

深圳市中级人民法院

深圳市法院文化建设丛书

法官的 思维、经验与逻辑 民商卷

万国营◎主编

2上

The Thought,
Experience and Logic of Judges
Civil and Commercial Volume

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法官的思维、经验与逻辑·民商卷 / 万国营主编.

—北京: 人民法院出版社, 2018. 10

ISBN 978 - 7 - 5109 - 2194 - 0

I. ①法… II. ①万… III. ①民事诉讼—审判—中国—文集

IV. ①D925.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 139542 号

法官的思维、经验与逻辑·民商卷

万国营 主编

策划编辑: 韦钦平 责任编辑: 李安尼 周利航 执行编辑: 邓 灿

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550579 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)

65223677 (读者服务部)

客服 QQ: 2092078039

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 1018 千字

印 张: 60.5

版 次: 2018 年 10 月第 1 版 2018 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5109 - 2194 - 0

定 价: 198.00 元

版权所有 侵权必究

法官的思维、经验与逻辑丛书

编委会

主 编 万国营
副主编 黄志坚
编 委 吕志峰 傅新江 龙光伟 胡志光
 谢 军 张 谦 江茂贤 赖秋珊
 肖宏开 叶若思 叶春霞

编务办公室

主 任 袁银平
成 员 黄振东 袁钰钟 黄超荣 田 娟
 成少勇 胡 劭 王 杰 严 俊

序

习近平总书记指出：“重视调查研究，是我们党在革命、建设、改革各个历史时期做好领导工作的重要传家宝。”开展扎实有效的司法调研是持续推动人民法院全面发展的动力源泉。在全面推进依法治国、深化司法体制综合配套改革的伟大进程中，人民法院如何破解制约司法公正高效的体制机制问题，如何更好发挥维护国家政治安全、确保社会大局稳定、促进社会公平正义、保障人民安居乐业的职能作用，如何加强法院队伍自身建设、提升队伍司法能力，都离不开深入细致的司法调研，离不开广大法官的认真思考、开拓创新。

深圳是改革开放的“窗口”和“试验田”，随着近40年的快速发展，深圳法院案件总量大、增长快、新类型案件层出不穷，也率先遇到制约司法公正高效的体制机制问题，开展司法调研既有迫切的现实需求，也有丰富的基础资源。深圳法院拥有一支既能把握时代脉搏、体现时代精神又通晓审判执行业务，既具有宏观视野、前瞻眼光又能反映时代需要、解决时代问题，敢于试验、敢于突破、敢于创新的优秀法官队伍，涌现出全国知识产权领军人才、全国全省审判业务专家等一批专家型法官。我们坚持把司法调研作为破解法院发展难题的重要路径和依据，以问题为导向，充分利用特区法院人才优势，深入挖掘丰富的案例资源，有针对性组织调研，引领广大法官关注司法实践中的新形势新问题，用研究的眼光、审慎的态度、求索的方式思考问题、解决问题，建立起司法、学习、研究一体化调研模式。党的十八大以来，全市法院开展重点课题调研87项，各基层法院组织开展本级法院重点课题调研450余项，全市法院共承担省部级以上调研课题10项，调研成果获最高人民法院优秀司法改革课题第一名、首届深圳十大优秀法学成果奖、深圳市第八届哲学社会科学优秀成果一等奖等诸多荣誉。法官出版个人专著10余部，在省部级以上期刊杂志发表学术论文300余篇。一大批调研成果已经转化为改革举措、裁判指引、规章制度等落地实施，有效推动了特区法院司法办案、司法改革、队伍建设等各项工作科学发展。

这次我们精心挑选党的十八大以来深圳法院的优秀司法调研成果集结出版，既有深圳法院深化司法体制改革、破解发展难题的有益探索，也有广大法官解决重大、疑难、新类型案件的理性思维、丰富经验与严谨逻辑，荟集了特区法官求真务实的指模印痕、精益求精的专业追求、开拓创新的智慧汗水。希望这套丛书的出版，能够对法律学者和社会各界了解法官思维、研究法院工作，对兄弟法院和广大法官研究新型法律问题、解决疑难复杂案件、破解改革发展难题有所裨益。

回顾是为了更好地前行。当前，中国特色社会主义进入新时代、我国社会主要矛盾发生历史性变化，人民群众的司法需求日益增长，对司法公正的期待更高。深圳法院将紧紧围绕“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这个目标，进一步调动广大法官的积极性、主动性、创造性，持之以恒深化司法调研，着力推进法院工作的深圳标准、深圳质量、深圳品牌和深圳公信力“四位一体”建设，努力打造有社会公信力和国际影响力的一流法院。

是为序。

深圳市中级人民法院党组书记、院长 万国营
2018年9月12日

目 录

(上)

第一篇 民商事审判实体问题研究

关于民法典总则立法基本内容的调研

深圳市中级人民法院课题组 / 3

关于审理和执行集体建设用地流转纠纷案件相关问题的研究

深圳市中级人民法院课题组 / 153

商标侵权案件裁判规则研究

深圳市中级人民法院、中山大学法学院、
深圳大学法学院联合课题组 / 216

关于三网融合背景下著作权司法审判问题的调研

深圳市福田区人民法院、深圳市中级人民法院联合课题组 / 239

国内商事审判中交易习惯的认定及适用

王利萍 郭 平 / 260

城市社区股份合作公司转型升级中的法律问题分析

——以深圳市宝安区社区股份合作公司为视角

深圳市宝安区人民法院、华东政法大学联合课题组 / 270

互联网金融法律监管问题研究

深圳市南山区人民法院课题组 / 331

破解强制清算制度运行难题确保市场退出机制健康运转

——公司强制清算制度重大法律问题

深圳市中级人民法院课题组 / 351

关于建立个人破产制度的调研报告

深圳市中级人民法院课题组 / 403

加强消费者权益司法保护调研报告

——以新《消费者权益保护法》实施为视角

深圳市福田区人民法院课题组 / 466

(下)

第二篇 民事诉讼与审判程序问题研究

关于民事诉讼证据规则运用问题的调研

深圳市中级人民法院课题组 / 497

关于完善庭前准备程序与庭审程序衔接机制的调研

深圳市中级人民法院课题组 / 572

关于建立健全以庭审为中心的诉讼机制的调研

深圳前海合作区人民法院课题组 / 600

关于构建简易民商事案件速裁审判机制的调研报告

深圳市中级人民法院课题组 / 650

关于小额诉讼程序适用问题的调研

深圳市中级人民法院课题组 / 707

关于二审程序若干问题的调研报告

深圳市中级人民法院课题组 / 731

第三篇 综合问题研究

内地与港澳台民商事司法互助之现状及展望工作的调研报告

——以深圳法院司法实践为样本改革实践为例

深圳市中级人民法院课题组 / 753

关于进一步深化民商事案件繁简分流改革工作的调研报告

——以深圳法院探索实现民商事案件繁简分流标准化的改革实践为例

深圳市中级人民法院课题组 / 764

关于完善案例指导制度促进类案同判的调研

深圳市中级人民法院课题组 / 839

论虚假证据司法审查制度的类型化、分离化和程序化构建

深圳市中级人民法院课题组 / 867

关于深圳法院民事裁判文书改革运行情况的调研报告

深圳市中级人民法院课题组 / 912

| 第一篇 |

民商事审判实体问题研究

关于民法典总则立法基本内容的调研

深圳市中级人民法院课题组*

第一章 关于民法典的总则逻辑构造

民法典总则是通过提取公因式的方法将民法上的一般性内容抽取综合的规范体系，其核心特征在于抽象性和体系性。为了便于法官清晰地理解民法典总则乃至整个未来民法典的逻辑构造，课题组建议民法典总则应以民事权利为主线，建构一个逻辑清晰的规范体系。^①

一、建构民法典总则逻辑主线的三条思路

学术界一般认为，建构民法典总则的逻辑体系，可以采取以下三条思路：

一是以法律关系为逻辑主线建构民法典总则的逻辑体系。在民法典总则中根据法律关系的要素确立主体制度、行为制度和客体制度，再在分则当中规定法律关系的内容，即民事权利。

二是以民事权利为逻辑主线建构民法典总则的逻辑体系。在民法典总则中分别规定权利主体、权利客体、权利变动、权利行使等内容，再在分则当中规定权利的内容。

三是以法律行为为主线建构民法典总则的逻辑体系。在民法典总则中分别规定法律行为的行使主体、作用客体、实施方式、期限等内容，再在分则当中规定权利的内容。

* 课题主持人：郭毅敏；课题组成员：慈云西、秦拓、张辉辉、翟墨、唐毅、王畅、周建康。本文完成于2015年6月。

① 本部分内容主要参考了房绍坤教授在《关于民法典总则立法的几点思考》一文中的观点。

二、建议以民事权利为逻辑主线建构民法典总则的逻辑体系

课题组认为，民法典总则逻辑体系的建构应以民事权利为主线，主要理由如下：

1. 从民法的属性上看，应当将民事权利作为民法典总则的逻辑构造主线。权利是私法的中心概念，是对民事法律生活的最终抽象。民法的思维模式就是将所有的法律关系用权利来表示，并以权利作为构建民法体系的基本单元。民法典总则以民事权利为其逻辑构造的主线完全符合民法作为权利法的基本属性。

2. 从民法的体系构造上看，民法典总则就是从民法诸多问题中抽取共通的事项而设置的一般规则，而民事权利的一般规则，如权利主体、客体、变动、行使、保护等正是民法分则中各项权利的共通事项。将民事权利的一般规则在民法典总则中规定，将不同民事权利的具体内容在民法分则当中规定，恰好符合潘德克顿式民法典的总分结构。

3. 以民事法律关系和法律行为为主线构建民法典总则的逻辑构造均存在明显缺陷。以民事法律关系为逻辑主线，一方面无法体现民法与其他法律规范的核心区别；另一方面，学术界对于民事法律关系的要素也存在较大争议，以民事法律关系为主线建构民法典总则无法形成逻辑清晰的总分结构。以法律行为为逻辑主线一方面无法囊括引起民事法律关系变动的全部法律事实，另一方面也无法囊括民法分则的全部共同事项。

三、对于民法典总则篇章结构的设置建议

结合以民事权利为逻辑主线建构民法典总则的基本思路，课题组为民法典总则设计的篇章结构为：

第一章 一般规定，就民法典的调整范围、基本原则、法源、法律适用等一般性事项作出规定。

第二章 权利主体，就自然人、法人、非法人团体等问题作出规定。

第三章 权利客体，就物、行为、人格利益、智力成果等权利客体的一般性问题作出规定。

第四章 权利变动，就权利变动的原因为法律行为、代理、事实行为等问题作出规定。

第五章 权利行使，就权利行使的时间限制、内容限制等问题作出规定。

第六章 权利保护，就权利的救济方式、民事责任的方式、形态等问题

作出规定。

第七章 附 则

此外，需要说明的是，在我国《民法通则》当中还规定了民事权利一章，课题组认为，由于不同民事权利的内容、效力等问题差异巨大，宜由未来民法典的分则部分加以规定，无需纳入民法典总则部分。

第二章 关于民法典总则一般规定

一、《民法通则》第一章基本原则部分存在的主要问题

现行《民法通则》第一章为基本原则，共有 8 个条文。课题组认为其主要存在以下三个问题：

一是名不副实。现行《民法通则》第一章虽然名为基本原则，但其内容实际包括了立法目的、调整对象、基本原则和适用范围四个部分，因此在起草民法典总则时不宜再以基本原则作为第一章的名称。

二是对民法的基本原则界定不清。《民法通则》第一章的核心内容为民法的基本原则，虽然民法通则实际规定了平等原则、自愿原则、诚实信用原则、公序良俗原则等多个民法基本原则，但对上述原则的含义界定较为模糊，且部分用词已经无法与现有市场经济体系相匹配。

三是对民法的适用规则规定不足。《民法通则》第一章仅规定了民法的适用范围，但对民法的法律渊源和适用规则均未作出规范，导致司法实践对此争议较大。

二、对民法典总则一般规定部分的完善建议及理由

（一）逻辑架构方面

现行《民法通则》第一章为基本原则，但其内容实际包括了《民法通则》的立法目的、调整对象、基本原则和适用范围四个部分，课题组建议将民法典总则的第一章规定为一般规定，具体内容包括立法目的、调整对象、基本原则以及适用规则。

（二）基本原则部分

1. 建议重新规定民事主体地位平等原则

理由：《民法通则》第 3 条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”该条宣示了民事主体地位平等的基本原则，但对于地位平等的法律内涵，并不

容易理解，故建议在制定民法典总则时对此加以明确。

具体条文可规定为：在民事活动中当事人法律地位平等，任何一方不得将自己的意思强加给对方。^①

2. 建议重新规定民事权利受法律保护的原则

理由：《民法通则》第4条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”该条宣示民事权利受法律保护的基本原则，虽然在我国现有民法学教科书中，大多没有将其纳入民法的基本原则，但该原则实际上可以理解为我国民法上的私权神圣原则，对于我国进一步完善市场经济机制，尊重并维护民事主体权利具有重大意义。但《民法通则》第4条规定过于原则，没有充分反映出民事权利应予特别尊重和保护的立法意旨，故建议在制定民法典总则时对此加以完善。

具体条文可规定为：民事权利受法律保护，非基于社会公共利益的目的并根据合法程序，不得予以限制、剥夺。^②

3. 建议重新规定意思自治原则

理由：《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”该条规范目的之一在于宣示了民事活动的自愿原则，但对该原则的法律内涵，并不容易理解，故建议在制定民法典总则时对此加以明确。

具体条文可规定为：当事人依自己的意思决定民事权利义务关系的设立、变更和终止，任何组织和个人不得非法干预。^③

4. 建议重新规定诚实信用原则

理由：《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”该条规范目的之一在于宣示民事活动的诚实信用原则。考虑到诚实信用原则作为民法上的帝王条款，故建议在制定民法典总则时对此单列一条明确加以规定。

具体条文可规定为：民事权利的行使和民事义务的履行，应当遵循诚实信用的原则。^④

5. 建议重新规定公序良俗原则

理由：《民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损

① 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第4条规定。

② 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第3条规定。

③ 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第5条规定。

④ 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第6条规定。

害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。”该条规范目的之一在于宣示民事活动的公序良俗原则，但对该原则的法律内涵，并不容易理解，故建议在制定民法典总则时对此加以明确。

具体条文可规定为：法律行为的内容或者目的不得违背公共秩序和善良风俗。^①

6. 建议重新规定禁止权利滥用原则

理由：《民法通则》第7条规定：“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。”该条规范目的之一在于宣示民事活动的禁止权利滥用原则，但对该原则的法律内涵，并不容易理解，故建议在制定民法典总则时对此加以明确。

具体条文可规定为：禁止权利滥用。因权利滥用给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。

前款所称权利滥用，是指以损害他人的目的行使权利或者行使权利所得利益微小而使他人遭受重大损害的行为。^②

（三）民法适用规则部分

1. 建议增加规定民法的法律渊源

理由：《民法通则》对民法的法律渊源范围未作规定，导致司法实践中经常出现争议，故建议在制定民法典总则时对此加以明确。对于民法的法律渊源范围，课题组认为不宜纳入宪法、部门规章、地方政府规章和学理，但可以参照最高人民法院相关指导性案例的裁判要点及习惯。

具体条文可规定为：处理民事纠纷，应当依照法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、司法解释。

法律、法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、司法解释没有规定的，可以适用最高人民法院相关指导性案例的裁判要点及习惯。

习惯以不违背公共秩序和善良风俗为限。^③

2. 建议增加规定民法普通法和特别法的适用规则

理由：《民法通则》对民事法律适用中的普通法和特别法的关系未作规定，故建议在制定民法典总则时对此加以明确。

^① 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第7条规定。

^② 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第8条规定。

^③ 该建议条文主要参考了中国法学会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》第9条。

具体条文可规定为：民事关系，本法和其他法律都有规定的，应当优先适用其他法律的规定。^①

三、立法条文建议稿

第一条 【立法目的】

为了保障民事主体的合法权益，维护社会经济秩序，促进经济社会和人的全面发展，根据宪法，制定本法。

第二条 【调整对象】

本法调整作为平等主体的自然人、法人、非法人团体之间的人身关系和财产关系。

第三条 【平等原则】

在民事活动中当事人法律地位平等，任何一方不得将自己的意思强加给对方。

第四条 【民事权利受法律保护原则】

民事权利受法律保护，非基于社会公共利益的目的并根据合法程序，不得予以限制、剥夺。

第五条 【意思自治原则】

当事人依自己的意思决定民事权利义务关系的设立、变更和终止，任何组织和个人不得非法干预。

第六条 【诚实信用原则】

民事权利的行使和民事义务的履行，应当遵循诚实信用的原则。

第六条 【公序良俗原则】

法律行为的内容或者目的不得违背公共秩序和善良风俗。

第七条 【禁止权利滥用原则】

禁止权利滥用。因权利滥用给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。

前款所称权利滥用，是指以损害他人的目的行使权利或者行使权利所得利益微小而使他人遭受重大损害的行为。

第八条 【法律渊源】

处理民事纠纷，应当依照法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、司法解释。

法律、法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、司法

^① 该建议条文主要参考了梁慧星先生主持编写的《中国民法典草案建议稿》第9条规定。

解释没有规定的，可以适用最高人民法院相关指导性案例的裁判要点及习惯。

习惯以不违背公共秩序和善良风俗为限。

第九条 【普通法和特别法的关系】

民事关系，本法和其他法律都有规定的，应当优先适用其他法律的规定。

第十条 【适用范围】

在中华人民共和国领域内发生的民事活动，适用本法，法律另有规定的除外。

第三章 关于民事主体

一、自然人

1. 建议将原民法通则中的“公民”修改为“自然人”。

公民是政治学及公法学上的概念，该概念源起于解释国家的组成与民主政体，^① 公民身份往往与其所属国籍联系在一起。私法上对民事主体作出规定，并非与公民一般旨在确认、规范自然人的国籍及其政治权利，而是在于确定民事权利和义务的归属者，且按现行民事法律及民事法理，在民事主体资格的赋予上，对于外国人和无国籍人原则上并无限制，^② 如有法律另有特别规定作出限制，直接适用该特别规定即可，在民法典总则中没有必要继续采用“公民”概念。其次，1999年施行的合同法及2011年施行的涉外民事法律关系适用法在规范表述中均已舍弃“公民”概念而采用“自然人”的称谓，说明立法机关已接纳并采用了“自然人”的法律概念，^③ 此次制订民法典总则时对原民法通则中的“公民”用语作出修改顺理成章。

2. 建议在民法典总则中将民事权利能力“依法享有民事权利，承担民事义务”的内容表述修改为“可以依法享有民事权利、承担民事义务”。

^① 参见[古希腊]亚里士多德：《亚里士多德全集》（第10卷），颜一译，中国人民大学出版社1997年版，第5~6页。

^② 《民法通则》第8条第2款：“本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。”

^③ 按立法机关的介绍，合同法立法时将草案中的“公民”修改为“自然人”，其原因在于：“外国人对我国的投资和经济贸易往来，也需要适用合同法，而‘公民’一词不能包括这种情况。”参见胡康生主编、全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第3页。

按大陆法系民法理论通说，民事权利能力是享受权利、负担义务的资格，^①这种资格表明的是立法者认可民事主体享有民事权利和承担民事义务的可能性，但这种可能性转为现实性还需要自然人借助行为能力制度及特定法律事实来获得，权利能力作为资格和条件并不当然意味着自然人自具有权利能力时始即实际享有除人格权之外的其他民事权利并承担民事义务。因此，可将《民法通则》第9条中“依法享有民事权利，承担民事义务”的表述修改为“可以依法享有民事权利、承担民事义务”，以表明权利能力制度与行为能力制度、法律事实制度之间的联系及区别。

建议将《民法通则》第9条^②修改为：“自然人从出生到死亡时止，具有民事权利能力，可以依法享有民事权利、承担民事义务。”

3. 建议在民法典总则中明确自然人出生、死亡及其时间的认定标准。

民通意见对自然人的出生时间认定依据作出了规定，但民法通则及民通意见均未对死亡时间的判定标准作出规定，鉴于死亡时间即自然人民事主体资格或权利能力的终止时间，就其死亡时间的判定标准问题有必要在民法典总则中予以补充完善。因户籍制度是我国确认本国自然人身份的基本制度，故死亡时间亦应以户籍证明记载为准。

现实生活中，因种种原因还存在我国自然人的出生、死亡未计入户籍资料的情形，目前对在籍出生、居留的外国人、无国籍人^③也不存在户籍登记的要求，司法实践中则惯常依据合法医疗机构、公安机关出具的证明来判断民事主体及民事诉讼主体的存续问题。据此，根据《民通意见》第1条原有内容并参照国务院《殡葬管理条例》第13条第(2)项^④的规定，对于出生、死亡无户籍记载的自然人，则应以合法医疗机构出具的出生、死亡证明以及公安机关出具的死亡证明作为认定依据。如既无户籍记载，也无合法医疗机构、公安机关出具的证明，则应根据具体情况参照其他证明资料作出认定。

建议对最高人民法院《民通意见》第1条^⑤作出增改并纳入民法典总则，

^① 参见王泽鉴：《民法概要》（第二版），北京大学出版社2011年版，第37页；梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社2011年版，第65页。

^② 《民法通则》第9条：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

^③ 《涉外民事关系法律适用法》第11条、第12条规定自然人的民事权利能力及民事行为能力适用经常居所地法律。

^④ 《殡葬管理条例》第13条：“遗体处理必须遵守下列规定：…（二）火化遗体必须凭公安机关或者国务院卫生行政部门规定的医疗机构出具的死亡证明。”

^⑤ 《民通意见》第1条：“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准；没有户籍证明的，以医院出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。”

即：“自然人的出生、死亡时间以户籍记载为准。没有户籍证明的，以国务院卫生行政部门规定的医疗机构或公安机关出具的证明为准。没有医疗机构或公安机关证明的，参照其他有关证明认定。”

4. 建议在民法典总则中明确成年人民事行为能力存在例外情形。

按大陆法系民法理论通说，民事行为能力是民事主体通过独立实施法律行为并依其意思表示内容而取得权利和承担义务的能力。^① 鉴于民法通则中“民事活动”的外延较广，为体现民事行为能力概念的本义，建议将《民法通则》第11条中的“民事活动”修改为“民事行为”。

现代民法为避免交易中的不确定性而主要以是否成年作为取得完全民事行为能力标准，^② 但在我国各民事特别法规定中，不乏对成年人民事行为能力作出限制的情形，例如《婚姻法》第6条规定结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁，该法第十条明确规定未达法定婚龄的婚姻无效；^③ 《收养法》第六条规定收养人须年满三十周岁，该法第9条规定无配偶男性收养女性的，收养人与被收养人的年龄应相差四十周岁以上；《公司法》第146条禁止具有特定情形的自然人担任公司的董事、监事、高级管理人员，并明确违反该规定的选举、委派或者聘任无效。^④

鉴于民法典总则是整个民商法的基础和一般性规则，为尽量减少民法典总则内容与民事特别法之间的抵牾矛盾，并考虑到一些短期来华人员的法律适用（如旅游的外国人按照《涉外民事关系法律适用法》第11~12条的规定，其民事权利能力及民事行为能力仍应适用其经常居所地法而非必然适用我国法），故有必要强调“法律另有规定的除外”。此外，完全民事行为能力原则上以是否成年为基本标准，而辅以精神健康或意思能力予以衡量，鉴于

① 参见[德]哈里·韦斯特曼著、[德]哈尔姆·彼得·韦斯特曼修订：《德国民法基本概念》（第16版增订版），张定军等译，中国人民大学出版社2013年版，第25页；王泽鉴：《民法概要》（第二版），北京大学出版社2011年版，第40页；张俊浩：《民法学原理》（修订第三版），中国政法大学出版社2000年版，第61~62页。

② [德]汉斯·布洛克斯、[德]沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》（第33版），张艳译，中国人民大学出版社2014年版，第120页。

③ 也有学者认为例如对婚龄的限制是法律对特殊权利能力的规定。参见梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社2011年版，第66页。

④ 有观点认为，前述规定以及律师法、会计师法、拍卖法中对律师、会计师、拍卖师品行资格的规定均属对权利能力的限制，参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版，第147~153页。课题组认为，将之视为对权利能力作出限制，有违现代民法的基本伦理准则，而对律师、会计师等从业资格的规定则属行政许可的范畴，系公法上行政管理方面的规定，应不属对自然人民事权利方面的限制。

民法通则已对不能辨认自己行为的精神病人或具有精神障碍的成年人的行为能力另行作出规定，故有必要增添“本法另有规定的除外”的表述。

建议将《民法通则》第11条第1款^①修改为：“十八周岁以上的自然人是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立从事民事行为，行使民事权利和履行民事义务。本法或其他法律另有规定的除外。”

5. 建议将《民法通则》第12条^②中未成年人的无民事行为能力与限制民事行为能力年龄界限修改为六周岁。

按照《义务教育法》第11条第1款的规定，年满六周岁的儿童即应入学接受义务教育。随着我国城乡生活水平的提高，学龄儿童自行购买少量文具、食品并搭乘城市公共交通工具的情况并不罕见，此类民事行为与其年龄、智力并非不相适应，在现行立法相对于交易信赖利益已优先保护无行为能力人利益的情况下，可以适当降低未成年人的无民事行为能力与限制民事行为能力的年龄界限，以适应现实生活的发展。

建议将《民法通则》第12条修改为：“六周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与其年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由其法定代理人代理，或者征得法定代理人的同意。不满六周岁的未成年人是无民事行为能力人，由其法定代理人代理民事活动。”

6. 建议将《民法通则》中的“精神病人”修改为“精神障碍患者”。

2012年精神卫生法已采用“精神障碍患者”的表述，该法同时对“精神障碍”与“严重精神障碍”作了区分及解释，并明确该法中的精神障碍患者监护人即按民法通则规定可以担任监护人的人。因此，民法典总则立法时应将“精神病人”修改为“精神障碍患者”。

7. 建议将《民法通则》第一章第二节关于监护的具体规定纳入民法亲属编的内容，在总则主体部分中保留原《民法通则》第14条关于无民事行为能力、限制民事行为能力人的监护人为其法定代理人的一般性规定即可。

按现行法律规定，法定监护人或顺位在前的其他监护人主要为与被监护人具有血缘亲属关系的自然人，且除代理被监护人从事民事行为外，监护的主要内容为对被监护人的照顾与保护，与民法中的债权编与物权编并无直接

^① 《民法通则》第11条第1款：“十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。”

^② 《民法通则》第12条：“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”

关联，而属传统民法中“人法”的内容。^① 鉴于民法典总则是对民法各编共通性问题的规定，在总则的民事主体部分保留原民法通则第十四条关于无民事行为能力、限制民事行为能力人的监护人为其法定代理人的一般性规定，实现与民事行为能力制度的衔接即可。

8. 建议将最高人民法院《民通意见》第9条有关经常居住地的规定纳入民法通则第十五条关于自然人住所的规定之中。

9. 建议将《民法通则》第26条中“公民在法律允许的范围内”修改为：“自然人在法律、行政法规允许的范围内”。

国务院已于2011年颁行《个体工商户条例》，对个体工商户的登记、银行账户开立、用工权利以及相应行政监管等问题作出了规定。因该条例属行政法规，故建议作出前述修改。

10. 建议将最高人民法院《民通意见》第42~44条规定纳入《民法通则》第29条关于个体工商户、农村承包经营户债务承担的规定之中。

11. 建议将《民法通则》第30条关于“共同劳动”的表述予以删除。

个人合伙的目的在于共同出资并分享利润，至于合伙人是否实际参与“劳动”不是合伙的必要法律特征，且司法实践中一般也是依据最高人民法院《民通意见》第46条的规定，以共同提供资金、实物或技术性劳务，并参与盈余分配来作为认定合伙关系成立的必要条件，至于当事人是否“共同劳动”在理论上和实践中均不是认定合伙关系的要件。

12. 建议将最高人民法院《民通意见》第51~55条关于合伙经营中有关入伙、退伙及相应责任承担的规定纳入民法典总则中的个人合伙规定之中。

二、法人

1. 建议增设法人权利能力、行为能力受限的例外规定

大陆法系民法理论认为，自然人权利能力的获得无须通过国家行为而是源于人的自身存在，但法人权利能力则来自于国家的赋予和创设，民法对法人权利能力的规定并非对其“与生俱来”权利能力的宣示，^② 法人的权利能

^① 传统民法主要分为人法（身份法）与物法（财产法）两个部分，德国民法典创设总则制度，其目的则在于以权利主体和法律行为为基础构建可同时适用于人法与物法的共同规则。参见谢怀拭：《外国民商法精要》（第三版），法律出版社2014年版，第75~77页。

^② 参见[德]哈里·韦斯特曼著、[德]哈尔姆·彼得·韦斯特曼修订：《德国民法基本概念》（第16版增订版），张定军等译，中国人民大学出版社2013年版，第28~29页；[日]我妻荣：《新订民法典总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第41页。民法通则中有公民的权利能力一律平等的规定，但对法人则无类似的宣示性规定。

力受限是符合立法目的和理论逻辑的当然结论。进而民法理论通说认为法人权利能力范围与行为能力范围一致，其权利能力及行为能力受到本身性质、法律法规^①、章程和目的等因素的限制。^②

按照法理逻辑，权利能力决定主体资格，法人超出其权利能力范围外所从事的行为应视为主体不存在，逾越权利能力所涉及的后果是主体问题而非效力问题，即应由实际行为人而非法人承担相应的行为后果。^③但《民法通则》第49条则规定法人应就超出核准登记的经营范围的行爲承担责任，说明立法者并未从主体方面去认识对法人权利能力或行为能力作出限制的后果。我国民法理论通说及司法实践的注意力也主要集中在超范围行为的效力问题之上，并无有力观点认为影响法人的民事行为主体问题。^④因而课题组认为，在民法典总则立法时可以暂时搁置理论争议，增设规定“本法及其他法律对法人民事权利能力和民事行为能力另有规定的，从其规定”即可。

建议将《民法通则》第36条修改为：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。本法及其他法律对法人民事权利能力和民事行为能力另有规定的，从其规定。”

2. 建议修改完善法人资格取得的条件

法人制度的基本功用在于便利法律交易与实现（投资者）责任限制，^⑤法人以其自身财产独立承担民事责任是民法法人制度的当然之义。^⑥《民法通则》第37条第（2）项采用的“必要”财产或者经费的表述，尚不够清楚表明前述制度意义，目前中国法学会及中国社科院分别牵头起草的两部民法典

^① 例如《合伙企业法》第3条规定：国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为合伙企业中的普通合伙人；《公司法》第58条规定：一人有限责任公司不得投资设立其他的一人有限责任公司；担保法第九条规定以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

^② 参见王泽鉴：《民法概要》（第二版），北京大学出版社2011年版，第50～51页；王利明：《民法典总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第285～286页。

^③ 参见龙卫球：《民法总论》（第二版），中国法制出版社2002年版，第354页。

^④ 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿附理由：总则编》，法律出版社2013年版，第140～141页。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第10条规定：违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的当事人超越经营范围所签订合同无效；最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第3条规定：国家机关及以公益为目的的事业单位、社会团体违反提供担保的，担保合同无效。

^⑤ 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵健东译，法律出版社2001年版，第814～815页。

^⑥ 全国人大常委会法工委在答复国务院国资委的法工委复字〔2004〕1号《关于全民所有制企业承担民事责任和刑事责任有关问题复函》中明确表示依法取得法人资格的全民所有制企业以国家授予其经营管理的全部财产承担责任，出资人以出资为限承担有限责任。

总则草案专家建议稿中也均采用了“独立”财产或者经费的表述，值得借鉴。

《民法通则》第37条第（四）项将“能够独立承担民事责任”规定为法人设立的条件，而学界对此普遍认为独立承担责任是法人设立后的制度结果而非法人设立的条件，^①同时鉴于民法通则施行至今已逾28年，已无需再如该法颁布时特意宣示法人系独立承担责任，可不再将“能够独立承担民事责任”规定为法人设立的条件。

从我国现行民事立法情况看，为保证市场主体的履约能力和责任能力，并防止因该主体自身资信和财力等问题导致危及国家利益、社会公共利益及交易相对人的利益，民事特别法往往通过强行性规范对特定行业中法人的注册资本、从业人员资格及人数等作出专门要求，例如《城市房地产管理法》第三十条、《城市房地产开发经营管理条例》第五条对房地产开发企业设立的规定，《建筑法》第12、13条对施工企业、勘察单位、设计单位及监理单位对相应资本、专业人员条件的规定。考虑到民法典总则与单行特别法之间的衔接问题，有必要增设“法律、行政法规规定的其他条件”的规定。

建议将《民法通则》第37条^②修改为：“法人应当具备下列条件：（一）依法成立；（二）有独立的财产或者经费；（三）有自己的名称、组织机构和场所；（四）法律、行政法规规定的其他条件。”

3. 建议增设法人机关的一般性规定

民法理论认为，法人作为组织体，其之所以构成组织的各部分即为法人机关，^③法人机关根据法律和章程对内管理法人事务和对外代表法人从事活动的个人或集体。^④考虑到法人机关是法人意思形成和行为实施的必要前提，民法典总则有必要对法人机关作出相应规定。因我国现行立法对法人机关关系采用“组织机构”的称谓，学理上也强调法人机关关系存在于法人内部，其本身对外并无法律人格，^⑤故而建议民法典总则使用“法人内设组织机构”作为对法人机关的指称。

因法人的种类不同，《公司法》《企业法》等现行民事特别法针对不同种类法人的机关的称谓、类型及权限的具体规定各有所不同。就企业法人而言，

① 参见王利明：《民法典总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第298页。

② 《民法通则》第37条：法人应当具备下列条件：“（一）依法成立；（二）有必要的财产或者经费；（三）有自己的名称、组织机构和场所；（四）能够独立承担民事责任。”

③ 参见郑玉波：《民法典总则》，中国政法大学出版社2003年版，第187页。

④ 王利明：《民法典总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第307页。

⑤ 梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社2011年版，第137页。

按照《公司法》的规定，股东会或股东大会为公司的权力机关和意思机关，执行董事或董事会为执行机关和代表机关，监事或监事会为监察机关，但《公司法》又规定国有独资公司不设股东会，《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》也规定作为有限责任公司的中外合资经营企业、具有法人资格的中外合作企业不设股东会，而以董事会或联合管理机构作为权力机关；按照《全民所有制工业企业法》的规定，非公司的企业法人一般采用厂长（经理）负责制，通过职工代表大会等形式进行民主管理。就非企业法人而言，农民专业合作社法规定合作社法人的成员大会为权力机关和意思机关，理事长或理事会为执行机关和代表机关；《基金会管理条例》规定基金会法人以理事会为决策机关；国家机关和事业单位法人实行首长负责制；社会团体法人以成员大会为权力机关和意思机关，以理事会为执行机关和代表机关。由此可见，在不相应修改前述特别法的情况下，民法典总则难以就法人机关作出较为具体的共通规定，故而增设“法律、行政法规对法人内设组织机构另有规定的，从其规定”的内容即可。

建议在《民法通则》第38条^①的内容基础上增设一款：“法律、行政法规对法人内设组织机构另有规定的，从其规定。”

4. 建议将《民法通则》第四十三条关于企业法人法定代表人及其工作人员职务行为的内容修改为适用于各类法人的规定

《民法通则》第43条关于职务行为责任承担的规定系针对企业法人所设，而从我国现行立法和司法实践看，职务行为由法人承担责任的范围实际已扩张至非企业法人，例如《侵权责任法》第34条已明确“用人单位”的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，应由用人单位承担责任；^②最高法院《民通意见》第152条亦明确国家机关工作人员因执行职务给他人造成损害的，由国家机关承担民事责任。

建议删除《民法通则》第43条，在民法典总则法人一般规定中增设：“法人对其法定代表人和其他工作人员的职务行为，承担民事责任”。

5. 建议删除《民法通则》第42条关于企业法人应在核准登记范围内从事经营的规定

^① 《民法通则》第38条：“依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。”

^② 按照立法机关的解释，该条中的“用人单位”包括“企业、事业单位、国家机关、社会团体等”。参见王胜明主编、全国人大法工委民法室著：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》，人民法院出版社2010年版，第135页。

一般认为,《民法通则》第42条规定的目的在于防止社会经济秩序混乱并保障企业投资者对企业照章经营的预期。^①从立法和司法实务发展看,最高法院早在1993年《全国经济审判工作座谈会纪要》中就提出只要不是违反专营、专卖及法律禁止性规定,合同标的物也不属于限制流通的物品的,则可不确认合同无效。在合同法实施后,最高人民法院又在1999年《合同法司法解释(一)》第10条规定当事人超越经营范围一般不导致合同无效,仅在违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的情况下可认定合同无效。至2005年公司法第二次修改时,则删除了原1993年公司法中关于“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动”的规定。从保护交易安全出发,放宽对企业法人经营范围限制已成为立法、司法的发展趋势,民法典总则删除原民法通则第42条的规定顺理成章。

6. 建议删除《民法通则》第四十九条规定

《民法通则》第49条的主要内容在于明确企业法人及其法定代表人应当承担相应的行政法律责任及刑事法律责任,严格来看不是民法规范,且由法院在民事审判中对企业法定代表人的实体违法行为作出罚款决定,在性质上既不属于民事诉讼法所规定的对妨碍民事诉讼的制裁类型,也缺乏法理依据。同时鉴于我国有关行政、刑事法律规范对相关行为已有具体规定,故民法通则第四十九条的规定不宜保留在民法典总则之中。

7. 建议对机关法人的类型及其民事能力范围作出一般性规定

我国法律对何为“国家机关”没有作出明确规定,《宪法》第3条、第57条至第135条则以“国家机构”作为各级人民代表大会及其常务委员会、国家主席、中央军事委员会、国务院及各级地方人民政府、民族自治地方的自治机关、人民法院和人民检察院的统称。考虑到民法通则第三章第三节已经采用“机关法人”的称谓,且该概念亦为社会各界所熟知,可继续沿用“机关法人”的概念。鉴于《宪法》第2条规定“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”,《宪法》第3条中出现了“国家行政机关、审判机关、检察机关”的称谓,在制订民法典总则时可将国家机关细化为“国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关”,使相关规定更为明确。

按现行民事法律对法人的分类,机关、事业单位、社会团体法人属非企业法人,民法理论界则认为从维护社会经济秩序出发,应当限制非企业法人

^① 参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第275页。

从事经营活动的能力，尤其是应对机关法人的权利能力作出限制，^①同时鉴于实践中出现了一些国家机关将其直接履行法定职责的行为理解为民事活动、将行政合同视为民事合同的案例，^②有必要明确机关法人履职行为与民事行为的界限，可在民法典总则中强调国家机关作为私法上法人其可以从事的为“与其设立目的范围相适应且与其公共职能无直接关联的民事行为”。

建议将《民法通则》第50条第1款修改为：“有独立经费的国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关从成立之日起，具有法人资格。机关法人可以从事与其设立目的范围相适应且与其公共职能无直接关联的民事行为。”

8. 建议增设有关基金会法人的原则性规定

按照2004年施行的基金会条例，基金会是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产，以从事公益事业为目的，按照该条例规定成立的非营利性法人。通说认为，基金会法人属于传统民法中的财团法人，^③但除基金会法人之外，我国现行法律、行政法规未有其他类型财团法人的规定，考虑到我国现行法律对法人主要采取企业法人与非企业法人、^④营利性法人与非营利性法人的区分，立法没有直接采纳传统民法中有关社团法人与财团法人的概念，且为了避免公众对社团法人与现有的社会团体法人产生误解和混淆，民法典编撰中可以不采用社团法人与财团法人的称谓，直接规定基金会法人即可。

鉴于基金会管理条例已对基金会法人作出了较为详细的规定，民法典总则强调其设立采取准则主义及其权利能力限于公益领域即可。建议增设：“经依法批准设立并办理登记的基金会，具有法人资格。基金会可以从事与其设立目的范围相适应的民事活动。”

三、其他组织

顾名思义，所谓组织除强调其系人的集合即团体性以外，其特征还在于

^① 参见王利明：《民法典总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第287页。

^② 例如深圳市中级人民法院（2014）深中法房终字第1850号案件中，国土部门将其行政职责范围内的地质灾害预防、治理工作通过签订协议的方式交由他人完成，并据此提出民事诉讼，请求合同相对人承担民事责任，二审法院认定该协议不是平等主体之间有关民事权利、义务的协议，并驳回了国土部门的民事起诉。参见深圳市中级人民法院（2014）深中法房终字第1850号民事裁定书。

^③ 王利明：《民法典总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第325页。

^④ 学界有观点认为，采用法人与非企业法人的区分还可以解决传统法人分类无法将一人有限责任公司归类的问题。参见梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社2011年版，第125页。

其具备一定的组织架构,^① 而个人合伙、个体工商户^②、农村承包经营户因一般不具备组织架构, 故应不属于“其他组织”的范畴。大陆法在传统上也一般将合伙视为“具共同团体性的契约”而在民法债编中予以规定。^③ 因此, 可仍将有关个人合伙、个体工商户、农村承包经营户的规定保留在民法典总则的自然人部分之中。

就非法人企业、企业分支机构等其他组织体而言, 大陆法系民法将之视为“无权利能力社团”而仅承认其诉讼当事人地位,^④ 且民法理论通说认为“无权利能力社团”因其本身不具有权利能力, 既不能成为权利主体, 也不能成为债务人。^⑤ 在我国立法史上, 经济合同法、涉外经济合同法均规定其规范合同主体范围包括“其他经济组织”, 现行民事实体法律中, 《合同法》第2条继续将“其他组织”规定为合同当事人类型之一;^⑥ 《担保法》第7条规定具有代偿能力的其他组织可以作为保证人, 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第11条在保证关系之外更进一步将所有担保合同的当事人范围扩大至其他组织。^⑦ 可见, 尽管其他组织本身不享有民事权利, 也不能独立承担民事责任, 但其以自己名义参与民事活动已成为经济生活中的常态, 《民事诉讼法》第48条已赋予其他组织以诉讼当事人的地位, 《中外合作经营企业法》《外资企业法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《乡镇企业法》《全民所有制工业企业法》《物业管理条例》等民事特别法规也具体规定了非法人企业、业主委员会等特定类型的组织有权以自己名义实施民事行为, 故民法典总则有必要就非法人组织体以自己名义参与民事行为的情形作出确认与规范, 可增设“其他组织”一章, 以实现民法典总则在“民商合一”背景下的统揽作用。具体立法条文建议如下:

1. “本法所称的其他组织, 是指不具有法人资格但依法以自己名义参加

① 例如日本民法权威教科书中指出“要能够成为无权利能力社团, 必须具备作为团体的组织”。参见[日]我妻荣:《新订民法典总则》, 于敏译, 中国法制出版社2008年版, 第124页。

② 《个体工商户条例》第8条第2款有关登记事项的规定中, 没有对组织机构事项作出要求。

③ 参见王泽鉴:《民法概要》(第二版), 北京大学出版社2011年版, 第329页。

④ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》, 邵健东译, 法律出版社2001年版, 第852页。

⑤ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上册)》, 谢怀栻等译, 法律出版社2003年版, 第241页。

⑥ 按照立法机关的学理解释, 合同法上的其他组织系指“不具备法人资格的合伙组织以及分支机构等”。参见胡康生主编、全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国合同法释义》, 法律出版社1999年版, 第3页。

⑦ 《担保法司法解释》第11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担保合同, 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。”

民事活动并具备以下条件的组织：

- (一) 依法设立；
- (二) 具有自己的名称、组织机构和场所；
- (三) 具有其有权处分的财产或者经费；
- (四) 法律、行政法规规定的其他条件。”

本条规定根据其他组织的法律特征所拟。首先，为发挥国家法律对社会组织成立的引导和规范作用，并鉴于司法实践中也不承认非依法设立的法人分支机构、代表机构具有诉讼主体资格，^① 故而有必要强调其他组织系经“依法设立”。其次，其他组织虽不具有民事权利能力，但均有其有权处分的一定财产或者经费，例如各类非法人企业可以依法处分其投资人的出资，业主委员会可以从物业管理费用中提取活动经费，且事实上，如没有其有权处分的财产或经费的组织，则既不可能也无必要以自己的名义参与民事活动，故而建议将“具有其有权处分的财产或者经费”作为其他组织的要件。第三，考虑到各民事特别法对于非法人企业和企业法人分支机构均设有领取营业执照的要求，故而应强调其他组织应具备“法律、行政法规规定的其他条件”。

2. 其他组织以其主要办事机构所在地为住所。

3. 其他组织有权处分的财产不足以承担民事责任的，由该组织的设立人或者投资人承担民事责任。法律、行政法规另有规定的除外。

大陆法国家立法和实务普遍认为，对于“无权利能力社团”应作为合伙关系对待，^② 因其他组织不具有责任能力，应由其成员或开办人承担责任。本条中的“设立人”主要指设立分支机构、代表机构的社会团体法人以及设立分支机构的企业法人；“投资人”主要指各类非法人企业中的合伙企业合伙人，中外合作、合资企业中的合作合营方，外资企业、个人独资企业、乡镇企业中的投资人以及全民所有制企业的上级开办单位。

除前所述，比较典型的例外情形则在于：第一，合伙企业法规定了由普通合伙人 and 有限合伙人组成的有限合伙企业，按照该法规定，有限合伙人系以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。第二，对于一些银行、保险业金融机构所设立的分支机构，《担保法司法解释》第124条规定商业银行、保险公司的分支机构提供保证的，不将设立分支机构的企业法人作为共同被告，目前司法实践中认为此类分支机构因具有相当数额、规模的资产，

① 参见《民事诉讼法司法解释》第52条第（四）项、第53条。

② 参见龙卫球：《民法总论》（第二版），中国法制出版社2002年版，第408页。

其设立人或总公司无须作为共同诉讼人承担责任。^① 第三，实践中对于业主委员会能否作为涉财产赔偿纠纷中的被告尚有较大争议，业委会及全体业主如何承担财产责任亦不明确，应为今后立法解决留出空间。考虑到前述例外情形，亦应规定“法律、行政法规另有规定的除外”。

4. 法律、行政法规对其他组织另有规定的，从其规定民事立法对其他组织参与民事活动的认可，不简单是理论上的设想或规划，更多的是为适应社会经济生活发展的需要，因此有必要为今后立法完善留出空间。

四、国家、集体

《宪法》第6条规定社会主义公有制即全民所有制和劳动群众集体所有制，我国在社会主义初级阶段实行公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度；《物权法》第45条规定国家所有即全民所有。按照宪法、物权法的前述规定，国家和集体是我国作为社会主义国家所特有的经济主体类型。在《物权法》第二编确认国家、集体作为所有权主体、且自然资源、文物、国防资产等特定财产专属国家所有，《全民所有制工业企业法》第2条、《乡镇企业法》第10条规定全民所有制企业及农村集体经济组织投资设立的乡镇企业的企业财产权分属国家、集体所有的情况下，现行法律实则已经确立了国家、集体作为民事主体的身份。虽然国家、集体作为民事主体在传统民法及其理论中缺乏成例和依据，但民法典总则对此不应采取回避态度。在国家、集体民事权利的行使上，特别法也有相应的规定，例如《物权法》第45条第2款规定国有财产由国务院代表国家行使所有权，《土地管理法》第10条规定农民集体所有的土地由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理。

据此，建议民法典总则在民事主体部分中增设一条特别规定：“法律对国家、集体从事民事活动另有规定的，从其规定。”

五、立法条文建议稿

第一条 【自然人的民事权利能力】

自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，可以依法享有民事权利，承担民事义务。

^① 最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用（上）》，人民法院出版社2015年版，第228~229页。

自然人的民事权利能力一律平等。

第二条 【自然人民事权利能力的起止时间认定】

自然人的出生、死亡时间以户籍记载为准。没有户籍证明的，以国务院卫生行政部门规定的医疗机构或公安机关出具的证明为准。没有医疗机构或公安机关证明的，参照其他有关证明认定。

第三条 【自然人的民事行为能力】

十八周岁以上的自然人是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立从事民事行为，行使民事权利和履行民事义务。本法或其他法律另有规定的除外。

十六周岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

第四条 【限制民事行为能力与无民事行为能力的区分】

六周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。

不满六周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。

第五条 【精神障碍患者的民事行为能力】

不能辨认自己行为的精神障碍患者是无民事行为能力人，由其法定代理人代理民事活动。

不能完全辨认自己行为的精神障碍患者是限制民事行为能力人，可以进行与其精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由其法定代理人代理，或者征得其法定代理人的同意。

第六条 【无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人】

无民事行为能力人、限制民事行为能力人的法定代理人为其监护人。

第七条 【自然人的住所】

自然人以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。

自然人由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。

第八条 【对自然人的宣告失踪】

自然人下落不明满二年的，利害关系人可以向人民法院申请宣告其为失踪人。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第九条 【对失踪人的财产代管】

失踪人的财产由其配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。代管有争议的，没有以上规定的人或者以上规定的人无能力代管的，由人民法院指定的人代管。

失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付。

第十条 【失踪宣告的撤销】

被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对其的失踪宣告。

第十一条 【自然人的宣告死亡】

自然人有下列情形之一的，利害关系人可以向人民法院申请宣告其死亡：

- (一) 下落不明满四年的；
- (二) 因意外事故下落不明，从事故发生之日起满二年的。

战争期间下落不明的，下落不明的时间从战争结束之日起计算。

第十二条 【死亡宣告的撤销】

被宣告死亡的人重新出现或者确知其没有死亡，经本人或者利害关系人申请，人民法院应当撤销对其的死亡宣告。

有民事行为能力人在其被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。

第十三条 【死亡宣告撤销的法律后果】

被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。

第十四条 【个体工商户】

自然人在法律、行政法规允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以起字号。

第十五条 【农村承包经营户】

农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事农业经营的，为农村承包经营户。

第十六条 【个体工商户，农村承包经营户的责任承担】

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，但可以保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具；以个人名义申请登记，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，以家庭共有财产承担。

第十七条 【个人合伙】

个人合伙是指两个以上自然人按照协议，各自提供资金、实物、技术等并共同参与盈余分配。

个人合伙可以起字号，依法经核准登记，在核准登记的经营范围內从事经营。

第十八条 【合伙合同】

合伙人应当订立书面合同，对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项作出约定。

合伙合同不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

第十九条 【合伙财产的经营管理及归属】

合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。

合伙经营积累的财产，属全体合伙人共有。

第二十条 【合伙事务的执行】

个人合伙的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行或监督的权利。合伙协议另有约定的除外。

合伙人可以推举负责人。全体合伙人对合伙负责人和其他人员的经营活动承担民事责任。

第二十一条 【入伙】

合伙经营过程中的入伙，按照书面合伙合同处理；书面合同未约定的，应经全体合伙人同意。

入伙人对其入伙前的合伙债务承担连带责任。

第二十二条 【退伙】

合伙经营过程中的退伙，按照书面合伙合同处理；书面合同未约定的，在不给合伙经营造成不利影响的情况下可以退伙，但应当提前三十日通知其他合伙人。

未按合伙合同或本法规定退伙并给合伙经营造成损失的，由退伙人按其过错向其他合伙人承担赔偿责任。

退伙人对其退伙前的合伙债务承担连带责任。

第二十三条 【退伙时的财产分割】

合伙人退伙时分割的合伙财产，应当包括其入伙时投入的财产和合伙期间积累的财产，以及合伙期间的债权和债务。退还办法，由合伙合同约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。

第二十四条 【合伙对外债务的承担】

个人合伙经营期间产生的对外债务，由全体合伙人连带承担。本法另有规定的除外。

第二十五条 【合伙内部利润、亏损的分配、分担】

个人合伙经营期间产生的利润、亏损，按照合伙合同的约定分配、分担；合伙合同未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

合伙人以个人财产出资的，以合伙人的个人财产承担；合伙人以其家庭共有财产出资的，以其家庭共有财产承担；合伙人以个人财产出资，合伙的盈余分配所得用于其家庭成员生活的，应先以合伙人的个人财产承担，不足部分以合伙人的家庭共有财产承担。

第二十六条 【法人及其民事能力】

法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。本法及其他法律对法人民事权利能力和民事行为能力另有规定的，从其规定。

第二十七条 【法人的成立条件】

法人应当具备下列条件：

- (一) 依法成立；
- (二) 有独立的财产或者经费；
- (三) 有自己的名称、组织机构和场所；
- (四) 法律、行政法规规定的其他条件。

第二十八条 【法定代表人及法人机关】

依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。

法律、行政法规对法人内设组织机构另有规定的，从其规定。

第二十九条 【法人民事责任的承担】

法人以其所有的财产，独立承担民事责任。

法人对其法定代表人和其它工作人员的职务行为，承担民事责任。

第三十条 【法人的住所】

法人以它的主要办事机构所在地为住所。

第三十一条 【法人终止的清算要求】

法人终止，应当依法进行清算，停止清算范围外的活动。

第三十二条 【企业法人】

符合本法法人成立条件的全民所有制企业、集体所有制企业，在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，经依法核准登记，取得法人资格。

第三十三条 【企业法人的分立、合并】

企业法人分立、合并或有其他重要事项变更，应当向登记机关办理登记并公告。

企业法人分立、合并，其权利和义务由变更后的法人享有和承担。

第三十四条 【企业法人的终止】

企业法人由于下列原因之一终止：

- (一) 依法被撤销；
- (二) 解散；
- (三) 依法宣告破产；
- (四) 其他原因。

企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告。

第三十五条 【企业法人的清算】

企业法人解散、被撤销、被宣告破产的，应当依法成立清算组织，进行清算。

第三十六条 【机关、事业单位、社会团体法人】

有独立经费的国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关从成立之日起，具有法人资格。

具备法人条件的事业单位、社会团体，依法不需要办理法人登记的，从成立之日起，具有法人资格；依法需要办理法人登记的，经核准登记，取得法人资格。

机关法人、事业单位法人及社会团体法人，可以从事与其设立目的范围相适应且与其公共职能无直接关联的民事行为。

第三十七条 【基金会法人】

经依法批准设立并办理登记的基金会，具有法人资格，可以从事与其设立目的范围相适应的民事活动。

第三十八条 【法人的联营】

法人之间联营，可依本法及其他法律规定成立联营体法人。联营体不具

有法人资格的，其民事权利、义务参照适用本法关于个人合伙的规定。

第三十九条 【其他组织】

本法所称的其他组织，是指不具有法人资格但依法以自己名义参加民事活动并具备以下条件的组织：

- (一) 依法设立；
- (二) 具有自己的名称、组织机构和场所；
- (三) 具有其有权处分的财产或者经费；
- (四) 法律、行政法规规定的其他条件。

法律、行政法规对其他组织另有规定的，从其规定。

第四十条 【其他组织的住所】

其他组织以其主要办事机构所在地为住所。

第四十一条 【其他组织的民事责任承担】

其他组织有权处分的财产不足以承担民事责任的，由该组织的设立人或者投资人承担民事责任。法律、行政法规另有规定的除外。

第四十二条 【国家、集体的民事主体资格】

法律对国家、集体从事民事活动另有规定的，从其规定。

第四章 关于民事权利客体

一、关于民法典总则是否有必要专章规定“民事权利客体”的问题

权利客体，为民事权利义务指向的对象。目前，理论界对于民法典总则是否须专章规定“民事权利客体”一节存在争议。部分学者主张无须规定此节，理由一是不同权利其客体不同，基本不具有共性，无法归纳权利客体的一般规则，除物之外，其他客体不具有抽象价值；二是若仅规定“物”，则该规定完全不适用于分则物权编之外的权利，物完全可规定于物权编总则；三是权利客体之抽象规定内容空洞，多具宣示性，基本无裁判价值。2002年全国人大法工委民法典草案总则部分没有专章规定“客体”一节。

但是，大多数学者还是认为总则应当规定权利客体，王利明、梁慧星、杨立新教授起草的总则建议稿中，均有“民事权利客体”一节，并分别就物、人格利益、智力成果、给付等作出了规定。此种立法编排，一为考虑以权利为主线构建民法典总则体系之完整性（权利主体、客体、类型、得失变更之法律事实）；二为体现权利客体的现实状态对于民事权利内容产生的强烈反作

用（民法的人本主义、不动产的重大政治经济意义、互联网思维等）；三为借鉴大陆法系典型立法体例（德国民法典总则规定“物”一节）。

课题组倾向于总则中专章规定“民事权利客体”，但须注意以下几个问题：（1）以“物”和“人格利益”为中心构建客体一节，分别承载典型的财产权和人身权模式。（2）经济的发展、社会的进步，决定了民事权利体系的开放性。相应地，权利客体也处于不断拓展的状态，总则客体部分应当为将来的民事权利客体预留拓展空间。（3）对于理论界存在争议的问题，如债权的客体，最好不要以立法形式予以规定，窒息理论研究的空间，也规定不好。

二、关于“物”的规定

目前，我国法律即使是物权法，均没有对“物”的性质、类型进行一般性的定义，实践中影响到法律的适用，不利于法律适用的精细化和理论研究的深入化。

（一）物的一般性定义

实践中，准确界定“物”的含义，具有裁判价值。骨灰是否属于物，是否具有价值，是否属于遗产得否继承。因此，客体部分有明确“物”的一般性定义的必要。物的特性，一是为人力所能控制；二是具有价值，不限于经济价值；三是原则上限于有体物，空间、能量等无体物依社会一般观念可视作为物。在确定物的含义时，课题组认为要特别注意保持物的开放性观念，以适应社会发展对传统“物”的外延内涵产生的冲击。本质上，一切人所能控制的有价值的客观存在，均可以成为物，这个概念应该是不断拓展的。

（二）不动产与动产的区分

不动产、动产是依物的自然性质所作最基本的分类，规范的重点在不动产，不动产之外为动产。不动产的特殊意义在于其重大的政治意义和经济意义，体现在法律规则上，则在于不动产物权的变更需遵循不同于动产物权的规则。

（三）网络虚拟财产的权利客体属性

网络虚拟财产，包括网络本身和网络生成物，是随着互联网的普及和发展带来的新问题，是否可以作为民事权利的客体，是什么权利的客体（物权、知识产权还是债权），争议比较大。课题组认为，从物的一般属性而言，依当今社会一般观念，可以将网络虚拟财产视为特殊的物予以规定，纳入物权的保护范围，物权法分则可以就网络虚拟财产的特殊性质（特定空间性、期限

性)作出进一步的详细规定。

(四) 物的重要组成部分

区分物的重要组成部分、组成部分的意义在于,物的重要组成部分不得与物相分离,而成为独立的权利客体。一旦分离,即会改变物之性质。如汽车之发动机。

(五)传统民法上对“物”的分类,具有裁判价值,应当在权利客体部分分别予以规定

1. 主物与从物、原物与孳息

主物与从物、原物与孳息的分类在实践中具有重要意义,学者对其定义大同小异,可以参照学者建议稿中的表述。

2. 特定物与非特定物、可分物与不可分物、代替物与不代替物、流通物与不流通物等

这些分类是根据不同的标准对物进行的区分,法律适用上各具意义。学者们在其建议稿中进行了或多或少、或全面或部分的规定,对其定义及适用价值争议并不大,立法机关可以根据各种分类的意义,分别加以规定。

(六) 关于动物的地位

受动物保护主义思潮的影响,越来越多国家的民法典逐渐接受了动物不是一般的物的理念。甚至有些学者提出要将动物上升到权利主体的地位,当然,这是不能接受的。为适应国际社会的潮流,增强大众动物保护的观念,课题组也建议规定:对于动物的取得和使用,应当遵守动物保护的有关规定。尊重生命!

三、关于物之外的权利客体

(一) “人格利益”和“身份利益”

人格、身份利益是人格权和身份权的权利客体。在权利客体部分规定此种利益成为权利客体,本身没有什么问题,但也没有太大的意义,仅是基于体系完整性的考虑。

需要提出的问题是,与人身暂时分离的人体组成部分,其法律性质是否属于物。典型的案例如医院冷冻精子丢失案。课题组认为,如果分离部分不再维持原有身体功能,可以视为物,受物权法的调整;如果分离后仍发挥原身体功能,则原则上应受人格权法的调整。当然,涉及人体部分的使用,特