



中国法学精萃系列丛书

中国商法学精萃

(2005 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

中国商业大学图书馆

（内部发行）

（内部发行）

中国商业大学图书馆

中国法学精萃系列丛书

中国商法学精萃

(2005 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

中国政法大学图书馆藏 (2005) 中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏 (2005) 中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏 (2005) 中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏 (2005) 中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏 (2005) 中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏 (2005) 中国政法大学图书馆藏



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

内容提要

本书精选 2004 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。主要包括：“论商法的法理基础”、“公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读”等。涵盖总论、公司法、票据法、破产法、保险法、海商法等几个方面。这些论文代表了 2004 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. 2005 年卷 / 法苑精萃编辑委员会编.
—北京: 高等教育出版社, 2005. 10
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-04-017945-8

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 (2005) 第 107159 号

策划编辑 梁代军 责任编辑 吴 勇 封面设计 张 楠
版式设计 马静如 责任校对 尤 静 责任印制 韩 刚

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 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>

经 销 北京蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 高等教育出版社印刷厂

开 本 787×960 1/16
印 张 25
字 数 470 000

版 次 2005 年 10 月第 1 版
印 次 2005 年 10 月第 1 次印刷
定 价 38.90 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 17945-00

法苑精萃编辑委员会

编委（按姓氏笔画排序）

- 王利明 中国人民大学法学院院长、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
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
石泰峰 中共中央党校副校长、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
田平安 西南政法大学教授、博士生导师
付子堂 西南政法大学副校长、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、博士生导师，《比较法研究》杂志主编
李 龙 武汉大学资深教授、博士生导师
李 林 中国社会科学院法学研究所副所长、研究员
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》编辑部主任
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 北京大学党委常务副书记、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 上海交通大学党委副书记、法学院院长、教授、博士生导师
- 郑成思 中国社会科学院法学研究所研究员、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 北京师范大学刑事科学研究所所长、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 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名誉院长、教授、博士生导师
- 霍存福 吉林大学法学院教授、博士生导师
- 徐卫东 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

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 论

胡 浚	谢卫东 论商法的法理基础	3
徐学鹿	论商法的统一	10
李康宁	论商法部门与商法公法化	20
任尔昕	我国商事立法模式之选择——兼论《商事通则》的制定	27

第二部分 公 司 法

蔡立东	公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读	39
罗培新	公司法的合同路径与公司法规则的正当性	65
王保树	“资本维持原则”的发展趋势	84
傅 穹	公司减资规则论	93
朱慈蕴	法定最低资本额制度与公司资本充实	102
张民安	公司股东的表决权	109
钱玉林	“资本多数决”与瑕疵股东大会决议的效力 ——从计算法则的视角观察	122
郭富青	公司收购中目标公司控股股东的诚信义务探析	134
孟勤国	张素华 公司法人人格否认理论与股东有限责任	152
曹顺明	高 华 公司机会准则研究	164
邓 峰	作为社团的法人：重构公司理论的一个框架	180
肖海军	陈光星 国有独资公司董事长的权源结构与运行	211
杨 松	金融资产管理公司(AMC)的法律问题分析	226
吴建斌	近年日本商法、公司法修改试析 ——兼谈对我国公司法的若干修改意见	234
李曙光	公司法的模式、理念与修改	244
甘培忠	曹丽丽 我国公司法体系的重构 ——有限责任公司法和股份有限公司法的分立	253

第三部分 票 据 法

董惠江	票据抗辩的分类	271
陈雪平	试论票据追索权的限制与保护	286

吴志攀	证券间接持有跨境的法律问题	295
万 玲	美国内幕交易归责理论研究	306

第四部分 破 产 法

陈丽华	杨罗根	论破产法的价值定位及相关制度完善	317
韩长印		我国别除权制度的改革初论	327
王欣新		论新破产法中管理人制度的设置思路	339

第五部分 保险法 海商法

郭宏彬		论保险监管的理论根源	349
葛延珉		英国海上保险法最大诚信原则的发展概况	356
郭 萍	王 丹	论租船合同中的误述及其法律后果	364
杨树明	安丰明	美国海商法惩罚性赔偿演变：变动不居的模式	372

附 录

2004 年度全国主要报刊商法学论文索引	382
----------------------------	-----



第一部分 总论

论商法的法理基础

胡 浚* 谢卫东

〔摘要〕 对商法法理基础的研究，主要是为了说明商法的逻辑前提和价值取向的问题。只有回答了这样的两个问题，我们才能对商法本身要解决的问题有一个清晰的认识，也才能对民商法的关系作一个比较有意义的界定。商法上的人应该是一个“经济人”，在这样一个前提之下，我们需要的是一部公平与效率、安全与方便并重的商法。

研究商法的法理基础，首先要回答的一个问题是：什么是商法的法理基础？即商法的法理基础要解决的是一个什么样的问题。从目前关于商法的法理基础的论著来看，大多集中于商法的调整对象、商人、商行为、民商分立与合一这样的实证性的问题。但是，我认为这样的论述并没有完整的解释商法的法理基础。商法的法理基础应该是关于商法这一部门法的法哲学问题。因为，概念的阐述仍然停留在商法的事实与规范层面，仅仅是对商法的实然状况的一种经验理性的总结。如果说科学不仅要知其然还要知其应然的话，那么上述概念的总结依然停留在实然的层面，而没有进入应然的层面。因此，对商法的法理基础的探讨主要应该集中在应然的层面，只有这样才能使商法的研究达到体系上的完整性。根据谢晖教授关于部门法法哲学问题的论述，部门法的法哲学是从反思部门法的合法性开始的，部门法的合法性问题也就是部门法的法哲学问题。这是因为相对于部门法的实在性而言，它的合法性问题是一个先验的，甚至超验的问题。部门法的合法性问题所涉及的内容甚多，既有是否合乎民意的问题，又有代表发展方向的问题。合乎民意的问题一般的是反映部门法与民众要求的关系问题，而代表发展方向的问题一般的是反映部门法与精英认知的

* 胡浚，四川大学法学院民商法学硕士生。

关系问题。由此,我们可以对商法的法理基础研究作一个结论:相对于商法的实证研究而言,商法的法理基础是对商法进行先验和超验的哲学思辨。它要解决的不是商法的实然问题,而是商法的应然问题,即人们对商法的要求,也就是商法的价值问题;它还要解决商法之所以应然的问题,即商法应然的原因问题,为什么应当是这样而不应当是那样的,也就是商法的理论前提的问题。只有回答了商法的价值和理论前提问题,才能使商法达到体系上的完整性。

一、研究综述:目前对商法法理基础的研究集中于 对商法的历史和现实的实证分析

目前国内对商法的理论基础的研究主要集中于对国外理论的介绍,以及对国内商法实践的实证分析。就国外的理论而言,关于商法的理论基础有:(1)重商主义理论;(2)自由贸易理论;(3)供求理论;(4)博弈论;(5)社会本位理论;(6)主观、客观和混合理论。对我国商法的法理基础的研究主要集中在商主体、商行为等基本概念的分析以及关于“民商合一”和“民商分立”问题的争论。关于商事主体,有学者认为商事主体具有以下特征:商事主体是商法规定的人;商事主体具有权利能力和行为能力;商事主体须是参加商事活动者;商事主体须是缔结商事法律关系并享有权利承担义务的人。但这种归纳只是商事主体形式上的特征,因此有人指出商事主体的实质特征是商事与经营。还有人从商主体的概念引出商人精神的话题,认为商法正是这种商人精神在法律上的反映。认为商人精神首先涉及到商的道义评价,同时又突出地表现在商人伦理及经商之道即商道上。前者揭示着商的本质、商人的价值追求及社会的道义评价;后者反映出商人的伦理与职业特征及方法、技巧。这也就是韦伯所讲的包括价值理性和工具理性的现代商业“理性精神”,认为商法与商人精神相伴生,商法的营利性原则、互惠性原则集中反映了商人精神。

关于商行为,有学者认为商行为是以营利为目的的行为,同时这种行为必须要有营业性。另有人提出商事法律行为的概念,认为是以营利性营业为目的和内容的行为,即商事主体旨在产生、变更、消灭商事法律的多种具体的法律行为的统称。也有人提出以与商行为相关联的交易概念作为商法的理论基础。有人进一步分析了商事交易关系的特征以提供理论依据,认为商法符合了商事交易关系简捷性、安全性、公平性、国际化的要求。

关于民商合一和民商分立的问题,持民商合一论者以民法的理论基础为商法的理论基础;持民商分立论者则试图强调商法的独立部门法的地位;另有一种“亚部门”说,认为商法是民法的特别法。

其实,无论是商人说还是商行为说都有不完善之处,这种解释仍然停留在



实证分析的层面，其主要解决的是商法调整的对象是什么，还没有触及到商法应该是什么以及为什么应该是什么的问题。即这样概念的抽象较少体现一种价值判断，因而无法解决理论体系完整性的问题。相比之下，商人精神和交易特征的分析则体现一种价值取向，更贴近商法的理论基础。至于民商分立与民商合一的争论，我认为只是一种现象之争，如果能说明商法的理论基础与民法的理论基础的区别，我想民商关系的问题才能真正得到解决。

二、商法的理论前提：“经济人”是商法的理论前提

1. 为什么需要研究理论前提

理论前提是一种先验性的假设，是对实践的一种高度抽象。那么一种尚未被证实的东西可以作为研究的“逻辑起点”吗？这与马克思主义所要求的主客观相统一的研究方法是矛盾的吗？下文中我试图对此加以说明。

(1) 理论前提是逻辑分析的起点与实证研究并不矛盾。商法是一个历史演进的产物，从商事习惯到商人法再发展到今天的商法，这一过程是历史的存在，无人可以否认它。因此马克思有一个著名的论断：“先有交易，后来才由交易发展为法律——这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式。”但是，我们应该看到，这种历史的产物，并不一定能满足人的需要，人们对商法还有自身的主观诉求，这就要求商法要具有一定的价值。但人为什么有这样的主观诉求呢？为什么是这样而不是那样的呢？这就要研究人的需求，并从中抽象出其最本质、最一般的特征，并以这样一个抽象来指导立法。这个抽象就形成了商法的理论前提，是这种假设为商法提供了一个理念，它是指导商法在一定时期内发展的基础。这就是说，历史的发展决定了商法的现状，但历史并不能说明商法应该是什么样子的；如果历史就决定了商法应该是什么样的话，那么商法也就不会发展了。而对商法应该是什么样子的这一问题的研究，则要通过研究人的需求来加以解决，从而导出了商法的理论前提。因此，对历史的实证考查和逻辑分析二者是不矛盾的。因为它们解决问题的侧重点不一样，前者解决的是商法是什么以及为什么是什么的问题，而后者解决的是商法应该是什么以及为什么应该是什么的问题，前者是实然问题，后者是应然问题，两者互不可推，也互不矛盾。

(2) 在我国这样一个缺乏商法传统的国家，我们更应该加强对商法理念的研究。因为商法是舶来品，不论学者如何来解释中国传统的“商法”，都无法否认我们没有商法传统这样一个事实。因此，对外国商法历史的介绍以及对商法的实证分析，都不能解决我们需要一个什么样的商法的问题。因为我们没有这样的传统，而别人传统是不能作为我们的立法依据的。因此，我想我们就

更应该注重对商法进行先验的、超验的追问，从而为我们的立法提供依据。

2. “经济人”假说可以解决商法理论前提的问题

“经济人”假说是现代西方主流经济学派的理论基石，经济分析法学派也是以此作为自己的理论前提的。这一假说的奠基人是亚当·斯密，其主要内容是：其一，个人是他自己利益的最好判断者，因此应该让他有按照自己的方式来行动的自由。假如他不受干预的话，他不仅会达到他们的最高目的，而且还有助于推进公共利益。其二，每一个人都关心为自己谋求最大利益，然而他是社会的一员，他追求的经济活动只能沿着自然的社会秩序所指定的道路前进。通过分工，个人提高他的劳动生产率，但他也不再是脱离别人而独立的。为了达到他自己的目的，他必须激发别人的自爱之情。因而亚当·斯密说：“我们之所以吃得上饭并不是由于屠夫、酿酒师或面包师的仁慈，而是他们本身的利益考虑。其三，交换使得交换双方的个人利益同时得到满足成为可能，每个人在利用自己的财产和劳动达到自己的利益时，不得不为了交换而生产。也就是说，为了社会上所有其他成员所决定的目的而生产，不论他是否愿意这样做，正是因为他是这个社会秩序中的一名成员就必须在交换中给别人以好处来换取他所得的利益，每一个人都应该把他的努力的结果置于共同的库存中，每个人可以从这里买到他所需要的、由别人才能生产的任何一部分。其四，人类的各种动机会自然平衡，能使一个人的利益不致与他人利益相对立。因此，每一个人在追求他自己的利益时，都被一只“无形之手”引导，看上去并非属于他原来意图的目的。归根到底，“经济人”有两大特征：一是追求自己利益的最大化；二是理性化。

我之所以主张以“经济人”假说作为商法的理论前提主要是基于以下的理由：

第一，“经济人”假说最简捷地抽象出了人类行为的一般特征，指出利益是人们行为的惟一动机，这与商人的精神是契合的。虽然有批判者提出行为动机除了经济利益以外还有感情等非经济因素，但在众多的因素中，只有利益才是最本质、最普遍的。任何人的行为都无法回避这一话题，因为这种抽象是直接来源于人的本性，而这种本性是无论科学有多发达也不会改变的。这就如同管仲所说：“仓禀食而知礼节”。更何况，如果我们进一步抽象的话，感情等非经济因素也可以说是一种利益。而作为传统商法调整对象的商人，其“经济人”特征就更加明显。在《商人精神与商法》一文中，作者将商人的精神归结为工具理性和价值理性，这正与“经济人”追求利益最大化和理性化的本质特征相契合。“经济人”抽象出了商业活动中一切人的本质，他不是一个实在，而是一个假设。但是，这种假设可以解释商业活动中所有人的最一般的需求与动机，从而为商法的立法和研究提供指导，即商法为什么应该是什么样

的。正因为商法所面对的是“经济人”，所以商法应该是针对“经济人”的特殊品格的商法，要满足“经济人”的需要，这样就解决了商法的理论前提的问题。

第二，对“经济人”假说的批判是片面的。对“经济人”假说的批判主要集中在两个方面：一是认为这种假说是与客观相违背，不符合马克思主义基本原则。关于这一点，我在论述为什么需要理论假设时就已经加以论证了，两者要解决的是不同的问题，是互不可否的。况且，科学的历史就是假设不断提出、证实、证伪的历史，自然科学每一次飞跃都来源于一个伟大的假设，没有爱因斯坦天才的假设，我们又怎么会用上原子能？！社会科学的本质也是如此，“经济人”假说自提出以来，由它演绎出的理论和制度有效地调控了资本主义市场经济，这不是证明了它在某种程度上是符合人们需要的吗？另一种批判认为“经济人”假说把人的本性定为自私，不符合社会主义的道德要求，因此也不能作为法学研究的理论前提。这种观点仍然是否认利益是人行为的动机，主张以高尚的道德来感召人，忽视人最本质的需求，恰恰是一种主观主义的作法。我们可以看到，长期以来我们的传统都以“内圣外王”的标准来衡量人，来选拔干部，而不管人们的需求，不以有效的制度规制人的需求。这就使人的贪欲被无限制的放大了，导致我们的国有企业冒出一个又一个贪官，才会有50个贪官卷了5000亿逃到国外的恶果。市场本身就是一个逐利场所，但却有人非要将它变成道德的课堂，要以道德来教化人，其结果可想而知。而这正从另一方面反映了“经济人”假说的有效性，正因为利益是人行为的动机，人追求利益的最大化，人性中有恶的一面。因此一方面我们要满足他的需要，另一方面要以法律的手段来控制他，以防其“不当得利”。我们千百年来习惯以道德来教化人，殊不知教化只能影响人的思想而不能控制人的行为。所以道德教化要求大家当老实人，说老实话，办老实事，其结果却是老实人吃亏。因此，对于市场中的“经济人”，我们当然要以法律来控制他们的行为，而不能奢望他们都是道德的楷模。

第三，以“经济人”假说为理论前提可以对民商法的关系作出更深刻的解说。民法的理论前提是市民社会，商法则以“经济人”为前提，二者是有区别的。市民除了有逐利的本性而外，还被赋予了一定的道德义务。因而在判定市民的行为时，真意主义被强调，而商法以“经济人”为前提，不苛求其真意，更多地表现为一种外观主义的立法。

三、商法的价值取向与其理论前提的关系

关于商法的价值取向，学者已多有论述。一般来说安全与方便、效益与公