

中国法学精萃系列丛书



中国商法学精萃

(2004 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

法苑精萃 中国商法学精萃 (2004 年卷) ISBN 7-304-01004-9 高等教育出版社

中国法学精萃系列丛书

D923.991

4

:2004

中国商法学精萃

(2004 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

北方工业大学图书馆



00571305

5A561/2 07



高等教育出版社

内容提要

本书精选 2003 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀商法论文编辑而成。主要包括:“商主体论纲”、“论公司内部监督机制的一元化”等。涵盖总则、公司法、证券法、保险法、票据法等几个方面。这些论文代表了 2003 年度我国商法学的发展水平,可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、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. 2004 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京:高等教育出版社, 2004. 11
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-04-015936-8

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(2004)第 094945 号

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000

购书热线 010-64054588
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>

经 销 新华书店北京发行所
印 刷 北京中科印刷有限公司

开 本 787×960 1/16
印 张 32.75
字 数 610 000

版 次 2004 年 11 月第 1 版
印 次 2004 年 11 月第 1 次印刷
定 价 47.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号:15936-00

法苑精萃编辑委员会

编委(按姓氏笔划排序)

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
王保树 清华大学法学院教授、博士生导师
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博士生导师
王家福 中国社会科学院法学研究所终身研究员、博士生导师
公丕祥 江苏省高级人民法院院长,南京师范大学教授、博士生导师
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院院长,吉林大学法学院教授、博士生导师
田平安 西南政法大学教授、博士生导师
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博士生导师
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博士生导师
江 平 中国政法大学终身教授、博士生导师
孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
朱景文 中国人民大学法学院教授、博士生导师
米 健 中国政法大学教授,《比较法研究》杂志主编
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博士生导师
李 林 中国社会科学院法学研究所研究员,《中国社会科学》杂志副主编
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张广兴 中国社会科学院法学研究所研究员,《法学研究》杂志社社长
张文显 吉林大学党委书记、教授、博士生导师
张晋藩 中国政法大学终身教授、博士生导师
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博士生导师

- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博士生导师
 吴志攀 北京大学副校长、教授、博士生导师
 何勤华 华东政法学院院长、教授、博士生导师
 陈卫东 中国人民大学法学院教授、博士生导师
 陈光中 中国政法大学终身教授、博士生导师
 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博士生导师
 陈明华 西北政法学院院长、教授、博士生导师
 周国钧 《中国法学》杂志主编
 郑成良 上海交通大学法学院院长、教授、博士生导师
 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博士生导师
 贺卫方 北京大学教授、博士生导师,《中外法学》杂志主编
 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
 胡建淼 浙江大学副校长、教授、博士生导师
 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长,华东政法学院教授、博士生导师
 徐显明 中国政法大学校长、教授、博士生导师
 高鸿钧 清华大学法学院教授、博士生导师
 黄 进 武汉大学副校长、教授、博士生导师
 崔建远 清华大学法学院教授、博士生导师
 曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博士生导师
 梁慧星 中国社会科学院法学研究所研究员、山东大学法学院院长、教授、博士生导师
 曾令良 武汉大学法学院院长、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
 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博士生导师

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心

法苑精萃编辑部

主任 王卫权

委员 (按姓氏拼音排序)

姜 洁

梁代军

宋 军

吴 勇

张 杰

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、警世喻人之作当属精品、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、经典性的文章,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、经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。

张文显

目 录

第一部分 总 则

石少侠	我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式	3
朱慈蕴	毛健铭 商法探源——论中世纪的商人法	11
史际春	姚海放 再论商法	20
冯 果	由封闭走向公开——关于商事信用的若干理论思考	31
雷兴虎	蔡 晔 论我国的商事信用调节机制	47
范 健	王建文 商主体论纲	61

第二部分 公 司 法

王保树	竞争与发展:公司法改革面临的主题	91
江 平	邓 辉 论公司内部监督机制的一元化	115
叶 林	公司治理机制的本土化——从企业所有与企业经营相分离理念展开的讨论	127
于丹翎	萨班斯—奥克斯利法案——美国公司治理领域中的重大变革	139
李曙光	中国的公司治理及其转型期的改革	151
杨 震	论我国公司法人治理结构制度的完善	170
赵旭东等	有限责任公司的改造与重塑——《公司法》相关内容的修改建议	182
杨 继	公司董事“注意义务”与“忠实义务”辨	196
蔡立东	公司治理中的“多数派暴政”问题	204
虞政平	“瑕疵公司”的权利能力	214
蒋大兴	独立董事:在传统框架中行动? ——超越公司治理结构改革的异向思维	226
郭富青	从股东绝对主权主义到相对主权主义公司治理的困境及出路	246
赵旭东	从资本信用到资产信用	259
傅 穹	公司资本信用悖论	277

第三部分 证 券 法

吴志攀	《证券法》适用范围的反思与展望	287
刘俊海	论证券市场法律责任的立法和司法协调	300
郭 锋	证券市场虚假陈述及其民事赔偿责任——兼评最高人民法院关于 虚假陈述民事赔偿的司法解释	322
朱伟一	论券商经纪业务的若干法律问题	335
彭真明	周子凡 管理层收购的法律分析	353

第四部分 保 险 法

刘翠霄	我国养老保险的历史债务问题	365
孙积禄	保险代位权研究	389
郑佳宁	论海上保险中的代位求偿权	403

第五部分 票 据 法

于 莹	论票据的无因性原则及其相对性——票据无因性原则“射程 距离”之思考	415
董惠江	关于票据抗辩限制的新思考	424
董翠香	论票据期后背书及其效力——兼论《票据法》第 36 条之修正	439
李新天	李承亮 论票据不当得利的返还与抗辩——兼论票据的无因性	446
张志辽	票据变造若干问题解析	457

第六部分 其 他

韩长印	经营者个人对企业破产的责任	471
盛学军	中国信托立法缺陷及其对信托功能的消解	484
傅廷中	论我国海上货物运输法的统一	494

附录	2003 年度全国主要报刊商法学术论文索引	508
----	-----------------------------	-----



第一部分 总 则

我国应实行实质商法主义的民商分立

——兼论我国的商事立法模式

石少侠^{*}

〔提要〕 我国法学界对于如何处理民法与商法的关系、如何处理或建构我国商事立法模式存在着较大的争议和分歧。论文通过对四种不同形态的商事立法模式的阐释,对我国商事立法模式抉择的争议进行了评析,主张我国应实行以《商法通则》为统率的实质商法主义的民商分立。

如何处理民法与商法的关系,不仅直接关系到我国究竟要制定一部什么样的民法典,且直接涉及到我国商法体系与框架的建构,对于健全与完善市场经济的商法调整,也具有十分重要的理论和实践意义。有鉴于此,笔者拟立足于实质商法主义的民商分立,对我国民法与商法关系的处理及商事立法模式的抉择略抒浅见。

一、正本清源:四种不同形态的商事立法模式

任何一种形态的商事立法模式,无不反映了该国对民商法关系的基本认识及处理准则。因此,要准确界定民法与商法的关系,首先必须厘清世界各国最基本的商事立法模式,并以此作为比较研究和学习借鉴的基础。

长期以来,在归纳概括世界各国的商事立法体例时,我国学者大都将其区分为“民商分立”与“民商合一”两种模式。细究之,此种概括不仅忽略了英美法系国家的商事立法模式,且即使是只对大陆法系国家商事立法模式的概括,亦欠全

^{*} 法学博士,国家检察官学院教授,吉林大学法学院博士生导师。

面、准确,失之于偏颇,且有以讹传讹之嫌。在笔者看来,从法典语义上考察,实际上当今世界各国对民事与商事关系的法律调整可以概括为四种不同形态的商事立法模式:一为民商分立,即除了制定统一的民法典外,还制定独立的商法典,采取此种立法模式的有法国、德国、日本等。二为民商合一,即制定民法典而没有商法典,在对传统商法内容的处理上,是将传统商法的内容融入民法典之中,即把商事主体、商事行为、商事代理、商事权利等归纳到民法典的相应各篇章中,如意大利民法典和瑞士债务法等。三为单行的商事法律,即制定民法典而没有商法典,在对传统商法内容的处理上,采用另行制定单行商事法律的模式,如公司法、票据法、保险法、海商法等。应当指出的是,此种商事立法模式通常亦被学者们视为民商合一,并被归纳概括到民商合一的体例之中,而实际上立法机关从未做出这样的划分和确认,这种归纳概括也并无任何法源依据。之所以得出这样的结论,完全是因为在中国民商合一被先验地奉为真理,民法学者们已经习惯于将所有的单行商事法律都视为民法的特别法。因此,这种合一只是学者们在观念意义上的合一,并非法典意义上的合一,更非法定合一。无视我国采用单行商事法律立法模式的现实,将单行商事法律一概作为民法的特别法,实质上是“商法民法化”的典型表现。在这种意义上认识商法,必然导致对商法的虚化和抹煞。为避免由此而产生误解和分歧,笔者认为必须恢复事物的本来面目,将采用单行商事法律的立法体例单列为一种独立的商事立法模式,以明示商法与民法在法源上的区别和分野。四为别树一帜的英美法系商法,即没有独立的民法典,却有独立的商法典,且其商法的内容与实行民商分立制的大陆法系国家的商法亦迥然有别。

尽管采取民商分立制国家的商法对商事关系范围的确认广狭不一,但就其分则的内容而言,一般都包括公司、票据、海商、保险四大部分。探究这四部分内容的实质,我认为可以用四句话来加以概括:公司法解决的是交易主体问题,票据法解决的是交易结算问题,保险法解决的是交易风险问题,海商法解决的是海上贸易问题。由此可见,这些内容虽与商有着密切的联系,却都不是商的本身。依“商”之字义,应为媒介财货交易的行为,其法律表现形式应为合同或契约。而民商分立国家的所谓商法不仅在分则中一般并不涉及合同问题,即使是在总则中也极少有关于合同的规定(商事活动或商行为的规定解决的是商的范围问题,而非合同问题),合同关系均由民法调整,可见其商法的形式与内容并非名实相符。此种状况进一步表明:大陆法系国家商法的独立是对法律分类的补充,即实质上是对民法的补充。从民商分立制国家的立法实践看,基本上都是民法典制定在先,而商法典制定在后,这就决定了商法典不能重复民法典中已有的规定,而民法也无法将商法的内容融入其中。尽管二者之间具有千丝万缕的联系,但总体上看,其性质、功能与作用当属泾渭分明。当然,决定商法与民法的分离



还有许多因素,其中最主要的是由于商法不同程度地反映着私法的公法化倾向,归根结底是由商法的对象和性质决定的。正是由于商法与民法的分离,才产生并形成了私法的二元结构。

与大陆法系国家不同,倒是英美法系国家的商法与“商”之本义表现出惊人的一致。以美国的统一商法典为例,它共设10篇,以货物买卖合同为法典的核心,以商业票据、仓单、提单、担保交易等为商法典的组成部分,集中解决买卖问题,可以说是一部名实相符的商法。之所以如此,究其根由,主要是因为英美法系国家一般没有成文的民法典,因此商法的制定及内容无须受民法的约束。

二、学说评析:我国商事立法模式抉择的争议

对于我国商事立法究竟应当采用何种模式,自民国初至今,一直存有争议。早在民国之初,即有民商分立与民商合一之争。考当时民商合一论者的主要论据是:因历史进步、社会进步、世界交通、各国立法趋势、人民平等、编制体例、商法与民法的关系等,应订民商统一之法典。^① 尽管民商合一论在这场争论中大获全胜,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,即使是沿袭旧制的台湾,至今也未制定民商合一的民法,其商事立法仍采用单行商事法律的模式,学说上将传统商法中的有关立法视为民法的特别法。

我国大陆自改革开放以来,随着对商品经济和市场经济的承认,特别是随着民法典的起草与制定,在学界也出现了关于商事立法模式的争论。鉴于法系上的差异及业已形成的法律体系,迄今尚无人主张制定英美模式的商法。对于商事立法模式的抉择,仍为分立与合一之争。主张采用民商分立制的,强调商法、商行为的特点,以及民商分立的好处,认为我国应制定独立于民法的商法,并将民商分立看作是世界各国商事立法的发展趋势。持此观点的学者对商法的内容做出了不同的设计,有的主张以法、德、日商法为瞻,循以西例;有的主张另起炉灶,除传统商法的内容外,还应包括合同法、市场规制法等,可谓众说纷纭,莫衷一是。民商合一论就其主张而言,则有法典上的合一论与观念上的合一论之分。二者的共性是反对在民法之外另订商法。二者的区别在于:法典意义上的民商合一论主张将商法的内容融入民法,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,

^① 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年印行,第511~514页。



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的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。

发人深思的是,面对合一论和分立论的激烈论争,我国的立法机关采取了更加务实的立法精神,在短短的十年间,出台了公司法、票据法、保险法和海商法等重要的商事法律,以单行商事法律的立法模式^①初步建构起具有中国特色的商法体系。

对于法典意义上的合一论与分立论,笔者认为论者都没有说出令人信服的必须合一或必须分立的充足理由,其正确性和可行性是令人怀疑的,其所持论据是值得商榷的。

首先,法典意义上的民商合一论实质上是“商法民法化”的表现,其实质在于以超级民法来全盘取代商法,这不仅抹煞了商法与民法的区别,违背了法律部门划分的科学法理,就是在实践中也是行不通的。

第一,主张在法典意义上实现民商合一的观点,其理论依据是不能成立的。民商合一论主张将商法融入民法之中,主要理由都是建立在对传统商法中的商人和商行为的否定上。他们认为,现代社会关系的“普遍商化”,导致了商人特殊身份的消失;营利性营业行为的范围大大扩充,导致了商业的泛化。因此,商法独立于民法的基础已经不复存在。^②在笔者看来,其一,合一论者据以取消商法的理由倒更像是在反证商法的作用应当得到强化。毫无疑问,现代市场经济的发展大大扩充了商事主体及商事活动的范围,诚如有人所言,现代社会几乎“无业非商”。然而,随着人的普遍商化和商业的泛化,本应强化商法的作用,扩大商法适用的领域,怎么却要反其道而行之取消商法呢?这显然不符合论者自证的推理逻辑。其二,民法本来就有其传统的作用领域和范围,不应越俎代庖,取代商法的功能。如果说由于人的商化和商业的泛化就需要民法调整,而不再需要商法,那么无异是在说现代社会的民法也在商化,民法已经异化为商法,民事立法已不再是“商法民法化”,而是“民法商法化”了,这显然也有悖于论者的初衷。客观地讲,无论社会关系被如何地“普遍商化”,绝不可能人人都是商人,民事主体与商事主体仍是泾渭分明;无论营利性营业行为的范围如何泛化,绝不会导致商事行为与民事行为的融合。

第二,主张在法典意义上实现民商合一的观点,在实践中是行不通的。尽管民商合一论在我国被一些人先验地奉为真理,但值得注意的是,无论民国之初的民商合一论还是当今中国的民商合一论,绝大多数论者都只是在观念上将商法视为民法的特别法,而极少有人主张制定民商合一的民法典。因为无论是仁者

① 此种立法模式既不是所谓法典意义上的民商合一,也不是法典意义上的民商分立。

② 王利明:《中国民法典的体系》,载《现代法学》2001年第4期。

还是智者都深知法典意义上的合一不仅是不现实的,也是根本不可能的。即使是采用法典意义上的民商合一制的国家,也只能是将商法的个别内容或制度融入民法,而不可能融入其全部。即便如此,采用法典意义上的民商合一制的国家也为数甚少,且鲜有成功者,采用合一制的瑞士债务法就被日本学者批评为是一种失败的尝试。^①事实上绝大多数的民商合一论者从不反对商法的相对独立性,中国也未因民法学者在观念上主张民商合一而影响商法的发展及商法学科的独立。在这个意义上阐释民商合一的主张,笔者认为是可以理解的,也是可以接受的,因为它并不会导致商法的虚化和消亡。

然而,近年来随着对我国民法典制定研讨的逐渐深入,民法学界有人明确提出了制定民商合一的民法典的主张。持此主张的学者认为:民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则集中制定于民法典,而将适用于局部市场或个别市场的规则,规定于各个民事特别法^②有的学者则进一步阐释,采用民商合一体例,首先意味着在民法典之外不再单独制定商法典,确切地讲,是不制定单独的商法总则。所有的商事特别法都作为民法的特别法而存在。持此观点的同志还认为,我国在制定合同法时就使民法与商法有机地结合在一起,提供了民商合一的典范。^③对此,笔者不想一一论及,只是想指出一点:即使是商法总则中诸如商主体、商行为、商事代理、商业账簿等制度也是民法典无力全部包容的,至于单行商事法律中的特殊制度和特殊规则,则更是民法典无法染指的。民法典不仅不可能完全涵盖商事活动的特殊规则和特殊要求,甚至都无力包容民事活动自身的特殊制度和特殊规则,例如知识产权。在这种情况下,不顾民法典的质的规定性,硬要人为地扩大其内涵和外延,力主制定民商合一的民法典,其结果不仅必然导致民法典内容的无限膨胀,最终导致民法的异化,而且还可能事与愿违,为民法典的制定徒增障碍,使民法典难以尽早出台。

其次,法典意义上的民商分立论虽然对于昭示商法的独立和厘清商法的体系具有一定的积极意义,但从我国的立法现状及法典编纂的可行性角度观之,似既无可能,也无必要。

笔者认为,在我国,商法的独立只能是实质商法主义的独立,而不是形式商法主义(或法典意义)的独立,因此不主张在我国制定独立的商法典。这主要是因为:

第一,商法的独立并不取决于有无法典,商法的功能与作用的发挥也并不以统一法典的存在为前提。如前所述,我国立法机关对于商法的技术处理采用的

① [日]田中耕太郎:《商法总则概论》,有斐阁1940年版,第40页。

② 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1999年12月版。

③ 王利明:《中国民法典的体系》,载《现代法学》2001年第4期。