

# 民法总则立法重大问题

## (上)



梁慧星 中国社会科学院法学研究所

同志们上午好，今日参加合同法论坛的会议，让我回忆起往昔。我想到了一句话，一个国家的律师社会地位有多高，这个国家的法治水平就有多高。今晚的讲座是讲《民法总则》的立法，主要介绍一下有几种草案，对现在草案的重要内容有哪些修改，新创了哪些制度，作一些解读和评论，供大家参考。《民法总则草案》经过一次、二次审议以后，要向全社会公布，征求意见，我们律师是主力，能够提出一些有效的建议。

### 一、引言

2014年10月中共中央关于全面推进依法治国的决定，明示“编纂民法典”的立法目标。2015年，全国人大法制工作委员会（以下简称法工委）在北京召开专家座谈会，征求对民法典编纂的意见。当时两位权威民法学者提出了方案，担任中国民法学研究会会长的王利明教授建议“三步走”，即第一步制定民法总则，第二步制定人格权法，第三步编纂民法典；十二届全国人大代表、中国社科院法学所的孙宪忠教授建议“两步走”，即第一步制定民法总则，第二步编纂民法典。两位学者都建议分步立法，第一步都是制定民法总则。于是，法工委采纳了分步走的方案，决定先制定民法总则。

先介绍一下基本情况。首先，在2015年9月，法工委召开了一个民法总则草案专家讨论会，会上讨论的草案不是法工委正式的草案，而是法工委内部民法室的内部草案，即《中华人民共和国民法总则草案（2015年8月28日民法室室内稿）》（以下简称“室内稿”）座谈会开了3天，与会专家针对室内稿有激烈的争论。

接下来是《中华人民共和国民法总则草案（征求意见稿）》（以下简称征求意见稿），这是2016年2月以法工委的名义起草的法律草案，是一个正式的草案，在经过适当的修改之后，将作为正式的法律草案提交今年6月召开的全国人大常委会审议。该草案在经全国人大常委会审议认为比较成熟时，还将通过媒体公布向全社会征求意见。2016年5月又出了《中华人民共和国民法总则草案（征求意见稿2016年5月20日修改稿）》（以下简称修改稿），我们认为，这份修改稿是基本定型。本月即将要提交全国人大委员会审议的草案与5月初的修改稿基本没有出入，仅有少量的改动。

下面介绍一下这三个草案，2015年9月室内稿设九章：第一章一般规定，第二章自然人，第三章法人，第四章其他组织，第五章法律行为，第六章代理，第七章民事权利的行使与保护，第八章期间与时效，第九章

附则。共九章一百六十条。2016年2月的征求意见稿分为十章，共一百五十八条。即：第一章一般规定，第二章自然人，第三章法人，第四章其他组织，第五章民事权利，第六章民事法律行为，第七章代理，第八章民事权利的行使与保护，第九章期间与时效，第十章附则。与室内稿相比较，征求意见稿增加了一章（第五章民事权利）。2016年5月征求意见稿的修改稿是十一章，一百七十五条。在征求意见稿基础上，将第九章“期间和时效”，分解为两章，即第九章“诉讼时效和除斥期间”，将“期间的计算”单独作为第十章，将原第八章“民事权利的行使与保护”改为“民事责任”，变成十一章，即：第一章一般规定；第二章自然人；第三章法人；第四章其他组织；第五章民事权利；第六章民事法律行为；第七章代理；第八章民事责任；第九章诉讼时效与除斥期间；第十章期间的计算；第十一章附则。

民法总则规定的是民法的基本制度，基本的原则。对整个民法法律起到了提纲挈领的作用，建议中国律师界高度关注民法总则的立法。这是基本的情况介绍，下面介绍2016年5月修改稿的一些改变和创新。

## 二、第一章一般规定

在一部法律中专设第一章一般规定这是我们中国的立法惯例，规定本法最抽象的内容，如立法目的、调整范围、基本原则等，称为一般规定。征求意见稿也不例外。先看第二条规定调整范围是以民法通则第一章的条文为依据，稍有改动。第二条调整对象的规定，与民法通则第二条的差别在于，将“财产关系”和“人身关系”的顺序调换了。民法通则的规定是“平等主体之间的财产关系和人身关系”，现在的条文是“平等主体之间的人身关系和财产关系”。

这与若干年前民法学界关于民法调整对象的争论有关。因为有学者批评民法通则只重视财产关系，不重视人身关系。我认为，第二条将人身关系与财产关系的顺

序颠倒过来了，我们决不能因此认为人身关系比财产关系更重要，这都是在人民日常生活中必不可少的。本条规定的“人身关系”，是指婚姻、家庭关系，亦即所谓“身份关系”，而不是所谓“人身权关系”，和“人格权关系”更不沾边。顺便指出，民法上本无所谓“人身权关系”或者“人格权关系”，这里不便详谈。

第三条至第六条规定民法基本原则，是民法通则原有原则的统一表述。即平等原则意思自治原则、公平原则、诚信原则、公序良俗、增加了环境保护原则，即保护环境资源。关于公序良俗原则的规定。民法通则本没有规定公序良俗原则，其第七条规定是：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。”其中所谓“社会公德”和“社会公共利益”，被学者和法官解释为民法理论所谓“公共秩序与善良风俗”。“社会公德”相当于“善良风俗”，“社会公共利益”相当于“公共秩序”。在这一章有一条重要的条文，第十条：“处理民事关系，应当依照法律规定，法律没有规定的，应当适用习惯，但是不能违背公序良俗。”这是关于民法的法源规定。

民法法源，按照民法原理和立法例，民法法源分为三个层次，第一层次是“法律规定”，第二层次是“习惯”，第三层次是“法理”。所谓“法理”，指公认的民法原理，日本法和韩国法称为“条理”。值得注意的是，本条关于民法法源的规定，只规定了第一层次“法律规定”和第二层次“习惯”，而没有规定第三层次“法理”。不规定“法理”作为第三层次的民法法源，应有其理由。这个理由就是，按照中国的国情，在法律规定和习惯之外，还有最高人民法院制定和发布的各种司法解释。最高人民法院司法解释被认为具有相当于法律规定的效力，可以作为裁判案件的依据。最高人民法院司法解释，多数情形是针对现行法律规定如何理解、解释、适用所进行的解释，但针对未有法律规定的案型，创设裁判规则以弥补法律规定不足的司法解释也不少。例如，最高人民



法院合同法司法解释(二)第二十六条,创设情事变更规则;最高人民法院买卖合同司法解释第二条创设预约合同规则、第三条创设买卖合同特别效力规则,即其著例。此外,最高人民法院近年还推行指导性案例制度,所发布的指导性案例,亦可作为法官裁判案件的依据。

换言之,按照中国国情,法官裁判既没有法律规定也没有相应习惯的案件,还要看最高人民法院针对本案型是否有司法解释规则,是否有相应的指导性案例,可资引为裁判依据,并不像立法例和传统民法理论那样,就直接适用所谓公认的法理。如果照搬立法例和传统民法理论,明文规定法理作为第三层次的法源,则最高人民法院司法解释和指导性案例将被排斥于民法法源之外,这显然是不适当的。此外,考虑到中国法官队伍人数众多而素质参差不齐,如果法律明文规定“可以适用法理”,难免有导致“法理滥用”,损及司法公正性和统一性的风险。

### 三、第二章自然人

本章是在民法通则第二章的规定基础上制定的,最重要的一个改动,是创设胎儿利益特别保护制度。按照民法通则,民事权利始于出生终于死亡。而按照传统民法理论,胎儿属于母亲身体之一部分,因此在其出生之前遭受侵害,不能作为民事主体享有损害赔偿请求权。民法通则严格贯彻传统理论,未设置保护胎儿利益的特别规则,仅在继承法第二十八条规定分割遗产时应为胎儿预留份额的规定,对胎儿利益保护非常不利。学界一致认为属于立法漏洞,实务界已经有认可胎儿损害赔偿请求权的案例。起草人接受学术界和实务界的建议,创设胎儿利益特别保护规则,在第十六条规定:“对胎儿利益保护,胎儿出生时为活体的,其出生前即视为具有民事权利能力。”

条文中的“视为”一语,为民法技术性概念,其含义是将胎儿当作具有民事权利能力的民事主体对待。换

言之,胎儿因未出生,还不算一个民事主体(自然人),为了实现保护胎儿利益的法律政策目的,本法把胎儿当作已出生的自然人对待,使之具有民事权利能力。这样规定的结果,如果胎儿在母亲怀孕期间遭受侵害,就可以行使损害赔偿请求权,向法院提起人身伤害的侵权之诉;如果在出生之前父亲死亡,胎儿可以享有继承权,作为第一顺序继承人参与遗产分配,或者在继承权受侵害时,向法院提起侵害继承权的侵权之诉。如果胎儿出生时是死体,因为胎儿利益保护的法律政策目的落空,因此视为其自始不具有民事权利能力。胎儿视为具有民事权利能力这个制度,非常重要。

但本条在文字表述上仍有进一步斟酌的必要。条文中“胎儿出生时为活体的”一句,容易使人产生误解,误将“胎儿出生时为活体”,作为胎儿享有民事权利能力的必要条件,要求等待其活着出生之后才可以向法院起诉。而按照立法目的,胎儿自母亲怀孕之时起就被视为具有民事权利能力,无须待其出生之时,即可行使继承权、损害赔偿请求权及相应的诉权。如果“胎儿将来出生时为死体”,因保护胎儿利益的法律政策目的落空,则溯及于母亲怀孕之时否定其民事权利能力。换言之,从反面将“胎儿将来出生时为死体”,作为溯及于怀孕之时消灭其民事权利能力的条件。

这一章另一个重大变动是把无行为能力与限制行为能力的界限,由民法通则规定的“十周岁”,改为“六周岁”。因为随着社会的发展进步,我们的孩子从上小学开始就要参加很多民事活动,需要实施各种各样的民事法律行为,例如乘坐公交,购买各种文具、玩具和生活用品,现在很多小孩玩手机游戏、网购等。按照原来的规定,年满十周岁之前为无行为能力人,进行这些民事活动必须由法定代理人代理,这既不可能也不合理。学界和实务界一致认为,将十周岁作为限制行为能力起点是不适当的。学者建议的修改方案有两个,一是维持行为能力的“三分法”,只是将有限制行为能力的年

龄适当降低；二是把民事行为能力“三分法”改为“两分法”，只规定完全行为能力和限制行为能力，成年人具有完全行为能力、未成年人具有限制行为能力。从现在的草案看，立法机关采纳的是第一个方案，其优点是对原制度变更不大、可能比较稳妥。这一方案也有缺点，现在网络时代，不满六周岁的孩子参与民事活动也很常见，三四岁、四五岁的孩子玩手机、玩游戏、玩网购，难道都要求法定代理人代理，否则都认定为无效？如果采纳“两分法”，不仅符合民法发展最新趋势，这些难题也就迎刃而解。

值得注意的是，在监护制度这一节中，把原来的精神病人的概念取消了，并新创成年监护制度。中国老龄化问题日益突出，不仅带来所谓“人口红利”消退，而且带来很多社会问题。例如新闻媒体上经常报道的电话诈骗，上当的大多是老年人，甚至还有退休老教授受骗的案件。因为老年人随着年龄的增长往往智力衰退，难以判断真假，容易上当受骗。此外，老年人往往难以照管自己的财产，生活需要人照顾，医疗、保健等问题需要有人帮助其决策。发达国家和地区的立法经验是创立成年监护制度，为智力等有障碍的成年人设置监护人，由监护人来照顾他的生活，管理他的财产，帮助他理财，及决定他的看病、住院、手术、疗养等重大事项，并充当他的代理人。此项基本原则，体现成年监护制度的立法政策目的，及其与未成年人监护制度的区别。

成年监护制度所特有的监护人决定方式，称为意定监护。在第三十条规定：“具有完全民事行为能力的成年人，可以在近亲属或者其他愿意承担监护责任的个人、组织中事先协商确定自己的监护人。监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时，依法承担监护责任。”即成年人可以在自己智力正常的时候，预先选定自己信得过的亲人、友人或者社会保障机构作为自己的监护人，待自己将来年老智力衰退时，由自己选定的人担任监护人。意定监护的特别重大意义在于，由成年

人预先选定自己信赖的亲人和机构担任监护人，将更有利于被监护人利益的保护，切实贯彻成年监护制度的法律政策目的，当然也可以减轻人民法院指定监护人的工作量。鉴于社会生活的复杂性，当初认为值得信赖的人，在经过若干时间之后可能被认为不可信赖，应当允许指定人在自己智力正常时撤销该协议，另外选定监护人，或者指定人已经智力衰退，由其他亲友或者社会保障机构请求人民法院撤销该协议，并另行指定监护人。

另外一点重要的是关于死亡宣告申请的规定，“下落不明的自然人、无利害关系人或者利害关系人不申请宣告死亡的，由当地人民检察院申请宣告死亡。”多数国家和地区立法例，均规定惟有失踪人的利害关系人才能申请宣告失踪人死亡，而未考虑国家公权力之直接介入。但考虑到自然人长期下落不明而不能宣告他死亡，与其有关的民事法律关系将一直处于不确定状态，例如遗产不能依法继承，身份关系不能消灭，债权债务关系不能了结，对于社会经济法律秩序之维护殊为不利。且自改革开放以来，已经发生其利害关系人出于侵占下落不明的自然人的财产、损害其他利害关系人合法权益，以及冒领其退休金、养老金、补助金等违法目的，故意不提出死亡宣告申请的社会问题，因此增设本款规定由人民检察院依职权提出死亡宣告申请。

在自然人这一章中，保留了个体工商户、农村承包经营户，至于保留个体工商户和农村承包经营户，我认为基于照顾中国社会现实的考虑。民法通则规定：“个体工商户债务，个人经营的以个人财产承担，家庭经营的以家庭财产承担。”增加规定：“个体工商户无法区分个人经营和家庭经营的，债务以家庭财产承担责任。”由被告来举证证明是个人经营，不能证明的则以家庭财产承担。□（未完待续）

（根据2016年6月18日第四届中国合同法论坛录像整理）