

广州市法学会文库

法治论坛

Democracy Forum

2011年第3辑 总第23辑

广州市法学会 / 编

王琳

从伦理到契约：婚姻法“解释（三）”的另类解读

郑鈇

论区域产权交易市场的法律规制

卢文道 谭婧

证券投资基金法修改中私募基金法律规制的若干问题

纪红勇

土地承包经营权的落空与民事诉讼救济

谢晓尧等

海带配额案评析

北京理工大学司法高等研究所

我国公益诉讼的困境与未来

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

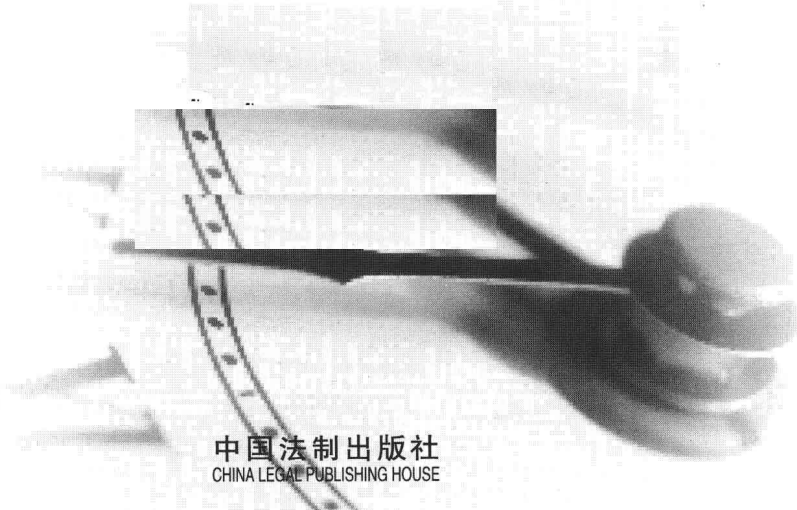
广州市法学会文库

法治论坛

Democracy Forum

2011年第3辑 总第23辑

广州市法学会 / 编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 第23辑/广州市法学会编. —北京:
中国法制出版社, 2011.9

ISBN 978-7-5093-3133-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 189093 号

责任编辑: 戴蕊

封面设计: 周黎明

法治论坛 (第23辑)

FAZHI LUNTAN (DI ER SHI SAN JI)

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960毫米16

版次/2011年9月第1版

印张/25.5 字数/400千

2011年9月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-3133-0

定价: 55.00 元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66065921

邮购部电话: 66033288



从伦理到契约： 婚姻法“解释（三）”的另类解读

王琳*

19世纪英国法律史家梅因在其《古代法》中，曾这样概括人类历史的发展走势：“所有进步社会的运动，到此处为止，是一个‘从身份到契约’的运动。”但习惯了依附于“身份”的国人，对于无处不在的契约总还有些不太习惯。这就不难解释，为何《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称“解释（三）”）甫一公布，就引发了广泛关注。这其中，关于夫妻双方房产归属的规定，更是引发全城热议。一项有2305人参加的媒体调查显示，83.3%的人关注解释三中关于夫妻双方房产归属的规定。54.1%的人支持“婚前个人按揭的房，离婚时归个人”的规定。62.5%的人支持“父母给夫妻一方买的房，另一方没有份；双方父母买的房，夫妻各占各份”的规定。

从调查数据上看，支持“解释（三）”房产分配规定的超过了半数，但并未达到压倒性的多数。由此看来，反对的声音的确不容忽视。但也应看到，从《婚姻法》及其三份司法解释的沿革来看，与其说反对者是在反对“解释（三）”，

* 王琳——海南大学法学院副教授，硕士生导师，正义网络传媒研究院执行院长。主要研究领域：司法与传媒、司法与社会、转型社会的司法变迁。

还不如说他们是在反对婚姻法。因为司法解释并不是另立新法，而只能针对现行法的规定进行司法适用上的解释。

事实上，婚姻法早已明确了“一方婚前的财产”属于夫妻一方的财产。在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》中，第19条更是具体规定了“为夫妻一方所有的财产，不因婚姻关系的延续而转化为夫妻共同财产”的四种情形。该条第二款的表述是，“一方婚前已经取得的财产权利，如一方婚前获得预售房屋的产权而且完全支付了房款，婚后才实际取得该房的所有权”。简言之，一方在婚前买的期房，虽然到了婚后才正式拿到房产证，也应视为一方财产，而不能因婚姻关系自然转化为夫妻共有。

一脉相承的规定，为什么婚姻法通过时，并没引发社会如此大的反响，而到了“解释（三）”，却质疑之声一片呢？这背后，自然有中国舆论生态变迁的影响。在这个“人人都有麦克风”的媒体时代，普通民众拥有了便捷而高效的发表平台，比如微博、论坛、新闻跟贴等等。在这个民间舆论场，公众更愿意就与自己切身利益相关的议题发表见解。网络的集群效应，在信息传播过程中会自然放大某个议题，并使之成为特定时期的舆论焦点。

另一方面，近十余年来房价高企，国民收入跑不过通胀。这使得不少民众的生活压力不断增大，生活条件好了，日子却过得越来越紧张。拥有房产的意义已经大大超出了原初的居住目的，而成为不少家庭寻求生活安全感的必需品。地产大佬任志强曾言，年轻人不必那么早买房，买不起可以租呀。话音未落，已引来网民的板砖无数。不租房，一定要超越收入状态买房，这背后的不理性很大程度上都来自于安全感的缺失。一些民众对“解释（三）”感到恐慌的真正原因，也许就在于，转型时代的爱情已经越来越靠不住了，现在连婚姻存续期间的房产也靠不住，那还有什么安全感可言。

婚姻代表着一个新家庭的组建。有了新家庭，也就有了家庭财产。夫妻婚后所取得的财产，视为共同财产，这并无争议。事实上，夫妻双方通过共同努力，以共同的收入一起买房的个案并非罕见。这才是正常的婚姻状态，婚姻法在调整这种正常的婚内财产上，也没什么争议。不正常的是一方父母买房赠与新婚的自己的子女。前引调查中，还有50.5%的人担心，“解释三”中关于房产归属的规定，会破坏中国传统婚姻家庭作为伦理共同体的本质。

父母作为老一代家庭，和新婚夫妻这一对新家庭的各自独立性，毋庸多言。“身份本位”时代的传统“家族伦理”已然不在了。如果按照几百年前的传统，不经作为一家之主的长辈的确认，哪个子女敢独享家庭财产？更别说嫁进来的媳妇也要分房，门都没有。

对传统伦理，既要尊重，也要具体问题具体分析。不排除有些地区存在这样的风俗：男方父母必须在儿子结婚时置下房产赠与新婚夫妇。只要男方父母愿意，婚姻法并不限制这样的赠与。但婚姻法也不能禁止一方父母购置房产只赠给夫妻中的一方。赠与的房产归属，首先要看赠与人的意愿，而不是看是否符合哪条传统伦理。

退一步说，传统伦理也并非不可“破坏”。男方父母应购置房产赠与新婚夫妻双方，就是一条必然会被“破坏”的“伦理”。随着社会老龄化的日益加深，未来一对独立子女组成的家庭，上一辈将有4位老人需要扶养，再上一辈更是有8位老人。就算除去几位较早去世的，扶养的压力也很大。试想想10年后或20后的中年夫妻，还剩多少有财力以向新婚子女赠与房产？

也因此，在我看来婚姻法及其解释并不伤害婚姻伦理。婚姻关系存续期间财产共有仍是最主要的原则，父母赠与子女房产有其特殊性，应尊重赠与人意愿。这一规定对于婚姻关系中通常处于弱势的女方也没那么可怕。理由在于，夫妻关系存续期间，通常不会发生财产分割问题。即便闹离婚，也是协议离婚居多；就算闹上法庭，在财产分配上也得遵循“有约定的从约定，无约定的从法定”。前引调查中，有52.6%的人认为“解释（三）”将引发婚前协议和财产公证热潮，这未尝不是一件好事。明确财产归属，不是要早早预见离婚，而是为了避免纠纷，并且避免纠纷可能给夫妻双方带来更大的伤害。就像刑法中规定了各种罪名，并不是要鼓励犯罪，而恰恰是为了预防犯罪。当“契约本位”离我们越来越近，对我们的影响越来越深，那些反感明确婚前财产归属的，观念也该变一变了。

目录

[商法专题]

导 言..... 1

郑 鉉
论区域产权交易市场的法律规制..... 3

李志昆 周 迅
公司僵局司法制度研究..... 12

卢文道 谭 婧
证券投资基金法修改中私募基金法律规制的若干问题..... 23

张志超 袁 朝
我国证券犯罪的立法不足与完善..... 38

赵德勇 郭 进
守成与发展
——论我国公司法“中国特色”的去留问题..... 43

刘向林
论社会主义法律体系建成后的公司立法..... 52

王 昉
中国特色社会主义法律体系下保险法最大诚信法律制度的发展
研究..... 63

[实务研究]

刘跃南 刘 皓
权力的归位与管理
——谈我国民事执行权的优化配置..... 74

纪红勇

土地承包经营权的落空与民事诉讼救济

——以家庭承包经营权为重点..... 85

郑晓静

法律诊所的定位与发展

——以西南政法大学法律诊所为例..... 94

何正华

酒后代驾法律问题探析..... 104

刘洪国

涉诉信访制度困境与出路研究

——以行政信访为比较视点..... 111

赵惠琳

试析“北京某网络销售有限责任公司与上海某科技贸易有限公司合同纠纷案”..... 123

莫燕珍

论构建珠三角惩防职务犯罪一体化机制..... 131

刘颖琳

行政执法与刑事司法衔接机制探讨

——以行政执法机关移送涉嫌犯罪案件为视角..... 140

陈晓娣

货柜车司机是否占有封缄集装箱内货物？

——兼论货柜车司机窃取集装箱内货物的行为定性..... 148

常 红

浅议交通事故中死亡无名氏的权利保障..... 155

郑创彬

刑事被害人参与量刑问题研究..... 164

王宏卫

检察机关环境公益诉讼的二次证明及其面临的问题..... 173

陆 苹

析韩国商法上的股份的交换和转移制度在我国的适用性..... 185

刘建党

论公诉案件中被害人诉讼权益的保护..... 202

[地方法治]

杨金丹 陈 瑾

广州市番禺区流动人口犯罪情况分析..... 210

王权典 刘信洪 曾 琥

城市化转制社区治理机制转型之法律探微..... 238

崔利平

广州市劳动争议案件审理情况分析..... 259

郑建勋

量刑程序规范化改革实证研究

——以广州白云区法院试点经验为中心..... 268

黄 倩 王又平

广州市农民工法律援助工作的现状及思考..... 291

[法谈法议]

谢晓尧等

海带配额案评析..... 298

肖胜方 刘继承

竞业限制存在的法律问题分析..... 326

亓晓丽 浦娟娟

民众“诽谤”父母官与法治环境下诽谤罪的适用..... 332

曾春波

珠江三角洲地区镇街检察室宜建成有编制的常设派出机构..... 336

刘天然
知识产权法视野下的回收利用行为 342

郑海武
论职务犯罪侦查人员之审讯能力..... 356

[高端论坛]

北京理工大学司法高等研究所
我国公益诉讼的困境与未来..... 364



导 言*

商事活动的活跃和商法立法、修改的频繁对中国商法的研究和实践提出了新的要求，中国特色社会主义法律体系形成后商法如何发展，是近年来法学理论界和司法实务界积极互动和探讨的议题。从商法一般规则、公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法，到证券投资基金法、票据法、保险法、信托法、海商法、破产法的发展，学界积极探索中国特色社会主义法律体系形成后这一大背景下的商事立法完善与商法学理论的创新。本专题收集的七篇稿件，分别就公司法、企业法律制度、保险法律制度、证券法律制度等主题进行了深入研讨，为社会主义法律体系下的商法学理论的建设 and 商事法律制度的进步完善提出了建设性意见，对国家法律法规规定得不太具体、不太完善的若干问题也作了一些有益的探索。

——编者

* 本专题获得华南师范大学法学院周贤日副教授的支持和帮助，特此鸣谢。

论区域产权交易市场的法律规制^{*}

郑 鉉^{**}

【内容提要】本文从分析产权、产权交易与产权交易市场的概念出发,针对我国区域产权交易市场建设的现实,研讨了我国区域产权市场法律规制的现状与不足,提出了区域产权交易市场法律规制的完善措施。

【关键词】区域产权交易 多层次资本市场 法律规制

自党的十六届三中全会审议通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出要建立归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度以来,我国在建立现代企业制度和产权有序流转方面作出了积极尝试,各地纷纷建立了具有地域特征的区域产权交易市场。然而与市场迅速发展现实形成鲜明对比的是,区域产权交易市场法律制度建设问题的理论研究和实证分析却显得严重不足。

一、产权、产权交易与产权交易市场

尽管在对产权内涵的理解上,不同学者之间存在差异,法学和经济学之间也存在不同,但都较为统一地认为产权是以财产权作为核心内涵。¹《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》指出:产权是所有制的核心和主要内容,包括物权、债权、股权和知识产权等各类财产权。以此为基础,产权交

* 本文为国家哲学社会科学基金项目“新形势下产权交易市场法律制度研究”(10XFX014)的阶段性研究成果之一。

** 郑鉉——四川省社会科学院法学研究所副所长、副研究员,四川省社会科学院商事法律研究中心副主任兼秘书长。主要研究领域:经济、行政法律制度。

1 黄少安著:《产权经济学导论》,经济科学出版社2004年版,第75-76页。

易是指以不同的财产权客体为交易标的,采取相应的交易方式实现权利主体变更的经济活动。产权交易既包括产权在不同所有者之间的转移,也包括在产权归属不变或者不完全转移的条件下,产权不同权能(占有、使用、收益、处分)在不同经济主体之间的转移。由于产权通常被作为一组权利的集合,²因此产权交易可以是整个权利集合的让渡,也可以是某单一财产权利如经营权的转移。

以产权为法律载体的组织化集合财产,通过价格机制的作用,按照统一的交易规则进行流转,由此形成产权市场,也称产权交易市场。产权交易市场作为交易双方进行产权交易的场所,包括有形市场和无形市场。有形的产权交易市场通常是指由依法设立的产权交易机构为产权交易提供场所和设施并组织 and 监督产权交易而建立的交易市场,即以有形的产权交易机构、产权交易场所和设施为载体。有形的产权交易市场至少可以分为两种:其一是证券交易所,证券交易所从事的产权交易仅限于上市公司的范畴,其交易标的主要是上市公司的股票、债券等,目前我国境内仅有上海、深圳两个证券交易所;其二是我国各地主要以国有资本为主组建的产权交易所或产权交易中心,如北京产权交易所、上海联合产权交易所、天津产权交易中心,和有关部门、机构组建的专业性产权交易所,如中国林业产权交易所、中国技术交易所、上海黄金交易所、成都文化产权交易所等。³此类产权交易机构建立的市场中,产权交易的标的复杂多样,一般包括除上市公司的股权交易之外的几乎所有产权的内容。此外,有形的产权交易市场还包括我国部分地区存在的资产调剂市场、承包市场或租赁市场等。而无形的产权交易市场,是指各种类型的互联网产权交易系统或者平台,这种产权交易市场既可以由依法设立的产权交易机构建立,也可能由其他市场主体建立,实践中大多被称为场外产权交易市场。

产权交易市场以各种财产权利为标的,通过产权交易机构的中介服务,利用产权交易平台实现价格发现,采取专业的、多样的手段对标的产权实行标准化、程式化的交易,可以大幅减少财产流转中的交易成本,避免企业在财产分散转让情况下的价值流失,有利于促进各种经济主体的各类产权有序流转,有利于促进国有经济和非国有经济的布局 and 结构调整,有利于防止国有资产流失和防范行政

2 【美】罗伯特·考特、托马斯·尤伦著:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第125页。

3 近年来民营资本主导或参股建立的产权交易机构包括:天津文化艺术品交易所、天津贵金属交易所、昆明泛亚有色金属交易所、中金产权交易有限公司、广东产权顺德交易所、南京中泽产权交易中心、四川民营企业产权交易所等。

腐败风险，因而在一度受特定原因的影响发展停滞之后，⁴20世纪90年代后期借国企改革、经济结构调整，特别是各地国有资本大量退出竞争性领域契机开始了新一轮的蓬勃发展。

二、区域产权交易市场

（一）区域产权交易市场的概念

区域产权交易市场是相对全国性产权交易市场而言的称谓，顾名思义也就是地方性或地区性的产权交易市场。当然，这种地方性或者地区性并不是市场范围仅仅局限于地方或地区，而是主要由地方政府推动建设首先服务于地方产权交易和经济发展并能够兼顾全国投资者的产权交易市场，或者是某区域内若干个地方产权交易市场一定程度上的联合。随着《企业国有产权转让管理暂行办法》、《企业国有资产法》的发布实施，产权交易市场“阳光交易平台”的作用日益发挥，近年来不少地方十分重视区域资本市场尤其是产权交易市场的建立和发展，从政策上给予了积极的扶持，⁵使各地的区域产权交易市场得到了一定的发展。

目前，我国产权交易市场呈现出以区域性产权交易机构为基础的地域特征，全国200多家产权交易机构形成了三个层次的市场：第一个层次是多家产权交易机构以联合体方式形成的区域性产权交易市场，最具代表性的是北方产权交易共同市场和长江流域产权交易共同市场；第二个层次是省级产权交易机构形成的区域性产权交易市场，其中较有代表性的是京津沪渝四个能够实现央企产权交易的省级产权交易市场；第三个层次是地市级产权交易机构形成的区域性产权交易市场，地域范围相对较小。2009年12月，资本来源和业务范围横跨四川、西藏的西南联合产权交易所成立，宣告我国跨区域的产权交易市场建设迈出历史性步伐。⁶

4 在亚洲金融风暴迭起的大背景下，1997年的全国金融工作会议决定对涉及拆细交易和权证交易的“场外非法股票交易”进行清理整顿，1998年国务院办公厅发布了10号文，开始对产权交易市场进行清理整顿。成都、乐山、武汉、淄博等一批产权交易市场因此关闭。

5 例如，《北京市人民政府关于推进本市资本市场改革开放和稳定发展的意见》（京政发〔2005〕7号）明确指出，“全力推动北京产权交易所规范发展”。

6 李阳丹：“西南联合产权交易所成立 四川省产权交易市场整合收官”，载《中国证券报》2009年12月28日。

（二）区域产权交易市场的分类

独立型区域产权交易市场是指由各级地方政府批准或直接组建，以冠有地方名称的产权交易所（中心）为主要载体并以企业产权（包括未上市证券）为主要交易对象，服务于各级地方经济发展需要的产权交易市场。独立型区域产权交易市场的特征是：第一，多在产权交易所（中心）前冠有资本市场所在地的地域名称；第二，多由地方政府主导或牵头组建，并由其直接审批成立；第三，主要功能多为推动企业存量资本的流动，交易范围和方式较为传统、有限；第四，除在全国具有较高影响力的少数几家市场外，参与交易的主体主要是当地企业；第五，监管体制受国有资产监管体制的深刻影响，存在一定的特殊性。前述第二、三层次的产权交易市场和西南联合产权交易所即属于此。

联合型区域产权交易市场是在各省市产权交易机构实现联合或统一的基础上，发展为跨省区产权交易机构之间实现资源联合的一个市场平台。其基本特征是：各交易机构的名称不变，隶属关系不变，法人主体不变，通过签订联合协议的方式，各自以独立平等的主体身份参与区域产权交易业务的联合运作，并以现代网络平台为纽带，实现“两个联合”，即联合信息发布和联合组织交易。其运作方式为：一是通过内部契约的方式明确联合体之间的地位、作用、权利、义务等，特别是利益分配原则和风险防控措施；二是将各自的交易项目信息，按统一的格式在区域交易平台上发布；三是各产权交易机构将符合采用电子竞价条件的项目上网联合组织竞价；四是竞买人开展尽职调查后，就近到区域内的产权交易机构报名，各产权交易机构按照竞买人的资格条件进行审查，对合格的竞买人发给报价密码上网报价；五是出让方受托的交易机构与受让方受托的交易机构结算交割，并按内部约定分配交易佣金。⁷前述第一个层次的产权交易市场即属于此。

由于联合型区域产权交易市场尚处于探索阶段，市场内部结构不够紧密，外部形态不够独立，因而并非本文研究的重点。

7 郑康营：“构建区域产权市场的基本路径”，载《产权导刊》2009年第1期。

三、区域产权交易市场的法律规制现状与不足

(一) 区域产权交易市场的法律规制现状

目前我国尚未制定一部专门调整企业产权交易的法律或行政法规，但调整产权交易的各种法律规范已经产生。我国产权交易方面的立法分为特别法和一般法，其中以特别法调整为主。

特别法的立法层次具体包括法律、法规、部门规章和地方性法规规章这四个法律层次：(1) 法律：《企业国有资产法》和《全民所有制工业企业法》。前者规定了企业的国有资产必须进场交易，后者关于产权交易的规定较为原则和基础；(2) 行政法规：《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，对与产权交易有关的规定仍然不够直接；《企业国有资产产权登记管理办法》、《国有资产评估管理办法》、《企业国有资产监督管理暂行条例》等，对企业国有产权的登记、评估、转让等做出了明确的程序性规定；(3) 部门规章和部门文件：《企业国有产权转让管理暂行办法》，作为一部专门对企业国有产权交易作出最直接和最全面规定的法律文件，它从企业国有产权转让的监督管理、转让程序、批准程序 and 法律责任等几个方面进行了规范，使企业国有产权交易有了更为完善的法律依据，更具操作性；《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》、《企业国有产权登记管理办法实施细则》、《国有资产评估管理办法施行细则》、《国务院办公厅转发财政部关于改革国有资产评估行政管理方式加强资产评估监督管理工作意见的通知》、《股份有限公司国有股权管理暂行办法》、《利用外资改组国有企业暂行规定》、《关于出售国有小型企业产权的暂行办法》、《关于进一步规范国有大中型企业主辅分离辅业改制的通知》、《国务院办公厅转发国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业改制工作意见的通知》、《企业国有产权向管理层转让暂行规定》等，都对产权的规范交易进行了相关的规定；(4) 地方性产权交易法规或规章：《北京市产权交易管理规定》、《上海市产权交易管理规定》、《湖北省国有资产产权交易管理暂行办法》、《山东省国有产权交易管理办法》等，对产权交易的机构、行为规范、方式和程序、监督和管理等若干方面作出了详细规定。

除此之外，产权交易也接受一般法律的调整。主要包括三大部分：一是规范市场主体的法律，如《民法通则》、《物权法》、《公司法》、《证券法》、“三资企业法”等，涉及产权交易主体资格认定、产权归属确认、产权交易决议和审批机