

我国民法典的图景与图式： 一个现象学的视角

傅静坤*

内容提要：从现象学的视角出发并结合民法法典化的历史，分析我国正在制定中的民法典的图景及其应采取的图式，可以发现：一方面，民法法典化这一法律现象是一个历史现象，古代民法的图景及其图式与近现代民法相比，二者之间存在着巨大差异，不同地域和民族对于民法图景和图式的期待与接受度亦不相同。另一方面，民法典是一种可以被塑造的历史现象，亦是一种借助语言系统形成的历史化的图式。自古至今，每一部民法典都是历史选择的结果。我国目前正在制定的民法典，立法图景应适应社会发展要求、符合我国国情，立法图式应反映我国的民事生活需要，反映既有民事法律关系，注重司法实用性和社会引导性。以此为基点，民法典分则草案仍需进一步改进。

关键词：民法典 现象学 立法图式 立法图景 新人文主义

一、民法与民法典的图景及其图式的演变

从法理上讲，民法^[1]如同其他部门法一样，最终的图景^[2]和目的是实现公平正义。然而，人类社会是由现象事实构成的，在其发展的历史过程中，并不曾有过始终如一的正义图式。^[3]比

* 深圳大学法学院教授。

[1] 民法 (civil law)，是以调整平等的民事主体之间的民事法律关系为内容的私法。

[2] 图景 (vision)，是关于事物存在的终极目的和社会愿景之描述。在本文中，它指的是基于历史的认识而对民法典所要达成的社会目的所提出的想象画面。

[3] 图式 (schema)，是关于图景的具体实现方式，即模式 (model)、风格 (style)、样式 (pattern)。在本文中，它表示的是民法典语言规范结构的逻辑集合体。

如,《汉谟拉比法典》开篇即指出“发扬正义于世”,〔4〕然而,当时的社会尚处在人类社会的早期阶段,人与人之间的极度不平等导致了人格可以被物化并进行买卖,这样体现的社会正义显然与今天建立在人人平等社会观念上的公平正义有极大的差异。而为今世民法学人津津乐道的罗马法,其背景是鼎盛时期的奴隶社会,奴隶是一个制度性的存在。早期的《十二表法》包含了大量不平等的甚至残酷的条款,后期的《罗马法大全》的适用范围仅限于东罗马帝国(当时欧洲大部分地区受日耳曼法控制),其中的“人”也没有取得完全的主体地位。〔5〕此后,经过漫长的中世纪,欧洲经过宗教法的洗礼,终于迈入了人本主义兴起的近代。

以法国大革命为代表的近代化社会变革使《法国民法典》最终问世,并成为近代欧洲民法典〔6〕的范例。这一法典随着拿破仑的征战而四处传播,成为迄今为止世界上最有影响力的近代民法典。考察该法典,其图景已经与古代社会有了本质的不同,建立在自然法理念上的近代自由、平等、公平与正义的理念已经形成,公民的私法主体地位完全得到了确立。在立法图式上,虽然法典的结构仍然因袭了罗马法中关于人法和物法的基本分类,即首先是人、家庭的相关规定,然后是财产法、取得财产的各种方法,但是在贯彻人的主体性方面有种种的制度性突破。

一百年后,当欧洲新兴国家德国效仿法国制定属于德意志民族的《德国民法典》时,民法的图景并无改变,而图式则有了新的变化,总则与分则分立、注重体系和结构的逻辑性的立法图式诞生了。这个新图式以旧的德意志邦法为基本图式,更早的参考图式则是罗马法中的《学说汇纂》(潘德克吞, *pandecta*)。编纂完毕后的《德国民法典》拥有着潘德克吞(学说汇纂)体系,其中的总则更是整合了通用的民法概念、原则和基本制度,有人把它喻为绝对理性的直接体现。〔7〕这部法典的问世对于既有的世界民法秩序有一定的冲击,如在制度上(图式上)突出了总则的引领地位。但是,《德国民法典》在立法图景上并没有突破,其革命性的社会效应也不能与一百年前颁布的《法国民法典》相提并论。事实上,《德国民法典》的影响主要体现在对民事立法后发的东方国家如日本和我国等的影响上,在这些国家其图式获得了广泛传播和接受。

日本的民法近代化是在明治时期进行的,其间历经了众多的选择岔路,包括直接翻译《法国民法典》、停止民事立法以维护封建礼教秩序等。最终,《日本民法典》的制定主要是根据《德国民法典》的范式,参考其草案内容,甚至比《德国民法典》更早生效。〔8〕

我国是从《大清民律草案》开始近代民法法典化〔9〕历程的,该草案在制定时最初广泛考虑了日本民法、法国民法以及德国民法,而最终选择的方案是聘用日本学者起草财产法部分、大清学者起草其余部分。〔10〕随着大清的灭亡,《大清民律草案》搁浅。民国时期,新民法在《大清民

〔4〕 参见江平主编:《汉穆拉比法典》,法律出版社2000年版,第3页,《序言》。

〔5〕 今世所称的罗马法在实体上主要是指《罗马法大全》,即东罗马皇帝查士丁尼主持编纂的《国法大全》、《法学总论》(也称《法学阶梯》)和《学说汇纂》,其编定年代是529年,565年《新律》颁布。

〔6〕 民法典(civil code),是同一私法体系内部施行中的民法基本规范的汇编。

〔7〕 参见〔德〕罗尔夫·柯尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第21页。

〔8〕 参见傅静坤:《民法总论——基于制度规范的跨学科研究》,中山大学出版社2015年版,第18-20页。

〔9〕 法典化又称法律汇编(codification),是指将一国现行法律进行系统整理、编纂成册,具有直接的法律效力。

〔10〕 参见前引〔8〕,傅静坤书,第36-37页。

律草案》的基础上得以重新制定，该法仿照《德国民法典》，并在1929年到1931年间陆续通过。^{〔11〕}由于民国民法的颁布实施，我国近现代民事立法在图式上形成了一个德国式的传统，而其图景（理念）则与各民法国家大体一致，即追求人的自由、平等和权利。

1986年《民法通则》得以颁布，1987年予以实施。该法以最简单的图式规定了关于各种民事法律关系的通用规范，包括民事权利、行为规范和救济规范（民事责任）等。很难说这一法律完整体现了近代以来的民法典图式，该法也绝不能与法国、德国或日本的民法典相媲美。但是，作为一个立法现象，《民法通则》的意义十分深远，它确立了新中国民事立法的最新图景，即“保障公民、法人的合法的民事权益，正确调整民事关系”（《民法通则》第1条），从而开启了我国当代民事立法的新篇章。

随着《民法通则》的颁布实施，我国的民事立法经历了与经济法混同的公私不分和私法独立两个阶段。第一阶段的存在以《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》的三足鼎立状态为标识，反映了我国民法学者关于民法图景和图式的认识不足。第二阶段以1999年为界，这一年，我国统一《合同法》得以颁布并实施。这部法律的意义在于明确了民事立法的私法性质，确立了新中国民事立法的新范式。该部法律生效后，之前的三部合同法同时失效，所有的民事主体之间的合同法律关系都适用同一部《合同法》来调整。这一统一明确了民法的图景是私法性质的，以促进社会平等和公平正义为目的，保障平等主体之间自由发展民事法律关系，而其图式则比照罗马法以来的包括法、德、日在内的各国民法典的范式，进行了尽可能的规范化、制度化。有了这样一个成功范例，我国的民事立法开始加速。2007年，《物权法》得以颁布实施；2009年，《侵权责任法》得以颁布实施；2017年3月15日，《民法总则》通过，当年10月1日开始实施。随着这些单行法的立法成功，特别是《民法总则》的颁布实施，我国的民法体系正式形成，历史也进入了制定民法典的新时期。

2017年10月，党的十九大报告明确提出了将“制定民法典”作为健全社会主义法制的具体目标。学界在振奋之余，对于如何制定以及制定一部什么样的民法典产生了很多争论。这些争论所反应的基本上都是关于民法图景与图式的认识差异，而并不是反对民法典作为一个现象存在的必要性。因此，尽管有种种争论，民法典的制定还是稳步展开了。其中第一个步骤是制定《民法总则》，该步骤已经完成；第二个步骤是各分编的制定，这部分的内容也已经于2018年8月27日提交十三届全国人大常委会第五次会议进行首次审议。

从全国人大法工委发布的关于提交民法典分则的报告来看，我国民法典分则的立法要点是“适应中国特色社会主义发展要求、符合我国国情”，而其追求的则是“体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致”。这样的立法设计以我国的实际需要为出发点，提出了立法图式的原则性要求。根据报告中的文字表达，我国民法典的图式特征是科学、严谨、合理、协调。

就目前的文本来看，总则的设计无疑是仿照了《德国民法典》的图式创造，其中包含的内容主要是法律关系和法律行为的规范集合。但是，对于分则应该包含些什么内容，以及编章的安排体例，我国学者有诸多的争议。按照《德国民法典》的图式，分则包含的内容应是债权法、物权

〔11〕 参见梁慧星：《中国民事立法评说》，法律出版社2010年版，第5页。

法、家庭法和继承法四编。但是，已经提交的草案显然没有完全遵循这一图式，而是创造了新的图式，即包含物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编和侵权责任编，共计六编 1034 条。其中，债法被拆开，人格权单设一编。这样的结构不仅不合乎德国图式，也与大部分国家的民法典不同。因此，就这样的图式所产生的疑问是，它是否合乎我国民法典的图景期待，它的出现是否合理。

二、我国民法典起草过程中的图景与图式选择：历史与现实的考量

我国当前民法典的制定是在特殊的历史条件下进行的。经过三十年的改革开放，我国人民已经了解了世界上其他国家和地区的人民的的生活；同时，中国文化和中华文明也进一步为世界所知。在这样一个地域和人际交流频繁、文化交融的时代里制定民法典，其中所包含的图景期待应当在近代民法典的立法图景上更进一步，即应包括在平等自由的基础上建立健康的民事生活秩序，发扬民法典的集中规范作用，活跃民事交易，繁荣民族文化，等等。为达到这样的图景，民法典必须采取与之相适应的图式。

从目前的法典草案立法体例来看，总则与分则分立，即以《德国民法典》的总则、分则为基本图式，而分则具有明显的中国特色。这个图式能否全面地反映并实现我国民法典编纂的历史期待呢？

首先，我国民法典草案的整体结构图式是参考了《德国民法典》，总则与分则分立，这符合科学立法的要求，也是一个历史性的选择。

《德国民法典》是罗马法的现代延续，其内容是在《学说汇纂》的基础上整理起来的潘德克吞体系，以总则为引领，债法为一个整体，物权法为一个整体，自然人的人格和身份关系在总则中加以规定。总则是德国民法的历史创造，其中固然有着理性的思考，但更多是建立在德国国情基础上的。

德国是一个后起的欧洲国家，在统一的德国形成以前，德国分散为许多邦，各邦都有自己的邦法。德国统一以后，最迫切的任务就是统一各邦邦法，因此才在法典中有了总则和分则的设置——总则实际上就是各邦普通法的集大成，而分则是另行起草的。^{〔12〕}

所以，《德国民法典》中“总则”的存在是一个历史的结果，而不是单纯的“理性”（纯粹理性）创造。总则在体例上置于分则之前，表示其为所有民法规范的“提取公因式”（概念化、图式化），但更重要的是，它是“普通法”，^{〔13〕}是从前各邦共同使用的法律规范的精炼总和，将其置于整部法典的前面更易于取得国家认同。换言之，“总则”是德国民法在理论上和历史上的标志。

我国民法采取总则、分则的体例，一方面是一种本着科学立法精神的主动选择，同时也有一

〔12〕 在德国的法典化过程中，从《普鲁士普通邦法》到《奥地利（普通）民法典》，法律名称都带有“普通”二字，这实际上就是法律统一的标志。另外，关于法典的体例，参见〔德〕萨维尼：《当代罗马法体系 I》，朱虎译，中国法制出版社 2010 年版，第 301 页。

〔13〕 “普通法”一词表达的是一种共同的法律形式，具有“一般法”、“共同法”等意思，是法律统一的结果和表达。

个较近的历史原因，即《民法通则》的存在。在我国改革开放后的民事立法的早期，《民法通则》是我国唯一的民事立法，是一切民事司法的基础，我国学界也是从该法开始认识民法和民法典的。随着司法实践和改革开放的社会总体环境的改变，我国民法学人对民法的认识一步步深入。但即便如此，一些基本的概念、原则、制度、原理，首先都是在《民法通则》中得到体现并为人们所认识的。值得一提的是，“总则”在德语里即有“通则”的含义。因此，我国在后来制定《民法总则》时并未遇到太多的困难，其内容框架大体上与《民法通则》一致。而为了便于司法的过渡，《民法总则》的实施甚至并未立即终止《民法通则》的效力，其目的就在于两相对照，让人们逐步地熟悉《民法总则》的体系。从实践来看，这样的做法是很独特的。

其次，关于分则的内容安排，由于《德国民法典》范式的主要成就就在于总则与分则分立、以总则带动全部法典内容，因此其分则内容是否应全盘效仿就存有疑问。事实上，只有《日本民法典》和我国台湾地区“民法”全盘效仿了《德国民法典》的整体图式安排。

这里同样有一个历史的影响。由于我国民国时期民法草案起草时就以德国为主要范式，因此其体例图式完全是德国化的。查阅民国民法，其内容排列完全按照《德国民法典》五编制进行，即总则、债、物权、亲属、继承。但是，我国目前的《民法典各分编（草案）》（以下简称《草案》）并未遵循五编制的体例分配。

在讨论分则的内容时学界产生了这样几个争议，一个是人格权能否独立设编，一个是债法是否应设总则，另一个则是知识产权法应否加入。从提请审议的结果看，知识产权被排除在外，没有设立债法总则，人格权独立设编。在《草案》中，合同法与侵权法分立，无因管理和不当得利之债并入合同编。总体来说，《草案》的条款数量比预期的要少，没包括我国现行各种主要民事立法的全部主要条文，相比其他国家也少得多。这样的容量是否能够全面规范生活中纷繁复杂的民事法律事实呢？

如上所述，法律图式应当是法律图景的体现。尽管每一个历史上的（民）法典的图景期待与图式设计都是不同的，但是从方法上看是一致的，即立法图景必须通过立法图式才能反映出来。我国民法典的立法图景是“适应中国特色社会主义发展要求、符合我国国情”，相应的，理想的分则图式则应尽量反映我国的民事生活的需要，反映既有的民事法律关系，并注重司法实用性和社会引导性。

所谓立法“图景”，是立法的目的。正如自古以来所有的立法都要追求公平正义这一终极目标的一样，民事立法同样也应当追求这一终极目标。而自近代以来，民法的图景以人的自由、平等和实现社会公平为内容，《民法总则》中关于民法基本原则的大量条款也表明了，平等、公平、自由、诚实信用与公序良俗是民法所追求的最高价值。

全国人大关于《草案》的立法说明对我国民法典分则立法提出了具体的图式安排，即：在民法典各分编编纂工作中，紧紧围绕建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家的全面依法治国总目标，遵循和贯彻民法典编纂工作指导思想、基本原则，总结实践经验，适应时代要求，对我国现行的、制定于不同时期的《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《担保法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》、《侵权责任法》和人格权方面的民事法律规范进行全面系统的编订纂修，进一步完善以公平为核心原则的产权保护制度，进一步完善促进财产和要素自由流动的公平

交易制度，进一步完善增进家庭和睦的婚姻家庭和继承制度，进一步完善自然人和其他民事主体人身权、财产权、人格权的保护救济制度，连同之前已出台的《民法总则》，最后形成一部完整的具有中国特色、体现时代特点、反映人民意愿的民法典，为新时代坚持和发展中国特色社会主义、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦提供完备的民事法治保障。

这一段的叙述（总体考虑），概括了我国民法典分则的立法图式（和图景）。从具体图式上来看，我国民法典分则的制定是通过系统修订现行民事法律完成的，而从图景上看，则是通过民法典分则的制定反映人民的意愿，与《民法总则》一道，形成一部有中国特色的民法典。

应当说，上述提出的民法图景和图式是值得充分肯定的。作为一部民法典，其作用必然在于推行公平正义的价值观（终极图景），以及形成一国独有的民事法律规范体系、服务于本国人民的具体生活要求（具体图景）。阐明这一点，对于明确民法典在法治国家中的地位十分重要。

依照立法说明中的表述，《草案》的当前目的是总结实践经验、解决一些急迫的问题。而根据《草案》的说明，我国民法典分则将主要解决这样一些紧要问题：

1. 加强对建筑物业主权利的保护。第一，强化业主对共有部分共同管理的权利（《草案》第73条第1款）。第二，为了解决物业管理活动中业主作出决议难的问题，适当降低业主作出决议的门槛（《草案》第73条第2款）。第三，明确共有部分产生的收益属于业主共有（《草案》第77条）。

2. 增加规定居住权。《草案》在用益物权部分增加一章，专门规定居住权，居住权人有权按照合同约定并经登记占有、使用他人的住宅，以满足其稳定生活居住需要（《草案》第一编第十四章）。这一制度安排有助于为公租房和老年人以房养老提供法律保障。

3. 完善动产抵押和权利质押的规则。第一，补充了有关清偿顺序的规定（《草案》第205条第2款、第206条）。第二，对于抵押物价款的债权担保赋予优先效力（《草案》第207条）。第三，删除具体登记机构的规定（《草案》第232条、第234条、第235条、第236条）。

4. 关于住宅建设用地使用权期间届满续期问题。物权编草案根据现行《物权法》第149条、《城市房地产管理法》第22条规定，对此先作出一个原则性规定，即：住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。续期费用的缴纳或者减免，依照法律、行政法规的规定。（《草案》第152条第1款）

5. 完善电子合同的订立、履行规则。为适应电子商务和数字经济快速发展的需要，规范电子交易行为，《草案》对电子合同订立、履行的特殊规则作了规定（《草案》第283条第2款、第303条）。

6. 强化对债权实现的保护力度。增设专章规定了保证合同（《草案》第二编第十三章）。

7. 加大对弱勢合同当事人一方的保护。《草案》规定了电、水、气、热力供应人以及公共承运人对社会公众的强制缔约义务，完善了格式条款制度（《草案》第286条第2款、第3款，第288条，第289条）。同时，为落实党中央提出的建立租购同权住房制度的要求，保护承租人利益，促进住房租赁市场健康发展，《草案》增加了住房承租人的优先承租权制度（《草案》第525条第2款）。

8. 促进生态文明建设。为落实《民法总则》绿色原则的要求，《草案》规定，当事人在合同

履行中应当遵循诚信原则，根据交易习惯负有节约资源、减少污染的义务，在合同终止后负有旧物回收义务（《草案》第300条第2款、第348条）；还规定买卖合同的出卖人依法负有回收义务（《草案》第415条）。

9. 根据合同理论和实践的发展，修改了合同效力、合同履行、债权转让、合同解除和违约责任等一般规则（《草案》第二编第二章至第八章）；完善了买卖合同、租赁合同、建设工程合同等典型合同的具体规则，增加了物业服务合同和合伙合同（《草案》第二编第九章至第二十六章）。

10. 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，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。一是明确非合同之债的法律适用规则（《草案》第259条）。二是细化无因管理、不当得利之债的规则。在《民法总则》规定的基础上，《草案》进一步规定了无因管理、不当得利两种债的具体规则（《草案》第二编第二十七章、第二十八章）。

11. 人格权的一般规则。一是明确规定，民事主体的人格权受法律保护，人格权不得放弃、转让、继承，对人格权不得进行非法限制（《草案》第774条、第775条）。二是明确规定，民事主体可以许可他人使用姓名、名称、肖像等，但是依照法律规定或者根据其性质不得许可的除外（《草案》第776条）。三是明确规定人格权受到侵害后的救济方式（《草案》第778条至第782条）。

12. 生命权、身体权和健康权。《草案》规定了生命权、身体权和健康权的具体内容，同时，针对实践中反映较多的问题，草案还对法定救助义务、人体组织器官捐献、禁止性骚扰等问题作了规定（《草案》第三编第二章）。

13. 姓名权和名称权。《草案》规定了姓名权、名称权的基本内容，并对民事主体尊重保护他人姓名权、名称权的基本义务作了规定（《草案》第三编第三章）。

14. 肖像权。《草案》规定了肖像权的权利内容及许可使用肖像的规则，并对可以合理使用他人肖像的情形作了规定（《草案》第三编第四章）。

15. 名誉权和荣誉权。《草案》规定了名誉权和荣誉权的内容。同时，为了平衡保护个人权益和发挥新闻报道、舆论监督作用之间的关系，《草案》还规定，行为人为维护公序良俗实施新闻报道、舆论监督等行为，影响他人名誉的，不承担民事责任。但是行为人捏造事实、歪曲事实、对他人提供的事实未尽到合理审查义务或者包含过度贬损他人名誉内容的除外。（《草案》第三编第五章）

16. 隐私权和个人信息。针对隐私权和个人信息保护领域存在的突出问题，在现行法律规定基础上，《草案》进一步强化对隐私权和个人信息的保护，并为即将制定的个人信息保护法留下衔接空间（《草案》第三编第六章）。

17. 修改禁止结婚的条件。现行《婚姻法》规定，患有医学上认为不应当结婚的疾病者禁止结婚。这一规定在实践中很难操作，且在对方知情的情况下，是否患有疾病并不必然影响当事人的结婚意愿。为尊重当事人的婚姻自主权，《草案》规定，一方患有严重疾病的应当在结婚登记

前如实告知对方，不如实告知的，对方可以请求撤销该婚姻（《草案》第830条）。

18. 增加婚姻无效的情形。为维护婚姻登记制度的权威性，保障婚姻当事人的合法权益，遏制以伪造、变造或者冒用他人身份证件、户口簿、无配偶证明等方式骗取结婚登记的行为，《草案》增加了一项婚姻无效的情形，规定以伪造、变造、冒用证件等方式骗取结婚登记的婚姻无效（《草案》第828条第4项）。

19. 增加离婚冷静期的规定。实践中，由于离婚登记手续过于简便，轻率离婚的现象增多，不利于家庭稳定。为此，《草案》规定了一个月的离婚冷静期，在此期间，任何一方可以向登记机关撤回离婚申请（《草案》第854条）。

20. 完善离婚赔偿制度。现行《婚姻法》规定了四种适用离婚损害赔偿的情形，为更好地发挥离婚损害赔偿制度的预防、制裁作用，促进婚姻关系的稳定，《草案》增加了离婚损害赔偿的兜底条款，将其他一些确实给对方造成严重损害的情形纳入损害赔偿范围（《草案》第869条第5项）。

21. 不再保留计划生育的有关内容。现行《婚姻法》、《收养法》中都有关于计划生育的条款。为适应我国人口形势新变化，《草案》不再规定有关计划生育的内容。

22. 增加遗产管理人制度。为确保遗产得到妥善管理并顺利分割，更好地维护继承人、债权人利益，避免和减少纠纷，《草案》规定了遗产管理人的产生方式、职责和权利等内容（《草案》第924条至第928条）。

23. 完善遗赠扶养协议制度，适当扩大了扶养人的范围，以满足养老形式多样化需求，促进老龄产业发展（《草案》第937条）。

24. 完善债务清偿规则。为保护债权人利益，保障国家税收应收尽收，《草案》规定遗产分割前，应当支付相关费用，清偿被继承人的债务，缴纳所欠税款，同时明确遗产已经分割时债务清偿、税款缴纳的具体规则（《草案》第938条、第940条至第942条）。

25. 增加打印、录像等新的遗嘱形式，适应科学技术的发展需要（《草案》第915条、第916条）；修改遗嘱效力规则，删除了《继承法》中关于公证遗嘱效力优先的规定，切实尊重遗嘱人的真实意愿（《草案》第921条）。

26. 完善公平责任规则。《侵权责任法》规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。实践中，该规定因裁判标准不明导致适用范围过宽，社会效果不是很好。为进一步明确该规则的适用范围，统一裁判尺度，《草案》将《侵权责任法》规定的“根据实际情况”修改为“依照法律的规定”（《草案》第962条）。

27. 完善精神损害赔偿制度。根据审判实践需要，《草案》扩大了精神损害赔偿的适用范围，增加规定，故意侵害自然人具有人身意义的特定物品造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿（《草案》第960条第2款）。

28. 完善网络侵权责任制度。随着互联网的快速发展，网络侵权行为越来越复杂，为了更好地保护权利人的利益，同时平衡网络用户和网络服务提供者之间的利益，《草案》在《侵权责任法》的基础上细化了网络侵权责任的具体规则（《草案》第970条至第972条）。

29. 完善机动车交通事故责任规则。一是明确挂靠车辆引发交通事故时的责任主体（《草案》

第 986 条)。二是明确机动车强制保险和商业保险的赔偿顺序（《草案》第 988 条）。三是增加非营运机动车无偿搭乘造成损害的责任规则。实践中，无偿搭乘引发的损害赔偿问题争议较大，为了既保护受害者的权益，又鼓励大家助人为乐，《草案》规定，无偿搭乘人在交通事故中受到损害的，应当减轻或者免除机动车驾驶人赔偿责任（《草案》第 992 条）。

30. 完善生态环境损害责任。为了落实党的十八届三中全会提出的“对造成生态环境损害的责任者严格实行赔偿制度”的要求，贯彻党的十九大报告提出的“要加大生态系统保护力度”的决策部署，结合 2017 年中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》，《草案》修改完善了生态环境损害责任制度：一是增加规定生态环境损害的惩罚性赔偿制度。《草案》规定，侵权人故意违反国家规定损害生态环境的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿（《草案》第 1008 条）。二是明确生态环境损害的修复和赔偿制度（《草案》第 1010 条、第 1011 条）。

以上 30 条是对现有民事法律的修订和增补，基本上每一条都有单独的目的和适用范围。这样的图式带有部分经验主义的色彩，但又不完全是经验主义的。比如居住权是首次列入正式的立法草案，遗产管理人制度也是首次纳入立法草案。

应当说，历史上并没有哪一部民法典是无懈可击的，如《法国民法典》革命性之不足、《德国民法典》之强调图式完美而失于理念保守等。世界上公认的优秀民法典的历史评价尚且如此，对我国民法典似不宜过分要求。只要其图景是不落后于同时代的大部分国家和地区的普遍原则，并能突出本国的特别优秀之处，而其图式是明晰的、可行的、系统的，这样的一部民法典就是站得住脚的。

那么，我国民法典的立法图景和图式究竟应当如何融洽呢？

三、现象学视角下我国民法典草案的图景与图式评说

我国民法典的制定是对民法法系传统的最终确认，因此，其图景不仅应包括以往所有民法典的共同目的，而且也应有符合时代要求的特别目的。至于民法典的图式，则必须包括所有民法典中最基本的要素，即：

1. 关于各种民事法律关系的图式；
2. 关于各种民事法律行为的图式；
3. 关于各种民事权利救济的图式。

在此基础上，从现象学^[14]的视角出发，以我国目前的《草案》为基准，笔者认为我国民法典的图式设计应注意以下几点：

（一）自然人人格权的一体化保护

我国目前的《草案》将人格权进行了分类，进行类型化保护，如侵犯生命权与侵犯身体权分

[14] 现象学（phenomenology）是源自康德、由胡塞尔倡导的哲学流派。在本文中，现象所指的是一种可供解释的存在，特别是作为文本的民法典。

别处理、侵犯肖像权与侵犯隐私权分别处理，等等。这样的图式并非我国独有，日本民法学上也将人格利益分门别类，其类型包括生命、身体、自由、名誉、隐私、贞操、姓名和肖像等。^[15]但是，在立法上大量规定人格权下面的子权利，这还是第一次。^[16]这样的分别规定表面上看起来清晰，但是其中存在的重大问题是，破坏了人格权的一体化以及人格尊严、人格完整（integrity）。《日本民法典》对于人格权的保护性立法以人格尊严为主干，《德国民法典》自然人一节只规定了姓名权（第12条），并未列举过多的具体人格权。这并不是不承认人格权应受法律保护，也不是否认人格的价值，而是将人格尊严置于人格权保护的主体中心。事实上，人格尊严与具体人格权是无法分割的，所谓“牵一发而动全身”。同时，即便是具体人格权，也并不可能在保护上完全分开。如侵害生命权必然侵害身体权，侵害隐私权必然同时损及名誉权，等等。将人格权进行细分，其目的是给予人格权更为细致的保护，但是这种保护可能导致脱离人格尊严的统辖和人格权一体化保护的基本原则，使人格物化。为此，本文建议对第774条的表述做调整，即“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。除本编规定的具体人格权外，自然人享有基于人身自由和人格尊严产生的其他人格权益”。（原文为“民事主体的人格权受法律保护。除本编规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”）通过这样的表述，可以将人格尊严的保护作为人格权编的基本原则确立下来，同时明确，人格权的各个部分的保护不得与人格尊严和人格权保护的一体化原则（即人格完整）相冲突。

（二）债法总则的逻辑自洽性

我国目前的《草案》没有设债法总则，似乎导致了债的概念在制度上的缺失。从法典各编的编排顺序来看，物权法在前，债法在后，并且是分成了合同和侵权两部分，无因管理和不当得利编入合同编，侵权责任编排在法典的最后。这样的结构安排造成了债的概念的逃逸。那么，有没有必要在法典中加上债法总则呢？王泽鉴先生说可以在法学上强调这一概念，即将法典与法学分开。但是王先生也同时指出，中国民法的特色是法律（典）编纂与法学同步。这样，法典中关于债的概念的制度性缺失似乎就不可接受了。^[17]笔者认为，关于债法总则，《民法总则》第118条早有规定，即关于债权分类的规定。而在分则中，合同总则的规定可以代替债法总则，相关内容也与此相一致（下文合同部分详述）。因此笔者的建议是，在合同和侵权责任两编分别增加债的概念性（总则性）规定，即在合同编第1条规定本编调整“合同之债、无因管理和不当得利之债的法律关系”，在侵权责任编第1条规定调整“侵权之债法律关系”，这样就在语言结构上弥补了债的概念的缺失造成的叙述不连贯问题。

（三）占有的制度安排

我国目前的《草案》在第一编物权最后设立了“占有”一章，即第二十章，共计五条，完全来自我国现行《物权法》中关于占有的规定。为实现本章的目的，明确占有的性质、地位和法律

[15] 我妻 榮、幾代 通・川井 健補訂「民法案內2民法總則（第二版）」（勁草書房、2015）18頁參照。

[16] 《意大利民法典》在第6条至第10条规定了姓名权（包括家族姓名和笔名）和肖像权；《法国民法典》第9条规定了隐私权（私生活受到尊重的权利），第16条以12款的容量规定了身体权；《日本民法典》将个人尊严作为基本原则规定在第1条之二中。

[17] 参见王泽鉴先生2018年10月25日下午14:00在云南大学的讲座内容。

意义，笔者认为，立法中似应规定占有究竟是一种事实状态还是一种权利。《日本民法典》第二章规定为占有权，《法国民法典》仅规定了善意占有（第 550 条），《德国民法典》将占有同时规定为事实和权利（第 854—872 条），《意大利民法典》第 1140—1170 条规定了有权占有、无权占有和善意占有等。笔者认为，应区分有权占有（基于所有权和用益物权乃至基于合同的占有）与无权占有。从现有的规定来看，有关占有性质的规定是混合式的。其中，第 249 条规定：“基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。”这里规定的占有是有权占有。但是，基于所有权和用益物权的占有没有得到规定。此外，第 250 条规定了恶意占有人的赔偿责任，第 251 条规定了善意占有的返还责任和补偿，第 252 条为第 250 条的补充规定，第 253 条规定了占有请求权的除斥期间。为消除歧义，笔者建议为每一条款增加题目（条名）。进而，笔者认为本法全部的条款中都应设置题目，以达到民法典的明示和教化意义。

（四）合同之债与合同类型的规范

我国目前《草案》的合同编是在现行《合同法》的基础上提炼而成的，其中存在的一些不同之处似乎需要进一步考虑，如第 254 条“本编调整民事主体之间产生的合同关系”一语，其中没有突出“平等的民事主体”这个关键性的主体界定，其用意似乎在于要包括某些具有行政指令性的“合同”。但事实上，这类“合同”称为“协议”比较妥当，并不能作为民事合同处理。第 259 条规定：“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。”第四章至第七章依次为合同的履行、保全、变更和转让以及权利义务的终止。显然，这一规定的目的是以合同总则代替债法总则，并隐含了债的概念。

就合同分则来看，例如，第 424 条规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一，经催告后在合理期限内仍未支付已到期价款的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，可以向买受人要求支付该标的物的使用费。”其中“使用费”的规定从何而来？分期付款又称“租买”（hire-purchase, lease-purchase），已经支付的款项不就是使用费吗？第 688 条规定：“仓储合同自保管人和存货人意思表示一致时成立。”仓储合同是要物合同，立法应强调仓储合同必须采用书面形式订立，仓储人必须出具仓单。

（五）法人名称权和名誉权的位置

我国目前《草案》的人格权编含有法人的名称权和名誉权两项内容，其余均是关于自然人的人格权的规定。本文认为，法人的人格更多是权利能力的意义，而法人的名称权与名誉权更多与经济利益有关，可以在法人登记制度和工业产权制度中得以表现，不必规定在这里。因此，剔除这两项内容，可以直接将人格权编改名为“自然人的人格权”，从而更加明确地表现出民法典对于自然人人格权的高度重视。具体阐释如下：

首先，第 792 条规定：“自然人享有姓名权，有权依法决定、使用、变更或者许可他人使用自己的姓名。法人、非法人组织享有名称权，有权依法使用、变更、转让或者许可他人使用自己的名称。”可删除后一句话，仅保留第 1 款关于自然人的规定。第 793 条“任何组织或者个人不得以干涉、盗用、假冒等方式侵害他人的姓名权或者名称权”可以修改为“任何组织或者个人不得

以干涉、盗用、假冒等方式侵害自然人的姓名权”。第796条规定：“民事主体决定、变更自己的姓名、名称，或者转让自己的名称的，应当依法向有关机关办理登记手续，但是法律另有规定的除外。”此条可以删除有关“名称”的规定，改“民事主体”为“自然人”。第797条规定：“具有一定社会知名度、为相关公众所知悉的笔名、艺名、网名、简称、字号等，被他人使用足以致使公众混淆的，与姓名和名称受同等保护。”此条可删除“简称”“字号”“名称”的规定。

其次，关于法人能否享有名誉权，第804条规定：“民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。本法所称名誉是他人对民事主体的品德、声望、才能、信誉、信用等的社会评价。”该条第2款将品德与信誉、信用并列为所有民事主体的名誉权，本文认为不妥，因为品德是自然人独有的人格特点，即康德所谓“伦理上的人”^{〔18〕}的逻辑推演，不适用于法人。建议将本条进行修改，仅限于自然人主体。

（六）侵权责任制度的细化

我国目前《草案》的最后一编是侵权责任编。如前所述，由于法典没有债法总则，而债的概念在法学上又是不可避免的，因此，本文建议将第943条“本编调整侵害民事权益产生的民事法律关系”略加修改，改为“本编调整侵害民事权益产生的侵权之债法律关系”。

关于侵权责任编的具体内容，本文想指出以下两点。

第一，关于精神损害赔偿。《草案》第960条规定：“侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。故意侵害自然人具有人身意义的特定物品造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。”这一条有两款，第1款指出了精神损害赔偿的构成，即对人身权益的侵害可引起精神损害及其赔偿。其中精神损害应当是严重的，所谓严重，非指一般的精神伤害，而是经过医学鉴定可以认定的各种精神疾病乃至因精神伤害引起的可认定的身体伤害。第2款是关于故意侵害具有人身意义的特定物品造成的精神损害。笔者认为，虽然我国在人身权保护司法实践中有这样的做法，但是，何为“有人身意义的特定物品”需要认真界定。物权法上规定的物有动产和不动产之分，并未规定人身意义的财产（物品）为何。事实上，凡动产都是具有私人（人身）性质，即可以因人的具体特性而变化，如有一定度数的眼镜、一定尺寸的衣物，等等。但这些物品并不是所谓“有人身意义的物品”，后者似乎更倾向于标识出某种人格和身份关系，如家族照片，或有某种特别的纪念意义乃至宗教意义的物品。即便如此，人类将感情投射于物品之上也是一种很自然的现象，不能因此轻易认定对纪念品和宗教物品的损害都可引起精神损害赔偿。因此，建议按照立法意图，即扩大精神损害赔偿的范围，将该款改为“其他情况下造成他人精神损害的，加害人有义务进行精神损害赔偿”。具体标准由司法实践来总结。

第二，关于建筑物坠落物品致人损害。《草案》第1030条规定：“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”笔者认为，侵权责任的确定是由因果关系决定的，即行为与结果之间的必然联系。如果没有确定的行为人，而损害结果发生了，物品的所有权人或

〔18〕 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆2005年版，第10页以下关于道德形而上学的论述。

占有人，以及建筑物的所有权人和使用人都是推定的责任人。因此，建议将该条修改为：“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，由可能加害的坠落物所有人、使用人和建筑物所有权人、使用人给予补偿。”

四、结 语

综上所述，民法典是一个国家的日常生活法律图式，制定民法典是尊重民事生活和人权的图景体现，也是对民法法系的体系化认同。200多年前，在《法国民法典》的制定过程中，拿破仑曾提出两条立法原则：“一要公平，二要有用。”^{〔19〕}其中的“公平”是图景表达，“有用”则是图式表达。今天，我国民法典草案的图景目标是努力反映并引导人民对于和平安定的美好生活的期待，完成定分止争的司法实践目的。为此，必须对那些妨碍立法图景实现的图式设计进行修订，尽可能地使我国未来的民法典成为一部系统、智慧、体现新人文主义色彩的当代优秀民法典。

Abstract: This essay focuses on the analysis of the vision and schema of the proposed Civil Code of China from a phenomenal perspective. Firstly, the civil codes are a historical phenomenon. Compared with classical civil codes, the modern ones have totally different visions and schemas. And even in modern times, different people from different territories have different expectations for the visions and schemas of the civil codes. Secondly, the essay makes a further elaboration on the phenomenon of the civil codes and points out that the civil codes are a sculpted phenomenon and historical schema constructed upon the system of languages. Thirdly, the essay gives a thorough study of the present Draft Civil Code of China (Specific Provisions) and makes some comments and suggestions on the basis of social reality and western models.

Key Words: civil code, phenomenology, legislative vision, legislative schema, new humanism

(责任编辑：朱晓峰 赵建蕊)

〔19〕 Andrew Roberts, *Napoleon the Great*, Penguin Random House, 2015, p. 276.