

DOI:10.13766/j.bhsk.1008-2204.2017.0357

民法总则中基本规定的法理

黄茂荣

(台湾大学, 台湾 台北 10617)

《民法总则》刚刚出台, 其法律内容的扩充, 体现了从公平到效率到和谐的追求。这可以理解成为是一种法理层面的追求, 但法理真正得以适用却要经过实证化与明确化。关于《民法总则》的法理问题, 需要明确以下几点:

第一, 关于何谓法理。法理的概念与正法思想紧密相连。法律体系是具有位阶的体系构造, 法理被认为是构成整套法律建构的基础性要素。但从价值或者功能的角度观察, 法理又常常随着所附合之价值的根本性或一般性, 而被称为法原理或者法原则。不过, 无论是哪种称呼, 法理表述都有外来的意义。那么法理的内容究竟为何呢? 法理源自法正义观。法律是价值的逻辑系统。逻辑的位阶构造, 按概念或类型所包含的特征多跟少决定其抽象程度的高低, 根据抽象程度的高低会建立起法律类型的构造。规范还会根据每个价值的位阶建构出其位阶的构造。关于何为正义, 始终没有明确的规定, 往往是由各个国家的历史背景与文化传统所决定的。

第二, 关于法理存在于何处。是存在于法律条文之中、法律适用具体手段当中还是存在于法律精神当中, 都没有明确的定论。无论如何, 法理经过实践后, 已经具体化的内容是较为确定的, 通常包括平等原则、法律的立法意志、法律变更的事理性等。正义、合目的性、法的安定性是当前法理实践当中要考虑的三个首要因素。如在有限资源的限制下, 不能不顾机会成本问题而不计代价。以税法为例, 为了保证税法应用的安定性, 在私法实践中, 对于类推适用往往采取谨慎的态度, 以保证相对人权利义务的实现与公平正义的落实。针对事理性而言, 法理的重要目的在于确立基本规范与基本要求, 法理的相关规定必须要与社会实践相对应, 否则就有可能成为人类社会发展的障碍。法律所规范对象的性质,

或者说人类社会事物的性质, 我们统一以“事理”来称呼, 在规范的角度讲, 法律所要规范的事项实际上是一种较为普遍而常见的现象, 而法理所关注的则是人类社会更为宏观的价值观。法律的发展虽然应当以“治善”为目标, 但同时也应当特别注意既存现象。因此, 一部可行的实证法, 常常必须是理想与现实的折中反映。不能够单纯以既存情况现实条件为理由, 根本放弃对法体系的完善之努力。当然更不能够将法理绝对化, 忽视现实条件能够允许的极限。审判者应当尊重法理所反映的既存事实的基本情况, 在法律解释与法律补充上, 也应当统筹考虑需要援引的事实因素。在既有条件下, 积极或消极地参引实证法制定的具体内容, 于法律补充中斟酌事理的目的, 是为了平衡实证法与事理之间的落差, 以避免二者之间落差过大而造成的司法脱节现象。

第三, 关于法理在现代内容的扩张。即由公平到效率以致和谐。传统上以正义为法规范的基本价值, 随着经济学和社会主义的兴起, 在正义意义下的法理偏重于法规范之公平面的价值。市场经济的发展使我们认识到经济效率的重要性, 没有效率的制度不能够实现我们的理想, 因此, 在法规范领域引入经济效率, 以便在公平与效率中衡量之时能够更为科学合理地进行取舍。如经济发展与环境保护, 生产者利益与消费者保护等。在市场经济与私有制度建立并有效运转之后, 财产与经济效益大幅度集中, 不可避免地引起了雇主与劳动者、大企业与小企业等对立的市场经济体之间的矛盾。人与环境的关系引起了经济发展与环境保护之间的冲突。这些现象都是所得与财产分配不均造成的。因此, 我们必须引入新的规范概念, 透过财产分配进行更广维度上、更大程度上的永续发展维护, 实现对经济弱者的维护, 纠正由于市场经济的发展所带来的贫富不均。由此我们又引入了和谐的规范概念。

收稿日期: 2017-12-19

作者简介: 黄茂荣(1944—), 男, 台湾嘉义人, 教授, 德国法学博士, 台湾大学讲座教授、中国台湾地区“司法院”前大法官、著名民法学家, 研究方向为民法、税法。

现有法律都有其产生与发展背景,如果只是单纯的物理融合,则很有可能产生“夹层”效应。第二种模式则是德国五编制的经典模式,但我认为它有两方面的问题:一是原来的体例过于僵硬,债物二分作为财产法的主要结构是否依然合理?二是涵盖面依然不足,经过100多年的发展,是否存在新出现的基础民事关系而未被五编制考虑吸收?从这两点来看,目前我们正在编纂的民法典则有超越德国民法典的可能。

这就涉及第三个问题,更高模式下民法典编纂结构特点对应的功能问题。

过去为何要进行债物二分,需要进行两点考虑。一是请求关系与支配关系问题,二是契约自由与物权法定问题。债是请求关系,而物权处理的是特定人对世界的关系,二者在性质、标的、功能、效力与限制各方面都有明显的不同,债物二分的关键问题在于物权法定原则。但是,无论是从全球化社会经济发展的角度考虑,还是从信息社会公示便利的角度考虑,债权交易与物权交易分编处理的做法在体系上反而不利于找法与用法,传统的五编制也面临挑战。但一旦放弃物权法定原则,自由形成的权力义务关系可因为物化或者未物化而产生不同的效果,对于交易者来讲则构成了不同交易成本与风险的选择。因此,物权编中用了最多条文的限制物权规定,应该都依属系规则和合同法的规定放在一起,形成意定财产关系或大合同法,更能彰显私法自治的积极面。此外,画出自治界线的各种法定财产关系,如无因管理、不当得利、侵权行为、所有人占有人关系等,乃至所有权的法定变动、相邻关系等彰显私法自治消极面的各种制度,则可以放在大合同法的后面,形成原则例外关系。

对于民法典增纳的商法与知识产权法,与部门化的民事法一样,这些内容更复杂的单行法在进入民法典的时候也需要进行“净身”,排除非民事基础关系的部分,并且思考如何与法典的既有内容做有机的组合。同时,立法者还得把这些领域的体系化和法典本身的体系化做整体观察,才能找出较佳的整合模式,困难度比合同法、物权法等要大很多,应可考虑做分阶段的整合。

商法入典可以有三种选择:象征性入典、独立成编与拆解组合。近年来,世界各国关于民商整合都存在“大合一”“小合一”“小分立”“大分立”四种类型,明显的主流趋势则是整合度第二高的小合一,这对于中国民法典编纂也具有一定的借鉴意义。

比起商法,知识产权法的入典有更单纯与更复杂之处。单纯之处在于知识产权规范的重心在权利本身,比较接近所有权和人格权,复杂之处则在其挥之不去的“公共政策”色彩,在切割上有时不容易。但从大树法则与趋势法则来看,各知识产权确已逐渐从法定的独占地位提升为自足的私权,因此,开启了与民法典连结的问题。在整合的方式上,当然还是以拆解重置为宜,而且和商法一样从“小合一”到“大合一”,做分阶段处理,较为务实。

人格权纳入民法典则应无理论的争议,其私权定位与“基础性”都非常清楚。相较于知识产权,虽同属法定,人格权的特征却正在通过社会认同而自然形成,不待公权力的确认或创设,因此,在规范的数量上不会很多。但独立成编就会有点牵强,且以其跨越财产与身分关系的“统领性”,我个人觉得最好的摆放位置还是总则,可视其规范数量而决定是否独立为一章。

我一直以来赞成有一个财产法通则的思路。不同于债法通则仅从债权关系去提取共性的规定,财产法通则可以跨越债和物的关系去提取,从而和最一般的总则规定更紧密地接轨,在体系上可填补传统五编制留下来的许多漏洞,并把单纯权利而非关系的所有权、知识产权置于此处,作为下位阶关系规定的前提。此编可把原来体系上即应涵盖债与物的规范,如义务违反、多数权利人义务人、权利义务的流转、义务消灭等规定,往上提取,而与可登记财产、所有权的变动、绝对权的共有、排他保护与信赖保护等,共同组成财产法通则,置于总则之后。此编的内容还有很大的讨论空间,但无论在涵盖面上还是体系与逻辑上,比起债法通则应该都可创造更大的体系效益。

法典其实就是房子的地基和建筑物的梁柱,这部分的工程从设计到执行,如果能在既有经验基础和未来的前瞻评估上为进一步的扩充保留空间,那么就必定更能经得起时间的考验。