

# 私权一般理论与 民法典总则的体系构造

——德国民法典总则的学理基础及其对我国的立法启示

杨代雄\*

---

**内容提要：**近代德国法学中的私权一般理论是德国民法典总则赖以形成的学理基础，民法典总则在本质上属于私权通则。民法典总则具有充分的方法论依据与实用价值。我国未来民法典应该设立总则，总则的体系构造应当以私权（民事权利）的一般原理体系作为逻辑基础。民法草案总则的体系存在缺陷，应当予以完善。

**关键词：**私权一般理论 潘得克吞法学 民法典总则

---

体系之争是民法法典化进程中无法回避的一道障碍。是否应该设立总则以及如何安排总则的结构，是我国民法典体系设计的争点之一。本文利用近代德国法学的原始资料，对德国民法典总则的学理基础进行考古式的解读，并以此为参照，对我国民法典设立总则的必要性以及总则的体系构造进行初步探索。

## 一、私权一般理论与德国民法典总则的诞生

### （一）近代德国法学中的私权一般理论

古罗马法中只有具体的权利，而且侧重于从诉权的角度而不是从实体权利的角度解决问题，不存在关于权利的一般原理。与此不同，在近代德国法学中，私权一般理论占据极其重要的地位。在古典时代，德国的理性自然法思想把民法学者的思维焦点转移到权利的一般问题上，权利思维开始成为德国民法学界的主导性思维模式。18世纪末至19世纪，德国很多民法学者致力于探索私权的一般问题，早期代表有达贝罗（Dabelow）、蒂堡（Thibaut）等人。通过对他们的论著进行考察，可以窥知私权一般理论发展的基本进程。

达贝罗（Dabelow）于1794年出版《现代民法体系》，其总论的第七章是“权利与义务通则”，分为两节，分别是“权利与义务的一般问题及其分类”以及“权利与义务的产生及其消灭”。在第

---

\* 吉林大学法学院讲师。

本文是2004年度国家社科基金项目“我国民法典总则立法若干疑难问题研究”（项目批准号：04CFX019）的阶段性成果。

一节中，达贝罗首先给义务下了一个定义：义务是指法律科加于某人的为（*thun*）或不为（*unterlassen*）某事的必要性（*Nothwendigkeit*）。〔1〕从这句话末尾附加的注释可以看出，这个抽象的义务概念是达贝罗通过对优士丁尼《法学阶梯》第3卷第13题头段关于债的定义进行改造而得来的。优士丁尼给债下的定义是：债为法锁，据之我们有必要被强制根据我们城邦的法律偿付某物。〔2〕从债的概念到义务的概念，体现了近代德国民法学者注重抽象化的学术旨趣。随后，达贝罗给权利下了一个定义：权利是指当存在一项针对某个主体的作为或不作为义务时，该主体所享有的东西。〔3〕显然，达贝罗是以义务为逻辑基点界定权利的概念的。

达贝罗对义务做了四种分类，其书从第507题到524题是关于义务的分类，分别为：（1）自然义务、市民法义务、混合性义务；（2）一般性义务与特定义务；（3）直接义务（法定义务）与间接义务（基于法律行为产生的义务）；（4）附随于物的义务（随物义务：*dingliche Verbindlichkeit*）与附随于人的义务（随人义务：*persönliche Verbindlichkeit*）。〔4〕从第525题开始，达贝罗依据同样的方式对权利进行了划分：（1）纯自然权利、纯市民法权利、混合性权利；（2）直接（法定）权利与间接（意定）权利；（3）对物权与对人权。〔5〕最后一种分类对应于随物义务与随人义务的划分：对物权可以对抗无权占有标的物的任何人，后者所承担的不得侵害他人物权之义务即为随物义务——以物的占有为前提的义务；〔6〕对人权只能对抗特定的人，后者所承担的义务即为随人义务。达贝罗关于权利分类的这些理论对其著作分论部分的体系构造具有重要意义，其分论的前两章分别是“对物权”与“对人权”，其中第二章分别论述了直接权利与间接权利。

事实上，达贝罗《现代民法体系》总论部分的第一、二、四章也是以私权一般问题为对象的。第一章是“人与物的通则”，在该章的第1题，达贝罗指出，人与物是权利义务的主体与客体，因此，应当把人与物的原理作为论述的起点。〔7〕从这个角度看，“人与物的通则”实际上就是“权利主体与客体的通则”。第二章与第四章分别是“行为”与“法律行为”，按照达贝罗的见解，它们是间接权利与义务的发生原因，如此看来，这两章在性质上属于私权的原因理论。

达贝罗对私权一般问题的上述探索虽然取得不少成果，但其理论还不够系统，思想也不够鲜明，只能算是私权一般理论的半成品。

真正为私权一般理论奠基的是蒂堡。蒂堡在1803年初出版的《潘得克吞法的体系》的总论分为三个部分：法律与法学、法律的目的、法律的产物。第三部分专门论述权利与义务——蒂堡将其理解为法律的产物。该部分下设五章。第一章是“权利义务本论”，主要论述权利的性质、义务的性质、权利义务相互之间的关系，如竞合、冲突等。第二章是“权利义务的原因”，其中第一节是“权利义务发生之原因”，主要论述意思行为（法律行为）的一般原理以及契约的一般问题，第二节论述权利义务的终止、权利保留与恢复原状（*Wiederherstellung*）。〔8〕第三、四、五章分别是“权利义务的主体”、“权利义务的客体——行为”（蒂堡认为权利义务的客体是行为，不是物，物只不过是行为的客体而已）、“权利的行使——尤其是关于权利的占有”。

与达贝罗的理论相比，蒂堡的理论有显著的进步，比较突出的成果是：其一，更为鲜明地采用了权利视角观察民法现象并对其进行一般性的阐述；其二，明确地把意思表示作为法律行为（*Re-*

〔1〕 Christoph Christian von Dabelow, *System des Gesammten Heutigen Civil-Rechts*, 2. Aufl., Halle, 1796, s. 251.

〔2〕 [古罗马] 优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社2005年版，第343页。

〔3〕 Dabelow, a. a. O., s. 251.

〔4〕 Dabelow, a. a. O., s. 252—255.

〔5〕 Dabelow, a. a. O., s. 259—260.

〔6〕 Dabelow, a. a. O., s. 255.

〔7〕 Dabelow, a. a. O., s. 35.

〔8〕 蒂堡认为它相当于古罗马法中的 *restitutio in integrum*，亦即恢复原状——裁判官认为某种法律状态（权利义务）的变化违背公平原则，可以宣布恢复原先的法律状态，实际上相当于宣布无效或行使撤销权。

chtliche Geschäfte)的要素,这标志着在现代民法学中处于基石范畴地位的法律行为概念已经形成;其三,明确提出权利能力(Rechtsfähigkeit)概念,取代罗马法中的人格概念。<sup>[9]</sup>这样,从整体上看,蒂堡已经创建了私权一般理论的基本架构。

在潘得克吞法学时代,私权一般理论获得了长足的发展。阿诺德·海泽、普赫塔、温德夏等人的研究使私权一般理论的体系更为完备。

阿诺德·海泽1807年出版的《普通民法体系纲要——潘得克吞讲义》是一本纲要性的著作,只列出了民法理论的提纲以及各个问题的参考文献,没有具体内容。尽管如此,我们也可以从中了解到海泽私权一般理论的梗概。该书的第一篇“总论”分为七章。第一章是“法源”。第二章是“权利”,主要涉及权利的概念、效力、行使、取得、丧失、权利的各种分类、权利的竞合与冲突。第三章论及权利的保护,包括诉权、抗辩、担保、判决、当事人的诉讼行为、自力救济等。第四章是“人”,论及人的概念、身份、自然人、法人、多数人的联合。第五章是“物”。第六章是“行为”,下设三节:行为的一般理论(行为的概念与种类、意思的决定、意思表示)、法律行为(Rechtsgeschäfte)、不合法行为。第七章是“地域与时间方面的关系”,涉及住所、户籍、期间等问题。<sup>[10]</sup>从第四、五、六章的细目可以看出,海泽分别将这三章视为权利主体、权利客体与权利变动的原因。这样,海泽的总论除了第一章与第七章的部分内容以外,其余各章均为私权的一般理论。

潘得克吞法学鼎盛时期的主要代表之一普赫塔于1854年出版了《现代罗马法讲义》修订第四版。该书共有九篇,前三篇属于总论,分别是“法律规定”、“法律关系”、“法律规定对法律关系的适用”。其中第二篇分为四章。第一章是“人”,普赫塔认为,法律关系的主体是作为法律自由的人,法律自由属于作为纯粹意思主体的人,它是对客体进行征服(支配)的纯粹权力或可能性,人格是主体的属性,是法律意思与法律权力的可能性,亦即权利能力。<sup>[11]</sup>显然,在他看来,人与自由、权利能力甚至权利几乎是同一个概念。第二章是“权利的内容”,分为三节。第一节是“法律关系与权利”。第二节是“权利的基础”,普赫塔认为权利的基础是法律规范。第三节是“权利的各种内容”,涉及权利的各种分类。第三章是“权利的产生与消灭”,其中第一节是“通则”,第二节是“作为权利产生与消灭途径的行为”,第三节是“作为权利产生与消灭基础的时间”。第四章是“权利的保护”。

尽管普赫塔把第二篇命名为“法律关系”,但从该篇的内容来看,都是以权利为主线的,在他看来,权利是法律关系的终极内容与核心。因此,该篇实际上就是私权一般理论,所谓的法律关系理论实际上只是私权一般理论的另一种表达而已。

普赫塔私权一般理论的主要创新体现在两个方面。一是明确区分了权利主体与行为主体(Subject der Handlung),并把二者分别置于第二篇的第一章与第三章。二是对法律关系、权利、权能等概念做了极为精细的辨析。他认为,法律关系是由单方或双方互享的权能(Befugniss)组成的,这些权能是从某一项权利推导出来的,每项权利都是一个整体,由若干个权能组成,判决的任务就是在法律关系中寻找权能、界定权能并确定其效力。<sup>[12]</sup>

潘得克吞法学集大成者温德夏的私权一般理论比普赫塔的理论更为直接明了。其传世名著《潘得克吞法学教科书》(第五版)的第二篇是“权利的一般问题”,下分四章,分别是:“权利的概念

[9] Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 2. Aufl., Johann Michael Mauke, Jena, 1805, s. 156.

[10] Arnold Heise, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten Vorlesungen, 3. Aufl., Mohr u. Winter, Heidelberg, 1819, s. 15-32.

[11] Georg Friedrich Puchta, Vorlesungen über das Heutige Römische Recht, Bd. I, 4. Aufl., Bernhard Tauchniss, Leipzig, 1854, s. 56.

[12] Ebenda, s. 70-71.

与种类”、“权利的主体”、“权利的产生、消灭与变更”（主要论及各种形式的权利变动之概念、法律事实、法律行为、不法行为、期间、时效等）、“权利的行使、侵害与保护”。<sup>[13]</sup> 整篇内容都属于纯粹的私权一般理论：以权利为视角，对私法的一般问题进行系统的探究。其理论在逻辑性与思想深度方面都达到很高的水准，确定了潘得克吞法学时代私权一般理论的最终形态，对德国民法学的的影响力一直延续到 20 世纪。

## （二）德国民法典总则的诞生

我们将温德夏的《潘得克吞法学教科书》第二篇与德国民法典总则对照以观，可以发现二者十分相似。德国民法典总则共有七章，第一章是“人”，第二章是“物”，第三章是“法律行为”，第四章是“期间、期日”，第五章是“时效”，第六章是“权利的行使、自卫、自助”，第七章是“提供担保”。其中第一章相当于温德夏教科书第二篇第二章，人就是权利主体；第三、四、五章分别相当于温德夏教科书第二篇第三章的第二节、第四节第二部分与第三部分；第六章相当于温德夏教科书第二篇第四章的第一、二、三节；第七章相当于该教科书第二篇第四章的第五节。二者的区别只有两个方面：一是章节的划分略有不同，德国民法典总则划分得更细；二是德国民法典把物（权利客体）的一般规则放在总则，而温德夏则将其放在《潘得克吞法学教科书》第三篇“物权法”的第一章，在这方面，德国民法典总则沿袭了早期潘得克吞法学家的做法——无论是达贝罗、蒂堡、还是海泽的“总论”都包含“权利客体”。

因此，可以肯定地说，德国民法典总则是潘得克吞法学中私权一般理论的历史产物，所谓的总则实际上就是私权的一般规范体系。德国民法典的立法进程始于 1873 年，<sup>[14]</sup> 而潘得克吞法学经过数十年的发展，到那个时代已经在德国民法学界取得绝对性的支配地位，学者们已经习惯于按照潘得克吞式的体系去撰写民法教科书、讲授民法课程、把握民法的知识与原理，当他们有机会参与民法典的起草时，自然会按照潘得克吞式的体系去组织民法规范。潘得克吞法学集大成者温德夏曾担任德国民法典起草第一委员会的委员，并在其中起到主导作用。<sup>[15]</sup> 德国民法典的体系构造在很大程度上体现了他的民法体系观——严格地说，是他所代表的潘得克吞法学派的民法体系观。他的私权一般理论成为德国民法典总则的学理基础可谓顺理成章。

由上可见，无论从立法史的角度看，还是从逻辑架构的角度看，德国民法典总则都可以理解为私权一般理论的立法表达，它在性质上属于私权通则。

## 二、民法典设立总则的必要性：方法论依据与实用价值

德国民法典的体系被后人称为潘得克吞式民法典体系，其与古罗马的法学阶梯体系的一个主要区别是：前者设有总则，后者没有。法学阶梯体系之所以没有总则部分，主要原因在于古罗马法学家还没有提出私权一般理论。无论是盖尤斯的《法学阶梯》还是优士丁尼的《法学阶梯》都没有关于权利的一般规范，甚至很少从（实体）权利的角度分析法律问题，<sup>[16]</sup> 而是直接给出某种在以往的实践中曾经发生过的法律问题的解决方案，或者给予一方当事人某种诉权。那么，在近代德国民法学中为什么会产生私权一般理论呢？笔者认为，私权一般理论的产生有特定的方法论基础，即以形式逻辑为主要工具的“科学”方法。

在 17、18 世纪，科学走向勃兴。笛卡尔、伽利略、牛顿、玻义耳、林耐等人的研究成果使数

[13] Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 5. Aufl., Ebner & Seubert, Stuttgart, 1879, S. 92f.

[14] 参见 [德] 海因里希·雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社 2003 年版，第 122 页。

[15] Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2001, S. 183 - 185.

[16] 优士丁尼《法学阶梯》只是在论及各种具体物权的时候，偶尔使用（实体）权利概念。

学、物理学、化学、生物学获得了长足的进步。<sup>[17]</sup>所有的征兆都预示着人类正在步入科学时代。人们对科学的兴趣和信心与日俱增，按照科学的方法去思考、行动逐渐成为一种时尚。在福柯的知识考古学中，这两个世纪被称为古典时代。他发现，古典时代的知识型建立在智力训练与分类学的基础之上，所谓智力训练（la mathesis）是一门关于事物的尺度与秩序的普遍科学，与数学密切相关。<sup>[18]</sup>笛卡尔处于这个时代的开端，认为所有的认识都是通过对两个或更多的物加以比较而获得的，存在两种比较形式：尺度的比较和秩序的比较，尺度使我们能依据同一性和差异性的可计算的形式去分析相似物，借此把整体分成部分（分析、划分），秩序的比较则确立了最简单的因素，并依据不断增长的差异性进到更为复杂的事物，从而确立起一个事物的序列。<sup>[19]</sup>在笛卡尔眼中，似乎一切事物都是可以量化并依数学的方法进行度量和计算的。

德国思想家莱布尼茨在这方面的设想更为明确和直接，他主张确立一门有关定性秩序的数学，福柯把这一设想视为古典时代思想的引力中心。<sup>[20]</sup>莱布尼茨所谓的“有关定性秩序的数学”就是数理逻辑，他称之为“万能算学”，他说：“有了这种东西，我们对形而上学和道德问题就能够几乎象在几何学和数学分析中一样进行推论。”<sup>[21]</sup>莱布尼茨本人在1664、1667、1668年先后撰写了《论法学百科》、《法学研究和讲授的新方法》、《自然法要义（原理）》、《当代民法要义（或原理）》等法学专著，将其逻辑万能主义的设想贯彻其中。<sup>[22]</sup>1672年，莱布尼茨设想以具有可计算性的逻辑结构来重组优士丁尼的民法大全。<sup>[23]</sup>沃尔夫将莱布尼茨的逻辑万能主义发挥到极点，把逻辑学看作知识的一切分支的总导引，主张按逻辑图式把一切知识全都系统化，<sup>[24]</sup>并在《以科学方法研究的自然法》和《自然法与万民法原理》这两本书中力图以几何学方法构建法学体系。

作为德国启蒙思想家，莱布尼茨与沃尔夫倡导的形式逻辑体系构造方法对德国的法学产生了深远的影响。归纳、演绎、分类、比较，这些形式逻辑方法成为18、19世纪德国民法学者，尤其是潘得克吞民法学者通用的研究工具。

达贝罗在《现代民法体系》中把形式逻辑的“科学”方法发挥得淋漓尽致。尤其在总论部分，对于人、物、法律事实、法律行为等民法基本概念，一律按从抽象到具体、层层划分的逻辑图式予以论述。比如，对于物，达贝罗在总论第一章第二节“物的通则”中首先给物下一个定义，<sup>[25]</sup>然后指出可以依据两种标准对物进行分类：物理性质标准与法律性质标准。依据第一种标准，可以把物分为单一物与集合物，单一物又可依两种标准进行分类：依自身性质标准以及依其与其他物之间的关系标准。依据第二种标准，可以把单一物划分为有体物与无体物。有体物又可以分为无生命物与有生命物。无生命物又可以分为动产与不动产。<sup>[26]</sup>对于法律事实，达贝罗也是先下一个定义，然后将其分为事件与行为，事件又分为基于自然原因而发生的事件（自然事件）与基于第三人的行为而发生的事件，这两种事件又可进一步分类。<sup>[27]</sup>达贝罗对于行为的分类则更为细致，从中逐渐引出了法律行为的概念并对其再予以细分。

[17] 参见 [英] 亚·沃尔夫：《十八世纪科学、技术和哲学史》，周昌忠等译，商务印书馆1997年版，第3页以下。

[18] 参见 [法] 米歇尔·福柯：《词与物》，莫伟民译，上海三联书店2001年版，第75页以下。

[19] 同上书，第70页。

[20] 同上书，第76页。

[21] 转引自 [英] 罗素：《西方哲学史》，马元德译，商务印书馆2001年版，第119页。

[22] 参见 [德] 莱布尼茨：《人类理智新论》，陈修斋译，商务印书馆2002年版，第698页以下。

[23] 转引自薛军：《略论德国民法潘得克吞体系的形成》，《中外法学》2003年第1期。

[24] 参见前引 [17]，亚·沃尔夫书，第931页以下。

[25] 达贝罗认为，所谓物是指除了人以外所有在市民社会中可以成为权利义务标的的东西。这个定义本身包含了人与物的划分，在逻辑上极其精确，滴水不漏。

[26] Dabelow, a. a. O., s. 112-115.

[27] Dabelow, a. a. O., s. 166-169.

达贝罗在此使用的分类方法属于逻辑学上的二分法：把抽象概念划分为两个较具体的概念，二者是“非此即彼”的矛盾关系。这种分类方法可以确保划分的精确性与圆满性。以此种方法构建的体系被拉伦茨称为抽象概念式的体系。<sup>[28]</sup>正是以这种逻辑方法为基础，达贝罗以及后来的海泽、蒂堡、普赫塔、温德夏等潘得克吞法学家逐步构建起一个抽象的私权一般理论体系，并进而催生了德国民法典总则。可以说，形式逻辑的体系构造法既是私权一般理论的方法论基础，也是德国民法典总则的方法论基础。

这种方法论基础是科学时代的产物，在18、19世纪成为法学方法的主流模式。虽然19世纪中期的基希曼与19世纪末期的耶林曾经从不同的角度对此种方法提出质疑，<sup>[29]</sup>但并未能动摇其主导地位。到20世纪，潘得克吞法学的形式逻辑体系方法开始饱受非难，其中比较有代表性的批评来自埃尔利希的自由法学、黑克的利益法学以及迄今已获得普遍认可的评价法学。<sup>[30]</sup>“潘得克吞法学”在很多学者眼中开始变成一个带有贬义色彩的术语。

笔者认为，潘得克吞法学过分夸大形式逻辑方法的作用，试图把法学当作象数学一样可以计算的学科，这一点的确是不可取的，但不能因此否定其历史功绩，也不能完全摒弃形式逻辑的体系化方法。潘得克吞法学的弊端主要表现在民法解释学上：把民法看作一个自足的完备的逻辑体系，遇到任何一个案件，都可以运用形式逻辑方法进行概念计算，得出解决方案，法官在任何情况下都不能创造规则。<sup>[31]</sup>这种逻辑——法典万能主义的方法确实有其局限性。然而，在立法方面，形式逻辑的体系化方法仍然是不可或缺的基本技术，民法典仍须建构在一个合乎逻辑的民法概念体系的基础之上。

民法典是民法规范的体系化表达，体系化是其应有之义。“发现个别规范、规整之间，及其与法秩序主导原则间的意义脉络，并以得以概观的方式，质言之，以体系的形式将之表现出来，乃是法学最重要的任务之一。”<sup>[32]</sup>毫无疑问，一部体系化的民法典有助于人们检索民法规范，有助于法律规范适用的准确性与安定性，避免对同一类型的案件做出互相矛盾的判决。民法典是一部重要的立法作品，这部作品在结构上是否合理，在逻辑上是否严谨，直接决定了它是不是一部优秀的作品。很难想象一部体系混乱的民法典能够得到世人的好评。

诚如我国台湾学者苏永钦教授所言，体系化思维是大陆法系民法的一个主要标志。<sup>[33]</sup>对于民法典来说，逻辑性是永恒的追求，体系化是必经的道路。在这个问题上，可取的态度是：以形式逻辑的体系化方法作为民法典编纂的基本技术，但不把以这种方法构建的民法体系当作一个封闭的、自足的体系，而是将其视为一个可以在实践中继续发展的开放的、动态的体系，由此同时保障法律的稳定性和发展性。

私权一般理论的产生是民法理论走向体系化的重要标志，与此相应，作为私权通则的民法典总则的诞生标志着民法已经实现了高度的体系化。总则编的设置可以避免对同种类型的民法问题在民法典各编做出重复的规定，从而确保民法典的简洁性。从实用价值上看，总则编还可以提高民法典的适应能力，因为民法典用一个体系框架对现行的民事法律规范予以固定、整合，表述立法者当时设计的规范，而随着社会生活的不断发展演变，新的民法问题不断涌现出来，这些问题可能是立法

[28] Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, Berlin, 1991, S. 437 - 455.

[29] Ebenda, s. 43 - 48.

[30] Ebenda, s. 49 - 62; s. 119 - 122.

[31] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第422页；梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第60页。

[32] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第316页。

[33] 参见苏永钦：《民法的积累、选择与创新》，《比较法研究》2006年第2期。

者当初未曾预料到的，<sup>[34]</sup>于是在民法典中就可能找不到可适用的具体规则，由此出现民法典功能不足的现象。而总则编的存在则可以解决这个问题，因为包含于总则编中的民法规范通常是以抽象概念为基础的一般性规范，而抽象概念具有涵盖面广、适应性强的优点，一旦出现民法分则中的具体规范不能解决的新问题，就可以适用总则中的抽象性规范找到合情合理的解决办法。<sup>[35]</sup>从这个角度看，总则的存在使民法典体系具备开放性，能够经得起时间的考验。

总而言之，由一般性规范构成的民法典总则虽然具有抽象难懂的缺点，因此不怎么讨人喜欢，但它确有其存在的合理性与必要性：从方法论的角度看，它是民法走向高度体系化的必然产物，诚如萨维尼所言，法的体系化必然要具备一定的抽象性；<sup>[36]</sup>从实用价值的角度看，它可以确保民法体系的开放性与民法典的持久生命力。

### 三、我国未来民法典总则的体系构造

我国目前正在制定民法典。笔者认为，我国民法典也应该采用“总则——分则”的立法模式，设立总则编。在总则编的结构设计上，应当以私权（我国学者习惯称之为民事权利）的一般原理体系作为逻辑架构。

民法在本质上是权利法，民法典的主要任务就是为各种类型的民事权利设置相应的规则。这些权利既有个别因素，又有共同因素。关于各种权利的个别因素，如权利的具体内容、权利变动的特殊原因，应当分别设置不同的具体规范群，形成民法典分则各编：人格权法、亲属法（主要关于身份权）、物权法、债权法、继承（权）法。关于各种民事权利的共同因素，应当设置具有普遍适用性的一般规范，也就是各种权利的通则——民法典总则。以此种方式构造民法典总则的体系，一方面合乎逻辑，另一方面可以彰显民法的权利本位理念，有助于激发、培育民众的权利意识，推动人们主动维权。

各种民事权利的共同因素包括：权利主体、权利客体、权利变动的原因、权利的救济、权利的时间因素。其中权利主体的共性最强，在大多数情形中，各种权利的主体一般都没有特殊之处，所以理所当然应当放在民法典总则之中。权利的时间因素（诉讼时效、除斥期间、各种期间的计算方法等）共性也比较强，特殊之处在于除斥期间通常只适用于形成权，而且各种形成权的除斥期间长短不一，除此之外，权利的时间因素都具有共通性，可以规定在民法典总则之中。至于权利客体、权利变动原因、权利救济等因素在共性方面没那么强，是否都可以规定于民法典总则之中，需要具体分析。

首先，关于权利变动原因的立法体例。

民事权利变动的原因主要是民事法律事实。<sup>[37]</sup>民事法律事实包括事件与行为，后者又可分为民事法律行为、事实行为与准民事法律行为。其中事件与事实行为的种类繁多且形态各异，没有太多的共性，所以不宜规定于民法典总则之中，应该在民法典分则各编依据它们与各种民事权利的因果关系分别予以规定。与此不同，各种民事法律行为，包括合同、收养、遗嘱及其他单方法律行为存在较强的共性，应当在民法典中对其共同问题做统一规定。准民事法律行为，包括意思通知、观念通知、情感表示等也有一些共性，考虑到各种准民事法律行为在民法典中比较零散，为确保立法的体系性以及法律适用的无矛盾性，也有必要在民法典总则中对其做一般性的规定。在立法体例

[34] 参见李建华、许中缘：《论私法自治与我国民法典》，《法制与社会发展》2003年第3期。

[35] 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：总则编》，法律出版社2004年版，第1页。

[36] 转引自杨代雄：《萨维尼法学方法论中的体系化方法》，《法制与社会发展》2006年第6期。

[37] 当然，在某些特殊情形中，权利可以基于法律的规定直接产生，如优先权、法定抵押权、留置权等。

上,可以将其置于民事法律行为部分。

其次,关于权利客体的立法体例。

权利客体是民事权利分类的主要标准。人格权、身份权、物权、债权、继承权、知识产权等权利就是依据它们客体的不同进行划分的。从这个意义上说,权利客体是民事权利体系的逻辑基点,同时也是民法体系的逻辑基点,因为民法体系就是以民事权利体系为基础构建起来的。如果把民事权利体系与民法体系看作一个动态的体系,那么其变动的根源就在于权利客体类型的可变性。权利客体的类型始终随着社会的发展而有所增减。在古罗马,奴隶可以成为权利客体,而在现代社会,这种权利客体已经不复存在;在古罗马,产品发明、商标、著作等智力成果不属于权利客体,而在现代社会,这些智力成果已成为极其重要的权利客体。新的客体被创造或发现之后,要求民法提供新的权利类型来满足人们支配这些新型客体的需要,如此,民事权利体系就随着权利客体类型的增多而扩展,成为一个开放的体系。然而,这种开放性有一个前提:民法典必须为新的权利类型预留出了空间。笔者认为,民法典总则正可以提供这个空间。在制定民法典时可以在总则中对权利客体做出一般性的开放式规定,包括对各种权利客体进行开放式的列举、关于权利客体范围(哪些东西可以成为权利客体)的评价标准等。这些规定不必过于具体,凡是规定于民法典分则各编的事项,尽量不纳入总则,以免加大法律检索的难度。

在民法典总则中规定权利客体可以增强民法典的适应能力,使其能够包容随着社会发展新出现的权利类型,<sup>[38]</sup>不论这些权利的客体与具体内容如何,只要不违背强行法与公序良俗,都可以获得民法保护。除此之外,在民法典总则中规定权利客体还有助于解决我国民法典立法体例方面的难题。第一,有助于解决知识产权法是否应纳入民法典的问题。在我国民法典起草过程中,有学者主张把知识产权法纳入民法典。<sup>[39]</sup>笔者认为,虽然知识产权法在性质上属于民法的一部分,但将其全部纳入民法典是不适宜的。知识产权与科技密切相关,现代科技日新月异,知识产权法需要随着科技的发展做出相应的自我调适,其规则的修改比较频繁,如果将其整体纳入民法典,必然导致民法典的频繁修订,这对于保持民法典的相对稳定性——民法典作为一个国家的基本法律需要这种稳定性——是很不利的。比较妥当的做法是在民法典总则权利客体部分对智力成果做出一般性的规定,这样一方面可以明确知识产权法的民法性质,另一方面可以避免在民法典中全面规定知识产权法的弊端。第二,有助于解决民法典与商法的关系。商法在性质上属于民法的特别法,这一点在民法学界与商法学界已经基本形成共识。<sup>[40]</sup>由于商法具有较大的特殊性,很难将其全部规定于民法典中。然而,某些商事案件的裁判需要适用民法中的相关规定,所以在立法上有必要明确商法与民法的关系。笔者认为,在民法典总则权利客体部分规定商事权利客体,如股份、基金份额等可以在一定程度上明确商法的民事特别法属性。第三,有助于解决某些特殊民事权利的体系归属问题。现代社会是知识社会,知识——无论是科技知识还是商业知识——每天都在创造着新的财产,尤其是无形财产。这些无形财产有的可以成为知识产权的客体,有的却无法纳入知识产权法,比如特许经营资格、企业经营信息、<sup>[41]</sup>频道等。由于与这些新型无形财产相关的法律规则不多,在民法典中无法独立成编,同时又无法纳入民法典分则其他各编,在立法上如何安排就成为问题。笔者认为,在民法典总则权利客体部分对无形财产做出规定可以解决这个问题,既将其与民法现有保护相联接,又避免过多具体的规定限制其发展。

最后,关于权利救济的立法体例。

[38] 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第189页。

[39] 参见王家福、郑成思、费宗玮:《物权法、知识产权法和中国民法典》,http://www.civillaw.com.cn/elisor/content.asp,最后访问时间,2006年5月16日。

[40] 参见范健主编:《商法》,高等教育出版社/北京大学出版社2002年版,第16页。

[41] 参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第45、577页。



对于权利救济,在大陆法系民法传统上形成了三种途径。一是民事责任,包括侵权责任与债务不履行责任,它们侧重于对违反义务行为的否定性评价(非难)——行为人必须就其行为承担对自己不利的法律后果。由于侵权责任在性质上属于一种债务,侵权行为是债的原因之一,<sup>[42]</sup>所以在各国民法典中一般都将其规定于债法编,不论侵权行为损害的是何种民事权利。债务不履行责任在性质上也是一种债务——由原债务转化而来的新债务,由于它在责任形式、归责原则上与侵权责任差别较大,而且与原债务存在密切的关联,所以在各国民法典中一般都将其与侵权责任分离,规定于债法总则或契约法部分。权利救济的第二种途径是由物权、人格权、知识产权等绝对权派生出来的“绝对权请求权”。<sup>[43]</sup>它们的侧重点不在于非难加害人,而在于补救受到妨害的绝对权,使其恢复完满状态。民法理论一般认为这些请求权是由各种绝对权的效力中自发地衍生出来的,<sup>[44]</sup>有如自身携带的一柄剑,可以自我防护。基于此,在立法时通常把这些请求权规定于物权法、知识产权法之中。权利救济的第三种途径是自力救济,包括自助行为与自卫行为。<sup>[45]</sup>自卫行为包括正当防卫与紧急避险。自助行为是指在情况紧急来不及寻求公力救济的时候,权利人为保护自己的权利,对他人的自由或财产施加一定的拘束或毁损。<sup>[46]</sup>自助行为与自卫行为都是在非常情况下的权利救济措施。

以上三种权利救济途径一般都能适用于多种民事权利。其中侵权责任的适用范围最广,可以用于救济各种民事权利,包括债权在内。自力救济与绝对权请求权也具有一定的普适性。唯一例外的是债务不履行责任,仅适用于债权的救济。笔者认为,鉴于各种权利救济具有一定的共性,应该在民法典总则中对其做统一规定。其中自力救济可以完全规定于总则编中。各种绝对权请求权也可以规定在总则编,先设一个一般性的条款,然后再针对物权、人格权、知识产权请求权的不同内容设立不同的条款,这样可以避免在物权编、人格权编、知识产权法以及其他涉及绝对权的民法文本中分别规定相应的请求权,造成条款重复、分散以及不能涵盖所有的绝对权之弊端。侵权责任具备双重属性,既是一种权利救济手段,又是一种债务。鉴于侵权责任涉及一些具体问题,尤其是那些特殊侵权责任,所以将其放在债法部分更为妥当,当然,可以在总则编权利救济部分对侵权责任做一般性的规定。债务不履行责任虽然只涉及债权的救济,但为了确保权利救济一般规范体系的完整性,也可以在总则编权利救济部分对其做一个宣示性的规定,比如规定:“不履行债务的,应当承担相应的民事责任”。

综上,我国未来民法典总则应当包括民事权利主体、民事权利客体、民事法律行为、民事权利救济、诉讼时效与期间。这几个部分在性质上都属于民事权利的一般规范,构成民法典总则的本体部分。其中权利主体可以分为“自然人”与“法人”两章,在“法人”章可以设立一节规定准法人(非法人团体)。“民事法律行为”章包括代理与准民事法律行为。除了私权一般规范,民法典总则还应当包括私法的一般规范,包括民法基本原则、民法解释的规则,其功能是用于统摄私权的具体规范(民法分则)与私权的一般规范(民法总则的本体部分)。

以上述研究及其结论对照我国现有民法典编纂工作,可以发现,全国人大常委会法律工作委员会于2002年底公布的民法草案总则编在体系上存在很多缺陷:其一,没有专门规定民事权利客体;其二,没有规定完备的民事权利救济机制体系,其中第七章民事责任把绝对权请求权与侵权责任混在一起,对其适用的条件未做明确区分,容易造成法律适用上的混乱。而且该章没有规定自力救济,不能给民事权利提供周全的救济手段;其三,对权利主体的类型规定不全面,没有规定交易实

[42] 参见张广兴:《债法总论》,法律出版社1997年版,第50页。

[43] 参见崔建远:《绝对权请求权抑或侵权责任方式》,《法学》2002年第11期。

[44] 参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第317页。

[45] 参见李模:《民法总则之理论与实用》,台北善美企业有限公司1998年印行,第400页。

[46] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第300页。

践中广泛存在的准法人（非法人团体），与生活事实相脱节，形成立法漏洞；其四，没有专门规定准民事法律行为；其五，第六章“民事权利”属于画蛇添足，立法者把本章视为民事权利的一般规范，显然没有意识到整个总则编本体部分在性质上都属于民事权利的一般规范，因此本章的存在必然会淡化民法典总则本身的私权通则色彩。此外，本章只是对各种民事权利概念的简单列举，而且还把本应放在债法中的不当得利与无因管理这样的具体问题规定在总则之中，不仅不能提高民法典的体系机能，还会造成体系上的杂乱无章。在将来修订民法草案时应当针对这些缺陷进行修改完善。

---

**Abstract:** The general theory of private right in modern German civil law science is the theoretical foundation of the general part of BGB. In essence, the general part of Civil Code consists of general principles of private right. There is substantial methodological basis for the general part of Civil Code, which is also of high practical value. China's prospective Civil Code should include the general part, the system of which should be built on the foundation of the general theory of private right. The system of general part of the present draft of Civil Code has some defects that should be improved.

**Key words:** general theory of private right, Pandecten Legal Science, general part of Civil Code

---