



民法典·人格权法暨合同法立法研讨会在武汉举行

前沿话题

本报讯 记者蒋安杰 胡新桥 为进一步完善未来民法典体系,由中国法学会民法学研究会、武汉大学法学院主办,武汉大学民事法律科学研究中心、《法学评论》编辑部、《法学》编辑部、《东方法学》编辑部承办,北京大成(武汉)律师事务所协办的“民法典·人格权法暨合同法立法研讨会”于7月15至16日在武汉举行。

武汉大学校长贾贤康教授,中国法学会民法学研究会会长、中国人民大学常务副校长王利明教授,武汉大学法学院院长冯军教授,最高人民法院民庭行政庭庭长吕洪涛,《法学评论》主编、长江学者、武汉大学法学院教授秦前红,武汉大学法学院教授孟勤国等学者参加了本次研讨会。

与会学者对人格权法编和合同法编的



起草工作进行了充分的理论研讨,就如何处理法人人格权与自然人人格权之间的关系,如何应对科技发展对人格权保护的挑战,如何理解一般人格权,如何划分人格权权利类型等人格权立法面临的问题以及具体人格权、人格利益的保护进行了热烈的讨论。

王利明认为,人格权法应当独立成

编。我国的人格权保护是具有中国特色的,不能照搬西方式。科技发展、技术创新在惠及人类生活的同时,对人格权,尤其是对个人信息及隐私造成巨大威胁,人格权保护有着现实必要性,人格权法独立成编是回应时代需求,顺应全球立法趋势的明智之举。冯军认为,未来民法典编纂,人格权立法以及合同法完善

均应当为法人的市场化发展提供更为充足的空间,如法人人格权的强化保护,增加商事合同规定的比重等都是未来相关立法应当考虑的问题。蒋惠岭则希望未来民法典编纂和人格权立法体现司法关怀,融入司法智慧,通过法律解释细化法律规范,让审判庭成为民法典的发展平台。吕洪涛以个人信息和隐私权保护为例,主张突出自然人人格平等自由和尊严这些基本价值取向。秦前红则以民法典编纂的宪法思考为主题,提出人格权的法律救济等问题结合生活实践展开了热烈探讨。与会学者还就“民法典·合同法立法相关问题讨论”主题对合同法的修改完善建言献策,针对全国人大常委会提出的合同总则立法中存在的22个问题展开交流探讨,尤其对于无因管理、不当得利的立法价值取向,规范范畴、强制缔约问题、无名合同有名化、合同解除的效力及解除权的行使主体等问题予以深入研讨。

本次会议上,与会学者主要对《民法典·人格权法编专家建议稿》进行探讨,中国人民大学教授石佳文代表起草小组在会上对该建议稿逐条进行介绍,在座其他专家学者纷纷提出相应修改建议。探讨范围涵盖框架体系、条文设计、立法用语,不可不谓透彻、全面。对人格权的权利主体、权利范围、具体的立法模式,同时对姓名权、隐私权、肖像权、个人信息权等具体人格权的立法规划,侵害人格权的法律救济等问题结合生活实践展开了热烈探讨。与会学者还就“民法典·合同法立法相关问题讨论”主题对合同法的修改完善建言献策,针对全国人大常委会提出的合同总则立法中存在的22个问题展开交流探讨,尤其对于无因管理、不当得利的立法价值取向,规范范畴、强制缔约问题、无名合同有名化、合同解除的效力及解除权的行使主体等问题予以深入研讨。

牢牢把握社会主义法治的精神内核

前沿关注

孙佑海 孙皓 (天津大学法学院)

习近平总书记指出,核心价值观是一个民族赖以维系的精神纽带,是一个国家共同的思想道德基础。如果没有共同的核心价值观,一个民族、一个国家就会魂无定所、行无依归。以法治为存在的社会治理体系并不是孤立的存在,而需要有一定民族意识的支持下获取勃兴之机遇、焕言之,作为完善上层建筑的具体形式,推进社会主义法治建设必须立足于科学且符合自身实际的意识形态基础。毋庸讳言,作为社会主义法治建设的灵魂,社会主义核心价值观便清晰投射出了这一逻辑关系。某种程度上,法律规范仅仅代表了一种“皮相”,核心价值观才是蕴含其间的内核。

“拿来主义”为什么行不通

可以说,上述认知流觞于现实层面的历史经验。曾几何时,中国的法治规划陷入了“言必称希腊”的奇怪循环之中。借鉴域外的成型范式似乎演化为立法、司法甚至是法学教育的不二法门。一时间,争议问题似乎只集中在选择英美模式抑或欧陆模式的技术视域。然而,“拿来主义”只是“摩登”,却无实效,并不能从本质上提升国家治理能力的现代化水平。过去如此,今后亦然。的确,西方发达国家在法治方面的建树值得我们这样的后起者充分借鉴,但生搬硬套却为适得其反的消极效果埋下伏笔。新鞋是否合脚,只有穿鞋者心如明镜。譬如,1996年的刑事诉讼法修改曾试图移植英美国家的对抗制,但结局却不尽如人意;到了2012年,某些环节的改弦易辙也就无可避免了,最典型的莫过于案卷移送方式的辗转反复。事实已然证明,忽视本土资源而在法

治领域大搞“拿来主义”是行不通的。那么,制度的水土不服是因何衍生的呢?人们在这中间往往遗漏了最关键的影响变量——意识形态。英美的对抗制诉讼的确在外观上赏心悦目,以两造之间的激烈交锋呈现是非真伪亦不失为纠纷化解之良策。然而,倘若缺失了自由主义的政治理念作为基石,上述样态是绝不可能存续的。具体说来,自由主义哲学所倡导的个人至上、团体自治等元素,通过与社会生活形态的相互交融,最终规律性地演进为如今的对抗式司法格局。道不同,不相为谋。自由主义、保守主义抑或法国主义等政治理念,早已被证明无法在中国的制度环境中生根发芽。因此,奠基于这些意识形态上的法律建筑自然也就无法顺利嫁接到中国的规范体系内。

中国的法治建设,只能以马克思主义法学理论作为意识形态根基,而后者在适应本土资源的过程中衍生的中国化成果,便体现为社会主义核心价值观。因此,围绕社会主义核心价值观作为理论基础,才是中国法治建设的正确路径。事实上,自党的十八大以来,出台的法律法规越来越鲜明地体现出社会主义核心价值观的意识形态导向。而当《民法总则》将这一表述置于篇首时,则早已超出了宣誓意味,深刻阐明了立法的内在驱动。这可以视作一个标志性的事件,充分彰显了全面依法治国层面的道路自信、制度自信、理论自信以及文化自信。

结构还是功能

当生物机体存在某些障碍时,可能存在的致病原因有两种:一为功能性缺陷;二为结构性缺陷。以司法领域为例,冤假错案的发生,从总体上看,并不是个别司法人员缺乏职业素养的必然结果,而更多归咎于公、检、法机关缺乏机制性的制约。

这本质上还是结构问题,需要藉由司法资源的重新配置加以解决。为此,以司法责任制为核心的系统工程,就成为该领域的根本改造思路,意在最大限度激活权力个体的自主性,实现内外关系的均衡化。然而,结构之所以会暴露一系列不足,尚可继续追溯至价值层面。

正如习近平总书记所论,富强、民主、文明、和谐是国家层面的价值要求,自由、平等、公正、法治是社会层面的价值要求,爱国、敬业、诚信、友善是公民层面的价值要求。而一旦涉及社会治理的体制机制无法契合上述三个维度的诉求,结构性矛盾的产生就会难以遏制。需要注意的是,核心价值观的几点内涵绝非大而化之的概括性表述,不能做泛泛理解。否则,就会陷入似是而非的窠臼。这三个层面的价值需求,蕴含着中国本土的文化特质以及独一无二的国情背景。比如,如果站在西方的自由主义视角,社会层面的价值内涵会聚焦于相对狭窄的人权保障领域,而中国的制度语境则会立足于全面发展,赋予其更加宽泛的辐射范围。

由此,相关的改革举措或许细微琐碎,却能直指要害,与社会主义核心价值观形成衔接、呼应。还是以司法领域为例,通过加强司法救助、法律援助,统筹城乡、区域法律服务资源,加快推动法律服务向欠发达地区、基层村(社区)延伸;此外,通过畅通依法维权渠道,深入推进诉讼服务中心建设,不断完善诉讼服务设施,因地制宜推行预约立案、远程立案、网上立案等制度,加强巡回审判等,就是围绕方便群众诉讼、减轻群众诉累等直接目标作出的设计,本质上则是为了打通“价值—结构—功能”的逻辑路径,促使治理体系的臻于严密。

天理、国法与人情

近一时期,司法机关就某些个案的

价值引领风尚

通过将社会主义核心价值观融入法

初步处理结论受到了全社会范围的广泛质疑,如“大学生掏鸟蛋案”“赵春华非法持有枪支案”“于欢案”等。然而,从形式法治的角度,我们似乎很难诘病办案人员在其中的专业决策;毕竟,“大前提+小前提+结论”的三段式推理得到了非常严格的执行。那么,这是否意味着外部的否定仅仅属于一种认知性期望,而应对法律文本的教条化遵循作出让步呢?答案当然是否定的,同时亦无需将其归咎于法理与道德的截然对立。其实,办案人员完全没有必要基于舆论沸腾以及由此造成的情势翻转而满腹委屈,问题的症结在于天理、人情的缺位催化了法律操作的机械性倾向。

将依法治国与以德治国相结合,并不是一句徒有其表的空泛口号。中国的法治只有具备了丰富的道德内涵,才能真正符合数千年来文化传统,进而形成旺盛的生命力。无论是司法抑或执法,都不能将天理、国法与人情置于相互对峙的矛盾体系之中。法律底线固然要坚守,社会的朴素正义观以及人之常情亦应统筹兼顾。某种程度上,前述争议性案例暴露了社会主义核心价值观在法治建设过程中的薄弱点,也凸显了引入道德立场的迫切性。

诚然,这并不意味着今后的司法决策或者执法行为,要转向中国古代春秋决狱的法律虚无主义模式,而是赋予实施主体更具弹性的条款阐释空间。与“审理者裁判,裁判者负责”的体制改革旨趣相契合,相关操作主体需要跨越文义解释的藩篱,基于更宏观的视野去认知法律规范的内涵,并对其妥当加以运用。就社会主义核心价值观的准确把握,则是统筹天理、人情与国法的最佳粘合剂,进而足以演奏公平正义的中国旋律。

治国家、法治政府、法治社会建设全过程,有利于建设推动全社会树立法治观念,形成守法光荣、违法可耻的道德氛围。这是价值引领风尚的具体样态,尤其是法治有了深厚的社会主义核心价值观作为基础之后,就自觉成为阐发中华民族讲仁爱、重民本、守诚信、崇正义、尚和合、求大同之时代价值的客观载体,代表了中华法律文化精华的最佳叙述方式。需要注意的是,当这种新信息扩散是借助经典案例形式完成时,其说服力和影响力就会形成累加效应。自2016年起,最高人民法院就开始发布弘扬社会主义核心价值观典型案例,分别从家庭美德、社会公德、公序良俗、友善互助、诚信经营、环境保护等不同角度,以通俗易懂的方式形象示范了道德与法治的有机结合。这是一种非常值得推广的模式,有必要在社会治理领域进行全方位的借鉴,进而引导全民的信仰生成。

当然,社会风尚的成型绝不可能一蹴而就,需要时间的磨砺,更难以游离于客观规律之主导。然而,一旦确立了合理的价值导向,加之适当的入人为建构,发展态势即便以螺旋形式呈现,也终究会抵达理想的彼岸。其中,党组织的先锋带头作用不容忽视,把从从严治党实践成果转化为道德规范和纪律要求,做到依规治党与以德治党相统一,不仅充分展现了共产党人的高尚思想道德情操,而且彰显了社会主义中国的法治自信。

总之,牢牢把握社会主义法治的精神内核,就要坚持以法治承载道德观念,弘扬美德义行,将社会主义核心价值观贯穿于立法、执法、司法、守法,通过塑造良法善治引导全民崇德向善,从而为实现中华民族伟大复兴的中国梦作出最大的贡献。

观点新解

董坤就疲劳审讯谈——应当明确禁止并排除其所获证据



疲劳审讯不仅会对被讯问人的身体造成伤害,还可能催生虚假口供,诱发错案。对此,最高人民检察院检察理论研究所董坤在《现代法学》2017年第3期发表题为《论疲劳审讯的认定及其所获证据之排除》的文章中指出:对疲劳审讯应当明确禁止,排除其所获证据。世界其他国家和地区对于疲劳审讯的认定可归结为三种模式:强制性认定模式、裁量性认定模式和原则加例外的认定模式。基于当前的刑事诉讼结构、辩护制度的发展以及既有的侦讯环境,我国对疲劳审讯的认定应采原则加例外的模式,规定除法律设定的特殊情形外,连续讯问超过24小时应被认定为疲劳审讯,所获供述亦应排除。另外,要准确认定疲劳审讯,还需厘清“必要的休息时间”和两次讯问间隔时间长的关系,对剥夺饮食和夜间讯问能否归入疲劳审讯也需做出明确回答。

袁治杰就民法典制定谈——应对国家和国库法律地位加以规定



当前,在民法典制定过程中,如何安排国家的位置,变成一个现实的问题。作为重要的民事活动参与者,国家在参与民事活动中的法律地位并不明确。对此,北京师范大学法学院副教授袁治杰在《中国法学》2017年第3期发表题为《民法典制定中的国家与国库问题研究》的文章中指出:在德国法上,这个问题主要由国库理论来解答。在参与民事活动之时,国家以国库的面相出现;国家经由国库而受到私法的规制;但是,国家以国库的身份“遁入私法”并不使其获得自治权,其服务于公共利益的本质,国家受法律规制的必然性,不受影响。国家与国库本质为一体,是一个统一的法人。只有确立了国家的法人地位,国家参与民事活动才有落脚之处。国家民事责任,司法管辖权以及国家经济活动的边界等问题才有解决的可能。因此,我国民法典应当对国家和国库的法律地位加以规定。

钱叶六就竞技体育伤害行为谈——造成严重侵害后果时刑法有必要介入



竞技体育,不同于以增进身心健康、掌握运动技能、休闲娱乐为目的的学校体育或者社会体育,是以竞赛为主要特征,以展现竞技者的运动竞技水平、创造优异的运动成绩、夺取比赛的胜利为主要目标的体育竞赛,具有很强的竞争性和激烈的对抗性。双方运动员之间的激烈身体接触及由此引发的身体伤害乃至死亡后果,往往也在所难免。就竞技运动场上的伤害性质来看,不外乎规则范围内的伤害和违反比赛规则导致的伤害两种情形。对此,苏州大学王健法学院教授钱叶六在《法学家》2017年第3期发表题为《竞技体育伤害行为的正当化根据及边界》的文章中指出:

规则范围内的竞技体育伤害行为欠缺不法性或者说不具有正当性。至于其正当化根据,应综合运用正当业务理论、危险接受理论(准同意说)和优越利益原理进行多维的阐释和说明。对于违反竞技体育规则造成严重伤害的行为,以往多是基于“司法不介入”的理念,交由体育行业内部自治。但行业自治不能排斥法律的作用,当违反竞技体育行为造成严重的法益侵害后果时,刑法便有介入的必要。基于人身犯罪之规范保护目的,对于违反比赛规则致人重伤、死亡的以及恶意利用比赛规则伤害他人的,应依行为人的主观责任情况,追究其刑责。

毕可军就行政行为谈——以法明确形式瑕疵与违法之间界限



行政行为是指行政主体在实施行政管理活动、行使行政职权过程中所作出的具有法律意义的行为。对此,山东社会科学院毕可军在《政法论丛》2017年第3期发表题为《我国行政行为形式瑕疵类型体系的迷失与重构》的文章中指出:我国当下行政行为理论对形式违法的定性主要采用无效、违法、瑕疵“三分法”,不能穷尽行政实践中的各种情形,应加紧对形式违法进行无效、一般违法、轻微违法、明显不当、不当、瑕疵、轻微瑕疵、错误等类型化体系构建。当下行政审判实践中动辄将形式违法甚至无效误作“瑕疵”,其认定理由难以理论自治,也不利于行政程序独立价值。为此,应严格界定形式瑕疵及其修正的适用范围,以法明确形式瑕疵与违法之间的界限,纠正传统理论中对要式行为的错误定位。

(林展 整理)

刑事申诉律师代理制度改革恰逢新机遇

前沿聚焦

周新

“申诉难”之痼疾近年来虽有缓解但其影响仍根深蒂固。诸如聂树斌案、呼格吉勒图案、张氏叔侄案等冤错案件得到平反,此类典型案件中当事人无一例外地均历经漫长、曲折的伸冤过程。申诉无门、反复申诉并非个案,这不禁令人深思。虽然国内长期致力于解决申诉难题的理论研究与实践对策,对再审程序的诉讼化改造也成为共识,但成效仍不尽如人意。党的十八届四中全会提出“对不服司法机关生效裁判、决定的申诉,逐步实行由律师代理制度。”中共中央办公厅、国务院办公厅颁布的《关于完善法律援助制度的意见》,充分阐释法律援助对保障申诉主体权利、维护司法公正的重要性。日前,最高人民法院、最高人民检察院和司法部联合颁布《关于逐步实行律师代理申诉制度的意见》(以下简称“该《意见》”),从申诉的法律援助范围和条件、律师代理申诉法律援助程序等角度对辩护律师代理申诉案件,如何更好保障申诉人权益以及对申诉代理程序进行了较为全面的论述。可以说,该《意见》将会为构建体系化的律师代理制度添砖加瓦,将更有益于保障申诉当事人依法行使各项权利,更好地发挥社会专业力量化解申诉纠纷。

目前,我国各级司法、行政机关探索更妥当地推进刑事申诉改革的试点工作正如火如荼地开展,但申诉律师代理制度的完善仍需要结合上述最新改革意见的规定“推陈出新”,方可在保证其恰当

律师参与申诉案件并提供专业帮助和法律意见是提升我国刑事申诉制度法治化水平的必然要求,属于当前系统性全面深化司法改革进程中的有机组成部分之一。

适用的同时破解申诉实践之难题,满足人民群众之需求。总体来看,该《意见》规定值得重点关注而又可圈可点之处众多,包括但不限于以下方面:

首先,吸收地方试点经验创新性、针对性地架构代理申诉律师工作机制。该《意见》提出“探索律师驻点工作制度”,由律师派驻律师在法院、检察院的诉讼服务大厅提供法律咨询,在立案受理阶段就分流法院、检察院部分案件压力,从而达到化解部分冲突的效果。事实上,部分省市在十余年前就开始探索法律援助值班律师制度,提高法律援助适用度,但并未专门针对申诉案件。此次《意见》专门就申诉类案件的值班律师参与制度提出建设性规划,同时强调“完善便民工作机制”,建议运用网络平台、法律服务热线等多种方式,为当事人寻求律师服务和法律援助提供多元化渠道,从公民利益角度出发,拓宽公民获取法律援助的途径和方式,使得申诉机制的运行更为顺畅。

其次,进一步充实、丰富并注重保障代理申诉律师的执业权利,凸显律师介入的特殊地位和作用。该《意见》中明确指出了“尊重代理申诉律师意见”、“依法保障

代理申诉律师的阅卷权、会见权”、“依法保障代理申诉律师人身安全”。对于申诉律师的意见,法院、检察院不采纳的,应着重说明理由,出具相应法律文书时还应同时送达代理律师,避免出现对于代理律师意见置之不理的情形。为律师提供阅卷室、会见室,充分保障律师的阅卷权与会见权。律师的各项重要诉讼权利有切实依据加以保障,人身安全问题也有明确规定,为律师合理地行使执业权利、完成履职责任有力地扫除了障碍。

再次,恪守司法为民之要求,多角度、体系性地规划代理申诉程序之框架流程、运作机制,最大化地服务群众之利益。该《意见》提出“规范律师代理申诉法律援助程序”,对申诉人申请法律援助律师的程序予以明确,强调进一步放宽经济困难标准,适当扩大法律援助范围,以便更多低收入群体能够获得法律援助。很多地方律师在接受申诉人委托后向法院提交申诉材料,往往都石沉大海没有回音,所做也只能是等待,这是反复提出申诉甚至上访的重要诱因。对此,该《意见》规定如果法院、检察院认为不符合立案条件的,应当以书面形式告知申诉人及其代理律师,改变过去申诉材料无人接、提出申诉无回应的情况。能够保证申诉人及其代理律师了解申诉的进展及其是否受理的具体原因,减少实践中申诉

不止、接受度不高等现象,以期实现案结事了的良好效果。

该《意见》的出台弥补了律师参与申诉活动的立法不足,标志着我国律师代理申诉案件制度体系进入发展完善阶段,对于规范司法机关依法办案、纠正冤假错案,提升司法公信力等方面作用显著。重视律师参与申诉案件的作用并健全相应规范流程,是申诉制度乃至整个再审程序诉讼化改造的关键部分之一。对此,结合现有《意见》之规定,我们还可从以下方面宏观把握和微观推进:

一、制度本身的规范化运作是前提。为保证律师作用得到最大限度的发挥,最理想的方案是将申诉工作纳入法治化轨道。首先,出台申诉制度具体运行方案,详细阐明处理的原则、流程和救济,促使申诉机制“有轨可循”;其次,借助裁判文书说理制度,提升律师参与效果,尤其是针对申诉人及其律师提出的申诉要求,司法机关无论是否接受均须提供详尽书面说明,重视事实和证据认定方面的分析论证,消除申诉人及其律师的疑虑和抵触情绪。

二、明确律师参与权利及其履职保障是调动律师参与积极性的基础。长期以来律师参与申诉的规定不明,参与空间不足等原因严重降低了律师介入申诉案件的意愿,对此,我国未来改革应从尊重律师作用角度出发,针对性地赋予律师介入申诉案件的权利以及需要的履职保障。特别是强调律师意见在整个申诉制度中对司法办案机关的影响。此外,我们还需注重搭建律师与司法办案机关的良性沟通渠道,打破长期以来申诉的“隐形壁垒”,助推申诉案件公开、透明和公正地进行。

三、健全法律援助律师制度,申诉人