

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2014-2015)

私法研究

第18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.18

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科

PRIVATE LAW REVIEW VOL.18

私法研究

第18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18卷/陈小君主编. —北京:法律出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9160 - 0

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 031140 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/19.25 字数/327 千

版本/2015 年 12 月第 1 版

印次/2015 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 - 9160 - 0

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 李 俊 陆 剑

娄爱华 (特约)

编辑助理 刘金桥 陈 荧



卷首语

朱熹说：“为学之道，莫先于穷理；穷理之要，必先于读书。”《私法研究》从第1卷走到第18卷，在百家争鸣的学术探讨中、在独辟蹊径的各家之言中、在各具韵味的真知灼见中，陪伴每一位读者走过一个个春秋。读书不是为了雄辩和驳斥，也不是为了轻信和盲从，而是为了思考和权衡。感谢每一位来稿的学者，将感受与你我共享。本卷共设“民法基础理论”、“财产法专论”、“侵权责任法专论”、“农地法制”、“外国法译评：原因理论研究专题”、“书评”六个栏目，为读者奉上16篇佳作。

一、民法基础理论

“从私法体系化到民法总则的制度设计”一文瞄准当下立法热点——《民法典》的编纂。作者从比较法的角度为我们阐述了各国民法典编纂的历程与当今世界格局，在谈及我国这一部堪称世界上最“难产”的民法典时，刘云博士认为这并非意味着我国制定民法典的条件尚不具备，而是在经历反复的理论探讨和实践检验后，我国的民法典势必要站在法律科学最高点制定一部体系化的法典，以理顺市民社会秩序。在这一宏伟任务下，民法典总则有必要承担私法体系化的重任，而现有立法及其理论基础也为私法体系化做了充分的准备。刘云博士提出了要实现这一体系化目标，所必须重视并加以明确规定的几个问题：一是用民法典总则的基本原则、民事主体制度和法律行为制度明确民法的私法性质；二是用民法典总则明确民法的调整对象；三是用民法总则明确民事立法构成及确定协调法律冲突和弥补法律漏洞的方法。其中，让法人回归为私法中的民事

主体,以私法自治为原则构建法律行为制度则成为重点和难点,文章也就这一问题进行了详细论述。

“法人人格权之理论辨析与立法构想”一文针对“法人人格”这一学界热点问题展开。首先,作者提出无论是事实人格的存在还是法律人格的解析,都证明法人应当享有人格权。紧接着,在肯定法人人格权的前提下,通过对法人人格权特点的明晰——财产性、绝对性、专属性和支配性,强调法人人格权是多样化的法人团体维持其独立主体地位之必须,是人权和宪法权利的民法体现。除此之外,作者认为对法人人格商品化即财产化现象的民法调整应当与法人人格权制度相分离,建立起专门的财产权制度。最后,作者在强调“法人人格请求权”概念的基础上,主张法人人格权受侵害的救济应主要包括法人人格权请求权、恢复原状和精神损害赔偿三个层次。

第三篇是姚明斌博士所著的“法定违约金制度新观察”。经济转轨的背景下,私人交易自由化渐成趋势,作为经济控制手段的法定违约金显然不符合市场经济的需要。如何正视客观存在且具有全新内核的法定违约金的新功能,并从规范的视角予以剖析,有助于认识诸如私法的边界、私法自治的范围等重要命题的时代内涵。作者首先在梳理我国现行民事单行法、行政法规及司法解释对法定违约金的直接或间接规定的基础上,指出法定违约金的规范内涵主要是责任成立条件和违约金的形式或内容;其次在考察早期的规范分类和实践观点后,得出法定违约金不尽然全为强制性规范的结论,并认为由于立法者已在其中预设了一定的利益衡量立场,法定违约金不应适用司法酌减规则。文章最后,作者站在全新的历史阶段与经济社会背景下,以比较法的眼光、从自治法的角度,就法定违约金与意定违约金的关系进行了不一样的思考。

在“论预约合同的出路——以类型系列的构建为分析视角”一文中,叶锋法官在对预约进行实证考察时发现实务不适当地扩大预约的适用领域,对预约法律效果裁判多有分歧。故该文以预约的制度价值为起点,以“类型系列”为视角,比较预约与缔约阶段的区别,分析预约与本约的界限,在缔约阶段和本约的夹缝之间,开拓属于预约的“一片纯净天空”。基于预约产生的权利不具有对抗力,但可通过预告登记获得。预约权利人原则上仅能诉请订立本约,不能直接诉请本约上的义务履行,但基于诉讼经济原则,可合并诉讼。预约权利人可请求替代给付的履行利益,且预约的履行利益与本约的履行利益应属一致。作者最后还对预约的违约责任相关问题如强制履行、损害赔偿范围等进行了分析。

二、财产法专论

本专论第一篇是李遐桢副教授的“地役权从属性与我国地役权法律制度修正”。地役权是一项古老的用益物权,在现代民法中,无论大陆法系国家还是英美法系国家都规定了地役权制度,我国《物权法》也对此作了规定。地役权的从属性是地役权与其他具有独立性的用益物权的差别之一,这导致了地役权具体法律制度设计上与传统的用益物权不同。土地公有制决定了其所有权不能在市场上流通,而土地使用权承担起土地市场化的功能,所以,我国《物权法》关于地役权从属性的规定与其他国家民法存在很大差别。本文通过分析地役权从属性的内涵、外延和设立主体,详细论证了地役权的从属性对地役权的期限、地役权的不可分性和地役权登记制度的影响,并在此基础上对我国地役权从属性法律制度提出了修正建议。

第二篇是陈越鹏博士的“建设用地使用权年限纠纷的实证研究”。建设用地使用权的年限规定不仅涉及房屋买受人的利益,也关系到国家土地制度的体系完整性。司法实践中的土地使用权年限纠纷具有问题复杂性、事前隐蔽性和判决差异性的特征,目前国家又尚未出台土地使用权年限的折算标准,买受人的利益得不到有力的保障。本文基于实证研究的视角,通过对裁判文书进行分析、梳理,依次探讨了三个层面的问题:第一,合同成立前,出卖人就土地使用权年限的告知是否存在先合同义务;第二,合同成立后,在何种情况下将被认定为无效、可撤销;第三,违反了年限条款,应当如何承担违约责任。作者认为,住宅建设用地使用权期间届满后关于续期主体、续期收费、权力期限等问题模糊不清,为此需要尽快制定完善的续期方案、明确年限利益的折算方式,进而可通过折现的方式确定实际损失,使得赔偿范围的认定更规范、合理,更为妥善地保护买受人的利益。

曹宇博士在“《矿产资源法》理论基础之流变:政策驱动下的理念转换”一文中重点着墨于我国矿产资源法理论基础以及演进历程,力图揭示其基本理念的动态变化。目前我国矿业权概念及关于现行《矿产资源法》的基本理念的检讨与反思日益深入,并呈现出倾向开放的私权基础论和折中的公私法二元兼顾论。作者在文中对此两种理论进行了分析评价,认为私权基础论虽然正确看到了私权的分量,但是过于理念化,忽视了从功能整合的角度做出更加全面的定位和制度安排;而公私二元兼顾论,对于矿产资源的特殊性和多种功能追求采取了平均主义的见解,而没有就矿产资源内部的公私法规范的功能进行定性和定量比较。作者认为,我国现行《矿产资源法》业已无法适应矿业体制改革与矿业经济发展的需要,而《矿产

资源法》立法通过各类规范性文件也已实现了实然法意义之上的矿产资源法修订。如此意义之上,《矿产资源法》的理论基础已经悄然变化,政策驱动下的立法理念已经舍弃了管控本位论下排斥市场的原有立场,转而向市场化的方向努力前行,只是狭义之上的《矿产资源法》岿然不动而已。矿产资源利用的现状和未来需要新的理论基础,以及该基础之上的精细化制度构建。

三、侵权责任法专论

该栏第一篇是贺栩栩博士的“侵权责任体系构造的方法论基础”。侵权法与生俱来就是保护任何人免受来自任何他人的权益侵害之法律规范。侵权法的性质与保护范围决定了其只能是概括的条文加全部的“判例法”。正因如此,各国在立法时都会花很大精力讨论概括性条款的模式问题。而在此概括性条款中,第一个需要澄清的问题即为侵权法中的“权益区分”问题,本文在提出此问题的基础上,论证了权利、弱保护法益和自由利益的关系,并结合实践经验区分了侵权法中的法益层级,进而在比较法的基础上,以“违法侵权”类型和“悖俗侵权”类型为切入点,分析如何为“一般财产利益”的边界模糊性和加害人预见性设置过滤器,本文最后结合我国侵权法,选择了回归四要件作为我国对“一般财产利益”的保护模式。

郑晓剑博士在“侵权规则与‘公平分担损失’——《侵权责任法》第24条之定位”一文中,从当下学者对《侵权责任法》第24条的解释争议出发,透过内外双重视角的实质理性论证,对其作出了较为妥当的定位。郑晓剑博士认为就侵权法内部视角下的实质理性论证而言,由于第24条本身并未揭示任何具有合理性、稳定性及可识别性的核心归责事由,因此不能认为其具有分配损害风险的归责功能,而二元归责体系的合逻辑展开,也足以否定第24条具有归责之功能。而就外部视角下的实质理性论证而言,第24条实质上是一条内置于私法体系内的社会法规范,其体现了以具体人格、分配正义为特质的社会法原理,旨在授权法官在无法对行为人进行侵权归责时,可以基于社会法原理在当事人之间例外地进行损失之分配,以实现特定情形下对于实质性的分配正义之追求。郑晓剑博士认为法律科学不同于自然科学,其关注的是价值妥当性而非自然科学所追求的高度精确性,故关于《侵权责任法》第24条之定位及“损失分担”与侵权归责之关系,不存在绝对正确的答案。但由于根据第24条所进行的损失分担并不是损害之归责,因此,为了避免动摇侵权法的私法属性、瓦解侵权归责体系,适用第24条须十分谨慎,相关适用主体须承担严格的论证及说理责任。

四、农地法制

第一篇是魏程琳、史明萍的“农村宅基地的属性与价值辨析”。学界关于农村宅基地的讨论日益激烈,争论的焦点集中在宅基地使用权是否能够自由流转,据此可将学界观点分为主张自由流转派和反对自由流转派,本文认为,两派观点的差异主要来源于对宅基地性质和价值的根本判断的不同,而这些研究都忽视了宅基地的多重属性和价值,作者立足实地调查,在对城郊村和普通农村比较的基础上,辨析了宅基地的性质及其价值来源。本文认为,宅基地的多重属性决定了它不可能是完全性的商品,再加之人地关系高度紧张的基本国情和社会主义的国家性质,国家对宅基地的管制是题中之意。不搞土地私有化是中国特色社会主义法律体系的底线,也是宅基地政策讨论的底线,当前学界极力推进宅基地使用权自由流转或土地私有化,既有悖于保障农民权利、增加农民财产性收入的目标,又对法律和政策形成了“倒逼”形势,不利于国家慎重稳妥地推进改革。

第二篇是谢潇博士的“日本借地关系法制度源流考”。就土地权利领域而言,存在土地物权与土地债权两大权利类型之区分,按照自19世纪德国经由罗马法对物之诉与对人之诉划分而区分物权与债权的原理,土地物权与土地债权因分属物权体系和债权体系而在对抗力、存续期间等效力方面存在区别。为了适应日本纷繁复杂的借地关系,日本希冀通过特别法实现土地物权与土地债权于某种程度上的统一,并创设了极具日本本土色彩的借地权,本文从体系源流的角度,分析和论证在日本借地关系法制度在不同时期呈现出的不同特征:前民法典时期的从身份到契约,民法典时期的地上权与土地租赁权之区分,后民法典时期的解法典化、借地权物权化与借地权多样化。在此基础上,本文论证了参考日本更新权制度克服我国建设用地使用权续期的难题,并论证了房地分离主义和建设用地租赁权在我国得以承认的正当性和可能性。

五、外国法译评:原因理论研究专题

原因理论有着悠久的历史 and 繁复的演变,相关研究的范围也非常广:从合同的起源问题到物权行为的抽象性问题,到不当得利制度中的原因问题,再到赠与中撤销权问题,这些研究看似松散,却可统归于原因理论的视域下。本专题试着指出原因理论的最根本问题,即原因(causa)和“sinallagma”(可理解为平衡性)。

第一篇是由娄爱华、徐铁英译的“一个理念的诞生:合同原因”。意大利维罗纳大学达拉·马萨拉教授的论文是他于2004年出版的《论合同原因的起源》一书

的精华版。在这篇论文中,马萨拉试图论证大陆法系中的原因概念起源于亚里士多德的“目的因”概念。马萨拉教授是一个坚定的贝蒂(Emilio Betti)主义者,后者在我国学界初为人知是因为他在诠释学领域的杰出贡献。实际上,贝蒂是一代罗马法大师,正是他主导了1942年《意大利民法典》债编起草。马萨拉对原因理论的理解源自贝蒂,与1942年《意大利民法典》起草思路保持了一致,尽管后者往往被误认为是《法国民法典》中原因理论的翻版。在亚里士多德哲学中,目的因指向将来,因而具有决定论的意味。马萨拉认为罗马法学家阿里斯托在D. 2, 14, 7, 2中所说的原因受到了亚氏目的因概念的影响,因为只有指向将来的目的因,才能解释为什么完成了给付的无名合同当事人能够要求对方为给付而不是返还。可以说,此时“原因”的符号证成了无名合同中主张对待履行的正当性,这也是原因概念自阿里斯托延续至今一直具有的功能。对于原因理论中的另一重要概念,即“sinallagma”(可理解为平衡性),马萨拉依照贝蒂的法律行为理论,认为“sinallagma”是支撑原因之证成功能的结构,而原因则意味着“sinallagma”这一结构所要实现的功能,也正因如此,他认为阿里斯托所说的原因是合同的原因而不是债的原因,这与《意大利民法典》的思路也是一致的。

第二篇是由娄爱华译的“从‘为了结果的给(datio ob rem)’到阿里斯托的合同原因以及保罗的‘有关为了结果的给的全部研究’”。墨西哥国立自治大学的帕兹教授也是多年研究原因问题的学者,他的论文将笔墨集中于对罗马法原始文献的分析,尤其是分析了如何理解罗马法中的“sinallagma”。债的核心在现代法中是给付,而给付的两种基本形式是“给”或“为”,“给”与“为”的交换构成了四种基本类型,即以给换给,以给换做,以做换给,以做换做。其中的以给换做和以做换给在罗马法的语境中并不能等而视之,因为“给”和“做”发生的时间先后不同,前者“给”先完成“做”未履行,后者“做”先完成“给”未履行。保罗认为,以做换给并不产生相互负债,也就是说不产生主张对待履行的诉权。之所以如此,在帕兹看来,是因为保罗与阿里斯托不同,他将原因的存在限定于“给”的情形。帕兹的思路是:保罗眼中的互易和买卖是不同的,因此互易无法像买卖那样获得有名合同的保护,而只能获得有原因的无名合同的保护,因而无名合同的原因仅仅限于完成了交付的给,既然如此,“做”就无法产生原因,也就无法产生要求“给”的诉权。从“sinallagma”的角度分析,在以给换给,以给换做,以做换做三种情形中,“sinallagma”的实现,依靠主张对待履行的诉权,而在以做换给的情形,保罗则依赖诈欺之诉,因此可以说诈欺之诉也是维持利益平衡的一种手段。帕兹认为阿里斯托对“sinallagma”的理解建立在诚信原则的基础上,因此区别于保罗,在四种交换

形式中都可以产生要求对待给付的诉权。这一观点拓宽了对原因理论的理解,指出了原因理论与诚信原则的竞合关系。

第三篇是张长绵博士所著的“试论法国人文主义法学派对 *sinallagma* 的解读和合同理论的建构:从阿尔恰托到康奈努斯”。华东政法大学的张长绵博士是国内少有的能够直接阅读拉丁文法律文献的研究者,他对阿尔恰托和康奈努斯的研究虽着眼于法律史,却在教义学层面做了诸多有益的发掘。他认为,阿尔恰托对前述以做换给不能产生对待给付之诉给出了另一种解释,即“做”与“给”不同,“做”是不需要配合的,因此不存在“给”的场合接受者的接受行为,而接受者的接受行为表明了一个给予者与接受者之间真正的合意,此时才存在“*sinallagma*”。在张长绵博士的梳理中,康奈努斯的观点则更接近当代民商分立的思路,他认为狭义的“*sinallagma*”仅仅存在于商业交换中,且康奈努斯通过拟制交付的手法,将合意合同也纳入要物合同的范畴,以满足“*sinallagma*”的要求,但要物合同的范围此时就被极大地扩展了。

第四篇是赵文杰博士所著的“给付不当得利返还之客观原因说批判——以德国的理论与实践为借鉴”。赵文杰博士的论文支持给付说而反对合同关系说,这看似是一个非常纯粹的教义学问题,但实际上有着深厚的历史底蕴。如果说不当得利也体现了一种“*sinallagma*”,这一“*sinallagma*”是在萨维尼之后从合同领域中衍生出来的,其关键就是萨氏给付概念的确立。合同本身代表了一种“*sinallagma*”,当给付概念被独立出来考察时,给付就脱离了合同,此时如何确定不当得利的返还债务人就有了两种选择,一种就是回到先前的合同,再有就是因循萨维尼的思路继续建构以给付为中心的体系。

六、书评

本节的书评是高海副教授针对高飞副教授著的《集体土地所有权主体制度研究》所作的评析。《集体土地所有权主体制度研究》一书提出了“将作为集体土地所有权之主体的农民集体予以法人改造的思路,以股份合作社法人改造农民集体应当采‘三步走’的方略”。高海副教授认为,《集体土地所有权主体制度研究》一书最大的创新也恰恰在于“以赋予农民平等地位、保障农民行为自由,实现农民的生存权和发展权的价值目标为指导,从充分发挥集体土地所有权主体制度的政治功能、经济功能和社会功能出发,将作为集体土地所有权主体的农民集体改造为股份合作社法人”。鉴于此,本文试图在比较集体土地股份合作社相对于高级合作社与社区股份合作社之差异的基础上,梳理并彰显集体土地股份合作社的制度创新;

同时,结合 2013 年十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称十八届三中全会《决定》)“赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权”的规定,揭示集体土地股份合作社制度创新的前瞻性与正当性。

立身以立学为先,立学以读书为本。愿我们共同在书中读自己、发现自己亦省察自己。

目 录

民法基础理论

- | | | |
|----|------------------|-----|
| 3 | 从私法体系化到民法总则的制度设计 | 刘 云 |
| 24 | 法人人格权之理论辨析与立法构想 | 李宗辉 |
| 36 | 法定违约金制度新观察 | 姚明斌 |
| 52 | 论预约合同的出路 | |
| | ——以类型系列的构建为分析视角 | 叶 锋 |

财产法专论

- | | | |
|-----|---------------------------|-----|
| 71 | 地役权从属性与我国地役权法律制度的修正 | 李遐桢 |
| 97 | 建设用地使用权年限纠纷的实证研究 | 陈越鹏 |
| 111 | 《矿产资源法》理论基础之流变:政策驱动下的理念转换 | 曹 宇 |

侵权责任法专论

- | | | |
|-----|------------------|-----|
| 125 | 侵权责任体系构造的方法论基础 | 贺栩栩 |
| 147 | 侵权归责与“公平分担损失” | |
| | ——《侵权责任法》第24条之定位 | 郑晓剑 |

农地法制

- | | | |
|-----|---------------|-----|
| 169 | 农村宅基地的属性与价值辨析 | 魏程琳 |
| | | 史明萍 |
| 182 | 日本借地关系法制度源流考 | 谢 潇 |

外国法译评：原因理论研究专题

- 211 编者按 | 娄爱华
- 214 一个理念的诞生：合同原因 | 托马索·达拉·马萨拉 著
娄爱华 徐铁英 译
- 238 从“为了结果的给”(datio ob rem)到阿里斯托的合同原因以及
保罗的“有关为了结果的给的全部研究” | 霍尔赫·迈那布利多·
帕兹 著 娄爱华 译
- 247 试论法国人文主义法学派对“sinallagma”的解读和合同理论的
建构：从阿尔恰托到康奈努斯 | 张长绵
- 261 给付不当得利返还之客观原因说批判
——以德国的理论与实践为借鉴 | 赵文杰

书 评

- 277 集体土地股份合作社的制度创新
——评高飞著《集体土地所有权主体制度研究》 | 高 海

Contents

Fundamental Theory on Civil Law

Liu Yun The Design of the System from the Private Law System to the General Rules of Civil Law	3
Li Zonghui Theoretical Analysis and Legislative Thinking of Legal Entities' Personal Rights	24
Yao Mingbin A New Observation on the Legal Liquidated Damages	36
Ye Feng On the Way out of the Reservation Contract —the Construction of the Type Series as an Analytical Perspective	52

Property Law

Li Xiazen The Attribute of Easement and the Amendment of the Legal System of Easement in Our Country	71
Chen Yuepeng Empirical Study on Law Issues about the Term of Construction Land Use Rights	97
Cao Yu The Theory Foundation of the Mineral Resources Law; the Transformation of the Concept Motivated by policy	111

Special Topics on Tort Liability Law

He Xuxu Methodology on the Construction of Tort Liability System	125
Zheng Xiaojian Infringement Rules and “Fair Share of Losses”	147

Legislation on Rural Land

Wei Chenglin Shi Mingping Analysis on the Attribute and Value of Rural	
--	--

	Residential Land	169
Xie Xiao	The Study on the Origin and Development of the Legal System of the Land – Use in Japan	182

Assessment of Foreign Law: Study on Theoretical Causes

Tommaso dalla Massara	Lou Aihua	Xu Tieying	The Birth of a Concept: Contract Reasons	214
Jorge Menabrito Paz	Lou Aihua		From “in Order to Result to (datio ob REM)” to Aristo of Contract and Paul’s “for the Results to All the Research”	238
Zhang Changmian			The Construction of the French Legal Humanism Party Sinallagma Interpretation and Contract Theory; from Alciatus to Connanus	247
Zhao Wenjie			The Objective Reasons for the Return of Unjust Enrichment	261

Book Review

Gao Hai	Institutional Innovation of Collective Land Stock Cooperative System —Comment on “ <i>Collective Ownership of Land Ownership System</i> ” by Gao Fei	277
---------	---	-----

民法基础理论
