

《北大法律评论》(2018)
第19卷·第1辑·页40—62
Peking University Law Review
Vol. 19, No. 1, 2018, pp. 40-62

论民法典的规范技术

——以《民法总则》为主要例证的阐释

王琦*

On the Normative Technology of Civil Code: Interpretation with the General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China as the Main Example

Wang Qi

内容摘要:民法在漫长的演进过程中形成了一系列的规范技术。规范技术既是民法的“元规则”,在各个具体部分发挥基础性的作用,更是民法典的“建筑术”,使得民法典这一巨型规范工程成为可能。由于民法“万法之母”的地位,深入理解和熟练掌握民法规范技术更能为全体法律人带来裨益。本文总结了民法中最重要的五类一般性规范技术,即“法后果发生的必要要件和阻却要件”“法规范体系的原则-例外关系”“法律推定”“拟制”“转引”,并借助《民法总则》和其他民事法律中的运用实例对各种规范技术的逻辑结构和主要功能加以分析展示。另外还在民法典编纂和施行的背景下对如何正确使用和理解这些技术提出了建议。

关键词:规范技术 民法总则 必要要件和阻却要件 法律推定 拟制转引

* 德国柏林自由大学法学博士,北京航空航天大学工业和信息化法治研究院联合研究员。

一、导语

我国民法直接承继并在新时代条件下发展了以《德国民法典》为代表的大陆法系经典民法。这一伟大传统自罗马法开始,于十几个世纪的演进过程中形成了一系列的规范技术(Regelungstechnik)。这些规范技术一方面经由19世纪潘德克顿学派系统整理加工,另一方面又沐浴吸收了彼时占据主导地位的概念法学的核心理念,最终在《德国民法典》这一载体中得以定型。^{〔1〕}在漫长的历史发展中,随着民法体系不断开枝散叶和扩展细化,居于根基地位的规范技术却几乎为世人所淡忘,具体的法律条文几乎也不对其明确提及。但是,这些规范技术作为民法的“元法则”,时时处处发挥着低调而又不可或缺的作用,真可谓“仁者见之谓之仁,知者见之谓之知,百姓日用而不知”。^{〔2〕}

规范技术问题属于民法学基础理论,是民法学知识谱系中极富哲学色彩的部分,迄今为止在我国学界尚未得到足够关注。本文将阐述在民法中获得最广泛运用的五类规制技术,包括:“法后果发生的必要要件和阻却要件”“法规规范体系的原则-例外关系”“法律推定”“拟制”“转引”。^{〔3〕}鉴于每种技术一方面有共通的内核结构,另一方面具体运用时往往形态上发生变化,功能上各有侧重,所以下文就每一种规制技术将首先剖析其共通结构,随后借助实例来展示和分析民法对其的具体运用。由于我国《民法总则》已经生效,本文将主要选择《民法总则》(以下简称《民总》)范围内的运用实例,兼及民法典其他领域的例证。

二、法后果发生的必要要件和阻却要件

(一) 概说:必要要件和阻却要件在实体法以及程序法上的意义

民法规制的中心任务是什么?答案是:规定一种法后果在什么前提下发生,例如一项合同履行请求权在什么前提下产生,一项侵权责任在什么前提下成立。针对一种特定法律后果,民法在单一或者多项条款中设定了其发生的前提。与之相应,“法前提-法后果”(Voraussetzungen-Rechtsfolge)也构成了民法规制体系的一般结构。

由此切入本节所论述的规范技术。对一种法律后果能否发生,法律可以从“正向”和“逆向”两方面设定前提,即一方面正向要求,只有某前提达致,该法后果才能发生;另一方面逆向规定,只要某前提达致,该结果就不会发生。前者属

〔1〕 Vgl. Staudiner/Honsell, *Einleitung zum BGB*, 2013, Rn. 56/S. 178; Stephan Meder, *Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., 2016, S. 445—448.

〔2〕 参见《周易·系辞上》。

〔3〕 这一总结参见 Detlef Leenen, *BGB AT Rechtsgeschäftslehre*, 2. Aufl., 2015, Rn. 98—127。另比较 Bitter/Rauhut, *Grundzüge zivilrechtliche Methodik-Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung*, *JuS* (2009), 289, 289—298。

于该法律后果发生的“必要要件”(Erfordernis),后者则属于该后果发生的“阻却要件”(Hindernis)。用逻辑术语来讲,“必要要件”是法后果发生的必要条件,“阻却要件”则是该后果不发生的充分条件。所以一种法律结果的前提完整的表述应该是:一方面所有必要要件达成,另一方面没有任何阻却要件介入。^[4]

同时,法律还运用这组区分来指示程序法层面上的证明负担分配(Beweislastverteilung)。尽管“必要要件达成”和“阻却要件未介入”从逻辑上而言都是法律后果发生的前提,但是民法——和刑法不同——并不将相应的证明任务一股脑全压在一方肩上,而是在原告被告两方向做一种“分配”,即哪方(进攻方、通常为原告)主张该法律后果发生或者其所主张的权利以该法律后果发生为基础,就必须承担“必要要件达成”的证明负担。同时,该方并不承担“阻却要件未介入”的证明负担,证明“阻却要件的介入”是相对方(防御方、通常为被告)的任务。^[5]这也呼应于民事诉讼程序中“诉求”与“抗辩”相对的基本格局。

在法前提内区分出必要要件和阻却要件并将其与证明负担分配相关联,这给立法者带来了更多的操作选择,借此尤其可以灵活地调整各方的证明负担轻重。具体而言,立法者既可以将一种事实正向建构为必要要件,将证明负担归于诉求方;但如若有必要减轻诉求方的证明负担,立法者也可以选择将该事实逆向建构为阻却要件,其后果是相应的证明负担从诉求方转到相对方。这种操作的典型例子是侵权法中的过错推定责任,由于这还涉及法律推定的技术,我们将在后文讨论。^[6]

在民法内,必要要件和阻却要件是一套获得普遍运用的规范技术,任何一种法律结果是否发生都可借助这组区分来分析判断。下文将以民法总则范围内具有基本意义的两种法后果为例来加以说明,其一涉及意思表示的生效(下文例 I),其二涉及法律行为的生效(下文例 II)。^[7]

[4] Vgl. Leenen, *Anspruchsaufbau und Gesetz: wie die Methodik der Fallbearbeitung hilft, das Gesetz leicht zu verstehen*, *Jura* (2011), 723, 726ff.

[5] Vgl. Leenen (Fn. 2), § 9, Rn. 11; 与之相合的论述, vgl. Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 2014, S. 717ff. 在我国实定规范上的体现见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)第91条。另参阅湛宏伟:《“规范说”与中国民事立法》,载《北大法律评论》第15卷第1辑,北京大学出版社2014年版,第280页。

[6] 见本文第4部分第2节第2小节。

[7] 本文所说的意思表示和法律行为的“生效”是两种严格限定的概念,所预设的一种法释义学理论——对意思表示和法律行为的“双层六阶段理论”(成立、生效、效果),由德国学者 Detlef Leenen 提出, vgl. Leenen (Fn. 2), § 6, Rn. 1ff; § 9, Rn. 1ff. 另参见王琦:《德国法上意思表示和法律行为理论的新发展——兼论对中国民法总则立法的启示》,载《清华法学》2016年第6期,第42页;张芸:《单方法律行为理论基础的重构与阐释——兼论民法总则法律行为规范》,载《清华法学》2017年第4期,第104页。

(二) 例 I: 有相对人的意思表示的生效必要要件和阻却要件

限于篇幅,以下集中讨论有相对人的或者说需受领的意思表示。在以《德国民法典》(以下简称《德民》)为代表的大陆法系经典民法中,对此类意思表示的生效规定了三条基本规则。第一条规则是,有相对人的意思表示在到达相对人时生效,《民总》在第 137 条继受了这一规则。第二条规则是,无民事行为能力人作出的意思表示无效,这一规则在《民总》中可以通过解释第 144 条得出。^{〔8〕} 第三条规则为,如果意思表示在到达相对方之前或者在到达的同时被撤回,那么意思表示不生效,这一规则在《民总》中被安置于第 141 条。

初看起来,这三条规则似乎完全没有考虑到彼此的存在,它们不但在法典中的位置并不直接相连,而且在教科书中也通常被放在不同的章节论述,但实际上它们之间有一种内在联系,即它们包含了法律对同一法律后果(有相对人的意思表示的生效)所设置的必要要件和阻却要件。具体而言,法律在第一条规则(对应《民总》第 137 条)设定了此类意思表示生效的必要要件,即“到达相对人”;在后两条规则中设定了两项一般性阻却要件,即“表示人无行为能力”(《民总》第 144 条)和“意思表示被撤回”(《民总》第 141 条)。^{〔9〕} 所以在判定有相对人的意思表示是否生效时,应当首先依据《民总》第 137 条判定是否有“到达相对人”这一必要要件达成。但即便意思表示到达相对人,也并不确保生效,因为还可能由于阻却要件的介入使得生效受阻,所以还需一方面依据《民总》第 144 条检验表示人是否有行为能力,另一方面依据《民总》第 141 条判定是否有先于或者与意思表示同时到达的撤回通知。

一旦将上述规则筛选入必要要件和阻却要件这一框架,也就明确了相应的证明负担分配:谁(直接或者间接)主张意思表示生效,就须对《民总》第 137 条要求的“到达相对人”承担证明负担。^{〔10〕} 反过来,谁主张意思表示不生效,就必须证明表示人在发出意思表示时要么基于年龄(《民总》第 20 条),要么基于精神状况(《民总》第 21 条)不具有行为能力^{〔11〕},又或者出现了《民总》第 141 条意

〔8〕 《民总》第 144 条称“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”,该条的目的显然是保护无行为能力人,将其隔绝于风险遍布的法律行为世界之外。由于实施法律行为具体而言意味着作出或者接受意思表示,所以该条的法效果也应当在意思表示的作出和接受层面展开。由此第 144 条的规范内涵可被建构为两方面:一方面,无行为能力人作出的意思表示无效;另一方面,以无行为能力人为相对方作出的意思表示在到达其法定代理人时方生效。相较于《德民》中的对应条款,第 144 条兼有两种功能,即既有《德民》第 105 条第 1 款的功能(阻却无行为能力人作出的意思表示的生效),也有《德民》第 131 条第 1 款的功能(改变以无行为能力人为相对方的意思表示的到达目的地)。

〔9〕 在民法总则之外,还能找到针对特殊类型的意思表示的专门性阻却要件,一个详细的列表展示,参见前注〔6〕,张芸:《单方法律行为理论基础的重构与阐释——兼论民法总则法律行为规范》。

〔10〕 Vgl. Singer/Benedict, in: *Staudinger BGB*, 2017, § 130, Rn. 108.

〔11〕 Vgl. Ellenberger, in: *Palandt BGB*, § 130, Rn. 8.

义上的撤回通知。^[12]

现以“必要要件”和“阻却要件”为线索将上述规则整合图示如下：

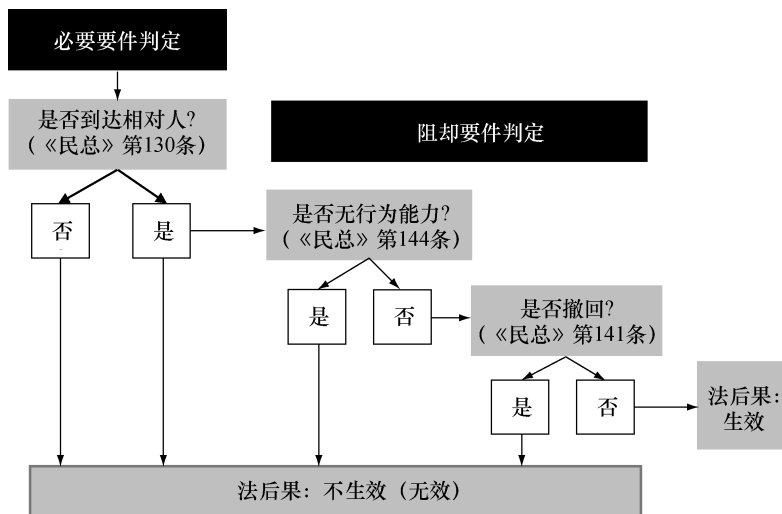


图1 有相对方的意思表示的生效判定(基础模型)

(三) 例 II：法律行为生效的必要要件和阻却要件

1. 法秩序对法律行为生效的两种规制模式：“消极性规制”和“积极性规制”

法律行为成立后，必须接受法秩序的生效检验，只有通过这一检验，才能生效。^[13] 法律行为的生效是民法面对的极为重要但也相当棘手的一种规制任务，我们很快将看到，民法同样是借助必要要件和阻却要件这一规范技术来胜任这一工作的。

概括而言，法秩序对法律行为的生效有两种规制模式，即“消极性模式”和“积极性模式”。两者的区别在于，在前者，法秩序只审查是否有生效阻却要件

[12] Vgl. Hans-Willi Laumen, Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), *Handbuch der Beweislast*, 3. Aufl., 2007, § 130, Rn. 1, 19.

[13] 此处首先预设了对法律行为的“成立”和“生效”两个阶段的严格区分，这意味着文献中常见的“法律行为(合同)有效地成立”这一表述方式是不精确的：法律行为成立是一回事，生效是完全另一回事。打个比方来说，前者好比是行为人确认提交申请，后者好比是法秩序对行为人提出的申请进行审核。如果行为人连申请都未确认提交，此时谈不上审核未通过的问题；进一步的，审核不通过，却不妨碍申请已经提出这一事实。所以本文所谓的“法律行为的生效”是一个明确限定的规制场景，前承“法律行为的成立”这一阶段，后面还可能接续“法律行为的效果发生”这一阶段(例如当法律行为附延迟条件或附开始期限时)。参见前注[6]，王琦：《德国法上意思表示和法律行为理论的新发展——兼论对中国民法总则立法的启示》；龙卫球、刘保玉主编：《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》，中国法制出版社2017年版，第502—508页；vgl. Leenen, *Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit von Verträgen*, *AcP* 188 (1988), 381, 381.

的介入；在后者，法秩序在审查阻却要件之前，还要求法律行为必须满足特定的必要要件。

具体而言，在普通情形下，法秩序出于保障和促进私人自治的目的，采谦抑态度，对法律行为的生效不主动提出要求，而仅对民事主体实施的法律行为就其既成内容和形式做一种消极性审查。为使得这种消极性审查成为可能，法秩序设定了一组“生效阻却要件”，由于这些阻却要件对全体法律行为都具有适用性，所以可将其称为“一般性(生效)阻却要件”(allgemeine Wirksamkeitshindernisse)。它共有三类，全部规定在民法总则中，即“违反法规禁令”(《民总》第153条第1款)、“违背公序良俗”(《民总》第153条第2款)和“要式缺乏”(类推自《民总》第135条)。^[14]从逻辑上而言，法秩序对任一成立的法律行为都要进行以一般性阻却要件为标准的过滤审查，即审查该法律行为在内容方面是否违反法规禁令或者违背公序良俗，以及该法律行为在形式方面是否满足必要形式要求(当存在法定要式或约定要式时)。通过设定这三类阻却要件，法秩序为民事主体的私人自治自由划定了边界，超出这一边界的法律行为，法秩序将拒绝承认其生效。^[15]

但在某些特别情形下，法秩序出于一定的考虑，也会对法律行为的生效提出专门的要求，即必要要件。必要要件只针对特定类型的法律行为，因需而设，因类而异，不具普遍性，故而可将其称为“特殊性(生效)必要要件”(besondere Wirksamkeitserfordernisse)。这对法律行为的生效判定带来的影响是，在进行常规的“消极性审查”之前，还需进行“积极性审查”，即检验法秩序所规定的特殊必要要件是否达成。必要要件主要运用于两类情形，第一类涉及“有待许可的法律行为”[详见本文二(三)2]，此类法律行为的生效以第三人(许可权人)的许可为特殊必要要件；第二类涉及形成性单方法律行为，如作为单方法律行为的“撤销”“债务抵销”“合同解除”“无理由退货”等，此类法律行为的生效以相应的有效形成权如“撤销权”“抵销权”“解除权”“退货权”为生效必要要件。^[16]

如果说一般阻却要件这种技术使得法秩序能够方便地在法律行为世界中设置一道具有全民性的“防火墙”和“过滤器”，那么特殊必要要件这种技术则使

[14] 一个直观的图表展示，参见前注[6]，张芸：《单方法律行为理论基础的重构与阐释——兼论民法总则法律行为规范》。另外，如果法律行为被撤销(Anfechtung)，也依据《民总》第155条(“无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力”)被拟制为自始无效。所以尽管撤销不具有普遍性，但只要出现对法律行为的撤销，其后果等同于一般阻却要件介入，这也解释了为什么《民总》第155条将“无效的法律行为”和“被撤销的法律行为”并列提及。

[15] 法律行为如果被拒绝生效，那么其后果又有两种可能性，第一种是“全部无效”，第二种是“部分无效”，即对一个内容可量化区分的法律行为，法秩序令法律行为在允许范围内保持有效，超出部分无效。实务中“部分无效”最重要的例子是高利贷合同(作为违反公序良俗的一类情形)，约定了过高利率的借款合同并非整体无效，而是缩减至法律允许的边界(所谓的“两线三区”规则)，见《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第26条。

[16] Vgl. Leenen (Fn. 2), § 9, Rn. 16; § 11, Rn. 29.

得法秩序能更好地回应和适配某些法律行为的个性规制需求。

2. 积极性规制模式的运用例证:代理人以被代理人名义缔结的合同作为“有待许可的法律行为”

为简化讨论,下文将以委托代理人缔结合同的生效(《民总》第165条以下)为例来对比展示这两种规制模式。

如果行为人系以自己的名义缔结合同(即不涉及代理),那么此合同属于“无待许可的法律行为”。这是一种普通情形,法秩序对其生效不提出专门要求,只做通常的消极性扫描,即检验是否有一般阻却要件的介入。但如果行为人以他人名义缔结合同,由于合同效果并不指向行为人(代理人),而是指向未实际参与缔约过程的被代理人,出于保护被代理人的目的,法秩序额外要求,法律行为只有获得被代理人的许可才能生效,由此形成了一种“有待许可的法律行为”。^[17]用形象的方式来说,对这类法律行为的生效通道,法秩序除了一般阻却要件这道关卡之外,还多设置了一道特殊必要要件的关卡。

法秩序在运用特殊必要要件规制法律行为的生效时,往往会设置多种必要要件,并且规定,这些必要要件彼此间具有可替代性,即只要满足其中一种即可。仍以代理人缔结的合同为例,首先,顾名思义,法秩序为有待许可的法律行为设定的生效必要要件就是许可权人的许可,这包括两类,即“事前同意”和“事后追认”。具体到代理人缔结的合同又略有变化,一方面“事后追认”这一要件保持原样不变(《民总》第171条第1款);另一方面,“事前同意”却以“意定代理权授予”这一衍生形态出现,也就是说,被代理人授予代理人意定代理权,本质上就是(事前)同意代理人以自己的名义实施法律行为并同意将该法律行为的效果归于自己。^[18]同时在意定代理权之外,又有“法相代理权”或者说“基于权利外观的代理权”(Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins,实证法基础为《民总》第172条)。通常所说的“表见代理权”“容忍代理权”皆属此类。^[19]法秩序承认这种代理权主要是为了兼顾交易相对方的合理信赖和维护交易安全。所

[17] 在《民总》范围内,属于“有待许可的法律行为”的还有限制行为能力人自行实施的会带来显著法上不利后果的行为,详见下文第3部分第4节。

在民法其他领域,“有待许可”作为法律行为的特殊生效必要要件这一规制技术同样获得了运用。合同法中的例子如债务人实施的债务让与(作为法律行为)以债权人的许可为生效特殊必要要件(《合同法》第84条)。物权法中的例子如土地所有权人的地役权设定行为以土地用益物权人的许可为生效特殊必要要件(《物权法》第163条)。更多例子,vgl. Bayreuter, in: *MüKoBGB*, Vor § 182, Rn. 3ff. 另外,建立在负担行为和处分行为二分基础上的无权处分制度(例如《德民》第185条),其核心同样在于,处分权人的许可构成处分行为生效的一个特殊必要要件,vgl. Bork, *BGB AT*, 4. Aufl., 2016, Rn. 1713ff.

[18] Vgl. Leenen (Fn. 2), § 12 Rn. 19.

[19] 参见朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,载《法学研究》2017年第2期,第58页;尹飞:《体系化视角下的意定代理权来源》,载《法学研究》2016年第2期,第49页。

总而言之,代理人缔结的合同一共有三种生效特殊必要要件:“代理权授予”(约等于事前同意)、“事后追认”“法相代理权”。只要达成其中一个,法律行为即可通过法秩序设置的第一道生效关卡。^[20]

此时需注意的,即便通过第一道关卡也并不意味着合同必然生效,因为此时依然有一般阻却要件这第二道生效关卡。一个获得被代理人授权或者事后追认的合同,同样可能因为其内容违反法律禁令或者违背公序良俗而最终无效,还可能因为其形式不符合法定要求而无效。

明确必要要件和阻却要件同样使得证明法上的难题迎刃而解:谁主张代理人缔结合同的生效,就须对生效特殊必要要件承担证明负担(代理权授予、事后追认、法相代理权);谁主张代理人缔结合同的无效,就须对生效一般阻却要件承担证明负担(违反法规禁令、违背公序良俗、要式缺乏)。综上,虽然代理人缔结合同的生效涉及相当多法律规则、判定环节,但只要以必要要件和阻却要件为主线进行整理和思考,这一法结果的判定流程完全可以变得易于理解又便于操作。总结图示如下:

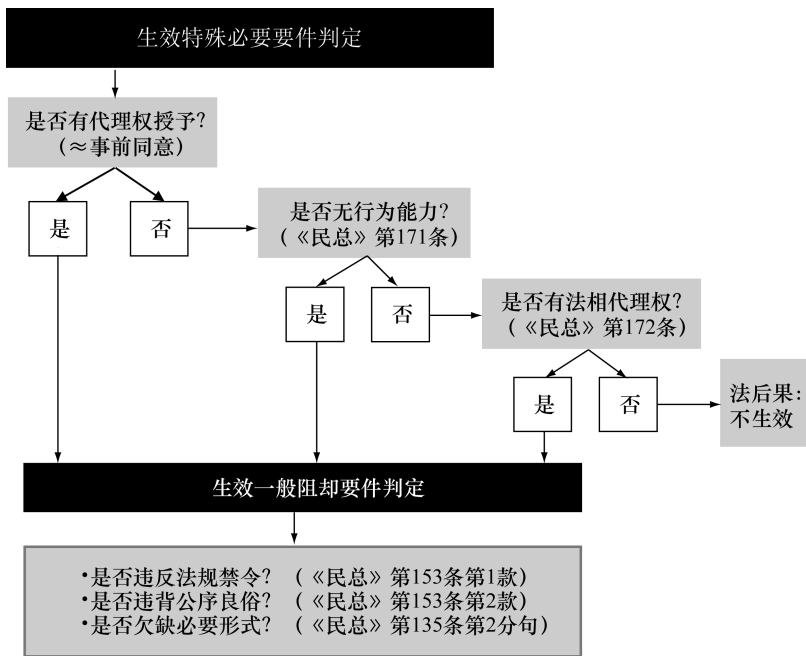


图2 代理人缔结的合同的生效判定

[20] 由此切入,法律行为的“效力待定”这一概念也可以得到准确地理解。“效力待定”现象只可能出现于法秩序为之设定了生效特殊必要要件的法律行为。如果这样一种法律行为已经成立,虽然未满足某一生效必要要件(如未获事前同意),但却依然可能基于满足别的必要要件(如获事后许可)而通过第一道生效闸门,那么停留于此种中间状态下的法律行为被描述为“效力待定”。

(四) 作为高阶法律思维方式范畴的“必要要件”和“阻却要件”

运用必要要件和阻却要件这一组思维范畴来判断某种法后果是否发生,这体现了一种高层次的法律思维能力。能否娴熟运用这套思维范畴来驾驭和运用所习得的法律知识,是法律的“高阶用户”与“初级用户”的重要区别。

一种初级的法律思维方式见于法学教育材料中(如教科书),即从“法前提(构成要件)”到“法后果”。比如,教科书往往先讲无行为能力的构成要件然后再讲无行为能力的法律后果。又如,先讲代理的构成要件再讲代理的法律后果。这种模式主要是为了满足对初学者进行教学的需要,在法律学习的初级阶段这是完全必要而且不可跳过的。

但是一旦进入学习的高级阶段(包括实际运用阶段在内),需要的思维方式刚好相反,因为无论在法学考试的案例分析还是在实务的司法裁判和法律咨询中,思考都需从“法后果”到“法前提”。也就是说,从一个具体的法律后果出发(如合同的履行请求权是否产生、侵权责任是否成立、所有物返还请求权是否存在),寻找到正确的请求权基础,回溯向上、一步一步判定法前提是否达成。可以说,法律知识就先天状态而言本就是“以法后果为中心”和以“从法后果到法前提”为顺序的,只是出于法律教育的需要才被人为颠倒过来。

由此可见,以法后果为中心,以必要要件和阻却要件为主轴的思维模式的最高价值在于启发法律人将习得的人为颠倒过的法律知识回复至“先天状态”。这种思维方式引导用法者,以判定某法后果为动因,全面检索规范库,将分散于库中各处的有关前提一个不落地拣选出来,然后以“必要要件和阻却要件”为线索分配和组装,生成一套逻辑严密而又结构清晰的判断流程,在这一流程中将必要要件和阻却要件检验个遍,直至寻获正确答案。可以说,只有在这种思维方式中,法律人才能将学到的法律知识从“训练状态”升级为“实战状态”。

三、法规规范体系的“原则-例外关系”

(一) 基本功能:减轻规范负担和提供决疑指南

在民法典中,同一类型的规制场景往往会在不同地方重复出现。对此,法律不仅会准备多种备用规制方案,而且法律对这些备选项并非仅是毫无用心地、机械式地并列堆积,而是基于一定立场对它们作出一种有先有后的排序,即赋予其中一种方案“原则地位”,同时将另外一种(或者几种)方案确定为“例外情形”,由此建立起一种“规范性的原则-例外关系”(normatives Regel-Ausnahme-Verhältnis)。这种技术主要有两方面的作用。

第一种作用是减轻法律的规范负担。如果一类具有重复性的规范场景每次出现,法律就得专门说明适用哪种规制方案,这无疑是效率极其低下的。而运用这种规范技术,法律只要事先明确针对该规范场景拟定的多种规制方案中

何种为原则,何种为例外,就可以激活一种“原则方案”的自动覆盖和填充机制,由此法律会大省气力,需要做的仅是对例外情形作出规定。形象地说,在这种规范技术的匠心独运之下,法律的“沉默”和“省略”都被赋予了一种规范内涵,即“沉默处”和“省略处”自动适用原则规定(见下文例Ⅰ);又或者法律可以将例外情形集中规制,在其他处则径直以原则情形为前提展开规范,以减少规范变量(见下文例Ⅱ)。

第二种作用是在疑难案件中发挥决疑定难的指南作用,即如果对某一具体规范场景的定性或者归类发生争议,则应以适用原则规定为优先选项。这主要是因为,按照法律的价值权衡,原则规定所服务的目的通常优先于例外规定所服务的目的(见下文例Ⅲ)。

(二) 例Ⅰ:法律行为以形式自由为原则,以形式强制为例外

每种法律行为都有形式问题,这就属于前文所说的那种会反复出现的规范场景。^[21]法律为此预先拟定的两种规范方案是“非要式性”和“要式性”。^[22]这里的“原则-例外关系”非常明确:近代以来民法在这一问题上的立场是以“形式自由”(Formfreiheit)或者说“非要式性”为原则,以“形式强制”(Formzwang)或者说“要式性”为例外。^[23]

既然法律行为以非要式性为原则,那么对数量繁多的种种非要式法律行为,法秩序就省下了一一明示其非要式性的工作。法秩序需要做的只是在例外情形即要式法律行为的场合中提出形式要求,由此法秩序的工作量将大大减轻。从上述“原则-例外关系”出发,如下现象可以得到正确的理解:在《合同法》分则关于各类合同的绝大多数章节中,人们根本找不到关于合同形式的专门规定。这并不意味着某种立法疏失或者规范漏洞,而是意味着这些合同类型被归入上述“原则-例外关系”的原则一端,故而自动适用作为原则规定的形式自由规则,无待另加规定。相对的,在《合同法》分则内就其形式问题获得专门规定的合同意味着它们处于“例外”一端,即法律为之设定了特殊的形式要求。^[24]

(三) 例Ⅱ:以完全行为能力为原则,以行为能力缺乏或者受限为例外

自然人的行为能力缺乏或者受限同样是一个会反复出现的规制问题。如

[21] 形式的常见类型依正式性和复杂度从低到高排序为:文字形式(Textform)、书面形式——更精确地说是文证形式(亲自签名或电子签名, Schriftform)、公证形式(notarielle Beurkundung)。

[22] 法史上的考察见 Meyer-Protzl, in: *Historisch-kritischer Kommentar*, § § 125—129, Rn. 5ff; 另见唐晓晴:《论法律行为的形式》,载《法学家》2016年第3期,第30页。

[23] 我国《民总》第135条也采取了这一立场,参见石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第324页。

[24] 如《合同法》第215条(6个月以上的租房合同)、第238条(融资租赁合合同)、第270条(建筑工程合同)、第330条(技术开发合同)等。

果民法在规定每一种意思表示、每一种法律行为时都要考虑无行为能力人和限制行为能力人,那么就处处加上对他们的特殊规定,这几乎是个填不满的规范黑洞。拥有千年经验的民法自然不会如此生硬笨拙,于是本节所论述的那种规范技术又派上了用场。

民法首先设定了以完全行为能力为原则,以无行为能力或者限制行为能力为例外的立场。^[25] 然后在此基础上,民法将无行为能力和限制行为能力的特殊法律后果收拢规定于一处(现为《民总》第 144、145 条),在其他部分,民法则直接预设作为民事主体的自然人具有完全行为能力,并以此为前提展开规范。

所以人们才会看到,合同法可以径行宣示承诺和要约在到达相对方时生效(《合同法》第 16、26 条),而无须考虑表示人无行为能力的例外后果,即无行为能力人(如不满八岁的儿童)作出的要约和承诺表示即便到达相对方也不生效。^[26] 同理,《物权法》第 23 条可以径行宣称动产物权的转让自交付时发生效力,这里同样排除了下述例外情形,如果转让人是限制行为能力人,那么他为转让物权实施的法律行为通常属于有待许可的法律行为,此时物权变动预设了法定代理人的同意或追认。这种技术带来的便利之处体现在,法律可以在设计规范时忽略行为能力缺乏或者受限的例外情形,避免这一特殊变量喧宾夺主,从而得以专注于主要规制任务并突出主要法律结果。

(四) 例 III: 限制行为能力人实施的法律行为以有待许可为原则,以无待许可为例外

有时候,多种规制方案间的“原则-例外关系”并无现成答案,这时就需要诉诸法律的目的来权衡和判断。一个典型的例子是《民总》第 145 条所规定的限制行为能力的法律后果。

限制行为能力人的法律地位有其特殊性:除了由法定代理人代理实施法律行为,他也可以自行实施法律行为(《民总》第 19 条)。^[27] 但是,由于限制行为能力人不具备完全的意思自决和自我负责能力,所以法秩序作出特殊安排,这里需联系前文论述过的法律行为生效的两种规范模式。具体而言,在一定范围内(《民总》第 145 条第 1 款第 1 分句),法秩序对限制行为能力人实施的法律行为只做消极性审查;在这一范围之外(《民总》第 145 条第 1 款第 2 分句),法秩序对限制行为能力人自行实施的法律行为采积极规制模式,即为其设定了生效特殊必要要件——法定代理人的同意或者追认。由此可见,法秩序对限制行为能力人自行实施的法律行为准备了两套规制方案:一套是有待许可,一套是无

[25] Vgl. Schmitt, in: *MüKoBGB*, § 104, Rn. 31.

[26] 参见上文第 2 部分第 2 节。

[27] 参见前注[22],第 345 页。

待许可。^[28]

问题是,这两者之中何者应居于原则地位,何者应居于例外地位。解答这一问题的关键在于省思限制行为能力的制度目的。这一制度有三方面的目的,其一是保护限制行为能力人,使其不会因智识不足而在通过法律行为与外界交往时吃亏受害,即“保护目的”;其二是使得限制行为能力人的法定代理人能够发挥教育(针对未成年的限制行为能力人)和监护功能(针对成年的限制行为能力人),即“教育和监护目的”;其三是为限制行为能力人提供(有限的)在法律行为世界自由活动的便利,即“便利目的”。^[29]前两种目的合为一组指向法律行为的有待许可性,第三种目的自成一组指向法律行为的无待许可性,限制行为能力人自主实施的法律行为之所以有有待许可和无待许可这两种截然相反的前景,归根结底就在于法秩序试图兼顾这两组对立目的并作出一个平衡安排。

关键在于,这两组目的的分量并不相等,而是前者超过后者。法秩序大费周章地建立起限制行为能力制度,首要目的当然不是为限制行为能力人提供方便(否则大可以干脆取消这项制度),而是一方面为其本人提供保护,另一方面为其法定代理人实现教育和监护功能创造条件。^[30]这两种目的都要求法秩序令限制行为能力人自行实施的法律行为走“有待许可”这一加长生效通道;只有在不妨碍这两种目的的前提下,法秩序才基于便利目的开放“无待许可”这一通常生效通道。鉴于这两组目的的分量差别,限制行为能力人自行地实施法律行为应以有待许可为原则,以无待许可为例外。

上述“原则-例外关系”同时也提供了一种“决疑辅助论”。按照我国《民总》第145条,限制行为能力人自行实施的某一具体法律行为究竟属于无待许可还是有待许可,尤其易于引发疑惑,这是因为第145条实际上一共规定了三类无待许可的法律行为。第一类是法律上纯获利益行为(第145条文所谓的“纯获利益的民事法律行为”),第二类法条虽未明言,但按照法释义学上的共识,法律上中性的行为同样无待许可。这两类相对来说比较容易判断。麻烦的是第三类,即与行为人智识状况相适应的法律上非获利行为(第145条中所谓“与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为”);在具体个案中经常难以判断,一个会带来法上不利后果的行为是否与限制行为人的“年龄、智力、精神健康状况”相适应。^[31]这时上述“原则-例外关系”能为判断者提供一种决疑指南,即如果限制行为能力人自行实施的行为会带来法上非利后果,那么只要发

[28] Vgl. Köhler, *BGB AT*, 41. Aufl., 2017, § 10, Rn. 11.

[29] Vgl. Klumpp, in: *Staudinger BGB*, 2017, § 107, Rn. 1 ff.

[30] Vgl. Schmitt, in: *MüKoBGB*, Vor § 104, Rn. 4.

[31] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第242页;另见前注[6],张芸:《单方法律行为理论基础的重构与阐释——兼论民法总则法律行为规范》。

生归类疑义,就应当基于上述“原则-例外关系”,优先适用原则规定,以确保限制行为能力人能获得法秩序提供的安保措施以及确保其法定代理人能够发挥教护功能。

四、法律推定

(一) 概说:推定的逻辑结构和功能概览

法律推定(*gesetzliche Vermutung*)同样是一种具有一般意义的民法规范技术,其逻辑结构是,当构成要件 A 存在时,即认定构成要件 B 达成,由此使得以 B 为前提的法律后果 B 得以发生。请参阅下图:^[32]

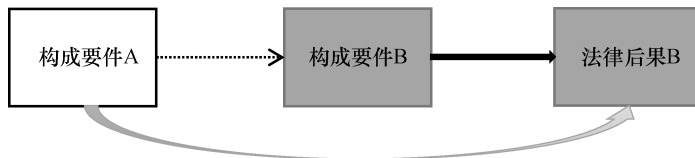


图3 法律推定的逻辑结构

这里的要害在于,本来足以引发法律后果 B 的是构成要件 B,或者说直接关联本来只存在于这两者之间(图中实线箭头),构成要件 A 本来并不足以引发法律后果 B。但是由于自 A 到 B 的推定关系(图中虚线箭头),就结果看来,构成要件 B 这个环节具有了某种可略过性。可见,推定的实质是在不改变三者间基本关系的前提下,在构成要件 A 和法律后果 B 之间建立起一条“快捷通道”。从证明法的角度来讲,推定的效果体现于缩短到达法律后果 B 的证明链条。同时,法律也为从构成要件 A 到构成要件 B 的推定关系保留了弹性,即允许当事人通过证明推翻这一推定(*wiederlegbar*),如此构成要件 A 到法律后果 B 之间的快捷通道将失效,一切回归本来面目。这里构成要件 A 通常被称为构成要件 B 的“推定基础事由”(Vermutungsbasis)。^[33]

[32] 此图改造自 Braun(Fn. 4), S. 724。

[33] 传统民法上尚有所谓的“不可推翻(反驳)的推定”,这样一种构造在理论上有所争议,在实证立法上踪迹罕见。民事事实法上能见到的例子几乎只有《德民》第 1566 条对婚姻破裂(作为判决离婚前提)的推定。其条文为:“(1)配偶双方自 1 年以来分居,且配偶双方申请离婚或被申请人同意离婚的,即不可驳倒地推定婚姻已破裂。(2)配偶双方自 3 年以来分居的,即不可驳倒地推定婚姻已破裂。”很多德国学者认为,与其说这是一种“不可推翻的推定”,倒不如说这更接近于拟制, vgl. Wiczorek/Schütze, in: *ZPO-Kommentar*, § 292, Rn. 9。抛开这些争议不论,值得追问的是,这种情况下究竟有什么必要使用推定? 法律完全可以将分居达到一定时长作为判决离婚的一类独立前提,我国《婚姻法》就直接规定,因感情不和分居满 2 年的,应准予离婚(《婚姻法》第 32 条第 3 款第 4 项)。如此则清楚明快。《德民》第 1566 条的做法既绕了不必要的弯路又带来了一种“不可推翻的推定”作为“副产品”,在推定原本整齐的体系中硬生生塞进了一个反常现象,徒增困扰,不足为法。有鉴于此,本文将推定限定于可推翻的推定。

依凭这种逻辑结构,法律推定在民法中主要发挥两种功能,即作为基本功能的克服证明困境[本文四(二)]和作为衍生功能的为同类法律关系提供兜底规则[本文四(三)]。

(二) 基本功能:克服证明困境

这里预设的规范场景是,作为真正待证主题的构成要件 B 证明难度较大甚至为人力所不及,而由于构成要件 B 无法被证明,以之为前提的法律后果 B 也卡住无法发生。为了令法系统的运作不至于无限期中断,也为了使得相关方的合理诉求不因物理性的证明困境落空,法律运用推定技术,将证明主题从构成要件 B 置换为与 B 有推定关系的构成要件 A。由于 A 通常远比 B 易于证明,所以这一置换会带来降低证明难度的显著效果。^[34]

1. 以死亡宣告为例

一个例子来自“死亡宣告”(《民总》第 46 条以下)。^[35] 这里真正待证的是自然人死亡这一事实,但若该人长期毫无音讯或者物理性地踪迹难寻,死亡事实本身极难证明。对此,《民总》第 46 条规定了二类替代性的条件作为推定基础事由,即要么该人失踪达到一定时间长度(《民总》第 46 条第 1 款),要么有关机关提供该人因意外事件生存概率可以被合理排除的证明(《民总》第 46 条第 2 款)。由此,法律将自然人死亡这一构成要件替换为上述推定基础事由,只要利害关系人能够提出相应证明,就有权要求法院作出死亡宣告的判决。随着该判决的作出,死亡推定将被激活,然后以自然人死亡为前提的一系列法律后果机制得以启动,最主要的如继承开始(《继承法》第 2 条)和婚姻关系消灭(《民总》第 51 条第 1 句)。^[36]

2. 以侵权法中的过错推定责任为例

过错推定责任(《侵权责任法》第 6 条第 2 款)从名字上就表明了这类责任和法律推定这一规范技术的关系,同时还涉及前文已经论述过的必要要件和阻

^[34] Vgl. Baumgärtel, Prütting, *Handbuch der Beweislast (Grundlagen)*, Aufl. 3., 2016, Kap. 12, Rn. 16.

^[35] 以下参见前注^[22],第 101 页。

^[36] 另一类例子涉及对死亡顺序的推定。如果在同一事件中(如车祸、空难、水火灾害),具有法律上关联的多人丧生而又难以查明具体死亡顺序(作为推定基础事由),法律将选择推定那种最易于操作的死亡顺序。例如,彼此间互有继承关系的多人在同一事件死亡,法律使用“同时死亡推定”(Kommorientenvermutung),其目的在于减少继承次数(即避免死者相互间的继承),降低操作难度,我国实证法上的相关规定见最高人民法院《继承法意见》第 2 条第 2 句第 2 分句,以及《保险法》第 42 条第 2 款,后者规定:“受益人与被保险人在同一事件中死亡,且不能确定死亡先后顺序,推定受益人先于被保险人死亡。”基于这一死亡顺序推定,保险金无须再依照保险关系而是直接作为被保险人的遗产依继承法处理。

却要件的规范技术。^[37]

我们以《侵权责任法》第85条第1句规定的物件致害责任为例来说明。该句内容为：“建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”按照过错责任的一般规则，致害方的“过错”属于责任成立的必要要件，由受害方承担证明负担。但是在建筑物物件致害案件中，致害方的过错体现在对建筑物未尽到管理维护义务，这对于外部受害者往往无从调查和证明。^[38]考虑到这一证明困境，法律在责任成立的前提中作出了一种变换，即将原本作为责任成立必要要件的“过错”变换为阻却要件，即“没有过错”（对应条文内容：“……所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的……”），由此将相关证明负担从受害方转移到致害方。现在致害方必须主动证明阻却要件，即证明自己在建筑物维护方面没有过错才能免责。

这一变换同时也伴随着对致害方过错的推定，推定基础事由即是责任成立的其他必要要件，包括“民事权益受损”“建筑物物件脱落”以及两者之间的“因果性”。^[39]只要受害方证明推定基础事由，就能激活过错推定。^[40]

（三）衍生功能：为同类法律关系提供兜底规则

如果说，克服证明困境作为法律推定的基本功能几近众所周知，那么推定的衍生功能却几乎尚未被人们意识到，即为同类法律关系提供兜底规则。这里的规范场景涉及某类法律关系范畴，这种范畴下又包含有不同子集。法律首先对该范畴整体设定一个兜底性的法律后果规则，然后又允许专门法或者当事人对某类子集关系作出特别规定。

兜底规则本来只在没有特别规则时才适用，但有无特别规定本身却是不确定的。这是因为一方面专门法数量繁多且可能因立法修法而变动，另一方面当事人在具体个案中会否作出个别约定更加无从预计。法律面临的难题是，既要坚持专门法规定和当事人意愿的优先性，又必须努力避免出现规制漏洞。这一

[37] 请回顾前文第二部分第（一）节。关于侵权责任成立的必要要件和阻却要件的一般性界定，参见王琦：《机动车交往安全义务人对交通事故的侵权责任——对立法、司法解释以及比较法资源的整合性建构》，载《政治与法律》2017年第2期，第102页。

[38] 参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2010年版，第462页；另见霍海红：《证明责任：一个功能的视角》，载《北大法律评论》第6卷第2辑，北京大学出版社2005年版，第616页。

[39] Vgl. BeRnau, in: *Staudinger BGB*, 2018, § 836, Rn. 105.

[40] 这种变换不限于过错，同样还可能发生于责任成立的其他必要要件。例如在作为无过错责任的环境污染责任中，按照《侵权责任法》第66条，污染者应当就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证负担。此处变换的对象是因果性，也就是说，为了减轻受害方的举证任务，法律将通常以必要要件形式出现的“存在因果关系”转换为阻却要件（“没有因果关系”），这也同时引发了对因果关系的推定，受害方只要证明责任成立的其他必要要件（相对方的排污行为、己方的权益受损）就可以激活这一推定，参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2011年版，第461页。

难题基于对推定技术的一种妙用而获得化解,即法律规定,只要具体法律关系属于该范畴(作为推定基础事由),即推定没有专门法规定的或者当事人约定的优先规则,由此该兜底规则获得自动备用性。

多数债务人法律关系中的债务平分规则就是这样一个运用实例,《民总》中的相关法条为第 177 条(按份责任)、第 178 条(连带责任)。^[41] 这两条规制的是多数债务人法律关系的一个共通性问题,即债务如何在多个债务人之间分配。法律确立的兜底性规则是,各债务人平均承担债务份额,即“人头平摊原则”。^[42] 在这一框架下,谁主张债务平均分配,谁就享有这一推定提供的便利,因为他只需证明推定基础事由,即证明具体法律关系属于多数人债务范畴,即可以激活推定,使得上述“债务平分规则”进入自动备用状态。但这一状态也是可以排除的。为此,主张债务应该按照另一标准分配(打破债务平分推定)的一方,需陈述或证明存在相应的优先规则。^[43] 这一优先规则既可以源自专门法^[44],也可以源自当事人约定(《民总》第 176 条)。

基于这种衍生功能,推定的舞台远远超出了局部性的证明困境,上升到了规范体系整体建构的层面,其作用在于协调“一般/兜底规则”与“专门/优先规则”之间的关系。这是一个具有一般意义的问题,不仅会出现在民法典内部,也会出现在民法典和其他法律的外部联系中。推定提供的解决方案是,赋予兜底规则一种自动化的“让步”和“补位”机制:一方面,只要存在优先规则,那么兜底规则“自动让步”;另一方面,只要欠缺优先规则,兜底规则就“自动补位”。由此兜底规则和优先规则之间可以实现平滑衔接,确保法律规制的灵活性和兼容性。而无论是衍生功能,还是基本功能,其内在机理都是共通的,即推定结果的可变更性。

五、拟制

(一) 概说:拟制的典型逻辑结构

拟制技术呈现出这样一种逻辑结构:虽然构成要件 A 和构成要件 B 事实上并不等同,但法律依然令 B 的法后果扩展于 A。通过拟制技术,法律可以无视构成要件 A 和构成要件 B 在事实状态下的差异甚至是直接对立,将两者在

[41] 理论上的深入讨论见龙卫球:《债的本质研究:以债务人关系为起点》,载《中国法学》2005 年第 6 期,第 80 页。

[42] 《民总》第 177、178 条条文的对应内容为:“难以确定责任大小的,平均承担责任。”

[43] Vgl. Grüneberg, Baumgärtel/Laumen/Prütting(Hrsg., Fn. 11), § 420, Rn. 3.

[44] 最重要的一种源于专门法的优先规则涉及侵权责任的分配,即侵权责任在多个责任人之间应当优先按照彼此原因力大小和过失程度的比例分配,见《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 3 条第 2 款;另参见陈甦主编:《民法总则释义》,法律出版社 2017 年版,第 1264 页。

法律后果层面做一种等同对待。这一过程通常被描述为“将 A 视为 B”(A gilt als B)。〔45〕 请参阅下图：

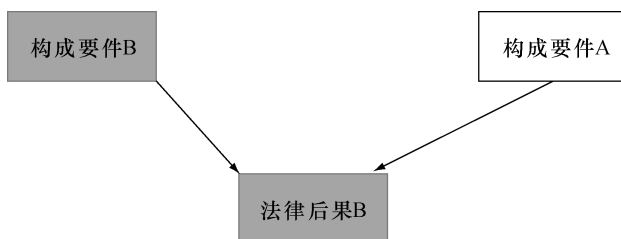


图 4 拟制的逻辑结构

拟制技术为法律开放了在必要时偏离甚至逆事实状态而动的可能性，形象地说，拟制使得法律能够“守正出奇”。在民法中，拟制技术被运用于彼此间差异极大的场景，例如用来为特定群体提供法律保护（下文例 I），抵制某种有违诚实信用原则的行为（下文例 II），体现了拟制的多用途性。

（二）例 I：经由拟制赋予胎儿民事行为能力（《民总》第 16 条）

《民总》第 13 条规定，自然人“从出生时起”具有民事行为能力。按照这一规则，处于已孕育但尚未出生状态的胎儿不具有民事行为能力，这意味着每位自然人在其必然经历而又尤其脆弱的胎儿期这一生命阶段反而陷入了法律保护的空白，这显然是不能令人满意的。为解决这个问题，民法上形成了多种保护机制。我国《民总》选择的做法是，（经由拟制）几近一般性地赋予胎儿民事行为能力。〔46〕 具体而言，依据《民总》第 16 条第 1 句，胎儿只要娩出时非死体就自孕育起被拟制为已出生的自然人，因此《民总》第 13 条的法后果（即“具有民事行为能力”）延伸至自然人出生前的阶段。这带来的直接效果是，《民总》第 5 章即“民事权利”一章所建立的权利赋予和保护体系得以全面覆盖胎儿这一生命群体，由此胎儿不仅可以获得财产权益，如可成为赠与合同的受赠人、第三人获利合同中的获利人（如人身保险合同的受益人），而且还享有人身权益上的保护，如身体权、健康权、名誉权、隐私权等。

（三）例 II：对条件成就或者不成就的拟制（《民总》第 159 条）

法律行为的附条件客观上给相关方创造了一种操纵可能性。相关方如果以不正当方式促使条件成就或者阻止条件成就，法律虽然无法改变这种既成客观事实，但却不会坐视行为人以有违诚实信用的方式牟利。对此，《民总》第 159 条使用了一种带来逆转效果的拟制技术，即将行为人操纵出现的结果直接拟制为它的对立状态。具体而言，法律将不正当阻止的条件拟制为已成就（该

〔45〕 Vgl. Heinrich Honsell, in: *Staudinger BGB*, 2013, Einleitung zum BGB, Rn. 118.

〔46〕 参见前注〔22〕，第 35 页；另见前注〔43〕，第 103 页。

条第1分句),将不正当促成的条件拟制为未成就(该条第2分句),由此出现刚好相反的法律后果。借助这种拟制技术,法律强化了自身的行为引导功能,告诫当事人必须以正派诚信的方式行事,如果当事人无视这一告诫为了个人利益在条件成就方面上下其手,那么法律亦有相应的对策令其竹篮打水甚至搬起石头砸自己的脚。

(四)我国民法对拟制技术的不当使用及原因分析——兼论解释和立法建议

拟制本质上是一种“特事特办”,这意味着,只有按照常规途径实现不了某种规制目的时,才需要考虑使用拟制这一“非常手段”。以此观之,我国民事法律很多地方对拟制的使用都是不恰当的,这些不当使用又可分为两类:一类是滥用,一类是错用,表现在外就是“视为”这一术语的泛滥。

1. 滥用的例子:《民总》第140条

滥用的一个例子是《民总》第140条第2款,该款规定:“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示。”这里对“视为”的使用是没有必要的,因为此时基于法律规定、当事人约定或交易习惯,沉默(例外性地)具有了一种表示价值,即相对方可以合理地认为,该沉默传达了表示人实施(或不实施)某一法律行为的意愿。^[47]这时沉默就其表示价值而言和一个积极行为并无区别,自然而然地就构成意思表示,不需要绕个弯被“视为”(拟制为)意思表示。^[48]

2. 错用的例子及原因分析:《民总》第48条、《合同法》第211条

无需用时用了顶多引发困惑,不该用时用了却会造成失衡甚至荒谬的结果。我国民法错用拟制最常见的原因是没有将推定和拟制这两种技术辨别清楚,因此往往在本该用“推定”时错用成了“视为”。

就表面看来,推定和拟制确有相似之处,即只要构成要件A达成,通常就能够引发法律后果B,但这一相似表象的内在机理是完全不一样的。推定的作用仅仅是变更证明负担,即以构成要件A来推定构成要件B的达成,由此使得法律后果B能发生(请回顾上文图3)。但由于这一推定关系是可推翻的,因此只要证明虽然出现了构成要件A,但并未出现构成要件B,就可以阻止法律后果B的发生。例如证明某人虽然下落不明满两年,但实际上依然存活,就可以推翻死亡推定。

[47] Vgl. Singer, in: *Staudinger BGB*, Vor § 116ff. Rn. 60.

[48] 类似的如《民总》第18条第2款,该条规定十六周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,“视为”完全民事行为能力人。这里同样无须使用拟制,因为完全行为能力人的范围由立法者划定,也就是说,完全行为能力并非必然专属于成年人。立法者可以将完全行为能力赋予满足特定条件(此处:“以自己的劳动收入为主要生活来源”)的未成年人,此类未成年人——与成年人一样——直接获得完全行为能力,无待拟制。

拟制则不同。在拟制的场合,法律是明知构成要件 A 和构成要件 B 不一样,但依然令 B 的法律后果扩展至 A,所以这里不存在推定中的那种可推翻性。也就是说,即便证明构成要件 A 和构成要件 B 不同,也不妨碍法律后果 B 的出现(请回顾上文图 4),例如即便证明胎儿在被继承人死亡时尚未出生,也不影响胎儿的继承人资格。总结来说,在拟制中,构成要件 A 到法律后果 B 是一种可推翻的弹性关系;在推定中,从构成要件 A 到法律后果 B 是一种不可推翻的硬性关系。由于这一关键差别,两者一旦错用,表面失之毫厘,实则差之千里。

《民总》中错用拟制的一个例子涉及前文已讨论过的死亡宣告。^[49]《民总》第 48 条称,被宣告死亡的人,人民法院宣告死亡的判决作出之日“视为”其死亡的日期;因意外事件下落不明宣告死亡的,意外事件发生之日“视为”其死亡的日期。这是一个令人遗憾的立法错误,要说民法中有一种制度应绝对避免和拟制扯上关系的话,那就是死亡宣告,原因很简单:如果一个虽失踪但却实际存活的人因为死亡宣告被无可推翻地拟制为死亡,这无异于从法律上断了他的活路,使其成为法律上的“活死人”。之前已经说过,死亡宣告制度完全建立在推定技术上,不仅死亡认定这一结果是可推翻的,而且所认定的具体死亡日期也是可推翻的。被宣告人和利害关系人可以在任何时候举证推翻,《民总》甚至还在第 49—53 条为死亡宣告被推翻预先做了规定。^[50]这一切都证明《民总》第 48 条所谓的“视为”其实不过是“推定”,而这一错误最好能在民法典整体编纂时修改过来。

另一例子涉及自然人间借款合同对是否支付利息约定不明时法律的立场。《合同法》第 211 条第 1 款规定,自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,“视为”不支付利息。按照此条,我国法律对自然人间借款合同以无偿性(Unentgeltlichkeit)为原则立场。^[51]其背后考量也不难理解:现实中自然人间贷款通常基于亲情、友情发生,考虑到这一点并为了鼓励社会互助和维护亲友关系,法律倾向于将贷款作为无息处理。问题在于哪种规范技术能恰如其分地贯彻这种倾向。如果用拟制的话,效果就过头了,这首先是因为拟制的结果不可推翻,可是双方有争议并不排除,经过查明当事人意愿或者解释交易习惯最终认定,借款合同其实包含有利息约定。此时基于合同效果,借款方自然负有支付利息的义务。其次,拟制还造成一种操纵可能性,即借款方只要辩称未约定利息或者约定不明,将水搅浑,就可以利用《合同法》第 211 条第 1 款白白使用借款,这与合同法的公平目的背道而驰。可见,如果规范技术选用失误,好心也可能办坏事。此处应用的规范技术其实是推定,由此生成的法

[49] 参见上文第 4 部分第 2 节第 2 小节。

[50] Vgl. Medicus/Petersen, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11. Aufl., 2016, Rn. 1054.

[51] 参见崔建远主编:《合同法》(第五版),法律出版社 2010 年版,第 419 页。

律状态折中恰当：一方面，将合同关系推定为无利息贷款，实现了将自然人间贷款作为无息贷款处理的倾向性立场；另一方面，法律同时也为借款方（或者第三方）证明合同含有利息约定预留了余地。综上，建议在民法典合同法部分编纂时将现行《合同法》第 211 条第 1 款修改为“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，推定为不支付利息”。

3. 小结和建议

综上所述，拟制技术的正确适用表现外在而言是对“视为”术语的节制使用，内在而言有两方面的要求：一方面是慎用，即只要不存在将 A 的法后果扩展至非 A 之物这一法律上的独特运作，就无须使用拟制技术而应直陈其事；另一方面，即便确有某种特殊规制需要，也应当首先考虑，是不是推定比拟制能更恰当地满足这种规制需要？由于推定生成的法律状态具有可变更性，比拟制更灵活，因此如果在设计新法律条文时产生疑义，应当优先选用“推定”而非“视为”的表述方式。在解释现有法规时也需要注意，虽然一项法律条文使用了“视为”的表述，但有可能不过意味着“推定”。

六、转引

（一）概说：转引的作用、结构和类型

前文已经说过，摆在民法典这种巨型规范工程施工者面前的一个基本难题就是重复问题。如果说，制定“提取公因式”的总则是立法者在宏观整体层面为减少重复作出的结构性安排，转引则可成为立法者在细节微观领域去除重复的随身工具。^[52] 通过转引，立法者追求的理想状态是，法律之前已经说过一遍的，就尽量不再说第二遍。^[53] 同时，转引还有减少法典不同部分冲突或者矛盾的作用。当然转引也有一定的副作用，主要是增加了理解难度。因为转引使得单一法条的内涵无法一眼览尽，法典整体结构更加复杂，由此熟悉和适应转引技术也构成法律人专业素养的一部分。

转引呈现出的结构是，立法者并不将某条款全部写完，而是在条款中就有待填充之处提示适用另一条款的相关部分。前者作为有待填充的条款，属于法语句类型学上所谓的“非完全法语句”，可称为“转引条款”（*verweisende Rechtsnorm*）；后者作为填充质料的提供者，可称为“被引条款”（*Bezugsnorm*）。^[54]

一个入门性的例子是《民总》第 21 条第 2 款对同条第 1 款的转引。该条的两款涉及因精神功能障碍（条文所说的“不能辨认自己行为”）而丧失行为能力的两类自然人年龄群体。第 1 款涉及成年人群体。该款规定，丧失行为能力的

[52] Vgl. Larenz/Canaris: *Methodenlehrer der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 82.

[53] Vgl. Medicus/Petersen (Fn. 49), Rn. 31.

[54] Vgl. Leenen (Fn. 2), § 34, Rn. 114.

成年人由其法定代理人代理实施法律行为。第 2 款涉及未成年人群体,未成年人如果因精神障碍丧失行为能力,法律后果与成年人无异,该款就此直接转引第 1 款(“适用前款规定”)。此处转引条款和被引条款处于同一条文内,这一超近距离使得转引极为易行而且理解起来毫无难度。

如果要深入地理解转引技术,关键在于区分“宣示性转引”(下文第 2 节)和“构成性转引”(下文第 3 节)。

(二) 宣示性转引

由于民法典的“总-分结构”自带一种规范的传导和填充机制,因此如若“被引条款”处于总则而“转引条款”处于分则部分,那么前者对后者的可适用性本来无须额外转引。可有时两者相隔过于遥远又或者有突出强调之必要,法律也可以加入转引提示,但此种转引只具宣示意义,因此可被称为“宣示性转引”。一个例子涉及《合同法》第 62 条,该条旨在为合同给付义务基本问题约定不明时提供法定补救规则,这使得第 62 条在合同法内扮演着某种“救火队员”的角色。该条位于《合同法》总则,因此本就对分则的各种合同类型具有可适用性,但《合同法》分则在买卖合同部分(第 139、154、159 条)又专门转引第 62 条,这就是一种宣示性转引。^[55]

此类转引理解要点有二。其一,“宣示性转引”的真正作用类似于“指路牌”或“提词器”,立法者可借此来随处提示法律适用,减轻用法者的记忆和辨识负担。其二,需强调的是,这种情况下即便删去或者缺乏专门的转引提示,“被引条款”对“转引条款”的可适用性也不受影响,因为这一适用性已经借由法典的“总-分结构”得到了保障。回到上面的例子,即便《合同法》分则多数章节并未作出对第 62 条的明确转引,这也丝毫不妨碍法官在这些合同给付义务约定不明时运用该条来填漏补缺。

(三) 构成性转引

如果按照法典的体系结构,两项条款处于彼此隔离的结构部件当中,那么两者间本来并无基于“总-分关系”的适用关联,但鉴于这两者的规制对象之间具有一定程度的相似性或可比性,法律也可以通过转引技术在两者间建立起一种适用关联。与“宣示性转引”不同,这种转引具有一种实质上的构成性意义,因为此时“被引条款”对“转引条款”的可适用性完全基于法律作出的专门转引。

需注意的是,此时“转引规范”和“被引规范”规制对象之间的可比性终究

^[55] 类似的例子还如《物权法》第 207 条。该条就最高额抵押权(宣示性地)转引一般抵押权相关条款,其条文为:“最高额抵押权除适用本节规定外,适用本章第一节一般抵押权的规定。”

是有限的(否则它们就会被直接纳入同一结构部件)。这意味着,后者对前者的适配性也是相对的、因个案而异的。考虑到这一点,构成性转引往往是一种“柔性转引”或者说“弹性转引”,这表现在法律通常使用“参照适用”这一较为宽松,有预留余地的术语,其目的在于赋予法官裁量权,允许法官在两者明显不相适配的场合拒绝转引。在运用和解释“构成性转引”时尤其应当注意这种弹性。

《民总》中的一个例子是第4章(“非法人组织”)对第3章第1节(“法人一般规定”)的转引。虽然非法人组织与法人在民事主体地位尤其是责任承担方面有着根本性的区别,但同时它们又有不可忽视的相似性,因为两者都具备团体结构并因而有相当多的共通问题,如设立与解散、章程制定、组织机构和代理人、成员加入与退出等。考虑到这些共通性问题中的绝大部分已于《民总》第3章第1节对法人的一般规定中获得了处理,所以《民总》第4章首先对非法人组织的特殊性质作出概略规定,然后就未尽问题通过第108条直接转引《民总》第3章第1节。^[56]这种转引技术同样也被运用于民法的其他领域,《合同法》中的例子如第287条(就建筑施工合同转引承揽合同)、第359条(就仓储合同转引保管合同)、第423条(就行纪合同转引委托合同)以及第124条(一般性地就无名合同转引《合同法》分则或者其他法律最相类似的规定);《物权法》中的例子如第222条(就最高额质权转引最高额抵押)、第229条(就权利质权转引动产质权)。

总结而言,本来法典内部结构一旦确定,一项条款的适用领域也就基本划定。但是,通过构成性转引这种手段,法律可以对该条款作出一种“跨界运用”,由此实现该条款适用范围的实质性扩展。可以说,构成性转引为法律提供了一种超越体系结构的限制来发挥现有条款规范潜力的途径。

七、结语

就像仅有石料建不成文明奇迹金字塔一样,只有种种零碎分散的规范原料也制定不出一部细节精确、体系严密、结构美观并经得起岁月考验的民法典。对此,作为民法千年智慧结晶的规范技术,地位上正如同民法典的建筑方法,浓缩了历代民法建筑大师们的匠心和技艺。上文已经详细展示,民法是如何运用这些规范技术将各类规范原料剪裁取舍、熔为一炉,以及如何富于技巧性地将一项项设计和施工难度极高的规范工程变为现实。理解和掌握这些规范技术

^[56] 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212页。

能为法律人带来极大益处。首先,善用规范技术能帮助立法者增强民法典的精确性、完整度,从而显著地提升立法质量和效率。其次,由于规范技术是民法内在规律的集中体现,因此它既具有“密码册”的地位,能帮助民法“读者”深入准确地领会法律条文,又可发挥“精炼炉”的功能,能帮助民法“用户”将法律条文的规范潜能全部释放出来。

(审稿编辑 洪国盛)

(校对编辑 王泓之)