



现代商法：理论基点 与规范体系

Modern Commercial Law: Theoretical Basis
and Standardized System

郑曙光 胡新建 著

 中国人民大学出版社



现代商法：理论基点 与规范体系

Modern Commercial Law: Theoretical Basis
and Standardized System

郑曙光 胡新建 著

北方工业大学图书馆



C00339433



中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

现代商法：理论基点与规范体系/郑曙光，胡新建著．—北京：中国人民大学出版社，2013.6

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-300-17629-1

I. ①现… II. ①郑…②胡… III. ①商法-研究 IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 140814 号

国家社科基金后期资助项目

现代商法：理论基点与规范体系

郑曙光 胡新建 著

Xiandai Shangfa: Lilun Jidian yu Guifan Tixi

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2013 年 6 月第 1 版
印 张	30 插页 2	印 次	2013 年 6 月第 1 次印刷
字 数	492 000	定 价	89.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

作者简介

郑曙光，1962年生，浙江舟山人。现任宁波大学人文社科处处长，法学院教授。长期从事经济法、商法教学、科研工作。主持国家社科基金重点项目和后期资助项目各1项，国家软科学研究计划项目2项；主持国家精品课程与国家公开视频课程各1项。出版专著与教材7部，发表论文60余篇。研究涉及商法与经济法基本理论、产权交易法、公司法与企业法、中小企业发展公共政策。

胡新建，1977年生，河南汝南人。法学硕士，宁波城市职业技术学院副教授，浙江贞信律师事务所兼职律师。主要研究方向为商法与经济法。在各类期刊杂志上发表学术论文近20篇。参与或主持完成国家级、省部级、市厅级课题10余项。

前 言

—

商法学在我国是一个既熟悉又陌生的法学领域。说熟悉，是因为我们每天都或多或少、直接或间接地接触到商事法律规范；说陌生，是因为我们未曾真切地触摸到承载着商法特有价值和规范的学科体系。

1999年，《商法学》作为高等教育法学课程中14门核心课程之一已被国家教育部所确认。翻开商法教科书，商法学者们不厌其烦地解释分析、追根溯源，以寻求商法所承载的社会价值，其目的无非是想论证商法在经济活动中发挥着重大作用且具有独立于民法的法域体系，但是这种解释、分析至今尚未成为学者们的共识，甚至一直被众多学者所怀疑和争论。我国民法学者认为商法作为商人职业法是历史的产物，也只能作为历史的遗产；经济法学者主张“商”回归“民”又溢出“民”之后，溢出的部分即为公法化了的商法，应当划入经济法。^①商法学者们自己也在进行着辩论，争论的实质问题是在当今世界经济全球化、文化多元化的潮流席卷之下，商法学的源与流、合与分、兴与衰。

商法学者赵旭东教授在其所著的《商法的困惑和反思》一文中提出了商法存在的四大困惑：一是商法调整的对象到底是什么？通说认为商法调整的对象就是商事关系，但商事关系又是什么？商事关系与民事关系的相互关系又如何？二是到底什么是商事行为，商事行为与民事行为的关系如何？三是商事行为应否作为商法的调整对象，是否应建立单独的商事行为法的规范体系？四是商法的范围和内容如何，商法究竟由哪些部分组成？

^① 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001（4）。

公司、票据、破产、保险、海商是不是就是商法的固有范围?^① 长期关注和研究商法问题的徐学鹿教授也就商法发展的现代化问题提出了自己的看法。他认为,商法作为部门法发展,必须研究以下问题:第一,商法在法律体系中是基本法还是特别法;第二,商法是私法还是公法或公法化了的私法;第三,商法规范是开放式的、与国际衔接的,还是封闭式的、自成体系的;第四,商事权利救济是以自裁机制为主,还是以他裁机制为主;第五,商法是资本(智力)经营法,还是营利法。^②

应当认为,商法作为调整市场经济的法律制度,在整个法律体系中占有非常重要的地位。但由于我国没有单独的商法典,对商法学的研究长期依附于民法进行,以至于学者对商法是否独立,商法的内容与体系是什么等问题一直难以达成共识。更有甚者,在对商法一些概念的界定中采取循环论证的方式,使商法的初学者们无法把握商法理论的真谛。如果问什么是商人,回答曰:“商人就是从事商行为的人。”如果再问何谓商行为,回答是:“商行为就是根据商人方式所从事的行为。”显然,这种形式上的推定,要比“先有鸡还是先有蛋”的争论更具有形而上学的投机性,无法通过概念推演实现逻辑自足。

追溯商法的产生和发展历程,一般认为商法诞生于中世纪后期的地中海沿岸,至今已有几百年的历史。我国则从1904年制定和颁布《钦定大清商律》入手,开始了中国近现代一系列商事立法的进程。《钦定大清商律》是中国法制史上第一部“现代意义上的法典”,具有划时代的历史意义。从1904年到2004年刚好一百年,在这一百年当中,中国社会的政治、经济几经变迁,商事立法亦因时而变,从无到有,从产生、发展、相对完备到废止,尔后又重新起步和飞速发展,商法始终与国家的政治制度紧密相连,受社会政治环境影响。商法的理论与实践在各个时期也表现出极为不同的特点,反映了商品经济在中国近现代起伏跌宕的命运。^③

商法和商法学命运云谲波诡、变幻不定,除了政治经济体制更迭演进外,还与商法自身的不断演进相关。

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:

① 参见赵旭东:《商法的困惑和反思》,载中国法学会商法学研究会编:《中国商法年刊》,上海,上海人民出版社,2002,第153页。

② 参见徐学鹿:《论我国商法的现代化》,载《山东法学》,1999(2)。

③ 参见王志华:《中国商法百年(1904—2004)》,载《比较法研究》,2005(2)。

一为民商分立。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。制定民法典而没有商法典，在对传统商法内容的处理上，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篇章中，如意大利民法典和瑞士债务法等。

三为分合折中。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，我国大陆及台湾地区等就采用这种立法模式。

四为别树一帜的英美法系商法。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。^①

与这四种不同的商事立法模式相适应，也形成了相应的商法学学科发展的轨迹。

因此，当我们从商法学学科发展的视角来考察和分析商法这一社会现象时，我们就会发现，现代商法处于一种相对尴尬的境地。商法典早已无法适应经济发展的需要，大量的商事单行法规的存在已经将它架空；现代商法在大多数国家是以作为民法的特殊法状态而存在的，这种民商合一的体系使得民、商法之间的界限往往游离不定。究竟是否存在一种自成体系的商法，这并不是一个显而易见的问题。自成一体的部门法有它自身固有的一般原理。因此，研究商法问题，建立和健全我国的商法体系，一个深层次的问题是商法的发展问题，即商法是否具有部门法属性，商法具备部门法属性的社会经济基础是什么，商法具有部门法属性应具备的自身条件是什么，对这些问题需要作深入探讨和挖掘。

二

应当承认，我国商事立法、商事司法以及商法理论的研究明显落后于市场经济的发展。

^① 参见石少侠：《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》，载《法制与社会发展》，2003（5）。

在商事立法方面，由于受到民商合一立法模式或立法理念的影响，近几年的立法实践注重制定相关的商事法规，而未考虑制定商法典或商事通则，商法的部门法地位在立法上没有得到确认。虽然已有大量的商事单行法，但是，它们都不是确立民、商法关系的恰当法律表现形式，商法的原则与制度（如商事登记、商号、营业、商业账簿、商事辅助人等商事制度）没有在民事一般法中充分地表达出来，甚至构成商法的基础性、结构性的概念（如商主体、商行为）都没有以一种相对独立的、明确的形式获得肯定。一方面，各单行商事法规分散、杂乱，相互冲突的状况难以解决，“群龙无首”现象影响了商法规则体系的有序与和谐发展；另一方面，现行的商事单行法律、法规不是一次性、整体化、系统化立法思维的结果，而是随着经济体制改革的需要陆续制定的，其结果是，立法时空跨度大，立法理念、制度构建彼此照应弱，商事规范对商事交易惯例吸收性差。商事法律制度缺少核心概念的支撑，也缺少基础性制度的支撑。在中国特色的社会主义法律体系已经形成的大背景下，这还是一个比较奇特的现象。于是，中国商法一般理论的研究只能过多地以域外法为参照，其间或可援引中国商事单行法或民法的相关规定，以说明其是贴近还是偏离了商法理论。因此，在现行世界各国不同商事立法模式并存以及商法典的制定愈加难以适应现实发展需要的情形下，我国在民商立法模式选择上，如何在制定《民法典》的前提下，建立起以《商事通则》为统率、由商事单行法为支撑的商事立法模式是当务之急。

在商事司法方面，我国没有设置专门的商事法院或商事法庭，对于大部分商事纠纷的管辖仍然是大民事审判格局，即由各级人民法院的民二庭来审理商事案件^①，只是对少数重大的涉外案件才规定应成立专门的商事审判庭或者合议庭，并且对法院具有管辖权的要求也过于严格。^② 其实，

① 民二庭是指民事审判第二庭，其前身是经济审判庭。1980年前后我国各级人民法院陆续设立了经济审判庭，主要审理原来由民事审判庭主管的经济合同纠纷案件和企业之间的侵权损害赔偿案件。2000年最高人民法院决定在我国法院实行大民事审判格局，即将民庭、经济庭和知识产权庭的名称、职能进行调整整合，统称民事审判庭，民庭、经济庭、知识产权庭分别改称民一庭、民二庭、民三庭。公司、证券、保险、证券、期货、票据、担保、商事买卖合同这些纠纷所涉及的法律关系大多是传统商法所调整的范畴，可以称之为商事纠纷。这些典型商事案件统一由民二庭审理。2001年11月，最高人民法院使用民商事审判的提法，特指民二庭的审判工作。

② 参见最高人民法院《关于加强涉外案件诉讼管辖工作的通知》，2004年12月29日颁布实施。

正确确定商事纠纷案件审理的意识定位,是商事纠纷案件审理的一个基本着力点。因为商事主体之间所订立的合同以及其他商行为的发生,其价值取向和制度设计确有与传统民事合同以及其他民事制度不同的地方。如果简单地以传统民法的思维考虑商事纠纷案件中的一些问题,就极有可能违背商事立法的精神,或者无法找到适当的解决方案。由于我国没有商法传统,商事审判理念未能从商事审判的特性上加以把握,商事审判中的维护交易简便快捷、维护交易安全、维护交易公平理念、促成商主体稳定理念等未能在商事审判中加以贯彻和运用,以至于在司法实践中对一些本应以商法理念来处理的商事纠纷案件用民法理念来处理,出现了一些困难和困惑。比如,“王海”现象自1995年出现以来,在社会上引起了广泛的争议和讨论。法学界对“王海”现象的论争并没有定论,司法机关的判决也因个案而迥异。从商法学视角分析,“王海类人”,知假买假→诉至法院→获得加倍赔偿的行为,从一定意义上说,是一种营利行为,如果其长期以此为业,则与以满足生活消费需要购买、使用商品或接受服务为目的的消费者这一民事主体显然有别,故将其作为民事主体中的“消费者”明显不妥。其所实施行为的营利性,与商人的营利行为无异。如将其视为商人,则不能依据《消费者权益保护法》保护其权利,而应当依法令其与其他商人如商品的生产者和销售者一样承担相应的商事义务,课之以承担严格责任。如承担严格责任,但“王海类人”又没有履行商主体的登记程序,欠缺商行为能力。法律地位的不平等、权利义务的不对等,会导致以打假获利为常业的“王海类人”与其他商人之间的不公平竞争,以致扰乱稳定、公平的竞争秩序。^①

在商法学研究方面,商法基础理论的研究水平还不够深入。基础理论研究水平是衡量一个学科成熟与否的重要标志。作为对市场交易起着重要作用的商法,理当有完善严密的制度规则以及相应的理论体系。从一些学者们的现有研究成果中可以发现,对商事领域的各项具体制度如公司、证券制度探讨的多,对于商法的原则与体系、商主体、商行为等基本范畴的研究则不够深入。

我国市场经济实践的突飞猛进,迫切需要健全的商法规范予以调整,迫切需要创新的商法学说、理念予以指导,也迫切需要商事司法予以保障。市场经济的发展已使我国的商法进入立法、司法与学说互相推动、共

^① 参见邓鹤:《王海现象的再分析》,载《河北法学》,2000(3)。

同繁荣的新时代。为了寻求我国商法研究的突破与创新，当务之急是需要学者们充分认识商法所赖以存在的社会、政治、国际环境，尤其是经济合作背景下商法的发展空间，既注重基础理论研究和实证分析，又密切关注国内外的研究发展动态，开拓思路、勇于实践，创建和完善具有时代特征、真正符合我国现实需要的商法体系。

商法本是扬弃经院式学术的产物，开放和实践应是其本性和生命力所在。但在强大的大陆法思维之下，我国的商法学仍需时刻提防理论自足自乐的倾向，以免落入传统窠臼。无论是对商法基本理论还是对具体制度的研究，都应密切联系实际、紧贴时代脉动，以不断发现并解决我国改革开放和发展中出现的问题为己任。

商法学者范健有言：“世界范围内的商事立法运动肇始于18世纪初，延续至今，它是人类社会迈向法制的重要一步。它实现了社会经济生活从无序到有序、从偶然调整到一般调整的转变，实现了从上层建筑向经济基础的渗透。”如果说，宪法的诞生为资产阶级民主与法制发展创造了政治上的法律基础，商法的发达则为“平等”、“权利”、“自由”在“尘世”的落实奠定了经济上的制度基础和法律依据。它直接或间接地对社会经济体制的运转、民族和国家的统一，乃至世界法律的同化产生着极其重要的影响。商法时代的出现，是现代文明的必然结果。商法时代留给我们的不仅是法典、法规和制度，更是一种现代文明社会的精神。完善中国商事立法，建立符合中国国情的商法制度，重现商法时代的精神，对于向现代化过渡的中国，其意义远非囿于一个法律部门和一种法律制度的建立。

三

一个严密而合理的学科体系，应当有学科体系建立的理论基点，并由该基点出发演绎出该学科体系的结构与内容。因此，构建现代商法的理论基点与规范体系，是对商法所具有的概念、价值、规范进行体系化分析的理性认知。

构建现代商法的理论基点与规范体系，其目的是更好地完善商事法律体系，即构建后的现代商法体系不但具有与民法、经济法的和谐相处性，而且还具有商法自身所具有的“可综览性”，从而促进一国法律的

“安定性”。

构建现代商法的理论基点与规范体系是复杂且艰难的工程，在研究路径设计上可以考虑以下方面：

首先，应遵循商法演进的一般规律性与发展特点。商法经过了中世纪的商人习惯法、近代社会的成文法与法典化、现代社会的国际化不同阶段，其发展实践已经有了极为丰富的法律资源积淀，我们可以从中世纪的商人习惯法中触摸到商法的价值，从近代商法成文法中探求商法的体系结构，也可从现代商法发展进程中寻求商法的制度创新。研究现代商法的理论基点与规范体系应从商法理论的传承与发展这样的形式逻辑环境中寻求答案，探究商法所固有的个性。

其次，应从两大私法规范的和谐相处性上构造商法的规范体系。商法与民法殊途分进，到了现代，经过强行性规范的不不断浸染与国际化发展的法律实践，与传统民法渐行渐远。但是民法与商法均为私法，商法作为特别私法，实在是一般私法制度的延伸，其独立性虽不可磨灭，但其概念体系、权利义务体系和研究方法绝不可与民法完全分离。商事主体资格制度和商事登记制度系一般私法中主体制度（自然人和法人）的特殊表现；商号制度系特殊的人身权制度（姓名和名称权）；商事代理制度和商事辅助人制度系私法中代理制度在商法中的变迁；商行为中的许多规定都是对法律行为制度、物权制度、一般债法制度和特别债法制度的变更。可见，商法制度体系有着高度的系统性和科学性，并与私法中的一般制度交相辉映，构成了完整的私法体系。在商法规范体系构建上，应以其作为独立于民法，但以民法为一般法的特别私法来建构相应的规范体系。就商法独立于民法而言，要求在商法规范体系上，充分展现商事制度与民事制度的不同之处，进而构造出具有独立性和实用性的制度内涵；就商法为民法的特别法而言，在立法技术上却又需要关注商事规范与民事规范之间的和谐性与安定性。

再次，应从商事规范的共性点上寻求商法的价值体系与逻辑体系。以个别的商事法律规范为分析样本，舍弃其特征并进行抽象，形成商法所特有的基本概念、原则与制度，并将该基本概念、原则和制度作为上位概念与单行法的下位概念、原则与制度形成联结纽带关系，只有这样，才能形成一个形散而神不散的商法体系。单纯强调概念至上，迷恋于逻辑崇拜，认为商法无须价值主导，仅依赖概念间的逻辑推理就可以演绎出商法的完美体系，并据此解决任何可能出现的商事法律问题，必然会堕入纯粹法学

的误区。^①

最后，应从立法技术及其体系营造技术上完善商法的规范体系。商法规范体系的完善应当是商法的价值体系与商法的逻辑体系的有机统一，这一切之实现需要依赖于法技术构造。一方面，要求立法者对法律材料作非常深入的研究，抽象出真正属于商法共同性规则的内容，即全面的一般化，得以避免不当的缺漏；另一方面，为防止所规范的内容因抽象而空洞，在一般条款中应尽量保证语义明确，具有可操作性。应当看到，目前我国商法体系构造所存在的问题是显而易见的，一是民、商法之间的关系缺乏法律定位，二是商事立法尚不健全，仍然留有空白地带，三是整个商法大系统与单行法子系统缺乏联结纽带，仅有实质意义的商法体系，缺少整体的可综览性。这一切既反映出我国现有商法价值体系设计之不足，也暴露出我国法技术构造之问题。

法国商法学家商波曾指出，如同所有的法学内容一样，商法可以并且应该以两种科学方法进行研究。第一种方法，从外部和整体上，把它视为包括“法学”在内的社会科学范围中的反映。第二种方法，就是从法律规则主体的内部，研究商法的实质和形式，即商法规则的实体。前者相当于我国学者提出的从学科意义上对商法进行考察，后者相当于从规范的形式和规范的构成上把握商法。不过，人们在使用“商法”这一概念时，往往缺乏上述学科意义与规范意义区别的自觉。

基于这样一种认识论，本书从现代商法的理论基点与规范体系的视角出发，探讨了商法发展中的以下几个理论与实际问题：

第一，商法的文化现象问题。商法是一种历经数百年沉积和发展的文化现象，在这种文化现象背后，凸显着商人精神。在我国，由于还没有独立的商法典，所以商法只是学理上的阐述，目前仍存在概念多元化的问题。商法学研究的一个主要目的，就在于从多元概念中进行概括和抽象，以形成比较统一的商法概念。

第二，商法的部门法属性问题。构筑一国法律体系的努力，其本身应是基于理性而非经验。一个国家的法律体系由其各个部门法组成。法律体系内各部门法的区别价值和区别实益是以其作用和功能为依据的。划分法律部门的标准主要有两个，其一是法律规范所调整的社会关系，其二便是法律规范对社会关系的调整方法。商法是否具有部门法属性，也应在上述

^① 参见郭富青：《论我国商法体系的建构技术》，载《法律科学》，2008（2）。

两个方面对其作出认真的考究。中世纪英国哲学家威廉·奥康为反对当时经院哲学生造名词和烦琐论证的不良风气，曾提出著名的“奥康的剃刀”原则。他认为，“若无必要，勿增加实体”，必须统统抛弃妨碍人们正确认识事物的无用的赘物，“可以只用少数几个原则（来说明事物）的时候却用了许多原则，就是浪费时间”。同样，对于商法而言，如果商法的调整对象、调整方法，商法所体现的立法价值均能为民法所包容，那就无所谓商法的部门法问题。反之，商法的部门法地位应当被确认。

第三，商事主体制度问题。日本学者田中耕太郎先生曾指出，“私法中最基本的概念是人”^①。任何一部民商法如果缺少了人的概念，权利与义务的规定就毫无意义，在商事法律制度中，商事主体制度同样具有极其重要的意义。随着现代商法调整的对象从商自然人向企业组织体转变，商主体制度上最重要、最复杂的关系在于商主体内部各个交易主体之间的关系。组织性色彩越浓厚，对商法的需求就越强烈，就越需要由商主体特别法给予某种规范或者强制。从部门法角度来探讨商主体问题，需要透过对种种现象的分析，来考察商主体是否真的与一般民事主体相同。

第四，商行为制度问题。商主体解决了一个交易前提与交易安全的问题，剩下的交易效益与交易效率问题由商行为制度来实现。商行为与民事行为有许多相似之处，但在理念与制度操作等方面，二者均有很大不同。揭示商行为的概念与外延、区分其与民事行为的相异之处，分析商事代理的本性，界定特殊而具体的商行为以及对营业性商行为进行分析是商行为制度必然会涉及的问题。商行为与民事行为差异的边界是否明确，直接影响到商法的法律地位。

第五，商法规范的性质问题。商法作为私法规范，其中必然有大量的任意性规范，尤其体现在商事行为法方面。然而，商法中也有不少强行性规定，例如商业登记、公司之机关、票据的种类及票据行为的方式、企业破产的清偿顺序以及保险中的某些法定保险等，都不能依当事人的意思而定。德国商法学家德恩（Dahn）曾说：商法是一切法律中最为自由的，同时又是最为严格的。^② 商法规范的公法化现象是商法的品格特征。

^① 转引自〔日〕星野英一：《私法中的人——以民法财产权为中心》，载梁慧星主编：《为权利而斗争》，北京，中国法制出版社，2000。

^② 张国健：《商事法论》，台北，三民书局，1980，第24页。

第六，商事法律责任问题。商事法律责任是由于违反商事义务而产生的法律责任。商事义务既包括商事主体自身具有的特定义务，也包括在业务经营活动过程中所形成的义务，还包括实施商法调整的特定行为所应履行的义务。商事法律责任与民事法律责任同属于私法范畴的法律责任，因而，这两种责任制度具有许多共性，但是商法为适应商事经营活动发展的需要，必然还有其较为独特的一些法律特征。这种独特的法律特征是否足以认定商法的部门法属性，是需要进行反思和研究的问题。正确适用商事责任形式，对于维护商事主体的合法权益，恰当地制裁商事违法行为，维护商事法律关系，具有重要意义。

第七，商事救济问题。商事救济的目的在于平衡商事主体间的利益以及商事主体和社会的利益。商事仲裁、商事诉讼和商事破产是作为解决商事权利、义务纠纷的商事救济制度，是三种独立的公力救济方式。只有它们之间协力运行，才能充分实现商事救济制度的功能整合。

第八，商事自治组织问题。商人向来是最富冒险与创新精神的社会群体，在国家没有以立法形式确认商法地位的情况下，商人只能以其共同认可的习惯或者惯例来调整相互间的交易关系。即使在国家以立法形式确认商事法律规范的情形下，商人仍会通过其自治组织来进行必要的商事活动。对商法的研究，对商法部门法属性的理解，不能忽视商事自治行为与商事自治组织对商事发展的影响。

第九，商法立法模式问题。商事立法的模式问题，实际上也是商事法律规范的编纂模式问题。商事规则承载着商人们的渴盼，随着商法体系的进化和发展，日积月累的商事习惯和惯例则为商法的发展提供着资源和动力。商事规则循着历史轨迹而发展，并不断地从商事习惯向习惯法和成文法转变，最终形成了商事规则的具体脉络和基本框架。在我国，商事立法模式反映着对商法规范的理性构建和制度安排，在世界各国不同商事立法模式并存的现实情形下，我国应在制定《民法典》的前提下，建立起以《商事通则》为统率、由商事单行法为支撑的商事立法模式。

第十，商法实施环境问题。商法的实现取决于商法的实施，而商法的实施环境又对商法实施产生直接影响。研究商法的实施及其实施环境对于完善商法的理论体系、支撑商法与商法学的独立、促进商法的实现具有重要的意义。

任何一个话题被提起总会有它的价值，但是任何一个话题只有被解决

才能使话题不再是话题，而变成我们生活的常态。我们认为，理论研究不应拘泥于立法模式，理论研究应当具有前瞻性和创新性。本书虽本着这样的旨趣完成立题和定稿，但由于学殖未深，疏漏在所难免，有待于今后在研习中作进一步的提升。

目 录

第一章 商法文化现象的一般考察.....	1
第一节 对商法中商概念的诠释.....	1
第二节 对商事法中法概念的诠释	13
第三节 商法文化的移植与培植	30
第二章 商法发展演进的考察与评析	37
第一节 中世纪商法与近现代商法	37
第二节 两大法系商法的流变与融合	53
第三节 我国的商事立法	57
第四节 对商法历史发展的几点评析	61
第三章 商法的部门法属性研究	65
第一节 影响商法部门法属性的若干因子分析	65
第二节 商法的部门法属性：以与民法的关系为分析视角	81
第三节 商法的部门法属性：以与经济法的关系为分析视角	90
第四章 商主体制度研究	99
第一节 问题的提出	99
第二节 商事主体独立性之内涵分析.....	108
第三节 商事主体独立性之外延分析.....	117
第四节 商事能力.....	133
第五节 企业组织与现代商法的发展.....	137
第五章 商行为制度研究.....	146
第一节 商行为制度研究价值分析.....	146
第二节 商行为的一般考察.....	149
第三节 商行为分类的考察和分析.....	164
第四节 商行为的特殊规则.....	169