

两岸民商法前沿

当前民法典编纂推进及分则问题

龙卫球 王文杰 主编

◎高峰对话：民法典编纂推进的目标、使命与重要问题

◎专题研究之一：民法总则适用与方法论

◎专题研究之二：物权法编纂

◎专题研究之三：合同法编纂

◎专题研究之四：

婚姻家庭法、人格权法、侵权责任法编纂

◎专题研究之五：商法完善与适用

两岸民商法前沿

当前民法典编纂推进及分则问题

第7辑



主 编：龙卫球 王文杰

执行编辑：

朱 虎（特邀） 汪 洋（特邀） 聂卫锋（特邀） 曹宇（特邀）

谢 地 赵精武 郑 臻 毛吾吉达·伊布拉伊江 王江

米伊尔别克·赛力克 程 喆

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

当前民法典编纂推进及分则问题 / 龙卫球, 王文杰
主编. —北京: 中国法制出版社, 2018. 11

(两岸民商法前沿; 第7辑)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8095 - 6

I. ①当… II. ①龙… ②王… III. ①民法 - 法典 -
研究 - 中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 236958 号

责任编辑 陈 兴 张海洋

封面设计 周黎明

两岸民商法前沿 (第7辑)

LIANGAN MINSHANGFA QIANYAN (DI 7 JI)

主编/龙卫球, 王文杰

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2018 年 11 月第 1 版

印张/68.25 字数/1156 千

2018 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8095 - 6

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)



: 188.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

前言

《两岸民商法前沿》的编辑和出版,是北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院开启的两岸民商法紧密合作交流关系的重要延展。本论集配合一年一度两院合作举办的“两岸民商法前沿”高峰论坛,及时且不间断地汇集两岸民商法学者有关优秀研究成果,使之具有更正式的、便于长期发展的固化形式。

北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院近年来展开合作,推进两岸民商法革新。两院以务求前瞻为方向,每年就民商法当下发展之论题,携手打造“两岸民商法前沿”高峰论坛,组织两岸民商法精英,开展全方位、多维度的对话交流,拉近两岸私法间距,汇集研究思路,推广前沿成果。最重要的是在“与时俱进”的聚光灯下,观察民商法时代特质,廓清新时期私法与当代社会结构耦合的全新关系,评估既有,刷新未来,重在建设,以期对促进两岸民商事学理、立法或司法加速转型尽绵薄之功。

我们今天已处在一个瞬息万变的时代——按照富于思想洞见的卢曼和托依布纳两位大师的说法,这是一个社会功能高度分化的时代。在这样一个时代,从相对单纯的市民社会视界基础上发源和演化的民商法之诸传统,毫无悬念遭遇着前所未有的挑战。这些挑战既在私人之间关系层面展开,更在制度、社会功能系统多方面显示出来,且不断发展扩大,刺痛着我们固守的传统私法理论、制度与规则神经。于是,如何使民商法顺应当下社会系统结构基本变化,特别是贴近蕴含于其中富于生机的目的需求,成为急迫的现实课题。

我们希望,借助本论集的出版,能够呈现两岸民商法学者群体勇于搏击法学时代浪潮的恢弘气度,以及善于学习、不懈探索、不断自我升华的学术品质。有关民商法前沿研究至少可分为三个维度:世界的,建立在世界范围的思想或经验的比较互动基础上;区域化的,在世界一定区域范围具有特别坚实的实证基础和论证理由;中国特色的,系着力将民商法时代发展与中国建设实际展开移动式对接。我们相信,当亲爱的读者阅读和品味着一篇篇充满挑战和思考魅力的大作时,必定猛然而觉知,一个属于我们的民商法富矿时代,已然悄悄来临!

卷首语

本书由2017年11月18~19日北京航空航天大学法学院与台湾政治大学法学院在北京主办的“当前民法典编纂推进及分则问题——第七届两岸民商法前沿高峰论坛”的特邀发言与学术报告精选而成。2017年3月15日，中国民法典编纂走完了关键的第一步，第十二届全国人民代表大会第五次会议制定通过了《民法总则》，举世瞩目；与此同时，开始走出编纂民法典各分编的第二步，更加受到世人关注和期待。

第七届两岸民商法前沿高峰论坛紧扣如何继续推进民法典编纂的主题，特别是如何更好保障民法典各分编编纂水平的课题，用两天多场次的安排密集展开对话和研讨。论坛聚集了两岸著名民法学家、知名民商法学者近200人，群贤毕至，一起发力，彰显出中国民商法学界的勃勃生气。与会专家的发言和报告，精彩纷呈，百家争鸣，或高屋建瓴，或鞭辟入里，或缜密分析，或创造论证，在许多重大问题上做出了深入思考，在很多具体问题上进行了深入讨论，极大丰富了下一步民法典编纂的研究内容和对策思路，为立法部门走好民法典编纂第二步提供了巨大的智力支持，也对将来民法典的法律适用和继续完善具有重要借鉴意义。

本辑收录73篇发言稿与论文，划分为“高峰对话：民法典编纂目标、使命与重要问题”“专题研究之一：民法总则的适用与方法论”“专题研究之二：物权法编纂”“专题研究之三：合同法编纂”“专题研究之四：婚姻家庭法、人格权法、侵权责任法编纂”“专题研究之五：商法完善与适用”6个部分。

第一部分是“高峰对话：民法典编纂目标、使命与重要问题”。这一部分选用了4篇大会基调发言和8篇重点发言。本次高峰论坛特邀江平、苏永钦、黄茂荣和孙宪忠四位著名两岸民法学家发表基调演讲，同时也安排了若干具有代表性的民法学者的重点发言，就民法典编纂的目标、使命和若干重要问题进行立论、讨论，以求在宏观层面更加深入理解中国民法典编纂的时代定位和命题问题，从而使之可以更加具有历史和社会感，更加价值清晰，更加贴近时代需求。

中国政法大学终身教授、著名民法学家江平先生的基调和报告《人格权立法与民法典编纂体例》，正面回应了极具争议的问题。他主张，民法分则编纂应该通过努力，在民法分则的编纂过程中加入人格权编，完全民法分则的相关内容，也加强对于公民人格权的周全保护。他认为，当前民法典编纂过程中，人格权问题的探讨始终不可避免，《民法总则》并未解决信息权利保障以外的人格权相关问题。与再

次修订《民法总则》和修订《侵权责任法》相比,人格权在民法分则中独立成编的方式来解决人格权保护的相关问题最为可行。首先,这一做法符合一直以来的主干起草想法与现阶段国家政治上积极倡导加强人格权保障的趋向。其次,中国人格权法相对独立,人格权相关争讼通过普通法院、一般民事问题进行处理,从机制上保证了中国人格权相关问题的“非政治色彩”与民权属性。此外,近年来人格权相关问题已发展成为理论内容较为完备、实践案例较为充足的权利池,相比于过去的“禁止器官买卖”“禁止侵犯名誉权”等单薄规定外,现实中大量、丰富的人格权问题已使得人格权独立成编的议题呼之欲出。

台湾政治大学讲座教授、著名民法学家苏永钦先生以《中国民法典编纂的理由——最佳模式与基本功能》为基调发言,对中国民法典编纂的结构模式、功能的最大合理性进行研究,提出要在新的体系原则思考基础上提升这部新民法典的编纂品质。他说,民法典编纂纯粹的法条汇编意义不大,应从现有的相当程度部门化的各法中挑出最一般性的规定,也就是只让真正的基础民事关系入典,再按总分关系重新编排,才会产出最大的体系效益,也才值得花那么大的力气去编纂上千条本来就已经存在、使用的法条,加冠成为法典。纵使制定法典的工作重新聚焦于体系的安排,如果仍只是循潘德克顿模式进行体系化,也就是以一百多年前工业化初阶的社经体制为其思考出发点,面对通信、生物和人工智能等新技术迄今所展现的破坏式创新(disruptive innovation),已经彻底动摇了现今多数社经体制的社会面貌。总之,应当重新检视五编制法典背后的一些体系原则,有当立法者能找到比五编制更能反映当代需求的分编方式时,才会是一条昂首腾飞的大龙。

台湾大学讲座教授、著名民法学家黄茂荣先生在《民法总则中基本规定的法理》基调发言中,回应了已经出台的《民法总则》中的法理基础问题,提出对于《民法总则》全部体系和具体规定的解释适用的一个重要的方面,就是应该深挖其法理基础并且探求实证化和明确化的路径。何谓法理?他认为,法理在法律位阶上的地位分为由抽象程度所构成的位阶及由符合只价值所构成的位阶。法律体系具有位阶之层级构造,其体系化之建构基础存在于:法律概念之逻辑上高低不等的抽象程度及其立基之规范价值之高低不等的根本程度。如何重视法理?他认为,民法重视法理,体现为在民事法律体系中的定位需要讨论法理与实证法与法理如何具体化两部分内容,法律与实定法之间存在一定的差异,二者既相互依赖,又相互制约。关于法理存在于何处?他认为,是存在于法律条文之中、法律适用具体手段当中还是存在于法律精神当中,都没有明确的定论。无论如何,法律经过实践后,已经具体化的内容是较为确定的,通常包括平等原则、法律的立法意志、法律变更的事理性等。刚刚出台的《民法总则》,其法律内容的扩充,体现了从公平到效率到和谐的追求,这可以理解成为是一种法理层面的追求,但法理真正得以适用却要经过实证化与明确化。

中国社会科学院法学研究所学部委员、中国民法研究会常务副会长孙宪忠研究员以《十九大科学立法要求与中国民法典编纂》为基调论题,再次呼吁重视民法典编纂的科学立法问题。他认为,立法的科学性是民法基本的理论和规则。十九大报告对立法的科学性进行了阐述,明确要求要推进科学立法、民主立法、依法立法,推进良法善治,首先提到的就是科学立法。法律科学化、民法法典化运动至少有五个方面的经验值得借鉴:第一,立法体系的严谨细密,逻辑性强。它解决了庞大民法规范系统协调问题。第二,民法科学性和民法典提升了立法在地域上的发散能力。第三,民法典借助于立法能够较为快捷地实现对新事物的立法能力。第四,法律适用和寻找法律更为快捷,中国的民法典编纂应更为清晰、明了,这样不仅利于审判者进行法律应用,也为法律教学提供便利。第五,有利于法律向世界进行传递。中国民法典编纂仍需冷静思考、谨慎施行,以求立法的科学、合理与完备。结合学习德国民法的经验与中国大陆的经验,仍有一些经验值得总结:第一,是公法和私法区分原则。第二,民法典作为一般法的功能与民法作为特别法的功能进行合理区分。第三,应当将权利划分成相对权利和绝对权利,建立权利系统,以权利为核心建立民法的规范群体以及制度核心,是民法典立法中的基本问题。第四,要重视民法科学的手段,重视行为建立规范或裁判规范。第五,设计交易规则以区分原则为基本逻辑。第六,强调法律关系的逻辑性。民法的立法必须强调主体、客体、权利、义务、责任等整个系统的合理性与科学性。

厦门大学法学院徐国栋教授以《〈民法总则〉第14条的涉外性——兼论对世界立法冲突的揭示》为题进行重点发言,评点《民法总则》第14条关于涉外性立法的得失,认为其不分本国公民和外国人、无国籍人一体地赋予民事权利能力的不妥。《民法通则》第10条规定,公民的民事权利能力一律平等;《民法总则》第14条规定,自然人的民事权利能力一律平等。两者的差别何在?前者无涉外性而后者有,因为自然人概念的内涵大,包括外国人和无国籍人。《民法总则》第14条把平等享有中国民事权利能力的主体增加了5.38倍,而且未附任何对等条件;《民法总则》还取消了《民法通则》第8条第2款的涉外规定(本法关于公民的规定,适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人,法律另有规定的除外),把第14条设定为一个国际法性质的规定。《民法通则》第8条第2款只是把对本国人制定的规定附条件地类推适用于外国人,该款采用以公民为原点类推的处理方式,但由于民法总则采用自然人概念,该款没有必要存在了。

中南财经政法大学法学院温世扬教授在《“民法物权编”修订起草中的几个重点问题》的重点发言中,认为民法典物权编的起草应该以现行《物权法》为基础,在现行《物权法》的基础上进行修订和完善。并针对5个问题提出了主张:第一,物权法定原则的立法表达问题,应当实现物权法定原则的缓和,将习惯纳入到物权法法源的范围中来,通过修正《民法总则》第116条的相关规定,使得物权法定原

则回归物权编。第二,关于因法律行为引起的不动产物权变动模式的选择问题。登记对抗模式相较强制登记模式更能够体现当事人的内心想法与诚实信用原则,反而更合理地体现了意思自治原则,更符合中国大陆的交易习惯与交易实践。第三,所有权立法问题。首先,可以在总体一元论的模式下,体现国家所有权、集体所有权与个人所有权的“三分法”。其次,是对所有权制度内容的完备。在物权编中应该对先占、添附、拾得遗失物、相邻关系的规则等问题进行完善,比如将越界建筑、空间利用等问题纳入相邻关系的调整范围中来等。第四,关于用益物权的立法。首先,在不动产、动产之上设立用益物权并不违背物权法定原则。其次,典权应当在物权法相关规定中占有一席之地。第五,集体建设用地应该纳入用益物权体系,也即实现建设用地的同地同权问题。在所有权、承包权、经营权三权分置的背景下,土地经营权不宜匆忙入典,而是应当在将上述三权与土地承包经营权全部理顺的情况下,再进行相关论证与实践。

中国人民大学法学院王轶教授以《当前民法典编纂争议问题的讨论方法》为重点发言。他呼吁,无论是何种类型争议的民法问题,寻找到最低限度的讨论共识都是展开有效讨论的基础和前提。运用理性的方法、采用多种法律讨论方法所展开的论证和说明,它的最终目的不一定能够达到说服讨论伙伴的目标,但更重要的目的则是增进和讨论伙伴之间彼此的相互理解。对于中国当前来讲,编纂一部合用的民法典要有扎实的社会调查,以发现在中国社会生活的现实中间究竟存在哪些冲突的利益关系,以往对这些冲突的利益关系采用的协调策略是什么?在采用这些协调策略的时候,设定要实现的协调目标是什么?采用这样的协调策略有没有实现最初所设定的目标,对这一系列的事实判断问题做出符合中国大陆实际的判断,这是能不能编纂一部合用的民法典至关重要的前提。发现了冲突的利益关系之后,面对冲突的利益关系如何基于大多数中国人所分享的价值共识,对冲突的利益关系或者做出利益的取舍,或者安排不同类型利益实现的先后序位,这是价值判断问题。民法典能不能在价值判断做出过程中,以妥当的事实判断结论为基础,体现大多数中国人所分享的价值共识,这对于编纂一部合用的民法典是至关重要的。除此以外,如何通过妥当的立法技术,把价值判断的结论在一部民法典中做出适当的安排,对于编纂一部合用的民法典来讲也是关键的一环。

中国人民大学法学院叶林教授在《〈民法总则〉背景下的商法前景》发言中认为,商事关系应当包括企业经营者、营利和商行为,这些行为构成的结构则是商事关系,商事关系是有特定内涵的概念。《民法总则》虽然提供了规范民事活动的一般准则,但能否满足合理调整商事关系的要求则依然存疑。民事规定可以调整商事领域,但并非最佳的调整方式。首先,我们经常可以看到,法官在裁判的过程中运用《民法通则》关于基本原则部分的规定。但是我们很大程度上用《民法通则》解释现实当中的问题,是存在一定问题的,以平台为例,我们到底把平台理解为是

一个平台纯粹意义的商业经营者，还是承负着某种职责特殊形态存在，这个我们需要在商事领域当中做认真考虑的，而不能仅仅通过民法原则一言以论之。其次，传统商法分为四个部分，涉及人法的部分，财产法的部分，代理法部分以及权利部分。这些分类只能够解决大体的界限划分，具体应用中则存在许多问题。

清华大学法学院申卫星教授重点发言以《中国民法物权编创设居住权制度的立法构想》为题。他认为，在当前民法典编纂的重要时刻，需要有三个方面的重要理解创设居住权制度的重要意义：第一，理清居住权的概念为居住权人对他人所有的房屋全部或者部分及其附属设施享有占有使用的权利。第二，居住权立法有比较广泛的比较法的支持基础。第三，可以功能转换，满足人们对房屋等不动产利用的多样化的需求。他也对居住权的意义做了四点论证：第一，设立居住权制度有助于完善中国多层次的住房保障体系。第二，居住权制度可以更好地体现所有权人的意志。第三，居住权的设立可以更大限度地发挥房产的效应，特别可以解决中国逐步步入老年社会养老的问题。第四，在财产利用形式方面，我们应该在制度设计中给人们留有更多可供选择的形式，居住权满足了财产权制度设计的两端：强所有权、强物权的所有权制度与债权性的租赁制度。在两者之间建立一个过渡性的财产利用居住权制度，可以极好地满足人们的财产利用多样化的需求。

烟台大学法学院房绍坤教授在《论附合的物权法规则》中认为，附合制度肇端于罗马法，在现代物权制度中属于添附制度的重要内容。附合制度仅能规范非基于法律行为的动产所有权的取得与丧失，可因自然力、事实行为或合同被撤销、确认无效或被解除而发生。在判断附合构成要件的诸因素中，物的重要成分应当坚持较严格的认定标准，符合被附合人的利益应当成为附合的构成要件之一。在立法模式的选择上，应以德国模式为蓝本，并积极吸收法国模式的立法经验，特别是所有权保护的观念在立法中应得到充分体现。附合制度规则应与其他民事制度相协调。

中南财经政法大学法学院徐涤宇教授以《关于“民法婚姻家庭编”编纂的几点思考》为题，探讨了民法婚姻家庭编的编纂思考。他认为，家庭法的构造存在三种模式：传统模式、法国法模式和德国法模式。那么，在面临民法典编纂重要时刻的我们，该如何对待婚姻家庭法编纂的相关问题呢？他认为，如何对待人法与家庭法之间的关系，是否应当兼具法国模式与德国模式的特点，将监护制度剔除出婚姻家庭法之外，是应当重点考虑的方面。此外，由于家庭法构造特殊，除了监护制度之外大部分问题都涉及总则与分则之间的关系，大量法律行为制度不能适用到婚姻法当中，在此情况下出现的特例情况如何处理也有待思考。最后，我们应当关注婚姻家庭法发展领域中的新思想与新变化。第一，近代以来各个国家民法对传统家庭的定义慢慢转向以婚姻为起点，而非同居共财等民俗思想。第二，婚生与非婚生子女的地位日趋相近。第三，对家庭概念进行了重新定义。未婚同居、未婚生子以及相应的财产归属问题也逐渐增多。第四，现代科学技术的发展导致了亲子关系发生

变化。除了生育与收养这种传统的亲子关系外,人类辅助生殖技术也开始出现,科技发展带来的婚姻家庭领域的新问题,也需要我们在实践中重视与探索。

中国政法大学比较法学院柳经纬教授的《民法典编纂的体系性问题》发言,再次呼吁体系是法典的生命力之所在,编纂一部符合体系性要求的民法典是立法的初衷。《民法总则》的制定在体系性问题上取得一定成效,但也存在相当突出的问题。只有将编纂一部富有体系性的民法典这一立法初衷贯穿于民法典编纂的整个过程,充分尊重民法的知识体系,克服立法的随意性和任意性,才能走出民法典编纂的体系性困境,确保民法典编纂工作不偏离预定的目标和方向,将民法典编纂的任务落到实处。如果忽略民法典编纂的体系性问题,我们将失去一次民法典编纂的历史时机。

第二部分为“专题研究”,又分若干部分。

专题研究之一是“民法总则的适用与方法论”。这一部分总计14篇论文,聚焦新出台的《民法总则》进行评估和研究,特别是针对其涉及的价值基础、体系解释、重点规定的理论发展和实践适用、方法论,以及与其他部分的关系、与其他法律的关系等问题进行了研究。

北京航空航天大学法学院龙卫球教授以《我国民法基本原则的内容嬗变与体系化意义》为题,就刚出台的《民法总则》的原则规定进行体系解释和意义研究。我国《民法总则》关于民法基本原则规定的意义值得关注,特别是在规定模式和内容发展两个方面,将会深刻影响这部民法典的适用。一方面,《民法总则》对于民法基本原则直接宣示的规定形式,体现了对一种民法新体系观的继受和演化。近现代民法特别是建立在概念法学基础上的《德国民法典》,奉行一种概念体系封闭意味的民法体系观。但是,自1907年《瑞士民法典》开始,逐渐发展出与此前有着重要不同的一种民法新体系观:立法者通过在民法典或民事制定法中直接宣示和规定民法基本原则,使得民法从制定法体系建构上来说,不再只是一种“价值中立”的概念形式体系,而是演化为一个由“原则和规则”共同作用的可供动态演绎的法秩序体系。另一方面,《民法总则》在民法基本原则的内容上发生了一些重要变化,体现出当前我国民法在基本价值内容体系上存在一种加速调整的趋势,其中,关于禁止违反法律作为基本原则的提升涉及,彰显出我国民法对于强化民事活动管制的观念趋势;而关于生态环境保护等原则的增设,体现了某些具有外部整体性的社会政治价值对于当代民法价值内容体系的强植入态势。

清华大学法学院韩世远教授的《民法基本原则:体系结构、功能、应用发展》,同样研究了《民法总则》基本原则规定,侧重其在民法适用中的意义。他认为,民法基本原则为民法背后的主要价值或者目标,对于立法者、裁判者以及当事人均具有指导意义。裁判者以及当事人妥当运用民法基本原则,不仅可以帮助解释法律、克服成文法之局限性,也可以帮助解释法律行为、填补合同漏洞等,发挥解释功

能、补充功能乃至修正功能。在法律存在具体规则场合，一般不必援引基本原则，以避免“向一般条款逃逸”。唯在极端案型，审慎发挥基本原则的修正功能。在对疑难案件的处理方案进行预判时，如果不同方案背后体现出不同的基本原则，则应结合立法者客观的价值判断，审慎权衡不同原则的分量或者重要性。

台湾大学法学院著名民法学者陈自强教授以《转用案例之检讨》为题，探讨转用物诉权在台湾地区司法实践的发展。这一研究通过转用物之诉的实践复杂性深化了对这种诉权基础与真正不当得利制度基础之间联系和差异的理解。他通过案例研究发现，转用物诉权在台湾地区法如能被承认，被承认的特殊原因似有两类，即民法第183条的法律思想及事务处理法的价值判断。前者，乃在受让人无偿而获得利益与原权利人保护必要性利益衡量上，认为应优先保护后者，方法上，乃第183条的类推适用。后者，在事务处理领域，事务之本人是最终承担事务处理人交易经济上利益及不利益之人，若无法透过代理法则运用，让本人与第三人发生直接契约关系，则特别在间接代理人无资力的情形，似可在立法论甚至解释论上考虑承认第三人得直接对本人请求，此举可供大陆民法典制度化构参考。

中国政法大学民商经济法学院王涌教授的《法人应如何分类？——评〈民法总则〉的选择》，对于《民法总则》的法人分类进行评析。他认为，《民法总则》之所以最终采营利法人和非营利法人的法人元分类，一是对《民法通则》传统的继承，二是为解决实践中的非营利法人问题，具有合理性。营利法人的一般规定实质上发挥了商法典总则的部分功能。法人分类与法人形态法定主义有密切联系。社团法人和财团法人的分类是法人的构造维度的分类，两者之间的差异在减少，甚至存在重叠。中国非营利法人立法中存在体系的叠床架屋和治理的空心洞的困境，我国应制订一部《非营利法人法》，以弥补这些缺陷。此外，《民法总则》中“非法人组织”的概念存在内在矛盾，不是一个成功创新，“非法人组织”的本质就是法人。民法典不应吝惜法人的供给，最终应废止“非法人组织”的概念。法人是社会自组织的工具，立法机构应在营利法人和非营利法人的元分类下，将各类“非法人组织”纳入两类法人，应当将非法人组织（合伙企业）赋予法人资格改造为无限公司；此外信托也是隐蔽的法人。

台湾地区研究院张永健教授在《从三分天下，到一统江湖——〈民法总则〉法人与非法人组织章欠缺的资产分割理论》提出，《民法总则》在法人类型区划的立法重点不是形式区别法人或非法人，而是设计多种财产独立与资产分割架构不同的组织形态。遗憾的是，《民法总则》应规范而未规范财产独立与资产分割。具体而言，非法人组织定位为民事主体，但其拥有财产的权利能力并不明确——独资企业被清楚归类为非法人组织，就没有独立于自然人之财产。非法人组织与其成员之各自债权人，能否向彼此之特别财产求偿，是否有优先受偿权，也未见规范。法人应分为社会团体法人、营利法人、捐助法人，因其资产分割方式有异。法人成立

要件应该大幅放松,使非法人组织和其他团体以行动或宣示就可取得法人格。

辽宁大学法学院李国强教授在《论成年意定监护法律关系的构成——〈民法总则〉第33条的解释论构成》一文,研究《民法总则》第33条的解释适用。他认为,该条不能完全满足成年意定监护法律关系构成对法律规范的需求,应该适用《民法总则》有关民事法律行为的规则来补足意定监护协议规则的不足,但是很明显法律行为的规则在具体领域的表现主要是合同,所以参照《合同法》的相关规范来解决意定监护协议的效力问题是可行的。意定监护协议并不能像一般的民事合同那样确定行为人的行为能力,需要通过公证等方式来特定。《民法总则》的监护制度没有监护监督人的设置,没有提到履行成年意定监护协议的规则,相关法律如民事诉讼法等也没有配套制度,所以只能从监护人的主体条件等内容去解释意定监护关系功能上的构成。订立意定监护协议之际,双方在不违反法律强制性规定,不违反公序良俗的前提下,可以充分发挥意思自治,自由协商人身保护的内容。

中国政法大学民商经济法学院易军教授在《从〈民法通则〉§54到〈民法总则〉§153——民事法律行为内涵的立法变化》一文中,探讨民事法律行为概念的界定变化,旨在阐释这一变化背后之原因与机理,期能有助于提升对法律行为概念及其制度的精准理解。1986年颁布的《民法通则》一反大陆法系各国或各地区在立法上并不界定法律行为内涵的状况,第54条做了明确界定。《民法总则》第153条亦如此。但二者在“民事法律行为”上呈现出了异质性:一是民事法律行为的主体由“公民或法人”变化为“民事主体”,二是《民法总则》第153条所定之概念中凸显“意思表示”,三是《民法总则》第153条废弃了《民法通则》第54条将民事法律行为明定为“合法行为”的做法,不再强调民事法律行为的“合法性”。前两点相对易于理解,第三点则可谓巨变。自《民法通则》将民事法律行为规定为合法行为以来,学者常谓此种规定“突出国家对民事主体行为自由的干预,从而限制了私法自治”,应该说这一诊断找到了病因,但只是揭示了部分真理。

辽宁大学法学院杜甲华教授在《论〈民法典〉对知识产权的应然选择——基于对〈民法总则〉知识产权条款的分析》中认为:首先,《民法总则》第123条与《民法通则》对知识产权的规定相比具有权利主体设置更加科学、更加合理等优点。一方面扩大了权利主体的范围,自然人可以成为商标权的主体;另一方面规定了 $7+N$ 个知识产权客体,多于《民法通则》中知识产权客体的数量。其次,《民法总则》将知识产权确定为民事主体的一项专有权利,体现了我国保护知识产权意识的增强,但是该条款对知识产权性质的规定值得商榷。最后,《民法总则》第123条虽然通过兜底条款扩大了对知识产权保护的范围,但该条款关于知识产权的客体的规定的范围与《建立世界知识产权组织公约》和《TRIPs协定》相比却比较狭窄。杜甲华教授提出:仅在《民法总则》部分的123条对知识产权进行规定,难以承载知识产权条款功能的历史使命,应在即将制定的《民法典》中单独设置知识产权

编。并且,在多数国家已经制定单独的《知识产权法典》的背景下,应在《民法典》编撰完成之后制定单独的《知识产权法典》。

清华大学法学院汪洋副教授的《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》,研究《民法总则》的法源问题,梳理相关观念、历史和特殊实践。从观念上看,法源是具备权威理由或实质理由的裁判依据,形成具备不同分量的法源位阶,分别指向依法裁判与正当裁判的目标。各法学流派依认定的法源不同而对“法”有着不同的理解,私法法源的社会理论基础是进化论理性主义与自生自发秩序,私法因包含阐明与未阐明两种正当行为规则而具有开放性特质。法源理论与民法方法论有勾连也有分工。从历史看,罗马私法发展各阶段几乎涵盖后世知晓的所有法源形态,却最终衰退为法典编纂一种形式。从《民法总则》第10条法源条款实践理解看,“法律”应包含规范法源与准规范法源两大谱系以及具体规则与基本原则两种类型,“习惯”应作弹性理解,习惯与习惯法只是程度差别。此外,对于强制性规范、任意性规则、基本原则、习惯等多元法源,需要建构起一套司法适用的步骤与方法。

上海财经大学法学院李宇副教授在《民法总则与其他民事法的适用关系》提出,《民法通则》《合同法》《侵权责任法》等与《民法总则》之间的关系是民事基本法之间的关系,不是基本法与特别法之间的关系。《民法通则》中的总则性规定已全部被《民法总则》所取代。《民法通则》中的分则性规定,与其他民事基本法不相抵触者,继续适用。其他民事基本法规定,与《民法总则》相抵触者,按照新法优于旧法原则,适用《民法总则》规定;但《婚姻法》《继承法》中关于身份行为的特别规定,依照分则规定优先于总则规定之原则,优先于《民法总则》适用。民事特别法规定优先于《民法总则》规定,但其中重复《民法通则》规定者、依体系或目的应适用新法者,不应继续适用,而应按照新法优于旧法原则,适用《民法总则》规定。《民法总则》不具有溯及力,但有利于民事主体权利或自由保障的规定除外。下位法规定在内容上抵触《民法总则》规定内容者,或超越《民法总则》的法源限定者,属于下位法抵触上位法,不应适用。

华东政法大学法学院李求轶教授在《民法总则与民法分则的对称与非对称》研究认为,当代民法典编纂存在结构调整的复杂性。传统民法典编纂追求的结构主义的对称之美在民法体系之中表现为民法线路的对称和语言术语乃至由特定术语组合成民法体例上的对称。但是对称尽管是事物的共性,但并非绝对性。从结构主义走向解构主义再到重构主义是事物适应时代发展的必然,民法体系上解构原有的民法典结构,从对称走向不对称也是民法典适应时代的必然趋势。

北京理工大学法学院付俊伟副教授在《宪法权利适用于私法的三种思路——以欧盟私法统一为视角》,提出今天当我们论及宪法权利与私法的关系时,我们所应当探讨的并非是宪法权利是否可以适用于私法领域,而是宪法权利在多大程度上可

以适用于私法领域,以及私法在何种程度上可以维系其结构自治和独立的传统。受大陆法系国家传统公私法划分的影响,处于公法核心地位的宪法权利与私法一直处于相互隔离的状态之中。然而,自20世纪中叶以来,随着二战以后人权运动的蓬勃兴起和政府对于市场经济的广泛干预,人们对基本权利的真实内涵又进行了不断深入的探讨,对人权与法治的学术价值和实践意义也进行了更加理性的思考与建构。传统的公私法划分已逐渐模糊,运用于公民对抗国家的宪法权利也逐步延伸到私法领域,公法与私法之间开始出现了相互融合的发展趋势,也引发了学界对于宪法权利与私法之间关系的激烈讨论。

湖南大学法学院王文胜副教授的《论民法典立法讨论中不同类型问题的轻重缓急》认为,目前要建立起一种有序高效的讨论机制,首先要求民法学界对于“什么样的问题需要和值得我们关注”这一问题达成基本的共识。按照立法机关的规划,我国民法典各分编拟于2018年上半年整体提请全国人大常委会审议并争取于2020年3月审议通过。虽然时间表上所剩的时间已非常有限,但从目前民法学界围绕着民法典的立法所展开的讨论来看,民法学界关于民法典编纂所积累的共识还不算多,民法学界也还没有建立起一种面向民法典编纂的对话和讨论机制,学者自说自话的现象还较为普遍,学者之间要实现相互对话、寻求相互理解和达成共识还比较困难。民法学界能否从现有的自说自话的讨论状态逐渐走向一种集中精力的、集思广益的、有序的、高效的讨论机制,会直接地影响民法学界将以往的研究成果服务于民法典编纂的能力,从而直接地影响我国民法典的编纂水平。因此建议,对民法典立法讨论中所涉及的问题作类型化的思考,并在对比分析的基础上探讨在民法典的编纂过程中哪些问题需要和值得民法学界花大力气去进行讨论。

中国政法大学比较法学院的杨自然副教授在《论英联邦法制体系下“衡平法之禁反言”》:一文中,讨论英联邦法律体系、衡平法及各种不同的禁反言,禁反言与合同法中“约因”(Consideration)之间的关系。普通法系统的精华到底为何?若我们以概括的方式来看普通法系统,其核心表现基本上可分为“法律形式”(Form)及“法律实质”(Substance)。当我们讨论到普通法体系之法律实质,衡平法(Equity)则必须要详为研究。衡平法中“禁反言”(Estoppel)理论,为其主要的核心。“以良心处事”的理论(The principle of conscience)又为禁反言理论的基石。禁反言理论基本上可谓直接深入了普通法系统的核心。该理论对国际法而言亦非常重要。因为不论在历史上或是当前,国际法受到了英联邦法律体系的重大影响,因此能够了解这方面的理论,很多在国际法方面的理论也可同样得到适用。

专题研究之二是“物权法编纂”。这一部分收集了18篇物权专论,涉及物权一般规定、所有权、用益物权、担保物权等各个专题,或属于立法完善的理论政策的研究,或属于比较法研究的他山之玉,对于正在进行的物权法编纂具有直接的借鉴意义。

中央财经大学法学院陈华彬教授以《我国民法典物权编立法研究》为题,对物权编的整体内容设计提出设想。他认为,物权法是关于财产的所有与其物权的利用的法律,具有强制性、绝对性、对世性及严格性,关涉人民、社会及国家的根本财产利益,故此,《民法典》物权编的立法尤其应当谨严、审慎。首先,缓和物权法定原则的同时,也应持谨慎态度。其次,物权变动规则应予维持,同时也宜吸纳司法解释的经验而予补益。再次,在所有权上,应对所有权的定义、建筑物区分所有权中的若干规则、相邻关系规则、盗赃物、遗失物、取得时效、先占及添附等特殊动产的物权变动予以完善、厘定或确立。第四,于用益物权上,应对用益物权的定义、“三权分置”、空间建设用地使用权、不动产役权及典权分别做出改定、明确及建构,但不宜确立居住权。第五,于担保物权上,宜以追及效力保护抵押权人利益、让与担保不作为典型担保并对《物权法》第202条进行改定。此外,鉴于占有制度于物权法中的关键地位,立法还应较大地扩展、丰富占有规则。

台湾政治大学法学院王千维教授在《由台湾地区“最高法院”2017年度第3次民事庭会议决议看不动产借名登记》,研究了目前令人困扰的不动产借名登记的定性和法律效力。他认为,不动产借名登记契约性质上类似委任的无名契约,属债权契约性质。然而,就出名人对目标物所为之处分行为,台湾地区实务与学说主有权处分者有之,主无权处分者亦有之,并且,又有以登记名义谁属,决定物上请求权行使主体之见解者,足见虽属债权契约性质之不动产借名登记契约,却隐然影响了一定的物权关系。所以,在不动产借名登记之情形,首先所要确立者,乃系目标物所有权之归属,其次则为所有权下之部分权能究循何种途径而由所有权人以外之人行使之。对此,他认为,若借名人以出名人之名义自第三人处取得目标物之所有权者,则由出名人单独取得目标物完全之所有权。此时,借名人仅系基于不动产借名登记契约,对目标物取得债权性质之管理、使用、收益以及处分等权能。另一方面,若借名人将其既有目标物之所有权移转登记在出名人之名下者,则出名人仅取得登记名义,目标物之所有权仍归借名人所有,借名人自得行使台湾地区“民法”第765条所定之所有权之各项权能。

中国人民大学法学院高圣平教授的《统一动产融资登记公示制度的建构》,对于此次物权编建立统一动产登记制度提出总体构思。各国际组织所倡导的动产担保登记制度是以声明登记制为基础而构建的电子化登记系统,意在提醒潜在的交易相对人特定的动产之上可能存在权利负担,并确定竞存权利之间的优先顺位。声明登记制下登记内容很少,登记申请便捷,登记机构仅需对登记申请进行形式审查,登记流程快速可控。目前我国动产担保登记高度分散,且多为纸质化登记系统,相关规则的设计并未体现声明登记制的特点,亟待统一。基于特殊动产管理上的需要,我们的政策选择只能导向特殊动产登记系统与统一的动产融资登记系统并存。这些登记系统应采取基于互联网的电子系统,由当事人自助登记,减少登记机构的人工

介入, 登记类型亦应涵盖在功能上起担保作用各类交易。

清华大学法学院程啸教授的《不动产登记簿的权利事项错误与不动产善意取得》, 研究两者之间的适用关系。不动产登记簿上的错误应当区分为权利事项错误与非权利事项错误。基于不动产登记簿的推定力效力, 当事人对不动产登记簿的权利事项错误产生信赖时, 应当受到善意取得制度的保护, 故此, 权利事项错误才是适用不动产善意取得的前提条件。判断不动产交易中第三人是否善意时, 也应当始终围绕着不动产登记簿有无权利事项的错误而展开, 而不应脱离不动产登记簿的记载, 更不应将受让人应知而因重大过失而未知作为排除善意的情形。

南京师范大学法学院崔拴林副教授的《论准不动产物权登记对抗制度中的善意第三人》, 研究了《物权法》第24条的解释适用和完善。《物权法》第24条等条文规定了基于法律行为的准不动产物权变动的登记对抗制度, 该制度的立法目的是“先具备对抗要件者为胜出者, 能作而不作更强公示(尤其是登记)者为出局者”。第24条的主要规范意旨则为“公示生效加登记对抗”。据此, 确定“未经登记不得对抗的善意第三人”范围的基本标准就是: 更加信赖和适用更强公示手段的主体更值得保护, 因而属于善意第三人。在准不动产多重所有权让与、多重他物权设立以及所有权让与及他物权设立并存中, 都存在未经登记不得对抗的善意第三人。

广东外语外贸大学法学院王荣珍教授在《依嘱托转移登记实践中的两个问题及其解决建议》, 研究了依法院嘱托转移登记实践操作中的程序错乱和纠正方向。依法院嘱托转移登记实践中存在是否需要当事人再提交登记申请和材料问题、依嘱托登记能否直接适用以解决离婚判决所涉房屋转移登记特别问题。依法院嘱托转移登记中要求提交不动产登记申请书混淆了依嘱托转移登记和依申请转移登记, 应予取消, 但要求提交不动产转移登记相关材料合法合理。依嘱托登记不能直接适用以解决离婚判决所涉房屋转移登记特别问题, 建议当事人利用不动产登记代理制度或者向法院提起排除妨碍诉讼, 根据生效法律文书直接申请办理转移登记, 或者申请强制执行, 由法院嘱托登记。

山西大学法学院汪渊智教授的《我国民法建立取得时效制度的构想》, 对于取得时效制度应入物权编再次提出主张。他认为, 基于取得时效制度能够促进物尽其用, 提高财产利用率, 保护交易安全和维护社会秩序, 降低诉讼成本、提高司法效率, 因而我国有必要建立取得时效制度, 从而进一步完善时效制度。我国取得时效应当与消灭时效分别规定, 取得时效规定在物权编, 消灭时效规定在民法总则编。取得时效可以适用于所有权和用益物权, 但不得适用于担保物权、知识产权和人身权。取得时效的构成要件应当区别动产和不动产而分别规定, 取得时效完成后, 占有人取得了动产所有权或者不动产登记请求权。取得时效应当依据实际情况确定起算点, 取得时效的中断除了可适用消灭时效中断的事由外, 还应规定较为独特的自然中断事由。

西北政法大学民商法学院的王丽美副教授在《不动产善意取得制度的理论证成》中,研究了《物权法》引入不动产善意取得的合理性。她认为,不动产能否适用善意取得制度,争议之声不绝于耳。其实,善意取得制度作为经济发展中的一项重要制度,具有维护交易安全、降低交易成本、确保实质正义等应然价值。理论上,不动产善意取得制度是由善意取得制度应然价值的发挥、动产善意取得制度基本性质的拓展以及不动产登记公示之公信力共同作用的必然产物,是善意取得制度理论发展的必然结果。

北京邮电大学人文学院的宋良刚副教授等的《赋予遗失物拾得者相应报酬之合理性研究:经济学的角度》,要求改良我们现在的遗失物拾得者报酬制度,提出我国现行《物权法》关于遗失物拾得制度的现行规定值得重新审视与修正。鉴于资源的有限性、稀缺性,从经济的角度也就决定着资源应该被更有效的予以利用。作为经济发展保驾护航的法律制度,在制度、规则设计之时,对于有限、甚至稀缺之资源,如何在制度层面促进与保证其更加有效、合理的利用,不仅体现制度设计的科学性,而且对社会经济的发展也有着积极的促进作用。因此,法律规则的设计与制度安排对于有限的资源应做到物尽其用。根据成本与效益的基本原理,法律赋予遗失物拾得者获得合理报酬有利于该目标的实现;同时根据预期理论,也能得出相同的结论。

北京理工大学法学院的赵秀梅教授等以《华南地区农村集体土地征收和补偿实证问题研究》的实证视角,以华南地区地方立法文本为研究内容,针对《土地管理法(修正案)》(征求意见稿)所存在的问题,对现行法中农村集体土地征收和补偿制度存在的问题加以研究,提出一些解决方案的建议,期待对我国《土地管理法》的修订有所助益。2015年1月,中共中央办公厅和国务院办公厅联合印发《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》。完善土地征收制度,作为“三大政策”之一,被称为农村土地制度改革试点工作的“先行军”。目前我国集体土地征收在实体和程序方面都存在诸多缺陷:没有统一的征收专项立法、没有公共利益的具体判断标准、缺少征收决定做出前的行政听证程序和协议购买程序、缺少征地决定的司法审查程序等;另外,征收补偿的标准过低,等等。

河南大学法学院申惠文副教授的《法律语言学视角中的农村土地三权分置改革》,从特殊视角观察和剖析了目前的农村土地三权分置改革的规范用语问题。他认为,中央改革文件中的“土地所有权、土地承包权和土地经营权”,法律上应表述为“农地所有权、农地使用权和农地耕作权”。中央改革文件提出的“土地所有权、土地承包权和土地经营权”的三权分置政策表达,不符合法律语言准确、严谨的要求。“三权分离”比“三权分置”,更具有话语表达的优势。承包关系长久不变,承包地不再调整,承包费不再缴纳,“承包”的法律语义丧失,不应创设“土