

总分结构理论与我国民法典的编纂

王利明*

目次

引言	学体系
一、总分结构理论形成过程的历史考察	(二) 借鉴总分结构理论实现民法典分
二、我国民法典编纂应当注重总分结构的合理性	编的体系化
三、借鉴总分结构理论以增进法典的体系性	四、民法典编纂中应努力克服总分结构的缺陷
(一) 借鉴总分结构理论构建民法典科	结语

摘要 总分结构体系是《德国民法典》体系的最大特点,已经转化为我国民事立法的传统。民法典制定的科学性,需要使得法典具有唯理性、抽象性和逻辑性,总分结构的民法典使得法典的价值、规则具有统合性和融贯性、概念和规则的统一性和科层性、规则设计的简洁性与民法典具有开放性和社会回应性。我国民法典应借鉴总分结构理论构建民法典科学体系、借鉴总分结构理论实现民法典分编的体系化、以《民法总则》实现民法典分则各编的引领,同时,需要努力克服总分结构所具有的缺陷。

关键词 总分结构 民法典 《民法总则》 民法典分则各编

引言

所谓总分结构(*lex generalis/lex specialis*),就是指按照提取公因式的方法(*vor die Klammer ziehen* 或 *vor die Klammer setzen*),分为共通性规则与特殊规则,并将共通性规则集中规定在总则中,作为一般性规定,而将特殊规则规定在分则中,作为特别规则。学界一般认为,总分结构是《德国民法典》体系的最大特点之一,该法典通过提取公因式的方式构建民法典的总则和分则体系,运用总分结合的逻辑结构构建法典的体系、设计法典的内容,实现了法典的科学化。正如有学者所指出的,由于总分结构的采纳,“就像一名著名历史学家所说的那样,继受的最持久的效果在于使得德国法‘科学化了’(*verwissenschaftlicht*)”。^{〔1〕} 总分结构不仅仅促进了民法的体系化,还对法

* 中国人民大学教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学博士。本文是国家社会科学基金重大课题“人格权保护立法研究”(项目批准号:18ZDA143)的成果形式。

〔1〕 Shael Herman and David, “Hoskins Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations”, 54 *Tul. L. Rev.* 987 (1980).

律适用、教学都产生了重大影响。德国法的这一经验也为我国民法典的编纂提供了有益的借鉴。我国民法典编纂采取先制定总则、后制定民法典各分编的立法思路,实际上是总分结构理论的具体运用。正如立法者指出,《民法总则》“既构建了我国民事法律制度的基本框架,也为各分编的规定提供依据”。〔2〕在我国民法典分编编纂过程中,如何吸收总分结构的合理性,充分平衡《民法总则》与各分编的关系,增进民法典的立法科学性,并有效克服总分结构的缺陷,是提高我国民法典质量,保障民法典适用科学的关键所在。本文拟就此问题进行探讨。

一、总分结构理论形成过程的历史考察

总分结构可以区分为内部的总分结构与外部的总分结构,内部总分结构是指按照先一般、后特殊的方式,将民法典规则中一般性的规则规定在民法典总则部分,此类规则主要包括总则和分则之间的关系、一般规定和特别规定的关系、基本原则和具体制度的关系等。外部总分结构是指民法典与单行法之间应当形成一般法和特别法之间的关系。民法典是一般法,单行法是具体法,这就形成了外部的总分结构,此种结构的形成有利于构建民事立法的体系性,防止出现法律相互之间的冲突和矛盾。因为构建民法典体系不仅仅从民法典的内部着手,而且应该考虑民法典与其他法律的关系,注意协调好民法典与民商事单行法的关系。〔3〕因此,外部的总分结构是民事立法体系的重要组成部分。

从总分结构理论的发展过程来看,该理论是潘德克顿学派在解释罗马法时所创立的,也是潘德克顿体系的重要特点。〔4〕按照潘德克顿模式的思路,采用提取公因式的方法,将共同的部分放在前面,而将个别事项放在后面。潘德克顿体系“是由19世纪德国学者胡果、海瑟等人发展起来的,该体系在编排上采五编制体例,在方法上采取了从一般到个别的方法”〔5〕。这一结构克服了18世纪大部分欧洲国家以地方习惯、罗马法为主要法源的零散性立法的缺陷,增强了民法典的体系性。〔6〕1863年的《萨克森民法典》、1896年的《德国民法典》和1890年的《日本民法典》都采用了典型的潘德克顿体系。

从总分结构思想的发展来看,其显然受到了自然法思想的影响。在18世纪,自然法思想盛行一时。德国学者考夫曼等人认为,抽象性的思维方式是自然法的特点,而系统性则是自然法的思维方式。〔7〕严格地说,提取公因式是一个数学用语,表示将两个或两个以上多项式中所共同的因式提取到括号外面来。可见,总分结构的思维模式在一定程度上也受到了数学方法的影响。后来这一做法移植到法律领域,成为法典编纂的重要方法,此种方法也称为括号原理、括号主义、通则主义、一般规定主义等。〔8〕总分结构是数学方法引入法学的结果,著名哲学家培根也说过,数学

〔2〕全国人大常委会副委员长李建国2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

〔3〕参见马俊驹主编:《民法典探索与展望》,中国法制出版社2005年版,第61页。

〔4〕参见松尾弘『民法の体系』第4版慶應義塾大学出版会〔2005〕頁13。

〔5〕前注〔4〕,松尾弘书,第13页。

〔6〕Wencelas J. Wagner, “Codification of Law in Europe and the Codification Movement in the Middle of the Nineteenth Century in the United States”, Maurer Faculty, 1953, pp.337-339.

〔7〕参见〔德〕考夫曼、哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第232~233页。

〔8〕参见〔德〕梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林等译,法律出版社2004年版,第7页。

是打开科学大门的钥匙。早在18世纪德国著名学者沃尔夫就曾通过数学与法学之间的关系的研究,把数学思维引入法学,将法学全部系统化。笛卡尔等人认为,体系化是借助于逻辑工具而企图实现法律的科学化,因而是一种对数学的模仿。法学是可以量化并依数学的方法进行度量和计算的。^[9]以后,潘德克顿学派将数学上提取公因式的方法运用到法典编纂之中,这种方式被《德国民法典》发挥到了极致,形成了民法典编纂中的总分结构。即便是否定法律科学性的基尔希曼也承认,实定法必须以抽象的方式达成简洁条文的目的。^[10]

从近代法典化的进程来看,《法国民法典》虽然在借鉴盖尤斯三编制学说的基础上构建了三编制的法典体例,但其并没有真正形成较为完备的总分结构,这在很大程度上是因为其没有能够抽象出一个总则。因为人法并不是真正的总则,而物法以及财产权的取得方法都属于分则的内容。民法典体系中真正形成总分结构,是从《德国民法典》开始的,《德国民法典》采取提取公因式的方法,从人法和物法两部分中抽象出了总则,包括权利主体、权利客体、法律行为以及代理、时效等内容,并以总则统率整个分则,从而形成了总分结构,首开了设立总则之先河。有学者认为,早在18世纪德国注释法学家在对《学说汇纂》进行系统整理的基础上,就已经提出了总则的理论构想。达贝罗(C. C. Dabelow)和胡果(G. Hugo)在1800年前后就已经提出了总则的理念,但并没有形成关于总则的系统思想。一般认为,19世纪初,德国学者海瑟(Arnold Heisse)在其于1807年所出版的《普通法体系概论》一书中最早阐述了民法总则的体系。^[11]萨维尼考察法律关系的共同要素,从各类具体的民事法律关系中抽象出具有普遍性的法律规范(例如权利能力、权利客体、法律关系、法律行为等),形成了民法总则。^[12]潘德克顿学派甚至认为,民法学的每一个分支部门都可以抽象出一个总则,例如债权法有“债法总则”,物权法有“物权总则”,债权法中的契约之债还有“契约总则”,等等。这种方法被研究者称为“提取公因式法”,^[13]并形成了法典编纂的“总分”结构,为后世总则体系的构建奠定了坚实的基础。从这个意义上说,总则的理论仍是概念法学家对德国法学发展的重大贡献,一定程度上构成了潘德克顿学派理论的核心。当然,在《德国民法典》制定过程中,就是否需要设立总则,一直存在争议。例如,在19世纪初,一些著名的德国学者如冈斯(E. Gans)、普赫塔(Puchta)和布林茨(Brinz)等都曾反对设立一部总则,其中尤以布林茨为代表。^[14]但是以温德沙伊德等为代表的潘德克顿学派积极主张设立总则,并最终占据了主导地位。1896年的《德国民法典》最终采纳了设立总则的模式。以潘德克顿学说为基础,规定了独立的民法总则编,其中包括人、物、法律行为、期间、消灭时效、权利的行使、担保等。“总则编的设置,是潘德克顿法学的产物。”^[15]在总则的统摄下,各分编共同组合成了完整的民法典总分结构。

《德国民法典》所构建的总分体系,对后世民法典产生了重要的影响。“民法总则的设立,充分展现了德意志民族抽象、概念、体系的思考方法。”^[16]大陆法系许多国家和地区都接受了德国式民

[9] 参见杨代雄:《私权一般理论与民法典总则的体系构造》,载《法学研究》2007年第1期。

[10] 参见[德]冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

[11] 参见陈华彬:《潘德克顿体系的形成与发展》,载《上海师范大学学报》2007年第4期。

[12] See *Wclhelm, Walter*, *Zurjuristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, Frankfurt/m. S.22.

[13] Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe, with Particular Reference to Germany* (translated by Tony Weir, Clarendon Press, 1995), p.376.

[14] Valérie Lasserre-Kiesow, *La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002, p.99.

[15] 谢怀栻:《大陆法国家民法典研究》,载易继明主编:《私法》第1辑第1卷,北京大学出版社2001年版。

[16] 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第24~25页。

法典体系,如荷兰、日本、泰国、韩国、葡萄牙、希腊、俄罗斯以及我国台湾地区、澳门地区等国家或地区的民法都接受了总分结构。特别是在近几十年来,一些新的民法典大多采纳了总则设置的体系。例如,《阿根廷民法典》颁布以来的5个修正草案,无不设立总则。新近的《欧洲统一民法典草案》同样设置了总则(General Provisions),置于第一编。^[17]由此可见,民法典总则的设立确有其合理性。^[18]实践表明,《德国民法典》总则的体系和内容是一个非常成功的范例,其为司法实践提供了良好的制度支撑。总则的设立避免了各个分则之间不必要的冲突,提供了更为清晰、简明的民事法律规则,增加了法典的逻辑性和体系性,进一步促进了民法法典化的科学性。^[19]

我国正在编纂的民法典也应当体现科学立法的精神。民法典的科学性是指民法典应具有唯理性、抽象性和逻辑性。这既是法律实现社会调整功能的必然要求,也是建立法律秩序的基本方法和途径。^[20]立法者将法条逻辑地、呈体系地置入民法典,形成内在关联的有机体系,本身就体现了法的科学性。^[21]在民法典编纂中,民法典总则和分则之间应当形成完美的总分结构,同时在分编中形成一般规定和具体规定间的联系,在具体制度中也要体现一般规定和特别规定的互动关系。民法典和商事特别法之间也应当形成完整的总分结构关系,在此基础上构建由民法总则统率、由民法典分编和商事特别法补充的完整民商事法律体系,并以此作为民法体系化的重要标志。相应地,这一体系的形成也有助于推进整个法律体系的进一步完善。

二、我国民法典编纂应当注重总分结构的合理性

“如同自然科学一样,法学也具有高度的系统性。从法律的一般材料中经过科学研究所得出的原则,用复杂的组合形成一个体系,以后一旦发现新的原则就归并到这个体系中去。”^[22]但如何才能形成高度的体系性,学者一直为此思考和摸索。民法规则内容庞杂,数量众多,对其进行合理科学的体系化对于法律规则的适用非常重要。就如何增进民法典的体系性和科学性,学者探索了多样的方式和方法,但是在这些方法中,总分结构成为其中最为重要的一种。从以德国为代表的大陆法系(又称为“德国法系”)的经验来看,总分结构的形成,使得民法典的系统化程度显著提升,丰富了民法典编纂的方法,也完善了民法典的体系。这一经验值得我们在民法典编纂中予以高度重视。

总分结构作为法典编纂的技术,其运用有助于民法典各项制度的体系化、规范的体系化、价值的体系化。总分结构的合理性主要表现在以下几个方面:

第一,价值、规则的统合性和融贯性。所谓总分结构的统合性,是指总则内容能够有效统摄和协调分则内容。这一方面表现为,总则为分则的制定提供指导,使得分则的制定具有共同的依据和目标;另一方面,又可以确保分则之间的内容协调统一,以此实现立法的科学严谨,在最大程度

[17] Heikki Pihlajamäki, “Private Law Codification, Modernization and Nationalism: A View from Critical Legal History”, 2 (1) Critical Analysis of Law 137-140 (2015).

[18] 参见徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第65页。

[19] 参见王利明:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2012年版,第377页。

[20] 参见米健:《比较法学导论》,商务印书馆2013年版,第241~242页。

[21] Steininger, Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche? NJW 2015, 1072, 1073.

[22] [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》第2版,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第66页。

上减少法律出现内部矛盾“隐藏漏洞”的可能。拉伦茨曾将“各种规则的内部统一和客观的协调”的实现作为法学的三项任务之一，^{〔23〕}而这一任务的完成显然离不开总分结构的使用。抽象规则能够对具体规则的适用起到指导作用，以民法典侵权编为例，侵权编的一般规则相较于各种侵权责任而言是更为抽象的，可以为各种侵权责任的确立提供一般的方法，使其准确适用于待决案件。此外，侵权责任编的一般规则也能够协调统合各种侵权形态，各种特殊侵权的规则可以针对不同的侵权行为相较于一般规定做出特别规定，但在特殊侵权形态中未规定的事项，仍然应当适用一般规定，也能够有效协调各特殊侵权形态规则的冲突。融贯区分为规则之间的内容融贯和价值融贯，通过采用总分结构，可以有效减少规则之间的相互冲突，降低价值不一致的可能性，实现法典的体系融贯性。

第二，概念和规则的统一性和科层性。凡是有总则的法典，体系性更强。潘德克顿学派设立总则的意义在于使人法和物法二者衔接起来，形成一个有机的整体。“因为在人法（或称身份法）和物法（或称财产法）两部分里，确实存在着共同的问题，从而应当有共同的规则。例如，主体（权利主体），客体（权利客体），权利的发生、消灭与变更，权利的行使等。这样，在人法和物法之上，设一个总则编，规定人的能力、法律行为等，是可能也是应该的。”^{〔24〕}同时，总分结构的编纂方式通过提取公因式的方法，也有利于减少民法典的重复规定，从而实现立法的简洁。例如，《德国民法典》总则把民法典分编共同适用的规则提炼出来，而把一些特殊的民事关系规定在民法典各分编，这就形成了概念之间的分层，从而构建了严密的逻辑体系。例如，民事行为可进一步分为单方民事行为、双方民事行为和共同行为，这就有利于实现民事法律行为概念的体系性。同时也只有借助民法体系，才能比较准确地把握民法中抽象的范畴。由此，就需要构建完整的民法总则。^{〔25〕}

第三，规则设计的简洁性。从立法技术层面来看，总分结构采取先一般、后特殊的编纂方式，将一般性的规定即总则置于各编之首，同时将一般性的规定置于具体性规定之前，这就使得法律规则富有逻辑性，得以根据一般和特殊相结合的规定进行逻辑上的演绎和推理，从而使得法典的解释成为一种科学。^{〔26〕}总分结构的主要功能表现为，其实现了法律条文的简约。总分结构的形成要求立法者通过不断提取共通性规则，形成不同层次的总则性规定，产生举一反三、纲举目张的效果。这就可以避免同样的规则在分则中不同的法律制度部分重复规定。按照王泽鉴先生的看法，总则最主要的优点在于，将私法上的共同事项加以归纳，汇集一处加以规定，具有合理化的作用，避免重复或大量采用准用性规定。^{〔27〕}黑克（Heck）将总则编的这一作用比喻为“列车时刻表符号说明”：前面已经说明过的东西，后面就没有必要再作重复了。如果不采取总分结构，法典的规定将会变得十分的琐碎。例如，1794年的普鲁士邦普通邦法为了确定“从物”的范围，专门设置了六十个段落，其中规定，“在一个农场里的牲口为这个农场的属物”，“公鸡、火鸡、鸭、鸽是农场的属物”，“门锁和钥匙是建筑物的属物，而挂锁则不是”，“保护动物的必需品属于动物，使用动物的必需品则不属于动物”等，其目的之一即在于排除法官行使审判自由的可能和解释法律的必要。^{〔28〕}面对依据此种模式编制的法典，法官就只能如同自动售货机一样机械地适用法律。借助于总分结

〔23〕 [德] 拉伦茨：《论作为科学的法学的不可或缺性》，赵阳译，载《比较法研究》2005年第3期。

〔24〕 前注〔15〕，谢怀栻文，第27页。

〔25〕 [德] 梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第30～31页。

〔26〕 参见[德] 梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林等译，法律出版社2004年版，第7页。

〔27〕 前注〔16〕，王泽鉴书，第26页。

〔28〕 参见徐国栋编：《中国民法典起草思路论战》，中国政法大学出版社2001年版，第321页。

构,将各种具体的法律关系中的共性规则提炼出来,同时对于无法提炼的特殊规则仍然予以保留,这样就可以避免简单具体列举,所产生的条文烦琐、冗杂的缺陷。

第四,规则和制度的排列的逻辑性。一方面,总分结构形成了从一般到个别的系统构建,符合人类从抽象到具体的思维模式,这也是逻辑的演绎方法。正如伯格指出的,任何法典都是一个系统,就是说一部法典是由不同要素、手段、规则和制度根据紧密逻辑关系而组成的一个有组织的整体。“系统化的法典编纂使我们可以借助逻辑推理的经典方法,尤其是不断的演绎,从一般原则开始,由一般到个别,从而获得具体问题的适当解决。”^[29]尤其是,总分结构使得法典之中形成了总则统辖分则、一般统辖个别的严谨的逻辑体系。正如北川教授所指出的,“在更高的抽象层次上,由民法典总结成一个法体系,构筑了民法总则”^[30]总分结构符合从一般到特殊、从抽象到具体的思维模式,这实际上是符合认识论的一般理论的。^[31]另一方面,总分结构符合三段论的逻辑思维方式。亚里士多德学派认为,一切演绎的推论如果加以严格的叙述便是三段式的,把各种有效的三段论都摆出来,并且把提出来的任何论证都转化为三段论的形式,这样就应该可以避免一切的谬误。^[32]按照三段论的思维模式,法律推论的要素包括:大前提、小前提和大小前提的涵摄。按照三段论的思维模式,推理应从大前提着手,确定小前提,最后推导出可以涵摄在大前提中的结论。从法律适用的角度,这种逻辑思维方式实际上也要求将抽象性程度较高的内容置于前面。因此,总分结构也是形式合理性的要求。韦伯所推崇的形式合理性,强调形式结构的严密性、逻辑性。^[33]而总分结构模式恰恰符合了此种形式合理性的要求,可以用来构建具有形式合理性的民法典。

第五,开放性和社会回应性。法律规则需要具有具体针对性的特点,以有效调整社会关系,规范人们的行为。但具体法律规则总会随着社会生活的变化而滞后,总会有超出具体规则调整范围的社会关系不断涌现。因而,在具体规则之上所提炼出的不同层次的一般规则可以与时俱进,给予法官一定的自由裁量权,使其依据社会生活做出新的解释,其就涵盖了新的法律关系,弥补了具体规则的不足。因此,总分结构不仅节省了法律条文,而且使法典得以保持一定的开放性,从而适应变化的时代需要。正如拉伦茨(Karl Larenz)所指出的:“没有一种体系可以演绎式地支配全部问题;体系必须维持其开放性。它只是暂时概括总结。”^[34]一般规则的最大优点是“能够立即适应新的情况,特别是应对社会、技术结构变化所引发的新型损失。此外,一般规则对人为法变化产生了有益影响,因为它开辟了一条道路,用以确认某些主观权利,实现对人的更好的保护”。^[35]由于总则内容相较于分则内容更为宏观,具有适用范围广泛的特征,因而,具有相当强的“储存规范”的功能,相较于分则的具体条文而言,更能够适应不断变化的社会生活实践,起到了在分则缺乏具体规定时,作为“兜底”规定的功能。在分则中抽象的规则适用范围更宽泛,能够应对对未来社会发展

[29] [法]让·路易·伯格:《法典编纂的主要方法和特征》,郭琛译,载《清华法学》第8辑,清华大学出版社2006年版。

[30] [日]北川善太郎:《日本民法体系》,李毅多等译,科学出版社1995年版,第55页。

[31] 参见李中原:《潘得克吞体系的解释、完善与中国民法典体系的构建》,载吴汉东主编:《私法研究》,第2卷,中国政法大学出版社2002年版。

[32] 参见[英]罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武等译,商务印书馆1963年版,第254页。

[33] 参见[英]雷蒙德·瓦克斯:《读懂法理学》,杨天江译,广西师范大学出版社2016年版,第299页。

[34] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第49页。

[35] [法]热内维耶芙·维内:《一般条款和具体列举条款》,载《“侵权法改革”国际论坛论文集》,全国人大法工委2008年6月,第1页。

的需要。

另外,总分结构还有助于法律适用。从司法技术层面来看,法官在适用法律过程中常常采取特别法优先于普通法的规则,其实特别法和普通法的衔接就是总分结构的具体展开。法官的任务就是先寻求特别规则,在缺乏特别规则时,再寻求涵盖特别法的一般规则。这一过程就是梅迪库斯所说的“从后往前看”的法律适用过程。^[36]尤其是在出现新类型案件,甚至出现法律漏洞的情况下,法律可以通过援引一般规则,进行法的续造,以有效应对这些情况。在具体规则能够应对的情形下,法官的义务就是运用具体的规则,解决个案纠纷。如果民法典不采取总分结构,虽然法典本身已经被体系化,但法官解释法律缺乏相应的参照资料,尤其是,其使得法官在散乱的规则中各取所需,也无法就法律规则的含义达成共识。

三、借鉴总分结构理论以增进法典的体系性

(一) 借鉴总分结构理论构建民法典科学体系

按照总分结构实现制度的体系化,意味着不仅民法典总则和民法典分则之间形成总分结构,而且在民法典分则内部也应形成总分结构。按照总分结构来构建法典中的制度,不仅需要明确由哪些制度构建一个完整体系,尤其需要确定这些制度之间的内在的逻辑联系和抽象性程度,并且要确定各个制度的恰当定位。在我国民法典编纂过程中,借鉴总分结构理论,实现民法典的体系化,应当从如下几个方面着手:

1. 应当设立民法典总则。总则的设立可以将民法典分则各个部分共通性的制度集中起来,从而形成民法典内部具有最高抽象程度的规则,统摄全部民法典。法学的系统性功能就在于“概括不断重复出现的特征,建构上位的概念,解释它们之间的关联”^[37]这些工作,不通过总则无法实现。在我国,《民法总则》的颁布本身就是采取总分结构的具体体现。

2. 应当设置独立成编的人格权法并将其置于分则之首。人格权所贯彻的尊重人格尊严的价值,在一定程度上具有指导其他分编的功能,其保护人格权的相关规则可以在婚姻家庭、继承等编参照适用。将人格权编置于分编之首,既体现了以人民为中心、以人为本的立法理念,也符合民法典分编所应当具有的从人到物的逻辑体系。^[38]从人本主义的精神出发,也应当将人格权编置于民法典分编之首,试想,如果个人的生命、健康、自由都得不到保障,即使有“万贯家财”,也没有任何意义。还应当看到,财产是个人的,但生命健康权等涉及社会利益。人格尊严作为法律的最高价值,应当具有优先于财产利益和私法自治的价值,将其作为重要价值加以保护,也体现了民法的现代性。《德国民法典》的五编制模式虽不无道理,但因其过度强调财产权的中心地位,给人以“重物轻人”之感。^[39]因此,人格权应当置于民事权利之首。人格尊严、人身价值和人格完整,应该置于比财产权更重要的位置,它们是最高的法益。在民法典草案中,应当将人格权编置于民法典分则各编之首。

3. 婚姻家庭编应当置于继承编之前。婚姻家庭编中所规范的婚姻家庭关系是继承法律关系

[36] 参见前注[24],梅迪库斯书,第527页。

[37] [德]拉伦茨:《论作为科学的法学的不可或缺性》,载《比较法研究》2005年第3期。

[38] 参见朱宁宁:《多位常委会委员建议 应将人格权编放在民法典分编之首》,载《法制日报》2018年9月4日,第10版。

[39] 参见薛军:《人的保护:中国民法典编撰的价值基础》,载《中国社会科学》2006年第4期。

规范适用的前提。在缺乏婚姻家庭编规范的情况下,继承法律关系的主体和客体都无法准确界定。因而,有必要将婚姻家庭编置于继承编之前,作为继承编规则的前提性规范,以符合立法体系性和科学性的要求。

4. 侵权责任法作为救济法,它应当置于民法典的末编,从而形成对权利的救济。侵权责任法之所以要独立成编置于民法典的最后一部分,也是考虑从未来的发展趋势来看,侵权责任法保护的越来越宽泛,具体表现为:一方面,侵权责任法扩大了其对权利保护的范围。传统上,侵权责任法主要保护绝对权,而随着社会的发展,侵权责任法也开始对相对权提供保护,如第三人恶意侵害债权,也应承担侵权责任。另一方面,随着侵权责任法对利益保障的扩张,各种新的利益都可以为侵权责任法所救济。例如,某证券公司研究开发出一套有关证券交易的信息资料,这些信息资料受到侵害,也可以作为财产利益而受到侵权责任法的保护。还要看到,侵权责任法也扩展到婚姻家庭法领域。传统的观点认为,侵权责任法主要是救济法,而婚姻家庭领域,家庭成员之间通常共有家庭财产且存在扶养义务,导致其没有损害赔偿的必要。但现代社会也要求对家庭内部的侵权提供救济,包括家庭暴力等的损害赔偿、停止侵害、赔礼道歉等。侵权法的调整范围也向婚姻家庭领域不断扩张。在这个意义上,侵权责任法具有一种“概括性格”,使其在民事责任法上具有“普通法”地位。^[40]

必须注意的是,侵权责任法是否因其适用范围广泛而可以纳入“民法典的总则”?我国《民法通则》单设“民事责任”一章,这似乎可以将侵权责任法看成民法典总则的内容。笔者认为,侵权责任法不应当成为总则的内容,主要理由在于:第一,它不具有总则的普遍适用性和概括性。因为民法中并不是所有的部分都涉及侵权,从民事责任类型来看,侵权责任只是民事责任的一种类型。违反合同导致的是违约责任,不当得利返还责任、无因管理中产生的责任、违反先合同义务产生的缔约过失责任等都不是侵权责任所能包括的。侵权责任制度置于总则,显然违反了大陆法系提取公因式的民法典编纂技术规则。第二,侵权责任是违反义务的后果,所以,先应当考虑确立民事主体的相关义务,最后才能规定违反义务所导致的侵权责任。第三,侵权责任法也要适用大量的债法内容,如果置于总则编,不符合民法典编制的技术性要求,即被援引的规范要置于需要援引的规范之前。第四,从规则的特点来看,侵权责任法的规则大都过于具体,技术性和针对性很强,不符合总则规则所要求的抽象性。

尤其需要看到,民法典的总分结构要求处理好民法总则和商事特别法之间的相互关系。民法总则作为民法典的总纲,纲举目张,其规则可以普遍适用于民法典各分编,并对其他民商事立法起到指引作用,整个民商事立法都应当在总则的统辖下具体展开,因此,可以说,民法总则是民法典中最基础、最通用,也是最抽象的部分。^[41]具体而言,一方面,在民法总则的指导下,各商事特别法将与民法典构成统一的民商法体系。在这一体系下,民法总则是最为基础和抽象的部分,其规则如民事权利能力、民事行为能力、意思自治原则、诚实信用原则以及公平原则等,也可以适用于商事活动。^[42]另一方面,民法典可以有效地统一调整民商事关系,而没有必要在民法典之外单独制定商法总则。事实上,有一部民法总则统辖商事法规,有利于实现民商事立法的体系化,因为如果仅有商事特别法,而缺乏民法总则的指导,各商事立法就会显得杂乱无章,有目无纲,而且即便

[40] 参见朱虎:《侵权法中的法益区分保护:思想与技术》,载《比较法研究》2015年第5期。

[41] 参见孟强:《经由编纂民法典实现民商合一——兼评〈民法总则专家建议稿〉与〈商事通则立法建议稿〉》,载《社会科学战线》2015年第12期。

[42] 参见赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社1999年版,第7页。

每部商事特别法的规定极其详尽,也仍不免挂一漏万,在法律调整上留下许多空白,各商事特别法在价值上和具体规则上也可能存在一定的冲突,这就需要通过民法总则统一调整各种民商事关系。例如,民法的主体制度是对各类市场主体的一般的、抽象的规定,公司不过是民法中典型的法人形式,公司法对公司法律地位的确认、公司的权利能力和行为能力,公司的财产责任以及公司的监管等,都不过是法人制度的具体化。^{〔43〕}此外,就民法总则所规定的民事责任制度而言,可以适用于所有的商事法规。民法总则是更为抽象和一般的规定,应为其在商法领域内的适用留下空间,以便在商事特别法存在法律漏洞的情况下,法官仍可以根据民法总则的相关规定加以解释或者创造新的商事法律规则,弥补法律漏洞。

(二) 借鉴总分结构理论实现民法典分编的体系化

在民法典分编制定中,就是区分民法规范的不同类型,按照一定的逻辑结构使之组成有机的整体。在民法典体系化过程中,民法规范的体系化是一项基础性的工作。民法典就是法律规范的统一体,法典的制定就是对既有的法律规范的统一。从形式上而言,法典的体系化主要是法律规范的建构。按照总分结构实现规范的体系化,就是要求民法典的规范设计应当遵循总分结合的思路,这也必然意味着要按照总分结构来实现民法典规范的体系化。^{〔44〕}笔者认为,我国民法典分编的设置也应采取“总分结合”的模式,从而实现民法典分编立法的简洁化。具体而言,在民法典分编的规则设置方面,应当将一般规则置于特殊规则之前规定。例如,将适用于买卖、租赁、承揽等各个合同的共同规则放在有名合同的前面,形成合同法的总则;将合同、无因管理等债的一般原则置于债法的前面加以规定,形成债法总则;再将债、遗嘱、婚姻等适用的共同规则置于民法典的前面,形成法律行为制度。^{〔45〕}将共通性的规则置于前面,可以实现立法简约。虽然从法律适用角度来看,应当从特殊到一般,但是,从民法典的编纂来看,应当先规定一般规则,再规定特殊规则。通常来说,只有在一般规则无法覆盖时,才有必要设置特殊的规则。这样可以节约立法资源,也便于法律的普及。当然,特殊规则的解释与适用也要受到一般规则的指导。按照总分结合的模式设计民法典分编,可以在民法典各分编形成“小总则”,从而形成类似于金字塔梯级结构的概念和规范体系。

第一,确定不同概念和规范之间的位阶关系。所谓概念和规范的位阶,就是指上位概念、规范和下位概念、规范之间要形成合理关系。北川教授将其称为“从上位到下位的构成要素”^{〔46〕}。在民法之中,概念的上位和下位是一个相对的关系。位阶的理论是法律体系化的基石,其基点是概念的位阶性和价值的位阶性及相应的逻辑体系和价值体系的统一。^{〔47〕}例如,民法典总则中的主体制度分为自然人和法人,而自然人在不同的法律中表现是不同的,在物权法之中表现为物权人;在合同法之中表现为合同当事人;在继承法之中表现为继承人;在侵权法中,表现为加害者与被害者的关系,最后变成损害赔偿之债的债权人与债务人的关系。^{〔48〕}在具体的制度之中,其又可以再次进行细化。例如,物权法中,物权人可以细分为用益物权人、担保物权人;而担保物权人又可以细分为抵押权人、质押权人、留置权人等。因此,必须明确不同位阶规范的相互关系。物权相对于

〔43〕 参见王保树:《商事法的理念与理念上的商事法》,载王保树主编:《商事法论集》,法律出版社1997年版,第8页。

〔44〕 参见薛军:《论未来中国民法典债法编的结构设计》,载《法商研究》2001年第2期。

〔45〕 参见〔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14页。

〔46〕 前注〔29〕,北川善太郎书,第56页。

〔47〕 参见张俊浩:《民法学原理》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第31~40页。

〔48〕 参见前注〔29〕,北川善太郎书,第55页。

所有权是上位概念,而物权相对于财产权则属于下位概念。二者之间形成了依存关系和种属关系。在民法典设计时,原则上应当先规定上位概念,然后再规定下位概念。如就买卖合同而言,就可能需要区分债的制度、合同之债制度、买卖合同制度以及分期付款买卖制度等不同层次。不同层次的制度应当区分其各自的地位和功能,从而规定不同的规则。例如,法典可以更多地规定具有较高抽象程度的规则,而具体的规则应当通过分则之中特殊的制度来规定,或者通过特别法来规定。

第二,确定不同位阶的概念和规范的适当位置。换言之,民法典中的概念和规范应当考虑其抽象程度、适用范围等而置于相应的位置,应当置于民法典总则之中的,就不应当置于民法典分则。例如,在物权法制定时,涉及是否要对物权主体做出规定,但考虑到物权主体并没有其特殊性,原则上任何主体都可以享有物权,因此,它应当是民法典总则的内容。再如,民法中的“物”究竟应当规定在物权法之中,还是规定在民法典总则之中,也需要考虑。正如北川教授所指出的,“民法总则的物是各种各样的物的总称”。^[49]因此,物的概念只宜在民法典总则中规定,不宜在物权法中规定。

第三,在不同法律规范的位置确定上,一般的规范应当置于前面,而特殊的规范应当置于后面。例如,侵权法应当先就过错责任做出规定,而严格责任和公平责任的规范应当作为特别规则规定。再如,《水污染防治法》第96条:“因水污染受到损害的当事人,有权要求排污方排除危害和赔偿损失。由于不可抗力造成水污染损害的,排污方不承担赔偿责任;法律另有规定的除外。水污染损害是由受害人故意造成的,排污方不承担赔偿责任。水污染损害是由受害人重大过失造成的,可以减轻排污方的赔偿责任。水污染损害是由第三人造成的,排污方承担赔偿责任后,有权向第三人追偿。”该条就较好地处理了不同规范之间的位置安排。该条第1款规范的是一般情况,而该条第2、3、4款属于特殊情况。这就形成了一般规则和特殊规则结合的结构。另外,就一般规范和特别规范的关系而言,也要体现总分结构的要求。就两种法条来说,如果前一个法条必须具备N个构成要素,而后一个法条必须具备M个构成要素。如果N个要素完全包含于M个构成要素之中,前者就是后者的一般法,而后者就是前者的特别法。^[50]例如,法律行为的一般要件是意思表示真实、行为人具有相应的行为能力、不违反法律和社会公共利益,这是法律行为生效的一般构成要素。但是,在具体法律行为之中,仅仅具备这些要素并不一定使法律行为生效。例如,依照《合同法》第367条的规定,保管合同中必须交付标的物,才能导致该合同生效。所以,后者就是前者的特别法,应当置于一般法的后面来规定。

第四,对同一位阶上的概念和规范而言,应当考虑相互援引的关系来确定其位置。一般来说,被援引的规范,应当置于需要援引的条款之前。例如,遗嘱继承中继承人限于法定继承人,因此,法律关于遗嘱继承的规范实际上需要援引法律关于法定继承人范围的规范。按照前述规则,法律关于法定继承人范围的规范,要被置于遗嘱继承之前。

第五,借鉴总分结构理论,还应当妥当运用具体列举与一般条款等立法技术。所谓具体列举,是将某一类法律现象中的各种具体情况进行详细规定。此种立法技术能够增强法的安定性,但由于具体列举事项的有限性,也可能使其适用范围受到一定的限制,而且可能导致法律规则的僵化,难以适应不断发展的社会情况。这就需要在具体列举之外,设置必要的兜底性规定,以保持法律规则调整范围的开放性。同时,民法典规定的是社会生活中普遍性的基本规则,不宜规定过分具

[49] 前注[29],北川善太郎书,第57页。

[50] 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172页。

体、琐碎、细节性的内容,因此,民法典规范应当保持适度的抽象,这就需要设置必要的一般条款。所谓一般条款,是指缺乏具体列举的一般抽象法律规定,其仅提出法的一般原则、价值取向或者仅规定需要价值填补的抽象事实构成。^[51]由于一般条款具有抽象性,其内涵具有不确定性,从而能够满足民法与时俱进的需求。当然,为实现法的安定性,保障司法裁判的统一,有必要在法律适用层面有效规范一般条款的适用。

四、民法典编纂中应努力克服总分结构的缺陷

我们说按照总分结构实现规范的体系化,不能完全等同于概念法学所讲的概念的体系化,也不是要像潘德克顿学派的代表人物普希塔所说的,要构架一个概念的金字塔。萨维尼曾经主张,为了对法律概念进行更为精确的考察,甚至应当求助于词源学(Etymologie),这样就能够揭示概念是如何形成的及概念相互之间的亲缘关系。^[52]此种看法显然不妥,因为不是所有的法律规范都可以最终简约和归结为概念,民法典也不能被视为纯粹的概念集合。法律概念作为法律规范构成的基本细胞,概念的构成是否合理,将会影响到民法典构建的质量。在民法典概念体系的构建中,需要厘清概念的特征。法律概念本身具有构建法律体系、演变法律内涵的功能。^[53]概念法学在法学方法上过于强调体系的封闭性,过于强调法律概念的层级作用,具有一定的弊端。当然,概念法学也具有积极之处,该种学派倡导的法律概念的精确性与严谨性,是具有积极意义的。^[54]我国民法典的编纂中,也需要统一相关的法律概念、术语,并保持概念的精确和严谨。但也不能完全采纳概念法学所说的“概念金字塔”模式,完全聚焦于概念的外形,而忽视了概念的实质是为内容服务的。

正像任何事物都有正反两面一样,总分结构也仍然存在自身的缺陷。事实上总分结构理论自形成以来就不乏质疑。在我国民法典编纂中我们既要发现这种结构的缺陷,也要对此进行克服。

1. 总分结构可能导致规则构成的多层次性,增加了法律理解和适用的难度。以《德国民法典》中关于买卖的法律规范为例,其设置了四重关于买卖的一般规定:一是民法总则中关于法律行为的规定;二是债法总则中的规定;三是合同法总则中的规定;四是买卖合同的一般规则。这种多层次性带来的一个问题在于,要有效把握整个买卖法律关系,就得全面掌握四重规范,而且还要按照一般法和特别法的适用顺序来适用法律,如果层次处理不当,会造成法律条款选择和适用的错误。我国民法典的编纂中,为克服此种缺陷,需要努力减少一般性规范的层次。例如,未来民法典不宜设定财产法总则,就是因为财产法总则会与物权总则和债法总则发生重复,而且徒增了“总则的层次”。如果要设置债法总则,也要尽可能简化相关规定,使其不与合同法总则重复。从司法层面上说,需要掌握法学方法论之中寻找法律规则的科学方法。例如,在处理买卖合同的纠纷时,既有可能涉及合同法的特殊规则,也有可能涉及合同法总则,也要涉及民法总则中关于法律行为的规定,此时就需要根据特别法优先于一般法的规则,在存有特别规范时,不得援引一般规范。

2. 导致一些规则具有一定的不确定性。《法国民法典》第 1382 条规定:“人的任何行为给他人

[51] 参见朱岩:《民法典一般条款研究》,载王文杰主编:《月旦民商法研究——国际贸易法新课题》,清华大学出版社 2006 年版,第 140 页。

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

[53] 参见许中缘:《论法律概念——从民法典体系构成的角度》,载《法制与社会发展》2006 年第 2 期。

[54] 参见上注。

造成损害时,因其过错致该行为发生之人应当赔偿损害。”该规则属于一般条款,在这一规范中并未指明损害的内涵或对损害进行区分,因而损害的概念过于抽象和概括,给法官提供了过大的自由裁量权。^[55] 所以,总分结构首先强调一般规则的抽象性,这就容易使法律规则具有一定的不确定性。如果法官能够准确把握,则可以正确适用法律,但如果法官不能准确把握一般条款的内涵,则可能导致规则被滥用。对此拉伦茨教授甚至认为,总则的构架方式走得太远了,一般化的规范仅能令人满意地调整范围较小的特定领域,制定法忽略了一般规范与特定生活关系之间的联系,^[56] 因此,需要在立法中改变宜粗不宜细的状况,凡是已经成熟为司法实践所认可的规则,应当进行具体化的规定,而不宜过于抽象。不能使用模糊不清的概念代替具体的规则。同时,提升法律解释的科学性。总则在适用中的困难应当通过学者、法官的法律解释加以克服,通过妥当的法律解释方法的研究和学习,可以使得法律适用的困难大大降低,同时使得法律适用的科学性得以提高,实现“相同情况相同对待”的形式正义要求。

3. 容易导致司法裁判“向一般条款逃逸”。由于一般规则具有不同的层次,且数量可能比较多,因而,法官在裁判中为了减轻找法的困难和负担,有可能在存在相应具体规则的情况下,去寻找一般规则。尤其是,总分结构采取认识论上的倒置的方法,也就是说,它采取的是“从后往前”的找法路径。这种体例实际上具有浓厚的学者法的特点,而不利于法律的实用和便捷。克服此种缺陷,要求法律职业人培养和形成体系化的思维方式,注重了解一般条款和具体条款的关系,明确法律适用的顺序。为避免出现此种情形,在存在具体的法律规则时,法官要优先适用具体规则,而不能动辄诉诸一般条款,在裁判过程中禁止法官向一般条款逃逸。需要通过指导性案例的方法对一般条款进行具体化,明确其适用条件和范围,防止法官自由裁量权的过度膨胀。

4. 总分结构容易出现“脱节”现象。例如,总则的某些规则对于分则的某些组成部分难以适用,譬如,法律行为中意思表示瑕疵、代理对于纯粹的身份行为适用可能要极为注意界限,例如重大误解不能适用于结婚行为,通谋虚假、欺诈在多大程度上能够适用于结婚行为也存在极大的争论;时效的某些规则,对于一些身份法上的请求权可能很难适用。为解决这一问题,就要明确总则的相关规定在分则中适用的范围。例如,以提取公因式的方法抽象出的法律行为的概念被置于《民法总则》之中。原则上,《民法总则》中的规定应当是在分则没有特殊规定的情形下,才予以适用。但是,法律行为这一概念的抽象是以交易行为为典型的,因而,其在非以交易为内容的婚姻家庭等领域中能够适用以及适用的范围一直存有争议。虽有学者也认为,法律行为对于纯粹身份关系的结婚、离婚等行为,并无适用的余地。^[57] 但是,诸如结婚、离婚等行为同样是出于当事人的意思而进行,因此,一概否定法律行为制度的适用,也过于绝对,应当在充分考虑身份行为的特殊性的基础上,明确法律行为在婚姻家庭编的适用范围。法官在适用时应当妥当把握总则制度的适用范围。

5. 总分结构容易出现法典功能的单一化。如果严格按照潘德克顿法学提取公因式的模式,那么总则的规范内容就极为有限,这也会导致法典的总则仅具有提取共性规定的功能,而丧失其他重要功能。为避免这一缺陷,不应当将《民法总则》的规范内容完全局限于分则的“公因式”,还应当将价值引领性的规范、奠定后续规则基础和依据的规范(例如“民事权利”一章)以及为特别法留

[55] 参见石佳友:《当代侵权法的挑战及其应对——“侵权法改革国际论坛”综述》,载《法律适用》2008年第8期。

[56] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, C. H. Beck, 1979, S. 32.

[57] 参见陈棋炎:《亲属·继承法与民法总则间之疑难问题》,载戴东雄编:《民法亲属继承论文选辑》,台湾五南图书出版公司1984年版,第9页。

有接口的规范等纳入民法总则之中。这些规范的设置可以使得法典的价值宣示功能、衔接特别法功能、价值框架性功能得以实现。

另外,从法学教育上来说,总分结构可能容易导致学习民法的困难。因为在教学过程中,往往先讲授民法总则,这就使得学生在尚未了解具体制度的情况下,对抽象规则的学习和掌握比较困难,容易导致学生感到困惑。人们思维的一般习惯是从具体到抽象,而不是从抽象到具体。而先学习民法分则,再学民法总则,才能使得知识循序渐进。所以,总分结构确实带来了教学上的困难。为此需要改进法学课程设置和教学方法。^[58]例如,通过案例分析的课程训练使得学生对总则和分则之间的连接关系和适用关系能够有更多的体会;教师在讲授抽象法律制度的同时,要借助简单易懂的具体法律关系或者案例,帮助学生理解抽象的一般规则,融会贯通整个民法的规则。

结 语

“法典化是现今正在进行的且进展良好的立法活动。”^[59]我国民法典的编纂再一次印证这一趋势。尽管总分结构理论在一定程度上给司法裁判、司法适用以及法学教育等方面带来消极的效应,但这些弊端是民法典编纂过程中应当克服的,且通过科学立法、职业司法、价值平衡以及案例教学等方式也是可以克服的。我国正在编纂的民法典应当成为体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典,因此,有必要借鉴总则结构的经验,并努力克服其缺陷,从而形成科学化、合理化的民法结构体系,确保民法典各部分内容连贯统一,使民法典真正成为一部立足中国国情、面向21世纪的科学、理性的民法典。

Abstract The general-specific structure is the biggest feature of German Civil Code and it has been transformed into the tradition of Chinese civil legislation. The scientific codification of a civil code requires it to be rational, abstract and logical. The general-specific structure of a civil code enables its value and rules to be integral and coherent, its concepts and rules to be unified and hierarchical, its rule design to be simple, and itself to be open and socially responsive. The Chinese Civil Code should borrow the theory of general-specific structure to build a scientific system of the Civil Code, realize the systematization of all books of the Civil Code, and use the General Provisions of the Civil Law as a guide. Meanwhile, defects of the general-specific structure should be strived to overcome.

Keywords General-Specific Structure, Civil Code, General Provisions of the Civil Law, Books of the Civil Code

(责任编辑:肖俊)

[58] 参见陈自强:《契约之成立与生效》,学林出版社2002年版,第2页。

[59] Michaël Milo, Jan Lokin, Jan M. Smits(eds.), *Tradition, Codification and Unification* (1st edition, Intersentia, May 2014), p.239.