

民法总则规定民事责任的正当性

郭明瑞

(山东大学法学院,山东 济南 250100;烟台大学法学院,山东 烟台 264005)

【摘要】《德国民法典》立法模式的根本特点是按总则分则结构编排民法典。民法总则是对各分则共通事项的规定。作为违反民事义务的法律后果的民事责任在各分则部分都会存在,即使将侵权责任独立成编,也有必要将侵权责任与债务不履行责任的共通事项再抽象出来置于总则中。民法的各项制度是以民事法律关系构建的,民事法律关系是由民事权利、民事义务和民事责任结合而成的,从“权利—义务—责任”的逻辑关系上,民事责任应为民法总则的内容。制定民法总则应以《民法通则》为基础,在总则中规定民事责任符合我国已形成的立法传统。

【关键词】民法总则;民事责任;民事法律关系;立法传统

【中图分类号】D 923.1 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1002-3194(2014)04-0020-06

为使与我国社会主义市场经济体系相适应的法律体系真正确立和完善,编纂民法典实为必要。尽管在民法典的编纂上应采何种模式,尚未取得一致意见,但多数人主张应采德国民法的立法模式。《德国民法典》分为五编,采德国法模式并非是说我国民法典也应分为五编。采用德国民法的立法模式实际上是指采用潘德克顿立法体例。这种立法模式的根本特点就是采取总则与分则的体系结构。主张未来的民法典采潘德克顿体例,也就是主张民法典应设总则编,对此几无争议。但在总则中应规定哪些内容,却有不同观点。对于民法总则中是否应就民事责任制度作出一般性规定,学者中就有支持与反对两种截然不同的意见。这一问题的争议不仅涉及未来民法总则的内容和结构,也

涉及民法学的民法总论的内容。因此实有进一步讨论的必要。笔者赞同在民法总则中规定民事责任的一般事项,本文拟从以下方面论述认为此主张正当的主要理由,以求得方家指正。

一、从总则与分则的关系上看,总则中应规定民事责任的一般事项

自《德国民法典》问世以来,大陆法系的许多国家和地区借鉴了其立法模式,并且近年来有许多国家和地区为适应其社会经济发展的现实需要,在借鉴德国法经验的基础上在立法体例上也有不少的创新。但不论对此立法体例如何改造,法典体系都是按总则分则结构编排的。总则分则的“编制体例系建立在由‘抽象到具体’,由‘一般到特殊’的立法技术之上。易言

【收稿日期】2013-12-18

【作者简介】郭明瑞(1947-),山东招远人,山东大学法学院、烟台大学法学院教授,博士生导师,研究方向:民商法学。

之,即尽量将共同事项归纳到一起”。^①“总则就是把被提取和抽象的一般性内容汇总在一起,并置于具体规定之前。总则的汇总功能决定了它的内容。总则中的规定必须具有一般性的特征,它们不能仅仅适用于具体规定的某些部分,更不能仅仅适用于某一具体规定”。^②总则是对分则中的共通事项的规定。换言之,只要为分则各部分共通的事项就应当在民法总则中规定。因此,总则中是否应规定民事责任,应取决于民事责任是否为分则的共通事项。

何为民事责任?对此也有不同的理解,其根本的争议点在于是否区分民事责任与民事义务。从《民法通则》的规定看,尽管在不同场合使用的民事责任的含义不尽相同,例如《民法通则》第43条、第63条第2款中提到的“民事责任”与第六章中提到的民事责任含义就不完全相同。但总的来看,我国民法上是严格区分民事义务与民事责任这两个概念的,民事责任的基本含义应是第106条中规定的民事责任的含义,它是指民事主体违反民事义务应当承担的民事法律后果。^③构成民事责任须有违反合同或不履行其他义务。^④违反民事义务也就会侵害他人权益,从而发生民事责任。因此,民事责任不能是仅仅存在于某一分则的具体制度中,而是存在于各分则部分的。因为从民法各分则的内容看,在分则的任何部分都会发生主体违反民事义务致使他人权益受侵害的现象。民事义务有约定义务与法定义务之分,法定义务又有特定人的法定义务和不特定人的法定义务之分。如缔约当事人间互负的照顾、保护、忠实、告知、保密等义务即为特定人的法定义务,它不是由当事人约定的,而是因特定当事人相互接触商谈缔约始基于诚实信用原则依法发生的义务。无因管理当事人间的义务也为法定义务。不得侵害他人权益的不作为义务,则为不

特定人负有的法定义务。行为人不论违反何种义务都会发生民事责任,只不过违反义务的类型不同产生的民事责任类型也不同而已:违反约定义务会发生违约责任,违反订立合同(实施法律行为中)中的法定义务会发生缔约过错责任,违反其他特定人义务也会发生债务不履行责任(前二者也属于债务不履行责任),违反不特定人的法定义务则会发生侵权责任。前三种责任属于《民法通则》第106条第1款规定的民事责任,第四种责任则属第106条第2款规定的民事责任。违约责任和侵权责任是民事责任的基本组成部分。

以德国民法为代表的民法典体系传统上采五编制,不仅违约责任规定于债编中,并且有关侵权责任的内容也规定于债编之中,从而民事责任也就仅是债法中的制度。之所以发生这种结果,是因为这种立法模式将侵权责任仅限于损害赔偿责任,而预防性的民事责任并不包括在内。由于损害赔偿是权利人一方得向侵害人一方要求赔偿(请求给付),侵害人一方负有给付赔偿义务(责任),此种特定当事人间的关系也就成为债权债务关系,而侵权行为正是这种债权债务关系的发生原因,因而也就规定于债编。这当然有其合理性。但是,这种立法例也存在一定缺陷。例如,侵权行为作为债的发生原因,而债务不履行发生债务不履行责任,在侵权行为之债,“责任为因,债务为果”;而在债务不履行责任中,“债务为因,责任为果”。这样的安排,将损害赔偿归结为债务将导致许多理论上的困惑。^⑤我国现行法不再将侵权责任限于损害赔偿,扩大了侵权责任的承担方式,侵权责任既包括侵权损害赔偿,也包括排除妨害等预防性民事责任,将侵权责任与债务不履行责任区别开来。这样侵权责任在各

① 王泽鉴《民法总则》(增订版),北京:中国政法大学出版社,2001年,第19页。

② 朱广新《现代民法典的基本编纂技术——以〈合同法〉为分析对象》,载徐涤新等主编《罗马法与共同法》(第一辑),北京:法律出版社,2012年,第270页。

③ 魏振瀛《民事责任与债分离研究》,北京:北京大学出版社,2013年,第6页。

④ 梁慧星《民法总论》(第四版),北京:法律出版社,2011年,第85页。

⑤ 详见张素华《请求权与债权的关系及请求权体系的重构——以债法总则的存废为中心》,北京:中国社会科学出版社,2012年,第177-179页。

分则都会发生,也就是说侵权责任会适用于各分则部分。由于侵权责任无论侵害的是何种权利,都有其共性,因此,我国现行法已将侵权责任单独立法,未来的民法典中侵权责任也可作为单独的一编。这样以来,不可能在物权等分则部分规定侵害物权等的民事责任,不会将对人身权、物权等权利的保护分割开来,民事责任岂不并非于各分则都适用,而不具有一般性的特点了吗?笔者认为,即使侵权责任法独立成编即成为民法典的分则部分,民事责任仍具有一般性的特点。在将侵权责任法独立成编的体例下,实际上是对于民事责任进行两步抽象,第一步是将分则中的侵权责任抽象出来,归为侵权责任编;第二步是再将侵权责任、债务不履行民事责任的共通事项抽象出来规定于民法总则。也有学者认为,违约责任与侵权责任存在重大差异,对其作一般性规定并无多大实益,反而破坏《合同法》和《侵权责任法》的逻辑体系,故民法总则中不宜对“民事责任”设专章规定。^①的确,违约责任与侵权责任存在重大差异,因此,笔者也不赞同在民法总则中对违约责任和侵权责任一并作出规定,而仅是就民事责任的共通事项作出规定。因为违约责任与侵权责任等确有共同适用的事项,如归责原则、责任形式和适用等等,有必要将其抽象出来,如此才能避免不必要的重复。依魏振瀛教授的主张,在总则中规定民事责任的基本内容包括:(1)归责事由;(2)关于免除责任的原则性规定;(3)民事责任的形式;(4)民事责任的竞合;(5)民事责任与行政责任、刑事责任的关系;(6)承担民事责任的方式。^②这些事项若不在总则中规定,则必会在债法债务不履行责任和侵权责任法中分别重复规定。

另外需要指出的是,确定民法总则应包括的内容也并不只有一个标准。民法总则的内容虽应具一般性,总则的规定对于分则应都有指导意义。但是,也并非就全部都必适用于各分则的各项具体制度,例如,民法总则中关于法律

行为的规则有的并不适用于身份行为。有的民事制度虽不适用于各分则,但基于逻辑关系,也可以规定于总则中。以时效制度为例。时效包括取得时效和消灭时效。取得时效仅适用于物权,而不适用于其他权利。从适用范围上说,仅在物权编而不在总则中规定取得时效,是合理的。但是,取得时效与消灭时效同为时效,有其共通性,将取得时效与消灭时效统一在总则中作为重要的法律事实予以规定,也符合逻辑。因此,虽然有的国家立法在民法总则中统一规定时效(如日本民法典),我们也不能仅因其不合德国法的立法传统而否定其合理性的一面。

二、从民法总则的内容结构上看,民事责任应为民法总则的当然内容

民法的各项制度是以法律关系构建的。民法总则正是从各种民事法律关系的共通事项上抽象出来的。民事法律关系从静态上看,包括主体、客体和内容;从动态上说则还包括法律关系变动即设立、变更、终止的根据或原因——法律事实。因此,民法总则中无不规定主体、客体以及法律行为(包括代理)等内容。通说认为,法律关系的内容包括权利与义务两方面,这种认识是以不区分义务与责任为前提的。在区分义务与责任的前提下,民事法律关系的内容还应当包括责任。“按照现代大陆法系民法思想,民事责任为民事法律关系之构成要素。民事法律关系是由民事权利、民事义务和民事责任三者结合而成。权利义务为法律关系之内容,责任则是权利、义务实现的法律保障。民事权利、民事义务唯有与民事责任结合,民事权利才受到责任关系的保护。”^③民事法律关系多种多样。根据民事法律关系形成与实现的不同特点,可分为调整性民事法律关系和保护性民事法律关系。前者是指因主体的合法行为而形成的主体权利能够正常实现的法律关系。后者是指因不法行为而产生的民事法律关系,其目

^① 温世扬《略论民法总则的内容构造》,《时代法学》2012年第1期。

^② 详见魏振瀛《民事责任与债分离研究》,第86页。

^③ 梁慧星《民法总论》(第四版),第85页。

的是保护受侵害的权利和恢复破坏了的社会和法律秩序。^①调整性民事法律关系也就是原权法律关系,如人身权关系、物权关系、知识产权关系、合同关系等,在该类法律关系中主体享有的权利为原权利即基础性权利,如人身权、物权、知识产权、合同债权等等。保护性民事法律关系也就是救济权关系,在该类法律关系中主体享有的权利为救济性权利,如侵权请求权、债务不履行请求权等。原权法律关系中与权利人的权利相对应的是义务人的义务,而在救济权法律关系中与权利人具体权利相对应的是责任。救济权是在原权利受到侵害时产生的法律救援性权利^②,因而救济权法律关系是原权法律关系受破坏时转化的结果。

通常讲到民事法律关系一般是指原权利法律关系即民事权利义务关系。在权利义务二者的关系中权利起主导作用,因此,民法的各项制度也可以说是从权利的角度构建的。民法为权利法,以确认和保护民事权利为宗旨。民法不仅要确认各项民事权利,规定民事权利的行使规则,以使权利人通过权利的行使正常实现权利,以满足自己的利益需要。而且民法还须保护各项民事权利。民法保护民事权利也就要规定民事权利受到侵害时的救济措施。在各国民法总则中几乎无不规定民事权利保护的。民事权利的保护既包括私力救济,也包括公力救济。私力救济包括正当防卫、紧急避险和自助行为。公力救济是指通过国家强制力对权利予以救济。一方面,权利人通过私力救济的,须依法采取防卫和自助行为,若权利人采取的私力救济措施超过法律规定的限度而损害他人的合法权益,会发生民事责任;另一方面,权利人通过公力救济也是通过权力机构追究违反义务的行为人的民事责任来实现对权利保护的。当然,违反民事义务的人也可自行承担民事责任,若违反

义务的人自动承担民事责任,受侵害的权利得以救济,权利人当然也就无须采取公力救济措施。权利、义务、权利保护与责任间的关系,“大体言之,救济因自权利受侵害,责任来之义务之违反。”^③因此,在民事权利保护中规定民事责任的一般规则也为当然之事。有的学者认为,作为民法分则中独立的一编,侵权责任在潘得克顿的民法体系中并不独立存在,而是将其置于权利保护的技术中进行解决的。而侵权责任独立成编,则是要从责任的角度出发去解决。这种变换观察起点的解决办法,对于同一事实,所得出的结论是截然不同的。如果以权利为起点,则是乙的权利被甲侵犯,甲就负担赔偿的债务;如果以责任为出发点,则甲违反了不作为的消极义务,则甲承担损害赔偿赔偿责任。^④笔者认为,恰是因以权利为起点,侵权责任才更有独立成编的合理性。当然,这一逻辑前提是区分债务与责任。乙的权利何以被甲侵犯?因为甲违反了义务。乙的权利被甲侵犯,如何予以救济?正是由甲承担相应的民事责任得以使乙的权利得到救济。乙在权利被甲侵犯后要求甲赔偿的权利已经属于救济性的权利即救济权请求权,而甲承担的赔偿“债务”也不同于一般债务,而是一种责任。救济权请求权是在当事人一方需要承担责任的情况下产生的,责任是产生救济权请求权的前提,没有责任也就不会产生救济权请求权。^⑤可见,将责任关系区别于其他法律关系而予以规制,更合“权利——义务——责任”之间的逻辑性。^⑥所以,笔者认为,以权利作为民法制度的基石来构建民法的体系,不能成为否定侵权责任独立成编及在民法总则中规定民事责任一般事项的理由,而却是在总则中应规定民事责任的逻辑起点。正如曾世雄先生所言,“法律关系自发生,经变更,至消灭,其变动之轨迹有正态反态两面。变动之结果如为反

① 马俊驹、余延满《民法原论》(第四版),北京:法律出版社2010年,第50-51页。

② 李永军《民法总论》,北京:法律出版社2006年,第122页。

③ 曾世雄《民法总则之现在与未来》,北京:中国政法大学出版社2001年,第234页。

④ 李康宁《论民法的逻辑表达》,《法制与社会发展》2012年第5期。

⑤ 魏振瀛《论请求权的性质与体系》,《中外法学》2003年第4期。

⑥ 郭明瑞《论侵权请求权》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期。

态时 终将以民事责任收场 因此民法总则中对于民事责任之基本原则 不能不作规定。”^①

这里还涉及权利保护与诉讼时效(消灭时效)的关系。在各国民法总则中都规定有消灭时效,我国法上称为诉讼时效。为何总则中规定诉讼时效呢?这是因为诉讼时效也是一种常见的重要的法律事实。可以说,诉讼时效是权利变动的法律根据。《民法通则》第135条规定,“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。”依此规定,诉讼时效期间是法律保护民事权利的法定期间。众所周知,权利是受法律保护的,但法律保护权利也并非都是无期限的,除权利的性质不宜规定保护期限外,权利人在权利受侵害时只有在法定期间内请求公力救济时,法院才会予以保护。这一法定期间也就是诉讼时效期间。也就是说,诉讼时效期间届满后,权利受侵害的权利人行使救济权请求权通过公力救济时,除不适用诉讼时效的情形外,法院将不予以保护。所谓法律不予以保护,也就是法院不强制违反义务的人承担责任,不能满足权利人的请求。关于诉讼时效或消灭时效的效力,各国法上有不同的规定,学者中也有不同的解释。依最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》的法律解释,我国司法实务上采取抗辩权发生说,即诉讼时效期间届满后,义务人一方享有抗辩权,可以提出诉讼时效抗辩。当事人这一对抗“债权请求权”的抗辩权实质上是对抗权利人的救济权请求权的:若义务人行使抗辩权,则法院对权利人的请求不予满足;若义务人不行使抗辩权,则法院会支持权利人的请求。《民法通则》第138条规定,“超过诉讼时效期间的,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。”也就是说,诉讼时效期间届满后,当事人自愿履行的,仍然有效。那么,诉讼时效期间届满后当事人之间的权利义务为何状态呢?学者称此种状态下的权利为自然债权,义务为自然债务。何为自然债权?何

为自然债务?实际上自然债权也就是不能依法律之强制力实现的权利,自然债务也就是无强制力的债务。无强制力就是无责任。因此,在诉讼时效期间届满后义务人行使抗辩权的,义务人的民事责任消灭,对权利人请求义务人承担民事责任的请求法院不予支持。由此可见,权利、义务、责任的关系应当为:权利是由义务保障的,义务人违反义务,权利人的权利实现就会受影响,权利人得请求通过追究义务人的责任,以实现其权利。当然,有的权利法律规定应在一定期间内行使,未在一定期间内行使的,法院不予保护,这里的“不予保护”并非是因为诉讼时效期间届满,而是因为权利本身失去效力。例如,《物权法》第202条规定,“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。”依此,抵押权人未在规定的期间内行使抵押权,则其抵押权失去效力。《意大利民法典》第2968条就规定,当权利应当在一定期间内行使否则失权时,不适用中断、中止的规定。^②笔者认为,民法总则也有必要就失权作出规定。当然,这是另外的问题。

三、从法律传统上说,民法总则中应规定民事责任

我国民法典的编纂并非是在没有任何基础上进行的。中国大陆虽然曾三次启动民法典的编纂均未成功,但自改革开放以来曾制定许多重要的民事法律。1986年的《民法通则》更是民事立法的一个里程碑。何为通则?通则者,共通规则也。因此,《民法通则》虽不为民法总则,但却有民法总则之功能。《民法通则》施行近30年,尽管其有不合时代要求的某些不足,但可以说已经作为一种法律传统深入人心。在编纂民法典时,我们不能不顾这一事实。正如王利明教授所言,编纂我国民法典,“应当对《民法通则》进行修改、补充,未来将其改造为民法典的总则。”^③

① 曾世雄《民法总则之现在与未来》,第234页。

② 费安玲等译《意大利民法典》,北京:中国政法大学出版社,2004年。

③ 王利明《民法总则研究》(第二版),北京:中国人民大学出版社,2012年,第74页。

如何修改、补充呢?首先应确定《民法通则》规定的内容哪些宜于在总则中规定,哪些不宜在总则中规定;其次应确定在总则中保留的制度应进行哪些补充和完善。从《民法通则》的内容上看,该法的第一、二、三、四章的内容应为未来民法总则的内容,此当无疑问。该法的第五章分四节概括规定了公民和法人享有的民事权利(包括物权、债权、知识产权和人身权),显然在以权利为逻辑起点编纂民法典时,这些内容还将在各分编予以具体规定。该法第七章诉讼时效以及附则,也应为民法总则的内容,此也未见争议。有争议的是该法第六章关于民事责任的规定。

《民法通则》第六章统一规定了民事责任制度,这在立法例上是无前例的。因此,有的评价这是我国法的创新,有的则批评其破坏了传统立法体例。作为民事责任一章的草拟人之一的魏振瀛教授强调这是建立在“民事责任与债分离”基础之上的,具有优越性。笔者认为,评价一项制度的设计是否合理,他国和地区的立法经验固然是重要的参考标准,但根本的还是应看其是否符合自己国家的需要,因为毕竟不同的国家有不同的国情。不可否认,《民法通则》统一规定民事责任制度对于促进我国民事立法以及保护民事主体的民事权益是发挥了重

要作用的。当然,经过近30年的立法与司法实践也证明,《民法通则》中关于民事责任的内容并不能全部纳入民法总则。《民法通则》第六章第二节规定的“违反合同的民事责任”,已在《合同法》中有具体规定,在未来的民法典中这一部分内容仍应置于债或合同编作为分则的内容;第三节规定的“侵权的民事责任”,已在《侵权责任法》中具体规定,如前所述,笔者主张未来民法典中侵权责任作为独立的一编,这一部分内容也应属于分则的内容。但《民法通则》第六章第一节“一般规定”及第四节“承担民事责任的方式”,并不适于规定在分则中,这正是具体民事责任制度的共通规则,应在总则中规定。笔者认为,如此安排,既符合我国法的立法传统,也不影响总则分则的体系结构。

从立法传统上说,我国立法在特别法上一般都规定有法律责任一章或权利保护一章。这里的法律责任既有刑事责任、行政责任,也有民事责任;权利保护中也包括民事保护方法。将来的《民法总则》不仅对于民法分则有适用,对于特别单行法也有适用。在民法总则规定民事责任的一般规定,也为特别单行法规定具体民事责任或权利保护方法提供了基本法上的依据。因此,总则中规定民事责任的共同规定,也符合我国的立法传统的要求。

The Legitimacy of the Civil Law General Stipulate for Civil Liability

GUO Ming-ru

(School of Law, Shandong University, Ji'nan 250100, China; School of Law, Yantai University, Yantai 264005, China)

Abstract: The provisions of the civil law is the general to the specific provisions of the common issues. As a violation of civil obligations of the legal consequences of civil liability on the part of the sub will continue to exist, even if a separate series of tort liability, tort liability is also necessary to carry out common issues and debt obligations without further abstracted into general provisions. The civil legal system is based on which civil law relationship is built, civil legal relationship is a combination of rights, civil obligations and civil liability which is made from the “rights-duty-responsibility” logical relationship, and civil liability should be the content of the Civil Code. The total civil law should be developed according to the “Civil Law”, based on the civil liability provisions of the General Provisions of compliance with legislative tradition has been formed.

Key words: civil law general principles; civil liability; civil legal relationship; legislative tradition

[责任编辑:赵守江]