

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期部分专业课授课教师，  
开讲：法学答疑课。

# 北大“法学阶梯” 进阶讲座系列



**叶 姍** 教授  
学习财税法的  
四个重要问题



**葛云松** 教授  
学习物权法的  
三个重要问题



**傅郁林** 教授  
学习民事诉讼法的  
六大要点与三大难点



**阎 天** 助理教授  
学习劳动法的  
六类疑难问题



**肖江平** 副教授  
竞争法学习中的  
“1-2-3”



**孙东东** 副教授  
学习司法精神病学  
应当关注的五个要点



**邓 峰** 教授  
学习经济法的  
三大进路



**彭 冰** 教授  
学习金融法的  
四大重点问题



**陈一峰 易平** 副教授  
学习国际法的  
六大要点



**常鹏翱** 教授  
学习民法总则的  
五大重点

作为中国近现代法学专门教育的先行者，北京大学法学院一直以来高度重视法学教育的改革和探索。2018 新学年伊始，北京大学法学院在教学方面突破创新，打造北大“法学阶梯”系列讲座活动，旨在促进教学资源 and 教学内容多元化、层次化发展，搭建学生与老师之间的对话桥梁。

本学期中间，法学院已集中推出“进阶讲座”系列活动，邀请一些修课人数较多的大班课程的授课教师举办公开讲座。教务部门经由问卷调查等多种形式，收集修课学生的问题和建议，分类汇总给授课教师，由授课教师挑选代表性问题，通过公开讲座的方式，集中、系统性地答疑解惑。

本系列讲座于期中举办，旨在改变以往课后针对个别学生的零星答疑不够充分、缺乏体系、难以集体受益的局面，为学生系统清除前期学习中累积的困扰，指明下一步学习的方向和重点，帮助学生克服路障，拾阶而上，故命名为“进阶讲座”。

作为一个创新型的开放性课堂，“进阶讲座”系列活动，同时欢迎其他高校的法学院学生旁听，面向全社会开放。

# 目录

---

叶姗：学习财税法的四个重要问题.....	4
葛云松：学习物权法的三个问题.....	10
傅郁林：民事诉讼法学六大要点和三大难点.....	18
阎天：学习劳动法的六类疑难问题.....	24
肖江平：竞争法学习中的“1-2-3”.....	29
孙东东：司法精神病学的发展趋势.....	36
邓峰：学习经济法的三大进路.....	38
彭冰：学习金融法的四大重点问题.....	43
陈一峰、易平：学习国际法的六大要点.....	49
常鹏翱：学习民法总则的五大重点.....	56

12/3 三教401  
15:10-18:00

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期间部分专业授课教师，  
开讲：法学答疑课。



# 学习财税法的 四个重要问题

北大“法学阶梯”  
进阶讲座之一

叶珊

北京大学法学院教授，  
博士生导师，  
兼任北京大学税法研究中心主任。  
研究税法、社会法、经济法总论，  
有专著多部，发表论文数十篇。

2018年12月3日，北大“法学阶梯”进阶系列讲座第一场“学习财税法的四个重要问题”，在第三教学楼401教室举行。本次讲座由北京大学税法研究中心主任、博士生导师叶珊教授主讲，北京大学法学院教务办公室主任乔玉君老师担任主持人。叶珊老师以选修《财税法学》课程的研究生提出的学习中遇到的各种问题和困惑为基础，重点提炼和讲述了学习财税法的四个重要问题：其一，财税法的学习与研究方法；其二，财税法的立法论与解释论；其三，财税法的宏观与微观视角；其四，财税法的基本规则体系。

## 导论

讲座之前，助教通过问卷形式收集了选修《财税法学》课程的同学们在学习财税法学过程中的困惑和问题，并对这些问题进行了分类处理。在此基础上，叶珊老师提炼了同学们在学习财税法过程中面临的四个重要问题：财税法的学习与研究方法、财税法的立法论与解释论、财税法的宏观与微观视角、财税法的基本规则体系，并就同学们提出的具体问题给予系统的集中回应。

其一，财税法的学习与研究方法。除了积累专业知识这种传统的学习模式之外，作为一名财税法课程的研究生，还需要具备一定的研究能力和解决问题的能力，这种研究能力并非狭义上的学术研究的概念。这是财税法学习首先需要谈到的问题。

其二，财税法的立法论与解释论。当谈论财税法问题时，立法论和解释论这两种视角是不停转换的。对于立法发展日新月异的学科，解释财税法是该学科最根本的东西；然而，面对不断更新换代的财税法，又需要财税法学习者紧贴创制规则的思路，去探究规则创制背后的逻辑及其影响因素。

其三，财税法的宏观与微观视角。同学们所提出的问题总体可以分为宏观和微观两个视角，既关注到财税法宏观层面的问题，也关注具体制度层面的问题。微观的具体制度并不意味着不重要，相反，恰恰是掌握细枝末节的内容才能更好地应对和理解财税法适用过程中面临的问题和制度设计的精妙之处。

其四，财税法的基本规则体系。对于初学者而言，财税法看起来是比较庞杂的体系，但是万变不离其宗，其中有一条主线可以将看似复杂的知识串联起来。对财税法进行一定程度的学习之后，再重新回顾财税法的基本规则，会有不一样的感受，这也是一个必要的学习过程。

## 一、财税法的学习和研究方法

(一) 关于如何进行财税法资料检索。如果将财税法分成中国法和外国法,我国目前研究得更为系统的是中国法。外国法是一个很宽泛的概念,比如有同学提出想要对美国房地产税制进行深入的了解,国内已经有大量文献对美国的财税法制度进行了介绍和分析,感兴趣的同学可以主动去钻研。对于北大同学来说,最便利的学术性资料库是北大法宝,其中基本可以找到所有需要用到的文献。其次,在税务部门的官方网站中,会有规范性文件的集合,中国现行法是大家获取信息的重要来源。对于外国法,则可以通过外国法的相关网站获取各国财税法律动态信息,如IBFD、OECD、IMF等。

(二) 关于如何学习财税法。有同学对是否需要熟记每一条财税法法律条文提出疑问,财税法或许并不需要去背法条,但法条是获取财税法知识的重要来源。对于财税法而言,规范性文件非常多,一些非常具体的问题,看似是新问题,其实很多都已经通过规范性文件作出了注解。这种“立法”状况常常受到许多批评,因为规范性文件不可避免的会出现逾越法律法规甚至创制规范的问题,这些规范性文件是每一个纳税人应当了解和遵循的行为准则。然而,在解读这些规范性文件时,最终还是应当回到财税法基础理论上。

(三) 关于如何获取财税法前沿知识。对于研究和实践中遇到的比较棘手的问题,或者实务中遇到的挑战,大多数学者会以论文的方式对问题作出回应,这是目前了解财税法前沿知识时很便捷的渠道,学习法律应当具有这样的触觉;专著也是一种更为系统的阐述,但是专著会有一定时效性问题,学术论文也是如此,因为发表周期等多重因素有时会出现热点问题与发表热潮错峰的问题。此外,还可以借助时评这种渠道,时评可以为大家及时提供一些信息和观点。自媒体时代很多公共知识分子有很多渠道发表其对某一事件的评论,但在浩如烟海的信息中,要学会甄别,不能盲目迷信公知所选择的立场、灌输的概念,应当保有一定的自我判断和警醒。

(四) 关于财税法的学习思维。与其说学习财税法是寻找解题答案,不如说是学习并掌握一种学习思维。财税法中有些问题可能会有直接答案,而有些问题其实是多重因素综合作用的结果。这些因素,既有制度方面的原因,也受限于行业发展的现状,

还可能受到税务机关等主体不同立场的考量的影响。财税法很多时候是一种价值衡量,比起胜负分明,更注重追求共赢的结果。这是学习财税法过程中需要认识到的一点。

## 二、财税法的立法论和解释论

### (一) 财税法的立法论

财税法立法论和解释论的视角总是交叉出现的,这一现象也集中体现在近三四十年来日本的立法论与解释论的发展历程中。税制改革本身就是一种反复发生的过程,区别只在于阶段和背景的不同。我们身在其中不仅要接受已成定局的结果,更多的还是要积极参与到这一过程中来。

在财税法学习过程中,立法论是不可或缺的视角。对于财税法学习者来说,需要了解的是,制定规则背后的逻辑,以及是什么因素促使了规则的改变。财税法中一个很特别的现象是,行政机关尤其是财税主管部门有更多机会制定下位层级的规则。在立法机关行使宪法所赋予的立法权之后,会发现仍有层出不穷的问题是现行法所难以应对的,这就是在执法过程需要进一步完善的地方。事实上,这种制定规则的方式应当称为续造。相对于传统部门法,财税法中规则续造更为常见。如果没有法律规则的续造,在面对具体问题时,地方会有各种迥然不同的做法,很多问题没有办法直接给出十分明确的适用结果。当然,从消极层面来看,这种做法存在瓦解上位法权威的可能性,这种情况会在将来不断得到改善,比如现在会对规范性文件进行附带审查,这有助于解决规范性文件越出越多的现象。而面对法律体系中上位法和下位法的层级关系,下位法到底能够创新和突破到什么程度,这是需要去思考的问题。

### (二) 财税法的解释论

面对法律规则的适用和法律规则的续造等问题,必须掌握解释和适用税法规则的一般性原则。有同学提到信托课税是否能用实质课税主义来解释,事实上当前某些概念的引入是很中国化的,比如基金、信托、破产等。面对具体问题,是应当穿透监管还是认定实体,这些都是非常典型的适用问题。怎样在具体的法律安排中得出税法上的结果,这仍然需要我们查阅大量文献,同时结合中国法下的具体规则来进行解释和适用。所有税法规则制定的背后均有一定的法律原理在支撑。而规范性文件的矛盾处就在于此,它既统一了执法标准,展现了执法部门更专业的方面,另一方面,所有部门起草的文件都难免包含部门利益。所幸的是,在财税立法过程中,立法参与者很多,

既有纳税人代表，也会有实务界代表。创造良好的营商环境需要什么类型的税收环境，这也是促使财税法规改变的原因。

### 三、宏观和微观视角

#### （一）宏观视角

在财税法学习和研究中，需要同时具备宏观视角和微观视角。财税法不是孤立的学科，很多情况下，判断和处理财税法上的问题需要考察财税法和民商法、行政法及国际法之间的关系。对于同一法律事实，不同的部门法会有不同的评价，民商法有民商法上的评价，税法有税法上的评价，应该怎么去看待民商法上的评价，是直接适用还是去改变民商法的评价，这时候往往又需要重新回到财税法的立场来考量。一般情况下，财税法更多的是从公法的层面来考量。有一些较为系统的研究视角，比如民法与税法的衔接，需要考察的是，民法与税法对同一客体评价的不同究竟基于何种考量；而税法与行政法之间的关系在于，二者都是公法性质很浓的部门法，因而不大可能会以个体角度作为核心出发点。这是因为，财税法最本质内容还是在于分配，始终要解决的是通过参与初次分配之后所筹集到的财政资金进行宏观的再分配。这个再分配本来就是对市场的矫正，所有参与主体在此过程被强制参与分配，因此，财税法上纳税人权利保护往往也需要从宏观视角出发，而非从某一个个体的角度来考量。

#### （二）微观视角

财税法在微观视角的重要体现是，某一个具体实体税种带来的税收负担或者交易成本往往成为民商事活动和经济活动中商业决策的重要因素，交易当事人在做商业决策时需要考虑税收在其中会起到什么作用。另外，回到个案，发生税收争议时应如何解决也是微观层面很重要的问题。目前，学习者提出的问题大部分是站在立法论的角度，比如房产税为什么要重新设计等。这是因为现行讨论中要出台的房地产税并不仅仅涉及房产税一个税种，还可能会考虑到城镇土地使用税、土地增值税等税种，考虑到地方政府财政收入的组织以及房地产市场的调控等；同时，也会涉及税收政策与税法之间的关系。

### 四、财税法基本规则体系

财税法基本规则体系可以分为法定课税要素、解释性规则和税收政策体系。首先

是法定课税要素，除了法定课税要素之外，哪些要素可以由下位规则来规定，就涉及到非常复杂多元的细节问题。其次是解释性规则，在理解税法规则时，解释性规则的重要性不可忽视，这一点在消费税法的学习中会有更充分的理解和认识。

最后是税收政策体系。首先，税收政策并不是只有一种样态，它具有非常灵活的形式，执政党文件所涉及的税收内容可能是一种政策，中央政府或国务院也可能颁布一系列税收政策，还有行政主管部门所发布的政策文件。这些政策在许多层面上也具有创造性，但也有一些只是用更通俗的语言对现行法律法规进行了重述，从某种程度上来说，这也是一种政策。政策的组成是多元化的，教科书上往往说行之有效的税收政策经过若干年的检验之后会上升为税收法律，但其实未必。很可能只有一些创造性规则会最终形成法律。

在全面推进依法治国以及十八届三中全会所要求的重大改革立法先行的背景下，如果以往行之有效的试点政策不太可行，应该如何纠正该政策是一个值得进一步探讨的重要问题。比如地方税收优惠，当政策默许它的发生和发酵，其所产生的税法上的不利后果，该如何去纠正和调节，是否要受到诚信原则或者信赖利益保护原则的约束，这些都是宏观政策的问题，一时之间难以确定解决方案。再比如，个人所得税法的修改，修改后个税实际纳税人只剩下 6369 万人，全中国人口接近 14 亿，而实际需要缴纳个税的只有 6369 万人，如果算上专项附加扣除，将会有更多人被排除出个人所得税纳税人的范围。而在 2011 年个税法修改后，全国仅有 2700 多万人缴纳个税。由此可见，过去七年，我国居民个人收入还是大幅增长的，这与我国整体经济情况的发展密切相关。税收法定不能静态地看，很多问题也并非有一个静态的答案，社会经济的客观情况对于财税法的发展是现实的挑战。

概言之，选修《财税法学》课程的，除了财税法方向的法律硕士（非法学）研究生和法律硕士（法学）研究生、经济法学专业财税法学方向的硕士研究生外，还有不少其他专业、方向的硕士研究生，本次讲座不仅加深了同学们对《财税法学》课程的理解和认识，而且使不少前来旁听讲座的校内外同学初步了解到《财税法学》课程的知识体系和学习方法。

最后，叶姗老师指出，在《财税法学》剩下的几周课程里，同学们将继续学习和研究财税法学方面的知识，重点是税收单行法和税收征管法等，希望同学们保持对《财税法学》课程的学习热情和研究兴趣，结合当前的财税法热点问题，掌握好财税法基础理论。

12/3 法学院凯原楼报告厅

18:40-20:30

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期部分专业授课教师，  
开讲：法学答疑课。



# 学习物权的 三个重要问题

北大：法学阶梯  
进阶讲座之二

葛云松

北京大学法学院教授，博士生导师。  
主要研究民法总则、  
物权法、债权法、票据法、  
非营利组织法，出版专著多部，  
发表论文数十篇。

12月3日晚上，北京大学2018年秋季学期法学院物权法课程的任课老师葛云松教授，为大家带了以《学习物权的三个问题》为主题的课程进阶讲座。讲座围绕着同学们在初学物权法过程中产生疑惑较多的问题展开，展示了解决物权法难题的基本思路。

## 一、如何辨别物权

物权和债权的区分，是民事财产法的基本结构。物权是当事人关于特定有体物财产享有的具有对世性的绝对权。对世性要求权利内容不仅需要为物的权利人和交易相对人所知悉，也要权利内容为潜在第三人所知悉。因此，法律秩序要求物权的类型须由法律创制，而不可任由当事人随意“发明”；特定物权的得丧变更，需依法律预设的规则而发生，从而保障人人可以大体上准确地判断物权的归属，这就是物权法定原则。物权的对世性和物权法定原则，构成了物权相对于债权的显著特性，这一特性对于案件的处理结果影响甚巨。因此法律适用者在分析案件时，常需要判断当事人权利的性质。在面对典型案例时，做出判断并非难事。但是，生活实践是无限丰富的，制定法规则不能可能穷举所有的可能性，现实中必然存在着某些“边界问题”，主要体现为债权的物权化。非《物权法》规定的典型物权，依据通常理解仅具备债权效力，却依据一定的交易规则，出现了对抗非特定第三人的可能性。判断此种可能性能否实现，需根据一定法学方法加以分析。

### （一）正确理解物权法定原则

根据《物权法》第5条规定的物权法定原则，物权的类型和内容只得由法律所创制。其他途径（如当事人的约定）创制的物权类型不具备合法性，不能产生物权效力。此处强调的是，《物权法》第5条所谓的法律，应作广义法律理解，不仅限于全国人大及其常委会所制定的法律，也包括其他应该被交易者所知悉的法源，例如习惯法和法官造法等。

习惯法是否构成民法的法源，不无争议，这涉及到《民法总则》第10条的解释，以及在《民法总则》实施之前，习惯法是否构成法源。老师认为，习惯法始终是民法的法源。在此不展开讨论。

习惯法是可以设定物权类型的法源。例如，《民法通则》以及之后的《担保法》、《物权法》中，明确规定了留置权，但是，在《民法通则》实施的1987年之前，商业实践中就时常出现相关的实践问题。某人将汽车送修理厂修理，修理厂修好后

汽车所有人拒不交纳修理费，修理厂因而扣留汽车。修理厂是否有此权利？当汽车所有权人陷于多个不能清偿之债时，修理厂可否优先受偿？大体上可以辨认的习惯法是，修理厂有权扣留、有权优先受偿。一般伦理观念上，修理厂通过辛勤劳动、甚至新零配件的添附，增加了汽车的价值，其他债权人没有理由主张其处于平等受偿的地位。《民法通则》的规定使得该习惯法成文化，但是在《民法通则》之前该物权就已经作为习惯法而存在。

与此类似的是建设工程价款优先受偿权，此权利被规定在《合同法》第 286 条中，但《合同法》颁行的 1999 年之前，可否认为中国法上有此类型的物权？这里的问题与留置权一样，有可能认为，当时就存在着这一内容的习惯法。

一个待决的问题是居住权问题。2007 年《物权法》制定过程中，就是否应当规定居住权的问题，有过重大争论，但是最终没有放进去。这是否意味着，在当下，中国不存在“居住权”这种物权？未必。只能说，制定法上没有。至少某些类型的居住权，可能构成习惯法。

除了习惯法以外，法院也可基于特定考量创设物权类型。

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释[2002]第 16 号）第 2 条所规定的商品房消费者的权利，即为法官造法创设物权类型的著例。在其他通常的买卖合同（如一般的动产买卖）中，买受人在取得所有权之前，只针对出卖人享有债权，并无优于其他债权人的特别地位。但是，至少就商品房的消费者而言，最高法院认为，其权利优先于建设工程价款优先受偿权，进而，推论之下，也应当优先于抵押权。就其实质而言，该司法解释实际上创设了一种新的物权类型。

又如，根据 2015 年《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第 28 条的规定，在法院查封之前签署不动产买卖合同中，已支付全部价款的且已合法占有标的买受人的不动产所有权取得权，应优先于其他金钱之债而受偿。第 29 条规定的实质类似。根据上述规定，不动产买受人就特定不动产的利益高于其他债权人，申言之其所享有的权利具有对抗第三人的效力，因而性质上属于一种物权。

我们在理解法院确立新物权类型的权力时，不要仅仅认为最高法院的司法解释可以创设物权类型。设想一下，在 2002 年的建设工程价款优先受偿权司法解释颁布之前，海淀区法院审理这样的案件时，可否在判决中认为商品房消费者的权利居于优越地位？我个人认为，司法权的限度、物权法定原则，均不妨碍法院有这一权力。当然，这时的判决只属于个别法院的造法尝试，对于其他法院没有拘束力，而司法

解释则具有了普遍拘束力，与制定法的地位类似了。

## （二）法律条文的解释问题

典型的物权类型，当然规定在制定法之中。但是，制定法中规定了某些权利，有时要通过审慎的解释，才能确定其性质到底是物权还是债权。

例如，《合同法》第 230 条规定了承租人的优先购买权：“出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。”对于承租人的优先购买权的具体内容（进而决定了它的性质），则有不同的观点。解释上有几种观点：（1）出租人与第三人订立房屋买卖合同后，承租人主张其优先购买权（通知出租人），仅仅构成订立内容相同的买卖合同的要约，但出租人有承诺义务，如果出租人拒绝履行，须承担违反该承诺义务的违约责任。

（2）承租人的优先购买权是形成权，其行使权利（通知出租人）时，承租人和出租人之间即成立了一个内容相同的房屋买卖合同。承租人和第三人根据各自的买卖合同，都享有请求出租人转让房屋的请求权。这样，优先购买权的行使导致了典型的“一物二卖”现象。进而，承租人与第三人的地位平等，如果出租人已经向第三人转移了房屋所有权，则承租人仅能向出租人主张违反买卖合同的损害赔偿责任。

（3）基本同 2，但是，承租人在房屋买卖合同上的权利，有优先于第三人的权利，即，即使出租人已经对第三人转移了房屋所有权，承租人也可以从第三人处“夺取”所有权。在第 3 种观点之下，承租人的优先购买权的性质是物权。那么，优先购买权到底是哪一种性质？这是一个解释问题。

## （三）法律行为的解释

导致物权取得的主要法律事实，是民事法律行为，也就是，基于当事人的意思表示而发生，通常是双方的合意。民法的私法自治原则决定了，当事人的意思表示（主要是合意）是否导致了物权发生（以及何种物权），必须以意思表示的解释为基础。

例如，让与担保是民间常见的担保形式，大体的模式是，指债务人或第三人为担保债务的履行，将担保物的所有权转移给债权人，债务清偿后，债务人或者第三人重新取得所有权，债务不获清偿时，债权人以某种方式通过担保物受偿。理论上和司法上常常讨论它是否因为违反物权法定原则而无效。在老师看来，大多数讨论者忽略了一个核心问题：当事人到底意图通过约定而设定什么具体内容的权利。必须对这个问题进行分析，然后再看，那些当事人意图发生物权效力的内容，是否有



效（抑或会因为违反物权法定原则而无效）。

试举一例：甲将自有房屋过户到乙的名下，以担保甲对乙的债务。对于这部分合意，是否有涉嫌违反物权法定原则的地方？首先，甲作为所有权人对房屋有完整的处分权，将房屋过户给乙的行为完没有任何效力瑕疵。其次，房屋过户后，乙对房屋享有完整的所有权。通常来说，双方会约定乙在债务到期前不得擅自处分房屋。这一约定的内容，如果属于债权性质的约定，自然有效且与物权法定原则无关；如果双方意图作出物权性质的约定，即，意图使得乙的所有权不完整（欠缺处分权），则该约定因为违反物权法定原则而无效，但是应可转化为债权性质的约定而有效。

双方通常会约定：如果甲偿还了债务，所有权复归于甲。就此点而言，当事人可能有两种典型的约定方式：1、一旦甲偿还债务，所有权自动复归；2、甲偿还债务后，乙有义务（债务）将所有权转移给甲。后者是债权性质的约定，与物权法定原则无关。前者在性质上属于在（甲将房屋所有权转让给乙的）处分行为上附解除条件。就房屋而言，应认为法律未允许处分行为附解除条件，因此关于该条件的约定是无效的，但是应可转化为债权行为，内容同2。

不过，就2而言，还有一种变形：双方进一步约定，甲请求乙返还所有权的请求权，优先于乙的其他债权人。该约定的要义是，甲取回房屋所有权的权利属于物权取得权，具备物权性质。这时，就应当考虑物权法定原则了。制定法上肯定无此规定，但是，这一约定有其正当性。可以考虑应否通过法律续造而承认这种性质的物权，也就是承认该约定有效。

让与担保之下，当事人还有一些重要事项需要约定，其性质是物权还是债权需要辨析，上面的思路都适用。

## 二、存款人权利的性质

银行业是现代社会的金融支柱。存款人对于存款（活期储蓄）的权利的法律性质却存在理论争议。民法上发生这样的争议是因为，在一些案件中，对活期储蓄存款性质的不同理解，会导致不同的判决结果。例如，甲开立活期存款账户并存入1000元现金，但被银行错误记载为1万元，之后甲从上述账户向乙在同一银行的存款账户上转账汇款9000元，汇款后银行发现了对甲的错误，问，银行是否有权从乙的账户中减去8000元？这涉及到两个层面的法律问题。第一，甲存款1000元时与银行订立的合同的性质，以及甲因此而取得的权利的性质；第二，甲对乙汇款行为的性质。

储蓄合同的性质，通常理解为消费寄托合同，一种特殊的保管合同。消费寄托指以可代替物为保管物，双方约定将保管物的所有权移转于保管人，而将来保管人以种类、品质、数量相同之物相返还的保管合同。但是，也有少数学者认为，其性质是消费借贷合同，也就是，存款人把钱出借给银行。第二种观点，与银行业的历史、清晰可辨的一般民众观念以及银行业者的交易观念冲突，也与有关储蓄的法规冲突，显然不成立。不过，在消费寄托合同的性质之下，仍有部分学者争论，存款人对于在银行柜台交付给银行的现金，是否丧失了所有权，以及，存款人是否对于“存款”享有所有权。我的看法是，存款人与银行共同的、同样清晰可辨的交易观念是，柜台交付的现金，其所有权完全转移给银行了，存款人的所有权完全丧失，其权利完全是债权。而现实生活中，存款的主要来源并非柜台存款，存款人的手根本没有摸过任何“存款”项下的“钱”（有体物），他的“所有权”，又能以什么物作为客体呢？至于有人认为，存款人的所有权是指对“存款”的所有权，则更加荒唐。所有权的客体是有体物，“存款”算是什么呢？当然，这只是形式（概念）角度的分析，从实质上分析，也无法得出“存款所有权”的结论。

同一银行的两个储户之间的转账，其性质如何？有一种观点认为是债权让与。如果按照这一观点，甲因为实际仅仅存款1千元，银行错误地在储蓄卡中记录为1万元，并不能使得甲的真实债权变成1万元，进而，甲对乙转让其对银行的债权，即使乙为善意，由于不存在债权善意取得制度，乙也不能取得1万元的债权。将汇款理解为债权让与，只是部分法学者因为不熟悉储蓄业务而造成的误解。这个问题说来话长。简单地说几点。一个人的存款，可能是因为很多其他人的多次转账而取得的，比如，A因为单位发工资而取得了2万元，收取房租而从租户处取得了3万元，账户上有5万元，此后，A向B汇款（同一银行）1万元，那么，A转让了那一笔债权？你会发现，“线索”很快就“断了”。债权让与的观念，更不能解释跨行汇款。甲在A银行有存款，汇款给乙在B银行的账户，结果是使得乙在B银行的账户上的存款增加，如何用债权让与来解释？

实际上，转账的性质，必须还原到它的原始形式，才能获得理解。也就是，同行汇款的实质是，甲从银行账户上取出现金，将现金交付给乙并由乙取得所有权，然后乙将该现金存储到自己的账户。只不过，银行基于和乙之间的储蓄合同上的受托人地位，先是代乙从甲处获得现金，然后又代乙存入账户，从而转化为乙的存款。跨行汇款的实质是，甲从A银行账户取出现金，委托A银行将其“送交”B银行的客户乙，而B银行基于和乙之间的储蓄合同上的受托人地位，代乙接受了A银

行“送来”的现金，然后又代乙存入账户，从而转化为乙在 B 银行的存款。

在上述框架下，上述案例的解决方案是：甲对乙的汇款行为的第一个含义是取款，即，甲向银行要求取款 1 万元，银行在误以为甲存款 1 万元的情况下，将 1 万元现金付给了甲。由于这 1 万元现金中，无法辨别哪一部分是真正债务的履行、哪一部分是非债清偿，应认为甲取得了全部的所有权。当然，这里可能还有其他的理解。但是，不论如何理解甲的所有权人地位，在甲将 1 万元现金“交给”乙的时候，乙取得了所有权。进而，乙存入 1 万元。也就是，虽然甲当初的实际存款是 1 万元，乙的实际存款却是 1 万元。所以，银行不能扣减乙的存款额，只能要求甲返还不当得利。在跨行汇款的情况下，更是如此：A 银行根据甲的指示，送交 1 万元到 B 银行，进而，B 银行代收后，又代乙将该 1 万元存入 B 银行。

### 三、物权行为无因性的理解

基于当事人意思的物权变动，发生在各种极为不同的场合。是不是可以用一个非常简约的概念和理论，来描述这一法律现象，并且对于它们的构成要件中的一般性事项，一般性地说明？在大陆法系，处分行为理论，以及作为其中一个具体类型的物权行为理论，就是这样的一个理论。

以使得物权变动为内容的法律行为，就是物权行为。世界上所有承认私有财产的国家的法律都承认，既然是私有财产，当然可以基于当事人的意思而使其发生变动，也就是说，如果当事人的意思是使财产权发生变动，就可以产生这一法律效果。这在英美法也是如此，尽管他们没有使用法律行为、处分行为、物权行为这些抽象概念。物权行为的独立性，是承认物权内容以及意思自治原则的必然结果。

那么，什么是无因性？

一个独立的物权行为，它的构成要件有哪些？其中一个问题是，基于当事人意思的物权变动，总是与一定的原因相联结（最常见的情况是，为了清偿债务而为之的物权行为），而当事人所认为的原因，如果客观上并不存在，那么，物权行为是否有效？也就是说，原因的存在，是不是物权行为的一个生效要件？认为它是生效要件之一的，就是有因性的理论；认为它不是生效要件之一的，就是无因性理论。

可见，物权行为无因性理论，实际上是一个更加简单的理论。并且，由于生效要件少了“原因行为”这一个，物权行为是否生效的不确定性减少了。也就是，它所导致的法律关系也更加简化了。

可见，无因性理论，是一个更加简单的理论，而不是更加复杂的理论。它的“复

杂”之处，是如何论证它的合理性。因为，它似乎与我们生活中正义直觉不一致。

我国现行法对此问题未作规定，学者中多数认为我国法上未采纳物权行为无因性。这不妨碍我们在理论上正确地理解，物权行为无因性理论所要处理的问题，并且适当地评价其技术上的合理性，以及是否带来更为可取的社会效果。

### 结语

授之以鱼不如授之以渔。葛云松教授通过讲授物权法学习中常见的三个问题，不仅展现了老师本人对于这些问题答案，更将如何思考问题——如何从问题达至答案的思维路径分享给了大家。物权法的学习者在掌握方法的基础上，自觉地将法律思维运用在实践中，必会有所裨益。

12/5 一教101  
13:00-14:50

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期间部分专业授课教师  
开讲：法学答疑课。



北大“法学阶梯”  
进阶讲座之三

# 学习民事诉讼法的 六大要点与三大难点

## 傅郁林

北京大学法学院教授，博士生导师，  
兼任中国法学会诉讼法学研究会副会长。  
研究民事诉讼法、比较民事诉讼法、  
司法制度、仲裁法学、纠纷解决、裁判方法，  
有专著及译著多部，发表论文数十篇。

2018年12月5日星期三下午，北京大学“法学阶梯”进阶讲座系列第三场在北京大学第一教学楼101教室正式开始。本次讲座的主讲人为北京大学法学院傅郁林教授，北京大学法学院教务办公室乔玉君主任担任主持人。本场讲座的主题为“民事诉讼法学六大要点和三大难点”。讲座内容主要是结合本科课程的进展情况和同学们的提问，对民事诉讼法各章节之间的内容进行梳理，将那些分章讨论、看似没有关联的各章内容大致归入六个核心问题，并由此构成民事诉讼法的主体框架，而其中也包含了三大难点问题。

民事诉讼法的主体架构是由诉讼主体围绕诉讼客体依据诉讼程序形成的三角结构。虽然整部法律和教材除了诉讼程序之外，还有非讼程序和执行程序，但教材总论中阐述的基本原则、基本制度、基本理论以及当事人、管辖、证据、调解、诉讼程序等等，几乎都是以诉讼为对象或语境的。上述内容都受民事诉讼法调整，并且相互之间有紧密的逻辑关系，但各自又密切相关甚至依赖于其他法律。因为，民事诉讼是将私人纠纷提交公权力机构解决的程序（过程），公法因子和私法因子在民事诉讼法中都有体现，这就是同学们感觉民事诉讼法内容庞杂的原因。可将这些内容纳入主体（当事人和法院）、客体（诉与诉讼标的）、结构（价值原则与关系模式）、手段（证据与证明）、过程（程序行为规则）、结果（调解与裁判）、救济（上诉和再审）七个方面。

### 一、诉讼主体：资格与权限

诉讼主体包括当事人和法院。民事诉讼法调整的是法院与当事人之间的关系，但当事人作为私权主体、法院作为公权主体，还分别受民法和法院组织法调整。

“当事人”章节主要讲私人主体的资格和权利义务——当事人能力那部分讲的是抽象资格，正当当事人那部分讲的是特定案件中的主体资格；共同诉讼讲的是主体合并，具体讲合并条件（资格要求）和权利义务（内部关系和外部关系）。当事人部分严重依赖于民事实体法，比如当事人适格，诉讼法只提供一个抽象的适格要件——利害关系或诉的利益，但具体案件中判断是否满足这一标准，要依据实体法和本案事实具体判断是否有利害关系或基于特定的管理权、身份权产生的适格条件；共同诉讼，诉讼法只规定一个抽象标准——有共同权利义务，具体案件中也要依赖于民法规范来判断。诉讼法的特别价值在于给出一个抽象标准，否则从浩瀚的实体法中选取判断适格的当事人的具体标准是很困难的。

法院作为另一诉讼主体，其权限包括主管权（对外权限）、管辖权（内部分工）

和审判权（裁判权和案件管理权 / 程序指挥权）。法院的对外权限即主管权实际上是由宪法和法院组织法调整的，法院内部分工也部分由法院组织法调整，但这两项公权力配置同时也决定着当事人能否提起民事诉讼以及向哪个法院提起，因此也受民事诉讼法调整。“基本制度”章节的内容讲的是法院结构和审判组织，也是由法院组织法调整的，但因为这决定着具体案件的审判组织的合法性和审判权问题，从而涉及裁判效力问题，以及当事人谋求上诉、再审等救济的条件及途径，因此也是民事诉讼法的内容。

教材内容和民事诉讼的基本逻辑是：民事诉讼是解决纠纷的途径之一，而不是唯一，所以“民事纠纷与民事诉讼”部分将民事诉讼置于多元解纷体系之中，重点讲其他解纷机制及其与司法的衔接。然后，“主管”部分讲纠纷进入司法或启动审判权应当满足的条件，即纠纷的可诉性问题。民事诉讼法规定，民事诉讼解决的是平等主体之间的民事纠纷；傅郁林教授总结出可诉性的四大积极要件，即争议性、民事性、法律性、权利保护的必要性；以及四大消极要件，即司法权的合意排除、司法权的是否介入、重复起诉的法定禁止、特殊案件的禁诉期间。随后，依据管辖制度将具体案件分配到具体法院。最后，进入具体法院的案件再由审判组织具体审判。

## 二、客体：诉讼标的

诉的客体就是诉讼标的。诉的理论中最重要也是难度最大的是诉的识别，以及诉的合并与拆分及重复诉讼的认定。由于诉的主体——当事人——容易识别，因而诉讼标的的识别就成为诉的识别和认定诉的合并及重复起诉的主要标准。理解诉讼标的的问题，可以从诉讼请求（诉的声明）开始。诉讼请求是由当事人根据自己的理解和意愿向法院表达的具体诉求，同一诉求可能表达的方式千差万别，难以定义和统一。因此，理论上需要找个具有抽象意义的概念来识别此诉与彼诉，这就是诉讼标的。

诉讼标的理论主要是关于诉讼标的的识别标准的各种学说。旧实体法说以请求权作为识别诉讼标的的依据，一个请求权就是一个诉讼标的。请求权既是裁判的依据，也是诉讼请求特定化的依据。以请求权作为识别诉的标准基本上是准确而适当的。但是，如果遵从这一学说，在请求权竞合时，会出现重复诉讼的问题。为了解决请求权竞合问题，出现了两种其他学说，即一支说和二分支说。一支说仅依据诉的声明来确定诉讼标的，缺陷是无法将诉特定化。二分支说根据诉的声明（诉讼请求）

和原因事实（事实基础）结合起来判断诉讼标的的个数，以解决诉的特定化和识别问题。但是，原因事实到底是指法律事实还是指生活事实，一直存在争议；如果是法律事实，可能又回到了旧实体法说，因此主流观点认为应理解为生活事实。实体法也在努力解决请求权竞合的情势下避免重复诉讼的问题，例如《合同法》第122条规定，当事人可择取一个请求权提起诉讼。

我国究竟选择了哪一种诉讼标的理论？目前从法律规范和司法解释中还没有答案。《民法解释》第247条关于重复起诉的条件，将诉讼标的和诉讼请求并列在一起，表明司法解释回避了、或试图兼顾诉讼标的理论或识别标准的争议，规定诉的主体相同、诉讼标的相同、并且诉讼请求相同或者后诉旨在推翻前诉判决三个条件同时满足，才构成重复起诉。第247条第3款后半部分主要是针对部分诉讼请求的问题。中国与德国是少数允许同一诉讼标的下提起部分请求的国家，但德国限定为前诉中胜诉者可就剩余部分再诉，败诉者不得再诉；我国的规定大致类似，旨在防止败诉者利用后诉来推翻前诉判决的任何努力。

比较法上判断重复起诉有三种模式：（1）前诉中是否提起；（2）前诉中是否应该提起而没有提起（强制合并、禁止部分请求）；（3）前诉中应该提起也提起了但没有裁判。我国采取的是前诉中是否提起并且被裁判过了的模式。相较于其他三种模式来说，我国采取的这种模式最为宽松。只要在前诉中未被提起，即便在前诉中应该提起，在后诉中仍然允许提起。这样诉讼标的的识别还有什么意义呢？我国理论界没有达成对诉讼标的的统一认识，我国也没有被告律师强制代理制度；司法解释为了保障当事人的诉权，对于重复起诉的识别和认定采取相对宽松的标准，是考虑了这些国情的。

## 三、价值与结构：法律关系与基本原则

在讨论完诉讼主体与诉讼客体后，傅郁林教授讲解了主体与客体之间的关系结构模式。这种结构、关系或模式应该是以当事人为中心，还是以法院为中心？如果以法院为中心，那么法院的权限边界又在哪里？受制于哪些因素？解答这些问题，首先需要回到民事诉讼法的三大基本原则。第一是处分原则。实体权利由当事人自己处分、决定，法院必须根据当事人的诉讼请求进行审判，不可以随意超出，因此法院的裁判权受制于当事人的处分权。第二是（适用法律的）平等原则。平等原则首先是指，民事诉讼法律关系的原告和被告处于平等或对等地位。同时，平等原则也蕴含着法院处于中立地位，因为法院不中立就会打破双方当事人之间的平等。第

三是辩论原则，基础在于当事人享有陈述权和对抗权。

#### **四、对抗与和谐：作为裁判基础的证据与证明与以和谐为终结的调解**

民事纠纷解决大致可分为两种模式。一种是对抗模式，以第三者中立裁判为基本结构和最终目标；另一种则是调解，在第三人的介入下，通过谈判达成和解以解决纠纷。证据和证明都是为了最终裁判而形成的，本身就是诉讼对抗的武器或工具。证据和证明产生于对抗主义和辩论主义，并为之所强调。证据法在我国并不发达，其根本原因在于民事诉讼是以调解而非裁判为中心。调解即使也可能是基于证据劣势的一种选择，因而可以说证据客观上或间接地起作用，但调解制度并不依赖于证据，对于证据的重视程度明显弱于裁判（如果必要的话）。调解并不必以查清事实为目标或手段，而是以双方自愿就纠纷的事项达成共识为出发点和归宿。以此出发，双方当事人无需为证明自己的主张而必须拿出证据。调解结果的最终决定权在当事人手中，而裁判结果的最终决定权由当事人之外的第三方保留。第三方因非当事人而必须通过证据才能得知事实真相或相信一方当事人所主张的事实。因此，证据法包括证据、证明和免证事实，是一套查明判决所依据的事实的方法。

#### **五、游戏规则：诉讼程序**

在民事诉讼法律关系的主体确定、客体识别完成、主体之间的权限也得以配置后，就进入到民事诉讼过程中的游戏规则。普通的诉讼程序包括起诉与受理、先行调解、审理前的程序和实体事项的准备、开庭审理、案件评议、宣告判决各阶段。作为救济的上诉程序和再审程序是对司法行为的评价，而二审法院对一审司法行为的评价、审判监督程序对原审司法行为的评价，其标准大都是前面各章节内容确立的程序“合法性”——当事人是否适格、管辖是否正确、审判组织是否合法、事实认定是否符合证据法规范。不过，适用法律是否正确则指的是适用实体法规范是否正确。总之，法院在一审程序主要是运用教材总则部分的知识，而上诉程序检验法院是否按照这些法定标准操作，再审程序是对一审程序和二审程序裁判结果和司法行为（包括事实认定、法律适用、程序运行、司法伦理）的整体检验。

#### **六、其他司法程序：非讼程序与执行程序**

以上是民事诉讼的普通诉讼程序。此外还有几种特殊的诉讼程序，包括涉外和海事诉讼程序以及公益诉讼程序。执行程序是一种司法程序，而不是诉讼程序。虽

然执行程序受民事诉讼法调整，但执行是一种在国家公权力作用下强制债务人履行债务的司法程序，这与诉讼程序是借用公权力解决利益对抗的双方当事人之间纠纷迥然不同，从基本原则到具体规范都存在巨大差异。非讼程序的基本特征是一方当事人申请，没有对立的当事人。这部分归类标准不大一致。特别程序中的选民资格案件实际上是宪法诉讼案件，而且有原告与被告、有争议有对抗的争议案件。将此类案件放入特别程序的原因在于我国目前还没有宪法诉讼，只能由民事诉讼“代管”。特别程序中的其他程序都是典型的非讼程序，不具有民事诉讼强调对抗性和以处分原则、辩论原则为基础的特点。督促程序的划分各个国家有所不同，可以放入快捷程序之中，也可以划入快捷程序与紧急救济程序的大筐里。支付令如果执行了，则通过快捷通道终局性地了结纠纷了，因此不是临时程序；如果有异议且异议成立，则进入诉讼程序。公示催告程序最重要的是除权判决的双重效力；对于票据上的权利若有争议，则须启动诉讼程序解决。

#### **七、衡平：公正、效率、成本与效果**

法律是对利益的平衡，而民事诉讼法最为重要的任务是平衡公正与效率。虽然没有专门的章节来讨论这个问题，但是在民事诉讼法的每一个领域和环节都需要考量如何衡平公正与效率。要么是立法者将这种考量写入了具体规范，要么是交给司法者裁量。在哪一个阶段和环节进行权利配置能够最有效地达到成本与公正的平衡？起诉的门槛多高或多低？发回重审的范围、条件和程序为何进行了修改？再审事由如何解读？这些实质上都是价值选择的问题。

12/5 理教302  
15:10-18:00

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期间部分专业授课教师  
开讲：法学答疑课。



# 学习劳动法的 六类疑难问题

北大“法学阶梯”  
进阶讲座之四

阎天

北京大学法学院助理教授，  
研究劳动法、社会法、  
宪法、行政法，  
有专著及译著多部，  
发表论文多篇。

2018年12月5日下午，北大“法学阶梯”进阶系列讲座第四场“学习劳动法的六类疑难问题”在理科教学楼302教室举行。本次讲座由北京大学法学院助理教授阎天老师主讲，法学院教务办公室副主任徐晓颖老师担任主持人。阎天老师以选修《劳动法与社会保障法》课程的同学们提出的学习中遇到的各种问题和困惑为基础，重点提炼和讲述了学习劳动法的六类疑难问题：第一，课程建设相关问题；第二，劳动法总论；第三，劳动关系的概念；第四，劳动关系的建立；第五，劳动关系的终结；第六，集体劳动法、外国劳动法、社会保险法等相关问题。

## 一、课程建设问题

关于课程建设问题，阎天老师重点强调理解劳动法框架的要点：一条主线与一对关系。一条主线是指劳动关系，整个劳动法对于劳动的规制都是从定义劳动关系、规制劳动关系的规制内容，再到规制劳动关系的规制内容，最终解决在劳动关系规制当中产生的争议，这是一条完整线索。一对关系是指约定与法定的关系，这是学习和掌握劳动法的关键，二者的关系是约定不能排除、但可以优于劳动者的法定权利。一方面，劳动关系中许多内容是通过约定来确定的，劳资双方可以通过协议方式自治决定劳动关系的内容。另一方面，劳动法上许多内容又都是法定的，比如最低工资、关于休假的规定等。另外，阎天老师还介绍了关于劳动法资料的阅读顺序的建议：①从法条读起，核心是：劳动法、劳动合同法、就业促进法、劳动争议调解仲裁法、劳动争议司法解释一三四；②司法考试辅导机构的教本；③马工程教材；④公号：子非鱼说劳动法、劳动法苑等。

## 二、劳动法总论方面的问题

劳动法总论方面的问题主要分为四个方面，分别是劳动法的渊源、劳动法与其他部门法的关系、劳动法的价值目标、劳动法执法与劳动法职业等。

（一）劳动法渊源相关问题。劳动法渊源是一个区分法律效力层级的金字塔结构，最重要的是《劳动法》《就业促进法》《劳动合同法》《劳动争议调解仲裁法》以及劳动争议司法解释等。关于劳动法律和劳动政策之间的互动关系，可以将劳动法视为实现经济政策的工具。法律固然要对政策有所反思、限制甚至批判和抗拒，但是20世纪初出现的第三法域对政策的基本态度就是法律要为政策所用。政策是社会工程的图纸，而法律是把图纸落实到现实上的力量。实证研究表明，法律其实

还是跟着政策走的，只不过有时候跟的紧一点，有时候跟的远一点。

关于劳动法与其他部门法的关系。首先是劳动法与宪法的关系。在我国，宪法在司法实践中不能作为判决的依据，但可以作为说理的依据。宪法的实施除了司法审查之外，还可以通过立法的方式，《劳动法》就是典型。《劳动法》的总则章几乎原样复制了宪法上关于劳动的规则，具有非常鲜明的宪法实施法的特点。其次是劳动法和民法的关系，总的原则是：有劳动法规则的，适用劳动法规则；没有劳动法规则的，可以适用民法规则和原则，但是不得与劳动法原则（价值目标体系）相抵触。劳动者诚信虽然在《劳动法》上没有明文规定，但劳动法对劳动者的不诚信行为一直是有约束的。比如，因欺诈、胁迫、趁人之危而订立的劳动合同是无效的。最后是劳动法与经济法、社会法的关系问题。按照全国人大常委会的观点，社会法属于七大部门法之一，主体内容是劳动法与社会保障法。社会法和经济法统称为第三法域，二者都是在 19 世纪末 20 世纪初出于批判传统资本主义经济和社会秩序而产生的新兴法律部门。

关于劳动法的价值目标，主要是生计和效率这两个劳动法重要价值目标之间的关系问题。劳动法上的公平是指矫正资强劳弱的格局，即公平的主要目的在于保障生计。效率与生计都是劳动法的宪法目标，二者不是简单的取舍关系，而是：首先要保障最低限度的公平（生计）；在此基础上，效率与公平（生计）在两次分配中都是并重关系；经济不景气时偏向效率、创造就业，经济向好时偏向公平、刺激消费。

关于劳动法职业。法律工作者的特殊之处在于不仅要维护客户利益，还要维护公共利益。劳动者利益只有在与公共利益重合时才受到法律保护。律师可以帮助用人单位加强人力资源管理法治化，促进劳动法实施，服务公共利益。无论代表劳方还是代表资方，只要坚守法治的底线，都可以为劳动者的利益和公共利益作出贡献，二者并不冲突。

### 三、劳动关系的概念问题

（一）劳动关系与劳务关系。劳动关系是平等主体之间的持续性劳务给付关系，这就可以排除公务员和单位机关之间的关系，因为二者之间不是平等主体。平等主体之间的持续性劳务给付关系中，剔除劳动关系以及民事上的有名合同关系（比如承揽关系、委托代理关系等）之后，就是劳务关系。法律并没有从正面界定过劳务关系，而是通过排除法来确定的。

（二）劳动者资格。1994 年《劳动法》上的劳动者主要以全民所有制工业企业中的劳动者为原型。面对劳动者的大分化，主要有分层保护论、分类保护论等主张。有争议的劳动者主要包括在校实习生、保姆、企业高管、学徒等类型。首先是在校实习生，在校实习生与实习单位的关系分为三类：1、原则上是劳务关系，受民法保护；2、“名为实习，实为劳动关系”的，是劳动关系，受劳动法保护；3、职校生实习，享有多项劳动者待遇。其次是企业高管在《劳动法》上地位问题。企业高管具有特殊性：第一，高管受《劳动法》和《公司法》双重调整，高管在《公司法》上有法定范围；第二，高管的道德风险比较突出，高管有能力有手段侵害公司利益，因而《劳动法》对普通劳动者的一些保护不适用于高管；第三，高管的谈判力量比较强，《劳动法》就没有必要过分保护；第四，高管的劳动争议内容比较特殊，往往涉及竞业限制、股票期权等问题。

### 四、劳动关系的建立问题

（一）就业歧视。首先是性别歧视。女性遭受歧视的原因主要有三个：1、偏见：“我行，可你 / 我觉得我不行”。解决方案是教育，包括女性的自我教育（消除自我歧视）。2、生育：“我不行，但是我给大家带来了好处”。解决方案是通过承认生育的社会意义，促进生育成本社会化。3、刻板印象（stereotype）：“我行，可我必须假装不行”，这个问题要通过社会教育来缓解。如果某企业未公布包含 985、211 高校字眼要求的招聘信息，但是因为某求职者非 985、211 高校的学历没有聘用他，这是否构成就业歧视？有一些歧视是直接的、公然的，还有一种歧视是间接歧视，即表面中立而结果上不平等的歧视现象，在美国也被称为差别影响歧视。这是反歧视法上最重要的区别之一，反歧视法发展的趋势是越来越多的禁止间接歧视，但很难实施。

（二）劳动合同。劳动者应对劳动合同瑕疵的理性处理方式是：首先通过补充协商和缔约来补正；如果协商未果，可以主动解除劳动合同；瑕疵严重的，可以请求宣告合同无效，要求用人单位赔偿损失。关于学校三方协议与劳动合同的关系，有不同的观点：①行政部门观点：教育部高校学生司《关于修订〈普通高等学校毕业生就业协议书〉若干意见的通知》认为，就业协议书是普通高等学校毕业生和用人单位在正式确立劳动人事关系前，经双向选择，在规定期限内就确立就业关系、

12/6 理教303

15:10-18:00

明确双方权利和义务而达成的书面协议；②司法部门观点：三方协议通常是劳动合同的预约；具备劳动合同必备条款的，构成劳动合同或其一部分。

## 五、劳动关系的终结问题

(一) 用人单位解除劳动合同的条件是否过于苛刻？用人单位享有用人自主权，对这一权利的限制应当遵循比例原则。衡量单位解约条件是否过于苛刻，应当考虑：限制的目的，限制的手段是否能够促进目的的实现，是否得大于失，是否存在损失更小的手段。

(二) 关于劳资信任关系的问题。如果赋予资方在劳资信任关系破裂时单方解除权，即使可能会导致资方“公报私仇”，但是仍有必要，其一，信任破裂的关系已经没有维持的意义；其二，长期“公报私仇”、不按企业利益进行人事决策的企业会被市场淘汰。因此，或许可以允许在补偿的前提下“公报私仇”，但不宜课以惩罚性赔偿。如果劳资信任关系已经破裂，无论是老板还是劳动者在工作中都会很不自在，应当允许任何一方享有单方解约权。

此外，阎天老师还对同学们提出的与集体劳动法、外国劳动法、社会保险法有关的问题进行了简要回应。

概言之，本次讲座不仅加深了同学们对《劳动法与社会保障法》课程的理解和认识，而且使不少前来旁听讲座的校内外同学初步了解到该课程的知识体系和学习方法。最后，阎天老师指出，在剩下的几周课程里，同学们将继续学习和研究劳动法方面的知识，希望同学们保持对该课程的学习热情和研究兴趣，结合当前的劳动法热点问题，掌握好劳动法基础理论。

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期部分专业课授课教师  
开讲：法学答疑课。



北大：法学阶梯  
进阶讲座之五

# 竞争法学习中的 “1-2-3”

肖江平

北京大学法学院副教授，  
兼任中国经济法学会秘书长、  
北京大学竞争法研究中心主任。  
研究竞争法、能源法、经济法总论，  
有专著多部，发表论文数十篇。



2018年12月6日下午，北大“法学阶梯”进阶讲座系列第五场在理科教学楼303教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院肖江平老师，北京大学法学院教务办公室乔玉君主任致辞。肖江平老师是北京大学法学院副教授，兼任中国经济法学研究会秘书长、北京大学竞争法研究中心主任。研究竞争法、能源法、经济法总论，有专著多部，发表论文数十篇。本场讲座的主题为“竞争法学习中的‘1-2-3’”。在乔主任简要介绍“法学阶梯”进阶讲座背景、主讲人信息后，讲座正式开始。

肖江平老师首先概要性地介绍了本次讲座的内容安排。作为经济法下的重要部门法，竞争法的学习方法既具备法律学习方法之共性，亦具备区别于民法等部门法的个性。无论是“从零开始”学习竞争法抑或在具备一定知识基础的前提下深入研习竞争法相关问题，学习者均应把握该等共性和个性，以便快速而准确地把握相关竞争法知识要义。他指出，本次讲座将会详述竞争法学习应把握的“1、2、3”，即竞争法学习需把握的一个中心、两类行为和三个重点。“一个中心”意在点明竞争法学习应把握的核心精神；“两类行为”意在阐释清晰竞争法学习需关注的对象和行为；“三个重点”意在详述竞争法学习需关注的分析视角、知识基础、学研观念等具体内容。对初学竞争法的同学而言，学习竞争法相关原理、制度等知识时需妥善理解前述“1、2、3”理念内涵，并着重于学习中贯彻落实“三个重点”对学习竞争法的分析视角、知识基础、学研观念的阐释，以不断深化自身对“一个中心”和“两类行为”的认知。

### 一、以案为引：垄断与不正当竞争纠纷

为帮助听者理解“1、2、3”之内涵，肖江平老师首先引入了两项竞争法案例：其中一则为北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生（上海）医疗器材有限公司等纵向垄断协议纠纷案（以下简称“强生案”），一则为北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷（以下简称“淘友案”）。在讲座中，肖江平老师将以该等案例为例阐释相关竞争法学习注意事项。

强生案在理论研讨、司法实践中均有重要影响，而涉及《反垄断法》项下的纵向垄断协议。强生案中，锐邦公司作为强生公司医用缝线、吻合器等医疗器械产品的经销商，与后者有15年经销合作关系。2008年1月双方签订《经销合同》及附件，约定锐邦公司不得以低于强生公司规定的价格销售产品。同年3月锐邦公司在北京大学人民医院举行的强生医用缝线销售招标中以最低报价中标。2008年7

月，强生公司以锐邦公司私自降价为由取消锐邦公司在阜外医院、整形医院的经销权。2008年8月15日后，强生公司不再接受锐邦公司医用缝线产品订单，2008年9月完全停止缝线、吻合器产品供货。2009年，强生公司不与锐邦公司续签经销合同。锐邦公司遂诉至法院，主张强生公司在合同中约定的限制最低转售价格条款构成反垄断法所禁止的纵向垄断协议，请求判令强生公司赔偿因执行该垄断协议对锐邦公司低价竞标行为进行“处罚”而给其造成的经济损失。

淘友案涉及竞争中个人数据的获得与使用，亦引起了广泛反响。淘友案中微梦公司经营新浪微博，淘友公司等经营脉脉软件。脉脉系社交应用，通过分析用户微博和通讯录数据，帮用户发现新朋友并可建立联系。双方合作期间，用户可用手机号或新浪微博登录，并通过上载手机通讯录、导入微博数据提供用户人脉信息。合作终止后，用户仅可使用手机号登陆。微梦公司主张淘友公司实施四项不正当竞争行为，其中两项为：（1）双方合作期间及合作结束后非法抓取、使用新浪微博用户信息。（2）未经微博授权，非法获取并使用脉脉注册用户手机通讯录联系人及微博用户对对应关系。用户注册脉脉账号时会被要求上传通讯录，同时除非用户主动选择公开，新浪微博用户手机号不公开。微梦公司认为，淘友公司非法获取脉脉用户手机通讯录联系人与新浪微博用户的对应关系，并将该对应关系用于脉脉用户人脉展示中。

### 二、一个中心：作为中心的“竞争”

简要总结可知，淘友案与强生案中诉争行为的共性在于，其行为的实质均为竞争行为，意即：两者纠纷所涉行为均会影响交易，而与交易机会（及其所代表的竞争者利益）直接联系。以该等行为为素材，肖江平老师指出，“竞争”是理解竞争法需把握的“一个中心”。即使对于竞争法初学者而言，“竞争”亦非一项陌生概念。竞争法关注的竞争，则是“市场竞争”。所谓市场竞争，即指经济利益互相对立的市场主体之间，所有以获取交易机会为目的的经济行为。该等竞争行为的核心是主体间交易机会的争夺。

竞争法与“竞争”息息相关。《反垄断法》即意在通过规制垄断行为，恢复市场竞争机制，达成促进竞争之效果；《反不正当竞争法》即通过规制不正当竞争行为，维护公平竞争。因此，竞争法关乎竞争机制顺畅运行，而对市场经济体制存亡具有关键作用。当然，理解“竞争”之中心亦应准确把握竞争法概念与调整对象。竞争法不是竞争之法，而是调整国家在规制市场过程中所产生的社会关系的法律规范的

总称。故其内容既包含对竞争行为是否违法的界定，亦包含对法律责任、程序制度、体制制度等的相关规定。这在域内外竞争立法中均有体现。

理解竞争概念在竞争法中的中心地位具备理论、实践意义。于理论层面而言，明晰其中心地位有助于初学者把握诸多竞争法理论的脉络与联系。如，明晰竞争概念在竞争法中的中心地位有助于读者在理论层面理解竞争法律规范调整的垄断行为、不正当竞争行为的共性，而明晰反垄断法、反不正当竞争法等相关部门法间的逻辑联系。于实践层面而言，明晰竞争概念在竞争法中的中心地位有助于读者在个案中将部分与竞争无涉的行为排除在外，以避免错误适用法律。该等行为如纯粹的企业内部管理行为或无涉商业竞争的名誉权侵权行为，而应适用竞争法之外的其他恰当部门法调整。

强生案中，强生与锐邦公司约定，后者不得以低于强生规定的价格销售产品，意在帮助其缝线产品价格长期维持在竞争价格水平之上、回避价格竞争，以谋求超额经济利益。该等排除限制竞争行为的目的是获取交易机会。淘友案中，微梦公司认为：淘友公司于双方合作期间及合作结束后非法抓取、使用微博用户信息。用户信息体现了互联网经营者重大的竞争利益，而争夺用户信息的过程即是争抢未来竞争机会的过程。从前述案例行为中不难发现，诉争行为以交易机会（及与其相关的经济利益、竞争优势）争夺为核心，而凸显“竞争”中心。

回归到具体行为中，不正当竞争行为包括商业贿赂、不当附奖赠、虚假宣传、商业诋毁、商业混淆、侵犯商业秘密；垄断行为包括滥用、联合与经营者集中。该等行为均涉及交易机会的争夺。以商业贿赂为例，建筑工程招投标中的商业贿赂行为即可帮助相关主体获得交易机会；医药代理人即可通过商业贿赂行为要求医生开具含其产品的处方，以增加相关医药产品销量。不当附奖赠促销亦如此，通过促销可影响消费者购买选择，继而增加经营者交易机会。商业诋毁、虚假宣传、商业混淆等行为即意在通过影响消费者决策之方式增加经营者的交易机会。商业秘密关乎企业核心竞争力，而侵犯商业秘密行为可营造经营者竞争优势，继而可侵夺交易机会。

### 三、两类行为：垄断行为与不正当竞争行为

垄断行为与不正当竞争行为是竞争法重点关注的两类行为，而与竞争法项下的反垄断法、反不正当竞争法相对应。《反垄断法》第三条与《反不正当竞争法》第二条中对垄断行为、不正当竞争行为有明确界定。理解两类行为需明晰其概念、类

型和关系。竞争法学习者对概念、类型和关系的理解不应仅停留在机械记忆我国成文法的表述上，而应注重与实际案例对照、与域外法律比较、与理论研讨结合，继而增强其对概念内涵等知识的理解深度。

理解概念的必要性在于，垄断行为、不正当竞争行为概念看似简单，但内涵丰富，而与诸多基本原理连接。以不正当竞争行为为例，其概念阐释直接涉及反不正当竞争法调整对象、宗旨、价值、相邻关系、主体等多项理论；如未能清晰理解各项不正当竞争行为的定义要素，则初学者对各项反不正当竞争法基本原理、基本理论的理解亦可能存在偏差。

理解类型的必要性在于：行为类型是对其概念内涵的具体展开，而有助于增进初学者对概念的理解。具体行为类型的界分及其与合法行为的界分亦是法律适用的疑难点。深入理解行为类型有助于理解该等疑难，以避免对类型产生“似是而非”的理解，继而阻碍初学者顺利运用竞争法知识分析实际个案行为。

理解行为概念间关系的必要性在于：于联系层面，明晰行为共性有助于加深初学者对于竞争法基本原理的认知，尤其是对为何反垄断法、反不正当竞争法被归属于竞争法项下的原因的理解；于差异层面，明晰行为个性有助于初学者据此感知反垄断法、反不正当竞争法在宗旨等层面的差异，亦有助于理解滥用相对优势地位等热点议题的争点所在。

### 四、三个重点：视角、基础与观念

有别于“一个中心”、“两类行为”对宏观层面要点的侧重，“三个重点”是对竞争法学习的具体要求，可为学习竞争法相关知识提供细节指引。其可分为知识基础、分析视角与学研观念三个具体要点。

在知识基础方面，应重视经济、法律与技术知识基础的夯实。竞争法本质仍是“法”，故法律知识基础夯实无需多言。经济学知识在竞争法学习中的重要性值得关注。在最为直观可见的法条表述层面，“垄断”、“市场支配地位”等竞争法语词本身即蕴含深刻的经济学知识背景；而在深层次的法条个案适用层面，相关市场界定、市场支配地位判断、行为排除限制竞争效果分析、行为正当理由分析等反垄断法适用常需进行的分析亦难与经济学知识运用脱离。

技术知识在竞争法学习中的重要作用亦需受到关注。竞争法相关个案分析难以脱离行业具体情境，而对行业相关技术知识有基本、基础性了解是顺利进行竞争法案例分析的重要前提。如腾讯 360 案中对即时通讯市场的界定即无法脱离对技术

知识的理解。如华为技术有限公司诉交互数字技术公司、交互数字通信有限公司、交互数字公司滥用市场支配地位纠纷上诉案中提及的相关标准必要专利技术，附加限制性条件批准陶氏化学公司与杜邦公司合并案经营者集中反垄断审查案中提及的“农化产品”、“材料科学产品和特种产品”、“水稻选择性除草剂”、“酸共聚物和离聚物”等技术性较强的概念即可视为前述理念的证明。简言之，竞争法具体案例分析、相关法条的个案适用均无法脱离对技术知识的了解。

在分析视角方面，应注重法学、经济学与技术科学视角的综合运用。从法学角度切入的问题分析一般涉及主体、权义、责任等层面内容。在竞争法问题的法学分析中，对主体、权义、责任的分析难以脱离对经济、技术知识的理解与运用。如脱离基于经济视角与技术科学视角切入的解析，则相关法学分析往往存在不透彻、不具体的问题。故探讨竞争法议题应以法律分析视角为核心，而以经济、技术科学分析视角为辅助，仅有如此才能全面、具体地理解问题内涵并阐明结论。

在学研观念方面，要逐步养成开放、创新、发展的研习观念。现实生活千变万化、格外复杂，而该等变化与各式竞争法议题息息相关。同时，竞争法中存在的诸多兜底条款亦为该法应对外部变化提供了法律规范层面的可能。在此背景下，竞争法学习者应始终保持开放、创新、发展的观念，以持续关注新的经济现象，继而在新问题的分析、探讨与解答中加深对竞争法知识的理解与运用。当前，我们正处于技术快速发展的时代。技术发展不断生成各式新的竞争法问题，例如平台经济与相关市场界定、大数据与经营者集中审查、搜索结果操纵与垄断和不正当竞争等。仅有养成开放、创新、发展的研习观念，持续关注新议题、新问题，竞争法学习者始能以其理论知识不断回应法律适用实践需要，并与回应中增强自身理论素养。当然，养成开放、创新、发展的研习观念不等于抛弃基础知识的学习。该等观念的养成仍以打好基础、守住基本逻辑框架为前提。事实上，竞争样态常变，但竞争法基础知识框架稳定。诸多新问题、新议题的解答从能从既有理论、制度、知识体系中汲取营养。故学习者应做到基础知识牢固、学习运用熟练。

肖江平老师亦向同学们展示了近年来著名反不正当竞争案件、国家市场监督管理总局公布的中国反垄断与反不正当竞争行政执法十大典型案例及最高人民法院公布的2008-2018年中国法院反垄断民事诉讼10大案件，以为同学们深入研习相关竞争法知识提供案例素材。

## 总结

最后，肖江平老师总结指出，本次讲座简述了竞争法学习应把握的“1、2、3”，即一个中心、两类行为和三个重点。竞争法初学者应在明晰该等“1、2、3”的基础上，以其理念为指导深入学习竞争法基础知识，并持续关注现实问题、现实案例，继而实现竞争法原理与制度贯通、竞争法理论与实践结合的学习目标。

在提问环节，同学们围绕竞争法相关法律修订、竞争法职业发展、竞争法与其他法律部门关系等议题提出了诸多问题。肖江平老师与学生们积极互动，对同学们的问题作出了详尽的回答。整个讲座持续了三个小时。

12/10 二教203  
8:00-9:50

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期间部分专业授课教师  
开讲：法学答疑课。



# 学习司法精神病学 应当关注的五个要点

北大“法学阶梯”  
进阶讲座之六

## 孙东东

北京大学法学院副教授，  
兼任北京大学卫生法医学研究中心主任。  
研究卫生法学、刑法学（犯罪学、  
司法精神医学）、体育法学、心理卫生学、  
教育学，有专著多部，发表论文数十篇。

2018年12月10日上午，北大“法学阶梯”进阶讲座系列第六讲在二教203教室举办。本场讲座的主讲人为孙东东教授。孙东东教授是北京大学法学院副教授，兼任北京大学卫生法医学研究中心主任。研究卫生法学、刑法学（犯罪学、司法精神医学）、体育法学、心理卫生学、教育学，有专著多部，发表论文数十篇。在讲座中，孙东东老师与同学们就司法精神病学的未来发展趋势进行了讨论。

在孙东东老师看来，司法鉴定包括司法精神病学都不是朝阳产业，它们是为司法服务的。目前，司法鉴定行业面临的最大的挑战是技术问题，诸如程序等问题在诉讼法上规定已经比较完善。技术快速发展，而鉴定从业人员的知识更新速度可能较慢，无法第一时间掌握前沿技术。鉴定学科的从业人员需要终生学习，但是很多从业者忙于工作而怠慢了对于知识的更新，此一现象应当重视。不过，也应当冷静客观地看待技术的影响。一方面，并非相关学科的所有技术发展都会对司法鉴定行业产生影响。比如，脑磁图技术的引入，就未能对司法精神病鉴定产生特别大的影响。另一方面，技术发展带来的问题，也可以在传统方式中找到解决路径。比如，对于文书检验，目前面临的挑战从主要针对笔迹鉴定转变成对于打印文本的鉴定。对于后者，我们仍然可以通过传统的心理动力定型的方式寻找到相关的规律，比如习惯性用词等。这些较为基础的手段在新技术领域仍然具有良好的效果。

孙东东老师还特别强调了经验对于司法鉴定的意义。他认为，司法鉴定科学同法学一样，归根到底是一门社会科学，闭门造车是不行的。鉴定学科的现状是边缘化的，司法鉴定中的技术运用总体落后于关联学科，而这要通过理论界和实务界的共同努力来逐步改变。

12/10 二教102  
13:00-14:50

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期间部分专业授课教师  
开讲：法学答疑课。



北大“法学阶梯”  
进阶讲座之七

# 学习经济法的

# 三大进路

## 邓峰

北京大学法学院教授、博士生导师，  
兼任北京大学法律经济学研究中心联席主任。  
研究经济法总论、企业与公司法、  
法律经济学，有专著多部，  
发表论文数十篇。

2018年12月10日下午，北大“法学阶梯”进阶讲座系列第七讲举行。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授邓峰老师。邓峰老师是北京大学法学院教授、博士生导师，兼任北京大学法律经济学研究中心联席主任，研究经济法总论、企业与公司法、法律经济学，有专著等多部，发表论文数十篇。在进行了简单的开场白后，老师正式切入讲座主题，从经济学、政治学、商业视角三大进路阐释如何学习经济法。

### 一、经济学进路

学习经济法的第一个进路是了解经济学传统。在1870年以前，法学并不是独立的，它经历了前期注释法学派、后期注释法学派的发展过程。在这样一个路径下，法学只是对罗马法传统的一个解释，是对经典文本的理解，是一种自给自足的、逻辑自治地面对社会现实的法学。法学真正开始独立，是和哲学的转向联系在一起的。18世纪、19世纪是古典哲学的黄金期，新的哲学思想不断涌现。这些哲学思想有许多是和政治学、法学相联系的，例如霍布斯的政治理论处理的大多是法律问题、伦理问题、政治问题。这些新的哲学思想。法律能够真正成为一学科，是从哲学的变革开始的。

接下来，老师介绍了一名兼具经济学与法学背景的学者——查德威克(Chadwick)，以此让大家法学与经济学的结合有一个初步了解。查德威克做过律师，受过法律训练，同时是边沁的亲传弟子，是功利主义哲学的传人，也有经济学的研究背景。自来水入户，以及与之相类似的电话、电视、燃气、能源入户等生活模式的形成，要归功于查德威克。以前的城市居民需要自己挑水，而查德威克发现将自来水接入到每户的方式比居民下班后自己花时间去打水效率更高，所以把水龙头接入到家里的方式在经济上是可行的。巡警制度的形成也要归功于查德威克。他调查了大量犯罪案件，发现预防犯罪最有效的方式是在犯罪发生的时候予以制止。为有效制止犯罪，他制定了基本标准，即警察要在听到第一声求救后9分钟之内赶到现场。为此他重新规划了整个伦敦的警察巡逻路线。老师认为，警察巡逻路线的规划设计方法，对于今天解决中国的城市安全执法问题具有启示意义。查德威克的改革反映了这样一种法律观念：执法者并非只需关注公平问题、关注是否违法，也要关注更好的处理问题的方法。这种法律观中的法不仅仅是法院的法，而是社会治理与公共治理的一部分。

在著作《城市的葬礼》中，查德威克运用了法学、经济学和功利主义哲学的分析思路。他发现，整个伦敦市每天有600-700人死亡，但伦敦每天只能为100人

提供葬礼。葬礼服务被垄断在宗教团体手里。查德威克认为，伦敦的葬礼应当开放，由私人进行经营，政府提供土地，采用特许经营方式，这类似于今天的高速公路经营权。英国议会最后没有采纳他的意见，但慕尼黑采用了这个制度。这里面的思路很简单：面对问题，首先了解供给是多少、需求是多少、现在的供应方式是什么样的，如果有缺口，必须要予以解决。

之后，老师进一步回顾了经济学与法学相结合的历史脉络。从思想脉络上讲，除了古典哲学外，今天大部分的社会科学都来源于德国历史学派。历史学派之后又发展出奥地利学派。这些学派的特点是：把政治、经济、社会等因素放在一起进行考量，希望以科学的方法处理问题。德国历史学派被介绍到美国后，催生了制度经济学，法律和经济学结合就是从制度经济学开始的。20世纪30年代，法律和经济学一拍即合，很多学者借助经济学的手段，使法律更好地回应社会变化。制度经济学的问题在于过于宏大而没有统一的解释框架。最终，所有其他学科都可以和它结合，这就使它分裂了。法学在这一分裂过程中，发展出批判法学和社会法学（也可以把社会法学看成是批判法学的上位概念），他们主导了20世纪美国法学理论的发展。

经济法在制度经济学下有两个不同的发展脉络。一个是康芒斯（Commons）传统。康芒斯回到微观分析，认为资本主义最基本的单位是交易，从交易的特性出发来理解整个资本主义制度。康芒斯最后的著作是《资本主义的法律基础》。威廉姆森（Williamson）沿着康芒斯的脉络下来，他有一本很著名的书叫《资本主义经济学》。另一个传统是进步主义政治。老罗斯福和威尔逊改造了民主、共和两党，使得法学开始关注民生问题、实际需求问题，完成了转向。这是法学和经济学开始结合的第一个阶段。

后面的结合就到了法律经济学，这在经济学里被称为新制度经济学。新制度经济学按照威廉姆森的总结，处理的是私人选择和公共选择的问题。私人选择主要处理交易问题、企业理论和制度变迁问题。公共选择理论主要研究两个问题：一是规则的产生问题，即投票和民主制的问题；二是规则的输出问题，即规制如何被改进的问题。

法律经济学的第一代为芝加哥学派，这一代法律经济学以波斯纳、伊斯特布鲁克为代表，主要理论为“新古典经济理论”。第二代为耶鲁学派，以卡拉布雷西为代表。第二代法律经济学有两个很重大的变化：首先是发展出了公平和效率的目标，其次是使用了“新古典综合”的研究方法。新古典经济理论中没有博弈论，没有考

虑无数多个主体博弈的情形，无法处理集体行动的问题，而新古典综合加入了博弈论的分析。

法律经济学的第三代在之前的基础上再一次进行了综合，其中有很多不同的综合，比如历史的法律经济分析。第三代的法律经济学呈现出了分化的局面。在这一阶段，经济法和经济学的结合，首先是法律经济学，然后是和福利经济学、公共经济学等更好地接轨，这是研究经济法的一个很重要的进路。

## 二、政治学进路

学习经济法的第二个进路是政治学的视角。不论是规制还是反垄断，都带有强烈的政治特性。最近发生的占领华尔街、黄背心等运动，主要是由1990年代以来的经济全球化引发的，而全球化的实现又是基于新自由主义政策。20世纪80年代以来，10%的人获得了90%的增长财富，分配严重不对等。表面上看GDP在增长，但是生活成本、教育成本以及抚养子女的成本都在上升，绝大部分人实际上要付出比以前更多的劳动时间。政策是会引发政治后果的，讨论经济法问题不能只考虑是否有效，还要考虑能不能过政治这一关。老师举例说，开车为什么要系安全带？汽车为什么有气囊等防撞措施？1920年代的时候，汽车是不需要这些东西的。组建一个管理机构首先要保护相应的产业发展，这叫做“保护人政治”。高速公路管理局为了保护汽车的生产者而将注意义务转嫁给了司机。后来担任高速公路管理局的局长的政治性特别强，他上台后就不再保护各大汽车产业，而是发布了一系列报告，指出车祸的产生主要是因为汽车不过关，要求提高汽车的安全标准，于是汽车生产才被施加了气囊、安全带等要求。老师总结说，解决一个问题，有时候之所以采用这种方法而不采用其他方法，很大程度上是政治选择的问题。这个政治原因，有时来自于投票，有时来自于舆论，有时来自于专家的偏见。

## 三、商业进路

之后，老师对经济法的第三个进路——商业的进路进行了阐释。商业和经济学的不同在于，它是由活生生的现实不断创造出来的。商业知识的学习，首先需要了解公司管理、业务流程、公司重组、市场营销、会计规则等。对于初学者来说，对这些知识的了解不需要达到很专业的程度，但至少应当知道有这些概念。

这方面一个典型的例子是：在《纽约时报》2006年8月29日的广告版面上，Sprint公司发布广告，称自家的手机带宽比Cingular公司的快五倍。同年9月5日，

12/11 电教112  
15:10-18:00

该报的广告版面由黑白色升级为彩色，Cingular 公司同样以比较广告的方式进行了反击。Cingular 公司之所以没有在 Sprint 公司发动第一波攻击时就诉诸法院反击，是因为司法程序很慢，官司打完之后市场份额可能被竞争对手占领了，所以最直接的反击方式是彩色广告。双方最后在商会下面的仲裁机构解决了问题。法律中规定了不得发布比较广告、不能诋毁他人，之所以还会出现这些行为，是因为法律对商业调控能力非常有限，商战有商战的逻辑。老师指出，理解商业的运作，我们需要阅读一些商业史、金融史、保险史等书籍，多看一些商业性杂志和商业性报纸。还需要多调查，进行实地调研。

最后，老师总结道，经济学、政治学和商业是我们学习经济法的三大进路。当然，社会学、人类学、信息科技等其他学科对促进经济法的学习也是有帮助的。鉴于以上三条路径与经济法的相关性更加直接，在历史上与经济法融合的程度较高，并且在未来一定也会与经济法更加紧密地融合在一起，因此本次讲座主要从这三条进路向同学们介绍了经济法的学习方法。

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期部分专业课授课教师  
开讲：法学答疑课。



北大：法学阶梯  
进阶讲座之八

# 学习金融法的 四大重点问题

## 彭冰

北京大学法学院教授，博士生导师，  
兼任北京大学金融法研究中心副主任。  
研究金融法、证券法、公司法，  
有专著多部，  
发表论文数十篇。

2018年12月11日下午，北大“法学阶梯”进阶讲座系列第八场在北京大学法学院电教楼112教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院彭冰教授。彭冰教授是北京大学法学院教授，兼任北京大学金融法研究中心副主任，研究金融法、证券法、公司法，有专著多部，发表论文数十篇。本场讲座的主题为“学习金融法的四大重点问题”，采用的方法具有综合性，既有理论分析，也有案例研讨。讲座伊始，彭冰教授首先介绍了金融法的课程结构，接着点出了学习金融法的四大问题。

### 问题之一：内容繁杂

金融法的内容繁杂，体现在其所面对的不是一个特殊的、逻辑一贯的学科，而是在一个领域发生的所有相关法律问题。金融法处理的是金融领域资金融通的问题，这既会涉及公法领域的金融监管，甚至包括刑法方面的金融犯罪，也会涉及私法领域的交易问题。金融私法的核心问题是怎样帮助资金从闲置方流动到短缺方，什么样的交易结构和制度设计能够便利资金的流通。有人又把金融私法区分为组织法和交易法，组织法会涉及公司法、合伙法、破产法，交易法则涉及物权、担保、合同、侵权、消费者保护等领域。学习金融法，就要求学生首先对这些基础知识有所了解，然后才能对其如何在金融领域运用有所认识。如果没有相应基础知识做铺垫，学习起来可能会有些困难。

### 问题之二：理解交易结构

交易结构只要不违反公共利益，不侵害第三方的利益，就应该得到尊重，法律上处理的基本逻辑是交易自由。为了说明如何理解交易结构，彭老师重点举了两个例子。

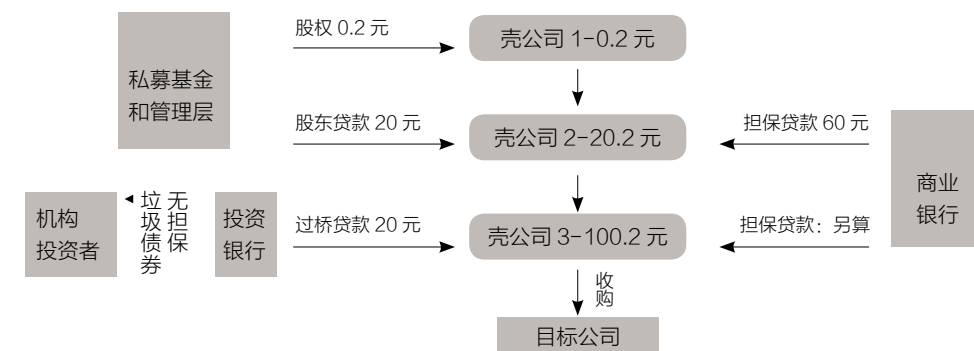
#### （一）杠杆收购融资

彭冰教授首先介绍了专业术语 Leveraged Buy-Out、Management Buy-Out 的内涵及区别，并解释杠杆收购的商业目的是通过收购上市公司和将其私有化之后的经营改善而获得收益。因此，要求动用的资金规模就很大，交易的风险也很高，故收购人往往希望通过贷款获得资金来完成交易，这就是所谓的杠杆。

在收购资金的构成方面，彭冰教授通过一个虚拟的数字来进行深入浅出的讲解：如果一个杠杆收购需要的资金规模为100.2元，实践中，这100.2元资金中，银

行贷款是60元，机构投资者等次级债权人是20元，股东贷款是20元，真正的股东股权投资只有0.2元。主要的资金都是借来的，收购人自有的资金只有20.2元，其中20元还要以股东贷款的方式投入，而不是以股本的方式投入，就是要减少收购人的风险暴露，提高其投资回报率。杠杆收购交易完成后，哪怕最终净利润为1元，股东的投资回报率也有500%。可以看出，在杠杆收购中，收购人通过借用别人的资金（即所谓杠杆）减少了自己的风险，提高了资金回报率。但是，出借方为了保障资金的安全或者弥补相关的风险，也会要求通过各种担保措施或者提高收益。这就是杠杆收购融资的交易结构复杂化的原因——收购人要让出借方放心将资金借给他。

杠杆收购融资的结构



彭冰教授在讲解杠杆融资收购结构时，将整个结构以图表的形式展现，接着对银行贷款、次级贷款、股东贷款进行了区分。银行贷款分为向壳公司3的贷款（主要用于支付收购款）和向目标公司的贷款（主要用于替代目标公司的原有贷款），前者由壳公司3提供担保，后者由目标公司用资产提供担保；次级贷款首先表现为过桥贷款，然后转化为机构投资者的贷款或者垃圾债券，由壳公司3提供担保；股东贷款等同股权投资，但可避税。

然后，他通过提出三个问题来深化大家对此主题的理解，即：为什么这么多壳公司？为什么不直接贷款给私募基金和管理层？目标公司能够为银行向收购人贷款提供担保吗？对于前两个问题，彭冰教授给出了言简意赅的回答，分别是通过结构区分不同债权的优先地位、银行能够获得清偿优先，并顺利处置担保品。对于第三个问题，则希望大家能有更多的思考。



## （二）次级债务融资

次级债务融资是由某些主体（例如债务人的股东）为债务人提供贷款，但明确声明其债务劣后于本债权人受偿，相当于一种担保措施。甚至为了支持本债权人，可以同时为本债权人和次级债的债权人设置担保，这样可以使得这种担保措施不会被普通债权人享有。愿意提供次级债权的主要是股东，其能够获得的益处是：1、利息分配不依赖于利润；2、利息支付减少税基；3、债权投资可以收回；4、债权投资还可以设置担保，从而优先于非担保债权人。次级债权的形式大致可以分为三类，分别是转交型次位（turnover subordinations）、完全次位（subordination to all debt）、结构型次位（structural subordination）。

### 问题之三：理论与中国实践的反差

众所周知，理论和实践往往反差巨大，甚至实践中会发生监管与实践的博弈。在这一部分，彭冰教授主要通过有关保理的一系列问题来论述理论与实践是如何反差的。保理起源于19世纪的美国的商务代理。商务代理是向委托人提供预付款融资，卖方通过赊销的方式出售商品，买方到期再支付货款。卖方为了获得资金，通过出售针对买方的应收账款，从保理商处获得融资。保理商能够向卖方提供融资，是基于对买方的信用审查。所以保理主要是基于以赊销结算的贸易所产生的针对特定买家商业信用的一种短期（6个月左右）融资安排。保理的功能大概可以概括为三个方面。第一是融资，当小微企业的产品购买方为核心大企业时，小微企业可依托核心大企业上下游关系实现信用增级，获得银行融资。第二是资信调查，企业通过委托保理银行调查交易对手资信，可有效降低买卖双方因信息不对称而产生的违约风险，缩短收款时间，提高催收效率。第三是管理服务，比如债务催收、账款管理。

双保理的运作模式较为复杂，整个流程可以梳理为：1、出口保理商与进口保理商签订相互保理协议；2、出口商与进口商签订贸易协议；3、出口商向出口保理商申请评估买方资信情况并给予额度；4、出口保理商请求进口保理商对进口商的资信进行调查；5、进口保理商调查进口商的资信，评估确认其信用额度；6、得到进口保理商的通知后，出口保理商向出口商通知信用额度初评结果；7、出口保理商与出口商签订出口保理业务协议；8、出口保理商向进口保理商正式申请保理信用额度；9、进口保理商正式核准信用额度；10、在核准的信用额度下，出口商装运货物；11、出口商将有关应收账款债权转让声明及发票副本提交出口保理商；12、同时，出口商将发票（其上粘贴或者打印有关债权转让文字）和相关信函寄送

进口商，或者交出口保理商代寄。发票上的转让条款及信函均表明有关应收账款债权转让给进口保理商或经由出口保理商转让给进口保理商；13、出口保理商向出口商提供发票一定比例的融资；14、进口保理商向债务人催收货款；15、债务人到期向进口保理商付款；16、进口保理商将货款转付给出口保理商，并寄送对账单；17、出口保理商扣除融资和各种费用后，余款支付出口商。

中国实践中的保理多为卖方单保理和暗保理，实质是银行基于卖方信用提供的贷款融资（效果比应收账款质押贷款差）。从卖方单保理和暗保理的差别来看，卖方单保理有追索权，而暗保理事前不做债权转让通知，仅仅通知买方更改付款账号（账号变更通知书）。为什么保理会在中国变形？彭冰老师指出，其原因在于中国的资金主要在银行，银行习惯于向自己的客户提供贷款。但这些年随着贷款规模限制、要大力发展中间业务创新等监管要求，银行对客户发放贷款受到限制或者不受青睐，因此，银行就通过购买自己客户的应收账款来伪装成保理业务。但实际上，因为应收账款的价值评估来自于债务人的还款能力和意愿，而这些债务人并不是保理银行的客户，银行对其信用并无了解。因此，银行往往要求卖方（自己的客户）对这些应收账款提供担保或者回购安排，实际上就是变相向自己的客户发放贷款。

中国法律上只规定了应收账款的质押登记，没有规定应收账款的转让登记和所有权登记。因此，银行如果办理的是应收账款质押贷款，在人民银行应收账款登记系统中进行了质押登记，其对该应收账款债权就具有质权，可以对抗卖方重复质押或者事后转让该应收账款。如果银行办理的是保理业务，购买了卖方的应收账款，也可以去中国人民银行的应收账款登记系统做转让登记，但因为物权法上对于应收账款转让的登记没有规定，因此法院并不认可其转让具有对抗效力。换句话说，如果卖方重复转让该应收账款，登记方并不能很好地主张自己的优先权利。甚至如果卖方在保理出售该应收账款之后，再以这些应收账款做了质押融资，登记的质押融资要优先于前面的保理转让。可见，商业银行之所以会去做这种保理业务，不是基于真实的商业需求，而是在贷款限制和业绩要求下做出的无奈选择。

### 问题之四：业务发展迅速和法律落后

金融业务突飞猛进，相应也要求法律及时跟进。以我国台湾地区为例，从1990年到2015年，其“银行法”修改了14次，“证券交易法”修改了17次，“公司法”修改了18次，几乎每年都在修法。而大陆的修法之路却进展缓慢。金融法面临的矛盾已然是金融科技突飞猛进的发展速度、日新月异的金融创新与落后

12/13 二教109  
10:10-12:00

的法律、监管惰性之间的矛盾。彭冰教授将金融创新的种类分为传统型金融创新、空白型金融创新，并以互联网金融为例，说明金融创新的监管困难和相关模式。

互联网金融在现阶段包括网络支付、金融产品的网络销售、投资型众筹、虚拟货币等模式。对互联网金融的监管模式，则可以归纳为三种。一是创新型监管模式。对于网络支付，《非金融机构支付服务管理办法》创设了新的行政许可，采取了相应的新监管模式，例如对备付金的监管。二是严格禁止型监管模式。严格禁止型监管模式并不是简单禁止，而是在针对创新模式时，简单适用现有的传统的法律规定。这样当然不适用，于是结果就只能是禁止。证监会对股权众筹采取的就是这种态度。在《证券法》修改之前，股权众筹在中国是完全不合法的，因此被严格禁止。计划中采用的股权众筹试点也被取消。三是运动型治理模式。运动型治理模式则是放弃日常监管，采用运动式的处理方式，当问题累计风险爆发时，集中治理整顿。我们对P2P网贷采用的就是这种监管模式。P2P网贷2007年就在中国出现，2011年引起监管关注，但一直并没有规则出台。2016年4月，互联网金融风险专项整治运动开始，2016年8月才出台了《网贷信息中介机构监督管理暂行办法》，但迄今为止，该办法尚未真正落地实施。而在此过程中，P2P网贷的风险集中成批爆发，政府进行了全面清理整顿。

彭冰教授指出，运动型治理模式的弊端存在于两个方面，其一是风险太大，其二是伤害了创新者。严格禁止型治理模式表现为不负责任。创新型治理模式传达了一种积极进取的监管态度，但也存在障碍，比如需要创设新的行政许可、对专业性要求强。

彭冰教授讲解完毕后，还欢迎大家通过发送邮件、微信交流、去办公室等方式进行提问。讲座过程中，彭冰教授与学生们积极互动，对同学们的问题作出了详尽的回答，整个讲座持续了两个多小时。

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期部分专业授课课教师  
开讲：法学答疑课。



北大  
法学阶梯  
进阶讲座之九

# 学习国际法 的六大要点

陈一峰(右)

北京大学法学院副教授。  
研究国际法历史和理论、国际组织法、  
全球治理、国际劳工保护，  
有专著《论当代国际法上不干涉原则》，  
发表论文数十篇。

易平(左)

北京大学法学院副教授。  
研究国际法史、战争法、国际组织法，  
有专著及译著多部，  
发表论文及译文数十篇。

2018年12月13日上午10点10分，北京大学“法学阶梯”进阶讲座系列第九场在北京大学第二教学楼109教室正式开始。本次讲座主题为“学习国际法的六大要点”，由北京大学法学院副教授易平老师和陈一峰老师主讲，徐晓颖老师担任主持人。

本次讲座采取对话式教学的形式，由易平老师和陈一峰老师选择了若干国际法的基础性问题，进行讨论和分享。

## 一、国际法与政治的关系

国际法和政治之间的关系，是整个国际法学科的基本问题。国际法跟政治权力的联系密切。不少例子都表明，国际法带有工具主义的色彩。国际法是否仅仅只是大国实现其权力的工具？国际法是不是直接等同于国际政治？国际法有没有相对于政治的独立性，如果有，这种独立性又体现在哪些方面呢？

易平老师认为，国际法本身就是政治过程的一部分，或者说，它不可避免的要受到政治的影响，但是法律同时具有相对的独立性。一方面，从事实上看，运用国际法来规制国家行为、让违法行为国承担国际责任的例子大量存在，国际法决不仅仅是政治的点缀或者附庸；另一方面，在规范性意义上，法律也必须保持自己的相对独立性以对抗政治的恣意性，阻止权力政治吞噬掉所有可能运作的自由空间。

凯尔森提出了纯粹法学的概念，声称要把法从一切非法律的因素——诸如政治、经济、社会、文化、宗教等——之中剥离出来，将法律体系建构成为一个封闭的金字塔，每一条规范的效力都来自于上一级规范的授权，而不是来自于金字塔以外的任何力量。这个理论似乎和我们的直观感受相悖，但它的价值恰恰在于，只有把法建构成为一门纯粹的学问，才能用来对抗那个时代无比残酷的权力暴政。

易平老师认为，凯尔森比我们绝大多数人都要更加深刻地意识到法和其他要素之间的事实关联。但是，他选择运用纯粹法学的理论作为对抗暴政的武器，在政治的夹缝中打造法律的堡垒，确保法律人在政治的铁蹄之下仍有喘息之机，得以延展人之为人的美好生活。这样一种规范性意义上的努力，并没有因为时代的发展而削弱其意义，毋宁说，在一百年后的今天，当法律虚无主义的思潮、强权决定一切的论调弥散于国际空间的角角落落时，这种努力更彰显出重要的价值。规范性的建构也许不能直接改变眼前的现实，但是它对于政治的深远影响是不可低估的。

陈一峰老师强调，国际法有两个很重要的维度。法律可以是国际政治或国家权力的工具，大国可以通过国际法来达到自己的目的，实现大国的政策、利益、价值

和偏好。与此同时，国际法本身也是一种权力，是一种可以对抗大国利益和偏好的权力。所以国际法和权力之间的关系是双重的，一重是国际法被大国权力控制、引导、塑造；但与此同时，国际法对大国权力的也有限制、引导和塑造的作用。

陈一峰老师认为，国际法和国际关系有不同的语言体系。国际法提供了一套自身特有的语言体系，这套语言体系为国家间利益分配、外交政策的展开提供了概念框架、分析框架。国际社会的很多问题，无法通过国际关系或者权力机制加以解决。而国际法可以为国家间的争端解决提供特定机制，例如司法解决、仲裁机制，通过法律程序和法言法语去解决国际争端。

陈一峰老师认为还可以从构建主义的角度去看待国际法。国际法对权利和义务的分配，诉诸的是一个国际社会的共同体，当我们提到国际法的时候，一定提到的是一个国际社会的法。在这个意义上，国际法同时也构建了一个有秩序的国际社会，有正义感的国际社会。这一点和国际关系特别是现实主义学派的主张很不一样，国际法并不认为国际社会是一个自然状态。同时，国际法带有很多自身的假定和价值判断，这些反过来又作用于国家。所以一定意义上，国际法还有一个社会化的功能，使得国家能接受国际法的价值、观念，认同对于和平、安全、人权等一些重要价值的追求。

易平补充说，国际法不仅具有工具性，还具有规范性，这其实是所有法律部门的共性。但为什么大家在学习国内法的时候，不会去质疑民法、刑法是不是法，但是在学习国际法的时候，总像是有强迫症一样，反复追问国际法到底是不是法呢？这主要有两方面的原因。一来，是因为国际社会中没有世界政府，国际法的效力不是来自于主权者；国际社会中也并没有警察、监狱和军队，国际法的执行得不到强权机制的保障。所以，很多人认为国际法充其量只是弱法，甚至不是法。但是，无政府并不等于无秩序，国际社会在大部分情况下都秩序井然，否则我们不可能开展任何有意义的国际交往活动。而秩序的背后一定有一套法律机制在提供支持和保障。和国内法相比，国际法提供支持和保障的方式比较特殊，但它同样履行了维持秩序的功能。二来，大多数人的直观感受是，和国内法相比，国际法更容易受到政治的摆布，因为大国无视国际法的例子比比皆是。但是，这种感觉未必符合事实。事实上，绝大部分国家在绝大多数情况下遵守绝大多数国际法规则的行动，很少受到媒体的关注，也几乎不被人们意识到。而霸权国家严重破坏国际法、尤其是诸如违法使用武力的例子动辄成为头条新闻，这些报道一次次强化了我们对于国际法软弱无力的感觉，使我们更容易忽视掉那些日常性的守法活动和遵法实践。其实从整体上看，

国际法的执行和实施在绝大部分情况下都是非常有效的。值得思考的问题毋宁说是，为什么一个缺乏强制执行手段的法律体系能够得到有效的遵守？这才是国际法不同于国内法的特点之所在。如果我们仅仅把国际法理解为一套规则、原则和制度的集合，就无法解释这种现象。

## 二、国际法的概念

陈一峰提出，对于国际法的概念，要关注不同三个维度。一是主体维度。在主权国家之外，还有其他国际法主体也在有效参与国际社会，不仅受到国际法的约束，也在不同程度上参与国际法的制定、解释和适用。这些主体包括了国际组织、民族解放运动、跨国企业、非政府组织，甚至一定程度上也包括了个人。第二个维度，国际法是国家间的法还是国际社会的法？强调国际法是国家间的法，本质上是一个国家中心主义的路径，更多强调国际法本身的合意性。国际法是国家明示或者默示同意、以条约或者习惯固定下来的法律，背后的基础是国家同意。强调国际法是社会国际社会的法，是要探讨在国际社会有没有一些法律规则的效力、存在和运行是不依赖于国家意志存在的，是与国际社会共同所接受的道德、良知、情感为基础，而且这些法律价值和规范甚至还要高于合意的国际法？如果换成国内法的表述，国际法到底仅仅是任意法还是也有一些强制法？第三个维度，追问的是国际法的效力来源。奥斯汀在《法理学范围》里主张法是主权者的命令，这是一个极端实在法的路径。另外一个英国学者哈特，在其《法律的概念》里说，仅仅外部观察命令和服从是不够的，必须强调民众内心对法律的信仰和接受。这个问题对于国际法特别相关，观察国际法的效力来源的时候，不仅要观察国际法的强制实施问题，还要关注国际法的主观接受和服从的问题。

易平老师强调说，要从历史发展的眼光看国际法。国际法并非从一开始就是今天这副模样。我们今天学习的国际法，从源头上看，是16、17世纪欧洲文明的产物。在当时，国际法体系是一个超越于国家意志之上的规范结构，条约和习惯只是非常次要的国际法渊源。18世纪后期，实证主义的研究方法逐渐占据上风，国际法的内容和结构也随之发生重大变化，超越性色彩越来越淡，国家同意被视为国际法效力的最终来源，因为高度重视国家实践，条约和习惯才被当作国际法的主要渊源。这样一种观点在20世纪初期达到了高峰。

易平老师认为，今天，国家早已不再是国际社会的唯一主体。传统意义上的“国际社会”即国家间（inter-national）社会，实际上和跨国家（trans-national）社

会、超国家（supra-national）社会、甚至反国家（anti-national）社会等各种“非国际的社会”并存于同一时空之中。这不是一个均质夷平的普遍社会，而是一个复调发展的多元重层结构体。国际法不仅是主权国家同意的产物，而且是很多复合主体共同作用的结果，甚至很多非国家行为者在形塑国际规范方面所发挥的作用比一些小型国家还要重要。而且，这种多元主体共同参与的复杂性是贯穿于国际法规范从制定、修改到实施的全过程之中的。

## 三、国际法的实施问题

陈一峰老师认为，国际法并非是软法，国际法也有牙齿。二战以后国际组织纷纷建立，促进了国际法的实施。冷战以后国际刑事司法机构纷纷建立，在很大程度上加强了国际法的威慑力。陈一峰老师强调，在国际法的实施机制领域，很多时候国家主动实施国际法，实施的国际法不是国家和国家之间的义务，而是国际社会整体的原则和义务，集中在人权领域和环境保护领域。一个国家制定国内法是为了实施国际法上的一些原则和要求。例如美国的外国人侵权法案，如果一个外国人在外国受到了侵权损害，而这个侵权损害本身是违反了国际法，美国法院在某些情况下可以管辖。这个意义上，主权国家可以视为是国际法实施的机关。当然，国家的手臂也不能伸得太长，否则会引发国际争议，国家对管辖权的设置要遵守合理性原则。

易平老师认为，国际法的实施机制在不同领域有不同表现。大家从国内法的视角出发，可能会觉得刑事司法才是最强有力的实施机制。但是国际刑事法院的审判对象并不是国家，而是个人，目前国际社会还没有就“国家犯罪”的概念达成共识。不过即便如此，国际刑事法院的设立对于规制国家的国际罪行而言并非毫无意义。虽然审判的对象是个人，但还是会涉及对于国家行为的法律评价。

易平老师认为，国内政治对于国际法的实施也有影响。特别是在那些实行民主选举制度的国家中，如果候选人发表了严重违反国际法的言论，往往会成为被政敌猛烈批判的对象。事实上，绝大部分候选人都会表现出愿意遵守国际公约、诚实履行国际义务的良好形象，来为自己争取选票。国内法、国内政治、国际法、国际政治不是彼此孤立的四个维度，而是密切相关。国际法的实施是一个极其复杂的过程，不能仅仅从国际司法机构如何适用规则的角度来进行理解。

## 四、国际法的碎片化

国际法的碎片化，是说越来越多的国际法部门自成一体，使得国际社会的价

值之间呈现一种碎片化的状态，具体来说，国际法规则之间可能发生冲突，国际机构之间也可能发生管辖权的竞争和法律适用上的对抗关系。

陈一峰老师认为，到底国际法是一个统一的有机整体，还是一个越来越分散的、由各部门法自成一体的碎片化结构，也是国际法的核心问题。国际法院在尼加拉瓜案件中提出，国家责任在归因问题上适用有效控制的标准。前南国际刑事法庭在塔迪奇案件中提出，当裁判领导人刑事责任的时候，采取的总体控制的原则。国际法院波黑诉塞黑的案件中，又再次重申了有效控制的标准。这就是法庭之间对规则的理解不一致。还有管辖权竞争问题，同一个案件既可以诉诸联合国海洋法公约的争端解决机制，也可以诉诸 WTO 或者欧盟。不同的国际法部门讲的是不同的话语和偏好，最后的判断很有可能是取决于到底诉诸于何种国际法机制。

易平老师指出，国际法的碎片化意味着在国际社会中有大量各自为政的国际机制，国家可以选择性适用。这使得法律规则的适用和实施不再是统一的和普遍的，没有明确的可预期性，不同机制所做出的裁决很有可能会发生冲突，又没有一个地位更高的机构来一锤定音。这种混乱的状况与我们心目中对法的统一性、普遍性诉求是背道而驰的。

同时，易平老师认为，实际的问题并没有想象中的那么糟糕。在实践中，各种国际机制并非彼此隔绝、各自为政，而是有很多的相互协调和自我克制。碎片化的问题确实存在，但是由于各种现实政治力量之间的相互制衡，它的实践性后果并没有那么严重。在学习国际法的时候，不能只从逻辑上进行推演，必须睁大眼睛观察国际社会的现实，在各种权力的互动关系中来理解国际法的运作，以做出正确的判断。国际法不是死的知识，而是活的智慧。无论是游戏的参与者，还是规则的创造者，都必须保持一种敏锐的感受力和洞察力，才能准确的把握现实，引导事态朝着我们希望的方向发展。

## 五、国际法的历史

陈一峰老师着重谈了国际法的起源问题，介绍了三种不同的主张。第一种主张认为，国际法源于 1648 年的《威斯特伐利亚和约》。1648 年是一个很重要的节点，所以很多人称之为威斯特伐利亚神话。第二种观点是芬兰赫尔辛基大学 Koskenniemi 教授提出的，认为国际法产生于是 1873 年。1873 年在比利时的根特成立了一个很重要的学会，叫做国际法研究院，这是第一次职业国际法学者兴起的时候。从专业的国际法领域来讲，是到 1873 年以后才开始有国际法这门学科。

第三种观点，是日本东京大学大沼保昭教授提出的。他认为，从跨文明的视角来看待国际法，要看的不仅仅是欧洲，而是要看什么时候欧洲国际法真正对我们理解世界形成一种统治性观念。随着欧洲国际法向全球的扩张，征服了中国和伊斯兰的世界体系及其秩序观念，才实现了欧洲国际法话语的普遍化。

易平老师也对威斯特伐利亚神话提出了批评。她认为，1648 年的《威斯特伐利亚和约》，今天的主流教科书几乎都认为，是这个条约奠定了国际法和主权国家体系的起源。但如果去看看当时的历史文献，会发现这种观念几乎是不存在的。而且，在 1648 年的时点，就连欧洲都还有很多国家没有被建构成为现代意义上的主权国家，更遑论欧洲以外的国家和地区了。因此，把国际法和主权国家体系的起源放在 1648 年，只是后人做出的一种追溯性想象和定位。那么，为什么会形成这样一种追溯性的认识呢？从历史上来看，这个神话其实是在 19 世纪欧洲殖民扩张的高潮时期最终完成的，是欧洲殖民者在向全球强行普及国际法这套知识话语、应对来自内外两方面的危机时建构出来的一个观念。冷战结束之后，无论东方还是西方，有很多学者对这个命题提出了强烈的批判和质疑。这也是时势的产物。

中国在过去一百多年中，是借助一个既有的、由西方主导的世界秩序达成了今天中国在国际政治、经济和文化格局中的地位（当然，在接受和融入这个秩序的过程中有很多被迫的成分），但是这种状况不会永远持续下去。因为中国作为一个伟大文明而存在的历史记忆，决定了中国人无法心安理得地甘当尾随者，不加反思地接受西方主导的现代秩序中的所有逻辑和问题。更何况，这个秩序自身正处于巨大动荡的拐点之上。在这样一个关键性的历史时刻，中国的国际法学者人理应肩负起为未来世界秩序提供一种新的理解和架构的历史责任。

易平老师最后强调说，未来十年、二十年，国际社会将要面临的变革可能远远超过我们的想象。我们要为这种根本性的结构革命做好知识上的准备，而一个必需的前提就是，透彻研究并深刻理解东西方两种文明及其历史，在这一点上，具有普世色彩的国际法相当于一个打通东西方的桥梁。只有打好这个基础，才有可能找到新的思考生长点，这也是为什么我们要学习国际法历史的意义之所在。

12/15 二教211  
13:00-17:00

为了帮助学生回顾课业、答疑解惑，  
北京大学法学院特邀本学期间部分专业课授课教师，  
开讲：法学答疑课。



北大“法学阶梯”  
进阶讲座之十

# 学习民法总则 的五大重点

## 常鹏翱

北京大学法学院教授、博士生导师，  
兼任中国法学会民法学研究会副秘书长。  
研究民法总论、物权法、债法，  
有专著多部，  
发表论文数十篇。

2018年12月15日，北大“法学阶梯”进阶讲座系列的第十讲，在北京大学理教211教室举行，主讲人是常鹏翱教授，主题为“学习民法总则的五大重点”。法学院教务办公室陈岩老师担任主持人。来自校内外约100名听众认真聆听了这次讲座。

讲座伊始，常老师立足当代，展望未来，结合亲历，为同学们勾画出学习的三个层次——态度、方法和知识。老师分享道，树立终身学习理念，对学习保持热忱，以广阔视野看待当下，才能摆脱繁琐事务的局限，为未来缔造一片静谧的想象空间。学好民法，要注重三个层面的结合，即学理、规范和实践。学理是通过专著、教材等获取的抽象理论知识，这是民法的基础，要敬畏它，并且要努力地获取它。规范是解决个案的标本，理论通过规范才得以产生冲击力。实践永远是检验理论的唯一标准，它不仅能印证理论和规范的合理性，更能让我们进一步反思理论和规范的走向。只有将学理、规范和实践高度融合，才能内化为自己的知识，为己所用。在知识层面，老师详尽阐述了“学习民法总则的五大重点”。

从传统知识脉络上看，民法总则有三阶层架构：人一物一行为。人是主体，物是客体，围绕客体通过行为在人与人之间产生社会关联。行为即法律行为最为关键，因为自治是民法的底色，而法律行为正是自治的工具。对法律行为的把握应注重以下五个重点：

第一，厘清物权与债权的关系。物权与债权的差异主要体现在两个特性。一是，物权是绝对权，债权是相对权。物权作为绝对权，能够约束不特定第三人，需以特定形式予以公示；债权作为相对权，只约束特定人，不需要向不特定人公示。二是，物权是支配权，债权是请求权。物权的实现无需假借他人之力，而债权需借助债务人履行才能实现。物权与债权的区分，深刻地影响到权利保护、权利行使等制度，也影响到对于法律行为的认知。物债二分并非绝对，有时候会出现物债交融这一模糊的中间地带，但这在民法总则中还不突出。立足于债权与物权的差异，法律行为也有了债权行为与物权行为的区分；把它们加以适度扩展，就是负担行为与处分行为的区分。

第二，区分负担行为与处分行为。这个区分肇端于德国，受德国法影响的区域几乎都有这类区分，即使像瑞士这样没有民法总则的国度也有这样的区分。不过，我国大陆民法学对这类区分存在争议。从明晰法律关系、确保逻辑自治的角度看，这类区分应得以认可。这样的区分最直接的好处，是立足于债权与物权的二分，立足于法律行为的自治价值，把分别指向债权发生和物权变动的自治行为分为两类行为，从而既使权利二分法在法律行为上得以体现，又能把权利设定和权利实现予以分开，使法律

规范各得其所。比如，物权是对物的支配权，它对物不对人，一定要有特定的标的物；而债权是对人的请求权，它对人对物，标的物的有无不影响债权的产生。基于此，标的物是否存在对于债权行为就没有影响，但没有标的物，就不会有物权行为。又如，债权是相对权，产生债权债务关系的行为不以公示作为必要条件，即便法律要求合同办理登记备案，它也不是约束要件，如商品房预售合同登记备案、城镇房屋租赁合同登记备案与合同成立、效力无关；但物权是绝对性权，物权行为没有公示就没有意义。再如，物权变动对原物权人来说都是财产减损活动，它要想达到效果，原物权人的处分权不可或缺，而债权发生则非如此。可见，在物权与债权区分基础上，权利变动若付诸于私法自治，就必须建立两个管道，一个通向债权债务，即负担行为；另一个通向既存权利，即处分行为。法律行为因内容不同而划分为负担行为与处分行为。

实践中，有只产生债权债务关系但无关权利减损的现象，如无偿提供劳务；有只存在物权行为而无债权行为的现象，如抛弃。但最常见的现象是既有物权行为又有债权行为，二者合为一体。在此有可能存在以下几种情况，一是债权行为有效，物权行为有效；二是债权行为无效，物权行为也无效，如买卖毒品；三是债权行为有效，物权行为无效；四是债权行为无效，物权行为有效，这就是物权行为无因性，也称抽象原则，即物权行为不受债权行为瑕疵的影响。当一个合同被认定无效，由此发生的权利变动结果是否当然无效？这是有因性立场与无因性立场的区别所在。区分债权行为和物权行为的好处是让交易在法律框架内更加清晰。德国民法典中明确体现了处分行为与负担行为，典型条文有 873 条；瑞士民法典并没有精细地呈现，但可以解释出来负担行为与处分行为，如 636 条。虽然法律规范没写，但不影响学理和实务的解读。

第三，重点把握法律行为的要件。法律行为的成立、生效取决于法律行为要件是否满足。要先考虑一般构成要件，然后基于特殊性考虑限制或者剔除要件。首先，法律行为成立即生效，这是基本要件。法律行为成立要件因法律行为不同而有所差异，如单方行为、双方行为、决议行为的成立要件不同。其次，要在一般构成要件之外，考虑特殊生效要件。例如，成立不生效，在理论上争议很大，现采取一种相对简单方式——结合《合同法》44 条、《民法总则》144 条——将其呈现出来。法定要件取决于法律规定，意定要件取决于当事人约定，二者看似都是阻扰法律行为成立的要件，但德国人认为只有法定要件是阻扰法律行为成立的要件。法定要件的典型是批准（登记不是），意定要件的典型是附条件。批准目前主要涉及国有资产转让、技术转让等领域。由于这里的“批准”、“附条件”只针对特殊法律行为，因此称作特殊要件。此外还要考虑排除要件。《民法总则》143 条从反面强调法律行为必备要件，资格有无、

意思表示是否真实、内容是否合法或有违善良风俗，出现任何一个事由，法律行为都不能当然成立生效。不同法律行为的资格要件有所不同，但一般资格要件是指行为能力（仅针对自然人）。其次是代理人实施法律行为必须具备代理权，否则构成无权代理。再者是有无处分权问题。意思表示不自由或不真实都可归入此，如欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平、重大误解。实践中出现最多的是内容是否合法的问题，这里要提出效力性强制规范与管理性强制规范的区分，体现在《民法总则》153 条第一款。要注意这仅是强制性规范中的一种分类，还存在大量的其他强制性规范。

第四，掌握法律行为的效果状态。不成立与无效差别何在？二者的实际效果一样。首先，不满足批准要件的合同，成立不生效。一种是未定的不生效，一种是确定的不生效。确定的不生效不是无效，就像不成立不能和无效归为一类但实际效果相同一样，确定不生效的效果和无效的效果适用相同条文。条件条款有问题，合同效力如何？通常认为条件违法，合同违法，但也存在少见的例外。其次，无民事行为能力人所为法律行为无效；限制行为能力人所实施法律行为类型，会产生有效、无效、效力待定情形。此外是表见代理有效，其他无权代理无效。无处分权的处分行为无效，需注意处分行为尝尝涉及其他规范的衔接，如《物权法》106 条、107 条，这里主要考虑的是当事人利益平衡问题。

在此，常老师结合同学们课下提问，就有关无权处分行为的案例，与同学们展开深入的讨论。意思表示存在瑕疵的效果主要是可撤销，与之前《民法通则》相比，《民法总则》中未规定可变更。恶意串通损害第三人利益行为效果如何，是绝对无效还是相对无效？此处的无效在于保护特定第三人利益，绝对无效旨在保护社会公共利益，规范目的不同，规范实施机制可能有别。民法中对法律行为效力形态的规定是有限的，还要看到其他部门法的相关规定，只有这样才能看到法律行为效力状态的全貌。

第五，要在规范层面理解法律行为。理解当事人的意思表示，不仅要基于当事人所表达的实际意思，也要基于法律规范中的解释规则。法律行为不仅是小前提，也是大前提，也即它同时构成一种法源，但它只针对负担行为而非处分行为。在讲座中，不少同学们举手，有的向老师提问，有的与老师讨论，还有的表达自己听讲的感觉、心得。讲座虽然已经结束，但在老师的启发下，同学们表示学习热情高涨，对知识的探求，对问题的思考将会成为他们生活的一部分。