

聆听民商法



LISTENING TO CIVIL AND
COMMERCIAL LAW

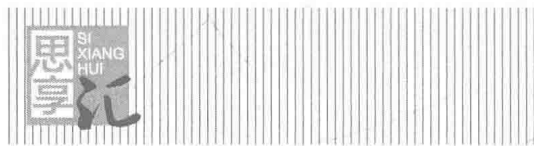
The Record of the Frontier Lectures

民商法前沿讲座文字实录

米新丽◎编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

聆听民商法



LISTENING TO CIVIL AND
COMMERCIAL LAW

The Record of the Frontier Lectures

民商法前沿讲座文字实录

米新丽◎编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

聆听民商法：民商法前沿讲座文字实录 / 米新丽编.

—北京：中国法制出版社，2017.9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7942 - 4

I. ①聆… II. ①米… III. ①民法-研究-中国②商
法-研究-中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 133664 号

策划/责任编辑 任乐乐 (lele_juris@163.com)

封面设计 汪要军

聆听民商法——民商法前沿讲座文字实录

LINGTING MINSHANGFA——MINSHANGFA QIANYAN JIANGZUO WENZI SHILU

编者/米新丽

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次/2017 年 9 月第 1 版

印张/8.625 字数/152 千

印次/2017 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7942 - 4

定价：39.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：010 - 66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：010 - 66071862

邮购部电话：010 - 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

大学学术讲座一直是学校生活中浓墨重彩的一道风景。一场好的法学讲座，可以拓展知识面、放宽眼界，甚至可能改变我们的思维方式。每一场前沿的讲座，都有可能带我们见证法学的发展历程。

在过往的法学历程中，一些重量级的法学文献一开始都是面向法学院新生的：

奥利弗·温德尔·霍姆斯的不朽名篇《法律的道路》最初是波士顿大学法学院大楼落成典礼上的演讲；卡尔·卢埃林的《荆棘丛》一开始是一年级新生学习法律的指南，哈特的《法律的概念》则是英国法律本科生的入门读物……这些经典的法律文献因为基础而给众多法学学生留下深刻的思维印记，也为更多法学研究者津津乐道。

首经贸秉承着“崇德尚能 经世济民”的实践格言，坚持为社会输送实用性人才。为提升法学院学生的学术前沿敏感度和学科实践能力，从2013年起，法学院陆续邀请了法学圈内权威学者来我校开展学术讲座，包括民法学者杨立新和刘凯湘教授关于民法总则的经典对谈，申卫星老师对民法总则起草若干问题的探讨，姚辉法官关

于民事裁判的方法论思考以及杨立新老师关于法学论文写作的规范化建议等，一系列的讲座在师生中收到了很好的反响，许多经典的探讨让学生们有了参与法学研究、见证法学历程的使命感，对法学教育也起到了“润物细无声”的作用。

民商法是法学的基础学科，因为深受历史影响，在我国法学兴起之初难得青睐，近年来学者深耕细作、辛勤研究，成果丰硕，最值得关注的是2017年3月《中华人民共和国民法总则》的通过开启了中国的民法典时代，让每一个法学人都见证了法典化时代的历程。我们也有幸在数次讲座中听到专家学者研讨民法典背后的问题，详细了解民法总则制定的曲折坎坷。为了让法学院更多的学生参与了解我们的学术讲座，我们选取了比较完整的讲座文字实录汇集成这本《聆听民商法：民商法前沿讲座文字实录》，全书共有12篇，涉及民法典编纂的3篇，其他民事法律前沿问题探讨的9篇，内容翔实朴素，包括法学院老师的现场与谈和同学们的提问，真实再现了法学院“民商法私塾”的学术探讨氛围，期待这本小书给更多的学生带来学术上的共鸣，心灵上的共振。

法典化的时代群星璀璨，民商法前沿学术百花齐放，希望法学院通过学术讲座这个平台给学生们提供一个思想库，就像电影《力争上游》里那句经典的话“你们来的时候可以满脑子浆糊，但如果能挺过来，你们走的时候就会像法律人那样去思考。”

首都经济贸易大学法学院

目 录

▶ 民法总则小型研讨会	杨立新 刘凯湘 / 1
▶ 中国民法总则起草若干问题	申卫星 / 57
▶ 罗马法对中国民法法典化的若干启示 ...	费安玲 / 81
▶ 民事裁判的方法论思考	姚 辉 / 107
▶ 法学论文写作	杨立新 / 131
▶ 媒体侵权责任的法律适用	杨立新 / 155
▶ 消费者权益保护法修改中的热点问题（讲座摘要）	杨立新 / 169
▶ 破产法前沿问题研究	王欣新 / 183
▶ 单一市场下欧盟公司的发展	李兴安 / 207

▶ **论作者的不同死亡方式及其相应的影响**

——以中美著作权法为视角 孙新强 / 217

▶ **著作权的法理分析**

——以《红色娘子军》案件为例 陈界融 / 235

▶ **论艺术伪造行为的规制** 韩赤风 / 259

①

民法总则小型研讨会

杨立新 刘凯湘

主持人：各位老师、各位同学，下午好。大家都知道现在我们国家正在编纂民法典，在民法典编纂过程当中民法总则是非常重要的部分，今天我们开这个小型研讨会也是想把这个民法总则的研究进一步推进，这里面也有很多的热点问题、争议问题，为此我们专门邀请了学界的两位大咖，一位是中国人民大学法学院的杨立新教授，一位是北京大学法学院的刘凯湘教授，让我们用热烈的掌声欢迎两位教授的莅临。

大家对杨老师和刘老师的学术成果、学术影响都应该很了解，今天我们有机会与两位面对面进行研讨，也的确是很难得，首先我们想邀请杨老师就他关于民法总则的研究给我们作一个主题发言，有请杨老师。

杨立新：首先感谢主持人，感谢提供这样的机会来讨论民法总则的问题。我想从上次人大法工委开会中讨论的几个问题跟大家说一下，在4月14号到15号开了一天半的会，算是一个国际研讨会，法工委把德国人请来了，还有一个很有名的律师，加上他们技术公司的负责人，基本上他们三个人说这个问题，然后我们民法商法的

几个人跟他们一起讨论具体的问题。在这次讨论会当中，讨论了七个问题，这七个问题刚好也是法工委在把民法总则的草案在全国推荐以后，根据提出的问题把民法总则进一步修改。

第一个是说公法与私法的问题，公法与私法有什么区分，在民法总则当中有必要还是没有必要，德国人认为这部分没有必要。

第二个是关于税法的问题，这部分针对的就是德国人介绍的，在德国他们合作社法人具有很特殊的情况，在中国是不是可以借鉴。

第三个特别强调了一下法律清算的问题，过去我们对这个研究特别详细。

第四个问题讲的是权利客体的问题，大家看到我们一直到今天民法总则的草案也没有规定权利客体这一部分，学界都强调要有这一部分，但是法工委对这个问题比较迟疑，这样就专门请了德国人谈，这是一个专题，就是客体怎么去说，德国人认为按照他们的民法总则的理解意思是应该归为客体，或者《德国民法典》当中主要规定的，同时也谈了物在当代中的发展应该进一步规定，这个部分可能是法工委考虑民法总则当中比较主要的一个事。我听这个意思，是说民法总则在征求意见当中大家提出的最直接的批评意见就是总则当中没有新事物，都是民法通则当中提到的一些问题，没有新特点，没有新内容，所以他们是不是考虑关于权利客体这部分，能不能有一些更新的东西，他们也关注到了人体器官组织的问题，这样一些比较前沿的思想，这部分在下一个稿子当中可能会形成客体，是有可能的。

讨论的第五个问题，就是德国的法律禁止，按照德国人介绍的情况，德国的民法当中没有法律行为违反强制性法律规定无效这样的规定，他们规定是法律禁止，法律禁止当然是无效的，这部分在讨论当中提到的很多，现在我们在这方面还存在一些问题，比较而言大家认为用德国的违反法律禁止可能会更好一点。

第六个问题德国人介绍了一下他们的诉讼时效，这部分把德国的制度又强调了一下，德国的诉讼时效现在是从长的往短的变化，和我们刚好相反，我们是从短的往长的变化。

最后一个问题就是关于民法总则在新的互联网大数据的时代里头，规制范围扩大的问题，在民法总则当中对这个问题能够看出新特点。这一天半的时间主要围绕着这七个问题展开，应当说还是挺有成果的，这七个问题也说明立法机关在民法总则征求意见稿的基础上，可能要修改的比较重要的问题，按照现在的计划是6月份总则就要上会了，大概5月份期间能够改出一篇新的稿子，改出来以后我觉得咱们可能还得再讨论一次才能上会。

结合这些问题，再加上民法总则当中的其他问题，我想给大家介绍八个方面的问题。

第一个问题还是人格权法的立法问题，关于人格权法的问题，究竟怎么去弄，现在我看法工委的意见不是很确定，就是谁也不敢说，原因在哪呢？原因在于梁教授认为人格权法能够引起颜色革命，这样就把很多领导弄的不敢说话了，就怕一说话以后再把老梁惹火了一下捅到中央去，所以就比较敏感，但是现在也没说人格权法的

问题就不做了，我们现在可以看到的一点，就是民法总则现在征求意见稿有关于权利的问题，这样看起来应该说还留有余地，人格权法要好好去写，这样可能还是能有的，这部分究竟应该怎么去弄？跟法工委几位工作人员去聊，他们也说这个路子没有死，还有可能看看想什么办法，前两天把民法学会的建议稿据说都送给大领导看了，大概需要最后决策一下要不要写，在哪里写的问题。这部分从学者的意见来看，最早时候学者对于写人格权法这部分其实是质疑的，老梁的意见是表示反对，但是这些年经过深入讨论，我看好像反过来了，就是多数的学者还是支持写，比如说像凯湘在这方面也提供了比较强大的支持。利明现在的态度稍微变得有点暧昧，他强调也是要写，但是强调具体写在哪里是一个技术性问题，其实写在侵权法当中也行，写到民法总则当中也行，就这个问题上我估计是不是那个领导实际上也不太敢确定，但是这一段时间利明一直在写文章强调人格权法立法的问题，现在反对人格权法单独成篇不光是理论，实践中现在也是间接反对人格权法单独成篇，他的意见应该是写到侵权责任法当中，我们的意见是写到民法总则当中，写到自然人里头去，这里头一个是站在政治的立足点上有一种盛气凌人的感觉让大家不敢说话，现在宪忠是以他人大代表的身份，活动的频率也比较大，强度也比较大，基本上有压过学会组织的这样一个势头，这样大概现在人格权法的问题就是形成这么三种，一个是梁代表的，还有宪忠代表的，还有利明代表的，这样人格权法立法的问题现在看起来是一个扑朔迷离的事情，不过我觉得有一点应该比较

有信心，就是人格权法毕竟还是要写，当然最好的方法应该是写到分则当中单独成篇，这部分我不太赞成民法学会主持搞的稿子，写的太复杂，人格权法要写一百多条，往大撑，撑来撑去就把侵权法撑进去了，所以就形成了一种人格权法和侵权法分不开的问题，这部分恰好是反对人格权法单独成篇的意见。真正的人格权法要说的问题没有那么多，这部分我提出的稿子就是应该精简，我的那个想法体现在2002年民法草案第四编人格权法的立场上，在那个基础上稍微扩展，增加了具体的内容，所以我的这个建议稿写了46条，应该比较适中，将来把它再去掉一些大概在30条，写到民法典当中是比较好的，这部分最近我把46条分别写到立法里头，涉及的问题也比较多，但是也涉及一些比较敏感的，比方说像安乐死的问题，这些问题可能立法不会去裁判，但是学者提意见我觉得应该还是可以的。关于人格权法的问题，还是乐观的态度，可能会写，但是究竟在哪一部分写，这个可能不是特别的确定。从现在民法总则条文设计来看，应该留出来余地的，这是一个问题，关于人格权法立法的问题，学者还是要共同努力，推动人格权法的立法问题，这个特别重要。

第二个问题，我想说说关于自然人的监护问题。这个问题我想要说两个背景，一个是民法通则规定监护的问题是比较差的，第一个它是放弃了大陆法系的未成年人的亲权制度，他用的是监护的制度，放弃亲权。第二个部分就是关于成年监护有个精神病人的监护但没有其他人的监护，比方老年人、植物人等这样的规定，这部分

我们法律也比较迟缓，成年监护制度改革已经进行了几十年了，我们仅仅在2013年的时候通过《老年人权益保障法》写了26条，对老年人的监护明确了要完善，这样直接的问题在民法总则的规定当中怎么去讲自然人的监护问题？这部分大家都提了好多的意见，但是总的说起来，关于成年监护的问题，我们在学界里头讨论的不多，没有引起过多人的重视，现在学者讨论监护问题，可能最大的问题就是多数人在民法总则的立场上，不觉得有这个必要性，你说什么呢？他都要给你拿那个东西来废除，你就没有道理可讲，因为他不知道成年监护世界的发展；民法总则关于自然人的监护问题，他大概采用这个办法，这个办法首先解决一个未成年人的监护问题，未成年人的监护问题仍然还是讲大陆法系的亲权，所以这部分大概很难改过来，因为《民法通则》确定采用美国法的监护，已经用了三十年了，大家都接受，现在要改回来改到大陆法系的亲权上，很难接受，还是顺着《民法通则》的规定，未成年人的监护人是他的父母，而不是提未成年人的监护人是亲权人。成年人的监护人用了一个比较巧的办法，他就是把精神病人的监护去掉了，完全说的是成年人，成年人不管是什么原因，只要丧失民事行为能力的时候就可以涉及监护，这样就把所有的成年人监护包括老年人监护问题都解决了，即对被监护人的范围有了一个最大限度的扩展，然后也增加了监护的类型，过去有法定监护、意定监护，意定监护在修订的时候增加了26条，规定了老年人可以用意定监护，现在把所有的成年人都可以用意定监护，意定监护就是你有了行为能力以后，18岁以

后，就可以找你自己认为可能作为监护的，指定一个监护人，然后制定一个协议，我一旦要丧失行为能力的时候你就做我的监护人，通过法律行为设定监护人，一旦丧失能力以后他就可以作为监护人，这些制度我觉得应当说还是比较巧地解决了这个问题，就是把过去的精神病人的监护，直接就改成了成年人的监护，这样就把《老年人权益保障法》当中的老年监护放到里面去，然后把这种新型的意定监护也写进去，但是有一个问题，就是在监护制度当中，特别是在意定监护制度当中要有特别的一个监督的发展，意定监护监督这样一个方式，这个制度在现在我们的草案当中就没有规定，引进这个意见来别人都嘲笑你，这个都不懂还嘲笑别人，就没有办法跟他讲道理。他现在的意思是你选定了监护人，然后丧失行为能力的人他他开始监护，他一旦不履行监护职责，或者侵害监护人权益的时候怎么办呢？这样的時候我找个律师跟他签定监护监督协议，这个一生效以后他马上就开始监督，一旦不履行监护义务之后就可以向法院起诉撤销，这个制度是配套的，但是我们光有这半没有另一半。他有问题了谁监督他，这个问题就像检察院是法律监督机关，全国人大监督，全国人大谁监督？我说你还有完没完了，没有办法往下说，这部分好像对这个必要性没有很好地看到，所以这部分还有欠缺。还有一个问题关于民政机构的监督机构监督职责强调以后，去年年底评了2015年十大法院，我说都29年了《民法通则》才第一次，一方面表扬的是好的做法，但是实际上是没履行职责，29年都没履行职责，最后这一年才想起来履行职责，这是说的第二个问题。

第三个问题是关于法人制度问题，你看在4月15号的会上，讨论法人问题，一共七个问题当中就有三个问题是讨论法人问题，所以我觉得可能立法机关也看到在法人制度中解释不怎么样，现在可能批评最大的就是我们民法总则草案当中把法人做到一般规定以后，现在来看规定营利性法人和非营利性法人，这部分民法学者提出很强烈的意见。前两天我们召开的民法典会议上，台湾地区几个民法学者也专门说了这个问题，说这个事情可能不行，说一个民法总则从营利和非营利上去讨论法人的类型，去规定基本规则，可能会走偏，后来李永军也在这个问题上发表了一些意见。李永军写了一篇文章我们也把这个问题提出来，李永军的意见是搞商法的搞的，他说主要是搞商法的人和人民商合一，民商应该分成营利法人和非营利法人，非营利法人就是纯粹的民事主体，这么一弄全世界民法没有这么规定的，怎么能规定这样的法律呢？还是应该以社团法人和财团法人作为基本的区别是对的，因为他们的结构完全是不一样的，这成了区别错误，就是说在社团法人当中进一步去区分营利和非营利这是很难的。

还有一个问题是关于公法和私法的问题，德国人特别强调了公法人和私法人，其实在民事上没有什么特别区分的必要，他们主要是设置主体的问题，他们认为公法设置的时候一个主权行为，他们后来解释这个主权行为其实是一个政府行为，就是一个国家行使主权的行爲，这个时候他要设立一个法人，实现是管理的那种，就是这个公法人，但是公法人成立以后，他可能会去进行一些民事活动，