

商法独立与独立的商法

——商法精神与商法制度管窥



赵万一 著


法律出版社
LAW PRESS CHINA

商法独立与独立的商法

——商法精神与商法制度管窥



赵万一 著




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法独立与独立的商法:商法精神与商法制度管窥 /
赵万一著. —北京:法律出版社,2013.1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4413 - 2

I. ①商… II. ①赵… III. ①商法—法的理论 IV.
①D913.990.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第302726号

商法独立与独立的商法
——商法精神与商法制度管窥

赵万一 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.75 字数 279千

版本 2013年3月第1版

印次 2013年3月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4413 - 2

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)

赵万一简介



赵万一，1963年4月生，山东巨野人。现任西南政法大学民商法学院院长、二级法学教授、博士生导师，西南政法大学学位委员会副主席。兼任中国法学会理事、中国民法学研究会学术委员会副主任、中国商法学研究会副会长，福建省人民政府顾问，上海大学、福州大学、西南大学、福建师范大学、山东经济学院等学校兼职教授，上海大学、福建师范大学兼职博士生导师，英国《法律与管理国际杂志》（*ML-The International Journal of Law and Management*）编委。重庆市高级法院智库专家、重庆市人大常委会立法咨询专家、重庆市第一中级法院、第三中级人民法院、重庆市工商局、国土资源局、公安局、江北区人民政府等单位法律咨询专家，重庆市财政局政府采购评标专家。1991年被评为四川省“做出有突出贡献的中国博士、硕士学位获得者”；1992年被聘为副教授，同年被评为四川省高校“十佳青年教师”；1997年被评为教授；2001年被聘为博士研究生导师。2006年8月获重庆市首届“十大优秀中青年法学、法律专家”称号。主要研究领域为民商法基本理论和公司法、证券法、竞争法。独立完成的专著有：《证券法的理论与实务》（1991），《中国竞争保护法律问题研究》（1996），《商法基本问题研究》（2002），《民法的伦理分析》（2003）。主编有包括司法部统编教材、21世纪法学教材《商法学》《证券法学》《民法学》在内的教材、专著、工具书六十余部。先后在《中国法学》《法学研究》《人民日报》《光明日报》等杂志和报刊上发表论文140余篇，有数十篇文章分别被《新华文摘》《中国社会科学文摘》和人大复印报刊资料转载。1985年与金平教授等人提出民法调整的是平等的财产关系和人身关系的观点，这一理论为我国《民法通则》所原则采纳。1987年在全国率先提出了国营企业“委

托经营权”理论，成为国内有影响的代表性学术观点之一。2001年在我国率先提出民商法价值取向差异理论，认为民法的首要价值目标是公平、商法的首要价值目标是效益。这一观点目前已成为民商法学界的主流观点。2003年提出民法的伦理性价值观点，认为中国民法典的制定既要考虑技术性要求，同时也要考虑伦理要求，民法典必须是国际性和民族性的有机统一。2006年在《中国法学》上发表《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》，提出市民社会与政治国家的分野是公、私法划分的理论基础，也是处理宪法和民法关系的主要依据。认为宪法是公法的基本法，民法是私法的基本法，相对于宪法而言，民法具有更为基础的地位。文章发表后，引起了广泛的社会影响，有多篇文章对其进行了评价和驳议。

其学术观点不但在国内有较大影响，而且在海外有一定影响。2004年在日本《修道法学》发表了《关于目前中国商法研究的几个问题》。其学术观点在日本引起关注，2007年11月日本早稻田大学助理教授但见亮在日文杂志《中国研究月报》第61卷第11号（第3-22页）《物权法草案违宪争论诸相》（薛轶群译）中曾对《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》一文进行了详细评介。其学术专著《民法的伦理分析》于2005年在中国台湾最负盛名的法律类学术著作出版机构五南图书出版公司出版。

有较强的司法实务经验，曾作为立法咨询专家参与了我国《物权法》的制定和《公司法》、《证券法》的修改，参加了最高人民法院关于《合同法》《破产法》在内的多个司法解释的讨论、论证工作和多部地方立法的制订和论证工作。2011年1月5日-8日在海口参加了由中国证监会授权深圳证券交易所举办的上市公司高级管理人员培训班学习，取得独立董事培训资格（深交所公司高管（独立董事）培训字（06000）号）。现为贵州百灵、闰土股份、国兴地产等上市公司的独立董事。

我们应该怎样看待商法(代序言)

从我第一次接触商法算起,到现在差不多已经 30 年了。1983 年我在山东大学经济学系毕业后考入西南政法大学民法专业研究生,其后我开始有条件系统地学习相关的民法知识。在学习过程中,考虑到我的本科专业背景,我的导师金平教授要求我将学习和研究的重点放到与经济活动联系比较密切的领域,如国有企业改革,商品经济与法律的关系等。在我初步掌握了民法的基本理论和基本制度后,金老师又进一步要求我除了学好民法外,还要适当关注一下外国的商法制度。于是我开始系统的搜寻相关的商法著作和教材,由于条件所限,当时所能找到的商法著作除了江平教授的《资产阶级民商法》之外,主要是台湾地区学者的一些盗版书(当时叫内部参考书),记得主要有张国健教授的《商事法论》、刘清波教授的《商事法》和《破产法论》、陈荣宗教授的《破产法》、郑玉波教授的《公司法》、陈计男教授的《破产法论》等。通过对这些著作的研读,我大体知道了商法是什么,但还谈不上什么研究。我的硕士论文也是选择的一个介于民法和商法之间的题目,叫做《论受托经营权——国家与国有企业之间内部关系的重构》,其基本观点是国家和国有企业之间的关系从国家角度来说是一种委托经营关系,从企业角度来说则是一种受托经营关系,并对国家和国有企业之间的权限划分作了一些论述。也许有些新意,因此该文经王利明教授推荐,于 1987 年被收入佟柔教授主编

的《论国家所有权》一书,题目也被王利明教授修改为《论委托经营权》。正是这一字之改使该文和目前甚为流行的企业委托经营理论扯上了一点关系。1986年毕业留校后,金老师又安排我与王卫国和伍再阳两位先我留校的师兄一起在讲授民法课的同时将研究的重点逐步转向了商法。为此首先安排我开设了一些专题性讲座,包括《证券法》、《破产法》、《公司与票据法》。从1989年开始系统为本科生和高等学校师资进修班学生系统讲授《商法原理》课程。由于当时的讲授内容基本是介绍外国的商法制度,因此该门课有时又被命名为《外国国民商法》。后来当我有机会给研究生上课时该课程又被命名为《资产阶级民法》。在讲课的同时,我也开始进行一些与商法内容相关的调查和研究,并发表了一些比较粗浅的学术论文,主要包括1986年在《经济体制改革探索》上发表的《重庆市股份公司的现状与趋势》,在《当代经济》上发表的《试论技术引进的法律调整》,在《法学季刊》上发表的《建立适合我们经济发展的新型法律观》以及在《中国法制报》上发表的《试论社会集资的法律调整》。1987年与顾培东先生合作在《政治与法律》上发表了《法律手段在经济运行综合机制中的地位和作用》,从比较宏观的角度对法律与社会经济的关系进行了一些探讨。同年在《中国社会科学〈未定稿〉》上发表了《无价证券透视》一文,对以粮票、布票为代表的各种票证的性质、特点及其法律调整进行了一些研究。1988年,我与顾培东、张卫平合著的国内第一本《企业破产法论》由当时的四川省社会科学院出版社出版。作为其副产品,三人合作的《浅析破产法实施的文化——心理环境》一文同年在《学习与探索》上发表。1990年法律出版社出版了由我国著名民诉法专家柴发邦任主编,由顾培东、张卫平和我参与编写的司法部统编教材《破产法教程》。由于柴发邦教授和顾培东、张卫平等均是民诉法学者(当然顾培东先生同时还是经济法学者和法学杂家),因此通过和他们的合作,使我有机会能够近距离地与民诉法学者进行切磋和交流,这种跨学科的交流使我受益良多。1993年,中国政法大学出版社出版了由伍再阳、李开国和我共同编著的《商法原理》教材,这也是我开始涉足商法教

材编写的第一本书。1999年,中国法制出版社出版了由我主编的司法部法学统编教材《商法学》《证券法学》。此后,我又相继主编了几本商法教材,包括法律出版社2001年出版的《商法学》,中国检察出版社2002年出版的《商法学》,中国人民大学出版社2003年出版的《商法》和高等教育出版社2007年出版的《商法》等。在教材编写过程中,我和其他同仁也尝试着对商法的一些特点进行概括与总结,并对商法学的体例结构进行了一些创新。例如,在中国法制出版社出版的《商法学》教材中,我们将商法的内容划分为商法总论、商主体、商行为和商事救济几个部分。其中的商事救济又包括商事救济概论、破产法、商事诉讼和商事仲裁几个部分。据我所知这种编辑体例在国内外尚属首次,受到使用单位的普遍好评。

在论文撰写方面,2003年在《法学论坛》第6期上发表了我自认为有一点理论创新的文章——《论民商法价值取向的差异及其对我国商立法的影响》。该文是在我上世纪90年代末开始在西南政法大学、福州大学、杭州商学院等校所做的学术讲座《论民商法立法价值取向的异同——兼谈我国民商立法的模式选择》的基础上修改而成的。这个阶段,为了配合我国公司法的修改,我又相继在《中南财经政法大学学报》2003年第6期、日本广岛修道大学《修道法学》(2004年)第26卷第2号、(台湾)《全国律师》2004年11月号上发表了《关于完善我国公司法的几个基本问题》、《关于目前中国商法研究的几个问题》和《中国大陆公司法完善问题的理论思考》等文章。这个阶段的其他论文还有:2004年在《河南政法管理干部学院学报》发表的《商主体法律制度研究》。2005年在《法学论坛》第4期上发表的《论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路》,在《华东政法学院学报》2006年第2期上发表的《有限公司股权继承法律问题研究》,在《商业经济与管理》2006年第9期上发表的《公司经理权的界定及其在我国法律完善》,在《河北法学》2007年第7期上发表的《市场经济与法治伦理的契合:商法伦理机制论纲》。这些文章有些是由我单独完成,有些

则是与我的博士生和硕士生合作完成。另外在《现代法学》2007年第3期上发表了与民诉法学者赵信会教授合写的《我国股东代表诉讼制度建立的法理基础和基本思路》，这也是我又一次将实体问题和程序问题结合起来进行思考的一次尝试。其后在中国法律杂志社有限公司（香港）出版的《中国法律》2007年8月号上发表了与焦娇副教授合写的《董事与股东利益冲突的博弈论视角解读——以公司反收购行为为例》。在《东方法学》2007年第3期上发表了与王兰博士合写的《减少贴现：商事登记制度的法律经济分析——以信号传递——合作模式为分析工具》，在《现代法学》2011年第3期上发表了与汪青松副教授合写的《股份公司内部权力配置的结构变革——以股东“同质化”假定到“异质化”现实的演进为视角》，对现代公司内部的类别股问题进行了一些分析和探讨。稍近的文章主要有：在《法律科学》2012年第1期上发表的《商法的独立性与商事审判的独立化》，主要探讨的是商法独立商事审判独立之间的关系并对商事审判独立化的路径选择提出了一些自己的看法。该文后被《新华文摘》2012年第7期作为重点文章进行了全文转载。另外在《现代法学》2012年第4期上发表了与赵吟博士合写的《论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用》一文，该文是在我给博士生进行专题讲座的基础上由赵吟博士整理、充实、完善而成。该文后被《中国社会科学文摘》2012年第11期以《商法与社会主义市场经济》为题进行了转载。

在多年的商法学教学和研究中，自己有一些粗浅的感悟和体会：一是商法作为一门应用性很强的法律部门，其理论基础非常薄弱，这不但表现在迄今为止世界各国并无标准的商法体例，也无为世界各国所普遍承认的商法理论体系和商法价值标准。正因为商法在理论上存在先天的缺陷，因此商法学从一开始就被某些学者讥讽为不是一门科学。作为这方面的明证是，在2012年进行的全国学科专业调整中，民商法学被改为（客气点说是简化为）民法学，商法在这些学者眼中的地位由此可见一斑。与此形成和鲜明对照的是，在著名的南非开普敦大学法学院，

下设三个系,即公法系、私法系和商法系,商法被放到与公法和私法相并列的地位。商法在这些国家的境遇和在我国相比真有天壤之别。二是商法的体系非常庞杂,内部之间的逻辑关系非常松散。现有的商法体系既缺乏形式的理性,也缺乏实质的联系。从商法所涵盖的具体内容来看,保险法、破产法与证券法之间似乎很难找到什么共同点。商法学科的建立迫切需要构筑自己的逻辑体系和概念体系。三是商法内容具有高度变动性。从立法角度来说,市场经济的高速发展性导致商法内容的高度变动性,表现在立法层面是新型法律的不断出现、既有法律的频繁修改和商法典的体系的不稳定性。就商法理论来说,不但各国的商法理论体系内容迥异,即使在中国,不同商法学者之间的商法教材在编辑体例和内容取舍上也存在较大差异和相当的随意性。即使就我个人来说,在我所主编的几本教材中,无论是在具体内容的设计还是在具体的编辑体例上也有很大不同。这并非是因为我对商法学的研究又有什么新进展,而更主要的原因是在于自己一直试图把自己对商法的不同理解融入到商法教材的编写之中。而我认为,一个学科如果没有自己通用的概念、稳定的体系、封闭的内容,那么它就很难成为一个真正成熟的学科。中国商法的独立化之路任重而道远,我们应当继续为之而努力。

赵万一

二〇一二年十二月于重庆

目 录

上编:基础理论

- 论民商法价值取向的差异及其对我国民事立法的影响 / 3
- 商法的独立性与商事审判的独立化 / 25
- 关于目前中国商法研究的几个问题 / 52
- 市场经济与法治伦理的契合:商法伦理机制论纲 / 93
- 中国商事信用法律制度基本问题研究 / 114
- 信用权保护立法研究 / 142
- 对完善我国征信立法的若干思考 / 161
- 商事登记制度的法律经济分析 / 172
- 私法视域下商事登记的重新解读 / 187

下编:具体制度

- 中国资本市场的发展趋势及其法律规制 / 201
- 对独立董事制度功能的重新思考 / 215
- 对完善我国短线交易归入制度的法律思考 / 234
- 浅析破产法实施的文化——心理环境 / 247

我国商业银行破产法律制度构建的反思 / 252
论公司的司法解散 / 268
论我国反垄断法的价值目标界定及制度架构 / 282
反垄断法中的合并控制法律问题研究 / 293
我国股东代表诉讼制度建立的法理基础和基本思路 / 303
双轨制股东救济制度构建下的股东代表诉讼 / 321
后记 / 333

上编：基础理论

论民商法价值取向的差异及其对我国 民事立法的影响

对于民法和商法应以何种标准进行区分和界定,理论界一直众说纷纭。按照理论学界流行的观点,调整对象的不同是区分不同法律部门的唯一标准,正是由于法律所调整的社会关系的不同,由此才决定了划分法律部门的必要。笔者认为调整对象的不同并不是区分不同法律部门的唯一标准,除此之外,价值取向的不同也应当是区别法律部门的主要依据。例如,作为刑法的最高价值取向是正义,作为诉讼法的最高价值取向是程序公正,而作为行政法的最高价值取向则应当是秩序和效率。正是由于价值取向上存在差异性,才决定了民法和商法在市场经济中分别具有不同的地位和作用,决定了民法和商法在调整手段和立法目的上有所不同。

一、立法价值取向的含义及其表现形式

立法价值取向主要有两层含义,其一是指各国在制定法律时希望通过立法达到的目的或追求的社会效果;其二是指当法律所追求的多个价值目标出现矛盾时的最终价值目标选择。价值取向主要涉及价值界定、价值判断和价值选择。价值选择又主要通过两种方式来实现:一是应然的法律价值是否为立法者所接受和接纳,即价值本身的优化;二是当存在多重价值目标时的价值取舍和价值目标重要性的排序。任何法律的制定都应当有明确的目的性,都应当有自己的价值目标和价值取向。价

价值取向既涉及价值界定也涉及价值判断。由于法律价值和价值取向主要体现的是社会主体的一种主观感受,因此它应当属于主观的东西,是人对法律功效的一种主观看法。当然这种主观的感受要受一定的客观社会经济条件的制约。换言之,价值观念取向强调的是法律的应然状态,即所谓的良法。作为实然状态的现行立法由于立法技术或是认识方面的原因可能会与应然状态的法律有一定差异,但这种差异的存在并不能作为我们否认各法律部门应具有不同的立法价值取向的理由。正是对这种应然状态的不断法律追求,才决定了法律所具有的不断进步性。立法价值取向既反映了各国立法的根本目的,也是解释、执行和研究法律的出发点和根本归宿。价值取向最集中地体现在法律原则上。价值取向与法律原则的关系是:价值取向可以转化为或直接体现为法律原则,而法律原则所体现的精神又会具体体现为各项明确肯定的法律规范和法律制度。价值取向和具体法律规范之间是通过法律原则来进行连接的,在效力层次上,价值取向是法律原则的上位概念。而在法律原则与具体法律规范的关系上,法律原则又是制定具体法律规范的依据,它确定了立法的指导思想,体现了具体法律部门的所有法律规范之间应当具有的统一的价值取向,从而避免了具体法律规范之间的矛盾,实现法律内部体系的和谐,保证法律规范功能的正常发挥。与具体法律规范不同,法律原则应当具有非规范性、不确定性、衡平性、强行性、强制补充性等特点。^{〔1〕}法律原则虽然是制定具体法律规范的依据,但它通常并不直接表现为具体的法律条文或法律规范,因此通常并不直接作为适用法律的依据。但法律原则作为法律具体规定的来源和根据,对具体法律规定有指导作用。因此在具体规范缺乏、不清晰或自相矛盾时,法律原则可以直接作为行为准则,它不仅是法官解释具体法律规范的依据,而且是补充法律漏洞的基础。

〔1〕 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1996年版,第3页。

民法和商法作为两个不同的法律部门,之所以能够为绝大多数大陆法系国家所确认,其主要原因不但在于民法和商法在调整对象和调整内容上具有明显的差异,除此之外,民法和商法在价值取向上具有显著不同以及在产生基础上具有较大的差异,也是区分民商法分属不同法律部门的重要原因。因为调整对象的差异固然可以直接界定不同部门法的独立调整范围,而价值取向的不同则会决定不同法律立法的最终追求目的,从而使性质各异的法律部门的划分成为必要。民法和商法在立法价值取向上的主要差异性表现在:在民法的诸项价值目标中,最基本的价值取向是公平,即当公平原则与民法的其他基本原则发生冲突与矛盾时,民法首先会选择公平,在处理公平与其他民法原则的关系时采取的是公平优先兼顾效益与其他。当然公平作为所有法律共同追求的目标,在任何法律部门中都都有所体现,但不同法律对公平的追求程度是不一样的,即公平在不同法律部门中所具有的地位和重要程度是有所不同的。另一方面,在现代社会,任何法律包括宪法在内,都无一不具有市场经济的色彩,都体现了一定的效益要求,民法当然也不例外。现代民法也在不断根据市场经济的发展变化情况不断调整自己的作用内容,也会不断融入一些效益的规定,但这并不因此动摇公平原则的统治地位,离开了公平就没有民法和民事法律制度。而在商事立法中最高的价值取向则是效益,在处理效益与其他法律原则的关系时,其基本原则和要求是效益优先兼顾公平与其他。民法和商法在对待公平与效益的关系与地位上所采取的不同的价值取向,既反映了民法和商法在立法上的不同的价值追求,也反映了民法和商法在调整市场经济关系时所具有的不同作用和各自独特的存在价值。

二、民法公平优先的含义及其产生原因

(一)民法公平优先的含义、表现和意义

所谓公平,按《汉语大词典》的解释,是“公正而不偏袒”。〔2〕《管

〔2〕 罗竹风主编:《汉语大词典》(缩印本),汉语大词典出版社1997年版,第763页。