

本卷要目

专题研究

【刘子平】

中国僧侣财产继承研究

【曲笑飞】

通谋虚伪行为研究

【蒋云蔚】

论机会损失赔偿

【王倩 龚赛红】

动物的法律地位

劳动法

【刘文科】

劳动法基本原则研究

合同理论

【蒂耶赫·赫卫著 罗瑶译】

合同的主观性和客观性

体育法

【韩勇】

体育纪律处罚中的价值冲突

——以兴奋剂处罚的“严格责任”原则为例

判解研究

【滕威】

商品房认购协议的认定及其法律效力

【石熙泰著 金成华译】

医疗过失的判断基准

【王东光译】

住宅所有权人共同体之权利能力

——德国联邦最高法院2005年6月2日裁定VZB32/05

域外法

【刘文杰】

德国侵权法上的一般安全义务

【冯珏】

英国侵权法中的介入原因

【闫仁河】

美国合同法中的新营业规则

【周大伟】

土地征收与房屋拆迁

——美国的经验和中国的实践

国际法

【James J. Donovan著 段庆喜译】

船东责任限制的起源与发展

硕士学位论文

【罗发兴】

合同法上的减损规则研究



梁慧星 / 主编

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 37

民商法论丛

第37卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D913 ·53

1

:37

1994-

第37卷

民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 37

■ 梁慧星 / 主编

本卷各篇文章中的观点并不必然反映主编及出版社的立场。任何以转载、重印、翻译等形式复制本卷所载的文章均须事先获得主编和法律出版社的书面许可。



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第37卷/梁慧星主编. —北京:法律出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7198 - 2

I. 民… II. 梁… III. ①民法—研究—文集②商法—研究—文集

IV. D913.04 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第030831号

© 法律出版社·中国

民商法论丛(第37卷)

梁慧星 主编

责任编辑 刘彦洋

王 羽

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2007年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.625 字数 542千

印次 2007年4月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7198 - 2

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)

致投稿人

一、来稿规范

《民商法论丛》欢迎海内外同仁踊跃投稿，不吝赐教，鉴于学术研究统一规范化的要求以及编辑工作的需要，对来稿提出以下几点规范要求：

1. 标题名称。请用小标宋3号字格式，并居中。

2. 作者名称。请用楷体4号字格式，居中，并用上标星号（*）作为介绍作者注释的标志，在脚注注明作者单位及职称，如：* 北京大学法学院教授。

3. 目次。在标题、作者与正文之间有目次部分，即文中的第一级标题，最多有两级标题，并用仿宋5号字体。

4. 注释。正文注释一律采用脚注，每页重新编号，并采用①②③等形式。

注释体例如下：

著作类：作者：《书名》，出版社第几年版，第几页。（前无需“参见”，多个作者中间用顿号，连续页码之间用“~”）

（独著作品）梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第101~102页。

（合著作品）李双元、徐国建主编：《国际民商新秩序的理论建构》，武汉大学出版社1998年版，第75页。

（翻译作品）[德]拉伦茨著：《德国民法通论》（下册），邵建东译，法律出版社2003年版，第1页。

论文类：作者：“文章名”，所载出版物第几期，出版社第几年版。

（期刊）苏号鹏、蒋恒：“论信用权”，载《法律科学》1995年第2期。

（论文集）尹田：“论动产善意取得的理论基础及相关问题”，载梁慧星主编《民商法论丛》（第29卷），法律出版社2004年版。

（报纸）李明：“通俗文化的深层理解”，载《环报》1997年4月2日。

（网站）罗祥泉：“产品责任若干问题”，载<http://www.tz-lawyer.com/article/a24.htm>。

外文脚注：格式同上，著作类的书名用斜体；论文类的，期刊名用斜体，论文名用正体。

（著作）Steven L. Emanuel, *Torts*, CITIC Publishing House, 2003, p.149.

（论文）Henry Hansmann, Erinier Kraakman, the Numerus Clausus Problem and Divisibility of Rights, *Journal of Legal Studies*, June 2002, pp.45~46.

5. 文本格式。来稿请用书面打印格式，A4版面，Word 98以上格式，并附软盘电子稿。

6. 来稿篇幅。来稿一般不少于1万字，最多不超过6万字。

二、来稿须知

1. 来稿中请务必详细注明作者的联系方式（电话、电子邮箱）和具体通讯地址。

2. 来稿请勿一稿多投，请于打印稿和电子稿首页明确声明该稿专投本刊。

3. 来稿引用的数据、材料请核实，文责自负。由于一稿多投及抄袭剽窃所产生的有关法律责任由作者独自完全承担，与本刊概无关系。

4. 本刊在收到稿件后3个月内决定是否采用，届时未收到通知者即可他投。来稿一律不退，请自留底稿。

三、投稿联系方式

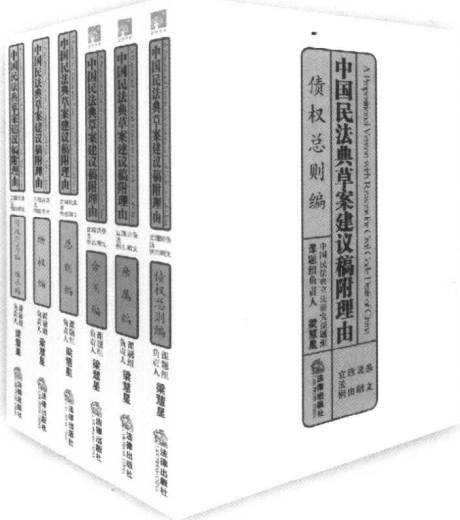
联系地址：北京市宣武区清芷园8号楼406 梁慧星（收）100054

电子信箱：luixing@sina.com

《中国民法典草案建议稿附理由》

中国民法典立法研究课题组

课题组负责人：梁慧星



《总则编》

撰稿人：梁慧星 孙宪忠 尹田
徐海燕 侯利宏 谢鸿飞

《物权编》

撰稿人：梁慧星 孙宪忠 崔建远
张广兴 邹海林 陈甦
陈华彬 渠涛 侯利宏

《侵权行为编·继承编》

撰稿人：梁慧星 张新宝 刘士国
于敏 龚赛红 郭明瑞
房绍坤 关涛

2005年12月2版

《亲属编》

撰稿人：薛宁兰 王丽萍 李霞
梁慧星

《债权总则编》

撰稿人：张广兴 邹海林 陈华彬
渠涛

2006年10月出版

《合同编》

即将出版

受全国人大常委会委托，以梁慧星教授为首，由26位资深民法学家组成的“中国民法典立法研究课题组”历经4年时间于2002年最后完成《中国民法典草案》，共计7编、81章、1924条。随后，课题组又历时2年完成《中国民法典草案建议稿附理由》一书，对草案各条文逐一进行具体分析和阐释。

这是一部体系庞大、体例新颖的权威之作，每一条文均包括条文、说明、理由和立法例四部分。

“条文”部分，凝炼起草者对民事立法的精微思考和研究；

“说明”部分，概括条文主旨，阐述条文内涵，透析条文精髓；

“理由”部分，呈现起草思路和立场，深入探讨条文的起草动机、目的、背景、渊源、意义等，全面展现国内相关学理与实务之最新进展，全面反映境外前沿理论与判例之菁华；

“立法例”部分，列举我国的相关法律法规规定，荟萃世界各国和地区相关立法。

作为出自权威起草人的第一手资料，本书集理论性、翔实性、资料性于一体，为关注民法典立法的广大法师生、研究人员、实务人员以及立法机关人士不可不备的首选之作。

卷 首 语

本卷是第37卷(2006年第3号)。

【专题研究】栏选刊四篇论文。一是刘子平的“中国僧侣财产继承研究”。中国是个多民族、多宗教的国家。在各宗教中,佛教因其独特的教义和修行方法,大量宗教信徒出家受戒成为职业僧侣。但僧侣圆寂后其财产遗物如何继承,缺乏明确的法律规则,导致许多争夺僧侣遗产的纠纷,如中国佛教协会副会长巨赞法师财产继承纠纷案、上海玉佛寺僧人钱定安财产继承纠纷案、广州光孝寺僧人释有锦财产继承纠纷案等。僧侣财产继承问题,不仅涉及圆寂僧人俗家亲属、所在寺院及僧团组织的利益,且关系到国家宗教政策。涉及以下法律问题:国家和宗教组织是否承认或者在多大程度上承认僧侣的私有财产权?其遗产应归寺院、宗教协会等组织继承,或者应由其世俗亲属继承,或者应收归国家所有?如何正确协调宗教习惯法与世俗法的冲突,确立僧侣遗产继承的法律原则,为人民法院审理僧侣遗产继承纠纷案件提供裁判基准,是中国走向法治进程中的新问题。本文根据已有文献,结合国家宗教政策、宗教习惯法和现行继承法,对僧侣遗产继承问题进行了系统的梳理和研究。

二是曲笑飞的“通谋虚伪行为研究”。法律行为以意思表示为内核,当意思表示有瑕疵时,法律行为的效力当然受到影响。一个健全的意思表示要想发生表意人预期的法律效果,原则上须表意人主观的法效意思与客观的表示行为一致。意思与表示不一致的情况,称为非真意的意思表示。表意人明知其意思与表示不一致的,称为意识的非真意表示,亦称虚伪表示,包括单独的虚伪表示与通谋的虚伪表示两种。本文着重研究通谋的虚伪表示,称为“通谋虚伪行为”。我国现行法并

无通谋虚伪行为的明确规定,民法教科书认为现行法上对应通谋虚伪行为的概念是“恶意串通行为”。为何在我国的民事立法过程中抛弃现成的概念不用,却代之以其他概念呢?“恶意串通行为”所规制的是否就是通谋虚伪行为?如果概念的内涵与外延均有变通的话,这种变通的合理性在哪里呢?作者认为,我国现行立法中并无与通谋虚伪行为一致的概念或制度,在审判实践中认定的“恶意串通”行为,其实与通谋虚伪行为无关。民法通则所谓“以合法形式掩盖非法目的”的行为,只是通谋虚伪行为的一种类型,其处理思路乃是借鉴“法律规避”的相关理论。

三是蒋云蔚的“论机会损失赔偿”。原告身患癌症,生存希望渺茫,存活率已不足50%,虽经适当救治也未必能存活。因被告医师的过失,断送了原告原本微茫的生存希望。如采传统的全有或全无原则,被告医师的医疗过失行为对原告的最终死亡的原因力不足50%,将不承担任何责任。按照机会损失理论,原告因疾病而存活率不足50%时,如果被告的过失行为恶化了原告的病情,使其存活率进一步下降,则被告应当对原告的存活几率损失承担赔偿责任。这种理论,肯定几率本身是一种可赔偿的客体。原告无须证明被告的过失与原告的死亡之间有相当因果关系,而仅需证明被告的过失与原告损失的几率之间有相当因果关系,并接受损失的几率的大小进行赔偿。机会损失理论,巧妙地避开了因果关系证明的难题,创造了一种新的可赔偿的损害类型,同时亦引起争议。争议的焦点是,机会是可赔偿的客体吗?本文得出肯定的结论。

四是王倩、龚赛红的“动物的法律地位”。随着环境伦理学特别是其中的非人类中心主义流派的兴起,动物法律主体论在学术上渐占一席之地。该学说主张赋予动物法律主体地位,维护动物的权利。动物究竟应得到法律的何种对待,首先取决于法律对动物如何定位。从纯粹理论的角度看,动物的法律地位,是涉及整个法律理论的重大问题。本文在参考大量文献资料的基础上,探讨民法理论中“物”的概念,借鉴动物权利论等新兴环境伦理学理论,评述针锋相对的动物法律主体论与动物非法律主体论两派观点,并结合我国国情对动物的法律地位问题进行系统研究。作者认为,基于主体、客体二分法的法律思维模

式,法律人格即使扩张也是有限度的,不具有人类意识的动物不可能成为法律主体。外国民法有关动物的新规定,其立法目的是加强对动物的保护而非赋予动物法律主体地位。动物应当是物,人类对动物应采开明人类中心主义的立场,通过完善有关动物的民事法律规范,最大程度地保护动物以及人类自身的利益。

【劳动法】栏刊载刘文科的“劳动法基本原则研究”。我国许多法律都是从外国继受而来的。劳动法同样是一个“舶来品”。劳动法在我国经历了很长的时间之后,仍然给人感觉是一个“假肢”。市民社会是民法产生的社会基础。作为民法的基础,市民社会是其理论上的先验的假设。在劳动法领域,人们意识到很难再按照民法的模式把握。本文通过研究民法原则与劳动法原则的产生机制,探讨法律原则产生的根本原因,通过劳动法原则对民法原则的扬弃,探讨劳动法原则对民法原则的继承和发展,实际上是一种将劳动法的理论体系化的尝试。劳动法作为劳动关系领域的基本法律,不存在抽象理性人的假定,而存在劳动者与用人单位不平等地位的现实。因此,民法中的程序平等原则、意思自治原则、形式公平原则、过错责任原则、诚实信用原则要经过一定的修正,才能在劳动法中适用。按照作者的研究,劳动法的基本原则是:实体平等原则、有限意思自治原则、实质公平原则、无过错责任原则和忠实与保护原则。

【合同理论】栏刊载[法]蒂耶赫·赫卫的“合同的主观性和客观性”一文。本文是从哲学角度研究合同法理论,作者指出,如果将哲学上关于客观化和主观化的理论运用于合同法,则合同作为一种法律行为既具有主观性要素也具有客观性要素,合同法律制度本身也存在着由客观化到主观化,或者由主观化到客观化的演化过程。事实上,如果我们将合同理解为基于当事人意思而产生的义务规范的话,说合同是主观性要素和客观性要素相互交织的结果,就无可辩驳。从本质上讲,合同产生于当事人主观意思的客观化,虽源于当事人的主观意思,却只在主观意思转变为外在意思的义务规范之后,合同才能客观地存在。但意思的客观化并不意味着合同当事人不再是合同的构成要素了。当事人仍然是合意的主体,并且合同的权利义务关系是发生在他们彼此之间的,而在合同义务形成之后,一个将合同当事人作为合同构成要素

的主观化过程必然存在。若要讨论合同本质,则主观化和客观化就是无法回避的,主观化和客观化是合同的两个基础,合同法律制度也就存在主观主义和客观主义两种不同的价值选择。正是主观主义与客观主义的冲突与矛盾,推动了合同制度本身的演进与发展。作者是法国巴黎第一大学教授。由罗瑶翻译。

【体育法】栏刊载韩勇的“体育纪律处罚中价值的冲突——以兴奋剂处罚的‘严格责任’原则为例”。为了维护体育的健康发展,实现体育中的正义,维护体育精神,有必要对违反规则的相对人进行处罚。体育纪律处罚存在着价值选择的问题。体育处罚的价值取向是多元的,其中的冲突不可避免。体育是人类独特的一种文化现象,经过长期发展,体育运动本身和体育组织都有其鲜明特点。尤其竞技体育具有竞争性与公正性、即时性、对抗性、规则制约性和公开性等特点,体育组织的自律性和垄断性,导致体育纪律处罚除了具有一般行业处罚的封闭性、内部性外,还具有严格性、时效性和社会显著性等特性。因此,体育组织常常会面临一个两难选择,即在保护运动员个体权利与维护体育的形象和良好的秩序间平衡。如果强调体育的社会价值,则应维护体育秩序与形象,满足公众对体育的需求;如果强调体育的个体价值,则应侧重保护体育相对人的权利。本文以兴奋剂处罚的“严格责任”为例,研究体育处罚中的价值冲突和整合。

【判解研究】栏选刊三篇文章。一是滕威的“商品房认购协议的认定及其法律效力”。认购协议是商品房买卖双方当事人在签订商品房买卖合同之前所签订的一种法律文书,是双方对买卖商品房有关事宜进行初步法律确认的一种书面凭证。其内容一般包括双方当事人的基本情况、商品房的基本情况、购房款的计算及交付、签订正式合同的期限,等等。商品房认购协议是商品房买卖活动中较为常见的一种协议,通常都是因为签订正式商品房买卖合同的时机尚未成熟,为了将来能够订立正式的合同而进行的一种预先约定,也可以简称为预约。本文结合一则商品房买卖纠纷案例探讨认购协议的法律性质及违反认购协议的法律责任问题。

二是[韩]石熙泰的“医疗过失的判断基准”。法院审理医疗损害赔偿案件,要将医疗行为不良后果所产生的民事责任归属于医师,需要

认定其是否具有医疗过失。所谓医疗过失,是指医师在医疗行为中违反以结果预见可能性为前提的结果回避义务。结果预见可能性的存在与否,以行为者的注意和努力为前提,因此预见可能性存在与否的判断与结果预见义务的有无有关。本文结合日本和韩国的判例探讨医疗过失的判断基准。作者是韩国京畿大学法学部教授、法学博士、大韩医疗法学会会长。由金成华翻译。

三是德国联邦最高法院2005年6月2日裁定(V ZB32/05)译文。申请人和被申请人作为慕尼黑前奥林匹克村同一公寓的住宅所有权人。该公寓管理人以住宅所有权人共同体名义与相对方签订合同,委托合同相对人对大厦部分附属设施进行维修、保养、运营和更新。住宅所有权人大会通过了包含该维修费用在内的经济计划。申请人对此表示反对,请求法院确认所有权人大会决议中关于该维修费用的决议无效。初级法院支持了申请人的申请。应被申请人的即时抗告,慕尼黑第一州法院撤销了初级法院的裁判,驳回了申请人的申请。申请人向慕尼黑州高等法院提出即时再抗告,慕尼黑州高等法院裁定将该案移送给联邦最高法院。本案涉及的维修合同,是以住宅所有权人共同体的名义签订的。但按照主流观点,住宅所有权人共同体本身没有权利能力,合同当事人应当是大厦的全体住宅所有权人。德国联邦最高法院在这一裁定中认可住宅所有权人共同体具有民事权利能力,因此具有极重大的理论和实践意义。由王东光翻译。

【域外法】栏刊载五篇论文。一是刘文杰的“德国侵权法上的一般安全义务”。一般安全义务(Verkehrspflichten)是德国侵权法的独创。英美法系或者同属于大陆法系的法国法都没有发展出这一包罗万象的义务来。德国判例法创设一般安全义务,目的在于解决德国人面临的体系难题,在这个意义上说,它是“有德国特色的侵权法制度”。一般安全义务是为克服体制之弊和社会交往安全的需要而创设的,它是所有社会交往场合中所有人负有的义务,难以被成文化。一般安全义务对于我们的最大价值在于,它所体现的合理控制危险的思想以及具体操作中的指引性原则。本文着重研究德国法院创设一般安全义务的原因,一般安全义务在德国侵权法体系的位置之争及一般安全义务制度对中国的借鉴意义。

二是冯珏的“英国侵权法中的介入原因”。在判断被告的不当行为与原告的损害之间是否存在因果关系时,经常会遇到在被告的不当行为之后,出现新介入的行为或事件的问题。此时因果关系问题的一般形式为,被告行为与原告损害之间的因果关系是否被新介入的行为或事件中断?这就是介入原因的问题,介入原因是区分损害的条件与原因的方法之一。本文着重研究英国侵权法对于介入原因的问题定位与回应方式。本文以英国的判例为基础,总结了介入原因的若干基本分类,但这些基本分类本身并不是法律命题,而只是为特定事实能否涵摄于法律规定提供了若干可以讨论的范畴;并分析了可预见性理论对于介入原因判断的影响,以及可预见性理论能否代替常识决定的因果关系而成为被告应否承担责任的标准。

三是闫仁河的“美国合同法中的新营业规则”。违约损害可以分为所受损害与所失利益,其中所受损害一般情况下都能顺利得到赔偿,而可得利益(其主要由所失利润构成)赔偿是比较困难的,主要因为缺乏证据或者法院对于相关证据的认定存在较大争议。尤其是新营业要想获得利润损失的证据可能更加困难,按照美国传统合同法理论与实践中的新营业规则,此时新营业是不能获得所失利润赔偿的。本文首先分析新营业规则及其与其他规则之间的关系,然后论述美国法院对于新营业利润损失赔偿问题态度的发展变化,接着论述美国相关制度对于我国的借鉴意义,最后探讨在违约损害赔偿领域引入惩罚性任意规范的必要性。

四是周大伟的“土地征收和房屋拆迁——美国的经验和中国的实践”。从古到今,从城市到乡村,人们本能地将一生的大部分积累投资在房屋这种具有特殊价值的不动产上。房屋就是他们人格权、生存权不可或缺的构成。所以,土地和房屋问题事关大众的根本利益和社会长期稳定,各国政府和立法机构无不给予特别的重视。美国宪法第5条修正案规定:“非依正当程序,不得剥夺任何人的生命,自由或财产;非有合理补偿,不得征用私有财产供公共使用。”联邦宪法第14条修正案要求州政府依据正当法律程序取得私有财产并保证不得拒绝法律对公民的平等保护。美国联邦宪法第5条修正案关于征收的规定具有决定性的意义,该修正案规定了征收的三个要件:正当的法律程序(due

process of law);公平补偿 (just compensation);公共使用 (public use)。本文结合典型案例研究美国土地征收和房屋拆迁的程序和经验,并与中国的实践进行对照。作者系旅美法律学者,中国社会科学院法学研究所私法研究中心特聘研究员。

五是崔吉子的“韩国传贯权的立法背景”。韩国于1958年制定的民法典明文规定传贯权。起草人及立法者主要参考1937年的伪满洲国民法典及1930年的中华民国民法典上的典权,以此完善韩国习惯法上的传贯权制度。我国民法界普遍认为典权为中国固有的物权制度,而各国物权法上没有相同的制度。我国民法界曾经围绕正在制定中的物权法草案是否要规定典权展开过激烈的争论,其中亦有比较法研究,但其研究对象一般限于法国及日本的不动产质权,而对韩国的传贯权制度尚欠深入研究。与此形成鲜明对照的是,在韩国却有不少对中国典权制度的专题研究。中国典权和韩国传贯权作为源于东方法律文化的产物,在性质、内容以及功能上,颇有相似之处。本文主要围绕现行韩国传贯习惯的形成、歪曲过程及现行民法典的立法背景,探讨韩国传贯权的固有性、中国典权对韩国传贯权的影响,以及韩国立法对中国物权法制定的参考意义。

【国际法】栏选刊两篇论文。一是[美]James J. Donovan的“船东责任限制的起源与发展”。船东赔偿责任限制,即船东可以通过放弃(surrendering)其在卷入海难事故的船舶上的利益解除所有责任,被认为是为了迎合商业的需要。它不同于海上货物运输法的规定,后者试图建立一个底线,底线之下船东不可以限制其对正常运输过程中发生货损的责任。船东赔偿责任限制作为一种商业上可行的工具已经正当化,通过这种制度,海难的后果被合理分摊了。然而,这种特权已经受到一些人的批评,这些人认为该制度的价值已经耗尽。因此,现在到了对这个独特制度进行冷静批判分析的合适时机了。本文的目的就是通过追溯船东责任限制这个概念的起源和发展来对这个讨论作出贡献。作者系美国海商法协会前主席。本文原载于1979年美国《杜兰大学法律评论》第53期,由段庆喜翻译。

二是房沫的“中美协议管辖司法实践比较研究”。一个协议管辖案件,只要符合中国法律规定,就能够得到承认。法院一般不会考虑当

事人与特定国家之间的关系问题,不存在单纯因一国对当事人无属人管辖权而否定法院选择条款的可能。但在美国,对人管辖权、对标的物的管辖权以及充分的通知构成了一个合法判决的三要素。如果被告适当的提出法院缺乏对他的对人管辖权,那么法院就必须因为其本身没有对被告作出具有约束力判决的权力而驳回案件。本文着重研究中美两国承认协议管辖的实践上的差异,涉及协议管辖与各种管辖权,协议管辖与不方便法院,协议管辖的合理性标准,协议管辖与合同其他条款的可分性,协议管辖的公共政策抗辩,提单案件的协议管辖条款等问题。

【硕士学位论文】栏选刊罗发兴的“合同法上的减损规则研究”。在合同关系中,当一方违约时,非违约方应采取一定的措施减轻损失,否则不得就可减轻的部分要求违约方赔偿,即所谓减损规则。我国《合同法》第119条有明文规定。减损规则是一个内容丰富的规则。它以合理性措施的判断为其核心,并最终影响着损害赔偿的计算。同时,减损规则与预期违约、损益相抵等制度紧密相关。本文探讨了减损规则的理论基础,减损措施合理性的判断,减损措施的类型化分析,减损规则与相关制度的关系,减损规则对损害赔偿额的影响,减损规则对预期违约中非违约方选择权的影响等问题,对减损规则及其相关问题进行了全面的研究。

编者 2006 年 12 月 12 日于清芷园

目 录

卷首语 (1)

【专题研究】

中国僧侣财产继承研究 刘子平(1)

通谋虚伪行为研究 曲笑飞(50)

论机会损失赔偿 蒋云蔚(110)

动物的法律地位 王 倩 龚赛红(126)

【劳动法】

劳动法基本原则研究 刘文科(166)

【合同理论】

合同的主观性和客观性

..... [法]蒂耶赫·赫卫著 罗 瑶译(216)

【体育法】

体育纪律处罚中价值的冲突

——以兴奋剂处罚的“严格责任”原则为例 韩 勇(231)

【判解研究】

商品房认购协议的认定及其法律效力 滕 威(246)

医疗过失的判断基准 [韩]石熙泰著 金成华译(261)

住宅所有权人共同体之权利能力

——德国联邦最高法院 2005 年 6 月 2 日的裁定

V ZB 32/05 王东光(285)

【域外法】

德国侵权法上的一般安全义务 刘文杰(312)

英国侵权法中的介入原因 冯 珏(363)

美国合同法中的新营业规则 闫仁河(393)

土地征收和房屋拆迁

——美国的经验和中国的实践 周大伟(411)

韩国传贯权的立法背景 崔吉子(427)

【国际法】

船东责任限制的起源与发展

..... [美]James J. Donovan 著 段庆喜译(440)

中美协议管辖司法实践比较研究 房 沫(487)

【硕士学位论文】

合同法上的减损规则研究 罗发兴(531)

中国僧侣财产继承研究

刘子平

目 次

- 一、问题的提出
- 二、僧侣个人的私有财产权
 - (一)历史上僧侣私有财产权的确立
 - (二)当代僧侣私有财产的取得途径
 - (三)当代僧侣主要私有财产权及其种类
- 三、确定僧侣财产继承权的法理根据
 - (一)财产继承根据的主要学说
 - (二)认定僧侣财产继承权的主要根据
 - (三)僧侣财产继承的开始原因及时间
- 四、当前中国僧侣财产继承法的困境与出路
 - (一)当前困境
 - (二)出路与方向
- 五、结束语

一、问题的提出

中国是个多民族、多宗教的国家,人民信奉的主要宗教有佛教、道教、伊斯兰教、天主教、基督教等。在各宗教中,佛教因其具有自己独特

的教义和修行方法,大量宗教信徒出家受戒成为职业僧侣,形成以各寺院丛林为基础的僧团组织制度。^①近年来随着宗教事业的发展,僧侣人数进一步增加,但是僧侣私人的财产遗物的继承和处理的法律规则一直没有明确,该问题至今未能在法治轨道上得到妥善解决,产生了许多争夺财产权的纠纷,甚至诉诸人民法院。下以实践中几个具体案例为引子,对僧侣财产继承法律规则加以讨论。

案例1:中国佛教协会副会长巨赞法师财产继承纠纷案^②

当代高僧,中国佛教协会副会长、著名佛学家巨赞法师于1984年4月7日在京圆寂,遗留有一定财产、遗物。其俗家侄子潘某向中国佛教协会和中国佛教协会所在的著名重点寺院广济寺提出财产继承的要求。而中国佛教协会认为潘某的财产继承主张违背了佛教历史传统,不予准许,同时根据佛教规制对巨赞法师的遗产作出了处理安排。巨赞俗家亲属潘某遂向北京市人民法院提起诉讼,试图运用法律诉讼手段要求继承巨赞法师的遗产。

案例2:上海玉佛寺僧人钱定安财产继承纠纷案

中国著名重点寺院上海玉佛寺僧人钱定安因脑溢血于1984年9月26日死亡,遗留有一定财物,丧葬由其所在寺院玉佛寺料理。不久

① “僧侣”、“僧团”以及“教团”概念的使用,并不限于佛教,基督教、天主教等各宗教教职人员亦可泛称为僧侣、教团。在中国历史上,因佛教、道教流行,一般以“僧道”并称。本文所使用的“僧侣”为一狭义概念,一般限于佛教教职人员。

② 巨赞(1908~1984),俗姓潘,名楚桐,字琴朴,江苏江阴人,中国著名佛学家。早年从事爱国革命活动,而被当局缉捕,而潜往杭州灵隐寺出家,取法名传戒,字定慧,后改名巨赞。期间攻读八千多卷佛学经文,写下数百万字笔记和佛学论著。抗战爆发后,奔走各地,组织佛教徒参加抗日救国活动,成立“南岳佛道教救难协会”。民国29年秋转移到桂林月牙山寺,任广西佛教协会秘书长,创办《狮子吼》月刊。民国30年,撰成《新佛教概论》,提出改革佛教的主张。抗战胜利后回杭州灵隐寺,任浙江省及杭州市佛教协会秘书。民国37年,创办武林佛学院并任院长。1949年4月,巨赞从香港抵达北京,为改革佛教上书毛泽东及各民主党派。9月巨赞作为佛教界代表,出席中国人民政治协商会议第一届会议,并参加新中国开国大典。1952年参加筹建中国佛教协会,1953年后一直担任副会长,曾兼任中国佛学院副院长,协助党和政府贯彻宗教信仰自由政策。巨赞法师先后当选为第二届、第三届、第四届全国政协委员及第六届常务委员。编辑出版《现代佛学》、《法音》等刊物,从事《大百科全书》中佛教部分编审工作,在海内外各佛学刊物上发表上百篇论文,著有《巨赞集》。1984年4月7日于北京圆寂。