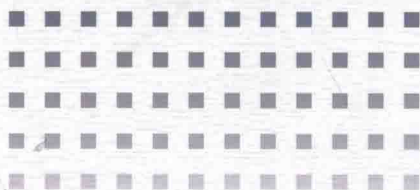


北方工业大学
法学优势建设学科精品文库

SHANGFA
JICHU LILUN YU
ZHUANTI YANJIU

商法基础理论与专题研究

王 瑞◎著



中国政法大学出版社

北方工业大学
法学优势建设学科精品文库

SHANGFA
JICHU LILUN YU
ZHUANTI YANJIU

商法基础理论与专题研究

王 瑞◎著



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

商法基础理论与专题研究/王瑞著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 3
ISBN 978-7-5620-7397-0

I. ①商… II. ①王… III. ①商法—研究—中国 IV. ①D923. 994

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第052120号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	25.25
字 数	410 千字
版 次	2017 年 3 月第 1 版
印 次	2017 年 3 月第 1 次印刷
定 价	59.00 元

这本论文集是我 2000 年至 2017 年发表的商法基础理论、公司法、保险法领域的学术论文的总结。

2003 年，我从清华大学法学院民商法专业博士毕业后，有幸来到美丽的北方工业大学，任教于法律系民商法教研室，主要从事商法教学和科研工作。时光荏苒，转眼间 14 年过去了，这期间除了担任本科生的“商法总论”课程的教学任务外，还担任民商法专业硕士研究生的“商法基础理论”“商法学专题研究”等课程的教学任务，特别是在给研究生授课以及指导研究生毕业论文的时候，发现缺少一些特别系统和有针对性的教学参考书。所以，我便萌生了将自己的学术论文结集出版的想法，学生通过对我论文集的阅读，一方面，可以系统了解导师学术观点和学术成果；另一方面，可以系统了解商法领域这些年来导师关注的一部分学术前沿问题，对我们北方工业大学民商法专业研究生的培养，是一个非常好的事情。这一想法得到了法律系领导的大力支持，在我的两名研究生以及中国政法大学出版社的大力协助下，梦想终于就要实现了。

2000 年考取清华大学法学院民商法博士研究生，应该是我学术生涯的开始。17 年来，我一直专注于商法的研究，从未改变。所以，我发表的学术论文绝大多数集中于商法领域，尤其是在北方工业大学担任商法课程的主讲教师的 14 年来，结合商法教学的需要，写出了一些自己还算比较满意的学术论文。说实在话，这些学术论文中有些的确是多年研究成果的结晶，有些则是

为了应付学校考核，不得已而拿来凑数的，学术水平不高，如今结集出版，感到诚惶诚恐。人都说：家丑不可外扬，我最后决定还是拿出来给大家扬一扬，知耻而后勇。对于那些拿来凑数的论文，对我自己来说，经常翻看用以自省，不断提醒自己做学问要认真；对其他读者来说，要引以为戒，不要像我一样应付差事。并且，我真心希望学界同仁，指出我尚未察觉到的问题和不足，非常欢迎大家批评指正。

在本书正式出版之际，我还要特别感谢同事王海桥老师，我的两位研究生：杨晓江、刘洋，以及中国政法大学出版社的丁春晖主任，感谢他们在本书的编辑出版过程中给予我的大力支持和帮助。

王 瑞

2017年3月4日于北方工业大学翰学楼609室

序 言	I
-----------	---

商法基础理论

商法学课程体系建设的改革与完善	3
论“商法总论”课程内容的补充与完善	15
民商法律文化的基本理念	21
民商法在中国古代法中的地位和发展历程	29
现代商人法溯源	40
民法与商法基本原则的比较研究	50
论转型期政府诚信的重塑	61
对等价有偿原则的重新认识与定位	72
企业维持原则在解散公司之诉中的体现	84
论美国企业救助中的白芝浩法则	94
论商事主体法定原则	115
论商法的国际性特征	121
论商法的行业性特征	132
论中国商帮文化中的自律规则	140

公司法专题

公司自治与公司法的修改	151
有限责任公司制度应该取消	160
论股东权的确认标准	170
股东权的行使和自力保护	178
论“罗伯特议事规则”及其在公司董事会会议制度中的应用	191
论职工持股的统一立法	203
股份转让行为的法律分析	213
股份转让法律制度的修改与完善	234
公司分立制度研究	253
论网络游戏提供商的社会责任	259
论破产管理人制度	271

保险法专题

保险法最大诚信原则应该保留	283
论保险补偿原则	296
保险保障基金参与保险公司风险处置法律问题研究	303
论我国保险保障基金制度的不足与完善	330
论劳合社保险经纪人制度及对我国的启示	339
论金融消费者权益的特别立法保护	348
论金融消费者权益的国际保护	363
劳合社保险交易所的发展简史	382

商法基础理论

商法学课程体系建设的改革与完善

摘要：商法学课程体系的完善是保障学生毕业后更好地处理商事法律问题的基础，本文认为，对于法律系本科生课程，应该充实完善“商法总论”的内容，并尽可能运用多种教学手段对公司法、证券法、保险法等商法分论内容进行系统介绍；对于法律系研究生课程，应该充实并更新“商法基础理论”课程的内容，并结合典型案例分析重点对公司法、证券法、保险法等进行更深入的专题研究。

关键词：商法学 商法总论 商法分论

在我国大学法学本科生和硕士研究生的商法教学中，普遍存在课程体系设置不合理的现象。“在课程体系方面，当翻开不同的商法教科书，会发现不同的组成部分”，“相比民法、刑法、行政法和诉讼法等法律部门的教科书内容之固定性和统一性，（商法教科书内容的差异性）已经损害了商法体系的完整，损害了学生学习商法的积极性和效果”。^{〔1〕}商法课程体系不完整的表现主要是缺少或不重视“商法总论”课程，处理不好商法课程与民法课程、经济法课程的关系等问题，使商法教学处于支离破碎的不系统状态，损害了商法体系的完整性，影响了商法学科的建设 and 学生学习商法的积极性。因此，要在科学理论的指导下，对我国的商法学课程体系建设进行改革与完善。

〔1〕 姜雯：“论商法的重要性与商法学教学改革”，载《中国集体经济》2007年第8期，第131~132。

一、作为法学专业本科生必修课的“商法总论”课程内容的补充与完善

目前国内对法学本科生商法教学实践中,在课程设置上主要有三种模式:

①商法总论独立作为必修课,分论则开设公司法、证券法、保险法、票据法、海商法等主要的课程;②商法课讲授总论与部分分论,再有选择性地开设2个~3个分论课程作为专业选修课;③商法一体化教学,将总论与分论的全部内容均在商法课中讲授。^[1]其中很多高等院校(包括清华大学法学院、北京大学法学院等名牌高校)的商法课程设置均采取的是第二或第三种模式。笔者认为,应该采取第一种模式,以商法总论课程统率和指导其后的各门商法分论课程,这样才能使商法课程体系具有系统性、统一性。首先,将“商法总论”课程作为法学专业本科生的一门必修课程进行独立开设,然后,对商法总论的内容进行补充和完善。

(一) 将“商法总论”课程作为法学专业本科生的一门必修课程进行独立开设

“商法总论”课程是商法课程群的核心与基础,应以讲授商法基本理论、基本原则和基本制度为主,传授学生正确的商法学科观念,训练其基本的商法学思维。如同民法、刑法和经济学等课程群的设置当中,都有一个总论课程的设置一样,商法课程体系中也应该将“商法总论”课程作为一门法学专业必修课独立出来,使其成为以后开设的商法分论课程(公司法、证券法、保险法、票据法、海商法等)的总领和指导。

考虑到商法总论课所承载的内容,应以每周2学时,每学期32学时为宜。而在分论课程中,也应根据课程的内容和性质分别设为必修课和专业选修课。而且,在坚持商法总论课和商法分论各课程分别独立开设的大前提下,各学校还可以针对各自的特殊情况做出一些灵活性的调整。比如,笔者所在的北方工业大学法律系,在近两年的商法课程教学改革中,曾经按照上述的第一种模式,分别开设了商法总论课(专业必修课)和公司法、证券法、保险法、票据法、海商法课程(专业选修课)。但是,实行了一段时间后,我们发现,由于学生选修课非常多以及学生不感兴趣等原因,商法分论课程中的

[1] 李支:“商法课程群教学体系改革探析”,载《广州职业教育论坛》(第11卷)2012年第1期,第32页。

“票据法”课程没有学生选或者选课的学生很少,导致该课程根本开设不起来,这给我们带来了很大的困扰。后来,经系务会反复研究,我们采取了一个变通的方法,决定将票据法的基本内容纳入到专业必修课“商法总论”中来,将票据法作为商法总论的一个附属内容来讲,同时,增加“商法总论”课程的课时量,从原来的32课时增加到现在的48课时。这样,在保证商法课程体系的完整性的同时,很好地解决了商法课程与其他课程的冲突问题。

(二)“商法总论”中基础理论内容的创新

目前,由于受商法是民法特别法理论观点的影响,商法总论课程中商法基础理论的内容过分地依赖民法的基础理论,导致由于民法课上已经将商法的基本理论问题都已经讲过了,因此,商法的基础理论也就没什么新东西可讲了!这也是商法总论课程在有些院校难以独立开设的主要原因。因此,商法基础理论应该摆脱民法的束缚,创造出一些与民法不同的特别的理论内容来。

商事法独立存在的价值在于它有独特的调节机制——营利性调节机制,这是商法区别于民法的一个重要标志。商事法维护投资者和企业的营利是其恒久不变的重要宗旨。因此,商事法具有其他部门法所没有的营利性调节机制。如我国允许设立企业形态的多样化(独资、普通合伙、有限合伙、有限合伙等),公司法对公司设立条件的放宽,对禁止和限制经营商品的减少……这些规定的目的都是在鼓励人们去投资创业,充分利用票据、股票、债券、保险等手段,以达到营利的目的。但是,商事法的这一营利性调节机制,并不是保证让每一个人都获利,而只是给那些守法经营的人提供了一个公平的机会和条件,只有具备这些条件,人们才能具有营利的可能性。显然,这一机制是市场经济发展的必然要求。^[1]

商法还有不同于民法的特别的理论基础。商法的重心曾经由传统的交易法转移到企业法,随着市场经济的发展,商法的重心又从企业法转移到了金融法与企业法并重的局面。^[2]为了适应社会化大生产的需要,商法重心的这种转变必然要求商法基础理论的相应改变。

商法的基础理论由注重经营活动的平等自由、合同自由、诚实信用,转

[1] 王保树:《中国商事法》,人民法院出版社2001年版,第12~13页。

[2] 陈醇:《商法原理重述》,法律出版社2010年版,前言第1页。

变为企业维持、保护交易的高效、安全等。有学者进一步提出了商法的十大基础理论：①商事权利理论。包括集权理论、分权理论和财产计量理论。财产权的集中是金融的本质，权利的集中使财产由“死”变“活”，由量变到质变，由“权利”转化为“权力”；公司内部权力的三权分立，可以提高公司经营的效率与安全；财产计量是会计法、金融法和企业法关注财产增值的必然要求。②商行为理论。包括决议理论、商行为程序理论和商行为计量理论。决议理论强调建立与合同制度并行的团体决议制度，是旨在为企业补充团体生活的基本行为规则；商行为程序理论通过全面认识意思表示、程序、行为三者的相互关系，说明程序在商行为理论中的地位和作用，以便提高商行为的效率，保障商行为的安全；商行为计量理论对商行为进行定量研究，为金融法与企业法服务。③商事责任理论。包括商事责任预防理论、决议责任理论。④责任主体理论。包括人资区分理论、商事治理理论。^{〔1〕}

（三）“商法总论”应该增加对中外商法进行系统介绍的内容

“商法总论”课程应该侧重于对商法基本概念、基本知识的介绍，使学生通过学习，对国内外商法的发展和现状，以及商法的基本知识结构有一个系统的了解，对商法有一个感性的认识。在对中外商法的内容和历史发展情况进行系统介绍的时候，不仅要对外商法进行系统介绍，而且，也要对我国大陆地区以及台、港、澳地区的商事法进行系统介绍，弥补现有商法教材只注重介绍大陆地区商事法，而忽视对中国其他三个不可分割之组成部分的商事法介绍的不足。^{〔2〕}

第一，增加国外主要发达资本主义国家商法的立法背景、历史沿革和主要内容的介绍。

商法是一个外来词汇，其产生于西方资本主义国家，所以，学习商法必然要了解国外商法，要对法国、德国、西班牙、瑞士、日本、美国等国家的商事立法进行简要介绍。这对于帮助学生深入了解商法，以及完善我国未来的商事立法，有着重要的参考价值。国外商法典的发展大体经过了以下三个发展阶段：①资本主义初期发展阶段的商法典，以1807年《法国商法典》为代表；②资本主义中期发展阶段的商法典，以《德国商法典》和《日本商法

〔1〕 参见陈醇：《商法原理重述》，法律出版社2010年版，前言第1~9页。

〔2〕 王瑞主编：《商法总论》，法律出版社2010年版，教材编写说明部分。

典》为代表；③适应资本主义现代化大生产需要的商法典，以《美国统一商法典》为代表。正如伯尔曼所言：商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命。^{〔1〕}以上商法发展的三个阶段进一步说明了本文第二部分所述商法重心的转变：第一阶段是商行为法阶段，主要是以民法交易理论为重心；第二阶段是商主体法阶段，主要以企业法的基本理论为重心；第三阶段是企业法与金融法并重的阶段。这一部分内容与商法基础理论创新的内容相呼应。^{〔2〕}

第二，增加对我国大陆地区以及台湾、香港和澳门地区商事法的介绍。

作为一个中国人，对中国商法全然不知或知之不全，总归有些说不过去。中国商事立法在历史上并非完全空白，而且，中国商法不仅仅是指中国内地商法，还包括我国台湾、香港和澳门地区商法。^{〔3〕}

“两岸四地”的法律制度本来是同宗同源，到了清末，港、澳地区开始走向不同的发展道路。1949年以后，我国大陆、台湾两个地区又各自走向了不同的发展道路。导致目前中国商事法呈现出了“两岸四地”相对独立的共同发展格局。从“两岸四地”商事立法各自的发展情况来看，我国大陆地区与台湾地区商事立法模式大体相同，即没有形式意义上的商法典，但有实质意义上的商事法，在民法典之外，制定各个特别商事单行法；我国澳门地区商事立法模式承继了葡萄牙的传统，实行的是民商分立的立法模式，在民法典之外，制定有形式意义上的商法典；我国香港地区商事立法模式承继了英国判例法的传统，商事法散见于成文法与判例法当中，没有形式意义上的商法典。

从中国商事立法的总体发展情况来看，“两岸四地”的商事立法表现出了一个共同特点：基本上都是成文立法。我国大陆、台湾地区和澳门特别行政区的商事法规虽然在表现形式上略有差异（商事单行法与商法典的差异），但是，其商事立法均为成文法，而非判例法；香港特别行政区的商事法，除了陆上保险与海商法的一小部分内容表现为商事惯例和判例法外，其他绝大部分内容也均为成文法。^{〔4〕}

〔1〕〔美〕哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第409页。

〔2〕王瑞主编：《商法总论》，法律出版社2010年版，第84~85页。

〔3〕王瑞主编：《商法总论》，法律出版社2010年版，第86页。

〔4〕王瑞：《中国内地、台港澳商事法比较与统一》，法律出版社2009年版，第70页。

二、硕士研究生阶段商法课程体系的改革与完善

以上课程是对法学本科生商法课程体系的安排，另外，我们还应该对硕士研究生阶段的商法课程体系做出相应的调整。其中包括对法学硕士研究生、在职法律硕士研究生、全日制法律硕士研究生的商法课程体系的安排与调整。

（一）对法学硕士研究生的商法课程体系的安排与调整

法学硕士研究生在校学习时间比较短，一般是三年时间，有的院校（如：清华大学法学院、北京大学法学院）已经改为二年时间，因此，相对于上述法学本科生阶段，法学硕士研究生的课程不可能那么多，商法课程同时也要压缩。以笔者所在的北方工业大学法律系为例，我们在法学硕士研究生阶段开设的商法课程主要有四门：商法基础理论、商法专题研究、公司法专题研究、海商法专题研究，每门课均安排8个教学周，每周4个课时，共32课时。

“商法基础理论”课主要是对本科生阶段商法总论内容的进一步深化，增加讲授不同学者的学术观点，让学生辨别思考。从2013年春季学期开始，我对“商法基础理论”课程内容进行了重大改革，在介绍过去传统商法老旧理论的基础上，增加了更多新的内容：第一是陈醇老师主编的《商法原理重述》一书中的十个全新的商法基础理论：集权理论解释了商法中财产权集中现象下因财产质变而具有了增殖功能的原理；分权理论是对权力的微观研究，其阐述了企业分权对于企业安全和效率的影响；财产权计量理论开创了财产权的定量分析，通过运用会计账簿对财产权进行研究分析；决议理论是内部决策制度，决议理论的建立可以消除团体活动中的专制和程序不公；商行为程序理论注重意思和程序的并重以期达到主客观参数相辅相成的效果；商行为计量理论通过意思计量和程序计量来对商行为进行分析，从而有利于商行为的精确化；商事责任预防理论主张建立事前的预防措施，以弥补传统民事责任的不足；决议责任理论要求对违反有效决议的行为进行追究，并据此建立完整的商事责任处理制度；人资区分理论可以防范企业损害人类社会的利益，强调企业的社会责任；商事治理理论以企业管理为典型以期完善商主体的自我管理和控制。第二是要求学生再进一步阅读以下图书：陈醇主编的《商行为程序研究》、袁天鹏翻译的《罗伯特议事规则》《初级会计学》或《会计学原理》等。在学生充分阅读理解上述商法新旧理论的基础上，给每个同学分配三家上市公司，运用商法基础理论对这些上市公司的财产权集中情况、财

产管理情况（主要是财务分析）、公司治理情况等进行深入分析，以求做到学以致用。

“商法专题研究”课主要是对商法学的内容（主要是总论、商业银行法、证券法、保险法等）以专题的形式进行更深入的专门研究。该课程不是以教师讲授为主，而是在教师的指导下，以学生自主进行专题研究为主，充分发挥学生自主学习、研究的积极性和主动性，主要锻炼研究生的口头表达能力和科研能力。“商法专题研究”课程在开课前，将预先设计好的四个商法总论专题和十个商法分论专题（比如商业银行业相关法律问题、证券业相关法律问题、保险业相关法律问题、广告业相关法律问题、旅游业相关法律问题等）发给学生，学生根据自己的爱好每人选择一个专题，确定选题后先查找相关资料并进行调查研究，在此基础上，做成 PPT 课件。每位同学用一节课时间将自己的专题研究成果向全班同学讲解，每位同学讲解完成后由任课教师点评，指出优点与不足。最终在课程结束后，每位同学在其自主选择的专题范围内，再选择其中一个小问题进行深入研究，最后形成一篇比较规范的学术论文。

“公司法专题研究”课和“海商法专题研究”课则是针对公司法和海商法的内容进行深入的专题研究，其授课方式可参照商法专题研究课程。

（二）对在职法律硕士研究生的商法课程体系的安排与调整

在职法律硕士研究生的学习时间更少，他们都是平时上班，利用周末休息时间来学校上课，因此，他们的课程安排需要再压缩，只开设两门商法课：商法学专题、企业法专题。而且，他们都是非法学本科生，以前没有法学基础，所以，对课程的内容不可能讲得太深，应该在讲授基本概念和基本原理的基础上，结合他们各自工作的特点，多结合一些实际案例，注重理论知识的实际应用，而不是像法学硕士研究生那样注重法学理论知识的讲授。

“商法学专题”课安排 32 课时，8 个教学周，每周 4 个课时，利用前两周的时间，以本科生商法总论的内容为基础，简要介绍商法的基本概念和基本原理，接下来用 4 周的时间结合案例讲授证券法，然后，再用最后 2 周的时间结合案例讲授保险法。

“企业法专题”课也是安排 32 课时，8 个教学周，每周 4 个课时，主要结合案例讲授公司法、个人独资企业法、合伙企业法等。

（三）对全日制法律硕士研究生的商法课程体系的安排与调整

全日制法律硕士研究生一般在校学习期限只有两年，因此，他们的课程还要进一步压缩，甚至需要在专业必修课中将商法课排除。因此，我们学校全日制法律硕士研究生没有开设商法方面的必修课，只开设了一门公司法专题课，为弥补这一缺陷，我们学校安排了针对“商事法务”方向的学生开设的选修课“商事法务实训”。

“商事法务实训”课安排了64课时，我们利用前20课时，讲授商法总论的内容，然后，利用22课时讲授证券法的内容，22课时讲授保险法的内容，同时，针对法务实训的特点，讲授证券法和保险法时结合相关典型案例，包括安排学生到法院旁听相关案件的审判。

“公司法专题”课安排了32课时，主要是结合案例讲授公司法的内容。

三、以大量与商法相关的多媒体教学资料来充实商法教学的内容

商法规则是以商事活动为调整对象的，商事活动与民事活动不同，民事活动往往就是我们日常生活的一部分，学生们基本上都会有一些亲身体会和经验，结合这些亲身体会和经验来讲民法规则，学生们就会比较容易理解。而商事活动，尤其是一些专业性的商事活动，如开办公司、买卖股票、使用票据、经营保险、船舶运营等，绝大多数学生都没有亲身体验过，没有一个感性的认识，如果在这样一个缺乏感性认识的基础上，我们给学生们讲授商法规则，学生们肯定会难以理解。

针对以上问题，笔者在近十年的教学实践当中，注意收集和运用与商法相关的多媒体教学资料，通过对这些多媒体教学资料的合理运用，达到使学生间接取得对商事活动感性认识的目的。在此基础上，帮助学生更深刻地理解和掌握相关商法规则，同时还提高了学生学习商法的兴趣，收到了良好效果。与商法相关的多媒体教学资料的收集和运用，主要体现在以下三个方面：

（一）教学图片的收集和应用

1. 股票和债券图片的收集和应用

在讲授到“商法分论·证券法”当中股票和债券的概念和特征的时候，给学生展示股票和债券的相关图片，让学生知道股票和债券是什么样的。

2. 货币、票据图片的收集和应用

在讲授到“商法分论·票据法”当中票据上必要记载事项和背书的时候，