

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

私法研究

第20卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 李俊 陈晓敏

Vice Editor-in-Chief: Li Jun Chen Xiaomin

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.20

顾问

王泽鉴
梁慧星
吴汉东

主办

国家级重点学科
中南财经政法大学民商法学



中国法律集刊联盟
ALLIANCE OF CHINESE LAW JOURNALS

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

PRIVATE LAW REVIEW VOL.20

私法研究

第20卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 李俊 陈晓敏

Vice Editor-in-Chief: Li Jun Chen Xiaomin

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第20卷 / 陈小君主编. —北京: 法律出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0435 - 3

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(2016)第 321680 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/北京玺诚印务有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/19 字数/325 千

版本/2016 年 12 月第 1 版

印次/2016 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0435 - 3

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

学术顾问 王泽鉴 梁慧星 吴汉东

编委会主任 陈小君

编委会委员 (以姓氏拼音为序)

陈小君 高 飞 高利红

耿 卓 雷兴虎 麻昌华

温世扬 肖志远 徐涤宇

张 红 赵家仪 资 琳

编辑部主任 陆 剑

本卷责任编辑 陈晓敏 高 飞 耿 卓

李 俊 陆 剑

编辑助理 徐育知 韩 超



卷首语

尝闻立身之道,在乎修德;修德之法,在乎读书。书者,明道修德也。《书》曰:“慎厥始终,无安厥位,惟危。”格物致知之理,知行合一之术,皆据以载籍而明之。圣人之言成于书简,贤人方策系于经纶。铺观列代,则情变之数可监;撮举同异,而纲领之要可明。本卷共设“人物专访”“民事法论”“知识产权法与商事法专论”“人身法专论”“农地法制”五个专题,为读者奉上 17 篇佳作。

一、人物专访

本卷开篇为读者献上的是中国私法网对罗玉珍教授的专访实录。罗玉珍教授是中南财经政法大学民商法学科的主要带头人之一,曾任中南政法学院院长、湖北省社会科学联合会副主席、武汉市法学会副会长。作为民法学界的老一辈学者,罗玉珍教授时刻关注着我国法治国家的建设以及法学教育的发展。在本篇专访中,罗教授结合自身经历,回顾和展望了湖北省民法学及中南财经政法大学民商法学科的发展历程,就当前法学教育现状及法学人才的培养畅谈了自己的观点,并对广大学子提出了殷殷期盼。

二、民事法论

本专题第一篇是唐晓晴教授的“从合意契约到私法自治”一文。文章指出,私法自治作为一条基础性的民法原则,却往往处在含混的话语之中。以时间为线索,私法自治的源流考证以罗马法中的“合意”作为起点,在基督教哲学的影响之下,

“契约必须遵守”和“意志”使合同理论上升到一个新的高度。17世纪出现的“单纯合意形成债”更是意志论在合同法中高度凝练的体现。最终,在康德哲学的影响下,历史上伴随着意志论出现的法律谚语和制度在19世纪蜕变为私法自治这一民法原则,并在其后的历史进程中逐渐演化,成为在大陆法系和英美法系都获得高度关注的议题。

第二篇是张伟博士的“古典契约理论的困境与修正”一文。自20世纪以来,古典契约自由的浪潮开始消退。作为古典契约理论的根基,允诺理论的风雨飘摇甚至引发了契约法与侵权法相互融合的表象。弗里德教授以康德哲学为基础来构建契约的拘束力,力图赋予允诺理论以新的活力。承认允诺的一般拘束力绝不是一种似是而非的抽象表达,而是对习俗的服从。就允诺的价值而言,全面坚持期待利益原则并不会导致苛刻和吝啬。通过对“允诺中的救济”和“有关允诺的救济”的区分,契约法泛侵权化的质疑将不复存在。对允诺理论兼容性的倡导,不仅能体现允诺的意思自治及公平合理,而且能使允诺具有理性与审慎的特质。

第三篇是李文军博士的“民国民法理论中的社会本位表达”一文。民法的本位是一国民事立法的立足点,对民法的编纂体例和制度设计皆具有决定性意义。当下,我国民法典的编纂进入关键时期,各种论争也在学界激烈展开。正如我国第一部民法草案——《大清民律草案》的立法者所指出的那样,法律的发展与学术一样,“由于学说者半,由于经验者半”。文章从理论的历史演变角度出发,对民国民法理论中关于社会本位的讨论作一呈现。这段往事虽然不是直接针对立法的“法典论争”,但对当下民法典编纂的借鉴意义并不因此减损。

第四篇是仲崇玉博士的“组织体说的法理内涵和政治旨趣”一文。该文以“法人组织体说”为线索展开论述。从历史背景上来说,组织体说创立于20世纪初,这一时期法国民间组织强势崛起,过往实行的钳制性法制受到检讨和变革。从政治立场上来看,该说既反对拟制说所体现的国家威权主义,也反对法人否认说,认为其有无政府主义倾向,从而坚持一种折中性的政治立场。从法理上来看,该说认为团体是一个现实存在的实体,具有独立于其成员的团体利益;团体具有服务于这一利益的组织,法人的社会本体就是这些组织所构成的统一体;组织的功能或者是表达共同意志或者是服务于共同目的,这个组织体虽然通过个人表达意志,但这一意志并非个人自己的意志,而是团体的意志。因此,该文认为,一方面,团体应当具有法律人格,其法律人格不是国家的赐予;另一方面,团体也不具有先于法律的伦理人格,团体法律人格是法律对社会现实进行重构的结果。应当超越传统法人学说,独立构建面向我国的法人理论。

第五篇是向东博士的“物保概念的演进——基于罗马法的考察”一文。该文从债、所有权、权利保护以及社会背景的变迁四个角度出发,考察了罗马法上“物保”概念的演进,为更好的理解现代担保物权制度的某些特性提供了重要参考。

第六篇系朱涛博士和西南政法大学“挑战杯”参赛小组所作“法治社会构建中的业主自治研究”一文。立足于建设法治社会的大背景之下,小区自治问题越来越引人关注,一系列关于实现业主自治的理论也被提出。经过调研分析,该文在一定程度上发掘了当前业主自治在程序和制度上存在的一些不足,也针对性地提出了初步的解决方案。该文希望立足于重庆业主自治现状,发现真正的问题,并通过理论和制度分析提出合理的解决方案,为更好地开展业主自治,落实“多层次多领域自治”提供有益的参考。

第七篇是孙义义翻译的弗洛里安·艾修教授所作“2002年后德国民法典的发展”一文。该文认为,自2002年以来,《德国民法典》经历了一些改革以适应新时代的社会状况以及欧盟法的持续需要。但是,一些改革对《德国民法典》的影响是“微创”型的,而消费者法的改革则是欧盟机构所推进之持续过程的一部分,它挑战却也同时尊重并保留了《德国民法典》独特的体系化方法。

三、知识产权法与商事法专论

本专题第一篇系李海敏博士的“版权转让实践中的版权回溯及索赔权问题研究”一文。该文旨在对版权转让实践中的版权回溯及索赔权问题进行研究。该文通过法理分析得出结论,认为版权转让不具有溯及力,版权损害赔偿请求权不可单独转让。该文对于相关法律的解释适用具有积极的参考意义。

第二篇是缪因知博士的“论信用卡债务与银行贷款不适用利率管制规则”一文。该文从成都高新技术产业开发区法院所作的一件判决出发,论证了信用卡债务案件类推适用《民间借贷规定》缺乏形式合理性,认为信用卡刷卡消费债务不属于贷款债务,民间借贷的利率上限适用于银行贷款和信用卡债务也难谓合理。因此在复杂领域中,司法审判者应多几分对自己不甚熟稔的现实博弈规则(法律条文和当事人合同约定)的谦抑,否则有产生司法盲动的风险。

第三篇是高永周博士的“认而不缴何以生成股东权利?”一文。该文指出,我国认缴资本制度的核心问题不在于公司资本与债权人利益保护之间的此消彼长,而在于认而不缴背离了股权产权的内生逻辑。出资人的出资是股权产权的基础和权源,得到了诸多国家或地区公司资本制度的回应,是财产要素作为公司法人格生成和存续的逻辑基点。出于立法者的良善,我国公司法规定的可认而不缴的认缴

资本制度导致了股东权利的内在冲突和公司运行机制的困难,增大了交易成本。因此,遵循股权产权的生成逻辑,改认而不缴为既认又缴,回复业已废除的验资制度,是可能的改革方向。

第四篇是季奎明博士所作“从合伙、公司到信托:英美商事信托的演进历程及其启示”一文。在文章中,季奎明博士详细回顾并梳理了商事信托产生的原因、英美早期判例法关于商事信托态度的转变以及现代公司制度发达之后商事信托在英美的发展历程,并将作为资本市场常见组织形式的商事信托与公司进行了详细比较。通过上述回顾、梳理和比较,文章指出,倘若从一个整体来看待商事信托与合伙、公司之间“剪不断,理还乱”的交替演进历程,不难发现特定的经济背景或者特殊的政府管制确实是影响甚至决定商业组织形式发展轨迹的重要因素之一,但历史并不全是由这些偶然造就的,商事信托的发展规律对当前我国商业组织、金融投资的法律规制依然具有启示意义。

四、人身法专论

本专题第一篇是 Dimitris Katsikis 所著、薛前强翻译的“论私人对身体组成部分享有财产权的哲学依据”一文。人体在财产法适用上会遇到两大规范性问题:一是个人人体之上是否存在财产权?二是如果人体之上存在财产权,那么其程度为何?该文首先试图阐明人体对个人的价值之所在,这需涉及康德与黑格尔对于财产权的两种哲学观,文中回答了康德学派关于人格尊严的问题并质疑康德学派否定人体财产权的依据——为何身体部分太具备私人性而不能成为财产?黑格尔的财产权理论在解读人与其身体之间的关系上表现得更为灵活(多元),在确定人体财产权边界的同时也揭示了人体财产化的风险。但该文认为,即使个人与其身体之间存在财产权,那么这种财产权也应放诸社会情境中解读,故该文在文末探讨了在利他主义语境下对人体财产权加以利用的得与失。

第二篇是何国强副教授的“‘死亡权’伪证与安乐死之法律基础”一文。该文指出,死亡应是一种法律事实,既是人格尊严的有机组成部分,也是生命权的核心内容。人理应享有有尊严地选择死亡的权利,但“死亡权”非为安乐死合法化的权利基础。“死亡权”概念及其理论的提出有违民事权利的自然生成逻辑,欠缺司法经验和社会经验的支撑,同时存在司法救济障碍。安乐死合法化的权利基础应为生命权之自我决定权能,是特定主体对其生命利益的支配权。

第三篇为陈霖博士的“论日本家事法中的保护命令制度”一文。日本于2001年通过《配偶暴力防止暨受害者保护法》,并于2004年、2007年、2013年分别进行

了修改。实体上,日本家事法中的保护命令制度进行了类型化区分。程序上,需要经过当事人辩论、法院审查等。为保障申请人的人身安全,还有配套的多种支援机构。日本家事法中的保护命令制度具有以下特点:倾斜保护受害者,儿童利益优先;公私特性逐步融合,层级保护日渐完备;通过严格程序防止保护令异化;从暂时保护向自立支援转变。该文指出,借鉴日本法的相关经验,可对我国的人身安全保护命令作出以下完善:增加人身安全保护令种类,交叉运用诉讼与非讼法理;儿童利益优先为原则,扩充人身安全保护令内容;倾斜保护受害者,兼顾考量施暴者的合法权益等。

第四篇为韩旭至博士的“搜索引擎对侵扰性自动提示内容的责任”一文。该文结合“任甲玉”案,分析了搜索引擎提供商对于侵扰性自动提示内容的侵权责任,认为我国应将搜索引擎界定为自动提示内容的网络内容提供者,不能适用《侵权责任法》第36条,而应直接适用该法第6条第1款关于一般侵权行为的规定,并对是否构成侵权的具体认定进行了分析,对相关法律的解释适用具有积极的参考意义。

五、农地法制

本专题收录了陆剑博士所撰的“农村产权交易市场建设的私法议题与创新路径——基于武汉农交所的实证研究”一文。党的十八届三中全会提出,建立农村产权流转交易市场,推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行。长期以来,我国农村产权流转处于自发状态,更未形成有形市场,对此,该文指出,武汉农交所及三级平台的法律定位不清、农村产权交易的主体界定不明以及农村产权交易品种较为单一,交易品种创新存在制度障碍等问题。该文积极探索创新模式,对农交所及三级平台法律定位进行制度设计,构造农村产权主体,革新农村产权交易品种,为农村产权交易市场的发展提出制度建议。

考据则知原道,援古而可证今;征圣以求明理,宗经方可正纬。愿每一篇佳作都能带给你我新的启迪,于学习中不断进步。

目 录

人物专访

- 3 严谨治学繁荣民商新纪元 力促改革奏响实践主旋律
——专访罗玉珍教授

民事法论

- 13 从合意契约到私法自治
——意志论征服民法理论的道路 | 唐晓晴
- 44 古典契约理论的困境与修正
——以弗里德的“允诺理论”思想为线索 | 张 伟
- 54 民国民法理论中的社会本位表达 | 李文军
- 75 组织体说的法理内涵和政治旨趣 | 仲崇玉
- 98 “物保”概念的演进
——基于罗马法的考察 | 向 东
- 110 法治社会构建中的业主自治研究
——基于重庆市渝北、沙坪坝等七区的调研报告 | 朱 涛
西南政法大学“挑
战杯”参赛小组
- 131 2002 年后《德国民法典》的主要发展 | [德]弗洛里安·
艾修
孙义义译
张青波校

知识产权法与商事法专论

- 145 版权转让实践中的版权回溯及索赔权问题研究 | 李海敏
155 论信用卡债务与银行贷款不适用利率管制规则 | 缪因知
169 认而不缴何以生成股东权利? | 高永周
181 从合伙、公司到信托:英美商事信托的演进历程及其
 启示 | 季奎明

人身法专论

- 205 论私人对身体组成部分享有财产权的哲学依据 | Dimitris Katsikis
 薛前强译
222 “死亡权”证伪与安乐死之法律基础 | 何国强
232 论日本家事法中的保护命令制度 | 陈 霖
249 搜索引擎对侵扰性自动提示内容的责任
 ——兼评北京市第一中级人民法院(2015)一中
 民终字第 09558 号民事判决 | 韩旭至

农地法制

- 273 农村产权交易市场建设的私法议题与创新路径
 ——基于武汉农交所的实证研究 | 陆 剑

Contents

Interview

Contributing to a new epoch of Civil and Commercial Law through her prudence in academics Rending the dominant theme of current times by continuing commitment to reforming —An interview with Professor Luo Yuzhen	3
--	---

Civil Law Theory

Tang XiaoQing From a Consensual Contract to the Autonomy of Private Law —The Path of The Will Theory Conquer the Theory of Civil Law	13
Zhang Wei The Plight and Correction of the Classical Contract Doctrine	44
Li Wenjun Expression of Social Standard in Civil Law in the Republic of China	54
Zhong Chongyu The Legal Connotation and Political Purport of Organisationstheorie	75
Xiang Dong The Evolution of the Concept of “Property Guarantee” —Based on the Investigation of the Roman Law	98
Zhu Tao The Group of Challenge Cup in Southwest Politics and Law University Research on the Autonomy of Real Estate Owners in Law-based Society —Based on the Survey of Seven Districts of Chongqing	110
Florian Eichel Sun Yiyi Zhang Qingbo The Main Development of the German Civil Code after 2002	131

Intellectual Property Law and Commercial Law

Li Haimin Research on Copyright Backtracking and the right of Claim in the Practice of Copyright Transfer	145
Miu Yinzhi Disucssion on the Rule of Interest Rate Control is not Applicable to the Credit Card Debt and Bank Loan	155
Gao Yongzhou How Does Subscription Capital System Generate Shareholder Rights?	169
Ji Kuiming From Partnership and Company to Trust: the Evolutions Course of the Commercial Trust of Common Law and the Enlightenment for us	181

Personal Right Law

Dimitris Katsikis Xue Qianqiang A Philosophical Justification of an Individual's Right to Sell her Body Parts	205
He Guoqiang False Justification of the Right of Death and the Legal Base of Euthanasia	222
Chen lin Research on the Protection Mandate Rule in Japanese Family Law	232
Han Xuzhi Search Engine's Liability for Autocomplete Suggestions; Comments on the Final Civil Judgment No. 09558 (2015) of the Beijing First Intermediate People's Court	249

Legislation on Rural Land

Lu Jian Private Law Issues and Innovation Path of Rural Property Rights Trading Market	273
--	-----

人物专访



严谨治学繁荣民商新纪元 力促改革奏响实践主旋律*

——专访罗玉珍教授

【编者按】 罗玉珍教授是中南财经政法大学民商法学科的主要带头人之一,曾任中南政法学院院长、湖北省社会科学联合会副主席、武汉市法学会副会长。1978年,罗玉珍教授主持组建了中南政法民法教研室,为中南民商法学科的发展和建设做出大量贡献。她以严谨的治学态度践行着自己的法治道路,见证了中国民事法学的不断成长。

2012年10月25日,中国私法网记者对罗玉珍教授进行了专访。罗教授结合自己的人生经历,回顾和展望了湖北省民法学及中南财经政法大学民商法学科的发展历程,并就当前法学教育现状及法学人才的培养畅谈了自己的观点。本刊现将中国私法网对罗玉珍教授的访谈实录与读者共享,以期同受感染,共获成长。

中国私法网:罗教授,您好!很诚挚地感谢您接受中国私法网的采访,我们知道您曾担任过湖北省社会科学联合会副主席、武汉市法学会副会长等要职,亲历了湖北省法学的不断成长。请结合您的这些经历,为我们总结一下三十年来湖北省法学,尤其是民法学发展的基本历程。

罗玉珍教授:这三十年,在我们中国的民商法学界是一个特别大的飞跃,飞跃式的发展。我们国家的民商法的飞跃发展与我们国家的改革开放,由计划经济转变为商品经济有直接的

* 本文原载中国私法网(http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=8410),本刊收录该文时略有修改。

关系,向商品经济的转变必然要有民商法来指引国家渐渐转变为法治的国家,这其中很重要的就是要有法治社会,所以法治社会要促进经济的发展,民商法是首当其冲,要有重要的法规来保证市场经济的发展。这么多年来国家的繁荣,跟我们国家法学界尤其是民商法的发展是密不可分的。

具体到湖北省法学的发展,特别是我们学校,我们学校的前身是中南政法学院,那个时代,除了北京政法学院比我们师资力量要强一些以外,我们学校的民法师资力量在五大政法学院中是排在第二位的。因为北京政法学院在首都,他是第一位的,第二就是我们中南政法学院,第三就是西南政法学院,第四是上海华东政法学院,第五是西北政法学院。我上大学的时候是读的武汉大学法学院,我分配到中南政法学院以后就是去的民法教研室,当时我们中南政法学院的民法教研室也很不错,有几个教授在新中国成立前是毕业于西南联合大学。上海大学的,新中国成立前几个教授因为学校合并来到了我们中南政法学院,这些老教授都已经过世了,当时我们学院的老中青各个年龄段都有学术水平强的教授,所以我们中南政法学院实力是非常强的。

在当时的情况下,还有另一个特点,就是刑法教研室是很受重视的。当时的宪法、诉讼法这些学科在我们的学校里面还不是很强,在学校要留校的或者是要搞专业研究的首先就是刑法,所以刑法教研室的实力是最强的。这在20世纪五六十年代、“文革”以前,在全国的几所政法院校包括综合性大学,比如武大、北大、清华这些学校的法学院中,刑法教研室都是这样的,民法教研室相对来说是差一点的。但是五六十年代的中南政法学院,我当时来学校任教选的专业就是民法,就来到了民法教研室。当时的中南政法学院的民法教研室力量还是很强的,民法教研室的主任是个在中国的法学界还是很有名望的老教授,现在已经去世了,他就是很重视我们法学院的民法教学的质量,所以我们到了民法教研室之后,他就叫我们每年都要到法院去听一听,看一看,民事纠纷有多少,里面都有什么问题,而且他在开教研室会议的时候还给我们一再强调。当时50年代要进行经济建设,中央也提到国家经济发展必须要有法律,有法律就必须有民法,当时没有叫民商法,因为当时还不是商品经济而是计划经济,只是提到有民事法律来支撑经济建设的发展,因此这一点对我们当时的民法教研室来说,大家还是信心很足,研讨的精神还是很强,经常在一起讨论一些问题,所以我们这个民法研究在50年代的法学界还算是可以的。为什么只能说是可以呢,毕竟没法和刑法比,当时法院、检察院要镇压反革命,刑法相对受重视。

在我的记忆中,我来到民法教研室之后,研究的气氛还是很浓的,所以我们政法学院的民法教研室老中青的结合是比较好的,很多老教授都是新中国成立之前