

民法九人行

Nine Scholars Along

第⑦卷
Volume 7

主编 崔建远 | 本卷执行主编 耿林



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民法九人行

民法九人小組成員自述

王澤仁 謝銘洋 吳建雄 吳東昇 吳志雄
林錫山 林錫山 林錫山 林錫山 林錫山

第⑦卷
Volume 7

民法九人行

Nine Scholars Along

主编 崔建远 | 本卷执行主编 耿林



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法九人行. 第7卷 / 崔建远主编. —北京: 法律出版社, 2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7096 - 4

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第253267号

民法九人行(第7卷)

崔建远 主编

责任编辑 吕丽丽
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014年12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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 11 字数 339千

印次 2014年12月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版社

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7096-4

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本卷作者简介(以姓氏拼音为序)

- 崔建远 清华大学法学院教授
戴孟勇 中国政法大学民商经济法学院副教授
耿 林 清华大学法学院副教授
韩世远 清华大学法学院教授
姜 强 最高人民法院民一庭法官
李 昊 北京航空航天大学法学院副教授
申卫星 清华大学法学院教授
宋鱼水 北京市海淀区人民法院副院长
王 成 北京大学法学院教授
王 轶 中国人民大学法学院教授
吴光荣 国家法官学院副教授
许德风 北京大学法学院副教授
小林正弘 清华大学法学院 2010 级博士研究生
朱广新 《中国法学》杂志社编审

序

惯居书斋，无迫逐潮流之意；潜心为文，有学以致用之心。况年逾不惑，气度本该更加从容。未曾料，一群风华正茂的可畏后生，有志于民法的理论研究与实践探索，乃倡议创立民法沙龙，以求切磋明理，砥砺为学，取长补短，相得益彰。酝酿之初，倡议者即邀我参与其中，慎思之后，欣然同意。后与诸君研习数次，当月初衷日渐明朗于心。

讨论民法问题，须有学术平台。仅凭一己心力，固然可成一家之言；倘集众人智慧，何愁不能去芜存菁？若论者水平接近，又各有千秋，彼此具有平等对话的能力、把握民法的追求、畅所欲言的自由，则非但可怀疑既有定论，甚或自成其说，亦未可知。论者无论长幼，均为平等成员。或报告，或评论；或倾听，或求教；或立论，或辩解。诸此之事，于己于人，均有裨益。

加强民法修养，须有学思兼行。发现民法问题，必备相当学识，不然，案型生于咫尺，不是熟视无睹，就是张冠李戴。解决民法问题，尤需更高境界；否则，面对社会现实，难免束手无策，或者庸见迭出。此类境界既非与生俱来，亦非从天而降，唯有潜心研读经典，辅之以冥思苦索，辩论争鸣，历经日月累，方可望有所修为。学而不思则罔，思而不学则殆。诚哉斯言！民法沙龙犹如阅读经典、交流心得之学堂，置身其中，或能登高望远，再上层楼。

发展民法学说，须有适当方法。观览民法学发展史，诸多流派各具千秋，均有其生存空间。就沙龙成员而言，各种法学方法的神髓尚需深入领会，相关学科知识有待逐步补充。民法沙龙有望成为自由言说之所，鼓励百花齐放，提倡百家争鸣。沙龙成员学术兴趣不尽一致，个人尊崇法学流派亦未必相同。然不同方法、不同思维，相互碰撞，激荡回声，或可启迪心

智,共繁共荣。

提升法学水准,须有学术批评。自由地表达,平等地讨论,严肃地批评,诚恳地回应,乃学术发展的正道。反观我国民法学界,自言自语者多,批评回应者少,看似一派兴旺,实则繁而不荣。民法沙龙践行针锋相对的辩论,鼓励不留情面的批评,赞赏切中肯綮的意见,摒弃人云亦云的附和。

阐释民法理论,须守学术规范。没有规矩,不成方圆。民法沙龙的报告,论证说理须遵循规则,引文注释应符合规范。民法沙龙的评论,大到选题价值、观点正误,小到标点符号、引文注释,都在检视之列。

民法沙龙乃开放的学术论坛,或志同道合而自愿加入,或工作繁忙而无暇光顾,或兴趣减弱而中途退场,来去随意,均属正常。

民法沙龙目前依托于清华大学法学院民法研究中心,其报告与评论皆属于该中心学术活动的组成部分,以《民法九人行》之名连续出版。

此记。

崔建远

于清华大学法学院明理楼

2002年11月12日

目 录

主题报告 | 1

征收制度在我国的异化与回归

——写在《国有土地上房屋征收与补偿条例》通过之后 / 吴光荣 001

评论

艰难回归的国有土地使用权征收制度 / 朱广新 022

征收制度研究:规范意识与问题意识 / 戴孟勇 029

公共利益与集体利益 / 许德风 040

主题报告 | 2

中国合同法的发展:历史的及比较的视角 / 韩世远 043

评论

社会背景与民法典的制定 / 王 成 065

民法的近代变迁与现代课题 / 吴光荣 067

对1949年以来若干合同法文本的分析 / 戴孟勇 078

中国合同法律制度史研究的当代价值 / 申卫星 090

中国合同法的时间与空间审视 / 耿 林 093

主题报告 | 3

诉讼时效制度三论 / 王 轶 098

评论

诉讼时效辨 / 崔建远 108

诉讼时效:正当性与本土化 / 吴光荣 112

诉讼时效制度的正当性依据 / 朱广新 121

关于诉讼时效制度的几个疑问 / 戴孟勇 125

主题报告 | 4

母权—子权结构的理论及其价值 / 崔建远 137

评论

母权—子权结构理论的意义与限定 / 王 成 155

公权力在物权变动中的作用和地位 / 吴光荣 157

母权—子权结构理论的展开 / 戴孟勇 164

母权与子权关系论 / 耿 林 171

准物权概念的含义与界限

——评崔建远:《母权—子权结构的理论及其价值》 / 许德风 175

主题报告 | 5

物权法定与私法自治

——解读我国《物权法》的“两把钥匙” / 申卫星 178

评论

物权法定主义的范围不宜扩张 / 崔建远 198

物权法定的存废 / 王 成 202

看不透的物权法定和私法自治 / 李 昊 205

物权法定:定什么 / 朱广新 209

物权法定中的强制性识别 / 耿 林	216
关于《物权法定与私法自治》一文的评论 / 姜 强	221

主题报告 | 6

论交通事故案件法律事实的发现和民事问题的解决 / 宋鱼水	227
------------------------------	-----

评论

依公平原则处理个案的例证 / 崔建远	244
作为激励机制的法律 / 王 成	246
法学理论研究如何契合司法审判? / 李 昊	251
情势变更与人身损害赔偿协议的执行	
——王贵成人身损害赔偿案评议 / 朱广新	254
道路交通事故案件的处理:游走于法律、情理与舆论之间的 司法裁判 / 戴孟勇	257
和解协议、继续性债务与诉讼时效	
——评宋鱼水论文 / 韩世远	265
道路交通事故侵权案件的审理	
——评宋鱼水:论交通事故案件法律事实的发现和民事 问题的解决 / 许德风	268

主题报告 | 7

作为民法解释学的要件事实论

——“裁判规范之民法”的构想 / 小林正弘	271
-----------------------	-----

评论

关于要件事实论的几点请教 / 王 成	288
--------------------	-----

方法的启示与民法规范的重构 / 李 昊 291

《要件事实讲义》(节译) / 伊藤滋夫 著 / 小林正弘 译 295

编辑手记 / 耿 林 342

卷五 民法总论

1. 民法总论

1.1 民法总论之意义

1.2 民法总论之范围

1.3 民法总论之地位

1.4 民法总论之发展

1.5 民法总论之研究

1.6 民法总论之立法

1.7 民法总论之司法

1.8 民法总论之学理

1.9 民法总论之比较

1.10 民法总论之展望

1.11 民法总论之附录

1.12 民法总论之参考文献

1.13 民法总论之索引

1.14 民法总论之附则

1.15 民法总论之说明

1.16 民法总论之附录

1.17 民法总论之索引

1.18 民法总论之附则

1.19 民法总论之说明

1.20 民法总论之附录

主题报告①

征收制度在我国的异化与回归

——写在《国有土地上房屋征收与补偿条例》通过之后

报告人:吴光荣

报告时间:2011年2月27日

报告地点:清华大学明理楼

[内容提要] 原《城市房屋拆迁管理条例》使我国的征收制度被异化为解决城市发展所需用地的手段。《国有土地上房屋征收与补偿条例》努力使被异化的征收制度回归其本来面目,但仍然有其局限性。要使征收制度真正回归,不仅要改革现行的建设用地使用权制度,而且必须解决好城市非公益性的用地需求。非公益性的用地需求不仅可以通过一对一的协商机制来解决,在特殊情形下还可以通过民主表决的方式来解决,以降低交易成本与交易风险。通过集体利益适当限制个人利益,为以民主表决方式解决非公益性用地需求提供了理论基础。

[关键词] 物权 征收 拆迁 公共利益 集体利益

在经过反复论证并两次公开征求意见后,备受关注的《国有土地上房屋征收与补偿条例》终于在2011年1月19日由国务院第141次常务会议审议通过。如果采用广义的法律概念,那么这一条例应是新中国立法史上第一部明确冠以“征收”之名的法律,其意义自然非同寻常,因为它意味着我国法律对私有财产权利的保护将更加完备。然而,值得注意的是,虽然以保护私人

财产权利为重要任务的物权法早在 2007 年 3 月 16 日即已由第十届全国人民代表大会第五次会议通过,虽然 2007 年 8 月 30 日十届全国人大常委会第二十九次会议审议并通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》即已授权国务院就征收国有土地上单位、个人的房屋与拆迁补偿制定行政法规,但这一条例却迟至今年才得以通过。《国有土地上房屋征收与补偿条例》“难产”的个中缘由究竟何在?它的通过是否意味着因征收引起的问题已得到全面解决?这一条例在实践中是否可以并且如何能够得到全面落实?在笔者看来,即使在《国有土地上房屋征收与补偿条例》通过之后,这些仍然是必须尽快予以回答的问题。

一、征收的本质及其在我国的发展

征收是指国家基于公共利益的需要而运用公权力强行取得私人所有的财产的制度。尽管征收有违私有财产不可侵犯及国家保障私有财产的宪法精神,但由于征收是基于公共利益的需要,具有正当性,因而与税收制度一样,得到了现代各国法律的认可,被认为是公权力对私有财产权利的合理限制。^①当然,与税收制度不同的是,征收系国家个别性地牺牲私人利益以实现公共利益,立法者无法对政府的每次征收行为进行事先规制,因而只能在强调征收必须基于公共利益的同时,为政府实施征收设定较为严格的程序。同时,被征收者因征收所受到的损失理应由全体纳税人共同承担,因此,为公平起见,各国在承认国家有权实施征收的同时,亦规定征收权的行使须以公平补偿为前提。^②可见,征收本质上为国家对私有财产的强制购买,是对私

^① 梁慧星:“谈宪法修正案对征收和征用的规定”,载《浙江学刊》2004 年第 4 期;赵万一、叶艳:“从公权与私权关系的角度解读国家征收征用制度”,载《华东政法学院学报》2007 年第 2 期。

^② 例如,德国《基本法》第 14 条第 3 款规定:“剥夺所有权只有为公共福利的目的才能被允许。”法国《人权宣言》第 17 条规定:“财产是神圣不可侵犯的权利,除非为合法议定的公共利益显然必要时,并在公平和预先赔偿的条件下,任何人的财产不得剥夺”;同时,法国《民法典》第 545 条亦规定:“任何人不得被强制转让其所有权,但因公用并在事前受公正补偿时,不在此限”。美国宪法第 5 条修正案规定:“未经正常法律程序不得剥夺人的生命、自由或财产;凡私有财产,非有正当补偿,不得收为公用”;美国宪法第 14 条修正案则进一步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。

有财产所有人意思自治的限制,必须慎重对待。^① 征收仅仅是国家取得私人所有的财产的方式之一。国家除了运用公权力通过征收、税收、罚没、国有化等措施取得私人所有的财产外,还可以作为民事主体参与市场交易,从而在双方自愿的基础上通过民事协议取得私人所有的财产。据此,不仅国家为了对房地产市场进行宏观调控而设立的土地储备制度不能正当化征收制度(这是因为国家完全可以以民事主体的身份实现这一目的,而无须动用征收制度),而且国家在因公共利益而需要取得私人所有的财产时,也应先通过双方自愿协商的方式解决,只有在协商无果时,才能动用征收制度,“征收的种类和范围是为了公共利益而不可避免的,并且没有其他较为温和的手段”。^②

征收制度在我国经历了不平凡的发展过程。早在1950年6月28日由中央人民政府颁布的《土地改革法》中,就有涉及土地征收的规定,但主要是指废除地主阶级封建剥削的土地所有制而采取的革命行为,与现在使用的“征收”概念并不一致。1950年9月16日政务院制定的《关于铁路征用土地办法的几点解释》第4条规定:“征用公地,无须发价,如所征土地系土地改革法第3条但书内学校、孤儿院、养老院、医院所依靠该土地收入维持费用者,应通过地方政府发给地价。”1950年11月21日政务院颁布的《城市郊区土地改革条例》第14条第1款规定:“国家为市政建设及其他需要征用私人所有的农业土地时,须给予适当地价,或以相等之国有土地调换之。对于耕种该土地的农民也应给予适当的安置,并对其在该项土地上的生产投资(如凿井、植树等)及其他损失,应予公平合理的补偿。”1953年12月5日政务院发布的《关于国家建设征用土地办法》规定:“凡兴建国防工程、厂矿、铁路、交通、水利工程、市政建设及其他经济、文化建设等所需用之土地,均依本法征用之。”该办法是新中国第一部比较完整的土地征用法。在此基础上,我国1954年《宪法》第13条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定的条件,对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有。”可见,在解放初期,由于国家对生产资料实行多种所有制并存的经济体制,因

^① 王轶:“民法视野中的房屋征收”,载《法制日报》2011年1月29日。

^② [德]M. 沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第43页。

而征收的对象主要是私人所有的土地等生产资料。值得注意的是,1954年《宪法》并未使用“征收”的概念,而是采用“征购、征用或者收归国有”的表述。从概念的具体内涵来看,这一时期宪法和法律所称的“征用”似应理解为包括征收,针对的是土地等生产资料,“征购”虽然也是国家强制性地购买私人财产,但似应理解为针对动产,而“收归国有”则似应理解为国家实行国有化的途径。

随着我国社会主义改造的完成,虽然生产资料的私有制度在我国被消灭,但由于生产资料的公有制被区分为社会主义全民所有制与社会主义劳动群众集体所有制,因此征收制度在一定程度上仍有存在的意义。为适应农村土地从农民个人所有转变为集体所有这一变化,国务院对1953年制定的《关于国家建设征用土地办法》进行了修订,于1958年1月6日公布施行。在此基础上,1975年《宪法》对征收制度亦作了明确规定。与1954年《宪法》相同,1975年宪法也未使用“征收”的概念,而继续采用“征购、征用或者收归国有”的表述,但1975年《宪法》没有规定必须基于“公共利益的需要”这一条件,而是规定“国家可以依照法律规定的条件,对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有”(1975年《宪法》第6条)。这一规定在1978年《宪法》中得到坚持,但同时将“征购、征用或者收归国有”的对象限定于土地,明确规定“国家可以依照法律规定的条件,对土地实行征购、征用或者收归国有”(1978年《宪法》第6条)。

1982年《宪法》是实行改革开放政策后制定的一部宪法,也是现行宪法,它明确规定“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征用”(1982年《宪法》第10条)。可见,1982年《宪法》不再采取“征购、征用或者收归国有”的表述,而仅使用“征用”的概念,并明确规定“征用”必须基于公共利益的需要。在此基础上,1982年5月14日国务院公布施行《国家建设征用土地条例》,第一次比较系统地提出集体土地征用的概念,首次规定征用补偿主要包括土地补偿费、青苗及地上附着物补偿费、安置补助费,同时还规定了劳动力安置和农转非制度。显然,“征用”的表述系沿用以往宪法与法律规定的结果,应解释为包括征收,因为根据1982年《宪法》制定的1986年《土地管理法》在“国家为了公共利益的需要,可以依法对集体所有的土地实行征用”的同时,明确规定“国家建设所征用的集体所有的土地,所有权

属于国家,用地单位只有使用权”,并就征用的程序及补偿问题作了较为简单的规定。

考虑到征收与征用制度存在实质性的差异,且实践中因征收补偿产生了各种矛盾与问题,2004年的《宪法修正案》将1982年《宪法》的上述规定修改为:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。据此,2004年《土地管理法》的相关规定亦修改为:“国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿”,该法并对征收的程序以及补偿问题作了进一步的完善。此外,考虑到征收制度关系到对私有财产尤其是物权的保护,加上实践中因征收引起的矛盾日益突出,2007年制定的物权法对征收制度亦作了一般性的规定(《物权法》第42条、第132条、第148条)。根据宪法与物权法关于征收制度的规定,2007年8月30日由十届全国人大常委会修订的《城市房地产管理法》第6条规定:“为了公共利益的需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。”

纵观我国宪法与法律关于征收的规定,我国的征收制度呈现以下几个方面特点:(1)我国的征收制度经历了从征收与征用的混用到将二者明确予以区分的发展过程,法律概念的使用更加精确与科学。^①(2)征收制度的确立以及征收制度的运用与生产资料所有制尤其是土地制度有着极其密切的联系,同时也与国家的经济发展息息相关;在承认生产资料私有制的经济体制下,征收制度存在的空间较大,反之,征收制度存在的空间就较小;而在将土地区分为城市国有和农村集体所有的情况下,城市化的发展水平也决定着征收制度的运用空间,城市化进程越快,运用征收制度的空间就越大,反之则越小。(3)征收制度的适用对象最初主要是以土地为主的生产资料,随后发展到单位、个人的房屋以及其他不动产,这与我国采取房地分离的立法体例不无关系。在将土地与房屋作为不同的物予以对待时,征收的对象自然不仅

^① 关于征收与征用之间的区别,参见费安玲:“对不动产征收的私法思考”,载《政法论坛》2003年第1期;关于征收与征用的关系以及“征用”概念在美国法上的适用情况,可进一步参见刘向民:“对征收与征用的一个辨析”,载《环球法律评论》2008年第6期。

包括土地所有权,也要包括土地上的房屋所有权。^① (4)关于征收是否必须基于公共利益的需要,在我国经历过反复,但最终得以坚持,体现了国家保护私有财产的决心。(5)我国宪法与法律不仅十分重视征收的程序要求,而且十分重视对被征收人的补偿与安置,体现了对被征收人合法权益的保障,符合征收制度的本旨。

二、征收制度在我国的异化及其表现

所谓异化,是指事物违反其本质属性而变得名不副实。^②征收系政府基于公共利益的需要而取得私有财产的制度,征收只能基于公益,而不能基于私益。就此而言,征收应被理解为国家取得财产的一项极为特殊的制度,而不能成为被广泛运用的一般性制度,否则私有财产的保护就是一句空话。但在我国,改革开放以来,随着社会经济的发展,工业化和城市化不断升级,不但原有国有土地远远无法满足城市建设的需要,就是在已有的国有土地上,也面临着旧城改造、危房重建的巨大压力。在此背景下,如何化解城市高速发展与土地资源短缺之间的矛盾就成为困扰政府的一个亟须解决的问题。

① 是否有必要对土地上的房屋进行征收是一个值得探讨的法律问题。即使采取房地分离的立法体例,房屋与土地是两种不同的不动产,房屋也不能离开土地而存在,因此我国法律虽然采房地分离的立法技术,但也一再强调“房随地走”与“地随房走”的立法政策。据此,只要土地被征收,根据“房随地走”的政策,房屋的所有权自然应归国家所有,并无进一步征收的必要。较为突出的是城市房屋问题。由于城市土地归国家所有,似乎不能成为征收的对象,因此征收的对象似仅限于房屋。我国物权法可能也是考虑到这一点,才将征收的对象扩展至房屋,并规定国家基于公共利益的需要可以提前收回城市国有土地使用权,未采“征收”的概念,似采“地随房走”的政策。但笔者认为,土地相对于房屋处于更加重要的地位,且建设用地使用权在我国发挥着替代所有权的功能,因此将征收的对象扩展到建设用地使用权,不仅更加符合事物的本质,而且更有利于对权利人的保护。如此,城市房屋拆迁只需征收建设用地使用权。我国现行法将征收的对象指向房屋,再根据“地随房走”的政策提前收回建设用地使用权,既掩盖了事物的本质,也不利于对权利人的保护,有避重就轻的嫌疑。关于提前收回建设用地使用权应依征收处理的观点,还可参见王利明:“《物权法》的实施与征收征用制度的完善”,载《法学杂志》2008年第4期。

② 《新华词典》对“异化”一词的解释是:(1)同类事物演变成不同类的;(2)哲学用语,指将自己拥有的东西转化成同自己对立的东西。《现代汉语词典》对“异化”一词的解释是:(1)相似或相同的事物逐渐变得不相似或不相同;(2)哲学上指把自己的素质或力量转化为跟自己对立、支配自己的东西;(3)语音学上指连发几个相似或相同的音,其中一个变得和其他的音不相似或不相同。