



LEGISLATION IDEA AND
SYSTEM CONSTRUCTION OF
CIVIL LAW

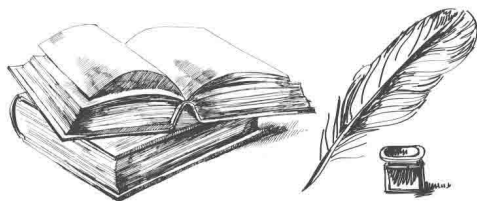
民事立法理念与制度构建

房绍坤 王洪平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系中宣部文化名家暨“四个一批”人才工程自主选题资助项目
“中国民法典编纂问题研究”的研究成果



LEGISLATION IDEA AND
SYSTEM CONSTRUCTION OF
CIVIL LAW

民事立法理念与制度构建

房绍坤 王洪平 著



法律出版社

LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事立法理念与制度构建 / 房绍坤, 王洪平著.
—北京: 法律出版社, 2016. 12
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0379 - 0

I. ①民… II. ①房…②王… III. ①民法—
立法—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 298421 号

民事立法理念与制度构建

房绍坤 王洪平 著

责任编辑 徐蕊
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2016 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 26.75 字数 520 千

印次 2016 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 法律教育出版社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0379 - 0

定价:69.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 民法典总则立法的体例设计与逻辑构造	001
一、民法典总则的体例设计	001
二、民法典总则的逻辑构造	006
第二章 民法法源的甄别与选取	013
一、“国家政策”之法源性的规范分析	013
二、民事习惯Ⅰ：民事习惯法源地位之历史认识和现代反思	033
三、民事习惯Ⅱ：民事习惯的动态法典化	079
第三章 诚实信用原则	106
一、诚信原则的法律内涵	106
二、诚信原则的制度流变	108
三、诚信原则的规范功能	112
四、诚信原则的适用案型	119
五、诚信原则的可诉性问题	129
第四章 民事权利的构成与权利滥用制度	132
一、民法上权利之构成、扩张与泛化	132
二、禁止权利滥用原则	159
三、权利失效规则及其制定法化	171

第五章 民事主体制度的构建	189
一、民事主体类型化的基本理论	189
二、法人分类的立法选择	200
三、“两户”的民事主体地位	206
四、合伙立法Ⅰ：协议型合伙与组织型合伙	209
五、合伙立法Ⅱ：民事合伙与商事合伙	218
六、合伙立法Ⅲ：隐名合伙与表见合伙	225
第六章 诉讼时效制度的立法重构	250
一、时效立法模式的选择	250
二、诉讼时效名称的取舍	256
三、诉讼时效期间的确定	262
四、诉讼时效停止制度的立法选择	268
第七章 物权法上的自治与管制	289
一、私法自治与物权法定之辩证关系	289
二、担保物权上的意思自治及规范选择	301
第八章 集体土地上的物权制度	324
一、土地承包经营权抵押的制度构建	324
二、农民住房抵押试点的制度设计	333
三、农村集体经营性建设用地入市的思考	350

第九章 债法上新债清偿制度的建立	364
一、新债清偿的性质	364
二、新债清偿的成立条件	369
三、新债清偿的效力	371
四、新债清偿与我国民法典的债法立法	378
第十章 继承法的修改与完善	381
一、继承法修改的宏观思考	381
二、遗嘱形式的完善	391
三、遗产分割归扣制度的建立	407
后 记	420

第一章 民法典总则立法的体例设计与逻辑构造

一、民法典总则的体例设计

从各国民法典的体例设计来看,民法典是否设有总则与民法典的编纂模式直接相关,基本上可以分为总则模式、序编模式和混合模式。总则模式和混合模式主要为潘德克顿模式的民法典所采用,而序编模式主要为法学阶梯模式的民法典所采用。总则模式是通过“提取公因式”的方式将民事法律制度共同适用的规则抽象出来编排于总则编,以避免相关规定在分编一再重复出现,从而形成民法典的“总则—分则”结构,如《德国民法典》《日本民法典》等。序编模式是将不涉及民事法律制度但与民法适用有关的最一般性原理原则加以规定并设计为序编(序言、序题),如《法国民法典》《瑞士民法典》《荷兰民法典》《意大利民法典》《西班牙民法典》《奥地利民法典》《阿根廷民法典》《智利民法典》《菲律宾民法典》《美国路易斯安那民法典》等。混合模式即“总则+序编”模式,即民法典采取“总则—分则”结构,但在总则的开篇以“基本规定”“一般规定”“通则”“法例”“法律、法律之解释与适用”等形式规定序编的内容,如《俄罗斯民法典》《葡萄牙民法典》《韩国民法典》《巴西民法典》《蒙古国民法典》以及我国《澳门民法典》和台湾地区“民法”等。我国有学者将混合模式中的序编称为实质序编,

而将序编模式中的序编称为形式序编。^{〔1〕}在我国,民法典总则的体例如何设计,学者间存在不同的看法,主要存在三种观点。第一种观点认为,民法典应当设置总则编。例如,王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》(以下简称《王利明建议稿》)设计了总则和分则,总则的内容包括一般规定、自然人、法人、合伙、民事权利客体、法律行为、代理、诉讼时效、期间与期日、民事权利的行使和保护;^{〔2〕}梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》(以下简称《梁慧星建议稿》)亦设计了总则和分则,总则的内容包括一般规定、自然人、法人与非法人团体、权利客体、法律行为、代理、诉讼时效。^{〔3〕}第二种观点认为,民法典应当设置序编。例如,徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》(以下简称《徐国栋建议稿》)设计了序编,其内容包括:预备性规定、人、客体、法律事实和法律行为、代理、民法世界中的时间、基本术语的定义。^{〔4〕}第三种观点认为,民法典应当设置序编性质的总则编。陈小君教授指出,民法典的首编选择何种形式,不但关乎首编自身成败,且影响到整个民法典体系的协调和谐。但这并不意味着非设总则不可,同时亦不能非此即彼地认为简单地冠之以序编就万事大吉。民法典应设总则自不待言,但这一总则,是集序编和总则之成、格二者之非的总则。名同而实异,因此称之为“小总则”或许更为妥帖。这个“小总则”编应就民法的渊源、民法的解释及适用、基本原则、权利的行使、期日和期间等问题设立总则性的规定。^{〔5〕}从上述观点来看,民法典的体例如何设计,实际上反映的是应设置“大总则”还是“小总则”的区别上。第一种观点所指的“总则”属于“大总则”,属于混合模式中的“总则”;第二种观点所指的“序编”不同于序编模式中的“序编”,而与总则模式和混合

〔1〕 参见陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,载《法学研究》2004年第6期。

〔2〕 参见王利明(项目主持人):《中国民法典学者建议稿及立法理由》(总则编),法律出版社2005年版。

〔3〕 参见梁慧星(课题组负责人):《中国民法典草案建议稿附理由》(总则编),法律出版社2013年版。

〔4〕 参见徐国栋:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版。

〔5〕 参见陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,载《法学研究》2004年第6期。

模式中的“总则”相当。但因其剔除了自然人和法人的相关内容,可以将这种“序编”称为“小总则”;第三种观点所指的“总则”既不同于总则模式中的“总则”,也不同于混合模式中的“总则”,其内容更接近于序编模式中的“序编”。因其将总则模式和混合模式中的民事主体、客体、法律行为、代理、诉讼时效等内容排除在外,其内容较之第二种观点所指的“总则”还要少,可以称之为“小小总则”。我们认为,我国民法典总则应当采取混合模式,设置“大总则”,主要理由在于:

第一,序编与总则具有不同的功能,两者不能相互替代。从各国民法典的规定来看,无论是形式序编还是实质序编,其内容主要包括法律的一般效力、法源、法律适用、法律解释等。这些内容是法律适用的通例,是全部民法的法则。就实质序编而言,其可以看成是总则中的总则,是民法适用上最基本的原理原则。^{〔1〕}因此,序编的内容处于抽象的最高位阶,并不是法律规范的具体构成要素^{〔2〕},一般不具有直接适用性,对于民事法律制度不具有统率作用;而总则是通过“提取公因式”的方式从民事法律制度中抽象出来的共同规则,具有直接适用性,对分则具有统率作用。因此,序编与总则不能相互替代。上述第二种观点所称的“序编”在内容上大都属于总则的内容,对“人身关系法”和“财产关系法”大都具有统率作用,实为混合模式中的“总则”。因此,这种“序编”称为“总则”更为合适。第三种观点主张我国民法典应以“总则—分则”作为构造模式,建构一个“小总则—人法—亲属法—继承法—财产法”的五编制体系。^{〔3〕}但这种“小小总则”与序编模式中的“序编”更为接近,基本上不具有总则的功能,称之为“序编”更为合适。可见,无论是将“总则”说成是“序编”,还是将“序编”说成是“总则”,均存在名不符实的弊端,也混淆了两者的功能,实不可取。

第二,民法典总则的共同规则与分则的具体规则并非严格的对应关系。民法典总则的优点是将私法上的共同事项加以归纳,具有合理

〔1〕 参见郑冠宇:《民法总则》,2012年台北自版,第38页。

〔2〕 参见韩松:《论我国未来民法典总则编结构》,载《当代法学》2012年第4期。

〔3〕 参见陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,载《法学研究》2004年第6期。

化的作用,可以避免重复或大量采准用性规定。但这种抽象规定也存在缺点,就是必须创设例外,正所谓“利之所在,弊亦随之”。^{〔1〕}就民法典总则的设置而言,要么制定一些非常一般的规则,这样,一般规则的数量势必就很少,总则为分则减少负担的效果难以发挥出来;要么承认在一般规则之外,还存在个别的例外。^{〔2〕}基于民事法律制度的多样性和复杂性,民法典总则只能选择后一种方式,不可能做到与分则的规定完全对应。如果这样要求,就是犯了绝对主义的错误。我们认为,只要能够从民事法律制度中抽象概括出共性的东西,并能够适用于分则规定的某些具体制度,都可以设计为总则的内容。例如,第三种观点将总则模式和混合模式中属于总则的民事主体、客体、法律行为、代理、诉讼时效等内容排除在总则之外,认为法律行为、权利客体、诉讼时效等只适用于财产法,故应在财产法编设置总则加以规定。^{〔3〕}我们认为,法律行为、权利客体、诉讼时效是否只适用于财产法是值得讨论的。其实,在亲属法、继承法中,法律行为、权利客体、诉讼时效也都有适用的余地。例如,亲属法上的夫妻财产约定和收养协议、继承法上的遗赠扶养协议和继承协议,在本质上都是一种法律行为,有关法律行为的基本原理对其也是适用的。再如,继承法上也有诉讼时效的适用问题,而遗产本身就是权利客体。可见,将法律行为、权利客体、诉讼时效规定于财产法编,将会影响亲属法、继承法对法律行为、权利客体、诉讼时效的适用。

第三,民事立法不能忽视我国的法律传统。在我国历史上,民法法典化开始于清末法制变革。1911年,清政府编纂完成了《大清民律草案》,采取“总则一分则”结构,总则内容包括法例、人、法人、物、法律行为、期间及期日、时效、权利之行使及担保。1925年,北洋政府修订法律馆在《大清民律草案》的基础上修订完成了《民国民律草案》(第二次

〔1〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第21页。

〔2〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第31页。

〔3〕 参见陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,载《法学研究》2004年第6期。

民法草案),总则的内容设计为人、物、法律行为、期限之计算、消灭时效。^[1] 1928年12月,南京国民政府立法院在《民国民律草案》的基础上分编完成了《中华民国民法》编纂工作,亦采取“总则一分则”结构,总则内容包括法例、人、物、法律行为、期间及期日、消灭时效、权利之行使。新中国成立后,我国亦进行了多次民法典起草工作。1954年,全国人大常委会组织民法起草,至1956年形成了《民法草案》,设置了总则,内容包括基本原则、民事权利主体、民事权利的客体、民事行为、诉讼时效。1964年,全国人大常委会办公厅起草完成了《民法草案(试拟稿)》,其总则的内容包括民法的任务、基本原则、参与经济关系的单位和个人、制裁和时效、适用范围。1982年,全国人大法制委员会起草完成了《民法草案(第四稿)》,虽没有采取“总则一分则”结构,但民法的任务和基本原则、民事主体两编属于总则的内容。^[2] 1986年,我国颁布了《民法通则》,设基本原则、公民(自然人)、法人、民事法律行为和代理、民事权利、民事责任、诉讼时效、涉外民事法律关系的适用、附则。其中,基本原则、公民(自然人)、法人、民事法律行为和代理、诉讼时效属于总则的内容。2002年,全国人大常委会法制委员会起草完成了《中华人民共和国民法草案》,其总则的内容包括一般规定、自然人、法人、民事法律行为、代理、民事权利、民事责任、时效、期间。^[3] 从上述民法起草及法律文本来看,新中国成立前的《大清民律草案》《民国民律草案》《中华民国民法》均采取了潘德克顿模式,设有总则,且内容基本相同,属于“大总则”。新中国成立后的《民法草案》《民法草案(试拟稿)》《中华人民共和国民法草案》均设有总则,内容大同小异,也属

[1] 《大清民律草案》《民国民律草案》的有关内容,参见杨立新:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第1—8页。

[2] 1956年《民法草案》、1964年《民法草案(试拟稿)》、1982年《民法草案(第四稿)》的有关内容,参见梁慧星(课题组负责人):《中国民法典草案建议稿》(总则编),法律出版社2013年版,序言第4—5页;何勤华等:《新中国民法典草案总览》(上卷),法律出版社2003年版,第26—35页;何勤华等:《新中国民法典草案总览》(下卷),法律出版社2003年版,第97—137、560—624页。

[3] 《中华人民共和国民法草案》的有关内容,参见杨立新:《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第616—620页。

于“大总则”。《民法草案(第四稿)》和《民法通则》虽然都没有设置总则,但都规定了总则的相关内容。综上所述,在民法典中设置总则且为“大总则”是我国的法律传统。这种传统已经根植于我国立法实践,应当继承和发扬,而不能放弃。

按照全国人大法工委《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》(以下简称《民法总则(草案)说明》),我国未来编纂的民法典将由总则编与各分编组成,总则编规定民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则,统领各分编,而各分编(如合同编、物权编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等)在总则编的基础上对各项民事制度作具体可操作的规定;总则编和各分编形成一个有机整体,共同承担着保护民事主体合法权益、调整民事关系的任务。根据这一指导原则,2016年6月第十二届全国人大常委会第二十一次会议初次审议的《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则草案》)设置了基本原则、自然人、法人、非法人组织、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效和除斥期间、期间的计算、附则共11章。可见,《民法总则(草案)》基本上沿袭了《民法通则》的结构,在体例设计上采取了“大总则”的模式,这是可取的。

二、民法典总则的逻辑构造

如前所述,民法典总则是通过“提取公因式”方法从分则中抽象出来的共同规则,那么,分则中的“公因式”是通过何种途径被抽象出来的,这些“公因式”之间又存在何种逻辑关系,这些问题直接涉及到民法典总则的逻辑构造。换言之,民法典总则的设计应当确定一条贯穿始终的逻辑主线,并围绕这条主线设计总则的章节结构。从潘德克顿模式的民法典总则来看,其大都以法律关系为主线,形成了“主体—客体—行为”三位一体的逻辑结构,规定了人、物、法律行为及相关内容,而具体权利则规定于分则。例如,德国、俄罗斯、日本、韩国、我国台湾地区等民法典总则规定了人(包括自然人和法人)、物(客体)、法律行为及相关内容,巴西民法典总则规定了人、财产、法律事实,而葡萄牙及

我国澳门的民法典总则更是明确地将“法律关系”作为总则的第二编,具体规定了人、物、法律事实、权利之行使及保护四个分编。当然,也有学者认为,潘德克顿模式的民法典总则的逻辑主线是法律行为,是对法律行为经抽象而形成的共同规则。例如,梅迪库斯曾指出:民法典设置总则编的优点,主要反映在有关法律行为的规定方面。将这些规定提取概括,可以取得唯理化效应。这样,立法者就无需为每一项法律行为都重新规定其生效的要件。^{〔1〕}我国有学者也指出,德国、日本、俄罗斯等国民法典总则是以法律行为为中心建立起来的,人和物分别是法律行为的主体和客体;如果没有法律行为,总则是无法建立起来的。同时,总则中有关期间、期日、时效的规定,都可以看成是对法律行为的技术性规定,而德国民法典总则中有关“提供担保”的规定是保障法律行为履行的技术性规定。^{〔2〕}王泽鉴教授也指出,我国台湾地区“民法”总则是建立在两个基本核心概念之上,一为权利,一为法律行为。基于权利而组成权利体系,有权利主体、权利客体、权利行使等;法律行为乃是权利变动的法律事实,而以意思表示为要素。但在总则体系构成中,法律行为是私法学的最高成就,区分债权行为、物权行为及身份行为,而以意思表示为核心概念,经由多层次的抽象化过程而建造其体系。^{〔3〕}

在我国,关于民法典总则的逻辑主线,理论上存在不同的看法。第一种观点认为,应当以法律关系作为总则逻辑构造的主线。因为法律关系是整个民法逻辑体系展开与构建的基础,总则中应当根据法律关系的要素确立主体、行为、客体制度,然后在分则中确立法律关系的内容,即民事权利。^{〔4〕}第二种观点认为,应当以权利作为总则逻辑构造

〔1〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第30页。

〔2〕 参见谢鸿飞:《法律行为的民法构造:民法科学和技术问题的阐述》,中国社会科学院研究生院2002年博士学位论文,第136、144页。转引自彭诚信、戴孟勇:《论我国未来民法典总则编的结构设计》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期。

〔3〕 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第20—21页。

〔4〕 参见王利明:《民法总则研究》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第174—175页。

的主线。因为以权利为主线符合权利关系的逻辑结构和发展顺序,使总则具有严密的逻辑性和体系性,也符合民法作为权利法的属性。^{〔1〕}第三种观点认为,应当以民事活动(法律行为)作为总则逻辑构造的主线,因为民事活动是民法的基本范畴,是民法典总则的核心,总则的内容应当围绕民事活动这个中心予以设计和展开。^{〔2〕}第四种观点认为,应当以法律关系、法律行为、权利三者的结合作为总则逻辑构造的主线,因为这三者之间具有相互补足的作用且无相互冲撞之处,可以有效避免某一内容按照某一条主线应当放进总则而依据其他主线则否的矛盾状态。^{〔3〕}我们认为,上述第三种观点并不可取。该观点认为,民事活动是指民事主体实施的、旨在实现其民事利益的、受到民法调整和评价并产生相应民事法律后果的法律活动。^{〔4〕}且不说民事活动并不是一个严格的法律用语,单就其内容表述而言,其与法律行为并无本质区别。而若将民事活动等同于法律行为,并以法律行为作为总则逻辑构造的主线,则因法律行为仅是法律关系或权利的变动要素之一,除此之外还存在非法律行为的权利变动要素。因此,若以法律行为作为总则逻辑构造的主线,则将非法律行为纳入总则就不符合逻辑。第四种观点主张的是三条主线,即按照法律关系主线,应当将主体(自然人、法人)、客体(物)、法律事实(法律行为、代理、期日、期间、诉讼时效)放入总则;按照法律行为主线,应当将实施法律行为的自然人、法人,实施法律行为对象的物,实施法律行为的特别方式和期限的代理、期日、期间、诉讼时效归于总则;按照权利主线,应当将权利主体的自然人、法人,权利客体的物,权利行使方式的法律行为、代理,权利行使期限的期日、期

〔1〕 参见彭诚信、戴孟勇:《论我国未来民法典总则编的结构设计》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期。

〔2〕 参见李建华:《论民事活动——兼论我国未来民法典总则结构的设计》,载《法制与社会发展》2000年第2期。

〔3〕 参见朱格锋:《论民法典总则的技术构造》,载《研究生法学》2009年第5期。

〔4〕 参见李建华:《论民事活动——兼论我国未来民法典总则结构的设计》,载《法制与社会发展》2000年第2期。

间、诉讼时效,平等、公序良俗、权利不得滥用原则等概括进去。^{〔1〕}可见,无论是哪种主线,基本上都是按照主体、客体、法律事实展开的,而这与法律关系主线或权利主线已经没有什么区别。因此,这种观点不足取。而且如果坚持三条主线,必定会造成总则逻辑构造的混乱,不利于与分则的协调。可见,民法典总则逻辑构造的主线只能从法律关系或权利这两者之中选择。通过比较发现,上述第一、二种观点其实并没有本质上的差别。因为,第二种观点主张按照“权利主体(人)—权利客体(物)—权利内容(各种具体的权利)—权利变动的意定原因(法律行为)—权利变动的法定原因(时效)—权利的行使”这一权利主线来编排总则的内容^{〔2〕},而这里所述的权利主体、权利客体、权利内容、权利变动等完全可以用法律关系的主体、客体、内容、变动等来表述。但通过比较法律关系和权利这两条主线,我们更倾向于权利主线。

第一,从民法的属性上看,应当将权利作为总则逻辑构造的主线。德国著名法学家冯·图尔(v. Tuhr)曾指出:“权利系私法的中心概念,且为多样性法律生活的最终抽象。”^{〔3〕}近代民法的思考方式是“把所有的法律关系用‘权利’来表示”,而民法就是“作为权利的体系而被构建起来的”。^{〔4〕}因此,民法是权利法,权利是民法的核心理念,无论是法律关系还是法律行为均应围绕这一核心理念展开。民法典总则以权利作为逻辑构造的主线,完全符合民法作为权利法的属性,这也有助于人们更好地认识和了解权利,增加人们的权利意识。^{〔5〕}退一步讲,即使民法典总则以法律关系作为逻辑构造的主线,其实也可以从权利角度加以理解,其落脚点也在于权利。例如,法律关系的主体和客体可以理解为权利的主体和客体,作为法律关系变动原因的法律行为也可以理

〔1〕 参见朱格锋:《论民法典总则的技术构造》,载《研究生法学》2009年第5期。

〔2〕 参见彭诚信、戴孟勇:《论我国未来民法典总则编的结构设计》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期。

〔3〕 转引自王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第67页。

〔4〕 [日]大村敦志:《民法总论》,江溯、张立艳译,北京大学出版社2004年版,第34页。

〔5〕 参见彭诚信、戴孟勇:《论我国未来民法典总则编的结构设计》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期。

解为权利变动的原因。

第二,从民法典“总则一分则”的结构上看,应当将权利作为总则逻辑构造的主线。潘德克顿模式的民法典采取了“总则一分则”的结构模式。民法典总则是从诸多问题中抽出共通的事项而设置的一般规定,而整个民法共通的、最基本的事项,正是权利。^[1]任何一项权利都包括主体、客体、内容、变动、行使、保护等要素,而这些要素均应当在民法典中有所体现。如果总则的逻辑构造以权利为主线,则根据总则的功能,涉及权利的共同规则就应当在总则中加以规定,而特别事项则应当在分则中加以规定。权利的主体、客体、变动、行使、保护等均存在共同规则,这些规则在总则中加以规定当无问题。但权利的内容难以一般化,缺乏共同规则。即使试图就权利的内容抽出共通的东西,也几乎没有任何意义,不过是理所当然的东西。因此,物权、债权、继承权等权利的内容被规定于分则。^[2]这样,民法典就确保了总则与分则的明确分工,保证了民法典的体系性。

第三,从法律关系的要素上看,应当将权利作为总则逻辑构造的主线。法律关系包括哪些要素,理论上存在不同的认识。三要素说认为,法律关系的要素包括主体、客体、内容;^[3]四要素说认为,法律关系的要素包括主体、客体、内容、责任^[4],也有主张四要素为主体、客体、法律事实、保障;^[5]五要素说认为,法律关系的要素包括主体、客体、内容、变动及变动原因。^[6]在上述各种观点中,只有“主体、客体、法律事

[1] 参见[日]山本敬三:《民法讲义I:总则》(第三版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第16—17页。

[2] 参见[日]山本敬三:《民法讲义I:总则》(第三版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第18页注1。

[3] 参见王利明:《民法总则研究》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第176页。

[4] 参见董学立:《民事责任应为民事法律关系的要素》,载《山东法学》1997年第4期;郭明瑞:《民法总则规定民事责任的正当性》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

[5] 参见平托(CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO):《民法总论》(中译本),澳门翻译公司等译,澳门法务局、澳门大学法学院2011年版,第95—96页。

[6] 参见梁慧星:《民法总论》(第四版),法律出版社2011年版,第59页。

实、保障”四要素说得到了葡萄牙及我国澳门地区民法典总则的明确认可。这两部民法典将“法律关系”作为总则的第二编,并严格按照法律关系的要素设人、物、法律事实、权利之行使及保护四个分编。在其他国家民法典总则中,法律关系主线通常是学者根据总则的内容概括出来的,与法律关系的要素并无严格的对应关系。我们认为,法律关系要素的认识分歧会影响到民法典总则的逻辑构造,而且也会因为分别规定法律关系的各要素而使得民法典总则的逻辑构造不够严谨。而如果以权利作为总则逻辑构造的主线,则上述问题即可避免。例如,关于民事责任应否在总则中规定的问题。有学者认为,民事责任是法律关系的要素,而以法律关系为主线,总则就应当规定民事责任的一般规则。^{〔1〕}而有的学者认为,只有法律关系的要素才能独立成为民法典总则的内容,而民事责任并非法律关系的要素,因此,总则中不应当规定民事责任的一般规则。^{〔2〕}我们认为,这两种观点均以法律关系作为总则逻辑构造的主线,但结论却截然相反,其主要原因就是対法律关系要素的认识不同。如果总则的逻辑构造以权利为主线,则这个问题即可以得到解决。权利不仅包括主体、客体的问题,还包括变动、行使、保护等问题。而民事责任是权利保护的重要措施,因此,在民法典总则中就民事责任的一般规则作出规定,就完全符合民法典设置总则的逻辑要求。

我们认为,以权利作为民法典总则逻辑构造的主线,总则的基本结构应当包括以下内容:(1)一般规定。一般规定是实质序编,应置于民法典总则的首章,就民法典的调整范围、基本原则、法源、法律解释、法律适用等一般性事项作出规定。(2)权利主体。关于权利主体,有的国家采取自然人、法人两分法,如德国、日本等;有的国家采取自然人、法人、非法人团体三分法,如葡萄牙、我国澳门等。我们认为,我国现行法已经采取了自然人、法人、非法人组织的三分法,这种做法应当坚持。

〔1〕 参见郭明瑞:《民法总则规定民事责任的正当性》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

〔2〕 参见尹田:《论中国民法典总则的内容结构》,载《比较法研究》2007年第2期。