

中国民法典草案建议稿

中国民法典立法研究课题组

课题组负责人 梁慧星

第二版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典草案建议稿 / 梁慧星组织编写. —2 版.
—北京:法律出版社,2011.6
ISBN 978-7-5118-2217-8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 112871 号

中国民法典草案建议稿
(第二版)

课题组负责人 梁慧星

责任编辑 刘彦洋 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.25 字数 348 千

版本 2011 年 7 月第 2 版

印次 2011 年 7 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2217-8

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国民法典立法研究课题组成员

- 梁慧星 研究员、博士生导师，中国社会科学院法学研究所
孙宪忠 博士、研究员、博士生导师，中国社会科学院法学研究所
尹田 教授，北京大学法学院
郭明瑞 博士、教授，烟台大学法学院
崔建远 教授，清华大学法学院
陈甦 研究员，中国社会科学院法学研究所
张新宝 博士、教授，中国人民大学法学院
张广兴 研究员，中国社会科学院法学研究所
邹海林 博士、研究员，中国社会科学院法学研究所
房绍坤 博士、教授，烟台大学法学院
刘士国 博士、教授，复旦大学法学院
陈华彬 博士、教授，中央财经大学法学院
傅静坤 博士、教授，深圳大学法学院
于敏 博士、研究员，中国社会科学院法学研究所
渠涛 博士、研究员，中国社会科学院法学研究所
陈晓 博士，中国建设银行总行法律部部长
韩世远 博士、教授，清华大学法学院
关涛 博士、教授，烟台大学法学院
徐海燕 博士、教授，对外经济贸易大学法学院
龚赛红 博士、教授，北京化工大学法学院
王轶 博士、教授，中国人民大学法学院
薛宁兰 研究员，中国社会科学院法学研究所
王丽萍 博士、教授，山东大学法学院
侯利宏 助理研究员，中国社会科学院法学研究所
谢鸿飞 博士、副研究员，中国社会科学院法学研究所
李霞 博士、教授，山东大学法学院

课题组负责人：梁慧星

修订版序言

亨利·梅因爵士在《古代法》一书中指出,人类社会法律发展的进程是,先有习惯法,然后由习惯法进到成文的法典法。据法律史学者的研究,中国法律的历史可以追溯到公元前 21 世纪的夏代。古文獻记载,夏代的法律称做“禹刑”,商代的法律称做“汤刑”,周代的法律有“九刑”和“吕刑”。这些法律,应属于梅因爵士所谓的习惯法。中国法律由习惯法向成文法的演进,发生在春秋战国(公元前 770 ~ 公元前 256 年)时期。这一时期,适应社会发展的要求,各诸侯国纷纷编纂、公布成文法。如郑国(公元前 806 ~ 公元前 375 年)于公元前 536 年“铸刑书于鼎”,公布成文法。晋国(公元前 715 ~ 公元前 349 年)于公元前 513 年“铸刑鼎”,公布成文法。魏国(公元前 403 ~ 公元前 225 年)的李悝(? ~ 约公元前 395 年)在收集整理各诸侯国法律的基础上,著《法经》六篇,被认为是体系比较完整的成文法典。公元前 221 年秦统一中国,建立中央集权的专制帝国,以魏国的《法经》为蓝本,制定“秦律”。汉代在“秦律”基础上加以增删,制定“九章律”。此后的历代王朝,均重视成文法典的编纂,产生过诸如“隋律”、“唐律”、“明律”、“清律”等杰出的成文法典,并对东北亚、东南亚诸国的法制产生过重大影响。中国法律,自春秋战国时期实现成文化,直至清代末期,经过两千多年的发展,形成沿革清晰、特点鲜明的法律体系,被称为世界五大法系之一——中华法系。

中国法律,从春秋战国时期魏国的《法经》,直到最后一部封建法典《大清律例》,都是以刑法规范为主,兼及民事、行政和诉讼等方

面的内容。学者称为“诸法合体,以刑为主”。值得指出的是,历代成文法典,即使涉及民事生活关系,也以规定采用刑罚制裁为限,实质上仍属于刑法规范,与现今所谓民法不同。现今所谓民法,特指近现代民法。其基本特征是:主体地位平等、意思自治、私权不受侵犯、过失责任。中国历史上不存在现今所谓民法,是因为在漫长的封建社会,自给自足的自然经济形态始终居于主体地位,历代封建王朝始终实行“重农抑商”政策,抑制商品生产和商品交换,并在政治上实行封建君主专制主义统治,不具备产生诸如自由、平等、权利、义务等近代民法观念的条件。现今中国民法,非中国所固有,而是清朝末期从外国继受而来。

进入19世纪,中国封建社会已经腐朽没落。中国在第一次鸦片战争(1840~1842)和第二次鸦片战争(1856~1860)中战败,被迫签订割地、赔款、丧权、辱国的一系列不平等条约。鸦片战争之后,中国逐步沦为半殖民地国家。中华民族开始了一百多年屈辱、苦难、探索和斗争的历程。两次鸦片战争的失败,表明中国与西方列强之间在军事和科学技术上存在巨大差距,促使清王朝统治集团内部分化出主张学习西方先进科学技术的洋务派。19世纪60年代至90年代末,贯彻洋务派的主张,中国兴起学习西方先进技术、购买西方新式武器、创建新式军队、创办军事工业和民用工业的“洋务运动”。在不长的时间,中国创建了近代的陆军和海军,建成近代军事工业体系和民用工业体系,中国资本主义有了初步的发展。

中国在公元1894~1895年的中日战争中被东邻日本战败,宣告“洋务运动”失败。中国人终于认识到:靠学习西方先进技术不能真正实现“自强”的目的,还必须学习西方政治法律制度。但统治集团内部“后党”与“帝党”之间,对于应否废弃中国传统法制意见冲突,不能达成共识。1900年8月,英、法、德、俄、美、日、意、奥八国联军攻占北京,慈禧太后和光绪皇帝仓皇出逃。次年,中国政府被迫与英、法、德、俄、美等11国签订不平等条约,其中规定中国政府支付赔款四亿五千万两白银。此次事变,终于促使统治集团内部达成共识:

中国要富强,非学习西方法律制度不可!1902年光绪皇帝颁布诏书,宣布实行“新政改革”。1907年委派沈家本、俞廉三、英端为修律大臣,设立修订法律馆,“参酌西洋法制”,起草民刑各法典。由此揭开中国继受外国法的序幕。

1908年民法典起草正式开始。由日本学者松冈义正负责起草总则、债权、物权三编,由曾经留学法国的陈篆与留学日本的高种、朱献文负责起草亲属、继承两编。1910年底,民法典起草完成,称为“大清民法草案”,设总则、债权、物权、亲属、继承五编,共1569条。1911年进入审议程序。因同年10月爆发辛亥革命,推翻清王朝,使这一民法典草案未能正式颁布生效。但是,通过这一民法典草案,德国民法的编纂体例及概念、原则、制度和理论体系被引入中国,对现代中国的民事立法和民法理论产生了深远的影响,且充分显示中华民族在外来压力之下,毅然决定抛弃固有传统法制,继受西方法律制度,以求生存的决心、挣扎和奋斗。

中华民国建立,北洋政府设立修订法律馆,主持起草民刑法典。于1925年完成民法修正案,称为“第二次民法草案”。该民法草案,是以“大清民法草案”为基础增删修改而成,共1745条。其总则编改动较少,仅增设关于“外国法人”、“行为能力”的规定;债编改动较大,采纳了瑞士债务法的若干原则,尤其第二章关于“契约”的规定,与“大清民法草案”不同;物权编增加规定“抵押权”和“典权”;亲属编的篇目有所变动,使逻辑更清晰,并增加关于“家产”、“亲子关系”、“养子”、“照管”的规定;继承编主要是文字和结构的改动,使逻辑更清晰严密。北洋政府司法部曾经通令各级法院,在裁判民事案件时可将“第二次民法草案”作为法理引用,但最终并未成为正式法律。

1927年4月中国国民党在南京成立国民政府。1929年1月,国民政府立法院设立民法起草委员会,由傅秉常、焦易堂、史尚宽、林彬、郑毓秀五人任起草委员,从同年2月1日开始起草民法典。民法起草委员会,以“第二次民法草案”为基础,采取分编修订、分编提交

立法院审议通过、分编公布实施的方式,至1930年12月26日,民法典各编先后审议通过、公布实施,称为《中华民国民法》,设总则、债、物权、亲属、继承五编,共29章,1225条。这一法典,着重参考德国民法典、日本民法典和瑞士债务法,对当时的苏俄民法典和泰国民法典也有所参考,是中国历史上第一部民法典。

近代各国制定民法典,都具有一定的政治目的。中国制定民法典的目的,在于废除领事裁判权。1843年签订的《中英五口通商附粘善后条款》和《中英五口通商章程》,开外国人在华享有领事裁判权之先例。此后法、美、挪、俄、德、荷等17国,均通过不平等条约取得在华领事裁判权。领事裁判权的存在,严重损害中国国家主权。因此,自清末以来,中国政府一直致力于废除领事裁判权。1902年,清朝政府与英、美、日、葡续订商约,四国先后承诺:以“中国法律制度皆臻完善”为放弃领事裁判权的条件。1927年南京国民政府与比利时、丹麦、西班牙、意大利续订商约,均规定以“1930年1月1日前颁布民商法典”为撤销领事裁判权的条件。可见,废除领事裁判权是导致中国继受西方法制、制定民刑法典的直接动因。但各国在华领事裁判权一直到抗战末期的1944年才被废除。而西洋法律之继受,对中国法制之现代化,具有深远重大的影响。

中国之继受大陆法系的德国民法,是受日本的影响。其所以不采英美法系,纯粹由于技术上的理由。大陆法系与英美法系,并无优劣高下之分,但英美法是判例法,不适于依立法方式予以继受。德国民法典和法国民法典,是大陆法系最著名的民法典。因德国民法典公布在后,其立法技术和内容比法国民法典进步,因此中国继受德国民法。中国法制因继受德国民法而实现近代化、科学化,此为继受德国民法之真正意义。

1949年,中国共产党领导的人民革命推翻国民党领导的国民政府,建立中华人民共和国。包括《中华民国民法》在内的国民政府“六法”被废除。1950年,参考《苏俄婚姻、家庭及监护法典》,制定新中国第一部《婚姻法》。1954年,全国人大常委会组织民法起草,

至1956年12月完成“民法草案”，分为总则、所有权、债、继承四编，共525条。此后发生“整风”、“反右”等政治运动，致民法起草工作中断。这一“民法草案”是以1922年的苏俄民法典为蓝本。例如，四编制体例的采用，将亲属法排除在民法之外；抛弃“物权”概念，仅规定“所有权”；不使用“自然人”概念而用“公民”概念代替；仅规定诉讼时效而不规定取得时效；强调对社会主义公共财产的特殊保护，等等。表明中国由此前继受德国民法，转而继受苏联民法。值得注意的是，虽然这一“民法草案”是以苏俄民法典为蓝本，但苏俄民法典本身也是参考德国民法制定的，这就决定了新中国民事立法和民法理论仍未脱离大陆法系的德国法系。

1962年，中国在经历三年自然灾害和“大跃进”、“共产风”造成的严重经济困难之后，调整经济政策，强调发展商品生产和商品交换，民事立法重新受到重视。同年开始第二次民法典起草，至1964年7月，完成“民法草案（试拟稿）”。起草人设计了一个既不同于德国民法也不同于苏俄民法的“三编制”体例：第一编“总则”、第二编“财产的所有”、第三编“财产的流转”。草案一方面将“亲属”、“继承”、“侵权行为”等排除在外，另一方面将“预算关系”、“税收关系”等纳入其中，且一概不使用“权利”、“义务”、“物权”、“债权”、“所有权”、“自然人”、“法人”等法律概念。显而易见，此次民法典起草，企图既摆脱苏联民法的影响，并与资产阶级民法彻底划清界限，是受当时中国共产党与苏联共产党意识形态论战的影响。

1964年起在全国范围内开展的“社会主义教育运动”（简称“四清运动”），导致新中国第二次民法起草工作中断。“四清运动”至1966年升级为“文化大革命”。“文化大革命”期间，各级人民法院、检察院和公安机关被撤销，称为“砸烂公、检、法”，中国大陆陷入无政府状态，包括政法学院在内的全部大学停办，法律教师和研究人員被驱赶到“五七干校”接受思想改造，致中国立法、司法、法律教学和法学研究完全中断。

1977年，中国在经历十年“文化大革命”之后实行“改革开放”，

从单一公有制的计划经济体制向市场经济体制转轨,民法的地位和作用受到重视。1979年11月在全国人大法制委员会设立民法起草小组,开始新中国第三次民法典起草。至1982年5月完成“民法草案(第四稿)”,包括:第一编“民法的任务和基本原则”、第二编“民事主体”、第三编“财产所有权”、第四编“合同”、第五编“智力成果权”、第六编“财产继承权”、第七编“民事责任”、第八编“其他规定”,共8编,43章,465条。其编制体例和主要内容,着重参考1962年的苏联民事立法纲要、1964年的苏俄民法典和1978年修订的匈牙利民法典。此后立法机关考虑到经济体制改革刚刚开始,社会生活处在变动之中,一时难以制定一部完善的民法典,于是决定解散民法起草小组,暂停民法典起草,改采先分别制定民事单行法,待条件具备时再制定民法典的方针。

1981年颁布《经济合同法》,包括:第一章总则、第二章经济合同的订立和履行、第三章经济合同的变更与解除、第四章违反经济合同的责任、第五章经济合同纠纷的调解和仲裁、第六章经济合同的管理、第七章附则,共47条。该法采用“经济合同”概念,强调按照国家计划订立、履行合同,规定经济合同管理机关有权确认合同无效,以及设立行政性经济合同仲裁制度,是受苏联经济法理论的影响。

1985年颁布《涉外经济合同法》,包括:第一章总则、第二章合同的订立、第三章合同的履行和违反合同的责任、第四章合同的转让、第五章合同的变更、解除和终止、第六章争议的解决、第七附则,共43条。由对外经济贸易关系的特殊性质所决定,该法不可能以苏联经济法理论为根据。除法律名称保留了“经济合同”概念,留有一点苏联经济法理论的痕迹外,整部法律的结构、基本原则和内容,主要是参考英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG),是中国民法继受英美法和国际公约的开端。

1986年颁布《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、第九章附则,共9章156条。《民法通则》的起草是以民法草案(第四稿)为基础,但基于改革开放以来强化对私权保护的要求,该法许多内容已经超越苏联和东欧民法。例如,《民法通则》总结新中国成立以来,特别是“文化大革命”期间侵犯人民私有财产和人身权的教训,在第五章第一节专设第75条第2款明文规定:“公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收”;在第五章专设第四节明文规定人民享有“生命健康权”(第98条)、“姓名权”(第99条)、“肖像权”(第100条)、“名誉权”和“人格尊严”(第101条)。并在第六章第三节明文规定侵害财产权的侵权责任(第117条)、侵害生命健康权的侵权责任(第119条)、侵害姓名权、肖像权、名誉权的侵权责任(第120条)及国家机关或者国家机关工作人员侵犯人民合法权益的民事责任(第121条)。《民法通则》的这些规定,具有极重大深远的历史意义,被称为中国的“人权宣言”。

进入90年代,中国从单一公有制的计划经济体制向社会主义市场经济体制转轨,与此相应,民事立法亦由继受苏联东欧民法,转向继受市场经济发达国家和地区民法。为适应发展现代化市场经济的要求,实现交易规则的统一及与国际接轨,1993年开始起草《合同法》,于1999年3月15日获得通过,同年10月1日生效(原《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止)。《合同法》采用德国民法的概念体系,许多原则和制度直接采自德国民法、日本民法和中国台湾地区民法,例如,缔约过失(第42、43条)、附随义务(第60条第2款)、后契约义务(第92条)、同时履行抗辩权(第66条)、不安抗辩权(第68、69条)、债权人代位权(第73条)、债权人撤销权(第74条)、承包人优先受偿权(第286条),等等。《合同法》参考借鉴英美契约法和《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)、《国际商事合同通则》(PICC)、《欧洲合同法原则》(PECL)的内容也不少,例如,将违约责任原则从过错责任改为严格责任(第107条),及规定预期违约(第94条第2项、第108条)、强制实际履行(第110

条)、可预见规则(第113条)、间接代理(第402、403条),等等。

为了实现有形财产归属和利用关系的基本规则的完善和现代化,1998年开始起草《物权法》,经过全国人大常委会先后七次审议,于2007年3月16日经第十届全国人大第五次会议通过,同年10月1日起施行(同时废止《担保法》有关担保物权的规定)。《物权法》同样采用典型的德国民法的概念体系,其物权变动模式采法国民法“债权合意主义”与德国民法“登记生效主义”相结合的折中主义,主要内容参考借鉴德国民法、法国民法、日本民法和中国台湾地区民法、中国澳门地区民法,也有继受英美财产法的制度。

中国之继受外国民法,迄今已逾百年。此百年继受过程,可划分为三期:从20世纪初至40年代末为第一期,其继受目标是大陆法系的德国民法,其立法成就是《中华民国民法》(迄今仅在中国台湾地区生效);从20世纪50年代初至70年代末为第二期,因为政治经济体制和意识形态的原因,将继受目标转向苏联民法和东欧民法,两次民法典起草均以失败告终;从20世纪70年代末开始为第三期,由继受苏联民法和东欧民法,主动转向主要继受市场经济发达国家和地区民法,其立法成就是《合同法》和《物权法》。自《合同法》开始,中国对外国民法的继受,从“单一继受”转向“多元继受”,使中国民法日益呈现“多元复合”的色彩,表明中国民法进入了一个新的发展阶段。

至90年代后期,中国致力于建立与社会主义经济相适应的完善的法律体系。按照构想,宪法和民法、刑法、民诉、刑诉等基本法应当制定成文法典。宪法、刑法、刑诉法、民诉法均已制定了成文法典,唯独民法未制定法典,只有一个《民法通则》和各民事单行法。由《民法通则》和《合同法》、《物权法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等民事单行法所构成的现行民法体系,毫无疑问在保障公民和企业的民事权利、规范市场交易秩序、维护社会公平正义和促进社会主义市场经济发展等方面,发挥了极其重大的作用。但是,《民法通则》毕竟不能代替民法典的地位和作用,且因《民法通则》和各民事单行法

制定的时间和背景的差别,难免造成现行民法体系内部的不协调,不能适应市场经济和社会生活对法律调整更高的要求。于是,中国民法典编纂,再次被提上日程。

1998年1月13日第八届全国人大常委会主管立法工作的副委员长王汉斌邀请民法学者江平、王家福、王保树、梁慧星、王利明座谈民法典编纂事宜,一致认为起草民法典的条件已经成就。王汉斌副委员长遂决定恢复民法典起草,并委托江平、王家福、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峣、魏耀荣九人组成民法起草工作小组,负责起草中国民法典。同年9月召开的民法起草工作小组第二次会议决议:委托梁慧星拟定“中国民法典大纲”。1999年10月,梁慧星完成《中国民法典大纲》。

2000年,梁慧星在原“中国物权法研究课题组”基础上,成立“中国民法典立法研究课题组”。课题组由中国社会科学院法学研究所、北京大学法学院、清华大学法学院、人民大学法学院、烟台大学法学院、复旦大学法学院、山东大学法学院、深圳大学法学院、北京化工大学法学院、对外经济贸易大学法学院和中国建设银行总行法律部的民法学者26人组成。课题组根据全国人大常委会法制工作委员会的委托,按照《中国民法典大纲》,起草中国民法典草案。2002年2月完成侵权行为编和继承编,4月9日完成总则编,4月13日完成债权总则编,5月中旬完成合同编,8月中旬完成亲属编,加上1999年完成的物权编(《中国物权法草案》),中国民法典草案(7编81章1947条)全部完成,并正式提交全国人大常委会法制工作委员会。草案完成后,课题组继续为民法典条文附加“说明、理由和参考立法例”,编撰《中国民法典草案附理由》。

《中国民法典草案》的结构是以潘德克顿式五编制为基础稍加变化。首先,将规范民事生活关系的规则,以法律关系为标准,划分为“物权”、“债权”、“亲属”、“继承”四编;其次,采用“提取公因式”方法从四编内容中抽出共同规则,作为民法典的“总则”编,形成民法典的“总则—分则”结构;再次,考虑到现代市场经济和科学技术

的发展,产生各种新的合同类型和新的侵权行为类型,致“债权编”内容膨胀而与其他各编不成比例,故参考荷兰新民法典的经验,将“债权编”分解为“债权总则”、“合同”和“侵权行为”三编,由“债权总则编”统率“合同编”和“侵权行为编”,形成民法典的“双层”结构。草案从编纂体例、章节的安排、原则和制度的设计,到法律条文的所有文字表述,均特别着重法典的逻辑性、体系性和可操作性,以求确保法院裁判的公正性、统一性,及人民据以预测自己行为法律后果的可预测性。

考虑到人格权的特殊性,属于主体对自身的权利,因出生而当然取得,因死亡而当然消灭,其取得与消灭均与人的意思无关,且原则上不能处分,不适用民法总则的规定,因此不采纳单独设“人格权编”的主张,而将人格权规定在总则编自然人一章。考虑到知识产权(特别是专利权、商标权)与行政程序不可分离,法律规则因科学技术的飞速发展而要求频繁修改,且现行专利法、商标法和著作权法已构成一个相对独立的知识产权法体系,因此不设“知识产权编”,而使专利法、商标法和著作权法仍作为民事特别法。考虑到涉外民事关系的法律适用规则的国际私法性质,及20世纪以来单独制定国际私法法典渐成趋势,因此不设“涉外民事关系法律适用编”,而建议另行制定“中国国际私法法典”。

草案从中国实行改革开放、发展现代化市场经济和建立全国统一市场的实际出发,认真总结改革开放以来的立法经验、司法实践经验和理论研究成果,广泛参考借鉴发达国家和地区的立法经验和判例学说,顺应人类社会进步和法律发展潮流,并注意与国际公约和国际惯例协调一致。在价值取向上以权利本位为主,兼顾社会公共利益;兼顾对个人物质生活条件的确保与对人格尊严的尊重;充分贯彻意思自治原理,强调对人民私权的切实保护,非基于社会公共利益目的并依合法程序不得予以限制;尽量兼顾社会正义与经济效益,兼顾交易安全与交易便捷;切实贯彻两性实质平等与保护弱者的原则,对劳动者、消费者、妇女、儿童、老人和残疾者实行特殊保护;既着重于

中国现实社会问题的对策,更着眼于中华民族的未来,旨在建立竞争、公平、统一的市场经济秩序,及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序,为在中国最终实现人权、民主、法治国和现代化奠定法制基础。

本草案于2002年完成并提交立法机关,2003年由法律出版社出版。本次修订,新增34个条文,删除15个条文,改动50多个条文,条文总数由1924条增至1945条。改动最大的是亲属编(第六编),即在第七十三章,新增关于子女在家庭中的权利义务的规定;第七十六章,新增关于成年照顾制度的规定,将章名改为监护与照顾,设两节:第一节未成年人监护,第二节成年人照顾;并相应在总则编自然人一章(第二章),对自然人民事行为能力制度作相应的修改和调整。

中国民法典立法研究课题组

负责人 梁慧星

2011年3月28日于北京

附记:《中国民法典草案建议稿英译本》(傅俊伟、Jacob S. Schneider等翻译),已由荷兰“博睿学术出版社”MARTINUS NIJHOFF publishers(简称BRILL)于2010年在荷兰莱顿和美国波士顿出版。

原 序

中国历史上实行专制体制,推行重农抑商政策,历代法典均属刑法,并无现代意义的民法。编纂民法典之议,始于19世纪末。1898年1月29日康有为的《上清帝第六书》,指出西方列强攫取我领事裁判权,借口是“我刑律太重而法规不同”,建议设“法律局”,“采罗马及英、美、德、法、日本之律”,制定民法、商法等“我夙无”的法律。1902年光绪皇帝下诏:参酌外国法律,改订律例。1908年开始编纂民法典,至1910年完成《大清民律草案》,因辛亥革命推翻帝制而未能正式颁行。民国建立后,北洋政府继续进行法典编纂,于1925年完成《中华民国民律草案》。亦未正式颁行。但当时司法部曾通令各级法院作为条理引用。1927年北伐成功,中国国民党领导的国民政府成立,1929年1月设立民法起草委员会着手编纂民法典,至1930年12月26日,完成《中华民国民法》并颁布施行,是中国历史上第一部民法典。1949年,中国共产党领导的人民革命取得胜利,建立中华人民共和国,中央人民政府明令废除包括《中华民国民法》在内的“民国六法”。迄今曾进行过三次民法典编纂,前两次是在1954~1956年、1962~1964年,均因政治运动而告中断。第三次民法典编纂从1979年开始,至1982年已草拟《中华人民共和国民法草案(一至四稿)》,后因立法方针改变而宣告暂停。

1998年1月13日全国人大常务委员会副委员长王汉斌邀请民法学者王家福、江平、王保树、梁慧星、王利明座谈民法典起草事宜,一致认为起草民法典的条件已经成就。王汉斌副委员长遂决定立即

恢复民法典编纂,并委托王家福、江平、魏振瀛、王保树、梁慧星、王利明、费宗祎、肖峣、魏耀荣九人组成民法起草工作小组,负责编纂民法草案。同年3月民法起草工作小组第一次会议讨论了梁慧星提出的《物权法立法方案草案》,决议委托梁慧星负责起草物权法草案。同年9月3日民法起草工作小组第二次会议讨论了分别由中国政法大学民法教研室和杨振山、中国人民大学法学院王利明和中国社会科学院法学研究所梁慧星设计的三个民法典方案,并决议委托梁慧星起草民法典大纲草案。1999年10月梁慧星负责起草的《中国物权法草案建议稿》和《中国民法典大纲草案》完成。

2000年梁慧星以《中国民法典立法研究》课题申报中华社科基金成功,即在原“物权法研究课题组”基础上成立由25人组成的“中国民法典立法研究课题组”,按照《中国民法典大纲草案》起草民法典。至2002年2月完成侵权行为编和继承编,4月9日完成总则编,4月13日完成债权总则编,5月中完成合同编,8月中完成亲属编,加上1999年完成的物权编(《中国物权法草案建议稿》),《中国民法典草案》全部完成,计7编,81章,1924条。其中,总则编、物权编、债权总则编和合同编,受有立法机关正式委托;侵权行为编、亲属编和继承编,未有立法机关正式委托。草案在提交立法机关的同时,发表于人民大学的中国民商法律网。

草案编纂体例采潘德克吞式,将规范民事生活关系的规则,以法律关系为标准,划分为物权、债权、亲属、继承四编,再将各编共同规则包括权利主体、法律行为、代理、诉讼时效和期日期间等抽出,作为民法典的总则编,形成法典“总则一分则”结构。鉴于现代市场经济的发展,产生各种新的合同类型和新的侵权行为类型,致债权编条文数剧增而与其他各编不成比例,遂参考荷兰新民法典将债权编分解为债权总则、合同和侵权行为三编,形成法典“双层”结构。草案从编纂体例、章节安排、制度设计到每一条款的文字表述,均特别着重于法律的逻辑性、体系性和可操作性,旨在确保法院裁判的公正性、统一性,及人民据以预测自己行为法律后果的可预测性。

草案在认真总结改革开放以来的立法经验和司法经验基础上,密切结合中国社会生活的实际,广泛参考借鉴发达国家和地区的立法经验和判例学说,顺应社会进步和法律发展之潮流,并注意与国际公约和国际惯例协调一致。在价值取向上以权利本位为主,兼顾社会公共利益;兼顾个人物质生活条件之确保与人格尊严之尊重;充分贯彻意思自治原理,强调民事权利的切实保护,非基于社会公共利益并依合法程序不得限制;兼顾社会正义与经济效率,兼顾交易安全与交易便捷;切实贯彻两性实质平等与弱者保护之原则,对劳动者、消费者、妇女、儿童、老人和残疾者实行特殊保护;既着重于中国现实社会问题的对策,更着眼于中华民族之未来,旨在建立竞争、公平、统一的市场经济秩序,及和睦、健康、亲情的家庭生活秩序,为中国最终实现真正的人权、民主、法治国和现代化奠定基础。

课题组全体同志深知,国家立法之权操在立法机关,现今之立法体制尚未符合立法科学化与民主化的要求,民法起草工作小组亦徒有虚名,专家建议并未受到真正重视,不敢奢望此民法典草案能为立法机关所采纳。但课题组全体同志本着对科学、民主、法治之追求,对人民、民族、国家、学术负责之精神,倾其心力,谨慎从事,完成此民法典草案,虽因学识、眼界、社会经验和时间的局限,对中国社会问题的把握或有不准,对国外立法例的取舍或有未当,所作制度设计和法律对策或有不切合实际,草案仍不失其学术意义和实践价值。遂决定将草案全稿公开出版,若能为各界人士所了解、掌握,作为评价、检讨、完善正式提交审议的法制工作委员会民法典草案的参照,并为各级法院民事法官裁判案件提供参考,为此后学习、研究、讲授民法的学生、学者、教员提供参考,则幸甚!

是为序。

中国民法典立法研究课题组

负责人 梁慧星

2003年1月4日于深圳