

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2008-2009)

私法研究

第11卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.11

顾问

吴汉东
王泽鉴
梁慧星

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.11

私法研究

第11卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 张红

Vice Editor-in-Chief: Zhang Hong

编辑部主任: 耿卓

责任编辑: 麻昌华 雷兴虎 张红

耿卓 陈晓敏 贺媛

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊(2008—2009)》

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第11卷/陈小君主编. —北京:法律出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2840 - 8

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(2011)第244265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/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/27 字数/516千

版本/2011年12月第1版

印次/2011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 - 2840 - 8

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)



卷首语

江城如画里,山晓望晴空。转眼间武汉已进入深秋,在这个收获的季节,《私法研究》第十一卷如期出版,共推出 17 篇文章,希望能为读者朋友带来一场学术饕餮。

“民法论坛”中章正璋副教授的“德国民法上无权处分之概念及规范体系”一文,以德国民法典第 185 条为核心,对无权处分理论进行了详尽的阐释。法律行为理论是德国法高度抽象的产物,无权处分制度更是复杂,章教授其文涉及代理制度、瑕疵担保制度、善意取得制度等多项法律制度,脉络清晰,逻辑严密,内容丰富,对于我国民法基本理论的研究,具有很强的借鉴意义。自《侵权责任法》颁布以来,本刊一直关注该领域的疑难问题及解释论的研究路径。近年来,由于错误怀孕引发的诉讼常常见诸报端,该问题关系到亲子伦理等重大社会公共政策和法律问题。张红副教授的“错误怀孕之侵权损害赔偿”从比较法的角度对这一问题进行剖析,并以侵权损害赔偿为视角,依侵权责任构成四要件进行解析,提出了以解释论为基础、在侵权法的框架内解决这类案件的具体法律适用方法。特别是其关于“错误怀孕的抚养费为可赔偿之损害”的论述,颇为独到精辟,是将实践与理论切合的佳作。所有权作为一种最完全也最为重要的物权,构成整个财产法制度的核心,随着经济社会的发展,一元的绝对所有权模式受到挑战和质疑。陈晓敏博士在“大陆法系所有权建构的两种视角”一文中,追溯到所有权理论的发端,考察了大陆法系现代所有权确立之前的历史时代存在的各种所有权和财产归属形式,全面阐释罗马法多元的财产归属模式和中世纪的分割所有权模式,并论证了人与物两种视角下所有权模式的优劣,对于现阶段我国农村土地问题的法律调整具有启示作用。财产法以物法和债法为核心,物法

相对稳定,而债法受经济社会等因素的影响较大而发展改革较快。梁笑淮博士在“法国债法改革”一文中,以“加达拉草案”为切入点,全面系统介绍了法国自20世纪70年代以来的债法改革。作者还将草案置于合同法统一化运动蓬勃发展的背景下,将其与主要的合同法国际公约和条约进行比较,具体细致地描述了法国债法改革自身的特色。占有是物权的起点,其涉及面广且极具争议,是民法的难点问题之一。而《物权法》对占有制度的专门性规定极其简略,只有短短的五条,显得过于单薄,理论界对于占有保护制度的研究也鲜有涉及。在“论占有保护之原因”一文中,柯伟才博士以耶林教授关于占有保护的观点为核心,对有关这一问题的诸多观点进行阐述对比,深入分析了罗马法和当代法中的占有保护之原因,为我们进一步认识和研究占有制度提供了基础。

在“商法论坛”栏目中,我们选刊了张力教授的“公司所有与经营分离论的法律阐释路径”,该文以所有权理论为基础,详细分析了资本主义和社会主义两大法系对于公司所有与经营分离的不同制度构建,并结合日本的“法人资本主义理论”、美国的“公司帝国”实例以及俄罗斯的国有企业改革实践,提出我国国企已没有进一步实现所有与经营分离的空间,反而是只能进行限制与矫正这种分离的独到见解。在经济转型期的中国,面对国企改革的大讨论,该文有助于读者对现代企业制度建立的法律路径进行再思考和再探索。与现代企业制度构建一样,劳资关系也是近年来商法领域的热点问题,陈海挑律师和石顺光法官在“‘试用期’质疑”一文中,将理论与实务结合,通过比较法研究、实证分析、经济分析等方法,指出了我国《劳动合同法》关于试用期制度的规定存在的缺陷和漏洞,最后提出了“宽泛式”和“明细式”两种制度设计方案,对于缓和劳资关系,进一步完善劳动法律制度具有一定的启迪意义。

“农地法制”栏目依托陈小君教授带领的中国农村土地研究中心,承蒙学者惠赐佳作,现已经成为农地法律制度研究的又一平台。彭真明教授的“宅基地使用权流转中国家管制的反思”聚焦于农村宅基地使用权流转中国家管制的误用,提出了相应的矫正方案和措施,并最终提出回归私权与意思自治,为司法实践中诸多问题的解决指明了原则。高飞副教授所撰写的“新中国农村土地所有权主体制度的历史变迁与启示”一文通过对各阶段的农地所有权主体制度进行历史实证考察,探索促使我国农地所有权主体制度变迁的内外部因素,并揭示其制度属性,启示我们关于我国现行集体土地所有权主体制度的建构的发展和完善应当符合时代和现实需求等。在法律的框架内解决农地征收问题,其前提和关键在于对“公共利益”的界定。在“论土地征收中公共利益的立法界定”一文中,陈传法副教授严密地论证了对土地征收中的公共利益进行界定的必要性和可能性,并提出应从公私益关系出发,用类型化的方式界定公益事业,为土地征收中公共利益的界定提供了一条建设性思路。然而,类型化本身也是一个价值衡量的过程,需要明确其判断

标准和方法。林辉煌博士和桂华博士合著的“中国农地制度的产权建构”一文将西方经济学和组织社会学与法学理论结合,以社会现实为基础,在历史的维度内考察农地集体性的核心要素,详尽地分析集体性是如何具体实践并通过这些实践转化为以集体地权为核心的中国农地制度。对于农村征地与拆迁问题的关注也体现在秦小建博士的“农地开发秩序如何可能:村庄治理资源的整合与国家法治”一文中,但是其落脚点并非具体的公益判断与产权构建,而在于更为宏观的政治与法律问题。作者以某乡村“征地平稳、拆迁失范”现象为切入点,分析了该现象产生的深层次原因和其背后的村庄因素,一反法制解决征地拆迁问题的惯常思路,提出“在建设法治国家的进程中,必须寻求国家法制与村庄治理资源的有效结合”这一观点,值得读者细细品味。

“信访专题”是本卷新辟的栏目,信访制度的设立有很重要的政治和社会功能,对私权的维护有重要的意义,但是由于它本身具有入口过宽和非程序化等特点,使其陷入低效和口径淤塞之中,成为近年来的研究重点之一。陈小君教授领衔的研究团队秉持实证研究方法,在相关课题的研究中常常深入农村和基层掌握第一手资料,并以此为基础对相关问题展开全方位的规范分析。而陈小君教授等所撰写的“涉农信访问题实证研究——以广西壮族自治区为例”一文,正是该团队所承接的“中国三农、信访与社会稳定研究”课题的阶段性成果,为我国信访问题的研究又添浓重一笔。

“外国法译评”栏目汇集优秀汉译作品,是学者放眼全球,学习域外法律的重要桥梁,本卷选刊了四篇佳作。由季奎明博士翻译,贾希凌副教授校对的“统一法定信托实体法案”将美国信托法律制度展现在读者面前,该法案从组织法的维度对成文法信托进行规制,既涉及法定信托的设立、变更、解散等形式问题,也对法定信托的内部管理进行了详尽的规范。产品安全标准的技术统一与标准化不仅给生产商和进口商以及市场分销商配置了义务,还给民法其他领域带来了相当大的影响。安德列亚斯·富勒尔教授的“瑞士与欧洲的技术统一、产品安全与产品责任”一文着重介绍欧洲与中国之间的贸易关系,对欧盟、中国及瑞士的产品安全制度进行了详尽的分析,在简要介绍欧洲安全制度的同时,不仅提出产品安全技术标准可能成为民事纠纷解决的关键,而且进一步分析了各类技术标准的具体适用方式与统一。反恐问题是国际和国内社会的重大问题,然而,在反恐措施的实施过程中极有可能会公权与私权的博弈。皮特·T. M. 科南博士在“跟着钱跑:冻结恐怖分子资产和赛亚地夫妇诉比利时案”一文中详细地阐释了联合国安理会关于冻结恐怖分子资产的制裁措施和欧盟独立制裁制度,通过赛亚地夫妇诉比利时一案论证了该制度的不足和改进方式。暴力视频游戏对青少年的身心健康产生影响,近年来校园暴力事件频发将这一问题引入人们的视野。张小鲁教授在“游戏引发的问题:暴力视频游戏生产商的民事责任”一文中对美国的相关侵权诉讼进行探讨,

同时分析宪法第一修正案如何影响侵权诉讼以及有关法理如何影响侵权责任,给我们研究侵权责任法提供了新的视角。

自2002年创刊以来,在《私法研究》中学者们展开了越来越多的多样性学术讨论,在坚持研究传统问题的同时,对于与私法有关的交叉领域也逐步给予了更多的关注。这是九省通衢、包罗万象的江城所独具的特色,也是中南这个荟萃精英、孕育新秀的学府所固有的风格。

目 录

民法论坛

- | | | |
|----|------------------------------------|-----|
| 3 | 德国民法上无权处分之概念及规范体系 | 章正璋 |
| 24 | 错误怀孕之侵权损害赔偿 | 张 红 |
| 38 | 大陆法系所有权建构的两种视角
——罗马法和中世纪所有权形式考察 | 陈晓敏 |
| 64 | 法国债法改革
——以“加达拉草案”切入 | 梁笑准 |
| 96 | 论占有保护之原因
——以耶林的观点为中心 | 柯伟才 |

商法论坛

- | | | |
|-----|--|---------|
| 129 | 公司所有与经营分离论的法律阐释路径
——面向我国国企改革深度公司化策略 | 张 力 |
| 152 | “试用期”质疑
——我国现行试用期制度之批判 | 陈海挑 石顺光 |

农地法制

- | | | |
|-----|-----------------------------|---------|
| 181 | 宅基地使用权流转中国家管制的反思 | 彭真明 陆 剑 |
| 197 | 新中国农村土地所有权主体制度的历史
变迁与启示 | 高 飞 |
| 229 | 论土地征收中公共利益的立法界定 | 陈传法 |
| 271 | 中国农地制度的产权建构
——基于农地集体性的分析 | 林辉煌 桂 华 |

295 农地开发秩序如何可能

——鄂中 X 开发区 Q 村“征地平稳、拆迁
失范”现象观察

| 秦小建

信访专题

313 涉农信访问题实证研究

——以广西壮族自治区为例

| 陈小君 李正泽

外国法译评

353 统一法定信托实体法案

| 季奎明译 贾希凌校

383 瑞士与欧洲的技术统一、产品安全与产品责任

| 安德列亚斯·富勒尔著
贺媛译

392 跟着钱跑:冻结恐怖分子资产和赛亚地夫妇诉
比利时案

| 皮特·T.M. 科南著
黄洋洋译

403 游戏引发的问题:暴力视频游戏生产者的民事
责任

| 张小鲁著
张敏译

Contents

Civil Law Review

Zhang Zhengzhang Conception and Regulation System of Unauthorized Disposal in the German Civil Law	3
Zhang Hong Infringement Damage Compensation of Wrongful Conception	24
Chen Xiaomin Two Perspectives of the Construction of Proprietary Rights in Continental Legal System	38
Liang Xiaozhun Reformation of the French Law of Obligations	64
Ke Weicai On Reasons of the Protection of Possession	96

Commercial Law Review

Zhang Li The Legal Interpretation Path of the Separation of the Ownership and the Managerial Authority of the Company	129
Chen Haitiao, Shi Shunguang Questions the Probation Period	152

Legislation on Rural Land

Peng Zhenming, Lu Jian Introspection of the National Restriction on the Transfer of Usufruct in Rural Housing Land	181
Gao Fei Historical Changes and Inspiration of the Rural Land Proprietary Right Subject System of New China	197
Chen Chuanfa On Legislative Definition of Public Interest in Land Expropriation	229
Lin Huihuang, Gui Hua Property Rights Constructing of Land Tenure System in China	271
Qin Xiaojian On the Development Order of Rural Land	295

Special Topics on Petition

- Chen Xiaojun, Li Zhengze | An Empirical Research on Petition Related
to Agriculture 313

Foreign Law Review

- Trans. by Ji Kuiming | Uniform Statutory Trust Entity Act 353
Andreas. Furrer | Technical Harmonization, Product Safety and Product
Liability in Switzerland and Europe 383
Peter T. M. Coenen | Following the Money-The Freezing of Terrorist
Funds and Sayadi v. Belgium 392
Xiaolu Zhang | It's in the Game-Civil Liability for Producers of Violent
Video Games 403

民法论坛



德国民法上无权处分之概念及规范体系

章正璋*

目 次

- 一、德国法上的处分行为
- 二、德国民法上的无权利人
- 三、处分行为有效的情形
- 四、德国民法上无权处分的其他效果
- 五、结语

一、德国法上的处分行为

(一) 概念

德国民法上的处分行为,是指这样的法律行为,即能够直接引起现有权利的消灭、转移、背负负担,或者内容发生改变的法律行为。^[1] 如果以合同实施处分的,处分人是其权利直接受到贬损的人,而非合同的相对人,相对于处分人的处分行为,合同相对人的行为是一项取得行为。《德国民法典》继承编所规定的死因处分,不属于民法典第 185 条意义上的处分行为。^[2]

(二) 处分之客体

《德国民法典》上所谓的“客体(Gegenstand)”,如无特殊

* 法学博士,苏州大学王健法学院、苏州大学东吴公法与比较法研究所副教授,德国汉堡马克斯·普朗克外国法和国际私法研究所(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)高级访问学者。

[1] 《德国民法典评注》,第1卷,慕尼黑,2006年版,第2240页。

[2] 《德国联邦最高法院民事裁判集》,第75卷,第221、226页;第101卷,第24页。

说明,通常不是民法典第90条所规定的“物”以及权利的上位概念,而是指处分行为为的“对象”。〔3〕处分之客体分成两类:物(物权)和权利。

这里的物其实是指对物的权利,即物权,包括对动产和不动产的所有权,对无记名证券和指示证券的权利,对无体物(知识产品)的权利,以及在上述权利之上设立的限制物权。

这里的权利首先是指债权,债权的转让与债权的抛弃一样,均构成对债权的处分。在债权之上设立限制物权同样构成对债权的处分,嗣后对于这些在债权上设立的限制物权进行的转让以及废止,亦属于处分行为。

其次,法律关系也可以成为处分行为的客体,尤其是作为一个整体的债权债务关系。〔4〕因此,债法关系上法律地位的转让,对于转让人而言是一个处分行为。当一个无权利人以真实股东的名义将其股份转让给一个人合公司;或者根据无效的合同继受,继受人与合同相对人(原文为转让人[Übertragenden],似有误)以合同废止原债法关系的,均属于无权处分,应当有民法典第185条的适用。无权利人以合同当事人的身份向合同相对人行使通知终止权、解除权或者撤销权的行为,也属于第185条意义上的无权处分行为。〔5〕

(三)对于处分行为之同意

按照通说,对于处分行为所表示之同意本身并不是一个处分行为。但这不能排除关于处分行为的一些规定可以适用于对于处分之同意,须第三人同意之行为本身也可以是一项同意,如限制行为能力人或者禁治产人所表示之同意。对于处分之同意虽然不构成处分,但是通常被视为处分。如果表示同意之人为无权利人,则真正权利人可以对其所谓的“同意”表示追认,此时真正权利人对于“同意人”享有民法典第816条第2款所规定的“不当得利返还请求权”;如果真正权利人对于无权处分行为直接表示追认,而不是对无权处分的“同意”表示追认,则真正权利人对于处分人处分之所得享有返还请求权。〔6〕

(四)准用无权处分之情形

根据德国的民事司法实践,有些行为并非严格意义上的法律行为,或者并非严格意义上的处分行为(这些行为主要出现在程序法中),但是其效果与处分以及无权处分行为的效果难以区分,法律政策上有理由将民法典第185条所规定的无权处分准用于这些行为。

〔3〕 Staudinger/Gursky RdNr. 6.

〔4〕 Soergel/Leptien RdNr. 7; Staudinger/Gursky RdNr. 6; Doris, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, 1974, S75f.; Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S39ff.

〔5〕 《德国民法典评注》,第1卷,慕尼黑,2006年版,第2241页。

〔6〕 同上注。

1. 债权性质之占有权

在他人之物上设立债权性质之占有权,尤其对于使用租赁或用益租赁关系,如果权利人表示同意的,则占有权之设立有效,此际债权关系之设立以及标的物占有之移转,类似于处分行为,民法典第 185 条至少可以相应地予以适用。^[7] 权利人对于为第三人设立债权性质占有权的行为表示同意的,并不由此而负担债务,但应负法律上之容忍义务,即听凭第三人在占有设立合同所确立的期间和范围内进行占有使用。权利人受法律约束的基础在于其对于设立占有的债权行为所表示之同意,而不在于占有之移转。^[8] 在权利人和无权处分人的相互关系上,民法典第 185 条第 1 款的规定,以及第 2 款所规定的三种情形,均可以适用。此外,在权利人物(所有权)以外的其他权利上,无权处分人所设立的债权性质的企业租赁、狩猎权租赁、渔业权租赁以及营业权之租赁,亦可以准用民法典第 185 条。^[9]

2. 法定质权

出租人,用益出租人和承揽人的法定质权,仅仅存在于属于合同相对人所有之携入物。权利人(非合同相对人)尽管对于物被他人携入或加工表示了同意,对于这些物的法定质权并不产生,因为权利人往往并无负担的意思,亦无处分的意思。有人认为权利人对于物的携入或加工所表示的同意,符合民法典第 185 条第 1 款所规定的处分授权的要件,可以类推适用该条款,对此实难赞同。^[10] 因为法定质权的产生不考虑承租人、定作人的意思,其效力源自法律的直接规定,法定质权的产生要件与处分行为不具有可比性和同一性,出租人,用益出租人和承揽人应受保护之利益,不能成为宽泛适用类推的理由。^[11]

无权利人嗣后取得处分标的物的,或者权利人继承了无权处分人的遗产的,如果法定质权的其他构成要件具备,则法定质权自此有效成立。

3. 越界建筑

无权利人,尤其是土地的承租人和用益承租人,在权利人土地之上建筑,而逾越权利人土地疆界侵占邻人土地的,权利人无故意或者重大过失的,邻地所有人必须容忍该越界建筑,但邻地所有人在越界前提出异议,或在越界以后立即提出异议的除外(《德国民法典》第 912 条)。这里的越界建筑行为类似于无权处分,权利人对此表示同意的,则须承担后果,即向邻地所有人支付金钱定期金。^[12]

[7] RGZ 80,395,397F. 124,28;KG OLGR 1998,369,370;Erman/Palm RdNr. 2 und 18.

[8] Str., wie hier Soergel/Leptien RdNr. 9; Staudinger/Gursky RdNr. 102.

[9] So Doris S. 131,140ff.; Soergel/Leptien RdNr. 9; Staudinger/Gursky RdNr. 102.

[10] So Erman/Seiler § 647 RdNr. 4;RGRK/Steffen RdNr. 5; Soergel/Leptien RdNr. 9; Medicus BR RdNr. 594.

[11] Vgl. Palandt/Bassenge § 1257 RdNr. 2; Staudinger/Gursky RdNr. 93 mwN.

[12] Vgl. dazu Staudinger/Gursky RdNr. 98 mwN.

4. 相对的让与禁止

预告登记的权利人在预告登记以后,允许登入其他权利,从而消灭或者损害其他受保障的请求权的,可以准用民法典第185条无权处分的规定。^[13]

违反民法典第135条(法定让与禁止)、第136条(机关让与禁止)关于相对的让与禁止而进行处分的,亦有民法典第185条无权处分规定之适用。^[14]

对于民法典第399条所规定的协议上的债权让与禁止,判例以及学说上一致认为不适用民法典第185条无权处分之规定。协议上的让与禁止具有对抗一切人的效力,不问是以协议排除了让与还是这种让与取决于债务人单方之同意。民法典第182条以下仅仅适用于法定的“需经同意(Zustimmungserfordernisse)”的情形,而不适用于以法律行为设立之“需经同意”。^[15]之所以这里不能准用第185条的规定,是因为追认债权转让的债务人并无处分债权的权利。准此以言,债务人的追认只具有同意废除债权让与禁止的意思,或者放弃根据第399条所享有的抗辩权的意思。^[16]

5. 登记同意

土地登记条例第19条所规定的登记同意,按照通行的观点,只具有纯粹程序法上的处分之意思表示的意义,民法典第185条的规定可以适用。^[17]

6. 强制执行措施

强制执行措施不是法律行为意义上的处分,但是往往与法律行为意义上的处分同等对待(参见《德国民法典》第135、161、184、883条),按照通说,对于动产质押物的强制执行(以不属于债务人所有之物作质押),类推适用第185条无权处分的规定。^[18]在权利人事前允许的情况下,以不属于债务人所有之物所作之质押有效;在权利人嗣后追认的情况下,质押行为溯及至质押设立之时生效。权利人仅仅不提起第三人异议之诉的事实,尚不足以认为权利人对无权行为进行了追认。^[19]债务人嗣后取得质押物所有权的,按照民法第185条第2款第二种情形,质押行为有效,但是没有溯及力。权利人继承了债务人遗产并且对遗产债务承担无限责任

[13] BGH LM § 883 Nr. 6; RGZ 154, 355, 367; OLG Saarbrücken FGPrax 1995, 135, 136 und Hm vgl. Bamberger/Roth/Bub RdNr. 5; Soergel/Leptien RdNr. 19; Staudinger/Gursky RdNr. 95; Lehmann NJW 1993, 1558.

[14] Bamberger/Roth/Bub RdNr. 5; Erman/Palm RdNr. 3 RGRK/Steffen RdNr. 2; Soergel/Leptien RdNr. 19; Staudinger/Gursky RdNr. 96.

[15] 《德国联邦最高法院民事裁判集》,第70卷,第299、303页。

[16] 《德国联邦最高法院民事裁判集》,第102卷,第293、301页。

[17] Vgl. OLG K öln DNotZ 1980 628; OLG Naumburg NJW-RR 1999, 1462; Soergel/Leptien RdNr. 9.

[18] HM, vgl. BGHZ 56, 351 = NJW 1971, 1938; Palandt/Heinrichs RdNr. 4; 1 Bamberger/Roth/Bub RdNr. 3; Erman/Palm RdNr. 12.

[19] BGH NJW 1992, 2570, 2574; Staudinger/Gursky RdNr. 91.