

# 对民法总则的结构及商事规则相关问题研究

马高雅

内容摘要:《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》以权利作为总则编的结构主线具有合理性,但其在权利客体、代理、时效以及民事权利的行使等章节的安排上存在着一定缺陷,应加以调整。同时商事规则在民法总则中作出抽象化的一般规定,体现了实质商法的存在,同时真正实现了民商合一,但在总则中应为现代商法规则留好缺口,以保证民法典的结构合理性,以及商法体系的完整性。

关键词:民法总则;结构设计;现代商法规则

## 一、问题的提出

所有现代欧陆民法典不论系法国民法典或德国民法典,或为此两民法典之继受法典,或参考该两民法典而制定成立之类似民法典,大半设有民法总则专编之规定。民法是调整平等民事主体的自然人、法人及其他非法人组织之间人身关系和财产关系的法律规范的总称,涉及到人们权利、义务、责任的方法方面,其规范的法律关系具有普遍性和广泛性。因此,除了应分编对债权关系、物权关系、继承关系等各种具体民事法律关系作出具体规定外,还需对以上各种具体法律关系中所共同涉及到的民事权利、义务、责任等一般事项问题以民法总则的方式作出原则性规定,这样不但能够避免整部法典结构重复繁琐,也能够为法官裁判提供清晰依据。

《民法通则》自1986年颁布以来一直适用至今,实施近三十年以来,深刻嵌入国人之心,对于保护民事主体的合法权益,促进社会经济的发展起到了重要作用,在我国民事立法制度中具有里程碑式的意义。然而随着我国市场经济的发展,立法机关制定了许多民事单行法,从而使得《民法通则》的许多规定的适用价值越来越小。中共十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,明确提出了“加强市场法律制度建设,编纂民法典”的重大改革任务。之后,我国就启动了民法总则的编纂工作,目前《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》已经面向社会大众征求意见,并得到了社会各界的关注。就目前各界的回应来看,学者们对关心的问题主要集中在以下两个方面。其一,人类社会生活方式很容易随时间的流转、社会政治、经济现实的变化,以及科学技术之进步与发展而改变,民法所调整的法律民事权利义务关系也必然发生变化,民法总则的体系与结构设计的是否合理关系到其手否能够经受现实社会的改变而充分发挥规范作用,因此不少学者对民法典的体系结构问题提出意见。其二,商法作为与民法紧密相关的重要法律部门,其在市场经济中发挥的重要性不言而喻。而其本身具有一些不同于民事规则的特殊的规则,在此次以民商合一立法思想为指导而编纂的民法总则中,有关商事规范的如何设计,是否真正体现了民商合一,也是众多商法学者关注的焦点。故本论文就民法总则建议稿这两个方面的问题提出意见加以分析、探讨。

## 二、民法总则的结构选择路径

### (一) 学界关于民法总则编排的逻辑主线争议及评析

民法典乃理性化的产物,讲究一定的逻辑性和体系性。由此决定,民法典的结构设计,不应当首先确定一个贯穿其中的结构主线,然后围绕着这根主线来安排具体的章节顺序。同理,民法典总则编的制定也应首先确定一个贯穿其中的结构主线。关于民法总则的逻辑主线问题学界存在着以法律关系、法律行为、以及民事权利等观点。以法律关系为主线的编排法主张按照法律关系的组成要素来编制民法总则的结构体系。因为法律关系是整个民法逻辑体系展开与构建的基础,总则中应当根据法律关系的要素确立主体、行为、客体制度,然后在分则中确立法律关系的内容,即民事权利。<sup>1</sup>主张以法律行为为核心来编排总则的内容的学者认为法律行为有很大的包容性的特征,能够统领物权、债权、亲属、继承等民法典的传统内容,因而认为应以其为构造民法总则的逻辑主线。<sup>2</sup>也有学者主张以民事权利为核心和基础来构造民法总则的逻辑主线,沿着民事权利的主体、民事权利的客体、民事权利的产生、行使和实现这一系列相互联系、环环相扣的逻

<sup>1</sup> 王利明:《民法总则研究》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,页174-175。

<sup>2</sup> 彭诚信、戴孟勇.“论我国未来民法典总则编的结构设计”,《烟台大学学报》2005年第3期,页39。

辑线索而展开民法典总则的结构安排。<sup>3</sup>

在理论上,以法律关系作为编排民法总则的结构主线,的确能够揭示民法的调整对象,涵括总则中的主体、客体、法律行为等制度,并能对民法典的其他各编起到统领作用,因而不失为一种可供选择的思路。不过,我国学者大多将法律关系的内容即民事权利和民事义务作为法律关系的构成要素之一,而民事权利和民事义务的具体类型及内容又十分复杂,显然难以为民法总则所包容。再者,法律关系本身乃是一个中性的概念,既不能凸显民法总则乃至整个民法典的价值取向,也无法从中提炼出民法典的核心理念,因而难以对人们的行为和观念起到良好的指引作用。因此,以法律关系作为编排民法总则的结构主线,未免使民法总则显得过于平庸。同时,虽然法律行为制度在民法总则中的地位十分重要,其在一定程度上可以揭示出与民法总则之间的历史联系,又能够提炼出私法自治的理念并加以弘扬。但是其有一个致命的缺陷就是不能有效地涵括期间、期日、时效等传统上属于总则的内容,从而难以起到贯穿总则的核心作用。因为总则有关期间和期日的规定并不仅仅适用于法律行为,还适用于事实行为、诉讼行为乃至公法上的行为等等,显然不宜纳入法律行为的体系之中。综上所述,这两种逻辑构造方式都有不可克服的自身缺陷。

从颁布的《中国民法典民法总则专家建议稿》来看,其是采用了以民事权利作为民法典总则的构造主线,包括一般规定,权利主体包括自然人、法人、其他组织三章,民事权利客体为第五章,权利的变动又包括了法律行为、代理、时效三章,最后一章设计为民事权利的行使和保护。笔者认为,这种体系设计是合理的。首先,因为民法是权利法,是以权利为核心的,民法典总则以权利作为逻辑构造的主线,完全符合民法作为权利法的属性,这也有助于人们更好地认识和了解权利,增加人们的权利意识。<sup>4</sup>其次,民法总则应是通过“提取公因式”的方法从分则中抽象出来的共同规则,因此只要是能够从民事法律制度中抽象概括出共性的东西,并能够适用于分则规定的某些具体制度,都可以设计为总则的内容。毫无疑问,任何一项权利都包括主体、客体、内容、变动、行使、保护等要素,而这些要素均应当在民法典中有所体现。如果总则的逻辑构造以权利为主线,则根据总则的功能,涉及权利的共同规则就应当在总则中加以规定,而权利的主体、客体、变动、行使、保护等均存在共同规则,这些规则在总则中加以规定当无问题,而权利的内容则各不相同,自然也就无法再总则中规定。最后,纵观以《德国民法典》为代表的采总则一分则结构的各国民法典中,民法总则的内容也均是围绕着权利的逻辑主线构造的,各法典均把总则定位为“民事权利的一般规定”,其中包括权利主体(人)、权利客体(物)、权利变动(法律行为、期间与时效)、权利的行使与保护等内容,只不过在上述基本框架下有一些具体内容或制度上的差异。

## (二) 简评我国民法总则专家建议稿的结构设计

上述部分分析了民法总则专家建议稿以民事权利为民法总则逻辑构造主线的合理性,但是同时也应当看到民法总则编对权利这一结构主线贯彻得并不彻底,因而存在诸多不合逻辑之处,有待于在将来正式立法时予以纠正。首先关于法律行为与代理,民法总则专家建议稿将其作为并列的两章加以规定,在逻辑上并不合适。所谓代理,是指代理人于代理权限内,以本人的名义,向第三人为意思表示或从第三人处受领意思表示,而直接对于本人发生效力的行为。<sup>5</sup>可见,代理不过是由他人代本人从事法律行为而已。从逻辑关系来看,代理乃是法律行为的下位概念,其立法位置应当比法律行为低一个层次才对。德国、日本以及我国台湾的民法典总则编均将代理作为一节,规定在“法律行为”一章中,就是基于这种逻辑关系的考虑。民法总则专家建议稿将“代理”作为独立的一章放在“法律行为”之后加以规定,人为地拔高了代理制度的法律地位,破坏了法律行为与代理之间的上下位关系,在逻辑上难谓妥当。因此,应当借鉴德国、日本等的做法,将“代理”从章的层次降低到节的层次,纳入“法律行为”一章中,作为其中的一节。其次,依照此次民法总则专家建议稿,在权利客体一章中,于“物”和“有价证券”之后将其他权利客体一并在“其它权利客体”一节中进行规定。而对于“人格利益”该建议稿所规定的“民事主体依法享有的人格利益和身份利益,受法律保护”、“死者的人格利益,依法受法律保护”的条文设计过于空洞,且为宣示性(保护性)规定,丝毫不涉及权利客体

<sup>3</sup> 参见朱格锋.“论民法典总则的技术构造”,《研究生法学》2009年第5期,页55。

<sup>4</sup> 彭诚信、戴孟勇.“论我国未来民法典总则编的结构设计”,《烟台大学学报》2005年第3期,页39。

<sup>5</sup> 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2008年版,页295。

本身的内容或者规则。与此同时,鉴于债权的客体完全不可能在立法上进行任何有意义的描述,故在该有关权利客体的规定中,缺乏债权及其他请求权的客体。另一方面,如果仿照《德国民法典》的做法,在总则编仅规定“物”,则不免存在两方面的弊端:一是“物”仅为物权的客体,总则编有关物的规定完全不能适用于物权之外的其他权利,不符合总则规范之一般性的特点;二是“物”本身并非法律的规范对象,如果切断其与物权人之间的归属、利用关系,则有关“物”的独立规定是没有多少规范意义的。但物的归属问题应由物权规范解决,不应当规定于权利客体的内容之中。再次,此次民法总则专家建议稿仿照《德国民法典》,在总则编末尾专章规定了“民事权利的行使和保护”。其中,规定了“民事权利的举证责任”、“民事权利的限制”、“权利不得滥用”和“环境保护”、“适当的容忍”和“充分的补偿”等。同时,在最后规定了“自助行为”。笔者认为,这种结构设计是存在一定问题的。首先关于“民事权利的举证责任”,笔者认为并不应当规定在民法典总则部分,其属于民事诉讼法应当明确的问题。其次,有关“权利不得滥用”和“环境保护”的规定依照性质,应当属于民法的基本原则,即在第一章第一节“基本原则”部分规定“权利不得滥用原则”、“公序良俗原则”以及“环境保护原则”。而“容忍义务”以及“国家征收、征用财产时的及时、充分、合理补偿”应当规定在物权法中。“民事权利的限制”一部分应纳入民法典的一般规定。总之,笔者认为此部分规定,与民法典总则的其他规定及分则的规定大都重合且残缺不全。最后,关于时效制度的安排问题。近代以来大陆法上的时效被区分为取得时效和消灭时效两种。大陆法各国在两种时效制度的立法安排上,存有四种不同的做法:一种是《法国民法典》采纳的将取得时效和消灭时效合并为一项制度在民法典中统一加以规定模式;第二种是《日本民法典》采纳的把取得时效和消灭时效并列规定于民法典总则编的不同章节模式;第三种是《德国民法典》采纳的把消灭时效规定于民法典总则,把取得时效规定于物权编模式;最后一种是《阿尔及利亚民法典》采纳的把取得时效规定于物权编,消灭时效规定于债权编的模式。此次民法典总则专家建议稿第八章部分首次规定了取得时效,这是我国民法界首次将取得时效纳入民法典,之前我国并无取得时效的规定,学界并不承认取得时效的,而此次在总则部分规定取得时效问题,弥补了时效制度的缺陷,构成民法典总则部分的重大亮点。可以看出,此次专家建议稿中将取得时效和失权期间(消灭时效)一起规定在民法总则的时效部分,同日本模式相类似,但笔者认为这种模式欠妥,理由在于取得时效以“占有”的事实状态为要件,其所生法律效果为权利的取得;消灭时效以权利人不行使权利为要件,其所生法律效果为权利的消灭。两种时效制度,其适用范围、成立要件以及法律效力迥然不同,相互之间并无牵连,故各自具有完全独立的地位。消灭时效与债权的行使相联系,取得时效与物的占有相联系,分置于相关权利制度中,可以彰显其与相关权利规则的相互关联,其适用范围和适用条件明晰,条文查阅方便,反之,将此两项互不相关的制度并列规定于民法典总则,与民法典总则的特性完全不符,亦不具有任何实务上的应用价值。因此,笔者认为将取得时效和消灭时效分别规定于物权编与债权编更为妥当。

### 三、民法总则中商事规范的安排

商法是与民法紧密联系的重要法律部门,民法与商法同为我国市场经济法律制度的重要组成部分;我们国家目前的立法体例既不是典型的民商合一,也不是典型的民商分立,是有分有合的一种独特的立法结构,这种密切的联系就决定了民法典的编纂必然应该包括商事立法的完善。而民法典总则在比较民法立法史上并非仅指民法的总则,而系为一般私法体系之总则。<sup>6</sup>因此,在民商合一的立法模式下,民法典总则对商法也是同样适用的,其应当是适用于民法和传统商法的具有普遍约束力的法律规则。在此认识的基础上,究竟如何安排商事规范,具体来说主要有如何在民法总则进一步完善包括法人、其他组织在内的诸民事主体制度,商事登记立法规范在民法总则中如何表述,营业转让规范如何入民法总则,商事代理与民法上一般代理制度的异同以及是否进入民法总则等。这些商事规则的安排妥当与否不仅关系到民法总则是否能够具有合理、科学的结构也关系到是否能够保持商事立法自身的立法体系。

#### (一) 商事规范立法模式之争

在之前历次讨论中国民法典的制定时,民法典应当包含的板块与民法典的编纂模式构成了两个争论的焦点。其中,商事立法的选择构成了争论的一部分。关于中国商法的立法模式,学界一直存在着“法典化”、

<sup>6</sup> 朱柏松:“民法总则的使命及其应规范之内涵——以中国民法总则草案为探讨中心”,《北方法学》2013年第6期,页29。

“一般性规定”和“单行法（特别立法）”三种主张。“法典化”意在制定一部与民法典并行的商法典，其强调了商法的重要性，并可以借此整合商法各单行法上的制度，使之不再矛盾，但由于目前的商法研究成果、民商法制度合一的趋势等因素，制约了将商法法律制度实行法典化的可能，因而这种模式并不符合中国实际；“单行法（特别立法）”模式是指在民法典中不体现商法的内容，保留目前商法单独立法的现状，这种模式的优点在于无须花费任何成本，更不必在如何协调商法制度与民法典的关系上费尽心思，但其却割裂了与民法的关系，不利于民商关系的统一协调。“一般性规定”模式是指在民法典中纳入商法的一般性内容，同时保留商法中具有个性的部分作为单行法。

从颁布的民法总则专家建议稿来看，关于商事规范立法模式显然采取的是“一般性规定”的模式。原因在于一方面这种模式相较于其它两种模式既可以凸现商法的特点，保证了民法对商事关系的适用，又不致使民法典的结构显得不协调的同时，它还充分体现了民商合一的精神。另一方面，国内外的经验表明，各商事规则中存在着一些共同性的内容，商事法技术性强，要适应瞬息万变的市场经济，必须具备适时修改的特色，因此采用“一般性规定”模式，在民法总则中体现商法的共同性内容，同时保留公司法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、海商法等作为单行法的作法可以保持商法的独立性同时，使商事规范在结构上与民法保持一致。

## （二）现代民法的转型与传统商法的变革

在现代社会，一切人与人的关系都被商事化。“以市场为中心而形成交换的契约关系，逐渐浸透于全体当事人的全部生活中。”<sup>7</sup>企业逐渐取代民事人成为最重要的市场主体，市场中的所有人都被纳入到了商事交易中去，企业与民事人之间的交易逐渐取代了民事人之间的交易，传统的民事交易逐渐萎缩，如单纯的民事合同越来越少。传统民事交易的萎缩致使民法调整范围受限，其规范功能也日渐消弱。传统民法若想继续保持其私法基本法的重要地位，就必须进行变革，即其必须将传统商法的一些规则纳入民法之中，这是民法为适应现代市场交易形式变化所必须进行的调整，这种调整将促进传统民法向现代民法进行转型。民法这种体系上的转变，其目的是为了自我保存。其结果是，交易安全和弱者保护价值开始进入民法，使得民法成为一个非纯净化的法律体系。民法成为一个混合法典，规范之间也成为一个松散的结合。<sup>8</sup>民法适用性上的扩张会促使传统民法向现代民法的成功转型，同时也会使传统商法的部分规则逐渐与商法融合，而面临被现代民法吞噬掉的危险。那么此时就会面临另一个重要问题，那就是商法规范究竟应以何种形式存在与民法典之中。

随着市场经济的发展，经销、特许经营、委托经营、证券化融资、项目融资等新型交易形式逐渐在商事交易领域中出现，新型交易形式与传统商法和民法调整的交易方式存在着重大区别，具体的交易形式难以用简单的民事法律关系来解释，比如传统的买卖关系逐渐被销售供应链取代，在生产者和消费者之间出现了许多的中介商，由于这些中介商的进入，买卖逐渐成为一种结构性规程，交易中交易者的意志性因素逐渐被消解。这种交易已经不再具有民事法律行为中的意思表示这一核心因素，这就预示着现代商事交易难以再受到民法规范的调整。新型交易形式的出现乃是为了适应企业这一重要市场主体的需求，为促使交易的方便快捷及最大限度地降低交易双方的风险而有相关企业和律师所设计的。我们应当注意到传统商法也在发生着变化，其不再是简单的依托商人、商事行为以及商事财产这三要素而简单构成起来的、完全依据民法思维所构筑的商法体系，现代商法的对象就是这种新型的交易形式，他们灵活多变且发展迅速，贯穿现代商业社会的各种复杂的交易程序。新型交易形式完全是市场的产物，体现了市场的功能，现代商法寄存其中，因此司法实践应当意识到这种变化，对于新型交易形式应从保护市场主体预期的角度来考量，而不仅仅是要顺应法律的逻辑，将超出现行立法范畴的新的交易模型判定为无效。再者由于交易形式是为了企业的特殊目的而产生，所以其在规范整体上表现为无机和零散的状态，体系化程度还存在很大不足，需要立法者进一步提炼并纳入法律体系之中。因此，在未来民法典的立法中，应当对已经成熟的交易模型进行认可，将其整体性地纳入立法体系之中，以发挥其结构性效应。

传统民法和传统商法都已经发生了变化，传统民法向现代民法的转变就决定了民法必须要吸收传统商

<sup>7</sup> [日]我妻荣：《债权在近代以来取得的优越地位》，王书江译，中国大百科全书出版社，1999年版，页185。

<sup>8</sup> 王延川。“商法的双向运动与现代商法的生成逻辑”，《西北大学学报》2015年第1期，页13。

法的部分规则，以增强其适用性，这就导致了传统商法的一部分逐渐与民法相融合，但同时我们也应当认识到传统商法的一部分依然保持其独立地位，并且新型交易形式的出现使得现代商法的一部分已经被纳入立法，另一部分有待于司法对其进行合法性衡量，更亟待立法对其认可。由于传统商法并没有彻底消失，而现代商法正在形成之中，这就使得商法在实践中表现为二元的制度体系。因此在编纂民法典的时候我们一方面要处理好与民法向融合的部分商法规范，另一方面也要为现代商法规范留好缺口。正如杨立新教授所言“在编纂民法总则的时候，应当留一个接口给商法；然后在把各编民法内容汇总的时候，再把商事通则纳入到这个体系当中去一同制定完成。”<sup>9</sup>笔者认为对于民法、商法通用的规则，民法典自然应该予以规定；对于大量的现代商法特殊规则，宜于另立法律，民法典要留好规范接口，这样既维持了民法与商法之间的一般法与特别法的关系，也保证民法典的轻装前行，同时保持了商法体系的完整性。

#### 四、结语

民法典的编纂工作是一个系统的、长期的、间距的工程。民法总则是各种民商事规则的一种抽象化概括，因此民法总则的体系、结构及内容的是否合理安排布局关系到最终是否能够编纂出一部在结构上具有合理性、完备性、系统性和逻辑性，在内容上具有科学性、明晰性、现代性和必要的开放性，且自身具有不断适应社会变迁的良好特性的民法典。我们应当认真对待民法总则的体系结构设计，更应当处理好其与商事规则的关系，以期能够保持民法完整性的同时，体现商法的独立性，真正编纂一部民商合一的民法典。

---

<sup>9</sup> 杨立新.“民法总则编的框架设计及应当规定的主要问题”，参见“中国法学创新网”，<http://www.lawinnovation.com/html/bwgs/4705363974.shtml>。2015年7月16日访问。