

第4辑

两岸民商法前沿

民商法理论与方法论

龙卫球 王文杰 主编

- ◎特别策划：民法典编纂
- ◎专题策划：民商法理论与方法论
- ◎物权法与继承法专题
- ◎债法专题
- ◎商法分论专题

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

两岸民商法前沿

民商法理论与方法论

第4辑



主 编：龙卫球 王文杰

执行编辑：

朱 虎（特邀） 汪 洋（特邀）
聂卫锋 代 瑞 曹 宇 陈 军 郑 臻

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前言

《两岸民商法前沿》的编辑和出版,是北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院开启的两岸民商法紧密合作交流关系的重要延展。本论集配合一年一度两院合作举办的“两岸民商法前沿”高峰论坛,及时且不间断地汇集两岸民商法学者有关优秀研究成果,使之具有更正式的、便于长期发展的固化形式。

北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院近年来展开合作,推进两岸民商法革新。两院以务求前瞻为方向,每年就民商法当下发展之论题,携手打造“两岸民商法前沿”高峰论坛,组织两岸民商法精英,开展全方位、多维度的对话交流,拉近两岸私法间距,汇集研究思路,推广前沿成果。最重要的是在“与时俱进”的聚光灯下,观察民商法时代特质,廓清新时期私法与当代社会结构耦合的全新关系,评估既有,刷新未来,重在建设,以期对促进两岸民商事学理、立法或司法加速转型尽绵薄之功。

我们今天已处在一个瞬息万变的时代——按照富于思想洞见的卢曼和托依布纳两位大师的说法,这是一个社会功能高度分化的时代。在这样一个时代,从相对单纯的市民社会视界基础上发源和演化的民商法之诸传统,毫无悬念遭遇着前所未有的挑战。这些挑战既在私人之间关系层面展开,更在制度、社会功能系统多方面显示出来,且不断发展扩大,刺痛着我们固守的传统私法理论、制度与规则神经。于是,如何使民商法顺应当下社会系统结构基本变化,特别是贴近蕴含于其中富于生机的目的需求,成为急迫的现实课题。

我们希望,借助本论集的出版,能够呈现两岸民商法学者群体勇于搏击法学时代浪潮的恢弘气度,以及善于学习、不懈探索、不断自我升华的学术品质。有关民商法前沿研究至少可分为三个维度:世界的,建立在世界范围的思想或经验的比较互动基础上;区域化的,在世界一定区域范围具有特别坚实的实证基础和论证理由;中国特色的,系着力将民商法时代发展与中国建设实际展开移动式对接。我们相信,当亲爱的读者阅读和品味着一篇篇充满挑战和思考魅力的大作时,必定猛然而觉知,一个属于我们的民商法富矿时代,已然悄悄来临!

龙卫球 王文杰
2015年11月5日

卷首语

北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院联合主办的第四届“两岸民商法前沿高峰论坛”,选择了“民商法理论与方法论”作为主题,旨在就中国民商法当下发展如何在理论和方法两个层面,实现历史继承和现实开创、世界趋势与中国取向之间的对接。这里面至少存在两个意义上的复杂关系需要调适,一是时间上面的,一是空间上面的。论坛为期两天,高朋满座,思想纷呈,与会学者充分展示了两岸民商法的实力,报告与会谈结出了累累硕果。本辑从众多报告论文中,特选取精华部分而成,旨在推广观点和促进更加持续的研究。

第一部分为“特别策划:民法典编纂”。论坛特别邀请来自海峡两岸的6位大家,就即将开展的大陆民法典编纂的思想形态、目标价值、主要路径、基本结构和重点难点等展开思绪,形成广泛讨论的思想源泉。

首先是江平教授的《关于中国民法典编纂的几点思考》的大会基调和报告。作为当今大陆最重要的民法学家和亲身参与新中国民商法立法史的重量级学者,江平教授高屋建瓴,提出了民法典编纂的几条总体思想建议。第一,民法典编纂应置于四中全会决议的全面依法治国的架构之下,旨在加快市场法治和民主政治的进程,这是它的政治理念动力。第二,民法典编纂存在科学性和民主性的问题,这是保障问题,必须加强立法科学和民主的机制建设,特别要克服不透明、官僚主义、主观主义等问题。第三,民法典编纂应落实四中全会关于重大决策必须于法有据的决定,在某种意义上开辟出立法新的阶段,为改革和立法的关系确立一种新的模式。最后江平教授还提出,我国的立法始终不能忘记开放性这一条,要借鉴台湾地区先进的经验以及世界上先进国家和地区的经验。

中国民法学研究会会长王利明教授在题为《中国民法典的时代精神与时代特征》的基调和报告中,就我国民法典应当具备的精神气质和价值指标进行了根本阐述。他认为,我国民法典编纂应当体现中国风格与中国特色,但也应该体现时代精神,重点应当反映21世纪的时代特征。这种特征体现为科技高速发展的时代与互联网信息及大数据时代的特点,反映经济全球化的趋势,反映资源环境逐渐恶化的社会特征,反映风险社会的特点。王利明教授还就这些时代精神的制度创新所在,包括人格权的制度发展、个人信息保护制度等进行了重点阐述。

全国人大常委会法工委民法室原主任姚红女士以《中国民法典编纂的立法视角》为题,阐发了中国民法典编纂的历史基础和特殊路径,并提出编纂的要素、关系处理等方

面的思考。她提出:中国的民法典编纂是先制定单行民事法律,后有民法通则,再有单行民事法律的补充和完善,最后形成民法典的一种渐进的并未中断的路径。她也认为,即将编纂的民法典需兼具形式与实质要素,需处理好法典编纂和单行法的关系,需兼容中国特色和国际通行规则,并探讨了未来民法典的体系结构及是否总则先行问题。

最高人民法院罗东川庭长在《中国民法典编纂的司法视角》的报告中,从实务的观察和需求角度,提出民法典编纂的方法和实际目标问题。他指出,民法典的编纂制定要高度关注实证的研究,要有时代的特色。他认为,民法典编纂的需求存在急迫的实务面向。随着法院审判案件数量的越来越多,覆盖了我们社会经济生活的各个领域,但对于法院本身来讲,也处于一个疲于应战的局面,审理案件的难度越来越大,难以单凭法律技术方法来解决我们现在的纠纷,亟需通过科学立法、民主立法来凝聚共识,通过民法典的编纂来形成社会最大的公约数。

台湾政治大学讲座教授黄立先生是两岸共识的民法总则权威,他曾经担任了台湾地区“民法典”“民法总则”修改课题组的负责人,深知民法典编纂之难在于总则问题。他以《中国大陆民法典编纂中“民法总则”的发展与完善:以中国台湾地区死亡宣告制度革新建议为例》为报告议题,从一个小题做大文章,呈现民法典总则部分现代化之必要性和挑战性。黄立教授认为,死亡宣告制度在空难事故中遇到挑战,难以适应现实死亡理赔纠纷的规则需要,希望通过对台湾地区相关法律条文的联合修改,顺应现实发展,使受难家属获得切实帮助。他还阐述了“死亡认定”和“死亡宣告”在具体个案适用上的区别,指出“死亡认定”在实践中极具意义。他提出,瑞士民法对此问题做出了很好的处理,除了对死亡情况规定了“一般申报”外,还作出了特殊情况下直接“认定死亡”的规定,比较而言台湾地区“民法”没有瑞士严谨和详尽实用。

台湾大学傅斯年讲座教授詹森林先生是债法大家,他就我国民法典编纂的另外一个重点和难点即债编的设计问题发表宏观思路和建议。詹森林教授以《中国民法典编纂中“债编”的立法宗旨和技术》为题,立足立法宗旨和技术两个方面加以阐发,认为中国未来的民法典应当保留债编的架构,在此前提下,债编的立法宗旨应在“保留中国特色”和“迎合世界潮流”间审慎定夺,其立法技术需强调“科学立法”与“民主立法”。詹教授就法典体系的安排、民商合一与否的模式选择、“民法典”与“特别民法”的整合、债法通则与民法债编的关系等问题作出了分析并提出了富有洞见的方案,最后还比较了“法典化”与“解法典化”的利弊。

第二部分“专题策划:民商法理论与方法论”,系此次论坛主旨的着重点。最终收录21篇代表论文,就民商法理论与方法论的趋势、重点议题、前沿思想、实践难点或者创制空间等,展开研究或砥砺。

台湾政治大学杨淑文教授就《任意规定之模范导引功能——以银行保证金保证书

之独立性或从属性为例》为报告,就民商法基本规范形态——任意性规定功能这一基础性问题进行研究。论文以作者长期耕耘的金融法领域的一个问题角度,即具体的银行保证金保证书的独立性或从属性的分析,来阐发任意规定的模范导引功能的意义、作用方式以及疑难。杨教授通过列举台湾地区“最高法院”的判例来引出有关银行保证金保证书的独立性或从属性应用中具体问题,并从债权实现之担保、保证金保证书、实务见解等方面进行了深入的研究探讨,对任意规定之模范导引功能进行生动详细的阐述。

台湾成功大学陈俊仁教授在《营利组织与非营利组织之民商法理论检视——从社会企业与企业社会责任观察》一文中,阐发当今民商法有关法人规范的社会责任理论。陈教授认为,现在营利组织与非营利组织界限模糊,传统民商法理论对营利与非营利组织界限、非营利组织的本质以及是否分配盈余进行了规范,这属于消极层面的规范,而未能积极赋予非营利组织积极将盈余回馈社会之公益义务与公益社会责任;非营利组织以医疗机构为例,坐享国家租税优惠,应该负起较高的公益义务和较大的社会责任。论文还提出,社会企业的兴起,对民商法有关营利与非营利划分的理论形成冲击与挑战,应严肃对待此课题。

台湾政治大学的王文杰教授与刘承愚先生以《限制契约自由的反思——从股权激励计划的监管谈起》为题,由商法的一个具体角度对民法上契约自由限制问题进行规则反思。作者认为,契约自由并非不能限制,但必须要以立法的方式为之,并且其限制的手段和目的之间存在的损害比例必须相当。从股权激励计划的监管来看,美国的监管就是确保信息揭露,其他的内容则充分尊重上市公司的决定,因此吸引了全世界的公司及投资人来此进行交易,成就资本市场的荣景,也收到巨额的手续费和税捐。香港则由联交所(私营企业)监管,由于香港联交所可完全贴近市场,对于不同的意见也可有较为迅速的反应,其监管的效果远较以行政机关来执行为佳。但是比较起来,中国大陆和中国台湾地区,仍以行政机关的监管为主,这种方式很可能加大了限制空间和强度,而可能对整体经济造成重大伤害。总之,只有理论的精致化规则配置,才能达成合理效果。

台湾东吴大学郑冠宇教授在《情事变更原则》一文中,对于合同法上这一最具灵活性的新型规则展开法律适用的研究。作者认为情事变更原则是民法中重要的原则,其详尽梳理、分析了在民法中情事变更原则的构成要件、法律效果,且特别提示应当注意情事变更原则在工程契约中的运用,尤其是应当注重情事变更原则在工程契约当事人之间分配不可预见风险的功能。

台湾大学王文字教授在《商事契约的解释——模拟推理与经济分析》一文中,从当代商法特有角度揭示商事契约解释方法的发展。该文指出,商事契约在现代交易体系扮演重要角色,现代市场充斥长期而复杂的商事契约,具有风险分担及治理机制

等特征,未必适合套用契约法的典型契约与任意规定,从而法院如何解释契约——特别是填补漏洞更是关键。契约法应当更加地尊重商事当事人自治及缔约目的,体现商事契约蕴含的商业考虑。王文字认为,契约解释中依通说填补漏洞方式有二,一为透过模拟推理适用契约法规定,二为考虑个别交易情境推断“假设的当事人意思”,但是解释商事契约则宜纳入经济分析观点,如“逆选择”“道德风险”或“特定性资产”等,以此予以补充。论文还具体探讨了保证、经销、工程等商事契约案例,以这些例证说明不论解释契约或是填补契约漏洞,经济观点均有助于正确判决。

台湾政治大学王海南副教授在《从“司法院大法官第552号解释”谈司法解释与法律续造》一文,涉及法律适用方法的基本议题。该文研究认为,台湾大法官在“释字第552号解释”中,为了贯彻一夫一妻制,而对“释字第362号解释”进行缩限,补充了重婚之双方当事人均为善意且无过失时,后婚姻之效力才能维持,并对本解释的溯及力作了规定。该文从比较法角度,结合德国法、瑞士法强调了一夫一妻制不容破坏,从不同的法律关系出发探讨了信赖利益,提出“释字第552号解释”对重婚例外的限缩仍有许多不足;之后,从“评价漏洞”的角度指出“释字第552号解释”仍然破坏了一夫一妻制。总之,“释字第552号解释”中大法官的执着信赖保护原则,误解了一夫一妻制与信赖保护原则的真谛。本文是一篇非常漂亮的关于如何合理把握法律解释、审慎驾驭法律续造的方法论指导佳作。

北京航空航天大学龙卫球教授以《民法方法论的对立与调和——一种多元整合的路径》为题,就民法方法论的多样性以及相互竞争关系做出研究和评价。该文以德国学者菲韦格的论题学研究为出发,提出民法历史上至少存在作为问题思维的论题学和作为体系思维的演绎方法论的对立,而其中论题学甚至在方法论上更具有古老性,尤其是其更接近于法律的实践特性,从罗马法到中世纪曾经居于主要位置,在今天其意义也不断彰显。体系思维的民法方法论产生和盛行有着特殊的背景和空间,我们不可将之视为固化的不可动摇的唯一合理方法论,实际上在今天随着民法法源的多元化和现代化,这种民法方法论越来越暴露其固有的缺陷,因此有必要重新考虑民法方法论的多元调和问题。

上海财经大学的朱晓喆教授在《论布洛克斯的法学方法论——以〈德国民法总论〉的法律行为理论为重点》一文,专门研究了德国学者布洛克斯的方法论的定位和特点。论文介绍了布洛克斯教授生平经历和著作情况,为读者提供了一个关于布洛克斯的生动形象,进而深入当代德国的法学思潮,在利益法学与评价法学的学术传统中评估布洛克斯的方法论定位和特点,揭示了其在法学方法论方面的成就。论文最终的落脚点立足于布洛克斯的《德国民法总论》一著,就其法律行为理论有关其独特方法论加以呈现和分析,帮助理解其研究的立场、观点和价值。

武汉大学的冯果教授与袁康博士在《商法思维与商事法律解释》一文,研究了商法思维的特殊性和商事法律解释的特殊指向。作者认为,通过对商法思维下不确定概念和概括条款的解释以及商事思维下商事法律的漏洞补充的分析,可以发现理解并适用商事法律需要进行法律解释,而商事法律解释离不开商法特殊思维的运用;不论是文义解释抑或是目的解释,不论是价值补充还是漏洞填补,商法思维都在整个商事法律解释中一以贯之。可见,应当充分运用商法思维,并确保商事法律解释符合商法的内在制度逻辑,以在正确解释的基础上更好地实现商法的准确适用,规范商事裁判,并在某种程度上完善和发展商事法律。

清华大学的梁上上教授在《异质利益衡量的公度性难题及其求解——以法律适用为场域展开》一文,从法律适用的角度探讨异质利益衡量原理的应用问题。他认为,虽然异质利益衡量存在公度性难题,但在具体案件的法律适用层面是可解的,因为基本的社会共识为异质利益衡量提供了价值基础,而具体的制度共识则为其提供了规则基础。同时,诉讼程序也为妥当的利益衡量提供了理性保障,通过正当程序规范利益的竞争与选择过程,发挥法官主观能动性,可以获取为社会所接受的优势利益。

澳门大学艾林芝博士以《体系思维与法律行为效力依据——以澳门民法典的相关规定为例》为题,研究民法的体系思维的一个解释应用问题。他列举了意思说、表示说、信赖说、责任说、效力说和道德哲学理论,发现仅凭单一的理论无法解释所有法律行为的效力。那么,单一要素不能作为法律行为效力的依据,就意味着法律行为效力,可能是多向要素共同作用的结果;但简单地将各项要素杂乱无章地叠加起来不仅不能解决问题,反而会造成更大的混乱。所以,要想以多项要素来作为法律行为效力的依据,必须要有一个协调这些要素,具有价值一贯性及内部统一性的方法。奥地利学者 Walter Wilburg 发展出了动态体系理论,并且总结出动态体系的两大特征。《澳门民法典》中关于法律行为效力的规定符合动态体系理论,其法律行为的效力不是由单一要素(原则)决定的,而是各项要素(原则)之间相互协作的结果。

华东政法大学高富平教授在《法社会分析在当今中国的价值》一文中,高度评价法社会分析的可应用性。他详细介绍了法社会分析方法,分析了如何将法学的研究从书面上的、理论性的、静态的分析层面扩展至现实生活中的、实践性的、动态的运行过程,如何具体考察和检测法在实际生活中的运行状况、法的实际效力、实际作用和实际效果等等现实而具体的问题。论文也从我国当今的法学研究和社会需求为切入,论证了法社会分析方法在当今中国社会中所具有的价值内涵。

厦门大学徐国栋教授以《两种 Topica,哪个是真的?——雷森遇上菲韦格》为题,探求 Topica 方法的真意。论文以雷森的新著以及菲韦格的旧著就 Topica 方法的有关阐述加以比较,旨在解疑释惑。笔者认为,通过对菲韦格和雷森两位学者有关罗马法

学家法言的 Topica 分析加以比较,可以发现菲韦格方法分析的是体系,针对的对象大,而雷森方法分析的是推理,针对的对象小。笔者还指出,Topica 作为术语,其本意就是“地方”,这是相对于整体的一个概念,“地方”是微观的而“整体”是宏观的、体系性,菲韦格把地方论方法与决议法等同了,而雷森式的方法论才是真正的 Topica 的结论。

华东政法大学李求轶教授的《罗马法的方法论及其哲学基础》一文,探求罗马法的方法论的体现及其哲学的渊源问题。他从哲学的视角反观法学的理论,认为斯多葛哲学的(二值原则)逻辑命题原理和(两分法)辩证法原理对罗马法概念的建构具有决定意义。此种斯多葛命题系统具有自身的优点,但是也有许多缺点,所以现代法的发展要有所突破和创新。

劳动关系学院的沈建峰副教授在《私权(法)主体概念发展的历史考察》一文,通过历史考察对于私权主体概念的演化情况进行实证分析。笔者以罗马法—自然法—当代德国法为时间线索,细致分析了私权(法)主体从身份到法律人再到权利能力人的演变过程,最后指出私权主体的变化是一个从具体概念到抽象概念,从混合概念到单一概念的过程。

复旦大学的班天可先生以《意思表示中的法律错误》为题,研究法律错误的厘定依据和方法问题。他以案例分析入手,分析了罗马法与德国法中的“法律不应原谅无知”理论,认为法律错误的问题点在于法律附加在意思表示上的效果是否有正确性,最后回归案件,指出作为一个判决理由,“法律不应原谅无知”无论是在法学史上还是比较法上都是不值得肯定的。

暨南大学的汤文平副教授的《论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础》一文,研究了预约的体系定位。论文针对我国实务中对“强制缔结本约—实际履行本约—履行利益赔偿”理论的挑战,提出预约的认定将可依托于多个维度的类型序列,融贯法之双重体系,预约认定之后的救济也将在信赖利益与履行利益乃至实际履行之间,获得更大的、可以论证的弹性的结论。

中国青年政治学院的王雷博士的《民法证据规范论》一文,研究民法上的证据规范问题。论文着眼于司法三段论中作为小前提的案件事实之成因,认为民法证据规范主要包括民事证明责任一般规范和民事证明责任法定例外规范,同时认为案件事实形成过程民事证明责任是对传统法学方法论体系的有益扩充,也丰富了民法规范论的类型配置。

中国人民大学博士后贺剑先生的《认真对待案例评析:一个法教义学的立场》一文,强调案例评析的重要性,特别是其规范化的必要。作者针对国内目前较为热点的案例指导制度,做了比较法上的细致分析,得出最高人民法院作出的案例评析具有篇幅短、个案取向和偏重教义三大特征,同时认为案例评析在我国的推广,需要以法学期

刊的门户开放和学术评价体制的调整作为前提,并在写作体例和文献运用上予以规范。

郑州大学申惠文副教授的《论民法类型化的方法》一文,则对民法类型化的方法进行作用和改进的思考,他通过梳理与论述,认为类型化之于民法有三大优势,同时也需要在分类的时候考虑分类的逻辑与实用性。

此外,四川大学王竹副教授在《以“非基本法律法典化模式”制定民法典的立法程序——一种“实用主义思路”的合宪性思考》一文,就民法典的立法程序提出建议。他提出,第四次“民法典”起草过程积累了可观的资源,但也同时面临着一些困难。应该从实用及合宪的角度,以“非基本法律法典化模式”尽快制定实质意义上的民法典。该民法典符合我国国情,有实用性而不必在形式上过分苛求。这种立法程序设计思路,可以确保“民法典”在保证立法质量的前提下合宪性地通过。此外,还提出了进行民事习惯调查,尝试通过民法的区际法域整合探索“另起炉灶”的起草模式。

第三部分为“物权法与继承法专题”,汇聚13位作者的相关主题论文。不动产登记立法问题是物权法目前的热点,我国土地地权制度一向是中国特色合理化构建难点,而继承法修改也是目前民法典编纂的聚焦点之一,因此这三个领域也成为众多论文的文交汇点。

清华大学程啸副教授多年主攻不动产登记制度研究并参与立法,其《中国统一不动产登记立法中的若干重大问题》一文,旨在针对我国统一不动产登记制度进行了重点分析。论文对不动产登记之自愿性、不动产登记之功用、现行不动产登记之分类以及不动产登记簿都做了反思研究,论文还指出需要对不动产登记机构、类型、效力与不动产登记簿四个方面进行订正,这样才可以使得我国统一不动产登记制度走入正规。

广东韶关学院的张保红副教授在《论不动产登记制度法理基础的重构——以物权行为为中心》中,探求不动产登记制度的法理基础。他将目标锁定在物权行为上进行制度结构再造,认为物权行为不仅仅是意思自治的一种体现,还是不动产登记形式审查的核心要素,同时也是不动产登记簿公信力与推定力的来源,在这种模式之下,将会有更多的民法意义上的人变成商法意义上的理性人,所以应给不动产权利人中的部分商人一个自我选择机会。

山东政法学院周玉辉博士以《论不动产登记的功能定位与证明效力》为题,侧重于评述不动产登记实质审查的合理性与必要性。论文认为,不动产登记应遵循法定公示方式、权利确定及证明责任分配的功能定位,并配置确权效力、推定效力及公信力的效力类型;基于物权公信原则的考虑,为不动产登记簿的正确推定,设置证明责任倒置规则。

上海海事大学王铁雄副教授以《论财产所有权观——写在民法典编纂启航之际》为题,审视历史上财产所有权观念的变迁路径,希望揭示出财产所有权观念的演变规律及其发展趋向。文中指出,财产所有权具个人与社会两个方面,两方面的利益

是共存的。虽然对个人利益或社会利益的强调,在历史每个时期各有侧重,但其基本趋势则是走向个人与社会的利益平衡,其根本目标是促进个人与社会的和谐发展。

清华大学汪洋博士在《土地上物权框架的生成与表达——基于体系化视野对罗马物法的重塑》一文,详细讨论了罗马共和国与罗马帝国时期土地权利与土地管理制度的演变与发展,文中指出,罗马法上的地权秩序,一直都是在国家的直接介入、调试和推动下生成与演化的。这一研究暗含对我国公有制前提下地权的复杂设计和合理建构的思考,对于我国土地权利制度的合理发展富有启发。

北京师范大学李媚博士的《罗马法上的重复抵押制度及其对中国法的启示》一文,以罗马法为视角,以重复抵押制度为轴心,以我国有关重复抵押的模糊规定和学界存在的广泛争议为切入点,探讨重复抵押制度在罗马法上的历史发展和逐步完善,在罗马法与中国法之间游离往返,以期更深刻地理解这一制度。

中国政法大学孙宏臣博士的《论土地承包经营权的二元属性》一文,从中国农村的特殊结构出发,将土地承包经营权二分为成员权与用益物权两个属性范畴。论文进而主张,应当将土地承包经营权分解为两个相对独立的权利:农村土地承包权和农用地使用权,并将农用地使用权创设为一项相对独立、完整、可继承、可自由转让的私人财产权。这是一种试图盘活农村地权的大胆架构。

农业部管理干部学院王大鹏博士在《土地承包经营权入股的实践发展与法律困境——基于重庆地区调研分析》中,结合重庆地区改革实例,分析了土地承包经营权入股的诸多利弊。文章认为,土地承包经营权入股一方面可以激发市场活力,培育新型市场主体,但是另一方面,也有加大市场风险的倾向。所以在中央制定土地承包经营权入股的制度实验中,应当保持一种审慎的态度。

中国政法大学刘云博士的《房屋承租人优先购买权制度的价值评析》一文,认为我国房屋承租人优先购买权立法趋势,是将该权利的效力限制在所谓合理限度内,这种制度设计目标是简化交易关系、减少纠纷、提高物的利用价值,以及保护弱势承租人。但司法实践长期与目标背离,该权利实际地位发展不平衡反映了社会经济发展不平衡,经济发展不平衡造就了合理而不公平的法治环境。然而,当大量人无力支付房价时,民法应及时回应承租人对基础性保护的需求。

黑龙江大学的王艳慧教授以《西方继承法理念变迁的法哲学分析》为题,对西方继承法理念的哲学基础加以考察。论文认为,西方继承法理念的变迁直接导致其制度价值和基本规范的变化:早期家族主义下的继承法理念,维护父权、维系家族;近代以后日渐发展的个人利益至上观念下的继承法理念,则尊重遗嘱自由;再后来的社会本位观下的继承法理念,则承认个人意志自由,兼顾社会利益平衡。在我国继承法修订之际,明确这一关系,对于指导思想的取舍和具体规范设计具有重要意义。

北京航空航天大学付翠英教授与王晓宇博士合著的《遗产酌给制度的性质、确立基础及其适用》一文,研究遗产酌给制度。论文认为,遗产酌给在性质上是非法定继承人依法请求分得遗产的制度;其制度基础为历史文化遗产、死后扶养、被继承人意志推测、继承制度补充以及照顾、奖励、补偿等思想、理论。从适用上来说,则应注重以下要点:法律仅赋予遗产酌给对象以请求权、非受酌给人以当然分配权;该请求权产生基础是扶养事实,遗产酌给之债与合同之债、遗赠之债等地位同等;受酌给人是债权人,被继承人是债务人。

辽宁大学李岩副教授在《虚拟财产继承立法问题研究》论文中,就虚拟财产继承的可行性和复杂性进行研究。论文认为,虚拟财产非属法定权利类型,但蕴含经济、精神价值,其依托的网络环境易致其受侵犯,保护态度和方法在司法实践中做法不一,性质可定位为法益,其利益性和社会需求证明了其继承价值。当下用户死亡后虚拟财产的两种处理方法都存在诸多弊端,采虚拟财产继承的模式才是可行之路。法律应承认虚拟财产为可继承财产利益并作出具体规定。

第四部分为“债法专题”,收录了14篇代表作,范围广泛,有宏观层面或交叉意味的理论论题,也有具体方面规则的研究之论,有基础性课题的研究探究,也有前沿问题的观察思考。这些研究可谓用力深刻,意味深长,对于目前正在热议的债法布局以及具体制度创制问题,具有重要的启发意义。

中国社会科学院法学研究所谢鸿飞研究员在《违约责任与侵权责任竞合理论的再构成》一文中,着力研究了合同法和侵权法现存的责任竞合理论的不足之处及实践中存在的困境,同时提出改进之道。作者认为,竞合时的法律适用应采新法条竞合说,即不再依法律规范之间的逻辑关系而依规范目的为标准,决定适用合同法还是侵权法;同时应依循《民法通则》中的统一民事责任制度,解决损害赔偿以外的其他责任方式的竞合问题。作者还认为,在立法上,减少竞合是值得追求的,然而只有全面剥夺合同法的保护功能才能实现这一目的;《合同法》第122条及相关司法解释赋予当事人选择权,不仅不能实现充分保障债权人的立法目的,还会架空法律对某些类型侵权责任的利益配置,因此在解释论上应予限缩,在立法论上应予废除。

南京大学叶金强教授在《承诺传递迟延的制度安排——兼论效果与评价相调适的法方法》中,认为承诺传递迟延场合下当事人法律关系的妥当处理,需要《合同法》第29条与第42条的相互协作。由于受要约人归责性在第29条之中没有得到评价的空间,而且第29条已将法律效果设定在一定台阶之上,所以,应当严格限定第29条的适用要件,缩限其适用范围;第29条排除出去的情形,诸如要约人归责性较弱以及受要约人具有归责性的案情,应放在第42条的框架中进行评价。

华东政法大学韩强教授、朱奕奕博士以《保证与并存的债务承担之辨析》为论,细致

而全面得比较了保证和并存的债务承担的不同,并对两者的法律规范适用问题进行了分析。作者认为,保证和并存的债务承担在行为人与要式性方面皆有不同;在法律适用上,基于两者不同之考量,关于保证之法律规范亦不能直接适用于并存的债务承担中。

北京大学许德峰副教授在《破产视角下的抵销》一文中,研究抵销在破产的应用问题。论文认为,抵销制度体现了公平与正义观念,具有便利清偿与担保的功能,而我国民商事实体法与民事诉讼法上均未区分同一交易内的抵销与不同交易下所产生的多个债权的抵销,属法律构造不周。所以,在解释上,应承认此种区分以更好地实现实体权利的公平,并在诉讼时更好地提高裁判之效率。具体到破产法上,破产这一要素的存在,有助于从实体法、程序法层面加深对抵销权构成要件的认识。我国《企业破产法》第40条第1款第2句第1~3项的规定,在性质上实属破产撤销规范,对于同一交易内的抵销,破产程序中宜对有关交易“即时性”的特征予以特殊对待,排除撤销规则的适用而允许抵销;在与其他担保权竞争的关系中,抵销具有优先性。

湖南大学王文胜博士在《德国法中保护义务与交往安全义务间的关系及其对我国法的启示》中,认为在德国法上,合同法中的保护义务与侵权法中的交往安全义务的产生条件、内容和强度在衡量因素和标准上不存在本质区别。适用保护义务制度处理的案件,本应交由侵权法中的交往安全义务制度处理,只是因为侵权法对受害人固有利益保护不力,德国法才在合同法中发展出保护义务制度,借用合同法来加强对受害人的保护。我国的合同法和侵权法的整体制度环境与德国法存在着极大的差异,不应盲目照搬德国法中的保护义务理论。

北京理工大学赵秀梅副教授在《违反预约合同损害赔偿范围研究》一文中指出:违反预约的损害赔偿的范围不仅限于信赖利益。违反预约赔偿履行利益,一定是预约合同中已经约定了合同的主要条件,根据预约合同所约定的内容能够确定合同的履行利益;预约的一方当事人已经履行了合同的主要义务;并且,当事人丧失了合同订立后所能获得的利益。在符合上述三个条件,违反预约时,得主张履行利益的赔偿,否则只能主张信赖利益的赔偿。因此,违反预约的赔偿并非是履行利益和信赖利益泾渭分明,因为缔约过失责任和违约责任的区分也不再是绝对的。

华东政法大学博士后姚明斌以《欧洲法上违约金的规范模式——概括、评述与启示》为题,认为欧洲私法统一进程中违约金的规制重点为平衡意思自治与实质正义,法技术层面落实为关于类型问题和合理性控制问题的不同规则设计,形成了各异的规范模式。欧洲法上已经存在以法国、英格兰和德国为代表的三种主要模式,国际间统一法的协调进程以法国模式为核心共识,苏格兰作为混合法系的代表,更是展开了融合两大法系不同思路的改革尝试。法国模式在保障自治与合同确定性方面更为可取,但在司法酌减时司法权介入的幅度有过分之虞,可借鉴德国法回溯当事人意思的

思路予以补充完善。笔者最后指出,考察欧洲法上违约金的规范模式,对于中国法的具体适用及在区域私法协调进程中的自我定位,各有微观和宏观的启示。

厦门大学的陈帮锋博士在《罗马法中的不可抗力抗辩》一文中,研究不可抗力抗辩的起源和发展。论文认为,不可抗力抗辩最先适用于潜在损害保证责任,之后由于哲学家对不可抗力导致契约不能履行应否给予免责的讨论影响了法学家,契约必须严守规则开始松动,最后由古典法时期的拉贝奥将该抗辩引入到契约法中来。在古典法时期,该抗辩的适用场域是看管责任,即在适用看管责任的契约中,债务人只能通过证明不可抗力的存在才能免责。优士丁尼法将看管责任改造为最精细的注意义务,同样将不可抗力抗辩局限在这个领域,不可抗力也就作为承担最精细注意义务的债务人的唯一免责抗辩事由。在现代法中,不可抗力理论仍然未脱离此窠臼。

中国政法大学陈爱碧博士在《房地产经纪合同佣金支付规则重构——以美国法为主要参照》一文中,主张现行合同法居间报酬支付规则与房地产经纪活动现实存在差异。司法审判却以此规则为逻辑起点进行推理,往往导致脱离房地产经纪实践或错误适法,所以建议应当在规范不足的情况下采取结果导向司法思维,分析评价不同佣金支付规则之实效并在此基础上择取最有利规则。作者认为,合同履行规则比其他规则更有优越性,所以建议予以采纳。

台湾政治大学黄立教授在《“铁路法”及“大众捷运法”有关损害赔偿问题研究》大作中,对铁路及大众捷运等现代损害赔偿问题进行规范应用研究。论文结合丰富的案例和各地的规范,对于该问题的制度构成进行了详细的梳理和分析。作者认为:德国与瑞士的法律与我国台湾地区不全相同,从相关案例可以得知,轨道车辆优先于一般车辆,但在无遮拦之平交道,对行人仍有高于一般的注意义务,对于交通事故伤者相较于死者的家属给予较高补偿比较合理,在发生人员死亡的案件中不同载具赔偿金额显著不同。这些值得借鉴思考。

台湾政治大学王千维教授以《受雇人盗领客户存款之雇用人责任——评台湾“最高法院二零一四年台上字第四三四号民事判决”》为题,就受雇人盗领客户存款问题的责任进行法律适用分析。论文认为,有关受雇人擅自提领客户之存款,首先应区辨受雇人是以客户的名义还是以受雇人自己之名义并为自己之计算提领客户之存款。其次,应确定具体个案中受雇人所发生之侵害行为是否在台湾地区“民法”第188条第1项所定雇用人选任监督义务之范畴内,这里主要取决于受雇人承担职务之执行是否明显有助于受雇人对此等侵害行为之实施而定。此外,受雇人擅自提领客户的存款,若在被害人与雇用人间事先已存在一消费寄托的债的关系,则此时雇用人(亦即债务人)必也负担与台湾地区“民法”第188条第1项所定之选任监督的交易安全义务内容相同的附随义务。由此,在个案中纵未得该当台湾地区“民法”第224条本文所定“关于债之履行”

的要件,惟雇用人亦因违反附随义务,而得同时成立债务不履行的损害赔偿責任。

台湾政治大学的吴瑾瑜副教授在《自杀致他人房屋受有价值减少损害的侵权责任问题初探》一文,认为自杀致他人房屋受有价值减少损害的侵权责任问题,不仅是法律问题,而且更多成分是文化问题,因此英美或欧陆经验的参考值骤减。作者倾向纯粹经济上损失说,有鉴于忧郁症等精神疾病已成为常见的文明病,复以屡传自杀者在无异常迹象情况下,即旁人无任何防制、阻止机会的情形下,选择结束生命的案件;对房屋所有权人而言,他人自杀行为致己身财产受损的情形,无异于火灾、风灾、地震来袭,属人生的风险,仅能以购买保险等方式转移。

江苏大学曾见博士在《法律与医学在医疗过失判断上的纠缠与正确处理——〈侵权责任法〉第57条的理解与适用问题》一文,就医疗过失的判断进行规范解析。论文认为,在医疗过失的判断上,法律依赖于医学,但是不应当以医学取代法律的判断,当前针对《侵权责任法》第57条“当时的医疗水准”的理解争议以及审判实践对医学鉴定的过度依赖,均源于对法律与医学关系的不正确认识。从英美法系、德国法的实践来看,医疗过失作为一种法律判断,必须以过失的一般判断标准为基础,而医学知识与经验只是法律判断的工具与内容,其切入点在于,要求医疗人员在医疗活动中进行适当的风险收益衡量,对“当时的医疗水准”的法律解释应当摆正法律与医学的关系,确立医学基础上的法律判断模式,在审判实践中应当避免简单地由鉴定专家认定医疗过失。

湘潭大学周晓晨博士在《机动车交通事故责任强制保险中受害人范围之研究》中,对交强险中受害人的范围从解释论的角度结合理论学说予以释明。作者认为,“交强险条例”将“本车人员”与被保险人排除在保障范围之外的规则,在现阶段具有合法性与合理性,在解释适用时应予遵守;对于可能出现“身份转化”的“本车人员”或驾驶员,不应简单地以“空间的内外”作为受害人身份判断的标准,而应结合我国“交强险条例”的立法目的与背景、交通事故责任的特点以及保险法的近因理论,在个案中谨慎妥当地加以认定;在车外遭受损害的驾驶员、被甩出车外的本车人员以及基于自己意志上下车的人员,一般情形下不应属于交强险所保障的受害人。

第五部分“商法分论专题”,收录了7篇代表作。涉及商法具体制度的适用或者理论问题,其中多篇研究探讨了商事具体领域或者规则的发展趋势。

台湾辅仁大学郭土木教授在《股份回笼之禁止与库藏股制度之探讨》一文,结合两岸法律规定和资本市场的实际操作,并采用比较法的方法对股份回笼和库藏股制度进行了研究。他认为,两岸公司法对于股份有限公司原来皆奉行资本三大原则,现在在时代经济环境之变迁与特殊需要之前提下,对于资本三大原则均采行适度退让。但台湾地区库藏股实施之制度,除参考其他国家之立法例外,亦有其特别之实际背景与需求。现行《中华人民共和国公司法》第142条规定,公司除减少公司注册资本、与

持有本公司股份的其他公司合并、将股份奖励给本公司职工、股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议,要求公司收购其股份等情形外不得收购本公司股份。其中,将股份奖励给本公司职工,与台湾地区“证券交易法”第28条之2第1项第1款及“公司法”第167条之1规定相同。台湾地区在执行库藏股制度上卓有成效。

西南政法大学曹兴权教授在《抽逃出资禁止制度:基于法政策范式的解读》大作中,对抽逃出资禁止的相关制度背后的理论进行了反思。他认为抽逃出资禁止制度所涉及的行为,在本质上不应属于股东出资义务规范的范畴,此刻法官理应限制适用制度,立法者理应恢复该制度的应然面貌。由于规范的行为涉及公司资产向股东的流动,抽逃出资禁止制度展开的逻辑,理应在资本维持原则;资本维持原则背后的理念浓缩了公司制度运行在特定方面的客观技术要求,应当从公司运行的技术逻辑出发决定抽逃出资禁止制度的命运。

中国政法大学朱晓娟副教授、姚篮硕士生合著的《论股东优先购买权之可侵害性——学说与判例》一文,提出在讨论股东优先购买权是否可侵害时,应当区分债权性股东先买权和物权性股东先买权,而司法实践也应该早日厘清《公司法》第71条上的股东权利体系,认识到债权性股东先买权的不可侵害性和物权性股东先买权可以对抗善意第三人。如此,可以将法律依据、请求权基础与判决结果、当事人主张准确地对应起来,从而摆脱将所有的股东对外处分股权问题都归咎于侵害股东先买权的说理困境,也能正确地适用国际私法,明确准据法与管辖权。

北京建筑大学王丹副教授在《我国派生诉讼的司法现状调查研究》中,对我国派生诉讼的司法实践进行了调研和总结。作者认为,我国派生诉讼的被告绝大多数为公司董事、总经理、控制股东,诉因以董事、经理等违反忠实义务的情况为主,违反法定规定的其他义务也占有一定比例,违反注意义务的情况非常罕见。从诉讼结果上来看,原告胜诉和败诉的比例接近,胜诉案件表明派生诉讼能够为公司带来实质性的好处,败诉案件大部分是由于原告没有充分的证据证明其诉讼请求,或主体不适格;前置程序缺乏的问题比较明显;对派生诉讼中的诉讼费用承担问题没有与其他诉讼程序相区别;涉讼公司类型基本上都是有限责任公司。作者提出,对我国派生诉讼司法问题的深入考察,可以为派生诉讼制度的本土化提供依据。

北京航空航天大学王瀚培博士在《公司权力中心变迁与公司法的回应》中,提出“公司权力中心”概念,认为公司权力中心在中外公司发展历史上存在某种变迁现象,且各国公司法对这种变迁的应对逻辑具有相似性。我国公司权力中心的变迁轨迹具有自己的特点,2005年《公司法》在应对公司权力中心变迁方面进行了一系列的回应,效果良好,但也存在不足。我国公众公司的股权结构受政治因素影响,在未来可能会出现“二元结构”现象,相应的公司治理结构可能会发生以前未曾经历的变

化,公司法应当针对此变化作出符合逻辑的回应。

中国政法大学陈宾博士以《浅论我国特殊普通合伙制度的完善》为题,认为我国现行《合伙企业法》对特殊普通合伙制度的规定较粗疏,可操作性差。具体表现为:一定程度上混淆了与普通合伙的区别,且对特殊普通合伙的适用范围、合伙人的执业行为及承担责任的具体标准的规定不够明确,导致实务操作不便,债权人利益难以得到有效保护。论文通过比较法上的考察分析,针对我国立法和实践中存在的问题,结合我国实际,从细化现有条文和增加有关规定两方面提出具体举措。应进一步明确特殊普通合伙的适用范围和执业行为,并增加设立审查、监管、责任认定机构和资产取回制度等,使特殊普通合伙制度的价值和优势得以充分发挥。

复旦大学白江副教授在《论德国环境责任保险制度:传统、创新与发展》一文中,考察德国环境责任保险制度,认为其在国际上走在前列。笔者研究发现,德国经过较长的历史发展和不断的制度创新,目前已构建了《环境责任保险一般条款》《环境责任基础保险一般条款》《环境损害保险一般条款》等标准保险合同。这些合同中对保险标的、被保险的风险、保险事故、合同后责任、系列损害等作了合理的规定,科学地面对和解决了环境责任的可保性问题。2007年德国对《保险合同法》进行了重大修改,诸多新制度又为环境责任保险的发展提供了新支撑。我国正在发展环境责任保险制度,德国的许多经验值得我国借鉴。

本书编者勉为上述辑辑之际,深有两点体会:一是迎面而来的是知识眩晕的遭遇,这一篇篇有关民商法理论与方法论一般性或者具体专题的作品,尽管不能说篇篇珠玑,但无一不是呕心沥血的智慧结晶,可以说均极具有启迪意义。实际上,许多论说势必引发持续的争论,甚至成就理论发展或者方法精进的佳话。二是编者在很多情况下感到难以胜任这样的精华汇集任务,某种程度上只能做到走马观花而已,好在读者自有阅读旨趣,不会因为编者们的平庸而受到影响。

编者在此也要借机对所有同意编入本辑的作者表示由衷感谢,同时对因为需要另行发表或者因其他原因而保留版权的作者,也深表理解并仍然致谢,因为他们的大作已经灵光闪闪。北航民商法教师团队以及院办人员,特别是刘保玉教授、任自力教授、付翠英教授、孙国瑞教授、周友军副教授、周学峰副教授、李昊副教授、丁海俊副教授、王丽副教授、王天凡博士、张家骥博士、朱晓婷博士、张渊老师、庞瑜老师等对于会务做出了许多奉献。本书的编辑,除了封页所列编辑之外,博士生林涇民、赵精武、谢地等同学也做了大量工作,此外硕士生吴保役、马可、刘慧超、毛乌吉达、包娱嫚、杨娅蕾、张海洋、刘文静、薛媛元、程凌、刁彩霞以及本科生张秋临等也付出了辛勤的汗水。在此,对他们表示感谢。此外,特别感谢北京市才良律师事务所并王才亮律师、浩天信和律师事务所并陈伟勇律师、伟博律师事务所并李伟民律师等慷慨赞助。