

商法的執迹

从传统到现代

徐学鹿 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

商法的 轨迹

从传统到现代

徐学鹿 著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法的轨迹:从传统到现代/徐学鹿著. —北京:
法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4933 - 5

I. ①商… II. ①徐… III. ①商法 - 研究 IV.
①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 094796 号

商法的轨迹:从传统到现代
徐学鹿/著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 沙 磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 20.75
字数 256 千
版本 2013 年 7 月第 1 版
印次 2013 年 7 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4933 - 5

定价:50.00 元

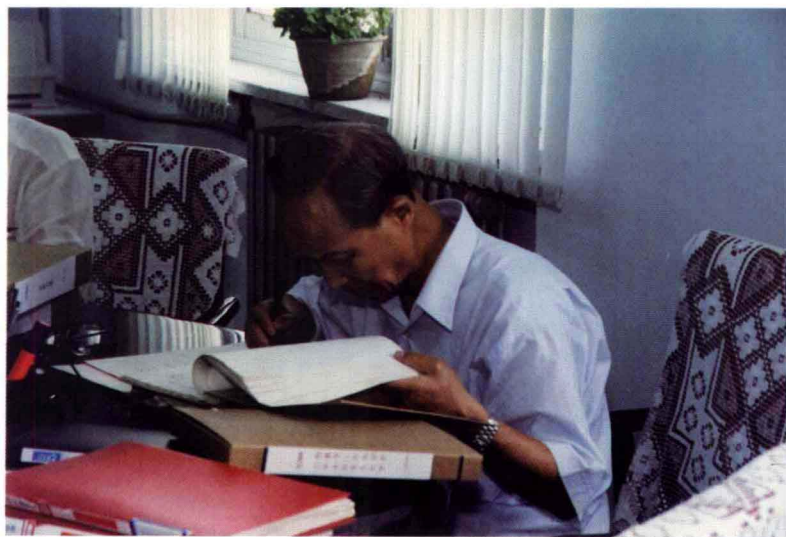
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



■ 徐学鹿肖像。



■ 会上发言。



■ 埋头工作。



■ 1951 年参军
第一个夏季
留影。



■ 大学毕业时
留影。

■ 2000 年在故乡汉中市刘邦
拜韩信为将的拜将坛留影。



■ 最近生活照。



■ 1998 年在英国进行学术交流。

国内贸易部属高校学科建设指导委员会成立大会代表合影 1995.1.6



■ 1995 年与全体学科建设指导委员在一起。



■ 1995 年 8 月参加第 14 届亚太法协学术研讨。



■ 1995 年
11 月参加
市场经济
与立法学
术研讨会。



■ 2000 年参
加人民大
学法学院
学术研讨。



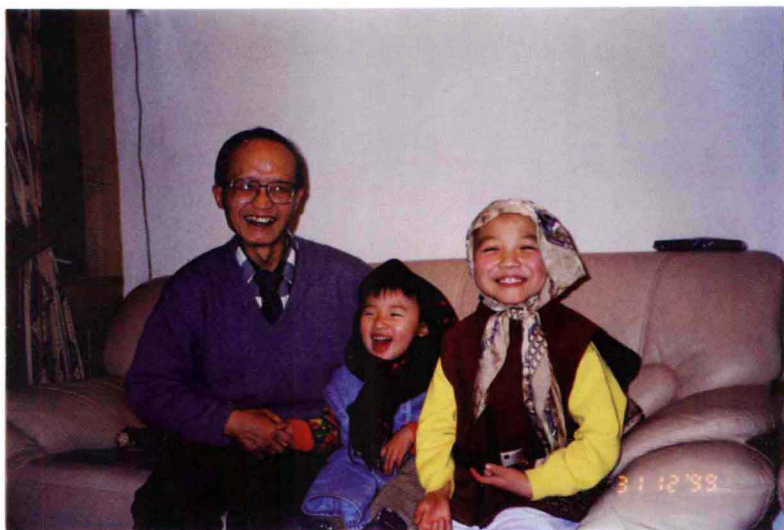
■ 在 2009 年
华东政法
学院的公
司法论坛
上发言。



■ 指挥风采。



■ 1999 年在北京商学院大学生艺术节上指挥合唱。



■ 与外孙田涵宇和孙子徐贝康的合影。



■ 女儿徐虹人民大学博士毕业时的合影。



童年与母亲在一起。



年轻时的全家福。



现在全家福。



1950 年汉中中学同学。



1951 ~ 1952 年
解放军高级后勤
学校同学。



1955 ~ 1959 年
中国人民大学法
律系全班同学。

CONTENTS

目 录

商法研究三十年：从商法、现代商法到和谐商法的推进 / 1

对中国特色社会主义法治的一点思考——析商法的转型 / 13

商法的范式变革——析资本经营与营利 / 22

和谐商法的实证分析 / 36

商法是自然法 / 43

商法是发现法 / 62

商法是市场经济的基本法 / 80

我国商法现代化道路的选择 / 91

对编纂我国商法典的思考 / 95

论非法典化 / 102

对软商法法律约束力的思考 / 122

论软商法 / 124

软法与道德、习惯、政策的区别 / 168

论商会 / 172

论商人权利的救济方式 / 223

创新商法的思考 / 269

网络时代商法发展的机遇 / 286

论商法与民法的关系 / 293

论商法的学习与研究方法 / 306

学者·时代·责任 / 321

后 记 / 324

商法研究三十年： 从商法、现代商法到和谐商法的推进

新中国成立后,以党的十一届三中全会划线,我国商法的发展可分为两个时期。党的十一届三中全会以前,我国是建立在单一公有制基础上的高度集中的计划经济体制。这种僵化的模式,忽视商品生产、价值规律和市场的作用,忽视民主和法制的建设。适应这种体制的需要,国家和地方曾颁布过一些商业法规。这些商业法规,不少已经废止、失效。党的十一届三中全会后,我国经历了三十年的改革开放,改革开放的三十年贯穿着一条红线,这就是解放思想。我国商法从无到有、从盲目照搬到科学发展,每前进一步都贯穿着思想解放运动的深入,可概括为三个阶段:从姓资姓社的争论中解放、从法典崇拜到面向市场的解放、从硬商法到软商法的解放。

一、从姓资姓社中的争论中解放

民主法制伴随着改革开放提出后,人们开始思考我国应不应当有商法,应当有什么

样的商法。主张我国不应当有商法的人认为:“由于国家集中管理了工商业活动,因此在社会主义国家早已不存在任何商法。”并且,认为“在社会主义国家,关于商法是否独立的问题,从来是一个不值得讨论的问题”。^① 主张应当有商法的学者试探性地开始发表著作和论文,如谢次昌教授早在1984年第六期《法学研究》发表的“对建立我国商事法制的探讨”一文中指出:“商事法是调整商品流通领域中各种经济关系的法律。”《经济学周报》1985年11月17日第五版连载的《浅谈商法》一文认为商法是独立的法律部门,它调整的是商品流通经济关系。1986年中国商业出版社出版的《商法概论》认为:“商法是由国家制定或认可”,“调整商品流通中经济关系行为规范的总称”。^② 在应当有什么样的商法上,谢次昌教授在《商业经济研究》1987年第1期发表《传统商法中几个需要探讨的理论问题》中指出:“传统商法即是资本主义的商法。”“商法和商业法是两个不同的概念”,为了与资本主义国家商法划清界限,我国只能有商业法,实际上他自己又否定了1984年他所肯定的商法。由于当时主流观点是对商法的否定、对商业法的肯定,因此,很快《中华人民共和国商业法》就被列入了立法规划,并开始了起草工作。姓资姓社的思想解放运动是一个曲折的过程,因为倾向或主张商法的学者涉足商法,在当时具有一定的风险性。但是无论是改革还是开放,无论从哪个方面讲都迫切需要认识了解商法、传播商法、实践商法。在这种情势下,人们为了回避风险,采取了从国际商法、外国商法、西方资产阶级民商法等领域切入的方式,在高等院校试探性地开始了商法教学科研工作。

1984年7月中央讨论了《中共中央关于经济体制改革的决定》

^① 梁慧星、王利明著:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第116页。

^② 徐学鹿:“浅谈商法”,载《经济周报》1985年11月17日、24日。

的提纲,10月党的十二届三中全会通过了这个决定,第一次将“有计划的商品经济”、“完善民商法律”写进了党的决议。同年8月中国经济法研究会成立时,名誉会长谷牧同志在分析对外开放时提出:“要制定我国的商法。”^①这是作为国家经济领域的最高领导人之一,第一次如此明确地提出我国的商法制定问题。伴随着经济体制决定的贯彻,当时讨论的一个命题就是“建立商品经济新秩序”的问题。人们认为:“秩序,就是按照一定的行为规范,人们实施各种行为的总和。这种行为规范可以表现为习惯、道德、政策、纪律、法律等规范。人们按照这些有形的规范,如政策、法律,以及无形的规范,如习惯、道德等,进行各种活动时,要受到各种约束等,客观上就必然形成一种秩序。”“商品经济是天生的‘平等派’,他的基本核心原则就是平等竞争,等价交换。从总体上体现这些原则的法律就是商法”。^②理论认识的突破标志思想解放的程度,它必将反过来促进立法,促进理论认识的深化。随着1986年8月,沈阳防爆器材厂宣告倒闭破产,同年12月全国人大常委会通过了《企业破产法(试行)》。尽管这部法律存在诸多不足,但值得指出的是它在商法领域是打破坚冰的首创之举。伴随着制定过程中的激烈争论,两种思想的激烈交锋,加深了人们对商法的认识,也吸引了人们对商法的关注。尽管旗帜鲜明地提出我国的商法,在当时仍然存在极大风险。由于具有创新精神的体制改革的决定越来越深入人心,具有良知、责任感的学者开始推出这一领域的论著。一是译作,如1982年由丁耀堂翻译、法律出版社出版的《日本商法典》,1985年由甘肃人民出版社出版、谢次昌翻译的介绍日本商法典的著作《商法略说》,1989年由中国政法大学出版社出版、刘家辉

^① 徐学鹿著:《改革开放中的商法理论与实践》,中国法制出版社1991年版,第1页。

^② 徐学鹿著:《改革开放中的商法理论与实践》,中国法制出版社1991年版,第22~23页。

等四人翻译、纳雷什金娜主编的《资本主义国家民商法》；二是我国学者介绍国外商法的著作，如1991年由对外贸易教育出版社出版的、冯大同主编的《国际商法》，法律出版社1984年出版、江平主编的《西方国家民商法概要》；三是我国学者对我国商法的专著，如《商法概论》，这是在我国开放中产生的最早的一本论述我国商法的著作。从现在来看这些论著，特别有关我国商法的论著，可能是稚嫩的，登不了大雅之堂，但它首开了新中国商法的先河。因此，被人们认为是“反映了独立的商法学著作的体系和基本内容”，在“建国以来尚属首次”。^①

4

这一轮思想解放除产生了上述理论认识、学术著作及立法上的积极成果外，其必然结果是导致《中华人民共和国商业法》停止起草。即使这样我们也不能否定它的全部工作。第一，起草者做了大量的调查研究，搜集了不少国内外资料，特别是在立项后在美国调研中积累的资料，仍有现实参考价值；第二，起草者注意了与业务单位及专家的结合，成立了中国商业法研究会，广泛听取了各方面的意见，这一过程中解放了思想，最终转变了观点，接受了商法，并将其刊物更名为《中国商法》，内贸部的机关报也更名为《中国商报》等；第三，所提供的经验证明，由主管业务单位代国家起草法律，必须始终注意超越本单位本部门的狭隘眼界，一定要在事先充分调查研究的基础上提出具有可操作性的立法理由书。只有这样，起点才能高，即从管企业转变为充分关注企业生机活力的视角，从强化“看得见的手”到尊重“看不见的手”的转变，才能提出符合我国国情的一些社会主义市场经济的市场交易规则的科学的设想、方案。

^① 何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年版，第621页。