

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2008-2009)

私法研究

第13卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.13

顾问

吴汉东
王泽鉴
梁慧星

主办

国家级重点学科
中南财经政法大学民商法学科

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

PRIVATE LAW REVIEW VOL.13

私法研究

第13卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

编辑部主任: 耿卓

责任编辑: 麻昌华 雷兴虎 高飞

黄洋洋 罗朋 陈亚男

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊 (2008 - 2009)

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第13卷/陈小君主编. —北京:法律出版社, 2012. 12
ISBN 978-7-5118-4229-9

I. ①私… II. ①陈… III. ①私法—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第263667号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/28.5 字数/540千

版本/2012年12月第1版

印次/2012年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4229-9

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



卷首语

本期集结了 30 多位作者的私法研究成果,将通过五个栏目共 25 篇文章为读者在《私法研究》平台上展现百家争鸣的学术盛况。

本期首先为大家奉上的是“民商法高峰论坛”。为促进学术交流,中南财经政法大学民商法学科立足自身学术发展优势,自 2011 年年初开始,定期邀请民商法学界知名前辈和中青年才俊,围绕中国民商法发展中的一系列问题举办了数期“民商法高峰论坛”。本期“民商法论坛”中集合了以下内容:第一篇是张新宝教授的人格权基本理论研究。在《侵权责任法》起草结束后,要不要制定一部人格权法的问题再次浮出水面,张新宝教授从对人格权基本内涵、人格权之宪法规定与民法制度以及人格权国际立法等角度进行分析,阐释了民事主体资格的人格与保护人格利益的人格权,并对人格权立法无论是单独成编还是并入民事主体制度都不可回避的问题进行了回答,最后张新宝教授还对人格权的立法模式提出自己独到的见解。第二篇是吴汉东教授、高飞副教授和易军副教授关于民法学方法论的应用心得。高飞副教授首先强调了民法研究的前提即同中国的实践相结合,随后谈到了他对中国农村土地问题研究中的宝贵经验——依靠团队的力量进行社会实证研究。易军副教授则通过分析哲学观念对民法理念和民法制度所产生的重大影响以及从哲学的角度去研究民法的好处,极力倡导从哲学维度来研究民法的问题。吴汉东教授在总结前两位发言的基础上,以自己主题为“合理使用”的博士论文为切入点,谈到了自己的写作动因、在写作过程中进行课题研究和博士论文研究的方法总结以及博士论文完成对其后来学术研究的影响。最后吴汉东教授还对自己在知识产权研究中的立场、导向和专业

融通问题上的研究思路和样式进行了自我剖析,为大家提供了丰富的参考意见。第三篇是徐涤宇教授、朱广新研究员以及薛军副教授对债法总则立法问题的探讨。薛军副教授分析了两个问题:一个是在未来的民事立法规划中有没有必要追随大陆法系的传统理论构架,建构一个严格意义上的债法体系;第二个是债与责任的关系问题。朱广新研究员在赞成薛军副教授观点的基础上提出了如何编纂债法总则的问题,并对该问题提供了自己的思路。徐涤宇教授则从立法逐步体系化的过程角度提出了对债法总则是否可以采用另一种立法表达模式的思考。第四篇是姚辉教授、龙卫球教授和温世扬教授关于人格权立法问题的思考。姚辉教授从描述自己对人格权立法单独成编从开始反对到后来赞成的思想转变,谈到了人格权立法中的现实主义思考。龙卫球教授通过对目前关于人格权的三种立法方案进行比较分析,在如何通过人格权立法较好地解决现实矛盾的问题上提出了自己的看法。温世扬教授则从理论源头入手,针对人格权立法提出了三个层次的问题与大家探讨。第五篇是张继成教授对可能生活的证成与接受的见解。要使法律取得解决利益纠纷,保护公民正当权益的实际效用,司法判决对当事人而言必须具有可接受性。张继成教授通过回答判决结论何以需要证成的问题引入了可能生活的概念,并对该问题作出了“以应得可能生活为内容的司法判决具有可接受性”的回答。同时张继成教授还指出,一个司法判决是否具有可接受性,不仅要具备合理的法律论证这一必要条件,还要具备合理地满足、实现判决受众以及当事人需要这一充分条件。第六篇是孙宪忠教授对所有权的歷史分析。随着经济体制的转型和国民经济的发展,我国社会的所有权问题越来越成为大家关注的焦点。孙宪忠教授介绍了蒙昧时期的所有权、登记身份制条件下的所有权、人文主义革命与所有权以及社会主义与所有权的概况,并对以下三个问题给出了自己的答案:(1)私有财产所有权是罪恶还是积极因素?(2)公共财产所有权应该政治化、神秘化还是应该科学化?(3)公共财产和私有财产发生矛盾时,应该怎么办呢?第七篇是王轶教授和孙鹏教授致力寻求民法研究共识过程中的一些探讨。王轶教授认为现今中国的民法学研究面临缺少共识的问题,因此有必要从源民法学角度进行思考,并对民法问题中的事实判断问题、价值判断问题、解释选择问题、立法技术问题以及司法技术问题提出了自己的看法。孙鹏教授则对如何达成民法研究共识提供并详细阐释了三个路径:拟定研究对象、把握研究路径以及拓展研究成果。

本期第二编的主题是“《合同法》第52条”。2012年4月21日,由中南财经政法大学法学院、民商法研究中心主办了“《合同法》第52条解释适用”学术研讨会,着重讨论第52条第5项的解释适用问题。《合同法》第52条规定了合同无效的情形,其中第5项规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效”,这项规定被认为是连结公法与私法的渠道,但对该项的适用无论在理论还是在司法实务中都存在极大的争议。此次将研讨会的学术成果呈现于本刊,希望通过案例的分析

使读者明确该项使用的具体方法以及功能价值,增强理论和实务能力。第一篇选取的是耿林副教授的《强制性规定与社会公共利益》。为了解决如何在具体审判中运用强制性规定的现实问题,耿林副教授选取了最高人民法院公报中选登的“安徽省福利彩票发行中心诉北京德法利科技发展有限责任公司营销协议纠纷案”予以分析,并结合案例对具体强制性规定的文义解释、体系解释以及目的解释进行了逐个比较,在强制性规定与社会公共利益的适用关系问题上得出了自己的结论。第二篇选取的是黄忠副教授的《法律行为相对无效:反思与重释》。理论界对相对无效一直有着不同的认识,而这些认识的分歧又可以追溯至法、德两国就相对无效性质、内涵的不同认识。因此,黄忠副教授在本文中采取了比较法学的分析方法,首先介绍并评析了法国、德国就相对无效的理解,然后回到中国民事立法的既有框架下对相对无效制度构建的可能和模式提出了自己的主张即相对无效的重释以无效的主张者为标准。第三篇选取的是许中缘副教授的《再评〈合同法〉第52条第5项》。《合同法》第52条第5项的规定为学者所谓的“转介条款”,其涉及整个法律对合同效力的影响,然而“效力强制性”的法律规定却由于缺乏相关的理论基础和具体的操作标准,并不能对我国的司法适用提供有效的指导。作者在文中将转介规范的性质界定为禁止性规范,对转介规范以及禁止性规范的内容进行了延展,还对《合同法》第52条第5项的法律适用需要结合的判断因素进行了说明,最后基于上述分析作者对《合同法》第52条第5项作为法律行为效力的判断规范进行了反思。第四篇选取的是赵吟博士的《违反邮政专营规定的快递合同效力之辨识》。作者通过介绍重庆渝亚房地产开发有限公司诉重庆天轩快递有限公司一案提出了违反邮政专营规定的合同是否无效的问题,并对违法合同效力判定的引致规范依据(《合同法》第52条第5项)和实质标准进行了辨识。作者详细阐述了自己在邮政专营规定是否承载社会公共利益这一问题上的观点,最后还对违反邮政专营规定的合同无效从实效性、必要性以及均衡性的角度上进行了独到的分析。第五篇选取的是钟瑞栋教授的《〈合同法〉第52条第5项的三个争议问题》。作者首先对一直存在争议的“不可以约定排除适用的规范”这一概念的称谓的使用和选择上从理论和语法角度给出了界定建议。其次作者一方面对强制性规范现有的划分标准以及类型进行了评判,另一方面也提出了新的标准和新的类型划分尝试。最后作者详细论证了《合同法》第52条第5项不但兼具属于引致条款和概括条款的双重功能,而且还具有根本属性与辅助属性之分。第六篇选取的是漆晓昱硕士的《论违反强制性规定的合同效力问题》。作者力图通过理论和实务分析给司法实践提供一个可行的判断违法合同效力的方法。立足现有理论研究成果,作者在评述对我国立法和司法现状的同时对违反强制性规定的合同效力条款功能重新定位,引出了“强制性规定”的认定以及强制性规定与合同效力关系的判定意见,对司法实践提供了一个相对具有可操作性的标准。第七篇选取的是李红琳硕士的

《违法合同的效力判定》。作者以“山西神木县法官讨要千万元分红案件”为例引导读者将问题回归到了违法合同效力探究的理论起点。同时在介绍我国关于违法合同效力的法律规定以及学说见解的基础上,通过对违法合同进行类型化分析,在解决违法合同效力判定问题上提供了区分效力性和管理性规定的路径。

本期第三编的主题是侵权责任。为了从法律制度层面贯彻落实新医改有关医疗质量和病人安全的目标,本期特意刊登了黄清华教授的《论中国医疗过失责任法的发展方向——建立“基本医疗卫生服务损害救济制度”的建议》。文章首先回顾了发达国家医疗过失责任法社会化改革的成果与动因,并对这种社会化改革进行了法理探讨;然后梳理并简要分析《医改意见》有关医疗质量和病人安全问题的政策安排,进而与英美有关医疗质量和病人安全的法治化方法进行对比,以此讨论中国医疗过失责任法的发展方向,并设想建立一种与中国基本医疗卫生制度相适应的“基本医疗卫生服务损害救济制度”。

本期第四编的主题是商法专论。公司派生诉讼研究并不是一个新的话题,但王丹博士却从理论基础视角对派生诉讼进行了新的解读。作者在阅读中发现派生诉讼制度长期以来备受争议,为寻求派生诉讼制度的生存空间,作者以“公司派生诉讼的理论基础——公司人格理论的演变及其对派生诉讼的影响”为题,从公司人格理论演进角度为派生诉讼寻求理论正当化基础,并且作者还指出在资本多数决和商事判断规则的运用已经突破合理限度、公司中的所有权与控制权分离畸形发展时,派生诉讼是恢复公司独立人格的补救机制。

本期第五编的主题是农地法制。以陈小君教授、高飞副教授为代表的中南“农地学人”一直致力于通过实地调研与理论研究来推动中国农地法制的发展。依托这些学者的理论研究成果,同时也为了激发读者学术灵感,本刊每期都会专设“农地法制”栏目,提供农地法制研究的前沿资讯。第一篇选取的是金枫梁博士的《〈土地承包法〉第26条第3款的合宪性控制——对“土地换社会保障”的基本权教义学检讨》。土地承包经营权属于《宪法》第13条公民财产权的保护范畴,文章中认为《土地承包法》第26条第3款采用的把“土地承包经营权拟制为社会保障制度”的立法拟制技术减损了土地承包经营权的效力,其正当性必须在《宪法》第13条公民合法财产权的保护与限制条款内予以审查。并且作者还主张鉴于我国的宪政现状,合宪性解释也不失成为一种合宪性控制的手段。近年来城市房屋拆迁由于种种原因一直成为引发多种社会矛盾的导火索,因此本期选取了丁文教授的《国有土地制度上房屋征收补偿制度研究》。文章结合社会热点,对中国国有土地制度上房屋征收补偿制度特点与不足进行了探讨,同时也对中国国有土地上房屋征收补偿制度的完善提出了自己的建议。高飞副教授的专著《集体土地所有权主体制度研究》在民法学界影响颇大,给学者们也带来诸多启示,因此本期将与大家分享三位读者的读后感,分别是陆剑博士的《聚焦中国问题,探索实证进路——

〈集体土地所有权主体制度研究〉评点》，祝之舟博士的《建构科学的集体土地所有权主体制度》，资琳博士的《什么样的中国现实？——评〈集体土地所有权主体制度研究〉》。日本是中国一衣带水的邻邦，因此日本农地制度构建对中国具有极大的参考意义。伦海波博士翻译的糊泽能生的《日本农民的土地所有权及对农地的自主管理》一文，追溯了日本农地制度的历史变迁，解析了日本农地制度设计的两条不同路径，文中作者对日本农地制度面临的危机提出的忧虑也同样值得中国学者进行比较研究与思考。

本期第六编的主题是外国法译评。对域外学说的介绍与评价一直是《私法研究》的经典栏目。胡东海博士的《地役权制度对所有权公法限制的规制——以意大利强制地役权制度为例》为探讨物权法领域的公私法接轨问题提供一种新的进路；齐云博士的《对意大利〈消费法典〉的双重透视——以民法典与部门法典的关系为视角》讨论了欧洲国家如何处理民法典与消费法典的关系，对中国法典发展方向给出了选择建议；伦海波博士翻译的濑川信久的《借地市场和借地规制——近代日本市街地的土地所有与借地》则通过翔实的数据全面介绍了日本借地的历史、机制、将来以及日本《借地法》的自由化。

目前，中国社会变迁加剧，社会矛盾频发，渗透于社会各个层面的私法无论在理论研究还是在实务应用上都处于急速的调整与变革时代，在混乱中面临诸多问题，但这也同样是一个荡涤沉疴、挥洒正义的最好时代。正所谓“大道于无形，涅槃以再生”，《私法研究》也致力于提供这样一个平台，传承前人研究智慧，激励后起青年学者，促进中西文化交流，推动中国私法学在涅槃与重生中铸就成功与辉煌！

目 录

民商法高峰论坛

- | | | |
|----|-----------------------------|----------------|
| 3 | 人格权法的基本理论 | 张新宝 |
| 16 | 民法学方法论
——从学术论文撰写看中国民法之发展 | 吴汉东 易 军
高 飞 |
| 29 | 债法总则的立法问题 | 徐涤宇 朱广新
薛 军 |
| 45 | 人格权立法问题 | 姚 辉 龙卫球
温世扬 |
| 57 | 可能生活的证成与接受 | 张继成 |
| 81 | 所有权的历史分析 | 孙宪忠 |
| 95 | 民法研究如何寻找共识 | 王 轶 孙 鹏 |

《合同法》第52条

- | | | |
|-----|---|---------|
| 113 | 强制性规定与社会公共利益 | 耿 林 |
| 123 | 法律行为的相对无效:反思与重释 | 黄 忠 |
| 136 | 再论《合同法》第52条第5项
——兼评“法释[2009]5号”第14条 | 许中缘 |
| 159 | 违反邮政专营规定的快递合同效力之辨识
——兼谈《合同法》第52条第5项及其解释
的适用 | 赵 吟 黄 忠 |
| 170 | 《合同法》第52条第5项的三个争议问题 | 钟瑞栋 |
| 183 | 论违反强制性规定的合同效力问题
——以《合同法》第52条第5项为中心 | 漆晓昱 |
| 210 | 违法合同的效力判定
——《合同法》第52条第5项之解释适用 | 李红琳 |

侵权责任

237 论中国医疗过失责任法的发展方向

——建立“基本医疗卫生服务损害救济制度”
的建议

| 黄清华

商法专论

249 公司派生诉讼的理论基础

——公司人格理论的演变及其对派生诉讼的
影响

| 王 丹

农地法制

299 《土地承包法》第26条第3款的合宪性控制

——对“土地换社会保障”的基本权教义学检讨

| 金枫梁

318 国有土地上房屋征收补偿制度研究

| 丁 文 张志红

345 聚焦中国问题 探索实证进路

——《集体土地所有权主体制度研究》评点

| 陆 剑

355 建构科学的集体土地所有权主体制度

——读高飞博士《集体土地所有权主体制度
研究》有感

| 祝之舟

365 什么样的中国现实?

——评《集体土地所有权主体制度研究》

| 资 琳

372 日本农民的土地所有权及对农地的自主管理

——以“土地中心主义”取代“房屋中心主义”

为立法理念

| 糊泽能生著

| 伦海波译

外国法译评

393 地役权制度对所有权公法限制的规制

——以意大利强制地役权制度为例

| 胡东海

405 对意大利《消费法典》的双重透视

——以民法典与部门法典的关系为视角

| 齐 云

420 借地市场和借地规制

——近代日本市街地的土地所有与借地

| 濑川信久著

| 伦海波译

Contents

Luxury Meeting Forum about Civil & Commercial Law

Zhang Xinbao The Basic Theory of Personality Right Method	3
Wu Handong, Yi Jun, Gao Fei Science of Civil Law Methodology —See the Development of China's Civil Law from the Academic Thesis Writing	16
Xu Diyu, Zhu Guangxin, Xue Jun The Legislation of the General Principles in Obligation Law	29
Yao Hui, Long Weiqiu, Wen Shiyang Personality Right Legislation Problems	45
Zhang Jicheng May Life Evidence into and Accept	57
Sun Xianzhong The Ownership of the Historical Analysis	81
Wang Yi, Sun Peng How to Find Consensus in Civil Law Research	95

Contract Law Article 52

Geng Lin Mandatory Provisions and Social Public Interests	113
Huang Zhong The Relative Invalidation of the Legal Acts	123
Xu Zhongyuan Then Theory on Contract Law Article 52 Item 5 —and Evaluation of “Interpretation Method [2009] 5” Article 14	136
Zhao Yin, Huang Zhong The Identification of the Effectiveness of Theviolation of the Provisions of the Postal Specializes in Express Contract	159
Zhong Ruidong Three Issues of Article 52 Item 5 in Contract Law	170
Qi Xiaoyu Theory in the Effectiveness of the Violation of the Mandatory Provisions of Contract —Take the Article 52 Item 5 in Contract Law as the Center	183
Li Honglin The Judgment of the Effectiveness of the Illegal Contract —the Explanation and Application of the Article 52 Item 5	

in Contract Law

210

Tortious liability

- Huang Qinghua | Concerning the Development Direction of Chinese
Medical Negligence Liability Law
—The Suggestion of Building “Basic Medical and
Health Services Damage Relief System” 237

Special topics on Commercial Law

- Wang Dan | The Basic Theory of the Company Derived Litigation
—The Evolution of the Company Personality Theory
and the Influence on the Derivative Action 249

Legislation on Rural Land

- Jin Fengliang | The Constitutional Control of the Paragraph 3 of
Article 26 in Land Contract Law
—The Basic Right Dogmatics Review for the
“Land in Social Security Policy” 299
- Ding Wen, Zhang Zhihong | Research on Houses on State-owned Land Levy
Compensation System 318
- Lu Jian | Focus on the Chinese Problems Explore the Empirical
Approach Road
—The Comment on the Research on Collective Land
Ownership Subject System 345
- Zhu Zhizhou | Construct a Scientific Subject System of Collective
Land Ownership
—The Comment from Reading the Research
on Collective Land Ownership Subject System
by Dr. Gao Fei 355
- Zi Lin | What Kind of Chinese Reality?
—The Review of the Research on Collective Land
Ownership Subject System 365

Trans. by Lun Haibo Japanese Farmers' Land Ownership of Farmland and Independent Management	372
--	-----

Foreign Law Review

Hu Donghai The Regulation of the Restrictions of Easement System on Public Ownership —Take Italian Forced Easement System as an Example	393
Qi Yun The Double Perspective of the Italian Consumption Code —In the View of the Relationship between Civil Code and Department Code	405
Trans. by Lun Haibo The Market and Regulation of Borrowing and Lending Land —The Ownership of Japanese Modern City Street and Borrowing and Lending Land	420

民商法高峰论坛
