
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2015 年第八期)

上海王岩律师事务所
2015 年 9 月

目录

最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定	1
全方位解读“民间借贷司法解释”	6
中华人民共和国刑法修正案（九）	15
论民法典总则的基本构造	25

最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》已于2015年6月23日由最高人民法院审判委员会第1655次会议通过，现予公布，自2015年9月1日起施行。

最高人民法院

2015年8月6日

法释〔2015〕18号

（2015年6月23日最高人民法院审判委员会第1655次会议通过）

为正确审理民间借贷纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》等相关法律之规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。

经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。

第二条 出借人向人民法院起诉时，应当提供借据、收据、欠条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据。

当事人持有的借据、收据、欠条等债权凭证没有载明债权人，持有债权凭证的当事人提起民间借贷诉讼的，人民法院应予受理。被告对原告的债权人资格提出有事实依据的抗辩，人民法院经审理认为原告不具有债权人资格的，裁定驳回起诉。

第三条 借贷双方就合同履行地未约定或者约定不明确，事后未达成补充协议，按照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定的，以接受货币一方所在地为合同履行地。

第四条 保证人为借款人提供连带责任保证，出借人仅起诉借款人的，人民法院可以不追加保证人为共同被告；出借人仅起诉保证人的，人民法院可以追加借款人为共同被告。

保证人为借款人提供一般保证，出借人仅起诉保证人的，人民法院应当追加借款人为共同被告；出借人仅起诉借款人的，人民法院可以不追加保证人为共同被告。

第五条 人民法院立案后，发现民间借贷行为本身涉嫌非法集资犯罪的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌非法集资犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

公安或者检察机关不予立案，或者立案侦查后撤销案件，或者检察机关作出不起诉决定，或者经人民法院生效判决认定不构成非法集资犯罪，当事人又以同一事实向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

第六条 人民法院立案后，发现与民间借贷纠纷案件虽有关联但不是同一事实的涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的，人民法院应当继续审理民间借贷纠纷案件，并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

第七条 民间借贷的基本案件事实必须以刑事案件审理结果为依据，而该刑事案件尚未审结的，人民法院应当裁定中止诉讼。

第八条 借款人涉嫌犯罪或者生效判决认定其有罪，出借人起诉请求担保人承担民事责任的，人民法院应予受理。

第九条 具有下列情形之一，可以视为具备合同法第二百一十条关于自然人之间借款合同的生效要件：

- （一）以现金支付的，自借款人收到借款时；
- （二）以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的，自资金到达借款人账户时；
- （三）以票据交付的，自借款人依法取得票据权利时；
- （四）出借人将特定资金账户支配权授权给借款人的，自借款人取得对该账户实际支配权时；
- （五）出借人以与借款人约定的其他方式提供借款并实际履行完成时。

第十条 除自然人之间的借款合同外，当事人主张民间借贷合同自合同成立时生效的，人民法院应予支持，但当事人另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外。

第十一条 法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。

第十二条 法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，且不存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。

第十三条 借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据合同法第五十二条、本规定第十四条之规定，认定民间借贷合同的效力。

担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定构成犯罪为由,主张不承担民事责任的,人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效力、当事人的过错程度,依法确定担保人的民事责任。

第十四条 具有下列情形之一,人民法院应当认定民间借贷合同无效:

(一)套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人,且借款人事先知道或者应当知道的;

(二)以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利,且借款人事先知道或者应当知道的;

(三)出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的;

(四)违背社会公序良俗的;

(五)其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

第十五条 原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼,被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉,并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的,人民法院应当依据查明的案件事实,按照基础法律关系审理。

当事人通过调解、和解或者清算达成的债权债务协议,不适用前款规定。

第十六条 原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩已经偿还借款,被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后,原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明,人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素,综合判断查证借贷事实是否发生。

第十七条 原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼,被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务,被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后,原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

第十八条 根据《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百七十四条第二款之规定,负有举证证明责任的原告无正当理由拒不到庭,经审查现有证据无法确认借贷行为、借贷金额、支付方式等案件主要事实,人民法院对其主张的事实不予认定。

第十九条 人民法院审理民间借贷纠纷案件时发现有下列情形,应当严格审查借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实,综合判断是否属于虚假民事诉讼:

(一)出借人明显不具备出借能力;

(二)出借人起诉所依据的事实和理由明显不符合常理;

- (三) 出借人不能提交债权凭证或者提交的债权凭证存在伪造的可能;
- (四) 当事人双方在一定期间内多次参加民间借贷诉讼;
- (五) 当事人一方或者双方无正当理由拒不到庭参加诉讼, 委托代理人对借贷事实陈述不清或者陈述前后矛盾;
- (六) 当事人双方对借贷事实的发生没有任何争议或者诉辩明显不符合常理;
- (七) 借款人的配偶或合伙人、案外人的其他债权人提出有事实依据的异议;
- (八) 当事人在其他纠纷中存在低价转让财产的情形;
- (九) 当事人不正当放弃权利;
- (十) 其他可能存在虚假民间借贷诉讼的情形。

第二十条 经查明属于虚假民间借贷诉讼, 原告申请撤诉的, 人民法院不予准许, 并应当根据民事诉讼法第一百一十二条之规定, 判决驳回其请求。

诉讼参与人或者其他人员恶意制造、参与虚假诉讼, 人民法院应当依照民事诉讼法第一百一十一条、第一百一十二条和第一百一十三条之规定, 依法予以罚款、拘留; 构成犯罪的, 应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。

单位恶意制造、参与虚假诉讼的, 人民法院应当对该单位进行罚款, 并可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留; 构成犯罪的, 应当移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。

第二十一条 他人在借据、收据、欠条等债权凭证或者借款合同上签字或者盖章, 但未表明其保证人身份或者承担保证责任, 或者通过其他事实不能推定其为保证人, 出借人请求其承担保证责任的, 人民法院不予支持。

第二十二条 借贷双方通过网络贷款平台形成借贷关系, 网络贷款平台的提供者仅提供媒介服务, 当事人请求其承担担保责任的, 人民法院不予支持。

网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保, 出借人请求网络贷款平台的提供者承担担保责任的, 人民法院应予支持。

第二十三条 企业法定代表人或负责人以企业名义与出借人签订民间借贷合同, 出借人、企业或者其股东能够证明所借款项用于企业法定代表人或负责人个人使用, 出借人请求将企业法定代表人或负责人列为共同被告或者第三人的, 人民法院应予准许。

企业法定代表人或负责人以个人名义与出借人签订民间借贷合同, 所借款项用于企业生产经营, 出借人请求企业与个人共同承担责任的, 人民法院应予支持。

第二十四条 当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保, 借款到期后借款人不能还款, 出借人请求履行买卖合同的, 人民法院应当按照民间借贷法律关系审理, 并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的, 人民法院裁定驳回起诉。

按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

第二十五条 借贷双方没有约定利息，出借人主张支付借期内利息的，人民法院不予支持。

自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。除自然人之间借贷的外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，人民法院应当结合民间借贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息。

第二十六条 借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。

借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率 36%部分的利息的，人民法院应予支持。

第二十七条 借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。

第二十八条 借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率 24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率 24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持。

按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率 24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。

第二十九条 借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率 24%为限。未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：

（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率 6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；

（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

第三十条 出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24%的部分，人民法院不予支持。

第三十一条 没有约定利息但借款人自愿支付，或者超过约定的利率自愿支付利息或违约金，且没有损害国家、集体和第三人利益，借款人又以不当得利为由要求出借人返还的，人民法院不予支持，但借款人要求返还超过年利率 36% 部分的利息除外。

第三十二条 借款人可以提前偿还借款，但当事人另有约定的除外。

借款人提前偿还借款并主张按照实际借款期间计算利息的，人民法院应予支持。

第三十三条 本规定公布施行后，最高人民法院于 1991 年 8 月 13 日发布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》同时废止；最高人民法院以前发布的司法解释与本规定不一致的，不再适用。

最高人民法院办公厅秘书一处

2015 年 8 月 6 日印发

全方位解读“民间借贷司法解释”

立法背景

改革开放三十多年来，我国经济社会发展取得了举世瞩目的成就。随着经济体制改革的不断深入，特别是新旧动力转换的关键时期，落实大众创业、万众创新，着力解决中小微企业融资难，是当前经济发展的重要任务之一。在此背景下，作为正规金融合理补充的民间借贷，因其手续简便、放款迅速而日趋活跃，借贷规模不断扩大，已成为广大市场主体获得生产、生活资金来源、投资谋取利益的重要渠道。然而，由于我国金融和法律体系相对不健全，民间借贷存在一定负面影响，其粗放、自发、紊乱的发展一直游离于国家金融监管体系的边缘；其盲目、无序、隐蔽的缺陷日积月累叠加凸显，民间借贷风险渐增，隐患愈加突出。伴随着借贷主体的广泛性和多元化，民间借贷的发展直接导致大量纠纷成讼，人民法院受理案件数量快速增长。目前，民间借贷纠纷已经成为继婚姻家庭之后第二位民事诉讼类型，诉讼标的额逐年上升，引起社会各界广泛关注。

民间借贷案件数量的急剧增长、审理难度系数普遍较高，给当前的民事审判工作带来了前所未有的压力。1991 年我院曾颁布过《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》，但因经济社会的变化，许多规定已不能适应发展需要。根据经济社会的发展变化，最高人民法院研究认为，应当尽快制定新的民间借贷司法解释，以回应人民群众对借贷安全和公平正义的追求；回应广大中小微企业对阳光融资和正当投资的渴求；回应人民

法院对统一裁判标准和正确适用法律的需求；回应金融市场化改革对形势发展和司法工作的要求。（来源：最高人民法院）

立法回顾

最高人民法院印发《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》的通知（1991.08.13）

人民法院审理借贷案件，应按照自愿、互利、公平、合法的原则，保护债权人和债务人的合法权益，限制高利率。根据审判实践经验，现提出以下意见，供审理此类案件时参照执行。

最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷纠纷案件促进经济发展维护社会稳定的通知（2011.12.02）

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

当前我国经济保持平稳较快发展，整体形势良好，但是受国际国内经济形势变化等多种因素的影响，一些地方出现了与民间借贷相关的债务不能及时清偿、债务人出逃、中小企业倒闭等事件，对当地经济发展和社会稳定造成了较大冲击，相关纠纷案件在短期内大量增加。为践行能动司法理念，充分发挥审判职能作用，妥善化解民间借贷纠纷，促进经济发展，维护社会稳定，现将有关事项通知如下。

最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2015.08.06）

为正确审理民间借贷纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》等相关法律之规定，结合审判实践，制定本规定。

权威解读

《规定》十大亮点权威解读

一、关于民间借贷的界定。

这一部分主要是对民间借贷司法解释的适用范围作出规定，对民间借贷行为及主体范围予以明确界定。民间借贷是社会经济发展过程中相对于国家正规金融行业自发形成的一种民间融资信用形式，在我国有着悠久的历史 and 深厚的传统，且为社会广泛熟悉，“民间借贷”这一称谓已经约定俗成。在我国，借贷市场主要由金融机构借贷和民间借贷组成。本司法解释解决的是自然人、法人和其他组织之间因资金融通而发生的争议。解释第一条第一款开宗明义“本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之

间进行资金融通的行为。”这个界定体现出了民间借贷行为特有的本质和主体范围。从称谓的形式上明晰了与国家金融监管机构间的区别，也从借贷主体的适用范围上与金融机构进行了区分。

二、关于民间借贷案件的受理与管辖。

从民间借贷现实情况来看，民间借贷的资金大多属于民间的自有或闲散资金，具有松散性、广泛性的特征。由于借贷关系的双方当事人之间又多有亲属关系或同事、同乡、同学等社会关系，在借贷形式上往往表现出简单性和随意性。不签订书面借款合同或仅仅由借款人出具一张内容简单的借据、收条或欠条的情形较为常见。一旦发生纠纷，借贷双方往往很难举出充分证据证明其主张或抗辩。此时，人民法院是否应受理此类案件在司法实践中素有争议。司法解释的这一部分主要规定了民间借贷案件的起诉条件；民间借贷合同履行地的确定以及保证人的诉讼地位等问题，为立案登记制背景下更好地发挥司法对民间借贷纠纷的受理和管辖提供了法律依据。

三、关于民间借贷案件涉及民事案件和刑事案件交叉的规定。

随着市场经济的不断发展，法律调整的社会关系日趋多元复杂。在民间借贷纠纷当中，此类案件往往与非法吸收公众存款、集资诈骗、非法经营等案件交织在一起，出现由同一法律事实或相互交叉的两个法律事实引发的、一定程度上交织在一起的刑事案件和民事案件，即民刑交叉案件。民刑交叉问题主要包括刑民程序的协调与实体责任的确定两个方面，这一部分主要包括：1. 对于涉嫌非法集资犯罪的民间借贷案件，人民法院应当不予受理或者驳回起诉，并将涉嫌非法集资犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。这一规定有利于公检法三机关在打击和处理涉众型非法集资犯罪时能够更好地协调一致、互相配合。2. 对于与民间借贷案件虽有关联，但不是同一事实的犯罪，人民法院应当将犯罪线索材料移送侦查机关，但民间借贷案件仍然继续审理；3. 借款人涉嫌非法集资等犯罪或者生效判决认定其有罪，出借人起诉担保人承担民事责任的，人民法院应予受理。

四、关于民间借贷合同的效力。

民间借贷合同的效力判断，在司法实践中有着重要的意义。只有基于有效的民间借贷合同，一方当事人才能向另一方当事人主张其按照合同约定履行义务，也才能涉及到违约责任的承担以及合同的解除等问题。鉴于民间借贷合同的特殊性，司法解释在这一部分主要规定了以下内容：1. 自然人之间民间借贷合同的生效要件；2. 企业之间为了生产、经营需要签订的民间借贷合同，只要不违反合同法第52条和本司法解释第14条规定内容的，应当认定民间借贷合同的效力，这也是本司法解释最重要的条款之一；3. 企业因生产、经营的需要单位内部通过借款形式向职工筹集资金签订的民间借贷合同有效；4. 借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者生效的判决认定构成犯罪，民间借贷合同并不

当然无效，而应当根据合同法第 52 条和本司法解释第 14 条规定的内容确定民间借贷合同的效力。

五、关于互联网借贷平台的责任。

近年来，随着互联网及其相关技术的发展，互联网金融在我国得到了迅速发展。自从 1979 年出现 p2p 概念，并将小额信贷和互联网技术相连接以来，p2p 网络借贷逐步进入了人们的视野，并于 2007 年正式进入我国。2013 年以来，p2p 网络借贷出现井喷式发展，在一年之内由最初的几十家增长到几千家，从而不仅实现了数量上的增长，借贷种类和方式也得到扩张。我国已经形成了有别与国外 p2p 网贷模式的新特点，同时也产生了平台角色复杂、监管主体缺位、信用系统缺乏等新问题，在当前涉及 p2p 网络借贷平台的法律规范缺失的情况下，为了更好地保护当事人的合法权益，进一步促进我国网络小额借贷资本市场良好发展，本《规定》分别对于 p2p 涉及居间和担保两个法律关系时，是否应当以及如何承担民事责任作出了规定。按照《规定》中的条款内容，借贷双方通过 p2p 网贷平台形成借贷关系，网络贷款平台的提供者仅提供媒介服务，则不承担担保责任，如果 p2p 网贷平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保，根据出借人的请求，人民法院可以判决 p2p 网贷平台的提供者承担担保责任。

六、关于民间借贷合同与买卖合同混合情形的认定。

民间借贷实践中，当前有一种现象是当事人双方为避免债务人无力偿还借款，往往在签订民间借贷合同的同时或其后签订买卖合同（以房屋买卖合同为主），约定债务人不能偿还借款本息的，则履行买卖合同。此类案件中如何认定合同的性质和效力、如何加以处理，关系到人民法院裁判的统一，关系到当事人切身利益的维护。同时，正确处理此类案件，对于防范虚假诉讼，健全担保规范，促进经济健康发展都具有重要意义。本司法解释明确规定，当事人通过签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。

七、关于企业间借贷的效力。

我院于 1991 年颁布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》对民间借贷主体仅限于至少一方是公民（自然人），而对于企业与企业之间的借贷，按照央行 1996 年颁布的《贷款通则》和我院相关司法解释的规定，一般以违反国家金融监管而被认定为无效。这一制度性规定在司法界被长期遵守，一定程度上对于维护金融秩序、防范金融风险，发挥了重要作用。但是，从计划经济时代延续下来的这一制度不仅没有消除企业间借贷行为的发生，相反，企业间借贷甚至出现愈演愈烈的势头。现实中企业间存在的巨大借贷需求，催生了一系列企业之间的间接借贷运作模式。特别是近年来随着我国社会主义市场经济的

不断发展,许多企业尤其是中小微企业在经营过程中存在着周转资金短缺、融资渠道不畅的发展瓶颈,企业通过民间借贷或者相互之间拆借资金成为融资的重要渠道。但为了规避企业之间资金拆借无效的规定,不少企业通过虚假交易、名义联营、企业高管以个人名义借贷等方式进行民间融资,导致企业风险大幅增加,民间借贷市场秩序受到破坏。

“时移则法易”。根据目前实际情况,我们经研究认为,对于企业之间的民间借贷应当给予有条件的认可。本司法解释为此规定:企业为了生产经营的需要而相互拆借资金,司法应当予以保护。这一规定不仅有利于维护企业自主经营、保护企业法人人格完整,而且有利于缓解企业“融资难”、“融资贵”等顽疾,满足企业自身经营的需要;不仅有利于规范民间借贷市场有序运行,促进国家经济稳健发展,而且有利于统一裁判标准,规范民事审判尺度。

当然,允许企业之间融资,绝非意味着可以对企业之间的借贷完全听之任之、放任自流。应当说,解禁并非完全放开,我们认为,正常的企业间借贷一般是为解决资金困难或生产急需偶然为之,但不能以此为常态、常业。作为生产经营型企业,如果以经常放贷为主要业务,或者以此作为其主要收入来源,则有可能导致该企业的性质发生变异,质变为未经金融监管部门批准从事专门放贷业务的金融机构。生产经营型企业从事经常性放贷业务,必然严重扰乱金融秩序,造成金融监管紊乱。这种行为客观上损害了社会公共利益,必须从效力上作出否定性评价。为此,本《规定》专门对企业间借贷应当认定无效的其他情形作出了具体规定。

八、关于民间借贷合同无效的规定。

对于无效合同的认定,事关合同效力的维护及市场秩序的安全和稳定,亦事关社会公共利益的保护。在司法解释中明确规定无效民间借贷行为的具体情形,有利于规范我国的金融秩序;引导民间借贷的健康有序发展;为审判实践准确认定无效民间借贷合同提供规范依据。本《规定》具体列举了民间借贷合同应当被认定为无效的情形,包括:1.套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人,且借款人事先知道或者应当知道的;2.以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利,且借款人事先知道或者应当知道的;3.出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的;4.违背社会公序良俗的;5.其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

九、关于虚假民事诉讼的处理。

我们经过调研发现当前民事审判领域存在许多虚假诉讼,在民间借贷案件中尤为突出。如何有效遏制民间借贷纠纷中的虚假诉讼,是摆在审判实践中的一个突出难题,也是亟待解决的一个课题。此类案件利益关系复杂,且往往使真正权利人的利益无法得到保障,一旦法院未能识别虚假诉讼,支持了虚假诉讼当事人的利益,则不但无法化解纠纷,反而更加激化了当事人之间的矛盾,极易引发和激化社会冲突。总之,虚假民间借贷诉讼既侵犯了真实权利人的利益,又浪费了有限的司法资源;既扰乱正常的司法审判秩序,又

影响了社会稳定。因此，必须加大对虚假诉讼的预防和打击，以维持诚实守信的诉讼环境。审判实践中如何识别虚假诉讼是遏制虚假诉讼所面临的首要问题。对于这一问题，各级人民法院在司法实践过程中形成了不同的处理方式，但也达成了基本共识，即应当在民间借贷案件审理过程中加强对证据的审查力度。本《规定》结合了虚假民间借贷诉讼审判实践的调研结果，吸收了实践中的有益的经验做法，采纳了综合判断的规范模式，并总结出了具体列举的可能属于虚假民间借贷诉讼的十种行为，如出借人明显不具备出借能力；出借人起诉所依据的事实和理由明显不符合常理；出借人不能提交债权凭证或者提交的债权凭证存在伪造的可能，等等，以供审判人员审理案件时借鉴、参考。当然，正确识别虚假民间借贷诉讼，还要求审判人员基于自身的审判经验的积累，对生活的认知能力的提高，结合借贷发生的原因、时间、地点、款项来源、交付方式、款项流向以及借贷双方的关系、经济状况等事实，综合判断是否属于虚假民事诉讼。

经审理查明属于虚假诉讼的，人民法院除判决驳回原告请求外，还要严格按照本《规定》的内容，对恶意制造、参与虚假诉讼的诉讼参与人依法予以罚款、拘留；构成犯罪的，必须要移送有管辖权的司法机关追究刑事责任。

十、关于民间借贷的利率与利息。

利率的规制是民间借贷的核心问题，也是本司法解释的重要内容之一。党的十八届三中全会确定了金融市场化改革，其中一个很重要的方面就是利率市场化。但是，利率市场化绝不意味着利率无限化，更不意味着利率无序化。必须对民间借贷利率的上限进行管控。对民间借贷利率的管制，除应当考虑政府及金融监管部门监管的便利，还要考虑作为市场主体的借贷双方的真正需求。我国正规金融市场的贷款利率，正处于一个变革时期，经历了从国家统一贷款利率，到依据国家基准利率上下限浮动利率，再到2004年取消贷款利率浮动上限，2013年取消浮动下限的变迁过程。而在我国司法实践中，普遍使用央行公布的贷款基准利率作为裁判中的“银行同类贷款利率”。随着我国利率市场化改革进程的推进，以基准贷款利率的四倍作为利率保护上限的司法政策的变革势在必行。民间借贷利率上限究竟如何进行调整，采纳何种模式，固定利率上限标准如何予以确定，这一系列审判实践中的问题亟待回答。《规定》有关民间借贷利率和利息的内容主要包括：1. 借贷双方没有约定利息，或者自然人之间借贷对利息约定不明，出借人无权主张借款人支付借期内利息；2. 借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人有权请求借款人按照约定的利率支付利息，但如果借贷双方约定的利率超过年利率36%，则超过年利率36%部分的利息应当被认定无效，借款人有权请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息；3. 预先在本金中扣除利息的，人民法院应当按照实际出借的金额认定为本金；4. 除借贷双方另有约定的外，借款人可以提前偿还借款，并按照实际借款期间计算利息。此外，这一部分还对逾期利率、自愿给付利息以及复利等问题作了规定。（来源：最高人民法院）

附典型案例

赵俊诉项会敏、何雪琴民间借贷纠纷案

【争议焦点】夫妻一方和第三人恶意串通，虚构具有婚内债务并单方认可债务，但出借人对借款关系无法举证的，法院应如何处理？其自认是否具有效力？

【案例要旨】依据民事诉讼谁主张谁举证的证据规则，在民间借贷纠纷中，主张有效的借款关系的一方应该提供借款关系存在或借款交付的证据。在司法审判中，在合理的举证期限内，出借人无法证明资金出借能力、符合常理的借款过程、借款的交付事实等情况的，自行承担举证不能的法律后果，法院应驳回其诉讼请求。另，夫妻一方和第三人恶意串通，虚构具有婚内债务并单方认可，属弄虚作假的违法行为，且损害夫妻另一方利益的目的明显，其自认没有法律效力。

吴某某诉陈晓富、王克祥及德清县中建房地产开发有限公司民间借贷、担保合同纠纷案

【争议焦点】单个的借款行为是否构成非法吸收公众存款的刑事法律事实？双方之间签订的合同是否有效？

【案例要旨】《合同法》第五十二条规定，违反法律、法规的强制性规定以及以合法形式掩盖非法目的的合同无效。非法吸收公众存款是指违反国家金融管理法规非法吸收公众存款或变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。非法吸收公众存款的刑事法律事实是数个“向不特定人借款”行为的总和。当事人在订立民间借贷合同时，主观上可能确实基于借贷的真实意思表示，不存在违反法律、法规的强制性规定或以合法形式掩盖非法目的。非法吸收公众存款的犯罪行为与单个民间借贷行为并不等价，民间借贷合同并不必然损害国家利益和社会公共利益，因此，单个的借款行为并不构成非法吸收公众存款的刑事法律事实，双方之间建立在真实意思基础上的民间借款合同有效，应受法律保护。

李战坤诉陈佳等民间借贷因资金循环回转及欺诈保证人杜丙坤、孙常法不承担保证责任案

【争议焦点】借款的实际用途与借条约定不一，而债权人对此明知的，保证人是否承担保证责任？

【案例要旨】根据《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》第四十条的规定，主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的，按照担保法第三十条的规定处理。而《担保法》第三十条第（二）项规定，主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，保证人不承担民事责任。因此，当借

款的实际用途与借条约定不一时，则违背了保证人的真实意思表示，而债权人对此又是明知的，在此种情况下，依据上述之规定，保证人应当不承担保证责任。

江苏开源投资发展有限公司诉 YANG TAO（杨陶）、石勤清“涉外”民间借贷纠纷案

【争议焦点】借款人即被担保人为境外个人，但借款行为发生在中国境内，受益人即主债权人为境内机构而非境外机构或境内外资金融机构，则担保合同是否要经过国家有关主管部门批准及到外汇局办理相关登记手续？

【案例要旨】企业向境外支付、调度资金应当符合国家有关外汇管理的规定。根据《个人外汇管理办法》及《境内机构对外担保管理办法》的有关规定，对外担保应经国家有关主管部门批准及到外汇局办理相关登记手续。未经批准或者登记的，根据《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》第六条的规定，对外担保合同无效。借款人即被担保人为境外个人，但借款行为发生在中国境内，受益人即主债权人为境内机构而非境外机构或境内外资金融机构，该担保合同并不属于对外担保合同范畴，无需国家有关主管部门批准及到外汇局办理相关登记手续。

焦胜海诉宋云峰、张丽华高额利息民间借贷纠纷案

【争议焦点】在司法实践中，如何认定高利贷行为？

【案例要旨】高利贷是指索取特别高额利息的贷款。高利贷有三大特点：利率高、剥削重和非生产性。具体而言，在民间借贷纠纷中，高利贷行为往往表现为约定利率不载入借条、交付本金时直接扣除利息、本息合计重新出具借条等，因此将导致一旦发生诉讼，借款人无法通过直接证据证明贷款人有高利贷行为。但是，在司法实践中，法官往往会运用交易习惯、生活常理等，通过对间接证据的审查，在综合考虑借款金额、期限，还款金额、时间等因素的基础上，参照高利贷的上述特征，作出事实认定。

小贴士：怎样规避民间借贷纠纷

民间借贷八大要点

一要问清用途。《民法通则》规定，合法借贷关系受法律保护，违反法律、社会公共利益及以合法形式掩盖非法目的民事行为无效。所以，问清用途很重要，若明知借钱是用于赌博、诈骗等违法活动，不仅可能血本全无，还要赔进罚款。

二要摸清信用。要从平时交往中出手是否大方，用钱有无计划，有无正当收入等细节综合分析估价偿还能力和信用度。对一时急需如看病、上学、建房等有偿还能力的尽可放心地借。对出手大方、花钱无度、不守信用者坚决不借。因为，根据法律规定，即使诉讼，穷尽法律措施，没有偿还能力，最后也难以执行到位。

三是莫贪高利。高利、利滚利，借款人往往以高利息为诱饵借款或非法集资。根据相关规定，民间借贷利率可适当高于银行借贷利率，因利率发生争议可比照 银行同类贷款利率计息。出借人将利息计入本金计算复利的，不予保护；在借款时将利息扣除的，按实际出借款数计息；利息最高不得超过银行同类贷款利率的 4 倍，超出部分的利息不予保护；利息计入本金计算复利的，只返还本金。

四是核对身份。问清是个人还是其单位借款。如债务人身份不明，在诉讼中，就有可能在单位借款与个人借款之间相互推诿，给实现债权带来麻烦。同时，最好能留下借款人身份证复印件，防止日后可能诉讼而不知对方基本情况。

五是定好还期。双方对返还期限有约定的，一般按约定；没有约定的，随时可请求返还；暂时无力返还的，可分期返还。不约定归还期限虽可随时要求返还，但却让借款人有了拖延的机会。出借时约定还期，有利于及时偿还。

六是提供担保。有保证人的借贷债务到期后，债务人无能力清偿、无法清偿或债务人不落不明的，由保证人承担连带责任。所以，为保险起见，可要求借款人 提供担保或第三人为保证人，数额较大还可公证，在借款人提供担保时，如是房屋、车辆或记名债券、股票、定期存折，在仔细审查证件有效性的同时，要到有关部门登记。

七是签订民间借贷欠条，一旦借款人否认，难以举证，诉到法院也是败诉。所以，要订立书面协议或写借条，写清双方姓名、住址、借款数额、借还款时间等合法内容。同时要求借款人当面书写借条并亲笔签名，最好有人在场见证。

八是及时追要。到期不能归还，一定要及时追要。如仍不能归还，则要及时起诉。因为，《民法通则》第 135 条规定，向法院请求保护的诉讼时效为 2 年。否则，可能丧失胜诉权，无法讨回借款。

民间借贷注意事项

1. 诉讼时效问题。需要注意：借款没有约定还款期限的，债权人可以随时提出还款主张，不受两年诉讼时效的限制，但提出还款主张后两年内没有继续主张的，视为超过诉讼时效，法律不予支持。

2. 原告主张债权必须提供书面借据；无书面借据或无法提供的，应提供必要的事实根据或与自己无利害关系的两人以上的证人证言，来支持自己的主张。欠条或者借条在债务人之手时一般将被推定为该债务已经清偿。

3. 民间借贷的利率可以高于银行利率，但最高不得超过银行利率的 4 倍（含利率本数），但一定要明确约定，没有约定利息的，视为无息借款。约定超出银行同期利率 4 倍的，超出部分的利息依法不予保护。出借人不得将利息计入本金谋取高利，审理中发现借款人将利息计入本金计算复利的，只返还本金。

4. 出借人明知是为了进行非法活动而借款的，典型的例子是赌债，其借贷关系不予保护。对双方的违法借贷行为，可按照有关法律予以制裁。

5. 行为人以借款人的名义出具的借据代其借款，借款人不承认，行为人又不能证明的，由行为人承担民事责任。如借款系用于夫妻共同生活，则由夫妻双方共同偿还。
6. 合伙经营期间，个人以合伙组织的名义借款，用于合伙经营的，由合伙人共同偿还；借款人不能证明借款用于合伙经营的，由借款人偿还。
7. 借款的抵押如果涉及不动产，要到相关部门办理登记手续，才能对抗第三人。
8. 债权文书如办理可强制执行的公证，则可不经法院审理，直接向法院申请强制执行。
9. 还款期满后 6 个月内必须向担保人主张权利，如过期则担保人一般不承担担保责任。
10. 为延长诉讼时效可以用邮政“特快专递”不断寄送追款函，邮件回执单必须明确注明寄送的内容，如“要求还款 1 万元的函”、“要求担保人承担担保责任的函”。

中华人民共和国刑法修正案（九）

（2015 年 8 月 29 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过）

中华人民共和国主席令第 30 号

《中华人民共和国刑法修正案（九）》已由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议于 2015 年 8 月 29 日通过，现予公布，自 2015 年 11 月 1 日起施行。

中华人民共和国主席 习近平

二〇一五年八月二十九日

一、在刑法第三十七条后增加一条，作为第三十七条之一：“因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。

“被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的，由公安机关依法给予处罚；情节严重的，依照本法第三百一十三条的规定定罪处罚。

“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定。”

二、将刑法第五十条第一款修改为：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑；如果故意犯罪，情节恶劣的，报请最高人民法院核准后执行

死刑；对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，并报最高人民法院备案。”

三、将刑法第五十三条修改为：“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。

“由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院裁定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。”

四、在刑法第六十九条中增加一款作为第二款：“数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。”

原第二款作为第三款。

五、将刑法第一百二十条修改为：“组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。

“犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”

六、将刑法第一百二十条之一修改为：“资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人的，或者资助恐怖活动培训的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员的，依照前款的规定处罚。

“单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

七、在刑法第一百二十条之一后增加五条，作为第一百二十条之二、第一百二十条之三、第一百二十条之四、第一百二十条之五、第一百二十条之六：

“第一百二十条之二 有下列情形之一的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产：

“（一）为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具的；

“（二）组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训的；

“（三）为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络的；

“（四）为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的。

“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

“第一百二十条之三 以制作、散发宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品，或者通过讲授、发布信息等方式宣扬恐怖主义、极端主义的，或者煽动实施恐怖活动的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“第一百二十条之四 利用极端主义煽动、胁迫群众破坏国家法律确立的婚姻、司法、教育、社会管理等制度实施的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“第一百二十条之五 以暴力、胁迫等方式强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

“第一百二十条之六 明知是宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资料或者其他物品而非法持有，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”

八、将刑法第一百三十三条之一修改为：“在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：

“（一）追逐竞驶，情节恶劣的；

“（二）醉酒驾驶机动车的；

“（三）从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的；

“（四）违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的。

“机动车所有人、管理人对前款第三项、第四项行为负有直接责任的，依照前款的规定处罚。

“有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

九、将刑法第一百五十一条第一款修改为：“走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产；情节较轻的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

十、将刑法第一百六十四条第一款修改为：“为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

十一、将刑法第一百七十条修改为：“伪造货币的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

“（一）伪造货币集团的首要分子；

“（二）伪造货币数额特别巨大的；

“（三）有其他特别严重情节的。”

十二、删去刑法第一百九十九条。

十三、将刑法第二百三十七条修改为：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。

“聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，处五年以上有期徒刑。

“猥亵儿童的，依照前两款的规定从重处罚。”

十四、将刑法第二百三十九条第二款修改为：“犯前款罪，杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”

十五、将刑法第二百四十一条第六款修改为：“收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚。”

十六、在刑法第二百四十六条中增加一款作为第三款：“通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。”

十七、将刑法第二百五十三条之一修改为：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

“违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

“窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。

“单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

十八、将刑法第二百六十条第三款修改为：“第一款罪，告诉的才处理，但被害人没有能力告诉，或者因受到强制、威吓无法告诉的除外。”

十九、在刑法第二百六十条后增加一条，作为第二百六十条之一：“对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

“有第一款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

二十、将刑法第二百六十七条第一款修改为：“抢夺公私财物，数额较大的，或者多次抢夺的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

二十一、在刑法第二百七十七条中增加一款作为第五款：“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的规定从重处罚。”

二十二、将刑法第二百八十条修改为：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

“伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金。

“伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

二十三、在刑法第二百八十条后增加一条作为第二百八十条之一：“在依照国家规定应当提供身份证明的活动中，使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件，情节严重的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。

“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

二十四、将刑法第二百八十三条修改为：“非法生产、销售专用间谍器材或者窃听、窃照专用器材的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

二十五、在刑法第二百八十四条后增加一条，作为第二百八十四条之一：“在法律规定的国家考试中，组织作弊的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

“为他人实施前款犯罪提供作弊器材或者其他帮助的，依照前款的规定处罚。”

“为实施考试作弊行为，向他人非法出售或者提供第一款规定的考试的试题、答案的，依照第一款的规定处罚。

“代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。”

二十六、在刑法第二百八十五条中增加一款作为第四款：“单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

二十七、在刑法第二百八十六条中增加一款作为第四款：“单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

二十八、在刑法第二百八十六条后增加一条，作为第二百八十六条之一：“网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：

“（一）致使违法信息大量传播的；

“（二）致使用户信息泄露，造成严重后果的；

“（三）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；

“（四）有其他严重情节的。

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

“有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

二十九、在刑法第二百八十七条后增加二条，作为第二百八十七条之一、第二百八十七条之二：

“第二百八十七条之一 利用信息网络实施下列行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：

“（一）设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的；

“（二）发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；

“（三）为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

“有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

“第二百八十七条之二 明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

“有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

三十、将刑法第二百八十八条第一款修改为：“违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自使用无线电频率，干扰无线电通讯秩序，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

三十一、将刑法第二百九十条第一款修改为：“聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处三年以上七年以下有期徒刑；对其他积极参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”

增加二款作为第三款、第四款：“多次扰乱国家机关工作秩序，经行政处罚后仍不改正，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。

“多次组织、资助他人非法聚集，扰乱社会秩序，情节严重的，依照前款的规定处罚。”

三十二、在刑法第二百九十一条之一中增加一款作为第二款：“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是上述虚假信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”

三十三、将刑法第三百条修改为：“组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、行政法规实施的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处或者单处罚金。

“组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人，致人重伤、死亡的，依照前款的规定处罚。

“犯第一款罪又有奸淫妇女、诈骗财物等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。”

三十四、将刑法第三百零二条修改为：“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

三十五、在刑法第三百零七条后增加一条，作为第三百零七条之一：“以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

“有第一款行为，非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”

“司法工作人员利用职权，与他人共同实施前三款行为的，从重处罚；同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”

三十六、在刑法第三百零八条后增加一条，作为第三百零八条之一：“司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人，泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息，造成信息公开传播或者其他严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”

“有前款行为，泄露国家秘密的，依照本法第三百九十八条的规定定罪处罚。”

“公开披露、报道第一款规定的案件信息，情节严重的，依照第一款的规定处罚。”

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

三十七、将刑法第三百零九条修改为：“有下列扰乱法庭秩序情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金：

“（一）聚众哄闹、冲击法庭的；

“（二）殴打司法工作人员或者诉讼参与人的；

“（三）侮辱、诽谤、威胁司法工作人员或者诉讼参与人，不听法庭制止，严重扰乱法庭秩序的；

“（四）有毁坏法庭设施，抢夺、损毁诉讼文书、证据等扰乱法庭秩序行为，情节严重的。”

三十八、将刑法第三百一十一条修改为：“明知他人有间谍犯罪或者恐怖主义、极端主义犯罪行为，在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

三十九、将刑法第三百一十三条修改为：“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”

四十、将刑法第三百二十二条修改为：“违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；为参加恐怖活动组织、接受恐怖活动培训或者实施恐怖活动，偷越国（边）境的，处一年以上三年以下有期徒刑，并处罚金。”

四十一、将刑法第三百五十条第一款、第二款修改为：“违反国家规定，非法生产、买卖、运输醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料、配剂，或者携带上述物品进出境，情节较重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“明知他人制造毒品而为其生产、买卖、运输前款规定的物品的，以制造毒品罪的共犯论处。”

四十二、将刑法第三百五十八条修改为：“组织、强迫他人卖淫的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。

“犯前两款罪，并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

“为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

四十三、删去刑法第三百六十条第二款。

四十四、将刑法第三百八十三条修改为：“对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：

“（一）贪污数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

“（二）贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“（三）贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

“对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

“犯第一款罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，有第一项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第二项、第三项规定情形的，可以从轻处罚。

犯第一款罪，有第三项规定情形被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。”

四十五、将刑法第三百九十条修改为：“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”

四十六、在刑法第三百九十条后增加一条，作为第三百九十条之一：“为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”

四十七、将刑法第三百九十一条第一款修改为：“为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”

四十八、将刑法第三百九十二条第一款修改为：“向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”

四十九、将刑法第三百九十三条修改为：“单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。”

五十、将刑法第四百二十六条修改为：“以暴力、威胁方法，阻碍指挥人员或者值班、值勤人员执行职务的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。战时从重处罚。”

五十一、将刑法第四百三十三条修改为：“战时造谣惑众，动摇军心的，处三年以下有期徒刑；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”

五十二、本修正案自2015年11月1日起施行。

论民法典总则的基本构造

——以《中华人民共和国民法通则》为基础

柳经纬

【中文关键字】法典编纂；民法通则；民事法律行为

无论是基于对过往民事立法的尊重还是基于法典化的逻辑，我国编纂民法典、制定总则，都无法绕过1986年《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）。2002年底提交审议的《中华人民共和国民法草案》（以下简称《民法草案》）总则编基本沿袭《民法通则》的结构和内容，[1]也许就是很好的例证。《民法通则》所构建的民事基本制度包括自然人、法人、民事法律行为、民事权利、民事责任和诉讼时效。在民法典的整体框架中，民事权利和民事责任分属于民法分则，自然人、法人、民事法律行为和诉讼时效正是传统民法典总则编的基本制度。[2]因此，以《民法通则》为基础制定民法典总则，[3]亦是势所必然。然而，受制于其时改革发展目标之不确定和民法学理论准备之不足，《民法通则》所确立的四项民事基本制度，既因时势之局限或观念之落伍而无法适应社会生活发展之需要，也因理论上的不成熟而无法满足法典科学性之要求。因此，以《民法通则》所确立的基本制度为基础制定民法典总则，不能照抄照搬，必须进行制度重构。

一、自然人制度

《民法通则》第二章“公民（自然人）”包括民事权利能力和民事行为能力，监护，宣告失踪和宣告死亡，个体工商户、农村承包经营户和个人合伙。《民法草案》总则编第二章“自然人”，放弃了“公民”的概念，同时不再规定“个体工商户、农村承包经营户和个人合伙”，这是可取的。但在其他方面，《民法草案》总则编仍基本延续着《民法通则》的规定。《民法通则》在自然人制度上最大的缺失是欠缺胎儿主体地位的规定和关于自然人权利能力平等性的规定欠缺合理性。

（一）胎儿的主体地位问题

在自然人问题上，《民法通则》最大的缺失是没有胎儿主体地位的规定，《民法草案》总则编也未弥补。

《民法通则》第9条、《民法草案》总则编第10条规定公民的权利能力始于出生，且无关于胎儿权利能力的特别规定，这就从根本上否定了胎儿的权利主体地位。这种立法与我国实行计划生育的基本国策有关。[4]然而，保护胎儿权益是一个现实问题，法官面对因交通肇事而陷入困境的“遗腹子”权益保护之类的案件，无论是基于道义还是基于人权观念，都不能冷漠到以法无规定为由将其拒之法律门外。因止匕在司法实践中对胎儿权益给予保护早已成为共识。但是现行法对胎儿主体地位的不承认，导致司法实践中对胎儿权益的保护长期处于于法无据状态，更造成同案不同判的司法乱象。这也使得一些地方司法机关不得不另辟蹊径，在现行法中尽可能寻求可供胎儿权益保护的法律资源，以统一胎儿权益保护的法律适用。例如，广东省高级人民法院1996年发布的《关于处理道路交通事故案件若干具体问题的意见》（粤高法发）[1996]15号）第38条通过对“被抚养人”的解释，将胎儿纳入“被抚养人”范畴，从而为因交通事故而受损害的胎儿提供保护；河南省高级人民法院1999年发布的《关于审理人身损害赔偿案件中确定赔偿范围及标准的意见》（豫高法[1999]第20号）第16条规定“未出生的胎儿，视为间接受害人”，从而将胎儿权益纳入保护范围；江苏省高级人民法院2001年发布的《全省民事审判工作座谈会纪要》则明确规定“死者在因交通事故死亡前，其配偶已经受孕但尚未生产，如胎儿出生后系活体的，应当赔偿其必要的生活费”。虽然这些地方人民法院的司法指导意见给个别领域的保护胎儿权益提供了一定依据，但就全国范围而言仍然存在法律适用不统一的问题；并且，这些地方性的司法意见毕竟不是法律，甚至连司法解释都够不上，同时其与《民法通则》关于自然人权利能力的规定也存在严重的冲突。编纂民法典、制定总则，应当赋予胎儿（以将来出生为条件，视为出生）以主体地位，以弥补这一制度缺失。

（二）自然人权利能力的平等性与差异性问题

《民法通则》第10条规定：“公民的民事权利能力一律平等”。《民法草案》总则编第11条延续了这一规定。这一规定对于彰显人人平等的精神价值具有重要的意义。

从法的规范层面分析，如果不考虑自然人可能享有权利的范围，仅从权利能力的起始来看，这一规定是正确的，既然自然人的权利能力始于出生、终于死亡，那么每一个人从出生到死亡都具有权利能力，自然人的权利能力因而就是平等的。但是，如果从自然人可能享有权利的范围来看，这一规定则因其用语过于绝对而有失合理性。因为自然人可能享有权利的范围在现行法上还是存在一定差异的，并非绝对的“一律平等”。其表现如下：一是对外国人、无国籍人权利能力的限制。《民法通则》第8条第2款中的“法律另有规定的除外”，意味着我国关于公民权利能力的规定并不完全适用于外国人和无国籍人。二是未成年人劳动权利能力的限制。为保护未成年人的身心健康和合法权益，各国法律都明文规定禁止雇用童工。《中华人民共和国劳动法》第15条就禁止用人单位招用未满16周岁的未成年人，成为对未满16周岁的未成年人劳动权利能力的限制。三是结婚权利能力的限制。依《中华人民共和国婚姻法》第6，7条的规定，男女双方结婚须达到法定婚龄（男22周岁、女20周岁），且不属于患有医学上认为不应当结婚的疾病的自然人，如未

达到法定婚龄或患有禁止结婚的疾病，其结婚之权利能力就受限制。四是公务人员商事权利能力的限制。早在 1984 年，中共中央、国务院就发布了《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》（中发[1984]27 号）；2005 年通过的《中华人民共和国公务员法》第 53 条明确规定公务员不得“从事或者参与营利性活动”，第 102 条进而规定“公务员辞去公职或者退休的，原系领导成员的公务员在离职三年内，其他公务员在离职两年内……不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动”。

在民法上，自然人的权利能力以平等为原则，以限制为例外。由于对自然人权利能力加以限制，关系到人的自由和享有权利的范围，因此应以法律明文规定为必要。基于这一原则，民法典关于自然人权利能力平等性的规定，不应完全承袭：《民法通则》第 10 条和《民法草案》总则编第 11 条的规定，而应改为：“自然人的权利能力平等，非依法律规定不得加以限制或剥夺”。

二、法人制度

《民法通则》第三章“法人”设四节，分别为一般规定，企业法人，机关、事业单位和社会团体法人，联营。《民法草案》总则编不设节，13 个条文仅规定了法人的概念、条件、住所、各类法人的成立原则、法人的活动原则、法人机关及其意思表示和责任归属、法人的分离合并终止的原则，内容极为简略。与《民法通则》相比，《民法草案》总则编的可取之处仅在于两点：一是不再规定“联营”；二是对基金会法人和社会团体法人分别规定，解决了现行法上基金会与社会团体法人未作明确区分的问题。〔5〕在法人制度构建的主体方面，《民法草案》总则编并没有解决《民法通则》存在的其他问题。而且，由于《民法草案》的有关规定过于简略，规范性更差，因此与《民法通则》相比不是进步反而是退步了。

《民法通则》规定的法人制度有两个鲜明的特点：一是强调法人须“能够独立承担民事责任”，以此作为法人的必备条件；二是采取企业法人与非企业法人（机关、事业单位和社会团体法人）的分类，大部分内容却是对企业法人的规定。〔6〕这给团体人格的制度构建带来难题，法人制度重构也必须由此着手。

（一）法人独立承担责任问题

法人“能够独立承担民事责任”这一观念源自前苏俄民法学的法人理论。根据该理论，法人最重要的特征是独立财产和独立责任。所谓独立财产，是指法人的财产具有独立性，法人的财产与其成员的财产以及其他法人的财产是分立的；所谓独立责任，是指法人以自己的财产对法人的债务负责，其他人对此不负责任。〔7〕根据法人独立承担责任的理论，对于以成员为基础的法人，法人独立承担责任也就是成员的有限责任，对于法人来说是独立责任，对于成员来说则是有限责任。〔8〕这在 1993 年《中华人民共和国公司法》第 3 条第 2、3 款上得到完整的表达。这给团体人格的立法带来难题。在大陆法系国家的传统中，民事主体只有自然人和法人，并无第三类民事主体。然而，按照《民法通则》所确立的法人制度，合伙企业、个人独资企业以及类似的其他团体，〔9〕虽然依法设立，能够以自己

的名义参与民事活动，享有权利和承担义务（责任），但无法归属于法人。为了解决合伙企业等团体的主体资格问题，合同法等创设了“其他组织”概念，[10]学术界则发明了“非法人团体”或“非法人组织”的概念。[11]但是，“其他组织”或“非法人团体”、“非法人组织”均不具有法律概念所必需的确定性，并不是科学的法律概念，将“其他组织”或“非法人团体”、“非法人组织”作为自然人、法人之外的第三类主体显然不符合科学立法和法典化的要求。在学者主持完成的民法典草案建议稿中，也有过构建非法人团体制度的尝试，但与法人制度比较，大多内容雷同，[12]在自然人、法人之外另行构建第三类主体制度的尝试并不成功。

一个众所周知的法学常识是，所谓民事主体，是指具有一定权利能力、能够以自己的名义享有权利和承担义务（责任）的“人”，因此只要是民事主体就一定具有相应的权利能力，否则就不是民事主体。这就意味着，合伙企业等“其他组织”，虽然不具有法人资格，但却能以自己的名义对外独立承担责任。[13]因此能否独立承担责任并不是法人与“其他组织”的本质区别，《民法通则》将“能够独立承担责任”作为法人的条件，并以此区分法人和“其他组织”是不正确的。至于将“能够独立承担责任”这一条件转换为成员的有限责任，以此作为区分法人和“其他组织”的依据，就更不能成立。在大陆法系国家的传统中，公司不仅包括股东承担有限责任的有限责任公司和股份有限公司，也包括股东承担无限责任的无限公司和部分股东承担无限责任的两合公司，但并非只有前者才是法人，事实上后者也是法人。[14]这也说明，在大陆法系国家的传统中法人的人格与其成员是否负有限责任没有关系，无论其成员是否负有限责任，均不影响其法人资格。

因此，在法人制度构建上应当删去法人条件中“能够独立承担民事责任”的规定，依法设立的团体即享有法人资格，而不论其成员是否有限责任，从而为合伙企业等“其他组织”归入法人奠定了制度基础，[15]在民事主体类型和法人制度上与大陆法系国家的传统保持一致，以走出现行法下民事主体制度构建的困境。

（二）法人的分类问题

在法律上，类型化是规范体系构建的基础，科学的分类有利于构建科学的规范体系，不科学的分类必将导致规范体系构建的混乱。《民法通则》将法人分为企业法人与非企业法人，主要是关于企业法人的规定，非企业法人（机关、事业单位和社会团体法人）只有一条原则性规定，并无相应的规范构建，是为不足。但是，如果按照《民法通则》这一分类构建法人的规范体系，则问题更大：一是将不属于民法规范的国家机关、负有管理职能的事业单位以及部分担负着政治功能的社会团体作为民事主体来规定，混淆了公法与私法的界限；二是同样以成员为基础的企业法人和一般社会团体被归入不同的法人类型，而以捐赠行为为基础的基金会和以成员为基础的一般社会团体则归于同一法人类型，造成法人分类标准的混乱；三是没有严格区分公益法人和营利法人，没有为公益法人设定特殊规范。在这种混乱的法人分类基础上，是不可能构建出科学的规范体系的。因此，在法人制

度构建上应摒弃《民法通则》的分类法，以法人设立基础为标准分别建立社团法人和财团法人的规范体系，辅以营利法人和公益法人的分类，进一步完善法人制度。

此外，《民法通则》关于法人的规定还有一个不足，即关于法人治理结构的规定过于粗略。在社团法人的治理结构方面，公司法、农民专业合作社法已有较为健全的规定；在财团法人的治理结构方面，《基金会管理条例》也有较为健全的规定，因此应当吸取这些立法经验，完善民法典总则法人治理结构的规定。

三、法律行为制度

民事法律行为大概是《民法通则》所创设的最具“特色”的民事制度之一。[16]它一反传统民法关于法律行为的本质是意思表示的定性，以“合法性”定性民事法律行为，以此为基础构建民事法律行为的规范体系，并创设了一套不同于传统民法的法律行为概念体系。《民法草案》总则编第四章“民事法律行为”基本延续了《民法通则》的规定。

《民法通则》第四章“民事法律行为与代理”第一节“民事法律行为”计9条：第54条定义民事法律行为是“合法行为”，第55条和第56条分别规定了民事法律行为的实体要件和形式要件，第57条规定了民事法律行为的效力，第58条至第61条则规定了违背第55条和第56条规定的行为类型—无效民事行为、可变更可撤销民事行为—及其法律后果，第62条规定附条件民事法律行为。由此可见，“合法性”贯穿于民事法律行为规范的始终。而且，鉴于民事法律行为本质上是“合法行为”，人们认为传统民法上的“法律行为无效”存在着逻辑上的矛盾，[17]从而抛弃了传统民法的“无效法律行为”、“可撤销法律行为”概念，另行创设“民事行为”、“无效民事行为”、“可变更可撤销的民事行为”概念，与“民事法律行为”构成《民法通则》的法律行为概念体系。

《民法通则》关于民事法律行为“合法性”的定性备受学术界的批评。人们认为它将法律行为推入法定主义的轨道，是前苏俄所推崇的法律本质“意志论”（法律是统治阶级的意志）的产物，反映的是计划经济体制的需要；[18]从私法的角度看，是“对私法理念特别是对意思自治原则的高度压制”，[19]是对私法的否定。不仅如此，以“合法性”定性为基础而构建的法律行为概念体系还严重脱离实际生活。在现实生活中，本无法律行为，法律行为不过是合同、遗嘱等具体行为的高度抽象，因此法律行为的概念体系必须与现实生活中的合同、遗嘱等概念相对应，这样的概念体系才具有科学性。按照《民法通则》所构建的概念体系，无效的法律行为不是法律行为，那么无效的合同就不是合同，无效的遗嘱也不是遗嘱。那么，无效的合同、无效的遗嘱又该如何称谓呢？《民法通则》及其理论并没有给出说法。于是，现实生活中无效的合同仍叫合同，无效的遗嘱仍叫遗嘱。

《民法通则》产生于20世纪80年代，其时经济体制改革刚刚起步，计划经济体制仍占统治地位因此强调民事活动的“合法性”，排除当事人意思自治，自有其理由。但是，随着市场化改革的不断深入，尤其是中共十四大确立了市场经济体制的目标之后，这一制度已经不能适应社会经济发展的需要。按照市场经济的要求，判断交易行为效力的准则是

“法无禁止即可为”，[20]而不是“合法性”，法律行为制度应恢复其私法自治“工具”的地位，[21]以意思表示为基础构建法律行为制度应成为新的立法思路。

1999年《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）没有因袭：民法通则》的成例，没有关于合同必须是合法行为、合同有效条件之类的规定。《合同法》第2条第1款规定合同是当事人之间的“协议”，协议不过是合意状态的意思表示；第二章“合同的订立”，尤其是关于“要约”、“承诺”的规定，旨在为当事人的意思表示提供指引；第三章“合同的效力”尤其是第52条第5项关于违法性合同的规定，旨在严格无效合同的认定依据，保障当事人意思自治；第四章“合同的履行”第62条关于合同条款欠缺的补充性规范，旨在弥补当事人意思表示的欠缺；第125条关于合同的解释应确定当事人“真实意思”的规定，旨在维护当事人的真意。所有这些都旨在实现当事人自治，发挥着私法自治“工具”的作用。因此，《合同法》基本恢复了传统法律行为制度的面貌。

重塑法律行为制度应以《合同法》为基础，要点是放弃“合法性”的定性，将法律行为表述为“自然人、法人基于其意思表示而为之的设立、变更、终止一定民事权利义务关系的行为”；不再规定法律行为的有效条件，只规定法律上有瑕疵的行为，按照《合同法》关于合同效力的规定，区分为效力待定、可变更可撤销和无效；关于法律行为无效，应贯彻“法无禁止即可为”的精神，将《合同法》第52条第5项改造为“违反法律禁止规定的行为无效”；应抛弃《民法通则》创设的概念体系，以《合同法》为基础，恢复法律行为、无效法律行为和可变更撤销法律行为的概念体系，与合同、遗嘱的概念体系保持一致。此外，在意思表示的内容和形式、意思表示的解释、附条件和附期限行为等方面均应以《合同法》为基础建立法律行为的规范。

四、时效制度

《民法通则》第七章只规定了诉讼时效没有规定取得时效。《民法草案》总则编第八章同时规定了诉讼时效和取得时效，其中关于诉讼时效的规定基本延续了《民法通则》的规定，不同的是，第100条第1款适当延长了普通诉讼时效的期间和特殊权益保护的最长时效期间。与大陆法系国家的传统相比，《民法通则》关于诉讼时效的规定有两点不同：一是没有采用消灭时效概念，而采用苏俄民法的诉讼时效概念；二是时效期间短，普通时效期间为2年，特殊时效期间为1年。重构诉讼时效制度应从这两点着手。

关于概念问题，应当放弃诉讼时效概念，恢复消灭时效的概念。其理由是：诉讼时效概念难以反映这一制度的全貌。关于消灭时效效力的立法例，有实体权（债权）消灭说、请求权消灭说和胜诉权消灭说（诉讼时效）。无论采取何种立法例，其实际效果均表现为：一般情况下，当时效期间已经届满，权利人请求义务人履行义务时，不论是在诉讼内还是在诉讼外，义务人有权以时效期间届满为由予以拒绝；但是，在时效期间届满后，如果义务人主动履行了义务，权利人均有权接受，而不受时效的影响。即便是被告的时效抗辩被法院采纳，权利人已经败诉，义务人主动履行的，权利人仍可接受。可见，诉讼时效概念只能反映诉讼内当事人主张权利和时效抗辩的情形，而无法反映诉讼外的权利主张和

拒绝履行义务的情形。当前，为了建设和谐社会，也为了缓解司法压力，多元纠纷解决机制广受重视甚至连最高人民法院也把其作为推进人民法院体制改革的重要措施。[22]在这种形势下，保留“诉讼时效”概念就更加不合时宜。

关于时效期间过短的问题，《民法草案》总则编已对此有所回应，将普通诉讼时效期间从2年延至3年，特殊时效期间仍为1年。笔者认为，普通时效期间3年仍然偏短，对权利人极其不利。应当平衡权利人和义务人之间的利益，根据不同适用对象（请求权）适当延长时效期间：一般请求权的时效期间为5年；旅游费、酒店费用、运费、租金、医疗费、咨询服务、短期劳动报酬以及律师会计师公证费等特定合同之债的请求权的时效期间为2年；物权请求权的时效期间为15年。[23]

在时效制度的问题上有必要顺带讨论一下《民法草案》总则编关于取得时效的规定。如果说现行民事法律还存在着某些制度缺失，那么取得时效就算一项。因此，在民法典编纂之际弥补这一制度缺失，理所应当。至于取得时效是安排在总则编还是安排在物权编，由于均有外国立法例可供参照，[24]因此如何安排均无不当。如果从适用范围来看，取得时效只是所有权及个别用益物权的取得方式之一，并不适用于债权，因此安排在物权编更为合适。这与消灭时效不同，后者适用于请求权，而请求权不限于债编，总则编和其他分则编也分布着形形色色的请求权，包括不属于合同、侵权行为、无因管理和不当得利的“非典型之债”。[25]因此，消灭时效安排在总则编为合适。

《民法草案》总则编关于取得时效的规定共3条，最大的特点是，第105条第1款、第106条第1款将取得时效与诉讼时效嫁接起来，赋予取得时效以解决诉讼时效届满后遗留的占有人所占有之物的归属问题的功能。这种制度安排存在的问题是：一是取得时效的适用以诉讼时效完成为前提，使得取得时效的适用范围极为狭窄，大大削弱了取得时效制度的作用；二是取得时效与诉讼时效在适用条件上存在着巨大差异，取得时效的适用条件复杂得多，即便是所有权人的返还原物请求权超过诉讼时效，无权占有人也不一定能够通过持续占有而取得占有物的所有权，返还原物请求权因诉讼时效届满而出现的占有物归属不确定的状态无法得到彻底解决，取得时效并不能真正起到解决诉讼时效完成后遗留问题的作用。因此，《民法草案》总则编的制度安排并不可取。

最后需要特别指出，时效制度旨在确认和维护权利不行使（消灭时效）或持续占有（取得时效）形成的新秩序，涉及原被告双方对立的利益，法官面对原被告的利益时应保持中立，因此是否主张时效利益应取决于当事人，如当事人不主张时效利益，法官不能依职权主动适用时效规定，否则法官就会丧失中立地位，而成为当事人一方的代言人。未来立法应借鉴《法国民法典》第2223条、《意大利民法典》第2939条规定的经验，规定“法官不得依职权援引时效”，这对于确保司法公正、促进司法文明尤为重要。

【注释】

[1] 参见彭诚信：《论我国未来民法典总则编的结构设计》，《烟台大学学报》（哲学社会科学版）2005 年第 3 期。

[2] 民法典总则编之内容虽不限于此四项，亦包括基本原则、客体、权利救济之一般规范、期间等，但从法律技术层而看，此四项制度与分则编和民商事特别法的制度之间关系更加密切，其制度构建如何直接影响到分则编和民商事特别法之制度构建，因此历来为总则编之重点；而且相对而言，我国现行法上此四项制度存在的制度性问题也人些，当为总则编立法之重点。

[3] 参见王利明：《民法典体系研究》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 392-394 页。

[4] 参见郭明瑞等：《民商法原理：民商法总论、人身权法》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 131 页。

[5] 根据 1988 年《基金会管理办法》第 2 条的规定基金会是社会团体法人。2004 年《基金会管理条例》没有规定基金会是社会团体法人，其第 2 条将基金会定性为“非营利性法人”。

[6] 《民法通则》第三章“法人”共 4 节、18 条其中，有 3 节、合计 17 条或是以企业法人为基础的规定（第一节“一般规定”），或是直接关于企业法人的规定（第二节“企业法人”）或是与企业法人有关的规定（第四节“联营”），关于其他法人的规定仅有第三节“机关、事业单位和社会团体法人”，1 个条文（第 50 条）。

[7] 参见佟柔主编：《民法原理》，法律出版社 1983 年版，第 52 页；杨振山：《论我国的法人制度》，载陶希晋主编：《民法文集》，山西人民出版社 1985 年版，第 197-198 页。

[8] 在不以成员为基础的团体（如基金会）中，由于无成员存在，因此也就无成员责任之说。

[9] 根据民办非企业单位登记管理暂行条例第 12 条规定，民办非企业单位“根据其依法承担民事责任的不同方式”分为法人型、合伙型和个体型。

[10] 参见《中华人民共和国合同法》第 2 条、《中华人民共和国著作权法》第 2 条、《中华人民共和国商标法》第 4 条、《中华人民共和国民事诉讼法》第 3 条、《中华人民共和国民事诉讼法》第 2 条、《中华人民共和国行政诉讼法》第 2 条、《中华人民共和国行政复议法》第 2 条。

[11] 参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社 2003 年版，第 18 页；江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 151-154 页；赵群：《非法人团体作为第三民事主体问题的研究》，《中国法学》1999 年第 1 期；胡安潮：《对我国民法典中应否设定第三类民事主体的思考》，《北京理工大学学报》（社会科学版）2003 年第 5 期。

[12]参见梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第12-18页。该建议稿用6个条文规定“非法人团体”，除了定义和承担责任两条外，其余4个条文的内容与关于法人的规定相同或类似。

[13]例如，根据《中华人民共和国合伙企业法》（2006年修订）第38条的规定，合伙企业可以以自己的名义对外承担责任，尤其是在其财产足以承担责任的情形下。《中华人民共和国个人独资企业法》第31条也有类似规定。

[14]参见《法国商法典》第5条，《日本公司法典》第2条第1项、第3条，我国台湾地区“公司法”第1.2条。

[15]以此为基础的相关法律改革可以有两种方案：一是修改公司法，增加无限公司和两合公司，废止合伙企业法和个人独资企业法，将现有的合伙企业和个人独资企业分别纳入无限公司（由公司法承认一人有限公司后，承认一人无限公司——即个人独资企业，应不是问题）和两合公司（现行合伙企业法上的有限合伙）；二是不修改公司法，修改合伙企业法和个人独资企业法，分别增加“合伙企业具有法人资格”和“个人独资企业具有法人资格”的规定。上述第一方案为首选，在此基础上再修改其他相关法律。

[16]另一项极具“特色”的制度是民事责任制度。《中华人民共和国民法通则》第六章“民事责任”试图构建一个统揽违约责任和侵权责任的民事责任。这被认为是“世界民事立法史上的重大突破”（杨振山主编：《中国民法教程》修订本，中国政法大学出版社1999年版，第602页）“从内容到体系结构都有所创新”反映出中国民法的特色（余能斌、马俊驹主编：《现代民法学》，武汉大学出版社1995年版，第665页），是“我国民法的创造”（顾昂然：《新中国民事法律概述》，法律出版社2000年版，第60页）。但这一“特色”制度被后来的立法所抛弃。参见柳经纬：《当代中国民法学的理论转型》，中国法制出版社2010年版，第128-131页。

[17]参见顾昂然：《新中国民事法律概述》，法律出版社2000年版，第35页。这种认知源自当时民法学界的主流观念。佟柔教授主编的“统编教材”性质的《民法原理》（法律出版社1983年版，第90-91页）就使用了“无效法律行为”的概念，并认为其“并不是法律行为，也不是法律行为的一个种类”。该书1987年修订后就不再使用“无效法律行为”的概念，而改称“无效民事行为”。参见佟柔主编：《民法原理》，法律出版社1987年版，第107页。

[18]参见高在敏、陈涛：《对民事法律行为本质合法说的质疑》，《法律科学》1996年第1期；高在敏：《法律行为本质合法说观点源头考——对民事法律行为本质合法说质疑之三》，《法律科学》1999年第6期。

[19]薛军：《法律行为“合法性”迷局之破解》，《法商研究》2008年第2期。

[20]参见《李克强：在国务院第二次廉政工作会议上的讲话》http://news.xinhuanet.com/politics/2014-02/24/c_119460787-3.htm, 2015-0-10。

[21] 参见[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 142 页。

[22] 参见《最高人民法院关于全面深化改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》（法发[2015]3 号）第 46 点“健全多元化纠纷解决机制”。

[23] 参见柳经纬：《关于时效制度的若}几理论问题》，《比较法研究》2004 年第 5 期。

[24] 《日本民法典》将取得时效安排在总则编；《德国民法典》将取得时效安排在物权编并且取得时效是所有权的取得方式之一。

[25] 关于非典型之债及其分布情况，参见柳经纬：《非典型之债初探》，《中国政法大学学报》2008 年第 4 期。