

民法热点问题

《民法总则（草案）》简评

2016年6月，第十二届全国人大常委会第二十一次会议初次审议了《中华人民共和国民法总则（草案）》（以下简称“《民法总则（草案）》”），2016年7月5日，中国人大网公布了《民法总则（草案）》，向社会公开征求意见。民法总则的交付审议及公开征求意见是编纂中国民法典之路途上的一个重要里程碑。《民法总则（草案）》分11章，包括基本原则、自然人、法人、非法人组织、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效和除斥期间、期间的计算、附则，共186条。

一、《民法总则（草案）》的制定背景

《中华人民共和国民法通则》（以下简称“《民法通则》”）是我国目前带有民法总则性质的民事基本法，该法于1986年经第六届全国人民代表大会第四次会议通过并于次年1月1日开始实施。《民法通则》虽然只有短短的156条，所规范的内容及立法技术以今天的眼光来看显得简单粗糙，但在改革开放初期的中国，国家最高立法机关能以民事基本法的形式对公民的物质利益和非物质利益予以确认和保护，对于活跃市场和改革开放的继续深入发挥了非常巨大的作用。

《民法通则》出台前，新中国只有《中华人民共

和国婚姻法》和《中华人民共和国继承法》两部民事法律，《民法通则》出台后，中国民事立法进入快车道，1991年颁布《中华人民共和国收养法》，1995年颁布《中华人民共和国担保法》，1999年颁布《中华人民共和国合同法》，2007年颁布《中华人民共和国物权法》，2009年颁布《中华人民共和国侵权责任法》，2010年颁布《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，与此同时，根据司法实践的需要，最高人民法院针对《民法通则》和各个单行立法颁布了众多的司法解释。随着单行立法的陆续推出以及司法解释的“实质性造法”，《民法通则》实际上已呈现“空心化”，同时民事立法之间、民事立法与司法解释之间、司法解释之间的协调问题日益突出，使得编纂民法典以使民法体系化的呼声渐强。2014年，中国共产党十八届四中全会提出“编纂民法典”，重新编纂民法典¹的工作正式启动。由于编纂民法典是一项非常复杂和艰巨的任务，尤其考虑到我国已出台了较多的民事单行法和司法解释，清理、协调的工作将耗时较长，因此本着尽快推进民法典编纂工作的思想及实事求是的精神，将民法典编纂工作分成两步走，第一步先编

¹在此之前，中华人民共和国曾经于1954年、1962年、1979年、1998年启动过起草民法典的工作，后因各种原因中断。

纂民法典总则编（即“民法总则”）并由国家立法机关先行审议通过，第二步编纂民法典各分编，并将民法典各分编提请国家立法机关审议通过，从而形成统一的民法典。呈现在公众面前的《民法总则（草案）》正是在这一背景和万众瞩目之下隆重出场。

二、《民法总则（草案）》的特色

（一）承继与创新的交织

1. 从编排体例上看，《民法总则（草案）》的基本结构大体延续了《民法通则》的结构安排，仍然以民事权利作为整个法律文本的主轴线，即权利主体（人）、权利客体（物及其他权利客体）、权利变动的原因为（法律行为）、权利行使的时间限制（诉讼时效与除斥期间），但对该主轴线上各章节的位置作了部分调整，主要是把民事权利放在了民事法律行为一章之前，体现出对“权利”内容本身的进一步强调。此外，在内容的顺序编排上，也体现出了一些变化，例如在民事权利的种类先后顺序上，改变原来《民法通则》把财产性权利放在人身权利前面的作法，把人身性权利放在前面，显示出对“人”的主体性的尊重。

2. 从规定的具体内容看，一方面《民法总则（草案）》的内容大部分属于在清理的基础上对现行民事立法尤其是民事单行法及司法解释中适于放入民法总则的规定的重述和提炼，另一方面也作出了一些现行立法和司法解释中没有的创新性规定。例如“自然人”这一章的内容主要是承继了《民法通则》、《中华人民共和国继承法》以及1988年最高人民法院颁布的《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）》中的相关规定，但又有一些新的规定，主要包括限制民事行为能力人的未成年人的年龄标准由10岁下调为6岁；取消精神病人的概念，将智力

障碍者以及因疾病等原因丧失或者部分丧失辨认能力的成年人也纳入被监护人范围；并新创了意定监护制度，规定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。又如在“法人”一章中关于法人的分类，《民法总则（草案）》基本上还是承继了《民法通则》关于企业法人和非企业法人的分类，但同时又突出法人的目的属性，将法人分为营利性法人和非营利性法人两类。

（二）他国经验与中国特色的融会

《民法总则（草案）》既体现了起草者对他国经验的借鉴，也反映出起草者对中国国情的考虑。例如，此次将民法总则作为民法典的一部分来规划，实际上是采用德国民法的立法模式，即采取总则与分则的体系结构，但又根据我国的国情将民法总则与分则暂时分离，先行单独制定和审议民法总则。又如，在民事权利一章，《民法总则（草案）》不再像《民法通则》那样根据所有权性质的不同分别对财产权利进行规定，而是与德国等许多大陆法系国家的民法典一样对所有民事主体的权利客体进行统一的原则性规定，但同时又根据我国目前社会经济的发展现状及预测的发展趋势，不再像德国民法典一样将物权的客体限于“物”，而是在物之外为具体权利或者网络虚拟财产作为物权客体留下了空间。

（三）“民商合一”及与其他部门法的衔接

民法总则不但是民法的总纲，而且是其他众多部门法的生长之源，因此《民法总则（草案）》亦注重与其他部门法的衔接，其中尤为注重其与民法的“近亲”——商法的衔接。我国虽然已经制定了《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）、《中华人民共和国证券法》等众多

商事法律，但并没有商事基本法，对于是否需要制定商事基本法也存在较大争议。《民法总则（草案）》则基本上沿袭了《民法通则》的“民商合一”的理念，全方位为商事主体和商事活动提供基础性规则。同时，我国在商事领域中的改革经验又对《民法总则（草案）》进行了反哺。例如2013年修改后的《公司法》原则上取消了公司设立的法定最低注册资本门槛，《民法总则（草案）》据此亦不再将“有必要的财产或者经费”作为法人的构成要件之一；又如《民法总则（草案）》还借鉴商事登记公示的改革成果，规定了法人和非法人组织的强制信息公示制度。除了与商法的衔接外，《民法总则（草案）》还与环境法、民事程序法等进行了对接。例如与《民法通则》相比，新增“民事主体从事民事活动，应当保护环境、节约资源，促进人与自然和谐发展”作为民法的基本原则，并在民事责任的承担方式中增加了“修复生态环境”这一方式，民法的“绿色”理念和导向跃然纸上。再如，与《民法通则》相比，《民法总则（草案）》新增了非法人组织作为民事主体，解决了原民事基本法未规定非法人组织的民事主体地位，但民事程序法承认其地位的冲突。

三、《民法总则（草案）》的不足

（一）总则与分则的切割引发逻辑疑惑

虽然如前所述，《民法总则（草案）》的先行出台及交付审议是基于尽快推进民法典编纂工作的考虑，但民法典被切割成民法总则与民法分则两部分分别审议和出台这一做法确实非常罕见，用“总则”来命名一部独立的法律似乎也存在逻辑问题。而且，由于总则与分则分开编纂且总则先行审议和出台，则在编纂分则时如果发

现总则存在问题或发现两者之间存在衔接困难时，就会出现难以有效地进行协调和修改的问题。

（二）对公法规范的忽视凸显私法与公法的断裂

在我国私法领域之立法迅猛发展的同时，我国公法的立法工作也在奋力追赶，目前已出台的规范公权机关的立法行为、行政行为的单行性实体法律主要包括：1996年颁布的《中华人民共和国行政处罚法》，2000年颁布的《中华人民共和国立法法》（以下简称“《立法法》”）、2003年颁布的《中华人民共和国行政许可法》及2011年颁布的《中华人民共和国行政强制法》，这些法律在规范公权力的运作、保护民众的权利方面发挥了非常重要的作用。甚至可以说，虽然民法典被尊为私权利的圣典，但如果没有公法的保驾护航，这一圣典所宣示的权利永远只能停留于纸面。然而，从《民法总则（草案）》的规定看，众多规定显示出起草者对公法规范的漠视。例如，《立法法》第八条罗列了只能制定法律的事项，其中包括“民事基本制度”，但《立法法》第九条同时规定如果该法第八条规定的事项（有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外）尚未制定法律的，国务院可以根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权先制定行政法规，然而《民法总则（草案）》的众多条款却完全排除了国务院经授权可以通过行政法规对上述相关事项作出规定的可能性，例如第七十二条“法律对合作社法人有规定的，依照其规定”，第八十条“本节没有规定的，适用公司法等有关法律的规定”等等，不一而足。私法与公法所呈现的这一断裂，无疑对私法确认和保障私权利的使命之实现有百弊而无一利，作为私法之至尊地位的民法总则，理应在修复这一断裂方面作出表率。

（三）兼容性、开放性和视阈仍有较大提升空间

民法总则作为众多法律的统领性立法，应具备高度的兼容性与开放性，并具有广阔的视阈以便实现其保障私权利的使命，但目前的这稿草案在这方面还有提升的空间。例如，根据《民法总则（草案）》，民事主体包括自然人、法人和非法人组织，其中“非法人组织是不具有法人资格，但是依法能够以自己的名义从事民事活动的组织”，“非法人组织应当依法登记”。由于《民法总则（草案）》并未明确未经登记的非法人组织是否可以以自己的名义从事民事活动，因此很容易让人得出未经依法登记的组织不能以自己的名义从事民事活动，不能以组织的名义享受相关权利义务的结论。但在实践中尤其是在慈善领域，存在着大量未进行登记的非营利组织以组织的名义从事慈善活动的现象，而许多国家也并不以登记作为非营利组织成立或以组织名义从事慈善活动的前提，也正因为如此，将于今年9月实施的《中华人民共和国慈善法》第一百一十四条规定：“以开展慈善活动为宗旨的非营利组织即使没有登记，也可以开展力所能及的慈善活动，但应当遵守本法相关规定，并依法享受相关权益。”由此可见，《民法总则（草案）》显然没有考虑到

慈善领域的特殊性。又如，《民法总则（草案）》采用了营利性法人和非营利性法人的分类，并把有独立经费的机关、承担行政职能的法定机构、事业单位法人、社会团体法人、基金会法人²作为非营利性法人。这种分类虽然有其优势（主要是与《民法通则》目前的分类有传承关系，易于被接受），但却极容易与目前我国相关立法中已有的“非营利组织”概念相混淆。目前我国的《中华人民共和国企业所得税法》、《中华人民共和国慈善法》均已存在“非营利组织”的概念，而这两个立法中的“非营利组织”显然不包括独立经费的机关和承担行政职能的法定机构。实际上，国际上对非营利组织这一概念的主流观点是：非营利组织除了具备非营利性（即成员不得分配）外、还需具备民间性、自治性、志愿性的特征，而独立经费的机关和承担行政职能的法定机构显然至少不符合“民间性”这一特征。由于非营利组织天然地具有建设公民社会的优势，而强大的公民社会对于私权利的保护来说是坚固的基石和坚实的后盾，但《民法总则（草案）》的上述规定将模糊化非营利组织与公权力组织的区别，不利于非营利组织的发展及公民社会的建设，实属得不偿失。

柯湘 顾问 电话：86 020 2805 9086 邮箱地址：kex@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。



² 令人疑惑的是，《民法总则（草案）》的立法说明中称“非营利性法人作为一类，既能涵盖事业单位法人、社会团体法人等传统法人形式，还能够涵盖基金会和社会服务机构等新法人形式”，但在整个草案中并未看到社会服务机构的相关规定，不知是否为遗漏。