

两岸民商法前沿

民法典编纂与创制发展

龙卫球 王文杰 主编

◎特邀报告

◎重点策划：民法典编纂与民法总则（之一）

◎重点策划：民法典编纂与民法总则（之二）

◎民法典编纂与物权法、担保法

◎民法典编纂与债法（含合同法与侵权法）

◎民法典编纂与商法

第5辑

两岸民商法前沿

民法典编纂与创制发展

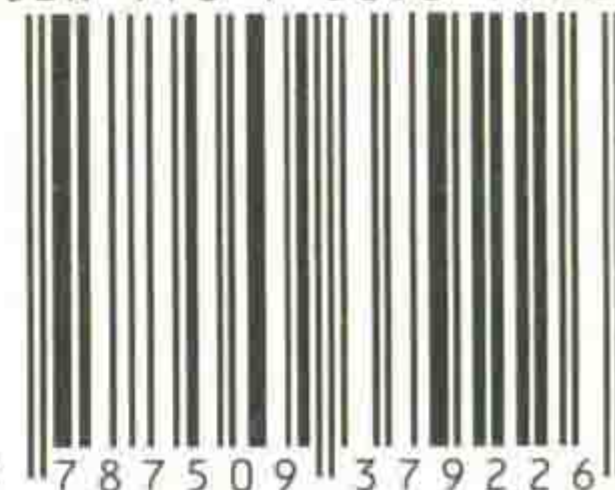
北京航空航天大学法学院与台湾政治大学法学院近年来展开合作，相继开展民商法前沿、两岸民商法前沿为方向，为两岸民商法当下发展之趋势，携手打造“两岸民商法前沿”的论坛，广邀两岸民商法精英，开展全方位、多层次、多领域的对话交流，促进两岸民商法同频共振，拓宽研究思路，推广前沿成果，最重要的是在“与时俱进”的框架下，观察民商法时代新貌，理清新时代民法与当代社会结构耦合的全新篇章，评估现在、展望未来。重点建设、四时并进的两岸民商法前沿，立法或司法制度研究等发展之方。



中国法制出版社
官方微信

上架建议 民商法·学术

ISBN 978-7-5093-7922-6



9 787509 379226 >

定价：168.00元

两岸民商法前沿

民法典编纂与创制发展

第5辑



主 编：龙卫球 王文杰

执行编辑：

朱虎（特邀） 汪洋（特邀）

聂卫锋 代瑞 曹宇 陈军 郑臻 谢地 赵精武

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民法典编纂与创制发展 / 龙卫球, 王文杰主编.
—北京: 中国法制出版社, 2016. 10

(两岸民商法前沿; 5)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7922 - 6

I. ①民… 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 (2016) 第 243120 号

责任编辑 王熹 黄会丽

封面设计 周黎明

两岸民商法前沿 (第 5 辑) ——民法典编纂与创制发展

LIANGAN MINSHANGFA QIANYAN (DIWUJI) ——MINFADIAN BIANZUAN YU CHUANGZHI FAZHAN

主编/龙卫球, 王文杰

经销/新华书店

印刷/人民日报印刷厂

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2016 年 11 月第 1 版

印张/ 67.875 字数/ 1194 千

2016 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7922 - 6

定价: 168.00 元

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

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010493

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

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!

2016年11月5日

卷首语

本辑以“民法典编纂与创制发展”为主题,系北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院两院携手合作打造的“两岸民商法前沿论坛”第五届会议与会报告或论文的汇集。中国大陆当前正在开展气势恢宏的民法典编纂工程,不仅在世界范围兴起新一轮民法创制发展的热潮,更引发两岸民商法学者的无限憧憬和梦想。

我们认为,这一民法典的编纂,已经远远超越了晚清之际、民国时期的追求尽快归入世界法流、实现中华法制近代化的基础和目标。此次民法典编纂的背景,是中国大陆在经历复杂的社会变迁之后,特别是自1978年开始进行拨乱反正、改革开放,通过近四十年的市场经济和法治建设,民商法已经获得了巨大发展,并且展示了一种与迅速成长为世界第二经济体并且还在不断挑战第一经济体的转型改革国家的同步性。此时此刻,民法典的基础与目标可谓今非昔比。此时的民法典编纂,当是立足国家蓬勃发展形势的如何与世界私法格局竞争的一次豪举,所以势必是民法典编纂与历史性的创制发展的一次并行。

两岸民商法学者在2016年11月中旬,一年中可能最适合于研讨的季节,齐聚北京—北航这个被誉为颇具“宇宙气象”(王泽鉴先生语)的校园,参酌中国民法典编纂与创制发展关系的可能空间和种种面向,以自身的法学感受,借助渊博学识、比较思考和自身的法制经验,阐发各种宏观构建和微观建设的理念与制度表达,或大开大合,鞭辟入里,或循序渐进,润物无声。可以说是一场滋味美妙的学术盛宴。本专辑首先从中推出两岸四位民商法大家的“特邀报告”,然后分别依据“重点策划:民法典编纂与民法总则(之一)”、“重点策划:民法典编纂与民法总则(之二)”、“民法典编纂与物权法、担保法”、“民法典编纂与债法(含合同法与侵权法)”、“民法典编纂与商法”等几个部分加以编排。

第一部分“特邀报告”,汇集了江平教授、魏振瀛教授、黄立教授、陈荣传教授四位大家关于民法典编纂立场或思路的高论。中国政法大学终身教授、德高望重的江平先生以《中国民法典编纂中的几个问题》为题,着重就目前民法典编纂中有关人格权是否成编的激辩格局,表达了一种有关争论的论证立场的忧虑和期待,提出此次民法典编纂必然涉及许多重大的学理争鸣,希望同仁能够保持学术对话氛围,维护正常交流,打开发展思维。

北京大学法学院资深教授、当年《民法通则》主要起草人之一的魏振瀛先生,在《民法典中应当区分责任和义务》报告,从自身参与《民法通则》起草编纂的经历出

发,为保留民事责任的概念和体系而辩论,他从当代法理学的棱镜,主张激活和发展法律关系理论,论证《民法通则》体系体现的权利、义务、责任三结合结构的合理性,并对于德国民法权利概念中心化存在的问题进行了针对性剖析,其为中国民法体系求突破之心令人感佩。魏先生今秋忽然仙逝,会上的音容笑貌和崇学风姿成为绝响。

台湾政治大学资深民法学家黄立教授,一如既往选择知微见著的进路以及他山之玉的策略,以《从德国民法修正看大陆民法典编纂》为题,通过德国债法改革和台湾地区民法修订的重点经验介绍和分析,为大陆民法典编纂的路线和策略提供建议。包括:我们编纂民法典,应该被看成是对现状的改革,而不是革命,不需要把前面的规定都推翻;民法修订,工作重点应该是就现行法找出争议最多的条文加以检讨,把最有必要的条文先修掉;民法修订,对比外国立法的时候,应该就现行的司法务实做比对,要把重点放在对实务的见解考虑上面。否则,不切实际的法条可能窒凝难行。这些都可谓字字珠玑,用心良苦。

台北大学资深民法学者陈荣传副校长精心准备长篇巨制,在《大陆民法总则立法的一般原则及民事主体》报告中,他对大陆民法典编纂中民法总则的制定原则以及难点民事主体制度的设计进行了系统规划,重点对于“一般原则”、“自然人”及“其他组织”章中的条文,提出自己的评价和修改建议。陈教授总体认为,民法典的编纂是值得期待与努力的历史机遇,但我们也不能以为完成立法便可解决所有问题,目前最需要的,是把握机会,把好事做好。对一部实用的民法典来说,条文数量多未必是好事,编纂民法典光在第一阶段《民法总则》的制定,已经面临如何处理《民法通则》的难题。《征求意见稿》的前四章在众多现行法的夹缝之中草拟,为避免牵连太广,主要乃为废止《民法通则》作准备,表面上呈现出立法者“数大便是美”的浪漫憧憬,但其实是尊重旧制与力图创新的必要妥协。《征求意见稿》条文对于《民法通则》有许多重要的修正,不能不说是一部进步的草案。

第二部分和第三部分都是“重点策划:民法典编纂与民法总则”,收录关于民法典编纂总体思路和民法总则部分的高论,由于内容较多,故区分两个部分。第二部分“之一”共收录十五篇大作,第三部分“之二”是十四篇大作。

台湾大学法律学院著名的王文字教授,发表《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾民商合一法制》的演讲,他着重从商法特色性质角度讨论了民商关系,文章以比较法的视角,从商法的“双重性”入手,推导出民商关系是具有“共生性”,因此采用“民商合一”的立法模式较为妥帖,并结合台湾地区“民商合一”的立法实践,为祖国大陆民法典编纂提供了宝贵的建议。

台湾政治大学法学院王海南教授的《人工生殖子女在台湾地区“民法”上之法律地位》一文,指出在我国台湾地区“民法”上人工生殖子女的法律地位,乃是以特别法的方式,规范于“人工生殖子女法”内。作者对该法立法背景及内容进行了梳理并分

述该法实施前后人工生殖子女的法律地位。最后,作者对于我国台湾地区“人工生殖法”涉及亲属关系的规定进行了探讨并提出了新颖的见解。

台湾大学法律学院吴从周教授,以《死亡宣告:一个横跨实体法与程序法而被忽略的研究课题——从台湾地区的发展状况兼评中国民法典民法总则专家建议稿条文》的雄文,从比较法的角度,印证我国台湾地区“特别条例”第二十八条及“灾害救济法”第四十七条之一在性质上接近真实死亡,而非死亡宣告,认为其不应以死亡宣告之要件来加以评论或观察。三位台湾地区学者的新鲜视角,前沿而睿智,为祖国大陆民法典编纂如何在模式或制度开展创制,提供了丰富的启发。

北京航空航天大学法学院龙卫球教授,以《中国民法典编纂的基本思路:目标、方法、结构与重点》一文,对民法典编纂的目标、方法、结构与重点进行了阐述。他认为,此次民法典编纂从目标上来说,必须坚持法治主义的编纂目标,同时也应当依据二十一世纪世界先进民法典示范要求而有所所为,做出面向世界、合乎时代、符合国情的合理创制和发展。在方法上,应以多元综合方法论为立场,民法典编纂应该从理念型转向功能型,以历史理性主义为切入点,同时具有系统性、时代性、合理性与包容性这四大特点。从结构上看,应该在“通则+板块”的立法模式结构基础上做文章。其中民法总则部分应该通则化,实质是体现民法再现代化的开放架构。从立法难点看,要妥善解决诸如民商关系、人格权体例、法人发展、法律行为发展、财产新型化等复杂问题。龙卫球教授还在会上介绍了北航版的民法总则(通则)建议稿结构、重点和内容,引起广泛讨论。

华东政法大学的李求轶教授在《民法典编纂与法律范式转换》一文,就民法典方法立场也进行了针对性的研究,他指出民法典在现代社会出现了严重的解构现象,各国面临着再法典化的局面。针对这一局面,他结合新中国五次起草民法草案的过程,提出中国民法典起草要完成民法体系的法益范式从权利到法益的范式转换,同时沿袭中国大陆《民法通则》和单行民法所取的广义法益论的立法经验,形成包括人格权法等在内的总分则的民法典体系。

中国政法大学柳经纬教授在《编纂一部商事品格的民法典》一文中指出,民法典编纂面临着如何处理民商关系的严峻问题。“民商分立”与编纂一部包括众多商事制度在内的民法典均是不现实、不理性的。合理的选择是,构建一个以民法典为基本包括各商事单行法的“民商合一”的私法体系,即应借鉴我国民国时期的私法体系安排,坚持“民商合一”体制,在形式上不制定商法典但保持各商事单行法的独立性,使各商事单行法成为民法的特别法。其同事王涌教授在《中国需要一部具有商法品格的民法典》一文,也认为民法典与商法的关系是争议极大的问题,制定一部包容整个商法的民法典、制订商法典与排斥商法进入民法典均属极端立法观点。他认为,通过对我国现行民法中营业与法人制度相关规定的研究分析,作为私法的基本法或民商

法的基本法,中国的民法典编纂可以以具有商法品格的进路而开展。

河南大学法学院樊涛博士也在《我国民法典的制定与商事规范的重构》一文中,指出民商合一乃现代私法体系建构之趋势。但他认为,当代各国民事立法应当因应当下工商社会的现实,民事主体转为以企业为主,民事行为转为以规范企业之间及企业与消费者之间的交易为主。所以,我国民法典立法应当设置“多类型、多元化”的私法规范,以“民法的商法化”为立法技术,采取“民商合一”,商事规范采取内置于民法典、单行法等多种形式。

中国人民大学资深民法学者杨立新教授,以《制定〈民法总则〉应当规定完善的监护制度》为题,提出此次民法总则制定中完善成人监护、尤其是老年人监护的重要意义,并就当下成人监护所取得的巨大法治突破表示欣喜。杨教授还指出,在民法总则草案基础上,仍有例如未成年人监护与侵权结合、议定监护的救济等许多问题可以考虑。

首都医科大学法学院的刘炫麟副教授在《民法典视野下我国精神障碍者监护制度的局限及克服》,指出未来立法应采纳精神障碍者这一概念。他认为我国精神障碍者监护制度在程序启动和实体内容上存在局限,并结合各国立法针对这些局限,对如何完善精神障碍者监护制度提出了相关建议。

北京大学法学院刘凯湘教授的《人格权立法中的论争与辨析》报告,就时下热点的人格权独立成编问题展开其论说。他先结合《乌克兰民法典》进行细致的推理并证明其可行性;随后就人格权论争中的基本概念进行辨析,最后,梳理了当下学界反对人格权独立成编的八种理由,并逐一驳斥,充分表达了对人格权独立成编的支持。

华东政法大学的韩强教授在《人格权确认与构造的法律维度》一文,则持有不同立场,认为在未来民法典中人格权法不宜独立成编。他指出,抽象的人格整体以及承载人格的若干具体要素为法益,对人格法益应以侵权责任法加以保护;作为主观权利的人格权,须满足权利客体确定、权能明确的要求,并可能具有财产权和可继承性。基于此,诸多受保护的人格法益没有成为主观权利的素质,而一般人格权仅是对人格法益的概括性保护。

中央民族大学法学院的王叶刚在《人格权强制商业化利用诉讼中财产损失的证明——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,研究了一个具体问题,指出《侵权责任法》第二十条仅规定了侵权损害赔偿请求权,是人格权强制商业化利用时权利人财产损害赔偿的请求权基础。他认为,只要权利人能证明行为人未经许可对其人格权进行了商业化利用,即可认定其客观上遭受了一定财产损失,并有权在《侵权责任法》第二十条规定的范围内选择其财产损失数额的计算方式。

中国社会科学院法学研究所谢鸿飞研究员,以《论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析》为论,研究法人性质的定位问题,并认为这个问题是

民法典法人立法体系化的理论前提。他认为,法人拟制说与实在说均得到各国立法的重视,既满足国家对法人成立的监控要求,也为法人的社会活动提供行为规范。我国民法典应以实在说为基础,为此法人制度设计,应承认法人是社会行动的基本单位,重点规范法人的团体性要件,并确认法人全面的法律能力,同时可在法人人格否认等制度设计上吸纳拟制说。

中国政法大学的朱晓娟教授在《论合作社制度在民法典体系中的定位》一文,研究合作社之于法人的立法问题,提出应该在民法典中单节规定合作社法人。论文阐述了合作社制度的经济及社会双重特性,论述了规定合作社制度的必要性与根本原因,即可以为实现立法技术的科学性和准确性,也为未来其他类型合作社的出现提供基本法上的依据,节约立法成本等。她还具体就合作社概念、性质、机关、财产和盈余分配等基本制度以及有关具体条文设计和理由等进行了展开。

华东政法大学的杨代雄教授的《意思表示中的意思与意义》一文,是一篇概念分析作品。他通过考察意思、表示及其意义之间的关系,探究意思表示的构成要件,对于意思表示的概念予以了重新诠释,认为意思表示在本质上是效果意义的表示,效果意义与效果意思重合与否,只影响效果意义的最终归责。

吉林大学法学院的曹险峰教授在《民法典编纂视野下家事代理的定性与定位》指出,家事代理制度在《民法典民法总则专家建议稿》中,由第七章“代理”的第二节“委托代理”加以规定,其位置安排之妥当性值得深入思考。由于既往规定更多强调的是“家事”,而征求意见稿强调的则是“代理”,因此,家事代理从婚姻法(分则)移植于总则(代理制度)中,是深层次的制度重心的变动,值得慎重。

中央财经大学法学院尹飞教授在《论我国民法典中代理制度的类型与体系地位》一文中,对于我国现行代理制度及其体系地位加以探讨,并对于我国民法典中代理制度的类型与体系地位提出了自己的新颖见解。论文综合现有的民法典总则建议稿,认为讨论我国民法典中代理制度的建构,首先要对代理的范围作出界定,并在此基础上对代理的类型加以确定,然后方可具体确定相关规则在民法典中的体系地位。

北京理工大学法学院赵秀梅教授的《〈民法典总则建议稿〉“代理”章修改建议》一文,针对《民法典总则建议稿》“代理”部分提出了修改意见。文章提出“间接代理”名称应改为“隐名代理”,无权代理人对第三人的赔偿责任应改为赔偿额不得超过相对人在契约有效时可得利益,代理权授予行为的无因性原则应做适当限缩,应修改为“代理人所为或所受意思表示之效力,不因其为限制行为能力而受影响”。

山西大学法学院汪渊智教授在《论代理制度的立法模式》,研究我国未来民法典中的代理制度应当采取何种立法模式。他通过研究“区别论”和“等同论”两种立法模式,认为我国未来民法典在处理代理与其基础关系的关系时,应当采用大陆法的“区别论”,并且应将代理制度统一规定在民法典总则中,债编中不适宜规定代理权

的授予。

华中科技大学法学院冉克平教授的《表见代理本人归责性要件的反思与重构》一文,从比较法的角度,结合我国现行法并发掘相关审判实务的裁判规则,对主张本人归责性的“双重要件说”提出了质疑,指出“新双重要件说”在方法论上属于法律解释,相比于“双重要件说”的漏洞填补的方法更为妥当。

清华大学法学院申卫星教授在《德国法学方法论在中国的继受及其对中国民法解释学的影响》一文中,研究方法论继受立场问题。他指出,当下中国民法典的编纂中如何继受外国法律,特别是法典制定后如何建构中国自己的民法方法论,是民法教义学建设的核心问题。中国民事立法对大陆法系和普通法系的混合继受,需要整合德国法学理论,创造出符合中国社会发展需求的民法解释学。同时,法教义学的建设需要动态的人才培养。兹此,只有使用共同的法律概念,具备同样严谨的法律思维方式,才可预期用比较统一的路径解决法律纠纷,建设职业法律共同体。

暨南大学法学院汤文平副教授在《民法教义学与法学方法的系统观》指出,民法教义学体系构建是我国民法发展的关键性任务,他通过探索基本理论问题,就法教义学及法学方法论建构系统观,并对教义学与非教义学进行分辨和调谐。论文也对其认为法理学者朱苏力教授的“社科法学”对法教义学存在的一些误会作出进一步探讨。论文最后提出应根据我国法治发展的现状,结合法律系统的环境,厘定民法教义学发展任务。

烟台大学法学院王洪平教授在《“国家政策”之法源性的规范分析》一文中,主张我国未来民法典应摒弃《民法通则》第六条的规范模式,不应再明定“国家政策”的法源地位,应将其涵摄于民法典的公序良俗(或者公共政策)条款,但“国家政策”仍是立法和法律适用中可予(或应予)考量的一项政治因素。凡是能够通过“最大公益性”要求检验的国家政策,其本身具有公共政策属性,可融入立法而制定法化。在法律适用中,国家政策可经由司法的“创制政策”、“发现政策”、“释明政策”路径进入裁判。

由复旦大学法学院教师刚刚转型为上海地方检察官的白江副教授,在《论我国应重视自下而上的法制创新模式》一文中,指出我国针对在立法中存在的漏洞和其他问题,需要通过一种自下而上的模式、通过市场机制而产生解决问题的方案和制度的模式来解决。我国应当开始探索通过地方立法机关、地方法官和地方律师的活动来推动法制的创新,来探索一种新的能够充分发挥地方积极性的从下而上的制度创新模式。这些创新活动对于进一步深化我国的改革和开放、对于推动地方经济和整个国家经济的发展迈入新高度、新层次和新水平等具有深远的历史意义。

中山大学法学院于海涌教授在《中国民法典编纂中的主要争议和思考》一文中,也对中国民法典编纂体例问题进行了宏观思考。首先,针对民法典编撰的人文主义

与物文主义观点,作者主张把人编放在前面更符合以人为本、以人为核心的民法精神;其次,阐述了民法典制定《债法总则》、人格权编、民事责任编的必要性;再次,针对民法与商法之间的关系表明没有必要制定《商法通则》并进一步分析理由;最后,认为我国民法典应按“先总则后分则”、“先确认权利后提供救济”的原则进行立法。

郑州大学法学院申慧文副教授的《民法典小总则研究——德国式民法典总则的中国语境》一文,对于现有的民法典总则建议稿的基本结构进行了梳理,认为我国民法典总则不应当规定“法律行为”、“代理”和“权利客体”等,应当尊重现有的立法资源,着眼于现有制度缺陷的完善,采取合同法、物权法和侵权责任法依次递进的民法典结构。

上海海事大学法学院温大军老师在《德国债法改革中对法官法的象征性法典化》指出,2002年德国债法改革中,许多不成文的法官法规则制度被纳入民法典的规定中。在法官法法典化的过程中,立法者使用的手段是高度抽象的一般条款。立法者仅仅由于这些法官法对于现实生活的重要作用而让它在民法典的条文中有所体现。通过改革前后的法律适用对比发现,法官法法典化对法律适用并未产生实质性影响,在判决中适用的仍然是旧有的法官法规则。

此外,辽宁大学法学院焦淑敏教授贡献会议唯一的一篇亲属法的论文,她以《婚姻法立法与适用困境成因的法哲学判断》为题,从法哲学的角度,指出婚姻法在学术研究、立法以及适用中的诸多问题上,陷入困境的原因在于法律概念不明确、制度设置不合理和逻辑体系的不顺畅、原则适用不恰当等。作者基于上述原因,提出我国未来纳入统一民法典的婚姻立法,必须是概念清晰、逻辑顺畅、原则明确、规则具有可操作性的稳定的立法。

第四部分为“民法典编纂与物权法、担保法”,探讨了民法典编纂中物权法、担保法中的难点或重要争点。共收录十一篇文章。

北京航空航天大学法学院刘保玉教授在《我国特别法上的担保物权之规范梳理与立法改进》一文,指出担保物权在理论、立法和实践中是活跃的物权类型,在实践中存在大量的“广义上的法所规范的担保物权”,此外还存在法律文件中无任何规定的所谓“非典型担保物权”现象。因此我们必须重新审视物权法定原则及其缓和问题。刘保玉教授在文中对我国狭义法律规范之外所存在的特别法上的抵押权、质权与留置权进行了梳理,提出了物权法定主义的缓和解释与立法的改进。

南开大学法学院张志坡老师在《担保物权的本质及其在民法典中的位置》一文认为,所有权以有体物为基础,但两者并不相同;担保物权并非“物”权,而是权利上的权利,因此应妥当安排“担保物权”在民法典中的位置。文章还认为,担保物权进入物权法有三大错误,担保物权应当重命名为“担保权”,并在民法典中有新的定位。

华东政法大学法学院徐同远老师在《论融资租赁交易回购担保》一文中,认为将

融资租赁交易回购担保合同不是附条件买卖合同,亦非保证合同,也难归入混合合同范畴,似应定性为一种纯粹非典型商事合同。对于该合同,应秉持契约自由原则,从当事人的缔约目的(即分散出租人向承租人融资的风险)出发,并类推适用法律相关规定,解决其在合同效力、担保范围、担保期间、抗辩关系、回购担保与其他担保、租赁物所有权和租金债权移转,以及出卖人因承担回购担保责任而对承租人取得的权利等方面面临的法律适用问题。

北京社会科学院的王伟伟助理研究员在《权利实现、民事责任与担保法的体系定位》认为,我国民法典总则立法中应设置担保法总则,在物债区分的框架下构建统一担保法的体系。担保既是一种权利实现制度,也是一种民事责任制度。担保法除在功能上为债的实现保障,还在责任制度上具有体系化的基础,其实担保法本身具有整体性和独立性。

东吴大学法学院资深民法教授郑冠宇先生以《公寓大厦共用部分之管理约定》为题,以台湾理论和实践经验为视角,对公寓大厦共用部分的管理约定的这一现代复杂法律问题进行了创制性的审查。首先,对所有权及区分所有的理论概念进行论述,并阐述台湾区分所有之法制发展;进而阐述了共有物之管理的意义、方式及我国台湾地区“民法”第八百一十八条与第八百二十条之关系;其次,阐述公寓大厦共用部分之管理的意义及共有物之分管契约的意义、终止与变更;最后,提出关于公寓大厦共用部分之管理约定问题,除了反映出在经济环境及社会结构的改变下,法律规范的变迁外,更可从法制层面了解我国台湾地区近些年来在私法自治的前提下,为顾及公共利益所做的努力,以及对私权利与义务关系限制的必要。

西北政法大学袁震副教授在《秦汉以来中国古代土地物权制度发展演进研究——中国古代土地物权传统的分析与解读》一文,分别介绍分析了秦汉时期、魏晋至中唐时期、唐后期、北宋、辽金元时期、直至明清两代中国土地物权的运行状态,最后进行了总结,认为自古至今土地物权有以下特点:土地所有权为核心,国家公权力的介入是我国古代物权的重要特征,农村土地用益物权高度发展,土地担保物权制度发展相对滞后,重视对土地登记与物权变动。

上海大学法学院李凤章教授在《土地使用权“出让”流变考》中,指出我国在引进香港土地出让制度的过程中,将体现公共权力色彩的“批”改变为“出”,掩盖了土地使用权“出让”的财产权创设本质。将租赁保有的复数形式局限为有偿出让的国有土地使用权类型,也使得出让从本来的表达权利让与或变动的结果变成了权利的类型,从而导致了以后土地使用权类型的混乱。文章综合土地使用权“出让”流变考,对我国土地权利立法提出建议,即我国的使用权体系应根据所出让的各类权利内涵的不同而加以区分。

中国计量学院法学院陈永强教授在《英美法上的不动产物权变动:别样的“物权

行为”模式》一文,介绍了英美法“物权行为”的诞生过程引出专门用以移转所有权的法律文件转让书,进而阐述了转让书的基本要素及当今美国人所使用的三种类型:无担保转让书、一般担保转让书、特殊担保转让书;并指出转让书是用以移转所有权的文件,但仅仅签订转让书并不会发生所有权的移转,转让书只在交付之后才能有效的将所有权移转给受让人。英美法上的转让书除了具有权利移转功能之外,还具有三项功能:权利担保功能、权利表征功能和合同替代功能。

广东外语外贸大学法学院王荣珍教授在《论预告登记的注销登记》一文中,研究指出我国《物权法》、《房屋登记办法》和《土地登记办法》等对预告登记的注销登记都未规定。作者分析了预告登记的注销登记的必要性,即为完善不动产物权变动公示制度,保护交易安全以及维护正常的交易秩序;进而阐述了预告登记的注销登记的效力包括消灭效力、登记后处分物权变动效力、推定效力、善意保护效力;最后,探讨预告登记的注销登记程序,即区分不同情形,可以申请注销,也可以径为注销。

清华大学法学院金印博士后在《论货币作为所有物返还请求权客体的可行性——兼论抛弃“货币占有即所有”原则的必要性》,介绍了我国通行的原则“货币占有即所有”及这一学说继受来源,指出应抛弃这一最极端的学说。“货币占有即所有”原则缺乏基本的制定法依据,违背了一般的物权流转规则,极大地损害了原权利人的利益。“货币占有即所有”应该理解为对特定主体适用的推定性规则,我们宜进行深度的检讨和更正,适当地维护货币的高效流通和货币接收人的信赖。

中国社会科学院法学研究所刘明助理研究员在《网络虚拟财产权权利客体研究》一文中,着力于对网络虚拟财产进行法律上的定性,并借此明确权利的主客体,即网络服务提供者与权利人之间的持续性法律关系,以期规范多元化的网络虚拟财产类型,为网络技术发展保驾。

第五部分“民法典编纂与债法(含合同法与侵权法)”,涉及与民法典编纂相关的传统债法部分多个议题,共收录十四篇文章。

台湾政治大学资深教授黄立先生,续以《德国民法处理医疗纠纷的立法过程》宏文,着重研究和介绍了德国民法处理医疗纠纷的立法过程与发展,对于祖国大陆目前合同法部分修改如何纳入医疗服务合同颇有启迪。他的研究揭示:首先是,德国联邦法院过去对医疗纠纷系采侵权责任行为说;其次,2001年德国债法修正后,形成侵权行为说与债务不履行两说并行,论文详细说明此一转变的原因;此后,2011年德国民法纳入医疗契约,明确的从侵权行为法转向为契约法,论文又进一步分析了新增医疗契约节后规范的现状。论文赞成,医疗责任原本就是以契约责任为主,医病间也是平等的契约伙伴关系。

高雄大学法学院陈月端教授在《变迁中之医疗民事责任》一文,介绍了海峡两岸医疗民事责任之演进及现行规定,并也藉由观察德国2013年最新增列之“医疗契约”

(Treatment contract),通过医疗民事责任机制之比较分析,对两岸医疗交流所衍生之民事责任法律问题及未来可能之变迁,预做出适当回应,并妥善规划相应配套措施,以确保民众就医权益及台湾医疗健保制度之正常运作。

台湾政治大学法学院王千维教授在《共同共有债权之行使》一文,从我国台湾地区的“民法”法条入手,敏锐发现“共同共有债权得否由共同共有人中之一人单独行使”这一问题。王教授认为,第八百二十一条未能准用于共同共有债权之行使,但是共同共有债权成为不可分债权,第二百九十三条第一项规定适用于共同共有债权之行使。因此,由数继承人全体所共同共有之债权,原则上固得由继承人中之一人单独行使,惟仅得请求债务人向继承人全体为给付,债务人亦仅得向继承人全体为给付。

台湾大学法律学院陈自强教授则在文章《台湾契约错误法则之发展》一文,以其一贯善于质疑的思维,结合德国法的经验,对《民法通则》与《合同法》中的重大误解进行了深刻的反思,同时结合罗马法与早期欧洲法有关错误法则的历史脉络,综合分析了我 国台湾地区与祖国大陆有关错误法则的异同与可借鉴之处,对完善我国民法典债法有重要意义。

清华大学法学院韩世远教授在《〈国际商事合同通则〉与中国合同法的发展》一文,指出《国际商事合同通则》是国际统一私法潮流的代表。从合同标的自始不能、缔约过失责任、先履行抗辩权、提前履行与部分履行、违约责任归责原则以及强制履行六方面来看,可以发现《国际商事合同通则》对我国《合同法》中对应条款的制定产生了积极影响。同时,前者对无权处分与违约场合的精神损害赔偿的规定,在我国司法解释与实践活动中得到了不同程度的适用。

北京理工大学法学院付俊伟副教授在《欧盟合同解释制度对我国的启示》,认为我国现代合同法虽然进步发展,但仍然缺乏一套对合同解释系统的方法理论,通过对合同解释规则、填补规则和《欧盟合同法原则》解释制度的分析,可以通过借鉴对合同解释作出更加具体的规定,弥补合同解释的技术和规则的不足。

巴黎二大法学博士、福州大学法学院韩京京老师在《法国法给付之债探析》中,通过对给付之债的深入分析,特别是给付之债非即时履行状态的分析,试图以全新的视角来分析法国物权变动模式。她通过对法国物权变动模式的历史渊源梳理,对给付之债的及时履行和非及时履行区别分析,以及对给付之债的运用及债法改革的讨论,得出结论认为,给付之债在法国是现实存在的,履行时需要单独的合意。这是我们正确认识法国物权变动模式的关键,使法国的物权变动更加灵活,也使法国民法更具活力和竞争力。

上海交通大学肖俊博士在《和解合同的起源、法典化与中国实践》一文,从和解合同的概念、效力、错误、解除这四个基本问题入手,从罗马法上探索它的起源和典型化,以及它在现代民法典中不同的继受方式与学理发展,以期我国将和解合同的司法

实践纳入传统中。论文提出,仿效《意大利民法典》和我国台湾地区“民法典”的做法,一方面借助法律行为理论抛弃陈旧规定;另一方面,遵循传统的径路对和解合同的典型问题进行全面的规定,以利于法条适用与法典建构。

浙江大学法学院陆青副教授的《〈旅游法〉第66条“违反社会公德”之解释论——兼议变动中的中国民法及其体系整合》,从《旅游法》第六十六条“违反社会公德”的解释论入手,研究现行中国民法中微观法律系统对传统民法体系和制度建构所产生的冲击和影响。他认为,通过民法解释论的发展,在司法实践中不断探究和反思民事规范的内涵和外延,才是实践民法体系整合的最终途径。在民法典编纂过程中,要把特别法纳入规范整合的视域,反思传统民事概念和制度,以建构一个更为开放的民法典来回应现代社会系统发展演进的时代需求。

清华大学法学院程啸教授在《论未来我国民法典中损害赔偿体系的建构与完善》一文,主张民法典应将债法总则单独成编,在债法总则编规定损害赔偿法的总则,对损害赔偿法的基本原则、损害赔偿的范围、损害赔偿的方法等做出规定。同时,不能忽视侵权损害赔偿与违约损害赔偿的特殊情况、损害赔偿的支付方式、损益相抵、损害赔偿请求权的让与、损害赔偿额的酌减等内容。

武汉大学法学院李承亮副教授在《三种损失计算方法的适用》一文,介绍了知识产权侵权赔偿数额确定方法及其适用,分析了三种损失计算方法及适用顺序,以法定顺序模式为立足点,分析了主观损失计算与损失计算方法选择权的得失,分析了法定赔偿的局限和异化,最后提出了相应的对策。

厦门大学陈帮锋老师的《阿奎利亚法责任中的意外事故》,是一篇考据研究,提出罗马王政早期的努马法就有了故意与非故意的二分法思维模式,过错与意外事故的对反关系已经成为固定的法律思维,但往往被忽略,在现代法中引起了一些混乱。文章探讨了《阿奎利亚法》之前、之后的“意外事故”的词源及演变发展,结合西塞罗的原因理论、盖尤斯的意外事故理论等进行了分析,得出对现代法的启示。

湖南大学王文胜助理教授在《论合同法和侵权法在固有利益保护上的分工与协作》,从固有利益与保护义务的概念开始,分别从充分救济的角度和体系合理的角度阐述分析了我国原则上不应以合同法来保护固有利益,提出了我国合同法与侵权法在固有利益保护上应有明确分工。

南京财经大学法学院汪华亮副教授,在《基于合同关系的替代责任:一个法律经济学分析》一文,从法律经济学的角度分析,研究替代责任的目的,在于使侵权行为的社会总成本最小化。文章依据合同关系中当事人的控制程度、支付能力和风险倾向,及其他修正因素,构建了经济分析模型。并基于此模型得出基于劳动合同、劳务合同的替代责任是有效的,而基于承揽合同的替代责任是无效的;并认为此模型同样适用于其他合同关系中。

第六部分是“民法典编纂与商法”,共有十二位学者就从公司法、证券法、信托法、投资法、保险法等角度探讨了民法典编纂与商法的关系以及具体商法中值得关注的发展议题。

台湾政治大学法学院院长、商法重镇林国全教授,以《财报不实之民事责任》大作,揭示台湾地区现行“证交法”对于财报不实的民事责任的规范不完善问题,并旨在提出解决方案。论文对究台湾现行“证交法”第二十一条之一的规范深入探究,从其成立客观事实要件、责任主体及责任样态、损害赔偿请求权主体和损害赔偿具体数额计算四个方面,提出兴革建议,以期尽早凝聚共识,完成对财报不实民事责任具体规范之修正,确立实务执行方法,健全提升台湾证券市场的运作。

台湾政治大学法学院王文杰教授与李珮瑜博士研究生在《公司于股东代表诉讼之诉讼参加——从“台湾高等法院高雄分院 102 年度抗字第 237 号裁定”出发》,是一篇股东代表诉讼领域的专论力作,分析了公司于股东代表诉讼进行诉讼参加之法理基础与我国台湾地区现行规范,并通过“台湾高等法院高雄分院 102 年度抗字第 237 号裁定”进行实务分析,对台湾地区现行规范提出建议,明确规定公司作为被告董事的诉讼参加人参加诉讼。另外,论文还对于证据开示、原告股东如何获取证据资料、公司决定不予起诉的理由书等进行考量,以期未来修法时引进或加以改进,完善股东代表诉讼制度,发挥公司治理的功能。

台湾中正大学法学院王志诚教授在《民商合一制下运用诚信原则解释股东权争议之课题》这篇文章,则着重阐述了民商合一下“诚信原则”的重要性,从诚信原则的概念地位及权利滥用禁止原则、权利失效原则、情事变更原则及禁反言原则等派生原则的建立,运用诚信原则解释股东争议考虑的因素以及运用诚信原则解释股东权行使争议类型三方面分析,提出法院在运用诚信原则作为利益衡量法律基础,调整利害关系人利益对立关系时,应适当发挥诚信原则的具体性功能、补充性功能、限制性功能及修正性功能。

北京大学法学院许德风副教授在《论法人董事与代表人董事——兼议董事独立性的界限》一文,提出整合法人董事和代表人董事制度,一般性地扩大适用于各类企业,沟通股东与董事、董事与公司、股东与公司之间的关系,以维护公司利益。论文从我国法人董事和代表人董事的实务进行考察,与域外代表人董事制度的运用进行比较分析,论述选举与派遣权衡中董事的独立性;认为我国可以借鉴比较法制度,全面详细地分析法人董事和代表人董事制度,规范各主体之间的法律关系。

北京邮电大学法学院宋良刚副教授和李贤森硕士生合著的《环境侵权事件适用公司人格否认制度追究股东赔偿责任问题探析》,从环境侵权事件中公司环境责任的分析入手,探讨运用公司法人格否认制度直索公司股东或实际控制人对于公司侵权行为承担环境侵权民事责任的必要性、可能性以及具体适用问题。论文对环境污染