

DANGDAI FAXUE REDIAN

WENTI YANJIU

当代法学热点问题研究

李胜利 主编

中国检察出版社



D920. 0/63

2007

DANGDAI
FAXUE REDIAN

WENTI YANJIU

当代法学热点问题研究

李胜利 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代法学热点问题研究/李胜利主编. —北京: 中国检察出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 80185 - 794 - 1

I. 当… II. 李… III. 法学 - 研究 - 中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 102953 号

当代法学热点问题研究

李胜利 主编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 13.5 印张

字 数: 373 千字

版 次: 2007 年 8 月第一版 2007 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 794 - 1/D · 1770

定 价: 28.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《当代法学热点问题研究》

编 委 会

主 编 李胜利

副主编 丁茂中

编 委 许玉森 王正辉 王 平 张占江

刘翼洲 金岸睿 魏丽娟 郭艳娜

目 录

• 卷首专栏

I. 民法	(1)
论共同遗嘱	(1)
数字图书馆建设与知识产权保护	(5)
II. 商法	(9)
论公司社会责任立法宗旨之完善	(9)
股权派生诉讼相关主体研究	(13)
从票据行为无因性论我国票据法律的冲突	(17)
论票据挂失止付制度的适用范围	(21)
III. 经济法	(25)
价格调制制度与经济法理论的双向互动	(25)
反向混淆的竞争法视角之分析	(32)
日本看护保险法法理基础分析	(36)

• 民法专题

I. 总论	(41)
民事主体和意志关系理论探究	(41)
刍议我国大陆民法宣告死亡制度	(45)
非法人组织的民事主体地位	(48)

论在我国民法中建立自助行为制度	(52)
撤销权和确认行为无效的权利关系	(55)
II. 人格权法	(58)
网络环境下的隐私权保护	(58)
III. 物权法	(62)
我国物权法相邻关系中增设眺望他人限制的必要性	(62)
动产善意取得之善意准据时点	(66)
IV. 债法总论	(69)
结合“两说”论债务与责任的关系	(69)
不真正连带责任原则的立法与实务探究	(73)
V. 合同法	(77)
格式条款若干问题探讨	(77)
缔约过失责任适用研究	(81)
加害给付研究	(84)
合同责任与精神损害赔偿	(88)
合同之诉中的精神损害赔偿	(92)
房屋双重买卖效力及相关问题研究	
——兼评最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷	
案件适用法律若干问题的解释》第 10 条	(96)
房屋承租人优先购买权的废除	(100)
VI. 侵权行为法	(103)
论第三人侵害债权	(103)
侵权行为法中归责原则的适用	(107)
VII. 知识产权法	(111)
网络环境下的版权集体管理制度	(111)

数字图书馆对版权作品的合理使用	(114)
网络服务提供者侵犯著作权的责任归责原则	(118)
我国专利法创造性判断标准研究	
——借鉴美国 KSR 案件及非显而易见性判断标准	(121)
商业外观法律保护探究	(126)

• 商法专题

I. 公司法	(130)
公司法人人格否认制度探究	(130)
公司僵局及其法律应对方案	(133)
我国新公司法的公司设立瑕疵效力	(136)
设立中公司的性质和责任承担	(140)
公司章程的性质与效力分析	(143)
中国公司最低注册资本制度改革探索	(147)
我国新公司法对公司资本制度规定的改革	(150)
隐名投资相关法律问题分析	(154)
隐名股东资格的认定	(158)
股东查阅权研究	(161)
公司治理环境中的利益平衡	
——浅议股东代表诉讼制度	(164)
股东代表诉讼中的主体问题	(167)
有限责任公司股东资格的继承	(171)
对中小股东利益的诉讼保护	(174)
股权转让登记效力法律分析	(177)
论未经变更登记之股权转让合同效力	(181)
股权转让效力与变更登记的关系	(184)
我国股权转让优先权制度分析	(188)
异议股东的股份回购请求权	(192)
论有限责任公司之股东优先购买权	(196)
因离婚引起的有限责任公司股权分割问题分析	(199)

股份公司累积投票制度研究	(203)
公司治理结构视野下的经理人制度探究	(207)
论我国公司承担社会责任法律机制的完善	(210)
上市公司虚假陈述的法律问题分析	(214)
II. 保险法与银行法	(217)
保险合同客体研究	(217)
律师执业责任保险分析	(221)
存款保险制度研究	(224)
存款人合法权益的法律保护	(228)
III. 票据法	(231)
从最大有效性原则看我国票据法立法的缺陷	(231)
论票据行为无因性原则	(235)
从物权行为无因性出发探究票据行为无因性	(239)
支票保付制度探析	(244)
• 经济法专题	
I. 总论	(248)
二次调整论下的经济法	(248)
论宏观层面的经济法之作用	(253)
论经济法与社会主义和谐社会	(257)
II. 劳动法	(262)
罢工现象的劳动法思考	(262)
论劳动基准法的立法标准	(265)
III. 环境法	(270)
我国循环经济立法的必要性探析	(270)
外部性导致环境污染的法律对策	(273)
我国光污染之立法现状简析	(278)

IV. 竞争法	(281)
受雇人的竞业禁止义务与商业秘密权保护	(281)
论商业秘密的构成要件	(285)
我国反垄断执法机构设置分析	(288)
论反垄断法对企业合并的规制 ——兼析《中华人民共和国反垄断法草案》的 相关规定	(293)
V. 破产法	(297)
从新破产法视角看劳动债权与有担保债权之清偿顺序	(297)
论破产债权的清偿顺序	(302)
VI. 税法	(305)
我国税收优先权缺陷分析	(305)
VII. 其他	(309)
信用证严格相符原则的法律经济学分析	(309)
外资引入对我国电信行业格局的影响	(313)
建设用地使用权分析	(317)
 ● 综合类问题	
I. 基础理论	(320)
博客上的言论自由权与其他权利冲突的解决机制	(320)
“孙英杰事件”法理评析	(324)
舆论监督与司法独立的价值冲突及协调机制分析	(327)
法律与道德冲突及其解决	(331)
法理视野下公平与效率关系分析	(334)
行为界限与权利冲突分析	(338)
II. 刑法	(342)
紧急避险相关问题研究	(342)

论教唆犯罪的未遂	(346)
牵连犯的处罚原则及相关问题新探	(350)
连续犯的存废争议及易混问题研究	(353)
死刑制度研究	(357)
从环境犯罪主观特征的认定探讨我国环境犯罪归责 原则之适用	(360)
III. 行政法	(363)
劳动教养制度之反思	(363)
IV. 诉讼法	(366)
我国刑事讼证据展示制度探析	(366)
关于我国未成年人刑事诉讼程序的几点思考	(370)
论刑事再审程序的启动及改革	(373)
由我国的未决羁押制度看超期羁押的成因及对策	(377)
民事公益诉讼初探	(381)
虚假出资引发的民事诉讼问题分析	(385)
据田永案件析信赖保护原则在行政审判中的适用	(389)
环境行政诉讼原告资格研究	(393)
非法证据排除规则在诉讼程序中的作用及构建	(397)
V. 司法鉴定	(400)
对司法鉴定启动权的几点思考	(400)
鉴定启动程序的改革和完善	(404)
关于我国医疗事故鉴定与司法鉴定的思考	(407)
VI. 其他	(411)
论超国民待遇	(411)
国际货物买卖合同根本违约后果的可预见性	(416)
后记	(420)

● 卷首专栏

I. 民法

论共同遗嘱^{*}

一、共同遗嘱的概念与性质

共同遗嘱,又称合立遗嘱、联合遗嘱,或共立遗嘱,是指两个或两个以上的遗嘱人共同订立同一份遗嘱,对其死亡后各自或共同遗留的财产指定继承人继承的一种遗产继承方式。^①共同遗嘱有形式意义上的共同遗嘱和实质意义上的共同遗嘱之分。

形式意义上的共同遗嘱又叫单纯的共同遗嘱,是指内容各自独立的两个或两个以上的遗嘱,记载于同一遗嘱书中。这种共同遗嘱只保持着某种形式上的同一,而在内容上是各遗嘱人独立进行意思表示,并根据各自意思表示产生独立法律效果,相互不存在制约和牵连。一个遗嘱人的表意内容是否有效或生效不影响其他遗嘱人表意内容的效力。

实质意义上的共同遗嘱是指两个或两个以上的遗嘱人将其共同一致的意思通过一个遗嘱表示出来,形成一个内容共同或相互关联的整

* 作者:谢明智,福建省泉州市安溪县人民法院。

① 柏文栋、陈明霞:“共同遗嘱若干问题探讨”,载《法律适用》2000年第10期。

体遗嘱。^① 这种共同遗嘱通常又有四种表现：一是相互指定对方为自己的遗产继承人，即指定对方为自己的遗嘱继承人并以对方指定自己作遗嘱继承人为前提；二是共同指定第三人为遗产的继承人或受遗赠人，其遗产为共同财产居多；三是相互指定对方为继承人，并约定后死者将遗产留给指定的第三人；四是相关的遗嘱，即形式上各自独立、实质上相互以对方的遗嘱内容为条件的遗嘱，一方遗嘱撤回或失效，另一方的遗嘱也归于失效；一方遗嘱执行时，他方遗嘱不得撤回。

二、共同遗嘱的形式要件和实质要件

有效遗嘱的成立，必须符合一定的形式要件和实质要件，才是具有实质效力的遗嘱，才能作为财产继承的依据。一份具有实质效力的共同遗嘱，其形式要件和实质要件的规定应更加严格。

（一）共同遗嘱的形式要件

共同遗嘱有别于单个遗嘱的特点决定其制作、设立的方式应当由法律作出严格规定。现行的继承法第 17 条对单个遗嘱的方式作了规定，是否这几种方式皆适用共同遗嘱呢？答案是否定的。笔者认为，共同遗嘱应以公证和自书遗嘱作为其法定方式，而不应以代书、录音、口头等形式表示。作为共同遗嘱的公证文书应当由共同遗嘱人亲自到公证机关办理，才具有合法的形式。由于一切合法的公证行为都产生证据上的效力，故在实践中，如果共同遗嘱人前后订立有数份内容相抵触的遗嘱，其中有公证遗嘱的，应以最后所立公证遗嘱为准。自书共同遗嘱应是共同遗嘱人生前自己书面的遗嘱。为确定遗嘱的真实性，法律应当要求此种遗嘱必须由共同遗嘱人亲自书写，共同署名，同时必须注明年、月、日。如果遗嘱内容有变动、增删，应加以说明并应共同签名，并注明年、月、日，仅有共同遗嘱人一人签名，该遗嘱无效。

（二）共同遗嘱的实质要件

1. 共同遗嘱人在设立遗嘱时都必须具有遗嘱能力。遗嘱能力表

^① 麻昌华、曹诗权：“共同遗嘱的认定与构建”，载《法商研究》1999 年第 1 期。

明一个人是否具备通过遗嘱处分其遗产的能力，而不能包括财产上的能力。对于成立遗嘱的能力，各国法律规定常有不同，德国、法国等国家规定凡满 16 岁的人均有成立遗嘱的能力，英国、意大利等国则规定为 18 岁，日本则规定为 15 岁。我国继承法规定：“无行为能力人或限制行为能力人所立遗嘱无效。”此条规定应作为共同遗嘱人遗嘱能力的限定。当然，实践中也有一些例外情况，如遗嘱人行为能力的转化导致遗嘱能力的变化等，对此，应根据前文规定作出补充规定或由最高人民法院作出司法解释，予以认定和处理。

2. 共同遗嘱必须是共同遗嘱人的真实意思。共同遗嘱人如在欺诈、威胁或其他不正当影响下所立的遗嘱应为无效；共同遗嘱系伪造，或虽为真实意思表示但已被篡改，则也应无效。因为受欺诈、威胁或其他不正当影响下所立遗嘱与伪造、篡改的遗嘱都违反了共同遗嘱人的真实意思，不应承认其效力。

3. 共同遗嘱只能处分共同遗嘱人个人或共有财产。笔者主张，共同遗嘱只适用于夫妻共同遗嘱。因为，从夫妻财产所有的状况看，主要是法定所有、约定所有和个人所有三种。遗嘱中对约定所有和个人所有的财产处分较易区分，对法定共有的财产以共同遗嘱处分则在执行遗嘱时较难掌握，当通过法律作出明细规定；在适用形式上，对个人财产和约定个人财产的处分属单纯共同遗嘱，应单独执行；对法定共有或约定共有财产的处分，属相关共同遗嘱。

三、共同遗嘱在中国存在的合理性及其限制

（一）共同遗嘱存在的合理性

1. 承认共同遗嘱的存在，有利于我国家庭职能的充分发挥。一般来说，设立共同遗嘱的被继承人最了解自己的家庭成员，了解各个家庭成员的具体经济状况和他们互尽义务的情况等，能够作出比较合理的遗产分配方案，有利于家庭的和睦与家庭职能的充分发挥。^①

2. 共同遗嘱反映了共同遗嘱人对生前及死后财产作出处分的一

^① 柏文栋、陈明霞：“共同遗嘱若干问题探讨”，载《法律适用》2000 年第 10 期。

种合意，这种合意反映了民法中当事人意思自治的原则。

3. 共同遗嘱的存在也充分体现了民法所确定的民事主体对自身民事权利的处分原则。对共同遗嘱人订立遗嘱行为，应当认为是遗嘱人对自己民事权利的处分，这种处分有积极的权利行使，也有对部分民事权利的放弃，当然，通过相应的法律规定对这种处分行为作出一定的限制也是必需的，但应持慎重态度，不至于走向否定个人权利的极端。

4. 对共同遗嘱作出法律规定是我国适应国际大环境，在立法与司法上与国际接轨的需要，也是对提高民事立法技术的一种要求。共同遗嘱作为一种特别遗嘱，其在国际私法中的适用已由海牙国际私法会议所确认，许多国家为处理与此相关的继承问题，也都具体确定了相关的准据法。所以，在我国婚姻家庭立法上应对此作出相应规定。

(二) 共同遗嘱的必要限定

实践中，常出现遗嘱处分了遗产以外的他人或国家、集体财产，或者遗嘱是在违背民法基本原则的情况下作出，或者遗嘱人订立遗嘱的目的是为了规避法律的情况。共同遗嘱是遗嘱人对个人或共有财产处分的合意，基于此，应对共同遗嘱作必要限定，主要是以下几个方面：第一，遗产范围的限定。传统民法认为，遗产是被继承人死亡时个人遗留的合法财产。在共同遗嘱中，遗产的范畴的确定应以最后死亡的被继承人死亡时遗产的实际状况确定，而不能分别确定。第二，遗产分割的限定。遗产的分割最早应在最后的被继承人死亡后开始，先死亡的被继承人死亡时仅产生理论上的继承开始，并不导致遗产分割。第三，共同遗嘱不得取消缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承权，要为他们保留必要的继承份额，否则，该遗嘱将全部无效。第四，共同遗嘱撤销的限定。笔者认为，共同遗嘱的撤销要注意区分两种不同性质的情形：一种是共同遗嘱人在受欺诈、威胁或其他不正当影响下导致遗嘱无效的撤销，其撤销权在法院，这实际是撤销一个意思表示不真实的并有瑕疵的遗嘱。另一种是撤销一个意思表示真实的并无瑕疵的遗嘱，其撤销权在立遗嘱人。对后一种遗嘱的撤销也应作必要限定，即撤销共同遗嘱的行为应当是全体共同遗嘱人的真实意思，任何一个共同遗嘱人在未征得其他立嘱人同意的情况下，无权擅自撤销该遗嘱；后死亡的立嘱人可以撤销该遗嘱，但不得不顾已

死亡的被继承人的遗产状况而侵害继承人的继承权；共同遗嘱的内容不得约定遗嘱不可撤销；自书共同遗嘱不得撤销作为共同遗嘱的公证文书。

数字图书馆建设与知识产权保护*

一、数字图书馆建设中涉及的知识产权问题

为了将文献资料运行于网络，方便读者利用，数字图书馆在信息资源建设中首先必须将馆藏文献资料作数字化处理，使原来的印刷型变为数字型。那么，文献数字化是类似翻译的演绎行为，还是著作权中的复制行为？我国《著作权法》第10条对“复制”的定义是“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份”的行为。虽然在这个定义中没有把数字化包含在内，但是我们从复制行为的主观目的、特定方式、劳动特征三方面来看，对文献数字化处理应是一种复制行为。首先，人们对文献数字化的主观目的是为了制作与原件相同或相近的复制件，而不是改变原作本身。其次，从特定方式来看，文献数字化事实上是将传统文献原有形式转换成二进制编码形式，并固定在某个载体上，如同将软件固定在有形物体上的过程相似。我国《计算机软件保护条例》把这一过程视作复制，那么对文献进行数字化处理理应看做是复制。再次，从劳动特征来看，对文献数字化处理或许需要智力劳动，但这种智力劳动的目的是为了提高复制效率，使作品不失真，而不是改变原作的内容或进行某种程度上的创新。文献数字化既然属于复制行为，数字化权自然归属为复制权。在著作权法中复制权是作者的重要经济权利之一，作者有权许可他人以复制方式使用作品并由此获得报酬。^①

* 作者：刘吉萍，徐州机电工程高等职业学校图书馆。

① 陈建红：“我国数字图书馆建设面临的法律问题”，载《图书馆》2001年第4期。

二、科学地解决数字图书馆建设中所面临的知识产权问题

(一) 寻求法律保护

在数字图书馆建设过程中,我们不但要考虑与数字图书馆相关的国际条约和协定,如《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《关于设立世界知识产权机构的条约》等;同时还应积极呼吁建立具有我国特色的有关数字图书馆的法律体系。首先要争取在立法上为数字图书馆提供法律保障,加强现行版权法中有关图书馆方面的条文,如网络环境下版权保护法规中应明确规定,版权人可以通过许可协议的法律形式委托图书馆将其数字化作品无偿提供给公众,确保其社会效益的充分发挥。1999年12月,国家版权局制定了《关于制作数字化制品的著作权规定》,从著作权角度出发,规定了数字化制品的性质、范围,对数字图书馆运营和发展有指导意义。2000年12月,我国最高人民法院公布了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》,对网络作品著作权纠纷案件的管辖、保护对象、作品数字化和网络传播等作了明确规定。在2001年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》的第四节“权利的限制”中,规定在“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品”,以及“为学校课堂教学或者科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用,但不得出版发行”等情况下使用作品,“可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”。

(二) 采用新技术手段保护

在数字版权立法尚不完善的情况下,国内外的普遍做法是采用新技术手段来保护数字图书馆信息和知识产权。如权限设置、加密和数字签名技术、数字水印技术、认证技术等。对于作品全文,可以利用某些技术保证在网上浏览到信息资料,但不能下载和打印,上海数字图书馆中的信息资源保护,就采用这种模式。除了上述硬技术手段之外,还可采用一些软技术手段来控制版权的使用,如主动征求著作权人的意见,对不愿让自己的著作上网公开的著作权人可申请将其作品

从网站中删除。国家图书馆对信息资源的数字化和网上服务,基本上采用的是这种模式。值得一提的是,2001年北大方正推出 Apabi 网络出版系统,并与 150 多家出版社开始合作,近期北大方正又推出“方正 Apabi 数字图书馆(eBook)解决方案”,其开发的 DRM(数字版权保护)技术达到国际领先水平,从技术上实现了对电子图书的版权保护,通过北大方正 Apabi 网络出版方案制作并发行的电子图书,在下载至客户机后,将无法进行非法的打印和复制,更不能随意传播,从而使出版者的权益得到了有效保护。

(三) 数字图书馆应更多地接受法定许可权利使用作品

法定许可是指由法律许可,以特定方式和某些条件使用著作权作品,可不必征得作者的许可,但须向著作权人支付报酬,并在适当的位置注明作者的姓名、作品出处。图书馆作为公众利益的代表,各国版权法都针对图书馆制定有专门的合理使用条款,称做图书馆“豁免”或“例外”。传统图书馆的合理使用的内容、范围由版权人与图书馆之间达成共识,各方利益得到平衡。数字图书馆因利用数字技术和网络技术提供图书的在线、高效、多媒体、信息流量大的阅读、检索与复制服务,从而突破了图书馆的传统概念。传统图书馆只能由一人在特定的地点使用,而图书馆被数字化后,可以由多位读者在不同的地点同时使用。著作权制度的核心是通过适度保护作者依法享有的经济权利与精神权利,禁止或限制不劳而获,从而激励知识创新和知识扩散活动,平衡作者利益与社会公众利益之间的关系。或许对传统图书馆的“例外”或“豁免权”无法完全适用于数字环境,但也并不意味着全部放弃。数字时代图书馆仍要继续发挥传承人类文明与促进社会发展的功能。立法者已注意到图书馆独特的性质并给予了适当的关注,在处理图书馆接受法定许可的问题上,还是具有相当的灵活性。

三、修改和完善知识产权法的建议

目前,针对数字图书馆的有关知识产权的法律规范在国际上还没有成型,亟须通过实践不断提出问题并探讨解决问题的方案。由于数字图书馆建设是基于网络进行的,因此要求我们在建设初期就要注意同国际规则接轨,注重研究现有的其他国家的有关知识产权等方面的