



The Collection of Important Reports Subsidied by
Ministerial-level Projects of China Law Society

中国法学会部级课题 成果要报汇编

2016年

中国法学会 / 编

[民商经济法与知识产权法卷]

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



The Collection of Important Reports Subsidied by
Ministerial-level Projects of China Law Society

中国法学会部级课题 成果要报汇编

2016年

中国法学会 / 编

[民商经济法与知识产权法卷]

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法学会部级课题成果要报汇编. 2016 年. 民商经济
法与知识产权法卷 / 中国法学会编. —北京: 中国
法制出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-5093-8174-8

I. ①中… II. ①中… III. ①法学—中国—文集 ②民
法—中国—文集 ③知识产权法—中国—文集 IV.
①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 009015 号

策划编辑 舒 丹

责任编辑 欧 丹

封面设计 杨泽江

中国法学会部级课题成果要报汇编 (2016 年) 民商经济法与知识产权法卷

ZHONGGUO FAXUEHUI BUJI KETI CHENGGUO YAobao HUIBIAN (2016 NIAN) MINSHANG JINGJIFA YU ZHISHI CHANQUANFAJUAN

编者/中国法学会

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787 毫米×960 毫米 16

版次/2017 年 12 月第 1 版

印张/19.5 字数/327 千

2017 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8174-8

定价: 65.00 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: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66066621

邮购部电话: 010-66033288

(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)

编委会

顾问：王乐泉

主任：陈冀平

副主任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军

委员：（按姓名拼音排序）

卞建林	蔡守秋	陈卫东	陈兴良	陈泽宪	付子堂
公丕祥	韩大元	何勤华	胡建森	黄进	怀效锋
贾宇	李浩	李林	李龙	李明德	李仕春
梁慧星	林嘉	刘春田	马怀德	莫纪宏	沈国明
沈四宝	孙宪忠	王利明	王振民	吴汉东	吴志攀
姚建宗	叶青	应松年	张保生	张庆福	张守文
张卫平	张新宝	赵秉志	赵旭东	郑成良	周叶中
朱孝清	朱勇				

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭伶 张涛

编辑：曹菲 姚国艳

出版说明

为了加强课题研究成果的应用转化，推进中国法学会新型智库建设，更好地为中央决策和法治中国建设服务，中国法学会建立了课题成果要报制度。凡承担中国法学会部级法学研究课题，应在申请结项鉴定前至少撰写 1 份成果要报，针对当前和今后一个时期我国法治建设中迫切需要解决的重大理论和现实问题，从法学理论和法治实践的角度提出对策建议。

课题成果要报制度实施的效果非常明显，2016 年共收到课题成果要报 228 份，较 2015 年的 192 份增加了 18.75%。部分选题重要且具有较强应用价值的成果要报，推荐作为中国法学会《要报》报送中央有关部门。同时，分“宪法与行政法卷”、“民商经济法与知识产权法卷”、“刑法与诉讼法卷”、“社会法、环境法与国际法卷”和“十八届四中全会专题卷”共五卷，结集出版《中国法学会部级课题成果要报汇编（2016 年）》。

中国法学会

2017 年 12 月

CONTENTS

目 录

民法篇

003	共同侵权行为解释论	包俊
008	要物契约的渊源与存废问题研究	王华胜
013	纯粹不作为侵权研究	张玉东
015	法定离婚理由的伦理限制研究——历史与比较视角的分析	崔兰琴
020	遗嘱错误制度研究	赵毅
025	关于农村住房与宅基地使用权流转的思考	赵俊芳
030	构建城乡统一建设用地的制度障碍及其化解	黄忠
041	农村建设用地流转市场法律规制的对策研究	黄延廷
047	建构农地信托制度、推动城乡要素资源对接对流	李蕊
052	缔约正当信赖与程序视角的契约解释	刘勇
057	能源财产权利流转制度的建构与完善	郑佳宁
062	应进一步深化青海牧区草场产权制度改革	乔军
066	关于农村土地承包经营权抵押融资的思考与完善——以太仓实践为例	赵新华
071	药害事故的责任保险救济方案研究	贺栩栩
077	我国网络社团的法律规制的几点建议	孙静

商法篇

085	促进、规范、保护：《电子商务法》的立法精神	孟兆平
-----	-----------------------	-----

090	大数据挖掘技术发展引发的用户隐私风险及法律规制研究	胡水晶
096	航空运输代码共享法律研究	刘胜军
100	信托法的修改与完善	朱 圆
105	青海商事制度改革面临的困境与对策分析	乔 军
110	中国在西非国家投资争议解决机制研究——以非洲商法统一组织为中心	王秉乾 周丽霞
114	信托法修改与完善研究	文 杰
118	从源头治理商业腐败——公司治理视角	袁杜娟
123	我国机构投资者参与公司治理股东提案权的完善	马其家
131	机构投资者参与公司治理中“内部人控制问题”的解决建议	马其家
136	信托推进三权分置分析及应对建议	于 霄
140	股东权利穿越行使的法律问题研究	李诗鸿
146	中国上市公司法律风险管理研究	任伊珊
152	变革中的公司资本制度研究	丁 勇

经济法篇

159	我国食品追溯体系制度的不足及其完善措施	王丽娜
164	我国食品安全警察制度需要完善的几个方面	左袖阳
169	WTO 补贴规则及我国相关产业政策调整研究	欧福永
175	我国食品安全风险交流的法律规制框架	孙 颖 孙娟娟
180	我国企业慈善捐赠与税收政策研究	童 蕊
187	我国互联网企业滥用市场支配地位的反垄断规制对策	吴太轩 叶 明
192	全球化时代我国反垄断法国际合作模式研究	陈 兵
197	网络金融消费违约救济研究	金 晶
202	互联网金融与后“股灾”背景下的资本市场犯罪立法完善建议	谢 杰

207	依托财政责任机制约束地方政府举债融资行为	王婷婷
213	地方政府债务风险防控的基本理念与具体原则	王婷婷
218	中央税收优惠政策文件的现状与分析	李玉虎
223	美国农业法律制度演变规律及其启示	王维芳
228	完善中小企业社会责任法律制度的建议	卢代富
234	我国低空空域改革背景下的通用航空市场准入法律研究	韩文蕾
239	促进种业发展的法律保障机制研究	杨东霞
243	“十三五”期间我国农业法制应重视正负协调	刘国涛 张百灵

知识产权法篇

251	我国中医药知识产权制度研究	宋晓亭
255	跨国知识产权纠纷的冲突法研究	倪 静
259	云计算环境下的著作权保护与制度创新	董京波
264	我国知识产权法定赔偿适用规则研究	朱启莉
268	WTO 背景下我国知识产权发展规划立法研究	熊建军
278	当前国际知识产权制度的发展和对我国的影响	李洁琼
282	以司法为主导的民营企业知识产权保护体系研究——以义乌为样本	钱建军
287	贸易便利化要求下自贸区知识产权海关保护问题研究	马 乐
292	我国驰名商标反淡化机制适用的现状和未来	刘 维
296	混淆可能性在商标侵权结构中的应有地位	刘 维
301	关于加强自由贸易试验区知识产权海关保护的对策建议	孙益武

民法篇



共同侵权行为解释论

包 俊

本研究报告是南京师范大学法学院包俊副教授主持的中国法学会 2013 年度部级法学研究自选课题《共同侵权行为解释论》（课题编号 CLS [2013] D138）的成果精粹。

一、现行共同侵权制度在解释上存在的问题

凡法律均需解释才能适用。虽然《侵权责任法》以第 8-14 条共计 7 个条文构建了共同侵权法律制度，但在适用上仍存在下列解释上的问题：（1）《侵权责任法》第 8-12 条各自适用范围边界尚未予以厘清；（2）《侵权责任法》第 9 条第 2 款、第 49 条、第 67 条所涉竞合侵权人各自承担的侵权责任之间的关系未作规定，存在立法空白，需要由最高人民法院进行漏洞补充；（3）《侵权责任法》第 14 条中，在需承担连带责任的其他侵权人无赔偿能力时，向赔偿权利人承担了内部责任份额以外的侵权人的追偿权不能实现时如何分摊损失，对此存在立法空白，需要由最高人民法院进行漏洞补充；（4）《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 5 条对《侵权责任法》第 13 条与《民事诉讼法》第 119 条之间的冲突问题的解决方法是由法院追加其他共同侵权人作为共同被告。这一解释与《侵权责任法》第 13 条明确赋予赔偿权利人对责任承担主体的选择权之规定相违背，同时该解释也无力处理部分加害人无法查明

其身份,从而无法追加的情形。因而,对《侵权责任法》第13条与《民事诉讼法》第119条规定之间的冲突问题,需要进行新的解释,才能实现两部法律之间的和谐;(5)切实贯彻《民法通则》第3条规定的平等原则,要求对特别法上的数人侵权行为之责任承担方式进行梳理,并重新予以适用上的解释或修法。例如,《水污染防治法》第85条第4款,《海洋环境保护法》第90条后段,《建筑法》第66条、第67条第2款,《证券法》第69条、第208条第2款,《产品质量法》第57条第2款、第58条,《广告法》第38条第1款和第3款,《消费者权益保护法》第44条第2款、第45条第2款和第3款,《环境保护法》第65条等。

二、课题组观点:数人侵权行为承担连带责任之基础在于损害不可分

在共同侵权行为的界定上,德、英等国将共同侵权行为限定为共同故意侵权行为或一致行动人产生不可分损害。除此之外的数人侵权产生不可分损害,虽在法效果上与成立共同侵权行为一样承担连带责任,但不纳入共同侵权行为。而日本及我国台湾地区则认为只有共同侵权行为才承担连带责任。我国民法理论界一般认为只有成立共同侵权行为,才能适用连带责任。因此,对共同侵权行为的界定只有采取日本模式才能与这一现状相适应。

在共同侵权行为的学说主张上,我国民法学界主要有主观说、客观说、折衷说和兼指说等几种观点,其中有的学说内部又分为不同的流派,如主观说中的共同过错说、意思联络说、共同过错与故意过失结合说等。主观说对最高立法当局的影响占据优势,但最高人民法院主导司法解释起草工作的陈现杰等人的观点似乎又与我国台湾地区学者王泽鉴先生倡导的兼指说相呼应。对理论上的上述纷争进行必要的梳理,拿出令人信服的理由做出取舍的决断,是难以回避的一项基础性工作。更为重要的是:对隐含在法条背后的法秩序、价值秩序进行必要的梳理,以限缩或扩张等解释方法解释现有法条,从而获得法律体系的内在和谐,才能为最高人民法院出台相关司法解释提供有意义的参考。

经比较,大多数国家的法律制度都将一致行动作为施加连带责任的可替代的基础。每一名参与的侵权行为人都要对总损失负责,在此范围内只有一个不可分

割的损失，而不是多项独立损失。即通常数个行为人造成单一的、不可分的损害时，各侵权行为人都应赔偿受害人遭受的全部损害，无论他们是否共同策划；在多个侵权人之间，损害则应按照他们各自的责任分摊。纳入考察范围的德、法、意、日、英、美等 12 个国家和地区中，只有美国的规则与连带责任的一般规则大不相同。

厘清共同侵权行为的理论纷争，必须从已有的共识出发。自己责任原则是共同侵权制度的基石。共同侵权制度绝不是减轻参与共同侵权行为的加害人对受害人责任的正当事由。以此为出发点，我们必须以因果关系的一般判断方法去衡量每一个具体侵权人的行为与全部损害之间的因果关系。在单独侵权行为的因果关系判断方法上，我们已然接受了以相当因果关系为核心的理论。然而，在数人侵权因果关系的判定方法上，我国大陆流行的原因力理论，其实质仍是以必然因果关系理论为前提，这正是共同侵权行为理论上产生纷争的根源之所在。数人侵权造成同一损害时，无论是否存在共同故意或共同过失，以相当因果关系作为基本的判断方法，必然出现因果关系重叠现象，损害在事实上不可分由此而生。经过价值判断的过滤，绝大部分事实上不可分的损害能够成为法律上不可分损害，少部分则归入了法律上的可分损害。连带责任的法律技术运用于这种因果关系重叠的情形，既实现了自己责任原则的贯彻，又获得了司法资源利用的效率最大化。无论是学说，还是立法与司法，连带责任与不真正连带责任的区分早已摆脱了“法律上同一原因说”的窠臼，“同一阶层性说”不仅在比较法上可以找到例证，更在《侵权责任法》第 10 条、第 11 条等条文中得到了证明。基于损害在法律上的不可分而成立连带责任因此而得以证成。

综上，首先，共同故意或共同过失的存在，意味着每一侵权人的行为与全部损害间的相当因果关系均当然成立，连带责任成立的可以据此予以判断。其次，共同故意或共同过失不能排斥其他情形下形成的因果关系重叠。以相当因果关系的“全有全无规则”进行判断，因果关系的重叠不仅在片面共同故意中存在，在侵权人利用他人的过失行为实现自己的侵权故意中亦客观存在，而在无须以过错为要件的其他共同实施的侵权行为类型中也客观存在，更在竞合侵权行为中广泛存在。最后，在不确定因果关系中，之所以对危险行为人课以责任，并非因为行为人可能造成损害，而是其未能证明其没有造成损害，从而被法律推定其实际造成了损害。这种因果关系推定是立法者对民事主体安全与自由两种价值优先顺位

安排的结果。只有允许被推定成立因果关系的侵权人反证推翻这种因果关系，从而不成立侵权行为，才能真正在这一领域贯彻比例原则。

三、课题组的对策建议

1. 《侵权责任法》第8条的适用，应限定于是否存在“共同实施”本身，而对“共同实施”应以集体行动说（即一致行动的意思而非共同故意或共同过错）予以解释。但《国家赔偿法》与《侵权责任法》适用主体一致行动造成他人损害的情形，应一律适用《国家赔偿法》。

2. 《侵权责任法》第9条与第8条之间的界限，可以借鉴刑法学界以是否从事了侵权计划中作为侵权行为成立要件上的行为为标准，来区分直接实行人与间接实行人。依体系解释，不应允许对《侵权责任法》第9条第2款的“监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任”进行反面解释；在“相应责任”的数额确定上，应严格按《侵权责任法》第32条第1款予以确定，教唆人、帮助人的存在，不能作为监护人减少“相应责任”数额的事由；在教唆人、帮助人的侵权责任与监护责任的关系上，当“相应责任”依《侵权责任法》第32条认定，监护人需对受害人的全部损害承担责任时，两种责任应依连带责任处理；当“相应责任”依《侵权责任法》第32条认定，监护人需对受害人的部分损害承担责任时，两种责任就重合数额部分依连带责任处理，超出部分为教唆人、帮助人的单独责任；在无民事行为能力人、限制民事行为能力人有财产时，监护人承担“相应责任”的补充责任；在侵权人的内部责任分配上，无民事行为能力人、限制民事行为能力人对其行为及其损害结果没有识别能力的，由有完全民事行为能力人的教唆人、帮助人承担主要责任；有识别能力的，由其监护人承担主要责任，但形成意志支配关系的，由支配人承担主要责任。

3. 《侵权责任法》第8条与第10条之间的界限，应以是否存在“共同实施”作为界分点，第10条只能被解释为分别实施的危险行为。

4. 《侵权责任法》第10条至第12条的适用，首先，应区分竞合侵权行为造成的是法律上的可分损害还是不可分损害，前者适用第12条，后者适用第10条或第11条；其次，将竞合侵权行为造成不可分损害进一步区分为不确定因果关系类型与确定因果关系类型，前者适用第10条，后者适用第11条；最后，将法

律上的可分损害进一步区分为因事实上可分的损害而被直接认定为法律上可分的损害，与事实上的不可分损害，但基于法律政策和举证责任的分配而被认定为法律上的可分损害，前者适用第12条前段，后者适用第12条后段。

5. 《侵权责任法》第9条第2款、第49条、第67条中竞合侵权人各自承担的侵权责任之间的关系，应区分因果关系是否确定、损害是否在法律上可分，依《侵权责任法》第10-12条中的相同情形、相同处理之原则加以解决。对特别法中的竞合侵权行为以及《侵权责任法》颁布前的相关司法解释中的有关竞合侵权行为的规范均应按上述原则重新解释或修法。

6. 共同侵权人内部追偿权的行使，遇到部分侵权人无赔偿能力的情况，应依公平原则进行再分配。

7. 被侵权人对责任承担主体的选择权与必要共同诉讼制度的冲突，应从诉讼制度的目的来理解，将其视为独立的共同诉讼形态，但在适用中应当避免裁判冲突的问题，并区分不同情形考虑确定判决的效力。

要物契约的渊源与存废问题研究

王华胜

本研究报告是安徽财经大学法学院王华胜讲师主持的中国法学会 2013 年度部级法学研究自选课题《要物契约的渊源与存废问题研究》（课题编号 CLS〔2013〕D140）的成果精粹。

我国现行的合同法引入了罗马法传统中的要物契约制度，对于这种制度是否具有合理性以及未来民法典是否应当继续保留这种制度，国内学者仍然存在争议。我们认为，在对一种制度的存废问题做出解答之前，首先必须对该制度本身的渊源、本质属性及其价值有深入的了解，否则该答案就很难有说服力。

要物契约渊源于古罗马时期，当时的罗马契约法是一种形式契约体系，任何一种交易必须符合法定的形式才具有法律效力。但对于朋友、邻居之间频繁发生的小额交易而言，烦琐的形式无疑是难以容忍的，所以日常生活中熟人之间的借用、借贷、寄存等行为很少采用法定的形式，而采用直接交付的方式。这种简约行为最初并不受法律保护，后因给付之诉的出现以及裁判官所创立的诚信诉讼，这些简约行为先后获得了法律救济。在这些交易中，当事人之间的口头约定并没有法律效力，产生债的基础是标的物的交付。当罗马的“契约”（contractus）概念扩大到了单方允诺之后，这类约定也纳入契约领域，标的物的交付也就成为这类契约的缔结方式。

随着历史的发展，罗马的形式契约已经逐渐被废弃，而要物契约则保留了下

来，我国合同法也引入了这种古老的契约制度。由于历史环境的变迁，要物契约的生存背景已经被人们遗忘了，结果导致我们在移植要物契约制度时，对制度本身的价值属性出现了理解上的偏差，这偏差主要表现在两个方面：

一、忽视的要物契约的口头性，对要物契约的父爱式关怀认识不足

根据要物契约制度的要求，契约是通过标的物交付的方式来缔结的，在交付之前当事人之间的约定没有效力。要物契约这种特殊的缔结方式，体现了契约法对允诺者的一种父爱式的关怀。因为口头约定往往可能是不审慎的，法律保护诺言，但并不保护戏言，在标的物交付之前给予允诺人反悔的机会，正是为了解决口头约定可能存在的瑕疵。但需要提醒的是，契约法确保当事人审慎决定的方式是多样的，任何在口头约定之外的形式要求都体现出对契约自由的父爱式的干预。而且形式越繁杂，其确保审慎的功能就越强。在涉及当事人重大利害关系的交易中，法、德等大陆法国家一般均要求契约应采用公证形式便是这个道理。换言之，如果借贷、借用、寄存契约已经采用书面方式，甚至是公证形式，这足以达到确保当事人审慎的目的，就无须再将其规定为要物契约。那种认为自然人之间的借款为实践合同，那么无论是口头还是书面形式，均须在标的物交付时生效的观点，完全是从概念分析和逻辑推理得出来的结论，既脱离了要物契约制度的历史传统，也背离了要物契约的价值追求。

要物契约制度可适用于借贷、借用、寄存，但并不可以说借贷、借用、寄存一定是要物契约。在古罗马时期，借贷行为可以用要式口约方式，也可以用天平铜块方式，还可以采用要物形式。正如采用要式口约方式的借贷不能称为要物契约一样，采用公证形式的借贷也就不可能再采用要物方式缔结。否则，我们就无法理解公证形式的要物契约有何正当性基础。

现代大陆法国家已经普遍要求质押采用书面形式，以确保质押人审慎作出决定，但并没有将这一要求涵盖于无偿的借贷、借用和寄存行为，其原因在于这三类交易多发生在朋友、亲属之间，这种交易是以友情与信任为基础的，所以人们往往会排斥形式契约的存在。如果忽视这一社会现实，即便强制规定为书面形式也未必能得到遵守。