

# 民法总则的诞生

民法总则重要草稿及  
立法过程背景介绍

杜 涛 / 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 民法总则的诞生

民法总则重要草稿及  
立法过程背景介绍

杜涛 / 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

民法总则的诞生：民法总则重要草稿及立法过程背景介绍 / 杜涛主编. —北京：北京大学出版社，2017.9

ISBN 978 - 7 - 301 - 28540 - 4

I. ①民… II. ①杜… III. ①民法—总则—研究—中国 IV. ①D923.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 172743 号

书 名 民法总则的诞生：民法总则重要草稿及立法过程背景介绍  
Minfa Zongze de Dansheng: Minfa Zongze Zhongyao Caogao ji Lifa  
Guocheng Beijing Jieshao

著作责任者 杜 涛 主编

责任编辑 田 鹤

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 28540 - 4

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 29.75 印张 512 千字

2017 年 9 月第 1 版 2017 年 9 月第 1 次印刷

定 价 128.00 元

---

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010 - 62752024 电子信箱：[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010 - 62756370

## 编写说明

---

《中华人民共和国民法总则》已由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会第五次会议于2017年3月15日通过，自2017年10月1日起施行。为了配合《中华人民共和国民法总则》的宣传、学习和实施，我们编写了这本《民法总则的诞生：民法总则重要草稿及立法过程背景介绍》，以民法总则几个重要草稿的变化为载体，反映立法的过程和背景，为读者理解和把握相关内容提供参考。

本书由全国人大常委会法制工作委员会民法室副主任杜涛担任主编，参加编写工作的还有民法室的其他同志。

编者

2017年7月

## 目 录

---

《中华人民共和国民法总则（草案征求意见稿）》介绍·····	1
草案征求意见稿·····	29
从草案征求意见稿到草案一次审议稿介绍·····	50
草案一次审议稿花脸稿（以征求意见稿为底稿）·····	96
草案一次审议稿干净稿·····	121
从草案一次审议稿到草案二次审议稿介绍·····	144
草案二次审议稿花脸稿（以一审稿为底稿）·····	187
草案二次审议稿干净稿·····	213
从草案二次审议稿到草案三次审议稿介绍·····	237
草案三次审议稿花脸稿（以二审稿为底稿）·····	272
草案三次审议稿干净稿·····	297
从草案三次审议稿到大会草案介绍·····	321
大会草案花脸稿（以三审稿为底稿）·····	351
大会草案干净稿·····	376
从大会草案到民法总则介绍·····	400
民法总则花脸稿（以大会草案为底稿）·····	416
民法总则·····	441
后记·····	465

# 《中华人民共和国民法总则 (草案征求意见稿)》介绍

## 一、民法总则立法的总体背景

这次民法总则的立法工作,从一开始就是作为民法典编纂工作的一部分考虑和进行的。社会主义市场经济本质上是法治经济,编纂民法典是健全社会主义市场经济制度,完善中国特色社会主义法律体系的必然要求,也是保障经济持续健康发展的现实需要。同时,民法典也是社会生活的百科全书。改革开放初期,立法机关就组织过民法典的起草工作,由于民法涉及面广,内容复杂,当时制定一部完备的民法典条件还不具备,为了加快民事立法,就按照“成熟一个通过一个”的工作思路,先将那些急需的、比较成熟的部分,制定为民事单行法。现行的《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)、《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)就是在这种背景下制定的。同时还在一大批其他法律中作出了有关民事规范的法律规定。1986年4月六届全国人大第四次会议通过的《民法通则》,包括第一章基本原则、第二章公民(自然人)、第三章法人、第四章民事法律行为和代理、第五章民事权利、第六章民事责任、第七章诉讼时效、第八章涉外民事关系的法律适用和第九章附则,共9章156条,被认为是当时背景下具体而微之小民法典。1999年3月九届全国人大第二次会议通过的《合同法》,共23章428条。作为规范市场交易行为的一部基本法律,合同法是我国民事立法上的一个里程碑,反映了现代市场经济的共同规则,也是民法典的重要内容。随着民事法律规范体系的不断完善,司法实践积累了不少经验,民法理论研究成果也日益丰富。合同法通过以后,民法学界陆续提出了若干民法典草案建议稿。

2002年,根据九届全国人大常委会立法规划和常委会工作报告关于“要

加快物权法的起草和民法典的编纂工作”的要求,全国人大常委会立法工作机构在已有民事法律和物权法草案起草的基础上,参考学者建议稿、司法解释、国外立法等材料,起草了民法草案。2002年12月,九届全国人大常委会第三十一次会议对民法草案进行了审议。民法草案共9编、1209条,10万余字,第一编总则、第二编物权法、第三编合同法、第四编人格权法、第五编婚姻法、第六编收养法、第七编继承法、第八编侵权责任法、第九编涉外民事关系的法律适用法。草案中的合同法、婚姻法、收养法和继承法作为2002年前颁布的法律,是直接汇编到民法草案中的。2004年10月,全国人大法律委员会在十届全国人大常委会第十二次会议关于物权法草案的情况汇报中提出,九届全国人大常委会第三十一次会议对《中华人民共和国民法(草案)》进行了初次审议。“不少常委会组成人员以及有关方面认为,民法涉及面广、内容复杂,一并研究修改历时较长,以分编审议通过为宜,当前应抓紧制定物权法。十届全国人大常委会立法规划列入了民法草案中的物权法、侵权责任法和涉外民事关系的法律适用法。今年的立法计划要求将物权法草案提请常委会再次审议……法律委员会根据常委会组成人员以及地方、部门和专家的意见,对民法草案第二编物权法进行了修改,形成了《中华人民共和国物权法(草案)》。”此后,物权法草案又经过全国人大常委会5次审议,2007年3月十届全国人大第五次会议审议通过了《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》),共19章,247条。其后,2009年12月十一届全国人大常委会第十二次会议通过了《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》),共12章,92条。2010年10月十一届全国人大常委会第十七次会议通过《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《涉外民事关系法律适用法》),共8章,52条。至此,民法通则的各部分制度,除了民法总则方面的相关内容外,基本都在各民法单行法中很大程度地丰富了。此后,全国人大常委会立法工作机构在修改民事诉讼法、消费者权益保护法等立法工作之外,也继续进行着民法典相关的研究工作。

党的十八届四中全会提出了“编纂民法典”这一重大立法任务。编纂民法典是对现行民事法律规范进行系统整合,编纂一部适应中国特色社会主义发展要求,符合我国国情和实际,体例结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典。编纂民法典不是制定全新的民事法律,而是对现行分别规定的民事法律规范进行科学整理;也不是简单的法律汇编,法律汇编不对法律进行

修改,而法典编纂不仅要去除重复的规定,删繁就简,还要对已经不适应现实情况的现行规定进行修改完善,对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。改革开放以来,我国分别制定了《民法通则》《继承法》《中华人民共和国收养法》(以下简称《收养法》)《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等一系列民事法律,修改了《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》),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比较高。编纂民法典已经具备了较好的主客观条件。经同有关方面反复研究,编纂工作按照“两步走”的工作思路进行:第一步,编纂民法典总则编(即中华人民共和国民法总则),经全国人大常委会审议后,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;第二步,编纂民法典各分编,拟于2018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月将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过,从而形成统一的民法典。按照进度服从质量的要求,具体安排可作必要调整。全国人大常委会法工委民法室从2015年年初开始,就本着“两步走”的思路,在先前工作的基础上,着眼于民法总则的内容,梳理民法通则的规定,分析重点相关的司法解释,整理比对学者建议稿总则部分,了解国外立法例以及新发展,并以此为基础着手起草民法总则的民法室室内稿。

## 二、形成民法总则草案征求意见稿期间的主要立法活动

2015年1月28日

全国人大常委会法制工作委员会召开民法典编纂工作座谈会,研究启动民法典编纂工作及民法总则起草工作,法工委副主任信春鹰主持会议。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、中国法学会等五家民法典编纂工作参加单位的同志和王利明、孙宪忠、尹田、杨立新、李永军、王轶等专家参加了会议。大家就民法典编纂的总体思路、民法典的体例结构、民法典编纂的工作步骤、民法典编纂的工作方式以及民法总则的起草等问题发表了意见。

2015年3月20日

全国人大常委会法制工作委员会召开民法典编纂工作协调小组第一次会议,法工委主任李适时主持会议,法工委副主任信春鹰参加会议并介绍了



民法典编纂的工作思路和下一步的工作考虑。最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办公室、中国社会科学院、中国法学会等五家单位的负责同志,以及胡康生同志和王利明、孙宪忠、崔建远等专家参加了会议并发表意见。

2015年3月31日

为求有的放矢,法工委民法室草就民法总则室内初稿,分为一般规定、自然人、法人、非法人组织、法律行为、代理、民事权利的行使和保护、诉讼时效和除斥期间、期日与期间与附则10章,共128条。初步起草的大体思路包括:遵循理论界和实务界的通说和相对共识;从体例结构到具体内容要体现民商法的共通性规则;内容取舍上把握问题导向,着眼于法律意义上的民法总则,而非学理意义上的民法总论。

2015年4月15日至19日

法工委民法室赴江西、广东,就民法总则立法进行调研,分别在江西省高级人民法院、景德镇市中级人民法院、深圳市中级人民法院、深圳前海合作区人民法院召开座谈会,了解司法实践中遇到哪些涉及民法总则的突出问题,听取法官对民法总则立法的建议。

2015年4月28日

法工委民法室召开法人制度相关问题座谈会,重点了解如何针对事业单位、社会团体、民办非企业单位和基金会等组织进行法人分类,如何规定不具备法人资格的其他组织的民事主体地位,以及上述这些组织的实际情况、存在的突出问题、今后改革的方向和立法建议等。中央机构编制委员会办公室事业单位登记管理局,国务院法制办公室社会管理法制司,民政部政策法规司、民间组织管理局、基层政权和社区建设司,教育部法制办公室,农业部经管司、政法司,住房和城乡建设部法规司,国家卫生和计划生育委员会法制司,国家工商总局法规司的同志参加了会议,介绍情况并发表意见。

2015年5月11日

法工委民法室召开监护制度相关问题座谈会,了解监护制度的有关情况及存在的问题,听取相关立法建议。最高人民法院民一庭、研究室,民政部社会事务司、社会福利和慈善事业促进司、政策法规司,国家卫生计生委疾控局、法制司,团中央权益部,全国妇联权益部,中华全国律师协会未成年人保护专业委员会、民事专业委员会的同志参加了会议,介绍情况并发表

意见。

2015年5月13日至15日

法工委副主任信春鹰带领民法室的同志赴福建就民法总则立法进行调研,在福州市召开座谈会,听取福建省高级人民法院、法制办、民政厅、福州市中级人民法院等部门和全国人大代表、学者、律师对民法总则立法的意见。在厦门市召开座谈会,听取厦门市中级人民法院、漳州市中级人民法院、泉州市中级人民法院以及厦门市基层法院对民法总则立法的意见。

2015年5月20日

法工委与中国法学会在江苏省南京市联合召开民法总则立法座谈会,听取江苏省法学会、南京大学、复旦大学、浙江大学、山东大学、武汉大学、吉林大学、华东政法大学、西南政法大学、中山大学、烟台大学、南京师范大学共12家法学教学研究机构为民商法专家学者对民法总则的立法意见。

2015年5月21日至22日

法工委民法室赴江苏就民法总则立法进行调研,在南京市召开基层法院、基层民政部门、居委会及律师座谈会,在宜兴市宜城街道仓浦村召开基层民政部门及村委会座谈会,了解实践中监护制度的实施情况、面临的突出问题,听取完善监护制度的立法意见。

2015年6月3日

法工委民法室与国家宗教局座谈,听取国家宗教事务局政法司的同志对宗教活动场所民事主体地位有关情况的介绍。

2015年8月28日

法工委民法室形成民法总则(2015年8月28日民法室室内稿),内容包括:第一章一般规定;第二章自然人,其中第一节民事权利能力和民事行为能力,第二节监护,第三节宣告失踪和宣告死亡,第四节个体工商户、农村承包经营户;第三章法人,其中第一节一般规定、第二节机关和事业单位法人、第三节社团法人、第四节捐助法人(另一方案:财团法人);第四章其他组织;第五章法律行为,其中第一节一般规定、第二节意思表示、第三节法律行为的效力、第四节法律行为的附条件和附期限;第六章代理,其中第一节一般规定、第二节委托代理、第三节代理关系的终止;第七章民事权利的行使和保护;第八章期间和时效,其中第一节期间、第二节诉讼时效、第三节除斥期间;第九章附则。共9章,160条。

2015年9月14日至16日

法工委民法室在机关办公楼第二会议室召开民法总则立法专家座谈会,为期3天,听取对民法总则(2015年8月28日民法室室内稿)的意见和建议。参加会议的有:中国社会科学院梁慧星、孙宪忠,中国人民大学王利明、杨立新、张新宝、王轶、刘春田,北京大学尹田、常鹏翱、刘凯湘,清华大学崔建远,中国政法大学李永军、王卫国、赵旭东,烟台大学郭明瑞,复旦大学刘士国,厦门大学徐国栋,浙江大学张谷,中南财经政法大学张红等专家以及中国社会科学院、中国法学会两家民法典编纂参加单位的同志。

2015年9月30日

法工委民法室形成民法总则(2015年9月30日民法室室内稿),9月30日稿与8月28日稿相比,主要是修改了关于法人部分的规定。

2015年10月8日至10日

法工委民法室在最高人民法院法官之家召开民法总则立法法院系统座谈会,听取最高人民法院、最高人民检察院和国务院法制办公室三家民法典编纂工作参加单位和部分地方法院的法官对民法总则(2015年9月30日民法室室内稿)的意见和建议。参加会议的有:最高人民法院审判委员会专职委员杜万华和研究室、民一庭、民二庭、民三庭、民四庭、环资庭、司改办的同志,新疆、江苏、重庆、黑龙江、山东、广西、北京、江西、湖南、广东、四川、上海、福建、浙江、湖北、江苏等省市区高级人民法院的同志,以及最高人民检察院法律政策研究室、国务院法制办政府法制协调司的同志。

2015年10月27日

法工委民法室召开民法总则监护问题座谈会,听取对民法总则(2015年9月30日民法室室内稿)监护部分的意见和建议。民政部社会事务司、社会福利和慈善事业促进司、政策法规司,国家卫生计生委疾控局、法制司、医政医管局,团中央权益部,全国妇联权益部,中国残联维权部,北京青少年法律援助与研究中心、北京安定医院等单位的同志,北京大学马忆南,中国人民大学朱岩、龙翼飞,中国政法大学费安玲、夏吟兰,中国社会科学院曲相霏等专家和部分律师参加了会议并发表意见。

2015年10月28日

法工委民法室召开民法总则法人问题座谈会,听取对民法总则(2015年9月30日民法室室内稿)法人部分的意见和建议。中编办事业单位登记管

理局,国务院法制办政府法制协调司,民政部民间组织管理局、政策法规司,农业部政法司、经管司,国家工商总局法规司,国家宗教事务局政策法规司,中华全国供销合作总社,全国律协等单位的同志,北京大学王成,中国人民大学刘俊海,中国政法大学柳经纬、于飞、王涌等专家参加了会议并发表意见。

2015年11月1日至6日

法工委民法室赴广东、浙江,就是否赋予宗教活动场所法人地位问题进行调研,分别在广州市、深圳市,杭州市、宁波市了解情况,听取宗教事务部门、宗教团体和宗教界人士的意见,走访宗教活动场所。

2015年11月17日至18日

法工委民法室赴法工委基层立法联系点湖北省襄阳市就民法总则的有关问题进行走访调研。调研组分别走访了襄阳市襄城区檀溪湖社区居委会和怡和苑小区业主委员会,与其负责同志和居民代表进行了座谈交流。

2015年11月18日至19日

法工委民法室赴湖南省长沙市就民办学校和民办医院民事主体的有关问题进行走访调研。调研组走访了湖南信息学院和湖南旺旺医院,与其负责同志进行了座谈交流;并召开由省人大法制委、教科文卫委,省高级法院,教育厅,卫计委,民政厅和全国人大代表参加的座谈会。

2015年12月9日

法工委民法室形成民法总则(2015年12月9日民法室室内稿)。内容包括:第一章一般规定;第二章自然人,其中第一节民事权利能力和民事行为能力、第二节监护、第三节宣告失踪和宣告死亡、第四节个体工商户、农村承包经营户;第三章法人,其中第一节一般规定、第二节营利性法人、第三节非营利性法人;第四章其他组织;第五章民事法律行为,其中第一节一般规定、第二节意思表示、第三节民事法律行为的效力、第四节民事法律行为的附条件和附期限;第六章代理,其中第一节一般规定、第二节委托代理、第三节代理关系的终止;第七章民事权利及其行使和保护;第八章期间和时效,其中第一节期间、第二节诉讼时效、第三节除斥期间;第九章附则。共9章,161条。

2015年12月30日

法工委委会讨论民法总则(2015年12月9日民法室室内稿)。

2016年1月28日

全国人大常委会法制工作委员会召开民法典编纂工作协调小组第二次会议,法工委主任李适时主持会议。会议总结民法总则立法的前期工作,研究部署下一步工作。最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办公室、中国社会科学院、中国法学会五家单位的负责同志参加了会议并发表意见。

2016年2月3日

全国人大常委会法制工作委员会形成中华人民共和国民法总则(草案)(征求意见稿)。征求意见稿分为10章,共158条。法制工作委员会将征求意见稿印发省、自治区、直辖市的人大常委会,以及中央有关部门、有关人民团体和社会组织、部分高等院校和研究机构、基层立法联系点和一些全国人大代表征求意见。

### 三、民法总则草案征求意见稿的主要内容和立法背景

#### (一)关于一般规定

##### 1. 民事主体的范围

征求意见稿第二条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的人身关系和财产关系。”

民法总则到底是规定两主体,还是三主体,历来存在不同意见。《民法通则》第二条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”该条规定了两主体。在2002年九届全国人大常委会第三十一次会议审议的民法草案起草过程中,这是一个争论激烈的问题。最终民法草案第一编总则第二条规定:“中华人民共和国民法调整平等主体的自然人之间、法人之间、自然人和法人之间的财产关系和人身关系。”即与民法通则的规定基本一致,也是规定了两主体。

在起草民法总则过程中,争论继续。有的意见提出,承认其他组织的民事主体地位,理论上存在重大问题。有民事权利能力,才有主体资格。其他组织没有民事权利能力,如果赋予其主体资格,承认其民事主体地位,相关民法理论都要推倒重来。实务中出现的非法人团体的情况,只是为了签合同、诉讼等的操作方便。签合同可以,但权利义务最终不是他的,责任也不是他的。从实际情况看,合同法上给一个当事人资格,诉讼法上给一个原被

告资格就足够了。有的意见提出,到底“其他组织”包括哪些组织,至今都还是一个争论很大,搞不太清楚的问题。多数意见认为,立法应当结合国情,结合实际,已经有几十部法律规定了“其他组织”作为民事活动的主体,合伙企业法、个人独资企业法等法律也对典型的其他组织作了明确规定,应当承认其他组织的民事主体地位。有的提出,解决其他组织的民事主体地位问题,一个办法是修改法人的概念,放宽到可以承担无限责任;另一个办法是将其他组织单独规定为一类民事主体。还是后一种办法好,法人和有限责任联系在一起在我国已经深入人心,而且还牵扯行政管理、税收等问题,难以调整。有的提出,民事主体的范围,不存在一个客观的标准,而是由共识决定,由国家立法决断。因此,民法总则从起草之初,就采用了三主体的模式。民法室初稿曾借鉴有的专家建议稿,使用了“非法人组织”的表述,同时作为第四章的章名,并规定:“非法人组织是指不具有法人资格但依法能够以自己名义参加民事活动的组织。”后来大家讨论,一是感觉拗口,二是考虑到大量法律已经因循使用“其他组织”的概念,存在民法总则将来与这些法律协调衔接的问题,便在起草 2015 年 8 月 28 日民法室室内稿时就已改为“其他组织”。

## 2. 民法法源

征求意见稿第九条规定:“处理民事关系,应当依照法律规定;法律没有规定的,也可以适用习惯,但不得违背公序良俗。”

关于法律规定,有的意见提出,应当增加列举行政法规、地方性法规、司法解释等,这些也都是民法法源。有的意见认为,不同于针对具体事项的规范,在抽象性规范中提及“法律”,包括应当适用的各种具体的规范类型,乃不言自明,不但简洁,包容性也好。征求意见稿第七条规定的“民事活动应当遵守法律”,其中的“法律”也同此意涵。并不影响行政法规、地方性法规、司法解释等依照立法法的相关规定,作为民法的法源。这种意见得到采纳。

关于习惯,不少意见反对在民法总则中规定习惯作为民法法源。理由是:一是,不利于法制统一。由于习惯具有地域性,各地习惯都不同,如规定习惯为民法的法律渊源,将导致对同一法律问题,各地法官依不同习惯处理将做出不同裁判,有损法制统一性、权威性。二是,不便于司法操作。对于特定民事纠纷,是否存在相应的习惯,面临当事人该如何举证证明、法官如何判断习惯是否有效等问题。三是,不利于移风易俗。四是,有悖于法治精

神。强调习惯的效力,将不利于民众规则意识的养成,与法制建设相矛盾。有的意见提出,可以在民法典各分编引入具体习惯作为补充性的法律渊源,可以限制习惯的领域和范围,实践中容易达成共识。多数意见赞成规定习惯,认为合同法、物权法、海商法、婚姻法等法律以及司法解释都规定了在法律法规没有规定时习惯对当事人具有约束力。在司法实践中将习惯用于认定案件事实、辅助裁判说理、填补法律漏洞、平衡各方利益的情况也不少,后两项作用在一定程度上就具有法律渊源的功能。我国幅员辽阔,民族众多,在特定地域、行业、民族内还有一些习惯难以一时彻底革新,习惯成为调整人际关系的有效规则。而且,我国的民事立法中引入了较多西方法律规范,这些规则未必适合特定领域的现实需要。因此,将习惯作为民事法律的渊源既能满足社会现实的需要,也能调和民事立法与当地社情民意间的矛盾,以充分实现自治,实现形式正义与实质正义的统一,有助于优化社会治理,有利于填补法律漏洞。这种意见得到采纳。

关于法理,多数专家建议稿都规定法理作为民法法源。认为法理应作为法律渊源的理由包括:法理作为法律的基本精神和学理,将其作为法律渊源可以弥补民事法律规范的不周延性。将法理作为民法的渊源,则可防止出现民法典因有漏洞无法解决新问题的局面,克服民法典的滞后性,实现民法典的灵活性。法理作为民法的法律渊源,不仅民法理论界普遍认可,且在其他很多国家、地区的民法典中都有类似规定。但也有不少意见反对规定法理。有的意见提出,法理的内涵不明确,外延难界定。目前在我国,往往是对于同一法律问题学者众说纷纭,缺乏权威性。有的意见提出,我国法官队伍人数众多而素质参差不齐,如果法律明文规定“可以适用法理”,难免导致滥用。依靠专家意见也会有问题,司法实践已有反映,有的专家对同一法律问题出具过自相矛盾的意见。因此,规定法理可能引发新的司法不公。有的意见提出,依照我国文化传统,规定法理作为民法法源势必为公众质疑:并非明文规范的法理何以对其具有约束力。有的意见认为,适用法理乃是庸人自扰,没有必要。对于法律规定不完善之处,完全可借助司法解释、法律的类推适用或适用基本原则等手段解决。规定法理作为民法法源的其他国家和地区民法典多不规定基本原则,我国民法规定的平等、自愿、公平、诚实信用等基本原则,体现的就是民法的基本精神和法理。征求意见稿采纳了这些意见,在第九条中没有规定法理。

### 3. 国际条约的适用

《民法通则》第一百四十二条第二款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”有的意见提出，民法总则应当继续保留民法通则的这一规定。这是在处理民事关系时解决国际条约与国内法冲突的基本规范，海商法、民用航空法、票据法、民事诉讼法也都有与此内容相同的规定。有的意见则认为，这个问题较为复杂，民法通则的这一规定过于简单绝对，国际条约与国内法的冲突实质涉及国际条约在一个国家法律体系中的效力等级。国际条约对一国生效后，无论是被直接适用，还是被转换适用，都存在与该国其他法律的效力等级问题。根据我国缔结条约程序法的规定，不同国际条约的缔结程序是不同的，有的必须经全国人大常委会决定批准，有的只需国务院核准，有的由有关部门签署即对我国生效。从法理上讲，经过不同程序缔结的国际条约应具有不同法律效力。全国人大常委会决定批准的国际条约，与我国的法律应处于同一位阶；国务院核准的国际条约，与行政法规属于同一位阶；无须决定批准或者核准的国际条约，其效力与部门规章相同。效力较高的法律可以推翻效力较低的国际条约在国内的实施。因此，在我国泛泛规定“国际条约优先于国内法”是不妥当的，适宜的做法是根据不同效力等级的国际条约确定与国内法律的关系。根据国际条约的性质，有的国际条约对当事人是强制性规范，有的国际条约对当事人是任意性规范。任意性规范取决于当事人的选择，不一定优先于国内法。强制性规范与国内法冲突时，到底是选择绝对遵守国际条约还是维护国内法的权威，也不是一个单纯的立法技术问题。有的意见提出，知识产权虽然也属于民事领域，但知识产权国际条约通常不能直接在国内适用，而是要转化为国内法。法院只能适用我国国内知识产权法。当我国知识产权法与国际条约相冲突时，我国立法机关有义务修改国内法，但法院不能直接适用国际条约。有的意见认为，这一问题应当由宪法或者立法法规定较为妥当，这也是国外的通常做法。综合这些意见，征求意见稿对此暂不规定，留待以后继续研究。另外，在2010年10月十一届全国人大常委会第十七次会议对涉外民事关系法律适用法草案三审时，全国人大法律委员会关于《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法（草案）》审议结果的报告中也提出，“还有一个问题需要说明。有的常委委员和专家建议在本法中



规定国际条约的适用问题。法律委员会经同最高人民法院和有关专家研究,国际条约涉及面广,情况复杂,对国际条约的适用问题,各方面有不同意见,实践中也有不同做法。在本法中对国际条约的适用问题不作规定为宜。本法对该问题不作规定,民法通则、民事诉讼法等法律中有关规定仍然适用,以后在其他法律中还可以再作规定。据了解,国外一般也不在法律适用法中规定国际条约的适用问题。”

## (二)关于自然人

### 1. 限制民事行为能力的未成年人年龄下限

征求意见稿第十七条规定:“六周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为;其他民事法律行为由其法定代理人代理,或者征得其法定代理人同意后实施。”第十八条规定:“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实施民事法律行为。”

民法总则立法过程中,对限制民事行为能力的未成年人年龄下限应当如何规定,有不同意见。有的提出,应当保持法律规定的延续性,维持民法通则规定的十周岁不动。有的建议适当降低,降到八周岁或者七周岁。从2015年8月28日民法室室内稿开始,采纳的是降为六周岁的意见。归纳起来,建议规定为六周岁的意见认为,虽然民法通则对此规定为十周岁,下降幅度较大,但基本符合我国此年龄阶段未成年人的心智成熟程度与认知能力水平,也同我国《义务教育法》第十一条关于年满六周岁的儿童须接受义务教育的规定相协调,在实践中易于执行、掌握,操作性较好。外国立法例多是“七周岁”,但一般立法年代较早,规定六周岁是符合社会发展的。有人提出六周岁的孩子还没有是非观念,这样规定不利于对孩子的保护。民法上限制行为能力的年龄下限,是一种“地板”标准,只要未成年人能够独立从事一些简单的,与年龄智力相适应的,但也属于民事法律行为的活动,比如买文具、图书、零食,或者大家戏称的“打酱油”,那么就应当是法律意义上的限制民事行为能力人。真的需要是非观的,肯定是与年龄智力不相适应的,对此法律规定得也很清楚,由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认,否则是无效的。哪怕是十周岁的孩子把家里的牛卖了十块钱,发生纠纷,任何法院也不会认为这是与其年龄智力相适应,何况是六周岁。这也是