

# 民法典总则编的总则性和非总则性特点 及其体系影响

王雷

**摘要:** 民法典总则编对各分编具有统领性作用,这展现了总则编的总则性特点。民法典总则编还具有鲜明的非总则性特点,总则编对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为的法律适用存在一定的“非总则性”,非总则性成为大陆法系民法典总则编的“宿命”。如果把民法典总则编看成是一个矛盾统一体,总则性是矛盾的主要方面,非总则性则是矛盾的次要方面。总则性特点的体系影响是总分结合的立法技术和司法技术。非总则性特点的体系影响是参照适用立法技术和司法技术。“提取公因式”的总则式立法技术和用于弥补总则式立法技术缺憾的参照适用技术相依相存。总则编无法充分有效发挥兜底适用和补充适用的功能,这给了各分编做大的默许和机会。总则编的非总则性特点催生了大量隐性总则。参照适用在民法典各编中搭建起了释法典体系效益的一座座桥梁,参照适用法律技术弥补了总则编的非总则性缺憾。

**关键词:** 民法典总则编;统领性;非总则性;总分结合;参照适用

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2022.05.0010

## 一、问题的提出

“潘德克顿学派将数学上提取公因式的方法运用到法典编纂之中,这种方式被《德国民法典》发挥到了极致,形成了民法典编纂中的总分结构。”<sup>①</sup>《德国民法典》采用了潘德克顿法学体系,由总则、债的关系法、物权法、亲属法、继承法组成,其总则编最具体例设计上的特色,运用权利主体、法律行为等更高级概念将分则中共同性的东西用“提取公因式”(Ausklammerung)的方式统一规定。根据潘德克顿学说体系的建构,总则成为民法体系的第一部分,该体系首先为德国民法典所采纳,并为日本民法典、我国台湾地区所谓“民法”所继受延续,成为民法典编纂体例的特色。“《德国民法典》的总则编是最引人注目、最引起争议的问题。”<sup>②</sup>德国学者弗卢梅认为:“潘德克顿体系的主要特征是总则的前置,而潘德克顿体系总则的核心则是法律行为理论。”<sup>③</sup>我国《民法典》采取总则编、各分编(分则各编)相结合的科学化、体系化结构。总则编是否能够真正“总”得住、“兜”得住各分编?在总则性特点甚至优点之外,总则编是否还有摆脱不掉的“非总则性”的缺憾甚至宿命?对此,又应如何努力克服?

## 二、民法典总则编对各分编具有统领性作用

理解和适用民法典总则编的关键是通过总分结合的立法技术、法律适用技术和学习方法把握总

**基金项目:** 国家社科基金一般项目“《民法典》中的参照适用条款研究”(20BFX103)。

**作者简介:** 王雷,中国政法大学民商经济法学院副教授,博士生导师(北京 100088; CU008389@cupl.edu.cn)。

① 王利明:《总分结构理论与我国民法典的编纂》,《交大法学》2019年第3期。

② 谢怀栻:《外国民商法精要》,北京:法律出版社,2006年,第86页。

③ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Springer-Verlag Berlin 1992, S.28.

则编的统领性作用,这些都是民法典总则编的总则性特点及其体系影响。民法典总则编是民法典这列火车的“火车头”,是民法典这道复杂数学题的“公因式”。民法典“提取公因式”的总分结合立法技术也提供了法典化的一般立法技术。总分结合的立法技术超越民法商法,成为中国特色社会主义法律体系的一个突出立法技术特点,是科学立法的一个突出经验。

#### (一)民法典总则编统领性作用的具体表现

总则编在民法典中具有统领性作用。“中国民法典编纂采取的总则与分则相区分的立法结构,是立法科学性的体现,其优势已经被我国法制实践经验证明。”“潘德克顿体系最显著的特征,就是在这个体系中出现了民法总则,或者说,它确立了总则与分则相区分的编纂模式。”“民法典总则编,既是潘德克顿体系的特征,也是整个民法典的核心。”<sup>①</sup>从理解和适用民法典的角度看,科学立法要求我们注意运用体系化视角来理解民法典,理解民法典总分结合的立法技术。

民法典总则编的统领性作用主要通过基本原则和一般性规则来承担。民法典总则编在民法典中起到统领性作用。总则编规定了民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则,前者对应基本价值取向,是民法典的价值红线,后者对应民事法律关系的不同要素,是民法典的技术红线。各分编在总则编的基础上对各项民事制度作出具体规定。在各分编具体规则不足时,总则编基本原则能够起到填补漏洞作用。

第一,民法典总则编基本原则起到对各分编的价值统领作用。第一编第一章“基本规定”规定了民法典的立法目的和依据。其中,将“弘扬社会主义核心价值观”作为一项重要的立法目的,体现坚持依法治国与以德治国相结合的鲜明中国特色<sup>②</sup>。同时,规定了民事权利及其他合法权益受法律保护,确立了平等、自愿、公平、诚信、守法和公序良俗等民法基本原则。为贯彻习近平生态文明思想,将绿色原则确立为民法的基本原则,规定民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境<sup>③</sup>。

第二,民法典总则编一般性规则起到对各分编的技术统领作用。“民法总则草案以1986年制定的民法通则为基础,采取‘提取公因式’的办法,将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入草案,就民法基本原则、民事主体、民事权利、民事法律行为、民事责任和诉讼时效等基本民事法律制度作出规定,既构建了我国民事法律制度的基本框架,也为各分编的规定提供依据。”<sup>④</sup>“民法典总则编关于人格的规定对婚姻家庭编的统辖效果,主要体现在行为能力和监护制度对婚姻家庭关系中人身权变动的各个方面都具有制约的效力。”<sup>⑤</sup>“作为民法总则的一般规定,它(法律行为制度)统辖着合同法、遗嘱法和婚姻法等具体的设权行为规则。”<sup>⑥</sup>

#### (二)总分结合的立法技术发挥总则编统领性作用

民法典乃至民法典分则各编都采取“提取公因式”的总分结合立法技术,有助于避免立法冗余重复,降低立法成本,提高立法简约和体系化、科学化程度,还可以通过公因式展现各分项的共同密码。“民法总则草案以1986年制定的民法通则为基础,采取‘提取公因式’的办法,将民事法律制度中具有普遍适用性和引领性的规定写入草案……既构建了我国民事法律制度的基本框架,也为各分编的规定提供依据”<sup>⑦</sup>。总分结合的立法技术是总则式立法的鲜明标志,总分结合立法技术的正当性取决于

① 孙宪忠:《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》,《法学研究》2020年第3期。

② “坚持依法治国与以德治国相结合,注重将社会主义核心价值观融入民事法律规范,大力弘扬传统美德和社会公德,强化规则意识,倡导契约精神,维护公序良俗。”王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》,2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上。

③ 李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上。

④ 李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上。

⑤ 孙宪忠:《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》,《法学研究》2020年第3期。

⑥ 董安生:《民事法律行为》,北京:中国人民大学出版社,2002年,前言。

⑦ 李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上。

总则式立法的正当性。我国民法典的总则式立法技术是法律继受的产物。总则式立法从来都不是不证自明的。德国学者维亚克尔认为：“我们只在直接受德意志民法典影响的私法典里才发现总则的存在，在文化不同而从事继受的国家（例如日本、中国和暹罗）里，接受依教学方式安排的一般化，毋宁是自然的。”<sup>①</sup>“法学一旦自认是体系性的，就会以形成总则为其不可放弃的任务，自前一个世纪初起的德意志法学即是如此。”<sup>②</sup>总分结合的立法技术也是东方综合思维和西方分析思维的融合，以兼顾部分和整体，既见树木又见森林，展现法典体系化收放自如的功效，构建具有形式合理性的民法典。民法典中总分结合的立法技术具有多层次性和多类型性。

第一，民法典的基本原则和具体规则之间存在总分结构、总分关系。当《民法典》有具体规则时，应适用《民法典》的具体规定，而不能直接适用《民法典》基本原则，以防止出现“向一般条款逃避”的现象。只有在《民法典》对某一特定问题没有具体规则，才能根据《民法典》基本原则作出裁判。凯尔森认为：“无论如何，在最高级的人为法之上，也还是有一种假想的超验法。……高级规范并不是给人人为法的创制提前确定程序，而是确定基本准则。”<sup>③</sup>

第二，民法典总则和分则各编之间存在总分关系。提取公因式的立法技术将分散在民法典分则各编中的共通规则提炼到总则编加以规定，避免立法的重复规定，实现立法简约。“民法总则是民法典的开篇之作，在民法典中起统领性作用。民法总则规定民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则，统领民法典各分编；各分编将在总则的基础上对各项民事制度作出具体规定。”<sup>④</sup>“第一编‘总则’规定民事活动必须遵循的基本原则和一般性规则，统领民法典各分编。”<sup>⑤</sup>“因为民法典总则编在整个法典之中居于统率地位与核心地位，因此，它理所当然地对民法典分则各编的具体规范和制度具有统辖的效力，民法典分则各编对于总则编处于遵从的地位。”<sup>⑥</sup>

“提取公因式”的立法技术具有可还原性特点，其来源于分则各编，也可归属于分则各编，总则编作为“提取公因式”立法技术的成果是分则各编的最大公约数，形成民法典的共通规定，包括基本原则和一般性规则。有学者认为我国民法典总则编所提取的公因式不同于德国民法典，德国民法典总则编公因式的核心是民事法律行为，我国民法典总则编的公因式是民事权利类型列举。民事法律行为被留存在总则编，也许只是出于《民法通则》形成的立法惯性<sup>⑦</sup>。“虽然我国《民法典》采用总分则编制，亦声称使用‘提取公因式’的立法技术，但无论是其技术操作，还是其体系理念，均与潘德克顿体系大相径庭，而是有着深刻的中国特色烙印。这一中国特色体现为，我国《民法典》系单行法的活页式汇聚，总则编规范以民事权利的列举为核心，此类规范并非分则编的公因式，而是活页本法典的活页环，其意义在于串起分则各编，并划定《民法典》的最大编数。”<sup>⑧</sup>“提取公因式”立法技术的功用不限于避免立法重复实现立法简约、提炼分则的共同密码、协调总分规则适用，还包括提供体系线索塑造法典体系。

第三，民法典各分编内部也存在总分结构。民法典“不仅设总则编规定了整个法典的一般性规则，在分则各编中，也是先规定适用于该编的一般性规则，再规定具体规则或者特别规则”<sup>⑨</sup>。例如，合同编通则、典型合同和准合同之间存在总分结构，合同编通则第一章至第八章也存在总分结构。

① 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史：以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，上海：上海三联书店，2006年，第466页。

② 弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史：以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，第467页。

③ 转引自莫里斯·奥里乌：《法源：权力、秩序和自由》，鲁仁译，北京：商务印书馆，2015年，第138页。

④ 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》，2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上。

⑤ 王晨：《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》，2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上。

⑥ 孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，《法学研究》2020年第3期。

⑦ 朱庆育：《第三种体例：从〈民法通则〉到〈民法典〉总则编》，《法制与社会发展》2020年第4期。

⑧ 朱庆育：《第三种体例：从〈民法通则〉到〈民法典〉总则编》，《法制与社会发展》2020年第4期。

⑨ 刘贵祥：《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》，《法律适用》2020年第15期。

《民法典》第 808 条规定:“本章没有规定的,适用承揽合同的有关规定。”据此,承揽合同和建设工程合同之间存在一般与特别、总和分的关系。民法典“通过总分结构构建了相对完善的人格权规则体系”。“我国民法典人格权编采用了总分结构的编排方法,这既与民法典其他各编在体系设计上保持一致,也是我国民法典在人格权保护方面的重要创新。”<sup>①</sup>“我国民法典按照总分结构构建人格权的制度体系具有鲜明的中国特色,也是人格权编的一大创新。”<sup>②</sup>“总分编制下的民法典编纂,以‘提取公因式’为技术追求,侵权责任编在形式上也体现了从一般到特别的总分结构,第一章一般规定与第二章损害赔偿相当于侵权责任编的‘小总则’,其后各章则相当于‘侵权分则’。不过,法律适用的规范检视方向与法典编纂相反,是从特别到一般的逆向过程。”<sup>③</sup>

第四,民法典与商法等特别法之间存在一般和特别的关系,民法典作为一般法具有总则性功能。《民法典》第 11 条规定:“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”民法典担当“其他法律”的兜底总则功能,成为所有私法共通适用的原则规定。

第五,民法典中“总分总”结合的立法技术昙花一现,未被最终采纳。民法典人格权编草案曾经一度采取总分总结结合的立法技术。人格权编草案(室内稿)共七章 54 条,体例上呈现出“总分总”的结构:第一章一般规定,是总写;第二章生命权、身体权和健康权、第三章姓名权和名称权、第四章肖像权、第五章名誉权和荣誉权、第六章隐私权和个人信息,这五章按照具体人格权依次展开,是分写;第七章人格权的保护,又是总写。“总分总”的写法,在我国的民事立法中实属罕见。人格权编草案(征求意见稿)和民法典人格权编体例上将原来室内稿的第七章合并到第一章里,共同作为“一般规定”,将“总分总”结构改成了“总分”结构。

### (三)总分结合的司法技术发挥总则编统领性作用

总分结合具有民事立法技术、司法技术以及民法学学习方法三个不同维度。第一,总分结合的立法技术通过“提取公因式”的方式避免立法重复,实现立法简约。第二,多层次多类型的总分结合的立法技术要求总分结合的法律适用方法,这也加大了法律适用过程中“找法”的难度和初学者学习难度。此种立法技术也要求在法律适用中要遵循“先分则后总则”“从后往前看”的司法技术,而不必因为总则的缺失在分则类似规定之间进行类推适用,以更好地限制法官的自由裁量权。第三,先总后分不符合人们由浅入深的学习习惯。总则最抽象、离生活相对最远。有学者指出:“民法典的总则如果不是有害的,至少也是多余的。对如何合乎事理地引导法学初学者而言,总则授课是第一等痛苦重担。”<sup>④</sup>“将民法总则置诸法律学习伊始,虽然有点先苦后甘的味道,但也使法律的学习,容易让人感到挫折。”<sup>⑤</sup>

作为立法技术的总分结合是先总则后分则,总则置前。作为司法技术的总分结合,是先分则后总则,反其道而行之。“在民法典内部,关于总则和分则之间的关系,如果两者规定的是同一事项,原则上分则的规定应当优先于总则的规定”<sup>⑥</sup>。例如,《民法典》第 508 条规定:“本编对合同的效力没有规定的,适用本法第一编第六章的有关规定。”在判断合同效力时,典型合同分编有特别规定时,优先适用特别规定;典型合同分编没有特别规定时,直接适用合同编通则第三章“合同的效力”等一般规定;合同编通则仍无规定时,补充适用总则编第六章的有关规定。先分则后总则的法律适用方法指的是优先适用分则各编和补充适用总则编,总则编的补充适用、兜底适用功能凸显。

不过法典编纂的公因式提取技术可能会导致规范的双重不完整,即括号外的公因式与括号内的

① 王叶刚:《民法典人格权编的亮点与创见》,《中国人民大学学报》2020 年第 4 期。

② 王叶刚:《民法典人格权编的亮点与创见》,《中国人民大学学报》2020 年第 4 期。

③ 吴香香:《中国法上侵权请求权基础的规范体系》,《政法论坛》2020 年第 6 期。

④ 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,第 467 页。

⑤ 陈自强:《契约法讲义 I:契约之成立与生效》,台北:元照出版公司,2018 年,“缘起”第 II 页。

⑥ 王利明主编:《民法》(上册),北京:中国人民大学出版社,2020 年,第 36 页,王利明教授执笔。

规范均不完整<sup>①</sup>。例如,民法典婚姻家庭编中有关婚姻无效制度在法律适用中存在漏洞。《民法典》第1051条规定:“有下列情形之一的,婚姻无效:(一)重婚;(二)有禁止结婚的亲属关系;(三)未到法定婚龄。”法释〔2020〕22号《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第17条规定:“当事人以民法典第一千零五十一条规定的三种无效婚姻以外的情形请求确认婚姻无效的,人民法院应当判决驳回当事人的诉讼请求。”“当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼,主张撤销结婚登记的,告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”从文义解释上看,婚姻无效的情形被严格限定为《民法典》第1051条的三种法定情形,婚姻是否有可能因为违反公序良俗原则而无效?值得思考,婚姻家庭编没有规定,总则编民事法律行为制度也未对身份法律行为作特别安排,婚姻家庭编和总则编存在双重不完整,笔者认为,此时可以补充适用总则编第153条第2款,以发挥总则编的统领性作用。当然,身份法律行为补充适用民法典总则编的有关规定是有益的,但也是有限的。

### 三、民法典总则编具有鲜明的非总则性特点

每位民法学者心目中都会有一部理想的民法典。法律体系不简单等同于法学理论体系。现实中的民法典总是充满了很多妥协。立法是个“遗憾的艺术”,对法律规范宜秉持如下解释、适用和完善的立场:一方面,在推进全面依法治国的背景下,法律人共同体应该尊重立法者、尊重实定法权威,尊重立法者在实定法中所体现的价值判断结论,注重法律人的团结协作,应该本着最大善意将实定法条文尽可能解释得有用和有意义<sup>②</sup>,对于实定法条文中存在瑕疵有漏洞之处,应该努力“化腐朽为神奇”、破立结合、善意弥补。另一方面,面对多种可供选取的法律解释方法和法律适用方法时,一般而言,何种法律解释方法和法律适用方法给法律适用者带来的自由裁量权越小,何种方法的妥当性程度就相对越高。

从立法技术问题的角度看,理想的民法典总则编堪当“总则”功能、充分发挥统领性作用须规定全局性问题,不能拘泥于局部问题,逻辑上应当能够统辖涵括民法典各分编。

现实中的民法典总则编具有鲜明的“非总则性”特点。“《民法典》总则编主要以双方民事法律行为特别是合同行为为典型提炼一般规定,且主要以财产法律行为为典型提炼一般规定,这就导致《民法典》总则编对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为的法律适用存在一定的‘非总则性’。在没有特别规定时,对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为适用《民法典》总则编时,要充分注意这些民事法律行为性质的特殊性,不要被合同中心主义或者财产法中心主义所蒙蔽”<sup>③</sup>。民法总则的规定应当对分则具有普遍适用性,但总则的一般规定并非在分则所有地方都能适用,其往往须据情况设置一些相应的例外,以限制其适用范围,有时这种限制并未实定法化,这就须要我们通过历史解释、类推适用或者规范目的解释等加以推导<sup>④</sup>。

#### (一) 民法典总则编非总则性特点的具体表现

有学者认为:“在《民法典》婚姻家庭编未作特别规定的场合,总则编关于民事法律行为的一般规定理应适用于婚姻家庭问题。”<sup>⑤</sup>总则编无法充分涵括调整身份关系,不能简单补充适用总则编规定,而要充分照应身份关系性质的特殊之处,做必要的变通适用或者排除适用。《民法典》第146条规定:

<sup>①</sup> 朱庆育:《法典理性与民法总则》,《中外法学》2010年第4期。

<sup>②</sup> 王雷:《对〈中华人民共和国民法典(草案)〉的完善建议》,《中国政法大学学报》2020年第2期。

<sup>③</sup> 王雷:《民法典适用衔接问题研究——动态法源观的提出》,《中外法学》2021年第1期。

<sup>④</sup> Dieter Medicus: *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. neu bearbeitete Auflage, 2006 C.F. Müller Verlag Heidelberg, S.18.

<sup>⑤</sup> 韩世远:《财产行为、人身行为与民法典适用》,《当代法学》2021年第4期。

“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。”“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”通谋虚伪行为能否适用于身份法律行为,尤其在假结婚、假离婚相关的案件中。只要在民政部门办理了离婚登记,在法律上即产生离婚的法律后果,不能认为离婚登记因为违反当事人的真实意思而可撤销,或者因为当事人虚假的意思表示而无效。基于身份法律行为的要式性特点,法律上以形式主义为原则认定虚假婚姻行为的效力,已登记生效的婚姻行为不因当事人内心一致虚假的意思表示而无效。“对民法典总则提出的质疑,往往是总则的关键部分不能普遍适用在分则中,将具体法律规范过度抽象化”<sup>①</sup>。但还须区分身份法律行为和身份关系协议,夫妻通过假离婚达成离婚财产分割协议逃避债务承担,对该离婚财产分割协议存在适用《民法典》第154条的可能。假若夫妻出于拆迁补偿、解决子女入学等其他目的而假离婚,达成离婚财产分割协议,没有损害债权人等第三人合法权益,对夫妻之间的该离婚财产分割协议纠纷可以适用《民法典》第146条第1款。

非总则性特点成为总则编的“宿命”。针对《德国民法典》总则编,维亚克尔批评指出:“民法第一篇实际上也未能满足总则的真正要求。事实上只有‘法律行为’章才包含了真正的‘一般性’规则。”<sup>②</sup>物的概念宜在民法典总则中规定,不宜在物权法中规定。民法典总则编中所规定的物不能局限于特定物。北川善太郎认为:“民法总则的物是各种各样的物的总称。”<sup>③</sup>星野英一认为:“是否把家族法特别是有关父母孩子关系的法律和有关交易的法律基于相同的原理,这是一个很大的问题,最近,有实力的民法学者提出了异议。”<sup>④</sup>1931年,胡长清先生曾批评“中华民国民法总则”的非总则性。理想中的民法总则应该是适用于民法典全部之通则。中华民国民法总则“物”只能作为支配权客体中的一种,无法担当全部私权的客体。法律行为之规定除通则一节外其余十之八九仅能适用于债权契约,与其他行为无关,不但无关,且于其他行为多有明示不适用法律行为一章规定的,法律行为已失其所以为总则之总则性。消灭时效完全以债权请求权为其规定的对象。权利行使中的禁止权利滥用规则是民法的根本问题,但自卫行为、自助行为不过不负损害赔偿责任的局部问题,属于侵权法规则,其均欠缺总则性。胡长清先生认为理想的民法总则包括法例、文例、时例、私权之主体。法例是法律适用的顺序和解释准则,权利行使的标准方可与之匹配勘为总则性规定,但法律行为的方式、确定数量标准之规则均属于局部问题。文例规定民法典中重要术语的含义。时例规定民法典的期间期日制度。<sup>⑤</sup>苏永钦先生也认为:“总则编的总则性向来受到严厉批评,即在其内容实际上堪称所有其他编通则的非常有限,在主体方面,法人和亲属继承无关,在主要核心的法律行为,能适用到身份法的更是少之又少;身份行为无适用一般意思表示瑕疵规定的余地,无代理可言,也不宜附期限条件,其效力既不可能部分无效,也不能想象如何转换,等等,把这些都予扣除后,比较名正言顺的结构,应该只是一部财产法通则。”<sup>⑥</sup>

民法典总则编规范供给不足,使得总则编的补充适用、兜底适用功能不彰。在监护制度上,也要注意与传统民事权利体系的对接和碰撞,在法律适用层面既要实现规范的融贯衔接,又要照应身份关系的特殊要求。在父母对未成年子女监护问题上,婚姻家庭编规定优先适用,总则编监护制度恐怕也不是简单的补充适用,而要考虑何时完全适用、何时变通适用、何时不能适用。

民法典总则编对合同行为之外的其他民事法律行为也具有非总则性特点。例如,决议行为就不能简单适用总则编民事法律行为的效力规则,而要充分考虑决议行为自身性质的团体性、程序性和内

① 李建华、何松威、麻锐:《论民法典“提取公因式”的立法技术》,《河南社会科学》2015年第9期。

② 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,第466-467页。

③ 北川善太郎:《日本民法体系》,李毅多等译,北京:科学出版社,1995年,第57页。

④ 星野英一:《现代民法基本问题》,段匡、杨永庄译,上海:上海三联书店,2012年,第50页。

⑤ 胡长清:《论民法总则编之非总则性》,《法律评论(北京)》1931年第8卷第19期。

⑥ 苏永钦:《寻找新民法》,北京:北京大学出版社,2012年,第183页。

外部法律关系区分性等特点,做变通调适。从立法技术角度,民法典总则编也并非全都体现“提取公因式”的方法,存在无法担当各分编公因式功能的立法技术上的剩余<sup>①</sup>。

民法典总则编对商事特别法也存在兜底功能不足的情况,“一般认为,《民法典》与单行法是一般法与特别法的关系。但如此理解过于简单”<sup>②</sup>。《民法典》第11条虽然明确了优先适用特别规定,并不意味着缺乏特别规定时当然补充适用民法典一般规定。例如,《公司法》对股权转让合同存在法律漏洞时,不是简单补充适用《民法典》,股权转让合同有因应其自身性质的特殊性,股权转让合同也有参照适用《民法典》买卖合同中权利瑕疵担保制度等有关规定的必要性。此外,《民法典》第71条还给了“公司法律的有关规定”被反向参照适用的空间。

## (二)总则编的非总则性特点催生了大量隐性总则

《民法典》总则编自有其通过抽象概括实现立法简约等优点,但总则编也具有非总则性的缺憾。《民法典》总则编主要以双方民事法律行为特别是合同行为为典型提炼一般规定,主要以财产法律行为为典型提炼一般规定,具有鲜明的“非总则性”特点。“中国民法之法律行为,实质上不能不成为合同法总则的翻版”<sup>③</sup>。苏永钦教授也曾指出,《德国民法典》的总则精华全在法律行为上,作为财产法和身份法的公因子不能算很成功。德国民法典总则的体系效应极为有限,身份关系几乎都“总”不进去,已经是不争的事实<sup>④</sup>。

《民法典》总则编无法有效充分发挥兜底适用和补充适用的功能,类似功能只能由二级总则/隐性总则分担,此种分担技术不再是直接适用或者补充适用,而是变成参照适用。“提取公因式”的总则式立法技术和用于弥补总则式立法技术缺憾的参照适用技术相依相存。“非总则性”成为大陆法系民法典总则编的“宿命”。总则式立法技术要求法律适用过程中优先适用分则、补充适用总则,《民法典》总则编的“非总则性”特点阻断了回归补充适用总则的道路。总则编的“非总则性”特点也给了各分编做大的默许和机会。

《民法典》物权编第388条第1款“其他具有担保功能的合同”引入了功能主义担保观,形塑大担保体系。第414条第2款将抵押权的体系溢出效应展露无遗。《民法典担保制度司法解释》第66条第1款通过参照适用司法技术与《民法典》第768条关联起来,实现应收账款担保规则的统一化。《民法典担保制度司法解释》第67条通过参照适用司法技术与第54条关联起来,实现动产担保规则的统一化,所有权保留买卖、融资租赁合同中出卖人、出租人的所有权未经登记不得对抗的“善意第三人”的范围及效力与《民法典》第403条动产抵押权登记对抗规则保持一致。《民法典》第311条第3款将所有权善意取得规则的体系溢出效益延及其他物权善意取得,通过参照适用司法技术弥补后者的规则漏洞。《公司法司法解释四》第25条第1款规定名义股东无权处分股权时参照适用《民法典》第311条善意取得规则,使得第311条的体系溢出效益进一步扩大。《民法典》第311条第3款原本只是笼括物权善意取得,《公司法司法解释四》第25条第1款使得所有权善意取得规则大有“众星拱之”“四方来贺”的气派<sup>⑤</sup>。在债肥物瘦的法典体系下,物权编也在努力做大。

《民法典》第464条第2款使得身份关系协议的法律漏洞填补方法不是兜底适用总则编,而是参照适用合同编,“外强中干”总则编的兜底适用功能被合同编“捷足先登”了。我们在看得见的《民法

① 王轶:《民法总则之期间立法研究》,《法学家》2016年第5期。

② 王利明:《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》,《中国社会科学》2022年第3期。

③ 尹田:《民法典总则与民法典立法体系模式》,《法学研究》2006年第6期。

④ 苏永钦:《寻找新民法》,第49页。

⑤ 延伸问题是,若有限责任公司的实际出资人成功否定受让人对股权善意取得,实际出资人能否直接请求将相关股权变更登记到自己名下?在所有权不能被受让人善意取得情形下,根据《民法典》第311条第1款规定,“所有权人有权追回”。但有限责任公司的实际出资人要求显名登记、变更登记,不能当然参照适用“所有权人有权追回”规则,须有变通调适,须遵循《公司法》第71条、《公司法司法解释三》第24条第3款的规定。

典》合同编通则中找到看不见的实质意义上的债法总则。《民法典》第468条“扩张了合同编通则的适用范围,使得合同编通则不仅仅在合同编发挥更大作用,同时发挥了债法总则的功能”<sup>①</sup>。《民法典》第468条是大民法典、大合同编的生动体现,也可以帮助我们更好地理解大民法典的体系魅力。《民法典》第646条使得买卖合同规则堪任有偿合同法律规则体系中的“小总则”,可以有效沟通协调民法商法。

《民法典》第1001条身份权利参照适用人格权保护的有关规定,让我们领略到大人格权编的雄心壮志,人格权编勇敢担任婚姻家庭编、继承编中身份权利保护的“小总则”。

《民法典》总则编的“非总则性”催生了大量的小总则、隐性总则,也使得作为法律适用方法通说观点的“先分则后总则”“先具体规则后基本原则”<sup>②</sup>凸显出解释力边界。在“先分则后总则”的道路上,大物权编、大合同编、大人格权编等纷纷挺身而出。在“先具体规则后基本原则”的道路上,基本原则弥补具体规则漏洞之前,参照适用司法技术引导我们先求诸于大物权编、大合同编和大人格权编等。民法典各分编之间存在着隐藏的总分关系。

总则编是民法典体系化发展的里程碑。总则编的非总则性使得立法技术上舍弃总则编<sup>③</sup>、用小总则编<sup>④</sup>或者序编<sup>⑤</sup>取而代之的声音始终存在。但瑕不掩瑜,总则编的缺憾并非无可救药,参照适用法律技术可以成为一剂良方。

### (三)总则编非总则性特点带来动态法源观及民法典中更复杂的特别规定和一般规定关系

根据总分结合的立法技术,民法典内部存在一般规定和特别规定关系,总则编对应一般规定,各分编对应特别规定,而总则编的非总则性特点使得总则编经常无法发挥一般规定的兜底功能,这就使得民法典总则编和各分编、各分编彼此之间存在更复杂的一般规定和特别规定关系。总则编非总则性特点催生动态法源观,启发我们思考一般规定和特别规定的定位在解释总则编和各分编之间关系、民法典和民法典特别法之间关系时的边界。

例如,如何协调见义勇为和无因管理之间的关系?见义勇为属于紧急无因管理,无因管理中管理人因管理事务而“支出的必要费用”,“可以请求受益人偿还”。见义勇为救助者所受损害(“受到损害”)只能请求受益人“给予适当补偿”。管理人“支出的必要费用”不同于救助者“受到损害”。传统无因管理制度中的必要费用返还请求权无法救济见义勇为救助者所受损害。传统无因管理制度解决管理人和受益人之间的内部利益冲突,传统无因管理制度曾力图通过扩张解释“必要费用”以实现和管理人受到损害的全面救济。

原《民法通则》第93条规定:“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”原《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第132条规定:“民法通则第九十三条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用,包括在管理或者服务活动中直接支出的费用,以及在该活动中受到的实际损失。”这种做法适用到对见义勇为救助者所受损害的救济,类型不周延。见义勇为包括侵害制止型和抢险救灾型,就侵害制止型见义勇为而言,救助者“受到损害”由侵权人引起,救助者虽为

① 王利明主编:《中国民法典释评·合同编·通则》,北京:中国人民大学出版社,2020年,第40页。

② 最高人民法院法发〔2018〕10号《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第5条倒数第2句指出:“民事案件没有明确的法律规定作为裁判直接依据的,法官应当首先寻找最相类似的法律规定作出裁判;如果没有最相类似的法律规定,法官可以依据习惯、法律原则、立法目的等作出裁判,并合理运用法律方法对裁判依据进行充分论证和说理。”据此,民事法律具体规则有漏洞时,类推适用成为优先选择,而非直接求诸法律基本原则。

③ 大木雅夫总结分析过“总则无用论”。参见大木雅夫:《比较法》,范愉译,北京:法律出版社,1999年,第206页。

④ 陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,《法学研究》2004年第3期。

⑤ 冉克平:《民法典总则的存废论——以民法典总则与亲属法的关系为视野》,载易继明主编:《私法》第8辑·第1卷/总第15卷,武汉:华中科技大学出版社,2008年,第283页;曾祥生:《再论民法典总则编之存废》,《法商研究》2015年第3期。瑞士、荷兰、意大利等国民法典更青睐序编,而非总则编。欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组起草的《欧洲示范民法典草案》未设总则编,只设序编。

受益人利益而行为,但二者不是并列原因,应该先由引发损害的侵权人承担赔偿责任,受益人承担的只能是补充的适当补偿。见义勇为救助者受到损害对应特殊无因管理之债,对救助者受到损害的救济不能完全苛责由受益人负担。

《民法典》第183条对“给予适当补偿”做了类型化处理,《民法典》第979条第1款后段进一步做了体系照应:“管理人因管理事务受到损失的,可以请求受益人给予适当补偿。”立法正式将“给予适当补偿”和“偿还由此支出的必要费用”区分开来,是对《民法典》第121条的发展完善。在对见义勇为救助者受到损害的救济机制上,《民法典》第979条第1款成为一般规定,《民法典》第183条成为特别规定,后者是对前者“受益人给予适当补偿”的再类型化。

实际上,因保护他人民事权益使自己受到损害的,完全符合无因管理的构成要件,但《民法典》第183条在法律后果上与《民法典》第121条无因管理有别,前者不再持守全有全无式的价值判断,而是在受害人(救助者)和受益人之间进行或多或少式的利益衡量。对见义勇为救助者受到损害的救济,发展完善了传统无因管理制度。

对见义勇为救助者受到损害的救济,《民法典》中存在复杂的一般规定和特别规定关系,不能简单、宏观、笼统地认为总则编就是一般规定,分则各编就是特别规定。《民法典》第183条和第121条之间存在特别规定和一般规定关系,第979条和第121条之间存在特别规定和一般规定关系,第183条和第979条之间还存在特别规定和一般规定关系。

类似地,《民法典》物权编第三章“物权的保护”统合规定了传统的物权请求权和侵权损害赔偿请求权,而侵权责任编第一章第1165条、第1166条和第1167条再次统一规定了多元侵权责任方式。如何协调在物权等民事权利保护问题上的特别规定和一般规定关系?

笔者认为,《民法典》总则编“民事责任”章统合规定承担民事责任的各种方式,“诉讼时效”章第196条统合解决不同民事责任方式是否适用诉讼时效的问题,侵权责任编着重解决不同责任方式对应的不同归责原则。《民法典》分则各编分别具体规定侵害合同债权的违约责任方式、侵害物权的民事责任方式、侵害配偶权等身份权的民事责任方式、侵害继承权的民事责任方式,这些规定对应民事权利救济方式的特别规定,《民法典》总则编和侵权责任编则对应民事权利救济方式的一般规定,二者并行不悖、体系和谐、功能协同。

《民法典》物权编第236条和侵权责任编第1167条均规定停止侵害、排除妨碍、消除危险责任,二者在归责原则问题上均适用第1167条无过错责任归责原则,在诉讼时效问题上均根据第196条第(一)项不适用诉讼时效,第236条和第1167条不因为编章体系位置这种立法技术上的差异而导致价值判断结论迥异。在法律适用方法上,《民法典》第236条是特别规定,第1167条是一般规定,后者的适用范围不仅限于物权保护,还可以及于对其他绝对权的保护,因此在侵害物权的救济上,法官要优先适用第236条。

《民法典》物权编第237条、第238条和侵权责任编第二章“损害赔偿”之间也存在一般规定和特别规定的关系,侵权责任编第二章对损害赔偿的规定更加具体,属于特别规定,对侵害物权的损害赔偿承担责任,法官援引第237条和第238条后,要优先适用侵权责任编第二章来做具体化。

总体上,推进全面依法治国背景下,法律适用过程中优先适用特别规定,补充适用一般规定,这是依法裁判原则的体现,哪种找法用方法给法官自由裁量权越小,哪种方法的妥当性程度就相对更高。在协调民法典中的总分关系时,总则编的规定有可能不是一般规定,而是特别规定。民法典分则各编中的特别规定,与之相对应的一般规定不见得在本分编中、本编中或者总则编中,也有可能在其他各编中。

#### (四)参照适用法律技术弥补总则编的非总则性缺憾

“总则的优点,即将私法上的共同事项加以归纳,具有合理化的作用,避免重复或大量采用准用性

的规定。”<sup>①</sup>民法典总则编的非总则性特点又使得立法者不得不采用参照适用/准用规定以济其穷。民法典中大量参照适用条款搭建起释法典体系效益的一座座桥梁<sup>②</sup>,塑造一个个小总则、隐性总则。参照适用法律技术也弥补总则编的非总则性缺憾。参照适用法律技术在总分结合法律技术解释力的边疆发挥作用,以济其穷。在被参照适用规范和拟参照适用案型之间存在总分结构、总分关系。甚至总则式立法技术还可为参照适用立法技术所替代。“瑞士民法典欠缺总则规定所生问题,藉由其第7条之指示参照债务法得以解决,依多年经验,指示参照规定的适用,从未造成任何重大困扰。”<sup>③</sup>《瑞士民法典》第7条整体参引的规定带来相应(entsprechend)、合乎意义(sinngemäßig)(不一定是字面上)地适用《债法》规定的结果<sup>④</sup>。

《民法典》人格权编第一章和第二至六章之间存在总分关系,对人格标识许可使用优先适用人格权编第二至六章规定,补充适用人格权编第一章规定,再补充适用总则编规定。而鉴于总则编未提供人格标识(人格利益)许可使用的一般规则,总则编的非总则性特点凸显,人格权编第四章第1021条至第1022条肖像许可使用规则就担当起人格标识许可使用一般规则的小总则功能。人格权编第1023条第1款通过参照适用肖像许可使用有关规定的做法,弥补了总则编的非总则性缺憾。“从我国民法典人格权编的规定来看,人格利益的许可使用规则分别规定在第一章‘一般规定’和第四章‘肖像权’规则中,并在肖像权规则中设置准用性规范将其准用于其他人格权益的许可使用。此种立法模式虽然可以减少立法中的争议,但却在一定程度上割裂了人格利益许可使用规则的整体性”<sup>⑤</sup>。

《民法典》中的参照适用条款集中规定在总则编、物权编、合同编和人格权编四编,婚姻家庭编、继承编和侵权责任编三编没有任何参照适用条款,这是否意味着这三编完整自治?实际上,婚姻家庭编和继承编有关身份关系协议的一般规定由合同编承担,合同编第464条第2款参照适用条款释放出了合同编的体系效益。婚姻家庭编和继承编有关身份权利保护的一般规定由人格权编承担,人格权编第1001条参照适用条款释放出了人格权编的体系效益。侵权责任编实际提供了民事权益尤其是绝对权保护的一般规则,其他各编对民事权益保护有规定的,要优先适用其他各编的有关规定;其他各编对民事权益保护没有规定的,方存在补充适用侵权责任编的可能。例如,就人格权保护而言,“由于侵权责任编只能就侵权责任的一般规则作出规定,而不可能根据权利的不同就各种侵害权利的行为分别进行规定,这就要求人民法院在适用侵权责任编时,必须先根据人格权编中各种权利的具体内容来确定受侵权责任编保护的限度,再根据侵权责任编来确定行为人是否须承担侵权责任。尤其是人格权的保护程度所涉及的价值判断因素很多,通过人格权独立成编系统地规定受法律保护的人格权范围及其内容,既可起到宣示权利的作用,也可为侵权责任编的适用提供指引和依据,其意义不可谓不大”<sup>⑥</sup>。

优先适用分则、补充适用或者说兜底适用总则是总分结合立法技术在司法裁判中的延伸要求,但不能混淆优先适用与参照适用,二者功能不同。优先适用分则是先分则后总则法律适用方法的当然要求,法官于此没有自由裁量权。参照适用是对补充适用总则编不能之弥补,是对总则编非总则性缺憾的弥补,是立法者对法官自由裁量权的授予。有法官认为:“无论是典型合同还是无名合同,根据《民法典》第646条的规定,在没有关于该合同的特别规定时,如果该合同是有偿合同,还应在适用合

① 王泽鉴:《民法总则》,北京:北京大学出版社,2009年,第21页。

② 《民法典》中“参照适用”字样出现28次,对应28个形式意义上的参照适用条款,此外还有2个实质意义上的参照适用条款(第468条、第806条第3款)。

③ 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,第467页。

④ 恩斯特·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,北京:法律出版社,2019年,第62页注[232]。

⑤ 王叶刚:《民法典人格权编的亮点与创见》,《中国人民大学学报》2020年第4期。

⑥ 刘贵祥:《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》,《法律适用》2020年第15期;温世扬、朱海荣:《中国民法典对潘德克顿体系的扬弃》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

同编通则部分之前,优先适用《民法典》关于买卖合同的规定。”<sup>①</sup>该观点混淆了“参照适用”与“优先适用”的边界。有偿的典型合同或者有偿的非典型合同,参照适用而非优先适用买卖合同法律规则。典型合同,优先适用典型合同分编,补充适用合同编通则。非典型合同中的总则式问题(如订立、效力、履行、保全、变更和转让、权利义务终止、违约责任),直接适用合同编通则;非典型合同中的分则式问题(如给付请求权、主给付义务的解释确定),可以参照适用最相类似的典型合同法律规则。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编的解释(一)》(2021年11月21日中国人民大学讨论稿)第1条第1款规定:“民法典第二编至第七编对民事关系有具体规定的,人民法院应当适用该规定;前述各编没有规定的,适用民法典第一编的规定。”笔者认为,《民法典》总则编具有典型的“非总则性”特点,总则编民事法律行为的有关规定对身份法律行为、对合同行为之外的其他民事法律行为具有关照回应不足,当分则各编对身份法律行为、对合同行为之外的其他民事法律行为没有规定时,简单补充适用总则编的规定有可能违背其性质。民法典总则编对各分编是强约束,但非全约束,总则编存在兜不住各分编之底的情形。笔者2021年11月21日下午在中国人民大学召开的“民法典总则编司法解释(一)征求意见研讨会”上建议将讨论稿第1条第1款概括修改为:“民法典第二编至第七编对民事关系有具体规定的,人民法院应当适用该规定;前述各编没有规定的,适用民法典第一编的规定,但是根据其性质不能适用的除外。”<sup>②</sup>法释〔2022〕6号《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第1条规定:“民法典第二编至第七编对民事关系有规定的,人民法院直接适用该规定;民法典第二编至第七编没有规定的,适用民法典第一编的规定,但是根据其性质不能适用的除外。”“就同一民事关系,其他民事法律的规定属于对民法典相应规定的细化的,应当适用该民事法律的规定。民法典规定适用其他法律的,适用该法律的规定。”“民法典及其他法律对民事关系没有具体规定的,可以遵循民法典关于基本原则的规定。”

#### 四、总结

民法典总则编“总则性”通说观点有解释力、回应力的边疆,民法典总则编鲜明的“非总则性”特点就是力证。如果把民法典总则编看成是一个矛盾统一体,总则性是矛盾的主要方面,非总则性则是矛盾的次要方面。以合同行为和财产法律行为为主要原型提炼共通规则使得民法典总则编对合同行为之外的其他民事法律行为、对身份法律行为的法律适用存在一定的“非总则性”。补充适用不敷所用。民事法律行为一般规则在身份法律行为、决议行为领域具有变通调适的必要,优先适用分则、补充适用总则的法律适用方法存在须完善拓展之处。总则编总则性特点使其具有兜底适用、补充适用的功能。总则编的“非总则性”特点阻断了兜底补充适用总则的道路。

体系化是民法典的生命,民法典不是体系化的终点,而是再体系化的起点。民法典各分编总则式立法使其可以发挥体系溢出效益。参照适用可以济民法典总则编补充适用之穷。民法典中的参照适用条款像一座座桥梁,弥补总则编的非总则性缺憾,塑造着一个个小总则、隐性总则,带来动态法源观和民法典中更复杂的特别规定和一般规定关系。民法典中的参照适用条款也在照亮大物权编、大合同编和大人格权编,它们三编都承载着大民法典的理想。

“提取公因式”的总分结合立法技术成就了民法典总则编,发挥总则编的统领性作用。参照适用

<sup>①</sup> 刘贵祥:《〈民法典〉实施的若干理论与实践问题》,《法律适用》2020年第15期。

<sup>②</sup> 2021年11月21日下午,在中国人民大学召开的“民法典总则编司法解释(一)征求意见研讨会”上,中国人民大学法学院王轶教授建议将该条修改为:“民法典第二编至第七编对民事关系有具体规定的,人民法院应当适用该规定;前述各编没有规定的,适用或者参照适用民法典第一编的规定。”有关本次研讨会的更多内容,参见:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编的解释(一)(征求意见稿)专家研讨会成功召开》,中国民商法律网公众号2021年11月25日发布。

法律技术是民法典“提取公因式”总则式立法技术的升级版。参照适用法律技术努力释放民法典物权编、合同编和人格权编的体系效益。我国民法典的总分关系恰如春秋战国末期周王朝和各诸侯国的关系,纷纷做大的诸侯国消解着周王朝的统领性地位,实质分享着周王朝的权威和荣光。民法典总则编的“非总则性”给了各分编做大的默许和机会,参照适用法律技术成就了大物权编、大合同编和大人格权编。

## The General and Non-General Characteristics of the General Part of Civil Code and Its Systematic Influence

Wang Lei

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law,  
Beijing 100088, P.R.China)

**Abstract:** The General Part of the Civil Code plays a leading role in each sub-compilation, which shows the general characteristic of the General Part. The General Part of the Civil Code also has distinct characteristic with non-general characteristic. The General Part has a certain non-general characteristic for other civil legal acts other than contract acts and the legal application of identity legal acts. The non-general characteristic has become the ‘destiny’ of the General Part of the Civil Code in civil law system. If the Compilation of the General Part of the Civil Code is regarded as a unity of contradictions, the general characteristic is the main aspect of the contradiction, and the non-general characteristic is the secondary aspect of the contradiction. The systematic influence of the general characteristics is the legislative and judicial technology of combination of general and specific provisions. The systematic influence of non-general characteristic is the legislative and judicial technology of reference application. The general legislative technology of ‘extracting public factor’ and the reference applicable technology used to make up for the shortcomings of the general legislative technology depending on each other. The general part cannot give full play to the function of comprehensive application and supplementary application, which gives each part tacit approval and opportunity to make themselves bigger. The non-general characteristic of the general part has given birth to a large number of implicit general parts. Reference application has built bridges in each part of the Civil Code to release the benefits of the code system. The legal technology of reference application makes up for the shortcomings of the general part.

**Keywords:** The General Part of Civil Code; Overarching characteristic; Non-Generality; General provisions combining with the specific provisions; Reference application

[责任编辑:林 舒]