

授提出的人格权法是否应独立成编等。

与民法问题中的事实判断问题存在有真假之分不同,民法中的立法技术问题既没有真假之分,也没有对错之别,民法中的立法技术问题关键是看立法者设定的所欲实现的立法目标是什么,最能够实现立法者所设定的立法目标的立法技术的方案就应当是最可取的立法技术的方案。除此以外,有研究者曾经指出,民法中的立法技术问题还要顾及立法美学的需要,我也认为,立法美学是指哪种立法技术的方案最能够避免法条的重复和烦琐,哪种立法技术方案的可选择性就相对来讲更高一些。此外,立法技术方案在进行比较和讨论的过程中,一个国家、一个地区原已形成的立法传统,以及依循着原有立法传统所形成的司法传统,以立法传统和司法传统为基础和前提所展开的法学教育的背景,这些对于何种立法技术方案更具有可选性,也都具有相当重要的意义和价值。

1986年《民法通则》从某种意义上讲,奠定了中国大陆民事立法的传统,与此相适应,大陆的裁判者也形成了与这种立法传统相适应的找法习惯、司法传统,在法科学生的课堂上面,如果我们的解释论

是面对中国大陆民事立法和民事司法实际的解释论,这种法学教育的背景也会对选择何种立法技术的方案产生限制和制约的作用。

在讨论民法典各分编编纂过程中立法技术领域争议问题的时候,首先理清立法机关设定的立法目标究竟是什么,然后确定中国大陆既有的民事立法传统、司法传统、法学教育背景究竟是什么,之后再考量何种立法技术的方案最能够避免法律条文的重复和烦琐,以实现立法美学的要求。这样的考量因素,都是在民法问题中间的立法技术问题进行讨论的过程中无法回避的关键点。

当然,在民法典各分编进行编纂的过程中,立法技术问题只会是其中一种类型的问题。无论是何种类型争议的民法问题,寻找到最低限度的讨论共识都是展开有效讨论的基础和前提,就算寻找到了最低限度的讨论共识。运用理性的方法、采用多种法律讨论方法所展开的论证和说明,它的最终目的不一定能够达到说服讨论伙伴的目标,但更重要的目的则是增进和讨论伙伴之间彼此的相互理解。

DOI: 10.13766/j.bhsk.1008-2204.2017.0362

《民法总则》背景下的商法前景

叶林

(中国人民大学法学院,北京100872)

在《民法总则》起草的过程中,商法学者也积极参与并提供了有益见解,但是,《民法总则》中表达了哪些商法思想?《民法总则》中是否存在商事关系?《民法总则》的实践性与结构性如何?这些问题还有待讨论与厘清。

“商事关系”这个事物是不是存在,实际上是一个价值判断问题。无论是B2B、B2C亦或是合同,从现有的商事交易以及官方文件当中,我们都很明确地看到“商事关系”这个名词。那么我们到底应当

用什么样的核心词汇来描述这一概念?我认为,商事关系应当包括企业经营者、营利和商行为,这些行为构成的结构则是商事关系,商事关系是有特定内涵的概念。

改革开放制定的第一部非常重要的合同法是《经济合同法》,该法描述的经济活动是以企业为核心,以经营者为主体展开的所有经营活动,实际上,《经济合同法》是我们研究商事关系所应当重视的源头法条。《经济合同法》式微之后,民法与经济法

收稿日期:2017-12-19

作者简介:叶林(1961—),男,天津人,教授,法学博士,中国人民大学法学院民商法研究所所长、中国商法学研究会副会长,研究方向为民商法。

之争浮出水面,经济法趋向纵向管理秩序、民商法趋向横向管理秩序成为学界共识,《经济合同法》也随着《合同法》的起草与出台而湮没于历史之中。1992年,中国确立了社会主义市场经济制度,改变了以往单纯以商品经济关系系统筹一切商业关系的现象,而在2003年左右,则以和谐社会来概括中国政治、经济、文化各领域发展的社会生态。

通过历史梳理我们可以发现,中国法学的研究往往是顺应政府意志、官方意见不断发展与改进的,法律的政策性质较强,法律独立性较差。经济社会领域的相关法律反映了中国不同历史时期的社会现状。在这一过程中,2011年10月27日国务院新闻办公室发布了《中国特色社会主义法律体系》白皮书,并在其中第一次提出“商法”概念与商法原则,以商法的单独提法区分于传统民商法的概念,体现了《民法通则》遵循主体地位平等的理念,并在厘清概念的同时对既有学说与立法做了相对清晰的描述。其中,提到商法是调整商事主体之间的商事关系的法律,遵循民法基本原则,同时保持商事交易自由、等价有偿、便捷安全等原则(此处并非商法基本原则)。这是最初提到商事关系、商法原则的相关文件。十九大以后,一些新的提法开始出现,包括深化商事制度改革、建立市场准入制度的清单,清理废除妨碍统一市场和公平竞争的各种规定和做法等。

我认为,中国商业与商事制度的发展受制于两个重要因素:产权制度与行政管理系统。产权制度是指国有企业规模足够之大,行政管理系统是指政府的权力相当之庞大,这两个事物影响了我们营商环境和对商事的理解,也因此很多学者并不愿意将商法称之为商法,而宁肯从经济法角度表述这两个领域。在中国大陆商事关系的概念是存在的,商法的概念是存在的,商法原则的范畴在相关文件中也表述地很清楚,而对于什么是商主体、什么是商事基本原则的准确描述则有一些遗漏,但大体框架存在。十九大后是否还要沿用2011年的相关说法尚不能够确定。

《民法总则》虽然提供了规范民事活动的一般准则,但能否满足合理调整商事关系的要求则依然存疑。民事规定可以调整商事领域,但是否是最佳的调整方式,我在此做出几点解释。

首先,我们经常可以看到,法官在裁判的过程中运用民法通则关于基本原则部分的规定,甚至包括在

一个揭开法人面纱的案例当中,法院突破了公司法的规定,直接跳到民法里讲诚实信用,进而判决两个关联企业相互承担责任。我们很大程度上愿意用《民法通则》解释现实当中的问题,是存在一定问题的,以平台为例,我们到底把平台理解为是一个平台纯粹意义的商业经营者,还是承负着某种职责特殊形态存在,这个我们需要在商事领域当中做认真考虑的,而不能仅仅通过民法原则一言以论之。此外,民法原则调整商事关系是否合理?我们到底更愿意用《民法总则》部分原则部分解决商事的处理,还是尽可能少用民法的规定而让位商法的规定?我认为,它并不是一个最好的东西,但是一个可用的东西。

其次,传统商法分为四个部分,涉及人法的部分,财产法的部分,代理法部分以及权利部分。这些分类只能解决大体的界限划分,具体应用中则存在许多问题。比如说以“人”为例,在中国的证券市场当中开户的三类主体是没有办法涵盖进商法中“人”的概念里的,实务当中的三类股东,包括信托计划,资管计划、理财产品等,这些人都可以在证券市场上开户,但又不是我们法律上所说的“人”,因此,他们到底是属于法人、自然人还是非法人组织,尚未有定论。

再次,在法律行为部分中,关于非表意行为到底如何在民事法律产生变更消灭当中发挥作用是一个重要问题,我认为将决议行为纳入到法律行为中来实为不妥,非表意行为是形成机制的问题,而非意思表示问题,用传统的民法原理进行规制,虽无不妥,但也缺乏合理性。此外,商法中的“代理”与民法中也实有不同。此处我们要讲的是代理权的相关问题,而非代理合同的问题。当前的法条规定中,并未写明代理、代理关系与代理权的选择问题,而是笼统的放于一章,并反复出现本人代理与第三人代理反复出现的冗杂现象。笔者认为,应着重强调代理权是否存在、是否设定、是否终止等关键性问题,抓住主要矛盾,在解决代理权的相关问题后凸显商事代理的存在价值。

最后,有关权利的部分,我认为物债两分的概念较为原始,并不能够完全适应当前的金融经济节奏。例如股东权利问题,如何放在请求权的范畴中,亦或放在绝对权的范畴中,如何归入物权、债权领域,都欠缺理论上的妥适性与实践上的合理性,因其重在参与与表决,与传统民法的概念有

所分离。

通过上述分析可以看出,虽然民法的基本原则可以适用于商法领域,但由于经济活动的高速发展与日新月异,商法领域也需要自己独立的规制体系

与概念界定,做到妥善地与民法进行对接,同时保留自身特色。民法很重要,商法更不能轻视,但是我们也应当少用民法多用商法,因为这样才能满足当前商业社会的大势所趋与形势所迫。

DOI: 10.13766/j.bhsk.1008-2204.2017.0363

中国民法物权编创设居住权制度的立法构想

申卫星

(清华大学法学院,北京100084)

在理论界中,关于居住权立法相关问题的讨论一直存在。从《物权法》草案征求意见开始,对于有关居住权条文的大幅度增加就引起理论界热议。在2007年《物权法》最终稿中,我们并没有看到有关居住权立法的相关条文,这也是搁置争议、留待民法典加以解决的总体思路指导下的权衡结果。

但是,在当前民法典编纂的重要时刻,重新思考居住权问题,并非简单的旧话重提,而是完成《物权法》立法过程中尚未解决的问题、制定一部更为完善的民法典的题中之义。需要有三个方面的理解。

第一 概念的厘清。居住权概念比较宽泛,很多学者在探讨居住权的时候把一些并非我们要讨论的作为他物权的居住权列为讨论对象,这样只会增加讨论的难度。在概念理清过程中有两点需要注意:一是居住权是一项他物权制度,因此,当然不包括由于租赁、借用造成的居住现象,也不包括基于夫妻关系、他人关系形成的居住现象,宪法乃至社会上关于居住权的问题也不在文章的讨论范围内。二是我们应该强调居住权是他物权当中的一项人役权,人役权与地役权相对应,它是为了特定的人设定支配性的财产权。就居住权而言,是居住权人对他人所有的房屋全部或者部分及其附属设施享有占有使用的权利,这是我们要讨论的居

住权概念的准确界定。

第二,视野拓展。我曾经在2005年于《物权法》起草期间,在《中国法学》杂志发表一篇题为《视野拓展与功能转换——论我国设立居住权必要性的共同视角》的文章,其中提到过视野拓展的相关内容。在现今民法典编纂的重要时刻,我重提视野拓展问题,希望能够为居住权入典提供有益的思路。居住权设立有其重要的比较法的基础。从比较法的角度来看,早期的罗马法的人役权分为用益权、使用权和居住权三种类型,这三种类型有很强的逻辑联系,用益权与使用权是权能上的差别,而使用权和居住权是客体上的差别。从用益权到使用权到居住权是阶梯递减的关系。各国(地区)立法中对于居住权,往往写明居住权没有规定的转于本法当中使用权、用益权的规定,无论在法国还是德国都采用这样的立法体例。从法国民法典到葡萄牙、西班牙、意大利民法典,再到受这些国家影响的阿根廷、智利、巴西、秘鲁民法典都规定了包括居住权在内的系统的用益权制度和人役权制度,即便在德国法系的德国、奥地利、瑞士,也有关于居住权的详细规定。甚至在俄罗斯、马尔他,普通法系加拿大魁北克民法典,非洲的埃及、埃塞俄比亚、阿尔巴尼亚,亚洲的泰国、中国澳门地区民法典,都含有居住权的规定。从拓展视野可以看出,居住权立法有比较广泛的比较法的支持

收稿日期: 2017-12-19

作者简介: 申卫星(1970—)男,山东日照人,教授,法学博士,清华大学法学院院长,研究方向为民法。