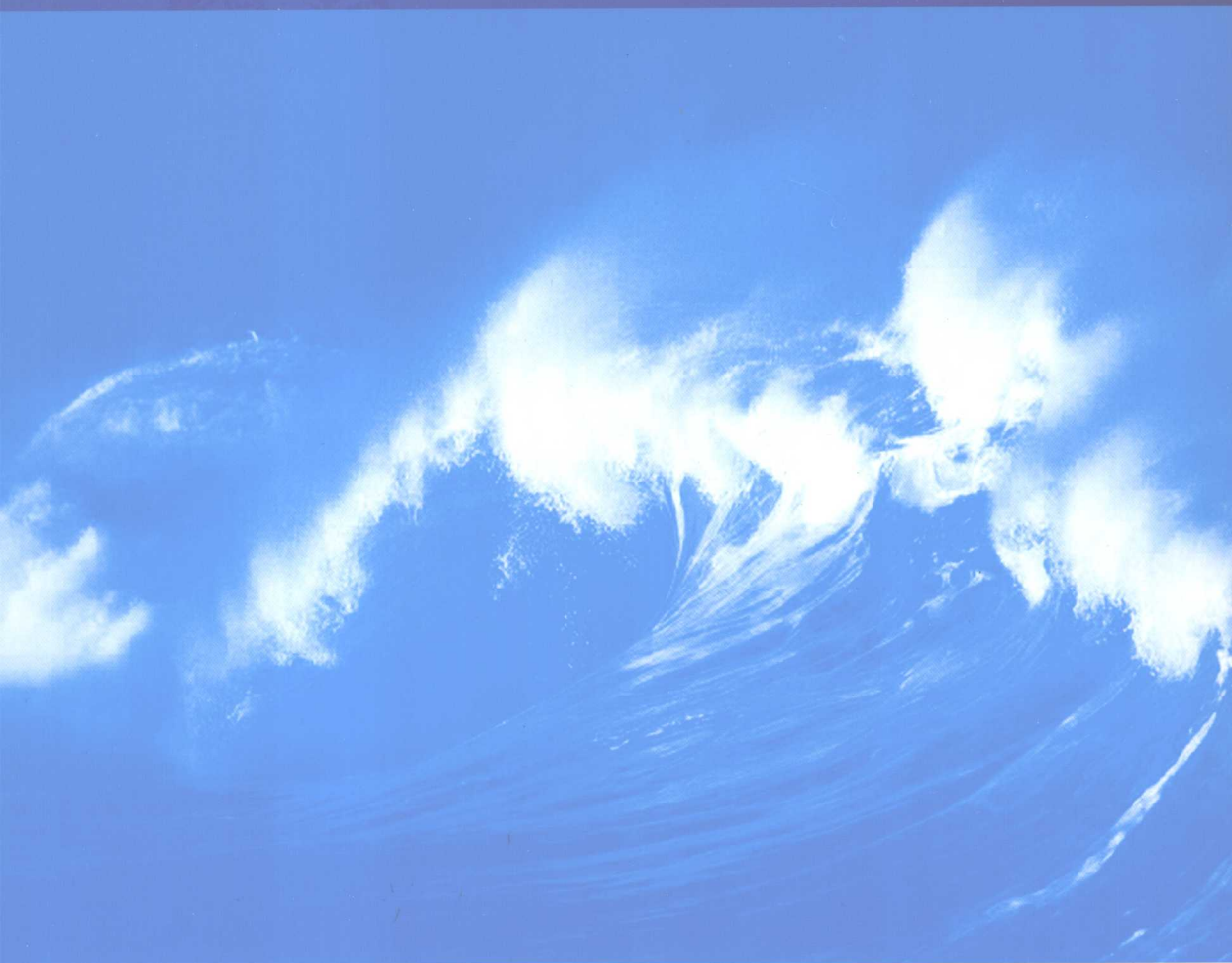


三元法学文丛



郭明瑞 / 著

21世纪民商法发展趋势研究



科学出版社

www.sciencep.com



三元法学文丛

21 世纪民商法发展趋势研究

郭明瑞 著

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书是司法部国家法治建设与法学理论重点研究项目：“21 世纪民商法发展趋势研究”（03SFB1011）的结项成果。该项目从 21 世纪社会生活中出现的对民商事法律制度具有重大影响的若干方面出发，针对生物科技革命对民法的影响、现代社会的人格权制度、公司法发展趋势研究、第三部门组织的私法规制、网络环境下的民法问题、国家战略视野下的知识产权法、关于数据电文的法律规制、移动通信服务合同研究、强制保险的定位与立法完善、当代民事责任制度的发展趋势、环境保护与可持续发展背景下的民商法制度的完善等十余个民商事立法的新领域和新问题进行了剖析，提出了相关的立法建议。

本书适合于法律专业研究生、从事民法理论教学的研究者以及司法实务工作者阅读。

图书在版编目（CIP）数据

21 世纪民商法发展趋势研究/郭明瑞著. —北京：科学出版社，2009
（三元法学文丛）

ISBN 978-7-03-022353-1

I. 21… II. 郭… III. ①民法-研究-中国②商法-研究-中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2008）第 090782 号

责任编辑：徐 蕊 李俊峰/责任校对：桂伟利

责任印制：张克忠/封面设计：耕者设计工作室

科 学 出 版 社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码：100717

<http://www.sciencep.com>

源海印刷有限责任公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2009 年 3 月第 一 版 开本：B5（720×1000）

2009 年 3 月第一次印刷 印张：19 1/4

印数：1—2 500 字数：355 000

定价：48.00 元

（如有印装质量问题，我社负责调换〈长虹〉）

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

司法部法治建设与理论研究项目重点课题（03SFB1011）

21 世纪民商法发展趋势研究

主持人：郭明瑞

主要研究人员： 刘经靖 金福海 于宏伟 张平华
张洪波 于海防 张旭昕 王洪平



丛书序

为拥有自己的文库，打造学术品牌，在科学出版社的鼎力支持下，烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名？盖因烟台大学校园中心有一湖，名曰“三元湖”。“三元”者含义有三：一者古有连中三元之说；二者，烟台大学为地方出资，北京大学、清华大学援建而成；三者湖面一分为三。三元湖中，三个圆形湖面，心心相连；湖心有岛，湖上横跨小桥，四周翠柳环绕。春来鸟语花香，闲观鱼翔浅底；冬去冰雪沉卧，平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声，徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风，感受到的是远离尘嚣的寂静，读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中，始设于1984年的烟台大学法学专业，已走过了23个年头。期间，三元湖见证了烟台大学法学的风雨历程，分享着烟台大学法律人的喜悦和失意；见证着办学规模由起初的不足百人而至今日的上千人，送走了一批批朝气蓬勃的学子；见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼，期待着法学院的日新月异。变幻的是时空，但不变的是烟台大学法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证！

三元湖懂得感恩，三元湖水或涌于地下，或来自天上，涓涓溪流滋养着她，滂沱大雨浇灌着她，三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑，记载下了北京大学、清华大学、烟台市及各方力量创办烟台大学、建设烟台大学的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达，他们的进步凝聚着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字，借此公告世人、报恩于世人？

三元湖是俊秀的，但她懂得领略东门外一望无际的黄海；三元湖是安静的，但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟台大学法律人不要在湖光山色中沉醉，不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身

后的路标，它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了我国法学界十余名知名学者组成编委会，掌管文丛方略大计；我们将以质量为文丛之生命，以学术性为追求目标，坚持“宁缺毋滥”的原则；我们期望烟台大学法律人（文丛的作者包括了烟台大学法学院现任、专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师，烟台大学法学院的校友等）能在这一舞台上自信地展示自己，哪怕所展示的还不值得称道；真诚地奉献自己，哪怕所奉献的成果还显青涩；要勇敢地舞台上走下去，哪怕不知道路在哪里。

本文丛有如下特点：

（1）“广”。文丛内容涉及民、商、刑、法理、诉讼法等诸领域，研究范围广泛，信息量大；同时，最大限度地展现各专业领域最新研究进展和成果，为广大读者献上内容全面而丰富的学术大餐。

（2）“精”。文丛内容“广”而不乏“精”，内容翔实而不乏力度。突出重点，力求在“面”的基础上使每个“点”的论证更加精道；抓住事物本质，解决问题根本；关注难点、热点、疑点和争点，排忧解难。

（3）“时”。文丛内容博、深而具前沿性、前瞻性。以深厚的法学理论为积淀，植根法学研究，紧随现实动态、捕捉学术信息，探讨时事热点，服务中国法治建设。

法学理论博大精深，法学研究之路历程艰辛。我们在奋进前行的过程中难免彷徨或焦躁，在自我展示中也恐错误纰漏浮然。若蒙读者不吝指正，我们将不胜感激！

郭明瑞

2007 年 8 月 26 日

前 言

民商法是市民（公民）社会的基本法，它调整平等的社会成员之间的人身关系和财产关系，促进市民社会的进步与发展。只要有市民社会关系的存在，即只要有平等主体间的社会关系的存在，就有民商法的存在；只要平等主体间的社会关系发展，民商法也就发展。因为民商法不过是反映社会经济生活条件的法律准则，亦即是平等主体之间的社会关系的法律表现。也正因为如此，一方面有市民社会关系，才会有民商法存在的社会基础；另一方面，民商法又会促进和引领市民社会关系的发展。这也说明和决定了任何一个历史时期的任何国家的民商法必须与当时时代的需要相适应。

（一）

众所周知，民法源于罗马法。由于古罗马的社会经济生活条件的特殊性，使其私法部分成为罗马法的精华，自然成为后世市民社会立法制度的渊源。

民法作为独立的法律部门是近代社会的事情。伯尔曼说：“整个法律体系的公法与私法的划分，以及诸如民法、刑法和行政法等自成一体部门的划分，是18世纪启蒙运动法律思想的产物，是由法国大革命所确立的。”^① 1804年的《法国民法典》是近代民法的开山代表。法国民法典以“自由”、“平等”、“博爱”、“民主”为思想基础，以绝对个人主义和自由主义为哲学根基，确立了近代民法上的所有权绝对、契约自由和过失责任三大基本原则。从而，近代民法适应了自由竞争时代的市民社会需求，促进了资本主义经济发展，加快了工业化的进程。

随着社会生产力的发展，资本主义的市场经济由自由竞争进入垄断，社会的固有矛盾日益突出和尖锐。正是在人类社会将迈进20世纪之际，产生了这一时代的民法代表作——《德国民法典》。从所处的历史阶段看，《德国民法典》的社会基础正是近代社会向现代社会过渡的社会经济生活条件，因此，《德国民法典》为适应西方社会出现的新问题，对比它早近百年的法国民法典确立的基本原则有所修正。例如，《德国民法典》中对所有权予以一定限制，赋予所有人容忍义务，出现所有权社会化的倾向。但民法的基本理念、基本精神没有改变，从而使《德国民法典》适应了当时的社会需要，维护了社会发展所必要的秩序。正如拉德布

^① 〔美〕伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社，1993年，第41页。

鲁赫所言,“《德国民法典》乃处于两个时代的交接点上,它的双足仍然立于自由市民的、罗马个人主义法律思想的土壤之上,但是,它的双手却已踌躇迟疑地、偶尔不时地向新的社会法律思想伸出。”^①

立于不同时代的德国民法与法国民法的异同,说明民法是受一国的历史文化制约的,是随时代的变迁而发展的。同时,不同国家、不同时代的民法的形式和内容虽然有也必有不同,但民法的基本思想是相通、相同的。

(二)

中国真正的民事立法始于清末。自 1840 年以后,中国社会开始发生变化,西方列强的入侵,近代工业的产生,使有识之士认识到变革的必要。在变法运动中,自 1907 年开始到 1911 年完成的《大清民律草案》是中国历史上的第一部民法草案,虽然随清王朝被推翻,该草案未及公布,但自此民法作为一个独立的法律部门开始与其他诸如刑法等分离。中华民国成立后,南京国民政府于 1929~1930 年颁布的《民法典》是中国历史上的第一部民法典。这部法典借鉴了西方国家的立法经验,但因其缺乏相应的民法社会基础,加之特定的战争环境,在社会中虽起到一定的作用,但并没有发挥民法促进市民社会关系发展的功能。随着中华人民共和国的成立,民国时期六法全书的废除,这部民法典在中国大陆上也就失去效力。

中华人民共和国成立后,我国曾经三次启动民法典编纂工程。第一次为 1954~1956 年。这一时期我国正处于社会主义改造时期,也是向苏联全面学习的时期,因此,这次完成的民法典草案采取 1922 年《苏俄民法典》的模式,虽然未能体现民法的根本理念,反映民法的基本性质,但接受了民法的一些基本概念。1962 年我国又开始了第二次民法典编纂,这一时期我国已经建立起高度集中的计划经济体制,法典的编纂仅仅是为了贯彻“调整、巩固、充实、提高”的经济方针。因此,于 1964 年所完成的《中华人民共和国民法(试拟稿)》虽反映了当时的经济政策,但也恰恰失去了民法的特性而不符合民法的私法理念。1979 年我国开始了第三次民法典的编纂。这次编纂至 1982 年完成了《中华人民共和国民法草案(第四稿)》。这一草案尽管继承了传统民法中的一些制度,如规定了法人,但由于当时中国正处于改革开放的初期,尽管确立了以经济建设为中心的方针,但计划经济的体制并未从理论和实践上予以改变,加之立法机关根据具体国情对民事立法采取由“批发改零售”的策略,因此,这部草案也未通过颁布。

我国的三次民法典编纂均未能成功,其原因当然是多方面的,既有政治上的

① [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社,1997 年,第 66 页。

也有经济上的，既有理念上的也有技术上的，但我认为根本原因在于缺乏民法的社会基础，也就是没有需要民法的社会经济生活条件，没有需要民法予以促进发展的市民社会关系。从三次民法草案也可以看出，在有一定的民法社会基础时，草案也就有点民法的“样子”，而在没有民法社会基础时，草案也就不像民法或者根本就不属于民法。例如，1964年的草案中连基本的民法概念几乎都不使用，而使用诸如“群众运动”一类的政治术语，而1982年的草案就开始重视对社会个体权利的保护，重视民事主体的地位。

中国改革开放的深入发展过程，也是市民社会的建立和发展过程。1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第2条明确规定，“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系与人身关系”。这一规定确定了民法的调整对象，划定了民法的范围，同时也确认我国市民社会关系即平等主体之间的财产关系和人身关系的存在和法律对这类社会关系的保护。当然，由于当时我国的经济体制改革的目标并未最终确定，实行的还是有计划的商品经济，理论上还只是认为商品经济是社会发展中不可逾越的历史阶段，因此，虽然在一定程度上存在着民法的社会基础和社会需求（这也是《民法通则》得以通过的原因），但这种社会需求并非特别强烈，民法的作用也并不特别突出，尽管民法学者强调民法的基本法地位，但在社会观念上并没有这种认识，在社会经济生活中民法也没有这种地位。同时，我们也应当看到，《民法通则》的颁布为权利观的传播，为民法意识的养成和提升，为促进市民社会关系的发展，确实也起到不可忽视的作用。

1992年邓小平南巡讲话后，中共十四大正式确立了中国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制，从而作为市场经济的基本法的民商法的重要意义被加以重视。社会需求推动了立法的发展，中国的民商事立法进入了一个新的阶段。九届人大期间再次提出了编纂民法典，民法典的制定工作也于2002年正式全面启动。

中国的民法典编纂不仅是处于中国建立社会主义市场经济体制的新的历史时期，而且是处于人类社会21世纪的开始时期。20世纪以来，社会经济生活发生了哪些变化以及这些变化是如何导致民法的发展的？21世纪社会经济生活又有或者可以预见到有哪些变化？新世纪的民事立法又应如何适应这些变化带来的需求？这些问题不能不引起我们的重视，也是在制定民商事法律时应予以考虑的。唯有如此，我们所制定的民商事法律才会是反映社会经济生活条件和引领社会发展的新世纪民商法的典范。

(三)

如前所述,于德国民法典制定之时,近代资本主义的市民关系已经发生了一些变化,因此德国民法典对代表 19 世纪民法的法国民法典确立的基本原则和立法政策已经有所改变。自人类进入 20 世纪后,社会发生了激烈的变革。20 世纪上半叶,两次世界大战和严重的经济危机,使西方国家的社会矛盾日益尖锐,十月社会主义革命的胜利给人类带来了新的曙光,这就促使西方国家对社会生活的法律调整发生变化,以化解各种社会矛盾。特别是随着经济学理论上凯恩斯主义的盛行,加强国家对经济生活的干预,强化对劳动者的保护等,成为一种重要趋势,相应地对市民社会关系的法律调整也不仅仅局限于私法,从而在公私法的关系上出现了私法公法化的倾向,甚至产生了新的法律部门即社会法(也有的称为经济法)。而自 20 世纪后半叶新自由主义开始兴起,于 80 年代后,西方国家推行经济政策自由化,法律在规范私法关系上,一方面放松国家的干预,强调自由、自治,保障私权不受公权力的侵害;另一方面强化公权力对私权的保护,维护社会公共利益。

这种公私法关系的变化在我国的法律体系中也必然得到反映。但是我国的公私法关系的发展走的是恰与西方国家不同的路径。如前所述,自中华人民共和国成立以来,特别是自 1956 年社会主义改造完成后到 1978 年改革开放前,我国建立起高度集中的计划经济体制,在社会经济生活中是不允许私人间商品交易的,不论是自然人还是单位都不具有商品生产者和经营者的主体地位,在理论上不承认商品经济,建立在商品经济基础上的市民社会也并不存在。无论是在法学理论上还是在法律实务上,长期以来都不承认私法,当然也就缺乏私法及私权利的理念。而改革开放也是从“放权”开始的,而不是从“还权”开始。只是经过长期的改革实践,中国才确立建立社会主义市场经济体制的改革目标,与此相应的,人们的权利意识才逐渐增强,私法观念才逐步确立。由于社会主义市场经济不同于自由资本主义时期的市场经济,而是现代市场经济。因此,我国的民商事立法也必然会体现公法与私法交叉的现象,在私法中也必然会有公法性规范,也必然会反映国家对经济生活的适当干预而对私权利予以必要的限制。但是,从我国的实际出发,我们认为,我国的民商事立法的重点不能体现在私法公法化上,不能体现在国家对私权利的干预上,不能体现在“社会本位”上,而应体现在私法的权利法属性上,体现在限制公权力对私权利的限制和干预上,体现在“权利本位”上。因此,在民商事立法中制定公法性规范必须有正当、合理的事由。依我们的看法,只有为了维护平等、保障秩序、实现公共用途等,才可制定公法性规

范，以限制私权利。^①

（四）

自 20 世纪 60 年代以来，人权运动席卷全球，现今和平与发展已成为世界形势的主流；这些都对社会经济生活发生了重大影响，也是各国民商事立法不得不应对的问题。一些已制定法典的国家，一方面对原有的法律进行必要的修改，另一方面就某些领域进行新的立法。例如，关于人格权问题，在法国民法、德国民法制定之时，并未引起人们的重视，而从 20 世纪中期以后，一些国家的立法开始从民法上确认人格权。在现代社会，一方面随人权运动的深入，人格权的价值内含不断提升，人格权的范围不断扩张；另一方面在经济全球化的高度市场经济条件下，人格权的商品化倾向日益突出。如何从民法上而不仅仅从宪法上、从平等主体相互关系的层面上而不仅仅从国家的层面上，完善人格权制度，以保障人的人格独立、自由、全面发展，同时正确应对人格权的商品化趋势，是各国立法面对的新问题。我国的民事立法也不能不做出相应的回应。

在传统的民法上，自然人以外的物（包括有生命和无生命的物）都是权利的客体，而人只能是主体，不能是客体，主客体的界限是绝对不能混淆的。现代科学技术的发展特别是生物技术的发展使主客体的界限日益模糊而非绝对化。例如，基因工程不仅为人的平等性提出了自然人基因平等的新课题，而且提出了生物基因的平等性问题。随着人们对生态环境保护的重视，开始重视对动物的保护，有的提出动物的生存及福利权，甚至有的主张动物也为法律主体；另一方面与人的生命有关的人体器官，体外受孕中的精子、卵子、胚胎等却又难说是主体，而成为权利的客体。现代医疗技术使器官移植成为普遍现象，这不仅提出自然人对其身体和器官的支配权问题，而且提出了新的死亡标准的采用。生殖技术的采用，使亲子关系的确认不能再完全决定于血缘关系。例如，借腹生子、利用他人的精子或卵子生子、于夫死亡后利用夫生前冷冻的精子生子，这些情形下所发生的亲子关系如何确定，这是以往法律上以血缘关系（即利用现代的 DNA 技术来确定血缘关系）为亲子关系标准所不能解决的。并且，器官移植、人工生育特别是代孕生育既涉及人的生命健康权、身体权、生育权，还涉及伦理。如何从法律上予以规制使现代生物技术以及各种新技术的采用为人类造福，又避免其滥用带来危害，是人们所面临的现实问题。

随着改革开放的深入，人权观念的普及，人们的独立性、自主性越来越强，

^① 郭明瑞、于宏伟：《论公法与私法的划分及其对我国民法的启示》，载《环球法律评论》，2006 年第 4 期。

生活方式的多元性、选择性也日益为社会所接受，这也必然会对法律调整社会生活提出新问题。例如，同居而不办婚姻登记，已不仅是老年人再婚的选择，也是许多青年人的做法。一方面生育不再是婚姻的重要职能，另一方面未婚生育甚至未成年人的生育已不是个别现象。同时，因现代生殖技术的采用，生育权的实现已经可与自然的男女性行为分离。这些现象是亲属法（婚姻法）不能不考虑的。例如，基于优生考虑的婚姻条件对于采用绝育手术而决定不生育的男女是否适用？同性婚是否承认？亲子关系的确认标准如何确定？同居双方是否就无基于同居（或非法定婚）而产生的权利义务？这些问题都是现代立法应予以正视和解决的。

（五）

近代社会的民商法最初只承认自然人为主体，其后才承认法人也是主体。传统民法上主体虽包括自然人和法人，但仍以自然人为主，且法人也多以企业法人为规范对象。企业法人以公司最具代表性。公司作为营利性法人，一出现就开始在社会经济生活中发挥着重要作用，成为重要的民商事主体。在现代社会经济生活中，公司的作用更加突出，公司的治理结构、功能及其社会责任等相应地发生变化，公司法律制度要适应相应的需要必然要予以修订。我国新公司法在许多方面适应了现代公司法的发展和要求，但也仍未能全面地跟上和适应社会的发展需求。因此，如何把握和应对现代公司法律制度的发展趋势，对于公司法制建设仍有重要意义。

随着社会的发展，自然人不仅集合起来组建公司，从事以营利为目的的生产经营活动，而且民商事主体还集合起来从事社会公益事业，管理社会事务，从而在以公司为代表的营利性组织与国家之间又出现大量的另一类社会组织。这些组织担负着维护自然人的基本权利，实现自然人的物质与精神追求的价值目标，管理社会事务等各方面的职能，有的甚至还担负着一定的行政职能，将一些原由国家担负的职能承接过来，从而行使着一定的公权力。这些组织被称为第三部门，成为自然人、公司与社会之间的第三种力量。在我国，随着市场经济的发展和国家职能的转变，这类被统称为第三部门的组织已经开始大量出现。例如，各种行业协会，诸如消费者权益保障协会等组织，公民自治的居民委员会、村民委员会、业主委员会、私立学校、医院等。这些组织需要也必然进行民事活动，这当然也就要求法律赋予其民事主体资格，需要对其进行私法规制，而现行的法人制度并不能完全适应这种需求。因此，如何对第三部门进行私法规制？如何确认第三部门组织的民事主体地位？如何规范其内外部的权利义务关系？对这些问题的回答，将成为民商事立法的一项重要任务。

(六)

21 世纪人类进入了知识经济时代。自 20 世纪后半叶以来,科学技术飞速发展,科学技术已成为第一生产力。生产力的发展必然带来社会关系的变革。知识经济时代市民社会,人们的财产归属与利用关系至少有以下重大变化。

第一,财产的范围扩张,各种财产的地位发生变化。在知识经济时代,不仅各种能源成为人类生活不可或缺的财产,而且信息、知识等也成为决定人们财富的财产。如果说,在古代社会,决定人们财富的是不动产;在工业化时代,虽然不动产仍十分重要,但决定人们财富的主要是原材料、机械设备等动产;那么,在知识经济时代,决定人们财富势力的则是作为无形资产的知识产权。现代社会,谁掌握了最先进的技术,谁就能够垄断依赖该技术所生产出的产品;谁拥有了最知名的品牌,谁就拥有该品牌商品的市场而获取高额的利润。这也正是世界各国不得不特别重视知识产权的法律保护并制定出相应对策的重要原因。我国也已经制定知识产权发展战略,在此基础上,如何根据我国的国情确定知识产权法的立法模式,完善知识产权法律制度当然是不容忽视的。

第二,财产の利用关系复杂。资源短缺与人类需求的无限性之间的矛盾,促使人类对资源的开发与利用,一方面在加强,一方面在节制。而科学技术的发展为人类对财产利用的扩张提供了条件,从而使财产の利用关系复杂。例如,对于土地这一重要的有限资源,在现代技术支持下,不仅可以横向利用,而且可以纵向利用,这就发生空间使用权问题、空间的役权问题;高层建筑在提高空间利用率的同时,也带来了建筑物区分所有和新类型的相邻关系等法律问题。又如,在传统的担保物权中,抵押权的客体仅限于不动产,动产只能为质权的客体,其主要原因是动产抵押权缺乏相应的公示方式,而随着信息技术的发展,动产抵押登记也就成为可能,动产抵押会得到广泛的采用。同时,新型财产的知识产权不仅可以为他人使用,而且也可以用于设定担保权以融资。这些问题虽然在我国物权法立法中给予了适当的关注,但仍然值得研究。

第三,财产的公益性突出。自近代民法上的所有权绝对化到现代民法上的所有权社会化的转化,21 世纪更加强调财产所有人的社会责任。财产不仅是所有人的私有财产,也是社会的财富,所有人依自己的意志行使财产权利时,必受社会公益等方面的限制。例如,为社会公共利益的需要,国家可以征收、征用私人财产;物权的行使须履行环境保护的义务,不动产所有人还负有容忍义务。在我国,重要的自然资源归国家或者集体所有,个体享有使用权。不论是自然人还是法人或者其他民事主体在取得利用资源的权利的同时,也负有保护自然资源的义务。强化环境保护,合理利用资源,实现又好又快的可持续发展的经济战略,要

求民商法制度做出相应的安排。在知识产权领域,正如吴汉东教授所言,“知识产权从它产生之初就注重在保护创造权利的基础上来平衡个人利益和社会利益”^①,如何协调保护知识产权和促进科技发展,以使社会利益和个人利益平衡,也是必须认真对待和加以解决的问题。

(七)

21 世纪是信息时代。信息时代,一方面使信息成为财产权的客体,另一方面信息技术对社会生活发生了重大影响,为社会关系带来了新的变化。例如,信息技术的采用致使法律行为中的意思表示电子化,不仅民事权利的行使方式发生变化,而且使交易关系发生变化,电子商务成为交易的重要形式;各种信用卡已经进入人们的日常生活,使交易当事人之间的支付形式以及结算关系既简单又复杂化;网络不仅使人们进入虚拟世界,而且将现实世界与虚拟世界联系起来,既使虚拟关系现实化(如虚拟财产、虚拟婚姻、网络隐私等),又使现实世界中权利的保护复杂化,如网上交易、网络侵权。因此如何规制数字电文,确立新的意思表示规则和电子商务交易规则,如何应对网络环境下的社会关系,保护民事权利,都是民商事立法不可回避的问题。

同时,还应看到,网络的普及使传统上不能充分利用的财产得到更充分的利用,也会使一些法律制度发生变更。例如,传统民法上因公示方法和交易成本的限制,动产抵押适用的余地极少,而网络技术的发展则使财产的网上登记成为简便的公示方式,从而一方面使动产抵押可有广泛的适用,另一方面登记则仅具有物权变动的公示效力,而不应成为物权变动的成立要件。

(八)

现代社会,一方面强调平等,另一方面因经济实力及其他方面的差异又极易导致不平等。以法律消除不平等的因素,防止不平等现象的发生,已成为各种立法的一个重要方面。例如,各国都对于特殊的弱势群体的特别保护制定特别法。这既使新法律部门(如社会法)产生,又使民商法的传统制度发生相应的修正。随着科学技术和经济发展,产业化进程不断深入,新兴的产业部门特别是服务业的兴起与发展,一方面为人们的生活带来极大的便利,另一方面又出现许多新的纠纷类型。具有行业垄断性的服务部门处于优势地位,需接受服务的消费者的权

^① 吴汉东:《知识产权的制度创新与理论创新》,载王利明主编:《民商法前沿论坛》(第1辑),人民法院出版社,2004年,第411页。

益极易受到侵害,如何规范双方之间的合同,以保护消费者的合法权益,实现民法的平等、自愿等各项基本原则,是合同法完善的重要内容。

随着工业化进程的推进,各种新的事故,特别是公害事故不断出现,不仅出现新的侵权类型,而且侵权损害的规模和程度日益严重。为避免和减少事故损害,更好地保护人的生命健康和财产安全,协调私益与公益,实现社会正义,自20世纪各国或修改民法的侵权法,或制定单行法,侵权法和民事责任制度从功能、归责原则、责任方式到具体规则都表现出与近代民法中相应制度的不同。我国在制定民法时,理所当然地应关注侵权法以及民事责任制度的发展趋势,以适应新形势下的社会需求。此外,为分散风险,保护人的生命健康,促进科学技术的运用和推广,责任保险受到广泛的重视和适用。并且以责任保险为基础的强制保险在社会生活中的作用越来越突出。准确地确定强制保险的作用和地位,规范强制保险行为,实现强制保险担负的功能和促进保险业发展,也是完善我国民商事法律制度特别是保险法制度的重要内容。

自20世纪后半期以来,环境保护和可持续发展已受到国际社会和各国的重视,我国也提出可持续发展的战略。保护环境、合理利用自然资源、可持续发展等理念,已渗透到各部门法中,民商法也不能例外。由此,无论是在权利体系还是在主客体以及交易规则的确定上,民商法制度都有待于进一步完善。

(九)

自20世纪后期,世界经济全球化的趋向日益强烈。经济的全球化必然引发法律的相应的变化。尽管不能说经济全球化必导致法律的全球化,但经济的全球化必然导致法律特别是调整交易关系的法律的趋同化。一些共同体的建立和相关立法无疑对他国的立法会产生重大影响。例如,欧盟的立法。现代法上,一方面出现两大法系的相互融合,另一方面特别是关于交易关系以及新技术产品的相关的国际公约、国际条约中确定的规则为各国法所继受。我国合同法在这方面已经为我国的民事立法开创了好的先例,尽管它还有许多需要完善的地方,但其吸收国际条约、国际公约中规则的经验是值得21世纪中国民商事立法重视的。

但是同样应当看到,任何国家的民商法都属于国内法,一国的立法不能脱离该国的国情,我国的民商事立法也不能例外。且不说法国民法典、德国民法典的体例、结构的不同,就是在20世纪后半叶一些国家的新法典,如荷兰民法、俄罗斯民法、越南民法等也都基于国情的不同,而有所不同。特别是针对新关系领域的立法,各国更是依据自己的具体国情而作规定的,并且从立法技术上多采用单行法的模式(这种现象也被称为民法的解法典化)。可以说,在经济全球化的背景下,各国的立法不可能不借鉴他国特别是发达国家的立法经验,移植他国的

法律制度,但任何立法都不能不考虑所移植制度在本国的适用环境。因此,我国民商事立法在吸收他国经验、移植他国法律制度时必须重视本土化的问题。长期以来,有一种观点认为,在我国长达 2000 多年的封建历史中,缺乏相应的民商事制度,并无民商事立法的历史资源,这种观点有失偏颇。一方面,我国自明朝以后商品经济就已经广泛存在,一些商事制度如票据制度也不能说很落后,不能说我国无民商事立法的历史资源,只能说对我们对本国的历史资源挖掘不够;另一方面民法调整的社会生活关系本身受伦理、习惯等影响甚大,所以传统文化、符合社会主义基本原则的伦理道德、民俗习惯都是重要的资源,这是我国立法不能不予以顾及的。

(十)

20 世纪以来社会生活的变化随着人类进入新世纪并没有停止,而是在不断地深入,因为科学技术是在不断发展的,人类社会是在不断前进的。因此,要制定出完全适应 21 世纪市民社会生活关系的需要而又不变动的民商法是不现实的。但是,我们在进入 21 世纪之际进行民商法立法时,必须就已经出现或将会出现的社会关系的变化做出立法上的应对,并为今后的社会关系发展的法律调整留下余地。从已经出现的社会关系发展趋势看,我们在民商事立法上必须面对和正确处理好对个人私权的尊重与社会公益的关系、全球化与本土化的关系、资源需求无限性与资源供给有限性的关系、民法法典化与解法典化的关系等,从而使法律资源的分配和配置趋向合理,使民商法在社会发展中的促进和保障功能得到正面的有效发挥。当然,在 21 世纪民商法发展趋势的研究中,我们也难以将各方面的问题均给予详尽的研讨,即使对于我们上述提到的问题,我们也不能全面予以详细说明。我们在后面的各章中就一些专题作了粗浅的研讨,仅在于表明:我国处于 21 世纪之初的民商事立法的社会生活基础已与 19 世纪、20 世纪的民商事立法的社会生活基础有极大的不同,我们的法律制度建设应当相应地跟进,但这并不意味着 21 世纪民商事立法的趋势仅限于这些方面。

目 录

丛书序

前 言

第一章 生物科技革命对民法的影响·····	1
第一节 基因技术对民事主体制度的影响·····	2
第二节 器官移植的法律规制·····	10
第三节 现代生殖技术带来的民法问题·····	25
第二章 现代社会的人格权制度·····	41
第一节 人格与人格权的确立·····	41
第二节 人权运动对人格权制度的影响·····	52
第三节 人格权的商品化·····	64
第三章 公司法发展趋势研究·····	76
第一节 公司自治对管制的超越化趋势·····	77
第二节 公司形态法定下的多元化趋势·····	78
第三节 公司治理模式的再现代化趋势·····	84
第四节 公司组织与行为的效率化趋势·····	87
第五节 公司目的的多元化与社会化趋势·····	90
第六节 公司财务会计监督的强化趋势·····	92
第七节 公司经营管理事务的 IT 化趋势·····	94
第八节 公司法规范的国际趋同化趋势·····	98
第四章 第三部门组织的私法规制·····	102
第一节 第三部门的兴起、功能及其发展趋势·····	102
第二节 私法规制第三部门的目标·····	106
第三节 具有法人资格的第三部门的相关法律问题·····	110
第四节 不具有法人资格的第三部门组织的法律适用·····	114
第五章 网络环境下的民法问题·····	117
第一节 网络财产及其民法保护·····	117
第二节 网络环境下隐私权的民法保护·····	127
第三节 网络消费者权益的民法保护·····	134
第四节 网络环境下知识产权的民法保护·····	138