



民法总则制定中的 民商法问题

周林彬 龙著华 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



民法总则制定中的 民商法问题

周林彬 龙著华 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则制定中的民商法问题 / 周林彬, 龙著华主编. —北京: 知识产权出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4627 - 5

I. ①民… II. ①周… ②龙… III. ①民法—研究—中国 ②商法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 291892 号

责任编辑: 刘 睿 邓 莹
文字编辑: 邓 莹

责任校对: 董志英
责任出版: 刘译文

民法总则制定中的民商法问题

Minfa Zongze Zhiding Zhongde Minshangfa Wenti

周林彬 龙著华 主编

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄55号

责编电话: 010 - 82000860 转 8113

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京中献拓方科技发展有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 1/16

版 次: 2016年12月第一版

字 数: 280千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4627 - 5

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: liurui@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 18.25

印 次: 2016年12月第一次印刷

定 价: 46.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序 言

近代著名思想大家孟德斯鸠在其经典作品《论法的精神》说道，“在民法慈母般的眼里，每一个个人都是整个国家”。在现代大陆法系国家，民法定性为私法，是市民社会的基本行为规则，主要内容包括民商法。因此，民商法之精神即在于对市民社会中私人利益之全面维护和保障，是通往自由之路的必然选择。

我国于1949年建立社会主义新中国至今，曾先后四次启动民法典编纂工作未果，主要原因在于市民社会不健全、市场经济不健全以及民商事基本法的不健全。2014年，中共十八届四中全会决定，将民法典编纂作为完善中国市场经济法律制度首要任务之一，似曾放缓的民法典编纂工作的相关立法又进入快车道。作为民法典编纂重要内容的《民法总则（草案）》，近期由全国人大法工委向社会公开征求意见，有关民法典编纂的立法选择问题，成为当下中国民商法学术研讨会的一个中心议题。

正是在这个背景下，由广东省法学会民商法学研究会主办、广东外语外贸大学法学院承办、广东金轮律师事务所协办的广东省法学会民商法学研究会2015年年会暨“民法总则制定中的民商法问题”研讨会，于2015年12月12日在广州召开。与会200多位来自省内外、港澳台地区高等院校、研究机构及实务部门的民商法学者和实务工作者，针对正在制定中的《民法总则》进行了深入的专题探讨。尤其与会期间，也有如王利明教授、刘贵祥大法官等来自中国人民大学、最高人民法院等国内民商法学界与实务界大家与会参与研讨。

广东省法学会民商法学研究会自成立至今，坚持研究民商法中的热

点问题，利用年会学术研讨会和年会论文集集出版的学术平台，加强省内外民商法学界与实务界之间的交流，注重培养民商法青年学人，着力建设岭南民商法律人学术共同体并以此作为办会传统。因此，在广东外语外贸大学法学院龙著华教授和知识产权出版社刘睿编审、邓莹博士的大力支持下，以本届年会获奖的青年作者（博士和硕士研究生）获奖论文为主体的年会论文集公开出版。这是岭南民商法学术研究的一次新展示，期望对我国民法典编纂给予有力推动。

爰缀数语，以为说明。

中国商法研究会副会长、广东民商法学研究会会长、
中山大学法学院教授、博士生导师

周林彬

2016年8月8日于广州

目 录

教 师 编

中国民法典的编纂体例问题研究·····	于海涌 (3)
社会信用体系建设中的隐私权保护·····	吴国平 (13)
诉讼时效制度的理论构建与立法选择·····	张继承 王廷杰 (25)
“大数据时代”制定的民法典应加载网络要素·····	刘志永 (34)
民法法源的类型·····	梁展欣 (43)
物业资质对合同效力判别路径之检视·····	陈 斯 邹国雄 (51)
困境与突破：商业惯例审判运用的解构与设计 ——以货物运输合同纠纷中商业惯例运用实例为视角·····	李世寅 (59)
论P2P网络借贷平台的法律规制 ·····	朱少波 (69)
《民法总则（专家建议稿）》中将遗体“视为物”及该“物权行使”的 逻辑证成·····	何小锐 (78)
我国农村宅基地流转与退出机制的完善 ——兼谈《民法典总则专家建议稿 （征求意见稿）》第60条·····	幸 红 林鹏程 (87)
论取得时效制度的构建·····	龙著华 吴静煌 (95)
商事营业权之为基本权利研究 ——由“专车合法化困境”引发的 商事营业权之思考·····	喻 磊 曹亚君 (104)
浅析现行民法对商事行为的调整及问题对策 ——以民法典编纂为视角·····	张永生 钟明霞 (113)

民法典编纂中法人制度相关研究·····	周林彬	蔡文静 (122)
有限责任公司股权回购协议效力问题研究		
——以营业自由原则为视角·····	周林彬	殷巧娟 (130)

学 生 编

论私立学校在民法典总则中的主体定位·····	官招阳 (143)
论民法典总则中法律关系客体的扩张	
——以虚拟财产为例·····	李 昂 (152)
对民法典总则中自然人制度的探讨	
——论“两户”的存与废·····	姚蔚子 (160)
取得时效制度的研究·····	陈 铨 (169)
浅析法人独立责任之法人重构·····	陈亚颖 (179)
论我国民法典总则中间接代理制度的构建·····	黄 迪 (188)
关于我国民法典总则中显失公平和乘人之危的探讨·····	江 韵 (196)
从立法角度浅析瑕疵意思表示类型·····	李卿云 (204)
论民法典中人格权的独立成编·····	夏冰心 (212)
民法典总论、总则意见	
——以法典编纂为中心·····	余 岱 (220)
论授权不明时代理人的法律责任·····	梁远高 (228)
我国植物人监护问题之反思与完善·····	薛 磊 (236)
关于营利法人在民法典总则中的制度构建问题研究·····	康敏智 (245)
新形势下我国民法典的定位及其超越·····	张 斌 (253)
注册资本登记制度改革下董事对债权人的责任及其限制·····	黄海燕 (261)
论我国民商事立法的选择	
——制定《商事通则》之可行性分析·····	李璁怡 (269)
民法总则中的商事习惯应如何适用·····	马恩斯 (276)

教师编

中国民法典的编纂体例问题研究

■ 于海涌*

【内容提要】关于中国民法典的编纂，从体例安排上来看，应当坚持以下几点：贯彻人文主义的理念，应当把“人”的内容放在前面，然后把“财产”的内容放在后面；保留债权编；民事责任独立成编；贯彻“先总则，后分则”，“先权利，后救济”。根据本人关于中国民法典编纂问题的思考，中国民法典按照以下体例安排进行编纂可能比较妥当：总则、人格权、婚姻家庭、物权、债权、财产继承、民事责任、涉外的民事法律适用。

【关键词】民法典 法典编纂 立法体例

全国人大在2010年已经宣布我国的社会主义法律体系基本形成，但我国民法典还只是一个半成品。大陆法系国家的立法注重成文法的逻辑性和体系性。如果不制定民法典，法官在审判案件时就会明显感到逻辑性和体系性存在诸多问题：第一，缺少民法总则。到现在为止，民法总则适用的只是《民法通则》里非常简陋的规定，很多应当由总则规定的内容仍有很大的欠缺。第二，欠缺人格权编。《民法通则》已经确定民法的调整对象为平等主体之间的财产关系和人身关系。现在调整财产关系的法律已经陆续出台了，但是调整人身关系的法律还远远不够，离体

* 于海涌，中山大学法学院教授，博士生导师，主要研究方向为民商法和立法学。

系化的要求还有很大的差距。第三，缺少《债法总则》。大陆法系国家的财产法通常由物权和债权两大板块构成，现在我们没有债法总则方面的规定，这是不符合大陆体系化要求的。基于以上理由，我认为仍然需要继续推进中国民法典的立法工作。以下是笔者对中国民法典编纂体例问题的宏观思考。

一、人文主义和物文主义的问题

针对民法典的制定，梁慧星老师和徐国栋老师围绕人文主义和物文主义的问题展开讨论。徐国栋主张把人法放在前面，物法放在后面，突出人的主导地位。虽然民法是权利法，但权利都是以人为核心的，民法典的立法要体现人文主义，用他自己的话说就是“新人文主义”。徐国栋老师认为，如果按照总则、物权、债权、家庭和继承，这种立法体例没有突出人的地位，主要是以财产为主，这就成了“物文主义”。

关于人文主义和物文主义的争议，听起来好像是两个水火不容的主义之争，但是仔细思考以后发现，其实它们之间的分歧并不是原则性的争议，而仅仅是立法技术上的争议，而且这个差异对民法典并没有太大的影响。民法是一个行为规范，又是一个裁判规范。无论是人编在前面，还是物编在前面，对当事人的民事利益都不会产生影响，对法官的判决也不会产生影响，我觉得它仅仅是立法者在立法理念上的些许差别。举个例子，我国在制定1982年《宪法》时，就有学者提出来，要把公民的基本权利和义务部分放在宪法的前面，把国家机关部分放在后面，以便突出我们国家注重保护公民的基本权利和义务。但是我国《宪法》实施的情况并不会仅仅因为“公民的基本权利和义务”放在前面就得以充分实现，这与把国家机关放在前面或者后面并不会造成天壤之别。对于民法典的制定，徐国栋老师和梁慧星老师的观点似乎看起来是两种主义，其实真正对当事人的行为规范、司法机关的裁判都不会有太大的影响。但是，从理念上讲，我个人认为把人编放在前面更符合以人为本、以人为核心的民法精神，从理念上说是有一定价值的，但是对于二者的差别没有必要过于夸大。

二、债法总则编的问题

我国已经出台《合同法》和《侵权责任法》，这两个法律基本上包含债法的主要内容。我国是否还需要制定《债法总则》？我认为，《债法总则》编仍然需要制定。

（1）债权是一个上位的概念，它涵盖侵权行为之债、合同之债。如果因为有了《侵权责任法》和《合同法》，就不制定债法总则，那么债法这个概念在民法典中的存在都会成为问题。我国作为大陆法系的成员，别的国家都有物权和债权，而我们国家竟然没有债权的概念，那么我们国家的民法典岂不是成为大陆法系家族中的异类？

（2）民法典只有保持一种开放的体例，才能够吐旧纳新，为将来的发展留有空间。且不说未来的发展，就以当前的研究而言，对于有些东西，如果既不属于违约，也不属于侵权，那么在民法典中如何归类？比如无因管理、不当得利就不好归类。当然有些学者把无因管理和不当得利当做准契约，这样勉强说得过去，但从长远发展来看，如果将来碰到无法准契约的情形，这个封闭的体系该如何容纳？没有债法总则，仅仅规定合同和侵权行为，这种近乎封闭的体例为将来保留的开放空间就会更小。如果有了《债法总则》，就可为未来留下一个开放的空间。

（3）我国是在没有制定《债法总则》的情况下先出台了《合同法》，合同法承担了相当一部分《债法总则》的内容，将来编纂的时候应该进行调整。从合同法的内容来看，合同法大量使用了“债权”“债务”“债权人”“债务人”的概念，其实已经预计与未来的债法总则遥相呼应。

（4）立法的简约也是考虑的重要因素。如果有了《债法总则》，那么债权人的代位权、债权人的撤销权、债的担保、债的转让、债的抵销等都可以理顺，而且无论合同之债、侵权行为之债、无因管理之债、不当得利之债等都不用特殊规定了，都属于总则的部分。如果没有总则，那么在立法中就要棘手一些。举个例子，比如说债的抵销，根据合同法，如果张三欠李四100元钱，李四欠张三120元钱，两项可以进行抵销。侵权行为中是否也存在债的抵销？当然也会有。比如交通事故，

两辆车相撞，结果双方各承担50%的责任，这其中就有债的抵销。如果有《债法总则》，直接规定债的抵销就可以了，如果没有债法总则，那么是不是在《合同法》中规定一个抵销，在《侵权责任法》里再规定一个抵销？再比如保证人问题。合同中经常约定有保证人，如果我对你的资信能力表示怀疑，那么双方可以约定由一个资信能力较强的人做保证人。侵权行为中有没有保证人？同样有。张三打伤了李四，在和解的过程中，李四可能觉得张三没有足够的财产，张三就可以找一个有钱的第三人做保证人，这样纠纷就可以庭外和解。如果没有《债法总则》的话，是不是合同法中规定一个保证人制度，在侵权行为中再搞一个保证人制度？所以，考虑立法的体系化和逻辑化、保持开放的体系以及立法的简约，《债法总则》都是需要的。

三、人格权编的问题

人格权要不要独立成编？我认为，人格权不仅应该独立成编，而且要把它放在民法典的重要位置。在民法典的体例安排上，第一编应当是总则编，第二编就应当是人格权编。因为民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律。更准确地说，民法是调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律。应该把人身关系放在前面，财产关系放在后面，以此突出人的中心地位和重要性。

有学者指出，从美学的角度考虑，人格权的内容比较少，却占了一编，从架构上看不美观。我琢磨了一下，如果人格权法要带有一定的前瞻性和开放性的话，人格权的内容其实不少。关于隐私权的内容、生命权的赔偿问题、精神损害问题、器官移植的问题、安乐死问题、人工捐献精子问题，还有实验性药品的健康损害问题。如果一个新药刚研制出来（起初我们都是白老鼠身上作实验）但是对它的副作用还没有充分评估，这个时候我们需要用人体作实验，在这种情况下，药对人的健康损害的风险还不清楚，但是这个实验又是必需的，要不然无法研发出新药，这就存在对人体健康的损害问题。再例如安乐死问题，荷兰就有单独的“安乐死法”，当然这对我国来说还过于超前。不过由此看来，人

格权的内容绝对不少，所以我认为人格权编不仅要制定，而且完全可以独立成编。这不仅是必要的，而且是完全可行的。

四、民事责任编的问题

在我国未来民法典的编纂中，《侵权责任法》应该安排在什么位置？是把它安排在债编中，还是安排在《民事责任》编里面？我觉得这就存在一个民事责任是否需要独立成编的问题。

侵权责任到底是一个民法上的债，还是一种民事责任？债和责任其实是两个不同的东西。侵害了别人的权利，应当首先产生的是一个民事债务。如果当事人自觉履行债务，无需国家公权力提供救济，这个债务就消灭了，这是第一次的债。如果当事人不承认侵权，不承认债务，受害人提起诉讼，这产生的就是一个民事责任。所谓责任，就是不履行义务所产生的法律后果，它体现的是国家对民事权利的救济。我们可以把它称为第二次的债。所以我认为侵权行为既可以产生债，也可以产生民事责任。

过去制定《民法通则》的时候，民事责任部分独立成章，这是我国《民法通则》的一个特色。但根据现在民法典立法的几个版本，还没有一个专门设定民事责任编的。应该设立一个独立的民事责任编，因为民法典讲究体系和逻辑。物权编、债权编、亲属编和财产继承编都是对权利的确认，也就是民法要保护的权利和利益。按照逻辑，这些权利遭受侵害的时候，国家应该提供救济，民事责任编就体现了这种救济。这个逻辑非常清楚，前面几编都是对权利的确认，后面的民事责任就是对权利的保护，也就是对侵害权利所给予的救济，所以应该单独成立一个民事责任编。当然进行民法典编纂的时候，可以把违约责任、侵权责任等内容编纂在一起，调整后成立一个独立的民事责任编。这样民法典的体系就更加严密，体系更加完整和紧凑。

五、民法和商法之间的关系问题

《中国民法典》正在如火如荼地制定中，中国商法学界也在积极酝酿制定《中国商法典》或《中国商法通则》。对于《中国商法通则》的立法问题，我的观点旗帜鲜明，我认为《商法通则》既没有必要，也不可行。

（一）《商法通则》的定位模糊

如果要制定《商法通则》的话，那么它究竟是一个类似于《民法通则》的小而全的法律，还是未来《中国商法典》的总则编？这个问题必须明确。如果是《中国商法典》的总则编，就应当把整个商法典中具有共同性、一般性的规则抽象出来。问题是，怎么能够提炼出涵盖公司法、海商法、票据法、证券法、信托法、保险法的一般规则？我举个例子，大家能否从票据法和公司法这两部法律中抽出一个能够共同适应的规则？票据法非常强调票面的记载事项、出票、承兑和付款等，它和公司法中的公司设立、公司治理、公司破产和公司登记等几乎没有任何关系；再举个票据法和海商法的例子。如果发生了船舶碰撞，红灯亮了没有？绿灯亮了没有？船舶有没有减速？航向有没有及时转变？可以说船舶碰撞问题和票据承兑问题几乎是风马牛不相及，很难找到共同适应的规则。可能有学者会认为，商主体、商事营业资产、商业账簿、商事代理、商事担保等可以说是共同的规则，对于这些规则，我觉得大部分属于民事主体制度或公司法人制度的东西。能否找到涵盖所有商法领域的规则？我认为是很困难的。

如果《商法通则》不是《商法典》的总则编，而是类似于《民法通则》的东西，这个定位是否合适？对此我也深表怀疑。我们制定《民法通则》的时候是1986年，那个时候我国商品经济的发展刚刚起步，法律规则十分欠缺，由于社会急需一些基本的法律规则，而当时制定《民法典》又不成熟，在这个情况下仓促地制定出一个只有156条的小而全的法律是可行的。现在回过头来看《民法通则》，可以说是挂一漏万，捉襟见肘。没有任何一个民法学者会否定《民法通则》重要历史作用，因为在当时急需的情况下，它的确发挥了民事基本法的重要作用。但是，

如果现在再制定一个类似于《民法通则》的东西，我估计不太可行。到目前为止，我国的公司法、海商法、保险法、票据法、信托法和证券法都这么齐全了，你再制定一个小而全的《商法通则》，显然不太可行。

总之，无论是把《商法通则》定位为类似于《民法通则》小而全的基本法，还是把它定位为《商法通则》的总则篇，我认为都是不太可能的。

（二）《商法通则》有没有足够的特殊性

制定财产所有权，是不会把它区分为男人的所有权还是女人的所有权的，因为这种分类是没有意义的。商行为、商事代理和商事担保，如果它们没有足够的特殊性，从而需要突破民法的一般规定，那么这种突破就是不必要的。在民法的担保物权之外，是否需要单独的商事担保？在民法的代理制度之外是否需要专门的商事代理？我认为虽然有一定的特殊性，但这种区别是否需要单独立法，我表示怀疑。

（三）可能导致法律适用中的混乱

如果在民法之外又制定一个《商法通则》，或者说在《民法典》之外再制定一个《商法典》，会不会反而导致法律适用中的混乱？如果甲股份有限公司和乙股份有限公司之间订立了买卖合同，它是不是适用《民法典》中合同的规定？如果二者出现了一个抵押，是不是适用民法中的担保物权，还是有什么特别的商事担保？再比如，我是一个自然人，我不是商主体，有个商主体（商业公司）出具一个票据给我，显然我是民事主体，公司是商事主体，问题是：对于这个票据，到底是用《民法典》还是《商法典》，是用《民法通则》还是用《商法通则》？这反而会在法律的适用中引起不必要的混乱，这是我的一个担心。

（四）商法的“去法典化”趋势

法国、德国、日本都制定了“商法典”，但是适用之后慢慢呈现了去法典化的趋势。如果公司法、海商法、票据法、证券法和信托法等制定为单行法，而能够涵盖公司法、海商法、票据法、证券法和信托法所有的领域总则性规定又非常有限，那么商法典的内容基本上就空了。从大陆法系的发展看，这个商法典已经慢慢地被掏空了，逐渐被淡化、被弱化，日渐式微。

（五）尊重中国的立法传统

从中国的立法历史来看，中华民国时期制定民法典的时候，曾经考虑到我们国家到底是采取民商合一还是民商分一。当时立法院长胡汉民进行了考察，考察的结果认为，中国采取民商合一，不在民法之外制定专门的商法典，在民法典之外制定若干的单项法就可以了。我国台湾和大陆具有同样的法律文化传统，从目前的情况来看，台湾这样做没有什么大的妨碍，这是中国法律文化的继承问题，这也可以给我们一些启示。我的初步结论就是，在中国当前制定民法典之外没有必要制定商法典，至少我表示建设性的怀疑。

六、对我国目前民法典立法的基本评价

（一）应该先制定总则，后制定分则

大陆法系非常强调法律的逻辑性和体系性，但是现在我国民法典的立法状况恰恰是与此背道而驰的，不讲体系、不讲逻辑。如果要讲体系、讲逻辑的话，在《民法典》的制定中，应该先制定总则，然后再制定分则。我们现在是制定了《物权法》《合同法》《侵权责任法》，但《民法总则》编还悬而未决，所以这就难免会出现一些不太协调的问题。举个例子，《物权法》已经出台了，其中第60条规定：对于属于村农民集体所有的土地等，由村集体经济组织代表集体行使所有权。现在的问题是：村集体经济组织是什么类别的民事主体？农村集体经济组织显然不是自然人，但它是什么组织？它是法人还是非法人？它是企业法人还是非企业法人？是营利性的组织还是非营利性的组织？这一切都没有明确的规定。虽然《物权法》已经确定了它是一个民事主体，但是由于《民法总则》尚未制定，所以这个疑问只能悬而未决。再比如说，《物权法》中制定了建筑物区分所有权，其中规定了业主大会，但业主大会是个什么组织？似乎也只有《民法总则》能够规定，但是《民法总则》迟迟没有出台，这个问题也只能是一笔糊涂账。所以我认为在民法典的立法中没有坚持逻辑性，没有按照“先总则，后分则”的逻辑顺序纲举目张地展开，由此导致现在立法中出现了一些混乱。