

中国民法典总则与分则之间的 统辖遵从关系

孙宪忠*

内容提要：我国即将通过的民法典包括一千二百多个条文，采取总则与分则相区分的立法模式。这种立法模式是立法体系化和科学化的结果，具有既节约立法成本又方便学习贯彻的优势。从民法发展历史来看，我国民法典编纂采取这种体例模式有其必要性和科学性。在总则与分则相区分的体例下，我国民法典总则编集中体现了立法者的指导思想，规定了民法基本原则和一般规则，充分贯彻了民法基本科学原理，对全部分则的规定具有统辖作用。解决民法典庞大的规范和制度群之间的体系逻辑问题，指出总则与分则之间分工合作、统辖遵从的逻辑关系，提出以总则编作为民法典整体的思想基础、规则效力基础、法理解读科学性基础，是理解民法典体系的关键，亦有助于澄清在我国民法典编纂“两步走”规划的特殊背景下，民法典分则一些篇章编纂过程中出现的轻视甚至脱离民法典总则编规则的法理混乱。

关键词：民法典 总则 分则 民事主体 民事权利 法律行为

引言

在依法治国原则下，民法作为国家治理所依赖的基础性法律，因其作用范围极广而包含着庞大的规范和制度群。要让这些庞大的规范和制度群有效地发挥作用，当然需要立法有先进的指导思想，必须符合我国的政治制度和经济制度，符合我国的国情，符合时代的潮流；但同样不可忽视的是，它还必须具备立法技术上的先进性，这样才能够保证立法的质量。具体地说，这种立法技术，不但能够将庞大的民法规范和制度群编纂成为和谐有机的统一体系，而且它还必须具有清晰明确的逻辑，保障这个庞大的民法规范体系既有高度包容性、又有高度自洽性，能够满足市场经济发展和人民权利保护的需要；同时，这种立法技术还必须为社会学习和贯彻实施庞大的民法规范和制度体系提供方便和快捷的渠道。本次我国民法典的编纂采取总则与分则相区分的立法模式，这种立法模式所包含的一系列立法技术，是我国法律界先辈们通过大量考察与比较之后才引入的，它的先进性既得到了

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

一百年来中国民法立法和司法实践的证明，也得到了改革开放以来尤其是我国市场经济体制确立以来的法治实践的证明。

民法典的庞大体系被区分为总则与分则，不但在立法时可以比较集中地贯彻立法者改造和推动社会进步的法思想，而且从法技术的角度看容易学习研究，也容易贯彻实施，尤其是方便司法适用。另外，本次我国民法典编纂并非完全新创，而是要将改革开放以来所制定的诸多民法单行法予以有机整合，所以采取的是“两步走”的立法规划。^{〔1〕}在这种情况下，民法典的编纂采取总则与分则相区分的体例，更加符合立法的国情。在这一规划下，第一步在2017年3月编纂完成了民法总则，并将其作为整个民法典的总则编；第二步是完成民法典分则各编的编纂，之后再整合民法典总则和分则各编为一体。在这种情况下，民法典总则的编纂完成与分则的编纂完成之间有了时间差。而且在立法时间极为紧迫的压力下，在民法总则刚刚编纂完成、它的内容还没有来得及充分消化的情况下，立法机关、社会各界包括法学界尤其是民法学界即将全部力量转移到了民法典分则的编纂之上，这样就造成了民法总则的思想和规则一度未能在民法典分则编得到充分贯彻的实际情况。在这一点上还必须注意的一个显著问题是，虽然近年来我国法律界尤其是民法学界的知识体系有很大进步，但是轻视法学基本原理、轻视民法知识的体系性与科学性的弊端一直还在，计划经济体制和自然经济条件下的法学观念未能得到彻底清理，那种自设前提、自我演绎、自圆其说的观点仍然存在，这些情况在民法典编纂过程中暴露无遗。因为立法时间要求方面的压力，民法典分则的编纂事实上也存在着急于求成和事务主义的现象。在这种背景下，最能体现民法科学原理、体现民法体系性和科学性特征的民法典总则编，它的思想和一些重要的规则确实一度被轻视甚至被忽视了。民法典分则各编编纂过程中出现了不少立法创意和观点，它们虽然可能带来了法学的繁荣，但是事实上也造成了分则编部分内容与总则编相脱节的问题。虽然在后来的立法过程中，这些问题逐渐得到了解决，但是因此而出现的民法理论混乱仍然存在，一些并不符合民法科学原理而且民法典本身也没有采纳的观点还很活跃，甚至有一些还写入了国家级别的教科书。随着民法典编纂工作即将完成，如果依靠这些观点对民法典加以解读，原本已经造成的混乱就可能呈加剧之势。

本来，在“两步走”的规划下，民法总则的率先编纂，就是为了对分则各编发挥引导和制约的作用，而且在总则与分则相区分的立法模式下，民法典总则编作为民法立法指导思想和基本原则的集中体现，作为民法一般规则的集中体现，它当然对于民法典分则各编具有统辖的效力，分则各编则应该遵从民法典总则编的规定。但是，我国社会、法学界尤其是民法学界，对于民法典编纂为什么要区分为总则与分则的体系性科学性及其必要性并不非常熟知，对总则与分则之间统辖与遵从的逻辑关系理解得并不完全透彻，对我国已经编纂完成的民法总则规范对民法典分则各编如何发挥统辖作用也不十分清楚明确。这些问题，将对下一步民法典的学习研究和贯彻实施尤其是司法适用造成消极影响。本文提出并研究这些问题，希望对澄清相关理论混乱、准确理解民法典以及相关法理能够有所裨益。

〔1〕 关于中国民法典编纂采取“两步走”规划，参见《民法典草案符合科学民主依法立法要求》，《法制日报》2020年3月17日第5版。关于这个规划，本文作者作为全国人大代表于2013年和2014年领衔提出了关于民法典编纂的两份议案，收纳在拙作《我动议——孙宪忠民法典和民法总则议案、建议文集》，北京大学出版社2018年版，第1页以下。

一、民法典总则与分则区分体例的立法科学性和必要性

中国民法典编纂采取的总则与分则相区分的立法结构，是立法科学性的体现，其优势已经被我国法制实践经验证明。而且，本次民法典编纂采取这种立法模式，在我国既是民事立法历史经验的体现，也是当前民事立法独特的背景使然。

民法被称为社会生活的百科全书，因为它的全部法律规范都来源于社会生活的现实，所以它必须反映现实。但是，民法规范对于社会生活现实的反映，并不是照相一样的反映，而是必须利用归纳和抽象的方法，将生活现实关系“制作”为法律概念，然后在这些概念的基础上形成法律规范、制度和体系。归纳和抽象听起来略显得不那么亲近民众，但它们也是一般人都熟悉的社会科学的研究方法。为了使法律概念既具有科学性，又不那么疏远于现实生活，法学界的先辈们在这点上已经积聚了丰富的经验，他们使用的法律概念，比如所有权、合同、亲属等，其实就是来源于生活现实的，所以多数的法律概念是一般社会大众熟知的。当然，确实也有一些概念术语与社会生活的直观不同，一般社会大众可能会觉得它们不容易理解。但是，这些比较专业的法律概念的产生也是十分必要的。因为民法要规范的社会生活范围十分广泛，有一些民事活动比如投资贸易等活动的法律概念就不是社会大众都熟悉的。而且立法必须采取归纳和抽象的方法，建立涵盖范围比较大的总括性法律规则。这些总括性的法律规则所使用的概念，也可能是稍微疏远于社会大众的，但是立法上必须如此。如果不作这样的技术性处理，那么不但像民法这样作用范围极为广泛的法律无法制定，甚至任何法律都无法制定出来。在瑞士民法典的制定过程中，立法者也遇到了法律概念抽象难懂的批评指责。主持立法工作的约瑟夫·翁格尔回答说，如果不使用法律的专业概念和逻辑，而是按照一般民众熟悉的语言和理解方式来编纂民法典，那么民法典就不可能仅仅只是一两千个条文，而是要写几万、几十万个条文，因为任何一个法律条文都必须认真描述现实，而且这些条文还需要通过立法解释清楚。这样，民法典可能要编几十卷，写几百万字。总而言之，这样的立法是谁也完成不了的任务。^{〔2〕}因此，民法典编纂使用专业的概念和逻辑是十分必要的，这不但会使得法律的语言更加严谨准确，而且还极大地节约了立法各个方面的成本。事实上，科学主义法学就是在这样的历史经验的基础上发展而来的。

我国民法典编纂采取总则与分则相区分的体例，同样也是科学主义法学发展的产物。这种立法体例的产生并不算早，不过立法者对于民法概念的整理却早已开始。在丰富的民法概念面前，立法者很早就已经开始对这些概念展开分析和归纳的工作，这些工作从立法技术上看，就是明确概念与概念之间的差异性和相同性，然后再将它们分门别类，编纂为一个有内在清晰逻辑的法律规范和制度的整体。这样的立法经验是世界各国都经历过的。总则与分则相区分的模式则是我国在近代法制变革的过程中继受而来的。这种立法模式就是出现在17、18世纪的潘德克顿体系，也就是德意志法系的法典编纂模式。潘德克顿体系

〔2〕 Konrad Zweigert, Hein Koetz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996, S. 166 usw.

是继受罗马法的产物，但也是超越罗马法的标志。在法制史上，罗马法重现之后，德意志（当时德国尚未统一）的法学家们在早期罗马法“学说汇纂”体系的基础上，利用该体系长于理论、概念清晰严谨的优势，对其进行了更系统的研究，形成了专门研究民法典编纂科学的法典编纂学派，也被称为潘德克顿学派。^{〔3〕}在现代民法发展史上，潘德克顿学派的贡献非常大。众所周知的法律关系理论，现在已经是民法甚至是全部法律分析的基本逻辑，是由这个学派归纳并最终完成的；作为现代民法象征、集聚近现代以来的人文主义思想而形成的法律行为理论和制度，是这个学派创立的；作为当代民法分析和裁判的基本理论的物权和债权的区分原则，是这个学派提出并不断完善的。潘德克顿体系的出现，适应并支持了当时欧洲编纂民法典的热潮，推动了欧洲的民法法典化运动。^{〔4〕}德国民法典、瑞士民法典、日本民法、韩国民法等，都是这个理论体系的产物。

潘德克顿体系最显著的特征，就是在这个体系中出现了民法总则，或者说，它确立了总则与分则相区分的编纂模式。将全部民法规范或者民法制度区分为总则与分则，是一种科学主义的立法体例，它是运用上文探讨的归纳与抽象的立法技术的结果。在此，归纳和抽象指的是对于民法规范和制度概念含义的区分和整合，以及对其内在逻辑的发现。它首先把具有共同特征的法律规范群归纳起来，然后从中抽象出一般规则，再把这些一般规则按照一定的逻辑整合为协调的制度，最后才形成了民法总则。学者借用数学的概念，将这种从具有共同性的法律规范群中抽象出一般规则的立法技术称为“提取公因式”。^{〔5〕}在“提取公因式”之后，我们会清晰地看到，社会生活中形成的民法规范，一部分成为一般性规范或者相对抽象的法律规范，而另外的部分成为具体规范或者相对具体的规范。而这些一般规范之中，还有可能再作进一步的提炼，由此得到的规范群就形成了民法总则。比如，在民法上作为最一般的逻辑、也是民法分析和学习研究的基本技术手段的，是法律关系理论，它就是按照提取公因式的方法在民法典总则编中予以展现的。法律关系理论，在逻辑上包括主体、客体、权利义务、责任等法律规范和制度。在民法上，不论是哪一种具体的法律制度，比如所有权、合同、婚姻家庭等，都存在着主体、权利义务和责任的制度建设问题。因此，按照提取公因式的方法，立法者把这些制度中反映主体、权利义务和责任的

〔3〕 法学上所说的潘德克顿法学，起源于古罗马法，但是在被17、18世纪德意志的法学家们继受之后，该法学体系从内容到形式都发生了重大变化。依本文作者的研究，潘德克顿一词大体上有三种不同含义。其一，是罗马皇帝查士丁尼编纂《民法大全》时，被吸纳为其中的一部分的《学说汇纂》（*degestiae*），是当时著名法学家的言论集，可以作为有效的法律渊源，但是本身不是立法的产物。其二，指14世纪后，德意志法学界在继受罗马法后将其予以改造的产物，以学者们编纂的《实用学说汇纂》（*ususmodernuespandectarum*, *lat modernen Gebrauch der Pandekten*）为代表，约形成于17世纪。此时德意志尚未统一为国家，“实用学说汇纂”被称为德意志的“普通法”（和英格兰的 *common law* 不同）。其三，指19世纪德意志以民法典的编纂作为研究对象而形成的法学学派（*Pandetistik*），也称为法典编纂学派，其理论要点如同其名。Vgl. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auf. 1967, S. 430ff; 前引〔2〕, Zweigert 等书, 第130页以下。

〔4〕 欧洲的民法法典化，指的是从18世纪开始欧洲大陆各个国家均着手制定民法典的事件，最早的是1756年制定的巴伐利亚民法典。17世纪开始，统治欧洲长达千年的德意志民族神圣罗马帝国逐渐解体，天主教神权统治力下降，随后欧洲出现了一些民族主权国家。这些国家为了有效地行使治权，都开始编纂民法这样的基本法律。这一运动成就了“大陆法系”和“民法法系”的美名。这些民法典中，最有名的当属法国民法典、德国民法典、瑞士民法典等。

〔5〕 See Hans Koehle, *Einfuehrung zum BGB*, Beck-Texteimdtv, 2004, XV. 汉语译本见〔德〕H. 库勒尔：《〈德国民法典〉的过去与现在》，孙宪忠译，载孙宪忠编译：《德语民法学精读译文集》，北京大学出版社2019年版，第10页以下。

共同性规则提取出来,然后按照从主体、权利义务到法律责任的逻辑,将它们编制为民法总则。

在民法总则出现后,其他稍微具体一些的法律规范,也按照其概念的差异性和相同性的逻辑,被整合为民法分则。这样,民法典之中的法律规范,全部被纳入总则与分则这两个大的规范和制度群之中。当然,在使用提取公因式的立法技术整理民法规范和制度的过程中,其产物不仅仅只有民法总则,还有民法中的共同规则、一般条款等。所谓共同规则,指的是对某一类法律规范都适用的规则。具体地说,写在我国民法典分则各编的第一章的“一般规定”,就是适用于该编的共同规则。所谓一般条款,指的是对某一类型的民事活动或者民事行为都具有约束力的条款,比如民法总则第143条关于民事法律行为的有效条件的规定,就是对于各种民事法律行为都有约束力的一般条款,它对物权编中的处分行为、对合同编中的债权行为、对婚姻家庭编中的婚姻行为和收养行为、对继承编中的遗嘱行为等,都有约束力。

总则与分则相区分的立法模式,不仅给民法典的编纂提供了科学的可能的道路,而且也为民法的学习研究和贯彻实施提供了最佳的道路或者方法。首先,从立法角度看,如果没有总则编,可以说立法将遇到无法克服的困难。比如,我们知道对于任何民事活动的法律调整都离不开对于主体规则的运用,如果不采取提取公因式的方法,就需要在规范每一个民事活动的法律条文中都写明对于民事主体的要求,仅此一项,就要在民法中增加数千个法律条文,而且全部是重复的规定。再如关于民事法律行为的规定,如上所述,很多民事活动都是由当事人的民事法律行为来推动的,如果不采取提取公因式的方法将民事法律行为的一般规则写入民法总则之中,那么民法典就又要增加数千个法律条文。以此类推,我们就知道为什么说不采取科学主义的立法模式,不但民法、甚至可以说任何法律都制定不出来。其次,从法律学习和贯彻实施的角度看,总则与分则相区分,其实完全符合我们学习和运用知识时,都是先掌握一般规则,然后才掌握具体规则的常识。比如,法官或者律师在分析一个民事案件时,都会先分析案件中的民事主体的法律资格问题,然后才会分析这个案件的其他具体情况。因此,总体而言,总则与分则相区分的立法体例,对立法、司法和学法而言,不但不会增加困难,反而提供了方便快捷的方法。

除此之外,相比在它之前产生的法学阶梯的立法模式,^[6]潘德克顿学派的理论体系更加完善透彻,而且最重要的是,它在司法实践中大大提升了法律实施的效果,尤其是能够极大地提升法律工作者的分析能力,能够更加清晰明确地指导法官作出迅速而且准确的裁判。因此,它的理论和制度在当代世界更受推崇,比如法律关系的分析方法、支配权和请求权的分析方法,也基本上为英美法系和法国法系所承受。因为这样,它才被后续立法者普遍接受。

我国在清末变法时引入潘德克顿体系。修法大臣伍廷芳就采纳德国民法的立法模式,所提出的根据是“后发者为优”,^[7]就是指潘德克顿体系后发于法学阶梯模式而言的。事实上,当时清朝政府因为甲午战争失败,变法图强的心愿强烈,向很多国家派出考察团,

[6] 关于法学阶梯,参见[古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版的“出版说明”。

[7] 参见杨鸿烈:《中国法律发达史》,香港商务印书馆1930年版,第904页。

在经过一番分析比较之后，才得出了潘德克顿学派超越英美法系和法国法系，更容易为我国继受的结论。^{〔8〕} 改革开放之前，我国引入苏联法学，而苏联的民法不论是1923年的苏俄民法典还是1936年的《苏联民法立法纲要》，其概念体系以及立法编章结构仍然来源于潘德克顿体系。我国改革开放之初于1986年制定民法通则，其基本概念和知识结构同样来源于潘德克顿体系。本次中国民法典编纂，在立法技术上也是一样的。

二、民法典总则编对分则各编具有的统辖效力

我国民法典共分为七编，各编中民法总则编处于龙头地位。民法典总则编，既是潘德克顿体系的特征，也是整个民法典的核心。说它是潘德克顿法学体系的特征，是因为在其他的立法模式中都没有民法总则。比如，我国法学界比较熟悉的同为大陆法系的法国民法典，就没有这种类型的民法总则。法国民法典的编纂采用的是法学阶梯的模式，它的第一章虽然也被翻译为“总则”，但其内容是关于民法的效力范围、法官如何适用民法等方面的规定，这些内容属于民事立法施行法的范畴，大体上类似于潘德克顿体系中民法的附则部分。而潘德克顿体系下的总则，规定的一般是民法的基本原则、主体制度、法律行为制度等对于民法典的分则各编具有实体性作用的一般制度或者基本制度。这些内容属于民事立法的实在法的范畴。我国民法典因为规定了这样的总则，所以它的立法体例仍然属于潘德克顿体系。

民法典总则编是整个民法典的核心，其原因有三：一是总则编集中体现了立法者编纂民法典的指导思想。民法总则开篇第一章第1条就阐明了它的立法根据和立法目的，接着规定民法各项基本原则。之后的各项基本制度，都体现了立法者不但承认和保护民事权利，而且要把各种主体的民事权利保护作为国家治理的基本目标的指导思想。这一点，不但对于整个民法典具有指导和统辖的作用，而且对于民法典之外的其他立法、对于民事执法和司法也都具有指导和统辖作用。二是总则编集中规定了民法的基本原则和一般规则。这些基本原则和一般规则，是从具体的现实生活规则中归纳和提取出来的，所以它们并不背离现实，但是它们在民法总则中得以展现，还是贯彻了立法者规范社会、推进社会进步的基本思想。比如，我国民法总则规定的平等原则、诚信原则、合法原则、绿色原则等，以及第143条关于民事法律行为的有效条件的一般规定等，都体现了这样的立法精神（对此下文还有进一步的讨论）。三是总则编最集中地体现了民法的科学原理。上文提及，民法的科学原理，是对人类社会依据民法从事国家治理的数千年的经验和教训的总结，尤其是在理性法学时代，民法原理经过法学家们的研究整理，已经形成了概念严谨、逻辑分明、体系包容而且完善的知识系统。像法律关系理论、财产权利理论、人身权利理论、法律责任理论等，从主体到权利义务，从权利义务的变动到法律责任，从具体的理论到整体的理论，大体上都已经发展完备。这些理论不仅可以为立法、执法、司法提供强有力的支持，而且也

〔8〕 清末变法时，中国当时的修订法律大臣在奏疏中说：“原本后出最精确之法理，学术之精进由于学说者半，由于经验者半，推之法律，亦何莫不然？以故各国法律愈后出者最为世人瞩目，意取规随，自殊剽袭，良以为学问乃世界所公，殊非一国所独也”（前引〔7〕，杨鸿烈书，第904页）；又见谢振民编著：《中华民国立法史》下册，中国政法大学出版社2000年版，第745页。

对民法学研究提供了基本的规范和指引。这些民法的基本原理，在民法典总则编中的体现是最完整的。因为民法典分则各编可能主要围绕着某一种权利、某一种民事活动展开，而总则编却要反映全部民事权利、全部民事活动的要求。不论是法律关系的逻辑，还是绝对权和相对权的区分、支配权和请求权的区分、物权和债权的区分、法律行为理论、违约责任和侵权责任的区分等理论，只有通过民法典总则编的解读，才可以得出确切的结论。

因为民法典总则编在整个法典之中居于统率地位与核心地位，因此，它理所当然地对民法典分则各编的具体规范和制度具有统辖的效力，民法典分则各编对于总则编处于遵从的地位。所谓统辖，就是民法典总则编的规定对于分则各编的规定具有统辖或者统率的效力，分则各编的规定必须遵从总则编的规定。如果在法律上确有具体规则不能适用总则编的规定，法典就要用“但书”排除的方式作出明确的规定。如果本法典没有作出排除性规定，那么分则不得违背总则。关于总则与分则之间统辖与遵从的法理和逻辑，是我们学习和研究民法、贯彻实施民法的基本遵循。掌握法理和逻辑是至关重要的。我国民法典共七编、上百个章节、一千二百多条，可是各编的地位、各个章节的地位、条文的地位都是不一样的。掌握了这个法理和逻辑，就找到了解读民法典这个庞大体系的金钥匙。

从民法典编纂过程中出现的各种观点以及社会热议或者争议的问题来看，恰恰就是总则与分则之间的法理和逻辑这样的要点，却还没有得到我国社会、法学界包括民法学界，也包括部分立法工作者的准确理解。一般而言，总则与分则的区分，也就意味着总则与分则的分工和配合，这两个部分的法律规范和制度承担的使命不一样，但是它们是互相配合发挥作用的。因此，凡是在总则编中已经作出清晰规定的，分则编就不再规定，比如主体制度、民事法律行为制度、民事责任的一般规定等。而且，凡是总括性的规则，也都应该尽量写入民法总则之中，而不必在分则各编重复规定。这一方面的逻辑在我国社会应无争议。

但是，关于民法总则和分则之间具有统辖与遵从的逻辑关系和法理，却没有被我国社会包括法律界彻底掌握和准确运用。恰恰这一点，才是总则与分则相区分的编纂体例的知识要点。对此，不仅仅在立法上，而且在法律生效后的学习与贯彻实施过程中，尤其需要引起重视。在本次民法典编纂过程中，在民法总则已经编纂完成的情况下，就民法典分则各编的一些重大制度设计发生了很多争议。这些争议中的一些观点，确实既不符合民法总则的规定，也不符合民法的基本原理，但是这些观点却得到了大张旗鼓的宣扬，而且产生了很大的社会影响。在民法典生效之后，这些观点的影响还会长期存在。本文对这些观点择一二要者，加以分析讨论。

比如，在本次民法典合同编的编纂过程中，一些学者对法典草案的猛烈批评之一，就是该编草案删去了合同法第51条，这样就许可了出卖人没有取得所有权时可以订立买卖合同。这些学者批评说，没有所有权就能出卖标的物，这个规则很不合理。^{〔9〕}还有一些学者提出了与此相类似的批评。这些观点在社会上造成很大影响，至今还有人依此对立法提出强烈批评。这些批评虽然激烈，但其论点和论据都是无法成立的。我们要思考的是，在民

〔9〕 参见梁慧星：《关于民法典分则编纂中的重大分歧》，http://iolaw.ccssn.cn/bwsf/201912/t20191223_5063778.shtml，2020年5月1日最后访问。

事活动中,如果出卖人没有所有权,就不能订立合同吗?一般人所说的买卖,在正常的市场交易中包括订立合同和履行合同两个阶段。出卖人在订立合同的时候没有所有权是正常的,只要在履行合同的时候他能够拿到所有权并把所有权移转给买受人就可以了。对于这种常规交易,从订立合同和履行合同的区分的角度我们是很容易理解的。标的物不存在或者出卖人没有所有权不妨碍合同的成立,因为订立合同只是在当事人之间产生债权债务关系,而不发生所有权的移转。因此,草案的现有规定是符合民法原理的。

再如,在民法典人格权编的编纂过程中,有课题组曾经提出过以人格权的转让作为立法基本理由的观点,^[10]甚至提出把自然人的遗体、人体器官、胚胎、基因等的转让也纳入人格权转让的立法范畴的建议。这样,似乎自然人的遗体、人体器官、胚胎、基因等都具有了人格,它们之上也存在着人格权。但是,这一观点明显违背了民法总则关于人格以及人格权的规定,也违背了相关的民法原理。民法总则在其第13条已经明确规定,自然人出生以后、死亡之前才享有法律人格,这就是说,只有活着的自然人才有人格,这既是民法总则的规定,也是民法原理。人体器官、基因等怎么能享有法律人格?既然这些都不享有人格,哪里来的人格权?人格权设置在人格之上,没有人格的东西就是物,当然不能享有人格权。拿这些民法上的特殊的物,来支持人格权转让的制度设想,其实是站不住脚的。另外,民法发展历史告诉我们,人格权是专为保障自然人的法律人格而发展起来的,这就是众所周知的人格权专有原则。在人格权专有的情况下,人格权怎么能转让?因此,这些观点既违背了民法原理,也违背了民法总则的规定。

在民法典分则各编的编纂过程中,诸如此类违背民法总则规定的观点很多,上述列举的只是其中一些影响非常大的观点,值得我们思考和探讨。可以看出,这些观点的关键问题就是明显地违背了民法总则的规定,而且对相关的民法原理掌握得不牢靠。这些观点曾经对立法造成了困扰,对于民法典的学习研究和贯彻实施也很不利。因此,在未来的学习和研究过程中,我们需要继续从民法总则的规定和民法学原理的角度对这些问题予以澄清。

另外,以往的实践表明,我国还有一些学者和司法专业人员在学习研究民法的过程中,在应用民法来解决现实问题的时候,仅仅只研读物权法、合同法等即将成为民法典分则的具体规定,而忽视了民法总则的规定。还有一些司法工作者经常抱怨立法不详备、无法可依。实际上,在民法典分则规定不详细的时候,民法总则所提供的法律资源是非常丰富的,是可以满足法律适用的需要的。民法总则规定的民法基本原则,具有指导整个民法典立法的作用、对民法具体条文和具体制度加以解释的作用以及在具体条文规定不详备的情况下直接适用的作用。^[11]在比较法上,直接适用民法基本原则来裁判处理民事案件、规范民事活动的例子是非常多见的。^[12]

通过这些讨论我们可以看出,在我国,不论是理论界还是实务界,都有忽视民法典总则编对于分则各编的统辖作用的认识缺陷。我们应当强调,民法典总则编规定的法律规范,是民法上最一般的法律规则,它最能够体现立法的指导思想,从而形成了民法上的基本原

[10] 参见王利明:《人格权的属性:从消极防御到积极利用》,《中外法学》2018年第4期,第1页以下。

[11] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第46页。

[12] 参见李敏:《民法法源适用规范研究——瑞士范式与中国问题》,中国社会科学院研究生院2014年博士学位论文,第177页以下。

则和基本制度，它们具有最强大的法律适用能力。不论是从立法思想的角度还是从立法技术上看，民法典分则各编都是受到总则编统辖的，分则编必须遵从总则编的规定。鉴于这一问题具有鲜明的理论和实践意义，以下，本文将围绕中国民法典总则编和分则各编之间的逻辑关系，进一步阐明总则与分则之间的统辖遵从关系。

三、民法典总则编中基本原则和一般规则的统辖效力

在民法典的学习研究和贯彻实施过程中，我们必须按照总则编与分则各编之间的逻辑关系，明确前者对于后者的统辖效力、后者对于前者的遵从地位。民法典总则编集中地体现了立法者的指导思想，规定了民法的基本原则，体现了民法科学的基本法理。而民法典分则部分，是在相对比较具体的制度中落实立法的指导思想、贯彻民法的基本原则和科学法理。民法典总则编对于分则各编的统辖作用，首先体现在它所规定的民法基本原则和一般规则方面。

在早期的潘德克顿法学中，民法以及民法总则中并无关于基本原则的规定。比如，德国民法典第1条规定的是民法上自然人的权利能力。但是后来的民法典普遍地规定基本原则，^[13]原因就在于总则中的基本原则最能够体现立法者编纂民法典的指导思想，体现依法治国原则下规范民事活动的基本目标和立法者关于民事问题的基本看法。因此，民法总则规定基本原则不仅仅是重要的，而且也是必要的。民法总则第一章“基本规定”规定的民法基本原则有七项（第3条到第9条），分别为合法原则、平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则、绿色原则。相较而言，绿色原则之外的其他原则在中国民法上已经有非常多的探讨，这些原则对于民法立法和司法的价值非常大，这一点毋庸赘述。因为法学界对于民法基本原则的探讨一直具有很高的热情，这一方面的著述可以说是汗牛充栋，本文对这些原则的内容、含义、立法价值不再赘述。但是，无论如何，我们应该明确，民法总则规定的这些基本原则对于民法典分则各编的统辖作用十分强大。可以说，全部的民事活动都要服从民法基本原则的要求。尤其值得注意的是民法总则关于绿色原则的规定，这无疑是中国民法典的重大创新点之一，它贯彻了中国在追求经济发展的同时特别强调绿色发展、强调生态保护的基本理念。^[14]

在民法总则第一章中，还有一些关于法律适用的一般规则的规定，其理论价值和实践价值都非常显著。除平等原则、诚信原则、合法原则这些众所周知的原则也可以作为民法一般规定适用于案件分析和裁判之外，本次民法典立法还规定了“可以适用习惯”和“公序良俗”这两个理论和实践价值非常显著的一般规则（第10条）。适用习惯，可以说在其他国家民法中已经有所规定，尤其是瑞士民法典在其第1条创新性地规定习惯可以作为法律的渊源。^[15]如上所述，民法要调整的社会关系本来就十分复杂，再加上我国地域辽阔、民族众多，民法典加上民法的特别法，即使它们规定得再详细，也不可能将全部社会规则都

[13] 如瑞士民法典第3条、日本民法第1条等。

[14] 2015年中共十八届五中全会提出中国发展的五大理念，即创新、协调、绿色、开放、共享。2018年中国宪法修改，宪法序言第7自然段加入“贯彻新发展理念”，将社会文明、生态文明写入宪法。

[15] 瑞士民法典第1条关于法源的规定，参见前引[12]，李敏博士论文。

清清楚楚地写下来。此外，公序良俗原则的意义也非常显著，它为法院、仲裁机构提供了具有补充性质的强大的法律资源，对于弥补可能的法律漏洞有着十分重要的作用。^[16]

民法基本原则对于民法的整体具有统辖意义，它们也可以说是民法上最一般的法律规范，也就是必须首先予以遵从的法律规范。它们不仅仅对于民法典分则各编具有统辖意义，而且对于民法典总则编的一些制度也具有统辖意义。总之，民法上任何权利的享有、行使，都必须符合这些基本原则。比如，在财产权利方面，虽然当事人之间对于如何订立合同和履行合同可以按照自己的意愿作出决定，但是不能违背法律的强制性规定，不能违背公序良俗。在人身权利方面，不论是婚姻的缔结还是解除，当事人当然享有自主权利，但是同样，其自主权利的行使不能违法，不能违背公序良俗。

四、总则编自然人人格规则对于人格权编婚姻家庭编的统辖作用

民法典总则编规定自然人人格，从立法体系上看，就是要建立自然人作为民事主体的制度。我们知道，任何法律制度的建构都是要解决社会现实问题的，这是我们认识民法和其他法律制度的基点。现代民法自然人主体制度构建的问题意识，包括两个大的方面：第一个方面，要消除自然人享有人格的法律障碍，保障一切自然人都能够依法享有平等人格。这个问题意识的切入点在于，在民法形成初期，人类还处于奴隶制社会。在奴隶制时代，奴隶虽然是自然人，但不是法律上的人，他们没有法律人格，不可以享有权利和承担义务。他们的一切包括其生命都是奴隶主的财产。为了区别于奴隶，罗马法早期就借用了戏曲舞台上使用的面具（*persona*）这个词，来表示具有法律人格的自由民。^[17]因此，“法律人”和自然人在法律上是两个不同的概念。但是，即使在享有法律人格的自然人也就是自由民之中，古代法又规定了等级身份制，有些人是贵族，有些人是平民；有些人是合法的上等人，有些人是法律规定的下等人。贵族与平民之间、上等人和下等人之间的法律人格也是不平等的，还有一些下等人对上等人存在着人身依附关系，如中国的“奴”和欧洲的农奴制度等。^[18]在奴隶制和等级身份制下，自然人之间存在着赤裸裸的合法的不平等。近现代人文主义革命否定了奴隶制和等级身份制，确立了每一个自然人都享有平等人格、每一个自然人的人格都享有至高无上的尊严、每一个自然人的法律人格都受到法律绝对保护的现代文明思想，并且将这些思想陆续写入了世界各国的宪法，因此世界主要国家的宪法上都陆续出现了人格尊严原则。将这个原则写在宪法之中，是因为人们普遍认识到，古代社会的人格制度的不公正，主要的原因还是个国家政治问题，而不仅仅是民法问题，所以人格问题的解决，必须借助于宪法的最高法律效力来制约国家权力，消除社会对于自然人的歧视。和宪法的精神相一致，近现代民法遵从人文主义思想，规定了权利能力制度，让每一个自然人都能够自出生时起享有平等人格。

[16] 关于公序良俗原则，参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨：《合同法中的自由与强制》，孙宪忠译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第9卷，法律出版社1998年版；于飞：《公序良俗原则与诚实信用原则的区分》，《中国社会科学》2015年第11期。

[17] Creifelds, Rechtswoerterbuch, 12. Auflage, C. H. Beck, 1994, S. 883.

[18] 参见[德]汉斯·哈腾豪尔：《民法上的人》，孙宪忠译，载前引[5]，孙宪忠编译书，第98页以下。

现代民法自然人主体制度构建要解决的第二个大问题是，自然人因为自身智力发育原因不能妥当处分自己的利益而可能造成自身损害方面的问题。自然人在未成年阶段，会普遍地出现这一问题，某些自然人即使成年之后，也会出现这一问题。为解决这个问题，民法从“保护主义”原则出发，建立行为能力制度、监护制度等，^[19]对行为能力受限者的处分行为予以限制，使这些不当处分的效力待定或者无效。这样，即使未成年人等行为能力受限者作出了对自己利益的不当处分，这些处分也不会得到法律的承认和保护，他们可以将自己的财物追回。比如，一个儿童将家中一件古老器物当作废品出卖，该物品可以根据未成年人行为能力受限制的规则而追回。

民法典总则编关于人格的规定，对于民法典的分则各编尤其是人格权编、婚姻家庭编具有强烈的统辖效果，是我们学习研究和贯彻实施这些分则编的立法基础。总体而言，对于人格权以及人身权利的认识，我们必须认真研究领会民法总则第109条等关于人身权利的立法指导思想，领会生命、健康、隐私等作为法律权利，其权利根据并不是民法，而是宪法保护的人格尊严、人身自由的精神。我们都知道，生命、健康和隐私等权利，并不是根据民法取得的，也不是根据民法享有的；生命、健康、隐私与自然人的人格完全无法分离，所以只能是自然人专有的权利，不能根据民法来转让或者继承。如前所述，就人格权编的规定而言，因为在立法过程中有课题组提出了人格权转让的观点、并且依据人格权转让的观点提出了一些条文设想，后来还把这些条文设想写入了教育部的统编教材，^[20]所以会使人误以为人格权编的立法指导思想就是规范人格权的转让。但是从上文的分析我们知道，现代民法中的人格建立在生命伦理的基础之上，建立在宪法规定的人身自由和人格尊严的基础之上，基于人格尊严、人身自由至高无上的人文主义思想，人格和人格权当然不可以分离，人格权当然不能脱离其主体。此外，人格权以人格作为对象，是专门为保障人格而发展起来的，与人格不可分离，这样的权利怎么能够转让？在人格权这个概念提出后，人们发现，人格和人格权是完全无法分开的，比如司法实践中常见的个人隐私受到侵犯，究竟是侵犯了他的人格还是侵犯了他的人格权？因此，那些以各种理由要把人格和人格权相区分的观点，都是无法成立的。

在学习研究和贯彻实施民法时，我们必须注意到这些基础性问题。另外，在民法典人格权编中还出现了涉及自然人的遗体、移植的器官、胚胎甚至基因等方面的条款。在传统民法中，自然人的遗体、移植的器官、胚胎甚至基因等都是作为民法上“特殊的物”来加以规定的。^[21]但是一些学者把它们与人格混同使用，似乎这些物品也是有人格的；然后将这些物品的转移也作为人格权转让的例子。这样的理解实在是讲不通的。我们在学习和研究人格权编中的这些条款时，首先应该遵从民法总则关于人格的基本规定，那就是自然人的“人格”“从出生时起到死亡时止”（第13条），有生命的自然人才有人格，这就是法律人的“现世人”的规则。^[22]如果在民法的学习研究中连这些基本的逻辑、基本的民法原理都不

[19] 参见 [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《行为能力比较研究》，孙宪忠译，载前引〔5〕，孙宪忠编译书，第127页以下。

[20] 参见《民法学》编写组编：《民法学》（马克思主义理论研究和建设工程重点教材），高等教育出版社2019年版，第128页以下。

[21] 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第5页。

[22] 参见前引〔18〕，哈腾豪尔文，第98页以下。

遵从，那么不但会造成理论上的很多混乱，也会累及法律的贯彻实施。

民法典总则编关于人格的规定对婚姻家庭编的统辖效果，主要体现在行为能力和监护制度对婚姻家庭关系中人身权变动的各个方面都具有制约的效力。不论是夫妻之间的权利义务还是父母子女以及兄弟姐妹之间的权利与义务，不论它们发生什么变化，都首先要遵从民法总则关于行为能力、监护等规则的规定。如果不能遵从民法总则的这些规定，相关行为就不能得到法律的承认和保护。

五、民法典总则编法人规则的体系价值

自民法通则规定法人制度以来，我国法学界关于法人的研究成果汗牛充栋，对此本文不再赘述。不过，就民法总则关于组织体的民事主体制度的独特规定，还是值得有所阐述，因为这些规定作为一般规则，对法典之内甚至法典之外的商事法具有统辖性的法律效力。民法总则关于组织体的规则，其特点首先就是把法人划分为营利法人和非营利法人两大类（第三章第二节和第三节），然后创新地设置了特别法人制度（第三章第四节），还规定了非法人组织（第四章）。这些组织体制度体现了立法者自己的思考。可以说，把法人划分为营利法人和非营利法人，从行为规范和裁判规范的角度抓住了法人分类的本质，这一点比其他民法典追求法人分类上的学术清晰，显得更有实践价值。民法总则规定的特别法人，确定了机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人为民事主体（第96条），其理论价值和实践价值都非常高。改革开放以来，这些组织体不但要参与民事活动，而且还有一些已经取得了重大价值的资产（比如很多城镇郊区的农村集体经济组织），还有一些被政策和法律赋予特殊职能，要在未来改革中发挥更大的作用（比如农村新型合作社）。承认这些法人类型，对于它们的治理结构的完善是非常必要的。另外，民法总则关于“非法人组织”的规定，意义也十分重大。此前立法在这些组织体的民事主体资格方面的规定要么语焉不详，要么没有规定。本次民法典编纂终于弥补了这个缺陷，民法典中的民事主体体系已经臻于完善。

六、民法典总则编中民事权利一章的体系价值

民法总则第五章规定了民事权利。从比较法的角度看，对我国民法理论和编纂体例有着很大影响的民法或者民法典，比如德国民法典、日本民法、瑞士民法典等，其总则编并没有关于民事权利的一般规定。在中国民法典的编纂过程中，也曾有学者提出建议，主张不在民法总则中规定民事权利一章。但是我们认为，民法典总则编中不仅仅要规定民事权利一章，而且要把它作为重点来规定，^[23]因为这不但是民法通则所确定的中国立法传统，而且其理论和实践意义都非常显著。

首先，民事权利一章在总则编中的规定，明确地建立了该章在整个民法典中的核心地位，而且进一步说，它也确立了该章以及整个民法典在我国全部民商法的大体系中的核心

[23] 参见拙作《关于〈民法总则草案〉“民事权利”一章的修改建议》，载前引〔1〕，孙宪忠书，第237页以下。

地位。从其内容看,不仅仅民法典分则中的民事权利在该章得到了规定,而且民法典分则没有规定的商事权利、知识产权、社会性民事权利(民法总则第128条),都在这一章中得到了规定。通过这样的规定,整个大民事法律体系中的权利规则形成了统一和谐的整体。而且,这种立法体例,使得民法典总则编不但带动了民法典分则各编,而且也成为庞大的广义上的民商法体系的统率,对整个民事法律体系都可以发挥统辖作用。可以说,正是通过这样的规定,我国民事法律的体系性科学逻辑才得到了充分的体现,民法典立法的指导思想,就可以通过此中的科学逻辑辐射到商法、知识产权法、社会立法等领域之中。因此,从民法典体系性科学逻辑的角度看,民事权利一章不仅是必不可少的,而且是最能体现法典体系性逻辑的核心支点。

其次,民法总则中民事权利一章的规定,为广义上的民事权利的法律发展提供了法律根据。从改革开放的需要来看、从市场经济体制和人民权利的需要来看,广义上的民事权利制度,包括民法典中规定的民事权利,也包括商事权利、知识产权和社会性权利等,在未来肯定还会有很大的发展,而民法典总则编关于民事权利的一般规定,将为这些发展提供制度支持和保障,也将为它们的发展提供引导和规范。

再次,民法总则民事权利一章,为在广义的民商事案件的分析和裁判中适用民法典、适用民法总则提供了法律根据。可以看到,本章的规定并不仅仅只是引导社会大众的行为规范,也包括了很多裁判规范,这些规范对于指引执法者、裁判者将发挥基础性作用。这一点可以说是民法典总则编最为显著的体系性科学逻辑的作用。在此,我们不妨指出民法总则民事权利一章可以给未来的民事立法、执法和司法提供制度支持的若干要点:

(1) 民法总则关于人身自由、人格尊严保护的规定(第109条)作为民事权利一章的第一条,集中体现了现代民法保护人民权利的文明精神。人身自由和人格尊严,起源于人文主义的自然权利思想,获得现代宪法的普遍承认,作为民法上的“一般人格权”制度,^[24]将在普通民众的民事权利保护上发挥强烈的引领作用。这个条文无疑是本次民法典编纂最大的亮点之一。相较而言,其他国家的民法典还没有这样的规定。

(2) 民法总则关于个人信息(第111条)、数据资产(第127条)等的规定,吸收了互联网时代民法规则的新发展,具有鲜明的时代价值。更为重要的是,这些规则为未来设计这些领域的民事权利立法和司法提供了依据。

(3) 民法总则关于财产权利的规定(第113条至第127条),既包括对各种财产权利(物权、债权、股权等商事权利、知识产权、数据资产等)的细节表述,也包括对财产权利的保护、行使、征收等一般规则的规定,这就为庞大的财产权利群建立起了一种有内在逻辑联系和统合性的规则,让人民能够比较清晰地看到各种财产权利的区分界限,为市场交易以及相关的司法裁判提供了可予遵循的规则,同时也为国家的财产立法、执法和司法提供了比较明确的基本规则。

(4) 民法总则第128条为民法典和社会立法建立了法律科学原理上的连接点,为社会性法律的制定和司法提供了强大的民法基础,其重要价值怎么强调都不为过。设置这个条文在立法过程中曾经有些争议,一些学者认为这些权利属于社会性立法中的权利,而非民

[24] 参见尹田:《论一般人格权》,《法律科学》2002年第4期,第13页以下;姚辉、周云涛:《关于民事权利的宪法学思维——以一般人格权为对象的观察》,《浙江社会科学》2007年第1期,第96页以下。

事权利，因此规定在民法总则中并不妥当。但是我们认为，这些权利在涉及到群体人利益保护时具有社会性权利的特点，但是在涉及个体利益保护时也有民事权利的特点。因此，在特定的民事权利主体的这些权利受到侵害时，应该适用民法来予以保护。

以妇女权利受侵害为例。对这些案件的处理，当然可以依据涉及女性权利保护的法律规定。但是，对于该受到侵害的特定女性而言，这些损害女性权利的行为，也损害了她的个人的合法权益。因此，在适用保护女性的法律来保护该女性的个人权利时，也可以适用民法典侵权责任编的规则。举个简单的例子，一些偏远地区还有重男轻女甚至欺压妇女的恶习，从宪法或者妇女儿童权益保护法的角度看，这是数千年男尊女卑的余毒，但是从民法的角度看，这也是对具体的女性的个人权利的侵害，所以适用民法典侵权责任编对其权利予以救济，是完全没有问题的。因此，第128条的立法意义和司法意义非常大，此前的民法总则解读常常忽略了这一点，对此应该引起注意。

一些法学著述将第128条解释为保护弱势群体的规定，这个解释缩小了这个条文的立法本意。我们应该从民法总则确立的权利体系这个角度来理解该条文的价值，这就是关于一般法和特别法之间的法律适用逻辑：有特别法的，应优先适用特别法，特别法没有规定时，则适用一般法。通过这个条文，我们应该看到适用民法、适用民法总则的体系逻辑。也就是说，虽然行为人侵犯的可能是宪法、行政法等法律规定的权利，但只要被侵害的权利可以被肯定为是特定主体的权利，司法就可以认定构成了对特定主体的法律利益的损害，就可以适用民法第128条的规定。根据这个条文，民法典总则编的多数条文都可以适用于特别民事权利的法律分析和裁判之中，所以其价值非常显著。

(5) 民事权利一章对于民事法律关系变动根据的总括性规定（第129条），弥补了法律制度上的一个重大空白。该条文规定，民事法律关系变动的根据有民事法律行为、事实行为、法律规定的事件或者法律规定的其他方式。在立法上明确法律根据的意义是非常显著的，但在此之前，不仅中国民法尚无系统规定，而且相关立法例也无明确规则，只有民法学者作出的理论总结。^[25] 民法总则的这一规定具有立法创新的重要价值。

(6) 民事权利一章关于权利行使的规则的规定（第130条至第132条）不仅仅对于民法典中民事权利的行使，而且对于广义上的民事权利的行使，都具有统率的规范效力，这几个条文的意义都十分重大。享有民事权利者，当然可以依据自己的意愿来行使权利，但是行使权利必须依据合法的方式。因此，这几个条文对于执法和司法的价值是很显著的。

从法学理论上讲，第130条规定的民事主体行使权利依据自己的意愿这一点，学理价值尤其显著。长期以来，我国民法学界把权利行使作为事实行为，尤其是把合同履行中当事人所为的动产交付、不动产登记都理解为事实行为，^[26] 看不到权利人行使权利中的内心意愿，不能按照权利人的意愿来理解和处理权利客体的转移。依据该条文，可以说这些错误观点得到了有力的纠正。

最后，民法总则关于民事权利的规定，为澄清民法学理论混乱、保障我国民法学知识体系的科学化奠定了基础。在民法典编纂过程中，我国民法学界出现了我国民法中没有债

[25] 参见前引〔1〕，孙宪忠书，第237页以下。

[26] 参见董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第129页以下；崔建远：《从解释论看物权行为与中国民法》，《比较法研究》2004年第2期，第75页。

法总则因此也就没有债权立法体系、采纳人格权编和侵权责任编表明我国民法典立法脱离了潘德克顿法学体系等观点,这些观点对于民法学习和研究造成了相当大的负面影响,进而又对物权和债权相区分的民法分析和裁判方法造成了消极影响。但是,这些具体立法方案,从民法总则的规定来看都是有根据的。比如,民法总则民事权利一章,整体上就是按照人身权利和财产权利的区分编纂起来的,其他的一些财产权利,也都按照关联性原则,附从性地规定在人身权利或者财产权利之中。其中值得指出的是,人格权的一般规则,规定在民法总则民事权利一章第109条、第110条。关于自然人的个人信息保护问题,从立法关联性原则出发,规定在第111条。至于债权体系的基础,则规定在第118条到第122条,其中第120条就是关于侵权之债的规定。从民法总则关于民事权利的全部规定看,我国民法仍然坚持了人身权利和财产权利的区分、物权和债权的区分这些基本逻辑,因此对我国民法学长期以来的知识体系并无扰乱,民法理论对于立法和司法的支持以及引导作用并无脱节之忧。

七、民法典总则编民事法律行为一章对分则的统辖作用

民法总则第六章规定的民事法律行为制度,是民法总则、民法典甚至是广义上的民商法大体系的核心制度之一,其法理和实践意义非常强。民法总则关于民事法律行为的规则对于民法典分则各编甚至广义民商法的统辖作用,必须从民法体系化科学逻辑的角度予以充分揭示,才能彰显其制度意义。

从民法典编纂过程中出现的各种争论来看,我国社会尤其是法学界,有必要进一步更新或者提升对于民事法律行为的法理和制度含义的认识。因为,自从民法通则采用苏联法学关于民事法律行为的概念及其定义之后,该法关于法律行为的制度含义已经与经典民法确立的法律行为的定义大相径庭。经典民法中的法律行为概念及其制度产生于理性法学时代,它的含义是,民事权利的各种变动必须由民事主体自己的内心真实意愿来决定。这个表面上看似简单的定义,体现了一场极为重大的政治和法律革命。因为在法律行为理论和制度产生之前,民事权利变动的法律效力归根结底来源于神的意志或者君主的意志,其实就是来源于统治者的意志。在人文主义革命和启蒙思想时代,法律上产生了意思自治原则,其含义就是要把各种权利变动的自决权交还给权利人自己,而不是交给神或者君主。法律行为理论就是为了在民法中贯彻意思自治原则而产生的,该制度的问题意识是要废除把神或者君主的意志作为民事权利义务的法效渊源的政治体制和法律体制,建立让民事主体自己决定自己的权利义务的政治体制和法律体制。法律行为理论的提出并进入民法,其意义十分重大。在神权法和君权法的体制里,民法上的权利归根结底来源于国家的统治者,民事活动最终要听命于神或者君主,所以民事主体归根结底不能成为真正的“主体”。法律行为理论从法律伦理的角度,把民事权利的渊源确定为民事主体自己的意思表示,归根结底确定为民事主体自己内心的真实意愿,这就从政治伦理和法律伦理的角度,解决了民事权利的根源问题,既确立了民事主体的法律地位,也从本源上废除了人与人之间不平等的等级身份制,为民事权利发生变动重新建立了正当性基础。^[27]

[27] 关于法律行为理论产生的背景资料,参见[德]汉斯·哈腾豪尔:《法律行为的概念——产生以及发展》,孙宪忠译,载前引[5],孙宪忠编译书,第141页以下。

但是，苏联法中建立的民事法律行为制度，恰恰删除了由权利人自主决定这个核心因素，它强调的是民事主体必须对制定的现行法律的服从。我国民法通则依据苏联法，规定民事法律行为只能是合法行为。^[28]这种民事法律行为制度强调的是，民事主体必须服从国家治理者确定的秩序，而不是民事主体自己的内心真实意愿。^[29]因此，这个理论的要点是排除了法律行为之中的意思自治因素，背离了经典民法中法律行为理论的政治和伦理基础。而且，在本次民法总则的编纂中，坚持苏联民法观念的观点和坚持经典民法理论的观点在这个要点上还发生过争论。^[30]

从这些争论我们可以看出，民法总则第133条将民事主体的意思表示作为民事权利变动的核心要件加以规定，具有重大的理论和实践价值。相比民法通则的规定，民法总则第133条并不仅仅只是一个理论提法的不同，而是一个非常重要的更新。这个更新并不是一个法律条文复归经典民法基本知识体系这么简单，而是我国民事权利变动的整体制度复归意思自治原则的体现。如上所述，民事权利义务发生变动，归根结底要从政治和法律的基本伦理的角度来认识，所以这个规定既体现了民法核心的更新和改进，也体现了整个民法体系的更新和改进。这一点完全可以作为我国民法典促成的理论和制度的更新和进步的典型标志来看待。

当然，民法典总则编关于法律行为制度的规定，更为显著的价值是它作为行为规范和裁判规范的实践意义，尤其是对民法典分则各编确定的权利变动的法律根据所具有的统辖效力，需要在民法学习研究和贯彻实施之时予以充分重视。本文对此试析如下：

第一，民事法律行为制度作为民事权利变动的一般法律根据，对全部民法上的依据民事主体的意思表示发生的权利设立、转让、变更和消灭均有基础性规范意义，全部以民事主体的意思推动的民法（包括民法的特别法商事法、知识产权法等）上的权利变动，都应该从民事法律行为制度的法律规范中确立其法律根据，否则就不能获得法律的承认和保护。

受苏联法学影响，我国的法学理论和制度建设在贯彻意思自治原则方面确实存在不足，对此必须依靠民事法律行为的理论和制度来予以更正。比如，在物权法中，法学界、实践部门甚至一些立法机关的工作人员，都不能准确理解不动产物权变动和不动产登记之间的关系。他们非常简单地认为，不动产物权变动的效力来源就是不动产登记，而且仅仅只是不动产登记，认为只有进行过行政登记的物权变动，才能够获得法律的承认和保护。一些学者包括民法学者在内以及很多行政管理机关和法院，把行政机关进行的不动产登记行为理解为国家管理行为，或者理解为行政机关给当事人授权或者确权的行为。如果当事人在法律交易中没有履行登记程序，行政机关和法院就认为当事人没有权利。有时候，当事人购买的商品房，已经居住了很多年，法院还判决其不享有所有权。其实这些做法都是违背意思自治原则的，既不符合民事权利归属于民事主体的权利学说，也不符合法律行为理论中当事人依据其意思表示来设立、转让、变更和消灭民事权利的重要规定，所以也不符合物权变动的科学法理。法律交易中的不动产物权变动，本质上仍然是依据法律行为发生的，

[28] 民法通则第54条。

[29] 参见张文显主编：《法理学》，法律出版社1999年版，第101页。

[30] 参见孙宪忠：《民法典总则编“法律行为”一章学者建议稿的编写说明》，《法学研究》2015年第6期；本文作者作为全国人大代表所提的立法建议《民法典总则编“法律行为”一章的建议稿》之“本章立法理由”部分，载前引[1]，孙宪忠书，第22页以下。

其法律效果必须依据民事法律行为理论来理解和处理。在设计和解读物权变动的制度时，我们都应该清楚地知道，权利是出让人转让给受让人的，而不是政府的登记部门授权给受让人的。物权的转让来源于出让人转让的意思表示，不动产登记仅仅只是当事人物权变动的意思表示的公示方式而已。不动产登记不是国家管理，更不是国家给当事人赋予权利或者确定权利。^[31]

不仅仅在财产关系领域，在人身关系领域里，苏联法学关于民事法律行为的理论的影响也是很大的。比如，在结婚与离婚这个非常重要的制度建设上，法学理论和实务部门一直把婚姻的效力解释为婚姻登记的效果，不承认或者不能彻底承认婚姻法律行为。这种扭曲甚至压抑民事主体意思自治的立法和法学理论，可以说处处可见。

毋庸讳言，不论是学习研究和贯彻实施民法典，准确领会民事法律行为所体现的意思自治原则的重大价值和核心因素，还是准确应用该制度来更新我国法学及其相关制度，准确应用该理论和制度从事执法和司法，在我国都还是一项不容忽视的艰巨任务。

第二，民法总则建立的法律行为规则，核心是民事主体意思自治，包括权利自决和责任自负，这是相辅相成的两个方面，应该同时得到贯彻和遵从。

民法总则第133条规定的民事法律行为制度包括权利自决这一点，是非常清晰明确的，也是社会容易理解和掌握的。但是，这个制度所包括的责任自负这一点，尽管条文没有明确，也是其当然之意。根据民法总则第133条，当事人根据内心意愿为自己设置权利义务关系，这个权利义务关系生效后，他并不仅仅只是享有权利，还意味着他要承受因此而产生的法律义务。权利自决和责任自负是两个不可或缺、而且是互相支持的法律后果。如果仅仅只是强调民事主体的权利自决，而忽视其责任自负这一方面，那不但违背了法律行为理论的本意，也会造成严重的诚信缺失的社会问题。

第三，从裁判规范的角度看，民法总则建立的法律行为制度，为人民法院以及各种裁判机构提供了强大的分析和裁判依据，需要法院和各种裁判机构予以充分尊重和适用。

多数民事案件涉及交易，而交易的本质就是民事法律行为，故交易的法律分析和裁判，必须依靠民事法律行为制度。民法典规定的法律行为制度可以说是比较完善的，它不但继承了传统民法确立的法律行为的制度体系，而且也结合我国实际进行了很多创造，因此为人民法院和其他裁判机构提供了强有力的依据和可以普遍适用的法律资源。从表面上看，法律行为制度中很多条文的规定都比较抽象，但是这些概念都是来源于生活现实的，而且恰恰就是这种抽象的规则，才更有辐射力，才更有普遍的适用性。虽然民法学界对于意思表示理论还有意思主义和表示主义的争论，但是这一理论争议在裁判制度建设方面并无太多价值，因为民事主体的内心意愿总是要通过客观的方式表达出来，才能为外界所认识，也才能发生民事权利变动的效果。^[32] 无论如何，在分析和裁判民事权利的变动时，确定主体的内心真实意愿、将其作为民事权利义务发生变动的核心要素，这一点才是至关重要的。

[31] 依据法律行为理论来更新我国法学理论和制度建设方面的这一弊端，一直是本文作者努力的方向。在这一方面，本文作者对支持这种仅仅依据不动产登记来确定交易中的物权变动的“债权形式主义”理论提出批评，以及为更正其错误而提出“区分原则”理论等。参见拙作《中国物权法总论》（法律出版社2018年版）中关于物权变动一章、关于物权行为理论一章的阐述。

[32] 参见前引〔27〕，哈腾豪尔文，第141页以下。

如上所述,民事法律行为的核心要素就是意思表示,而这个意思,指的是设立、转让、变更和消灭民事权利义务关系的意思,民法上称之为“法效意思”。更进一步说,民法上的权利义务关系,必须遵守明确肯定的原则或者具体性原则,民事权利义务必须明确肯定地指向具体的主体,指向具体的客体,而且权利和义务本身也必须明确肯定,比如说,到底是物权还是债权。法效意思的核心,其实是指向民事权利的;而民事权利,有人身权利和财产权利的区分,或者按照民法理论上的体系,有支配权和请求权的区分;在财产权利之中还有物权和债权之分。因此,法效意思,也应该区分为针对人身权利的意思和针对财产权利的意思、指向支配权的意思和指向请求权的意思、物权意思和债权意思。按照法律行为理论来分析和裁判交易民事案件,一般而言就是要按照当事人的意思表示来分析和裁判案件;进一步说,或者从本质上说,其实就是按照法效意思来分析和裁判案件。尊重当事人的法效意思,就要尊重法律行为方面人身法律行为和财产法律行为的区分、基于支配权的法律行为和基于请求权的法律行为的区分、物权法律行为和债权法律行为的区分。这并不是理论的演绎或者推导,而是法律行为理论及其制度的本意。不论是从事民法学习研究还是从事法律实务,都应该对此有清晰的把握。比如,在对买卖合同这种典型的民事交易进行分析和裁判的时候,我们必须清楚地认识到,在订立合同阶段,当事人的内心意愿也就是法效意思仅仅是订立合同,所以我们应该确定此时当事人之间发生的法律关系仅仅是债权关系或者请求权的法律关系。在履行合同阶段,当事人的内心意愿也就是法效意思是所有权的转移,所以我们应该按照当事人的法效意思,确定这个阶段发生所有权转移的效果。这样,我们就能针对订立合同的法律效果和履行合同的法律效果作出清晰明确的分析和裁判。

实际上,民法总则规定的分析和判断主体的真实意思表示这个要点的规则,确实也是结合了意思主义和表示主义两个方面的要求(参见第135条规定的意思表示的形式、第137条规定的对话情况下意思表示的相对人知道方可生效的规则等)。此外,民法总则规定的虚假的意思表示、重大误解、欺诈、胁迫、显失公平等瑕疵意思表示的规则(第146条至第151条),同样具有显著的裁判规范的价值。这些规定也弥补了此前的一些立法漏洞。

第四,民法总则还规定了多种法律行为类型(第134条),弥补了民法通则、合同法等法律只承认双方法律行为,而不承认单方法律行为(如悬赏行为、抛弃行为)、多方法律行为(三方当事人以上的交易行为)、共同行为(如公司发起行为、决议行为)等非常重要的法律行为类型的制度缺陷。^[33]

总体来看,民法典总则编把当事人的意思表示作为民事权利发生变动的基本根据,明确了效果意思的作用,这就为民法典分则各编贯彻意思自治原则确立了理论和制度基础,也为民事案件的分析和裁判提供了强大的武器。

结 语

总体来看,民法典确立总则与分则相区分的编纂体例,其科学性不容置疑。总则编对

[33] 民法通则第57条规定,行为人对法律行为“非依法律规定或者取得对方的同意,不得擅自变更或者解除”。从该条文“取得对方同意”的规定可以看出,该法关于法律行为的规定没有考虑到单方行为、多方行为、共同行为的立法规则,是其明显的体系性制度缺陷。

于分则各编的统辖效力,其渊源有三个方面:一是总则编集中体现了立法者的指导思想,体现了立法者依靠民法完成国家治理的基本观念;二是总则编规定了民法基本原则和一般规则,是分则各编各种规则立法理念的集中体现;三是总则编贯彻了民法基本科学原理,集中凝结了人类社会数千年民法发展历史的经验和智慧。我国民法典总则编所建立的一般规则,不但在法思想上坚定地继受和贯彻了改革开放的精神,坚持了保障社会主义市场经济体制和人民权利的指导思想,体现了依靠民法进行国家治理的总体要求;而且它从法技术的角度贯彻了法律关系的主线,坚持了权利核心主义和意思自治原则,建立起了总则与分则之间分工合作、统辖遵从的逻辑关系,也建立起了民法典作为一般法对民法特别法的统合逻辑关系。民法典总则编的体系价值,值得充分肯定,也值得我们认真学习研究和贯彻实施。尤其是制定早于民法典的合同法、物权法以及本次民法典编纂新创的人格权编,不论是学习研究还是贯彻实施,都更应该注意遵从民法典总则编的立法思想和体系价值的统辖效力。对民法典总则编的轻视或者忽视,不但会造成严重的理论混乱,而且也会造成严重的实践错误,这是我国目前民法典学习研究和贯彻实施必须解决的大问题。本文提出以总则编作为民法典整体的思想基础、规则效力基础、法理解读科学性基础,明确总则编与分则各编之间统辖遵从的逻辑关系,望对于民法典整体的学习研究有所裨益。

Abstract: The upcoming Chinese Civil Code contains over 1,200 articles and adopts a legislative mode that distinguishes between general provisions and specific provisions. This legislative mode is the result of systematization and scientization of legislation and has the advantages of saving legislative costs and being easy to be studied and implemented. From the perspective of the historical development of civil law, this mode of civil law codification is necessary and scientific. Under this mode, the general provisions of the Civil Code embody in a concentrated way the legislature's guiding ideology, provide for the basic principles and general rules of the civil law, fully implement the basic scientific principles of the civil law, and exercise control over all the specific provisions. Solving the problem of systematic logic among enormous groups of norms and institutions in the Civil Code, pointing out the work-cooperation and domination-subordination logic relationships between general provisions and specific provisions, and putting forward the principle of taking the general provisions as the ideological basis, the basis of the validity of the rules, and the basis of the scientificity of the jurisprudential understanding of the entire Civil Code, are the keys to understanding the Chinese Civil Code system and conducive to rectifying the jurisprudential tendency of neglecting, or even breaking away from the rules of the general provisions in the compilation of some parts and chapters of specific provisions against the special background of implementing the "two-step" plan of codification of the Civil Code in China.

Key Words: Civil Code, general provisions, specific provisions, civil subject, right in civil law, juristic act
