

第三辑

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

第三辑

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3集/徐学鹿主编. - 北京: 人民法院出版社, 2001

ISBN 7-80161-033-4

I. 商… II. 徐… III. 商法-研究 IV. D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 78104 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)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 25.125 印张 630 千字

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80161-033-4/D·033

定价: 37.50 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
徐学鹿 北京工商大学教授、商法研究所所长
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

商法研究乃至市场交易法制建设如何适应十五届五中全会的要求,能有新的起色,近期《光明日报》刊登的一则消息称,作为发展中国家的印度在发展传统工业的同时,优先发展高新技术,使其软件产业一举跃居仅次于美国的世界第二。印度的事例在商法研究以及市场交易法制建设中对我们的启示,集中到一点就是起点要高,重点突出,抓主要矛盾。要做到这一点,一定要把“自主创新”,“弘扬科学精神”,“科学的本质就是创新”^①化为实际行动。为什么人们尖锐地指出:“接受罗马法是国家的灾难”^②,“灾难”集中到一点就是严重地妨碍人们解放思想,实事求是,扼杀开拓创新精神,使人们在不知不觉中在变化了的新时期仍然顽强地坚持简单商品生产完善法^③,导致在市场交易的立法中很难摆脱罗马法的思维,很难摆脱以罗马法为蓝本的德国法、法国法的思维。在市场交易立法战略上只能是亦步亦趋跟在罗马——日耳曼法的后面爬行,很难从总体上作出创新的立法决策和规划。要有效地从“罗马法”“灾难”的阴影中走出来,克服或减少“罗马法”“灾难”给新时代市场交易法制建设所造成的危害,一定要弘扬科学精神,“弘扬科学精神更带根本性和基础性。科学界要大力

① 江泽民主席:“在中科院第十次院士大会、中国工程院第五次院士大会上的讲话”,《光明日报》2000年6月6日。

② 沈达明等:《德意志法上的法律行为》,对外贸易教育出版社1992年版,第12页。

③ 《马克思恩格斯全集》第36卷,第169页;第4卷,第248页。

弘扬科学精神,各条战线、各个部门都要大力弘扬科学精神。要使实事求是、探索求知、崇尚真理、勇于创新的精神在全党全社会大大发扬起来”^①,市场交易法制领域弘扬科学精神,首先表现在创新的立法战略;其次,表现在创新的立法规划以及其它方面。“世界科学技术正在发生新的重大突破,以信息科学和生命科学为代表的现代科技的突飞猛进,为世界生产力的发展打开了新的广阔前景。我们面临着难得的发展机遇,也面临着严重的挑战”^②,市场交易法制领域“要实现跨世纪发展的战略目标”^③,在中华民族伟大复兴的进程中,在市场交易立法上要有所作为,作出抓住机遇、迎接挑战的立法上的“重大突破”,一定要按照“马克思主义是最讲科学精神的。坚持马克思主义,最重要的就是要坚持马克思主义的科学原理和科学精神、创新精神,善于根据客观情况的变化,及时察觉和研究前进中的新情况新问题,不断从人民群众在实践中创造的新鲜经验中吸取营养,不断改进和完善我们的工作”^④。并将十五届五中全会确立的宏伟目标,在市场交易法制领域具体化为创新的立法决策、创新的立法规划,使中华民族的伟大复兴在法制建设领域得到体现,加以落实。

徐学鹿

2000年11月

① 江泽民主席:“在中科院第十次、中国工程院第五次院士大会上的讲话”,《光明日报》2000年6月6日。

② 江泽民主席:“在中科院第十次、中国工程院第五次院士大会上的讲话”,《光明日报》2000年6月6日。

③ 江泽民主席:“在中科院第十次、中国工程院第五次院士大会上的讲话”,《光明日报》2000年6月6日。

④ 江泽民主席:“在中科院第十次、中国工程院第五次院士大会上的讲话”,《光明日报》2000年6月6日。



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

卷首语	徐学鹿	(1)
现代商法研究		
关于商法基础理论的几个问题	顾功耘	(3)
现代商法——自由开放的秩序建构	阎秀华	(28)
“新经济”下的商主体制度的特点	王志达	(51)
加入 WTO 与中国外资银行法律制度的完善	锁 丽	(76)
风险投资法律问题研究	黄 辉	(88)
发展我国风险投资基金的若干法律问题	冯文力	(108)
论我国经理制度的创新	应飞虎	戴玉梅 (126)
建立和完善高新技术产业的法律激励和平衡机制	张宇润	王亚娟 (154)
有关域名的法律问题研究	冯欣悦	(177)

商主体法专论

- | | | |
|---------------------|-----|-------|
| 异议股东股份收买请求权问题研究 | | |
| ——关于《公司法》的修订 | 蒋大兴 | (193) |
| 我国公司资本制度的几个问题 | | |
| ——关于《公司法》的修订 | 胡晓静 | (236) |
| 转轨经济、渐进式改革与国企立法研究 | | |
| ——关于《公司法》的修订 | 王中美 | (250) |
| 试论公司非破产解散和清算制度的完善 | | |
| ——关于《公司法》的修订 | 胡德胜 | (268) |
| 我国实施股权激励的法律障碍及其对策研究 | | |
| ——关于《公司法》的修订 | | |
| | 张 冰 | |
| | 马民虎 | (277) |
| “债转股”实施中的若干法律问题研究 | | |
| | 王亦平 | (297) |
| 原产地名称的法律保护 | 吴高臣 | (315) |

商行为法专论

- | | | |
|-------------------|-----|-------|
| 投资基金的信托法研究 | 刘和平 | (329) |
| 信托制度与我国国有资产运营模式重构 | 卢 玉 | (378) |
| 信用证独立性原则辨析 | 谢可训 | (387) |

商事权利救济专论

- | | | |
|--------------------------------|---------|-------|
| 期货透支交易责任的法理分析 | 党亦恒 | (403) |
| 略论海事诉讼时效协议延长的法律
效力 | 王伟玲 | (425) |
| 论仲裁协议的书面形式 | 江显和 吴姿虹 | (435) |
| 论《联合国国际货物销售合同公约》
及其在我国的适用问题 | 黄敏 乔慧娟 | (441) |
| 论公司跨国并购的法律适用问题 | 乔慧娟 | (454) |

法官、检察官文苑

- | | | |
|------------------------------|-----|-------|
| 股东共处权诉讼研究 | 孙加瑞 | (469) |
| 审判实践中对房屋租赁案件的思考 | 谷绍勇 | (570) |
| 析保证人的代偿能力
——关于《担保法》第7条的修订 | 曾祥生 | (587) |

博士文库

- | | | |
|---------------|-----|-------|
| 商业银行安全运营的商法研究 | 张东江 | (599) |
| 英语目录翻译 | 王辉 | (790) |

现代商法研究

关于商法基础理论的几个问题

顾功耘

一、商法概念及商事立法的提出

在国际上,商法是一个历史比较悠久的历史概念,但在我国,商法则是一个少有人熟悉的名词。1984年8月中国经济法学会召开成立大会,当时的名誉会长谷牧先生明确提出:“要制定我国的商法”,并让法学界充分研究论证。^①嗣后,也有不少学者发出呼吁:发展商品经济,不能没有商法。^②但因当时经济改革仍在计划与市场两种体制的选择上徘徊,商事立法没有大的进展。党的十四届三中全会于1993年11月通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确提出,要遵循宪法规定的原则,

① 徐学鹿著:《改革开放中的商法理论与实践》,中国法制出版社1991年版,“写在前面”。曹兴虎主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版,第1页。

② 顾功耘:《发展商品经济,不能没有商法》,《社会科学报》1987年11月26日。

加快经济立法,进一步完善民商法。此后商事单行法的立法步伐加快。仅几年时间,立法机关就通过了《公司法》(1993年)、《商业银行法》(1995年)、《票据法》(1995年)、《保险法》(1995年)、《证券法》(1998年)等重要法律。然而,我国要否制定类似于民法通则的商法通则,将来要否编纂商法典,这样的问题则很少人研究。在少数有兴趣进行研究的学者中其基本观点甚是相左。直到1999年,培养法律人才的高等院校普遍没有开设《商法》这样的课程。在现实社会中,商法的意识、商法的理念远未被人们所认识所接受。

值得庆幸的是,20世纪末中国商法的发展出现了三件大事:(1)1999年6月30日深圳市人民代表大会常务委员会通过并公布了《深圳经济特区商事条例》,这为我国制定商法通则提供了一个很好的范本;(2)根据教育部的要求,1999年秋季开始,《商法》成为高等学校法学专业的一门核心课程,这为培养商法人才,吸引更多的学者开展对商法的研究提供了有利条件;(3)1999年10月31日全国人大常委会举办第十一次法制讲座,讲座的内容是中国商事法律制度。主讲人是清华大学法学院教授王保树先生。这为在全社会普及商法知识起到了良好的示范作用。

商法是发展市场经济的必然选择,是市场经济条件下一项重要的法律制度。王保树教授在讲座中指出:“在高度集中的计划经济体制下,没有也不可能有商事法律制度。在我国,商事法律制度的建立得益于改革开放,特别是得益于实行社会主义市场经济体制。”李鹏委员长主持讲座时发表了重要讲话,他说:“商法是社会主义市场经济法律制度的重要组成部分,是在民法的基础上,适应现代商事交易的需要发展起来的。它调整平等商事主体之间的商事关系。企业是最重要的市场主体,有关企业的法律,如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、商业银行法、破产法等都

是商法的重要组成部分。^①正确认识商法与市场经济的关系,正确认识商法的重要地位,我们才有可能对商法的一些基本问题得出准确的判断。

笔者认为:商法是适应商品经济发展尤其是适应市场经济发展,由立法机关制定或认可的有关调整商人从事商事交易活动所发生的社会关系的法律规范的总称。在这个定义中,必须强调两点:(1)商法与商品经济相联系。商品经济发展阶段不同,商法的具体内容、表现形式也会有很大不同。(2)商法是由立法机关制定和认可的。商法有多种渊源,其中最重要的是商事习惯,但最终均需一国的立法机关制定、承认或认可。否则,不能成为一国法律体系的重要组成部分。

商法有形式意义上的商法与实质意义上的商法之分。形式意义上的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构,有一个以商法为名称的成文法典。此种法典独立于民法法典,自成一体。形式意义上的商法通常包括:总则、公司、保险、破产、票据和海商等基本制度。有形式意义上的商法的国家主要是大陆法系国家,如德国、法国、日本、比利时、意大利等。实质意义上的商法着眼于规范的性质、构成和作用理念的统一,不一定存在以商法命名的法典,其表现形式包括各种商事的专门法律、法规,或散见于民法、行政法和其他法律中的有关商事的规定。在市场经济国家,可能没有商法典,但不可能没有关于商事的法律和法规。

二、关于商法的特征

商法的特征是区别于商法以外的其他部门法的个性表现。商

^① 转引自《人民日报》1999年11月1日,第4版。

法学者们对此的讨论有多种意见。有的提出“四特征说”，这些特征包括：营利性、技术性、公法性、国际性。^①有的提出“五特征说”，这些特征包括：营利性、技术性、组织法与行为法的结合、变动较为频繁、国际性。^②有的则提出“七特征说”，这些特征包括：同源性、兼容性、协调性、技术性、进步性、国际性和营利性。^③这些学者概括的特征之间有相同之处，也有不同之处，有的差异还很大。还有的学者在概括了一般特征后强调了一个特征。如徐学鹿教授提出：“现代商法不同于简单商品生产完善法的最本质的特征，是资本经营性。”“资本经营是现代商法的精髓。商法就是资本经营法。”^④

通过对上述各种观点的比较和分析，笔者认为，商法的特征应包括：

1. 规范的重点是商人的营利活动。商人从事商事交易活动的目的主要在于营利，这一事实已为各国商法所确认。商人追求利益，是社会经济发展的重要动力，承认并保障商人追求利益是商品经济社会发展必然的要求。为了保证商人的商事交易活动的正常开展，商法要求人们通过合法的途径取得商人资格，并在取得商人资格的基础上，按照一定的商法规范从事商事交易活动，以确保营利目标的实现。凡不依商法所进行的营利活动不受法律保护。需要提出的是，不少学者将商法的这一特征概括成“营利性”，这是不够准确的，法律本身不可能具有营利性。

2. 组织法规范与行为法规范相结合。商人或商事组织是商事

① 赵万一主编：《商法学》，中国法制出版社1999年版，第14～18页。

② 黎燕主编：《商法》，中央民族大学出版社1999年版，第2～4页。

③ 李玉泉、何绍军主编：《中国商事法》，武汉大学出版社1995年版，第12～13页。

④ 徐学鹿主编：《商法学》，中国财政经济出版社1998年版，第7～8页。

交易的基础，商事交易是商人的最基本活动，组织与交易行为都是商法规制的内容。组织法是解决市场主体的规范问题，即解决“市场进入”问题。行为法是解决主体进入市场后的“游戏规则”问题。作为规制组织的法，要求商人组织体的健全，以保障交易的安全性；作为规制交易行为的法，要求商行为的自由选择，简便快捷，以促进交易的达成。组织法与行为法的结合，实际也是严格性与灵活性的结合。正如德国商法学者德恩（Dahn）所说：“商法是一切法律中最为自由，同时又是最为严格的法律。”^①

3. 规范的技术性。商法规范是关于市场机制运作的一整套制度规范，从市场主体的设立到撤销，从证券筹资到票据行为、破产行为、保险行为，从陆上交易到海商活动，这套规范相互衔接，缜密系统，可谓是人类对经济活动的最精巧的制度设计。商法规范又是相当实用且操作性很强的规范。无论从整体还是从个体考察，商法规范均贯穿着促进交易安全、效益，迅捷等重要原则，对商事组织的构成、商人各种交易行为的方式、方法及程序等均作出具体安排。如公司法中关于股东会的召集程序与决议方法，董事、监事的选举方法，商业帐簿中的造具要求，证券法中的证券交易程序和清算规则，票据法中关于票据的签发、背书、承兑及追索，海商法中关于船舶碰撞、理算规则，保险法中的精算、理赔等，无不体现出很强的技术性特点。

4. 对经济生活的适应性。商法规范的对象是社会经济生活，而社会经济生活随着科学技术的进步则加速发生着变化。在现实发生改变的情况下，原有的商法规范往往不能继续适用，这就需要法律适应现实生活作出适当的修改和补充。如果固守原有的商法规范，不仅不能促进经济的发展，反而导致商事交易受阻、市

① 张国健著：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第24页。