

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明

Discussion on
Civil Code of China

中国民法典争鸣

温世扬卷



温世扬
著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

中国民法典争鸣系列

总主编 王利明
执行主编 柳经纬

中国民法典争鸣

温世扬卷

温世扬 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国民法典争鸣. 温世扬卷/温世扬著. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 12

(中国民法典争鸣系列)

ISBN 978-7-5615-6571-1

I. ①中… II. ①温… III. ①民法-中国-文集 IV. ①D923.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 140814 号

出版人 蒋东明

策划编辑 施高翔

责任编辑 邓臻

装帧设计 李夏凌

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总编办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网址 <http://www.xmupress.com>

邮箱 xmupress@126.com

印刷 厦门集大印刷厂

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 18.75

字数 412 千字

版次 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

定价 106.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

总序

民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是市场经济的基本法，是保护公民权利的宣言书，也是解决民商事纠纷的基本依据。编纂民法典有助于解决我国民事立法中存在的相互矛盾、不协调、缺乏体系等问题，保障创新、协调、绿色、开放、共享的“五大发展理念”的落实，推进中国特色社会主义法治体系不断完善和国家治理体系、治理能力现代化，为全面深化改革、全面依法治国、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦奠定坚实的制度基础。

我国民法典编纂始于清末民初对大陆法系国家民法典的继受（移植），标志性的成果是1929年至1931年间颁行的“中华民国民法典”。1949年9月，中国人民政治协商会议第一次会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》明确宣布废除国民党的“六法全书”。从20世纪50年代开始，我国历经四次民法典起草，即50年代中期（1956—1958）、60年代前期（1962—1964）、70年代末至80年代初（1979—1982）以及21世纪之初（2002）。然而，由于社会经济条件不成熟以及理论准备不充分等原因，四次起草均半途而废，民法典成为我国法律体系的一大缺失。2014年10月23日，中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出了“编纂民法典”的立法任务，加快了民法典编纂的进程，这是我国民事立法的一个重要里程碑。

步入21世纪的中国正处在一个重要的历史阶段。我们要制定的民法典是21世纪的民法典，必须要回应21世纪的时代需要，彰显21世纪的时代特征。如果说1804年的《法国民法典》是19世纪风车水磨时代民法典的代表，1900年的《德国民法典》是工业化社会民法典的代表，今天我们要制定的民法典应当成为21世纪互联网、高科技时代的民法典的代表，这样我们就必须充分反映时代精神和时代特征，真正体现法典与时俱进的品格。进入21世纪以来，互联网技术、人工智能、生物技术的发展，全球化的生态环境保护，人类社会面临着前所未有的问题。民法作为社会生活的百科全书，无法回避人类社会发展的新问题。

我们要制定的民法典必须立足于中国国情，向世人展示我们依法治国的新形象 and 我国法制文明的新高度。在全面依法治国的新时期，这部民法典应当吸收我国立法、司法和理论研究的成果，总结法治建设经验，真正成为一部具有中国特色的、屹立于世界民法之林的法典。我们要制定的民法典必须反映改革成

果、推进并引领改革进程。改革开放的伟大实践，创立了一条中国特色社会主义的发展道路，这是一条不同于其他法典化国家或地区的发展道路。民法典作为时代精神和民族精神的立法表达，不能忽视这样一个特殊的社会经济条件。但如何充分反映中国特色社会主义这一社会经济条件，是我们所面临着的前所未有的问题。民法典的编纂，应当凝聚改革的共识，确认改革的成果，为进一步改革提供依据，从而推动改革进程，引领改革发展，实现国家治理体系和治理能力的现代化。

从民法法典化的历史来看，我国民法典编纂所面临的新问题是其他已经法典化的国家或地区所未曾有过的，这也决定了我国民法典编纂问题的复杂性和难度。编纂这样一部民法典，不只是立法机关的任务，也是民法学界的任务。民法典编纂所面临的问题，需要民法学者认真进行深入的研究，积极提供有力的理论支持。成就一部伟大的民法典，是我国民法学界几代人的夙愿。早在 20 世纪 50 年代，老一辈民法学者就以极大的热情投入民法典的起草工作。改革开放以来，随着法学教育和学术研究的恢复，民法学者围绕着民商事立法和民法典编纂问题进行了广泛而深入的研究，取得了丰硕的成果，也为民商事立法提供了有力的理论支持。从民法通则到合同法、物权法、继承法、婚姻法（修订）、侵权责任法，从公司法、合伙企业法、个人独资企业法到保险法、证券法、信托法等商事特别法，民法学者都做出了积极的理论贡献。尤其是进入 21 世纪以来，民法学者围绕着民法典编纂问题，掀起了一波民法典理论研究热潮，民法典研究成为我国民法学乃至新时期法学研究一道亮丽的风景线。

当前，民法典编纂工作正在进行，在许多问题上尚未达成共识，又有许多新的问题尚待研究。民法典编纂仍需全体民法学人持续地努力。值此之际，厦门大学出版社组织出版“中国民法典争鸣系列”丛书，诸位学者将他们多年来民法典研究的心得汇集出版。这对于促进我国民法典的学术研究，无疑具有重要的理论价值。我坚信，无论民法学者的研究成果是否被立法机关所采纳，但其对于推进我国民法典的编纂工作都将起到积极的作用，他们的研究无愧于这个时代。

让我们为编纂一部新时代的民法典而努力奋斗！

中国民法学研究会会长 王利明

2017 年 5 月 26 日

目 录



第一编 总则编	1
从《民法通则》到《民法典》	3
论民法典总则的内容构造	13
《民法总则(草案)》第一章评析	21
民法总则中“权利客体”的立法考量	34
《民法总则》应如何规定法律行为	46
——《民法总则(草案)》(二审稿)“民事法律行为” 一章评析	46
民法总则应当如何规定“民事权利”	65
——《民法总则(草案)》(三审稿)“民事权利”一章的 完善建议	65
第二编 人格权编	75
略论人格权的类型体系	77
人格权“支配”属性辨析	87
人格权“财产”属性辨析	
——以“人格标识商业化利用”为中心	95
析“人格权商品化”与“人格商品化权”	103
论“标表型人格权”	110
第三编 物权编	121
物权债权区分理论的再证成	123
财产支配权论要	137
财产支配权演进论	151
共有“两分法”之检讨	176
抵押与质押之区分及中国的立法选择	183
农地物权制度的完善	190
土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择	197
土地承包经营权入股农民专业合作社法律问题	206
农地流转:困境与出路	217
农民专业合作社财产权法律属性研究	227
集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新	240
集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给	258
宅基地使用权抵押的基本范畴与运行机制	277

第一编

总则编





从《民法通则》到《民法典》*

1986年《民法通则》的颁布是我国民事立法史上的重要里程碑。作为新中国第一部,也是迄今为止唯一的一部民事基本法,《民法通则》涵盖了民法的各个领域、包含了民法的主要内容,它为民事主体参与民事活动、人民法院开展民事审判工作提供了基本准则。正因为如此,我国有学者形象地将《民法通则》称为“准民法典”或“民法典的雏形”,^①西方学者通常也将《民法通则》看作是中国的“微型民法典”(mini-code)、^②“民法典的节录本”(truncated civil code)。^③然而,由于主客观条件的限制,《民法通则》不可避免地还带有时代的局限性,诸如体系不够健全、内容不够完整、规定过于原则、不少条文已不合时宜等等。要克服这些缺陷,单单依靠修改、完善仅百余条的《民法通则》恐怕是无济于事的,唯有以一部系统、完备的民法典取而代之方能从根本上解决问题。

众所周知,民法涉及面广、内容复杂,民法典的编纂注定是一项规模浩大的系统工程,其中,如何对待《民法通则》是至为重要的一个方面。对此问题有两点值得强调:一是不能抛弃或忽略《民法通则》。《民法通则》颁布实施以来,它所确立的许多概念、规则、理念已经深入人心、广为接受,成为制定民法典的坚实基础。编纂民法典时决不能撇开《民法通则》,去刻意求新求异。其实,我们在强调吸收、借鉴发达国家和地区的立法、判例、学说的同时,也应十分重视采纳、保留以《民法通则》为代表的现行法中成功的、有益的经验。二是不能迷信或固守《民法通则》。毋庸置疑,《民法通则》已经达到较高的立法水准,但不可否认的是,它依然存在不尽如人意之处,一些内容已经比较陈旧,一些规定也不符合民法法理,这些都不可能原封不动地写入民法典。总之,民法典对《民法通则》应当既有所继承,也有所发展。

根据学者的分析,《民法通则》主要包括四大板块:民事主体、民事行为、民事权利以及民

* 原载于《大地》2006年第13期。

① 徐开墅民商法论文集编委会.徐开墅民商法论文集[M].北京:法律出版社,1997:27;余能斌,侯向磊,余立力,世纪之交看新中国民商法的发展[J].法学评论,1998(5).

② Jerome A. Cohen and John E. Lange, The Chinese Legal System: A Primer For Investors, 17 N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 345, 1997.

③ Stanley Lubman, Bird in a Cage: Chinese Law Reform After Twenty Years, 20 NW. J. INT'L L. & BUS. 383, 2000.

事责任。^① 本文拟对这四个部分分别展开讨论,谈谈民法典如何继承、发展《民法通则》。

一、民事主体制度之完善

(一)法人的分类

《民法通则》在第二章、第三章中分别规定了“公民(自然人)”与“法人”,从而确立了我国民事主体制度的基本框架。其中,有关自然人的规定基本可行,在进行必要的充实、修订后,可纳入民法典中。但有关法人的规定则存在较大的缺陷,一个十分突出的问题便是《民法通则》中法人的分类不够科学。

“任何法律上的分类均涉及两个问题:一为区别标准,一为区别实益。”^②《民法通则》采取“四分法”,将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人与社会团体法人。遗憾的是,这种划分在“区别标准”与“区别实益”两个方面均不尽如人意:(1)分类标准模糊。关于这种“四分法”的分类标准,学界莫衷一是、争论不休,有“性质说”“目的事业说”“业务活动说”和“组织形式说”等不同的观点。^③ 由于分类标准不明确,相应地就会产生两个弊端:一是各种类型的法人相互之间缺乏一个清晰的界限。这一点在事业单位法人身上体现得尤为明显,常常出现所谓的“政事不分”“事企不分”,有的事业单位法人类似于机关法人(如证券监督管理委员会),有的事业单位法人类似于企业法人(如各类出版社)。二是划分不周延。例如,在实际生活中大量存在的“民办非企业单位”既非党政机关、公司企业,也非事业单位、社会团体,难以在“四分法”中找到自己的位置。^④ (2)分类价值存疑。1949年后,我国习惯于把各类单位划分为机关、企业、事业单位和社会团体,人们对这种划分已是十分熟悉。但这并不代表我国在民事立法中就应采纳这种方法来对法人进行分类。实际上,我国在实践中之所以采纳“四分法”,主要是出于行政管理的需要,不同类型的单位在社会功能、主管机构、经费来源、人事编制等方面有所不同,至于这种划分在私法上的意义并不是十分明显,很难说这种“四分法”在民法上会有什么显著的效果。为此,笔者建议,我国在制定民法典时舍弃《民法通则》采纳的“四分法”,改采大陆法系各国通行的“社团法人——财团法人”的“两分法”。

(二)非法人团体的规范

探讨民事主体制度的构造,一个极具争议性的问题便是如何看待非法人团体的地位。对此问题学界主要有两种意见:一种观点认为,应在自然人、法人之外,将非法人团体作为独立的民事主体;^⑤一种观点认为,非法人团体不具有权利能力,不属于实质意义上的民事主

① 刘岐山,民法问题新探[M],北京:中国人民公安大学出版社,1990:29.

② 王泽鉴,民法概要[M],北京:中国政法大学出版社,2003:3.

③ 马俊驹,法人制度的基本理论及立法问题之探讨(上)[J],法学评论,2004(4).

④ 有关民办非企业单位的基本情况可参看《民办非企业单位登记管理暂行条例》。

⑤ 汪渊智,民法总论问题新探[M],北京:中国社会科学出版社,人民法院出版社,2005:176.

体。^①这两种观点看似截然对立,实则并无本质区别,更多的只是在于对“民事主体”的定义有所不同。如果认为能够以自己的名义参与民事活动的组织即可成为民事主体,那么非法人团体的确属于一种民事主体;如果认为独立享有权利、独立承担责任的组织才是民事主体,那么非法人团体就不具备民事主体资格。

其实,是否承认非法人团体属于“第三民事主体”无关宏旨(这一问题主要取决于如何定义民事主体),真正关键的问题还是在民法典中如何规范非法人团体。多数学者认为民法典中对非法人团体应有所反映,但也有学者认为,非法人团体的概念不够准确,在立法技术上存在很多问题,民法典中可不予规定。^②对于非法人团体的法律规制,我们有两点考虑:(1)各种非法人团体在宗旨、组织机构、运行机制等方面差异很大,难以抽象出统一的规则,因而主要应依赖单行法(如合伙企业法)对其加以调整,民法典总则中的规定应当简约且富有弹性;(2)人是社会动物,在法人之外,还存在形形色色的各类其他组织,它们在社会经济生活中占据重要的地位,民事立法对此不能熟视无睹。为了避免出现无法可依的局面,应当确立如下规则:在法律无例外规定时,非法人团体应参照适用有关合伙企业的规定。

二、法律行为制度之检讨

《民法通则》第四章是对法律行为的规定,由于该章的规定与传统民法出入较大,且法律行为制度本身颇为复杂、抽象,因而学界围绕着法律行为产生了不少争论。此处拟对其中若干较为重要的问题作一个简要的评述。

(一)法律行为制度之归属

一般认为,法律行为是对民法典分则中各种行为的抽象、概括,理应规定于民法典总则之中。但在讨论民法典的体系安排时,一些学者提出了新的见解,他们认为法律行为的有关规则仅仅适用于财产法领域,无法适用于亲属法和继承法中的身份行为,因此法律行为制度应规定于“财产法总则”之中。^③这种观点意识到了财产行为与身份行为的差异以及身份行为的特殊性,确有一定的道理,但以此为由就否认法律行为规则在身份领域的适用恐怕还难以令人信服。在我们看来,法律行为依然应规定于民法典总则之中。原因在于:

其一,从立法技术来说,通过“提取公因式”的方法,以法律行为统帅合同、遗嘱、婚姻、收养、法人的设立等多种行为,可以避免许多重复性或援引性的规定,增强民法典的体系性和逻辑性。无论是财产领域的行为,还是身份领域的行为,都会涉及成立、有效、无效、解释等问题,在总则中对这些内容集中作出一般规定是可行的。

^① 尹田,物权主体论纲[J],现代法学,2006(2).

^② 王利明,主编,中国民法典草案建议稿及说明[M],北京:中国法制出版社,2004:297.

^③ 陈小君,我国民法典:序编还是总则[J],法学研究,2004(6);薛军,法律行为理论:影响民法典立法模式的重要因素[J],法商研究,2006(3).

其二,从法理精神来说,法律行为制度意味着民事主体可以根据自己的意思来安排私人生活,它是实现私法自治的主要机制。^①甚至可以说,法律行为制度是民法区别于其他部门法最为显著的一个特征,是民法的精髓所在。我们提倡重树私法理念、培育私法精神,尤其需要完善、彰显法律行为制度,而不是反其道而行之,使其蜷缩在财产法领域。

其三,从制度沿革来说,《民法通则》颁行二十年以来,作为涵摄各种财产行为、身份行为的基本范畴,法律行为这一概念业已为学界和实务部门所熟悉。尽管现行的规则还有所不足,但并不影响法律行为制度本身仍然是民法典总则不可或缺的一个部分。

(二)法律行为概念之辨正

《民法通则》第54条规定:“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”这一定义与传统民法对法律行为的界定颇为不同,存在显著的瑕疵,在民法典中应当得到纠正。

首先,该定义将法律行为定性为合法行为恐怕没有必要。法律行为本是用来指称以意思表示为要素、以发生私法效果为目的的各种行为,至于这些行为是否合法、是否有效并不影响它们在性质上属于法律行为。《民法通则》将法律行为限定为合法行为,创造出“民事行为”这一概念,以“无效民事行为”“可撤销民事行为”这两个概念取代传统民法中的“无效法律行为”“可撤销法律行为”,这种做法更多的只是“语文上的小动作”,^②并无太多的实际意义。

其次,该定义将意思表示与法律行为剥离似乎有“买椟还珠”之嫌。意思表示是法律行为的要素,是法律行为制度的精华所在,^③也是法律行为与事实行为等其他行为最为主要的一点区别。法律行为与意思表示这两个概念甚至经常在同一意义上使用。^④《民法通则》确立了法律行为制度,却对“意思表示”只字未提,显然未能把握住法律行为的精髓。

(三)法律行为效力体系之重构

从效力上来分析,法律行为有四种:有效法律行为、无效法律行为、可撤销法律行为与效力未定的法律行为。之所以欠缺有效要件的法律行为具体又分为三种情形,主要是基于立法政策的考虑。如果法律行为所欠缺的要件有关公益(违反强行法规或违背公序良俗),则使之当然无效;如果仅有关私益(错误,误传,被欺诈、胁迫等),则使之得撤销;如果仅属于程序上之欠缺(限制行为能力人未得法定代理人之同意),则使之效力未定。^⑤

从《民法通则》有关法律行为效力的规定来看,最大的问题莫过于无效法律行为范围过宽。《民法通则》第58条所规定的无效法律行为既包括了一些本属于可撤销的法律行为(如

^① 王泽鉴,民法概要[M],北京:中国政法大学出版社,2003:79;卡尔·拉伦茨,德国民法通论(下册)[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2003:426.

^② 张俊浩,主编,民法学原理(上册)(修订第3版)[M],北京:中国政法大学出版社,2000:227.

^③ 龙卫球,民法总论[M],北京:中国法制出版社,2001:502—503.

^④ 例如,《德国民法典》“立法理由书”中就提到:就常规言,意思表示与法律行为为同义之表达方式。

^⑤ 郑玉波,民法总论[M],北京:中国政法大学出版社,2003:440.

欺诈、胁迫、乘人之危行为),也包括了一些本属于效力未定的法律行为(如限制民事行为能力人依法不能独立实施的行为),甚至于包括了一些本属于有效的法律行为(如无民事行为能力人纯获利益的行为)。如此一来,法律对当事人的私人事务干预过多,法律行为动辄无效,势必损害经济生活的活跃和社会秩序的稳定。

《民法通则》有关法律行为效力规定的弊端在《合同法》第三章“合同的效力”中得到了一定程度的纠正。我国在制定民法典时以《合同法》的规定为蓝本,在进行必要的充实、修正后,构建起新的法律行为的效力体系。

三、民事权利体系之构建

《民法通则》第五章是对民事权利的规定,虽然只有区区三十五条,但基本涉及所有类型的民事权利,这也是《民法通则》被称为“民事权利宣言书”的原因所在。我国在制定民法典时可对各种类型的权利进行具体、细致的规定,使其各自独立成编,从而构成民法典的分则部分。当然,民事权利在民法典中究竟应如何规定,理论界争论还比较多,其中有两个问题比较突出:

其一,人格权的立法安排。《民法通则》在第五章第四节“人身权”一节中对生命健康权、姓名权(名称权)、肖像权、名誉权等人格权作出了规定,这种做法一度备受学界推崇,获得过极高的评价,由此推断,民法典应以此为基础,将人格权独立成编。但近些年来,随着讨论的深入,出现了一些不同的看法,人格权的立法安排已经成为民法典编纂中最具争议性的问题之一。对此,我们拟从三个层次加以探讨:

1.人格权的存在。否认或者无视人格权的观点由来已久,德国历史法学派的代表人物萨维尼在论述法律关系时就曾经否认人格权的存在。我国也有学者认为“人应该是权利的主体,客体作为权利所指向的对象,它必须是人以外的事物。否则,假如它成了人的组成部分,那么权利就将回指主体自身,导致主体与客体的混同”,因此所谓的人格权是不存在的。^①

其实,担心承认人格权会导致主体与客体的混同是大可不必的。人在作为权利主体的同时,并不排除某些人格要素(如姓名、肖像、隐私等)可以成为权利指向的对象。人能够支配自身的人格要素、排除他人的干涉恰恰是人作为主体而存在的必要保障,也是享有其他民事权利的前提和基础。

从比较法的角度来看,各国学者大都承认人格权的存在,^②绝大多数国家的立法也对人

^① 李永军,论我国人格权的立法模式[J],当代法学,2005(6)。

^② 雅克·盖斯坦,吉勒·古博,法国民法总论[M],陈鹏,等译,北京:法律出版社,2004:171;卡尔·拉伦茨,德国民法总论(上册)[M],王晓晔,等译,北京:法律出版社,2003:282;四宫和夫,日本民法总则[M],唐晖,钱益珊,译,台北:五南图书出版公司,1995:30。

格权有所规定,^①人格权的存在应是毋庸置疑的。

2.人格权的私权性质。我国有学者认为,人格权是自然人根据宪法所享有的基本权利,并非民法所赋予的民事权利,民法只能从“保护”的角度,而不能从“赋权”的角度规定人格权。^②这种观点意识到了人格权的极端重要性,有其合理的成分,但以此就否认人格权在性质上属于民事权利恐怕还缺乏充分的说服力。

首先,从理论上来说,宪法与民法均可对人格权作出规定,只不过侧重点不同。根据传统的宪法理论,所谓“风能进、雨能进、国王不能进”,宪法权利是人民针对国家公权力而享有的一种防御权,私人之间不存在宪法权利的侵害问题。^③尽管现代宪法理念认为,宪法有关基本权利的规定在特定条件下也可适用于私人之间的侵权行为,但各国对此十分慎重,宪法权利的本质取向依然是对抗国家的干涉。^④而民事权利存在于平等的民事主体之间,是民事主体对抗其他民事主体的一种权利。可见,宪法与民法均可对人格权作出规定,二者不是相互排斥的,而是相互补充的关系。决不能以宪法中规定了人格权,就断定人格权属于宪法权利而不是民事权利。

其次,从实际情况来看,认为人格权属于宪法权利,而不是民事权利也是站不住脚的。(1)宪法的产生只是近代以来的事情,在此之前并无宪法的存在,倘若认为生命权等人格权属于宪法权利,岂不是说近代以前人们连生命权也没有;(2)即使是制定了宪法,不少国家在宪法中也并无关于基本权利的规定,^⑤如果把人格权看作宪法权利,岂不是说这些国家的人们都没有人格权;(3)不少国家在宪法中还规定了公民的财产权、身份权,按照前述学者的逻辑,财产权、身份权也就应该属于宪法权利,而不是民事权利,如此一来,还有什么属于民事权利呢?

3.人格权的体系定位。应当承认,大陆法系各国民法典中均没有将人格权独立成编的先例。之所以如此,我们揣测主要还是立法技术方面的考虑:人格权类型有限、内容单一(主要是消极地排斥他人侵害)、条文很少,独立成编后与其他各编太不协调,在民法总则或侵权行为部分作出一些规定已经足够。然而,时至今日,人格权法的内容日益丰富,已经无法继

^① 例如,德国承认了姓名权(《德国民法典》第12条)、肖像权(《德国艺术家和摄影家作品著作权法》第22条);意大利承认了姓名权、肖像权(《意大利》民法典第6条、第10条);魁北克承认了人身完整权、名誉权、隐私权、姓名权等(《加拿大魁北克州民法典》第10条—第74条);俄罗斯在其民法典中也承认了诸多的人格权,包括生命权、健康权、个人尊严权、人身不受侵犯权、名誉权、私人生活不受侵犯权、姓名权等(《俄罗斯民法典》第150条)。

^② 尹田,论人格权的本质[J],法学研究,2003(4);米健,民法编纂——人格权不宜独立成编[N],人民法院报,2004-10-15。

^③ 韩大元,林来梵,郑贤君,宪法学专题研究[M],北京:中国人民大学出版社,2004:258。

^④ 芦部信喜,宪法[M],林来梵,等译,北京:北京大学出版社,2006:100。

^⑤ 实际上,不少学者都反对在宪法中对公民的权利进行列举,因为这有可能被解释成未被列举的权利未得到宪法的保护。参见弗里德利希·冯·哈耶克,自由秩序原理(上)[M],邓正来,译,上海:三联书店,1997:233-234。

续容身于民法总则或侵权行为法之中,人格权独立成编业已成为一个合理的选项:(1)人格权的类型增加。随着社会经济生活的发展,一般人格权、法人人格权、隐私权、信用权等相继出现,人格权体系越发庞大、复杂。(2)人格权权能增加。人格权的权能曾经主要是消极权能,亦即排斥他人的干涉,然而,随着科技的进步、商业的繁荣,人格权具有了更多的积极权能。器官的移植与捐赠、安乐死、名称权的转让、肖像的有偿使用、隐私的公开出售等在实际生活中屡见不鲜,迫切需要得到民法的规制。(3)《民法通则》的既有经验。《民法通则》在第五章第四节专门规定人格权,开创了新的立法体例。二十年来的实践表明,这种做法并未造成什么严重的后果,恰恰相反,它突出了人格权的地位和作用,充实了民法的权利体系,具有相当的科学性,理应在民法典中得到坚持。

其二,知识产权与民法典。民法典中是否规定知识产权、如何规定知识产权也是立法中争议较大的一个问题。此处拟首先对学界的主要观点作一个简要的评述,继而提出笔者粗浅的看法。

1.既有观点评述。《民法通则》第五章第三节为“知识产权”,该节对著作权、专利权、商标权等作了宣示性规定。我国在民法典中是否应以此为基础加以充实,从而设置独立的知识产权编,论者观点不一。多数学者认为知识产权十分特殊,整体上纳入民法典并不合适,在民法典中对知识产权作一般性、原则性规定即可,无须设置独立的知识产权编;^①也有学者认为考虑到知识产权在现代社会的重要性以及民法典体系的完整,应在民法典中设置独立的知识产权编,对其作出较为全面、细致的规定。^②

应当承认,上述两种意见均有一定的道理。知识产权作为民事权利的一种,既有与其他民事权利相同的共性,也有区别于其他民事权利的个性。倘若强调知识产权的共性,则将知识产权的相关规则纳入民法典中,设置独立的知识产权编无可厚非;如果强调知识产权的个性,那么在民法典中不设置知识产权编,而是保留知识产权的单行法形式(如《著作权法》《商标法》《专利法》)或者编纂知识产权法典也是合情合理的。

其实,这两种意见更多的是立法形式的差异,只是法律规则位置的不同,虽然各有利弊,但是并无根本的区别。民法典中是否设置单独的知识产权编是一个无可无不可的问题,无论采取何种做法都是可以接受的。这就如同在民商合一的国家(地区),有的将公司法纳入民法典中(如瑞士、意大利),有的则保留公司法的单行法形态(如我国台湾地区),对这两种不同的做法实际上既无法找到本质的不同,也难以评价孰优孰劣。

个人认为,法典编纂本应追求体系的完整性和内容上的全面性,把某一个法律部门的有

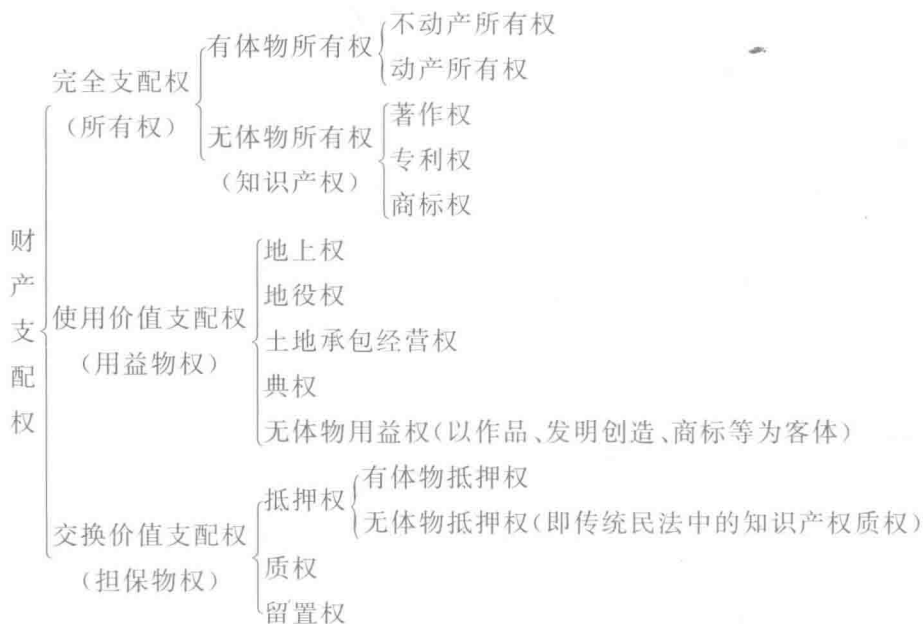
^① 梁慧星.当前关于民法典编纂的三条思路[A]//徐国栋,主编.中国民法典起草思路论战[C].北京:中国政法大学出版社,2001:16;王利明.关于我国民法典的体系的再思考[A]//王利明,郭明瑞,潘维大,主编.中国民法典基本理论问题研究[C].北京:人民法院出版社,2004:17;吴汉东.知识产权立法体例与民法典编纂[J].中国法学,2003(1);马俊驹.对我国民法典制定中几个焦点问题的看法[A]//吴汉东,主编.私法研究(第3卷)[C].北京:中国政法大学出版社,2003:25.

^② 徐国栋.民法典草案的基本结构[J].法学研究,2000(1);麻昌华,覃有土.论我国民法典的体系结构[J].法学,2004(2).

关规范都涵摄其中。但就民法典而言,试图囊括一切民事法律关系则是一个不可能完成的任务。那么接下来的问题就是哪些内容应当规定于民法典中,哪些内容可以在民法典之外存在。具体来说,主要有三种情形:(1)应当规定于民法典中的。总则是民法典的灵魂和首脑,是民法典不可或缺的部分,必须规定于民法典中。这就如同一辆卡车,车头(总则)是必不可少的,至于车厢中拉什么货(分则)则可以灵活掌握。(2)适合规定于民法典中的。物权、债权、亲属、继承是民法典中稳固、传统的板块,保留在民法典中较为合适。(3)在民法典中可规定可不规定的。商法的主要内容(公司、海商、票据、保险、破产等)在民法典中可规定可不规定,知识产权法也是如此。

2.另外一种思路。民法典(以德国民法典为代表)的体系性和逻辑性主要在于两个方面:一是法典的总分结构或者说其提取公因式的技术;二是财产法领域“支配权(物权)——请求权(债权)”的二元结构。如果将知识产权独立成编,就会破坏民法典在财产法领域的二元结构,进而损害民法典的体系性、逻辑性,这也是笔者既不赞成也不反对将知识产权整体纳入民法典的主要原因。当然,如果能够对知识产权法的有关内容加以改造、整合,继续保留民法典在财产法领域的二元结构,那就另当别论了。

物权与知识产权均属于财产支配权,二者的客体均为外在于人和人的行为的客观存在,主体有权直接支配权利标的,并可排斥他人干涉。从法律规则上来看,物权法与知识产权法也具有诸多相同点或相似点。笔者设想,以财产支配权统率传统民法中的物权与知识产权,建立新的“对物权”制度。^① 笔者设计的财产支配权的体系如下图所示:



^① 这种方案看似“离经叛道”,但平心而论,该方案的实施并没有想象中的那么困难。具体阐述可参见温世扬,《财产支配权论要》[J],《中国法学》,2005(5)。

四、民事责任制度之构建

在大陆法系各国的民事立法中,债务与责任并无严格的区分,无论是侵权还是违约,均属于债的发生原因。我国在《民法通则》中却一改各国的传统做法,将责任(违约责任、侵权责任)从债务中剥离,以专章规定民事责任,首创了统一的民事责任人法。

我国在民法典中究竟应如何规定民事责任?论者见仁见智、观点不一。有的主张沿袭《民法通则》的做法,在民法典中设置独立的民事责任编;^①有的建议应坚持大陆法系民法传统,违约责任、侵权责任等仍旧应规定于债法之中。^②不过,多数学者则认为民事责任独立成编不太合理,但侵权责任有必要单列一编,^③立法机关也采纳了这种观点。^④

考虑到将各种责任形态集中统一规定既难以实现,又没有太大的价值,而侵权责任法的内容在现代社会不断膨胀,因此笔者也赞同民事责任不必独立成编,而侵权责任应单列一编。

关于侵权责任编的设置,学界已有相当多的讨论,这里拟从侵权责任形式的角度来谈谈侵权责任法与民法典其他各编的基本关系。

(一)侵权损害赔偿

关于侵权损害赔偿的性质,理论界有两种基本的认识:一种观点认为,侵权损害赔偿也是一种债的关系;^⑤另一种观点则认为侵权损害赔偿是一种责任形式,并不属于债务的范畴。^⑥根据前一种观点,侵权责任虽然独立成编,但是侵权损害赔偿仍然属于债的关系,当然可以适用债法总则的有关规定;根据后一种观点,侵权损害赔偿是一种责任形式,并非侵权人承担的债务,不能直接适用债法总则的规定。

单单从理论上分析,侵权损害赔偿属于违反民事义务所产生的一种法律后果,与义务本身自然有所区别。但从法律效果来看,侵权损害赔偿同样是特定当事人之间请求特定给付的民事法律关系,亦即是一种债的关系。债法的基本原理,如债的分类、债的履行、债的保全、债的移转、债的消灭等均可适用于侵权损害赔偿。因而,尽管侵权责任独立成编,但侵权

① 彭俊良,《民事责任论》[M],太原:希望出版社,2004:25-26;胡启忠,《我国民法典之构造》[A],马俊驹,主编,《民法典探索与展望》[C],北京:中国民主法制出版社,2005:72;陈界融,《中国民法学·债法学源论》[M],北京:人民法院出版社,2006:6。

② 徐国栋,《民法典草案的基本结构——以民法的调整对象理论为中心》[J],《法学研究》,2000(1);薛军,《论未来我国民法典债法编的结构设计》[A],徐国栋,主编,《中国民法典起草思路论战》[C],北京:中国政法大学出版社,2001:380-381。

③ 魏振瀛,《论民法典中的民事责任体系》[J],《中外法学》,2001(3);梁慧星,《中华人民共和国民法典大纲(草案)》[A],徐国栋,主编,《中国民法典起草思路论战》[C],北京:中国政法大学出版社,2001:22;王利明,《论中国民法典的体系》[A],徐国栋,主编,《中国民法典起草思路论战》[C],北京:中国政法大学出版社,2001:116页以下。

④ 《中华人民共和国侵权责任法》已于2009年通过。

⑤ 王利明,《论侵权行为法的独立成编》[J],《现代法学》,2003(4)。

⑥ 魏振瀛,《论民法典中的民事责任体系》[J],《中外法学》,2001(3)。