



西安政治学院教学研究资料系列丛书

商法学教学研究资料

SHANG FA XUE JIAOXUE YANJIU ZILIAO

99

西安政治学院训练部

说 明

本教学研究资料由军事法学教研室宋新平编辑,适用于院内学习商法学课程参考之用。在编辑过程中,训练部、军事法学系领导予以指导,陈江涛同志做了校对工作,值此致以诚挚的谢意。

目 录

论我国商法的现代化	徐学鹿(1)
商法独立性初探	王小能 郭 瑜(9)
商法的独立性与独立的商法	雷兴虎(22)
论公司法的修改与完善	江 平 许冰梅(33)
经济体制转变中的公司法面临的转变	王保树(41)
一人公司利弊分析与立法	朱慈蕴(54)
股东现物出资若干问题研究	冯 果(57)
公司资本原则	章 红(71)
中国“入世”与公司法的完善	刘俊海(85)
我国引入独立董事制的立法思考	陈 俊(88)
论监事的义务和责任	唐 芳(92)
现代企业法律制度	王保树(98)
论国有企业公司制改革中的产权问题	徐晓松(112)
国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突	方流芳(118)
破产法的社会调整作用	王欣新(132)
破产法立法与执法问题研究	王欣新(135)
破产财产不足以支付破产费用而终结破产(还债)程序中 若干问题研究	张 赋(138)
论票据背书的连续性	王小能(141)
票据关系中的善意与恶意	谢怀斌(148)
票据转让中若干问题探讨	蔡 晖(152)
保险法实施中的三个问题	齐 修(155)
试论保险法的因果关系	杨春媛 李 昊(159)
再保险合同定位的若干问题探讨	章 怡、樊启荣(161)
试析我国保险法律法规存在的问题及缺陷	丁戎等(170)

关于中国证券法中民事责任制度的完善·····	王利明(177)
证券法中的民事责任及其实现机制·····	王利明(184)
论我国退市法律制度的完善·····	西 楚(190)
1997 年民商法学研究的回顾与展望 ·····	赵中孚等(194)
1998 民商法学研究的回顾与展望 ·····	赵中孚等(210)
1999 年民商法研究的回顾与展望 ·····	赵中孚等(221)
2000 年民商法学研究的回顾与展望 ·····	赵中孚等(238)
2001 年民商法学研究的回顾与展望 ·····	王利明等(253)

论我国商法的现代化

徐学鹿

本文仅对我国商法现代化及影响商法现代化的理论陷阱作一分析。

一、商法的现代化问题

要回答这一问题,首先必须明确什么是现代化。有人认为,“现代化是一个包含了人们思想和行为各个领域变化的多方面进程”^①。还有人认为,“现代化指的是在一个传统的前工业社会向工业化、城市化转化的过程中发生的主要的内部社会变革”^②。20世纪60年代,许多学者已不单纯从经济发展角度进行分析,而是从社会结构的各个方面对现代化的普遍条件、过程和表征进行归纳和探讨。有的学者从绝对和相对两个侧面分析了现代化的涵义,认为“绝对意义上的现代化概念是指社会政治、经济、教育、文化、心理等各方面实现整体的转变,达到一个共同的指标;相对意义上的现代化概念则指传统社会向现代社会转变的每一个过程和步骤,包括人们从心理、思想、政治、文化等各方面摆脱陈腐旧事物的束缚,追求新的变化和发展,作出新的探索 and 选择”^③。一般人们从相对概念理解,把现代化解释为“一个发展的动态过程和现实活动,相对于传统在时间和空间上的差异”^④。法制现代化是“一个国家或地区从法的精神(或观念、意识)到法的制度的整个法制体系逐渐反映、适应和推动现代文明发展趋向的历史过程”^⑤。法制现代化有内源性和外源性两种模式。“内源的现代化,是由社会自身力量的内部创新,经历漫长过程的社会变革的道路,又称内源性变迁,其外来的影响居于次要地位。”“外源或外诱的现代化,是在国际环境影响下,社会受外部冲击而引起内部的政治和思想变革并进而推动经济变革的道路,又称外诱变迁,其内部创新居于次要地位。”^⑥法制的基本要素是法律规范、法律程序和法律意识形态,法制现代化即包括这些基本要素的现代化,并且内源性和外源性的不同模式,

① 塞缪尔·亨廷顿,变动社会中的政治秩序[M]. 上海:上海译文出版社,1988. 32.

② 戴维·波普诺,社会学(下)[M]. 沈阳:辽宁人民出版社,1995. 618.

③ 公丕祥,法制现代化研究[M]. 南京:南京师范大学出版社,1995. 173.

④ 公丕祥,法制现代化研究[M]. 南京:南京师范大学出版社,1995. 173.

⑤ 公丕祥,法制现代化研究[M]. 南京:南京师范大学出版社,1995. 7.

⑥ 罗荣渠,现代化新论[M]. 北京:北京大学出版社,1993. 123.

“在推进力量的性质、变革进程的次序和实际演化的程度”上是有差别的^①。例如,内源性模式的推进力量来源于社会内部,其变革是“沿着法律意识形态——法律规范——法律程序的次序发生”^②;外源性的推进力量来自社会外部,其变革是“沿着法律程序——法律规范——社会法律意识形态的次序进行”^③。有的学者认为:“法制的借鉴是法制现代化的基本规律之一。”^④认为借鉴包括“现代法的精神(观念、意识)的借鉴和具体法律制度的借鉴。其中,现代法的精神的借鉴更为根本,更具实质意义,它是整个法制借鉴的基础,当然也是最为艰难而持久的一种法制借鉴形式”^⑤。并且明确提出:“如果法制的借鉴根本不涉及法的精神而只在具体法律制度与法律体系展开……传统的法的精神很容易对其进行拒斥、侵蚀、解构和破坏”^⑥。“具体法律制度的借鉴则要看其相应的法的精神是否同时导入以及它们与传统的法的精神的整合情况怎样。”^⑦认为“具体法律制度的借鉴一般在两个方面进行:一是法的概念、术语、单个法律规范或制度的借鉴……;二是法律的移植,即对调整某一类社会关系的,以法典形式存在的完整的法律制度的借鉴……应当大量地借鉴西方发达国家充分反映现代经济发展要求与运作规律的成功法制建设经验。对于那些直接反映现代市场经济的共同特点的、实际操作性强、专业技术色彩浓厚的法律、法规完全可以大胆地直接移植”。^⑧商法作为一国法律制度中的重要组成部分,同样也包括商法法律规范、商法的法律程序和商法的法律意识形态。同样也存在内源与外源的模式问题以及借鉴与移植的问题。分析我国商法现代化显然也要从这些方面入手。

1. 我国商法现代化的模式

我国商法最早出现在清末光绪皇帝变法维新时,具有外源性模式的显著特征,是在外力推动下匆忙地颁布了单行的商事法律,接着又请外国人帮助拟出了《大清商律草案》。在当时超稳定的经济结构和超厚度的文化沉积面前,外力推动显得力不从心。国民党统治时期按传统法的意识,对刚刚传入的商法制度加以拒斥、侵蚀、解构和破坏,推行所谓的“民商划一”。建国后,特别是改革开放以来,社会主义市场经济定位,从商法现代化模式上表现为外力和内力的共同推进,短时期内颁布了相当数量的商事法律和法规,使商事法律制度在形式上具备了现代特征。一方面,应当看到这些商事法律规范蕴含着现代商法的法律程序和法律意识,它将促使人们重新审视我国商法现代化问题;另一方面,也应当看到在商法领域内法律程序和法律意识并未发生实质性变化,我国商法现代化任重而道远。

① 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 118.

② 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 15.

③ 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 16.

④ 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 16.

⑤ 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 16.

⑥ 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 16—17.

⑦ 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 16—17.

⑧ 公丕祥. 法制现代化研究[M]. 南京:南京大学出版社,1995. 16—17.

2. 我国商法对现代商法的借鉴与移植

我国商法在借鉴、移植中有个目标、重点和选择的问题。首先应当把借鉴和移植定位在加快我国商法现代化步伐的基础上,借鉴和移植那些能充分反映现代经济发展要求的商法理念和具体商法制度,而绝对不能借鉴、移植实践已经证明是落后的、陈旧的商法制度。其次,在具体商法制度和商法理念上,重点应放在对现代商法理念的借鉴,这是创新我国商法的关键。再次,选择涉及的内容很丰盛,既有具体商法制度、程序,也有商法理念,我们应当选择代表商法发展时代趋势和能与国际衔接的商法制度、程序和理念。借鉴是一个分析、比较的过程,也是一个创新的过程,否则只会停留在原有水平上,不可能有所发展和进步。从这个意义上说,商法现代化是一个动态、发展的概念。我们讲的选择内容丰富,甚至于包括建议、人才、专家等方面的选择。

3. 关于商事法律规范、法律程序和法律意识

我国的商事法律规范为市场主体提供了一套市场行为准则,某种意义上取代了这方面的传统法律规范,尽管这些商事法律规范还存在着这样那样的缺点和不足,但它标志着我国商法在现代化的进程中,已大大地向前迈进了一步。商法的法律程序,从立法的角度来看,已有别于传统的立法程序,采取了一系列的民主、科学的立法措施;从司法的角度来看,通过一系列措施,促进着商法的现代化,如对我国《票据法》有违无因性的规定,司法实践中坚持了票据的无因性,认为“无因性是票据的重要特征”,“票据关系与其原因关系各自相对独立”,从而维护了商法的现代性。商法意识形态是商法现代化的灵魂,它既影响立法、司法,也影响商法的实施。我国已颁布的商法单行法,如《票据法》、《担保法》、《公司法》、《合伙企业法》等,人们都能指出这样那样的一些问题,有的单行商事法律实施效果欠佳,都是与缺乏现代商法意识形态有关。总之,商法的现代化和现代商法理论有着密不可分的关系。我国在短时间出台了相当数量的商事法律,已经有了较为丰富的商法实践。在实践的基础上,我们再进行商法现代化的理论研究,从实践到理论再到实践,实现我国商法现代化是完全有条件的。在商法发展的时代划分上,把《美国统一商法典》作为现代商法的标志,可以从商法立法模式的选择、程序、指导思想、原则、特征,直到具体法律制度,作一些比较研究,提出一些有开创性的我国商法现代化的理论或见解。我国商法现代化的标准是什么?为了能给商法提供一个科学的现代化标准,笔者列举 10 对方式变项,作为研究商法现代化标准的思路。

第一,商法在法律体系中是基本法还是特别法。如果是基本法,标志着这种商法是市场经济的商法,市场主体和市场行为是普遍的主体和行为;如果是特别法,说明市场交易关系未同家庭人身财产关系分开,这种商法是简单商品生产完普法的组成部分,是商品经济没有发展到市场经济时期的商法,市场主体和市场

行为都处于从属地位。

第二,市场主体在除外规定上,是协议可以改变法律,还是不可改变法律。现代商法中市场主体是完全的主体,有至高无上的权力,包括可以通过协议改变法律;传统商法中市场主体是民事主体的特殊主体,附属于民事主体,至多与民事主体共享契约自由,是不完全的主体。

第三,商法是资本(智力)经营法,还是营利法。现代商法的对象是社会化大生产、知识经济时代的市场交易关系,其市场行为的性质是资本经营行为或智力经营行为;传统商法受科技发展水平和狭小市场的制约,着眼于小打小闹的营利。

第四,市场行为是靠自律还是靠他律。自律的市场行为是商人成为市场主体的前提,是作为完全的主体的标志;传统商法的商人之所以是不完全的主体,集中表现为他律性。

第五,市场主体是强化素质,还是强化身份。市场经济条件下,市场主体是普遍的主体,没有必要强化身份,为适应科学技术日新月异的发展,必然是强化素质;传统商法为了区分民事与商事两种不同身份和行为,必须强化商人的身份。

第六,是商事合同与消费者合同分离,特殊保护消费者,还是不分离,平等保护。

第七,是合法行为法优先,还是不法行为法优先。现代商法追求的是效率,宽容、兼容是其特征,不轻易否认市场行为的有效性;不法行为法优先,与国家的幼年时代总是一个无法抑制的强暴时代有关,与商法纳入国家法律体系后不成熟有关。

第八,商法规范是开放式与国际衔接的,还是封闭式的自成体系。现代商法的同义语就是新的商人习惯法,就是商法的国际统一,商法在全世界都应是相同的;大陆法系传统商法受罗马法的影响,具有保守、狭隘、民族性及浓厚形式主义的特征,作为特别法与普通法共同构成一个封闭的体系。

第九,商事权利救济是自裁机制为主,还是他裁机制为主。现代商法在性质上属于“自治”法,自治规则只有通过仲裁协议加以补充才是实际可行的,因此充分发挥仲裁的机制,是现代商法的标志;传统商法是国家强制法,他裁是商事权利救济的主要手段。

第十,商法是私法还是公法或私法公法化。现代商法适应现代经济与科学技术的发展,是私法,科学技术越发展越要求细分化,法学适应这种发展也要对不同法律部门确定一个科学的边界,商法的科学边界就是私法,而且是市场交易关系领域内的私法;传统商法由于受简单商品生产完善法理念的影响,总企图包容一切、统帅一切,或者通过“化”的途径把触角伸向其他部门法的领域,这必将有损于内部和谐统一法律体系的建立。把私法公法化的“公”留给经济法这一新的

领域,把市场交易关系领域以外的私法留给民法,让各种部门法都发展,让适应这些部门法的法学都繁荣,这应当是现代科学的基本要求,也是研究商法现代化标准的基本立足点。

二、商法现代化的理论陷阱

我国实行改革开放后,商法问题重新被提出来,却陷入了是民商分立还是民商合一的旷日持久的争论。有学者以国民党“民商合一报告书”所持的观点,主张“民商合一”,但丝毫也没有超过“报告书”的8点理由。另有学者则在不同场合,以不同方式主张“民商分立”。也有学者既批评了“民商分立”的观点,也批评了“民商合一”的观点,但是并没有提出一个既不同于“分立”、也不同于“合一”的观点,最终还是表明其赞成“合一”的观点,并为“合一”如何消化“分立”提出了对策^①,那就是“大家都这么说”,从而把它变成“真理”。笔者认为,对“民商合一”或“民商分立”问题的争论,从理论上说是一个陷阱。因为无论是“民商合一”还是“民商分立”都丝毫不触及问题的实质,“民商合一”取胜,商法是民法的特别法;“民商分立”取胜,商法仍然是民法的特别法。因此,问题的实质在于商法是否是民法的特别法,我们必须围绕这一点展开讨论,才能抓住商法现代化的要领,才能触及商法问题的实质。

1. 什么是特别法

据《牛津法律大辞典》的解释:特别法是“指非普遍适用的法律,因此,其仅仅包括地方性法规、属人法法令或私法法令。在《共同条款法》中,那些以后才能通过的涉及到某项具体问题且包括有关条款法的具体法规通常称为‘特别’法”^②。国内学者认为:特别法是“指适用于特定时期、特定地区、特定人或特定事项的法律。按法律的空间效力范围的不同来划分,属于全国范围生效的法律是普通法,只在国家某一地区生效的法律是特别法(如地方性法规)。按照法律对人的效力的不同划分,对全国一切人均有效的法律是普通法,只对部分人有效的是特别法(如军事法)。按照法律生效时期的不同划分,和平时期的法律是普通法,战争时期的法律是特别法”^③。由此可见,特别法是非普遍的法律,即适用于特定时期、特定地区、特定人或特定事项的法律;是在普通法生效以后颁布生效的法律;在地域范围上,特别法仅适用于特定的地域范围;在对人或事的效力上,特别法仅适用于特定的人或特定的事项。用以上四条标准来衡量,大陆法系的近代商法属于特别法,以法国、日本为例,民法典均在商法典颁布之前;民法典对所有的家庭

^① 中国法学,1996,(5)。

^② 牛津法律大辞典[Z]。北京:光明日报出版社,1988:845。

^③ 江平,中国司法大辞典[Z]。长春:吉林人民出版社,1991:4。

人,商法典仅对家庭中具有商人身份的人;民法典对所有的民事,商法典仅对民事中的特定的商事。惟独在地域范围上,二者都是全国范围,所不同的是民法典是全国范围的民事,商法典是全国民事范围中所包含的商事。这里有两点需要说明,一是颁布时间先后是指所谓同一性质的法律,如民法和商法,而不是指民法和刑法,无论二者谁在先谁在后,都不存在特别法与普通法的关系;二是特别法与普通法,这里的普通法仅指大陆法系的普通法,至于英美法系的普通法是另外一个概念。

2. 大陆法系商法是民法特别法构想的由来

民法是一种血缘关系的立法,罗马法有宗法原则的色彩,法国民法典有宗法原则的色彩,中国从《大清民律草案》到国民党政府的《民法典》都有宗法原则的色彩。其构想就是家庭本位,市场交易关系附属于家庭人身财产关系,是家庭人取得财产的一种方法。交易对家庭人身关系来说是一种特殊关系、特殊事项,是由家庭人中具有特殊身份的人——商人进行的,其行为是家庭民事行为的一部分——商事行为。这种构想与简单商品生产相联系,由此而产生的法,被称为简单商品生产完善的法,这在简单商品生产条件下是合理的、可行的,一般也不会发生什么矛盾。因此,被认为是“以私有制为基础的法律最完备的形式”^①,是“商品生产者社会的第一个世界性法律”^②。“最完备”表现为它全面调整家庭人身财产关系,对简单商品生产者一切本质的法律关系作了无比明确的规定,资本主义社会的家庭人身财产关系得到了全面的调整,因此,“它也包含了资本主义时期大多数法权关系”,被“巧妙地运用于现代的资本主义条件”^③,“以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”^④。小商品生产者也是商品生产者,简单商品生产者完善法当然是第一个世界性法律。然而,一是我们不能忘记这种构想为谁所设计;是“为皇帝制定了空前卑鄙的国家法”^⑤;二是这种构想的目的是,通过法律固定不平等,因为“人们的不平等比任何平等受重视得多”,如果认为“自由民和奴隶、公民和被保护人、罗马的公民和罗马的臣民,都可以要求平等的政治地位,那么这在古代人看来必定是发了疯”^⑥;三是这种构想所处的社会,是生产力十分低下的简单商品生产社会。当拿破仑把这种为皇帝设计的“空前卑鄙”的构想交付审议时,遭到了强烈的反对和激烈的争论。把一个适应简单商品生产的法律,强加给商品生产已经超出家庭范围的资本主义社会,正直的人们必然站出来反对。值得我们思考的是,《法国民法典》所确立的商法是民法的特别法的模式,影响了许多国家,有的国家如《日本商法典》第1条明确作了规定。两个

① 马克思恩格斯全集(第3卷)[M]. 143.

② 马克思恩格斯全集(第4卷)[M]. 248.

③ 马克思恩格斯全集(第3卷)[M]. 395.

④ 马克思恩格斯全集(第21卷)[M]. 454.

⑤ 马克思恩格斯全集(第19卷)[M]. 333.

⑥ 马克思恩格斯全集(第3卷)[M]. 143.

世纪过去了,这种模式尚未完全退出历史舞台。鉴于这种模式对我国的影响,有人在批评《大清民律草案》时指出,“生搬硬套西方国家的民事法律制度……而此等法典之得失,无社会经济消长盈虚,影响极巨,未可置而不顾……适成‘恶法’”,同时指出:“我国《民法通则》也未能免‘俗’”,并发出“问题的焦点仍然是:民法究竟应扮演何种角色”的呼喊^①!究竟为什么要把家庭关系与市场交易关系搅混在一起?家庭关系统帅市场交易关系在简单商品生产(小商品生产)条件下有其合理性,在商品经济特别在市场经济条件下还有其合理性吗?建立在调整血缘关系基础上的民法与调整市场交易关系基础上的商法,怎样才能最大限度地发挥各自的调整功能?因此,对这一问题分析的最后落脚点是:大陆法系商法是民法特别法的构想来源于简单商品生产,这种构想完全符合简单商品生产的实际。民法是简单商品生产完善法已成经典结论,但由于我们把注意力过多集中于“完备性”、“世界性”、“巧妙地”等用语,从未认真考虑过简单商品生产的特征、涵义,就这样把简单商品生产条件下合理的法律模式,误认为在发达的商品经济,甚至市场经济条件下也是合理的。发现真理在于结合实际认真思考,拿破仑制定的五个法典,为什么其它四个法典的质量都不如民法典,除了其他原因外,一个很重要的原因是民法典反对意见很多,迫使拿破仑认真考虑。而其它四部法典是在他称帝后陆续颁布和生效的。

3. 商法是民法特别法模式的不可取性

商法现代化的依托,除了科学技术的飞速发展所提供的现代经济基础,即现代化的实践外,还需要现代化的理论予以支持,这方面除了商法学界自身的努力外,还寄希望于法理学界,法理学界对法制现代化的研究,已取得了明显的成就,为商法现代化提供了理论支撑。广大民法学者经过精心研究后,也会得出科学的结论。这就是说最终会达成商法是民法特别法模式不可取的共识,对民法和商法作出科学的定位,在社会主义市场经济调整中发挥各自应有的作用^②。为此,有必要具体分析其不可取性。

首先,这种模式是一种过时的、陈旧的、落后的模式。从诸法合体到各国的法律体系,是一个进步。商法的特殊性在于它根植于希腊海商文化,从一开始就与民法毫无关系,表现为中世纪商人习惯法,其国际性是其天然属性,也是商法调整的市场交易关系与其它社会关系的显著不同点。商法纳入国内法后,一是应当充分考虑它的国际性;二是应当充分考虑它调整的交易关系不同于一般社会关系。正因为这两者都没有得到充分的考虑,把商法与家庭人身财产关系搅混在一起,忽视商法调整对象、调整方法的特殊性,从而统统附属于“民事”,作为一个部门法的附属部门。在科学技术不发达的情况下,其不合理性并不明显。但在世界

^① 陈晓枫. 中国法律文化研究[M]. 郑州:河南人民出版社,1993. 143, 456, 422.

^② 刘凯湘. 论商法的性质、依据与特征[J]. 现代法学,1997, (5).

一体化、经济全球化的新时代,这种不合理性则明显地暴露出来了,说商法纳入国内法律体系比其它法律部门受的损害都严重一点也不过分,不应该将一个具有国际性的调整交易关系的法律部门,沦为调整家庭血缘关系的附庸。

其次,这种模式既不利于民法现代化,更不利于商法现代化。科学的分工是社会的进步,也是现代化的有效途径。调整的社会关系越泛越好的思想,是一种简单商品生产思想在现实中的具体反映。为什么长期以来在什么是民法上总是闪烁其词,概括不出一个科学的概念,就是这种贪多、贪宽、企图包容一切造成的。商法在经济全球化的浪潮面前,现代化是迫在眉睫、不可避免的。商法相对于传统在时间和空间上的差异,就是把近代商法融于世界一体化的大潮中,重新恢复商法的国际性,造就现代商法。商法是民法特别法的模式是不可能继续坚持下去的,因为它不利于民法、商法的现代化。

最后,这种模式既不利于物质文明建设,也不利于精神文明建设。家庭人身财产关系与市场交易关系搅混在一起,既不利于民法也不利于商法的内部和谐,必然加大立法、司法、行政执法的成本,特别是容易混淆各种界限,不利于充分发挥二者在两个文明建设中的正确导向作用^①。因此,没有一个现代国家会认为商法是特别法的观点是正确的,商法“应该是有理智的商人们的共同意识”^②。

^① 徐学鹿. 充分发挥法制在精神文明建设中正确的导向和规范作用——三论“进一步完善民商法律”[J]. 中国商业法制, 1997, (4).

^② [英] 施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993. 138, 97.

商法独立性初探

——从票据法与海商法的角度

王小能 郭 瑜

在商法立法史上,法国 1807 年商法典开创的“民商分立”模式与瑞士 1912 年民法典开创的“民商合一”模式都有不少国家在追随。瑞士民法典民商合一的模式,与法国和德国民法典民商分立的模式,都是历史的产物,并没有如何深刻的理论存在于其间。但是,两种模式一旦形成,就发生了理论上的意义,并引起了理论上的讨论和争论。

在民商分立的模式中,无需强调商法的独立性,这种模式本身已经证明了民法与商法的不同。而在民商合一的模式中,尤其是在我国,没有经历过自由放任的经济发展,“重农轻商”、“重礼治、轻法治”的传统影响深重,虽然自 1933 年起我国已经开始实行社会主义市场经济的经济体制,但我国不少学者认为“今后我国也不会走民商分立的道路,大致可以肯定。”在这样的立法思想占主流的情况下,强调商法的独立性就不显得多余。

一、现实呼唤商法意识

学者主张民商合一并无意于淡化商法的特性,但在司法实践及商务运作中,由于民法观念根深蒂固,人们往往忽视商法固有的特点、商人固有的追求和商行为固有的个性,或者说缺乏商法意识。

南方一中级人民法院曾审理过这样一个案件:一孩童的父母到一人寿保险公司为该孩童投保平安险。保险公司提供的格式条款中规定,被保险人身体体检合格是合同的生效要件之一。

投保人对该条款没有异议,自认为孩童身体健康,在没有体检的情况下,在合同上签了字,并依照合同向保险公司交了保险费。在带孩童去医院体检的路上发生了交通事故,该孩童被车撞死。投保人向保险公司索赔。法院在审理该案件时,有观点认为,保险公司应当赔偿。主要理由是投保人已经在合同上签字并交付了保险费,被保险人的死亡和合同中要求的体检身体无关,世界上不可能存在身体强壮得都不会被汽车撞死的人。从实质正义出发,保险公司应赔。另一种意见认

为,保险公司不应当赔偿,主要理由是合同未生效,在本案中应慎用“公平、正义”这种民法中的基本原则。因为保险公司是商人,追求营利目标,保险合同中的许多内容包括要求被保险人体检都是在不违反法律规定的情况下,将自己的风险降低到最小的一种安排。除非法庭认定合同中要求被保险人进行体检的规定属于不公正条款,否则,该合同尚未生效,保险公司无需赔偿。可以看出,第一种意见倾向于民法观念,而后一种意见倾向于商法观念。

南京市曾发生过这样一个案件:农业银行经人民银行批准向储户发行无记名但可以转让的定期存单(面值100元),该存单上明确记载“可转让,不挂失”字样。由于该种存单利息较高,并且还有按照存单号码进行抽奖的机会(中奖率为50%),所以以这种方式存款的人很多。其中有一位残疾人用他在国营菜市场工作几十年的劳动收入7000元买了70张存单,银行的存款记录中明确记载了该人的姓名以及他所购存单的号码。不久残疾人家中失窃,丢失了全部存单。于是他到农业银行办理挂失。银行声称该种存单不挂失,但出于同情该银行通知各相关银行挂失了这70张存单。有一天,一人持有挂失存单中的其中10张来银行请求兑付,被银行拒绝。后经公安机关查实,该人就是窃贼。窃贼对盗窃事实供认不讳但声称另外60张存单已经不复存在。残疾人遂向农业银行请求兑付另外60张存单,银行拒绝,理由是没有足够的证据证明这60张存单不复存在,而这种存单又是可转让的有价证券,银行发出的存单上的权利没有时效限制。一旦将来有一天善意的存单持有人主张权利,银行势必蒙受损失。该残疾人以及众多同情者对银行的做法非常不满,认为银行记录中明确记载存款人就是该残疾人,存单号码也没有问题,而且公安机关已抓获了窃贼,银行还不向残疾人兑付就属于刁难了。当地报纸以“何时还我血汗钱”为标题指摘银行的冷酷,在当地引起强烈的反响。民众及媒体的态度表示出对弱者足够多的同情和关怀,但同时也显现了民众商法意识的薄弱甚至空白。

近日听闻一起公司产权界定案:一国有房地产总公司以自己的名义向银行贷款成立一分公司,总公司将此分公司发包给个人承包,承包经营效益很好,分公司不仅偿还了银行的全部贷款并且还积累了800多万元固定资产和400多万元银行存款。正在该分公司轰轰烈烈的经营过程中,突然有一国营农场来主张界定该分公司的产权属于该农场所有。农场的上级行政部门和当地的国有资产管理部門在没有进行任何实质调查的情况下,作出裁定:“该分公司的全部资产属于该国有农场所有,限期应将全部资产转移给该农场。”这份行政裁定使得该分公司莫名其妙自不待言,更让他们难以理解的是房地产总公司也书面通知分公司应服从该行政决定。作为以营利为目的的房地产总公司,对自己分公司的资产,也就是本公司的财产,居然持这种态度,其中原委我们不得而知。不过有一点很清楚,这种态度显然不是正常的理性商人应该有的。

类似的案例还有很多,通过分析这些案例,我们看到:在市场经济的社会中,尚有不少法官、公众乃至商人本身都十分欠缺商法意识。笔者有一种感觉:没有商法典不可怕,但是如果没有商法意识就很危险。

二、商法独立性的体现

要唤醒商法意识,首先应明确商法独立性,亦即商法固有的不同于民法和其他法律部门的特点。商法学者在商法特性的研究方面已经做了极大的努力并取得了相当的研究成果。这里需要首先展示前辈、同行及笔者在认识商法特性方面的基本观点:

1. 商法属于国内法,但具有较强的国际性

所谓国内法:意指一国立法机构基于本国的主权、立足于本国的实际情况制定的在本国领土内生效的法律。商法典以及各商事单行法在世界范围内基本上仍属于国内法。但资本流通的广泛性、国际间日益频繁的经济贸易交往,使得立法者在制定国内商法必须考虑国际通行的做法。不仅如此,国际经济贸易组织在统一国际间商事规则方面的努力及工作成果已经深入人心。他们制定的国际商法规则在各国的商事立法中都在不同程度上得到体现。由此可以说,商法比其他法律部门更具有国际性。与商法相比较,民法在国际性方面相对要弱一些,这是民法必须体现民族文化、地域风情、伦理观念等这一特性所决定的。以民商合一立法的典范《瑞士民法典》为例,在对待传统民法制度如相邻权制度、监护权制度、继承权制度、土地抵押权制度等方面非常照顾各州的惯例和特色,而在对待商法制度即原来的债务法典上则更注重各州的统一。

2. 商法属于私法,但具有一定的公法色彩

在传统的法律分类理论中,商法是私法体系中重要组成部分。私法强调“个人本位”、“权利本位”、“私法自治”,商法当然也以“平等、自由、等价有偿”为主要调整手段规范着平等的商事主体之间因从事商行为而发生的各类财产关系,通过这种调整,保护商人们的营利目的。但在商品经济的发展过程中,随着商事关系的复杂化,使得对商事主体的判断越来越困难,商事关系中隐含的投机性越来越大,利益损害呈现出的不特定性和广泛性。于是,传统的商人自治的私法机制受到了极大的挑战,客观事实要求商法在调整方法与保护目的上作出调整:应在加强形式主义和严格责任的基础上,将国家公权引入商事关系之中,通过国家干预来弥补私法自治的不足。比如公司法中必须加强公司登记制度、发起人及公司上层管理人员的责任制度;保险法中应当加强对保险业的管理制度和对危及保险市场安宁行为的处罚制度;票据法中应该强化对利用票据欺诈他人资金以及扰乱金融市场行为的惩罚制度;等等。这样一来,商法的公法色彩便逐渐增强。

3. 商法属于技术性而非伦理性立法

商法首先应体现基本的法律伦理,比如要求人们应遵守诚实信用原则。在公司法中规定公司管理人员的“竞业禁止”义务;保险法规定投保人“如实告知”的义务等。但由于商法以经济效率为主要追求目标,更由于现代商事交易中更多地融进了先进的科学技术,所以在具体制度的设计上更注重交易快捷和安全,这就与一般法律偏重于伦理道德规范(如刑法、民法等)有着明显的不同。比如票据法中关于票据行为无因性、独立性、要式性的制度;保险法中关于损害赔偿的估定制度;公司法中关于董事和监事的选举制度、公司组织机构的召集程序和议事方法、股票发行和交易制度;海商法中关于共同海损的认定及理算制度;国际贸易中涉及到的诸多贸易术语等等,都体现了极强的技术性。也正是由于商法的技术性,商事仲裁中往往以具有专门知识和技能的人员担任仲裁员。

4. 商法服务于商人的营利目的

商法是以调整商人和商行为为基本内容的法律部门。商人是以营利为目的的人;商行为是以营利为目的的法律行为。商法调整的社会关系使得商法从产生之初就深深打上“谋利”、“求赢”、“趋利避害”的烙印,具体反映了“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往”的客观经济现象。商法中很多制度都在努力实现着商人的营利目标。比如商事合同从签订到履行再到违约救济制度;公司组织机构的运作制度;保险法中有关保险公司的运营制度;票据法中重视行为外观;注重票据流通的制度等等。

除了对商法特性的基本认识之外,学者们还专门对商法与民法的区别作了进一步的研究。纵观学者的观点,民法与商法的主要区别如下:

(1)调整的社会关系不同。民法调整平等主体之间的财产关系和人身非财产关系;商法调整商人之间或者商人与非商人之间发生的财产关系。基于此,不少国家和地区在民法典之外制定商法典。

(2)价值取向不同。应该说,从《法国民法典》开始,民法追求的是“自由、平等、博爱”;从《法国商法典》或者说更早期的商人习惯法开始,商法追求的是“自由、平等、营利”。基于此,民法与伦理道德关系密切;而商法更注重高效快捷。

(3)在民商合一的立法模式中法律效力的顺序不同。学者称民商合一中民法的关系为普通法和特别法的关系。商法是民法的特别法,商法的适用优于民法、商法的效力优于民法。比如公司法中关于公司登记许可制度、公司内部组织机构制度优于民法中关于法人的一般规定;保险法中关于保险合同的订立、履行及违约救济制度应优于民法中关于一般合同的规定;海商法中关于船舶抵押、船舶留置、船舶所有权登记等制度应优于民法中一般财产的抵押、留置、登记等制度。

三、从票据关系考察商法的独立性

商法的特性以及与民法的区别点在不同的商事部门法中都能够得到充分体现,实际上,正是因为具体商事部门法的具体规定,学者们才得出以上的论断。这里,我们试探性地从票据关系中来进一步考察商法的独立性。

(一)票据当事人

根据各国票据法规定的具体制度,票据当事人是指在票据上享有权利或者在票据上承担义务或者与票据的权利义务有关系的法律主体。

传统民法中关于法律主体的概念十分清楚,就是指享有民事权利和承担民事义务的人。无论是在物权关系中、债权关系中还是人身权关系中,都不外乎权利主体和义务主体两大类。但在票据关系中,当事人不仅包括权利主体和义务主体,还包括既不享有票据权利,也不承担票据义务,仅因为票据上记载有其名称(或姓名)从而与票据的权利义务有关系的当事人。这类人在汇票中主要是指出票人记载的付款人,该付款人未进行承兑或无需进行承兑(见票即付的票据无需承兑);在支票中主要指出票人在支票上记载的付款银行。

汇票和支票中存在关系人,主要是因为这两种票据属于委托证券,而这种委托需要记载在票据上,只要出票人明确记载了其委托的付款人名称(姓名),其他要素都合法的话,该票据即为有效,持票人便享有票据权利。至于付款人是否接受委托,不影响票据的效力,以确保票据的无因性。但票据的有效性不能约束出票人单方面记载在票面上的付款人成为票据债务人,因为该付款人也许不接受出票人的委托,也许根本不知道出票人委托的事实,甚至根本不认识出票人。

这时,该付款人的身份就显得很复杂,传统民法中关于法律主体的制度无法提供解决该复杂问题的方法。于是,票据法设计了这样的制度:(1)在汇票中,如果持票人所取得的汇票属于远期票据,应当在法律规定的时间内向该票面上记载的付款人请求承兑(即请求付款人在票据上记载有关事项并签章,表示待票据到期后愿意无条件付款)。如果付款人承兑了该汇票,他便成为该汇票的债务人,待票据到期承担无条件支付票据金额的义务;如果付款人拒绝承兑,无论是因为他不愿意接受出票人的委托还是他根本不认识出票人,持票人就不得再转让票据,应当进入追索程序。(2)如果持票人所持汇票为见票即付的汇票,如银行汇票等,持票人可随时向付款人请求付款,付款人依法付了款,票据关系即告结束;如果付款人不愿意付款,持票人也应当进入追索程序。(3)在支票中,持票人应先向付款银行(即支票付款人)请求付款,如果该支票具备了付款条件,付款银行就应当向持票人付款;如果付款条件不具备,付款银行就可以拒绝付款,持票人应当进入追索程序。