
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2015 年第四期)

上海王岩律师事务所

2015 年 5 月

目录

最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定	1
最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释	3
论我国试用期内劳动者合法权益的保护	8
关于民法典总则立法的几点思考	15
浅谈入户盗窃罪中“户”之认定	26

最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定

(2015年4月13日最高人民法院审判委员会第1647次会议通过 法释〔2015〕8号)

为保护公民、法人和其他组织依法行使诉权，实现人民法院依法、及时受理案件，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》《中华人民共和国刑事诉讼法》等法律规定，制定本规定。

第一条 人民法院对依法应该受理的一审民事起诉、行政起诉和刑事自诉，实行立案登记制。

第二条 对起诉、自诉，人民法院应当一律接收诉状，出具书面凭证并注明收到日期。

对符合法律规定的起诉、自诉，人民法院应当当场予以登记立案。

对不符合法律规定的起诉、自诉，人民法院应当予以释明。

第三条 人民法院应当提供诉状样本，为当事人书写诉状提供示范和指引。

当事人书写诉状确有困难的，可以口头提出，由人民法院记入笔录。符合法律规定的，予以登记立案。

第四条 民事起诉状应当记明以下事项：

(一) 原告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式；

(二) 被告的姓名、性别、工作单位、住所等信息，法人或者其他组织的名称、住所等信息；

(三) 诉讼请求和所根据的事实与理由；

(四) 证据和证据来源；

(五) 有证人的，载明证人姓名和住所。

行政起诉状参照民事起诉状书写。

第五条 刑事自诉状应当记明以下事项：

(一) 自诉人或者代为告诉人、被告人的姓名、性别、年龄、民族、文化程度、职业、工作单位、住址、联系方式；

(二) 被告人实施犯罪的时间、地点、手段、情节和危害后果等；

(三) 具体的诉讼请求；

(四) 致送的人民法院和具状时间；

(五) 证据的名称、来源等；

(六) 有证人的，载明证人的姓名、住所、联系方式等。

第六条 当事人提出起诉、自诉的，应当提交以下材料：

(一) 起诉人、自诉人是自然人的, 提交身份证明复印件; 起诉人、自诉人是法人或者其他组织的, 提交营业执照或者组织机构代码证复印件、法定代表人或者主要负责人身份证明书; 法人或者其他组织不能提供组织机构代码的, 应当提供组织机构被注销的情况说明;

(二) 委托起诉或者代为告诉的, 应当提交授权委托书、代理人身份证明、代为告诉人身份证明等相关材料;

(三) 具体明确的足以使被告或者被告人与他人相区别的姓名或者名称、住所等信息;

(四) 起诉状原本和与被告或者被告人及其他当事人人数相符的副本;

(五) 与诉请相关的证据或者证明材料。

第七条 当事人提交的诉状和材料不符合要求的, 人民法院应当一次性书面告知在指定期限内补正。

当事人在指定期限内补正的, 人民法院决定是否立案的期间, 自收到补正材料之日起计算。

当事人在指定期限内没有补正的, 退回诉状并记录在册; 坚持起诉、自诉的, 裁定或者决定不予受理、不予立案。

经补正仍不符合要求的, 裁定或者决定不予受理、不予立案。

第八条 对当事人提出的起诉、自诉, 人民法院当场不能判定是否符合法律规定的, 应当作出以下处理:

(一) 对民事、行政起诉, 应当在收到起诉状之日起七日内决定是否立案;

(二) 对刑事自诉, 应当在收到自诉状次日起十五日内决定是否立案;

(三) 对第三人撤销之诉, 应当在收到起诉状之日起三十日内决定是否立案;

(四) 对执行异议之诉, 应当在收到起诉状之日起十五日内决定是否立案。

人民法院在法定期间内不能判定起诉、自诉是否符合法律规定的, 应当先行立案。

第九条 人民法院对起诉、自诉不予受理或者不予立案的, 应当出具书面裁定或者决定, 并载明理由。

第十条 人民法院对下列起诉、自诉不予登记立案:

(一) 违法起诉或者不符合法律规定的;

(二) 涉及危害国家主权和领土完整的;

(三) 危害国家安全的;

(四) 破坏国家统一和民族团结的;

(五) 破坏国家宗教政策的;

(六) 所诉事项不属于人民法院主管的。

第十一条 登记立案后, 当事人未在法定期限内交纳诉讼费的, 按撤诉处理, 但符合法律规定的缓、减、免交诉讼费条件的除外。

第十二条 登记立案后，人民法院立案庭应当及时将案件移送审判庭审理。

第十三条 对立案工作中存在的不接收诉状、接收诉状后不出具书面凭证，不一次性告知当事人补正诉状内容，以及有案不立、拖延立案、干扰立案、既不立案又不作出裁定或者决定等违法违规情形，当事人可以向受诉人民法院或者上级人民法院投诉。

人民法院应当在受理投诉之日起十五日内，查明事实，并将情况反馈当事人。发现违法违规行为的，依法依规追究相关人员责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十四条 为方便当事人行使诉权，人民法院提供网上立案、预约立案、巡回立案等诉讼服务。

第十五条 人民法院推动多元化纠纷解决机制建设，尊重当事人选择人民调解、行政调解、行业调解、仲裁等多种方式维护权益，化解纠纷。

第十六条 人民法院依法维护登记立案秩序，推进诉讼诚信建设。对于干扰立案秩序、虚假诉讼的，根据民事诉讼法、行政诉讼法有关规定予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十七条 本规定的“起诉”，是指当事人提起民事、行政诉讼；“自诉”，是指当事人提起刑事自诉。

第十八条 强制执行和国家赔偿申请登记立案工作，按照本规定执行。

上诉、申请再审、刑事申诉、执行复议和国家赔偿申诉案件立案工作，不适用本规定。

第十九条 人民法庭登记立案工作，按照本规定执行。

第二十条 本规定自2015年5月1日起施行。以前有关立案的规定与本规定不一致的，按照本规定执行。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释

（2015年4月20日最高人民法院审判委员会第1648次会议通过）

法释〔2015〕9号

为正确适用第十二届全国人民代表大会常务委员第十一次会议决定修改的《中华人民共和国行政诉讼法》，结合人民法院行政审判工作实际，现就有关条款的适用问题解释如下：

第一条 人民法院对符合起诉条件的案件应当立案，依法保障当事人行使诉讼权利。

对当事人依法提起的诉讼，人民法院应当根据行政诉讼法第五十一条的规定，一律接收起诉状。能够判断符合起诉条件的，应当当场登记立案；当场不能判断是否符合起诉条件的，应当在接收起诉状后七日内决定是否立案；七日内仍不能作出判断的，应当先予立案。

起诉状内容或者材料欠缺的，人民法院应当一次性全面告知当事人需要补正的内容、补充的材料及期限。在指定期限内补正并符合起诉条件的，应当登记立案。当事人拒绝补正或者经补正仍不符合起诉条件的，裁定不予立案，并载明不予立案的理由。

当事人对不予立案裁定不服的，可以提起上诉。

第二条 行政诉讼法第四十九条第三项规定的“有具体的诉讼请求”是指：

- （一）请求判决撤销或者变更行政行为；
- （二）请求判决行政机关履行法定职责或者给付义务；
- （三）请求判决确认行政行为违法；
- （四）请求判决确认行政行为无效；
- （五）请求判决行政机关予以赔偿或者补偿；
- （六）请求解决行政协议争议；
- （七）请求一并审查规章以下规范性文件；
- （八）请求一并解决相关民事争议；
- （九）其他诉讼请求。

当事人未能正确表达诉讼请求的，人民法院应当予以释明。

第三条 有下列情形之一的，已经立案的，应当裁定驳回起诉：

- （一）不符合行政诉讼法第四十九条规定的；
- （二）超过法定起诉期限且无正当理由的；
- （三）错列被告且拒绝变更的；
- （四）未按照法律规定由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为的；
- （五）未按照法律、法规规定先向行政机关申请复议的；
- （六）重复起诉的；
- （七）撤回起诉后无正当理由再行起诉的；
- （八）行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的；
- （九）诉讼标的已为生效裁判所羁束的；
- （十）不符合其他法定起诉条件的。

人民法院经过阅卷、调查和询问当事人，认为不需要开庭审理的，可以径行裁定驳回起诉。

第四条 公民、法人或者其他组织依照行政诉讼法第四十七条第一款的规定，对行政机关不履行法定职责提起诉讼的，应当在行政机关履行法定职责期限届满之日起六个月内提出。

第五条 行政诉讼法第三条第三款规定的“行政机关负责人”，包括行政机关的正职和副职负责人。行政机关负责人出庭应诉的，可以另行委托一至二名诉讼代理人。

第六条 行政诉讼法第二十六条第二款规定的“复议机关决定维持原行政行为”，包括复议机关驳回复议申请或者复议请求的情形，但以复议申请不符合受理条件为由驳回的除外。

行政诉讼法第二十六条第二款规定的“复议机关改变原行政行为”，是指复议机关改变原行政行为的处理结果。

第七条 复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告。原告只起诉作出原行政行为的行政机关或者复议机关的，人民法院应当告知原告追加被告。原告不同意追加的，人民法院应当将另一机关列为共同被告。

第八条 作出原行政行为的行政机关和复议机关为共同被告的，以作出原行政行为的行政机关确定案件的级别管辖。

第九条 复议机关决定维持原行政行为的，人民法院应当在审查原行政行为合法性的同时，一并审查复议程序的合法性。

作出原行政行为的行政机关和复议机关对原行政行为合法性共同承担举证责任，可以由其中一个机关实施举证行为。复议机关对复议程序的合法性承担举证责任。

第十条 人民法院对原行政行为作出判决的同时，应当对复议决定一并作出相应判决。

人民法院判决撤销原行政行为 and 复议决定的，可以判决作出原行政行为的行政机关重新作出行政行为。

人民法院判决作出原行政行为的行政机关履行法定职责或者给付义务的，应当同时判决撤销复议决定。

原行政行为合法、复议决定违反法定程序的，应当判决确认复议决定违法，同时判决驳回原告针对原行政行为的诉讼请求。

原行政行为被撤销、确认违法或者无效，给原告造成损失的，应当由作出原行政行为的行政机关承担赔偿责任；因复议程序违法给原告造成损失的，由复议机关承担赔偿责任。

第十一条 行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。

公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：

- (一) 政府特许经营协议；
- (二) 土地、房屋等征收征用补偿协议；
- (三) 其他行政协议。

第十二条 公民、法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行协议提起诉讼的，参照民事法律规范关于诉讼时效的规定；对行政机关单方变更、解除协议等行为提起诉讼的，适用行政诉讼法及其司法解释关于起诉期限的规定。

第十三条 对行政协议提起诉讼的案件，适用行政诉讼法及其司法解释的规定确定管辖法院。

第十四条 人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，在适用行政法律规范的同时，可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范。

第十五条 原告主张被告不依法履行、未按照约定履行协议或者单方变更、解除协议违法，理由成立的，人民法院可以根据原告的诉讼请求判决确认协议有效、判决被告继续履行协议，并明确继续履行的具体内容；被告无法继续履行或者继续履行已无实际意义的，判决被告采取相应的补救措施；给原告造成损失的，判决被告予以赔偿。

原告请求解除协议或者确认协议无效，理由成立的，判决解除协议或者确认协议无效，并根据合同法等相关法律规定作出处理。

被告因公共利益需要或者其他法定理由单方变更、解除协议，给原告造成损失的，判决被告予以补偿。

第十六条 对行政机关不依法履行、未按照约定履行协议提起诉讼的，诉讼费用准用民事案件交纳标准；对行政机关单方变更、解除协议等行为提起诉讼的，诉讼费用适用行政案件交纳标准。

第十七条 公民、法人或者其他组织请求一并审理行政诉讼法第六十一条规定的相关民事争议，应当在第一审开庭审理前提出；有正当理由的，也可以在法庭调查中提出。

有下列情形之一的，人民法院应当作出不予准许一并审理民事争议的决定，并告知当事人可以依法通过其他渠道主张权利：

- （一）法律规定应当由行政机关先行处理的；
- （二）违反民事诉讼法专属管辖规定或者协议管辖约定的；
- （三）已经申请仲裁或者提起民事诉讼的；
- （四）其他不宜一并审理的民事争议。

对不予准许的决定可以申请复议一次。

第十八条 人民法院在行政诉讼中一并审理相关民事争议的，民事争议应当单独立案，由同一审判组织审理。

审理行政机关对民事争议所作裁决的案件，一并审理民事争议的，不另行立案。

第十九条 人民法院一并审理相关民事争议，适用民事法律规范的相关规定，法律另有规定的除外。

当事人在调解中对民事权益的处分，不能作为审查被诉行政行为合法性的根据。

行政争议和民事争议应当分别裁判。当事人仅对行政裁判或者民事裁判提出上诉的，未上诉的裁判在上诉期满后即发生法律效力。第一审人民法院应当将全部案卷一并移送第二审人民法院，由行政审判庭审理。第二审人民法院发现未上诉的生效裁判确有错误的，应当按照审判监督程序再审。

第二十条 公民、法人或者其他组织请求人民法院一并审查行政诉讼法第五十三条规定的规范性文件，应当在第一审开庭审理前提出；有正当理由的，也可以在法庭调查中提出。

第二十一条 规范性文件不合法的，人民法院不作为认定行政行为合法的依据，并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级人民政府或者上一级行政机关。

第二十二条 原告请求被告履行法定职责的理由成立，被告违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的，人民法院可以根据行政诉讼法第七十二条的规定，判决被告在一定期限内依法履行原告请求的法定职责；尚需被告调查或者裁量的，应当判决被告针对原告的请求重新作出处理。

第二十三条 原告申请被告依法履行支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇等给付义务的理由成立，被告依法负有给付义务而拒绝或者拖延履行义务且无正当理由的，人民法院可以根据行政诉讼法第七十三条的规定，判决被告在一定期限内履行相应的给付义务。

第二十四条 当事人向上一级人民法院申请再审，应当在判决、裁定或者调解书发生法律效力后六个月内提出。有下列情形之一的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出：

- (一) 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- (二) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- (三) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
- (四) 审判人员审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

第二十五条 有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请抗诉或者检察建议：

- (一) 人民法院驳回再审申请的；
- (二) 人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；
- (三) 再审判决、裁定有明显错误的。

人民法院基于抗诉或者检察建议作出再审判决、裁定后，当事人申请再审的，人民法院不予立案。

第二十六条 2015年5月1日前起诉期限尚未届满的，适用修改后的行政诉讼法关于起诉期限的规定。

2015年5月1日前尚未审结案件的审理期限，适用修改前的行政诉讼法关于审理期限的规定。依照修改前的行政诉讼法已经完成的程序事项，仍然有效。

对2015年5月1日前发生法律效力的判决、裁定或者行政赔偿调解书不服申请再审，或者人民法院依照审判监督程序再审的，程序性规定适用修改后的行政诉讼法的规定。

第二十七条 最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

论我国试用期内劳动者合法权益的保护

白宏伟 王赛

【摘要】：试用期制度是我国《劳动合同法》中一项极为重要的制度。在劳动合同中约定试用期，对用人单位和劳动者进行双向选择、节省用人单位招聘成本、增加劳动者就业具有重要意义。但目前我国试用期制度及其发展存在一定的缺陷，用人单位滥用该制度侵犯劳动者权利的现象时有发生。本文从法律角度分析了试用期劳动者权利保护的现状、问题及原因，并提出了加强试用期劳动者权利保护的建议，对完善现行法律法规，实现制度落地有一定意义。

【关键字】：劳动者 试用期 合法权益

一、论文选题背景

从目前的就业形势分析，我国劳动力总量压力巨大，供大于求的矛盾依然存在。一方面由于人口出生高峰的原因，新增劳动力增加幅度较大，劳动力供给增多；另一方面，我国劳动密集型经济发展模式发生改变，劳动需求量大的就业岗位严重不足，同时用人单位对劳动者的综合素质要求越来越高，部分劳动者不能满足用人单位的要求，进而导致资源配置比例失调而形成摩擦性就业困难。劳动力市场上用人单位因各种因素的综合处于优势地位，一些不法用人单位在进行用工时侵犯处于弱势的劳动者合法权益。在众多侵权案件中，很大一部分体现在试用期这一问题上，保护试用期劳动者合法权益迫切需要各方重视。

二、我国试用期内劳动者权利概述

（一）试用期的概念、特征

学界对试用期的界定有多种不同观点，[1]台湾地区学者认为，试用期是一种评价性约定，该约定从雇主的角度考察雇员是否具有职务的适合性，以此决定是否与雇员签订（缔结）正式的劳动合同，这里的试用期具有定期性或者实验性的特点。王全兴教授的研究站在用人单位与劳动者的双重利益角度[2]指出，“试用期就是用人单位对劳动者是否能够满足工作需求进行全面考察，同时劳动者对用人单位是否满足自己对工作环境等条件的最初

预期而进行了解的期限”，这里的期限包含在劳动合同期限内，试用期间的劳动关系处于一种非正式状态，属于从非正式向正式过渡。

无论怎样定义试用期的概念都不能改变试用期的本质，即试用期是提供给劳资双方的一个安全交易平台，在这个平台上劳资双方公平交易，从而实现用人单位与劳动者双向选择的最优化。

试用期的特征主要表现在从属性、合意性和完整性。所谓从属性主要体现在其约定以劳动合同的签订为前提，劳动合同是其存在的基础；合意性是指劳资双方可以对是否约定试用期及试用期限进行协商；完整性则表现在劳动者在试用期除薪资待遇与正式员工不一致以外享有与其它员工相同的权益。通过对试用期特征的分析，可以更深刻地认识其设计意义及现实操作中存在的问题。

（二）我国劳动者在试用期内享有的权利

1. 试用期劳动者的报酬权。在试用期间，劳动者与企业其他正式职工一样都有通过劳动来取得相应报酬的权利，除法律约定的试用期工资比例除外，用人单位不得以任何理由少发、低发甚至不发给劳动者的工资。不仅如此，在同一单位对于同样的劳动量、工作成果应遵循按劳分配的原则，按照同一标准发放工资，实行同工同酬。

2. 试用期内劳动者的劳动权利。一、劳动条件：试用期内用人单位应为劳动者提供相应的劳动条件；二、劳动保险：劳动者在试用期间与其他正式职工一样，用人单位在依法为其缴纳社会保险费。劳动者在试用期间因工负伤，应按照工伤认定的标准处理，用人单位不能以其在试用期内为由拒绝承担法定的社会保险责任。

3. 用人单位对在试用期中的劳动者不得滥用解雇权。除《劳动合同法》规定中出现的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

三、我国劳动立法对试用期内劳动者权利的法律保护

（一）试用期限与适用范围规定详细

《劳动合同法》第19条规定：“劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的不得约定试用期。”可见，法律除了对试用期限作出了限制，对其适用范围也进行了规制：试用期适用于初次就业或者再次就业时改变原工作岗位的劳动者；用人单位对于工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能约定一次试用期。

（二）试用期劳动者的工资有保障

《劳动合同法》第二十条规定：“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”从法律规定来看，劳动者与用人单位从订立劳动合同之时就形成了劳动关系，即劳

劳动者在试用期就已经是用人单位的员工，只要劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动，用人单位就应当支付工资。此外，试用期劳动者因探亲、结婚、直系亲属死亡而按规定休假，或者依法参加国家和社会活动，同样视为提供了正常工作，用人单位仍应按规定对劳动者支付工资。[3] 对于试用期工资，用人单位应以现金形式，按月、及时、足额支付给劳动者，不得故意拖欠或者非法克扣劳动者的工资。

（三）试用期内劳动合同解除有条件

试用期内用人单位可以解除劳动合同，但是该解除权的行使条件是有严格限制的。根据相关法律的规定有下列情形之一的，用人单位可以在试用期内解除：证明不符合录用条件；违反规章制度；严重失职、营私舞弊、给用人单位造成重大损害；同时与其他用人单位建立劳动关系，严重影响本单位的工作，经用人单位提出，拒不改正；依法追究过刑事责任；就医且医疗期满后不能正常工作；培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作等。用人单位在试用期内解除劳动合同负有举证义务，部分情形还需按照标准向劳动者支付赔偿金。

（四）试用期劳动者权利的救济

针对劳动者在试用期内权利受到侵害的现象，《劳动合同法》第83条规定，用人单位违反法律规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期且履行的，用人单位以试用期满月工资为标准，按超出时间向劳动者支付赔偿金。第77条规定，劳动者权益受到侵害，有权要求有关部门依法处理，或申请仲裁、提起诉讼。

四、我国试用期约定在具体施行中存在的问题

（一）先进行试用再签订劳动合同

基于试用期的从属性可知，试用期从属于劳动合同，没有劳动合同，试用期便没有存在的依据。但现实中仍有许多企业在试用期不签订劳动合同，由于没有书面约定，用人单位为劳动者提供的待遇自由度很大，其本质是把劳动者试用期变为“白用期”或“廉价期”，侵犯劳动者合法权益。通过对仲裁机构的访谈，这方面侵权案例具体表现在一些用人单位为了自己的单方面利益，在签订劳动合同时，称需要先签订试用期合同，试用合格后，再签订劳动合同，将试用期从劳动合同中剥离出来。第二种情形是用人单位与劳动者单独订立试用期合同：起初不与劳动者订立书面劳动合同，而是在劳动关系存续了一定的时间后，才与劳动者订立书面劳动合同，在订立劳动合同前期以试用期对待；当试用期结束时，找出各种借口将求职者辞退，同时以劳动合同没有生效或没有签订为由逃避责任。其实质是将包含在劳动合同期限之内的试用期剥离出来，这是违反法律规定的。

（二）试用期的约定成为常态

根据法律规定，用人单位是否对劳动者约定试用期应根据用人单位提供的岗位及劳动者的职业技能；法律未强制性规定在劳动合同中必须约定试用期。但是在供过于求的市场环境下，部分用人单位钻法律漏洞，无论什么岗位都约定试用期，甚至约定最长期限，通

过压榨劳动者来获取利益最大化。根据有关机构统计,此类案例常在餐饮、物流等行业出现。

很多西方国家的劳动法律在对试用期的有关问题进行法律规制时,不仅规定了具体试用期的确定方式,并且规定了具体的不得适用试用期的情形。如俄罗斯《俄罗斯劳动法》中规定对于一些特殊的群体,如未满18岁的、职业技术学校毕业的青年工人、中高级专业学校毕业的青年专业人员以及卫国战争残疾人等,在具体的劳动合同中不得包含劳动合同试用期的约定。类似的规定在一定程度上可以保护特殊群体的劳动权益,更能彰显出现代法治公平的理念。这是我国立法需要借鉴的。

(三) 试用期单方解除权遭滥用

实践中许多企业无视法律存在,在试用期或期满时以“不适合工作”或“与公司文化不符”这样含糊不清的理由强行解除劳动合同。根据统计年鉴(2013年),在劳动争议案件中解除、终止合同案件占22.23%^[4]。西安市劳动争议仲裁委员会负责人在访谈中提到的案例很具有代表性。案例如下:2014年2月,张某经过面试被某公司录用为业务部经理助理。2014年2月21日,双方签订了2年期固定期限劳动合同并约定了2个月试用期。2014年4月6日,公司以张某不符合录用条件为由解除了劳动合同。张某认为公司在没有对他进行相关考核的情况下以不符合公司的录用条件为由解除劳动合同的行为不符合法律规定,于是向劳动争议仲裁委员会提出申请,要求公司向其支付赔偿金。劳动争议仲裁委员会经调查审理后裁定,该公司单方面解除劳动关系的行为是不合法的,公司应向张某支付赔偿金。

滥用单方解除权与劳动合同法的“订立劳动合同,应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则”相背离,不仅损害了劳动者的劳动权,且使劳动者在时间、经历和物质上的成本大大增加。

(四) 试用期劳动者权利不完备

用人单位与劳动者签订劳动合同,双方劳动关系正式确立,在此期间内用人单位有义务为劳动者缴纳社会保险费,劳动者也有权力要求用人单位缴纳。但现实中仍然有许多企业利用劳动者法律盲点,在试用期内不缴或少缴社会保险费,低成本轮换使用劳动者,这不仅是对员工权利的损害,也是在逃避社会责任。

王某的案例是西安劳动争议仲裁委员会2014年下半年处理的类似案件中的一个成功范例:王某于2014年3月10日到某电器设备公司入职,双方签订了一年期的劳动合同。约定试用期为三个月,试用期满后经考核合格可转为正式职工,试用期工资为1800元/月。2014年6月5日,公司以王某考核不合格为由将其辞退。2014年7月初,王某与公司协商未果情况下向当地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求该公司为其补缴2014年3月至6月的社会保险费用。但公司认为王某在试用期内就被辞退,并未成为正式职工,公司可不为其缴纳社会保险费用。仲裁委审理后认为,虽然公司与王某约定了三个月的试用期,但该期限并

不符合法律规定,而且根据相关的规定,用人单位从用工之日起就应当为劳动者缴纳相关的社会保险费用。最终仲裁委裁决公司为王某补缴2014年3月至6月期间的社会保险费用。

五、我国劳动者试用期内权利被侵犯的原因分析

(一) 法律法规具体规定不完善

随着经济的发展、市场环境的变化,原有的法律法规已经不能充分的指导和规范用人单位的行为。例如劳动合同法十七条第二款规定:“用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。”这种一刀切的做法是不符合实际的,不能够解决好劳动者权益被侵害的现实性问题。要区分情况来规定,例如一些缺乏技术含量的工作可以不约定试用期或者只能约定期限较短的试用期。再如《劳动合同法》对用人单位考量试用期劳动者的标准没有进行具体的要求和规定,只是在第21条中提到“用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。”这种模糊的表述给用人单位在考量试用期劳动者的权限上留有空白,在双方信息极其不对称的情况下,用人单位可能凭借多种理由与在试用期的劳动者解除合同;而且法定的用人单位违法成本相对而言比较低,部分用人单位在利益的驱动下依旧违规操作。在用人单位占优势的劳动力市场环境下,劳动者的权益需要更为具体的法律规定来维护。

(二) 劳动监管部门监管不力

监督管理职能可分为内部监管和外部监管,试用期制度存在的问题与两方均有关系。一是内部监管不力:工会等负有监督责任的组织没有发挥作用。企业工会和劳动争议调解委员会作为与劳动者接触最密切的组织,本应在维护劳动者权利方面发挥最直接的作用,然而由于体制原因,我国许多工会组织负责人多由政府或者用人单位指定,真正通过民主选举产生的并不多见[5]。在工会组织无法与用人单位割断利益脐带的情况下,劳动者通过工会组织维权是艰难的,甚至是没有指望的[6]。二是外部监管不力:劳动监管部门监管不力,“不作为”行为严重。许多地方的劳动监管形同虚设,不能很好的担负起政府部门应尽的职责。尽管劳动者法律意识有所提高,但迫于各方面的压仍不敢揭露企业违法行为。监管部门在这种形势下又不积极主动的深入企业进行调查了解,放松监管强度,使劳动者维权更为困难,对于试用期劳动者更是如此。

(三) 劳动者维权成本过高

劳动者维权成本过高体现在两个方面。一是维权过程中经济支出较大。虽然现行《劳动争议调解仲裁法》免除了劳动者申请劳动争议仲裁的费用负担,但是在仲裁败诉的情况下,如果进行诉讼仍需缴纳诉讼费、律师费和过程中的交通食宿等费用。过高的诉讼成本让劳动者选择以非理性、非法的途径解决问题或妥协。此外,劳动争议案件在程序上比一般的民事诉讼更复杂、周期更长,影响了案件处理和解决纠纷的效率,且难以保障司法救济目的的最终实现。

(四) 劳动者法律意识淡薄

经过多年的普法宣传，我国公民的法律意识有了较大提高。但是相比其他国家，我国劳动者的法律意识仍然比较淡薄。多数劳动者没有系统地了解或学习相关知识，对试用期及试用期内享有的权利不清楚。因劳动者缺乏相关法律知识，维权能力降低，维权机会减少，影响了维权目的的实现。同时迫于目前就业压力，劳动者也不愿采用法律程序维权，缺少主动性和积极性。

六、劳动者试用期权益保护的对策

（一）完善我国试用期的相关法律法规

立法部门应根据我国社会的发展现状对不能满足现实需要的法律法规进行修订，从根本上完善试用期制度，同时出台相关的实施条例及更为明确的政策性规定，指导试用期制度的实行。具体来说有以下几点：

（1）修改任意性规范为强制性规范：采用禁止类规定来禁止哪些类别的工作不得约定试用期或者试用期不得超过相对较短的时间。例如一些没有技术含量或者纯粹的体力输出类工作不得约定试用期，一些技术含量低的工作可以约定相对较短期间的试用期，取消以劳动合同时间的长短为标准确定试用期长短的规定。

（2）对用人单位试用期考核标准进行要求并做出规定：给出一定的标准，并监督用人单位在劳动者试用期间进行严格的考核，量化考核成绩，提供考核依据，使劳动者参考标准能有所比较，从律法层面增加用人单位的举证义务。

（3）修改用人单位违法成本的规定，提高违法成本，使用用人单位不敢轻易做出违反法律的选择。例如，在原有规定的基础上相应的增加用人单位对劳动者的补偿机制等，这既可以在一定程度上减少用人单位的违法行为，同时对劳动者寻求司法帮助的主动性和积极性也会有所提高。

（二）加强劳动监管部门的监管力度

首先，加强企业工会成员的纯洁性和独立性。工会的组成要以民主选举的方式产生，让企业职工自己选举能代表自己利益的工会成员，提高工会成员的整体素质，并对工会成员的行为制定出相应的激励制度，提高工会维护职工利益的积极性。

其次，外部监督要主动。要研究制定好相关调查程序，不定期的进行企业调查，尽可能在不干扰企业生产秩序的情况下，积极履行自己的职责。同时相关部门要有目的对监管人员进行职业素养和业务技能的专门培训，提高监管人员的职业素养和办事能力，进而加强劳动市场的监控及管理。

（三）提高劳动者的法律意识

通过用人单位内部集中学习以及社会上的普法宣传，提高劳动者的法律意识和维权意识。具体而言，用人单位的工会组织可以定期分批次对劳动者以学习班的形式进行法律知识的授课，并且进行学习结束考核。社会媒体也可以开设专门的频道对相关法律知识进行宣传，对劳动者维权行为进行正确的引导。法院等司法单位也可以定期深入用人单位对劳动者进行普法宣传，提高广大劳动者的法律知识储备和维权的法律意识。

（四）拓宽劳动者维权的途径

我国《劳动争议调解仲裁法》第5条规定指出“发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。”也就是说，发生劳动纠纷后，劳动者向法院提起诉讼前，必须先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，即劳动仲裁前置程序。劳动仲裁制度设立的目的是为了劳动争议的解决的效力。因为劳动纠纷一般事实比较清楚，法律关系比较明确，设置高效快速的处理机制，既符合纠纷当事人的要求，也能减少人民法院的压力。但该制度在实际运用中未能很好的实现立法初衷。因为劳动仲裁虽然具有相应的法律效力，但因其不是最终判决，当事人双方在取得仲裁裁决后一般仍会向法院提起诉讼。劳动争议的最终解决，仍然需要经过法院的审理。这反而增加了当事人解决纠纷的时间成本。因此，建议通过修改法律，规定“发生劳动争议后，当事人可以选择申请劳动争议仲裁和向人民法院提起诉讼”，这样既拓宽了劳动争议解决的途径，同时也在一定程度上降低了当事人的诉讼成本。

七、结语

试用期间是劳动者权益最容易受到用人单位侵害的一个阶段，由于对用人单位了解不深等，劳动者很难与用人单位处于平等地位，因此必须加强对试用期劳动者权益的保护力度。试用期劳动者合法权益的侵害还表现在很多方面，本文仅谈了常见的几个问题，其它方面还需要深入的调查研究。例如试用期劳动者的工资标准问题、劳动合同解除权问题等。

总而言之，解决劳动合同试用期存在的问题，需要依靠健全的法律规定、有效的劳动监督和劳动者较强的法律意识。建立完善的试用期制度，有利于更好地保护劳动者的合法权益，降低用人单位的招聘成本，形成良好的就业市场，缓解就业压力，维护社会稳定。

【注释】

[1] 林嘉，《劳动合同法条文评注与适用》，中国人民大学出版社2007年版，第321页。

[2] 王全兴，《劳动法学》，人民法院出版社2005年版，第224页。

[3] 郭文龙著，《劳动合同试用期研究》，《政治与法律》2002年第二期，56-58页

[4] 根据国家统计局年鉴，公共事业项24-27劳动争议处理情况数据计算。

[5] 胡志鑫，《浅谈试用期内劳动者权益的法律保护》，《中国市场》2005年第43期，24-28页。

[6] 杨嘉，《劳动合同法试用期规定之不足与完善》，《法制与社会》2009年第12期，54-55页。

【参考文献】

- [1] 闫军. 论我国劳动者试用期内权利的保护[D]. 东北财经大学 2010;
- [2] 沈阳. 试用期内劳动者权益的保障[D]. 南京师范大学 2014;
- [3] 林野. 劳动合同试用期若干问题探讨[J]. 中国职工教育. 东北财经大学;
- [4] 李莹. 劳动合同法试用期法律问题研究[D]. 大连大学 2013;
- [5] 林嘉著. 《劳动合同法条文评注与适用》[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- [6] 王全兴著. 《劳动法》[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005.
- [7] 胡志鑫. 《浅谈试用期内劳动者权益的法律保护》[J]. 北京: 中国市场, 2005, (43).
- [8] 杨嘉. 《劳动合同法试用期规定之不足与完善》[J]. 法制与社会, 2009, (12).

关于民法典总则立法的几点思考

房绍坤

【摘要】我国民法典的编纂应当采取分步走的方式, 首先进行民法典总则立法。民法典总则立法不能采取修改补充《民法通则》的方式进行, 应当重新立法, 也不能以制定民法典通则代替民法典总则。民法典总则的体例设计应当采取总则加实质序编的“大总则”模式, 不能以序编代替总则, 其逻辑构造应当以权利为主线。

【关键字】民法典; 民法通则; 总则; 序编; 权利主线

一、民法典总则的立法路径

1986年4月, 我国颁布了《民法通则》并一直适用至今。应当说, 《民法通则》在新中国民事立法史上具有里程碑的意义, 对于保护民事主体的合法权益, 促进社会经济的发展起到了重要作用, 其历史功绩不容否定。因此, 在民法典总则立法时, 如何对待《民法通则》是一个不可回避的问题, 这直接关系到民法典总则的立法路径选择。对此, 理论上存在不同的看法。一种观点认为, 应当修改补充《民法通则》, 将其改造为民法典总则。[1]其主要理由在于: 《民法通则》虽然不是以法典形式颁布的, 但其基本涵盖了所有民法典总则的内容, 并且其大部分内容仍然可以适用于我国的现实情况。因此, 在制定民法典时, 不宜彻底抛弃《民法通则》, 而应剥离其中的民法共性规范, 作为民法典总则的蓝本。[2]另一种观点认为, 应当以现行《民法通则》为基础在民法典中设置开放性的民法通则, 而不是相对封闭的民法总则, 统合人格权、财产权总则、商事总则, 以增强民法典通

则部分与分编之间的融通与互动关系，使之更具包容性。具体建议是：（1）扩张“自然人”和“民事权利”两章，将人格权法主要部分纳入其中；（2）扩张“法人”和“法律行为和代理”两章，将“商法通则”主要部分纳入其中；（3）扩张并重述“民事权利”和“民事责任”两章，将涉及“债之关系总则”、“财产法通则”（或“财产权总则”）主要部分纳入其中。[3]笔者认为，在民法典总则的立法路径选择上，应当采取以下两种态度：

态度一：民法典总则立法不能通过修改《民法通则》的方式进行，而应当采取重新立法的方式。其主要理由在于：第一，从修改法律的基本规则看，某一法律的修改应当是对法律内容的修改，而不应当涉及法律的名称。如果改变了法律名称，就不再是法律修改的问题了，而应属于重新制定法律。因此，将《民法通则》修改为民法典总则，与修改法律的基本规则不符。第二，《民法通则》贯通了民法典总则与分则的内容，实际上是一个微缩的民法典，而不是民法总则。[4]因此，不能将《民法通则》与民法典总则相提并论。如果将《民法通则》修改为民法典总则，则是降低了《民法通则》的法律地位，从法律阶位上说是不合适的。第三，从《民法通则》的内容来看，其大都失去了适用价值。随着我国民事立法的发展，立法机关制定了许多民事单行法，从而使得《民法通则》的许多规定实际上已经成为具文。例如，有关分则的内容基本上被《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等法律所取代，几无适用价值；而有关总则的一些内容如个人合伙、法人、民事法律行为、代理等因有相应的《合伙企业法》、《公司法》、《合同法》等的规定，其适用价值也已不大。同时，有的内容如法人联营因社会经济形势的变化已经丧失了存在的基础。综上，通过修改补充《民法通则》的方法进行民法典总则立法是不可行的，其立法成本一点也不低于重新制定一部新法。当然，民法典总则立法不能采取修改补充《民法通则》的方式进行，并不意味着在民法典总则立法时完全抛弃《民法通则》。从法学发展来看，法律具有传承性，立法也应当如此。《民法通则》虽然是在我国改革开放初期制定的法律，不可避免地带有历史局限性，但其确定的调整对象、基本原则、法律行为、民事权利、民事责任等基本制度仍具有合理性。因此，在民法典总则立法时，应当将《民法通则》所体现的基本精神、基本制度作为重要参考。

态度二：不宜以民法典通则代替民法典总则。其主要理由在于：第一，在民法典中设置通则而不是总则不符合民法典编纂技术的要求。从民法典编纂技术来看，世界上主要有两种形式：一是以法国民法典为代表的法学阶梯模式，民法典基本上由人法和物法两大部分组成；二是以德国民法典为代表的潘德克顿模式，民法典由总则与分则组成。在我国学者中，王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》和梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》采取了潘德克顿模式，设置了总则与分则。[5]徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》采取了法学阶梯模式，设置了序编、人身关系法、财产关系法、国际私法。[6]无论何种民法典的编纂模式，其都遵循着由一般到特殊、由抽象到具体的立法规则。这种立法规则，体现的就是将一般性规则前置的技术。[7]在民法典中，一般性规则的

前置主要有两种形式：一是将适用于民法各部分的共同规则进行归纳，设置为总则编；二是将民法各部分的共同事项进行归纳，设置为该部分的通则或一般规定，如《法国民法典》、《日本民法典》在诸多编章中都设有通则或一般规定。[8]按照上述第二种观点，民法典除设置民法通则外，还应设置婚姻家庭法、继承法、物权法、知识产权法、合同法、侵权责任法、涉外民事法律适用法。[9]这种设计基本上也是潘德克顿模式，但其将民法典通则与分编之间加以贯通，在民法典通则部分又规定债之关系总则、财产法通则（财产权总则）的内容。这种立法设想，一方面割裂了民法各部分的内在联系，使债之关系的总则与分则、财产权的总则与分则处于民法典的不同部分，这就会破坏民法典的体系性和整体性。第二，即使在民法典通则中就债之关系总则、财产法通则（财产权总则）的内容作出规定，其意义也更多的是原则性的、宣示性的，其应用价值不大。这是因为，物权法、合同法属于典型的财产法，继承法、知识产权法也具有财产法的属性，而这些法律的性质存在很大差异，因而可以统一适用的基本规则也不多。第三，民法典总则在比较民法立法史上并非仅指民法的总则，而系为一般私法体系之总则。[10]因此，民法典总则对于商法也是适用的。上述第二种观点主张将商法通则规定于民法典通则之中，虽符合民商合一的精神，但并不符合民法典的体系化要求。因为民法典不可能规定特别商法的内容，这就会使商法通则的内容被架空，从而无法发挥其作用。笔者认为，在民商合一的立法模式下，民法典总则应当设立适用于民法和传统商法的具有普遍约束力的法律规则。[11]按照这一要求，民法典总则中并无必要特别规定商法通则，只须在民法典总则的相关部分如民事主体、法律行为、代理等就统一适用于民法和商法的内容作出规定即可。

二、民法典总则的体例设计

从各国（地区）民法典的体例设计来看，民法典是否设有总则与民法典的编纂模式直接相关，基本上可以分为总则模式、序编模式和混合模式。总则模式和混合模式主要为潘德克顿模式的民法典所采用，而序编模式主要为法学阶梯模式的民法典所采用。总则模式是通过“提取公因式”的方式将民事法律制度共同适用的规则抽象出来编排于总则编，以避免相关规定在分编一再重复出现，从而形成民法典的“总则一分则”结构，如《德国民法典》、《日本民法典》等。序编模式是将不涉及民事法律制度但与民法适用有关的最一般性原理原则加以规定并设计为序编（序言、序题），如《法国民法典》、《瑞士民法典》、《荷兰民法典》、《意大利民法典》、《西班牙民法典》、《奥地利民法典》、《阿根廷民法典》、《智利民法典》、《菲律宾民法典》、《美国路易斯安那民法典》等。混合模式即总则+序编模式，即民法典采取“总则一分则”结构，但在总则的开篇以“基本规定”、“一般规定”、“通则”、“法例”、“法律、法律之解释与适用”等形式规定序编的内容，如《俄罗斯民法典》、《葡萄牙民法典》、《韩国民法典》、《巴西民法典》、《蒙古国民法典》、我国澳门民法典和台湾地区“民法”等。我国有学者将混合模式中的序编称为实质序编，而将序编模式中的序编称为形式序编。[12]在我国，民法典总则的体例如何设计，学者间存在不同的看法，主要存在三种观点。第一种观点认为，

民法典应当设置总则编。例如，王利明教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》设计了总则和分则，总则的内容包括一般规定、自然人、法人、合伙、民事权利客体、法律行为、代理、诉讼时效、期间与期日、民事权利的行使和保护；[13]梁慧星教授主持起草的《中国民法典草案建议稿》亦设计了总则和分则，总则的内容包括一般规定、自然人、法人与非法人团体、权利客体、法律行为、代理、诉讼时效。[14]第二种观点认为，民法典应当设置序编。例如，徐国栋教授主持起草的《绿色民法典草案》设计了序编，其内容包括：预备性规定、人、客体、法律事实和法律行为、代理、民法世界中的时间、基本术语的定义。[15]第三种观点认为，民法典应当设置序编性质的总则编。陈小君教授指出：

“民法典的首编选择何种形式，不但关乎首编自身成败，且影响到整个民法典体系的协调和谐。但这并不意味着非设总则不可，同时亦不能非此即彼地认为简单地冠之以序编就万事大吉。民法典应设总则自不待言，但这一总则，是集序编和总则之成、格二者之非的总则。名同而实异，因此称之为‘小总则’或许更为妥帖。”这个“小总则”编应就民法的渊源、民法的解释及适用、基本原则、权利的行使、期日和期间等问题设立总则性的规定。[16]从上述观点来看，民法典的体例如何设计，实际上反映的是应设置“大总则”还是“小总则”的区别上。第一种观点所指的“总则”属于“大总则”，属于混合模式中的“总则”；第二种观点所指的“序编”不同于序编模式中的“序编”，而与总则模式和混合模式中的“总则”相当。但因其剔除了自然人和法人的相关内容，可以将这种“序编”称为“小总则”；第三种观点所指的“总则”既不同于总则模式中的“总则”，也不同于混合模式中的“总则”，其内容更接近于序编模式中的“序编”。因其将总则模式和混合模式中的民事主体、客体、法律行为、代理、诉讼时效等内容排除在外，其内容较之第二种观点所指的“总则”还要少，可以称之为“小小总则”。笔者认为，我国民法典总则应当采取混合模式，设置“大总则”，主要理由在于：

第一，序编与总则具有不同的功能，两者不能相互替代。从各国民法典的规定来看，无论是形式序编还是实质序编，其内容主要包括法律的一般效力、法源、法律适用、法律解释等。这些内容是法律适用的通例，是全部民法的法则。就实质序编而言，其可以看成是总则中的总则，是民法适用上最基本的原理原则。[17]因此，序编的内容处于抽象的最高位阶，并不是法律规范的具体构成要素[18]，一般不具有直接适用性，对于民事法律制度不具有统率作用；而总则是通过“提取公因式”的方式从民事法律制度中抽象出来的共同规则，具有直接适用性，对分则具有统率作用。因此，序编与总则不能相互替代。上述第二种观点所称的“序编”在内容上都属于总则的内容，对“人身关系法”和“财产关系法”大都具有统率作用，实为混合模式中的“总则”。因此，这种“序编”称为“总则”更为合适。第三种观点主张我国民法典应以“总则—分则”作为构造模式，建构一个“小总则—人法—亲属法—继承法—财产法”的五编制体系。[19]但这种“小小总则”与序编模式中的“序编”更为接近，基本上不具有总则的功能，称之为“序编”更为合适。

可见，无论是将“总则”说成是“序编”，还是将“序编”说成是“总则”，均存在名不符实的弊端，也混淆了两者的功能，实不可取。

第二，民法典总则的共同规则与分则的具体规则并非严格的对应关系。民法典总则的优点是将私法上的共同事项加以归纳，具有合理化的作用，可以避免重复或大量采准用性规定。但这种抽象规定也存在缺点，就是必须创设例外，正所谓“利之所在，弊亦随之”。[20]就民法典总则的设置而言，要么制定一些非常一般的规则，这样，一般规则的数量势必就很少，总则为分则减少负担的效果难以发挥出来；要么承认在一般规则之外，还存在个别的例外。[21]基于民事法律制度的多样性和复杂性，民法典总则只能选择后一种方式，不可能做到与分则的规定完全对应。如果这样要求，就是犯了绝对主义的错误。笔者认为，只要能够从民事法律制度中抽象概括出共性的东西，并能够适用于分则规定的某些具体制度，都可以设计为总则的内容。例如，第三种观点将总则模式和混合模式中属于总则的民事主体、客体、法律行为、代理、诉讼时效等内容排除在总则之外，认为法律行为、权利客体、诉讼时效等只适用于财产法，故应在财产法编设置总则加以规定。[22]笔者认为，法律行为、权利客体、诉讼时效是否只适用于财产法是值得讨论的。其实，在亲属法、继承法中，法律行为、权利客体、诉讼时效也都有适用的余地。例如，亲属法上的夫妻财产约定和收养协议、继承法上的遗赠扶养协议和继承协议，在本质上都是一种法律行为，有关法律行为的基本原理对其也是适用的。再如，继承法上也有诉讼时效的适用问题，而遗产本身就是权利客体。可见，将法律行为、权利客体、诉讼时效规定于财产法编，将会影响亲属法、继承法对法律行为、权利客体、诉讼时效的适用。

第三，民事立法不能忽视我国的法律传统。在我国历史上，民法法典化开始于清末法制变革。1911年，清政府编纂完成了《大清民律草案》，采取“总则—分则”结构，总则内容包括法例、人、法人、物、法律行为、期间及期日、时效、权利之行使及担保。1925年，北洋政府修订法律馆在《大清民律草案》的基础上修订完成了《民国民律草案》（第二次民法草案），总则的内容设计为人、物、法律行为、期限之计算、消灭时效。[23]1928年12月，南京国民政府立法院在《民国民律草案》的基础上分编完成了《中华民国民法》编纂工作，亦采取“总则—分则”结构，总则内容包括法例、人、物、法律行为、期间及期日、消灭时效、权利之行使。新中国成立后，我国亦进行了多次民法典起草工作。1954年，全国人大常委会组织民法起草，至1956年形成了《民法草案》，设置了总则，内容包括基本原则、民事权利主体、民事权利的客体、民事行为、诉讼时效。1964年，全国人大常委会办公厅起草完成了《民法草案（试拟稿）》，其总则的内容包括民法的任务、基本原则、参与经济关系的单位和个人、制裁和时效、适用范围。1982年，全国人大法制委员会起草完成了《民法草案（第四稿）》，虽没有采取“总则—分则”结构，但民法的任务和基本原则、民事主体两编属于总则的内容。[24]1986年，我国颁布了《民法通则》，设基本原则、公民（自然人）、法人、民事法律行为和代理、民事权利、民事责任、诉讼时效、涉外民事法律关系的适用、附则。其中，基本原则、公民（自然人）、

法人、民事法律行为和代理、诉讼时效属于总则的内容。2002年，全国人大常委会法制委员会起草完成了《中华人民共和国民法草案》，其总则的内容包括一般规定、自然人、法人、民事法律行为、代理、民事权利、民事责任、时效、期间。[25]从上述民法起草及法律文本来看，新中国成立前的《大清民律草案》、《民国民律草案》、《中华民国民法》均采取了潘德克顿模式，设有总则，且内容基本相同，属于“大总则”。新中国成立后的《民法草案》、《民法草案（试拟稿）》、《中华人民共和国民法草案》均设有总则，内容大同小异，也属于“大总则”。《民法草案（第四稿）》和《民法通则》虽然都没有设置总则，但都规定了总则的相关内容。综上所述，在民法典中设置总则且为“大总则”是我国的法律传统。这种传统已经根植于我国立法实践，应当继承和发扬，而不能放弃。

三、民法典总则的逻辑构造

如前所述，民法典总则是通过“提取公因式”方法从分则中抽象出来的共同规则，那么，分则中的“公因式”是通过何种途径被抽象出来的，这些“公因式”之间又存在何种逻辑关系，这些问题直接涉及到民法典总则的逻辑构造。换言之，民法典总则的设计应当确定一条贯穿始终的逻辑主线，并围绕这条主线设计总则的章节结构。从潘德克顿模式的民法典总则来看，其大都以法律关系为主线，形成了“主体—客体—行为”三位一体的逻辑结构，规定了人、物、法律行为及相关内容，而具体权利则规定于分则。例如，德国、俄罗斯、日本、韩国、我国台湾地区等民法典总则规定了人（包括自然人和法人）、物（客体）、法律行为及相关内容，巴西民法典总则规定了人、财产、法律事实，而葡萄牙及我国澳门的民法典总则更是明确地将“法律关系”作为总则的第二编，具体规定了人、物、法律事实、权利之行使及保护四个分编。当然，也有学者认为，潘德克顿模式的民法典总则的逻辑主线是法律行为，是对法律行为经抽象而形成的共同规则。例如，梅迪库斯曾指出：民法典设置总则编的优点，主要反映在有关法律行为的规定方面。将这些规定提取概括，可以取得唯理化效应。这样，立法者就无需为每一项法律行为都重新规定其生效的要件。[26]我国有学者指出，德国、日本、俄罗斯等民法典总则是以法律行为为中心建立起来的，人和物分别是法律行为的主体和客体；如果没有法律行为，总则是无法建立起来的。同时，总则中有关期间、期日、时效的规定，都可以看成是对法律行为的技术性规定，而德国民法典总则中有关“提供担保”的规定是保障法律行为履行的技术性规定。[27]王泽鉴教授也指出，我国台湾地区“民法”总则是建立在两个基本核心概念之上，一为权利，一为法律行为。基于权利而组成权利体系，有权利主体、权利客体、权利行使等；法律行为乃是权利变动的法律事实，而以意思表示为要素。但在总则体系构成中，法律行为是私法学的最高成就，区分债权行为、物权行为及身份行为，而以意思表示为核心概念，经由多层次的抽象化过程而建造其体系。[28]

在我国，关于民法典总则的逻辑主线，理论上存在不同的看法。第一种观点认为，应当以法律关系作为总则逻辑构造的主线。因为法律关系是整个民法逻辑体系展开与构建的基础，总则中应当根据法律关系的要素确立主体、行为、客体制度，然后在分则中确立法

律关系的内容，即民事权利。[29]第二种观点认为，应当以权利作为总则逻辑构造的主线。因为以权利为主线符合权利关系的逻辑结构和发展顺序，使总则具有严密的逻辑性和体系性，也符合民法作为权利法的属性。[30]第三种观点认为，应当以民事活动（法律行为）作为总则逻辑构造的主线，因为民事活动是民法的基本范畴，是民法典总则的核心，总则的内容应当围绕民事活动这个中心予以设计和展开。[31]第四种观点认为，应当以法律关系、法律行为、权利三者的结合作为总则逻辑构造的主线，因为这三者之间具有相互补足的作用且无相互冲撞之处，可以有效避免某一内容按照某一条主线应当放进总则而依据其他主线则否的矛盾状态。[32]笔者认为，上述第三种观点并不可取。该观点认为，民事活动是指民事主体实施的、旨在实现其民事利益的、受到民法调整 and 评价并产生相应民事法律后果的法律活动。[33]且不说民事活动并不是一个严格的法律用语，单就其内容表述而言，其与法律行为并无本质区别。而若将民事活动等同于法律行为，并以法律行为作为总则逻辑构造的主线，则因法律行为仅是法律关系或权利的变动要素之一，除此之外还存在非法律行为的权利变动要素。因此，若以法律行为作为总则逻辑构造的主线，则将非法律行为纳入总则就不符合逻辑。第四种观点主张的是三条主线，即按照法律关系主线，应当将主体（自然人、法人）、客体（物）、法律事实（法律行为、代理、期日、期间、诉讼时效）放入总则；按照法律行为主线，应当将实施法律行为的自然人、法人，实施法律行为对象的物，实施法律行为的特别方式和期限的代理、期日、期间、诉讼时效归于总则；按照权利主线，应当将权利主体的自然人、法人，权利客体的物，权利行使方式的法律行为、代理，权利行使期限的期日、期间、诉讼时效，平等、公序良俗、权利不得滥用原则等概括进去。[34]可见，无论是哪种主线，基本上都是按照主体、客体、法律事实展开的，而这与法律关系主线或权利主线已经没有什么区别。因此，这种观点不足取。而且如果坚持三条主线，必定会造成总则逻辑构造的混乱，不利于与分则的协调。可见，民法典总则逻辑构造的主线只能从法律关系或权利这两者之中选择。通过比较发现，上述第一、二种观点其实并没有本质上的差别。因为，第二种观点主张按照“权利主体（人）—权利客体（物）—权利内容（各种具体的权利）—权利变动的意定原因（法律行为）—权利变动的法定原因（时效）—权利的行使”这一权利主线来编排总则的内容[35]，而这里所述的主体、权利客体、权利内容、权利变动等完全可以用法律关系的主体、客体、内容、变动等来表述。但通过比较法律关系和权利这两条主线，笔者更倾向于权利主线。

第一，从民法的属性上看，应当将权利作为总则逻辑构造的主线。德国著名法学家 v. Tuhr 曾指出：“权利系私法的中心概念，且为多样性法律生活的最终抽象。”[36]近代民法的思考方式是“把所有的法律关系用‘权利’来表示”，而民法就是“作为权利的体系而被构建起来的”。[37]因此，民法是权利法，权利是民法的核心理念，无论是法律关系还是法律行为均应围绕这一核心理念展开。民法典总则以权利作为逻辑构造的主线，完全符合民法作为权利法的属性，这也有助于人们更好地认识和了解权利，增加人们的权利意识。[38]退一步讲，即使民法典总则以法律关系作为逻辑构造的主线，其实也可以从权

利角度加以理解，其落脚点也在于权利。例如，法律关系的主体和客体可以理解为权利的主体和客体，作为法律关系变动原因的法律行为也可以理解为权利变动的原因。

第二，从民法典“总则一分则”的结构上看，应当将权利作为总则逻辑构造的主线。潘德克顿模式的民法典采取了“总则一分则”的结构模式。民法典总则是从诸多问题中抽出共通的事项而设置的一般规定，而整个民法共通的、最基本的事项，正是权利。[39]任何一项权利都包括主体、客体、内容、变动、行使、保护等要素，而这些要素均应当在民法典中有所体现。如果总则的逻辑构造以权利为主线，则根据总则的功能，涉及权利的共同规则就应当在总则中加以规定，而特别事项则应当在分则中加以规定。权利的主体、客体、变动、行使、保护等均存在共同规则，这些规则在总则中加以规定当无问题。但权利的内容难以一般化，缺乏共同规则。即使试图就权利的内容抽出共通的东西，也几乎没有任何意义，不过是理所当然的东西。因此，物权、债权、继承权等权利的内容被规定于分则。[40]这样，民法典就确保了总则与分则的明确分工，保证了民法典的体系性。如果此论成立，则人格权在民法中的地位就不再成为问题。因为人格权属于特别事项，为自然人所独有，其显然不具有纳入总则的属性，只能在分则中以单独成编的模式加以规定。

第三，从法律关系的要素上看，应当将权利作为总则逻辑构造的主线。法律关系包括哪些要素，理论上存在不同的认识。三要素说认为，法律关系的要素包括主体、客体、内容；[41]四要素说认为，法律关系的要素包括主体、客体、内容、责任[42]，也有主张四要素为主体、客体、法律事实、保障；[43]五要素说认为，法律关系的要素包括主体、客体、内容、变动及变动原因。[44]在上述各种观点中，只有“主体、客体、法律事实、保障”四要素说得到了葡萄牙及我国澳门民法典总则的明确认可。这两部民法典将“法律关系”作为总则的第二编，并严格按照法律关系的要素设人、物、法律事实、权利之行使及保护四个分编。在其他国家民法典总则中，法律关系主线通常是学者根据总则的内容概括出来的，与法律关系的要素并无严格的对应关系。笔者认为，法律关系要素的认识分歧会影响到民法典总则的逻辑构造，而且也会因为分别规定法律关系的各要素而使得民法典总则的逻辑构造不够严谨。而如果以权利作为总则逻辑构造的主线，则上述问题即可避免。例如，关于民事责任应在总则中规定的问题。有学者认为，民事责任是法律关系的要素，而以法律关系为主线，总则就应当规定民事责任的一般规则。[45]而有的学者认为，只有法律关系的要素才能独立成为民法典总则的内容，而民事责任并非法律关系的要素，因此，总则中不应当规定民事责任的一般规则。[46]笔者认为，这两种观点均以法律关系作为总则逻辑构造的主线，但结论却截然相反，其主要原因就是法律对法律关系要素的认识不同。如果总则的逻辑构造以权利为主线，则这个问题即可以得到解决。权利不仅包括主体、客体的问题，还包括变动、行使、保护等问题。而民事责任是权利保护的重要措施，因此，在民法典总则中就民事责任的一般规则作出规定，就完全符合民法典设置总则的逻辑要求。

笔者认为，以权利作为民法典总则逻辑构造的主线，总则的基本结构应当包括以下内容：（1）一般规定。一般规定是实质序编，应置于民法典总则的首章，就民法典的调整范围、基本原则、法源、法律适用等一般性事项作出规定。（2）权利主体。关于权利主体，有的国家采取自然人、法人两分法，如德国、日本等；有的国家（地区）采取自然人、法人、非法人团体三分法，如葡萄牙、我国澳门等。笔者认为，我国现行法已经采取了三分法，这种作法应当坚持。同时，应当取消个体工商户、农村承包经营户的规定，代之以商自然人；取消企业法人与非企业法人的分类，代之以社团法人与财团法人；规定公法人，以取代机关法人、事业单位法人和社会团体法人。（3）权利客体。关于权利客体，主要就物的种类及其具体规则作出规定。同时，应当扩充物的范围，将无体物纳入其中，并就动物作出特殊规定。（4）权利变动。关于权利变动，主要规定权利变动的原因，如法律行为、代理、时效等。应当指出的是，总则中不应当规定取得时效，因为取得时效并不是民法的共同规则，其仅适用于财产法，不符合归入总则的要求。（5）权利行使。关于权利行使，主要规定权利行使的一般规则，如权利行使的限制、禁止权利滥用、权利失效等。（6）权利保护。关于权利保护，主要规定民事责任的一般规则，如归责原则、承担方式、一般免责事由等。

【注释】

[1] 参见王利明：《法律体系形成后的民法典制定》，载《广东社会科学》2012年第1期；崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，载《清华法学》2014年第6期；杨立新：《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第42页。

[2] 参见王利明：《法律体系形成后的民法典制定》，载《广东社会科学》2012年第1期。

[3] 参见易继明：《历史视域中私法统一与民法典的未来》，载《中国社会科学》2014年第5期。

[4] 参见孙宪忠：《防止立法碎片化、尽快出台民法典》，载《中国政法大学学报》2013年第1期。

[5] 参见王利明主编：《中国民法典学者建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版；梁慧星（课题组负责人）：《中国民法典草案建议稿》（第三版），法律出版社2013年版。

[6] 参见除国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版。

[7] 参见黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社2002年版，第17页。

[8] 参见《法国民法典》第一卷第一编（二）、第二编、第七编、第十一编，第二卷第二编、第三编、第五编、第二十编等；《日本民法典》第一编五、七章，第二编第一章、第八章第一节、第九章第一节、第十章第一节，第三编第一章、第二章第一节，第四编第一章、第四章第一节，第五编第一章、第三章第一节、第四章第一节、第七章第一节。

[9]参见易继明：《历史视域中私法统一与民法典的未来》，载《中国社会科学》2014年第5期。

[10]参见朱柏松：《民法总则的使命及其应规范之内涵——以中国民法总则草案为探讨中心》，载《北方法学》2013年第6期。

[11]参见王利明：《民法总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第78页。

[12]参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，载《法学研究》2004年第6期。

[13]参见王利明（项目主持人）：《中国民法典学者建议稿及立法理由—总则编》，法律出版社2005年版。

[14]参见梁慧星（课题组负责人）：《中国民法典草案建议稿附理由—总则编》，法律出版社2013年版。

[15]参见除国栋：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版。

[16]参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，载《法学研究》2004年第6期。

[17]参见郑冠宇：《民法总则》，2012年台北自版，第38页。

[18]参见韩松：《论我国未来民法典总则编结构》，载《当代法学》2012年第4期。

[19]参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，载《法学研究》2004年第6期。

[20]参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第21页。

[21]参见梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年第2版，第31页。

[22]参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，载《法学研究》2004年第6期。

[23]《大清民律草案》、《民国民律草案》的有关内容，参见杨立新主编：《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第1—8页。

[24]1956年《民法草案》、1964年《民法草案（试拟稿）》、1982年《民法草案（第四稿）》的有关内容，参见梁慧星（课题负责人）：《中国民法典草案建议稿》（第三版），法律出版社2013年版，序言第4—5页；何勤华等：《新中国民法典草案总览》（上卷），法律出版社2003年版，第26—35页；何勤华等：《新中国民法典草案总览》（下卷），法律出版社2003年版，第97—137页、560—624页。

[25]《中华人民共和国民法草案》的有关内容，参见杨立新主编：《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第616—620页。

[26]参见梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年第2版，第30页。

[27]参见谢鸿飞：《法律行为的民法构造：民法科学和技术问题的阐述》，中国社会科学院研究生院2002年度博士学位论文，第136、144页。转引自彭诚信、戴孟勇：《论我国未来民法典总则编的结构设计》，载《烟台大学学报》2005年第3期。

[28]参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第20—21页。

[29]参见王利明：《民法总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第174-175页。

[30]参见彭诚信、戴孟勇：《论我国未来民法典总则编的结构设计》，载《烟台大学学报》2005年第3期。

[31]参见李建华：《论民事活动——兼论我国未来民法典总则结构的设计》，载《法制与社会发展》2000年第2期。

[32]参见朱格锋：《论民法典总则的技术构造》，载《研究生法学》2009年第5期。

[33]参见李建华：《论民事活动——兼论我国未来民法典总则结构的设计》，载《法制与社会发展》2000年第2期。

[34]参见朱格锋：《论民法典总则的技术构造》，载《研究生法学》2009年第5期。

[35]参见彭诚信、戴孟勇：《论我国未来民法典总则编的结构设计》，载《烟台大学学报》2005年第3期。

[36]转引自王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第67页。

[37][日]大村敦志：《民法总论》，江溯、张立艳译，北京大学出版社2004年版，第34页。

[38]参见彭诚信、戴孟勇：《论我国未来民法典总则编的结构设计》，载《烟台大学学报》2005年第3期。

[39][日]山本敬三：《民法讲义I：总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社2012年版，第16-17页。

[40][日]山本敬三：《民法讲义I：总则》（第三版），解亘译，北京大学出版社2012年版，第18页，注1。

[41]参见王利明：《民法总则研究》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第176页。

[42]参见董学立：《民事责任应为民事法律关系的要素》，载《山东法学》1997年第4期；郭明瑞：《民法总则规定民事责任的正当性》，载《烟台大学学报》2014年第4期。

[43]CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO：《民法总论》（中译本），澳门翻译公司等译，澳门法务局、澳门大学法学院2011年版，第95-96页。

[44]参见梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社2011年版，第59页。

[45]参见郭明瑞：《民法总则规定民事责任的正当性》，载《烟台大学学报》2014年第4期。

[46]参见尹田：《论中国民法典总则的内容结构》，载《比较法研究》2007年第2期。

浅谈入户盗窃罪中“户”之认定

何谷峰

2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》明确将“多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃”等严重影响人民群众安全感的行为认定为盗窃犯罪,且不论犯罪金额。但是由于盗窃犯罪的多样性,又缺乏相关的司法解释予以补充,在司法实践中如何认定上述盗窃犯罪还是没有很强的可操作性,特别是“入户盗窃”尤为复杂,难以界定。笔者认为入户盗窃之“户”应当界定为“供人居住的相对隔离的场所”,以盗窃行为是否可能危及“户”内人员人身安全来作为认定依据和标准,希望能够有助于办案实际。

一、对“入户盗窃”入罪的理解

虽然1997年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第4条曾将“一年内入户盗窃三次以上”予以刑罚,但划归了“多次盗窃”之列,而不是以“入户盗窃”予以定罪。《刑法修正案(八)》首次将“入户盗窃”单列出来以犯罪论处是何原因呢?对此,《刑法修正案(八)(草案)》的说明中,没有做出解释。

我国刑法中的盗窃罪可以被定义为:以非法占有为目的,秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为。盗窃罪是一种最典型、最常见的侵犯财产罪,具有多发性、高发性的特性,其发案率在所有刑事案件中高居首位。盗窃犯罪不仅造成国家和人民财产的巨额损失,容易造成民众的恐惧感和不安全感。

刑法理论和司法实践均表明,犯罪的时间、地点、动机、手段、后果、造成的社会影响、行为人的主观恶性及其人身危险性等因素,均能从不同侧面反映出犯罪行为社会危害性的大小。社会危害性大是刑法对某种行为进行处罚的最根本的出发点,笔者认为,立法者之所以把“入户盗窃”作为盗窃罪予以处罚的根本原因也在于此,存在以下几个方面的考虑:

首先,“入户盗窃”与一般盗窃相比,具有更大的社会危害性。入户盗窃行为一旦发生,就可能威胁到户内在场的人及财产。由于与外界相对隔离,被害人的自救、反抗、实施抓捕等活动必然受到限制,在发生冲突后难以及时得到外界的救济,从而加大了侵害人的危害性。刑法规定的盗窃转化型抢劫犯罪,极易造成被害人人身伤害,甚至发生死亡的结果,其立法目的也在于此。

其次,“入户盗窃”容易造成民众的恐惧感和不安全感。由于“入户盗窃”所涉及场所的特殊性,在公民日常起居生活之地财产、人身安全被侵害,极大影响公众的社会安全感,同时也从某种程度上反映出一个国家社会治安状态的恶化程度。当前随处可见的“防盗网”、“防盗门”已经足以说明问题。将“入户盗窃”以盗窃罪定罪量刑,旨在保护公民“安居”的私人法益,给人以安全感,以维护社会稳定,构建和谐社会。

此外，“入户盗窃”还侵犯了公民的住宅安宁权。我国不仅宪法明文规定保护公民的住宅安全，而且刑法第二百四十五条还专门设置了“非法侵入住宅罪”。“入户盗窃”在侵犯公民的人身权利和财产权利的同时还侵犯了公民的住宅安全，从某种意义上讲，入户盗窃可以理解为盗窃罪与非法侵入住宅罪的结合，这也是对入户盗窃予以处罚的重要原因。

最后，将“入户盗窃”定罪，其保护公民人身权的法律意义远远大于保护财产权。应当注意到，修正案同时也将“携带凶器盗窃”入罪，其立法本意就相当明显了，目的就是为了保护盗窃犯罪可能造成被害人的人身权利。而且，“入户盗窃”、“携带凶器盗窃”是行为犯，只要实施了上述盗窃行为，无论盗窃金额有无达到立案标准，均构成盗窃罪。

因此，把“入户盗窃”作为盗窃罪予以处罚是为保护财产权、人身权、住宅权“三权合一”的充分体现，特别加大了对公民住宅财产和人身安全的保护，尤其以保护公民的生命健康权，防止遭受潜在的生命和健康威胁为主要目标。

二、对当前刑法上“户”之概念的理解

关于“入户盗窃”的认定，最基本的问题就在于“户”的认定上。对“户”的含义的不同理解会导致司法实践中行为人承担悬殊不同的刑事责任，因此正确理解“户”的含义是准确认定“入户盗窃”的前提。笔者认为，对“户”的理解要遵循刑法解释的目的原则，从正确领会立法精神和立法目的的角度对其作出符合目的的解释。

对于“户”的含义，存在语义上和法律上两个不同层面的理解。

首先看看户在语义上的概念。《辞海》的解释如下：(1)本谓单扇的门，引申为出入口的通称，《礼记礼器》有“未有入室而不由户者”；(2)人家，《易讼》有“人三百户”；(3)账册；(4)由共同生活在同一住所的成员所组成。《现代汉语词典》的解释如下：(1)门：门户，夜不闭户；(2)人家：住户，户籍；(3)门第：门当户对；(4)户头：账户；(5)姓。两处对于户的解释基本一致，可以得出“户”在汉语语义上大体是家，人家的意思。但是“户”与“家”是有区别的，其区别在于：第一，户是经济的社会实体，家是生物的社会单位；第二，户可以包括血缘或收养关系，而社会统计时，户是统计对象的一个单位。

而法律上规定的“户”，不再单是个汉语词语，而是一个独立的刑法学概念，因此对它的解释就不能限于语义上的理解。目前为止，对于“入户盗窃”之“户”尚无确切解释，仅见于1999年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》对“入户盗窃”的“户”有个解释为：家庭及其成员与外界相对隔离的生活场所，包括封闭的院落、以家庭生活租用的房屋、牧民的帐篷以及渔民作为家庭生活场所的渔船等。集生活、经营于一体的处所，在经营时间内一般不视为“户”。但该司法解释仅把户界定为“家庭及其成员与外界相对隔离的生活场所”，范围过于狭隘，不适应司法实践的要求，虽无废止，但已很少适用了。

目前“户”的法律含义，最高人民法院有两个关于“入户抢劫”的司法解释可以参照。最早的是2000年11月22日公布的《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释

释》（以下简称《解释》）第一条规定：刑法第二百六十二条第（一）项规定的“入户抢劫”是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为，应当认定为入户抢劫。但解释在语言表述中存在着漏洞，户的范围显得有点过窄。为了进一步明确“入户抢劫”中“户”的范围，最高人民法院2005年6月8日又出台了《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用若干法律问题的意见》（以下简称《意见》）第一条规定：认定“入户抢劫”时，应当注意以下三个问题：一是“户”的范围。“户”在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活和与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。一般情况下，集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。二是“入户”目的的非法性。进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不是以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。三是暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内。入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，不能认定为“入户抢劫”。《意见》进一步明确了“入户抢劫”中“户”的基本特征，为司法实践操作提供一个比较可行的标准。

两个司法解释中均规定，“户”是指他人生活的与外界相对隔离的住所，包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船，为生活租用的房屋。可见，司法解释对“户”的界定是在“住宅”的意义上，即“户”是指一个由私人居住的，且作为家庭生活所必需的场所。

这两个司法解释对我们如何理解“入户盗窃”犯罪中“户”提供了一个较为明确的依据，由于盗窃案件情况远比抢劫案件复杂，实际情况比解释和意见中列举的情况更为多变，且单单从形式上对“户”予以认定有失偏颇，涉及到具体的案件是否属于入户盗窃，争议较大。同时，上述司法解释是对“入户抢劫”作出的，“入户抢劫”属于加重情节，而“入户盗窃”则涉及罪与非罪的问题，规定应当更为精确。

三、对司法实践中“入户盗窃”之“户”的理解

（一）对“入户盗窃”之“户”的分析

对于“入户盗窃”之“户”，根据上述司法解释，在司法实践中还是难于界定。笔者认为，从刑法本身的内在统一性来看，入户盗窃的户也应该参照上述司法解释对于户的定义，但不能仅从形式上予以认定，而应突出户的功能特征和场所特征。

《意见》认为“户”是指住所，而所谓住所，即是居住的地方。但《意见》同时又对“住所”做出限制性规定，认为仅供人家庭生活之住所才能够称为“住所”，也即“户”，其在语法、逻辑上本身就存有瑕疵，故其解释也带有明显的缺陷。同时，由于社

会经济文化的不断发展，可供人们居住的形式也发生了很大的变化，而《意见》将这种纷繁复杂的住所限定为“家庭生活之住所”，显然无法满足司法实践的需要了。

此外，法律上的用词用语是有明确的意思表示，不同的措辞具有不同的含义，具有严格的区别。结合“非法侵入住宅罪”的规定，笔者认为，“户”与“住宅”是具有不同法律特征和性质的不同概念。正因为“户”与“住宅”的不同含义，最高人民法院才会先后发布两个司法解释对“户”做出规定。但最终还是对“户”的界定是在“住宅”的意义上，认为“户”即为“住宅”，是指单纯的供人生活居住的房屋，过分强调其“家庭生活”的功能特征，因而不科学、不严谨、不够准确的。

同时，现有司法解释关于“户”为“家庭生活”的功能特征，已经涵盖了人们日常起居的绝大部分内容，囊括了洗脸刷牙、生火做饭、学习娱乐、休息睡觉等等内容，且需由“家庭”使用，过分强调了“户”的功能，而忽略了其用途、形式和性质，从而将很多带有典型“户”的特征的场所排斥其外，如单位、仓库、商店、小区的值班场所，尽管这些地方不是值班人员生活的地点，但却是他们居住的地方，且较长时间内相对固定的场所也与其个人财产紧密相连，此类场所发生盗窃而致人身损害危害发生的案件屡见不鲜，某县就发生过犯罪分子进入仓库盗窃被值班人员发现后将值班人员杀害的恶性案件。若按普通盗窃予以处罚而不受刑法修正案八保护。而显然与将入户盗窃定罪旨在加大对公民住宅财产和人身安全的保护，尤其以保护公民的生命健康权，防止遭受潜在的生命和健康威胁立法目的是不相一致的。

综上，原有司法解释将“户”的功能特征局限于“供他人家庭生活”是狭隘的，已经不能满足司法实践的需要了。笔者认为，“户”不应是严格意义上的“住宅”；“入户盗窃”之“户”，应以盗窃行为是否可能危及“户”内人员人身安全来作为认定的依据和标准，立足于“住所”这么一个基本概念，界定为“供人居住的相对隔离的场所”，因为只要有人居住的地方，不论其居住的形式目的，一旦发生盗窃事件就极有发生被害人人身损害的可能。这样才比较容易划分，而不易产生歧义，从而准确贯彻《刑法修正案（八）》将入户盗窃入罪的立法目的。

（二）“户”之类型分析

根据上面的分析理解，笔者认为，依据户应当是“供人居住的相对隔离的场所”，再结合“入户盗窃”定罪的原因，以盗窃行为是否会对户内人员人身造成潜在的威胁为标准，来判断是否属于入户盗窃之“户”。下面，笔者就当前存在的“户”的类型做个罗列，便于大家把握：

1、单纯的住宅。对于住宅性质的“入户盗窃”定罪，这是最确凿、最无争议的；

2、单纯的商铺。犯罪嫌疑人在白天经营期间入内实施盗窃，当然不能认定为入户盗窃。但是要注意一种特殊情况，若晚上进入有人值班守夜的店铺实施盗窃的，则应当认定为入户盗窃；

3、商住房。如前店后房、下店上房等等。对于正在经营的商店，尽管属于前店后居的，犯罪嫌疑人以购物为掩护在店内实施盗窃，则不属于入户盗窃；若进入其后居住的地方实施盗窃，则应当认定为入户盗窃；

4、集体宿舍，如学校之学生宿舍、工厂企业之职工宿舍。和一般住宅相比，人其群相对密集，盗窃所带来的人身损害的危害结果可能更加严重，应当予以认定；

5、旅店宾馆。犯罪嫌疑人进入无旅客入住或者旅客不在的房间实施盗窃，不宜认定入户盗窃；如旅客正在客房的房间，则宜予以认定；如长期租住的旅店客房，已经成为旅客相对固定的居住地点时，也应当予以认定。

6、单位、小区、仓库的值班室。实际上，单位、小区、仓库的值班室，是值班人员集工作、生活于一体的地方，其内既有其私有财物，也由其所在单位、小区、仓库的财产，同时由于人员相对较少，特别是晚上，更容易成为盗窃的重灾区，发生人身损害的可能性、严重性更大，应予认定；

7、合租屋。现在很多单身在外工作或务工人员采取合租的形式来降低生活成本，也应当予以认定；

8、临时搭建工棚。现实中，很多外出务工人员长期居住在临时工棚里，其人身财产权利理应受到刑法保护；但若是临时搭建的用于野外农作物看护的工棚，因其短暂性，且缺乏财产属性和相对隔离属性，不宜认定；

9、“户”内无人时。同样应当认定为入户，因为犯罪嫌疑人侵入之时，对于户内是否一定没有人并无明确的认知，同样构成对公民的人身权利和财产权利的双重侵害，构成盗窃罪；

10、无人居住的住宅，尽管是住宅，但是已经不具“居住”的特征了，不宜认定为“户”，如现在农村普遍存在的“空心房”。

（三）“入户”的目的与手段分析

此外，要对“户”的定义和范围做出准确判断，还需要对行为人“入户”的目的、手段方法进行分析，综合做出决定。

参照最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》对“入户抢劫”的规定，认定“入户盗窃”时，也应当注意“入户”目的的非法性，即行为人是非法占有他人财物为目的而进入他人住所，对于行为人在户内临时起意，或基于其他非法目的而进入他人住所并实施了盗窃行为的，比如非法侵入他人住宅后随手拿走他人财物的，不宜当认定为“入户盗窃”。

至于“入户”的手段、方法，应当符合盗窃罪“秘密窃取”的特征，主要有如下几种方式：一是翻窗(墙)而入；二是溜门撬锁而入；三是欺骗手段，获得被害人的信任进入户内；四是行为人通过利用无知幼儿、精神病人进入户内实施盗窃。最有争议的以伸入方式，即行为人部分身体进入户内或者身体没有进入户内，而是借助某种工具窃取户内财物的行为，如行为人借助一些绳子、竹竿、钩子等，从户内窃取财物。笔者认为，这种盗窃方式

因其没有实现真正意义上的“入户”，也无对他人的的人身造成潜在的威胁，因而不宜认定。