



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读原文](#)

论文精粹

李建华、董彪、杨代雄：我国民法典总则编私权的立法设计——对私权一般性规定和类型化的反思

admin 发表于： 2008-12-28 22:36 点击： 745

关键词：民法典/民事权利/一般性规定/类型化的设计

内容提要：民法是权利法，私权体系的建构是近现代民法典的主要目标。各国对于是否在民法典中对于权利的一般问题予以规定、权利内容的一般性规定是否可行，有不同的认识和立法例。我国正在进行民法典的起草工作，全国人大常委会法工委起草的《中华人民共和国民法（草案）》中将民事权利单独成章进行了规定，开创了民事立法的先河。但不可否认的是，草案的规定还存在若干缺陷。对此，需要予以论证和完善。

我国《合同法》、《物权法》相继颁布，《侵权责任法》也在制定之中。随着单行民事法律的逐渐完善，产生了民法体系化或法典化的需要。民法体系化之重心在于民法典总则，而民法典总则之重心在于民事权利的立法设计。全国人大常委会法工委负责起草的《中华人民共和国民法（草案）》将民事权利独立成章进行规定，开创了民事立法之先河。该草案第85—91条采用列举具体权利类型的方式对物权、债权、知识产权、人身权进行规定，凸现了民事权利的重要性，完善了私权体系的结构。但是，对具体权利类型是否有进一步抽象化并上升为一般规定的必要、具体权利类型列举是否完备，等等问题，不无反思的必要。

一、民法典中私权体系的典型立法例及其缺陷分析

（一）大陆法系国家民法典私权体系的立法例

1. 《法国民法典》中的私权体系

《法国民法典》是法国大革命的重要成果，深受18世纪法国自然法学派思想的浸染，具有理性主义、个人主义和激进主义的特征。立法者的意图在于制定一部“简单的、民主的，并适用每一个公民的”法典，充分彰显人的自由和平等。

从体系上看，《法国民法典》沿袭了古罗马盖尤斯与优士丁尼《法学阶梯》的结构，把实体私法划分为“人法”与“物法”。该法典的第一编“人法”对民事权利的享有和丧失、婚姻、亲权、监护等身份问题予以规定；第二编“财产及对于所有权的各种限制”中对所有权、用益权、使用权、居住权和地役权等权利类型加以规定；第三编“取得财产的各种方法”中对继承、债权、担保、时效等问题予以规定。

诚如茹利欧·莫兰杰尔所言，“法国民法典的优点在于，法典拟定的清晰而无理论上的矫揉造作。至于其实质，则留有法兰西精神：追求进步同适可而止相结合。”[1]然而，《法国民法典》的私权体系在结构上却存在诸多缺陷：其

，缺乏对于权利各要素的抽象性规定，局限于各种具体权利类型的规范。其二，私权体系的内在逻辑混乱。对此，有学者一针见血地指出，“任何科学的安排方法都不会在一本书中把继承和捐赠、契约和侵权行为、婚姻财产、特殊契约、抵押和时效等这类毫不相干的内容都纠合在‘取得财产的不同方法’题目之下”[2]。

2. 《德国民法典》中的私权体系

《德国民法典》沿袭和发展了《学说汇纂》（也称《潘得克吞》）的体例，即以五编制构建私权的体系。总则编提纲挈领统摄全局，对于私权的要素进行抽象、概括地规定，如私权主体、私权客体（物）、私权变动原因（法律行为）、私权的时间限制（时效）等。分则是总则编的扩展和具体化，共分为四编，对于具体的权利类型即债权、物权、亲属法上的权利、继承权予以确认和保护。

通过对于《德国民法典》各编的内容和相互关系进行分析可知，《德国民法典》的私权体系具有以下特征：第一，私权体系的规范重心从原则转向规则。德国法深受康德和黑格尔法哲学思想的影响，制定民法典之时，平等、自由等法律原则已经成为人们的共识。如何将这些原则具体化的问题成为私权体系规范的重心。只有当私权的内在体系，即私权的原则和基本思想之间的内在联系，体现为抽象的、概括的概念、规则之间的逻辑结构这种外部体系中的时候，私权的原则和思想才能真正实现。[3]第二，采用提取公因式的法典编纂方法，对具体权利类型的共有因素进行概括和抽象，设立了独立于具体权利编的总则编，对除权利内容以外的共通性要素加以规范。从某种意义上说，其总则编就是私权通则，即私权一般规范体系。[4]概念法学派“醉心于其‘理性法’的严密体系，甚至不惜伤及民法体系的内在脉络，将概念抽象和逻辑演绎发挥到极致。”[5]与法学阶梯式的法典编纂方式，即在弹性的序编之下对于权利体系松散地加以规定的方式不同，学说汇纂的法典编纂方式最大限度地法律制度与规则之间寻求共性的要素。《德国民法典》将总则中共有的权利要素与分则中的具体权利内容相结合构建私权体系，依循这一思路，完整的私权体系得以建立。

当然，《德国民法典》关于私权体系的建构也受到学者的质疑：其一，“民法典是在对法学家讲话，它是由法学家们给法学家们制定的”[6]。理解法典中对于权利规定的内容，把握法典中的私权体系结构是私权主体为权利而斗争的前提和基础。《德国民法典》中抽象性概念的使用以及总则与分则相结合的立法模式为一般大众了解权利体系设置了障碍。其二，《德国民法典》在私权体系的建构方面存在结构性缺陷，虽然其总则编对于私权主体、客体、私权的行使与限制等加以规范，但对于私权内容的一般性规定却付诸阙如。

3. 《意大利民法典》中的私权体系

意大利曾于1865年制定民法典，在体系上追随《法国民法典》的模式。在法学家夏洛克、彭梵得等人的推动下，1942年意大利又制定了新的民法典。1942年的《意大利民法典》既保留了《法国民法典》的一些元素，又相当多地借鉴了《德国民法典》的法律概念和法律制度。此外，与上述二者不同，《意大利民法典》采取了民商合一的立法体例，被称之为“民商统一的法典或统一私法典”。该法典分为六编，即一般原则、人与家庭、继承、所有权、债、劳动、权利的保护。

《意大利民法典》的私权体系具有如下特征：其一，采取民商合一的立法体例。私权体系不再单纯限于传统的民事权利，如物权、债权、人身权等，商事权利也被纳入民法典的调整范围，统一立法。其二，顺应个人主义向社会团体观念转变的历史潮流，传统民事权利体系得以扩张，具体表现为劳动权、消费者权、公平竞争权的出现。其三，伴随社会发展、科技进步，出现了传统民法典中不包括的智力作品权、工业发明权等。其四，采纳了《法国民法典》的做法，不设立总则编，只设立规定法源以及一般法律适用的序编。

（二）《苏俄民法典》[7]与《俄罗斯联邦民法典》中的私权体系

1. 《苏俄民法典》中的私权体系

《苏俄民法典》制定于1922年，包括总则、物权、债和继承四个部分。总则部分主要规定了权利行使的基本原则、

权利主体、权利客体、法律行为、诉讼时效，分则对于具体的权利类型，即物权、债权、继承权加以规定。

《苏俄民法典》的私权体系与《德国民法典》的私权体系相似，也采用总则和分则相结合的模式。此外它还具有如下特征：其一，对于私权的基本原则予以规定。该法典的第1条规定：一切民事权利都受法律的保障，但是，民事权利的实现，违背社会、经济目的的时候除外。其二，从具体权利类型的角度而言，与传统大陆法系的私权体系不同，将婚姻家庭领域的身份权排除在民事权利之外，由单独的婚姻家庭法调整；此外，在法典的物权部分以规范物之所有关系的所有权为中心，缺少对于保障物之利用的他物权的规范。

2. 《俄罗斯联邦民法典总则》中的私权体系

《俄罗斯联邦民法典》包括四个部分：第一部分包括总则、所有权和其他物权、债法总则；第二部分为债的种类；第三部分包括继承法和国际私法；第四部分为知识产权法。《俄罗斯联邦民法典》总则的基本规定分为民事立法和民事权利和义务的产生、民事权利的实现和保护两章。在民事立法中规定了民事立法的基本原则、调整对象、法律渊源、法的效力、法的适用等。民事权利和义务的产生、民事权利的实现和保护一章以权利为中心，将权利的一般性在总则中予以规定。主要规定了权利的产生、权利的实现、权利实现的界限、权利的保护和权利的救济等内容。

《俄罗斯联邦民法典》同样借鉴了总则和分则相结合建立私权体系的立法模式。其总则部分兼具《法国民法典》序篇和《德国民法典》总则篇的特征，此外还具有自己独特的特色：总则基本规定中的民事立法一章与《法国民法典》的序篇颇为相似；在总则中对人、民事权利的客体、法律行为和代理、期限和诉讼时效予以规定，这与《德国民法典》总则编相似；基本规定的第二章以权利为中心，对于权利的一般性加以规定是其独有的特征。但是，《俄罗斯联邦民法典》总则没有专门、直接规定民事权利的类型和体系。

（三）我国民事立法与民法典草案中的私权体系

1. 我国《民法通则》中的私权体系

《民法通则》在我国民事立法中处于基本法的地位，它分为9章，包括基本原则、公民（自然人）、法人、民事行为和代理、民事权利、民事责任、诉讼时效和涉外民事关系法律适用。私权体系由权利主体、权利的取得、权利的类型、权利救济等构成。

《民法通则》对私权体系的建构有别于传统民法典，将民事权利单独列为1章。在结构上尝试性地突破了《德国民法典》仅仅将权利主体、权利客体、权利的行使和限制等内容在总则中加以规定，但是对权利内容缺乏共性抽象，在分则中只列举具体的权利类型。

2. 我国民法典草案中的私权体系

全国人大常委会法工委起草的《中华人民共和国民法（草案）》将民事权利独立成章（总则编第六章）。私权体系由私权的基本原则、权利主体、法律行为、民事权利、民事责任、诉讼时效等部分构成。民事权利一章对于物权、债权、知识产权、人格权和身份权进行了列举式规定。

民法典草案的特点在于：一方面吸收了总则和分则结合的立法模式，在总则中对于权利的一般性、共同性要素加以规范，在分则中对于权利的具体内容加以规定。另一方面，与《德国民法典》在总则中没有规定权利内容的一般性不同，草案在总则中设专章对于民事权利的一般性内容予以规定。但是，民法典草案中的私权体系也存在不足：其一，规定民事权利的条文内容空洞，似乎是关于民事权利的宣言式规定，而不是民事权利制度本身应有内容的设计；其二，只是规定传统民事权利的类型，缺乏突破和创新，而且有遗漏；其三，没有考虑民商合一的立法模式和趋势，缺乏对商事权利的规定和兼容。

民法是权利法，私权体系的建构是近现代民法典的主要任务。权利是实践性的，私权观念只有践行为概念、规则和原则建构的私权体系，私权才可能脱离权利宣言的层面，为主体权利的实现提供渠道。要建构私权体系的大厦首先要解决私权结构的问题。考察各国关于私权体系的典型立法例，不难发现其各自都存在结构性缺陷，要么欠缺私权的一般性规定，要么对私权的一般性内容规定地不全面。而这样的规定既是必要的又是可行的。

（一）民法典总则对民事权利作出一般性规定的必要性及其合理性

权利的一般性规定与一国的法律传统、思维方式以及学术积累密切相关。德国法学思维建立在深厚的理性主义传统基础之上，这种传统源于文艺复兴与古典自然法学思潮。被誉为法学上的牛顿或达尔文的萨维尼“把文艺复兴的阳光带进了法学”[8]。其后继者温德夏所代表的潘得克吞法学派在研究罗马法《学说汇纂》的基础上，“抛弃了旧的注释法学派研究罗马私法的方法，将历史主义与实证主义以及对罗马私法原则的研究和现实社会的研究结合起来，通过逻辑抽象和理论概括，推导出法律概念和原则”[9]。

理性思维要求法律人以类似数学、逻辑的演绎方法从最抽象的权利概念和最基本的私权原理中获得具体的、个别的权利规定。这就导致了这样一种后果：“在用语、技术、结构和概念构成方面，——连同由此而产生的所有的优点和缺陷——《德国民法典》都不失为德国学说汇纂学派及其深邃、精确而抽象的学识的产儿。《奥地利普通民法典》清晰、理性的通情达理，《瑞士民法典》的通俗性和鲜明性，《法国民法典》激荡着公民权利平等与自由理想的简洁有力的文体，所有这些都与《德国民法典》断然无缘。”[10]

提取公因素、以抽象概念建构私权体系是《德国民法典》编纂的基本思想。具体权利类型通过舍弃其个性特征的方式，抽象出权利主体、权利客体、权利的行使等抽象概念以及相关的规则、原则等。权利的一般性规定位于私权体系的金字塔的顶端。权利的一般性规定经由考察具体权利类型而来，可以通过附加特征的方式演绎下位概念、规则等。理解私权体系必须将眼光游离于权利的一般性规定和具体权利类型之间。

具体地说，民法总则对于被提取和抽象的权利的一般性规定，如在具体权利类型中存在的权利主体制度、权利客体制度、权利行使的方式、权利行使的期限等加以规定，普遍适用于分则各编。诚如我国学者所言，“民法总则中，民法的主体制度实际上确立了权利的归属，所以民事主体又称为权利主体；民事法律行为和代理实际上是民事权利的行使，他们从动态上表彰民事权利；诉讼时效则为民事权利行使的期限限制。而民法分则完全是以权利为内容展开的，并分别形成了物权、债权、人身权等权利体系。”[11]对于私权的确认和保护是总则中权利的一般性规定和分则中对权利类型具体规定两者相结合的结果。

权利的一般性规定是否合理？有学者提出这样的质疑：“将这样一个‘总则’抽象出来的做法是否符合法典的目的？”[12]一方面，“总则部分针对一些确定的基本法律制度，即法律职业者无论在债法，抑或在物法、继承法或家庭法，甚至在整个私法领域中都要加以运用的法律制度，正如古斯塔夫·卜墨尔所说，提纲挈领地以一般化形式对其先行规定，就仿佛是‘提取公因式’。人们认为，用这种方法可以提高法律的逻辑完整性和内涵经济性，避免冗赘的重复”[13]。

总则中对于权利的一般性规定做出规定以后，在分则中对于具体的权利内容予以展开。这种编排体例本身体现了严密的逻辑性，此外对于共通性的要素直接援引权利的一般性规定，避免重复性规定，缩减了法典的篇幅。另一方面，由于抽象化原则“贯彻得如此彻底，以致给人们带来了许多不便，因为有些实质关系很密切的问题在民法典中却相隔甚远。对于现在的人们来说，这种极度的抽象似乎已无必要，因为他们更愿意从具体的制度中归纳概括有关的规则”[14]。权利一般性的抽象概括增加了认知权利的难度。与之相对应，被誉为“法国最伟大的文学著作”的《法国民法典》，在简短的序言中没有对于权利的一般性加以规定，而是采用三编制对于具体的权利类型进行规定。“虽然说这种编排使许多德国人颇有微词，但却被后世所承继，即使在《德国民法典》颁布以后，有的国家仍然采用法国民法典的三编制。”[15]比如，《瑞士民法典》就有意识地没有采用《德国民法典》的立法模式，对于权利进行一般规定。

采取提取公因式的方法，从具体的民事权利中抽象出权利的一般性规定，即共同的概念、规则和原则，虽然有不足之处，但是，权衡利弊，权利的一般性规定不无必要。首先，权利的一般性规定符合人类的认知规律。人类认识事物、获取知识往往采用归纳的思维方式，即在认识单个事物的基础上，归纳总结其共同性的、本质性的特征。人类理解事物、运用知识则通常采用演绎式的思维方式，即根据所认知的事物的本质特征、共同性的因素附加其他的特征，达到对于具体事物的理解。对于具体权利认识达到一定程度后，人类内在的对于事物本质认识的需要要求主体运用抽象思维将认识升华到权利的一般性规定。对于权利的一般性规定为从整体上把握具体民事权利提供了思维的工具，对于具体权利有全面、深刻的认识。

其次，权利的一般性规定能够统率各个具体的民事权利类型，确保私权体系的和谐。体系化要求内部各个因素以符合逻辑的结构有机组合成为一个整体。权利的一般性规定是具体权利抽象的结果，具有将零乱、庞杂的具体民事权利进行整合的作用。

再次，权利的一般性规定有助于减少规范具体权利的条款。“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。”[16]最后，权利的一般性规定有弥补具体权利类型不足的作用。社会生活的多样性和不稳定性、人类理性的有限性必然造成社会需求与具体权利类型不足之间的矛盾。权利的一般性规定是具体权利类型生长的源泉，当现实生活中出现的问题不能由具体权利规定加以解决时，权利的一般性规定可以生长弥补法律漏洞的新的权利规范。

（二） 民法典总则对民事权利内容作出一般性规定的可行性

潘得克吞式的私权体系以权利主体为出发点，对于权利客体、权利的行使等制度进行规定，但关于民事权利内容一般性规定付之阙如。

权利内容的一般性规定的缺失为新型私权的确认和保护设置了障碍，而且破坏了私权体系的统一性和完整性。由于民法总则没有权利内容的一般性规定，那么现实生活中对于权利的保护仅仅限于分则中的权利形态，新型的权利形态无法进入民法典调整的视野。权利内容一般性规定的缺失也削弱了私权的体系性效果。分则各编缺乏统率全局的抽象规定，其与总则之间的联系在一定程度上被切断。我们无法找出分则各编权利形态在总则中的抽象对应物，不同类型的具体权利缺乏整合的途径。此外，私权体系的完整性也遭到破坏。民法典中权利内容一般性规定的缺乏割裂了民事权利与商事权利的联系，私权体系囿于传统民事权利的狭小空间。

诚如学者所言：“这种立法编排模式导致大量新型民事权利缺少与民法典连接的纽带，不得不以单行法的形式游荡在民法典周围，单行法与民法典之间，民法与商法之间以及民法典内部的权利制度之间缺少一个整合的空间和过渡地带，物权和债权的顽固性挡住了其他民事权利进入民法典的路径。”[17]

权利内容的一般性是对于各种具体的权利类型，如物权、债权、人身权、知识产权等共性的抽象。作为具体权利类型的上位概念，权利内容的一般性规定要求蒸发掉个体特征，从而获得普遍适用的效果。但是，能否从具体权利形态中抽象出一般性规定却不无疑问。大陆法系普遍存在的结构性缺陷的事实使得我们不得不考虑私权体系整合在技术上的可行性及其限度的问题。也就是说，权利内容的一般性规定是否可能？这种抽象取决于权利内容本身能否抽象以及人类理性认知能力。遗憾的是，“今天的法学，还只能构建不太精确、不太完整的金字塔。而那整个完整无缺的理想中的金字塔，则只能是法学的永不泯灭的追求”[18]。

《民法通则》为私权体系的建构提供了新的思路。《民法通则》的章节安排采用了不同于传统民法典的私权体系结构。在这种体系结构中，权利内容独立成章被加以规定。与总则中对于权利内容进行抽象性、概括性规定不同，《民法通则》关于民事权利的规定并不是严格遵循逻辑和科学的要求和理性思考的结果。《民法通则》“起草中碰到了一个问题，是搞民法总则，还是搞《民法通则》？开始想搞民法总则，但是根据实际情况，需要规定的内容，比传统的民法总则要广。例如民事权利问题，我们那时虽然有了一批单行的法律，如继承法规定了继承权、专利法规定了专利权，但是，有必要把公民和法人的主要民事权利给予概括的规定”[19]。可以推论，独立的“民事权利”对于基本的民事权利

予以规定的出发点并不是为了实现私权的体系化，即以形式理性为目标，而是以强化私权保护，即以目的理性指向。

全国人大常委会法工委的《中华人民共和国民法（草案）》在总则编中设立了民事权利一章（第六章），创建了区别于传统民法总则的私权体系结构，意图在于对权利内容的一般性予以规定。有学者认为：“《德国民法典》总则仅有权利行使限制和权利救济之规定，并未设权利、义务、责任之专章规定权利、义务、责任的共同性问题。全国人大常委会法工委提出的《中华人民共和国民法（草案）》在总则编设立‘民事权利’、‘民事责任’之专章，正好弥补了《德国民法典》总则在这方面的缺失。”[20]在肯定《草案》的体系化价值的同时，不难发现，总则中民事权利内容的一般性规定并不尽如人意。权利内容的一般性规定的优点之一是避免重复性和准用性规定。但是，《草案》中总则编关于权利一般性的规定与分则中具体权利规定有诸多重复性规定。这就说明，《草案》的起草者在一定程度上仍然采用的是法律汇编的思维方式和立法技术，而不是法典编撰的思维方式和立法技术。法典所要求的逻辑性、抽象性和体系性与起草者的学术积累和逻辑思维能力还有一定差距。

三、我国民法典总则编中私权制度设计的立法构想

（一）私权制度设计应以体系化为导向

体系化思想是成文理性发展到法典编纂阶段的客观要求。体系化的过程就是在理性的引导下，将日常生活进行抽象、概括并且过滤掉一些认为不重要的因素而得到抽象的概念，并通过抽象概念组成法律规则、原则，从而设定主体的行为模式，并且在一定的逻辑规则下将这些概念、规则和原则进行排列组合，形成一个蕴含文化价值的规范体系。

私权体系化具有两方面的功能：从制度的层面而言，私权体系化能够使零乱、庞杂的各种具体民事权利统一于具有内在逻辑性的有机体中。具体权利的内容和界限、权利之间的重叠和交叉、权利之间的关联性、不同权利类型的重要性等问题在私权体系中可以通过理性认知得以发现。与不采纳体系化思想的判例法比较而言，体系化的权利有利于法官找法和普通民众认知法律的优势。从价值的层面而言，私权的体系化是“私法自治”理念的外在表现。“私法自治”的内在精神气质需要通过外在的私权体系这一逻辑有机体体现。私权体系划分了“群己权界”，即划定了私域和公域的界限。民法中假定人是自己判断、自己设定目标并且自主负责的理性人。他们在尊重他人做人的前提下，在私域空间能够依自由意志行为。私权体系构筑了防止公权入侵的市民社会中的私域空间。私域空间犹如一道防火墙，在私人空间，公权对私权采取观望态度。只有当私人逾越了私域空间，需要对存在社会公共利益或者社会弱者利益进行保护的情形时，公权才能经由私法的切口进入私域。

我国未来民法典关于私权制度的设计应当遵循体系化的思想，以外在的逻辑有机体蕴含私法自治的内在精神气质。关于私权体系构建的一个基本思路是采用民事权利的一般性规定与具体权利类型相结合的立法模式。

（二）应在民法典总则编中规定私权的共性要素

《德国民法典》采用的提取公因式的立法技术反映了民法学的科学品性。理性主义试图将科学的方法适用到所有知识形式。在民法学领域集中体现为将法典中共性的要素进行抽象，以独立于具体权利编的总则系统地加以规定。启蒙思想关于认识论的理性主义和经验主义所采用的归纳和演绎的方法在这里得到结合。权利共性要素的抽象概括是归纳的结果，而其适用于具体法律关系又需要求诸于演绎的方法。

我国未来民法典中对于私权体系的建构应当采纳这种将权利的共性要素予以抽象、概括，在总则中规定权利的一般性内容的立法模式。一方面，避免分则中对于权利规定的内容重复或者过多使用参引的技术。“黑克恰如其分地将总则编的这一功能比喻为‘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。”[21]另一方面，可以增强民事权利的体系性效果。总则的规定提供了一个关于私权体系的概要图景，其逻辑结构的合理展开就演化出分则各编的内容。也就是说，权利的一般性规定具有从逻辑和价值两方面保障私权体系和谐、一致的作用。

全国人大常委会法工委起草的《中华人民共和国民法（草案）》采用了总则中对于权利的一般性内容加以规定，

分则中对于具体权利类型的内容加以规定的立法模式。这是借鉴《德国民法典》和总结我国民事立法经验的结果，符合我国近代以来形成的民法传统的要求，与我国法官所采用的大陆法系概念法学的思维方式相一致。同时，对于权利的一般性内容进行规定，弥补了《德国民法典》总则上的结构性缺陷。

（三）应采用一般条款和类型化相结合的立法技术规定私权的一般性内容

私权内容一般性规定的缺失是《德国民法典》私权体系中存在的结构性缺陷。导致这种情况的原因在于寻求权利内容共性，即从人格权、身份权、物权、债权、知识产权这些具体权利类型中抽象出的关于内容的普遍适用的一般性规定颇为困难。而且即便得出共性的知识，也可能因为过于抽象、远离社会生活，而不能得到认同或不能从纸面的法转变为现实生活中的活法，具有活的灵魂。

权利内容的一般性规定位于权利体系的金字塔的顶端，它涵盖的内容如此广泛，与个体特性之间剥离的如此彻底，以至于我们只能用一些抽象概念和模糊概念对其进行说明。权利的定义是法律学人永恒的话题。人们一直在寻求一个适用于所有权利类型的权利定义，“不少作者为了寻求一个完全形式上的概念而作了很多的努力，尽管如此，他们的这些概念仍然只是根据法律逻辑，而不是根据权利’ 的’ 内在意义和它的内容对权利下定义”[22]。

《中华人民共和国民法（草案）》虽然在总则编第六章专门对民事权利予以规定，但是仅仅就分则各编涉及到的权利类型进行了列举，并没有规定权利内容的一般条款。这就减弱了民事权利规定的体系化效果，新型的权利类型仍然缺乏生长之源，给人造成民事权利是一个封闭的体系的印象。

在对待如何在总则中规范权利内容的问题上，笔者认为，我们应当运用理性抽象概括出权利内容的一般条款，同时，应当对于基本权利类型进行列举式规定。采用一般条款和类型化相结合的立法模式其理由在于：一般条款的规定蕴含着总则与分则之间的内在逻辑联系，并且为法官自由裁量和新型权利的生长预留空间。一般条款的规定说明民事权利是一个开放的体系，是一个框架式的结构，在法律认可的范围内可以自由伸缩。基本权利类型的列举则为民事权利提供了一个概要性认知途径，将总则与分则之间的联系直观地体现出来，增强了体系性效果。对于权利类型在总则中列举式规定，虽然不符合概念法学抽象思维的要求，但是，抽象化毕竟是目的而不是手段。鉴于在总则中概要规定具体权利类型在逻辑上和价值上的体系化作用，应当避免过于抽象，而对其加以规定。

（四）应在民商合一模式下设计私权的一般条款与类型化

民商分立和民商合一是近现代民法典编纂所采用的两种立法模式。“查民商分编，始于法皇拿破仑法典，维时阶级区分，迹象未泯，商人有特殊之地位，势不得不另定法典，另设法庭，以适应之。”[23]继《瑞士民法典》之后，各国纷纷采用民商合一的立法模式。我国学者也大多认为民商分立，并不是出于理性的认识，而是历史传统形成的既成事实，民商合一是民商事立法的趋势。

法典编纂的模式不同必然影响到私权制度的设计。《德国民法典》是在民商分立的理论框架下设计私权体系的。虽然存在前述结构性缺陷，但是表现并不十分明显。因为具体权利类型在分则各编中予以了规定，而商事权利由独立于民法典的商事法规定。倘若我国采用德国的私权体系的设计，那么我们会切断民事权利与商事权利之间的联系，使得商事权利被排除在民法典规范的视野之外。由此可见，《德国民法典》总则中对于民事权利制度立法设计的借鉴作用是有限的。

反思德国立法，以民商合一的视角设计民法总则是我国民法典的应有选择。民商合一的实质是要将市民社会中主体活动的共同规则集中规定。民法典是私权大厦的根基，是一切私权产生的源泉。一般条款的规定为商事权利进入民法典调整的视野提供了可能。已经形成的、确定的商事权利，如票据权利、股权等能够通过一般条款寻求与民法典在逻辑上和价值理念上关联性和体系性。一般条款又为新型商事权利的生成提供了生长之源。

总则中关于民事权利内容的一般条款可以从利益和正当性两方面考察。利益是权利的内容，经过正当化的利益就上

升到权利的范畴。就权利、正当性、利益三者的关系而言，“正义作为评价利益正当性与否的程序，隐含在法律制度的深处，时时、默默地为利益走向正当构筑道路并进行过滤，而一旦纯净的正当利益出现后（即正义的化身），它却立刻被最活跃的、最核心的法律制度——权利所取代”[24]。

我国学者和《俄罗斯联邦民法典》在总则中对于权利内容的一般性规定从利益的正当化角度作出过尝试。《俄罗斯联邦民法典》第8条规定了民事权利和义务产生的根据。认为实在法和民事立法的原则都是权利产生的根据，并具体列举了产生权利义务的根据的情形。我国也有学者建议在未来民法典的总则中对于民事权利产生的根据进行规定，“列举：（1）依法取得财产；（2）著作、发明和其他智作、发明和其他智力成果；（3）合同和其他民事行为；（4）无因管理和其他事实行为；（5）不当得利和其他事件；（6）违反合同的行为；（7）侵权行为；（8）产生民事权利和义务的其他理由”[25]。笔者认为，对于具体的依据进行列举并不必要。一方面，这种列举难免挂一漏万；另一方面这种列举与权利类型的列举多有重复。

从利益和正当性角度出发，可以将民事权利内容的一般条款规定为：民事权利是指规定在民事法律、法规中或者隐含在民事立法的一般原则、精神中的民事主体享有的正当利益。一般条款包含两个层次：第一，民事权利的核心内容是利益。第二，利益的正当化有两种途径，即法律明确赋予和从法律原则、精神中推论。

民法典总则编中对于民事权利类型进行列举性规定所坚持的一个基本的原则是：对于成熟的、典型的私权类型予以明确规定，同时，为保持权利体系的开放性，为新型权利类型的出现预留空间。在这方面，《中华人民共和国民法（草案）》的缺陷比较明显，该草案总则编第六章采用封闭式列举的方法列举民事权利，没有兼容商事权利，而且给那些目前尚不知名或将来可能出现的新权利进入私权体系造成障碍。民法是基本法，商法是特别法。商事权利是民事权利在特定领域的具体化和变形。如票据权利，不过是债权制度的特殊表现形式；股权则是所有权的变形。

因而，民法典建构的私权体系不仅应当包括传统的民事权利类型，如人格权、身份权、继承权、物权、债权、知识产权，而且应当设计一个开放性的条款，在体系上涵盖商法上的权利，作为权利类型发展的生长之源。也就是说，在民法典总则规定权利内容一般性的章节中、在一般条款之后，首先对于人格权、身份权、继承权、物权、债权、知识产权、劳动权、股权、商业秘密权、商号权、公平交易权等作列举并作定义式的规定，然后规定一个具有兜底性、开放性的关于权利类型的条款。

注释：

[1]何勤华，李秀清．外国商法导论[M]．上海：复旦大学出版社，2000.247

[2]瑞安．民法导论[M] //法学教材编辑部《民法原理》资料组．外国民法资料选编．北京：法律出版社，1983.33

[3]有关“外部体系”和“内部体系”，参见[德]卡尔·拉伦茨著《法学方法论》，商务出版社2003年版。

[4]杨代雄．私权一般理论与民法典总则的体系构造[J]．法学研究，2007（1）．

[5]陈小君．我国民法典：序篇还是总则[J]．法学研究，2004（6）．

[6]海尔穆特·库勒尔．德国民法典的过去与现在[M] //梁慧星．民商法论丛：第2卷．北京：法律出版社，1994.224

[7]这里的《苏俄民法典》是指1922年通过的《俄罗斯联邦社会主义共和国民法典》。

- [8]谷春德. 西方法律思想史[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2000. 208
- [9]林榕年. 外国法制史[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999. 248
- [10] K·茨威格特, H·科茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003. 219
- [11]王利明. 民法学[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2004. 9
- [12]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论[M]. 王晓晔, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003. 40
- [13] K·茨威格特, H·科茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003. 221
- [14]罗伯特·霍恩, 海因·科茨, 汉斯·G·莱塞. 德国商法导论[M]. 楚健, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996. 70
- [15]余能斌. 民法典专题研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2004. 81-82
- [16]王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 26
- [17]马俊驹, 梅夏英. 我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想[J]. 中国法学, 2004 (4).
- [18]张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1991. 37
- [19]顾昂然. 新中国民事法律概述[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 10-11
- [20]李开国. 评《民法草案》的体系结构[J]. 现代法学, 2004 (4).
- [21]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东, 译. 北京: 法律出版社, 2001. 30
- [22]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论[M]. 王晓晔, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2003. 276
- [23]胡长清. 中国民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 26
- [24]彭诚信. 从利益到权利——以正义为中介和内核[J]. 法制与社会发展, 2004 (5).
- [25]魏振瀛. 民事责任与民法典体系[M] // 北京大学法学院. 北大法学文存: 民事责任与民法典体系. 北京: 法律出版社, 2002. 35