



CHINA
COMMERCIAL LAW
ANNUAL 2007

2007

中国商法年刊

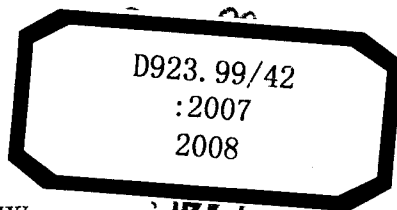
和谐社会构建中的商法建设

中国法学会商法学研究会 编

主 编 王保树
执行主编 周林彬
张民安



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



 CHINA
COMMERCIAL LAW
ANNUAL 2007

中国商法年刊

和谐社会构建中的商法建设

主 编 王保树
执行主编 周林彬
张民安



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国商法年刊.2007:和谐社会构建中的商法建设/王保树主编. —北京:北京大学出版社,2008.5

ISBN 978-7-301-13587-7

I. 中… II. 王… III. 商法—中国—2007—年刊 IV. D923.99-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 045132 号

书 名: 中国商法年刊 2007: 和谐社会构建中的商法建设

著作责任者: 王保树 主编

责任编辑: 肖 菊

标准书号: ISBN 978-7-301-13587-7/D · 2022

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

720 毫米×1020 毫米 16 开本 52.75 印张 1091 千字

2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 88.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究。

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《中国商法年刊(2007)》编辑委员会

主任：王保树

成员（以姓氏笔画为序）：

叶 林	石少侠	朱慈蕴	陈 甦
范 健	赵旭东	奚晓明	徐卫东
顾功耘	黄建初	覃有土	

卷首的话

中国法学会商法学研究会2007年年会于2007年11月10日——11日在广州市举行。此次学术会议由中国法学会商法学研究会主办,中山大学法学院、广东省法官协会、广东省律师协会协办,共收到学术论文160多篇,与会学者、专家300多人,是至今规模最大的一次年会。《中国商法年刊》(2007)集中了这次年会的成果。

本次年会的学术主题是“和谐社会构建中的商法建设”,这是经过集思广益后选择的学术议题。围绕这个中心,年会集中深入讨论了四个问题:商事通则的制定与商法体系的完善、商人团体的法律问题、保险法的修改与完善、破产法的实施问题。本年刊遵循一贯的编辑方针,只刊载了与这四个问题相关的论文。

本年刊的第一部分为“商事通则的制定与商法体系的完善”,主要是对商事通则立法的必要性、商事通则的定位、商事通则的内容、商事惯例等问题进行的研究。第二部分为“商人团体的法律问题”,结合我国社会经济生活的实践,人们将其研究的范围界定在商会和行业协会两个方面,集中研究了商人团体的性质与定位、商人团体的功能、商人团体与政府的关系和商人团体立法等。如何从理论与实践的结合上解决破产法实施中的问题,已成为商法研究中的一个重要领域。因此,本年刊第三部分刊载了“《破产法》实施问题”,主要研究了如何理解新破产法的立法宗旨、上市公司破产的特别程序、清算人责任的认定、破产管理人的确定与职责、破产撤销权的行使等。我国的保险法正面临修改,本年刊的第四部分集中刊载了“保险法实施问题及完善”的论文,主要研究了保险法的修改与对商业保险的适应性、保险合同法与保险业法合一与分立的利弊得失、最大诚信原则和强制保险问题。全国人大常委会2006年8月27日通过的《中华人民共和国企业破产法》(下称新破产法)已于2007年6月1日起施行。

显然,“商事通则”问题是本次年会讨论的一个中心,它是继2004年年会初次研讨之后的第二次研讨。虽然讨论中有不完全相同的观点,但多数人都认为,一方面制定民法典,一方面将调整商事关系的法律规范分别编纂为单行商事法律。同时,将单行商事法律区分为通则性的商事法律和一般性商事法律。这种立法体制既有实践需要,也有理论的基础。大家也认为,商事通则应该是调整商事关系的一般性规则。它指导其他单行商事法律,如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、票据法、保险法、商

业银行法、破产法等适用,同时又区别于这些单行法律,可以单独适用。商事通则所提供的商事法律规则,是其他单行商事法律未曾提供而又非常必要的一般性规则。它是商法中具有一般法意义的商事法律,但不取代民法在私法领域中的一般法地位,它仍然与其他单行商事法律一起作为商法,是民法的特别法。同时,商事通则既不是国外的“商法典总则”,因为我们没有商法典,且“商法典总则”满足不了商事通则的要求;也不采民法通则模式,因为民法通则是残缺不全的“民法典”,而商事通则不是商法典,也不是变相的商法典。本年刊编入的关于商事通则的论文是近年研究该问题的重要成果,反映了上述观点。今后的任务不是再重复讨论商事通则的必要,而是通过调研做一些扎扎实实的工作。

同以往一样,《中国商法年刊》(2007)的问世将使未参加2007年年会的商法学界的同仁与关注上述议题的广大读者分享年会的成果。在此,感谢所有年会论文的作者,感谢中山大学法学院为2007年年会及本年刊的编辑出版所作的贡献,也感谢对本年刊出版给予支持的北京大学出版社的各位编辑。

王保树

2008年3月23日

中山大学法学院民商法学专业简介

中山大学法学院肇始于1924年孙中山先生手创的国立广东大学法科。其历史还可上溯到1905年的广东法政学堂法律本科及其后的广东法科大学。1926年广东大学更名为中山大学,法科也随之成为中山大学法科,并于1931年发展为法学院。1952年全国院系调整时,中山大学法学院及法律系被撤消。1979年7月,经教育部批准,中山大学复办法律学系。1993年7月,法律学系与社会学系、政治学与行政学系以及人口研究所组成法政学院。2001年9月,中山大学撤消法政学院,以法律学系为基础建立法学院。目前,法学院有法理学、法律史和法律与行政三个博士点,有包括民商法在内的法学专业硕士点8个和一个法律专业硕士点。

中山大学民商法专业的历史较为久远,早在20世纪20年代,中山大学民商法学专业就已经成为国内有重要影响的法学专业,因为在那时,该专业曾拥有若干位在全国有巨大影响力的著名教授和学者,如我国著名民法学家史尚宽先生,就曾于1924年担任国立广东大学(国立中山大学)筹备委员会法科委员,并两度受聘为国立广东大学(国立中山大学)法科教授,讲授民法总论、债权、中国法制史等课程。由于历史原因,中山大学民商法学专业曾一度中断,到了1979年,中山大学民商法学专业也随着中山大学法律系的复办而复办。经过近三十年的发展,中山大学法学院民商法专业不仅成为中山大学法学院最热门的专业之一,每年吸引来自全国各地的优秀考生来此攻读民商法学专业硕士学位,而且还成为中国民商法学研究的重要阵地,每年发表众多有重要影响的学术论文、出版众多有重要影响的学术著作,对中国的民商事立法、民商事司法和民商事学说产生过和产生着重要影响。中山大学法学院民商法学科之所以得到快速发展并取得令人瞩目的成绩,其原因有三:其一,中山大学法学院民商法学者孜孜不倦的追求。自20世纪90年代中期开始,中山大学法学院的民商法学者开始关注民商法学领域的重要问题,通过所掌握的英文、法文、德文等外文优势,广泛阅读西方民商法学者的著作,引进西方民商法学者对法学的分析方法,结合我国实际情况,撰写了大量的学术论文和出版了众多的学术著作,这些论文和著作不仅提出了众多新的理

论,倡导新的观点,而且还援引众多新的资料,开创了民商法领域的新局面。此种追求一直延续到现在和将来。读者只要留意的话,只要去书店看一看的话,或者去网络上搜索的话,您一定能够发现他们近些年发表的学术论文、出版的学术专著和主持的项目是非常多的。其二,学术交流和学术探讨的广泛开展。近十年来,中山大学法学院民商法学对外交流十分活跃,不仅同国际上的许多著名大学民商法学专业建立了联系,定期或者不定期派出学者到国外学习或者邀请国外著名民商法学到中山大学讲学交流;而且还同国内众多大学建立了长期稳定的学术交流关系,定期或者不定期邀请国内著名民商法学者到中山大学进行学术交流。无论是对国外的学术交流还是对国内的学术交流,都使中山大学法学院民商法学专业的学者开阔了视野,增长了学识,为他们在具有国际和国内前瞻性的民商法领域取得上述成绩提供了智识保障。其三,历史传统的积淀。中山大学法学院民商法学有悠久的历史 and 传统,曾经吸引众多重量级的民商法学者在这里从事民商法学教学和科研,包括民法学大家史尚宽先生、王伯琦先生等。这些民法大家在这里著书立说,传道授业,为中国民法的建立、产生和发展作出了重要贡献,也激励着一代又一代的中大民商法学者,使他们能够在中山大学潜心研究民商法学理论,撰写民商法学著作,倡导民商法学新学说,以便对中国的民商法学作出应当作出的贡献。

今天,中山大学法学院民商法学专业已经成为研究方向明确合理、研究力量卓有生气、研究视野新颖开阔、研究方法独到独特、研究成果引人注目的法学专业。该专业主要研究人员曾在美国耶鲁大学、NYU 大学、纽约大学、美国天普大学、日本东京大学、早稻田大学等著名大学法学院交流学习。这一专业曾经主持并且正在主持多项国家社科基金项目、教育部人文社科项目、司法部法学法律研究项目,在中国重要的出版机构出版过多部具有广泛影响的学术专著,在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》和《中外法学》等权威学术刊物上发表过重要论文,相关研究成果引起了学界的关注和讨论。中山大学法学院民商法专业秉承锐意思考、实践关怀、点滴推进并且谦虚向学的研究精神,希望与全国学界同仁相互交流特别是希望得到全国学界同仁的关心和支持。

目 录

第一编 “商事通则”的制定与商法体系的完善

制定“商法通则”的五大理由	赵旭东	3
“商法通则”关于商法基本原则的界定及其立法安排	范 健	12
商事惯例初论		
——以立法构建为视角	周林彬 王佩佩	19
外观主义的商法意义		
——从内在体系的视角出发	叶 林 石旭雯	33
商法中的公法原理及其在“商法通则”中的表现	陈 醇	41
科学发展观与价值商法模式研究	姜一春	48
我国商事立法模式的选择：“商法通则”之构想	康达蕴	53
商事交易安全的反思		
——兼论“商事通则”的任务	李有星 郭晓梅	60
析“商事通则”之必要与可能	李政辉	68
试论我国“商事通则”的结构与内容	李天甲	76
制定我国“商事通则”的若干问题	李 慧	84
试论我国商法的立法模式选择		
——以商法独立为分析基础	罗登亮 童列春	89
中国商事立法模式的理性选择与构建	苗延波	97
“商事通则”的立法体系与基本原则	宁金成	104
我国现行商事立法的困境解决		

——兼议“商事通则”的制定	韦 婷	111
商事单行法:现实主义的选择		
——兼论“商事通则”之制定	吴高臣 赵继明	119
论“商法通则”创制的价值理性与实践理性	郑曙光	127
“商事通则”:纠缠在历史与现实中的误会		
——兼议私法的统一及其现代化	周友苏 钟 凯	136
商主体立法基本问题思考	董翠香	146
构建我国商事主体法律制度的理念:保守与超越	马建兵 任尔昕	155
商自然人的法律地位研究	张民安	162
“商人”本质的反思:一个身份的视角		
——兼论我国制定“商事通则”的必要性	朱 庆	186
商事行为独立性:质疑与回应	任尔昕 王 慧	195
寻求规制营业的“根”与“本”	王保树	206
论商法移植中的法律冲突与法系融合		
——以信托财产制度为中心	于海涌	214
商事合同确认书规则初探	陈胜蓝	222
商事合同制度适用初探		
——兼谈“商事通则”中商行为一般规则的建立	吕来明 郝春峰	230
反思商法基本范畴	姜 朋	238
论“商法通则”的制定之商事登记制度	文雅靖	245
在民法与商事单行法之间		
——以经理权为例对制定“商事通则”的思考	张 舫	252
论商事关系之界定	张 彦	258

第二编 商人团体(商会、行业协会等)的法律问题

自治:商会法律制度的灵魂	冯 果	265
我国商会的法律地位初探	陈雪娇 王继远	273
行业协会法律保障对我国社会信用体系建构的影响	胡卫萍	280
行业协会立法的若干问题	江合宁 谢 拓	288

论行业协会的法律定位	潘嘉玮	295
商会: 历史前见·当下情境·制度走向	彭真明 陆 剑	305
我国反垄断法对行业协会的鼓励与规制	孙 静	312
初论商会与行业协会法		
——基于民间法和国家法二元视角的分析	谈 萧	316
西方国家商会组织的源起与制度范式之比较	肖海军	327
商会的法律主体性考察	张 辉	335
中国商会法律制度之探析	郑创琴	341

第三编 《破产法》实施问题

从破产中股东欠缴出资之债能否抵销谈起	朱慈蕴	349
论新《破产法》立法宗旨的创新	王欣新	356
再论破产管理人的选任方式	邓 惠	362
论公司重整制度中担保债权人的权利限制与保护	董娇娇	370
论重整制度实施中的问题与对策	豆景俊	377
破产管理人的义务和责任探究	樊云慧	384
论新《破产法》对企业法人的认定	方斯远	391
论破产撤销行为的认定	付翠英	399
论对破产企业农民工权益的保障	雷 凌	408
从美国次级债风波看金融机构破产中的政府法律责任	李立新	413
论《破产法》上的偏颇性清偿	李志强	421
浅议我国消费者破产制度的建构	刘慧娟	428
论我国公司重整人选任制度的完善	刘 文 施文昌	436
破产管理人诚信义务研究及其对我国破产立法的启示	马存利 宿 杰	443
论建立临时破产管理人制度		
——兼评我国《破产法》第13条	毛俊伟	451
论新《破产法》中债权人会议制度的突破和完善	宋玲玲	459
破产撤销权行使的实体条件释论		
——以《破产法》第31、32条的规定为分析对象	王洪平 房绍坤	467

银行在破产重整程序中的平衡监督作用	王 爽	474
《破产法》的“剧场化”解说		
——以债权人核心看《破产法》的疑点与困惑	王艳华	482
论破产财产	吴京辉	490
企业破产所涉税收问题的法律思考	席晓娟	499
论动产浮动抵押所担保的债权在破产程序中的实现		
——《物权法》的创新与《破产法》的挑战	于凤瑞	504
破产重整与清算、和解程序相互转换的法律思考		
——以新《破产法》为中心的考察	张世君	511
破产程序与民事执行程序的冲突及协调		
——对实施《破产法》的一点建议	仲崇玉	516
劳动债权与担保债权的冲突与法律协调	周贤日 杨明媚	523

第四编 保险法实施问题及完善

强制责任保险研究	郭 锋 胡晓珂	533
我国农业保险法律制度的创新	蔡惠燕	551
论人身保险中保险利益对被保险人资格的限定	蔡美仪	560
员工诚实保证保险若干基本问题研究		
——以美国法为中心	陈荣文	568
我国《保险法》修订草案的若干问题		
——兼论《保险法》的立法精神与立法技术	高 宇	575
关于交强险的若干法律问题	管晓峰	583
保证保险人代位求偿权探析	郭 丹	589
保险条款的解释对和谐社会的影响		
——兼论《保险法》第31条的修改完善	贾林青	598
试论无效的保险合同制度	蒋 丹	605
中国保险理赔制度的路径选择与立法完善	李 华	613
论再保险的法律规制与立法展望	李新天 郑 鸣	620
论保险合同疑义利益解释原则的适用条件和适用范围	李秀芬	628

论保险人说明义务履行之改进	梁 鹏	635
危险增加通知义务探究		
——兼述我国《保险法》第 37 条的修改与完善	卢纯昕	642
我国保险资金运用监管法律制度的缺失及其完善	卢劲松	649
我国《保险法》受益人制度研究及其完善	罗小兰	656
美国法上责任保险竞合的协调		
——以他保条款冲突为中心	马 宁	664
保险法应当承认股东对公司财产的可保利益	任以顺	672
保险利益之法律分析	史正保 陈圣利	680
反思保险合同的解释规则	苏兆勇	687
论保险公估人民事法律责任制度存在的问题及建议	滕 腾 张 帆	694
不可抗辩条款：必要性、适用和立法建议	王飞雪	702
我国机动车交通事故责任强制保险存在的问题及完善	王建敏	706
论保险法的修改与完善		
——以“保险合同法”为视角	王卫国	713
保险竞合研究		
——兼论我国保险法的完善	徐 民 缪 晨	722
论保险法上的半强制性规范		
——保险法精神与技术的一般原理	徐卫东 高湘宇	729
论保险理赔中的近因因果关系的辨认	杨 奕	737
保险人违反说明义务法律效果研究	于海纯	745
特殊的普通合伙企业中的职业保险探析	袁碧华	752
试论我国保险代位制度的反思与重构	张兴华	760
共同遇难的保险金给付研究	张秀全	767
最大诚信原则与《保险法》的完善	赵金龙	774
中国法学会商法学研究会 2007 年研讨会综述	王佩佩 方斯远	781
商法学研究动态与综述	官欣荣	792

第 一 编

“商事通则”的制定与商法体系的完善

制定“商法通则”的五大理由

赵旭东*

如何处理民法与商法的关系,如何处理或构建我国商事立法的基本模式,近些年来一直为民商法学界特别是商法学界所关注。三年前,在哈尔滨召开的2004年商法学研究会年会上,代表们曾就制定“商法通则”^①进行过专题研讨和交流,取得了一些基本的共识。三年来,经过更加广泛而深入的探讨和研究,学界关于制定“商法通则”的理论和实践研究成果进一步丰富,基础准备更加坚实,立法条件也趋于成熟。笔者认为,抓紧时间制定一部一般性、统领性的“商法通则”,不仅是健全和完善社会主义市场经济法律体系的需要,同时也是商事法律制度自身体系化、科学化的需要;不仅在理论体系的完备上是必要的,而且在立法技术上也是可行的。有鉴于此,笔者希望通过本文观点的阐释,进一步促使法学界、司法界和商务界达成一致和共识,共同推动有关机关尽快将“商法通则”的制定提到立法议程。

一、制定“商法通则”,是超越民商合一与民商分立 争议的务实立法选择

对于我国商事立法究竟应当采取何种模式,自民国至今,一直存有较大的争议。早在民国之初,即有民商合一与民商分立之争。虽然民商合一论最终在这场争论中获得胜利,其议案被国会所采纳,但耐人寻味的是,国民民法实际上从未采用真正的民商合一体例,即使是今日仍沿用旧制的台湾地区,至今也未制定民商合一的民法,其商事立法仍采取单行商事法律的形式,学说上也将传统商法中的有关立法视为民法的特别法。

* 赵旭东,中国政法大学教授。

① 当时的专题是以“商事通则”而非“商法通则”命名的。笔者以为,“商事”一词较之与“商法”,虽学界较为熟悉,但普通大众较为陌生。而以“商法通则”命名,与《民法通则》相对应,给人一种同属法律范畴的直观感受,有利于法治的宣传和大众的理解与接受。

我国自改革开放以来,随着对商品经济和市场经济的探索与承认,特别是随着民法典起草制定工作的展开,在学界也出现了究竟是采民商合一立法模式还是民商分立立法模式的广泛争论。主张采取民商分立模式的,就其观点而言,有法典意义上的分立论与实质意义上的分立论之分。二者的共性是都强调商法较之于民法的独立性。二者的区别在于:法典意义上的民商分立论过于强调商法、商行为的特性,以及民商分立的好处,认为我国应制定独立于民法典的商法典,并将民商分立看做是世界各国或地区商事立法的发展趋势;而实质意义上的民商分立论则不以制定独立的商法典作为民商分立的基础,只是主张要承认商法的相对独立性,要促进我国商法的体系化进程,使之成为一个有特定的规范对象和适用范围的法律体系和法律部门。就主张民商合一模式的观点而言,也有法典意义上的合一论与观念意义上的合一论之分,二者的共性是都反对在民法典之外另行制定商法典。二者的区别则在于:法典意义上的民商合一论主张只制定一部民法典,同时将商法的内容完全融入民法,使商法民法化,用民法取代商法,并认为商法独立于民法的基础已不复存在;而观念意义上的民商合一论则并不强求法典意义上的合一,对传统的民法表现出更多的尊重,对传统的商法表现出相当的宽容,对法典意义上的合一表现出务实的理性,只是主张在观念上应将一切单行商事法都视为民法的特别法,并不刻意追求民法对商法内容的包容。^②显然,法典意义上的分立论和合一论所关注的形式多于内容,而实质意义上的分立论和观念意义上的合一论所注重的内容多于形式,后两者除称谓不同外,并没有本质上的差别。

令人称赞和肯定的是,面对合一论与分立论的激烈争论,我国的立法机关采取了更加务实的立法精神和做法,在短短的十余年间,一方面着手开展民法典的起草制定工作,另一方面相继制定了公司法、票据法、保险法和海商法等重要的商事法律,以单行商事法的立法模式初步构建起我国的商事法律体系。这充分说明,实质意义上的分立论或观念意义上的合一论,已在立法机关关于民商法立法的指导思想上占据了主导地位,并已得到了切实的贯彻和执行。

实质意义上的分立论或观念意义上的合一论,以及立法机关这种务实、理性、灵活的立法态度和做法,为我们当前制定“商法通则”提供了切实可行的路径,那就是:在坚持商法相对独立性的基础和前提下,承认和尊重民法在私法领域中的一般法地位,以务实的理性推动“商法通则”的制定,加快商事法律制度自身的完善和体系化进程。

首先,实事求是地说,民商合一的立法模式(观念意义上的)已是现今大多数学者的共识,也更符合我国的立法传统和实践,对此应予承认和尊重。在大陆法系国家和地区,民法与商法是同属于私法的两个法律部门,民法与商法的关系是一般法与特别法的关系,凡商事事项,商法优先适用,民法一般适用、补充适用。这一点,已成为国内外法学界和实务界的一般共识,即使是在制定有商法典的国家和地区,这一结论也一直得以坚持,未见被否定的迹象。^③如果否定民法与商法的关系是一般法与特别法的关系,势必将一些最为一般的问题,诸如诚信原则、法人制度等,也要由商事法律作出规

^② 参见2003年6月石少侠教授在商务部召开的“我国市场流通法律体系研讨会”上的发言。

^③ 参见王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,载《法学研究》2005年第1期。