

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

● 崔建远 著

民法总则：具体与抽象

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

● 崔建远 著

民法总则：具体与抽象

中国当代法学家文库

崔建远民法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民法总则: 具体与抽象/崔建远著. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 11
(中国当代法学家文库·崔建远民法研究系列)
“十三五”国家重点出版物出版规划项目
ISBN 978-7-300-25069-4

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法-总则-研究-中国 IV. ①D923.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 254836 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目
中国当代法学家文库·崔建远民法研究系列
民法总则: 具体与抽象

崔建远 著

Minfa Zongze: Juti yu Chouxiang

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511770 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2017 年 11 月第 1 版
印 张	30.5 插页 3	印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
字 数	455 000	定 价	98.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

自序

《民法总则：具体与抽象》，原为中国人民大学出版社约稿《民法总则：具体与抽象》《物权：生长与成型》和《债权：借鉴与发展》三卷本民法文选中的一卷。缔约后，我马不停蹄地编辑整理《物权：生长与成型》，定稿后由中国人民大学出版社于2004年出版。其后的7年里，由客观情势决定，我先是整理出版了《合同法总论》（上卷），接着编写《物权法》教材，继而在此基础上补充和升华而成《物权：规范与学说》，其间还三次修订了《合同法》教材，迟至2012年才将《债权：借鉴与发展》交给中国人民大学出版社付梓。这样，三卷本的民法文选独缺《民法总则：具体与抽象》还未见“公婆”。个中原因，主要是近二十年来我的精力基本上放在了对物权法和债法的思考和积累之中，对于民法总则仅仅满足于教学的需要，而未再作深入探讨，故这方面的心得体会不多。

欣逢编纂中国民法典，制定民法总则的大势，客观上“逼得”我撰写民法总则的立法论，编纂完成大家眼前的这本《民法总则：具体与抽象》。

《民法总则：具体与抽象》收录的论文有些发表于上个世纪80年代，带有时代的烙印，反映了那段时期社会、经济、体制特别是理念的状态。尽管其中一些早已“不合时宜”，还显现出我的稚嫩，但它们恰好在一定程度上显现着社会、历史的真相，映衬着我国民法及其理论的发展。有鉴于此，我不揣简陋，将其原原本本地“暴露”在大家的眼前，供批评指正。



重见那些文章，脑海里立即浮现出那个时期的生活、工作情景，不禁感慨万千，五味俱全。《民法，给程序以应有的地位》一文不是坐在书斋里推理出来的，而是源自自我亲历的三五件真人真事的切身感悟，它们的的确确印证了“法律不是逻辑，而是经验”这句名言！同时我也体会到了程序对一些人的恩宠，对另些人的残酷；牢牢地记住了没有公正的程序，实体再厚实也是枉然。生前一直任教于中国人民大学法学院的民事诉讼法学大家江伟老师不止一次地对人说：“崔建远是搞民法的，但他对程序还那么重视，不错！”朋友向我转告的江老师的这句评价，一直鼓励着我，鞭策着我，使我不但自己时刻不敢忘记诉讼法的重要性，也一再要求我指导的学生务必重视民事诉讼法的学习。《论我国民法的公平原则》《论民事法律关系的本质特征》两篇论文，或许至今已觉不新鲜，但在当时确实是颇有新意的。值得特意提出的是《论民事法律关系的本质特征》一文，它是于晔（曹焕忠）与我坐在一起，历时一个月，二人边讨论，曹焕忠校友边撰写，二人反复润色，才定稿的，更不要说此前我们二人对此积累所耗精力和所费时光了。文章以民法的调整对象为商品经济关系这种学说为基点而展开论述，逻辑严谨，自成一说。

民法的调整对象为商品经济关系，这是已故著名民法学家佟柔老师首先提出并进行论证的。佟老先生对此钟爱的程度会自觉不自觉地流露出来。记得在着手撰写法学硕士学位论文《论经济合同的解除》时，我从长春到北京搜集资料，请教名师，经周卫平校友介绍拜见梁慧星老师，经龙翼飞校友引荐拜会佟柔老师。就合同解除问题，梁慧星老师一一地回答了我所提的全部问题，阐释了其民法见解，展现出他对民法的宏观把握和细节体会。这直接有益于我完成毕业论文。佟柔老师则不同，他老人家口若悬河，环环相扣，向我阐释民法的调整对象，耗时一个下午，从中彰显出他老人家拥有的经济学和法学的深厚功底，以及他对民法与经济法、行政法之间关系的思考和见解。这使我深刻认识到民法和经济法乃至法律与经济间的关系，获益匪浅。

诚然，在今天看来，商品经济关系为民法的调整对象，可再斟酌，但历史的观点万不可被遗忘，佟老先生主张并论证、阐释其观点时，正值民法与经济法大





论战、民法似乎丧失生存之地的年代，商品经济关系说最能符合逻辑地、也能一目了然地证成民法这个上层建筑天然地具有存在的经济基础、正当性，它是独立于经济法等部门法的不可或缺的法律及学科。可以毫不夸张地说，没有佟柔老师的这番大论，就难有民法的今天。吃水不忘打井人。在民法及其理论日益繁荣的形势下，过上“小康”生活的民法人务必铭记佟柔老师以及史越老师等一大批民法前辈们！

佟柔老师不但在中国民法的生存和发展的宏伟事业中贡献杰出，值得大书特书，我在这篇序言里对佟柔老师谈了这么多，还有一个个人原因：上个世纪80年代，经王利明教授推荐，我有幸成为佟柔教授主编的《中国民法》这部全国统编教材的编写人之一，不但在做人、学问及编写教科书方面从佟老先生身上学到许多，而且使我在民法学界的位置得到提升，客观上推动了我的进步。但就是这么一位于我恩深似海的长者，我都因他事无法到会纪念他，内心愧疚不已，借此园地发自内心地感念他老人家，祝愿他老人家在天国安好！

将早些年习作收录，还有一个情结：当年生活拮据，每逢年节，犯愁不已，因为无力为亲戚购置年节礼物。时任吉林大学法学院经济法系主任的好心的李忠芳老师，赠与我肉票，介绍我到校外讲课，每次可得几元、十几元钱，贴补家用。但当时“鬼迷心窍”，大多谢绝，只去过不多的几次，一心一意地写文章。其实，现在看来，那些文章缺点不少，便有时想来：“与其如此，莫不如去讲课，赚些钱来养家糊口。”不过，有好友另有高见：“没有那些年的习作经历，也就难有今天论文的态样。”如此，那些文章有其不可磨灭的功劳。此言非虚，但毕竟亏欠了家人，还得诚心地表达歉意！

情到深处，不禁说了这么多，到此止笔吧。

崔建远

2017年9月5日



目 录

编纂民法典必须摆正几对关系	1
一、民法典与哲学之间的关系	2
二、民法与商法之间的关系	6
三、原则与规则之间的关系	11
四、主张与举证之间的关系	14
五、规则内容与立法技术之间的关系	21
六、余论	23
知识产权法之于民法典	24
一、知识产权法不宜作为民法典的一编	24
二、知识产权法之于民法总则	26
三、知识产权法之于民法典分则	34
行政合同族的边界及其确定根据	40
一、问题的提出	41
二、不可忽视行政机关的多重角色性	41
三、借鉴“近因理论”来界分行政合同与民商合同	44
四、必须根据合同的主要方面、主要矛盾确定其归属法域	48



五、利弊分析对确定某些合同归属法域的影响	51
关于制定民法总则的建议	57
一、引言	58
二、进入《民法总则》的民法规范的资格	61
三、关于民法基本原则的配置	63
四、关于民事主体的确立思路	66
五、关于法律行为的完善	70
六、关于代理规则及其理论的改进	85
七、关于时间效力制度的设想	85
民法制度移植的背景因素和内部和谐问题	100
一、引言	100
二、避免不当得利的泛化	103
三、债权让与的正本清源	104
民法，给程序以应有的地位	110
实体法与程序法相辅相成	
——法释〔2016〕5号之解读、评论与升华	112
一、不得推诿：逻辑转换的例证	113
二、法释〔2016〕5号第2条所谓证据究为何指？	116
三、预告登记制度的本分与张力	119
四、程序法和实体法共同调整	121
五、实体与程序互为表里	122
六、实体法·程序制度·民法之美	127
七、主观状态、形成权本性与利益衡量的综合作用	129





论民法原则与民法规则之间的关系	131
一、民法原则与民法规则的区别	131
二、民法原则于全无民法规则场合的适用	133
三、放弃民法规则而改用民法原则裁判系争案件	135
四、民法原则的运用是对不完全法条的补充	136
五、依据民法原则限缩或扩张民法规则的适用范围	138
基本原则及制度本质乃解释的基点	142
一、颠倒了实体为里、程序为表的根本原则	143
二、法律关系—法律适用—民商法的逻辑—法律之美	143
三、理解《合同法》第 402 条所谓直接约束委托人和第三人的 思考路径	144
四、如何界定法律关于解除权产生条件的规定?	145
五、如何确定对方未于 3 个月内对解除通知提出异议的法律效果?	148
论我国民法的公平原则	150
论民事法律关系的本质特征	156
民法总则如何反映民事权利?	169
一、不宜沿用《民法通则》设置民事权利规范的模式	169
二、民事权利规范的设置模式受制于《民法总则》体系	171
三、民事权利规范的设置模式受制于《民法典》的体系	182
四、民事权利规范的设置模式受制于《民法典》的理念、指导思想	183
五、《民法总则》可设置期待权、抗辩权等民事权利的一般规则	186
六、民事权利规范的局限性及其处理原则	188





意思表示的解释规则论

- 对《中华人民共和国民法总则》（草案）设计的意思表示解释规则的肯定与完善建议····· 192
- 一、意思表示解释规则（草案）及其评论····· 193
- 二、意思表示的元素性与关联性····· 197
- 三、意思表示解释规则（草案）宜再细化····· 199
- 四、应予增设的意思表示解释的规则····· 202
- 五、解释意思表示须整体把握的实例分析····· 210

论法律行为或其条款附条件····· 214

- 一、法律行为或其条款附条件····· 215
- 二、附条件与法定条件之间的关联····· 220
- 三、随意条件及其法律效果····· 225
- 四、单独行为并非一律不得附条件····· 227
- 五、附条件与履行抗辩权····· 230
- 六、余论····· 241

法律行为条款附条件绝非法律行为附期限····· 245

- 一、一般理论····· 246
- 二、系争《股权转让协议》第1条第3款第2项、第3项的约定属于法律行为条款附条件····· 251
- 三、系争《股权转让协议》第1条第3款第2项、第3项的约定根本不属于法律行为条款附期限····· 256
- 四、系争《股权转让协议》第1条第3款第2项、第3项的约定应为有效····· 258

处分行为理论真的那么美妙吗？

- 《中华人民共和国民法总则》不宜采取负担行为与处分行为相区分的设计····· 261
- 一、引言····· 262





二、从概念看处分行为与负担行为相区分的架构的牵强	264
三、从功能的角度看处分行为的作用被夸大	267
四、负担行为不要求处分权会导致负面结果	269
五、从处分行为与负担行为的区分标准看其主观偏好	270
六、必须重视负担行为与处分行为相区分的架构设计的破坏力	271
七、从是非方面看负担行为与处分行为相区分的弊端	272
八、不合法理，实务中有害	273
九、余论	276
民法总则应当如何设计代理制度？	279
一、如何对待间接代理？	280
二、代理人的行为能力影响什么？	280
三、自己代理与双方代理	283
四、《民法通则》第43条应予承继	286
五、不宜新创表见代表的概念	287
民法总则如何对待间接代理？	292
一、引言	293
二、间接代理的概念分析	293
三、《合同法》关于直接代理与间接代理设计的演变及其分析	300
四、民法总则宜如何设计代理制度？	305
民法总则应如何设计民事责任制度	310
一、民事责任的质的规定性及其确定方法	311
二、《民法总则》（征求意见稿）所定民事责任的方式之反思	312
三、退货、减少价款为民事责任的方式吗？	317
四、民事责任制度应涵盖民事责任的全部类型	319





五、应剔除名为民事责任实为民事义务的类型	320
六、精神损害赔偿制度应该延伸到合同法	322
七、民事责任方式的合并运用必须符合条件	323
八、民事责任竞合制度之完善	325
九、不可抗力界定之完善	330
我国民法的漏洞及其补充	331
合同无效与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之一	344
无履行期限的债务与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之二	353
保证债务与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之三	359
一、保证期间与诉讼时效的区别	359
二、一般保证债务与诉讼时效期间的起算、中断、中止	362
三、连带责任保证债务与诉讼时效期间的起算、中断、中止	369
四、关于保证债务的诉讼时效中断是否影响债务的诉讼时效的中断	370
房屋买卖合同与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之四	371
合同解除与诉讼时效	
——合同法与诉讼时效之五	376





继续性债权与诉讼时效

- 合同法与诉讼时效之六····· 381

不动产出资义务与诉讼时效

- 合同法与诉讼时效之七····· 386
- 一、问题的提出····· 386
- 二、不同的思路····· 387
- 三、分析与评论····· 388
- 四、应当注意的问题····· 390

姓名与商标：路径及方法论之检讨

- 最高人民法院（2016）最高法行再 27 号行政判决书之评释····· 392
- 一、不宜不当扩张在先权利的涵盖范围····· 394
- 二、姓名重在将主体特定化····· 397
- 三、某特定姓名与某特定自然人之间的对应关系之辨析····· 399
- 四、认定某特定姓名与某特定自然人之间有无对应关系的依据是什么？····· 404
- 五、人们公认的特定符号与姓名及侵害姓名权····· 409
- 六、迈克尔·杰弗里·乔丹损失了什么？····· 410
- 七、使用姓名在侵害姓名权构成中的必要性····· 411
- 八、如何对待国人称呼“老外”？····· 412

一则创设法律规则的判决

- 最高人民法院（2015）民提字第 126 号民事判决之评释····· 414
- 一、对民商法的整体把握十分到位····· 414
- 二、纯熟而充分地运用法学方法论····· 417
- 三、准确寻觅请求权基础····· 421





四、提单所表征的权利及其抗辩事由因提单类型及 所处法律关系的不同而不同	422
五、有待澄清的疑问	427
六、简要结语	428
民法总则的制度创新及其历史意义	430
一、弘扬核心价值观	431
二、时代气息浓厚，立于 21 世纪民法之林	437
三、关注并解决中国问题	443
四、民事主体类型空前丰富，固有的民事主体理论被突破	447
五、人文关怀彰显，体现国家性质，政府机关勇于担当	450
《民法总则》的新发展	452
一、偏离潘德克顿体系	453
二、意思表示制度趋于完善	454
三、大力度地整合法律行为无效原因的体系	455
四、改造了意思表示瑕疵制度	456
五、增设了自己代理、双方代理	458
六、时间效力制度的发展	460
民法研究的随想	466



编纂民法典必须摆正几对关系*

内容摘要

编纂中国民法典必须摆正民法典与哲学、民法与商法、原则与规则、主张与举证、总则与分则、规则内容与立法技术等几对关系。中国民法典的哲学基础需要视权利所立基础、主体对于客体、交易领域、非交易领域而定，不宜笼而统之地模糊对待。在奉行民商合一模式的前提下注意民法与商法的差异，适当地分设法律规范，妥当地处理民法原则与民法规则之间的复杂多变的关系，尽可能地在民法条文中含有举证责任的分配，采取民法总则与分则区分又相互照应的立法模式，增设债法总则，提高立法技术，条文表述做到准确、周延，在此基础上生动明朗、浅显易懂。

关键词

民法典；哲学；程序；原则；规则；举证

中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《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“加强市场法律制度建设，编纂

* 本文最初发表于《清华法学》2014年第6期。该文第四部分“主张与举证之间的关系”增补了相当多的内容。



民法典”。这是民法学人期盼已久的喜讯，值得庆贺，并应马上展开工作。编纂民法典需要解决的问题很多，均需法律人乃至哲学等相关学科的专家们齐心协力，献计献策，方能完成这浩大的工程。千头万绪，摆正几对关系可能是最为关键的、应予明确的，并付诸实施的。笔者就此发表意见，谨供参考并批评。

一、民法典与哲学之间的关系

凡是较为成功的立法必有坚实的哲学基础和指导思想。例如，影响广泛的《法国民法典》是以自然法构想为基础的，即存在着独立于宗教信条的个人自治的自然原则，由此派生而出的法律规范制度，如果这些规范被有目的地以一种条理清楚的形式加以制定，那么一个伦理与明智的社会秩序的基础即由此而得到奠定。^①《德国民法典》以康德哲学为基础，固守自由主义的、启蒙哲学的社会模式，固守孤立的、褪掉个人历史特性和条件的个人主义的人类图样，而不是促进或至少允许共同劳动的、实质合同伦理的、社会自治的新的法律激情，以及通过公法来填补和疏导私法以承认所有权与合同的政治功能。^②

这些哲学思想具有历史性的贡献，但也先天地存在弱点，需要适应社会生活的发展而适时修正。民法中的自由主义不仅无法满足社会的要求，而且无法配合企业主社会本身的内在发展。其主导形象是个人经营者，而非人合性团体，更谈不上资合性团体了。因此，民法和公司法的配合就不无困难。^③不提及因合同自由（特别是透过卡特尔或其他市场协议）导致的、可能危及社会自由的问题^④，

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校，164~165页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

② [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，41~42页，北京，法律出版社，2003。罗尔夫·克尼佩尔的这段评注吸收了维亚克尔、科英、莱塞尔、施密特诸学者的意见。

③ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，463页，上海，上海三联书店，2006。

④ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，462页，上海，上海三联书店，2006。





利益权衡有些颠倒。《德国民法典》作为现实世界中的法典早就不再受到意志理论的专门控制，更不要说在实践中了；在今天，意志原则的衰落依旧较为清晰地决定着法律实践。^⑤

中国作为中国共产党领导的社会主义市场经济国家，制定民法典的哲学基础当然不会沿袭《法国民法典》《德国民法典》所依赖的哲学，而是马克思主义哲学。由于马克思主义哲学的博大精深，作为中国民法典的哲学基础的，不应是单一的某种哲学思想，而应是若干并行的主义。由于社会在不断发展，马克思主义也随之发展和丰富，这也决定了作为中国民法典的哲学基础不应是某个单一的主张。

在民事权利方面，潘德克顿学说中的“权利”来源于康德的自由，此处的自由是意志天赋的，因此是先验的、无须证明的。这种哲学思想不可能被照搬到中国民法典之中。权利固然离不开自由，但没有法律的赋予，仅有民事主体的一厢情愿，在国家体制下是难以成立的。

绝对的意思主义也不得作为中国民法典的哲学基础。按照马克思主义原理，法律行为是民事主体的意思与上升为法律的国家意志的统一体。一方面，国家及法律尽可能地尊重民事主体的意思，只要民事主体的意思不与强行性规范、社会公共利益和社会公德相抵触，就承认其法律效力，按民事主体的意思赋予法律效力；另一方面，民事主体的意思应在法律允许的范围内表示，唯有如此，该意思才获得法律赋予的拘束力。民事主体的意思若违反了强行性规范或社会公共利益、社会公德，达到了法律不可容忍的程度，就会被坚决否定，归于无效。所以，从根源上讲，民事主体意思的法律效力源自法律，是法律赋予该意思以法律效力的，由国家的强制力保障。^⑥ 其实，这一点连某些西方法学家也是承认的。正所谓意思表示因法律而导致后果，没有法定的效力基础，法律行为尽管具有目的，也仍不能够引起后果。^⑦ 当行为表达了一个由法律制度所授予的意志力量或

^⑤ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，188页，北京，法律出版社，2003。

^⑥ 崔建远：《合同法总论》，2版，262页，北京，中国人民大学出版社，2011。

^⑦ 梅迪库斯：《德国民法总则》，海德堡，1994。转引自[德]罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，188页，北京，法律出版社，2003。





意志统治时，行为具有法律效力。^⑧ 某项合同规定之所以具有法律效力，总是具有双重的原因：其一为合同双方当事人达成这项约定的共同的、使他们受到自我约束的意志行为，其二为法律制度对这种行为的承认。^⑨

面对如今的社会状况，特别是在主体与环境、自然资源的关系上，民法典若要做到适应和有效运行，科学发展观就必须得到贯彻和体现。对此，笔者曾经讨论过自然哲学观与自然资源物权乃至民法的命运^⑩，于今仍未过时，可供编纂中国民法典时参考。

面对“人类高于自然”哲学或曰极端的“人类中心主义”哲学、“具有责任的人类中心主义”哲学、生物中心主义、“生态革命派”及其中的“生态伦理派”，笔者感悟到，科学发展观非常科学，应当将其作为中国民法典的哲学基础之一。如果无条件地赋予动物、植物乃至岩石等无生物以生存权，就意味着它们和人同样地享有权利能力，具有法律人格。有学者的确如此倡导。如此，人之于它们，不再表现为主体对客体的支配，而是主体与主体之间的关系，在民法的视野里，就是平等主体之间的法律关系。一旦奉行这样的原则，就会出现如下局面：因为土地资源及矿产资源、水资源、水生动植物、野生动物不再是人所作用的客体，而是与人平等的主体，于是，土地物权、矿业权、取水权、渔业权、狩猎权便因无作用对象而不复存在，走向死亡，自然资源物权制度从法律体系中消失无踪。依此原则，人基于自己一方的意思而收割农作物、采集药材，人出于自己的需要而捕获动物，人因居住和通行的必需而移动岩石等无生物，均应被禁止，除非动植物表示同意，岩石等无生物不予反对。如此一来，现行民法关于意思表示和法律行为的制度及其理论便难以适用到动植物和无生物，面临危机，只好重构；重构恐怕也无济于事，必须彻底摧毁，创造出一部远远超出了先人憧憬

^⑧ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，64页，北京，法律出版社，2003。

^⑨ [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，谢怀栻校，56页，北京，法律出版社，2003。

^⑩ 崔建远：《准物权研究》，8页以下，北京，法律出版社，2003；崔建远：《准物权研究》，2版，6页以下，北京，法律出版社，2012。



的“天人合一”思想的崭新法律。极而言之，也许人类自己无权再进食，连露宿旷野都会侵害土地乃至草木的利益，升入天国应否先得空气的同意？如果是这样，可真是人将不人，民法不再了。行文至此，远处再次传来这样的声音，不绝于耳：那些主张结束人口增长、技术变革和经济发展的人被看作是不食人间烟火的精英，无情又无德。他们准备为少数人的生态完整性和持续性未来所付出的代价，必然包含千百万人的死亡。^①实际上，在准备提出一种关涉人类生存方式的革命理论之前，在试图建立一个改变人类根本命运的全新制度之前，重温一下马基雅维里在将近500年以前对革新者提出的劝告也许是有益的：必须记住，再没有比着手率先采取新的制度更困难的了，再没有比此事的成败更加不确定，执行起来更加危险的了。^②

遥远的未来届时自有相应的规范出现，忧天倾的人们仍在衣食住行，时下之人乃至下一代恐怕必须作为主体支配无生物、植物乃至动物，甚至“残忍地”吃掉它们，除非愿意并且能够做到不食人间烟火，只不过人类必须克己以求可持续发展，尽可能地尊重自然、维护生态系统罢了。如此，主体支配客体、主体之间等价交换等民法规则就须臾不可离开，民商法这部“生活的百科全书”^③依旧会引导着人们的日用常行。历史将按照它自己的方式摸索着前进。^④当然，在侵权责任法等领域需要适当地承认某些动物享有特殊权益，例如，某些动植物享有获得生存条件的权利，享有损害赔偿请求权等，作为对绝对的“人类中心主义”的修正，这才是比较现实的选择。在南非，一些动物权利团体在南非宪法制定前的协商过程中，为将动物权利写入《宪法》而奔走呐喊。然而，尽管南非拥有世界上最民主的《宪法》之一和一个进步的《权利法案》，但是动物最终还是没有被

^① [英] 朱迪·丽丝：《自然资源：分配、经济学与政策》，蔡运龙、杨友孝、秦建新等译，蔡运龙校，341页，北京，商务印书馆，2002。

^② [意大利] 尼科洛·马基雅维里：《君主论》，潘汉典译，26页，北京，商务印书馆，1985。

^③ 邱本、崔建远：《论私法制度与社会发展》，载《天津社会科学》，1995（3）（总第83期），第52页。

^④ Man Borgese, E. *Expanding the Common Heritage*, in Dolman, A. J. (ed) *Global Planning and Resources Management*, Oxford, Pergamon, 193 (1980). 转引自 [英] 朱迪·丽丝：《自然资源：分配、经济学与政策》，蔡运龙、杨友孝、秦建新等译，蔡运龙校，564页，北京，商务印书馆，2002。





赋予权利。也许与其将动物权利纳入《宪法》，不如在某种程度上在《宪法》中规定人们有人道地对待动物的义务。^⑮

二、民法与商法之间的关系

中国现行法采取民商合一的立法模式，这有其道理：在所有经济发达的国家和地区，民事商法化已经达到了这样的程度，几乎不再有什么规定对商事债与民事债区别对待。各国的法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性。从1865年起，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定商法典。1881年，瑞士由于宪法上的原因，不制定民法典，而制定债法典，其中既有债法（民事），又有商法；当1907年在联邦范围内制定“民法典”来规定民法中的其他内容时，债法典在事实上保持了独立。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，不论是商人还是非商人，并适用于一切行为。1942年，意大利在一部民法典里规定了民法与商法的内容。^⑯前苏联也采取了民商合一的立法模式，海峡两岸同样如此。

尽管如此，还是不宜完全忽视民法与商法之间的差异。其中非常重要的一点是商法正在发生的变化，即它正在变成受政治与社会方面的考虑支配的“经济法”，在这里公法与私法密切地交织在一起。^⑰对于民法与商法之间的差异，《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）注意不够。例如，《合同法》第410条关于“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失”的规定，没有区别

^⑮ [南非] 彦·格拉扎斯基：《对自然的态度：一个变化中的全球伦理？——一位南非环境法学者的思考》，付璐译，李广兵、王曦校，载王曦主编：《国际环境法与比较环境法评论》（第2卷），281页，北京，法律出版社，2005。

^⑯ [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，84~85页，上海，上海译文出版社，1984。

^⑰ [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，85页，上海，上海译文出版社，1984。





民事委托与商事委托而导致了一些负面的结果。例如，委托事务接近完成，甚至受托人为履行委托事务而专门设立了公司，从事委托合同约定的业务，受托人即将据此而取得可观的合同利益，恰在此时，委托人援用该条规定而主张解除合同，有的以其解除存在不可归责于己的事由作为根据，拒绝承担损害赔偿赔偿责任；有的虽然寻觅不出不可归责于己的事由，从而承担损害赔偿赔偿责任，但因赔偿范围受到因果关系等因素的制约，赔偿数额远远低于委托合同继续有效并实际履行给受托人带来的利益。辽宁省高级人民法院（2003）辽民三合初字第34号民事判决、最高人民法院（2005）民二终字第143号民事判决^⑮，再次凸显了这些问题。此次编纂民法典，应当予以解决。

一般认为，《合同法》之所以规定委托人或受托人可以随时解除合同，其原因在于委托合同具有特别的性质，其成立大多建立在对当事人特殊信赖的基础上，而信任关系具有一定的主观性，在一方当事人对相对人的信任有所动摇时，就应不问有无确凿的理由，都允许委托人或受托人随时解除合同。否则，即便勉强维持双方的关系，也可能招致不良后果，影响委托合同订立目的的实现。^⑯

但是，法律又是公平的，不能仅仅考虑某一方面的价值。当事人的信赖基础固然重要，但是如果在委托合同不仅涉及一方当事人利益的时候，对合同双方的任意解除权依旧不加限制，实际就是在片面保护合同解除方的信赖感，对于合同相对人就难免苛刻了。因此在委托合同不仅仅涉及一方当事人利益的情形下，对于委托合同任意解除权的限制就有必要。其限制措施之一是，区分民事委托与商事委托，对于民事委托合同，继续保持《合同法》第410条的现状，对于商事委托合同则不承认当事人的任意解除权。^⑰

再如，《合同法》第402条和第403条设计了外贸代理制度，在该项制度中，

^⑮ 《上海盘起贸易有限公司与盘起工业（大连）有限公司委托合同纠纷案》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》，2006（4），35页。

^⑯ 参见崔建远主编：《合同法》，4版，497页，北京，法律出版社，2007；郭明瑞、王轶：《合同法新论·分则》，314页，北京，中国政法大学出版社，1997。

^⑰ 详细论述，见崔建远、龙俊：《论委托合同的任意解除权及其限制——“上海盘起诉大连盘起案”判决的评释》，载《法学研究》，2008（6）。





作为代理人的外贸进出口公司，得以自己的名义，而非被代理人的名义进行代理行为，这与《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）设置的直接代理（第63条以下）明显不同，使得体系不尽和谐，在解释和适用上疑问不少。例如，《合同法》第402条和第403条的规定，适用于国内交易吗？适用于民事委托合同吗？委托人自动介入到受托人与第三人所订立的合同中时，是否取代了受托人的合同地位？等等。如果区分民事代理与商事代理，民事代理制度严格遵循《民法通则》第63条以下的规定，编纂民法典时将被代理人与代理人、代理人与相对人、被代理人与相对人之间的关系作为民事代理对待，将“代理人”以自己的名义与相对人实施的法律行为排除在代理行为的范围，另外于商法领域特别承认外贸代理制度，效果会更好。

还如，《合同法》第39条至第41条关于格式条款的规定，就其字面意思观察，似乎是适用于采取格式条款方式的全部民事合同、商事合同。假如果真如此解释和适用，就会阻碍正常的恰当分配商业风险的交易。境外的共识是，类似《合同法》第39条至第41条规定的格式条款（一般交易条件，或曰定型化契约，或曰定式条款），适用于消费者合同，至于格式商业性合同（一般交易条件，或曰定型化契约，或曰定式条款），则因其主体均为商人，都具有相当的经营经验及知识，有足够的注意能力和交涉能力，无须立法政策向任何一方倾斜，无须法律的特别保护。格式条款是否订入商业性合同，适用传统合同法的订立规则，运用连续交易理论（a course of dealing）、共同理解理论（common understanding）、习惯做法（normal practice）或商业惯例（commercial usage），来判断它们是否订入合同。^② 这确有道理，《合同法》第39条至第41条的规定不应适用于商人之间签订的商业性合同。这再次显现出注意区分民事合同与商事合同的必要性和重要性。

民法与商法之间的理念及操作方面的差异还表现在，对于签订的合同“不公平”的判断及处理上。自然人作为一方的合同，有其道理，但在双方均为商人的

^② 刘宗荣：《免责条款之订入定型化契约》，载郑玉波主编：《民法债编论文选辑》（上），264～268页，台北，五南图书出版有限公司，1984。





情况下，则必须审慎适用。因为商人是专家，地位平等，理性判断。

合同正义系属平均正义，指对任何人都同样看待，双方的所得与所失应是对等的，而不考虑其身份与地位如何。它主要作用于人们之间的交换关系，又称为交换正义，其法律上的适用领域主要是私法，尤其是合同法。在双务合同场合，它强调一方给付与对方给付之间的等值性，合同上的负担和风险的合理分配。

合同正义原则的表现之一是，给付与对待给付之间具有等值性。关于给付与对待给付之间的等值性，在判断上向有客观说和主观说之分。客观说以客观的市场标准或理性之人的标准来判断当事人之间的给付与对待给付是否等值；主观说则以当事人的主观意愿来判断，纵使以市场标准或自理性之人的角度衡量并非等值，但只要当事人具有真实的合意，在主观上愿意以自己的给付换取对方的给付，那么对双方而言就是公正的。由于两种给付之间在客观上是否相当，例如对特定服务究竟应支付多少报酬，对特定商品究竟应支付多少价款，方为公平合理，涉及因素甚多，欠缺明确的判断标准，故合同法应采取主观等值原则，即当事人主观上愿以此给付换取对待给付，即为公平合理，至于客观上是否等值，在所不问。采取主观说的深层原因在于合同自由，如果合同是自由订立的，则对当事人来说就是公正的；反之，如果合同是基于欺诈、胁迫、乘人之危等原因而订立的，因合同自由遭受不当限制，故对意思表示有瑕疵的一方而言，即不存在合同公正，于此情形，各国或地区的法律多赋予受害方以变更或撤销合同的权利以为救济。从这个意义上说，《合同法》第54条第1款第2项关于显失公平的合同可以撤销的规定，在适用范围上似有必要进行限缩。

最后，对于对赌协议的效力，民法的视野与商法的态度也表现出不同。所谓对赌协议（Valuation Adjustment Mechanism, VAM），又称估值调整协议，是私募股权投资（PE）中常用的一种价值调整机制与合同安排。法院转变理念起因于海富投资与甘肃世恒等主体之间的增资协议纠纷案。该案的案情为：2007年11月1日前，苏州工业园区海富投资有限公司（以下简称海富投资）作为投资方采取溢价增资的方式与甘肃世恒有色资源再利用有限公司（以下简称甘肃世恒）、甘肃世恒的股东香港迪亚有限公司（以下简称迪亚公司）、迪亚公司的实际





控制人陆某共同签订了《甘肃众星锌业有限公司增资协议书》（以下简称《增资协议书》），约定海富投资以现金 2 000 万元对甘肃世恒进行增资。《增资协议书》第 7 条第 2 项约定：如果甘肃世恒 2008 年实际净利润完不成 3 000 万元，海富投资有权要求甘肃世恒予以补偿，如果甘肃世恒未能履行补偿义务，海富投资有权要求迪亚公司履行补偿义务。补偿金额的计算公式为“（1-2008 年实际净利润 / 3 000 万元）×本次投资金额”。《增资协议书》签订后，海富投资于 2007 年 11 月 2 日按协议约定向甘肃世恒缴存 2 000 万元，其中新增注册资本 114.771 7 万元，计入资本公积金 1 885.228 3 万元。2009 年 12 月 30 日，因甘肃世恒 2008 年度实际净利润仅为 26 858.13 元，远未达到《增资协议书》约定的该年度承诺净利润额。海富投资遂向法院提起诉讼，请求判令甘肃世恒、迪亚公司、陆某向其支付补偿款 1 998.209 5 万元。系争协议属于典型的基于增资的对赌协议、投资方与目标企业及其大股东的对赌协议、赌业绩的对赌协议、现金对赌协议及单向对赌协议。甘肃高级人民法院（2011）甘民二终字第 96 号民事判决书认为，海富投资的投资名为联营实为借贷，从而认定该对赌协议无效。

这不奇怪，在很长的一段时间里，我国法院贯彻“名为……实为公司之间借贷”的认定模式，将公司之间的资金流转关系往往认定为借贷合同关系从而无效。现在，理念和处理有了一定程度的转变。最高人民法院否决了股东与公司之间对赌协议的法律效力，最高人民法院（2012）民提字第 11 号民事判决书认为该条款违背了《中华人民共和国公司法》第 20 条第 1 款关于“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”的禁止性规定，损害了公司及债权人的利益；认可了股东之间对赌协议的有效性，认为股东之间的对赌协议不损害公司及公司债权人的利益，不违反禁止性规定，为当事人的真实意思表示。^②

承认对赌协议的法律效力，表现了鼓励投资、奖励善于经营者的价值取向，

^② 见 http://blog.sina.com.cn/s/blog_905b8b640102vdd6.html，最后访问时间：2015-12-30。





规范了行业行为，提供了法律的确定性。这是值得肯定的。

三、原则与规则之间的关系

民法典必有基本原则、原则及规则。它们之间的关系是什么，编纂民法典时如何摆设、配置？有人云：法律是从某些基本原则中推导出来的一些规范，这些基本原则是对构成他们所设计的结构中的“总则”的陈述。^③以严谨的、逻辑数学的演绎从最一般的、有牢固理性法基础的基本原理中获得最具体的个别法律规定，以至于其法律制度就像是完全艺术化分类的、系统而明确设计的建筑。^④这些阐释道出了民法原则尤其是基本原则在民法典中所处的重要地位及不可替代的功能。

民法原则，是适用于民法的特定领域乃至全部领域的准则。适用于民法特定领域的准则，是民法的具体原则。如适用于债务履行的实际履行原则、适当履行原则，适用于损害赔偿范围的完全赔偿原则等，均属此类。适用于民法全部领域的准则，是民法的基本原则。如公序良俗原则、诚实信用原则、平等原则、意思自治原则等即属基本原则。

民法基本原则与民法具体原则之间存有如下差异：（1）基本原则是民法的根本准则，贯穿于整个民法，统率民法的各项制度及规范；具体原则是某个或某些合同制度的一般准则，适用于特定的范围。（2）基本原则体现民法的基本价值，是民事立法、执法、守法及研究民法的总指导思想；具体原则虽然也体现基本价值，但直接反映的是特定的普通价值，仅是特定领域或环节的指导思想。（3）基本原则是统治阶级对民事关系的基本政策的集中体现，反映着社会经济生活条件的本质要求；具体原则对此体现和反映得往往间接些。

^③ [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校，312页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

^④ [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校，254页，贵阳，贵州人民出版社，1992。





在民法原则中，概括条款值得关注，需要民法典确立。概括条款一方面可以拘束裁判者，另一方面又解除其限制的准则，来避免在模糊的抽象性与笨拙的逐案决疑间作令人困窘的抉择。借由指示参照诚实信用、善良风俗、交易伦理、重大事由以及不合比例等，立法者（超过其本身所能预见的）使法律能配合未来的巨变而得以存续。^⑤ 编纂中国民法典不可不设置概括条款。

民法规则，是由构成要件与法律后果组成的具体明确的法律规则，具有如下两个特征：（1）它必须具备有效性的要求，质言之，它系有拘束力的行为要求，或有拘束力的判断标准，也就是具有规范性特质；（2）它非仅仅适用于特定事件，反之，于其地域和时间的效力范围，对所有“此类”事件均有其适用，这就是一般性特质。^⑥ 它与民法原则虽然同为法律规范，但二者存在明显的区别：（1）在内容上，民法规则明确而具体，具备构成要件与法律后果，裁判者自由裁量的余地校对小些。与此相比，民法原则则概括和抽象，或者没有明确的构成要件、法律后果，或者欠缺一些构成要件、法律后果。在法律适用时需要裁判者予以价值补充。（2）在适用范围上，民法规则因其内容具体明确，故只适用于某一类型的民事行为或民事关系。而民法原则因其覆盖面广和抽象性强，故为民法的通用价值准则，适用范围远比民法规则的宽广。（3）在适用方式上，民法规则是以“全有或全无的方式”适用于个案的：如果某一民法规则所规定的事实是既定的，或这条规则是有效的，就必须接受该规则所提供的解决办法；或者该规则是无效的，就对裁判不起任何作用。民法原则的适用则不同，不是以“全有或全无的方式”适用于个案的，因为不同的民法原则具有不同的“强度”，强度较高的民法原则对个案的裁判具有指导性的作用，但另一民法原则并不因此无效，也并不因此被排除在民法制度之外，因为在另一个案中，这两个原则的强度关系可能会改变。（4）在作用上，民法规则具有比民法原则强度大的显示性特征，即相对

^⑤ [德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，457～458页，上海，上海三联书店，2006。当然，概括条款也有不利面。对此所作的讨论，见[德] 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，458～459页，上海，上海三联书店，2006。

^⑥ [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，149页，台北，五南图书出版公司，1996。





于民法原则，法官更不容易偏离民法规则作出裁判。因此，可以说，民法规则形成了民法制度中坚硬的部分，没有民法规则，民法制度就缺乏硬度。但另一方面，民法原则也是民法必不可少的部分，它们是民法规则的本源和基础；它们可以协调民法规则之间的矛盾，弥补民法规则的不足与局限，它们甚至可以直接作为法官裁判个案的法律依据；同时，法律原则通过对法官“自由裁量”的指导，不仅能保证个案的个别公正，避免僵化地适用法律规则可能造成的实质不公正，而且使民法制度具有一定的弹性张力，在更大程度上使民法规则保持安定性和稳定性。^⑦

民法规则，大多应为任意性的，有些则必须是强制性的。对此，编纂民法典时最好应当明确地表达出来，以便于未来解释和适用。这一点在《合同法》第52条第5项仅将违反法律、法规的强制性规定的合同认定为无效，《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（二）》（以下简称法释〔2009〕5号）第14条将上述强制性规定局限在效力性强制性规定的背景下，尤其重要。但是，对于某些民法规范来讲，则未必如此，因为可以随着时间的变化确定规范的特征是强行法抑或是任意法。^⑧

编纂民法典时务必注意并践行上述联系和区别。此外，还要注意，法律规范不应概括性太强，否则，使人不知道如何理解其意，它对于实践将不再是充分可靠的指南；另一方面，它又需有足够的概括性，以针对一定类型的情况，而不是如同法官的判决那样，仅仅适用于特殊情况。^⑨当然，法律规范留有一定的自由余地给法官，是适当的，因其任务是为法划定“范围”与向法官发出指示。^⑩这样一来，关于民法原则与民法规则之间会出现如下情形：（1）民法原则，不仅是民法的基本价值/基本精神之所在，而且具有裁判功能，在若干情况下用作裁判的法律依据，就是说，由于主客观的原因，民法典未设具体规则，但有民法原

^⑦ 参见《百度百科》，见 http://baike.baidu.com/link?url=YWBbp3LaNkeVZAJTApM0IIBR5gFL_30KiAlb4F3lBfW_uGe2mxM5e0h1JlSmU_Lz，最后访问时间：2013-12-02。

^⑧ 《帝国民法典第一草案说明书》第1卷，16页以下。转引自〔德〕罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，162页，北京，法律出版社，2003。

^⑨ 〔法〕勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，88页，上海，上海译文出版社，1984。

^⑩ 〔法〕勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，90页，上海，上海译文出版社，1984。





则，将来适用法律时根据民法原则处理系争案件。(2) 法律通常包含多数法条，但未必是完全法条。^① 法条欠缺部分或全部的构成要件，或者欠缺法律效果，都是不完全法条。对于不完全法条，需要将之补充为完全法条，以便能展现出其创设法律效果的力量。对一些不完全法条，用民法原则予以补充。法律的文义不可能毫无模糊，没有关于用语、概念、条款客观正确的解释，每部法律必然存在漏洞，并且法律“永远处在社会关系和法律观点的相互关系之中”^②。对于民法漏洞的补充，亦恒须以诚实信用原则为最高准则加以补充，其造法始不致发生偏失。^③ 其中，有些民法漏洞的补充需要运用类推的方法。针对永远处在川流不息中的生活关系的变化，立法者推荐类推 (Analogie)，该类推的结果却是不允许“处在成文法之外”^④。(3) 民法典同时设置民法原则与民法规则，利于某个或某些民法规则依据民法原则限缩或扩张其适用范围。这需要区分目的性限缩和目的性扩张的法律解释方法与除此而外的限缩或扩张其适用范围两种基本情况。^⑤

四、主张与举证之间的关系

(一) 举证责任分配的重要性

如果说程序是实体之母^⑥，“救济先于权利” (Remedy Precedes Rights)^⑦，

^① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，155页，台北，五南图书出版公司，1996。

^② [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，162页，北京，法律出版社，2003。

^③ 杨仁寿：《法学方法论》，139页，北京，中国政法大学出版社，1999。

^④ [德] 罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，161～162页，北京，法律出版社，2003。

^⑤ 崔建远：《论民法原则与民法规则之间的关系》，载《江汉论坛》2014（2）。

^⑥ [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》（增补本），王亚新译，7页，北京，中国政法大学出版社，2002。

^⑦ [美] 格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米健、贺卫方、高鸿钧译，139页，北京，中国政法大学出版社，1993；沈达明、冯大同、赵宏勋：《国际商法》（上册），23页，北京，对外贸易出版社，1982。





并且，程序规范并非民事诉讼法的专利，实际上民事诉讼法与民法都肩负着设置某些程序规范的重任，如物权法设计了若干不动产登记规范，那么，中国民法典设置若干程序规范就是理所应当的。由于罗森贝克教授的证明责任分配建立在纯粹的实体法规的结构分析之上，从法律规范相互之间的逻辑关系寻找分配的原则^⑧，民法规范本身应当含有举证责任分配，就是顺其自然的了。

民法典本应含有的程序规范可能林林总总，中国现行法及其理论有所忽视的是，民法条文本身含有举证责任的分配。

对于案件事实，因为法律世界要求的是以证据支持的事实，这不一定是客观真实的事实，而举证在其中起着无可替代的地位和作用，所以，举证责任及其分配无疑具有重大的意义。罗森贝克教授说：证明责任的重大的实践意义，超出人们的想象。^⑨笔者是从实务中体悟到这个断语确属的论的，以下试举几例：

例证Ⅰ：深圳工程款案，连带责任与否，以承包工程是否与业主共有有关。业主有两家，法院判决共有，但承包人拿不出判决副本的原件。

例证Ⅱ：京都律师事务所案，第三人向客户偿付2 000万元，则律师事务所提成2%。手机短信证据。

例证Ⅲ：再保险，涉及一两个亿，再保险合同成立与否，有手机短信的证据。

例证Ⅳ：现行《合同法》第107条原文：“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。”在第四稿之前的草案中，句号之后还有一个但书：“但能够证明自己没有过错的除外”。有此但书，则合同法奉行的是过错责任原则（只不过采取了举证责任倒置的立法技术），无此但书，则合同法贯彻的是无过错责任原则。可见，这种举证责任的有无，直接导致了归责原则的变化。

^⑧ 张卫平：《证明责任：世纪之猜想——〈证明责任论〉代译序》，载〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和德国民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，5页，北京，中国法制出版社，2002。

^⑨ 〔德〕莱奥·罗森贝克：《证明责任论——以德国民法典和德国民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，63页，北京，中国法制出版社，2002。





（二）法条应尽可能地反映出举证责任的分配

《德国民法典》中相当的条文含有举证责任的分配，例如，《德国民法典》第932条第1项前段规定：“即使物不属于让与人，取得人也因依第929条所为的让与而成为所有人，但取得人在依该条的规定将会取得所有权时非为善意的除外”。“非为善意的除外”这个但书，就决定了由所有权人承担举证受让人非为善意，所有权人不举证或者举证不能，就推定为受让人为善意。与此有所不同，《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第106条第1款的表述为积极构成要件“受让人为善意”，这就将举证责任分配给了受让人。《物权法》如此分配举证责任，如果是立法者为优惠保护所有权人的合法权益而有意为之，则是无可非议的，但若系头脑中缺乏举证责任分配这根弦，就另当别论，值得反思了。

《日本民法典》在这方面弱些，学说、判例开始“要件事实论”的工作。所谓要件事实，是指符合裁判规范的民法的构成要件的具体事实（与主要事实一样的意思）。所谓要件事实论，是通过对象要件事实的正确理解，来研究民法内容、规范结构和民事诉讼的审理、判断的方式。要件事实论的作用是在民事诉讼上对民事纷争作出恰当和迅速的判断。^④

《民事诉讼法》第64条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”人们时常机械地按照字面意思解释和适用，僵化地把全部的举证责任完全推给主张权利的一方当事人，结果是违反了公平正义。

在笔者看来，《民事诉讼法》第64条第1款中的主张，诉讼请求固然属之，但是绝不可以不分青红皂白地固化于当事人一方于其《起诉状》中的诉讼请求。假如把此处所谓主张一律固化于《起诉状》中的诉讼请求，就意味着把有关诉讼请求的举证责任全部压在主张的一方，从而导致有些案件难以审结，有些案件的处理结果违反公平正义。正确的理解应是：虽然在某些案件纠纷中要求主张的一方就其诉讼请求承担全部的举证责任，但在不少的案件纠纷中，必须细化诉讼请求，分析实体法规范，根据具体情况，并依据公平正义，分配举证责任。所谓细化诉讼请求，表现得多种多样，例如，在“横”的方面，把诉讼请求分解为一个一个的“小”主张，或曰“小”请求；在“纵”的方面，将诉讼请求区分为所处

^④ [日] 伊藤兹夫：《日本要件事实的思考方法》，许可译，载崔建远主编、吴光荣执行主编：《民法九人行》（第8卷），190～209页，北京，法律出版社，2016。





的不同阶段，在每个阶段就其“小”主张承担举证责任。

所谓把诉讼请求分解为一个一个的“小”主张，或曰“小”请求，例如，在违约之诉中，原告的诉讼请求是被告承担违约责任。该诉讼请求与举证责任相联系时，就被分解为：（1）关于被告承担违约金责任这个“小”请求的举证责任，如果系争合同有关于违约金的约定的话；（2）关于减轻价款方面这个“小”请求的举证，如关于买卖物存在瑕疵及其程度这个“小”请求的举证；（3）关于被告承担违约损害赔偿的举证责任，如举证违约造成的损失以及因果关系。再如，在环境侵权损害赔偿的诉讼中，原告的诉讼请求为被告赔偿其环境侵权致害的损失。该诉讼请求与举证责任相联系时，就被分解为：（1）关于污染行为存在的举证责任；（2）关于损害这个“小”请求的举证责任；（3）有关因果关系这个“小”主张的举证责任。

所谓将诉讼请求区分为所处的不同阶段，在每个阶段就其“小”主张承担举证责任，例如，在某股权转让合同纠纷案中，股权转让方甲的诉讼请求是受让方乙支付股权转让款4 058万元人民币，第一个阶段是甲举证涉案股权已经过户登记在乙的名下，以及系争合同约定的付款条件已经成就和期限已经届满；乙予以反对，并主张系争合同撤销，此时进入到举证责任分配的第二个阶段，乙举证甲欺诈——涉案章程约定甲的出资方式为货币出资，而某会计师事务所的审计报告认定没有支持甲已经货币出资的证据；甲否认自己欺诈，由此进入举证责任分配的第三个阶段，举证目标公司的财产来源于自己所属的丙公司清算剩余的财产，该财产多于公司章程约定的甲的出资额，加上截止到双方诉讼时目标公司财产的巨大溢价，表明自己已经履行了出资义务，此外，乙签订系争合同时明知目标公司的财产来源及其状况。

如果不是把举证责任全部推给民事诉讼法，而是像《德国民法典》那样，举证责任规则暗含在句子构造的特点之中^①，有的是透过“原则”与“例外”的模式来分配举证责任^②，编纂民法典时尽力做到民法条文显现出举证责任的分配，

^① [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校，268页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

^② [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，157页，台北，五南图书出版公司，1996。





那么，以往实务中关于举证责任分配的难题就可能较为容易地得到解决，某些裁判者在个案中分配举证责任的不当，无疑会大大减少。

对此，分几点加以说明。

1. 法条若设有但书条款，则能够反映出举证责任的分配，至少能反映出某个或某些举证责任的分配。例如，《合同法》第133条规定：“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”据此，出卖人若主张系争或涉案买卖物的所有权因自己尚未交付而未移转给买受人，那么，买受人对抗该主张，认为该买卖物的所有权已经移转给了自己，就必须举证系争合同有涉案买卖物所有权自合同生效时移转的约定。（当然，《物权法》第23条已经修正了《合同法》第133条“但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的但书，只承认“但法律另有规定的除外”的但书。这涉及《物权法》第23条是否为强制性规定的问题，若为任意性规定，则《合同法》第133条的但书依然有效。笔者持任意性规定说，见崔建远：《物权法》第3版，第87页以下。）

2. 法条若具备构成要件，或者通过解释不难发现构成要件，则大多能够反映出举证责任的分配。例如，《物权法》第30条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”这反映出举证责任：对于新建建筑物所有权的纠纷，主张自己享有建筑物所有权者，必须举证证明自己合法建造的事实，包括举证自己享有建设用地使用权，已经取得规划许可、施工许可等文件。再如，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”这反映出，受欺诈者欲主张系争合同因欺诈而撤销，就必须举证证明欺诈者实施了欺诈行为，再举证证明自己因此而陷于错误的认识，并因此而签订了系争合同。当然，在若干情况下，受欺诈者举证自己因欺诈行为而陷于错误的认识不太容易，于此场合，可以采取推定的方式，即举证出对方实施了欺诈行为，自己签订了系争合同，而该合同不公平，就算完成了举证责任。还如，





该司法解释第70条规定：“一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。”据此，处于危难地位的当事人欲主张系争合同因乘人之危而撤销，就必须举证证明自己于缔约之际处于“危难地位”，还得举证证明乘人之危者“为牟取不正当利益”。

3. 设有对抗要件的法条能反映出举证责任的分配。例如，《物权法》第24条规定：“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。”这反映出一些举证责任的分配：（1）第三人举证船舶、航空器和机动车的物权没有办理变更登记，从而对抗买受人关于他系船舶、航空器和机动车等物权的物权人的主张；（2）物权人举证船舶、航空器和机动车的物权已经办理了变更登记，自己又实际占有了这些动产，从而对抗第三人关于自己善意的主张；（3）举证第三人明知自己系船舶、航空器和机动车的物权人。

4. 物权请求权场合的举证责任

《物权法》第34条规定：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”分析该条表述，物权人请求占有不动产、动产的占有者返还，必须举证证明占有不动产、动产之人没有占有依据，还得举证证明自己是物权人。占有者对抗这种主张，需要举证证明自己是物权人，或者举证证明自己系基于行政命令、租赁合同、借用合同等占有依据而占有。

《物权法》第35条规定：“妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。”此条反映出来的举证责任的分配，与第34条的大体相当。

（三）按照公平正义分配举证责任

如果法条没有反映出举证责任的分配，甚至给人的感觉举证责任的分配是有害的，那么，需要依据公平正义等原则，结合具体情况，分配举证责任。对此，试举一例加以说明。

《合同法》第114条第2款后段规定：“约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”据此可知，请求适





当减少违约金数额的比照基准是违约金过分高于守约方因对方违约所遭受的实际损失。

“过分高于”还是“一般高于”的判断基准，《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（二）》（以下简称法释〔2009〕5号）第29条第2款作出了明确的规定：“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的‘过分高于造成的损失’。”

观察《合同法》第114条第2款后段以及法释〔2009〕5号第29条的字面意思，似应得出这样的结论：对于违约给守约方造成的实际损失，应当由请求减少违约金数额的违约方举证。

在这里，存在的问题是，一般说来，违约方很难举证证明守约方因自己违约而受多少损失。按照一般的逻辑，违约方若举证不成功，则关于减少违约金数额的请求难获支持。如此理解和操作，《合同法》第114条第2款后段以及法释〔2009〕5号第29条的规定，难以发挥应有的作用。

在审判、仲裁的实务中，有些合议庭、仲裁庭为了解决上述难题，巧妙地运用了分阶段分配举证责任的技术，对违约方在这方面的举证，采取较为宽容的态度，适当减轻违约方的举证负担。例如，在以金钱为标的的案件里，违约方举证同期银行贷款利率，将之与违约金数额相比较，得出违约金数额超出了按同期银行贷款利率计算所得钱数30%的结论，就算完成了违约金数额过高的举证责任。守约方若不同意，须举证自己因违约所受损失已经高于同期银行贷款利率计算所得钱数，违约方不得以同期银行贷款利率为准计算，不然，就认定违约金数额过高。再如，在商家租赁店铺的合同中，出租人违约，致使合同不得不终止。于此场合，承租人依约请求出租人支付违约金，出租人若认为违约金过高，可举证相仿承租人的实际损失状况，并以此为准，证明违约金数额过高。承租人若不同意该项证明，须自己举证其实际损失数额，以显示违约金数额没有超过实际损失额的30%；否则，裁判者就会支持违约方关于减少违约金数额的请求。

以上所述告诉我们，民法条文本身显现出举证责任分配是多么必要和重要！





五、规则内容与立法技术之间的关系

毋庸讳言，我国的民事立法技术较为简陋，亟待提高。例如，迄今为止的民事立法，都欠缺法律是否溯及既往的规定，给民法的适当适用带来困难，甚至造成裁判不公。如果民法典公布的同时颁布民法典实施法，就会将局面改观。

民法规则具有“法律语句”（法条）的语言形式。法条是语词与语词的组合，借此，以一般方式描述的案件事实（构成要件）被赋予同样以一般方式描绘的法律效果。^{④③} 法条分为完全法条和不完全法条。不完全法条包括说明性法条、限制性法条、指示参照性法条。它们各有各的用处，编纂民法典可以也应当视情况而定选取哪一种：（1）说明性法条，它或者详细描述应用在其他法条的概念或类型（描述性法条），或者在考量不同的案件形态下，将一般用语特殊化，或者更进一步充实其内容（填补性法条）。大多数描述性法条是针对构成要件要素所作的规定，而填补性法条则大多针对法律效果作进一步说明。（2）法条的构成要件经常规定得太宽，以致其字义概括了一些本不应适用其法律效果的案件事实。这样的构成要件必须透过第二个法条加以限制。于此场合，只有同时考量法律规定的全部，才能认识一个法条的真正适用范围。（3）法条会在其构成要件中指示参照另一法条，有时用“也适用之”之类的语句表示，有时用“准用”或“比照”的字样表示，有时用“视为”的措辞表示。^{④④}

民法作为行为规范和裁判规范，本质上要求反映其内容的文字表述准确、周延，此外最好通俗易懂，以便人们了解。

在风格和语言方面，《法国民法典》堪称杰作，其表述生动明朗和浅显易懂，司法技术术语和没有交叉引证都颇受称赞，并且因此对法典在法国民众中的普及

^{④③} [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，150~162页，台北，五南图书出版公司，1996。

^{④④} [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，156页，台北，五南图书出版公司，1996。



作出了实质性的贡献。相对而言，《德国民法典》编纂的教条和枯燥的语言却全无这些优点^④，不过，较为准确和周延，且不少条文含有举证责任的分配。

制定中国民法典最好吸取它们的长处。毋庸讳言，中国现行法在这些方面确实不尽如人意。例如，《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）第34条规定：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”其中的“权利人”为主语，“无权占有不动产或者动产的”系状语，由于该状语中无自己的主语，“权利人”这个主语就不但是主句的主语，而且是该状语的主语。如此，《物权法》第34条便成为：“权利人无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”这既不通顺，更不符合立法者的本意，因为立法者原本是在说“他人”（侵权人，或曰无权占有人）“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”

《物权法》第35条关于“妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险”的规定，第36条关于“造成不动产或者动产毁损的，权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状”的规定，第37条关于“侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任”的规定，都存在上述缺点。

再如，《合同法》第40条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”对此，法律人绝不可单纯地、望文生义地将其适用于个案，必须结合《合同法》第39条的规定确定免责的格式条款的效力。其道理在于，免责条款，顾名思义，肯定是免除一方的责任、加重对方责任或排除对方主要权利，无论哪一种，都符合《合同法》第40条的规定，就都得无效。如此，免责的格式条款在《合同法》上都统统无效，不会存在有效的情形。这显然是不符合客观实际的，是违反生活常识的，并不符合《合同法》的立法目的。应当这样认识问题：《合同法》第40条规定的文义涵盖过宽，依据立法目的，此类免责

^④ [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校，169页，贵阳，贵州人民出版社，1992。



的格式条款若系企业的合理化经营所必需，或免除的是一般过失责任，或是轻微违约场合的责任等，并且提供者又履行了提请注意的义务，那么，此类免责的格式条款应当有效；除此而外的免责的格式条款才归于无效。因而，对于该条规定应当进行目的性限缩。对此，法释〔2009〕5号第10条已经规定，提供格式条款的一方当事人违反《合同法》第39条第1款的规定，并具有《合同法》第40条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。此次编纂民法典应当修正《合同法》第40条的规定。

此次编纂民法典务必注意条文表述的准确、周延，在此基础上做到生动明朗、浅显易懂，并尽可能地含有举证责任的分配。

六、余论

实际上，不再奉行宜粗不宜细的立法原则，将民法通则改为民法总则，恰当处理民法分则，设置债法总则，也都是编纂民法典必须注意的方面。由于反思宜粗不宜细的立法原则已有专家学者完成了专文^{④6}，关于把民法通则改为民法总则，设置债法总则的必要性和重要性及具体构想，也有不少专家学者发表意见，笔者在2003年曾经著有《债法总则与中国民法典的制定》^{④7}，于2013年著有《中国债法的现状与未来》^{④8}，本文就不再赘言了。

其实，指导性案例/判例、学说虽然不属于民法典本身的内容，但如何看待它们对于民法规定的清晰化、确定化、法律漏洞的补充的功能，这对于如何设计民法典也是不可忽视的因素。^{④9}但因时间关系和笔者准备不足，本文也不讨论了。

^{④6} 例如，申小敏：《我国“宜粗不宜细”的立法思想探讨》，中国人民大学法学硕士学位论文文（2007年）。

^{④7} 崔建远：《债法总则与中国民法典的制定》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》，2003（4）。

^{④8} 崔建远：《中国债法的现状与未来》，载《法律科学》，2013（1）。

^{④9} 这方面的讨论，请参见汤文平：《论指导性案例之文本剪辑》，载《法制与社会发展》，2013（2）；汤文平：《判例编辑方法研究》，载《法商研究》，2013（1）；汤文平：《多人居间行为共同原因性研究——从“指导案例1号”评释》，载《政治与法律》，2012（12）；牟绿叶：《论指导性案例的效力》，载《当代法学》，2014（1）。

知识产权法之于民法典*

内容摘要

知识产权法已经长成枝繁叶茂的大树，且有不同于物权法、债法、继承法等传统民法的特色，不要说民法总则无法容纳它，就是民法典分则依逻辑也不适合它。例如，知识产权体现产业政策明显、突出和迅速，知识产权制度中的行政法因素较为浓厚。所有这些，在整个民法典中都难以得到尽如人意的反映。知识产权法若被“装入”民法典，会处处受制于民法典内在要求的种种“清规戒律”，难免束手束脚，不利于自己的“自由”发展，不如依其现状继续存在，效果更佳。

关键词

知识产权法；民法典；单行法；自由发展

一、知识产权法不宜作为民法典的一编

《中华人民共和国民法通则》（以下简称为《民法通则》）于其第5章设第3节“知识产权”，包括著作权（第94条）、专利权（第95条）、商标专用权（第

* 本文最初发表于《交大法学》2016年第1期。



96条)和发现权(第97条)。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称为《侵权责任法》)第2条第2款将著作权、专利权、商标专用权、发现权作为民事权益,并作为侵权行为的客体,作为侵权责任法保护的对象,加以规定。这表明中国现行法将知识产权划归民事权利的序列。

正在制定中的《中华人民共和国民法》(以下简称为民法典)以民事权利为核心,知识产权理所当然地受其规范。全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室于2015年9月14~16日组织研讨的《中华人民共和国民法总则》(草案)列有附件I“第N章民事权利”,作为《中华人民共和国民法总则》(审议稿)的备选方案,可以说在一定程度上反映了这种理念。

行文至此,是否应当得出知识产权法应当作为民法典的一编这个结论?不显然,否定论似乎更具说服力。在这方面,知识产权法的专家学者们已有明白透彻的阐释,笔者不再重复,只是借用以前笔者不赞同水权、探矿权、采矿权、养殖权、捕捞权和水权作为物权法的一章或一节内容的看法、逻辑及操作,来支持否定论。^①

既然知识产权与人格权、身份权、物权、债权、继承权等一般的民事权利之间的差异如此之大,如果民法典将知识产权法直接纳入其中,会产生许多难以处理的棘手问题:(1)知识产权体现产业政策明显、突出和迅速,知识产权制度中的行政法因素较为浓厚。所有这些,在整个民法典中都难以得到尽如人意的反映。(2)一部优秀的民法典应当结构合理,逻辑自洽,内部和谐,体系严密。由于知识产权及其法律相对于物权、债权、人格权、身份权、继承权及其法律而言具有明显的特殊性,民法典若将其作为一编,则很难做到结构合理,逻辑自洽,内部和谐,体系严密。例如,《民法总则》的不少制度及规则不适用于知识产权,会出现许多民法制度都要规定例外的情形。如此,一是不经济,二是使得民法总则的确定性大打折扣,三是民法总则涉及的知识产权的规范凌乱不清。莫不如将著作权、专利权、商标专用权、发现权等知识产权的法律规范各自独立,单独成法,更醒目,更利于对每种知识产权的总体把握。中国现行法正是如此设计

^① 崔建远:《准物权研究》,2版,11页以下,北京,法律出版社,2012。





的。(3) 知识产权法作为部门法，适用性很强，需要较为详尽的规定。但知识产权法作为民法典的一编，受民法典的全部条文的总量控制，以及各编相对均衡的审美要求，现行知识产权法的规定势必会被大大压缩，操作性变差，这难以满足丰富多彩的实际生活方方面面的需要。(4) 法典虽有逻辑性强、体系严密、法律适用时可以推演以应对不断发展变动的社会生活等许多优点，但它犹如一个铁笼子，知识产权法被“装入”其中会处处受制于民法典内在要求的种种“清规戒律”，难免束手束脚，不利于自己的“自由”发展。(5) 冯珏博士从另外一个方面阐释了知识产权法不宜作为中国民法典的一编的道理：中国民法典基本上采取潘德克顿体系，而该体系是按照民法总则、相对权（债权）编、绝对权（如物权）编的逻辑展开、排列的。这样，物权法、合同法、侵权责任法单独成编符合潘德克顿体系的内在要求，而知识产权法编则同时含有绝对权规则（关于知识产权自身的规范）与相对权规则（关于知识产权转让合同关系规则、知识产权实施许可合同关系规则、知识产权受到侵害时的救济规则等），这就不符合潘德克顿体系的内在要求了。就此看来，知识产权法作为中国民法典的一编不合逻辑。^② 笔者认同这种观点及其阐释。

不难知晓，在立法技术上，中国宜采用的上策是：首先，民法典确认著作权、专利权、商标专用权、发现权等知识产权为民事权利的一类。这样，民法典可以作为每种知识产权制度展开、生长和运作的基点和土壤之一。其次，民法典的总则乃至有关分则在理念上、在规范设计上，给各种知识产权留足成长和运行的空间。至于每种知识产权制度的躯干及枝叶，均应由作为单行法的知识产权法来设计。这种模式的优越性可从公司法、票据法等单行法成功实践推断出来。

二、知识产权法之于民法总则

民法总则，不仅是民法的总则，而且是商法、经济法、劳动法等法律的总

^② 这种意见系《法学研究》的民法编辑冯珏博士在2015年10月25日上午举行的中国民法学研究会“全面推进依法治国与编纂民法典”的年会的小组会上的评论意见之一部。





则。商法、经济法、劳动法、无形财产法、私保险法诸特别私法，没有自成一体的规则。毋宁说，它们都是以民法的存在为前提，本身仅仅规定了一些纯补充性规范。^③ 这样断言，乍一听颇有些民法帝国的味道，不少学科的学者可能心里不太舒服，不过，如果心平气和地看待法律现象，实事求是地说，这恐怕是客观事实。

如果承认这种理念，那么，民法总则的众多规则对于知识产权不是准用的关系，更不是类推适用的关系，而是适用的关系。

所谓适用的关系，在这里不是指对于知识产权关系应当优先适用民法总则，而是指仍要遵循特别法优先于普通法的解释和适用的规则，对于知识产权问题优先适用知识产权法，只是在知识产权法没有规定时才适用民法总则。至于知识产权法的具体规定模糊或有歧义，应当首先运用知识产权法的基本原则及精神予以澄清或确定，在如此操作仍无法解决问题时才运用民法总则变模糊为清晰，消除歧义。

既然是适用，则《民法总则》的众多制度及规则，诸如民法的基本原则、民事主体的规则、民事权利的规则（如果《民法总则》设置的话）、法律行为的规则、代理的规则、民事责任的规则（如果《民法总则》设置的话）、除斥期间的规则、诉讼时效的规则、权利失效期间的规则（如果《民法总则》设置的话）等，都要适用于知识产权的案件，只不过需要注意《民法总则》与知识产权法在适用方面的顺序罢了。

鉴于专家学者对上述许多规则都有共识，而权利失效期间制度在《民法通则》上尚付阙如，人们对该项制度着墨不多，实务中却不时遇到它，笔者一直力主《民法总则》创设它，并于此讨论权利失效期间制度与知识产权法的关系。再者，对于持续侵害知识产权的诉讼时效期间的起算，存在不适当的解释和意见，也有必要发表辨析意见。

在中国现行法将诉讼时效的客体界定为请求权^④、除斥期间制度的适用对象

^③ [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，17页，北京，法律出版社，2000。

^④ 《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）第1条前段关于“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩”的规定，将诉讼时效的客体限定为债权请求权。



为形成权^⑤的大背景下，应当这样理解权利失效期间：它也叫失权期间，包括两种类型：一种是现行法已经明确规定的民事权利在一定期间届满时未行使便归于消灭的权利失效期间，《民法通则》第137条中段规定的20年保护权利的期间，《中华人民共和国海商法》第265条前段规定的保护有关船舶发生油污损害所生请求权的6年期间，《中华人民共和国担保法》第15条、第2条等规定的保证期间，以及《中华人民共和国合同法》（以下简称为《合同法》）第157条、第158条规定的质量异议期间，为其典型。另一种权利失效期间是，现行法尚无明文规定，但权利人在相当期间内不行使权利，依特别情事足以使义务人信任权利人不欲使其履行义务时，则基于诚实信用原则不得再为主张。^⑥ 此处所谓相当期间，即为权利失效期间。后者的例子有，某学校建造教学楼时占用了某机关的部分建设用地，该机关一直没有行使其物权，待该学校建成该教学楼并投入使用时，该机关才主张排除妨害、恢复原状。若支持此类请求，拆除该教学楼的相应部分，不但财产损失巨大，还导致学生无处上课。于此场合，承认权利失效期间制度，才符合诚实信用原则的要求。当然，若该学校恶意占用该建设用地的，则不得依据权利失效期间制度处理此案。这也是诚实信用原则的题中应有之义。再有，中国现行法没有规定当事人请求确认合同无效的期间，合同履行完毕多年，其结果已经形成了固定的法律秩序，仍然允许当事人请求确认合同无效，裁判机关予以支持，会破坏该法律秩序，得不偿失。在不动产交易的情形尤其如此。为了改变这种状况，法律应当尽快规定请求确认合同无效的期间。在目前，宜承认权利失效期间制度解决这个问题。^⑦

^⑤ 江平主编：《民法学》，253页，北京，中国政法大学出版社，2007；梁慧星：《民法总论》，3版，240页，北京，法律出版社，2007；徐国栋：《民法总论》，401~403页，北京，高等教育出版社，2007；魏振瀛主编：《民法》，205页，北京，北京大学出版社/高等教育出版社，2010；王卫国主编：《民法》，180~181页，北京，中国政法大学出版社，2007；陈华彬：《民法总论》，468~471页，北京，中国法制出版社，2011；崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林：《民法总论》，2版，280~284页，北京，清华大学出版社，2013；屈茂辉主编：《中国民法》，207页，北京，法律出版社，2009。

^⑥ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），155~156页，北京，北京大学出版社，2009。

^⑦ 崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林：《民法总论》，2版，崔建远执笔，287~288页，北京，清华大学出版社，2013。



将权利失效期间制度引入知识产权法中，很有必要。对此，举例说明：甲擅自将乙拥有专利权的技术用于自己的生产流程，不但生产出了质量上乘的产品，而且由此在下游形成了一条产业链，效益极佳。在相当长的时期，专利权人乙一直未对侵权的甲主张专利权，待形成下游的产业链时才主张停止使用该专利技术，这会导致该产业链受挫，甚至酿成失业的后果，严重影响社会效益。于此场合，适用权利失效期间制度，不允许乙援用《中华人民共和国专利法》（2008年修正）（以下简称《专利法》）第60条中段、第66条以及《侵权责任法》第15条第1款第1项等规定，主张甲停止使用该专利技术，即停止侵害请求权在系争案件中归于消灭。当然，乙的合法权益仍需保护，只不过另辟蹊径，由乙基于《侵权责任法》第15条第1款第1款第6项、《专利法》第60条后段、第65条的规定，请求甲赔偿其财产损失。

这种理念及观点在有关法律文件中已经有所体现，例如，《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》（法发〔2009〕23号）第15条后段规定：“如果停止有关行为会造成当事人之间的重大利益失衡，或者有悖社会公共利益，或者实际上无法执行，可以根据案件具体情况进行利益衡量，不判决停止行为，而采取更充分的赔偿或者经济补偿等替代性措施了断纠纷。权利人长期放任侵权、怠于维权，在其请求停止侵害时，倘若责令停止有关行为会在当事人之间造成较大的利益不平衡，可以审慎地考虑不再责令停止行为，但不影响依法给予合理的赔偿。”

必须承认，权利原得自由行使，义务本应适时履行，故权利失效期间是一种例外的限制权利及其行使的制度，适用之际，宜特别慎重，在现行法没有明文规定具体的权利失效期间的场合，尤其如此。这就需要严格构成要件：必须有权利在相当期间内不行使的事实，并有特殊情况，足以使义务人正当信任权利人已不再主张其权利，权利若再行使反倒违背诚实信用原则。在作此项判断时，必须斟酌权利的性质、法律行为的种类、当事人之间的关系、经济社会状态，及其他主客观因素综合考量，予以决定。^⑧ 有学者则总结为，权利失效期间的构成要件有

^⑧ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），157页，北京，北京大学出版社，2009。





时间要素、信赖要素和状况要素。^⑨换句话说，权利失效期间的构成要件包括：（1）须有权利在相当期间内不行使的事实；（2）足以使义务人正当相信权利人已不再主张其权利。^⑩

此处所谓权利，在知识产权法领域当指著作权、专利权、商标专用权、发现权以及技术秘密等权利。所谓权利不行使，是指权利人在客观上没有向义务人主张权利。例如，商标专用权人未行使权利，而其他未登记的商标已经长期流通，因信赖关系成立一种具有价值的占有状态时，商标专用权人不得对之提出异议。^⑪此处所谓相当期间，为一弹性概念，需要基于个案情形依据诚实信用原则加以确定。

需要注意的还有，权利失效期间不同于权利存续期间，或曰权利期间。“权利的存续期间（权利期间）表现为权利的时间性（Temporalität eines Rechtes），对这一权利，立法者并不关心权利人会做什么，它只是设定一个终止期限，权利的存在从一开始仅仅依据确定的这个期限来计算。”^⑫与此不同，权利失效期间须以权利行使因素作为要件，因此它不是一个纯粹的时间限制，而是在形式上有点类似诉讼时效、除斥期间那样须通过限制权利行使行为来限制权利的存在。例如，《专利法》第42条规定：“发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。”其中的20年、10年，应为专利权的存续期间，而非权利失效期间，因其仅仅聚焦于自申请之日起20年或10年的经过这个要件，而无视其他因素。与此相反，《合同法》第158条规定质量异议期间是与买受人“未提出质量异议”行为密切关联的要求。只有质量异议期间加上买受人未提出质量异议，买受人请求修理、重作、更换、退货、减少

^⑨ 吴从周：《权利失效之要件变迁》，载《月旦法学教室》，2006年第49期，12页。

^⑩ 崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林：《民法总论》，2版，崔建远执笔，288页，北京，清华大学出版社，2013。

^⑪ RG134, 38; BGHZ 21, 66. 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），160页，北京，北京大学出版社，2009。

^⑫ Christian Weiss, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Jg. 50, 1906, S. 157-159. 转引自耿林：《论除斥期间》，民法沙龙报告，2015-09-26。





价款、解除合同乃至赔偿损失等权利才消灭。这与权利存续期间就存在明显的要件上的差异。^⑬

在知识产权法领域，属于权利存续期间而非权利失效期间的例证有若干，例如：（1）《中华人民共和国著作权法》（2010年修正）（以下简称为《著作权法》）第21条规定的50年权利保护期，属于权利存续期间，而非权利失效期间；第36条第2款规定的10年权利保护期、第39条第2款规定的50年权利保护期、第42条第1款后段规定的50年权利保护期、第45条第2项规定的50年权利保护期，均属权利存续期间，而非权利失效期间。（2）《中华人民共和国商标法》（2013年修正）（以下简称为《商标法》）第39条规定的10年有效期，为商标专用权的存续期间，而非权利失效期间。

现在讨论持续性侵害知识产权如何起算诉讼时效期间的问题。笔者注意到，《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》（1998年7月20日）第4条第4款规定：“知识产权侵权纠纷案件的诉讼时效应当依据民法通则关于诉讼时效的规定和有关法律的规定办理。审判实践表明，某些知识产权侵权行为往往是连续进行的，有的持续时间较长。有些权利人从知道或者应当知道权利被侵害之日起2年内未予追究，当权利人提起侵权之诉时，权利人的知识产权仍在法律规定的保护期内，侵权人仍然在实施侵权行为。对此类案件的诉讼时效如何认定？与会同志认为，对于连续实施的知识产权侵权行为，从权利人知道或者应当知道侵权行为发生之日起至权利人向人民法院提起诉讼之日止已超过2年的，人民法院不能简单地以超过诉讼时效为由判决驳回权利人的诉讼请求。在该项知识产权受法律保护期间，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护。”首先承认，这种认识较以往不分青红皂白地一律自侵害知识产权开始之日起算诉讼时效期间前进了一大步，具有一定的合理性和公平性。但是，

^⑬ 该分析路径受启发于耿林博士于2015年9月26日在民法沙龙上所作《论除斥期间》的报告。当然，耿林博士于其报告中辨析的是除斥期间与权利期间，并且其除斥期间的对象不限于形成权，而可以是任何权利，甚至是相当于权利的法律地位以及程序法上的法律地位和权利。





必须指出，所谓“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护”，以偏概全，值得商榷。

《民法通则》第137条前段的规定确立了诉讼时效期间起算的两项要素，一是客观的，即权利受到侵害；二是主观的，即权利人知道或应当知道其权利受到侵害。当然，对权利人应当知道其权利受到侵害的判断，宜采客观标准，即一个理性人在此情况下能够知道其权利受到侵害，就认定权利人应当知道其权利受到侵害。

在这里，对于客观要素，从侵害的行为角度看，应当是一个侵权行为，而不宜为侵权行为的一部分；自被侵害的权利方面观察，诉讼时效所关心的，不是物权、知识产权、人身权、继承权的自身（因为这些权利本体不适用诉讼时效制度），而是它们受侵害而形成的损害赔偿请求权（债权），并且，它应当是一个完整的权利，而不宜为一个权利的一部分；换句话说，它应当是一个侵权行为终结时所形成的完整权利——侵权损害赔偿请求权，而不宜为一个持续进行的侵权行为的一部分所致损害导致的侵权损害赔偿请求权的一部分。如此，持续性侵害知识产权的场合，只要侵害行为没有结束，还在持续，就意味着一个侵权行为尚未成立；相应地，只要侵害行为没有结束，仍在持续，侵权损害赔偿请求权（债权）便尚未形成，或者说，此时的所谓损害赔偿请求权只有其“质”，在“量”的方面尚不足够。由于“量”不足够，权利人也难以主张损害赔偿请求权——他主张赔偿多少呢？^⑭

由此导致作为诉讼时效期间起算的主观要素——知道或者应当知道，也不应是处于任何阶段的知道或者应当知道，而应当是损害赔偿请求权形成时的知道或者应当知道，从另外的角度说，应当是持续性侵权行为终止时的知道或者应当知道。

如果这是正确的，那么，受侵害的知识产权人向人民法院起诉，若持续性侵权行为尚未结束，则首先采取的救济措施是要求侵权人停止侵害，一旦请求奏

^⑭ 参见崔建远：《物权：规范与学说》（上册），288页，北京，清华大学出版社，2011。



效，就形成一个完全的侵权损害赔偿请求权，此时知识产权人已经知道至少是应当知道其权利受到侵害，诉讼时效期间开始起算。如此，无论此时距离侵害知识产权的行为开始发生时历时几年，都不存在超过2年诉讼时效期间的问题，不会出现《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》（1998年7月20日）第4条第4款规定的“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护”。就是说，《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》（1998年7月20日）第4条第4款的规定，适用范围过宽，应予限缩。

如果受侵害的知识产权人向人民法院起诉时，持续性侵权行为已经终止，则应确定权利人何时知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害。一般地说，在权利人于持续性侵权行为终止时知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害的，诉讼时效期间自持续性侵权行为终止时（亦即知道或者应当知道损害赔偿请求权受到侵害时）开始起算。该时间点距离起诉超过2年的，超过部分的损害赔偿请求权已经罹于诉讼时效。于此场合，《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》（1998年7月20日）第4条第4款关于“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护”的规定，才会派上用场。

仍然按照前一自然段“一般地说”的场景讨论，便有这样的结论：如果持续性侵权行为终止的时间点距离受侵害的知识产权人向人民法院起诉的时间点尚未超过2年的，则侵害知识产权所生的损害赔偿请求权没有罹于诉讼时效，应受完整的法律保护，侵权行为人不得援用时效完成的抗辩。于此场合，《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》（1998年7月20日）第4条第4款关于“侵权损害赔偿额应自权利人向人民法院起诉之日起向前推算2年计算，超过2年的侵权损害不予保护”的规定，仍然派不上用场。

接下来讨论“特别的情形”——虽然持续性侵权行为已经终结，但受侵害的知识产权人仍然不知也不应知其权利受到侵害，那么，侵权损害赔偿请求权的诉讼时效期间也依然不起算，因其不具备《民法通则》第137条前段所要求的主观



要素。当然，于此场合，应由受侵害的知识产权人举证证明自己于持续性侵权行为终结时不知也不应知其知识产权受到侵害，而是于其后的某个时间点才知道或应当知道其权利受到侵害。假如举证不成功，就推定于持续性侵权行为终结时应当知道其知识产权受到侵害，诉讼时效期间自此时开始计算。对此，举例说明，甲的专利技术自2011年3月15日时起被乙盗用，直至2013年5月5日才停止盗用。但甲自2011年3月15日至2014年6月7日期间一直处于歹徒的绑架状态，无法知道其专利权受到侵害。甲于2015年1月1日获救，2015年3月1日知道其专利权被乙盗用。于此场合，该侵害专利权的诉讼时效期间不是自2013年5月5日起算，更不是自2011年3月15日起算，而应自2015年3月2日起算。

三、知识产权法之于民法典分则

中国知识产权法借鉴美国的相对多些，而美国法对包括知识产权在内的绝对权的保护，更多的是依赖侵权行为法，或者说侵权救济的适用范围远比德国法的宽广。这也影响到中国知识产权的法律保护模式，即，知识产权受到侵害的场合，中国知识产权法也是主要采用侵权救济方法。这一方面表明，即使知识产权法不作为民法典的一编，知识产权的法律保护离不开民法典中的侵权责任法编；同时说明，主要依赖侵权责任法保护自己，的确有些单调，且不是最佳的方案。

其实，知识产权法创设知识产权请求权（停止侵害请求权、妨害预防请求权、废弃请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权）制度最为理想，就此笔者曾经力倡：既然是制定民法典，而不是制定一部单独的侵权行为法，就必须就整部民法典进行体系化思考，满足民法的总则编、物权编、人格权编（假如如此设计的话）、知识产权编、合同编、侵权行为编各自的目的和功能要求，使这些制度衔接配合得妥当、适宜。在大陆法系，物权、人格权、知识产权各有其积极的权能，也有其消极的权能，后者就是物上请求权、人格权的请求权、知识产权的请求权。人们把这些权利统称为绝对权的请求权，具体表现为





停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权、物的返还请求权。这是绝对权自身具有的，是它们为使自已保持或者恢复其圆满状态所必需的。法律若使物权成为真正的物权、人格权成为真正的人格权、知识产权成为真正的知识产权，就必须赋予这些绝对权这些绝对权请求权。只要绝对权受到侵害，不管行为人有无过失，不论该行为是否构成侵权行为，绝对权人就当然有权行使这些绝对权请求权，完全不受侵权行为法的种种严格的要求，从而使绝对权能够自行或者通过诉讼机制使自已保持或者恢复其圆满状态。况且，令行为人承受这些请求权行使的结果，并未使他承受任何额外的负担，未遭受任何不利，只是物权人的物权、人格权人的人格权、知识产权人的知识产权，以及他们的相关利益得到了维护。所以，没有必要以过失为要件。^⑮

但是，美好的愿望毕竟有别于现行法的设计。2002年12月提交给第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议的《中华人民共和国民法》（草案）终究没有采纳知识产权请求权的模式，依然倚重侵权责任法的救济路径。随后陆续修正的各部知识产权法也是如此。

如果《民法总则》将目前备选的“第N章民事权利”变为正式的法案，并创设绝对权请求权制度，那么，知识产权可受到知识产权请求权和侵权责任方式两种救济制度的保护，受侵害的知识产权人会根据具体案情和利弊分析而选取合适的救济措施，至少在某些案件中会援用《民法总则》关于绝对权请求权的规定，主张自己的权利。

如果《民法总则》仍不创设绝对权请求权制度，受侵害的知识产权人觉得援用有关侵权责任的规定主张权利确有不足，那么，可以选取如下路径获得救济：在符合构成要件的情况下，准用物权法编中的物权请求权来保护知识产权。这种路径具有如下优点^⑯：

（1）在大陆法系，包括侵权责任在内的民事责任为债的一般担保。损害赔偿属于债的一般担保，名副其实。但停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险

^⑮ 崔建远：《绝对权请求权抑或侵权责任方式？》，载《法学》，2002（11）。

^⑯ 参见崔建远：《物权：规范与学说》（上册），287～295页，北京，清华大学出版社，2011。





请求权、销毁请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权这些知识产权请求权起不到一般担保的作用，可见，把它们作为侵权责任的方式不合民事责任的质的规定性。

(2) 侵权责任的方式，在大陆法系，属于债权债务的范畴，有若干学者主张物权请求权在性质上为债权或准债权^①，更表明了这一点。而债权以平等性为原则，若未附加上担保物权或者基于立法政策的考虑予以特别规定，则无优先性。排除妨害请求权、消除危险请求权等，作为绝对权请求权，与知识产权密切联系在一起，它们的法律地位由知识产权的法律地位决定，也比把它们从知识产权中分割出来，作为侵权责任的方式，以债的身份出现，更有利于绝对权人。

(3) 诉讼时效的对象基本上是债的请求权，而非物权、人格权、知识产权，把停止侵害、排除妨害、消除危险、销毁不法作品或产品、获取信息、赔礼道歉、消除影响作为侵权责任的方式，意味着它们属于债的范畴。而债在逻辑上属于诉讼时效的对象，如此，依据民法解释学，人们无须说明理由，停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、销毁请求权、获取信息请求权、赔礼道歉请求权、消除影响请求权自然应该适用诉讼时效制度。如果法律规定它们不适用诉讼时效制度，则必须充分阐明理由。我们知道，如果排除妨害请求权、消除危险请求权、消除影响请求权适用诉讼时效制度，在知识产权遭受侵害或受到现实的极可能发生的危险的情况下，显然不合论理。在知识产权遭受侵害的情况下，因时间的经过，侵权人就可以永续地侵害他人的知识产权，显然无效益、无正义可言，违反社会秩序的要求。再说，侵害行为正在进行中，属于一个侵权行为尚未结束，侵权损害赔偿请求权这个债权尚未完全形成（只有质，量尚未确定），而诉讼时效制度适用的对象不是行为，而是债权（及某些权利），于是，诉讼时效期间不开始起算。该侵权行为停止时，针对停止侵害的诉讼时效的起算又失去其意义。所以，停止侵害请求权不会产生诉讼时效问题。一句话，停止侵害请求权、排除妨碍请求权、消除危险请求权不应适用诉讼时效制度，在任何时

^① 参见 [日] 我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，20页，台北，五南图书出版公司，1999。

