

§ 民商法学研究 §

# 《民法总则(草案)》若干法律规范 去留问题大数据分析

——以《民法通则》相应条文的司法适用大数据报告为基础

王竹

**摘要:** 利用法律大数据分析方法可以辅助分析民法总则法律规范的去留问题。“被适用总次数”通用指标能够反映制度供给需求,“被适用次数排名前十的案由”总则属性特殊指标能够反映法律规范总则属性强弱。赞成删除作为民事主体制度的“联营”,但要注意与反垄断法领域的立法协调;保留“两户”制度不但符合社会需求,而且具有宣示和肯定改革开放成果的重大政治意义;建议部分暂留“个人合伙”制度,待民法典编纂完成时统筹整合。较短特殊时效制度的司法适用比例较低,总则性属性也较弱,赞成删除该规则。建议在“民法总则”中明确债权请求权行使方式,并以“连带责任”替代“连带之债”,规定“最终责任分担一般条款”。

**关键词:** 法律大数据分析; 特殊民事主体; 较短特殊时效; 债权请求权; 最终责任分担一般条款

**中图分类号:** DF51 **文献标志码:** A **文章编号:** 1006-0766 (2017) 01-0149-12

2016年6月27日,第十二届全国人大常委会第二十一次会议初次审议了《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则(草案)》)。<sup>①</sup>对比《民法通则》可以看到,《民法总则(草案)》保留了《民法通则》中总则部分的主要体例和内容,但在具体规则上予以了增删和修改,其中部分内容具有一定的争议性。法律大数据分析不但可以对司法实务运作产生影响,<sup>②</sup>对立法活动也可以提供更好的证据支持和正当性证明。<sup>③</sup>本文试图以《民法通则》相应条文司法适用的大数据报告为基础,对相关制度的去留问题提出建议。

## 一、《民法总则(草案)》相关法律规范司法适用大数据分析概况

### (一) 掩藏在案由系统下的“民法总则”司法适用情况

我国现行《民事案件案由规定》(法[2011]42号)分为十个部分。从第一部分“人格权纠纷”到第九部分“侵权责任纠纷”,均按照广义民商法的分则体例展开,仅有第十部分“适用特殊程序案件案由”下的“三十二、宣告失踪、宣告死亡案件”“三十三、认定公民无民事行为能力、限制民事

**作者简介:** 王竹,四川大学法学院教授(成都 610064)、兼任中国人民大学民商事法律科学研究中心侵权法研究所副所长(成都 610207)

**基金项目:** 司法部国家法治与法学理论研究项目“民法典编纂疑难问题法律大数据分析研究”(16SFB3032)

<sup>①</sup> 《民法总则(草案)全文》,2016年7月5日,http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqyj/2016-07/05/content\_1993342.htm,2016年10月1日。全国人大常委会网站上的表述为“初次审议”,应当理解为本次审议不是2002年《民法草案》第一编“总则”的第二次审议。

<sup>②</sup> See Dru Stevenson & Nicholas J. Wagoner, *Bargaining in the Shadow of Big Data*, 67 Fla. L. Rev. 1337. John O. McGinnis & Russell G. Pearce, *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, 82 Fordham L. Rev. 3041.

<sup>③</sup> 胡凌《大数据兴起对法律实践与理论研究的影响》,《新疆师范大学学报》(哲学社会科学版)2015年第4期。

行为能力案件”和“三十五、监护权特别程序案件”与《民法总则(草案)》直接相关。<sup>①</sup>

基于“民法典”的“总一分”结构,<sup>②</sup>“民法总则”法律规范可以适用于分则的相关案由之中,涉及的案由比较广泛而且分散,所以这种“民法总则”法律规范大多无直接对应案由的现象并不奇怪,《民事案件案由规定》的这种安排也较为合理,但对评估《民法总则(草案)》的制度供给造成了一定的困难。即不能直接通过某一案由包含的案件数量和法律规范具体适用情况来直观地了解某一法律规则在实务中的适用情况,而需要借助大数据分析,采用全样本分析,<sup>③</sup>才能一窥究竟。

### (二) 对法律规范进行“去”“留”和“增”问题大数据分析方法的差别

由于《民法总则(草案)》没有对未来该法与《民法通则》的关系作出明确的规定,这就产生了对比《民法通则》与《民法总则(草案)》,以确定法律规范“去”“留”和“增”的需要。笔者所谓“去”的问题,是指《民法通则》的某一规范因为各种考虑没有必要在《民法总则》中进行规定,也就不需要进一步讨论该规则的保持或者修改问题。所谓“留”的问题,是指保留《民法通则》原有法律规范,其进一步的问题才是保持还是修改。所谓“增”的问题,是《民法通则》中没有,《民法总则(草案)》新增的规则,对此类问题的探讨主要是草案的完善问题。

利用法律大数据分析研究“去”和“留”的问题,实际上是通过对已有立法条文在司法实务中被适用的情况进行分析,以明确其制度需求,进而评估新的立法是否能够回应这种制度需求。而利用法律大数据分析研究“增”的问题,实际上是一个模拟立法在司法适用中的效果问题。本文将采用法律大数据研究方法对《民法通则》相关条文的适用情况进行分析,因此只能解决“去”和“留”的争议性问题,而无法对“增”的问题进行深入讨论。

### (三) 对“民法总则”法律规范去留问题进行大数据分析的样本与指标

本次大数据分析的全样本为2014年1月1日到2015年12月15日“中国裁判文书网”改版之前发布的全部裁判文书数据,包含12435889份裁判文书。根据IBM的研究,大数据的数据量级在不同的行业和地区有所不同,超过一半的受访者认为数据量在TB和PB级<sup>④</sup>之间就可以称为大数据。<sup>⑤</sup>经过四川大学法学院“法律大数据实验室”进行的分词和数据提取之后,平均每份裁判文书数据略大于100K,总数据量约为1.5TB,已经达到了进行大数据分析的数量级。<sup>⑥</sup>同时,1240余万份裁判文书的数量已经与近年来我国法院系统每年审结、执结案件数量同处于“千万级”这一数量级,<sup>⑦</sup>相应的大数据分析结论既可以比较客观地反映司法实践中的真实情况,也可以帮助读者建立较为直观的印象。

① 如果认为《民法总则(草案)》第99条和第100条是对一般人格权和人格权类型的概括性列举的话,则对应第一部分“人格权纠纷”。另外,因为体例安排的特殊原因,与《民法总则(草案)》直接相关的还有见义勇为、正当防卫和紧急避险三项制度,但这三项规则几乎仅适用于侵权责任相关案由,纳入《民法总则》的“民事责任”部分进行规定不符合“提取公因式”的总则定位。

② 未来“民法典”到底是“总一分”结构,还是“总一分一责”结构,还存在一定争议,这主要涉及《侵权责任法》的定位问题,但这并不影响对《民法总则》定位的基本判断。

③ 刘佳奇《论大数据时代法律实效研究范式之变革》,《湖北社会科学》2015年第7期。

④ 计算机采用的是二进制,数据单位是字节(Byte),TB(Terabyte)即2的40次方,PB(Petabyte)即2的50次方。

⑤ IBM Institute for Business Value, *Analytics: The Real-world Use of Big Data*, October 2012, p. 4. 网络地址: [https://www.ibm.com/smarterplanet/global/files/se\\_\\_sv\\_se\\_\\_intelligence\\_\\_Analytics\\_\\_The\\_real-world\\_use\\_of\\_big\\_data.pdf](https://www.ibm.com/smarterplanet/global/files/se__sv_se__intelligence__Analytics__The_real-world_use_of_big_data.pdf). 2016年10月1日。

⑥ 在大数据的数量级设定上,尽管角度略有不同,白建军教授也有类似的经验性观点“当总体为1000万或者以上时,样本比例的增加实际上已经不起作用。”参见白建军《大数据对法学研究的些许影响》,《中外法学》2015年第1期。

⑦ 各级人民法院2014年审结、执结案件1381万件,2015年审结、执结案件1673万件。参见周强《最高人民法院工作报告》,2015年3月12日第十二届全国人民代表大会第三次会议文件。周强《最高人民法院工作报告》,2016年3月13日第十二届全国人民代表大会第四次会议文件。

笔者首先对《民法通则》156个条文作为民事判决书的裁判依据<sup>①</sup>的“被适用总次数”和“被适用次数排名前十的案由”<sup>②</sup>进行了统计,本文的写作建立在这一统计的基础之上。选择“被适用总次数”作为研究的“通用指标”,是基于如下考虑:第一,一个条文在判决书中被适用次数较多,至少说明该条文在司法裁判中的制度需求较高,这就要提请立法者注意该规则的去留问题。本文将选取适用次数较多,而《民法总则(草案)》选择“去”的条文进行讨论。第二,一个条文在判决书中被适用次数少,只能说明司法裁判的需求不高,却并不一定说明这一条文包含的制度需求不高。但《民法总则(草案)》选择“去”的条文,如果从适用次数的分析上能够得出较为明确的支持性意见,本文也将予以明确的展示,为立法决策提供实证依据。第三,一个条文能否被另一个条文所替代,可以通过“拟被替代条文”单独适用情况与同时适用“替代条文”的情况进行对比分析。如果绝大多数情况下,“拟被替代条文”与“替代条文”都同时适用,那么就可以通过完善“替代条文”来实现制度供给,否则就应该考虑继续保留“拟被替代条文”。

选择“被适用次数排名前十的案由”作为研究法律规范的“总则属性特殊指标”,是考虑到需要用一个比较清晰的指标来展示一个法律规范的总则属性,<sup>③</sup>而前十大案由正好是能够集中体现一个法律条文司法适用概况的简易指标。初步的研究表明,前十大案由适用次数占总适用次数的百分比(以下简称“前十大案由占比”)与条文的总则属性高度相关。《民法通则》156个条文的总被适用次数为1511425次,而每个条文被适用的前十大案由的总适用次数达到了1276775次,占全部适用次数的84.47%。但就单个条文来看,总则属性明显较强的条文,如《民法通则》上基本原则、法律行为和代理制度的核心条文,前十大案由占比均较低。

表1 《民法通则》总则属性较强条文前十大案由适用情况表

条文序号	条文类别	前十大案由占比
第3条	基本原则	69.91%
第4条	基本原则	43.06%
第5条	基本原则	51.93%
第6条	基本原则	42.21%
第7条	基本原则	43.57%
第54条	法律行为	43.66%
第55条	法律行为	49.09%
第56条	法律行为	50.07%
第57条	法律行为	47.09%
第58条	法律行为	49.49%
第59条	法律行为	62.54%
第60条	法律行为	55.82%
第61条	法律行为	52.12%
第62条	法律行为	56.58%
第63条	代理	60.18%
第64条	代理	57.83%
第65条	代理	62.39%
第66条	代理	57.54%
前十大案由占比平均值		53.06%

① 《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释[2009]14号)第4条对民事裁判文书的裁判依据范围作出了界定“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。”

② 如果适用的案由少于10个,则只统计实际适用的案由。

③ 这种“总则属性”的描绘,并不代表该规则必然规定在《民法总则》,也可能是《物权法》总则或者《合同法》总则乃至其他采用“总一分”结构的立法中。只是在本文的样本范围内,体现为《民法总则》的总则属性。

从表1可以看出,第3-7条关于基本原则的规定,除了第3条“平等原则”前十大案由占比接近70%之外,<sup>①</sup>其他条文均在40%~50%区间;第54-62条关于民事法律行为和第63-66条<sup>②</sup>关于代理的规定,除了个别条款前十大案由占比60%左右之外,大多在40%~50%区间。上述总则属性较强条文的前十大案由占比平均值为53.06%。可以看出,前十大案由占比低于70%,尤其是在40%~50%区间的规则,总则属性更强。因此,草案中出现前十大案由占比过高的条文,就应该引起立法者的注意,以确定其规定在《民法总则(草案)》中的必要性。

## 二、《民法总则(草案)》中可以进行大数据分析的三类去留争议性问题

根据对上述全样本的指标分析设定,笔者认为,有三类争议性问题有必要、也可能结合法律大数据分析的结果,作出“去”与“留”的判断:

### (一) 三种特殊民事主体制度的去留问题

对于《民法通则》基于特殊时代背景规定的三种特殊民事主体制度,《民法总则(草案)》在第二章“自然人”保留了“个体工商户、农村承包经营户”,但删除了“个人合伙”;第三章“法人”删除了“联营”。

笔者认为,这三种民事主体制度去留的核心问题是社会需求,应该结合法律大数据分析的结果进行探讨。如果立法机关认为,至少在传统民法领域,社会已经几乎不再需要某一法律制度,那么可以果断地予以删除,典型的作为民事主体制度的“联营”。如果立法机关判断某一制度尽管长远地看可能会逐渐地消退,<sup>③</sup>但在不久的将来,这一制度仍然有其存在的必要,则应该保留这一制度,并作出适当的调整,引导其更好地发挥作用,典型的“两户”制度。如果立法机关判断某一制度仍然具有一定的价值,实务中也存在一定的适用情形,同时无法确保“民法典”编纂过程中会在其他编“移植”这一规则,就应该在《民法总则》中予以足够的制度供给,否则司法实务将出现无法可依的局面,典型的“个人合伙”。

### (二) 较短特殊诉讼时效的去留问题

2002年“民法典草案”第一编“总则”第99条第1款曾经规定了较短特殊诉讼时效,但2016年的《民法总则(草案)》删除了这一内容。比较法上,较短特殊诉讼时效制度主要适用于大量的、多半与日常生活有关的事务之债法上的请求权。<sup>④</sup>对我国民法典起草和民法理论有较大影响的《法国民法典》原第2271-2279条<sup>⑤</sup>、《德国民法典》第196条、《日本民法典》第170条和我国台湾地区“民法典”第126和127条,均是对较短特殊时效制度的规定。但《民法总则(草案)》与近期公布的多数民法总则学者建议稿均未规定较短特殊诉讼时效制度。<sup>⑥</sup>较短特殊诉讼时效制度作为一种大陆法系的传统制度,在我国司法实务中是否真的不需要,抑或是一种立法遗漏,需要结合法律大数据分析的结果进行具体分析。

<sup>①</sup> 适用“平等原则”排名第一的案由为“机动车交通事故责任纠纷”,适用次数高达146次,占其总适用次数452的31.9%,对适用比例影响较大。

<sup>②</sup> 《民法通则》第四章“民事法律行为和代理”第二节“代理”剩余条文中,第67-69条仅适用于委托代理,而第70条的列举性规定限制了其适用的案由范围。

<sup>③</sup> 尽管2016年的《民法总则(草案)》保留了“两户”制度,但2002年的《民法典草案》第一编“总则”第二章“自然人”就曾经删除了“两户”制度。有学者认为,我国法律应当废弃“家庭承包”的概念,以农村集体经济组织成员个人作为主要的土地承包经营权的主体。参见周友军《试论土地承包关系中的民事主体》,《南昌大学学报(人文社会科学版)》2009年第1期。也有学者认为农村土地承包经营户正在走向瓦解,未来应该秉持个体主义制度构建,参见申慧文《论农村承包经营户的死亡》,《河南财经政法大学学报》2016年第2期。另参见陈龙吟、侯国跃《中国民法典民事主体立法问题研讨会会议综述》,《西南政法大学学报》2015年第5期。

<sup>④</sup> 卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上),王晓晔等译,北京:法律出版社,2013年,第336页。

<sup>⑤</sup> 修改后的《法国民法典》删除了较短特殊诉讼时效。

<sup>⑥</sup> 仅有杨立新教授主持的“民法总则(草案)”第258条[消灭时效的最短时效]进行了规定,参见杨立新等《中华人民共和国民法总则(草案)》建议稿,《河南财经政法大学学报》2015年第2期。

### （三）债法核心制度的去留问题

《民法总则（草案）》在第五章规定“民事权利”而不是规定“民事权利客体”，延续了《民法通则》的体例。同时，限于“民法总则”的定位，又不能像《民法通则》第五章“民事权利”那样按照简化的民法分则体例展开。因此就可能出现一种特别的不平衡立法现象，即缩编后的“民事权利”章即使对每种民事权利类型提供相同强度的制度供给，但由于现行法对民法分则的制度供给不同，而未来的制度供给程度也不明朗，就会出现部分制度供给不足的情形。

具体而言，《民法总则（草案）》第103条和第104条是对物权类型和客体的规定，第108条是对知识产权客体类型的列举，第101条规定身份权受法律保护，第109条规定了继承权，第110条规定了股权和其他民事权利。应该指出，前述民事权利类型是否列举对于制度供给本身影响都不大，只是满足一种逻辑上的周延性，因为它们都有现行法可以依托。而按照立法机关作出的“民法典将由总则编和各分编（目前考虑分为合同编、物权编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等）组成”的说明，<sup>①</sup>“债法总则”已经被默认取消，因此有必要认真考虑在《民法总则》中对“债权”予以基本制度供给的结论。

《民法总则（草案）》第105条第1款规定“民事主体依法享有债权。”该款并无实际规范意义。该条第2款规定“债权是因合同、单方允诺、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为一定行为的权利。”该款规定内容是对《民法通则》第84条第1款的完善，尤其明确了“单方允诺”和“侵权行为”均是债的发生原因。《民法总则（草案）》第106条和第107条分别相当于《民法通则》第93条对无因管理的规定和第92条对不当得利的规定。

对比《民法通则》可知，《民法总则（草案）》第105条的规定具有明显的“空洞化”特点，即除了“债”的概念之外，几乎没有提供任何债法总则意义上的制度供给，甚至将《民法通则》第84条第2款对债权请求权的基本规定“债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。”简化进了债权的概念。应当指出，在缩编的“民事权利”章，留给立法者“回填”债法总则制度的空间十分有限，因此有必要结合法律大数据分析的结果，对实务中最为需要的债法制度予以基本的制度供给或者改造，避免出现无法可依的情形。

## 三、三种特殊民事主体制度去留问题的法律大数据分析

### （一）赞成删除作为民事主体制度的“联营”

《民法通则》上规定的“联营”，其实是对企业之间三种联合经营方式的描绘，而并无实质规范作用。该法第51条规定的“法人型联营”，既然取得法人资格，就应该作为独立的法人适用相关规定。第52条规定的“合伙型联营”，已经被《合伙企业法》的规定实质性取代。第53条规定的“协作型联营”，本身既不产生新的法人组织，也不产生以自己名义进行活动的其他组织，本质上是对《合同法》的适用。

从适用次数来看，《民法通则》第51条仅被适用了28次，《民法通则》第52条被适用了253次，《民法通则》第53条被适用了132次。除了各类联营经营活动的对外合同纠纷之外，“联营合同纠纷”本身占74次，占比约18%。主要疑难问题是联营合同中的“保底条款”无效问题，<sup>②</sup>案例数量较多的是“七、关于联营合同解除后的财产处理问题”。

可以认为，《民法通则》上作为民事主体制度的“联营”，已经走到了历史的尽头。随着遗留的联营逐步退出历史舞台，即使有少量针对联营关于作为民事主体的制度需求，也可以通过《公司法》《合伙企业法》和《合同法》处理。《民法总则》不规定作为民事主体制度的联营，不会出现制度供

<sup>①</sup> 李适时《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》，2016年6月27日，第十二届全国人大常委会第二十一次会议文件。

<sup>②</sup> 舒满平《谈谈联营合同中保底条款的几个法律问题》，《人民司法》1990年第4期；张剑秋、王春梅《论联营合同中的“保底条款问题”》，《求是学刊》1997年第2期。

给不足的问题,笔者赞成《民法总则(草案)》删除联营相关规则的处理。

但需要提醒立法者注意的是,尽管本次《民法总则》立法可以删除作为民事主体制度的“联营”,但不能得出实务中联营走向消亡的结论。相反,作为对企业之间合作的法律性描绘,联营已经成为现代企业发展和竞争的重要手段,只是该领域的重点和疑难问题已经转向了反垄断法领域。<sup>①</sup>因为相关纠纷主要适用反垄断行政审查而非司法审查,所以没有反映到《民法通则》相应条款的司法适用中。因此,“民法典”在联营领域还要注意与反垄断法的立法协调。

## (二) 赞成保留“两户”制度

《民法总则(草案)》第50条和第51条对“两户”制度的界定,与《民法通则》第26条和第27条没有本质差别。《民法总则》在自然人部分规定的“两户”制度,是对不同于自然人的个体工商户工商登记资格<sup>②</sup>和农村集体经济组织中承包集体土地资格的确认,是这两类制度存在的法律依据。从适用次数来看,《民法通则》第26条被适用326次,第27条被适用43次,第28条被适用180次,这三个条文的适用频率与联营制度相当。“两户”制度的司法适用主要集中在《民法通则》第29条对外债务承担规则上“个体工商户、农村承包经营户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。”达到了2190次,仍然具有一定的现实意义。

从《民法通则》通过之初的文献来看,当时对于《民法通则》第29条统一规定“两户”对外债务承担规则区分“个人经营”和“家庭经营”的基本精神是“谁造成的亏损由谁弥补,谁负的债务由谁清偿。”其设计原型是个体工商户而非农村承包经营户,因为后者原则上就是家庭经营。<sup>③</sup>《民法总则(草案)》第52条第1句规定“个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担;无法区分个人经营和家庭经营的,以家庭财产承担。”第2句规定“农村承包经营户的债务,以家庭财产承担。”这种区分是值得赞许的。未来在立法过程中还需要明确其使用的“家庭财产”术语所指并不仅限于《〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)第42条规定的“家庭共有财产”,<sup>④</sup>而是全部的“家庭财产”,同时应该参照《民通意见》第44条的精神,增加保留家庭成员基本生活费和未成年子女教育费用的但书规定。

应该指出,《民法总则(草案)》对“两户”制度的保留还具有宣示和肯定改革开放成果的重大政治意义。《宪法》第11条第1款的表述确立于1999年《宪法修正案》:“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。”第2款第1句确立于2004年《宪法修正案》:“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。”2011年新颁布的《个体工商户条例》在替代1987年《城乡个体工商户管理暂行条例》的同时,再次在行政法规的层次肯定了这一改革开放初期至今的经济创新形式。与之对应的社会现实是,截至2015年9月底,全国7000余万家个体工商户、私营企业吸纳就业2.73亿人。<sup>⑤</sup>而《宪法》第8条第1款第1句的表述也确立于1999年《宪法修正案》:“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。”如果《宪法》上对这一我国农村基本经济制度的表述在一定时间之内保持不变,那么农村承包经营户仍然将是我国广大农村土地承包经营的主体。

结合上述意见,尽管核心条款《民法通则》第29条前十大案由占比高达75.16%在某种意义上预示着“两户”制度总则属性的减弱,笔者仍然赞成《民法总则(草案)》保留对“两户”的规定,

<sup>①</sup> 参见江山、黄勇《论中国企业联营的经营者集中控制》,《法学杂志》2012年第10期;江山、苏峻《论企业联营合作创新的反垄断法规制》,《东方法学》2014年第2期。

<sup>②</sup> 有学者认为,现行法规不加区分统一规制个体工商户商事登记制度,导致微小规模个体工商户负担较大,建议豁免微小规模个体工商户的商事登记义务。参见石少侠、李镇《论个体工商户商事登记义务之豁免》,《经济纵横》2012年第1期。

<sup>③</sup> 王胜明《试论个体工商户、农村承包经营户》,《中国法学》1986年第4期。

<sup>④</sup> 张学军《“两户”制度初探》,《当代法学》2005年第1期。

<sup>⑤</sup> 2015年10月30日,http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zxtjzl/xxzx/201510/t20151030\_163438.html,2016年10月1日。

待“民法典”完成编纂时再作去留的最终决定。

### (三) 建议“部分暂留”个人合伙制度

我国《民法通则》把“个人合伙”列入“公民(自然人)”章作为一节加以规定,曾经被学者评价为民事立法上的一个创举。<sup>①</sup>而《民法总则(草案)》第二章“自然人”没有规定“个人合伙”的内容,这与实务中个人合伙相关案例大量存在,适用次数高达25589次的现实不符,需要对制度供给做重新评估。就具体制度而言,《民法通则》上的个人合伙制度可以分为三组规则。

第一组是对内关系规则,包括《民法通则》第30-32条。第30条是对合伙定义的规定,适用次数高达8020次。第31条是对合伙书面协议的规定,适用3213次。《民法通则》第32条是对合伙财产的规定,适用2896次。这三个条款适用的共同特点是,超过75%的适用集中在“合伙协议纠纷”,这与司法实践中反映出的情况类似。在个人合伙纠纷案件中,当事人提出的诉讼请求主要有以下几种:1. 要求分配合伙盈余或利润;2. 要求分担合伙亏损;3. 要求追偿已支付的超过其应承担份额的合伙债务款;4. 要求赔偿退伙损失;5. 要求按比例分割合伙财产。<sup>②</sup>较大的绝对数量和较高的相对比例说明个人合伙制度仍然具有一定的生命力。

第二组是《民法通则》第33条关于字号登记的规定,适用110次。虽然次数较少,但该条文曾是个人合伙登记的法律依据。尽管有学者认为,该条规定是坚持合伙中的“民商合一”的体现,<sup>③</sup>但如果立法者认为是否允许个人合伙登记字号不需要由“民法典”来规定,那么该条文可以删除。

第三组是对外关系规则,包括《民法通则》第34条和第35条。第34条第1款规定“个人合伙的经营活动,由合伙人共同决定,合伙人有执行和监督的权利。”第2款规定“合伙人可以推举负责人。合伙负责人和其他人员的经营活动,由全体合伙人承担民事责任。”该条文被适用1853次,适用的前十大案由为:

表2 《民法通则》第34条适用次数前十大案由表

适用次数前十大案由	适用次数	百分比
合伙协议纠纷	612	42.65%
买卖合同纠纷	309	21.53%
劳务合同纠纷	150	10.45%
民间借贷纠纷	99	6.90%
合同纠纷	54	3.76%
承揽合同纠纷	51	3.55%
建设工程施工合同纠纷	45	3.14%
提供劳务者受害责任纠纷	40	2.79%
租赁合同纠纷	38	2.65%
生命权、健康权、身体权纠纷	37	2.58%
合计	1435	100%
前十大案由占比	1853	77.44%

从表2可以看出,第34条第1款具有一定的对内关系属性,主要适用于“合伙协议纠纷”,占全部判决书的42.65%,而该条第2款则具有明显的对外关系属性,适用于其他57.35%的九个案由。

这一对外关系属性在第35条表现得更为明显。这是因为,实务中的个人合伙纠纷,主要是对外

① 马俊驹 《民法通则与合伙民事主体地位》,《法学评论》1986年第3期。

② 胡静 《个人合伙纠纷案件审判实务中的若干问题探析》,《法律适用》2012年第9期。

③ 李永军 《我国未来民法典中主体制度的设计思考》,《法学论坛》2016年第2期。

责任，尤其是连带责任的承担问题。《民法通则》第 35 条第 1 款规定“合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。”第 2 款规定“合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。”总适用次数高达 9497 次，排名前十的案由为：

表 3 《民法通则》第 35 条适用次数前十大案由表

适用次数前十大案由	适用次数	百分比
买卖合同纠纷	2557	34.30%
劳务合同纠纷	1219	16.35%
合伙协议纠纷	1218	16.34%
民间借贷纠纷	707	9.48%
追索劳动报酬纠纷	413	5.54%
提供劳务者受害责任纠纷	287	3.85%
机动车交通事故责任纠纷	269	3.61%
合同纠纷	264	3.54%
追偿权纠纷	262	3.51%
租赁合同纠纷	258	3.46%
合计	7454	100%
前十大案由占比	9497	78.49%

从表 3 可以看出，“合伙协议纠纷”仅占案件总数的 16.34%，更多的案件都是关于对外责任承担的。未来的个人合伙制度，应该更多地着力于对外责任承担规则的构建。

应该指出，从对个人合伙前十大案由占比的统计来看，均在 70%~90% 区间，总则属性较弱。而个人合伙制度，在本质上不属于民事主体制度，而是一种民事合同制度，应该在《合同法》分则而非《民法总则》中予以规定。笔者担心的是，如果《民法总则》删除“个人合伙”制度之后，在“民法典”编纂过程中，未必能完全做到统筹安排，重新在《合同法》分则部分规定“个人合伙”。因此建议在《民法总则》中暂时保留，待“法典化”过程中<sup>①</sup>如果还有统筹机会，可以“移植”到《合同法》分则部分。即使因为各种原因“民法典”未能统筹处理，也不会出现无法可依的情形。

#### 四、较短特殊时效制度去留问题的法律大数据分析

##### （一）较短特殊时效制度的较低适用比例

《民法通则》第 136 条规定“下列的诉讼时效期间为一年：（一）身体受到伤害要求赔偿的；（二）出售质量不合格的商品未声明的；（三）延付或者拒付租金的；（四）寄存财物被丢失或者损毁的。”与第 135 条普通诉讼时效高达 23056 次的适用次数相比，该条文仅被适用 2984 次。排名前十的案由及其对应案由案件数量以及主要适用的类型如下：

表 4 《民法通则》第 136 条适用次数前十大案由表

适用次数前十大案由	适用次数	该案由案件数量	适用比例
1. 机动车交通事故责任纠纷	697	696470	0.10%
2. 生命权、健康权、身体权纠纷	680	145011	0.47%

<sup>①</sup> 关于这种法典化过程的详细考虑，参见王竹《以“非基本法律法典化模式”制定民法典的立法程序》，《中外法学》2014 年第 6 期。



续表4

3. 房屋租赁合同纠纷	403	105634	0.38%
4. 租赁合同纠纷	345	103039	0.33%
5. 提供劳务者受害责任纠纷	139	62339	0.22%
6. 医疗损害责任纠纷	134	17749	0.75%
7. 建筑设备租赁合同纠纷	56	13690	0.41%
8. 买卖合同纠纷	39	704497	0.01%
9. 财产损害赔偿纠纷	34	77691	0.04%
10. 土地租赁合同纠纷	34	8783	0.39%
11. 总计	2561	1934903	0.13%

从表4可以看出,除了“医疗损害责任纠纷”的案件适用率为0.75%之外,其他主要案件类型的适用率一般在0.5%之下。需要特别指出的是,《民法通则》第136条中第4项直接对应的2419件“保管合同纠纷”案件中的适用次数为仅为2次。“医疗损害责任纠纷”相对较高的适用率,主要是因为该类案件中部分损害具有一定的延迟性,侵害状态可能隐藏时间较长,<sup>①</sup>这在司法实务中可以通过完善医疗损害责任纠纷诉讼时效起算点的确定规则来解决。<sup>②</sup>而“生命权、健康权、身体权纠纷”0.47%的第二高适用率也主要与此有关。如果考虑到这一因素,那么实务中对于《民法通则》第136条的实际需求可能更低。

除了较低的绝对适用率,相对于《民法通则》第135条,其适用比例也偏低。

表5 《民法通则》第135条适用次数前十大案由表

适用次数前十大案由	适用次数	该案由案件数量	适用比例
1. 商品房预售合同纠纷	2935	79763	3.68%
2. 买卖合同纠纷	2590	569883	0.45%
3. 民间借贷纠纷	2112	1277463	0.17%
4. 商品房销售合同纠纷	1698	59801	2.84%
5. 物业服务合同纠纷	1518	218416	0.70%
6. 房屋买卖合同纠纷	1064	136759	0.78%
7. 金融借款合同纠纷	893	575300	0.16%
8. 合同纠纷	647	160998	0.40%
9. 建设工程施工合同纠纷	582	98325	0.59%
10. 劳动争议	547	291633	0.19%
11. 总计	14586	3468341	0.42%

对比表4和表5可以看出,《民法通则》第136条的适用比例大约第135条的1/3,可见《民法通则》规定的四种较短特殊诉讼时效制度在实务中适用是相对较少的。既然较短特殊诉讼时效制度本身是为了限制权利人通过行使诉权的方式保证债权获得清偿,如果其适用比例竟然低于相对较长的一般时效,那么至少现有规定的较短诉讼时效制度就完全没有必要保留了。这是因为,如果把一年的较

<sup>①</sup> 朱岩 《消灭时效制度中的基本问题:比较法上的分析——兼评我国时效立法》,《中外法学》2005年第2期。

<sup>②</sup> 《民通意见》第168条规定“人身损害赔偿的诉讼时效期间,伤害明显的,从受伤害之日起算;伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由侵害引起的,从伤势确诊之日起算。”

短时效延长为《民法总则(草案)》第 167 条规定的三年,适用的情形就会更少,也就失去了作出特别规定的意义。

### (二) 较短特殊时效制度本身不具有合理性

我国《民法通则》上的诉讼时效制度采主观主义立法模式,自权利人知道或者应当知道权利受到损害之日起开始计算,《民法总则(草案)》继续采用这一立法体例,符合“编纂”民法典的立法活动定位。我国《民法通则》之所以规定较短的一般诉讼时效期间,主要是当时计划经济体制对立法的影响。在计划经济时期,合同的订立大都以年度计划为标准,为保证计划的实施与合同的履行,及时维护合同权益,自然规定了较短的诉讼时效。<sup>①</sup>但正如学者所言,我国《民法通则》上的普通诉讼时效期间本已偏短,不利于私权之保护,而短期诉讼时效期间则在此基础上“折后再折”,过分偏重效率而轻视公平,基本忽略了对私权的保护。<sup>②</sup>而有学者更逐一反驳了《民法通则》第 136 条规定的四种情况,没有发现其被设定为较短特殊时效的正当性。<sup>③</sup>

### (三) 较短的诉讼时效总则性属性较弱

较短的特殊诉讼时效制度尽管作为一种立法传统规定在《民法通则》中,但从其前十大案由占比来看,总则性属性却较弱。

表 6 《民法通则》第七章“诉讼时效”各条文前十大案由适用情况表

条文序号	条文主旨	前十大案由占比	案件总数
第 135 条	普通诉讼时效	64.83%	22521
第 136 条	特殊诉讼时效	88.56%	2902
第 137 条	诉讼时效的起算与最长保护期	56.93%	10180
第 138 条	超过诉讼时效自愿履行	74.47%	380
第 139 条	诉讼时效终止	61.66%	446
第 140 条	诉讼时效中断	64.17%	8911
第 141 条	适用特别法上的诉讼时效	80.70%	114

从表 6 可以看到,《民法通则》第 136 条关于“特殊诉讼时效”的规定和第 141 条“适用特别法上的诉讼时效”的规定,前十大案由占比都超过了 80%,总则性属性明显较弱。而第 141 条规定的“法律对诉讼时效另有规定的,依照法律规定。”也为第 136 条的去留指明了方向。

基于上述考虑,笔者赞成本次《民法总则(草案)》删除较短特殊时效制度,而且认为未来特别法上也不宜规定这类较短特殊时效制度。如有需要,特别法可以规定较长的特殊诉讼时效。

## 五、债法核心制度去留问题的法律大数据分析

### (一) 建议明确债权请求权行使方式

如果将《民法通则》第 84 条设定为“拟被替代条文”,那么功能性的“替代条文”就是《合同法》第 60 条。尽管《合同法》第 60 条第 1 款规定的“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”从债务人一方对履行合同义务作出了规定,但这不能缓解司法实务对债权请求权条款的适用需求。这是因为,《民法通则》第 84 条第 2 款对债权请求权的规定更符合请求权基础的表述方式,同时也涵盖了其他债权类型。《民法通则》第 84 条总计被适用 198293 次,是《民法通则》被适用次数第二高的条文,<sup>④</sup>显然绝大多数适用并非为了适用其第 1 款明确债权的概念。该条排名前十位的适用案由全

① 李莉、赖信芳 《我国时效制度的立法缺陷及其完善》,《学术研究》2005 年第 2 期。

② 侯国跃、李晓钰 《我国民法典特别诉讼时效期间的立法构想》,《甘肃社会科学》2012 年第 3 期。

③ 朱岩 《消灭时效制度中的基本问题:比较法上的分析——兼评我国时效立法》,《中外法学》2005 年第 2 期。

④ 《民法通则》被适用次数最高的条文是第 108 条关于债务清偿的规定,达 355107 次。但这一规则的前十大案由占比高达 88.92%,总则属性较弱。

部都是合同类案由，在每个案由中与《合同法》第60条同时适用的情况如下：

表7 《民法通则》第84条与《合同法》第60条同时适用情况表

适用次数前十大案由	判决书数量	同时适用《合同法》第60条	
		判决书数量	百分比
1. 民间借贷纠纷	103049	4722	4.58%
2. 买卖合同纠纷	18534	3568	19.25%
3. 劳务合同纠纷	12835	1416	11.03%
4. 追索劳动报酬纠纷	8040	388	4.83%
5. 金融借款合同纠纷	6778	1802	26.59%
6. 合同纠纷	5047	1209	23.95%
7. 借款合同纠纷	4919	777	15.80%
8. 追偿权纠纷	2788	474	17.00%
9. 物业服务合同纠纷	2765	243	8.79%
10. 建设工程施工合同纠纷	2497	529	21.19%
11. 总计	167252	15128	9.05%

从表7可以看出，在大量适用《民法通则》第84条的判决书中，同时适用《合同法》第60条的判决书在前十大案由中，一般不超过25%，不少案由都低于5%，平均仅为9.05%。这说明，《合同法》第60条第1款并不能完全满足债权请求权的制度需求，实务中大量需要适用《民法通则》第84条进行裁判。事实上，《民法通则》第84条前十大案由占比高达83.87%，总则属性较弱，本身不宜规定在《民法总则》中，只是因为“债法总则”被默认取消，才不得不“编纂”在《民法总则》。因此笔者建议，《民法总则》应该明确债权请求权行使方式，以最低的立法成本清晰地满足实务需求。可以考虑在《民法总则（草案）》第105条第1款规定的“民事主体依法享有债权。”之后，增加第2句“债权人有权要求债务人全面履行债务。”该条第2款修改为纯粹的“债的发生原因”条款，并对债权人和债务人进行规定“债权因合同、单方允诺、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定产生。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。”

## （二）建议以“连带责任”替代“连带之债”规定

《民法通则》第87条是对“连带之债”的规定，该条共计被适用12958次，可见其重要性。在实务中，连带债权纠纷极少，该条主要适用于连带债务。这是因为，连带债务虽无保证之名，但有保证之实。其容易受偿之作用，且尤过于保证债务；连带债务所以适用普遍，成为多数主体之债之重心。<sup>①</sup>而在适用《民法通则》第87条的案件中，判决书真正使用“连带债务”这一表述的案件仅有289件，而且其中绝大部分都是对《合同法》第90条包含的“连带债务”和《物权法》第102条、《民事诉讼时效规定》第17条以及《企业破产法》包含“连带债务人”字样条文的引用。而《民法总则（草案）》在第174条规定的“对连带权利人或者连带义务人中的一人发生诉讼时效中断的，中断的效力及于全部连带权利人或者连带义务人。”使用了“连带义务人”的概念也完全可以规定为“连带责任”所替代。隐藏在高适用率表象下的事实是，我国司法实务是借用《民法通则》第86条的“连带债务”之名，行“连带责任”之实。

这种“名实不符”的司法适用现象并非中国大陆立法特例。我国台湾地区“民法典”除“多数债务人及债权人”一节规定使用“连带债务”用语之外，其他章节均使用“连带责任”用语。<sup>②</sup>而

① 邱聪智《新订民法债编通则》（下），北京：中国人民大学出版社，2003年，第395页。

② 邱聪智《新订民法债编通则》（下），第394页。

我国现行法上,一方面《民法通则》没有规定连带责任而规定了连带债务,另一方面是立法上除了少数例外几乎全部使用“连带责任”的表述。但关于连带责任的具体规则,现行法却仅有《侵权责任法》第13条和第14条,不能作为一般规则使用。《民法通则》第87条前十大案由占比为86.64%,看起来似乎总则属性较弱,这恰恰是因为,同样作为连带责任基础的《侵权责任法》第13条被适用的4224次和第14条被适用的3538次没有被计入所造成的假象。笔者认为,《民法总则》应该顺应实务的需求,以连带责任取代连带债务,在此基础上,明确分摊请求权与追偿请求权的差别,并对“最终责任分担一般条款”进行统一的规定。<sup>①</sup>

《民法总则(草案)》第八章“民事责任”已经部分采纳了笔者的建议,在第157条规定“二人以上不履行或者不完全履行民事义务的,应当依法分担责任或者承担连带责任。”第158条规定:“二人以上依法承担按份责任的,责任人按照各自责任份额向权利人承担民事责任。”这实质上是对按份责任的规定。第159条规定“二人以上依法承担连带责任的,每一个责任人应当向权利人承担全部民事责任。责任人实际承担责任超过其应当承担份额的,可以向其他连带责任人追偿。”笔者认为,尽管这些条文还存在一定的问题,但可以视为民事责任分担规则一般性规定的雏形。建议将第157条完善为“最终责任分担一般条款”:“二人以上不履行或者不完全履行民事义务的,应当依法分担责任。能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”<sup>②</sup>在此基础上,保留第158条和第159条的规定。这样未来“民法典·侵权责任编”就可以删除相当于《侵权责任法》第12-14条的内容,实现民事责任分担一般性规则的“总则化”。

(“法合实验室”为本文的写作提供了数据支持,张家勇教授、张金海教授、刘召成教授、汪灏教授阅读了本文的初稿,并提出了中肯的意见和建议,特此一并致谢!本文文责自负。)

## Big Data Analysis on Whether Several Rules in the General Provisions of Civil Law (Draft) Should be Kept or Not

——Based on Big Data Analysis on Legal Application of Relevant Rules in the General Principles of Civil Law

Wang Zhu

**Abstract:** Big data analysis can help us study whether a rule in the General Provisions of Civil Law should be kept or not. A general index of “the number of times being applied” can often reflect the relationship between supply and demand of a rule, while the special index of “the top 10 causes of action being applied” tells whether a rule has a strong characteristics of the general provision. If “Joint Operation” as a civil subject is to be deleted, efforts should be made to guarantee its coordination with legislation of Anti-monopoly Law; the rules of “Individual Businesses and Leaseholding Farm Households” not only serve the demand of the society, but also demonstrate and affirm the grand political achievements of the reform and opening-up drive; it is suggested that “Individual Partnership” be partly retained and integrated into the future civil code. Since rule of shorter special limitation of action is seldom applied, and it does not serve as part of general provisions, it is suggested that this rule be deleted. It is suggested that the exercise of right of obligatory claim be specified in “General Provisions of Civil Law”, and “Joint and Several Liability” in the place of “Joint Obligation” be established as a “General Clause of Apportionment of Ultimate Liability”.

**Key words:** big data analysis on law, Special Civil Subject, Shorter Special Limitation of Action, Right of Obligatory Claim, general clause of apportionment of ultimate liability

(责任编辑:魏 萍)

<sup>①</sup> 参见王竹 《论连带责任分摊请求权》,《法律科学》2010年第3期。

<sup>②</sup> 参见王竹 《论数人侵权责任分担中最终责任份额的确定方式》,《法商研究》2010年第6期。