

# 民法总则编的框架结构及应当规定的主要问题

## ——杨立新 2.0 版《中华人民共和国民法·总则编》 建议稿的设计思路

The Frame Structure of the General Rules of Civil Code and  
Main Issues That Shall Be Stipulated: The Design Thought of  
the Civil Law of the People's Republic of China • the General Rules,  
the 2.0 Version of Suggestion Draft by YANG Li-xin

杨立新

YANG Li-xin

**【摘要】** 制定民法总则编，应当以《民法通则》和 2002 年民法草案总则编的篇章结构为基础，进行适当增删，注重体系性和实用性，体现理论性和规则性，建构科学、合理、具有中国特色的民法总则编的框架结构，其主体部分分为九章，即一般规定、自然人、法人与非法人团体、权利客体、民事权利与义务、法律行为、代理、民事责任和时间与时效。在民法总则编各章中，着重规定民法总则必须规定以及目前我国司法实践亟需的民法总则的基本规则。例如，应当规定概括民法适用方法的法例制度，规定协调民法与消费者保护法关系的消费者保护原则，改革目前的监护制度，建立“亲权+监护+照管”三位一体的广义监护制度，增加规定权利客体制度，规定民事权利的类型与行使方式及民事义务和权利保护，改革《民法通则》规定民事行为效力与《合同法》规定合同效力的双轨制，实现法律行为效力的一体化，规定民事责任适用的一般规则，规定诉讼时效、取得时效、失权期间、除斥期间等时间与时效制度。

**【关键词】** 民法典；总则；框架结构；主要问题；建议

**【中图分类号】** DF51 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 04-0026-14

**Abstract:** The draft of the general rules of Civil Code should be based on the frame structure of the general principle of civil law and the draft of the general rules of civil law in 2002, make some supplements and cancellations, emphasize on the systematicness and practicability, embody theoretical property and regularity, and construct a scientific and reasonable framework with Chinese characteristics for the general rules of civil law for our country. The main body includes nine chapters: general stipulations, natural person, legal person and non-legal person community, right object, civil right and obligation, civil juristic acts, agency, civil liability, time and period. Some basic rules should be emphasized in those chapters which are in urgent need in judicial practice and that must be regulated in the general rules of civil law. For example, stipulate the legal system that summarizes the method of application of civil law, add the protective principles for consumers that coordinate the civil law and consumer protection law, reform the current guardian system and build a broad guardian system with the integration of “parental right + guardian + care”, regulate the right object system, provide the types, exercising way and protection of civil rights as well as the civil obligations, realize the integration of the effectiveness of civil acts that replace the double-track system with provisions in the general principles of the civil law and that are in contract law, prescribe the general rules of civil liability, stipulate complete time and period system including the prescribed period for litigation, acquisitive prescription, right loss period, scheduled period and so on.

**Key words:** Civil Code; the General Rules of Civil Code; Frame Structure; Main Issues; Suggestions

**【收稿日期】** 2015-05-18

**【作者简介】** 作者简介：杨立新，男，1952年1月生，中国人民大学民商事法律科学研究中心教授，博士生导师，研究生同等学力，主要研究方向为民法学。

**【基金项目】** 本文为国家社科基金 2014 年重大项目（第三批）“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系研究”（课题批准号：14ZDC008）的阶段性成果。感谢尹飞教授约稿，使我对中国民法总则编的立法有机会提出自己的完整想法。

2015年1月28日和2015年3月31日,全国人大常委会法工委两次召开研讨会,安排《中华人民共和国民法·总则编》的立法工作,讨论民法总则编的总体框架结构和应当规定的主要问题。按照会议的要求,笔者反复研究,提出了应当以《民法通则》有关民法总则的内容,以及2002年民法草案总则编的框架为基础,面向民法典分则,兼顾民商合一、知识产权法、《消费者权益保护法》的结合,注重体系性和实用性,体现理论性和规则性,建构科学、合理、具有中国特色的我国民法总则编的框架结构,突出重点,对应当规定的主要问题作出规定。在此基础上,笔者修改了《中华人民共和国民法·总则编》建议稿,被网络称之为杨立新2.0版《中华人民共和国民法·总则编》建议稿,笔者的这些设想体现在这部建议稿中。

## 一、《民法通则》和2002年民法草案总则编提供的框架结构基础

### (一)《民法通则》与2002年民法草案总则编规定内容的比较

1986年《民法通则》之所以被称为“通则”,是因其规定的是民法的共通性规则,主要内容属于民法总则的一般性规则,但也规定了侵权责任法、合同法的合同责任,以及人格权法等问题,因而不叫总则而称为“通则”。目前,《民法通则》中的很多内容已经被其他新制定的民法单行法所代替,例如,《侵权责任法》已经取代了有关侵权责任的规定,《合同法》关于合同责任的规定已经取代了违约责任的规定,《物权法》已经取代了关于物权部分的规定,等等。因此,现在的《民法通则》除掉已经被替代的内容之外,剩下的主要内容基本上都是民法总则的内容了。

《民法通则》共分九章:一是基本原则,二是公民(自然人),三是法人,四是民事法律行为和代理,五是民事权利,六是民事责任,七是诉讼时效,八是涉外民事关系的法律适用,九是附则。上述内容,除了第五章民事权利部分已经被分别规定为《物权法》、《合同法》、知识产权

的各个单行法(只有人格权部分还仍然发生法律效力),民事责任部分被规定为《合同法》的违约责任和《侵权责任法》,以及《涉外民事关系法律适用法》部分,属于民法分则之外,其他都属于总则的内容,民法总则编仍须对这些内容作出规定。因此,《民法通则》目前仍然有效的部分,就是民法总则编的主干。

2002年民法草案总则编的章节是:第一章为一般规定,第二章为自然人,包括民事权利能力和民事行为能力、监护、宣告失踪与宣告死亡三节;第三章为法人;第四章为民事法律行为,分别规定一般规定和意思表示;第五章为代理;第六章为民事权利;第七章为民事责任;第八章为时效,分为诉讼时效和取得时效两节;第九章为期间,包括了民法总则的主要内容。

《民法通则》与2002年民法草案总则编的相同部分是:第一,民法草案总则编第一章是“一般规定”,《民法通则》规定为“基本原则”。虽然基本内容相同,但还是叫“一般规定”更好一些。第二,民法草案总则编第二章规定为“自然人”,而《民法通则》规定为公民(自然人)。《民法通则》采取这样的烦琐规定,主要考虑当时自然人的提法还不容易被社会接受,因此在“公民”的后边加括号说明是自然人。第三,第三章是关于法人的规定,《民法通则》和2002年民法草案总则编的规定没有区别。第四,关于民事法律行为与代理的规定,《民法通则》与2002年民法草案总则编的规定差别比较大。民法草案总则编分为“民事法律行为”与“代理”两章,而《民法通则》规定为一章。第五,关于民事权利和民事责任的规定,《民法通则》规定为第五章和第六章,民法草案总则编规定为第六章和第七章。第六,关于时效的规定,《民法通则》只规定诉讼时效,民法草案总则编还规定了取得时效。第七,民法草案总则编规定了期间,《民法通则》对此没有规定。

### (二)各部民法典建议稿对总则编的结构设计

梁慧星教授主持编纂的《中国民法典草案建议稿》总则编分为八章:一是基本原则,二是自然人,三是法人、非法人团体,四是权利客体,五是法律行为,六是代理,七是消灭时效,八是期日、期间。

王利明教授主持编纂的《中国民法典学者建议稿》的总则编分为十章：一是一般规定，二是自然人，三是法人，四是合伙，五是民事权利客体，六是法律行为，七是代理，八是诉讼时效，九是期间与期日，十是民事权利的行使和保护。

徐国栋主张民法典没有必要制定总则编，但是在其主持编纂的《绿色民法典草案》中设置序编，规定了第一题预备性规定，第二题人，第三题客体，第四题法律事实与法律行为，第五题代理，第六题民事世界中的时间，第七题基本术语的定义。这样的序编，在实质上与总则编没有区别。

### （三）制定民法总则编框架结构应当考虑的主要问题

根据以上的情况比较可以看到，《民法通则》与民法草案总则编规定的基本问题都是相同的，即使有的学者建议稿有不同的意见，例如王利明稿中的“民事权利的行使与保护”，也完全可以归并到相关的内容中去。可见，对于民法总则编的基本内容和框架结构，不存在特别的不同意见。因此，制定民法总则编，应当从这些规定中概括出应当采纳的基本框架结构。

但是还有一些问题需要进一步思考。

第一，在《民法通则》和民法草案总则编中，最缺少的民法一般性规则，是关于“权利客体”的规定。在20世纪50年代制定的民法草案，总则部分都规定权利客体部分，但是从1957年反右斗争以及1961年《苏维埃社会主义共和国联盟及各加盟共和国民法纲要》的总则部分取消权利客体制度之后，我国民法草案以及《民法通则》都删除了关于权利客体的规定，2002年民法草案也没有规定权利客体。1994年《俄罗斯联邦民法典·总则》恢复规定了权利客体制度，我们却还在追随其20世纪60年代的立法方法，是非常不正确的，须予以纠正。应当看到的是，民法典总则编的基本内容，是法律关系的一般性规定，应当按照法律关系要素的顺序编排，即法律关系主体（即自然人和法人）、客体（民事利益）以及内容（即权利义务，以及权利类型、权利存续时间、义务不履行的后果即民事责任等）。在这样的一般性规则中，缺少了有关

权利客体规则的规定，在逻辑上是不完整的。

第二，民法总则编对法律行为与代理是否要单独规定为两章呢？在《民法通则》中，将法律行为与代理规定为一章，内容比较简单。事实上，法律行为与代理虽然有相互衔接的逻辑关系，但非一个问题。民法草案总则编将法律行为与代理分别规定为两章，是正确的。

第三，关于时效与时间是否可以规定为一章。《民法通则》对此只规定了诉讼时效，内容简单，规定为一章是正确的。民法草案总则编将时间和时效分别规定为两章，尽管二者之间确实存在区别，但毕竟都是民法上的时效问题，放在一起规定，不仅可以节省篇幅，而且内容相互关联，只要用分节的方法区分，就会比较清楚。此外，在这一章还应当规定除斥期间和失权期间。这样，关于民法时间和时效的问题就比较全面了。

第四，关于民事权利义务与法律行为、代理、民事责任的先后排列问题。民法草案总则编以及《民法通则》将法律行为与代理排在前面，将民事权利排在后边。依照笔者的想法，民事权利与义务是法律关系的内容，先规定内容之后，再规定取得权利的方法即法律行为、代理，以及义务不履行的后果即民事责任，更为顺理成章。

第五，在主体方面还有两个问题需要研究。一是要不要规定两户，二是如何处理非法人团体的地位和与其他组织的关系。个体工商户和土地承包经营户，是我国社会存在的现实问题。尽管不是严格的民事主体，但他们确实具有特别的地位，不规定还是不行的，因而应该仿照《民法通则》的方法，放在“自然人”一章中作出特别规定，这样的处理方法比较好。究竟采取非法人团体的称谓还是其他组织的称谓，笔者认为还是非法人团体的称谓更为准确，但是也存在其他组织而不能被非法人团体包括的问题，因此，将非法人团体与法人一同规定在这一章中。

### （四）笔者设想的民法总则编的基本结构

制定民法总则编时，应当以《民法通则》和2002年民法草案总则编的基本框架结构为基础，适当增删，结合我国社会生活的实际需要和民法总则编应当规定的主要问题，构建民法总则编的基本框架结构。按照上述分析和考虑，民法总则

编可以采用以下篇章结构<sup>①</sup>：

第一章是“一般规定”，分为四节：第一节为立法目的与调整范围；第二节为法例；第三节为法律原则；第四节为法律解释。

第二章规定“自然人”，分为五节：第一节规定权利能力与行为能力，第二节规定亲权、监护与照管，第三节规定宣告失踪与宣告死亡，第四节规定个体工商户、土地承包经营户，第五节规定住所与居所。

第三章规定“法人与非法人团体”，分为六节：第一节是一般规定；第二节规定法人的设立；第三节规定法人的机关；第四节规定法人的监督；第五节规定法人的消灭；第六节规定非法人团体，其中第一分节规定合伙，第二分节规定有限合伙，第三分节规定其他组织。

第四章规定“权利客体”，分为四节：第一节规定人格利益与身份利益，是人身权利的客体；第二节规定物；第三节规定其他财产利益；第四节规定行为，属于财产权利的客体。

第五章规定“民事权利与义务”，分为四节：第一节规定民事权利的种类，第二节规定权利的行使方式，第三节规定民事义务，第四节规定权利保护请求权。

第六章规定“法律行为”，分为五节：第一节规定一般规定，第二节规定意思表示，第三节规定法律行为的解释，第四节规定附条件、附期限的法律行为，第五节规定引起法律关系变动的其他事由。

第七章规定“代理”，分为三节：第一节为一般规定，第二节规定直接代理，第三节规定间接代理。

第八章规定“民事责任”，不分节。

第九章规定“时间与时效”。分为三节：第一节规定时间；第二节规定时效，分为三个分节：第一分节为一般规定，第二分节为诉讼时效，第三分节为取得时效；第三节规定失权期间与除斥期间。

第十章规定“附则”。设附则的理由是，民法总则编要先通过立法，然后才能编纂分则部分，因此，对于该编以及分则各编的效力问题，

作出具体规定。

上述民法总则编的框架设计，在《民法通则》和民法草案总则编的基础上，只增加了“权利客体”一章，将“民事权利”改造为“民事权利与义务”一章，将民法草案总则编的“时效”和“期间”两章合并为一章，是一个实事求是且便于执行的设计方案。

## 二、按照上述框架设计的民法总则编应当规定的主要问题

按照上述总体框架结构，民法总则编应当规定以下主要问题。

### （一）第一章“一般规定”中应当规定的主要问题

在第一章“一般规定”中，应当特别规定的有三个重要内容，都是《民法通则》和民法草案总则编没有规定的内容：

#### 1. 规定法例

民法总则编规定法律适用规则，是1804年《法国民法典》创设的立法例，200多年来被绝大多数国家所借鉴，成为大多数民法典的立法通例。20世纪初，我国清末西法东渐，变律为法，在制定《大清民律草案》时，依照我国古代立法习惯，创设了“法例”制度，用以概括民法适用规则，并被民国民法所确立。1949年之后，我国的民法草案及《民法通则》都没有规定法例规则，民法适用方法欠缺，导致民事司法不统一。制定我国民法总则编，应当坚持规定具有中国特色的法例制度，明确民法的一般适用方法，对于统一我国民事法律规范的适用，将会起到重大作用。

梅仲协教授在他的《民法要义》中说：“法例者，民法适用之通例也。现行民法法例章，计五条，不特于全部民法，可以适用，民法法典以外之各种民事特别法规，亦应受其支配。”<sup>[1]</sup>所谓通例，一是指一般的情况、常规、惯例，二是指较普遍的规律。<sup>[2]</sup>因而，法例即民法适用的通例，或者称之为民法适用的一般规则。事实上，法例为全部民法法则的总括规定，为适用于民法全部

<sup>①</sup> 这是笔者在2.0版《中华人民共和国民法·总则编》建议稿采用的篇章结构。

的法则,应规定于第一编的编首。民法若无法例的规定,而以应规定的法则分列于民法各编中,组织上固不完备,即有总括的规定,其位置不列于第一编的编首,系统上亦有欠缺。<sup>[3]</sup>周新民教授的这一论述十分精当,表达了民法总则编应当规定法例,且应当规定在总则编“编首”的必要性和确定性。

民法总则编规定法例,应当规定以下三个具体内容:

第一,规定法源。法源指法的渊源,是指法的存在形式。<sup>[4]</sup>民法法源不仅指制定法,也包括习惯法和法理,即非制定法。只有这样,才能够保障当事人的民事权利得到充分而必要的保护,不至于被置之于法院的大门之外。民法总则编规定法例,首先就要规定法源及适用顺序:“人民法院审理民事案件,应当依照本法以及依据本法制定的其他法律中的民事法律规范进行;法律没有规定的,依照习惯;没有习惯的,依照法理。”

第二,规定法院不得拒绝裁判。自《法国民法典》于1804年规定了法官不得拒绝审判原则之后,受到普遍重视,为多数国家的民法典所采纳。法官不得拒绝裁判原则的法律基础,在于民法已经确认了民法的法源及适用顺序。既然如此,法官就没有理由拒绝当事人要求法院裁判的诉求,必须作出裁判,否则就是法官或者法院违反职责。由于我国是法院独立审判,因而不应当称为法官不得拒绝裁判,而应称为法院不得拒绝裁判。我国民法总则编应当规定:“对于民事案件,人民法院不得以法律没有明文规定为由,拒绝受理或者裁判。”

第三,规定民事法律的适用方法涉及两个问题:一是出现法律冲突时的法律适用方法,二是总则性规定的适用方法。对此,民法总则编应当分别规定法律适用方法。

## 2. 规定消费者保护原则

《德国民法典》的总则编有一大创见,就是在其民事主体部分规定了消费者的概念,将消费者作为基本的民事主体。这种做法的重大价值在于,将消费者保护法纳入民法典体系,强调它是民法典的特别法,应当适用民法的一般规定,予以特别保护,充分利用民法制度和资源,更好地保护

消费者权益。但是,《德国民法典》的这一做法,将消费者与自然人、法人放在同一位阶上规定,存在逻辑上的矛盾,我国民法总则编应当对此予以克服。应当采用的做法,是在民法总则编专门将消费者保护作为一项民法基本原则作出规定。

由于消费者保护法所涉及的法律领域不但包括法律交易领域,还包括侵权救济以及人格权保护等诸多领域,要将其纳入民法典体系,就必须在《民法总则》中设计条文予以实现。除了德国的规定消费者概念的做法之外,另外一种更好的无逻辑与体系瑕疵的做法,就是将消费者保护作为民法的一项基本原则予以规定,使其成为并列于平等原则、私人自治原则、诚实信用原则以及公序良俗原则等原则的一项民法基本原则。由于民法基本原则的辐射领域为整个民法体系,是整个民法条文创设、解释适用以及法律续造的价值基础,因此消费者保护就能够通过其作为民法基本原则的地位,成为整个民法体系的核心,从而更加完美地实现整合消费者保护法,并增强民法典对于现代社会生活的调整能力,使其成为私法核心的重要功能。这样不但可以同样发挥《德国民法典》上述做法的功能与价值,而且能够将《消费者权益保护法》纳入民法体系,强调消费者的弱势地位,对消费者进行倾斜性保护。

因而,我国制定民法总则编,应当规定的消费者保护基本原则的具体内容建议为:“在商业经营活动中,本法特别保护消费者的合法权益,防止其权益受到不法侵害。经营者负有保护消费者合法权益的义务。”

## 3. 规定民法解释方法和内容

民法总则编在“一般规定”中,还应当规定法律解释规则,应当规定的内容是:第一,规定法律解释的一般规则。法律解释应当兼顾法律文义、法律体系以及法律目的,在宪法确定的价值体系内进行。第二,对不确定法律概念和法律漏洞的适用方法作出明确规定,首先是对不确定法律概念,应当确定以法律解释的方法使其确定,即对于不确定法律概念,适用前条规定的解释方法进行解释;其次是对法律漏洞应当以类推的方法进行解释,即对于法律存在的漏洞,比照最相类似的民事法律规范进行类推解释。

## (二) 第二章“自然人”中应当规定的主要问题

### 1. 改革监护制度, 建立“亲权+监护+照管”三位一体的监护制度

在第二章关于“自然人”的规定中, 应当特别规定的是, 改革现行监护制度, 建立“亲权+监护+照管”三位一体的监护制度, 全面保护民事行为能力欠缺的自然人。

我国现行的监护制度, 是由1986年《民法通则》第16条至第19条规定的, 经过2006年《未成年人保护法》第10条至第16条, 以及2013年《老年人权益保障法》第26条的补充, 形成了我国自然人的监护制度体系。主要内容包括: (1) 对未成年人的监护。《民法通则》第16条规定, 我国对未成年人的监护, 主要由未成年人的父母进行监护。(2) 对丧失或者部分丧失民事行为能力的精神病人的监护。《民法通则》第17条规定, 丧失或者部分丧失民事行为能力的精神病人, 应当为其设置监护人。(3) 对丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人的监护。《老年人权益保障法》第26条规定, 老年人丧失或者部分丧失民事行为能力, 应当通过意定监护、法定监护或者指定监护进行监护。

我国现行监护制度存在的缺陷是: 第一, 混淆监护与亲权的关系, 以监护权代替亲权。《民法通则》对英美法系的亲权制度与大陆法系的监护制度未加区分, 第16条规定“未成年人的父母是未成年人的监护人”, 采用的是英美法系监护制度, 混淆了大陆法系与英美法系监护的区别。第二, 对被监护人的范围规定不完全。《民法通则》等规定的被监护人只有未成年人、精神病人以及丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人。而18周岁至未满60周岁且不是精神病人的成年人, 即使没有民事行为能力, 也不在被监护人范围中, 不能获得监护而无法保障其合法权益。第三, 监护种类不完备。现行意定监护局限在60周岁以上的老年人才可以适用, 没有规定18周岁至不满60周岁的人可以通过监护协议设定意定监护, 立法空白过大。第四, 欠缺监护监督制度。现行监护制度规定了部分监护监督的内容, 但没有规定究竟谁对监护有监督权, 也没有规定国家机关的监护监督人地位和监督权, 对于

特别需要进行监督的意定监护人没有规定意定监护监督制度, 使监护完全失去监督。第五, 欠缺监护人的报酬和监护财产的清算制度。现行监护制度对监护的财产性内容没有规定。监护行为包括人身和财产两个方面, 监护人在为被监护人行使财产监护职责时, 必然与财产发生关系, 因此, 没有财产性规则的监护制度, 是不健全的监护制度。第六, 欠缺对身心障碍人的照管制度。对那些尚未达到丧失或者部分丧失民事行为能力、但身心存在障碍的人的权益, 缺乏必要的保护措施, 因而在这些人的合法权益受到侵害时, 由于他们行使权利、承担义务存在身心障碍, 而无法得到必要的保护。

笔者设想, 我国民法总则编应当建立亲权、监护和照管三位一体的监护制度:

第一, “亲权+监护+照管”三位一体的广义监护制度体系是: (1) 将父母作为未成年人的监护人的做法, 改为亲权照顾, 民法总则编只一般性地规定亲权概念, 确定亲权人(即父母)是对未成年子女承担人身照护权和财产照护权的权利人。亲权的内容属于亲属法的范畴, 应当规定在婚姻家庭法中。(2) 规定狭义监护制度: 一是规定未成年人在其父母死亡, 或者其父母丧失亲权或被剥夺亲权时, 对未成年人指定监护人。二是改变成年监护制度只对精神病人和丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人适用的做法, 规定完善的成年监护制度。规定精神病人、持续性植物状态人以及其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人, 应当设置监护人进行监护。(3) 改变对没有丧失或者部分丧失民事行为能力、但民事行为能力有欠缺的身心障碍人的放任状况, 规定照管制度。照管人仅在必要范围内处理被照管人的事务, 照管人处理被照管人的事务应当尊重被照管人的意愿, 以符合被照管人最佳利益的方式进行, 照管人在照管事务范围内代理被照管人进行法律行为。

第二, 扩大被监护人的范围, 主要是怎样对成年被监护人作出规定。建议规定精神病人、持续性植物状态人以及其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人, 适用成年监护制度, 与未成年人相对应, 包括了所有的被监护人; 突出强调精神病人、植物人, 进行不完全列举, 有助于更

好地保护精神病人和植物人的合法权益；对于丧失或者部分丧失民事行为能力的老年人没有必要特别强调，概括在“其他丧失或者部分丧失民事行为能力的成年人”的概念中即可。

第三，建立完善的监护类型体系。应当改变《民法通则》只规定法定监护和指定监护两种监护类型的立法，增加意定监护，构成法定监护、指定监护和意定监护完整的监护类型体系。在意定监护中，除了成年人的协议监护之外，还应当规定：一是委托监护，即未成年人的父母不能履行亲权职责时，可以为未成年人设立委托监护人；二是后死亡的父母一方可以通过遗嘱为未成年人设定监护人，也属于意定监护。

第四，加强监护监督。面对我国现行监护制度欠缺监护监督的现状，民法总则编必须完善监护监督制度。要规定的内容主要有以下两项：一是规定成年人的意定监护监督人制度。成年人可以依照自己的意思选任监护监督人，并与其签订委托监护监督合同。该监护监督合同在委托监护合同生效的同时生效。监护监督合同生效后，受委托的监护监督人有权监督意定监护人的监护行为。意定监护人侵害被监护人的合法权益，监护监督人有权进行纠正，并向法院起诉，责令监护人适当履行监护义务，或者撤销意定监护人，依照监护顺序另行确定监护人，或者依照法定程序指定监护人。二是明确监护监督机构。被监护人的所在单位、居民委员会、村民委员会为监护监督机构，对于监护人履行监护职责的状况进行监督；行政监护监督机构由各级政府的民政主管部门担任，负责监督监护人的监护行为，保护被监护人的合法权益。

第五，建立完善的具体监护规则。一是对成年人丧失或者部分丧失民事行为能力的宣告；二是规定监护人的资格及职责；三是规定监护人的报酬取得权和损害赔偿赔偿责任；四是规定签署监护财产清单和监护财产清算与移交制度。

## 2. 规定胎儿的民事地位

1949年以来，我国民法没有规定胎儿的法律地位，只在《继承法》中规定了在继承开始时，应当对胎儿的继承份额予以保留；也没有规定受孕期间，推算对胎儿应从何时予以保护。这两个问题都是自然人的重要规则，前者是对于侵

害胎儿的民事权益如何进行保护的法律依据，后者是对胎儿何时受孕的法律推定规则，确定从何时起胎儿应受法律保护。

民法总则编应当规定这两个内容。第一，规定胎儿以将来非死产者为限，关于其个人利益的保护，视为已经出生。这样不仅为胎儿的继承份额的保留确立了法律基础，而且为确定侵害胎儿民事权益的侵权责任等也确定了法律基础。第二，应当规定在自然人出生前的第300天，推定胎儿已经受孕，据此可以推断，自然人在其出生之前的300天内，应当受到保护，有证据证明的，依照证据确定的出生时间确认。

## 3. 关于两户的规定

我国民法没有“家”的概念，但有“户”的概念，即《民法通则》规定了个体工商户和土地承包经营户的概念。严格地说，两户不是民法的概念，因为两户并非民事主体，但是在现实中又客观存在。对于个体工商户，尽管大多数是个人经营，但确实有进行个体经营的工商户。特别是在现行农村土地制度下，土地承包经营户是普遍存在的，最主要的是，农村承包地和宅基地都是以户为单位进行分配，并不以人作为分配的依据。因而，两户的形式在我国仍有保留的价值。故在民法总则编中，还应当在“自然人”一章中对两户作出规定。应当规定的内容是：第一，个体工商户是指在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的自然人。个体工商户自在工商机关办理登记之日起成立。个体工商户可以起字号。第二，农村集体经济组织的成员在法律允许的范围内，按照承包合同的规定从事经营的，为农村承包经营户。农村承包经营户的成员对所享有的土地承包经营权、宅基地使用权，除家庭成员为一人的外，为共同共有。第三，规定两户的债务承担规则，即个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭共有财产承担。

## (三) 第三章“法人与非法人团体”中应当规定的主要内容

### 1. 关于法人类型的规定

关于法人的类型，《民法通则》规定为企业法人与机关、事业单位和社会团体法人两种类型。这种对法人的分类，近30年来广受诟病，

存在法人性质不清晰、承担法律责任不明确等弊端,在理论上和实务上均要进行纠正。但是,2002年民法草案总则编对此不仅没有接受意见,对法人进行科学的分类,反而干脆不提法人的分类,仅仅规定了法人的一般规则。这是一种偷工减料的做法,是不负责的。

“法人”一章在规定法人的一般规则的基础上,应当对法人的种类作出最基础的划分,即社团法人和财团法人。

社团法人是指以人的结合作为其成立基础的法人。社团法人是以社员为成立要件之法人<sup>[5]</sup>,强调的是“人的组织体”,股份有限公司与有限责任公司均是典型的社团法人。没有社员则没有可能成立社团。因此,社员权既与社团法人的权利相分离,而又密切相关。例如研究公司法人就不可能不涉及公司股东的权益及其保护问题。财团法人是指以某项捐助的财产为其基础而成立的法人。财团法人是因使用于特定目的的由财产上之集合而成立的法人。<sup>[6]</sup>

社团法人不同于《民法通则》规定的“社会团体法人”。“社会团体”是我国特有的概念,是指中国公民自愿组成,为实现会员共同意愿,按照其章程开展活动的非营利性社会组织,包括各种协会、学会、联合会、基金会等。财团法人是因使用于特定目的的由财产上之集合而成立的法人。<sup>[6]</sup>社团是“人的组织体”,而财团是“财产组织体”。财团法人的概念尽管在《民法通则》上并未规定,但随着社会经济的发展,财团法人的重要性益显突出,人们乐于拿出财产或者死后捐出遗产进行公益目的的使用。确认财团法人,有助于促进社会伦理道德的淳化,推进精神文明建设。<sup>[7]</sup>在实践中,由于立法没有区分社团法人和财团法人性质,因而使法官在裁决案件时,无法正确适用法律。例如,当前广泛存在的民非企业(即民营非营利企业),其性质不属于社团法人,而属于财团法人,但在发生纠纷法院进行审理时,很多法官以社团法人的规则处理,混淆了社团法人与财团法人的界限,造成适用法律错误。

社团法人和财团法人的区别是:第一,成立的基础不同。社团法人必须有社员,没有社员不能成立社团法人。而财团法人以财产为基础,因而没有社员。社团法人的最基本要素是人的要

素,而财团法人的最基本要素是财产要素。<sup>[8]</sup>第二,设立的目的不同。社团法人的设立可以是为了营利,也可以是为了公益,而财团法人的设立则只能为了公益,所以财团法人只能是公益法人。第三,设立的行为不同。社团法人的设立行为限于自然人的生前行为,并且是两人以上所为的共同法律行为,表现为以设立法人为目的订立章程的法律行为;而财团法人的设立行为不限于生前的行为,也可以是死因行为。第四,设立的程序不同。社团法人的设立符合法定的设定条件即可,大多不需要经过行政机关的批准。而财团法人的设立则一般要经过主管机关的许可。第五,设立人的地位不同。社团法人在设立以后,其设立人将取得社员资格,而财团法人在设立以后,其设立人便与法人脱离关系,因为财团法人没有成员,其设立人不作为法人成员,也不直接参与或决定法人事务。此外,社团法人与财团法人的组织形式不同,解散的程序也不同。

民法总则编在规定法人的规则时,应当区分社团法人与财团法人的上述区别,作出准确的规定。

## 2. 规定其他组织抑或非法人团体

我国民法有其他组织的概念,规定各不相同。《民事诉讼法》规定了其他组织有独立的民事诉讼地位,《民法通则》没有规定其他组织,而《合同法》又规定了其他组织具有合同法的主体地位。对此,民法总则编应当如何规定,颇值得研究。梁慧星稿采用了非法人团体的做法,规定是指不具有法人资格但依法能够以自己的名义参加民事活动的组织。<sup>[9]</sup>王利明稿没有规定非法人团体,只规定了合伙,且没有明确规定合伙是否具有民事主体地位。<sup>[10]</sup>徐国栋稿尽管对主体制度没有作出详细规定,但原则提到了人分为自然人和法人,合伙视为法人的一种,且除非有特别说明,人都与民事主体同义。<sup>[11]</sup>

笔者赞同梁慧星稿的意见,即把合伙、有限合伙以及其他有代表人或者管理人、组织名称和相应活动场所,依照法律或者经有关主管部门批准或认可进行某种业务活动的没有取得法人资格的其他组织,概括为非法人团体,并作出规定。这样做的好处是,尽管没有给予非法人团体以民事主体地位,但是,在民法总则编对其进行明确

规定,使其具有了从事民事活动的资格。因此,我的2.0版建议稿详细规定了合伙的规则,同时对有限合伙以及其他组织也作了相应规定。

#### (四) 第四章“权利客体”中应当规定的主要内容

我国民事立法存在一个特殊现象,即《民法通则》不规定权利客体的规则,2002年民法草案总则编也没有规定权利客体的规则,与民法典立法的潘得克吞体系编制总则编的做法相悖。事实上,在1956年之前的民法草案中,总则编是规定权利客体规则的,但在1963年之后就不再规定权利客体制度了。研究发现,在这两个时期之间发生民事立法思想重大转变的原因是:第一,反右斗争的严重思想影响。分析民法总则草案是否规定权利客体之间的时间界限,恰好是1956年12月17日至1963年。6年间发生的最大的政治运动就是反右派斗争,是反右斗争扼杀了民法总则权利客体的“生命”。第二,人治和法律虚无思想的严重影响,加剧了民法立法的严峻形势。在这样的环境和形势下,西方民法典以物为代表的权利客体规则,在中国的民法中不具有法律地位,是完全可以理解的。第三,苏联民事立法传统的极端影响。20世纪50年代的民法草案,借鉴的是1922年《苏俄民法典》,该法典有权利客体的规定,我国的民法草案也有权利客体的规定。1961年12月《苏联和各加盟共和国民法纲要》颁布实施,不再规定权利客体,其他社会主义阵营国家的民法也都不再规定权利客体制度,我国的民法草案也就不再规定权利客体。

与此相反,从21世纪初开始的我国民法典编纂,王利明教授、梁慧星教授、徐国栋教授以及笔者提出的民法典草案建议稿,都在总则编规定了权利客体规则。按照这样的意见稿,民法总则编规定权利客体的问题已经形成通说。

直至21世纪的今天,中国民事立法仍然坚持苏联民事立法模式,在民法总则编不规定权利客体,是不适当的。《法国民法典》确实没有规定权利客体制度,那是因为立法传统问题,是由于该法典遵循人法、财产法和取得财产的各种方法的三编制,不设置总则,因而在简短的序编中无法规定权利客体。《绿色民法典草案》的体例结构倾向于法国法传统,但它扩展了序编的容

量,也设置了“客体”部分。这似乎说明,即使按照法国法的传统制定民法典,时至今日也应当考虑规定权利客体规则。最为重要的是,民法总则编是按照民事法律关系三要素即主体、客体和内容编排的,如果不规定权利客体规则,总则编的逻辑结构就少了一个独立部分,造成民事权利客体的规则缺失,使民事主体行使民事权利和履行民事义务失去了对象。因而,制定民法总则编必须规定权利客体规则。

民法总则编的“权利客体”一章应当规定的主要内容是:第一,对于是否要规定民事权利客体的一般性规则,笔者持否定态度,因为民法总则规定民事权利客体,主要是界定民事权利义务所指向的对象的范围,一一列出即可。第二,对于是否规定身份利益为权利客体,笔者持肯定态度,因为亲属法回归民法典已成共识,当然应当规定身份利益为权利客体。第三,应当规定知识产权的客体,把知识产权法作为民法的特别法,确认知识产权法在民法中的地位。第四,规定行为是民事权利客体,将行为作为债权的客体。

我国民法总则编有关权利客体的部分应当规定以下主要内容:

##### 1. 规定人格利益与身份利益

民法总则编应当把人身权利的客体规定在客体部分的首要位置。首先规定人格利益,即“自然人对其人格必要组成部分所享有受法律保护的利益,为人格利益。人格利益不得转让,但法律规定可以有限转让或者转让的除外”。对于身份利益,应当规定“自然人就其身份,包括特定亲属之间的地位所享有的受到法律保护的利益,为身份利益”,将其作为身份权即配偶权、亲权、亲属权的客体。

##### 2. 物

物是财产权利特别是物权的客体,民法总则编应当作出特别规定。一是规定物的概念及范围。二是规定不动产和动产的概念和范围。三是规定人体变异物。自然人脱离人体的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子、受精卵等人体变异物,以不违背公共秩序与善良风俗为限,为民事权利的客体。四是对网络虚拟财产特别作出规定,规定网络及其具有财产价值的内容,视为物,为虚拟不动产、虚拟动产。五是对物的不同

属性等作出规定。

### 3. 其他财产利益

其他财产利益包括智力成果、信息、有价证券等。智力成果是知识产权的客体，应当特别规定。目前规定知识产权客体的建议稿，有繁、简两种版本，应以简本为妥，例如规定“民事主体的智力成果依法可以成为知识产权的客体”。在其他财产利益中，应当特别规定的是信息。信息分为两个部分：一是有关人格利益的信息，二是经营信息。后者具有财产利益。两者均应予以规定，受法律保护。作为物的特殊形式的有价证券应当特别规定，能够证明持券人有权取得一定财产权利的书面凭证为有价证券，除法律另有规定外，有价证券适用动产的一般规则。

### 4. 行为

行为作为债权的客体，包括给付行为和人身性行为。债权的客体可以是有目的地增益对方财产的行为。依据债权的性质，人身性行为可以作为债权的客体，但对于这类行为不得强制执行。

## （五）第五章“民事权利与义务”中应当规定的主要内容

### 1. 民事权利与义务一章在民法总则编的地位

按照民法总则编的基本逻辑结构，法律关系的内容是民法总则编最为重要的部分，起到引领作用的就是权利与义务的一般性规定。至于民法总则编的其他相关部分，不过都是权利与义务的进一步展开。例如，法律行为是取得民事权利的方法之一，代理是实施法律行为的一种方法，民事责任是民事义务不履行的法律后果，时间与时效的规定也是民事权利存续的时间等。因此，民事权利与义务是民法总则编必须规定的，也是必须规定好的。只有如此，才能够为以下内容提供法律基础。

### 2. “民事权利与义务”一章应当规定哪些内容

民事权利与义务一章应当规定的最主要内容，包括四项：一是民事权利的类型，二是民事权利的行使，三是民事义务的内容，四是民事权利的保护。

### （1）民事权利的类型

在这一章中，应当规定的民事权利类型是：

人身权利，包括人格权和身份权。民事主体就其人格的必要组成要素所享有的权利，为人格权。人格权的行使不得违背公序良俗以及法律的禁止性规定。民事主体基于特定亲属之间的身份关系产生并由其专属享有，以其体现的身份利益为客体，为维护该种关系所必需的权利，为身份权。对于具体的人格权，总则编不作具体规定，放在民法分则中规定。

财产权利，包括物权、债权、继承权、知识产权，以及其他商事权利。一是对物所享有的排他性的支配权，为物权。二是按照合同的约定或者依照法律的规定，一方当事人向对方当事人请求为一定行为或者不为一定行为的权利，是债权。三是自然人按照被继承人所立的合法有效遗嘱或法律的直接规定而享有的继承被继承人遗产的权利，是继承权。四是民事主体就其创造性智力成果享有的权利，是知识产权。五是按照商事特别法的规定，民事主体可以享有其他财产权利。

### （2）权利的行使方式

关于权利的行使方式，笔者的设计是，将在民法中通常使用的支配权、形成权、请求权、抗辩权、既得权、期待权等概念，均纳入民事权利行使的范畴，使其统一起来，成为民事权利的另一种类型划分，即行使方面的类型。行使支配权，是绝对权的基本方式；行使形成权，是改变权利现状的行使方式；行使请求权，是行使债权的方式，等等。

首先规定支配权，即权利人直接支配权利客体并排除他人干涉的权利为支配权。其次规定形成权，即权利人仅凭其单方意思即可使法律关系发生变动的权利为形成权。再次规定请求权，即根据权利的内容，权利人可以请求他人为一定行为或者不为一定行为的权利为请求权。最后规定抗辩权，即权利人享有的对抗他人请求权行使的权利为抗辩权。此外，还要特别规定既得权与期待权，这是权利存续的状态。权利人已经取得并且可以实现的权利，是既得权，为当事人实际享

有的权利；权利人享有的将来有取得与实现的可能性的权利，是期待权。期待权的实质是发生并存续于取得特定权利过程中的当事人的法律地位，期待权须具备条件转化为既得权，方得行使。

在权利行使中，还应当规定权利滥用之禁止，即权利的行使不得以损害社会公共利益和他人合法权益为目的；规定权利的克减规则，即基于国家安全、公共安全和调查犯罪的需要，有关国家机关依照法律程序，有权对权利人的权利进行必要的限制。

### （3）规定民事义务

民事义务是与民事权利相对应的概念，是指义务人为满足权利人的要求而为一定的行为或者不为一定行为的法律负担。<sup>[12]</sup>民法总则编关于民事义务的部分，主要规定以下内容：

第一，规定民事义务的一般规定。应当明确规定，民事主体依照法律规定或者当事人约定应当负担的义务，必须履行。同时要特别规定，不履行民事义务，应当依照法律规定承担民事责任，为民事责任的来源作出基础性的规定。

第二，规定民事义务的类型，即不作为义务与作为义务。按照法律规定或者当事人的约定，以不从事某种行为作为义务内容的，义务人不得从事该行为。行为人应当按照法律规定或者当事人的约定履行作为义务，通过作出积极行为以满足权利人的要求。

第三，鉴于不真正义务的特殊性，应当专门规定不真正义务的概念和规则，即义务人不履行不真正义务时，相对人不能要求其承担民事责任，但应承担使其遭受权利丧失或减损的不利益。

### （4）规定权利保护请求权

对于民事权利的保护，多数学者认为是指主体在其权利受到他人侵害时，有权请求国家机关给予保护，从而使民事权利的实现获得了可靠的保障，因此着重研究的是民事权利的自我保护即自力救济和国家保护即公力救济。<sup>[13]</sup>这样的研究并非错误，但它并不是民法实体法保护民事权利的方法，而是保护民事权利的具体途径。依笔者

所见，民法总则研究民事权利保护，应当是解决保护民事权利的具体方法，主要包括两个部分：一是民事权利保护请求权体系，二是民事责任制度。侵权请求权民法分则专门有侵权责任法编的规定，在总则中不必规定，因此，在总则编主要规定民事权利保护请求权即可，形成“权利—义务—责任”逻辑体系的格局。

作为民事权利保护的请求权，它不是指一种权利类型，而是一种权利保护方法、权利救济的权利体系。它既具有请求权的一般特征，又有自己独特的特点。其特征是：第一，请求权人向相对人请求的权利是一种权利保护方法，它是发生在特定的权利人和义务人之间的法律关系。这种特定的相对关系建立在权利被侵害或者被妨碍的基础之上，权利人向对方提出作为或者不作为的请求，并不是权利人原来享有的权利，而是保护权利的请求权，相对人承担的也不是单纯的义务，而是须为一定行为或者不为一定行为的责任。第二，相对人向请求权人履行行为的性质是责任，而不是一般性义务。在义务人不履行义务时，权利人可以通过诉讼请求法院强制相对人承担责任，请求权人向责任人提出请求，责任人向其履行作为或者不作为的责任，具有强制性。责任经过法院判决确定之后，如果责任人不予履行，则可以强制执行。第三，请求权的行使方式须向裁判机构主张，而不是自己行使。

权利保护请求权的种类较多，民法总则编可以作出概括规定。第一，规定权利保护请求权的概念定义，即义务人违反义务，致使权利人享有的民事权利的圆满状态受到妨害或者有妨害之虞的，权利人得向违反义务人请求承担停止妨害、排除妨害或者消除危险的责任，以保持或者回复民事权利的圆满状态。第二，规定权利保护请求权包括人格权请求权、身份权请求权、物权请求权、继承权请求权和知识产权请求权。

## （六）第六章“法律行为”中应当规定的主要内容

### 1. 统一规定法律行为的效力规则

1986年《民法通则》第58条和第59条分别规定了无效民事行为和可撤销、可变更的民事行

为。前者包括无民事行为能力人实施的行为,限制民事行为能力人依法不能独立实施的行为;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所为的行为;恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的行为;违反法律或者社会公共利益的行为;以及以合法形式掩盖非法目的的行为。均为绝对无效行为。后者包括重大误解和显失公平的行为,为相对无效行为。时隔13年,1999年《合同法》规定了合同无效(第52条)、合同可撤销及可变更(第54条),以及合同效力待定三种合同效力规则,因而形成了我国民法中的法律行为效力的双轨制状况。

我国立法形成这种双轨制的现象,有其特定的历史原因和立法技术原因:第一,在20世纪80年代,我国《民法通则》开创性地规定了法律行为效力规则之后,至20世纪90年代《合同法》制定之时,立法机关认为《民法通则》关于法律行为效力的规则存在部分不当,应当在制定《合同法》时予以修改,因而在《合同法》中重新规定了合同效力规则。第二,在立法目标上,《合同法》追求的是“大而全”的做法,因而不仅重新规定了合同效力原则,而且将债法总则的内容也基本上纳入了《合同法》总则,以致形成了所谓的“大合同法”格局。<sup>①</sup>第三,由于立法技术原因,《合同法》在规定合同效力规则时,不能对《民法通则》有关法律行为效力的规则及时进行修订,以致形成了两法并存所导致的立法矛盾。

对于法律行为普遍适用的法律行为效力规则,应当在《民法总则》中予以统一规定。我国民法总则编的制定中必然要对法律行为进行统一规定,继而也应在法律行为中规定法律行为的效力规则。这样安排的理由在于:一是坚持《民法通则》的传统,且与我国民法现代化以来的做法相衔接。二是符合德国法系民法的立法传统,不论《大清民律草案》、《国民律草案》还是“中华民国民法”,基本上都沿袭了德国法系的传统。即便在很大程度上受到苏联民法影响的《民法通

则》,由于苏联民法也属于德国法系传统,因而也间接继承了德国法系的传统。三是《合同法》关于合同效力的规定,是在当时立法机构不便对《民法通则》立即进行相应修改而采取的应急措施,而并非民法典必须在合同法部分规定合同无效制度。四是法律行为无效与合同无效概念之间的区别很大,含义相差甚远,合同无效概念难以涵盖合同以外的法律行为的效力问题。基于这些理由,民法总则编在“法律行为”部分统一规定法律行为的效力规则,完全顺理成章。

## 2. 规定意思表示规则

我国《民法通则》和《合同法》都没有专门规定意思表示及其内容,而是将意思表示瑕疵的内容放在无效的民事行为或者无效合同中予以规定。民法总则编必须规定法律行为的一般规则,而意思表示是法律行为的核心要素,必须予以统一规定。而法律行为效力规则应包括法律行为效力的一般性规则,以及意思表示瑕疵及其后果的规则,二者形成完善的、统一的法律行为制度。其中,在法律行为效力的一般性规则中,应当规定法律行为的生效要件、无效状态以及效力待定状态;在意思表示规则中,专门规定意思表示瑕疵及其后果,其中须对意思表示瑕疵的各种情形分别予以规定。这样构建起来的统一的法律行为效力规则,与大陆法系尤其是德国法系民法典的传统是一致的。

同时,还应当将《合同法》规定的合同解释规则全部放在民法总则编的这一部分中,作为法律行为解释规则统一规定。

## 3. 统一规定附条件、附期限的法律行为

要将《民法通则》规定的附条件、附期限的民事法律行为与《合同法》规定的附条件、附期限的合同内容合并在一起,在法律行为一章中作出全面规定。

## (七) 第七章“代理”中应当规定的主要内容

### 1. 规定代理的一般规则

首先,在“代理”一章规定代理的一般规

<sup>①</sup> 参见王胜明:《关于合同法的立法背景、指导思想及适用范围》,载《人大工作通讯》1999年第8期。

则。对代理作出定义,即自然人、法人可以通过代理人实施法律行为。法律规定或者按照双方当事人约定,应当由本人实施的法律行为,不得代理。规定代理的后果,代理人在代理权限内以被代理人的名义,代被代理人实施法律行为,其法律效果直接归属于被代理人。代理人在代理权限内,以代理人的名义实施法律行为,相对人知悉代理关系的,其法律效果也直接归属于被代理人,但有确切证据证明该合同只约束代理人和第三人的除外。

其次,规定代理的种类。(1) 委托代理。基于本人的授权而产生代理权的代理,为委托代理,代理人应按照被代理人的意思行使代理权。授予代理权的意思表示,既可以向代理人作出,也可以向相对人作出。(2) 法定代理。基于法律的规定而产生代理权的代理,为法定代理,代理人按照法律的规定行使代理权。(3) 指定代理。基于人民法院或依法有权指定的单位的指定而产生代理权的代理,为指定代理,代理人直接按照法律规定的权限行使代理权。

最后,规定职务代理。法人或非法人团体的成员以及主要工作人员在法律、行政法规、交易习惯、相对人知悉的法人章程或合伙协议,以及法人或非法人团体的规定所确定的职权范围内实施的法律行为,无须法人或非法人团体的特别授权,其法律效果应当由法人或非法人团体承担。法人或非法人团体对其成员以及主要工作人员职权范围的限制,不得对抗第三人,但第三人明知除外。法律另有规定的,依照其规定。

## 2. 分别规定直接代理和间接代理的规则

第七章“代理”还应当对直接代理和间接代理分别作出明确规定,将《合同法》委托合同部分中间接代理的规则全部放在这里规定。对于无权代理应当作出特别规定,明确规定无权代理(包括表见代理)的具体规则,放在直接代理一节中。

## (八) 第八章“民事责任”中应当规定的主要内容

对于民法总则编是否应当规定民事责任的一般规则的问题,学界多数意见是不必规定,立法

机关的意见是应当规定。2002年民法草案规定了民事责任的一般规则,代表了立法机关的立场。

民法总则编是对分则各编共通事项的规定。作为违反民事义务的法律后果的民事责任在各分则部分都会存在,即使将侵权责任独立成编,也有必要将侵权责任与债务不履行责任的共通事项再抽象出来置于总则中。民法总则编应以《民法通则》为基础,在总则中规定民事责任,符合我国已形成的立法传统。同时,民法的各项制度是以法律关系为基础构建的。在区分义务与责任的前提下,民事法律关系的内容不仅包括主体、客体和内容,还应当包括义务不履行后的责任。因此,应当规定民事责任的一般规则。

《民法通则》第六章统一规定了民事责任制度,对于促进我国民事立法以及保护民事主体的民事权益发挥了重要作用。当然,近30年的立法与司法实践也证明,《民法通则》全面规定民事责任也是不正确的。在民法总则编第八章关于“民事责任”的规定中,主要应当规定两个部分:一是关于民事责任的一般规定。例如,规定民事责任的概念,规定民事责任的强制执行,规定责任聚合与责任竞合的规则。二是规定民事责任方式。除了规定《民法通则》规定的民事责任方式之外,还应当特别规定互联网上的民事责任规则,规定禁令这种特别需要的民事责任方式。

## (九) 第九章“时间与时效”中应当规定的主要内容

在第九章有关“时间与时效”的规则部分,应当规定的主要内容是:

### 1. 规定时间的一般性规则

在时间与时效部分,首先应当规定时间的单位、计算、顺延等,还应当规定期日和期间的一般规则。

### 2. 规定诉讼时效和取得时效

在这一部分中规定诉讼时效,并无争论。是否规定取得时效,意见有一定分歧。一是有的认为民法不应当规定取得时效制度,理由是不符合我国国情;二是认为取得时效是所有权取得制度,而不是民法总则制度。对此,笔者的看法

是,应当规定取得时效制度。对此的认识分歧,已经不像制定《民法通则》时那样大了,已有基本的共识;同时,尽管取得时效是取得所有权的基本方式之一,但是在其他权利方面也有可能适用,因此放在民法总则编规定也是有道理的。

笔者在2.0版的民法总则编建议稿中,将时效制度统一规定在第二节中,先规定时效的一般规定,然后分别规定诉讼时效和取得时效的规则。这种做法的好处是,缩短篇幅,将统一的规则放在一般规则中,诉讼时效和取得时效的特有规则分别具体规定。规定诉讼时效制度,特别改变了目前《民法通则》的诉讼时效期间过短的规定,将诉讼时效期间适当延长,以更好地保护债权人的合法权益。

### 3. 规定失权期间与除斥期间

在“时间与时效”一章,还应当规定两个特别的期间问题:

一是规定失权时间。在依照诚实信用原则确定的合理期限内,权利人不行使财产权利,义务人信赖其不会再行使该权利的,该权利消灭。但法律另有规定,或者依其性质不能适用的除外。

二是规定除斥期间。除斥期间届满后,当事人的权利归于消灭,或者当事人的主张被推定不成立。除斥期间自权利可依法行使时起开始计

算,法律另有规定的除外。除斥期间不适用民法典有关诉讼时效中断、中止的规定,法律另有规定的除外。除斥期间适用于按照法律规定或者当事人的约定应当在一定期间内行使的权利或者从事的行为。民法总则编对此作出一般性的规定后,各部法律在规定除斥期间时,只要作出规定即可,不必再一一规定具体规则。

### (十) 第十章“附则”应当规定的主要内容

按照一般做法,民法总则编不应当规定附则,也不应当规定其生效时间。但是,我国编纂民法典的做法特殊,是将民法典编纂工作分为两步走,第一步是先制定民法总则编,第二步是编纂民法典的分则。这样的立法方法,就须对总则编的生效时间作出规定,对其他分则部分的时间效力,也须作出规定。

因此,附则关于时间效力的规定,应当规定两部分:第一,规定总则编的生效时间,即“本法总则编自×年×月×日起生效”。第二,规定分则各编的生效时间,同时还要规定“总则编生效之后,其他单行法在没有修订入编时的效力问题,即本法总则编生效之后,其他民法单行法仍然有效,待各民法单行法修订为本法分则各编后,各编按照修订完成通过时确定的生效时间生效”。

## 参考文献

- [1] 梅仲协:《民法要义》,昌明书屋1947年版,第57页。
- [2] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆2012年第6版,第1303页。
- [3] 周新民:《民法总论》,华通书局1934年版,第79页。
- [4] 王泽鉴:《民法总则》,台北三民书局2008年修订版,第47页。
- [5] 黄右昌:《民法诠释(总则)》上册,商务印书馆1946年版,第229页。
- [6] 欧阳溪:《民法总则释义》,上海法学编译社1931年版,第77页。
- [7] 王利明主编:《民法学》,复旦大学出版社2004年版,第59页。
- [8] [葡] Carlos Alberto Da Mota Pinto:《民法总论》,林炳辉等译,光大柯氏印务有限公司,1999年版,第145页。
- [9] 梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第18页。
- [10] 王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2005年版,第204页。
- [11] 徐国栋主编:《绿色民法典草案》,中国社会科学文献出版社2004年版,第5页。
- [12] 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第252页。
- [13] 王利明:《民法总则研究》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第460页以下。

(责任编辑:朱晓峰)