



北京市高等教育精品教材立项项目

21世纪法学系列教材

商 法 学

郭 瑜 编著

民 商 法 系 列

LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京市高等教育精品教材立项项目

21世纪法学系列教材

D923.991

6

民商法系列

商 法 学

郭 瑜 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商法学/郭瑜编著. —北京:北京大学出版社, 2006. 7

(21 世纪法学系列教材)

ISBN 7 - 301 - 10831 - 1

I. 商… II. 郭… III. 商法 - 法的理论 - 中国 - 教材 IV. D923. 991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 068933 号

书 名: 商法学

著作责任者: 郭 瑜 编著

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 7 - 301 - 10831 - 1/D · 1516

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电 子 信 箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 23 印张 440 千字

2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

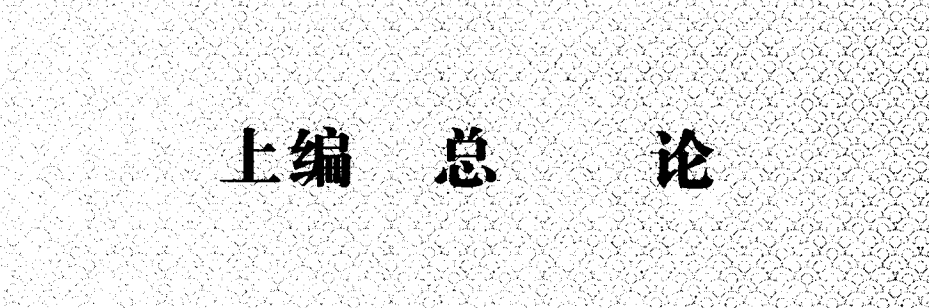
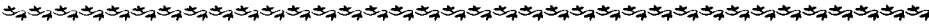
上编 总 论

第一章 商法的概念、性质和历史沿革	(3)
第一节 商法的概念	(3)
第二节 商法的性质	(10)
第三节 商法的历史沿革	(23)
第二章 商法的法律渊源	(34)
第一节 商事制定法	(34)
第二节 商事惯例	(35)
第三节 商事国际条约	(38)
第四节 其他商法渊源	(40)
第三章 商法的体例和体系	(43)
第一节 商法的体例	(43)
第二节 商法的体系	(54)
第三节 商人	(61)
第四节 商行为	(86)
第四章 商法的基本原则	(100)
第一节 商法基本原则的各种学说	(100)
第二节 商法基本原则的特征和功能	(101)
第三节 我国商法的基本原则	(103)

下编 分 论

第五章 海商法	(109)
第一节 海商法概述	(109)
第二节 船舶与船舶物权	(111)
第三节 海上货物运输合同	(115)
第四节 租船合同	(128)
第五节 海事法	(144)
第六节 海上保险	(166)

第六章 保险法	(174)
第一节 保险法概述	(174)
第二节 保险的基本制度	(175)
第三节 保险合同的一般规定	(177)
第四节 财产保险合同	(190)
第五节 人身保险合同	(195)
第六节 保险业法	(200)
第七章 票据法	(210)
第一节 票据法概述	(210)
第二节 票据的基本制度	(212)
第三节 汇票	(231)
第四节 本票	(244)
第五节 支票	(246)
第八章 公司法	(248)
第一节 公司法概述	(248)
第二节 公司的基本制度	(253)
第三节 公司的设立	(259)
第四节 公司的机构	(268)
第五节 公司的资本	(287)
第六节 公司的重大变更及合并、分立与解散	(298)
第七节 公司法中的法律责任	(306)
第九章 证券法	(310)
第一节 证券法概述	(310)
第二节 证券的发行与承销	(313)
第三节 证券交易与证券上市	(320)
第四节 证券经营机构	(336)
第五节 证券交易市场	(341)
第六节 证券市场管理	(344)
第十章 商事纠纷解决	(347)
第一节 商事仲裁	(347)
第二节 商事诉讼	(353)
主要参考书目	(364)
后记	(366)



上编 总 论



第一章 商法的概念、性质和历史沿革

第一节 商法的概念

一、商法的定义

(一) 商法是法律的一种

商法是法律部门中的一个分支。我国目前还没有以“商法”命名的法律,学理上对照什么是商法,甚至商法是否存在,都有很大争议。对我国是否应该制定专门的“商法”,更是众说纷纭。因此,我国对商法的研究基本还处于比较初级的阶段,许多重要的问题似乎笼罩在一层迷雾中。

与我国这种情况形成对照的,是世界上许多国家都早已制定商法或商法典,商法已经是一个比较成熟的法律部门,并且在社会生活中发挥着重要的调节作用。对照这些国家的立法,弄清商法的含义和定位,研究我国是否有必要制定或如何制定商法,是当前我国商法研究的重点。

(二) 商法是调整商事关系的法律

1. 商事关系的定性

顾名思义,商法是调整商事关系的法律规范的总和。对于什么是商事关系,主要可以从三种不同的角度进行界定。第一种是从行为的主体出发,第二种是从行为的性质出发,第三种是同时兼顾行为的主体和行为的性质。这在商法学的学理上分别被称为“主观主义”、“客观主义”与“折衷主义”。

“主观主义”认为,商事关系就是商人进行商事行为而形成的关系。商法调整的只能是商人的活动,一个公民不能仅仅因为偶然从事了商事行为就因此受到商法的调整。

“客观主义”认为,商事关系就是从事商事行为而形成的关系。只要行为的性质是商事的就应该受商法调整,至于是谁从事了这些商事行为则并无关系。

“主观主义”与“客观主义”的根本分歧在于,前者认为商法的调整对象是对人的,主观的;后者则认为商法的调整对象是对事的,客观的。在这两种学说的基础上,又形成了“折衷主义”,即认为商法的调整对象要同时考虑人和行为,可能某些行为不论是否商人从事都会形成商事关系,而另一些行为只有商人从事才会形成商事关系,非商人从事则不会形成商事关系。

主观主义与客观主义的区别贯穿商法学始终。然而,虽然存在这种区别,但

商行为主要是商人从事,非商人通常只会偶尔从事商行为;而商人只有从事商行为才会形成商事关系,从事一般行为则不会形成。因此,商法调整的主要对象都是商人从事的商行为,不同主义之间的分歧并没有看起来那么大。

2. 商事关系的分类

与民事关系被分为财产关系与人身关系相对应,商法学者多将商事关系分为商事财产关系与商事人身关系。商事财产关系包括内部财产经营关系和外部财产交易关系,商事人身关系包括商事主体内部组织管理关系和商事主体之间的人身权法律关系。^①但也有观点认为,商事关系只是一种财产关系。虽然商事主体也享有一定范围的人身权,如商事主体的名誉权等,但商事主体的人身关系并不为商法所调整,而由民法来调整。商法之所以不调整人身关系,是因为商法所调整的商事关系是以营利为目的的经营关系,人身关系不具有营利性特征,因此不是商事关系。^②

还有学者从商事关系的具体内容出发,将商事关系分为商事组织关系和商事行为关系两大类。^③或进一步细分,如分为商事组织关系、商事交易关系、商事代理关系、商事自律关系和商事监管关系等五种。^④

(三)“商”的范围非常广泛

不管是以商人还是以商行为作为中心,“商法”的界定,总是与“商”的界定息息相关。

历史上,“商”的语义范围经过了较大的变化。最初所谓的“商”,不论中外,主要都是指的交换和买卖行为。以后随着社会分工的发展,出现了专门以买卖为业的人,即商人。“商”开始与特定的人相联系,主要用来指商人所从事的买卖活动。再以后,随着商品经济的发展,一些买卖以外的行业也被纳入“商”的范畴,“商”的范围开始逐步扩展,包含的内容也从单一到多种。不仅一般的买卖交易被继续视为“商”,辅助买卖进行的居间、行纪、代理,或从买卖衍生出的货物运送、仓储保管、加工,乃至银行、融资、信托、保险、广告宣传、信息咨询,甚至看起来与买卖相距甚远的制造业、手工业、出版业、旅馆、戏院、娱乐等,都统统被纳入了“商”的范围。根据这些活动的性质差异,商法学理论上对“商”作了各种分类,一种比较普遍的分类法,是将现代商法中的“商”分为四种,即直接媒介财货交易的“固有商”、间接媒介货物交易的“辅助商”、虽然不直接或间接媒介

① 参见赵万一著:《商法基本问题研究》,法律出版社2002年版,第281页;王卫国主编:《商法概论》,中国政法大学出版社1999年版,第20页。

② 参见施天涛著:《商法学》(第二版),法律出版社2004年版,第3—4页。

③ 参见徐学鹿著:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第10—11页;柳经纬主编:《商法》,厦门大学出版社2002年版,第6页。

④ 参见雷兴虎主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版,第4页。

货物交易但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的“第三种商”，以及仅与辅助商或第三种商有牵连关系的“第四种商”。^①

随着“商”的范围扩展，界定“商的本质是什么”开始成为使人困扰的难题。商法学者对这个问题提出了各式各样的解答方案。如有的学者认为商的本质是其具有“商的色彩”，有的学者认为商的本质是其具有集团性或技术性，还有的学者认为商的本质是其乃是企业的活动。虽然众说纷纭，但现在我国商法学界基本比较认可一个观点，即“商”的本质是营利。只要是以营利为目的而进行的活动，就是商业活动。^② 这种法律上对“商”的理解与“商”的日常含义可能有一定出入。如日常生活中的“商”主要指的是交易行为，制造业、采矿业、农耕渔林或律师、会计师等自由职业一般不被称为商。但法律意义上，这些活动却可能因其具有营利的特征而被视为商事活动。

由于法律意义上的“商”范围非常广泛，几乎涵盖了所有营利性的行为。因此，虽然在经济学意义上，商业是与农业、工业等并存的行业，但在法律上，商法却是调整商业、工业、农业等各种行业中的营利行为的唯一法律，法律分类中只有商法，却没有与商法并存的“工法”、“农法”等部门法。

（四）商法定义的学说和立法例

1. 各国对商法的定义

商法是一个非常重要的法律部门。但虽然许多国家都有商法典，却没有一个国家的商法典对商法作出定义。各国学术界往往根据本国商法对调整对象所采的不同主义而进行定义。如在采“客观主义”为立法基础的法国，学者比较认可的定义是：商法是关于一切商行为的特别法；在采“主观主义”的德国，学者比较认同的定义是：商法是适用于商人的特别私法；而在采“折衷主义”的日本，学者比较认可的定义则较为含糊：商法是指有关商事的特别法规。在没有对民商法进行清晰划分的英国，许多学者主张：商法是一个相当含混的一般性术语，用来指与商业有关的各种法律。

2. 国际规则中对商法的定义

商事领域的国际条约的制定，也面临对“商事”或“商法”定义的问题。而从目前主要的商事国际条约来看，通常条约的制定者都采用了尽量回避的策略。而具体的做法又大致可分为以下三种。

第一种是明确规定不考虑调整对象的民事或商事性质，统一适用。典型的如1980年《联合国国际货物买卖合同公约》第1条第3款特别规定：“在确定本

^① 参见张国健著：《商事法论》，台湾三民书局1986年版，第5页；顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社2001年版，第4页。

^② 国内许多商法学教材，如王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社2001年版；顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社2001年版；等等，都持这种观点。

公约的适用范围时,当事人的国籍和当事人或合同的民事或商事性质,应不予考虑。”

第二种是明确规定调整对象是商事活动,但不“对‘商事’进行定义,而只对属于商事的交易进行列举。典型的如国际统一私法协会《国际商事合同通则》前言规定:“通则旨在为国际商事合同制定一般规则。”但其正式注释中特别说明:“对‘商事’合同的限定,并非试图取代某些法律体系中传统上对‘民事’与‘商事’当事人或交易的区分,即将通则的适用取决于当事人是否有‘商人’的正式身份,或交易在形式上是否是商事的。通则的意图是将所谓的‘消费者交易’排除在外,该种交易在许多法律体系中正越来越多地受到特殊规则的约束,这些规则大部分是强行性的,目的在于保护消费者,即并非在其交易或行业过程中缔结合同的当事人。各国和国际上对消费者合同与非消费者合同间的区别所采用的标准也在变化。通则没有提供任何明确的定义,但假设‘商事’合同的概念应该按尽可能宽泛的意义理解,应该不仅包括商品或服务的提供或交换的一般贸易交易,还包括其他一些类型的经济交易,如投资和/或特许协议、专业服务合同,等等。”又如,联合国国际贸易法委员会在起草《国际商事仲裁示范法》过程中,曾就“商事”定义问题展开讨论,但一直难以达成一致意见。最后因无法形成正式条文,只好对“商事”一词作了注释说明,并列举了一系列被认为是商事交易事项:“‘商事’一词应给予广义的解释,以便包括产生于所有商业性质关系的事项,不论这种关系是否为契约关系。具有商事性质的关系包括但不限于下列交易:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输。”

第三种是调整对象可能与是否同商事有关,但条约本身不对商事进行定义或说明,而允许条约的参加国根据本国法的标准确定何为商事。典型的如1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》即《纽约公约》,该公约第1条第3款规定,任何缔约国可以声明,“本国只对根据本国法律属于商事的法律关系——不论是不是合同关系——所引起的争执适用本公约。”这就是所谓的“商事保留”。但《纽约公约》没有就“商事”一词作出统一解释,也没有提到作出统一解释的可能性。所以,何种法律关系才属商事关系完全由国内法确定。我国在加入1958年《纽约公约》时作出了商事保留声明,根据该保留,我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系引起的争议适用该公约。最高人民法院在通知全国各法院执行该公约时,对“契约性和非契约性商事法律关系”进行了界定,规定其具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的而产生的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用

航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。^①

3. 我国学术界对商法的定义

由于各国对商法的调整对象和调整范围的理解不尽相同,难以形成一个通用的定义;而商法在我国属于新的法律部门,既没有一部以“商法”为名的法律,学理上也尚未形成统一观点,因此也很难给出一个准确定义。但商法学已经形成一门法学学科,研究这门学科的学者根据自己的理解,对商法下了各式定义,这些定义各有侧重,但基本没有脱离“主观主义”、“客观主义”或“折衷主义”的框架。

我国没有制定商法典,但已经制定了一系列被视为商法性质的单行法律,这些法律多半对自己的调整对象进行了说明。如我国《海商法》第1条规定:“为了调整海上运输关系、船舶关系,维护当事人各方的合法权益,促进海上运输和经济贸易的发展,制定本法。”《保险法》第1条规定:“为了规范保险活动,保护保险活动当事人的合法权益,加强对保险业的监督管理,促进保险事业的健康发展,制定本法。”《票据法》第1条规定:“为了规范票据行为,保障票据活动中当事人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。”《证券法》第1条规定:“为了规范证券发行和交易行为,保护投资者的合法权益,维护社会经济秩序和社会公共利益,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。”《公司法》第1条规定:“为了规范公司的组织和行为,保护公司、股东和债权人的合法权益,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。”以上商事特别法主要都是以经营活动的性质为依据确定其调整对象,没有对商事活动的主体作出特别的限制性规定。

从我国现有立法和学说的情况分析,如果不能有全新的视角,在可供选择的商法定义方式中,“主观主义”与“客观主义”似乎都不是太妥当的选择,采取“折衷主义”可能更符合我国国情。据此,或者可以给商法下一个简单的定义:商法是调整商事关系的法律规范的总和。而商事关系,是商人之间或商人与非商人之间因从事商事活动而产生的社会关系。这个定义的理解有赖于对“商人”与“商事行为”这两个概念的进一步解释。而这关系到具体如何在“主观主义”与“客观主义”之间“折衷”,是一个需要进一步深入研究的问题。

(五) 商法、商事法与商人法

商法、商事法、商人法,有时候被视为同义词,有时候又被区别对待。

基本上,“商法”与“商事法”是可以通用的,都是指的同一对象。但也有学

^① 见最高人民法院1987年4月10日《关于执行我国加入的〈承认和执行外国仲裁裁决公约〉的通知》。

者提出,“商”可以解释成商行为,也可以解释成商人。当“商”解释成商行为时,可以与“商事”通用;但当“商”解释为商人时,则不能通用。^①由于“商事法”更偏重于行为的属性,以“商法”作为这一法律部门的名称可能更为全面。

“商人法”有时也被与“商法”混用,但更多的时候,这两个概念的内涵和外延并不相同。“商人法”的一种用法是被用来特指商人阶层的专用法律,另一种用法是被用来指古代萌芽阶段的商人的习惯法。有的时候,“商人法”还被用来指现代商人之间在商业交往中形成的商事习惯。也有学者据此将“商人法”分为“古代商人法”与“现代商人法”。“商人法是由商人们自己创造的用以调整他们彼此之间的商事关系的习惯和惯例的总称。它产生于中世纪的欧洲。到12—13世纪,商人法逐渐从地方性的法律发展成为世界性的法律,并开始成为调整跨国性商事交易关系的支柱力量。”^②虽然中世纪末期后,民族国家兴起和商业活动被纳入国家立法的范畴,使“商人法”逐渐衰落,但当代全球经济一体化的发展又使“商人法”出现了复兴,“尽管世界各国的政治、经济和法律制度不同,新的商人法却在国际贸易领域迅速发展着。现在是承认独立于国内法制度的商人自治法的存在的时候了。”^③与“商法”相比,“商人法”更多强调的是商人用自治规则解决内部纠纷的方面,甚至被视为国家立法与国际条约之外的“第三种法律秩序”。^④这种意义上的“商人法”有自己独特的发展轨迹,不能与各国制定的“商法”相提并论。

二、商法的分类

(一) 形式商法与实质商法

根据法律的表现形式不同,商法可分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法,是指国家制定的以“商法”或“商法典”之类名字命名的法律,如《德国商法典》、《法国商法典》等。实质意义上的商法,则是指以商事为其规范对象所制定的各种法律规范,它不仅包括形式意义上的商法,也包括不以“商法”为名,但具有商法实质内容的各种法律,如关于商事主体的公司法、破产法,关于商事行为的保险法、票据法等。更广泛的意义上,甚至行政法、刑法等其他法律部门中有关商事的规定,也都可视为实质商法的组成部分。

(二) 国内商法与国际商法

根据制定机构和适用范围不同,商法可分为国内商法与国际商法。国内商

① 顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社2001年版,第6页。

② 郑远民著:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版,第1—2页。

③ [英]施米托夫著:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1992年版,第12页。

④ 参见[法]米歇尔·维拉利著:《国际商事法——第三种法律秩序的理论探讨》,李泽锐译,载《法学译丛》1986年第6期。

法,是指调整商事关系的国内法律规范,如一国制定的商法典,或公司法、票据法、证券法等单行商事立法。国际商法,是指调整跨国商事关系的国际公约、国际惯例等国际规范,比较为人所熟知的如调整跨国买卖的《联合国国际货物买卖合同公约》,调整国际货物运输的《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》,调整国际贸易术语的《国际贸易术语解释通则》,调整国际商事合同的《国际商事合同通则》等。也有人将国际商法理解为调整国家与国家之间的商事关系的法,即商事国际公法,如两国之间的友好通商航海条约、多国之间的多边贸易协定等。但学理上一般是在前一意义上使用国际商法这一概念,而将后一种归入“国际经济法”的范畴。

当前,“国际商法”与“国际经济法”这两个概念常常在不确定的意义上使用。国际经济法与国际商法都可能作广义理解,即所有调整国际经济关系或国际商事关系的法律规范,此时这两个概念基本重合。也可能其中一个作广义理解一个作狭义理解,如将国际经济法理解为调整一切跨国经济关系的法,而将国际商法理解为调整国际商事关系的私法;或反过来,将国际商法理解为一切调整国际商事关系的法,而将国际经济法理解为调整国际经济关系的公法,此时这两个概念基本上是一个涵盖另一个的关系。还可能两个都作狭义理解,如将国际经济法理解为调整国际经济关系的公法,将国际商法理解为调整国际商事关系的私法,此时这两个概念基本是平行的。

(三) 商事公法与商事私法

根据调整对象的性质不同,商法可分为商事公法与商事私法。商事私法,是指调整私人之间的横向的商事关系的法律。商事公法,是指调整国家与私人之间的纵向管理的商事关系的法律。商事公法可能体现为公法上有关商事的规定,如宪法、行政法、刑法中有关商事的规定。也可能体现为商法中的程序法、行政法乃至刑法的成分,如商法典中关于商业登记管理的规定、商号制度、商业账簿制度、商事公示制度等都被认为是具有公法性的规定。一般的商事立法中往往既包括调整商人之间的横向关系的规则,也包括调整国家与商人之间的纵向关系的规则。如我国制定的《保险法》,就既包括对保险合同的规范,也包括国家对保险业监管的规范。现代商法中公法性质的内容有增加的趋势,但并没有从根本上改变商法的私法性。商法中的公法性质的规定主要是为了保护私法上的权利实现。“例如,商标管理在今天显得越来越重要,但是,我们必须非常明确而坚定地说,商标管理的全部目的就在于保障商标专有权人的权利不受到侵犯,只此而已。绝不能把商标管理等同于枪支管理。不了解这一点,我们就会混淆两种不同性质的管理。在这样一些法律中,公权力是以保障私权为目的

的。”^①虽然商事公法与商事私法都是广义商法的组成部分,也都是商法学研究的对象,不过绝大部分商事立法都是商事私法。而当前各国商法学者对商法的研究,主要也都是在私法意义上的研究。

第二节 商法的性质

一、商法的独立性

(一)“民商合一”与“民商分立”之争

1. 基本含义

商法的性质如何,是否构成一个独立的法律部门,是研究商法必须首先回答的问题。而对这个问题的回答分歧极大,争论的焦点,集中反映在“民商合一”与“民商分立”的大讨论中。

“民商合一”与“民商分立”是大陆法系国家长期存在的理论争议。在英美法系国家,由于传统上不承认公法与私法的区别,也没有民法与商法的部门法划分,而是将法律划分为普通法与衡平法,因此并不存在“民商合一”与“民商分立”的争议。

所谓“民商分立”,其基本含义是指一国分别制定民法典与商法典,两个法典自成体系,同时并存,各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。

所谓“民商合一”,其基本含义是指一国只制定民法典,不制定商法典,民事和商事关系都由民法典调整。

“民商分立”是法国首先采用的立法模式。法国于1801年颁布《法国民法典》,紧接着又在1807年颁布了《法国商法典》,标志着“民商分立”模式的正式确立。以后,法国的这种立法模式被德国等许多国家先后采纳。据统计,现在欧洲有二十多个国家,亚洲有十多个国家都是采“民商分立”模式。

“民商合一”的立法模式由瑞士首创。1881年,瑞士由于宪法上的原因,不制订民法典,而制订《债法典》,这部法典里既有债法(民事),又有商法;当1907年在联邦范围内制订《民法典》来规定民法中包含的其他内容时,债法典实际上保持了独立。联邦的《债法典》理论上只是《民法典》的第五篇,从而形成了“私法统一”的局面。瑞士采用这种立法模式的理由,主要是为了实现法律的简单化,避免管辖权冲突。但由于《瑞士民法典》中有一些专用于商人之间的规则,还有不少条文保留“商事惯例”,因此该法典中民商两部分内容是否真的完全协调和融合,至今仍有争议。也有些学者认为瑞士的形式上的私法统一背后,隐藏

^① 江平著:《江平讲演文选》,中国法制出版社2003年版,第361页。

着实质上的商法。但是,这样的商法是未定型的,是一些缺乏协调的规则的总体。更有学者认为;瑞士的这种尝试事实上是失败的。

以后,一些国家随之也采纳了“民商合一”的立法模式。还有些国家本来是采用“民商分立”的立法模式,以后转为跟从瑞士的做法。如荷兰 1835 年取消商事法院,1934 年制订《荷兰商法典》,规定商法典的条款适用于所有人,不论商人或非商人,并适用于一切行为,从而实现了民法与商法的实质统一。意大利 1865 年仿效法国制定了《商法典》,实行民商分立,但 1942 年制定《意大利民法典》,将民商法的内容合为一体,也实现了私法统一。北欧各国如瑞典、挪威、芬兰等都采用了“民商合一”的立法模式。

采“民商合一”的国家没有独立的商法典,但一般也将不便与民法合一规定的商事部分,另行制定商事登记法、公司法、票据法、海商法等单行法律。

2. 商法是否具有独立性的争论

“民商分立”或“民商合一”如果仅仅指在民法典之外,是否再制定独立的商法典,那么这只是一个法律的不同编纂方式问题。但也有学者认为,这不仅是一个立法技术问题,而是反映出民法、商法在一个国家的法律体系中的地位和作用以及社会价值等根本问题。而问题的核心,则归结到商法是否独立于民法存在,商法是否是一个独立的法律部门和法学学科。这是一个实质问题。

商法典只包括商法的一部分。公司、票据、海商、保险等,都是广义商法的组成部分。因此商法典存在与否,其本身并不是商法是否一个独立的法律部门的充分依据。即使在制定了独立的商法典的德国、法国、日本等国,也有学者否认商法构成一个独立的法律部门;相反,即使在没有制定商法典的英国,也有学者认定商法已经构成一个独立的法律部门。只有同一个制度,必须随着它被定性为民事或商事制度,受不同的法律管制时,才能认定自主的商法的存在。当然,商法典的存在,往往被视为是商法独立性的一个有力支持。

对商法是否具有独立性,我国学术界也存在“否定说”与“肯定说”两种基本观点。“否定说”认为,商法并不是一个独立的法律部门。或者根本无所谓商法,就算在一定历史期间、一定地域范围内确实曾经存在过商法,但在现在、在我国,已经没有必要继续区分民法与商法。或者虽然商法是存在的,但并非是作为独立法律部门,而是作为民法中的一个特别组成部分存在,与民法形成逻辑上的种属关系。“肯定说”则认为,商法不仅客观存在,而且本身是一个独立的法律部门。这两种学说目前各有一些支持者,尚难说哪一种取得了通说的地位。

3. “民法商法化”与“商法民法化”

“民法商法化”与“商法民法化”是当前学理上常见的两种提法,其实质是对商法独立性的发展趋势的不同认识。

“民法商法化”,是指有学者认为,由于社会生活的发展,出现了“人的普遍

商化”、民法的意思表示越来越“外在化”等现象,商法的许多原则和理念被民法所借鉴,商法的许多制度已经渗透到民法领域,民法的原理和规则越来越接近于传统的商法,因而现在出现了一种民法被商法吸收,并导致私法统一的趋势。“在所有经济发达的国家,民法商事化已经到了这样的程度:几乎不再有什么规定对商事债与民事债区别对待。另一方面,各国的法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性。”

“商法民法化”,是指另一些学者认为,由于商人阶层的消失等原因,商法的特殊性越来越少,商法的特殊规则被吸收到民法中,民法原理已足以解决所有商事问题,因而出现了商法被民法吸收的趋势。

不管是“民法商法化”还是“商法民法化”,其基本结论都是,民法与商法即使曾经有很大的不同,可能是作为不同的法律部门而存在,但在现代的社会生活条件下,这样的区分已经没有必要,商法与民法应统一成一个单一的法律部门。

(二) 商法独立的原因和表现

1. 否定商法独立的理由

商法不同于其他法律部门的突出一点,在于它的独立性总是不断受到质疑。否认商法独立的理由有许多,比较重要的有以下一些:

第一,商法本身存在缺陷。商法的内涵与外延不清晰,各国对商法的调整对象是什么、调整范围如何、调整手段怎样等关键问题都没有一致答案;商法各组成部分之间关系比较松散,难以用总则一以贯之;商法没有一个经典的体系,虽然许多国家制定了商法典,但还没有哪个国家的商法典堪称完善,与法、德等国民法典的辉煌成就相比,更显得粗浅简陋。

第二,商法不能与民法有效区隔。商法调整的商事关系,可以被民法调整的“平等主体之间的人身关系与财产关系”所涵盖;传统上作为商法立法基础的“商人”和“商行为”概念,可以被民事主体与民事行为所包容;传统上视为商法主要内容的法律规范,也可以被视为民法规范。“民法和商法不可能形成合理的区分标准。因为它们都是调整交易关系的,在本质上和职能上不可能存在重大区别。而且严格区分民法和商法,并使商法形成一个法律部门也不必要。”

第三,商法是特定历史时期的产物,现在已经失去了存在的基础。商法是随着商人阶层的出现而兴起的,现在商人作为一个阶层已经消失,再维持一个只适用于商人的法律部门就既没有必要,也不符合法律面前人人平等的精神。因此,“商法先天就不足,从确立之日起就过时了。”更加上随着现代生活的发展,民法也在发展,二者的调整手段等方面也呈现出趋同的趋势,以至于商法与民法区分的基础已经消失了,“是否应将商法从民法中分离出来,自20世纪以来一直争论不休。民法与商法的区分根源于历史,但可以认为导致这种区分的历史原因