

第3辑

两岸民商法前沿

社会变迁与民商法发展

龙卫球 王文杰 主编

- ◎专题策划：民商法发展问题
- ◎民法总论与人格权研讨
- ◎物权法研讨
- ◎债法总论与合同法研讨
- ◎侵权法研讨
- ◎商法研讨

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

两岸民商法前沿

社会变迁与民商法发展

第3辑



主 编：龙卫球 王文杰

执行编辑：

朱 虎（特邀） 汪 洋（特邀）
聂卫锋 代 瑞 曹 宇 陈 军 郑 臻

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

社会变迁与民商法发展 / 龙卫球, 王文杰主编. —北京:
中国法制出版社, 2015. 1
(两岸民商法前沿; 3)
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5842 - 9

I. ①社… II. ①龙… ②王… III. ①民法 - 中国
- 文集②商法 - 中国 - 文集 IV. ①D923. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 256479 号

策划编辑 李小草 (Lixiaocao2008@sina.cn)

封面设计 周黎明

两岸民商法前沿 (第3辑) ——社会变迁与民商法发展

LIANGAN MINSHANGFA QIANYAN (DISANJI) ——SHEHUI BIANQIAN YU
MINSHANGFA FAZHAN

主编/龙卫球 王文杰

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2015 年 1 月第 1 版

印张/60.5 字数/1032 千

2015 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5842 - 9

定价: 149.00 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: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66072711

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

前言

《两岸民商法前沿》的编辑和出版,是北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院开启的两岸民商法紧密合作交流关系的重要延展。本论集拟以近似年刊的方式,配合一年一度两院合作举办的“两岸民商法前沿”高峰论坛,及时且不间断地汇集两岸民商法学者有关优秀研究成果,使之具有更正式的、便于长期发散的固化形式。

北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院近年来展开合作,推进两岸民商法革新。两院以务求前瞻为方向,每年就民商法当下发展之论题,携手打造“两岸民商法前沿”高峰论坛,组织两岸民商法精英,开展全方位、多维度的对话交流,拉近两岸私法间距,汇集研究思路,推广前沿成果。最重要的是在“与时俱进”的聚光灯下,观察民商法时代特质,廓清新时期私法与当代社会结构耦合的全新关系,评估既有,刷新未来,重在建设,以期对促进两岸民商事学理、立法或司法加速转型尽绵薄之功。

我们今天已是处在一个瞬息万变的时代——按照富于思想洞见的卢曼和托依布纳两位大师的说法,这是一个社会功能高度分化的时代。在这样一个时代,从相对单纯的市民社会视界基础上发源和演化的民商法之诸传统,毫无悬念遭遇着前所未有的挑战。这些挑战既在私人之间关系层面展开,更在制度、社会功能系统多方面显示出来,且不断增大地发展,刺痛着我们固守的传统私法理论、制度与规则神经。于是,如何使民商法顺应当下社会系统结构基本变化,特别是贴近蕴含于其中富于生机的目的需求,成为急迫的现实课题。

我们希望,借助本论集的出版,能够呈现两岸民商法学者群体勇于搏击法学时代浪潮的恢弘气度,以及善于学习、不懈探索、不断自我升华的学术品质。有关民商法前沿研究至少可分为三个维度:世界的,建立在世界范围的思想或经验的比较互动基础上;区域化的,在世界一定区域范围具有特别坚实的实证基础和论证理由;中国特色的,系着力将民商法时代发展与中国建设实际展开移动式对接。我们相信,当亲爱的读者阅读和品味着一篇篇充满挑战和思考魅力的大作时,必定猛然而觉知,一个属于我们的民商法富矿时代,已然悄悄来临!

龙卫球 王文杰
2014年11月5日

卷首语

本辑以“社会变迁与民商法发展”作为主题,系由北京航空航天大学法学院和台湾政治大学法学院联合主办的第三届“两岸民商法前沿高峰论坛”的学术报告精选而成,这些论文总体上的特点均系以回应当前急剧发生的社会变迁为背景,就民商法理论、制度与实践的转型发展问题做出了深入思考。从历史上来看,民商法与社会变迁互为依存和映照,一方面民商法是社会变迁的产物,另一方面反过来又极大地促进着社会转型和进步。无论是罗马法民法的发生与发展,还是中世纪商法的发生与发展,近现代民商法的兴起和演化,都与社会变迁有着直接依存关系和同构过程。今天,以包括信息化在内的高新科技的广泛应用为条件,我们面临着一个前所未有的社会思想、社会结构、社会功能急剧生成变化的过程,而民商法发展也再一次面临着复杂的从思想功能到制度建设全方位革新的机遇和挑战。

本辑划分为“专题策划:民商法发展问题”、“民法总论与人格权研讨”、“物权法研讨”、“债法总论与合同法研讨”、“侵权法研讨”、“商法研讨”六个部分。

第一部分“专题策划”,以“民商法发展问题”为专题,汇集了六篇相关宏论。

江平教授在《从改革开放小历史观看我国社会变迁与民商法发展》的主旨报告中,以现实主义的历史观对于当前中国民商法发展中的矛盾进行高屋建瓴的观察和解读。他指出,大陆地区目前存在法治所要求的法之稳定性和改革所要求的法之延展性的深刻矛盾,而这一矛盾直接影响了《物权法》的制定和《土地管理法》的修改等等。如何很好地解决这些矛盾就成为当今的重要任务,所以,为了解决此矛盾,特别是为了避免“人治”修法对法律体系性和严肃性的侵害,紧要之处在于确立一套有效的修法规则。

孙宪忠教授则从法律科学主义角度,以《民法立法的科学性》为主旨论说,提出对于仍然未有民法典的中国大陆地区而言,法律科学主义的法典化之路属于这个时代持续性的话题。他简明扼要地梳理了法学理性主义的发展史,并提出这是中国大陆地区必须认真对待的一种“大历史”观,我们当前的民商法面临着如何法律科学地建设的必要性和紧迫性。换言之,我们只有科学地建构法律体系,才能够在避免“立法碎片化”的同时,使得法律本身更加具有现实性和可操作性。

台湾政治大学苏永钦教授在《从以房养老看物权的自由化——再谈民法作为自治与管理的工具》一文中,再次对在海峡两岸悬而未决的物权自由化理论问题从操作

层面上阐释了自己的创新思想。该文目光如炬地爬梳了在大陆地区上海、西安等地方刚刚兴起的以房养老的制度实践,凸显其创新与矛盾,在此基础上以养老之房产见物权之自由,以物权之自由见民法之功用,以民法之功用见制度之构造,揭示传统民法的理路走向。作者思维缜密,环环相扣,概念民法向功能民法转变之宏愿跃然纸上。

台湾大学王文字教授的大作《商业与科技变迁对民商法的冲击——合同与组织的视角》,提出了在商业与科技变迁背景下民商法革新的必要性和方向。他具体从合同与组织关系复杂化的视角,呈现在商业与科技急剧变化下商事合同的突出特点,并为如何在复杂商业社会环境下重新理清商事合同的性质和规范基础提供了更恰当的思路。作者指出,现今商事合同具有突出的“自治化”特征,应从宽广的交易脉络去观察之,特别着重体察合同与组织间的内在关连,唯此方能捕捉到商事合同之“创新合同”面向。

龙卫球教授在《现今民商法的社会基础与趋势》一文,对于当前民商法应如何迎接以互联网等高新科技发展为特点的新工业革命导致的社会基础变化做出深度思考。作者认为,当今社会基础正在发生深刻变化,包括商业化生产、生活方式本身的改变,包括体现为由这些方式改变导致的人类社会人们相互之间关系的重大变化,总体上来说体现了功能更进一步分化、利益更进一步链条化、合作更进一步加强的变化趋势。就民商法来说,将意味着在时代价值、法律机制、制度内容等方面都要发生重大调整。作者提出了民商法从观念到功能、从体制到机制、从概念到政策、从自利到福利的四个转型趋势。

台湾政治大学郭明政教授的大作《损害赔偿的社会化——社会补偿制度对于法律发展与法律文化的指标意义》,系民法和社会法的跨界之作,提出21世纪的现代社会需要民法和社会法的协力。文中认为,基于当代损害及其事因的复杂性,传统民法上的损害赔偿或将不能完全满足社会救济要求之现状,应以社会补偿制度济之。作者还通过分析,指出德国与我国台湾地区社会补偿制度立法与司法实践均有瑕疵。

第二部分是“民法总论与人格权研讨”,共收录十篇大作。

张谷教授的《试析“财产”一词在中国私法上的几种用法》,从词源学的角度,对于“财产”这个既熟悉又陌生的词汇在我国私法领域内的意涵进行了非常有意思的分析,可谓一词背后别有洞天。文章指出,我国私法中“财产”一词主要继受自“罗马法——德国法”体系,但是财产的私法属性后来变得不那么纯粹,出现了诸如混淆请求权性质等怪现象,这些非常值得我们深思。

陈永强教授在《形式主义法学批判》一文中认为,我们应该注重对形式主义法学的反思,其中存在价值内涵的支持。形式主义法学旨在实现法的安定性价值,确立个

人自主与自立,但过度的形式主义并不能真正实现个人自主与自立,所以在方法论上应予以矫正。作者建议引入德沃金所称的道德考量或权利理论等外在因素;此外,法律发展是一个动态的过程,具备价值填充功能的自然法理论就成为必要。

许德风副教授的《法教义学的应用》,着重阐释了法教义学的基本内涵,对于如何具体贯彻法教义学、如何处理法教义学与价值判断的关系,则提出了警惕性意见。文中指出,法教义学的应用及建设,单纯从理论层面加以阐释是不够的,而是一项需要细致与耐心的工作,必须与具体的法律条文、法律制度“捆绑”在一起。

蔡立东教授的《我国基金会治理结构的立法改进——以监督机制的完善为中心》一文,针对目前我国基金会严重的信任危机,认为我国基金会立法需要重塑治理结构,以摆脱目前二元结构模式下内部制衡缺失和外部支撑失灵的制度困境。

王艳慧博士在《主体地位变迁与契约合意基础的辩证关系》一文中,从主体地位的角度,探讨了意志自由、契约和契约法等问题,显示出主体地位变迁和契约合意基础存在的密切关系。人的主体性地位和作为主体性直接体现的人的意志自由,在历史发展中经过了不同的阶段,这些都与不同时期契约法的理念和规定的发展相互呼应。文章认为,人作为历史创造者的主观规定性和客观实在性,决定了契约法的过去和未来。

接下来,是一组人格权论文。其中三篇集中在隐私权问题,此外三篇则研究人格权的发展,分别涉及人格权的主观权利发展、一般人格权的发展以及发现权作为人格权的发展。

张礼洪教授的《中国隐私权保护的案例实证分析——历史和比较的考察》一文,以案例为主导,检讨了我国在民事判决中对隐私权保护的实际情况,揭示了传统伦理正义观对隐私权保护的影响,并比较了中国和欧洲的差异。冯恺教授的《大数据时代中国隐私权保护的新挑战与应对》一文,认为应以如何解决制度之困境、如何应运时代之变迁为要旨,解决隐私权保护问题,提出以加强网络技术实力为基础、以加强网络法规制定为核心、以加强政府企业间合作为辅助,方可以实现网络社会隐私权之保护的思路。马特副教授《从意思自治到人格保护——隐私权视角下的现代民法范式移转》一文,则以科技哲学中的“范式移转”作为切入点,论述了现代民法的属性转移、主体转移、法律规范基础转移等问题,试图以法理学视野提出自己独到的见解,并为今后此类问题的研究提供反思的空间。

刘召成副教授在《人格权的主观权利地位的确立与立法选择》一文中认为,传统人格权并不具有积极性权能,内容仅限于人格方面的完整性保护,在立法上通过侵权法予以调整。但随着人格权逐渐成为主观权利,其权能已包括自我决定权、人格商业利用权和人格权请求权,侵权法已无法独自完成人格权调整的任务,除了损害赔偿方

面,人格权的其他内容应当独立成编。沈建峰副教授在《论通过一般人格权保护身份状态利益的可能与限度》一文,着眼于身份状态利益的保护,通过对德国法律实践和理论的梳理,探讨了通过一般人格权保护身份利益的可能和限度。

王竹副教授和杨亦楠博士的《将发现权作为科学领域荣誉权纳入人格权体系的理论构想》一文,就“发现权”对我国立法与实务进行了梳理,建议以《人格权法》起草为契机,将发现权改造为一种科学领域的荣誉权,纳入人格权体系。

第三部分是“物权法研讨”,共收有十篇佳作。

我国台湾地区“中央研究院”张永健研究员在《再访物权法定与自由之争议》一文,对于热议的物权法定主义还是自由主义的重大学术争议再次从法经济学的角度加以辨析。文章把目标锁定在物权类型最适量理论上,通过针对物权法定在物权创设方面的掣肘以及物权自由化等问题的分析,认为采用物权自由主义或许可以改善物权类型过少的现状,但需注意运行成本的问题。

王涌教授以一贯擅长的概念分析方法入手,在《宪法中的自然资源国家所有权概念的结构》一文中,提出要慎用空洞的自然资源国家所有权概念,重要的是自然资源公平分配的民主程序。他认为,以公共信托理论或者对《宪法》第九条作公共信托论式的解释,确立国家与人民在自然资源国家所有权结构中的地位,用“自然资源人民基金”的模式尝试强化自然资源国家所有权中的宪法义务,用民法解释学发挥控制自然资源国家所有权肆意扩张和扭曲的准宪法功能,乃是自然资源国家所有权实现的最佳途径。

梅夏英教授和许可博士在《虚拟财产继承的理论与立法问题》一文,研究虚拟财产的继承问题。作者认为,基于概念明晰性、规则可操作性和体系完备性的立法要求,虚拟财产须具体化为“虚拟入口”和“虚拟资产”两类财产,并应以此为前提,逐步确立虚拟财产的财产属性,消除用户协议对虚拟财产继承的限制,化解虚拟财产继承与用户隐私的潜在冲突。

朱虎副教授在《物权请求权的独立与合并——以返还原物请求权为中心》一文,认为德国法式的独立物权请求权并非立法和解释的必然选择,即便在承认物权债权体系区分的前提下,仍然存在多种制度构建和阐释的可能性。论文结合《物权法》第三十四、三十五条,提出我国民法的另一种可能阐释方式,即应将物权请求权解释为不同于侵权损害赔偿请求权的其他侵权请求权。

麻昌华教授的《农村集体土地使用权出租的效力问题研究——以一起判例为分析对象》,以一起带有普遍性的土地纠纷为分析对象,对集体土地使用权租赁行为在现行法背景下进行效力判定。文中认为,如果着眼于追求对土地资源的最大化利用,适度放开集体建设用地使用权不是对国家强制性法律规定的违反。

渠涛研究员的《农户承包集体土地合同上的财产关系》一文中,作者立足于农户承包集体土地合同之性质以及依据此合同而取得财产权之性质,从历史演进与立法实践两个方面对这两个问题进行了细致的梳理,并提出了针对该种合同制度的统一原则与规范,是一篇兼顾理论高度与历史深度的文章。

汪洋博士的《土地承包经营权继承问题研究——对现行规范的法构造阐释与法政策考量》一文,旨在通过复杂的法适用方法,解决现实纠缠的土地承包经营权继承问题。论文一方面揭露了在现行制度背景下,家庭承包方式设立的土地承包经营权的继承问题适用法律所存在的矛盾和冲突;另一方面从法内部构造和法政策两个层面,兼用法教义学和“社科法学”的多重方法,为土地承包经营权的当下改造和未来设计描绘了理想图景。

王铁雄教授的《征地补偿与农民财产权益保护问题研究》一文,聚焦社会极为关注的农村征地补偿问题,提出解决对策。作者认为,可以借鉴国外征收补偿与财产权保护法制的先进经验,结合我国征收补偿与财产权保护法制的历史与现状,形成更合理的解决办法。

孙鹏教授和徐银波博士在《社会变迁与地役权的现代化》一文,提出私人地役权的自我结构性调整作用有限,因此建议由私人地役权转向公共地役权,并将地役权适用于土地管理和环境保护。作者认为,这样的发展,不仅能淡化不动产尤其是土地协调利用中的行政色彩,维系不动产协调利用时各利害关系方的利益平衡,而且也是地役权突破目前困境、完成现代化转型的必由之路。

黄忠教授的《地票交易的地役权属性论》,试图对地票交易的法律属性进行再解释。文章认为,基于《物权法》相关规定,宜将地票交易纳入地役权范畴。因为,这样既明确了地票交易的用益物权属性,化解地票交易的合法性疑问,也为地票的登记以及转让、抵押等问题在《物权法》层面找到了一个解决方案。

第四部分是“债法总论与合同法研讨”,包括九篇大作。

我国台湾东吴大学的郑冠宇教授以《不动产使用借贷对第三人效力》一文,思考债权物权化趋势之于不动产使用借贷的应用问题,结论是谨慎的。作者以债权物权化为线索,层层递进式地分析了不动产之使用借贷是否需要走上债权物权化的道路的问题,在此基础上,重点以债权物权化中最典型的代表——买卖不破租赁为例,结合我国台湾地区实务与学术界的争论,论证得出不动产使用借贷类推适用买卖不破租赁规则实有颇多不妥的结论。

谢鸿飞教授在《论招标投标合同的成立》一文中,研究以招投标方式成立的合同在成立上的特殊性。论文着眼于中国的招标投标合同的现状,以招标投标合同的特性为出发点,阐释了该种合同成立的一般规则并分析了该种合同背后的利益博弈,着重提出了自愿

招标场合应当让招投标法回归私法领域并给予当事人更多的缔约自由的观点。

我国台湾政治大学王千维教授在《德国民法违约金规范之概况》一文中,研究了德国法违约金制度体系。论文以德国民法典之规定为切入点,对以惩罚性违约金为重点的三类违约金之构成与特点作了详尽的分析,勾勒出以保护债务人为核心的德国违约金体系的基本原则及法律适用。考虑到我国目前对于违约金的理论和司法实践存在较为激烈的观点分歧,这一有关他山之石的研究极富有参考价值。

我国台湾政治大学王文杰教授和徐昆明博士在《论中国大陆外资审批制度——以须经审批之合同效力为中心》一文中,检讨了我国三部外商投资企业法及相关行政法规的落后与模糊之处。作者认为,最高人民法院对于未经审批之合同效力、报批义务、黑白合同等问题作出司法解释,或可以治标,却不能治本;而我国台湾地区施行的“外国人投资条例”以及“华侨回国投资条例”虽年代久远,但值得大陆借鉴。

汤文平副教授在《批准(登记)生效合同、“申请义务”与“缔约过失”——〈合同法解释(二)〉第8条评注》一文,认为在法教义学体系上,应重新审视本条与预约、条件、同意(追认)及违反强制性规定的关系,且只有对适用范围、申请义务、适用效果等各个环节进行全方位的审查和透视,方可实现不同规范之间的协力。

朱晓喆教授的《买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属——刘国秀诉杨丽群房屋买卖合同纠纷案评释》一文,讨论此类补偿金的法律属性和适用规则。论文从具体到抽象,渐进式地将问题呈现出来,通过对比比较法上关于履行不能等问题的立法、实践情况的考察,就该问题是否适用不当得利规则提出了自己的新颖见解。

刘保玉教授的《论多重买卖纠纷的处理规则》一文,以多重转让的权利保护顺位问题为原点,对以精妙著称的多重买卖问题进行了细致入微的解析,通过控制是否发生物权变动与是否善意两个变量对多重买卖规则进行分类讨论,并针对该问题提出了以竞价购买与变价受偿为核心的解决方案。

宋鱼水、邢娅莉和张璇三位法官的《海淀区法院2011年至2013年房屋买卖合同案件调研报告》,从实证角度对当下热点的房屋买卖纠纷案件进行了统计分析。论文除却精准的数据分析和结论外,还对同类型案件的审理难点与审理思路做了系统地梳理,为将来解决房屋买卖纠纷提供了宝贵的经验与资料。

周晓晨副教授在《论旅游服务提供者在包价旅游合同中的法律地位及责任》一文,回应旅游法的修改,提出应区别代办旅游合同和包价旅游合同的观点。作者认为,旅游者、旅游服务提供者、旅游经营者处于何种具体合同关系当中,对于权利义务的配置和法律的适用,至关重要。

第五部分是“侵权法研讨”,收录十篇佳作。

黄立教授在《从欧洲法观点解析工程侵权行为之因果关系》一文中,关注工程领

域的侵权因果关系规则的适用复杂性。论文援引学说与判例,重点解读了因果关系一般构成之规范与因果关系认定放宽之情形。作者指出,欧洲相关侵权立法经验值得借鉴。因果关系认定中减轻受害人举证责任的制度尤为关键,该种制度也有赖于法条的规定,而在面对纷繁复杂的新型侵权案件,法条之规定尚未完备时,法理演绎则成为维护公义的终极武器。

杨立新教授和陶盈博士的《论分别侵权行为》一文,建议采用“分别侵权行为”概念来取代“无过错联系的共同加害行为”及“无意识联络的数人侵权行为”。文章从比较法的角度,对这一概念的法理基础进行了明确,主张分别侵权行为应该与共同侵权行为、竞合侵权行为、第三人侵权行为一起构成多数人侵权体系。

在《论无意思联络数人环境侵权责任的承担模式》一文中,刘智慧教授认为环境侵权法律规则的确立有赖于环境问题的科学基础,笼统的连带责任或者按份责任模式过于粗糙;并且还要考虑平衡环境侵权当事人之间的权益,同时充分体现法律对环境权保护的价值取向,从整体上考虑法律规则在调整方法和体系上的安排,因此应根据侵权人排放污染物的种类、排放量等由侵害人对受害人承担按份责任,如果确定各致害人的责任比例比较困难,可以借鉴国外的“比例规则”,如果比例无法确定,应适用等分原则来确定。

焦富民教授和沈斌天博士的《风险社会视域下大规模侵权的定位——侵权责任的正当性基础比较分析》,就大规模侵权的责任基础加以理论分析。作者认为,与单一侵权不同,集体侵权的正当性基础更侧重于分配正义,侧重于社会正义,归责原则应该是一种“比审慎更为审慎”的严格责任。

周友军副教授在《专家对第三人责任的规范模式与具体规则》一文中,指出基于对受害人的信赖保护,专家应当对受害人负责,即便其采取的是非个人执业的方式。文章参酌了各国对于该问题的立法例,认为我国无论在立法上还是在责任认定上,均采用侵权责任模式。

张伟教授与赵雅倩博士的《论社会活动组织者的安全保障义务——从南宁“驴友案”引发的思考》一文,认为共同户外旅游导致驴友受伤亡的案件应当属于安全保障义务的范畴,但我国侵权立法并没有明确的规定。对此类案件可以优先保护受害人为重点,由相关当事人适当分担一部分损失和分散一些风险较为妥当。

杨会副教授的《安全保障义务人承担补充责任的原因》一文,从“深口袋”理论和因果关系理论出发,对安全保障义务人承担补充责任的原因进行了细致分析,特别强调在侵权法的范畴内应当辨析补充责任与补偿责任这一组容易混淆的概念。

冉克平副教授在《论产品设计缺陷及其认定》一文中,认为我国立法从产品制造缺陷扩张至设计缺陷均采严格责任,其合法性和合理性都有待商榷。作者提出,从比

较法经验看,美国的产品制造缺陷采严格责任,设计缺陷采过错责任,运用“风险——效用”标准代替“不合理危险”作为证明设计缺陷存在的方法,实值借鉴。

刘长秋副教授的《论瑕疵器官移植的损害赔偿责任》一文,探讨现实中开始出现的器官移植中瑕疵加害的侵权责任问题。作者认为,应当以过错责任原则为基准,依据不同的情况分别来判断瑕疵器官移植损害赔偿责任的主体,但人体器官移植的特殊性与产品责任的理论与规则并没有交集。

王雷副教授的《我国〈侵权责任法〉中的证据规范》一文,针对侵权责任法独特的证据规范进行解读。作者认为,民法中的证据规范丰富了民法规范的类型配置,能够推动民事实体法和民事程序法的沟通,使得实体法中的权利规范得到更好地实现。

第六部分是“商法研讨”,此部分有十四篇佳作。

刘俊海教授在《〈公司法〉与〈证券法〉及外商投资企业法联动修改》一文,研究了我国商业组织规范的一体化问题。作者认为,倘若可以解决公司成立门槛过高、证券交易不够安全、外商投资企业法最终归属不明等问题,那么中国的商法发展是非常值得期待的。

徐昆明博士在《论中国大陆外资企业股权转让争议——以虚假报批之审查为中心》一文中,针对外资企业股权转让,考察了两岸相关行政法规范,认为虚假报批禁止与真实义务必须区分,而区分“形式审查”和“实质审查”并无必要。

楼建波教授与姜雪莲博士的《对母公司股东的保护——以日本公司法修改纲要为中心》一文,认为在当下中国的金融领域内,纯粹控股公司与事业控股公司或将大有可为,因此借日本公司法改革之东风,处理好对母公司股东的保护问题,以求攻玉之效果。

朱晓娟教授和叶玮显硕士在《我国农民专业合作社多元化治理结构的立法研究》一文,总结了农民专业合作社治理结构的主要类型及模式,梳理出农民专业合作社内部各主体间的利益冲突状态,提出了完善的立法建议。

徐海燕教授的《〈消费者权益保护法〉修改中的若干争议问题研究》一文写在“消法”修正案正式通过之前,对后悔权适用范围、权利行使期间、公益诉讼、惩罚性赔偿、举证责任等问题,都有针对性地提出了建议。

台湾政治大学的张冠群教授在《被保险人因履行道德上之义务所致之损害——评台湾地区“高等法院台中分院2012年度保险上易1判决”》一文,认为虽然我国台湾地区“保险法”对“故意不赔”原则加以限制,但是此限制的启动条件却极为严苛。作者最后建议,应放宽对此限制的桎梏,这样既可以防止该法条被束之高阁,又可以较好地保护弱势群体的权益。

任自力教授在《论中国巨灾保险法律制度的构建》一文中指出,我国已经具备建

立巨灾保险法律制度的基本条件,该制度应具备保险优先、立法先行、公私合营、部分强制四个特点。论文对于如何具体构建提出了具有可操作性的建议。

白江副教授的《从侵权的角度看保险人的恶意拒赔——以美国保险法中的恶意侵权为例》一文,研究保险人恶意拒赔的侵权责任问题。论文重点介绍了美国的保险人恶意侵权责任制度,即保险人没有合理的基础却恶意地拒赔或拖赔被保险人的索赔时,可以适用恶意侵权责任对其进行规制。

贺栩栩博士在《保险合同格式条款内容控制的功能目的与法律适用》一文中,选取最为典型的格式条款——保险合同格式条款,进行法律适用考察。文中借鉴德国法和欧盟法的相关规则、指令和法解释技术,通过着重澄清保险合同格式条款的功能定位和制度价值,由此展开对其内容控制的性质和界限进行探讨。

于海涌教授的《论中国信托法中的八个主要缺憾》一文,结合中国资本市场的特性,从信托主体、信托合同以及信托物权等多个角度深刻反思了中国信托业持续低迷的法律原因。

张天民律师的《我国商事信托的法理基础与实践探索》一文,选取当下较为热门的商事信托案件为素材,结合信托实务经验与逻辑推演,得出了中国的商事信托将大多数风险加诸于承受能力较弱的老百姓身上这一结论,而这一现象与信托法之立法目标背道而驰。

张保红博士的《魂兮归来——论商法价值的变迁与重塑》一文,着眼于民法、商法与经济法剪不断、理还乱的关系,从历史学与社会学的角度描述了商法的价值与位阶变迁。

张辉副教授的《C2C 网络销售模式与商法规范的发展》一文,认为国家不能对网络交易平台施加过多的负担,商法规范的作用领域能够延伸至 C2C,因为网络销售也具备商事买卖的实质。此外,网络销售下的消费者权益保护要有差别地处理,但绝非不平等对待。

总之,以上汇编,无疑是一次有关民商法学术进展丰富而令人眩晕的概览。本书编者在此要对所有授权编入的作者表示由衷的感谢。同时需要说明的是,限于作者保留发表或者本辑篇幅的原因,部分参会论文未能编入,十分遗憾,但是我们对于他们仍然心存感激。为了本次会议的举办以及本书的编辑,中国政法大学的聂卫锋博士后、北航法学院的曹宇博士、博士生代瑞、陈军和硕士生郑臻等做出了突出奉献,此外姚蕾、邱江、樊莹、吴保役、徐青青、赵精武、刘慧超、毛乌吉达、马可、包娱缦等硕士研究生也做出了贡献,在此一并致谢。

特别感谢北京市才良律师事务所并王才亮律师,浩天信和律师事务所并陈伟勇律师,伟博律师事务所并李伟民律师的慷慨资助。

目 录

【专题策划：民商法发展问题】

从改革开放小历史观看我国社会变迁与民商法发展

——在第三届两岸民商法前沿论坛开幕式上的讲话

江 平 (1)

民法立法的科学性

——在第三届两岸民商法前沿论坛开幕式上的讲话

孙宪忠 (5)

从以房养老看物权的自由化

——再谈民法作为自治与管制的工具

苏永钦 (9)

商业与科技变迁对民商法的冲击

——合同与组织的视角

王文宇 (46)

现今民商法的社会基础与趋势

龙卫球 (67)

损害赔偿的社会化

——社会补偿制度对于法律发展与法律文化的指标意义

郭明政 (83)

【民法总论与人格权研讨】

试析“财产”一词在中国私法上的几种用法

张 谷 (93)

形式主义法学批判

陈永强 (115)

法教义学的应用

许德风 (140)

我国基金会治理结构的立法改进

——以监督机制的完善为中心

蔡立东 (184)

主体地位变迁与契约合意基础的辩证关系

王艳慧 (203)

中国隐私权保护的案例实证分析

——历史和比较的考察

张礼洪 (211)

大数据时代中国隐私权保护的新挑战与应对

冯 恺 (219)

从意思自治到人格保护

- 隐私权视角下的现代民法范式移转 马 特 (227)
- 人格权的主观权利地位的确立与立法选择 刘召成 (244)
- 论通过一般人格权保护身份状态利益的可能与限度 沈建峰 (263)
- 将发现权作为科学领域荣誉权纳入人格权体系的理论构想 王 竹 杨亦楠 (272)

【物权法研讨】

- 再访物权法定与自由之争议 张永健 (288)
- 宪法中的自然资源国家所有权概念的结构 王 涌 (310)
- 虚拟财产继承的理论与立法问题 梅夏英 许 可 (326)
- 物权请求权的独立与合并
- 以返还原物请求权为中心 朱 虎 (345)
- 农村集体土地使用权出租的效力问题研究
- 以一起判例为分析对象 麻昌华 (374)
- 农户承包集体土地合同上的财产关系 渠 涛 (381)
- 土地承包经营权继承问题研究
- 对现行规范的法构造阐释与法政策考量 汪 洋 (389)
- 征地补偿与农民财产权益保护问题研究 王铁雄 (422)
- 社会变迁与地役权的现代化 孙 鹏 徐银波 (438)
- 地票交易的地役权属性论 黄 忠 (459)

【债法总论与合同法研讨】

- 不动产使用借贷对第三人之效力 郑冠宇 (477)
- 论招标投标合同的成立 谢鸿飞 (491)
- 德国民法违约金规范之概况 王千维 (500)
- 论中国大陆外资审批制度
- 以须经审批之合同效力为中心 徐昆明 王文杰 (519)
- 批准(登记)生效合同、“申请义务”与“缔约过失”
- 《合同法解释(二)》第8条评注 汤文平 (549)
- 买卖之房屋因地震灭失的政府补偿金归属
- 刘国秀诉杨丽群房屋买卖合同纠纷案评释 朱晓喆 (572)
- 论多重买卖纠纷的处理规则 刘保玉 (585)

海淀区法院 2011 年至 2013 年房屋买卖合同案件调研报告

宋鱼水 邢姪莉 张 璇 (604)

论旅游服务提供者在包价旅游合同中的法律地位及责任 周晓晨 (621)

【侵权法研讨】

从欧洲法观点解析工程侵权行为之因果关系 黄 立 (635)

论分别侵权行为 杨立新 陶 盈 (665)

论无意思联络数人环境侵权责任的承担模式 刘智慧 (686)

风险社会视域下大规模侵权的定位

——侵权责任的正当性基础比较分析 焦富民 沈斌天 (698)

专家对第三人责任的规范模式与具体规则 周友军 (713)

论社会活动组织者的安全保障义务

——由南宁“驴友案”引发的思考 张 伟 赵雅倩 (723)

安全保障义务人承担补充责任的原因 杨 会 (734)

论产品设计缺陷及其认定 冉克平 (748)

论瑕疵器官移植的损害赔偿責任 刘长秋 (764)

我国《侵权责任法》中的证据规范 王 雷 (774)

【商法研讨】

《公司法》与《证券法》及外商投资企业法联动修改 刘俊海 (786)

论中国大陆外资企业股权转让争议

——以虚假报批之审查为中心 徐崑明 (810)

对母公司股东的保护

——以日本公司法修改纲要为中心 楼建波 姜雪莲 (829)

我国农民专业合作社多元化治理结构的立法研究 朱晓娟 叶玮昱 (838)

《消费者权益保护法》修改中的若干争议问题研究 徐海燕 (859)

被保险人因履行道德上之义务所致之损害

——评台湾地区“高等法院台中分院 2012 年度保险上易 1 判决” 张冠群 (868)

论中国巨灾保险法律制度的构建 任自力 (879)

从侵权的角度看保险人的恶意拒赔

——以美国保险法中的恶意侵权为例 白 江 (888)

保险合同格式条款内容控制的功能目的与法律适用 贺栩栩 (904)

论中国信托法中的八个主要缺憾	于海涌	(915)
我国商事信托的法理基础与实践探索	张天民	(925)
魂兮归来		
——论商法价值的变迁和重塑	张保红	(933)
C2C 网络销售模式与商法规范的发展	张 辉	(940)