位的支配,最典型的是市场的独占性支配;另一种是基于权威的支配,体现为命令权力与服从义务,如家父长权力、官职权力或君侯权力。(72)不过,他将雇主和家长的命令权排除在公法之外,认为“并不是将任何权威性的命令权及其与服属者之间的关系,尽皆划归公法的范畴”(73)。其理由是只有国家机关才有正当权力,因此只有在法秩序所设定的框架内,为了国家机构的维持以及为了实现国家机关所直接经营的利益的行为才是公法调整的对象。(74)显然,他将公法所调整的命令与服从关系局限在行使权力的国家机关参与其中的社会关系,是狭义的权力与服从关系。拉伦茨认为,“在法治国家,对这种隶属关系有详尽的规定”(75)。此“隶属关系”显然也是狭义的权力与服从关系。这样一来,狭义的权力与服从关系便由行政法等公法来调整,剩下的其他权力与服从关系由民法调整,由此民法所调整的权力与服从关系的范围便得以固定下来,而不至于含混不清。

这样处理之后,国家机关因行使权力而形成的权力与服从关系才是不平等主体之间的关系,被排除在民法之外。其他关系都是平等主体之间的关系,都归民法调整,就算是亲子、雇佣、医患等关系也是如此。不平等主体之间的关系是法律规定的,国家机关有命

(71) [德] 马克斯·韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2010年版,第8页。

(72) 参见前注⑦,马克斯·韦伯书,第2-3页。

(73) [德] 马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2010年版,第5页。

(74) 参见前注⑧,马克斯·韦伯书,第5页。

(75) 前注⑨,卡尔·拉伦茨书,第1页。

令权,体现为国家强制,适用“法不授权则禁止”;平等主体之间的关系源自事理本身,因其兜底的特性,其“成分”复杂,但主要体现为私法自治,贯彻“法不禁止则自由”。这样的处理方式也不会出现同义反复或循环论证。在逻辑上,当我们将《民法典》第2条的“平等”理解为不存在权力与服从关系这类情形时,这一概念便已经成为一个兜底的“收纳箱”,凡是不存在权力与服从关系的情形都归入其中。一般而言,在判断某种情形能否为某概念所涵摄时,往往要判断该情形是否满足该概念的本质特征。然而,对于“平等”“平等主体”这一类兜底概念,在这一判断过程中,关注的焦点不在它们身上,而在它们的对立面——“不平等”身上。也就是说,应当判断是否存有权力与服从关系,凡是不属于“不平等”的便是“平等”。特别是在采用狭义的权力与服从关系概念将国家机关因行使职权而形成的权力与服从关系拎出来之后,广义的权力与服从关系概念就成为兜底概念,接住了剩余的那部分权力与服从关系。这部分权力与服从关系与原本就被“挑剩下”的平等主体间关系汇合在一起,一并被归入《民法典》第2条的“平等主体”关系当中。在逻辑上,经过两次挑选、两次兜底后才形成这一判断。先是将权力与服从关系由平等主体间的关系挑选出去,“平等主体”成为兜底概念;再将国家机关因行使职权而形成的权力与服从关系从广义的权力与服从关系中挑选出来,广义的权力与服从关系又成为兜底概念。这样一来,在认定某种情形是否由民法调整时,关注的焦点便放置在狭义的权力与服从关系上,仅需识别出是否存有狭义的权力与服从关系即可,如果没有这一类关系,便由民法调整,识别工作也就此结束。

五、如何识别“不平等主体”

在识别狭义的权力与服从关系的过程中,拉伦茨的判断——“在法治国家,对这种隶属关系有详尽的规定”在大多数场合都是适用的。也就是说,在大多数场合,国家机关所作出的行为都是在行使法律明确赋予的职权,因此而形成的社会关系自然是狭义的权力与服从关系。例如,在人民法院审理案件、公安局治安管理、交警大队对交通违章行为予以处罚等情形中,法律都明确规定了权力行使的实体要件和程序要件,国家机关与相对人之间的关系也能被轻易地认定为狭义的权力与服从关系。然而,拉伦茨的判断在行政机关与私人签订协议这一情形中似乎并不适用。在这一情形中,就行政机关与私人之间是否有“隶属关系”,法律并未作“详尽的规定”,许多时候,行政机关的职权往往是从制度框架中推导出来的。而且,就这一类协议而言,就算法律已经对行政机关的职权作出了“详尽的规定”,但由于协议总是经过平等协商才得以达成,这一平等特性也会导致行政机关是否通过签订协议来行使职权变得模糊难辨。这样一来,行政机关与私人之间签订的协议能否被定性为狭义的权力与服从关系就成为民法调整对象理论的焦点。行政机关与私人之间所签订的协议可能是行政协议,也可能是民事合同——如果行政机关为了行使职权而与私人签订协议,该协议便属于行政协议,在行政机关与私人之间就存有狭义的权力与服从关系;反之,该协议就是民事合同。因此,如何将行政协议从这一

类协议中识别出来,就成为识别狭义的权力与服从关系的关键,行政协议如何区别于民事合同也被视为民法调整对象理论的难点。

关于行政协议如何区别于民事合同,最高人民法院2019年颁布的《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议规定》)第1条为识别行政协议设定了四个标准,即主体、内容、目的以及意思。⁽⁷⁶⁾也就是说,行政协议是行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。但许多学者并不看好这四个识别标准。王利明认为,这四个标准的模糊化会导致行政协议的范围泛化,进而将一些民事合同也囊括进来。⁽⁷⁷⁾刘飞指出,主体、意思以及目的三个要素都不具有识别功能。⁽⁷⁸⁾余凌云、张青波也认为,主体要素、目的要素难堪大用。⁽⁷⁹⁾

在新近的论著中,许多学者都倾向于采用单一的内容要素标准,即“具有行政法上的权利义务内容”。⁽⁸⁰⁾刘飞考虑到内容要素在理解上具有不确定性,将“触动行政权”作为标准。只要协议内容“触动行政权”,便可认定该协议具有行政法上的权利义务内容,便属于行政协议。⁽⁸¹⁾不过,从他运用这一标准分析“永佳纸业案”的推理过程来看,似乎这一标准的设定仍然不够确定。例如,他仅仅因为政府与永佳纸业公司签订的《资产转让协议书》含有永佳纸业“若逾期撤出管理人员,回马镇政府将强制依法关闭厂房”这一内容,便认为其中的“强制依法关闭”就是“触动行政权”条款。⁽⁸²⁾而这一条款似乎也可被理解为镇政府“先礼后兵”:先用协议买断企业的资产,然后关厂赶人。“礼”是民事合同,“兵”是具体行政行为。

其实,职责、⁽⁸³⁾主体、内容和目的要素之间是互构的。行政机关仅在行使职权时才是行政主体,因此主体要素须由职责要素来界定。强调“为了实现行政管理或公共服务目标”的目的要素恰好是职责要素所要达致的目标,在最高人民法院行政诉讼庭的审判实践中,法官就以职责要素吸收了目的要素。⁽⁸⁴⁾作为行政法上的权利义务,内容要素必然贯

(76) 参见最高人民法院行政诉讼庭编著:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第12页。

(77) 参见王利明:《论行政协议的范围——兼评〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉第1条、第2条》,载《环球法律评论》2020年第1期,第7页。

(78) 参见刘飞:《行政协议的识别方式:以“永佳纸业案”为例的考察》,载《中外法学》2023年第3期,第590页。

(79) 参见余凌云:《行政协议的判断标准——以“亚鹏公司案”为分析样本的展开》,载《比较法研究》2019年第3期,第115页;张青波:《行政协议内容判准及其具体化》,载《南大法学》2022年第5期,第139页。

(80) 参见前注⑦,刘飞文,第591页。

(81) 参见前注⑦,刘飞文,第594-596页。

(82) 参见最高人民法院(2017年)最高法行申195号行政裁定书。

(83) 2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第11条第1款将行政协议界定为“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议”。“在法定职责范围内”这一表述被学者解读为识别行政协议的职责要素。

(84) 参见前注⑦,张青波文,第138页。

彻落实目的要素。⁽⁸⁵⁾最重要的是,目的、内容和职责要素都离不开公共利益,即“为了实现行政管理或公共服务目标”,“为了公共利益”成为核心标准。在这些判断标准中,职责要素抓取的内容最为集中,在审判实践中权重最大。在最高人民法院的审判实践中,不管是民事审判庭的法官还是行政审判庭的法官,都将职责要素作为行政协议最重要的考量标准。⁽⁸⁶⁾而由职责要素来界定的主体要素最为直观。因此,笔者认为,主体要素可堪大用,它可以作为一个抓手,由主体到职责,再到公共利益,逐步展开。“为了公共利益”就成为某一行为是否出于行使职权的判断标准。以某行为为着眼点,判断行政机关是否为行政主体,就要先判断它是否在行使职权,而行使职权的判断标准是“为了公共利益”。其实,这一路径是与作为公私法区分理论的新主体说相吻合的。“现今德国通说,是融合隶属说与旧主体说的新主体说,即当公权力者以公权力担当人的面目出现时,形成公法关系。”⁽⁸⁷⁾

在主体要素的认定中,较为棘手的是,何种情形才能被评价为“为了公共利益”。学者对于公共利益概念的理解分歧较大,笔者采多数人利益之义,“为了公共利益”可简称“为了多数人”。其实,个人利益与公共利益并不能清晰地被区分开来,因为多人的利益重叠起来就是公共利益,后者成为从前者提取出来的公因式。毛雷尔就指出,“公共利益与个人利益可能部分或全部重合”⁽⁸⁸⁾。由于凡事皆有因果,各种需求、利好之间总有关联,为了个人与为了多数人的利益总是处在一个因果链条上,只需要顺着个人利益的逻辑往前推演几步,便能找到多数人的利益。例如,我为孩子请家教这一行为所体现的利益就处在这样的因果链条上:订立雇佣合同是为了我的利益(减轻我辅导孩子作业的负担),这一层利益处于因果链条的第一环;也是为了孩子日后的发展,这是孩子的利益,这一层利益处于因果链条的第二环;也是为了国家利益,因为“少年强则国强”,这一层利益处于因果链条的第三环。第一环是个人利益,而第三环俨然是公共利益了。可怕的是,这一因果链条还可以随着逻辑推理继续延伸下去。由果及因是形而上学的思维方式,当我们想知道为什么时,这一思维方式必不可少。然而,如果“刨根问底”,这一思维方式便导致因果链条无限递归,反而使诡辩者得以逃遁。正如德国学者阿尔伯特(Hans Albert)所言,任何科学的命题都可能遇到“为什么”的无穷追问的挑战,一个结论需要另一个命题的支持,如此无穷递归或无穷倒退,这便是“明希豪森困境”。⁽⁸⁹⁾康德认为,每个人心里都有形而上学倾向。⁽⁹⁰⁾莱布尼茨则将原因的尽头追溯到了上帝那里,⁽⁹¹⁾斯宾诺

(85) 在最高人民法院的审判实践中,内容要素被用来补强职责要素。参见陈天昊:《行政协议的识别与边界》,载《中国法学》2019年第1期,第144页。

(86) 参见前注⑤,陈天昊文,第142、150页。

(87) 前注,朱庆育书,第9页。

(88) [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第7页。

(89) 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,代译序,第1页。

(90) 参见李泽厚:《批判哲学的批判:康德述评》(修订第6版),三联书店2007年版,第222页。

(91) 参见[德]莱布尼茨:《新系统及其说明》,陈修斋译,商务印书馆1999年版,第27页。

莎、霍布斯也认为上帝是第一原因⁽⁹²⁾。唯有康德才将这种无穷递归的因果链条切断,他提出“自在之物”概念,将现象与现象之所由来的自在之物区分开来,前者能认识,后者不能认识,只能思维。⁽⁹³⁾可见,因果链条应当是有限的递归。

在法学中,法律因果关系的存在就是为了限制事实因果关系无限递归。为了防止有人以公共利益之名行个人利益之实、防止公器私用,公共利益在追溯式因果链条中的位置不能离作为结果的行为过于遥远。在这一问题上,崔建远作出了理论贡献。他借鉴英国的“近因理论”和法国的“直接执行公务说”,思考在识别行政协议时,就合同到公共利益这一因果链条上,应从哪一环节将因果链条截断才妥当。他认为,“截取最接近合同的因果链条,一个环节有一个法律定位,一种法律关系的定位主要由最接近该法律关系的因果链条所蕴含的因素作为认定该法律关系性质的依据”⁽⁹⁴⁾。笔者深表赞同。例如,在美国的“九毛九平价超市案”中,Costco 连锁商店为了扩大经营要求当地政府为它征地。被征收的商店起诉政府,政府的说辞是若 Costco 搬走,就业机会就会减少,当地经济就会衰退,因此征收符合公共利益。⁽⁹⁵⁾其因果链条是“征收行为—建商店—增加就业机会、避免经济衰退”。其中,第一环是私人利益(企业营利),第二环才上升到公共利益。法院并不认为这一征收行为是为了公共利益。这说明法院并不将因果链条递归至第二环,而是限制在第一环。

判断是否符合主体要素的要求,可按照阶层化识别模式来进行。这种识别模式分两步走,先简后繁。先是判定协议当事人是否有行政机关,然后判定该行政机关是行政主体还是机关法人。⁽⁹⁶⁾倘若第一步的条件未能得到满足,则就此停下。例如,在2020年的“李某某案”中,因为《征用土地协议书》“没有行政机关的印章”而不被认定为行政协议。⁽⁹⁷⁾在2019年的“袁某某案”中,因为《征地协议》“没有行政机关的参与”而不被认为是行政协议。⁽⁹⁸⁾在2019年的“纪某某案”中,搬迁补偿协议是纪某某与村委会签订的,村委会不是国家机关,因此该补偿协议不是行政协议。⁽⁹⁹⁾第一步可以简单而高效地分拆出“平等主体”。第二步在识别某行政机关是否为行政主体时,须结合职责要素加以分析。而职责要素的识别以“为了公共利益”为标准。因此,第二步可以在因果链条中识别出行政主体。具体而言,行政机关的行为若为了自身,便是机关法人;若为了不特

(92) 参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第164页;[荷兰]斯宾诺莎:《简论上帝、人及其心灵健康》,商务印书馆2010年版,第18页。

(93) 参见[德]康德:《纯粹理性批判》(第2版),邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社2017年版,第15页。

(94) 崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》2017年第4期,第25页。

(95) See *Cents Only Stores v. Lancaster Redevelopment Authority*, 237 F. Supp. 2d 1123 (C. D. Cal. 2001).

(96) 瑞士学者贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特的公私法区分理论也是这样的:“如果采主体说和附属说的结合,在许多情况下都能导致恰当的结论,应按照下列步骤讨论问题:1. 先考察法律关系中只有私人参与,还是有国家参与。2. 如果国家参与,再考察国家是以主权者身份抑或在平等的关系中出现(附属说)。”前注,贝蒂娜·许莉蔓-高朴、耶尔格·施密特书,第151页。

(97) 参见最高人民法院(2020)最高法行申5482号行政裁定书。

(98) 参见最高人民法院(2019)最高法行申4452号行政裁定书。

(99) 参见最高人民法院(2019)最高法行申8358号行政裁定书。

定的多数人,便是行政主体。其重点是考察行政机关在“为了谁”。例如,在追问公安局购买10台电脑这一行为“为了谁”时,其因果链条是“公安局与电脑公司签合同—公安局取得电脑的所有权—公安局的工作人员能更高效地工作—更好地管理社会”。⁽¹⁰⁰⁾这个因果链条的第一环体现出公安局在为了自己,到了第四环才体现出为了不特定的多数人。应当于离行为较近处截取因果链条,因此可以断定,公安局与电脑公司签订的协议是为了自己,作此行为的公安局是机关法人而不是行政主体。⁽¹⁰¹⁾在2017年的“永城市友谊公司案”中,永城市政府为了解决部队转业安置问题而由友谊建筑公司承建军转干部大楼,该协议并不被认为是行政协议。⁽¹⁰²⁾其因果链条的第一环为市政府建房,第二环才是为了多数人(即部队转业安置),因此,本案中,永城市政府不是行政主体。2020年的“薛城区政府案”也是如此。⁽¹⁰³⁾

六、结 语

可见,《民法典》第2条的“平等主体”是存在的,逻辑上先存在平等主体之间的社会关系,然后经民法调整而形成民事法律关系。这类先在的社会关系是以行政法为主的公法“挑剩下”的——宪法、行政法等通过具体规范以及制度框架赋予国家机关以权力,国家机关通过行使权力而形成狭义的权力与服从关系,由此,不平等主体之间的关系已经被确定了下来,其他社会关系便归民法调整。这些社会关系都是平等主体之间的关系,在判断某一社会关系是否归民法调整时,要首先看宪法、行政法等公法的规定。“不平等主体”是狭义上的,仅指享有宪法、行政法等公法赋予的权力的行政主体,其权力应当受到规范,因此“法不授权则禁止”;“平等主体”是指相互间不存在狭义的权力与服从关系的主体,目的是为维持市民社会的私法自治,因此“法不禁止则自由”。

《民法典》第2条的“平等”不同于政治哲学中的“平等”。政治哲学中的“平等”分为描述性平等与规范性平等,前者重在相同性,后者重在相同对待。第2条的“平等”是指不存在狭义的权力与服从关系这一类情形,不存在狭义的权力与服从关系这一兜底性表述使得亲子、雇佣、医患等事实上“你定我从”关系也落入“平等关系”当中。狭义的权力与服从关系是经过法律授权才形成的,而“你定我从”是基于事理本身而形成的,嗷嗷待哺的婴儿只能任由父母摆布,掌握治疗方法的医生自然能主导治疗过程。一种是法律上的权力与服从关系,另一种是事实上的权力与服从关系。这种事实上的权力服从关系从来都是私法的调整对象,将这一类关系也归入“平等关系”概念,并不是对

(100) 王利明教授也意识到行政机关订立的合同本质上都是为了保障行政机关的办公条件,以保障行政机关行使行政权,都有利于实现行政管理目标。参见前注⑦,王利明文,第9页。

(101) 正如余凌云所言,行政机关为办公购买纸张,谁也不否认这也是为了行政目的(公共利益),但签订的却是民事合同。参见前注⑩,余凌云文,第104页。

(102) 参见最高人民法院(2017)最高法行申3271号行政裁定书。

(103) 参见最高人民法院(2020)最高法行申8363号行政裁定书。

“不平等”视而不见。其实,民法的规则设计对这种权力与服从关系也有所应对,如亲子关系、监护关系中的有利于未成年人原则就是对父母、监护人的“权力”的限制。

在识别狭义的权力与服从关系过程中,最为棘手的是行政协议与民事合同的区分。因为在行政协议领域,法律并未对行政机关的职权作详尽规定,而行政机关具有行政主体和机关法人双重身份,这就需要辨别出行政机关何时基于行使职权、签订了行政协议而形成狭义的权力与服从关系,从而将这种关系排除在《民法典》第2条的“平等主体”之外。行政协议的识别应当先认清个人利益与公共利益之间的关系。当公共利益的判断出现疑难时,往往是因为公共利益是多种个人利益的重叠而导致个人利益和公共利益都处在同一因果链条上——个人利益处于链条的前端而公共利益处于后端。因此,行为的定性取决于如何限制本来就会无限递归的因果链条。按照《行政协议规定》第1条的规定,行政协议是行政主体行使职权时签订的协议。行使职权是判定签订协议的行政机关是否为行政主体的关键要素,而签订该协议是否在行使职权以是否为了公共利益为识别标准,那么,可凭借“为了谁”的因果链条来识别出行政主体。在因果链条的第一环体现出为了行政机关(如购买办公用品)的,该行政机关是机关法人,该协议是民事合同;体现出为了大多数人时,该行政机关是行政主体,该协议是行政协议。

Abstract: The concept of ‘equality’ in article 2 of the *Civil Code* is different from the concept of equality in political philosophy, and does not take identity or identical equivalence as its core. The ‘equal subject’ in this article refers to the subject who does not have a power obedience relationship and aims to emphasize autonomy of will. This ‘power obedience relationship’ is narrowly defined, which means that the power obedience relationship is formed by state organs in the exercise of their powers. Apart from this relationship, all other social relationships are those between equal subjects and are all the objects of regulation by civil law. The relationships between equal subjects have a fallback function, which are the remaining social relationships through public law selection. The difficulty in screening out the power obedience relationship lies in distinguishing between administrative agreements and civil contracts. The identification of administrative agreements is mainly based on the subject element and supplemented by the authority element, and whether it is for the public interest is the judgment standard for these two elements. Therefore, under the guidance of the causal chain of ‘for whom’, if a state organ signs an agreement for its own interests, it is a civil contract, and if it is for the public interest, it is an administrative agreement.

(责任编辑:任彦)