

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2014-2015)

私法研究

第17卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 高飞 耿卓

Vice Editor-in-Chief: Gao Fei Geng Zhuo

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.17

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学科

PRIVATE LAW REVIEW VOL.17

私法研究

第17卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 高飞 耿卓

Vice Editor-in-Chief: Gao Fei Geng zhuo



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2014—2015)

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第17卷 / 陈小君主编. —北京: 法律出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7790 - 1

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(2015)第 072359 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/北京易丰印捷科技股份有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/20 字数/345 千

版本/2015 年 6 月第 1 版

印次/2015 年 6 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 - 7790 - 1

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 陈晓敏

本卷责任编辑 陈小君 陈晓敏 高 飞

耿 卓 陆 剑 麻昌华

张 红

编辑助理 刘金桥 陈 荧



卷首语

韩愈在《进学解》中有言：“业精于勤，荒于嬉；行成于思，毁于随。”其意为学业由于勤奋而精通，但它却因嬉笑玩耍而荒废，事情由于反复思考而成功，但它却因“随大流”而毁。此于我们是一道警钟，学术研究是一个艰苦的过程，需要用这种勤奋、严肃、善思、创新的精神，去攀登学术上的每一座高峰。本刊秉承着此种严肃、认真的态度选编稿件，愿有益于学术、有助于读者。

本期有五个栏目共计十五篇文章，在不同的主题上给了我们有益的启迪。

在“民事基础理论”主题方面，我们推出了五篇论文。

第一篇是兰仁迅副教授的“传统儒家影响下的中国当代民法”。建立符合中国实际情况的现代民法体系，既要参考、借鉴或移植国外先进法律制度，又要关注中国现实状况与尊重历史传统思想和文化。在新中国成立至改革开放这段特殊的历史时期，传统儒家思想和文化难以影响到此期的民事立法。改革开放后，全国范围内的思想大解放，传统儒家思想和文化开始缓慢复苏。在新儒家思想逐渐复苏的大历史背景下所制定的各种民事立法，难免在立法无意识的状况下染上传统儒家思想文化的色彩。中国当代民事法律制度所受到的传统儒家思想文化的影响，既表现在制定法的某些具体制度上，如《继承法》第12条，拾得遗失物无偿返还的规定，合同法对诚信的强调，传统隐私观念对《物权法》第18条的影响等；又表现在某些“实际运行的民法”制度中，如“凶宅”与瑕疵、欺诈，近亲属房屋优先购买权和女儿的继承权问题。文章最后提出“中国民法典的

制定,是否应当自觉接受传统儒家文化及思想?这是一个需要认真思考的问题”。

第二篇是王毅纯博士和钟维博士的“民法价值判断问题:识别方法、论证规则与分析框架”。伴随着法学方法论从概念法学跨越利益法学演进到评价法学的进程,民法已逐渐发展为包含价值判断或曰利益衡量的实践。价值判断问题作为民法问题的核心内容,是将民法问题进行类型化区分和体系化统合的结果。然而,由于抽象的价值判断难以捉摸,抑或是具体的利益衡量太过主观,如何准确识别价值判断问题,进而建立起一种切实可行且行之有效的分析路径,实乃困扰民法学者的重要疑惑。本文认为,对民法价值判断问题的讨论,应以论证规则和分析框架为内容构建其分析路径。价值判断问题的论证规则包括实体性论证规则和程序性论证规则,分析框架,以利益关系的类型化和体系化分析为基本方法,辅之以比例原则的必要限度,由此构成对其中所涉利益关系作妥当安排的有效路径。

第三篇是雷涛博士的“再论自然人的责任能力——兼与识别能力及过错关系辨析”。我国民法学界对于自然人责任能力的思维逻辑是:自然人的责任能力是承担侵权责任的前提,而识别能力是判断责任能力有无的基础,有了责任能力,才能继而考虑是否符合包含过错在内的各项责任成立要件,最后判断侵权责任是否成立。事实上,这种貌似清晰的思维逻辑实则是对责任能力的误读,不仅与各国和地区的立法实际不符,同时也在理论上造成归责体系的诸多困扰,实有必要予以厘清和匡正。本文认为民事责任能力制度是为保护不完全行为能力人而设,对于正常成年人没有适用的意义。民事责任能力以识别能力为判断依据,在具体适用方面,责任能力或识别能力可以视为不完全行为能力人的过错。民事责任能力的功能可以由识别能力取代,民事责任能力的概念可以放弃,也可以在统括的意义上继续使用。我国《侵权责任法》没有承认不完全行为能力人存在过错,以行为能力代替识别能力,造成实际规定与立法原旨背道而驰,应对《侵权责任法》的相关规定予以修订。

第四篇是蔡文成副教授的“自由、正义、秩序:契约自由原则的价值变革与重构”。契约自由是古老的私法原则,是契约法的精髓和灵魂。本文主要内容是对契约自由原则历史脉络的回顾、对成长基础的审视、对内涵逻辑的解析、对现代困境的质疑、对其与契约正义互动的反思、对现代契约自由价值活力的重构。在社会的发展变迁给私法带来新空间,同时也提出挑战之际,面对质疑与困惑,契约自由原则进行了以“实质正义”和“社会本位”为取向的矫正,开始去包容、联合诚实信用、情势变更、公序良俗、客观解释等契约原则,共同构筑私法大厦。现代契约自由是一个秩序中动态的自由,是与契约正义互动的自由。契约自由依旧是市场经济的

支柱和现代合同法制度中的核心与精髓原则,在中国法治进程中焕发着勃勃生机。

第五篇是徐银波博士的“论侵权行为形态的嬗变与赔偿理念的现代化——兼论《侵权责任法》第20条的适用”。自我国《侵权责任法》颁布实施以来,相关的讨论便一直不断,侵权行为究竟如何判定以及如何进行赔偿是侵权责任法领域需要解决的重要问题。本文首先对在侵权责任法领域将“损失填补单向回复”理念提出了疑问,认为这是“真理”的谬误。在现代社会,由于侵权客体的扩展和侵权结构的变化,“损失填补单向回复”的理念在某种程度上已不合时宜。所以,作者通过对两大不同法域在侵权责任法的自我发展、侵权责任关联制度的改造及新型请求权的建构三个方面的比较,介绍了各法域的制度突破与理论创新。最后认为我们应该进行溯本根治,从侵权“损失填补单向回复”到“秩序维护双向回复”。

在“财产法专论”栏目中,本卷推荐了两篇论文。

第一篇是朱涛副教授的“中国业主自治组织主体地位的演进与建构”。业主组织在我国立法上并无规定,理论和实践中常被用来指代业主大会或者业主委员会。然而如何在法律上定位业主组织呢?作者认为,答案已经昭显于业主组织的发展历程中。所以,本文主要立足于历史的方法,系统考察业主组织在我国实践与制度中的演进历程,从中找出目前业主委员会与业主大会法律角色定位不明的原因,思考其背后隐含的立法价值判断和社会心理因素,在此基础上运用民事主体理论建构业主组织的法律地位。

第二篇是童航博士的“租赁契约的起源与结构变迁——以罗马法为中心”。在早期的罗马法中,契约可能只是一种不加区分的债的概念,其后伴随着社会经济的发展及裁判官、法学家等的努力,契约的形式和内容不断丰富,最终在盖尤斯《法学阶梯》和优士丁尼《法学阶梯》中形成较为严密的契约体系,对现代合同法产生了重要影响。遗憾的是,目前学界对这一问题的认识仅仅停留在宏观层面的罗马契约发展史,并未深入微观层面进行契约类型的逐个考察。本文着重于分析租赁契约,对于租赁契约的学说进行了梳理与评述,提出了对租赁契约起源的新的假说——“暂时买卖说”之拓展,最后对租赁契约的结构形成与变迁进行了分析。

家事法制虽为民法的重要组成部分,但较少受到学界的关注,本卷选取了两篇力作。

第一篇是赵景顺博士的“我国‘家事法’研究的回顾与展望——基于对2009~2013年15种CLSCI法学核心期刊的统计分析”。由于“家事法”并非法学二级学科划分中的一员,而仅作为法学二级学科“民法”的一个子学科,中国法学创新网对15种CLSCI法学核心期刊的分学科论文发表数量统计并未以“家事法”为主

线,但这并不表明这一领域的研究没有获得重要的进展。本文通过对2009~2013年中国法学创新网所发布的13个法学二级学科论文发表数量统计报告的提取和分析,以“家事法”为主线,运用统计学的相关原理和方法,分学科、分年度、分内容、分版块统计“家事法”方面的论文发表情况,并进行一定的数据分析,使得文章在一个小的范围内从“跨学科”的视角反映我国“家事法”法学核心期刊论文发表情况的大体脉络和发展趋势,并力求对中国“家事法”研究的“立体化、全方位、跨学科”发展有所裨益。

第二篇是冯源博士的“登记离婚制度实证调研报告——以H省L市789份离婚协议作为研究对象”。本文以近些年登记离婚人数逐年攀升的发展态势为背景,通过采用数学建模、统计分析等实证研究的方法对H省L市结婚、离婚总体指标与全国总体指标进行比较分析、对H省L市2011年共789份离婚协议中各项内容进行具体分析,发现登记离婚制度在总体制度运行、行政机关角色定位、当事人离婚协议的权利义务分配等方面存在缺失。应该避免对登记离婚的本质进行极端的理解,制度设计应该着力于实现自由和正义的衡平,保障自由为基本考虑,正义构成对自由的限制。具体地,要通过设置调解程序、预约程序、实质审查程序来加强制度约束、弥补行政机关的活动能力不足,同时对登记离婚适用范围的限缩、未成年子女的保护以及登记离婚瑕疵的正确处理来确保婚姻关系的相对稳定。

由于“三农”问题一直是政策和法律的重要问题,关乎整个中国改革发展。所以本刊顺应时代发展,将“农地法制”这一栏目作为本刊的固定栏目,每期都将最新的相关研究成果刊印在册,以飨读者。本期共有两篇,分别涉及我国农村的社会保障和集体经济组织的成员权问题。

第一篇是陈晋博士和陈小君教授的“论我国农村社会保障制度中的集体元素”。发展和完善新型农村社会保障对于解决“三农问题”,助推集体经济,稳定农村社会具有重大意义。本文首先深度剖析了现阶段我国农村社会保障制度存在的困境——农地无法承担农民日益增长的社会保障需求,农村社会保障体系残缺,保障水平低,保障资金缺乏。对解决这些问题提出了注重农村集体和社会保障对集体经济的作用,认为应当明晰集体独立主体地位,赋予其更多财产权利;通过立法壮大集体,进而将集体对农村社会保障的扶持上升为法定义务;集体除了发挥筹资作用外,还应开展社区型保障,全面推动农村社会保障的发展。

第二篇是戴威博士的“论农村集体经济组织成员权内容的类型化构造”。本文分为“成员权的概念和性质”、“农村集体经济组织之定性对成员权内容的影响”、“成员权内部权利体系构建的标准”和“成员权内容的类型化”四个部分。作

者认为农民在集体经济组织中享有的成员权内容既由团体法的一般规则决定,又与农村集体组织自身特性密切相关。成员权中的财产性权利,尤其是土地权益逐渐由其内部性、封闭性外化为各类独立的用益物权,致使成员权的专属性由对农地经营、占有的直接支配性逐渐向对集体利益的分配请求权和获益权转化。要解决此种矛盾,应以构建成员权内部合理的子权利体系为前提,同时,农村集体经济组织形态可以多样化。

对外国法的借鉴是我国法律进步的途径之一,本刊也一直开辟相关栏目鼓励学者们对外国法进行翻译和评述。这一期我们采纳了梅瑞琦博士和綦书纬副教授的两篇文章,分别对欧盟各国法律中产品发展风险抗辩和英国网络版权侵权立法进行了论述。而由黄忠副教授与钱家欢硕士翻译的两篇文章,提供了对数字资产保护这一热点问题的比较法借鉴。

第一篇是梅瑞琦博士的“论产品发展风险责任”。从我国现行《侵权责任法》与《产品质量法》之间的关系出发,在现行法上难以确定生产者是否应当就产品的发展风险承担责任。关于产品发展风险抗辩,欧盟主要成员国的立法与判例中都不存在不小的分歧。本文深入剖析了产品发展风险在解释上的歧义,认为各种标准之说实际上都是将产品发展风险抗辩转变成一项事实判断,而将各种分歧背后的公共政策考虑隐去。而围绕着产品发展风险抗辩,学说上有激烈的存废之争,坚持产品发展风险抗辩的理由主要集中于鼓励创新、生产者无法分散风险以及无法发现风险。但是,作者认为上述理由均难以成立。作者最后对产品发展风险抗辩的正当性理由进行检讨,认为在解释论上,应认为《侵权责任法》不允许产品发展风险抗辩,即使建立成本高昂的无过失赔偿计划,受害消费者也仍然享有选择提起诉讼的权利。

第二篇是綦书纬副教授的“英国网络版权侵权立法评析及借鉴”。本文分为以下六个部分:“从《高尔斯知识产权调查》到英国《数字经济法》”、“英国《数字经济法》网络版权侵权立法之主要内容”、“《网络版权侵害与2010年数字经济法之初始义务规定(草案)》”、“英国《数字经济法》(DEA)网络版权侵权立法之争议及司法审查”、“《网络版权侵权初始义务实施成本分摊法令(草案)》”、“启示与借鉴”。以上六个部分对英国的版权网络侵权立法作了深度的介绍,对英国努力寻求在著作权人的知识产权与网络服务提供者的自由经营权和个人的基本权利之间实现平衡的探索作了评析。虽然“我们在制度完善方面还有很长的路要走”,但作者想通过上述介绍,以期对我国的相关立法的完善起到重要的借鉴意义。

第三篇是黄忠副教授与钱家欢硕士翻译的“美国《统一受托人访问数字资产

法》”。21世纪是互联网高速发展的时代,但随着互联网用户的不断增加,随之而来的问题就是:当互联网用户死亡或丧失行为能力后,他在互联网上的数字资产应当如何处理。自2004年全球第一起数字遗产纠纷案在美国出现后,有关数字资产的继承问题就引起法学界的高度关注。2014年7月美国统一州法委员会(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)在华盛顿州西雅图市召开的第123届年度会议上通过《统一受托人访问数字资产法》(Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act)。该法并不具有强制力,而只是作为示范法建议美国各州采用。本文为《统一受托人访问数字资产法》的译文,旨在传播美国对数字资产的规定。

第四篇是黄忠副教授与钱家欢硕士翻译的“美国特拉华州《受托人访问数字资产和数字账户法》”。2014年8月美国特拉华州众议院第147次大会通过第345号法令(House Bill 345),2015年1月1日起,该法在特拉华州正式施行。相比此前其他州的法案,它采纳美国统一法律委员会发布的《统一受托访问数字资产法》,并将其变成有效的州法律。特拉华州的法案内容全面,可以说是全美乃至全世界第一个处理数字资产、数字账户继承问题的专门立法。第345号法令总共包括五节(section)。其中,第一节是其核心,对有关数字资产继承的问题作出了较为全面的规定,并通过在《特拉华州法典》第12编(死者的遗产和信托关系编)中增加专章(第50章《受托人访问数字资产和数字账户法》)的方式来体现。第二至第四节则是对有关个人授权委托书、监护权和受信托人权利的补充,旨在全面落实第一节的立法目的。第五节是关于该法施行时间的规定。由于第二至第四节主要是辅助性质的程序规定,且内容简单(各节仅增加了一款)。本文为译文,只包括作为核心章节的第一节,即《受托人访问数字资产和数字账户法》。

目 录

民法基础理论

- 3 传统儒家影响下的中国当代民法 | 兰仁迅
- 35 民法价值判断问题:识别方法、论证规则与分析框架 | 王毅纯 钟 维
- 52 再论自然人的责任能力
——兼与识别能力及过错关系辨析 | 雷 涛
- 67 自由、正义、秩序:契约自由原则的价值变革与重构 | 蔡文成
- 86 论侵权行为形态的嬗变与赔偿理念的现代化
——兼论《侵权责任法》第 20 条的适用 | 徐银波

财产法专论

- 107 中国业主自治组织主体地位的演进与建构 | 朱 涛
- 137 租赁契约的起源与结构变迁
——以罗马法为中心 | 童 航

家事法论

- 153 我国“家事法”研究的回顾与展望
——基于对 2009 ~ 2013 年 15 种 CLSCI 法学
核心期刊的统计分析 | 赵景顺
- 176 登记离婚制度实证调研报告
——以 H 省 L 市 789 份离婚协议作为研究对象 | 冯 源

农地法制

- 207 论我国农村社会保障制度中的集体元素 | 陈 晋 陈小君
222 论农村集体经济组织成员权内容的类型化构造 | 戴 威

外国法述评

- 247 论产品发展风险责任 | 梅瑞琦
278 英国网络版权侵权立法评析及借鉴 | 綦书纬
292 美国《统一受托人访问数字资产法》 | 黄 忠 钱家欢
300 美国特拉华州《受托人访问数字资产和数字账户法》 | 黄 忠 钱家欢

Contents

Fundamental Theory on Civil Law

Lan Renxun Chinese contemporary civil law under the influence of traditional Confucianism	3
Wang Yichun Zhong Wei Value Judgment in Civil Law: Recognition Method, Reasoning Rules and Analysis Framework	35
Lei Tao Discussion on the relationship of the civil liability ability, recognition ability and fault of natural persons	52
Cai Wencheng Freedom, justice, order; value innovation and reconstruction of the contracting freedom principle	67
Xu Yinbo The evolution and the compensation idea's modernization of tort forms	86

Special Topics on Property Law

Zhu Tao Evolution and Construction of the dominant position of Chinese owners of autonomous organizations	107
Tong Hang The origin and changes in the structure of the lease contract —Centered on Roman Law	137

Theory on Family Law

Zhao Jingshun Retrospect and prospect of Chinese "family law" Retrospect and prospect to the research —Based on statistic analysis of 15 CLSCI of the core law journals of 2009 – 2013	153
---	-----

Feng Yuan Empirical research report on registered divorce system —Taking 789 divorce agreements in L province H city as the research object	176
---	-----

Legislation on Rural Land

Chen Jin Chen Xiaojun On collective elements of Chinese rural social security system	207
Dai Wei Categorization of the content of the the rural collective economic organi-zations member right	222

Foreign Law Review

Mei Ruiqi Defense of Development Risk of Product	247
Qi Shuwei The Latest Developments of Online Copyright Infringement Legislation of UK and its Reference to China	278
Huang Zhong Qian Jianhuan USA <i>The Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act</i>	292
Huang Zhong Qian Jianhuan USA <i>Delaware Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts</i>	300

民法基础理论



传统儒家影响下的中国当代民法*

兰仁迅**

目 次

- 一、中国当代民法现代化的背景
- 二、传统儒家思想对中国民法制定的影响
- 三、传统儒家思想在民法具体制度上的体现
- 四、传统儒家思想对“运行中的民法”的影响

法的观念是被塑造出来的,它不能够越出它置身其中的文化的界限。

——梁治平^[1]

提出中国民法儒家化问题,期望能起抛砖引玉的功效。诚如杜维明先生所言:“问题的提出,不一定能够得到答案,但问题的形成常常表示答案的可能,如果不能形成问题,也不可能答案。”^[2]

* 本文系2013年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“私法与伦理:交融与距离——以私人自治为中心”(项目号:13YJA820021)的阶段性成果之一。

** 兰仁迅,华侨大学法学院副教授,台湾大学法律学院访问学者。

[1] 梁治平:《法律的文化解释》,三联书店1998年版,第394页以下。

[2] 杜维明:《现代精神与儒家传统》,联经出版事业公司1995年版,第429页。