



天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第四卷

主编 梁津明

中国检察出版社



天津师范大学法学院主办

天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第四卷

主编 梁津明

本卷执行主编 郝磊

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

天津滨海法学. 第4卷/梁津明主编. —北京: 中国检察出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1145 - 4

I. ①天… II. ①梁… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 050943 号

天津滨海法学

第四卷

主编 梁津明 本卷执行主编 郝磊

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 21. 25 印张

字 数: 336 千字

版 次: 2014 年 5 月第一版 2014 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1145 - 4

定 价: 42. 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

编辑委员会

学术顾问 (按姓氏笔画排序)

尹田	从希斌	张卫平
沈四宝	吴志攀	应松年
赵秉志	徐大同	贾邦俊
韩大元	韩志红	彭炳金

委员	梁津明	郭庆珠	郝磊
	孙立文	尚海涛	刘东辉

主编 梁津明

主编助理 刘东辉

卷首语

在甲午年春意渐浓的时刻,《天津滨海法学》(第四卷)与读者诸君见面了。

本卷主要设置了本卷特稿、专题策划、各科专论、学术争鸣、名家演讲、青年法苑、域外法制、书评等栏目。所刊载者,既有名家的演讲,又有新秀的著述;既有对各部门法具体制度的专门论述,亦有对当下社会热点法律问题的争鸣之作;既有着重研讨本国法律制度解释与适用问题的文章,亦有重点推介国外法制经验的论文及译作。所载论文之研究内容趋于多元,视角及方法亦呈现出较强的创新性,与本刊所追求的“海纳百川、勇于争先”的理念正相契合。

“本卷特稿”刊载了周林彬教授等所著的《商主体类型法定原则与商事组织规则的类推适用》。该文对于商事司法实践中的一个重大问题,即商事组织规则能否以及如何类推适用的问题进行了深入系统的研究。作者结合我国司法实践中的具体案例,指出立法科学性的欠缺带来了法官在类推适用商事组织规则上的困境,并提出了类推适用商事组织规则的具体建议:如果法律没有明文规定,不应在案件中直接援引不同类型商事组织相关法律的规定;在例外情况下,可以通过类推的方式援引其他不同商事组织法的规定,在确定能否类推时,应当考虑相关规则涉及的不同商事组织之间在设立机制、治理结构、分配方式、股东身份及人数限制等方面的相似性,进行综合判断。论文所提出的观点极富启发意义,对我国司法实践中通过类推适用规则处理商事案件具有很强的参考与借鉴价值,值得一读。

“专题策划”重点关注了我国金融制度创新中的法律问题。伴随着我国保障性住房建设的推进,资金问题开始成为制约我国保障性住房建设的关键因素,现有的资金支持不能满足保障性住房建设的长期资金需

求。陈耀东教授等所著的《保障性住房建设的市场化融资模式探讨》一文提出了破解这一难题的策略,认为应当建立保障性住房建设的长效融资机制,引入以 REITs 和 PPP 模式为代表的市场化融资模式,并制定配套的法律制度。薛智胜教授等所著的《商法思维与金融担保创新》则着重探讨了商法思维与金融担保创新的内在关联性,指出:立足于金融实践,运用商法思维,需要突破民法思维“一元化”禁锢,充分肯定独立保证、让与担保、流质契约等非典型担保方式在金融商事领域具有合法性和可行性,探索新型金融担保方式,构建我国商事担保制度。唯其如此,才能充分满足我国金融业发展的根本要求。

“各科专论”栏目共收录了行政法、经济法、民法、商法、刑事訴訟法、民事訴訟法方面的学术论文共 9 篇,研究的范围涉及非物质文化遗产的公法保护、检察机关的案件管理、行政服务中心的法律问题、政府采购法的主体确定、农民专业合作社的治理结构、农村物业管理立法、侵害人身权益所致财产损失的计算、物权法中的间接占有、小额訴訟的司法适用等诸多领域。作者所研究的均是我国司法实践中的新问题,也是目前我国社会经济生活中亟待解决的问题,其所提的建议亦具有很强的针对性和操作性。文章本身体现了实践与理论的有机结合,反映出作者对中国社会当下面临问题的深刻体悟和殷殷关切。阅读这些文章,定能使我们受益匪浅。

“学术争鸣”主要围绕驾车“碰瓷”案件的定性问题、交通肇事“因逃逸致人死亡”的认定以及诉讼诈骗的认定等目前实践中的热点问题展开探讨。“碰瓷”行为在实践中屡见不鲜,严重威胁着人们的人身与财产安全,但如何对驾车“碰瓷”案件进行定性却是司法实践中的一个难点。孟庆华教授等所著的《驾车“碰瓷”案件定性问题研究》结合实践中的真实案例,对于将驾车“碰瓷”行为按单纯一罪处理、按手段行为与目的行为的牵连犯处理以及构成数罪而应按数罪并罚原则处理的诸种不同观点作了系统的梳理与评析,并以此为基础提出了自己的观点,认为:为了规范驾车“碰瓷”行为定性不一的问题,有必要择用统一罪名,在实践中涉及的敲诈勒索罪、诈骗罪、抢劫罪、破坏交通工具罪、交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪等罪名中,以危险方法危害公共安全罪为最佳,其关键理由在于:驾车“碰瓷”是在公

公共场所实施的危害公共安全行为，该行为能够满足以危险方法危害公共安全罪的构成要件。刘国平等所著的《再论交通肇事“因逃逸致人死亡”》则在准确把握交通肇事“因逃逸致人死亡”的价值定位和法律定性的基础上，对其构成及其具体认定从前提条件、客观条件和主观条件三个方面作了深入的分析，对于实践中廓清交通肇事“因逃逸致人死亡”认定中的认识误区无疑具有重要的参考价值。行为人以提起民事诉讼为手段提出虚假证据，骗取人民法院的信任，借助法院裁判的强制力非法占有公私财物的行为应如何定性，在实践中争议颇多。谢云欣所著的《从个案分析司法实践中对诉讼诈骗的认定》结合实践中的真实案例，对于无罪说、敲诈勒索罪说、妨碍司法类犯罪说、诉讼诈骗罪说等几种不同观点作了评析，认为，对于此类诉讼诈骗行为，完全可以在我国现行刑法框架内以诈骗罪处理；最高人民检察院法律政策研究室2002年就该问题的答复不能涵盖诉讼诈骗行为的内涵，不符合罪责刑相适应原则，在形式方面效力问题存在质疑，有很大的局限性。作者的研究对于正确处理此类案件以及完善相关的法律制度具有重要的借鉴意义。

“名家演讲”登载了施天涛教授在天津师范大学法学院所做的演讲——《公司法总则适用中的若干问题研究》。施教授主要围绕公司法总论中的几个重大问题作了精辟的讲解。首先对公司法与其他法律在总则上存在的差异性及其原因做了评析，其次就公司分类、公司的社会责任、公司登记、公司对外转投资与对外担保、股东的信义义务、公司法人格否认六个方面与大家分享了其研究成果及心得。整个讲座内容丰富、语言平实，紧紧把握公司法前沿动态，对于我们准确地把握公司法的理念及相关制度的内涵不无裨益。

“青年法苑”为有志于法学研究的青年学子提供了展示成果、表达思想的园地。本期共收录4篇论文。魏晓东所著的《最高人民法院的司法解释：缘起、困境和出路》分析了最高人民法院司法解释面临的困境，提出三个方面的改革建议。一是观念转变：从权力到权力与手段并重；二是程序回归：从“请示—批复”到上诉程序；三是制度变革：从抽象的司法解释到具体的案例指导。赵亚婕所著的《明代刑事审判艺术——以访犯事为例》以明代判牍中的访犯案件，揭示了此类案件

审判传统的具体特征,即审讯之法表现为“分而治之”、“循迹问案”;而裁量之术则表现为法为经、情为纬、兼以礼。宋鹏与陈立信合著的《违反公司法忠实义务之非列举事项的解释与适用》则对违反忠实义务非列举事项进行了实证研究,对其成因进行了分析,继而根据司法实践的观察,将违反忠实义务的非列举事项归入司法中侵权之诉的诉讼类型,并对裁判思路的具体标准进行了分析,能够为司法裁判中解决违反忠实义务的非列举事项提供合理的借鉴。刘阳所著的《论有限合伙制私募股权基金中有限合伙人之保护》从对有限合伙人的保护角度出发,分析了现行法律制度对有限合伙人的保护缺位之处,进而借鉴国外先进经验并结合我国制度环境,提出了对有限合伙人保护的合理建议,对于促进有限合伙这一组织形式在我国私募股权基金领域的应用无疑将提供有益的理论参考。

“域外法制”栏目希望通过对国外立法、司法经验的引介为我国相关法律制度的完善提供参考与借鉴,以收“攻玉”之效。本栏目共收录3篇论文。李小明教授等著的《韩国行政性限制竞争行为法律规制研究》对于韩国规制行政垄断的相关立法作了系统的梳理,并将中国与韩国规制行政垄断的立法做了对照分析,进而提出了改进我国法律制度的建议,认为,中国应借鉴韩国经验通过适当拆分国有企业引入竞争机制并通过加强行政法律制度改革来规制行政垄断。龚燕著的《德国仇恨言论法律规制的观念分析》着重对德国仇恨言论法律规制的观念作了系统而深入的分析,认为德国政府对仇恨言论法律规制的观念具体体现为人的尊严宪法价值的确立和纳粹大屠杀的宪政影响,由此德国仇恨言论的法律规制就呈现出言论自由亦是一项积极权利、仇恨言论不应受到保护、社会以防止仇恨言论对于个人的异化为目标、防御型民主下严厉控制仇恨言论等特征。张宜所译的《辛普森与野狗:美国和澳大利亚如何应对传媒对刑事陪审制的影响》则在对美国 and 澳大利亚行使陪审制进行比较分析的基础上,分别探讨了澳大利亚与美国在应对误导性宣传上所采取的不同策略。该文认为,虽然两国刑事审判程序都适用普通法,但是传媒宣传到哪种程度影响了法庭上有罪、无罪之争以及由案件引发的争议,法律如何应对传媒对刑事审判的影响,两国都没有“标准答案”。上述研究,无疑有助于我们开阔视野,对相关制度有更

精准的把握和理解。

“书评”栏目收录了李功国教授等对其所著《中国古代商法史稿》的书评。该文对《中国古代商法史稿》的成书、内容、篇章结构、文献资料运用、基本观点、写作特点、创新与学术价值等作了简要介绍、阐述，使我们能够在扼要了解该书内容的同时，得以分享作者的创作思路和精彩观点。

应当说，没有诸位作者的不吝赐稿和诸位审稿人的辛勤付出，我们无法完成本卷的编辑工作。在此，我们对于他们的贡献表示衷心的感谢，同时也真诚地希望大家一如既往地关注与支持本刊，我们将用自己坚持不懈的努力回报大家的厚爱。

目 录

【本卷特稿】

- 商主体类型法定原则与商事组织规则的
类推适用 周林彬 方斯远 (1)

【专题策划】

- 保障性住房建设的市场化融资模式探讨
——以 REITs 和 PPP 模式为分析对象
..... 陈耀东 李 俊 (12)
商法思维与金融担保创新 薛智胜 栗 丽 (25)

【各科专论】

- 非物质文化遗产的公法保护体系 尚海涛 (36)
检察机关案件管理工作研究 杨圣坤 马 迪 (47)
行政服务中心的法律问题研究 魏建新 (64)
政府采购法主体分析 胡兰玲 (84)
我国农民专业合作社治理结构的立法完善
..... 朱晓娟 叶玮昱 (98)
农村物业管理的立法分析 冯乐坤 江 敏 (122)
“三择一”损失算定模式立法技术检讨 郭明龙 (132)
观念交付视角下间接占有制度的存废
——兼评现行物权法占有制度的完善 ... 沃 耘 王鑫晶 (143)
让当事人“接近正义”
——小额诉讼制度的独特价值与司法适用 王汝洋 (155)

【学术争鸣】

- 再论交通肇事“因逃逸致人死亡” 刘国平 朱士阔 (165)

- 驾车“碰瓷”案件定性问题研究…… 孟庆华 刘少静 (175)
- 从个案分析司法实践中对诉讼诈骗的认定
——兼评最高人民法院法律政策研究室《关于通过伪造
证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律
问题的答复》…… 谢云欣 (192)

【名家演讲】

- 公司法总则适用中的若干问题研究…… 施天涛 (199)

【青年法苑】

- 最高人民法院的司法解释：缘起、困境和出路…… 魏晓东 (215)
- 明代刑事审判艺术
——以访犯事为例…… 赵亚婕 (228)
- 违反公司法忠实义务之非列举事项的解释与
适用…… 宋 鹏 陈立信 (239)
- 论有限合伙制私募股权基金中有限合伙人之保护…… 刘 阳 (252)

【域外法制】

- 韩国行政性限制竞争行为法律规制研究…… 李小明 储梦莹 (268)
- 德国仇恨言论法律规制的观念分析…… 龚 艳 (280)
- 辛普森与野狗：美国和澳大利亚如何应对传媒对刑事陪审制
的影响（节译）… [澳] 迈克尔·切斯特顿 著 张宜译 (290)

【书评】

- 《中国古代商法史稿》初论…… 李功国 脱剑锋 (305)

【附录】

- 学术动态…… (313)
- 《天津滨海法学》稿约…… (324)

CONTENTS

【Forum】

- Application by Analogy of the Principle of Legal Prescription of
Types of Commercial Subjects and Commercial Organi-
zation Rules *Zhou Linbin & Fang Siyuan* (1)

【Monographic Study】

- The Discussion on the Market – oriented Financing Mechanism
of Constructing Affordable Housing According to REITs and
PPP *Chen Yaodong & Li Jun* (12)
- Thinking of Commercial Law and Innovation of Financial Guar-
antee *Xue Zhisheng & Li Li* (25)

【Articles】

- The Public Law System for Safeguarding of Intangible Cultural
Heritage *Shang Haitao* (36)
- On the Case Management of Procuratorial Organs
..... *Yang Shengkun & Ma Di* (47)
- Research on the Legal Issues about Administrative Service
Center *Wei Jianxin* (64)
- Analysis of the Subject of Government Procurement Law
..... *Hu Lanling* (84)
- Legislation Perfection on Governance Structure of Farmers’
Specialized Cooperatives in Our Country
..... *Zhu Xiaojuan & Ye Weiyu* (98)
- The Legislative Analysis of Rural Property Management
..... *Feng Lekun & Jiang Min* (122)
- Comments on the “One of Three” Consideration of Damages
..... *Guo Minglong* (132)

- On Existence or Abolition of the System of Indirect Possession
From the Perspective of Delivery Through the Idea
..... *Wo Yun & Wang Xinjing* (143)
- The Unique Value and Judicial Application of Small Lawsuit
System *Wang Ruyang* (155)

【Opinions】

- Further on “Escape Causing Death” of the Traffic Accident
Crime *Liu Guoping & Zhu Shikuo* (165)
- On the Qualitative Problem of “Traffic Racketeering” Cases
..... *Meng Qinghua & Liu Shaojing* (175)
- Analysis of the Identification of Litigation Fraud in Judicial
Practice from Cases *Xie Yunxin* (192)

【Speech】

- On Several Problems of the Application of General Rules of
Company Law *Shi Tiantao* (199)

【Youth Law Forum】

- The Judicial Interpretation of The Supreme People’s Court:
Origin, Dilemma, Outlet *Wei Xiaodong* (215)
- The Criminal Trial of Ming Dynasty Art—Take Secret Investi-
gation for Example *Zhao Yajie* (228)
- The Explanation and Application of the Violation of NonListed
Conducts of the Duty of Loyalty ... *Song Peng & Chen Lixin* (239)
- The Protection of Limited Partnership in China Private Equity
Funds *Liu Yang* (252)

【Researches on Foreign Laws】

- On the Legal Regulation of Administrative Restriction of Com-
petition of South Korea *Li Xiaoming & Chu Mengying* (268)
- Research on German Concept of Legal Regulation to Hate
Speech *Gong Yan* (280)
- OJ and the Dingo: How Media Publicity Relating to Criminal
Cases Tried by Jury is Dealt With in Australia and America
..... *Michael Chesterton / Zhang Yi* (290)

【 Book Reviews 】

- Primary Research on ‘The Draft of History of Ancient Chinese
Commercial Law’ *Li Gongguo & Tuo Jianfeng* (305)

【 Appendix 】

- Academic News (313)
Notice of Tianjin Binhai Law Journal to Contributors (324)

【本卷特稿】

商主体类型法定原则与商事组织规则的类推适用^①

周林彬* 方斯远**

内容摘要：由于立法科学性的欠缺，商事组织规则的类推在商事审判实践中存在界限不明的问题，法官在用类推的方式解决立法漏洞时面临极大的困境。作者在分析不能适用类推的诸种情形的同时，指出系争案型与法定案型之间存在类似性是类推适用的关键，并对其判断步骤做了阐释。进而在对类推适用商事组织规则应注意事项进行分析的基础上，提出商事组织规则类推适用的具体规则设计。

关键词：商事主体法定 商事组织规则类推 司法适用

一、商事组织规则类推适用的现状、问题与原因

商主体类型法定是商主体法定这一商法原则的一个核心内容，具体指商业投资者只能按照法定类型来设立商主体，不能任意创设法律未规定的商主体。由此，一个法律适用逻辑上的推论是，包括公司法^②、合伙企业法、独资企业法在内的商事组织法不宜被类推适用。

从目前的商事审判实务情形来看，我国法院有否定商事组织类推适

① 本文系国家社科基金2010年资助项目“商法总则研究：法律适用的视角”的中期研究成果之一。

* 中山大学教授，博士生导师，中国法学会商法学研究会副会长，广东省民商法研究会会长。

** 中国社会科学院法学所与最高人民法院应用法学研究所博士后研究人员。

② 本文所引的公司法条文皆为2005年修订后的内容。

用的倾向。2004年2月9日发布的《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》中规定，“股份合作制企业既不同于有限责任公司，也不是合伙企业，审理该类案件的主要依据是企业章程，并参照国家发改委《关于发展城市股份合作制企业的指导意见》”，实际上就是商主体类型法定原则的体现。

在商事审判实践中也有判例支持这一观点，在“龚文天与四川省成都长途汽车运输（集团）公司股东知情权纠纷上诉案”审理中，^①一审法院认为，“我国《公司法》第二条规定本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。因此，由于我国公司法已明确将该法的调整范围仅确定在有限责任公司和股份有限公司两类企业，作为股份合作制企业的长途运输公司则不能适用公司法”。对于本案中关于股东知情权范围如何确定的问题，原审法院认为应当严格依照长途运输公司章程以及涉及股份合作制企业的相关法律、法规进行调整，二审法院指出：“本案在二审中的争议焦点是龚文天作为股份合作制企业的股东，是否享有《中华人民共和国公司法》第四十三条规定的股东知情权。股份合作制兼有合作制和股份制两种经济形态的特点，是实行劳动合作和资本合作相结合的新型共有经济组织形式。由于股份合作制是我国特定历史条件下的一种过渡性企业形式，在设立机制、治理结构、分配方式、股东身份及人数限制等方面与有限责任公司、股份有限公司存在较大的差异，股东享有的股东权利属性及范围也有所不同。股东知情权作为股东通过查阅公司经营、管理、决策的相关资料，了解公司的经营状况和监督高管人员活动的一项法定权利，其行使方式和权利范围均由法律规范明确规定，而迄今为止我国立法机关尚未制定规范股份合作制企业的组织和行为的法律法规，《中华人民共和国公司法》也未将股份合作制企业纳入调整范畴，在现有法律法规没有明确规定股份合作制企业股东享有知情权范围的情况下，长途运输公司章程第十三条第二款明确规定了股东知情权的范围仅限于股东大会会议记录以及财务会计报告，该章程作为全体发起人就企业的设立与经营管理达成的协议，对全体发起人、股东、董事会、监事会以及高级管理人员具有法律效力，龚文天本人也应受该章程的约束，因此原审判决判令长途

^① （2010）成民终字第217号。

运输公司向龚文天提供从2005年起至2009年已产生的股东大会会议记录以及财务会计报告以供查阅，符合长途运输公司章程的相关约定，且不违反法律法规的禁止性规定。上诉人龚文天提出的其应当参照《中华人民共和国公司法》享有股东知情权的上诉理由，缺乏法律和事实依据，本院不予采信。”

但是在商事审判实践中，也出现了援引其他企业类型的规定解决问题的判决，如发起人责任问题。目前，我国制定法对“先公司合同”的问题仅在《公司法》第95条规定：“股份有限公司的发起人应当承担下列责任：（一）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（二）公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任；（三）在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。”另外，《公司登记管理条例》第3条进行了补充规定：“未经公司登记机关登记的，不得以公司名义从事经营活动。”但是先公司合同的纠纷在大多数情况下涉及有限责任公司，而本条并无规定。在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法解释三》）对这一问题进行明确规定之前，商事审判中有法官运用类推的方式来解决，如“翟乐义等诉温州市耀华印刷机械有限公司技术合同纠纷案”中，法官适用了《公司法》第95条解决涉及有限责任公司的先公司合同的责任承担，然而，从判决书中尽管明显看出法官用的是类推的司法技术，说理部分并没有交代清楚，而是以“根据《公司法》理论，筹建中公司，其全体设立人之间属于合伙法律关系，合伙人对设立行为产生的债务承担连带责任”作为判决理由，在学理并不被承认为我国法律渊源的情况下，这种直接援引并不合适，而且对于为何能够将在立法上专属于股份有限公司的法律规定适用于有限责任公司，法官并没有论述。

从前引情形来看，商事组织规则的类推在商事审判实践中存在界限不明的问题。而形成这一困境的根本原因在于立法科学性的欠缺。商主体内容法定原则要求合法存在的商主体须在内容上符合法律对其所做出的特定要求，对商主体内容的不同法律要求，构成了不同类型的商主体相互之间的根本性差异，形成了不同类型商主体自身的特点，因此在公司法总则的共通性规定之外，应当对有限责任公司和股份有限公司