

王利明:民法典总则设立的必要性及基本结构 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E5_88_A9_E6_98_8E__c122_486305.htm

【摘要】当前我国要尽快制定一部体系完整并符合中国国情的民法典，首先必须讨论民法典总则的设立问题。设立总则是相当必要的，理由是：总则的设立可增强民法典的形式合理性和体系逻辑性，使法典更为简洁；可增强民法典的体系性；更符合民商合一模式的要求；对弘扬民法的基本精神和理念具有重要作用；便于法官做出解释，并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。而有学者主张主体制度可以单设人法而不用制定总则，我认为此模式是存在重大缺陷的：很难用人法协调现代社会中的各类民事主体制度；实际上没有严格区分主体和权利问题；很难区分人格和身份；一旦设立人法，法律行为、代理、时效等制度将会只能在合同法等法律中分别规定，这就必然造成法律规则的散乱。最后，总则的基本结构应当由主体、客体、行为和责任四大部分组成。

一、关于设立民法总则的必要性 民法总则就是统领民法典并且民法各个部分共同适用的基本规则，也是民法中最抽象的部分。民法典作为高度体系化的成文立法，注重一些在民事领域中普遍适用的规则是十分必要的。传统大陆法系国家大都采取潘德克顿体例，在民法典中设立总则。也有一些大陆法系的民法典中没有设立总则，在民法中是否应当设立总则以及其内容应当包括那些，是一个值得探讨的问题。为了尽快制定一部体系完整、内容充实、符合中国国情的民法典，首先必须讨论民法典总则的设立问题。综观大陆法系各

国民法典编纂体系，具有代表性的不外乎罗马式与德国式两种。一是罗马式。该体系是由罗马法学家盖尤斯在《法学阶梯》中创设的，分为“人法、物法、诉讼法”三编。这种三编的编纂体系被法国民法典全盘接受，但法国民法典剔除了其中的诉讼法内容，把物法分为财产及对所有权的各种限制和取得财产的各种方法。[1]由于采纳了此种体系，法国民法典没有总则，缺少关于民事活动的一般原则。有关民法的一般规则、原则体现在学者的学理中。瑞士、意大利等欧洲大陆国家民法、以及受法国法影响的一些国家的民法典也不采纳总则编的设置或仅设置宣示性的“小总则”。二是德国式。总则编始于18世纪日尔曼普通法（*Gemeines Recht*）对6世纪优士丁尼大帝所编纂的“学说汇编”（*Digesten*、*Pandekten*）所做的体系整理；该体系最早被胡果（*Hugo*）在1789年出版的《罗马法大纲》一书中采用，最后由萨维尼在其潘德克顿教程中系统整理出来，并为《德国民法典》所采用[2]。因为总则的设立，进一步增进了其体系性。因此，许多大陆法系国家和地区民法，如日本、泰国、韩国、葡萄牙、希腊、俄罗斯以及我国台湾地区、澳门地区等，都采取了潘德克顿体例。“总则编的设置，是潘德克顿法学的产物。”[3]，充分展现了德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。民法总则可以说是德国民法典一大特色。在潘德克顿体系中，学者将人法与物法再加以深入分析出亲属法、继承法、债法与物法，并且将这种法则的共同点归纳而统摄出总则编。[4]这个体系把民法典分为五编：总则、物权、债权、亲属、继承。首先确定了总则，规定民法共同的制度和规则，然后区分了物权和债权，区分了财产法和身份法，把继承单列一编，从而

形成了完整、明晰的体系。德国民法典设立总则，使各项民事法律制度中具有共性的内容得以在总则中体现，这样，一方面有助于把握各项具体民事法律制度之间的有机联系，使得民法典不致于成为各种民事制度的机械组合；总则更追求的是一种逻辑体系，主要表现的是一种像达维德所说的“系统化精神与抽象的倾向”。[5]然而一些学者对总则的设立提出异议，否定设立总则的理由主要是：第一，总则的规定是学者对现实生活的一种抽象，更像是一种教科书的体系。而法律的目的不是追求逻辑体系的圆满，而是提供一种行为规则 and 解决纷争的准则。而且总则的规定大多比较原则和抽象，缺乏具体的实用性和可操作性。例如法律行为制度，是总则的核心内容，但该部分过于抽象，很难为一般人所理解。[6]第二、总则的设定使民法的规则在适用上的简易性和可操作性反而降低，把原本统一的具体的生活关系割裂在民法中的各个部分。在法律适用时，要寻找关于解决某一法律问题的法律规定，不能仅仅只查找一个地方，所要寻找的有关规定，往往分处于民法典的不同地方，其中，一般性的规定在民法典的前面，特殊性的规定在民法典的后面。这对法律的适用造成了麻烦[7]。第三，由于设立总则必须要设定许多民法共同的规则即一般条款，但在设定一般条款的同时必须设立一些例外的规定。但哪些规则应当属于一般规定置于总则，哪些规则应当作为例外规定，一般规定和例外规定的关系是什么，在法律上很难把握。第四，总则中的抽象规定难以有效涵盖社会生活中的复杂现象，要使一项规则具有普遍的适用性，该规则就必须抽象，但是，由于社会生活是极其复杂的，如法律行为这一抽象的概念所囊括下的买卖、赠与

、租赁、婚姻、继承合同、遗嘱、解约等就属于性质和功能迥异的过程，在采纳物权行为独立性的制度下，这一概念还包括所有权的移转、他物权的设定以及债权让与等形态。但这一概念很难概括各自纷纭复杂的交易现象，更难以将各类财产行为和人身行为都囊括其中。尽管民法典总则的设立遭到了许多学者的非难，但德国民法典设立总则的意义和价值是绝不可低估的。我认为，从法国民法典未设总则到德国民法典设立总则，本身是法律文明的一种进步。在我国民法典制订过程中，对是否应当确立总则的问题，也有不同看法。有些学者主张我国民法典应当采用“松散式”或“汇编式”模式制订，从而无需设立总则。但大多数学者都赞成设立总则。我认为民法典设立总则是必要的，主要理由在于：第一，总则的设立增强了民法典的形式合理性和体系的逻辑性，可避免重复，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。德国马普研究所的卓布尼格教授即认为，设立总则的优点在于：总则条款有利于统领分则条款，确保民法典的和谐性；总则条款有助于减少分则条款，从而加快立法步伐；总则条款有利于民法典本身在新的社会经济情势面前作出必要的自我调整。[8]总则的设立使各个部分形成一个逻辑体系，将会减少对一些共性规则的重复规定，有利于立法的简洁明了。尽管没有民法总则并非不能形成民法典，但没有民法总则，法典的体系就必然会淡化、削弱。除了商事特别法以外，民法的内容本身是非常丰富的。如果将一些基本的民事法律制度从共同适用的规则中抽象出来，形成为总则，那么民法的内在体系将更为严密，否则，将是散乱的。不可否认，民法总则并

非适用于各项民事制度，但只要它能够适用于大多数民事制度，那么它就有其存在的合理性和价值。总则的设立使民法典形成了一个从一般到具体的层层递进的逻辑体系。第二，总则增强了法典的体系性。凡是有总则的法典，体系性更强。潘德克顿学派设立总则的意义在于使人法和物法二者衔接起来，形成一个有机的整体。“因为在人法（或称身份法）和物法（或称财产法）两部分里，确实存在着共同的问题，从而应当有共同的规则。例如主体（权利主体），客体（权利客体），权利的发生、消灭与变更，权利的行使等。这样，在人法和物法之上，设一个总则编，规定人的能力、法律行为等，是可能也是应该的。”[9]同时避免和减少了重复规定，达到立法简洁的目的。在设置了总则之后，德国民法典把性质不同的民事关系分别独立出来由分则各编加以规定。并在此基础上构建了两个严密的逻辑体系，按照王泽鉴先生的看法，总则最主要的优点在于，将私法上的共同事项加以归纳，汇集一处加以规定，具有合理化的作用，避免重复或大量采用准用性规定[10]。黑克（Heck）将总则编的这一作用比喻为“列车时刻表符号说明”：前面已经说明过的东西，后面就没有必要再作重复了。反之，如果不设立总则，而立法者要达到既全面又不重复的目的，就必须运用参引的技术，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行为的规定，不过，这样一来参引规定必然过多，使总则编篇幅过大，有失简明扼要。[11]第三，总则的设立更符合民商合一模式的要求。所谓民商合一并不是说民法典将公司、票据、破产等民事特别法和商事特别法都规定在民法典中，否则民法典将是杂乱无章

的。采用民商合一体例，也不能象意大利民法那样，把一些商事特别法都规定在民法典之中，而是承认公司、海商、保险等商事特别法的客观存在，只是没必要再规定一个独立于民法典的商法总则，以明确商人、商行为、商事特别诉讼时效、商事代理等制度。在此种模式下，所有的商事特别法都可以统一适用民法典总则，主体适用民事主体的规定，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。民商合一只是意味着这些商事特别法都应当适用民法总则，在民法总则之外不需要再制定所谓商法总则。换言之，在中国不能形成商行为与民事行为的分离、商事主体与民事主体的分离、商事代理与民事代理的分离等。这就有必要在民法典中设立总则，以沟通民法与商法的关系，建立完整的民商法体系。第四，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，例如总则关于民法各项基本原则的规定、主体制度中关于主体人格平等的规定、法律行为中关于意思自治的规定，这些抽象的原则本身就是对民法的平等、自由等精神的弘扬。尤其应当看到，总则本身就是借助于抽象的一般原则而为民事主体提供了广泛的私法自治的空间。根据我国台湾地区学者苏永钦先生的观点，民法在性质上属于自治法，自治法就是规范人民自治的法，而所谓自治就是由人民自己创设彼此约束的权利义务关系，自己设法依此关系达到目的，乃至解决因此而起的争端。自治法的功能，只是提供自治的基本规范，只在符合这些规范的情况下，国家可以承认这些私定的权利义务关系某种法的效力。自

治法不以改变人民的行为为其目的，仅为司法者提供一套方便操作、易昭公信的裁判规则。对于民法这一自治法而言，其概念愈精确，规范之间的矛盾愈少，概念抽象的层次愈高，所形成的规范体例能处理自治事务的复杂度也愈高，自然也愈具有时空的超越性。[12]总则实际上是采用提取公因式的方法，从其下各编中抽象出共同的规则，这就提高了民法的抽象度，确定了民事主体行为的范围，在此范围内民事主体享有广泛的自由，而不是通过具体的个别的规定来限制民事主体的自由。第五，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。[13]因为民法典最大的特点在于其要保持一定的稳定性，而这种稳定性总是与现实生活存在着一定的差异，这就需要授权法官去解释。总则编的设置使得民法可以藉法律解释、类推等司法技术的运用而获得发展，并与社会生活保持一致。法律规则的抽象程度直接影响到法官能动性发挥的程度。德国学者Larenz教授将法律的编制模式分为个别情况模式、一般抽象概念模式以及简单指令模式三种，其中个别情况模式是指尽量为生活中的所有情况制定法律规定，将这些情况的一切特征描述出来，对每种情况作极细微的规范。1794年的普鲁士邦普通邦法即其著例，如它为了解决“从物”的识别问题，竟用了六十个段落来完成这一任务，如规定“在一个农场里的牲口为这个农场的属物”，“公鸡、火鸡、鸭、鸽是农场的属物”，“门锁和钥匙是建筑物的属物，而挂锁则不是”，“保护动物的必需品属于动物，使用动物的必需品则不属于动物”等，其目的之一即在于排除法官行使审判自

由的可能和解释法律的必要。[14]面对依据此种模式编制的法典，法官就只能如同自动售货机一样机械地适用法律。抽象规则的确立，必将给予法官更多的发挥其意思的空间。总则的规定是抽象的、一般的，这也为法律的发展留下了空间。因为，不仅法律漏洞的存在是不可避免的，法律漏洞既可能因为立法之际的认识局限与疏漏而存在，也可能因为嗣后经济社会的发展而产生新的社会纠纷、法律问题而存在，而且一些具体的规则也可能因时间的流逝而无法适应社会生活的发展变化，此际，法官当然可以运用法律解释、类推适用等法律技术来适用法律或发展法律，但是在不存在总则的情况下，通过上述法律技术发展法律常常会出现解释明显超出一般语义的情况，这就使得法官对法律的发展虽然具有正当性，但欠缺合法性。而如果存在着总则，由于总则是根据自然法、理性法设计的，总则基本上适用于整个民法典，总则的规范实际上是高于具体规范的，它似乎是类似于公理性质的元规范。[15]因此，法官适用总则发展法律，甚至推翻某些不符合现状的法律就有了一定程度上的合法性。

二、人法不能代替总则

反对制定总则的一种理由是，主体制度可以单独设立人法。按照徐国栋教授的观点，设立人法而不设德国式的民法典总则“，是为了坚持罗马法的人??物二分体系，把被大总则淹没的人法凸现出来，并突出人法的特殊性。

”[16]他建议采用《法学阶梯》的体系，即将民法分为人法、物法和诉讼法三部分，突出人法，从而确立人的中心地位。应当说，这一观点是有其合理性的。一般来说，凡是在法典中单独制订了人法，便没有必要再规定总则。但人法的内容在不同的法典中是不一样的，主要有三种模式：一是法国

民法典的模式。法国民法典第一卷“人法”的规定，主要是对自然人和家庭关系的规定，其中包括：自然人国籍的取得与丧失、有关身份证书、住所、失踪、婚姻、离婚、亲子关系、收养、亲权、监护等问题。法国民法典实际上是对自然人的规定，其中不仅包括了自然人的人格，还包括了自然人的身份关系，如婚姻、收养等方面的规定。二是瑞士民法典的模式。瑞士民法典第一编《人法》，实际上是对民事主体制度的规定，其中包括了自然人和法人两章，具体对主体享有的权利能力和行为能力、人格的保护等问题作出了详细的规定。至于婚姻家庭问题，在瑞士民法典中单独设立第二编“亲属法”对此进行规定。三是意大利民法典的模式。意大利民法典在第一编“人与家庭”中详细规定了法典所称的“人”、住所、自然人的失踪及宣告死亡、血亲和姻亲、婚姻、亲子关系、收养、亲权、监护、领养、禁治产等内容。这些内容不仅具有体系性，而且相当全面。在对自然人的人格以及家庭关系作出规定的同时，意大利民法典又详细规定了法人制度，其中具体规定了社团和财团法人以及非法人团体的成立、撤销、变更、清算等问题。但有关继承的问题，在人法中并没有规定，而是在法典第二编单独设立继承法予以规定。荷兰民法典没有规定德国式的民法典总则，而是将其内容分解到各编之中。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。该法典在颁布之后，得到了包括德国在内的许多国

家民法学者的广泛好评。荷兰民法典把人法的内容置于第一编（“自然人法和家庭法”）和第二编（“法人”）中，而法律行为则被放在第三编（“财产法总则”）中。因此，在这种体系下，法律行为应当被理解为只与财产法有关的制度。我认为，单独设立人法以代替总则的主要缺陷在于：1.此种模式很难用人法来协调现代社会中的各类民事主体制度。民法上的主体是一个特定的法律范畴，它是“私法上的权利和义务所归属之主体”。[17]是指依照法律规定能够参与民事法律关系，享受民事权利和承担民事义务的人。民事主体是权利的承担者，也是民法所规范的权利的归属者，所以也称为权利主体。[18]在现代民法中，民事主体包括公民、法人、合伙企业等，国家在一定情况下也可以成为民事主体。如此众多的主体很难在人法中加以准确的概括。法国民法典设立人法而不设总则，主要是该法典仅承认自然人为主体，而并没有承认法人。这主要是拿破仑制定民法典时，害怕封建行会组织利用法人形式进行复辟，同时也由于参与《法国民法典》的立法者受自然法学派以人为中心的个人主义思潮的影响。[19]随着大公司大企业的蓬勃兴起，交易的主体大多表现为团体，团体在经济生活中的作用更为突出，这就在经济上促使了个人本位向社会本位的过渡。公司等社会组织已越来越成为市场经济中的重要主体，显然民法典不能对此漠然视之。但如果规定人法，则重心应当在自然人而非法人，且在人法中还要规定人格权和身份权问题，这与公司、合伙等制度很难协调在一起，也很难抽象出共同的规则。2.人法的模式实际上没有严格区分主体和权利问题。民事权利能力是国家通过法律确认的享受民事权利和承担民事义务的资

格，它是—个人享受权利和承担义务的基础。权利能力和权利的概念经常容易混淆。应该看到，这两者之间存在着极大联系，但是两者之间存在着明显的区别，表现在：第一，民事权利能力是享有权利，承担义务的资格，是一种法律上的可能性。只有具有这种资格的人，才能享有民事权利和承担民事义务，才能平等地参与民事法律关系，民事权利能力只是享有权利的法律上的可能性，并不意味着就是主体所享有的实际利益。而民事权利是民事主体已经实际享有的现实权利，民事权利都是以—定的实际利益为内容的。第二，民事权利能力，包括享有民事权利的能力，也包括承担民事义务的资格。民法中能够享有权利的人，也即是能够承担义务的人，现代民法中没有只能享有权利不能承担义务的人，也没有只能承担义务不能享受权利的人。因此，任何民事主体，既享有权利，也必须承担义务。但在某一个具体法律关系中，某人可能只享有权利，而另—人只承担义务。而民事权利指涉及到享有的权利，而不包括民事义务。第三，民事权利能力是由国家通过法律直接赋予的，不是由个人自己决定的，也不是由他人决定的。因此，民事权利能力的内容和范围都是由法律规定的，法律不仅规定哪些人享有民事权利能力，而且规定可以享有多大范围的民事权利能力。民事权利能力归根结底决定于社会的物质生活。在不同的社会，法律所规定的权利能力是不同的。而具体的权利，都是由个人决定的，只有参与具体的法律关系才能享有，权利的范围不仅决定于社会经济生活条件和法律的规定，而且决定于—个人的财产状况。第四，存续期间不同。公民的权利能力始于出生，终于死亡，伴随民事主体的存续过程。权利是权利主体在

其存续过程中介入具体的法律关系而取得的，其存续与否由特定法律事实决定，而与民事主体的存续没有直接关系。第五，民事权利能力是享有权利、承担义务的前提，是作为主体资格的基本条件，所以，与主体有着不可分割的联系，它既不能转让，也不得放弃，而且本人也不得自行处分。而权利除了法律另有规定外，可以自行处分。第六，权利能力体现为一种可能获得各种权利的资格，她并不表现为具体的利益。而权利则体现为法律之力对各种具体利益的确认和保护，它必然存在特定的客体和内容。但是，人法模式在规定自然人主体资格的同时，又规定了各种人格权和身份权，尤其是要在身份权中大量规定婚姻、亲属、收养等问题，这就使得主体制度和具体的权利无法得到明确的区分。

3.该模式很难区分人格和身份。因为人法要对人的人格和身份都要作出规定，这样人法的内容将显得极为庞杂。事实上人格和身份尽管从广义上讲都属于人身权的范畴，但实际上二者之间仍然存在着明显的区别。人格权与人格的联系更为密切，而现代意义上的身份权主要是亲属法上的范畴，不宜与人格权在一起合并规定。

4.一旦设立人法，法律行为、代理、时效等制度将会只能在合同法等法律中分别规定，这就必然造成法律规则的散乱。一旦这些制度从总则中分离出去以后，总则已经不再是一个真正的总则。换言之，仅仅只是设立人法的模式已经取消了民法典的总则，而采用了法国民法典的模式。此外，这种模式也打乱了民法典的体系。因为在区分民法总则和分则的体系下，分则是按照各项具体的民事权利体系加以编撰而成的，如果把人法独立出来以后，则很难判断人法究竟是属于总则还是分则。人法包括婚姻、家庭等内容，

很难说其适用于分则的各项内容，故也不能称其为民法总则。但如果将其作为民法分则的内容的话，它又不是具体民事权利的展开，与民法分则的其他内容也显得不协调。

三、总则内容的基本构架

如果民法典中设立总则，毫无疑问总则应当置于各编之首，那么总则的内容和体系究竟应当如何建构，这也是当前民法典制定过程中迫切需要解决的问题。我们首先需要分析《民法通则》的基本架构，《民法通则》具体分为九章，即“基本原则”、“公民”、“法人”、“民事行为和代理”、“民事权利”、“民事责任”、“诉讼时效”、“涉外关系的法律适用”、“附则”。其中民事权利部分实际上是对民法分则的规定，不应再纳入总则之中。有关民事责任中的违约责任和侵权责任的具体规定也应当分别在债和合同法以及侵权行为法中做出规定。至于涉外关系的法律适用的规定本来应当属于国际私法的内容，即使在民法典中规定也应当单独设编，而不应纳入总则。从民法通则的内容来看，除去上述应归入分则的内容，已经基本构成了一个总则的体系。

如前所述，实行法制一定要注重法制的连续性和法制成果的积累，法治本身是一个演进过程而不是一个一步到位的大跃进式的“工程”。从制度变迁的角度来看，如果人们希望改革，渐进式的改革总是容易被接受，因为渐进式改革从总体上是一种“帕累托改进”或近似于“帕累托改进”的过程。而激进的改革，则具有“非帕累托改进”的性质，从经济学上说，实行激进式改革的条件是，一个社会已经陷入严重的经济与社会危机，经济增长已长期停滞，旧体制不一定已经无法维持现有的人均收入水平，但至少是已经不能再为人们提供收入的增长，不能再提供收入增长的预期

，社会上的大多数人已对旧体制失去信心。[20]这一理论对我国目前关于民法典编制体例的选用应有参考意义。中国法制因继受德国法而科学化。制度可以修正、变更、甚至废弃，但方法将永远存在。我们的民法典在总则内容的设计上应当借鉴德国法的模式和经验，但更应当从中国的实际出发，借鉴和沿袭我们已经形成的有益经验，例如德国民法总则中没有关于民事责任的一般规定，这主要是因为德国法中将民事责任主要规定在债编中，一旦规定了债法总则就基本解决了民事责任的问题，但由于在我国许多学者建议应当将侵权法从债法中独立出来，形成独立的侵权法体系，因此债权总则不能解决民事责任的一般规定的问题，这就有必要在民法典总则中规定民事责任的一般规则。总则设立实际上形成了一种抽象的逻辑体系。特别是将各种民事法律关系分解为主体、客体（物和行为）、权利。总则的重心主要在于规定主体、物和法律行为，代理可以看作法律行为的组成部分。至于权利制度，则由分则的各项内容加以解决。总则实际上形成了一种严谨的法律关系体系和结构。总则关于主体、客体的规定，与任何一项分则规定结合，都形成了一种法律关系的要素，这不仅使民事法律关系得以抽象化，且避免了在各项权利制度中对法律关系主体、客体的重复规定。所以，民法总则的形式合理性正是体现在这一点上。通过以上分析，我认为，从民法通则的内容及中国的实际情况出发，总则应当由主体、客体、行为和责任四部分构成。具体如下：1. 主体 民事主体是一个法律概念，属于法律范畴。民事主体主要包括自然人、法人和合伙等，其特征表现为独立和平等。民事主体意味着独立的法律人格，即主体的法律地位不依赖

于他人而独立存在，他可以在法律范围内独立自主地进行各项民事活动，不受他人干涉和限制。人格独立是民事主体的充分必要条件。所以，具有独立人格的主体必然具有民事权利能力。任何公民作为民事主体都享有平等的权利能力。民事权利能力是国家通过法律确认的享受民事权利和承担民事义务资格，它是个人享受权利和承担义务的基础。不具备民事权利能力，既不能享受权利，也不能承担义务。任何组织和个人，无论其在行政、劳动法律关系中的身份如何，也无论其所有制形式和经济实力如何，他（它）们在从事社会商品经济活动的主体资格皆由民法主体制度所确认，其合法权益共同受民法保护。但总则中不应当包括人格权制度，因为无论是公民还是法人，作为一个平等的人格进入市民社会，就会与他人形成财产和人格上的联系，对这种人格关系显然不是主体制度所能够调整的，主体资格是产生人格关系的前提和基础，但产生具体的人格关系还要依据具体的法律事实，包括人的出生、法律行为等。某人实施了侵权行为对他人人格利益造成侵害，进而产生了侵害人格权的责任，这些显然也不是主体制度所能解决的内容。

2. 客体

客体是民事权利和义务指向的对象。根据概念法学的体系化思想，应将作为法律规定的客体的构成要件分离出若干要素，并将这些要素一般化，形成类别概念，并借着不同层次的类型化，形成不同抽象程度的概念，并因此构成体系。[21] 客体概念的真正形成可以说是概念法学发展的产物。在我国民法典制定过程中，对于是否规定客体的问题曾经有过激烈的争论。不少学者认为，在民法中不存在一般的抽象的客体概念，客体总是和具体的权利相联系，只能有具体权利的客体，如物是

物权的客体，知识产权的客体是智力成果，所以只能在各个法律制度中分别规定客体，而不必要在总则中规定客体。这一观点有一定的道理。但我认为，总则中应当规定客体制度，主要理由是：第一，整个民法的逻辑体系的构建应当按照法律关系的基本要素展开。民事法律关系主要由主体、客体、内容构成，法律行为是变动民事法律关系的主要原因，法律关系的内容主要以民事权利的形式表现出来，而基于对民事权利保护的需要，也应当设立民事责任制度。所以，完整的法律关系的内涵，应当包括主体、客体、引起法律关系变动的法律行为、权利内容以及对权利保护的规则即责任制度。而整个民法典的体系应当围绕这一法律关系的内涵而展开。总则中应当重点就主体、客体、法律行为及民事责任的一般规则作出规定，而分则则应当以权利以及具体的责任制度为中心展开。只有在总则中规定客体，分则中具体规定具体权利。第二，我国民法总论已经在总则中抽象出来了法律行为的概念，对于法律行为的构成要素的客体是应该也可以抽象出来的。第三，建立抽象的客体概念，可以涵盖未来发展出来的客体。因为客体本身是一个发展的概念，随着科技的迅猛发展以及社会生活的变化，无形财产权利在迅速扩张，近来有学者认为，像养老金、就业机会、营业执照、补贴、政治特许权利等都属于财产权范畴。[22]因此，权利客体一词包含的范围十分广泛，这就需要使客体概念的包容性更强。

3.行为 民事法律行为又称法律行为，它是指民事主体旨在设立、变更、终止民事权利和民事义务，以意思表示为内容的行为。民事法律行为的概念最早由德国学者丹尼埃·奈特尔布兰德（Danielnettelblandt，1719-1791）使用

。[23]1807年，Pandekten体系的创始人海泽（Heisse）的《民法概论——供Pandekten教学用》一书出版。共六章，即以“行为”为题，该章第二节专门讨论了法律行为的一般理论，例如概念、类型、要件等，从而把法律行为提到如同今天所理解的体系高度。在该书中，Heisse使用了“Rechtsgeschäft”一语，即今天德文的“法律行为”一词。后来萨维尼在其《当代罗马法体系》（尤其第3卷）使法律行为理论精致化。

[24]并进而许多大陆法系民法中都确立了民事法律行为的概念。民事法律行为是民事法律事实的一种。作为民法总则中的一般规定，民事法律制度及其相关理论在现代民法学说中居于重要地位；尽管在我国不承认物权行为理论，也不承认婚姻为契约行为，但民事法律行为制度仍然是十分广泛的，这一制度作为观念的抽象，不仅统辖了合同法、遗嘱法和收养法等具体的设权行为规则，形成了民法中不同于法定主义体系的独特法律调整制度，它不仅可以对现有的民事主体之间的行为进行调整，而且能够涵盖许多新的交易形式，并对其进行规范；而且又以完备系统的理论形态概括了民法中一系列精致的概念和原理，形成学说中令人瞩目的独立领域。

[25]代理制度也与法律行为制度有着不可分割的联系。一方面，代理制度设立的根本原因是民事主体不能或不愿意亲自实施法律行为，所以才产生了代理。它实际上是起到补充和扩张行为能力的作用。另一方面，代理制度与法律行为制度是相衔接的，因为法律行为的表意人与该法律行为的法律效果承受人应该是同一的，任何人在为法律行为时都应该表明其民事主体的身份，如果行为人不表明是为自己为法律行为，法律上也将推定他为该法律行为的效果承受人。[26]在

显名的情况下，由于代理人是以本人的名义从事法律行为，所以该行为的效果应当由本人承受。德国学者梅迪库斯指出：“在直接代理中，由代理人发出的或者向代理人发出的意思表示的法律后果，不是由代理人自己承担，而是由被代理人承担。这一事实，通常只有在行为相对人能够直接识别代理人为代理人，并且知道他真正的对方当事人是谁时，才能要求代理人的行为相对人予以接受。因此，直接代理通常必须加以公示。《德国民法典》第164条第1款第1句规定意思表示必须‘以被代理人的名义发出’，以此来表达这一公示要件。这说明，直接代理一般都是公示的代理。”[27]所以，两者是密切地不可分割地联系在一起。

4. 责任

民事责任是不履行民事义务的结果，也是对不履行义务行为的一种制裁。关于总则中是否应当规定民事责任制度的问题，曾经在学界产生了激烈的争论。有学者建议，我国《民法通则》单设民事责任制度，因此总则中应当规定民事责任制度。我认为，总则是不可能对民事责任的具体内容进行详细、全面的规定，因为无论是合同责任还是侵权责任，都不属于总则的内容，而是分则的内容。尽管我国《民法通则》规定了民事责任制度，但“民事责任”作为一个概念是必要的，它将各类责任抽象出来确定为一般的规则，从而使其普遍适用于各类民事责任。总则应规定民事责任的一般概念和原则，一方面，总则中规定一般民事责任的概念确定了民事责任的特殊性，因为民事责任的概念只有在总则中规定才合适，在总则外的其他任何部分都不宜对此作出规定。另一方面，总则在规定了法律关系的主体客体以及简单列举了各种民事权利之后规定民事责任，也是顺理成章的。民事责任的概念在法律中

明确规定作为《民法通则》的创举应继续保留下来。但我认为，民事责任只能作为一般责任规定于总则，而不能于总则中规定具体民事责任，主要理由在于：第一，这种做法将导致总则与分则界限不清。因为一旦在总则中规定合同责任和侵权责任，这实际上意味着将分则中的内容规定于总则，这是不可取的。总则设立的目的就是要和分则区别，如果总则规定了大量的分则内容，总则就不具有存在的必要了。至于《民法通则》的体例并未对总则分则作出严格区分，因为《民法通则》既包括总则又包括分则的内容，所以不能以民法通则的总则民事责任中具体规定了违约和侵权的内容，而以此作为总则中的民事责任制度应当规定违约和侵权的依据。第二，此种做法将导致合同法被分解。在民事责任中具体规定合同责任将使统一的合同法被分为两部分，一部分是关于违约责任之外的合同法的规则，另一部分是关于违约责任的规定。这两部分应当是一个统一的整体，因为违约责任是保护合同债权的基本规则，它与合同法其他的保护合同债权的规则是不可分割的。违约责任本身是违反义务的后果，它既是对违约的补救方式，也是合同效力的具体体现。责任与合同义务不可分割，仅规定合同义务不规定合同责任是不合逻辑的。一旦将违约责任归入民事责任之中，则完整的合同法将完全被分解，在体系上支离破碎。这从立法技术上讲是不可取的。第三，这种做法也将导致侵权法不必要作为一个独立的部分存在。因为在民事责任中详细规定，则分则中就没有必要再就侵权责任问题作出规定。因为侵权责任也不可能分割为两块，一块由总则规定，一块由分则规定，而只能将两者结合起来统一规定。总的来说，由于侵权法的不断发展

，侵权法保障的权利范围在逐步扩大，各种新的侵权行为也将大量产生。在总则中详细规定侵权责任必然是不完全的。而侵权责任依其性质也只能在分则中规定。因为只有具体规定了各种民事权利之后，才能具体规定侵权责任。这就决定了侵权责任只能在分则而不能在总则中规定。第四，这种做法既不利于法律适用，也不方便法官适用法律。因为如果将合同责任和侵权责任分割成几块，公民在理解民法的过程中，法官在审理案件适用法律过程中，不能够先看违约责任，再看合同的其他规则。我们说，不能在总则中规定民事责任的具体制度，但应当确立民事责任的一般规定，主要是因为民法典的体系也应当考虑到责任的规定。我们建议，在我国民法典分则中应当将侵权行为责任独立成编，这就是说侵权行为独立成编以后，总则中应当有相应的制度与分则中的制度相适应。另外，侵权责任和违约责任存在着一些共性，例如关于归责原则、免责条件、刑事附带民事、民事责任与刑事责任的关系、责任形式等。这些应当在总则中设置一般规定。但有关物上请求权的内容更适合在物权法中作出规定。

【注释】 [1]梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第13页。 [2]王泽鉴著:《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第24?25页。 [3]谢怀木式:《大陆法国家民法典研究》,载《私法》第1辑第1卷,北京大学出版社2001年版。 [4]蓝瀛芳:《民法各种之债的特征及其探讨》,载《辅仁法学》第9期。 [5] [法]勒内-达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第84页。 [6]王泽鉴著:《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第27页。 [7]需要注意的是,在查阅法典时,需要按照从后向前的顺序进行,因为后面的

特殊规定排除前面的一般规定的适用,只有在后面无法找到特殊规定的情况下,才能适用前面的一般规定。参见【德】梅迪库斯著,邵建东译:《德国民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第35页。 [8]徐海燕:“制定《欧洲民法典》的学术讨论述评”,载《当代法学》1999年第2期。 [9]谢怀木式:《大陆法国家民法典研究》,载《私法》第1辑第1卷,北京大学出版社2001年版。 [10]王泽鉴著:《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第26页。 [11][德]梅迪库斯著,邵建东译:《德国民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第30~31页。 [12]苏永钦:“社会主义下的私法自治:从什么角度体现中国特色?” ,载<http://www.civillaw.com.cn>。 [13]王泽鉴著:《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第26页。 [14]徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第246页。 [15]徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第321页。 [16]徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第77页。 [17]星野英一:私法上的人,载梁慧星主编:《民商法论丛》,第8卷,法律出版社1997年版,第155页。 [18]龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第187页。 [19]罗玉珍主编:《民事主体论》,中国政法大学出版社1992年版,第32页。 [20]樊纲:《渐进改革的政治经济学分析》,上海远东出版社1997年版,第155页。 [21]拉伦茨著,陈爱娥译:《法学方法论》,台湾五南图书出版公司1996年版,第356页。 [22] Lawrence M. Friedman, *The Law of the Living, The Law of the Dead: Property, Succession, and Society*, 1996 *Wis. L. Rev.* 340. [23] 《注释

民法》（三卷），日本有斐阁书屋1980年版，第5页。 [24]张俊浩主编：《民法学原理》，中国政法大学出版社1997年版，第208页。 [25]董安生：《民事法律行为》，前言，中国人民大学出版社1994年版。 [26]江帆：《代理法律制度研究》，中国法制出版社2000年版，第120页。 [27] [德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国民法总论》，法律出版社2000年中文版，第693页。但在大陆法系，如何确定显名的方式，在法律上仍不无疑问。“尽管大陆法系只在代理人‘以本人的名义’行事时才将代理视为显名代理，但这并不意味着在交易结束时必须指明特定本人的正确的名字，只要根据当时所有的情况使第三人明白权利和责任是属于本人而不是代理人的就足够了。” [德]海因·克茨：《欧洲合同法》（上卷），中国政法大学出版社，第345页。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com