

中国民法典草案立法建议 (提交稿)

The Legislative Proposals of Draft of Chinese Civil Code

于海涌 编著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国民法典草案立法建议 (提交稿)

The Legislative Proposals of Draft of Chinese Civil Code

于海涌 编著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典草案立法建议:提交稿 / 于海涌编著
—北京:法律出版社,2016.4
ISBN 978-7-5118-9288-1

I. ①中… II. ①于… III. ①民法—法典—草案—中国 IV. ①D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 060871 号

中国民法典草案立法建议(提交稿)

于海涌 编著

责任编辑 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 28 字数 294 千

印次 2016 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9288-1

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

庆贺恩师江平教授八五华诞！



江平老师和作者在北京



于海涌 中山大学法学院教授，博士生导师

(立法学和民商法学)，中山大学“中国立法研究大平台”执行主任。1991年获中国政法大学法学学士学位，1997年获北京大学民商法硕士学位，2003年获中国社会科学院民商法博士学位（师从梁慧星教授），2004年在中国政法大学从事民商法博士后研究工作（师从江平教授）。曾先作为

高级访问学者到瑞士比较法研究所、纽约大学、美国天普大学、台湾“中央”研究院、香港城市大学、澳门大学、澳门科技大学进行学术访问。

在民商法学和立法学研究领域具有突出的专业素养，主持研究国家级社会科学基金项目5项：主持国家社科基金项目《不动产物权登记制度研究》和《商事信托财产制度研究》，主持中国博士后科学基金项目《不动产登记立法研究》，主持司法部项目《论新闻侵权的抗辩与救济》，主持教育部社科规划基金项目《论城市土地开发中的空间权问题》。

熟练掌握英语和法语，是国内比较少有的掌握两门外语的学者，出版法文译著《瑞士民法典》。在重要核心期刊发表论文多篇，出版学术专著5部：《法国不动产担保物权研究——兼论法国的物权变动模式》《绝对物权行为理论与物权法律制度研究》《论不动产登记》《英美信托财产双重所有权在中国的本土化》《新闻媒体侵权问题研究》，其中专著《法国不动产担保物权研究》获中国法学会优秀科研成果一等奖和司法部优秀科研成果奖，《网络文化建设中的表达自由与限制》获得中央党校第39期全国科研骨干研修班优秀论文一等奖，《论不动产登记》获广东省人民政府哲学社会科学优秀科研成果二等奖和钱端升优秀科研成果奖。

目前的主要研究兴趣为中国民法典的编纂，担任中山大学立法研究中心副主任，“中国民法典编纂立法研究”项目主持人。

自序：《中国民法典》能够成为 二十一世纪民法典的代表吗？

当前中国民法典的编纂正在如火如荼地进行中。在民法学界广为流传的说法是,《法国民法典》是十九世纪民法典的代表,《德国民法典》是二十世纪民法典的代表,而《中国民法典》将是二十一世纪民法典的代表!对于中国民法典的编纂水平,每个民法学者可能都有自己的期盼,但对于当前这种颇为流行的说法,我认为未免有些盲目乐观,笔者实在不敢轻易苟同。

发达的市场经济、雄厚的法学研究水平,这些都是编纂优秀民法典不可缺少的外部条件。反观我国,公权力还没有完全被关在笼子里;仅就处于根本大法地位的宪法而言,也因为缺少违宪责任的追究而成为“没有牙齿的老虎”;中国也还没有彻底推行市场经济,政府垄断、行业垄断、政企不分等现象仍很严重;至于民商法学的研究,尽管30多年来取得了举足轻重的成就,但很难说我国的民法学研究已经达到了世界先进水平,我国更多的是借鉴和移植外国的法律,却也很少能够提出

令世界法学界刮目相看的创造理论。

仅就立法水平而言,纵观我国的立法体制、立法程序、立法技术,都存在很多值得检讨和改进之处。世界上已经有很多部值得借鉴的民法典,结合中国多年的立法、司法和学术研究的成果,中国完全有能够编纂出一部适合中国国情的民法典,而且对于民法典对中国法治建设、司法审判、民法学研究而言,其作用无疑不可低估。但是,至于《中国民法典》是否能够成为二十一世纪民法典的代表,却应另当别论。笔者本人的态度基本上是悲观的,至多只能保持谨慎的乐观。

这部《中国民法典草案立法建议》是笔者的个人作品。我一直比较关注民商事立法活动,当前全国人大正在进行的民法典编纂,更令我这个民法学者兴奋不已。立法过程中引发的争议不断启发我的思考,我对民法典编纂中的诸多问题也颇有自己的想法。多年以来,我在中国民法学年会、中国商法学年会、中国立法学年会、台湾中研院法学所、瑞士比较法研究所、香港城市大学法学院等不同场合都交流过自己对民法典编纂的构想。我几乎每年都参加中国民法学年会、中国商法学年会和中国立法学年会,同时通过自己的独立思考,对很多问题都有我的个人见解。无论正确与否,始终有一种不吐不快的表达欲望,这就成了本人编纂这部民法典草案的原动力!

常言道:“人多力量大”,“众人拾柴火焰高”。独自完成民法典学者建议稿的编纂,难免有一定的局限性,但其优势也非常明显。由于纯粹属于个人的学术研究,并非国家的正式立法,因此在编纂中既没有条条框框,也没有任何利益上的考量,更节省了争论的时间成本。在堆满各种法律、法典、论文、专著的书房里,一个人超然世外,天马行空,信手拈来,取舍自由。当然,法典的编纂必须考虑中国的现实,必须解决中国的问题。费尽千辛万苦编纂的民法典草案,并不是为了束之高阁,而是为了能够为国家立法提供有益的参

考,因此科学性和可行性便成为民法典编纂中唯一考量的因素。2016年2月,正当笔者辛苦编纂即将结束的时候,恰好收到了中山大学法学院转来的全国人大常委会法工委[2016]5号文件,征求笔者对《中华人民共和国民法总则(草案)》(征求意见稿)的修改意见,我便将个人设计的民法总则编连同整部民法典草案建议稿全部提交给了全国人大法工委,衷心希望这部个人设计的民法典草案能够为全国人大的中国民法典编纂提供有益的参考。这部包含笔者辛苦汗水的民法典草案,如能为中国未来民法典的大厦起到添砖加瓦的作用,已经足以令笔者欣慰不已!

任何批评性的意见都将受到笔者的热烈欢迎,尤其是具有建设性的批评意见。按照笔者的设想,在本建议稿出版以后,笔者将继续对民法典的立法进行进一步研究,在适当的时候将对这部民法典草案的建议稿进行增补和修订。如有批评意见,欢迎发送到笔者的电子邮箱:lpsyhy@mail.sysu.edu.cn。

于海涌博士

2016年4月5日深夜于中山大学竹下书屋

目 录

中国民法典编纂的基本思路和立法体例 / 001

一、中国民法典编纂的基本思路 / 001

(一) 关于《民法通则》的安排 / 001

(二) 关于 2002 年《民法草案》的安排 / 002

(三) 关于民事单行法的安排 / 002

(四) 关于民商事司法解释的安排 / 002

(五) 关于克服成文法局限性的安排 / 003

(六) 关于编纂中的删除、修订和增补问题 / 004

二、中国民法典编纂中立法体例问题的争议与思考 / 004

(一) 人文主义和物文主义的问题 / 004

(二) 债权编的问题 / 006

(三) 人格权编的问题 / 007

(四) 民事责任编的问题 / 008

(五) 民商合一与民商分立的问题 / 009

(六) 民商合一的路径问题 / 011

(七) 附编的问题 / 013

三、对中国民法典立法体例规划的基本评价 / 013

(一) 应该先制定民法总则, 然后再制定民法分则 / 014

(二) 应该先制定权利法, 然后再制定救济法 / 014

(三) 将《民法通则》修订为《民法总则》并不妥当 / 015

(四) 未来中国民法典编纂可能面临的困难 / 015

四、中国民法典“九编制”立法体例的构想 / 016

(一)“先总则,后分则” / 016

(二)“先人身,后财产” / 017

(三)“先权利,后救济” / 017

(四)“先国内,后涉外” / 018

(五)中国民法典“九编制”的立法构想 / 018

中国民法典草案建议稿 / 019

第一编 总则 / 019

第一章 通则 / 021

第一节 立法目的和调整对象 / 021

第1条(立法目的) / 021

第2条(调整对象) / 021

第3条(民事主体) / 021

第4条(商事主体) / 021

第5条(民事权益) / 021

第6条(民事权益的保护) / 021

第二节 基本原则 / 021

第7条(平等原则) / 021

第8条(自愿原则) / 022

第9条(公平原则) / 022

第10条(诚实信用原则) / 022

第11条(公序良俗原则) / 022

第12条(禁止权利滥用原则) / 022

第三节 法律适用 / 022

第13条(直接适用) / 022

第14条(解释后的适用) / 022

第15条(漏洞补充后的适用) / 022

第16条(解释和漏洞补充的妥当性) / 023

第 17 条(禁止规避具体规范的适用) / 023

第 18 条(当事人的善意推定) / 023

第 19 条(民事权益的合法性推定) / 023

第 20 条(法不禁止即自由) / 023

第 21 条(推定的推翻) / 023

第 22 条(民法和商法的适用) / 023

第 23 条(民法和知识产权法的适用) / 024

第 24 条(适用的地域范围) / 024

第二章 自然人 / 024

第一节 民事权利能力和民事行为能力 / 024

第 25 条(民事权利能力的概念) / 024

第 26 条(自然人的民事权利能力) / 024

第 27 条(民事权利能力的开始) / 024

第 28 条(出生的时间) / 024

第 29 条(民事权利能力的终止) / 024

第 30 条(死亡的时间) / 024

第 31 条(民事行为能力的概念) / 025

第 32 条(民事权利能力和行为能力不得放弃) / 025

第 33 条(民事行为能力的判定依据) / 025

第 34 条(成年人) / 025

第 35 条(判断能力) / 025

第 36 条(完全民事行为能力人) / 025

第 37 条(限制民事行为能力的未成年人) / 025

第 38 条(限制民事行为能力的成年人) / 025

第 39 条(无民事行为能力人) / 026

第 40 条(纯获利益或免除义务的行为) / 026

第二节 监护 / 026

第 41 条(监护人的职责) / 026

- 第 42 条(监护能力) / 027
- 第 43 条(对未成年人的法定监护) / 027
- 第 44 条(对未成年人的委托监护) / 027
- 第 45 条(对未成年人的临时监护) / 027
- 第 46 条(对未成年人有监护资格的近亲属) / 027
- 第 47 条(未成年人近亲属的协议监护) / 027
- 第 48 条(对未成年人的自愿监护) / 027
- 第 49 条(对未成年人的裁判监护) / 027
- 第 50 条(监护人的择优确定) / 028
- 第 51 条(对未成年人的共同监护) / 028
- 第 52 条(被监护未成年人的意见) / 028
- 第 53 条(对未成年人的指定监护) / 028
- 第 54 条(对成年人有监护资格的近亲属) / 028
- 第 55 条(近亲属对成年人的协议监护) / 028
- 第 56 条(对成年人的自愿监护) / 028
- 第 57 条(对成年人的裁判监护) / 029
- 第 58 条(成年人监护的择优确定) / 029
- 第 59 条(对成年人的共同监护) / 029
- 第 60 条(被监护成年人的意见) / 029
- 第 61 条(对成年人的指定监护) / 029
- 第 62 条(监护权的中止) / 029
- 第 63 条(监护权的丧失) / 029
- 第 64 条(监护权的恢复) / 030
- 第 65 条(监护权的终止) / 030
- 第 66 条(近亲属的监督权) / 030
- 第 67 条(亲属会议的成员) / 030
- 第 68 条(监护监督人) / 030
- 第 69 条(亲属会议的召开) / 030

第 70 条(监护人向亲属会议的说明义务) / 031

第 71 条(亲属会议对新监护人的选任) / 031

第三节 宣告失踪 / 031

第 72 条(下落不明的含义) / 031

第 73 条(宣告失踪的条件) / 031

第 74 条(宣告失踪的利害关系人) / 031

第 75 条(下落不明时间的计算) / 031

第 76 条(宣告失踪的程序) / 031

第 77 条(财产代管人的指定) / 031

第 78 条(代管人的报酬请求权) / 032

第 79 条(代管人的忠实义务) / 032

第 80 条(代管人的谨慎义务) / 032

第 81 条(财产代管人的变更) / 032

第 82 条(失踪宣告的撤销) / 032

第四节 宣告死亡 / 033

第 83 条(宣告死亡的条件) / 033

第 84 条(申请人的先后顺序) / 033

第 85 条(宣告死亡的程序) / 033

第 86 条(宣告死亡的判决) / 034

第 87 条(死亡宣告的撤销) / 034

第 88 条(被宣告死亡人实施的法律行为) / 034

第 89 条(被宣告死亡人的婚姻关系) / 034

第 90 条(被宣告死亡人的收养关系) / 034

第 91 条(死亡宣告撤销后的返还财产) / 034

第五节 住所和身份证 / 035

第 92 条(住所) / 035

第 93 条(经常居住地) / 035

第 94 条(原户籍所在地) / 035

第95条(身份证) / 035

第96条(居民身份证的式样) / 035

第97条(居民身份证的制作和发放) / 035

第98条(居民身份证的登记项目) / 035

第99条(居民身份证的号码) / 035

第100条(护照) / 035

第三章 法人 / 036

第一节 一般规定 / 036

第101条(法人的概念) / 036

第102条(法人的民事权利能力和民事行为能力) / 036

第103条(禁止放弃权利能力和行为能力) / 036

第104条(法人的住所) / 036

第105条(法人的民事活动范围) / 036

第106条(法人的机关) / 036

第107条(法定代表人) / 036

第108条(法人的意思表示) / 036

第109条(法人的有限责任) / 036

第110条(法人的人格否认) / 037

第二节 法人的设立 / 037

第111条(法人设立的条件) / 037

第112条(企业法人) / 037

第113条(企业法人的商事登记) / 037

第114条(企业法人的营业自由) / 037

第115条(机关法人) / 037

第116条(机关法人的设立) / 037

第117条(机关法人的非营利性) / 037

第118条(事业单位法人) / 038

第119条(事业单位法人的设立) / 038

- 第 120 条(社团法人) / 038
- 第 121 条(社团法人的设立) / 038
- 第 122 条(社团法人的事先审批) / 038
- 第 123 条(免于事先审批的社会团体) / 038
- 第 124 条(社团法人的非营利性) / 038
- 第 125 条(合作社法人) / 038
- 第 126 条(合作社法人的设立) / 038
- 第 127 条(合作社的入社和退社) / 039
- 第 128 条(合作社的经营) / 039
- 第 129 条(合作社的民主管理) / 039
- 第 130 条(合作社的自治性和自助性) / 039
- 第 131 条(农村集体经济组织的合作社法人地位) / 039

第三节 法人的变更和终止 / 039

- 第 132 条(法人的变更事由) / 039
- 第 133 条(债权人的利益) / 040
- 第 134 条(法人的分立) / 040
- 第 135 条(法人的合并) / 040
- 第 136 条(法人的终止事由) / 040
- 第 137 条(清算组织) / 040
- 第 138 条(清算期间法人的活动) / 040
- 第 139 条(清算期间清算组织的活动) / 040
- 第 140 条(清算程序) / 040
- 第 141 条(法人债务的清偿) / 041
- 第 142 条(注销登记) / 041

第四章 非法人组织 / 041

第一节 一般规定 / 041

- 第 143 条(非法人组织的概念) / 041
- 第 144 条(非法人组织的自治) / 041

第 145 条(非法人组织的成员) / 041

第 146 条(非法人组织的连带无限责任) / 041

第二节 个体工商户和农村承包经营户 / 041

第 147 条(个体工商户) / 041

第 148 条(农村承包经营户) / 042

第 149 条(“两户”的成员) / 042

第 150 条(“两户”的经营收益) / 042

第 151 条(“两户”的债务) / 042

第三节 自然人合伙 / 042

第 152 条(自然人合伙的概念) / 042

第 153 条(合伙的成立) / 042

第 154 条(事实合伙) / 043

第 155 条(合伙的出资) / 043

第 156 条(隐名合伙) / 043

第 157 条(合伙的财产) / 043

第 158 条(合伙的经营) / 043

第 159 条(合伙人对外的连带责任) / 043

第 160 条(合伙人对内的责任分担) / 043

第 161 条(合伙人之间的追偿) / 044

第 162 条(合伙的加入) / 044

第 163 条(合伙的退出) / 044

第 164 条(对原合伙债务的清偿责任) / 044

第 165 条(退伙时的财产分割) / 044

第 166 条(合伙的终止) / 045

第四节 依法登记的非法人企业 / 045

第 167 条(依法登记的非法人企业的概念) / 045

第 168 条(依法登记的非法人企业的种类) / 045

第五节 筹建中法人 / 045