



中国法学精萃系列丛书

中国商法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

994



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

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

机械工业出版社

本书精选 2002 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀商法学术论文编辑而成, 主要内容包括“商法的困惑与思考”、“经理法律地位之比较研究”等, 涵盖总则、公司法、保险法、票据法、破产法等几个方面。这些论文代表了 2002 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收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国商法学精萃. 2003 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京: 机械工业出版社, 2004.1
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-13559-8

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 (2003) 第 112226 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

责任印制: 路琳

北京机工印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行

2004 年 1 月第 1 版·第 1 次印刷

1000mm×1400mm B5·9.625 印张·2 插页·319 千字

0 001—4 000 册

定价: 29.80 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、88379646
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

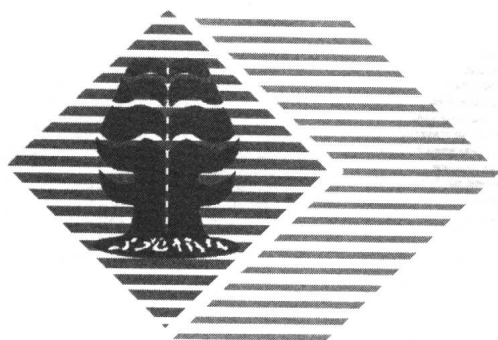
编委（按姓氏笔划排序）

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
王保树 清华大学法学院教授、博导
王晨光 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
公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院常务副院长，吉林大学法学院教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
龙宗智 西南政法大学校长、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
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
张文显 吉林大学党委书记、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
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
邵建东 南京大学法学院院长、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
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

IV

- 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
郑成良 国家法官学院院长、教授、博导
郑成思 中国社会科学院法学所研究员、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
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
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
黄 进 武汉大学副校长、教授、博导
崔建远 清华大学法学院教授、博导
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博导
梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、山东大学法学院院长、教授、博导
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
曾宪义 中国人民大学法学院院长、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



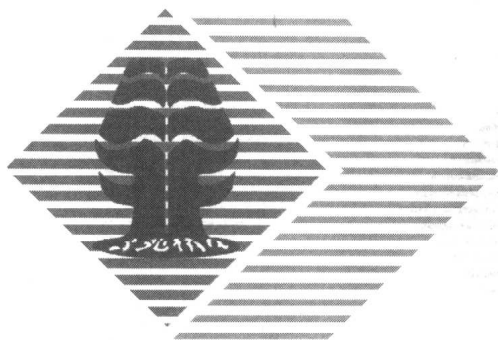
法苑精萃编辑部

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

中国法学精萃系列

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、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

序

第一部分 总则/ 1

赵旭东 商法的困惑与思考/ 3

王 瑞 商法本质的变迁/ 14

徐学鹿 梁 鹏 商法中之诚实信用原则研究/ 26

郑远民 现代商人法理论的提出及其对我国的影响/ 43

王小能 郭 瑜 商法独立性初探

从票据法与海商法的角度/ 53

第二部分 公司法/ 71

王保树 钱玉林 经理法律地位之比较研究/ 73

朱慈蕴 一人公司对传统公司法的冲击/ 89

房绍坤 姜一春 公司 IT 化的若干法律问题/ 103

马更新 完善我国上市公司独立董事制度建设的思考/ 116

蔡元庆 董事责任的追究和经营判断的原则/ 128

第三部分 保险法/ 147

樊启荣 保险合同“疑义利益解释”之解释

——对《保险法》第 30 条的目的解释和限缩解释/ 149

樊启荣 保险事故与被保险人过错之关系及其法律调整模式

——兼许我国《保险法》第 27 条第 2 款及相关规定/ 164

第四部分 票据法/ 179

票据法

高子才 论入世后我国票据法的修改与完善/ 181

辜明安 票据质押基本问题新探/ 191

第五部分 破产法/ 201

破产法

王利明 关于制定我国破产法的若干问题/ 203

王卫国 略论新破产法起草的几个目标/ 225

邹海林 关于新破产法的适用范围的思考/ 230

第六部分 其他/ 237

其他

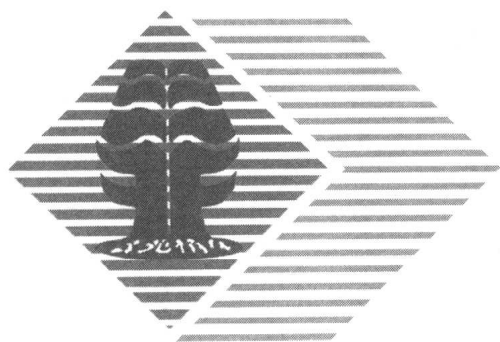
王利明 消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围/ 239

徐卫东 论垄断性营业行为的商法调控手段/ 256

冯震宇 论电子商务之法律保护与因应策略/ 266

附 录 2002 年度全国主要报刊商法学术论文索引/ 294

附录



第一部分

总 则

商法的困惑与思考

赵旭东

商法的内容是朦胧的，商法的边界是模糊的。在中国 20 年的法学史上，这样的情况的确少见：一方面我们在念叨着商法，但却不定商法为何物；一方面我们在呼喊商法的理论和学说，但却说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法，商法的位置在哪里？我们教着商法，写着商法，眼观商法的兴旺和繁荣，我们热衷商法的事业和发展，同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去，但却说不清它的现在，也看不透它的未来，我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中，感到难以名状的困惑。

困惑的问题之一是商法调整的对象到底是什么？通说认为商法调整的对象就是商事关系，但商事关系又是什么？商事关系与民事关系的相互关系又如何？

将商事关系定义为商人之间因商行为而形成的法律关系，是最精确和安全的，但却未能解决全部的问题。何为商人？何为商行为？本身又是需要加以定义的问题，正是在此问题上，产生了商法上的客观主义、主观主义和折中主义的立法原则。

所谓客观主义，又称商行为法主义，即法律先定商行为概念，然后导出商人的概念，依此，商人就是实施商行为的人。而不论实施行为的人是否商人或是否从事营业，因商事行为所发生的关系均为商事关系。所谓主观主义，又称商人法主义，指法律先定商人概念，然后从中导出商行为概念，依此标准，商行为就是商人所为的行为。由商行为发生的关系都是商事关系，如果行为主体不是商人，其行为就不是商行为，其发生的关系也就不是商事关系。所谓折衷主义，即在确定商事关系时，首先规定某种行为为专属商事行为，不论其是否为商人所为，都视为商事行为，而此外的其他行为，必须由商人所为才属于商事行为。

无论客观主义、主观主义采取何种的立法方式，其限定的商事关系的本质总是一致的，归根到底，商事关系的基本特点就是：

(1) 商事关系是平等主体之间的关系。

(2) 商事关系是基于营利性行为而形成的关系。

除此之外,对于商事关系是否需为商人间之关系和商事关系是否需以营业为必要条件,在客观主义和主观主义之间并不能达成一致。因而,很难说它们构成商事关系的基本特点。

从主体平等和行为的营利性两方面来观察商事关系和民事关系,不难看出,商事关系的主体一定是平等的,但平等的关系未见得一定是商事关系。商事关系一定具有营利性,但具有营利性的未见得一定是商事关系。而可以做出全称判断的是民事关系,毫无疑问,平等关系和营利性关系一定是民事关系。由此可见,民事关系是范围更广的财产关系和人身关系,商事关系是民事关系的一部分,民事关系与商事关系之间是典型的逻辑上的种属关系。

以主体的平等和行为的营利性来界定商事关系,既揭示了商事关系的根本属性,又有效地圈定了商事关系的边界范围,这较之商事立法的客观主义和主观主义,在立法技术上应是更成熟的选择。

困惑的第二个问题是到底什么是商事行为,商事行为与民事行为的关系如何?

在商行为的界定上,同样存在着客观主义和主观主义的两种方式,但二者也都有着先天的缺陷。主观主义以人划线,把内容和特点完全相同的法律行为硬是加以机械地分割,使得同样的行为,为商人实施时则成为商行为,而非商人实施时则成为非商行为或民事行为,此种标准的幼稚如同以是否法人为标准划分经济合同与民事合同一样,它使商法调整的对象失去了其客观的确定性,也有违依社会关系特点划定法律分工的立法原理,更有悖于现代法律所强调的主体平等精神。

客观主义先规定商行为的概念和范围,较之主观主义有其进步可取的一面,但其对商行为的确定本身却是难以成立的。对于商行为的规定,西方立法有的采取概括主义,有的采取列举主义,也有列举与概括相结合。无论采取何种形式,其界定的商行为都无非是:①买卖商行为,亦称固有商;②辅助商行为,如包装、分类、调配、改装、修补等商业加工行为;③商品流通环节中的商行为,如仓储、运输、承揽、银行、保险、担保、信托、证券、行纪、居间、代办、广告等行为;④生产制造商行为,如制造、加工、矿业、水电煤气业、渔业、林业、建筑业等;⑤服务业商行为,如饮食、娱乐、旅店、摄影等。

从行为客观表现来看,上述的商行为与民法上的一般民事财产性行为并无差异,作为固有商的买卖行为也好,作为辅助商的包装、修补行为也好,以及作为其他商的运输、银行、保险服务等行为也好,都是民事行为的具体形式。民法中的买卖合同、加工承揽合同、运输合同、保险合同等都是为此行为而定。这些行为之所以成为商行为,非本身包含特殊的内容,而是因其行为者的主观目的是基于营利,换言之,买卖、运输等行为,一般情况下为之属民事行为,而当以营利为目的为之时则构成商行为。因此传统商法中的商行为与民事行为之区别,不在于行为的客观内容和表现,而在于行为者的主观意图。就此而言,从来就不存在所谓的“固有”商行为或“绝对”商行为,或者说没有客观的商行为,而只有主观的商行为。

因此,商法立法给商行为以列举性的界定,从立法技术来说,是有欠科学性的。它实际上既不甚必要,也不可能将所有商行为的具体形式穷尽。明智立法方式是给商行为的定义或性质作如下科学的界定:商行为是以营利为目的实施的民事行为,或者说,商行为就是营利性的民事行为。

确定了商行为的概念,商人概念的确定也就有了前提。大陆国家商法典对商人所下的定义也就没有疑问了。法国商法典第1条规定:“以实施商行为为其经常职业的人就是商人”。德国商法典第1条规定:“本法所称之商人是指以实施商行为为业者”。意大利的商人概念由民法典规定:“凡以生产或交换商品、服务为目的,以组织经济活动为职业的人,视为商人”。

困惑的第三个问题是商事行为应否作为商法的调整对象,是否应建立单独的商事行为法的规范体系?

传统商法理论通常将商法分为商事主体法和商事行为法,或称商业组织法和商业活动法两大部分。公司、合伙等企业既为商人或商业组织,公司法、合伙法即当然属于商法中的商事主体法或商业组织法,它们作为商法的组成部分和重要内容在学理上是少有争议的,这里需要讨论的是商事行为法。

自有商法以来,买卖、票据、行纪、承揽、运送、保险、海商等即被作为主要的商行为规定在商法之中,由此构成了商法中的商业活动法。然而,如前分析,传统商法规定的商行为不过是营利性的民事行为,撇开行为者的主观意图,这种商行为与民事行为并无差别,因此这种商行为法存在的必要性就需要检讨了。既然民法早有对各种民事行为从一般原则到具体内容的全面规定,既然这种商行为的客观内容与民事行为并无差别,既然商法应该抛弃以商人确定其适用范

国的商人法传统,那么还有什么必要制定这样的商行为法呢?这样的商行为法就性质而言,岂不与民法的分则规定完全重复?

商行为法主张者认为,商行为与民事行为不同,有不同的法律规定,比如,商事时效、商事代理、外观主义等。但中国并未形成一套商事行为的特殊法律规则,即使在西方国家,这种特殊的规则也远未形成独立的完整的体系。对于商行为的特殊规则,也并非说其具有一定的特殊性,就成为另类的法律规范。如同特种合同具有特殊性,也有特殊的法律规定,但其仍属于合同一样,这不过是种属关系的当然状态。

在王保树教授主编的《中国商事法》中曾对商事法律制度的特点有以下的归纳:企业交易快速主义,即在商事交易时效期间上采取短期消灭时效的原则,并在交易形态和客体上采交易定型化原则;商事交易公示主义,即公开交易中公众必须知道的重要事项,包括公司登记公示、上市公司信息公开、船舶登记公告等;商事交易的要式主义,即交易形式须严格依照法律规定,如某些合同的定型化和商事文书规定事项的法定化;商事交易的外观主义原则,即以当事人行为的外观为准,而认定其行为的法律后果,如不实登记之责任、字号借用之责任、表见经理人和表见董事之责任等;商事交易的严格责任主义,即在商事交易中,无论债务人是否有过错,均应对债权人负责^①。

在徐学鹿主编《商法学》中,对相同内容的民事行为和商事行为进行了具体的比较,包括:民事合同的要约、承诺与商事合同的要约、承诺的不同;买卖制度中权利瑕疵担保和合同解除方面的区别;债的制度中债权让与和债的混同方面的区别;票据行为与民事行为的区别;货物运输中承运人责任的归责原则的不同等,并得出了“商法与民法几乎在所有重要的法律制度上,都是有本质区别的”的结论^②。

然而,冷静而理性分析的结果却完全相反,事实上,传统的商事行为并未形成不同于民事行为的统一特点,商法规范也从未建立起一套与民法规范完全不同的行为规则。学者所谓的商法特点不过是某些或个别商事行为所表现出的特殊性,学者们所观察到的不过是商法规范的零散、无序的表象。而上述商法特点难以成立的原因在于:

(1) 这些特点并不具有普遍性。比如短期时效原则、交易定型化原则、严格

① 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第21~22页。

② 徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社1993年版,第19~26页。

责任原则，只是个别商事关系中所实行的法律原则，并非普遍适用于各种商事关系，绝大多数商事关系所实行的仍是一般时效和过错责任原则。

(2) 这些特点有些并不具有特殊性。比如，合同的定型化问题在一般民事合同中不过是格式合同或定式合同的问题，要式主义本来就是民事法律行为中的要式法律行为的反映，而表见经理和表见董事的责任正是民法中的表见代理制度在公司对外行为中的具体表现。

(3) 这些特点有些并不属于商事行为的特点。比如，公司登记公示、上市公司信息公开、船舶登记公告、公司登记不实之责任等属于公司组织和自身行为的问题，而不是当事人相互之间的法律行为问题，并不是典型的商事行为的特点。

由此看来，传统的商事行为并不像人们想像的那样特别，它并没有形成整体统一的、异乎于民事行为的普遍特点，所谓的商事行为的某些特点，不过是个别商事行为偶然的、个体的表现，并不具有涵盖所有商事关系的普遍意义，以这样的特点与民事行为进行比较，是无法划定商事行为与民事行为的清晰界限的。

从历史的发展来看，如果说在中世纪商法形成的时期，当商法还是作为商人圈内的自治法的时代，传统商事行为与一般民事行为确有根本性的差别的话，那么，到今天“人已商化”或“商化的人”的时代，商事行为的规则与民事行为的规则已无根本的不同，可以说商人和非商人都在同样的行为规则和市场规则下进行活动，传统商事行为与民事行为的界限已经和正在消失。如果说在民商分立的法律体系中，还可以勉强地寻找出传统商事行为与民事行为的不同的话，那么，在中国这样民商统一的国家，这种差别除非人为地制造，在客观上是少有存在的。而现行市场经济运行的事实表明，我们大可不必在民法规则之外，对这种商行为另立一套行为规则，在民法所确立的民事主体法律地位一律平等的原则之下，在市场经济所要求的平等竞争的机制之下，使民事主体与商事主体在不同的法律环境中活动，也是与现代法律的精神背道而驰的。

我们不能再人云亦云，不能再简单地照搬大陆法和英美法各国的先例和学说，我们需要实事求是，根据中国现实的理论、立法和实践，建立自己的商法体系和商法理论。现实的中国既然已经没有了专门的商人阶层和商人特权，商人的行为既然已经融入世人的活动，为何还要抱残守缺、固守传统的商法的定规？

因此民商的合一，所“合”者当为商行为合于民事行为。当然，这并不是说民法典之外不再需要制定调整具体民事活动的法规，相反，对买卖、代理、保险等广泛而复杂的民事行为，再庞大的民法典也难以囊括其全部、细致的规则，以