

民商法争鸣

第1辑

主编 杨遂全

教育部“211工程”三期重点学科建设项目

《马克思主义经济理论创新发展与实践》系列学术著作

民商法争鸣

第1辑

主 编 杨遂全
副主编 王竹 钟凯

编委会 杨遂全 陈界融 王 竹
钟 凯 刁其怀 万广军
苏 勇 刘廷华 洪 运
顾 问 李天德 唐 磊 里 赞

教育部“211工程”三期重点学科建设项目
《马克思主义经济理论创新发展与实践》系列学术著作

图书在版编目(CIP)数据

民商法争鸣. 第1辑 / 杨遂全主编. —北京: 法律出版社, 2009. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0292 - 7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 135453 号

© 法律出版社·中国

策划编辑/张波 班运华

责任编辑/班运华

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

经销/新华书店

责任印制/陶松

开本/A5

版本/2009年12月第1版

印张/8.5 字数/215千

印次/2009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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 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

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0292 - 7

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)

目 录

民法泛论

- 003 平民经济模式与民法典的平民化
——一个世界性的方向问题 / 杨遂全
- 019 从强安“绿坝”看民事生活方式选择权的保护 / 苏 勇
- 027 别把机器人不当人
——机器法律行为与抢诈自动柜员机和不当得利 / 杨遂全 王 竹

人身权论

- 037 论基因遗传基本人权的全面保护
——从死刑犯人的父母人身权和单身女性生育权说起 / 万广军
- 053 见死不救的民事责任与一般法定救助义务辨析
——兼议南京彭宇扶倒地老人赔偿案的恶果 / 刘雪梅

劳动法论

- 067 只管收费不管就业高校是否担责? / 钟 凯
- 079 农民工的居住、婚姻、娱乐权保障研究 / 严雪梅

物权法论

- 089 小产权房合法化的另一法律途径
——探究以宅基地市场化和房上权为基础的

联建 / 杨遂全

- 095 被完全遗忘在银行账户里的存款该归谁
——无主的银行存款处置办法反思 / 苏 勇
- 108 征地拆迁补偿制度如何能更公平科学
——从百对夫妻高高兴兴集体离婚说起 / 洪 运
- 121 现行宅基地制度的必改与不能改 / 杨遂全
- 128 物业税免征额与平民物权保护 / 黄志勇

债权法论

- 141 从道义赠与合同看夫妻忠诚协议的法律效力 / 魏 敏
- 152 《侵权责任法》应名为《民事责任法》
——从非侵权公平受益补偿和法律褒奖谈起 / 杨遂全
- 158 医疗事故侵权到底该谁举证? / 岳远雷

亲属法论

- 173 拉长性期待期和形成大男大女的制度原因研究
——兼议以人类生理退化为代价的“文明进步” / 刘廷华
- 193 夫妻房产权属及其登记疑难问题探究 / 杨遂全 杨 玲

商法新论

- 215 我国《公司法》关联交易规制的缺陷评析及
完善建议 / 钟 凯
- 226 商品房买卖纠纷司法解释重伤了购房者
——以商品房买卖意外风险转移为例 / 杨遂全
- 250 从评级机构的非中立性看金融危机 / 孙科峰 杨遂全

附 录

- 265 《民商法争鸣》约稿启事

民法泛论

平民经济模式与民法典的平民化

——一个世界性的方向问题

杨遂全*

摘要:一个社会拼搏的人越多发展得越快。这是硬道理。有活力的社会必须能让绝大多数人有通过自己打拼取得成功的机会。同时,在制度上,尽可能地减少可以“世代坐享其成”的新旧贵族产生。2008年爆发的全球金融危机源自于精英阶层的贪婪,受害的是普罗大众,也与民商事制度的不完善有关。要防止这种不完善的民商事制度在中国出现,就需要我国的民商事基本立法尽可能地以平民利益为本,全面大众化。

关键词:利益平衡 市场中立 平民化

在全球爆发精英经济引发的金融危机^①的时候,笔者正居于法国。法国是最早推翻封建贵族统治的国家。而在电脑键盘上敲出这几行字的时候,我正坐在法国巴

* 杨遂全:法学博士,四川大学法学院教授,法经济学民商制度研究方向博士生导师;法国巴黎政治学院合作教授。通信地址:成都市望江路29号,邮编:610064。电邮:suiquan@vip.sina.com。

① 据笔者与法国学界的朋友交谈,许多民众都认为,金融危机是由金融界和房地产界的精英贵族主宰经济和过度贪婪得不到社会控制引发的。

黎市中心——我生活了将近6年的家附近的卢森堡公园里。这里原是法国皇家大花园。一片一片,碗口大的郁金香开得正浓,深紫、深红、浅蓝、浅灰……在这座聚集着法国当代贵族精英的花园里,金碧辉煌的法国参议院办公楼门口,高挑漂亮的年轻女警察在冲我微笑。此时此地,我思考的会是中国平民最关心的问题吗?

也许会有人说“旁观者清”,可我身在中国平民之中。我一生无任何官职,也无什么头衔,家人还有不少是农村户口。读书教书30多年,无论在何时何地,我都在时时提醒自己,生在基本由平民最终主宰国运的中国,要多为自己阶层的根本利益思考和发言。从20世纪80年代初我撰写了一篇关于“基层无候选人直选”的论文被一个研讨会拒绝打印后,我就决心,在我力所能及的时候,一定与其他平民百姓一道建立一个能自由、公开、形式不拘地讨论思想心得的平台。今天终于如愿了!但愿这一平台能够长久!

今年是新中国成立60周年的日子。纵观我国人民解放和平民化发展的60年,这种平民经济模式使我国日渐强盛。然而,在传统的官本位和旧的行政计划体制影响尚未完全清除的情况下,近年我国又出现了类似于行政登记和“运动员兼裁判员”的国土出让土地合同,以及政府调控方面的“馒头办”、“西瓜办”、“玉米办”、“禁止大操大办办公室”、“清查空饷办”,“养犬办”等一系列“新的官本位现象”和“漠视平民利益的新权贵意识及体制性的非平民化倾向”,^①并实际影响到了社会的和谐和稳定高速发展;而所谓法的“专业化和精英化”,使法离民众和法的本性渐远。故而,笔者在此先结合现实提出一些相关社会问题,特别是民法平民化的问题,希企引起社会各界的关注。

一、平民化立国:平民经济与立法平民化

现在国内外仍有一些人质疑1949年我国“平民解放”的历史

^① 杨遂全:“民事基本法的平民化与法定公证”,载《中国司法》2006年第10期。

意义和现实意义。这与他们在不同程度上对“我国人民解放孕育了近二十年来经济腾飞所必需的人人社会平等意识的社会基础”和“以民生为本的工农业经济基础必须有相当长的期间和平孕育过程”认识不足有关。

笔者认为,中国的未来,关键仍然在于继续发展已经有了雏形的我国社会主义市场经济制度,坚定地继续走好我国独特的能够调动多数人民群众积极性的“经济民主和平民化发展的社会道路”,以最终切实实现普通民众对未来共同富裕的期望。^①反之,挫伤或不注意保护平民的这种积极性,将是我国未来发展的大忌。

目前,当我国这条平民化的社会发展道路逐步深入到法律和立法领域时,却遭遇到来自多方面的质疑、责难和障碍。

先是有人以“法律是裁判规范而不是行为规范,是写给法官看的,而不是写给民众看的”为由,主张法律不能平民化,应当专业化。^②

后又有人提出“法院作为专门化的裁判机构不宜太过平民化”,所以,法院应该中立,司法应该精确,法官应该职业化、“精英化”,因此,我国法院前应当去掉“人民”二字。^③他们解释说,“之所以建言做这一改变,是考虑到法官是具有权威地位和知识精英素养的职业群体,司法是一种以专门知识和经验裁断涉及生命财富、国计民生纠纷的国家行为,因此,不宜给人过于平民化、大众化的印象”。^④一些学者甚至因此主张取消人民陪审员制度。

① 杨遂全:“试论运用法律手段抑制贫富悬殊”,载《社会科学研究》1997年第2期,以及杨遂全著:《中国之路与中国民法典》,法律出版社2005年版。

② 该处引语见徐涤宇先生的发言。他认为:“法律首先约束的是法官而不是行为人,因为法律是在法官的手中才变得有生命,而不是在于普通老百姓或平时遵守它,而是法官的正确适用,这是最重要的,这一点上我认为它首先是个裁判规范,它直接约束的是裁判者”,载中南财经政法大学网,2006年8月8日访问。

③ 贺卫方:“法院名称的变与不变”,载中国民商法律网,2005年12月31日访问。对老同学的这些观点,笔者不敢妄加评论。但是他确实忽略了正是基于平民化的考虑,我们才需要完善我国的人民陪审员制度。

④ “‘人民’险些跌下神坛”,载《人民日报》(海外版)2006年9月8日。

这些观点都可以讨论,因为在大方向上大家对“民为本”的认同都是一致的。无论如何,经过推翻皇权和大官僚大资本家主宰国家命运的黑暗统治,中华民族绝不可能再回到老路上。中国应该走人民真正当家做主的平民化发展道路,恐怕这也是这些主张“法律专业化”的学者所同样追求的。正如许多海外华侨所说:“毕竟,人民法院中的‘人民’与中华人民共和国中的‘人民’两个字命运相连。”^①国家平民化发展,缺少法律的支持将是一句空话。同时,我们更难以设想如果最该平民化的民法典也去跟随“专业化”、“精英化”的潮流,再增添更多平民搞不懂、法官也说不清的“法人”、“地役权”、“人役权”制度,将来我国的法律会最终走上什么道路。

2005年7月10日,全国人大公布物权法草案,社会各界开始广泛讨论物权法草案,之后北京一家报纸率先以“看得见的物权 看不懂的物权法”为题,将“立法应该走平民化道路,还是走专业化道路”的问题引向了具体和实际社会问题上。^②

这时,笔者感觉到,再从“法律是否应该专业化”一般性地讨论这一问题,有点缘木求鱼,必须将其放在深化改革与共同富裕的大背景下,同时与立法整体发展方向上存在的“官本位”、“新贵族”倾向相联系进行深入讨论,才更具有实际意义。

形式和程序上的平等和立法形式本身平民化,固然都是必要的,而立法最终如何平衡社会各阶层的实际利益和长远利益,才是立法是否应该平民化讨论的根本。直接解决一些类似“官民之间签订的合同必须行政登记才能生效、由合同一方当事人拥有合同最终裁判权的选手兼裁判”的体制和下文将要探讨的各种实际问题,才应当是我们讨论的主要内容或“理论讨论本身平民化”应该做的实事。

最近,党中央提出了“发展为了人民、发展依靠人民、发展成果

① “‘人民’险些跌下神坛”,载《人民日报》(海外版)2006年9月8日。

② “看得见的物权 看不懂的物权法”,载《新京报》2005年7月12日。

由人民共享”的口号。^①具体到民商法领域,笔者认为,作为调整民间关系的我国民事立法,其非基本法的一些调整特殊行业性活动的专门民商事特别法“专业化”或“非平民化”似乎无可厚非。但是,作为让普通百姓都必须遵行的民事基本法,无论如何不能不坚持其平民化的发展方向。10多年前,笔者已经注意到这些现象不仅直接阻碍着当前民众私权的保护和反腐败,也从长远、根本上影响着我们整个社会的公平正义、和谐,以及民族文明和振兴。^②

诚然,我们不能奢望长期潜移默化到我们骨子里的立法官本位意识和公权力干预公民私生活的现象在短期内会完全消失。在此,笔者只是希望能够借助本文对民事基本立法平民化的一个侧面分析,呼吁在大方向和法律旗帜上,在立法观念上,树立一种平民意识,多点对行政的监督,将立法的天平更多地向平民倾斜,从而将民事基本法平民化摆在立法的适当位置。

二、民法平民化的概念本质及其旗帜意义

(一)平民与人民的区别及民事基本法平民化的含义

为了限定基本概念和本文研究的前提,在此我们首先强调,我们所说的“民法平民化”主要指涉及每个公民和法人的民事基本法的平民化(诚然,包含在民法范畴的某些专业特别法,其规范的主体事实上也是平民的一分子)。

目前,法学界对民法的“民”字就有几种说法。有的认为是指“人民”的“民”;有的认为是指“公民”的“民”;还有的认为是指“市民社会”的“民”。笔者认为应该是指与官方场合(俗称官场)相对的“民间”的“民”,可能更贴切,即所谓民事,乃民间之事。在全球化的背景下,“平民”不仅包括中国“公民”,还包括在中国的“外国公民”。

^① “中共中央政治局进行第三十四次集体学习”,载《人民日报》(海外版)2006年8月31日。

^② 杨遂全著:《中国之路与中国民法典》,法律出版社2005年版,第14~24页。

民法固应强调平等,但还应看到民事的背后,“官”也与“民”平等参与;其中还有穷人、富人和平民之分。而法律应专业化还是平民化的争论,部分根源即在对平民化如何理解。我们认为,“平民化”既非农民化,也非市民化;既非穷人化,也非世俗化;其本身是随着社会对“平民”一词含义理解的不同而不断变化的。

首先,我们应当注意到,“平民”一词本身和“人民”一词是有一定差别的。将两者混同,就容易引起对立法目标的歧异理解。按照《现代汉语词典》的解释:平民是指“区别于贵族和特权阶级”的“普通人民”,^①或者“阶级社会中除享有特权的统治阶级以及奴隶、农奴以外的人”。^②而人民则是指“以劳动群众为主体的社会基本成员”。^③所以,平民的概念既包含有深一层的与社会官方或者富贵阶层相区别的含义,又直接包含有普通百姓的意思。而人民的范畴则更广一些,几乎包含了一个社会“以劳动群众为主体的”所有的“基本成员”。我们通常所说的“中国人民”肯定不仅包括中国的一般平民,也包括精英。在建立和谐社会的目标下,在涉及民事时,强调平民利益比强调人民利益则更具有针对性和特殊含义。

其次,笔者认为,我国老百姓通常所说的“平民”或“平民社会”,与罗马法和现代民法学界常用的“市民”或“市民社会”有相近的含义。但是,如果在我国民间使用“市民”的概念,那就是和农民相对应的另外一层含义了。^④所以,我们在此没有使用“市

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1984年版,第881页。

② 商务印书馆辞书研究中心修订:《新华词典》,商务印书馆2001年版,第756页。

③ 商务印书馆辞书研究中心修订:《新华词典》,商务印书馆2001年版,第821页。《现代汉语词典》的解释与此完全相同。

④ 我们既不能停留在农民意识上,也不能用“小市民”的眼光去看问题,更不能用高高在上的“精英”们的观念去“管理社会”。我们这个社会需要培养的是一种中和的、人人人格平等的新型“平民心态”。

民”或“市民社会”的概念,而是用了“平民”和“平民化”的概念。

再者,就法律(包括民法)平民化的实质而言,本质上不能仅理解为形式或手段上以平民为本位,而且应当理解为对立法实体利益的保护目标上。并且,在通常情况下,平民化并不排斥与非平民阶层的利益相融合。一些专业化的法律服务和调节措施,只要是最终对平民百姓有利的,都是法律平民化的应有之义。一些法律法规采取强制或法定的形式让平民做某些事情,并非都是非平民化的措施。

最后,我们需要强调的是,所谓的民法平民化是指,当各阶层的利益发生冲突或公私权不能兼顾时,民事立法为了平衡各方利益,实现真正的民事平等,是可以放弃一些非平民的某些次要或眼前利益的。换句话说,立法应该获取的是在所有的民事主体完全平等基础上的最广大平民的根本利益;从而合理地实现一切以平民的根本利益和长远利益为出发点。

基于上述本质上的合理性的分析,我们认为,强调民法平民化,既应该是我国民事立法本质的科学反映,又应该是一个平民学者或民法专业服务者应该担负的历史责任。民法平民化,尽管是一个民法发展的大方向问题,但绝不是民法“革命化”或“政治化”的问题,而是一个“民法如何科学发展”的科学问题。

(二)平民化与未来民法的旗帜和科学发展问题

目前,法律(包括民法)越来越专业化,离普通民众越来越远的现象,是有目共睹的。这到底是人类文明的进步,还是人类文明的倒退,很难一语说清。但是,我们应当注意到,在民法学界和民事立法领域,一些所谓的专业化的民商法律制度问题客观上却在脱离常理,而平民化作为“民法科学化发展的前提”和“社会主义国家民法标志性的大旗”的历史必然性日益显现。

首先,我们以法人制度引入我国民间生活带来的“水土不服”问题为例,来看平民化应当作为我国“民法科学化发展的前提”的历史必然性。“法人”作为民法学界抽象出的一种纯学理性的制

度,最初从西方国家舶来。不说我国《民法通则》推行20多年来普通平民百姓至今绝大多数人不知法人为何物,民法学界至今也解释不通“法人人身自由权”。^①众所周知,由于使用了法人制度,在法律上,法人也是人;人所有的一切权利,法人也都应该可以享有。可是,民法调整的两大类法律关系,其中人可以享有的最主要的人格权和人身权,具体到法人身上却成了笑话。法人没有生命权,没有身体权,没有健康权,没有肖像权,也没有隐私权,更没有各种亲属权和继承权。最主要的各种人身权或人格权,法人都没有,法人还凭什么叫“人”?更令人不可思议的是,《民法草案》第4编第1章第2条竟闹出“自然人、法人的人格尊严和人身自由不受侵犯”的笑话来。我们的法学家真的能够解释清楚“法人的人身自由”的概念是指什么吗?这样直接与刑法的有关人身自由的规定发生了冲突。^②另外,即使在西方国家,法国及民法法系的法律中也没有“法人”的概念,^③而是平民化、通俗化地将其称之为公司或社团。事实已经很明显地表明,尽管在法律上我国确实需要类似于法人的法律制度,但是从西方舶来的“法人”概念在我国还存在诸多不适应。笔者建议,如果未来的民法典考虑到已经使用了20年,可以继续保留目前《民法通则》中的法人制度,但不必再牵强附会地将其扩大到人身权或人格权领域。

类似的问题还有很多。与此同时,我们民法学界却热衷于纠缠纯粹从“洋贵族”那里舶来的“地役权”、“人役权”、“放纵小偷无权占有时效取得”等枝节问题。^④

① 此为经过全国人大法工委审议的《中华人民共和国民法(草案)》人格权一编的法律用语。

② 我国《刑法》没有使用“法人”的概念,以“单位”来表述作为法律主体的团体,而更大众化平民化。

③ 在法国,“法人”的概念只存在于学理上。

④ 河山:“论物权法草案与民法通则的不一致”,载人民网,2006年10月11日访问。

(三)从摊贩杀城管案反思民事强行法平民化的意义

笔者从2006年8月11日的网上和凤凰卫视的电视节目上先是看到了北京“一个城管被一个摊贩杀死”的详细报道,2006年8月23日又看到了“一个女摊贩又向城管举起了刀”的报道。这时,笔者首先想到的是本人曾亲睹到的一个城管人员把一个小女孩为了给妈妈治病在街边出卖的鸡蛋打碎,那小女孩咬城管人员的手的场景。由此联想到的是这种制度冲突发生的必然性和偶然性,以及法律制定者有无民本法律意识,特别是设立一些类似执照、登记或法定公证等强行性法律措施调控民事行为时,我们对待民众民事生存权和基本利益的态度问题。

以这个摊贩杀死城管的案例而言,如果我们有一点平民化的法律意识,遇到如此强烈、普遍的抵触情绪时,我们应该首先自审我们的制度是否有缺陷,是否真正做到根据市场需要制定便民措施。以法国巴黎为例,巴黎的许多街头都允许民众临时交费,在固定的时段和地点自由摆摊卖瓜果蔬菜、卖各种小吃。^①那么,北京就不能在相隔不远的街头事先划定一些固定的、有时间段的便民自由市场?像广州最近改革城管制度所做的,使市民既可吃到最新鲜的蔬菜食品,也给暂时无法固定就业的平民一个临时的合法维持自己生存的手段和机会。广州这样做值得肯定。

从这个案例我们可以看到,民商事交易制度及其调控制度是关系到千家万户的基本制度,如果它不能做到平民化和以民为本,整个社会实现和谐就只能停留在口号上。

(四)平民化民法的生命力及对官本位立法的自省

我们未来的民事立法,除了一些特别针对极个别人的预防性法律规范不需要普通大众一体遵行以外,绝大多数法律制定的目的就是要平民百姓普遍遵行。如果要民众普遍遵行的法律让民众

^① 笔者在16年前和近期在巴黎先后生活了5年多,见到市中心很多条繁华大街中间或街边都有露天自由市场,有些摊贩是有执照的,有些是郊区农民固定时间开车进城摆摊,不少是失业又不想或无力办执照的。

看不懂或根本不知晓,这样的法律只能是废纸。诚然,即使民众看得懂,也明知道法律有这样的规定,但是,如果它完全违背社会基本规律,或者根本不符合民情民意,民众不信仰它,甚至憎恨它,它最终也不会有任何生命力。

笔者认为,民法作为最普遍地调整民众之间和官民之间各种平等关系的法律,如果缺少平民化的基本原则和根本精神的话,不仅要用“一纸空文”来评价它,而且应当用“坑害人民、贻误人民前进历史契机的法”来定位它。

应当说,目前我国民事立法总体上是能够代表广大人民民意的。不过,在此我们也不能不承认,我们的许多民事法规和民事政策的制定和民众的愿望还有一定的距离。我们在遇到我们已有的法律法规制度和民众的愿望或需要发生冲突或严重抵触时,还很难首先反思我们的制度是否有缺陷或从根本上是错误的。笔者认为,这就是本文一开始就首先提出和强调民法平民化的实际意义所在。

(五)平民化民法的首要责任:保护私权和约束私域公权

通过上述分析我们可以看出,民法本质上固然应当以保护民间私权为己任,但是,从手段上来讲,很多情况下民法不仅要通过规范平等主体之间的权利义务,还应当同时通过限定各种公权力在保护私权方面的责任和义务以及公权干预私权的范围,来保护好民众的私权,切实全面实现民法的根本社会目标,适应建立社会主义市场经济法律和社会机制的特殊需要。

就规范平等主体之间的权利义务而言,民事立法一方面要从正面形成相互尊重、支持和辅助民众正当行使权利的氛围,创造实现权利的必要条件;另一方面还必须能够有必要的法律手段防止私人之间的权利滥用。在我国,普遍的“封闭型熟人社会”正在逐步向“开放型流动社会”转型,国内外民事交往范围都在日益扩大,社会流动性以前所未有的速度剧升。面对这样的情况,一些法律制度的调整作用就很突出。比如公证,特别是法定公证,在现场中立监管,异地异时以公力证明支持私权,以及制止弄虚作假和节