

中国民法总则的制定

梁慧星

摘要: 全国人大常委会决定在现行《民法通则》基础上,制定作为民法典总则编的民法总则,在各民事单行法基础上,编纂民法典各(分则)编,最终形成民法典。2016年6月28日,第十二届全国人大常委会第二十一次会议对《中华人民共和国民法总则(草案)》进行了初审。该草案后在中国人大网正式公布,向社会公众征求修改意见。与征求意见稿相比较,该草案在法律结构合理性、概念准确性、制度目的性、体系逻辑性及法律规范可操作性等方面确有提高,但尚有进一步修改完善的余地。着重介绍民法总则草案对《民法通则》的重要修改和新增内容,能够引起学者对草案相关变动利弊的进一步重视和反思。

关键词: 民法典编纂 民法总则 民事权利

中图分类号: DF51 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330(2017)01-0037-09

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2017.01.004

引言: 中国民法典编纂与民法总则立法概况

中国自改革开放以来,分别制定了《民法通则》(1986年)、《继承法》(1985年)、《婚姻法》(1982年)、《收养法》(1993年)、《担保法》(1995年)、《合同法》(1999年)、《物权法》(2007年)、《侵权责任法》(2009年)、《涉外民事关系法律适用法》(2010年)等一系列民事法律,在经济社会发展中发挥了重要作用。近年来,人民群众和社会各方面对编纂民法典的呼声很高。编纂民法典的主客观条件已经具备。

2014年10月中共中央《关于全面推进依法治国的决定》确定了“编纂民法典”的立法目标。因此,全国人大常委会按照中共中央的决定,将民法典编纂工作提上日程。民法学界关于民法典编纂形成两种思路。中国民法学研究会会长、中国人民大学法学院王利明教授建议分三步走: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、中国社科院法学研究所孙宪忠教授建议分两步走:第一步制定民法总则;第二步编纂民法典。

全国人大常委会经同有关方面反复研究,最后决定民法典编纂工作按照“两步走”的思路进行:第一步,在现行《民法通则》基础上,制定作为民法典总则编的民法总则,经全国人大常委会审议后,争取提请2017年3月召开的十二届全国人大第五次会议审议通过;第二步,在各民事单行法基础上,编纂民法典各(分则)编,拟于2018年上半年整体提请全国人大常委会审议,经全国人大常委会分阶段审议后,争取于2020年3月将民法典各(分则)编一并提请十三届全国人

[作者简介] 梁慧星,中国社会科学院法学研究所研究员,北京理工大学珠海学院民事法律学院名誉院长。

民代表大会审议通过，从而完成统一的民法典。^①

按照全国人大常委会的工作部署，自 2015 年 3 月以来，全国人大常委会法制工作委员会牵头成立了由最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、中国社会科学院、中国法学会 5 家单位参加的“民法典编纂工作协调小组”，并组织了专门负责起草的“工作小组”，^②积极开展民法典编纂工作。在深入开展调查研究、梳理分析主要问题、广泛听取各方面意见的基础上，协调小组各成员单位密切配合，工作小组抓紧工作，形成了《中华人民共和国民法总则草案（征求意见稿）》，^③于今年 2 月 2 日印发地方人大、中央有关部门和部分全国人大代表、法学教学研究机构和一些社会组织征求意见。法制工作委员会根据各方面的意见和建议，对“征求意见稿”作了反复修改，并分别召开协调小组会议和专题会议，听取协调小组各参加单位、部分全国人大代表和专家学者的意见建议，对草案进行修改完善。

2016 年 6 月 14 日，习近平总书记主持召开中共中央政治局常委会会议，听取了全国人大常委会党组《关于民法典编纂工作和民法总则（草案）几个主要问题的请示》的汇报，原则同意请示，并就做好民法典编纂和民法总则草案审议修改工作作出重要指示。全国人大常委会法制工作委员会，根据党中央的重要指示精神，对草案又作了进一步修改完善，形成正式的法律草案。

2016 年 6 月 28 日，第十二届全国人大常委会第二十一次会议对《中华人民共和国民法总则（草案）》（以下简称民法总则草案）进行了初审（第一次审议），^④并将该草案在中国人大网正式公布，向社会公众征求修改意见。民法总则草案包括 11 章：第一章基本原则；第二章自然人；第三章法人；第四章非法人组织；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。共 186 条。与征求意见稿相比较，该草案在法律结构合理性、概念准确性、制度目的性、体系逻辑性及法律规范可操作性等方面确有提高，但尚有进一步修改完善的余地。按照立法计划，将根据社会各界意见修改完善，经全国人大常委会二次、三次审议修改完善后，提请 2017 年 3 月召开的十二届全国人大第五次会议审议通过。下面着重介绍民法总则草案对《民法通则》的重要修改和新增内容。

一、一般规定

（一）调整对象

第 2 条规定调整对象（亦即适用范围）。^⑤是以《民法通则》第 2 条的规定为依据，但将“财产关系”和“人身关系”的顺序调换了。《民法通则》的规定是“财产关系和人身关系”，现在的条文是“人身关系和财产关系”。所谓“人身关系”，是指婚姻家庭关系，亦即所谓“身份关系”。与此前民法学界关于民法调整对象的争论有关，当时有学者批评《民法通则》是“重物轻人”。按照本条规定，将来编纂民法典是否会“将‘人身关系法’（婚姻家庭编、继承编）安排在‘财产关系法’（物权编、合同编、侵权责任编）的前面？”

① 民法典将由民法总则编与物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编、继承编和涉外民事关系法律适用编组成。

② 全国人大常委会的文件中称为“工作专班”。

③ 2016 年 2 月《中华人民共和国民法总则草案（征求意见稿）》包括 10 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和保护；第九章期间和时效；第十章附则。共 158 条。此前，2015 年 9 月法制工作委员会在北京召开专家讨论会，会上讨论的是法制工作委员会民法室的内部草案（简称室内稿），包括 9 章，160 条。

④ 按照惯例，一项法律案至少须经全国人大常委会进行三次审议。例如物权法草案常委会审议了 6 次。

⑤ 第 2 条“民事法律调整作为平等民事主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”

(二) 基本原则

第3条至第8条规定民法基本原则。即平等原则(第3条)、意思自治原则(第4条)、公平原则(第5条)、诚信原则(第6条)、保护环境原则(第7条)和公序良俗原则(第8条)。法律明文规定基本原则,属于中国立法惯例,这与中国曾经长期实行计划经济体制、缺乏民法传统有关。实行改革开放,发展社会主义市场经济,需要向全社会灌输民法所赖以存在的平等、意思自治(合同自由)、公平、诚实信用等基础性原理和思想观念。也便于发挥民法基本原则的立法指导作用。

其中,明文规定公序良俗原则,值得注意。《民法通则》未采用“公序良俗”概念。^⑥其中所谓“社会公德”和“社会公共利益”被学者和法官解释为“公共秩序与善良风俗”。民法总则草案反映了学术界和实务界的一致要求,采用大陆法系民法通用的“公共秩序和善良风俗”概念,具有重要的理论意义和实践意义。

(三) 民法法源

第10条是关于民法法源的规定。^⑦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,只规定了第一层次的“法律规定”和第二层次的“习惯”。本条未规定“法理”的法源地位,其理由是,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。其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对现行法律规定如何理解适用进行的解释,但针对法律未有规定的案型,创设规则、弥补法律不足的情形也不少。例如,《合同法司法解释(二)》第26条创设情事变更规则;^⑧《买卖合同司法解释》第2条创设买卖预约规则、^⑨第3条创设买卖合同特别效力规则,^⑩即其著例。此外,最高人民法院近年推行指导性案例制度,亦可作为法官裁判案件的参考。质言之,按照中国国情,法官裁判案件,于既没有法律规定也没有相应习惯的情形,还要看最高人民法院是否有司法解释规则、是否有指导性案例,可资引为裁判依据。立法虽未明文规定“法理”的法源地位,并不是不可以参考“法理”,自不待言。

(四) 特别法优先适用

第11条规定特别法优先适用原则。^⑪有必要说明的是,何者为一般法(基本法),何者为特别法,在本法生效之前和生效之后,是有差别的。在本法通过生效之前,现行民事立法是以民法通则及若干民事单行法构成的立法体系,其中,民法通则是一般法(基本法),合同法、物权法、侵权责任法等民事单行法属于特别法。但在本法通过、生效之后,本法(民法总则)将作为民法典的

^⑥ 《民法通则》第7条 “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。”

^⑦ 第10条 “处理民事纠纷,应当依照法律规定;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

^⑧ 《合同法司法解释(二)》第26条 “合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”

^⑨ 《买卖合同司法解释》第2条 “当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同,约定在将来一定期限内订立买卖合同,一方不履行订立买卖合同的义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。”

^⑩ 《买卖合同司法解释》第3条 “当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的,人民法院不予支持。(第1款) 出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。(第2款)”

^⑪ 第11条 “其他法律对民事关系另有特别规定的,依照其规定。”

总则编, 合同法、物权法、侵权责任法、继承法、婚姻家庭法(婚姻法、收养法)等单行法将作为民法典的各(分则)编, 经过适当立法程序组成一部完整的民法典。本法与其他原单行法之间, 不构成一般法(基本法)与特别法的关系。如本法的规定与合同法等的规定不一致, 应适用“新法变更旧法的原则”。第 11 条所称“其他法律”一语, 是指将置身于中国民法典之外的公司法、票据法、海商法、保险法、证券法、著作权法、专利法、商标法等民(商)事单行法。

二、自然人

(一) 胎儿利益保护

第 16 条创设胎儿利益特别保护制度,¹² 值得重视。《民法通则》拘泥于传统民法理论, 认为胎儿属于母亲身体之一部分, 胎儿在出生之前, 不能享有损害赔偿请求权和遗产继承权, 对胎儿利益保护非常不利。¹³ 学界一致认为这属于立法漏洞。实务界已经有认可胎儿损害赔偿请求权的案例。本条采纳学术界和实务界的建议, 规定胎儿视为有民事权利能力制度, 弥补了立法的不足, 值得肯定。

(二) 行为能力

《民法通则》规定自然人年满“十周岁”具有限制行为能力(第 12 条)。随着社会的发展进步, 未成年人从上小学开始就要参加各种民事活动, 需要实施各种民事法律行为。按照原来的规定, 年满十周岁之前为无行为能力人, 进行民事活动必须由法定代理人代理。这既不可能也不合理。学者的建议方案是两个: 一是维持行为能力的“三分法”, 而适当降低享有限制行为能力的年龄; 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。起草人采纳了第一个方案。

(三) 成年监护

废止“精神病人禁治产制度”, 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。起草人参考发达国家(例如日本)的立法经验, 创设成年监护制度, 以资因应。其中, 第 27 条规定指定监护人;¹⁴ 第 31 条规定意定监护人;¹⁵ 第 33 条第 3 款规定成年监护的基本原则。¹⁶ 现在的规定还较粗略, 仍有完善的余地。

三、法人制度

(一) 法人分类

关于法人的分类, 学者提出的建议方案有两个: 一是按照民法理论和发达国家立法例, 分为社团法人与财团法人; 二是沿用《民法通则》分为企业法人与非企业法人的经验, 分别改称“营利性法人”和“非营利性法人”。2015 年 9 月讨论的室内稿, 曾经采取第一个方案, 但难于处理“机关法人”和“事业单位法人”。因为“机关”和“事业单位”, 虽可称为“人合组织体”, 但没有“成员”(股东、会员), 难于纳入“社团”概念, 且我国《公司法》上的“一人公司”, 也不

¹² 第 16 条 “涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益的保护, 胎儿视为具有民事权利能力。但是, 胎儿出生时未存活的, 其民事权利能力自始不存在。”

¹³ 仅《继承法》第 28 条规定 “分割遗产时应为胎儿预留份额。”

¹⁴ 第 27 条 “无民事行为能力或者限制民事行为能力的成年人, 由下列人员中有监护能力的人依次担任监护人: (一) 配偶; (二) 父母; (三) 子女; (四) 其他愿意承担监护责任的个人或者有关组织, 经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意的。”

¹⁵ 第 31 条 “具有完全民事行为能力的成年人, 可以与近亲属、其他愿意承担监护责任的个人或者有关组织事先协商, 以书面形式确定自己的监护人。监护人在该成年人丧失或者部分丧失民事行为能力时, 承担监护责任。”

¹⁶ 第 33 条第 3 款 “成年人的监护人履行监护职责, 应当最大程度地尊重被监护人的意愿, 保障并协助被监护人独立实施与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。”

符合社团（人合组织体）概念。因此，起草人放弃第一方案，转而采用第二方案，按照法人目的划分，分为营利性法人（第2节）与非营利性法人（第3节），非营利性法人包括事业单位法人（第82、83条）、社会团体法人（第84、85条）、捐助法人（第86条第1款）、宗教法人（第86条第2款）、机关法人（第89、90条）。这种分类消除了既非营利性也不符合公益性的中间法人，符合民法立法和理论发展的趋势，能够与《民法通则》的分类相衔接，有利于保持法律制度的稳定，值得赞同。

（二）法定代表人制度

法定代表人制度规定在第57条。^{①7}第1款规定法定代表人，沿用《民法通则》第38条原文。新增第2款和第3款，具有重要的理论意义和实践意义。第2款规定，法定代表人以法人名义从事的民事活动，由法人承受其后果。法定代表人为法人代表机关，其行为即是法人自己的行为，所产生的权利义务和责任，理当由法人享有和承担。表明中国民事立法采纳“法人组织体说”。第3款规定法定代表人越权行为效力规则。民法解释论上曾经有“权利能力限制说”、“行为能力限制说”与“（法定代表人的）代表权限说”。按照“权利能力限制说”，法定代表人的越权行为属于绝对无效；按照“行为能力限制说”，法定代表人的越权行为属于相对无效；按照“代表权限说”，则法定代表人的越权行为属于有效，但不得对抗善意第三人。“代表权限说”为现今民商法学界之通说，第3款规定采此说，有利于市场交易安全与交易公平两项价值之兼顾。

顺便指出，因《民法通则》未设置法定代表人越权行为效力规则，为弥补这一立法漏洞，《合同法》制定时参考表见代理规则，设置第50条规定越权行为效力规则，称为“表见代表”。^{①8}因此，法院审理公司法定代表人超越权限订立合同（如担保合同）纠纷案件，须依据《合同法》第50条表见代表规则进行裁判。在本法生效之后，人民法院审理同类案件，就应当适用本法第57条第3款法定代表人越权行为效力规则。在将合同法编纂为民法典的合同编时，似可考虑删除第50条。

（三）超越经营范围法律行为效力规则

第77条创设超越经营范围法律行为的效力规则。^{①9}此项规则是将最高人民法院《合同法司法解释（一）》第10条解释规则^{②0}提升为正式法律条文，具有重要理论和实践意义。

四、关于民事权利

（一）不规定民事权利客体（章）

本法设置第五章规定各种民事权利，表明起草人拒绝学者关于专章规定民事权利客体的立法建议。规定了各种民事权利，权利客体也就包含在其中了。例如第108条列举规定了知识产权的各种客体。^{②1}2015年9月的专家讨论会上，曾经讨论过中国法学会的“民事权利客体章”专家建议稿（共16个条文）。多数学者认为，社会生活不断发展变化，不断衍生许多新的事物，不排除将来有

^{①7} 第57条 “依照法律或者法人章程规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。”（第1款 “法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。”（第2款 “法人的章程或者权力机构对法定代表人的代表权范围的限制，不得对抗善意第三人。”（第3款）

^{①8} 《合同法》第50条 “法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

^{①9} 第77条 “营利性法人超越登记的经营从事经营活动的，依法承担相应的责任，但是除违反法律、行政法规的效力性强制性规定外，民事法律行为有效。”

^{②0} 《合同法司法解释（一）》第10条 “当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效，但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。”

^{②1} 第108条 “知识产权是指权利人依法就下列客体所享有的权利：（一）作品；（二）专利；（三）商标；（四）地理标志；（五）商业秘密；（六）集成电路布图设计；（七）植物新品种；（八）数据信息；（九）法律、行政法规规定的其他内容。”

规定为权利客体的可能,但问题之一是难于完全列举;问题之二是很难决定其属于何种权利。例如手机“流量”、“死者人格利益”、“遗体”等,属于什么权利很难说清楚。本法不作规定,并不影响其作为民事利益受法律保护。至于脱离人体的器官、血液、骨髓、组织以及精子、卵子等,则以特别法予以规定为宜。

(二) 不设“人格权编”

本章列举规定各种人格权,^②表明起草人拒绝人格权单独立法(设编)的建议,而坚持当今人格权保护的中国经验。所谓人格权保护的中国经验包含三个要点:一是人格权类型化(第100条)加上一般人格权(第99条);二是侵权法保护(《侵权责任法》第2条);三是承认人格权具有财产价值(侵权责任法第20条)。所谓人格权保护的中国经验,与当今发达国家和地区人格权保护的共同经验,是完全一致的。

(三) 不设“债权总则编”

第105条规定债权定义和债的发生原因,^③表明编纂中国民法典将不设“债权总则编”。民法典是否设债权总则编,是民法学界重大争论点之一。民法典设置债权总则编,有利有弊。其利在维持民法逻辑体系和民法理论体系。其弊在分解现行合同法,诸如债的种类、债的履行、债权的变更与转让、债权人代位权与债权人撤销权、债权债务关系的消灭等内容,须从合同法总则部分分离出来,规定到债权总则编。起草人不主张设置债法总则编,目的在于保持现行合同法的完整性。本法规定债权概念和债的发生原因,解决了债权概念和债的发生原因难于纳入合同法的难题,至于债权总则的其他内容,则仍保留在合同法总则(予以完善)。

五、民事法律行为

(一) 法律行为概念之争

《民法通则》发明“民事法律行为”概念和“民事行为”概念。以“民事法律行为”指称合法有效的行为,用“民事行为”概念指称违法的、无效的、可撤销的行为。现在看来,这与制定《民法通则》时民法教学和理论研究刚恢复不久,起草人还未能正确理解法律行为概念本质有关。《民法通则》施行已三十年,中国民法理论和学术研究有了长足进步,主张采用大陆法系民法通用的“法律行为”概念,废弃“民事法律行为”概念和“民事行为”概念,已成为学界共识。

2015年9月室内稿采用了“法律行为”概念,却受到其他法学专业学者的反对,其理由是,如民法典采用“法律行为”概念,别的法律(法学)专业就难于再使用类似概念,如“经济法律行为”、“行政法律行为”等。笔者认为,起草人为了避免纠缠个别概念,仍然采用“民事法律行为”概念。值得注意的是,现在的“民事法律行为”概念^④已经抛弃《民法通则》起草人赋予的特别含义,而与大陆法系民法“法律行为”概念毫无区别。

(二) 保留关于法律行为有效要件的规定

第112条规定法律行为有效要件是以《民法通则》第55条为基础,文字稍有改动。^⑤在关于

^② 第99条“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”第100条“自然人享有生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。(第1款)法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”

^③ 第105条第2款“债权是因合同、单方允诺、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为一定行为的权利。”第106条“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,有权请求受益人偿还由此而支付的必要费用。”第107条“没有合法根据,取得不当利益,造成他人损失的,应当将取得的不当利益返还受损失的人。”

^④ 第112条“民事法律行为是指自然人、法人或者非法人组织通过意思表示设立、变更、终止民事权利和民事义务的行为。”

^⑤ 第121条“具备下列条件的民事法律行为有效:(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。”

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条件、可撤销条件,没有必要再从正面规定法律行为有效条件。但考虑到社会生活的复杂性和变动性,仍然还会出现一些在法律上没有具体规定的新型案件。保留法律行为有效要件的规定,遇到未有法律具体规定的新型案件,法庭可以直接引用本条作为裁判依据。这就增加了法律的灵活性。值得注意的是,《民法通则》第55条规定中第(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”,并将“违反法律”一语改为“违反法律、行政法规效力性强制性规定”。这是采用了最高人民法院的解释用语。^{②6} 该项司法解释将“强制性规定”区分为“效力性规定”与“非效力性(管理性)规定”。笔者认为,中国民法实务界采用所谓“效力性规定”一语,是受日本的影响。^{②7}

(三) 创设虚伪表示和隐藏行为规则

新增关于虚伪表示和隐藏行为的规则。^{②8} 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和隐藏行为并不鲜见。为弥补立法漏洞,特创设本条。

(四) 统一欺诈、胁迫的法律效果

第126条至第128条规定欺诈和胁迫的法律效果。^{②9} 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。但《民法通则》第58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,分为两个条文,依欺诈、胁迫之是否损害国家利益而规定不同的法律效果,^{③0} 这与民法理论及各国立法例不符,且在裁判实务中徒增操作困难。起草人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,值得肯定。

(五) 合并显失公平和乘人之危

将现行法乘人之危与显失公平合并为一项制度。^{③1} 在《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“暴利行为”制度(《德国民法典》第138条第2款)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,迫使对方做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58条),后《合同法》改为可撤销(《合同法》第54条第2款);二为“显失公平”,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59条、《合同法》第54条)。

考虑到现行法上乘人之危与显失公平的共同本质均在于双方当事人的权利义务显失均衡,且法律效果均属于可撤销,从裁判实务言之,则乘人之危的构成要件过严,显失公平的构成要件过宽。主张乘人之危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较大。有鉴于此,起草人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

^{②6} 《合同法司法解释(二)》第14条“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。”

^{②7} 当年制定合同法时在北京国际饭店召开的“中日国际学术研讨会”上,王晨教授就此问题报告过日本的经验。

^{②8} 第124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,但是双方均不得以此对抗善意第三人。行为人以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为,依照有关法律规定处理。”

^{②9} 第126条“一方以欺诈手段,使对方在其违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”第127条“第三人实施欺诈行为,使一方在违背其真实意思的情况下实施的民事法律行为,对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”第128条“一方或者第三人以胁迫手段,使对方在违背其真实意思的情况下实施的民事法律行为,受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

^{③0} 《合同法》第52条第1款:“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益的合同无效。”第54条第2款:“一方以欺诈、胁迫的手段“使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销”。

^{③1} 第129条“一方利用对方处于困境、缺乏判断能力或者对自己信赖等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

失公平的主观要件)。这一做法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。

(六) 删除可撤销法律行为的“变更”效力

民法原理和立法例于法律行为意思表示存在瑕疵情形,赋予受损害一方撤销权,通过撤销权之行使,消灭有瑕疵法律行为的效力,使当事人双方恢复到成立该法律行为之前的状态,以纠正当事人之间的不公正。但现行《民法通则》和《合同法》却在撤销权之外赋予变更的效力。^⑳ 此项“变更”效力,亦可解释为附着于撤销权的另一项形成权,即“变更权”。此项变更权之行使,将依权利人单方的意思而变更双方之间的权利义务,使权利人单方的意思具有拘束对方当事人的效力,有悖于本法明文宣示的“平等原则”(第 3 条、“意思自治原则”(第 4 条),及民事法律行为非依法律规定或者双方合意不得变更的基本原理(第 115 条)。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。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,且即使法院作出变更判决,被告方也难免继续缠讼不休。起草人从重大误解、欺诈、胁迫、显失公平民事法律行为的规定中,删除“变更”效力,值得赞同。

六、关于代理制度

大陆法系传统民法理论所谓代理,是指直接代理。间接代理被视为类似代理之制度,而非真正代理。德国民法、日本民法及我国台湾地区民法所规定的代理,均限于直接代理。《民法通则》关于代理的规定,坚持代理人须以被代理人的名义实施法律行为,与上述国家和地区相同,即仅指直接代理。《合同法》制定时,关于是否规定间接代理曾发生激烈争论。最终起草人采纳多数学者专家的意见,参考英美代理法及欧洲合同法原则,在直接代理之外,规定了间接代理(第 402 条、第 403 条)。可见中国现行法上的代理,已突破大陆法系传统民法理论,采用了包括直接代理和间接代理的广义代理概念。

编纂民法典及制定民法总则,在对待合同法上的间接代理问题上有两个方案。一是将《民法通则》规定的直接代理制度与《合同法》上的间接代理规则加以整合,制定既符合中国发展现代化市场经济,特别是发展国际经济贸易的要求,并与国际公约和惯例接轨的代理法。二是民法总则规定直接代理作为代理法的一般规则,将间接代理保留在合同法上作为特别规则。起草人采纳第二方案,仅以一个条文规定间接代理定义。^㉑

七、诉讼时效

(一) 规定普通诉讼时效期间 3 年过短

各国民法普通诉讼时效期间一般较长。《民法通则》规定的普通诉讼时效期间 2 年。草案第 167 条第 1 款规定普通诉讼时效期间为 3 年,仍嫌过短。多数学者建议规定为 5 年。

(二) 建议增设人身损害赔偿请求权的长期诉讼时效期间

《民法通则》第 136 条规定人身损害赔偿的诉讼时效期间是 1 年,现在的草案不区分财产性损

^⑳ 《合同法》第 54 条第 2、3 款 “一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。” “当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。”

^㉑ 第 142 条 “代理人在代理权限内以自己的名义与第三人实施民事法律行为,第三人知道代理人与被代理人之间的代理关系的,该民事法律行为直接约束被代理人和第三人,但是有确切证据证明该民事法律行为只约束代理人和第三人的除外。”

害赔偿和人身损害赔偿，一律适用普通诉讼时效期间（3年），显然是不适当的。建议参考《德国民法典》和《法国民法典》^③规定人身损害赔偿请求权的诉讼时效期间为10年。

（三）建议增设未成年人受性侵害请求权诉讼时效特别规则

鉴于对未成年人性侵害行为的特殊性，受害人属于限制行为能力人或者无行为能力人，不可能自己寻求法律保护。于监护人疏于履行监护职责甚至监护人自己就是加害人的情形，受害人往往得不到法律救济。受害人成年之后自己寻求法律保护，却因诉讼时效期间超过被法院拒绝受理或者驳回。为了给受性侵害未成年人预留其成年之后寻求法律救济之机会，发达国家立法例有三种方案：

方案一，为受性侵害的损害赔偿请求权规定足够长的时效期间，保障其成年之后能够寻求法律保护（诉讼时效期间尚未超过）。例如，《法国民法典》第2226条第2款规定“对未成年人实施拷打或野蛮行为、暴力或性侵犯造成损害的，诉讼时效期间为20年。”

方案二，规定受性侵害未成年人的损害赔偿请求权诉讼时效期间，于受害人成年且能够行使诉权之前不开始计算。例如，《德国民法典》第208条规定“基于性的自主决定（sexuellen Selbstbestimmung）受侵害的请求权，于受害人满21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中的，于共同生活关系解除前，诉讼时效不开始进行。”

方案三，将受性侵害未成年人损害赔偿请求权诉讼时效与性侵害犯罪行为的追诉时效相联系，规定于性侵害犯罪行为追诉时效届满之前诉讼时效亦不届满，以保障受害人可以行使损害赔偿请求权。例如，荷兰新民法典第3:310条第4款规定：对不满18周岁的女性的性侵害犯罪行为，损害赔偿的诉讼时效在犯罪的追诉时效届满前不届满。

其中，方案二，即《德国民法典》第208条规定，最为简便，特此建议参考这一经验，创设未成年人受性侵损害赔偿请求权诉讼时效期间起算的特别规则“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18周岁之日开始计算。”（第1款）“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18周岁并且脱离家庭共同生活关系之日开始计算。”（第2款）

Formulation of the General Principles of the Civil Code

LIANG Hui - xing

Abstract: For the codification of the Civil Code, the NPC Standing Committee decided to write the General Principles of the Civil Code on the basis of the current general rules of the Civil Law and further codify each sub-provisions of the Law with reference of all the specific civil laws. On June 28th, 2016, the 12th Session of the 21st Meeting of the NPC Standing Committee of the People's Republic made the first trial for the Civil Code (Bill). After that the Bill was officially announced to the public on the website of Chinese People's Congress for comments. Compared with the draft, the Bill on the General Principles of the Civil Law has improved on the rationality of legal structure, accuracy of concept, purpose and logic of the system in addition to the operability of the legal norms, but there is still room for further modification. This paper will introduce important amendments and new contents of the General Principles of the Civil Law Bill compared with the civil law thus to arouse scholars' attention and reflection on the pros and cons of the Bill.

Key words: codification of the Civil Code general principles of the Civil Law civil rights

^③ 人身损害赔偿的诉讼时效期间，《德国民法典》规定为30年，《法国民法典》规定为10年。