

民商法争鸣

第7辑

主编 杨遂全

四川大学法学院主办

《民商法制创新与实践》系列学术著作

民商法争鸣

第7辑

主 编 杨遂全
副主编 陶钟太朗 陈麒巍 文 项

本书编委 杨遂全 王 竹 陈界融
张家勇 张晓远 陈 实
李 旭 赵 薇 陶钟太朗

本辑执行主编 王竹
丛书顾问 唐磊 里赞 李天德

四川大学法学院主办

《民商法制创新与实践》系列学术著作

图书在版编目(CIP)数据

民商法争鸣. 第7辑 / 杨遂全主编. —北京: 法律出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5864 - 1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 317170 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/班运华

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/9.25 字数/281 千

版本/2014 年 2 月第 1 版

印次/2014 年 2 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 - 5864 - 1

定价: 29.00 元

, 中国法律图书有限公司负责退换)

003	论民商法制创新与制度实验 / 杨遂全
012	从私人侦探的主体资格看其非法取证的排除 / 陈麒巍 薛 敏
025	论表见代表 ——以我国《合同法》第 50 条为视角 / 王 雷
039	论买断式民商代理之利益成因及司法治理 / 陈 冲
051	从空间权看宅基地使用权 / 陶钟太郎
066	盖房为拆和栽树为伐与征地物权补偿科学化 / 黄志勇 杨遂全
078	农村闲置房引发的对宅基地使用权的反思 / 张镭霖
089	试论我国保障房与商品房的制度衔接 ——从借鉴日本住房制度的角度分析 / 文 顷
099	乌木的法律性质与所有权归属刍议 ——以无主物为视角评四川彭州“天价乌木”案 / 谢晓松
112	乌木土生 枯木有主 / 杨遂全 杨 玲
122	论善意取得的法律结构 ——以当代德国民法之物权变动模式为基点 / 欧家路 申莉萍
134	论行为人主观状态对添附的影响 ——兼论离婚时添附问题的解决 / 崔艳峰
145	论缔约信息提供义务 / 周奥杰
157	论预告登记债权的性质与效力 / 雷秋玉 周显卓

168	利益平衡语境下房屋租赁权对抗力制度的完善 / 赖虹宇
	
183	浅议失独家庭的养老问题及出路 / 王 欢
194	试论我国无效婚姻制度及其完善 / 石东洋 丁叶波
207	彩礼习俗与司法解释的冲突与协调 / 司桂花
218	亲属继承中的合同制度研究 / 刘耀东
	
237	《侵权责任法》第32条批判 ——监护人赔偿责任制度反思 / 姜战军
266	不当的方法产生不当的结论 ——评《劳务派遣工作人员的侵权责任》一文 / 张家勇
275	论饲养动物损害责任中动物饲养人和管理人的概念 ——兼论“流浪猫伤人案”处理 / 王 竹 杨 彧
293	附录 《民商法争鸣》约稿启事



民法泛论

论民商法制创新与制度实验

杨遂全*

摘要:民商法制建设要有创新意识,要不断总结我国改革开放成熟的实践经验。制度创新必须有法制化的制度实验规则作为制度保障,防止出现或引起社会不稳定的各种因素。作为已经建立社会主义市场经济法律体系的国家,理应当把各种国家活动都纳入法制轨道。即使借鉴外国法也应当尽可能地事先进行制度借鉴“本土化实验”。这就需要《立法法》进一步完善法律提案和委托立法的规则;细化制度实验的立项、实施、结论等法定程序;逐步变政府主导为人大主导;规定清楚实验区的特殊权利与其他地区的关系,防止将制度实验变为地区或部门争抢利益。从而真正保障我们的各种立法民主、科学,有利于经济建设中心和国计民生。

关键词:突破现行法 科学创新 制度实验

日前,新农村建设试点、计划生育二胎化试点、^①城乡统筹试点、集体土地制度改革试点、生态一体化试点等各类试点,

* 杨遂全:法学博士,四川大学法学院教授,法学院民商法专业博士生导师、经济学院法经济学专业博士生导师。

本文受杨遂全主持的国家哲学社会科学基金重点项目“农村房地产权城乡间流转与遗产继承”(项目批准号13AJY013)资助。

① 据报道,山西翼城、甘肃酒泉、河北承德、湖北恩施等八百多万人口的农村地区从1980年开始试点“二胎方案”。参见梁中堂:“翼城县计划生育试点报告”,载《南方人口》1994年第2期。

在全国如雨后春笋一般产生。^①然而,作为一个国情复杂的大国,作为初步建立社会主义市场经济法律体系的国家,显然不能再像初建法律体系时期那样,立法或制度试验仅仅靠总结完全由政府主导的已有的政策和制度实践即可。

在现实中,社会的各方面都已经进入法制轨道的制度创新。因此,应当对制度实验过程进行法律规制,因为这些实验最终都是要直接涉及不同的实体利益分配的。诚然,我们是通过“摸着石头过河”走出自己的法制建立和发展的道路的,特别是民商法制创新。我们承认实践是检验真理的唯一标准。那么,立法法或全国人大常委会法制工作委员会的组织法就应当写明哪些制度创新或突破必须事先进行实验,哪些(本身来自于民众创新实践的立法)不必经过实验,如何实验,如何判断制度实验结果等。

对上述这些涉及一般法理的问题,本文准备从民商法制创新和实验的角度,以民商立法为例进行分析。当然,限于篇幅和时间,本文只能是简论,抛砖引玉。

一、制度实验的概念、意义及其与制度创新的关系

(一)制度实验的概念

制度实验,有别于制度试验,是为解决文化、政治、经济等社会或自然问题,而在其对应的活动中用来检验或验证某种假设、原理、理论、对策而进行的有明确目标、有确定数据、有法律责任的操作行为。通常预设“实验目的”、“实验环境”,进行“实验操作”,最终得出“实验结果”。目前国内尚未有“制度实验”的合成词。笔者认为制度实验可以用来指某种制度成为正式或全国的立法前在部分地区和行业先行实施以验证其效果的活动。如果准备立法的法律性质决定在程序上必须事先进行实验,没有经过实验的就不能进入立法和在全国推行。

(二)制度实验的一般意义

据新华社报道,2013年国庆前中共中央政治局在学习时明确提出

^① 杨遂全等著:《“小产权房”处置与土地制度创新》,法律出版社2013年版,第9页。

“创新驱动发展战略决定着中华民族前途命运”。^① 而通过制度创新的实验、进行渐进性改革,是中国改革开放高速稳健发展的重要制度原因。^② 邓小平的“摸着石头过河”的理论改变了传统制度经济学上法制不能实验的理论,^③起到了有效防止“走弯路”的重大历史作用。在这方面,苏联解体后的所谓“经济休克疗法”^④的消极作用反证了制度实验的必要性。邓小平同志提出,改革是中国的第二次革命。改革不是细枝末节的修剪,而是对原有制度、体制的根本性变革,改革主要是改制度。根本性变革必然要求以制度创新作为最高形式,改革的过程归根结底是制度创新的过程。我们现在所要做的,就是针对影响发展全局的深层次矛盾和问题,以及国家创新体系中存在的结构性和机制性问题,努力建立一个既能够发挥市场配置资源的决定性作用,又能够提升国家系统各部分有效整合的新型国家制度体系。而制度实验无疑是制度可行与否检验的必要步骤。

(三)目前制度实验的主要形式

从完全自主创新和引进外国法的角度分析,制度实验通常包括制度创新实验和制度“本土化实验”两大类。从形式看,制度实验通常有地区性试点实验和行业性部门实验两种。而从实验的制度内容看,主要表现为以下几种制度实验:

1. 政法体制实验

典型的可以归之为政体实验的是,20世纪80年代初在我国《宪法》没有修改前中央提出的可以在香港率先实行“一国两制”,深圳等经济特区立法权的特别授权,国有企业率先实行的破除干部和职工雇佣终身制,而事实上直到2000年我国才明确废除《中华人民共和国企业职工奖惩条例》肯定“下岗”的做法。这些实验有些可以理解为《立法法》规定的授权立法,如2013年8月30日全国人大准许暂停与外商投资有关的3部法

① 参见2013年10月1日新华网, <http://news.sina.com.cn/c/2013-10-01/152428347406.shtm>。

② [美]埃斯瓦尔·普拉萨德:“中国谨慎改革的智慧”,载2013年10月29日英国《金融时报》中文版。

③ 参见卢现祥著:《西方新制度经济学》,中国发展出版社2006年版,第114页。

④ 参见王东京、孙浩、林赞:“俄罗斯经济改革:休克疗法曾让俄付惨重代价”,载2002年6月29日《中国青年报》。

律和《文物保护法》等4部法律和12项审批在上海自贸区执行。中央称是制度创新的“试验田”,开放战略的重大举措。^①

2. 经济体制实验

经济体制实验主要包括人、财、物管理体制改革的实验。通常情况下:(1)物的管理体制的改革最初是以经济特区地区形式实验为先行的。个别物权的确认或管理形式也有以物的形式来进行体制实验的。(2)人的管理体制的改革,特别是人力资源市场的管理体制的实验最初是以行业形式实验为先的。(3)资本金融体制实验最初是以不同所有制形式试验的。

3. 文化体制实验

文化体制改革的实验通常是以文化载体为不同实验模式(如出版、报纸、电视、网络)的。

4. 社会管理体制实验

经国务院批准设立的成都城乡统筹综合实验区率先取消农村户口,深圳市率先取消农村社区等,都属于社会管理体制改革的实验。

(四)制度创新的概念及其与制度实验的关系

制度创新(Institutional Innovation)是指在人们现有的生产和生活环境条件下,通过创设新的、更能有效激励人们行为的制度、规范体系来实现社会的持续发展和变革的创新。所有创新都有赖于制度实验和社会实践创新的积淀和持续激励,通过制度创新得以固化,并以制度化的方式持续发挥着自己的作用。这也是制度创新和制度实验的积极意义所在。

制度创新的核心内容是社会政治、经济和管理等制度的革新,是支配人们行为和相互关系的规则的变更,是不同的社会组织体与其外部环境相互关系的变更。其直接结果是激发人们的创造性和积极性,促使不断创造新的知识和社会资源的合理配置及社会财富源源不断的涌现,最终推动社会的进步。

制度创新是制度实验的前提和思想来源之一。而制度创新往往源于对社会规律的认识和假说、政治理想、社会观念更新。从制度实验与制度创新的关系来看,一些逻辑推理、现实归纳或实践验证过的,就无须再进

^① 参见2013年8月31日《人民日报》。

行实验,而其他的假说则必须经过实验验证。

二、民商法制度创新与制度实验的现状及其存在问题

当今,随着我国经济体制改革和对外开放的不断深入,利益日益多元化,社会冲突矛盾越来越多,许多新型的社会关系急需用法律及时进行调整,都要求全国人大及其常委会很快予以立法。而全国人大及其常委会制定法律的周期较长,程序复杂,还要注重法律的稳定性,因而,在改革开放和经济体制改革过程中,显然无法适应迅速变化的社会创新。

1985年4月10日,第六届全国人民代表大会第三次会议作出决定,授权国务院对于有关经济体制改革和对外开放方面的有关问题,必要时可以根据宪法,在同有关法律和全国人大及其常委会的有关决定的基本原则不相抵触的前提下,制定暂行的规定或者条例,颁布实施,并报全国人大常委会备案。这是一项范围相当广泛的立法授权。但是,至今我国的经济特区实验制度,却最终没有通过授权地方立法的形式进行,而是通过设立行政特区的做法实现了区域性改革创新实验。^①

2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第9条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”第11条规定:“授权立法事项,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后,相应立法事项的授权终止。”《立法法》这些条款写明的“经过实践检验”,显然是必经的立法程序,尽管还不是很明确的规定。在授权立法后,国务院及各部委事实上也进行了大量的制度实验工作,确立了很多试点和试验事项,对我国初步建立社会主义市场经济体制和法律体系起到了奠定基础的作用。

^① 参见张春生(全国人大常委会法制工作委员会副主任)主编,全国人大常委会法制工作委员会编:“中华人民共和国立法法释义”,载 http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/xianfa/2001-08/01/content_140405.htm,最后访问日期:2013年10月27日。

然而,无可讳言,目前我国全面的立法制度实验工作还没有纳入法制化轨道,还处在许多突出的问题,需要我们认真总结经验,从理论上探寻《立法法》进一步完善法律提案和委托立法规则的科学途径,以及细化制度实验的立项、实施、结论程序的科学创新。

通过与制度实验理论要求的对比分析,笔者认为目前我国的制度实验,特别是民商法制度实验工作还存在以下问题:

1. 一些民商立法缺乏法制创新意识,或未经实验即照搬外国法律制度,使一些立法落后于改革现实或法律空置。《民法通则》是我国的自我创新的成果,即使其中一些借鉴国外民法引进的制度也是通过“洋为中用”的内在消化之后的产物。而此后,不少民商法制度多少有些囫囵吞枣,造成诸多水土不服。典型的是房地一体登记和侵权法的个别条款完全照搬,特别是一些从未使用过的一些制度,没有经过制度实验即引进。致使《物权法》实施六年多,却没有一个机构因法律的特别规定而合并房地一体登记。

2. 该先行试验的制度不试验,直接突变,甚至导致社会不安定。突出典型的实例有:前些年的突然国有企业工人普遍下岗;土地征收和房屋拆迁的公平补偿制度还没有建立而圈地造城新农村建房一哄而上,以致群体性事件频发;再就是民政部自己突然决定取消强制婚检,导致法律法规之间自相矛盾,弄得地方立法无所适从,畸形新生儿出生率大幅度攀升。

3. 实验变成变相的地区或行业争利,与当地或本行业无利可图的都不愿意实验,有利可图的则争相实验。例如,成都实验集体土地可盖商品房,很多周边地区希望加入。还有金融和石油价格改革在某些时期亦如此。

4. 完全行政主导实验和结论,人大作用甚微。进行制度创新实验的程序审批缺少人大许可。很多地区的民生工程和所谓的改善民生的措施,民却不知,甚至人大也不知。

5. 依法应报批修改的,以试点名义,越权擅自不执行法律,甚至突破宪法。典型的有:宪法还在禁止买卖和出租土地时,一些地区已经正式出让土地使用权(法定程序上只能是预出售,等待实验由人大得出结论修改宪法);一些突破国家预算特大型政策决策先斩后奏突破预算法,事后

补报人大,但是却没有改变相关法律条文。

6. 一些制度创新久试不决。典型的有:计划生育二胎化试点在一开始实行计划生育时就有,三十多年了没有结论。笔者认为,即使人口问题周期长,也不能无限期试点。另外,在十五年前,我国即普遍出台了房改房、经济适用房的政策,而《物权法》等相关法律对它们的性质却没有规定。事实上这些不同性质的房子有可能永久存在,而最新的《物权法》也没有将其纳入有限制的所有权制度。

三、调控制度创新和制度实验的立法设想

(一)立法机构认识清楚制度实验的必要性

任何创新都须遵循科学规律。而科学的本质即在于认识所有我们没有理解的基本事实、基本现象、基本规律。科学和创新规律的方法论,如同爱因斯坦所说的,依靠“以对经验的共鸣的理解为依据的直觉”提出问题,解决问题。科学创新不能局限于逻辑推演和事实归纳,即从公理(或假设)到结论的证明——演绎法,对系统进行计量(统计)分析——归纳法。大师们认为科学创新是对实践的辩证总结发现前人没有认识到的世界潜在的基本规律。“得到那些普遍的基本定律,由此世界体系就能用单纯的演绎法建立起来。要通向这些定律,没有逻辑的道路,只有通过那种以对经验的共鸣的理解为依据的直觉,才能得到这些定律。”^①制度创新与科研创新亦如此。需要实证,更需要善于从实证实验中总结出影响世界的重要规律,进而把其上升到法律上。立法者只有认清某些制度实验的必要性,才能制定出善法。

(二)判断制定法律的条件是否成熟的标准

笔者认为,判断通过制度实验达到制定法律的条件是否成熟,主要应当依据以下两个标准:第一,由授权立法调整的某一社会关系是否定型。在改革开放中,会出现许多急需制定规范予以调整的新的社会关系。全国人大及其常委会决定授权其他机关制定法规对某一社会关系进行调整时,还难以判断该社会关系是否能稳定下来,需要多长时间才能稳定下

① 转引自许成钢:“科斯对经济科学的启蒙”,载2013年9月3日英国《金融时报》中文版。

来。而当经过授权立法的规范和实践活动,这一社会关系趋于定型后,即应当制定法律予以规范。第二,经过授权立法是否已经积累了一定经验。对某一社会关系,由全国人大及其常委会制定法律还不具备足够的经验和方法,可以授权其他机关制定法规予以规范。当法规积累了足够的经验和方法时,即应当制定法律予以规范。^①

(三)得出制度实验结论要有法定的程序

制度对一个国家或地区的好坏的评价,需要经过民主集中制来决定。因而,在我国制度实验法制化的进程中必须发挥人大的作用。制度实验要坚持法定程序,也就是说,程序科学是制度实验的关键所在。此外,对制度实验的结论最终判断的权力应当在全国人大。

(四)进行制度实验立法应当探讨清楚的基本原则问题

笔者认为,要实现制度实验的法制化,在大方向上必须进行《立法法》的完善。要在原则上解决:首先,制度实验可否突破宪法?(笔者认为,非宪法禁止的都是可以突破的);其次,实体法和程序法是否都必须实验后才能向全国人大提出立法议案;再次,必须有地区性不适用的决定程序;复次,要建立实验区与其他地区的关系处置法;最后,要有全国推广的法定实验报告程序。

(五)民商法制度实验立法应特别解决的问题

首先,要认识到根据《立法法》第6条的规定,“民事基本制度”是不能由行政法规或地方法规进行创新立法的。当然,民事基本制度尚未建立的法律领域,全国人大是可以授权国务院立法或进行立法实验的。所谓“民事基本制度”是指民事活动中最主要的民事行为准则,特别是《民法通则》所规定的基本内容。

其次,非民事基本制度的立法,是不必经过委托授权立法或进行制度创新和实验的。应当可以通过相关法规推论,除了上述民事基本制度以外的民商活动,有立法权的行政部门或地区人大都是可在自己的职权范围内“先行先试”的。

^① 参见张春生(全国人大常委会法制工作委员会副主任)主编,全国人大常委会法制工作委员会编:“中华人民共和国立法法释义”,载 http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/xianfa/2001-08/01/content_140405.htm,最后访问日期:2013年10月27日。

最后,总结民间制度创新经验的立法内容,立法肯定可以通过法定程序免去相应的制度实验程序,包括民族自治地区的特别民商法制度的实验程序的豁免。

(定稿于 2013 年 10 月 29 日)

从私人侦探的主体资格看其 非法取证的排除

陈麒巍* 薛敏**

摘要:从主体制度来规范私人侦探是比较困难的。目前,只有通过非法证据排除规则规制其行为。而证据排除规则是对所有的民商事诉讼当事人自治和个人自由所进行的必要制约,是对以严重违法侵权行为取证行为的价值否定。在我国现有的社会 and 法治环境中,该规则的构建和适用应当受到合理的限制:应将“严重侵权”作为排除的实质性要件,同时在具体案件中允许事实审理者权衡利益进行酌定排除。为保障非法证据排除的实质性和法官自由裁量的正确性,应当于庭前准备阶段就证据适格进行审查,建立以当事人申请为原则和法官依职权启动为例外的程序启动方式,并实行排除证据主张方承担证据责任,例外情形下证据提出方负证明证据合法性的证明责任分配原则。

关键词:私人侦探 当事人 非法证据 排除规则

一、从对私人侦探业及其侵权行为的规制谈起

随处可见的“福尔摩斯调查公司”、“为人民服务商业调查所”、“女子维权中心”等合法注册了的商业机构和广告表明,

* 陈麒巍:四川大学法学院博士研究生,四川省公安厅经济犯罪侦查总队执法指导监督处副处长。

** 薛敏:经济学博士,中国银行新都支行副行长。