

北方工业大学文法学院民商法硕士点主办



“中国法治三十年：民商法热点问题研究”专题征文
暨首届法学研究生学术论坛

民商法热点问题 研究

Hot Topics Research on Civil Law
and Commercial Law

主编 王素娟



中国人民公安大学出版社



中国政法大学图书馆藏

民商法热点问题 研究

民商法热点问题研究
中国政法大学图书馆藏

2000.1.1

“中国法治三十年：民商法热点问题研究”专题征文
暨首届法学研究生学术论坛

民商法热点问题研究

王素娟 主编

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法热点问题研究: “中国法治三十年: 民商法热点问题研究” 专题征文暨首届法学研究生学术论坛/王素娟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 81139 - 976 - 9

I. ①民… II. ①王… III. ①民法—中国—文集②商法—中国—文集
IV. ①D923 - 53②D922. 29 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 037791 号

民商法热点问题研究

MINSHANGFA REDIANWENTI YANJIU

王素娟 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2010 年 4 月第 1 版

印 次: 2010 年 4 月第 1 次

印 张: 21.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 412 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 976 - 9/D · 796

定 价: 46.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

论坛征文评审委员会名单

吴邈光 王素娟 田晓云 朱苏人
刘夕海 刘泽军 王 瑞 王斐民

论坛策划、组织及承担本书 编务的主要人员名单

王素娟 李丹宁 熊安平 杨 晨

前 言

担任研究生导师多年，每次给研究生开课，都免不了要和学生们共同探讨一下研究生的学习方法问题：研究生学习期间，大家同样要上课、读书、考试……那么，与本科阶段相比，研究生的学习特点是什么？在研究生阶段应该着重培养哪些能力……对于大部分是从本科直接跨入研究生学习的学生们来说，这些问题时常会令他们感到困惑。

其实，作为他们的指导教师，我们也常常在这样思考：如何有针对性地确定研究生的培养方案？如何在教学中体现研究生的教学特点……

讨论、思考……答案逐渐统一：研究生应当重在“研究”，因此，无论是从老师“教”，还是从学生“学”的角度讲，都应当把提高“研究能力”放在首位。

如何提高学生的研究能力，道理其实也并不高深，不外乎是多读书、勤思考、多讨论、勤写作……然而，要在三年的研究生学习过程中真正把这些事情做好、做透，却不是一件容易的事：它取决于教师、学生主观上的不断努力，同时也与客观环境是否具有浓郁的学术研究氛围、是否具有“百家争鸣、百花齐放”的研究风气有着密切的联系……

正是基于上述考虑，我们在2008年10月28日策划并启动了“‘中国法治三十年：民商法热点问题研究’专题征文活动暨首届法学研究生学术论坛”活动。这次活动由我校民商法硕士点主办，经济法、法理学硕士点协办。在规定的征文期间，论坛共收到研究生提交的论文50余篇。随后，依据论坛的组织规则，由专家组成的评审委员会对提交的论文进行了优秀论文评选，并在此基础上，于2009年4月3日召开了学术交流会议。

论坛的举办取得了圆满的成功并收到了积极的效果：一方面，论坛首次

为我校法学研究生提供了充分展示和交流各自研究成果的平台；另一方面，通过“各抒己见、畅所欲言”的交流，加深了大家对民商法理论研究的认识，激发了同学们的研究兴趣，为我校研究生的培养营造出了良好的研究氛围。为了更好地体现这次论坛的研究成果，我们选编了部分作品结集出版，并期望通过这种方式，达到与学界同仁交流的目的。

“累并快乐着。”从民商法论坛的最初筹划，到各阶段任务的最终完成，历时半年多的时间。这期间，客观上出现了一些难以预料的困难，同时，每个参与人也都面临着如何解决自己繁忙的教学工作或学习任务与论坛之间的矛盾，但无论如何，我们都坚持着走了下来。这中间，需要感谢的人太多：感谢北京市教委为我校硕士点建设提供的资金援助；感谢学校、学院、法律系领导对论坛工作的大力支持；感谢各位评审老师认真细致的工作；感谢所有参与本次活动并作出贡献的老师、同学们……

“心有多大，论坛就有多大”，如果说这次论坛的成功举办，为研究生的培养打开了一个新的局面，那么，我们不妨留些期待：今年的“首届”之后，还有明年的第二届、后年的第三届……相信在未来的讲坛上，我们会听到更多、更精彩的声音……

王素娟

2009年7月于北方工业大学

目 录

第一编 民商基础理论专题研究

从格式条款视角看意思自治原则的适用与限制	张丹丹(3)
从“三鹿”事件谈诚实信用原则	贾 婧(8)
民商法视野下的公平	崔丽霞(15)
论无权利能力之社团	李少伟(23)
中国村庄法人制度探析	
——对村民自治的民法思考	胡继先(31)
论意思表示错误的类型及其救济制度	徐小薇(37)
简论我国时效制度的完善	李二涣(44)
论我国民事法规中道德因素的体现	王 鹏(52)

第二编 民法理论与实践热点问题研究

浅析农村留守儿童监护制度	白海英(61)
论有限合伙的法律规制	薛艳玲(69)
试论不动产善意取得制度	胡 波(78)
浮动抵押制度比较研究	
——兼评《物权法》相关条款的缺陷与完善	王耀廷(86)
基因的法律地位及保护基因的法律制度的构建	李仁杰(97)
论知识产权法在民法典中的地位	
——以知识产权法与民法关系为视角	吴 琼(105)
基因专利的若干法律问题浅论	杨 晨(112)
代孕生育法律问题研究	徐倩楠(120)

从客体到主体的飞跃

——对动物法律地位的思考	姬艳涛(132)
动物法律地位问题研究	王蓉梅(146)
论死者人格利益的保护	陈 思(154)
浅析人体器官移植立法之完善	李坤坤(160)
试论广告代言人的民事法律责任	孙雅楠(167)
名人虚假广告的侵权责任研究	刘 彦(175)
基于博弈论的侵权法预防功能分析	
——以大规模侵权为视点	曾向心(184)
试论违约责任与侵权责任的竞合	张 舒(196)

第三编 商法理论与实践热点问题研究

论我国证券法调整证券的范围	赵耀祖(207)
论公司章程的个性化设计	杨 帆(215)
国有独资公司外部董事制度探析	熊安平(228)
有限责任公司股权优先权的制度价值	
——反思《公司法》第72条的立法缺陷	梁 莹(236)
公司合并异议股东股份回购请求权之适用	丛 奔(242)
浅析有关设立中公司的责任归属	汤 玉(251)

第四编 网络法治专题研究

域名抢注行为的法律规制	侯敬屏(259)
浅议网络隐私权的法律保护	郑 霞(268)
有关“人肉搜索”的法律问题研究	陈 莹(275)
谁动了我的隐私	
——“人肉搜索”的法律问题研究	宋佳佳(282)
从“人肉搜索”现象谈人格权保护	赵冬红(291)
我国网络行业自律对网络隐私权的保护	霍 燃(299)
网络服务提供者的著作权责任探讨	屈 昕(306)
流氓软件侵权行为的认定及民法救济	陈 爽(314)
网络服务商侵权民事责任归责原则的比较法研究	
——以侵犯著作权为研究对象	王 爽(322)

第一编

民商基础理论专题研究

从格式条款视角看意思自治原则的适用与限制

张丹丹*

案例：2008年1月15日晚，刘先生与朋友到麻辣诱惑酒楼大钟寺店的包间内就餐。餐后结账时，该店服务员说他们的消费金额没有达到600元，需要收取包间费80元。刘先生认为，“麻辣诱惑”作为餐饮经营者，向消费者收取额外的包间费应当预先向消费者进行告知，但餐厅并未履行告知义务，直到他们结账时才得知要收费，侵犯了他们作为消费者的知情权和选择权。此外，消费者使用包间的费用已经作为经营成本的一部分，被经营者计入菜肴的价格之内，因此经营者再向消费者收取包间费，属于转嫁经营成本、强迫交易的行为。为此，他要求“麻辣诱惑”返还80元包间费，并承担此案的诉讼费用。

一、意思自治原则的内涵

意思自治原则，又称自愿原则，是民法的核心性原则，它是民法私法属性的集中体现。早在罗马法中就孕育了意思自治的思想和精神，但并未将意思自治抽象、上升为私法原则。最先主张把意思自治提升为法律原则的是16世纪的法国思想家查理·杜莫林。他指出，对于契约，当事人有权以自我意志作出选择，当事人的自我意志可以而且应该成为约束契约关系的准则，当事人可以而且应该对依其自我意志作出的选择负责。将意思自治提升为法律原则的直接价值在于：一是有利于当事人形成权利义务的预期，当事人可根据自己选择的准据法预见法律行为的后果，维护法律关系的稳定性；二是有利于契约争议的迅速解决，降低交易成本。可见，意思自治原则是顺应经济发展的需要而产生的。^①

从公法私法对立的角度看，意思自治原则作为私法特有的理念，与其说是私法主体行为的准则，毋宁说是对公权力的抵御，是私法领域尽量避免公权力侵入的工具。正因为私法允许当事人依其自由意志确定其行为，除受法律约束外，不受任何人、任何权力的干涉，私法才形成了与公法完全不同的品格，并成为公法与私法划分界限的重要依据。应当说，意思自治原则是构造私法体系的灵魂所在，是私法之所以成为权利法的重要原因。

* 张丹丹，女，北方工业大学经济法专业2008级硕士研究生。

① 蒋月：《民法总论》，厦门大学出版社2007年版，第43页。

在民事领域,民事主体有权在法律允许的范围内,根据本人的真实意愿处理自己的事务。意思自治的真谛是民事主体行为的自由。它是民事主体独立人格的最基本要素,贯穿于民法的所有领域。

对于意思自治的内涵,学术界有不同的理解。有的学者从民法角度出发,认为意思自治是当事人依照自己的理性判断去设计自己的生活,管理自己的事务。人的意志可以依其自身的法则去创设自己的权利义务,当事人的意志不仅是权利义务的渊源,而且是其发生的根据。有的学者从公法、私法划分的角度出发,认为意思自治即私法自治,私法主体有权依自己的意志实施私法行为,他人不得干预;私法主体仅对基于自由表达的真实意思而实施的私法行为负责;在不违反法律规定的前提下,私法主体自愿达成的协议优先于私法而适用。还有的学者认为,意思自治就是合同自治,即合同当事人意思自治,包括缔约自治、履约自治、内容自治、形式自治和违约补救自治。我们认为,从本源上看,意思自治即私法自治,是指当事人在从事民事活动时,享有自由决定其行为、不受他人非法干预的权利。就本质而言,意思自治仅是一种法哲学的理论,人们之所以接受它,主要是由于它尊重个人意志和个人权利,把人放在了社会主体的位置上。

意思自治原则的内容主要表现为自主决策权和自己责任两个方面。民事活动的当事人享有自主的决策权,这种自主决策权体现为:(1)当事人有权依法决定从事或不从事某种民事活动,可根据自己的意志和利益决定是否实施某种民事法律行为,参加或不参加某种民事法律关系。(2)当事人有权选择其参与的民事法律关系的相对人及其内容。(3)当事人有权选择其所欲实施的法律行为的形式,在不违反法律的强制性规定的前提下,有权在口头、书面、公证或鉴证形式中加以选择。值得注意的是,法律对违背自愿要求的民事行为不予以保护。^①

在上述案例中,根据意思自治原则和契约自由原则,麻辣诱惑餐厅是有规定收取包间费的权利的。且一旦条款订入合同之中,理应具有法律约束力。

二、意思自治原则在格式条款中的适用

(一) 格式条款

格式条款,俗称霸王条款,它的产生和发展是20世纪合同法发展的重要标志之一。我国《合同法》第39条规定:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。”可见,所谓格式条款,是指由一方当事人为了反复使用而制定的、并由不

^① 黄标旭、黄斌:《试论意思自治原则》,载《广西大学梧州分校学报》2004年4月。

特定的第三人所接受的,在订立合同时不能与对方协商的条款,其内容具有定型化的特点,相对人在订约中居于附从地位。^①案例中提到的包间费,是经营者针对不特定的消费者而单方拟定的条款,消费者对该条款只能表示同意或拒绝,而一旦拒绝就无法和经营者缔结餐饮消费合同,因此,该条款具备了格式条款的典型特征。

格式条款最早始于19世纪中后期的保险业与铁路运输业,20世纪被广泛适用于公用事业尤其是在20世纪40年代以后更是盛行于几乎所有的商业领域。在目前普通人订立的合同总数中,格式条款的数量占到95%以上。但是,格式条款自产生之日起就存在着自身难以克服的缺陷,严重威胁着作为合同法基石的契约自由原则。因此,各国都纷纷通过修订和制定单行的法律对格式条款进行规范。在以效率与公平之协调为目标的今天,放任格式条款的流弊或简单地对其说“不”,都是非理性的态度。合理规制格式条款,对完善我国的合同立法具有非常重要的现实意义。

格式条款发展到现在,已经广泛存在于诸如日用消费品买卖、煤电气供应、有线电视传送、运输、住宿、保险等合同之中。本文仅以餐饮行业中的格式条款为例,浅谈意思自治原则在其中的体现。

(二) 平等主体之间无管辖权

法律上的平等,大体可意指“凡为法律视为相同的人,都应当以法律所确定的方式来对待”。这也就是说,法律应平等地对待一切相同的人,在法律上每个人的权利能力都应是平等的。只有当事人之间是平等的,才能使他们相互尊重对方的意思,在法律允许的限度内,当双方当事人意思表示达成一致时,契约才得以产生,并进而成为他们之间的法律。这样,双方当事人也大抵各自实现了意思自治。因此,在上述案例中考察能否赋予双方当事人意思自治,也必须首先考量当事人的地位。餐厅对于消费者而言虽常常具有一定经济上的优势,但此种优势在缔结契约中作用甚微,消费者可以简单地通过选择众多其他酒店就餐而加以削减。因而,此种优势一般不会使酒店的意愿压倒性地强于消费者的意愿。在大多数情形下,双方仍需互相尊重对方的意愿,通过协商解决分歧。在上述案例中有适用意思自治的前提。

(三) 私权相对性及私法上“法无明文规定皆可为”

在私法领域,法律允许双方当事人依自由意志决定自己的行为。因为即使当事人自治出现偏差,往往影响仅及于双方当事人自身,范围较小,救济也比较容易。如果说当事人平等是意思自治适用事实上的前提,则私权相对性可能就是立法敢于放任公民意思自治的法律前提。具备这一法律上的可能性之后,立法最终

① 王利明、房绍坤、王轶:《合同法》,中国人民大学出版社2002年版,第102页。

确立了私法领域内的意思自治，在某种程度上可以说是不得已而为之的结果。在一个以权利为本位的社会中，为法律所不容，构成违法犯罪的行为当在少数。因此，在公法领域，其在立法技术上往往采取的是列举式，从义务角度而言，“法无明文规定不为罪”；在权力层面上，则是“法无明文规定即禁止”。而私法相较于公法来说，其功能主要应在于充分调动公民的积极性和创造性，以促进社会之进步，其应立足于最大限度地保护公民的各项权利。由于社会生活过于复杂，私权之保护立法不可能一一列举，只能不得已而采逆向思维。明文规定为法律所禁止的行为不可为，对于法无明文禁止之行为则只能是“法无明文规定皆可为”。通过以上的论述，再回到本文开篇的案例中来，笔者认为，将餐厅与顾客之间的法律关系界定于私法领域当无不妥。而在我国现行民事立法中并无明文禁止餐厅不得收取包间费的规定，因而从权利基础层面而言，应承认酒店有这样的权利。

（四）自由的法的价值判断

立法每确立一项制度必定要基于一定的价值判断、进行一番选择。意思自治原则兴起于自由资本主义时期，由于个人从身份的束缚中获得解放，从而意思自治才可能实现。而确立意思自治原则也正是为了进一步促进个人自由，以求充分调动每个人的聪明才智、促进整个社会向前发展。可见，自由乃是意思自治得以确立及之所以确立的最本质的原因之一。在前述的案例中即是如此。对于顾客而言，其无疑应当有选择餐厅、并进一步选择是否使用包间的自由；同样，对于酒店来说，其也有选择消费者的自由，从而使餐厅与消费者形成双向选择，意思一致方能达成契约。综上所述，笔者认为，在收取包间费一案中，应适用意思自治原则。本着契约自由的精神，赋予酒店选择消费者的权利。^①

然而，赋予其权利之后，法律也不能听之任之，尚须加以适当的限制。

三、民法对意思自治原则的限制

在现代经济社会中，当事人的意志自由必然要丧失其原有的绝对的支配地位，而当契约自由不能完全衡量个人与社会之间的利益或无法实现个人利益与社会利益协调一致时，它就应当受到限制。当我们翻看现代各国民法时，会发现对意思自治原则的限制，远远不止一个“禁止权利滥用原则”，在民事法律行为制度中规定了法律行为的生效要件：行为人有民事行为能力；意思表示真实；行为内容合法；行为不违反社会公共道德；法律行为的特殊生效要件等。我国的《民法通则》也规定，民事法律行为应当“不违反法律或者社会公共利益”，“恶意损害国家、集体或第三人利益的民事行为无效”等，都表明了意思自治原则

^① 邓业军：《意思自治原则新探》，载《法制与经济》2006年第7期。

已经受到了一定的限制。个人自由的原则必须永远与平等原则结合在一起,以使社会中的所有入都有平等的机会做自己想要做的事,其限度就是其他每一个入也都可以做同样的事。在市民法中,“意思自治原则并不具有超越民事强行法和其他基本原则的效力”,它必须受民事强行法规的限制,而其他基本原则,如诚实信用原则、权利不得滥用原则,由于更倾向于事后调整,侧重于对失衡的法律关系的正常恢复,它们与意思自治原则至少在效力上是独立的。^①

在上述案例中,对于包间费条款的规定,也应受到一定的法律限制。我国现行民事立法对格式条款的规制主要体现在《合同法》第39条、第40条以及第41条的规定之上。按照《合同法》第40条的规定,“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效”。对于上述案例,笔者认为,餐厅收取包间费的规定并无不妥,但其没有履行告知义务,便属于《合同法》第40条规定的“排除对方主要权利”的行为,则该条款应为无效。作为格式条款,“包间费”条款应当明确、清晰,其判断标准就是足以引起消费者的注意。例如,我国台湾地区“消保法施行细则”第12条就明确规定:“契约之一般条款不论是否记载于定型化契约,如因字体、印刷或其他情事,致难以注意其存在或辨识者,该条款不构成契约之内容。”因此,有关“包间费”的说明应当昭示于消费者明显可见之处,如店堂的门口和大堂的显眼处或者是菜谱上,并且所使用的字体是清晰可见的。如果经营者昭示“包间费”条款的方式不容易引起消费者的注意,该“包间费”条款所存在的形式就是不恰当的,消费者完全可以以自己并不知晓该条款的存在而向经营者提起抗辩。经营者在以明确的方式昭示“包间费”条款之外,还应当合理地告知消费者“包间费”条款的内容。在告知时间上,经营者应当在消费者作出消费决定之前进行告知,假设经营者在结账时,或者是上菜后才告知消费者“包间费”条款,消费者就没有选择的余地。在告知内容上,经营者应当具体地说明“包间费”的收取标准。在告知程度上,格式条款提供者的说明效果,应以能够使具体的对方当事人理解格式条款的内容和文义为准,而不能只限于一般人能够理解的程度。^②否则,即是侵犯了消费者的知情权与自主选择权,理应判定该条款无效。

① 章柏杨:《意思自治原则及其限制》,载《安徽广播电视大学学报》2006年第3期。

② 郑晶:《开瓶费条款的法律分析》,载《旅游学刊》2008年第2期。

从“三鹿”事件谈诚实信用原则

贾 婧*

最近五年,中国食品安全问题一波未平一波又起:从“大头娃娃”到“结石宝宝”、从毒大米到毒水饺、假白酒、“嗑药”水产品、毒罐头、多宝鱼中的孔雀石绿,2005年的“苏丹红事件”、2006年的“瘦肉精事件”、中美“宠物毒粮”事件……波及面之广、危害性之大是一个胜过一个。这些事件不仅严重危害到了人们的人身健康,更造成了重大的国际影响。“三鹿”事件不仅引发了国内乳制品企业的动荡,同时也对中国食品在国际上的地位产生了严重影响。食品安全考量部门监管,拷问企业诚信,考验大国信誉!诚实信用作为道德的准则,上升为民法上的基本原则,乃至被誉为民法中的“帝王规则”,可见其作用非凡。我国正处于经济转型期,一些人努力追求利益最大化,不断忽视诚信的重要性,正常的交易规则受到了严酷的冲击。市场经济是信用经济,守信是最基本的要求。因此,重新审视被誉为“帝王规则”的诚实信用原则实有必要,并且在这特定的时期具有特定的意义。

一、诚实信用原则的沿革与发展

(一) 诚实信用原则在大陆法系国家立法中的历史演变

诚实信用原则起源于罗马法中的诚信契约和诚信诉讼,在罗马法中被称为“善意”(bona fides)原则。罗马帝国时期,商品经济繁荣,复杂的商品交换关系使立法者认识到,无论法律条款和契约条款多么严密,如果当事人心存恶意,就总能找到规避之法。于是,罗马人在法律中规定了诚信契约。诚信契约对当事人和审判员提出了更高的要求,它要求当事人不仅要具备履约的义务,还要具备善意、诚实的内心状态,审判员对契约纠纷的处理,根据诚信可以不受契约表面文字的约束,可清除某些约定中一些不公正的条款。^①之后便是《法国民法典》纳入诚实信用,但其处于无足轻重的地位,反映在第1134条“契约应以善意履行之”。可以看出,诚实信用仅仅适用于债务人履行契约的狭小范围之内。1896

* 贾婧,女,北方工业大学民商法专业2008级硕士研究生。

① 杨琳、吴锋:《论法律中的诚实信用》,载《诚信与法治》,中国工商出版社2002年版,第211页。