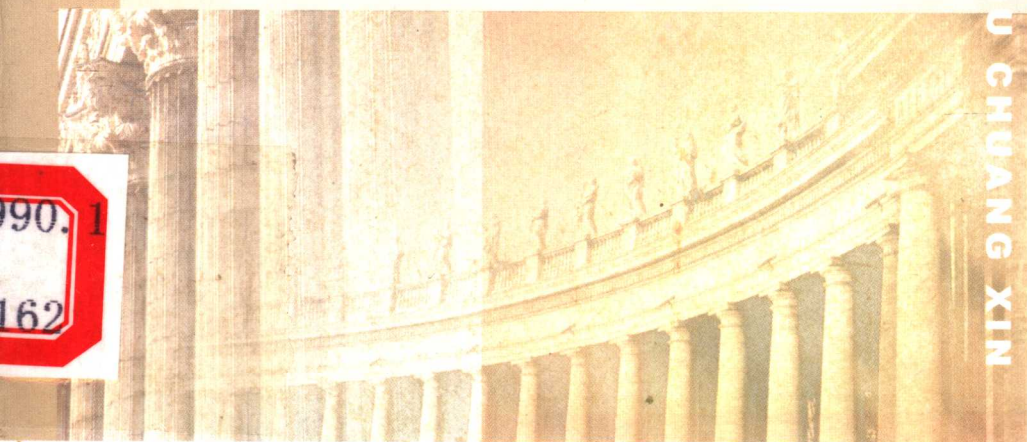


商法理论与制度探索 与制 度 创 新

任尔昕 石旭雯 著

SHANG FA LI LUN YAN JIANG YU ZHI DU CHUANG XIN



990.1
162

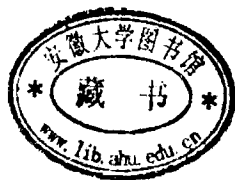


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书得到甘肃政法学院专项经费资助

商 法 理 论 探 索 与 制 度 创 新

任尔昕 石旭雯 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法理论探索与制度创新/任尔昕,石旭雯著. —北京:
法律出版社, 2005. 7
ISBN 7- 5036- 5727- 8

I. 商… II. ①任…②石… III. 商法—研究—中国
IV. D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 071600 号

©法律出版社·中国

责任编辑/曾 健 刘 辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/6.5 字数/189 千

版本/2005 年 8 月第 1 版

印次/2005 年 8 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7- 5036- 5727- 8/D·5444 定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

甘肃政法学院任尔昕、石旭雯两位同志的新作《商法理论探索与制度创新》一书即将出版,我很乐意为之写下几句话,权充以为序。

尔昕同志是我国商法学界崭露头角的青年学者之一。近年来,他致力于对商法学学术前沿问题的研究,提出一些较有见解的学术观点,《商法理论探索与制度创新》一书较为集中地反映了他在这方面取得的成果。全书涵盖了商法的语义、性质及功能;商人立法;企业制度;商法人制度;公司资本制度;合伙法律制度;商行为制度;商事登记制度;商事立法模式的选择等内容。既有对商法的价值与本体的理论探索,又充分关注我国社会转型时期商事活动的实际。尽管本书体例结构的安排不尽完美,个别部分在论述的深度上仍需要做进一步挖掘,但总体看来,本书仍不失为一部较有分量的学术著作。

值得一提的是,作者对当代中国商事立法模式的选择、《商事通则》的架构等前沿问题的探讨,对于完善我国商事立法有积极的意义。中国商事立法的实践是,目前没有商法典,也没有商法典的编纂计划,而只有一个个单行的商事法律。面对这一立法模式,完善商法无疑需要通过完善单行商事法律来实现。但当人们从立法与实践的互动角度观察问题时又会发现,仅完善现有以不同商事领域为规范对象的法律还不能达到完善商法的目的。换言之,我国的商法不应仅由具有个别领域特征的商事法律构成,而应由具有个别领域特征的单行商事法律和具有一般性调整特征的商事法律组成。而后者正是我国目前商事立法中的重大空白。于是,超越民商合一与民商分立的商事通则成为商法学界关注的热点,讨论商事通则的目的即在于解决如何认识这一重大空白和如何填补这一重大空白的问题。无疑,解决商事通则的架构及相关理论问题,需要切实有效的理论方案。作

者以敏锐的视角,在借鉴、吸收已有研究成果的基础上,对商事立法模式的选择进行了较为深入的理论论证,进而对《商事通则》的总体思路和体系结构提出了自己的见解,立意创新,难能可贵。

我愿意借此机会,真诚地祝愿作者在漫漫的学术之旅中能有更大的收获,祝愿我国的商法学界涌现出更多的青年才俊——只有他们,才是我们未来事业的希望,也真诚地祝愿我国的法学学术研究走向繁荣!

王保树

2005年3月21日

目 录

第一章 商法的语义、性质及功能	(1)
一、商法的语义:独特语境中的考察	(1)
二、商法的性质:从发展的角度所作的考察	(8)
三、商法的功能与地位:从经济学的角度所作的考察	(12)
第二章 我国商人立法研究	(15)
一、我国商人的独立性考察.....	(15)
二、我国商人的实质内涵.....	(24)
三、我国商人的范围.....	(31)
第三章 我国企业制度研究	(37)
一、企业的概念及法律本质.....	(37)
二、企业立法与商事立法的关系.....	(40)
三、当前我国企业立法中存在的问题.....	(41)
四、我国企业立法中存在问题的原因分析.....	(45)
五、我国企业立法的宏观思路.....	(49)
六、我国企业立法模式的选择.....	(51)
七、企业立法模式与商事立法模式的契合.....	(54)
第四章 我国商法人制度研究	(63)
一、法人人格与有限责任制度的关系.....	(63)
二、我国法人人格制度和有限责任制度关系的现状分析.....	(69)
三、我国法人民事责任制度的理论困境.....	(77)
四、重新构建我国法人人格与有限责任制度关系的思路.....	(84)
第五章 我国公司资本制度研究	(86)
一、两种不同的公司资本制度对有限责任风险的配置及	

对社会信用机制的需求度·····	(87)
二、我国现行公司资本制度的困惑·····	(92)
三、导致我国现行公司资本制度困惑的原因分析·····	(94)
四、授权资本制是我们的现实选择吗? ——基于信用 机制的考虑·····	(100)
五、我国公司资本制度的出路·····	(103)
第六章 我国合伙法律制度的研究 ·····	(104)
一、我国合伙法律制度的现状·····	(104)
二、对我国合伙法律制度及其研究的检讨·····	(109)
第七章 我国商行为制度研究 ·····	(117)
一、商行为的基本理论·····	(117)
二、商行为的独立性研究·····	(136)
三、我国商行为制度的架构·····	(149)
第八章 我国商事登记制度研究 ·····	(154)
一、我国商事登记制度的现状·····	(154)
二、商事登记制度中几个理论问题的反思·····	(157)
三、我国商事登记制度的完善·····	(159)
第九章 我国商事立法模式的选择 ·····	(175)
一、我国商事立法可供选择的模式·····	(175)
二、制定完全意义上民商合一的民法典:不切实际的幻想 ·····	(176)
三、分别制定独立的民法典和商法典:不合时宜的主张 ·····	(180)
四、在制定民法典的同时制定《商事通则》:立足现实和 着眼未来的最佳选择·····	(183)
第十章 制定我国《商事通则》的有关问题研究 ·····	(186)
一、制定《商事通则》的总体思路·····	(186)
二、《商事通则》的体系结构安排·····	(191)
主要参考文献 ·····	(195)
后记 ·····	(203)

第一章 商法的语义、性质及功能

关于什么是商法,商法的性质是什么,我国商法的发展现状和前景如何,它与民法、经济法的关系怎样处理等,在我国法学界向来都是争论不休的问题。这种争论虽然多少有些学术“门派”之争的嫌疑,但仍有必要从理论上阐述清楚,因为这是一个在市场经济条件下对市场主体自主创造权限和政府干预经济权限的界定问题,也是一个对我国法制建设的模式和格局产生重大影响的问题。有些学者在对商法的概念、历史沿革、本质和当代中国商法的理论和实践进行了分析和研究后,得出了商法并非实际的法部门和法现象,大陆法系的商法已在公、私冲突和交融之中寿终正寝,需要由经济法来协调和融合公与私,以免公、私理念和制度在对立冲突中两败俱伤,以及公化了的商法应当归入经济法的结论。^{〔1〕}这一观点在国内产生了一定的影响。但在我们看来,该观点对商法的概念和历史的考察建立在停滞的基础上,没有用发展和前瞻性的眼光来审视这一法律现象,对商法本质的认识 and 对其在当代中国实践的评析也是失之偏颇的,更重要的是一些理论观点具有独断论的色彩。为了对商法这一法律现象及其在当代中国的实践有较全面的认识,深入系统地解读当代中国商法的真谛,从而使我们对商法的认识建立在坚实的理论基础和实证之上,本书的第一章拟在现有研究成果的基础上,对商法的语义、性质和功能进行进一步研究和分析。

一、商法的语义:独特语境中的考察

上述观点的提出者在对中世纪之 Law Merchant (lex mercatoria)、大陆

〔1〕 史际春、陈岳琴:“论商法”,载《中国法学》2001年第4期。

法系民商分立之 Commercial Law (Droit commercial)、英美法中的 Business Law (Droit des affaires) 等词条同中文商人法、商法、商业法、商贸法、经营法、企业法规等词的含义进行了分析和比较之后,得出以下结论:大陆法系民商分立之 Commercial Law 是商法;Business Law 不是商法,它毋宁被称(译)为“商贸法”,或者如日语中,译为“经营法”,或者像有些学者一样译为“企业法规”。Business Law 和经济法都是经济暨商人国家的产物,二者在外延上颇多重合,它们都以企业为中心和主体,都表现为新的方法、新的精神和多学科的综合能力,其区别不在于法律性质,而在于政治实质。商贸法的“公”建立在自由平等的个体决策之上,经济法则由国家来限定、管理、监督、准许或禁止、指导、筹划或组织“私”的关系或活动;商业法(计划经济条件下的)应属经济法范畴,历史上的商人法(law Merchant 或 lex mercatoria)不是“法”,商法是私法。

我们完全同意该观点对上述中、外文词条所作的考察,但对其得出的结论却并不能完全苟同。我们认为,该观点对上述词条的比较、分析和得出的结论存在两方面的问题:一是忽视了各词条赖以存在的国家、文化、历史和法律背景,也就是忽视了各词条赖以存在的独特语境,而将其置于事先设定的同一语境下进行分析和比较,从而使这种分析、比较和得出的结论失去意义;二是将商法这一法律现象置于静止和封闭的体系之中,忽视了其自我演进性和与时俱进的发展性。^{〔1〕}

实质上,语词的意义不在于抽象的定义,而在于可以观察到的“语境”。这种语境一方面随着时间的推移而变化,另一个方面又有一脉相承的延续性。将不同语境下存在的语词人为地放在同一语境下分析,是没有意义的。对于这个问题,我们可以借用维特根斯坦的“家族相似性”理论来说明:同一家族的几代人之间都有某些相似的特征,但经过仔细的观察之后又会发现,没有什么特征是全体家族成员所共有的。在某些方面,甲与乙

〔1〕 徐学鹿教授曾指出:市场交易实践使商法生命之树常青、常新;商法的自主发展,要求人们用自主的思维探索、创新、发现、研究;牢牢掌握商法“自主发展”的规律,是打开商法科学之门的金钥匙。自主发展的精神,就是商法不断创新的精神,是商法的极为宝贵的品格。参见徐学鹿:“创新是商法的宝贵品格”,载《商法研究》(第1辑),人民法院出版社2000年版,第8页。

相似,在另外一些方面,甲与乙又截然不同,而与丙相当接近。在甲、乙、丙等所有家族成员之间是一种“重叠与交叉”的关系。形成历史相似性的过程就像我们把纤维搓成一根长绳,这根长绳之所以有一定的长度,并不是因为有一根纤维贯通始终,而是因为绳索随着纤维的绞合在逐渐延伸。这根绳之所以有一定强度,不在于单根纤维的孤立存在,而在于多根纤维的重叠。^{〔1〕}

这种观点和理论对我们正确把握“商法”的概念具有十分重要的意义:无疑,无论是中世纪的 Law Merchant、近代大陆法系民商法分立之“商法”(英文 Commercial Law 或法文 Droit Commercial)、我国计划经济时代的商业法、英美国家的 Business Law、法国的 Droit des affaires(相当于英美国家的 Business Law)、日本的经营法,甚至美国统一商法典(Uniform Commercial Code),都只能置于特定的语境中理解。如果我国将产生于不同语境中的上述“商法”概念置于近代大陆法系国家民商分立时代之语境中考察,当然只有以法、德为代表的民商分立国家才有“商法”。甚至如果我国将法国的“商法”概念置于德国商法的语境中考察,也会得出法国“商法”不是商法的结论。因此,对于可以被译为中文“商法”及含义相近语词(如商业法、商人法)的语义进行考察时,一定要考察该语词赖以存在的独特语境。

1. 中世纪的 Law Merchant 主要是随着 11、12 世纪,农业生产迅速扩展和城市改造的规模和数量急剧增加,新的职业商人的出现,商人和社会其他阶级(层)的相对隔离以及“商业革命”的进行才形成的一种新的法律体系,这一新法律体系的形成虽然得益于查士丁尼法律文本中的罗马法及残存的罗马习惯法,但主要还是由商人们自身按照秩序和正义的新概念把各种商业关系制度化和系统化的结果。^{〔2〕} Law Merchant 作为适用于商人之间,涉及某些最主要的商事要素和商事活动的不同地域、不同商人团体的各类不成文法的总称,^{〔3〕}是近代 Commercial Law (Droit Commercial)的直接渊源,它虽无国家强制力保障实施,却是商人们的共同行为准则和商事仲裁法院处理商事纠纷的依据,是那个时代的“商法”。

〔1〕 江平:《新编公司法教程》,法律出版社 1994 年版,第 54 页。

〔2〕 伯尔曼:《法律与革命》,中国大百科全书 1993 年版,第 408 页以下。

〔3〕 董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社 1993 年版,第 11 页以下。

2. Commercial Law (Droit Commercial)一词则至少在三种语境下存在:第一种是在近代大陆法系国家民商分立立法体例之语境下。在此语境下, Commercial Law 是指产生于 18、19 世纪欧洲大部分国家,把 Law Merchant 纳入国内法并以法典形式表现出来并独立于民法的“商法”。这种法典化的“商法”的出现在不同国家有不同的动机,以法、德为例:法国颁布的商法典充分反映了法国大革命的政治观点和哲学,拿破仑法典(包括商法典)被称为第三等级的胜利,因为商人和自由职业者是构成第三等级的主要部分,因此法国商法典的编撰是政治运动胜利的最终标记。德国商法典的编撰则是政治上统一的斗争在法律上的反映,它是精心策划的试图通过法典的编撰统一来推动德国政治统一的运动。^{〔1〕}因此,大陆法系国家民商分立立法体例下的“商法”,是出于不同的政治和社会原因,以法典的实施方法将 Law Merchant 纳入国内法的结果。它建立在近代民族国家和商人构成单独一个社会阶层的根基之上。第二种语境为英国将 Law Merchant 纳入普通法。1606 年,库克(Coke)担任普通上诉法院大法官期间,普通法院逐渐承担起了商事管辖权,并开始适用 Law Merchant。18 世纪,曼斯菲尔德(Mansfield)将一系列司法判决和规则通过法规重述,将 Law Merchant 纳入整体意义上的普通法。^{〔2〕}这一过程的完成,标志着英国完成了将 Law Merchant 纳入国内法的过程,也标志着英国完成了由 Law Merchant 转化为 Commercial Law 的过程,Commercial Law 成了英国普通法的一部分。英国将 Law Merchant 纳入普通法的主要动机是出于经济上的考虑。因为贸易,特别是与外国的贸易,已成为国家生活的一部分。不同的是,英国的法律制度并不把 Commercial Law 视为某一阶层人的法律。英国人在当时就认为:“商法在全世界都是相同的。因为从同样的前提出发,从推理与正义所得出的结论也应是普遍相同的。”^{〔3〕}第三种语境是 20 世纪 50 年代以后的美国。从历史传统看,美国法与英国法相似,均属普通法体系,

〔1〕 施米拖夫:“国际商法——新的商人习惯法”,载《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 9 页。

〔2〕 赵中孚:《商法总论》,中国人民大学出版 1999 年版,第 44 页。

〔3〕 施米拖夫:“国际商法——新的商人习惯法”,载《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 11 页。

美国法采用英国法的范畴、概念和分类方法,也存在着普通法。从这个意义上说,美国普通法中亦包含着 Commercial Law。但美国在有关商事组织和商业交易方面也存在大量的成文法。美国作为联邦制国家,联邦立法者仅拥有限定的立法权力,因此美国关于商事组织和商业交易的法律大多通过统一的法律形式或示范法律的形式表现,美国的《统一商法典》是这方面的典型代表。美国《统一商法典》是“以英国近代商事立法为渊源,在大陆法的影响下,为适应美国经济的迅速发展,调整各州商法而产生的”。^{〔1〕}虽然该商法典的内容与大陆法系国家商法典内容有很大不同,制定形式也有美国特点,但毕竟是 Commercial Law 在美国语境中的一种体现。因此,在 20 世纪 50 年代后的美国语境中,Commercial Law 便与《统一商法典》紧密地联系在一起了。

3. Business Law 在英美国家是一个具有多种含义的词语。^{〔2〕}在英国, Business Law 的概念“被理解为是对传统商法(Orthodox Commercial Law)的现代发展。传统商法仅仅满足于对调整商行为的成文法律规则的阐述,而现代商法的范围包括对这些原则的实际运用,并把它们与经济和社会环境结合起来”。鉴于传统商法概念的不足,于是又形成了两个新概念,即“Business Law”和“International Trade Law”。Business Law“必然包括那些职业会计、公司秘书、银行家、保险人、出口商和商业界其他部门创造法律的实践”。“它是指对商法的精炼和提纯,目的在于恢复与创造商业惯例的各种力量的联系。”^{〔3〕}因此,在现代英国语境下, Business Law 是为克服传统的 Commercial Law 缺点而对其进行发展的产物。但在美国, Business Law 则有着完全不同的含义。根据肯尼斯·W. 克拉克森等人所著 West's Business Law 一书, Business Law 调整的对象包括合同、买卖、财产、担保、商事组织、流通票据、侵权行为和网络等,^{〔4〕}甚至竞争劳动法和社会福利

〔1〕 吴志忠:《美国商事法研究》,武汉大学出版社 1998 年版,第 7 页。

〔2〕 沈宗灵译:《美国法律概论》(彼得·哈伊著),北京大学出版社 1997 年版。

〔3〕 施米拖夫:“国际商法——新的商人习惯法”,载《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 2、29 页。

〔4〕 参见 West's Business Law, by Kenneth W. Clarkson, Roger Leroy Miller, Gaylord A. Jentz, Frank B. Cross, West Educational Publishing Company, Seventh Edition(1998).

法也属于 Business Law。^{〔1〕}它仅“供没有受过法律训练的商人适用”。^{〔2〕}由此,美国语境中的 Business Law 具有广泛的含义,可以说,凡是供商人所使用的法律都属于之。

4. 中国的情况。在中国,“商法”一词至少可以在以下语境中使用:一是清朝末期进行法律改制时至 1929 年期间。此间,我国奉行民商分立的立法体例,商法是指以商法典为统帅的各类商事法律的统称。二是 1929 年至 1949 年期间。由于国民政府 1929 年在继续中国法典化运动时,采取民商合一的立法体例,不再制定单独的商法典,在民法典中规定了自清末法律改制以来确定的商法的基本内容,同时,在民法典之外又制定了公司法、票据法、保险法、海商法、船舶法、商业登记法、船舶登记法、商业会计法、银行法、证券交易法、动产担保交易法等作为民事特别法。^{〔3〕}这时期的商法(或商事法)大多指调整商主体及其商事交易活动的作为民事特别法存在的商事单行法规的总称。三是计划经济时代后期。20 世纪 70 年代末,我国开始实行改革开放的国策,在此前后,国务院及其有关部委特别是商业部、各省级人民政府颁布了许多调整、规范流通领域内物资流转的行政法规、部门规章和地方法规,这些法规、规章在当时被通称为“商业法”。从内容上看,“商业法”主要涉及商品、物资的流转及在其间发生的行政管理、监督和组织两方面。虽然从现在的角度看,“商业法”似乎和“商法”无甚干系,但它是那个独特语境下的“商法”。四是社会主义市场经济体制确立时期。这一时期,由于市场在社会资源配置中起基础性的主导作用,在依法治国的口号下,制定了大量调整市场交易主体和交易行为的法律,这些法律大都被称为“民商法”。“民商法”是一个笼统的称谓,它又可以分为“民法和商法”。在这种语境下,“商法”是指公司法、合伙企业法、独资企业法、商业银行法等调整以营利为目的的市场交易主体以及票据法、保险法、海商法、证券法等调整市场交易行为的各种法律,但在这一时期,民商合一和民商分立之争以及“商法”和“经济法”在调整对象方面的冲突,

〔1〕 彼得·哈伊著:《美国法律概论》,沈宗灵译,北京大学出版社 1997 年版。

〔2〕 施米拖夫:“国际商法——新的商人习惯法”,载《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 30 页。

〔3〕 范健:《商法》,高等教育出版社、北京出版社 2000 年版,第 20 页。

对“商法”一词在理解和运用上仍存在很多的分歧。

根据上述对中外各种“商法”在各自独特语境中的考察,我们可以得出以下结论:

1. 如果我们认为“商法”仅存在于近代以德、法国为代表的为了政治需要制定的、以商法典为主要表现形式,把中世纪 Law Merchant 纳入国内法而形成的 Commercial Law(Droit Commercial)语境下,则只有制定商法典、实行民商分立的大陆法国家才有“商法”。

2. 如果我们将民商合一和民商分立仅视为不同的立法技术,不管是否有商法典,只要有调整公司、合伙、银行、票据、保险、海商、证券等商事法规就认为有商法,那么在这种语境下,大陆法系国家都有“商法”。

3. 在英美国家,无所谓民商分立与民商合一,因此,没有大陆法系国家民商分立、单独编撰商法典之语境下的“商法”。但因这些国家特别是英国存在着纳入普通法的 Law Merchant,在此语境下,存在着以普通法形式表现出来的 Commercial Law。

4. 在英国,Business Law 是传统商法与经济和社会环境结合起来的产物,它的精神与美国制定的统一商法典中明确体现的精神是相同的,其目的是恢复与创造商业惯例中各种力量的联系。因此,英国 Business Law 和美国的《统一商法典》一样都是传统商法的新发展。但在美国,Business Law 只是供商人们使用的法律,是有关经营活动的法律。

5. 我国计划经济时代的“商业法”,实质上是盛行于 20 世纪 80 年代末 90 年代初“纵横统一论”语境下“经济法”的组成部分。

6. 在我国继受西方法律制度的 100 年当中,无论是初期的民商分立,还是后来的民商合一,乃至现代的无民法典和商法典“统领”下的民商法制格局时代,规范商事关系的法律(商法)都是作为社会经济变化的一个重要组成部分而存在的,只是有时它以独立的面孔出现,有时以民事特别法的形式出现。无论如何,这只是一种立法技术上的不同选择而已。至于它是否是一个实际的法律部门和法律现象,不能以我们是否实行民商分立的立法体例、是否存在商法典为依据。

综上,“商法”这个法律家族,从最初的 Law Merchant 经过几百年在不同国家的“繁衍”和发展,已经显现出纷繁多样的态势。如果我们漠视或人

为分割这一制度发展的历史轨迹,仅把实行民商分立且颁行了商法典的大陆法系国家的近代“商法”作为这一制度的专有名词,以此作为衡量其他国家和语境下是否存在“商法”和已经发展了的商法制度是否属于商法且将其作为全部研究范围的话,那我们仅仅看到了历史长河末端的一小截。事实上,“整个商法体系都处在一种演化的过程中,这一过程表现为在数个世纪中不断地把过去展现于未来,表现为一种自主的发展。”〔1〕从这个意义上讲,那种认为只有近代德、法、日式的商法才是“商法”,拒绝承认商法的发展性,否认其他语境下存在商法的观念是有其根本缺陷的。

二、商法的性质:从发展的角度所作的考察

(一)商法不能有公法化倾向吗?

公、私法的划分尽管一向没有统一的标准,但自罗马法以来,人们都承认将法作这样的划分。查士丁尼曾指出:“法律学习分为两部分,即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。这里所谈的私法,包括三部分,由自然法、万民法和市民法的基本原则所构成。”〔2〕大陆法系国家大都认为商法和民法一样,都属于私法。

从直接渊源上讲,商法产生于中世纪欧洲地中海沿岸城邦国家的商人习惯法,这种习惯法被认为是只适用于作为社会特殊阶层的商人们之间商业交易的特殊规范。“由于封建主和教会势力的强大以及对商业的歧视和抵制,封建法和教会法不可能为商人们提供法律规则和救济措施,这样日益壮大的商人阶层通过自治运动而创立的法则无法纳入国家的体系,只能以民间法的样态存在。”〔3〕这一时期,商人法从规范的对象来说是商人商业交易,从制定主体上看是商人阶层。这种局面,在客观上排除了国家权力进入商法领域的可能性,况且由于当时商事交易的规模亦不可能危及国家利益,因此,此时的商人法应该说是纯粹意义上的私法。

在商人法被纳入国内法相当长的一段时间内,由于国家的功能被定位为“资本主义的守夜人”,国家实行自由竞争、自由放任的政策,商事交易活

〔1〕 伯尔曼:《法律与革命》,中国大百科全书出版社1993年版,第432页。

〔2〕 查士丁尼:《法学总论》,商务印书馆1989年版,第5页以下。

〔3〕 钱玉林:“商法的价值、功能及其定位”,载《中国法学》2001年第5期,第32页。

动被认为是私人之间的事,因此,商法仍属于私法。但由于两方面的原因使商法有了某些公法的色彩。一是为了政治统一的需要,各国大都把原本由各商人团体自主行使的对商人进行自律管理所享有的权力,如商业登记等由国家行政或司法机关行使。二是基于对一些新的商主体交易方式的不信任,各国往往对其加以限制。例如,18世纪初,法国和英国经历了股票风潮,结果许多小股票持有者大规模破产,这就导致对股份有限公司这种新的商主体的不信任。18世纪20年代英国议会通过的著名的“泡沫法案”就是最典型的表现。该法案针对当时英国殖民公司南美公司在南美进行股票投机的“南海泡沫”事件,对股份有限公司的设立作了诸多限制。^{〔1〕}

20世纪以后,由于现代国家干预主义经济学派的出现和被广泛地采纳,国家在社会经济领域中的活动日益扩张,出现了“私法公法化”的倾向。私法公法化在很大程度上表现在商法领域。这种倾向的出现主要有以下原因:一是国家的功能定位发生了变化,国家不再被作为“守夜人”看待,通过国家的积极作为来促进经济发展的思路备受推崇,在此情况下,国家的经济职能色彩和干预意志被越来越多地通过商事立法体现出来。二是商主体法定原则的确定。现代各国一般都制定有大量的强制性规范以对商主体的资格加以严格控制,形成了商主体严格法定原则,主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定三个方面。^{〔2〕}商主体法定原则的确立,使商法特别是商主体法中出现了大量的公法规范。三是对商主体存在目的的重新定位。传统的商法理论认为,营利是公司存在的惟一目的。但在20世纪60年代以后,公司的绝对营利性目的被修正,公司被认为不能仅仅以最大限度地为股东们营利作为自己惟一存在的目的,而应当最大限度地增进股东利益之外的其他所有社会利益。这种社会利益包括雇员(职工)利益、消费者利益、债权人利益、中小竞争者利益、当地社区利益、环境利益、社会弱者利益及整个社会公共利益等内容。^{〔3〕}对公司社会责任的强调,在公司法的立法上必然表现为更多的强制性规范(公法规

〔1〕 江平:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第45页。

〔2〕 范健:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第5页。

〔3〕 参见刘俊海:“强化公司的社会责任”,载王保树主编:《商事法论集》第2卷,法律出版社1997年版,第59页。

范)的出现。

还有一种现象应引起我们的充分注意,在私法公法化的发展趋势下,商事立法领域内,还出现了一种“反公法化”的倾向,如公司设立从许可主义、严格准则主义改为准则主义,法定资本制改为授权资本制或折衷授权资本制,对一人公司的普遍承认,最低资本要求的取消或降低,等等,都是在强化商主体的营业自由。^{〔1〕}这种反公法化的倾向至少表明:在商法公法化的同时,存在着一种与私法公法化相对抗的力量。

可以看出,商法从中世纪的商人法经近代民族国家而发展到今天,经历了一个从纯粹意义上的私法到具有了某些公法因素的私法,再到公法规范在商法(特别是公司法、证券法)领域内的普遍存在,以及某些领域内“反公法化”的发展。这种发展,从某种角度看,正是商法能够历经数百年而仍呈现出勃勃生机的主要原因。如果没有诸如公司转投资的严格限制、登记和公告程序的严格规定以及法定公积金、公益金提取比例的强制规定,以及违反规定时的严格法律责任等强制性规范(公法规范)这样一些新的法律设计,没有对已经过时的自由主义的规范进行改造,商法可能早就被淹没于浩瀚的历史陈述之中了。

那种以民法与商法的同源性、商法的商人自治特性及遵从“商”的便捷性要求都根源于“私”的交易和信用关系,得出商法是私法的结论的观点,^{〔2〕}存在着以下方面的问题:一是将商人习惯法的私法性作为商法永恒不变的特征,将商法定格于民族国家出现之时把商人法纳入国内法的民商分立之商法,除此之外,对商法“私法”特性的任何修正和自由主义被抛弃后商法的任何发展,都认为是“对商法”的“离经叛道”,都不应再称为商法的观点,实质上是一种静止观。事实上,如果按照前述维特根斯坦的“家族相似性”原理,我们可能找不到早期商法和现在商法的任何共同特性。二是“商”的便捷性要求在现代社会大多是通过强制性规范实现的,如商主体法定原则,实质上降低了投资者的谈判成本和交易相对人的了解信息成本,使设立公司更加方便,也使交易相对人和公司进行交易时更为放心。

〔1〕 钱玉林:“商法的价值、功能及其定位”,载《中国法学》2001年第5期,第39页。

〔2〕 史际春、陈岳琴:“论商法”,载《中国法学》2001年第4期。