



复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会

法律出版社

2001年9月刊 (总第一期)

Fudan Civil & Commercial Law Review

69

复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会

法律出版社

2001年9月刊（总第一期）

Fudan Civil & Commercial Law Review

图书在版编目(CIP)数据

复旦民商法学评论/《复旦民商法学评论》编委会编. —北京:
法律出版社, 2001. 11

ISBN 7-5036-3577-0

I. 复… II. 复… III. ①民法—研究—文集②商法—
研究—文集 IV. D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 076087 号

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
经销/新华书店
责任印制/李 跃
责任校对/杜 进

开本/787×1092 毫米 1/16
印张/27
字数/427 千
版本/2002 年 3 月第 1 版
2002 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414128(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有, 侵权必究。
书号: ISBN 7-5036-3577-0/D·3494
定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

2/13-04
T96

复旦民商法学评论

学术指导委员会:

主 任:胡鸿高

委员会成员:(按姓氏笔画)

王全第 孙宪忠 付鼎生 张乃根

陈治东 段 匡 邵建东 徐国建

胡鸿高 董世忠

委员会外籍成员:约翰·朗拜恩(John H. Langbein)

斯蒂文·施瓦茨(Steven L. Schwarcz)

主 编:王志达

副 主 编:朱 川 张 伟

编 辑:张云辉 谢 非 张劲松 何远卿

张 鸿 丁 洁 郭 畅

编务主任:冯国基

英文校审:刘彦会

法律出版社

祝贺《复旦民商法学评论》创刊

中国正处在民商事立法高峰期。中国的改革开放和市场经济发展到今天,已经提出了制定中国民法典的立法目标。中国将要制定一部科学、进步、完善的民法典,为中国进一步的改革开放、发展现代化的社会主义市场经济,为中国走向民主和法治,奠定牢不可破的法制根基。要完成这样一项历史使命,有赖于民商法学的极大繁荣。《复旦民商法学评论》的创刊适逢天时。

上海是中国经济最发达、最国际化的城市,是中国的金融、证券、保险、贸易、海运等产业的中心,是中国现代化市场经济的前沿阵地。各种新关系、新问题、新情况、新案型在这里发生,为民商法学研究准备了最肥沃的土壤。这是办好《复旦民商法学评论》的地利。

有了天时、有了地利,还要有人和。要求创办这份刊物的复旦大学法学院的民商法学专业、国际经济法专业的研究生们,持之以恒、前仆后继、共同努力、团结奋斗。创办一份刊物,就是开创一项事业。学术刊物,不同于普通的刊物、普通的事业,《复旦民商法学评论》,要坚持下去,要办出自己的特色,要维持高学术水准,要在学术的百花园中占居一席光荣之地,需要许许多多的人的许许多多的心血的浇灌!

哲人有言:创办一份刊物易,办好一份刊物难!

愿与复旦民商法学评论的编辑者及复旦大学法学院的研究生们共勉!

《民商法论丛》主编 梁慧星

《复旦民商法学评论》创刊贺词

我很欣喜地看到《复旦民商法学评论》的诞生,无疑它又为中国民商法学界泵入了新鲜的血液。在这里我表示诚挚的祝贺。

《复旦民商法学评论》是一个新生儿,它试图向我们展现自己的特色——它的研究领域主要集中在银行、证券、保险等方面,目前国内法学界对此领域的研究不尽充分,有着很大的研讨空间,因而是一个非常有创见的办刊定位。上海是中国的经济、金融中心,在不断发展的资本市场中蕴含着丰富的实践素材、极具挑战的前沿课题,这是他们的地缘优势。复旦大学是海内外知名的学府,学科门类齐全,有利于他们结成团队对相关的法律问题进行深入的交叉研究。复旦法学院有一批资深严谨的教授、海外学成归来正待施展才能的青年学者和充满朝气、勤奋聪慧的学生,这是他们在学术沃土上耕作、收获的基石。我相信《复旦民商法学评论》完全有条件、有能力成为一个具有广泛影响的学术刊物。

尤其难得的是,《复旦民商法学评论》完全是由一群研究生创办并负责运作的。对于这些年轻后生的开拓创新精神应给予充分的肯定、热情的支持和积极的引导,从他们和他们的刊物中我看到了中国法学研究的美好未来和希望。但是,办好一份刊物并不容易,需要一种默默奉献、持之以恒的精神。对于复旦法学院的学生编辑来讲,创刊——这只是万里长征的第一步,仍需不懈的努力与进取。我衷心祝愿《复旦民商法学评论》能够茁壮地成长起来,为中国的法学研究留下一笔厚重的财富。

《商事法论集》主编 王保树

序 言

青年是“惟知跃进，惟知雄飞”的一族。

美国《哈佛法学评论》，选题“麻、辣、烫”，论述新、奇、特，“辞约旨丰，事近喻远”，其学术地位博得学界肯定。然而，这份堪称世界最具影响力的法学期刊，编委竟是一群天资聪慧的哈佛大学法学院学生。他们对于包括老师在内的作者投稿，遴选中适用统一的质量尺度，客观公正。实践出真知，这些原先默默无闻的莘莘学子，经过阅审稿件和出版发行等富于挑战性工作的艰苦磨炼，大都成为美国高级法律人才的后备军。

中国青年学者，更是一支崇仰真理，刻苦勤奋，蕴蓄勃勃生机的科研生力军。当新世纪曙光来临之际，实行“依法治国”方略，加强制度文明建设，给予法学专业的青年学者一展才华的高天阔海。最具活力的国际大都市上海的地缘优势，复旦大学的名牌效应，将祖国各地品学兼优的天之骄子萃聚在法学院。诚如韩愈所云，“弟子不必不如师，师不必贤于弟子”。作为“教书匠”，我不敢妄言本院教师人人都杰出；但可坦然告白：本院学生在复旦、在全国皆属于最优秀的一群。为他们的成长与进步，充当人梯与铺路石，无比欣慰，乐在其中。

《复旦民商法学评论》的学生编辑们主要是复旦大学民商法学专业研究生。他们志存高远，踔厉风发，聪颖睿智，锐意进取。为了以实际行动推进民商法制的进程，他们不啻倡行从学科视角“写天地之辉光，晓生民之耳目”，而且执意借鉴《哈佛法学评论》的成功经验，创办《复旦民商法学评论》，力图闯出一条由高校青年学者主办的有分量的专业刊物之路。作为导师，我赞赏弟子的学术勇气，支持他们的不凡举措。

民法学和商法学是与市场经济发展联系最紧密的法律科学。伴随着共和国民法典的起草，这两门“显学”的实证研究和理论探讨任务空前繁重。尽管，由梁慧星、王保树和徐学鹿等著名学者分别主编

的《民商法论丛》、《商事法论集》和《商法研究》等专业书刊已颇有声誉,但是,民商法学亟待研究的问题不虞匮乏。本人坚信,《复旦民商法学评论》的刊行,对于关注民商法制进程的人士以及民商法学科的发展,不无裨益。

胡鸿高*

2001年9月10日

* 复旦大学法学院副院长,教授,民商法研究中心主任。

代 序

——我在学习商法中碰到的几个问题

徐学鹿*

几千年的我国法制史和法律思想史,是一部从排斥商法到承认商法的历史。因此,改革开放商法被提出来后,对我国来说商法是一个新问题。对待新问题惟一的途径就是学习。本文仅就我在学习商法中碰到的几个问题,谈点粗浅的体会,与复旦的同学们进行一下探讨。

第一,商法的时代划分问题

在相当长的一段时间里存在着对近代商法与现代商法的混淆。我在1986年出版的《商法概论》中,对商法的演进没有作时代划分;1991年出版的《商法》,只划分到近代商法。1996年3月寇志新教授主编的《商法学》,是法律出版社出版的,在商法的演进一章中将近、现代商法作为一节,没有具体加以界定。我在1998年出版的《商法学》中,对近代商法与现代商法作出了区分,明确地指出:近代商法是国家制定的商法典,或者是单行的商事法律。现代商法是现代市场交易的基本法,20世纪50年代诞生的《美国统一商法典》,确立了体现现代市场交易关系的新的普通法与特别法的关系。^①我们学习商法学要从近代商法与现代商法的混淆中解脱出来。首先,要有时间概念。近代商法是特指中世纪,即5—15世纪以后,两次世界大战之前这一时期的商法。这是时间界限。但是不是两次世界大战之后产生的所有的商法都是现代商法。现代商法有现代商法的内涵。如果说时间界限是现代商法的第一条界限的话,那么现代商法的内涵是现代商法的第二条界限。这就是我在《商法学》中对美国法时代商法及世界

* 北京工商大学教授,《商法研究》主编。邮编:100037。

① 参见徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社1998年版,第4页。

贸易法时代的商法及其特征的分析,^②以及后来我在《商法总论》中提出的研究现代商法标准时列举的10对方式变项。^③如果不符合第二条界限,即使是两次世界大战之后颁布的商法,也不能认为是现代商法。例如,《澳门商法典》是1999年8月3日澳门政府以第40/99/M号法令公布,1999年10月1日开始生效。法典第4条规定:“本法典未规定之情况……适用……《民法典》中与商法之原则不相抵触之规定规范。”^④说明《澳门商法典》仍然是特别法,仍然是近代商法。但是,作为近代商法的《澳门商法典》,正在向现代商法演进。正如澳门政府法令所指出的,他们已注意到“商法之规定在国际层面上亦日趋统一”,注意到“有人提倡新商事惯例”,并且他们正试图“体现出此趋势”,表现在“法典将商业企业确定为基本概念,并以此建立商业活动之整套新规则”,凡此种种表明澳门商法正在由近代商法向现代商法演进,并且迈出了坚实的步伐。

为什么会发生两个不同时代商法并存的这种局面呢?我们必须考察商法的两条不同的演进历程,一条是罗马法从本质上说是排斥商法的简单商品生产完善法的历程;一条是希腊及其他海港城市通过交易实践自主发展商法的历程。“只有大海,才是希腊文明的摇篮和归宿,而且历久不变”。^⑤大陆法系国家继受罗马法,接受了中世纪商法及英美法系的某些影响,逐渐演进为大陆法系的近代商法。英美法系经过中世纪商法,被称为旧的商人习惯法,通过不断发展的交易实践,逐渐演进成为现代商法,即新的商人习惯法。因此,凡是坚持简单商品生产完善法的理念,自然经济长期占统治地位、封建统治有漫长历史的国家,以及采取高度集中计划经济体制的国家,都自觉不自觉地排斥商法。凡是实行对外开放,发展海外贸易,市场交易发达的国家,都特别重视商法。

我们学习商法,必须划清时代界限,分清是近代商法,还是现代商法。我们学习的商法应当是适应经济全球化的世界通用的现代商法,而不是受陈旧、落后、繁琐、狭隘的大陆法系旧理念约束的近代商法。

第二,商法的自主发展问题

② 参见徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社1998年版,第35—36页。

③ 参见徐学鹿著:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第170—172页。

④ 参见赵秉志总编:《澳门商法典》,中国人民大学出版社1999年版,第16页。

⑤ 参见余秋雨:《千年一叹》,作家出版社2000年版,第19页。

我们要摆脱近代商法的思维,最有效的途径就是树立商法自主发展的观念。商法的自主发展是全方位的。这种全方位性,我们可以概括为七点:一是模式自主。此前或此后的法律,其产生的模式一般是皇帝(君主、帝王)加御用学者制造出来的,或多或少带有主观性,或多或少违背客观规律性。在交易实践中产生的商人习惯法,是市场交易的实际操作规则,这些规则体现的宝贵精神、原则、制度、程序,如权利互惠原则、诚信原则、多种信用形式、有限责任的组织、自治机制等,形成了崭新的商法体系。二是方式自主。表现为商法是一种从习俗(行为模型)意义上的习惯到更为细致地加以界定的习惯法(行为规范)的运动,商法的这种产生方式是完全由商人自主进行的。三是内容自主。根据市场交易的实际需要,商人创造了各种商法制度,从交易组织形式、交易行为到救济规则,都是自主创立的。例如,产生了类似于股份公司的康孟达,每个投资者的责任仅限于他投资的数额;与复杂的商业信用体系的存在相适应,产生了破产制度;产生了汇票、本票、提单和其他运输单据;创立了动产抵押权、未获支付的卖主的留置权,以及其他保证财产利益的权利等。内容自主内在要求商法适应市场交易的日新月异不断地创新,创新是商法自主发展的同义语。四是约束自主。商人是商人共同体的成员,在商法问题的自主权表现为要严格服从商法,自我约束表现为权利互惠、诚实信用履约等观念,表现为正式制度与非正式制度的完全融合,作为市场交易规则的商法在商人心目中有绝对的权威,是每个商人在市场交易中的行为准则。五是实施自主。表现为解决商人之间因交易发生的纠纷,是商人自己组成的商人法庭。商事法院包括市场法院、集市法院、商人行会法院和城市法院。市场法院和集市法院,法官是由市场或集市的商人从他们的成员中选出来的。行会法院由行会首脑或其代表组成,在审理商事案件中选择2—3名行会的商人成员担任陪审员。城市商事法院由商人们选举的商人组成。六是救济自主。不仅表现为救济方式的多样性,如协商、调解、仲裁、审理等多种形式,而且表现为救济内容的多样性,如违约救济、动产抵押权、未获支付的卖主留置权、票据追索权等。七是发展自主。商法是一种开放的、不断发展的体系,“商法的客观性、它的规范的专门性以及它的概念的准确性也都与时俱增;它的普遍性和一般性、它的一致性日益克服各种地方差异;权利的互惠性随着契约机会的增多而变得日益重要;对商事纠纷的裁判也越来越规范化;它的整体性程度

也不断提高”。^⑥“因此,整个商法体系都处在一种演化的过程之中,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”。^⑦

商法的自主发展,要求我们要用自主的思维探索、创新、发现、研究商法。牢牢掌握商法自主发展的宝贵精神,是我们打开商法科学之门的一把金钥匙。

第三,商法的理论基础问题

商法的理论基础是什么?过去有人说是民法。如果民法是商法的理论基础,第一,必然混淆近代商法和现代商法的界限,不可能树立鲜明的、牢固的现代商法的观念;第二,商法只能依附民法理论的发展而发展,不可能树立鲜明的、牢固的商法自主发展的观念。由于理论上的误导,在商法学习和研究中,产生了种种困惑。例如,为什么对于市场经济的市场交易一些人却仍然坚持要适用简单商品生产完善的法;^⑧市场是交易关系的总和,为什么长期以来却让作为交易规则总和的市场经济的市场交易基本法缺位;市场交易是一个日新月异的领域,市场交易的法律观念、体系、规则、制度为什么不崇尚创新,而坚持保守、狭隘、陈旧、落后的罗马法相承下来的观念、体系、规则、制度等等。造成此种局面的原因是多方面的,一个重要的问题是对商法的理论基础缺乏明确的认识和深入的研究。例如,对于商法的起源、性质、地位、作用、形式、概念等这些根本性的问题的研究、讨论,不是从马克思主义经典著作的理论宝库中找根据、找答案,而是舍近求远、旁征博引、长篇累牍、不厌其烦,反复论述,不是越说越令人费解,就是肆意加以歪曲,而对于我们手头的马克思主义的经典论述“先有交易,后来才由交易发展为法律……这种通过交换和在交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这样的法的形式”^⑨却缺乏认真的研究,深刻的领会。这一经典论述虽然不足50字,却如此精辟,如此准确地回答了商法这些根本性问题。这一经典论述既揭示了商法产生的必然性、产生的客观规律性,使商法的起源这个被大陆法系坚持简单商品生产完善法观念的某些学者弄得极为混乱而复杂的问题,明确而又科学地得到了回答,即商法产生于市场交易实

^⑥ 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第431—432页。

^⑦ 同上,第433页。

^⑧ 参见《马克思恩格斯全集》(第36卷),人民出版社1974年版,第169页。

^⑨ 参见《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第423页。

践,并随着市场交易实践的不断发展和创新而不断发展和创新。这一经典论述也揭示了商法的性质和地位,交易既然是法律产生的总根源,市场交易关系的法律调整必然成为法制的核心,这表明交易关系不是从属于家庭关系和其他社会关系,商法在法制建设中、在整个法律体系中具有极为重要的地位;这一经典论述同时也说明了商法的性质,因为交易在发展为法律的过程中,首先必须满足对交换和在交换中产生的实际关系的调整。因此,商法的产生、性质、地位及形式的定性,则必然是调整市场交易关系的基本法律,商法的概念则必然界定为是市场交易的基本行为准则,或者简化为商法是市场交易的规则。通过商法的规制,市场交易推动着商业革命,推动着商法从古代、中世纪、近代向现代商法演进,推动着整个社会的文明和进步。为了充分发挥商法的作用,使商法调整的交易关系不致陷于抽象而不可捉摸的境地,马克思主义的经典结论还明确地指出了调整市场交易关系的具体途径和形式,即通过“契约这样的法的形式”。市场交易的实现需要有载体,有表现,有保证,契约(合同)则是市场交易的法律形式。不管什么形式的市场交易,都是“让渡自己的商品,占有别人的商品”,都是“具有契约形式的(不管这种契约是不是用法律固定下来的)法的关系”。^⑩ 随着实物支付“成为例外,各种涉及使用信用手段的新的商业契约激剧增加”,^⑪ “产生了汇票和本票这样的商业票据,它们转变为所谓的无因契约,在其中票据不只是一个附属契约的根据,而且其本身还包含或就是一种契约,并可以独立地提起诉讼”。^⑫ 诸如保险契约或者货币兑换契约、代理契约、租船契约等,在市场交易实践中被创造出来了。^⑬ 契约有多种多样,市场交易契约是最重要的、最核心的契约。商法调整的市场交易关系,具体地说就是调整各种商事契约的签订、履行、变更和解除的关系。“商法与合同法的联系如此密切,不能、也不应该把它们分开”。^⑭ 这是人们经过总结大陆法系在市场交易与契约(合同)关系的深刻教训后,所得出的正确结论。因此,它促使国际制法机构及时地推出了《国际商

⑩ 参见马克思著:《资本论》(第1卷),中国社会科学出版社1983年版,第64页。

⑪ 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第426页。

⑫ 同上,第425页。

⑬ 参见徐学鹿著:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第294—302页。

⑭ 参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第113页。

事合同通则》。^⑮ 实践证明,商法的理论基础是马克思主义,马克思主义关于交易与法律、交换与契约(合同)关系的经典论述,是商法的理论基础。而按照马克思的基本理论,商法的理论基础只能是日新月异的市场交易实践。我们对商法的学习、研究、发展、创新,须臾也不能离开这一理论基础,它是破除我国实现商法现代化各种障碍的理论武器。我们用这一科学的方法论学习、研究商法,有利于推动商法领域的思想解放,摆脱种种误导,可以节省学习、研究商法的成本。

第四,商法学习、研究中的理论陷阱问题

商法在我国的学习和研究,有一些基本问题亟待深入,但为什么深不下去。除了以上提到的三个问题外,就目前发现的:一是人们有意识的设计理论陷阱;二是从传统承继下来的对商法的排斥情绪。首先,深不下去表现是多方面的,集中表现为近几年来出版了一些商法方面的教材和著作,有积极的一面,说明人们感觉到了商法在市场经济中的地位,成了法学领域的前沿和热门。但也有令人担忧的一面,主要是人们对这些商法著作和教材的评价,认为从总体上看并未超出我国台湾地区一些学者若干年前的商法教材或著作的水平,是一种低层次上的重复。其次,深不下去的直接原因是对一些商法的基本理论问题缺乏认真的、严肃的思考,有关方面本应积极引导和推动这种思考,但却反其道而行之,精心设计了一个理论陷阱,把人们的注意力引入了“民商分立”和“民商合一”的无休止的争论。这就是说中国商法本来先天不足,改革、开放后商法一被提出来,又陷入“合一”、“分立”的纷争,从而使设计者取得了这一理论陷阱的预期效果,使商法的基础理论裹足不前,表现为商法在我国发展的后天乏力,使商法的学习、研究变得陈旧乏味,缺乏生气。因此,我们要深入学习、研究商法,必须跳出“民商合一”与“民商分立”的理论陷阱,牢牢抓住大陆法系近代商法是民法特别法这一本质问题,全方位地对商法是民法的特别法进行分析、思考,例如分析这种思想、理论、立法模式产生的经济、政治根源;分析这种构想在简单商品生产条件下有一定的合理性、科学性,在经济全球化、知识经济时代,这种构想的反科学、反时代性;联系我国的经济、历史条件,分析我国接受这种“简单商品生产完善的法”的构想的“天然性”、“习惯性”,进而分析认识并清除这种构想的影响需要高度自觉的必要性。总之,要把商法学习、研究引向深入,时刻也不要放松对商法是民法特别法这种大陆法系构想

^⑮ 参见《国际商事合同通则》,周晓燕等译,法律出版社1996年版。

的分析、研究。对这一问题的科学结论,将使“民商合一”与“民商分立”的争论迎刃而解。这一问题的科学结论,也是为我国商法由近代商法向现代商法演进提供的一条具体的通道。再次,克服自觉不自觉地排斥商法的情绪,需要逐渐培养对商法满腔热情的感情。商法有没有缺陷,像任何事物一样,总是一分为二的,总是会有缺陷的,问题在于我们怎样对待商法的缺陷。从刊物上我们很难看到正面介绍、阐释商法,特别是有关商法基础理论的论著,偶尔看到一两篇,不是为“民商合一”出谋划策的,就是指责商法的文章。一篇本来有利于我国商法基础理论构建的论著,也被“价值缺陷”的醒目标题淹没的黯然失色。^⑮ 因此,在我国深入商法的学习、研究,既需要健康、严肃的批评和自我批评,更需要对商法的深厚感情和公正的立场。

第五,在商法现代化中我国怎样才能充分享受后发性利益的问题

所谓后发性利益,就是善于吸取别人成功的经验,善于接受别人失败的教训,采取切实可行的措施,从而实现后来居上的利益。要做到这一点,即把别人成功的经验经过消化后变成自己的实际行动,不再重复别人失败的做法,少交学费,不走弯路,就要处理好以上我们提到的几个问题。在实践中发生的种种问题,都同这几个问题有关,同时也影响了我们实现及享受后来居上的利益。例如,我们实行市场经济,长期以来却没有一部市场交易领域的基本法。1983年底,当时的国家商业部,曾组织了一次论证会,北大刘芮云老师参加了,会上有两种意见,一种认为我国改革、开放,应当制定商法;另一种意见认为我们是社会主义国家,不应当制定商业法,理由是商法是资本主义的。1984年7月17日拿出了《中华人民共和国商业法草案》征求意见稿,以后一稿又一稿地修改,始终也没有完全摆脱计划体制的思维。邓小平南方讲话后,由国家经贸委与内贸部联合召开过一次制定商行为法的研讨会,江平教授出席了这次会,一致认为应当制定,但后来两个会议主持单位没有达成一致意见,内贸部继续修改《商业法》,直到最后暂停起草。我认为这一立法暂停的原因:一是在我国缺少市场经济的市场交易实践;二是缺乏与市场交易法相适应的科学、先进的理论支撑。^⑯

再如,在法理学界和商法学界的力争下,在教育部门的支持下,

^⑮ 参见《中国法学》,1999年第2期。

^⑯ 参见徐学鹿著:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,前言。

将商法作为法学专业的 14 门核心课程之一。1998 年 4 月 10 日—12 日在南京大学由国家教委组织召开了《商法学教学指导纲要》的审稿会。会上发生了激烈的争论,主要是区别现代商法和近代商法,要不要把商事合同法纳入商法教学内容的分歧。由于上面谈到的四个问题的原因,最后表现为 1998 年由高教出版社出版的“面向 21 世纪课程教材”“法学专业核心课程教学基本要求”,仍然认为“商法作为民事特别法”。^⑬

第三件事,关于《深圳经济特区商事条例》。1999 年 4 月 19 日深圳市人大常委会负责同志主持在北京召开了论证会,会上提供讨论的是《深圳经济特区商人条例》,经过研讨、修改,1999 年 6 月 30 日见报的《条例》,从总的说没有摆脱大陆法系近代商法的思维,1999 年 10 月 1 日生效的这一《条例》第 4 条规定:“本条例……未规定的事项……适用民事法律”。尽管这一条例颁布在新世纪即将到来之时,仍然没有摆脱近代商法的归属。

第四件事,1999 年 12 月 15 日国家工商局在北京召开了一次讨论我国商事登记法的论证会,2000 年 5 月 9 日起草出了《商事登记条例》(第三稿),又在较大范围组织了论证。这个条例有两个明显的特点,一是消除了过去企业法人登记管理条例近代商法的倾向,注意体现了现代商法的要求;二是制定条例的目的很明确,就是要统一目前所有的企业登记,包括公司、合伙、独资以及外国企业。说明现代商法的时代趋势,已开始为我国有关部门在立法中关注。但应当指出我国过去颁布的商法方面的法律、法规,人们指出的这样那样的问题,有些法律和法规正准备修改,从微观上对一些具体问题研究如何修改是必要的,量变会引起质变,但是,如果不从宏观上作导向性的研究,我国商法很难摆脱从总体上尚属近代商法的范畴。我国已加入 WTO,任何国家或地区加入 WTO,都意味着对 WTO 提供的市场交易规则的认同。但是,在实现商法全球统一中,WTO 提供的市场交易规则,仅是全球商法统一的一个组成部分,国内商法向现代商法演进是商法全球统一的更为重要的组成部分。因此,加快我国商法向现代商法演进的步伐,既是加入 WTO 的需要,也是我国在商法领域享受后发性利益,实现后来居上的需要。在商法问题上我们虽然起步较晚,但我们不像大陆法系有些国家那样背着一个沉重的法律

^⑬ 参见《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》,高等教育出版社 1998 年版,第 100 页。

包袱。我们要充分享受后发性利益,一是要有高度警惕,防止背上大陆法系有些国家那样的沉重的法律包袱;二是在白纸上一定要画最新最美的图画,防止制作赝品。因此,我们一定要认真分析妨碍画最新最美图画的诸因素。我们一定要防止约翰——布侃对我们的嘲笑,他说:“你有没有想过中国的例子?中国有数以百万计的好头脑,却被空洞花哨的玩意弄得创意殆尽,他们没有方向,也没有驱策的力量,因此所有努力加起来全是一场空,全世界都因此耻笑他们。”^①例如,《德国民法典》前三编^②就是为追求“体系完美”而捏造的体系,对这种“空洞花哨的玩意”,如果至今仍被人们奉为至宝,不肯抛弃,不仅不可能充分享受后发性利益,也必将逃脱不了被耻笑者的命运。

总之,我们学习、研究商法:第一,要有历史的观点,商法是一个开放的不断发展的体系,大陆法系近代商法已经成为历史,对历史我们要善于总结和汲取它的经验和教训。第二,要有实践的观点,交易实践产生商法,商法是一个自主发展的体系。第二,要有科学的观点,马克思主义的科学理论是商法的理论基础。坚持这些观点,我们才能在商法的学习、研究中,在国家商法法制建设上,充分享受后发性利益,实现后来居上,实现中华民族的伟大复兴。

^① 转引自余秋雨:《千年一叹》,作家出版社2000年版,第457页。

^② 《德国民法典》前三编,为总则编、债编、物权编。