

# 法治中国建设与私法自治

郑志涛

(海南大学 法学院, 海南 海口 530228)

**[摘要]** 法治中国建设与私法自治有着内在关联和外在契合,两者的主体都是“人”,核心都是“人”的权益。私法自治面临着的主要难题是公和私的界限问题以及公权和私权之间的冲突问题。法治中国建设通过尊重和实现人民权益可在根本上化解私法自治的难题。人民权益是法治实践中贯彻私法自治原则和推动法治中国建设的衔接点,私法自治的推进也必将实现人民权益、有助法治中国的建设。

**[关键词]** 法治中国; 私法自治; 难题; 人民权益

**[中图分类号]** D920.0 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1007-5801(2015)04-0107-06

**DOI:**10.14119/j.cnki.zgxb.2015.04.016

党的十八届四中全会提出全面推进依法治国,为建设法治中国而奋斗<sup>[1]</sup>。法治中国,是集“法治国家”“法治政府”和“法治社会”的一体建设<sup>[2]</sup>。建设法治中国,是为了维护人民权益<sup>[2]</sup>。有关法治中国的认识,学界已有相当深入的研究。但是,关于法治中国建设进程中私法自治的困窘与纠结,以及国家治理和个人权利之间的衔接,即法治中国和私法自治之间的关联,则鲜有相关的探讨。

## 一、法治中国的内涵

### (一)从“法治”到“法治中国”

近现代法治首先是西方文明的产物,在其历史进程中自由主义的实践与理想相互纠葛,形成了对个人权利与自治的保护、政府受到法律的限制、法律的统治而非人的统治<sup>[3]</sup>。西方法治理论按照政治国家与市民社会的划分,法治可以分为国家法治与社会法治,这在理论上是自治的,合乎逻辑的,但这样划分缺乏重点,也没有中国问题意识<sup>[4]</sup>。

法治中国,是法治国家的“升级版”和“中国版”,

是世界的法治共性与中国具体国情相结合的产物。其一,法治中国建设是要走社会主义的法治道路,即强调人民当家作主,实现好、维护好、发展好最广大人民的利益。其二,法治中国具备国际法治的一般价值共性,即保障人权和权利、限制公权力,司法保障法治化等。其三,法治中国建设是国家统一法治凝聚力的表明,在中华人民共和国主权与领土范围内的,法治是最大的公约数,包含着国家统一与稳定的价值共识<sup>[5]</sup>。因此,一方面,在法理上应当汲取西方法治文明中的有益经验,遵守法治的一般价值;另一方面,在传统上应该对传统法治资源积极传承,不媚外,尊重中国国情。

### (二)“法治中国”图景中的人民权益

从人民的视角来看,建设法治中国是人民群众对党、对国家的呼吁和要求<sup>[6]</sup>。全体公民是法治的主体,人民的权利权益是法治中国建设的根本,在法治国家、法治政府和法治社会建设进程之中得以体现<sup>①</sup>。

第一,法治国家中的人民权益。

法治国家的表征是“公域”之治<sup>[7]</sup>。我国“公域”

**[收稿日期]** 2014-11-02; **[修回日期]** 2015-07-21

**[作者简介]** 郑志涛(1987-),男,河北唐山人,海南大学法学院2010级民法学专业博士研究生。

范畴内的人民权益体现在我国始终坚持人民当家作主的主体地位,即国家依法保障全体公民享有广泛的权利。在基本政治权利方面,人民群众享有经宪法确认的国家权力的主体地位和法律资格。民众能够通过立法听证、公民或专家的立法建议等途径,参与法律规范的制定或修改,确保法律是最广大人民群众利益和意愿的反映,而非某一部门或某一利益集团的产物。国家加强宪法法律的实施,维护宪法法律的权威性和实效性,本质上即是维护人民的权益。在财产权利方面,国家致力于“多渠道增加居民财产性收入”,“赋予农民更多财产权利”,以及“完善产权保护制度”,即确保“公有制经济财产权不可被侵犯,非公有制经济财产权同样不可被侵犯”<sup>[2]</sup>。在一般人权方面,“国家尊重和保障人权”,“推进城乡要素平等交换和公共资源均衡配置”,“保障少数民族合法权益”,并完善“人权司法保障制度”<sup>[2]</sup>。法治国家的人民权益,除了保障公民基本政治权利、一般人权和财产权以外,还有公民的受教育、就业、医疗、养老、生育和住房等其他权益。

第二,法治政府中的人民权益。

法治之所“治”关键在于约束公共权力,而非约束人民权利<sup>[8]</sup>。人民群众在法治政府中不是传统意义上的行政管理相对人,而是行政服务的对象,是监督政府的主体。其一,政府要建立权责统一、权威高效的行政执法体制,推进法律的有效实施。法律不能有效实施,那再多法律也是一纸空文。并且,执法对于司法、守法等其他环节也会产生影响。其二,应完善行政执法程序和行政复议体制,明确政府权力和公民权利的边界。政府要依法保障公民的合法权利,确保程序正当、合法行政和合理行政,杜绝徇私枉法和以权乱法。其三,公民具有依法监督国家机关及其工作人员公务活动的权利。政府要建立健全政务公开的长效运行机制,鼓励社会依法对政府活动进行监督,置权力于阳光之下,助推向服务型政府的转型。

第三,法治社会中的人民权益。

法治社会是全部社会生活的民主化、法治化、自治化,包括社会基层群众的民主自治,各社会组织、

行业的自律,企事业单位和社区的民主管理,社会意识、社会行为、社会习惯都渗透着民主的法治的精神,形成一种受社会强制力制约、由社会道德规范和社会共同体的组织规范所保障的法治文明<sup>[9]</sup>。法治社会的表征是“私域”之治,意味着广泛的社会自治<sup>[7]</sup>。人民团体(如工会、法学会等)和受国家机关委托代行某类社会公共管理职能的中介组织(如律师协会、消费者协会等)扮演着重要的社会自治和公共治理的角色。根据《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称“《决定》”)要求,一方面,“加快形成科学有效的社会治理体制,确保社会既充满活力又和谐有序”<sup>[2]</sup>。社会管理体制向社会治理体制的转变,意味着由强调单一的政府行政强制转变为多方面协商的社会治理。另一方面,社会关系依法治理,社会主体依法自治,确保公民依法结社的自由能够激发社会活力,形成民众对社会治理的广泛参与。“适合由社会组织提供的公共服务和解决的事项,交由社会组织承担”<sup>[2]</sup>,凡是法律规定属于社会自治的事务、领域和地方,政府尽可能不去介入;已经介入的要尽可能及早退出来。

## 二、私法自治及其现实问题

### (一) 私法自治

“私法”和“私法自治”的概念和理念是外来的。我国学者借用日语中的“私的自治”的表述,将其译为“私法自治”<sup>[10]</sup>。私法自治已经成为我国民事法律制度遵循的基本原则,在概念、原理、实施上都得到了发展。首先,私法自治是私法上的自由,包括了契约自由、遗嘱自由、团体设立自由等。其次,私法自治以法秩序为前提,它承认个体的“意思自治”受法律秩序的限制,个体只能在法律秩序所限定的范围内进行意思自治。再次,私法自治强调人的主体性,强调私法法律关系当事人的意思自由和自主决定。最后,私法自治通过法律行为实现,即权利主体根据自己的自由意思表示,产生、变更或消灭私法法律关系,形成法律效果。这些抽象的原理正深入融入中国社会,并成为我国法治发展过程中最接地气的规则之一。

<sup>①</sup>《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》要求:“建设法治中国,必须坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,维护人民权益”。

## (二)我国私法自治的问题

### 第一,公和私的界限。

大陆法系将法律分为公法和私法,公法是带有国家或政府强制性的一类法律关系,以“管制”为导向;私法是一方或多方当事人以“意思自治”为基础的平等的法律关系,以“平等和自治”为导向。私法和公法的划分源于市民社会和政治国家的分离,是法治历史发展的必然产物。随着市民社会和政治国家的分离,市民要求国家为社会保留一个私的空间,即私法自治的空间<sup>[11]</sup>。自治是私法核心理念,是私法赖以生成和塑造之根基<sup>[12]</sup>。在制度构建上,公法主张公权力的服务性质,而私法主张保障私权利。

现实的问题是私法领域中引入过度的强制性规范,破坏了私法固有的逻辑体系以及已经形成的私法秩序,甚至导致自由和自治的价值追求走向反方向<sup>[13]</sup>。如,我国《劳动合同法》中关于解除和终止劳动合同的相关规定,是基于更有效地保护劳动者安全、稳定就业的政策考量而制定,对用人单位的用工条件和用人单位的解除劳动合同条件,以强制性规范作出明确规定。但事实上,在以任意性规范为主体的《劳动合同法》之中,通过设立强制性规范以平衡用人单位和劳动者之间实际不对等地位的立法初衷并未很好地实现。实践中占据强势地位、拥有强势话语权的用人单位不仅可以假以员工工作中任何纰漏为说辞裁员,还可以通过《劳动合同法》第39条第1项、第2项之规定规避其他强制性规范约束<sup>①</sup>。这说明私法公法化是有限制的,尊重私法自治时常比过度的公法干预要现实很多。

构建公法和私法的协同配合,公法和私法之间应体现“规范公权、保障私权”的现代法治理念,公法领域应奉行“法无授权则不能”的“职权法定”原则,私法领域应奉行“法不禁止则自由”的“私法自治”原则。制度设立上,我国应建立负面清单的管理模式,明确行政机关的职权范围,通过限制公权主体法律行为的内容框定私法自治的界限,界定公法和私法的边界。正如王利明教授主张,在市场准入制度改革中应转变实践中长期存在的正面清单管理模式,推行负面清单管理模式。在前者管理下,法律未作

规定的“空白地带”,市场主体不能随意进入,而应当由政府逐项审批、决定,市场主体进入的自由受到限制。在后者管理下,立法仅列举禁止事项,而没有明确禁止的事项,都属于法律允许的范围,强调“法无禁止则自由”,扩大市场主体依法享有的行为自由,集中体现和落实私法的自治<sup>[14]</sup>。

### 第二,公权和私权的冲突。

私权是由私法规范或者私法性规范确认和保护私法主体按照私法自治原则而享有和实现的特定私人利益关系<sup>[15]</sup>。私权的主体包括公民、企业以及社会组织甚至国家。法理上,公权则是由公民让渡自己一部分权利,授予政府以维护全体公民福祉和社会秩序而来。来自公众的公权服务于私权社会,调整私权社会中的关系和矛盾。

公权和私权的冲突表现为公权对私权的不当限制和公权对私权的消极保护。前者,公权对私权的不当限制导致私权空间被挤压,私权处于弱势的法律地位。当前,不少的法律文件在融资、投资、营业等方面仍坚持严格的行政管制,限制或禁止民营企业进入各种行政垄断领域,大量的行政审批权和行政壁垒抑制市场竞争,阻碍权利人财产权益的充分利用。此外,私法主体对财产关系变动的意思自由也会因公权过度干预被限制。后者,公权对私权的漠视导致私权保障不力。当私权受到侵害或威胁时,公权应当提供积极的救济。如果公权体系中某类公权对其他公权的滥用表现出沉默,或当其他私权主体随意扩张私权而侵犯他人私权时,法定的公权监管不能及时到位,那么,公民私权将得不到及时充分的保护。

## 三、人民利益:私法自治与法治中国建设的契合机理

法治中国建设是为了人民利益,这是政治表述;私法自治追求人的权益,这是法律表述。把政治目标和法律原理比较会发现,两者在“人民权益”上是契合的。私法自治的发展就是人民权益的发展,而法治中国建设就是明确要维护和发展人民利益。因此,法治中国建设必将促进私法自治,化解私法自治

<sup>①</sup> 参见《劳动合同法》第39条第1项、第2项规定,劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的,或严重违反用人单位的规章制度的,用人单位可以解除劳动合同。

的现实问题。同时,私法自治的发展也会推动法治中国的实现。

(一)私法自治的发展即是人民权益的发展

第一,私法自治强调私权是肯定人民权益。

现代民法中的人不仅仅是一种有生命的存在、生物意义上的人,而且是具备独立人格与自由意志等伦理价值与属性的人,是能够自由地建构私法关系的主体<sup>[6]</sup>。私法自治原则下,“权利本位”贯穿始终,以公民在法律规定的界限内享有价值选择、行为自由和利益获得的可能性作为法律制度的出发点,以权利实现为法律制度归宿,对于实现公民基本民事权利和其他民事权益具有直接且重要的作用。可见,私权观念的形成和发展是在肯定人的权利,最终是肯定人民的权益。

第二,私法自治强调限制公权是在提升人民权益之地位。

私法自治原则下,私权利的存在要求公权力只在维护与保障私权利的范围内运行<sup>[1]</sup>。私法自治体现的是权利本位思想,是相对于限制公权而言,体现的是权利和权力之间的关系。它通过明确公权的主体、内容和范围,形成对公权的有效监督,把权力限制在“制度的笼子”里;限制公权的同时扩展公民个人对自己生活的自治空间,即实现公法领域的“法无授权则不能”和私法领域的“法不禁止则自由”。就公民个人而言,私法自治原则强调的是个人在私法领域的主体性地位,要求个人私权获得更多自治空间,意味着公民行使权利不受公权的非法侵犯和干预,并能自主自由地使用和处置私权,在客观上充分调动和激发了公民的自主创造力。就社会而言,私法自治原则是政治国家之外的私人利益体系形成之后所产生的法律价值,强调保护公民之间交往的法律是私法而非公法,要求公权力服务与保障私权。另外,在权利的附随义务上,私法自治原则要求国家对公民财产权等私权权益,非经正当程序不得侵犯和剥夺,因向公共利益让渡而受损的私权权益应得到及时充分的补偿。可见,限制公权是私法自治的重要理念,也是为把公权限定在人民权益之下。

第三,私法自治强调民众参与社会治理是人民权益的自然诉求。

私法自治强调民众参与社会治理,既是实现社会的民主化和自治化治理,同时也是实现社会的法

治化治理。一方面,坚持私法自治能够分解公权,形成权利和权力的相互制衡;另一方面,坚持私法自治能够指引社会依法而自治。私法自治可以使多元化的社会自治权利伸张与扩展,国家权力逐渐恢复公共权力的本来面目,服从、服务于人民整体利益的需要,只掌握必要公共职能,其范围仅限于“如果政府不做就根本不会做的那些范围”,而大量的事物则由社会自行管理,以实现“人民为着自己的利益重新掌握自己的社会生活”<sup>[17]</sup>。同时,私法自治原则下,民众必须遵守国家制定的法律,并依靠国家法否定侵犯其权利的行为。发挥私法自治的功能,能够激发社会的活力,推进社会组织健康发展,实现政府治理与社会调节、居民自治的良性互动,实现政府治理与个人权利行使、保护之间的有序衔接<sup>[8]</sup>。简言之,人民的权益还得人民自己去行使和维护,而私法自治的参与观念正是人民权益发展的必然诉求。

(二)法治中国建设是为了维护人民权益

法治中国的建设,为破解我国私法自治的困境提供了指引,即必须充分尊重宪法赋予的人民权益,树立宪法权威;确保司法对人民权益的保护,保障司法公正;遵循权利本位原则,推进行政权力改革。

第一,树立宪法权威、保护人民权益。

尽管宪法作为公法规范,但其中明确规定了我国公民的基本权利,且于第2条规定,中华人民共和国一切权力属于人民。保证宪法实施,就是保证人民根本利益的实现<sup>[9]</sup>。区别现代法治社会与传统法律社会的关键性标志就在于宪法和法律在社会中是否有权威<sup>[20]</sup>。宪法权威的建立,首先要保障宪法的有效实施。“宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施”<sup>[19]</sup>。健全备案审查制度,要求将一切规范性文件纳入备案审查范围,并不得与宪法相抵触,发挥全国人大常委会更好地宪法解释功能,树立和维护宪法的权威。其次,要完善立法工作,不断完备法律体系,保证“有法可依”和“科学立法”。“有法可依”侧重于立法的全面性,“科学立法”侧重于立法的科学性。“有法可依”,强调“法无授权则不能”的“职权法定”原则;科学立法,否认主观、经验、政绩、封闭和工程立法,在法律法规中少一些原则性语言,多一些具体的、可操作性的规定,为构建全面的法律制度提供坚实的立法基础。最后,法治国家作为公法领域的法治,最重要的是要置国家公共权力于法治的笼子

里,执政党依法执政,参政党依法参政,人民代表大会依法对行政权、司法权和其他国家权力监督,实现中国特色社会主义依宪治国。

## 第二,保障司法公正、维护人民权益。

司法公正,即追求“要依法公正对待人民群众的诉求,努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义,决不能让不公正的审判伤害人民群众感情、损害人民群众权益”<sup>[1]</sup>。其一,确保人民法院、人民检察院依法独立公正行使审判权、检察权,落实领导干部干预司法活动记录通报和责任追究制度,并杜绝舆论干预审判。其二,健全主审法官、合议庭、主审检察官、主办侦查员办案责任制,建立责任终身追究制。其三,完善司法监督机制,建立生效法律文书统一上网和公开查询制度,通过公开倒逼公正,杜绝司法腐败。其四,优化司法职权配置,“健全司法权力分工负责、互相配合、互相制约机制”,树立以审判权为中心的审判权权威<sup>[2]</sup>。其五,推进人权司法保障法治化,解决司法的合目的性和合法性之间的矛盾,达到社会效果和法律效果的统一,切实维护人民权益。同时,为保障私法自治原则,在社会生活层面,司法机关原则上不干预法律地位平等的民事主体自愿协商处理的权利义务法律关系,只有发生纠纷且无法协商解决时,才由司法机关进行裁判。在国家制度层面,应明确如无法定事由公民的私权不受限制和剥夺的规定,并规范私法的科学民主立法,推进完善私法制度构建。相对于私法自治之根本,公权更多是保障人民权益、助益私法自治。

## 第三,推进行政权力改革、提升人民权益。

根据习近平总书记的要求,要加强对权力运行的制约和监督,把权力关进制度的笼子里,形成不敢腐的惩戒机制、不能腐的防范机制、不易腐的保障机制。《决定》在处理权力与权利、国家与社会、政府与

市场等关系问题上,采用了权利本位的法治思维和方法<sup>[21]</sup>。一方面,“建立公平开放透明的市场规则”,“坚持和完善基本经济制度”,“加快完善现代市场经济”,“加快转变政府职能”、“深化财税体制改革”,“健全城乡发展一体化体制机制”、“构建开放型经济新体制”,将市场的“基础性作用”转变为“决定性作用”;另一方面,“推行地方各级政府及其工作部门权力清单制度,依法公开权力运行流程”,推进行政权力运行信息公开,以及行政权力的“清单式”和“流程化”<sup>[22]</sup>。私法自治原则下,行政权力改革旨在实现“法定职责必须为、法无授权不可为”,即各级行政机关必须依法履行职责,坚持法定职责必须为、法无授权不可为,决不允许任何组织或者个人有超越法律的特权。其一,行政机关依法全面履行政府职能;其二,行政机关没有法律法规依据不得做出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定;其三,强化对行政权力的监督,全面推进政务公开。如此等等的改革均以维护人民权益为目标,而且依法行政、服务型政府的建设必将提升人民权益。

## 四、结论

法治中国建设和私法自治是人民利益的有机结合。首先,法治中国建设为解决私法自治的困境提供了政策指引和制度支持。其次,私法自治不仅是抽象的私法原则,还是法治中国建设图景中维护和实现人民权益的重要途径,有助于合理定位公权与私权之间关系。最后,法治中国和私法自治都是我国法治文明的基本涵项,两者相得益彰:法治的关键在于法律控制权力,用法来规范和约束政府的权力,保障公民的权利;私法自治的宗旨在于坚持私权优位,贯彻意思自治原则,强调以人为本,体现对人的终极关怀<sup>[22]</sup>。

### [参考文献]

- [1] 中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议. 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定[N]. 北京:人民日报,2014-10-29,(01).
- [2] 中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议. 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定[N]. 北京:人民日报,2013-11-16,(01).
- [3] 舒国滢,冯洁. 作为文明过程的法治[J]. 北京:中共中央党校学报,2015,(1):16-21.
- [4] 孙笑侠.“法治中国”的三个问题[J]. 长春:法制与社会发展,2013,(5):35-36.
- [5] 韩大元. 简论法治中国与法治国家的关系[J]. 长春:法制与社会发展,2013,(5):9-11.
- [6] 陈兵兵. 习近平法治中国建设思想及其时代价值[J]. 北京:人民论坛,2015,(5):202-204.

- [7] 刘红臻. “法治中国建设理论与实践研讨会”综述[J]. 长春:法制与社会发展,2013,(5):48-53.
- [8] 汪习根. 论法治中国的科学含义[J]. 北京:中国法学,2014,(2):108-122.
- [9] 郭道晖. 论法治社会及其与法治国家的关系[J]. 北京:中共中央党校学报,2015,(2):5-11.
- [10] 李 军. 私法自治的基本内涵[J]. 石家庄:河北法学,2005,(1):6-8.
- [11] 林国华. 私法自治原则的基础[J]. 济南:山东大学学报,2006,(2):4-8.
- [12] 朱庆育. 意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论[M]. 北京:法律出版社,2009:5.
- [13] 钟瑞栋. “私法公法化”的反思与超越——兼论公法与私法接轨的规范配置[J]. 武汉:法商研究,2013,(4):117-126.
- [14] 王利明. 负面清单管理模式与私法自治[J]. 北京:中国法学,2014,(5):26-40.
- [15] 麻 锐,李建华. 私权概念的私法逻辑[J]. 郑州:河南社会科学,2014,(9):29-36.
- [16] 李建华,杨代雄,韦经建. 以人为本与中国民法典的价值取向[J]. 长春:社会科学战线,2006,(5):222-228.
- [17] 李海青. 私法自治的哲学阐释[J]. 上海:上海行政学院学报,2007,(5):4-10.
- [18] 王利明. 法治:良法与善治[J]. 北京:中国人民大学学报,2015,(2):114-121.
- [19] 习近平. 在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话[N]. 北京:人民日报,2012-12-05,(02).
- [20] 辛 鸣. 论法治中国的实践逻辑[J]. 北京:中国特色社会主义研究,2015,(1):5-11.
- [21] 张文显. 全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读[J]. 济南:法制与社会发展,2014,(1):5-20.
- [22] 黄 韬. 社会主义法治意识[M]. 北京:人民出版社,1995:102,26.
- [23] 张文显. 法治中国建设的前沿问题[J]. 北京:中共中央党校学报,2014,(5).

(责任编辑 澹 雅)

## Rule China by Law and Autonomy of Private Law

ZHENG Zhitao

**Abstract:** The rule of law in China and the autonomy of private law are inner connected and consistent with each other, for both of which the subject and core are people. At present, the autonomy of private law is facing two major difficulties, which are the identification of the boundaries between public and private, as well as the conflict between public rights and private rights. According to the goal set up for ruling china by law, people's rights and interests must be fully respected and guaranteed while solving these difficulties. People's rights and interests are the connection between the implementation of the principle of autonomy of private law and the realization of ruling china by law in juridical practice. Moreover, solving the difficulty of autonomy of private law will also be helpful to the realization of ruling china by law.

**Keywords:** Rule China by Law, Autonomy of Private Law, Difficulty, People's Rights and Interests