

【法治前沿】

我国未来民法典中主体制度的设计思考

李永军

(中国政法大学 民商经济法学院 北京 100088)

摘要: 民法典编纂过程中,对于主体部分的设计存在争议。“总则”的主体部分应规定哪些主体?这些主体应如何规定?我认为,民法典“总则部分”的主体应规定自然人、两户、法人、非法人团体。对于自然人,现行的“行为能力”应该规定在“法律行为部分”;“责任能力”应规定在“侵权法部分”;“监护”应是亲属法的内容。法人应当按照社团法人与财团法人的分类作为主线,再辅以营利与非营利对社团法人划分。“两户”应当保留。“非法人团体”应规定其赋予权利能力的具体条件及责任承担,并区分民法上的契约型合同行为与作为非法人团体的合伙组织。同时,在设计我国民事主体时,要坚持“民商合一”及“本土化”原则。

关键词: 自然人;人格权;法人;非法人团体;两户;合伙

中图分类号: D913 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2016)02-0074-19

一、对问题的说明

我国民法典的编纂工作已经全面展开,按照全国人大的工作计划,先对法典的“总则”部分进行编纂。在编纂过程中,有许多问题存在争议及不同的设计思路,其中,关于主体制度的设计是重中之重。争议问题与不同观点主要集中在以下几个方面:(1) 民法典应规定哪些主体?是“二元制”、“三元制”还是“多元制”的?“二元制”是德国民法典模式,即民法典仅仅规定自然人与法人;“三元制”是我国(大陆)主流民法理论的主张,即在自然人、法人之外,还有一些非法人团体(组织);“多元制”实际上是我国《民法通则》创设的模式,即除了自然人、法人、其他非法人组织之外,还有以“户”为单位的民事主体与商主体,我国民法典应如何取舍?特别是我国独有的“土地承包户”是否应该保留(争议很大)?(2) 如何在民法典的主体制度中体现“民商合一”的精神?对此也有两种不同的思路:一是民法典中的民事主体应该规定纯粹的“民事主体”,而商事主体作为特别主体,应该由特别法(如《公司法》、《合伙企业法》等)规定;另一种是在我国未来民法典中采取“民商合一”的立法例,在民法典中应包括民事主体与商事主体。但如何“包括”也有不同看法,有的认为,概括规定,具体的问题还是应该交给商事特别法;有的则主张应仿照意大利及荷兰民法典,在“法人”部分详细规定公司等商主体法人。我国未来民法典应如何取舍?(3) 在法人制度中,对于法人应如何设计和规范?特别是在设计思路方面,是按照大陆法系传统民法典的基本分类标准——社团法人与财团法人的主线展开,还是按照营利法人与非营利法人为主线的思路展开,或者按照现在的《民法通则》的方式展开(企业法人与非企业法人——机关法人与事业单位法人等)规定?甚至有人主张应当按照“公法人与私法人”为主线展开。我国未来民法典应如何设计?(4) 非法人团体应如何规范?是在民法典中规定,还是由特别法来规定?合伙是否应当包括在非法人团体中?(5) 自然人的制度究竟应该包括哪些?例如,现在的“监护”是应该在亲属法中规定

收稿日期: 2016-01-16

基金项目: 本文系教育部人文社会科学重点研究基地项目《合同法理论与规范问题研究》(13JJD820011)的阶段性成果。

作者简介: 李永军(1964-),男,山东滨州人,法学博士,中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师,研究方向:民商法学。

还是仍然保留民法通则的体例“行为能力”是否应该规定在“法律行为”中?“宣告失踪”因与行为能力或者权利能力无关,是否应在“权利保护”中规定?“责任能力”是否需要规定以及在什么地方规定?人格权应该规定在自然人之下还是独立成编制?等等。

以上这些问题,不仅涉及到民法典的立法工作,也涉及到理论意义和价值,有特别论述和说明之必要。本文将围绕这些问题展开讨论。

二、未来民法典中主体制度设计的基本原则之我见

(一) 坚持“民商合一”的基本原则

“民商合一”是我国立法及教学的传统体例,到目前为止,全国人大法工委也没有制定商法典的立法规划,因此,可以说,“民商合一”是我国民事立法的基本原则。我们制定民法典,必须坚持这一原则。在设计主体制度、权利制度、法律行为制度、担保等制度中,尽量用“提取公因式”的方式,兼顾民商。例如,在法人制度的设计中,我们未来民法典中的法人制度,应该就法人的一般规则规定出来。

我们在坚持“民商合一”的立法原则时,要注意以下几个问题:(1)“民商合一”不是要求将商法的内容机械地照搬进民法典,像意大利民法典,直接将公司、合伙、企业、合作社等搬入民法典,造成“形合而神不合”的现象。(2)在民法典之外,肯定还有许多单行法,作为民法的特别法来规定各种类型的特别商事主体或者民事主体,例如,《公司法》《合作社法》《合伙企业法》《土地承包法》等。即使在民商分立体制的国家,在民法典和商法典之外,也有特别法来规范特别的主体。不能认为,只要有特别法规范特别主体,民法典就不是“民商合一”的。

(二) 坚持“中国本土化”的基本原则

民法典具有很强的地域性,从罗马法开始,其法律就分为市民法与万民法,最初的罗马私法实际上就是指罗马市民法。继承这一传统的法国民法典与德国民法典,都反映了体系化及本土化特征,反映了自己的民族特色。甚至萨维尼的历史法学派坚称,民法只能在自己的民族传统中产生并存在。因此,像德国民法典中的“土地债务”就是很德国化的东西。因此,我们在设计民法典的主体制度时,也必须坚持这一原则,制定于适合中国本土的主体制度。我们不否认比较法上的体系化经验和技術经验,但更重要的是立足我国的政治、社会、文化、经济等诸多实际情况。由于我国的历史和社会等因素影响,有些主体问题,特别是有争议的主体,在许多国家根本就不存在,例如:(1)集体经济组织,它是法人,还是其他非法人团体?(2)农村土地承包户,是民事主体还是商事主体(它承包土地,但同时可以从事商品经营)?(3)个体工商户,是商自然人还是其他组织?(4)法人外的非法人组织,在我国无论在种类还是数量上要比其他国家多得多,应给予他们什么样的地位?等等。

以上这些问题都是中国本土化的问题,我们必须立足我国的实际来解决。有人主张未来民法典不再规定“农村土地承包户”,应规定个人承包以替代之,甚至主张取消之,它是中国历史阶段的产物。^①虽然从理论上说,没有问题。但是,考虑到中国从土地革命开始,到1956年的社会主义改造完成,再到改革开放后的中国土地的制度变迁,可以说,中国的农村集体经济组织存在,只要土地承包存在,“承包户”的概念可能难以废除。具体原因下面再详细论述。

(三) 坚持“权利能力”来统领主体

一般认为,权利能力是指一个人作为法律关系主体的能力,也即作为权利享有者和义务承担者的能力(或称资格)。^②用通俗的话来说,权利能力是一种权利义务的归属资格。权利能力的规范目的在于:一个人是否能够作为民事主体在民法上享有权利承担义务。因此,权利能力是一个人能够取得权利义务的前提与基础,但不是具体的权利或者义务。

^①参见申惠文《论农村承包经营户的现代转型》,载《中国民法学研究会2015年年会论文集》(中册)第152-164页;岳兵、姚狄英《两户民事主体地位的再思考》,载《中国民法学研究会2015年年会论文集》(上册)第535-541页。

^②参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法总论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第119-120页;[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第781页;王泽鉴《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第47-48页。

“权利能力”这一概念及制度是由德国人发明的,在此之前的罗马法,甚至法国民法典都没有“权利能力”的概念,因为无论是罗马法还是法国民法典,都没有团体法人的概念,也就不需要“权利能力”的概念。因此,法人作为民事主体远远晚于自然人,由于交易或者特殊使命的需要,法律需要给一个非人以人的私法地位,于是,团体人格产生的必要性由此发端。但是,法人不同于自然人,其无宪法或者自然法的主体地位,因此其不可能顺理成章地像自然人那样获得私法地位。故必须为其寻找理论依据或者说是一种技术手段^①。因此,团体如果要获得私法地位就必须借助于民法,使其具有人格,这时“权利能力”就作为一种技术手段被发明,目的仅仅在于使团体在民法上获得如同自然人一样的私法地位。因此,萨维尼的“法人拟制说”是非常准确的描述。我认为,用“归属资格”来解释法人的权利能力更符合其创设的本意。

从历史上看,对于自然人来说,权利能力的拥有成为了一种自然而然的事情后,实际上对他就失去了原有的意义。因为,在罗马法上,一个自然人是否是法律上的人,是一个宪政问题而不是私法问题。拥有了宪政主体地位,当然也就拥有了民事主体的地位。那时候,个人最重要的问题是关心自己是人还是物。但现在人自出生就拥有宪政地位,也就拥有了民事主体地位后,人们反倒不再关心这一问题了。但对于自然人之外的团体来说,就十分重要了:(1)有了权利能力,就意味着肯定是民事主体,该团体就可以以自己的名义独立于其成员享有权利、承担义务;(2)有了权利能力,意味着团体的意思独立于成员的意思;(3)有了权利能力,就意味着团体的财产独立于其成员的财产,其财产就是团体自己享有而不是成员共有。责任也独立于其成员的责任(当然,关于责任与权利能力的关系是有争议的)。因此,“权利能力”对于团体至关重要。

正是因为“权利能力”对于团体的这种重要性,我们才要用之来统一自然人之外的团体,必须要规定赋予法人外团体权利能力的具体条件和要求^②,规定权利能力与责任的关系。关于这一点,我们将在下面详细讨论。

三、对于法人的设计思路之我见

(一) 法人制度的整体构思

总的来说,法人设计的问题无非是:(1)什么样的团体能够取得法人资格?至于这种取得的条件是规定在民法典内还是在民法典外由特别法规定,则是另外的事情。(2)法人的外部问题(包括谁对外代表法人?法人与第三人的关系(责任问题))。(3)法人的内部问题(法人的意思如何形成?对重大问题与非重大问题的表决程序和纠正程序等)。

但对于法人的整体构思,我认为,主要是如何设计法人这一主体的问题。我的想法是:

1. 在“法人”这一章中,首先应该在第一节规定法人的“公因式”——“一般规定”,将社团法人与财团法人、民法上的法人与商法上的法人、公法人的一般问题规定出来,可以参照《瑞士民法典》及《意大利民法典》^③在法人方面的规范模式。具体模式可以简单表达为:

第 章 法人

第一节 法人的一般规定

第二节 社团法人

第三节 财团法人

^①参见李永军《论权利能力的本质》,载《比较法研究》2005年第3期。

^②实事求是地说,如果法人之外的人格非法人团体都具有了权利能力,那么权利能力最初的创设动机和意义也就荡然无存了。德国民法典之多样性规定了“无权利能力社团”,就是要区别有权利能力的社团法人。从最初的意思上说,有权利能力者,就有独立承担义务与享有权利的资格,其责任独立于成员、财产独立于成员、责任也就独立于成员,其成员也就承担有限责任。但现在的德国理论和判例已经承认无权利能力的社团具有权利能力,甚至营利性非法人社团的成员还承担有限责任(但《德国民法典》并没有发生改变)。在本篇文章中,因为是对民法典编纂中的主体设计讨论,我也可以接受这种观点和做法,但从理论和内心来说,我是坚持法人外团体无权利能力和责任能力的基本理念的。

^③尽管《意大利民法典》在第五编直接将公司法搬进民法典,但其法人的模式是可以借鉴的。

在“第一节”(即公因式)中,应该规定法人的哪些内容呢?我认为应该规定以下主要内容:

(1) 法人权利能力的取得。我们在未来民法典中,法人权利能力的取得,不能再像《民法通则》这样,规定“法人成立的条件”,这些应该用特别法来规定。因为,社团法人与财团法人、营利法人与一般非营利法人的成立要件是不同的,例如,公司法上允许一人公司设立,而民法上就不允许之。因此,不宜再作出具体的规定,而是交给各自的对应法律或者法规去解决。“法人权利能力的取得”草拟如下:

法人(团体)自登记成立并取得权利能力。但法律另有规定无需登记即取得权利能力者除外。

国家具有民法上的权利能力。国家机关、各级政府等公法人,依据其成立的法律规范,自有效成立时起具有民法上的权利能力。

法人权利能力的取得具有瑕疵者,在其存续期间的责任和法律行为效力,不因该瑕疵而受影响。

(2) 法人的机关。法人必须有为其存在和运行所必需的机关。任何法人必须有意思表示机关和执行机关。

社团法人必须有意思机关,财团法人必须有法人成立的目的(这种规定也可以分散在社团法人与财团法人中去规定。但考虑到中国的实际,还是集中规定可能更好适用)。

(3) 法人的住所。

(4) 法人的财产、责任以及与成员的关系。法人以自己的财产对外承担责任,法人不为其成员承担财产责任,其成员也不为法人的债务承担责任。但依法提供担保者不在此限。

(5) 法人人格否认(这种情况其实在社团法人与财团法人中都存在,社团法人表现为股东,而财团法人有时表现为捐助人或者其他入)。

(6) 法人权利能力的消灭及法律后果。法人可以因法人支付不能、决策机关决议或者主管机关的命令等解散。法人解散后,必须进行清算。清算后方可向主管机关申请注销,法人经注销后,权利能力消灭。

2. 在第二节“社团法人”中,主要应区分营利性法人与非营利性法人而分别规定。但具体到分类的标准,争议很大,下面详细论述。

3. 在第三节“财团法人”中,应详细规定财团法人的成立及机构等。这属于全新的内容,因为,财团法人在我国没有统一的规范制度,多是以《条例》的形式存在,而这些《条例》中,有的根本违反了财团法人的基本原则,例如2004年2月11日由国务院第39次常务会议讨论通过的、并于2004年3月8日由国务院令第400号发布的《基金会管理条例》第21条竟然规定“理事会是基金会的决策机构”,其职权中赫然写明“可以修改章程”!因此,有必要统一在民法典中规范之。在“财团法人”这一节中,应该明确以下几个内容:

(1) 财团设立的条件。1) 捐助的财产;2) 目的或者章程。

(2) 设立的形式。

(3) 财团的组织机构(不得有决策机构)。财团法人因无意思机关(决策机关),其章程或者遗嘱规定的目的及其他事项一般会毫无改变地由执行机关执行。这种机构在不同国家有不同称谓,例如,在德国称为“董事会”(德国民法典第86条、第26条),而在日本则被称为“理事会”(《日本民法典》第52-57条)。我国一般称为理事会。

(4) 财团目的的变更。由于财团法人无成员,故财团法人的章程不可能按照社团法人的规定而由社员大会决议修改。恰恰相反,财团法人的主要目的之一就是防止他人改变了设立人的意志。但是,法人章程规定的目的,可以被修改或者撤销。对此,《德国民法典》第87条规定:“(1) 基金会的目的不能完成或者其完成会危及公共利益时,主管行政机关可以为基金会另定目的或者将其基金会撤销。(2) 在变更基金会目的时,应尽可能地考虑捐赠人的本意,尤其应考虑的是,基金会财产的收益应尽可能按照捐赠人的意思,继续由其预期的人享受。如果基金会的目的需要变更,主管行政机关可以变更基金会章程。(3) 在变更目的和章程之前,应听取董事会意见。”

关于目的修改,例如,以防治天花为目的的财团,因医学发达天花已经灭绝,主管机关可以衡量客观

情况,并斟酌捐助人的意思,变更目的为SARS防治,其结果仍然是财团法人。^①

(5) 财团解散。财团法人与社团法人不同,其无成员大会决议解散的情形,只有在特殊情况下,方可解散,主要有:1) 财团的设立目的已经完成或者不可能完成;2) 财团的财产已经不足以支撑财团的目的事业;3) 财团的目的已经危及公共利益或者法律(公共秩序或者善良风俗)。即使存在上述解散理由,如能够变更时,不得解散。

(6) 财团终止后的财产归属。财团法人解散后,财产归属问题,各国法律规定不同。如根据德国民法典第88条及第46条规定“基金会一经消灭,其财产即归属于章程指定的人。若章程没有规定,则归于国库。国库应以最符合该财团目的的方法使用该财产。”这一规定特别值得我国民法典借鉴,不能说财团解散后,财产归属国库,就可以无条件使用,也应用于公益,且最符合或者接近该财团目的的方法使用之。

(二) 未来民法典法人制度设计的分类主线

法人的分类,在这里绝对不是一个学理问题,而是涉及到法人制度展开的主线问题:不仅涉及民法的权利义务之脉络,更涉及成立的基础,也涉及到立法的技术问题。例如,我国《民法通则》现行的机关法人、事业单位法人等分类,根本与民法的权利义务性质毫无关联,其成立基础与民法也无关。但这一问题,在我国民法典的编纂过程中,争议很大。^②有人主张用公法人与私法人为主线展开,有人主张用营利法人与非营利法人为主线展开,有人主张用社团法人与财团法人展开,还有人主张保留现在民法通则的做法,即将法人分为企业法人与非企业法人(机关法人、事业单位法人与社会团体法人)。

对于公法人与私法人的分类,我认为,在民法上并没有太重要的价值和意义。因为,这种分类实际上就是对应公法与私法、政治国家与市民社会的划分而来的分类。民法本来就是私法,我们民法规范的法人当然应该就是私法上的分类,诸如国家、国家机关、各级政府等公法人本来就不是私法上的法人,其成立基础、依据的规范、职能、解散等本来就与民法无关。仅仅是因为它们的有些活动涉及到市民社会、私法领域,会例外地按照民法上的法人来承担义务或者享有权利,对其准用民法法人的规定即可,没有必要把这种法人作为民法重要的关注点。从比较法上看,《德国民法典》第89条仅仅用这一条规定了民法上的法人之规定准用于公法人即可。其实,这也是自罗马法以来大陆法系的传统:罗马法上本无法人之规定,但国家及宗教团体享有财产权利是作为例外来处理的。法国民法典上根本无法人的规定,国家等公法人也可以例外地作为财产的所有权人。

有学者曾经认为,公法人的设立的目的,主要在于实现政府职能或者提供公共服务,因此,公法人的活动要受国家或者有关公共机构的制约。将法人分为公法人与私法人,其意在揭示根据不同法律设立的法人之不同地位,有其重要的理论意义和实际价值。但是,这种价值更多地是表现为对于与设置公法人有关的特别制度提供理论依据,而这些特别措施与制度通常由行政法规加以规定。而在民事活动中,无论是公法人还是私法人,其法律地位一律平等,均同等适用民法有关法人制度的基本准则。因此,从民法的立法角度看,不予明示公法人与私法人之种类区分,无碍大局。《德国民法典》与《瑞士民法典》都是专设一条“准用”的规定。^③但现在其观点有了改变,认为在我国未来民法典中区分公法人与私法人意义重大,原因是:(1) 国有企业的地位问题,有“公法人化”的倾向;(2) 国家在民法上的地位(是否是公法人)不明确,需要理论说明。^④我反而认为,其曾经的理论更为充分,这些误解不应该成为改变立法上分类的理由。

总之,我们只能被动地承认公法人在民法上的主体地位,给予其民法上的原告与被告的资格,其主要职能不在民法。

至于营利法人与非营利法人,其分类标准的主流观点是:不仅看它是否从事经营活动,更重要的是

^①参见邱聪智《民法总论》(上),三民书局2005年版,第386页。

^②其实,在上一个问题“整体思路”中,我已经提到了我对法人分类的基本观点。在这里,主要是阐述我坚持这种分类的理由。

^③参见尹田《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第357、371页。

^④参见尹田《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第357、372页。

经营所得的去向:如果分配给其成员的,为营利性法人;否则,为非营利性法人。就如有学者指出的,是否从事经营活动并谋求经济利益与法人成立的目的并不完全吻合,某些公益法人为达到其公益目的,也须从事经营活动,如基金会为了维持其财产的价值或者使其增值,以便完成其扶助公益事业的任务,需将其资金用于投资;救济院等慈善机构为了维持和扩大慈善救济范围而兴办各种企业或者从事其他营利事业等,并不影响其公益的性质。显然,关键问题不在于法人是否从事营利活动,而在于营利活动所得的归属。^①

在这一次民法典的编纂过程中,我国的商法学者更积极地提出以这种分类来构建我国民法典的法人制度。如果仔细分析,营利法人与非营利法人之分类,大概就相当于民法上的法人与商法上的法人之分类的代名词。如果按照这种分类方式来构建未来民法典,仅仅能够看出法人存在的目的,而不能反映出法人的其他特征。另外,从立法技术上说,采用这种分类来构建法人制度,必然会给立法带来极大的困难,难以从逻辑上解决法人的共同规则。因为,非营利性法人有的无任何社员,如各种基金会;有的则有社员,其成立目的仅仅在于从事公益活动。这两种类型的法人仅仅是目的相同,而其他的无任何相似之处,其成立、意思形成、解散及解散后的财产归属等差距如此之大,基本无法找出相同的规则。其结果,可能就如商法中的破产、保险、海商法等仅仅是罗列在一起,难以形成有机的联系。因此,从现在大陆法系国家的民法典来看,几乎没有采用这种区分标准来构建自己的民法典的。

至于我国现行《民法通则》对法人的分类,学者的批评十分强烈。前面已经讨论过,这种分类与民法的权利义务、责任财产等几乎毫无联系。我认为,从我国《民法通则》到《合同法》,再到《物权法》无不反映出对民事主体制度的这种分类的弊端:(1)反映了我国对法人管理及控制的特点。我国各种法律对法人的这种分类,完全可以透出其管理及地位不同,反映不出民法的任何色彩。(2)所有制观点在我国根深蒂固,我国几乎每一部民事法律都能够反映出这种烙印,甚至连被称为现代企业制度的公司法,也无处不反映出这种痕迹。这种分类反映出我国历史进程,反映出中国社会转型中的特点,当无可非议。但是,我国今天编纂民法典,就不能再以这种分类来构建法人制度。这恰恰不是中国特色,而是历史痕迹。

我主张,应以社团法人与财团法人作为基本分类,在社团法人中再辅以营利法人与非营利法人的分类来构建我国的民法典中的法人制度,理由是:(1)易于构建法人基本规则:法人首先分为社团与财团,其成立基础不同、目的不同、解散理由等不同,可以分别规定;在社团法人中,其成立基础是相同的,但目的可能不同:有的为营利,有的为非营利,以目的将二者分开,但成立基础、意思形成、解散等相同之处巨大,因而,容易构建规则,逻辑上通顺。因此,应当在首先区分为社团法人与财团法人的前提下,再区分营利法人与非营利法人更加合理。(2)这种划分与民法的“意思自治”能够保持一致:社团法人的意思来自于社团的意思机关,由其表达机关表达于外,可以缔约、可以从事其他法律行为。而财团法人虽无意思机关,但却有恒定不变的意思,其意思也通过表达机关表达出来,也可以从事法律行为。只不过,其从事的法律行为可能受到多种限制。(3)能够体现“民商合一”。社团法人与财团法人的区分,能够体现民商合一的立法模式。因为,按照传统民法理论,非营利性法人主要由民法来规定,而营利法人主要由商法来规定。而由民法典规定社团法人可以涵盖营利法人与非营利法人,正好体现了我国民商合一的立法宗旨。(4)从比较法上看,多数国家采取这种立法模式,即首先划分为社团法人与财团法人,然后再对社团法人进行营利与非营利法人的划分。

总之,财团法人因无社员(类似股东),因而必定是非营利的。而社团法人,虽然有社员,但不一定是营利的。可是,社团法人的建构规则基本一致,容易从技术上实现逻辑统一。

四、关于自然人的设计思路之我见

(一) 概述

从比较法上看,对于自然人的规定一般都比较简单,特别是德国法模式的立法例,因为自然人的身

^①参见尹田《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第357、364页。

份权部分已经被独立为亲属编、财产权被分解为物权与债权、继承也独立成编制,因此,总则编制中剩余的东西已经不多了。但具体包括哪些内容,还是有很大的差别。例如,《德国民法典》规定的自然人部分,仅仅包括权利能力、成年年龄、住所、姓名权、消费者与经营者。《瑞士民法典》则规定了:人格的一般规定(权利能力与行为能力、籍贯与住所)、人格的保护、人格的开始与终止(出生与死亡、失踪宣告)、身份登记(包括出生登记与死亡登记)。《日本民法典》关于自然人的规定为:能力(权利能力与行为能力)、住所、宣告失踪、同时死亡推定。

从我国的学理和立法来看,对自然人的规定一般包括:自然人的权利能力与行为能力、监护、住所、人格权、宣告失踪与宣告死亡。但是,在“这些内容应如何规定”这一问题上,却颇有争议。下面围绕这些问题,详细阐述。

(二) 自然人设计中的具体问题及我的观点

1. 自然人的权利能力。自然人的权利能力,学者在理论上也有争议,争议主要集中在两个方面:一是权利能力是否属于自然人的民法上的主体地位的来源?二是权利能力是否平等?

对于第一个问题,有人认为,民法上主体的地位来自于民法关于权利能力的规定,有的学者认为,自然人的民事主体地位来源于宪法^①。这种争议其实对于立法并没有实际的影响,因为在民法典之自然人部分规定权利能力是共识。但如果从理论意义上说,尽管德国民法典与瑞士民法典,包括我国的民法通则都规定了自然人的权利能力,但自然人的民事主体地位确实不是来自于民法,只要在宪法上被承认是主体后,民法上当然会具有权利能力。因而,自然人的民事主体地位与宪法主体地位是一致的:开始于出生而终止于死亡。也就是《瑞士民法典》第31条规定的“权利能力自出生开始(人格的开始)死亡结束。”建议我国未来民法典对于权利能力的具体条文规定如下:

- (1) 自然人自出生时起具有权利能力,依据该能力,在法律允许的范围内享有权利、承担义务。
- (2) 权利能力不得被剥夺。
- (3) 权利能力于死亡时消灭,但被宣告死亡者除外。

2. 行为能力。学者对于行为能力这种资格几乎没有争议,但是,将其规定在民法典的什么位置,有不同意见:有的认为,就规定在权利能力之后,与权利能力一起作为自然人的一种资格(理性资格),也就是保持现行民法通则的格局;有人认为,应参考《德国民法典》的模式,将“行为能力”规定在“法律行为”这一部分中,因为,只有法律行为才与行为能力有关,而其他行为则与此无关。

我赞成后一种意见,即将行为能力这种资格规定在法律行为部分,确实只有法律行为才要求意思能力和理性。

3. 监护。关于监护应该如何规定的问题,主要有两种不同的观点:一是认为,保持民法通则现行的体例,即将“监护”统一规定于民法总则的自然人部分,这样可以维持监护的统一性和完整性;另一种意见认为,监护应该区分为两个部分:一部分是基于“亲权”的监护,应规定在亲属法中。另一部分是亲权以外的监护,可以规定在民法总则之自然人部分。

我认为,监护本身就不是民法典总则中的问题。我们来看看我国《民法通则》将“监护”规定在什么位置——规定在“行为能力”之后,实际上是对“行为能力欠缺”的一种救济方式或者说是一种补足方式,实际上就是法定代理,只有法定代理才是补足行为能力欠缺的措施,而监护则是与无行为能力或者限制行为能力人生活照顾有关的制度。而家庭才是生活单元和组织体,因此,应该放在亲属法编中规定,在“总则”部分,仅仅规定无行为能力人和限制行为能力人的“法定代理人”由谁来担任即可。因此,从比较法的视角看,几乎没有哪个国家民法典是我国《民法通则》这样的体例和模式的。

4. 宣告失踪。“宣告失踪”应该规定在民法总则的什么位置?是否就像现在这样,将其放在自然人中规定?

如果从“宣告失踪”的制度目的来考虑:宣告失踪既不影响失踪人的权利能力和行为能力,也不影响其身份关系和财产关系,仅仅是对其财产加以保护,并对其债权债务关系进行有序管理。因此,是否

^①参见尹田《论自然人的法律人格与权利能力》,载《法制与社会发展》2002年第1期。

应放在“权利保护”部分更加合适?这一观点有一定道理,但是,如果从另外一种视角来观察,就会发现:失踪其实是与自然人的住所联系在一起的。因此,放在“自然人”部分的“住所”之后,也符合逻辑。

5. 宣告死亡。对于宣告死亡应该规定,而且应该规定在“自然人”部分,是没有争议的。但是,我认为,如何规定,应当认真对待。我们现在的民法学理、司法解释和司法实践对于宣告死亡的制度目的及规定方式存在一定的误区,主要表现在:

(1) 宣告死亡的制度目的是什么?宣告死亡既不消灭被宣告人的权利能力,也不消灭其行为能力,更不消灭其生存本身,其目的在于维护第三人利益,主要是:配偶的再婚问题、继承人的继承问题、其他利害关系人的利益(例如,退休职工的工作单位发放退休金等问题)。

(2) 宣告死亡的效力与自然死亡相同吗?宣告死亡与自然死亡当然不同,宣告死亡仅仅在上述目的范围内发生与自然死亡相同的效果,但其他方面并不相同。而且,是“推定死亡”而不是“视为死亡”。因此,最高人民法院关于《民法通则》的司法解释第36条规定是不准确的“被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。判决书除发给申请人外,还应当在被宣告死亡的人住所地和人民法院所在地公告。”

另外,宣告死亡也不能直接作为与自然死亡相同的事实而直接进入侵权损害赔偿的“损害事实”,例如,甲乘坐火车失踪,5年后其配偶经过法定程序宣告其死亡。之后,其配偶直接以判决书为依据请求损害赔偿。问题是:这一判决书认定的“死亡”事实能否直接作为侵权责任中的事实直接确定?我认为不能。因为,宣告死亡是推定死亡,而不是真正死亡。但作为侵权损害赔偿中的死亡应该是真正的死亡,二者是不同的。应如何解决呢?侵权责任具有自己的构成要件,其中有过错(或者无过错)、因果关系、损害事实和行为不法性。法院在认定侵权责任中的“损害事实”时,应当将上述死亡宣告的判决作为证据来使用,根据具体个案来判断其死亡与否。例如,在森林中散步走失而被宣告死亡与飞机失事而宣告死亡比较,法院在认定时应该不同:对于前者被宣告者生存的可能性极大,就不宜作出认定。而后者一般应该予以认定为侵权责任中的死亡事实。

(3) 死亡宣告被撤销后的后果。对于死亡宣告被撤销后的后果,最高人民法院关于《民法通则》的司法解释第37条规定“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。”第38条规定“被宣告死亡的人在死亡宣告期间,其子女被他人依法收养,被宣告死亡的人在死亡宣告被撤销后,仅以未经本人同意而主张收养关系无效的,一般不应准许,但收养人和被收养人同意的除外。”第39条规定“利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的,除应返还原物及孳息外,还应对造成的损失予以赔偿。”第40条规定“被撤销死亡宣告的人请求返还财产,其原物已被第三人合法取得的,第三人可不予返还。但依继承法取得原物的公民或者组织,应当返还原物或者给予适当补偿。”

关于第37条规定的婚姻关系,该条规定“自死亡宣告之日起消灭”是正确的,但“死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复”则存在很大的问题:可能不符合现实生活,虽然未再婚,但可能正准备再婚,自行恢复婚姻状态可能会影响该方的选择。因此,我认为,仅仅规定“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系自死亡宣告之日起消灭”就足够了,宣告死亡被撤销后,按照复婚处理更合理,看双方时隔多年后是否还有共同生活的愿望。第38条的规定是正确的。

第39条规定的“还应对造成的损失予以赔偿”是指赔偿什么?是指财产损失还是指人身损害(包括精神损害)?是侵权法上的赔偿还是其他赔偿?如果是侵权法上的赔偿,应该用“损害”而不应该是“损失”。我认为,这里主要是指财产损失而不包括精神损害,因为该条限定了“利害关系人隐瞒真实情况使他人被宣告死亡而取得其财产的”赔偿。但该条并不排除受害人请求人身损害或者精神损害的权利。

第40条的问题是最大的:对于最基本的请求权基础没有清楚规定,或者不当之处得利,或者物上返还请求权。而该条既有物上请求权,又有不当之处得利请求权。但这两种请求权是不可以同时存在的。这是自罗马法以来的传统:物主有物上请求权,就说明他人未取得,何来不当得利?反之,如果物主有了

不当得利返还请求权,物权就已经消灭而变为债权(不当得利)。因此,“物上请求权与不当得利返还请求权不能两立”是大陆法系的法谚。我认为,这里应该规定三个层面的问题:(A)首先确定被撤销死亡宣告的人有权请求其财产的占有人返还财产;(2)对于善意且有偿取得其财产的第三人给予保护;(3)明确继承人的取得为“不当得利”,即:依继承法取得被撤销死亡宣告的人的财产的善意之公民或者组织,应当在继承财产现存的利益内返还;对于依继承法取得被撤销死亡宣告的人的财产的恶意公民或者组织,按照继承开始时的财产予以返还并赔偿损失。

6. 自然人的人格权。人格权是否是一种权利?应如何称谓?人格权是自然人的独有权利抑或法人也享有人格权?人格权应如何规定(能否独立成编或者成节)?这些问题在我国民法理论及立法过程中争议颇大。

有的学者根本就反对将人格权作为权利来看待,认为人格权根本就不是一种权利,更不是民法上的权利,不应该通过民法典赋权的方式来规定。^①有学者认为,人格权是自然人的专有权利,法人不享有人格权。^②但也有学者主张,法人也有人格权。^③有学者主张人格权应独立成编制^④,而有的学者反对独立成编,而是在“自然人”一章中规定自然人的人格权。^⑤这些争议,已经实质性地影响到我国民法典的编纂进程,有必要认真分析和说明。

对于这些问题,笔者的观点是:

(1)关于人格权是否是一种权利的问题,在理论上可以争议(我本身就不认为是权利),但在立法层面,可以认为是一种权利。因为有些(如姓名权)具有权利的属性。

(2)笔者认为,人格权这种东西只有自然人才享有,法人不可能享有大家争论意义上的人格权。因为(A)人格权总体上可以说是一种人的自由、尊严的体现,难道法人也有“自由、尊严”?如果是这样的话,历史上的“团体主义”就很有存在的理论根据,民法上的“个人本位”就无存在之必要。(B)还有许多人认为,人格权是人权的一种,如果是这样的话,法人不可能享有人权,也就不享有人格权。(C)不能把法人的从主体地位延伸出来的属性(如名称、商号等)与自然人的人格权相互等同,例如,自然人的姓名权表彰的是其人格尊严而不是财产性,但法人的名称当然不是其尊严而是财产。

(3)关于人格权在形式上是规定在自然人名下为一节,还是独立成编的问题,必须从民法的规范属性来分析。

如果分析上述学者之间的争议,都是从“价值”层面来分析和论证的,而没有从民法的根本属性和功能——规范性来考虑这一问题。在我看来,独立成编或者独立成节之间的差别仅仅是一个:人格权是自然人的专利还是法人也享有?主张独立成编的学者肯定承认法人的人格权;反对独立成编而主张成节的学者反对法人具有人格权而专属于自然人,仅此而已。这种差别很大吗?我认为这种差别并不大:既然能够独立成节,为什么不能独立成编?如果仅仅是强调自然人才享有人格权的话,我们就把这一编叫作“自然人人格权”如何?显然,独立成节与独立成编并没有什么重大差别。

如果从民法典的裁判功能及其要求的规范性来看,问题就不一样了:我们说,任何一种权利如果独立成编或者成节,必须能够作为请求权的规范基础,例如,物权之所以成编,是因为它能够独立作为请求权的基础——物上返还请求权(如果物主之物被他人无故拿走,物主可以根据物上请求权而不是借助于侵权规范请求救济,只有在物上请求权不能救济时,才适用侵权规范,如物被损害。无论如何,它能够作为独立于侵权法规范的请求权基础);合同与侵权分别独立成编本来是可以的,因为合同法规范与侵权法规范都可以独立成为请求权基础——违约之诉与侵权之诉。但由于它们都具有债的性质,统称为“债权请求权基础”,以对应“物债二分”的体系。如果一种权利本身就没有配备自身的救济性措施,不能独立成为请求权的规范基础,放在民法典中独立成节或者成编意义何在?如果我们再从比较法的视

^①参见尹田《论人格权的本质》载《法学研究》2003年第4期。

^②参见梁慧星《当前关于民法典编纂的三条思路》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第21卷),法律出版社2001年版,第170-184页。

^③参见薛军《法人人格权的基本理论问题探析》,载《法律科学》2004年第1期。

^④参见王利明《民法典中的人格权应独立成编》,载王利明主编《判解研究》,法律出版社2015年第1期。

^⑤参见梁慧星《当前关于民法典编纂的三条思路》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第21卷),法律出版社2001年版,第170-184页。

角来分析这一问题,也许会更加清楚。

无论是《德国民法典》(第12条)还是《瑞士民法典》(第16条)除了“姓名权”之外,都没有明文规定其他的人格权,为什么?因为在这些被我国学者称为“人格权”的范畴中,只有姓名权可以作为“请求权基础”,也就是说,它可以不借助于侵权法规范而直接作为请求权基础。例如,如果有人对自己的姓名进行不正确的称呼,权利人可以直接根据姓名权请求其法律救济,而不是用侵权的名义请求救济,就如德国学者所指出的“民法典第12条只规定了对姓名的保护,保护方式是要求排除妨碍或者说停止侵害。”^①也就是说,《德国民法典》第12条实际上赋予了姓名权人两种请求权:第一,权利人请求排除妨碍;第二,姓名权入也可以要求加害人停止侵害。^②

需要强调的是,姓名权可以作为请求权基础,但不是唯一基础。当姓名权作为一种独立的权利被规定后,其被救济的法律基础就比一般的未上升到权利层面的利益的保护要宽泛。目前,从大陆法系国家的立法体系看,主要存在三种请求权基础:一是姓名权本身规定的保护基础;二是侵权行为法规定的保护基础;三是不当得利的请求权基础。例如,德国学者指出:(德国民法典)第12条并不是保护姓名权方面的唯一规定。在加害于人有过错的情况下,姓名权人还可以主张第823条第1款意义上的赔偿请求权,因为姓名权属于该条款意义上的“其他权利”。除此之外,无论加害于人是否具有过错,姓名人都可以根据第812条的规定主张返还因使用姓名而获得的利益(不当得利)。^③

除了姓名权及一些特别法上的人格权之外,为什么大部分我们所谓的“人格权”都放在侵权部分加以分析规定呢?就是因为这些所谓的“权利”(德国人称为利益)不能像姓名权这样独立作为请求权基础,只能借助于侵权法规范获得救济,不用说独立成编或者成节,甚至连“权利”都算不上。这些做法对我们应该有所启发。

(4) 一个折衷的方案。笔者认为,我们最好从中国目前的现实需要出发,将现在这些学理上存在的人格权分为“能够作为独立请求权基础的人格权”和“不能作为独立请求权基础的人格权”,将前者规定在自然人下一节或者一编(但是,考虑到作为一编的内容太少,从技术上看,还是一节更合适),将后者规定在侵权法规范保护中。那么,以什么标准对人格权作出上述划分呢?我认为标准如下:“人格权”在不被侵犯的情况下是否能够与他人发生关系以及除了侵权法规范救济外是否需要提供特别救济?如果一种“人格权”在不被侵犯的情况下永远都不与他人发生关系,也就是说,只有在被侵犯且构成侵权行为情况下才可能与他人发生关系并需要救济的话,最好是规定在侵权法中,用侵权法规范来保护,不需要再另外提供请求权基础救济,例如,生命权、身体权、健康权(除非将来承认安乐死、器官的处分合法)等,这些权利,如果没有人侵犯,就不可能与他人发生民法上的联系,只有被侵犯时才会与第三人发生关系,而且一旦被侵犯,即构成侵权行为,这些权利就应该放在侵权法中保护即可,不需要为他们另外提供请求权基础以便更好地保护。但有些权利,不构成侵权时也有可能与第三人发生民事法律关系,而且,这些侵权行为往往不符合构成侵权行为的构成要件,从而不能得到侵权法规范的救济,但社会实际生活中特别需要侵权法以外的保护,就应赋予其直接的请求权基础,更容易保护当事人,例如,隐私权、肖像权、信息权、个人生活安宁权等权利,就与生命权不同,这些权利经常受到各种侵犯,但大多数情况下还不构成侵权行为(不符合侵权行为的要件,如过错等),就可以直接根据这些权利本身为基础请求救济,例如,经常有人给我们发信息、打电话进行商品推销,这种现象在我们的生活中实在是太普遍了,几乎影响到每一个人,但如果通过侵权法规范救济,可能难以构成。如果我们就让受到骚扰的人直接用个人“生活安宁权”作为请求权基础请求停止侵害就可以了,简单实用。

把符合这一标准的人格权,规定在民法典“总则编”的自然人下,其他的人格权则应规定在侵权法编(或者债权编,如果侵权编不独立成编的话)。

① [德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第796页; [德]拉伦茨《德国民法总论》,王晓晔等译,中国法律出版社2004年版,第167-170页。

② 参见 [德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第799页。

③ 参见 [德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第796页; [德]拉伦茨《德国民法总论》,王晓晔等译,中国法律出版社2004年版,第167-170页。

7. 责任能力。从比较法的视角看,绝大部分国家都规定了“责任能力”,如法国、德国、意大利等民法典都有关于责任能力的规定,这其实就为对被监护人归责奠定了基础。德国学者指出:现行德国民法典的立法者最初将过错能力按照加害人的年龄来确定,并且有意识地将过错能力参照有关行为能力的条文进行了规定。也就是说,年满7岁之前无须承担侵权责任,而年满18周岁之后具有完全过错能力。而在两者之间的年龄段,则要取决于未成年人是否具有认知责任的必要判断力。过错能力的标准为“具有认知责任的判断力”,对此,只要求对一般危险或者一般损失的认知能力,以及能够一般地理解到自己的行为可能以某种方式产生责任。至于是否成熟到可以根据这种判断力而采取相应的行动,则不属于过错能力所要规定的问题。^①在欧洲大陆的其他国家在责任能力方面,要么采取规定一个具体的年龄,要么规定一个年龄标准+识别能力标准的做法。前者如:奥地利《民法典》第1309条就规定:“14岁以下的儿童以及精神病人通常无须为他们引发的损害承担责任。”荷兰《民法典》第164条规定:“不满14周岁的儿童所实施的行为,不得作为侵权行为由其承担责任。”后者如德国民法典第828条的规定:(1) 未满7周岁的人,对自己给他人造成的损害,不负责任。(2) 满7周岁但未满10周岁的人,对自己在与机动车、有轨电车或者悬浮轨道之事故中给他人造成的损害,不负责任。其故意引致侵害的,不适用此种规定。(3) 未满18周岁的人,以其责任不依第1款或者第2款被排除为限,在自己于实施致害行为之际,不具有认识责任所必要的辨识时,对自己给他人造成的损害不负责任。”从这些法典的具体规定,可以看出,未成年人是可以被归责的。

在我国,无论是民法通则,还是侵权责任法都没有规定责任能力,仅仅规定了行为能力。行为能力显然不同于责任能力,它是积极行为的能力而非消极行为的能力。有完全行为能力者当然要承担责任,但无行为能力或者限制行为能力人是否承担责任,我国法上很不明确。从我国法院的司法态度和判例体现出来的规则看,司法中不用“责任能力”这样的概念。尤其是2009年通过的《侵权责任法》也没有规定这一问题。有学者指出,从我国法律规定的解释论角度可以认为,未成年人或者有精神障碍者没有责任能力,侵权责任能力与民事行为能力的判断标准同一,即没有完全行为能力就没有责任能力。但从立法论的角度看,应借鉴德国法上的侵权责任能力的规定。^②

笔者倒是认为,如果从我国民法的整体结构来解释的话,应该也能够得出我国民法上有“责任能力”的规定。主要理由是:(1) 我国刑法第17条规定“已满16周岁的人犯罪,应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。”第18条第3款规定“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的,应当负刑事责任,但是可以从轻或者减轻处罚。”从以上规定来看,14周岁或者16周岁的人或者尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪都需要承担形式责任,即具有“刑事责任能力”(姑且这样称呼),为什么就不能有侵权法上的民事责任能力?刑法的这一规定实际上已经清楚地显示了责任能力与行为能力的区别:认识到不侵害他人的后果的消极能力标准与认识到通过法律行为为自己创设权利义务的积极后果的标准要求要低。而且,侵权责任是从刑事责任中分离出来的,其关于故意和过失的概念都几乎相同。因此关于这种消极能力的年龄认定也应保持一致。(2) 我国《合同法》第47条规定“限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。”有学者指出:合同行为大多着眼于未来,所以,无论是从交易安全之维护还是从未成年人利益保护上考虑,立法准予未成年人独立参与民事活动,实质上肯定了未成年人的理性能力,尤其是他的认识能力与预见能力。^③限制民事行为能力人订立的合同都不当然认定无效,即认其有部分积极的理性能力,在侵权责任能力方面为什么还要坚持完全行为能力呢?法律一方面承认其可以参与部分交易(与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同不必经法定代理人追认而有效)的行为能力,却在侵犯他人时不承认

^①参见[德]马克西米利安·福克斯《侵权责任法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第87-88页。

^②参见王利明、周友军、高圣平《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第477页。

^③参见朱广新《被监护人致人损害的侵权责任配置》,载《苏州大学学报》2011年第6期。

其责任能力,似乎与理不符。(3)从世界上大部分国家的经验来看,一般不将行为能力与侵权法上的责任能力等同,而是在法律规定或者法院判例中确定责任能力的年龄和要求比合同法上要低,就如德国学者所指出的“在任何判决中法院几乎都不会否认,一个精神健康的少年人在其日常生活中对常见的问题有辨别是非的能力。”^①基于以上理由,我认为,限制民事行为能力人(被监护人)只要能够认识到相应侵权后果,就应当认为其具有相应责任能力。

在这一次民法典编纂中,应该规定“责任能力”这一概念,但是应该规定在什么地方?是规定在“总则部分”还是规定在“侵权行为部分”?对此学者之间有不同看法。有的认为应该规定在“总则的自然人部分”与权利能力、行为能力一起,作为自然人的责任资格。也有人认为,责任能力仅仅与认定侵权行为责任有关,与违约、物权等无关,应放在“侵权行为部分”。我赞成第二种观点。

8. 商自然人和消费者。我国在法律层面和实际社会生活中是否存在传统民法意义上的“商自然人”呢?那就要看,我们如何来定义商自然人的概念,因为有的国家是从身份的角度来定义商人,而有的国家则是从商行为的角度来定义之。我国法律上是否有商自然人的概念呢?

《民法通则》第26条规定“公民在法律允许的范围内,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29条规定“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,以家庭财产承担。”这些个人经营的、登记为个体工商户的自然人,虽然以户为单位经营,其实就很类似德国商法上的登记商人。如果从商行为的角度来定义商自然人,那么在现实社会中则大量存在。

商自然人除了登记为个体工商户者外,我认为,没有必要再在民法典中加以规定。从历史上来看,将自然人区分为商人与非商人是有意义的,他们适用的法律规范不同:自然人适用民法规范,商人适用商法规范,特别是大陆法系国家和英国历史上的破产法都采用的是“商人破产主义”,如果是商自然人,如果其不能支付到期债务,就适用破产法对其进行清算。而且不适用“破产免责主义”,这在当时被看成是很不名誉的事情。因此,那时的商人与非商人的区分意义很大。但是,现在各国的破产法都已经发生了很大的变化,所有自然人,无论商人还是非商人,都适用破产法进行清算,有的国家的破产法,像美国,任何主体,包括法人、非法人团体,自然人、国家、各级政府都适用破产法清算。这种区分意义也就不大了。尤其是在我国,《破产法》根本就不适用于个人,《合同法》几乎也不区分商事合同与民事合同(有的有差别,如借款合同等),担保法也是如此。因此,这种区分就更没有意义。即使未来的《破产法》适用于自然人,也可以在破产法中明确而作为特别处理。

消费者是否规定在民法典中,实际上是一个非常现实的问题。虽然德国民法典在最近的修订中将其定入民法典,但我认为,我国未来民法典不宜将消费者规定在法典内,以特别法的方式处理更好。但要在民法典中的“合同法部分”特别是“格式合同或者格式条款”部分,要特别强调消费者合同的法律适用。

五、“两户”问题

(一) 概述

我国《民法通则》自第二章“自然人”下设立一节(第四节)专门规定了农村承包经营户和个体工商户。由此从法律上奠定了两户的民法地位。在这一次民法典的编纂过程中,有许多学者提出,应该废除这种规定。我对此观点并不赞成,主张应保留“两户”。

(二) 土地承包经营户

农村的土地承包经营户是中国改革开放后的一种特殊主体,是针对中国特殊土地所有权制度所采取的一种主体制度。有学者提出要废除这种主体,指出,农村土地承包经营户赖以存在的社会背景、文化背景都发生了变迁,民法典应当秉承个体主义制度构建的理念,不能再继续规定农村土地承包户的民

^①[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(上)张新宝译,法律出版社2001年版,第106页。

事主体。^① 还有的学者认为,我国实行社会主义经济体制改革,就是要让“人”成为真正独立的个体,具有独立的人格,而不必通过“家长”或者“户主”对外从事民事活动。废弃家庭或者户的概念,直接以集体经济组织的成员作为土地承包经营权的承包人并无不妥。^② 我觉得这种观点从民法的市民社会、甚至可以说个人主义角度看,确实很有道理,但从中国的本土情况看,未必适合我国实际。理由是:(1)中国的土地所有权制度是“二元制”,集体作为一个土地的所有权者,它实际上是代表国家拥有土地。因为,集体所有不等于集体成员所有,集体并不是由全体集体成员为社员(股东意义上的社员)出资成立的法人,集体成员无权通过决议解散集体,也无权通过决议分配集体的土地。因此,任何一个集体成员迁出集体,无论是进城工作还是出嫁,都不得要求分割集体的土地。从这一意义上看,集体土地的所有,非常类似于德国历史上的“公有”。以“户”为单位而不是以个人为单位的土地承包方式,一方面可以减少土地的纠纷,另一方面可以保持集体土地的稳定。(2)尽管在诉讼中,多数诉讼主体并不是户而是个人,但不可否认的是,我国之前的《承包法》和《物权法》,都规定了“户”是承包合同的主体,当发生土地承包纠纷时,户就应该是诉讼主体,承担责任的也是“户”,而不仅仅是个人。特别是在承包权作为物权登记后,户的地位在农村土地承包权这种用益物权中是有地位的。(3)以“户”为单位的承包,符合我国的传统及生活的实际需要。我国传统的家庭,不仅是一个稳定的生活单元,也是一个稳定的生产单元,以户为单元的承包恰恰是适合了这种需要。因为,农村的生产,需要农具、农资等,如果个人为单位承包,特别对于未成年人、失去劳动能力的人等就会产生困难。另外,如果经济上家庭中的成员之间相互独立的话,作为生活单元和生产单元必然会受到损害,进而会产生许多问题。因此,尽管民法是尽量使财产个人化,行为个人化,从而增加或者说保障个人的自由,但在土地承包方面,以“户”为单位的承包却是中国本土化的典型。(4)从我国的诉讼实践来看,在司法实践中,土地承包经营户也可以作为诉讼的原告与被告,而不像有人提出的“在诉讼实践中不存在以承包经营户出现的原告或者被告”。例如,湖北省阳新县人民法院(2015)鄂阳新民二初字第00117号判决书中就写有“原告彭某家庭承包户”,案由是“原告彭某家庭承包户诉被告何垌村某组土地承包经营权纠纷”。内蒙古自治区赤峰市中级人民法院[案号:(2015)赤民一终字第1143号]民事判决书写到“上诉人姚俊家庭联产承包户因农村土地承包合同纠纷一案,不服赤峰市松山区人民法院(2014)松民再字第11号民事裁定,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案。本案现已审理终结。”青海省湟中县人民法院民事判决书[(2015)湟民一初字第00431号]判决书写到“原告冶生玉家庭承包户与被告湟中县上新庄镇东沟滩村村民委员会不当得利纠纷一案,本院于2015年3月18日立案受理。依法由审判员李霞适用简易程序公开开庭进行了审理。原告农户代表人冶生玉及其委托代理人钟文庭、被告湟中县上新庄镇东沟滩村村民委员会的委托代理人苏延仓到庭参加诉讼。本案现已审理终结。”湖北省阳新县人民法院(2015)鄂阳新民太初字第00008号民事判决书写到“原告谭某甲家庭承包经营户诉被告谭某乙家庭承包经营户土地承包经营权纠纷一案,本院于2014年12月31日立案受理,依法由审判员余国力适用简易程序公开开庭进行了审理。原告谭某甲家庭承包经营户的代表人谭某甲及其委托代理人费世福,被告谭某乙家庭承包经营户代表人谭某乙均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。”重庆市第三中级人民法院民事判决书[(2015)渝三中法民终字第00112号]写到“上诉人杨建强因与被上诉人喻府华家庭承包经营户、喻府禄家庭承包经营户、喻府明家庭承包经营户、喻府胜家庭承包经营户、喻明超家庭承包经营户、喻贵渠家庭承包经营户、喻贵江家庭承包经营户、喻贵敬家庭承包经营户、喻明合家庭承包经营户、喻贵泉家庭承包经营户(以下简称喻府华等十经营户)财产损害赔偿纠纷一案,不服重庆市武隆县人民法院(2014)武法民初字第01312号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后,依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。”重庆市第四中级人民法院民事判决书[(2015)渝四中法民终字第01242号]写到“上诉人简文兵农村承包经营户(以下简称简文兵农户)与被上诉人简登寿农村承包经营户(以下简称简登寿农户)、原审第三人彭水苗族土家族自治县洋霍村二组(以下简称洋霍村二组)土地承

^①参见申惠文《论农村承包经营户的现代转型》,载《中国民法学研究会2015年年会论文集》(中册),第160页。

^②参见岳兵、姚狄英《两户民事主体地位的再思考》,载《中国民法学研究会2015年年会论文集》(上册),第539页。

包经营权确认纠纷一案,彭水苗族土家族自治县人民法院于2015年8月12日作出(2015)彭法民初字第01079号民事判决,简文兵农户不服该判决,向本院提出上诉。”等等。

从这些案例中可以看出,农村土地承包经营户在司法实践中的称呼基本上是“XXX家庭承包经营户”,或者“XXX家庭联产承包户”,或者“XXX家庭承包户”,或者“XXX农村承包经营户”的形式出现。这些原告或者被告代表的不是个人,而是家庭承包户,因此,与个人是不同的。

所以,基于我国的土地特殊所有体制,以及中国多年的家庭联产承包经验,未来的民法典不能随意否定自《民法通则》以来的农村土地承包经营户的民事主体地位。

(三) 个体工商户

1. 个体工商户的现实状况。应该说,个体工商户是自我国1986年《民法通则》颁行后的一种不同于自然人的主体,当时具有重大的意义和作用。但是,经过了这么多年后,特别是在《公司法》、《合伙企业法》等法律颁布后,公司法允许一人公司存在,有限责任公司的注册资金减少、手续方便,合伙企业中的合伙类型较多,设立简单的情况下,个体工商户还有存在价值吗?对此,有学者认为,个体工商户的存在已经没有必要了,因为个体工商户与个人独资企业这两种形式并无本质区别,个人独资企业与个体工商户的划分本身没有经济上和法律上的科学性与合理性:两者的投资人均为个人(或者以家庭财产投资),两者对于所产生的债务均由投资人个人财产(家庭经营的则以家庭财产承担),在组织形式上都较为简单。作为历史产物和改革初期成果的“个体工商户”的名称不应继续保留,其大部分功能为个人独资企业所涵盖。规模较大的个体工商户,以商事组织或者企业称之并无不可,可以登记为个人独资企业。对于规模较小的个体工商户,与自然人密切关联,如其不愿意登记为个人独资企业的,应将其作为小商人,允许其不经登记而从事商业活动,并给予税收、商号、商事账簿等方面的灵活对待。^①

这种观点不能说没有道理,但是,我如果把问题从反面提出来,则这种观点的逻辑出发点及理由就难以成立:当个体工商户与个人独资企业冲突时,为什么不是个人独资企业让位于个体工商户呢?在我看来,个人独资企业才真的不应该存在呢。个人独资企业比较个体工商户,其优势是什么?如果想成为法人,我们有公司法上的一人公司;如果想成为非法人团体,我们有合伙企业法上的各种合伙企业;如果想一人个人经营或者以家庭财产经营,我们早在个人独资企业法之前就有个体工商户,为什么还要搞个人独资企业?是先有的个体工商户,后又叠床架屋搞的个人独资企业,而不是相反。我们应该通过改善个体工商户的方式来消灭个人独资企业才符合当今社会的发展。西方无论过去还是现在都有无数个体经营者,难道都登记成为个人独资企业了吗?

我们可以通过权威统计数字来考量一下,个体工商户在我国社会实际生活中的分量。1990年至2014年,个体工商户从业人数从2093万人增加到1.06亿人,增长了4.06倍^②;2013年底个体工商户数量4436.29万户、资本总额2.43万亿元,同比增速分别为9.3%和23.1%^③。2014年底个体工商户4984.06万户,比上年底增长12.35%,资金数额2.93万亿元,增长20.57%^④。再来看一个对比数字:截至2015年9月底,全国实有个体工商户5285万户,私营企业1802万户,吸纳全国就业人口的三分之一以上,吸纳城镇就业人口四成以上。^⑤从这些数字可以看出,个体工商户比个人独资企业数量多得多,我们不禁要问:既然个人独资企业这么好,注册也方便,功能也与个体工商户差不多,为什么人们还是愿意成立注册个体工商户呢?肯定是个体工商户对自然人或者家庭来说,更方便、更合适,更适合人们的需要。我们为什么要消灭之而迫使他们成为个人独资企业呢?

由此可见,个体工商户在我国社会生活中占有十分重要的意义,未来的民法典必须保留这一主体。

^①参见岳兵、姚狄英《两户民事主体地位的再思考》,载《中国民法学研究会2015年年会论文集》(上册),第538-539页。

^②参见国家工商总局《中国个体私营经济与就业关系研究报告》,http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zxtjzl/xxzx/201510/t20151030_163438.html。

^③参见《二〇一三年全国市场主体发展分析》,http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zhtj/xxzx/201402/P020140227616783687760.pdf。

^④参见《2014年度全国市场主体发展、工商行政管理市场监管和消费维权有关情况》,http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zhtj/xxzx/201501/t20150123_151591.html。

^⑤参见http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/zxtjzl/xxzx/201510/t20151030_163438.html。

2. 个体工商户的民事主体地位。《民法通则》第26条规定“公民在法律允许的范围内,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28条规定“个体工商户,农村承包经营户的合法权益,受法律保护。”第29条规定“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,以家庭财产承担。”2011年3月30日国务院第149次常务会议通过、自2011年11月1日起施行的《个体工商户条例》第2条规定“有经营能力的公民,依照本条例规定经工商行政管理部门登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以个人经营,也可以家庭经营。”

《民法通则》及《个体工商户条例》可以看成是我国确认个体工商户之民事主体地位的实体法依据,其主要特征是:(1)自然人可以登记为个体工商户;(2)必须经登记方可成立;(3)必须从事工商业经营,如果是从事农业生产经营,则是农村承包经营户;(4)个体工商户可以个人经营,也可以家庭经营。个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。(5)个体工商户可以起字号。

从我国个体工商户的制度运行和实践效果看,各级工商行政管理部门已经摸索出一套对个体工商户行之有效的管理模式,成立和申请比较方便,税收政策也比较灵活,利于工商户。所以,我认为,其不仅保留,而且其法律地位应保持不变。如果我们真的照搬西方的非登记商自然人模式而抛弃我们30年来对个体工商户的管理经验,将会适得其反。对于农村承包户或者自然人,其经营农副产品可以按照商自然人对待。其实,1986年的《民法通则》对其规定得很清楚:不需要登记就可以从事经营。对于不需要登记、无固定场所的“流动性自然人商人”也有相应的管理方式,不能随便抛弃。

3. 个体工商户的登记。

我们可以再从成立和登记程序上,来观察个体工商户的主体地位及责任承担情况。

(1) 登记成立。《个体工商户条例》第8条的规定“申请登记为个体工商户,应当向经营场所所在地登记机关申请注册登记。申请人应当提交登记申请书、身份证明和经营场所证明。个体工商户登记事项包括经营者姓名和住所、组成形式、经营范围、经营场所。个体工商户使用名称的,名称作为登记事项。”《个体工商户登记管理办法》(2011年9月30日国家工商行政管理总局令第56号公布)第2条规定“有经营能力的公民经工商行政管理部门登记,领取个体工商户营业执照,依法开展经营活动。”

从这里可以看到,个体工商户必须进行登记方可取得这一民事主体地位。否则,自然人的经营只能被视为个人的商行为而不是商主体行为。

(2) 登记申请人。根据《个体工商户登记管理办法》第12条的规定,个人经营的,以经营者本人为申请人;家庭经营的,以家庭成员中主持经营者为申请人。

(3) 申请事项。根据《个体工商户登记管理办法》第6条—第11条的规定,个体工商户的登记事项包括:经营者姓名和住所;组成形式;经营范围;经营场所。其中,经营者姓名和住所,是指申请登记为个体工商户的公民姓名及其户籍所在地的详细住址;组成形式,包括个人经营和家庭经营。家庭经营的,参加经营的家庭成员姓名应当同时备案;经营范围,是指个体工商户开展经营活动所属的行业类别;经营场所,是指个体工商户营业所在地的详细地址,个体工商户经登记机关登记的经营场所只能为一处;个体工商户可以不使用名称。个体工商户决定使用名称的,应当向登记机关提出申请,经核准登记后方可使用。一户个体工商户只准使用一个名称。个体工商户名称由行政区划、字号、行业、组织形式依次组成。经营者姓名可以作为个体工商户名称中的字号使用^①。

从申请登记的程序和事项看,个人经营与家庭经营是严格分开的,申请人与申请事项是不同的,当然,承担责任的主体也是不同的。

4. 司法判例对个体工商户的主体性态度。本人搜集到了与个体工商户诉讼有关的300个案例,在这些案例中,个体工商户的主体性情况大概有这样几种:

(1) 绝大多数案例没有将个体工商户列为原告或被告,而是将实际经营者的自然人为原告或被告。在这部分以自然人列为原告或被告的案例中,一半多是仅列个体工商户中的自然人的个人信息,但案

^①《个体工商户名称登记管理办法》(2009年4月1日施行)第2、6、8条。

例大多数都在列自然人为原告(被告)的基础上列明了自然人的经济属性(即个体工商户)。

例如,湖南省资兴市人民法院[(2011)资法民二初字第1047号]民事判决书写明:原告刘XX,男,1958年10月20日出生,汉族,广东省大埔县人,住资兴市鲤鱼江。被告黄XX,女,1978年5月4日出生,汉族,资兴市人,个体工商户,住资兴市唐洞新区大全路居委会。广东省广州市南沙区人民法院(2013)穗南法万民初字第91号民事判决书写明:原告李治国与黄少强、陶瑞连(广州市增城南阳服装工艺厂个体工商户主)机动车交通事故责任纠纷一案民事判决书等等。

(2)在有些案例中,是以个体工商户作为原告和被告的,但表述方式有很大的差异,这可能与个体工商户是否有名称的登记有关。1)一种表述方式“向大川个体工商户”、“刘红梅(个体工商户)”、“个体工商户王芳良”。

例如,重庆市铜梁区人民法院(2014)铜法民初字第05231号民事裁定书载明“本院于2014年10月24日立案受理了原告黄定勇诉被告个体工商户张婷婷工伤保险待遇纠纷一案。依法由审判员周大力使用简易程序公开进行了审理。原告黄定勇于2014年12月8日向本院提出撤诉申请。”重庆市第二中级人民法院(2014)渝二中法民终字第01146号民事判决书载明“上诉人向大川个体工商户与被上诉人吴世桃、冉绪秀、刘辉、刘恬确认劳动关系一案,奉节县人民法院于2014年4月29日作出(2014)奉法民初字第00585号民事判决,向大川个体工商户不服,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案,现已审理终结。”另一种表述方式即直接列明个体工商户的字号,并注明其个体工商户的组织性质,如“宁波市鄞州下应诚达轻钢结构活动房厂(个体工商户,组织机构代码为L3647716-1,业主:董荣干)”^①。北京市第一中级人民法院(2014)一中执字第195-1号裁定书写明时俊杰(个体工商户,字号韩城市浩泽电子商务部)与北京宏信博控科技有限公司国内非涉外仲裁裁决裁定书。

由此可见,我国的司法实践也已经将个体工商户纳入到民事诉讼主体及权利义务主体的范畴中。我国未来的民法典应该保留个体工商户的主体地位。

六、非法人团体^②

(一) 定义

无论在历史上还是今天,无论中国还是外国,社会生活中存在许多自然人的集合体却又没有登记成为法人的“组织”(团体),如何称呼它们?它们究竟包括哪些类型?其有无权利能力?团体本身与成员责任如何等问题,学理上一直争论不休。

关于非法人团体应如何称呼的问题,我国的许多立法(如《合同法》、《民事诉讼法》、《著作权法》等)都以“其他组织”来称呼这些法人外团体;我国台湾地区民事诉讼法(第40条)用“非法人之团体”通称之;德国法上这些团体是由民法典规定的“无权利能力社团”和其他特别法上的“商事合伙”组成;日本一般称为“法人外团体”,包括“组合”(各当事人通过出资,并约定经营共同的事业,从而成立的组合)和“无权利能力社团”(包括能够取得法人资格但却没有取得的情形[如成立中的法人]和无法取得法人资格的情形)^③。

我认为,用“非法人团体”这一概念来通称这些法人外团体,可能更加合适,因为它体现了与自然人与法人的区别,具有比“其它组织”更强的包容性。

非法人团体应该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。^④

(二) 非法人团体究竟包括哪些类型及规范原则

对此,学者之间争议很大。例如,有学者认为,现实生活中存在各种不具备法人资格的组织体,诸如:业务委员会、无法人资格的分公司、各种企业的分支机构、独资企业、合作企业、合伙企业、非企业合

^①宁波市鄞州区人民法院民事判决书[(2014)甬鄞商初字第2217号]写明:原告:宁波恒达装饰工程有限公司。被告:宁波市鄞州下应诚达轻钢结构活动房厂[个体工商户,组织机构代码为L3647716-1,业主:董荣干]。

^②这一问题十分复杂,作者在此仅仅阐述与民法典制定相关的问题,其他问题以后再专题研究。

^③参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第326-327页。

^④参见梁慧星《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184页。

伙组织(如律师事务所、会计师事务所)、各种协会与学会的分会、学校的学生会、校友会、同乡会、各种俱乐部(如高尔夫俱乐部、足球俱乐部)、大学内部的学院、系、所、教研室、科学院内部的研究所、研究中心、研究室、课题组等等。^①也有的学者提出了不同的内容,认为,非法人团体包括非法人企业、非法人经营体、非法人非营利性团体。其中,非法人企业又具体包括:合伙企业、个人独资企业、乡镇企业、非法人乡村集体企业、非法人外资企业;非法人经营体具体包括:个体工商户、农村承包经营户、个人合伙、合伙型联营、企业分支机构、设立中的公司、企业集团;非法人非营利性团体具体包括:非法人机关、非法人事业单位、非法人社会团体。^②还有学者认为,非法人团体包括非法人社团(包括营利性社团和非营利性社团)、非法人财团、合伙(民事合伙与合伙企业)、个人独资企业、设立中的法人等。^③

对于以上观点,我觉得各有道理,但是,有些是否应该归入非法人团体中,值得考虑。例如,各种企业的分支机构、大学内部的学院、系、所、教研室、科学院内部的研究所、研究中心、研究室、课题组等等不应该属于非法人团体,而是法人本身的内部组织机构或者组成部分。另外,像民事合伙也不是所有的都属于,例如,合伙契约型的就不是非法人团体,而是自然人之间的合同关系。除此之外,像非法人财团能否成为非法人团体也存在疑问:各国对财团的控制是非常严格的,因为财团与社团不同,可能存在危及社会的各种风险。

既然大家对于非法人团体包括哪些内容争议很大,但其实这种争议并不重要,我们的民法典在设立规范的时候,注意以下几个基本的原则:(1)赋予其权利能力的条件;(2)责任如何承担(团体与成员的责任关系)。

(三) 赋予非法人团体权利能力的条件

从法典的历史上看,许多国家的民法典都不会毫无条件地赋予一个团体以权利能力,德国法为了惩罚那些不愿意登记并接受政府审查的法人外团体,根本不赋予其权利能力,所以,德国民法典上有“无权利能力社团”之规定,就是那段历史的痕迹。但随着历史的变迁,这种态度发生了根本的变化。甚至德国学者指出,在德国法上,无权利能力社团因具有权利能力而可享有财产权利,可以作为所有权人被登记在土地登记簿上。^④无权利能力的社团是一个其成员变动对其结构不发生影响的团体,在这一点上与民法上的合伙不同。因此,现在人们一般认为第54条的规定是不恰当的。无权利能力的社团在其整体结构上不是近似于民法上的合伙,而是近似于有权利能力的社团。典型的民法上的合伙是特定的合伙人松散的或者紧密的联合,各个合伙人的人格对于联合体有着重要的意义。……司法判决已经普遍承认对之已类推适用《德国民法典》关于有权利能力社团的规定。^⑤

像我国的《合伙企业法》早就赋予合伙以自己的名义从事民事活动、取得财产并以自己的财产对外承担责任的能力。

一个没有通过登记获得法人资格的非法人团体,具备什么条件才能赋予其权利能力呢?有学者指出,非法人团体应当具备下列条件:(1)有自己的名称、组织机构和场所;(2)有自己的章程或者组织规章;(3)有自己享有处分权的财产或者经费;(4)根据法定程序设立。^⑥日本的判例确定了四项条件:(1)组织性,即具备作为团体的组织;(2)少数服从多数的原则;(3)团体与成员的分离,即团体的存续不受成员变更的影响;(4)团体内容的确定性,即代表的方法、大会的运营、财产的管理及其他作为团体的主要方面确定。^⑦

笔者认为,非法人团体既然作为一个独立于其成员的资格存在,必须有一种团体的结构,同时又不同于法人。主要应具备下列条件:(1)有将其成员组织起来的章程或者其他文件,就像凯尔森所言“社

^①参见梁慧星《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183-184页。

^②参见苏号鹏《民法总论》,法律出版社2006年版,第118页。

^③参见李昊《我国民法总则非法人团体的制度设计》,载《民法主体制度的立法与解释研讨会论文集》(2015年),第41页。

^④参见[德]汉斯·布洛克斯《德国民法总论》张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第314页。

^⑤参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法总论》王晓晔等译,法律出版社2003年版,第236页。

^⑥参见梁慧星《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185页。

^⑦参见[日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第329页。

团之所以被认为是一个人,就是由于法律秩序规定了某些权利与义务,它们关系到社团成员的利益但却又似乎并非是成员的权利与义务,因而就被解释为社团本身的权利和义务。几个人只有当他们已经组织起来,仿佛每个人关于别人都有特定的功能时,他们才组成一个集团、一个联合。当他们的相互行为由秩序、规范制度所调整时,他们才被组织起来。构成这一联合,使几个人组成一个联合的,就是这种秩序,或者说是这种组织。这一联合具有机关的意思同组成联合的人由一个规范所组织的意思,正好是一样的。构成社团秩序或者组织就是社团的法律,社团的所谓章程,即是调整社团成员行为的规范的总合。”^①(2)有自己的名称、组织机构和场所,否则,难以区分于个人;(3)有形成团体意思的表决方式,以区别于团体每个人的意思,只有具有了这种机制,团体才能够区别于个人而存在或者去行动;(4)非营利性非法人团体还应该具有自己的财产,并具有保证这种财产同成员财产分离的机制。

需要说明的是:(1)有无财产其实并不重要,因为财产与责任相互联系,如果成员的每一个人对非法人团体都负无限责任的话,有无财产就不重要了。只有成员对团体负有限责任的时候,才要求团体必须具有财产。(2)是否必须登记设立,其实并不重要。恰恰就是不想通过批准设立而存在才有这种非法人团体。如果需要批准并登记设立的话,这种非法人团体具有诸多不利,是否有人愿意成立,将成为一个疑问。因此,是否经过登记,实行自愿原则。但是,我认为,这些非法人团体经过批准登记而设立与不经过批准登记而设立应该有一个区别。

(四)非法人团体与其成员的责任关系

在非法人团体,其成员是否无一例外地对团体的债务承担无限责任?在这一点上,德国法的判例与理论可资借鉴:在对外债务方面,对于无权利能力的社团,尤其是非经济性社团不适用合伙法上的成员对于合伙债务承担无限连带责任的规定。因为,如果让无权利能力社团的成员对团体债务承担无限连带责任,就不会有任何人加入非经济性社团,会成为这种社团吸引新社员的一个不可逾越的障碍。所以,司法判决和学说就寻找各种可能,将社员对团体的责任限制在社团财产的范围。^②但对于营利性团体,其成员对团体债务则承担无限连带责任。^③

但是,我认为,经过登记与非登记的非法人团体应该有一个区别:对于登记的非营利性非法人团体,方可使其成员承担有限责任。否则,仍然应该是无限连带责任。

(五)关于合伙的问题

对于合伙问题,有以下几点需要设计清楚:(1)坚持合伙中的“民商合一”,保留《民法典》第33条的规定“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。”这是民商合一的典范。(2)将合伙规定在非法人团体中,符合非法人团体获得权利能力的条件的,就赋予其权利能力。不能获得的,按照民事合伙(契约关系)对待,即虽不能以合伙的名义从事民事活动、取得权利义务,但各合伙人对第三人要承担无限连带责任。(3)民法典不能将全部合伙关系均规定其中,商事合伙应该由特别法规定,即保留现在的《合伙企业法》的模式。

七、结论

在我国民法典“总则”部分的编纂过程中,有许多有争议的问题。这些问题的争议来源于两个方面:一是本来理论上就存在争议,例如“人格权”本来就是理论上争议特别大的问题,此次编纂法典过程中必然会出现争议;二是编纂过程中对现在已有法律的重新体系化时,遇到的不同观点,例如,“监护”是在《民法通则》中规定的,其规定背景应该是婚姻法和继承法游离于民法之外时的一种权宜之计。那么现在要编纂民法典,就要把婚姻法和继承法纳入进来,这样一来,监护是规定在总则部分还是亲属法部分就有争议。在此,我觉得,既然是编纂民法典,就要是体系化和系统化,是百年大计,不能再采用“权宜”或者“已有且很好用”就不用变动了,我确认的一点是:现在好用的,将来民法典化后就不一定好

^①[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第109页。

^②参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法总论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第242页。

^③参见[德]梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第859页。

用了。因此,要用法典化的视角对待民法总则中的主体部分设计。

Subject: The Thought on Designing the Subject System in the Future “Civil Code”——Theoretical Controversies ,Views and Suggestions

Author & unit: LI Yongjun(China University of Political Science and Law ,Beijing 100088 ,China)

Abstract: There are controversies over how to design the part of the subjects in the process of compiling the “Civil Code”: what subjects should be stipulated in the general part ,and how to design the provisions about these subjects. In my view ,the general part of the “Civil Code” should stipulate natural person ,individual businesses and lease – holding farm households , legal person ,unincorporated society. As for natural person ,the current “capacities for civil acts” should be stipulated in the section of “legal act”; “capacity for responsibility” should be stipulated in the part of “tort law”; The guardian – ship system should be the part of the family law. As for the legal person ,we should take the classification of juridical association and incorporated foundation as the main line ,along with the standard of “for – profit and not – for – profit” to divide the juridical association. In the future “Civil Code” ,the individual businesses and lease – holding farm households should be reserved. The future “Civil Code” should stipulate the specific conditions on giving the unincorporated society legal capacity and the unincorporated society’s legal liability. Meanwhile ,the future “Civil Code” should distinguish the compact contract behavior in civil law and the partnership organization ,which is a kinds of unicorporated organizations. At the same time ,we should insist on the principles of “civil – commercial combination” and “localization” to design our country’s subject system.

Key words: natural person; personality rights; legal person; unincorporated society; individual businesses and lease – holding farm households; partnership

[责任编辑: 满洪杰]