

# 民法典编纂中的法条表达技术

## ——对《中华人民共和国民法典(草案)》条文的梳理

黄文煌

[摘要] 法条是承担规范功能并能够被裁判所援引的恒定的结构单元,将拟调整的事项通过法条形式进行表达,须遵循科学的技术规则。在立法机关提供的《中华人民共和国民法典(草案)》的文本中,仍有不少条文表达上的问题,表现为不同规范类型的表征性词语运用不当,存在赘述型法条和无害规定,法条之间的内容重复且条文群的体系化程度不足,条文的标示也缺乏科学性。为提高立法的质量,应正视这些问题,并运用法条表达技术予以克服。

[关键词] 民法典编纂;法条表达技术;规范类型;法条标示

[中图分类号] D9 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5072(2020)01-0122-11

### 一、问题的提出

民法典的编纂,表现为立法者对民事领域的法律规范进行技术性整理与编排,使之成为内容完备、体系合理的条文集合。在这过程中,除要考虑如何构建民法典的体系结构,还须对其规范内容进行梳理、提炼,并以条文的方式呈现出来。法典整体框架的搭建,借助于编、章、节的层级安排得以完成,而承担规范功能并最终能为裁判所援引的,却是条、款、项、目这些基本的结构单元,其中“条”的设置必不可少。<sup>①</sup>在大陆法系民法典的编纂史上,法典体例多有差异,但条却是恒定的结构单元。法条的意义非凡,法学上成文法与不成文法的区分,不是看法律是否以文字的形式表现,而主要看是否有规范化的法条形式。<sup>②</sup>法条是规范内容的载体,是制定法基于立法技术的考量而发展出来的基本建构单元,而文字又是其构成要素,欲提升民法典编纂的科学性,就需要对法条的表述技术与规则加以研究。

可能会有人认为,民法典条文的表述只是一个“文字游戏”,是立法技术中一个可有可无的细枝末节,不需要小题大做。但问题并非如此简单,一部民法典规范功能的实现,不仅受制于其体系是如何构造的,更取决于条文是如何表述的。在大陆法系成文法传统下,民法典法条的表达甚

作者简介:黄文煌,苏州大学王健法学院副教授,法学博士。

① 《立法法》第61条第1款规定“法律根据内容需要,可以分编、章、节、条、款、项、目。”此款使用了“可以”,其旨在授权立法机关根据实际需要选用或弃用某层次的结构单元,但具体的法律文本可以不设编、章、节,也可以不设项、目,但必须设条。

② 参见刘风景《法条的功用与设置》,《法学》2018年第5期,第53页。

至决定了法解释论的基本趋向。以《法国民法典》第 1382 条和《德国民法典》第 823 条、第 826 条为例,立法者运用了各自独特的条文表达技术,为本国侵权法一般条款解释论的展开奠定了基调,形成了所谓的侵权法一般条款的“法国模式”和“德国模式”。就我国法律的制定而言,立法者长期以来奉行“宜粗不宜细”的立法策略,对立法的表达技术与细节关注不多。在当前民法编纂的过程中,起草者与学者们着力于法典的体系模式与具体制度的建构,有关法条应遵循怎样的技术规则加以表述,这方面问题还未引起足够重视。<sup>①</sup>比如,立法通常使用“可以”一词来表述授权规范,但可否将该词也使用在表达授予公权力的授权规范?应如何区分法律拟制与推定并选择适当的表征性用语?为了更方便民众了解并接近一般的民事法律规范,应如何设计法条的序号与标题,等等。对于这些极为重要的细节性问题,理论上的探讨存在不足,也难以为立法实践提供有意义的参考。

鉴于此,本文以 2019 年 12 月 16 日立法机关首次以条文连续编号形式发布的《中华人民共和国民法典(草案)》(以下简称《民法典草案》)为考察对象,从中选取部分代表性的条文,梳理并指出其词语使用、逻辑表述、条文排序和条款设计方面的问题,期望能在民法典颁布的前夜,为其完善提供建议与参考。应予以说明的是,本文的研究聚焦于民法典条文的表达技术与规则,除非有必要,否则不对所涉条文的具体内容做过多评价。

## 二、规范的类型与法条表述

### (一) 授权规范与“可以”的使用

无论对民法的属性持“私法说”还是“公私混合说”的见解,都不可否认民法的私法属性,民法规范中存在大量的授权规范(赋权规范)。此类规范旨在赋予民事主体一个法律上的地位,或者赋予其依据自身的意志形成某种法律状态。在立法的用语中,表征此类授权规范的虚词通常为“可以”或“有权”。与此同时,民事立法中还有授予或指令公权力机关(例如人民法院)实施某种行为的授权规范,<sup>②</sup>表征此类规范的虚词有时也使用“可以”一词。然而,私人对于被授予或承认的权利,既可以行使,也可以放弃;与此不同的是,公权力机关虽然有权行使其被授予的权力,但也不得任意放弃。从这个意义上说,这类民事立法中的授权规范还具有强行法的特点,因为它实际上是命令被授权的主体必须做什么,而不是任其自由地决定做什么。为避免这种具有义务性的授权被当成任意性授权,此类规范不宜使用“可以”一词来表述。

但在《民法典草案》的条文表达中,出现了把“可以”一词用于授予权力的授权规范的情况。例如,《民法典草案》第 10 条规定“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”第 289 条规定“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”这两个条文规定了法源的类型及其适用。面对民事纠纷,法官不能以法律没有规定拒绝审判,也不能以立法者的身份自居进行裁判,这是法律

<sup>①</sup> 关于民法条文表达技术方面的研究,代表性论文可参见耿林《民法典的规范表达研究》,《清华法学》2014 年第 6 期;耿林:《论我国合同法的规范编纂技术》,《人大法律评论 2010 年卷》,北京:法律出版社 2010 年版,第 27—54 页;徐国栋《物权法草案文字梳理》,《法学》2008 年第 8 期;朱广新《现代民法典的基本编纂技术——以〈合同法〉为分析对象》,〔意〕桑德罗·斯奇巴尼、徐涤宇主编《罗马法与共同法》第 1 辑,北京:法律出版社 2012 年版,第 266—276 页;苏永钦《私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向》,苏永钦《走入新世纪的私法自治》,北京:中国政法大学出版社 2002 年版,第 1—54 页。

<sup>②</sup> 授权规范这种规范类型,系以公法规范为其原型,通常与强行规范、许可规范相区分。详细的分析可参见朱庆育《民法总论》(第二版),北京:北京大学出版社 2016 年版,第 59 页。

适用的一般原理。在我国民法典的起草者看来,在法律或法规并无规定但有并不违背公序良俗的可予适用的习惯时,法官必须适用习惯,而不是既可以适用也可以不适用习惯。在这里,条文虽然使用了“可以”一词,但不意味着法官有权自由决定应予适用的法源。如果存在适于适用的习惯,法官必须加以适用,而不是也可以不予适用。然而,如果按照“可以”一词的文义的通常理解,将该条作为任意规范,则将错误指引法官寻找法源解决民事纠纷,并导致裁判的混乱。

又如,《民法典草案》第1092条规定“夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产,或者伪造夫妻共同债务企图侵占另一方财产的,在离婚分割夫妻共同财产时,对该方可以少分或者不分。”第1144条后段规定“没有正当理由不履行义务的,经利害关系人或者有关组织请求,人民法院可以取消其接受附义务部分遗产的权利。”这两条规定中的“可以”一词使用不当,也应按上述方法处理。再如,《民法典草案》第212条第1款规定了不动产登记机构“应当履行下列职责”,“应当”一词的使用揭示出登记机构必须履行其法定的职责。但该条第2款又规定“申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的,登记机构可以要求申请人补充材料,必要时可以实地查看。”该款不当使用了“可以”一词,导致职责授权不明,为将来登记机关的怠政与不作为埋下伏笔。

需要特别指出的是,公权力的授予往往意味着授权与强行的合而为一,但并非所有的授权规范都有强行规范性质。<sup>①</sup>在授予自由裁量权的场合,虽然条文也通常以“可以”为标志词,但只具有指令的意义,此时的授权规范并无强行效力,不能以“应当”替代之。例如,《民法典草案》第585条第2款规定“约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”该条规定了违约金的司法调整,但是否调整、如何调整、增减数额大小等等,均留给法院或仲裁机构进行具体裁量,法院并无必须增减违约金数额的一般性强制,理由是违约金本属自治范畴,司法权即使依法介入,也须留有应对多样利益情境的空间。<sup>②</sup>“可以”一词在这种自由裁量意义上的使用,还有《民法典草案》第592条第2款有关违约中共同过错的规定以及第1180条关于适用相同死亡赔偿金的规定。

## (二) 法律拟制与推定的立法表达

在法条的表述中,“视为”一词极为常见,尤频见于各种民事立法,在《民法典草案》中该词出现了45次之多。此类包含有“视为”之表述的法条,被称为拟制性法条。从立法技术上看,通过这种法律拟制技术,立法者有意地将不同的案型当成相同,然后据之作相同的处理。<sup>③</sup>事实上,从很早的时代开始,立法者就有意识地运用了法律拟制。例如在罗马法中,就存在使用法律拟制的例子,将腹中的胎儿视为已出生(D.1,5,7),将受胎期间其母亲获得过自由人身份的子女视为生来自由人(I.1,4,pr.)。《民法典草案》第16条规定胎儿视为具有民事权利能力,第18条规定了劳动成年制,第25条规定经常居住地视为住所等,都是立法者运用法律拟制实现法律调整的典范。

从根本上说,法律拟制是立法者对待决事项的能动建构,建构的基础不是事实而是价值,即借用某种既定的法律属性或关系来类比性地处理某种待定的法律情况,从而试图在表达或推断那些无法被纯粹科学所证明的东西。<sup>④</sup>譬如,《民法典草案》第1124条第1款规定“继承开始后,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。没有表示的,视为接受继承。”继

① 参见朱庆育《民法总论》(第二版),北京:北京大学出版社2016年版,第58页。

② 参见姚明斌《违约金论》,北京:中国法制出版社2018年版,第314页。

③ 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》(第五版),北京:法律出版社2007年版,第194页;刘风景《“视为”的法理与创制》,《中外法学》2010年第2期,第202页。

④ 参见卢鹏《拟制问题研究》,上海:上海人民出版社2009年版,第245页。

继承人没有表示放弃继承还是接受继承,本来是个事实问题,但立法者基于保护继承人利益的政策取向,将这种继承人未任何表示的情形拟制为其接受继承。但在第1124条第2款中,针对受遗赠人在一定期限内未作出接受或放弃受遗赠的表示之情形,立法者却基于不同的价值取向,将其视为放弃受遗赠。两相比较,虽然面对同样的事实——继承人或受遗赠人的沉默,但立法者作出截然不同的安排,这强烈体现了法律拟制的能动性。

从功能上看,法律拟制除了能够有效实现立法政策和价值之外,还对决疑加以定夺,省却无谓的争辩,简化思维并有助于提高立法简洁。<sup>①</sup>在《民法典草案》各编,起草者通过使用“视为”这一表征性词语,灵活运用了法律拟制的立法技术以实现定纷止争的功能。例如,第309条规定各按份共有人既没有约定各自份额,又不能确定出资额的,视为等额享有;第517条第2款规定按份债权人和按份债务人的份额难以确定的,视为份额相同;第520条规定连带债务人之间的债务份额难以确定的,视为份额相同。依据《民法典草案》第621条的规定,买受人在约定的检验期间或在合理期间内怠于将标的物的质量与数量情况通知出卖人的,视为标的物的状况符合约定。在这些法律事实真伪不明的场合,立法者通过法律拟制分配权利义务或者风险,省却了繁琐的甚至是不可能的证明环节,从而避免拖延并提高了效率。

与此不同的是,有时候法条虽然包含有“视为”一词,但并不构成法律拟制。例如,《民法典草案》第469条第2款规定“书面形式是合同书、信件等可以有形地表现所载内容的形式。”该款对合同的书面形式加以界定,紧接着该条第3款增加了这样的规定“以电报、电传、传真、电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为书面形式。”这里的第3款虽然也使用了“视为”一词,但不成立法律拟制,理由是既然电报、电传、传真等电子媒介可以有形地表现所载内容,它们当然属于前款所称的书面形式,根本没有法律拟制的必要。立法者在这里使用“视为”一词,旨在重申前一款所规定的基本内容,是对特殊情况的提醒注意,并没有将原本不符合前款规定的情形作同样处理。从条文表达上看,为避免法律拟制的滥用而造成混乱,应将表达一种注意规定的“视为”替换成“属于”、“构成”或“认定为”。也许是出于上述考虑,《民法典草案》第472条第2款原来表述使用的是“视为”,二审稿之后正确地将其修改为“构成”并一直沿用至今,其辞曰“商业广告和宣传的内容符合要约规定的,构成要约。”<sup>②</sup>此外,《民法典草案》第692条第2款前段规定“债权人与保证人可以约定保证期间,但是约定的保证期间早于主债务期限或者与主债务期限同时届满的,视为没有约定。”该条中“视为”一词的使用并无必要,在条文的语境中不是当事人没有约定保证期间,而是该约定无效,因此可以将“视为没有约定”改为“该约定无效”。

值得注意的是,使用“视为”一词表征法律拟制,与使用“推定”一词表征法律推定,在立法技术层面具有一定的“家族类似性”。但法律拟制与法律推定却有不同的法律意义及操作规则:前者是立法者有意作出的决断,具有不可推翻性,构成一种不容反驳的决断性虚构,属于立法者有意为之,纵使与真实的状况不一致,也不容举出反证加以推翻;后者依据基础事实与推定事实之间的或然性常态联系,进而作出一般性的推论。<sup>③</sup>除非立法者为了追求某项价值而剥夺受推定不利影

<sup>①</sup> 参见苏彩霞《刑法拟制的功能评价与运用规则》,《法学家》2011年第6期,第29—30页。

<sup>②</sup> 原来《分编草案》第264条第2款的规定为“商业广告的内容符合要约规定的,视为要约。”该款抄自《合同法》第15条第2款,使用了“视为”一词,是法律拟制的误用。究其本意,立法者只是在提醒人们注意,仅当商业广告满足要约的构成要件时,才能作为要约加以处理,否则就只能按照前款规定认其为要约邀请。如果使用“视为”一词而将该条以法律拟制论,则会出现这样的结论:只要是商业广告,纵使不符合要约的规定,也应适用要约的规定。显然,这样的结论有悖立法本意。参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),北京:中国人民大学出版社2018年版,第74—75页。

<sup>③</sup> 参见张海燕《“推定”和“视为”之词语解读?——以我国现行民事法律规范为样本》,《法制与社会发展》2012年第3期,第105页。

响一方的反驳权,在一般情形下,法律推定是可以借助确定的证据加以推翻或证伪的。<sup>①</sup>在《民法典草案》中出现了“视为”和“推定”混用,造成法律拟制、法律推定和注意规定之间界限模糊,导致在条文的理解和适用方面发生偏差。例如,《民法典草案》第48条规定“被宣告死亡的人,人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期;因意外事件下落不明宣告死亡的,意外事件发生之日视为其死亡的日期。”该条规定了死亡宣告中被宣告人的死亡时间,立法者以“视为”一词表述了对死亡时间的法律拟制,从规范的属性上看,这种法律拟制具有不可反驳性。但如能确知被宣告人死亡的具体时间,就没有理由继续维持这种认定,应允许以真实的死亡时间推翻之,显然,该条规范的性质是法律推定。在认定死亡时间的这个问题上,立法者错误地将法律拟制用于法律推定的场合,纠正的办法是将表征法律拟制的“视为”一词替换成表征法律推定的“推定为”。

关于条文的性质是法律拟制还是法律推定,争议较大的是对医疗过错认定规则的设定。对此,《民法典草案》第1222条规定“患者在诊疗活动中受到损害,有下列情形之一的,推定医疗机构有过错:(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二)隐匿或拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三)遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。”该条的来源是《侵权责任法》第58条,同样也使用了“推定”一词,但对于其确立的医疗过错的认定规则,国内学界存在迥然不同的解读:一种解读为可以推翻的过错推定;<sup>②</sup>一种解读为不可推翻的过错认定,等同于“视为”这一法律拟制。<sup>③</sup>将上述条文界定为法律推定还是法律拟制,对医疗机构过错的认定而言,将出现迥异的举证责任的分配。从性质上看,上述第1222条第1项规定难以解读成过错推定,因为在其语境下,医疗机构违反诊疗规范可以直接认定为有过错,而且这种过错是无法被推翻的,只能通过证明该有过错行为与损害的发生之间不存在因果关系免除责任。<sup>④</sup>尤其是医疗机构如果有第2项和第3项规定的行为,其过错也是明显的,无法被推翻而认定为没有过错。医疗机构只能就过错与损害之间不存在因果关系进行抗辩,然而这种抗辩所推翻的不是过错本身,而是过错行为与因果关系的有无。为避免争论,上述《民法典草案》条文使用了“推定”一词,容易滋生误解,莫如直接使用“视为”一词将其构造成一项法律拟制。在法律拟制的语境下,只要医疗机构有所列的具体行为,即可认定为具有过错。<sup>⑤</sup>

### (三) 准用性规范的立法表达

准用性法条的设置,是一种极为重要的避免重复立法的技术,利用它既可以减少法律条款,精简文字数量,也可以基于平等原则实现对类似案件的同一处理,从而实现法律的统一性。从思维特点上看,准用性法条建立在类比推理的基础之上,即根据两个对象在诸多属性上的相同且已知其中的一个对象还具有其他属性,由此推出另一个对象也具有相同的其他特定属性的结论。<sup>⑥</sup>类比推理通过把握住事物的本质,舍弃那些无关紧要的因素,使法律的一般性调整得以可能。准用性法条的标识词语通常是“准用”、“参照”或“比照”,指示裁判者援引其他条文规范适用到准用性法条所拟调整的案型上来。

① 关于拟制和推定之间的联系与区别,已有不少研究成果,但学者之间的见解尚有分歧。有学者认为,存在一种不可推翻的推定,这种推定的功能与拟制的功能相似,此时区分它们的意义不大。参见[德]莱奥·罗森贝格著,庄敬华译《证明责任论》(第五版),北京:中国法制出版社2018年版,第262页。

② 参见高圣平主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉立法争点、立法例及经典案例》,北京:北京大学出版社2010年版,第621页。

③ 参见梁慧星《论〈侵权责任法〉中的医疗损害责任》,《法商研究》2010年第6期,第39页。

④ 程啸《侵权责任法》(第二版),北京:法律出版社2015年版,第565页。

⑤ 事实上,在《民法典草案》第997条列举的三项情形中,医疗机构无论是违反诊疗法律法规,隐匿、拒绝提供相关病历资料,还是伪造、篡改或销毁病历资料,实施这些行为都可以评价为有故意或有重大过失,直接认定为过错不成问题。尚存疑问的是,遗失病历资料可否直接认定为过错,但考虑到患者的举证能力以及证据灭失风险的负担,认定医疗机构对此具有过错也并非不合理。

⑥ 刘风景《准用性法条设置的理据与方法》,《法商研究》2015年第5期,第49页。

在我国民法典的编纂过程中,起草者习惯以“参照”一词作为表征性用语来表述准用性法条。例如,《民法典草案》第71条规定“法人的清算程序和清算组织职权,依照有关法律的规定;没有规定的,参照适用公司法的有关规定。”又如第108条规定“非法人组织除适用本章规定外,参照适用本编第三章第一节的有关规定。”

然而,起草者并没有严格遵循立法语言的统一性,有时候将“依照”、“适用”这些表示直接适用规范的词语,不恰当地使用在准用性法条。例如,《民法典草案》第198条规定“法律对仲裁时效有规定的,依照其规定;没有规定的,适用诉讼时效的规定。”又如,《民法典草案》第446条规定“权利质权除适用本节规定外,适用本章第一节的有关规定。”但对于上述两个条文,立法者应采取一个更为谨慎的态度,即使准用者和被准用者之间具有高度的类似性,也不可将欲准用的事物与被准用的事物等同视之。在表述上,宜采用“参照”或“准用”之类的准用规范的标识词语,提醒裁判者注意事物之间并不完全吻合,给其留下价值判断与裁量的空间。考虑到标识语与法条类型存在严格的对应关系,准用性法条的设置可以直接使用“准用”来代替“参照”、“比照”或“适用”等表述,从而做到真正名副其实。<sup>①</sup> 为了便于理解和识别,如果被准用的其他法条设置有法条标题,则本法准用其他法条时,应在准用性法条中加上括号,概括说明其被准用条文规定的内容。在新近的《日本民法典修正案》中,修正者考虑到只有极少数人可以从条文数想起其内容,如果存在条文标题便可以想起条文内容,于是采用了这种标示方式。<sup>②</sup> 正如本文后述所建议的那样,作为普通民事法律的民法典应易于为国民所接近并了解,条文标题的设置及其在准用性法条中的展示,是一个不可不重视的细节。

### 三、法条表述的精简与规整

法条的使命是圆满地完成其规范任务,表述上的精准与简洁是基本要求。法条文字的运用重在平铺直叙,不宜采委婉曲折的陈述,应“力求精确、衔接、清楚及经济地运用语言,表达最适当之规范”。<sup>③</sup> 多余赘述、无害规定、内容重复、条文群的体系化不足等,均背离了法条表述的基本要求。在法条文字的梳理方面,徐国栋教授曾从事过一项极富意义的对《物权法草案》文字进行梳理的工作。<sup>④</sup> 但时至今日,我国《民法典草案》条文的文字表述仍无根本性改观,存有不少毛病,因而有重申之必要。

#### (一) 赘述型法条与无害规定

赘述型法条表现之一为条文内部的重复,往往是构成要件中就已包含了法律效果,无法实现有意义的调整目标。例如,《民法典草案》第3条规定“民事主体的人身、财产权利以及其他合法权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯。”依据该条的文字表述,“合法权益”既然是合法的,当然表明了所涉的权益已经得到了法律的认可或保护,再说它们受法律保护就属于赘述。如果一定要在民法典中强调民事权益不得侵犯的观念,也应注意条文的简洁性与逻辑自治,该条可以做这样的修改“任何组织或个人不得侵犯民事主体的人身、财产权利和其他合法权益。”又如,《民法典草案》第249条后段规定“法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地,属于国家所

<sup>①</sup> 刘风景 《准用性法条设置的理据与方法》,《法商研究》2015年第5期,第53页。

<sup>②</sup> 参见[日]加藤雅信,朱晔、张挺译 《日本民法典修正案1第一编总则》,北京:北京大学出版社2017年版,第187页。

<sup>③</sup> 罗传贤 《立法学实用辞典》,台北:五南图书出版股份有限公司2014年版,第646页。

<sup>④</sup> 参见徐国栋 《物权法草案文字梳理》,《法学杂志》2005年第8期,第14—25页。

有。”第251条规定“法律规定属于国家所有的野生动植物资源,属于国家所有。”第253条规定:“法律规定属于国家所有的文物,属于国家所有。”随后,第254条第2款规定铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施依据法律规定属于国家所有的,属于国家所有。显然,在上述条文规定的内部也存在同语反复的毛病,因为既然依据法律规定某类财产归国家所有,就没有必要赘述此类财产“属于国家所有”。究其本意,立法者是想通过这些条文,表达“国家所有的财产由法律加以规定”的意思。出于表达的严谨与简洁,上述条文可以作合并处理,即将上述财产加以列举,并表明此等财产是否归国家所有由法律加以规定即可。

赘述型法条表现之二为条文之间在内容上的重复,即同样的事项被反复规定,造成了立法的浪费。例如,《民法典草案》第208条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。”该条位于物权编一般规定的项下,规范的是不动产和动产的物权变动方式。但紧接着第209条第1款又规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。”第214条再次规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生法律效力。”在如此相邻的条文之间,同样的关于不动产物权变动方式的内容居然被重复规定了三次!关于动产物权的变动方式,第224条重复了第208条后段的规定,其辞曰:“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外。”这样明显的内容重复,浪费有限的条文空间不说,甚至可能造成解释论上的混乱。为避免条文之间的交叉叠加,可以整体删除位于物权编总则部分的第208条规定。又如,《民法典草案》第387条第1款规定“债权人在借贷、买卖等民事活动中,为保障实现其债权,需要担保的,可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。”紧接着第388条第一句规定“设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。”从内容上看,这两条规定阐述的是担保物权法定的原则,但前一条规定的“设立担保物权”与后一条规定的“订立担保合同”,其实是同一回事,这两个条文完全可以合并为一个条文。

## (二) 调整内容的重复规定

一部体系严谨的民法典,除了在形式上要考虑各编章节之间的逻辑关系,避免交叉和堆叠,还要在具体的调整事项上避免重复。德国式“潘德克吞”民法典体例下的民法总则,采取了提取公因式方式,将分则的共同规则规定在总则编,就是要追求避免对同一事项作出重复规定的效果。

《民法典草案》第19条规定“八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认;但是,可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。”该条位于总则编第二章“自然人”第一节“民事权利能力和民事行为能力”部分,它除了对限制民事行为能力进行了界定之外,还规定了此类人实施的民事法律行为的效力。紧随其后,第22条除了规定不能完全辨认自己行为的成年人具有限制民事行为能力之外,也规定了此类人实施的民事法律行为的效力问题,<sup>①</sup>这样的规定与上述第19条规定大体雷同。尚且不谈在“民事权利能力和民事行为能力”的章节部分规定法律行为效力问题是否恰当,就条文表述而言,这两个条文完全可以合并处理,即将八周岁以上的未成年和不能完全辨认自己行为的成年人一起规定为限制民事行为能力人。通过条文的合并,同主题的规定被放置于一处,这样既有助于对条文内容的理解和记忆,还有可以节省了条文数目以简化立法。

然而,更严重的重复规定出现在后面。在《民法典草案》总则编第六章第三节“民事法律行为

<sup>①</sup> 《民法典草案》第22条规定“不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人,实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认;但是,可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。”

的效力”部分,第145条第1款是这样规定的“限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效;实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。”这样一来,关于限制民事行为能力人实施的民事法律行为的效力问题,在总则编前后就重复出现了三次!这属于典型的浪费有限的文字空间,还会导致案件裁判时援引法条的繁复。事实上,行为能力制度的规范意义,更多体现在它对法律行为效力的影响方面,相关规定只需要置于民事法律行为的效力部分,而不是置于民事主体的权利能力部分。因此,《民法典草案》第19条和第22条有关限制民事行为能力人实施的民事法律行为的效力之规定,应予以删除,保留第145条第1款规定即可。

### (三) 条文群的体系化程度不足

民法典的体系构建,集中在“编”这一层次,立法者对民法典各编的拆分、组合与排序,总是能引发广泛的讨论。然而,关于更微观层次的体系安排,例如章、节和节之下的条文排序,以及条文内部款项间的层次安排,引起的注意不多。事实上,为实现条文排序的规整,民法典的条文之间和款项之间应围绕其调整的事项,依据符合逻辑的顺序加以编排,注重条文群的体系化。条文编排的目的,不仅在使全部规定表达清楚,而且应使每条每款都有用处,应遵守秩序原则、经济原则和明确原则。<sup>①</sup>以《日本民法典修正案》之总则的代理法条文群为例,修正者并没有在内容上对代理法作重大修改,但对其条文进行了重新排序。修正案按照“有权代理——无权代理——表见代理”进行排序,在有权代理的部分大体上也按照代理权“发生——要件与效果——代理的瑕疵——复代理——消灭”的顺序进行规定。<sup>②</sup>经过如此调整,原来的条文机械化排列的弊端也得以消除,从而使代理法的条文群更为规整。

在我国民法典编纂中,由于立法者对条文群对体系化重视不够,出现了条文排序混乱和内容的交叉与堆叠,极大影响了规范内容表达,给人们接近并理解民法规范制造障碍。再次以有关民事行为能力的条文安排为例,《民法典草案》第17条至第22条对此进行了规定,但这些条文之间、条文内部的款项之间安排无序,难以掌握。其中,第17条单独界定了成年人和未成年人,其辞曰“十八周岁以上的自然人为成年人。不满十八周岁的自然人为未成年人。”第18条前段规定了成年人具有完全的民事行为能力,后段则规定了劳动成年制度。第19条规定了未成年的限制民事行为能力人及其实施的民事法律行为效力,第20条和第21条分别规定了未成年的无民事行为能力人和八周岁以下的无民事行为能力人,第22条则规定了成年的限制民事行为能力人,但关于此等人实施民事法律行为的效力与第19条的规定相同。阅读这几个条文时,一般的读者需要进行一定的梳理,才能弄清民事行为能力人的基本类型及其分类标准。

经整理后的条文,依据“完全民事行为能力人——限制民事行为能力人——无民事行为能力人”逻辑排序,并将不同类型的民事行为能力人所实施民事法律行为的效力问题一并规定,以设款的方式置于同个条文中,从而形成意思清晰而规整有序的条文群。应予说明的是,鉴于民事法律行为效力方面的规定应在民事法律行为效力部分作统一规定。因此,关于不同民事行为能力人的规定,可以凝练为包含有三款的一个条文:

第X条 十八周岁以上的人为成年人,是完全民事行为能力人。十六周岁以上的未成年人,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

八周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的成年人,为限制民事行为能力人。

<sup>①</sup> 参见罗传贤《立法程序与技术》(第6版),台北:五南图书出版股份有限公司2012年版,第214页。

<sup>②</sup> 参见[日]加藤雅信,朱晔、张挺译《日本民法典修正案I第一编总则》,北京:北京大学出版社2017年版,第175页。

八周岁以下的人和不能辨认自己行为的人,为无民事行为能力人。

## 四、法条的标示技术

### (一) 法条序号的数字编码

法条序号是在法律文本中为了表示各个条文先后顺序的数字符号,它在法律文本中被使用早已成为通行的做法,是立法复杂化的产物,也是立法技术提高的一个标注。对此,我国《立法法》第61条第2款规定“编、章、节、条的序号用中文数字依次表述,款不编序号,项的序号用中文数字加括号依次表述,目的序号用阿拉伯数字依次表述。”虽然法条序号是法律文本不可缺少的要素,但由于不直接承载规范的内容,从而其识别与排序功能未能引起人们的足够重视。

法条序号是使用中文数字还是阿拉伯数字编码,将造成与法条正文之间结合效果的差异,从而影响人们的阅读心理和对条文的记忆。如果法条序号使用中文数字,有助于实现法条序号和法条正文文字类型的统一,但同时减弱了其突出性效果。但如果使用阿拉伯数字表示法条序号,则其与法条正文的外形差异较大,可以起到更易于识别和增强记忆的效果。此外,法条序号使用不同的文字,也会影响人们对法条的援引。考虑我国《民法典》的条文数目超过千条,为以往的立法经验所没有过,如果继续以中文数字作为法条序号,在条文的引用上会产生诸多不便。例如,《民法典》的法条序号出现了诸如“第一千条”、“第一千零三十四条”的表述,这样的条文编码显得非常拖沓并且并不直观。如果使用阿拉伯数字的“第1000条”、“第1034”进行条文编码,则无论出现在裁判文书还是法学著述中将显得直观许多。基于便利的考虑,我国《民法典》应该使用阿拉伯数字表示法条序号。这虽然意味着不符合上述《立法法》的僵化规定,但该法颁布时我国从未有过法条数目过千的立法经验,这样的规定应顺势而改。

### (二) 法条序号的编排方法

法条序号简称“条序”,是立法者基于特定立法目的以及法条内容的内在关联,对法律文本中各个条文先后顺序所作安排的数字序号。<sup>①</sup>法条序号虽然不直接规定权利义务等实体性的规范内容,但作为法条不可或缺的构成要素,它具有表征、排序、计量、查寻和引用等方面的功能。法条序号的编排方法有“累加式”和“单独编码式”两种。累加式编排是按照数字由小到大的顺序,从第一条一直逐一排列到最后一条,使法典在逻辑上构成一部完整的作品,这种编排方式为我国目前的立法实践所采纳。单独编码式是在法典的各分编单独编码,条文序号一般由该条文所处的编、章或节的号码及其所在编内的号码构成,例如用“第3: 112条”指第3编的第112条,或用“第2-9: 103条”指第2编第9章第1节第3条。从形式上看,单独编码式彰显了法典的开放性,可以随时吸纳或变更其本身涵盖的条文内容,但它又把对法条适用不具有实质意义的编、章、节的信息纳入,有过于繁杂之弊。从统计上看,目前世界各国民法典的条文序号多采用累加式,另外考虑到遵循传统与方便使用,我国《民法典》宜采纳累加式的条文排序方法。

在将来民法典修订的情况下,法条序号有不同的调整方式,进而在法条排序与援引等方面产生不同的效果:一种是“全部条文重排式”,只要出现既有条文的删除或在既有条文之外增加新的条文,就将该部法典所有条文进行重新编排,重新调整法典的第一条到最后一条的条文序号。另一种是所谓的“固化序号删加式”,当法律修改需要删除过时或无用条文时,则保留该条文的位置,

<sup>①</sup> 刘风景 《法条序号的功能定位与设置技术》,《环球法律评论》2014年第3期,第35页。

相邻的条文不自动升位; 当需要增加条文时, 增加的条文放在原条文后作为原条文的“之一”标示该条文序号, 后续各个条文的序号均保持原样。<sup>①</sup> 相较而言, 全部条文重排式更具美感且有助于流畅阅读, 但其弊端也是明显的。首先, 条文序号的重排带来链式反应, 那些未被修改的条文也要随之调整, 增加了法律的运行成本。例如 2007 年第十届全国人大常委会作出了《关于修改民事诉讼法的决定》, 修改并删除了民事诉讼法中的有关条文, 重新公布的民事诉讼法涉及序号调整的条文有 83 条, 导致直接引用了原民事诉讼法条文的 34 部司法解释等文件需要重新调整条文序号。<sup>②</sup> 其次, 像《民法典》这种与其他法律法规联系甚多的法律, 其条文序号的变动会牵扯到相当多准用性规范的变动, 而这些规范的修改又难以同步进行, 容易导致出现技术性疏漏。<sup>③</sup> 此外, 条文序号的变动还会扰乱法律共同体的集体记忆, 造成法律文献查阅的障碍, 使修改后的条文与此前相关的法学文献所援引的条文失去对应关系, 给法学学习和研究带来极大的不便。有鉴于此, 为避免原有条文序号因条文的增删而打乱, 除非增删条文的数量所占条文总数的比例较高而需要对其重排序号, 采取“固化序号删加式”编排条文序号, 是我国《民法典》修改时条文序号整理的正确选择。

### (三) 法条标题的设置

法条标题即条文的名称, 又称为“条标”、“条目”或“条名”, 指法条正文之外, 用醒目的字体、字号, 摆放在法条正文首部, 用尽可能简练的文字和特殊的语法结构, 直接揭示法条内容或类型的一种文字表述方式。<sup>④</sup> 根据我国《立法法》的规定, 法条标题并非法条的必备要素。在我国的立法实践中, 条以上的结构单位——编、章、节通常都设置有标题, 但条及以下的结构单位——款、项、目都不设标题。反观域外的民法典立法, 有不少设置了条文标题, 例如《德国民法典》《葡萄牙民法典》《埃塞俄比亚民法典》《韩国民法典》《马耳他民法典》《路易斯安那民法典》《秘鲁共和国新民法典》等。值得一提的是, 《瑞士民法典》和《瑞士债务法》还将法条标题单独组成了条文细目, 其立法的严谨性可见一斑。我国历代的法典也有设置条文标题的传统。早在唐朝制定的《唐律》中, 凡 502 个条文都设置有标题, 其中的“同居相为隐”“外化人相犯”“自首”“首犯”等条文标题, 以极为凝练的文字阐述了刑罚原则, 有的甚至被沿用至今。后世的《宋刑》《大明律》《大清律例》也遵循此例, 目前仍在台湾地区实施的《中华民国民法典》也设置了法条标题。

条文标题的设置具有如下功能: 一是具有归纳功能, 它可以直观地将法条的核心内容表现出来, 从而方便人们的查找与援引。在立法过程中, 经由条文标题的指引, 立法人员明晰规范的事项, 避免重复和遗漏。二是对法条有一定的限制作用, 它对整个法条的结构体例、权利义务内容, 具有制约作用。三是在适用时, 法条标题还是法律解释重要的进路和切入点, 它在正面划定了法条可能的语义范围, 在反面则过滤掉了关系不大的其他含义, 从而具有辖制的功能。四是具有澄清功能, 还是检验一个法条适当与否的标准, 如果一个条文标题不能做到简短和清晰, 就提示立法者该法条正文规定可能存在着内容杂乱、与其他条文相重复等问题, 有必要做进一步的调整或修改。最后, 不同于诉讼程序法等主要由职业法律工作者参照, 作为一般法的民法典与国民的日常生活息息相关, 设置条文标题是法典通俗化的非常好的方式。<sup>⑤</sup> 基于上述考虑, 建议未来我国正

① 陈甦 《法律修改时条文序号整理模式分析》, 《法学杂志》2010 年第 4 期, 第 121—122 页。

② 最高人民法院《关于调整司法解释等文件中引用民事诉讼法条文序号的决定》(法释〔2008〕18 号)。

③ 以 2013 年 12 月修改的《公司法》为例, 由于删除了第 29 条规定, 导致后续条文的序号都依次前移了一位, 直至最后一条的第 219 条改为第 218 条。更为麻烦的是, 准用性法条所引用的相关条文的序号, 并没有被相应修改, 导致准用性法条与被准用法条序号下的规范不相吻合, 甚至出现了准用性法条本身的序号与被准用法条的序号相同的低级错误(第 67 条、第 73 条、第 181 条第 1 款)。

④ 刘风景 《法条标题设置的理据与技术》, 《政治与法律》2014 年第 1 期, 第 122 页。

⑤ 参见〔日〕加藤雅信, 朱晔、张挺译 《日本民法典修正案 I 第一编总则》, 北京: 北京大学出版社 2017 年版, 第 187 页。

式颁布的《民法典》设置法条标题。

## 五、小 结

现代民法典的编纂是一项极为复杂的人类智力活动,与古代的法律制定相比,对法典的编纂技术提出了更高的要求。立法者除了要重视民法典结构体系的建构,在具体的条款设计方面亦应注意细节,遵循科学的条文表达技术与规则。通过上述对我国《民法典草案》部分条文的梳理,发现在条文表达方面存在不少问题,希望能唤起关注。问题的解决,取决于立法机关对这方面工作意义的认可并迈出切实的步伐,为此,建议临时组建一个负责这方面工作的科学组织或团队,负责对草案文字的润色和最后定夺。在这方面有国外的立法经验可供借鉴。例如,1994年《魁北克民法典》,在法典起草的最后阶段,专门有一个审读委员会(Reading Committee)对法典对整个文本作出润色处理。<sup>①</sup>就我国民法典的立法工作而言,可以成立民法典编纂的语言文字委员会,负责对条文进行技术性整理,其成员可以由对立法技术有深入研究的法律语言学专家、法律逻辑学专家和经常使用法条的法官律师等人员组成。

## English Abstract

### Expressive Techniques of Legal Provisions in the Codifications of *Civil Code*: Sorting out the Provisions of the *Civil Code* (Drafted) of the People's Republic of China

HUANG Wenhuan

**Abstract:** Provisions of law are the essential units that undertake regulative functions and can be cited by judges. The expression of provisions of law involves a precise and meticulous process and must comply with scientific technical rules of legislation. In the Draft of China's *Civil Code* provided by the legislative bodies, there are many expressive problems of provisions in the matter of version, such as improper use of representational words of diverse normative types, many unnecessary provisions, duplication of contents among articles, non-systematization of article groups, and incomplete identification of articles. These problems can be addressed with the help of article expression techniques.

**Key Words:** Codification of *Civil Code*; expressive techniques of legal provisions; normative types; identification of articles

责任编辑 李晶晶  
责任校对 王治国

<sup>①</sup> 参见徐国栋《〈魁北克民法典〉的世界》,《中外法学》2005年第3期,第265页。