

为民法典编纂建言献策

——2018年民法学理论热点研究综述

| 王利明* 石冠彬**

2018年在中国民法学历史上是极为重要的一年,民法典分则立法迈出了实质性的步伐,2018年3月15日全国人大法制工作委员会公布民法典分编征求意见稿,2018年8月27日全国人大常委会首次审议了《民法典各分编(草案)》,确定了未来民法典除总则编外,各分编将由物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编和侵权责任编构成,其中民法典合同编草案与侵权责任编草案由全国人大常委会于2018年12月23日进行了第二次审议。

2018年,中国民法学界始终高度关注民法典的编纂工作,并积极建言献策。从这一年度民法领域的科研论文来看,本年度的民法学理论研究呈现如下特色:学界除回顾改革开放以来民法学的发展、成绩及经验外,主要围绕《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)的适用与民法典的编纂两大问题展开研究,研究范式可谓解释学与立法学并重,既关注传统民法学问题也关注新型前沿问题,既关注热点学术问题,社会热点案件也关注基础理论问题。

一、民法典内在体系及中国民法学的发展

2018年民法学界关注了改革开放四十年来民法学立法经验、民法学基本理念、民法学思维方式以及民法典编纂的宏观问题,中国民法学理论还积极应对网络科技时代的新问题:

就改革开放四十年来民事立法成就与中国特色民法学的讨论而言,有论者从宏观层面回顾了改革开放以来我国民事立法的发展历程,认为四十年来民事立法为改革开放市场经济的发展发挥了重要作用,已经形成了基本完备的民事法律制度,构建了适应市场经济需要的法律体系,构建了基本的民事权利体系,确立了私法自治等民事基本理念,且各方面均有重大创新。

就民法的基本理念问题,有论者认为对经济效率的追求是中国当代民法得以发展的主要动因,而且未来民法学的发展有必要树立更加明确、精细的效率意识,对民事法律规则的行为激励效应和社会经济效果开展更直接的讨论和更精细的评估,以降低社会交往成本,促进私人之间更深层次的合作与共赢。^①

就民法学思维方式,有论者认为无效法律行为转换制度符合意思自治和诚实信用原则,具有正当性,且可弥补合同由于违反行政规范而动辄无效的不足,但为防止可能存在的法官恣意裁判或者能力不足的问题,宜认定只能通过当事人请求得以实现。^②

就民法典编纂的宏观问题,有论者认为民法典编纂应当满足保障人的尊严、地位和权利的需求,坚持以满足市场经济发展的需求为立法导向,自觉坚持民法的人文主义立法思想;^③有论者认为

*中国人民大学常务副校长、教授,中国法学会副会长、中国法学会民法学研究会会长;

**海南大学法学院教授、中国人民大学博士后科研流动站科研人员。

①参见熊丙万:《中国民法学的效率意识》,载《中国法学》2018年第5期。

②参见殷秋实:《无效行为转换与法律行为解释——兼论转换制度的必要性与正当性》,载《法学》2018年第2期。

③参见杨立新:《我国民法典立法思想的选择和坚守——从〈民法总则〉制定中的立法思想冲突谈起》,载《法制与社会发展》2018年第4期。

我国未来民法典应当积极回应当下国人公共精神普遍性缺失的现实景象,并肩负起重塑国民性格、培育国民公共精神的历史使命;^④也有论者认为《民法总则》大量存在的“法律除外条款”是对民法体系本身的颠覆性破坏,未来民法典应将法律除外条款最大程度地限定于民法典体系内部,以实现民法体系的自足与完备为最终价值追求。^⑤

民法典编纂同时关注到了网络科技时代的新问题,人工智能的民法学问题是其中的典型:从相关文献进行分析可知,民法学界主要围绕人工智能的民事主体资格、人工智能生成物的知识产权保护问题、智能汽车的侵权问题等展开讨论。就人工智能的主体资格问题,有论者认为人工智能应当存在工具性人格,^⑥也有论者将此表述为同时作为人类支配客体的主体资格。^⑦就人工智能生成物的知识产权保护问题,有论者主张人工智能的生成成果可以通过著作权加以保护;^⑧也有论者主张只能通过邻接权的数据处理者权加以保护。^⑨就自动驾驶问题而言,有论者认为自动驾驶的侵权责任应当通过强制保险、机动车责任和产品责任的协调,合理分配损害;^⑩也有论者认为智能汽车的侵权问题可以通过放松产品缺陷的判断标准、减轻举证难度、扩大产品质量的适用范围来保护智能汽车交通事故中的受害人,并坚持产品

存在缺陷的前提,同时机动车事故应该统一为所有人或者保有人的无过错责任,从而解决智能汽车可能导致的主体缺失和过错认定等方面的问题。^⑪

二、《民法总则》的理解与适用得到学术界广泛关注

2018年民法学界极为关注《民法总则》的适用问题,大致可作如下不完全归纳:

(一)法人制度的理解、适用与完善

就法人的分类而言,有论者认为民法总则区分营利法人和非营利法人的规范意义在于有助于构建“立法和政策对于提供基本公共服务的组织形式设立必要的限制”的逻辑基础,^⑫也有论者认为税法上的营利不该成为法律调整的基准。^⑬

就捐助法人而言,有论者认为作为捐助法人治理枢纽的“决策机构”的法律地位应取决于捐助人的意思,其既可能是意思决定机构也可能是意思表示机构;^⑭有论者认为宗教活动场所法人中的宗教财产只应归属于宗教组织,国家、集体和私人不宜成为宗教财产权的主体。^⑮

就法人制度与公司法关系而言,有论者认为部门法无需规定法人的条件和一般规则,《民法总则》“法人章”可能成为公司法制度创新的障碍且

④参见吴飞飞:《论中国民法典的公共精神向度》,载《法商研究》2018年第4期。

⑤参见马新彦、吴晓晨:《〈民法总则〉“法律除外条款”的考察与论证》,载《法学论坛》2018年第3期。

⑥参见许中缘:《论智能机器人的工具性人格》,载《法学评论》2018年第5期。

⑦参见石冠彬:《论智能机器人创作物的著作权保护——以智能机器人的主体资格为视角》,载《东方法学》2018年第3期。

⑧在著作权保护说中,有观点认为可以通过构建民法学支配性行为理论认定为研发者的作品,从而作为作品加以保护,参见石冠彬:《论智能机器人创作物的著作权保护——以智能机器人的主体资格为视角》,载《东方法学》2018年第3期;也有论者从不同视角论证了赋予人工智能创作物作品属性的合理性,参见李伟民:《人工智能智力成果在著作权法的正确性——与王迁教授商榷》,载《东方法学》2018年第3期。

⑨参见许明月、谭玲:《论人工智能创作物的邻接权保护——理论证成与制度安排》,载《比较法研究》2018年第6期;参见陶乾:《论著作权法对人工智能生成成果的保护——作为邻接权的数据处理者权之证立》,载《法学》2018年第4期。

⑩参见冯洁语:《人工智能技术与责任法的变迁——以自动驾驶技术为考察》,载《比较法研究》2018年第2期。

⑪参见殷秋实:《智能汽车的侵权法问题与应对》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第5期。

⑫参见金锦萍:《论基本公共服务提供的组织形式选择——兼论营利法人与非营利法人分类的规范意义》,载《当代法学》2018年第4期。

⑬参见史际春、胡丽文:《论法人》,载《法学家》2018年第3期。

⑭参见李晓倩:《捐助法人治理的中国逻辑——以基金会决策机构为中心的考察》,载《当代法学》2018年第4期。

⑮参见仲崇玉:《〈民法总则〉背景下宗教财产的归属》,载《法学论坛》2018年第3期。

会造成规范适用上的冲突;也有论者认为《民法总则》对公司法具有补充适用和漏洞填补的功能,但个别条款确实存在体系违反的问题。^{①⑥}

(二)民事法律行为制度的理解与适用

作为民法学理论中的核心概念,民事法律行为为所涉及的理论问题最为复杂,也是学界研究《民法总则》适用问题的核心议题,学者主要针对民事法律行为类型中的决议行为、民事法律行为效力规则等展开论述。

就决议行为而言,有论者认为决议行为和合同行为区分的根本差别在于两者民法哲学基础不一致,《民法总则》将决议作为民事法律行为的类型是中国特色的体现。^{①⑦}

就民事法律行为效力而言,学者们的研究主要围绕恶意串通、显失公平、虚假民事法律行为、行为被撤销后的法律后果等展开:就恶意串通而言,有论者认为恶意串通规范适用范围并不局限于双方当事人,其属于绝对无效事由;^{①⑧}也有论者认为恶意串通应该是相对无效事由。就显失公平而言,有论者认为显失公平规范的正确适用应通过将显失公平的客观要件事实与主观要件事实作为一个整体综合考量从而得以实现,^{①⑨}也即有论者所主张的“动态体系论”。^{②⑩}就虚假民事法律行为而言,有论者就虚假民事法律行为的适用展开系统论述,主张其中包含的动机因为欠缺效果意思所以不属于意思表示;^{②⑪}有学者在界定虚假民事法律行为的概念和特征后,指出其包含行为须有两方以上的表意人、双方当事人所表达的意思并非当事人的真意、双方当事人对虚假的

意思表示的表达须有通谋这几个构成要件,并主张当事人从事虚假民事行为往往是为了欺骗第三人,故虚假民事法律行为的法律后果无效,但是不得对抗善意第三人。^{②⑫}就民事法律行为撤销制度而言,有论者认为民事法律行为被撤销不得对抗善意第三人之规则应修正为善意排除规则,其可解决第三人在知道或者应当知道处分权可撤销性时是否适用善意取得规定的问题;^{②⑬}还有论者就可撤销民事法律行为的期间问题作了立法论上的研究,主张重大误解的撤销期间应缩短为1个月且起算点宜改为“知道”标准,而因第三人欺诈和因暴利产生的撤销期间宜独立规定为6个月,此外,最长期间的限制宜与最长时效期间保持一致。^{②⑭}

(三)民事权利、民事责任相关规范的理解与适用

就《民法总则》中民事权利相关规范而言,除了下文将提及的个人信息之外,学界还主要围绕网络虚拟财产、数据等展开研究。就网络虚拟财产的规定而言,有论者认为从规则适用的逻辑融贯与简练上考虑,应将网络虚拟财产作为特殊的物权加以解释。^{②⑮}就数据保护而言,有论者主张我国《民法总则》第一百二十七条规定数据应当得到保护,且因数据上体现的“内容”可以受到个人信息、著作权、商业秘密等保护,所以没有必要再单独增添一个新的专门所有权,但可以依循“绝对权化”的路径,构造一种强度适中的专有权利,从而融入既有的民事权利体系。^{②⑯}

就《民法总则》民事责任相关规范而言,主要

^{①⑥}参见钱玉林:《民法总则与公司法的适用关系论》,载《法学研究》2018年第3期。

^{①⑦}参见王雷:《〈民法总则〉中决议行为法律制度的力量与弱点》,载《当代法学》2018年第5期。

^{①⑧}参见朱广新:《恶意串通行为无效规定的体系地位与规范构造》,载《法学》2018年第7期。

^{①⑨}参见武腾:《显失公平规定的解释论构造——基于相关裁判经验的实证考察》,载《法学》2018年第1期。

^{②⑩}参见王磊:《论显失公平规则的内在体系——以〈民法总则〉第151条的解释论为中心》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第2期。

^{②⑪}参见曾大鹏:《〈民法总则〉“通谋虚伪表示”第一案的法理研判》,载《法学》2018年第9期。

^{②⑫}参见杨立新:《〈民法总则〉规定的虚假民事法律行为的法律适用》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第1期。

^{②⑬}参见武腾:《无效、可撤销民事法律行为与善意第三人保护》,载《清华法学》2018年第1期。

^{②⑭}参见耿林:《论民法总则的撤销期间》,载《华东政法大学学报》2018年第5期。

^{②⑮}参见沈健州:《从概念到规则:网络虚拟财产权利的解释选择》,载《现代法学》2018年第6期。

^{②⑯}参见吕炳斌:《论网络用户对“数据”的权利——兼论网络法中的产业政策和利益衡量》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第6期。

围绕英烈条款和好人条款展开。就英烈条款的适用问题,有论者认为《民法总则》中的英烈条款在适用中不同的请求权人主张的民事责任具有一定差异性,为保证民法的体系自治性,未来宜归入民法典分则中予以细化规定并删除总则中的这一条文。^{②7}针对好人条款中的责任豁免问题,有论者认为《民法总则》单独规定了“好人法”与无因管理制度作出分离,救助者不再承担重大过失责任,也即这是立法者为实现充分鼓励救助的目的而设,并不存在法律漏洞。^{②8}

(四)诉讼时效制度的理解与适用

诉讼时效制度是《民法总则》颁布之后学界最为关注的问题之一,因为与司法实务极为紧密,学界也存在一定争议:笔者曾主张《民法总则》与民法通则普通诉讼时效衔接应当确立“何时行为何时法、前后交叉用新法”这一时效溯及力规则,最高人民法院司法解释最终也持这一立场。但也有论者认为根据立法法中不溯及既往的原则,《民法总则》所确立的三年普通诉讼时效只能针对2017年10月1日之后的行为。

就不适用诉讼时效请求权的规定而言,有论者认为《民法总则》第一百九十六条不是法律移植的结果,而是选择性接受既有理论共识并进行一定程度理论创新的体现。^{②9}也有论者就不动产、登记动产、普通动产的返还原物请求权与诉讼时效区分对待持否定态度。

三、人格权立法问题研究取得重大进展

毋庸讳言,我国此次民法典编纂过程中争论最激烈的当属人格权独立成编与否的问题,目前官方立场已经明确人格权将独立成编,此可谓民法典编纂中国模式的正式确立,未来民法典将侵权责任编与人格权编均加以独立,极大地丰富和发展了中国特色社会主义民法学理论,为民法学理论的进一步丰富和发展指明了新的方向。人格

权独立理论主要从人格权的属性、法定性与侵权法的关系展开,此外,个人信息权如何保护的问题受到极大的关注。

(一)人格权独立成编的争论

就人格权独立成编的问题,理论上主要从人格权的属性、人格权的法定性与开放性、人格权法与侵权法的关系等几个层面展开探讨。

首先,关于人格权的属性问题。虽然有论者认为人格权属于自然的防御性权利,认为其主要目的在于对人格权提供保护和救济而不是权利的行使,这与物权、合同等权利明显不同。但赞成人格权独立成编的论者则认为,伴随着人格权商业化利用制度的快速发展,人格权不再是一个以救济为主的权利,其权利的积极行使特征更为凸显;即使是健康权、身体权等传统人格权法理论认为不能处分的人格权,也存在权利人依法行使的情况,比如捐赠身体器官就是一个典型例子,所以不应当就此否定人格权的积极权能。

其次,关于人格权法定性和开放性问题。有论者认为人格权法定主义有可能限制人格权保护的种类和内容,最终有损人格权的保护。但赞成独立成编的论者认为独立成编将更加有利于保护人格权,人格权的法定不等于人格权的固化,法定性与开放性本身并不矛盾;还有论者从我国人格权保护的历史、宣示性条款的指引价值、人格权理论体系的发展与完善、我国不具备宪法保护人格权现实依据等角度论证了人格权法定性将有助于人格权的进一步保护且与其开放性并不矛盾。

再次,关于人格权法与侵权法的关系。曾有论者认为人格权独立成编将割裂侵权法的内在体系。但赞成人格权独立成编的论者认为侵权法无法包含人格权积极行使权能的相关内容,人格权请求权与侵权损害赔偿请求权是两个独立的请求权,人格权独立成编虽然要注意协调好与侵权编

^{②7}参见刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第2期。

^{②8}参见王道发:《论中国式“好人法”面临的困境及其解决路径——兼论〈民法总则〉第184条的理解与适用》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第1期。

^{②9}参见杨巍:《论不适用诉讼时效的请求权——我国〈民法总则〉第196条的问题与解决》,载《政治与法律》2018年第2期。

的关系但这并不意味着两者是矛盾的;而且,民法典人格权独立成编是落实党的十九大保护人格权精神的体现,符合科学立法精神和完善民法典体系的要求。

此外,就民法典人格权编的现行草案,有论者认为2017年全国人大常委会法工委民法室草拟的《中华人民共和国民法典人格权编(草案)》,是对我国长期以来的立法经验、司法实践以及学理研究的务实总结,也有观点认为现行草案主要属于对现行规范的整合,并无实际创新。

(二)个人信息保护问题的研究

《民法总则》第一百一十一条规定的个人信息条款引发了学界的极大关注,分歧点主要集中在个人信息的私人权益与公共利益的平衡上,目前民法典人格权编单独规定了“隐私权与个人信息”一章,并试图对个人信息的保护问题加以完善,围绕个人信息展开的讨论甚为激烈,且尚未达成共识。

就其性质而言,有论者认为上述条款中的个人信息属于自然人享有的具体人格权,即个人信息权,也有论者认为其不能被界定为一个普通的私权。此外,对于个人信息权在属于绝对权的同时是否属于支配权,学界也存在一定分歧。

就其保护理念与途径而言,有论者认为个人信息保护应当采取“普遍免费+个别付费”这一新思维;^⑩有论者认为个人信息利用的知情同意原则在大数据时代背景下的重构应坚持以自主为核心价值,以保护与利用的平衡为理念。^⑪有论者认为保护隐私权益应当更多采取公法风险规制与消费者权益法律保护的框架,而不是寻求一种具有确定性边界的隐私权或个人信息权;^⑫还有论者认为

一切个人信息均应当受侵权法的保护,这并不会阻碍信息交流,并就侵权构成要件、救济途径和责任承担方式提出了相应见解。

就其保护的立法技术模式而言,有论者认为我国应以实现个人信息保护与相关产业发展的平衡为出发点和立足点,单设特殊侵权责任类型,设立“有限”的举证责任倒置制度以及确立信息控制者和信息处理者之间的连带责任以及免除连带责任的条件,建立符合中国国情的涉第三方信息处理者的个人信息保护制度;^⑬有论者主张未来个人信息保护法应当通过对个人信息进行类型化区分,从而实现信息保护与信息利用的平衡,对于敏感信息的界定方法提出了定义加列举方法,并提出增加信息处理的情境和目的作为界定敏感信息的考量因素;^⑭有论者认为传统的个人信息个人控制理论忽视了个人信息的社会性、公共性,不仅不能全面反映个人信息的法律属性,而且不能适应大数据时代个人信息利用的新环境和新方式,未来个人信息保护应从个人控制走向社会控制,所以我国应当从个人信息的法律属性出发,以社会控制论指导个人信息保护立法,建立平衡个人利益和社会整体利益的、适应大数据时代的个人信息保护制度。^⑮有论者提出为促进信息社会的可持续发展,个人信息保护立法应更新理念,构建一个在“信赖”理念指引下的信义义务制度,以作为对现有制度的补充。^⑯此外,也有论者主张的民法典应当规定信息删除权。

(三)人格权法其他问题研究

针对新型人格权问题,有论者提出新型人格权司法证成应当进行权利正当性证成,并遵从裁判后果性、司法可行性维度的裁判准则;^⑰还有论

^⑩参见张新宝:《“普遍免费+个别付费”:个人信息保护的一个新思维》,载《比较法研究》2018年第5期。

^⑪参见田野:《大数据时代知情同意原则的困境与出路——以生物资料库的个人信息保护为例》,载《法制与社会发展》2018年第6期。

^⑫参见丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,载《华东政法大学学报》2018年第4期。

^⑬参见朱宣桦:《新时代个人信息民事保护路径研究——以存在第三方信息处理者情况下的民事责任分配为视角》,载《法学杂志》2018年第11期。

^⑭参见胡文涛:《我国个人敏感信息界定之构想》,载《中国法学》2018年第5期。

^⑮参见高富平:《个人信息保护:从个人控制到社会控制》,载《法学研究》2018年第3期。

^⑯参见吴泓:《信赖理念下的个人信息使用与保护》,载《华东政法大学学报》2018年第1期。

^⑰参见徐钝:《论新型人格权司法证成的基本准则》,载《法商研究》2018年第3期。

者认为应在未来民法典人格权编中将安宁权增设为独立的具体人格权,以摆脱相关司法实践中人格利益保护不力、权利依据不明等法律适用困境,回应审判实务对安宁权概念的确认,满足信息时代民众加强权利保护的现实需求。^③

四、物权法的适用与民法典物权编的编纂

2018年民法学界对于物权法的适用问题予以持续关注,并且就动产抵押、特殊动产对抗登记主义等问题展开了很有意义的研究。但整体上来说,学界主要关注民法典物权编的编纂工作。

(一)物权法的适用问题研究

就现行物权法适用中所碰到的问题,深层次而言均是基本理念在司法实践中的落实问题,学界至少深入研究了如下议题:

针对物权法定这一基本原则,有论者认为物权法定的实质是种类法定,其并不包括、也无需包括设立方式、效力、公示方法、保护方法的法定,地役权的灵活性存在于物权法定内部,其并非物权法定的补充。^④

针对物权法的现行规范,有论者认为物权法的“应当”条款有多重语境,对应着倡导性规范、授权第三人规范、强制性规范,重视多重语境有利于法律条文的妥当设计和法律规范的妥当适用。^⑤

物权变动作为物权法的核心制度,与其相关的问题自然也成为2018年民法学界的研究热点:其一,有论者认为不动产登记的公信力具有局限性,并不适用于非基于法律行为取得登记之不动产物权等情形。^⑥其二,针对动产抵押问题,有论者对现行物权法动产抵押制度的不足加以批判,并主张动产抵押的登记对抗要件并非用于解决无权处分时的所有权归属,而是具

有不同于不动产登记的消极公示、分配清偿顺位、防止欺诈的功能。^⑦此外,有论者认为,依据物权法和担保法,无法得出动产抵押登记机关需负实质审查责任的结论。^⑧其三,针对特殊动产的物权变动问题,有论者认为准不动产(特殊动产)的登记对抗主义在法理构造上具有“效力不完全的物权变动”对“善意第三人的否认权”,“效力完全的物权变动”对“第三人无否认权”的双重结构,而支撑这种双重结构的核心恰恰在于当事人对“未登记不对抗”和“登记即对抗”规则的善意的制度信赖;^⑨相反,有论者则认为,物权法第二十四条所确立的登记对抗主义仅限于实现无权处分之下的交易安全保护,只是重复物权法第一百零六条的法律效果,该条在民法典编纂中应被尽早废止。^⑩

(二)民法典物权编的立法问题研究

就民法典物权编的立法问题而言,主要围绕着现行物权法进入民法典成为物权法所应当秉承的基本理念以及现行所有权制度、用益物权制度、担保物权制度和占有制度的立法完善问题。

关于物权编的基本理念问题,有论者主张应当以问题为导向,坚持“小修小补”模式,对于特殊动产物权变动规则应当确立登记、交付都属于公示方式,物权请求权与侵权请求权关系应当加以协调。

关于物权编所有权制度的立法完善问题,有论者围绕民法典物权编的所有权规则,提出应坚持物权法对公有财产调整的形式上的工具价值,以及对涉及公物的价值判断的避免两大主旨,对公法规范进入物权法进行合理取舍,以通过约束私法关系来保障公有财产公共目的的达成,还主张引入“空间”概念解决业主权属及车库归属问题,明确善意取得以合同有效为前提,并适度规定

^③参见方乐坤:《安宁利益的类型和权利化》,载《法学评论》2018年第6期。

^④参见张志坡:《物权法定,定什么?定到哪?》,载《比较法研究》2018年第1期。

^⑤参见王轶:《论物权法文本中“应当”的多重语境》,载《政治与法律》2018年第10期。

^⑥参见章正璋:《论我国不动产物权登记公信力的范围与限度》,载《法商研究》2018年第3期。

^⑦参见庄加园:《动产抵押的登记对抗原理》,载《法学研究》2018年第5期。

^⑧参见高圣平:《动产抵押登记的审查责任——基于裁判分歧的分析和展开》,载《法学评论》2018年第1期。

^⑨参见汪志刚:《准不动产登记对抗主义的一般法理》,载《法商研究》2018年第2期。

^⑩参见庄加园:《登记对抗主义的反思与改造:〈物权法〉第24条解析》,载《中国法学》2018年第1期。

赃物善意取得、确立拾得物激励规则。^⑩就登记机构这一物权法中极为重要的行政机关,有论者提出未来民法典物权编应当对登记机构的权力加以限制,并就不能拒绝登记的情形、引入替代审查机制的情况以及完善更正登记和异议登记制度等提出见解。^⑪此外,还有论者认为应当适当降低建筑物区分所有权行使的条件。^⑫

关于物权编用益物权制度的立法完善问题,有论者则就未来民法典物权编的完善进行专题研究,主张应当明确用益物权的客体只有不动产,并明确一般效力、行使原则、消灭原因等通用规则,增加典权权利类型,并明确居住权、不动产租赁权、不动产收益权不宜规定为用益物权;立法应赋予集体建设用地使用权与国有建设用地使用权以平等法律地位,住宅建设用地使用权的期限应当取消;空间建设用地使用权的内容应当进一步细化,地役权应改称不动产役权,其设定应改采登记生效主义,自己不动产役权应予承认。^⑬此外,有论者主张居住权立法应当与继承编的制度创新紧密联系起来,从而奠定该制度纳入民法典的制度基础;也有论者主张应当细化住宅建设用地使用权自动续期的规则,增设居住权、典权;还有论者主张应明确规定集体经济组织成员权。

应该说,用益物权部分最受关注的问题是农村土地制度的改革问题,而民法典应当如何将承包地三权分置改革政策设计成法律制度又是其中的核心。有论者认为,对宅基地使用权的收益权能、申请条件与审批程序、宅基地使用权的收回与退出条件都应当予以明确;也有论者主张物权与成员权的分离即可实现宅基地使用权去身份化的目标。就三权分置改革措施在民法典中的落实,学者们的共识在于用益物权制度中需要规定农地经营权,但对于农地经营权究竟是否是

独立的用益物权则存在极大的争议,有论者主张承包经营权流转产生的是经营权承租的后果而没有必要规定独立的用益物权,^⑭也有论者认为这就是一项独立的用益物权;此外,有论者强调土地承包经营权是纯粹的财产权不应具有任何身份属性;有论者则关注土地经营权与破产法如何衔接的问题。

关于物权编担保物权制度的立法完善问题,有论者对此进行专题讨论,提出应当增加让与担保与营业质权,其中让与担保应置于法定担保物权留置权之前;应允许土地承包经营权、土地经营权、宅基地使用权以及海域使用权抵押,权利质权的范围则应采纳正面列举和反面排除相结合的方式;股权质押、知识产权质权、应收账款质权等质权的设定应改采登记对抗主义,以与动产抵押相统一,并需构建统一的动产融资登记公示制度,以建立统一的优先受偿次序;应承认当事人可依约定突破担保物权的从属性,明确代位物并不仅限于金钱且物上代位所取得的法定质权与原担保物权顺位相同;并应认可抵押物可自由转让,并承认抵押权的追及效力;就担保物权的实行方式,应在对担保物权人课以强制性清算义务的前提下承认契约的效力,同时增设强制管理的方式。^⑮还有论者就担保物权编的完善问题进行系统研究后,提出我国民法典物权编应维持现有的担保物权体系,不应将非典型担保纳入其中,同时担保物权总则的内容应当剔除那些并非担保物权共通规则的内容、增加对担保物权不可分性的规定、将担保物权人物上代位权界定为法定债权质权、允许当事人约定担保物权的存续期间、明确担保物权因主债权诉讼时效届满而消灭并认可混合共同担保中担保人之间的追偿权;就抵押权的完善而言,应当允许民办学校、幼儿园或医院以教育设施、医疗卫生设施等抵押,规定抵押权的效力及于抵押财产

^⑩参见梅夏英:《民法典编纂中所有权规则的立法发展与完善》,载《清华法学》2018年第2期。

^⑪参见尹飞:《不动产登记行为的性质及其展开——兼论民法典编纂中不动产登记制度的完善》,载《清华法学》2018年第2期。

^⑫参见王利明:《我国民法典物权编的修改与完善》,载《清华法学》2018年第2期。

^⑬参见房绍坤:《民法典物权编用益物权的立法建议》,载《清华法学》2018年第2期。

^⑭参见韩松:《论民法典物权编对土地承包经营权的规定——基于“三权分置”的政策背景》,载《清华法学》2018年第5期。

^⑮参见高圣平:《民法典担保物权法编纂:问题与展望》,载《清华法学》2018年第2期。

的从物、添附物,认可流押契约的效力,完善抵押权与租赁权的冲突规则,增加对共同抵押权的规定;应当增加金钱质押的规定,明确票据和仓单质权的设立要件及界定应收账款的范围,明确规定特定情形下债务人消灭留置权的权利,明确留置物被抵押时留置权也优先于抵押权,缩短债权人给予债务人的宽限期。^{⑤2}就上述提到的抵押物转让问题而言,有论者主张中国民法典应以抵押物的自由转让和抵押权的追及效力为基础,通过创设抵押人的除去抵押请求权、抵押权人的代价清偿请求权和抵押物取得人的代价清偿除去抵押请求权,以实现抵押权追及效力的缓和。^{⑤3}此外,还有论者认为将反向抵押权纳入民法典物权编既具有客观必要性,又具有现实可行性,应围绕主体(抵押人和抵押权人)、客体和当事人权益等问题展开。^{⑤4}

关于物权编占有制度的立法完善问题,有论者认为民法典占有制度应当从占有与占有人的涵义,占有权利与样态的推定,直接占有人、间接占有人与占有辅助人的涵义及其判定,占有的变更、移转、合并与分离,善意、恶意占有人的责任及其与所有人等之间的回复关系,占有人(含占有辅助人)的自力救济权与物上请求权,共同占有及其权利行使,占有的消灭及准占有等方面加以确立、建构或完善。^{⑤5}

五、合同法的适用及民法典合同编的编纂

同样,虽然2018年民法学界对于合同法的适用问题加以持续关注,学者就合同解释问题仍以较多关注,对请托关系、先签合同与后签合同关系、恶意串通制度的司法适用、买卖型担保、合同

加盖印章等问题展开了深入研究,但整体上学界更着力于关注民法典合同编的编纂工作。

(一) 合同法的适用问题研究

就合同法的适用而言,大致可以从合同法总论的理论研究和具体合同的适用两方面进行概括:

就合同法总论的理论研究而言,有论者对合同解释的对象及其确定的问题展开了系统研究;^{⑤6}有论者认为请托关系的合同效力存在有违法律禁止性规定或公序良俗的情况,请托费用应在合同效力判定的基础上区别适用“返还”“不予返还”“收缴”的规则;^{⑤7}有论者就先签合同与后续合同的关系进行系统研究,提出先签合同与后续合同之间可能构成狭义的合同变更、合同更改、反对合同、代物清偿、债权让与、债务承担等多种样态的关系,所以合同解释不仅应承继单个合同的体系解释,而且要联系合同周边予以交易的整体解释;^{⑤8}此外,还有论者认为恶意串通属于相对无效事由,恶意串通规则与债权人撤销权制度的体系界分不在于证明标准或主张期限而在于规范功能与适用范围。^{⑤9}

就具体合同的适用研究而言,有论者认为买卖合同制度中的检验期间不同于诉讼时效和除斥期间,也不同于权利失效,应为民法上的独立的时间制度;^{⑥0}有论者就赠与合同的理论模式和规范加以分析,提出赠与人的任意撤销对象应解释为“赠与人关于赠与的意思表示”而非赠与合同本身,从而为撤销人之缔约过失责任奠定理论和规范基础,并认为存在将赠与行为解释为负担行为的空
间;^{⑥1}有论者借助“相当因果关系说”论证了居间媒介与委托人“跳单”缔约之间的因果关系,从而确

^{⑤2}参见程啸:《民法典物权编担保物权制度的完善》,载《比较法研究》2018年第2期。

^{⑤3}参见邹海林:《论抵押权的追及效力及其缓和——兼论〈物权法〉第191条的制度逻辑和修正》,载《法学家》2018年第1期。

^{⑤4}参见鲁晓明:《论反向抵押权制度在民法典〈物权〉编之建构》,载《清华法学》2018年第5期。

^{⑤5}参见陈华彬:《我国民法典物权编占有规则立法研究》,载《现代法学》2018年第1期。

^{⑤6}参见崔建远:《合同解释的对象及其确定》,载《华东政法大学学报》2018年第5期。

^{⑤7}参见张红:《请托关系之民法规制》,载《法学家》2018年第5期。

^{⑤8}参见崔建远:《先签合同与后续合同的关系及其解释》,载《法学研究》2018年第4期。

^{⑤9}参见茅少伟:《恶意串通、债权人撤销权及合同无效的法律后果——最高人民法院指导案例33号的实体法评释》,载《当代法学》2018年第2期。

^{⑥0}参见崔建远:《论检验期间》,载《现代法学》2018年第4期。

^{⑥1}参见李永军:《“契约+非要式+任意撤销权”:赠与的理论模式与规范分析》,载《中国法学》2018年第4期。

认了居间人的报酬请求权。^②

(二) 民法典合同编的立法问题研究

就合同编的体例问题,有论者认为诸如独立担保、安慰函等新类型人的担保工具存在典型化必要,并应当建构人的担保之一般制度且予以类型化,合同法总则中单独设“合同的担保”这一立法选择优于合同法分则单独规定的模式。^③此外,就债法总则的存废问题,有论者认为这不是单纯的立法技术问题而是关系到民法典的科学性的结构问题;有学者提出如果不设债法总则编,则应当考虑规定准合同一章对不当得利、无因管理等各种债的关系作出集中规定,以实现民法典规则体系的科学性。^④

就合同法总论部分的立法问题而言:首先,就合同的订立而言,有论者认为未来民法典合同编应当构建以合意为中心的合同订立制度、完善各种具体缔约方式制度;有论者主张应当调整现行合同法第六十二条第一项与标准化体制不协调的内容。^⑤其次,就合同的履行与变更的问题,有论者认为未来民法典合同编应当取消先履行抗辩权这一无充足理论依据和实际意义的制度;有论者在债权让与特约问题上主张修改现行合同法的立场转而采纳一般法的债权效力模式;有论者主张应明确规定未经通知善意债务人有权对抗债权受让人,且应当就债权二重让与问题明确规定“让与在先,权利在先”这一权利归属标准;有论者认为在合同纠纷处理中适用惩罚性赔偿,对于维护交易安全,避免刑罚过度介入合同领域,建立诚信社会、弘扬社会主义核心价值观,将起到更好的作用;有论者提出民法典应当结合企业职务代理的特性,将企业内部代理人伪造、盗窃、拾得代理权凭证实施法律行为的私法效果纳入表见代理的框架之中;还有论者认为未来民法

典中应当将不可抗力与情势变更分别立法。最后,就债的消灭问题,有论者认为我国民法典合同编应当进一步明确法定解除权的主体,完善法定解除的条件,细化合同解除的规则,明确合同解除的效力,以更好地适应市场交易和司法实践发展的需要。^⑥

除此之外,合同编分则的立法也引起普遍关注:就未来民法典合同编分则有名合同的类型而言,有论者认为民法典编纂必须正视合伙的契约性问题,应以适当方式、条款对契约型合伙作出相应的规定。^⑦就买卖合同的风险负担问题而言,有论者就对待给付中风险负担的基本原则及例外展开研究,认为我国现行合同法在对待给付风险负担的规范设置上还存在很多缺漏,民法典合同编草案应当予以增补和完善;^⑧有论者就法定优先购买权是否应当存在展开讨论;有论者认为将保证合同纳入民法典一方面应当明确保证人可通过就特定财产提供债权人不具有优先受偿权的保证担保(“有限财产保证论”),另一方面应当明确废除现行司法解释的一般保证之债诉讼时效随主债务诉讼时效中止(中断)而中止(中断)之类彻底违背保证一般保证之债诉讼时效起算点的规则,等等。

六、侵权责任法的适用与入典问题

就侵权法的研究而言,解释论和立法论的合力研究现象更为明显,但研究成果数量相对较少。

(一) 侵权责任法的适用研究

关于侵权责任法的适用问题,就侵权结果中的损害认定而言,有论者认为损害本质在于状态恶化,故具有财产价值的使用可能性丧失也存在损害赔偿问题,且赔偿应按照所失利益赔偿规则认定。^⑨对于人格权财产利益保护中的

^②参见其木提:《居间报酬请求权的法理依据》,载《法学》2018年第7期。

^③参见刘斌:《论民法典分则中人的担保之体系重构》,载《当代法学》2018年第5期。

^④参见王利明:《准合同与债法总则的设立》,载《法学家》2018年第1期。

^⑤参见柳经纬:《合同中的标准问题》,载《法商研究》2018年第1期。

^⑥参见王利明:《合同编解除制度的完善》,载《法学杂志》2018年第3期。

^⑦参见肖海军、傅利:《合伙契约性与主体性的解构——基于民法典分则“合同法编”的视角》,载《当代法学》2018年第5期。

^⑧参见刘洋:《对待给付风险负担的基本原则及其突破》,载《法学研究》2018年第5期。

^⑨参见徐建刚:《论使用可能性丧失的损害赔偿》,载《法商研究》2018年第2期。

赔偿数额确认问题,有论者认为人格权财产利益的法律保护中侵权获益赔偿的理论基础在于不法管理,被侵权人有权选择最有利于损害救济的赔偿标准。^⑩此外,还有论者围绕最高法指导案例提出,当受害人的特殊体质与侵权行为结合共同造成或扩大了损害时,受害人的特殊体质不应当被评价为受害人的过错,受害人不因有特殊体质而被施加更高的自我照顾保护义务。

就具体侵权种类而言,有论者认为高度危险责任由高度危险活动与高度危险物致害责任构成,不存在独立的高危区域责任。

(二)民法典侵权责任编的立法研究

就侵权法总论的立法,有论者认为应设置作为义务的一般性规定;^⑪有论者认为见义勇为受损受益人补偿责任的正当性在于无偿性和受益性,并具有补充性质,应该改变在私法内部寻求全部救济可能的路径依赖,建立多顺位的见义勇为综合救济机制,统一规定补充性无偿受益补偿责任。^⑫

就具体侵权类型的立法,有论者认为在医疗损害责任中应建立多元化的因果关系认定机制,在特定情况下应允许适用比例责任和生存机会丧失理论;^⑬有论者认为应当设专章集中规定产品责任制度,并对现有的产品责任制度予以完善,尤其是要将产品质量法中规定的部分产品责任制度纳入民法典之中,以实现法典中心主义;^⑭有论者认为在动物侵权的问题上应当以“管理人”取代“饲养人或者管理人”作为动物侵权的责任主体,同时保持抽象概念对社会生活开放的特性,由司法实

践在动态体系中确定具体案件中管理人的认定要素。^⑮

应该说,环境侵权问题是侵权法领域最为学者所关注的问题:有论者认为现行环境侵权中以鉴定为代表的技术化方案存在局限性,应当以类型化方案予以替代;^⑯有论者认为现行生态环境侵权救济渠道多有不足,应以违法作为侵权要件,同时法律应分别规定生态环境侵权责任与环境污染侵权责任。^⑰也有论者认为在环境污染侵权中适用预防性救济应受一定的限制,且权利人仅可请求禁止超出其容忍限度的行为。对此,还有论者专门探讨了环境侵权案件中的司法公正的量化评价问题。^⑱

七、家事法的研究

就家事法的研究而言,主要是婚姻家庭法及继承法的研究。

(一)民法典婚姻家庭编的立法研究

考察婚姻家庭编的研究,除了基础理论之外,主要集中在与《民法总则》紧密相关的监护制度,以及夫妻关系引申的财产关系、债务关系等问题上。

有论者提出民法典编纂中应当对身份行为予以更加系统化、科学化的制度设计,其在意思表示的构成、身份行为能力的判断标准、瑕疵身份行为的界定基准及其法律后果等方面有其独特的理论构成。^⑲

就监护制度的研究而言,有论者从儿童最大利益原则以及儿童自主权原则作为未成年人监护的基本理念出发,对未成年人监护制度进行了宏

^⑩参见岳业鹏:《论人格权财产利益的法律保护——以〈侵权责任法〉第20条为中心》,载《法学家》2018年第3期。

^⑪参见张玉东:《论我国侵权法中作为义务的认定机制》,载《法学论坛》2018年第4期。

^⑫参见王竹:《见义勇为人为受损受益人补偿责任论——以〈民法总则〉第183条为中心》,载《法学论坛》2018年第1期。

^⑬参见满洪杰:《医疗损害责任因果关系虚无陷阱及其化解——兼评法释[2017]20号第12条》,载《法学》2018年第7期。

^⑭参见周友军:《民法典编纂中产品责任制度的完善》,载《法学评论》2018年第2期。

^⑮参见朱晓峰:《动物侵权责任主体概念论》,载《法学评论》2018年第5期。

^⑯参见刘长兴:《环境侵权规则设计之偏差及矫正——基于环境侵权鉴定的分析》,载《法商研究》2018年第3期。

^⑰参见马腾:《我国生态环境侵权责任制度之构建》,载《法商研究》2018年第2期。

^⑱参见陈海嵩:《环境侵权案件中司法公正的量化评价研究》,载《法制与社会发展》2018年第6期。

^⑲参见田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,载《法学》2018年第5期。

观层面的立法设计;^⑩有论者认为在设计对未成年人的监护制度时应以辅助制度体现支持决策的指导思想及具体内容;^⑪有论者认为未成年人监护制度改革的研究范式应由纯粹的立法论层面转进到立法论与解释论相结合之阶段,并对行为能力、法律行为与成年监护作体系性考察。^⑫

就夫妻共同财产及共同债务制度问题而言,有论者认为完善约定财产制的路径包括约定财产制本身的制度细化以及与法定财产制的联动改革;有论者则认为《夫妻共同债务司法解释》仍不合理,应当承认债务人的配偶的个人财产原则上不对夫妻共同债务负责,但非用于夫妻共同生活的个人债务也能以部分夫妻共同财产受偿。^⑬

(二)民法典继承编的立法研究

在民法典继承编的研究中,论者们集中对遗嘱方式的现代化、继承人范围的扩大、被继承人意思表示的尊重等展开了研究。其中,有论者特别提出应当允许附加解除条件的遗嘱。^⑭

八、司法实务热点问题研究

就司法实务热点问题研究而言,很多问题探讨跨越了民法总论、物权、债权领域,也有的问题探讨是专门针对民法典分则的某一制度具体展开:

就司法实务中经常发生争议的代理问题,有论者由“榆林产妇跳楼事件”引发了对医疗决定代理这一法律问题的深度思考。有论者认为不宜无条件地断言合同书上盖章的意义在于确认当事人通过书面形式作出的意思表示的真实性,存在有权代理、无权代理以及表见代理的适用空间。^⑮

同样,合同效力纠纷始终是司法实务的疑难

问题:有论者认为开发商未取得商品房预售许可证明却从事商品房预售交易的行为,属于违反了管理性强制性规定的合同,其效力不受违法性影响;^⑯有论者认为司法机关应以合同法及其司法解释所确立之合同效力认定规则为裁判路径,全面肯定企业间借款合同效力。同样,最高人民法院2015年在《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条较为模糊地规定了“以履行买卖合同担保债权实现”这一问题,导致司法实务裁判分歧极大,对此,有论者主张买卖型担保是一种有效的契约担保,不能解释为传统的“代物清偿预约”“附条件代物清偿”“债之更改”等,亦有别于物权性的让与担保,其兼具债法效力和担保效力,应同时肯定买卖关系的效力。^⑰

就司法实务中常见的夫妻双方通过“赠与子女财产”来分割共有财产的问题,有论者认为离婚协议中的“赠与子女财产”条款不应界定为赠与关系,而属于身份法上的“离婚财产清算协议”,具体法律规则适用涉及多方利益的保护;^⑱另一个亲属法领域的典型问题即父母处分子女名下财产的问题,有论者认为宜将父母非为子女利益订立的抵押合同定性为超越对法定代理权之法定限制的无权代理行为,于此并无表见代理适用的空间,唯子女成年后的追认可令其生效。^⑲

也有论者关注高科技时代的司法适用问题,比如,有论者针对冷冻人体胚胎继承这类物上并存物权与人格利益的现实状况,提出民法学理论必须引入人格物这一概念,从而突破人与物二分思维的局限。^⑳

[编辑:常 锋]

^⑩参见夏吟兰:《民法典未成年人监护立法体例辨思》,载《法学家》2018年第4期。

^⑪参见王竹青:《论成年人监护制度的最新发展:支持决策》,载《法学杂志》2018年第3期。

^⑫参见孙犀铭:《民法典语境下成年监护改革的拐点与转进》,载《法学家》2018年第4期。

^⑬参见缪宇:《美国夫妻共同债务制度研究——以美国采行夫妻共同财产制州为中心》,载《法学家》2018年第2期。

^⑭参见李红玲:《论附条件遗嘱的调整规则》,载《法学》2018年第11期。

^⑮参见崔建远:《合同解释语境中的印章及其意义》,载《清华法学》2018年第4期。

^⑯参见王轶:《论商品房预售许可证明对合同效力的影响》,载《比较法研究》2018年第6期。

^⑰参见陈永强:《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》,载《中国法学》2018年第2期。

^⑱参见陆青:《离婚协议中的“赠与子女财产”条款研究》,载《法学研究》2018年第1期。

^⑲参见夏昊晗:《父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力——最高人民法院相关判决评析》,载《法学评论》2018年第5期。

^⑳参见冷传莉:《“人格物”的司法困境与理论突围》,载《中国法学》2018年第5期。