

中国法制出版社

商法论文选萃

SHANG FA LUN WEN XUAN CUI

法学论文选萃

商法论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法论文选萃/中国法制出版社编. —北京:
中国法制出版社, 2004. 12
ISBN 7-80182-409-1

I. 商… II. 中… III. 商法-研究-中国-文集
IV. 923.14-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 108094 号

商法论文选萃

SHANGFA LUNWEN XUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2004 年 12 月第 1 版

印张/15 字数/416 千

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-409-1/D·1375

定价:27.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

编辑说明

1. 随着我国法学研究和法学教育的蓬勃发展,为满足法律人士、政法院校师生研习法学所需,我社选编了《法学论文选萃》丛书。本丛书从洋洋数万篇论文中取其精华,分门别类,编辑成册。

2. 所收论文概以作品本身的学术影响作为唯一入选标准,其内容或对法学争论有独到见解,或对法律新问题有创见,或对现行法律有精辟剖析,或介绍外国立法例和学理,而不论作者的年龄、地域、职业和身份。

3. 为努力避免由于编者的立场或利害关系所致消极影响,选编工作均由中国法制出版社专业编辑担纲,经征求多方意见并反复斟酌完成。

4. 各选辑论文的编排,力图按其探讨主题,依照各部门法的法条或教科书的章节顺序分列,不考虑论文发表的时间,概不涉及作者的辈名。

5. 各篇论文均在其题目之下对作者的简历和主要学术成果略作介绍,并在文末注明论文出处,供读者进一步查考。

6. 除作者已故或极少数作者难以取得联系之外,论文均已获得作者授权。本社将严格按照有关规定支付稿酬。

7. 因所收论文原载期刊对论文注释要求不一,为尊重作者文风、保持文章原貌,本丛书对论文注释不做统一规范要求。

8. 丛书分《法理学论文选萃》、《宪法与行政法论文选萃》、《民法总则论文选萃》、《物权法论文选萃》、《债法论文选萃》、《侵权行为法论文选萃》、《商法论文选萃》、《民事程序法论文选萃》、《经济法论文选萃》、《刑法论文选萃》、《刑事诉讼法论文选萃》和《证据法论文选萃》，计 12 种。

9. 丛书或因资料搜集不全，或因编者学识经验不足，疏漏之处在所难免，敬请作者和读者见谅。

中国法制出版社

2004 年 12 月

目 录

商法典哲学思想的典型反映：关于商行为的

规则 [德] 罗伯特·霍恩 (1)

我国应实行实质商法主义的民商分立

——兼论我国的商事立法模式 石少侠 (5)

商法的困惑与思考 赵旭东 (16)

论商法的性质、依据与特征 刘凯湘 (29)

民商分立与民商合一的理论评析 郭 锋 (54)

论我国商法的现代化 徐学鹿 (69)

论商法的传统与理性基础

——历史传统与形式理性对民商分立的影响 李永军 (80)

论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的

影响 赵万一 (93)

德国商法典的最新变革 [德] 托马斯·莱塞尔 (113)

德国商法最新修订评析 邵建东 (126)

产权的法律分析 王卫国 (143)

国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突 方流芳 (168)

公司法与商事企业的改革与完善 江 平 (202)

公司的有限责任制度的若干问题 王利明 (240)

竞争与发展：公司法改革面临的主题 王保树 (264)

公司法人治理结构的当代发展

——兼论我国公司法人治理结构的重构 马俊驹 (295)

公司治理机制的本土化

——从企业所有与企业经营相分离理念展开

的讨论	叶 林 (317)
公司法人格否认法理与公司的社会责任	朱慈蕴 (332)
中国加入世贸组织后公司法的修改前瞻	刘俊海 (362)
公司设立者的出资违约责任与资本充实责任	陈 甦 (388)
论可转换公司债债权人的法律保护制度	时建中 (401)
董事的法律地位研究	张民安 (419)
评新公布的我国票据法	谢怀栻 (434)
关于提单的法律及其新发展	杨良宜 (449)

商法典哲学思想的典型反映： 关于商行为的规则

[德] 罗伯特·霍恩 等著

作者简介

简历

罗伯特·霍恩，德国著名法学家，主要从事民商法研究，同时对英国的普通法也有精深研究。

从1973年起，霍恩应英国国际法和比较法研究所与伦敦德国学术交流中心之邀请，在伦敦对当地的法学界作了一系列关于德国民商法的演讲，极大地推动了大陆法与英美法的比较研究，后来他又在这些演讲的基础上，经过润色，写成了其代表作——《德国民商法导论》。

《德国商法典》在私法的整体框架下制定特殊规则时，主要是体现了两种职能：首先是将各种纯商业行为的法律形式归纳在一起，如行纪业务或居间等特殊形式的代理；其次，在商业领域，一些十分重要的业务成交非常迅速，商法典则为卷入这些商业活动的人提供了保护。这种保护部分地体现为关于商业名称和商业登记的规定，还有一部分体现为关于商人对第三人的责任的规定，即商人对自己的行为和承诺的责任要比普通人更为严格。

根据《德国民法典》的规定，保证和债务的承认只有在具有书面形式时方为有效（《民法典》第 766 条、780 条、781 条）。但口头保证或承认债务对商人却有拘束力（《商法典》第 350 条）。此外，承诺支付契约违约金的商人，不管数额再大也必须支付；但对于承诺了支付契约违约金的普通人来说，根据《德国民法典》的规定，法院可将违约金减至“合理的数额”（《民法典》第 343 条）。另一方面，应客户的要求而为其提供了服务，或为其做成了一项交易的商人，即使有关的契约没有明文规定，也有权要求支付标准的酬金（《商法典》第 354 条）。

《德国商法典》在某些方面改变了契约法的一般原则。作为一般规则，契约的成立必须经过要约和承诺，如果受要约人未对要约做出明示的或默示的承诺，契约就不会存在。但是，根据《德国商法典》第 362 条的规定，如果受要约人是商人，而其业务涉及对他人事务的管理，那么在其不打算接受要约时，必须做出明确的表示，对要约的沉默将构成承诺。据此，如果一个客户指示其经纪人买进某种证券，而经纪人既未答复也未买进，那么该经纪人就要对此承担契约上的责任。虽然《德国商法典》第 362 条的规定只适用于涉及“管理他人事务”的职业，但如果在商人与客户之间已经存在某种业务联系，或者该商人主动地提出了某种服务项目，那么他就有义务对客户的指示或要约作出答复。由此可见，《德国商法典》第 362 条的规定对于单纯的销售要约并不适用。所以，当一个供应商向一个裁缝提出要向其出售更多数量的布匹时，该裁缝不一定要对这一要约作出答复。

但是，沉默在例外情况下可构成对契约的承诺，这一理论被法院扩大适用于其他一些情况。根据一般性的法律规定，对要约的承诺如

果迟延，契约不能成立，因为迟延的承诺构成了新的要约。但对于商人来说，他可能负有答复这一新要约，或明确表示不打算接受这一新要约的义务，因此，他的沉默将等同于对新要约的承诺。^①此外，法院还创新一种与此相对应的，所谓的“商业确认书”制度。商业确认书是一种信函，它将当事人以前达成的协议（常常是口头约定）用书面的形式表示出来。一个商人从对方当事人那里收到此种信函后，如果认为其未能反映双方共同的观点，就必须作出答复；他的沉默将构成对该信函本身的承诺，除非该信函的内容与先前的缔约谈判相差甚远，以致发信人不可能合理地期望对方当事人接受信函的内容。^②关于商业确认书制度，有一点还不是很清楚，即确认书仅仅是证实以前已达成的协议，抑或构成了一种通过沉默承诺即可形成契约的要约。但无论是哪一种情况，其实际结果都是一样的。

《德国商法典》中关于商业买卖的规定（第373条~382条），目的是保护货物的出卖人不因买受人的沉默或懈怠而受损害。我们在前面曾谈及其中的一项规定（本章第一节），即买受人必须检验所买货物是否有瑕疵，或者是否符合通常的或约定的质量标准。如果买受人打算就货物瑕疵问题投诉，他必须就瑕疵情况即时通知出卖人。否则他将失去基于货物瑕疵而产生的所有权利（《商法典》第377条）。当所售货物的种类或数量不符合契约的规定时，也适用同样的规则，除非这种差异或短缺是显而易见的（《商法典》第378条）。

《德国民法典》对动产的善意买受人的保护，在《德国商法典》中得到了进一步的扩大。《德国民法典》第932条的规定要求买受人相信出卖人是所售物品的所有人；但在商业活动中，商人常常有权出售属于他人的货物，如行纪代理商等。因此，《德国商法典》第366条规定，那些知道出卖人并非所有权人，但善意地相信出卖人有权代表所有权人处分物品的善意买受人，也应受到保护。当商人质押动产或商业证券时，也适用同样的原则。

① 《联邦最高法院民事判决汇编》，第18卷，第212页；林登梅尔-莫林：《联邦最高法院案例摘编：商法典第346条》。

② 《联邦最高法院民事判决汇编》，第11卷，第1页；第40卷，第42页；第54卷，第238页。

最后，还有另外一项特殊的商法规则值得一提，这就是商人所享有的特别留置权。对于债务人的到期债务金额，商人可就是通过正常商业往来而占有的债务人的财产或有价证券，行使留置权。

(本文节选自《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社 1997 年版)

我国应实行实质商法主义的民商分立

——兼论我国的商事立法模式

石少侠

作者简介

简历

石少侠，男，1952年8月生。1978年9月考入吉林大学法律系，1982年7月毕业留校任教，1990年破格晋升为副教授，1996年被评为教授，1999年被遴选为博士生导师，曾任吉大律师事务所主任、吉林大学法学院副院长、院长。2000年8月调任国家检察官学院副院长，曾任常务副院长。现任国家检察官学院院长、教授、博士生导师；兼任中国法学会理事、中国法学会商法学研究会副会长、中国法学会法学教育研究会常务理事、国家司法考试协调委员会委员等职。

主要学术成果

《公司法》，吉林人民出版社1994年。

《经济法新论》，吉林大学出版社1996年。

《公司法教程》，中国政法大学出版社1997年。

《国有股权问题研究》（主编），吉林大学出版社1998年。

“股权问题研析”，《吉林大学社会科学学报》1994年第4期。

“论公司内部的权力分配与制衡”，《中国法学》1996年第2期。

“对产权概念的法律思考”，《法制与社会发展》1996年第5期。

“我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式”，《法制与社会发展》2003年第5期。

目 次

- 一、正本清源：四种不同形态的商事立法模式
- 二、学说评析：我国商事立法模式抉择的争议

- 三、模式创新：我国应实行以《商法通则》为统率的实质商法主义的民商分立

如何处理民法与商法的关系，不仅直接关系到我国究竟要制定一部什么样的民法典，且直接涉及到我国商法体系与框架的建构，对于健全与完善市场经济的商法调整，也具有十分重要的理论和实践意义。有鉴于此，笔者拟立足于实质商法主义的民商分立，对我国民法与商法关系的处理及商事立法模式的抉择略抒浅见。

一、正本清源：四种不同形态的商事立法模式

任何一种形态的商事立法模式，无不反映了该国对民商法关系的基本认识及处理准则。因此，要准确界定民法与商法的关系，首先必须厘清世界各国最基本的商事立法模式，并以此作为比较研究和学习借鉴的基础。

长期以来，在归纳概括世界各国的商事立法体例时，我国学者大都将其区分为“民商分立”与“民商合一”两种模式。细究之，此种概括不仅忽略了英美法系国家的商事立法模式，且即使是只对大陆法系国家商事立法模式的概括，亦欠全面、准确，失之于偏颇，且有以讹传讹之嫌。在笔者看来，从法典语义上考察，实际上当今世界各国对民事与商事关系的法律调整可以概括为四种不同形态的商事立法模式：一为民商分立，即除了制定统一的民法典外，还制定独立的商法典，采取此种立法模式的有法国、德国、日本等。二为民商合一，即制定民法典而没有商法典，在对传统商法内容的处理上，是将传统商法的内容融入民法典之中，即把商事主体、商事行为、商事代理、商

事权利等归纳到民法典的相应各篇章中，如意大利民法典和瑞士债务法等。三为单行的商事法律，即制定民法典而没有商法典，在对传统商法内容的处理上，采用另行制定单行商事法律的模式，如公司法、票据法、保险法、海商法等，我国大陆及台湾等就采用这种立法模式。应当指出的是，此种商事立法模式通常亦被学者们视为民商合一，并被归纳概括到民商合一的体例之中，而实际上立法机关从未做出这样的划分和确认，这种归纳概括也并无任何法源依据。之所以得出这样的结论，完全是因为在中国民商合一被先验地奉为真理，民法学者们已经习惯于将所有的单行商事法律都视为民法的特别法。因此，这种合一只是学者们在观念意义上的合一，并非法典意义上的合一，更非法定合一。无视我国采用单行商事法律立法模式的现实，将单行商事法律一概作为民法的特别法，实质上是“商法民法化”的典型表现。在这种意义上认识商法，必然导致对商法的虚化和抹煞。为避免由此而产生误解和分歧，笔者认为必须恢复事物的本来面目，将采用单行商事法律的立法体例单列为一种独立的商事立法模式，以明示商法与民法在法源上的区别和分野。四为别树一帜的英美法系商法，即没有独立的民法典，却有独立的商法典，且其商法的内容与实行民商分立制的大陆法系国家的商法亦迥然有别。

尽管采取民商分立制国家的商法对商事关系范围的确认广狭不一，但就其分则的内容而言，一般都包括公司、票据、海商、保险四大部分。探究这四部分内容的实质，我认为可以用四句话来加以概括：公司法解决的是交易主体问题，票据法解决的是交易结算问题，保险法解决的是交易风险问题，海商法解决的是海上贸易问题。由此可见，这些内容虽与商有着密切的联系，却都不是商的本身。依“商”之字义，应为媒介财货交易的行为，其法律表现形式应为合同或契约。而民商分立国家的所谓商法不仅在分则中一般并不涉及合同问题，即使是在总则中也极少有关于合同的规定（商事活动或商行为的规定解决的是商的范围问题，而非合同问题），合同关系均由民法调整，可见其商法的形式与内容并非名实相符。此种状况进一步表明：大陆法系国家商法的独立是对法律分类的补充，即实质上是对民法的补充。从民商分立制国家的立法实践看，基本上都是民法典制定在先，而商法典

制定在后，这就决定了商法典不能重复民法典中已有的规定，而民法也无法将商法的内容融入其中。尽管二者之间具有千丝万缕的联系，但总体上看，其性质、功能与作用当属泾渭分明。当然，决定商法与民法的分离还有许多因素，其中最主要的是由于商法不同程度地反映着私法的公法化倾向，归根结底是由商法的对象和性质决定的。正是由于商法与民法的分离，才产生并形成了私法的二元结构。

与大陆法系国家不同，倒是英美法系国家的商法与“商”之本义表现出惊人的一致。以美国的统一商法典为例，它共设十篇，以货物买卖合同为法典的核心，以商业票据、仓单、提单、担保交易等为商法典的组成部分，集中解决买卖问题，可以说是一部名实相符的商法。之所以如此，究其根由，主要是因为英美法系国家一般没有成文的民法典，因此商法的制定及内容无须受民法的约束。

二、学说评析：我国商事立法模式抉择的争议

对于我国商事立法究竟应当采用何种模式，自民国初至今，一直存有争议。早在民国之初，即有民商分立与民商合一之争。考当时民商合一论者的主要论据是：因历史进步、社会进步、世界交通、各国立法趋势、人民平等、编制体例、商法与民法的关系等，应订民商统一之法典。^① 尽管民商合一论在这场争论中大获全胜，其议案被国会所采纳，但耐人寻味的是，民国民法实际上从未采用真正的民商合一体例，即使是沿袭旧制的台湾，至今也未制定民商合一的民法，其商事立法仍采用单行商事法律的模式，学说上将传统商法中的有关立法视为民法的特别法。

我国大陆自改革开放以来，随着对商品经济和市场经济的承认，特别是随着民法典的起草与制定，在学界也出现了关于商事立法模式的争论。鉴于法系上的差异及业已形成的法律体系，迄今尚无人主张制定英美模式的商法。对于商事立法模式的抉择，仍为分立与合一之

① 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980印行，第511—514页。

争。主张采用民商分立制的，强调商法、商行为的特点，以及民商分立的好处，认为我国应制定独立于民法的商法，并将民商分立看作是世界各国商事立法的发展趋势。持此观点的学者对商法的内容做出了不同的设计，有的主张以法、德、日商法为瞻，循以西例；有的主张另起炉灶，除传统商法的内容外，还应包括合同法、市场规制法等，可谓众说纷纭，莫衷一是。民商合一论就其主张而言，则有法典上的合一论与观念上的合一论之分，二者的共性是反对在民法之外另订商法，二者的区别在于：法典意义上的民商合一论主张将商法的内容融入民法，使商法民法化，用民法取代商法，并认为商法独立于民法的基础已不复存在；而观念上的民商合一论则并不强求法典意义上的合一，对传统的民法表现出更多的尊重，对传统的商法表现出相当的宽容，对法典意义上的合一表现出务实的理性，只是主张在观念上应将一切单行的商事法都视为民法的特别法，并不刻意追求民法对商法内容的包容。

发人深思的是，面对合一论和分立论的激烈论争，我国的立法机关采取了更加务实的立法精神，在短短的十年间，出台了公司法、票据法、保险法和海商法等重要的商事法律，以单行商事法律的立法模式^②初步建构起具有中国特色的商法体系。

对于法典意义上的合一论与分立论，笔者认为论者都没有说出令人信服的必须合一或必须分立的充足理由，其正确性和可行性是令人怀疑的，其所持论据是值得商榷的。

首先，法典意义上的民商合一论实质上是“商法民法化”的表现，其实质在于以超级民法来全盘取代商法，这不仅抹煞了商法与民法的区别，违背了法律部门划分的科学法理，就是在实践中也是行不通的。

第一，主张在法典意义上实现民商合一的观点，其理论依据是不能成立的。民商合一论主张将商法融入民法之中，主要理由都是建立在对传统商法中的商人和商行为的否定上。他们认为，现代社会关系的“普遍商化”，导致了商人特殊身份的消失；营利性营业行为的范围大大扩充，导致了商业的泛化。因此，商法独立于民法的基础已经不

^② 此种立法模式既不是所谓法典意义上的民商合一，也不是法典意义上的民商分立。

复存在。^③ 在笔者看来，其一，合一论者据以取消商法的理由倒更像是在反证商法的作用应当得到强化。毫无疑问，现代市场经济的发展大大扩充了商事主体及商事活动的范围，诚如有人所言，现代社会几乎“无业非商”。然而，随着人的普遍商化和商业的泛化，本应强化商法的作用，扩大商法适用的领域，怎么却要反其道而行之取消商法呢？这显然不符合论者自证的推理逻辑。其二，民法本来就有其传统的作用领域和范围，不应越俎代庖，取代商法的功能。如果说由于人的商化和商业的泛化就需要民法调整，而不再需要商法，那么无异是在说现代社会的民法也在商化，民法已经异化为商法，民事立法已不再是“商法民法化”，而是“民法商法化”了，这显然也有悖于论者的初衷。客观地讲，无论社会关系被如何地“普遍商化”，绝不可能人人都是商人，民事主体与商事主体仍是泾渭分明；无论营利性营业行为的范围如何泛化，绝不会导致商事行为与民事行为的融合。

第二，主张在法典意义上实现民商合一的观点，在实践中是行不通的。尽管民商合一论在我国被一些人先验地奉为真理，但值得注意的是，无论民国之初的民商合一论还是当今中国的民商合一论，绝大多数论者都只是在观念上将商法视为民法的特别法，而极少有人主张制定民商合一的民法典。因为无论是仁者还是智者都深知法典意义上的合一不仅是不现实的，也是根本不可能的。即使是采用法典意义上的民商合一制的国家，也只能是将商法的个别内容或制度融入民法，而不可能融入其全部。即便如此，采用法典意义上的民商合一制的国家也为数甚少，且鲜有成功者，采用合一制的瑞士债务法就被日本学者批评为是一种失败的尝试。^④ 事实上绝大多数的民商合一论者从不反对商法的相对独立性，中国也未因民法学者在观念上主张民商合一而影响商法的发展及商法学科的独立。在这个意义上阐释民商合一的主张，笔者认为是可以理解的，也是可以接受的，因为它并不会导致商法的虚化和消亡。

然而，近年来随着对我国民法典制定研讨的逐渐深入，民法学界有人明确提出了制定民商合一的民法典的主张。持此主张的学者认为：

^③ 王利明：《中国民法典的体系》，《现代法学》2001年第4期。

^④ [日] 田中耕太郎：《商法总则概论》，有斐阁1940年版，第40页。