



民法前沿问题探究

郝立军 著

上海人民出版社



民法前沿问题探究

郝立军 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法前沿问题探究/郝立军著. —上海:上海人民出版社, 2018

ISBN 978-7-208-15014-0

I. ①民… II. ①郝… III. ①民法-研究-中国

IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 022479 号

责任编辑 秦 堃 刘华鱼

封面装帧 夏 芳

总 策 划 何 彬

民法前沿问题探究

郝立军 著

出 版 上海人民出版社

(200001 上海福建中路 193 号)

发 行 上海人民出版社发行中心

印 刷 上海商务联西印刷有限公司

开 本 890×1240 1/32

印 张 9.25

插 页 4

字 数 211,000

版 次 2018 年 4 月第 1 版

印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-15014-0/D·3174

定 价 36.00 元

谨以此书献给恩师段匡教授

序

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)于2017年10月1日生效实施,标志着我国“民法典时代”的开启。

社会的变化影响和改变着法律,需要法律调整这些新的利益冲突,面对出现的新的社会问题,在法律规定抽象或没有法律规定的情形中,如何理解和适用,如何对这些问题作出妥当的处理,传统的法律和方法论能否处理这些新的任务,是立法者、司法者和学者等在理论和实践研究中的新任务和需要解决的课题,也同样期待正在编纂的《民法典》能够作出相关的回应。本书作者主要从民法基本原则的地位与适用规则、物权的本质及相关法律问题、合同法中的合同自由限制与违约问题、一般人格权受侵害法律疑难问题以及侵权责任法视角下的未成年人特殊保护这五个方面入手,以民法基本原则到法律规范为视角,结合《民法总则》相关规定以及未来《民法典》各编中的若干疑难问题进行理论与实践层面的探讨。

作者首先从民法理念、民法基本原则和民法具体规范关系,探讨民法基本原则的地位和适用规则,认为民法的理念决定民法的基本原则,民法基本原则决定民法的法律规范,民法理念通过民法基本原则表现于民法规范之上,民法规范贯彻民法基本原则

从而彰显了民法理念。从民法解释学角度而言,在存在明确有效的法律规则时,若要优先适用法律原则——因民法基本原则自身不具有确定性,则应运用法益衡量方法决定优先适用问题,并满足严格条件,以此对法官依自由裁量权直接运用民法基本原则作为司法机关的裁判依据的行为进行约束和限制。

有关物权本质的学说,主要有“对物关系说”、“对人关系说”和折中说。作者认为,折中说能从本质上区分债权与物权,并能解决“物权债权化与债权物权化”这种“中间现象”问题,不会因“物权债权化与债权物权化”而改变或否定物权与债权的二元区分的标准。有关物权行为,尽管学界对其有所争议,但是物权行为理论逻辑上具有一定的合理性。在我国民法典编纂过程中,希望该方面的成果能为立法者所采纳或参考。

合同自由原则最早起源于罗马法,随着“从身份到契约的运动”,已成为近代私法自治的核心。随着现代社会发展,合同自由原则受到的限制越来越多,而合同自由原则受限制真正的目的是为了保护当事人的利益,体现了自由原则的精髓。有关违约责任的归责原则,我国学界主要学说观点有严格责任说或无过错责任说,严格责任为原则、过错责任为例外,过错责任为原则、无过错责任或严格责任为例外,以及过错责任说,但这些学说的判断标准具有抽象性。作者经分析认为,违约责任的归责原则应当取决于债务是一项方式性义务还是一项结果性义务,以在具体的法律规范中进行确定,如果违反结果性义务,承担无过错责任(严格责任);违反方式性义务,承担过错责任。

在违约问题上,主要有两个问题值得探讨:一是在违约责任与侵权责任的竞合问题上,作者认为,如果侵权责任过于扩张运用,就会有取代违约责任的倾向,那么违约责任与侵权责任的区分会失去正当性和合理性,因而,违约责任与侵权责任竞合应当

基于一个共同基础,即都符合违反义务的前提,否则,会得出“合法的合同行为但又是侵权行为”的不合理观点。二是有关“效率违约”问题,作者认为,学说上不能一概否认“效率违约”理论,应设定一定条件,允许违约方解除合同,在违约责任方式上,运用承担损害赔偿 responsibility 来代替实际履行,如我国在《合同法》中为效率违约理论制定了一些具体规则(如可预见性规则、减损规则等),为违约方的效率违约提供了基础,在一定的前提条件下,有着允许当事人选择违约的余地。

一般人格权以及一般人格权受到侵害为法律上的疑难问题。首先是有关一般人格权的概念存废,有所争议。通说认为,法人等团体不具有一般人格权问题,一般人格权指的是自然人所享有的一般人格权。面对不断出现的新型人格利益受到侵犯,只有通过一般人格权才能得到保护,各国一般通过判例或立法建立了一般人格权保护制度。由于一般人格权的内容和侵权时的事实要件难于确定,关于一般人格权受侵害的认定方法,作者认为——运用利益衡量方法是认定一般人格权的必要方法,又鉴于利益衡量方法自身的不足,应当与类型化方法相结合,从而能够更好地保护一般人格权。

侵权责任法视角下的未成年人特殊保护应当体现“未成年人本位”理念和对未成年人的特殊和优先保护原则。如何在侵权责任法中对未成年人进行特殊保护,权衡各方利益,也是我国民法典编纂中的重要问题。作者从公共场所对未成年人的安全保障义务、“人肉搜索”下的未成年人信息网络保护和未成年人的监护人承担监护责任归责基础三个方面对未成年人特殊保护进行了理论与实证分析,提出对未成年人的安全保障义务标准采取“理性未成年人”标准,对“人肉搜索”下的未成年人信息网络优先保护应当与成年人被“人肉搜索”网络侵权一体保护标准不同,对

《侵权责任法》第36条进行重新解释,提出针对未成年人的网络服务提供者过错标准的类型化,针对我国未成年人的监护责任采纳的是“二元归责”(即区分有无外力干预两种情形,分别承担过错责任和无过错责任,并无衡平责任作补充,且具体承担责任的方式依未成年人有无财产不同)进行检讨,提出我国未成年人的监护责任应回归传统,未来《民法典》应建立未成年人的侵权责任能力,监护人承担监护责任的归责基础为过错责任,并以衡平责任为补充。

邾立军是我指导的第一位博士,本书是作者对民法中的一些前沿性的疑难问题进行的探讨,是在其学术研究和教学活动的基础上形成的硕果。期待这些研究和探讨能够引起法学学者对相关问题的关注,以便今后这些课题能够得到更进一步的研究。

段 匡

2017.10.11

前 言

——《民法总则》的理解与问题的提出

历史上最古老的民法典应为约四千年前的古巴比伦王国的《汉谟拉比法典》，影响最为深远的古代民法典应为公元 529 年颁布的奠定后世法学特别是后来大陆法系民法典基础的《查士丁尼法典》，近代民法典最早的应是 1794 年《普鲁士民法典》，之后为 1804 年的《拿破仑民法典》和 1812 年的《奥地利民法典》，技术最精良完备的民法典是 1896 年完成、1900 年生效的《德国民法典》，还有 1907 年的《瑞士民法典》及 1911 年的《瑞士债务法典》，后诸多国家或地区均仿效欧洲大陆法系国家而编纂或制定民法典，^①诸如《日本民法典》。

民法典关涉到人“从摇篮到坟墓”的所有事项，是以人的权利保护为核心的法，被人们称为“社会生活的百科全书”和“民事权利的宣言书”。新中国成立后，我国曾先后于 1954 年、1962 年、1979 年和 2001 年四次组织起草民法典编纂工作，但因种种原因，未能完成民法典的编纂。随着 2017 年 3 月 15 日第十二届全国人

^① 刘得宽：《民法总则（增订四版）》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 10—12 页。

民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国民法总则》(自2017年10月1日起施行,以下简称《民法总则》)的出台,我国的“民法典时代”开启了。

一、《民法总则》对于我国民法典编纂的意义

民法典是民法的一种表现形式,是由国家立法机关依照法定程序制定颁布,按照一定逻辑体系将各种基本的民事法律制度编纂在一起的民事基本规范,^①它消除各个民事单行立法之间的矛盾冲突,使民法的内在价值体系和外在体系保持一致性和逻辑上的自洽性。

作为“民事权利的宣言书”的民法典,应当以民事权利为中心来构建民法典体系。构建以民事权利为中心的民法典体系,必须要有对权利主体、权利客体及其类型、权利的取得和行使规则、权利的保护方式和民事责任等的规定。《民法总则》的出台,对上述问题作了一般性规定,确立了未来民法典编纂的框架和制度基础,指导着未来民法典分则部分的编纂。正如梁慧星教授所言:“民法总则确立了民法典的基本制度、框架,消除了原先存在的民法通则与有关单行法律之间的冲突和矛盾,规范了社会生活的基本规则,标志着我国民法典编纂的第一步已经顺利完成。”“民法总则在民法通则的基础上修改完善了民事权利体系,强化了保护民事权利的观念,在世界上开创了在民法总则中全面系统规定民事权利的立法模式,我国人权保护法治建设由此进入

^① 魏振瀛:《民法(第四版)》,北京大学出版社、高等教育出版社2010年版,第2页。

一个新时期。”^①

作为“社会生活的百科全书”的民法典,从微观上来讲,民法具体调整的对象是人身关系和财产关系,关系到每个人生活的方方面面,诸如人的生老病死以及日常生活中的衣食住行,它必须反映时代的特征,否则会脱离实际;从宏观上来讲,民法典从立法上表达了一个国家的民族精神和时代精神。从法理上来说,法律规范是民族历史与文化长期发展的结果,在某种意义上是通过风俗、民族信仰和习惯表达出来的民族精神而产生,^②《民法总则》彰显了民族精神。“如果说 1804 年的《法国民法典》是一部 19 世纪风车水磨时代的民法典代表,1900 年的《德国民法典》是 20 世纪工业社会的民法典代表,那我国的民法典则应当成为 21 世纪民法典的代表之作。”^③因此,“我们要制定的民法典是 21 世纪的民法典,必须回应 21 世纪的时代需要,彰显时代精神和时代特征”。“《民法总则》充分彰显了时代精神和时代特征。”^④

民法典是民事活动准则和民事裁判规则,但在立法实践中,我国却没有一部完整的民法典,“我国民事立法缺乏体系性,不利于充分发挥民法在调整社会生活、保障司法公正等方面的功能。《民法总则》确立了普遍适用于各个民事法律制度和规则的基本原则,消除了各个法律相互之间的冲突和矛盾,这就使民事立法体系更加和谐一致”。“这将促进我国民事立法的体系化发展。”“《民法总则》是采取‘提取公因式’的方式确立的规则,是民法典中最基础、

① 梁慧星:《民法总则的时代意义(人民要论)》,《人民日报》2017 年 4 月 13 日第 7 版。

② [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社 2005 年版,第 202 页。

③ 王利明:《中国民法典的时代特征》,《人民法治》2016 年第 3 期。

④ 王利明:《〈民法总则〉的时代意义》,《学习时报》2017 年 3 月 22 日 A1 版。

最通用,同时也是最抽象的部分,所以它可以普遍适用于各个民事商事单行法律。”^①“每一个复杂社会都需要一套行之有效的法律体系……法律体系的一个重要功能在于裁判案件”,^②也有助于对法律的遵守,作为民法典分则各项制度设计基础的《民法总则》的出台,是整个民法典编撰立法完成的指导准则,对于未来的我国民法典编纂的立法体系、民事活动和司法实践具有重要意义。

二、《民法总则》的框架与规定:以《民法通则》为参考对象

一般而言,民法典由总则编、物权法编、合同法编、侵权责任法编、婚姻家庭法编和继承法编等组成。其中,民法典的总则编就是《民法总则》,它共计11章,206条,涵盖了从基本原则到具体规定,其基本框架主要由基本规定、自然人、法人、非法人组织、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效、期间的计算和附则构成,但与《民法通则》框架有所不同。《民法通则》共计9章,156条,由基本原则、公民(自然人)、法人、民事法律行为和代理、民事权利、民事责任、诉讼时效、涉外民事关系的法律适用和附则组成。可见,《民法总则》与《民法通则》在章节和基本框架方面略有差异;另外,具体规定也有所不同。《民法总则》的特征和时代意义,因诸多法学大家已经有非常多的阐述,此处不予赘述。^③下面

① 王利明:《〈民法总则〉的时代意义》,《学习时报》2017年3月22日A1版。

② [美]理查德·瓦瑟斯特罗姆:《法官如何裁判》,孙海波译,中国法制出版社2016年版,第1页。

③ 参见王利明:《〈民法总则〉的时代意义》,《学习时报》2017年3月22日A1版;梁慧星:《民法总则的时代意义(人民要论)》,《人民日报》2017年4月13日第7版;王利明、周友军:《我国〈民法总则〉的成功与不足》,《比较法研究》2017年第4期;等等。

就以《民法通则》为比较对象,对《民法总则》的新的规定以章为单位作一梳理。

《民法总则》第一章中的“基本规定”与《民法通则》第一章中的“基本原则”的内容不同,“基本规定”的主要内容包括立法目的、立法依据、调整对象、基本原则、法律渊源和法的适用范围,而不仅仅规定“基本原则”。其中,值得注意的有以下几个方面:(1)在立法目的中加入“弘扬社会主义核心价值观”的理念,这是中国共产党在党的十八大提出的“富强、民主、文明、和谐、自由、平等、公正、法治、爱国、敬业、诚信、友善”社会主义核心价值观,富强、民主、文明、和谐是国家层面的价值目标,自由、平等、公正、法治是社会层面的价值取向,爱国、敬业、诚信、友善是公民个人层面的价值准则,社会主义核心价值观中诸如公平、平等、诚信内容已经体现在民法的基本原则和具体制度之中,此次作出规定,则进一步指出国家、社会和个人之间的行为准则价值理念之所在。(2)在基本原则方面,由于“等价有偿”原则适用范围限于财产关系而并不适用于人身关系,所以不具有基本原则的全面性,“不得破坏国民经济计划”原则基本不在民事领域发生作用,《民法总则》中的基本原则删除了《民法通则》中原有规定的“等价有偿”原则和“不得破坏国民经济计划”原则,除了与《民法通则》中的平等原则(第4条)、权利神圣原则(第3条)、私法自治原则(第5条)、公平原则(第6条)、诚信原则(第7条)、公序良俗原则(第8条)、禁止权利滥用原则(第132条)相同的原则之外,还规定了“绿色原则”(第9条),即“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境”,这是我国全面建成小康社会决胜阶段要求保护环境和维护生态平衡的体现,它具有鲜明的时代特征,是民法对突出的生态环境问题的回应,“确信禁止和限制民事主体对资源的浪费性使用,从而维持人类的可持续生存……绿色原则

之提出和践行,对于我国人民和世界人民的福祉,都具有特别的意义”。^①(3)民事法律的适用规则方面,《民法总则》将《民法通则》第6条“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策”中的“国家政策”修改为“习惯”,并用“不得违背公序良俗”加以限制,即“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”。与很多国家或地区规定的无法律和习惯则依法理相比较而言,如我国台湾地区“民法”第1条“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理”,《瑞士民法典》第1条“2.如本法没有相应的规定,法官应依习惯法进行裁判;如无习惯法,法官依自己如作为立法者应提出的规则进行裁判。3.法官在前情形下提出的规则,应以公认的法理和判例为依据”;我国《民法总则》并未作如此规定,有学者认为,没有规定“法理”的法源地位的理由是,除了法律和习惯外,还有最高人民法院司法解释以及指导性案例作为裁判依据,立法并未明文否定“法理”的法源地位,应该可以参考“法理”。^②(4)在民法的调整对象方面,将《民法通则》第2条“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”中的“财产关系和人身关系”顺序对调为“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”,将人身关系置于财产关系之前,回应了我国法学界关于民法调整对象的“人文主义”和“物文主义”之争。^③

《民法总则》的第二章至第四章主要规定的是民事主体,其同

① 徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第138—139页。

② 梁慧星:《中国民法总则的制定》,《北方法学》2017年第1期。

③ 参见张谷:《质疑民法典起草中的“新人文主义”——评徐国栋〈两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义〉》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2007年第4期。

《民法通则》为公民(自然人)和法人二分法相比,《民法总则》采取的是三分法,即分为自然人、法人和非法人组织。《民法总则》的创新之处在于:自然人方面。(1)删除了个人合伙规定;(2)增加了保护视为具有民事权利能力的胎儿的利益的规定,将《民法通则》中的“出生”即表示胎儿存活状态的词,表达为“娩出”,即表明胎儿分离出母体事实的状态,从而更好地保护胎儿在继承、赠与、侵权损害赔偿等领域的利益;(3)将无民事行为能力的未成年人的年龄上限由《民法通则》的“十周岁”下调为“八周岁”,相比较而言,更利于未成年人与其年龄、智力相适应的民事活动,尊重未成年人的自主选择,有利于交易秩序和交易安全,符合我国未成年人在心智成熟程度方面的变化的特点;(4)对于向人民法院申请认定不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人或恢复其行为能力的申请人,增加了学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、依法设立的老年人组织等,删除了“单位”一词;(5)在监护制度方面,对原有的诸如监护人、监护顺序、社会组织参与等监护制度作了详细的具体规定,要求尊重被监护人的意愿,确立了被监护人最大利益原则,扩大了被监护人范围,设立了成年人监护制度,增加了遗嘱监护(第29条)、协议监护(第30条)、意定监护(第33条)等监护方式,明确规定监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的,应当承担法律责任,规范了撤销监护和原监护人“悔改权”制度,进一步加强对弱势群体的保护;(6)在被宣告死亡的人的婚姻关系的处置上,《民法通则》中规定,只要被宣告死亡的失踪人的配偶尚未再婚,婚姻关系自动恢复,对于配偶尚未再婚的具体情形没有考虑,不利于保护配偶方的利益(如准备即将登记结婚情形)的情况,《民法总则》作了“其配偶再婚或者向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外”规定,充分尊重和体现了婚姻自由精神。法人方面,与《民法通则》相比,取

消联营内容,取消企业法人分类方式,改为营利法人分类方式,将事业单位和社会团体法人改为非营利法人,承认了宗教活动场所的法人地位(捐助法人),增加特别法人——将机关法人、农村集体经济组织法人、基层群众性自治组织法人界定为特别法人,规定了法人人格否认制度,规定了法人可以向有过错的法定代表人追偿,对法人的分支机构和设立中的法人从事民事活动的法律后果作出了规定。非法人组织方面,删除了《民法通则》中的与实践不符的联营制度,此处的非法人组织,并不等于《合同法》和《民事诉讼法》等法律中规定的“其他组织”,法人的分支机构不包括在内,《民法总则》中的非法人组织指的是个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。

《民法总则》第五章规定的是“民事权利”,与《民法通则》规定相比,其在第129条明确规定了民事权利产生的原因,即民事权利可以依据民事法律行为、事实行为、法律规定的事件或者法律规定的其他方式取得。该章主要规定了民事主体的人格权、身份权、物权、债权、知识产权、继承权、股权和其他投资性权利等民事权益,其中,除了自然人的人格尊严受法律保护,还规定了自然人的人身自由受法律保护,填补了《侵权责任法》的空白;该章确认了身体权保护,再次重申对隐私权的保护,自然人的个人信息受法律保护;该章首次在法律上表述“平等”以保护民事主体的财产权利;该章对知识产权作了概括性规定,其外延包括地理标志、商业秘密、集成电路等;对数据、网络虚拟财产的保护;该章对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等弱势群体的民事权利予以特别保护;该章规范了民事权利的取得和行使规则等。另外,对不当得利概念进行了新的界定,将《民法通则》的“合法根据”改为“法律根据”,不当得利的请求权基础是致使他人受损的事实在法律上有无根据,而不是指行为上是否具有合法性,“其(不当得利)

法律上之性质,属于自然事实中之事件,为债权发生之原因”。^①

《民法总则》第六章与第七章规定的是“民事法律行为”和“代理”制度,实际上是广义的民事法律行为制度,贯彻和弘扬着私法自治精神。民事法律行为方面。(1)将《民法通则》“民事行为”概念回归为与传统大陆法系概念“法律行为”基本相同的名称“民事法律行为”,扩大了原来《民法通则》中民事法律行为的范围,将民事法律行为分为合法的民事法律行为、无效的民事法律行为、可撤销的民事法律行为和效力待定的民事法律行为,以体现当事人的私法自治;(2)删除了《民法通则》中的可变更的民事法律行为,以避免法官将其意志强加于当事人;(3)专门规定了“意思表示”,从而对各种不同的法律行为效力作了详细的规定;(4)增加规定了通谋虚伪表示的民事法律行为无效的规则和隐藏民事法律行为的效力;(5)对基于重大误解、欺诈、胁迫、显失公平、恶意串通等而产生的可撤销或无效民事法律行为在原《民法通则》规定的基础上作了修改,将《民法通则》中的乘人之危制度并到《民法总则》显失公平制度当中,赋予了显失公平新的涵义,并首次规定了第三人欺诈或第三人胁迫,将其纳入欺诈和胁迫制度予以规范;(6)对商事行为的效力作了规定;(7)规定了撤销权消灭期间,其中将当事人重大误解的撤销权时效缩短为自知道或者应当知道撤销事由之日起三个月;(8)明确规定了“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”,值得注意的是,此处指的是效力性强制性规定还是管理性强制性规定,并没有明确。代理方面,不同于大陆法系民法典中的作为法律行为的代理制度,我国《民法通则》和《民法总则》中的代理制度,既包括法定代理,也包括委托代理,

^① 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第71页。