

关于制定《民法总则》的建议

Proposals on the Drafting of General Rules of Civil Law

崔建远

CUI Jian-yuan

【摘要】 能够进入《民法总则》的民法规范需要具备两项资格：(1) 提取公因式而形成的具有裁判依据功能的民法规范；(2) 立法技术上的剩余。《民法总则》应当明确每项基本原则的功能和适用范围，以及各项基本原则之间的衔接与限制，甚至是位阶关系。平等原则是意思自治原则的基础和前提，意思自治原则必须和必然受到公序良俗原则的限制，同时受制于诚实信用原则。公序良俗原则管控法律行为的效力，诚实信用原则控制民事权利的行使。确立民事主体的标准应是：能够成为民事主体的“人”，须有自身的独立性，必须对第三人有益无害；对内部成员来说应当利多弊少。至于主体意思问题，不宜一概而论地作为要素对待，而应区分情况分别确定。《民法总则》必须规定意思表示的构成和功能，应当确立虚伪表示与隐匿行为的规则，变重大误解制度为错误制度，应当规定自己代理与双方代理，妥当界定狭义的无权代理与表见代理，完善诉讼时效制度，规定除斥期间的一般规则，增设权利失效制度，暂设取得时效制度。

【关键词】 民法总则；原则位阶；民事主体标准；法律行为；诉讼时效；权利失效

【中图分类号】 DF51 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2015)04-0005-21

Abstract: The provisions of the General Rules of Civil Law should have two qualifications: firstly, the provisions as the trial basis should be the common divisors that are extracted; or secondly, the provisions are technically provided here since they cannot be stipulated properly in other parts. The General Rules of Civil Law should define the function and the application of every specific fundamental principle, as well as the connection and the restriction or even the ordering among these principles. The principle of equality is the basis and premise of the principle of autonomy of will, while the principle of autonomy of will must be restricted inevitably by the principle of public order and good social customs, as well as be restricted by the principle of good faith. The principle of public order and good social customs confines the effect of legal acts, while the principle of good faith restricts the exercise of civil rights. The identifying standards for civil subject are as follows: the “person” as civil subject must be independent of itself and be good with no harm to the third party; an organization that can be a civil subject should be on condition that the advantages outweigh the disadvantages for its internal members; the intention should not indiscriminately be regarded as the qualification of the subject, but be analyzed case by case. The General Rules of Civil Law must provide the components and the function of expression of intention, setting the rules of false expression of intention and act without real intention, adopting the system of mistake to replace the system of serious misunderstanding; should stipulate agency for oneself and agency for both sides, as well as unauthorized agency in a narrow sense and agency by estoppel; should amend the system of limitation of the action, providing the general rule of scheduled period and the system of invalidation of the right, and also stipulating temporarily the system of positive prescription.

Key words: General Rules of Civil Law; Ordering of Principles; Identifying Standards for Civil Subject; Legal Act; Limitation of the Action; Invalidation of the Right

【收稿日期】 2015-02-22

【作者简介】 崔建远，男，1956年5月出生，清华大学法学院教授，博士生导师，法学硕士，主要研究方向为民法学。

【基金项目】 全国哲学社会科学基金重点项目“法学方法论与中国民商法研究”（批准号：13AZD065）。

一、引言

全国人民代表大会常务委员会决定,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的编纂工作分两步走:第一步是制定《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》),以取代现行《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》);待《民法总则》颁行之后,再整理现行的各部单行民事法律,编纂成《民法典》。

无论是《民法典》的编纂,还是《民法总则》的制定,都必须摆正民法典与哲学、民法与商法、原则与规则、主张与举证、总则与分则、规则内容与立法技术等几对关系。其中的道理,笔者在《编纂民法典必须摆正几对关系》^[1]一文中阐释过了,不再赘言。本文重在研讨《民法总则》的体系。

之所以重视并研讨《民法总则》的体系,一个重要的原因是,中国民法继受了大陆法系的风格,采取了抽象概括式的法律体裁,使用抽象化的概念,对概念进行严格的界定。^[2]因为立法者的首要目的若是维护法律的稳定性和裁判的可预见性,那么他就会选择抽象概括的方法;因为立法者若意识到自己不可能预见到所有可能发生的情形,故而准备让法官来决定如何将一般规则适用于具体案件,那么他就会选择抽象概括式或指令准则式的法律体裁,或将两种体裁结合起来使用;所以,中国民法不会抛弃抽象概括式的法律体裁。^[3]如此,“概念之间的逻辑关系和上下属关系,概念之间的相对性或兼容性以及如何将整个法律材料划分为各类总体概念,简单地说就是体系,具有特别重要的意义。”^[4]“法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上,形式上达到那么一种尺度,法律制度的内在因素是决定性尺度;其逻辑性也达到那么一种程度,法律的具体规范和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里,那种思维具有较强的逻辑系统性,因而只有从预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里,才能得出对具体问题的判断。”^[5]这就是《民法总则》存在的理论基础之一。

诚然,设立抽象概括式的法律规范,被没有

受过专门训练、熟悉乃至精通此类民法思维的律师及法官解释和适用,肯定是失败的立法。由于中国的法学教育多年来一直向学生灌输与此相适应的民法思维,处理系争案件的律师与法官熟悉这种思维,能够解释和适用《民法总则》。这也是支撑设立《民法总则》的重要原因。^[2]

从物权法、知识产权法、合同法、侵权法、亲属法、继承法乃至劳动合同法、经济法、行政法等各部门法中提取公因式,形成适用于各编的共同规则——民法总则,其优点是多方面的:(1)因为民法总则是自然法学家们为了得到普遍的、基本的法律原则而利用非常抽象的推理方法所得的结果^[6],民法总则把被提取和抽象的一般性内容汇总在一起^[7],所以,设立《民法总则》可以使民法典简约,避免许多不必要的重复规定。(2)民法的共同规则本应适用于物权法、知识产权法、合同法、侵权法、亲属法、继承法乃至劳动合同法、经济法等相应领域,若不设立《民法总则》,只好把它们规定于某编分则或某部单行法之中。例如,形成权、抗辩权本为物权法、知识产权法、合同法、侵权法、亲属法、继承法乃至劳动合同法、经济法等各部门法所含有,请求权被运用的领域也绝非限于单纯的合同法、侵权法,因而,将它们规定在任何一个领域,规定在民法典中的任何一编的分则之中,都会出现准用的现象。“如果不设总则编,立法者要达到既全面又不重复的目的,就必须运用参引(Verweisungen)的技术。”^[8]这种人为地错用立法技术导致本为“适用”却不得不“准用”的现象,显然应予以避免。(3)设立《民法总则》可以使某些制度及规则更为清晰、准确。这已经有过教训。例如,债权让与、债务承担被规定在《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)(第79~86条)中。解除权、终止权是否因债权让与、债务承担而移转?合同关系是否因此而消灭?许多问题随之而来,且不易弄清。如果把债权让与、债务承担规定于《债法总则》,没有双务合同等形成的数个狭义债的关系组成的广义债的关系等因素的困扰,就比较明确地传输给人们这样的信息和规则:债权让与就是债权的个别转让,只是原债权人退出该狭义的债的关系。如果该原债权人对债务人仍负有债务,这一

狭义的债的关系并不消灭。在该债的关系基于合同而生的情况下,该合同关系自然不会因债权让与而消灭,决定合同消灭的解除权、终止权自然不得轻易地随着债权的让与而移转。在债务承担场合,问题也同样如此。^[2]

总的说来,笔者赞同《民法总则》采取如下体系:第一章:一般规定(含制定依据、调整对象、基本原则、法律渊源等内容);第二章:民事主体(含自然人、法人、非法人团体等内容);第三章:民事权利义务的通则(含民事权利行使及义务履行的通则、请求权、形成权、抗辩权等内容);第四章:民事权利的客体(含客体规格、客体地位等内容);第五章:法律行为(含法律行为的成立要件、有效要件、特别生效要件、意思表示规则等内容);第六章:代理(含代理的构成、代理的类型、代理的效力等内容);第七章:民事责任通则(含民事责任的竞合、民事责任的聚合等内容);第八章:民法上的时间(含诉讼时效、取得时效、除斥期间、权利失效、期间、期日等内容);第九章:民法的适用。限于篇幅,本文集中讨论《民法总则》若干“章”的有关问题。

二、进入《民法总则》的民法规范的资格

制定《民法总则》,在宏观上必须解决《民法总则》包含哪些制度及规则的问题。换句话说,何种民法规范才有资格规定在《民法总则》之中?对此,《德国民法典》的制定者的理念及计划是,民法总则应当包括那些适用于民法典五编的规则,亦即民法总则包含的是在某种程度上被提取和抽象的一般性内容。^[9]民法总则把被提取和抽象的一般性内容汇总在一起的功能决定了它的内容。民法总则的规定必须具有一般性的特征,它们适用于民法典第二编“债务关系法”、第三编“物权法”、第四编“亲属法”、第五编“继承法”中的任何一编。^[10]例如,法律行为的

抽象及规定,可以起到唯理化效应(Rationalisierungseffekt)。这样,立法者就无需为每一项法律行为都重新规定其生效的要件。^[11]

这些意见也被众多的中国专家学者所接受。尹田教授、李永军教授、王轶教授等众多的专家学者都赞同采取提取公因式的方式,从民法分则中提取带有共性的元素乃至规则,最终形成民法总则的规范。笔者本人对此也持赞同态度。^①

值得指出的是,王轶教授在此基础上更进一步,概括总结出能够进入《民法总则》的民法规范的两项资格:(1)提取公因式而形成的具有裁判依据功能的民法规范;(2)立法技术上的剩余。对于第二项资格条件,陈甦教授也提出来了,只不过将之命名为“拾遗性”。所谓提取公因式而形成的民法规范,是指能够普遍适用于民法典各分则编的民法规范,如意思表示规则。所谓具有裁判依据功能的民法规范,是指裁判者在司法或仲裁中援引或运用一定规则并将之直接适用于个案的民法规范。这样,具有一般性、抽象性和概括性与具有裁判依据功能二者缺一不可,合在一起,共同决定了民法规范进入《民法总则》的资格。所谓立法技术上的剩余,或曰“拾遗性”的民法规范,是指放置于民法典分则中的任何一编之中都不适当的民法规范,只好收入《民法总则》之中。^②

对于上述两项资格理论,笔者予以赞同。的确,假如仅仅符合提取公因式的规格,但欠缺裁判依据功能这项要求,那么,所形成的民法规范在价值上会大打折扣,其法律意义会大大降低。反过来,假如一项民法规范仅仅具有裁判依据功能,但欠缺一般性、抽象性和概括性,则该项民法规范放置于相应的分则编中更符合逻辑,更为适当,当然属于“立法技术上的剩余”的除外。

对于“立法技术上的剩余”,在理解上应当更加宽松、开放,即所谓立法技术上的剩余,不仅包括在客观上放置于民法典各分则编中不太适宜的民法规范,而且包含这样的民法规范:由于

① 各位专家学者在由全国人大常委会法制工作委员会于2015年3月31日下午召开的“《中华人民共和国民法总则》体系研讨会”上发表了这些意见以及其他建议。

② 王轶教授和陈甦教授在由全国人大常委会法制工作委员会于2015年3月31日下午召开的“《中华人民共和国民法总则》体系研讨会”上发表了这些意见。

现行《合同法》、《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)、《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)、《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)、《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)等单行法在短期内不会修订,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)在三五年内不见得能够编纂完成,本应由其规定的制度及规则却尚付阙如,社会生活又急需,不妨在《民法总则》中给其一席之地,至于科学性、逻辑性的缺憾,可以在《民法典》编纂时做些微调。

由此提出一个不容回避、刻不容缓的需要全国人大及其常委会拍板的题目,一项立法政策如《民法总则》是追求完美无瑕、极强的科学性,还是更注重社会生活的实际需要,在“实用性”的基础上、前提下尽可能地追求科学性?若是前者,则对于“立法技术上的剩余”应当严格把握,刻意收紧;若是后者,那么宜采笔者的“宽松、开发”把握的态度,并据此行事。

下文所论,都是在上述两项能够进入《民法总则》的规范的资格的前提下展开的,只不过“具体问题,具体分析”罢了。

三、关于民法基本原则的配置

所谓民法基本原则,是指适用于民法全部领域的准则。如公序良俗原则、诚实信用原则、平等原则、意思自治原则等应属基本原则。

尽管境外的民法典未正面规定民法的基本原则,也有个别专家学者对于《民法总则》应否继承中国立法的传统、继续确立民法基本原则有所动摇,但笔者仍认同中国立法的传统,赞同设置民法基本原则的通说,理由如下:(1)民法基本原则是民法的根本准则,贯穿于整个民法,统率民法的各项制度及规范。若不明确它们,会酿成误解,以致在民法基本原则的认定、解释和适用时发生分歧,导致负面的结果。(2)民法基本原则体现民法的基本价值,是民事立法、执法、守法及研究民法的总指导思想。试想,缺乏了它们

会出现什么局面?!(3)有些民法基本原则具有裁判功能,在若干情况下用作裁判的法律依据,包括在全无民法规则的情况下根据民法基本原则处理系争案件。(4)在适用某民法规则解决系争案件会造成极不适当的后果的情况下,宜弃该民法规则而改用民法基本原则裁判系争案件。^[12](5)当法律有欠缺或不完备而为漏洞补充时,亦恒须以诚实信用原则为最高准则加以补充,其造法始不致发生偏失。^[13](6)虽然存在着民法规则,但需要依据民法原则限缩或扩张其适用范围,包括依民法基本原则采取目的性限缩或目的性扩张等法律解释方法,限缩或扩张某民法规则的适用范围。^[12]

如果上述观点是正确的,可取的,那么接下来的问题便是,《民法总则》应当确立哪些民法基本原则呢?

《民法通则》(第4条)确立的等价有偿原则不宜再作为《民法总则》中的基本原则。不难理解,在亲属法、继承法等领域,不宜贯彻等价有偿原则,把等价有偿原则运用于侵权法领域也不太适当。即使在合同法、物权法领域,也有相当多的情形不宜体现等价有偿。

《民法通则》(第4条)及《合同法》(第4条)确立了自愿原则,《民法总则》要不要承继?不少专家学者高倡意思自治原则或私法自治原则,笔者也是如此主张。在这方面,江平老师主张:自愿原则,重在反映当事人内心的意愿,强调的是当事人自己发动订立、变更、终止合同,以及追究相对人的违约责任,至于这种意愿、自己发动受不受限制,受何种限制,并非自愿原则的应有之义。与此不同,意思自治原则或私法自治原则,则不仅在说当事人的意思要发生一定的法律效果,法律应尽可能地按照当事人的效果意思赋予法律效果,而且具有国家、法律给民事主体的行为划定了一定的四至范围之义。《合同法》应当确立这种含义全面的原则,不再沿用《民法通则》奉行的自愿原则。^①笔者赞同江平老师的这种意见,认为《民法总则》改采意思自治原则。

^① 这是江平老师在全国人大常委会法制工作委员会主持的《中华人民共和国合同法(草案)》研讨会上的发言。

在民法基本原则方面,一项重要的任务是明确每项原则的功能和适用范围,以及各项原则之间的衔接与限制,在一定意义上,也可以说至少若干项民法基本原则之间存在着位阶关系。

平等乃民法的基本品格。法律地位平等,既是民事法律关系及其运行的起点,又是其终点。平等原则决定着民法的调整对象及调整方法,决定着民法与行政法、经济法、劳动法的区别。没有法律地位平等,难有民事主体的自由,难有意思自治。在这个意义上说,平等原则是意思自治原则的基础和前提。

意思自治原则绝非至高无上的原则,除了上文的阐释隐隐约约地传达出这个信息外,在它和公序良俗原则之间关系的分析中会得到进一步的证明。实际上,意思自治原则必须和必然受到公序良俗原则的限制,不然,就无法解释为什么会存在着包括合同、遗嘱在内的法律行为无效制度,为什么会存在着情事变更原则,为什么会有瑕疵担保责任,等等。如果说意思自治原则系民事主体实施法律行为的天赋根源,法律应尽可能地按照当事人的效果意思赋予法律效果,那么,公序良俗原则则是确定法律行为效力的最高基准,也是最后的闸门,是国家管控秩序、规范人们行为的尚方宝剑。如果说没有意思自治原则整个社会可能死气沉沉,那么,缺乏公序良俗原则则会纵容人们肆意妄为。

在法律行为的效力方面,这两项基本原则都在发挥作用。意思自治原则在正面作为法律行为有效的条件发挥作用,公序良俗原则在反面制约着法律行为的效力,违反公序良俗原则的法律行为归于无效。例如,瑞士法规定,在对合同违反公序良俗原则是否无效有疑义时,有的部分无效,以使无效以及“该缺陷所带来的必然后果”被限制在必要的最小限度内。^①奥地利法的规定较为笼统,理论上和实务中解释出许许多多的“无效的变种”^②来:既有绝对无效,又有相对无效;既有全部无效,又有部分无效;既有自始无效,又有将来的无效。这些都取决于禁止规范

的目的范围和违反善良风俗的理由。^[14]

如果说公序良俗原则系衡量法律行为有效无效的利器,那么,诚实信用原则基本上不染指法律行为的效力,至少在绝大多数的立法例上是如此,而是着眼于权利行使的控制,以防止权利的不当行使,防止权利的滥用。^[15]“判断行使权利行为是否构成滥用,并不是以是否违反善良风俗为准,而是以是否违反了诚实信用为准”。^[16]通过控制权利的行使,达到衡平当事人各方之间的权利义务关系的结果。

这也表明,意思自治原则同时受制于诚实信用原则。基于法律行为产生的权利之行使,义务之履行,权利义务关系是否平衡,都由诚实信用原则控制。

四、关于民事主体的确立思路

1. 概说

至少多数说认为,如果说犯罪构成统帅着刑法,那么,民事法律关系就贯穿于民法典的始终,整个民法由民事法律关系规范构成。所以,民法典以民事法律关系规范为轴线进行设计,应为科学的选择。

民事法律关系的成立与存续都离不开民事主体,但《民法总则》承认哪些人为民事主体,却见仁见智。例如,《民法通则》规定的个体工商户、农村承包经营户、联营应否被《民法总则》承继下来?这就是个颇有争论的难题。笔者认为,欲有理有据地回答这个问题,恐怕先行确定民事主体的规格是个既有创见性又非常实用的功课。

民事主体,曾被冠以人格或法律人格的称谓。传统民法理论确立法律人格的标准是:法律人格者必有其意思,必有其独立的财产,必能以其财产独立地承担责任。此处所谓意思,是建立在生物学意义之上的,是以自然人思维活动产生的意思为标准而界定的。此处所谓独立的财产,是以享有所有权为标准衡量的,被严格限定

^① BGE 43 II, S. 660, 661f.; Gauch/Schlupe, Obligationenrecht, Rr. 693. 转引自耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社,2009年版,第113页。

^② Krejciim ... Rummel, ABGB, 1. Bd., 2. Auflage, Wien 1990, Rn. 247ff. m. w. N. zu § 879. 转引自耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第113页。

的。^[17]这显然已不符合如今社会生活的实际需要了,需要修正。笔者认为,确立民事主体的标准,或曰能被《民法总则》接受为民事主体的规格应是:(1)能够成为民事主体的“人”,须有自身的独立性;(2)能够成为民事主体的“人”,必须对第三人有益无害;(3)法律确立某团体为民事主体,对内部成员来说应当利多弊少。^[18]至于主体意思问题,不宜一概而论地作为要素对待,而应区分情况分别确定。

2. 自身的独立性

所谓能够成为民事主体的“人”,须有自身的独立性,表现在财产关系方面是其拥有特殊财产。此处所谓特殊财产,对于自然人而言,是其对某财产享有物权、知识产权、股权甚至债权,从而使该财产区别于其他任何人的财产;对于法人而言,是其拥有独立的财产,既独立于法人内部成员的个人财产,也独立于其他主体的财产,还独立于国家的财产,法人对之享有法人所有权或法人财产权,这使法人能够以之独立地承担债务和责任;对于农户而言,是其作为土地承包经营权人、宅基地使用权人享有独立的权利;对于合伙企业而言,是其对某财产以自己的名义享有物权、知识产权、股权甚至债权,从而使该财产区隔于各个合伙人个人的财产,区别于其他主体的财产,区别于国家的财产;对于设立中的法人而言,它介于合伙企业与合伙合同关系之间的状态,不过更接近于合伙企业,其财产区隔于发起人自己的财产,独立于其他主体的财产,独立于国家的财产。

因为合伙合同关系对各个合伙人的约束没有密切到使财产成为共有关系的程度,合伙合同名下没有区隔于各个合伙人自己财产的特殊财产,没有独立于其他主体财产的财产,没有独立于国家财产的财产,所以,合伙合同关系不具备成为一个独立主体的资格。

《民法通则》上的联营,从如今的社会情况观察,分属于法人、合伙企业、合伙合同。既然如此,对“联营”现象的法律调整,莫不如直接运用法人、合伙企业、合伙合同诸项制度更为清晰、简洁,以免对相同或相近的现象却采取了若干不同的法律制度予以调整这种人为制造复杂和“添乱”的弊端。

《民法通则》上的个体工商户,在当下有些已经据其情况而采取了公司形式或合伙态样,但不可否认的事实是,由于设立成本、税收政策、运转灵活度等原因的存在,仍有相当数量的个体工商户依然具有生命力。有鉴于此,《民法总则》继续给它留有一席之地,符合客观实际。

单就农户来说,只要土地承包经营权的主体是户而非农民个人,只要宅基地使用权的主体是户而非农民个人,且截至目前看不出中国法律会废止土地承包经营权和宅基地使用权,那么,农户系民事主体的事实就不容否认。

反对将合伙企业、农户、个体工商户作为各自独立的民事主体的专家学者可能会说:在对外承担责任方面,合伙企业、农户、个体工商户并不是最终的责任承担者,自然人才是最终的民事责任的承担者,在法人为合伙人的合伙企业场合,法人系合伙企业对外负责的最终责任者。既然如此,不把合伙企业、农户、个体工商户作为各自独立的民事主体,不是更符合逻辑,理论更纯粹、更彻底吗?

对此,笔者回应如下:相对于自然人、法人而言,合伙企业、农户、个体工商户与其内部成员的关联确实过于密切了些,否认其法律人格的确说得过去。但是,从利弊分析和权衡的角度看,合伙企业、农户、个体工商户的意思确实不同于其内部成员的个人意思,合伙企业、农户、个体工商户的团体财产的确有别于其内部成员的个人财产,使其能以自己的名义实施法律行为,首先以其团体财产对外履行债务、承担责任,即具有法律人格,更为便利,更有效率,更符合各种不同的需要。

3. 对第三人有益无害

之所以要求能够成为民事主体的“人”,必须对第三人有益无害,是因为假如对自然人、团体赋予民事主体的资格,在他们活动于社会生活之中、活跃于市场经济的舞台之时,屡屡给其他“人”造成损害,就会挫伤其他“人”的积极性,使社会生活窒息,使财产流转受阻,因而这种法律人格的赋予是毫无道理的,由此决定了法律对自然人、团体赋予民事主体的资格不得违背对其他“人”有益无害的原则。

自然人对外活动是以其全部财产作为总担保,因此法律赋予其民事主体的资格不会损害第三人的合法权益。法人的独立财产要注册登记,法人章程可被查询,起到了公示作用,因此只要与之交易的第三人尽到了相当注意,就不会遭受不测之损害。而在合伙企业、农户、个体工商户内部,内部成员的责任非但没有减弱,反而明显加重,实际上是以全部内部成员的全部个人财产作为承担义务及责任的总担保,明显对第三人有利。仅就这点来说,连自然人和法人作为民事主体也逊色不少。既然如此,法律有什么理由不对合伙企业、农户、个体工商户赋予民事主体的资格呢?^[18]

4. 对内部成员利多弊少

法律确立某团体为民事主体,对内部成员来说应当利多弊少,否则,他们就会不愿意组成合伙企业,不愿意享有民事主体的法律地位;组成家庭也只是为了感情、亲情及本能,并非为了成为民事主体,由此导致立法目的落空。

自然人为维护做人的尊严,为满足其生活和生产的需要,必须享有民事主体的资格。在法人的场合,其出资者的个人人格在对外关系上灵光尽逝,法人股东的个人财产已与法人的债务和责任无缘,因此法人成为民事主体不会损害其出资者的合法权益。在一定意义上说,股份有限公司和有限责任公司正是为了避免其出资人倾家荡产才应运而生的。有趣的是,赋予合伙企业、农户、个体工商户以民事主体的法律地位,对其内部成员来说是利弊相伴。这些团体若不被赋予法律人格,就不得以自己的名义活动于社会生活之中,活跃于市场经济的舞台之上,只好借助于代理制度,由个别成员以代理人的身份出现。但这需要其他成员的委托并授权,手续繁杂,贻误良机,不太适合瞬息万变的市場交易。如果赋予这些团体以民事主体的法律地位,就避免了代理制度的迂回曲折,相对而言,比较适应市场供需的变化。这是一利。由于在合伙企业、农户、个体工商户中,内部成员的个人财产与团体的共同财产并未彻底脱离,各个成员对外要承担连带责任,可谓一损俱损,一荣俱荣。这会促使内部成员全力合作,互相信任,经营管理好团体事务,以取得较大利益。这是二利。在合伙企业、农

户、个体工商户中,由于每个成员都要承担无限责任,当团体所负债务的数额巨大时,其内部成员可能不堪重负,甚至倾家荡产。这是一弊。不过,这同时表明合伙企业、农户、个体工商户的清偿能力较强,使得债权人的债权相对而言容易实现,于是能够吸引客户,生意兴隆;还能促使全体成员以高度审慎的注意从事经营管理,取得较佳效益,避免破产。就是说,合伙企业、农户、个体工商户的劣势能够转化为优势。既然承认合伙企业、农户、个体工商户为民事主体对其成员来说利多弊少,那么,法律没有理由固守只有自然人和法人方为民事主体的旧制。^[18]

5. 意思之于民事主体

民事主体从事交易必须成立以意思表示为要素的法律行为,从事代理必有代理意思,无因管理以管理意思为构成要件,占有他人之物要有占有意思,催告等意思通知同样离不开意思,行使权利和履行义务也时常需要意思及其表达,如形成权的行使,在这个意义上,古典制度及理论要求法律人格者必有其意思,确有道理。但是,应当看到,并非所有的民事主体都从事交易,可以并且能够从事交易的民事主体也未必时时处处都实施法律行为,诸如依法定继承制度继承遗产、无行为能力人纯获利益等都不需要意思发挥作用。换个角度说,在自然人充任民事主体的场合,不宜一律要求必有其意思,因为无行为能力的自然人难谓其有意思,但他(她)却是真正的民事主体。有鉴于此,对于自然人赋予民事主体的资格不必要求意思这个元素。赋予法人以民事主体资格,在意思方面,是法律将符合一定条件、规格的自然人的意思视为法人的意思。这种意思的核心部分凝聚于法人章程,体现在法人机关从事法人事务的活动时所表现出来的意思。至于合伙企业、农户、个体工商户,的确不具备这样的法人意思,但具有区别于内部成员个人意思、不同于其他民事主体的意思的团体意思。这种团体意思通过合伙企业的负责人、农户或个体工商户的户主在从事合伙企业、农户、个体工商户的业务过程中表现出来;也可以从其成员从事合伙企业、农户、个体工商户的业务过程中表现出来。

五、关于法律行为的完善

1. 意思表示规则

意思表示系法律行为的核心甚至是唯一的组成元素，可《民法通则》对此却一笔带过，极不适应实务的需要。

意思表示的构成元素有多少，直接决定着某些案件的结果。如果沿用中国民法学关于意思表示构成元素的通说，则意思表示仅有效果意思和表示行为组成。在表意人欠缺效果意思的情况下，法律行为便不成立，法律行为项下的权利义务就无从谈起。与此不同，如果借鉴德国民法关于意思表示由行为意思、表示意识、效果意思和表示行为构成的学说，则欠缺效果意思不影响法律行为的成立，外部的表示与内心的意思不一致时乃意思表示错误的问题。^[19] 而因错误而成立的法律行为是有效的，除非错误者享有并行使撤销权。再者，意思表示的构成如何，也直接影响到法律行为的解释。

2. 虚伪表示与隐匿行为的规则

中国现行法上的以合法形式掩盖非法目的仅仅是一种法律行为无效的原因，无法取代虚伪表示与隐匿行为的类型。有鉴于此，《民法总则》应当新设虚伪表示与隐匿行为制度。虚伪表示固然无效，但隐匿行为于其符合法律行为的有效要件时应当有效。

鉴于迄今为止有些判决误解了虚伪表示，将正常的交易误认为虚伪表示，从而判决其无效，《民法总则》应当明确虚伪表示的构成要件，以免不当扩张虚伪表示制度的适用范围，干扰法律行为制度的作用发挥。例如，在股权转让的交易中，当事人虽然确有通过受让股权以达管控目标公司并进而开展房地产项目的动机，但是当事人双方确有转让股权的效果意思，且已经实际履行了合同，这应属真实的股权交易，于此场合仍将股权转让合同作为虚伪表示，称转让股权是假，取得目标公司名下的国有建设用地使用权是真，或曰名为股权转让实为国有建设用地使用权，就大错特错了。

《民法总则》还应当区分单独虚伪表示和通谋虚伪表示的类型，并规定各自的法律效果。

3. 处分权与法律行为的成立与效力

在根本没有标的物、虚拟标的物场合签订所谓标的物的买卖合同，相当一些合同并无实质的意思表示一致。未成合意，何谈不支持关于合同无效的请求？在罗马法上，对于不能给付的物品不产生任何债。^[20] 尽管已就买卖标的达成了协议，但是如果在出售前标的灭失了，那么，买卖不成立。^[21] 在英国，如果当事人双方均误认为合同标的的存在，但事实上在合同订立时该标的并不存在，就视为合同不存在。根据1979年《货物买卖法》第6条的规定，在以特定物为标的的买卖合同中，如果货物在缔约前已经毁损，而卖方在不知情时缔约，则不产生有效的合同。^[22] 已有若干判例认定此类合同因共同错误而无效。^① 即使在中国，最高人民法院自己也承认合同不可缺乏标的。例如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称法释〔2009〕5号）第1条第1款前段规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。”此处所谓的标的，按照中国既有的学说，在买卖合同等场合就是标的物，在服务合同场合是指给付；依据目前中国民法多数说，虽然一概指给付，但在买卖合同、转让权利合同中只有存在标的物才有本来意义上的给付（没有标的物时只有民事责任关系中的另外形态的给付，如支付违约金或承担损害赔偿责任等）。由此可知，在根本不存在标的物、虚拟标的物的情况下，依据法释〔2009〕5号第1条第1款前段的规定，合同不会成立，更谈不上有效以及违约责任。法释〔2009〕5号第15条、《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称法释〔2012〕8号）第3条的规定及其（最高人民法院某些法官的）解读，显然与法释〔2009〕5号第1条第1款前段的规定相冲突，并且很不应该。^[23]

4. 错误规则

当事人对于标的、数量、质量、履行期、履行地甚至当事人认识错误，中国现行法按照重大

^① Couturier v. Hastie (1856), 5 H. L. C. 673. 转引自杨栢：《英美契约法论》（第4版），北京大学出版社2007年版，第204-205页。

误解进行设计。但境外的立法例及其学说则设置了错误制度。鉴于错误制度更为准确和全面地反映并规制了当事人对于上述因素认识错误的现象,《民法总则》应采纳错误制度,放弃重大误解制度。

在这里,需要明确动机错误是否影响法律行为的效力。中国现行法对于动机是否为法律行为的内容,动机对于法律行为效力的影响未作表态,但实务中动机错误却时常出现,《民法总则》不可再回避了,应当设置规则。笔者赞同这样的方案:在当事人已经将其动机表达出来,作为法律行为的内容的情况下,动机错误应当影响法律行为的效力^[24];即使当事人没有表达其动机,但有确凿证据证明动机系法律行为成立的基础时,动机错误也影响法律行为的效力^①;当事人的资格或物的性质,若交易上认为是重要的,其错误,视为意思表示内容的错误,允许有权人撤销^②。

对于因错误而成立的法律行为,假如法律不分青红皂白地一律允许错误的表意人撤销法律行为,这就过分地剥夺了无辜当事人的信赖利益乃至期待利益,有害交易安全,过于偏袒错误的一方,肯定不可取。与此相反,中国台湾民法最大限度地维护了法律行为的效力,严格限制错误表意人的撤销权,只承认错误者对此无过失时才赋予撤销权。^③这固然符合理性主义、合同神圣原则、鼓励交易原则,但同时也使因错误而成立的法律行为被撤销的可能性大大降低,使得某些仅具轻微过失的错误表意人承受了较大甚至巨大的不利后果。中国大陆现行民法允许重大误解者变更或撤销法律行为(《民法通则》第59条第1款第1项,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第71条),限制了错误表意人的变更权、撤销权,但没有明确地剥夺故意、重大过失的表意人的变更权、撤销权。虽然可以通过裁判者援用诚实信用原则来限制故意、重大过失的表意人撤销

法律行为,来达到是非分明、利益衡平的目的,但不可否认的是,并非每位裁判者都具有这样的法律造诣。有鉴于此,《民法总则》对于因错误而成立的法律行为,宜采这样的方案:只允许无过失、一般过失的错误表意人变更或撤销在交易上认为重要的法律行为。

5. 附条件法律行为

《合同法》第45条规定的附条件,就其文义观察似乎仅指整个合同的效力附条件。其实,在实务中,整个法律行为附条件固然存在,但大量的情形却是整个法律行为已经生效了,所附条件仅仅限制着某个义务或某几项义务的履行,换言之,某个义务或某几项义务的履行附条件,也可以说是法律行为的条款附条件。

区分这两种类型的附条件具有意义:(1)在法律行为附条件的场合,在所附条件为停止条件且尚未成就的情况下,整个法律行为项下的义务均未届期,债务人就法律行为项下的义务都完全能够对抗债权人的履行请求。在某个义务或某几项义务的履行附条件,或曰法律行为的条款附条件的情况下,则是除附停止条件的某个义务或某几项义务以外,法律行为项下的其他义务应当是已经届期,债权人可以就这些义务请求债务人清偿。(2)在法律行为附条件的场合,在所附条件为停止条件且尚未成就的情况下,债务人撕毁法律行为,按照通说是债权人基于期待权请求债务人承担责任。与此不同,在某个义务或某几项义务的履行附条件的情况下,债务人撕毁法律行为,债权人有权请求债务人承担债务不履行的责任。

既然如此,《民法总则》应当同时承认法律行为附条件与法律行为的条款附条件。

附带指出,《合同法》第45条使用“附生效条件”的术语,难以与《合同法》第44条第2款以及其他单行法规定的“特别生效条件”相区别,不如恢复传统民法理论所用“附停止条件”

① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第567页;Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998: 262; Karl Larenz, Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts. München. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997: 710. 转引自纪海龙:“意思表示错误制度的比较研究”,清华大学法学院法学硕士学位论文(2002),第37页。

② 中国台湾“民法”第88条第2项;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社,2009年版,第352页。

③ 中国台湾“民法”第88条第1项但书;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第360页。

的概念。

换个视角观察法律行为所附条件,有所谓随意条件,即当事人一方的意思可决定其成就与否的条件。随意条件尚可分为纯粹随意条件与非纯粹随意条件。前者是指条件成就与否纯由当事人决定,别无其他因素。例如,此车赠与你,我想使用时可以随时取回。这属于条件成就与否纯由债务人乙方的意思决定的例证。再如,此车赠与你,你不使用时还给我。这属于条件成就与否由债权人一方的意思决定的情形。所谓非纯粹随意条件,是指条件成就与否,除了本于当事人的意思外,尚须有某种积极事实。实务中常见的例证是附条件买卖。^[25]

鉴于实务中不止一次地出现附随意条件的法律行为的案件,而法律人对其法律效力如何看法不一,《民法总则》有必要贯彻如下精神,以便有法可依:(1)法律行为附非纯粹随意条件的,应当有效。(2)法律行为若附纯粹随意条件,其条件系于债权人一方意思的,不论为停止条件,还是为解除条件,均属有效。法律行为若附纯粹随意条件,其条件系于债务人一方意思的,若为解除条件,则法律行为有效;若为停止条件,则法律行为无效。^[26]

6. 新型交易形式规则

随着网络交易平台的应用,电子缔约应运而生,规模巨大,且日益普遍化,因此,《民法总则》对此予以规制义不容辞。

7. 准法律行为规则

迟延履行等场合的催告,债权让与等场合的通知,诸如此类的准法律行为所需要的成立要件和法律效果,它们是否准用及何时准用法律关于法律行为的规定,《民法总则》对此作出正面规定肯定好于熟视无睹。

8. 法律行为的称谓

《民法总则》要求法律行为必须合法,否则只能冠以“民事行为”的头衔,这带来了一些不便:比如,合法的合同叫作“合同”,不法的合同称为什么呢?叫“协议”?其实,人们日常习惯将合法的、不法的协议、合同都称为“合同”或“协议”,不习惯于将合法的叫“合同”,将不法的命名为“协议”。遗嘱的情况也是如此,不必细说。有鉴于此,《民法总则》不如依然沿用

传统民法的用语习惯,将意思表示为要素的行为都叫法律行为,在法律行为的内部再进一步区分合法的、不法的,并分别赋予不同的法律效果,可能是较好的选择。

《民法通则》使用民事法律行为的概念,可能是为了区别其他部门法中的法律行为,为了作为法哲学上的法律行为概念的下位概念,其实,民法上的法律行为重在强调以意思表示为构成要素,按照效果意思赋予法律效果,这非常不同于法哲学上的所谓法律行为,不同于其他部门法上的所谓法律行为。有鉴于此,《民法总则》使用法律行为概念,不必加上“民事”一词的限定,完全可行。

六、关于代理规则及其理论的改进

1. 自己代理与双方代理

《民法通则》未设自己代理与双方代理的规则,无法满足实际生活的需要。在实务中,自己代理、双方代理的实例并不鲜见,中国现行法欠缺调整规则,加剧了裁判标准不统一的结果。为了改变这种局面,《民法总则》应当设置自己代理、双方代理的规则,就其成立要件和法律效果作出明确的规定。

2. 代理的效果形式广于民事责任

《民法通则》在代理制度里的数个条文将民事责任概念的外延扩大化,同时导致了民事责任概念内涵的变化。例如,《民法通则》第63条第2款规定:“代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为,承担民事责任。”此处所谓民事责任,就其字面观察,应当包括代理行为所产生的民事权利、民事义务和一般意义的民事责任,但这种解释符合《民法通则》第63条第2款的字面含义,但不符合民事责任的通说,混淆了民事权利、民事义务和民事责任的区分,打乱了它们的分工,摧毁了各自的构成,破坏了它们之间的衔接和配合,代价十分昂贵。权衡利弊,不如采取另外的解释路径,即把《民法通则》第63条第2款的规定看成举重明轻,不如采取举重明轻的解释方法:对代理行为引发的法律后果,连支付违约金、损害赔偿等民事责任都由被代理人承担,

何况民事权利、民事义务?这样,既保持了民事责任的传统含义,区分了民事权利、民事义务和民事责任,又厘清了该条的含义,使民事责任限缩到固有的内涵和外延,也符合《民法通则》的立法本意,何乐而不为!^[27]《民法通则》第65条第3款、第66条第1款、第68条的表述都存在同样的问题,不再一一辨析和解释。以上所述乃解释论,曲曲弯弯,不见得获得众人的赞同,不如在《民法总则》中坚守民事责任的固有含义,将上述场合所用“民事责任”改为“法律效果”或“法律后果”,问题便迎刃而解。

3. 隐名代理

《民法通则》固守了代理乃三方法律关系的总和这种法律结构,不但实质上如此,在形式上亦然,即代理的文本上一定要出现被代理人、代理人和相对人这三个行为人。与此有别,《合同法》第402条、第403条设置的外贸代理(间接代理、隐名代理的一种)在法律文件上却只出现二人,即相对人和外贸代理人,在外观上是外贸代理人为合同项下权利义务的承受者。鉴于间接代理(隐名代理)被较为普遍地运用,不少专家学者力倡它应被允许运用于国内交易,《民法总则》应当正视间接代理(隐名代理)这种类型,对其构成、效果和适用领域作出较为具体、详细的规定。

4. 表见代理的构成要件

《民法通则》基本上忽视了表见代理,《合同法》则予以了规定,把“无权代理”、“相对人有理由相信行为人有代理权”作为构成要件。观其字面含义,在相对人方面,只要其善意即可构成表见代理,至于其一般过失的有无,则在所不问。这一方面有利于交易安全的贯彻和落实,另一方面也在一定程度上尊重了被代理人处分其权益的意志,加上被代理人可在另一法律关系中请求无权代理人承担相应的责任,各方当事人之间的利益关系基本上是衡平的。可是,《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称法发

[2009]40号)第13条前段却说:“合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象,而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。”在笔者看来,法发[2009]40号第13条前段将《合同法》第49条所谓“相对人有理由相信行为人有代理权”解释为“相对人善意且无过失”,不符合文义解释、目的解释的原则。

当然,如果《合同法》第49条关于“相对人有理由相信行为人有代理权”的要求弊端累累,所设计的被代理人、无权代理人、相对人之间的利益关系明显失衡,所有这些都亟待修正,那么,法发[2009]40号第13条前段的解释,也值得赞同。但问题是,这种解释几乎使相对人主张表见代理难获支持,因为他很难举证成功自己无过失。也就是说,法发[2009]40号第13条前段的解释在一定程度上忽视了交易安全,将被代理人处理其事务的意愿放在了很高的位置,也使得被代理人无法追究无权代理人擅自“代理”所致损害的赔偿责任。有鉴于此,《民法总则》设置表见代理制度,在其构成要件方面,应当要求相对人善意,不宜强求其无过错。

5. 表见代理场合可否适用狭义无权代理制度?

接下来的问题是,在表见代理成立的场合,是必须发生表见代理的法律效果,还是允许相对人有权援用狭义无权代理制度,存在着争论,表见代理优先说坚持前者,选择说赞同后者。^①笔者采纳选择说,道理如下:首先有必要明确,表见代理制度重在限制被代理人以“代理人”没有代理权却否认代理效果的权利,落实交易安全原则;并不在将无权代理人所为行为的后果“强加”给相对人。如果只允许相对人主张表见代理,不得援用狭义无权代理的规定,就意味着法律将无权代理人所为行为的后果“强加”给相对人了。特别是,如果只允许相对人主张表见代

^① 参见崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林:《民法总论》(第2版),耿林执笔,清华大学出版社2013年版,第239页。境外在这方面的学说见[德]Karl Larenz und Manfred Wolf. aaO., S. 897-898; [日]山本敬三:《民法讲义I·总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第356页。转引自崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林:《民法总论》(第2版),耿林执笔,清华大学出版社2013年版,第239页。

理,不得援用狭义的无权代理的规定,在相对人不需要代理行为所生法律效果的情况下,对无辜的相对人并不利;同时也不符合被代理人处理自己事务的意思。如果允许相对人有权在表见代理、狭义的无权代理的规定中选择援用,对无辜的相对人较为有利。于此场合,有个权衡的问题,即,在狭义的无权代理场合,相对人本来应当知晓甚至明知所谓代理人并无代理权,法律还赋权相对人撤销权(《合同法》第48条第1款),在表见代理的情况下,相对人为善意甚至连一般过失都不存在,反倒剥夺其撤销权,显然有失权衡。按照举重以明轻的方法,应当允许相对人在狭义的无权代理与表见代理中选择法律适用。尤其在相对人援用狭义的无权代理的规定场合,还尊重了被代理人处理自己事务的意志,在几个方面都贯彻了意思自治原则。既然如此,《民法总则》宜采允许相对人有权选择狭义的无权代理制度的适用这种方案。

6. 不得将越权行为类比于无权代理及表见代理

近来有些专家学者将《合同法》第50条规定的越权行为类比于狭义的无权代理及表见代理,按照狭义的无权代理及表见代理的构成和法律效果来解释越权行为。例如,把越权行为制度中的法人比作狭义的无权代理、表见代理制度中的被代理人,将越权行为制度中的法定代表人比作狭义的无权代理、表见代理制度中的无权代理人,将越权行为制度中的“法定代表人超越权限”等同于狭义的无权代理、表见代理制度中的“无代理权”,把越权行为制度中的“相对人不知道、也不应当知道法定代表人超越权限”与表见代理制度中的“相对人有理由相信行为人有代理权”混为一谈,进而在法律后果方面也彼此彼此。这极易误导读者、听众乃至裁判者,造成负面的结果。为了避免这种负面结果,《民法总则》有必要清晰地分别设计狭义的无权代理制度、表见代理制度与越权行为制度,就其构成要件和法律效果作出明确的规定。

其实,越权行为制度与狭义的无权代理制度及表见代理制度的机理、构成和法律效果差异很大,不可盲目类比和进行法律适用。对此辨析如下:

(1) 越权行为,系法定代表人履行职务的行为,是法人的行为,而非法定代表人个人的行为。无论相对人是否知道或者应当知道法定代表人超越权限的事实,都改变不了这个事实和结论。

与此不同,狭义的无权代理行为,乃无权代理人实施的法律行为,由无权代理人的意思表示构成,系无权代理人个人的行为,而非由被代理人的意思表示组成,亦非被代理人的行为。如此,考察和确定狭义的无权代理行为这个法律行为成立与否、有效与否,都是首先着眼于无权代理人的情形,如无权代理人有无行为能力、意思表示真实与否,而非被代理人有无行为能力,影响着无权代理行为、表见代理行为的效力,至于被代理人的意思表示以及真实与否,并非该法律行为的构成因素。只是在确定是否由被代理人承受狭义的无权代理行为所产生的法律后果时,才考虑被代理人是否“同意”、“追认”此类意思。在被代理人拒绝追认无权代理的情况下,狭义的无权代理行为有效与否完全取决于无权代理人的情形。例如,在无权代理人具有完全行为能力、意思表示真实、具有实施无权代理行为的资格等情况下,无权代理人作为当事人一方,狭义的无权代理行为有效。

表见代理制度没有改变狭义的无权代理场合的上述事实,相对于狭义的无权代理的效果而言,只是取消了被代理人不予追认无权代理的权利,也不再需要相对人催告被代理人追认无权代理这个环节。在表见代理行为的构成、有效与否的判断等方面都适合上述分析和结论。

(2) 在越权行为的场合,越权行为的法律后果一律(或曰总是)由法人承受,而不是由法定代表人承担,即使相对人知道或者应当知道法定代表人超越其权限,也是如此。只不过在相对人知道或者应当知道法定代表人超越其权限的场合,法人可以不承认越权行为的法律效力,即不按照越权行为中的效果意思赋予法律效果,而发生无效法律行为的后果。在越权行为系合同的场合,适用《合同法》第58条关于合同无效、被撤销时产生返还财产或折价补偿、缔约过失的损害赔偿的规定。在相对人不知道也不应当知道法定代表人超越其权限的情况下,越权行为确定地

有效,法人有义务履行越权行为项下的债务,以及承担债务不履行的责任,而非法定代表人个人履行这些债务或承担相应的民事责任。一句话,在越权行为的情况下,在与相对人的关系方面,法定代表人不是一方当事人,法人才是一方当事人。

与此不同,在狭义的无权代理的场合,被代理人不予追认无权代理行为时,狭义无权代理行为的后果由无权代理人承担,而非由被代理人承受。于此场合,在与相对人的关系方面,被代理人不是当事人一方,无权代理人才是当事人一方。这是它与越权行为非常不同的表现。

在表见代理的情况下,取消了被代理人不予追认无权代理的权限,即被代理人必须承受表见代理行为项下的权利义务,换个角度说,在与相对人的关系方面,被代理人是当事人一方,无权代理人则否。仅就这点说来,表见代理制度与越权行为制度类似。但是,它们仍有不同,这除了上文“(1)”中的分析及其结论外,还将在下文“(3)”中剖析。

(3)在越权行为制度中,法律没有赋权相对人催告、撤销越权行为的权限,即相对人只要不知道也不应当知道法定代表人超越权限,就得承受越权行为项下的法律后果;而在狭义无权代理制度中,《合同法》恰恰规定了相对人的催告权和撤销权(第48条第2款)。在表见代理制度中,中国现行法没有就相对人能否援用法律关于狭义无权代理的规定表态,但笔者力主相对人有权援用法律关于狭义无权代理的规定。这也显现出狭义无权代理制度、表见代理制度不同于越权行为制度。

七、关于时间效力制度的设想

1. 概说

时间在民法上具有重要意义,表现在方方面面,如它决定民事主体的民事权利能力和民事行为能力^[28],决定某些事实的推定,决定法律关系由不确定到确定,决定权利的取得、存续和丧失,制约着权利的行使和义务的履行,决定着法律行为的存续,等等。^[29]其中,期间制度、期日制度、除斥期间制度、权利失效制度完全符合通

过提取公因式而形成的具有裁判依据功能的民法规范这个要求,诉讼时效制度从其适用于请求权的场合这个意义上讲,也未局限于债权请求权这个单一的领域,而是可以延伸到某些物上请求权、知识产权请求权,所以,也可以说它符合民法规范进入民法总则的规格标准。此次制定《民法总则》应当设置诉讼时效、除斥期间、权利失效、期间、期日诸项制度。

2. 权利失效

所谓权利失效,也叫权利失效期间(制度),包括两种类型:一种是现行法已经明确规定的民事权利在一定期间届满时未行使便归于消灭的权利失效期间,《民法通则》第137条中段规定的20年保护权利的期间,《海商法》第265条前段规定的保护有关船舶发生油污损害所生请求权的6年期间,《担保法》第25条、第26条等规定的保证期间,及《合同法》第157条、第158条规定的质量异议期间,为其典型。对于另一种权利失效,现行法尚无明文规定,但权利人在相当期间内不行使权利,依特别情事足以使义务人信任权利人不欲使其履行义务时,则基于诚实信用原则不得再为主张。^[30]此处所谓相当期间,即为权利失效。

《民法总则》应当增设权利失效制度,一方面统帅中国大陆现行法上的保证期间、质量异议期间等诉讼时效期间、除斥期间以外的期间,另一方面为符合诚实信用原则的要求,对于长期不行使物权、知识产权、请求确认合同无效之权等权利的不再积极保护,以适当保护义务人在这方面的信赖。

法无明文而个案情形确实需要适用权利失效,才符合诚实信用原则的要求,已有发生。例如,某学校建造教学楼时占用了某机关的部分建设用地,该机关一直没有行使其物权,待该学校建成该教学楼并投入使用时,该机关才主张排除妨害、恢复原状。若支持此类请求,拆除该教学楼的相应部分,不但财产损失巨大,还导致学生无处上课。于此场合,承认权利失效制度,才符合诚实信用原则的要求。当然,若该学校恶意占用该建设用地的,则不得依据权利失效制度处理此案。这也是诚实信用原则的题中应有之义。再有,中国现行法没有规定当事人请求确认合同无

效的期间,合同履行完毕多年,其结果已经形成了固定的法律秩序,仍然允许当事人请求确认合同无效,裁判机关予以支持,会破坏该法律秩序,得不偿失。不动产交易的情形尤其如此。为了改变这种状况,法律应当尽快规定请求确认合同无效的期间。在目前,宜承认权利失效制度以解决这个问题。

毋庸讳言,权利原得自由行使,义务本应适时履行,故权利失效是一种例外的限制权利及其行使的制度,适用之际,宜特别慎重,在现行法没有明文规定具体的权利失效的场合,尤其如此。就要件言,必须有权利在相当期间内不行使的事实,并有特殊情况,足以使义务人正当信任权利人已不再主张其权利,权利若再行使反倒违背诚实信用原则。在作此项判断时,必须斟酌权利的性质、法律行为的种类、当事人之间的关系、经济社会状态,及其他主客观因素综合考量,予以决定。^[31]有学者则总结为,权利失效期间的构成要有时间要素、信赖要素和状况要素。^[32]

权利失效构成的第一个要件是,须有权利在相当期间内不行使的事实。此处所谓权利,包括物权、债权、人格权、知识产权等民事权利。“对于一切权利,无论请求权、形成权、抗辩权,均有适用之余地。”^①所谓权利不行使,是指权利人在客观上没有向义务人主张权利。例如,商标专用权人未行使权利,而其他未登记的商标已经长期流通,因信赖关系成立一种具有价值的占有状态时,商标专用权人不得对之提出异议。^②此处所谓相当期间,为一弹性概念,需要基于个案情形依据诚实信用原则加以确定。

权利失效构成的第二个要件是,足以使义务人正当相信权利人已不再主张其权利。一般来说,权利人长期不行使其权利,极有可能使义务人相信权利人不再行使其权利。在权利人明知或因重大过失不知义务人侵害了其权利的情况下,尤其如此。对此,试举一例,加以说明。被告砌墙时无意中占用了邻居B的土地,23年后,该

邻居B提起诉讼,要求恢复原状,即拆除该墙,而非损害赔偿。比利时最高法院驳回了原告的诉讼请求,理由为:鉴于这种情形已经存在23年,以及这种损害的有限性,鉴于这种损害与拆墙后将造成的对被告的损害不相称,初审法院认为,拆墙的主张明显超出了一个谨慎细心的人实现其权利的要求。因而,在这种情况下,不得恢复原状,而应对这块狭窄的土地按比例补偿已经造成的损失。^[33]诚哉斯言!土地所有权人(原告)长达23年没有行使物权请求权,足以使侵占者(被告)相信该所有权人不再主张排除妨害、恢复原状。所以,当土地所有权人(原告)主张恢复原状时,法院不予支持。

关于权利失效制度的法律效果,在保证期间、质量异议期间届满,权利本体消灭;在法无明文的个案情况下,裁判机关基于特殊情形,依据诚实信用原则,确定要运用权利失效期间制度,是否也消灭权利本体?有的持赞同态度;有的认为仅仅发生义务人抗辩,理由是该项制度系禁止权利不当行使的一种特别形态,仅仅赋予其发生抗辩的效力,较为妥适;^[34]在物权、知识产权、人身权的场合,可不消灭权利本体,只消灭请求权。

3. 除斥期间制度

在除斥期间制度方面,《民法总则》至少在如下方面予以明确:(1)区分法定除斥期间与约定除斥期间,以便在约定的除斥期间不明确或过长时,可依据诚实信用原则等加以限制。例如,依据《合同法》第95条,法律没有明确解除权行使的期限,当事人也未事先约定的,解除权人在相当长的时期内没有行使解除权的意向和表露,在客观上已使相对人信赖解除权不会行使,从而以该合同项下的权利义务为基础又从事了新的交易。在这种背景下,法律再认可解除权的行使,会给相对人造成不小的损害,甚至影响到善意的第三人。有鉴于此,《民法总则》赋权裁判者依据诚实信用原则限制此类解除权的行使,甚

^① 德国通说,参见 Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, 1960, S.1932f; Esser, Schuldrecht I. 1969, S.31f; Larenz, Allgemeiner Teil, S.245f; Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 1966, S.100, 346; 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第157页。

^② RG134, 38; BGHZ 21, 66; 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),第160页。

至运用权利失效期间制度认定解除权业已消灭。(2) 将除斥期间的客体限于形成权,以界分除斥期间与诉讼时效、权利失效等项制度。(3) 设有一总括的形成权消灭的期间,以备在具体的形成权欠缺明确期间时(如《合同法》对解除权未设行使期间)适用该总括的期间规定。(4) 在某些情况下,有必要把解除权及其行使与违约责任两者受时间限制的问题联系起来加以考察。在法律、当事人双方均未规定解除权的除斥期间、当事人也未催告的情况下,若认定无论经过了多长时间解除权都可以行使,在给付的返还、违约责任等却已经罹于时效的情况下,就会形成如下局面:守约方一方面行使解除权将合同解除,另一方面请求违约方返还给付、承担违约责任时遭到时效完成的抗辩,致使解除的预期效果落空。换言之,“解除权原本是债务不履行的效果之一,所以,在原债务因时效而消灭时还剩下一个解除权,颇显滑稽”。^[35]为了改变这种局面,令解除权的行使或存续受制于返还给付、违约责任的时效期间,即,在返还给付、违约责任已经罹于时效的情况下,解除权归于消灭或不得行使。^①《民法总则》应当将这种思想规则化,设立明文。当然,《民法总则》同时要注意,诉讼时效的完成只是债务人可以对抗债权人的请求,给付返还、违约责任的主体并不消灭,如果解除权也受制于诉讼时效,解除权是归于消灭,还是继续存在但不得行使?不好回答。此其一。债务人明知诉讼时效已经完成,却不行使时效完成的抗辩权,甚至主动地履行其债务或承担损害赔偿责任,于此场合,债权人一方面接受债务人的给付及承担的责任,另一方面解除合同,使自己不再受该合同的束缚,放手开展新的交易,仍然具有积极的意义。可是,按照返还给付、违约责任已经罹于时效时解除权消灭或不得行使的模式,则达不到这种目的。此其二。^[36]

4. 诉讼时效制度

关于诉讼时效制度,《民法通则》的有些规定不尽合理,《民法总则》应当予以完善。

(1) 在诉讼时效的客体方面:

1) 需要注意,《物权法》第36条规定的恢复原状,在法律性质上属于损害赔偿,而非物权请求权,应当作为诉讼时效的客体。^②排除妨害请求权、消除危险请求权不宜适用诉讼时效制度。至于物的返还请求权是否适用诉讼时效的规定,在法律不承认取得时效制度的背景下,应作否定的回答。因为当物被他人无权占有,物权人未请求返还超过诉讼时效期间,便视为诉讼时效完成,无权占有人可以对抗物权人的返还请求权,可以继续占有本属于物权人的物,形成物权人空有物权之名而无物权之实,占有人拥有物权之实却无物权之名的不正常局面,社会秩序处于不稳定的状态。这不应为善法所允许。此其一。在法律同时承认取得时效和诉讼时效的背景下,可以借鉴德国民法关于登记物权所生物的返还请求权不适用消灭时效制度、不登记物权所生物的返还请求权适用消灭时效制度的模式。^③不过,有学说和司法解释坚持,即使中国大陆现行法未设取得时效制度,也承认不登记物权场合的返还请求权适用诉讼时效的规定。此其二。

2) 人身权请求权包括人格权请求权和身份权请求权。人格权请求权,是基于人格权而生的请求权,具体表现为停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、恢复名誉请求权、消除影响请求权。至于侵害人格权而产生的损害赔偿,属于侵权责任,也不具有使人格权回复到原来状态的功能,不属于人格权请求权的范畴。人格权请求权,为人格权的有机构成因素,是人格权的效力,与人格权密不可分,可由人格权本体不断地滋生,其行使能使人格权回复到原有状

① 这是清华大学法学院教授王洪亮博士向笔者介绍的德国民法的思路,谨表谢意。

② 详细分析,见崔建远:《土地上的权利群研究》,法律出版社2004年版,第373页以下。

③ 详细分析,见崔建远:“绝对权请求权抑或侵权责任方式”,载《法学》2002年第11期;崔建远:《土地上的权利群研究》,法律出版社2004年版,第411页以下;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第122页以下。

态,应成为人格权的请求权。^①它们不应适用诉讼时效制度,其道理如同物权请求权中的停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权不应作为诉讼时效的客体一样。

身份权本身不因时效而消灭。基于身份关系而发生的请求权,表现为生父母对养子女的返还请求权,亲属间扶养、赡养、抚养的请求权,离婚后抚养的请求权等。对于此类请求权,有的学者主张不适用诉讼时效的规定,有的学者认为纯粹身份关系的请求权不适用诉讼时效的规定,但以财产利益为目的的请求权,如赡养费请求权、抚养费请求权等,与一般请求权并无不同,应作为诉讼时效的客体,适用诉讼时效的规定。^[37]通说认为身份权请求权以不适用诉讼时效的规定为宜。

3) 共有物分割请求权,并非请求权,即不是某个共有人或某些共有人请求其他共有人对共有物实施分割行为的权利,而是形成权。^②需要注意,共有人成立不动产协议分割合同之后,其分得部分所有权的移转请求权,系请求履行协议分割合同的权利,具有债权请求权的性质,应当适用诉讼时效的规定。^③这些观点确有道理,值得赞同。

4) 买卖物、承揽物等存在瑕疵,买受人或定作人等享有请求出卖人或承揽人等减少价款或酬金的权利。此类减价权,亦非请求权,而是形成权^④,不应适用诉讼时效的规定。

5) 基于不动产相邻关系的请求权,如停止侵害请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权,系维持相邻关系所不可或缺的权利,与相邻关系形影相随,不应适用诉讼时效的规定。至于基于相邻关系而产生的损害赔偿,如相邻一方通行于另一方的不动产时损害了秧苗,因而成立的损害赔偿请求权,为债权请求权,则可以脱离相邻关系而独立存在,适用诉讼时效的规定不会影

响相邻关系准则。

(2) 在诉讼时效期间的起算方面:

《民法通则》第137条前段关于“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”的规定,确立了诉讼时效期间起算的两项要素:一是客观的,即权利受到侵害;二是主观的,即权利人知道或应当知道其权利受到侵害。当然,对权利人应当知道其权利受到侵害的判断,宜采客观标准,即一个理性人在此情况下能够知道其权利受到侵害,就认定权利人应当知道其权利受到侵害。必须声明,这是先进的,应予坚持。但是它较为概括,因法律关系及请求权的情形不尽相同,在个案中,诉讼时效期间的起算点也有差异,需要具体规定:A. 履行期限明确的债权请求权,其诉讼时效期间的起算点为该期限届满的次日。B. 无履行期限的债权请求权,依照《合同法》第61条、第62条的规定,可以确定履行期限的,诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算;不能确定履行期限的,诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算,但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的,诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算[《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》(以下简称法释[2008]11号)第6条]。C. 同一债务被确定为分期履行的,如分期付款买卖场合的付款债务、借款合同场合的利息债务等,诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算(法释[2008]11号第5条)。准确地说,诉讼时效期间应自届满之日的次日起算。D. 附条件的债权请求权,该条件成就仅仅使法律行为生效,但债务履行期尚未届至的,诉讼时效期间不开始起算,只有待债务履行期届满时债务人仍未履行债务的,诉讼时效期间自次日开始

^① 关于人格权请求权的详细阐释,见崔建远:《债法总则与中国民法典的制定——兼论赔礼道歉、恢复名誉、消除影响的定位》,载《清华大学学报》(哲学社会科学版)2003年第4期。

^② 参见中华民国最高法院1940年上字第1529号判例;王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第498页。

^③ 中国台湾最高法院1978年台上字第2647号判例;王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第498页。

^④ 参见中国台湾最高法院1982年台上字第2996号判例;王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第496页。

起算；该条件成就时不仅使法律行为开始生效，而且债务的履行期也已经届满的，诉讼时效期间自该条件成就的次日开始起算；该条件成就时，法律行为开始生效且履行期也届至，但未届满的，诉讼时效期间则非自条件成就时起算，而是自履行期届满的次日起算。E. 附期限的债权请求权，该期限的届至仅仅使法律行为生效，但债务履行期尚未届至的，诉讼时效期间不开始起算，只有待债务履行期届满时债务人仍未履行债务的，诉讼时效期间自次日开始起算；该期限届至时不仅法律行为开始生效，而且债务履行期届满的，诉讼时效期间自该期限届至的次日开始起算；该期限届至时，法律行为开始生效且债务履行期也届至，但未届满的，诉讼时效期间则非自该期限届至时起算，而是自债务的履行期届满的次日起算。F. 不登记物权场合的物的返还请求权，有学说和司法解释认为适用诉讼时效的规定。若采纳这种意见，则物的返还请求权的诉讼时效期间的起算点应为，无权占有成立、物权人请求无权占有人返还、无权占有人拒不返还之时。同理，占有人返还请求权的诉讼时效期间的起算点应为，无权占有成立、占有人请求无权占有人返还、无权占有人拒不返还之时。G. 合同被撤销，返还财产、赔偿损失请求权的诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算（法释〔2008〕11号第7条第3款）。需要说明，此处所谓返还财产，为不当得利返还的，法释〔2008〕11号第7条第3款的规定可资赞同，若为物的返还请求权的，依多数说认为，只有在非登记物权的场合，物的返还请求权才适用诉讼时效的规定，其诉讼时效期间的起算点应为，无权占有成立、物权人请求无权占有人返还、无权占有人拒不返还之时。H. 合同被确认为无效，赔偿损失请求权的诉讼时效期间从确认合同无效的裁判生效之日起计算，至于返还财产是否适用诉讼时效的规定，以及时效期间起算，与合同撤销场合的情形一样。^[38]I. 返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算（法释〔2008〕11号第8条）。J. 管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或应当知道本

人之日起计算（法释〔2008〕11号第9条第1款）。本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或应当知道管理人及损害事实之日起计算（法释〔2008〕11号第9条第2款）。K. 侵害财产权益的场合，损害赔偿请求权的诉讼时效期间的起算点应确立如下规则：损害事实发生时，受害人知道或应当知道的，诉讼时效期间自损害发生时（亦即受害人知道时）起算；损害事实发生时，受害人不知道也不应当知道，其后受害人才知道或应当知道的，损害赔偿请求权的诉讼时效期间自其知道或应当知道时起算。《专利法》第68条第1款关于“侵犯专利权的诉讼时效为二年，自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算”的规定，第68条第2款前段关于“发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的，专利权人要求支付使用费的诉讼时效为二年，自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算”的规定，即体现了这种思路。在侵占他人不登记财产权的场合，返还财产的诉讼时效期间的起算点应为，无权占有成立、物权人请求无权占有人返还、无权占有人拒不返还之时。在人身损害赔偿中，侵害当时即发现受伤的，损害赔偿请求权的诉讼时效期间从侵害当日起算；侵害当时未曾发现的，事后经检查确诊并证明是由该侵害引起的，从伤势确诊之日起算。L. 请求他人不作为的债权请求权，其诉讼时效期间应自义务人违反不作为义务、权利人对此知道或应当知道时起算。

需要指出，《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）第26条第1款规定，向保险人请求赔偿或给付保险金的诉讼时效期间自其知道或应当知道保险事故发生之日起计算。笔者认为，这不妥当，分析如下：按照《民法通则》第137条的规定，诉讼时效制度不调整中性的原权利（原义务），仅仅管辖救济权（义务违反所产生的第二性义务），具体到合同关系，就是诉讼时效制度仅仅适用于违约责任，合同债权、合同债务由履行期限、合同的存续期限管辖，并非诉讼时效制度染指的领域。如此，债务履行期限、债权行使期限、合同存续期限、诉讼时效期间之间衔接、配合得恰到好处，值得肯定。据此衡

量,《保险法》第26条第1款关于2年诉讼时效期间的规定则值得商榷,因为它是以知道或应当知道保险事故发生之日为起算点的。如此,《保险法》第26条第1款的规定,是由诉讼时效制度调整了保险合同项下的保险金请求权这个原权利,违反保险合同项下义务时产生的违约责任,却无相应的制度调整。之所以说“违反保险合同项下义务时产生的违约责任,却无相应的制度调整”,是因为《保险法》第26条系关于诉讼时效的规定,且为特别法,《民法通则》第137条等亦为关于诉讼时效的规定,且为普通法,按照特别法优先于普通法的规则,《保险法》第26条的规定优先于《民法通则》第137条等规定而适用,故而《民法通则》第137条等规定于保险合同场合无适用余地。即便保险公司无理拒赔,应当向被保险人承担违约责任,该违约责任本应适用诉讼时效的规定,也因《保险法》第26条第1款规定的存在而排除了《民法通则》第137条等规定的适用。之所以说《保险法》第26条第1款的规定调整了保险合同项下的保险金请求权这个原权利,而非救济权(被保险人请求保险公司承担违约责任的权利),是因为《保险法》第26条第1款规定诉讼时效期间“自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算”,而保险事故发生只是产生被保险人请求保险公司理赔的债权,而非向保险公司主张承担违约责任的债权。被保险人请求保险公司承担违约责任的债权,产生于保险公司无理地拒绝理赔之时,这是保险事故发生之后的某个时间点出现的事实。此其一。《保险法》第26条第1款的规定,排除了当事人双方约定被保险人向保险公司主张保险合同项下权利的行使期限。本来,若保险事故发生,保险公司理应承担理赔义务。为了避免承担不应承受的不利(如保险事故并未发生),保险公司有必要查清事实真相;即便保险事故果真发生,也有必要要求被保险人及时行使权利。所有这些,都决定了当事人双方有必要约定被保险人及时向保险公司告知保险事故发生及请求理赔的期间(履行期间)。但遗憾的是,《保险法》第26条第1款的规定,没有留给当事人做这些约定的空间、机

会。这是不适当的。此其二。《保险法》第26条第1款的规定不符合国际贸易及其保险的惯例。在国际贸易中,进出口信用保险等业务基本上都于保险合同中约定了被保险人请求保险公司理赔的期限。若被保险人的主张有依据,保险公司却拒绝理赔,成立违约责任,时效制度开始发挥作用。《保险法》第26条第1款的规定,剥夺了当事人双方做此类约定的机会,不符合国际贸易及其保险的惯例。此其三。当事人双方约定被保险人请求保险公司理赔期限,在实质上延长了《保险法》第26条第1款规定的2年时效期间。而《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》(法释[2008]11号)第2条规定,当事人违反法律规定,约定延长或者缩短诉讼时效期间、预先放弃诉讼时效利益的,人民法院不予认可。就是说,当事人双方关于被保险人请求保险公司理赔的约定,不能发生法律效力。此其四。综上所述,可知《保险法》第26条第1款的规定弊端明显,《民法总则》不应承认。

《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)第264条规定的2年诉讼时效期间,是以保险事故发生之日为起算点的。如此,《海商法》第264条的规定,存在着与《保险法》第26条第1款同样的问题,在立法论上应予修正,在解释论上亦应限缩其适用范围。

(3) 在诉讼时效中断事由方面:

不宜对《民法通则》第140条后段关于“从中断时起,诉讼时效期间重新计算”的规定望文生义,即,不宜认为一旦中断事由出现,已经进行的诉讼时效期间归于消灭,新的诉讼时效期间马上开始起算。其道理在于,这样理解《民法通则》第140条后段的规定,会出现下述不适当的后果:如在2年诉讼时效期间的场合,在诉讼时效期间进行18个月时债权人提起诉讼或申请仲裁,诉讼时效期间中断,马上重新计算诉讼时效期间,则会因裁判机构审理的时间长达2年,致使重新起算的诉讼时效期间届满,给债权人造成不应有的后果。再说,债权人提起诉讼或申请仲裁,已经是在积极行使权利,不得视为中断事由

消失。

如果我们将《民法通则》第140条后段的规定解释为“待中断事由消失后，诉讼时效期间重新计算”，就不会出现上述不适当的结果。有鉴于此，《民法总则》应将《民法通则》第140条后段的措辞改为“待中断事由消失后，诉讼时效期间重新计算”的表述。

《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（以下简称法释[2001]12号）第10条规定：“债务人在债权转让协议，债权转让通知上签章或者签收债务催收通知的，诉讼时效中断。原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布的债权转让公告或通知中，有催收债务内容的，该公告或通知可以作为诉讼时效中断证据”。《最高人民法院关于〈关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函〉的答复》（以下简称法函[2002]3号）规定：“金融资产管理公司在全国或省级有影响的报纸上发布的有催收内容的债权转让公告或通知所构成的诉讼时效中断，可以溯及至金融资产管理公司受让原债权银行债权之日；金融资产管理公司对已承接的债权，可以在上述报纸上以发布催收公告的方式取得诉讼时效中断（主张权利）的证据。”法释[2008]11号第19条第1款规定：“债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。”

概括地说，上述司法解释在一定领域承认了债权让与通知为诉讼时效中断的事由，这存在不少的疑问：A. 权利人主张权利、义务人同意履行义务，要求更高，不仅需要债权人清醒，而且要有他主张权利的积极行动；不仅债务人承认权利的存在，而且有其进一步的同意履行。B. 债权让与通知是一种观念通知，让与人或受让人将债权让与这种事实告知债务人^{[39][40]}，无论通知的主体内心是如何想的，意欲发生何种法律效

果，都改变不了法律预定的结果——债权让与对于债务人具有拘束力，债务人向受让人履行才发生债的清偿、债务人的债务归于消灭的效果。显然，这不同于债权人请求债务人履行义务、提起诉讼和债务人同意履行义务。债权人请求债务人履行义务，为民法上的意思通知，属于准法律行为的范畴。^①日本、中国台湾地区的民法规定债务人承认为时效中断事由。债务人承认，系指有可能享受时效利益之人向有可能因时效而失去权利之人表示已知其权利之存在。承认之所以为中断事由，不仅因为权利的存在由此得到确认，更重要者在于即使权利人不行使权利，也无从责备其怠慢。故而承认只被认为系以观念通知而生时效中断的效力，不须以“对相对人之权利有处分之能力与权限为必要”^[41]。与此有所不同，中国大陆《民法通则》规定的中断事由之一，不是债务人承认，而是债务人同意履行义务，其法律性质如何，值得讨论。有学说认为它属于意思表示。^[42]中国台湾“民法”第77条规定：“限制行为能力人为意思表示及受意思表示，应得法定代理人之允许。”其中法定代理人的允许，乃事先的同意。事后的同意，称为承认。允许系有相对人的单独行为，其意思表示须向限制行为能力人或其相对人为之。^[43]债务人同意履行债务，与此类似，可作相同的解释，即它属于债务人的承诺，为意思表示。众所周知，意思通知、意思表示与观念通知显然存在着实质的不同，除非有重大的理由，不得赋予其相同的法律效果。就此看来，法释[2008]11号第19条第1款关于“债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断”的规定，法释[2001]12号第10条关于“债务人在债权转让协议，债权转让通知上签章或者签收债务催收通知的，诉讼时效中断。原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布的债权转让公告或通知中，有催收债务内容的，该公告或通知可以作为诉讼时效中断

^① 参见史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆股份有限公司1978年版，第586页、588页。当然，也有观点认为，债权人请求债务人履行义务属于意思表示（见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第508页；黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社2002年版，第479页）。

证据”的规定,以及法函[2002]3号关于“金融资产管理公司在全国或省级有影响的报纸上发布的有催收内容的债权转让公告或通知所构成的诉讼时效中断,可以溯及至金融资产管理公司受让原债权银行债权之日;金融资产管理公司对已承接的债权,可以在上述报纸上以发布催收公告的方式取得诉讼时效中断(主张权利)的证据”的规定,在理论上有不通之处。再者,笔者还认为,在法释[2001]12号第10条后段关于“原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布的债权转让公告或通知中,有催收债务内容的,该公告或通知可以作为诉讼时效中断证据”的规定中,所谓的“有催收债务内容”,已经表明它含有债权人向债务人主张债权的意思表示,符合《民法通则》第140条规定的诉讼时效中断的事由的规格,应当引起诉讼时效的中断。至于该条前段的规定,如“债务人在债权转让协议,债权转让通知上签章或者签收债务催收通知的,诉讼时效中断”,过于绝对,此次制定《民法总则》应当区分如下类型而异其效力:①债务人签收债务催收通知,可以视为债务人收到债权人主张其债权的意思表示,从而引发诉讼时效的中断。不过,在该债权的诉讼时效期间已经届满时,不会发生诉讼时效中断的效果。②债务人在不含有债务催收内容的债权转让通知上签章,仅仅表明债务人收到了该通知,没有表现出债务人同意履行该债务的意思,故不构成诉讼时效中断的事由。③债务人在债权转让协议上签章,如果该债权转让协议未载有要求债务人履行债务或债务催收的内容,那么,原则上不发生诉讼时效中断的效果;反之,则引起诉讼时效的中断。

(4) 在诉讼时效期间的长短方面:

相对于中华民族数千年来形成的欠债还钱、难以张口催促债务人还钱的习俗,《民法通则》第135条规定的普通诉讼时效期间显得过短,使许多法律知识欠缺的平民百姓于不知间丧失了权益,使得某些背信之人扬扬得意。《民法总则》应当适当增长诉讼时效期间。

(5) 中国大陆现行法欠缺关于诉讼时效与解除权行使的除斥期间之间衔接的规定,在实务中也出现了问题,制定《民法总则》时对此也应予以明确。

5. 取得时效

《民法通则》设置了诉讼时效制度,规定了期间、期日及其起算点,对于除斥期间采取了零散规定的模式,欠缺权利失效,没有承认取得时效。《物权法》沿袭《民法通则》的立场,同样没有规定取得时效。这不能不说是个遗憾,因为取得时效在中国大有作为,如一项不动产的登记所需时间较为漫长,在房地产价格飙升的背景下,某些背信的出卖人便一房多卖,使得最先签订买卖合同甚至付清了全部房款的买受人失去了合同目的。如果设有取得时效制度,该买受人很可能基于取得时效的规定而取得了所购房屋。这样的结果最为理想。

诚然,取得时效制度适用于物权领域,单就这点说来,《民法总则》设置取得时效制度不太符合民法规范进入《民法总则》的规格标准。但是,考虑到距离《民法典》的颁行尚需时日,而当下又需要取得时效制度,加之编纂《民法典》时可以将取得时效后移至物权法编,笔者呼吁《民法总则》增设取得时效制度。

参考文献

- [1] 崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期。
- [2] 崔建远:《债法总则与中国民法典的制定》,载《清华大学学报》(哲学社会科学版)2003年第4期。
- [3] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第33页。
- [4] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第38-39页。

- [5] Max Weber, Max Weber on Law and Rise of Capitalism, Wisconsin Law Review, 1972, p. 730. 转引自 [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第29页。
- [6] [美] 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第166页。
- [7] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第24页。
- [8] [德] 布德(Budde):《德国民法典中的参引》,载《法律学习》1984年,第578页以下。转引自 [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第30页。
- [9] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第22页。
- [10] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第23页。
- [11] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第30页。
- [12] 崔建远:《论民法原则与民法规则之间的关系》,载《江汉论坛》2014年第2期。
- [13] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第139页。
- [14] 耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第113-114页。
- [15] 耿林:《强制规范与合同效力》,中国民主法制出版社2009年版,第122页。
- [16] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第114页。
- [17] 吴传颐:《法国、德国和苏联的民法》,南京美吉印刷社1948年版,第34页以下。
- [18] 崔建远:《市场秩序与法制完善》,载《时代论评》1989年第1期。
- [19] 王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第319页。
- [20] [罗马] 杰尔苏:《学说汇纂》第8编,转引自桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第393页。
- [21] [罗马] 保罗:《论萨宾》第5编,转引自桑德罗·斯契巴尼选编:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社1998年版,第393页。
- [22] 董安生等编译:《英国商法》,法律出版社1991年版,第99-100页。
- [23] 崔建远:《无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担》,载《法学研究》2013年第6期。
- [24] 参见 [日] 山本敬三:《民法讲义I》(第3版),北京大学出版社2012年版,第148页。
- [25] 王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第399页。
- [26] 王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第399-400页。
- [27] 崔建远:《物的瑕疵担保责任的定性与定位》,载《中国法学》2006年第6期。
- [28] 郭明瑞、房绍坤、唐广良:《民商法原理(一)·民商法总论·人身权法》,中国人民大学出版社1999年版,第312-313页。
- [29] 崔建远、韩世远、申卫星、王洪亮、程啸、耿林:《民法总论》(第2版),崔建远执笔,清华大学出版社2013年版,第253页以下。
- [30] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第155-156页。
- [31] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第157页。
- [32] 吴从周:《权利失效之要件变迁》,载《月旦法学教室》2006年第49期。
- [33] Torts Liability for One's Own Act, International Encyclopedia of Comparative Law, 王利明译,载中国人民大学法律系编:《外国民法论文选》(第2辑),1985年,第443页。
- [34] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第158页。
- [35] [日] 星野英一:《日本民法概论·IV·契约》,姚荣涛译,刘玉中校,五南图书出版有限公司1998年版,第88页。
- [36] 崔建远:《解除权问题的疑问与释答》(上),载《政治与法律》2005年第3期。
- [37] 施启扬:《民法总论》,三民书局1997年版,第346-347页。
- [38] 崔建远:《合同无效与诉讼时效》,载《人民法院报》2002年2月22日,第3版。
- [39] [日] 於保不二雄:《日本民法债权总论》,庄胜荣校订,五南图书出版有限公司1998年版,第293页。
- [40] 郑玉波:《民法债编总论》,陈荣隆修订,中国政法大学出版社2004年修订2版,第441页。
- [41] [日] 四宫和夫:《日本民法总论》,唐晖、钱孟珊译,朱柏松校订,五南图书出版有限公司1995年版,第328页。
- [42] 魏振瀛主编:《民法》(第2版),北京大学出版社、高等教育出版社2006年第2版,第202页。
- [43] 王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第307-308页。

(责任编辑:朱晓峰)