

民法典的理性与债法总则

费安玲

摘要：在法典化国家的民法典体系化理论和立法实践中，债的体系是一个重要问题。债权债务关系是民法典体系中应当被完整地或较为完整地彰示出来的内容之一。目前，《中华人民共和国民法总则》对债权债务关系的“提示性”安排和《民法典各分编（草案）》第一次公开征求意见稿对债权债务关系的“碎片性”安排，表现出立法机关和学界对民法典体系设计的迷茫，即制定科学的民法典与保守固有立法成例之间的矛盾。民法典的编纂应当坚持民法典应有的理性，即坚持源于罗马法的法典体系化思维，同时对债权债务关系应当以债法总则为特征来彰示债的制度统一性。在民法典中设计债法总则，是 20 世纪以来编纂民法典的绝大多数国家的共同选择。在债法中是否给债法总则以一定的位置，其核心问题是立法体系的价值判断问题。

关键词：民法典；理性；债；债法总则

[中图分类号] D923.3 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2018) 01-0028-14

自党的十八届三中全会决议写入“应当编纂民法典”的内容后，我国立法机关正式开启民法典起草工作，关于民法典的体系之争就成为主要问题之一，其中特别是关于债法总则的争论，更是众说纷纭。从 2002 年出现的民法典学者建议稿与官方撰写稿中能够窥见一斑：在学者组织起草的民法典建议稿中，均有债法总则的内容，但是在官方撰写的草案中，则并无债法总则的规定。这体现了学界与立法机关对于民法典体系尤其是债法体系认知上的差异。当然，即使在学界内部，对债法总则的存废与如何规定亦存在截然不同的观点与争议。2018 年 9 月，第十三届全国人民代表大会常务委员会颁布的《民法典各分编（草案）》明确提出“现行合同法总则已规定了大多数债的一般规则，这次编纂不再单设一编对此作出规定”。但是，在民法典全部内容完成之前甚至民法典编纂工作结束后，均不构成令上述学术争议被一锤定音的理由。法学学术理论的生命就在于其研究的独立性、批判性与积极的建议性。

【作者简介】费安玲，法学博士，中国政法大学法律硕士学院教授，博士生导师，暨南大学讲座教授。

【基金项目】国家社科基金项目“罗马法与中国民法法典化研究”（项目批准号：15BFX104）。

一、问题的提出：对我国目前民法典体系中有关债的设计之观察与思考

众所周知，就法典化国家而言，无论是民事权利的体系理论，还是民法典的体系设计及其理论，债的体系是一个重要问题。换言之，债权是民事权利体系中不可分割的组成部分，而债权债务关系是民法典体系中应当完整或者较为完整地彰显出来的内容之一。伴随着我国民法典总则即《中华人民共和国民法总则》（下称《民法总则》）的颁行，债权债务关系在我国民法典体系中的体系定位与体系彰显是我们应当面对的问题，其不仅是立法的选择问题，更是科学的法学理论在立法中的彰显。

就目前我国民法典立法对债权债务关系的体系安排，我们注意到如下现状。

第一，《民法总则》对债权债务关系的提示性安排。

在《民法总则》第五章“民事权利”第118条中，以主体享有的民事权利为体系背景，强调了债权的存在。第118条规定：“民事主体依法享有债权。债权是因合同、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或者不为一定行为的权利。”此外，作为对第118条的呼应，《民法总则》分别在第56条、第67条、第75条、第104条等条文中，就法人、非法人组织分立和合并后的债权债务关系、法人设立人的连带债权债务等亦作出了规定。^{〔1〕}

第二，《民法典各分编（草案）》第一次公开征求意见稿对债权债务关系的碎片性安排。

在2018年9月第十三届全国人民代表大会常务委员会颁布的《民法典各分编（草案）》中，我们看到：

（1）在第一编·物权中，物权的设立、消灭，尤其是物权担保部分，大量涉及债权债务的问题。在该编条款中，明确提到债权债务关系的超过40个条款，至少占该编全部条款的16%。但显然，物权编没有承担体系化彰显债权债务关系内容的功能。

（2）在第二编·合同中，该编所涉首条即第254条开宗明义地申明：“本编调整民事主体之间产生的合同关系”，其第259条补充申明：“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编第四章至第七章的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。”该编的第四章至第七章分别是合同的履行、合同的保全、合同的变更和转让、合同的权利义务终止。

但是，合同的履行制度是否能够完全替代债的履行制度，合同的保全制度是否能够完全替代债的保全制度，合同的变更制度和转让制度是否能够完全替代债的变更制度和债权转让制度，合

〔1〕2017年颁行的《民法总则》第67条规定：法人合并的，其权利和义务由合并后的法人享有和承担。法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。

第75条规定：设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受，设立人为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。

第104条规定：非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的，依照其规定。

同的权利义务终止制度是否能够完全替代债权债务关系的终止制度，这不仅仅是立法技巧问题，更是民法学理论体系和民法典立法体系的重要问题，需要进一步探讨。

(3) 有关无因管理和不当得利的内容，被放置在第二编合同中。无论是立法设计者自己的设计还是对其他某些法典化国家立法例的模仿，在中国这样一个民法理念确立的时间不长、稳固性不足的国度中，将无因管理之债和不当得利之债放在合同之债中加以规定，显然，这是一种相当过于随意的立法选择。更何况，从《民法典各分编（草案）》中无因管理和不当得利的内容看，几乎是《中华人民共和国民法通则》（下称《民法通则》）的复制，完全没有体现出三十余年来我国民法学界对无因管理和不当得利的理论研究成果和司法实践的经验提炼。

(4) 在第六编·侵权责任中，我们只见“责任”不见“债”，全编看不到任何一个有关“债”的表达。导致的结果是：① 人们只知道责任，却不知责任的来源；② 法官对责任问题的处理，被引导至仅关注责任本身却忽视或者不认真对待引发责任的债的基础的思维上。

第三，债权债务关系的体系规定不属于“处于发展变化中、经验还不成熟、拿不准的内容”。

在第十三届全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会公布的《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》中，特别强调“对于那些还处于发展变化中、经验还不成熟、拿不准的内容，暂不纳入”⁽²⁾ 民法典中。但是，自从我国在清朝末期开始接受民法法典化选择后，迄今为止一百二十余年的民法学理论研究和司法实践表明，有关债权债务关系的规则不属于“还处于发展变化中、经验还不成熟、拿不准的内容”，而是相对成熟的、值得在立法中加以体现的规则。相关机构于“2016年6月在向党中央汇报民法典编纂工作时，提出民法典各分编包括物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等”建议时，正处于我国民法典立法的过程中，有关债权债务关系的规定，亦处于讨论过程中。从该建议的提出到《民法典各分编（草案）》公布的两年多时间中，我国民法学界有许多学者都提出了关于设立债法总则的建议，无论是从学术研究的角度还是从立法设计的角度，都应当值得认真关注。换言之，无论目前对民法典分编草案设计思路是怎样的，严肃地对待民法典中债权债务关系的体系化规则，应当是我国民法学界无法回避的使命。

第四，债权债务关系的规则需要的是体系化规则而非补充完善的规则。

在《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》中，提出了“补充完善债法的一般规则。债法的一般规则是民法的重要内容，考虑到现行合同法总则已规定了大多数债的一般规则，这次编纂不再单设一编对此作出规定”，但是“为更好规范各类债权债务关系，草案在现行合同法的基础上，补充完善债法的一般规则”。不过，正如笔者在前面的观察与分析，无论是《民法总则》还是民法典各分编，均没有对债权债务关系的体系化作出规定，而是呈碎片化状态，且以合同之债的规则替代债的一般规则，这样的设计值得斟酌，务须谨慎。

(2) 第十三届全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会：《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》，<http://www.sxiejfyxgs.com/article/detail.aspx?id=80138>，最后访问时间：2018年9月2日。

第五，学者在目前民法典体系设计中的迷茫：制定科学的民法典与完成应景之作间的矛盾。

通过上述分析，笔者认为，构成我们民法典立法体系现状的主要原因，是我国民法学者在我国民法典体系设计中的迷茫心态。我国到底是要制定一部有着科学的体系化的债法总则和分则内容的民法典，还是固守当前的体例而制定一部保守色彩浓厚的民法典？

但凡对改革开放初期尚有记忆或者阅读过相关资料的人，对立法中出现的“因社会经济发展急需”或者“迫切需要”等表述，应该是耳熟能详的。不过，从改革开放到现今，基于如此理由而制定的立法的质量，我国法学界和其他国家的法学界同仁们都已有评价，换言之，对以“满足社会经济发展迫切需要”为立法导向制定的立法之质量，例如我国的《民法通则》《经济合同法》等，令人不敢恭维。

可惜，这种实用主义的立法思路仍在主导着最近几年的民法典起草工作，以至于有些学者也不得不为这种思路提供正当性的说明。比如笔者极为尊敬的梁慧星教授长期以来力主民法典中应设债法总则，但最终还是放弃了先前的主张，转而同意立法机关的意见，认为拆除和分解合同法的代价太大，合同法规则的完整性应予保留。他的主要论点是，我国的《合同法》已经实施了近二十年，法官、律师对该法已经相当适应和熟悉，如果现在将《合同法》分解，将其总则部分的内容纳入债法总则中，只剩下分则，将会对实务产生一些负面影响。⁽³⁾此外，梁先生还就如何将非约定之债的无因管理、不当得利等纳入合同编中阐释了其考虑。

笔者虽然能够理解一些学者和立法机关为尽快推出民法典而择易弃难的考虑，但是，这样的做法能够产生一部伟大的 21 世纪的民法典吗？以“代价太大”“难度太大”等理由而拒绝民法典中有债法总则或者债的一般规则，随着民法典的实施与适用，可能会因民法典体系，尤其是债法体系的明显瑕疵而付出更大的代价。

二、民法典的债法体系化理性

民法典的演进过程就是体系化的过程，尤其在涉及债的规则时，民法典的演进过程主要体现在债法的体系化上。

（一）源于罗马法的法典体系化思维

利用法典形式实现法律规则的体系化源自罗马法学家的理性思维和立法实践。

法典（拉丁文 *codex*），在罗马法中经历了最初仅指用羊皮纸折叠缝制的“书”到法学家们将皇帝们的谕令按编、章及时间顺序编纂为法典的过程。我们所看到的优士丁尼法典，历经数个世纪而形成了由系统整合所构成的体系化特质。该法典具有如下特点：（1）由若干本著作构成；（2）编排有序；（3）法（*ius*）和法律（*lex*）及共同认可的习惯在同一层面上相结合；（4）法律规

⁽³⁾ 见王泽鉴先生和梁慧星先生于 2018 年 4 月 28 日在深圳“歌乐山大讲堂”第 41 期上就民法典编纂举办的讲座实录，http://www.360doc.com/content/18/09/10/12/1113159_785382071.shtml，最后访问时间：2018 年 9 月 18 日。

则及其对规则的理论解释以连贯叙述的方式加以组合；（5）确立以人为核心的立法体系；（6）从术语上统一法律，例如契约、要式表示、动产与不动产、地役权、用益权、居住权、侵害、抗辩权等许多术语；（7）通过将早先出现的诸法典、《学说汇纂》和《法学阶梯》统一，创造了“法典化的法”。^{〔4〕}

在优士丁尼法典体系中，债的体系以契约之债与私犯之债为主要内容，同时有作为债的发生依据的无因管理之债和不当得利之债的规则。^{〔5〕}这一法典的编纂体系构成了后世民法典体系的发展基础。诸多近现代民法典的编纂体系都是在此基础上发展出来的，特别是在法典化国家的近现代民法典编纂中，作为罗马社会的法典编纂要素中的债的一般规则、契约一般规则和各种契约、侵权行为、无因管理和不当得利等，均可在这些民法典中寻觅到，例如《法国民法典》（1804年）^{〔6〕}、《智利民法典》（1856年）^{〔7〕}、《意大利民法典》（1865年、1942年）、《阿根廷民法典》（1871年、2015年）、《西班牙民法典》（1889年）、《日本民法典》（1896年）、《德国民法典》（1900年）、《瑞士民法典》（1907年）、《巴西民法典》（1917年）、《墨西哥民法典》（1932年）、《委内瑞拉民法典》（1942年）、《希腊民法典》（1946年）、《葡萄牙民法典》（1967年）、《秘鲁民法典》（1984年）、《巴拉圭民法典》（1986年）、《荷兰民法典》（1970—1992年）、《魁北克民法典》（1994年）、《俄罗斯联邦民法典》（2008年）^{〔8〕}等。

（二）债的基本含义之理解：债法体系化的理性基础

1. 对债的定义的重温

最早的债的定义，可以追溯到优士丁尼《法学阶梯》，它规定：“债是法锁，它使我们根据我们城邦的法律必须履行某种给付义务。”^{〔9〕}债是法锁还是法律关系，在汉语翻译中表达不同，虽然在表达程度上，“法锁”较之“法律关系”更强调债对当事人的约束力，但它们本质上是殊途同归，因为债的存在意味着在双方或者多方当事人之间形成了一种具有约束力的法律关系。

关于债的约束力，早在罗马法中即已被强调。罗马时代的法学家保罗指出：“债的实质不是带

〔4〕 [意] 桑德罗·斯奇巴尼：《斯奇巴尼教授文集》，费安玲译，中国政法大学出版社2010年5月版，第58页。

〔5〕 参见费安玲：《罗马私法学》，中国政法大学出版社2009年6月版，第367—371页。

〔6〕 1804年《法国民法典》正是在这一模式的启迪下完成的。该法典分为：总则；人；财产、所有权及对所有权的限制；取得所有权的方式（又分为继承取得、债因取得与合同取得），其中债因取得包括约定之债和非约定之债（不当得利、无因管理、侵权行为等）。《法国民法典》的模式对欧洲民法典、北非民法典和1856年的《智利民法典》产生了深远的影响。在2016年根据法国司法部的《债法改革法令》而修改的《法国民法典》中，其立法结构发生了变化，其第三编为债的渊源（包括合同及无因管理、非债清偿、不当得利等债的其他渊源），第四编为债法总则。

〔7〕 1856年《智利民法典》分为：总则；人；财产、所有权、占有、使用和收益；死因取得和赠与；债的通则与合同。它成为拉丁美洲民法典效仿的模式。

〔8〕 《俄罗斯联邦民法典》在1995年至2008年期间分为四部分先后生效，其中第一部分包括第一编总则、第二编所有权和其他物权、第三编债法总则，于1995年1月1日生效；第二部分是第四编债的种类，于1996年3月1日生效；第三部分（继承法、国际私法）和第四部分（智力活动成果和个别化手段的权利），分别于2002年3月1日和2008年1月1日生效。参见黄道秀：《俄罗斯联邦民法典》（全译本），北京大学出版社2007年11月版。

〔9〕 [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社2005年9月版，第227页。

给我们某物或某役权，而是要他人给予某物、做某事或履行某项义务（*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*）。⁽¹⁰⁾ 债被认为是一种对人们行为的约束力。债的出现，创设了具有法律效果的行为。债通过法律强制债务人实施该行为，以保证债权人利益的实现。

在债的概念中，给（拉丁文 *dare*）、做（拉丁文 *facere*）、履行（拉丁文 *praestare*）均源自约定（亦称私的法律）和法律规定（亦称公共的法律）的约束力。因此，债是依据合意产生还是依据非合意产生，不能也不应当被随意混为一谈。

罗马法中债（*obligatio*）的概念，在整个法典化国家的法律中被广泛应用，构成了法典化国家现代法中债的体系中的核心要素。因此，在法典化国家的民法典立法或者理论解释中，债被认为是两个平等主体即债权人与债务人之间的法律关系，其中债权人依约定或者依法律具有一个期望，而债务人则依约定或者依法律有义务满足其期望。

2. 债产生于约定、侵权行为和法律规定的其他原因

债的产生依据，源自罗马法学家对社会生活的观察与提炼：“债或产生于契约，或产生于不法行为，或产生于法律规定的其他原因。”⁽¹¹⁾ 其中，第三类“法律规定的其他原因”囊括了除契约和私犯之外的所有其他情况。后来，这些原因被优士丁尼一一纳入了准契约和准私犯之中。⁽¹²⁾ 优士丁尼在《法学阶梯》中将债发生的原因归纳为契约（*ex contractu*）和准契约（*quasi ex contractu*）、私犯（*ex delicto*）和准私犯（*quasi ex delicto*）四类。⁽¹³⁾ 其中，准契约之债主要包括无因管理、不当得利、错债清偿、海损、共有、监护、保佐等；准私犯之债主要包括由家子、奴隶、牲畜或物品等的加害行为产生的债关系，以及因审判者的误判和在船舶、客店、驿站中发生的损害产生的债务。

但是，我们需要注意到，罗马人在债的分类上采取了契约、准契约、私犯和准私犯的“四分法”，这说明：（1）罗马人明确地将契约与准契约分立而置，意在强调无因管理、不当得利、错债清偿、海损、共有、监护、保佐等法律现象与契约行为的完全合意性质之间的不同；（2）受当时学术理论研究局限性的影响，罗马法中对债的分类以契约之债和私犯之债“二分法”为基础，通过简单归纳和扩展而形成债的分类之“四分法”；（3）将契约与准契约并列而置，其原因在于准契约的法律现象实际上无法与基于合意而形成的契约法律现象完全同质。

因此，不当得利之债中的利益请求权人，其请求的基础不存在其与不当得利人之间的合意因素；无因管理之债的出现，是基于无因管理人自己的主动行为，不存在其与无因管理受益人之间

(10) D. 44, 7, 3 pr.

(11) D. 44, 7, 1 pr.

(12) 费安玲：《罗马私法学》，中国政法大学出版社 2009 年 6 月版，第 71 页。

(13) 【古罗马】优士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆 1989 年 12 月版，第 159 页。

的合意基础。同理，单方允诺、错债清偿等债的发生依据，亦不存在当事人之间已有合意的基础。故而，将非合意之债放置在合意之债中的体系安排，值得再斟酌。

（三）民法典对债权债务关系的体系化设计：以债法总则为特征彰示债的制度统一性

从罗马法到现代民法典对债权债务关系的设计演进史来看，债的制度体系化建构是对涉及债的诸多制度的一种归纳和提炼。因为，债的制度的产生，是“一个对从远古起就已经存在的众多制度的共同归类，这种归类通过法学家们缓慢而又体系性的工作得以完成（从 Q. 穆齐到盖尤斯）。法学家们的这种工作体现在了优士丁尼《法学阶梯》中关于债的部分，在这个部分中对债的有关内容安排为债的渊源、债的变动以及债的消灭方式。这种内容安排后来被设计为债法总则并成为原始法典模型，对优士丁尼《法学阶梯》以及后来的法学传统都有影响。”^{〔14〕}

那么，就民法典有关债的体系化设计而言，将彰示债的制度统一性的内容建构为债法总则，应当是一个理性思考的结果。我们可以观察一下 20 世纪法典化国家制定的民法典中，设计债法总则是绝大多数法典化国家的共同选择，例如《德国民法典》（1900 年）、《瑞士民法典》和《瑞士债务法》（1907 年）、《巴西民法典》（1917 年）、《墨西哥民法典》（1932 年）、《意大利民法典》（1942 年）、《葡萄牙民法典》（1967 年）和《秘鲁民法典》（1984 年）等。正如意大利罗马法和私法学家卡尔迪里（R.Cardilli）指出的那样：“不编纂债法总则的风险意味着会丢失一些制度（例如合同、侵权、无因管理等）之间的统一性，这些制度的共同要素是它们产生的法律结构。而债这种法律结构可以给人们提供具有财产性的手段，而不是具有从属性或对人身有害的一些法律手段”。^{〔15〕}

在与梁慧星教授的讨论中，王泽鉴教授强调了现代民法典中债编的意义，认为“债编的形成是法学上重大的成就”，并以我国台湾地区“民法典债编”为例，说明债编（尤其是债总）是对债的有机体从发生到消灭过程的高度提炼。确实，不仅是我国台湾地区的立法实践，我们在前面列举的 20 世纪法典化国家民法典的立法实践，也是从债的一般规则的规定中彰示债编作为一个有机体系的发展与构造。

毋庸置疑，就合同而言，从合同的缔结到合同的终止，都可以适用债法从债的发生到消灭的一般规则。但是，作为债权发生的重要原因的不当得利和无因管理等，其产生的基础属于非约定原因即依法律直接规定，如果将其纳入准合同而规定在合同编中，诚如王泽鉴教授所言，“这是法制上的退步”。^{〔16〕}“准契约”原创于罗马法，这是债的发生依据中，因理论研究和立法技术不成熟时，用“准”字来解决那些无法纳入契约之债的债的发生原因的归类。

〔14〕 Riccardo Cardilli, *Contratto e Legge Nel Diritto Cinese, Il Libro E La Bilancia – Studi In Memoria Di Francesco Castro*, Istituto Per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2010, p.155.

〔15〕 Riccardo Cardilli, *Contratto e Legge Nel Diritto Cinese, Il Libro E La Bilancia – Studi In Memoria Di Francesco Castro*, Istituto Per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2010, p.163.

〔16〕 Riccardo Cardilli, *Contratto e Legge Nel Diritto Cinese, Il Libro E La Bilancia – Studi In Memoria Di Francesco Castro*, Istituto Per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2010, p.163.

因此，将具有共同特性的法律制度例如合同、侵权、不当得利和无因管理等，基于其共同要素而构成债法的统一体系，并通过债法总则的一般性规定来规制引发各种债权债务关系的债的渊源。以债法总则一般性规定为特征的债法体系，有着如下的功能。

第一，立法体系上的统一功能。在民法典立法体系上形成具有债的共同特点的统一体系。无论是基于约定产生的合同之债，还是基于法律规定产生的侵权之债、不当得利之债、无因管理之债等，因存在债权债务关系而建构在统一的债法体系中。

第二，立法技术上的整合功能。将我国现行立法中产生债的各种法律制度与规则例如《合同法》《侵权责任法》《民法通则》和《民法总则》中有关不当得利和无因管理制度等整合在债法中并加以体系化，这只能通过债法尤其是债法总则的规则来实现。

第三，法律制度上的效果功能。债法中的各法律制度有着共同的法律效果功能，即这些法律制度具有将债权人和债务人之间的矛盾纠纷通过财产性方法予以解决的功能。即使是精神损害，亦可以通过损害赔偿来达到解决纠纷的法律效果。

第四，司法审判上的债法体系化思维功能。司法审判活动需要精准适用法律而非总是参照或者援用。如果没有债法一般规则的指引，在处理不存在合意基础而产生的不当得利之债、无因管理之债等债权债务关系时，仅要求参照合同编的一般规则加以处理，表面看来似乎是便于司法审判，但更多地带来的是司法审判者体系思维上的混乱。体系化思维与因急于满足某种现实需要而碎片化思维完全是对立的。民法典本身就是体系化思维的产物。如果将应景之作般的碎片化思维放入我国民法典中，不仅如王泽鉴先生所评价的“是法制上的退步”，而且会严重影响到我国民法典作为 21 世纪的民法典的品质。

第五，国民法律教育上的引导功能。笔者清晰地记得，在 20 世纪 80 年代初，围绕着当时的民法草案中是否应当规定债的内容，在民法学界发生了激烈的争论。中国政法大学张佩霖教授是坚决反对民法中规定债的内容的学者之一。他认为，中国的老百姓不懂得源自西方法学的债的原理，在老百姓的脑海中，债就是欠钱不还。显然，张教授的这个观点是难有说服力的，因为如果没有立法规则及对立法的宣传，现代民法学理论或者民法典立法中，法人、自然人的能力乃至至于合同，中国的老百姓都难以理解。由此我们可以进一步想到，如果立法对债法的处置过于粗糙、随意、无体系化，那我们如何教育和培养法学院的学生？如何对国民进行合同之债与非合同之债的体系化普法宣传教育？

综上所述，我国民法典的编纂活动，尤其是对债法的设计，需要以民法典的理性为基础。

三、债法总则的立法体系之价值判断

在债法中是否给债法总则以一定的位置，其核心问题是立法体系的价值判断问题。

（一）对民法典体系之价值判断

法典体系的价值在于“发现个别法规范、规整之间，及其与法秩序主导原则间的意义脉络，

并以得以概观的方式，质言之，以体系的形式将之表现出来，乃是法学最重要的任务之一”⁽¹⁷⁾，为完成这一任务，方式之一是“依形式逻辑的规则建构之抽象、一般概念式的体系”⁽¹⁸⁾，从而通过将抽象程度较低的概念能够涵摄于抽象程度较高的概念中，得以“此种体系不仅可以保障最大可能的概观性，同时亦可保障法安定性，因为设使这种体系是完整的，则于体系范畴内，法律问题仅借逻辑的思考操作即可解决”。⁽¹⁹⁾

虽然对这种体系方法后人多有批判，拉伦茨在其《德国民法通论》中也强调：“将这样一个‘总则’抽象出来的做法是否合乎法典的目的这一点值得怀疑。《瑞士民法典》就有意识地不采用这一做法。《德国民法典》虽然因此省去了许多重复性或援引性的规定，但在其他地方却多出了不少限制性和细分性的规定。法律适用并未因此而容易多少。”⁽²⁰⁾但是，对于欠缺概念法学训练与熏陶的中国法学界和立法机关而言，其体系价值正在于概念的明晰与概念“涵摄”的规范性，使对私法的运用得以在统一的背景下实现，最终实现司法的统一。⁽²¹⁾

在 20 世纪民法典的立法中，如前所述，例如《德国民法典》（1900 年）、《瑞士民法典》和《瑞士债务法》（1907 年）、《巴西民法典》（1917 年）、《墨西哥民法典》（1932 年）、《意大利民法典》（1942 年）、《葡萄牙民法典》（1967 年）和《秘鲁民法典》（1984 年）等，在民法典中设计债法总则，是 20 世纪编纂民法典的绝大多数国家的共同选择。具体分析如下。

1900 年《德国民法典》第二编债务关系法主要包括债务法一般规则、因合同发生的债务关系、债务关系的消灭、债权转让、债务承担、多数债务人和债权人、各种债务关系（各种合同、无因管理、不当得利、侵权行为和其他债务关系）。

1907 年《瑞士债务法》有关债的通则内容中包括债的发生（契约之债、侵权行为之债、不当得利之债）、债的效力、债的消灭、债之特别关系（连带之债、附条件之债、保证金和解约金、扣减工资、违约金）、债权让与和债务承担。

1917 年《巴西民法典》第一编债权，主要包括债的移转、债的清偿和消灭、债的不履行。在债的分则部分包括合同总论、各种类型的合同、单方行为（悬赏广告、无因管理、非债清偿、不当得利和民事责任等）。

1942 年《意大利民法典》第四编债务关系中包括债务关系一般规则、契约总论、各种契约、单方允诺、无因管理、非债清偿、不当得利和侵权行为等。

1967 年《葡萄牙民法典》第二卷债法中规定了债的通则和各种合同，其中债的通则包括一般规定、债之渊源（合同、单方法律事务、无因管理、不当得利、民事责任）、债之类型、债权债务

(17) [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年 10 月版，第 316 页。

(18) 前引(17)，卡尔·拉伦茨书，第 316 页。

(19) 前引(17)，卡尔·拉伦茨书，第 317 页。

(20) [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2003 年 1 月版，第 40 页。

(21) 当然，对于法律体系的作用无疑我们应有清醒的认识，“惟必须认知，没有一个体系能够演绎地解决所有问题，所以体系必须保持开放。盖体系只是一个暂时的总结。”参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年 10 月版，第 469 页。

之移转、债的担保、债务不履行、债务消灭原因。

1984年《秘鲁民法典》第六编债中包括债及其类型、债的效力、债的消灭、债的不履行。第七编债的发生依据中包括合同总则、有名合同、无因管理、不当得利、单方允诺、非合同责任。

客观而言，在民法典中是否采用债法总则并无良恶之分，而是对民法典体系价值判断有所不同的结果。在法典化国家，即使是基于对罗马法所形成民法典理念和体系加以继受的国家，其法学界固然确认债法总则在法典化过程中对完善法典内部体系的重要作用，肯定这个法典体系给社会民众带来了民法典的系统认识与理解，但与此同时，出于人类所特有的期望能够不断革新与发展的态度，也不断出现着是否坚持采用债法总则的理论争鸣。但是，在我国，有一个考虑问题的前提是我们不能忽略的，即我国法学界虽然对国外的民法典体系比较了解，但是我国民众对民法、未来的民法典及其应有的体系相当陌生，甚至有相当多的民众对此一无所知。一部民法典，不仅是民法学理论研究的成果，不仅是人们行为的规则依据，不仅是司法审判依据，甚至不仅是一个国家实现法治化的主要象征，它同时也是这个国家的经济生活的法学百科全书，是公众了解民法的教科书。这是我国民法典立法体系在考虑是否采用债法总则时不可回避的国情与背景。

（二）对债的体系之价值判断

债的制度意义，“一是保障个人的生活作为领域，不受他人的侵犯；二是提供使权利发生变动的合法管道”。⁽²²⁾从这个意义而言，债法优先保护的是个人的意志与合法地生活，对于前者，通过调整双方当事人的意思自治得以实现，而对于后者，则是在发生违反法律和社会一般道德观念的事实后，对“扭曲”的社会关系进行调整。

在法典化国家近现代民法典的历史演进中，债的“总则—分则”体系对债的体系建构乃至民法典的体系建构均发挥了重要的作用。虽然也有学者对债的“总则—分则”体系提出质疑甚至加以批判，但这不妨碍我们对作为构筑债的体系之基点的债法总则，从债的外部关系和各种主要债之间的关系分别加以进一步分析，以“使之在外在体系的逻辑上，在内在体系的价值上能获得协调”。⁽²³⁾

第一，就债的外部关系即从债与物权的关系来分析，显然，前者强调的是给付，后者强调的是以使用为目的归属。关于债的基点——给付，我们在前面已经进行了溯源性的分析。也就是说，在罗马法学家们的分析中，我们可以看到，在罗马法中给付普遍存在于债务口约的自愿履行给付、负有交付遗赠财产义务的保管人（尽管该保管人多为继承人）的依指定履行给付、裁判官或案件审理者以判决形式强制履行给付等行为中。这个逻辑基点及由此放射式地产生出的一系列具体法律关系，构成了我们对债的分析范围。因此，凡以给付为核心特征的法律关系即构成我们将其纳入债的关系进行分析的关键理由。虽然由于社会生活的纷繁复杂而往往需要立法者为了某些利益

(22) 黄立：《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年4月版，第1页。

(23) 黄茂荣：《民法典之债法的编纂》，《环球法律评论》2018年第2期，第8页。

而引入一些背离法基本原理、背离一般规则的特别规则⁽²⁴⁾，但是这并不是主流现象。

第二，就各种主要债如合同、侵权行为、无因管理、不当得利等主要债的产生原因及其关系来分析，“给付”依然将各种主要债紧密地联系在一起。

(1) 以合同为分析对象。合同的目的在于寻求法律所不禁止的、使当事人能够获得双赢的交易。该交易实现的途径是当事人自愿的相互给付。该交易实现的结果是双赢，即双方当事人均从相互给付中获益。“给付”使得当事人实现其追求的合同的利益。

(2) 以侵权行为为分析对象。确认侵权行为认定条件的目的在于确定民事责任，确认民事责任的规则旨在保护或恢复权利主体的原有状态。那么，无论是预防性保护或者是事后救济性的恢复，也是通过强制“给付”所产生的事先威慑力或因实际给付而产生的救济结果来规范人们的行为。

(3) 以无因管理和不当得利为分析对象。无论对无因管理和不当得利有着怎样的伦理上的价值判断，从法律制度设计的价值判断而言，其依然旨在通过“给付”来恢复请求权人原有的权利状态。

正如意大利学者蒙那代里教授所言⁽²⁵⁾：合同责任是“面向未来”的，是为了执行一个没有得到实现的合同；而民事责任（我们多将其理解为侵权责任）是“面向过去”的，目的是要通过损害赔偿来恢复受害人在遭受不法侵害之前的相同或尽可能相同的状态。事实上，无因管理和不当得利也是旨在恢复请求权人原本的权利状态。如前所述，当旨在以财产方式来实现设定责任的目的时，必须要通过“给付”。

因此，我们在确信诸如侵权行为、合同行为、无因管理与不当得利之间均有其独立性的同时，它们对“给付”的依赖构成了它们之间的内在逻辑关联和得以被构建在同一体系之下的基点。

因此，债法总则的内容以“给付”为逻辑基点，将《合同法》《侵权责任法》等所不能包容的如债的形成、债的效力、债的类型等总括性的内容，统一放置在债法总则中予以规范。事实上，它所解决的不仅是体系化地解决债的关系问题，而且给立法者、司法实践者、理论研究者尤其是社会民众以一个债的整体思维体系。

第三，从债法总则与合同法总则间的关系来分析，如何来处理债法总则与合同法总则的关系，这是我们在讨论债法总则时不可能回避的问题，正如《关于〈民法典各分编（草案）〉的说明》在对债法一般规则不单设一编时所阐释的那样：“债法的一般规则是民法的重要内容，考虑到现行合同法总则已规定了大多数债的一般规则，这次编纂不再单设一编对此作出规定，为更好规范各类债权债务关系，草案在现行合同法的基础上，补充完善债法的一般规则……。”⁽²⁶⁾

(24) D. 1, 3, 16.

(25) [意] 蒙那代里：《关于中国民法典编纂问题的提问与回答——以民法典的结构体例为中心》，薛军译，《中外法学》2004年第6期，第663页。

(26) 见王泽鉴先生和梁慧星先生于2018年4月28日在深圳“歌乐山大讲堂”第41期上就民法典编纂举办的讲座实录，http://www.360doc.com/content/18/09/10/12/1113159_785382071.shtml，最后访问时间：2018年9月18日。

作为债法总则，旨在为合同、无因管理、不当得利和侵权责任等债的发生原因提供共同适用的规则。虽然债法总则主要涉及的是债的履行、债的担保、债的消灭、债的移转及多数人的债权债务关系等，而且这些内容均与合同行为密切相关，甚至是从合同法中抽象出来的，但是，这些规则对无因管理、不当得利和侵权责任也存在着重要的理论上和实务上的可适性。因为，自罗马法开始，合同（*contractus*）可以被广泛作为私法上的、公法上的乃至国际法上的概念而利用，但是，在私法领域中，只有以发生债的关系为目的的合同才是债意义上的合同，即合同之债（*obligatio contractus*）。

如果我们承认债法总则的内容在理论上对无因管理、不当得利和侵权责任具有可适性，则在司法实践中，这些规则在合同之外的领域适用的多与少，并不构成对制度体系设计之否定的理由。因为，判断一个制度体系是否应当设计在立法中，该制度在我们已知的实践中得以适用的多寡，因其随着社会发展而必然发生的变数使得它无法成为我们作出判断的重要考虑因素，相反，我们应当以法典的体系化和逻辑性为思考内容。虽然法律的生命并非在于逻辑，但是经验是由逻辑构造形成的。由于引发债的诸多原因如合同、单方允诺、无因管理、不当得利、侵权责任等有其内在一致性，因而有构成债的内在统一性的可能性与必要性。设立债法总则，可使这些分散的债因逻辑地排列，形成一个统一的整体，使法律条文简约，避免不必要的重复，也避免了把某种规则规定在某一类债中，其他类债适用该规则时出现“准用”或者“参照”或者“援引”的现象。“近代意义上的法典作为最高形式的成文法，是追求体系化与严密逻辑性的法典。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，缺乏体系性与逻辑性的‘民法典’只能称为‘民事法律的汇编’，而不能称之为民法典。”⁽²⁷⁾

四、对未来民法典中债法总则体系的若干建议

虽然目前我国立法机关对民法典中设立债法总则采取了拒绝的态度，但是，如前所述，这对我国编纂出代表 21 世纪水平的民法典并无益处。鉴于学者的使命在于独立研究与提出相应的建议，故而，笔者依然愿意对未来民法典中应有的债法总则之体系和内容提出若干建议，但是应当强调的是，这些意见仅是一种原则性的考虑，并在一些民法学术研讨会上与学界同仁进行过讨论。

“法律体系的形成以概念为基础，以价值为导向，其间以归纳或具体化而得之类型或原则为其联结上的纽带”⁽²⁸⁾，故对债法总则的结构设计，笔者认为：考虑到债法总则的制度价值，是在债发生之后，为了实现债的目的，围绕债的履行而设立各项制度，从而使债得以圆满的实现。债的履行行为应成为债法总则的核心，对各项制度的体系化安排也应围绕这一核心进行。

(27) 王利明：《关于我国民法典体系构建的几个问题》，《法学》2003 年第 1 期，第 34 页。

(28) 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社 2001 年 10 月版，第 472 页。

第 X 编 债法编

第一分编 债法总则

第一章主要是对一般规则的规定，将债法最基本的内容放在该部分，包括债的定义、债的发生等，作为整个总则的起点。

第二章主要对债的类型进行规定，包括特定之债与种类之债、简单之债与选择之债、按份之债与连带之债、可分之债与不可分之债、自然之债。通过本章的规定，了解关于各种特殊的债的情形，并作出相应的规定。

第三章是债法总则的核心内容，主要对债的履行进行规定，共分为五节：

第一节规定一般的履行行为，其内容包括债的履行原则、履行时间、地点、费用等内容，主要是规范债务人任意履行时需要规定的相关内容，以减少不必要的纠纷。

第二节规定债的不履行，这实际上是一种不正常履行行为。本节以“义务的违反”为核心，规定包括债务人履行义务的违反、债务人的迟延、加害给付等情形，并规定损害赔偿及其范围等。

第三节规定债权人的迟延，这也是一种不正常履行行为。本节规定债权人的受领迟延所产生的法律后果。

第四节规定债的转移，这同样是一种不正常履行行为。本节规定债权转让、债务承担、概括承受等，以调整由于债的关系当事人的变动所产生的法律关系。

债的保全与担保作为债的履行的保障在第五节中进行规定，债的保全与担保是为了确保债的履行所规定的制度，实际上是债的履行的延伸，在本节中进行规定，是合适的。

第四章主要规定债的消灭的各种情形，共分为五种：清偿、免除、提存、抵销、混同。债的履行的结果就是债的消灭。因此，在债的履行之后逻辑地将债的消灭放置此处，是符合体系化要求的。在债的总则的主要内容规定之后，将合同一般规则、各种合同、无因管理、不当得利和单方允诺、侵权责任分别按第二分编至第五分编顺序，作为债发生的情形在后面进行规范，以实现债法体系的完整性，同时将现有的《民法通则》《合同法》和其他法律法规中的有名合同、《侵权责任法》的内容加以整合，使得债法的内容科学地、体系化地、完整地构成我国民法典中的债法内容。

五、结论

我国民法典中债法及其总则的相关问题之探讨，应当建立在民法典应有的理性基础上。对包括债法及其总则的体系化追求与认真对待，是我国制定 21 世纪民法典的关键所在。通过建构体系严谨的民法典，我们将得以对法律关系进行明确的调整与规范；通过民法的解释方法来完成对变化中的社会法律关系加以调整。面对社会经济发展及其对法律的需求，我们应当摒弃一切浮躁的急于求成的心态，立足于对中国法治发展的理想，依靠法律人的责任心、谨慎求证的科学精神与求实态度，为实现制定出代表 21 世纪高水平的民法典之“中国梦”而作出我们的一份努力。

The Reasonableness and the General Rules of Obligation Law

FEI Anling

Abstract: In the legal theory and legislative practice of civil law countries, the system of obligation is an important question. The relationship of obligation shall be wholly reflected in the system of civil code. However, the simple declaration of the relationship of obligation in the 2017 General Rules of Civil Law, and the fragmented rules in the draft of chapter “Contract” of civil code, reflected the legislator and academy’s confusion for the systemic design of obligation law in the civil code, namely whether we have to make a civil code in a scientific and reasonable way, or just in a conservative and formal way. The civil codification shall follow the traditional reasonableness of civil code, namely to follow the traditional systemic logic originated from the roman law, and to draft general rules of obligation so as to demonstrate the uniformity of obligation system. Most of the civil codes, enacted in the 20th century, provide general rules for the obligation system. Whether to leave a space for the general rules of obligation, is really a question of value judgment in the legislative system.

Keywords: Civil Code; Reasonableness; Obligation; General Rules of Obligation

(责任编辑: 傅广宇 王乐兵)

(上接第 27 页)

On the Legality and Openness of Personality Rights

WANG Liming

Abstract: The type and content of personality rights are characterized by their legality, and the system of personality rights is characterized by its openness. There is no conflict between the legality and openness of personality rights. The legality is used to protect personality rights but not limit the development or reinforce the stereotype of types of personality rights. The designing of the personality right law of the civil code shall properly handle the relationship between legality and openness, which should not only strengthen the protection of personality rights, but also leave ample space for the protection of new personality right interests.

Keywords: Civil Code; Personality Rights; Legality; Openness

(责任编辑: 梅夏英)