

《商法研究》文丛

商法研究

Studies on
Commercial Law

2012年卷

主编：徐学鹿 吕来明



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

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

2012年卷

学术顾问：（以姓氏笔画为序）

王保树 王家福 石少侠

刘俊海 李仁玉 赵旭东

主 编：徐学鹿 吕来明

副 主 编：刘道远 董 彪



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法研究. 2012 年卷/徐学鹿, 吕来明主编. —北京: 法律出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5282 - 3

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 (2013) 第 195564 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/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张建伟

开本/A5

印张/12.25 字数/301 千

版本/2013 年 9 月第 1 版

印次/2013 年 9 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 - 5282 - 3

定价: 38.00 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》2012 年卷。2011 年卷出版后,得到了学界同仁的关注与支持。2012 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、热点问题评论、疑案探究、商事组织法、金融服务法、商事贸易法等栏目,为了鼓励在校研究生从事学术研究,2012 年卷继续设研究生学术专栏,选登在校研究生从事商法研究方面的学术论文。

本期在商法基础理论方面,徐学鹿提出了商法范式变革的问题。社会热点问题方面,吕来明就融资票据及票据法修改、赵岚音就自媒体商业模式的法律调整、邢会强就金融消费者保护的司法判例分析进行了探讨。在域外商法方面,美国威廉米歇尔大学法学教授 Daniel S. Kleinberger 探讨了特拉华州公司法中他人资金管理者不称职责任免除的问题,日本早稻田大学法学院教授渡边宏之对欧洲企业收购规则进行了深入分析。

本丛书由北京工商大学法学院、北京工商大学商法研究中心主办。创办过程中,法律出版社刘晔副总编辑和彭雨、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及彭插三副教授对本期组稿提供了帮助,北京工商大学民商法专业研究生卢长青、王鸥、毕文扬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
2012 年 12 月

目录

基础理论	1
商法的范式变革 \ 徐学鹿	3
——析资本经营与营利	
热点问题评论	17
自媒体商业模式下的商法完善研究 \ 赵岚音	19
金融消费者保护的失衡与平衡 \ 邢会强	27
——储蓄存款冒取纠纷司法裁判实证研究	
融资票据合法性之争及《票据法》相关制度的修改 \ 吕来明	50
疑案探究	61
某建筑公司应否判决解散:公司司法强制解散的条件 \ 刘 影	63
商事组织法	77
优先股在企业并购融资中的优势 \ 聂孝红	79
公司制证券交易所是中国证券交易所未来的发展趋势 \ 刘志华	89
认定有限责任公司股东查阅会计账簿“正当目的”的标准和原则 \ 杨连富	103
企业民主管理中存在的问题及其完善 \ 张丽云	109
我国法院强制批准重整计划裁定权的运用和实务中存在的问题 \ 张海征	124

破产犯罪:体系构建与模式选择 \ 曹爱民	135
----------------------	-----

金融服务法

	149
解决金融高管高薪问题的根本之策:变革公司治理理论 \ 刘 丹	151
金融创新中的法律及合规风险防范 \ 陈 胜	161
集合投资信托投资者保护的法律对策分析 \ 陈 敦	167
不可抗辩条款对保险消费者权益保护研究 \ 康 意 王国军	180

商事贸易法

	187
我国专利间接侵权立法之争议与选择 \ 刘筠筠 张其鉴 郭 莹	189
知识产权担保融资的风险来源及防控研究 \ 李 鹏	214
京东商城 POP 开放平台的法律地位探析 \ 王友娟	237
司法实践中的民间习惯 \ 李俊晔	246
——以让与担保与卖渡担保为例	
产品责任制度的法律比较研究 \ 刘弓强	258

域外商法

	269
欧洲企业收购规则及启示 \ [日]渡边宏之 陈景善 田玉平 译	271
特拉华州资本主义联结的融解:他人资金管理者不称职责任的 免除 \ [美]Daniel S. Kleinberger 彭插三 毛海龙 钱 芳 王友娟 刘婷婷 译	287
有关建立港口营运人保障与赔偿协会的研究 \ [韩]池祥圭 高建州 焦新哲 黄 杰 译	320

研究生学术专栏

	337
融资性担保业务违规行为效力分析 \ 卢长青 沈 来	339
一人公司外部监督治理模式的构建 \ 杨明敏	357
数人环境侵权责任承担的法经济学分析 \ 惠大帅	366
《商法研究》征稿启事	383



基础理论

商法的范式变革

——析资本经营与营利

徐学鹿*

在商法领域怎样才能遏制“劣币驱逐良币”效应的持续蔓延,如何走出大陆法系近代商法“范式危机”,对商法工作者来说,是一件十分紧迫的事。为此,我们认为有必要对资本经营与营利,做些分析比较。

资本经营与营利是两个不同的概念,它们分别体现的是两种不同的商法范式。营利体现的是近代商法的范式,资本经营体现的是和谐商法的范式。

一、范式危机与理论危机

当一门学科原有范式不能对不断发展的实践加以科学解释时,会带来这一学科的范式危机。^①我国的改革、开放强有力地推动着我国商法从近代商法向现代商法、和谐商法的演进,与此同时,也推动着我国商法的范式变革和商法理论创新。但是,我们必须清醒地看到我国的商法理论、范式,存在先天不足,思维、认识、观点落后于中国特色社会主义建设实践。具体表现在商法领域,人们的思维还停留在初级市

* 徐学鹿,北京工商大学教授。

① 徐学鹿主编:《商法学》,中国人民大学出版社2008年版,第96页。

场阶段,停留在与这种市场相适应的营利、营利行为和营利组织的语境下。“营利”这种陈旧思维所体现的近代商法范式,无法适应我国的市场已进入现代市场阶段市场交易的实际。但是,人们并未理性地认识到这是商法范式危机,营利、营利行为、营利组织被认为是正统的观点,是通说,没有采取更有分量的“范式变革”的举措,有放任让“劣币驱逐良币效应”泛滥的态势。为什么会造成这种状况呢?我国从清朝末期到民国,所接受的一直是大陆法系的近代商法的思维,改革开放初期,我国引进的商法也是近代商法。商人是从从事营利行为的人,公司是营利组织,“营利”成为近代商法的基本假设、基本观点和基本方法的重要表现。这种先入为主的观念,若想改变它,需要付出坚持不懈的努力。

近代商法与民法有千丝万缕的联系,正如有的学者所说,近代商法“是从民法的民事主体制度中分离出来”,“以民法原则为依据”。^①还有的学者指出:“商法规范的法理基础或将商法加以理论的升华就是民法的理论”。^②那么,我国民法的理论状况如何呢?“我们的民法学研究,除了从德国、日本和我国台湾地区抄来的那些东西以外,有自己的东西吗?基本没有,也就是说,除了介绍德国、日本和我国台湾地区的民法以外,我们在基本理论上没有更大突破”。^③在这种情况下,坚持“营利”、“营利行为”、“营利组织”的范式,显然是一种“顺理成章”、“理所当然”的事,因为“营利”在《德国商法典》、《日本商法典》、台湾地区的“商法”及其著作中比比皆是,抄营利所体现的范式,显然是坚持近代商法思维的首选。

通过上面我们关于近代商法范式和理论的分析可以看到,近代商

① 郑立、王益英主编:《企业法通论》,中国人民大学出版社1993年版,第23页。

② 赵旭东:“商法的困惑与思考”,载《商法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第24页。

③ 孟勤国:“关于制定中国民法典的思考”,载赵万一主编:《民商法学讲演录》(第2卷),法律出版社2010年版,第182~183页。

法范式危机反映了近代商法的理论危机。商法理论的创新,往往从体现商法范式的概念开始。因此,商法领域任何体现新范式的新概念,如资本经营,都应当引起我们高度的重视。我国商法范式的变革,靠我国市场交易的实践;我国商法理论的创新,靠日积月累的分析、研究。乔布斯有句名言:“领袖和跟风者的区别就在于创新。”我们建立我国市场交易实践中日积月累本土化的新范式,一是可以根除近代商法“抄”的恶习,二是最终必将导致我国商法理论创新。因此,能否创新是真正的商法学者与跟风者的“试金石”。在权、名、利诱惑下卷入的跟风者,势必拒绝创新,以维护“抄”来的既得利益。正如学者所指出的,“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”。^①我国新的商法理论的建立,必将巩固新的商法范式在我国的确立,从而孕育出自己创新商法理论的人才队伍。千里之行,始于足下,分析、研究资本经营,是我们摆脱近代商法范式、理论危机的最佳切入点。

二、资本经营是适应现代市场的新范式

所谓范式,它是观察世界和实践科学的方法,包括科学的基本假设、基本观点和基本方法。^②在改革开放中,我国商法在科学发展的道路上,以新的视角观察市场经济下的新型市场,创造有的还被法定为诸多适应新时代、体现新范式的新的商法概念,诸如市场交易;宏观调控主体、市场主体、消费主体;宏观调控行为、市场行为、消费行为;现代商法、硬商法、软商法;和谐商法;资本经营、智力经营;网上交易;商务、电子商务;统一法、统一规则;自律、自治、商会;交易自由、交易

^① 赵旭东:“商法的困惑与思考”,载《商法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第24页。

^② 徐学鹿主编:《商法学》,中国人民大学出版社2008年版,第96页。

公平、交易诚信;现代企业制度等。^① 对这些承载新商法范式的新概念,特别是对资本经营这一概念,为什么缺乏必要的研究热情和兴趣呢?究其原因:一是没有划清大陆法系近代商法和现代商法的界限,往往习惯于将一些承载近代商法范式的概念,误认为是体现现代商法的概念。二是这种误认又源于对市场发展阶段缺乏正确的认识和判断。“初级市场阶段,企业主要靠产品的交换来建立联系;发达的市场阶段,企业的生产要素进入流通领域,要素市场成为企业之间的主要联系渠道;现代市场阶段,企业的资本流动上升到主要地位,企业资本实现了社会化和国际化”。^② 适应不同市场发展阶段,有不同的商法范式。资本经营所承载的新商法范式,集中体现了现代企业适应现代市场而凝结的共有信念,根本区别于落后于市场发展阶段的近代商法营利思维的旧范式。三是对现代商法资本经营的内涵缺乏必要的认知。所谓“资本”,是用来增加价值的价值,所谓“经营”,就是让资本增值,它与“营利”的根本区别,在于资本经营是构建在社会化大生产、集约化经营、现代科技基础上的,与营利性粗放经营的具体区别是,它不仅包括资本营运增值,还包括资本结构优化增值。资本营运增值要求企业告别粗放的经营获利,要求必须实现企业对资本的组织、对资本的使用和管理都要现代化,保证资本能够有效地营运,它是现代企业制度对企业最基本的要求之一,是企业营运的基本规则,它区别于近代商法“营利”的目的是为获利,至于实际是盈利还是亏损,法律在所不问。资本结构优化增值,要求必须构建符合现代市场的资本产权结构、组织结构、产业结构和技术结构。近代商法之所以强调“营利”,在于它的基本假设、基本观点、基本方法,是要同家庭行为、

① 徐学鹿、梁鹏:《商法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第289页、第141~148页、第152~156页;辜胜阻:“中小企业脱离‘三荒两高’需发挥商会作用”,载《华夏时报》2011.8.29~9.4新第217期第26版。

② 徐学鹿:“论现代企业制度的精髓”,原载《法学与实践》1997年第2期,收入徐学鹿:《什么是现代商法》,中国法制出版社2003年版,第322~323页。

继承行为、赠与行为、收养行为等所谓的“民事行为”相区别,而不是着眼于企业、市场、市场交易的客观经济规律,也就不可能着眼于企业的资本营运和资本结构优化增值。近代商法坚持“营利”,根本原因在于,当时还没有现代市场的市场交易实践。

当今在加快经济发展方式转变的语境下,对商法来说就是要将崇尚粗放经营的“营利”范式,加快转变为崇尚科学发展的资本经营的新范式。形象地说,就是要将“中国制造”,转变为“中国创造”,就是要将“营利”转变为“资本经营”,因为“中国制造”所表征的是“营利”,“中国创造”所表征的是强化科技含量的“资本经营”。最近《科技日报》关于“价值战”取胜“价格战”的报道就是一个实例。目前国内市场不仅有内资企业,还有外资企业,在激烈的市场竞争中,尽管在彩电业外资品牌争相祭出价格武器,采取最大优惠措施,国产品牌在加大产品科技含量、资源整合、渠道建设、售后服务等增加产品价值上做足了文章,有效地推进传统电视向智能化终端演变,使国产品牌取得了市场份额的领先优势。这是内资企业运用资本经营在激烈市场竞争中的生动实践。越来越多的我国企业已经成为价值驱动型企业。例如,中远投资(新加坡)有限公司明确将自己定位为“价值驱动型世界级企业”。^①

三、资本经营表征的是和谐商法的新范式

中国特色社会主义法治,其“特色”的一个重要特征,就是和谐法治。和谐法治“将引领我们转换法治话语体系”。^② 商法作为中国特色社会主义法律体系的一个部门,必须转型使自己成为和谐商法。要转型必然选择范式变革,改变原有的基本假设、基本观点和基本方法。

^① “夯实基础 铸就未来”,载《中远投资(新加坡)有限公司2010年度报告》,第70页。

^② 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。

资本经营所表征的和谐商法的新思维是全方位的,它必将推进近代商法的基本假设、基本观点、基本方法的转变,实现商法的范式变革。

一是资本经营所营造的制度是现代企业制度。按照资本营运增值,要求企业必须以资本经营的新思维,科学地进行企业的经营管理,强化对价值规律、供求规律和竞争规律的发现和运用。所谓“发现”,就是要深入持久地组织市场调研,制定本企业的市场经营战略和策略,从客观上产生一种压力,使之硬化对企业的自我约束机制。所谓“运用”,即自律,就是将市场调研的成果形成为企业经营管理的行为准则,成为软商法的有机组成部分,具体运用到企业经营管理的实践。例如,中远船务集团将体系文件与公司现有的规章制度进行整合,化繁为简,建立起一套能覆盖所有体系、格式统一、流程清晰、操作性强的规章制度。这种流程化管理,能够突出岗位职能,责任明确,保证流程中各个相关岗位的横向无缝对接,实现精益管理。^①在营运增值企业以人为本的视角下,实施人才战略成为企业市场调研的基本内容之一。因为人才决定着企业经营管理的水平、档次;人才决定着企业的产品、服务的科技含量;人才决定着企业资本营运的效率,是以人为本在企业的具体化。例如,理性的投资人关心的是谁更能带领公司取得优秀的业绩,回报投资人。最终,他们将选择代表国际上现代企业治理先进理念的创业家,这种创业家只能是资本经营家。

二是按照资本结构优化增值,要求企业首先必须构建符合市场经济的资本产权结构。现代企业制度的本质在于企业要成为现代市场主体。因为企业如果不是市场主体,这种企业只能是生产型企业,或者生产经营型企业,不可能是资本经营企业。因为在生产型和生产经营型企业条件下,市场是狭小的,经营是低层次的,企业所追求的是资

^① 徐华、邱津:“规章制度流程化开启中远船务管理新境界”,载《中远船务》2011年2月10日第206期第7版。

本的实物形态,是排斥产权交易的。作为现代市场主体的企业,其市场是无限广阔的,进行着多种形式、广泛的产权交易,所追求的是资本的价值形态。所谓产权交易,涉及企业的分立、重组、拍卖、联营和集团化,当然,也包括向效益好的企业投资,它的视角不只是国内市场,还包括国际市场,所追求的是规模效益。资本经营不仅着眼于资本,更着眼于经营。对于企业来说,不是看你生产了多少产品,而是看你回笼了多少货币,竭力加速资本的流动。由于资本是通过再生产不断周转,不断吸收新的劳动,实现不断增值,因此,在同一时间内资本周转一次的价值与周转两次的价值是不一样的。资本的形态表现为货币资本、实物资本和证券资本。货币和实物资本均可能转化为证券资本。现代商法为此而设计的各种具体制度,为资本经营实际操作提供了极为便捷的规范。这种为资本流动开绿灯、保驾护航的商法资本经营制度,所表征的正是现代商法与社会、经济相适应的和谐商法的范式。

其次,必须构建符合市场经济的组织结构。优化企业组织结构,核心是要形成良好的企业生态,即以若干大企业为骨干,以众多的中小企业为基础,主要是公司,还应当有独资、合伙等多种组织形式,从而造就现代企业的专业化、标准化和社会化大生产。组织结构的优化,不仅表现为组织形式的优化,更重要的是要使企业组织结构具有流动性,加速企业的分立、重组、联营和集团化,这样一是可以改变在原来“营利”语境旧的范式下,单个企业的自我扩张;二是将企业推向市场,参与市场竞争,胜者可以通过收购,劣者可以破产,市场的压力产生的企业内在动力,将促使其采取灵活的经营机制,不仅可以实现企业组织结构的外部优化,而且可以实现企业组织结构的内部优化。例如,针对矿难的频发,煤炭企业所加速的兼并、重组,兼并、重组的正是追逐“营利”、粗放经营的煤炭企业。

再次,必须构建符合市场经济的产业结构。在近代商法“营利”思维下的产业结构,其小打小闹获利的狭隘眼界,造成投资小型化、分

散化,产业结构不科学、不合理、使经济只能在低效益的状态下运行。资本经营使优化产业结构内在化,不仅要优化一、二、三产业的结构,更重要的是要充分强化金融业、服务业、高新技术产业在整个产业结构的比重,因为科技是“信号源”,金融是“放大器”,充分发挥它们在资本经营中的功能。在优化产业结构中,追求发展品质,产业发展方式“以产品为导向”,转向“以服务为导向”;“以产值为导向”转向“以价值为导向”。为构建和谐商法,商法学者应尽快冲出小打小闹的“营利”的堡垒,到生机勃勃的中关村、金融街去呼吸一些资本经营的新鲜空气,开拓新的视野,使我们的商法思维紧贴时代潮流。

最后,必须构建符合市场经济的技术结构。无论是资本营运增值还是资本结构优化增值,都离不开人,特别是技术结构的优化,更是取决于人,人包括企业的管理者、技术专家、职工等。优秀的企业管理者首要的任务是采取并实施符合资本经营的人才战略,包括从世界招募优秀人才,通过不同时期、种类的专业培训不断提高职工的科技水平。因为企业的核心竞争力来源于科技创新。这同近代商法把职工看成“商业使用人”,用粗放的方式追逐“营利”,形成鲜明的对照。以矿山为例,前者必然选择强化矿井的技术、安全设施,在矿井下设置避难所成为理所当然,矿难一旦发生所有矿工将安然无恙;后者,矿难一次又一次发生,矿工付出了自己宝贵的生命。营利宝贵,生命廉价,根源在于矿工是矿主“营利”的“商业使用人”的制度设计。和谐商法所追求的资本经营之所以不断强化商品的技术含量,还在于今天衡量商品的使用价值是质量和功能。提高质量需要科技,而所谓功能,就是科技含量。因此,科技含量决定着商品的价格。根据过去的计算,提高科技含量附加值的成本和收入的比例是1:1000。随着科技的飞速发展,这一比例可能更高。企业在优化技术结构实施的名牌战略,而名牌就是科技含量高的品牌,被称为驰名商标。过去国外的商店分为高、中、低档,名牌商品才能进入高档商店。在旧的“营利”思维下,我国企业忽视名牌战略,出口商品尽管质量上乘,也不能进高档商店。

我国企业重视名牌战略后,不仅在国外可以进高档商店,出售商品的价格比原来至少增加 10 倍以上;在国内也有了高、中、低档商店,我们的商法学者不妨到这些高档商店感受一下资本经营的氛围。

资本经营所表征的新范式,其基本假设是与中国特色社会主义和谐法治相匹配的和谐商法;其基本观点是软、硬商法有机结合,对中国特色社会主义市场经济实现良法善治的基本法;其基本方法是从交易实践中发现的、符合市场经济客观规律的市场交易行为规范。

四、资本经营与捍卫法律主权

我们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 为捍卫国家法律主权,已形成了“北京共识”。旧的法律殖民主义采取“战争入侵”等手段,我们并不陌生;新的法律殖民主义会采取什么形式、手段,是我们特别需要关注的问题。我们自己主动地抄外国法,或抄从外国法演绎过来的地区法,从而使我们的著作、教材,乃至立法,充满了外国法的陈旧范式、具体规范,甚至还提出要“继受德国法”,专题召开“中德法律继受与法律编纂”论坛,而且公开出版“继受德国法”的论坛文集。^② 营利、营利行为、营利组织,就是从外国法抄来的。试想“抄”能不能实现法治转型,“抄”能不能与和谐法治相匹配,“抄”能不能实现良法善治? 结论是:不能。改革开放中产生的本土化的表征商法新范式的资本经营,为什么引不起我们研究的热情、兴趣,这是不是与范式转变中的“基本方法”有关。只有从“抄”的方法,转换成深入我国市场交易的实践,才有可能产生本土化的新的商法基本假设、基本观点。这种方法的科学性表现在:一是可以有效

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

② 《中德法律继受与法典编纂——第四届费彝民法学论坛文集》,法律出版社 2000 年版。