

JURISTIC STUDY
BY
— THE WEIMING LAKE —

未名法思

—— 静态法治与动态法治研究 16 题

冀 放 著



当代中国出版社
Contemporary China Publishing House

未名法思

JURISTIC STUDY BY THE WEIMING LAKE

—— 静态法治与动态法治研究 16 题

冀放 著



当代中国出版社
Contemporary China Publishing House

2017 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

未名法思:静态法治与动态法治研究 16 题 / 冀放著

— 北京:当代中国出版社, 2017.8

ISBN 978-7-5154-0798-2

I. ①未… II. ①冀… III. ①法律—研究—中国

IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 153021 号

出 版 人 曹宏举
策划编辑 王延新
责任编辑 王延新
责任校对 康 莹
封面设计 WE 艺工作室
出版发行 当代中国出版社
地 址 北京市地安门西大街旌勇里 8 号
网 址 <http://www.ddzg.net> 邮箱: ddzgcbs@sina.com
邮政编码 100009
编 辑 部 (010)66572264 66572154 66572132 66572180
市 场 部 (010)66572281 66572161 66572157 83221785
印 刷 北京中科印刷有限公司
开 本 700 毫米×1000 毫米
印 张 26.5 印张 270 千字
版 次 2017 年 8 月第 1 版
印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷
定 价 76.00 元

版权所有,翻版必究;如有印装质量问题,请拨打(010)66572159 转出版部。

未名，为了遇见博雅



导 言

北京大学素以“湖光塔影”闻名。莘莘学子苦读之余，抬眸望向窗外，常见博雅塔昂首立于楼宇之间，卓尔不群。而每有闲暇，未名湖的四季风光也总以各种姿态出现在师生的相册之中，清新脱俗。“一塔湖图”装点着这座名闻遐迩的百年学府，而“博雅”和“未名”也成为北京大学的代名词。

北京大学法学院恰巧坐落于博雅塔边、未名湖畔。博雅塔刚直不阿，未名湖平正如镜，正是法律的真谛与法律人的价值追求，故北大法律人对博雅塔和未名湖的情感又多了一份与众不同。笔者在法律图书馆学习之时，窗外有博雅塔为伴，若得闲暇，则总于未名湖畔徜徉，其间偶有灵感迸发，些许论题或观点映入脑海，后凝练为文章，积少成多，便成此书。

书即付梓，总要有个名字。思来想去，这些在湖光塔影陪伴下法学思考的碎片，应与燕园有着某种联系。燕园八年，虽学识渐进、文养有升，

但“博雅”实不敢当，而“未名”二字，当属我等青年学子初窥学术研究之门径时，应有的谦逊心态。故以“未名法思”为本著作之名，正所谓，八年^①潜心望博雅，十六^②法思抒未名。

本书为笔者在法学学习过程中对于国内及国际上的热点法律问题的思考和研究。作为学术研究的后学晚生，笔者初入法学大门时，对法学的多个学科均饶有兴趣，因而研究涉及了法学的几个领域。进入硕士研究生阶段后，始确定民法为主要研究方向，但最初的学术积累，已使笔者掌握了一定的跨学科研究方法，故在民法学专业钻研之余，仍然对法学其他学科所涉一些热点问题予以研究。

本书论题类型主要有三大类：法律评注、热点法律问题评判和法律案例评析。之所以做如此安排，乃受王泽鉴教授之影响。2017年4月，王泽鉴先生莅临北大法学院讲座，他反复强调，法律评注与案例评析是一名法学学者必须承担的职责，也是法学学者对一个国家的法治进步所能做出的最重要的贡献之一。笔者深以为然，故在自己的研究工作中以之为纲。此外，笔者还坚持，学者对社会关注的热点法律问题也应当发声，用自己的专业知识适当引导舆论，从而提升民众的法律意识与认知能力。

本书由16个论题构成。第1题围绕一则真实的交通事故损害赔偿纠纷案展开，笔者运用法律解释的方法对《道路交通事故损害赔偿司法解释》第19、20条进行了解释和分析，明晰了这两个条文的性质及构成要件，并对该案件判决结果的修正提供了建议；第2题的焦点是我国《物权法》第

① 笔者从2009年9月进入北京大学法学院攻读本科，至今已有8年时光。

② 《未名法思》一书由16个选题构成。

107 条的解释运用问题，笔者查阅了该条文的立法资料，并检索了“占有脱离物善意取得”的比较法立法例，经分析后提出了该条文在我国法律语境下的解释方案；第 3 题以离婚房产分割问题为研究中心，笔者研究了新中国成立后我国规范该问题的法律、法规及其他政策性文件，从立法史的角度切入，分析婚姻法与物权法、合同法在离婚房产分割问题上的冲突与合作，并对当下离婚房产分割纠纷中涉及的主要争点提供法教义学上的解决方案；第 4 题的主题是行政审批对于合同效力的影响，这一问题我国理论和实践存在争议，笔者经研究分析后从法律行为的角度提出了破解此类合同效力困境的方案；第 5 题着眼于“履行费用过高”问题的研究，履行费用过高规则是连接实际履行与损害赔偿两种违约责任承担方式的阀门之一，规则意义重大，但我国《合同法》对该规则语意不详，理论和实务界也没有给予其足够重视，司法实务中裁判标准不一，笔者通过案例研究和比较法研究，提出了统一裁判标准的思路；第 6 题关注了以《买卖合同司法解释》第 9、10 条为代表的“履行顺序规则”，笔者从实体和程序两个角度对我国现行的实际履行顺序规则进行评述，分析了该规则的利弊，并为规则的完善提供了方案；第 7 题是一则案例评析，本案三方当事人通过多份合同的签订和履行构建了一个首尾相接的连续交易，用于掩盖背后的企业间融资借贷法律关系，案件的审理过程正好跨越《民间借贷司法解释》的颁行以及《民法总则》的审议通过，因而涉及比较复杂的法律适用问题，具有相当的价值；第 8 题评析了在著作权法领域内掀起波澜的“方正诉宝洁”案，对案件所涉的计算机字体、字库是否为著作权法保护的客体以及默示

许可等重点问题从民法的角度进行了分析；第9题是对一则股权激励纠纷案展开的评析，通过对案件涉及的股权激励计划进行细致解读，进而考察原告所提出的继续履行之诉讼请求是否可以获得支持，体现了请求权基础的案件分析方法与公司法案件的结合；第10题的研究中心是司法公开问题，文章搜集了大量比较法立法例，在介绍、分析的基础上，对我国正在建设的司法公开制度提出立法论的建议；第11题重点关注法院与媒体在司法公开中的关系，司法公开可以树立司法权威，但若不能够进行合理的审查和限制，则可能泄露个人隐私、商业机密乃至国家秘密，更有甚者会影响案件的公平公正审判，如何进行审查与限制则是本文的核心议题；第12题则以近来愈演愈烈的民意干扰司法之社会问题为核心，通过案例研究的方法理性解读民意与司法之关系，倡导媒体对案件的客观报道及民众对案件的理性评论，并呼吁我国尽快制定相关法律法规；第13题放眼于人权保护这一国际热点，详细论述了酷刑禁止这一不可克减的国际法原则，文章对美国政府自“9·11”事件后为反恐所提出的一系列酷刑合法化理由进行了逐一批驳，强调了酷刑禁止的绝对性和权威性；第14题是对国际商事仲裁裁决在我国的承认与执行问题进行的研究综述，意在总结国内研究之经验，理清我国的相关规则制度；第15题通过案例评析及案情假设的方式，研究了当一个具体行政行为或其结果出现在民事诉讼程序中，其内容是否合法的确认成为民事诉讼审理和裁决的先决条件时，人民法院应当如何处理的问题；第16题是对我国律师职业道德与执业纪律的研究综述。

纵览通篇16个论题，它们记录了笔者八年燕园学术研究的点点滴滴。

这些文章在论述上或许还有不足，在观点上可能尚待商榷，但不可否认，它们确是笔者在学术道路上的 16 个不可磨灭的足迹。作为初入法学学术殿堂的处女作，本书显然青涩有加，但对笔者却具有里程碑意义——它是对我学术研究崎岖来路的沉淀和总结，亦是对茫茫前路的憧憬和展望。文行至此，心中思绪万千，唯有默念那句：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”。

紫放

2017 年 3 月 2 日于北京大学畅春园

目 录

- 第 1 题 无效等交强险合同受害人权利救济研究 / 001
- 第 2 题 占有脱离物之善意取得制度研究 / 025
- 第 3 题 立法史维度下离婚房产分割问题研究 / 059
- 第 4 题 行政审批对合同效力影响研究 / 091
- 第 5 题 履行费用过高规则研究 / 109
- 第 6 题 履行顺序规则研究 / 129
- 第 7 题 连环钢材买卖背后的法律问题 / 151
- 第 8 题 方正诉宝洁计算机字体著作权纠纷案评析 / 173
- 第 9 题 朱某诉上海渣打银行股权激励纠纷案评析 / 191
- 第 10 题 司法公开之限制的域外法视角 / 209

第 11 题	司法公开的审查与限制研究 / 223
第 12 题	民意与司法关系研究 / 241
第 13 题	酷刑禁止之国际法原则研究 / 269
第 14 题	国际商事仲裁裁决的承认和执行问题综述 / 293
第 15 题	鼎邦公司诉济南供电公司财产损害赔偿案评析 / 333
第 16 题	律师职业道德与执业纪律研究综述 / 353
参考文献 / 390	
索 引 / 396	
后 记 / 404	

第 1 题

无效等交强险合同受害人权利救济研究

——以刘某交通事故赔偿纠纷案为范例

摘要：交通事故受害人获得交强险赔付的前提是存在合法有效的保险合同。当交强险合同不成立、未生效或无效时，交通事故受害人面临纯粹经济损失，应当得到侵权法的保护。我国《交强险条例》和《道路交通安全法》中的部分条文构成了保护交通事故受害人的法律，机动车所有人、驾驶人以及保险公司有义务确保交强险合同合法有效。法定义务人因过错违反该法律并造成损害的，应当在交强险保险限额内承担侵权损害赔偿责任。

关键词：交强险；侵权责任；纯粹经济损失；法定义务；保护他人的法律

（本文原载于《河北法学》2014年第10期，收入本书时有修改）

交通事故强制责任保险（以下称“交强险”）制度最早见于2004年5月1日实施的《道路交通安全法》之中，并通过2006年7月1日起施行的《机动车交通事故责任强制保险条例》（以下称《交强险条例》）进一步具体化。在当时，由于理论界及实务界的相关研究与实践并不成熟，对交强险制度的理解和适用存在诸多争议。此后，该两部法律、法规又两经修订，各项规定更为清晰明确，解决了不少曾经的理论问题。随着《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下称《交通事故赔偿司法解释》）在2012年12月21日正式加入交强险制度体系，相关制度趋于完善，尤其是交强险合同不成立、未生效或无效时受害人之救济措施的出现，为交通事故中的受害人提供了更加充分的保护。本文以《最高人民法院公报》2012年第3期中的一则案例为背景，分别结合现行法和案件发生时的法规，对交强险合同不成立、未生效或无效时受害人之救济制度进行探讨。

一、刘某交通事故赔偿纠纷案^①

2005年7月20日22时许，汪某某驾驶苏JFR978正三轮载货摩托车在森南村道吴庄村旁道路上掉头时，车前轮左侧等处与由南往北行驶的刘某所驾驶的无号牌电动自行车右侧保险杠等处相撞，致刘某受伤，电动自行车损坏。事故发生后，常熟市公安局交警大队进行了调查，并做出2005年第07126号交通事故认定书，认定汪某某负该事故的主要责任、刘某负该事故的次要责任。刘某向常熟市人民法院提起民事诉讼。

原告刘某诉称：被告汪某某违反交通法规，负事故主要责任。请求判

^① 案件来源于《最高人民法院公报》2012年第3期。

令被告赔偿医药费、救护费、误工费、护理费、交通费、住院伙食补助费、营养费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金、伙食费、餐费共计 112875 元。

被告汪某某、朱某某未作答辩。被告天安保险盐城支公司（以下简称“盐城公司”）辩称：我公司收到法院寄来原告刘某的诉状及附件材料后，经核对，我公司从未向被告朱某某签发过该摩托车保险单证，并发现该保单业务专用章与我公司印章不一致，我公司与朱某某就摩托车保险一事从未形成保险合同关系。因此，我公司在此交通事故赔偿一案中不应为假保单承担赔偿责任。请求驳回原告对我公司的诉讼请求。

常熟市人民法院查明：被告汪某某驾驶的苏 JFR978 正三轮载货摩托车的登记车主为被告朱某某。汪某某在事故后向常熟市公安局交通巡逻警察大队提供了苏 JFR978 正三轮载货摩托车的保险单（编号 0500064813），该保险单反映该摩托车在盐城公司投保有保险期限自 2005 年 5 月 30 日 0 时起至 2006 年 5 月 29 日 24 时止、责任限额为 20000 元的第三者综合损害责任险。盐城公司在响水设有营销部，该营销部对外签订保险合同时使用盐城公司的业务专用章，刘某某曾任该营销部的负责人。刘某某在任职期间，伪造了盐城公司的业务专用章、私自印制了保单，并进行销售。本案的保险单（编号 0500064813）系刘某某伪造之众保险单中的一份。刘某某现已被响水县人民法院以合同诈骗罪判处有期徒刑。

常熟市人民法院经审理，依照《民事诉讼法》第 130 条，《道路交通安全法》第 76 条第 1 款，《人身损害赔偿司法解释》第 1、2、17、18 条，《精神损害赔偿司法解释》第 1 条、第 8 条第 2 款、第 10 条、第 11 条的规定，判决如下：被告盐城公司赔偿原告刘某因交通事故造成的各项费用共计 20000 元。被告汪某某、朱某某赔偿原告刘某因交通事故造成的各项费用共

计 61769.35 元。驳回其他诉讼请求。

盐城公司不服一审民事判决，向苏州市中级人民法院提起上诉，认为其不应当承担保险责任。苏州市中级人民法院审理认为，虽然朱某某持有的保单是假的，但此系由上诉人的工作人员利用职务上的行为所致，朱某某无从察知，上诉人则应当加强管理监督，故不能据此免除上诉人应当承担的民事责任。依照《民事诉讼法》第 153 条第 1 款第（1）项之规定，判决驳回上诉，维持原判。

该案件的主要争议在于：盐城公司是否应承担保险赔偿责任？本案的两审法院皆直接认为朱某某与盐城公司之间的保险合同有效，进而依据当时的法律法规判令盐城公司承担交强险责任。显然，两审法院都没有意识到这一争议背后所蕴含的核心理论问题：当交强险合同不成立、未生效或无效时，交通事故受害人能否又是如何获得法律的救济？

二、交强险合同不成立、未生效或无效时受害人之救济措施

上述案例发生于 2005 年，原告于 2006 年提起民事诉讼，此时《交强险条例》并未实施，《道路交通安全法》还未修订，《侵权责任法》也没有颁布，实务界对交强险的性质尚无清晰的理解。因而，在案件起诉时的法律体系下讨论这一理论问题是非常困难的。实际上，即便是在现行法的框架下，这一理论问题的解答也并非清晰明了。本部分，笔者将以现行法为基础尝试对这一理论问题进行解答。

当交强险合同不成立、未生效或无效时，交通事故受害人可能的救济方式大致有三种：合同法上的救济、侵权法上的救济和法律规定的其他救济。其中以前两者为主，下文将分别进行分析。

（一）合同法上救济措施之否定

根据合同法的相关规定，以及合同法理论研究的通说，当合同因当事人一方的原因而不成立、未生效或无效时，相对方当事人可以依据缔约过失责任或违约责任的相关规定（《合同法》第 42、107、110、112 条），要求对方继续履行、采取补救措施或赔偿损失。

合同法上的救济措施建立在当事人之间存在合同关系的基础上。当交通事故发生后，肇事人、受害人和交强险公司之间是三方法律关系，其中，肇事人与受害人之间是民事侵权关系，肇事人与交强险公司之间通常是保险合同关系，而受害人与交强险公司之间的法律关系存在争议。如果受害人属于交强险合同中的保险受益人或者依据保险合同的其他约定而得以请求保险公司进行赔付，那么受害人与交强险公司之间系合同关系，自然有合同法上救济措施的适用。于是，这里的核心问题是，交强险责任的性质如何界定？受害人向交强险公司请求承担交强险限额内的责任的权利性质是什么？

关于交强险的性质，我国民法界曾经出现过较大的争议，从最初的《交强险条例》第 3 条之规定来看，它具有责任保险模式^①的外观，然而之后陆续修订和颁布的法律法规则显示其拥有基本保障模式^②的内涵，如何界定其责任性质成为理论界的难题。不过，这一难题已经为 2012 年实施的

① 责任保险模式的主要特点是以侵权责任为基础，强调交强险的责任保险属性，即责任保险分担被保险人损失的功能。这种立法模式主张先成立侵权人与受害人之间的侵权责任，侵权人（被保险人）再依据保险合同成立保险金给付请求权，因此，原则上被保险人为保险金请求权人，例外情况下才为受害人。

② 基本保障模式在理念上更加重视受害人的损失填补、强调交强险的基本社会保障功能，交强险不再以侵权责任为出发点，而是与之相互分离。从世界范围来看，这种模式又可分为两种立法例：第一种立法例通过将机动车交通事故责任的归责原则定位为无过错责任或严格责任，从而使得保险人给付保险金的责任几乎没有例外。第二种立法例则在交强险限额内使侵权责任与交强险相互“脱钩”，只要发生损害，保险人即需向交通事故的受害人承担赔偿责任，而不讨论侵权责任的问题。参见编写组编：《机动车强制责任保险制度比较研究》，中国财政经济出版社 2008 年版，第 148、245 页；姜强：《交强险的功能定位及其与侵权责任的关系》，《法律适用》2013 年第 1 期。