

民商法争鸣

第6辑

主编 杨遂全

四川大学法学院主办

《马克思主义经济理论创新发展与实践》系列学术著作

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

民商法争鸣

第6辑

主 编 杨遂全
副主编 陈寒冰 董璐

本书编委 杨遂全 王竹 陈界融
陈实 陈寒冰 董璐
洪运 文项 赵薇

本辑执行主编 王竹
丛书顾问 李天德 唐磊 里赞

四川大学法学院主办

《马克思主义经济理论创新发展与实践》系列学术著作

图书在版编目(CIP)数据

民商法争鸣. 第6辑 / 杨遂全主编. —北京: 法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4955 - 7

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 096024 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/固安华明印刷厂

责任印制/陶松

开本/A5

印张/8.5 字数/251 千

版本/2013 年 6 月第 1 版

印次/2013 年 6 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 - 4955 - 7 定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

民法泛论

- 003 浅析民法学界对一些法律概念的错误解读 / 杨遂全
016 从高校法人的人合性看高校校长选任制度变革 / 杨 环
022 诉讼时效届满之债的从权利效力 / 黄源榕

人身权法新论

- 045 工作场所隐私权的法律保护 / 张洪松
053 流浪乞讨人员人身权保护特殊问题研究
——兼论第三人侵害流浪者与民政局代位求偿 / 梁 闽

物权法新论

- 065 解决“以租代售”型小产权房的法律对策博弈分析 / 雷国胜
077 农村房屋和宅基地继承司法难题实务分析 / 叶永森

合同法新论

- 085 试论合同同时履行的判决方式 / 方 帅
090 论责任竞合背景下的扩大违约损害赔偿范围 / 楼秋然

劳动合同法新论

- 109 完善劳动合同竞业禁止制度的建议 / 李 娟
119 国有公司工会地位的法律思考 / 吴加国 李金毅

亲属法与继承法笔谈

- 129 事实婚姻立法比较与反思 / 孙科峰 雷春红
146 继承法修改之管见 / 周文懿 杨遂全
156 论侵害继承权 / 刘 骏

侵权责任法新论

- 177 从事超高压、特高压危险活动侵权的法律适用
——兼论高度危险责任法律规范的模式构建 / 王 竹 曾 勇
185 论数人侵权行为及其责任承担
——兼论《侵权责任法》第8~12条 / 董 璐
195 代号处方及其侵权法律问题研究 / 牟 祥
204 机动车交通事故损害赔偿范围实务难题探究 / 文 莉
210 宽恕对侵权责任的法律意义 / 赵 磊

商法新论

- 219 企业高管薪酬规制与《公司法》完善
——兼论人力资本定价国家态度的变化 / 杨 云 赵志泉
227 是广告还是商号?
——“最高发院”招牌的规制路径辨析 / 朱体正
235 论企业并购协议控制的监管 / 陈俊宇 张长健
247 破产法与破产管理人制度若干问题探析 / 陈寒冰
257 消费者有偿反悔的法经济学分析 / 黄志勇 杨遂全
269 附录 《民商法争鸣》约稿启事

民法泛论

浅析民法学界对一些法律概念的 的误解读

杨遂全*

摘要:“人格”与“人身”概念的混淆,“人格权法”代替《民法通则》“人身权利”法,易导致立法空泛,民法总则分则逻辑混乱;“死者的权利”概念致死亡赔偿主体错误,赔偿金分配不公;“动物权利法”把熊当成了人,病人的痛苦被漠视;“居住权”被曲解为仅给予妻子或保姆,致《物权法》定稿时删除“居住权”一章,从而使单位奖励房、赠与子女房屋、夫妻对对方所有的房屋等失去居住物权的保障;对“无主物”概念的解释严重偏离现实,等等。民法学界对一些法律概念的误读,往往会对立法的科学性和司法公正的实现产生消极影响。

关键词:立法错误 违背常识 平民化观念 科学创新

历史告诉我们,要使民众真正信仰法律,信服司法,必须充分保障立法科学,符合常识,不违民意;同时,还要保障司法真正不误解法律。而这些法治理念的最终实现,须臾离不开法学的开拓性研究和正确的法学教育。开拓性研究难免出现试错性失误,关键是我们如何正确对待自身偏离民意的某些失误。笔者在此试图通过分析当前我国民法学界和司法界对

* 杨遂全:四川大学法学院教授,法学博士,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。

一些法律概念的错误认识及其导致的对立法科学性和司法公正性的消极影响,呼吁大家站在平民化的立场上对此类概念认真反思之。不当之处,还望被指向的学者海涵。

一、“人格”、“人身”不可混淆,人格权法不能取代人身权法

在学界普遍呼吁制定《人格权法》之际,笔者认为,目前学界普遍混淆了“人格”和“人身”的概念,进而在实体上伤害了对公民人身权实实在在的保护;在立法上我国应当制定《人身权法》,而不是《人格权法》。

首先,在民众心目中,“人格”和“人身”是有重大差别的,且公众对人身权比对人格权的概念更熟悉。在汉语中,“人格”一词最广义的内涵也不能涵盖“人身”一词的含义,而“人身”一词的最广含义却可以涵盖“人格”一词。按几部现代汉语词典最新的解释,人身大于或等于个人身体加人格加身份,对人身权和人格权的解释亦应如此。^①人格依存于人身是常识,所以所有的词典都只有“人身自由”和“人身攻击”的概念,而没有“人格自由”的用语。两者肯定有外延和内涵大小之分或语境之分,在汉语里两者绝不是相同的概念。大概中国一般民众都是如此理解,所以,《民法通则》才没有使用人格权的概念,而是使用“人身权利”的概念作为它的“民事权利”一章中的一节的名称。法学界的解释不能让民众产生歧义或改变近几十年形成的法律概念。

其次,以空泛的精神性的“人格权”取代实实在在的“人身权”概念,导致立法对象空泛,容易造成“魂不附体”,诸多关乎公民身体的切身利益难以在精神性的人格权概念里得到应有的重视和恰当的保护。从学者们拟定的各种民法典来看,大多存在对公民人身权保护不周现象,突出地表现在对《刑法》和《侵权责任法》规定的众多人身犯罪或侵权行为侵害的到底是什么人身权,在法理上没有理清。进而,导致缺少法律的正面规定。我国现行有效的保护公民人身权的规定,除了《民法通则》外,还有几十部法规,总计有几百条,而直接涉及人格问题的并不多。而这些基本人身权如不上升到民法典中,会在不同程度上制约我国民法典的先进性。

^① 参见《新华字典》,商务印书馆2001年版,第821~822页,以及《现代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第960、962页。

最后,把《民法通则》的人身权法偷换为人格权法,事实上造成了我国民法立法的总则分则体系逻辑混乱。目前全国人大法工委的民法草案以“人格权法”作为民法典一编的名称,取代《民法通则》中“人身权利”一节,容易造成总则部分作为主体资格的人格和实体权利的人格混淆。^①笔者认为,尽管人身权单列一编是十分必要的,但不能使用“人格权法”的编名,也不能将个人人身权和两个人才能构成的亲属权混编在一起。^②

二、“死者的权利”概念导致主体错误和赔偿金分配不公等问题

对死亡赔偿金和侵害死者名誉、著作、隐私的精神损害赔偿,笔者认为,既包含了对死者生前的个人人身权的赔偿,也包含了对亲属人格利益共享权的亲属的赔偿。所以,把这些赔偿请求权作为“死者的权利”的概念,会导致法律权利主体错误和赔偿金分配不公的问题。据笔者实际办理的咨询案件,在一些案件中死亡赔偿金由于严格按照遗产分配规则分配,导致了死者的兄弟姐妹作为(死者父母后死的)转继承人和死者的年幼子女争抢死亡赔偿金的现象。而笔者认为,无论如何,这些赔偿金不属于死者遗产,不应当拿来还债(治疗费除外),不应当完全按照继承顺序处理,而应当首先考虑满足扶养需要,儿童利益优先,照顾老人扶养其次。只有在死者的父母无其他扶养人或生存来源时,才考虑兼顾死者父母和其他需要扶养的人。若配偶有劳动能力或有再婚可能的,应当排在上述两种人之后,或者仅给精神抚慰金上限的金额。

笔者在此所述的“死者的权利”的不当用词根源来自于司法解释。1989年4月12日,最高人民法院就天津市高级人民法院的一个关于死者名誉的案件的请示作出《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》,针对该案答复:“吉文贞(艺名荷花女)死亡后,其名誉权应依法保护,其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼。”^③2001年全国人大法工委初步审议的民法草案第四编人格权法第6条草定:“自然人死亡的,其配偶、父母、

① 一些学者认为是混淆了主体人格和客体人格。参见顾长河等:“主体人格与客体人格之概念辨析”,载杨遂全主编:《民商法争鸣》(第4辑),法律出版社2011年版,第33页。

② 其他有关民法典体系问题的详细分析论证,参见笔者著《中国之路与中国民法典》,法律出版社2005年版,第34~41页。

③ 马特、袁雪石著:《人格权法教程》,中国人民大学出版社2007年版,第130页。

子女有权保护其姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私等权利。”据此推论,人死后还有权利存在。这显然违背有主体才有权利和任何权利都必须有主体的基本常识。人已死亡,主体已灭,何来权利?所以,笔者认为,草案的制定者在法理上仍没有明白一般的“亲属人格利益共享权”^①的客观存在和作为亲属权的绝对身份权可以独立存在于亲属一方死亡后的基本道理。

由于无视“亲属人格利益共享权”和亲属绝对身份权的存在,以前一些学者从根本上曾否认死者亲属在死者死亡后的任何权利义务。王泽鉴先生在对我国台湾地区“最高法院”1972年台上字第200号判决的批判中指出,该判决认为当事人间存在法律关系,如契约关系,即无成立侵权行为之余地,从而否认被害人基于侵权行为而生之损害赔偿请求权。他分析道:“在医生手术疏忽致人于死之情形,判决认为死者父母不能依侵权行为之规定,主张第194条(侵权行为)之请求权,医生仅应负债务不履行责任。病人既死,人格已灭,自无从主张契约责任;死者之父母非契约当事人,当无请求权,似无人可向医生追究民事责任矣!如此,当事人间若有法律关系存在时,在履行义务之际,尽可致人于死,而不负民事责任,违背常理,甚为显然,质诸‘最高法院’,其以为然否?”^②

笔者认为,亲属之间应当有亲属人格利益的共享权在死者生前存在和死亡后继续存在的绝对身份权。共享权产生亲属双方共存时绑架和侵害亲属名誉的索赔请求权;独享权则产生一方死亡后生存一方对与死者共同拥有的人格利益的保护权。民法草案对这种独享权内容的表述,没有最高人民法院关于精神损害赔偿的规定表述的科学。2001年2月26日颁布实施的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条规定:“自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:(一)以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉;(二)非法披露、利用死者隐私,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私;(三)非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的

① 杨遂全著:《中国之路与中国民法典》,法律出版社2005年版,第147页。

② 王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(1),中国政法大学出版社1998年版,第388~389页。

其他方式侵害遗体、遗骨。”显然,权利的主体已不再是死者了。

然而,在这一司法解释颁布后仍有不少法院判决和学者的文论继续使用类似于“死者的权利”的概念,致使死亡赔偿金被当作死者的遗产来处理,甚至造成死者的未成年子女分到的赔偿金很难维持其基本生存和支付其教育费用。这种错把死者的名誉、著作等亲属权客体作为主体的概念必须明确矫正。一些学者借德国等发达国家有关亲属名誉权的规定推断出“死后权利延伸”,^①但是,他们都忽视了这些国家的相关条款都是在限定了死者亲属的权利和保护期限的前提下作出的规定,而并不是把它们作为“死后权利延伸”来保护的。所以,笔者认为,在立法上应当在此类权利前加“已故亲属名誉权”之类的定语为妥。

三、把“动物保护法”改为“动物权利法”的方向性错误

为了保护人与动物和谐相处的自然生态环境,加强动物保护是十分必要的。但是,不应偏离法理常识。笔者认为,“动物权利法”^②的提法存在以下方向性错误:

首先,批判活取熊胆的“动物权利法”概念在引导善待动物时,像“死者的权利”的司法解释一样,给我国民法增加了新的“民事主体”。在理论上违背常识,在逻辑上违背自然法则。

其次,“动物权利法”把熊当成了人保护,但是病人的痛苦却被漠视。甚至连人和动物和平相处“互利双赢”的动物福利也被否定。

最后,“动物权利法”在立法技术上也是不可能的。针对哪些动物,应该采取哪些保护措施,是随时代和技术的发展在变化的。立法上很难操作,执行起来更困难。即使立法截然划定某些“动物权利”,可能在立法尚未实施之时,就被现实更合理的动物保护措施确认为是虐待动物。

“动物权利”一词是人发起的保护动物不被人类作为占有物来对待的社会运动的一个成果。这是一种非人类本位出发的社会思潮,其宗旨

① 参见王利明等著:《人格权法》,法律出版社2003年版,第82页。赵心树:“死者名誉权保护问题”,载百度文库网,<http://wenku.baidu.com/view/e179c43a376baf1ffc4fad2.html>,2013年2月16日访问。

② 广生:“动物权利法开课”,载《乡镇论坛》1999年第10期。

不仅要为动物争取被更仁慈对待的权利,更主张动物要享有精神上的基本“人”权,比如,和人类一样免受折磨的权利,换句话说,动物应该被当作“人”同等看待,不仅仅被当作人类的财产或工具,无论是在法律层面或是精神层面。批评者认为,尽管从根本上来说,将动物用于食用、娱乐或科学研究没有什么错,但仍应立法保障这些动物免受不必要的痛苦。这种观点被称为“动物福利”主义,也是某些老牌动物保护组织所持的观点。^① 笔者主张这些问题都可以在我国特殊的物权法的动物保护法范畴解决。

四、对居住权的曲解以及《物权法》居住权的缺失对公民住房权影响

由于现实中“居住权”的主体被曲解成仅限于妻子或保姆,致《物权法》草案和征求意见稿在定稿时“用益物权”一编的“居住权”一章被删除,^②从而使单位奖励住房、赠与子女房屋、夫妻对对方所有的房屋等失去居住物权的保障。

《法国民法典》将居住权规定为用益物权,避免了将家庭成员的居住生存权作为债权保护不力的消极后果。我国《物权法》没有此项规定,已经使家庭成员间的住房权失去了一层法定物权的保障。从而,部分地使自古以来一直将家庭共同体作为住房保障法定基本组织的地位,降到了一般合伙或股份公司的地位之下。^③

据调查,目前我国许多夫妻将房屋赠与子女的同时保留了自己继续享有终身居住的权利。这样可以在避税或在未来减少遗产税的同时保障老年夫妻的居住生存权。甚至一些家庭或亲属把赠与居住权推广到其他亲属之间。^④ 据笔者多种渠道了解,在我国司法实践中有关家庭成员之

① 参见维基百科“动物权利”词,载 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%8B%95%E7%89%A9%E6%AC%8A%E5%88%A9>, 2013年2月16日访问。

② “居住权”,载百度百科, <http://baike.baidu.com/view/1278322.htm>, 2012年7月11日访问。

③ 股份公司持股超过一定比例(通常为25%)即可控股。而我国的司法解释却无论家庭共同投资按揭住房多少,都“可以”判决归住房首付款一方所有,也不必为家庭成员设置居住权;私自出让家庭住房也完全有效。

④ 参见胡双双:“居住权怎么办?”,载爱房网, <http://www.aifang.com/wenda/v214081.html>, 2012年7月6日访问。

间居住权的各类纠纷也日渐增多,直至产生出让、继承、出租、无偿再赠与第三人的争议和亲属反目诉讼。

在法国的司法实践中,最高法院不但明确保护夫妻等家庭成员的此种居住权,而且还准许这类协议可以特别附带限定“此类赠与物不得转让”的合法条款。我国也已有《基本住房保障法》的立法计划,可以相信,《法国民法典》关于“使用权和居住权”的规定以及法国可抗辩居住权法保障公民家庭居住权的立法手段,对我国应有重要的借鉴作用。

未来我国立法应建立完整的家庭居住权体系,在时间段上不留漏洞;在种类上,应尽可能适应各种家庭关系的需要,扩大住房的夫妻法定共有范围,明确规定非房屋所有权人的夫妻一方或家庭成员对家庭住房享有居住权;同时规定居住权人对家庭住房的处分同意权、反家庭暴力住房特殊居住用益权、按揭婚后还贷控股性转化共有权等;在制度协调方面,增加社会财产制度变革后新的家庭成员居住权以及社会保障房的共享权或继承权。立法应尽可能地将公民的生存权在家庭保障制度中保护好。

不过,短期内修改《物权法》显然是不现实的。所以,笔者认为,在社会特别需要独立的居住权物权制度时,应当通过司法解释增加对家庭内外皆有效的居住权的效力的确认。同时保障员工对单位公房或奖励房的居住物权。

五、“无主物”的解释严重偏离现实

目前,随着“天价乌木案”^①和新疆“陨石归属案”的争论,再一次将笔者在讨论《物权法》时提及的无主物的认定依照习惯和先占取得物权的问题^②提到了立法的议事日程上。但是,依照目前权威学者们有关无主物的解释,显然不符合我国民间习惯和我国国家所有权的实际状况。

“天价乌木案”发生后,很多学者认为,《物权法》对物所有权的体系,似乎是非私(个人所有)即公(国家或集体所有)。这种制度,表面上看似排除很多模糊空间,例如遗失物、漂流物、埋藏物、隐藏物等。但如果是抛

① 参见张文:“四川彭州农民挖出天价乌木归国家所有发现者奖7万元”,载2012年7月5日《人民日报》。

② 参见杨遂全著:《比较民商法学》,法律出版社2007年版,第166页。

弃物或废弃物,所有人明确意思表示抛弃其所有权时,从现行法律规定来看,在无其他合法继承人情形下,似乎只能归属公有,而他人不能以占有取得该物所有。彭州市通济镇政府即以此为依据责令当事人吴某停工,并被告知乌木为埋藏文物,属国家所有。^①

由于乌木价值不菲,2012年7月26日,吴某某姐弟一纸诉状将通济镇政府告上法庭,要求返还乌木。他们认为,政府在没有任何法律依据的情况下,强行挖掘他们承包地里的乌木,违反了《农村土地承包法》、《行政强制法》等规定,严重伤害了他们的土地承包经营权,是非法行政行为。对扣押的乌木也没有出具清单,属于程序违法。另外,吴某某认为,乌木不属于文物、矿产、化石,不属于法律规定的归国家所有的野生植物资源,也不属于人为的埋藏物、隐藏物、漂流物、遗失物,也不属于无主财产。它们是承包地里的天然孳息,根据《物权法》的规定,天然孳息,由土地承包经营权人取得,因此,乌木应该归属于他们。请求法院确认被告彭州市通济镇人民政府运走并扣押乌木的行政行为违法;要求确认乌木为吴某某姐弟所有;政府返还乌木等。不少律师赞同此观点。

然而,据中央电视台报道,中国社会科学院法学研究所一位研究员称此乌木非人为的埋藏物,也非天然孳息,应为无主物;依照《物权法》应属国家所有。

笔者认为,我国民间习惯是承认无主物先占取得物权的,特别是一些带有天然孳息性质的。否则,我们就可以依法认定山民拣柴、渔民捕鱼是“盗窃国家财产”的行为。目前,我国一些学者和立法对先占取得无主物制度是持否认态度的。但无主物一概归国家所有的主张显然有违常理,在现阶段也不利于我国的资源循环利用和建立节约型社会。最典型的如对拾荒者拾得物所有权的问题:现实中除非国家能够专门组织人员为国家分拣垃圾,否则,在目前只能将这些废弃物直接掩埋或者焚烧。即使通过垃圾分投处理,利用一些废物可以火力发电,但显而易见,很多废弃物若能经拾荒者回收,进行资源化再生和循环利用,肯定会产生更大的价值。在法理上,如果拾荒者已经对弃于公共场所的废弃物和无主物实行

^① 以下本节他人观点均见于晨迪:“‘彭州天价乌木案’昨日开庭 乌木出土地成争论焦点”,载2012年11月28日《成都日报》。

了先占,就应当确认其权利,使物尽其用。这样也等于以先占制度确认了国家对拾荒者的所有权。

六、夫妻间的“应当”忠实和危难帮助等是法定义务不是道德义务

学界将夫妻间“应当”忠实和危难帮助义务,解释成了“道德义务”。所以,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《婚姻法解释(一)》)第3条明确规定《婚姻法》第4条不能单独作为起诉的依据。^①一些学者进而推论凡是法律使用“应当”一词的都只是提倡性的道德义务。^②笔者认为,《婚姻法解释(一)》的该项规定涉嫌违法,因为最高人民法院无权宣告某一条法律不能作为判案的依据。这种做法显然混淆了法律强制性规范与道德规范性质的区别,忽略了法律的强制手段不仅仅是禁止或制裁,在民事上也不仅仅是补偿或对价给付,而是还有弱强制性和褒奖等不同强制性手段。^③“应当”一词在汉语中是应该。应该做而不做的行为在法律上也是要受到法律不同程度的制裁的。比如与夫妻忠实义务相并列的帮助义务,在许多国家都可以界定为可以强制履行的义务,甚至可以作为虐待罪的处罚对象。笔者认为,家庭成员间见死不救应当构成虐待罪;当家庭成员陷于极度困难时,即使对他(她)已经没有扶养义务仍然可能有法定的帮助义务或应当给予帮助。所以,重庆市规定在城区有能给予住房帮助能力的直系亲属的,不能申请保障房。退一步讲,如果我们真的把“应当”认定成道德义务,那么《合同法》或《物权法》的诸多条款都只能是道德义务了!

据马忆南教授讲,把夫妻“应当”忠实和危难帮助解释成“道德义务”的理由为:(1)当下,如果司法解释写入夫妻忠实协议,则只能写不予受理,这样便使得以后无论何种忠诚协议均无法得到救济。(2)实务中各高院认识不一,代表意见为:上海高院认为婚姻法规定之忠实义务为道德义务,故而不得约定为对价协议,不予受理;安徽高院则认为符合婚姻法

① 参见杨晋玲:“夫妻‘忠实协议’——一个不应成为话题的法律问题”,载《云南大学学报》(法学版)2010年第6期。

② 参见杨遂全:“论道义合同的法律效力与公证”,载《中国司法》2009年第10期。

③ 参见张璐、杨遂全:“别让人只捞尸体不救活人——浅析法的褒奖功能与见义勇为权利保护”,载杨遂全主编:《民商法争鸣》(第4辑),法律出版社2011年版,第54~71页。

精神,系真实意思表示,法无禁止故予以支持。(3)理论界分歧巨大,各有道理。反对者有诸如:限制人身自由约定违宪(针对人身限制约定而言),支付高额赔偿金违反侵权法之侵权责任不得事先约定的法理,非合同法之契约故不能按契约自由处理。(4)以后各高院还是照旧处理。另外,在2001年修订婚姻法时关于该点的讨论结果是将此作为婚姻法原则部分而不放置于夫妻关系一章,仅从道德上倡导而不规定夫妻权利义务,此为立法本意。基本原则为不可诉(宪法类)条款(有司法解释表明仅依据《婚姻法》第4条起诉,不受理)。^①从比较法上,即便有部分国家规定为法定义务,但仅能以离婚作为救济(如日本即便有不贞为离婚理由,但基本就不用)。^②

笔者认为,夫妻忠实义务是道德义务的法律化,已经成为法律义务。最高人民法院无权认定《婚姻法》第4条不能单独作为诉讼依据,或用司法解释规定某条法律无效。法律救济措施是多种多样的,鼓励、提倡只要规定在法律中,就已经不只是道德义务了。常识上是不存在“法定道德义务”的概念的,更何况该法律用的是“应当”一词。

七、学界和司法界对“法定夫妻财产制”的误读

我国现行的法定夫妻财产制,显然是由模糊并行的夫妻共同财产制和个人财产制结合而成的。^③这两部分分别从不同的角度指明了我国法定的夫妻共同财产的大致范围和个人特有财产的大致范围,从而初步界定了主要的夫妻共同财产和个人财产。在当事人对夫妻财产无约定、约定不明、约定不合法的情形下,法定财产制仍然是当然适用的夫妻财产制。所以,笔者认为,依照《婚姻法》第17~19条的规定,我国目前实行的是约定优先,模糊的共有特有结合的法定夫妻财产制,可简称为“模糊双轨制”。而不是目前很多学者和最高人民法院在解释《婚姻法解释(三)》时所说的“婚后所得共同共有财产制”或“有限定的婚后所得共同

① 马忆南教授此论不能成立,因为《婚姻法》是实体法,不同于一般的宪法原则。否则,《婚姻法》第4条前面的第2条、3条在我国司法实践中可以单独作为起诉的理由就非法了,《民法通则》的公序良俗原则也不能直接作为判案的依据了。

② 据马忆南教授在2012年婚姻法学年会上所讲记录。

③ 参见杨遂全编著:《婚姻家庭亲属法学》,清华大学出版社2011年版,第111页。