

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
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。^①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。”^①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。^②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。

^① 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.

^② 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。^①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。^②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。^③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。^④

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。^①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。^②

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。^③

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。^④

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。^⑤（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。^⑥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。^⑦

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。^①

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)。^②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。^③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。^①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。^②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,^③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。^④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。^⑤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。^⑥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。^① 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”

^① 《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。^①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。^②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

^① 阿成.爱心捐助能否当作遗产[N].京华时报,2002-11-3.

^② 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^①，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

^① 在这里，笔者不想重复和啰唆，这些理由实在是充分了。

除外。”

另外,在法律行为部分是否应当明确一个在学理和实践中有争议的问题——物权行为之独立性及有因无因的问题。尽管从逻辑上说,如果法律行为是其他各编的公因式,那么法律行为不仅在债编产生效果,而且在物编也产生效果,那么,物权行为与债权行为的区分就是一个逻辑问题,即必然会存在的区分。近年来的司法实践,特别是司法解释基本上承认了物权行为的独立性。^①这种成果是否应该明确规定在“法律行为”中?还是通过规范隐含在具体的规范中?笔者认为,既然存在这么多的争议,就应该在总则中明确规定这一问题。

在“代理”中,要明确的问题是:①基础关系与代理权授予之间的关系。其实,从目前我国立法的格局来看,基础关系与代理权的授予是分离的:《合同法》规定了委托合同,属于合同关系,也是代理的基础关系。而《民法通则》规定了代理权的授予,是单方法律行为。但在实践中,往往不作区分,直接在委托合同中规定代理权问题。因此,有必要作出区分。②代理的对象。代理是否仅仅限于法律行为和准法律行为的代理?非法律行为能否代理?这一点是有争议的,建议在民法典之总则中明确。③对代理人行为能力之要求。一个限制行为能力人能否作为代理人?一般来说,由于以下两个原因,代理人的行为能力并不影响代理的效果:其一,行为能力之制度价值在于保护未成年人及其他有行为能力障碍的人之利益,而代理的结果归被代理人所有,不影响代理人利益;其二,代理权的授予属于单方法律行为,只要求授权人具有行为能力即可。因此,《德国民法典》第165条规定:“由代理人作出的或者对代理人作出的意思表示的有效性,不因代理人为限制行为能力人而受到影响。”我国台湾地区“民法典”第104条也有同样的规定。但我国大陆的《民法通则》及《合同法》尽管都有关于代理的规定,却都没有这样的规范,在实践中出现了大量的问题,一般认为,限制行为能力人不能作为代理人。因此,未来的民法典应规定之。

4.关于诉讼时效

在我国未来的民法典中,诉讼时效究竟应该规定在总则部分,还是规定在债法部分,这与我们对“请求权”这一概念的认识有关。

众所周知,德国民法典的诉讼时效问题是规定在总则中的且适用于请求权,但其请求权的概念与我们不同。在德国民法典中,“请求权”实际上是一个“公因式”。德国民法典是以“潘德克顿”法学体系为其理论基础的,而温德沙伊德的整个权利体系是以“请求权”为中心建立起来的。^②但温德沙伊德的“请求权”却与我们今天理解的一般意义上的请求权不同。

^① 例如,《物权法》第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(2012年3月31日由最高人民法院审判委员会第1545次会议通过法释[2012]7号)第3条规定:“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”

^② 金可可,温德沙伊德论债权与物权的区分[M]//中德私法研究:第1卷.北京:北京大学出版社,2006:162.

他认为,主观权利^①往往具有双重含义:第一种意义上的权利是一种针对他人的意思力,即“要求与权利人相对的世人或者特定的人行为(作为或者不作为)的权利”。在这种情况下,法律秩序基于具体的事实要件,业已宣布了一条命令,要求作出一项特定种类的行为,并将该命令教予其为之宣布命令的人。属于这一类的权利,就是请求权,或者是针对特定人的请求权,或者是针对不特定世人的请求权。第二种意义上的权利,是一种无涉他人的意思支配,例如,所有权人有出让其所有物的权利,债权人有权转让其债权的权利,某缔约人有合同解除权或者终止权。这时,“权利”一词所指的就不再是第一种含义了,而是指权利的行使,是为了形成、变更或者消灭第一种意义上的权利。属于这一意义上的权利,主要有支配权、形成权。这样,温德沙伊德事实上将权利分为两个类型:第一个意义上的权利是请求他人行为的权利,而第二个意义上的权利是自己行为的权利。由于温德沙伊德虽然提出了请求权的概念,却从来未使用支配权这一术语。所以,他的权利体系是以请求权为中心的。^②按照这一观念,我们今天把请求权作为与支配权相对而适用是否正确不无疑问,因为,请求权与支配权实际上是债权或者物权都具有的两种属性,例如,物权可以是请求权——请求世人不作为的权利(请求他人不作为),也可以是支配权(自己行为);债权可以是支配权——债权转让,也可以是请求权——请求他人作为。

温德沙伊德的“请求权”具有如下特征:①请求权是一切权利都具有的某种强制性因素,通过请求权,权利人可以要求他人服从自己的意志。②请求权作为一种强制因素,却并不等于诉权。相反,请求权是一种纯粹的实体权利。虽然诉权往往是请求权的当然结果,但是请求权本身并不包括诉权的因素,从而与诉权相分离。^③

正是因为“潘德克顿”法学体系中的请求权的上述概念,决定了它是一个“公因式”而规定于总则之中。因此,《德国民法典》第194条规定:“向他人请求作为或者不作为的权利(请求权),受消灭时效的制约。”陈卫佐教授在解释这一条时指出:请求权可以分为债法上的请求权、物权法上的请求权、亲属法上的请求权和继承法上的请求权。请求权是一个将德国民法典所有五编贯穿起来的法律概念,典型地体现了德国民法典的体系性和逻辑性。^④

① 与主观权利相对的概念是客观权利,关于权利的主观性及客观性的争议之问题在于:权利是相对于法律独立存在的,抑或权利仅仅是法律规范的客观效果?对此问题的不同回答,就区分为主观权利说与客观权利说两个不同的思想流派。主观权利说主张:权利(主观权利)是指民事主体的个体权利,权利源于人性本身,法律仅仅是为保护个体权利的目的而存在的。因此,必须承认权利相对于法律的独立存在性及优势地位。而客观权利论者认为:权利仅仅是社会规则的个体结果,权利是法律规则的副产品,个人的所谓权利、自由等仅仅是法律规则作用于个人的客观效果,仅存在规则而不存在权利。由于大陆法系的民法典都是以“权利为本位”原则构建的,因此,一般认为,是主观权利观的体现。

② 金可可,温德沙伊德论债权与物权的区分[M]//中德私法研究:第1卷,北京:北京大学出版社,2006:162-164.

③ 金可可,温德沙伊德论债权与物权的区分[M]//中德私法研究:第1卷,北京:北京大学出版社,2006:168.

④ 陈卫佐,译,德国民法典[M],北京:法律出版社,2004:55.

在我国,诉讼时效适用范围问题颇有争议,主要体现在:诉讼时效是否应适用物权请求权(诉讼时效适用于债权请求权是没有争议的)?主要有三种观点:①否定说,即物权及物上请求权不适用诉讼时效。^①我国台湾地区的“民法典”虽从《德国民法典》之立法体例,但也有许多学者反对将诉讼时效适用于物上请求权,如史尚宽先生就认为:基于所有权的物上请求权,是否得因时效而消灭,议论不一。“余曾主张得因时效而消灭,然其性质上在所有权存续的限度,不断发生,应解为不因时效而消灭。”^②②肯定说,即物上请求权应适用诉讼时效。^③③折中说,这种说认为,诉讼时效应适用部分物上请求权,但究竟应当适用于哪些物上请求权,学者之间存在争议。^④

从最高人民法院关于诉讼时效的司法解释^⑤来看,其态度是将诉讼时效仅仅适用于债权性请求权。该解释第1条明确规定:“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩,但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持:(一)支付存款本金及利息请求权;(二)兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权;(三)基于投资关系产生的缴付出资请求权;(四)其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”

但是,如果我们仔细解读《民法通则》第135条的规定,却很像德国民法典。该条规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。”由此可见,似乎所有的民事权利都受到诉讼时效的制约。更奇怪的是,《民法通则》第139条还规定了“请求权”:“在诉讼时效期间的最后六个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效期间继续计算。”如果按照第135条的含义,第139条的“请求权”就应该作出如同德国民法典总则中的“请求权”的解释。我国的立法、司法和学理却没有作出这样的解释。又加之,我国立法从来保留立法理由书,也就无从知道这两条规定的真实含义了,由此导致学理上的争议。

在我国未来的民法典中,如何规定诉讼时效问题,取决于我们法典的结构,要么作为公因式规定在总则部分,要么将诉讼时效规定于债编而将取得时效规定于物编。如果是第二种方案,当物编、继承和婚姻涉及请求权时,或者单独规定,或者准用诉讼时效的规定。其实,如果这样对比,还是公因式的方式可能更加方便。

不管未来的民法典如何设计诉讼时效的立法模式,下列问题必须明确规定:一是适用对象;二是不仅应当规定诉讼时效的中断、中止,还应规定诉讼时效的不开始计算、停止计算或

① 王利明,物权法论[M],中国政法大学出版社,1998:154;徐晓峰,诉讼时效的客体与适用范围[J],法学家,2003(5).

② 史尚宽,物权法论.[M].台北:荣泰印书馆,1979:57.

③ 程啸,陈林,论诉讼时效客体[J],法律科学,2000(2).

④ 梁慧星,民法总论[M],北京:法律出版社,1996:242;柳经纬,关于时效制度的若干理论问题[J],比较法研究,2004(5);陈华彬,物权法原理[M],北京:国家行政学院出版社,1998:102;李建华,论我国物权请求权诉讼时效制度的立法选择[J],法学评论,2003(5).

⑤ 最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释[2008]11号,2008年8月11日最高人民法院审判委员会第1450次会议通过)。

者不完成；三是计算开始的起点，改变现在的“从权利人知道或者应当知道自己的权利被侵害之日起计算”的一般方法，应该为“从权利能够行使时开始”，即不仅知道或者应当知道自己的权利被侵害，还要知道谁是被告；四是诉讼时效期间经过后的法律后果，不能再像《民法通则》第135条那样，让许多学者理解成为“丧失胜诉权”^①。在此，《德国民法典》第214条至第216条的规定，可以借鉴。该法典第214条规定：“（1）消灭时效完成后，债务人有拒绝给付的权利。（2）为满足已经完成消灭时效的请求权而给付的一切，即使是在不知道请求权已经完成消灭时效的情况下给付的，也不得请求返还。债务人的符合合同规定的承认以及提供的担保，亦同。”第215条规定：“请求权在首次可以主张抵销或者拒绝给付之时，尚未罹于时效的，消灭时效的完成不排除抵销及主张留置权。”第216条规定：“（1）抵押权、船舶抵押权或者质权所担保的请求权之完成消灭时效，不妨碍权利人就设定担保的标的物中求偿；（2）某项权利为担保请求权而被取得的，不得基于请求权消灭时效完成而请求返还。所有权保留，即使被担保的请求权已经完成消灭时效也可以解除合同。”

5. 民事责任问题

我国未来民法典之总则中，不应统一规定“民事责任”，因为民事责任不是民法之“公因式”，不同的权利都配置了自己的救济措施，依靠权利自身不能救济的部分一般都交给侵权行为之救济。例如，就物权来说，其自身配置的就是：停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产；而赔偿损失是侵害物权后依靠上述物权法自身配置的几种措施无法自己救济时，寻求侵权救济的措施。就合同权利自身的救济措施是：解除合同、继续履行、恢复原状、修理、重作、更换、赔偿损失、支付违约金等；侵权法的救济措施主要就是损害赔偿（赔礼道歉仅仅能够作为非同质救济的特殊救济手段使用），而侵权法中的损害赔偿与合同法救济的赔偿损失差异性多于共同性。我国《民法通则》第134条规定了民事责任，但是，我们发现，这些所谓的责任方式，不过是一种“综合”而非公因式。另外，这些所谓的责任，要么是债权请求权，要么是物权请求权（赔礼道歉应该属于哪种情形，取决于我们对它的理解和赔礼道歉的方式。因为如果被告不赔礼道歉，后果如何？如果是仅仅通过登报声明道歉的话，那就是消除影响或者恢复名誉，不是真正的赔礼道歉，而是属于原告要求被告为特定行为的债权请求权）。

三、结论

以抽象方式提取公因式为立法技术决定的民法典总则，必须对总则以下各编具有“普适

^① 许多学者在解释该条规定的含义时，就解释为“胜诉权消灭主义”。但是，如果仔细对照一下司法实践，就会发现这种解释的错误所在：在实践中，经过诉讼时效期间的债权仍然可以起诉，法院也受理并且收取诉讼费用，债权人却不能胜诉，那么，债权人为什么明知不能胜诉还要起诉呢？实际上，我国最高人民法院的司法解释及法院的司法实践采取的是德国式的“抗辩权发生主义”，即债权人可以起诉，也可能胜诉，条件是债务人不知诉讼时效已经经过或者虽然知道但是出于某种考虑而不主张时效抗辩。

性”，能够作为整个民法典的灵魂而统辖整个民法典，因此，不能任意地将一种概念或不相干的制度生硬地“塞入”民法典总则。同时，这种公因式提取的技术也会影响“编”的设置：不能随意设编。设编越多，公因式就越少，就会出现这样一种局面：要么总则由几个高度抽象的概念组成，要么降低普适性而保留更多的内容，使总则不具有公因式的作用。这对我国未来民法典之编纂或许具有启发意义。





我国未来民法典应坚持规范属性^{*}

一、问题的提出及意义

法律的外在形式是什么？也就是说，法律应通过什么样的方式表现出来，以区别于政策或者单纯的“口号”？在我国当今“爆炸式立法”的时代，这应该是一个值得认真思考的问题。因为，现在越来越多的法律已经越来越不像法律，它们丝毫没有规范的属性，没有条件、没有后果，仅仅是宣传和口号。而法律之功能在于规范人们的行为，立法者必须将某种价值判断通过规范的方式表现出来，才能够称为法律。在法律上的任何一个规定，要么是规范，要么是规范的补充。如果是规范，就必须规定“条件+结果”（三段论中的大前提和结论），如果是补充就必须与规范有联系而为规范服务，例如，美国的成文法一般第一章规定“定义”、大陆法系国家的民法典中有的会规定一些定义，这些都属于“规范的补充”，为规范服务以避免适用法律时产生歧义。我国近些年来民事立法，似乎越来越多地脱离规范的基本属性，而更像教科书。也许是这些年来我国社会的变化具有价值的多元化，需要在私法中强调某种价值，或者是受到了其他法律的影响，就像作为学问的学术受到了“政治学术”的影响，使学者的学术更加像“政治学术”或者“官僚学术”，从而使学术走向没落一样？对此，我们在《物权法》的起草中是有经验和教训的，有许多属于“口号”而不是规范，甚至是已经为《宪法》所规定的东西，又重新到《物权法》中规定。这是否属于一种倾向，不能不引起我们的重视。

另外，我国民法立法中的所谓“基本原则”与规范属性的关系，也值得我们思考。我们民事立法，不知从什么时候开始形成了一个惯例，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。但这些所谓的“基本原则”应该是法律的灵魂，是最重要的东西，在实践中却很少被适用。从比较法上看，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，德国的司法实践中使用诚实信用原则的案例却非常多；而我国几乎每一部法

^{*} 原文发表于《政法论丛》2016年第1期。

律都规定了基本原则,且学者的论述也是汗牛充栋,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”,而不是以“规范”或者“规范补充”的方式规定的,因此,使其失去了规范的作用,而成了在规范之上的“神坛”。

因此,强调私法的规范属性,特别是如何将教科书式的价值宣传通过规范的方式表现出来,将法律同法学阶梯区别开来,有特别强调的意义和价值。

二、规范与法律体系

私法的使命在实证层面上可以简单地概括为一句话:“谁可以向谁,依据何种法律规范,提出何种请求。”^①这实际上反映了“法律关系—请求权—规范”之间的关系及人们对法律的期待。

法律关系是人与人之间的法律纽带,^②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,实际上就是法律规范对社会生活调整的结果。为了便于诉讼及法律救济,法律要求法律关系必须具有“单纯性”,即一个法律关系便构成一个诉的基础,而法律关系的内容为权利义务关系,由于私法之“权利本位原则”,法律关系中最重要的也就成了权利。结果是:根据一个法律关系只能提出一个请求权,这一请求权是源于某一规范,例如,A租赁B的电脑,在租赁过程中因不正确使用而发生了损害。那么,这一生活事实却在民法上产生了两种不同的法律关系:B可以所有权人的身份以所有权遭受侵害为由向A要求赔偿,则在A与B之间产生了物权人对加害人的侵权法律关系;B可以出租人的身份要求A承担违约责任,即在A与B之间产生了违约的法律关系。这两种法律关系是分属于不同的法律制度的,结果可能也有差别。B在具体诉讼中只能选择其中之一,不能同时主张。^③请求权只能产生于规范,并囿于由规范所产生的法律关系之中。

法律规范是法律制度的“基本粒子”,^④可以说,法律体系也就是法律规范的体系。^⑤民法典是体系化的民法,因此,未来的民法典必须由规范构成。规范不仅是法律体系构成的基本粒子,同时,也为法律的适用奠定了基础。因为,这些规范调整着我们重要的生活关系,从而产生法律关系,也就成为请求权的基础。法律的适用过程,就是一个寻找规范、解释规范、将现实世界中的案件事实同规范中的前提(条件)相联系,从而得出判断结论的过程。对此,德国学者总结道:适用法律由寻求法律规定(规范)开始,从中可以得出所宣称的法律后果。

① 王泽鉴.民法思维——请求权基础理论体系[M].北京:北京大学出版社,2009:41.

② 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.

③ 李永军.民法总论[M].北京:法律出版社,2009:34.

④ 伯恩·魏德士.法理学[M].丁小春,译.北京:法律出版社,2003:48.

⑤ 约瑟夫·拉兹.法律体系的概念[M].吴玉章,译.北京:中国法制出版社,2003:54.

也就是说,所涉及的必须是将一个法律后果(如一项请求权)同特定条件(构成要件)联系起来的法律规定,这是真正意义上的法律规范,任何一个法律案件的解决办法都要从它们出发。法律中的所有其他法律规定都只能作为这些规范的补充来理解。如果找到了这种对所宣称的法律后果作出规定的法律规范,那么,第二步就是把这些规范适用于具体的事实情况,亦即审查规范构成要件中所确定的前提在具体的事实情况下是否成就。^①

三、法律规范的属性、构成及种类

(一)法律规范的属性

一般的法理学者都认为,法律规范是一个“应然性规范”。^②但什么是“应然”呢?

这其实是一个非常困难的哲学问题,哲学家之间也有争议。有一些哲学家认为,“应然”是一个范畴,它附属于观念的实质意义,指派给观念对于实践的具体地位,应然是一种思维形式;另一些哲学家则强调,应然是意然的表示,应然是意志的关联物,一种由一个(他人或者自己的)意志所决定的要求之表示,应然是一个意志的听写。作为指向他人行为的应然规范的法律规范是命令。^③“应然性规范”是与“实然规范”相对的概念,“应然性规范”是规定特定行为的规范,也可以称之为“确定规范”,因为在满足法定事实构成的时候,法律规范调整的是特定行为的方式和法律效果。对法律规范的遵守是由国家强制力来保护的。而“实然规范”则不同,它是描述物与事件之间现实存在的一般关系。在自然科学中,确定规律的是“实然规范”,“实然规范”或者自然规律是不能改变的,如果发生了与规律相矛盾的事件就被驳倒了。^④一项规范即一个应然的命题,它表达的是在给定的情形下,不是实然或者必然,而是应然。它的存在仅仅意味着它的效力,这是指它与一种自己本身即为其一部分的规范体系的联系。^⑤法律规范是应然规范,亦即人们习惯说的“假定的应然规范”。它表示了一个有条件的应然,例如,如果缔结了一份关于物品的有效的买卖合同,出卖人应将物品交付给买受人,买受人应接受出卖人交付的物品并支付合意的买价。^⑥这实际上是各国合同法(或者债法)表达的相同的内容,即表达了立法者为维护交易的公平和交易秩序的一种愿望,进而通过这样的“买卖双方应该这样做”的规范来调整实际的交易。如果当事人一方或者双方不如此行为,对方就可以按照“应该怎样做”的规范要求请求国家强制力救济。因此,法律

^① 迪特尔·施瓦布,民法导论[M],郑冲,译,北京:法律出版社,2006:33.

^② 迪特尔·施瓦布,民法导论[M],郑冲,译,北京:法律出版社,2006:33.49;卡尔·恩吉施,法律思维导论[M],郑永流,译,北京:法律出版社,2013:18;韦恩·莫里森,法理学[M],李桂林,等译,武汉:武汉大学出版社,2003:355-362;丹尼斯·劳鲍德,等,法理学[M],许章润,译,北京:法律出版社,2007:133.

^③ 卡尔·恩吉施,法律思维导论[M],郑永流,译,北京:法律出版社,2013:18.

^④ 迪特尔·施瓦布,民法导论[M],郑冲,译,北京:法律出版社,2006:18-19.

^⑤ 丹尼斯·劳鲍德,等,法理学[M],许章润,译,北京:法律出版社,2007:133.

^⑥ 卡尔·恩吉施,法律思维导论[M],郑永流,译,北京:法律出版社,2013:18.

规范是立法者的一种要求,但与实际效果是否一样,就不是法律规范本身的问题,而是法律规范落实的问题了。因此,它是应然的而不是实然的。

总之,法律仅仅是抽象世界中的人定规则,即使这种规定与社会现实脱节,也会由于具有国家强制力保障而产生规范本身应有的结果,不像实然规范那样,受制于事物本身的规律。按照“应然性规范”的属性,“恶法亦法”确实是存在的。既然如此,未来民法典不仅应该要以规范的形式表现出来,而且应该更贴近国家、社会和人民的需要。

(二)规范的构成及分类

按照纯粹法学派的代表人物凯尔森的观点,在规范中,作为结果的强制性行为与一个具体的条件相联,每一个法律规范把法律结果与权利的事实构成连接起来。^①可以这样来表述一个法律规范的构成:法律规范是对一个事实状态赋予一种确定的具体法律后果的规定。^②任何一个法律规范都由两个部分构成:(1)首先将一个通过抽象的方式加以一般地描写的“法律事实”,规定为构成要件;(2)然后再以同样抽象的方式加以一般地描写法律效果,将该法律效果归属于该抽象的事实。^③其意义是:当现实生活中的具体案件事实符合法律规范中所规定的抽象构成要件(即抽象的事实)时,规范中的抽象法律效果就会发生在具体案件中。

法官的任务,恰恰就是要将现实生活中的具体案件的事实进行认定,通常被称为“事实认定”,然后与规范中“抽象的条件性事实”(或者称为规范中假设的条件)相连接,从而得出个案的具体的判决结果。在我国的审判实践中,往往把这一过程称为“事实认定”和“适用法律”两个部分。法院的错误判决也分为事实认定错误和法律适用错误两个部分。例如,我国《合同法》第107条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”其中,“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的”属于抽象的条件性事实规定,而“应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”则属于法律后果或者法律效果的规定。在具体个案中,假如A与B签订一份合同,A没有按照合同约定履行义务,则属于具体案件的生活事实问题。如果B起诉A承担违约责任,则法官就要看A的具体事实是否符合该规范中的抽象的条件性事实,如果符合,则按照该规范中的法律后果课定A的违约责任。

按照不同的标准,可以将规范分为不同的种类。首先,按照“规范本身”的目的或者效果功能,可以把规范分为“行为规范”与“裁判规范”。如果法律规范要求受约束的人以规范的价值取向行为或者不行为,则为行为规范;反之,如果规范的目的在于要求裁判法律上争端的人或者机关以规范为标准进行裁判,则为裁判规范。^④民法虽然兼有行为规范与裁判规范的双重特征,但是民法主要是由行为规范所构成的。因为,行为规范的目的在于通过权利义务的明确规定,诱导人们实施正常行为,而裁判规范的目的仅仅在于确定风险的归属和分

① 卡尔·恩吉施,法律思维导论[M],郑永流,译,北京:法律出版社,2013:16.

② 徐国栋,民法基本原则解释[M],北京:中国政法大学出版社,1992:42.

③ 黄茂荣,法学方法与现代民法[M],北京:中国政法大学出版社,2001:113.

④ 黄茂荣,法学方法与现代民法[M],北京:中国政法大学出版社,2001:111.

配。民法以意思自治为基本理念,故行为规范必然占有决定性的地位。当然,从逻辑上说,行为规范必为裁判规范,因为,如果行为规范不同时为裁判规范,则行为规范所预示的法律效果就不能在裁判中被贯彻,从而也就失去了诱导人们进行正常行为而非反常行为的作用。裁判规范却不同时为行为规范,因为它的存在仅仅是法律对风险的分配方式,属于衡平性规定,例如,以无过失责任为归责原则建立起来的法律规范,仅仅在于分配责任或者事故的风险,而不在于通过责任的宣示激励人们的行为或者不行为。

其次,按照规范本身在确定法律关系当事人权利义务中的作用,可以将规范分为主导性规范、辅助性规范、反对性规范。德国学者梅迪库斯举例说,如果所请求的是“物的返还”,那么要考虑作为此种规范的《民法典》第 985 条^①(这是主导性规范)。对于这一物的返还请求权来说,请求权人必须拥有所有权,而其相对人必须是占有人,二者均需审查。这样一来,关于所有权的取得和丧失的规范以及关于占有的规范就是辅助性规范,它们满足了请求权规范的构成要件特征“所有权”和“占有”,并因此而在适用请求权规范时起到辅助的作用。即使满足了上述要求,结果仍然不能确定,还要考虑反对性规范,即阻碍请求权的规范。^②以我国《合同法》第 113 条^③规定的赔偿损失为例,该条显然是主导性规范,但仅仅有该规范并不能确定违约方的责任,还要看第 34 条至第 37 条^④关于合同是否有效成立及生效的问题、第 52 条及第 53 条^⑤关于合同是否无效或者条款无效的规范等。除此之外,还要看是否具备第

^① 《德国民法典》第 985 条规定:“所有权人可以向占有人请求返还物。”

^② 迪特尔·梅迪库斯,《请求权基础》[M],陈卫佐,译,北京:法律出版社,2012:11-12.

^③ 《合同法》第 113 条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

^④ 《合同法》第 34 条规定:“承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的,收件人的主营业地为合同成立的地点;没有主营业地的,其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按照其约定。”《合同法》第 35 条规定:“当事人采用合同书形式订立合同的,双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。”《合同法》第 36 条规定:“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”《合同法》第 37 条规定:“采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”

^⑤ 《合同法》第 52 条规定:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”《合同法》第 53 条规定:“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的;(二)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”

66 条至第 69 条^①规定的同时履行抗辩权或者不安抗辩权等。

在法律体系中,规范的这种不同的功能性角色是经常相互转让的,例如,在请求“合同解除”的情况下,主导性规范显然应该是《合同法》的第 94 条,其辅助性规范和反对性规范与“赔偿损失”这样的请求权肯定不同。为什么会如此呢?如果不这样做,在每一个决定法律关系当事人权利义务的规范中,都要把这些主导性规范、辅助性规范和反对性规范重新规定一遍,结果就会使法典变得庞大而重复。

(三)规范的补充

按照奥斯汀的规范理论,没有制裁规定的法律是不完善的法律,是有缺陷的。^②也就是说,没有规定法律后果的法律规范,其实根本就不能称为规范。但是,无论哪个国家的民法都有一些诸如“定义”这样的规定,应如何解释它们呢?对此,德国学者指出,并非所有规范的结构都是对一个法律后果作出规定的类型,比如,《德国民法典》第 90 条就是对“物”的概念下定义(法定定义),^③第 104 条对哪些人不具有法律行为能力作了规定,但是,并不能看出不具备行为能力会有什么样的法律后果^④。领会这些不规定法律后果的法律规定的含义十分重要,它们对于真正的法律规范具有“补充的功能”。当然也可以尝试在一个法律条文中完整地表述一个法律规范,但如果真的这样做的话就会发现,对于复杂的利益格局,规定的篇幅将会极其庞大。^⑤ 这些规定,可以看成是对规范的补充或者规范的素材,而且,这种补充功能及素材往往是针对整个法典而非一个具体的条文,例如,我国《合同法》第 2 条规定的“合同”的概念、《物权法》第 2 条关于“物”的概念都是针对整个法律的。

这些补充所起的作用不可忽视,例如,当自然人买卖其“尸体”时,就要用到“物”的概念;当人们约定身份关系时,《合同法》规范就不能适用。也就是说,这些概念对法律效果中的条件是否得以满足的解释时,有重要意义。

说到法律中作为补充规范的概念,它要求所有规范必须与其保持一致,规范不能超出或

^① 《合同法》第 66 条规定:“当事人互负债务,没有先后履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其相应的履行要求。”《合同法》第 67 条规定:“当事人互负债务,有先后履行顺序,先履行一方未履行的,后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的,后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”《合同法》第 68 条规定:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。”《合同法》第 69 条规定:“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。”

^② 约瑟夫·拉兹,法律体系的概念[M],吴玉章,译,北京:中国法制出版社,2003:15.

^③ 《德国民法典》第 90 条规定:“法律意义上的物,只是有体的标的。”第 90a 条规定:“动物不是物,动物受特别法律的保护。除另有规定外,关于物的规定必须准用于动物。”

^④ 《德国民法典》第 104 条规定:“有下列情形者,无行为能力:(1)未满 7 岁的人;(2)处于不能自由决定意思的精神错乱状况的人,但以该状况按其性质来说不是暂时的为限。”

^⑤ 迪特尔·施瓦布,民法导论[M],郑冲,译,北京:法律出版社,2006:33.

者改变其涵摄。在这一方面,我们的立法和学理是一面很好的镜子。例如,我国《物权法》第2条第2款规定:“本法所称物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。”但问题是,我国物权法中规定了大量的不具有“排他性”的物权,例如,第158条规定:“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的,可以向登记机构申请地役权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。”第188条规定:“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”上述两项权利如果没有登记是否是物权?如果是物权,那么它们没有排他性;如果不是物权,怎么会规定在用益物权和担保物权中呢?这也就是说,补充性规范和具体规范发生了矛盾。《物权法》规定“物权”这一概念的目的,是对所有规范的适用范围进行限制,以区别于债权、人格权、知识产权等。具体规范却超出了物权的概念,破坏了法律的统一性。

说到这里,我们就不能不想到我国立法普遍规定的“基本原则”问题了。它们在法律中的地位是什么呢?我们可以把它们举得高高的,说成是“民法的基本理念”或者“民法的基本精神”或者其他的诸如此类的东西,但最关键的问题是:它们有什么作用?它们是规范吗?还是规范的补充?如果说它们是规范的补充,肯定有人会提出异议,认为是降低了它们的地位,但它们毕竟不应该是摆设,应该有一定的作用;如果与规范没有关系的话,也就是说,如果不能转化为人们的行为规范或者裁判规范,那么就是实实在在的多余的东西。我们不妨来看看我国《合同法》第2条至第7条规定的基本原则,其作用应如何评价。

《合同法》第3条规定“平等原则”:“合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方。”第4条规定“合同自由原则”:“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预。”第5条规定“公平原则”:“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”第6条规定“诚实信用原则”:“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”第7条规定“遵纪守法原则”:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”很不清楚的是,如果违反了以后后果是什么呢?例如,违反了平等原则、公平原则、合同自由原则、诚实信用原则、不遵守社会公德和损害社会公共利益,其后果是什么?仅仅凭借这些原则法官能否裁判案件?如果可以的话,为什么在《合同法》第52条关于无效的规定中,又重复规定:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”再一次证明了这些所谓的原则是没有什么真正的法律意义的,也正因为如此,大陆法系国家的民法典一般是不规定任何“基本原则”的,而是从具体规范中提炼出原则来。这样一来,这些基本原则就有具体规范的支持。而且,像公序良俗是作为法律行为无效的原则的具体规定,而诚实信用则是作为债务履行的要求,即义务人有义务

按照诚实信用履行给付。^①值得注意的是,恰恰是诚实信用原则产生了诸多附随义务,实际上具有规范和裁判功能。因此,笔者主张未来民法典要么通过基本原则授权法官“立法”而将基本原则派生出规范;要么取消基本原则,而将其规定在具体的章节,或者作为限制法律行为的要件(如公序良俗原则),或者义务的派生依据(如诚实信用原则),或者作为权利义务的平衡依据(如所谓的公平原则)。总之,不能将基本原则作为摆设,而是真正作为权利义务的根据,从而为裁判提供基础。

我们再以“人格权”为例,来说明其用什么规范来表达是合适的。关于“人格权”的概念以及用什么方式去规定它,我国理论上存在争议。这种争议和犹豫,不仅是我国独有的问题,恐怕其他国家也有这样的问题,否则,为什么德国民法典到今天为止仍然没有普遍地规定人格权,但其债法却不断修改。或许,犹豫的原因与如何设立“规范”有关,即人格权是否能够不借助于侵权法规范而独立成为请求权的基础?否则,将不符合规范的要求。民法不是单纯地宣布人享有什么样的权利,而是通过规定权利本身而打开救济之途径,例如,德国民法典规定了“姓名权”^②,该条规定显然不是在宣告自然人享有姓名权,而是将姓名权作为请求权的基础,即姓名权人可以以姓名权规范基础请求法律救济,该条为姓名权的保护提供了一条不同于侵权救济的途径,如德国学者所言,第12条赋予受害人两项请求权:第一,权利人有权要求排除妨害;第二,权利人也可以要求加害人今后停止侵害。^③而我国多数学者在论述人格权的概念是否成立以及人格权是否应该独立成编时,基本上都是从人格权的重要意义来论述的,即基本上属于价值判断的范畴,而少有从请求权基础的角度来分析的。而且,从我国目前几个关于民法典的草案来看,人格权的问题,基本上属于侵权法的规范,而没有将这种权利作为请求权规范基础。无论将人格权独立成编,还是在自然人下用“一节”来规定,其差别仅仅是:人格权专属于自然人还是法人也享有人格权。独立成编的主张,显然承认法人具有人格权,反对独立成编的主张肯定反对法人享有人格权。但其问题都是一致的:正面规定人格权是否能够为民法提供一种新的不同于既有规范的请求权规范基础(救济基础)?显然,我们没有看到。不要忘记一点:每种权利都配备有自己的救济措施,否则就不能成为权利。如果用下述这种方式倒也无妨:在总则中简单地规定一条,其实就是现在侵权责任法的第2条,作为规范的补充来适用。当然,如果有人能够论证出独立成编或者独立成节的理由,另当别论。

^① 《德国民法典》第242条、《法国民法典》第1134条。

^② 该条规定:“权利人的姓名权为他人所否定,或者权利人的利益因他人未经授权使用同一姓名而受到侵害的,权利人可以请求该他人除去侵害;有继续受侵害之虞的,权利人可以提起停止侵害之诉。”

^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,2000:399-400。

四、法律规范的适用

在大陆法系,法律一般是由抽象化的概念体系构成的,即由抽象的大前提与结论构成。它虽然来源于生活,但是与现实的生活有别。所以,欲将现实生活纳入法律统治之下,就必须将现实生活与法律规范中的抽象大前提相联系,从而把具体生活归属于法律的调整之下,进而得出具体的案件结论。我们将这种过程称为“三段论”逻辑结构。一般情况下,典型的三段论的逻辑结构如下:

- (1)假如任何一个案件事实充分构成要件 T,则应赋予法律效果 R(此为大前提);
- (2)特定生活案件 S 充分了 T(此为小前提);
- (3)对 S 应当赋予法律效果 R(此为结论)。

我们可以将上述过程表示如下:

T————→R(如果具备 T 的要件时,就会发生 R 的法律效果)

S————→T(特定的案件事实相当于 T 的要件)

S————→R(特定案件的事实发生 R 的结论)

但是,应当注意的是,法律规范的要件 T 通常由多数要件构成,因此,特定的案件事实必须相当于所有 T 的要件,相当于 R 的结果。例如,一个一般侵权行为的构成要件是:①侵权行为;②损害事实;③因果关系;④过错,法律效果是负担赔偿责任。如果在一个案件中,甲的侵权行为符合四个要件,就要负担法律责任。因此,可将上述公式再具体化:

T = M1 + M2 + M3 + M4 —————→R

S = M1 + M2 + M3 + M4

S —————→R

除此之外,还会出现另外一种情形,即不同生活事件会同时充分相同规范的构成要件,得出相同的结果,即:

T1 —————→R

T2 —————→R

S —————→T1

S —————→T2

S —————→R

S —————→R

例如,我国《合同法》第 94 条规定:有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(1)因不可抗力致使不能实现合同目的;(2)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(3)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(4)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;(5)法律规定的情形。该条规定的这五种生活事实均能导致相同的法律后果——解除合同。

但是,同一生活事件会同时充分不同规范的构成要件,而这两个规范的结果可能不相同:

T1 —————→R1

T2 —————→R2

S —————→T1

S —————→T2

S —————→R1

S —————→R2

例如,我国《合同法》第68条规定:应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(1)经营状况严重恶化;(2)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(3)丧失商业信誉;(4)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。第108条规定:当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。那么,按照目前的通说,如果当事人一方“经营状况严重恶化”,就充分了第68条的要件而可以中止履行;也同时充分了第108条的“以自己的行为表明不履行合同义务”的“默示违约”要件而发生违约责任后果。

了解规范的具体适用过程和逻辑,对于我们如何通过规范这一法律的外在形式构建我国未来的民法典,具有积极的意义。

五、结论

法律,尤其是私法,属于裁判规范,即使是包含其中的行为规范也是通过“条件+结果”的方式来引导人们正确行为的,它不是教科书或者宣传书。因此,应当用规范去表现它。在这一意义上,与其说民法典是“权利的宣言书”,倒不如说是“权利的保护伞”。因为宪法早就已经宣告了自然人享有人格权、身份权和财产权,而私法的任务不是再次宣告这些权利,而是通过私法的方式去保护这些权利,而刑法则是通过公法的方式去保护这些权利,因此,刑法也不负有宣告这些权利的使命。“规范”是民法的基本属性,未来民法典应由规范或者规范的补充构成。



论权利能力的本质*

一、权利能力的概念

一般认为,权利能力是指一个人作为法律关系主体的能力,亦即作为权利享有者和义务承担者的能力(或称资格)。^①用通俗的话来说,权利能力是一种权利义务的归属资格。笔者认为,用“归属资格”来解释法人的权利能力更符合其创设的本意。权利能力的规范目的在于:一个人是否能够作为民事主体在民法上享有权利承担义务。因此,权利能力是一个人能够取得权利义务的前提与基础,但不是具体的权利或者义务。

从上述定义可以看出,权利能力是从一个人能够享有权利的角度来规定的,而不是从其是否能够主动取得权利的角度去规定的,故有人认为权利能力的规定是消极的,而有意义的应当是从行为能力中派生出权利能力。^②这一观点的代表人物法布里齐乌斯(Fabricius)认为:权利能力是指人或者其他被认可为权利主体的社会组织能有效地为法律行为或者能够由其受托人、代理人或者机构为此行为的能力。^③德国学者赫尔德甚至更激进地认为:私权的本质在于与权利人的愿望相结合,所以,这种权利的主体从法律上讲与那些他们的意志毫无意义的人是不同的。这些无行为能力人不是自身权力的主体,而是一种外在的法律力量的客体。^④德国学者拉伦茨反对说:确定某人具有权利主体资格,意味着将通过行使权利所获得的利益归属于权利主体。事实上,有些人即使具有完全的行为能力,他们也是由其他人来行使其权利的。重要的是,这种行使权利的行为是为谁的利益而为的。^⑤因此,以此种方

* 原文发表于《比较法研究》2005年第2期。

① 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:119-120;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,2000:781;王泽鉴,《民法概要》[M],北京:中国政法大学出版社,2003:47-48。

② 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,2000:781。

③ 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:120。

④ 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:122-123。

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,2000:782。

式来表达权利能力的相对化,有害而无益。^①此种见解,颇值得赞同。

笔者认为,即使坚持权利能力的传统概念,也很难说是一种消极的定义方式。这种所谓积极与消极的划分,是康德与黑格尔哲学影响的体现,仍然是以“理性—主体—意志”图式来定义民事主体的表达方式,即一个主体只能是具有理性意志的人,并能够按照理性来支配自己的所有物、通过契约来设定自己的权利义务,可因过错而被归责;而不具有理性的东西只能是客体而非主体。于是,就形成了这样的推理公式:凡民事主体均可以理性来设立权利义务。故从积极意义上来定义权利能力,即主体资格是合乎理性规则的。按照这样的逻辑结构,不具有理性的刚刚出生的婴儿或者有精神障碍的人就会被排斥在主体之外,使其有可能沦为客体。为避免此种结果的发生,立法者创造出了“法定代理人制度”而将代理人的意志与理性归属于这些无理性的人,从而使他们有了理性的合法外衣,也就自然地被当作主体而非客体来对待。但问题恰恰是:代理人的意志何以被合乎逻辑地转移到被代理人身上?这也正是代理制度难以解释的问题。故人们只能用“拟制”的理性来解释之。也就是说,这些人是作为例外而作为主体的,即他们之所以是主体而非客体,是因为伦理规则而非理性规则,仅仅是以假定的理性来赋予其合理的外衣。我们不能忘记:自然人在民法上的权利能力的规定是基本法规定的人的地位在私法上的积极呼应。只要在基本法上被承认是人,那么,他在民法上就当然具有权利能力而作为主体。至于说他是否能够或者愿意亲自去取得或者行使权利则是另外一个层面的问题,不能反过来否定其主体地位。没有主体地位权利能力将变得毫无意义。而行为能力却是主体是否具有理性的体现,因此,必须区分权利能力与行为能力。这不仅具有规范意义,也具有伦理说明意义。

二、自然人权利能力的特征

(一)平等性

行为能力是理性的体现,而不平等恰恰是人被理性衡量的结果。与行为能力不同,权利能力不分年龄、性别、职业、精神状况等因素而一律平等。这是宪法上的平等原则在私法上的具体化,也是民法赖以生存的市民社会的本质特征。人的权利能力的平等是近代私法的重要进步之一,是资产阶级革命的胜利成果之一。就如学者所言:人的权利能力平等在今日被认为理所当然,然而,在当时应该说是西欧历史中划时代的重要事件。^②

当然,有学者对权利能力的平等是否有意义以及具有何种意义提出了质疑:如果一个人不能行使权利,并就权利的客体实现自己的意愿,这样的人就不应当享有权利^③。拉伦茨对

^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,2000:781。

^② 星野英一,《私法中的人:以民法财产法为中心》[M]//王闯,译,梁慧星,《民商法论丛》第8卷,北京:法律出版社,1997:156。

^③ 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:122。

此表示反对:给儿童和精神病人以权利能力的意义首先在于由此能够享有权利与承担义务。此外,他们实际上也由此具有人本身所享有的基本权利,即受尊重的权利,生命、健康等不受侵犯的权利。这些权利不受实体法的处分,并可以通过代理人替代其取得权利及履行义务。^①但是,拉伦茨同时也提出疑问:如果权利所有人无行为能力,即所有者在法律上不能行使权利,这个权利的“所有”究竟是指什么?^②因此,他主张:这些人在法律上当然还是享有人的权利,并被认可在具有不完全或者受限制的法律行为能力的同时,具有狭义上的权利能力。^③拉伦茨的所谓“狭义上的权利能力”也是从权利能力与行为能力的联系角度来讲的,即虽然未成年人可以享有权利能力,但是他们毕竟是通过其代理人行使具体的权利,而代理人行使的具体权利范围要比权利能力人本人行使的权利范围小。但是,拉伦茨的这种提法是否合适有商榷的余地。

与上述德国学者的研究进路多少有些相似,我国学者更从具体权利义务的享有角度来衡量与质疑权利能力的平等性。有人指出:自然人的权利能力范围实际上有大有小,如结婚的权利能力,并非人皆有之。有学者更将权利能力分为一般权利能力与特别权利能力。^④有学者对此批评道:对权利能力作“一般”与“特别”之分,表面看来周到精致,然恰巧不能反映权利能力最重要的本质即权利能力对于人的法律地位之集中表现。质言之,权利能力作为享有权利的资格,其所指仅为享有法律允许享有的一切权利(权利之总和)的资格,正是在此意义上,权利能力与法律人格被视为等同。而享有某种特定的具体权利的资格之有无,则与人格之有无毫无关系。实质上,即便是“享有总和之权利的资格”,与直接表达和体现人之尊严、平等及自由的“人格”,仍有角度和价值理念上的不同。但是,鉴于权利能力之概念使用上的习惯,我们无必要另设概念来表达主体享有具体权利的资格。^⑤

有的学者正确地指出:对于平等原则应从其法律伦理价值的角度去理解,而不能机械地理解。^⑥这种思路对于自然人的权利能力非常适合,但难以说明法人的权利能力,因为法人的权利能力是技术产物而非伦理的产物。

应该说,上述学者对权利能力平等原则之不同视角的阐述颇有道理,但笔者更愿意从另外一个角度去理解权利能力的平等原则。首先,权利能力平等是一种抽象的平等而非具体的平等,是一种资格或者说是一种取得权利的可能性的平等,而非具体权利的平等。也就是说,权利能力是一种起点平等而非结果平等。由于人的能力不同,因此即使作为平等的起点相同,在具体取得的权利方面肯定是不平等的,就如赛跑的人虽然起点相同但是结果不一样,这种不平等恰恰才是平等的。上述学者所认为的权利能力有大有小的观点,恰恰就是混

① 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:122.

② 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:122.

③ 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:121.

④ 罗玉珍,《民事主体论》[M],北京:中国政法大学出版社,1992:54.

⑤ 尹田,《论自然人的法律人格与权利能力》[J],《法制与社会发展》,2002(1).

⑥ 张俊浩,《民法学原理》[M],北京:中国政法大学出版社,2000:96.

淆了作为取得权利资格的平等与具体取得的权利的平等性之间的差异。其次,实践中许多对人之行为范围的限制,是基于某种价值判断或者国家政策对自然人行为的限制而非对其“权利能力”的限制,亦即由于考虑到某种行为的特殊性或者资源的有限性,往往要附加一些条件,上述学者举出的所谓“结婚能力”就是著例。人人都有结婚的可能性,但必须达到一定的条件才能变为现实性,如没有法律禁止结婚的疾病、达到一定年龄等。这应视为对具体行为设定的条件,而非对其权利能力的限制。否则就难以解释下列矛盾:人的权利能力始于出生而终于死亡,一个人在出生时没有结婚这种权利能力而以后却具有了,在死亡前由于变为无行为能力又失去这种权利能力。这显然是荒谬的。另外,从《法国民法典》第144条、第148条及第156条的规定来看,一个未成年人结婚(法国法规定年满18周岁为成年,但15周岁可以结婚)要征得监护人的同意。由此可见,结婚等这种具体条件是决定于一个国家的基本政策的,但不能据此认为是对权利能力的限制或者是特殊权利能力。因此,将这种具体权利义务取得或者享有中的限制条件作为衡量权利能力这种取得权利义务的资格是否平等的做法,是认识上的一个误区。^①另外,对于自然人来说,权利能力是宪法地位在私法上的体现,而实体法是无法处分这种地位的,故无限制的可能性。

综上所述,权利能力平等作为民法的一项基本原则是不可动摇的,否则就会借助于所谓实质正义而消灭作为抽象意义上的平等。

(二)自然性

在今天,权利能力因出生的事实而当然取得,不需登记;因死亡的事实而当然消灭,不存在像物权、债权那样的转让与继承问题,其与人的自然生命同步而不得被剥夺,因此是一种自然权利。

权利能力不得被剥夺是没有争议的,但是,权利能力能否被限制?对此有不同的观点。台湾学者王泽鉴认为:权利能力为人之尊严的表现,法律虽得加以限制(如矿业权等),但须有正当理由。^②也有人认为:权利能力不受剥夺与限制。^③笔者同意第二种观点,因为:(1)如果将权利能力理解为主体地位的标志,那么,权利能力就是不可限制的,主体地位如何限制?实际生活中对某人不能取得某种权利的限制,是对其行为的限制而非权利能力的限制。像王泽鉴教授列举的矿业权问题,笔者认为不是一个权利能力问题,而是一个国家对稀缺资源的分配问题,如果以此为例来说明权利能力的限制,那么将导致不可理解的结果:有些权利只能由法人取得而不能由自然人取得,如电信经营权、建筑资质、银行经营权等,这是否意味着法人的主体地位高于个人?另外,对外国自然人的限制问题,在许多国家的民法上都存在,更不能用来作为说明限制自然人权利能力的证据,这恰恰是民法属地法的特征。(2)在《德国民法典》《法国民法典》《瑞士民法典》《日本民法典》等这些常常被用来作为许多国家民

^① 试想:虽然人人都有受教育的资格,但是,由于教育资源(特别是高等教育资源)的有限性,进入学校就要达到一定的条件,有人因不符合这些条件而不能接受教育,是否就意味着人与人的资格不平等?

^② 王泽鉴,民法总论[M],北京:中国政法大学出版社,2001:105.

^③ 龙卫球,民法总论[M],北京:中国法制出版社,2001:229.

法立法蓝本的法典中都没有提到权利能力可以被限制的问题,而德国著名的民法著作中也没有讨论这一问题(如卡尔·拉伦茨的《德国民法总论》、迪特尔·梅迪库斯的《德国民法总论》等),这是否意味着他们认为权利能力不得被限制是一个当然的、不需要讨论的问题呢?虽然这样就作出结论说“是”,显得有些武断,但是笔者还是愿意说这样一个肯定性结论。(3)如果权利能力被允许按照实体法限制,一方面将动摇权利能力的宪法基础,而实体法也不能处分权利能力的宪法基础;另一方面,民法对权利能力的任意限制会影响权利能力的伦理价值——平等与自由。

(三)不可转让性与不可放弃性

权利能力的不可转让性与不可放弃性是基于两个方面的原因:其一是基于法律的伦理性及人文关怀。因为权利能力是一个自然人为主体而非客体的标志,因此,它与人须臾不可分离。基于此种对人的关怀,法律不允许转让与抛弃。拉伦茨指出不存在有效地放弃权利能力的法律规定。^①我国台湾地区“民法典”第16条也明确规定:权利能力不得抛弃。其二是存在转让的市场,因为权利能力对一个人来说,一个足矣,多余的没有意义。

(四)抽象性

权利能力是一个抽象而非具体的东西,只有在这个意义上才有伟大的说明意义。在具体生活中,权利能力的真正意义往往被行为能力的巨大差异所淡化。

三、权利能力的本质

权利能力是自然法上的概念还是实证法上的概念?是公法上的概念还是私法上的概念?是伦理的体现还是技术的产物?对此,学理上有诸多不同的论述,但都缺乏系统的考察。笔者认为,要认清权利能力的这种本质属性,必须考察权利能力这一概念的产生背景。

通说认为,“权利能力”这一概念是由奥地利民法典首先创造并使用的,^②而在此之前,无权利能力这一概念,仅有“人格”的称谓,那么,“人格”与“权利能力”是否为同一含义?

根据现有的文献及学者的论述,“人格”这一概念首先是由罗马人在划分人的身份时使用的概念。在词源上,“人格”一词来自拉丁文的“persona”,是指演员演出时扮演的各种角

^① 卡尔·拉伦茨,《德国民法总论》[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2004:121.

^② 星野英一,《私法中的人:以民法财产法为中心》[M]//王闯,译,梁慧星,《民商法论丛》第8卷,北京:法律出版社,1997:163.;梁慧星,《民法总论》[M],北京:法律出版社,1996:57.但笔者对这种说法有所怀疑:《奥地利民法典》第16条规定:“任何人生来就因理性而获有明确的天赋的权利,故得作为发的人格而被看待。”第18条规定:“任何人都具有在法定条件下取得权利的能力。”由此两条规定可以看出:人格仍然在能力之前,取得权利之能力是人格的体现。但这里所谓的“取得权利之能力”是否就是我们后来所谓的“权利能力”殊有疑问。笔者认为现在民法上的“权利能力”一词的真正含义与适用起源于德国民法典。

色。^① 根据我国著名罗马法学者周相教授的考证,在罗马法上有关人的三个用语中,“homo”是指生物意义上的人,“caupt”是指权利义务主体,“persona”是指权利义务主体的各种身份。^② 一个人必须同时具有自由人、家父与市民三种身份,才能拥有“caupt”,即在市民名册中拥有一章的资格,才能是罗马共同体的正式成员,否则就被视为奴隶或者从属者或者外邦人。^③

这种考证结论大致是可信的,因为它基本上契合了拉丁文“persona”所指称的“各种演员角色”的原义。另外,我们从英国学者的论述中也可以反证其可信性。英国学者尼古拉斯指出,在罗马法中,人的地位涉及三个方面的要素:自由权、市民权与家庭权。人的地位的变化可以根据这三个要素加以分析。罗马法上的人格还可以减等:最大的人格减等是丧失上述三种权利,即沦为奴隶;中等人格减等是丧失市民权与家庭权;最小人格减等是丧失有关家庭的权利。^④ “caupt”用来指称人格。

但是,罗马法上的人格屡屡被用作制造不平等,把奴隶、外邦人排除在法律主体范围之外的工具,^⑤以人格标记出法律舞台上的存在、标记出各种不同的角色与功能,并依据身份将这种角色与功能分配给现实中的人,同时,通过此种角色与功能将现实中的人与活着的物相区分。^⑥ 也就是说,自罗马法开始,就将一项项象征身份与地位的 caupt(人格)加在个别人而非所有人头上,以显示其特殊性,人格平等即法律地位的平等也就无法实现。直到 1794 年的《普鲁士一般邦法》还规定了严格的等级地位而非平等人格,规定了贵族、市民与农民之不同的人格,有些东西仅仅贵族能够获得和拥有而其他人不得拥有,有些东西市民可以拥有而农民不能拥有。^⑦ 在这种情况下,人格的意义就显得特别突出。

资产阶级革命胜利以后,用平等替代了等级制,从而使人人平等成为现实,因此,人格的平等就作为一种当然的事实被接受,其意义与价值也就被逐渐忘却了。就如学者所分析的:经过资产阶级革命所建立起来的欧洲资本主义国家,倡导天赋人权、人人平等,根本不需要制作任何表示某种身份或者地位的面具配发给每一个生而自由的人。因此,在《法国民法典》以及早期的各国民法理论中,不存在“人格”的概念。在法国的《人权宣言》里,人权的主体是人和市民,而非具有所谓“人格”的人。原因就是,当近代各国以其宪法、法律宣称人人平等之后,毫无必要运用一种徒增烦琐的法律技术再将“人格”赋予每一个人。置言之,作为身份区分工具的“法律人格”在人人平等的社会中,应当毫无根据使用价值。这正是迄今为

① 星野英一.私法中的人:以民法财产法为中心[J].王闯,译.//梁慧星.民商法论丛:第8卷[M].北京:法律出版社,1997:160.

② 周相.罗马法原论(上)[M].北京:商务印书馆,1994:97.

③ 徐国栋.“人身关系”流变考[J].法学,2002(6).

④ 巴里·尼古拉斯.罗马法原论[M].黄风,译.北京:法律出版社,2004:103.

⑤ 徐国栋.再论人身关系[J].中国法学,2002(4):7.

⑥ 罗尔夫·克尼佩尔.法律与历史[M].朱岩,译.北京:法律出版社,2003:59.

⑦ 星野英一.私法中的人:以民法财产法为中心[J].王闯,译.//梁慧星.民商法论丛:第8卷[M].北京:法律出版社,1997:157.

止没有一个近代或者现代国家的宪法或者民法将“人格”明文赋予其国民的根本原因。^① 到此为止,我们没有看到“权利能力”的概念,今天我们所认识的权利能力的功能被“人格”(即主体地位)所涵盖,罗马法与法国民法典的一个最大的相同点是:法律上的主体都是个人而非团体,罗马法上没有团体人格,就如学者所言:在现在法中,一群人可以构成区别于并且平行于其成员个人的法人,但对于罗马法学家来说,这样一种群体只不过是一定数量的并且处于一定关系中的个人。只有自然人才拥有权利,法律上的人也必然是自然人。^② 而法国民法典上也无团体人格,即只有个人的法律地位而无团体的法律地位。

如果罗马法与法国民法典这种仅仅承认自然人为主体的状况持续下去而无团体人格出现的话,那么也就不会有发明“权利能力”这一概念的必要性。恰恰是因为法人等团体的出现,并想在私法上为团体谋求取得权利并承担义务的地位,就不能依赖基本法而必须有一个不同于基本法上所规定的人却又有在私法上拥有权利义务归属资格的概念出现。因为,宪法上的主体人格无论如何都不能包含团体。如果翻开包括我国宪法在内的各个主要国家的宪法,其中仅仅规定自然人的主体规定而无法人的主体地位,故团体要获得私法上的地位就不能依靠宪法的规定,而只能够在私法上解决。因此,必须构造出一个仅仅在私法上享有如同自然人那样享有取得财产权利并承担财产性义务的主体性资格。正是基于这样的目的,人们创造了“权利能力”这一概念。对此,有学者正确地分析说,《德国民法典》在创制团体人格时,以“权利能力”这一仅具“私法上的主体资格”的含意的概念替代了“人格”的表达,可以同时适用于自然人与法人,从技术上解决了自然人与法人在同一民事主体制度(即所谓“人法”)的框架下的共存,满足了《德国民法典》形式结构的需要。^③

下面我们将要讨论的第一个问题是:权利能力源自自然法还是实证法?德国学者梅迪库斯指出:承认每一个自然人都享有权利能力,是否渊源于同样也凌驾于《基本法》之上的某种自然法?这是一个法律渊源学说或者法哲学上的问题。^④ 如果将罗马法上的人格同德国民法典上的权利能力在相同部分的含义限度内对比的话,罗马法上的人格显然不是一个自然法上的概念而是一个实证法上的概念,而其规定恰恰是违反自然法的。但是,当人格发展到法国民法典而实现了人格平等时,人格就被认为是与生俱来的自然法上的概念。《奥地利民法典》第16条规定:“任何人生来就因理性而获得明确的天赋的权利,故得作为人格而被对待。”学者据此认为,人格是自然法上的权利,能够取得的权利意指实定法上的权利,所以,此处所承认的法律人格是建立在自然法上与生俱来的权利基础之上的。^⑤ 《法国民法典》没有规定人格,而1789年的《人权宣言》宣称:人们生来是而且始终是自由平等的,自由、平等、

① 尹田,论法人人格权[EB/OL].[2004-08-08]. <http://www.civillaw.com.cn>.

② 巴里·尼古拉斯,罗马法原论[M],黄风,译,北京:法律出版社,2004:64.

③ 尹田,论法人人格权[EB/OL].[2004-08-08]. <http://www.civillaw.com.cn>.

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,2000:784.

⑤ 星野英一,私法中的人:以民法财产法为中心[M]//王闯,译,梁慧星,民商法论丛:第8卷,北京:法律出版社,1997:163.