

民法总则立法重大问题

(下)



梁慧星 中国社会科学院法学研究所

(接第8期)

六、第六章民事法律行为

有关本章最激烈的争论就是概念之争。室内稿叫“法律行为”，少数学者主张沿用民法通则的“民事法律行为”。现在征求意见稿后退采用“民事法律行为”概念。这是因为受到法律部门之外学者的抵制和强烈反对。他们说，你们的民法典采用“法律行为”概念，别的法律部门就没有办法再使用类似概念，如“经济法律行为”、“行政法律行为”等等。他们主张，民法仍然叫“民事法律行为”，给别的部门法和部门法学留下继续使用类似概念的余地。我理解立法机关的意思是，避免在个别概念上纠缠。这个做法看起来是倒退了，但我认为，这个倒退没有实质上的意义。民法通则起草人的意思是，民事法律行为必须是完全合法、有效的，凡无效的、可撤销的都不能称之为民事法律行为。因此设定了“民事行为”。请特别注意，虽然继续采用“民事法律行为”概念，却同时废弃了“民事行为”概念。民事法律行为概念，与大陆法系民法通用的“法律行为”概念，是完全等同，别无二致的。“民事”二字，仅在表明专属于民法领域之法律概念而已。质言之，在废弃“民事行为”

概念之后，“民事法律行为”概念，已经抛弃民法通则起草人赋予的特别含义，与大陆法系民法“法律行为”概念已毫无区别。可见，征求意见稿并未退步。

请看第一百条：“民事法律行为具备下列条件的有效：(一)行为人具有相应的民事行为能力；(二)意思表示真实；(三)不违反法律、行政法规的效力性强制性规定，不违背公序良俗。”本条以《民法通则》第五十五条规定为基础，文字稍有改动。须说明的是，在关于制定民法总则的讨论中，一些学者建议删去本条。理由是，法律已经明确规定了法律行为无效的条件、可撤销的条件，没有必要再正面规定有效条件。的确多数立法例并不规定法律行为的生效条件。例如，德国民法典未规定法律行为的生效要件，仅规定各种瑕疵法律行为的效力。但考虑到社会生活的复杂性和变动性，即使立法当时对社会生活中的各种案型均设有明确规定，随着社会生活的发展、变动，仍然还会出现一些在法律上没有具体规定的新型案件，致法庭难于判断其是否有效。因《民法通则》第五十五条规定法律行为的生效要件，法庭遇到法律没有具体规定的新型案件，可以直接引为裁判依据。这就增加了法律的灵活性，体现了民法对私法自治内容的控制，能够较好地处理国家强制与私法自治的关系。

征求意见稿保留此项规定的理由在此。

值得注意的是，原《民法通则》规定中第(三)项要件是“不违反法律或者社会公共利益”。本条用“公序良俗”取代“社会公共利益”，理由已经在第一章介绍公序良俗原则时谈及。这里讲为什么将“违反法律”一语，改为“违反法律、行政法规效力性强制性规定”按照民法立法和民法原理，法律规范有强制性与任意性之分，二者区别在于：强制性规范不允许当事人违反，而任意性规范不具有强制性，当事人的约定与法律任意性规定不同，不影响约定的效力。

所谓强制性规定，尚有禁止性规定与命令性规定之分，按照民法原理及发达国家和地区的裁判实践，仅其中违反禁止性规定的行为无效，而违反命令性规定的行为并不一定无效。《合同法》第五十二条未区分禁止性规定与命令性规定，致违反命令性规定的行为被认定为无效，仍不利于保护交易安全及相对人合法权益。最高人民法院合同法解释二(法释[2009]5号)第十四条解释说，《合同法》第五十二条第(五)项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。实际是将“强制性规定”区分为“效力性规定”与“非效力性(管理性)规定”，仅违反“效力性规定”的合同无效。所谓“效力性规定”，相当于民法理论上的“禁止性规定”；所谓“非效力性(管理性)规定”，相当于“命令性规定”。将此项司法解释上升到法律条文，值得肯定。

新增关于虚伪表示的规则。第一百一十八条：“行为人与相对人串通，以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效，但双方不得以虚假的意思表示无效对抗善意第三人。”虚伪表示，是大陆法系民法采用的法律概念，指表意人与相对人双方串通而为与其真实意思不一致的意思表示。虚伪表示的特征在于，当事人双方都不想使其行为发生法律效力。如以逃避债务为目的假装财产赠与，双方当事人都不希望发生赠与的效力。民法通则未规定虚伪表示，而社会生活中当事人为规避法律强

制性规定或逃避债务所为虚伪表示，并不鲜见。按照本条规定，虚伪表示的民事法律行为在双方当事人之间应当无效，但在当事人与第三人之间，则应分为两种情形：第三人知道当事人之间的意思表示为虚伪表示的，即属于恶意第三人，则双方可以该虚伪表示的无效对抗该恶意第三人；第三人不知道当事人之间的意思表示为虚伪表示的，即属于善意第三人，则双方不得以该虚伪表示的无效对抗该善意第三人。

值得注意的是，本条在规定虚伪表示的同时，没有规定虚伪表示所掩盖之下的隐藏行为。所谓“隐藏行为”，是指为虚伪表示所掩盖的依当事人真实意思订立的法律行为。隐藏行为之是否有效，取决于该隐藏行为本身是否符合该行为的生效要件，而虚伪表示是绝对无效的。例如伪装赠与而实为买卖，赠与行为属于虚伪表示应当无效，所隐藏的买卖行为是否有效，应依有关买卖合同的规定判断。如隐藏行为符合法律关于买卖合同生效要件的规定，则应有效，否则即为无效。

现行的草案保留了重大误解，值得注意的是，重大误解是中国民法特有的概念。传统民法理论，严格区别错误与误解两个概念。错误指表意人非故意的表示与意思不一致，比如笔误。误解指相对人对意思表示内容了解之错误。如受要约人误将出租房屋之要约理解为出卖房屋而为承诺。传统民法为保护无过失的表意人，而规定错误的意思表示为可撤销。至于误解，因意思表示生效采到达主义，不以相对人了解为必要，则不允许因误解而主张撤销。但中国民法之立法思想，在保护双方当事人利益上务求公平，并未拘泥于意思表示生效的逻辑，创设涵括表意人错误与相对人误解的“重大误解”概念。《民法通则》第五十九条规定“行为人对行为有重大误解的”属于可撤销，《合同法》第五十四条第一款规定，“因重大误解订立的”合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

中国民法所谓误解，依学者通说，不仅包括传统民

法上的错误，即表意人无过失的表示与意思不符，也包括传统民法上的误解，即相对人对意思表示内容之了解错误。所谓重大误解，当然指误解之情节重大者。考虑到民法通则自创“重大误解”概念，体现民法维护交易双方利益平衡的法律思想，经人民法院的解释适用，已为广大法官、律师和当事人所掌握，在裁判实务中并未发生混淆和偏颇，因此立法机关决定维持“重大误解”概念不变，而未采纳学者以“错误”概念取代“重大误解”的建议。

欺诈和胁迫。按照民法原理和立法例，欺诈和胁迫均为法律行为撤销的原因，因欺诈或者胁迫手段成立的法律行为，属于可撤销行为。但《民法通则》第五十八条规定欺诈、胁迫的法律效果为无效。合同法制定时，关于如何规定欺诈、胁迫的法律效果发生分歧，一种意见主张规定为可撤销，一种意见主张仍依民法通则规定为无效。最终采取折中办法，分设为两个条文：第五十二条第（一）项规定，一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的，该合同无效；第五十四条第二款规定，一方以欺诈、胁迫的手段所订立的合同，其效果为可撤销。

合同法上述条文，依欺诈、胁迫之是否损害国家利益而规定不同的法律效果，与民法理论及各国立法例不符，且在裁判实务中徒然增加操作困难。合同法施行以来的裁判实践表明，对于以欺诈、胁迫手段订立的合同，人民法院、仲裁机构往往适用《合同法》第五十四条第二款的规定，而不适用第五十二条第（一）项的规定。如法律行为的目的或者内容损害国家利益，因国家利益属于“社会公共利益”的核心内容，则人民法院或者仲裁机构可依据第五十二条第（四）项的规定，认定其无效。立法机关在总结裁判实践经验基础上，采纳学者建议，将欺诈、胁迫的法律效果统一规定为可撤销，是有重大意义的。

显失公平、乘人之危的法律行为来源于德国民法

典。来源于传统民法理论和立法例上的同一制度，称为“显失公平行为”或“暴利行为”。德国民法典第138条第2款规定：“法律行为，如系乘他人之强制情况、无经验、欠缺判断能力或显然之意志薄弱，使其对自己或他人的财产为财产上利益之约定或给付者，而此财产利益与给付相比显失公平时，尤应无效。”显失公平行为的构成要件是：（一）须给付与对待给付之间显失均衡。学说上称为客观要件。（二）须一方利用了对方处于急迫、没有经验或者轻率等不利情势。学说上称为主观要件。其法律效果为可撤销，法律赋予因法律行为显失公平而受不利益的一方当事人以撤销权。

但现行民法通则制定时，受当时南斯拉夫新债法的影响，将传统民法显失公平行为（暴利行为）一分为二：一为“乘人之危”，指一方当事人乘对方处于危难之际，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示而成立的法律行为，其法律效果为无效（民法通则第五十八条），后合同法改为可撤销（合同法第五十四条第二款）；二为“显失公平”，并不要求有主观要件，凡合同双方给付显失均衡，致一方遭受重大损害的，均可构成显失公平，其法律效果为可撤销（民法通则第五十九条、合同法第五十四条）。

考虑到现行法上的乘人之危与显失公平，共同本质均在于双方当事人的权利义务显失均衡。二者的差别仅在于，前者强调一方利用了对方处于危急等不利情势，即学说上所称的主观要件，而后者不强调主观要件。且在法律效果上，均属于可撤销。从理论上说，这样的区别规定并非毫无道理。但从裁判实务言之，则乘人之危的构成要件过严，而显失公平的构成要件过宽。经调查主张乘人之危的案件274件，其中最高人民法院65件、高级人民法院219件，获得法院支持的仅有1件（高级人民法院判决），其他273件均被法院以证据不足或不构成乘人之危为由予以驳回。可见主张乘人之危而获得法院支持的可能性极小，而主张显失公平获得法院支持的可

能性要大得多。有鉴于此，本草案立法机关将乘人之危与显失公平合并为一个条文，仍称“显失公平”（实则乘人之危作为构成显失公平的主观要件）。将乘人之危与显失公平合并规定为一项制度，不仅符合民法原理和立法例，也将更有利于双方当事人合法权益之保护，更能维护市场交易公正性之目的，并方便法院裁判。

就裁判实践言之，法院因当事人行使撤销权而撤销有瑕疵的法律行为，恢复当事人未实施该法律行为之前的状态，不仅最为公平合理，亦最为方便。通过裁判文书网检索到四川省 2015 年度上网适用《合同法》第五十四条规定的案件共 91 件，其中原告请求撤销合同的 89 件、请求变更合同的 2 件。原告请求撤销合同的 89 件，其中获得法院支持的 31 件，法院未予支持的 54 件；原告请求变更合同的 2 件，均被法院以证据不足为由予以驳回。显而易见，此所谓“证据不足”，应非法庭据以认定案件事实的证据不足，而是据以按照原告要求变更合同的证据不足。大多数当事人之所以不选择行使变更权的理由，显然是考虑到法院难于仅依自己单方的意思作出变更判决，而即使法院作出变更判决，被告方也难免继续缠讼不休。不如依法行使撤销权易于获得法院支持，且法院一旦判决撤销合同、恢复订立合同之前的状态，被告方也将难于借口不公平而继续缠讼。可见，对有瑕疵法律行为赋予变更效力（变更权），不仅是一种矫枉过正的做法，且于法院公正裁判案件、保护当事人合法权益并非有利。特此本法第一百一十条规定“除非法律另有规定，非有当事人的同意，不得擅自变更”。

七、第七章代理

现在专门设立了第一百三十六条表见代理。在《合同法》第四百零三条规定了间接代理。大陆法系传统民法理论所谓代理，是指直接代理。现在代理这一章中主要规定直接代理，专门设立了一条是间接代理，这就为合同法中的间接代理塑造了法律根据。

八、第九章诉讼时效

诉讼时效从原来的两年变更为三年，这个据说零几年的时候银行出了一个调查，仅仅因为规定的时效是两年，导致银行损失了上千亿的财产。所以这次大家一致的意见是延长诉讼时效，去年的室内稿有两种意见，一种是改为五年，但是在修改案中恢复到三年。改为三年已经充分的听取了银行的意见，而从你们的角度来看恐怕是五年更好。诉讼时效大陆法国家本世纪以来都进行改革，以前动辄二三十年。德国民法典的诉讼时效也是三十年，2002 年改称主观时效三年，客观时效十年。主观时效是指知道或应当知道起算，而从发生时起算则叫客观时效。涉及人身权的时效增加到三十年，这体现了人身权的保护。法国的人身损害赔偿增加到十年，如果涉及到对未成年子女的虐待和性侵，这种损害赔偿请求权是二十年。发达国家和地区的民法典对这类请求权的诉讼时效期间的起算时点，设立特别规定。例如，依德国债法现代化法修订后的德国民法典第 208 条：“基于性的自主决定权 (the right to sexual self-determination) 受侵害的请求权，于受害人满二十一周岁前，时效不开始进行。时效开始时受害人与加害人处在家庭共同生活关系的，于共同生活关系解除前，诉讼时效不开始进行。”

针对人身损害赔偿给予特殊规定，对未成年人遭受性侵害的保护有特别的规定。而在中国，遭受性侵害往往被认为是丢脸的事，不敢起诉，将受害人藏起来，甚至否认没有性侵害这件事。因此我们就更有理由对未成年人遭受性侵害进行保护，未成年人受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日开始计算。受害人与加害人处在家庭共同生活关系中的，其诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁并且脱离家庭共同生活关系之日开始计算。❶（全文完）

（根据 2016 年 6 月 18 日第四届中国合同法论坛录像整理）