

民法典总则与 民法典立法体系模式

尹 田*

内容提要:德国民法典总则的形成,是一种逻辑思维方法及立法技术运用的必然结果,其本身并不包含任何价值判断。身份权的独立所导致的“人法”的分裂,物权与债权的区分所导致的“物法”的分裂,以及法律关系一般理论的创制对于法典体系结构的影响,是该法典设置总则的技术原因。理论界对潘德克吞体系“重物轻人”的批评,混淆了罗马法与近代民法中“人法”以及“身份”的不同概念。鉴于民法典总则的体制价值和制度整合功能,中国民法典应当设置总则编。

关键词:民法典 总则 立法体系

一、问题的提出

在中国民法典形式体系的设计过程中,学界发生了激烈的论争,学者们相继提出了各种不同的立法体系模式,观点针锋相对,在立法技术层面、立法指导思想均出现了分歧。其中真正的对峙,并非产生于“人格权与侵权责任是否独立成编、是否设置债法总则、知识产权是否纳入民法典”这样一些非从根本上影响法典整体体系的问题,而是产生于“民法典是否需要设置总则”这一似乎更为重大的问题。

由此,持不同见解的学者虽然被冠以“现实主义”与“理想主义”,甚至“人文主义”与“物文主义”等各种漂亮或者丑陋的名号,但实际上可被分为“总则派”与“反总则派”:由梁慧星和王利明两位学者分别主持提出的民法典草案建议稿,均采用了德国潘德克吞体系,设置了总则编,而由徐国栋教授主持提出的绿色民法典草案建议稿,主要由“人法”与“物法”两编构成,不存在严格意义上的总则编。由于总则的取消,“人法”成为该法典草案的第一部分,财产法位居其次。据此,徐国栋教授称其草案为“新人文主义”,而批评梁慧星教授的草案为“物文主义”,认为物法前置会淹没人的主体性,表现了一种“重物轻人”的思想观念,并由此延展为对以德国民法典为代表的传统民法之“拜物教”的严厉批评。^{〔1〕}

* 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见徐国栋:《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》,《法学研究》2000年第1期;《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》,载徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战——世界民法典编纂史上的第四大论战》,中国政法大学出版社2001年版,第137页。

然而,这种批评真的能够成立吗?

二、德国民法典设置总则的原因

所谓法典化,系规则体系化达到一定高度的必然结果,而规则体系化则必然要遵守一定的逻辑准则。因此,法典编纂的具体内容安排,显然要服从于其相互的逻辑联系。诚然,各种立法动机的展示及其展示方法完全有可能破坏此种逻辑严密性,而对于逻辑演进前提的不同认识,也有可能致不同的内容安排,例如,基于对物权与债权相互关系及其重要性的不同认识,德国民法典采潘德克吞体系中的巴伐利亚式,将债权法置于物权法之前,而日本民法典则采同种体系中的萨克逊式,做出相反安排。但是,任何真实意义上的民法典都不可能不从整体上展现其体系的逻辑特性,问题仅仅在于,不同法典所实现的逻辑性程度是有所不同的。其总体体系上的重大差异,即由此而生。

事实上,对于法国民法典“内部像一个杂物间”〔2〕的批评是过分夸张的。尽管这种批评未触及该法典采用“人法”与“物法”之极富逻辑性的分编方式,但即使从各编的具体内容来看,其第一编“人”毫无疑问包含了有关自然人的基本地位和身份关系的全部内容,而第二编“财产及对于所有权的各种变更”则规定了所有权及其“派生权利”〔3〕的基本内容。上述两编,没有任何逻辑混乱。问题主要发生在该法典的第三编“取得财产的各种方法”,有关批评实际上针对的就是这一编,认为其“完全是异类题材的大杂烩”,〔4〕“任何科学的安排方法都不会在一编之中把继承和赠与、契约和侵权行为、婚姻财产、抵押和时效等这些毫不相干的内容都放在‘取得财产的不同方法’之下”。〔5〕但此种批评与该法典所遵循的逻辑思路也许并不同步。与德国民法典完全不同,法国民法典中的财产权是以所有权为中心建立起来的,无论基于身份关系抑或财产关系而发生的财产所有权的变动,均可并合规定于一处,这是基本符合逻辑要求的。所谓“杂乱”,其实是批评者处于一种更高抽象程度的角度所做出的观察结论。

实质上,法国民法典之所以显得杂乱而德国民法典之所以显得清晰,其基本原因在于前者没有严格区分物权与债权,亦未设置总则。故可断言,决定法典整体结构风貌的关键在于是否设置法典“总则”,而是否设置法典“总则”的关键,又在于立法者运用抽象技术的方法或者所达到的程度是否足以产生设置总则的动机和条件。

依笔者所见,仅就技术方面而言,至少有三个具体原因使德国民法典不能不设置其总则:

(一)身份权的独立与“人法”的分裂

在法国民法典上,“人法”与“物法”两相分立,自成一统,凡有关伦理关系及民事身份的事项,均直接规定于自然人一编。此种情况,首先被德国民法典所创设的法人制度所击破。团体人格的创设对于德国民法典所发生的影响比想象中的更为深远,而此种影响,不能不通过该法典的结构安排直接显现出来。

在罗马法上,人法是以人格为基础展开的,而身份(自由人、罗马市民以及家父三种身份)是构成人格的要素。其人格与身份的联系达到如此密不可分的程度,以至于可以说人法即身份法,而身份法即人格法。但在法国民法典编纂时期,身份的概念已经发生了本质性变化。基于天赋人权的自然法思想,人的人格与身份不应有任何联系,身份蜕变为仅仅与婚姻亲属之伦理关系相联系的一种民事地

〔2〕 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第98页。

〔3〕 法国民法将基于所有权而产生的用益权、使用权、居住权以及役权和地役权统称为“所有权的派生权利”(démembrements),而担保物权则被认为是一种“价值权利”,另行作为优先权种类单独规定。参见尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第24页。

〔4〕 参见[澳大利亚]瑞安:《民法导论》,楚建译,载《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第33页。

〔5〕 [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第72页。

位。但鉴于对罗马法《法学阶梯》编纂体制的借鉴,法国民法典仍然保留了人法与物法的编制,不过此时的所谓人法,已经不再是人格法,而主要是(民事)身份法。此一事实,至关重要。

此后,德国民法借助自然人人格中原本所包含的“权利主体资格”的部分内涵,完成了团体人格即法人的抽象。但团体人格并不包含自然人人格中的政治要素(个人在社会政治生活中的基本地位),也不包含自然人人格中的伦理要素(个人在婚姻家庭伦理生活中的基本地位),因此,如同团体人格绝对无法进入罗马法中人法即人格法的体系一样,团体人格也绝对无法进入法国民法典中人法即(民事)身份法的体系!为使法人在法典中找到生存的位置,德国民法必须击破法国民法典所设置的人法的固有框架。这就决定了德国民法典所必须采取的两项重要举措:

其一,特别创设单纯表现权利主体资格的“权利能力”概念,以使法人与自然人能够在“主体”的名目下获得并列的逻辑基础;

其二,将“身份权”与自然人的主体资格予以立法体例安排上的分离,以使“主体法”获得其内容上的单纯性。

如此一来,法国民法典上的人法被分裂,其“一切法国人均享有民事权利”的概括规定中所表现出的人格平等思想,被留下来“吸入”德国民法典有关自然人权利能力的具体规则之中——它被“吸入”得如此之深,以至于几乎隐而不见!而其有关民事身份的主要内容,则被分别单独安排为“亲属”与“继承”两编,置于债权编与物权编之后。于是,人法变成了与身份无关的干干净净的“主体法”,法人即得如真实自然人一般昂然而入,毫无阻隔。

“主体法”与物权、债权及身份权显然不在同一逻辑位阶,前者的规则得普遍适用于后者。由此,德国民法典获得了建构其总则的第一块基石。而没有法人的法国民法典,可以毫无困难地将“身份”与“财产”切割为两大块,显然是用不着什么总则的。至于瑞士民法典或其他任何试图取消总则的法典,则无一例外地必然要把身份法恢复到人法之原来的位置。

(二)物权与债权的区分与“物法”的分裂

权利的类型化,是大陆法立法技术的主要特点之一,而与罗马法、法国民法很不相同的是,德国民法将这一抽象技术运用到了极致,其最为辉煌的成果之一便是将物权与债权两相分立。

表面观之,物权与债权的分界早在罗马法上便初显端倪,^[6]法国民法典中虽无物权概念,但理论上已将“对物权”与“对人权”完全分开,^[7]由此,德国民法似乎不过是承先启后,全面创设了物权的概念并建构了其内部的完整体系,其功劳仅在“集大成”而已。但实际情况并非如此简单。德国民法创设物权概念的目的,并不仅仅是对于所有权及其他物权所进行的单纯的抽象与归纳整合,而是通过对物权的高度类型化,使物权与债权达到一种本质的分离。因此,德国民法在类型化物权的同时,也全面完成了对债权的高度类型化,从而使债权从根本上获得了与物权平起平坐的重要地位,换言之,德国民法对于物权与债权的类型化,不仅是形式上的,而且是实质上的。^[8]

自此,民事权利的类型化工作得以全面完成,物权、债权与身份权被固定为民事权利的三大类型,并由此成为德国民法典构建其分则结构的基本依据。随着这三种类型化权利的分而自立,对其抽象出一些普遍适用的共同规则随即变得可能且成为必要,而这些共同规则,正是法典之总则得以建立及

[6] 罗马人不仅创造了所有权(proprietas)、役权(servitutes)、永佃权(emphyteusis)、地上权(superficies)、抵押权(hypotheca)、质权(pignus)等具体物权的概念,而且在诉讼程序上划分了“对物之诉”(actio in rem)与“对人之诉”(actio in personam),从而提供了区分物权与债权的基本材料及思路。

[7] 受罗马法的影响,早期法国学者通过对财产权中两种主要权利类型效力指向的分析,已经发现对物的支配权与对人的请求权的不同,并由此而接受了中世纪注释法学派提出的物权概念,认为物权(le droit réel)是权利在物上的一种具体体现,是人对物的权利,即“对物权”(jus in re);与此相应,还存在一种一方当事人对另一方当事人的权利,即“对人权”(le droit personnel),也就是债权。参见尹田:《物权法理论评析与思考》,人民出版社2004年版,第47页;另参见J. Pothier, Traité du Droit de Domaine, éd. Bugnet, no 1.

[8] 参见前引[7],尹田书,第二章。

有可能建立的基本素材。反观法国民法,不仅所有权的“派生权利”——用益权、使用权等依附于所有权,而且债权也被视为一种依附于所有权的权利——一种取得或者实现所有权的方法,债权并无其独立存在的地位,为此,以所有权为中心的财产法当然可以自成一体,与身份法两相对应,各司其职,没有再进一步抽象出两者之共同规则设置法典总则的必要和可能。至于瑞士民法典,在其不设总则的同时却不能不于物权编与债权编之上另设“财产权法总则”,这一做法恰恰证明了物法的分裂对于民法典总则形成的直接作用。

(三)法律关系理论与法典体系的建构

法律关系理论的创设也是德国民法最具价值的成果之一。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。依据这种理论,不仅以权利为基点而展开的包含主体、客体、内容三要素的法律关系结构得以阐述,而且使作为一种主要法律事实的“法律行为”的抽象成为可能。

以法律关系的要素为基础材料而构建起来的德国民法体系,不可能不在安排各种具体法律关系,即各种类型化权利的同时,合乎逻辑地对法律关系的一般准则做出安排,因此,“当时德国法律学者皆认为:对各种法律关系共同事项,另有谋设一般的共同规定之必要”,〔9〕这就形成了其设置总则的最初动机。

于是,依照一种相同的逻辑推理方法,在物权与债权相互分离以及身份权获得独立的基础之上,“物权行为”与“债权行为”以及“身份行为”被同时发现,从中再进一步抽象形成“法律行为”,认为其普遍适用于各种具体权利,从而使德国民法典总则的设立,获得了第二块重要的基石。

而法国民法体系的展开基础是(民事)身份与所有权,不存在法律关系的一般认识,这就决定其不仅不可能在所有权与其他财产权利之间发现必须表达的共同准则,而且不可能在身份与所有权之间寻找到形式上的联结点。

上述原因所生之结果,便是在德国民法典中,法国式样的人法被分解而不复存在,有关人格的一部分规定被融化于自然人权利能力规则之中,其余有关自然人身份的规则独立为身份法列入法典分则。因此,所谓德国民法典中人法的在先位置被总则取而代之的说法其实是不确切的,法国民法典上的人法与物法处于并列之平行关系,故有先后之谓,但德国民法典上的总则与分则中的各类具体权利处于纵向之关系,仅有上下之分而无先后之别,而总则与身份法之上下,仅仅是基于法典体系的逻辑性所形成的。

三、民法典总则与“物文主义”

依上所述可以发现,德国民法典总则的形成,不过是一种逻辑思维方法及立法技术运用的必然结果,其本身并不包含任何价值判断。鉴此,有关对潘德克吞体系“重物轻人”的批评,至少存有下列谬误:

(一)“人法”概念的混淆

中国民法典起草过程中,所谓“新人文主义”对“物文主义”的猛烈攻击,源自有人从民法典的形式体系中发现了制度安排顺序所蕴含的“哲学意味”(相似于从官员出场顺序中发现了国家政治新动向)。在此,罗马法与法国民法的人法在前物法在后的两编制被认为体现了对人的尊重,而以其总则淹没人法的德国体系则被指责为“拜物教”。此种观点的思想基础,首先源于认为人法与物法在本质上存有对立关系的认识。对于这种认识的错误,看来并不需要特别仔细的分析,因为类似“民法的一切规则,其目的均在于对人的保护”、“民法并不保护物,而只是保护支配物的人”等命题的常识性和不

〔9〕 陈棋炎:《亲属、继承法基本问题》,台湾三民书局1980年版,第3页。

可动摇性,足以使此“人与物二元对立”的观点在本质上无从立足。但更深刻的问题在于,所谓“人法在前物法在后”的排序本身,是否真的潜藏了某种有关重要性的价值判断或者价值理念呢?

如上所述,罗马法上的人法,实质上是一种人格法,其有关自然人身份的规则确定了人的一般法律地位,作为组织身份社会的基本法,具有公法的性质,而财产权利不过是身份的附属物,即身份的拥有为前提,财产的拥有为结果,只有首先确定身份,方可分配财产,因此,在罗马时代,必须“先排队,后打饭”,人法在前与物法在后,不仅是一种逻辑结果(无身份即无人格,无人格即无财产),而且的确表现了两种制度之不可类比的重要程度。但在近代社会,民法不再具有组织身份社会的功能,自然人人格的赋予被交由“上天”或者宪法去完成,由此,法国民法典之人法,完全不同于罗马法上之人法,主要是规范婚姻亲属之伦理关系的(民事)身份法,而此种身份的拥有,根本不再是享有财产权利的前提。所以,法国民法之所谓人法与物法,不过是(民事)身份法与财产法(所有权法)的别称,与罗马法上之人法与物法,毫无共通之处。此处的身份权与财产权之间,既不存在前提与结果的逻辑关系(身份的拥有非为财产拥有的前提),亦不存在孰重孰轻的重要性区别,法国民法典之结构之所以人法在前而物法在后,不外是对优士丁尼《法学阶梯》体系的形式借鉴而已。

倘若“人格重要还是财产重要”之类问题尚且值得讨论的话,那么,“(婚姻亲属关系中的)身份重要还是财产重要”的问题原本就不应当提出。

结论就是,“人法”概念的不同内涵被一些人混淆了,在近现代民法典上,根本就不存在、也不可能存在罗马法意义上的人法。因此,法国民法典之光彩夺目的人文主义炫耀并非来自于其位置在前的人法(相反,所有权绝对、契约自由与过错责任三大原则似乎都是源自其物法!),而德国民法典即使诚心要将早已被历史废弃的罗马法“人法”溺死于法典总则之中,也当然不可能构成“物文主义”的严重错误。

(二)“身份”概念的混淆

面对“新人文主义”的指责,令所有的人深感困惑的是:无论德国民法典抑或梁慧星先生的民法典草案建议稿中,均无一例外地将“人”排列在法典的最前端,既如此,“物文主义”的指控从何而来?殊不知,“新人文主义”所声讨的“物文主义”罪行,其实包括两个方面:一是人法不独立而被淹没于总则之中;二是身份权被置于物权与债权之后。考虑到人法之被淹没的原因实际上是由身份权从自然人部分被抽走所引起的,所以,身份法被置后,应当是所谓“重物轻人”的实质表现。

不难发现,在这里,人法概念的混淆必然导致了身份概念的混淆。

如前所述,在罗马时代,身份是获得人格的前提,而在近、现代社会,身份是具有人格的结果,此“身份”不同于彼“身份”。所以,近、现代民法之身份法并非原本意义上的人法,身份法在后不能等同于“人法在后”。

如做进一步观察,还可发现,德国民法将法国式样的人法予以分裂,完全可能具有尚未引起理论界足够重视的重大意义:

1. 民法的私法化。近代以来,民法成为私人生活领域的法律规范。而自然人之平等人格的普遍认同或者赋予,关乎个人社会生存之全面,此等根本性重大任务不应由民法而应由宪法完成。就个人主义及人文主义的价值宣示来看,民法固有其重要作用,但“至少到了宪政主义渐渐成形以后,19世纪民法典宣示价值的功能已有相当一部分转移到更高位阶的宪法身上”。^[10]因此,将本初意义上的“人法”——人格法从民法上予以消除,摆正民法与宪法的位置,符合历史发展的潮流。

2. 身份的伦理化。从身份到契约为古代社会进入近代社会的标志,自此,人格脱离身份而使身份蜕变为伦理关系中的地位。但法国民法典承袭《法学阶梯》中人法与物法之分编形式,将身份与人混为一体,即使不能断定其显露出一一种封建法制的残留痕迹,至少也极易使人产生“身份为个人立世之

[10] 苏永钦:《民法典的时代意义》,载王利明等主编:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年版,第44页。

本”的强烈印象。而德国民法决然将身份关系抽出另行安排,彻底斩断了身份与人格的隐隐粘连,复原其伦理性权利而非人格性权利的本来面貌,不能不说是一个重大的贡献。

据此,身份并非人格,身份权亦非人格权。而身份权与财产权本无轻重之分,孰先孰后,当系于体系编排之技术设置。德国民法典之所以将身份权置于债权、物权编之后,应当是基于两方面的考虑:一是法典总则中的法人、法律行为以及消灭时效等制度,只能适用或者主要适用于债权与物权,不能适用或者不能完全适用于婚姻家庭关系;^[11]二是身份关系中存在着许多特别规则,且“身份法的多数规范还是和财产的权利义务有关,只不过因为身份而在发生、存续或消灭上有其特殊性,从而如果先规定身份法,会有基本财产权概念或规范都还未交待的逻辑问题”。^[12]由此,规则安排的逻辑顺序和适用上的方便,应当是身份权后置的基本原因。

综上所述,“新人文主义”对“物文主义”的批评,是一种毫无根据的批评。

四、中国民法典是否需要总则

(一) 民法典总则的得失评判

德国民法典总则的设计是德国民法思维方法的必然成果。而关于德国民法思维方法的科学性及其局限性,近百年来展开的批判和讨论已经非常充分,在此基础上,对其总则设计的得与失,自然亦褒贬不一。

毫无疑问,德国民法总则的创设系“以一般而抽象之原则汇总而成”,“为法制史上大胆之创作”。^[13]就总则的体系效用存在诸多肯认的论述,要点不外是“体系精密,统摄全军”,即“民法总则通过共同事项的抽出和对它的综合,反复完成一般概念的形成,其结果,就具备了经过透彻的逻辑思考的、保持首尾一贯的体系”,抽象化的总则内容“可以广泛涵盖同种事例……有可能用必要的、最少限度的规定解决问题,防止没有经过深思熟虑的规定出笼”。^[14]总则的设立,“不仅在立法技术上因避免重复而较为经济,更重要的是让使用者可以如算算术般从一般演绎到特别,乃至借此标示出足以统摄整部民法典的精神……就此而言,首创总则编的德国民法典确实代表民法体系化发展的一个新里程碑”。^[15]

德国学者对于法典总则的优缺点有着清醒的认识,他们认为,设置总则编的主要优点反映在有关法律行为的规定方面,由此避免了立法者为每一项具体的法律行为重复规定生效要件。但总则条文因必须保证其普遍适用性,不能不以抽象的方式加以表达,这样就难以完全反映限制这些一般规则的各种例外。此外,对一般性规则之提取概括,不能不增加对法律规定的理解难度,且由于法典分则各部分本身均有类似总则的内容,法律规则由此必然发生分裂,“要寻找一个具体问题的法律规定,往往要瞻前顾后,同时查阅许多地方”。^[16]

大致说来,对于民法典总则的价值评判,可以从宣示功能、体系效率与实用价值三方面进行。

首先,就宣示功能而言,民法典总则的优势并不见得特别明显。诚然,在民法典总则中,可以规定“意思自治”、“诚实信用”、“公平”等抽象的基本原则,使民法的价值观念得到更加清晰的表达。但即使不设总则,也可以在“序编”一类的前置体例中做出安排,设立集中表达民法精神的民法基本原则条

[11] 如法人的规则完全不能适用于婚姻家庭关系;因欺诈、胁迫、乘人之危而意思表示不真实所导致法律行为相对无效的规则,不能完全适用于婚姻契约。

[12] 前引[10],苏永钦文。

[13] 参见曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第4页。

[14] [日]山本敬三:《民法讲义I,总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第17页。

[15] 前引[10],苏永钦文。

[16] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第30页以下。

款。

第二,就体系效率而言,民法典总则却发挥出一种无可替代的特殊作用。它不仅可以使各个具体规则相互之间建立内在的联系,而且可以使民法基本法理及思维方式获得立法上的真实表现,提供了民法理论阐述与法学教育大展身手的广阔平台。

不过第三,从实用价值来看,正是因为总则的这种高度抽象性及高度逻辑性特点,民法规范又给人们造成了远离实际生活的直观印象。抽象程度越高的概念,越难为法学家以外的人所理解;具体法律现象被抽象的次数越多,有关规则的重复率就越高,规则分裂的现象也就越严重,从而造成因同种规则“叠床架屋”而产生的法律适用上的繁琐和困难。

为此,民法典总则的设置能否达到立法者想要达到的目的,是一个值得怀疑的问题。正应如此,即使在瑞士等深受德国法影响的国家,其民法典却做出了取消总则的选择。

(二)中国民法典的选择

仔细分析德国民法典总则的具体内容,可以发现,其并非严格通过抽象及解构一般的法律关系获得材料而建成。除了“主体”要素被全面规定之外,有关法律关系“客体”要素的规则是残缺不全的:依据通说客体理论,在物权、债权与身份权三大类型权利中,唯有物权的客体为物,而债权的客体应为特定行为而非物,至于身份权的客体则肯定不是物。如此一来,该法典总则所规定的“物”其实并非法律关系的一般、抽象之客体,本无资格进入总则。而抽象法律关系之“内容”要素,应为抽象之一般权利、义务,但各种具体权利之设定、变更、消灭方式及其内容差异甚远,基本上不存在通过立法而特别加以表达的“共同规则”,为此,该法典总则除了从外部对权利行使的限制及其保护做出一般规定之外,对于权利本身毫无触及。

唯一值得德国人骄傲的是,该法典总则创设了法律行为制度。作为一种最主要的法律事实,法律行为的规则不仅完全符合总则之一般条款的特性,而且以其极为丰富的实质内容,为总则注入了真正的生命力和存在价值。如果没有法律行为,德国民法典总则将成为一具徒有其名的空壳。该总则实际上是由“主体法”(自然人与法人)和“行为法”(法律行为)两部分构成的,其中,代理规则的一般抽象是否必要尚值存疑,因为法定代理与委托代理性质上差异极大,分别规定于监护制度及委托合同也许更为实用;而物本应规定于物权法之中;消灭时效的地位则理应放入债权法。因此,去其点缀以及附加,如果没有法律行为,总则将只剩下“主体法”。

为此,如果不考虑其他因素,仅就法典总则所需之内容安排而言,中国民法典要不要总则,实际上取决于其要不要设置法律行为。诚然,中国1986年颁布的民法通则中早已规定了法律行为制度,法律行为的理论也一直是中国民法理论中“总论”部分的核心。但问题在于,中国民法中的法律行为与德国民法中的法律行为具有根本的不同:德国民法中的法律行为,是通过物权行为、债权行为以及身份行为抽象而成的。由于身份行为具有不同于财产行为的诸多特征,故法律行为的规则,主要适用于物权行为与债权行为。但在拒绝采用物权行为理论的中国民法,其法律行为的抽象材料,仅为合同行为和单独行为。再鉴于单独行为之分散和不重要,^[17]中国民法之法律行为,实质上不能不成为合同法总则的翻版。那么,基本上不能适用于物权、很少直接适用于身份权的法律行为规则,还有资格称为“一般条款”而进入民法典总则吗?

然而,尽管存在上述种种相反理由,如综合起来考虑,中国民法典总则编的设置仍然是有其必要的:

首先是总则编的体系价值。在一种体系化的法律思维模式中,法典总则有可能具有特别的象征意义。中国民法理论已经完全采用了物权与债权的严格区分方法,通过婚姻法的颁布施行,身份权亦

[17] 遗嘱行为除外。但如同中国继承法的做法,即使民法通则规定了法律行为制度,遗嘱行为较为特别的有效条件也必须在继承法中做出进一步的具体规定。

早已脱离人法而自成一体,如此“三权分立”,加之知识产权及其他无形财产权尚且“没爹没娘”,倘无民法典总则的统摄,诸种权利在形式上将无所皈依。

其次是总则编的制度整合。由于不采物权行为理论,中国民法中的法律行为制度的统帅作用大打折扣。但作为民事活动中的一般行为模式,法律行为制度有助于确定和彰显民事主体应当遵循的一般行为准则,其宣示功能和引导作用远远大于合同法中的相关规定。同时,法律行为毕竟覆盖了全部表意行为,^[18] 将其在合同行为之外的各种单独行为中普遍适用,仍可得简便灵活之效用。至于代理关系与委托合同的剥离,已被理论和实践证明具有种种益处,如无总则,此项重要制度的安排将成问题。此外,民法典总则的存废须与法典的整体安排结合起来予以斟酌。依目前中国民法典起草的情势与走向,侵权法的独立成编势在必行,由此必然导致债法总则安排上的巨大困难,因为侵权法独立成编后,就不再为债权编所统合,而一旦缺乏债法总则,诉讼时效的位置必然无所适从。此外,即将颁布的物权法有可能不规定取得时效,如此一来,将诉讼时效与取得时效并合规定于总则编,实为不得已之唯一选择。

再次是制度成本的考虑。1986 颁布的民法通则施行已近 20 年,事实上已经形成了民法典总则的雏形,而更长时期的民法理论教育已经固化了法律职业者“从一般到具体”的思维模式,更为重要的是,从全国人大于 2002 年公开发布征求意见的民法典草案中来看,总则编的存在已成定局。为此,无论基于何种理由,再去喋喋不休地讨论民法典是否需要设置总则编,于国于民,似无实益。当下需要着力做好的事情,应是深入研究如何克服潘德克吞体系的弱点和弊端,结合中国的国情,使中国民法典总则编的结构和内容最大可能的科学、合理和实用。

Abstract: The formation of the general part of BGB is a certain result of logic intellection method and legislation technique. It doesn't include any valuation in itself. The causations of the general part being set in the civil code system are as follows: the independence of kindred rights leads to the division of "personal law", the difference between Sachrechts and Schuldrechts leads to the division of "property law", the creation of jurisprudence - relationship - theory influences the structure of civil code system. Some scholars regard the Pandektenwissenschaft as a system paying more attention to the object than to the subject. Such a criticism confuses the different meanings of "personal law" and "status" in Roman law and modern civil law. In view of the system value and conformity function of the general part of civil code, we should set a general part in Chinese forthcoming civil code.

Keywords: civil code, the general part, legislation system

[18] 表意行为包括法律行为和准法律行为,准法律行为准用法律行为的准则。