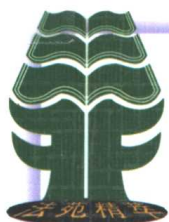


中国法学精萃系列丛书



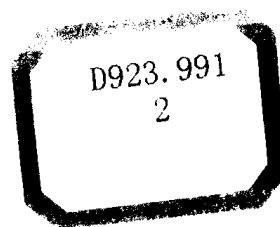
中国商法学精萃

(2002年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

 **机械工业出版社**
CHINA MACHINE PRESS





中国法学精萃系列丛书

中国商法学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2001 年度全国主要报刊公开发表的有代表性的优秀商法学术论文编辑而成, 涵盖商法总论、公司法、票据法、证券法、破产法、信托法几个方面。这些论文代表了 2001 年度我国商法学的发展水平, 可供法律专业高年级本科生、研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考, 也可作为年鉴由图书馆、资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国商法学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京: 机械工业出版社, 2002
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-10888-4

I. 中… II. 法… III. 商法—法的理论—中国—文集 IV. D923.991-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 065818 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑: 梁代军 版式设计: 冉晓华
封面设计: 耿金云 饶 薇 责任印制: 路 琳
北京蓝海印刷有限公司印刷·新华书店北京发行所发行
2002 年 10 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·16.375 印张·2 插页·554 千字
0 001—4 000 册
定价: 40.00 元

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社发行部调换
本社购书热线电话 (010) 68993821、68326677-2527
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委会人员组成：(以下按姓氏笔划排序)

- | | |
|-----|---|
| 王保树 | 清华大学法学院院长、教授、博导 |
| 王家福 | 中国社会科学院法学所研究员、博导 |
| 王利明 | 中国人民大学法学院副院长、教授、博导 |
| 公丕祥 | 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导 |
| 石少侠 | 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导 |
| 付子堂 | 西南政法大学副校长、教授 |
| 龙宗智 | 西南政法大学校长、教授、博导 |
| 田平安 | 西南政法大学教授、博导 |
| 石泰峰 | 中共中央党校副校长、教授、博导 |
| 江 平 | 中国政法大学终身教授、博导 |
| 李 龙 | 浙江大学法学院院长、教授、博导 |
| 李昌道 | 复旦大学法学院院长、教授 |
| 朱景文 | 中国人民大学法学院教授、博导 |
| 孙宪忠 | 中国社会科学院法学所研究员、博导 |
| 张文显 | 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导 |
| 张晋藩 | 中国政法大学终身教授、博导 |
| 陈卫东 | 中国人民大学法学院教授、博导 |



- 陈光中 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编
- 张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主 任 刘保文

委 员 (按姓氏拼音排序)

常淑茶 梁代军

孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真

正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把

它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、精典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、精典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显



目 录

序

第一部分	总 论	1
钱玉林	商法的价值、功能及其定位 ——兼与史际春、陈岳琴商榷	3
殷志刚	商的本质论	18
史际春 陈岳琴	论商法	30
吴汉东	论商誉权	48
第二部分	公司法	59
王保树	是采用经营集中理念，还是采用制衡理念 ——完善中国公司法人治理的课题	61

汤欣	论公司法的性格 ——强行法抑或任意法	78
胡鸿高 赵丽梅	论目标公司反收购行为的决定权 及其规制	100
张士元 刘丽	论公司的社会责任	113
麻昌华 南庆明	论公司财产权性质	120
顾功耘 罗培新	论我国建立独立董事制度的几个 法律问题	130
冯果	论公司资本三原则理论的时代局限	144
甘培忠	论完善我国上市公司治理结构中的监事制度	158
宋永新	关于我国合伙法律制度的若干问题	172
冯果 雷兴虎	合伙企业内部权力配置结构初探	190
王保树	职工持股会的法构造与立法选择	198
常健 饶常林	完善我国公司监事会制度的法律思考	209
蒋大兴	股东会会议通知制度分析与缺陷检讨 ——以《公司法》的修改为中心	223
雷兴虎 胡桂霞	论董事行使职权的事前、事中和事后 制衡机制	236
甘功仁 白彦 丁亮华	“债转股”预期目标实现质疑	250
顾延 张文贤	我国推行股票期权制度的法律问题	258
刘燕	等价有偿原则的计算 ——三联重组郑百文的成本分析	273
朱慈蘅 祝玲娟	规制董事利益冲突交易的披露原则	292
董新凯	谈对董事会的控制问题 ——兼谈独立董事制度	305
朱慈蘅	职工持股立法应注重人力资本理念的导入	318
蒋大兴	董事离任义务立法规制研究 ——兼论我国《公司法》之修改	332

第三部分	票据法	351
董惠江	票据利益返还请求权制度研究	353
房绍坤 赵志毅	论仓单质押	366
刘定华	论票据利益偿还请求权	378
李金泽	议付信用证有关法律问题研究	386
第四部分	证券法	401
王利明	我国证券法中民事责任制度的完善	403
朱慈蘊	论证券交易所与会员公司的法律关系 ——两者关系法律构造的问题点	424
汤 欣	论场外交易及场外交易市场	440
第五部分	破产法	455
葛行军 刘文涛	关于执行财产分配的立法思考	457
石静遐	中国的跨界破产法：现状、问题及发展	472
第六部分	信托法	489
罗大钧	信托法律关系探析	491
附录	2001 年度全国主要报刊商法学论文索引	506



第一部 总论

商法的价值、功能及其定位

——兼与史际春、陈岳琴商榷

钱玉林

商法在当今社会的发达，从根本上说，是因为在市场经济发展中有商事关系的存在。在经历了仅一个世纪各国学者对商法的整理、归纳、解释之后，商法初步形成了自己独特的概念、规则和原理。这期间，人们逐步摆脱了概念化的争论，以及拘泥于立法形式的认识局限，开始探讨现代商法的本质和系统化、科学化的理论体系。然而，在社会主义市场经济条件下，商法能否如其他实行市场经济体制的国家一样，扎根并发展起来，这是不能不认真对待的问题。本文仅就商法的价值、功能以及商法的独立地位和基本范畴等问题作一探讨。

一、商法的价值

（一）商法的产生说明什么？

法的价值隐含于法产生的社会历史条件、法的成熟程度以及法对于社会的效用和影响等多个方面。其中，法产生的社会历史条件决定了法存在的基础。因此，回答商法是怎样产生的问题，是研究商法价值的出发点。

商法的历史虽然可以追溯到公元前 300 年的罗得岛法（Lex Rhodia），甚至更早的腓尼基人和希腊人的海事法，但真正对近代商事立法产生重大影响的，是中世纪欧洲地中海沿岸诸城市的商人习惯法。在此之前，罗马私法曾通过吸收万民法——由罗马商人与外国商人贸易往来而形成的习惯法——摆脱了民族的局限，成为“简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”^①，“因而，在罗马法

^① 《马克思恩格斯全集》（第 36 卷），人民出版社 1974 年版，第 169 页。



范围内并不需要特别的商法”^①。然而，遗憾的是，罗马帝国的衰亡挫败了罗马人编纂这些商事习惯的可能性。在罗马帝国崩溃以后，接续其存在的法兰克和撒克逊各国重新回到了纯粹的农业经济时代，“罗马古典法律一些具有精妙构想的专门知识便废弃不用了”^②。从6世纪到10世纪的漫长岁月里，封闭的自然经济占据了整个欧洲。对于商人法来说，则处于长期的消亡时代^③。

从中世纪的中后期即11世纪开始，商法步入了变化的关键时期。正是在那时，近代西方商法——*Lax Mercatoria*（即商人法“the Law Merchant”）的基本概念和制度才得以形成，更为重要的是，也正是在那时，商法在西方第一次逐渐被人们看做是一种完整的、不断发展的体系，看做是一种法律体系^④。虽然人们普遍认为，中世纪的商人是一个特殊阶层，中世纪的商人法是规范这一特殊阶层的法，但这样的理解有失偏颇，缺乏用历史的眼光来把握商人和商人法的本质。事实上，由于封建主和教会势力的强大以及对商业的歧视和抵制，封建法和教会法不可能为商人提供法律规则和救济措施，这样，日益壮大起来的商人阶层通过自治运动而创立的法则无法纳入国家法的体系，只能以民间法的样态存在。无疑，商品经济的发展、商人的强大，形成了与封建自然经济、封建势力矛盾的加剧，这意味着在封建社会晚期资产阶级开始从萌芽走向成熟，并孕育着资产阶级的法律革命。所以有的学者指出，“在中世纪，对不同阶级分别实行不同法制并不奇特——不比在不同的领土上分别建立不同制度更为奇特”^⑤。商人法与其说是商人们的特殊规范，不如说是商人之间商业交易的特殊规范^⑥。

经历了文艺复兴以及16世纪新教革命的洗礼后，商人普遍得到了尊重，欧洲自由资本主义经济则有了相当大的发展，封建和教会势力衰落，各民族国家纷纷成立，商人习惯法开始逐步纳入国内法。导致商人法上升为国家制定法的外部因素在于：一是法国思想家让·博丹提出的资产阶级国家主权学说的深刻影响，认为主权是资产阶级国家的特性，是不受法律限制的最高权力；二是近代法典化运动的推动作用，编纂法律的目的是为了统一国内法律；三是由法学家萨维尼的

①（德）拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社1997年版，第72页。

②⑤（美）泰格，利维：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，学林出版社1996年版，第20页，第46页。

③（法）克洛德·商波：《商法》，刘庆余译，商务印书馆1998年版，第6页。

④（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406页。

⑥ Frederick Pollock & Frederic W. Maitland. *The History of English Law* (Cambridge, 1978), Vol. 1, p. 467.

《论完全商人》、凯萨尔吉斯的《商法论》以及马尔卡特的《商人法与商事交易法论文》等组成的一批研究成果，为商事立法作出了一定的理论准备。在此基础上，无论是大陆法国家，还是英美法国家，都开始了商事成文法的编纂运动。

不难看出，在资产阶级建立政权之前，商品经济的发展受到了封建势力的遏制，不可能取代自然经济的主导地位；商人阶层则一直被视为封建社会的异己势力而存在，商事法也最终无法融入封建法和教会法体系而只能以习惯法、自治法的面目出现。毋庸讳言，国家政权的建立、商品经济的发展，以及平等、自由法治观念的宣扬，是商法成为国家制定法的内在动因。近代各国商事立法是如此的成功和保持立法时间上的相近，显然不是偶然的，这正是资本主义法权关系战胜封建主义法权关系的必然结果。因此，无论是否受到罗马法的影响，无论是否采取法典形式，也无论是否采取民商分立模式，在商品（市场）经济社会退出历史舞台之前，就有商法赖以生存和发展的土壤。

（二）商事关系应由谁调整？

商的本质在于营利，从而突破了古代商为买卖的狭隘观念。商行为从买卖发展到批发商、货物运输、仓储、银行业等，并且发展到与传统商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工、印刷业、出版业等。正是基于这样的背景，中世纪“商人法”被上升为国家制定法时，并没有将商人的习惯简单地翻译成法律用语和制度，而是克服了“商人法”的局限，把更为广泛的商事关系纳入了商法的调整范围。

同时，商法随着现代商事关系的发展而不断变迁、革新。现代社会经济和技术革命的发展，商事活动日益现代化和复杂化，商法需要以不断革新的面孔适应其需要。正是商法的不断革新，创造了商法强大的生命力，适应了商事关系发展的需要。对此，拉德布鲁赫作过十分中肯的评价，认为“欧洲大陆的商人法作为中世纪惟一的职业法，保存至我们的时代，它并非只是历史的残余物，而具有其他法律领域难以匹敌的更新能力和应变能力，不断为生活反复充实，进而丰富了整个私法秩序”^①。

法、德、日等国以及我国澳门地区的商法，无一例外地通过频繁修改或补充，使得商法具有了很强的社会适应性。商法的革新，既有在商法典内部进行的，也有在商法典外通过补充单行法来完成的。如法国，商法典的原有条款继续

^① 拉德布鲁赫：《法学导论》，第73页。