



吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集

法苑英华

【商法学·经济法学卷】

吉林大学法学院编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集

法苑英华

【商法学·经济法学卷】

吉林大学法学院编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法苑英华. 商法学·经济法学卷/吉林大学法学院编.
北京:法律出版社,2008.9
(吉林大学法学院六十周年院庆纪念文集)
ISBN 978-7-5036-8664-1

I. 法… II. 吉… III. ①法学—文集②商法—法的理论—
文集③经济法—法的理论—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第105864号

© 法律出版社·中国

吉林大学法学院六十
周年院庆纪念文集

法苑英华(商法学·
经济法学卷)

吉林大学法学院 编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 A5
版本 2008年9月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京中科印刷有限公司

印张 15.25 字数 378千
印次 2008年9月第1次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8664-1

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主 任：徐卫东

副主任：霍存福 李 洁 姚建宗

委 员：（以姓氏笔划为序）

于 莹	马新彦	马新福	邓正来	韦经建
王彦明	刘亚军	冯彦君	那 力	吕岩峰
张 旭	张文显	李韧夫	李建华	李洪明
闵春雷	赵新华	徐 岱	黄文艺	崔卓兰
傅 穹	彭诚信	蔡立东		

写在前面的话

这是一套看似寻常的法学文集。业经悉心挑选,谈不上卷帙浩繁。文集中有的文章,虽因时代久远,但仍清晰记载了吉大法学学人学术成长的历程。文集在我们全体吉大法学院人的心目中,它的分量厚重无比,它所带来的记忆永远不会被尘封。

论文的作者们,今生今世似乎都注定与吉大法学院存在割不断的渊源联系。我们在编撰进行之际,更怀着道不尽的满腔情愫。

置于本套文集目录中显要位置的,是那些已将毕生精力奉献给了法学教育和科研事业(多数则终身从教于吉林大学)的最年长一辈学者的姓名。在那政治风雨如磐且衣食住行也堪忧的往昔岁月,他(她)们曾历尽艰难困苦,为法学院奠基创业。收集于本卷中的他(她)们的论文,即便是发表于改革开放的曙光里,但也多是在一灯如豆的斗室中呕心沥血地写就。现今,作者中有的已经与世长辞,有的则带着因积劳而形成的病躯静默地度过晚年。此时此刻,放下来能拿起的,是他(她)们的文稿,而拿起来放不下的,是我们深切的怀念和敬仰。

有一些论文,观看题目就能让人记起或猜出撰写之人。在决定中国的法律究竟向何处去,而理论研究和思想解放又处于乍暖还寒的年代,这些文章对拆除法学研究的诸多藩篱和禁锢,以使中国步入真正的法治社会之路,立下了不可磨灭的功

绩。其中,那一声声深沉凝重的学术呐喊,至今在人们的心头回荡。那许多精辟、犀利又严谨的论述及观点,其影响和作用历久弥新。这些堪称法苑奇葩瑰宝的文章,连同它们的笔者一道,已经并正在引领着一批又一批的法律学子,在崎岖的科学的小路上奋力攀缘。

中青年学者的佳作令人刮目。跃然于纸上的,是喷涌敏捷的才思;而蕴涵于其中的,则是扎实的理论功底和丰厚的专业知识。论文的作者,尽管有现从教于我院的博导、教授、副教授,也有自我院博士毕业正供职于外校或科研单位的人员,但已使这种区别显得无关紧要的是:他(她)们同为出类拔萃的佼佼者、当今中国法学研究和法律事业发展的中坚力量。

被收集入卷的还有一些来自国家机关、法律实务等部门的我院毕业生的论文。这部分成果因数量极为庞大无法悉数集结。故我们只在璀璨的星群中选取一角权当代表,愿遍布天涯海角的大家,能同意我们采取的做法。

这套六卷本的法学经典文集,像一幢雄伟的大厦,由吉大法学院和曾经在这里学习和工作过的人们,齐心协力、一砖一石搭建完成。其中,在法学院工作过和正在工作的全体行政人员,也默默地为此洒下了辛勤的汗水。它可作为一个真实的见证,忠诚地记录了几代吉大法学院人刻苦钻研、潜心治学、紧密团结、奋斗不息的光辉里程。它如同一座高耸的丰碑,毫无愧色地耸立于中国法学研究的学术前沿。同时,它也是一个永恒的纪念场所,供我们所有的人:阔别多年的教师、学生、同事、故友,以及学术上的知交,在此欣喜地相逢聚首。

编委会
2008年6日

目 录

一、商法学

- 003 论我国保险法上危险增加的类型化与危险增加的通知义务
徐卫东 高 宇
- 015 深入推进党风廉政建设和反腐败工作 为建设现代金融企业
创造和谐环境 刘立宪
- 027 论票据保证及其效力 赵新华
- 039 我国应实行实质商法主义的民商分立
——兼论我国的商事立法模式 石少侠
- 052 “入世”条件下我国证券法律制度的改革 王晓川
- 069 营业转让制度初探 蔡永民 张完连
- 079 票据法中发票制度的比较及其立法建议 姜建初
- 094 论票据的无因性原则及其相对性
——票据无因性原则“射程距离”之思考 于 莹
- 106 论德国法中的股东表决权
——基于德国《有关增强企业控制与透明度法》的研究
王彦明
- 119 股票面额取舍之辩 傅 穹

- 134 票据行为无因与有因论 曹锦秋
146 票据抗辩事由的有效性评析 姜万国
156 论我国公司组织机构的重构 车传波

二、经济法学

- 167 经济法本源论
——“社会基本矛盾论”是解释和解决经济法系列问题的理
论基础 刘文华
- 187 再论经济法的调整对象 梁茂邦
195 社会主义市场经济法律体系中经济法的基本特征 张宇霖
200 当代市场经济与数量法学 刘瑞复
223 关于社会主义市场经济法律几个问题的探讨 丁邦开
239 反垄断法对滥用市场支配地位的规制 赵晓光
243 完善我国的社会保障法律制度 龙翼飞
260 跨行政区水环境管理立法研究 王灿发
284 循环经济法的基本框架和主要制度论纲 孙佑海
304 苏州经济的快速发展带给我们的启示和思考 赵秉哲
314 关于我国防范外来入侵物种的立法研究 王跃先 李宇晗
322 对经济法调整对象的再思考 朱崇实
335 法律经济学的理论基础 钱弘道
362 论市场竞争法的基础 邱 本
398 民法与劳动法:制度的发展与变迁 冯彦君

- 412 论发展循环经济的法律保障 赵惊涛
- 423 对未成年人权利保障体系的探讨 杨庆祥 路 建
- 436 《食品卫生法》:人民健康的保护神 何界生
- 439 自主与不自足经济社会情境中的经济法定位:“社会性”的解读
刘红臻 肖乾刚
- 458 企业环境责任确立的正当性分析
——以可持续发展理念为视角 吴 真
- 468 和谐征纳的法理求索及现实观照 丛中笑

一、商法学

论我国保险法上危险增加的类型化 与危险增加的通知义务*

徐卫东** 高 宇

一、关于我国保险法上危险增加通知义务的现行法分析

保险合同的中心内容在于投保人以给付保险费为代价换得保险人承担约定的风险,从而在投保人与保险人之间实现风险的转移,而在全体投保人之间则形成风险的分散。因此,保险合同在保险精算的科学基础上,要求保险人承担的风险与投保人所交付的保险费具有对价关系,遵循着对价平衡原则。由于保险人所承担的保险标的物的风险处于无体不确定的状态,不能转移占有,因此,“保险人无论于缔约时或定约后关于危险的掌握及控制于事实上几乎立于无能之地位”。^{〔1〕} 保险标的的风险处于不断变化之中,保险合同缔结之初其承担的风险与合同履行中的风险可能会出现较大的差异。而保险合同又是继续性合同,若危险严重超出缔约时保险合同所承保的程度,则势必会提高保险事故发生的几率,而加重保险人的义务,破坏对价平衡。为此,当保险标的情况的变化严重增加了保险合同缔结之初所承保的风险,保险法课以

* 本文原载《吉林大学社会科学学报》2002年第2期。

** 徐卫东,吉林大学法学院院长、教授、博士生导师。

〔1〕 江朝国:《保险法论文集》(一),瑞兴图书股份有限公司1997年版,第140页。

相对人危险增加的通知义务,以使保险人对危险增加的事实作出正确估量,决定是否继续承保或以何种条件继续承保,采取相应的措施控制风险。各国保险法把危险增加的通知义务作为一种法定义务加以规定,但其具体内容却不尽相同。我国现行《保险法》在第37条用两款加以规定:第1款:在合同的有效期内,保险标的的危险程度增加的,被保险人按照合同约定应当及时通知保险人,保险人有权要求增加保险费或者解除合同。第2款:被保险人未履行前款规定的通知义务的,因保险标的的危险程度增加而发生的保险事故,保险人不承担赔偿责任。

纵观其规定,简单有余而涵盖性不足。危险增加有时可归责于当事人,有时则不可归责于当事人,是否不分情况规定为相同的结果;按现行法规定,危险增加通知义务下保险人有合同解除权与保险费增加权,其间的关系若何,是否可任意选择……凡此种种,皆须明了。现行《保险法》第37条的内容不能明示通知义务的构成要件,亦未涵盖危险增加通知义务的不同情况而在法律上异其效果。因此,有对之进行讨论和研究的必要,以在法律运行中明其意义,定其权利义务,理顺其责任,祛除对当事人造成的不公及由此而致的纠纷。唯在我国加入世贸组织之后,面临外国先进保险业的竞争之际,尤须基于后发展之地位,借鉴他国先进保险立法关于危险增加通知义务的现行规则,在投保人与保险人间达成利益的平衡,使中外保险法对投保人与被保险人利益的保护趋于一致,以完善我国保险现行法,加强我国保险业的竞争能力。

二、危险增加的类型化与危险增加通知义务

类型化的研究方法是法学研究中的一种重要方法。类型化研究的本旨不是为类型化而类型化,其目的在于通过类型化而达到区别法律事物的性质、法律上的权利、义务与法律后果的不同,以明了其法律规则的适用。

(一)根据重要危险增加是否以书面约定为标准可将之分为约定危险增加与非约定危险增加。前者,是经当事人在保险合同中约定而列为重要危险增加,后者是保险合同上虽未约定,但在客观上足以提高危险发生率,符合上述重要危险增加构成要件的危险增加。在实务当中,是否在合同中约定负通知义务的危险增加都是重要危险增加,从而皆须负通知义务,事关投保人或被保险人的切身利益。而他们代表着需要获得保险保障的社会大众,显有澄明的必要。有学者认为,凡是在合同中约定的须通知的危险增加情形皆属于重要危险增加,纵使客观上不属于重要危险增加,亦在其内。^{〔2〕} 按此,若保险合同中载有危险增加应负通知义务的情形,义务人都必须在情形发生后通知保险人,如违反此义务,就必须承担相应的法律后果,不论其实质上是否具有重要性。但此一观点的合理性不无疑问,实质上涉及保险合同中对危险增加的约定的效力问题。在保险合同中约定对特定事项应负通知义务,包括几种情况:一是该特定事项从实际来说确已致重要危险增加的标准,同时双方又在合同中约定明示,既反映了合同自由原则,亦符合危险增加通知义务的本旨,没有问题。第二种情况是合同中虽约定该事项发生须负危险增加的通知义务,但该危险增加不属于重要危险增加,此时,令当事人对此负担危险增加的通知义务,不合该义务设定的本旨,更使对方为通知义务所累,反给保险人据此推卸责任提供了理由,使义务人处于极为不利的地位。实务上保险合同皆采附和合同的形式,相对方无讨价还价的余地,若保险人借此优越地位将实质上不构成要件的危险增加规定于合同中而附加其身,对在财产与能力上单势薄的相对人而言,无异于雪上加霜。同时,即使保险人与对方当事人能够进行协商,但对方当事人一般为一般民众,而保险人是专门职业者,对于每一险种的个

〔2〕 参见刘宗荣:《保险法》,三民书局股份有限公司1995年版,第133页。

别情况是否属于重要危险增加,只有保险人才能判断,而相对人可能一无所知,决难加以适当判断。保险合同与一般双务合同亦有不同,不能以一般双务合同的对等性来解释保险合同中的问题。保险的特性在于团体性,基于团体性观念,危险本是投保人通过保险人的中介将自己所负的危险进行分散、转化,最终的承担者实际上是投保人组成的团体。如果认可合同中约定通知义务的绝对效力,保险人便会借口义务人对于实际上不属于重要危险增加的通知义务的履行使对方疲于奔命,甚至推卸自己的责任,不仅不能实现其中介职能,亦使投保人的目的落空。因此,我们认为,不能赋予合同中对特定事项须负危险增加通知义务的约定以绝对效力。对此解决的办法一是在保险业监督机关审查保险合同条款时加以限制,二是司法中由法官来认定该条款与实质危险增加是否相合。无论如何应在立法上明定该种条款的效力或作出相应的司法解释。我们认为,应赋予该种条款为推定非重要危险增加的效力,在保险人主张免责时由其负举证责任。义务人可以举证证明该约定的事项不是重要危险增加而不必履行通知义务。而不能赋予其视为重要危险增加的效力。在保险合同未约定的场合,则须按实质标准判断是否因该危险增加而使保险人在合同缔结之初绝不会以相同的条件承保。发生争议时,由法官根据保险合同的种类及保险标的的特性作个案判断。

(二)根据危险增加的原因事实的不同,可将其分为主观危险增加与客观危险增加。这是各国保险法理论中的通常分类,实质上立法并未如此表现。依各国和地区的立法例,其区分标准则有不同表述。

《日本商法典》第656条规定为“因可归责于要保人或被保险人之事由,致危险显著变更或增加者”,该法第657条则将客观危险增加表述为“因不可归责于要保人或被保险人之事由,致危险显著变更或增加者”。即日本法以是否可归责于要保人或被保险

人为主客观危险增加的区分标准。《德国保险契约法》第 23 条将主客观危险增加分别表述为“与要保人意思有关……”，第 27 条将客观危险增加表述为“与要保人之意思无关……”。可见，德国保险法将是否与要保人的意思有关作为区分主客观危险的标准。据此，若危险增加由要保人的意思所致，则不论是否可归责于要保人，均为主观危险增加。反之，若与要保人意思无关，则为客观危险增加。^{〔3〕}我国台湾地区“保险法”第 59 条第 2 项将主观危险增加表述为“危险增加由于要保人或由于被保险人之行为所致者”，第 3 项将客观危险增加表述为“不由于要保人或被保险人行为所致者”。即将是否由义务人行为所致为判断标准。但在我国台湾地区“保险法”中，该处“行为”系指行为人于主观上是否应有认识并有意使之发生，在客观上系在该主观心理状态下实施的作为与不作为，即过错行为。^{〔4〕}

综观各立法例，皆在保险法上将危险增加区分为主客观不同的情形，但主客观危险增加的区分标准并非完全相同。德国法中的“意思”与法律上评价是否有可归责性的“过错”并非一致，因此，《德国保险契约法》在适用中，在主观危险增加场合须在“意思”基础上再考虑是否具有可归责性（过错）而异其法律后果，显得烦琐而无必要。^{〔5〕}按我国台湾地区现行“保险法”以是否为义务人行为所致为标准，则须对其行为的主观因素作出适当解释方能实现划分主客观危险增加的本旨。反观日本法上关于主客观危险增加以是否可归责于义务人为标准可谓一举中的，既能明确将两者进行区分，又与各自情况下当事人保险法上的权利义务与责

〔3〕 参见刘宗荣：《保险法》，三民书局股份有限公司 1995 年版，第 133 页。

〔4〕 参见江朝国：《保险法论文集》（二），瑞兴图书股份有限公司 1997 年版，第 203 页。

〔5〕 参见刘宗荣：《保险法》，三民书局股份有限公司 1995 年版，第 133 页；江朝国：《保险法论文集》（二），瑞兴图书股份有限公司 1997 年版，第 202 页。

任的认定和法条适用紧密关联。所以不妨采此标准为法律上的划分。我国现行保险法未对重要危险增加进行主客观区分的类型化,而对两种情形下的法律后果亦为相同的规定,该种立法形式不能体现出诚信原则与对价平衡原则的法理念,无法公平而效率地实现对通知义务人的保护和对保险人的救济。

三、危险增加通知义务的法律效果

我国《保险法》第37条第1款、第2款的规定可分为两种情形:一是义务人及时通知,保险人有增加保险费和解除合同的权利;二是怠于通知,依当然解释,保险人当然可以要求增加保险费和解除合同,并且无论是要求增加保险费还是解除合同,保险人对因危险增加而致保险事故发生皆不负赔偿责任。从立法技术上来说,前款规定了危险增加通知义务人履行义务后对保险人的法律后果,第2款则是对怠于通知的法律后果的规定。关于此条规定的其他缺漏之处前已述及,在此仅对法律后果的妥当性进行讨论。

(一)义务人履行了通知义务,保险人有增加保险费和解除合同的权利

1. 关于保险费增加权和选择权

无论主观客观危险增加,皆破坏了投保人与保险人间的对价平衡。对价平衡被破坏的结果表面上不利于保险人,而实质上有损于由其他投保人组成的社会团体。因此在主客观危险增加的情况下,保险人若于通知后经重新估价风险后,认为可以继续承保,则应根据对价平衡原则对增加的部分加收保险费,以回复对价平衡。增加保险费的权利旨在救济保险人承担风险增加所受不利益。只是根据该条规定,此时保险人享有选择权,而如何选择法律上并未明示。因此,从字面意思来说,保险人既可选择加收保险费以维持合同,亦可解除合同。理论上存在一经危险增加的通知,保险人即可解除合同的可能,解除合同亦不失实证法上的根据。若