

A Propositional Version with Legislative Reasons for Civil Code Draft of China

中国民法典学者建议稿及立法理由

条文
立法理由
参考立法例

侵权行为编

项目主持人
王利明

中国人民大学
民法学
法律科学研究中心



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

A Propositional Version with Legislative Reasons for Civil Code Draft of China

中国民法典学者建议稿及立法理由

条文
立法理由
参考立法例

侵权行为编

项目主持人 王利明
中国人民大学民商事
法律科学研究中心

教育部重大攻关项目

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编/
王利明主编. —北京:法律出版社, 2005. 5
ISBN 7-5036-5547-X

I. 中… II. 王… III. ①民法—法典—建议稿—
中国②侵权行为—民法—建议稿—中国 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 031652 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 怡	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/27.5 字数/605 千
版本/2005 年 6 月第 1 版	印次/2005 年 6 月第 1 次印刷
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	咨询电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-5547-X/D·5264	定价:38.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

项目主持人：王利明

条文总统稿人：王利明 杨立新 郭明瑞 王轶

条文撰稿人

总则编：

王利明 杨立新 王轶 马强 尹飞 徐晓峰

人格权编：

王利明 杨立新 马特

婚姻家庭编：

杨大文 高留志 熊谓龙

继承编：

龙翼飞 张平华

物权编：

王利明 郭明瑞 房绍坤 梅夏英 程啸 张鹏 关涛

债法总则编：

王利明 房绍坤 张谷 尹飞 程啸 徐晓峰

合同编：

王利明 王轶 张谷 高圣平 尹飞 易军 宁红丽

侵权行为编：

王利明 郭明瑞 杨立新 房绍坤 王轶 郭锋 姚辉 周珂 程啸 尹飞
姚欢庆 王成

立法理由撰稿人

总则编：

程啸 尹飞 易军 宁红丽 冯恺 周友军 徐晓峰

人格权编：

杨立新 马特

婚姻家庭编：

高留志 熊谓龙

继承编：

张平华

物权编：

郭明瑞 房绍坤 梅夏英 程啸 尹飞

债法总则编：

王利明 程啸 尹飞 徐晓峰

合同编：

王利明 王轶 高圣平 尹飞 易军 宁红丽 姚欢庆

侵权行为编：

杨立新 郭锋 程啸 尹飞 熊谓龙 姚欢庆 袁雪石

《中国民法典学者建议稿及 立法理由》体系说明

王利明

所谓民法典的体系,是在采取法典形式时,将调整平等主体之间人身关系与财产关系的、具有内在有机联系的民法规则或者法律条文以某种逻辑加以安排,从而形成的体系。简言之,就是将民法的各项规则有机地组合在民法典中的逻辑体系。在我国民法典编纂工程已经启动的情况下,立法者所面临的首要课题就是应当如何构建民法典的体系。法典作为最高形式的成文法,其追求的是高度的体系性与严密的逻辑性。可以说民法典的体系的确立对民法典的制定具有决定性的意义。因此,探求民法典的体系,是由民法典自身的内在属性所决定的。

对于如何构建中国民法典的体系问题,民法学界存在广泛而热烈的争论。我们认为,中国民法典的体系应当由民法总则、人格权法、亲属法、继承法、物权法、债权总则、合同法、知识产权法的一般规定、侵权行为法构成。下面拟就民法典体系构建中的几个争议较大的问题逐一加以论述。

一、确立民法典体系的必要性

研究民法典的体系,其根本的目的在于获得一个关于民法典的完备体系,从而在该体系的支撑下制定出一部具有高度逻辑性与体系性的民法典。可以说,民法典体系的确立对民法典的制定具有决定性的意义,其原因在于:

首先,体系化与系统化是民法典的内在要求。近代意义上的法典作为最高形式的成文法,是追求体系化与严密逻辑性的法典。美国学者庞德认为,法典不同于其他的法律形式在于“它展示了整个既存的法律体系化的模式”。加拿大学者 Vander linden 也认为民法典的本质特征是指多个部分结为整体之形式的统一性。Lobinger 也指出法典化不同于一般的立法在于法典“包含了各种有

效的控制主体的法律规则的完整性、逻辑性、科学性”。^① 民法典就是以体系性以及由之所决定的逻辑性为重要特征的,体系是民法典的生命,缺乏体系性与逻辑性的“民法典”只能称为“民事立法的汇编”。换句话说,民法典必须满足形式合理性的要求,而这种形式的合理性很大程度上就体现在其体系的完整性上。因此,探求民法典的体系,是由民法典自身的内在属性所决定的。

其次,体系化既有助于在整个民法典的规则制度中充分贯彻民法的各项基本原理(如平等、私法自治、诚实信用、维护交易安全等),又可有效地防止与消除整个法典中并存的各项理念之间的冲突和矛盾。单行的民事立法固然能够在社会生活中的某一个或某几个领域内贯彻一项或多项民法价值观念,但是无法在全部社会生活领域中实现诸多民法基本价值观念的和谐融洽。例如,现代民法不仅注重对静态的财产所有权的严格保护,也注重对动态的交易安全的维护。当这两者发生冲突时,现代民法优先保护的是交易安全。此种优先保护交易安全的理念分别体现在民法典的各个编章之中。例如,总则中的表见代理制度、物权法中的善意取得制度、合同法中的无权处分制度等,都体现了优先保护交易安全的价值选择。因此,只有依据一定的民法典体系将民事法律规范法典化才能够使民法中的各种价值观念贯彻如一,并协调它们相互之间的冲突与矛盾。

第三,体系化有助于消除现行民事法律制度的混乱与冲突,将各项法律制度整合为一个有机的整体,从而建立起内在和谐一致的民事规范体系。由于我国许多单行民事法律和法规都是在改革的不同阶段制定的,有些法律仅仅是为了适应改革的特定阶段的需求而颁布的,或者是为了适应特定社会经济环境而采取的权宜之计,因此立法者通常缺乏一种通常的全局性考虑,从而导致了这些法律法规之间不可避免地存在各种冲突或者矛盾。在民法典的制定过程中,通过确立民法典的体系,能够消除现行民事法律制度中的混乱与冲突,将各项法律制度整合为有机的整体,从而实现我国民事法律的统一,建立起内在和谐一致的民事法律规范体系。在民法典的体系建立之后,可以在民事普通法中形成总则与分则相区分的格局,在民事法律内在结构上也可以形成民法典与各个单行的民事立法尤其是商事特别法之间的和谐体系。民法典的体系构建之后,既可以为法官提供一套完整、和谐、清晰的裁判规则体系,也可以为从事民事活动的当事人提供相应的行为规范体系。体系化不仅有助于消除各项民事法律制度之间的冲突与矛盾,而且通过体系化能够有效地保障整个民事法律体系中各种概念、规则的严谨性与统一性。例如,在我国现行民事立法中,出现了

^① 王涌:《私权的分析与建构》,中国政法大学1999年博士论文,结语。

“民事行为”、“民事活动”、“民事法律行为”、“法律行为”等诸多概念,这些概念究竟哪一个是属概念,哪一个是种概念,它们的内涵与外延如何界定,民法学者都很难理清一个头绪。这就需要通过法典化来解决民法概念与范畴的严谨和统一的问题。

第四,体系化有助于民法规范的遵守与适用。一方面,民法的法典化可以为法官和其他法律工作者适用民法提供极大的便利,民法典优越于判例法的一个重要的特点就在于适用的方便性;另一方面,体系化也将促使法律工作者在适用民法之时形成严谨的、体系化的思维观念。例如在分析具体案件中原告人享有何种请求权时,应当首先判断原告与被告之间是否有合同关系。如果有,则产生合同法上的请求权,没有则判断是否存在无因管理请求权或不当得利请求权,最后才判断是否存在侵权损害赔偿请求权。体系化可以促使法律工作者用体系化的观念分析解决个案,从全方位的角度解决社会生活中的纠纷。

第五,体系化有助于通过维护民事法律规范的稳定性,最终实现社会生活关系的稳定性及人们在社会生活中的可预期性。诚如我国台湾地区学者黄茂荣教授所言,法的体系不但可以提高法之“可综览性”,从而提高其适用上之“实用性”,而且可以提高裁判上之“可预见性”,从而提高“法之安定性”,只要由之所构成的体系“圆满无缺”,则光凭逻辑的运作便能圆满解答每个法律问题。^①民法典的体系化就是要将市民社会生活中最基本的规则抽象出来,在民法典中加以规定,通过此种体系的安排使其成为稳定的规则,获得长久的生命力,不因国家某项政策的随意改变而发生变动。至于社会生活中的一些特殊领域,则可以通过颁布单行民商事立法加以调整,尽管此种单行立法可能会因时因地发生变化,但是民事社会生活中基本规则却不会随意发生变动。从法国、德国等国家民法典的发展历程来看,虽然社会历尽变迁,新的法律问题层出不穷,但是由于法典自身的严格的体系性与逻辑性,新的问题通常能够在民法典体系框架内加以解决,民法典依然保持了生命力,历经百年而岿然不动,这就充分说明了体系性对保证民法典的合理性,从而维系民法典的存续所具有的重要意义。我国目前正处于社会主义市场经济的建设阶段,因此在我国建立民法典的体系性具有更为突出的现实意义。

二、确立我国民法典体系时的三个宏观问题

完整的民法典体系绝非朝夕之间可以形成的,而是经过了漫长的历史演进。早在罗马法时代,法学家盖尤斯在《法学阶梯》一书中就提出了一种民法典的编集体例,该体例将罗马市民法划分为人法、物法和诉讼法三部分,后被查士

^① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第471页。

丁尼编纂罗马法大全所采用,后人称之为“罗马式”体系。至法国民法典编纂时,罗马式体例被民法制定者采纳,不过,立法者将诉讼法从民法典中分离出去,同时将物法进一步分为“财产法”与“财产权的取得方法”两部分。在19世纪末,经过了数十年的法典论战,德国民法典的起草者采纳了由潘德克顿学派所提出的民法典体系,也就是今天所谓的五编制“德国式”模式,更确切地说,是采纳了潘德克顿体系中的巴伐利亚式,^①即将民法典分为总则、债权、物权、亲属及继承五编。潘德克顿的模式后来为日本民法典所继受。不过,与德国稍有不同的是,日本民法典采纳了萨克逊式体例,将物权置于债权之前。20世纪90年代完成的荷兰民法典在体例上又有重大的改变,法典的起草者巧妙地将法国法模式和德国法模式结合起来之后,同时又大量吸收了英美法系的经验,创建了民法典的八编模式。尤其值得注意的是,该法典在债权和物权之上设立了财产权总则,并改造了德国法的总则模式。荷兰民法典在颁布之后,得到了包括德国在内的许多国家民法学者的广泛好评。1994年颁布的俄罗斯民法典在体系上也有了许多新的发展,例如该法典将债法划分为两编加以规定,债法总则包括债的一般规定与合同的一般规定,并在总则的民事权利客体内容中规定了知识产权制度。由此表明,民法典体系并非一成不变的,它是一个随着社会政治经济文化的发展而变化的体系。

在我国制定民法典的过程中,如何确定符合我国国情的民法典体系值得进行深入细致的研究。我们认为,就我国民法典体系而言,有三个宏观性问题值得进行研究,因为对这三个问题的回答决定了未来我国民法典制定的基本思路与框架问题,同时也直接决定了民法典基本结构的安排问题。

(一)完全照搬德国民法典体系还是合理借鉴并有所创新

应当承认,中国自清末变法以来,基本上可以被归入大陆法系国家。近代中国的民事立法以及民法学说大量吸收了大陆法系国家(如法国、瑞士、苏联、日本等)尤其是德国法的概念、规则与制度。旧中国民法学家梅仲协先生曾精辟的指出:“现行民法采德国立法例者十之六七,瑞士立法例十之三四,而法日苏联之成规,亦尝撷一二。”^②无论是过去还是现在,从我国民事立法的内容来看,确实大量借鉴了德国法的优秀成果与立法经验,这是毫无疑问的。然而,这是否就意味我们在21世纪制定中国民法典时,仍还需要僵化地、一成不变地继

^① 潘德克顿式体系可分为萨克逊式与巴伐利亚式,前者的编制结构是总则、物权、债权、亲属、继承;后者的编制结构则是总则、债权、物权、亲属、继承。两者的区别在于物权与债权的位置前后不同,这种位置的安排是为了表达主题的不同的重要性。参见徐国栋:“两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义”,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第155页。

^② 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,序言。

承德国民法的五编制体例呢?许多学者认为,既然我国要采纳德国的体系设立总则,那么就er必须完全采纳德国民法的五编制体例。^①我国民法体系不能去标新立异,而应当完全继受国外尤其是德国的民法体系,无须进行任何改动。对此,笔者不敢苟同。

首先,作为潘德克顿学派结晶的德国民法典,其固然具有概念精密清晰,用语简练明确,体系严谨完整等诸多优点,因此虽历经百年社会变迁,仍不愧为一部伟大优秀的民法典。但是,德国民法典毕竟是百年前的产物。一百多年来,整个世界发生了巨大的变化,经济生活高度复杂化、多样化,科技发展一日千里,因此,作为经济生活的基本法,民法的体系与内容理应与时俱进。世易时移,变法宜矣。“明者因时而变,知者随世而制”,在21世纪制定一部中国的民法典就必须符合中国现实的政治、经济、文化等方面的需要。例如,德国民法典制定之初,人格权尚处萌芽状态,多数学者连人格权为何物尚且不知,遑论于民法典中加以规定,立法者当然可以对其漠然视之。然而,随着二战以后人权运动的发展,在现代社会,人格权已经成为一项与财产权并行的极为重要的民事权利制度,再考虑到我国长期以来存在不尊重人、不把人当人看的现象,以及现实生活中人民群众对尊重人格权的强烈要求等因素,我们必须认真对待人格权制度在民法典体系中的地位问题。就是在德国,学者也已开始对其民法典进行反思,如德国著名民法学者梅迪库斯教授认为,民法典“对自然人的规范过于简单,因此没有涉及一些重要的人格权”。^②可以说,在我国民法典中建立全面、完善、独立的人格权制度是我们这个深受数千年封建专制之苦的民族的现实需要!如何有机和谐地将人格权制度融入民法典正是新时代赋予中国民法学者的机遇。如果仅以德国民法典没有规定独立的人格权制度为由,而置现实需要于不顾,将人格权制度在民法典中用民事主体制度或侵权法的几个条款轻描淡写地一笔略过,这不仅是削足适履,更是放弃了时代赋予当代中国民法学者的伟大机遇与神圣职责!

其次,德国民法本身也不是僵化的、静止的体系,而是开放的、发展的体系。一百年来,德国民法在不断地丰富、发展与完善,德国主要通过三种渠道去补充、修正、发展民法典,使其适应社会发展的要求:一是在法典之外制定单行法。例如,为调整随着科技发展而大量涌现的危险责任问题,德国在民法典之外陆续颁布了《航空法》、《道路交通安全法》、《联邦水利法》等大量的单行法;^③二是通过法院的判例修正、补充民法典。例如,德国民法典制定之时为了有效地保障

① 梁慧星:“当前关于民法典编纂的三条思路”,载《中外法学》2001年第1期。

② [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24页。

③ 邱聪智:《民法研究》(一),中国人民大学出版社2002年版,第250~254页。

个人的自由,防止行为人动辄得咎,通过规定第 823 条与第 826 条而对侵权法的保护范围作出了严格的限定。但是,此种限定却导致随着社会发展而出现的一些新型侵权行为(如过失性虚假陈述、产品缺陷致人损害)无法受到侵权法的调整,以致不得不创造出缔约过失责任、附保护第三人的契约、默示信息提供契约、交易安全义务等诸多理论,由法院以判例的方式运用这些理论去改变、补充、发展甚至纠正、修正民法典。三是修改民法典。德国为了适应欧盟民事法律的统一已对本国法律作出了一些相应的修改,其中最明显的就是 2002 年 1 月 1 日施行的《德国债法现代化法》。该法出台的直接动因就是欧盟关于消费品买卖的 1999 / 44 号指令。德国学者文德浩教授称,债法现代化法是德国民法典自 1900 年生效以来最为深刻的一次变革,它动摇了德国民法的教条理论大厦的支柱,震撼了那些最为直接地继受了罗马法的教义。^① 这些都表明了德国民法本身也是在不断充实、发展以及完善的,而非僵化的、静止的。

再次,经济全球化的趋势日益加深,从而使得各个法系之间出现了融合的趋势。这主要表现在:在经济日益全球化的条件下,作为交易的共同规则的合同法以及有关保险、票据等方面的规则日益国际化。英美法受大陆法的影响,日益注重成文法的制定,大陆法系国家的民商法又深受英美法的影响,主要表现在:信托法的制定、侵权法中引入产品责任、医疗过失责任预期违约和根本违约责任等,此外,通过一些国际公约努力将大陆法与英美法加以整合。例如,1980 年的《联合国国际销售合同公约》、1994 年国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》,1985 年有关国际机构制定的《海牙信托法公约》等。所有这些现象都表明,因此两大法系的融合是某种必然的趋势。^② 正因如此,我们在制定民法典时不能囿于德国的经验,而应当广泛吸收借鉴世界各国民事立法中的经验与成果。

综上所述,我们认为,在制定民法典的过程中应当立足于我国实践,本着兼收并蓄,取菁去芜的思想,胸怀海纳百川的气度,广泛吸收借鉴各国民法的优秀经验,而不是狭隘、盲目地崇拜德国法,受教条主义或本本主义的束缚。惟其如此,我们才能制定出一部符合中国国情、反映时代需要、面向 21 世纪的民法典,才能真正提升我国民法教学与研究的水平,为世界法学的发展作出我们应有的贡献!

(二)民商合一还是民商分立

我们在构建民法典体系的时候必须要解决这样一个重大问题,即我国民法

^① [德]克里斯蒂阿妮·文德浩:“德意志联邦共和国的新债法”,载《德国债法现代化法》,邵建东等译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 1~2 页。

^② 谢哲胜:《财产法专题研究》(三),元照出版社 2002 年版,第 19~29 页。

究竟是采纳民商合一还是民商分立的立法体例?所谓民商合一就是指,制定一部民法典将其统一适用于各种民商事活动,不再单独制定一部商法典。而民商分立则意味着严格区分民法与商法,在民法典之外还要制定一部单独的商法典。民商分立的体制最早起源于法国,法国于1804年制定了民法典,在1807年又颁布订立商法典,从而开创了民商分立的先河。在19世纪末期和20世纪初,有相当多的大陆法系国家在立法时都采纳了民商分立的立法体例。然而,到了20世纪初瑞士制定民法典时,在民法典中包括了公司法、商业登记法等商法的内容,从而实现了民商合一的立法体例。^①

民商分立和民商合一这两种体制优越性,在大陆法系学者之间从过去到现在都一直存在激烈的争论。但是,我们认为,在我国制定民法典时应当采纳民商合一的立法体例。其主要原因有以下几点:

首先,诚如我国著名民法学家谢怀栻先生所言,民商分立的制度并不是一个纯粹的理论问题,而是历史上演变的结果。^②它并非如我国某些学者所认为的那样,是基于科学的理论研究的产物。因此,从民商分立体制产生之初,理论界对于民法与商法的范围就没有严格的区分。一些学者或采用主体标准,即商人与非商人的区分;或采用客体标准,即商事行为与民事行为的标准;或采用主体与客体相结合的双重标准,对民法与商法的范围加以界分,但是这些标准都无法从体系上理清民法与商法的分工。实际上,民法与商法都是规范调整市场经济交易活动的法律规则,本质上并无差异,在立法上无法作出区分。

其次,在历史上,商法独立于民法的一个重要原因就是,在中世纪的时候存在商人这样一个独特的社会阶层,需要确立特殊的规则解决商人之间的纠纷。但随着市场经济的发展,商人作为特殊的阶层已经不复存在,所有商事纠纷、民事纠纷都应当统一提交法院或者仲裁机构加以解决,因此商法已经失去了独立存在的经济基础。如果商法侧重于保护法律所规定的商人的利益,只能依据特定的职业把人分成不同的种类,这与人格平等的原则是相矛盾的。随着商人特殊利益的消失,民法既可以保护一切人,也可以避免在一方为商人,一方为非商人的法律关系中因民商分立而造成的法律适用上的困难。应当看到,在现代市场经济社会中,存在的主要不是商人与非商人的对立,而是生产者与消费者、雇员与雇主的对立,所以民商分立的意義正在被极大地减弱,相反一些特殊的法律领域如消费者权益保护法、劳动法的重要性愈来愈凸显,这也是现代法律发展的一个趋势。

① 谢怀栻:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第57~58页。

② 谢怀栻:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第56页。

再次,民商合一适应了社会商品经济发展的需要,反映了社会化大生产的要求,因而具有一定的进步意义。近代和当代许多国家和地区都开始推行民商法的统一。从1865年起,加拿大的魁北克省在其民法典中对某些商事内容作了规定,放弃了在民法典之外再制订商法典的做法。1881年,瑞士制订出一部债法典,这部法典既有民事的又有商事的规范。荷兰从1934年起实现了民法与商法的实质上的统一,规定商法典的条款适用于所有的人,并适用于一切行为。1942年,意大利在一部民法典内对民法与商法的内容作了规定。巴西也已开始按照瑞士的模式改革私法体系,从而促进民商的合一。最近十几年来所颁布的民法典基本也都采用的是民商合一的体制,例如1994年、1996年先后颁布的俄罗斯民法典第一部分与第二部分都将票据、保险等商事规范统一纳入民法典。可以说,民商合一的立法体例是现代市场经济下民商事立法的一个总的发展趋势。

第四,民商合一的实质是将民事生活与整个市场所适用的共同规则和制度集中规定于民法典,而将适用于局部领域或个别市场的规则,规定于各个民事特别法。^①因此,采用民商合一体例,首先意味着在民法典之外不再单独制定商法典,确切地讲,是不制定单独的商法总则,而将传统商法总则中商事主体、商事行为、商事代理、商事权利等内容纳入到民法典相应各篇章中。申言之,采用民商合一体例并非像《意大利民法典》那样,把一些商事特别法统统规定在民法典之中,而是承认公司、海商、保险等商事特别法的存在。在此种模式下,所有的商事特别法规定的行为都可以统一适用民法典总则的规定,商事主体适用民事主体的规定,商事行为可以适用民事法律行为的规定,诉讼时效适用统一的民事诉讼时效的规定,商事代理可以适用代理的规定,民商合一的主要意义就在于此。在商事特别法单独制定之后,其与民法典的关系是普通法与特别法的关系,因此按照特别法优先于普通法的原则,应优先适用商事特别法。例如就法人的问题而言,首先应当适用公司法,如果公司法中没有相应的条款可供适用的话,应当适用民法的关于法人的规定。如果把商事特别法都汇编到民法典中,民法典的体系就无从谈起。

此外,在强调民商合一的同时,我们也应当看到民商法之间的协调与统一,这一点常常是采纳民商合一的国家碰到的一个难题,也是强调民商分立的学者的理由之一。不过,在我国,立法已找到了协调民商法关系的办法,尤其是《中华人民共和国合同法》(以下简称“合同法”)的制定,使得民法与商法有机地结合在一起,提供了民商合一的典范。合同法采取了三种方法很好地处理了民法

^① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1999年版,第12页。

与商法之间的矛盾:第一,在某一类合同中同时规定由所谓商人参与的关系和非商人参与的关系,并确立不同的规则。如《合同法》第十二章“借款合同”中明确规定了公民之间的借款关系和银行参与的信贷关系。对于前者,如果合同中并未约定支付利息或者约定不明,则视为不支付利息;对于后者,如果没有约定或约定不明,则应支付利息,利率按照中国人民银行规定的贷款利率上下限加以确定。第二,在某一类合同中仅规定由所谓商人参与的关系,忽略没有商人参与的另一种关系,或者相反。如《合同法》第二十一章“委托合同”中只规定了商事委托合同。第三,不区分民事规则与商事规则,用统一规则来统一调整,有例外情形的,适用例外性规定,如关于合同行为形式、瑕疵通知义务的规定。既然,我国现行立法已经解决了民商合一体制下遇到的技术性方面的问题,因此也没有必要仅仅因为商事规则的特殊性而单独制定一部商法典。

(三)民法典与民事单行法的关系

民法典与民事单行法的关系是我国民法典体系构建中的一大难题。2002年12月22日我国第一部民法典草案——《中华人民共和国民法(草案)》——提交全国人大常委会审议,这部草案在总则之外规定了八编,分别是:物权、合同、人格权、婚姻、收养、继承、侵权责任、涉外民事关系的法律适用。此种立法体例中争议最大的一个问题就是,哪一些民事单行法应当被纳入民法典,哪一些不应当被纳入。例如,有的学者认为,收养法不应当纳入民法典中;也有些学者认为,各种知识产权法如著作权、专利法等应当纳入到民法典中;还有的人认为,信托法、劳动法等也应在民法典中加以规定,并独立成编。

应当看到,民法典的体系并非封闭的,而是开放的。目前民法典草案的九编制体例既非十全十美,也不是民法典体系的终结。法典的体系常常会随着社会经济文化的发展而变动,如果将来因社会经济生活的发展的需要,确实有必要将某些重要的民事单行法纳入到民法典的体系当中,那么届时对民法典体系作出突破也是可以的。但是,我们必须看到,民法典不是无所不包的、庞杂的法律汇编,否则民法典的体系将不复存在,法典编纂的意义也就大打折扣了。一部缺乏科学体系的民事法律汇编并非民法典,法典编纂与法典汇编的最大区别就在于:前者是通过科学的严谨的体系将民事法律规则加以统一整合,而后者仅仅是将民事法律规则简单地加以排列组合。编纂民法典绝不意味着任何属于民事方面的法律制度都应当尽可能地纳入到民法典中。世界各国的民法典都不存在将所有的民事法律制度都加以容纳的情形。世界上不存在着包罗万象的、无所不包的民法典。这就需要我们正确地处理好民法典与民事单行法的相互关系。我们认为,在制定中国民法典时,为了正确处理好民法典与民事单

行法的关系,我们应当注意以下四点:

第一,民法典在整个民事立法体系中处于最一般、最基础的立法地位,因此民法典必须保持高度的稳定性,并使调整的内容具有一般的公正性,但是这样一来就必然以放弃变化多端的生活关系本身所要求的细致化、放弃对具体案件作出公正的处理为代价,^①为此立法者常常具有在法典之外颁布单行法的冲动。但必须处理好民法典与民事特别法的关系。只有那些社会生活中普遍适用的、最基本的规则才应当由民法典加以规定,而那些技术性很强的问题,或者仅仅是特定的职业群体或者生活领域中的问题应由民事单行立法加以调整,不当纳入民法典。例如,物权法主要调整的是人们对有形财产进行占有、使用、收益、处分的关系,这是市场经济普遍需要的;而信托法调整的信托关系不是普遍的关系,而是在特殊情形下产生的,信托法的规则是物权法的特别规则,因此物权法应纳入民法典,信托法则不应纳入。

第二,民法典主要应包括具有长期稳定性和具有普遍适用性的规则与制度。作为最高形式的成文法,民法典必须保证最大程度的稳定性,不可能频繁地修改或者废除,这种稳定性正是民法典相应功能的基础。民法典中一些规则甚至是历经千百年来实践的检验的,至于那些随着社会经济生活常常会发生改变的法律规则,应当由民事特别法加以规定。例如,法人制度中法人成立的基本条件等规则具有长期的稳定性,应由民法典加以规定,而至于有限责任公司、股份有限公司的注册资本等其他的成立条件,由于会随着国家经济政策的变化而发生改变,因此应由公司法、证券法等民事特别法加以规定。

第三,民法典主要调整那些私法领域内的基本民事法律规则,至于处于公法与私法交叉地带的法律规则,例如劳动法、保险法、社会保障法等,由于并非单纯的民事法律规则,而是具有强烈的国家干预的色彩,所以应当制定单行立法。例如,德国的学者就将劳动法称为“特别私法(Sonderprivatrecht)”,其原因就在于,劳动法并非完全的纯粹的私法,劳动合同的订立也并非基于完全的合同自由,国家对其进行了大量的干预。

第四,民法典主要规定的是实质的交易规则以及与实体交易规则联系极为密切的程序方面的原则性规定,如不动产登记规则可以在物权法中作出一些原则性规定,但是那些非常琐碎的具体的程序性的规定,因其专业性与技术性,所以应当由单行法加以规定。例如,知识产权法中涉及有关专利、商标登记的具体程序规则不应在民法典中规定,从这个意义上说,我们认为,收养法由于涉及到大量的具体程序性规则,其中更多的是国家基于公共利益对收养条件等作出

^① [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),谢怀斌等译,法律出版社2003年版,第34页。

的严格性限定,所以不应被纳入民法典。

最后,在处理民法典与单行法的关系之时,争议最大的就是知识产权制度是否应被纳入民法典的问题。

毫无疑问,知识产权属于民事权利的一种类型,知识产权法也应当属于民法的范畴。然而,这是否意味着各项知识产权制度就必须由民法典加以统一详尽的规定,这是一个值得探讨的问题。知识产权应否包括在民法典中,争议很大。知识产权法是民法的重要组成部分。因为知识产权在本质上是民事权利,是一种人身权利与财产权利的结合;知识产权法的调整对象是因创造、使用智力成果而产生的财产关系与人身关系,其调整手段和适用原则主要是民法的手段和原则。我国《民法通则》在民事权利一节专门规定了知识产权,并且现行的合同法律制度也对知识产权的转让和利用设有专门规定,这说明现行立法是将知识产权法作为民法的一部分的。

目前在民法典中规定知识产权的主要有三种模式:第一种模式是将知识产权制度完整地规定在民法典之中,例如,《越南民法典》就单独设立第六编,完整地规定了知识产权制度。第二种模式是从各类知识产权中抽象出一些共同的规则或者一些重要制度,将其规定在民法典中,例如,1942年的《意大利民法典》在第五编“劳动”中单设第九章,规定智力作品权和工业发明权,其中主要规定的是知识产权的一般规则。第三种模式是在总则中规定权利客体时,单独规定了知识产权。例如,《俄罗斯民法典》第150条在规定非物质利益中确认了知识产权。

上述三种模式各有利弊,但我们认为采纳第一种模式是不妥当的,主要理由在于:

第一,知识产权制度本身是一个内容非常庞杂的规范体系,在知识产权中既包括了实体性规范,又包括了程序性规范,因为知识产权不仅仅是基于主体的行为而取得,部分知识产权还需要经过依法登记或审批方能取得。在我国,专利权、商标权、商号都需要经过依法登记或审批方能取得。在民法典中单纯地规定权利是不够的,还必须要规定权利的取得方式等,而后者实际上是行政法规范,在民法典出现是否妥适,尚值研究。知识产权法中有大量的管理性规范,知识产权的保护不仅有民事责任,还涉及行政、刑事责任,且行政、刑事责任还在不断强化,而管理性规范、行政、刑事责任规范显然不宜在民法典中作出规定。此外,知识产权需要大量体现我国参加或缔结的国际条约的内容,这些国际条约本身也是知识产权法的重要组成部分,将国际知识产权保护规则放入国内法不合适。由此可见,知识产权本身是一个综合性的法律规范体系,既涉及到程序法也涉及实体法,既涉及公法也涉及私法,既涉及国际法也涉及国内法,

显然,将其放到民法典是困难的。与其如此,还不如制定专门的知识产权法,集中规定知识产权的相关内容。所以,荷兰民法典在制定过程中曾考虑设立第九编“知识产权”,准备对知识产权作出集中规定,但鉴于知识产权的复杂性,最后被迫放弃,这一经验是值得我们借鉴的。

第二,知识产权本身是一个开放式的法律体系。知识产权本身是不断变化发展的,自新技术革命于20世纪中叶兴起,知识产权法中出现了一种边缘保护法,即采用专利权和著作权的若干规则,创设出一种工业版权制度,如集成电路布图设计,即属于此种情况。^①再如,著作权邻接权的范围正在随着传播技术的提高逐渐扩大,如信息网络传播权等权利都纳入到知识产权的范畴。所以,一旦在法典中将知识产权的类型固定化,不一定适应知识产权的发展需要。

第三,将知识产权制度归入民法典会妨害民法典内容的和谐。不把知识产权归入民法典,其原因在于,民法典是基本法,要保持一定的稳定性,不能朝令夕改,这决定了其规则应当具有普遍适用和相对抽象的特点。而知识产权法的技术性规定较多,且变化性较大,放在民法典中,与其他民法法律部门的法律规范不协调,相对于其他民事权利而言,知识产权制度受社会文化、经济发展、新技术革命影响更巨,总处于不断修订更迭的状态中,因此,若将此一频频变动的法律置于相对稳定、系统化的民法典中,无疑会极大地损害民法典的稳定性。如法国在1992年颁布了知识产权法典,虽然此法典十分全面与进步,不但包括了传统知识产权法的范围,而且也关注了作为新技术革命产权的数据库制作者权、计算机软件创作者权等权利,但是,随着新技术的发展,该法典在1992年至1996年不足四年的时间内已在新的保护客体、新的权利及权利限制等方面作了两次修订。在我国也发生同样的现象,如我国于1984年颁布了专利法,但由于我国近年经济科技发展迅速,该法经1992年修订后于2000年再次修订。因此,如果知识产权法以独立于民法典的单行法的地位而存在,这样对其作出修改要便利得多。我们认为,知识产权法应作为民事特别法,在民法典之外另外规定。

知识产权法是民法的重要组成部分固无疑问,但这并不意味着把知识产权法放入民法典中,使之成为民法典的有机组成部分。我们认为,知识产权不应当作为独立的一编在民法典中作出规定。民法典对此作出规定可以考虑采纳第二种或第三种模式,即仅规定知识产权的共同规则,或仅在民事权利的客体中确认知识产权,这样有两个作用:一是宣示知识产权为民事权利,二是共性的规则在特别法中不宜分散规定,可以放在民法典中规定。

^① 郑成思:《知识产权法》,法律出版社1997年版,第38、39页。

三、如何构建我国民法典的体系

如何构建我国民法典的体系,在理论上存在着较大的争议。在短短的几年内,我国学者陆续提出了关于未来民法典体系设计的方案,并围绕着这些方案展开了激烈的争论。我们认为,在构架我国民法典的体系之时首先要采纳德国潘德克顿模式,将民法典分为总则与分则两大部分。

(一)关于民法典的总则

尽管目前有一些学者反对在我国民法典中建立总则,但是我们认为,建立民法典的总则具有以下优点:总则的设立增强了民法典的形式合理性和体系的逻辑性。避免重复,使法典更为简洁,因为民法典的内容过于复杂,条文过多,通过总则的设定,可以避免重复规定。总则的设立更符合民商合一模式的要求。总则的设立对弘扬民法的基本精神和理念具有重要作用。总则就是要借助于抽象的原则来宣示民法的基本理念,总则的规定更为抽象,包容性更强,富有弹性,便于法官作出解释,总则的体系构成还有助于培养法律人归纳演绎、抽象思考方法,及形成法律原则的能力。^①

问题不在于是否需要一个民法典总则,而在于如何构建总则的具体内容。在考虑总则的内容方面,我们认为应当借鉴德国模式,我们认为潘德克顿一个最伟大的贡献就在于,以法律关系的要素作为构建民法典总则体系的骨架,“德意志编别法创设总则编之一举,意义甚为重大,当时德国法律学者皆认为:对各种法律关系共同事项,另有谋设一般的共同规定之必要。”^②也就是说,潘德克顿学派将整个法律关系的理论运用到法典里面去,构建了一个完整的民法典的体系结构。具体来说,在总则中确立主体、行为、客体制度,然后在分则中确立法律关系的内容,该内容主要是民事权利,具体包括债权、物权、亲属、继承权利,当总则中确立主体、行为、客体与分则中的权利结合在一起就构成一个完整的法律关系,例如总则中的主体、行为、客体与物权制度结合在一起,就构成完整的物权法律关系。由于法律关系的各种要素都已具备从而形成完整的法律关系,这种构建模式体现了潘德克顿体系的严谨性和科学性。

(二)关于民法典的分则

关于民法典的体系的架构,如果采用潘德克顿学派的观点,以法律关系的要素构建整个民法典体系,以法律关系的内容即民事权利来展开分则的体系,那么整个民法典的分则体系首先应当围绕民事权利而展开。我们认为,我国民法典所确立的权利体系应当包括:人格权、身份权、继承权、物权、债权,这些权

① 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第26页。

② 陈棋炎著:《亲属、继承法基本问题》,三民书局1980年版,第3页。