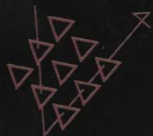


全国高等法律职业教育
系列教材



司法部法学教材编辑部编审

简明商法教程

◇ 顾功耘 / 主编



中国政法大学出版社

全国高等法律职业教育
系列教材



司法部法学教材编辑部编审

简明商法教程

◇ 顾功耘 / 主编



中国政法大学出版社

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

顾功耘 王 丹
伍 坚 罗培新
付 瑜 汪世虎

图书在版编目(CIP)数据

简明商法教程/顾功耘主编. —北京:中国政法大学

出版社, 2005.4

(高等法律职业教育系列教材)

ISBN 7-5620-2748-X

I. 简... II. 顾... III. 商法-中国-高等学校:
职业学校-教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 034046 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 19.625 印张 370 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2748-X/D·2708

定价:16.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

邮 编 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

出版说明

进入 21 世纪,我国法律职业岗位的设置日趋科学合理,经改革、改制建立起来的法学学科教育与高等法律职业教育并存并举、协调发展的法学教育体系已逐步完善,高等法律职业教育在全国已形成一定规模。为加强对高等法律职业教育的指导,进一步推动高等法律职业教育的顺利发展,司法部组织部分专家、学者编写了这套全国高等法律职业教育系列教材,供各有关院校使用。

本套教材根据教育部“高等职业技术教育应有别于学科教育,应具有更加鲜明的职业性、实践性和岗位针对性,应更加注重知识的有效传播”的要求,在编写过程中以实用性和指导性为原则,在强化基础知识、基础理论教育,突出职业能力和职业技能训练的前提下,重组课程结构,更新教学内容,突出了高等法律职业教育的办学特色,并力求切实起到帮助学生灵活运用知识、提高完成本职工作能力的作用,力求使其成为造就面向法院、检察院、律师事务所等法律实践部门应用型法律人才的必备读物。

本套教材调动了全国各有关院校,包括中国政法大学、南京大学、山东大学、四川大学、苏州大学、云南大学、西南政法大学、中南财经政法大学、江西财经大学、华东政法学院、西北政法学院、广东商学院、北京政法管理干部学院、上海政法管理干部学院、河北政法管理干部学院、山东政法管理干部学院、黑龙江政法管理干部学院、浙江政法管理干部学院、陕西政法管理干部学院、贵州政法管理干部学院、天津政法管理干部学院、福建政法管理干部学院、广西政法管理干部学院、湖南政法管理干部学院、辽宁公安司法管理干部学院、广东司法警官职业学院、安徽警官职业学院、江西司法警官学校、山西司法学校、福建司法学校、湖北司法学校、江苏公安司法学校、武汉司法学校、内蒙古司法学校等数十个单位的资深力量参与编写,并将分批陆续出版。现第一批、第二批教材已相继出版,本书为第三批出版的教材之一。由于编写时间仓促,不足之处在所难免,欢迎广大读者批评指正。

司法部法学教材编辑部

2004 年 11 月

目 录

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念与特征	(1)
第二节 商法的调整对象	(6)
第三节 商法的基本原则	(12)
第四节 商法发展简史	(17)
第五节 商法体系与商法学科体系	(24)
第六节 商人基本制度	(25)
第七节 商行为基本制度	(47)
第二章 公司法	(56)
第一节 公司和公司法概述	(56)
第二节 公司法的基本制度	(62)
第三节 有限责任公司	(78)
第四节 股份有限公司	(83)
第五节 外国公司分支机构	(89)
第三章 证券法	(92)
第一节 证券法的基本问题	(92)
第二节 证券市场主体法律制度	(94)
第三节 证券发行与承销法律制度	(98)
第四节 证券上市与交易法律制度	(101)
第五节 证券投资基金法律制度	(115)
第四章 商业银行法	(125)
第一节 商业银行概述	(125)

第二节	商业银行的业务管理	(130)
第三节	商业银行的贷款法律制度	(132)
第四节	商业银行的变更	(138)
第五节	商业银行的接管和终止	(141)
第六节	违反商业银行法的法律责任	(142)
第五章	信托法	(146)
第一节	信托法概述	(146)
第二节	信托的设立、变更与终止	(154)
第三节	信托财产	(156)
第四节	信托关系	(158)
第五节	公益信托	(162)
第六节	信托业法律制度	(164)
第六章	期货法	(168)
第一节	期货与期货市场	(168)
第二节	期货交易所法律制度	(175)
第三节	期货经纪公司法律制度	(179)
第四节	期货交易基本法律制度	(184)
第七章	票据法	(188)
第一节	票据概述	(188)
第二节	票据法概述	(192)
第三节	票据法律关系	(197)
第四节	票据行为	(208)
第五节	票据瑕疵与票据丧失	(223)
第八章	破产法	(228)
第一节	破产法概述	(228)
第二节	破产能力	(236)
第三节	破产原因	(237)
第四节	和解与重整制度	(239)

第五节 破产实体法	(246)
第六节 破产程序法	(258)
第九章 保险法	(269)
第一节 保险法概述	(269)
第二节 保险合同法律制度	(276)
第三节 保险业法律制度	(295)

第一章 商法概述

第一节 商法的概念与特征

一、“商”的概念

研究商法，必先研究“商”的内涵和外延。“商”是一种经济现象。商法上的“商”与经济学意义上的“商”有密切的联系，但又有所区别。商法上的“商”具有两重含义：①由于商法是近现代商品经济发展的产物，“商”反映的是近现代商品经济活动中的经常性营利行为。也就是说，凡以营利为目的的营业行为，不管是买卖、制造还是投资、服务等，均属“商”的范畴。②凡以营利为目的的营业主体，均是“商”。如从事买卖活动的主体称为“买卖商”，从事制造活动的主体称为“制造商”等等。为了区分“商”的两种不同含义，商法上使用两个不同的概念，前一种“商”称为“商行为”或“商事”，后一种“商”称为“商人”。

近年来，我国学者大多对商法上的“商”的本质作了揭示。王保树教授在对“商”进行考察的基础上，对商的性质、范围和特点作了全面分析，认为：“在近代经济发展中，人们已将营利视为‘商’的本质，这种行为不仅表现在买卖之中，也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、损害保险业等。并且，发展到与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。”^{〔1〕}徐学鹿教授认为：“现代商人，除了经销商以外，还包括制造商、证券商、保险商、运输商（含海商）、广告商、代理商等。”因此，“完善的现代商人制度，就是经济学上的现代企业制度的法律用语”。^{〔2〕}通过研究，徐教授进一步指出：“现代市场主体（商人）是资本经营者，现代市场行为（商行为）是

〔1〕 王保树主编：《中国商法》，人民法院出版社1996年版，第4页。

〔2〕 徐学鹿：“商法是市场经济的内在要求”，载《南京大学法学评论》1995年版。

资本经营行为。”^[1]

随着商品经济的进一步繁荣和发展,“商”的范围还在不断扩大。法律上界定“商”的范围,世界各国并没有一个统一的标准,各国只能依据当时当地的情况而定。分析各个国家和地区立法对“商”的范围确定,有三种不同方法:

1. 概括主义。对商的范围作出广泛的概括性规定。如美国《统一商法典》第1-102条中就认可“经习惯、惯例和当事人协议而不断扩大的商业上的做法”。

2. 列举主义。通过立法对商的范围以具体详细列举的方法,一一加以阐明。1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》列明的商的事项包括:①任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;②销售协议;③商事代表或代理;④保付代理;⑤租赁;⑥工程建造;⑦咨询;⑧设计;⑨许可;⑩投资;⑪融资;⑫银行;⑬保险;⑭开采协议或特许权;⑮合营企业或其他形式的工业或商业合作;⑯客货的航空、海洋、铁路或公路运输等。我国台湾地区的《商业登记法》第2条所列举的各种商业,竟达32款之多。^[2]我国《企业法人登记管理条例实施细则》第2条和第3条的规定可以视为是对“商”的范围的界定。其中包括:农林牧渔、水利及其服务业、工业、地质普查和勘探业、建筑业、交通运输业、商业、公共饮食业、物资供销业、仓储业、房地产经营业、居间服务业、咨询服务业、金融保险业等,凡法人欲以营业目的执此业务者必须履行企业法人登记程序。另外,欲从事某些公用事业或非营利事业的法人,如果“实行企业化经营”也须履行企业法人登记程序。

3. 折中主义。综合采用上述两种方法,对“商”的范围进行界定。如德国《商法》第1条规定任何营利事业,但企业依种类或范围不要求以商人方式进行经营的除外。第3条规定,对于农业和林业事业,不适用第1条的规定。对于依种类和范围要求以商人方式进行经营的农业或林业企业,适用第2条的规定。^[3]

通过上述对“商”的理论分析和立法考察,我们可以对商法上的“商”作出如下阐释:经商业登记的商主体(商人),在法律规定的范围内,所从事的一切营利性营业活动(商行为)。它由四种要素构成:①经登记的商主体。②以营利为目的。③以商业方法进行营业。④从事规定范围内的事业。

二、商法的概念

商法是发展市场经济的必然选择,是市场经济条件下一项重要的法律制度。

[1] 徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社1998年版,第7-8页。

[2] 覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社1999年版,第2页。

[3] 杜景林、卢湛译:《德国商法典》,中国政法大学出版社2000年版,第3页。

只有正确认识商法与市场经济的关系,正确认识商法的重要地位,我们才有可能对商法的一些基本问题得出准确的判断。

我们认为,商法是适应商品经济发展的不同阶段,由立法机关制定或认可的有关调整商人从事商事交易活动所发生的社会关系的法律规范的总称。在这个定义中,我们强调了两点:①商法与商品经济发展阶段相联系。商品经济发展阶段不同,商法的具体内容、表现形式也会有很大不同。②商法是由立法机关制定和认可的。商法有多种渊源,其中最重要的是商事习惯,但最终均需一国的立法机关制定、承认或认可。否则,不能成为一国法律体系的重要组成部分。

商法有形式意义上的商法与实质意义上的商法之分。形式意义上的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构,有一个以商法为名称的成文法典。此种法典独立于民法法典,自成一体。形式意义上的商法通常包括:总则、公司、保险、破产、票据和海南等基本法律制度。有形式意义上的商法的国家主要是大陆法系国家,如德国、法国、日本、比利时、意大利等。实质意义上的商法着眼于规范的性质、构成和作用理念的统一,不一定存在以商法命名的法典,其表现形式包括各种商事的专门法律、法规,或散见于民法、行政法和其他法律中的有关商事的规定。在市场经济国家,可能没有商法典,但不可能没有关于商事的法律和法规。

理论上,商法还有商私法与商公法、国内商法与国际商法之分。商私法,是指私法上关于商事的法律规范的总称,如一些大陆法系国家的商法典、英美法系国家的商事习惯法及商事的单行法;商公法,是指公法上关于商事的法律规范的总称,如行政法、刑法关于破坏商事关系的行政处罚与刑事处罚规定。国内商法,是一国规定国内商事法律规范的总称;国际商法,是国际法上关于商事的法律规范的总称。如国际贸易中有关海事、票据、商品买卖等商事的公约及其他国际间所遵守的商事习惯法。本书所讨论的重点是国内商事私法。

三、商法的特征

商法的特征是区别于商法以外的其他部门法的个性表现。商法学者们对此的讨论有多种意见。有的提出“四特征说”,这些特征包括:营利性、技术性、公法性、国际性。^[1]有的提出“五特征说”,这些特征包括:营利性、技术性、组织法与行为法的结合、变动较为频繁、国际性。^[2]有的则提出“七特征说”,这些特征包括:同源性、兼容性、协调性、技术性、进步性、国际性和营利性。^[3]

[1] 赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社1999年版,第14~18页。

[2] 黎燕主编:《商法》,中央民族大学出版社1999年版,第2~4页。

[3] 李玉泉、何绍军主编:《中国商事法》,武汉大学出版社1995年版,第12~13页。

这些学者概括的特征之间有相同之处，也有不同之处，有的差异还很大。还有的学者在概括了一般特征后强调了一个特征。如徐学鹿教授提出：“现代商法不同于简单商品生产完善法的最本质的特征，是资本经营性。”“资本经营是现代商法的精髓。商法就是资本经营法。”^{〔1〕}

通过对上述各种观点的比较和分析，可以发现，商法的特征应包括：

1. 规范的重点是商人的营利活动。商人从事商事交易活动的目的主要在于营利，这一事实已为各国商法所确认。商人追求利益，是社会经济发展的重要动力，承认并保障商人追求利益是商品经济社会发展必然的要求。为了保证商人的商事交易活动的正常开展，商法要求人们通过合法的途径取得商人资格，并在取得商人资格的基础上，按照一定的商法规范从事商事交易活动，以确保营利目标的实现。凡不依商法所进行的营利活动不受法律保护。需要提出的是，不少学者将商法的这一特征概括成“营利性”，这是不够准确的，法律本身不可能具有营利性。

2. 组织法规范与行为法规范相结合。商人或商事组织是商事交易的基础，商事交易是商人的最基本活动，组织与交易行为都是商法规制的内容。组织法是解决市场主体的规范问题，即解决“市场进入”问题。行为法是解决主体进入市场后的“游戏规则”问题。作为规制组织的法，要求商人组织体的健全，以保障交易的安全性；作为规制交易行为的法，要求商行为的自由选择，简便快捷，以促进交易的达成。组织法与行为法的结合，实际也是严格性与灵活性的结合。正如德国商法学者德恩（Dahn）所说：“商法是一切法律中最为自由，同时又是最为严格的法律。”^{〔2〕}

3. 规范的技术性。商法规范是关于市场机制运作的一整套制度规范，从市场主体的设立到撤销，从证券筹资到票据行为、破产行为、保险行为，从陆上交易到海商活动，这套规范相互衔接，系统缜密，可谓是人类对经济活动的最精巧的制度设计。商法规范又是相当实用且操作性很强的规范。无论从整体还是从个体考察，商法规范均贯穿着促进交易安全、效益、迅捷等重要原则，对商事组织的构成、商人各种交易行为的方式、方法及程序等均作出具体安排。如公司法中关于股东会的召集程序与决议方法，董事、监事的选举方法，商业账簿中的造具要求，证券法中的证券交易程序和清算规则，票据法中关于票据的签发、背书、承兑及追索，海商法中关于船舶碰撞、理算规则，保险法中的精算、理赔等，无不体现出很强的技术性特点。

〔1〕 徐学鹿主编：《商法学》，中国财政经济出版社1998年版，第7~8页。

〔2〕 张国健：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第24页。

4. 对经济生活的适应性。商法规范的对象是社会经济生活,而社会经济生活随着科学技术的进步则加速发生着变化。在现实发生改变的情况下,原有的商法规范往往不能继续适用,这就需要法律适应现实生活作出适当的修改和补充。如果固守原有的商法规范,不仅不能促进经济的发展,反而导致商事交易受阻、市场秩序混乱。比较各种法律,现实对商法的要求更高,因而其修改也更为频繁。以日本商法为例,自日本商法典施行以来,已经过 35 次修改或补充,是日本大型法律中修改、补充次数最多的法律。

5. 含有公法化因素。前文已经论及,商法有商公法与商私法之分。但即使是商私法,其中仍有公法因素。如证券法中对证券发行与交易的监管的规定,公司法中对公司违法的行政处罚,对设立、变更登记的强行性规定等。鉴于社会经济生活的深刻变化,加之社会本位法律思想的影响,许多国家在商法领域逐渐改变了以往放任主义的态度,而采取了积极干预主义的政策。这种现象,学者们称为“商法公法化”。台湾地区学者李宜琛认为:“现代各国的商法虽以私法规定为中心,但为保障私法规定之实现,颇多属于公法性质的条款,几乎与行政法、刑法等有不可分离之关系,却已形成‘商事法之公法化’。”^{〔1〕}现代商法虽带有公法色彩或含有公法因素,然而,其本质仍属私法,称“商法公法化”有言过其实之嫌。强调商法的私法性质,是要突出商人的法律地位,使其在商事交易中具有独立性、自主性和平等性。承认商法含有公法化因素,是要兼及现代社会经济生活的复杂性和风险性,对商事交易活动加以适当引导和监管,最终仍是为了维护交易者的利益。强调“商法公法化”,将会模糊商法与经济法的界限。

6. 规范的可借鉴性。这一特征是由世界各国经济发展的规律性、商事活动的类同性所决定的。重视资源的市场配置,最大限度调动商人在商事活动中的积极性,是任何明智的政府所采取的基本政策。随着国际经济一体化进程的推进,国际贸易、国际投资活动日益频繁,商法中的技术规范也逾越了一国的界限,被国际交往双方或多方所采用。国际的分工和合作,随着新世纪的开始必将加速发展,任何国家和地区的商事活动,都不可能在封闭状态下进行。寻求国际经济优势的互补,遵守统一的商事规则,将成为不可阻挡的历史潮流。强调商法规范的可借鉴性,可以有力地推动国际经济的一体化。尽管国际社会已经订立了大量有关商事活动的公约,成立了一系列旨在推动“商法一体化”的国际商事组织,但现实中的商法规范,绝大多数仍属国内规范,体现了本国统治者的意志,说商法已经具有了国际性特征为时过早。商法的“世界统一性”或“国际性”是我们努力的一个目标。

〔1〕 李宜琛:《民法总则》,台湾中正书局 1997 年版,第 3~4 页。

第二节 商法的调整对象

一、商法的调整对象

商法有没有特定的调整对象,是决定商法能否成为独立的法律部门和独立的法学学科的关键点。准确把握商法的调整对象,对于确定商法在法律体系中的地位、发挥商法在市场经济中的功能作用具有重要的意义。

商法调整的对象是商事关系或是商人从事商事交易活动所产生的社会关系。这种社会关系是由一定商品经济发展阶段的生产力水平决定的。简单商品经济条件下没有的现象,现代商品经济条件下出现了并且层出不穷。如简单商品经济时代只有买卖、现货交易,现代商品经济时期既有先租后买、先包后转,也有商品期货交易、金融期货期权交易,还有 BOT 形式等等。商事交易形式多样化,必然要求法律的调整越来越精细,越来越缜密。另一方面,商法所调整的各式社会关系之间也不是杂乱无章的,而是有规律可循的。各类商事活动的共同特征是以个体营利为目的,除此以外,还有一个特征就是,各类商事活动都是市场机制运行过程中的一个环节,由各类商事活动产生的各式社会关系也都是某一时代社会经济关系的一个重要组成部分。缺少任何一个环节和组成部分,都会使市场机制的运行发生障碍或使市场机制难以充分发挥作用。如没有证券活动,企业所需的大量资本就难以在短时期内聚集,规模经营就不能开展;没有保险活动,经营风险就难以分散,社会稳定就不能实现;没有信托活动,缺乏经营能力的人所掌握的资源就无法最大限度地增值和利用;没有破产活动,债权人的利益就无法得到应有的保护,市场竞争规律也就不能最终体现。因此,商法所调整的商事关系不是静止的孤立的无统一目标的社会经济关系,而是动态发展的、相互紧密联系的、同时旨在努力建立一个完善的市场运行机制的社会经济关系。

应当承认,民法所调整的民事关系也包括一部分商品交换关系。原因在于民法所调整的民事关系先于商法所调整的商事关系产生,民法在调整人身家庭婚姻关系的时,必然涉及与自然人人身家庭相联系的财产关系。在商品经济萌芽时期,由民法调整简单的商品交换是完全可以胜任的。商品经济的发展,伴随着社会经济结构发生了变化,交易形式也多样化起来。商品交换的本质从为了消费发展成为了营利,并且逐渐建立起了一整套为了最大限度运用资源的市场机制,在这样的情况下,商品交换关系再由民法进行调整已经不能胜任。这种商品交换关系或称商事关系需要由新的法律部门——商法来进行调整。在商法调整商事关系的同时,是否排斥民法对商品交换关系的调整呢?回答是否定的。理由是在新型

的商品交换关系产生后,简单的商品交换关系依旧存在,它可以也应当由民法继续调整。

比较民事关系和商事关系,两者的区别有:①从主体上看,民事关系大多是以自然人为基本主体;商事关系则以商法人为基本主体。②从客体上看,民事关系的客体一般为特定物;而现代社会化的生产以批量和规模的极大化为基本追求,各类商品普遍采用行业、国家甚至国际标准,所以商事关系的客体具有明显的种类化趋势。金融产品的定型化、标准化则更是与传统商品的特征相异。③从目的性上看,民事关系一般以满足主体的自身消费需求为目的,而商事关系则以营利即资本增值为目的。④从对价关系上看,民事关系受市场波动影响较小,对价关系基本上由价值决定;而商事关系完全受市场的操纵,其对价关系主要受供求关系决定。⑤从交易链上看,民事关系以消费为目的,追求使用价值,交换一经完成,便进入消费过程,所以民事关系一般形不成交易链;而商事关系以营利为目的,追求交换价值,买进是为了卖出营利,所以,一宗商品往往要几经转手,形成一定的交易链。⑥从交易形式上看,民事交易具有个别的和偶然的性质;而商事交易则表现为同种交易大量反复进行,从而具有集团交易和个性丧失的特点。^[1]⑦从交易方式上看,民事交易均是现货交易,商事交易既有现货交易,也有期货期权交易,还有其他复杂的金融衍生产品的交易。⑧从交易种类上看,民事交易仅有简单的买卖、租赁、借贷等几种,商事交易的种类繁多,从买卖商发展到投资商、服务商,从制造商发展到经纪商、运输商、保险人、证券商、广告商、管理商等。⑨从功能上看,民事交易是为了稳定个人、家族等基本的生活秩序,商事交易则是为了建立一种以现代企业组织为核心的合理利用有限资源的市场运行机制和社会经济秩序。

二、商法的地位

(一) 国外商法的地位

商法的地位,是指商法在法律体系中所处的位置和重要程度。从世界范围考察,商法在法律体系中的地位有四种模式:^[2]

1. 民商分立模式。采用民商分立模式的国家主要有法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等40多个国家。它们既制定民法典,又制定商法典,商法是其法律体系中一个独立的法律部门。具体分析,民商分立又有三种模式:①商行为法模式,又称为客观主义模式(或称法国商法模式)。1807年颁布的《法国商法典》,创大陆法系国家民商分立之先河。按照这种立法体例,只要行为的性质属

[1] 苏惠祥主编:《中国商法概论》,吉林人民出版社1996年版,第14~15页。

[2] 雷兴虎主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版,第14~16页。

于商行为,无论行为人是否商人都将其认定为商行为而适用商法。该法典是近代商法典的始祖,对欧洲大陆乃至其他洲的许多国家的商法典的制定产生了巨大影响。②商人法模式,又称为主观主义模式(或称德国商法模式)。1897年5月颁布的《德国商法典》(史称“德国新商法典”)采用商人法模式,其编制的内容,多采取主观主义,即以商人观念为其立法基础。按照这种立法体例,同一行为,商人所为,适用商法,非商人所为,则须适用民法或其他法律。③折中商法模式,又称客观主义与主观主义相结合模式。采这种模式的典型国家是日本。日本商法典既采用法国商法模式,又仿效德国商法模式,将商行为观念和商人观念同时作为其立法基础。

2. 民商合一模式。采用这种模式的国家实行民商法合一的立法模式,即只制定民法典,而不再另定商法典。它们把商法的有关内容看作是民法的重要组成部分,或制定民法典,或制定单行法。瑞士首开民商合一先河,1872年颁布的《瑞士债务法》,其内容包括:总则,契约各则(包括行纪、仓库、寄托、运送、承揽运送、经理权等),公司,有价证券及商号等。1907年瑞士颁布民法典,1911年瑞士将债务法纳入民法典第五编之中。另有意大利、泰国等均属民商合一模式。

3. 示范商法典模式。采用这种模式的典型代表是美国。美国虽然没有民法典,但却有示范性质的统一商法典。如1952年第一次公布了《统一商法典》,后又进行多次修改。除《统一商法典》外,美国还有一些有关商事方面的示范法,如1914年的《统一合伙法》、1916年的《统一有限合伙法》和1979年的《统一商事公司法》等。

4. 单行商事法模式。采用这种模式的典型代表是英国。在英国,既没有民法典,也没有商法典,而是在总结有关商事习惯和判例的基础上,制定了一系列单行商事法。如1882年的《票据法》、1885年的《载货证券法》、1889年的《行纪法》、1890年的《合伙法》、1893年的《商品买卖法》、1894年的《商船法》和《破产法》、1906年的《海上保险法》、1907年的《有限合伙法》、1929年的《公司法》等。

(二) 我国商法的地位

围绕着商法在我国法律体系中的地位问题,法学界一直存在着激烈的争论。归纳起来有三种不同观点:

1. “民商合一论”。该观点认为,民法与商法的分立并不是出于科学的构造,而是历史的产物。商法不管如何,仅是民法的特别法,是民法的组成部

分。^[1]

2. “民商分立论”。该观点认为,在商事关系高度发达的今天,再把商法视为民事特别法就欠科学了,而且十分不利于商法制度的完善和商法观念的形成,从而不利于现代市场经济的发展。商法与民法一样,是我国私法领域的两项基本法,是两个并行的、相互规定不同的法律部门,共同实现对经济关系的调整。^[2]

3. “商经合一论”。该观点认为,商法与经济法均以企业为规范对象,两者具有许多共同属性,商法应是我国经济法的重要组成部分。这就意味着商法在我国法律体系中不是一个独立的法律部门,而是包括在经济法之内的若干法规领域或大的类别之一,并以单行法的形式存在。^[3] 这种观点在 20 世纪末经济法教科书中占了主流。由于我国改革开放后,对商法缺乏研究,也少有这方面的立法、司法实践,经济法的兴起就将商法的内容一起囊括了。随着市场经济的发展和商法学的应运而生,相信坚持“商经一体”观点的学者会越来越少。

我们认为,商法应当也完全可能成为我国法律体系中的一个独立的法律部门。理由主要是:①无论是承认民商分立的国家,还是承认民商合一的国家,客观上都存在实质意义上的商法。商法不是依人们的主观意志存在和发展,它是商品经济发展尤其是市场经济发展的必然选择。②民法适应了简单商品经济时期调整以自然人、家庭为中心的商品交换关系的需要,而市场经济是发达的商品经济,是高度组织化的商品经济,是法制经济,民法的基本理念和原则不能适应现代市场经济的要求。就市场主体而言,现代企业组织的形式主要是公司法人。就市场交易而言,无论是形式还是内容都发生了惊人的变化,需要新的部门法律——商法予以系统地调整。③民法规范偏重于伦理性,反映了一国民族的文化特征,带有很强的地区性、传统性;商法规范偏重于技术性,反映了现代经济讲求效率和便于国际贸易交往的要求,带有很强的通用性和创新性。④商法有自己的独立调整对象,这种调整对象可以与民法的调整对象分清界限。更为重要的是,商法调整对象以其独特的市场调节机制保证市场运行的整体性和协调性。而民法只能分散地、个别地保障私法主体利益。⑤中国的商法没有历史的包袱,没有传统的羁绊,民法制度也是在改革开放后逐渐建立起来的,难为商法提供足够的立法基础。中国商法完全可以在借鉴国际上最先进的商法制度基础上直接创新,独立发展。

[1] 赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 32~33 页。

[2] 徐学鹿主编:《商法研究》(第一辑),人民法院出版社 2000 年版,第 16~21 页。

[3] 《法学研究》编辑部编著:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社 1990 年版,第 851 页。

三、商法与相近部门法律的关系

(一) 商法与民法的关系

商法和民法共同调整商品经济关系，同属私法，两者有着密切的联系。商法大量使用民法的某些原则、制度、规范，同时，属于商法的一些原则、制度和规范也不不断地被民法所吸收。我们认为，商法与民法相互借鉴，可以共存，可以共同提高，并不意味着非得合一。商品经济关系在不同时期、不同地区的发展程度和水平是有很大差异的，当我们面对跨国公司和交易所这些高度发达的商品经济现象时，决不能忽视在其背后大量存在的一般商品交换关系。法国历史学家费尔南·布罗代尔把并存于同一经济形态下的高度发达的商品经济和简单商品经济形象地比喻成经济的“高级齿轮”和“低级齿轮”，两者具有不同的特点和运行规律。^{〔1〕}在法律制度层次上，两者也有不同的反映和要求。民法反映了简单商品经济的规律和要求，而商法则反映了高度发达的商品经济的规律和要求。19世纪德国学者李赛尔为代表的“民法商法化”的民商合一论，其实质是以“高级齿轮”取代“低级齿轮”，其结果必然是“拔苗助长”；在我国这样一个商品经济欠发达的国家，一些学者所倡导的民商合一论，是“商法民法化”的合一论，其实质是以“低级齿轮”取代“高级齿轮”，其结果必然是“削足适履”。在商品经济发展的任何一个阶段、任何一个区域，经济的“低级齿轮”和“高级齿轮”都是同时并存、互为条件和协调发展的。商品经济的发展，不是发达商品经济消灭简单商品经济，而是在简单商品经济的坚实底座上构筑发达商品经济的高楼大厦。我们要致力于研究简单商品经济和发达商品经济即市场经济的不同特点、规律和对法律制度的不同需求，使民法成为适应“低级齿轮”运转的法律，使商法成为适应“高级齿轮”运转的法律。两者互有分工却相互衔接，共同完成调整商品经济关系的任务。

(二) 商法与经济法的关系

商法不能替代经济法，经济法也不能替代商法，其主要理由是：①从两法产生的原因分析，商法的产生是对民法一般性调整而不能适应具有风险性、规模性、集团性商事活动简捷、高效、安全、营利要求的扬弃和发展；而经济法的形成，则是对商法强调商人营利和商事行为自由、安全、迅捷的私益倾向而难以避免走向垄断、妨碍竞争、滥用权利，造成整体不平衡的纠正。对社会经济关系的法律调整，必然发展为从个体性到社会化、从私益性到公序化、从局部活跃到整体平衡这么一种局面。在一定意义上讲，商法的调整具有基础性、前置性，经济法的调整具有矫正性和后续性。②从两法作用的过程分析，商法的作用在于从保

〔1〕 苏惠祥主编：《中国商法概论》，吉林人民出版社1996年版，第101页。