



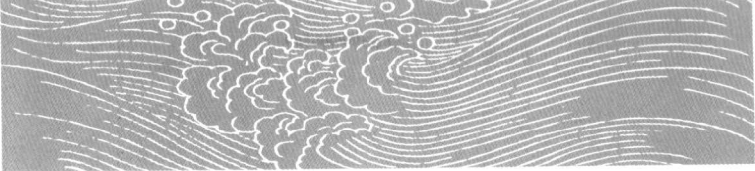
中国之路与中国民法典 不能忽视的100个现实问题

*China's Way and China's Civil Code-100 Realistic Issues
That Cannot Be Ignored*

杨遂全 | 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国之路与中国民法典 不能忽视的100个现实问题

*China's Way and China's Civil Code-100 Realistic Issues
That Cannot Be Ignored*

杨遂全 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国之路与中国民法典:不能忽视的 100 个现实问题/
杨遂全著. —北京:法律出版社, 2005. 5
ISBN 7-5036-5548-8

I. 中… II. 杨… III. 民法—立法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 031638 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘彦洋 吕亚萍

装帧设计/乔智伟

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/13 字数/311 千

版本/2005 年 5 月第 1 版

印次/2005 年 5 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-6399781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5548-8/D·5265 定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

杨遂全 1975 年任乡村会计。1977 年在西藏公安厅工作。1981 年于西南政法学院提前毕业;1984 年获硕士学位。1990 年在巴黎第一大学进修。1992 年聘任硕士生导师。1998 年聘任教授。1999 年在孟德斯鸠大学合作研究劳动法,出席南欧就业法研讨会,参加“在欧著名学者认识欧洲”项目。2003 年 2 月在中国社科院法学所通过博士论文答辩,3 月到日本福岡大学和长崎大学交流,8 月到驻法使馆教育处随任,同时在孟德斯鸠大学作博士后合作研究。

1983 年起讲授民法、比较民商法、房地产法、人身权法、亲属继承法等。1986 年始做兼职律师,担任银行和多家内外资企业顾问,兼四川大学比较法中心主任、中国民族法律文化学会副会长、全法中国法律与经济学会顾问、婚姻法学会常务理事、四川省民法学会常务理事等。现为四川大学法学院教授。

1982 年后在《法学研究》、《中国法学》、《社会科学研究》和《孟德斯鸠大学学报》、《欧洲法律评论》等国内外刊物发表了:《用法律手段抑制贫富悬殊》、《当代中国民法学反思》、《中国当代就业状况与劳动法研究》(法语)、《马克思的婚姻法学思想》、《现行婚姻法的不足与民法典立法对策》、《民事权利的剥夺》、《中国与失业作斗争》(法语)、《中国农民工的法律地位》(法语)等学术论文近百篇;1985 年后在法律出版社、人民法院出版社等出版:《家庭未来及其对策研究》、《人类学初探》、《中国人口法律制度研究》、《比较民商法学》、《市场经济与公证立法》等专著 9 本,合著 10 余本,合译《美国婚姻与婚姻法》等 2 本,主编《新婚姻法专家指导丛书》等丛书。

上述成果,多次获得省市成果一、二等奖和司法部7.5优秀论文奖;1992年获教育部优秀青年教师资助;1994年获硕士奖,1995年获首届杰出青年法学家提名奖;2002年获挑战杯特等奖优秀导师奖等;曾独担或负责:人口立法研究、民商事法律秩序维护与法定公证(司法部重点)、人口流动制度比较、人力市场化机制(中欧高教项目两项)、立法和法律实证(中加项目)、少数民族人口政策(国家八五项目)等多项国家和省部科研项目。

前 言

巴黎,物宝天华,对一个外国人来说,似乎更是一个可以使人远离自己国内的名利场,悠然自在,陶醉于自我的世外桃源。

本来想借在这里的三年清(闲)净(化)机会整理出版我的博士论文。谁知思维总摆不脱国运的缠绕,出版毕业论文的初衷于是慢慢渐退其次。

案头厚厚的一本《中华人民共和国民法(草案)》总不时地想翻一翻,批注一下,加上不得不思考如何启发我带的研究生写论文,做作业,于是,就想借这本书,一石二鸟。一方面自知无用地记录几句“人微言轻的民法草案谏言”,另一方面给学生们找点嚼口舌的话题。

本书除第一章倾向于现实的宏观问题外,其他各章均以现实具体问题(实例、实情、现实法律或草案的缺陷)的探究为主,奢想每个问题的探索都能在未来的民法典中有一两个字的贡献,尽管这奢望只是一种自我安慰。总之,所有的问题都须来自于社会生活实际,而同时又是目前我国民法的盲点;探讨过程中尽可能地扩充信息量,触角深入。但不会像“绿色民法”那样形而上或“矫情”,也不能像“讲义民法”那样追求“唯美”。小册子只能有话则长,无话则短。当然,其中不少论点还是一些极不成熟的想法和点题式地触及,还需进一步深入求证;绝大部分论题仍可作本科或硕士的毕业论文选题再探。

另外,尽管书的标题是标明中国的,实际上其中许多问题是带有普遍性的,是其他国家也没有解决好的法律问题。

本书出版得到了法律出版社的领导蒋浩和学兄张波以及责任编辑的大力帮助,得到了中国社会科学院法学所梁慧星、夏勇、孙宪忠、

张广兴等各位老师和同仁的热情鼓励。他们都给了不少指导性的建议。在此深表谢意。

在写作的过程中,曾与驻法使馆教育处的几位好友反复讨论。通过互联网还得到了我带的一些研究生的支持;几个小题是在我与他们的讨论中形成的。在此也谢谢他们。此书也有许多不尽如人意之处,可能辜负上述这些对我怀有殷切期望的人。所幸来日方长。我相信在各位读者的帮助下,今后有再行修改的机会时,会更上一层楼。

杨遂全

2005年2月定稿于法国巴黎

目 录

前言	1
第一章 社会道路与民法典	1
一、中西制度互动与发展道路问题	3
互动结果殊途同归?	3
合理公有与跨越后工业社会	4
政治经济架构的现代化与民法现代化	4
二、民法典的旗帜问题	6
法国民法典 200 年纪念及其旗帜意识的启迪	6
2004 年修改前后的法国民法典第 1 条与时代精神	7
要有旗帜但不要空想代替后人立法或奢望永恒	8
三、淡化立法的拿破仑情结和代表直选问题	10
四、民众知法权问题	12
公众知法权与立法或执法者的义务	12
不可将民众基本利益交给司法解释内部规定	13
从无财产即无人格谬论看民法文本语言大众化	14
五、平等竞争机制与社会基层稳定问题	16
用法律使贫富不会永世不变	16
人格平等机会均等及官民失业率比较与平衡	17
对下岗工人不愿和农民工平等竞争的质疑	18
弱势群体的结婚权和性与遗传权的最低保障	19
浮躁速动急功透支时代的生存危机及其防范	20
六、坚持以劳本主义作为立法的指导思想	22

以民法草案将薪酬定为短时效歧视劳动利益为戒	22
中国改革成功的首因:劳动者能够自主劳动	23
重视劳动者为国有资产原始积累几十年	23
经济民主和共同富裕需国企私企实行劳资分享制	24
建构公有制主导市场化的按劳分配法律机制	24
第二章 民法典体系的设置	27
一、构造民法科学体系的基本准则问题	31
法典的开放性与基本反映所有基本民事权利	31
以规则适用的普遍性不同确定入典基本范围	32
以各种民事关系对人的重要性不同入编	32
二、人格权法改为人身权法的必要性及逻辑推演	34
从法国民法典身体权章和伤身不伤人格看我学界盲视	34
人身 $\geq$ 人格+身体+身份与人格权作编名的弊端	37
个人人身权与两人才能构成的亲属权两编并列	39
人身法调整绝对身份权与亲属法调整相对身份权	40
三、关于劳动关系纳入民法典体系的问题	41
劳动成为交换对象以来民法典的疏漏	41
民法使命与劳动作为民间最基本的平等对价关系	42
从劳动者和商人的人数比看民商合一与民劳合一	43
公法调控劳动的弊端与人力市场化的必然	44
劳动者的饱与富及劳动法和社会保障法分离的意义	45
四、亲属法体系和名称方面的盲点	46
家庭解体和非婚亲增多与婚姻法编名实不符	46
从孤儿独身看亲属置财产权编之后	47
亲属法不能缺少民事的生育制度	47
五、收养法与知识产权法和债法在法典中的地位	49
六、责任编名称:侵权责任还是民事责任?	50

七、民法典九编体例：总则、人身、劳动、财产、合同、亲属、继承、责任、涉外	52
第三章 民法总则方面的盲点探题	55
一、增补权利排序的基本规则	57
学界公认的权利冲突及其排序和处理原则	57
权利重要性的不同以及排序的可能	58
公私权排序与刑事附民事和私权源于民法规则	59
二、增补生命权人身权优先原则	60
由收银员交款给抢匪保命案看人身权优先	60
由法国禁止冬逐长租房客看人身性物权优先	62
由卖肇事车救命还是还贷款看人身优于债权	63
三、设立适当照顾弱者利益原则	65
由德国失业男子诉求嫖娼保障金看何为弱者	65
对广东省妇联陪审制的反思与公平照顾弱者	67
适当照顾弱者与强者多担责任的公正性	69
四、民事有告必理原则与法律的作用和形式	71
民事有告必理与法国拒绝审判罪的意义	71
有告必理与法无禁止不为过原则的冲突协调	72
法的可预见性原则与有告必理原则的冲突协调	72
五、民事寻法及释法规则的法定	74
六、民事权利的剥夺与审前无罪过推定问题	75
中国民法典缺少最基本的有关剥夺民事权的规定	75
由拘母致3岁儿饿死家中看剥夺一般公民民事权	75
无罪推定与罪犯财产保护及民事财产权的剥夺	77
推定无过与民事举证责任分配的普遍原则	81
七、民法草案中监护制度的缺陷如何弥补	83
剥夺监护权受赡养权的规则制度化问题	83

由监护交易和被告代理原告看监护监督制	84
子女成年后可控告父母监护期内侵权的期限	88
无扶养义务的监护人取酬权与加强监护问题	89
八、失踪宣告前的财产管理及财产代管制度	91
九、我国的法人制度仍需完善体制问题	93
年检不合格企业的地位及其行为效力	93
权利外观主义与法人经营范围外行为处置	94
法人自行解散与债权人保护及法人责任险	97
十、我国民法草案忽略的时效问题	99
现行法律和草案规定的时效后果含糊	99
过了时效的债权可否采取适当自助措施索回	100
由档案法反思医疗事故 30 年诉讼时效	100
长期分期付款买卖中物款时效的分别起算	101
诉的利益生成与无效行为后果处理的时效	102
第四章 民法草案和学界遗漏的人身权	103
一、生命权的权能与绝症或畸婴安乐死问题	107
生命权的行使与临终患者自然死亡权	107
与生命权相关的一个命题:畸婴安乐死	108
另眼看生命权:人的生命与怪胎处置	109
生命伦理委员会与民法生命权细则的委托立法	110
二、生存权由宪法权利到民事权利	112
公法中的群体生存权:传统的表述	112
我国现行民法规范中的生存权概念	114
由救助和抢救责任看民事生存权法律关系	115
生存权与生命权或安全权及行乞权的关系	116
三、人身安全权及其扩张	119
从不出人命不受理看安全权与生命权的区别	119

相邻人身危险知情权与排除危险请求权	119
消费者人身安全由附随义务转向法定义务	120
四、人身身体权方面的热点反应	122
法国民法身体权 1994 年 10 条新规定的借鉴	122
人体器官与人体产物的区别及保护	123
有偿使用是否更能促进人体器官的利用	125
五、美容整容权与肖像权和身份权	127
六、人工变性与性别选择权	129
七、单身生育权与胎儿和胎盘的法律地位	131
质疑确认独身生育权的必要性及其立法抉择	131
单身堕胎权与胎儿生存权的冲突与协调	132
关于胎儿健康利益保护措施的法律抉择	132
从胎盘宴诉讼案看人体分离物的特殊法律地位	133
八、身首和生殖系统移植涉及的各种法律问题	135
九、与基因和人体试验相关的权利及克隆权	137
作为基本人权的基因遗传权	137
由我国目前禁止克隆人看权利的非天赋性	137
法国民法基因权 6 条和人体试验条款的借鉴	139
基因遗传权与特殊情况下的克隆权	140
十、身份权理论和立法方面的盲区探题	141
身份制度消失论的武断与身份支配论的漏洞	141
从为什么赔偿死者的亲属看身份利益的客观存在	142
将身份权仅限于亲属权和荣誉权的弊端	142
范围:基于能单独带来利益的身份所生之权	143
亲属人格利益分享与身份权的相对性和绝对性	144
十一、亲属人格利益生存方分享与绝对亲属权	145
由盗衣冠墓和自杀后亲属赔偿他人看绝对身份权	145

民法草案规定“死后的权利”违背法理	146
死亡与亲属人格利益相互分享变为生存者独享	147
亡亲姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私保护权的主体范围	148
遗体遗骨保护权与瞻仰权和悼念权及丧假权	149
亡亲遗存冷藏遗传因子保护权与延续家庭权	152
十二、作为民事身份权的成员权和资格权	154
成员权和资格权的概念及其范围的界定	154
成员权和资格权作为身份权的本质属性	155
成员权和资格权与其相近权利的区别	155
社员权和资格权作为民事身份权的法律特征	157
齐玉苓案:是受教育权还是资格权或人生计划权	158
律师、医生、教师等资格权和信用权与一般身份权	159
第五章 劳动法的修订与民法典劳动法编	161
一、现行劳动法对劳动诉权的歧视及其违宪嫌疑	163
二、民法草案对于劳动者的不利之处及其纠正	165
自主劳动与取消关于个体户承包户规定的弊端	165
民工权益与草案规定劳动报酬适用最短时效的弊端	166
民法缺少普遍适用的工资先取权的社会后果	167
三、劳动法的修订与劳动权由宪定向民事转化	169
用民法攻破劳动人事这一最后的计划体制	169
修订劳动法将其纳入市场机制基本法的民法典	169
用民法广泛清除考分工种公聘户口歧视和螺钉观	170
四、确立民法劳动法编特有的法律原则	172
确认劳动者劳动力所有权和自主支配原则	172
确认劳资双方人格平等和收益共享原则	172
确立劳动人性化和劳动者全面发展原则	173
五、个人自主劳动权的行使与保护	175

从个体劳动权和创业自由权看自主劳动权	175
从锁匠立法的必要性看自主劳动权的行使	175
从学而无用和教育浪费看候补劳动者就业知情权	176
个体户的劳动社会保险权与囚犯的退休金问题	179
六、确立聘用劳动关系的基本准则	180
聘用劳动的概念及其与承揽的区别	180
从不把做保姆的农民当做劳动者保护看立法歧视	181
劳动聘用的成立与过分加重保证人责任的人事保证	182
我国集体合同制度缺陷及修补	183
劳聘权益与法定分享制和员工持股	184
从一元钱解雇案看以民事制约任意解聘制	185
七、从意大利民法的对价跳槽限制看劳动择业权	186
八、兼职劳动权与农民工双重劳动权的保障	188
九、合伙合作劳动及其他特殊劳动的规制	189
农村合作或股份合作劳动关系	189
普通合伙和师徒合伙劳动关系的规制	189
对各种实习和学生打工劳动关系的规制	190
十、劳力出资劳务贸易与智力劳动产权制	191
劳力资本出资与劳动资格公平估价制度	191
劳务输出与劳动服务贸易世贸规则的引入	192
智力劳动知识产权总则与分则的勾画	192
第六章 物权法草案未能妥善解决的问题	193
一、如何进一步具体界定法律上的物	197
关于物的物理可验性与频道和采光权等	197
关于物的有用性与取水权和禁止废物倾倒	198
关于物的可支配性与野生动物所有权范围之争	198
二、禁止流通物与限制流通物制度	199

三、物权法草案国有产权制度的缺陷	201
草案缺少国企职代会和最直接监督力量的弊端	201
法国《国有资产法典》确立的管理方式的借鉴	202
俄越两国民法典的国有分级和两权分离的启示	202
四、宗教和政治组织财产权及其与政体协调	204
五、国有土地使用权期限及到期后附着物的处置	205
国有土地使用权期限长短的争议	205
期满后国家无力全部有偿收回附着物怎么办	206
使用权期满后建筑的不同所有权人分歧的解决	207
六、确立国有土地划拨与有偿两种使用权转换制度	208
国有土地划拨应否适当有偿和有期	208
目前企业破产转制划拨土地不可抵债不合理	208
建立合理的国有土地划拨和有偿之间的转换机制	209
七、城市代征地权属及各方合理的权利义务	210
各地城建用地由建设单位代征存在的问题	210
城建财力不足和沿街受益与代征地制度的合理性	212
如何从立法上完善代征地及其各方后续权利制度	213
八、现行集体土地所有权制度必须面对的难题	215
农村集体土地全面国有化理论反思	215
乡镇建商品房非法与两种土地所有权的平等	215
农转非后原房占地长期闲置与宅基地私有主张	216
九、现行集体土地使用权制度必须面对的难题	217
宅基地使用权应否有期限及期限长短的考量	217
房屋抵售后不再拨宅基地农民无家可归怎么办	217
土地承包期限的长短与新生社员生而平等问题	218
十、我国目前城市房屋所有权制度的缺补	219
城乡房产制度差异与协调机制及一体化设想	219

城市房改房和经济适用房制度存在的问题	219
城市房产制的缺陷及其如何向统一的全产权过渡	222
十一、民法草案的建筑区分所有制度的缺漏	224
建筑物区分所有制度中的三权协调机制	224
已自装修房屋者拒绝维修烟囱的理论分析	225
各种屋顶和私家花园的建筑或土地使用权	225
小区内法定附属停车场的分享与管理机制	225
十二、居住权由家庭内向一般租房户扩张问题	227
我国学界和民法草案对现代居住权制度的误解	227
就业流动化与居住权的变迁	228
超越赁权和家内居住权与确立租房居住权	228
对房东保留租客居室房门钥匙问题的思考	229
十三、从物权本性看物权行为的登记与法定公证	231
合并土地登记和房屋登记的必要性	231
土地出让人自监管的弊端与登记转向法定公证	231
公证转移物权及其能否推翻错误的预登记	232
预登记各权利的博弈及工程款优先权代位公证	234
第七章 债法与合同法面临的新问题	235
一、从故意使合同无效看缔约过失与违约责任平衡	237
二、从尸衣、剩油、假宠物看交易物的精神瑕疵担保	239
三、网络虚拟财产定位为债权及其立法对策思考	241
网络虚拟财产的名实不符及其定位	241
法律保护网络虚拟财产的必然性	242
法律如何科学界定网络虚拟财产的价值	244
网络虚拟财产交易合同的控制及银行的作用	245
四、商业广告最终解释权与要约要件和范围	246
五、交叉要约效力及其反悔期和默示承诺的设置	248

六、停车合同的种类与丢车的不同责任	249
从停车场的种类看停车合同的种类	249
从场地租赁使用费还是车辆保管费来看	250
以停车场所有者能否控制车辆确定丢车责任	251
对停车场地租赁合同的权利义务如何确定	252
对于附属停车场的权利义务认定	253
从合同法与消费者权益保护法的关系看停车合同	254
七、立约定金对主合同的担保范围及罚则的适用	255
八、效率违约与惩罚性违约责任	257
九、现行债权代位条件和入库规则的改进	260
现行司法解释限定为钱债超出了立法权限	260
合理扩大债权可代位的权利范围	261
对完全取消代位权入库规则损害优先权的反思	264
十、土地使用权的保全特性及其可代位的合理性	266
十一、专属权禁止代位与工程款民工代位的必要	269
第八章 现行亲属法的缺漏与完善	271
一、禁重婚、控不婚、容不育、扩自由、保亲情立法方略	275
从律师包二奶和老外重婚不入刑议立法导向	275
从独生惯性生活看立法导向该控不婚还是该控不育	276
从降婚龄、容无性婚和家庭免税看扩自由、保亲情	277
二、取消结婚收养登记与统一身份登记与公证	278
从历史和国外户婚合一看减轻公民多重负担	278
从重婚和近亲婚审查脱节看合并到户籍的优越性	278
取消结婚收养重复登记后户籍或公证机关的对策	279
三、亲属通则必须规定而被忽略的内容	280
从司法部门反复请示三代旁系血亲计算方法谈起	280
统一规定近亲属与扩大近亲至所有直系血亲	281