

“走向中国民法典——历史的机遇与挑战”学术研讨会综述

2014年10月18日,北京大学法学院、魏振瀛教授民商法研究发展基金、《中外法学》编辑部共同举办的“走向中国民法典——历史的机遇与挑战”学术论坛在北京大学法学院召开。北京大学法学院院长张守文教授到会致辞。来自多家学术单位和最高人民法院的专家学者,聚会研讨民法学理和制度。会议分为基调演讲、主旨演讲、圆桌讨论、论文报告和评议等环节,七十多位民法学者围绕民法典编纂、民法总则相关制度、债法制度等主题展开了研讨。现将本次研讨会主要内容综述整理发表,以飨读者。

第一部分 基调演讲与主旨演讲

一、我国为什么需要民法典

(北京大学法学院魏振瀛教授)

从1949年建国至今已经65年了,可是我国还没有颁布民法典,这在世界成文法国家的民事立法史上是罕见的。当今我国处在中华民族伟大复兴和全面深化改革时期,社会发展更加需要民法典。现在我国制定民法典的理论准备、政治环境和经济条件比以往任何时候都好。我们应当乘此大好时机,加快制定民法典,使民法典成为巩固改革开放成果和推进全面深化改革的重要法律工具,为世界法律文化发展做出我们应有的贡献。

1. 民法典是民法科学化的基本形式和标志

民法是法律体系中的一个法律部门,民法学是一门科学。民法学有科学性,民法也有科学性。如果民法没有科学性,或者不可能有科学性,那么民法学就失去了存在的基本依据。

民法的科学性源于何处?源于它所调整的社会关系的规律性。民事法律关系的主体主要是自然人。人要生存就需要有物质资料,就需要有财产权;人要活得自由、有尊严,就需要有人身权。随着商品经济发展,法人也成为民事主体。民法是调整自然人、法人和其他组织之间的人身关系和财产关系的,是调整社会生活关系和商品经济关系的基本法。民法调整的人身关系和财产关系的各部分都有其丰富的内容,各有其不同的特点,但有共同性,有共同的理念、原理、原则。明确了民法的理念、原理、原则,就能掌握民法发展的大方向和规律。民法的理念、原理、原则集中体现在民法典中。

我国实行改革开放以来,重视个人的人身权和财产权,注重商品交换,发展市场经济。伴随着的是民事立法的大发展,成果辉煌。立法机关宣布,2010年已经形成中国特色社会主义法律体系。值得注意的是,已经形成的民法体系是初级层次的体系,不够完善,科学化程度不

高。例如缺少民法总则,缺少债法总则;关于人格权的规定不能适应新情况;单行法之间存在着重复、矛盾、冲突,等等。这些问题严重影响了民事司法的统一、公正、高效和权威性,是产生社会矛盾的原因之一。这些问题都属于立法问题,不能用司法解释的方法解决。

进一步说,即使全部单行法都修订好了,但是不将其整合为民法典,也不是高层次的、科学的民法体系。因为民法所调整的各种社会关系有其内在的联系和规律,单行法各有其相对的独立性,不能体现民法整体的内在联系和运行规律。《物权法》和《合同法》各自独立,没有民法典,不能反映合同是债法的组成部分,不能反映债是财产的组成部分。物权关系和债权关系以及其他各种民事法律关系之间,不仅是互相联系的,而且往往互相转换、互相制约,其联系、转换、制约有一系列的制度和规则,例如:市场交易可以请他人代理,需要适用代理制度;买卖合同可能会发生不动产转移,需要适用不动产登记制度;发生债权债务关系,可以采用担保方法,需要适用担保制度;请求履行合同、清偿债务不能没有期限,需要适用时效制度;违约或者侵权,需要适用责任制度;为了维护民事主体的权益和民事秩序,需要有健全的民事主体制度等等。这些制度各有不同的具体规则,它们是密切关联的整体。只有民法典才能全面规范民法的基本内容,形成总则与分则结合的完整体系,体现全部民法规范的内在联系和规律性、逻辑性和科学性。有了条理清晰的民法典,处理民事关系就能以简驭繁、事半功倍。反之,没有民法典,单行法就不好掌握,处理民事关系会事倍功半。

世界民事立法发展史证明,民法典是民事立法科学化的基本形式。欧洲联盟的民法典草案于2008年完成,这个草案进一步说明了民法典在立法上发展的趋势。民法典是衡量一个国家法治文明程度的重要标志,我们不应忽视民法典在我国的重要性。我国是有悠久历史的泱泱大国,为世界文明,包括法治文明做过卓越的贡献。虽然当今我国的民事立法还不够完善,但我们有后发优势。制定一部符合我国国情、21世纪的先进民法典,将是我国法治发展史上重要的里程碑,将是对世界法治文明的新贡献。

2. 民法典能够充分体现民法的重要地位和功能

民法调整社会关系,涉及社会生活各个领域,关系每个人的切身利益,因此是非常重要的法律部门。在19世纪中后期欧洲的语境中,民法典在法律体系中具有一种实质上的“宪法性”地位,这在欧洲学界基本上得到公认。直到当代,这样的判断仍然得到欧洲各国学者广泛认同。20世纪30年代,我国学者黄右昌就说过:“根本法有二:一为宪法,一为民法,其他非宪法的附属法,即民法的附属法。”本世纪初日本学者星野英一说:“民法是与宪法并列的法律,宪法规定的是国家的基本理念和构造,而民法规定的是社会的基本理念和构造。”但是,在我国,民法作为非常重要的法律部门,不能与宪法平起平坐,更不能只有单行民事立法。只有编纂民法典才能充分体现民法的重要地位,充分发挥民法的功能。

不同的法律部门功能不同,不可偏废。我国自古就有“重刑轻民”的观念,1949年建国以后这种观念还长期存在。记得改革开放初期,媒体上经常这样讲:“要用经济的方法、行政的方法和法律的方法管理经济。”这里讲的与经济的方法、行政的方法并列的法律的方法,实际上是指制裁经济犯罪的刑罚方法。改革开放以来,民法的地位空前提高。但全民的民法观念和民事权利观念的提高还需要一个过程。至今,在一些人、包括少数领导干部的心目中,加强法治就是加强政法,加强政法就是加大处罚、严打的力度,不懂得民事立法在法律体系中的重要地

位和作用,这是“重刑轻民”的典型表现。

作为《法国民法典》起草者之一的波塔利斯说过,民事法律“即使不是构成政府的基础,也是维系政府之所在”,“只有私权利才能保障公权力”。行政权力直接维护社会安定,民事权利为社会安定奠定坚实基础。基础牢,则上层稳。从这个意义上说,民法是长治久安法,是强国之法。

我们的国家是社会主义国家,要建立和完善中国特色社会主义,根本目的在于人民当家作主,保护人民的利益。民法是民事权利法,民事权利是人们生产和生存的基本权利。确认、规范和保护民事权利,是民法的基本目的、基本任务、基本作用。通过民法规范和保护民事权利,调动全民的积极性,对于发展经济,提高人民生活水平意义重大。从这个角度说,民法是富民之法。

“以人为本”是当代我国的科学发展观和社会治理的基本理念,充分保护民事权利,是以人为本理念的基本内涵。民事权利是人们生存之本。本者,根也。不伤根,不离本,充分保护民事权利,乃富民强国之道。民法典能够充分发挥民法的功能,为了强国富民,建设中国特色社会主义,需要民法典。

民法是裁判规范,具有裁判功能。只有单行民事立法,没有民法典,造成法官查找法律、适用法律、解释法律等诸多困难,难以充分发挥民法的裁判功能。民法又是人们的行为规范,具有行为规则和指南功能。只有单行民事立法,没有民法典,人们难以懂得民法是什么。有了民法典,便于人们适用民法。

民法还是人们保护自己民事权利的工具,是人们与侵害民事权利者作斗争的武器,具有法律工具和法律武器的功能。《法国民法典》是在拿破仑亲自领导下制定的。拿破仑希望《法国民法典》能为法国人民人手一套,这一点基本上做到了,民法典成了宣传法国大革命成果的工具。如果我国人民基本上都知道我国有一部保护民事权利的民法典,那就标志着我国的法治文明达到了较高的境界。

3. 全面深化改革需要民法典

全面深化改革包括经济体制改革,经济体制改革的核心是坚持社会主义市场经济改革方向,使市场在资源配置中起决定作用,这就对市场化提出了更高要求。民法典全面规范商品归属规则、商品交换规则和市场经济运行的基本制度,从而为深化经济体制改革提供基本的法律依据。

全面深化改革的内容之一是加快转变政府职能,简政放权。转变政府职能的实质是限制行政权力,加强民事权利,处理好政府与市场的关系,政府与社会的关系。这是转变重行政权力、轻民事权利的传统观念,改善官民关系,促进社会发展的基本途径。民法典的制定、颁布和实施有利于推动这项改革和巩固这项改革的成果。民法典确立全面的民事权利体系,为正确处理行政权力和民事权利的关系奠定法律基础。在此基础上,实现在民事上“法无禁止即可行”,在行政上“法无授权不可行”,从而构建文明、和谐的社会。

全面深化改革包括民主法治改革。我国《民法通则》规定的基本原则有平等、自愿、公平、诚实信用等。民法是集中体现自由、平等、公正、民主、法治的基本法。民事法律关系的日常实践是民主法治生活的大学校、大课堂。制定、颁布和实施民法典,不仅对于完善民主法治有重

要意义,而且有利于培养和提高全民的民主法治意识。

民事立法不仅要描述社会,而且应当引领社会发展。1986年颁布的《民法通则》被海外学者誉为中国的“民事权利宣言”,事实上《民法通则》在较长时期成了改革开放的推进器。我国未来的民法典应当成为中国的“民事权利经典”,成为全国深化改革的推进器,成为宣传中华民族伟大复兴的工具。

二、尽快制定人格权法,加快出台民法典

(中国人民大学法学院王利明教授)

1.为什么要制定人格权法?

在社会主义法律体系形成后,当务之急是尽快制定民法典,不断完善我国民事法律体系。制定民法典的核心工作是制定人格权法。虽然目前学界对于人格权法应当独立成编的观点存在不同的看法,但已经形成了基本共识,越来越多的学者赞同人格权法应当在我国未来民法典中独立成编。

(1)制定人格权法与《民法通则》的立法体例一脉相承。《民法通则》第5章关于民事权利的列举使其成为民事权利的宣言书。在《民法通则》第5章第4节中规定了人身权,其中主要是关于人格权的规定。《民法通则》将人身权与物权、债权、知识产权并列,表明了立法者未来要将人格权法独立成编。既然《民法通则》所规定的其他权利都已独立成编,那么人格权法独立成编也理所当然。不过,在未来民法典的体例编排上,我认为应当将人格权法放在分则的首位,弥补《民法通则》的不足之处。

(2)制定人格权法是落实宪法依法保障人权的需要。人格权是人权的重要组成部分,保护人格权的根本目的是要维护个人的人格尊严。虽然宪法上确定了人格尊严,并将其作为基本权利,但仍然有必要通过民法层面上的人格权法予以落实,并使之成为整个人格权法的核心价值。

首先,虽然人格尊严是一种宪法权利,但宪法作为根本大法,其立法是粗线条的、高度抽象的,缺乏具体规定,多数基本权利的内涵有待通过进一步的立法予以明确。这就迫切需要人格权制度予以细化,规定人格权的确认和保护,将之体现为能被裁判所依据的具有一定确定性的规则。此外,宪法对人格尊严的保护不可能涵盖生活中各种侵害人格尊严的类型。人格尊严可以具体体现为各种人格利益,例如名誉、肖像、隐私、信息等。但对各种权利的侵害,其法益内容各不相同,相关侵权行为的构成要件也不相同,因此不能以一个简单的人格尊严条款来包含各种侵害人格权的类型。

其次,法官在进行裁判时,需要引用成文的法律作为裁判的大前提。目前我国司法实践中,法官裁判民事案件时不得直接适用宪法。《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第4条规定:“民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例,可以直接引用。”该条并没有将宪法列入民事裁判文书可以引用的范围之列。由于法官无法直接援引宪法来裁判民事案件,这就决定了在我国直接依据宪法在个案中保护人格尊严是不可能的。如前所述,在许多国家法官可以直接援引宪法裁判民事案件,在我国,由于宪法不能在民事裁判中适用,我们就必须制定和完善人格权法,特别是对一般人格权作出规定,这样才能使宪法上的人格尊严转化为

民法上的人格权制度,从而使宪法人格尊严的规范得到落实。换言之,宪法中的人格尊严必须透过民法中的概括条款、概念和规则才能进入到民法领域,规范民事活动。

再次,通过法律解释的方式来贯彻宪法的规定存在一定的困难。有的学者主张,我们可以通过对民事法律中的一般条款的解释,来落实宪法的基本权利或其价值。然而,这样做必然涉及对宪法的解释。我国《宪法》第67条将宪法的解释权排他性地授予了全国人大常委会。因此,如果法官在审理民事案件时,解释宪法规范,势必违反《宪法》的规定。由此可见,希望通过法律解释的方法来贯彻宪法的规定,具有相当的局限性,难以实现对民事主体的充分保护。现代民法要求必须贯彻宪法的人权保障精神,其实质就是要体现规范公权、保障私权的法治精神,使人格尊严等人权透过民法的私权保障机制得以实现。这就要求民事立法要更加积极地对宪法基本权利进行具体化。如果民事立法无法完成这一任务,而更多地依赖民事司法直接适用宪法,就可能对民法固有的秩序造成冲击。

所以,虽然在国外出现了宪法司法化的现象,但我国现行宪法的体制决定了我国无法采取此种模式,而只能通过民法的规定将宪法的原则、规则具体化,这也是落实宪法规定的最可行、最具有操作性的方式。

2. 完善一般人格权制度

在人格权法中,首先要完善一般人格权制度。对一般人格权的具体内容可以表述为:人格尊严、人身自由和人格平等。它实际上是一个概括性条款和兜底条款,其主要功能在于:

第一,价值宣示。采用概括性条款,是对人格权保护的根本目的和基本价值的宣示。法律之所以保障各种人格权,很大程度上就是为了维护个人的人格尊严。公民的各项人格权都在不同程度上体现了人格尊严的要求。事实上,许多侵害人格权的行为,如污辱和诽谤他人、宣扬他人隐私、毁损他人肖像、虐待他人等,均有损他人的人格尊严。显然,一般人格权中的人格尊严更为直接地体现了人格权保护的基本目的。

第二,对人格权益的兜底性保护,保持人格权法体系的开放性。将人格尊严作为一般人格权的内容,对于落实新型人格利益的司法保护具有十分重要的意义,因为很多新型的人格利益难以通过已有的人格权类型加以保护。例如,强迫某人住进精神病医院接受所谓的精神治疗,就严重侵犯了受害人的个人自由和人格尊严。超市搜身虽然没有侵犯原告的名誉权,但实际上侵犯了原告的人格尊严。再如,在他人举行结婚仪式前,故意将垃圾撒在其家门口,也侵害了原告的人格尊严。

第三,有利于法官解释法律、依法裁判。人格权虽然需要法定,但又无法像物权那样列举穷尽。大量新的人格利益不断产生,法官又不得以法律没有规定为由拒绝对其进行保护,因此,采用概括性条款来规定人格尊严,有助于为法院保护个人的人格权益提供裁判依据。

3. 完善具体人格权制度

在人格权法中,还要完善具体人格权制度。在此方面,除了进一步规定并完善《民法通则》所确认的生命健康权、名誉权、肖像权、姓名和名称权、婚姻自主权等人格权之外,还应当对《民法通则》的规定进行具体的补充。以姓名权为例,看似简单,但实践中的问题很多。例如个人是否享有将自己称为阿猫、阿狗的权利?是否可以随意变更其姓名?姓和名是一个整体,还是可以分开?姓名是否可以由他人加以利用?其中一些问题,可能需要做出一些司法解释,这也

表明姓名权的复杂性。

当前,在制定人格权的过程中,应当重点规定以下三种权利:

(1)隐私权。很长时间以来,我国一直未承认隐私为一项权利,直到《侵权责任法》颁布,才第一次提到隐私权,但《侵权责任法》主要是救济法,并没有界定其内涵。事实上,对隐私的保护是现代民法重要的发展趋势,《法国民法典》修订时将隐私权放在民事权利之首加以规定,这也表明隐私权保护的重要性。在美国,隐私权不仅是普通法上的权利,而且是一项宪法性权利。从农业社会向工业社会发展,对个人隐私权的保护提出了更高的要求。有人概括现代社会的重要特点是,对政府行为越来越要求公开透明,而对个人隐私的保护应不断强化。现代科技的发展在给人类带来福祉的同时,也对个人隐私带来巨大威胁。美国迈阿密大学福禄姆金(Froomkin)教授撰写了《隐私之死》(The Death of Privacy)一文。他在该文中说,日常信息资料的搜集、在公共场所的自动监视的增加、对面部特征的识别、电话窃听、汽车跟踪、卫星定位监视、工作场所的监控、互联网上的跟踪、在电脑硬件上装置监控设施、红外线扫描、远距离拍照、透过身体的扫描等,这些现代技术的发展已经使得人们无处藏身。他感叹“隐私已经死亡”,因此呼吁法律进一步加强对隐私的保护。

我国未来人格权法在规定隐私权时,应当适应隐私权的发展趋势。隐私权的内涵由最初的独处权到个人私人秘密的保护,个人私人秘密的保护范围也在不断扩展,由最初的个人私人生活中的秘密扩展到了个人的家庭中的隐私、空间隐私、基因隐私、身体隐私、通讯隐私等多个方面。甚至在公共场所、公共空间,也可以形成个人的隐私。与此同时,隐私权的范围也从私生活秘密扩展到了私人生活的自决。过去我们仅讲通讯隐私,通常是指不得私拆他人信件,现在则扩展到了不得侵入他人的手机短信、电子邮箱等。过去不得私闯民宅认为是所有权的保护范畴,现在则一般认为,其主要属于隐私权的保护对象。

因此,未来我国人格权法中要重点确认私人生活安宁权、个人生活秘密权、家庭生活隐私权、个人通讯秘密权、私人空间隐私权等权利,同时对相对人所应当负有的义务,以及隐私权行使和保护的规则作出全面规定。隐私不仅是指消极地保护自己的权利不受侵害的权利,它还包括了权利人自主决定自己隐私,对隐私进行积极利用的权能,其内涵较为宽泛,而且随着社会的发展,其内涵和适应范围也将不断扩大。

(2)个人信息权。个人信息(personal data)是指与特定个人相关联的反映个体特征的具有可识别性的符号系统,它包括个人出生、身份、工作、家庭、财产、健康等各方面信息的资料。在信息社会和大数据时代,个人信息已成为个人重要的权利,且是个人享有的一项人权。个人信息虽然具有财产属性和人格属性双重性,但其本质上仍然属于人格权。为什么说个人信息权是一种人格权?

一是因为个人信息的内容主要是一种人格利益而非财产利益,大多数的个人信息与个人隐私存在一定的交叉。但隐私权是一种消极的、防御性的权利,在该权利遭受侵害之前,个人无法积极主动地行使权利,而只能在遭受侵害的情况下请求他人排除妨害、赔偿损失等。隐私主要是一种私密性的信息或私人活动,如个人身体状况、家庭状况、婚姻状况等,凡是个人不愿意公开披露且不涉及公共利益的部分都可以成为个人隐私,而且,单个的私密信息或者私人活动并不直接指向自然人的主体身份。而个人信息注重的是身份识别性。

二是因为个人信息与个人的身份存在密切关联。只有可识别性的信息才属于个人信息,即只有某一信息直接或者间接能够识别出个人的身份,才能纳入到个人信息的范畴,这也使得个人信息与个人的身份之间存在密切关联,其应当属于人格权而非财产权。但隐私不限于信息的形态,它还可以以个人活动、个人私生活等方式体现,且并不需要记载下来。

三是因为对个人信息的保护体现了对个人人格尊严的尊重与保护。很多个人信息资料都是人们不愿对外公布的私人信息,是个人不愿他人介入的私人空间,不论其是否具有经济价值,都体现了一种人格利益。对个人信息的保护体现了法律对主体支配其个人信息的权利的尊重。行为人侵害他人个人信息权时,受害人首先遭受的是精神损害赔偿,而非财产损害赔偿。

四是因为对个人信息的平等保护,也体现了个人人格尊严的平等性。每个人的个人信息都受到法律保护,这也符合个人人格尊严的平等性。

由人格权法对个人信息权作出规定,除了上述原因之外,还在于:

第一,宣示功能。通过基本法的方式宣示个人所享有的个人信息权,其不仅是一项民事权利,还属于一种基本人权。

第二,确权功能。以人格权法这一民事基本法将个人信息权规定为一项人格权,而且其在性质上属于绝对权。有的单行法已经规定了个人信息权,例如《消费者权益保护法》第14条。但其所规定的是消费者的个人信息权,应当在人格权法这一民事基本法中对个人信息权作出确认,《消费者权益保护法》的规定才有确定的权利基础。

第三,救济功能。发生争议后,权利人可以依据《侵权责任法》获得救济。

第四,确定相对人的义务。例如只有确定了个人信息权,才能确定网络服务提供者的具体义务。

(3)网络环境下的人格权。互联网的发展,使我们进入了一个全新的信息时代。博客、微博、微信的发展,使信息传播进入了全新的时代。截至2014年6月,我国网民规模已达6.32亿,手机用户有5亿,互联网普及率为46.9%,2014年的网络购物市场交易规模居全球首位。如此众多的网民,在促进社会发展、传递信息方面,起到了重要的作用,但同时利用网络披露他人隐私、毁损他人名誉等行为也是大量存在。在人格权法中,是否有必要对网络环境下人格权的侵害作出特别规定,我认为有必要,理由主要在于:

第一,网络环境具有无限放大效应。因为一些人格利益在现实生活中并不显得特别重要,而在网络环境下就显得特别重要。例如,个人的手机号码、家庭住址,在日常生活中可以告知他人,也可以向多人提供,但行为人一般不得在网络上公开他人的电话号码,主要原因在于,网络环境具有放大效应,相关信息一旦放在网上,可能瞬间实现在全球范围内的传播,这可能对个人的私人生活安宁、人身安全等构成不当妨害。正是基于这一原因,有必要对网络环境下的人格权保护做出一些特别的规定。一旦发布了侮辱、诽谤等言论,就会造成侵犯他人权利的严重后果,甚至并非出自故意而只是出于轻微疏忽的不实言论,也可能导致严重后果。在网络上披露某女明星的年龄,就导致该明星的演艺生涯受到影响。这主要是因为信息在网络上传播的快速性、广泛性以及受众的无限性导致的。

第二,网络环境下人格权受侵害的后果难以恢复。在网络环境下,信息的传播具有快速性

和广泛性,一旦损害发生,就难以恢复原状。例如,个人在网上披露他人的隐私或者其他私人信息,即便行为人事后采取删除、撤销等补救措施,相关的信息仍可能被无数次下载。正是因为网络环境下人格权受侵害损害后果的难以恢复性,未来人格权法在规范网络环境下人格权的保护时,应当侧重对损害的预防,防止损害后果的发生和扩大,应当更多地适用停止侵害等责任方式。

第三,网络环境下侵害人格权的行为具有集合性。一般情形下,行为人侵害他人的人格权,同一行为一般只是侵害一项人格权益,但在网络环境下,侵害人格权的行为具有一定的特殊性,即网络环境下的人格权益具有集合性,某一行为可能同时侵害他人的多项人格权益。因此,其侵权责任也具有一定的特殊性,即某一侵权行为可能同时引发多种侵权责任。因此,未来人格权法有必要对网络环境下人格权的保护作出特别规定。

第四,对网络环境下人格权保护作出特别规定,也可以为相关的网络立法提供基础。网络环境下人格权保护的的特殊性对相关主体的权利义务也产生一定的影响。例如,基于网络环境的放大效应,网络环境下人格权的保护应当注重对损害后果的预防,正是基于这一原因,在确定网络服务提供者的审查义务时,应当以网络环境下人格权的保护为基础,注重对违法信息的事先审查,以减少网络侵权行为的发生。

总之,面对网络这种新型的媒体,立法应当对其加以规范。通过在法律上设置相应的规则,可以更充分地实现人格权的保护,救济受害人。正是因为上述特点,有必要在人格权法中对网络环境下的人格权作出特别的保护性规定。

4.完善人格权的行使规则

在人格权法中,需要完善人格权行使的规则。应当明确权利行使冲突的规则,尤其是要明确人身权益的优先地位。还有必要规定一些与人格权的内容和行使相关的问题,例如,保护生命健康权涉及医院是否应当对病人负有及时救治的义务,对生命权的保护涉及克隆、安乐死的政策问题,对生命健康权和隐私权的保护也涉及对于基因的采集和转基因应用的政策问题,这些都有必要在法律上作出回应。尤其需要指出的是,人格权法应当重点规范舆论监督、新闻自由与人格权保护的关系,对于公众人物的人格权是否应当作必要的限制、如何进行限制等都作出规定。

5.规定侵害人格权的法律责任

人格权法作为民事单行法,理应规定法律责任,主要规定侵权责任,特殊情形下涉及合同责任。例如,违反人格权商业化许可使用合同的责任等。人格权法中的法律责任主要是侵权责任。对于一般的侵权责任,可以通过在人格权法中规定引致条款,借助《侵权责任法》加以规定。

对精神损害赔偿而言,则应当在人格权法中作出详细规定。关于精神损害赔偿,《侵权责任法》只在第22条作出了规定,较为简略,由于精神损害赔偿主要是针对侵害人格权的救济方式,对财产权的侵害不适用精神损害赔偿。因此,主要应当在人格权法中对精神损害赔偿的具体规则作出规定。最高人民法院已于2001年出台了精神损害赔偿司法解释,我国未来人格权法可以以此为基础,总结我国既有的司法实践经验,对侵害人格权的精神损害赔偿的侵权责任作出全面的规定。

三、从基本法的角度理解和推进民法典的研究和立法工作

(中国社会科学院法学研究所孙宪忠教授)

现行民法包括商法,对我国改革开放和民众权利保护发挥了核心和关键的作用。现在我国民法典的编纂,已经成为一个越来越热的话题。毋庸置疑的是,目前编制民法典的社会基础是最好的,但从民法专业研究的角度看,我们面临的困难也是巨大的。从我自己学习和研究的体会看,目前编纂民法典的理论准备还相当不足,最大的困难是我国社会对民法在国家整体的法律体系中的地位认识不到位。我国社会并不把民法理解为社会的基本法,而只是把它理解为部门法,而且是一个地位比较低的部门法。这个从前苏联法学中引入的观念,极大的妨害了民法作用的发挥,也妨害了民法典的编纂。当然,现有民法固有体系内的制度研究还有比较大的缺陷,比如:对主体制度、权利制度、法律行为制度的研究还有大的问题未解决;民法现行制度体系脱离社会现实的问题没有引起普遍的关注;现行民事立法在改革开放的不同阶段出台的的制度,前后不一、相互重合、体系矛盾的问题也需要解决。另外,编纂民法典的立法技术方面的研究远没有展开,编制法律必需的体系化、科学化行为规范、裁判规范、立法逻辑的整理,都还需要取得共识。因此,为了迎接民法典编纂这个繁重的工作,我国民法学界还要做扎实细致的研究工作。

显然,在这一系列重大的、需要解决的理论问题中,首先应该解决的是我国社会,并且首先是法学界对民法以及民法典在我国社会中发挥作用的认知问题。把民法定义为部门法的观点,来源于前苏联法学,这和我国社会已经进入市场经济体制的现实不符。改革开放发展到现在,我国经济体制已经确立为市场经济体制,市场经济体制的基本法就是民法。从经济基础决定上层建筑这个最简单的道理看,我们就应该确立民法就是我国社会的基本法的观念。

目前我国社会正在研究“依法治国”这个重要话题,参与这个话题讨论的,主要是宪法学者、法理学者等。法学界不少学者认为,这个问题和民法无关,尤其和民法典的编纂无关。实际上这是一个重大的误解。因为,依法治国需要解决的最基本的经济发展和民众权利保护的问题,是通过民法立法来解决的;改革开放以来我国社会所取得的最切实的社会进步,是在民事立法领域获得的。民法在这些领域发挥的作用已经被改革开放实践证明,民法在其中发挥着基本法的作用。比如:①1986年制定的《民法通则》,实践证明,它不但是民商法的基本法,而且是改革开放的基本法。该法第2条民法调整的法律关系的规定,实际上确定了公共权力和民事权利发挥作用的的不同机制,确定了我国法律体系发展的基本要点,确定了行政权运作和民众权利运作不同的法律规则、保护权利基本的方式。这一点在后来我国社会整体的法制发展过程中发挥了核心作用。②《民法通则》规定的主体制度,尤其是关于法人制度的规定,为后来的公有制企业改制、民营经济的发展铺平了道路,而且为现代公司制度的发展奠定了基础。③《民法通则》关于民事权利的规定,为我国社会政治文明、精神文明、物质文明的发展奠定了基础。该法把民法权利区分为人身权和财产权,财产权包括物权、债权、知识产权,并为其建立了基本规则,这在我国社会政治经济文化各项事业发展过程中居功至伟。除《民法通则》之外,公司法立法、知识产权立法、亲属法、继承法和《侵权责任法》等民法体系中的法律,对我国社会进步发挥的巨大推动作用,是有目共睹的。我国宪法、法理学领域多年来空喊依法治国口号,浪费了大量人力物力去进行一些大而化之的“依法治国”理论研究,相比之下,民法在这一领域

取得的成效是扎扎实实且而巨大的,得到人民群众普遍认可。

民法(包括商法)的这些贡献,证明了一个最基本的道理:在国家的社会秩序中,民法所建立的社会秩序是基础秩序,民法对这一领域的社会秩序的调整,实现了法治国家的基本目标。还要认识到的是,通过民法的调整,我国事实上形成了一种可以不断被继承和复制的法律秩序。通过民法的规范,我国社会不但从社会的基本方面,而且从社会的每一个细小的环节,实现了社会秩序的稳定和延续。这种建设性的社会秩序,是中国社会迫切需要的。民法在建构这一秩序中发挥的作用,其他任何法律都无法替代。

民法推进我国社会进入建设性社会,取得重大社会进步的最主要的原因,首先是因为,在民法的制度体系内,包含着人类社会千百年来所积聚的基本认知。比如,定分止争、让劳动者对自己的成果享有所有权、所有权必须和继承权相连接等民法制度的法思想,就是这些智慧的体现。这些智慧应用于我国,在改革开放中就取得了突出成就。建设性社会的核心特征就是人们可以进行正常的生产劳动来创造财富,但人们愿意创造财富有一个必备的前提条件,那就是他们依据合法手段取得的财富可以得到法律的承认和保护、可以继承、可以延续。我国民法尤其是物权法解决了这一重要问题,建立了建设性社会不可或缺的所有权制度,这就扎扎实实地推进了我国社会进步。

民法能够在推进我国社会进步方面担当基本法的角色,还因为它具有特有的法律逻辑和规则,这些逻辑和规则才是真正的法律规则。这个基本的民法逻辑就是法律关系学说和制度。正是“具体人——具体物——具体权利义务——具体责任”的逻辑,将社会治理者改造社会的基本思想,将建设社会的目标,以及法律追求的现代法制文明的精神,贯彻在每一个具体的社会环节之中,并以此实现社会制度的更新和进步。这是改造社会最实际的手段。民法的这一功能,即使宪法也无法比拟。

很长一段时间以来,不少人都认为民法学说封闭而保守,难以容纳新知识、新规则。这完全是一种误解。比如,从国际民法实践来看,社会主义法思想,只有借助于民法理论和制度才能够实际贯彻下去。社会主义思想的基本目标,是以劳动保护为核心的社会实质正义,民法把雇佣合同发展到劳动合同,并且在其中建立以劳动保护为核心的健康与医疗保险、就业保险、养老保险这些具体的法律制度,这样社会主义的基本目标就得到了实现。另外我们应该看到,在合同责任之外强化侵权责任、在侵权责任制度中建立无过错责任、在法律责任整体制度中建立举证责任倒置等制度,都是为了在形式正义的基础上实现实体正义,这些内容都是在切实地落实社会主义的理念。因此,社会主义只有通过民法,才成为具体的、可以操作的制度,而不是街头口号。

简单来说,民法就是通过具体的制度和法律关系的逻辑,推进实现社会主义法思想追求的从形式正义到实质正义的制度目标。事实上,只有民法才包含着以具体制度、从社会最底层、在最广大的群体中实现法律正义的法治文明理想,并且也只有民法才能够做到这一点。也正是因为如此,我们完全不同意当前中国有些人把民法和资本主义法律划等号,把依法治国和社会主义相对立的观点。这些观点不但是对法治的无知,对民法的无知,也是对社会主义的无知。

总体来说,民法作为我国社会的基本法,是顺理成章的道理。在这一方面,我完全不能接受

那些把民法和保守、资本主义形式平等这些观念联系在一起的观念。这些观点是难以成立的。

当然,在分析我国现实的民法研究尤其是民法典编纂工作的时候,我认为我们还应该做扎扎实实的工作,未来推进民法研究的方向应该包括如下内容:

1.在思想认识方面,必须把民法提升到社会的基本法的角度,从更加深层次的体制改革的角度认识民法和我国社会的内在关系。

2.加强对于民法固有体系内的制度研究。比如,在主体制度方面,重点研究公法法人问题,研究现代公司制度下的法人制度问题。对权利制度、对法律行为制度的研究要有系统的突破。

3.通过现实调查,解决民法现行制度体系脱离社会现实的问题。

4.解决现行民法立法在改革开放的不同阶段出台,制度规则前后不一、相互重合、矛盾的问题。

5.研究和解决民法和特别法之间的关系问题。主要是民法和商法、知识产权法、最高人民法院的司法解释的规则体系之间的关系问题。

6.下力气研究民法典的立法技术方面的行为规范、裁判规范问题。

第二部分 圆桌讨论环节

圆桌论坛环节分别以“法治中国建设与中国民法典”、“《民法通则》、民法总则与中国民法典”、“现行民事单行法体系整合与中国民法典”为议题展开讨论。各位学者就与民法典编纂相关的问题谈了自己的看法。

与会学者普遍认为,编纂中国民法典、整合梳理现行民事立法体系,对于规范民事活动、提升民事司法、促进民事法律研究具有重大意义;对于保障人民权利、完善市场经济、推动全面深化改革具有重大意义;对于促进国家治理能力和治理体系现代化具有重大意义。民法典编纂,不应仅仅是形式上的拼凑或统合,而应是内容和质量上的进步与完善。民法典编纂,需要民法学界以更细致的视角、更丰富的研究做好充分的理论准备、详尽的实践分析;需要立法机关改变部门立法、行政主导立法的模式,推动立法水平科学化、民主化;需要法学界和社会各界凝聚起重视民事立法、推动民事立法的共识。

易继明(北京大学)认为,对民法典编纂而言,思路决定成败。从技术层面来看,保持《民法通则》,既有助于尊重我国民事立法的传统,又具弹性和包容性。龙卫球(北京航空航天大学)认为应尽快制定民法典。民法典是法治文明的标志,是从经济大国到法治强国转变的标志。民法典的制定代表了国家政治对于公民权利和民法原则的确认,是对现行民事单行法的提升,有助于解决现代社会给民法领域带来的新问题。如果《民法通则》是中国的权利宣言的话,那么民法典就应该是建设中国市民社会的基石。尹飞(中央财经大学)认为,民法典的制定有助于厘清民法和宪法的关系,对限制公权力过度干预公民个人生活具有重要作用。同时民法典的制定对于梳理现行法上繁杂的请求权基础体系具有至关重要的作用。曹守晔(最高人民法院)认为,当前改革、开放、法治等时代特征呼唤制定民法典,理论研究、法学教育和司法实践各方面都呼唤一部中国民法典。中国梦里面包含着中国民法典之梦。如果说早期简单的商品经

济基础上是罗马的民法,那么后来资本主义经济基础上的民法的代表作是《法国民法典》、《德国民法典》。21世纪的民法典就应该应该是无愧于时代的中国民法典。姚辉(中国人民大学)认为,民法典的制定过程不是“创建民法”的过程,而是整合民事规范体系,使之趋于合理化的过程。程啸(清华大学)认为,国内近年来学术研究的深入和司法机关推进审判公开的努力,为我们制定民法典提供了前所未有的良好条件。过去分阶段、分步骤立法的模式极易出现各种问题,不能持续采用。同时,立法上宜粗不宜细、回避真正问题的态度也应当被摒弃。徐涤宇(中南财经政法大学)认为,民法典编纂的过程中应当重视体系性重塑,重塑的范围也不应仅仅局限于现有单行民事立法,而应将司法解释、各级人民法院的判例囊括进去。谢鸿飞(社科院法学所)认为,未来的民法典应当有效地整合《消费者权益保护法》和《劳动合同法》等民事特别法的内容。葛云松(北京大学)认为,民法典所能发挥的政治作用取决于它的科学性和严谨性,因此需要改变现有部门立法、官僚立法的模式,增强民事立法的科学性和民主性。张谷(浙江大学)认为,进行民事立法需要加强社会调研,形成立法方案的竞争市场。

孙宪忠教授为圆桌讨论环节做了总结。孙教授认为,对民法典的问题必须放在体系化的角度进行思考、放在一百年以来中国的法律传统来进行思考,把提升法典化意识和观念放在首位。

第三部分 论文报告和评议环节

下午举行了论文报告和评议。由于篇幅的限制,只综述在本期发表的论文的评论和讨论。

1.朱广新(《中国法学》杂志社)报告了《超越立法经验主义:编纂民法典》一文。针对该报告,费安玲教授(中国政法大学)在评论时指出,立法指导思想上的所谓“经验主义”曾长期作为我们引以为豪的经验,但实际上是一个教训,是中国民事立法长期徘徊不前的重要原因。民法应当以保护公民权利作为宗旨,实践中却出现了《商标法》第1条将“加强商标管理”放在首位,作为立法目的的现象。没有完善的民法典,民事立法就没有一个确定的宗旨,各个单行法之间就不能避免价值取向上的大量的不同规范冲突的现象。因此,制定民法典势在必行。为了克服现有体制的弊端,应当成立专门的民法典编纂委员会。

申卫星(清华大学)在评议中指出,法治国家应当充分尊重私权,具备权利意识、平等意识和责任意识。虽然立法经验主义具有实用性的正面作用,但和体系化、科学化之间存在着冲突。目前采取分阶段立法方式,容易出现价值导向不同的法律规范。例如《担保法》和《物权法》在保护债权人还是抵押人的问题上就呈现了不同的选择。司法解释无法解决这一困难,首先是司法解释均采用就事论事的方式,缺乏体系化的思考;第二是司法解释大量架空了民事基本法,违反了法治精神。

程啸(清华大学)赞同以上观点,认为现有的司法解释体制弊端明显,而且目前还存在着各省高级人民法院对最高人民法院的司法解释再做解释的现象,甚至还有基层法院在此基础上再做解释的现象,即“解释的解释”和“解释的解释的解释”这样的怪事,这与法治原则明显不符。贺剑(人民大学)在讨论中指出,当下存在司法解释对民法的解构,也存在着地方的司法文件进一步解构司法解释的问题。这要求编纂民法典,严格限制司法解释的制定权限和适用范围。朱

岩(中国人民大学)认为,最高人民法院的主要职能应当是司法裁判,而不是制定司法解释,不能进行实质上的“授权立法”。

2.王竹(四川大学)报告了《以“非基本法律法典化模式”制定民法典的立法程序》一文。针对该论文,程啸(清华大学)在评议中指出,对民法法典化的研究不仅要从小重要性和意义上展开,也要从具体的方法和路径上有实质性的推进。关于民法典制定的合宪性问题,应当具体解释《宪法》中的“民事基本法律”这一概念的内涵和外延。同时,对立法机关审议能力问题,既要从数据统计上进行分析,也要从代表(常委)的构成情况上进行分析。此外,我国存在的“宜粗不宜细”以及回避问题的立法思路,都是民法典制定过程中的重要阻碍。

朱庆育(浙江大学)在评议中提出,现有立法机关人员组成结构和工作能力等因素,都应作为条文审议能力的重要内容。关于民法法典化方案,应该由哪一个机构来审议的问题,需考虑立法机关和执政党的关系等政治性的问题。黄卉(北京航空航天大学)指出,立法机关具体审议的内容应当从是否涉及公民基本权利和国家权力的角度进行细分,以此拓宽民法典制定的思路。

3.殷安军(清华大学)报告了《瑞士法上民商合一立法模式的形成》一文。张谷(浙江大学)在评议中认为,从民法和商法的关系来讲,在民商合一的国家,应当强调民法学者和商法学者在研究领域上的交流与合作。在制定民法典的过程中,应当以事实为导向,做好理论上的准备,不能为了法典而法典,也不能把民法典当做民法体系化的唯一工具。目前中国虽然没有民法典,但是却并不缺乏事实意义上的民法。朱岩(中国人民大学)在评议中认为,中国学界对瑞士法的研究较为薄弱,在研究的过程要注意资料的时效性和全面性。在研究民法和商法的关系时,要放在现时的时代背景之中,数据时代、信息时代的各种新工具、新交易模式为民法和商法领域制造了大量的新课题。刘凯湘(北京大学)在讨论中认为,中国现在并没有所谓的民商分立还是民商合一的问题,对相关模式的选择应当在法典化之初就有所思考,综合评断利弊。这要求民商法学者展开跨领域的研究。

4.陆青(浙江大学)报告了《论中国民法中的“解法典化”现象》一文。徐涤宇(中南财经政法大学)认为报告人的论文的主要价值在于运用“解法典化”这一概念,来描述现象以及作为理论建构方法。从描述现象学层面看,论文成功描述了我国现实存在的“解法典化”的现象。但在建构型方法论上,反而与解法典化的现象学意义相互冲突。因为按照作者的思路,只要把握好民事一般法和特别法之间的关系,最终就能够建构一个未来的民法典和特别法的关系。但为何不是一个不断解构的过程,而是一定走向新型的民法典的过程?因此,作为建构型方法论,“解法典化”这一概念值得商榷。

5.蔡立东(吉林大学法学院)报告了《论法人行为能力制度的更生》一文。楼建波(北京大学法学院)在评议时认为,通过将法人行为能力从自然人行为能力的比附中解脱出来,进而赋予该制度新的内涵,具有启发意义。沿着报告人的思路,在实践中有三种情况可以考虑运用法人行为能力制度解决:第一是法人设立后,组织机构完善前的法人的行为能力问题。比如此时可能有营业执照,但董事会尚未完全形成,总经理尚未任命,这个时候法人的行为能力的认定问题;第二是停业整顿的性质问题。工商管理的停业整顿,法人失去的是权利能力还是行为能力?第三是资质要求的问题。法律规定行业资质的缺失,也可以考虑运用行为能力制度去解决。

6.张传奇(华东政法大学)报告了《论重大误解的可变更效力》一文。周江洪(浙江大学)肯定了该文从具有中国特色的制度入手,通过解释使其合理化的现实意义。同时提出几点意见:①比较法分析上,重大误解的可变更效力制度来源尚未理清,作为本文比较分析的理论基础的德国法体系却无对应制度,其理论资源是否足够值得商榷;②报告人可以将重大误解的可变更放在意思主义和表示主义这一背景考察。就体系背景而言,其背后是意思主义跟表示主义之间的紧张关系,各国立法都试图在两者之间做一定的平衡:或倾向于意思主义,对于撤销做出一些限制,比如要求无重大过失,或者利用因果关系来限定错误是否重大等;或者倾向于表示主义,但又考虑表意相对人自己是否也发生了错误,或者表意相对人存在信息提供义务等。从比较法上来看,至少存在契约的部分撤销、部分无效,还有契约改订的立法。③进一步类型化。《民通意见》第71条规定了重大误解的类型,是不是均可适用报告人的理论,是不是可能是不同的解释规则,或者在变更权方面有不同的处理态度,这些都可以进一步考察。

7.赵毅(贵州师范大学)报告了《遗嘱错误:反思潘得克吞体系的一条新路》。金可可(华东政法大学)评论时认为,该文从具体制度入手,进而对整个体系进行评价,而不是空对空的讨论,这种研究进路值得赞同。但他提出几点商榷意见:①仅仅说明存在一个例外,尚不足以推翻意思表示错误体系。德国法的意思表示错误的例外规定还有亲子承认、收养等。这并不妨碍在一般意义上抽象出意思表示错误规则。②即使承认意思表示错误的制度无法抽象出一个统一的规则,也不能否定为法律行为设置一般规则的意义,因为除意思表示之外,法律行为制度仍有其他一般规则,比如行为能力制度。③在现行民法体系内,可以通过解释将报告人提到的疑难案件予以解决,并没有必要将意思表示错误制度乃至法律行为制度予以取消。

8.贺剑(中国人民大学)就《论婚姻法回归民法的基本思路》一文做了报告。张家勇(四川大学)在评议时指出报告人的论文构思精巧,论据充分,但就婚姻法本质的理解上来讲,还有以下几点值得商榷的地方:第一,作为文章论述基础的物权模式和债权模式的对立关系本身能否包容对婚姻关系的法律定位,值得商榷;第二,《婚姻法》与《物权法》的衔接关系上,文章提出“法律逻辑上的一秒钟”,而这仅仅只运用到了夫妻共同财产的取得,对于夫妻共同财产的丧失就没有适用这个概念;第三,在夫妻所得共同制度下,如果当事人以夫妻双方取得的财产在登记上加以公示,通过双方登记的行为就可以在相当程度上消除所得分别制和所得共同制产生的《物权法》和《婚姻法》衔接的冲突问题;第四,对夫妻婚后所得财产的形成原因,不应只单一局限在夫妻一方向另一方转移是财产单独所有,还应当包括夫妻共同劳动、共同经营,这仍然可以发生夫妻共同财产的问题。

综述整理人:吴奕锋(北京大学法学院民法博士研究生)

王博文(北京大学法学院民法硕士研究生)

夏江皓(北京大学法学院民法硕士研究生)

(责任编辑:薛 军)