



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

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

私法研究

第21卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 李俊 陈晓敏

Vice Editor-in-Chief: Li Jun Chen Xiaomin

PRIVATE LAW REVIEW
VOL.21

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



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

PRIVATE LAW REVIEW VOL.21

私法研究

第21卷

主编 陈小君

Editor-in-Chief: Chen Xiaojun

副主编 李俊 陈晓敏

Vice Editor-in-Chief: Li Jun Chen Xiaomin


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中文社会科学引文索引(CSCI)来源集刊

图书在版编目(CIP)数据

私法研究. 第21卷 / 陈小君主编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1641 - 7

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(2017)第 280364 号

私法研究(第21卷)
SIFA YANJIU (DI 21 JUAN)

陈小君 主编

责任编辑 吴 昉
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 24
字数 454 千
版本 2017 年 6 月第 1 版
印次 2017 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1641 - 7

定价:45.00 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 李 俊 陈晓敏

编辑部主任 陆 剑

本卷责任编辑 陈晓敏 高 飞 耿 卓

李 俊 陆 剑 石一峰

编辑助理 徐育知 韩 超



卷首语

培根有云：“人的天性犹如野生的花草，求知学习好比修剪移栽。”而优秀的文章往往是修剪移栽的重要指南。本卷《私法研究》共设“人物专访”“民事法论”“知识产权法与商事法专论”“农地法制”四个专题，为大家奉上19篇佳作，以期给各位读者带来启迪。

一、人物专访

本卷开篇为各位读者献上的是中国私法网与《私法研究》编辑部对吴汉东教授的专访。吴汉东教授是我国著名民法学家、知识产权专家，中南财经政法大学原校长，现任教育部人文社科重点研究基地、国家保护知识产权工作研究基地、国家知识产权战略研究基地、国家版权局国际版权研究基地——中南财经政法大学知识产权研究中心主任，同时兼任诸多重要的学术与社会职务。在本篇专访中，吴老师为我们讲述了他的学术成长历程并由此提出对年轻学子的期望和建议，深入浅出地谈了民法学与知识产权研究的关系。作为创始人之一，吴老师还对《私法研究》的发展寄予殷切期望。

二、民事法论

本专题共收录十一篇文章。第一篇是段卫利博士所作“论民法上的赔礼道歉责任”一文。赔礼道歉责任在立法和司法上存在诸多问题，将赔礼道歉规定为一项民事责任承担方式不符合民法的一般原理。赔礼道歉无法直接强制执行，替代执行也存在问题，强制赔礼道歉侵犯公民的不表意自由和良心自由。该文指出，赔礼道歉本质上是一项道德责任，不应成为一项法律责任。赔礼道歉的法律化与赔礼道歉的法律责任化是两个

问题,否定赔礼道歉的法律责任化,并不一定否定赔礼道歉的法律化。赔礼道歉的法律化可以采取在任意性规范或倡导性规范中加以规定的方式来实现,废除赔礼道歉责任应当是我国民事立法的发展方向。

第二篇是谭津龙博士所作的“规范目的与合同效力——兼评《合同法解释二》第14条的适用”一文。该文认为在《合同法》第52条第5项的规定中,违反法律、行政法规强制性规定的合同无效,《合同法解释二》第14条将之限缩为“效力性强制规定”,随后的司法实践遵循了这一宗旨;但凡在处理违法合同的效力时,先行判断强制性规定的管理规定属性或效力规定属性,继而认定违法合同的效力。然而,无论是借助《合同法》第52条第5项,还是依恃管理规定和效力规定二分体系和自身属性,均不可能直接判断某一强制性规定究竟是管理规定还是效力规定,更不应以此来判断违法合同的效力。无论学说还是判例,都理应走出前述误区。《合同法》第52条第5项概括条款的功能表明,对合同效力的判定,规范目的是关键要素,亦唯有以目的为导向的判定方法才能具有合目的性,才能达至效力判定及调和国家强制与私法自治的双重目标。

第三篇是董春华博士的“论产品责任法中的防撞性理论及其启示”一文。防撞性理论是指生产者发生交通事故中产品缺陷带来的额外伤害承担赔偿责任,起源于美国1968年的司法判决,至今已有近50年历史。防撞性案件中的伤害样态分为可分伤害与不可分伤害,这影响了美国法院对此种案件中举证规则和侵权责任形态的态度。据该文考察,原告能够举证产品缺陷是导致额外伤害的实质性因素,即可从生产者那里获得伤害可分时的额外份额或伤害不可分时的全部损害的赔偿,这是绝大多数法院采纳的主流模式;多数法院相应地要求生产者对额外份额或全部损害承担连带赔偿责任。美国各州连带责任改革和比较过失责任的盛行,导致连带责任适用范畴的减小,此趋势已经影响了防撞性案件,生产者可能不再承担连带责任。该文认为我国产品责任法应采纳防撞性理论,这将是产品安全领域的革命,且必须贯彻缺陷基本类型的分类和缺陷判断的细化,采纳比较过错下的按份责任,方可达成防撞性纠纷中消费者和生产者利益的平衡。

第四篇是蔡睿博士所作“论特殊动产物权的变动与对抗——基于《物权法》第24条的分析与反思”一文。该文认为《物权法》第24条关于特殊动产物权变动的规定,未明确特殊动产物权变动的生效要件,对此应从解释论立场予以释明。该文运用体系解释、法意解释、学理解释等方法,得出交付为特殊动产物权变动生效要件的结论。由于第24条规定了物权登记的对抗效力,登记作为公示手段,其效力也不能无视,在当事人仅过户登记而未现实交付的场合,不妨认为双方当事人之间存在默示的观念交付。对于“不得对抗”的含义,须在我国现行法的框架下进行解释。将“不得对抗”与善意取得制度相衔接,不仅能最大限度地实现体系融合,同时也最具合理性和可操作性。该文认为《物权法》中存在大量登记对抗主义的规

定,必将造成体系悖论,为缓解体系悖论而作出的解释又导致其偏离登记对抗主义的本旨,由此面临两难局面。自立法论而言,建议在将来修订物权法时,使机动车从特殊动产中分离,适用普通动产的物权变动规则。对于船舶、航空器等特殊动产,若仍沿用登记对抗规则,不妨明确其采意思主义的物权变动模式,以使该制度功能得到最大限度发挥。

第五篇为苏海健副教授的“管制性征收补偿研究”一文。近年来,随着我国社会主义法制的日益健全,私人财产权之保障制度日益完善,财产权之存续保障与价值保障日益得到重视。然而对于管制性征收而言,我国现行法律体系中虽有关于管制性征收应予补偿的立法例,但此种立法例更多地表现为“孤例”,在更多的实质上已经构成管制性征收的领域,对于补偿却只字未提,学界对管制性征收补偿的一般理论和比较法的研究也相对滞后。该文对管制性征收之类型、提起和补偿三个问题进行了研究,并建议在我国未来的统一征收立法中加入一个专门的管制性征收补偿条文,就管制性征收补偿问题作出专条规定。

第六篇是肖海军教授与文宁博士所撰“民法典编纂视域下合伙立法的中国架构——基于合伙契约性与组织性的分析”一文。该文认为合伙具有契约性和组织性之双重属性,可为契约亦可为组织。由于组织型合伙为现代合伙的主导形式,契约型合伙大量存在但已退居次要。鉴于合伙形式的结构性变化,未来我国《民法典》在合伙立法体例的选择上,既不能盲目仿行他国现有的编章法例,也不应延续《民法通则》的主体分离式立法,更不可通过重构法人制度来延纳合伙,编入民法典总则中非法人组织章节也非一劳永逸。文章认为比较理性、圆满的解决方案应是:组织型合伙归入民法典总则主体章节中的非法人组织部分;契约型合伙规定在民法典合同编或适用合同规则;特殊类合伙组织则由《合伙企业法》、《有限合伙公司法》等单行法作特别规定。

第七篇为连光阳博士所作“私法自治视野下诉讼时效期间可否协议变更的思考——兼谈对《民法总则》第197条的批判”一文。该文在私法自治的视野下,对诉讼时效期间可否协议变更予以思考。大陆法系各国立法对于诉讼时效期间的计算方法、中止和中断事由以及时效利益的处分坚持法定性,但对于当事人是否可以通过协议延长或缩短诉讼时效期间秉持了不同立场。在允许当事人通过协议变更诉讼时效期间的各国新近立法趋势下,我国应适当放宽诉讼时效制度的强制性,以缓解该制度的伦理危机。该文对《民法总则》第197条提出批判意见,着力论证通过当事人的意思自治而变更诉讼时效期间的正当性与可行性,以软化我国当前的过于强制性的诉讼时效制度。

第八篇是于凤瑞博士所作“美国役权制度的现代化及其启示”一文。美国法学会于2000年公布的《财产法(第三次)重述:役权》对美国财产法上传统役权制度进行整编并有诸多创新,然而,社会各界对该《重述》的态度并不乐观,尤其是法

院对其甚至“有意忽略”。该文便旨在关注法院对《重述》的回应及其原因。该文梳理了作为《重述》制定背景的美国传统役权规则,分析了各类役权之间的关联与发展脉络,归纳了《重述》的重要改革,并通过法院判例总结了《重述》公布以来的适用效果并发掘其背后的原因,最后揭示了以《重述》为代表的美国役权制度现代化对中国地役权制度的启示。

第九篇为王蒙博士所作“安全保障义务人与第三人责任分担的类型化展开——以《侵权责任法》第37条第2款的解释论为中心”一文。该文作者基于《侵权责任法》第37条第2款,对安全保障义务人在第三人介入侵权的情形下所承担的“相应的补充责任”进行解释,同时厘清与《侵权责任法》第12条关于按份责任的规定的冲突。该文认为若安全保障义务人未尽到防范他人侵权的义务,应由直接实施侵权的第三人率先承担责任。若其违反的是诸如保障设施安全的其他义务,只有当第三人系故意侵权时,令第三人承担先顺位责任才具有正当性;在其他情形下则应由二者承担按份责任。最后,该文通过目的性限缩的方式对《侵权责任法》第37条第2款的适用范围加以限制,以保证其与第12条在体系上的融洽性。

第十篇是刘之杨的“中国近代遗失物制度演变之评析”。学界对近代遗失物制度的发展史几无关注。该文通过对相关法律(草案)及地方性法规的梳理和分析,并以大理院及地方审判厅的判例为佐证,指出我国近代遗失物制度的演变同样是复杂的,概言之,其进步之处为明确赋予了拾得人报酬取得权,表现出近代民法对域外立法例的移植和继受,以及国人对西方世界的再认识;缺憾之处为对未履行招领义务的行为仍处罚较重,反映出礼法文化对道德加以法律强制的传统,以及立法者对西方社会本位立法思想的误解。该文认为,中国近代遗失物制度的演变一波三折,反映出舶来法律与固有文化间的磨合;制度演变的个中经验,对日后民法典中的制度设计亦有启发意义。

本专题第十一篇是德国著名法学家迪特尔·梅迪库斯所著“规范的损害”一文,由徐建刚博士翻译。在该文中,梅迪库斯从德国联邦法院的判例以及德国学界对“损害赔偿”的使用与理解等角度出发,集中探讨了“规范损害”的意义。该文指出,应从比通常理解更狭窄意义上理解“规范损害”才可能有相对具体的内容。其所指称的,并非那些依“自然”损害或差额假说无法涵盖的所有情形。此外,对规范损害概念的限制,可以避免因其滥用而导致可赔偿损害不受控制的扩大。

三、知识产权法与商事法专论

本专题共收录五篇文章。第一篇是李扬教授与朱与墨博士合作的“中国营业财产权勃兴的当代图景”一文。该文论述了营业财产权在中国近三十年以来的发展,这主要体现在两个方面:一方面是类型的扩展与丰富;另一方面是权利行使方式的多元化。与此同时,与这一实践发展需求相对的是立法的滞后。法律对营业

财产及其转让、抵押等的规范零碎,甚至彼此冲突,严重阻碍了营业财产权的实践发展。该文对此提出的立法建议对于相关法律制度的完善具有积极的参考意义。

第二篇是彭真明教授与李洪健研究员合作的“论股东优先购买权之性质与效力——兼评最高人民法院《关于适用〈公司法〉若干问题的规定(四)》(征求意见稿)第27条”一文。该文认为股东优先购买权性质和效力问题,不仅关乎法律逻辑的判断,而且还是价值衡平的选择结果。就法律逻辑与现实实践而言,优先购买权应定性为形成权。针对优先购买权效力,最高人民法院《关于适用〈公司法〉若干问题的规定(四)》(征求意见稿)采纳了“物权性效力+合同无效”的模式,这种模式虽然肯定了优先购买权的物权性效力,但对交易安全与第三人利益的保障而言力有未逮,而“物权性效力+合同有效”模式较之更为合理。不过,即便是在“物权性效力+合同有效”模式下,立法也应当对优先购买权的行使予以适当限制。

第三篇是敖海静博士的“试论美国法上揭穿公司面纱原则之适用”一文。该文较为系统地梳理了美国法上揭穿公司面纱原则的理论基础与司法适用要件,尤其是对司法实践中适用该原则的要件的类型化作了较为详细深入的论述,对于我国公司法相关制度的解释适用不乏借鉴意义。

第四篇是董笃笃博士的“美国标准必要专利 FRAND 承诺中合理许可费的认定”一文。该文认为 FRAND 承诺的实践意义在于,为了有效解决专利劫持等问题,允许法院仅以标准必要专利利害关系人违约为由,审查并决定标准必要专利的许可费。但在认定许可费时,遏制专利劫持并不是唯一的价值目标,法院应结合个案纠纷以及标准的不同类型来选择不同方法。在合同纠纷和专利侵权纠纷中,应以专利技术本身的价值为基准,目的在于有效遏制专利劫持。在竞争纠纷中,应以专利权的价值为基准,目的在于维护市场竞争。此外,对于由市场自主制定的标准,应以维护市场竞争或遏制专利劫持等为原则;对于由政府主导制定的标准,则应结合特定立法目的考虑是否引入公共政策。

第五篇是廖升博士的“论虚假陈述揭露日的认定”一文。该文认为虚假陈述揭露日的认定事关因果关系、损害赔偿的司法认定标准不一,使得赔偿的标准变得五花八门,对此应准确把握虚假陈述揭露日的基本特征。在揭露程度的要求上应达到和公告因涉嫌违法违规被立案调查从而加以警示一致的高度,并将市场反应作为辅助因素加以考虑。当市场反应的强烈程度与揭露程度出现矛盾之时,应将揭露程度作为首要标准,辅助参考市场反应。此外,揭露载体层面上,网络媒体和传统媒体一样,需要特定化和类型化,以减少揭露日确定难度,统一司法审判标准。

四、农地法制

本专题共收录两篇文章。第一篇是王鹏鹏博士所作“论民法典编纂中农地三权分置的金融属性”一文。现有法律框架中将农地权利分割为集体土地所有权和

土地承包经营权,此种简单的“二元分离”的权利结构已经凸显其僵化性,难以适应现代农业生产关系和生产力发展的需要。为克服上述权利僵化问题,中央政策层面将农地权利分置为所有权、承包权和经营权。该文指出,承包权作为农民享有承包农地的资格,呈现出社员化的趋势。经营权是农民取得承包权后的当然结果,并且作为农地“二次流转”的主要载体,是依流转合同产生的债权。“三权分置”政策从根本上有利于激活农地的财产价值,释放其金融属性,实现农地经营权的自由入股、抵押、信托等金融创新。在民法典编纂过程中,应该正视农地流转的现实需求,对农地“三权分置”的权利体系进行制度创新,进而促进农村的规模经济,提高农村生产力。

第二篇是陈传法博士的“‘集体所有制’的命运与‘集体’的民法定位:疏证与反思”。在民法典制定过程中,如何定位社区农民集体、安排农民集体土地上的权利,困扰了相当一部分学者和立法者。几乎所有农村问题的产生根源,都在于“集体所有制”。该文指出,只有深入考察、分析“集体所有制”的内涵、本旨和现实状况,结合当前中国的社会现实和经济社会发展的目标方向,才能准确判断“集体所有制”的前途命运,进而跳出现有的思维定式,真正走上解决问题的坦途。

目 录

人物专访

- 3 孜孜不倦做学问 辛勤耕耘求创新
——访著名法学家吴汉东教授

民事法论

- | | | |
|-----|--------------------------|--------------------------|
| 17 | 论民法上的赔礼道歉责任 | 段卫利 |
| 27 | 规范目的与合同效力 | |
| | ——兼评《合同法解释二》第14条的适用 | 谭津龙 |
| 45 | 论产品责任法中的防撞性理论及其启示 | 董春华 |
| 65 | 论特殊动产物权的变动与对抗 | |
| | ——基于《物权法》第24条的分析与反思 | 蔡 睿 |
| 97 | 管制性征收补偿研究 | 苏海健 |
| 124 | 民法典编纂视域下合伙立法的中国架构 | |
| | ——基于合伙契约性与组织性的分析 | 肖海军 文 宁 |
| 149 | 私法自治视野下诉讼时效期间可否协议变更的思考 | |
| | ——兼谈对《民法总则》第197条的批判 | 连光阳 |
| 160 | 美国役权制度的现代化及其启示 | 于凤瑞 |
| 180 | 安全保障义务人与第三人责任分担的类型化展开 | |
| | ——以《侵权责任法》第37条第2款的解释论为中心 | 王 蒙 |
| 199 | 中国近代遗失物制度演变之评析 | 刘之杨 |
| 216 | 规范的损害 | [德]迪特尔·梅
迪库斯
徐建刚 译 |

知识产权法与商事法专论

- | | | |
|-----|--|---------|
| 233 | 中国营业财产权勃兴的当代图景 | 李 扬 朱与墨 |
| 258 | 论股东优先购买权之性质与效力
——兼评最高人民法院《关于适用〈公司法〉若干
问题的规定(四)》(征求意见稿)第27条 | 彭真明 李洪健 |
| 274 | 试论美国法上揭穿公司面纱原则之适用 | 敖海静 |
| 298 | 美国标准必要专利 FRAND 承诺中合理许可费的认定 | 董笃笃 |
| 307 | 论虚假陈述揭露日的认定 | 廖 升 |

农地法制

- | | | |
|-----|--------------------------------|-----|
| 327 | 论民法典编纂中农地三权分置的金融属性 | 王鹏鹏 |
| 340 | “集体所有制”的命运与“集体”的民法定位:疏证与
反思 | 陈传法 |

Contents

Interview

Perseveresat Researches, Works Hardly on Creations	
—An Interview with Professor Wu Handong	3

Civil Law Theory

Duan Weili The Responsibility of Apology in Civil Law	17
Tan Jinlong The Purpose of the Norm and the Validity of the Contract	
— On the Application of Article 14 of the Interpretation of Contract Law	27
Dong Chunhua Discussion on the Crashworthiness Theory in Product Liability Law and Its Enlightenments	45
Cai Rui Discussion on Change and Against Others of Special Movable Property	
—Based on the Analyze and Review of Article 24 of Property Law	65
Su Haijian Research on Compensations of Regulatory Imposition	97
Xiao Haijun Wen Ning The Chinese Framework of Partnership Legislation Under the View of Compilation of Civil Code	
—An Analysis Based on Partnership Contract and Organization	124
Lian Guangyang The Thinking of Whether the Limitation of Action is Changeable Through the Agreement Under the View of Private Autonomy	
—On the Criticism of Article 197 of the General Principles of Civil Law	149
Yu Fengrui The Modernization of U. S. Servitudes and Its Revelation	160
Wang Meng The Categorization of Responsibility between the Security Guarantor and the Third Person	
—Based on the Interpretative Theory of Article 37(2) of Tort Law	180

Liu Zhiyang An Analysis and Comment on the Changes of the System of Lost Property in Modern China	199
Dieter Medicus(Translator; Xu Jiangang) Normative Damages	216

Intellectual Property Law and Commercial Law

Li Yang Zhu Yumo The Contemporary Boom Prospect of China's Business Property	233
Peng Zhenming Li Hongjian Discussion on the Privileged Allocation to Stockholders —As Well As the Comment about Article 27 of the Provisions on Several Issues Concerning the Application of the Company Law(Four) (Draft) of the Supreme People's Court	258
Ao Haijing Discussion on the Judicial Application of the Principle of Piercing the Corporate Veil in American Law	274
Dong Dudu Reasonable Royalties in FRAND Commitments of SEPs in U. S. A.	298
Liao Sheng On the Identification of The Time to Expose False Statement	307

Legislation on Rural Land

Wang Pengpeng The Financial Features of Division of Three Rights Relating to Agricultural Land in Codification of Civil Code	327
Chen Chuanfa The Destiny of "Collective System of Ownership" and Positioning of "Collectivity" in Civil Law; Textual Researching and Rethinking	340

人物专访



孜孜不倦做学问 辛勤耕耘求创新

——访著名法学家吴汉东教授

【编者按】我国著名民法学家、著名知识产权法学者吴汉东教授在百忙之中,抽出宝贵时间接受中国私法网和《私法研究》编辑部的专访。在有限的一个半小时内,吴老师为我们讲述了他的学术成长历程并由此提出对年轻学子的期望和建议,深入浅出地谈了民法学与知识产权研究的关系,还对《私法研究》的发展寄予殷切期望。本文现将我们对吴汉东教授的访谈实录与读者共享,以期同受感染,共获成长。

记者:尊敬的吴老师,非常感谢您百忙之中抽出时间接受我们的采访,我们也是非常高兴有机会向您请教一些问题。您是《私法研究》的创办者之一,《私法研究》自2001年创办以来已经走过了15载春秋,并取得了一定学术影响力。所以我们的第一问题,就是您如何看待《私法研究》的地位和作用,以及当年创办本刊的初衷是什么?

吴汉东教授:应该说《私法研究》是伴随着我们学校民商法学科的成长应运而生的。十多年前,我们一帮民法教研室的老教师相聚在东湖,探讨中国民商法学科的发展和中国特色社会主义法制建设事业的时候,就不约而同地想到要在校内创办一个学术刊物,宣传中国民法制度建设、宣传中南人的民法研究成果,这是最初的设想。还有一个背景,我们是在取得本校民法第一个博士点的授予权后开了一个会。后来我们又先后取得了国家级的优秀教学团队(民法也是学校第一个取得国家级优秀教学团队的),知识产权法成为教育部的人文社科研究基地,包括民法和知识产权法又先后获得了国家精品课程的称号。所以我觉得就这个刊物的出现来讲,实现了我们的初衷,那就是推动中国民法学研究的繁荣,推出中南人的民法研究成果,同时也促进了本校民商法学科的建设,促进了我们的教学