

两岸民商法前沿

民商法的国际性与地域性

龙卫球 王文杰 主编

- ◎特邀发言：民法典编纂进展
- ◎专题策划：民商法的国际性与地域性
- ◎民法总则专题研讨
- ◎民法分则专题研讨
- ◎商法与互联网法专题研讨
- ◎附录：首届至第六届“两岸民商法前沿论坛”
会议议程

两岸民商法前沿

民商法的国际性与地域性

第6辑



主 编：龙卫球 王文杰

执行编辑：

朱 虎（特邀） 汪 洋（特邀）

谢 地 赵精武 郑 臻 ~~毛吾吉达~~·伊布拉伊江 王 江

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法的国际性与地域性 / 龙卫球, 王文杰主编.

—北京: 中国法制出版社, 2017. 11

(两岸民商法前沿; 6)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8931 - 7

I. ①民… II. ①龙… ②王… 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 260460 号

责任编辑 韩璐玮

封面设计 周黎明

两岸民商法前沿 (第 6 辑)

LIANGAN MINSHANGFA QIANYAN (DILIUJI)

主编/龙卫球, 王文杰

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 11 月第 1 版

印张/74.25 字数/1400 千

2017 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8931 - 7

定价: 188.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66070084

邮购部电话: 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

《两岸民商法前沿》的编辑和出版,是北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院开启的两岸民商法紧密合作交流关系的重要延展。本论集配合一年一度两院合作举办的“两岸民商法前沿”高峰论坛,及时且不间断地汇集两岸民商法学者有关优秀研究成果,使之具有更正式的、便于长期发展的固化形式。

北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院近年来展开合作,推进两岸民商法革新。两院以务求前瞻为方向,每年就民商法当下发展之论题,携手打造“两岸民商法前沿”高峰论坛,组织两岸民商法精英,开展全方位、多维度的对话交流,拉近两岸私法间距,汇集研究思路,推广前沿成果。最重要的是在“与时俱进”的聚光灯下,观察民商法时代特质,廓清新时期私法与当代社会结构耦合的全新关系,评估既有,刷新未来,重在建设,以期对促进两岸民商事学理、立法或司法加速转型尽绵薄之功。

我们今天已处在一个瞬息万变的时代——按照富于思想洞见的卢曼和托依布纳两位大师的说法,这是一个社会功能高度分化的时代。在这样一个时代,从相对单纯的市民社会视界基础上发源和演化的民商法之诸传统,毫无悬念遭遇着前所未有的挑战。这些挑战既在私人之间关系层面展开,更在制度、社会功能系统多方面显示出来,且不断发展扩大,刺痛着我们固守的传统私法理论、制度与规则神经。于是,如何使民商法顺应当下社会系统结构基本变化,特别是贴近蕴含于其中富于生机的目的需求,成为急迫的现实课题。

我们希望,借助本论集的出版,能够呈现两岸民商法学者群体勇于搏击法学时代浪潮的恢弘气度,以及善于学习、不懈探索、不断自我升华的学术品质。有关民商法前沿研究至少可分为三个维度:世界的,建立在世界范围的思想或经验的比较互动基础上;区域化的,在世界一定区域范围具有特别坚实的实证基础和论证理由;中国特色的,系着力将民商法时代发展与中国建设实际展开移动式对接。我们相信,当亲爱的读者阅读和品味着一篇篇充满挑战和思考魅力的大作时,必定猛然而觉知,一个属于我们的民商法富矿时代,已然悄悄来临!

2017年11月18日

卷首语

北京航空航天大学法学院与台湾政治大学法学院联合主办的第六届“两岸民商法前沿论坛”，以“民商法的地域性与国际性”为主题，于去岁11月中旬在北京隆重召开，适逢中国民法典编纂蓬勃开展、《民法总则》制定进入收尾阶段，两岸民商法学者云集，以江平教授、苏永钦教授、黄立教授、王利明教授、孙宪忠教授等学界巨擘为代表，同时聚以数百中青年民商法优秀学者，纷纷阐发高见、激扬思绪、抒发对策，可谓思想荡漾、学术如潮。凡重大立法之际，必是法学大繁荣、制度大创新时期，中国民法典编纂持续发力，到如今已是硕果累累。

中国民法典能否将中国民商法水平推向一个世界的高度，彰显出中国民商法对于世界的杰出贡献，能否面对当代潮流，与全世界已有之民商法秩序与环境接轨，特别是发挥出对于国际商事活动的积极调整功能，是这部民法典首先要回答的问题，这是民法典的国际性问题。同时，我们也注意到，每个国家或地区都有着自身的地域性，这种地域性与自身历史与现实紧密相关，体现一种自身合理指向的关切性和适应性，因此在制定或编纂自己的民法典之际，必须对于地域性加以详细考察并予以化构。特别是，考虑到中国作为一种灿烂辉煌的古老文明的传承性，以及大陆当下制度理念和转型发展的特殊性，此次民法典编纂的地域性问题尤显突出，成为无法回避的复杂课题。

本辑汇编的发言和论文均是从第六届“两岸民商法前沿论坛”精选而出，其以中国民法典编纂为大背景，就这部民法典的国际性和地域性问题进行深入思考，对相关制度与司法实践进行有针对性的研究。本辑共划分为“特邀发言”“专题策划：民商法的国际性与地域性”“民法总则专题研讨”“民法分则专题研讨”“商法和互联网法专题研讨”五个部分，共收录73篇佳作。

第一部分是“特邀发言：民法典编纂进展”，共收录9篇两岸民商法大家现场讲演稿。

中国政法大学终身教授江平老师深情回顾了改革开放以来两岸法学包括民商法交流的起源和历程。江平老师指出，两岸法学交流来之不易，两岸法学家能够开展学术和教育交流，体现了对于专业的热爱，也体现了对于两岸友谊和共同解决问题的确信，希望能够继续延续和发展。此次中国民法典编纂，两岸民商法学者可以一起携手，共同承担起这份历史重任。

台湾政治大学资深教授、台湾地区前“司法院”副院长及大法官苏永钦先生围绕民法典的基础和结构问题，就民法典的当下功能、体系选择、中间体系以及民法总则

的制定基础和重点难点进行阐发,发言高屋建瓴、气势恢宏,同时又深入当下时空,回应了正在开展中的民法典编纂的种种重大争议和困惑,极具启发性。最后,苏永钦教授指出民法典的伟大在于其朴实无华,表达了对民法典编纂的美好期望。

中国人民大学资深教授、中国民法学研究会会长王利明先生就民法典编纂与合同编的进展和期望做了精彩讲演。他认为,应当进一步协调民法总则与合同法的关系,认为当前民法总则的基本原则、法律行为、代理部分等规定与合同法存在重复,需要实现两者的协调,区分好哪些应纳入民法总则或移出合同法,哪些应当保留在合同法。同时,鉴于立法决定不再制定债法总则,建议合同法应当发挥债法总则的功能。鉴于多数人之债不好在合同法规定,建议在民法总则的民事责任部分加以规定。此外,他还就合同编修订提出了其他方面的重大建议,包括应当重视合同法组织经济功能、完善合同订立规则、完善合同的格式条款、规定情势变更规则、协调不安抗辩权与预期违约的关系、完善合同消灭制度、完善违约责任制度、完善合同解除制度、增加合同类型等。他还特别强调,合同法也应当关注网络交易,研究电子合同和电子交易平台的法律地位。

中国社会科学院法学所资深研究员、中国民法学会常务副会长、十二届全国人大代表孙宪忠先生指出,民法典编纂与民法总则起草过程中仍有若干重点问题需要加以解决。他对于民法典编纂的必要性和意义进行了现实回应,通过回顾《民法通则》以来我国民商法发展的历史以及提示《民法通则》已经被掏空的事实,提出制定《民法总则》势在必行,这是一种符合中国立法实际的选择,是中国民法制度发展现实的需要。如果要制定《民法总则》,显然就得考虑民法总则与其他分则的关系,系统编纂就十分必要。目前,这种编纂包含对于许多现有立法存在问题的修改,无论合同法、物权法等都存在许多问题,特别是从实践角度看存在很多矛盾和冲突,甚至有些核心条款设计存在缺陷。此外,未来的法律设计应更加注意一般法与特别法的结合问题。

中国政法大学资深教授、中国商法学研究会会长赵旭东先生作为中国法学会民法典合同编修订研究召集人之一,就其正在组织的修订研究情况进行了介绍,并提出相关思路。他认为除了王利明教授刚才提到的十二个问题,还要特别强调以下几个方面:首先,是明确合同编的立法任务,应该包括删除滞后规则、确认新的合同类型并制定相应规则,整合吸收相关单行法和司法解释。其次,合同编应当重点协调处理好三大关系,包括民法和商法的关系、合同法和民法总则的关系、合同法与债法总则的关系。最后,他就应当增加的新型合同提出几个思考原则,包括特别法有具体规定排除原则、特别法无具体规定应当规定原则、实践典型形态依据是否成熟是否广泛等而纳入原则等。

北京大学法学院资深教授、中国民法学研究会副会长尹田先生作为中国法学会民法典物权编修订研究召集人之一,就民法典物权编修订思路 and 重点发表高见。他从物权基本制度与我国基本经济制度、我国基本社会政策紧密挂钩的现实情况,从当今的物权规则存在重大缺陷无法解决一些根本现实性问题等,发表了自己的看法。他还就物权法修订的物权设定,提出了精深的思考。第一,关于技术问题。根据民法

理论和社会生活,要不要规定典权等,以及如何完善具体规则。第二,关于政策问题。很多物权法领域的问题争端并不是基于法律,而是政策制定如何考量,政策的改变也严重影响物权制度。第三,关于观念问题。结合大陆法系国家的立法情况,点出民法的私法属性,提出国家不是民事主体,物权法并不应当作出相应规定,法学家都应当正面面对这一问题。

中国政法大学资深教授、中国婚姻家庭法研究会会长夏吟兰女士作为中国法学会民法典婚姻家庭编修订研究主要召集人,提出了民法典婚姻家庭编的修订思路。她认为,当前立法思路有三个:第一,在坚持婚姻家庭法身份法特点的同时,实现与民法典其他各编的衔接与融合。第二,完善婚姻家庭法的体系名称,实现婚姻家庭法律制度的科学化与体系化。第三,回应社会关切,为婚姻家庭关系的新情况新问题提出解决路径。具体来说,应当改总则为通则,增加有关亲属的一般规定;类婚姻关系应否受法律保护;夫妻财产制度的选择;亲子关系独立成章并需完善内容;离婚程序及条件;完善监护制度等内容。

中国人民大学法学院资深教授、中国民法学研究会副会长杨立新先生作为中国法学会民法典继承编修订研究主要召集人,围绕民法典继承编修订思路和重点谈了自己的看法。他认为,总体的继承制度要和社会发展相一致,结合当代社会主义市场经济的发展状况,继承法应当做出调整。关于具体制度方面,继承法应当作出相应的完善。他结合之前80年代继承法的立法背景以及该法衍生的一系列社会问题,强调新的继承法应当保证遗嘱人支配遗产的意愿实现。此外,继承法的修订应当与民法的各个制度相衔接。最后,他强调继承法的改革必须要和市场经济相协调,更新观念,研究父母的继承顺序等问题。

意大利著名民法学家伊尔蒂教授做了书面发言,他立足欧洲民法典的实践经验,通过自己的理解,希望提供有益于中国民法典编纂者的关于民法典观念的见解。他提出了三个主要问题:第一,国家立法权的绝对权威性。第二,法典化追求法律规制的确定性和普遍适用性,因此法典应该具有抽象性。第三,法典的争议性和技术性。他郑重建言,中国民法典编纂,要处理好以下问题:处理好政治要素和技术要素之间的平衡;立法者必须和法律之间形成对话,不管他们是不是学者,无论是理论的法学家还是实务操作者,立法者都应该和他们对话和交流,这样才不会产生冲突及自相矛盾,又能够互相包容;为了保障语言的得体 and 透彻,需要协调好民法典和宪法两者的关系。

第二部分是“专题策划:民商法的国际性与地域性”。本部分共收录15篇代表论文。

台湾大学法律学院专任教授王文字老师在《揭开法人的神秘面纱——兼论民事主体的法典化》一文,对《民法总则》应当如何确定法人基本分类等法人主体制度提出建议。他认为,法人的概念涉及民事主体的分类与公民法人的立法政策,所以应回归基本,专注于探讨一般私法人,排除公法人及其他特殊民事主体及政党、宗教团

体等主体讨论。他将法人拆解为三种基本元素,包含代理、合同与独立财产三种机制,主张应从根本上分析法人之性质与特征,方有利于商事组织的分类。论文进而通过比较法人制度起源与争议,讨论法人性质特征与类型,剖析现代司法法典化遇到的挑战与危机,就民法法典化的背景下符合中国大陆实际状况的法人制度提出极富有启发的建议。

台北大学终身荣誉特聘教授陈荣传老师在《电子通信的意思表示——民商法的国际性与地域性》一文,研究电子通信的意思表示的国际化方向。该文以 Dell 公司在网站上标错价格的案例在台湾地区各地法院裁判所讨论的问题为核心,通过与美国进行比较研究认为,网站上发布货物定价的意思表示,仅为要约之引诱或邀请,消费者所下订单仍应经 Dell 公司之接受并为承诺之意思表示,其买卖合同始有效成立。此种法律行为或契约,应以双方当事人确实的合意为基础。该文因此指出,电子交易及电子意思表示,存在直接适用传统法规的困难,因此,就地域性法规潜在的适用困难及带来的问题,其最佳的解决办法,应该是加强立法及司法部门的国际性意识,避免再偏离国际相关法制的轨道。

台湾政治大学讲座教授黄立老师在《从比较法观点看合同条款之解释》一文中认为,合同条款解释从比较法角度看,非常复杂。合同解释在司法实务中引起了数量颇多的争议,很多原本可顺利执行的合同行为,一方一旦出现严重亏损,必然会委托律师重新审视合同条款,试图发现任何对合同条款进行其他解释的可能性。因此在审查合同条款时,对于双方当事人在履约过程中的作为与反应,应可协助法官探究当事人的原意。论文通过对美、德与台湾地区法律的比较研究,提出“不清晰规则”(interpretatio contra proferentem)应该被视为普遍可以适用之原则,限缩其适用领域并不妥适。论文提出,探求拟制的当事人意思,在适用上应谨慎为之;有疑义时,无法由合同的补充解释认定有拟制的当事人合意。

台湾大学法律学院陈忠五教授在《台湾地区“不当得利法”的最新发展——给付类型不当得利的适用与准用》一文,研究了给付类不当得利在台湾的适用与准用的一些新发展情况,显示了民法地方化演化的一些新特点。论文列举了区分不当得利类型的两种模式。在第一种模式里,主要目的是要判断财产上损益变动是否是无法逾越的原因。但是,适用因果关系在多重复合的交易关系中判断不当得利的受益人与受损人存在困难,因此产生以给付关系取代因果关系的第二种模式。通过引入第二种模式,先将不当得利分成给付型及非给付型,然后对给付型不当得利的要件予以简化,并将给付型不当得利的功能变为界定财产上损失变动的当事人。论文还以几个案件为例说明用给付关系来取代因果关系的重要性。

台湾东吴大学郑冠宇教授的《动产抵押权之现代化》一文,动产抵押权存在变革的趋势和更进一步的必要。论文指出,台湾地区的“动产担保交易法”之制定,乃系为因应动产担保交易实务之发展所需,以求工商业及农业资金融通及动产用益之平衡。

“动产担保交易法”对于资金融通确有相当之助益,在甚多方面有取代“民法”物权编动产质权所具有之担保功能。然而由于英美法与大陆法在体系上之差异,以及现代交易型态之多样化影响,使得“动产担保交易法”在适用上产生诸多疑虑,从其法律之规定以观,实有偏向于债权人或担保权人之利益,而相对限缩融资人之地位。由此,“动产担保交易标的物品类表”之废除,以及动产担保交易公示查询网站之建置,均有利于融资取得环境之建立。然而,朝向友善债务人之立法考量,相对于动产让与担保制度遭受忽视,动产担保法之变革尚须加速脚步,以期能填补动产担保制度之不足,并能有助于现代交易之发展。

北京航空航天大学法学院龙卫球教授的《论民法依据的独特性》一文,认为民法制定依据问题成为我国民法学界一个关注点,我们应当认识到民法依据具有独特性的合理意义。2007年《物权法》制定以来,民法独立性问题受到非同寻常的挑战,这个挑战不是以一般性的挑战方式提出来的,而是以“民法是否应当根据宪法而制定”的特殊方式提出来的。但是,无论从历史还是现实合理来看,民法在制定依据上有自己的规律,不能简单地由宪法作为根据来终结或限定。至少有三个方面的原因:一是民法始终具有的独立性本质,决定了民法依据的特殊性和独立性;二是民法的依据问题,在历史上已经展示了特殊轨迹和独立内涵,具有自发性、宽泛性和丰富多元的特点;三是宪法虽然在近现代出场之后地位显得重要,但是从规范功能上来说它有着自己独特的任务,不曾也不必要将自己设计为民法依据。

武汉大学法学院孟勤国教授与清华大学法学院戴欣悦在《民法典的现代化使命:变革性与前瞻性——〈民法总则(草案)〉的现代性缺失》一文,认为《民法总则(草案)》从变革前瞻的角度看,存在现代化不足。论文认为,现代化是民法典国际化和本土化的连接点,应成为中国民法典编纂的基本价值取向,其中变革性和前瞻性是衡量民法典现代化水平的标准。但是,全国人大2016年7月公开征求意见的《民法总则(草案)》,在民事权利能力、营利性法人和非营利性法人、物的概念、代理制度上等存在明显的现代性缺失,建议未来的民法典放弃民事权利能力概念、不以营利性和非营利性法人的分类架构法人制度、对物的概念重新进行现代化的定义、将间接代理作为与直接代理并列的制度。

西南政法大学民商经济法学院赵万一教授在《民法基本原则怎样在民法总则中作出准确表达》中,研究民法基本原则的规定意义和方式。论文阐述了民法基本原则的基本功能,包括指导立法、便利司法、强化群众对民法的信仰和价值认同;揭示了民法基本原则的确立所需的一些条件;另外按照民法基本原则作用的不同将民法基本原则区分为价值性基本原则和功能性基本原则;并认为民法基本原则在民法总则中的具体表达方式可以分为罗列式表达,说明式表达,选择性表达,分层式表达和分散式表达。总之,民法基本原则事关民法典制定的目的、理念和思路,民法基本原则在民法总则中做出准确的表达非常重要。

中国社会科学院法学研究所谢鸿飞研究员的《〈民法总则〉代理立法的基本理念和重要制度》,研究了代理的基本理念和制度重心。他指出,在代理制度中私法自治与信赖保护的价值冲突较法律行为制度更为剧烈;同时认为,《民法总则》无需规定商事代理制度,但应预留商事代理的规范空间。论文针对民事代理制度,主张应采显名原则,但有必要设置缓和规则;同时应纠正既有立法表述错误,明确承认代理权授予行为的独立性,但基于制度功能重合,无须确认其无因性。其后,区分代理权法定限制的不同情形。针对代理权滥用应设定代理人的信义义务;针对自己代理与双方代理则赋予被代理人以撤销权;针对无权代理的效力问题,认为应细致规定代理人与相对人之间的法律效力,以弥补既有立法漏洞。最后,从法技术角度分析了表见代理构成无需“本人与因”要件,同时指出容忍代理应在表见代理的框架内构造。

山西大学汪渊智教授在《代理制度的地域性与国际性——以两大法系代理制度之比较为视角》一文中,认为代理制度具有地域差异性,但融合趋势明显。各国代理制度由于各地域法律传统、历史文化、思维方式等社会因素的不同,而呈现出较大的差别。但在世界经济一体化的背景下,代理制度呈现出了相互影响、相互融合的特点。在此背景下,我国制定民法总则,应考虑如何在地域性与国际性关联互动基础上,构建面向世界、面向未来、面向现代化的中国特色社会主义代理法律制度,对此应进一步在理论上予以深入研究。

中山大学法学院于海涌教授在《中国民法典编纂的基本思路和立法体例研究》一文认为:民法典的编纂既是国家立法中的前沿性的重大理论问题,又是战略性的重大现实问题,其编纂基本思路和立法体例十分关键。全国人大常委会将中国民法典的编纂纳入第一类立法项目,编纂工作已经全面启动。中国民法典是否可以展示中国的立法水平,固然是对中国传统法律文化的继承问题,更是对法学理论、民法制度和立法方法进行创新的发展问题。

上海财经大学李宇老师在《国际合同法最新发展:比较法视野下的〈2010年国际商事合同通则〉》一文,介绍并评述了《2010年国际商事合同通则》增订的若干新条款,以此评述国际合同法的发展情况。他强调了新增的非法合同一节,对违反强行法与公序良俗的合同设统一的权衡标准,允许非法合同履行利益的恢复原状;在恢复原状方面,对于合同无效、撤销、解除等合同失败情形采统一的恢复原状规则,简化法律适用;在新增的条件一节中规定了法定条件亦可适用附条件合同规则。此外,在新增多数债务人与债权人一章中,规定了连带债务推定、债权人权利优先于连带债务人之间的追偿权。

武汉大学法学院罗昆副教授的《合同法的国际性和中国创造——以违约金的司法调整制度为例》,从实证角度对违约金的司法调整制度进行了分析,存在国际性和中国创造相互结合的必要。我国司法实践中存在违约金酌减规则模糊、主次规则不当、指导思想误读多重问题,这导致了违约金酌减存在裁判尺度不一、系争违约金大

概率被酌减。为了解决此问题,在理论层面,须澄清有关违约金制度的两项基本观念,即以不酌减为原则以酌减为例外、以赔偿性违约金为原则以惩罚性违约金为例外;在具体制度层面,需从正反两个角度完善违约金酌减制度,一是区分两种性质的违约金分别规定不同的酌减规则,完备酌减违约金的考量因素等以限制酌减违约金,二是明确若干不得酌减违约金的典型情形以排除酌减违约金。可见,关于违约金司法调整制度,我国合同法的完善仍需大力深化有关基础理论研究,推进国际性和中国化融合。

北京理工大学法学院付俊伟副教授在《现代商人法与欧盟私法统一》一文,认为近年来欧盟对各成员国间私法的统一铸造了新的欧洲法律文化,但这种私法统一努力与现代商人法不具有必然的关联性。私法统一所映衬出的国际性和商业性使其成果具有成为“现代商人法”的潜在力量,而欧洲众多学者也将“欧盟合同法原则”与“欧盟民法典草案”,作为“现代商人法”进行看待。但是,通过从现代商人法的起源、欧盟私法统一的动力以及对国际间商事条约的参照,剖析欧盟私法统一与现代商人法之间的辩证关系,可以发现,基于“欧盟民法典草案”起草的主要动力和根本目的是为了欧盟境内统一市场的构建,与“现代商人法”并不存在着必然的关联性,同时也不能作为“现代商人法”的代表。

山东政法学院的周煜老师在《信息能力、媒介民意与民法典制定》中提出,在立法信息的采集与分析过程中,立法者往往受到媒体信息的影响,并进而会产生反映的民意的扭曲。传播时代的大众传媒具备强大的公共话语塑造能力,自媒体的发展又加深了影响的维度,其话语能力业已成为影响立法绩效的深层次社会因素。在面对相应的社会问题时,立法应更为审慎。顺应大数据分析的发展潮流,跟随技术进步的脚步,建立公正的司法信息分析数据库,能给立法提供客观基础和分析依据,从而建立更为科学的法典。

第三部分是“民法总则专题研讨”。本部分共收录 18 篇佳作。

中国政法大学的柳经纬教授在《民法总则制定中的若干问题》中提出,法典是内在精神和外在形体的高度统一。民法总则是民法典之“总则”,也是整个民商法律体系之“总则”。民法总则的水平如何,将决定着民法典乃至整个民商法体系的水平。论文指出民法总则草案有许多亮点,但是自《民法通则》以来的一些根本性问题仍没有得到很好的解决。论文以《民法总则(草案)》征求意见稿为基础,从权利本位还是义务本位、行为指引还是行为控制、法人组织还是非法人组织、权利救济还是民事责任、消灭时效还是诉讼时效五个方面对这些问题进行了分析,指出无论是在反映内在精神方面,还是在外在形体方面,《民法总则(草案)》离一部体系科学的民法典的目标,还存在着较大的差距。

中国社会科学院法学研究所的朱广新研究员在《民法总则立法须重视制度创新》中认为,《民法总则》的编纂应以体例科学、结构严谨、规范合理具体有中国特色、

体现时代精神为立法目标进行制度创新。论文提出:第一,不应一味固守民法通则的体系结构,应创立与民法总则的功能相匹配的章节体例。第二,法律修订应顺应法律思想、观念的时代变迁,使新法充满新时代精神。第三,修改、删除现行法律规范及补充新规定时须具有体系性思维,应充分考虑到修改、删除法律规范及补充新规定所可能产生的体系效应。

郑州大学的申惠文副教授在《论〈民法总则(草案)〉与宪法规范的接轨》中就如何与宪法规范接轨进行独特思考。首先,应当删除草案中关于民法调整对象条款,全面认识现代民法的功能和局限。其次,草案在民事权利类型的规定仍显狭窄,建议完善一般人格权,增加人身自由权,增加国家财产集体财产私人财产的一般规定,删除民事责任独立于行政责任、刑事责任,并绝对优先的条款。再次,条文中有关公权力运行的条款宪法规范的衔接不够,特别是机关法人。在“非法人组织”方面,草案没有考虑国家机构的问题。

四川大学法学院王竹教授在《〈民法总则〉若干法律规范去留问题大数据分析——以〈民法通则〉相应条文的司法适用大数据报告为基础》中,基于大数据分析对民法总则法律规范进行去留分析。他认为,法律条文被适用总次数及其同时适用的相关法律规范总次数能够在一定程度上反映其制度供给需求。论文就三种特殊民事主体制度的去留问题:赞成删除作为民事主体制度的“联营”,但提出要注意与反垄断法领域的立法协调;建议保留“两户”制度,不但符合社会需求,而且具有宣示和肯定改革开放成果的重大政治意义;认为“个人合伙”制度待民法典编纂时统筹整合。论文认为,较短特殊时效制度的司法适用比例较低,本身也不具有合理性,鉴于其总则性属性也较弱,赞成立法机关删除该规则。最后,考虑到“债法总则”已经被默认取消,建议未来在“民法总则”中明确债权请求权行使方式,并以“连带责任”替代“连带之债”,规定“最终责任分担一般条款”。

中南林业科技大学政法学院李敏副教授在《民法上的国家政策——兼论〈民法通则〉第6条之存废》从立法和实证两方面反思国家政策作为民法法源的合理性。其不仅在我国立法上未被承认,在司法实务中的适用也颇为混乱。误用、滥用《民法通则》第6条或国家政策的判决屡见不鲜。国家政策不具有形式正当性与实质正当性,《民法通则》第6条后半句事实上已被废止,整条是否有继续存在之必要,值得反思。与作为法源相比,李敏老师认为国家政策或可作为民法法源的辅助资料,发挥裁判说理参考的功能。

天津大学法学院杨立新教授在《〈民法总则(草案)〉对权利客体规定的价值及应补充的问题》一文中,就《民法总则》草案有关权利客体的规定提出建议。他认为,就模式选择上,民事权利客体的规定是有选择和重点的,但最好能够完整规定,而非简单、部分的作出规定;草案当然也存在很多亮点,如网络虚拟财产作为物权客体、衍生数据作为知识产权客体等。此外,还有一些问题需要继续讨论,如最为重要的是对物

的类型的规定还不够多、要特别研究人体冷冻胚胎的法律属性问题,对于动物的保护,应当作出特别规定等。上述观点,对我国民法总则的构建和编纂有至关重要的意义。

西北政法大学民商法学院教授张伟在《老年人监护制度建构之思考——基于老年人监护的立法模式、原则与程序》一文,提出在人口快速老龄化、高龄化的背景下,我国失能老人快速增长,老年人监护必然是一个不可避免的问题。令人遗憾的是,我国仍将监护制度规定在《民法总则》里,并存在体系结构不清等问题。论文主张监护对象中,应罗列老年人,单设一小分节“老年人监护”,以适应当前我国人口快速老龄化、高龄化及失能老人快速增长的状况与发展趋势,更利于保障老年人的合法权益与正当诉求。

首都医科大学刘炫麟教授在《民法典视域下精神障碍者监护人报酬请求权研究》一文,提出我国的立法确认了精神障碍者监护法律制度,但相关概念尚不科学准确。精神障碍者监护人是否享有报酬请求权是监护制度中的一个重要问题。我国应秉持社会共治和融合共享的理念,对《民法通则》现有的“不支持”精神障碍者监护人报酬请求权的制度安排进行重新审视与适度改造。未来的民法典应当允许其他精神障碍者监护人与被监护人约定取得相应报酬,同时辅之以政府“以奖代补”新机制,努力构建精神障碍者监护的综合立法模式。

江西财经大学法学院陈宾老师的《论信用权的民法定位》,研究信用权的性质和法律形态。论文对信用权进行了定义,认为信用权是民事主体基于其社会上已取得的经济及非经济上之信用价值而享有的权利;就信用权与名誉权、荣誉权、商誉权的区别进行了说明,提出信用权的性质为一种具体人格权;在信用权的法律保护方面,就侵害信用权的构成要件、侵害信用权的常见形态、救济方式进行了分析介绍。

河南财经政法大学教授徐强胜教授在《中国民法典编纂中营利法人制度如何设置》一文,认为法人制度作为民法中重要的制度之一,其编纂体例应坚持《民法通则》对于企业法人的基本认知,不宜简单照搬西方关于社团法人与财团法人的认识。应从我国经济、文化发展角度考虑,基于国情及立法现状,民法总则应继续用企业法人或非企业法人表述有关概念及制度设计为佳。

山东大学法学院瞿灵敏博士在《民法典编纂中的决议:法律属性、类型归属与立法评析》一文中,认为决议作为团体自治的工具,是团体成员的意思表示根据多数决的意思表示吸收规则所形成的法律行为。《民法总则》将决议作为一种独立的法律行为纳入到法律行为一章之中,却将决议的撤销以分散立法的方式在法人部分予以单独规定。这体现了立法者将决议整合进法律行为的意图,不仅丰富了法律行为的类型,也开创了决议入典的新模式。

清华大学法学院龙俊副教授在《论意思表示错误的理论构造》中提出,意思表示错误存在完善构造的空间。现在采取二元论是意思主义的产物,德日两国为了解决

二元论与社会现实的矛盾,采取了多种补救措施,一定程度上缓解了这一矛盾,却仍然治标不治本。就动机错误不可撤销论而言,增设了性质错误可撤销的例外,创造了主观行为基础丧失理论,或者扩张内容错误的外延,但是在面临“利用型错误”以及“引发型错误”时却仍显乏力;就表示错误可撤销论而言,设置了独具特色的信赖赔偿制度,或者以行为人有过失时为例外,但是在诸多具体案件中仍存在着价值判断失衡。

中国劳动关系学院法学院李文涛副教授在《欺诈和错误理论在劳动合同领域的具体适用问题研究——以劳动合同订立时女职工隐瞒怀孕事实为例》,以女职工隐瞒怀孕为例研究欺诈和错误的具体化认定问题。论文认为,劳动法实践和理论的发展,为民法理论变革与演进提供了鲜活的社会素材和动力。民法理论只有结合具体的部门法、结合案件的特殊事实,才能获得回应社会生活发展的生命力和想象力。怀孕一般不属于女职工的重要性质,用人单位对女职工怀孕状况的错误认识,不构成重要的性质错误;女职工对怀孕事实的虚假陈述也一般不具有违法性,不构成欺诈。

武汉大学法学院冉克平教授在《“恶意串通”与“合法形式掩盖非法目的”在民法典总则中的构造——兼评〈民法总则〉之规定》一文中,提出长期以来由于“恶意串通行为”与“合法形式掩盖非法目的行为”所具有的制度上的独特性及法律适用的不确定性,成为困扰我国学说与实务多年的疑难问题。他认为,在制定民法典的背景之下,应当完全废除“恶意串通行为”规范,在意思表示瑕疵的规范体系之下,以“通谋虚伪表示”取而代之;对于通谋虚伪表示,在条文上可以完善为:行为人相互通谋实施虚假意思表示的,该虚假意思表示无效,但是该虚假意思表示所隐藏的法律行为,就被隐藏行为确定其效力;无论是虚假意思表示还是隐藏行为的无效,均不得对抗善意第三人。

暨南大学法学院汤文平教授在《法律行为解消清算规则之体系统合——兼论我国民法典编纂的后发优势》一文中,认为法律行为解消清算规则体系统合后,有助于避免评价矛盾、借重立法论相对于解释论的优势,提升规范质素。论文对各国主流法律行为解消清算规则做了梳理,整理了制度发展的脉络;尤其在具体解消清算制度方面,系统论述了目前法律解释存在的实物返还还是赔偿损失,返还的是“标的”还是“利益”等问题。

厦门大学郑晓剑副教授在《法定代理行为效力归属之检讨》提出,应在充分借鉴域外先进经验的基础上,对法定代理人违约后的法律效果等问题展开理论反思和规范重构。法定代理作为民法上的一项重要的行为能力救济制度,其功能在于补充被代理人的行为能力之不足,从而维护被代理人的合法权益。我国《民法通则》第63条第2款笼统地规定了被代理人需要承担代理行为的法律后果,但是由于相关条文过于原则、粗糙,缺乏具体的配套规范的支持,因而在逻辑和价值上均有诸多局限。

中国政法大学教授戴孟勇教授在《论因起诉及与起诉类似的事项导致诉讼时效

中断的效力》一文,指出我国《民法通则》第140条将起诉规定为诉讼时效中断的三大事由之一。《民法总则》充分吸收我国的立法及司法实践经验,于第195条明确将“权利人提起诉讼或者申请仲裁”和“与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形”规定为诉讼时效中断的重要事由,值得肯定。不过,对于因起诉及与起诉类似的事项导致诉讼时效中断的效力,该条没有与因权利人向义务人提出履行请求和义务人同意履行义务导致诉讼时效中断的效力区别开来,这种做法忽视了起诉及与起诉类似的事项在程序法上可能产生的各种不同结果,难免与《民事诉讼法》第239条规定的申请执行时效、《企业破产法》第123条规定的追加分配等相关制度产生冲突。

武汉大学法学院杨巍副教授的《诉讼时效效力模式之选择及立法完善——兼评〈民法总则草案〉相关规定》一文,认为我国《民法总则草案》应当立足于各种诉讼时效效力立法模式的共性,参酌我国的相关理论和实务经验作出相应的规定,进行若干修改。各种诉讼时效效力立法模式的差异主要体现在法律规范所采概念用语和时效援引规则的配置两个方面。各立法模式的共性大于差异,对于诉讼时效届满的直接效力,各立法模式都规定由义务人取得抗辩权或援引权;对于行使抗辩权或援引权的效力,各立法模式的规定也基本一致,具体体现为强制执行力的丧失、自愿履行不得要求返还、抵销的适用和对从权利的影响等方面。结合各类立法模式所采语境、诉讼时效制度其他规则的配置、实际适用效果等因素,分析了各国诉讼时效立法模式的共性及差异。

第四部分是“民法分则专题研讨”。本部分共收录25篇代表论文。

北京航空航天大学法学院刘保玉教授《民法典物权编立法完善的建议》一文认为,《民法总则》的编纂初步完成,鉴于物权法作为民法分则的重要一编,应当在若干方面加以完善。首先,是就其各分“编”应该如何处理,给出了详细的建议。现行《物权法》的各“编”应删除,在结构体例设计上直接分为章、节,原《物权法》中的“节”的目次则予删除,依条文顺序编列有关条文内容。另外还就各个章节的名称、目录以及具体内容都做出了相应的调整。

南京财经大学法学院董学立教授在《民法典分则编纂建议——意定“动产担保物权法”部分》中,提出应当增设意定动产担保物权法部分。论文分析我国相关立法发展进程,阐述了我国目前的立法现状,指出我国的意定动产担保物权法存在严重的结构性缺陷,并结合动产担保物权法的国际发展状况进行比较法研究,创意性地提出“动小手术”和“动大手术”两种改进编撰意见。笔者认为,相对于通过对现有动产担保物权法进行立法修补和司法解释(“动小手术”)而言,结合中国实际,通过引入一元化动产担保物权结构体系(“动大手术”)来编纂意定动产担保物权法更具可行性,从而可以从根本上实现我国动产担保物权的现代化。

中国计量大学法学院陈永强教授在《论中间型物权变动之多元要素解释方法》中提出,中间型物权变动是由一个多元的解释要素体系所构成,这些解释要素包括合

同、合意、占有、交付、价金支付、善意、诚信、过错与可归责性等,它们分别构成自治性要素、对物性要素、外观性要素和主观性要素四种类型。各要素通过相互联合构成不同的位阶。占有、使用等对物性要素乃属特权,是多元要素体系的中枢,交付、处分权力、返还请求权、第三人之善意等均需依据对物性要素而为判断内部关系上,自治性要素优先于外观性要素;外观性要素本身并不预示权利,其须与主观性要素联合才能优先于对物性要素;中间型物权变动之效力判断须依赖于这些要素的综合权衡。

北京理工大学法学院赵秀梅副教授在《〈物权法司法解释一〉第二十一条之评释》一文,分析了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第21条规定是否合理的问题。笔者认为,解释关于“善意取得”的排除规定不值得赞同,会给理论和司法实务带来更多的争议,并通过对善意取得和无权处分、转让合同效力等关系的详细分析阐释了这一规定的有待商榷之处,为这条解释在未来司法实践中的适用提供思路。

华东政法大学法律学院姚明斌老师在《善意取得之合同效力要件再检视——基于〈物权法解释(一)〉第21条展开》中,认为《物权法解释(一)》第21条的法政策与法技术存在值得检讨之处。该条若采债权形式主义模式,其反映的是“合同有效非必要说”的立场,善意取得作为法定取得是否受合同无效的影响,取决于具体情形下的法政策衡量。若采物权形式主义模式,须结合无因性原则方能无矛盾地兼容两种不同的法律效果,并存在若干须经法政策衡量突破无因性原则的情形,但当事人还是可以通过废除处分行为的效力而自主地阻却善意取得。因此,当合同无效且成立善意取得时,原则上应依双重不当得利处理三方之间的返还关系,在物权形式主义模式下还须拟制无权处分人作为原权利人受让所有权之意思。

苏州大学王健法学院章正璋教授在《陪葬文物所有权归属问题研究——兼论〈文物保护法〉第5条的理论基础与适用范围》一文,探析《文物保护法》第5条的立法理论基础,并对其适用范围进行了明确。论文系统阐释了陪葬物的类型,提出陪葬物不应一概认为是无主物;探讨了陪葬物与抛弃物、埋藏物之间的关系,结合罗马法关于抛弃物、埋藏物的规定,认为陪葬物并非抛弃物,即陪葬物属于抛弃物的观点不能成立。陪葬文物也并非自然无主物,但是具有成为无主物之可能性。论文认为,所有人不明之陪葬文物,具备埋藏物之外表不可见以及所有人不明之要件特征,因此属于埋藏物。

上海海事大学法学院王铁雄教授在《城中村改造中土地权利配置法律问题研究——从民法典编纂中集体土地制度改革角度》一文,提出了实现地方政府由“保障换土地”的旧思路向“赋权换土地”的新思路创新转化,最终建立政府、村集体及村民、外来人口乃至开发商多方城中村改造参与主体的土地权益均衡分享机制。论文认为,加快城中村改造是顺应新型城镇化建设、统筹城乡协调发展、实现城乡一体化的必然要求。城中村改造的首要前提则是集体土地权利制度创新与土地权利合理配

置:即如何在农民集体成员全部自愿转为市民的前提下,实现集体土地国有;在集体土地国有化前提下,赋予集体建设用地与农民宅基地以土地发展权,促进集体建设用地使用权、农民宅基地使用权与国有建设用地使用权同等入市有效流转并全面处理好小产权房问题。

清华大学法学院汪洋副教授的《明清时期地权秩序的构造及其启示》一文认为,明清时期的地权秩序表现为受制于国家政治权力的宏观地权秩序与乡土社会原生自发形成的微观地权秩序的二元结构,这种地权秩序呈现出来的抽象和相对性观念、时间维度上的灵活性特征,不同于大陆法系以绝对所有权为中心的物权观念以及“所有权—他物权”结构。这一观察对我国农地“三权分置”改革颇具启发意义。论文认为,明清民间地权秩序以“业”为核心概念,以私人契约为工具,分化为多样态的管业层级以及一系列交易形态。诸管业层级根据经营收益、流通性、管业年限与税赋风险四种影响因子,体现为不同的权利内容与地权价值。诸地权交易类型以当前收益与未来收益两个维度构建起统一的交易链条与理论框架。这种民间自发的地权分化所催生的复杂地权结构起到了明晰产权与降低交易成本的积极功效,其成因根植于明清社会经济的变迁之中。

山东政法学院周玉辉老师在《新“三权分置”视域下的中国农地物权体系配置》中,提出了以集体土地所有权、农民集体成员权和农地使用权为核心的新“三权分置”方案。论文认为,以集体土地所有权与土地承包经营权为架构的农地“两权分离”模式忽视农民集体成员权,造成集体土地所有权主体虚位、土地承包经营权因主体身份限制难以增加农民财产性收益等弊端。因此,以集体土地所有权、土地承包权和土地经营权为支点的“三权分置”因契合发展多种形式适度规模经营、释放农地生产要素效能为中共中央的多份文件所采纳。然而“三权分置”方案也存在若干问题。

北京大学法学院助理教授贺剑老师在《走出共同担保人内部追偿的“公平”误区——〈物权法〉第176条的解释论》一文,认为共同担保人之间的内部追偿权的核心依据并非公平,而是效率。在认可追偿权的背景下,基于效率价值,各担保人宜按照“事后的期待责任”而非“事前的责任风险”之比例分担责任。在进行内部追偿之前,追偿权人应当先向债务人追偿。论文建议,最高人民法院有关担保物权司法解释的相关条文,可修改为:“在认定担保人‘应当分担的份额’时,人民法院应当依据各担保人在债权人有权向其主张权利时的期待责任予以确定”。

广东外语外贸大学土地法制研究院张保红教授与刘洪华副教授在《抵押权与质押权的区分及担保财产的转让效力》一文中,认为传统理论中的抵押权与质押权界限已经模糊不清。究其原因,在于抵押权不移转占有说和质押权移转占有说的区分标准在新形势下已不敷使用。抵押权的性质应当是不限制权利的处分,而质押权的性质则对应之限制权利的处分权。抵押权的性质决定了抵押物应当是可以自由流动的。我国应当明确建立抵押人对抵押物的自由转让制度及其配套制度。这既是实现