

中国民法年刊

CHINESE YEARBOOK OF CIVIL LAW

中国法学会民法学研究会 主办

王利明 主编

2006-2007




法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国民法年刊

2006—2007

中国法学会民法学研究会主办

主 编 王利明
顾 问 王家福
副主编 (按姓氏笔画)

王卫国	王学政	王胜明	尹 田
孙宪忠	吴汉东	张新宝	杨立新
赵万一	郭明瑞	崔建远	黄松有

本卷执行编辑 张新宝 朱岩

本书出版得到佟柔民商法发展基金的支持



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国民法年刊. 2006~2007/王利明主编. —北京:法律出版社, 2008. 9

ISBN 978-7-5036-8760-0

I. 中... II. 王... III. 民法—中国—2006~2007—年刊
IV. D923-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 134598 号

© 法律出版社·中国

中国民法年刊 2006—2007

王利明主编
中国法学会民法学研究会主办

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 李 瞻

开本 787×960 毫米 1/16
版本 2008 年 9 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 31.25 字数 520 千
印次 2008 年 9 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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8760-0

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

代 序

与改革开放同步发展和繁荣的民法学

王利明

在改革开放初期,经历了10年浩劫的民法学园地可谓一片荒芜,甚至可以说,在相当长的一段时间内,许多人不知民法是何物。正是在这样的背景下,在20世纪70年代末期和80年代初期,理论界发生了民法和经济法的大论战,目的不仅在于澄清经济法的概念,而且涉及民法的基本定位,即它是调整公民之间关系的法律,还是广泛调整平等民事主体之间关系的法律。这场论战一直持续到1986年《民法通则》的颁布,该法第2条明确了民法的调整对象,从而明确划分了民法和经济法的界限,为这场论战画上了句号,也为我国民法学研究的发展繁荣奠定了坚实基础。

改革开放的春风一扫计划经济时代民法的阴霾,市场经济的不断繁荣和发展为我国民商法学者提供了广阔的历史舞台。回顾改革开放30年的民法学发展历程,我国民法学是一门与我国社会主义市场经济建设同呼吸、共命运的重要社会科学,也是发展社会主义民主、健全社会主义法制所迫切要求繁荣和发展的学科。经由数代民法学者的不懈努力,我国民法学在过去30年内已经取得了令人瞩目的成就,为我国经济发展、政治文明、法治发展和法学繁荣作出了重大的理论贡献。

首先,民法学为我国民事立法和司法提供了重要的理论支持。民法是一门经世济用的应用法律部门,其发展不仅应体现国家的经济建设和社会发展政策,而且应关注民事主体的切身利益。民法学研究也秉承其旨,既关注理论架构上的完满和自足,更关注在我国具体时势背景下具体问题的妥当解决方案,从而为国家在民事法治方面的良好发展提供了智力支持。无论从《民法通则》、《合同法》、《物权法》等基本民事法律的制定,还是从最高司法机关的各种司法解释的

出台,都凝聚了我国民法学者的长期的心血。迄今为止,我国民法学界已经推出了丰硕的、优质的学术研究成果,既包括负责起草了民法典的各编条文草案的学者建议稿及立法理由书,也包括对已经颁布的法律(如合同法)进行注释、学理的研究。

其次,已经建立了基本完善的民法学体系。在总则、物权、合同、侵权责任、人格权、知识产权、婚姻继承等民事基本制度方面,我国学者都确立了完备的理论构架。民法学界注重基础理论研究,成果丰硕,例如对于意思表示、物权行为、侵权行为的归责原则等都有专门的研究著作;对合同法、物权法、侵权法的系统研究也都呈现出欣欣向荣的局面。许多研究既有开放的理论视野,又能立足于中国的实际情况。学者的努力为我国民法学体系的形成奠定了基础。

第三,进行了深入的专题性研究。学界不仅主张民法各部分的体系构建,而且深入进行了各种专题性研究。就所研究的专题来看,其涉及的领域不断拓展。过去,学者多关注基础性的专题,如违约责任、侵权行为归责原则、人格权、担保物权等。现在,学者将其视野投向了法学研究中的新问题、新情况,如互联网的侵权问题、一般人格权、动产担保、纯粹经济损失、安全保障义务等。民法方法论、案例研究方法等也成为学者们重点研究的课题。这些专题性研究不仅丰富了民法学理论,而且指导了司法实践。

第四,开展了广泛的比较民法学研究。比较民法学对于开拓研究视野、广泛借鉴国外的学术成果、构建我国民法学理论体系等都具有十分重要的意义。我国学界一直重视比较民法学的研究。随着国内学者外语水平的提高和留学人员加入我国研究队伍,我国比较民法学的研究空前繁荣,既关注发达国家的立法、判例和学说,又介绍了发展中国家民法学的成功经验;既翻译了大量外文原版著作和法典,又撰写了大量以比较法为研究对象的著述。

改革开放的30年,是经济快速发展的30年,是社会健康发展的30年,更是以调整商品经济关系为主要对象的民法进步的30年,也是民法学迅猛发展的30年。民法学已经成为我国社会科学中的一门“显学”,这主要表现在,民法理论和实务日益受到社会的关注,民法学界各种有分量的研究成果层出不穷……尤其是有志于投身民法事业的青年才俊众多,新一代的青年民法学者如雨后春笋般涌现出来,他们既有扎实的民法功底,缜密的学术思维、良好的问题意识,又有较高的外语水平,思维之严谨、研究之深入、掌握的信息之宽,都令人耳目一新。从他们身上,我们看到了民法学未来的希望。

在看到我国民法学在过去几十年所取得的辉煌成就的同时,我们也必须清

醒地认识到不足与缺陷。虽然近年来民法学研究成果不断涌现,数量众多,但是其中高质量的学术精品仍然很少,普遍存在原创性不足的缺陷。主编的作品较多,独著的成果较少;编译的作品较多,翻译的精品较少;粗放性的研究较多,深入实证性的研究较少。某些领域的研究发展过于缓慢,例如,以罗马法的研究为例,20世纪30年代陈碧壁先生的《罗马法原理》一书至今依旧是该领域的代表性作品。从数量上来看,尽管有关司法考试、案例汇编等方面的著述以及教科书不少,但其数量与我国现有法学研究人员数量相比,仍然显得单薄,尤其是对专门领域进行系统、深入研究的专著更为缺乏。以民法总论为例,目前该领域的专著和教材全国加起来不过十来本,而我国台湾地区民法总论著作至少不下五十部。此外,我国学界的学风也亟待改进。一方面,研究上浮躁、冒进现象严重,低水平的重复依然存在;另一方面,个别学者宽容精神不够,存在着自我封闭的现象,也有个别学者持“饭碗法学”的观点,对自己研究的领域不容其他学者染指等等。这些现象都会影响我国民法学乃至整个法学事业的发展。

21世纪是市场经济更加繁荣和发展的时代,是走向权利的时代。我们深信,随着我国社会主义市场经济体制的确立、完善以及社会主义民主法制的不断健全,中国民法学的明天将会更加辉煌。因此,我国民法学工作者更应当感到责任重大,进一步结合我国社会主义法制建设和市场经济发展的需要,有目的、有针对性地开展研究,尤其是要对那些我国立法与司法实践中的重大理论问题进行更为深入、细致、扎实的研究。学者应当淡泊名利,潜心研究,推出一大批具有原创性的作品。我们民法学的很多领域在国际上已经处在领先地位,特别在中国特色问题研究上,未来中国民法学应走向世界,在国际舞台上争夺话语权。此外,在研究方法上,我们应当注重方法上的创新,实现方法上的多元化,尤其应当注重借鉴经济学、社会学、统计学等其他社会科学的研究方法。我们有理由相信,经过我国学者的共同努力和不懈奋斗,我国的民法学将迎来快速发展、持续繁荣的局面!

目 录

代序/王利明	1
--------	---

学术精粹

2006—2007 年民法学研究综述	1
繁荣和发展中的中国民法学 / 王利明 朱 岩	3

优秀论文

2006—2007 年论文精选	27
我国《物权法》制定对民法典编纂的启示 / 王利明	29
民法上支配权与请求权的不同逻辑构成 / 马俊驹	43
工伤保险赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系 / 张新宝	56
物的瑕疵担保责任果真已被统合到违约责任制度之中? / 崔建远	78
2006—2007 年民法学基础理论与总则	97
民事法律关系内容的三位一体理论 / 丁海俊	99
论不真正义务 / 柳经纬	117
论原因自由行为于民法上之适用问题 / 林诚二	128

2006—2007 年物权法	149
物权变动立法模式的历史演进与我国物权立法的选择 / 董学立	151
论不动产信托登记 / 于海涌	168
论不动产登记机关错误登记的赔偿责任 / 柴振国 田邵华	178
中国大陆房随地走地随房走之法制 / 吴西源	189
论动产抵押权的若干争议问题 / 杨明刚	206
物权法中的应收账款质押制度解析 / 刘保玉 孙超	218
两岸物权法制对人体组织及其衍生物规定之比较 / 邱玟惠	233
2006—2007 年侵权法	251
通常侵权行为的违法性与有责性 / 孙森焱	253
侵权责任法与正义 / 刘士国	276
论公平责任原则之法理基础 / 江念慈	291
说明义务违反与沉默的民事诈欺构成 / 牟宪魁	312
对大规模侵权的初步思考 / 朱岩	326
精神健康权及精神损害赔偿研究 / 傅静坤	348
我国律师执业赔偿责任若干问题研究 / 高圣平	362
论医师违反产前诊断义务的赔偿责任 / 房绍坤 王洪平	376
论劳务派遣中的雇主责任 / 张玲 朱冬	393
物权人侵权责任制度研究 / 张民安	412
论律师对第三人的民事责任 / 彭真明 陆剑	433
两岸侵害生命权财产上损害赔偿之比较 / 刘春堂	452
2006—2007 年大事记	471
附录·第三届中国法学会民法学研究会组织机构人员名单	487

▶ 2006—2007 年
民法学研究综述

繁荣和发展中的中国民法学

——从知识继受到知识创新

王利明* 朱岩**

从《民法通则》颁行到今天的20年时间,中国民法学经历了从吸收发达国家地区的民法学先进理论、研究具体的制度问题发展到从中国实际出发系统构建中国民法理论体系、为国家立法和司法提供了强有力的理论支持,其中反映出中国民法学已经与中国社会同步发展,取得了巨大的进步,一个繁荣的、具有中国特色的中国民法理论体系正在逐步形成。纵观2006年中国民法学的发展,可以看出,整个中国民法学呈现出这样一种发展趋势:一方面,从学科方法论着手,尝试构建中国民法学的学科理论基础,为我国民法学进一步发展提供强有力的部门法哲学支持,民法学方法论、解释学等重要理论都在繁荣发展;另一方面,对具体制度的研究更加深入,特别是配合国家物权法和侵权法的制订,推出了一大批研究成果,极大地丰富和发展了我国民法中的重要部门法的理论。

在岁末之际,我们尝试从知识梳理与评论的角度,盘点过去一年中中国民法学的主要研究成果,以此作为总结过去和展望未来的一个学术阶段平台。

一、法学方法论

中国民法学经过了改革开放以来近三十年的发展,逐步从继受外国法学向建设中国民法体系发展,而这离不开对中国民法学法学方法论的研究。有学者认为,由于立法和司法的现实需求,过去的民法学研究方法具有偏向制度的特

* 中国法学会民法学研究会会长、中国人民大学法学院教授。

** 中国人民大学法学院副教授。

点,但此种研究方法也存在弊端。因此,采用体系化和学科交叉的研究方法,^①克服单纯的法律逻辑分析方法是我国未来民法学的重要研究方法。^②

就民法学的价值研究方法而言,有学者认为,民法作为自治的法律,强调个人主义价值论,决定了个人主义的方法在民法中的基本地位。虽然个人主义方法论受到整体主义的限制,但它仍然最能够满足私法研究的要求,因为集体主义方法隐含着对民事主体权利的侵害,对私法根本价值和私人自治的否认。^③

民法典的基本价值取向对民法典整个制度、利益关系的平衡、法典的概念用语都产生深刻的影响。有学者认为,民法作为一部促进社会进步和人的法律,即使在财产法中也不局限于仅仅具有财产法的功能,也同时具有促进人格发展的法律。^④民法是法治国家与民主政治的一个重要的法律基础。

法学方法论的一个核心内容体现在法律规范的适用;而在法的适用上,大前提、小前提与结论的“三段论”仍然是基本方法。有学者认为,区分法律事实与真实事实是从客观历史现象到价值评定的法律规范事实构成的一般逻辑,但是证明事实不应当具有与生活事实和法律事实同层次的地位,其应当仅仅具有辅助性的作用。在生活事实和法律事实之间存在一个事实与法律的流转、价值评定的过程,而这取决于生活事实与规范的适应及其适应程度;^⑤而在事实与规范不对称的情况下,则需要通过法体系内的解释方法与法体系外的造法活动,完善大前提和小前提的内涵与外延的差异。^⑥从简单的法律适用到扩大法的规范内涵外延的法的各种解释方法,再到无法律规范下的反体系创造,真实地反映了事实与规范之间的张力由弱到强的顺序。在运用三段论中,演绎、归纳和设证、类比以及论证与诠释是建构大小前提的三种基本方法。^⑦

未来整个民法典体系的完善和精确离不开对民法概念的研究,就此有学者认为,民法的概念既可以增加法典的严谨性,但同时也可能造成概念内涵和外延

① 2006年5月25日在中国人民大学法学院举办的“民法学与宪法学学术对话”是民法学者与其他学科学者加强学术交流的重要活动,会议内容参见“民法学与宪法学学术对话纪要”,载《法学》2006年第6期,第118~128页。

② 王轶:“对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服”,载《法制与社会发展》2006年第1期,第87~97页。

③ 易军:“个人主义方法论与私法”,载《法学研究》2006年第1期,第89~103页。

④ 申卫星:“中国民法典的品性”,载《法学研究》2006年第2期,第81页。

⑤ 郑永流:“法律判断大小前提的建构及其方法”,载《法学研究》2006年第4期,第5页。

⑥ 郑永流,上文,第6页以下。

⑦ 郑永流,上文,第7页以下。

的僵化,^①因此,必须在法典的严谨性和开放性之间找到一个平衡点。

我国民法学的研究方法经历了以规范的解释规则向超越规范的经济学、社会学等分析方法发展。而规范的解释又经历了从概念、逻辑向利益和价值裁量发展的过程。由于我国民法学在发展过程中,始终同时面临着两个任务:一方面必须吸收西方发达国家先进的民法学理论,为中国民法学长期发展奠定坚实的理论基础;另一方面,必须时刻关注中国社会中的现实问题,为中国民事立法和司法实践提供强有力的理论支持。可以说,中国民法学者一只眼看世界,另一只眼注视中国,这就决定了中国民法学既要发展出具有世界先进的民法学理论,同时又承担着解决中国现实问题的任务,而二者也并不矛盾。所以,未来的中国民法学方法论仍然需要沿着吸收先进的世界各国民法学理论和解决中国现实问题的道路出发,随着中国民法典制定工作的深入,中国民法学理论也必然在民事立法论、解释论、比较法研究、法的经济分析、社会学分析方法等方面取得长足进步。

二、民法典的体系与总则问题

(一) 民法典的体系

中国民法典的体系设计集中体现了我国近年来民法学研究的成果,表现在继续民商合一的立法体例,将人格权法、合同法和侵权法独立成编,债法总则作出相应的调整。我们可以将此种九编制的民法典设计模式称为“分层式”的体例。此种模式较好地吸收了德国民法典的模式和我国目前的立法成果,最大限度地减少了立法成本和保持目前的立法成果。但是,民法典在未来仍然面临一些值得我们深思的问题,尤其必须协调作为平等主体的民事主体与现实生活中不平等的消费者、雇用人与经营者之间的法律关系。另外,由于人类社会的发展呈现出一种加速度的趋势,给成文法的立法模式施加了前所未有的困难,如何处理法的稳定性及其弹性、民法典与单行法、特别法的关系,是无法回避的一个问题。

法典本身是一个民事规范的体系化集合,因此,围绕着民法法典化的问题,学者们展开了较多的讨论。有学者认为,当前的反法典化思潮是一个技术层面的问题而非本质层面的问题。中国民法必须法典化的根本原因,主要在于对民众心理所发生的巨大影响及对于中国政治民主和法治进程的巨大推动。^②但是,

^① 许中缘:“论民法典中法律概念的构建”,载《当代法学》2006年第6期,第61~68页。

^② 尹田:“论中国民法的法典化”,载《政治与法律》2006年第2期,第60~66页。

仍有学者通过分析民法典的四种立法模式的利弊,进而主张松散式的民法典体系。^①

民商合一是我国未来民事立法应当坚持的一个基本立法体系。有学者从比较法的角度指出,1995年的《俄罗斯民法典》对此给我们提供了一个非常有意义的借鉴意义,例如通过将“经营行为”纳入到民法的调整对象中,增加有关商主体类型的规定内容。当然,除了民法典中的一般规则之外,还需要通过特别法调整有关商事交易的特别规则。^②

由于2002年的全国人大民法典草案在第九编中规定了《涉外民事法律关系的法律适用法》,所以有学者认为,此种编制体例造成民法典体系内同时涵盖民事实体法和国际私法中的冲突法,要求我们在未来民法典体系协调上必须处理好实体法与冲突法的关系。^③此外,民法典的起草工作本身也必须处理其与民事单行法的关系。^④此外,多数学者主张人格权法独立成编,以此反映人格权在民事权利体系中的重要地位。^⑤侵权法也应当独立成编,因为侵权法应当是整个民事权利的保障法,中国民法典应当摆脱传统民法仅仅将侵权法作为债的一种发生基础的立法模式。^⑥

(二)总则问题

民法总则的核心是民事主体与法律行为制度。传统民法采纳了二元的“自然人”和“法人”的划分方法,此外,无权利能力的社团构成第三类民事主体。我国未来民法典中必须回答“自然人”到底应当是什么样的一个“人”,是脱离社会基础抽象层面上完全平等的人,还是将现实社会中的差异纳入到主体制度中?有学者认为,中国民法典的起草应当以“人的保护”为价值基础,应当克服传统民法的财产中心主义,以人的保护取代抽象的财产权保障在民法典中的核心地位;放弃对民法中的人的行为设定一个统一的模式,根据人的行为的具体性质进行具体的法律调整;出于人的保护的要求,对民法中关于市场机制的运用进行合理

① 谢哲胜:“论民法法典化模式的选择”,载《法商研究》2006年第3期,第32~39页。

② 余能斌、程淑娟:“我国‘民商合一’立法借鉴的新选择——由《俄罗斯民法典》引起的思考”,载《当代法学》2006年第1期,第36~46页。

③ 谢新胜:“民法典冲突法与实体法关系三题”,载《法律科学》2006年第6期,第70~75页。

④ 许中缘:“论民法典与民事单行法律的关系——兼评我国物权法草案”,载《法学》2006年第2期,第75~81页。

⑤ 王利明:“试论人格权的新发展”,载《法商研究》2006年第5期,第16~28页。

⑥ 张民安:“侵权法在我国未来民法典中的地位”,载《法学评论》2006年第2期,第94~100页。

的限制;超越传统私法法典编撰模式,回到统一的民法概念上来。^① 传统民事主体制度以自然人和法人为中心的二元结构,建立在抽象人格理论和交易主体理论基础之上,但有学者认为,此种理论忽视了对社会中广泛存在第三类民事主体制度的规定。因此,有必要对现行民事主体制度的基本理论和主体资格划分作出全新的思考,^②这涉及权利能力、独立财产、责任能力、盈利性与公益性等多个因素。^③

此外,我们在民事主体制度中还必须加强对法人制度的研究。由于《民法通则》中的法人制定仍然不够完整,需要重新对法人的类型作出科学安排,并且对中国现实社会中重要的第三类民事主体,如农村承包经营户、合伙等给出明确的定位。

近代民事权利的体系的形成,在很大程度上要归功于德国潘德克顿学派在民法学概念上的贡献。通过系统地梳理该阶段的基本理论,对于完善我国基本民法理论大有裨益。有学者指出,支配权的概念源于对物诉讼,最终表现为在客体上可以单方面实现自己的权利。^④ 有学者从比较法的角度出发,指出萨维尼区分债权和物权在客体和相对人这两方面的差异,并且将二者置于财产权概念之下,并且以物权行为作为从债权向物权转化的桥梁,将物权行为作为彻底区分债权与物权的内在支撑,使债权物权区分说自始即与物权行为理论紧密结合。^⑤

有学者从“权利能力”理论的历史发展出发,认为作为民法上主体资格的“权利能力”起源于自然法学者格劳秀斯和普芬道夫的法哲学理论,蕴涵着对智识、意志力和注意能力的因素,是理性主义在民法中的体现。^⑥ 通过德国民法制定时期的“实定法”主义,权利能力的概念进入到民法典中。因此,“权利能力”具有浓厚的“法律技术主义”色彩。民法上的“人”也呈现了从身份到伦理、从自然到法定的演变,但是,现代民法中以伦理型为基础的法律上的“人格”显然不能简单

① 薛军:“人的保护:中国民法典编撰的价值基础”,载《中国社会科学》2006年第4期,第117~128页。

② 关于人格、权利能力与民事主体三个概念的一些看法,参见付翠英:“人格·权利能力·民事主体辨析——我国民法典的选择”,载《法学》2006年第8期,第71~79页。

③ 赵万一:“我国民事主体结构的重构”,载《法学家》2006年第2期,第86~92页。

④ 金可可:“论支配权的概念——以德国民法学为背景”,载《中国法学》2006年第2期,第68页以下。

⑤ 金可可:“私法体系中的债权物权区分说——萨维尼的理论贡献”,载《中国社会科学》2006年第2期,第139~151页。

⑥ 徐国栋:“从身份到理性——现代民法中的行为能力制度严格考”,载《法律科学》2006年第4期,第64~73页。

等同于现实中的“人”，而德国民法中“权利能力”承担了从自然的生物的人到民事法律关系中的人的桥梁作用。^① 基于此，有学者认为，随着在现代民法中出现从“契约向身份”的反向发展，权利能力的抽象性暴露了很多的不足和缺点，导致了民法作为一部平等的权利法越来越受到特别法的侵蚀，如何重整以理性主义为基础的民法在现实市民社会中的核心地位，是现代民法面临的一个难题。^②

无论是制度的科学性还是理论的普及性，法律行为制度都应当是未来我国民法总则的核心组成部分。但是，由于《民法通则》中的“民事法律行为制度”在概念与制度设计上仍然存在一些弊端，这就要求我们必须重新规定“法律行为制度”，并且加强该制度与合同法总则以及其他具体制度的衔接。但有学者对此有不同的看法，主张在未来民法典制定过程中，不采纳法律行为制度与在立法上不采用“大总则”。^③

有学者认为，因撤销意思表示错误而产生的赔偿责任在性质上属于信赖责任，此种责任不同于缔约上的过失责任，信赖责任的赔偿范围以信赖利益为限，当信赖利益大于期待利益时，以期待利益的数额为限。《民法通则》第 61 条和《合同法》第 58 条将意思表示错误之撤销而产生的赔偿责任规定为一种缔约上的过失责任，存在明显缺陷，非常不利于对相对人的信赖保护，应予以修正。^④

三、人格权法

(一) 人格权法独立成编

未来的中国民法典将人格权法独立成编具有重要的理论和立法价值。实际上，各国近现代民法的一个重要发展趋势就是人格权在民法体系中的地位日益凸显。有学者借鉴比较法上的经验，认为我国未来的民法典应当规定一般人格权、信用权和作为独立的具体人格权的隐私权；在我国进入到网络社会时，必须加强网络环境下的人格权保护，同时对人格权商品化作出细致的规定。而在强化人格权的同时，必须注意与其他权利的协调。^⑤ 但是，也有学者认为“人身权单

① 马俊驹：“人与人格分离技术的形成、发展与变迁”，载《现代法学》2006年第4期，第44～53页。

② 徐国栋，上文，第73页；氏著：“民法私法学说还能维持多久——行为经济学对时下民法学的潜在影响”，载《法学》2006年第6期，第3～17页。

③ 薛军：“法律行为理论：影响民法典立法模式的重要因素”，载《法商研究》2006年第3期，第40～45页。

④ 朱广新：“意思表示错误之撤销与相对人的信赖保护”，载《法律科学》2006年第4期，第116～122页。

⑤ 王利明：“试论人格权的新发展”，载《法商研究》2006年第5期，第16～28页。

独设编”比“人格权单独设编”更趋合理性,主张“人身法单独设编”。^①

有学者认为,人格权法定化应当是人格权法在未来中国民法典中独立成编的逻辑前提。人格权的法定化实质上是具体人格权的法定化,其适用应以承认一般人格权作为弥补手段。承认人格权的法定化,不仅能达致理论逻辑的顺畅,而且也是符合我国现实国情的。因此,在整个民法典是按权利类型予以体系化的大背景下,承认人格权的法定化,同时也意味着人格权法独立成编是应予坚持的。^②

(二)人格权的权利属性

有学者指出,人权是宪法和民法确认和保护人格权的共同价值基础,人格权是人权的重要组成部分。民法的制定和发展会受到宪法的间接约束,即宪法中有关人格尊严和人格自由的规定为民法上人格权的存在和发展提供了合法性、合理性的依据,但具体人格权的制度仍然应当由民法来确认。^③

就人格权商品化是人格权财产利益的反映还是此种商品化利益构成一种特殊的财产权抑或知识产权,学者存在不同的看法。有学者认为,人格与财产的二元权利体系安排不能够说明人格权商品化权利的真正属性,直接突破此种二重划分才能够真正回应现实中人格权商品化的真正本质,并且对此种权利的认定涉及人格权的权利体系安排。^④

也有学者指出,个人信息之财产化发展已经成为信息社会中的一种不可逆转的趋势,并且个人信息财产化之发展与传统民法人格利益之维护并不矛盾,应当通过恰当的法律制度设计赋予信息主体信息自决权、信息再转让限制权、撤销权、变更权以及匿名权,并且需要平衡个人信息人格保护与个人信息自由流通之间的冲突。^⑤

我们认为,从本质出发,人格权的客体应当仍然只是人格利益,是否能够以及是否实际发生商品化进而给主体本人带来经济利益,建立在主体享有人格权

① 关今华:“‘人格权单独设编’的论争与‘人身保护法单独成编’的立法构想”,载《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2006年第1期,第81~88页。

② 曹险峰:“论人格权的法定化——人格权法独立成编之前提性论证”,载《吉林大学社会科学学报》2006年第2期,第67~74页。

③ 马俊驹、曹治国:“人权视野中的人格权”,载《政治与法律》2006年第5期,第51~56页。

④ 蓝蓝:“人格与财产二元权利体系面临的困境与突破”,载《法律科学》2006年第3期,第48~55页。

⑤ 洪海林:“个人信息财产化及其法律规制研究”,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2006年第5期,第118~125页。