

杨立新
by Yang LiXin
著



From Contract
to
Identity



法学家讲演录
Voice of Jurists

法律出版社

从契约到身份 的回归

杨立新 著

法学家讲演录
Voice of Jurists



杨立新
by Yang LiXin
著

从契约到身份的 回归



法学家讲演录
Voice of Jurists



From Contract
to Identity

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

从契约到身份的回归/杨立新著. —北京:法律出版社, 2007. 1

(法学家讲演录)

ISBN 978-7-5036-6885-2

I. 从... II. 杨... III. 民法—文集 IV. D913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 137694 号

©法律出版社·中国

法学家讲演录

从契约到身份的回归

杨立新 著

责任编辑 刘彦泮

装帧设计 B&W 工作室

乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2007 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 莱芜市圣龙印务有限责任公司

印张 24 字数 316 千

印次 2007 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6885-2

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学家讲演的意义

from Publisher

民众之争端,公权与私权、私权与私权之冲突,系社会发展中常存之现象。对此之解决,或以压制赢得暂时平静,或以强调冲突而使秩序更为混乱。当此,正义与正义感、程序与程序理念、权利救济与权利意识,意义凸显。这些建制与观念,是对构建社会秩序的共识。这种共识愈多,社会秩序之建设便愈和谐无乱。

法学家及其讲演正可谓是增进秩序共识的推力之一。社会之发展,秩序之构建,当以法律职业群体之出现为基础。而法学家则为法律职业群体之中坚与先锋,其以饱读法典而学识天下,以公共关切而怀仁民众。法学家授业解惑于学堂,传道普法于四野,其声音或振聋发聩,或细雨霏霏,其演讲沟通庙堂与民间、学府与商界,既关心规则的形成,也关切个案正义与公民尊严。法学家的讲演,不仅是独立之见解与批评,更是充满建设性的公共情怀。法学家的讲演,言辞与形式或“富于激情”,内容却理性毕具。法学家的讲演,强调秩序与和谐、自由与权利、公平与正义,其理念之创新,精神之卓越,或使民主更趋进步,或促社会更尊民权,其意义在于国家更显强盛,人民更为幸福。

本社推出此“法学家讲演录”,殷殷之情,端在于增进建设社会秩序之共识,端在于为和谐发展增利器,为建制助其力。当此,我们也向勇敢且智慧的法学家致敬,向年轻的法律人致敬,向关心民主法治的公民致敬。这一群作者和读者,是此社会中的理性发光体。

法律出版社·法学学术出版分社 谨识

法律出版社出版“法学家讲演录”丛书,我被列入其中,倒有一些且喜、且惊、且叹。

先说喜。

喜的自然是被列入“家”的系列,且是讲演录系列,或许是自己的身价看好,或许是在搞法学研究的人中自己的历史渐算较长者。不论怎样,都算一喜。

次说惊。

惊的是,演讲本是最难,演讲后再“录”下来供大众阅读,其难度更大。法律出版社敢作此举,知难而进,真地吃惊。

依我所见,演讲本来就有以下三难:

一难,在于演讲要有精彩之理。做学问者均知道,做学问主要是写文章,写出来或许并不难,但是,要把做出来的学问再讲出来,绝不是像写一篇文章那般容易,怕是要有三篇、五篇、八篇、十篇文章的准备,才能够做好一次像样的演讲。没有深厚细致的准备,怕是演讲不会有精彩之理。

二难,在于演讲还要有精彩之词。凡人云,一个人或者说,或者会写,都算人才;且会说且会写者,全才也。就是把演讲的材料准备好了,如果说得不好,没有精彩之词,同样不会有更多的听众坚持听完。花钱买票看戏,演员演的不好,观众尚且会自动退场,况仅凭一人“脱口秀”的法学演讲乎?

三难,在于法律本就枯燥,演讲更为艰难。文学思维在于形象,法学思维在于抽象。一个以抽象思维见长的法律学研究,要把它演讲好,不仅要出口成章,而且要琅琅上口,甚至要听众喜闻乐见,受到欢迎,几乎难上加难。

再说叹。

叹的是,现在不仅要演讲,还要“录”下来,把口头的演说再演化为死板的文字,演讲时本来就少见的神韵早已不见。就是再有生花的妙笔,想把演讲录整理好,怕也事倍功半。这就是我在整理这些演讲录的稿子时的慨叹。

不管喜也好,惊也好,还是叹也好,总之要把自己的演讲录拿出来献给读者。因此,我在十年左右的时间里积累下来的演讲稿中进行了细心的选择,最终选出了这21篇较有代表性的稿子,进行了校对和适当整理,遂成此书。这是我在这十几年来进行民法学研究成果的口头表达,也表现了我与学生、学员、听众之间的学术和思想的交流。但愿这些稿子能够给读者一点启发和乐趣,那就是我的最大希望。

最后,要感谢本书的编辑也是我的学生刘彦洋,她的精心编辑给本书增添了色彩,并且让它早日与读者见面。

杨立新

2006年国庆节·北京

目 录

Catalog

第一编

“民法帝国”的梦想与老一代民法学家的光荣 3

——“民法帝国”就是私法的帝国,私法的帝国就是权利的帝国。在“民法帝国”中,私权本位,私权平等,私权至上,私权的地位高于一切,在平等的民事主体之间,相互尊重的就是权利,相互应当做到的就是履行自己的义务。

中国民法的法典化与中国民法典的开放性 9

——制定 21 世纪的民法典应当走开放的道路,而不应该越来越封闭。理由是,民法典的法典化进程开始于 19 世纪,经过了二百多年的历史发展,整个社会已经不再是当初法典化初期的样子了,已经有了极大的变化。

关于建立法律物格的设想 14

——从物格的角度来把物加以类型化,即把物分成几个不同的格,从而把那些有生命的物放到民法对物的最高保护地位,让民法对它们做出一些特殊的规定,防止人们滥用对物的所有权,对动物尤其是野生动物和宠物的非法损害,从而最大限度地保护动物。

人体变异物的物权规则研究

29

——物格其实就是对物的类型化,把对物的认识以及规制方法进行类型化,以适应今天的科技发展水平,把物分为不同的格,分为不同的类型,明确这个物在民法中的地位,然后再研究人对它支配的限度和规则,并且明确对它的保护方法。

中国民法中的人与物

43

——由于整个社会对人格尊严的价值的提升,对人格权在保护人的尊严和地位方面的重要作用的加强,以及对人的基本价值和平等地位的普遍重视,因而中国民法更为重视民事主体中的弱势群体的人格地位以及权利保护,侧重于研究对连体人、植物人以及老年人等非正常人群的民法保护。

中国民法典起草中的一些热点问题

48

——公平原则、意思自治原则、诚实信用原则和公序良俗原则这些基本原则,是指导我们审判工作的最抽象也是最具体的原则,也是指导我们法官的法律意识的原则。把那些不是基本原则的东西放到民法总则当中,作为基本原则,会损害我们的审判工作和司法活动。

第二编

人格权司法保护的重大进展

77

——精神损害赔偿司法解释把15年中所遇到的问题从总体上加以解决,这是对新中国人身权司法保护的一个总结性的、飞跃性的法律文件,它把新中国人身权的司法保护提高到了一个前所未有的高度上。因此,它是新中国人身权司法保护的第二个里程碑。

从契约到身份的回归

88

——梅因时代强调“从身份到契约”，这是完全正确的，但是，在今天，在身份权的性质已经发生了根本性的、革命性的改变之后，还应当有一个“从契约到身份的回归”。

中国名誉权的“膨胀”与“瘦身”

111

——历史已经从80年代制定《民法通则》的时候走到了今天，走过了将近20年，现在，我们对这些问题有了一个反思的机会：在新闻批评和人格权保护、名誉权保护方面，我们应该寻求更加协调的路径。

应当区分学术批评中诽谤与尖刻评论之间的界限

121

——社会需要和风细雨的批评，也需要疾风暴雨的批评；需要温和的批评，也需要尖刻的、一针见血的批评。在我国现实中，大概更缺少的是那些疾风暴雨式的、尖刻的批评。

《霍元甲》VS“馒头血案”：透视最新影视纷争

130

——在历史文学作品创作上，也要给作家一个更宽松的空间，让他们在历史的素材当中发挥他的想象力，去创造更多、更吸引人的作品。我们现在每天看到那么多的历史电视剧，难道都是完全真实的，一点虚构成分都没有吗？

新闻媒体如何避免侵权责任

168

——假如说新闻媒体仅仅报道现在发生了一个什么样的事情，而不行使新闻批评权利的话，那么新闻是没有生命力的，是没有战斗力的。新闻更多地是要干预生活，批评生活，引导生活向更美好的方向去发展，这才是新闻。所以，新闻自由是新闻媒体、新闻从业人员一个最基本的权利。

物权法与中国社会主义和谐社会建设理论研讨会闭幕词

194

——经过专家学者和全国人民十余年辛勤汗水浇灌的《物权法草案》，是经

得起历史检验的,它的社会主义方向是坚定不移的,是将改革开放胜利成果法律化、制度化的一部成功的法律草案。相信《物权法草案》经过审议通过成为正式的法律以后,它会在我国的政治、经济生活中发挥巨大的作用。

中国农村现行土地权利制度批判

200

——我们用了五十多年的时间来建立农村土地权利制度,实践证明是不成功的;到现在,我们还是想在现有的基础上修修补补,想让它做得更好,也还是不大现实。

第三编

中国侵权行为法的百年历史回顾

209

——在人类正在告别 20 世纪即将进入 21 世纪这样的历史时刻,全面研究 20 世纪的中国侵权行为法的 100 年历史,并对 21 世纪的中国侵权行为法的发展进行展望,对于全面发展中国的侵权行为法及其侵权行为法学,都是有重要意义的。

关于侵权行为的一般化与类型化

235

——我们制定中国侵权行为法,有大陆法系的良好基础,再把英美法系当中好的东西借鉴过来,还要把我们在司法实践当中积累起来的丰富经验加进去,这样的侵权行为法应当是一个比较好的法律。

有关侵权责任法立法的若干问题思考

250

——一个法官的价值,可以体现在他审判了多少案件上面;可是,如果一个法官不仅办了多少案件,解决了多少纠纷,而且在司法实践中创造出了具有创新价值的典型案例,则是更为有价值的事情。那么,尽管这位法官在法律史上不会留下自己的名字,但是你创造的那个判例则可以永垂青史,成为法律的经典。

解读最高人民法院的人身损害赔偿司法解释

266

——突出人的价值、突出人的地位,就是要更好地保护这些权利,救济这些权利的损害,以保护人的价值、维护人的尊严和地位。人身损害赔偿司法解释立足于这一立场,凸显民事司法的人文主义立场,全面保护人的权利,救济人的生命权、健康权和身体权的损害,体现了民法的人文主义关怀,与最高人民法院关于精神损害赔偿的司法解释一道,成为新中国人格权司法保护中的最重要的两个司法文件,具有极为重要的意义。

中国侵权行为法理论体系的重新构造

311

——提出这个体系的思路,主要是将大陆法系侵权行为法的一般化立法模式和理论体系与英美法系侵权行为法的类型化立法模式和理论体系结合起来,构成一个类似于《埃塞俄比亚民法典》侵权行为法体系那样的侵权行为法的理论体系,将英美法的侵权行为法体系融入到我国的大陆法系侵权行为法的理论体系当中。

第四编**我是怎样学习法律的**

327

——对一件事物的恒心,来源于对这件事物的兴趣和信念。如果你对这件事物真正地感兴趣,把它作为自己毕生要坚持的信念,你就会对它持之以恒,而绝不会半途而废。我对民法的研究和学习就是有这样的信念。

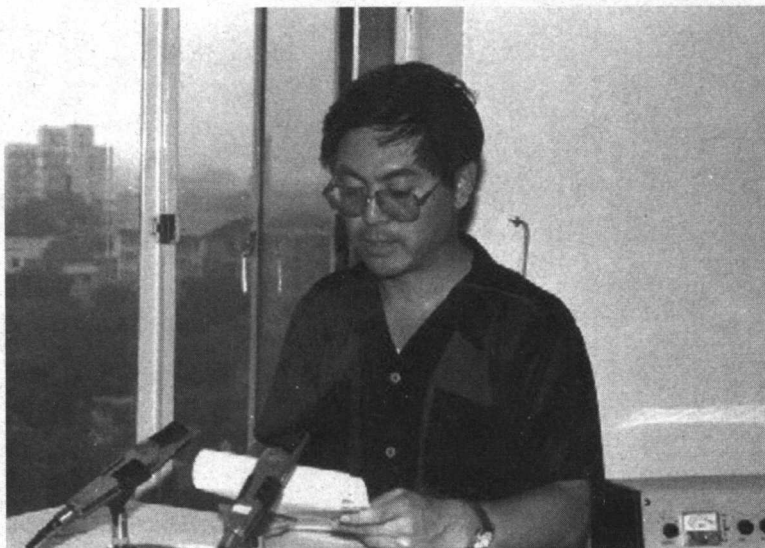
法学院学生怎样写作毕业论文

340

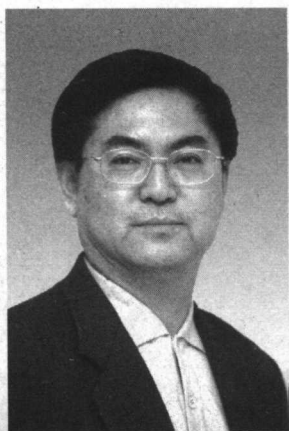
——绕了很大的圈子才说主题,我们通常说这种毛病叫做“皮厚”,就像吃肉包子,咬一口,不见肉,再咬一口,还不见肉,那就不是包子了,而是馒头了。对肉包子而言,肉馅就是主题,咬一口就要见到主题,这就是对法学论文主题的要求。

Part 1

第一编



1989年9月参加全国法院学术会议在闭幕式上宣读获奖论文



学术上“辉煌”成果的背后，
应当而且也必须是辛勤和刻苦，
否则，辉煌从何而来呢？
两幅照片之间是不是有一个对比？

杨立新



法学家讲演录

“民法帝国”的梦想与 老一代民法学家的光荣

——“纪念《中华人民共和国民法通则》颁布
二十周年座谈会”闭幕词

(2006年4月12日·北京·中国人民大学)

“民法帝国”就是私法的帝国,私法的帝国就是权利的帝国。在“民法帝国”中,私权本位,私权平等,私权至上,私权的地位高于一切,在平等的民事主体之间,相互尊重的就是权利,相互应当做到的就是履行自己的义务。

同志们:

“光荣与梦想:纪念《中华人民共和国民法通则》颁布二十周年座谈会”就要闭幕了,我代表会议的主办者致词。我给这个闭幕词起了一个题目,其实就是对我们这个会议的名称的解说,那就是:“‘民法帝国’的梦想与老一代民法学家的光荣。”这正是与会各位专家学者以及会议主办者参加以及举办这个会议的心声。

近些年来,很多其他法学学科的人都在说“民法帝国”这个词,相反,我们搞民法的人很少说这个词。我们当然知道,在其他学者说“民法帝国”这个词的时候,除了表示对民法地位的尊重、民法理论的尊重之外,还有对民法所谓“帝王法律”的嘲讽以及对民法学家“民法自恋”情结的讽刺。不过,我还是认为,“民法帝国”这个词即使存在这样的含义,但它也确实包含了我们几代民法工作者萦绕心头的美好梦想。

在今天纪念《民法通则》颁布20周年,说起“民法帝国”这个词的时候,我们就应当给这个“帝国”做一个界定,给“民法帝国”的梦想来一个“解

梦”，说明我们为什么要对“民法帝国”的梦想情有独钟。

我们说，“民法帝国”就是私法的帝国，私法的帝国就是权利的帝国。在“民法帝国”中，私权本位，私权平等，私权至上，私权的地位高于一切，在平等的民事主体之间，相互尊重的就是权利，相互应当做到的就是履行自己的义务。权利和义务的概念，是“民法帝国”的基本范畴；权利和义务所构成的法律关系，是“民法帝国”的基本社会关系。即使是在这个帝国之中发生了争议，也有体现正义的公平、平等、诚实信用、公序良俗的民法基本原则作为最基本的调整手段，以及解决纠纷的具体规则来进行调解和裁决。建设这样一个公平、正义、平等、相互尊重、相互协助的理想帝国，就是我们搞民法的人的梦想。而民法作为“民法帝国”的基本行为规则、基本社会生活规则的总和，正是民法理论工作者和实务工作者梦寐以求的法律。有了民法，就有了“民法帝国”的基本规则，就有了“民法帝国”的秩序，就有了“民法帝国”平等、公平、和谐的社会生活。因此，“民法帝国”就是民法“统治”的王国，就是民法所理想的社会秩序及生活。正因为如此，民法尽管脱胎于私有制的资本主义社会，但是它的理想却是最社会主义的。民法学者怀揣着这样的一个梦想，所以才有孜孜以求的追求，才有奋不顾身的牺牲精神，民法学者所要创造的，就是这样的社会秩序的法律规则。我们今天选择在《民法通则》诞生的这个日子，即2006年4月12日，而不是它实施的那一天，也就是2007年1月1日来纪念它的20周年，就是因为在这一天诞生了《民法通则》，从这一天起，我们有了中国人自己的民法蓝图，有了中国人民的民事权利宣言，也因此使我们这些追求“民法帝国”的学者和专家初步实现了这个梦想。

在说“民法帝国”梦想初步实现的时候，我们就会情不自禁地想到实现这个初步梦想的、包括在座的老一代民法学家在内的民法先行者为此所做出的杰出贡献。因此，也就说到了本次座谈会的最重要的主题，这就是老一代民法学家为实现这一梦想而创造的巨大的光荣。

我们应当看到的是，在20年前以及更早一些的时候，我们的国家还没有那么开放，我们的社会环境还没有那么宽松和进步，我们的法制还没有

那么健全,而且我们的民法理论修养还没有做好充分的准备,甚至是我们的立法技术也还没有今天这样的进步和灵活。可是,就是在那样的基础之上,老一代民法学家为了实现这个梦想,顶着压力,用他们的聪明和才华,用他们的勇气和智慧,创造出了具有历史意义的、为中国社会取得巨大进步做出了重大贡献的《民法通则》。我们在20年后的今天纪念《民法通则》的诞生,用“光荣”这个词来讴歌老一代民法学家的贡献,实在是一点也不过分的。

下面列举的是《民法通则》为“民法帝国”的创建所做出的巨大贡献:

——第一次规定了中国民法典的基本框架,对民法典总则和分则的基本内容做出规定,勾画出基本轮廓。因此,尽管《民法通则》还不是一部完整的民法典,从条文来说也仅仅有156条,但是它已经构建了民法典的总体结构,奠定了民法典宏伟建筑的基石,以至于我们今天在起草民法典的时候,在体系和结构上都难以逃脱它的魅力和影响。

——第一次规定了民法的基本制度,对于民法的基本原则、民事主体制度、民事法律行为、民事法律关系、民事责任、诉讼时效等民法基本制度都做出了具有远见卓识的规定,即使是在20年之后的今天来细细地考察它的时候也会发现,这个仅仅有156个条文的民法基本法,时过20年,而且是经过了改革、开放激烈变革的20年,仍然能够基本适应今天社会生活的需要。

——第一次规定了独具特色的人格权及其体系,在世界各国民法之林中,第一次将人格权立法与物权立法、债权立法、知识产权立法相并列,极大地突出了人格权在民事权利体系中的地位,并且采用最为普遍的权利保护方法,严格保护民事主体的人格权,保护人格尊严和人格平等、人格自由;同时也向全世界宣告了中国人民自己的人格地位和人格尊严,以至于在21世纪的今天,我们在确定21世纪民法新结构的时候,很多国外的民法学家都认为我国《民法通则》确立的人格权立法的“中国模式”是极为先进、极具远的选择。

——第一次规定了物权制度的基本内容,尽管《民法通则》还没有使用

物权的概念,甚至造出了“财产所有权与与财产所有权有关的财产权”这样的生涩概念,但是,一方面,它所概括的就是所有权和他物权的内容,概括的就是物权的基本制度;另一方面,它也告诉我们,在那样的一个思想还没有完全解放的时代,老一代民法学家创造《民法通则》的光荣的时候,是多么的艰难!

——第一次规定了债权制度的基本内容和基本规则,对合同之债、不当得利之债、无因管理之债都做出了原则的规定,确立了这些债的关系的基本规则,特别是对生活急需的合同之债的基本规则,以及连带债权、连带债务、债的担保以及违反合同的民事责任等基本制度,都做出了简洁、实用的规定。

——第一次规定了知识产权的基本制度,对著作权、专利权、商标专用权以及发现权、发明权都做出了原则的规定。

——第一次规定了保护民事权利的侵权责任法制度,在《民法通则》短短的156个条文中,竟然用了17个条文专门规定侵权责任法,与合同责任共用的条文12条,侵权责任法规范的条文总共达到29个,是全部条文的19.4%,差不多是全部条文的1/5。可见,老一代民法学家在起草《民法通则》时对民事权利保护下了多么大的心血!在这些条文中,规定了一般侵权行为、特殊侵权行为、侵权责任的人身损害赔偿、财产损害赔偿、精神损害赔偿等基本的侵权责任法制度,大体上完善了我国的侵权行为法建设,使民事主体的民事权利得到了很好的保护,以至于“侵权行为”和“侵权法”都成了民众挂在口头的常用词汇。

上面列举的七个方面的“第一次”就是《民法通则》对我们这个社会的贡献,对我们这个社会的改革、开放做出的贡献。这些贡献的始作俑者,就是我们的老一代民法学家。他们在起草《民法通则》的过程中,顶着巨大的社会压力,要跟不同的学派和思潮作斗争,最终为人民的权利和福祉取得了胜利,获得了历史的光荣。在3年以前的暑假,王利明教授、崔建远教授、郭明瑞教授、徐中起教授、房绍坤教授、王轶教授还有我,在海南省讨论民法典专家建议稿起草工作具体问题的时候,我们回顾《民法通则》颁布以