

《商法研究》文丛

商法研究

Studies on
Commercial Law



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

（第1000期）

商法研究

（第1000期）

（第1000期）

本丛书为北京市属高等学校科学技术与研究生教育创新工程
与北京市重点建设学科民商法学项目建设成果

《商法研究》文丛

商法研究

Studies on
Commercial Law



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法研究. 2011 年卷 / 徐学鹿, 吕来明主编. —北京: 法律出版社, 2012
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2767 - 8

I. ①商… II. ①徐…②吕… III. ①商法—研究
IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 230275 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社上海出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/11.75 字数/309 千
版本/2012 年 3 月第 1 版	印次/2012 年 3 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2767 - 8	定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

本卷是《商法研究》2011 年卷。2010 年卷出版后,得到了学界同仁的关注与支持。2011 年卷继续以弘扬商法理念、反映商法实践成果、促进商法理论研究为宗旨。设置包括基础理论、商事组织法、金融交易法、疑案探究、热点问题评论等栏目,为了鼓励在校研究生从事学术研究,从 2011 年卷开始,特设研究生学术专栏,选登在校研究生商法学研究的学术论文。

本期继续反映商法基础理论的研究成果,陈醇的文章从一个新的视角对商法中的权利结构安排问题进行了探讨,是基础理论研究方面值得关注的创新性成果。在社会热点问题方面,本期反映的主要是流动商贩权利保护与法律规制的问题,董彪、赵颖的文章是这一领域新的研究成果。另外,商事审判领域的问题日益从司法实践部门的尝试向理论研究拓展,是商法理论与实践中的热点问题,李政辉的文章反映了这方面的进展。疑案探究方面,本卷关注的主要是跨国商事案件的疑难问题,韩国海洋大学教授郑瑛锡的文章中探讨的河北精神号案,张海征、高然的文章中探讨的跨境破产第一案都是有代表性的案例。域外商法方面,本期重点是对韩国商法的介绍和评介,继 2010 年卷介绍韩国海商法后,本期刊登了金秋对韩国保险法评介的文章。商事组织法方面,本期对公司并购和合作社法律制度的研究方面予以关注。孙良国的文章对公司并购协议中的 MAC 条款进行了深入的研究。金融交易法方面,本期主要刊登的是票据法修改与适用中的研究

成果,柯昌辉的文章对票据失票救济的法律修改提出了具体的建议。

本丛书由北京工商大学法学院主办。创办过程中,法律出版社刘晔副总编和彭雨、何敏编辑给予了大力帮助,在此表示感谢!北京工商大学法学院金秋副教授对本期组稿提供了极大帮助,北京工商大学民商法专业研究生焦新哲等参与了本期稿件文字编辑及注释处理工作,一并致谢。

《商法研究》编辑部
2011年9月

目录

基础理论	1
对中国特色社会主义法治的一点思考 \ 徐学鹿	3
——析商法的转型	
论权利结构安排的独立性价值:以商法为例 \ 陈 醇	11
热点问题评论	29
双边证券市场对我国股评家的启示 \ 董安生	31
商事审判能力论纲 \ 李政辉	35
城市公共空间利用中的权利(力)冲突类型及解决机制 \ 董 彪	50
——以流动商贩进入城市社区为视角	
我国城市流动商贩治理机制的反思与重构 \ 赵 颖	61
——以城管执法为视角	
视角决定思路:大民事审判中的公司对外担保效力认定 \ 李 涇	74
疑案探究	85
跨境破产第一案以及欧盟跨境破产模式对我国的	
启发 \ 张海征 高 然	87
“河北精神”号案引发的争论及韩国油轮油污损害赔偿保障系统	
的改进措施 \ [韩]郑暎锡 文 焦新哲 高建州 刘超亚 译	100

违反预约合同的法律后果 \ 李仁玉 海彦伟	112
——拆迁人违反拆迁购房《协议书》案评析	

商事组织法

公司并购协议中的 MAC 条款研究 \ 孙良国	127
公司社会责任的实现机制研究 \ 吴高臣	144
临时股东(大)会召集纠纷中股东实施救济的程序法思考 \ 郑太福	158
合作社的法律要义 \ 朱晓娟	181
——兼评《农民专业合作社法》	
我国农村信用社组织形式的选择 \ 郑景元	197

金融交易法

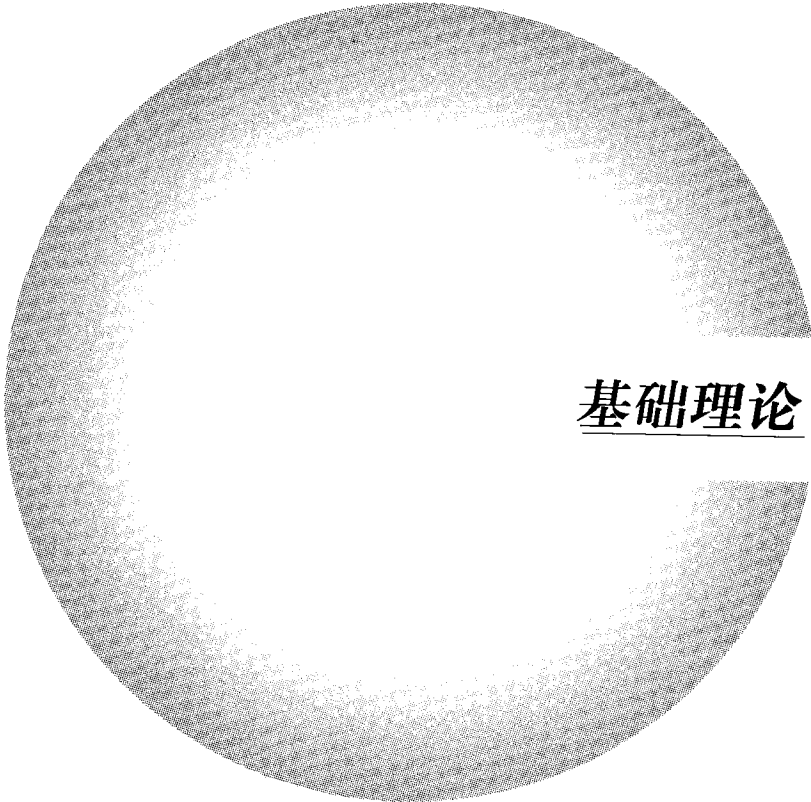
比较法视野下的我国失票诉讼救济制度 \ 柯昌辉	221
清末银行则例考论 \ 关志国	248
票据伪造与变造的风险承担 \ 郝鹏飞	260

域外商法

韩国保险法评介 \ 金 秋	277
英国的不法交易规则研究 \ 李 飞	293

研究生学术专栏

德国《反不正当竞争法》广告规制	
评介 \ 赵 茜 李 蓓 孙 硕	335
浅议农村土地信托模式建构 \ 乔国旗	350
《商法研究》征稿启事	366



基础理论

对中国特色社会主义法治的一点思考 ——析商法的转型

徐学鹿*

建设中国特色社会主义,我们身临其境。但是,我们未必真正认识到了它的本质,明确地认识到了它的价值所在。我们所看到的是我们的产品正在由中国制造变为中国创造;中国的文化正在走向世界;任何重大国际事务要妥善解决,都不能没有中国的参加,等等。一句话,一切都在变。但是,中国的法律、法学要不要与此相协调,相匹配。所有这一切都迫使我们有必要认真地对中国特色社会主义法治作出严肃、深刻的思考。

与构建社会主义和谐社会相匹配的,必然是中国特色社会主义和谐法治,它为我国法律、法学的发展,指明了方向,同时也提供了难得的发展机遇,只要我们的思维、观念、言行及时地调整到这一时代坐标上来,我们的法律、法学,也会像其他领域那样,发生日新月异的变化。

一、反思“特色”认识商法的转型

中国特色社会主义法治,我们可以从多角度进行解读,从各方面进行反思。例如,人们在反思中国法制史研究时,提出了两大问题:一是指导理论错误,把史看成了阶级斗争史;二是史料错误。这就告诉

* 徐学鹿,北京工商大学教授。

我们在中国特色社会主义法治建设中,第一,要坚持正确的理论导向;第二,要坚持科学、严谨的治学态度。再如,人们在反思比较法研究时,指出其最根本的问题是没有比较,是比较法资料选集,而不是比较法学。“反思”使人们有可能接近“特色”,“反思”使人们有可能理解“特色”,从而才能提出“全世界只有中国有世界所有法系的发展经验”,进而明确中国特色社会主义法治的模式是“以中华法系为基础吸收世界各个法系的长处,构成一个中国发展法系”,并进一步指出,“如果这个模式确立下来,不但对中国有利,对世界也有利”。^① 这种探索把高度抽象的“中国特色”具体化了,充分体现了在学术研究中坚持“古为今用、洋为中用”、“百家争鸣”、“推陈出新”的科学精神。

商法领域也必须认真反思,才能真正实现转型。如果不反思又会像过去那样,当国家提出发展商品经济时,急忙接过来给自己贴上“商品经济的法”的标签;当“现代化”成为流行语时,又马上给自己贴上“现代法”的标签;当“市场经济”成为时髦用语时,又火急火燎地给自己贴上“市场经济基本法”的标签,这种“超稳定”以不变应万变的思维定式,难免使其滑向“穿新鞋走老路”的窠臼,拼命追求外延式的数量扩张,其实这种一法独大本身就是对和谐法律体系的解构、拒斥和破坏。因此,商法要发展,特别要实现内涵式的发展,就必须认真反思,在反思中认识中国特色社会主义法治的本质属性是和谐法治,认识科学发展与和谐法治的内在统一性,即没有科学发展就没有和谐法治,没有和谐法治也不可能实现科学发展,从而扎扎实实地推进商法转型。

在和谐法治的语境下,公、私法的划分是否科学,是否符合和谐法治的精神,需深入探讨,并且“私法”要发展,“公法”要不要发展,正是因为某些“公法”的缺位、不到位才在某种程度上造成了公权力的滥

^① 何勤华主编:《中国法学家访谈录》(第2卷),北京大学出版社2010年版,第292~295页。

用,对和谐法治更具有现实的破坏性。^①例如,有权者可以任意对《物权法》的原则作出违背宪法与法律的解释。^②因此,人们指出,应当“对立法重点和利益协调方式进行相应调整”,“高度重视关于人民群众关注的热点、难点问题的立法”,突出“约束权力运行、惩治腐败行为的立法”,“清除法律体系当中与”和谐法治“不协调、不兼容的法律原则,规则和概念”。^③

二、明确“特色”推进商法的转型

中国特色社会主义法治与前苏联和其他社会主义国家的共同点在于都是社会主义。其最本质的不同,在于我们及时地对当时存在的“僵化”体制进行了伟大的改革、开放。我们30多年来创造的人间奇迹,得益于改革、开放。但是,对“固守”、“封闭”与“改革”、“开放”,有没有必要进行反思呢?特别在法治领域,是不是需要反思呢?例如,在法典化的问题上,有学者提出了制定法典与社会发展、经济增长;法典与单行法;法典的明确性、可预见性与法典的规定具体明确之间;法典体系的“刚性”与法律的发展;法典的完善与法学发展等七大悖论。^④“七大悖论”的实质是在探索中国特色社会主义法治具体应当采取什么样的道路,是坚持前苏联等社会主义国家所采取的“封闭”式的法典化的道路,还是坚持从中国实际出发,采取非法典化的改革、开放的道路?跳出僵化、封闭的思维定式,才能形成真正的中国

① 在庆祝北京工商大学60年校庆,2010年6月5日法学院举办的《私法的发展与和谐社会建设》学术研讨会上的发言,此处有增删。

② 黄松有主编:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,人民出版社2007年版,第50页。其立法解释是:“依据宪法和法律规定,对国家、集体和私人的物权实行平等保护的原则。”宪法和法律规定对国家、集体和私人的物权实行平等保护的原则。《物权法》第3条规定的是市场主体平等保护的原则;第4条规定的是国家、集体、私人的物权一体保护的原则。市场主体与国家、集体、私人是两种不同的角度。

③ 张文显:“中国社会转型期的法治转型”,载《国家检察官学院学报》2010年第4期。

④ 易继明主编:《私法》(第4辑第2卷),北京大学出版社2004年版。

特色社会主义法律体系。法律体系的生命是和谐,只有坚持改革开放的正确指导思想,才能从根本上保证和谐。因此,要构建和谐社会的和谐社会,首先要保证法律体系的内部和谐。

中国特色社会主义法治,还有一点不能忽视,那就是它的基础是社会主义市场经济。因此,人们提出,“计划经济和人治条件下,国家社会一体化;市场经济和民主政治条件下,国家与社会二元化”,“法治国家表征‘公域’之治,法治社会表征‘私域’之治。法治意味着广泛的社会自治”。^① 这种情势下软法不依人们的意志为转移,必然成为建设中国特色社会主义法治的亮点和前沿。这里要特别提到一点,软商法在软法中有得天独厚的优势。通过软商法的全方位研究,必将使中国商法牢牢扎根于中国市场经济的土壤,率先真正形成中国特色社会主义的商法,为构建中华发展法系迈出坚实的步伐。

我们选择了市场经济,市场经济与计划经济的根本区别,在于配置资源方式的不同,前者是市场,后者是计划。什么是市场,从外延上界定,市场就是交易的场所;从内涵上界定,市场就是交易,就是交易关系的总和。我国选择了市场经济,从方法论上就必然选择重商主义。市场要和谐,运行要有效率,重商主义聚焦的头等大事,就是从国家到社会都十分重视市场交易关系的法律调整。昔日法国的重商主义者柯尔培尔是以此为抓手、推手,因此诞生了世界上最早由国家制定的商法。当今市场经济国家无一不是以完善市场交易的行为准则,作为在本国推行市场经济的第一要务。我国也不例外,比如我国在实践科学发展观,推动经济发展方式的转变,实施依法治国的方略中,正在用“重商兴农”改变着几千年来“重农抑商”传统治国方略的壮举。我国“三农”问题的根本解决,没有一次不是在具体运用价值规律、供求规律、竞争规律。因此,“重商兴农”就是将整个农业纳入市场经济的轨道,其结果是农业的大发展,农民、农村的面貌日新月异。中国特

^① 张文显:“论中国特色社会主义法治道路”,载《中国法学》2009年第6期。

色社会主义市场经济的实践雄辩地证明,商法与市场经济的关系就是鱼和水的关系,彼此之间须臾不可分离。但是,我们也必须看到,中国特色社会主义法治建设,在理论、观念、认识上,还落后于市场经济的实践,严重地阻碍商法转型。我国的市场经济中之所以存在诸多乱象,这是其重要因素之一。针对存在的问题,经济领域正在实施发展方式的转变。法治领域有没有问题,有什么问题,要不要与经济领域同步实行发展方式的转变,特别是法治国家和法治社会二元化,法治意味着广泛的社会自治,已成为不可避免的现实,法治发展方式如何转变,向什么方向转变,亟须我们严肃、认真、深入地思考,做出科学的回答。在经济领域中市场经济体制一被确定,立马就毅然绝然地抛弃了有计划商品经济的观念、理论、制度,使创新由倡导变为勃勃生机的实践。而在法治领域,至今所谓“民商法”的陈词滥调仍被奉为至宝,大行其道。这种法治与市场经济两张皮、不同步的状态,使人不得不思考,是法治为市场经济提供相适应的理论、制度,促进、保护经济发展方式的转变,还是固化旧体制遗留下来的旧观念、理论、制度、规则,妨碍了经济发展方式的转变,阻挡了科学的发展。因此,要建设和谐法治,推进并实现商法的转型,就必须从观念、理论、制度、规则上认真进行清理,推陈出新,像经济领域抛弃“有计划商品经济”那样,果断地抛弃“民商法”的陈旧理论、观念、制度、规则,让商法成为推行重商主义的行为准则。

中国特色社会主义法治,其所处的时代背景是全球化。因此,人们尖锐地指出:“要谨防全球化或全球共同治理名义下的法律帝国主义或新法律殖民主义。”^①在这种情势下,人们提出了“法律战”。早在2003年12月5日新颁布的《中国人民解放军政治思想工作条例》中,就明确提出了解放军要开展法律战。有的学者敏锐地捕捉到这一信

^① 公丕祥:“全球化、中国崛起与法制现代化——一种概要性的分析”,载《中国法学》2009年第5期。

息,已经出版了专著——《法律战导论》。在捍卫国家法律主权中,所形成的“北京共识”,其关键在于要处理好保持社会活力与强化国家权威的关系。充分发挥社会主体的自主性、创造性及自治功能,保持社会进步的生机与活力,建立一个全新的政府行为模式。这里值得指出的是,最近发生在富士康的“十二连跳”。事发后人们提出了除发挥企业、政府的作用外,要发挥工会组织的作用,我认为还少了一点,这就是要发挥商会组织的自治性、创造性,发挥商会的自治功能。处理好政府行为、企业行为与社会主体的关系,才能培育出成熟的商人,对“十二连跳”等社会现象,才能标本兼治。

中国特色社会主义法治,其“特色”不管从什么角度解读、反思,我们都必须明确其最本质的特色,是和谐法治。和谐是本质属性,是精髓,是灵魂。这是我国法治从过去斗争哲学向和谐哲学的根本转变。和谐法治是“一个表达法治发展的总体目标或者理想图景的概念”,“将引领我们转换法治话语体系”,“丰富和创新建设社会主义法治国家的理想模式、历史任务和实践途径”。必将“彻底抛弃严刑峻法的法律暴政”,“彻底否定以阶级斗争为纲的法律观”,“否定工具主义的法律观”,“推进从‘以法而治’和‘依法而治’到‘良法善治’的历史性、根本性转变”。^①

三、运用软商法实现商法的转型

首先,软商法为和谐商法提供了先进的理论。如法多元论、法的自创生系统、回应型法、活法理论等。例如,按照法的自创生系统分析,作为市场交易的每一个特殊领域,都属于社会的一个子系统,依照本领域的特殊经济规律,产生自己的规则。这些规则因为不是国家制定的,所以不具有国家强制性。按照回应型法理论,它强调法律的目

^① 张文显:“中国社会转型期的法治转型”,载《国家检察官学院学报》2010年第4期。

的性,认为法律的义务因素在削弱,强制性在法律中减弱,秩序是协商而定的,而非通过服从应得。鼓励公众参与立法和法律解释,认为法律参与的扩大不只是增进法律秩序的民主价值,它还有助于提高法律机构的能力。按照“活法”理论,社会由各种联合体组成,每个联合体都通过一些规则建立了自己的内部秩序,这些规则就是活法。“活法”与国家制定法相比,活法是深刻的、具有活力的法律。商会也是一种社会联合体,商会制定的规则是实践中产生的“活法”,在市场交易中它的作用远远大于国家制定法的作用。

其次,软商法为和谐商法提供了先进的法律价值。软商法所具有的效率、公平、补充、转化等多种价值,但核心价值或称为元价值的是和谐价值,上述具体价值皆体现、服务、服从于核心价值。例如,软商法的立法成本、执行成本、司法成本相对较低,使市场交易中的诸多矛盾可以得到及时、有效的化解,保持市场交易的和谐运行。软商法的公平价值,可以纠正硬商法的“普遍性”带来的局部不公平,纠正硬商法“稳定性”与交易“变动性”之间的冲突,以及因此而造成的不公平。这种对不公平的纠正所体现的价值正体现了商法的元价值——和谐价值。软商法的补充价值所表征的是对硬商法与时俱进的解释,是对硬商法缺失领域的补充规定。例如,网上店铺的出现,及时规范这种新的交易形式,硬商法一时是无能为力的,只可能由软商法来担当。并且软、硬商法存在转化的关系,在市场交易实践中产生的软商法,因其合理性、科学性,往往被国家通过立法程序转化为硬商法。这种转化本身不仅体现着和谐,而且推动、促进、优化着商法内部的和谐。商法诸多价值围绕的一个核心价值,就是商法的和谐价值。

最后,软商法为和谐商法提供了先进的法治文化。软商法是一切软法的源头,软法起源于中世纪的商人法,这就是说软商法有悠久的历史,有厚重的法治文化积淀。软商法具有制定主体相对较为集中,称谓较为统一:示范法(统一法)、示范性的标准条件(统一规则),内容较为单一(仅限于市场交易领域),其规范相对较为成熟,救济措施