

论《民法典》“提取公因式”立法技术的双重路径阐释

何松威

(吉林大学 法学院,吉林 长春 130012)

[摘要]《民法典》总则编之于分则编和特别民法的作用有二:一是它规定了前提性和一般性的民法规则,避免了分则编和特别民法的重复规定;二是它统帅和引领了民法体系,保证了民法体系的和谐统一。不过,“提取公因式”立法技术的传统理论通常以规则适用的共同性为核心,注重总则编在民法规则上的作用,却忽视总则编对于民法体系的基础性、统帅性作用。为了契合《民法典》总则编之于分则编和特别民法的作用,“提取公因式”立法技术理论应进行双重路径阐释,完成从规则归纳到体系演绎的路径扩展。其中,体系演绎路径体现在《民法典》的民法基本原则和民事权利章之中:既通过内在体系的演绎路径形成诸多民法基本原则,保证了分则编和特别民法的价值协调和统一,又通过外在体系的演绎路径形成由权利要素和权利类型组成的民事权利体系,为分则编和特别民法提供了基本的概念框架。

[关键词]民法典;“提取公因式”立法技术;民事权利章;民法基本原则

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2022.09.014

《民法典》采用了总分体系,同时遵循先总则编、后分则编的编纂顺序,其中总则编的作用体现在以下两方面:其一,在民法规则方面,总则编规定前提性和一般性的民法规则,避免了分则编和特别民法对它们的重复规定。这些民法规则是在整理现有民法规则的基础上,通过归纳共性要素而成,典型例证是民事法律行为章规定的民法规则。其二,在民法体系方面,总则编具有基础性、统帅性的独特作用,保证了民法整体的制度和谐统一。^[1]例如,民法基本原则保证民法体系的精神统一;民事权利章通过规定诸多民事

权利条款,既勾勒民事权利的类型体系,又为后续的民事立法提供法律依据。然而,民法学者对“提取公因式”立法技术的传统理解,通常局限于总则编在民法规则方面的作用,注重采用规则归纳路径,却忽视总则编对于民法体系的基础性、统帅性作用。这不可避免地造成了对《民法典》总则编体例的否定性评价,如有学者认为,“提取公因式”立法技术本应是一项由具体到抽象的归纳作业,总则编是在充分观察具体情形的前提下,经由归纳而成,但是自上而下的演绎痕迹在总则编中清晰可见,既然如此,放置于括号

作者简介:何松威,法学博士,吉林大学法学院讲师。

之外的这些元素具有何种程度的覆盖能力,就值得怀疑了。^[2]因此,为了充分和全面理解《民法典》总则编的作用,我国民法学者需要扩展对“提取公因式”立法技术的理解。通过论证从规则归纳到体系演绎的路径扩展,本文在结合《民法典》总则编的实际作用的基础上,重新阐释“提取公因式”立法技术。

一、“提取公因式”立法技术理论及其规则归纳路径

(一)以规则适用共同性为核心的“提取公因式”立法技术理论

以《德国民法典》为代表的学说汇纂民法体系采用“提取公因式”的立法技术,开创了设置总则编的先河。通说认为,“总则部分针对一些确定的基本法律制度,即法律职业者无论是在债法抑或在物法、继承法或家庭法,甚至整个私法领域中都要加以运用的法律制度,正像古斯塔夫·博莫尔所说,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’(vor die Klammer zu ziehen)。”^[3]在多项式 $ax + bx + cx + dx + \dots$ 中, x 是 ax 、 bx 、 cx 、 dx 等所有项的公因式,提取公因式就是将 x 提炼出来并放置于括号之外,最终形成因式乘积式 $x(a + b + c + d + \dots)$ 的过程。“提取公因式”的表述形象地描述了《民法典》总则编在规则适用上与分则编和特别民法的共同性特征。本文称之为规则适用的共同性,它构成了“提取公因式”立法技术理论的核心。但与数学的公因式相比,规则适用共同性呈现出多元样式,主要表现为规则适用上的结合关系和排除关系。

首先,《民法典》总则编中的共同性规则与分则编和特别民法中的具体性规则相互结合,共同调整各种民事法律关系。如《民法典》自然人章规定了民事权利能力和民事行为能力制度,所以民事主体进行各种民事法律行为时,需要具备相应的民事权利能力和民事行为能力。因此,对各种民事法律行为的调整,不仅涉及分则编和特别民法中关于民事法律行为的具体性规则,而且离不开总则编中关于民事权利能力和民事行为能

力的共同性规则。共同性规则 and 具体性规则在结合关系中是同时适用、缺一不可的,类似于因式乘积式中 x 与 $(a + b + c + d + \dots)$ 的关系,单一项的求值也需要 x 与 a 、 b 、 c 、 d 等的重新结合。

其次,《民法典》总则编中的共同性规则与分则编和特别民法中的具体性规则构成一般与例外的关系。此时,共同性规则 and 具体性规则是排除关系,而不是结合关系。这种排除关系可以被概括为:以高度抽象的方式将各编的“公因式”提取出来,并确定一般规则适用于各编,而各编相同的内容不再重复,而是规定例外。^[4]例如,根据《民法典》第161条第1款的规定,民事主体可以通过代理人实施民事法律行为,所以该款属于共同性规则,适用于各种具体的法律行为。然而根据《民法典》第1049条的规定,要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记,所以该条否定了结婚行为适用代理制度的可能。可见,《民法典》第161条第1款和第1049条属于一般与例外的关系,在规则适用上是相互排除的。既然共同性规则 and 具体性规则不能被同时适用,那么它们必然存在适用上的先后关系。《民法典》总则编被置于分则编之前,但是规则适用却遵循了先具体性规则(例外规定)、后共同性规则(一般规定)的顺序。只有在分则编没有规定具体性规则时,方能适用总则编中的共同性规则。同理,《民法典》第11条规定:“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”这说明当特别民法有具体规定时,应当优先适用特别民法,而不是适用包括总则编在内的《民法典》。

严格地说,第一种情况应该被称为规则适用的前提性,第二种情况应该被称为规则适用的一般性,但鉴于二者具有相同的功能,即“提高法律的逻辑完整性和内涵经济性,从而避免冗赘的重复”,^[5]本文将二者统称为规则适用共同性。

(二)“提取公因式”立法技术理论的规则归纳路径

规则适用共同性是从共同性规则生成后的

适用角度,对“提取公因式”立法技术的观察和描述;如果从共同性规则的生成角度观察,“提取公因式”立法技术理论则采用了从下至上的规则归纳路径。通过分析“提取公因式”立法理论的规则归纳路径,可以更加深刻地理解总则编的规则适用共同性。

首先,规则归纳路径是《民法典》总则编的生成路径。在因式乘积式 $x(a + b + c + d + \dots)$ 中,括号外的公因式 x 不是凭空产生的,而是在多项式 $ax + bx + cx + dx + \dots$ 的基础上提取出来的。同理,《民法典》总则编的生成也离不开《民法典》分则编和特别民法,采用了从具体到一般的规则归纳路径。规则归纳路径可以从历史沿革和归纳逻辑两个层面进行论述。

从历史沿革上讲,《民法典》分则编和特别民法的成熟化是《民法典》总则编出现的前提。虽然民法典体系经历了从法学阶梯民法体系到学说汇纂民法体系的沿革,但是学说汇纂民法体系不是凭空产生的,是在法学阶梯民法体系中的人法和物法的基础上演变而成的。对于《民法典》总则编而言,通过分裂法学阶梯民法体系中的人法,学说汇纂民法体系特别创设了单纯表现权利主体的“权利能力”概念,并将身份权与自然人的主体资格予以分立,从而使“主体法”获得了内容上的单纯性;通过重新整合法学阶梯民法体系中的物法,学说汇纂民法体系完成了物权和债权的分离,从而物权、债权和身份权被固定为民事权利的三大类型,为设置《民法典》总则编和采用“提取公因式”立法技术提供了可能性和基本素材。^[6] 虽然我国《民法典》编纂采用了先总则编、后分则编的“两步走”立法策略,但是这与“提取公因式”立法技术的规则归纳路径并不冲突。我国《民法典》的成功编纂不是一蹴而就的,其以《民法通则》《物权法》《合同法》《继承法》《婚姻法》《侵权责任法》等民事单行法为基础,这些民事单行法实施的成功经验是《民法总则》乃至《民法典》总则编得以成功编纂的前提。

从归纳逻辑上讲,规则归纳路径是《民法

典》总则编中共同性规则生成的路径。如前文所述,通过归纳《民法典》分则编和特别民法中具体性规则的共性要素,《民法典》总则编中的共同性规则得以生成。法学阶梯民法体系是一种块状化的法典模式,是对调整不同领域的民法规则的横向组合,调整不同领域的民法规则都是相互独立的,类似于数学中的多项式 $ax + bx + cx + dx + \dots$;而学说汇纂民法体系则是一种层次化的法典模式,是由共同性规则 and 具体性规则共同构成的纵向组合,类似于因式乘积式 $x(a + b + c + d + \dots)$ 。从法学阶梯民法体系到学说汇纂民法体系,民法规则本身并没有发生根本性的变化,如同从多项式到因式乘积式没有增添新的因数,都是由 x 、 a 、 b 、 c 、 d 等因数组成的。正因如此,学说汇纂民法体系没有取代法学阶梯民法体系,它们是大陆法系两种主要的法典化模式,在调整民事活动中具有各自的优势,甚至能够相互借鉴。“提取公因式”立法技术真正给学说汇纂民法体系带来的是浑然一体的规则体系构造,即将民法典体系构建为共同性规则 and 具体性规则的紧密结合。如有学者认为,公因式一旦被提取,将出现规范体系的双重不完整:一方面,总则规范失去了独立适用能力,必须与括号之内的因素相结合,始得合成一项完全规范;另一方面,既然总则已将部分构成要件与法律效果提取于括号之外,括号之内的规范亦不再完整。^[7] 但恰恰相反,由于民法典体系的双重不完整性,即民法典将一项完全规范分置于总则编和分则编、特别民法之中,总则编中的共同性规范与分则编和特别民法中的具体性规范在规则适用上方能构成配合关系和排除关系。

其次,规则归纳路径是对《民法典》总则编的检验路径。《民法典》总则编中的共同性规则是在分则编和特别民法中具体性规则的基础上归纳而来,所以从逻辑上讲,民法规则一旦进入总则编之中,便具有规则适用的共同性,能普遍适用于《民法典》分则编和特别民法。但与数学公因式的完全归纳不同,“提取公因式”的立法

技术经历了从具体到一般、从特殊到普遍的过程,其中存在预设的成分,所以《民法典》总则编中的共同性规则是有待被检验的,检验路径就是“提取公因式”立法技术的归纳路径。如学者所言,在逻辑上总则编的规定可以普遍适用于分则各编,不仅及于财产法,亦及于身份法,但这只是推论的结论,事实是否真的如此,尚有待检验。^[8]“提取公因式”立法技术的规则归纳路径既是《民法典》总则编的生成路径,又是《民法典》总则编的检验路径,前者经历了从具体到一般的归纳过程,后者则完成了从一般到具体的还原过程。对于《民法典》总则编的检验而言,总则编的存废问题是重中之重,典型体现了“提取公因式”立法技术的规则归纳路径。总则编体例的采用是我国民法学界的主流观点,^[9]但质疑总则编体例的意见一直存在。主张废除总则编体例的学者认为,总则编至多只是一个财产法总则,基本上不能适用于身份法,所以我国《民法典》应当效仿《瑞士民法典》,不设立总则而是改设序编。^[10]上述观点实际上认为总则编中的共同性规则仅是从财产法归纳而来,所以适用于身份法是不合理的。甚至有学者认为,财产行为和身份行为相比其个性远大于共性,因此不可能抽象出能发挥总则功能的“公因式”。^[11]可见,总则编废除论虽然认为应当废除总则改设序编,但依然遵循了“提取公因式”立法技术的规则归纳路径,而且将总则编的部分内容放置于财产法总则或债法总则之中,也表明总则编废除论仅仅质疑《民法典》总则编体例,依然推崇“提取公因式”立法技术,只不过缩小了总则编中共同性规则的归纳范围,降低了其规则适用共同性。

总之,“提取公因式”立法技术以规则适用的共同性为核心,采用了规则归纳路径。一方面,“提取公因式”立法技术以规则适用的共同性为核心,规则适用的共同性具体表现为总则编中共同性规则和分则编、特别民法中具体性规则之间的结合关系或者排除关系;另一方面,“提取公因式”立法技术采用了规则归纳路径,规则归

纳路径既是《民法典》总则编的生成路径,也是《民法典》总则编的检验路径。

二、规则归纳路径下“提取公因式”立法技术的理论困境

在规则归纳路径下,“提取公因式”立法技术的理论困境体现为:以规则适用共同性为核心、采用规则归纳路径的“提取公因式”立法技术理论无法完全合理地解释《民法典》总则编的内容和作用。与《德国民法典》相比,我国《民法典》总则编无论是在立法定位,还是制度创新上都有所不同。鉴于此,本文不仅从规则归纳路径的角度,揭示“提取公因式”立法技术理论无法合理解释《民法典》总则编的立法定位,而且从规则适用共同性的角度,揭示“提取公因式”立法技术无法合理解释《民法典》总则编的制度创新。

(一)规则归纳路径无法合理解释《民法典》总则编的立法定位

虽然《物权法》《合同法》《继承法》《婚姻法》《侵权责任法》等民事单行法的颁布和实施是《民法典》总则编成功编纂的基础,但是在先制定总则编、后制定分则编的“两步走”立法策略中,《民法典》总则编有明确的立法定位。我国立法机关明确指出,民法总则采取“提取公因式”的办法,将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入草案,就民法基本原则、民事主体、民事权利、民事法律行为、民事责任和诉讼时效等基本民事法律制度作出规定,既构建我国民事法律制度的基本框架,也为各分则编提供依据。^[12]可见,我国立法机关对《民法典》总则编的立法定位分为两部分:一是规定引领性的民事法律制度,为各分则编提供依据;二是规定普遍适用性的民事法律制度,以构建我国民事法律制度的基本框架。然而,规则归纳路径并不能合理解释《民法典》总则编的上述两种立法定位。

首先,引领性的民事法律制度不能通过“提取公因式”立法技术的规则归纳路径得以生成。引领性的民事法律制度是《民法典》分则编和特

别民法的依据,所以其规定的共同性规则应先行于《民法典》分则编和特别民法,否则不可能引领《民法典》分则编和特别民法。例如,《民法总则》第111条规定了对个人信息权益的保护,然后原封不动地成为《民法典》第111条。在此之前,虽然对个人信息权益的保护已经进入相关立法之中,例如《消费者权益保护法》加强了对消费者个人信息权益的保护,但是《民法总则》第111条是民事基本法首次对个人信息保护的明确规定。对于《民法总则》第111条的引领作用,有学者认为,它使得个人信息保护这一议题正式进入民法主流的关注视域,如何理解该条规定,该条规定对于后续的立法又会产生何种影响,成为后民法总则时代民法学者研究个人信息保护问题时必须回答的两个问题。^[13]现实情况也是如此。一方面,以《民法总则》第111条为发端,我国民法学者围绕个人信息的界定、个人信息保护的法律性质、个人信息保护的权能等基本范畴和基本问题展开了广泛而深入的讨论;^[14]另一方面,虽然《民法总则》第111条在个人信息保护的诸多问题上语焉不详,但是它拉响了个人信息保护立法的前奏,为制定《民法典》人格权编中的隐私权和个人信息保护章以及《个人信息保护法》奠定了基本精神和立法依据。因此,通过观察《民法总则》第111条可以发现,引领性民事法律制度的生成路径与“提取公因式”立法技术的规则归纳路径是完全相反的。“如果《民法总则》真是采取‘提取公因式’技术的结果,那么,其应该没有办法‘为各分则编的规定提供依据’,各分则编的具体规定也应该不会以《民法总则》为基础。毕竟,公约数来自于各项数,而不是相反。”^[15]基于社会发展的现实需要,《民法典》总则编必然率先规定一些具有引领性的民法条款,比如第111条个人信息保护条款、第127条数据和虚拟财产保护条款。这些民法条款的生成并非源于《民法典》分则编和特别民法中的具体性规则,其生成路径完全不同于“提取公因式”立法技术的规则归纳路径。

其次,通过规则归纳路径生成的共同性规则虽然具有普遍适用性,但是无法以一己之力构建我国民事法律制度的基本框架。除了规定引领性的民事法律制度,《民法典》总则编的立法定位还体现为规定普遍适用性的民事法律制度,以构建我国民事法律制度的基本框架。这一立法定位又具体分为两种:一是规定普遍适用性的民事法律制度,这涉及共同性规则与具体性规则的关系,属于共同性规则的生成问题;二是构建我国民事法律制度的基本框架,这涉及共同性规则之间的关系,因为民事法律制度的基本框架由不同的共同性规则组成,属于《民法典》总则编的体系构造问题,而不是共同性规则的生成问题。规则归纳路径虽是具有普遍适用性的民事法律制度的生成路径,但却无法生成我国民事法律制度的基本框架,因为我国民事法律制度的生成路径不同于规则归纳路径。《民法典》总则编和分则编遵循着不同的体系构造,总则编以民事权利要素为线索,遵循着权利主体、权利客体、权利变动、权利救济、权利时效等体系构造;分则编以典型民事权利为线索,遵循着物权、债权、人格权、身份权、继承权等体系构造。总则编的体系构造与分则编的体系构造具有密切关联,因为权利要素的类型化以典型民事权利为基础。尽管如此,权利要素的类型化不可能通过“提取公因式”立法技术的规则归纳路径得以产生,因为“提取公因式”立法技术的规则归纳路径涉及共同性规则的生成问题,如有学者以民法规则逻辑结构为基础,认为公因式之提取标准,或者是法律效力,或者是构成事实。^[16]可见,“提取公因式”立法技术的规则归纳路径可以解决共同性规则的生成问题,却解决不了共同性规则之间的关系问题。

如果对“提取公因式”立法技术和总则编体系的评价,局限于共同性规则和具体性规则的关系层面,忽视由不同共同性规则组成的总则编体系构造问题,那么民法学者必然无法得出正面评价。例如,有学者认为对于《德国民法典》总则编的内容,不可能作出积极的评价,总则编中的

有些规定被人为地从它们所属的特别的联系中割裂出来,最后变成了纯粹的概念解释或立法技术(特别是第90条及以下条款),而有些规定不过是“其他”项下的大杂烩而已,汇集了那些在其他地方难以安排的规定(如第226条至第240条)。^[17]总之,如果要想恰当地理解《民法典》总则编的立法定位,“提取公因式”立法技术不能局限于规则适用性,对于总则编的体系构造同样应当具有解释力和包容性。

(二)规则适用共同性无法合理解释《民法典》总则编的制度创新

与《德国民法典》相比,我国《民法典》总则编进行了诸多的制度创新,典型例证是规定了民法基本原则以及设置民事权利章。然而,这些制度创新不符合以规则适用共同性为核心的“提取公因式”立法技术。

首先,《民法典》总则编中的民法基本原则不具有规则适用共同性。《民法典》总则编在第一章规定了七项民法基本原则。不同于法律规则的“假定—处理—后果”的逻辑结构,法律原则“不预先设定任何确定的、具体的事实状态,没有规定具体的权利和义务,更没有规定确定的法律后果”。^[18]因此,基于法律规则和法律原则的逻辑结构差异,民法基本原则显然不具有规则适用的共同性,不符合以法律行为制度为代表的“提取公因式”立法技术。

其次,《民法典》总则编中的民事权利章不具有规则适用共同性。为了既能保持《民法典》的灵活性,又能列举权利客体,《民法典》民事权利章主要采用两种法条表述模式:一种是权利客体表述模式,即明确列举权利客体,比如《民法典》第111条、第115条、第123条、第127条;另一种表述模式没有列举权利客体,而是规定权利主体享有何种民事权利,或者权利主体的何种民事权利受到法律保护,这种法条表述模式被学者称为“权利宣示模式”。^[19]例如《民法典》第110条、第112条、第118条、第125条都采用权利宣示模式,是关于人格权、自然人因婚姻家庭关系

等产生的人身权利、债权、投资性权利的权利宣示条款。之所以权利宣示模式没有指明权利客体,是因为社会生活不断发展变化,不断衍生许多新的事物,不排除将来有规定为权利客体的可能,但问题是法律规定列举不完全,且一旦列举规定很难决定其属于何种权利。^[20]虽然这些法律条文没有列举权利客体,但是其规定的民事权利采用了“客体+权”的命名方式,所以从民事权利的名称中不难推导出权利客体,例如人格权客体是生命、健康、姓名、肖像、名誉等各种人格要素。

无论是采用何种表述模式,《民法典》民事权利章都不符合以规则适用共同性为核心的“提取公因式”立法技术。其一,采用权利客体表述模式的法律条款不具有规则适用共同性。对权利客体制度不符合规则适用共同性的质疑,在《德国民法典》中便已经存在。《德国民法典》总则编没有全面设置权利客体制度,而是仅规定了物,王泽鉴教授对此解释道:“一方面是因为权利的客体依权利种类之不同而异,难设概括性规定;他方面系物不仅为物权的客体,且涉及一切财产关系,如债之关系、夫妻财产关系、继承。”^[21]物涉及一切财产关系的解释,显然不足以论证《德国民法典》总则编对物的规定具有规则适用共同性。德国学者梅迪库斯就持相反观点,认为由于对物的规定作了这种人为的分离,总则编对权利客体的专门规定,可以说是一般化尝试失败的典型。^[22]这种质疑在我国《民法典》编纂过程中同样存在,有学者就认为债权法律关系、人格权法律关系等天然具有主体行为的交互性特征,权利概念难以涵盖法律关系的全部内容,故权利客体难以整体地体现对这些法律关系的构建,因此随着当代法律关系日趋复杂,通过统一的客体制度统领总则以下各部门法的规范实不可取。^[23]可见,王泽鉴教授所言的“权利的客体依权利种类之不同而异,难设概括性规定”是显而易见的,这说明采用权利客体表述模式的法律条款不具有规则适用共同性。其二,采用权

利宣示模式的法律条文同样不具有规则适用共同性。《民法典》民事权利章采用权利宣示模式,既延续了《民法通则》的立法传统,又是为了保持《民法典》的灵活性。然而,有学者认为《民法典》民事权利章规定权利宣示条款在立法技术上必定是十分糟糕的选择,因为权利宣示应是权利立法的附带效果,权利规则之外实不宜浪费大量条文作非规范式的宣示性表达。^[24]之所以有此质疑,是因为类似于民法基本原则,这些权利宣示条款不具有“假定—处理—后果”的逻辑结构,所以它们缺乏规范性,不能直接成为裁判依据,自然不具有规则适用共同性。

三、“提取公因式”立法技术的体系演绎路径

为了合理解释《民法典》总则编的立法定位和制度创新,“提取公因式”立法技术理论不能局限于规则适用共同性。本文认为,“提取公因式”立法技术理论应当存在从规则归纳到体系演绎的双重路径阐释,在规则归纳路径不能合理解释《民法典》总则编的地方,体系演绎路径能够进行有效的弥补。通过从规则归纳向体系演绎的路径扩展,除了规则适用共同性外,“提取公因式”立法技术还包含民法基本原则的法律原则准则性以及民事权利章的体系构造共同性。

(一)“提取公因式”立法技术理论中体系演绎路径的必要性

规则归纳路径不能完全合理解释《民法典》总则编,尚不足以充分说明“提取公因式”立法技术扩展至体系演绎路径的必要性,因为体系演绎路径的存在价值还需要加以单独论证。“提取公因式”立法技术理论扩展至体系演绎路径的必要性,是由民法典的体系性特征决定的。

与松散的法律汇编不同,民法典是按照一定的体系编排的调整民事关系的制度和规范的集合。^[25]法典化与法律汇编最本质的差异在于是否实现了规范的体系化,民法典就是以体系性以及由之所决定的逻辑性为重要特征的,体系是民法典的生命。^[26]民法典的体系性在法学阶梯民

法体系中已经存在。盖尤斯的《法学阶梯》采用人法、物法和诉讼三分体系,虽然人法和物法的二分法是直观性和经验化的,但其中也存在明显的体系化特征。例如,有体物和无体物的区分在法学阶梯民法体系中具有重要的体系地位,因为如果缺失无体物的概念,债、用益、继承等就无法融入到物法之中。“在盖尤斯的《法学阶梯》中,‘有体物’和‘无体物’的分类实际上只具有体系说明的价值,它并没有多少实质性的技术意义。我们甚至可以说‘有体物’和‘无体物’的分类只是为了‘人、物、讼’这个三分法而存在的。”^[27]此外,与《德国民法典》相比,我国《民法典》的体系性特征更明显。具体而言,我国《民法典》的体系性特征具体表现为外在体系和内在体系两个方面。民法典的外在体系是依据形式逻辑规则,通过抽象概念或类型整合法律素材形成的外部架构;民法典的内在体系则是决定法律规范内容的基础价值、法律理念和法律原则。^[28]通过规定民法基本原则和民事权利章,我国《民法典》强化了对内在体系和外在体系的呈现。一方面,我国《民法典》明确规定了民法基本原则,将以法律原则和价值为核心的内在体系直接外化地呈现于《民法典》体系构造之中。另一方面,我国《民法典》丰富和完善了外在体系。例如,《民法典》总则编通过设置民事权利章,全面规定了民事权利条款,集中体现和直接呈现了我国民事权利的类型体系。我国《民法典》将侵权责任制度从债法编中独立出来,在最后设置了侵权责任编,遵循了“从权利到权利保护”的逻辑。^[29]这意味着我国《民法典》体系构造在民事权利线索的基础上融入了民事责任范畴,形成了更加精细的“总则编—分则编(权利保护—责任承担)”构造线索。因此,无论是对于采用何种体系模式的民法典而言,体系性都是不可或缺的特征,否则民法典只能被称为法律汇编。

鉴于体系性是民法典的内在要求,“提取公因式”立法技术理论应该存在规则归纳和体系演绎的双重路径。如学者所言,民法体系必须通过

实证素材予以构建,即采用实证的方法,但是单纯的实证方法也无法构建体系,还必须结合演绎与归纳、公理与观察、分析与综合的方法。^[30]对于《民法典》总则编而言,仅关注规则归纳却忽视体系演绎是不合理的,这会造成对《民法典》总则编的否定性评价。在我国《民法典》的编纂过程中,有学者认为“提取公因式”立法技术应当严守规则适用的共同性特征,即《民法典》总则编采用德国潘德克顿式的抽象技术,也即提取公因式,这要求在对分则各部分进行归纳的基础上抽取共通内容,所以《民法典》总则编的立法者应遵循从个别到一般的归纳式立法进路,以避免总则编的名实不副。^[31]甚至有学者否定了总则编的立法体例,认为总则编“至多只是一个具有‘杂法垃圾箱’色彩的财产法总则”,^[32]所谓的共同性规则“既不完全是‘总’的,也不包括全部的一般性规则”。^[33]这些评价显然有失偏颇,因为它们忽视了总则编体例的实际价值和客观作用。一方面,从《德国民法典》到《俄罗斯联邦民法典》再到我国《民法典》,总则编体例存在了百年之久,学说汇纂民法体系的不断发展和广泛移植已经说明了总则编体例的实际价值。另一方面,我国《民法典》的成功编纂与先总则编、后分则编的立法策略不无关系,我国民法学者也积极肯定了《民法总则》的立法价值,认为:“《民法总则》的颁布在我国民事立法史上具有里程碑式的重要意义。刚刚通过的《民法总则》开启了我国民法典编纂的进程,极大地推动了中国民事立法的体系化。”^[34]如果观察我国民法学者对《民法总则》的价值评价可以发现,《民法总则》对于民事立法的推动和引领作用占据了至关重要的地位。因此,“提取公因式”立法技术理论必须扩展至体系演绎路径,以匹配总则编体例的实际价值和客观作用。

(二) 内在体系演绎路径与民法基本原则

内在体系是《民法典》体系的必要组成部分,所以《民法典》规定民法基本原则具有合理性。内在体系的凸显与外在体系的缺陷有关。

外在体系具有明显且重要的体系效益,比如最大限度地覆盖社会生活、确保法的安定性、消除体系内部的逻辑矛盾、降低找法和法学教育的成本等。^[35]不过,自利益法学以来,外在体系一直被反思和批判。概念法学认为,由抽象概念组成的外在体系拥有所谓的有机性,即“法的发展可以通过结构学方式的法学实现,即通过概念的发展并从概念中得到的推论而发展”。^[36]外在体系的再生性和自我发展,属于对理性万能主义的盲从,因为“生活世界是一个连续统一体,而我们正是从一个连续统一体中取出一部分来,对其进行法律观察”。^[37]因此,民法典体系不可能通过概念演绎方法,不断创造出新的法律,将所有的现实生活“一网打尽”。既然外在体系不能通过概念演绎完全顺应社会发展,那么法律适用在抽象规则与生活事实之间眼光的流连忘返,是在确认事实的行为与对之作法律评断的行为间的相互穿透,是相互释明的过程,属于一种诠释学意义上的循环现象。^[38]至于民法典体系层面,对外在体系的反思主要集中在正视外在体系的局限性,以及引入内在体系以克服上述局限性。“民法学的发展呈现了从早期单纯关注逻辑体系的概念(概念法学派),到透视逻辑概念背后的利益冲突(利益法学派),并最终走向了关注民法内在价值的研究路径(评价法学派)的脉络。”^[39]从《德国民法典》到我国《民法典》经历了由近代民法向现代民法的沿革,民法典也发生了从完美法典到私法基本法的定位转换。在此过程中,以民法概念为基础的外在体系受到了强烈质疑,同时以民法原则为核心的内在体系脱颖而出。“在外在体系的构建上,虽然特别强调其概念的逻辑构造,而忽略其价值判断,但在外部体系构建基础之法律概念的构成上,其实还是从伦理及技术理性的观点,将一定的实质及实用价值建入法律概念中。”^[40]因此,民法典从完美民法典向私法基本法的定位转变,实际上是民法典体系从外在体系的“一家独大”到外在体系与内在体系的“分庭抗礼”,即“民法典是一个具有外在逻辑体系

和内在价值体系的‘构造体’”。^[41]

内在体系在民法典体系中的必要性,决定了《民法典》总则编需要规定民法基本原则。自愿、平等、公平、诚实信用、公序良俗、节能环保等民法基本原则的生成,是近现代民法不断发展的产物。《法国民法典》首先确立了私权神圣、契约自由和过失责任,强调意思自治和人人平等的民法原则,旨在确立和维护自由资本主义。20世纪以来,社会的高度发展使得经济垄断、贫富悬殊、社会对立、环境恶化等社会性问题日益凸显,法律思想随之主张对个人自由的更大限制,以追求实质公平或社会均衡,诚实信用、公序良俗等民法基本原则的地位日趋提升,旨在维护落实社会性价值。^[42]因此,民法基本原则有着不同于规则归纳的生成路径。民法基本原则是对“意思自治”进行逻辑推演而形成的体系,这些原则之间应具有特定的秩序、层级关系,它们不能引出相互矛盾的结果,而且这些原则之间还应是相互独立。^[43]生成路径的差异决定了民法基本原则的“公因式”特征不同于规则适用共同性。民法基本原则的“公因式”特征表现为法律原则的准则性。所谓法律原则的准则性,是指民法基本原则是“贯穿于全部民法规范之中,是指导各种民事行为、民事立法和司法活动的根本准则”。^[44]徐国栋教授将法律原则的准则性称之为“根本规则属性”,认为民法基本原则的内容具有根本性,而且其效力具有贯彻始终性。^[45]与民法基本原则对应的,不是《民法典》分则编、特别民法中的具体性规则,而是各种民事行为、民事立法和司法活动。如学者所言,民法基本原则向来被认为既是民法的立法原则,又是执行法律、进行民事活动和处理民事问题的根本准绳,对立法者、民事主体以及裁判者均具有指导意义,具有解释功能、补充功能和修改功能。^[46]对于民法典而言,民法基本原则直接呈现了内在体系,保证了民法规则的精神统一和价值协调。如果说规则适用共同性将总则编和分则编、特别民法中的民法规则打造为不可分割的整体,那么法律原则的准则

性为整个民法规则体系凝聚了价值内核,既保证了民法规则体系在立法文本中的价值协调,又能弥补民法规则体系的局限性,保证民法规则的合理适用。

(三) 外在体系演绎路径与民事权利章

如果说民法基本原则直接呈现了民法典的内在体系,法律原则准则性的“公因式”特征与内在体系的演绎路径有关,那么民事权利章则集中呈现了民法典的外在体系,其“公因式”特征与外在体系的演绎路径有关。

对于民法典而言,外在体系的演绎路径主要分为两种,并分别体现在总则编和分则编之中。^[47]一是外在体系的要素演绎路径,主要体现在《民法典》总则编的体系构造之中。通过外在体系的要素演绎路径,民事权利概念被分解成权利主体、权利客体、权利变动等若干权利要素,这些要素是作为整体的民事权利的各个成分,只有把它们结合在一起才能发挥效用。^[48]通过分析《民法典》总则编的体系构造不难发现,民事权利的要素包括权利主体(涉及自然人章、法人章和非法人组织章),权利客体(涉及民事权利章),权利变动(涉及民事法律行为章和代理章),权利救济(涉及民事责任章)和权利时效(诉讼时效章)。二是外在体系的分类演绎路径,主要体现在《民法典》分则编和特别民法的体系构造之中。与民事权利的要素体系不同,通过外在体系的分类演绎路径,民事权利概念被展开为一种属加种差式的权利分类体系:其一,民事权利概念是权利分类体系的最高层次的民法概念,是展开权利分类体系的基石;其二,民事权利概念分为财产权和身份权第一层下位概念;其三,财产权概念分为物权、债权、继承权、知识产权、商事权利等第二层下位概念,人身权分为人格权和身份权第二层下位概念,这些第二层下位概念决定了《民法典》分则编的编数以及特别民法是否能分立的问题;其四,物权概念分为所有权、用益物权和担保物权第三层下位概念,债权分为基于合同的债权、基于侵权行为的债权、基

于不当得利的债权和基于无因管理的债权第三层下位概念,知识产权概念分为商标权、著作权和专利权等第三层下位概念,这些第三层下位概念划分了《民法典》分则各编和诸多特别民法的内部制度构造;其五,第三层下位概念还可能分类出第四层下位概念,比如用益物权概念分为建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、地役权等第四层下位概念,著作权概念可以分为狭义的著作权和邻接权第四层下位概念。

《民法典》民事权利章集中体现了由权利要素和权利分类组成的外在体系,所以民事权利章的“公因式”特征体现为体系构造的共同性,这表现在以下两个方面:首先,民事权利章的任务之一就是规定权利客体,而权利客体是民事权利不可或缺的权利要素之一,所以《民法典》总则编应当规定民事权利章,否则体现在《民法典》总则编中的权利要素体系便缺失了权利客体这一重要环节。其次,民事权利章以民事权利的分类体系为内容。例如,民事权利章遵循了先人身权、后财产权的制度构造;民事权利章规定了人格权、身份权、物权、债权、知识产权、商事权利等民事权利概念的第三层下位概念;在《民法典》第118条债权条款之后,第119条至122条分别规定了基于合同的债权、基于侵权行为的债权、基于无因管理的债权和基于不当得利的债权等民事权利概念的第三层下位概念。此外,除了物权、债权、知识产权、人格权等典型民事权利,民事权利章还规定了新兴的民事权利,比如对数据和网络虚拟财产的权益保护。由于民事立法对于新兴民事权利尚未制定单行法,民事权利章对新型民事权利的规定就具有体系构造共同性的“公因式”特征,即民事权利章对于分则编和特别民法具有引领作用。“《民法典》第127条规定,法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。这就为立法机关提出了制定单行法的立法任务,同时在单行法中应当将数据和网络虚拟财产等作为一项财产权益加以保护,这就为单行法形成了一个约束性的框架。”^[49]可见,民事权利章具

有体系构造性,具体表现为民事权利章在列举权利客体的基础上,构建了民事权利的分类框架,《民法典》分则编和特别民法需要在这一分类框架内展开,受民事权利分类框架的约束。

总之,对于《民法典》总则编而言,列举了权利客体的民事权利章有赖于外在体系的要素演绎路径,同时民事权利章以民事权利分类体系为内容,又体现了外在体系的分类演绎路径。这决定了民事权利章具有体系构造共同性,既能引领分则编和特别民法的发展,又为分则编和特别民法提供了概念框架。实际上,我国已有学者持有类似的观点,认为民事权利章不是各分编的公约数,而是中国活页本法典的活页环,以所列举的权利类型串起各编和以所列举的权利类型为限定《民法典》分编的最大编数,因此民事权利章或许才是我国《民法典》在体例上的最大突破。^[50]这印证了本文将“提取公因式”立法技术从规则归纳路径扩展至体系演绎路径的合理性。

四、结 论

从《民法通则》到《民法典》总则编,蕴含了诸多民事立法的中国创新,这展现了我国民事立法对总则编体系和“提取公因式”立法技术的独特和深入理解。为了正视《民法典》总则编的中国创新,我国民法学者需要扩展对“提取公因式”立法技术的理解,充分重视民法基本原则和民事权利章的体系作用,以实现“提取公因式”立法技术的理论升华。

注释:

[1] 参见孙宪忠:《民法体系化科学思维的问题研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第1期。

[2] Siegmund Schloßmann, *Willenserklärung und Rechtsgeschäft: Kritisches und Dogmengeschichtliches Verlag von Lipsius & Tischer*, 1907, §65ff. 转引自朱庆育:《法典理性与民法总则——以中国大陆民法典编纂为思考对象》,《中外法学》2010年第4期。

[3][5][德]茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典等译,北京:中国法制出版社,2017年,第273、273页。

[4][19] 参见李永军:《民法总则民事权利章评述》,《法学家》2016年第5期。

[6] 参见尹田:《民法典总则与民法典立法体系模式》,《法学研究》2006年第6期。

[7][16] 参见朱庆育:《法典理性与民法总则——以中国大陆民法典编纂为思考对象》2010年第4期。

[8] 参见韩世远:《财产行为、人身行为与民法典适用》,《当代法学》2021年第4期。

[9] 参见王利明:《总分结构理论与我国民法典的编纂》,《交大法学》2019年第3期;梁慧星:《〈民法总则〉对民事权利的确认为保护》,《云南大学学报(社会科学版)》2018年第1期等。

[10] 参见冉克平:《民法典总则的存废论——以民法典总则与亲属法的关系为视野》,《私法》第8辑第1卷,2008年。

[11] 参见曾祥生:《再论〈民法典〉总则编之存废》,《法商研究》2015年第3期。

[12] 参见李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明——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》,扈纪华编:《民法总则起草历程》,北京:法律出版社,2017年,第230页。

[13] 参见张新宝:《〈民法总则〉个人信息保护条文研究》,《中外法学》2019年第1期。

[14] 参见叶名怡:《论个人信息权的基本范畴》,《清华法学》2018年第5期。

[15][50] 朱庆育:《第三种体例:从〈民法通则〉到〈民法典〉总则编》,《法制与社会发展》2020年第4期。

[17][22][37] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社,2013年,第28-29、26、51页。

[18][美]迈克尔·贝勒斯:《法律的原则:一个规范的分析》,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第468页。

[20] 参见梁慧星:《〈中华人民共和国民法总则(草案)〉:解读、评论和修改建议》,《华东政法大学学报》2016年第5期。

[21] 王泽鉴:《民法总则》,北京:北京大学出版社,2009年,第166页。

[23] 参见梅夏英:《民法权利客体制度的体系价值及当代反思》,《法学家》2016年第6期。

[24] 参见叶金强:《〈民法总则〉“民事权利章”的得与失》,《中外法学》2017年第3期。

[25] 参见王利明:《民法典体系研究》,北京:中国人民大学出版社,2012年,第3页。

[26] 参见王利明:《民法法典化与法律汇编之异同》,《社会科学家》2019年第11期。

[27] 方新军:《权利客体论》,北京:中国政法大学出版社,2012年,第35页。

[28][35] 参见谢鸿飞:《民法典的外部体系效益及其扩张》,《环球法律评论》2018年第2期。

[29] 参见周友军:《〈民法典〉侵权责任编的守成与创新》,《当代法学》2021年第1期。

[30] 参见谢鸿飞:《法律与历史——体系化法史学与法律历史社会学》,北京:北京大学出版社,2012年,第141页。

[31] 参见李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期。

[32] 参见曾祥生:《再论〈民法典〉总则编之存废》,《法商研究》2015年第3期。

[33] 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,北京:法律出版社,2003年,第33页。

[34] 王利明:《〈民法总则〉的本土性与时代性》,《交大法学》2017年第3期。关于《民法总则》的价值阐释还可参见杨立新:《从民法通则到民法总则:中国当代民法的历史性跨越》,《中国社会科学》2018年第2期等。

[36][德]雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,北京:法律出版社,2003年,第149-195页。

[38] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,北京:商务印书馆,2020年,第356页。

[39] 朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,《中国社会科学》2010年第6期。

[40] 黄荣茂:《法学方法与现代民法》,北京:法律出版社,2007年,第618页。

[41] 陈小君:《〈民法典〉物权编用益物权制度立法得失之我见》,《当代法学》2021年第2期。

[42] 参见易军:《民法基本原则的意义脉络》,《法学研究》2018年第6期。

[43] 参见侯佳儒:《民法基本原则解释:意思自治原理及其展开》,《环球法律评论》2013年第4期。

[44] 王利明:《民法总则研究》,北京:中国人民大学出版社,2018年,第89页。

[45] 参见徐国栋:《民法基本原则解释》,北京:北京大学出版社,2013年,第11页。

[46] 参见韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,《吉林大学社会科学学报》2017年第6期。

[47] 民法理论对民法典的体系线索存在民事权利和法律关系之争,但是本文认为民事权利是法律关系的主要内容,二者作为民法典体系线索没有本质差异。民法理论对《民法典》总则编以民事权利要素为体系线索的阐释,参见李建伟:《权利本位下的民法典形式结构》,《政治与法律》2019年第8期等。

[48] 参见杨代雄:《民法学体系化思维模式的谱系》,《江海学刊》2010年第1期。

[49] 王利明:《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》,《中国社会科学》2022年第3期。

[责任编辑:邹秋淑]