

第四辑

商法研究

徐学鹿 主编

0.4-5

人民法院出版社

商法研究丛书

商 法 研 究

第四辑

徐学鹿 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法研究. 4/徐学鹿主编. - 北京: 人民法院出版社,
2001

ISBN 7-80161-201-9

I. 商… II. 徐… III. 商法-研究-中国-文集
IV. D922.294.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 059322 号

商法研究

徐学鹿 主编

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)

电 话 65299981 65222201 (发行部)

印 刷 北京人卫印刷厂印刷

经 销 全国新华书店

开 本 850×1168 毫米 1/32

字 数 415 千字

印 张 16.625

版 次 2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

印 数 1-3000 册

书 号 ISBN 7-80161-201-9/D·201

定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

丛书编委会

编 委

- 司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
刘凯湘 北京大学法学院教授、博士
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学校长助理、法学院院长、教授、博士生导师
吴慎宗 法制日报、中国律师报、长安杂志原总编、高级编辑
范 健 南京大学法学院院长、教授、博士生导师
徐学鹿 北京工商大学教授、商法研究所所长
曹建明 最高人民法院副院长、国家法官学院院长、教授、博士生导师
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京工商大学副教授、商法学博士

名誉编委

- 安德鲁·麦克吉 Andrew McGee 英国利兹大学
法律系商法教授、商事 法律与实务研
究中心主任
岩原绅作 东京大学法学部教授、日本法制审议
会商法部会委员
朴容燮 韩国海洋大学教授、韩国海事法学会会
长、博士

主 编 徐学鹿

副主编 刘凯湘 王亦平



主编简介

徐学鹿 北京工商大学
教授、商法研究所所长。
主要著作有《商法概论》
(1986年),《商法》
(1991年),《改革开放中的
商法理论与实践》
(1991年),《商法教程》
(1997年),普通高等教育
“九五”国家级重点教材
《商法学》(1998年),《商
法案例丛书》(1999年)
等专著、主编著作逾千万
字。在各种法律类核心期
刊发表商法、经济法论文
逾百万字。多项作品获
奖。系部级及享受国务院
特殊津贴专家,获英国剑
桥国际名人传记中心
“20世纪杰出人物”称号,
并获得“20世纪杰出成就
奖”。

目
录

现代商法研究

自由、秩序、效益

——试论商法价值体系的建构 阎海 (3)

论商法、经济法协调发展的战略与策略

周林彬 (15)

论商法的调整对象 徐学鹿 徐霞 (38)

公司股权结构、绩效和产权 米本家 (66)

电子合同若干问题透视 毕涛 (80)

近代商法回眸

《澳门商法典》保理合同评说 方新军 (93)

商主体法专论

国有控股公司理论与实践 张士元 朱苏人 (121)

论国有企业产权模式的法律构架 王亦平 (145)

论我国公司债权人保护制度	潘勇锋	(167)
董事权力膨胀与法律制约变革	王健	(192)
股东投票委托书制度研究 ——兼论我国公司、证券相关 立法的完善	张伟	(218)
商行为法专论		
预期违约及相关制度比较研究	彭学龙	(249)
票据权利取得的要件与对价问题	吕来明	(288)
我国证券法中的上市公司要约收购 制度探析	张冰	(309)
论备用信用证的几个法律问题	周辉斌	(325)
商事权利救济专论		
股份有限公司董事对公司的侵权责 任研究	马荣伟 马艳敏	(357)
法官、检察官文苑		
股东自益权诉讼研究	孙加瑞	(373)
债转股实施中的风险、成因及法律 对策	傅庆海	(461)
著名商法典评析		
美国《统一商法典》货物买卖篇评析	吴志忠	(473)

商法新著评介

二〇〇〇年商法论著评介

阎秀华	杨璐	胡嘉荣	
	辛丽燕	梁鹏	(491)
《商法研究》注释体例		王辉	(519)
英语目录翻译			(521)

现代商法研究

自由、秩序、数量

——试论商法价值体系的建构

阎 海

我国商法从 1904 年《公司律》、《商人通例》到 1949 年近半个世纪，尽管中国商法在半殖民地半封建的不适土壤中“徒法不足自行”，但是旧中国的商事立法体系仍凸现轮廓；建国后，不合时宜的商法在高度集中的计划经济体制下迅速地销声匿迹；延至改革开放，社会主义市场经济的定位带来我国商法的复兴，短期内大量商法法律陆续出台，商法学也随之勃兴，但令人遗憾的是学者们大量精力或置于对商法法规的阐微释疑，难去注释法学的痕迹，或热衷于民商合一与民商分立的表象之争，而对商法的基本范畴、应然性等理论研究则十分薄弱，特别是对商法“安身

立命”的价值研究的忽视,^①因此本文力图在商法价值研究领域作抛砖引玉的尝试性研究。

一、构建商法价值体系的必要性

“‘价值’这个普遍的概念是从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的。”^②该经典性论述不仅揭示价值的内涵,也拓展了价值范畴的外延,价值研究从经济学延伸入社会科学诸领域,特别在法哲学理论体系中,法的价值学说据于重要地位。国内外学者从多角度对法的价值概念予以定义,笔者采信卓泽渊的观点:法的价值是法律作为客体对主体——人的意义,是法律对于人的需要的满足^③。由于主体多元性及其需要的多样性,相应地法的价值也包括但不限于正义价值、公平价值、自由价值、秩序价值、权利价值,商法作为部门法当然具有上述诸价值表现,然而作为对商主体特定意义的客体,商法也具有自身的价值选择,即自由价值,秩序价值,效益价值。比价值的认知更为重要的是对价值冲突的协调,笔者在对三者绩效评价、序列选择之基础上,构建以自由价值、秩序价值为工具价值,以效益价值为终极追求的商法价值体系,来解决法的价值间的冲突与磨擦^④。

商法价值体系是商法比较民法、经济法而独立的理论基石。论

① 检索最近若干年学术资料,仅张楚学者提出“维护商事交易安全”和“提高商事交易效率”为商法价值的观点,而且笔者认为二者更应定位于商法的基本原则,参见张楚:《论我国商法规范的二元结构及其价值缺陷》,《中国法学》1999年第2期,第94—99页。

② 《马克思恩格斯全集》第19卷,人民出版社1963年版,第403页。

③ 卓泽渊:《法律价值》,重庆大学出版社1994年版,第45页。

④ 鉴于法的调整范围的广泛和涉及利益的多元化,许多学者未能构建具有说服力的法的价值体系,参见卓泽渊:前引书,第392页。但笔者认为针对部门法,例如商法,建构科学的价值体系不仅必要而且是可行的。

及商法与民法的关系,往往陷于民商合一抑或民商分立的纷争,然而透过表象,我们会发现争议点是如何认识“商法是民法的特别法”命题的。梳理商法历史,尽管可以看到商法与民法具有一些共同渊源于罗马法的原则、制度以及规范,但生命意义的商法实脱胎于11世纪早期商人习惯法,并经由意大利的普遍适用,而逐渐形成了欧洲各地广泛接受的商人法^①。商人法又称古代商法,其内容主要反映商品经济交换关系,包括合伙、保险、共同海损等具体化的商法法律制度,张扬着与民法不同的鲜明个性,但受封建家庭本位意识、私法一体化传统法律观念以及当时商品经济形态的禁锢,以1808年《法国商法典》为代表的近代商法虽然从形式上独立于民法,但是其理论假设是“商法是民法的特别法”,换言之,民商法是商品经济的基本法。市场经济——商品经济发展的崭新历史阶段——的形成和进化,必然依据自身的价值评价选择法律制度,于是适应强化国家经济调控职能的趋势而粉墨登场的经济法和以1952年《美国统一商法典》为代表,现代商法成为市场经济的基本法,而民法则回归市民社会的民事领域^②。我国商法于1949年开始偏离世界商法立法轨道,在计划经济体制下,中国经济立法采取了纵向经济法,横向民法的立法体例,商法被排斥于法律制度之外^③。复兴于十一届三中全会之后的商法必须从民法、经济法的比较中存在或发展,适应市场经济要求的商法价值体系是商法的比较优势和独立背景。

商法价值体系对商法规范具有整合功能。《海商法》、《公司

① [美] 黄仁宇:《资本主义与二十一世纪》,三联书店1997年版,第83页。

② 徐学鹿学者是国内否定“商法是民法的特别法”的倡导者,他认为现代商法已不是简单商品生产完善法的组成部分,已发展为市场经济的基本法。参见徐学鹿:《商法学》,中国财政经济出版社1998年版,第42—47页。

③ 帅天龙:《二十世纪中国商法大势》,《中外法学》1997年第4期,第1—14页。

法》、《票据法》、《保险法》、《合伙企业法》……我国商法立法进度和数量举世瞩目,这一方面适应市场经济迅速发展的现实要求,另一方面由于“摸着石头过河”的补丁立法,导致法律法规之间冲突现象恶化,例如《公司法》与外商投资企业依据外商投资企业法所采取的有限责任公司两套公司法律制度冲突,《票据法》第10条与其他诸条的矛盾等,都弱化商法的权威与功能,导致实践中商法无所依从。构建商法的科学价值体系则可以有效整合商法规范,使之成为协调一致,目标明确的法律制度,充分实现商法的意义。商法价值体系的整合功能,不仅具有现实意义,更具有未来意义。科技,尤其微电子技术、软件开发、通信网络、人工智能、卫星通讯、大规模光纤通信传播等高科技改变人类生活,也挑战现行法律制度和观念。笔者认为在可预见的未来电子商务法必将与公司法、票据法、海商法、保险法等传统商法比肩而立,成为商法重要组成部分,而平衡现行商法和未来商法冲突就依赖于商法价值体系的构建,并且仅在商法价值体系框架中,商法才能适应技术和制度的双重挑战。

商法价值体系的构建是实现商法现代化的关键。市场经济不是停滞而是永动发展的,商法作为市场经济的基本法也必须不断创新并处于现代化的进程中。与各国商法现代化的内源驱动自主生成不同,我国商法的现代化开始于近年来对国外商法借鉴和移植,“借鉴和移植那些能充分反映现代化经济发展要求的商法理念(价值)和具体商法制度……重点应放在对现代商法理念的借鉴,这是创新我国商法的关键。”^①构建反映现代的商法价值体系是商法现代化中不可逾越的理论问题。

① 徐学鹿:“论我国商法现代化”,《山东法学》1999年第12期,31—35页。

二、商法自由价值

法律是“自由的科学(The Science of Liberty)”^①，“为了保障自由，我们才是法律的奴仆”，“法律不是为了废除或限制自由，而是保护和扩大自由”等脍炙人口的格言法谚阐释了法律和自由的内在联系。商法自由价值就是商法对商主体的自由的确认、支持与保障。自由是商法诞生之日便无法磨灭的胎记。11世纪欧洲尤其是地中海沿岸城市的商业繁荣确立了商人在商业上的优越地位，更演进为在经济社会的优越地位，并且演进为在法律上的优越地位，商人为摆脱封建主义及宗教势力的束缚，赢得更多的自由和利益，逐渐结合成商人自治组织——商人基尔特(Merchant Guild)^②。基尔特具有广泛的自治权，即根据商业习惯制定独立于教会法和其它世俗法的自治规约；组织内部设有特殊法庭，适用自治规约解决商人间的纠纷。与之相呼应，当代中国市场经济发达地区也出现了具有仲裁和管理等职的“温州商会”^③。而且私法领域中最体现自由价值的意思自治原则的直接渊源是16世纪法学家查理·杜摩林的“当事人意思自治说(The Theory of Autonomy of the Parties)”，该学说正是杜摩林为解决当时跨区域、跨国界商活动中的商习惯法冲突问题^④，由此可见，自由是商法天生的价值取向。

商法是市场经济的基本法，商法自由价值在更深层次反映了

① [英] 哈耶克：《自由秩序原理》，三联书店1997年版，第184页。

② 乔新生：“历史的商法与现实商法”，《中南财经大学学报》1999年第11期，第60—63页。

③ 李甬：“温州商会 有点面子”，《南方周末》2000年4月21日第28版。

④ 刘凯湘、张云平：“意思自治原则的变迁及其经济分析”，《中外法学》1997年第4期，第70—75页。

市场经济的客观要求。市场经济是伦理经济、权利经济、法治经济，更是自由经济，“无形的手”的内部市场配置资源的运作机制实质上处于商品价格信号以及工资、利率、租金等要素信号的不断生成，被认知、再生成，再被认知……无限过程中，而商主体自由意志、自由竞争和风险自负、效益自享正是信号生成、被认知过程的主观因素，因此商法规范必然要体现自由价值取向。商法是基于相信商主体可以克服理性人、经济人之间的矛盾，将个人理性、最大化的个人利益合成集体理性、社会利益。虽然许多学者批评这种理论假设，但笔者认为商法是相信而非迷信这种认识，与现实偏差完全可以利用商法内部的结构制约和外部的经济法平衡来调整。经济法的基础假设是怀疑主体理性不周延，而引入国家权力，在一定程度上一定范围内限制经济主体自由，以弥补市场缺陷，因此市场经济需要经济法和商法相互配合、协调一致的共同作用，而自由价值的取舍是二者区别之一。

英国学者伯林 (Isaian Berlin) 对自由进行有意义的划分：消极自由 (Negative Liberty)，不受他人或事物的干预和限制；即“免于……自由 (be free from……)”，积极自由 (Positive Liberty)，自己去做自己想做的事，即“从事……自由 (be free to do……)”^①。商法也大致从这两个角度来实现自由价值：商法增进主体行为自由度和选择机会来实现积极自由，例如，与法由“身份”到“契约”相近，商法的市场准入制度也有身份要求向素质要求转化路径，如公司设立方式的特许主义、核准主义、准则主义的演进；商法也通过自由意志外化为权利方式实现消极自由，例如企业法律规定拒绝摊派权。

商法规范对商法自由价值的体现有若干颇值探讨的问题。例

① 吕世伦、文正邦：《法哲学论》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 520 页。