

民商法争鸣

第10辑

主编 杨遂全

四川大学法学院主办

《民商法制创新与实践》系列学术著作

民商法争鸣

第10辑

主 编 杨遂全
副主编 张镭霖 陈 萍 韩作轩

本辑编委 杨遂全 王 竹 陈界融 张家勇
张晓远 陈 实 李 旭 张镭霖

本辑执行主编 王竹
丛书顾问 唐磊 里赞 李天德

四川大学法学院主办

《民商法制创新与实践》系列学术著作

图书在版编目(CIP)数据

民商法争鸣. 第10辑 / 杨遂全主编. —北京: 法律出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0387 - 5

I. ①民… II. ①杨… III. ①民法—中国—文集②商
法—中国—文集 IV. ①D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304952 号

©法律出版社·中国

责任编辑/班运华

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社总编室

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

责任校对/杨锦华

责任印制/张建伟

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

开本/A5

印张/8.875 字数/280 千

版本/2016 年 12 月第 1 版

印次/2016 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071010/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0387 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前言

《民商法争鸣》就像一棵稚嫩的树苗,经过多年顽强的努力,艰难地存活下来,并在不断成长。遵从丛书一贯的“有话则长,无话则短”的风格,在此就丛书的宗旨、定位和挑选论文的条件略表几句。

初衷:建平民化的学术创新交流平台

2009年初,确定要编著《民商法争鸣》,完全出于几个高校年轻的民商法博士生和他们的导师对学术界“为学术而学术”现象的疑虑、大家都有许多“有价值的创意无处可说”的烦闷,以及法学界一些学者对诸多重大民生问题发自内心的关切。所以,本丛书的初衷即在于为全国各行各业有志于民商法制创新的人提供一个平民化的学术争鸣交流平台。最初获得出版经费的机遇,来自于四川大学法学院李天德院长主持的教育部“211”重点学科建设重大项目《马克思主义经济理论创新发展与实践》的子课题,即由杨遂全教授申请获得的子项目《民商法制创新与实践》,该项目的20万元经费全部投入出版此丛书。(此课题目前已经结项,并被评定为“优秀”。在此,特别感谢现为四川大学经济学院名誉院长的李天德教授为出版本丛书所提供的机会)。2013年后,为了提高四川大学法学院民商法学科建设的水平,四川大学法学院的领导们决定长期资助本丛书的出版,使之得以继续。

定位:发现和培育有创意的思想幼苗

通过多年来的摸索,丛书基本上找到了自己的定位。目前全国出版的同类丛书不少,但是都要求文章要功底深厚,体

系完美,论证深入,引证全面。我们认为,这些要求虽然正确,但不一定有助于有创意的思想火花的迸发,不利于培育创新思想的幼苗。基于此,丛书确定以“发现和培育有创意的民商法学术思想幼苗”为己任;约稿和对来稿的选择,理论不一定深厚,但一定要有创意,一定要关注民生。我们已经出版的论文的作者以博士(生)为主,也有一些硕士(生),有法官也有律师,但本书编委会在选择论文时,不看作者的学历、职业,就算是一介平民,只要论文符合本丛书出版宗旨,我们都予以录用。

方向的确定,使本丛书收获颇丰。一些通过丛书平台发表的具有创意的作品引起了理论界的关注,并衍生出更新的成果。例如,关于“生活方式多样化”的论文深化为“制度供给多样化”和包容性增长制度建设理论(相关作者以此成功申报了国家课题);关于“民商制度创新”的论文演进成了“制度试验法制化”的普遍理论(相关论文在国家发改委主办的《宏观经济研究》上重点推出);关于“改革中的民商制度矛盾化解”的论文分解细化为宅基地空间权(发表于《中国土地科学》)和“小产权房”分类处置方案(获国家社科基金优秀成果),等等。

沿着丛书定位的方向,我们还挖掘出类似于对大学生在读期间的亲属生活困难帮助义务、冷冻胚胎的(外)祖父母基因遗传权、工作场所电子网络员工隐私权、见义勇为获奖权、(手机号物权化等)信息所有权或使用权、住宅小区车位法定配建权、支撑役权、承包地经营权单独物权化、遗忘在银行里的账户存款国有化权、重大消费品消费者有偿反悔权、(失独父母和灾民等)特殊群体的委托代孕权、重残终难生活自理的畸婴的自然死亡权等一系列在现代社会中产生的公民新型民商权利。如果没有本丛书上述不拘于形式的民商制度创新定位,这些新型民商权利的探索是很难见诸于世的。

未来:民商法领域垦荒的探路者

曾经有一段时间,我们不停地拷问自己,丛书还有没有未来!细心的读者会发现,丛书的副主编和编委不停地在变,一些文章还很不成熟。毋庸讳言,丛书确实还存在这样和那样的问题。但是,我们已经摸索出一些切实可行的操作办法。比如,副主编一定是学有所成的博士生(他们的时间和精力有保障),编委一定是法学院的骨干教授或博士毕业的研究

人员,审稿人一定都是比较负责的博士生或对某问题研究比较深入的专业人士。尽管四川大学法学院的资助还不能满足出版的需要,但是,丛书的主编和副主编都有长期的国家课题的资助,都有充足的时间和精力投入保障,都会一如既往地无私奉献给丛书发展的事业。为此,我们能够郑重地承诺,未来,我们一定会将丛书长期办下去,一定会不断地提高丛书各方面的质量!

在未来,我们还会努力不断发掘能够及时服务于社会的各种民商制度创新课题,力戒“无病呻吟”或“为标新立异而标新立异”。我们不需要那些大话空话连篇的文章,我们需要为民生谋对策、为民商法学发展进箴言的创新。

《民商法争鸣》编委会

2016年10月20日

民法泛论

- 003 浅议当前各种民法典编纂预案存在的重大疏漏 / 杨遂全
- 015 自然债的性质与范围在民法典中的定位
——兼论不法原因给付制度 / 张猛霖
- 033 《民法总则(草案)》第六章“变更权”制度存废刍议
——以“显失公平”与“重大误解”为视角 / 王轶晗
- 045 电子远程庭审与民事实体权利保护 / 文小梅

人身权法专论

- 065 生命权行使预先指示:有约束力或是仅具参考?
——葡萄牙国家生命伦理委员会意见及新法律提案的
不足 / [葡萄牙]安德烈·佩雷拉 著 段君尚 译编
- 073 字形之辩:字体字库中单字形作品性质及作者身份权保护 / 桂 舒
- 085 荣誉权不属人格权而应属于身份权 / 汪晓贺

物权法与集体土地流转和继承专题

- 101 土地使用权人的权利保障视野下房地征收改革路径 / 陈 萍
- 112 土地承包到期后的处置对策研究 / 刘 皓
- 121 从身份权的角度看农村土地承包经营权的
继承 / 王 健 杨遂全

身份法新论

- 139 大学生实习身份法律保护问题比较研究 / 张 煜

- 149 认定父母应承担成年子女的高等教育费的第三条路径 / 刘 奕

侵权责任法新论

- 167 宠物被侵害财产损失计算方式的实证研究与规则
构建 / 王 竹 王艳玲
- 184 水管破裂致损案件实证研究 / 周奥杰

公司法与商法新论

- 197 股权众筹募集投资方式法律制度的经济分析 / 韩作轩
- 208 上市公司偿债能力变化制度的法经济学分析 / 羊海燕
- 220 中国公司企业社会责任标准功能定位探讨 / 刘 坚
- 234 国有上市公司中关联交易与商业判断规则的衔接
——以保护国有资产为导向 / 卿 杰
- 252 有限公司名义股东股东资格继承问题之探析 / 昌元燕
- 265 略论我国董事责任保险制度的完善 / 杜永波 杨小泉

附录 《民商法争鸣》约稿启事

民法泛论

浅议当前各种民法典编纂 预案存在的重大疏漏

杨遂全*

摘要:笔者认为,目前民法典各种编纂预案缺乏基本框架的创新。首先,对于宪法和公法已明定而民事保护的内容上未作规定的,民法典总则可设置开放性条款;其次,不将人身权法独立成编可能使民法典落后于世界;再次,物权法和债法的研究未及时回应新型基本物权、合同入民法典的需要;复次,绝对和相对身份权研究缺少新型社会关系入民法典的意识;最后,民法总则缺少对各种特殊商事规则的必要反映。制定具有中国特色的民法典,回应中国当代的现实需要,是每个法律人的时代责任。

关键词:时代特需 关注民生 逻辑支点

毫无疑问,如果在民法典颁布不久就显露出重大缺陷或明显落伍于世界,那必是我辈不可推卸的、亏欠时代的历史责任。目前,各界对民法典的制定可谓见仁见智,但关注点仍漏掉了一些应当作为民法典立法基础的民事基本规则。笔者认为,民法典的制定一定要集思广益,不能一味地精英化,要实实在在地、普遍地征求民意,才能使民法典真正回应中国当代的社

* 杨遂全:法学博士,四川大学法学院教授,法学院民商法专业博士生导师、经济学院法经济专业博士生导师。本文受杨遂全主持国家哲学社会科学基金重点项目“农村房地产权城乡间流转与遗产继承”(项目批准号13AJY013)资助。

会需要,不留历史遗憾——从这个意义上讲,每个当代中国人都对民法典的编纂负有不可推卸的时代责任,对每一个法律人尤甚。因此,尽管笔者人微言轻,但作为一个法律人,也想为民法典的编纂弱弱地吼几声,不管最终有用无用!

在具体探究编纂民法典之前,笔者还想强调,我们在学习借鉴发达国家民商法的同时,必须有中国自己的民商法律制度创新意识。这样,才能使中华法系,包括各种人际关系处置规则和社会主义市场经济规则在制度和意识形态领域赶超其他国家。

民法典编纂,肯定是仁者见仁、智者见智。因此,下文探讨的诸问题,只是一孔之见,如果触犯某位大家“尊言”,望平等之心待之。

一、民法总则稿缺少对宪法和公法已定基本权利的民事保护制度

在齐玉苓被冒名顶替上大学案中,《宪法》的受教育权第一次在民事判决书中被直接引用,后又以姓名权被侵害批复下来。与此同时,世界各国几乎都有刑事受害人可以提起民事赔偿的规定,唯独我国某高级法院却会以“无法律规定”为由驳回强奸罪受害人获赔20万元的一审判决;在甘林案一审判决中被拐卖17年的精神损害不能获得赔偿,只可赔偿给孩子买衣服的28元钱。民事立法何时能够跟上公权发展的时代步伐?这是我们当前编纂民法典应该考虑的问题。

目前,公权侵害私权现象屡见不鲜,以立法明确公权和私权的界限,应该被纳入国家法治的大背景下并逐步推进。对此,民法总则也应当在法律条文上提供明确的法律路径。很显然,目前各界清楚地认识到许多已经为人们公认的处理民间关系的基本规则还没有反映到民法草案中,特别是《宪法》《刑法》等已经明确保护的公民基本权利还没有在民法中作出正面的规定。当我们的某种必要权利受到侵害后,我们不希望仅能寻求刑法保护,更希望能够得到私法上的救济。

从目前处理公权和私权界限的立法现状看明显存在以下问题:(1)目前已有的公民基本民事权利保护的法律太过原则。例如,刑法专门有侵害人身权犯罪一章,而民法只有《民法通则》人身权一节且只有4条。(2)法规则是倡导性或反面保护民事权利的多,因此保护和补偿救济不到位。(3)正面保护人身权的法规层次比较低,多数被置于单行法、司法

解释、地方条例中。(4)新的社会需求严重得不到满足。国际公约和我国宪法均强调人权保护,人类法律文明进步的大趋势不容忽视,我们诸多民事权利的保护必须尽快跟上。(5)法学界偏重公法忽视私法保护,这与我国长期官本位思想有直接关系。

基于此,笔者试图从以下几个方面弥补我国立法在这方面的疏漏。

1. 将宪法明定的公民基本权利和义务转化到民法典中。

宪法和公法上的公民基本权利和民事上人身权与财产权同时构成公法以及其他法律权利的基础。因此,《民法通则》在规定调整对象时就是以这两种权利来概括的。事实上,世界上不少国家的民法典都直接把宪法关于公民基本权利部分的规范直接转换为民法条款。

当然,由于我国宪法条款过于原则,我们主张,民法典可以确定一个基本立法原则:首先,必须以宪法有关文义为准;其次,新的民事立法要尊重其他已有的法律法规规定的公民基本权利,即使取消和剥夺也必须有相应的立法程序;最后,如果民法典能够提供一个开放性条款,审判人员即可通过直接引用民法典的开放性条款,间接引用《宪法》。

2. 将行政法和民商单行法中的赔偿条款和救济条款正面化。

我国目前诸多民事权利是规定在行政法和民事单行法中的,且将近一半以上是以处罚、制裁、赔偿救济措施的形式规定的。其中涉及基本民事权利的应当分类纳入民法分则各编,使权利范围和界限更清楚。

3. 将刑法有关侵犯公民基本权利的犯罪规定作为民法法源。

从法理上来说,逻辑上不能说已经侵害公民的某种权利的程度严重到构成犯罪,而公民的此种权利还不是民事权利!刑事上都得到保护了还不能在民事上得到保护!^①当然,笔者在此也强调,那种不能“打罚并用”的行为是应当排除在外的,特别是侵害公权兼有侵害私权的犯罪,不一定都具体到民事权利中。毋庸置疑,涉及公民生存权的财产权,涉及人类生存繁衍、情感基本需求以及在重大的人身经济社会问题的伦理底线上的权益,无论刑法是如何处罚的,都应当首先得到民法的护卫。有时,必须“打罚并用”。

笔者认为,在民法典编纂的过程中,有关部门应当有专门人员对“是

^① 参见杨遂全:《中国之路与中国民法典》,法律出版社2005年版,第156页。

否应该及如何将一些惩罚性规定的正面权利纳入民法典”进行深入研究。

4. 侵权责任法应以权利正面界定的范围为前提。

法无明文规定不为过,具体到民法方面也应该是法无禁止皆可为。以前世界各国由于对公民基本权利和一些特殊的人身权和财产权的范围不能具体确定,通常都是用侵权责任法来概括保护。目前,我国主要借助存在可任意解释的诚信原则和公序良俗原则,给侵权责任的确定提供依据。未来应该逐步将道德底线法律化。特别是在生人社会道德的直接作用越来越小的情况下,法律必须部分替代以前道德的一些作用(比如,更多涉及各种人身关系的道义合同的法律效力问题)。

5. 民事立法必须坚持民为本理念,要纠正官本位思想。

从技术上来说,笔者认为一些学者所说民法是裁判规则,不是行为规则的说法是极其片面的。^①《拿破仑法典》之所以213年仍然绝大多数条款有效,是与它的行为规范性分不开的。笔者主张,任何个人和单位都需要详细了解民事权利正面的法律规范。如果学法律的人都不清楚自己有哪些个人人身和财产权,不能说是一个合格的公民,更不能说是法律人。而目前,政府或企业侵害公民基本权利的行为时常发生。我们必须通过明确的正面规定,引导每个单位的各类活动必须尊重他人人权和其他基本权利。

二、不将人身权法独立成编将使民法典落后于世界

无论如何,在现代,我们的立法,特别是民事立法,必须面临“当伦理与市场发生冲突时应当谁优先”,“以人身权优先还是以财产权优先?”的立法选择问题。日前,中国法学会成立几个民法典分则的起草小组,但是起草分则的小组中未设人身权法起草组,也没有设立世界最新民法典中出现的“人法与家庭法”分则的编纂小组。这不但有可能使民法典调整的“人身关系”只有亲属关系一种,同时,可能使人格之外的各种具体的人身利益无法得到民法典的实际保障。仅有民法总则中2条无关人格的

^① 据笔者2016年春节期间在中南财经政法大学法学院的网站上看到的几位著名学者的观点。

健康权的抽象规定,编纂出来的民法典肯定是不符合世界潮流的,离民法作为保护人身关系的基本法的“人权保护”在日益加强的国际承诺和国家承诺以及人类法律文明亦相去甚远!

笔者上述结论,来自以下“理论自信”和对我们历史时代责任的认知:

(一)法理上人身关系是一种最重要的独立的民间社会关系

笔者认为在法理上:(1)人身权越来越重要,即使宣示也是一种保护方式。(2)只有民法对人身权利的具体范围或可限制的条件予以界定,才可能真正保护公民的人身权。(3)人身权法应当指明哪些权利是不能被剥夺的。(4)一些属于必须明确限定不可抛弃或转让的具体人身权利,在民法分则中不可缺少,而在总则中规定则显得有点不伦不类。基于此,笔者主张,明确用宪法确立人权优先原则,以人身权法独立成编贯彻此原则。同时,用民法典规定权利民事优先权和权利冲突排序依据规则:生命权至上、重大人身权利利益优于一切财产权、基于生存权的财产权优于一般财产权、人身物权优于一般物权、人身性债权优于一般债权。

(二)民法的调整对象人身关系在法律逻辑上不能只有亲属关系

现行《民法通则》第2条明确规定:“本法调整平等主体……之间的人身关系和财产关系”。如果我们在制定民法典时,其调整对象只剩下分则中的婚姻家庭法。这在法律逻辑上说不通。

首先,笔者认为,“人身权法”应该独立成编,但是,不能叫“人格权法”。过去全国人大法工委的《民法草案》和我国民法学界很多人主张的不是以“人身权法”作为人身关系这一编的编名,而是以学者们自己生造的“人格权法”作为编名,并以此来取代《民法通则》中“人身权利”的概念,这是不科学的。很显然,将公民人格以外的各种具体的人身利益作为民法总则调整对象,逻辑不通;况且,这些具体的诸多人身利益客观事实上并非都关乎人的“人格”或民事主体资格。

其次,另有一些学者“将人身权改为人格权”,降低了独立成编的中国特色客观需求,缩小了这一编应有的内容,实体性条文很少,类似于身体权、基因权、生命权预先指示制度等不能写入民法总则,进而导致一些本来就反对人身权法独立成编的学者借人格权法条文稀少而反对人身权法独立成编。他们认为:“人格权不是实证法上的权利,而是人之为人

本质属性在民法上的反映与保护。权利一方面具有与他人划清界限的功能,同时也可以让主体通过对权利的支配以获得利益。对于人的属性应当定位于保护而非支配,故应对‘身体、健康、生命’等规定不受侵犯及侵犯后的民事责任,而不是罗列一系列权利。因此,人格权在民法典中没有必要单独成编。同时,法人也不应具有人格权。”更有甚者,一些学者为了反对人身权法独立成编,硬说法国民法典没有人格权编。^①但事实是,法国民法典第一卷从制定之日起就是“人法”,举世公认。

最后,从世界各国民法典发展趋势看,人身权法独立成编是大势所趋。众所周知,《法国民法典》中“人法”的卷名“*personne*”,它就不单有“人”的意思,同时还有“人身”的含义。所以,它的人法卷将我们通常所说的民事主体资格(法国国籍的取得,但不包括法人)、人格权(包括抽象的一般人格权和具体的各种人格权)、身体权、具体的各种人身利益(比如基因权在法国民法中已经单列一章)以及各种身份权(不仅是亲属身份,还有消费者、劳动者等其他民事身份)等收录在内了。而它的“财产”的卷名“*biens*”,通常不是我国学者所说的“物”。它的物的概念直接用的是“*chose*”。它对人身权和财产权的划分,与我国的《民法通则》所区分的人身关系和财产关系是相同的。事实上,法国人以人与人之间的关系的不同客体划分人身关系法和财产关系法还是很实用的。它随时代变化,可以把各种新型的基本民事权利囊括进去。

(三)编纂民法典需要全面归纳和反映各种人身利益关系

再深入一步分析,笔者认为,人格和人身利益逻辑上肯定不能等同或包含。毫无疑问,很多民事上的人身利益不是人人享有的人格权,例如公民中的英雄、劳模、有突出贡献的科学家等需要用荣誉权保护。有特殊技能的公民如特级厨师、教师、律师、医生等特殊民事资格需要用民法身份权来保护。成员权、社员权、特殊信用权等现代身份权也绝非人人皆有的人格权。甚至一些类似于少量献血抽血等与身体权直接相关的支配权,既与健康权无关(对一些血脂稠的人可能还有益),也与人格无关。所

^① 见中国法学网有关法学名家谈民法典编纂的汇集栏目,据笔者所知包括梁慧星老师、孙宪忠研究员、徐国栋教授等反对人格权法独立成编。不能说他们的观点没有道理,但是笔者认为他们把人格权法和人身权法混淆了。

以,笔者主张:民间关系逻辑上分则有“物权法”还应有“人身权法”,现代中国的民法典的逻辑体系才能自治,正面规定现代社会中基本的民事人身权利应是民法典的历史使命。

“人身”一词很早就我国的宪法中出现了,但是在民法领域却比较晚。按照《现代汉语词典》的解释:“人身指个人的生命、健康、行动、名誉等(着眼于保护或损害):人身自由、人身攻击”。^①在法语中,人身(personne)首先是指“人类的存在物、人类个体的存在物”;其次才是法律上的“个人权利义务的载体”。^②英语中的人身(people)有与法语基本相同的含义。“人身权”在我国权威教科书高校规划教材中是指“民事主体依法享有的与人身不可分离而无直接财产内容的民事权利”。^③这一定义和《民法通则》的有关规定基本相符。按照《现代汉语大词典》的解释:“指人拥有的与人身不可分离而又没有直接经济内容的权益。分人格权和身份权。包括生命权、自由权、荣誉权、肖像权、继承权、著作权等。一般不能转让”。^④“人身权法”,依照通说,是指“规定人身权的概念、种类、内容和对人身权予以保护的民事法律规范的总称”。^⑤通俗地讲,人身权法是调整人作为民事主体从生到死的各种人身利益的法律。

对“人身”如何理解,也关系到“标签”与“货色”的同一性问题。按照中国长期沿袭的苏联话语体系,“身”仅指家庭关系。笔者认为,这种对“身”的理解是狭隘的,因为它不包括其他的身份权和身份关系,如知识产权中的“身份关系”,而正在起草的民法总则已经将知识产权包含在民事权利中。像“消费者”这样的新身份的崛起(即从契约到身份的运动),中国未来民法典作为一部现代民法典难道不应调整这样的“身份关系”吗?我们必须看到,意大利等欧盟国家的民法典都已把这样的身份

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2012年版,第1092页。

② 法国《拉鲁斯词典》,拉鲁斯出版社2005年版,第730页。

③ 彭万林主编:《民法学》,中国政法大学出版社1996年版,第139页。

④ 《现代汉语大词典》编委会编纂:《现代汉语大词典》,汉语大词典出版社2000年版,第273页。

⑤ 王利明等:《人格权法》,法律出版社1999年版,第1页。杨立新:《人身权法论》,中国检察出版社1995年版,第7页。