

2011—2012 年卷

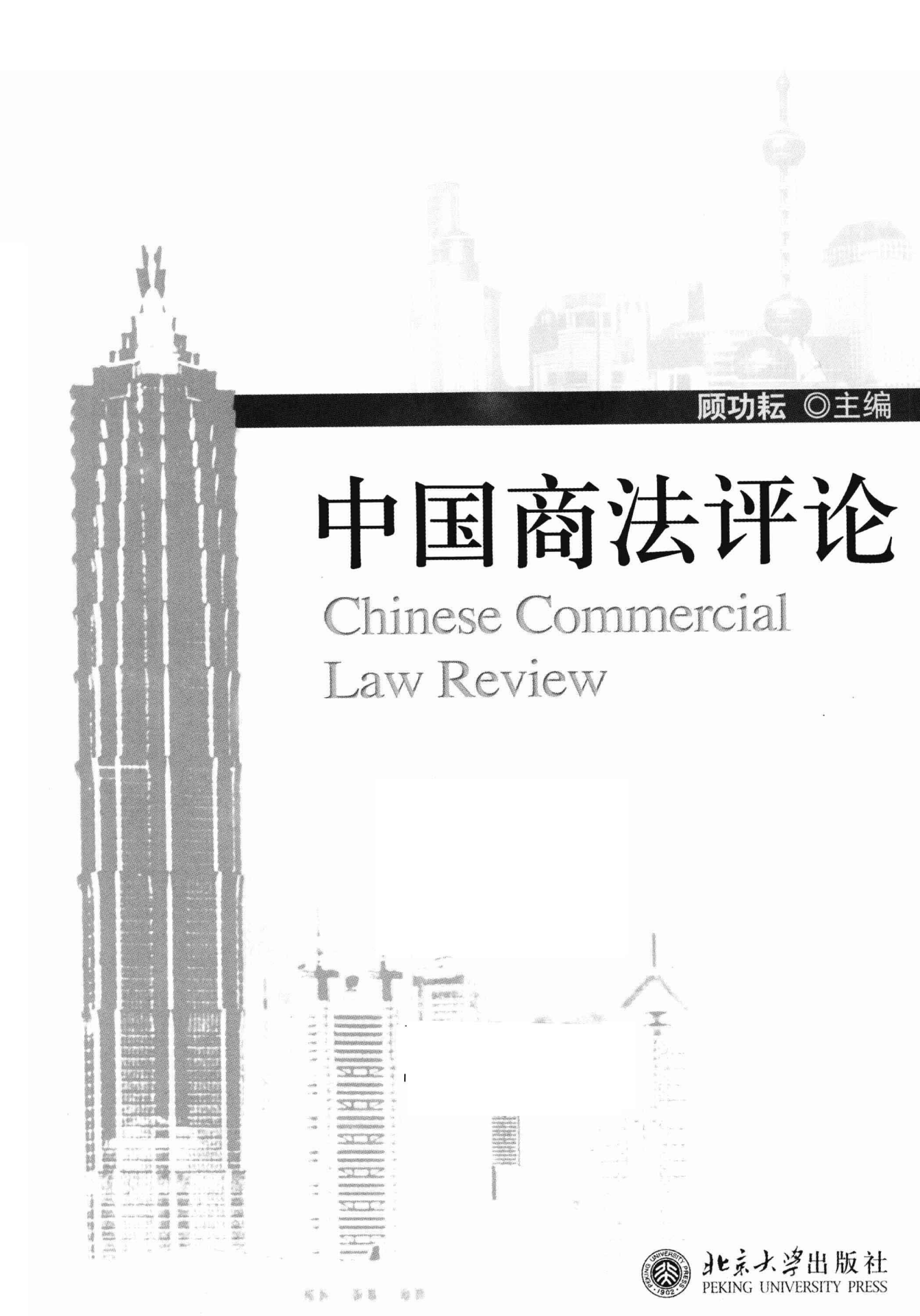
顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国商法评论. 2011—2012 年卷/顾功耘主编. —北京:北京大学出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 301 - 21518 - 0

I. ①中… II. ①顾… III. ①商法 - 中国 - 文集 IV. ①D923.994 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 260747 号

书 名: 中国商法评论(2011—2012 年卷)

著作责任者: 顾功耘 主编

责任编辑: 尹璐 赵圆圆 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 21518 - 0/D · 3200

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 21.25 印张 478 千字

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

卷 首 语

随着市场经济的快速发展,我国商事法律制度的体系日渐丰富和完善。无论是规范内容、表现形式还是功能结构,均体现出了商法的制度特点。可以说,从总论到分论、从理论研究到实证分析,商事法律制度前进的步伐从未停止。当然,事物发展进步的过程同时也是自我矫正、不断完善的过程。我们在肯定已有成果的同时,必须认真审视现有制度的不足,并积极寻求完善的方略。《中国商法评论》作为我国商法学界学术交流的主要平台,也一直在为此作出辛勤的努力。

从立法体系看,目前商法依旧面临着各分支协调性差、制度重叠与疏漏并存的责难,如何以动态的、开放的姿态,在商事通则的统领下不断促进商事制度的发展,仍是商法学者不可回避的难题;在具体制度上,作为商主体最基本制度的商号权仍然存在着缺陷,商号概念及一般规则的缺失、立法层级的不足、立法技术的粗放、行政管理色彩的浓厚都为商主体的权益保护蒙上了阴影。我国商法总论的理论问题和制度建设还需要学者们不断深入研究,为此,本卷特精选了两篇论文对此进行探讨。

在实践中,金融法是商事法律制度不可或缺的重要组成部分。为适应金融市场的发展,近年来,商法学界关于信托法、保险法、票据法的研究日渐深入、细致,并取得了诸多研究成果。2011年,在我国《信托法》颁布十周年之际,为借鉴域外国家和地区的相关立法、探索我国信托法制的完善路径,华东政法大学经济法律研究院特地举办了“信托法制的发展与中国《信托法》的修订”国际研讨会,来自中、美、日、韩等国家及我国台湾地区的信托法专家以及政府相关部门人士,纷纷就信托法制的发展趋势及今后中国《信托法》修改的制度走向发表了自己的真知灼见。我们从与会学者的论文中精选了多篇在本卷予以刊登,希冀能够对学界同仁的相关研习有所帮助。

商法具有很强的实践性,商事法律制度的发展除了学界的理论研究外,同样需要立法机构、实务界的积极推动和参与。为此,本卷评论还特别刊登了全国人大财经委副主任吴晓灵女士、上海证券交易所副总经理徐明博士、中国金融期货交易所李明良博士等从法律视角就当下我国金融市场发展中的热点、难点、焦点问题的演讲实录。他们既有深厚的理论功底,又有丰富的实践经验,相信他们的独到见解一定能对我们研习法律产生极大的启发。

最后,在本卷《中国商法评论》即将付梓之际,我仍然要一如既往地感谢各位读者对本刊的支持!感谢为本刊赐稿、贡献知识力量的各位专家学者!感谢北京大学出版社各位编辑的辛勤劳动!感谢大家!

顾功耘

2012年10月于华政园

目 录

商法基础理论

中国特色商法体系评估与构建技术反思
我国商号法律保护的问题及完善

郭富青 / 1
蒋 虹 / 21

信 托 法 制

民商分立

——论中国信托法制的不对称发展

王文字 / 41

论中国《信托业法》的制定

席月民 / 50

论信托公示的理论基础与制度设计

——兼评我国《信托法》第 10 条之规定

文 杰 / 56

信托关系中的受托人义务

——金融危机后的思考与反省

邵庆平 / 65

论国有资产信托内部监督的制度构建

李有星 罗 棚 / 74

管窥信托受托人选用国际投资工具的义务

——以美国法为视角

张 敏 / 80

论受托人与相关合作机构的法律关系

——以我国企业年金信托实证法为中心

梅慎实 张 涛 / 88

作为商事组织的商业信托和公司

——比较法学者的研究课题

史提芬·L. 舒尔茨 著 倪受彬 译 / 102

论信托财产权属

杨宏芹 易银莹 / 113

论信托原理在公司债管理中的运用

刘迎霜 / 121

2006 年日本《信托法》与事业信托

田中和明 著 杨林凯 译 / 129

日本《信托法》修改的主要内容与若干理论课题

杨林凯 / 135

日本信托法上受托人的权限及对信托财产的效果归属 道垣内弘人 著 杨林凯 译 / 144

保险法制

- 保险理赔“代位求偿权”运用之剖析 丁旭明 / 151
- 试论保险代位求偿中仲裁协议对保险人的约束力 杜爱武 王羽中 / 164
- 论保险合同的非要式性 罗啸威 / 170
- 关于上海保险交易所建设的几点思考 祁 群 / 179
- 醉酒等恶意驾驶行为所致交通事故不应获赔交强险 王罗杰 / 185
- 猝死是否属于意外事故 林 刚 / 191
- 杨某猝死保险合同纠纷案

票据法制

- 回归与突破
- 略论票据纠纷中权利外观原则的具体适用 陈 克 / 196

名家讲坛

- 金融立法中的若干理论问题 / 205
- 关于金融法的若干基本理论问题 / 220
- 多层次市场中的国际板 / 234
- 金融危机与中国期货市场的发展 / 250
- 论司法权对公司纠纷的有限介入 / 262
- 保险法实施中的几个疑难问题 / 270
- The US Uniform Trust Code and Its Impact on Business Trusts / 282
- 法律与经济发展的中国经验 / 289
- 以商事审判为例

会议综述

- 2011 年亚洲企业法制论坛
- 信托法制的发展与中国《信托法》的修订研讨会综述 栾 芳 / 305
- 2011 年度保险判例研讨会会议综述 张丹叶 王 璐 / 320

中国特色商法体系评估与构建技术反思

郭富青*

内容摘要 我国商法体系作为中国特色社会主义法律体系的重要组成部分已经基本形成。从规范内容、层级结构与表现形式和功能结构三个维度均可看出中国特色的商法已经基本完成体系化建构。无论是体系形式、建构方式还是形成过程,它均具有自身显著的特色。它是以商事单行法作为支架,并由法律、行政法规和地方性法规形成的三层结构体系。但是,这一体系尚未完备和成熟,不仅体系呈离散状态而且存在着统一协调性差的疏漏。因此,今后我国商法体系必须以动态、开放的态度与时俱进,在一般商法规范的统领之下不断地加以改进和完善,日益走向成熟。

关键词 中国特色 商法体系 法律技术

1978年党的十一届三中全会拉开了改革开放的序幕,建设中国特色的商法体系正式启动。1993年党的十四届三中全会提出,要遵循宪法规定的原则,进一步完善民商法律,20世纪末初步建立适应社会主义市场经济的法律体系。^①1997年党的十五大更加明确地提出:“健全社会主义法制,依法治国,建设社会主义法治国家”;“加强立法工作,提高立法质量,到2010年形成有中国特色社会主义法律体系”。^②2011年1月24日,全国人大常委会召开“形成中国特色社会主义法律体系座谈会”,吴邦国委员长发表重要讲话:“新中国成立以来特别是改革开放30多年来,在中国共产党的正确领导下,经过各方面坚持不懈的共同努力,我国立法工作取得了举世瞩目的巨大成就。一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个

* 西北政法大学教授。

本文系陕西省教育厅“专项科研计划项目”《商法的技术品格研究》的成果之一,项目合同编号08JK169。

① 参见《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

② 江泽民:《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》(1997年9月12日在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告)。

层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依。这是我国社会主义民主法制建设史上的重要里程碑,具有重大的现实意义和深远的历史意义。”这一郑重庄严的宣告,同时也表明我国商法体系作为中国特色的社会主义法律体系的重要组成部分已经基本形成。对此,回顾新中国商法体系形成的历程,对其进行总体、全面的评价和总结,认清其特点和不足,展望和把握其未来的发展方向,有效地发挥其对我国市场经济持续发展的保护和促进作用,明确使之不断完善的任务,将是我国今后法制建设的主要使命之一。

对我国业已形成的商法体系进行评估和反思可以有多种角度,本文仅从法律技术视角加以评价和检讨,企望能收窥一斑而知全豹之功。

一、我国商法体系形成的基本评价

商法是市场经济的法律表现,是对构成市民社会基础的市场经济这样一种扩大了的商品经济中基于营利而建立的特定社会关系的调整,具有具体性和实用性。^③ 商法体系是以法律规定、法律规范和法律条文为表现形式而形成的,调整营利主体及其营业活动的商事制度体系,是商法系统化思维和建构的结果。我国商法体系是以宪法为依据,以《民法通则》为基础,以众多的商事单行法为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的商法规范构成的体系。随着中国特色社会主义法律体系已经形成,其中的商法体系也已孕育成型。我国商法体系的建立是社会主义市场经济法制建设的里程碑,它不但为我国市场经济的持续发展和繁荣奠定了坚实的基础,而且提供了强有力的法治保障。当前,对我国业已形成的商法体系如何全面、客观评价,认清其特色,总结经验和教训,是我国今后商法不断完善的重要任务。为此,商法学界必须在坚持中国特色社会主义政治发展道路的基础上,加强对中国特色社会主义商法体系的深入研究,作出系统的理论概括,从而为商法体系的形成和完善提供理论支撑。笔者认为对我国现行商法体系的形成应以多方位的、整体的、历史的和发展的眼光,进行客观公正和深层次的审视,不能仅作单一、片面、割裂和静止的评判,更不能不切实地进行虚夸或妄自菲薄,也不能肤浅地只看表象不顾实质。

(一) 我国商法体系的三维透视

1. 我国商法规范的内容结构体系

法律体系就是法律规范体系,^④就我国现行商法而言,我们姑且不谈其法律体例和文本表现形式,先仅就其规范内容的结构来考察其体系。经过三十多年的商事立法建设,我

^③ 参见赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社1999年版,第12页。

^④ 参见李其瑞、杨宗科主编:《法理学》,中国民主法制出版社1996年版,第65页。

国商事法律规范基本架构已经逐渐形成。首先,就商事实体规范而言,调整平等商事主体之间权利、义务和责任的规范,以及对商事主体及其商行为实施监管的规范,均已较全面确立。综合起来可以概括为以下几个方面:

(1) 商事主体法律规范。商事主体是开展商事活动的基础,没有健全和独立的商事主体,商事交易活动就无法正常启动,即便是已经开始的营业和交易活动也难保顺利和规范地完成。这是因为在市场主体存在严重的人格和能力缺陷的条件下,必然会阻碍市场机制的良性发展,在商事法律生活中则集中表现为,商事法律关系设立和变动中的权利享有、义务承担和责任追究均难以公正、有效地实现。为此,我国改革开放之初,就着力于商事主体方面的立法工作。通过外商投资企业立法创造了三种外商投资企业的组织形式,即中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业;为了使国有企业成为独立的市场主体,具备健全的法人格,从对国企放权让利,实行承包和租赁经营到建立现代企业制度等一系列改革措施及其立法活动,呈现出互动发展之势,从而确立了以公司、合伙企业、个人独资企业、国有企业、集体企业、外商投资企业和农民专业合作社等企业组织形态为主干,包括个体工商户在内的商事主体规范群。

(2) 商事行为法律规范。随着我国对商品经济的承认到市场经济的全面确立,各类市场迅速发育成长,商事交易的标的日益丰富多样,新的交易方式层出不穷,交易范围不断扩大。与之相适应的商事交易法律规范的供给也与日俱增,不断完善。目前,我国商法规范体系中的交易规范不但包括有形的商品交易规范,无形的知识产权交易规范,银行、保险和信托等金融产品交易规范,而且以权利证券化如票据、股票、债券、基金券和期货等作为标的的交易规范均已制备。另外,我国还就现代商事交易方式创立了融资租赁、招投标和拍卖等法律规范。

(3) 商事监管法律规范。我国市场经济不是放任自流的经济,而是政府监管与市场经济调节机制有机结合的经济体制。因为商事主体在单纯自治的交易和竞争活动中,不但会引发垄断现象,而且会因市场失灵酿成经济危机。也就是说,商事主体的自发行为对国家经济发展方式给定目标的背离势必损害社会公共利益,导致国家经济发展的不协调、不平衡和不可持续。所以,国家对商事活动进行必要和适当的干预具有合理性。我国对商事活动的监管法律规范主要表现为两个方面:第一,对商事主体设立和营业实行许可和登记制度;第二,对涉及社会公共利益的产品质量、广告、不正当竞争与垄断行为、金融与资本市场的重大交易等实行审查批准或检查制度。

(4) 商事组织和行为宏观调控法律规范。近代商法只注重商事组织设立及行为的私法调整并辅之以微观层面的公法监管,但是往往不涉及宏观层面的调控措施。我国经济改革的精神实质就是创新,破除陈规。为此,必须从我国市场经济发展的国情和实际需要出发,充分发挥政府对经济的调控职能,为培育商事新领域或促进其发展提供原动力。例如,我国为促进乡镇企业、中小企业、对外贸易和循环经济等领域的发展,分别规定了引导、推动、扶持和激励的法律和政策措施。当然,对那些不符合国家社会经济发展规划的商事组织及其活动,立法则采取禁止、限制的调控措施。

(5) 商事法律责任规范。商事活动的营业性、专业性要求商事主体对其行为负有高

于一般民事主体的注意义务和责任,对此,我国商事立法规定了商事主体的严格责任和连带责任。另外,为保证商事主体权利、义务的取得和顺利实现,我国商事立法中设置了许多非诉讼性质的商事程序规范。商事交易由于多为定型化和标准化交易,要求商事营业的组织和交易活动方式法定化和程序化。据此,我国现有的商事立法从两个方面建立了商事程序性规范:一是各类企业的设立、变更、终止和破产程序;二是商事交易程序,如公司股票、债券的发行和上市交易程序,公司并购程序,票据转让和交易程序,拍卖和招投标程序等。至于商事纠纷的诉讼程序除适用普通民事诉讼和行政诉讼程序外,商法还规定了特别程序,如股东代表诉讼、强制公司清算和司法解散公司等。

2. 我国商法的层级结构与形式体系

我国在法制传统上沿袭大陆法系的做法。旧中国自清末至新中国成立前,私法体例及体系化的方法曾经先尝试“民商分立”,^⑤后转为“民商合一”。^⑥新中国成立后,国民党政府的一切伪法统被废除,包括商法在内的《六法全书》在大陆的实施也被终结。随着社会主义计划经济体制的建立,市场机制被排斥在外,商品交易活动仅限于少数生活资料。虽然为适应计划经济体制的需要,国家和地方曾颁布过一些商业法规,但其规范的性质并非近现代意义的商法。因此,新中国初期的民商事立法处于停顿状态。党的十一届三中全会后,我国进入改革开放时期,商法体系建立伊始,在体例和表现形式上自然不存在路径依赖,改革开放的紧迫性和商法供给的奇缺,致使我们无暇在私法理论上做好充分的准备,更不允许在立法体例上陷入长期的争论。这使我国商事立法的启动不是囿于“民商分立”与“民商合一”的窠臼,而是一切从实际出发,根据经济体制改革开放的急需,循序渐进地分别制定特定经济领域的商法,逐步改变商事活动无法可依的状况。

我国是统一的单一制社会主义国家,要求法制统一。然而,我国幅员辽阔,各地社会经济发展极不平衡,不同经济领域的条件亦不尽相同,改革步伐不可能同步。这一基本国情决定了我国商法体系的形成不可能采取一部“单一法典”的形式一蹴而就。从我国商法体系建立的实践过程看,始终是以宪法为依据,严格依照法定权限、遵循法定程序开展立法工作。有些事项,用法律来规范尚不具备条件,就先依法制定行政法规和地方性法规,待条件成熟后再制定法律,这是中国特色。现实国情和立法进程的中国特色也决定了我国实行统一而又分层次的立法体制,即在坚持全国人大及其常委会集中行使国家立法权的前提下,赋予国务院制定行政法规、省级人大及其常委会和较大市人大及其常委会制定地方性法规的权限,还赋予经济特区所在地制定经济特区法规的权限和民族自治地方

^⑤ 1903年,清政府起草《钦定大清商律》,它由商人通例和公司律两部分组成。在体例和内容上效仿《日本商法典》的规定。1908年修订法律馆聘请日本专家志田钾太郎起草《大清商律草案》,设总则、商行为、公司律、票据法、商船律五编,共1008条,结构几乎是《日本商法典》的翻版,内容主要模仿日本和德国商法典。它虽因清室告亡,而未及颁行,但在中国立法实践中,留下了采取“民商分立”体例的先例。

^⑥ 1929年国民政府立法院院长胡汉民、副院长林森向国民党中央政治会议提出制定民商统一法典的八条理由。编订民商统一法典议案经国民党中央政治会议第183次会议决议审查通过,1931年制备《中华民国民法典》,对民商进行体例合一的安排:第一,将性质上宜于在民法中合一规定的内容,如属于商法典总则规定事项的经理人及代办商,属于商行为编的买卖、交互计算、隐名合伙、仓库、运送营业及承揽运送均编入民法债编。第二,凡不宜与民法合一规定者,如公司法、票据法、保险法、海商法、破产法,则制定民事特别法。第三,通常在商法典中规定的商业登记、商号、账簿等内容由于不适于在民法中合一规定,因而单独拟定商业登记法。

制定自治条例、单行条例的权限。因此,我国现行商法体例和表现形式,既没有采用德国和法国式的“民商分立”的模式,即以商法典为载体建构商事规范体系,也没有像意大利或瑞士那样以民法典为载体建构大一统的“民商合一”的私法体系,而是立足于国情,根据经济体制改革的轻重缓急和立法当时的社会经济条件,分别以商事领域的特定社会关系为对象,以单行法为表现形式,按照立法权限分层次地建构商法的体系,从而使我商法体系呈现出显著的层级结构体系特色。具体表现如下:

第一层级,绝大多数是由全国人大常委会制定的商事单行法。

它是我国整个商法体系的骨干和支柱,为商事主体的设立和相应活动提供基本法律依据和保障。属于这一层级体系的商事单行法可以分为以下几类:(1) 商事基础法。主要有:《民法通则》(1986年)、《合同法》(1999年)、《物权法》(2007年)、《侵权责任法》(2009年)。(2) 商事主体法。主要有:《中外合资经营企业法》(1979年,1990年、2001年两次修订)、《中外合作经营企业法》(1988年,2000年修订)、《外资企业法》(1986年,2002年修订)、《全民所有工业企业法》(1988年)、《公司法》(1993年,1999年、2005年两次修订)、《合伙企业法》(1997年,2006年修订)、《个人独资企业法》(1999年)、《农民专业合作社法》(2006年)和《企业破产法》(2006年,取代1986年的《企业破产法(试行)》)。(3) 商行为法或以调整商行为为主的单行法。主要有:《担保法》(1995年)、《证券法》(1998年,2005年修订)、《证券投资基金法》(2003年)、《拍卖法》(1996年)、《招标投标法》(1999年)、《票据法》(1995年,2004年修订)、《信托法》(2001年)、《商业银行法》(1995年,2003年修订)、《保险法》(1995年,2002年、2009年两次修订)、《农村土地承包法》(2002年)和《海商法》(1992年)等。(4) 商事监管法。主要有:《海关法》(1987年,2000年修订)、《产品质量法》(1993年,2000年修正)、《反不正当竞争法》(1993年)、《广告法》(1994年)、《银行业监督管理法》(2003年,2006年修订)、《对外贸易法》(2004年)、《反垄断法》(2007年)、《企业国有资产法》(2008年)等。(5) 商事促进法。主要有:《乡镇企业法》(1996)、《中小企业促进法》(2003年)、《循环经济促进法》(2008年)。

以上五个方面的商事法分别以我国商事社会关系中具体的经济关系作为调整对象,侧重于不同的层面和角度进行规制,形成了分工协作、互相照应和配套关系。其中,《民法通则》、《物权法》、《合同法》和《侵权责任法》的陆续出台和实施已经奠定了我国私法架构的基础。首先,私法自治的理念已经法律化、固定化,确立了私法主体平等、所有权神圣不可侵犯、契约自由、诚实信用和不得违反社会公共利益等原则,私法主体及权利、义务和法律责任,物权、债权和侵权责任的一般制度已经形成。这为其他商事单行法对商事主体、商事财产、商事合同及其相关的权利、义务和责任进行特殊制度设计提供了法律依据和基本原则。其次,商事基本法中本身也规定了一定数量的特殊法律规范。例如,《民法通则》关于个体工商户、农村承包经营户、企业法人和联营的规定;《物权法》关于财产集合抵押、最高额抵押权、权利质押和企业之间的留置权;尤其是《合同法》中规定的有名合同,多数属于商事合同。

第二层级,国务院就商事领域制定的行政法规以及最高人民法院就商事单行法所作的司法解释。

这一层级的商事法律规范可以概括为三类:第一,授权先行制定的商事法规。这是指对一些商事领域制定法律条件尚不成熟的,先由全国人大常委会授权国务院制定商事法规。例如,1987年《城乡个体工商户管理暂行条例》,1988年《私营企业暂行条例》,1990年《劳动就业服务企业管理规定》、《关于鼓励华侨和香港澳门同胞投资的规定》、《乡村集体所有制企业条例》,1991年《城镇集体所有制企业条例》等均属于此类。第二,为实施商事单行法而制定的配套法规。例如,1983年《中外合资经营企业法实施条例》(1987年修订)、1990年《外资企业法实施细则》、1988年《企业法人登记管理条例》、1992年《全民所有制工业企业转换经营机制条例》、1994年《公司登记管理条例》(2005年修订)、1995年《中外合作经营企业法实施细则》等。第三,最高人民法院针对商事单行法适用问题所作的司法解释。例如,《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》、《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》、《关于适用〈合同法〉若干问题的解释》、《关于适用〈公司法〉若干问题的规定》等。

第三层级,省级人大及其常委会、经济特区和较大城市人大及其常委会制定的地方性商事法规。例如,1999年深圳市人民代表大会常务委员会制定的《深圳经济特区商事条例》、2000年陕西省人民代表大会常务委员会制定的《陕西省股份合作企业条例》。地方性商事法规通常是在没有全国性立法和行政法规的情形下,为了规范本地商事活动的发展,由地方立法机关制定的具有拾遗补缺性的法律。

在上述我国商法的层级结构体系中,第一层级的商事法律效力最高,国务院和地方立法机关制定的商事法规不得与之相抵触,国务院制定的商事法规,其效力低于商事法律,但高于地方性商事法规,地方性商事法规不得违反国务院制定的商事法规。就适用而言,商事法律和行政法规对全国范围的商事活动具有普遍拘束力,而地方性商事法规仅适用于本地的商事行为。这种商事立法体制既确保了我国商事立法的统一性和权威性,又妥善照顾到各地区的特点和差异,充分调动了中央和地方两个积极性;既及时将改革开放中成熟的经验上升为法律,又为深化改革留下了空间。

3. 我国商法的功能结构体系

商法功能一般说来,是指商法对商事组织关系和交易关系的调控作用和效果。商法的调控功能不是单一的,而是多种调整措施和手段综合运用形成的合理功能结构。商法功能结构由许可、鼓励、推动、促进、限制、禁止和矫正等功能构成。各项调整功能健全、协调统一,发挥整合效用,是商法功能结构合理和完善的标志。不合理的商法调整功能结构无法保持经济活动平衡和有序发展,对此我国曾有过深刻的教训:20世纪80年代至90年代初期,我国曾经出现创办公司的热潮,各种形形色色的“官倒公司”、“皮包公司”充斥市场,流通秩序混乱不堪,出现商事活动“一放就乱、一管就死”的怪圈,为此,国务院曾多次下文清理整顿公司。^⑦出现这种现象的根本原因实质上是商法的促进功能与约束功能未能实现有机统一、紧密结合的客观反映。经过三十多年的商事法制建设,随着商法调整功

^⑦ 1988年10月3日,国务院下发《关于清理整顿公司的决定》,1989年10月又下发《关于进一步清理整顿公司的决定》。

能结构的形成和日趋合理,这种现象已经烟消云散。目前,我国商法调控的功能基本做到了功能齐全和协调统一,初步形成了商法规范对商事主体实行自治与强制、激励与约束、保护与制裁相结合的有效调整机制。

(二) 我国商法体系形成的标准化评析

理想化法律体系的基本要求是门类齐全、结构严谨、内容协调,这是衡量一个国家是否具有完备的法律体系的基本标志。^⑧ 另外,笔者认为还应当包括法律体系形成和发展具有科学性。以这些标准衡量我国已经形成的商法体系,我们可以作出以下总体评价:第一,我国现行商法体系中的商事部门法已经基本齐备,但是仍然有立法缺漏。商事组织及其活动所需要的法律规范,均已通过商事单行法律、法规的形式制定出来,大体上覆盖到了所有的商事领域。然而,我国商法体系中个别层面和环节上的法律规范依然存在着疏漏,表现为特殊商法规范基本齐全,统帅性的一般商法规范缺乏。例如,我国虽然已经颁布了多部以特定企业组织形态为调整对象的企业单行法,但是,我国商法体系中至今没有处于上位的商主体、企业、商号和经理的一般概念和制度。第二,如上所述,我国商法体系中,商事单行法、法规已经形成配套关系。第三,商法体系内部整体和谐和局部或个别层面及环节不协调并存。一方面,已制定的各项单行商事法对整个商事关系的调整,已经按照特定的调整对象和领域呈现出分工协作的布局;商事单行法、行政法规和地方性法规已经按照立法权限和效力规格形成照应和配套的层级结构。另一方面,我国配套性商法规范之间也存在着不能有机衔接、呼应,以及重复和交叉立法的问题。尤其是,由于商法体系的形成阶段正处于社会经济转轨时期,致使受计划经济理念支配或带有计划经济遗迹的商法,与体现市场经济价值和理念的商法必然在很长一段时期内并存。二者之间的矛盾冲突不可避免。第四,我国商法体系是一个科学体系。这不仅因为它已基本实现了完整性、统一性,还在于它的开放性。它是一个与时俱进的开放体系,表现为以改革开放精神和世界眼光,借鉴与创新相结合,立、改、废交替进行,边建设边完善。另外,商法体系是在严格执行立法规划^⑨和广泛吸收社会各阶层民主参与立法的基础上形成的。

综上所述,中国特色的社会主义商法体系已经基本形成,但是,尚未成熟,我们今后工作的重心应当是根据改革开放和市场经济的不断深化和发展的实际需要,不断地完善这一法律体系,使之日趋成熟。

^⑧ 参见郑成良主编:《法理学》,高等教育出版社2004年版,第85页。

^⑨ 中国特色社会主义市场经济法律体系是通过制定和实施四个五年立法规划的过程形成的,其中八届全国人大常委会立法规划的目标是大体形成法律体系的框架;九届全国人大常委会立法规划的目标是初步形成法律体系;十届全国人大常委会立法规划的目标是基本形成法律体系;十一届全国人大常委会立法规划的目标是形成法律体系。中国特色商法体系作为其中的子系统自然是按照这些立法规划,有计划地同步实现了体系化。

二、我国商法体系形成的历史背景和建构特点

(一) 我国商法体系形成于经济体制改革转型时期

1978年党的十一届三中全会重新确立了解放思想、实事求是的指导思想,作出了工作重点转移到经济建设上的重大决策,确定了使民主制度化、法律化的重要任务。从此拉开了我国改革开放和商事法制建设的序幕,进行了一系列重大改革,主要包括以下几个方面:

(1) 确定体制发展方向、目标和模式转变的改革。1984年党的十二届三中全会提出了有计划的商品经济,指明当前我国形势发展的迫切需要是进一步贯彻执行对内搞活经济、对外实行开放的方针,加快以城市为重点的整个经济体制改革的步伐。1987年党的十三大报告阐明了社会主义初级阶段理论,强调初级阶段必须以经济建设为中心,坚持四项基本原则,坚持改革开放,走具有中国特色的社会主义建设之路。1992年党的第十四次全国代表大会确定了我国建立社会主义市场经济体制的目标。1993年党的十四届三中全会进一步明确了建立社会主义市场经济体制,目标是使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用。1995年党的十四届五中全会把实现经济体制从传统的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变,作为两个具有全局意义的根本性转变的“九五”计划和2010年远景目标之一。^⑩ 1997年党的十五大在社会主义初级阶段的基本纲领中确立了“依法治国”的方略。2002年党的十六大又将全面建设小康社会作为新的奋斗目标。2006年党的第十六届中央委员会第六次全体会议则更进一步提出了到2020年构建社会主义和谐社会的目标和主要任务。同时,建立更加完善的社会主义民主法制,全面落实依法治国基本方略,切实尊重和保障人民的权益。

(2) 农村经济体制改革。自1987年推行家庭联产承包责任制、改革粮食和其他农产品流通体制、乡镇企业异军突起、实行农业产业化经营等一系列改革不断深化,极大地解放了农村生产力,取得了巨大成功,解决了亿万农民的温饱问题。

(3) 企业改革。1986年国务院决定全民所有制小型企业可积极试行租赁、承包经营,大中型企业要实行多种形式的经营责任制。各地可以选择少数有条件的全民所有制大中型企业进行股份制试点。1993年国有企业进一步转换经营机制,朝着建立适应市场经济要求,产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度的方向迈进。

(4) 财税、金融和资本体制改革。改革开放三十多年来,我国进行了税收体制、财政预算支出和政府间的财政关系改革,实行中央和地方政府分税制,理顺两级财政关系,建立公共财产体系。1993年提出的金融体制改革目标是:建立在国务院领导下,独立执行货币政策的中央银行宏观调控体系;实行政策性金融与商业性金融分离,以国有商业银行

^⑩ 另一目标是经济增长方式从粗放型向集约型转变。

为主体、多种金融机构并存的金融组织体系;建立统一开放、有序竞争、严格管理的金融市场体系。2004年国有商业银行进行股份制改革,到2010年中国银行、建设银行、工商银行和农业银行均已陆续改组为股份公司并成功上市。自1990年上海、深圳证券交易所先后成立,我国资本市场进入发育成长期,到2004年颁布推进资本市场发展的“国九条”^①,资本市场进入大力发展时期。2005年实施股权分置改革,实现了证券市场的统一。我国资本市场今后将向建立多元化、多层次的资本市场体系的目标发展。

(5) 外贸、外汇体制改革。自1979年以来外贸体系进行了管理机构调整、进出口商品分级管理分类经营、增加经营渠道、推行责任制等多项改革,到1994年外贸体制进入综合配套改革阶段,其目标是统一政策、开放经营、平等竞争、自负盈亏、工贸结合、推行代理制,建立适应国际经济通行规则的运行机制。1979年开始建立计划管理与市场调节结合的外汇管理模式,先后实行汇率并轨、银行结汇制度,逐渐实现经常项目下人民币自由兑换、建立银行间外汇市场的各项改革,取得了重大进展。2001年我国加入并成为世界贸易组织成员,加快了我国经济融入全球一体化的进程,发展规模迅速扩大,到2010年我国经济总量已经跃居世界第二。

(6) 不同经济成分共同发展的改革。我国传统计划经济体制下资源配置高度行政化,“重国有,轻集体,禁止私营经营发展”,画地为牢,横向经济交往受阻,导致国有经济极度缺乏活力,国民经济近乎崩溃。因此,以市场为导向的经济改革必须突破不同所有制之间的樊篱。1999年、2004年九届全国人大二次会议和十届全国人大二次会议先后两次通过《宪法修正案》,明确非公有制经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分,“公民合法的私有财产不受侵犯”。2007年制定的《物权法》第3条和条4条将宪法的精神进一步具体化、制度化,从而在法律上确立了我国在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,对一切市场主体的权利实行平等一体化的保护,大大促进了社会生产力的发展。

经济改革使我国从农业社会走向现代工业社会,社会生产方式、生活方式发生了翻天覆地的变化,社会秩序的调整和转型,必然伴随着现代化商法体系的形成和制度建设。首先,市场主体、社会阶层多元化,多种所有制形式并存、共同发展;其次,科学技术日新月异,生产力得到很大的提高,生产资料和生活资料充分流通,经营创新、新商品、新交换方式层出不穷,社会稳定繁荣;最后,社会财富分配方式多样化,人民收入和生活水平有了前所未有的提高。总之,经济基础的更新发展必然要求上层建筑与之相适应,尤其要求商法及其体系保护改革开放的成果。为此,我国在商法领域围绕各项重大经济改革,陆续地制定了一系列商事法律、法规,商法架构体系基本形成。由此可见,我国商法体系的形成与经济改革开放的进程具有同步性。可以说,经济改革开放造就了我国商法体系,而商法律体系的形成及调整功能的发挥,也促使经济改革开放的成功。

^① 2004年1月31日,国务院颁布《关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》。

（二）我国商法体系的建构特点

研究中国特色社会主义商法体系要实事求是,从其发展形成的历史进程入手,全面总结这一法律体系建设的伟大实践。如果我们把它的形成放在改革开放和社会主义现代化建设的宏伟事业中审视,放在依法治国,建设社会主义法治国家的历史进程中审视,放在人类法治文明发展进步的世界潮流中审视,可以发现并概括出其以下几个方面的特色:

1. 借鉴与创新相结合

我国商法体系建设所处的历史时期使我国有理由、有条件在借鉴西方国家商法体系形成的经验和教训的基础上,构建中国特色商法体系:其一,我国是商法后发型国家。我国自明末清初才有了商品经济的萌芽,商品经济一直不发达,决定了我国古代法律诸法合体,不可能有自己的商法传统;而相比之下,西方国家商法的产生和发展比新中国商法的起步早了二百多年。清末依循大陆法系传统将商法引入,从基本概念、原则到基本制度大多来自德国、法国和日本商法。因此,在新中国商法体系的建构中,我们不可能也没有必要完全抛弃这些外国既有的商法构成元素,另起炉灶。其二,商法起源具有国际性,其发展过程的国际性更是日益突出,尤其是世界经济全球和一体化的今天,各国商法出现明显的融合和趋同之势。其三,为了避免走弯路,加快我国商法体系形成的进程,早日融入世界统一的大市场,开展合作与竞争,我国商法体系的建立十分注意研究、借鉴国外的立法经验,从中吸取有益、有用的东西。也正是在借鉴国外商法文化的基础上,才使得我国在短短的30年中迅速完成了商法体系的构建。

各国商法体系并不相同,建立中国特色社会主义商法体系,我们绝不是照抄、照搬或照用西方某些国家的商法体系,来套我国的商法体系。在借鉴方面必须依据国情和实际需要有所取舍,外国商法体系中既有的法律,但不符合我国国情和实际的,我们不会照搬;外国商法体系中没有的,但我国现实生活需要的,我们则要及时创制新规范。例如,20世纪80年代,为了使国有企业成为独立的市场主体转变经营机制,国有企业依法推行承包经营和租赁经营,虽然未能成为国企改革最终方向和目标,但是这种企业制度创新在当时国企所处的特定历史背景下,具有不容抹杀的进步意义。在商主体方面,就个人独资经营来说,我国除了创设“个体工商户”这一个体经营主体之外,还制定了独有的《个人独资企业法》。合伙经营在外国并未以“企业法”的名义立法^⑨,我国则创制了《合伙企业法》。就公司组织形态而言,德国和法国立法规定了无限公司、股份公司、两合公司、股份两合公司和有限责任公司五种类型,我国公司立法则仅承认股份公司和有限责任公司两种形态,为了适应国有独资经营利用公司形态转换经营方式的需要,则在有限责任公司形态下创新规定了国有独资公司。这样一来,立法者将具有无限公司和两合公司性质经营实体归入《合伙企业法》的调整范围,股份两合公司由于其自身设计的局限性,自产生以来并未得到充分的发展且日趋式微,则不为我国所取。另外,我国20世纪80年代中期以降,农民自发组

^⑨ 英国1890年《合伙法》、1907年《有限合伙法》,美国1914年《统一合伙法》、1916年《统一有限合伙法》均属于合伙关系法,其调整对象不限于合伙企业。