

法治/社会

法治与社会论丛

(第五卷)

JOURNAL ON THE RULE OF LAW AND SOCIETY

刘建民 段宝玖◎主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

法治与社会论丛

(第五卷)

主 编：刘建民 段宝玖

副主编：陈蓓丽 林沈节



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

法治与社会论丛. 第5卷 / 刘建民, 段宝玖主编. —北京:
知识产权出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3152 - 3

I. ①法… II. ①刘… ②段… III. ①法学—丛刊
IV. ①D90 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 165049 号

内容提要

《法治与社会论丛》是上海商学院文法学院主办的一本法学类的综合性学术集刊, 现已出版至第5卷。本书收录的论文主要涉及法学各论专题、知识产权专题、审判前沿与案例精解专题、社会管理专题、社会调研专题、教学与课程改革专题等。在论文的征稿过程中更注重实务性和创新性, 力求及时反映最新的社会热点问题及学术研究成果, 并多角度、多层次、深入地对各类热点问题进行了全方位的探讨和分析, 具有重要的理论意义和实践意义。

本书能够让读者较为详细地了解法学、政治学、社会学的前沿问题, 适合相关机关、企事业单位及学生作为学习交流的参考资料。

策划编辑: 蔡虹
责任编辑: 张筱茶

责任校对: 孙婷婷
责任出版: 刘译文

法治与社会论丛 (第五卷)

刘建民 段宝玖 主编
陈蓓丽 林沈节 副主编

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司	网 址: http://www.ipph.cn
社 址: 北京市海淀区马甸南村1号	天猫旗舰店: http://zscqcbbs.tmall.com
责任编辑: 010-82000860 转 8180	责编邮箱: baina319@163.com
发行电话: 010-82000860 转 8101/8102	发行传真: 010-82000893/82005070/82000270
印 刷: 北京中献拓方科技发展有限公司	经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店
开 本: 720mm×1000mm 1/16	印 张: 28
版 次: 2015年8月第1版	印 次: 2015年8月第1次印刷
字 数: 502千字	定 价: 79.00元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3152 - 3

出版权专有 侵权必究
如有印装质量问题, 本社负责调换

编 委 会



编辑委员会主任：刘建民

编辑委员会副主任：张 影 段宝玫 陈蓓丽

编辑委员会成员：费黎艳 林沈节 徐文捷 王红珊 何爱华

何艳华 汤景桢 曹 锐 张 琼 于淑清

李红艳 姚志鹏 沈 全 陈龙跃

主编简介

刘建民教授现任上海商学院文法学院院长，律师，上海仲裁委员会仲裁员；曾获宝钢优秀教师奖，上海市育才奖，上海商学院教学名师奖。主持的经济法课程入选上海市精品课程；主持的民法课程入选上海市重点课程；主编的《经济法》教材入选普通高等教育“十一五”国家级规划教材。主持的“面向商贸服务的法律专业应用型人才培养模式改革与创新”项目入选上海地方本科院校“十二五”内涵建设项目（085项目）。

现已发表、出版《中西买卖法若干问题比较研究》《商品流通秩序与商事法制建设》等论著 80 余篇（部）。其中，《略论商业特许连锁经营的法律调整》等 10 余篇论文被人大复印报刊资料全文转载；《商业行规的法律定位、特点及体系》《行业协会功能研究》《新中国 60 年商业法制建设回顾与展望》等 10 余篇（部）论著在“上海市哲学社会科学优秀成果”“上海市法制建设优秀研究成果”“上海市党校系统优秀科研成果”等评选中获奖。

段宝玖副教授现任上海商学院文法学院副院长，法学博士，上海市法学会商法研究会理事。入选教育部、中央政法委等六部委组织实施的高校与法律实务部门人员互聘“双千计划”，获上海商学院优秀青年教师奖。主持的法理学课程入选上海市重点课程。主编的《经济法（第五版）》入选“十二五”职业教育国家规划教材；主编的《新编经济法教程》荣获 2015 年上海普通高校市级优秀教材奖。

主要研究方向为商法、经济法、法律文化。作为主要成员参研上海市政府决策咨询项目、上海市重点学科建设课题、上海市商务委员会课题等科研项目

多项。现已发表《民国时期破产规范在实践中的表达：以商会个案裁断为视角》《侵权责任构成理论之内涵解析》《预付式消费卡若干法律问题探析》等论文多篇，独著、编著《近代中国破产法制流变研究》《商品流通法律规制研究》《商事侵权责任法》等著述 20 余部。

编者说明

《法治与社会论丛》是由上海商学院文法学院主办的综合性学术集刊，汇聚了法学、社会学理论界和实务界诸多专家的研究成果，自 2011 年以来已经陆续出版 4 卷。《法治与社会论丛》（第五卷）延续与承袭了前 4 卷的风格和体例，坚持对相关法学和社会问题进行深入、全面的理论研究和探索，对社会现实与实践保持持续的关注和体察。与此同时，本卷在编写过程中，注重将院校与法律实务部门产研合作的成果及时应用与转化，收录了上海市徐汇区人民法院精于审判业务的法官所撰写的法学论文和个案精解，希冀通过加强法学理论界与法律实务界的学术交流与互动，进一步拓展研究视野，促进理论与实践的紧密结合，不断提升研究成果的应用价值和学术内涵。

根据研究成果的内容和学科属性，本卷收录的论文分别归入法学各论专题、知识产权专题、社会管理专题、社会调研专题，以及教学与课程改革专题，同时新设审判前沿与案例精解专题。

“法学各论专题”收录的文章的作者主要来自上海商学院、上海市徐汇区人民法院、南京公证处等。这些论文凝聚了各位学者、专家的研究心得，从多角度、多方位对法学理论与实践问题进行了深入的探讨和分析，具有重要的研究意义。

“知识产权专题”收录的论文涵盖著作权、商标权等领域。在 21 世纪的经济发展中，知识产权的重要性不言而喻。随着信息网络的发展，以及全球经济、科技一体化格局的深化，知识在世界范围内的传播、扩散速度大大加快，知识产权制度也在不断发展。该专栏收录的 4 篇论文，结合当前信息社会和网络安全社会的特点，以及司法实践中涌现的新问题，进行了专题研究和探讨。

“审判前沿与案例精解专题”为新设专题，刊载了上海市徐汇区人民法院审理的部分典型案件的阐释评论。每篇文章在介绍主要案情的基础上，侧重于呈现主审法官在审理、裁判过程中的考量与思辨，以及对法学理论层面相关问题的回应与解读。编者希望通过这种方式，透视法律的实施过程，凸显法律的价值目标在司法实践中的印证与实现。

“社会管理专题”和“社会调研专题”收录的文章系各位作者采用多种研究方法，对社会热点及新现象进行剖析研究的成果，其中既有真实的个案访谈，又有诸多数据支撑与分析。各位学者从社会学、政治学等学科领域和不同视角研究相关问题，并提出自己的真知灼见。

本书编委会感谢各位作者的支持，同时也声明论丛登载的文章遵循“文责自负”原则，在编辑过程中，编者仅对来稿做技术性处理。由于时间有限，疏漏与不当之处在所难免，敬请读者不吝指正。

学术研究是无止境的，我们期待有更多、更好的文章在《法治与社会论丛》这一学术平台上得以展示与交流。本书在结集出版过程中，得到了知识产权出版社及其编辑的大力支持，在此一并致谢！

目 录



法学各论专题

“智慧法院”推进执行联动机制完善的思考与探索

..... 许祥云 丁戈文 张克伟 3

论公私博弈中改名权之实现进路

——以公正司法的创新实践为视角 孙海虹 叶晓晨 12

涉诉财物的集约管理和利用初探

——以诉讼服务的延伸与展望为视角 张向荣 顾俊 22

论商事惯例对商事纠纷裁断依据的补正

——以近代津沪商会适用为例 段宝玖 32

论国家管辖豁免制度的发展趋势 何爱华 40

论区域贸易协定修改 WTO 反倾销制度的合法性 何艳华 46

司法确认制度之困惑与完善

——以徐汇法院人民调解协议司法确认实践为范本 胡琼天 59

物权法框架内解决房地产历史遗留问题的探索

——兼论最高人民法院《关于房地产案件受理问题的通知》

第3条 李翔 68

《劳动合同法》第39条语境下劳动合同瑕疵解除效力分析 戚垠川 75

浅议行政诉讼管辖制度之改革

——以赋予原告案件管辖选择权为视角 钱畅 82

我国小额诉讼当事人合理救济机制对接研究

- 以效率与公正价值的合理平衡为目标 孙建伟 94
- 论刑事庭前程序的独立性 汤景桢 104
- 微小侵权行为致重大损害后果类案件赔偿标准研究 王朝莹 113
- 我国引入证券集团诉讼制度的可行性思考 徐文捷 126
- 商业秘密侵权案件中法官释明权运用的实证分析 王莉莎 136
- 房产抵押权实现的司法程序及执行问题研究 赵德林 148
- 论公证介入民间借贷的意义和作用 杜辰 156
- 网络“人肉搜索”的法治维度探析 王丽丽 163
- 关于家庭暴力的法律分析 张冀萱 172

 知识产权专题

“复制”不限于“完全相同”

- 嬗变视角下“复制”概念的理论再塑 薛振 赵拥军 187
- 澳大利亚版权改革与合理使用新思考 王红珊 198
- 商标与反不正当竞争案件中界定“相关公众”的地域考量 张克伟 208
- 我国知识产权“三审合一”诉讼程序探讨 张放 217

 审判前沿与案例精解专题

抢夺罪既遂与未遂之辨析

- 刘某抢夺案 盛斌 朱以珍 蒋骅 237
- 利用影响力受贿罪主体不应当包含国家工作人员
- 张某受贿案 罗涛 赵拥军 243
- “混淆性近似”的理解与适用
- 刘某诉上海某某信息咨询有限公司侵害商标权纠纷案 ... 张克伟 249
- 含有动物形象美术作品的著作权保护
- A株式会社诉周某、(上海)某咨询有限公司著作权权属、

侵权纠纷案	刘秋雨 257
公司以高管违反竞业禁止义务行使归入权的认定标准	
——A 国际贸易（上海）有限公司诉赖某某损害公司利益责任	
纠纷案	孙建伟 262
同饮人构成过错认定标准以及保障义务的判断标准	
——顾某某等诉上海 A 酒店有限公司等生命权纠纷案	
.....	陈 强 杨 锋 268
高校处分决定的司法审查尺度	
——刘某不服 A 大学“开除学籍处分决定”案	叶晓晨 275

社会管理专题

中国特色社会主义法治发展道路的探索与思考	于淑清 283
在优秀传统文化中寻找安身立命之所	王艳秋 292
优抚工作社会化服务研究	
——以上海浦东新区优抚对象社会工作干预项目为例	陈蓓丽 301
防止利益冲突的理论基础分析	李红艳 313
核心价值观融入大学生人格养成刍议	沈 全 322
行业自律的意义及其困境	姚志鹏 328
旅游相关社会资本与目的地社区信任建构研究	周利方 335
刍议限购令和房产税改革对于我国房地产市场的影响	吴 昊 350

社会调研专题

社工 + 志愿者模式研究	
——以上海 D 医院社工部为例	陈玲佳 张 琮 363
青少年暴力犯罪的社会工作介入	李丹丹 374
社会分层视角下新生代农民工的认同研究	马一洲 387
时尚消费之社会学分析	史霞芳 399

教学与课程改革专题

民事诉讼法教学改革探索与创新

——以提高学生实践能力为视角 刘建民 汤景桢 411

依法治国背景下新升本院校法学专业学生职业生涯教育探索 费黎艳 419

面向“数字原生代”的《小组社会工作》混合教学设计研究 张 琼 424

应用型本科理论课程教学方法探讨

——以社会心理学课程为例 曹 锐 430

法学各论专题

“智慧法院”推进执行联动机制完善的思考与探索

许祥云 丁戈文 张克伟^①

摘要：信息资源匮乏是传统执行手段面临的一大困局，集中表现为查找被执行人下落难和调查被执行人财产难，究其原因，不外乎一是获取信息渠道方式相对单一，二是信息资源获取的协作困难。探索并借助智慧法院建设来开拓资源获取途径和力量协助执行，成立网上调查中心、构建强制执行系统，有望成为破解困局的有效方式。为此，徐汇区法院从开通网上执行事务中心并充分利用新媒体推动“网络执行”等方面进行了有益尝试。针对实践中存在的信息化集中查控机制缺乏整体性、社会力量参与执行不够等问题，需要进行配套完善：一是尽快修订与失信惩戒相关的法律法规，二是建立统一的信息化集中查控机制，三是加速推进信用惩戒机制建设，四是建立执行矛盾多元化化解机制。

关键词：智慧法院 信息化 执行联动

现代社会是一个信息化的社会，尤其是网络的建立、运用大大强化了社会的信息化。随着信息技术的日益发展和成熟，现代社会已逐步迈入后信息时代。后信息时代的一个重要标签就是“智能化”，这也是当前“智慧城市”潮流兴起的大背景。“智慧法院”作为“智慧城市”建设的一个组成模块，探讨如何利用信息化技术引导和推动执行联动、破解“执行难”，利用网络的技术力量来探索一种新的科技化的执行方式，是一个非常具有现实意义的话题。最高人民法院院长周强在参加最高人民法院执行指挥办公室挂牌暨执行指挥系统开通活动时，要求大力推进执行信息化建设，为解决“执行难”提供坚实保障。

^① 作者单位：上海市徐汇区人民法院。

一、信息资源匮乏：传统执行手段面临的困局

目前，执行工作的形势依然严峻，案件数量居高不下，执行过程中新情况、新问题不断涌现，执行存案压力大，执行装备和力量的现状与执行工作的需要仍存在一定差距，“执行难”的问题在一定程度上仍然存在甚至在局部更加突出。其中，被执行人下落和财产的信息匮乏已经成为造成“执行难”的重要因素。

（一）主要表现

1. 查找被执行人下落难。被执行人为逃避执行，往往行踪不定甚至下落不明，造成对被执行人的传唤成功率低。据不完全统计，执行案件一次传唤到庭率低于30%，致案件久执不决。

2. 调查被执行人财产难。有的被执行人有执行能力而拒不履行，采取拖、躲、赖等手段，或隐藏、转移财产，或将财产重复变卖、抵押。为此，拖延了案件的执行期限，使申请人和执行人员必须花费大量精力去调查、核实被执行人的财产，直接造成案件的执行困难甚至执行不能。

（二）形成原因

1. 获取信息渠道方式相对单一和信息需求量大的矛盾。被执行人下落和财产线索归根到底是一个信息资源的问题。从信息学的角度来讲，信息的来源越多、开放性越强、获取信息的手段和途径越多，也就越能体现出信息传播的效率和达成信息播送的目的，从而提升执行的效果。而目前，法院主要还是单一地依靠申请人提供线索、群众举报、发布执行公告等传统的法院依职权获取信息资源的方式，一方面手段、形式相对单一，另一方面也容易受到成本、发布范围等方面限制。此外，近年来新推出的社会协助执行网络建设虽然对获取执行方面的信息资源能起到重要作用，但由于是初创和体制、考核等方面的原因，法院并不完全掌握主动权和具有话语权，因此获取信息的效率和效果也有待加强。

2. 信息资源获取中高度配合需求与协作困难的矛盾。信息传播中，信息资源提供方越积极主动、越协作配合，信息传播、利用的效率也就越高。在执行工作中，不少信息资源的获得离不开群众和有关机关的配合。但实际中，为采取财产保全和其他执行措施，法院经常需要向金融机构、工商、公安、房地产、证券等管理机关以及行业主管部门调查取证，这常常会遇到一定阻力，尤其是赴外省市工作，困难相对更大些。如，有的机构和部门违规收费，还有的

以其内部规定为由拒绝提供有关材料。此外,法院工作人员直接赶赴外地在财产人员的调查取证、诉讼保全、强制执行等方面还可能遇到各种风险、困难和阻挠。

综上,随着社会和经济的发展,人员的流动性、财产的多元性日益突出,而法院传统执行手段获取信息的匮乏成为导致如今执行难困局的重要因素。因此,如何尽快适应新的信息化社会形势,探索并借助智慧法院建设来开拓资源获取途径和力量协助执行,有望成为破解困局的有效方式。

二、智慧法院:执行联动信息化建设的平台

(一) “智慧城市”的概念

要理解“智慧法院”,就必须首先明了“智慧城市”的概念。“智慧城市”是“信息化城市”的升级,主要是指通过信息技术的广泛运用和智能化管理,来解决城市日常生活、产业发展和城市社会管理等各方面的问题。“智慧城市”的概念最早是1984年美国拉斯维加斯的一家以“智慧城市”命名的产业技术协会组织提出的,但其主要侧重信息技术在产业中的应用。2007年10月,欧盟率先提出了“智慧城市”的创新构想,成为世界上较早的智慧城市推进设计框架与探索实践。^①目前,全球智慧城市的探索实践已在世界各地展开,据国内外文献统计,至2011年9月,全球已有194个智慧城市的项目在进行中,大多集中在欧美地区。^②

我国自2010年以来,已在全国兴起了一轮“智慧城市”的兴建高潮。目前,已列计划和在建的智慧城市达到95个。其中,上海等城市已将智慧城市建设列入“十二五”发展规划(2011—2015年),成为国内新一轮城市发展与转型的创新引擎。

(二) “智慧法院”的发展脉络和渊源

“智慧法院”其实最早可以追溯到20世纪80年代欧美等西方国家提出的“电子法庭”(Electronic Court)的概念。囿于当时观念和技术发展所限,当时更多的还是在于理论上的探索和内容实践上的初步摸索。但随着近年来数字信息技术的不断发展和成熟,西方发达国家已在“电子法庭”的实践上取得了新的进步和进展,并相继出现了网络法庭(E-Court)、闭路法庭(Circuit Court)、

① 涂平,陈磊.国外智慧城市建设对我们的启示[J].科技智囊,2013(8).

② 王世伟.“智慧城市”的中国路径选择[N].文汇报,2011-12-05.