

民法典编纂的地方经验

——以南阳市依法治国若干实践为题材

Local Experiences for Compiling of the Civil Code:

Nanyang's Practices of Rule of Law as example

王 雷

WANG Lei

【摘 要】 通过在河南省南阳市开展依法治国调研，笔者总结、验证民法典编纂的三条地方经验：一是民法典编纂中需要构建以法院诉讼为中心的多元化纠纷解决机制，例如在《中华人民共和国民法典·民法总则》“民事权利的行使和保护”一章增加规定“民事权利争议解决途径”，畅通和规范人们诉求表达、利益协调和权益保障渠道，以尽量减少权利人为权利而斗争过程中付出的机会成本，使得权益保障更富实效；二是民法典应该规定国家亲权制度，通过完善撤销监护人资格制度督促监护人履行监护职责，例如，完善规定有权向人民法院申请撤销监护人资格的“有关单位和人员”范围和撤销监护人资格的事由，通过规定民政部门兜底担任监护人以贯彻国家亲权；三是民法典应该推进社会组织的法人化改造，统一非营利性社会组织法人化立法改造，修改民法典之外的非营利性社会组织单行法，通过细化农民集体决定以推进基层治理法治化。

【关键词】 民法典 民事权利争议多元解决途径 国家亲权 社会组织的法人化改造

【中图分类号】 DF5 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 01-0134-11

Abstract: Through the investigation of rule of law in Nanyang of Henan province, the author summarizes and verifies three local experiences for compiling of the Civil Code. First, diversified solutions for civil rights disputes should be stipulated in the Civil Code. Secondly, the Civil Code should prescribe state parental power system. Thirdly, the corporate transformation of social organizations should be promoted by the Civil Code.

Key words: The Civil Code Diversified solutions for civil rights disputes State parental power The corporate transformation of social organizations

〔收稿日期〕 2016-10-02

〔作者简介〕 王雷，男，1983年11月生，中国青年政治学院法学院副教授，法学博士，研究方向为民法。

〔基金项目〕 国家社科基金重大项目“民法典编纂重大疑难问题研究”（项目编号：14ZDC017）；司法部2015年度国家法治与法学理论研究项目“我国民法典中团体类型及团体治理的实现”（项目编号：15SFB3027）。

引言

2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“编纂民法典”的重大任务。法律应当以社会为基础,民法典编纂应该有效回应社会主义法治建设中国围绕平等民事主体之间人身关系和财产关系的重大理论和实践问题。推动民法典的科学立法和民主立法都应该“坚持从中国实际出发”,“总结和运用党领导人民实行法治的成功经验”,发掘法治的地方资源。

2015年7月20日至26日,笔者参与中国青年政治学院2015年教师暑期赴南阳社会实践综合调研组,并全程参加依法治国调研小组的调研活动。本次调研活动主要内容包括:1.南阳市完善司法管理体制和司法权力运行机制的实践;2.南阳市立案登记制度的实践情况;3.南阳市营利性和非营利性社会组织治理情况;4.南阳市对孤残未成年人的政府救助制度。笔者力求通过上述主题调研,总体了解南阳市完善司法体制改革的经验和问题,丰富司法改革和司法规律方面的研究题材,了解南阳市社会组织治理实践和未成年人法治保护实践,丰富对民事法律实践中地方经验的调查。

河南省南阳市地处中国南北气候过渡带、交通运输枢纽,物产丰富、人杰地灵,历史文化底蕴深厚,社会发展迅速,^{〔1〕}南阳市的法治经验在中国具有典型代表性。在南阳市参加依法治国调研过程中,笔者深切感受到我国民法典编纂过程中应该注意对地方法治经验的发掘总结和转化应用,这有助于使民法典“全面反映客观规律和人民意愿”,增强民法典的针对性和可操作性。

一、民法典中应该规定民事权利争议多元解决途径

(一) 民法典规定民事权利争议多元解决途径以引导民众理性选择为权利而斗争的方式

法律是对社会生活中当事人之间的利益冲突做的有国家强制拘束力的利益取舍或者排序。更进一步说,法律不过是立法者对需要调整的生活关系中的利益冲突进行的规范化的、有强制力的利益评价。相应地,民法则是对社会生活中平等主体之间的利益冲突做的规范化的、由国家强制力保障实施的利益取舍或排序。定分止争是法律的基本功能之一,当前中国处于社会转型期,利益关系多元,矛盾冲突和利益纠纷复杂,民法典应该承担起有效规范、调整平等民事主体之间的利益关系,预防和化解利益冲突的功能。“分”有职责、权利的界限之义,以法律“定分”,划分出“人己界限”,^{〔2〕}有助于人们恪守本分、安分守己、各尽其能、各得其所而又和谐相处。生活资源有限,人们欲求无限,定分也是止争的前提和基础,定分是手段,止争是目的,分定则能争止。每一部法律在一定程度上都有“定分止争”的功能。“作为协调利益冲突、组织社会秩序的工

〔1〕 参见王新清:“咏南阳”,载《南阳日报》2015年7月24日。

〔2〕 《荀子·王制》有言:“力不若牛,走不若马,而牛马为用,何也?曰:人能群,彼不能群也。人何以能群?曰:分。”

具”，民法“拥有众多对特定类型冲突利益关系进行协调的规范策略。”〔3〕民法作为国家强制力的社会生活规范，其调整的问题类型涉及人的伦理生活和经济生活的方方面面。民法中的问题类型不仅限于平等主体之间的利益冲突，还包括平等主体之间的常态利益关系。从民事法律关系的角度，民法调整对象中利益关系的规范化表达即为调整性的民事法律关系，民法调整对象中的利益冲突的规范化表达即为保护性的民事法律关系。民法对调整性的民事法律关系采取意定主义为主的调整方法，民法规范以规定普遍、抽象性民事权利和民事义务的方式退居幕后，以引导民事主体依法行使权利和履行义务。民法对保护性的民事法律关系采取法定主义为主的调整方法，民法规范以课加当事人民事责任的方式走向前台，通过课加责任的评价方式来矫正被扭曲的法律关系。民法的规范功能应该是裁判规范为主、裁判规范和行为规范兼具，以实现民法个别性调整和一般性调整结合、评价作用和指引作用并举。

当前中国社会，民众权利意识日益增强，权利意识不当然等同于法治思维乃至法律意识，有了为权利而斗争的不屈信念，还要妥当选择为权利而斗争的法治方式（诉求表达机制和权益保障渠道），依法理性积极维权。私人间为权利而斗争的温和形式为诉讼，更温和形式则为和解。我国民法典编纂中需要构建以法院诉讼为中心的多元化纠纷解决机制，畅通和规范人们诉求表达、利益协调和权益保障渠道，以尽量减少权利人为权利而斗争过程中付出的机会成本，使得权益保障更富实效。〔4〕

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“健全依法维权和化解纠纷机制”，我国《物权法》第32条就有对物权争议解决多元化途径的规定：“物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。”无救济则无权利，笔者建议《中华人民共和国民法典·民法总则》在“民事权利的行使和保护”一章增加规定“民事权利争议解决途径”：“民事权利受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。”将“民事权利争议解决途径”上升为《中华人民共和国民法典·民法总则》的一般性规定，〔5〕对引导民众依法、理性、积极维权具有重要意义。第一，有助于引导民众自觉把法律作为指导和规范自身行为的基本准则，养成遇事找法、解决问题靠法的法治思维方式和行为方式，将民众权利意识和利益诉求引导到“依法”的和平解决方式之上。第二，有助于引导民众根据矛盾纠纷的性质和类型选择最便捷、最适当的方式及时有效化解纠纷，减少纠纷解决成本，充分发挥不同纠纷解决机制的作用，〔6〕引导民众“理性”维权。诉讼外的纠纷解决机制除了有助于在案件数量上对诉讼分流外，还有其固有价值。例如，调解制度是中国特色纠纷解决制度，被誉为法治的“东方经验”，人民调解具有民间性、自愿性、成本低、实效快等特点，通过人民

〔3〕 王轶：“论民事法律事实的类型区分”，《中国法学》2013年第1期，第71页以下。

〔4〕 参见王雷：“为权利而斗争：民法的‘精神教育’”，《北京科技大学学报（社会科学版）》2012年第3期，第88页以下。

〔5〕 2016年7月5日全国人大常委会公开征求意见的《民法总则（草案）》并无类似规定。2016年11月18日至2016年12月17日，全国人大常委会公开征求意见的《中华人民共和国民法总则（草案）》（二次审议稿）也无类似规定。

〔6〕 参见管视：“健全依法维权和化解纠纷机制”，载《〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉辅导读本》，人民出版社2014年版，第242页。

调解化解矛盾纠纷也有助于贯彻友善价值观,^{〔7〕}实现纠纷解决过程中的友善和睦、互谅互让、团结互助、合作共赢,以更好地实现修复正义。以调解方式解决民事权利争议除了能够高效解决纠纷、保持当事人之间的合作关系外,还是弥补特定实体法律规范滞后性的重要途径。^{〔8〕}第三,有助于不同纠纷解决机制之间的联动、衔接、协调,形成社会矛盾纠纷化解的合力,发挥诉讼作为解决社会矛盾最后一道防线的功能,激励民众“积极”维权,通过多种化解纠纷机制确保实现定分止争、案结事了。第四,民法典规定民事权利争议解决途径也是搭建民事实体法和民事程序法的重要接口,是民事实体法对民事程序法中多元化纠纷解决机制的重要呼应。

(二) 立案登记制度并不妨碍多元化纠纷解决机制的运用

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求“改革法院案件受理制度,变立案审查制为立案登记制”。最高人民法院《关于人民法院登记立案若干问题的规定》[法释(2015)8号]自2015年5月1日起施行,该解释第1条规定:“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。”立案登记制度改变了之前我国《民事诉讼法》第123条和最高人民法院《关于人民法院立案工作的暂行规定》第13条至15条所规定的立案审查制度,将实体裁判要件从起诉受理条件中剥离出来,降低了起诉受理的门槛。立案登记制度使得人民法院有案必立、有诉必理,有助于切实解决立案难问题。

笔者在南阳市中级人民法院和卧龙区人民法院调研过程中实际了解到,立案登记制度和人民法院级别管辖新标准^{〔9〕}实施以来,人民法院特别是基层法院受案数量“井喷”式增长,案件审理难度加大,案多人少、审判资源有限的矛盾更为突出。单从案件受理情况看,笔者在调研过程中了解到,2015年1月至7月,南阳市卧龙区人民法院受理民事、行政、刑事以及执行案件分别为3393件、98件、367件、607件,共计4465件;其中,立案登记制实施后的5月至7月受理的民事、行政、刑事以及执行案件分别为1831件、77件、159件、404件,总计2471件。而2014年5月至7月同期受理的民事、行政、刑事以及执行案件分别为1110件、34件、253件、188件,共计1585件。可见,2015年5月至7月,南阳市卧龙区人民法院受理的民事案件比去年同期增长了64.95%,受理的行政案件比去年同期增长了127%。^{〔10〕}在立案登记制度实施之前,自2009年2月初,南阳市两级法院在全国首创立案预登记和委托调解制度,在立案预登记之后,对适宜调解的纠纷,经征求当事人意愿,将纠纷移交相应的调解组织、社会法庭等进行诉前调解,调解不成,转入诉讼程序;调解成功,也可以就调解协议申

〔7〕 参见王雷:“友善:民法典的基本价值取向”,载《光明日报》2015年10月14日,第14版。

〔8〕 参见陈立风:“论我国版权争议调解机制的基本模式及其治理路径”,《现代法学》2014年第1期,第54页以下。

〔9〕 参见最高人民法院《关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》[法发(2015)7号],本通知自2015年5月1日起实施。

〔10〕 数据来源:南阳市卧龙区人民法院法官于2015年7月22日下午在中国青年政治学院2015年教师暑期赴南阳社会实践综合调研组——依法治国调研组座谈会上所做《立案登记制实施情况汇报——卧龙区法院》。

请法院确认^{〔11〕}。立案预登记制度和诉前调解模式也被推广到其他省市。2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《民事诉讼法修正案》增加有关诉前调解的规定,修正后的《民事诉讼法》第122条规定:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。”而在立案登记制度实施之后,需要修改民事诉讼起诉条件,法院诉前主动调解制度不再合适。

立案登记制度下,纠纷不能再通过法院引导诉前调解的方式化解。但立案登记制度并没有妨碍多元化纠纷解决机制的运用,只是将诉前调解和诉中调解两种可能转为诉中调解一种可能而已。具体地,根据《民事诉讼法》第133条和142条规定,法院可以采取庭前调解、判前调解方式及时解决纠纷。《关于人民法院登记立案若干问题的规定》第15条规定:“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。”当然,在案件审理过程中,法院还可征求当事人意愿,允许当事人自愿选择民间调解方式解决纠纷,达成调解协议的,当事人可以根据《民事诉讼法》第194条和195条规定申请司法确认调解协议,实现诉调对接。立案登记制度背景下,应该着力加强行业性和专业性纠纷解决组织建设。^{〔12〕}最高人民法院《关于全面深化人民法院改革的意见》[法发(2015)3号]第48条指出:“……推动在征地拆迁、环境保护、劳动保障、医疗卫生、交通事故、物业管理、保险纠纷等领域加强行业性、专业性纠纷解决组织建设,推动仲裁制度和行政裁决制度的完善。建立人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、司法调解联动工作体系。推动多元化纠纷解决机制立法进程,构建系统、科学的多元化纠纷解决体系。”

此外,在南阳市两级法院及南阳市司法局调研过程中笔者还了解到,当期在一些特殊类型纠纷解决过程中,非诉纠纷解决机制优势更为明显。南阳市是南水北调中线工程起点和重要水源地,南水北调工程建设中的行政征收拆迁涉及面广、数额较大、类型复杂,但南阳市两级法院没有受理过南水北调中线工程征收拆迁纠纷,在与南阳市两级法院法官调研座谈过程中,笔者了解到此类南水北调中线工程征收拆迁纠纷若统一用司法手段解决,必须以法院的司法权威高和公信力高为前提,不如“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的矛盾化解方式效果好,这不完全是一个征收拆迁法律规则明确的问题,更涉及当前司法体制和司法权威,也进一步验证了“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征,是社会主义法治最根本的保证”的重要论断。

二、民法典应该规定国家亲权制度

国家亲权制度是指当未成年人的父母等监护人没有适当履行或者没有能力履行其监护职责时,国家介入其中,代替不称职或无计可施的父母等监护人,以未成年人监护人的身份行使亲权,以使得国家拥有与父母一样的权利来约束未成年人行为和维护未成年

〔11〕 河南省南阳市中级人民法院课题组:“立案预登记与非诉调解的有机衔接:关于立案预登记和委托调解制度运作模式的调研”,《法律适用》2009年第12期。

〔12〕 2009年5月,河南省高级人民法院提出建设“社会法庭”,初衷是运用社会力量解决矛盾纠纷。南阳市医患纠纷调解委员会更是早在2004年便已经成立,在立案登记制度和全面深化人民法院改革的背景下,综合性、专业性“社会法庭”仍可在诉讼进行过程中接受人民法院委托从事案件的民间调解。

人合法权益。未成年人是需要国家倾斜保护的社会弱势群体,国家亲权(parens patriae)强调国家对未成年人的积极保护和对监护职责履行的积极干预。在民法领域,国家亲权制度主要包括对失职监护人监护资格的撤销和对无人监护的被监护人之兜底监护(国家监护)。英美法上国家亲权思想还特别体现在未成年人犯罪诉讼程序上。国家通过建立对未成年人犯罪的特殊化司法制度,通过少年法庭体现对未成年人的监护权,切实维护未成年人的权益。

在南阳调研期间,笔者实地走访了南阳市救助管理站、南阳市流浪未成年人救助保护中心,了解流浪未成年人监护法律制度实践情况,并从中总结检验未来《中华人民共和国民法典·民法总则》对未成年人监护制度的可能设置。

(一) 通过完善撤销监护人资格制度督促监护人履行监护职责

根据社会学理论,人出生后需要父母对其进行较长时期的抚养和教育,以实现其社会化,获得在社会中生活的必要经验和行为方式^{〔13〕}。抚养和教育是监护人对被监护人的主要监护职责,“子女对父母的友爱类似人对于神的爱,是一种对于善与优越的爱。因为,父母所给予的恩惠是最大的。他们不仅生养、哺育了子女,而且还是子女的教师。”^{〔14〕}抚养和教育都应该讲究具体的方式,应该顺应被监护人不同年龄阶段身心发展的不同特点,并以有利于被监护人健康成长、全面发展和顺利社会化为判断标准。^{〔15〕}《民法通则》第18条第1款和《民法通则意见(试行)》第10条具体规定了监护人的监护职责。民法上对监护人的监护职责大致类型化为:保护被监护人的人身、财产及其他合法权益;抚养被监护人;教育被监护人;担任被监护人的法定代理人以监督约束其对外行为;对被监护人的侵权行为依法承担侵权责任等。《婚姻法》第21条和第23条对父母的监护职责也做了规定:父母对未成年子女有抚养教育的义务,父母对不能独立生活的成年子女有给付抚养费的义务,父母对未成年子女有保护和教育的义务等。^{〔16〕}

《民法通则》第18条第3款、第20条和《未成年人保护法》第53条进一步规定监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益时的监护资格撤销制度。^{〔17〕}2015年1月1日起实施的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》[法发(2014)24号]着重对监护人侵害未成年人合法权益、不履行监护职责严重危害未成年人身心健康等行为进行规制。该意见第27条规定有权向人民法院申请撤销监护人资格的“有关单位 and 人员”范围。^{〔18〕}

〔13〕 费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第105~107页。

〔14〕 [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版,第252页。

〔15〕 参见“侯鸿儒的‘私塾’”,《三联生活周刊》2006年第38期。《义务教育法》第11条第1款规定:“凡年满六周岁的儿童,其父母或者其他法定监护人应当送其入学接受并完成义务教育;条件不具备的地区儿童,可以推迟到七周岁。”

〔16〕 需要指出,父母担任未成年人的法定监护人时,其同时也是承担抚养教育义务之人,在其不履行抚养教育的监护职责而致监护人资格被撤销时,并不等于免除其抚养义务。参见“无锡市大同路社区居民委员会申请撤销丁建华的监护人资格案”,载《人民法院案例选》2003年第2辑(总第44辑),人民法院出版社2004年版。

〔17〕 参见“林丽某被撤销监护权案”,福建省仙游县人民法院(2014)仙民特字第01号,转引自“最高人民法院发布的八起典型案例”,载《人民法院报》2014年7月24日。

〔18〕 《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第27条规定,民政部门及其设立的未成年人救助保护机构可以向人民法院提起撤销监护人资格的申请。在南阳调研过程中,笔者暂未发现有此类实例。

第35条规定撤销监护人资格的事由。2015年6月24日提交全国人大法工委民法室的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第32条一并规定有权向人民法院申请撤销监护人资格的“有关单位和人员”范围和撤销监护人资格的事由:“监护人有下列情形之一的,经其他具有担任监护人资格的人或者经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门申请,人民法院可以判决撤销其监护资格,并在具有担任监护人资格的人中为其指定新的监护人:(一)实施严重损害被监护人身心健康的行为;(二)怠于履行监护职责,或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人,导致被监护人处于困境或者危险状态;(三)有其他严重侵害被监护人合法权益的行为。”“监护人确有悔改表现的,经其申请,人民法院可以恢复其监护资格,人民法院指定的监护人同时终止监护职责。”〔19〕

在调研期间,笔者了解到,南阳市救助管理站、南阳市流浪未成年人救助保护中心流浪未成年人年均救助量一般在120人次左右;从年龄结构看,7岁至15岁的流浪未成年人占66%;从性别看,男性占70%以上;从流浪原因看,家庭监管缺失导致的流浪占到了绝大多数,救助保护中心在日常工作中救助的甚至不乏确认为被父母遗弃的流浪未成年人,对于这部分未成年人救助保护中心也履行临时监护责任。〔20〕当前未成年人救助保护中心对流浪未成年人临时监护责任履行较好,但救助保护中心主动行使申请撤销监护人资格、批评教育失职监护人等方面的实践相对不足,离《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》赋予其的公法职能尚有距离。

(二) 通过规定民政部门兜底担任监护人以贯彻国家亲权

判决撤销监护人资格案件中,未成年人没有其他监护人,也没有合适人员和其他单位可以被指定担任监护人时,《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第36条第3款规定:“没有合适人员和其他单位担任监护人的,人民法院应当指定民政部门担任监护人,由其所属儿童福利机构收留抚养。”司法实践中,父母离婚后,对未成年孩子的监护权一般都会判给其中一方。镇江一名8个月大男婴在父母离婚后由谁监护,却成了困扰法官的难题,因为这名男婴的父母都是残疾人,没能力抚养,而其他近亲属也无监护能力。2014年8月,镇江经济开发区法院适用特别程序,人性化处理,将孩子的监护权最终判决指定给了民政局。民政局下属的镇江市社会福利院将代为抚养。由法院直接指定民政部门担任未成年人监护人,这在江苏还是首例。〔21〕

《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》第23条第3款规定:“没有前款规定的监护人的,由未成年人住所地的民政部门设立的机构担任监护人。”第34条规定:“监护人履行监护职责,国家应当进行适当监督、提供必要保障。”〔22〕例

〔19〕 该规定也为2016年7月5日全国人大常委会公开征求意见的《民法总则(草案)》第34条和第35条吸纳,《中华人民共和国民法总则(草案)》(二次审议稿)第35条和第36条对该规定做了保留和完善。

〔20〕 数据来源:南阳市救助管理站工作人员于2015年7月21日下午在中国青年政治学院2015年教师暑期赴南阳社会实践综合调研组座谈会上所做《流浪未成年人救助保护工作汇报》。

〔21〕 参见林清智:“镇江一对夫妻离婚孩子判给民政局 系江苏首例”,载人民网2014年8月28日, <http://he.people.com.cn/n/2014/0828/c192235-22143119.html>, 最后访问时间:2015年8月18日。

〔22〕 2016年7月5日全国人大常委会公开征求意见的《民法总则(草案)》第30条、《中华人民共和国民法总则(草案)》(二次审议稿)第31条在民政部门兜底担任监护人问题上规定得并不彻底。

如,对流浪未成年人的临时监护乃至收留抚养就属于民政部门的法定职责。^{〔23〕}民政部门应该将自己临时担任或者兜底担任监护人的支出纳入一般公共预算支出中的社会保障支出,以更好地履行自己的法定职责。“在民法慈母般的眼中,每一个个人就是整个国家。”^{〔24〕}民政部门在担任未成年人监护人的过程中,应当遵循未成年人最大利益原则,充分考虑未成年人身心特点和人格尊严,给予未成年人特殊、优先保护。^{〔25〕}当流浪未成年人受侵害时,民政部门有权代其主张赔偿,以更好地维护未成年人的合法权益。^{〔26〕}

三、民法典应该推进社会组织的法人化改造

(一) 民法典应该着力推进民办非企业单位等社会组织的法人化改造

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》在“增强全民法治观念,推进法治社会建设”问题上指出:“支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥……团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用。”法治社会建设离不开民法典中对人与社会关系的妥当界定,“21世纪的中国民法典恐怕要致力于推动社会的生成、发育和成熟”^{〔27〕}。这主要体现在民法典对民事团体类型的规定上。《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(提交稿)》对民事团体的类型主要规定了法人和其他组织,法人又具体包括公法人和私法人,私法人包括社团法人和财团法人,社团法人进一步包括营利社团法人和非营利社团法人。法人团体的类型设置是民法总则立法的重点和难点,这尤其表现在对非营利法人的立法设置上。2016年7月5日全国人大常委会公开征求意见的《民法总则(草案)》将法人划分为营利性法人和非营利性法人,《中华人民共和国民法总则(草案)》(二次审议稿)对法人继续做此分类,该分类引起较大争论。

根据笔者在卧龙区民政局和南阳市民政局调研座谈以及实地走访卧龙区营利性和非营利性社会组织了解,非营利性社会组织主要由民政部门登记管理,在民政部门的执法实践中,非营利性社会组织主要分为社会团体、民办非企业单位和基金会。社会团体主要包括各类协会、联合会、学会、促进会、研究会、商会等,在登记管理上适用《社

〔23〕《未成年人保护法》第43条规定:“县级以上人民政府及其民政部门应当根据需要设立救助场所,对流浪乞讨等生活无着未成年人实施救助,承担临时监护责任;公安部门或者其他有关部门应当护送流浪乞讨或者离家出走的未成年人到救助场所,由救助场所予以救助和妥善照顾,并及时通知其父母或者其他监护人领回。”“对孤儿、无法查明其父母或者其他监护人的以及其他生活无着的未成年人,由民政部门设立的儿童福利机构收留抚养。”“未成年人救助机构、儿童福利机构及其工作人员应当依法履行职责,不得虐待、歧视未成年人;不得在办理收留抚养工作中牟取利益。”

〔24〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1976年版,第329页。

〔25〕2011年6月1日,石家庄市设立了婴儿安全岛,在这期间民政部和有关部门组织进行了认真反复的论证,达成了共识,建议在全国推广。支持设立“弃婴岛”主要是基于生命至上、儿童权益优先等原则,最大程度保障弃婴的生命健康权,与中国《未成年人保护法》的立法精神是一致的,与刑法打击弃婴犯罪并行不悖。“弃婴岛”在设计之初遇到的最大反对声音,是它有可能成为极少数父母逃避抚养责任的出口。参见杨建顺:“设置‘弃婴岛’应当有法律明确授权”,载《检察日报》2014年4月16日。

〔26〕参见“流浪的痴呆儿被车撞伤 民政局可代其提起诉讼吗?”,载李克、宋才发、朱继红:《以案说法丛书——未成年人保护案例》,人民法院出版社2004年版。

〔27〕王轶:“民法典编纂如何体现中国特色”,载《民主与法制时报》2015年7月23日。

会团体登记管理条例》。民办非企业单位主要包括从事教育（如民办中小学校、民办幼儿园等）、科技、文化、卫生、体育、民政（如民办养老中心）等事业的组织，在登记管理上适用《民办非企业单位登记管理暂行条例》。基金会在登记管理上则适用《基金会管理条例》。截至2015年6月，在南阳市卧龙区民政部门依法登记的社会组织共257家，其中社会团体60家，民办非企业单位197家（包括民办中小学校、幼儿园在内的教育类民办非企业单位143家）。截至2014年12月31日，南阳市、县两级民政部门共登记各类社会组织3201家，其中在市民政局登记的社会团体416家，民办非企业单位203家。南阳市社会组织总登记量目前居河南省第二位，每万人拥有社会组织2.9个。^{〔28〕} 非营利社会组织发展中存在的问题主要有：一是社会团体和民办非企业单位的业务主管单位管理指导不到位，业务主管单位和登记管理单位双重管理体制下存在执法不协调、^{〔29〕} 责任不清晰、重登记但轻管理或者疏于管理的现象。^{〔30〕} 二是对非营利社会组织的立法分散、滞后，非营利社会组织的法人化程度有待提高，实践中甚至存在大量未依法办理登记的“法外非营利社会组织”。

针对前述非营利性社会组织发展中存在的问题，可能的解决对策如下：

第一，应该推进社会组织管理体制变革，取消对社会组织在注册登记环节不必要的业务主管前置审查和双重管理体制，激发社会组织活力，根据2013年3月14日通过的《国务院机构改革和职能转变方案》和2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，“重点培育、优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织。成立这些社会组织，直接向民政部门依法申请登记，不再需要业务主管单位审查同意。民政部门要依法加强登记审查和监督管理，切实履行责任。”^{〔31〕} 《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》第80条、85条对非营利性社团法人和财团法人的设立原则都改采准则设立主义为原则、许可设立主义为例外。

第二，应该成立由民政部门牵头、各个业务主管部门参与的社会组织管理综合执法协调机制，以树立民政部门在社会组织登记管理工作中的权威。

第三，应该在《中华人民共和国民法典·民法总则》中统一法人立法，推进民办非企业单位的法人化改造。民法典对各类社会组织的立法宗旨在于：妥当回应人类经济生

〔28〕 数据来源：南阳市卧龙区民政局工作人员于2015年7月23日在中国青年政治学院2015年教师暑期赴南阳社会实践综合调研组座谈会上所做《南阳市卧龙区非营利性社会组织依法治理情况汇报》；南阳市民政局工作人员于2015年7月24日在中国青年政治学院2015年教师暑期赴南阳社会实践综合调研组座谈会上所做的《关于对南阳市社会组织登记管理工作的调查》。

〔29〕 参见蓝方：“法学社团不服处罚起诉民政部”，载财新网2014年5月1日，<http://china.caixin.com/2014-05-01/100672483.html>，最后访问时间：2016年10月2日；蓝方：“社团告民政部续篇 质疑法学会权力来源”，载财新网2014年5月28日，<http://china.caixin.com/2014-05-28/100683677.html>，最后访问时间：2016年10月2日。

〔30〕 2015年5月25日，河南省鲁山县一个老年康复中心——康乐园老年公寓不能自理人员养老区发生火灾，造成38人死亡，康乐园老年公寓是一间民办养老院，经县民政局批准于2010年成立。2015年5月26日，民政部做出安排部署，紧急下发《民政部关于立即开展各类福利、救助机构安全隐患排查整治工作的紧急通知》，要求各地民政部门立即在全国民政系统开展安全隐患排查整治工作。据调查，本次失火原因主要是管理不善导致电路老化、安全隐患整治不彻底、消防检查管控不到位。2015年5月27日，有关部门决定，对鲁山县人民政府分管民政工作的副县长田某某、鲁山县民政局局长刘某某、鲁山县民政局党组成员王某某、鲁山县公安局党委委员高某等停职处理。

〔31〕 参见河南省人民政府办公厅《关于四类社会组织直接登记的通知》[豫政办（2014）122号]。

活和非经济社团生活的需要,丰富法人团体和非法人团体的类型^[32]。《社会团体登记管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》、《基金会管理条例》总体上侧重于对非营利性社会组织的登记管理,对成立后的日常监管重视不足,应该借民法典编纂之机,统一社会组织法人立法,修改民法典之外的社会组织单行法。例如根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条和第4条的规定,民办非企业单位属于从事非营利性社会服务活动的社会组织,民办非企业单位不得从事营利性经营活动。《民办非企业单位登记暂行办法》第6条进一步要求民办非企业单位须在其章程草案或合伙协议中载明该单位的盈利不得分配,解体时财产不得私分。民办非企业单位并非规范的民事法人团体或者非法人团体类型,根据《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条的规定,民办非企业单位可能分别呈现出法人、合伙或者个体工商户的不同属性,而不管何种法律属性的民办非企业单位又均“不得从事营利性经营活动”、“盈利不得分配”,这就使得民办非企业单位的设立人责权不一致。就民办非企业单位而言,其并非均属于非营利性的社会组织,应该回归其社团法人、财团法人乃至其他组织的不同角色定位,允许作为社团法人或者其他组织的民办非企业单位设立人(举办者)分配营利和剩余财产,以更好地促进其法人化治理和实现设立人的责权一致,真正激发此类民事主体的活力和创新能力,也可以结束司法实务中对公司制民办非企业单位相关民事纠纷不得已只能参照适用《公司法》规定的类似现象^[33]。

此外,在南阳市司法局调研过程中,笔者还了解到南阳市律师事务所目前主要包括合伙制律所和个人所两种类型,没有特殊的普通合伙制律所,均不需要办理工商营业执照,只需要在司法局办理执业许可证。个人制律师事务所的组织形式就不属于法人或者其他组织,其在民事主体类型中的定位值得研究。

(二) 民法典通过细化农民集体决定以推进基层治理法治化

推进基层治理法治化,离不开对基层治理法治经验的总结。在南阳市司法局和南阳市卧龙区光武街道刘庄社区调研过程中,笔者了解到邓州市2004年推出的“四议两公开”工作法成为向全国推广的加强基层民主自治组织能力建设的重要创举。“四议两公开”工作法具体包括党支部会提议、“两委”会商议、党员大会审议、村民代表会议或者村民会议决议,决议公开、实施结果公开。“四议两公开”工作法充分发挥村党组织在农村集体决议过程中的领导作用,使得农村集体决议能够以“看得见”的方式做出和实现,有利于保障村民自治的实现。

农民集体经济组织成员权利作为社员权的一种,其核心是作为集体成员的农民对集体所有权的受益权,而该受益权的实现又主要依赖于集体成员通过民主管理参与集体所有权的行使等集体决定的做出。农民集体是一个团体的存在,“农民集体成员权的主要行使方式就是决议行为”^[34]。农民集体经济组织决定和公司决议都属于决议行为,《公司法》对公司决议从会议召集、会议组织、会议通知、会议记录、会议议事方式和表决程序等均有相对完善和详细的规定,这有利于引导公司表决权人依法积极有效行使表决权。^[35]我国《村民委员会组织法》第24条规定了应当经村民会议讨论决定的事项范

[32] 参见王雷:“我国民法典编纂中的团体法思维”,《当代法学》2015年第4期,第68页以下。

[33] 参见崔永峰:“民办非企业单位出资纠纷案评析”,《人民司法》2005年第11期,第105页以下。

[34] 王雷:“论民法中的决议行为——从农民集体决议、业主管理规约到公司决议”,《中外法学》2015年第1期,第79页以下。

[35] 参见王雷:“公司决议行为瑕疵制度的解释与完善——兼评公司法司法解释四(征求意见稿)第4—9条规定”,《清华法学》2016年第5期,第168页以下。

围,第30条规定村民委员会村务公开的事项范围,《物权法》第59条规定集体成员决定的事项范围,这些规范性文件侧重对农民集体经济组织决定事项范围的规定,在决定的其他程序性规则方面存在立法供给不足。保障农民集体经济组织成员权利就要充分保障农民集体成员决定(决议)的主体、事项、程序、方式、公开和救济机制等合法。“四议两公开”工作法在农民集体决定(决议)程序和决定公开方面进行了有益的实践探索,能够更好地保障农民集体经济组织成员对农民集体决定从做出到实施全过程的动态民主管理和监督。我国民法典物权法编纂过程中应该对农民集体决定从主体、事项、程序、方式、公开和救济机制等角度进行全方位细化规定。

四、结语

在人文社会科学研究中,“社会就是我们的实验室”^[36]。法律的社会实证分析方法有利于帮助我们发现抽象规则和具体实践之间的差距,总结法治的地方经验,验证法治理论和法律制度的针对性、可操作性。在河南省南阳市参加依法治国调研过程中,笔者深切感受到我国民法典编纂过程中应该注意发掘总结法治的地方资源,注意验证法治理论和法律制度的可行性。

通过在南阳市开展依法治国调研,笔者总结、验证民法典编纂的三条地方经验:一是民法典中应该规定多元化纠纷解决机制,在《中华人民共和国民法典·民法总则》“民事权利的行使和保护”一章增加规定“民事权利争议解决途径”。二是民法典应该规定国家亲权制度,通过完善撤销监护人资格制度督促监护人履行监护职责(对此应该着重完善规定有权向人民法院申请撤销监护人资格的“有关单位和人员”范围和撤销监护人资格的事由),通过规定民政部门兜底担任监护人以贯彻国家亲权。三是民法典应该推进社会组织的法人化改造,统一非营利性社会组织法人化立法改造,修改民法典之外的非营利性社会组织单行法;通过细化农民集体决定以推进基层治理法治化。

参考文献

- [1] 王轶.论民事法律事实的类型区分[J].中国法学,2013(1).
- [2] 河南省南阳市中级人民法院课题组.立案预登记与非诉调解的有机衔接:关于立案预登记和委托调解制度运作模式的调研[J].法律适用,2009(12).
- [3] 费孝通.乡土中国 生育制度[M].北京:北京大学出版社,1998.
- [4] [古希腊]亚里士多德.尼各马可伦理学[M].廖申白译注.北京:商务印书馆,2003.
- [5] [法]孟德斯鸠.论法的精神[M].张雁深译.北京:商务印书馆,1976.
- [6] 王轶.民法典编纂如何体现中国特色[N].民主与法制时报,2015-07-23.
- [7] 王雷.我国民法典编纂中的团体法思维[J].当代法学,2015(4).
- [8] 崔永峰.民办非企业单位出资纠纷案评析[J].人民司法,2005(11).
- [9] 王雷.论民法中的决议行为——从农民集体决议、业主管理规约到公司决议[J].中外法学,2015(1).

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

[36] 王新清教授语,参见周若愚:“王新清:最是南阳能牵情”,载《南阳日报》2015年8月3日。