

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on  
Civil Code of China

# 中国民法典争鸣

李永军卷



李永军 著



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明  
执行主编 柳经纬

# 中国民法典争鸣

李永军卷

李永军  
著



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣. 李永军卷/李永军著. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 12  
(中国民法典争鸣系列)  
ISBN 978-7-5615-6823-1

I. ①中… II. ①李… III. ①民法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 307308 号

---

出版人 蒋东明  
策划编辑 施高翔  
责任编辑 李 宁  
装帧设计 李夏凌  
技术编辑 许克华

---

出版发行 厦门大学出版社  
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号  
邮政编码 361008  
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)  
营销中心 0592-2184458 0592-2181365  
网 址 <http://www.xmupress.com>  
邮 箱 [xmupress@126.com](mailto:xmupress@126.com)  
印 刷 厦门集大印刷厂

---

开本 787mm×1092mm 1/16  
印张 21  
字数 460千字  
版次 2017年12月第1版  
印次 2017年12月第1次印刷  
定价 106.00元

---

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社  
微信二维码



厦门大学出版社  
微博二维码



Discussion on  
Civil Code of China

## 总序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象 and 我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践,创立了一条中国特色社会主义的发展道路,这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达,不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件,是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂,应当凝聚改革的共识,确认改革的成果,为进一步改革提供依据,从而推动改革进程,引领改革发展,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看,我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的,这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典,不只是立法机关的任务,也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题,需要民法学者认真进行深入的研究,积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典,是我国民法学界几代人的夙愿。早在20世纪50年代,老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来,随着法学教育和学术研究的恢复,民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究,取得了丰硕的成果,也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法(修订)、侵权责任法,从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法,民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入21世纪以来,民法学者围绕着民法典编纂问题,掀起了一波民法典理论研究热潮,民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前,民法典编纂工作正在进行,在许多问题上尚未达成共识,又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际,厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书,诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究,无疑具有重要的理论价值。我坚信,无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳,但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用,他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗!

中国民法学研究会会长 王利明

2017年5月26日

# 目 录



民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考	1
我国未来民法典应坚持规范属性	16
论权利能力的本质	26
民法上的人及其理性基础	38
我国未来民法典中主体制度的设计思考	53
论姓名权的性质与法律保护	78
人格权的立法模式及其选择	95
以“社团法人与财团法人”的基本分类构建法人制度	103
民法上的住所制度考	111
民法上的公共利益考	137
从契约自由原则的基础看契约自由原则在现代合同 法上的地位	160
非财产性损害的契约性救济及其正当性说明	182
论优先购买权的性质和效力	199
论债的科学性与统一性	210
论债法中的“本土化概念”对统一的债法救济体系之 影响	219
以自然之债理论对最高人民法院关于民间借贷司法 解释的解读	236
自然之债源流考评	249
论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任”	273
肖像权在中国法上的保护	285
对《侵权责任法》一般条款的解读	310
论商法的传统与理性基础	320



# 民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考\*

## 一、问题的提出及意义

新中国的民法典可以说是命运多舛:从1954年开始的民法典起草,到今天为止,已经有三次“举动”,但每一次都是无果而终。当我国的经济及社会发展到今天,结构发生了巨大的变化,如果要真正贯彻“依法治国”的基本国策,那么,“公法”与“私法”的划分就不可避免,那种以“公法”治理国家与社会的“大一统”的格局必然会发生变化。因此,党的十八届四中全会在提出“依法治国”的同时,决定编纂中国的民法典,这是非常正确和及时的,反映出历史的需求和人民的愿望。我们有理由相信,第四次民法典起草工作很快就要开始了。

然而,我们必须有充分的思想准备:民法典的起草工作是一个浩大的工程,不仅要求有充分的理论研究储备,还要有充分的“田野工作”。在今天这样一个社会结构复杂、价值与利益多元化的时代,像法国民法典那样,用几个月的时间关起门来就起草了一部百年经典的时代几乎已经不存在了。德国民法典用了20年左右的时间,创造了一个法典里程碑,不但是百年经典,而且成了后世许多国家立法的蓝本。而我国历史上民国时期1929年民法典的起草,也下了极大的功夫,完成了“清末习惯调查”这样宝贵而且详尽的“田野工作”。如果在今天,我们对中国社会的具体现实不进行类似的实地考察和调研,就想编出一部较好的民法典是不现实的。因此,我们必须有做“田野工作”这样的心理准备。

另外,立法所需要的民法学研究的理论储备。如果比较为当今世界两部立法所效仿的法国民法典与德国民法典,仅仅就立法技术而言,德国民法典的确精良,被称为“优良的法律计算机”、“不寻常的精巧的金缕玉衣”,任何时候都是具有最精确、最富有法律逻辑语言的私法典。<sup>①</sup>这得益于德国民法典具有坚实的理论基础——潘德克顿法学。这对我国民法典起草具有重大的启发意义:我国民法学的研究积淀是否已经达到足够起草一部民法典的程度?在此,联想起当年德国萨维尼与蒂堡关于是否立刻仿照法国民法典起草一部德国民法典的论战。在此论战中萨维尼先生有一个论据:“我不认为我们具备制定一部优秀民法典的能

\* 原文发表于《比较法研究》2015年第3期。

① K.茨威格特,等,比较法总论[M],潘汉典,等译,贵州:贵州人民出版社,1992:268.



力……我们不能在依然远离这一目标时就相信我们已经臻达这一目标。”<sup>①</sup>在我国当下决定编纂民法典的时刻，笔者并不认为，我国的民法学研究不足以支持起草一部民法典。我国的民法学研究和法学教育经过了这么多年的发展，积累了大量的研究成果，并且有起草《民法通则》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等的经验，还有改革开放以来司法实践积累的丰富经验，所有这些都为我国民法典的起草奠定了良好的基础。但是，笔者也认为，需要研究的理论问题还很多，而这些问题，民法学界还存在很大的争议，需要达成理论共识。例如，未来中国民法典的“总则”部分将采取什么样的立法技术？民法典的基本结构如何？我国的立法及民法教学、研究（至少从民国时期开始）传统都基本上是德国式的“五编制”“总分”模式，即带有“总则”编的立法模式，那么，“总则”与“分则”是否存在逻辑上的联系？我们是否应当以“总则”的功能定位及法律的适用性为出发点，从技术上安排“总则”部分的内容及以下各编的划分？如果像现在这样有些“非官方”民法典草案的结构，将除了总则以外的各编，分为“人格权编”“物权编”“债权编”“合同编”“侵权编”“婚姻编”“继承编”这种格局，那么，“总则”的内容是否应该发生改变？例如，“法律行为”这一被德国民法视为最重要的“公因式”在我国未来民法典的“总则”部分是否还应该是其内容？因为，至少在人格权编与侵权法编是不适用法律行为的。<sup>②</sup>另外，像“诉讼时效”这样的问题，究竟应该放在“总则”部分，还是放在“债编”部分？这取决于我们对“请求权”这一概念的理解。“合伙”应如何规定？如果我们的立法格局属于“民商合一”，那么在“总则”中如何体现民事合伙与商事合伙？诸如此类的问题，都需要深入研究和达成共识。

除此之外，民法典总则的内容应该通过什么样的方式表现出来，也是我们需要达成共识的问题。“法律应该由规范构成”，这是立法遵守的底线要求，即要求在法律上的任何一个规定，要么是规范，要么是规范的补充（如法定定义，《德国民法典》第90条关于“物”的定义，我国合同法关于“合同”的定义、我国物权法关于“物”的定义等）。如果是规范，就必须规定“条件+结果”，如果是规范的补充就必须与规范有联系而为规范服务。这种要求是法律的本性使然，即“三段论”的法律适用逻辑，必然要求法律规范提供“大前提”和“结论”。而综观我们的民事立法，越来越多地脱离规范的基本属性，更多地加强了“口号式”的宣言，例如，一些版本的民法典草案中的“人格权”大概如此，其本身不能作为请求权的基础，还需要借助于侵权法作为请求权的基础。另外，每部法律中规定的所谓“基本原则”也大概如此，基本被作为规范之外的东西而游离于司法。如果是这样的话，其法律的意义何在？如何用“规范”的方式表达“总则”之内容，使法律成为法律而不沦落为他物，是一个重大的任务。

<sup>①</sup> 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.论立法与法学的当代使命[M].许章润,译.北京:中国法制出版社,2001:3.7-38.

<sup>②</sup> 在德国,“法律行为”是适用于各编的,仅仅是有个别制度不适用,就遭到诟病。如果我们未来的民法典整编不适用,是否应该是一个问题?

## 二、抽象提取“公因式”的立法技术及由此决定的“总则”内容

### (一)“公因式”下的总则及利弊分析

在世界民法典的宝库中,1804年的《法国民法典》及1900年的《德国民法典》无疑是两颗最耀眼的明珠,并成为后世许多国家民法立法的蓝本。我国自清末开始民法起草以来,也许是因为某种机缘巧合,无论是在立法上还是在学理上都更多地继受了《德国民法典》的“五编制”模式。从我国大陆及台湾地区的民法教科书,到我国台湾地区的“民法典”都反映了这种模式。这种立法及学理传统,决定了我国未来民法典是带有“总则”的德国模式而非法国模式。但是,德国民法典的立法设计思想、总则立法技术决定了其“总则”应该规定的内容,甚至法典的编排(即应有几编)都与“总则”的立法技术及内容息息相关,这或许对我国民法典的“总则编”及以下各编的编排都有重大的启发意义。

德国民法典的立法技术及设计思想可以概括为:以高度抽象的方式将各编的“公因式”提取出来,并确立一般规则,适用于各编,各编相同的东西不再重复,而是规定例外。就如德国学者梅迪库斯所言,根据民法典制定者的计划,总则应当包括那些适用于民法典以下诸编的规则,亦即总则包括的是在某种程度上被提取和抽象的一般性内容。<sup>①</sup>总则部分针对一些确定的基本法律制度,即法律职业者无论在债法抑或物法,继承法或者家庭法,甚至在整个私法领域中都加以运用的法律制度,提纲挈领地以一般化形式对其先行规定,就仿佛是“提取公因式”。人们以为,用这种方法可以提高法律的逻辑完整性和内涵经济性,从而避免冗赘的重复。<sup>②</sup>但是,德国民法典中所独有的极其抽象的概念也是其立法技术的特点,也是其内容对其他各编具有较强的涵摄性的原因,例如,“法律行为”这一术语的创造和运用即著例。法律行为的本质是意思自治,就如法国学者所言,法律行为的特殊性及其与其他法律事实的区别,均在于法律行为是一种特殊的“机制”,其目的在于引起法律效果的发生。这一机制既具有差异性,又具有同一性,其差异性在于不同类型的法律行为的构成及其效果是不同的,其同一性在于任何法律行为的要素或者原动力是不变的,亦即任何法律行为均体现了当事人的自由意志,表现了意思自治的基本原则。<sup>③</sup>德国法理论中的“法律行为”,不仅是指通常意义上的买卖或者租赁类型的债权契约,还指“物权合意”。法律行为还包括家庭法中的契约,如收养契约和结婚合意。最后,法律行为还包括遗嘱的设定、契约的解除等。<sup>④</sup>

德国民法典的这种高度抽象、公因式式的立法技术,不但在总则与其他各编的关系中运用,而且在每一编中也有如此的体例,就如德国学者所言,这一将一般的内容置于前面的立法技术,在民法典的其他地方还多次重现。比如,第二编(“债编”)的前六章是一般性规定,之后是各种债务关系;第三编(“物编”)也是先规定一般性的占有、土地上权利通则,然后才

① 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:22.

② K.茨威格特,等.比较法总论[M].潘汉典,等译.贵州:贵州人民出版社,1992:270.

③ 尹田.法国现代合同法[M].北京:法律出版社,1995:1-2.

④ K.茨威格特,等.比较法总论[M].潘汉典,等译.贵州:贵州人民出版社,1992:271.

规定具体的权利；第四编也是先规定“婚姻的一般效力”，然后再规定各种具体的财产制。<sup>①</sup>有的学者评价说，这一体系方法是德国民法典的显著特征，尽快认识到这一点，将对相关法律规定的寻找和对德国民法典的理解更为容易。<sup>②</sup>

继受德国民法典体例的我国台湾地区的“民法典”，对此问题的技术大致相同。王泽鉴先生认为，此种编制体例系建立在“由抽象到具体”，“由一般到特殊”的立法技术之上。易言之，尽量将共同事项归纳在一起。<sup>③</sup>

这种立法技术抽象出来的“总则”，既有优点也有缺点，即使是德国学者之间也是存在争议的。其优点主要在于将这些规定提取概括，可以取得“唯理化效应”。以“法律行为”为例，立法者就无须为每一项法律行为都规定其构成要件。同时，总则编避免了重复及参引。例如，立法者可以对买卖合同的订立作出规定，然后对赠与、租赁等行为参引适用有关买卖合同的规定。不过，这样一来参引规定必然太多，使总则编篇幅过大，有失简明扼要。<sup>④</sup>

其缺点主要是：（1）例外较多。为了使一项规则具有普遍的适用性，该规则必须以抽象的方式来表达。这在技术上就会客观地出现一个两难的局面：要么制定一些非常一般的规则，加强适用性（普适性）。这样一来，一般规则的数量势必就很少，总则编制为以下诸编减轻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。德国民法典采纳了第二种方案，法律承认一般规则之外还有一些偏离。（2）理解上的困难。民法典将一般性规则提取概括，也增加了对法律规定的理解的难度。要寻找对一个法律问题的法律规定，不能仅仅在一个地方寻找。我们要寻找的有关规定，往往分处在民法典的若干个不同的地方，其中一般性规定在民法典前面，特殊规定在民法典后面。在查阅法典时，要按照“从后向前”的顺序进行，以买卖涉及的问题为例，查阅的顺序如下：首先寻找比一般买卖法更为特殊的规定（如消费信贷）—一般买卖法—有关双务合同的规定—债务合同的规定—债务关系的一般规定—合同的一般规定—法律行为的规定。<sup>⑤</sup>（3）教学上的困难。对于初学者来说，由于像“法律行为”这样高度抽象的概念，难以举例说明。<sup>⑥</sup>这种情况，在我国的民法教学中，早已呈现，甚至有人提出来先教具体的法，如合同法、物权法、侵权法、侵权责任法、婚姻与继承法，然后再开设民法总论。其实，德国的法学课程已经开始这一方面的改革。<sup>⑦</sup>

这种批评并没有改变法典的式样，也不可能改变这种编排。因为，法律本来就不是给一般人制定的，是为法律职业阶层制定的。其实，这些缺点统统都可以归结为“困难”，问题是：这些困难是否是可以克服的？对于职业阶层来说，答案是肯定的。

① 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:22.

② 哈里·韦斯特曼.德国民法基本概念[M].张定军,等译.北京:中国人民大学出版社,2013:11.

③ 王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001:19.

④ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:31.

⑤ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:33-34.

⑥ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:40.

⑦ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:41.

## （二）民法典之“总则”与各编的关系

虽然说民法典“总则”的内容是从各编中以提取公因式的方式抽象出来的,但是这种立法技术同时也影响着民法典的编排(分编)。以“法律行为”为例,在德国民法典中,后四编都有法律行为的适用余地(尽管有个别制度不适用),主体、客体等问题也都在各编中适用。因此,民法典的各编并不是任意划分出来的。这一点对我国未来民法典有较大的借鉴意义。我国未来民法典的编排虽然没有最后确定,但是从现在学界的一些观点来看,大概是:总则编、人格权编、物编、债编、合同编、侵权编、婚姻编、继承编。如果是这样,那么民法总则的内容就值得很好地考虑了。例如,在原本德国法上的“债编”,逻辑是这样的:所有类型的债结果都是具有请求的效果,因此,就可以将关于“债”的所有一般性问题进行规定,然后再规定债的各个不同产生原因及其特殊性,如合同之债、准合同之债、侵权之债等。这样,不仅逻辑统一,而且节省条文重复。如果像我国目前这样假定的结构,“债编”仅仅是“合同”与“侵权”的总则,其与其他各编的关系就难以具有逻辑上的关系。另外,像“法律行为”这样一个在我国《民法通则》就已经规定了“公因式”,难以成为未来民法典的公因式。另外,如果真的像现在学理上许多人主张的那样,否定“物权行为”理论,那么,“物编”也就没有法律行为适用的余地了。

因此,我们在编纂民法典时,在各编的设计中,一定要注意这种“总”与“分”的关系,保持总则内容对各编的普遍适用性,使总则成为民法典的灵魂。

## （三）总则之内容的分析

提取公因式的这种立法技术,其实已经决定了“总则”的基本内容,即什么是各编的“公因式”,什么是“总则”的内容。就如德国学者所指出的,总则把被提取和抽象的一般性内容汇总在一起,这一汇总就决定了它的内容:总则中的内容必须具有一般性的特征,它们不仅适用于民法典的各编,部分也涉及权利客体及权利行使的问题。<sup>①</sup>

从德国民法典规定的内容来看,主要是:(1)主体(第1条至第89条);(2)客体(第90条至第103条);(3)法律行为(第104条至第185条);(4)期间与期日(第186条至第193条);(5)权利的行使与担保(第226条至第240条)。<sup>②</sup>德国民法典的这种规定,受到了学者的批评,有学者指出,对于总则编的内容,不可能作出积极的评价。一方面,总则编没有对一些重要的内容作出调整,特别是有关法人、法律适用方面的重要问题都付之阙如。另一方面,总则编中的有些规定被人为地从它们所属的特别的联系中割裂开来,最后变成纯粹的概念解释或立法技术。在有些地方,总则编不过是“其他”项下的大杂烩,汇集了那些在其他地方难以安排的规定。<sup>③</sup>茨威格特指出,德国民法典的总则部分没有包括关于法律交往中的行为或者关于法律解释、习惯法、法官权限及举证责任基本原则的一般规定,而这些规定完全是实

① 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:24.

② 陈卫佐,译,注.德国民法典[M].北京:法律出版社,2004:1-73.

③ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:28.

用的,实际上也是合乎需要的。<sup>①</sup>对德国民法典总则编的这些批评,为我国未来民法典的总则部分的内容提供了反面启发。

笔者认为,我国未来民法典的“总则部分之内容应是各编的公因式”的这样一个逻辑是不能改变的,否则,总则就徒有虚名。但我们必须围绕着“法律关系”及其内容的实现而展开。法律关系理论的创设是德国民法最具有价值的成果之一,作为一种思维工具,同时也作为一种技术手段,此种理论不仅改变了过去对于民法现象的观察角度,而且成为其法典体系安排最为重要的技术支持。<sup>②</sup>德国民法典与以德国民法典为蓝本编纂的俄罗斯民法典都是围绕着法律关系展开的,都是以法律关系的主体、客体、权利、权利的产生及保护为内容的。无论是物权、债权、婚姻、继承,还是合同、侵权最终都是以法律关系的面目展现在法律世界中的。因此,这是我们设计民法总则内容的一个入口和逻辑起点。

法律关系是人与人之间的法律纽带,<sup>③</sup>即民事法律关系是人与人之间的纳入民法调整范围的生活关系,也可以说,是人与人之间因民法调整而形成的民事权利义务。德国学者萨维尼认为,各个法律关系,就是由法律规定的人与人之间的关系。在自然界,人是最重要的因素,人为了生活,必然要与他人发生各种各样的关系。在这种关系中,既要让每个人自由地发展,又要防止对他人造成损害,这就需要法律来进行规范。由法律规范的人与人之间的关系,就是法律关系。<sup>④</sup>法律关系的实质是人与人之间的权利义务关系,而法律关系的构成要素,则有主体、客体、内容。因此,民事主体、客体、内容就应该是总则应该规定的内容。有关主体的问题下文将详做讨论,在这里,仅就内容及客体阐述笔者个人的看法。

就法律关系的内容来看,因私法中权利本位的原则,法律关系中最重要的当是权利,就如拉伦茨所言,私法上的法律关系经常包含着一个“权利”,这个权利是私法上的法律关系的要素之一,法律关系最重要的要素是权利。<sup>⑤</sup>因此,总则中应概括规定权利及其救济(保护),即可以有一个类似这样的概括性规定:“民事主体依法享有人身权、物权、债权、知识产权、继承权以及依据本法或者其他法律规定的权利或者利益。以上权利或者利益受到侵害时,可依据本权或者其他规范请求救济。”这样一来,不仅体现了民法典作为私法之母体法的包容性,也增强了规则的适用性。

就客体来说,客体是权利的载体。按照德国学者的观点,权利只是一个框架性概念,说“某人拥有一种权利”,意思是说,他依法能够享有什么或者应该享有什么。它可以是对人的尊重或者不得侵犯,也可以是权利人的行为范围,还可以是另一个人的给付义务等。因此就产生了各种不同类型的权利。<sup>⑥</sup>正是由于客体不同,才决定了不同的权利类型,故客体是

① K.茨威格特,等.比较法总论[M].潘汉典,等译.贵州:贵州人民出版社,1992:270.

② 尹田.民法典总则之理论与立法研究[M].北京:法律出版社,2010:22.

③ 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:51.

④ 龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2001:120.

⑤ 拉伦茨.德国民法总论[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2004:261.

⑥ 拉伦茨.德国民法总论[M].王晓晔,等译.北京:法律出版社,2004:280-282.

权利类型的基础。因此,任何一种权利必须有明确的客体。就如拉伦茨所言:权利所指向的对象,亦即权利人对之有权利的客体,必须是十分确定的。权利人必须可以排除他人对这个特定物的使用,权利人可以处分这个特定物,或者根据法律可以要求某个特定的人(债务人)履行特定的给付。允许权利人实施所有不受法律禁止的行为,这尽管是一种符合实际的说法,因为缺乏权利所需要的客体的确定性,所以从这种说法中并不能得出“权利”。如果不允许所有的其他人这样做,而只允许某人实施这种特定的行为,那么这是一种权利。<sup>①</sup> 德国民法典的总则部分没有规定完整的法律关系客体,仅仅规定了物权的客体,受到了学者的批评,难以作为公因式对待。因此,我国未来的民法典总则部分应该概括性地规定完整的权利客体。

就法律关系的产生来看,应规定“法律事实”,包括法律行为与非法律行为。关于法律行为的问题,我们将在下面具体探讨。

就法律关系的实现来看,应规定以下内容:(1)自力救济和公力救济。在自力救济中,规定自助行为与自卫行为(包括正当防卫与紧急避险)。(2)权利行使中的“权利禁止滥用原则”。(3)在公力救济中应对以下方面作出规定:首先,要明确规定“法源”,即法官裁判案件,有法律者依法律,无法律者依习惯,无习惯者依法理。并且,明确全国人大及其常委会的立法和法律解释、国务院制定或者以国务院的名义发布的行政法规、最高人民法院的司法解释为法律渊源,以避免法律渊源方面的乱象。对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉的解释(一)》第4条提供了很好的经验:“合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”其次,要规定“法官裁判的义务”,即法官不得以“没有法律规定”为由拒绝裁判。再次,应规定法官解释法律的一般规则。最后,应规定举证责任。举证责任不是民事诉讼法的任务,而是实体法的任务。我国《侵权责任法》对有些举证责任是有规定的,例如,过错推定中的举证责任等。但是,举证责任应作为所有请求救济的一般原则和“公因式”规定在民法典的总则中。

#### (四)总则中的特殊问题分析

##### 1.关于民事主体中的问题

民事主体是民法典总则的一般内容和公因式是没有争议的,但是,下列问题应特别引起注意:

##### (1)权利能力的法律地位属性

我国未来民法典总则应该坚持《民法通则》开创的“民事主体地位平等”原则,而“权利能力”就是主体地位的标志,因此,应该继续坚持民事主体权利能力平等。这就要求把“权利能力”作为主体在私法中的地位看待,而不等同于做某事的资格。尤其不能将权利能力分解为各个能够去做某事或者不能做某事,或者不能取得某种权利的资格,例如,“结婚权利能力”

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》法释[1999]19号(1999年12月1日最高人民法院审判委员会第1090次会议通过)。



“取得矿产资源的权利能力”“取得建筑资质权利能力”等,这些实质上都是与民事主体的主体地位不相干的事情,是法律根据某种政策对民事主体具体行为的限制。民法典总则应明确权利能力平等性、不可剥夺性和不可限制性。

## (2)我国未来民法典中的团体性人格问题

我国未来民法典对于主体应作“二元论”(自然人与法人)规定还是“三元论”(自然人、法人、合伙及其他组织)规定?从目前的立法和学理来看,我国未来的民法典应该是“三元论”的主体格局。对于法人来说,未来民法典应规定“财团法人”。因为这种法人类型越来越多而且越来越重要,尤其是随着人们对公益事业的积极性和关注度日益增长,特别需要对这种法人类型进行民事基本法规范,而不应仅仅局限于个别的法规。发生广西横县并引起全国关注的“余辉遗产纠纷案”就是一个很好的例证。该案的基本案情是:1995年7月,广西横县地方税务局公务员余辉经医院确诊患上慢性白血病,医院认为应进行骨髓移植,手术费用在25万元~30万元之间。余辉的家人无法支付这一高额费用。为筹集医疗费,地税局及余辉的母校广西经济管理干部学院为其捐款1万多元,但远远不够。于是,横县地方税务局经余辉和上级部门同意向全国部分税务机关发出“紧急求援信”,并成立“抢救余辉资金管理委员会”对捐款的使用进行监督。求援信发出后,全国各地的捐款不断寄来,捐款的用途大多都是“捐款”“捐给余辉治病”“余辉医疗费”等。截至1996年6月5日,共收到捐款193笔,计22万余元。余辉因故未能进行骨髓移植,于1998年11月2日病亡。除去医疗费和丧葬费尚余捐款14万多元人民币。余辉去世后,其父余其山认为,捐款余额属余辉生前受赠与而取得的财产,应由自己继承。而横县地税局认为,该局的“紧急求援信”明确指出,募捐是为余辉进行骨髓移植用的,但余辉没有进行骨髓移植,因此该款不能挪作他用,更不能把该款项作为余辉的遗产由其继承人继承。2000年5月,余其山向横县法院提起诉讼,请求法院判令横县地税局将捐款余额交付自己。2001年12月,横县法院作出一审判决驳回余其山的诉讼请求。2002年4月,余其山向南宁地区中级人民法院提起上诉。同年7月29日,南宁地区中级人民法院作出撤销一审判决;由横县地税局将捐款余额给余其山的判决。<sup>①</sup>随后,横县地税局以二审判决错误为由提请广西区检察院抗诉。广西壮族自治区检察院审查后认为,南宁地区中级人民法院对此案的民事判决适用法律不当,判决错误。2003年3月18日,广西壮族自治区检察院依法向广西壮族自治区高级人民法院提出抗诉。广西壮族自治区高级人民法院作出终审判决,驳回余其山将爱心捐款作为其子余辉的遗产继承的诉讼请求。<sup>②</sup>实事求是地说,这一判决是存在问题的,笔者认为,南宁地区中级人民法院对此案的民事判决适用法律恰恰是正确的,因为,所有捐款人捐款的意思表示是指向谁的?有些甚至明确是“捐给余辉治病”“余辉医疗费”等。广西壮族自治区高级人民法院作出终审判决却忽视了一个重要的问题:横县地税局这样一个公法人是一个能够接受捐款的适合主体吗?这恰恰说

<sup>①</sup> 阿成.爱心捐助能否当作遗产[N].京华时报,2002-11-3.

<sup>②</sup> 广西壮族自治区高级人民法院[2003]桂民再字第84号民事判决书。

明没有财团法人带来了问题。

另外,要明确在我国大量存在的“集体经济组织”的主体地位及属性,因为司法实践非常需要明确之。在我国法上,“集体经济组织”属于民事主体应该没有疑问,因为它本身就是集体土地的所有权者。但它属于哪类主体?是法人还是第三类民事主体?笔者认为,应该按照法人对待,因为它符合法人成立的要件:有自己的财产、住所、决策机关和代表机关,能够独立承担责任。

在第三类民事主体中,应规定“合伙与其他无权利能力的社团”。在我国现行的立法中,有一种非常不规范的用语——“其他非法人组织”。这种称呼很不符合民法的规范,因为在民法上“权利能力”是主体的标志,用有无权利能力来衡量团体的主体性更符合民法规范。因此,未来民法典应用“无权利能力的社团”来替代“其他非法人组织”。而合伙不属于社团这一范畴,应单独规定。

未来民法典关于合伙的规定,应保持今天《民法通则》的格局,即应区分民事合伙与商事合伙,在民法典中仅仅规定民事合伙合同,即合伙是民事主体的合同关系,但要对第三人承担连带责任。商事合伙则由单行法规来规定,即合伙企业法来规范。为什么说我国《民法通则》已经形成了民事合伙与商事合伙的格局呢?《民法通则》第33条规定:“个人合伙可以起字号,依法经核准登记,在核准登记的经营范围內从事经营。”实际上,这就已经区分了民事合伙与商事合伙,即不起字号的,仅以合同关系为纽带而存在的,即为民事合伙。同时,民事合伙适用《民法通则》第32条的规定:“合伙经营积累的财产,归合伙人共有。”而起字号的,要进行登记,就是商事合伙。当然,为了配合民事合伙的规定,在合同部分,要将合伙合同作为有名合同来规定,而不再是无名合同。

### (3)将“人格权”规定于自然人主体之下

关于人格权是否应当作为权利对待,以及人格权应如何规定在未来的民法典中,是很有争议的问题。从现在的趋势来看,人格权是必须规定的。笔者认为,人格权应当规定在第一编中的“自然人”之下而不是独立成编,原因是:①强调人格权是自然人的尊严和价值的体现,与自然人不能分离,人格权只能为自然人享有而不能为其他主体,如法人或者合伙所享有。如果说法人与合伙也有尊严,那么这样一个结论就颠倒了迄今为止所有的哲学所倡导的人与非人的区别。②强调人格权客体的独特性,即人格权的客体与物权、债权不同,物权与债权的客体是人的“身外之物”,而人格权客体却是属于本身的东西。

## 2.关于民法基本原则的规定

中华人民共和国的民法立法,不知从什么时候形成了一个惯例,即第一章一般都是“基本原则”的规定,例如,《民法通则》第一章是“基本原则”的规定,《合同法》第一章是“基本原则”的规定,《物权法》第一章也是“基本原则”的规定,《婚姻法》第一章还是“基本原则”的规定。只有《继承法》和《侵权责任法》的第一章不十分像“基本原则”的规定,而是有许多“规范的补充性”规定。那么,未来的民法典是否应当规定“基本原则”呢?这就不得不涉及一个这样的问题:法律为什么要规定“基本原则”呢?对此问题,在我国许多学者的著作或者教科书



中都无数次地论证了充分的理由<sup>①</sup>，但笔者在这里要说的是一个比较法上的奇怪现象：像德国民法典等大陆法系国家的民法典一般都没有专门的“基本原则”的规定，甚至像被我们常常挂在嘴边的“诚实信用原则”也不是在总则中规定的，而是在“债编”第242条中作为债务履行的要求规定的，但在它们的司法实践中使用诚实信用原则的案例却非常多；而我们几乎每一部法律都规定了基本原则，且学者的论述也是汗牛充栋，但在司法实践中使用得却非常少。这种对比说明了什么？这恐怕与我们的立法技术有关：我们将基本原则规定于“规范之外”，使其失去了规范的作用，而是高居于规范的“神坛”之上。所以，法官一般不用，也不知道该如何用。因此，我们在未来的民法典中，有两个方案可供选择：一个方案是像德国民法典那样，不直接规定基本原则，而是将其寓于规范之中，从规范中体会基本原则；另一个方案就是维持现在的立法惯例，在未来民法典中规定基本原则，但不能再像花瓶一样作摆设，而是应当规定在法律无具体规定时，如何从中推演出规范以能够适用于具体案件，即授权法官利用基本原则“造法”。例如，我国《合同法》没有规定“情事变更”的规范，但现在的经济发展的急剧变化，司法实践需要这样的规范，而这样的规范从何而来？最高人民法院的做法是“从天上请下来”，使人感到很突兀。如果能够从合同法或者民法通则的某项基本原则中“请出来”的话，是多么的从容！就如德国法院从法律行为基础入手来解释“情事变更”一样，“情事变更”是“法律行为基础丧失”，这一问题是早就已经在法律行为的制度之中的。例如，我国《合同法》第5条规定的是“公平原则”，第6条规定的是“诚实信用”原则，从这两条中难道不能推演出类似“情事变更”这种东西吗？还需要请一个“天外来客”吗？这种“天外来客”式的做法，也更加能够反证：我国法上的基本原则“基本”上是没有任何价值和意义的。

我们要规定基本原则，就要让其具有意义，即授权法官以基本原则立法，发挥基本原则的功能——填补法律漏洞。如果不能从中造出规范，它如何能够填补法律漏洞？

### 3. 关于法律行为

“法律行为”这一概念自1986年《民法通则》就有规定，应该说也是法律工作者比较“熟悉”的概念。但遗憾的是，在适用过程中，这一“熟悉”的概念却远离了它应该适用的范围，即它应该是“合同”“遗嘱”“婚姻”的上位概念和公因式，但这些具体的制度却远离了它们。我们来看看《合同法》第2条关于“合同”的概念是如何规定的：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”《合同法》把“合同”定义到“协议”中而不是“法律行为”中，因此，在适用合同法的时候，许多人都意识不到将合同法的规则与民法通则中的法律行为联系起来。如果未来的民法典之“总则”规定了“法律行为”，“债”的部分规定合同，是否还会出现这样的割裂性认识呢？如果真的如此，民法总则的设计思想和基本功能将丧失。

基于这样的经验教训，建议我们的民法典总则要规定一个规范之补充：“本法有关法律行为之规定，适用于合同、遗嘱、婚姻以及其他与意思表示有关的行为，但法律另有规定的

<sup>①</sup> 在这里，笔者不想重复和啰唆，这些理由实在是充分了。