

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2014-2015)

私法研究

第19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.19

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



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

PRIVATE LAW REVIEW VOL.19

私法研究

第19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19卷/陈小君主编. —北京:法律出版社, 2016. 6
ISBN 978-7-5118-9690-2

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152669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/23 字数/395千

版本/2016年6月第1版

印次/2016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 978-7-5118-9690-2

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)

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

主 编 陈小君

副主编 高 飞 耿 卓

编辑部主任 陈晓敏

本卷责任编辑 陈小君 陈晓敏 高 飞

耿 卓 李 俊 陆 剑

编辑助理 张家琦 韩 超

卷首语

朱熹言：“立身以立学为先，立学以读书为本。”读书促人思考，好书使人明义。本期《私法研究》分六个专题：人物专访；罗马法与欧洲私法专题；民事法论；农地法制；家事法论；案例研究，为读者奉上 22 篇佳作。

一、人物专访

李静堂教授于 1984 年出任湖北省法学会民法学会会长，现为湖北省民法学会名誉会长。李静堂教授作为中南财经政法大学民商法学科的主要带头人之一，曾参与第二次新中国民法典起草工作，参与民法研究和民法教育几十载，见证了中国民法学的历史和发展。中国私法网在李静堂教授家中对其进行专访，跟随李老回顾参与民法典编纂的经历，也谈到了四中全会之后的中国民法典的制定。

二、罗马法与欧洲私法专题

第一篇是李飞博士所著的“结社自由与国家管制之间的古罗马的社团研究——以从共和向帝政转型时期对 Collegium 的法律规制为中心”。在现代法中，团体是自然人以外最为重要的法律主体。在法律史上，团体的法律主体资格的获得是一种至少可以追溯到罗马法的渐进演化的结果。该文就将笔触伸向这一历史源头，探寻团体特别是作为团体之一的 Collegium 在古罗马的生存样态，试图考察古罗马的统治者们在作为社会最小构成单元的市民去结成 Collegium，在结社自由与国家管制的博弈之中有多大的存在空间。

宋晓庆博士的“简析不分遗产共同体制度”分析了早期罗马私法体系中重要的家庭财产制度——不分遗产共同体制。该制度在罗马法早期极为重要,被认为与合伙、共有等制度的起源有紧密联系,同时被认为是一个共同继承制度。作为一种古老的家庭单位制度,不分遗产共同体对罗马法传统中家父权威的法学构造,罗马“家”文化的运用与理解,对家庭财产单位在法技术层面的设立与形成,以及对上述以共有为基础的具体制度之起源均具有特别的意义。该文结合法教义学之方法,重点阐述不分遗产共同体制的形式、制度特征、后期演变以及对于现代制度的意义,以作历史性梳理。

徐铁英博士的“论罗马法中的一般诈欺抗辩”一文着眼于一般诈欺抗辩对于“授权裁判者调和抽象规范与个案正义之间的矛盾”的重要作用,以罗马法中的一般诈欺抗辩为研究对象,在介绍一般诈欺抗辩的三重面向的基础上,将一般诈欺抗辩复杂多样的适用情形归结为:前后行为矛盾、当事人间利益失衡、诉求不得持续保有的利益和确保遗嘱人的意愿四类情形,并指出其在优士丁尼法中呈现出的程式诉讼的消亡、市民法与裁判官法的融合的趋势,为深受罗马法系传统影响的我国梳理了“一般诈欺抗辩”这一重要制度的来龙去脉。

第四篇是黄美玲博士所著的“初探《关于赠礼的琴其亚法》”。公元前204年颁布的《关于赠礼的琴其亚法》被公认为赠与制度发展史上的里程碑。该法律的颁布与共和国中晚期的历史背景密不可分,其主要目的是禁止使公众利益受损的赠与和带有勒索性质的赠与,并试图通过这项规定来缓和当时越演越烈的社会经济矛盾。该文通过对《关于赠礼的琴其亚法》的研究,剖析了这一法律的内涵与特征:它是一项由当时的护民官琴其亚发起的平民会决议,也是一项不完全法律,只有规则没有罚则,赠与人通过裁判官创设的琴其亚法抗辩获得保护;该法律禁止对辩护人进行赠与和对仅对特定人可超过一定限额的赠与。

张长绵博士的“《十二表法》存在私犯之债吗?—若干私犯行为的考察”一文在对《十二表法》规定的肢体毁伤行为、折骨行为和一般侵权行为以及非现行盗窃行为进行文本分析后认为:肢体毁伤行为不发生私犯之债;折骨行为和一般侵权行为是否发生私犯之债,存有疑问;非现行盗窃行为发生私犯之债。该文对于《十二表法》各私犯行为的具体分析,将有利于探求债的发生渊源。

第六篇是窦海阳博士的“雇主责任源流考:针对船东、旅店主或马厩主盗窃或不法损害的事实之诉”。在罗马共和国晚期,随着商业贸易的发展,与商贸相关的船舶运输、旅店住宿、驿站交通也随之发展起来。船东、旅店主或马厩主有时会盗窃乘客、旅客的财物。或者不法损害乘客、旅客的人身、财物。基于公平、公正的考

虑,裁判官在综合衡量的基础上授予了针对船东、旅店主或马厩主的盗窃或不法损害的事实之诉,文中介绍了古典法学家们著作中对此制度的论述,进而为船东、旅店主、马厩主盗窃和不法损害的这两种诉讼作出一个概括性的定义,明确责任人和行为人,随着“选人过失”被添加到了责任基础之中,其责任基础也从古典法中的客观无过错责任发展到过错责任的范畴之中。

第七篇是胡东海博士所著的“古罗马法律诉讼中的证据”。古罗马民事诉讼依时间顺序先后存在法律诉讼、程式诉讼和非常审判三种不同的诉讼程序。法律诉讼和程式诉讼的共同点之一在于,它们均可区分为法律审和裁判审或事实审两个主要阶段。由于古罗马法学家及现代罗马法学家都较少关注事实审中的事实问题,故而关于这方面的原始文献十分稀缺。也正是因为此,事实审中最重要的证据问题自然也未获得古今罗马法学家的过多关注,以至于法律诉讼时期的证据问题在学界中存在较大争议。本篇则正是对此类争议问题一一予以研究说理。

第八篇是李俊博士的“意大利农地租赁合同研究”。在传统大陆法系理论中,农地租赁合同多从“生息物”的角度来规范农地的利用,这种以利益为导向的立法模式漠视了农地租赁的合同效力源于合意的内在本质。而意大利现代法上的农地租赁范式,从根源上缓解了“农地本质”与“契约目的”之间的紧张关系,重塑了农地租赁合同的价值基础,并明晰了农地合同所应代表的价值功能。李俊博士在对上述问题的研究中,明确意大利农地租赁类型的确定标准、农地租赁主体同土地之间的关系及主体身份的转化问题,意欲在意大利宪法与私法之间构建出一座无形的桥梁,以阐明农地租赁合同中私法自治的展开形态,以及合同当事人意思自治的界限,为中国农地租赁主体的构建提供“身份”样式,并为中国农地流转制度的完善提供可资借鉴的经验。

第九篇是韩晗博士的“意大利买卖合同中权利瑕疵担保制度研究”。意大利买卖合同中的权利瑕疵担保制度,在罗马法时期就已发展为一个逻辑自治的体系,却在《意大利民法典》继受《拿破仑民法典》中物权变动模式后,导致了出卖者义务体系的不协调,进而影响权利瑕疵担保责任构成要件。为此,理论界在意大利1942年《民法典》基础上,对权利瑕疵担保义务和责任进行了长期而积极地思辨和论证,最终实现权利瑕疵担保制度与相关概念的再次和谐。权利瑕疵担保义务,作为出卖人的主要义务之一,是一项独立义务,违反该义务则导致权利瑕疵担保责任。作者认为权利瑕疵担保责任的构成,除在合同订立之前存在权利瑕疵的原因和没有约定免除责任外,还要求传唤出卖人应诉,并不考虑买受人是否知悉权利瑕疵的原因。

第十篇是 Ivan Cardillo 博士的“意大利民事诉讼制度基本原则”。该文以意大利民事诉讼法体系为研究对象,指出其司法管辖包含认知程序、执行活动、特别程序和自愿管辖等重要的司法活动。文章对不同的司法管辖活动的关系进行了思考,阐述了请求权的主体、起诉条件和不同的起诉类型,并通过判决与起诉关系原则的规定说明了意大利民事诉讼制度中蕴含的各项基本原则。

第十一篇是唐晓晴教授的“从合意契约到私法自治”。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十九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。

第十二篇是金晶博士对赖纳·舒尔策的经典论文“从共同法到共同体法:欧洲法律史的研究界域”所作的译文。欧洲共同体法的发展,使欧洲各国法学再次参与到发展法的欧洲共性的过程之中。法学的欧洲化,给比较法、国际法和欧洲共同体法提出了建构法学的巨大挑战。相较于 19 世纪各国法律统一进程,论及欧洲法律史在欧洲法律统一过程中的任务,若我们以 19 世纪的方法论来解决当下的法学任务,似乎值得商榷,并会将欧洲法律史倒退回“新潘德克顿”的角色之中。方法论继续发展所带来的新挑战,毋宁是方法论与比较法这两个独立的部门法的协同效用,毋宁是历史和社会史变迁对教义学的作用,毋宁是将共同法的传统视野拓展到自然法尤其是工业化背景下的欧洲法律发展的全方位要素之中。运用共同法工作,到今时今日有待我们重新了解与熟悉。

本专题最后一篇是朱晓峰博士对 Peter Møgelvang-Hansen 所著的“评〈欧洲统一买卖法〉第八编时效规则”的译文。中国《民法典》制定在即,学者们起草的建议稿各有千秋,其中中国法学会发布的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》将时效制度整体性的规定于总则当中,是否适当,颇有争议。其在具体规则设计上,也存在颇多需进一步斟酌思考的地方。就此而言,“欧洲统一买卖法”中的相应时效规则或可为我们的法典制定,提供可以思考的视角。

三、民事法论

第一篇是张晓勇博士的“我国法自始未继受受益权的文化解释与启示”。作

者认为无对价性并非用益权之普遍特征,期限性也只是高度人身性的表现之一,附属性权利属性即高度人身性才是用益权的本质规定性。基于用益权的附从性特质,在西法东渐过程中用益权制度的消失,非因对所有权作的绝对、独占性理解所致,而是中日文化选择的结果。处于如是文化模式中,两国自然不可能有类似用益权之习惯,而报恩观念已然规定了我们不可能继受用益权制度。

第二篇是滕佳一博士的“论所有权的属性——基于公私分野的考察”。所有权基于其内容的构造,在私法领域和公法领域都有其存在价值。该文通过伦理、哲学、人类自主理性等方面的分析,揭示所有权呈现出的两方面的属性:一方面,所有权作为权利主体——人对物的支配权,体现了其私法的属性,这是所有权的决定性因素;另一方面,随着所有权作为一种达成个人与社会关系交往的权利,公属性也是其无法遗漏的特征。并从所有权本身的性质出发,指出其是权利主体对客体(即物)的一种主观法律地位,明确公法规范基于社会公共利益对其进行的相关限制,并不属于所有权自身内容之范畴。

张静博士的“论未来民法中的占有概念”为我们阐释了“占有”这一物权法上的重要概念,及其与物权法其他制度间的密切联系,并提出占有概念的科学化是实现物权法体系和谐的重要方面。占有概念的界定不是一个纯粹的理论问题,更是立法目的和制度功能的选择问题。占有主要有两个功能:本权保护功能和物权变动功能。选取不同的基准功能将会直接影响占有的内涵和外延。比较法上,《法国民法典》为代表的“占有一持有”模式与《德国民法典》为代表的“大占有”模式鼎足而立。我国《物权法》采取了“大占有”的立法体例,这应是未来民法典的基础。然未来民法典还需进一步细化占有概念的内部体系,规定自主占有和间接占有两个概念,完善占有概念体系的目的在于配合其他物权规则,理清物权法体系。

曾媛媛博士与曾茜共同撰写的“住房反向抵押权的法律构造”一文着眼于如今正在火热进行的住房反向养老保险试点活动。在学术界对住房反向抵押涉及的诸多问题(如关于住房反向抵押开展的有利条件、障碍,住房反向抵押的发起机构是保险公司还是商业银行,住房反向抵押中的担保方式,住房反向抵押合同条款的设计)进行研究的基础上,作者又从物权法的视角出发,针对住房反向抵押的相关问题进行了深入探讨,如反向抵押中是否需要引入让与担保,如需引入,理由是否充分,如不需引入,反向抵押的特征是否有违物权法定,其又在物权法中的定位如何;建设用地使用权续期的问题该如何解决;反向抵押中的房屋和当事人的权利义务是否有特别的限制。

本专题最后一篇是项斌斌的“代位执行与债权人代位权的立法冲突及其解

决”。代位执行与债权人代位权分属不同的法律部门。正是在司法实践中债权人有着代位执行的需求,才会在执行程序不完备的情况下在实体法中规定债权人代位权这一制度。然而,代位执行与债权人代位权却在立法上存在着冲突的情形,例如同一案件的债务人有多個债权人却仅对一个次债务人享有到期债权,既有债权人提出代位权诉讼且胜诉,又有另一债权人持有生效的法律文书要求代位执行且第三人无异议的情形下,在执行阶段的债权人代位权与代位执行的孰优孰劣? 作者认为,我国债权人代位权既有侵犯债务人处分权之嫌又在民法理论上难以自治,那么在我国已有代位执行规定的情形下,债权人代位权制度并没有存在的必要性,完善代位执行以替代债权人代位权势在必行。

四、农地法制

这一专题为读者介绍的是李凤章教授、张玉博士的“土地经营权的法规范研究”。在承包经营权禁止抵押的背景下,经营权自承包经营权中的独立和流转,成为盘活土地的有效途径,有利于实现农地的规模经营和发挥土地的融资功能。作为物权的经营权,在现有物权框架下应属于次级用益物权,其名称应采取“耕作权”,或者在保留“经营权”概念的同时,将承包经营权恢复为“农地使用权”。经营权的设定包括承包经营权人为自我设定和为第三人设定,其权利内涵包括占有、使用、收益和对经营权本身的处分。承包经营权人可以为自我设定经营权,这从英美法的权利束理论和大陆法系的土地债务制度均可获得借鉴。经营权的强化,会反逼承包经营权的永久化。

五、家事法论

孟令志副教授的“两岸婚姻成立法定形式之比较研究”一文从海峡两岸的结婚法定形式出发,对比了两岸曾分别采取过的登记制与仪式制。事实证明,登记制较之仪式制,具有明显的优越性,为此,我国台湾地区“民法”在最近的修正中,舍仪式制而采用登记制。然而两岸的结婚登记制在登记机关的设置、形式要件欠缺的效力、法律后果等方面存在一定差异。尽管大陆的登记制已施行几十年,但对于欠缺形式要件婚姻行为的效力,缺乏明确的法律规定,有关的司法解释虽几经变迁,仍不尽合理。

六、案例研究

赵毅博士的“意外事件、共同过失抑或无过失? ——‘袁甲诉严甲等生命权、

健康权、身体权纠纷案’一二审判决之说理评析”通过上海市的一个关于体育运动中人身伤害的案件,引出在体育运动中人身伤害的定性以及责任承担问题,并在考察罗马法和现代法的基础上,认定此事件并不满足意外事件中的不可预见性和外部性的要件,驳斥了案件一审判决,然后作者从“业余比赛的参与人并非要比专业运动员承担更为严格的注意义务”和“甘冒风险行为本身并不必然意味着过失”驳斥了二审“共同过失说”,并留下了许多有深度的问题值得我们去思考。

最后一篇是王培君博士的“股东异质化视角下对赌协议效力研究”。对赌协议是创业投资领域的一项金融创新,其运用在一定程度上破解了企业估值、融资的困境。而且,对赌协议所展现出投资机构、融资公司及其股东的不同偏好,恰好与股东异质化的现实相契合。遗憾的是,对赌协议在我国的运用并没有直接的法律条文作支撑,这也是理论界与实务界在对赌协议的效力问题上争论不休的最主要原因。作为金融形式的对赌协议运用丰富,并活跃了我国资本市场。但是,对赌协议的设计极为复杂,运用亦游离于我国法律条文之外,导致对赌协议效力的不确定,由此会引发各种风险,也增加了法院的裁判压力。为此,王培君博士认为需要将与对赌协议具有同等法律效果的类别股制度等引入我国公司法,将股东异质化问题纳入法治轨道。

目 录

人物专访

- 3 为人为学,高山景行
——专访李静堂教授

罗马法与欧洲私法专题

- 13 结社自由与国家管制之间的古罗马社团研究
——以“从共和向帝政转型时期对 Collegium 的法律
 规制”为中心 | 李 飞
- 31 简析不分遗产共同体制度 | 宋晓庆
- 46 论罗马法中的一般诈欺抗辩 | 徐铁英
- 60 《关于赠礼的琴其亚法》探究 | 黄美玲
- 74 《十二表法》存在私犯之债吗?
 ——若干私犯行为的考察 | 张长绵
- 95 雇主责任源流考:针对船东、旅店主或马厩主盗窃
 或不法损害的事实之诉 | 窦海阳
- 113 古罗马法律诉讼中的证据 | 胡东海
- 123 意大利农地租赁合同研究 | 李 俊
- 134 意大利买卖合同中权利瑕疵担保制度研究 | 韩 晗
- 145 意大利民事诉讼制度基本原则 | 伊 万
 (Ivan Cardillo)
- 160 从共同法到共同体法:欧洲法律史的研究界域 | 赖纳·舒尔策 著
 金 晶 译
- 185 评《欧洲统一买卖法》第八编时效规则 | Peter Møgelvang-Hansen 著
 朱晓峰 译

民事法论

- 207 中日自始未继受受益权的微观私法史考察与
法文化解释 | 张晓勇
- 216 论所有权的属性
——基于公私分野的考察 | 滕佳一
- 233 论未来民法典中的占有概念 | 张 静
- 257 住房反向抵押权的法律构造 | 曾媛媛 曾 茜
- 272 代位执行与债权人代位权的立法冲突及其解决 | 项斌斌

农地法制

- 297 土地经营权的法规范研究 | 李凤章 张 玉

家事法论

- 315 两岸婚姻成立法定形式之比较研究 | 孟令志

案例研究

- 329 意外事件、共同过失抑或无过失？
——“袁甲诉严甲等生命权、健康权、身体权纠纷案”
一、二审判决评析 | 赵 毅
- 342 股东异质化视角下对赌协议效力研究 | 王培君

Contents

Interview

- A men and a Scholar with Highest Virtue, Like Lofty Mountains
—an interview with Professor Li Jingtang 3

Rome Law And Private Law of Europe

- Li Fei | A study of Association between the Freedom of Association and State Regulations in Ancient Rome
—Focus on the Legal Regulations to Collegium in the Transitional Period from the Republic to the Empire 13
- Song Xiaoqing | Analysis of Partnership by Undivided Inheritance 31
- Xu Tieying | The defense to fraud in Rome Law 46
- Huang Meiling | A look at the Lex Cincia 60
- Zhang Changmian | Is there an Existence of the Liability of Delictum in Twelve Tables?
—Investigation on Several Behaviors of Delictum 74
- Dou Haiyang | Origin and development of employer's responsibility: of theft or wrongful damage against owners of vessel, owners of hotel or stable masters 95
- Hu Donghai | Evidence in Legis Actiones of Ancient Rome 113
- Li Jun | Study of Rural Land Lease Contractin Italy 123
- Han Han | Study of the Warranty Against Right Defect in Sale Contract of Italy 134
- Ivan | The basic principles of the civil procedure system in Italy 145
- Shu Erce Lou Aihua | From Ius commune to community law: the research area of European legal history 160

Peter Møgelvang – Hansen Zhu Xiaofeng Comment on the Prescription Rules in the Eighth Part of the Common European Sales Law	185
---	-----

Civil Law Theory

Teng Jiayi Attributes of Ownership —an Investigation based on the Distinction between the Public Law and the Private Law	207
Zhang Xiaoyong Why Chinese Law did not adopted the usufruct from the start? An Cultural Interpretation and Enlightenment	216
Zhang Jing The concept of “Possession” in the Civil Law of future	233
Zeng Yuanyuan Zeng Qian Legal structure of Reverse Mortgage of housing	257
Xiang Binbin The legislative conflict and settlement between the Subrogation Execution and Creditor’s Subrogation Rights	272

Legislation on Rural Land

Li Fengzhang Zhang Yu An Legal Regulation Study of the Land Management Right	297
--	-----

Family Law Theory

Meng Lingzhi Comparison of legal forms of Establishment of Marriage between Mainland China and Taiwan	315
---	-----

Case Study

Zhao Yi Accident? Joint Negligence? No Fault? —Reasoning in the Case of Right to Life, Right to Health and Bodily Integrity between Yuan and Yan	329
Wang Peijun From the perspective of shareholder heterogeneity: The Effect of VAM	342

人物专访
