

刘建民 主编

法治与社会 论丛

JOURNAL ON THE RULE
OF LAW AND SOCIETY

· 第一卷 ·



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

法治与社会

论从

JOURNAL ON THE RULE
OF LAW AND SOCIETY

· 第一卷 ·

刘建民 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

《法治与社会论丛（第一卷）》是一本法学类的综合性学术集刊，包括流通法律专题、网络传播与版权专题、法学各论、法律实践、教育探索、社会治理、论文摘登等栏目，汇聚了法学理论界和实务界诸多专家的研究成果。《法治与社会论丛》计划每年出版一卷。

责任编辑：蔡 虹

图书在版编目（CIP）数据

法治与社会论丛. 第1卷/刘建民主编. —北京：
知识产权出版社，2011.6

ISBN 978-7-5130-0623-1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2011）第 113090 号

法治与社会论丛（第一卷）

FAZHI YU SHEHUI LUNCONG (DIYIJUAN)

主 编 刘建民

副主编 吕炳斌 段宝玖 陈蓓丽

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村1号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8324

印 刷：北京富生印刷厂

开 本：787mm × 1092mm 1/16

版 次：2011 年 6 月第 1 版

字 数：340 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：caihong@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：19

印 次：2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价：55.00 元

ISBN 978-7-5130-0623-1/D · 1244 (3523)

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

编委会

编委会：刘建民 张影 段宝玫 梁德阔 陈志强
陈蓓丽 姚志鹏 吕炳斌 王红珊 徐文捷
邓月英 沈全

编委会主任：刘建民

编委会副主任：张影 段宝玫 陈蓓丽 陈志强 姚志鹏

卷首语

《法治与社会论丛（第一卷）》的稿件主要源自上海商学院法政学院承担的重点学科建设、科研项目的研究成果，以及上海市商务委员会法制处、上海商业法制专业委员会和上海商学院商法研究所联合举办的2010年商法论坛征集的有关论文。本卷文章的作者主要来自上海商学院、复旦大学、华东政法大学、新疆大学等高校和上海豫园旅游商城股份有限公司、上海市供销合作总社等商业企业。这些稿件凝聚了各位作者的研究心得，将之发表交流是本论丛的莫大欣慰。

本卷设“流通法律专题”和“信息传播与版权专题”两个专题。“流通法”是上海商学院的特色学科，“流通法”团队依托我校流通、物流、连锁等优势学科和民商法、经济法等相关法学学科，关注预付款消费、特许经营、电子商务及商务信息传播等新型流通方式中的法律问题，聚焦于研究商品流通及社会主义市场经济发展中的法律课题。近年来，我校“流通法”团队积极开展流通领域相关法律问题研究，取得了一定的成果，引起了社会各界的关注，如刘建民教授关于商品流通领域中零售商和供应商关系（“零供关系”）法律问题的四篇系列论文被人大复印资料连续转载，本卷收入的《零售商通道费法律规制若干问题研究》即是刘建民教授在此领域多年研究的结晶；《“十二五”时期上海商务立法若干思考》是上海市商务委员会委托我校课题组调研的研究成果，相关单位、企业的专家、领导多次指导课题组调研，提供相关资料及宝贵的意见与建议，使得该文具有相当的实践价值；张影教授的《有限责任公司股权继承的分析与探讨》一文对我国《公司法》第76条确立的“股权继承”进行了分析和探讨，在法律规范比较分析的基础上，探讨了该制度中的关键问题；段宝玖副教授的论文对预付式消费卡相关法律问题进行了较全面的研究，在考察域外相关立法经验的基础上，提出了完善我国有关法律制度的对策建议；《试析“商业潜规则”》一文对商业流通和消费领域大量存在的“潜规则”进行了调研和思考；王红珊副教授的《侵犯商业秘密与泄露国家秘密之责任分析》以“力拓案”为出发点，探讨了侵犯商业秘密行为与泄露国

家秘密行为的区别并对其责任作了比较分析。此外,胡伟博士的《论公司控制权在挤出合并中的法律规制》一文对“挤出合并”这种新的公司合并方式进行了深入研究,探讨了公司控制权在其中的法律规制问题,并对我国引进这种新的法律制度的必要性、可能性和路径详加分析;张强博士的《基于诚实信用原则的商法强制性规范》一文则以诚实信用原则中的基本利益关系为视角对“商法公法化”现象及商法强制性规范进行了深度思考。“流通法律专题”刊载的8篇论文对完善我国商业法治具有较大的理论意义和实践价值。

“信息传播与版权专题”除收录刘建民教授撰写的《信用信息传播法律规制与社会信用体系建设》一文外,集中收录了探讨网络时代版权制度变革与发展的多篇专题论文。吕炳斌博士撰写的《新传播时代版权保护制度的变革》一文认为,在数字技术发达的新传播时代,版权保护制度基本理念需要变革,版权保护的应该从复制权转移到传播权,从而构建以传播权为中心的版权保护制度。其余文章则从不同角度探讨了网络时代信息传播中的版权问题,其中涉及数字期刊的版权问题、“点对点”(P2P)传播的版权问题、网络传播中“孤儿作品”的保护、视频分享网站的版权侵权责任问题、信息传播过程间接侵权的认定等诸多前沿和热点问题。这些文章展现了青年法律学人对法治建设中的新问题的关注,也展现了青年学人善于发现问题、思考问题和尝试解决问题的学术素养。

本卷“法学各论”栏目收录了阮友利博士等撰写的论文。这些文章涉及法理学、刑法学、民法学、经济法学和劳动法学、仲裁法学、国际法学等不同法学部门。在这些文章中,有前沿问题的探讨,如《旅游行业协会与旅游消费者权益保护》探讨了行业协会在旅游消费者权益保护方面的应有作用及相应法律保障措施;又如《国际法中的“预防性自卫”之批判》则以伊拉克战争为事件导入,探讨了《联合国宪章》下的自卫问题,对美国提倡的“预防性自卫”进行了批判性分析。本卷“法学各论”栏目还收录了法学基本理论方面的探讨文章。《论法律运行中的利益冲突》一文对法律运行中的利益冲突与平衡这个永恒的话题进行了探索和思考。“法学各论”栏目将一如既往地以兼容并蓄的态度欢迎法学领域的任何研究心得。

本卷“法律实践”栏目收录了三位企业法务工作者撰写的文章。上海市供销合作总社的杨忠德先生探讨了商业地产租赁中出租人的风险及其防范,该篇文章凸显了他丰富的法律实务经验。上海豫园旅游商城股份有限公司法律审计部的彭勇和尹玮合撰的文章则从实务角度探讨了“商标”与“域名”的冲突。本栏目的另外一篇文章从不同视角也对“商标”与“域名”的冲突的主

要类型作了分析。

本卷“教育探索”栏目收录了由教学经验丰富的教师撰写的四篇教育改革研究论文。其中两篇是关于法学教育改革方面的研究论文，体现了我校法学专业教师对法学教育创新和改革的探索与思考。另外两篇文章是关于大学生德育的探讨，凝聚了具有近三十年教学经验的邓月英老师和姚志鹏副教授长期以来的教学实践和研究心得。

本卷“社会治理”栏目收录的是两位社会学博士的论文。梁德阔副教授引经据典，研究了儒家伦理与徽商的社会责任，对于当代社会建设与社会治理具有重要启发。陈蓓丽博士则以功能主义视角为切入点，探讨了社会工作机构的发展困境与解决路径。法律与社会密不可分。本刊定名为《法治与社会论丛》即是我们对法律与社会问题全方位关注的体现。我们将一如既往地关注社会建设和社会治理中的理论和现实问题。

本卷的“读书沙龙”栏目发表了吕炳斌等三位作者围绕同一本书的读书心得。康德《永久和平论》是国际关系和国际法研究中的经典理论著作。世界和平与发展也是人类的永恒主题。三位作者的思考体现了当代法律学人对政事国事乃至世界时势的关注。

本论丛编委会感谢各位作者的支持，同时也声明本论丛登载的文章均奉行“文责自负原则”。在编辑过程中，为展示作者真实水平，编者仅对来稿作技术性处理。由于时间所限，编辑过程中的疏漏在所难免，敬请读者不吝指正。

本论丛诚挚邀请学界名家新秀惠赐稿件。我们期待着有更多、更好的文章在《法治与社会论丛》这个学术平台上得以公开交流。愿《法治与社会论丛》成为我国法学界和社会科学界的一个重要的学术交流园地！

《法治与社会论丛》编委会

2011年3月

目 录

流通法律专题	1
“十二五”时期上海商务立法若干思考	课题组 3
零售商通道费法律规制若干问题研究	刘建民 12
预付式消费卡相关法律问题探究	段宝玫 24
试析“商业潜规则”	课题组 34
基于诚实信用原则的商法强制性规范	张强 42
有限责任公司股权继承的分析与探讨	张影 49
论公司控制权在挤出合并中的法律规制	胡伟 56
侵犯商业秘密与泄露国家秘密之责任分析	王红珊 67
信息传播与版权专题	77
新传播时代版权保护制度的变革	吕炳斌 79
信息传播过程中间接侵权的认定	刘瑞广 90
新传播时代数字期刊的版权问题	张可人 96
P2P 传播技术相关版权问题探析	许瑜文 102
网络传播中“孤儿作品”的保护	周雍 109
视频分享与传播的版权问题探析	沈亚夕 115
网络世界中虚拟财产的权利属性	陈龙 陈欣 120
职务作品著作权之归属问题探析	叶庆琳 126
信用信息传播法律规制与社会信用体系建设	刘建民 130
法学各论	139
论法律运行中的利益冲突	王小维 141
旅游行业协会与旅游消费者权益保护	阮友利 148
试论劳动争议调解机制的完善	沈全 156
试论仲裁第三人制度	陈慧 161
两大法系犯罪概念的比较	陶骏 167
国际法中的“预防性自卫”之批判	肖璐 176

法律实践	185
商业地产租赁中出租人风险防范的实务探讨	杨忠德 187
从企业视角看“商标”与“域名”的冲突	彭勇 尹玮 198
域名权与商标权在网络上的主要冲突	徐文捷 204
教育探索	211
法学实践教学品牌建设与创新人才培养	刘建民 段宝玫 213
高校法学教育资源对接大调解机制的探索与思考 ——以上海商学院调解中心为例	段宝玫 刘建民 223
英国学校德育及其对我国的启示	邓月英 232
改造还是发现——论大学德育观念的创新	姚志鹏 243
社会治理	251
儒家伦理与徽商的社会责任	梁德阔 253
功能主义视角下的社会工作机构发展困境与解决路径	陈蓓丽 266
读书沙龙	273
康德《永久和平论》导读	吕炳斌 275
康德《永久和平论》读书心得	冯艳婷 280
读《永久和平论》的若干思考	李浩 284
论文摘登	287
其他论文摘登	289
约稿函	293

㊦ 流通法律专题 ㊦

“十二五”时期上海商务立法若干思考

课题组^①

摘要：上海建设“四个中心”以及后世博时代上海城市内涵发展对商务立法带来了新的机遇和挑战，有必要加快地方商务立法，完善商务法治建设，充分发挥商务立法在优化结构布局、引领业态发展、规范流通秩序、促进市场繁荣、促进国际经济贸易发展等方面的积极作用。本文对“十二五”时期上海商务立法发展的机遇与要求、指导思想和主要目标、主要任务以及保障措施作了一些探讨。

关键词：法律；商务立法；规划

世博会给上海带来了新的机遇和挑战，“十二五”期间，上海商务领域将作为一个重要方面继续担当起“城市让生活更美好”的历史重任。上海商业将在促进生产、引导消费、推动经济结构调整和经济发展方式转变等方面继续发挥重要作用。面对建设“国际贸易中心”的目标，上海商务法治环境建设应积极作出反应。上海在金融中心、航运中心以及国际贸易中心、现代服务业、现代制造业建设中，对全国起着引领作用，有必要加快地方商务立法，完善商务法治建设，充分发挥商务立法在优化结构布局、引领业态发展、规范流通秩序、促进市场繁荣、促进国际经济贸易发展等方面的积极作用。

一、“十一五”时期上海商务立法简要回顾

五年来，上海商务法治建设以提高商业整体竞争力、规范市场秩序为主线，在坚持市场配置资源主导作用的同时，进行适度、必要的规制。取得的主

^① 课题组长：刘建民，上海商学院法政学院院长、教授；课题组成员：段宝玖、吕炳斌、沈全。四位作者均系上海商学院法政学院教师。本项目是上海商学院法学教学团队建设的阶段性成果，课题调研受到上海市商务委员会的资助。相关单位、企业的专家、领导多次指导课题组调研，提供了相关资料及宝贵的意见与建议，在此一并致谢。

要成果有：

（一）商务法律规制领域新探索

遵循等级网络体系原则、繁荣繁华与便民利民的原则，以筹办 2010 年上海“世博会”为契机，以促进上海商业持续和健康发展为目标，商业法律规制视野拓展到包括经济开发区建设、国际经济贸易、外商投资、商贸旅游、商业地产、商业知识产权、创意产业等方面。如《上海市展览业管理办法》、《上海市商品交易市场管理条例》等地方性法规、地方政府规章的制定、修订，为上海流通产业以及现代服务业健康、协调发展起到了积极作用。特别是在商业地产市场化条件下，制定《上海市菜市场布局规划纲要》，推动上海市标准菜市场建设，开流通领域标准化建设之先河。

（二）食品流通安全监管新台阶

以保障流通环节食品消费安全为目标，坚持“标本兼治、防打结合、综合治理”的原则，加强食品质量监管和规范食品经营者行为，深入开展食品安全专项规制，严格食品经营主体市场准入，严格食品质量市场准入，维护正常的食品经营秩序，颁发了《上海市食品经营卫生许可证发放管理办法》、《上海市生猪产品质量安全监督管理办法》等规范性文件。尝试部分食品“从田头到餐桌”全程可追溯工程建设，进一步推进生鲜食品冷链建设，食品流通安全监管取得了明显的阶段性成效。

（三）市场诚信体系建设新发展

通过完善法制、培育行业自律，推进品牌建设，推进商业诚信体系建设，在创造诚实可信、买卖公平、竞争有序的商业软环境方面有了突破。一是积极参与全国性商业诚信体系建设，推进“百城万店无假货”活动，二是支持消费者权益保护、知识产权保护等机构开展工作，维护市场秩序。三是发挥行业中介组织的作用，开展行业自律，培育良好商业习惯、惯例。

此外，完善个人和企业信用信息的披露、传播等有关规章制度，完善信用机构管理规范，有力地促进了市场主体健康、有序、快速发展，提高了市场主体应用信用产品规避、防范交易风险的能力，促进了规范的市场体系的建立和完善。

（四）服务贸易发展新突破

服务贸易的发展是上海建设国际贸易中心的重要内容。“十一五”期间，

上海服务贸易呈现加速发展势头,服务贸易进出口规模进一步扩大,服务贸易领域吸引外资和对外投资水平不断提高,服务贸易部门产业竞争优势进一步增强,金融、物流、商贸、房地产、旅游和信息服务六大行业已成为上海服务业发展的重要支柱,文化、教育、会展和中介服务业等以知识密集为特征的新兴服务业发展迅猛;中心城区已成为上海服务业发展的重要载体。为积极推动服务外包工作,加强服务外包基地城市建设,聚焦重点区域服务贸易试点工作,先后制定了《关于促进上海服务外包发展若干意见》、《上海市人民政府关于促进本市服务外包产业发展的实施意见》、《上海市服务外包专业园区认定和管理暂行办法》等文件,采取了多项政策措施鼓励服务贸易加快发展。

(五) 促进外商投资法制建设新举措

为了进一步扩大对外开放,促进经济发展,“十一五”期间我市先后颁布了《关于进一步简化外商投资项目及企业设立的审批手续的意见》、《上海市鼓励跨国公司设立地区总部的规定》、《关于放宽外商投资公司出资期限的暂行规定》等一系列规章和政策性文件,为进一步优化外商投资环境,鼓励跨国公司进驻发挥了重要作用。

总结“十一五”上海商务法治建设的经验主要有:第一,既要遵循市场经济规律,又要强化民生工程意识。发挥商务法规监管作用,对商业活动进行适度、必要的规制,使法制为商业和市场经济健康发展起到了引领发展、保驾护航的作用;第二,积极发挥行业自律作用,支持和鼓励自我管理、自我规范、自我约束的行业管理方式,提升商业企业运行质量和收益;第三,积极尝试流通领域标准化建设,推进商业规范化管理。如以菜市场为主要对象,制定了《上海市菜市场布局规划纲要》,努力形成科学、合理、便捷的菜市场网点布局体系。

同时我们也应当看到,对照上海“四个中心”建设的地位与要求,上海商务法治建设尚存在差距。

二、“十二五”时期上海商务立法发展的机遇与要求

(一) 城市发展软实力建设对商务立法发展的机遇与要求

随着上海2010年世博会的举行,商业全面对外开放,上海城市经济和社会发展进入新的阶段。上海2010年世博会带动了一批高档商务楼宇和大批量

现代商业设施建设,其积极的后续效应将进一步促进上海商业的持续、快速发展。大规模现代商业设施建设为上海商业的发展培育了新的载体,为上海进一步引进跨国商业巨头和国际顶级品牌,培育老字号骨干企业创造了条件。上海2010年世博会之后,上海城市建设的重点将从基础设施建设转向软实力建设。商务法治建设是保障上海商业持续、快速发展,借世博之力实现转型发展的重要手段,因此商务法治建设是城市发展软实力建设的题中应有之义。

(二) 国际贸易中心建设对商务立法发展的机遇与要求

目前,上海国际贸易中心建设已经到了“整体推进、再上台阶”的新阶段。上海面临着实现先行先试、寻求突破、提升能级,与长三角和全国各地加强合作,推进长三角和全国各地联动合作的机遇和挑战。上海国际贸易中心建设需要提高市场化开放程度与贸易便利化水平,构建具有国际、国内市场资源配置功能的市场体系,集聚高能级、有活力的贸易主体,强化贸易对产业结构调整带动作用,打造上海国际贸易中心空间载体,营造国际一流水平的商贸环境。在建设上海国际贸易中心的背景下,内外贸并举推进是一种必然选择。上海国际贸易中心建设对商务法治建设提出了新的要求。

(三) “长三角”区域经济一体化对商务立法发展的机遇与要求

在交通等基础设施建设支持下,“长三角”区域融合明显加速,产业联动集聚发展。随着“长三角”区域经济一体化进程的不断加快,区域间各类贸易、商务活动将大大增加,上海商业发展将进一步向集散型、服务型、消费型方向转变,成为“长三角”都市圈商贸枢纽和消费中心。上海商业也将在更大范围内考虑如何优化资源配置,扩大集聚和辐射效应。“长三角”区域经济一体化导致的各类内贸活动客观上对商务法制的发展提出了更多需要。

(四) 扩大内需,保护消费者权益对商务立法发展的机遇与要求

扩大内需是转变经济发展方式,调整经济结构的首要任务。扩大内需需要体制创新、政策调整和法律支持。目前,上海人口持续增加,人口结构变化,消费总量扩大,消费结构变化,消费需求持续增长,消费能级不断提升,消费能级正从简单的追求数量消费提升到追求质量、形式、空间等现代综合消费,为现代商业发展提供内在消费支撑。在扩大内需的背景下,消费领域纠纷数量将持续上升,新的消费争议类型也将不断出现,这在客观上对商务法治建设提出了新的要求。

（五）市场诚信体系建设对商务立法发展的机遇与要求

市场诚信体系建设是上海贸易和各类商务活动健康发展的重要保障。诚信体系建设将是市场经济建设中的一个持久性的重要任务。通过法律和政策手段，政府在市场诚信体系建设方面将进一步发挥引导作用。

（六）与“四个中心”建设地位相匹配，上海地方商务立法应积极探索，勇于先试先行

商务领域是关系国计民生的重要领域。商品流通和市场经济对促进国民经济持续、协调发展具有重要作用。一个国家的繁荣，一个城市的繁荣，首先表现在市场流通是否活跃。由于流通在中国未来国民经济的发展中具有重要的地位，商务领域的先导作用将越来越突出，经济和社会发展需要构建科学、完备、成熟的商务法规体系，以支持流通现代化进程。

市场经济发达国家都十分重视市场流通领域的商务法治建设。商务法律、法规、政策和文件的制定与完善引导着贸易和商务活动的发展。我国商业法治建设相对滞后，20世纪80年代开始起草的商业法历经20年已经退出立法规划。在全国性商务立法缺位的情况下，上海作为我国贸易和商务活动最活跃的地区之一，在建设国际金融中心、国际航运中心、国际贸易中心的背景下，上海的商务法治建设应当与此地位相匹配，积极探索，勇于先试先行，发挥应有的作用，为全国性商务立法起到探索和引领（实验区）作用。

三、“十二五”时期上海商务法治建设的指导思想和主要目标

（一）指导思想

应遵循法治的一般规律和商务法治的内在特性，遵循经济发展规律，牢牢把握发展主题，坚持科学发展观，坚持以人为本，致力于增强商务核心竞争力。发挥世博效应，完善商业创新体系和知识产权保护制度，推进经济增长方式转变。上海商务立法要围绕上海商业可持续发展的主题，坚持与上海商业改革、发展、稳定的重大举措紧密结合，区分轻重缓急，充分借鉴国内外商务立法成功经验、先进理念，在不违背国家法制统一原则的前提下，根据上海经济和社会发展以及商业具体情况和实际需要适时立法，探索创新。在操作上，

力求做到：

(1) 紧密围绕本市商务领域实际需要，立足解决当前商务工作面临的迫切需要解决的问题，将立法的必要性和可行性有机统一起来。将社会亟须、立法条件又较为成熟的列为立法规划项目，对“四个中心”建设和商业可持续发展需要的、目前立法条件不成熟的列为立法调研项目。

(2) 坚持“立、改、废”相结合的原则。地方性法规应当坚持“立、改、废”相结合的原则，杜绝“不一致、不协调、不适应、不管用”现象。在制定新的法律规范的同时，有计划地对已有规定进行修改完善，以适应商务工作新的发展要求。

(3) 规范立法程序，建立健全公众参与、专家咨询、专门机构统一协调的立法工作机制，完善立法听证办法，提高立法水平和立法质量。

(二) 主要目标

上海商务立法将密切保持与全国性法律的协调和衔接，注意法律法规的层次性，形成上海商务领域的地方性法规、地方政府规章、规范性文件政策文件的多层次规制格局。在积极开展地方商务立法的同时，继续发挥行业协会的作用和影响力，推进行规约、自律性规范与公约建设，探索研究商务领域商业惯例、习惯的地位与作用，建立健全商务领域法律综合规制和监管体系。

上海商务领域将大力推进法制和长效监管机制建设，着力构建“政府监管、经营者和行业自律、社会监督”三位一体的商务监管长效机制，通过制定新法和修订现有法规，到2015年初步建立起较为完善的、与国家法规相配套的地方立法体系，在规范市场主体、市场准入、市场秩序、市场行为和市场监管等商务法治建设方面取得进一步突破，确保上海商务法治建设的体系化、规范化。

四、“十二五”时期上海商务立法的主要任务

根据前述商务立法发展的机遇与要求、指导思想和主要目标，在调研基础上，上海商务立法规划可确定规划项目、修订项目和调研项目范围。立法规划项目系商务领域亟须的、已有前期调研基础，或为“四个中心”建设亟须配套的立法项目；法规修订项目主要对前几年已有的地方性法规、规章，因客观情况变化适当调整；立法调研项目立足于为上海“四个中心”建设服务和可持续发展，勇于先试先行，引领全国商务立法。做好前期立法调研，成熟一个