

湖北商法论文集

(2005年卷)

覃有土 主编



武汉出版社

湖北商法论文集

(2005 年卷)

章有土 主编

(鄂)新登字08号

图书在版编目(CIP)数据

湖北商法论文集(2005年卷)/覃有土主编.

—武汉:武汉出版社,2005.12

ISBN 7-5430-3381-X

I.湖… II.覃… III.商法-中国-学术会议-文集 IV.D923.994-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第139354号

主 编:覃有土

责任编辑:肖德才 郭庭军

封面设计:段妍芬

出 版:武汉出版社

社 址:武汉市江汉区新华下路103号 邮 编:430015

电 话:(027)85606403 85600625

<http://www.whcbs.com> E-mail:wuhanpress@126.com

印 刷:武汉中科兴业印务有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/16

印 张:17.5 字 数:517千字

版 次:2005年12月第1版 2005年12月第1次印刷

定 价:32.00元

版权所有·翻印必究

如有质量问题,由承印厂负责调换。

湖北商法论文集

(2005 年卷)

主编 章有土

编委 (以汉语拼音为序)

樊启荣 冯 果 黄 勇 柯昌辉 雷兴虎

李新天 彭真明 章有土 文 杰 张里安

序

中国自1908年《大清商律》以来,商法的历史已近一个世纪;但由于历史的原因,商法之历史在中国中断了数十年之久。自20世纪90年代初叶,由于市场经济在中国的确立,以《海商法》、《公司法》、《保险法》、《证券法》、《票据法》等为代表的商事法律相继颁行,商法学的理论研究得以重新逐步展开,且渐呈繁荣之势;教育部亦将商法学定为高等学校法学专业14门核心课程之一,与此同时,中国法学会商法研究会亦正式成立。

湖北武汉作为中国商法研究之重镇,人才荟萃,活跃着一大批著名的商法专家学者及务实工作者,为中国商事立法的完善与商法学理论研究的繁荣,辛勤耕耘,不断进取,已成为中国商法学界颇具影响的一支“方面军”。2004年12月8日,在湖北省政法委、湖北省司法厅、中国法学会商法研究会、湖北省法学会等的大力支持,以及在汉各高等学校法学院(系)的鼎力协助下,湖北省法学会商法研究会正式成立。

湖北省法学会商法研究会拟将每年年会论文集集成册,出版《湖北商法论文集》,为学术交流与研讨搭建平台,以展示湖北省商法学界的最新研究成果,并为湖北省商法学界之年轻才俊提供学术园地,推动我省商法学研究的发展与繁荣。

我相信,《湖北商法论文集》将成为我国商法研究的一朵奇葩!

章有土

二〇〇五年十一月十八日

目 录

序	章有土
---------	-----

■ 一、商法基础理论

1. 论我国商事立法模式的理性选择	雷兴虎(1)
2. 论独立的现代商主体	王凌云(8)
3. 商事通则若干问题研究	程 迅(19)
4. 透过 CEPA:“市场准入法”的商事法论纲	苏神农(28)
5. 论我国的商事立法模式	樊启荣 胡 阳(37)
6. 全球化·民族主义与商法	李 忠(45)
7. 以商事主体为例看中国《商事通则》制定的必要性	侯志耘(50)
8. 商事账簿制度研究	杨春娇 张明峰(56)

■ 二、公司、企业法制理论研究

1. 公司机会准则研究	章有土 陈雪萍(62)
2. “利益相关者”公司治理模式的法学探析	刘黎明 张颂梅(70)
3. 我国公司瑕疵设立的法律研究	王 琴(80)
4. 公司法的开放与回归 ——《公司法》修改的思路构想	时 小(85)
5. 也论公司法人财产权的性质 ——兼论股权的性质	万中亮 付 巍(91)
6. 论我国《公司法》的修改与完善	黎宇霞(96)
7. 论我国上市公司内部监督机制之完善	蔡 喆(104)
8. 关于独立董事制度的法律思考	杜 俊(109)
9. 完善公司董事义务之基本构想	刘莉莉(115)
10. 论管理层收购的立法完善	王 俊(121)
11. 股东民主:神话抑或现实? ——以资本多数决原则为视角	金少平(128)
12. 试论对公司的资金借贷行为的限制	向 前(135)

13. 论我国在新经济时代中小企业的法律保护	冉琛(139)
14. 加强知识产权保护,提高中小企业竞争力	严莹(146)
15. 《公司法》制度下 SPV 的法律构建	黄勇(150)

■ 三、保险、破产、票据、信托法制理论研究

1. 人世后保险费率立法模式之现实选择	程芳(153)
2. “人身保险不适用代位权”命题之困境与出路	王丽娟(161)
3. 我国保险代理法律制度的反思与重构	史邵宁(167)
4. 我国公众责任保险制度的理性选择	李俐慈(176)
5. “酒后驾车险”的理性评析	张中桂 钱建峰(180)
6. 抵押物保险相关基本问题初探	李娟(186)
7. 论保险人知情权与被保险人隐私权的冲突与协调	王冠华(191)
8. 试论人世后保险资金直接入市的立法建构	艾琦(198)
9. 保险代位权质疑	权衡(202)
10. 二元主义? 一元主义? ——我国保险合同法立法模式的再认识	周璐(206)
11. 破产管理人制度若干问题的研究	党玺(211)
12. 我国破产立法模式的应然选择 ——基于个人商事破产的折衷主义模式	岳振宇 刘林(220)
13. 关于制定我国统一破产法的若干理论思考	梁国 张涛(228)
14. 确立我国自然人破产制度刍议	廖春莺(233)
15. 论我国公司清算制度的完善	胡轸 田静(238)
16. 我国临时财产管理人制度的构建	刘正林(245)
17. 作为法律概念的票据行为	吴京辉(251)
18. 论票据法的无因性原则	王璞(256)
19. 信托制度产生的历史分析	冯兴俊(264)
大事记	(271)
后记	(273)

一、商法基础理论

论我国商事立法模式的理性选择

□ 雷兴虎*

为适应我国社会主义市场经济的发展需要,国家立法机关相继颁布了大量的民商事法律。特别需要提及的是,全国人大常委会法制工作委员会在2002年12月23日将《中华人民共和国民法(草案)》提交全国人大常委会进行首次审议。在这种立法背景下,摆在商法学者面前的当务之急就是进一步研究我国商事立法模式的选择问题。探讨我国的商事立法模式,对于丰富和繁荣我国的商事法学,正确认识商法在我国整个法律体系中的定位问题,促进我国商事立法沿着系统化、科学化的方向发展,建立健全符合中国国情的商事法律制度,进一步推动我国市场经济的健康发展有着十分重要的理论价值和现实意义。本文在考察和借鉴国外商事立法模式的基础上,通过梳理我国学术界关于商事立法模式的不同观点,进一步论证了《商事通则》与单行商事法律相结合是我国商事立法模式的理性选择。

一、域外经验:国外商事立法模式的考察

由于在社会制度、经济结构、法制背景、民族传统和语言习惯等方面的差异,各国关于商事立法模式呈现出多元化的立法格局,即使同一国家在不同的历史时期,对商事立法模式的选择也存在很大的分歧,如瑞士、意大利等国。有学者将国际社会实行的商事立法模式主要归纳为民商分立、民商合一、复合模式(《商法典》与各种商事单行法相结合)和平行模式(民法与商法并列,如泰国的《民事和商事法典》)等四种模式。^①根据各国商事立法的理论基础和发展现状,通过对实质意义上的商事立法的考察,笔者认为,在世界范围内,国外的商事立法模式主要有以下四种。

(一) 民商法分立模式

法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等60多个国家采用这种模式。这些国家实行民商法分立的立法模式,即既制定民法典,又制定商法典,商法是其法律体系中一个独立的法律部门。具体来讲,民商法分立又有以下3种模式。

1. 商行为法模式。又称为客观主义模式或法国商法模式。1807年颁布的《法国商法典》,开创了大陆法系国家民商法分立之先河。该法典在法国大革命关于革除阶级、主张人权平等思想的影响下,摒弃了中世纪以来商法只适用于商人阶层的商人法观念,乃将商人法改为商行为法,其编制的内容,多采客观主义原则,即以商行为概念为其立法基础。按照这种立法体例,只要行为的性质属于商行为,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。采用这种商行为法模式而制定商法典的主要有西班牙、卢森堡、葡萄牙、埃及、阿根廷、乌拉圭、墨西哥、秘鲁等国家。

2. 商人法模式。又称为主观主义模式或德国商法模式。1861年德国以1794年的《普鲁士普通法》为基础制定了《普通商法典》(史称《德国旧商法典》),该法典仿效法国立法例,采用客观主义原则,以商行为观念为其立法基础。1871年统一的德意志帝国成立后,开始修订《普通商法典》,1897年5月颁布了《德国商法典》(史称《德国新商法典》),新商法典则改采商人法模式,乃将商行为法改为商人法,其编制的内容,多采主观主义,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。此外,采用商人法模式而制定商法典的还有奥地利等国家。

* 中南财经政法大学法学院副院长、教授。

3. 折衷商法模式。又称为客观主义和主观主义相结合模式。1881年日本聘请德国人赫尔曼·洛施莱尔起草商法典,1890年4月颁发,并决定自1891年施行。该商法典被称为“日本旧商法典”。1893年日本又组成新商法起草委员会,着手制定新商法,1899年3月新商法典获得通过,并于同年施行。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,西方学者称之为折衷商法模式。此外,采用折衷商法模式而制定商法典的还有比利时等国家。

(二) 民商法合一模式

自法国在1804年与1807年先后颁发《民法典》和《商法典》以来,民商分立的立法格局就在大陆法系诸国确立了下来。民商分立的立法模式几乎成为一种理所当然的制度选择。但自意大利学者摩坦尼利(Motanelli)于1847年率先提出“私法统一论”之后,出现了不少民商合一论坚持者。由于受私法统一论的影响,一些国家则改采了民商合一的立法模式。采用这种模式的国家只制定民法典,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,要么规定于民法典中,要么规定于单行法中。瑞士首开民商法合一之先河,于1872年颁布了《瑞士债务法》,该法第一编为总则,第二编为契约各则,包括行纪、仓库、寄托、运送、承揽运送、经理权等内容,第三编为公司、有价证券及商号、产业合伙、票据、商业登记、商业账簿等内容,但保险法未列入。1907年《瑞士民法典》颁布,1911年瑞士将债务法纳入民法典第5编之中,但第5编的条款顺序则是从头开始,单独编写的。泰国于1925年颁发的《民法典》属民商合一模式。荷兰从1934年起实现了民商法的实质统一。意大利1942年颁发的《民法典》是民商法合一的又一范例,俄罗斯在1994年颁发的《民法典》也坚持了民商合一的立法模式。此外,还有土耳其和巴西等国。

(三) 统一商法典模式

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。依照美国宪法的规定,美国联邦议会仅对国际、州际及州与印第安部落之间的通商有商事立法权,而州内通商之商事立法权则分别由各州议会行使。然各州商事立法的内容多不相同,颇感不便。为了克服州际商法差异给商事交易带来的不良影响,美国力谋各州商事法之统一,从1940年开始,由各州政府代表组成的“统一州法全国委员会”与美国法学会通力合作,终于在1952年第一次公布了《统一商法典》,经修改后又于1957年第二次公布,1958年和1962年又对第二次公布的内容进行了修改。由于该法典并非联邦议会或州议会所制定,故属于民间示范法的性质,对全美并没有法律约束力,只有在州议会予以承认后才能成为适用于该州的商法典。1962年纽约州议会率先承认《统一商法典》为纽约州法律,此后各州纷纷仿效。现在除路易斯安那州不接受该法典中的第二编和第九编外,其他各州均承认该法典为本州之商法典。根据1988年正式文本,美国《统一商法典》共有10编。第一编为总则,第二编为买卖,第二编A为租赁,第三编为商业票据,第四编为银行存款和托收,第五编为信用证,第六编为大宗转让,第七编为仓单、提单和其他权利凭证,第八编为投资证券,第九编为担保交易,第十编为生效日期和废除效力。由此可见,美国《统一商法典》同大陆法系各国的《商法典》有着本质的区别,它实际上包括了许多被大陆法系认为是属于民法范畴的规定。除《统一商法典》之外,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。除商事示范法外,美国还有联邦议会制定的在全美适用的商事立法,如1887年的《州际通商法》、1898年的《破产法》、1916年的《载货证券法》、1936年的《海上货物运输法》等。

《美国统一商法典》以商业交易为中心进行立法设计。该法典集中反映商事活动的基础,即商品交易,其他各项商事活动都是在此基础上派生出来的。所以,《统一商法典》的基本概念是“商业交易”。在此理论的指导下,它集中反映了与商品买卖有关的各项重要的法律制度。《统一商法典》除前后两篇外,其余8篇都是以商品买卖为中心展开的。因此,美国《统一商法典》是以“商业交易”为轴心进行整体设计的。可以说,它是一部名副其实的商法典,因为它所规范的对象与“商事”的本义有着惊人的一致性。由于美国没有成文的民法典,自然美国商法典的制定也不会受到民法典的约束。

(四) 单行商事法模式

采用这种模式的典型代表是英国。在英国,既没有典型的民法典,更没有独立的商法典,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》、1924年的《海上货物运输法》和1929年的《公司法》等。

二、域内主张:关于我国商事立法模式的几种学术观点

(一)《民法典》模式

近年来,随着我国《民法典》制定问题研究的逐渐深入,民法学者在关于民商法的立法模式方面,主张民商合一论,明确提出要制定民商合一的《民法典》。需要说明的是,民商合一论就其主张而言,则有法典上的合一论与观念上的合一论之分,二者的共性是反对在民法之外另订商法,二者的区别在于,法典意义上的民商合一论主张将商法的内容融入民法,使商法民法化,用民法取代商法,并认为商法独立于民法的基础已不复存在;而观念上的民商合一论则并不强求法典意义上的合一,对传统的民法表现出更多的尊重,对传统的商法表现出相当的宽容,对法典意义上的合一表现出务实的理性,只是主张在观念上应将一切单行的商事法都视为民法的特别法,并不刻意追求民法对商法内容的包容。^⑧

有学者认为,民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则集中制定于《民法典》,而将适用于局部市场或个别市场的规则,规定于各个民事特别法。^⑨有的学者则进一步主张,采用民商合一体例,首先意味着在《民法典》之外不再单独制定《商法典》,确切地讲,是不制定单独的商法总则。公司、证券、票据、保险、海商、破产等单行商事法律均作为民法的特别法而存在。持此观点的学者还认为,我国在制定合同法时就使民法与商法有机地结合在一起,提供了民商合一的典范。^⑩还有学者认为,坚持民商合一的精神实质,以《民法典》为基本法,以一系列单行商事法律为特别法,是我国商事立法模式的理性选择。^⑪

(二)《民商法典》模式

有学者认为,民法并非市民法,民商本为一体,传统民商合一具有局限性,传统的民商合一并未真正合一。“民商商缺其生命,商离民少其根本”。真正的民商合一和中国的民商立法应当是制订一部统一完备的《民商法典》。

至今世界上尽管还没有一个国家以“民商法”命名的法典,但这并不能成为我们也不能制订民商法典的理由。中国民商法学者,应当具有较大气魄,创建出具有中国特色的民商法体系^⑫。

该学者认为,民商分立的观点不可采纳,民商合一的观点应当改进。真正的民商合一和中国的民商立法应当是制订一部统一完备的《民商法典》。制定一部统一完备的《民商法典》则不是文字上的游戏,而有其深刻的理论基础、现实的社会条件和积极的社会意义。制定《民商法典》的理论基础在于,民与商之间有着内在的不可分割的关系。如果说诉讼程序法与民商实体法分野有其合理性的话,那么实体法中的民商仍为一体则更有其内在理由。对民与商的关系可以概括为:民商商缺其生命,商离民少其根本,或者说民为商之根本,商为民之生命。该学者认为,一部统一完备的《民商法典》包括民商主体结构、民商权利体系、民商行为类型、民商责任制度、民商时效规则等。其基本体系结构可以是民商法通则、民商主体的人身权、民商主体的物权、民商主体的知识产权、民商主体静态权利的转移方式,主要是债与继承制度。这些形成民商法的基本内容,为民商法部门的基本法。此外,民商法的特别法为民商基本法的延伸,即在《民商法典》中不便详细规定或者需另立单行法予以规范的法律,包括合伙法、公司法、破产法、票据法、海商法、保险法、拍卖法、担保法等。

该学者认为,制订统一的《民商法典》,已经有了其可行的社会背景和立法条件。在政治理论上,1993年中共十四届三中全会《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》中就提出要“进一步完善民商法律”。在立法上,现行的《民法通则》是对传统民法、商法共同规则的概括,其调整范围涉及民商关系。

(三)《民商法律总纲》模式

有些学者认为,中国不必制定民法典,而应立足中国现有的法律体系,制定民商法律总纲,并以此为指导完善现有的民商事单行法律,从而建立以民商法律总纲为统帅、以各单行法律为骨干的民商法律网络。^⑬

他们建议在我国未来的民商事法律完善工作中,放弃试图制定一部大而全的或者完整的民法典或商法典的设想,转而立足于我国现有的民商事法律规范样态,一方面制定一部在功能上总揽民商事活动基本原则和民商事法律通则,类似于现行《民法通则》的法律文件,他们称之为《中国民商事法律总纲》,另一方面则对于现有的各个单行的民商事法律进行整理加工,查漏补缺,分别加以完善,使之相互协调,形成民商事单行法的系列,从而建立起一个在《中国民商事法律总纲》统率下的以各单行民商事法律为支撑的民商事法律网络体系,作为这个体系的各个组成分子的单行法基本不需要重新编纂,它们既可以汇编到一起,又可以相互独立。

他们设想的《民商事法律总纲》是一个总揽民商事法律全局的纲领性的文件,它的基本架构包括:民商事法律的任务和基本原则(包括制定根据、任务、民商事基本原则等)——民事通则(民事主体、民事法律行为、民事代理、民事法律渊源)——商事特则(包括商事主体、商行为、商代理、商业账簿、商事法律渊源如商业惯例、行业规范等)——民、商事法律的相互关系及适用规则——期间与时效的一般规定。

(四)《商法典》模式

持这种观点的学者均为民商分立论者。有学者认为,既然商法作为一个独立的法律部门已毫无疑问,那么,在立法模式上,中国就应采取私法二元结构的立法模式,即采取民商分立的立法模式,在民法典之外,再单独制定一部《商法典》。因为,从当今世界商事立法的现状与趋势来看,主要是民商分立,而不是民商合一。就一些主要发达资本主义国家来看,绝大多数也是实行民商分立的。^⑥

也有学者认为,我国要巩固改革、开放的成果,及时反映市场经济建设的成就,在世界商法统一化趋势中,首先要实现商法在本国的统一,把已颁发的单行商事法律编纂《商法典》,有序实现我国经济与世界经济的接轨,在以世界市场为空间的市场交易中占据主动,并强调我国《商法典》的编纂迫在眉睫。该学者认为,我国《商法典》的体系应由五部分构成:(1)总则;(2)市场主体法;(3)市场行为法;(4)救济;(5)附则。^⑦还有学者认为,我国商事立法应采取《商法典》和单行商事立法并存的复合式立法模式,以便使商法在法律体系中居于独立部门法的地位。^⑧

三、模式选择:《商事通则》与单行商事法律相结合

(一)我国商事立法模式的路径选择

通过对域外商法的考察,当今世界可供我们选择的商事立法主要有四种模式。这四种模式均有其存在的土壤和条件,各有千秋,都有值得我们借鉴的地方,但并不完全适合中国的国情。因此,我国选择的商事立法模式,既不可能是大陆法系推理方式的翻版,也不可能是英美法系实证主义的照搬,而是要在充分考虑我国社会主义市场经济发展需要的基础上,选择适合自己的立法模式。因为,我国实行的社会主义市场经济不同于人类社会以往的任何形式的市场经济。所以,我国的商事立法模式也必然是不同于以往任何模式的商事立法。笔者认为,我国应选择《商事通则》与单行商事法律相结合的商事立法模式。这种选择既是理性的,也是必要和可行的,我国完全可以在充分借鉴国外成功立法经验的基础上,走出一条适合中国国情的商事立法之路。

域内学者关于商事立法模式的主张,不只是不同的学术观点,而且是涉及到我国民商事立法的基本格局和建立健全我国社会主义市场经济法律体系的重大的理论与实践问题。从源流来看,这些主张主要是受到了“私法一元化”或“私法二元化”理论的影响。笔者认为,传统的民商合一论,即法典意义上的民商合一论,主张将商法的全部内容纳入民法典,用超级民法典来全盘取代商法,企图既固守形式合一,又坚持实质合一。这种僵化的观点,不仅缺乏理论依据,而且在实践中是根本行不通的。因为,民法典就民事活动自身的特殊规则和制度都无法包容,更不用说涵盖商事活动的特殊规则和制度了。现代意义上的民商合一论,即实质意义上的民商合一论,只是反对制定独立的商法典,并不否认商法的存在,只是从观念上将商法视为民法的特别法,这既抹煞了商法与民法的本质区别,也否认了商法的独立部门法地位。法典意义上的民商分立论,主张制定我国独立的商法典,对于昭示商法的独立性,理清商法与民法、经济法的关系有着积极的意义,但随着知识经济、科技革命、网络时代的到来,各国商法典越来越受到急剧变化的社会经济生活的挑战和人们对其系统性、

科学性、先进性的合理质疑。因此,笔者建议中国应立足于现阶段的经济水平发展和我国现有的商事立法实践,制定一部切实可行的《商事通则》,类似于我国现行的《民法通则》,借以统率我国已经颁发的各种单行商事法律,并进一步实现我国商法体系的自我完善和与民法、经济法之间的协调发展。

(二) 制定《商事通则》的理论价值与现实意义

1. 有利于我国理论界结束长达半个多世纪的无休止的争议。我国在清朝末年和中华民国初期实行的是民商分立的立法格局。但国民党政府莫都南京后,当时的立法院为求商事法律易于修改,以适应新兴工商业的发展,在民法典的制定方面,主张采取民商合一模式。1929年《中华民国民法》第一编总则公布后,由立法院院长胡汉民等人向国民党中央政治会议第183次会议提交了一份关于制定民商统一法典的提案,政治会议审查通过了该提案,并从八个方面进一步阐述了采用民商统一法典的理由。^①这对我国法学界的影响非常深远,在我国改革、开放的历史条件下,大陆学者又陷入了“民商合一”和“民商分立”旷日持久的争论,其实,现在主张“民商合一”观点的许多学者,其论点、论据并没有超过该提案的八点理由。我国如果制定了《商事通则》,就会结束理论界长达半个多世纪的无休止的争论,使理论界集中精力研究我国民法、商法和经济法的现代化和协调发展问题。

2. 有利于丰富和繁荣我国商法学的研究成果。“民商法一体化”的观念,制约了我国商法学理论的形成和发展,使人们忽略了对商法基本范畴、基本理念、基本价值、基本原则和基本制度以及商法其他基本理论问题的研究,扼制了商法学者的主观能动性,导致了商法学研究的停滞不前。我国如果制定了《商事通则》,就会大大激发商法学者的研究热情,进一步丰富和繁荣我国商法学的研究成果。

3. 有利于树立和增强人们的商法意识与商法观念。我国如果制定了《商事通则》,就等于采用了“私法二元结构”的立法格局,商法独立部门法的地位就会得到正式确定,与此相适应,商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系就会呈现在世人面前,人们自然会树立起独立的商法意识和商法观念。

4. 有利于统一协调我国现行的单行商事法律。面对“民商合一论”和“民商分立论”的激烈争论,我国立法机关采取了非常务实的立法态度,即随着社会主义市场经济改革取向的确立,相继颁发了《海商法》(1992、11、7)、《公司法》(1993、12、29)、《票据法》(1995、5、10)、《保险法》(1995、6、30)、《合伙企业法》(1997、2、23)、《证券法》(1998、12、29)和《个人独资企业法》(1999、8、30)等一系列单行的商事法律。由此可见,我国现行商事立法采用的就是单行商事法律的模式。但由于对商法缺乏科学的认识和合理的界定,我国颁发的各种单行商事立法具有一定的应急性和盲目性,在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面还存在一定的不足,而且它们之间还缺乏相应的协调性和统一性。《商事通则》的制定,可以适应我国商事立法模式和制度的创新,不仅有利于实现对商事关系的基本调整,统率我国现行的商事立法,改变我国商事立法群龙无首的现状,而且有利于进一步协调统一我国的商事立法,使其沿着正确的方向健康地向前发展。

5. 有利于促进我国市场经济的大力发展。在欧洲中世纪,商人进行了一场“商业革命”,在这场“商业革命”中,商品经济飞速发展,商人阶层逐渐形成,为了保护自身的特殊利益,不被封建主和教会所压迫,在政治上取得自治地位的商人便为自己制定了商人法,并使之成为一种独立于封建庄园法和教会法的商人法。正如西方学者所言:“商业革命有助于造就商法,商法也有助于造就商业革命”。^②在我国大力发展市场经济的条件下,制定《商事通则》有利于重塑商人观念、提升商人素质、弘扬商人精神,进一步促进我国工商业的繁荣和市场经济的飞速发展。

(三) 制定《商事通则》的时机与条件

从目前的情况来看,我国制定《商事通则》的时机已经成熟、条件基本具备,主要表现为:(1)我国已经颁行了大量单行的商事法律、法规和规章,为制定《商事通则》奠定了坚实的立法基础;(2)我国已经审理了大量商事案件,为制定《商事通则》提供了相应的司法经验;(3)我国已经加入了WTO,为制定《商事通则》提供了可资遵循的国际准则;(4)我国的市场经济得到了迅速发展,为制定《商事通则》打下了一定的经济基础;(5)我国商法学界形成了不少卓有成效的科研成果,为制定《商事通则》奠定了一定的理论基础。

(四) 制定《商事通则》的指导原则

1. 稳定性与前瞻性相结合的原则。商法是为了适应市场经济的发展需要而形成的法律部门,而市场经济的发展则是有阶段性的,不同的发展阶段则有不同的发展情况和法制要求。因此,市场经济的发展进程决定了商法的演变过程。根据我国市场经济的现实需要,把实践证明行之有效的商事做法、规则、制度通过商事通则固定下来,使其保持相应的稳定性。如果缺乏必要的稳定性,朝令夕改,随意中断、废弃,商法就没有了权威性,既不利于商事法律的实施,也不利于市场经济的健康发展。但是保持商事通则的稳定性只是相对而言的,并非绝对稳定。因为,市场经济是不断向前发展的。在我国市场经济的发展进程中,商事主体进行的商事活动发展变化很大,我们不可能也没有必要预先就制定好一套一成不变的商法规范来。因此,商事通则既要保持相对稳定性,又要随着市场经济的发展变化而发展变化,及时反映市场经济的实际情况和发展需求,坚持适度超前、与时俱进的原则,不断吸收现代商法学的前瞻性研究成果,正确引导和积极规范我国商事主体的商事活动。

2. 本土化与国际化相结合的原则。法国启蒙思想家孟德斯鸠在论述法律本土化特征时明确指出:“为一国人民而制定的法律,应当是非常适合该国的人民的。”^⑨因此,制定《商事通则》必须立足于中国的国情、中国的市场经济性质和发展现状以及中国的法制传统,决不能脱离我国的实际情况。但当今的世界又是一个开放的世界,谁都不能孤立于世界之外,任何国家和地区的商事活动,都不可能在封闭状态下求得发展,只能从各国经济的互补性出发,去适应世界商事一体化的发展趋势。世界商事一体化和国际统一大市场的形成,使得调整商事关系的商法具有明显的国际性。因此,如何处理商事法本土化与规则的国际化就成了我国制定《商事通则》必须考虑的一大课题。制定《商事通则》,既要很植于中国的生存土壤和条件,又要大胆借鉴发达国家成功的商事立法经验,既要注意消化、吸收和磨合,又要防止“南橘北枳”、“水土不服”。

3. 统一性与配套性相结合的原则。从法律性质来讲,《商事通则》是我国商法作为一个独立法律部门的重要法律表现形式,在我国整个法律体系中应居于商事基本法的地位。制定《商事通则》的背景条件就是我国现行的单行商事法律、法规和规章不能完全适应我国市场经济的发展需要,无法实现对我国内外贸易的统一调整,况且它们之间也缺乏相应的系统性和协调性。为了实现商事法律的协调统一,我们才选择了制定《商事通则》这一模式。因此,我们制定《商事通则》,必须有利于商法体系自身的健全和完善,进一步发挥《商事通则》的统率功能,统一我国商事主体和商事活动的基本原则、基本制度和基本规则,改变我国商事立法群龙无首的现状,为统一商事法制奠定基础。统一商事法制是一个系统工程,与此相适应,还必须建立健全与《商事通则》相配套的商业部门法,使其与《商事通则》的立法精神、基本原则和适用范围相一致。只有这样,才能充分发挥我国商法对现代商事关系的最佳调整功能。

(五) 《商事通则》的框架与结构

根据国外商事立法的有益经验,结合我国商事活动的发展需要,并借鉴我国民法通则的立法实践,笔者认为,《商事通则》的框架与结构大体可由以下十章构成:第一章为总则,包括立法宗旨、商事范围、基本原则和法律适用等;第二章为商事主体,包括个体商人、个人独资企业、合伙企业和公司等;第三章为商事行为,包括商事行为的构成、一般商事行为和特殊商事行为等;第四章为商事权利,包括商号权、营业权、商誉权、商业秘密权和公平交易权等;第五章为商事登记,包括商事登记机关、登记范围和登记程序等;第六章为商会,包括商会的性质、组织运营、职权和职责等;第七章为商事账簿,包括商事账簿的种类、内容和置备的规则等;第八章为商事诉讼时效,包括诉讼期间的确定、计算和授权规定等;第九章为商事责任,包括商事责任的种类和承担方式等;第十章为附则,包括商事部门法的范围及其制定、有关术语、生效时间和解释机关等。

综上所述,我国市场经济的改革取向和飞速发展,为我国商事立法的出台和商法学的发展提供了良好的机遇。我们坚信,随着我国全面科学发展观的进一步实施,经过商法理论界和立法机关的共同努力,一个人类社会未曾有过的、标志着我国商法独立地位已经确立的《中华人民共和国商事通则》必将呈现在世人面前。

注释

- ① 任先行、周林彬著:《比较商法总论》,北京大学出版社2000年10月版,第69—74页。
- ② 石少侠:《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,载《法制与社会发展》2003年第5期。
- ③ 王利明:《中国民法典的体系》,载《现代法学》2001年第4期。
- ④ 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1999年12月版。
- ⑤ 覃有土主编:《商法学》,高等教育出版社2004年1月版,第23—24页。
- ⑥ 王明锁:《论中国民商立法及其模式选择》,载《法律科学》1999年第5期。
- ⑦ 余能斌、余立力:《制定“民商法律总纲”完善民商法律体系》,载《武汉大学学报(社会科学版)》2002年第6期。
- ⑧ 范健、王建文著:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第210页。
- ⑨ 徐学鹿著:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第184—186页。
- ⑩ 王春健:《中国商法的立法形式研究》,载《法商研究》1997年第6期。
- ⑪ 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第512—514页。
- ⑫ [美]伯尔曼:《法律与革命》,中国大百科全书出版社1993年版,第409页。
- ⑬ [法]孟德斯鸠:《论法的精神(上)》,商务印书馆1961年版,第6页。

论独立的现代商主体

□ 王凌云*

摘 要 本文从社会关系出发,采用逻辑分析的方法,在研究现代商主体独立的经济基础、法律基础、伦理基础和社会基础以及制度价值和理念价值的基础上,进一步探讨了独立的现代商主体的内在素质和外在边界。并主张,在大力发展市场经济的条件下,承认现代商主体的独立是商法独立存在和发展的前提;通过现代商人理念的培育和商法总则中对独立商主体地位的肯定和行为的规范,为我国商个人、商合伙和商法人的发展起到制度保障和行

关键词 商主体 独立性 法律人格

现代社会商品经济和商事活动的不断拓展,使得商法日益发达,并逐渐突破传统民法的一般性规定,更难以为其所包容,商法的独立性由此表现得更为明显,所谓民商合一的立法例所负载的功能已难以适应时代的需求,商法与民法的关系之争已基本上以商法独立性为定论。然而商法究竟在何种意义上独立存在?若作为一个独立的法律部门,其特有的主体制度、法律行为制度、权利体系等却缺乏统一的规则和法律调整机制。中国商法要发展,面临的最大的难点就是商法内部的协调与统一问题;要对商法的独立性问题作出结论,首先也必须对这些问题作出正面回答,不在理论层面上深入研究、认真挖掘这些问题,而奢谈商法的地位与立法模式,则明显令人难以信服。这其中,尤其应关注作为商法核心理论体系的商主体问题。我国虽存在相对发达的商事特别法,对公司、合伙等具体商主体行为予以特殊调整,但有关商主体的系统性和一般性规定尚应付阙如。实践中商主体的存在与行为的无序已越来越要求承认商主体的独立地位从而规范其商行为。因此,商法总则的缺失尤其是商主体法的缺失与经济要求的客观要求已极不相称,既无法充分实现商法在理论上对市场经济活动的指导和促进作用,对实践中存在的对不同商主体的内外资有别和所有制歧视等问题也束手无策。笔者认为,在现代的私法框架下,只有给予商主体合理的空间和地位,承认商主体的相对独立性,才真正有利于民法和商法二者的各自发展与相互促进。正基于此,本文在对商主体独立的理论基础和现实意义的考察的基础上,对具有独立地位的商主体的内在素质和外在边界作出粗浅研究,以期对我国商法基础理论的完善有所裨益。

一、现代商主体独立的理论基础

马克思认为,法律调整的对象是社会关系。从这一观点出发,笔者认为,商主体是否独立,应从社会关系本身入手,而不能从实证法入手。各国立法上的商人概念和其地位的确立,是不同国家在长期商事实践的基础上逐步概括形成的,其对商主体独立性的认识有相当的合理性。但同时必须指出的是,客观社会关系及其内在要求本身,不可能自我表达任何意思,法律对客观社会关系的调整,是以立法者的主观意志为中介的,是立法者基于其对社会关系及其客观要求的理解,加上其自身好恶和利益权衡对社会关系的调整,法有良法、恶法之分正为此故。^①因此,经由实证法认识商主体的独立性不免有缘木求鱼之嫌,应从社会关系本身和逻辑分析的角度出发,认识商主体的独立性。

商主体就是从事市场交易的商人。不同时期对商人的理解是不同的,商人历经了等级商人、身份商人和素质商人的不同阶段。^②在商人习惯法时代,商人被看成是专门从事商事活动的人。近代商法商人具有不同于民事主体的特殊身份,由于这一看法与现代社会要求人人平等、取消身份特权的观念不符,很多学者认为随着近代商法向现代商法的演进,“全民皆商”已使得商主体在现代社会失去了独立存在的价值。但是我们应看到,现代市场主体已不同于传统意义上的“商人”,是从规模和组织形态上都区别于传统的“身份商人”的具有专门知识和技能的现代商主体。现代商法已否定了传统商人的特殊身份,但更为强调和要求的是适应现代

* 作者单位:湖北武汉,中南财经政法大学,法学院。

作者简介:王凌云(1977—),女,湖北襄樊人,中南财经政法大学2002级经济法专业研究生。

市场交易的现代商主体的特殊素质。从这个意义上讲,承认现代商主体的独立正是规范素质商人的行为,保障素质商人权利的必然要求。

(一) 经济基础:降低交易费用和立法成本

商法和经济学之间逻辑的必然性在于商法具有强烈的经济性和效率性。在市场经济条件下,商主体有其独特的替代市场机制的作用,“独立的商主体可以把交易主体之间较高的缔约费用转化为商主体内部较低的协作费用。”^②即独立的商主体制度在一定条件下可以起到市场机制配置资源的同样作用,而不独立的、非规范的商主体制度,则会使商事交易中预期不稳定因素增大。交易主体往往会基于对交易安全和保护自身利益的考虑通过不断谈判以确定预期风险,抑或避开商法规定寻求繁琐甚至违法但预期确定的交易方式,这两种情况都会增加商主体进行商事活动的交易费用。尤其是当现代社会经济活动的主体已不再是传统观念上的商自然人而是具有一定经济规模和组织体形式的商法人、合伙或独资企业,组织体已以股份公司等形式渗透到所有产业部门,并已经成为国有财产的管理者时,从经济学意义上承认商主体的独立性就显得尤为重要。

从经济学角度分析,商主体独立也是降低商事立法成本的需要。我国的商事立法中存在着割裂立法与市场经济内在的必然联系,把法律看作是外加于市场的,同市场经济没有内在、固有联系的事物的错误思想。我国的商事主体立法也未从市场经济运作的原理本身指导立法,忽视商事立法活动的经济属性,不重视对立法的成本收益的分析,即忽视现代商主体的独立性,不考虑商主体通过市场机制自发的调节功能,对所定法律给社会产生多大收益漠不关心,致使这些立法中的高成本、低收益现象普遍存在。商事主体立法在没有统一商主体规则的指导下,供给与需求相比较,已呈过剩或超前状态,如目前调整企业方面的法律(法规)多达13部之多,这些法律(法规)之间内容或冲突或重复,有的立法甚至限制了商主体的发展。这些忽视商主体独立性的立法只会徒增立法和实施成本,对商主体的发展和市场经济的发展有害无益。

(二) 法律基础:从契约到身份,从抽象人格到具体人格

如果将19世纪法律从古代向近代资本主义社会的发展概括为“从身份到契约”的运动过程,那么20世纪法律发展中最为深远的变化就是“从契约到身份”的运动过程。近代私法是以契约自由为核心筑起的完整的体系,它揭示了资本主义社会不同于以往的私有制社会的本质所在,这就是契约的普遍化和契约至上的观念。^③但是近代私法上的当事人地位平等和契约自由,只是一种抽象的形式上的平等,即一种无“身份”差别的平等,这种掩盖了各个自然人之间、法人之间以及自然人和法人之间大量存在的实质差异的“平等”,只能是一种理想状态,必然导致实质上的不平等。事实上,人总是处在一定的社会经济条件下,而有着不同的社会经济地位。当事人经济地位的不平等如企业主与劳动者、大企业与中小企业、生产者与消费者的不平等所导致的经济上的支配关系已构成了一种新的身份关系,与此相适应,现代私法也发生了“从抽象人格到具体人格”的运动。正如学者指出:“梅因提出的从身份到契约的发展近年来已表现出相反的趋势,私人间的法律关系不再是通过自由的契约行为来实现,而是越来越多地通过身份关系来确定”。^④经济上强者对经济上弱者在实质上的支配,已使得现代私法的价值趋向从形式平等转而追求实质平等,最明显的反映就是在维持关于抽象人格规定的同时,又从抽象人格中分化出若干具体人格。如果说传统商法对商主体独立规定的选择多少还带有一些历史与习惯因素的影响的话,那么现代商法的实践则已证明,现代商法得以保持其旺盛的生命力,乃因其恰好是建立在现代私法的具体人格基础上。因为现代民法对传统民法的纠正,便是通过赋予商主体以具体人格,针对不同类型的商主体的具体情况,设置不同的组织与行为规范,从而实现私法上主体的实质平等。具体来讲,内部组织规则与外部行为规则都明显不同于传统民事主体的商主体,已不能为传统民事主体制度所包容,因此,尽管在采用民商合一立法例的国家和地区,并未规定形式意义上的商主体,但仍然必须在民法典之外,对作为典型商主体的各种企业形态予以区别立法,我国台湾地区在公司法之外另行颁布了“商业登记法”即为明证,而许多学者尽管对《商法典》理论体系的不完备颇多诟病,但对商主体予以特别关注的做法却始终没改变。

(三) 伦理基础:以人为本

在现代社会,以人为本、对人尊重的人权理念得到了快速的发展,人们开始用一种更加人道的、理性的目

光来对待商人本身。平等、自由、独立等观念开始普及。大陆法系近代商法在“商法是一切法律中最为自由，同时又是最为严格的法律”^⑧的传统理念下，认为商主体理性不周延，而限制其投资自由。表现在立法上，商组织法着眼于交易的安全、确定，强调其法定性、强制性，从实体到程序多方面限制商主体的投资自由，最具典型意义的是大陆法系近代商法的资本确定、资本维持、资本不变的“资本三原则”。大陆法系将“组织法的强制主义”与“行为法的自由主义”加以对立在实践中还会误导人们认为从事商行为可以自由到不履行契约，从而严重损害了自身在商事交易中的信用。而英美法系在商组织法的立法理念则是商主体从事市场交易“风险自负，对商事交易人的资信状况自查，政府不积极干预私法领域的商事运作”。^⑨我们认为，经济法的基础假设是怀疑商主体理性不周延而引入国家权力，但商法是基于相信商主体可以克服理性人、经济人之间的矛盾，将个人理性最大化的个人利益合成集体理性、社会利益。^⑩现代商主体有独立选择“经营以达营利之目的”的动机和理性行为，实践也证明，限制商主体独立和投资自由的“安全”规范、制度再完善，迟早会被修改、废弃，只有保障商主体独立和投资自由的“营利”的“安全”的规范才可能存活。虽然有学者批评这种理论假设，但笔者认为，商法是相信而非迷信这种认识，与现实偏差完全可以利用商法内部的结构制约和外部的经济法平衡来调整。商法不是经济法，作为私法其应肯定商主体的独立地位，赋予其自由行为的权利。理论的变革也要求人们必须更新观念，抛弃近代商法的“生命是廉价的，资金则非常短缺”^⑪的传统理念，认识到具有知识要素的人力资本所有者的现代商主体，在知识经济的今天已经成为市场经济的主人，适应这一趋势，赋予商主体在市场经济中的独立地位和经济自由已成为必然。

(四) 社会基础：均衡保护社会整体利益

对商主体而言，肯定其独立地位可以保障其更好地实现资本增值和追求效益最大化的目标，但从全社会的立场出发，承认商主体的独立则是现代社会利益保护均衡性的选择点。在民法，如果以素质来定主体资格显然有违权利能力人人平等的私法理念，而对商主体而言，赋予其独立地位，并按素质商人的要求实行商主体市场准入制度和商主体承担严于一般民事主体的审慎注意义务，既为交易双方提供了对对方起码的信用保证，也可以更好地保护与商事交易相关的弱势群体。即在承认商主体独立、平等的前提下，“合理分配与限定不同商事主体及相关法律主体的权利，确立商事主体法律保护具体的实质的平等”。^⑫国家借助商主体与消费者、大企业与中小企业等的身份对契约进行干预，调整经济上的强者与弱者、组织起来的人与未组织起来的人之间的利益平衡，从而实现保护弱者和社会正义理念，实现法律对社会安全、秩序和妥当的追求。

二、商主体独立的现实意义

(一) 制度价值：商主体独立是商法理论完善和实践发展的必然要求

1. 商主体独立是商法发展逻辑的必然

中国现行的“商人法”是一个残缺不全的法的领域。诚然，我国采用民商合一的立法制，民法和商法在我国是一般法和特殊法的关系，如同所有商事事项一样，在商主体的问题上，商法优先适用，民法一般适用和补充适用，但是，就商主体法的构成状态而言，在民法通则的主体规则和商法的商主体特别规则并未连成一个系统。民法通则关于自然人、法人的规定提供了商主体的基础性条件，但它没有提供商主体的充分条件，而商事特别法仅仅是给人们提供了具体的商人形态，包括公司、合伙企业、个体工商户等的具体形式，除此之外，人们无法得出一个总体结论——何种“人”为商人？这样，就不可避免地给人们留下一系列难以回答的问题，诸如，所谓的人的普遍化是否使所有的自然人都能成为商人，法人制度是否等同于商法人制度。因此，仅仅依赖传统民法的主体制度，根本不能解决内部关系极为复杂的商主体问题，尤其是随着市场经济的不断发展，商主体形态不断创新，不制定一般的商主体制度，而依赖高度抽象化了的民事主体制度和明显出现不足的现行经济组织法，显然难以适应时代的需要。有学者指出，我国的实践表明，在商主体制度上，一般显得过于一般，特殊显得过于特殊，需要在两者之间加以平衡并将两者统一起来的“商人法”。这一“商人法”相对于民法的主体规则而言属于特别法，而相对于商人形态法而言，它属于一般法的性质。它既可以为商人资格和地位的确立提供一般规则，发挥对具体商主体法的总体的指导作用，填补民法主体规则和具体商主体法之间