

第二辑

商法研究

徐学鹿 主编

人民法院出版社

商法研究丛书

商 法 研 究

第二辑

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. 第2集/徐学鹿主编. - 北京: 人民法院出版社, 2000.9

ISBN 7-80161-038-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 67372 号

商法研究

主编: 徐学鹿

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

保定市大丰彩印厂印刷

850×1168 毫米 1/32 24.875 印张 625 千字

2000 年 9 月第 1 版 2000 年 9 月第 1 次印刷

印数: 1-3000 册

ISBN 7-80161-038-5/D·038

定价: 37.00 元

丛书编委会

编 委:

- 刘凯湘 北京大学法学院教授、博士
司玉琢 大连海事大学前校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学法学院院长、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
徐学鹿 北京商学院商法研究所所长、工商大学教授
张文显 吉林大学副校长、教授、博士生导师
曹建明 最高人民法院副院长、国家法官学院院长、教授
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王亦平 北京工商大学教师、中国人民大学博士

名誉编委:

- 安德鲁·麦克吉 英国利兹大学法律系商法教授、商事
Andrew McGee 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

卷首语

《商法研究》第一辑出版前后，我们收到不少著名专家、学者和好友的函、电，他们对编辑出版《商法研究》寄予期望，给予鼓励，表示支持，倾注关怀，提出建议。例如，南京师范大学校长、法理学博士公丕祥教授在信中说，出版“《商法研究》，这是一件很有意义的学术之举。衷心祝愿办得成功”。我们将不遗余力地朝学者、专家们期望的方向努力，不断创新其内容，提高其质量，同时我们借此机会向关心和支持《商法研究》的各方人士，表示衷心的感谢。

在第二辑《商法研究》中，我们有意识地、较多地刊登了来自法官、检察官的著述。今后，除继续刊登学者、律师等的文章外，我们将会更多地选登来自法官、检察官的文章，通过此举一是想把社会主义市场经济的市场交易实践中的商法问题，通过审判实践，提炼成为崭新的商法理论，让商法研究服务于市场经济的市场交易实践；二是为涌现出更多的学者型的法官、检察官铺路、搭桥，让法官、检察官在市场交易方面的司法实践、经验，升华为学术成果；三是让《商法研究》真正

成为更多的法官、检察官的“文苑”，探索出一条让调整市场交易关系的商法理论与市场交易实践紧密结合的有效途径，使《商法研究》办出自己的特色，从而受到更多人士的关注和支持。自觉地把《商法研究》纳入国家建立创新体系，特别是市场交易制度创新的轨道，是我们坚持不懈的追求。

徐学鹿

2000年6月

目 录

卷首语	徐学鹿	(1)
-----	-----	-------

现代商法研究

论商法的概念	徐学鹿	(3)
我国加入 WTO 对国内商法的影响	冰 青	(23)
论商事权利体系	吕来明	(38)
论现代商人法的性质及其适用	汪 倩	(56)

商主体法专论

公司集团内部责任构造之传统模 型研究		
——以英美法为中心讨论	蒋大兴	(71)
企业产权营运论	李光林	(145)
从商法的角度论企业支配及确保 其健全性	宋永敏和著 张红译	(200)

我国公司法人治理结构中权力制衡机制的缺陷及其立法完善	侯向磊	(217)
股票期权辨析	李黎明	(227)
投资基金监管制度研究	鲍晋选	(246)
股份合作制企业法律形态价值考证	王亦平	(316)
浅析个人独资企业法对投资人权益之保护	卢以品	(337)

商行为法专论

对我国《合同法》中几个条款的评析	吴志忠	(347)
论国际商事合同中违约金条款的效力		
——两大法系国家和《国际商事合同通则》的比较及我国的态度	钟 丽	(360)
论证券法的公开原则	严巧敏	(373)
论提单的法律性质	迟 平	(426)
论预借提单和倒签提单的法律性质	谭岳奇	(438)
信用证的经济功能与法律性质论析	谢可训	(450)

商事权利救济专论

- 预期违约制度在审判实践中运用的研究 关 军 (469)

法官、检察官文苑

- 股东期待权诉讼研究 孙加瑞 (489)
- 刺破公司的面纱
——关于公司人格否定在我国
审判实践中应用的思考 谷绍勇 (576)
- 有限合伙研究 马 强 (596)
- 论票据追索权 伍 红 (665)

著名商法典评析

- 评《美国统一商法典》第2—207
条
——兼述对我国《合同法》的
启示 熊 丽 (729)

商法新著评介

- 一九九九年商法论著评介
- 胡新华 游 杰 杨 璐 阎秀华 胡嘉荣 (747)
- 英语目录翻译 王 辉 (783)

现代商法研究

论商法的概念

徐学鹿

商法作为一门科学，首先必须准确界定商法的概念，即什么是商法。从商法的历史演进、交易实践、商法的本质属性、商法在现实中的定位等，作全方位的考察，对什么是商法的通俗的、明确的、科学的、反映客观实际的回答是：商法是市场交易的基本行为准则。本文仅此谈点浅见。

最初的市场交易行为准则是习惯

人类社会的发展产生了分工，分工产生了市场交易，交易推进了以交易为目的的港口和城市的建立与发展。要解决交易中发生的矛盾、冲突，要使交易连续不断、反复地进行，就必须建立交易所必须的市场交易秩序。“一种显见的秩序并非人的智慧预先设计的产物”^①，“自发秩序起源于它们要遵循一定

^① 哈耶克：《自由秩序原理》上册，三联书店1997年版，第67页。

的规则”^①。这种市场交易的规则最初表现为市场交易的习惯。正如马克思所指出的：“这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律”^②。在市场交易中产生的市场交易规则，表现为从习惯到习惯法的演进。“商法体系中存在着一一种从习俗（行为模型）意义上的习惯到更为细致地加以界定的习惯法（行为规范）的运动”，习惯法与后来法律区别的根本之点在于：“它是为所有王国和联合体的权威所认可的习惯法，而不是由任何君王的王权所确立的法律”^③。这种由交易习俗逐渐演变成为交易习惯法，作为最初的市场交易准则，所具有的特征是：

第一，内容十分丰富、广泛。既有海上贸易的交易规则，也有陆上贸易的交易规则。作为这时市场交易准则的“商法不仅包括集市和市场的习惯法，而且包括有关贸易的海事习惯，最后还包括城市和城镇本身的商法”，“商法支配着在特定地方（集市、市场和海港）的特定的一群人（商人）；它也支配城市和城镇中的各种商业关系”^④。在交易实践中各种新的信用手段、流通信用票据、动产抵押、提单及其他运输单据、以船舶本身的股份作为担保的冒险借贷以及破产等交易手段和形式，都是有相应的交易规则作为保证的。例如，在希腊港口贸易中通行的票据规则、《罗得海法》；在意大利的比萨、威尼斯出现的《比萨习惯法》、《威尼斯航海条例》；法国的《蒙特皮列习惯法》、《马赛习惯法》和《奥内隆规则》；西班牙的《巴塞罗那海上习惯法》等，其内

① Hayek, Law, Legislation and Liberty Vol. The University of Chicago press, 1973, P. 43.

② 《马克思恩格斯选集》第2卷，第539页。

③ [美] 哈罗德·J·伯尔曼著，贺卫方等译《法律与革命——西方法律传统的形成》，中国大百科全书出版社1993年版，第415—416页。

④ 《法律与革命》415—416页。

容主要涉及交易中的支付、关于船舶、运输管理、港口章程、船货装载、船舶遇难弃货、海上保险、船舶碰撞等。

第二，产生具有自主性。商法作为市场交易的准则，一开始就“表现为一种自主的发展”，被认为是“事实上支配那些往返于商业交易所在的文明世界的港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则”^①。这种自主性表现为，保护商人自身利益的商人行会组织——商人基尔特，相继在意大利、西班牙、英格兰、荷兰等许多城市出现。商人行会组织通过认可和接纳商人，制定和编纂交易规则或习惯规则，组织商事法庭和行使商事裁判权，逐渐形成了较为系统的商人习惯法。商人习惯法实际上是商人这个阶层普遍适用的习惯做法，又被人们称为商人法。商人法即商人自己制定或编纂的交易规约或习惯规则，适用于商人的各种市场交易行为，由商人自己组织商事法庭和行使商事裁判权，充分说明其自主发展的特性。

第三，集中保护交易自由。交易表现为商人们能自愿让渡商品，即交易的自由。为了使交易自由“不是去做不理性的、愚蠢、错误之事的自由”^②，在市场交易中不仅产生了自由交易的规则——交易规约或习惯规则，并逐渐演变为商人习惯法。正如马克思所指出的：“先有交易，后来才由交易发展为法律”^③。而且提供了自由交易的形式——契约（合同），“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式”^④。所有的交易行为，均表现为各种各样的市场交易契约。交易自由表

① [英] 施米托夫著，赵秀文选译：《国际贸易法文选》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 5 页。

② 柏林：《自由四论》，联经出版事业公司 1986 年版，第 263 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社 1963 年版，第 423 页。

④ 《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社 1963 年版，第 423 页。

现为契约自由^①，契约自由的原则不是法学家头脑的产物，而是交易自由的表现。但是“人们的自由要有效，就必须承认某些相互的限制”，“每一种自由都依靠一种相应的控制”^②。这种限制、控制，除了商法所提供的一整套交易规则外，还包括商法所蕴含的一系列原则。例如，交易自由所表现的契约自由，必须以诚实信用原则作为基础。脱离诚信原则的“限制”和“控制”，契约自由就会异化为交易中欺诈的自由。商法诚信原则所限制和控制的是交易自由中欺诈的自由，“通常的人当他可以为所欲为时就信以为自己是自由的，但他的不自由恰好就在任性中”^③。英国商人卢卡斯买了德国商人的货未付钱就偷偷地跑了，卢卡斯的“任性”使英国商人付出了沉重的代价——失去了自由交易赖以存在的基础信用，异国商人从此拒绝同英国商人进行交易，因为失去信用就不“可能使即刻支付的价值与晚些日子支付的价值相比量”^④，为了恢复信用，迫使英国商人不得不把“任性”的卢卡斯关进伦敦塔^⑤。从这一意义上讲，商法同其它法律一样，“不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由”的市场交易规则^⑥。并且商法的诚信原则是对严法行为的否定，是对诚信行为的肯定。所谓严法行为，是指法律行为的效力完全取决于行为的方式、言词或套语。交易订约时，双方当事人都必须用一定的言词、术语和规定的形式，要到神前宣誓^⑦。例如，“曾支配日耳

① 徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社1999年版，第299页。

② 霍布豪斯：《自由主义》，商务印书馆1996年版，第28、75页。

③ 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1979年版，第27页。

④ 《法律与革命》，第427页。

⑤ 《法律与革命》，第418页。

⑥ 洛克：《政府论》下篇，商务印书馆1983年版，第36页。

⑦ 《商法总论》，第267页。

曼民俗法的宣誓的形式主义”^①。这种规则既是对契约自由的限制，也是对市场交易自由的限制，是陈旧的、落后的、野蛮的行为规则。但是，诚实信用作为市场交易的原则，只能产生在市场交易的实践中，是保护市场交易自由的进步的、文明的、科学的市场交易规则。商法作为保护市场交易自由除了契约自由、诚实信用原则，还包括权利互惠性原则，即公平交易原则。因此，权利互惠性原则“在程序上，必须公平地参与交换，即不存在强迫、欺诈或其他滥用任何一方意愿或认识的行为。在实体上，即使是自愿和故意参与的交换，也不得使任何一方承受与他所获得的利益极不相称的代价；这样的交换也不能不正当地损害第三方的利益或一般的社会利益”^②。商人在市场交易中创造的交易规则，不仅表现为当事人双方要公平交易，从程序上表现为参加交易者意思表示要真实，从实体上不能一方对一方显失公平，而且保护善意第三人的利益和社会利益。充分说明：“法就是作为理念的自由”，“法是自由的定在”^③。为后世商法的发展、完善、创新，提供了极为珍贵的理念、原则及具体制度。

第四，体系具有完整性，理论具有科学性。从交易习俗向交易习惯法的演进中，日积月累到 11 世纪晚期，商法作为市场交易准则逐渐构成了区别于其它法律门类的独特的、完整的体系。作为市场交易规则不仅调控严格意义上的销售活动，而且还调控市场交易的其他方面，包括商人的各种组织，如合伙、类似于股份公司的联营（康美达），商业票据（汇票、本票），对商业契约和非商业契约的区分，运输、保险、破产、资金筹措、商事裁判

① 《法律与革命》，第 419 页。

② 《法律与革命》，第 419 页。

③ 黑格尔：《法哲学原理》，第 36 页。

等,构成了结合市场交易的各种原则、概念、规则、程序的完整体系。理论的科学性表现为商法作为市场交易的行为准则,这一体系是一种开放的体系,不断用市场交易的实践校正其交易的规则。“假如没有诸如流通汇票和有限责任合伙这样一些新的法律设计,没有对已经陈旧过时的以往的商业习惯的改造,没有商事法院和商事立法,那么,要求变化的其他社会经济压力就找不到出路”^①。这种科学性还表现在商法的革命性上,革以土地为中心,保守的农业文明的命;革教会不许投机和按利息出借(高利贷)的各种禁令的命,在教会法中确立了“建立在高尚信念基础上的合法贸易有别于建立在贪婪基础上的非法贸易;建立在满足合法需求基础上的贸易有别于建立在纯粹自私自利或欺诈的基础上的贸易;合法的收取利息有别于高利贷;公平的价格有别于不公平的价格”的道德哲学^②;革“简单商品生产完善法”的命^③,使市场交易中的各种契约,如金钱借贷、财物借贷、抵押、买卖、租赁、合伙和委任这些契约的规则自觉地概念化,自觉地区分商业契约和非商业契约,即伯尔曼所高度概括的:“商业革命有助于造就商法,商法也有助于造就商业革命”^④。商法作为市场交易的准则其科学性,还表现在它的客观性上。杰勒德·马利内斯在《古代商法》(1622年)一书中指出:“我按照 Lex Mercatoria 这一古老的名称为此书题名……因为它是为所有王国和联合体的权威所认可的习惯法,而不是由任何君王的王权所确立的法律”^⑤,“商业事务由商人自己称为商法或 Lex Mercatoria 的法

① 《法律与革命》,第409页。

② 《法律与革命》,第412页。

③ 《马克思恩格斯全集》第36卷,第169页。

④ 《法律与革命》,第409页。

⑤ 《法律与革命》,第416页。