

第1辑

两岸民商法前沿

当前民商事理论创新与立法前瞻

龙卫球 王文杰 主编

- ◎重点研讨：人格权立法
- ◎民法总论研讨
- ◎物权法研讨
- ◎债法研讨
- ◎商法研讨

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

两岸民商法前沿

当前民商事理论创新与立法前瞻

第1辑



主 编：龙卫球 王文杰

执行编辑：

朱 虎（特邀） 汪 洋（特邀）
聂卫锋 代 瑞 曹 宇

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

当前民商事理论创新与立法前瞻 / 龙卫球, 王文杰主编.

—北京: 中国法制出版社, 2013. 10

(两岸民商法前沿; 1)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4857 - 4

I. ①当… II. ①龙… ②…王… 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 243537 号

策划编辑 李小草 (Lixiaocao2008@sina.cn) 责任编辑 戴蕊 封面设计 周黎明

两岸民商法前沿 (第 1 辑) ——当前民商事理论创新与立法前瞻

LIANGAN MINSHANGFA QIANYAN (DIYIJI) ——DANGQIAN MINSHANGSHI LILUN
CHUANGXIN YU LIFA QIANZHAN

主编/龙卫球 王文杰

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2013 年 11 月第 1 版

印张/48.5 字数/836 千

2013 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4857 - 4

定价: 118.00 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: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66072711

邮购部电话: 66033288

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。本论集拟以近似年刊的方式,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、便于长期发散的固化形式。

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。

我们今天已是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,且不断增大地发展,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!

龙卫球 王文杰
2013年11月5日

卷首语

北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院筹划已久的“两岸民商法前沿高峰论坛”，两年前11月中旬在北京正式启动。首届论坛定点邀请了百余名两岸民商法学术精英群体与会。论坛组织者从参会提交论文中，选择了六十余篇作为大会报告。会期两天，观点颇多新颖，论证精彩纷呈，与会者密集展开论战，引起会场内外极大震动，产生了相当好的学术影响。

本辑以“当前民商事理论创新与立法前瞻”为主题，系由首届“两岸民商法前沿高峰论坛”同主题的参会论文选编而成。这些论文分别归入“重点研讨”、“民法总论研讨”、“物权法研讨”、“债法研讨”、“商法研讨”五个栏目之下。从理论上讲，编者完全可以考虑更为新颖的栏目标题，但是考虑到读者阅读的习惯以及会议选编论文现状，故权以这些民商法结构区划予以分类。

本辑首推“重点研讨：人格权立法”栏目。人格权立法问题是当下中国大陆民事立法的热门课题，最受两岸前沿学者关注。中国大陆已经完成合同法、物权法、侵权责任法的制定，接下来是否应该以及如果应该则应如何制定人格权法，就成为诸学者的聚焦之点。本栏目选辑了四篇论文。

姚辉教授《关于人格权性质的再思考》大作，以性质归位的角度对人格权加以认识，总结为私法性、专属性、支配性、非财产性和法定性五种属性，试图为未来人格权立法的规范对象设定认识前提。

龙卫球教授以《人格权立法论：制度发展、观念流变与当下对策》为题，立足历史比较分析，从人格权发展的价值嬗变和制度形态演化入手，揭示人格权经历了由观念强化路径到当下注重社会实证的过程，提出人格关系新型化是当下人格权立法的动力和重点，建议以受尊重权为定位，采取审慎的实证主义策略，以新型人格关系为展开重点予以立法突破。

梅夏英教授和许可博士的合著《一般人格权：观念转型与制度重构》，则在赞成人格权受尊重权规范属性之际，添以“自我决定权”的属性，同时认为一般人格权在适用上应采取“原则权衡”而非“利益衡量”，这源于人格权的基础已从“利益基础的权利”转向“伦理基础的权利”，从“主客体对立的权利”转向“行为导向的权利”，从“财产性人格”转向“人身性人格”。

来自台湾的王千维教授以《论人格法益损害之赔偿方法》为论域，关注人格权益

受损害之后的“赔偿方法”,他以细腻的笔触和大量的台湾区域经验,展现了从法教义学的角度而言人格权益损害赔偿方法存在种种不确定性争点,作者的精妙质疑或建议思路,无疑为将来大陆地区人格权相关部分的立法处理或司法运用进行了精彩预演。

第二部分为“民法总论研讨”部分,总共八篇论文。

民法总论通常都是民法研究的难点,处处考验着民法整体思维和抽象能力的能指程度。最近,是否制定民法典以及在何种程度确立总则制度,成为当今大陆地区的热议话题,而台湾地区民法典“总则编”在2000年修订之后,也不时涌现新议题。

首先是一篇有关民法体系的佳作。台湾学者林易典先生以《论亲属法独立于民法典外立法其成因——告别民法典?》为题,对民法体系与亲属法关系加以探讨。林文认为,民法体系构建牵涉民法的基本价值判断,亲属法是否仍保留在民法的体系范围之内,一直以来都是争论的核心问题;德国民法典及其民法理论的现实典范,主要是财产关系,民法总则的规定虽然并非绝对无缘于亲属法,但亲属法整体游离于民法典的其他部分,已是众所周知的事实。不过,对于是否在法典建构的层面使亲属法脱离民法典,林易典教授的论文则持比较保守的态度。

其次是两篇有关法律行为的宏论。谢鸿飞教授《论“创设法律关系的意图”:法律介入社会生活的限度》一文,提出法律行为的要件在意图上的复杂性,法律行为的效力发生,应要求表意人具有“创设法律关系的意图”,唯此才可以符合意思自治的基本理念。于海涌教授的《论绝对法律行为——兼评物权行为理论的症结》,试图从新的突破口,即以绝对法律行为的思考模式,打开物权行为理论症结。

再次是两篇有关法人的理论研究。朱庆育教授《重访法人权利能力的范围》,对于时至今日仍然存在重大争议的课题,予以重点接驳,尤以法人的本质、法人的人格法和财产法基础、法人是否享有人格权、法人限制权利能力的内涵、法人的存在目的对于法人存在本身构成何种影响、法人于目的范围之外是否有其存在、法人逾越目的实施法律行为具有何等效力等问题为支点,展开思辨式的研究。周友军副教授《德国民法上的公法人制度及其借鉴》,详细介绍了德国法上的公法人制度,希冀有助于中国法人类型的完善。

然后是两篇关于权利的研究和一篇涉及民法规范技术的讨论。彭诚信教授《权利的生成——以利益、正义、权利的关系为视角》一文,提出正义是评价利益正当性与否的程序,也是正当性评价的结果,因此正义是权利的内核,亦是利益走向权利的桥梁。申海恩副教授的《论抗辩权的正当性及其配置》,就民法上的抗辩权进行一种旨在展示其基础性的研究,他从德国法的角度对抗辩权的由来、抗辩权的属性、抗辩权行使的法律效果进行了理论阐释。耿林副教授以《论法律规范的过度抽象》为论题,

就民法规范技术进行反思。他提出,并非所有的抽象或“一般规定”都具有实质合理性,中国合同法、物权法、侵权责任法中存在过度抽象的问题。

第三部分为“物权法研讨”。此部分选辑了七篇大作。

大陆在2007年出台首部《物权法》,无独有偶,我国台湾地区“民法典物权编”修改于2010年。面对“新法”现象,两岸学者对话尤为活跃。

我国台湾地区学者吴瑾瑜副教授《房地分离交易暨基地使用权纷扰带来的挑战——台湾地区现行“民法”及法院的因应之道》,是一篇以区域经验影射大陆地区共同难题的犀利之作。吴教授深入揭示,台湾地区自民法典颁行之日起至今,对于房屋所有权、土地所有权等分别交易而引发的房地权利分离现象,司法机关虽有众多判决做出,但并未达致理想的社会效果;即便是2010年对于“民法典物权编”的修订,也并未做到尽善尽美。吴教授试图立足法教义学的精密分析,为台湾地区司法面对房地分离现象提供应对之道。

杨宏晖博士同样来自台湾,其《基地承租人双重保护必要性之检讨:优先购买权与买卖不破租赁之比较》一文,关注到了房屋与土地归属于不同主体时的制度困境,他提出台湾地区民法在基地出租情形下,虽然已经为基地承租人设定了对于承租土地的优先购买权,但此种制度并不能经得起经济学的效率检验,也与民法已然规定的其他制度出现功能上的撞车。

汪洋博士《土地税赋、国家权力与治理技艺——由罗马帝国行省土地及其税赋制度展开》一文,系一篇难得的有关土地权利与国家关系的佳作。土地相关的赋税制度,属于民法学者陌生视域,但却是认识所有权的私人与国家关系的重要入口。汪洋博士以其独特的法律政治学功力,揭示出罗马时期作为土地所有者的国家,通过花样翻新的赋税制度来彰显其所有者的身份,而此方法在中国古代也同样存在,都是实现帝国中央权力扩张的途径。因此,土地赋税不单单是土地所有者的权利实现方式,而是反映出不同国家的治理技艺。

申卫星教授的《物权法定与私法自治——解读我国〈物权法〉的两把钥匙》和郑永宽副教授的《物权法定主义再反思》均以物权法定为论域。自物权法定主义诞生以来,如何理解物权法定,物权法定的边界在哪里,一直是立法和实践的困惑。申教授以物权法定与私法自治的关系为进路,试图对我国物权法的物权法定相关规范做出一种更为接近系统解释的解释。郑教授则旨在反思和批评物权法定主义的极端化。

高飞副教授以《民法典视野下的所有权体系研究——以海峡两岸所有权体系比较为线索》为论,旨在规划所有权的体系结构。物权法制定之前即存在“一元论”、“平等保护”、“分别规定”甚至“国家所有权神圣”等论调,最终立法者采纳了“分别规

定”的模式。高教授在对比了两岸所有权的制度体系之后,认为“一元论”才是最佳的所有权规范模式,立法决断并不可以就所有权问题画上句号。

聂卫锋博士的《〈物权法〉上的动产物权转移》,则是一篇有关动产物权转移的释义作品,旨在表达一种忧虑,即就物权法的具体条文和制度而言,立法者往往不能通过立法语言表达清楚最为重要的物权变动规则。

第四部分为“债法研讨”。此部分篇幅较大,共有十一篇论文。

债法一向是民法学术的活跃之地,研究者总是在其中乐此不疲;但债法也是研究者的荆棘丛,那些美丽的花朵四周总是充满着尖刺和不确定风险。

首先是债总领域。齐云博士《两岸多数人之债体系之对比、溯源及展望——以不可分之债和连带之债的关系为中心》一文中,试图通过两岸之间的比较,对多数人之债进行规范梳理,并在划分标准、形成原因、功能目的、损害赔偿之债的性质、可继承性、整体履行的原因及方式等方面,对不同的类型化模式进行理论解读,为中国大陆未来民法典的多数人之债的体系建构提供参考。

其次是合同法领域。王洪亮教授《论强制履行请求权》,对大陆地区《合同法》上的强制履行请求权的权利属性、行使顺序、行使方法等进行了细致解析,弥补了学者对此制度研究的缺陷。韩世远教授则以《租赁标的瑕疵与合同救济》为论,从一个微小的规范体系关系视角,就租赁标的瑕疵引发的法律适用问题,进行解释论上的精雕细琢,并经此问题而探讨了合同法相关制度的适用空间。张红博士《劳动合同任意解除权研究》从劳动合同任意解除权的角度切入,展现了劳动合同领域契约信守与人身自由保护之间的微妙关系,并对中国劳动合同法的现有规定进行了批判。

再次是侵权法领域。大陆地区近几年的侵权责任立法,客观上刺激了学者们在此领域的研究热情。

张谷教授在《两种观念影响下的〈侵权责任法〉及其体系》,认为中国的立法者从“救济”(受害人/权利人/被侵权人)和“制裁”(加害人/义务人/侵权人)两种基本观念出发,配置了侵权责任法的诸多制度内容。但由于立法者同时在“侵权救济”、“侵权(民事)责任”和“侵权损害赔偿”三种不同意义上使用“侵权责任”概念,把握侵权法的体系就难免会顾此失彼。张谷教授提出了自己的观察视角。

薛军副教授以《〈侵权责任法〉对监护人责任制度的发展》为题,对监护人责任基础进行解释论研究。监护人责任在侵权责任法制定之前,《民法通则》及其司法解释已有相关规定,侵权责任法在司法实践的基础之上,使已有的规定有了重要的发展。薛教授对此做了详细分析,并对具体条文的解释适用进行了深度分析。

台湾学者陈聪富教授《医疗事故民事责任之过失判定》大作,系于医疗侵权的范围之内探讨医疗过错(过失)之构成,在比较了台湾地区、英国、美国、日本等法域的立

法、司法和学说之后,得出结论认为,关于医师之医疗行为是否具有过失,应适用理性医师的注意标准,由法院依据医疗惯例(医疗常规)、鉴定意见、医疗准则之规范等,考察个别病人之特殊情状,斟酌系争案件的病人病情、某项诊断治疗行为之风险、对于病人未为诊断治疗所生之损害大小、损害发生之机率、医师为病人进行某项诊断治疗可能花费之成本,及病人本身之经济负担,予以综合判断之。

尹志强教授的《论高层建筑抛掷物致人损害民事责任的归属》,再次就争议的高空抛物致人损害的责任承担课题加以研讨,认为立法者在《侵权责任法》中采取的由市民社会内部消化风险的策略,不符合现代社会法治理念,也违背了侵权法的基本原则,因为加害人不明的高空抛物致人损害,显然不应混同于高空坠物致人受损。

王竹博士以《〈侵权责任法〉上特殊侵权行为受害人过错制度的理解与适用》为论,对受害人过错这一抗辩理由在特殊侵权领域的适用进行了细致梳理,揭示了侵权法关于受害人过错的一般性规定与具体侵权情形下的判定标准之间所存在的差异。

朱虎博士《规制性规范违反与过错判定》一文,探讨了理论上和实践中都较为困惑的规制性规范违反如何进入侵权构成判定的难题。风险社会之下,各种规制性规范纷纷出台,而其中设定了众多的、各式各样的行为标准,对于这些规制性行为标准的违反,是否即可以等同于作为过错与否判断的行为标准,实值得思考。朱博士认为,通过比较法的外在观察和内在理由的探寻,经由“保护性规范”的理论,认为可依据规制性规范是否具有保护他人之目的而界定其对过错判定的不同影响。

冯恺教授《美国高校对大学生网络侵权行为的法律监管及借鉴》一文,是一篇由网络侵权行为而联系的高校管理论文。网络社会的侵权行为本来就是法律界要面对的新奇事物,考虑到作为侵权行为人的大学生群体的特殊性,高校监管因而成为一个崭新课题。本文对于美国高校有关此类侵权行为的监管形成的相对成熟经验,提供了丰富信息,可以为中国政府或高校所借鉴。

第五部分是“商法研讨”。共有十一篇高论。

中国在晚清以民商分立为继受,在1929年却转入民商合一体制。这种体制在台湾地区已经实践了八十余年,大陆地区从1986年《民法通则》开始,也基本上恢复了这种合一体制。然而,在全球化背景之下,随着商事活动发展,尤其是商业组织制度和金融法制发达起来之后,两岸的商法问题都变得非常复杂。

柳经纬教授在《当代中国私法进程中的商事立法》一文中,从中国私法进程的高度,回顾了商事立法为中国私法理念的传播、私法制度体系的构建所起到的引领、推动作用,肯定了商事法的发展所具有的重要价值。

台湾学者王文字教授以《民商分立——论中国信托法制的不对称发展》为论域,由宏观检视入手,揭示大陆地区的信托立法融民事信托和商事信托于一炉的体例之

弊。王教授认为,实践证明商事信托的发展远远要超过民事信托,完全背离于英美国家商事信托后发于民事信托的历史轨迹。之所以有此“民商分立”现象的发生,可归因于自然人受托人及法人受托人在信用基础及程度上之差异,并认为此一“民商分立”之现象并非“异象”,反而是一极为自然之事。

王涌教授《住房公积金的性质与功能——改革研究报告》一文,探讨了住房公积金的法律性质及其社会功能。中国大陆地区的绝大多数工薪阶层、公务人员等都是此种住房体制的实际参与者。王教授认定住房公积金具有私人财产属性,并提出以法定信托的方式构建住房公积金制度的基础法律关系。住房公积金似应为社会福利法规范,因此长期游离于传统民商法学者的目光之外,但从其财产形式属性而言,与包括信托法的广义财产法实有亲缘关系。

台湾学者王文杰教授《中国证券市场与证券法制发展——基于中国特色元素的检视》一文,以海峡对岸的局外人眼光,审视了中国大陆证券市场的启动和发展轨迹,认为在计划经济体制背景之下,引入最富有资本市场色彩的证券制度,促使中国证券市场发展本身从一开始便带有诸多吊诡与不规。西方国家将证券市场业作为筹措资金的平台,而中国将其视为国有企业经营机制改革的政策目标,致使中国证券市场上上市公司向来都青睐于以国有企业改制为主。另一方面,为防止国有资产流失,而人为地限制国有股份之流通,形成了股权分置的特殊状态,并在上市公司的股权结构中占绝对的大宗。股权分置,不但造就鲜明的控制股东现象,也固化了政府部门对于上市公司的长期行政干预。如果不能够改变目前的证券市场结构,未来中国的证券法也仍然很难和国际金融市场接轨。

刘俊海教授的《〈证券法〉价值定位再思考》,一定程度支持了王文杰教授的观点,不过,刘教授更着眼未来。他认为,中国大陆应该构建以证券法为龙头的投资者友好型法律体系,打造投资者友好型的行政监管体系,建立健全投资者友好型的上市公司治理和证券机构治理制度,打造投资者友好型的司法救济体系,建立股东(投资者)协会制度,尽快组建中国投资者协会,进一步完善证券投资者保护基金治理制度,并加强投资者教育。

徐海燕教授和王丙辉博士在《资产证券化中的超额担保制度研究》一文中,从金融创新规制的视角,探讨资产证券化背后的担保制度,认为其唯有从金融的视角来看,才可以有更准确的认知。相反,传统的担保法规则虽然也在相当程度上保障了信用,但其源头都可以追溯到农业或初级商品经济时代,显然不能符合金融化社会的信用机制。该文介绍了美国资产证券化相关的超额担保制度,检讨了现行中国法中的若干不足,为资产证券化在中国的进一步发展做了智识上的贡献。

张冠群副教授《台湾“保险法”关于危险增加通知义务之解构与检讨》,详细解析

了台湾地区“保险法”在最大诚信原则及对价平衡原则之下,对于被保险人之危险增加通知义务的规定,结合英美法、德国法及旧日本商法对危险增加时保险人权利及保险契约效力之处理,为台湾地区“保险法”的完善提出了建议。相信此问题的解决,也有助于中国保险业的发展。

郝磊教授和马映平硕士生的《保险法与侵权责任法关系辨析——以机动车交通事故责任为重点考察对象》,则以我国立法在机动车交通事故责任中引入责任保险制度为视角,分析保险法与侵权责任法的关系。由于保险法和侵权责任法在规范与功能等方面既有其相互融合的一面,又有其相互独立的一面,故侵权责任法不同于传统的侵权规则,保险法也不能完全取代侵权责任法。我国现行立法注重对保险法与侵权责任法的关系予以有机协调,但是也有一些需要进一步改进的地方:对各方利益的平衡应从法律上进一步完善;要注意商业保险与侵权责任机制的协调;对具体适用中的问题亦应进一步明确规范。

周学峰副教授的《侵权诉讼与责任保险的纠结——从两方对抗到三方博弈》,认为在通常情况下责任保险人并不是侵权诉讼的当事人,但它会积极参与到侵权诉讼中,进而控制侵权诉讼的抗辩与和解。责任保险会对侵权责任的认定产生事实上的影响,并且会对当事人的诉讼策略产生影响。正如同我们理解侵权诉讼,必须要将其置于责任保险的背景下,我们在评价责任保险的合同安排时,也必须将其置于侵权诉讼的背景下。我们在承认保险人的合理诉求的同时,也应对其施以相应的义务,以防止其滥用诉讼控制权。

刘智慧教授的《从票据法价值取向检视我国票据保证制度》一文,指出了我国大陆地区票据法发展的困境和难点所在。在中国的金融严格管控的理念之下,票据的信用功能从来就未达到其应有的高度,随着票据的支付功能减弱,票据在市场上越来越失去了其往日的风采,而中国大陆票据法的诸制度都可以在此一逻辑之下进行理解。

翟业虎副教授《我国竞业禁止立法的局限性及其克服》一文,提出商事法的发展,不仅仅表现在商业活动的创新需要新的规范,也同样体现在商业竞争规则的秩序性之上。该文结合实际案例探讨了竞业禁止在中国当下的规范现状,并提出了“明确规定承担竞业禁止义务的责任主体,增加经济补偿金的强制性规定和对竞业禁止合同进行有效规制,完善约定竞业禁止合同,增强竞业禁止制度之间的关联性以及适当引入禁令制度”的立法建议。

应予说明的是,本辑并未收录全部首届“两岸民商法前沿”高峰论坛参会论文。此中缘由,系基于各种因素,部分是因为有关报告人未做授权,部分是因为至出版之际有关报告人认为尚未修改完妥,部分则是因为有关论文游离主题之外较远,等等。

此外,较为遗憾的是,两天的论坛本身就是一场场精彩的学术对话,许多讨论可谓火光冲天,但限于篇幅,我们并未将有关笔录附于本辑之中。在此,我们欢迎有兴趣的读者到论坛主办单位查阅。最后,深切感谢各位参会学者,尤其是慷慨授权由本辑收录出版的诸位作者以及有关杂志社。

藉助本辑刊的出版,我们首先感谢历年来出席和支持“两岸民商法前沿”高峰论坛的各位两岸民商法学者,特别是我们尊敬的江平老师、王泽鉴老师、苏永钦老师等前辈。两岸民商法学者杰出的学识和令人感佩的交流热忱奠定了本丛书的走向和品质。台湾政治大学法学院和北京航空航天大学法学院的两支民商法团队给予了不可替代的会务和编务支撑,他们为论坛召开和本丛书的编辑做出大量的义务劳动,不计回报地奉献智慧和心血,在此也特别致谢。北航法学院员工付出了大量的劳务,许多研究生、本科生同学提供了殷勤的服务,值得铭记。我们也真诚感谢中国法制出版社特别是李小草、戴蕊等编辑不辞辛劳、卓有成效的编审工作。最后,我们还要感谢参与本辑刊具体编辑和校对的人员,包括但不限于朱虎(特邀)、汪洋(特邀)、聂卫峰、代瑞、曹宇、张家骥、林洹民、陈军、王翰培、宋寒亮、余丹、邱江、吴保役、樊滢、郑臻、姚蕾、邢弼家、徐青青、陈晨、贺丹、庞渝、邹培东、韩璐纬、杜晓琳、蒲李子、杜卓拥、王莹等。

目 录

【重点研讨：人格权立法】

关于人格权性质的再思考	姚 辉 (1)
人格权立法论：制度发展、观念流变与当下对策	龙卫球 (13)
一般人格权：观念转型与制度重构	梅夏英 许 可 (45)
论人格法益损害之赔偿方法	王千维 (60)

【民法总论研讨】

论亲属法独立于民法典外立法其成因——告别民法典？	林易典 (85)
论“创设法律关系的意图”：法律介入社会生活的限度	谢鸿飞 (101)
论绝对法律行为——兼评物权行为理论的症结	于海涌 (126)
重访法人权利能力的范围	朱庆育 (139)
德国民法上的公法人制度及其借鉴	周友军 (162)
权利的生成——以利益、正义、权利的关系为视角	彭诚信 (179)
论抗辩权的正当性及其配置	申海恩 (224)
论法律规范的过度抽象	耿 林 (244)

【物权法研讨】

房地分离交易暨基地使用权纷扰带来的挑战	
——台湾地区现行“民法”及法院的因应之道	吴瑾瑜 (252)
基地承租人双重保护必要性之检讨：优先购买权与买卖	
不破租赁之比较	杨宏晖 (268)

土地税赋、国家权力与治理技艺——由罗马帝国行省土地 及其税赋制度展开	汪 洋 (300)
物权法定与私法自治——解读我国《物权法》的两把钥匙	申卫星 (319)
物权法定主义再反思	郑永宽 (337)
民法典视野下的所有权体系研究——以海峡两岸所有权 体系比较为线索	高 飞 (344)
《物权法》上的动产物权转移——以第二十三条为中心的 体系化解释	聂卫锋 (363)

【债法研讨】

两岸多数人之债体系之对比、溯源及展望 ——以不可分之债和连带之债的关系为中心	齐 云 (386)
论强制履行请求权	王洪亮 (413)
租赁标的瑕疵与合同救济	韩世远 (429)
劳动合同任意解除权研究	张 红 (449)
两种观念影响下的《侵权责任法》及其体系	张 谷 (467)
《侵权责任法》对监护人责任制度的发展	薛 军 (476)
医疗事故民事责任之过失判定	陈聪富 (486)
论高层建筑抛掷物致人损害民事责任的归属	尹志强 (524)
《侵权责任法》上特殊侵权行为受害人过错制度的 理解与适用	王 竹 (534)
规制性规范违反与过错判定	朱 虎 (547)
美国高校对大学生网络侵权行为的法律监管及借鉴	冯 恺 (574)

【商法研讨】

当代中国私法进程中的商事立法	柳经纬 (583)
民商分立——论中国信托法制的不对称发展	王文宇 (601)
住房公积金的性质与功能——改革研究报告	王 涌 (612)
中国证券市场与证券法制发展——基于中国特色元素的检视	王文杰 (621)
《证券法》价值定位再思考	刘俊海 (633)

资产证券化中的超额担保制度研究	徐海燕 王丙辉	(647)
台湾“保险法”关于危险增加通知义务之解构与检讨	张冠群	(659)
保险法与侵权责任法关系辨析		
——以机动车交通事故责任为重点考察对象	郝 磊 马映平	(703)
侵权诉讼与责任保险的纠结		
——从两方对抗到三方博弈	周学峰	(714)
从票据法价值取向检视我国票据保证制度	刘智慧	(739)
我国竞业禁止立法的局限性及其克服	翟业虎	(751)

【重点研讨：人格权立法】

关于人格权性质的再思考

姚 辉*

目 次

- 一、私法性
- 二、专属性
- 三、支配性
- 四、非财产性
- 五、法定性

迄今为止，不论是《法学阶梯》式的法国民法还是源于潘德克吞（Pandekten）体系的德国民法，固守着民法典传统的法典法国家，都仍然对于在新世纪贸然闯入的“人格权”这样一个外来的权利家族抱有一种怀疑、谨慎乃至反感的保守主义立场。《法国民法典》、《德国民法典》、《日本民法典》、《瑞士民法典》、《俄罗斯民法典》等都没有采用“人格权”或者与之相类似的概念，遑论将其集中规定甚或独立成编。人格权作为一种司法的创造，还远远没有得到所有人的承认和接受。就像一位法国学者所写到的：人格权这个领域曾是“民法学上最荒谬的理论”之一，在该理论中他只看到了“由毫无节制的想象所设计的有名无实的权利”。^{〔1〕}这种看法具有相当的代表性。在德国，虽然民法典生效至今已历百余年，然而值得

* 中国人民大学法学院教授。本文曾发表于《暨南学报（哲学社会科学版）》2012年03期。

〔1〕〔法〕让·米歇尔·布律格耶尔：“人格权与民法典——人格权的概念和范围”，载《法学杂志》2011年第1期。

保护的人格领域究竟该如何界分仍是一疑难问题。更有学者称其为“法学上的怪兽”。^{〔2〕}日本学界也认为，到今天，可以说在判例法中，“人格权”这一概念已经算是得到认定。但是，基于此类判例而认可的“人格权”是否就确定了人格权的规范性内容，则不无疑问。^{〔3〕}即使在制定一部单独的《人格权法》已经成为学界的主流观点和立法机关的规划的中国，关于人格权法要否、能否独立成篇，仍然存在各种不同的声音。其中，对于人格权性质的认识，即折射出各自不同的立场和判断，并且直接影响到未来人格权法制定的理论基础和结构设计。

一、私法性

在民法学的语境当中议论人格权，其权利的私法属性似乎是一个不容置疑的前提性判断。然而放眼人格权的发展历史，不论是在英美法系的美国还是大陆法系的德国，人格权的形成却无不与宪法基本权利的主张缠绕在一起。不妨更深入地了解一下德国法上的情形。德国基本法开篇便对人格权做了鲜明的阐述：“人类尊严不得侵犯。尊重并保护人类尊严，系所有国家权力（机关）的义务”（第1条），“在不侵害他人权利及违反宪法秩序或公序良俗规定的范围内，任何人均有自由发展其人格的权利”（第2条）。人格权在法律体系中的“上位”，使得德国法对于人格权性质的认识突破了民法视野的局限。有学者认为这表现了“人格权观念的根本性革命”，即人格权的类型及其内容不再是狭隘地以民法典规范为基础，而是可以直接援引宪法规范为支持，由此，人格权由以前的所谓“民法典权利”一跃而为“宪法权利”。^{〔4〕}同时，基本法对人格权的染指，也促成了德国法上极具特色的人格权制度：其构成上一部分为宪法人格权，主要由基本法第2条第1款结合第1条第1款予以调整；而另一部分则为民法人格权，其内容或者在民法总则部分集中阐述（如姓名权之类），或者放到侵权行为部分，在民法第823条第1款的“其他权利”项下予以探讨。宪法人格权与民法人格权制度在各自法域并行不悖，却又通过学说与判例的互动而互相影响、互相促进，从而呈现出跨越公法与私法同时又彼此缠绕的独特镜像。

近年来，人格权与基本权利之间的暧昧关系也引发了我国学者对前者的规范品质的反思。有学者提出，人格权的类型及其内容不再是狭窄地以民法典为基础，而

〔2〕 Esser. Josef. Schuldrecht, Bd II Besonderer Teil [M]. Karlsruhe, 1969.

〔3〕 [日]加藤雅信：“日本人格权论的展开与最近的立法提案”，载《华东政法大学学报》2011年第1期。

〔4〕 [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版。