北方工业大学
文法学院法学文丛

这是国内外第一部对中国『两岸四地』商事法进行系统介绍和比较的学术专著，该书基于对中国『两岸四地』最新商事立法的考察，对中国内地、台港澳地区商事法的历史发展过程和主要内容，以及公司法、证券法、票据法、保险法、海商法的基本法律规则进行了介绍和比较，并在此基础上，提出了统一中国『两岸四地』商事法的初步构想。该书对于中国『两岸四地』从事跨区域经营活动的企业家、相关执业律师及在校学习的法律系学生都是有一定参考价值的。

王瑞 / 著

中国内地、台港澳商事法比较与统一

Comparison and Unification on Commercial Law of Mainland China, Taiwan, Hongkong and Macao within PRC

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

北方工业大学
文法学院法学文丛

中国内地、台港澳商事法比较与统一

Comparison and Unification on Commercial Law of Mainland China, Taiwan, Hongkong and Macao within PRC

通过示范法科学地统一不同法域的市场交易规则，建立适应“一国两制”新的市场交易秩序，使不同法域的商人在市场交易中具有更多的可预见性、安全感，减少和避免市场交易的法律纠纷，让CEPA和ECFA置于稳定的法律秩序中，促进相互之间的市场交易更加紧密，推进不同法域的经济繁荣，从而实现中华民族的伟大复兴。

——徐学鹿

上架建议：商法 法学教材

ISBN 978-7-5036-9867-5

定价：52.00元

图书在版编目(CIP)数据

中国内地、台港澳商事法比较与统一／王瑞著. —北京：法律出版社，2009.9
ISBN 978-7-5036-9867-5

Ⅰ.中… Ⅱ.王… Ⅲ.商法—对比研究—中国 Ⅳ.D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 154714 号

中国内地、台港澳商事法比较与统一	王 瑞 著	责任编辑 王 扬 装帧设计 魅力天华

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16　　**印张** 35.5　　**字数** 657 千
版本 2009 年 9 月第 1 版　　**印次** 2009 年 9 月第 1 次印刷
出版 法律出版社　　**编辑统筹** 独立项目策划部
总发行 中国法律图书有限公司　　**经销** 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司　　**责任印制** 张宇东

法律出版社／北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件／info@lawpress.com.cn　　销售热线／010-63939792/9779
网址／www.lawpress.com.cn　　咨询电话／010-63939659

中国法律图书有限公司／北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话：
第一法律书店／010-63939781/9782　　西安分公司／029-85388843
重庆公司／023-65382816/2908　　上海公司／021-62071010/1636
北京分公司／010-62534456　　深圳公司／0755-83072995

书号：ISBN 978-7-5036-9867-5　　**定价**：52.00 元
(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

北方工业大学
文法学院法学文丛

中国内地、台港澳商事法比较与统一

Comparison and Unification on Commercial Law of Mainland China, Taiwan, Hongkong and Macao within PRC

王瑞 / 著

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

总序

北方工业大学坐落在风景秀丽的北京西山脚下，是一所以工为主，理、工、文、经、管、法相结合的多科性大学，其法学教育始于1985年，是全国第一个理工科高等院校的法学本科专业。经过两代人的勤奋耕耘，现有四个法学（法律）专业硕士学位点，成为北京市属高校中唯一具有J.M学位授予权及法学二级学科硕士点最多的单位，师资队伍、学术地位、教学质量和办学条件居全国理工科普通高校法学专业的前列。

北方工业大学的法学师资队伍基本上是由23名博士和18名硕士组成；独立完成或承担了3项国家社科基金研究项目和二十多项北京市、国务院各部门的研究项目，出版学术专著26部，取得了比较丰富的法学教育与研究成果。

北方工业大学的法学教育与研究，以经济法学和民商法学为专业特色。其中，经济法研究所是全国高校中最早研究经济法的两个专门机构之一，并在全国理工科高校中率先获得经济法学硕士学位授予权，经济法专业现为北京市重点学科，有关经济法基础理论、公司法、会计法、审计法以及金融法的研究，在全国经济法学界具有重要地位；民商法研究所的关于人类遗传基因的法律保护、网络知识产权保护、物权法及商法基础理论研究具有一定的前沿性和专业特色。此外，关于行政法与行政诉讼法的研究也逐渐在学术界产生影响。

随着北方工业大学从教学型大学逐渐向研究型大学的转变，其中的法学专业也需要以系统、集中的整体形象在法学学术界展现，在北京市教委学科建设专项基金的资助下，《北方工业大学文法学院法学文丛》便应运而生，这一文丛将为北方工业大学的中、青年法学教师提供一个展示和分享学术成果的机会，并为他们提供一个向国内外法学家学习及进行学术交流的平台，最终为丰富和发展我国的法学研究做出贡献。

《北方工业大学文法学院法学文丛》以法学理论研究为基础，以经济法、民商法研究为重点，带动宪法与行政法、国际法、刑法、诉讼法的研究，力求学术成果具有前沿性、前瞻性，坚持学术自主、自律原则，秉承严谨、开拓、求真、务实的精神，为每一位学者提供尽情挥洒学识与才华的机遇，为丰富我国法学研究奉献高质量的成果。

《北方工业大学文法学院法学文丛》编委会

2009年9月

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

目　录

第一章　中国商事法发展概况 …… (1)
引言 …… (1)
第一节　中国内地商事法律制度 …… (2)
第二节　中国台湾地区商事法律制度 …… (27)
第三节　中国澳门地区商事法律制度 …… (51)
第四节　中国香港地区商事法律制度 …… (62)
本章小结 …… (70)
第二章　公司法律制度之比较与统一 …… (80)
引言 …… (80)
第一节　公司设立制度之比较 …… (81)
第二节　公司资本制度之比较 …… (94)
第三节　公司组织制度之比较 …… (106)
第四节　公司合并分立制度之比较 …… (152)
第五节　公司解散清算制度之比较 …… (162)
本章小结 …… (193)
第三章　证券法律制度之比较与统一 …… (198)
引言 …… (198)
第一节　证券法所调整证券的范围 …… (199)
第二节　证券发行制度之比较 …… (201)
第三节　证券上市制度之比较 …… (224)
第四节　证券交易制度之比较 …… (232)
第五节　信息公开制度之比较 …… (244)
第六节　上市公司收购制度之比较 …… (251)
第七节　证券交易所制度之比较 …… (258)
本章小结 …… (265)
第四章　票据法律制度之比较与统一 …… (269)
引言 …… (269)

第一节　汇票法律制度之比较 …… (271)
第二节　本票法律制度之比较 …… (310)
第三节　支票法律制度之比较 …… (316)
本章小结 …… (330)
第五章　保险法律制度之比较与统一 …… (335)
引言 …… (335)
第一节　保险合同一般规定之比较 …… (337)
第二节　财产保险合同法律制度之比较 …… (353)
第三节　人身保险法律制度之比较 …… (366)
第四节　保险行业法律制度之比较 …… (379)
本章小结 …… (417)
第六章　海商法律制度之比较与统一 …… (423)
引言 …… (423)
第一节　船舶法律制度之比较 …… (424)
第二节　海上货物运输法律制度之比较 …… (442)
第三节　海上旅客运输法律制度之比较 …… (467)
第四节　海难救助法律制度之比较 …… (478)
第五节　共同海损法律制度之比较 …… (487)
第六节　海事赔偿责任限制法律制度之比较 …… (500)
第七节　海上保险法律制度之比较 …… (510)
本章小结 …… (536)
后记 …… (549)

第一章　中国商事法发展概况

通过示范法科学地统一不同法域的市场交易规则，建立适应“一国两制”新的市场交易秩序，使不同法域的商人在市场交易中具有更多的可预见性、安全感，减少和避免市场交易的法律纠纷，让 CEPA[1] 和 ECFA[2] 置于稳定的法律秩序中，促进相互之间的市场交易更加紧密，推进不同法域的经济繁荣，从而实现中华民族的伟大复兴。[3]

——北京工商大学 商法研究所 徐学鹿教授

引　言

21 世纪初，对于中华民族来讲，有三个值得载入史册的重大日子：一是 1997 年 7 月 1 日，“东方明珠”香港顺利回归中国，中华民族的百年国耻得以洗刷；二是 1999 年 12 月 20 日，中国对澳门恢复行使主权；三是 2008 年 5 月 21 日，台湾国民党新“总统”马英九正式宣誓就职，在就职演说当中，马英九强调，两岸人民同属中华民族，要在“九二共识”[4] 的基础上，恢复两岸协商。主张祖国统一的台湾国民党代替民进党的重新执政，标志着中国统一大业又向前迈出了坚实的一步，台湾回归的日子已经不是很遥远了。

台湾回归以后，中国将实现完全的统一，但是，中国的统一并不代表着法律制度的统一，按照“一国两制”的构想，回归后的台湾很可能也会同现在的香港和澳门地区一样，成为中国的一个特别行政区，将基本保持现有的法律制度不变，届时，中国将形成一个“一国两制、三法系、四法域”的特殊国家。

“一国两制”是中国解决港澳台问题的基本国策和基本方针，是“一个国家，两种制度”的简称。《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》在序言、总则和具体条文中，进一步将“一国两制”的方针予以法律化。例如，两部《基本法》都在序言中明示：“为了维护国家的统一和领土完整”，并“考虑到香港（澳门）的历史和现实情况，国家决定，在对香港（澳门）恢复行使主权时，根据《中华人民共和国宪法》第 31 条的规定，设立香港（澳门）特别行政区，并按照‘一个国家，两种制度’的方针，不在香港（澳门）实行社会主义的制

度和政策。国家对香港(澳门)的基本方针政策,已由中国政府在中英(葡)联合声明中予以阐明。"

"一国三法系"是指中国存在的三个不同传统的法律体系。港澳回归前,中国实行全国统一的法律制度,该法律制度在整体上属于中国社会主义法系。随着港澳回归和两部基本法的颁布,在主权统一的中华人民共和国一国之内,又增加了基本上予以保留的香港、澳门原有资本主义法律制度,长期以来,分属于普通法系和大陆法系的香港和澳门的法律制度,是依据英国和葡萄牙的海外属地法律制度的模式建构起来的,在内容和形式上,深受英国法和葡萄牙法的影响。在内地社会主义法系、香港普通法系和澳门大陆法系三法系和平共处之下,同时并存着内地以宪法为龙头由各部门法有机构成的统一的社会主义法律体系、香港以普通法为基础包括香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律在内的香港特别行政区法律体系、澳门以大陆法系为基础包括澳门原有法律和澳门特别行政区立法机关制定的法律在内的澳门特别行政区法律体系三种法律体系。将来回归后的台湾地区法律体系亦属大陆法系。

"一国四法域"是指在"一国两制"的基础上,内地、台湾、香港和澳门四个区域各自的政治、经济、法律制度均不改变,各自享有立法权、行政管理权、独立的司法权和终审权。因此,中国将会形成一个四个法域同时存在的复合法域国家。其中,商事法律制度是这四个法域地区法律制度的重要组成部分。因此,中国的商事法也应该是一个广义上的概念,不仅仅是指中国内地地区的商事法,还应该包括台湾地区、澳门地区和香港地区的商事法。为了更好地同港、澳、台同胞进行友好贸易往来,有必要对"两岸四地"[5]的商事法律制度进行系统地研究。

第一节　中国内地商事法律制度

中国内地商事立法最早产生于清朝末年的变法修律,中国内地的商事立法发展历程可分为:三个阶段与六个时期。三个阶段是从宏观角度来划分:清末发展阶段(1904—1911 年)、"中华民国"发展阶段(1912—1949 年)和中华人民共和国发展阶段(1949—2009 年)。其中"中华民国"发展阶段又可分为北京国民政府时期(1912—1927 年)和南京国民政府时期(1928—1949 年);中华人民共和国发展阶段又可分为前期(1949—1978 年)、中期(1979—2000 年)[6]和新时期(2000—2009 年),因此,我们可将内地商事法发展历程细分为以下六个时期:

一、清末时期(1904—1911 年)商事法律制度

在清末法制改革中,采取的是民商分立模式,分别制订《大清民律草案》和《大

清商律草案》，但是，清末商律的制定却要早于民律。1903 年 4 月，清廷颁布上谕，决定先订商律，以适应通商事务迅速发展的需要。同年 8 月设立商部，加快了制定商律的速度。商事立法因传统法律中无先例可循，只好“参酌各国法律”。商部内设的律学馆和修订法律馆，翻译了大量的西方商律及商法学著作。同时，为使制定出来的商法“通行无碍”，修订法律馆拟定了《法律馆调查各省商事习惯条例》，计 55 条，下发各地商会，广泛调查中国商人之间存在的商事习惯和惯例。先颁布了《奖励公司章程》、《简明商会章程例》、《公司律》、《破产律》、《公司注册试办章程》、《商标注册试办章程》、《运送章程》、《银行注册章程》、《大小轮船公司注册给照章程》等商事法规，再在此基础上颁行《钦定大清商律》。[7]其中 1904 年颁行的《钦定大清商律》，是中国法律史上第一部独立的商法，也是中国法制史上第一部“现代意义上的法典”，[8]1906 年 9 月，修订法律馆聘请日本法学家志田钾太郎起草《大清商律草案》，共分总则、商行为、公司律、票据法、海船法五编，[9]共 1008 条，1910 年，农工商部向资政院提交《大清商律草案》，而由日本法学士松冈义正参与起草的《大清民律》直到 1911 年才完成。

《钦定大清商律》颁布于 1904 年 1 月 21 日，内容简略，只有作为商法总则的《商人通例》9 条和《公司律》131 条两部分内容，除此之外，没有商事法应有的其他内容，是一部不完整的商法典。《钦定大清商律》体例仿照日本，内容借鉴德国。《商人通例》9 条包括商人定义、商人资格、商号及商业账簿等内容。其规定“凡经营商务、贸易、买卖、贩运货物者均为商人”。这一定义还没有完全脱离中国传统的商人概念，范围比较狭窄，只有贩运和买卖货物者方为商人，不包括生产经营的业主在内。有关商事主体资格规定，男子满 16 岁成丁后方可为商人。女子经商则有诸多限制，只有“家无男丁或本商病废，满 16 岁之未嫁女子或其妻”方可经商，并需报商部备案，有夫之妇需经其夫准许。商人需有商号，名曰某堂某记。经商需置备账簿，一般要留存 10 年等。通例内容虽然简单，但在没有相关民事立法的情况下，先行对商事主体资格和行为能力进行规定，实为必要之举。《公司律》第 1 条为公司定义：“凡凑集资本共营贸易者名为公司。”这是中国首次以法律形式界定公司名称及其含义。这一规定成为中国公司立法成例，此后历次公司法修订皆然。这在国外立法例实属罕见，只有日本、西班牙、葡萄牙商法“有明揭公司意义之条文”，[10]其他各国均无。公司分为合资公司、合资有限公司、股份公司和股份有限公司 4 种。经学者考证，《公司律》的内容，约有 3/5 条文仿自日本明治 32 年（1899 年）商法，2/5 仿自英国公司法。[11]日本商法乃继受德国 1870 年修订的股份法，表现大陆法系立法特色；后者则为英美法系的典型代表。可以说《公司律》是中国移植英美法与内地法的混合体。《钦定商律》乃伍廷芳等奉旨仓促而作，“草创之始，难语完备”，疏漏及不合国情之处颇多，难免有内容简单，结构混乱及法理未明等缺失。《公司律》第 131 条亦云：此系初定之本，于保护商人、推广商务各事

宜，未能详尽，仍当随时酌增，续行请旨核准颁行。[12]然而鉴于《公司律》"在公司机关之制度设计上，更融入政治上三权分立之民主原则，就当时公司法之立法而言，诚有重大意义"。[13]

1908年，修订法律馆聘请日本法学博士志田钾太郎帮同考订，至1909年编定《大清商律草案》，包括商法总则、商行为、公司法草案、海船法草案、票据法草案诸编。此为中国编纂近代商法法典之始。但当时全国各地商会以修订法律馆所编《大清商律》系直接采自日本商法，恐于国情不合，而商法关系国家利权，与商人利害攸关，乃于1907年7月由上海立宪公会发起商法起草委员会，决定实际访查商事习惯，参照各国最新立法例，自行编纂商法草案。[14]大会通过决议，指定专人负责草拟各章，并具体作了部署。[15]在1909年12月召开第二次大会时已完成《商法总则》与《公司律草案》两编，经大会讨论通过，呈请清政府施行，并附《公司律调查案理由书》与《商法总则调查案理由书》。农工商部以为，该草案系全国各商会等"专聘通晓商律之士，调查各埠习惯，参酌法理编纂而成，于实施之际不无裨益"，因而"逐条考核，参互研求，故其采择亦为独多"。[16]遂将草案改订，定名为《大清商律》，共计367条，送宪政编查馆审核后呈送资政院审议。但资政院未及通过，清政府即被推翻。

此外，清末"振兴商务"的相关商事法规还有《公司注册试办章程》、《奖励公司章程》等。这一时期的商事立法，就总体情况而言，其制定过程基本上由清政府一手操办，聘请少数中外法学家参与立法工作，几乎完全照搬西方的有关立法，没有很好地吸收中国商人的意见，不符合中国的商事习惯，缺乏科学性和可行性。[17]清末商事立法虽然存在诸多局限性，但作为中国历史上商法从无到有的开创时期，具有奠基意义，此后民国时期的商事立法正是在这一时期立法成果的基础上发展起来的。

二、北京国民政府时期(1912—1927年)商事法律制度

北京国民政府时期商事立法成果首推《公司条例》与《商人通例》，前述清政府的367条《大清商律》，送宪政编查馆审核后呈送资政院审议，但资政院未及通过清政府即被推翻，1914年实业家张謇任农商总长时期将上项两编加以修订，呈请总统公布施行，是为《商人通例》及《公司条例》。这两部法律的制定，吸收了当时中国商人的意见，1907年11月19日，第一次全国商会商法讨论会在上海举行，出席者有来自中国12个省、85个商会143名代表，并提出和确定了制订商法的大纲。[18]一致通过拟陆续编订的商法为：第一编公司法、第二编契约法、第三编破产法、第四编商行为法、第五编票据法、第六编海商法。初步奠定了商法的基本体系。[19]会议最后决议，由预备立宪公会商法编辑所负责商法编纂事务；由各商会负责商事习惯调查事务；并由各商会推选一人作为商法草案评议员，"调查一切商

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

情，与编辑诸君随时协议”。于是，两者分工合作，同心协力，积极开展商法制订工作。到1908年12月和1909年12月，《公司法》和《商法总则》的草案先后完稿。1909年12月19日，各商会代表在上海举行了第二次商法讨论会，对《公司法》和《商法总则》的草案进行修改和完善，通过了新的《公司法》和《商法总则》草案，呈报清政府农工商部，并被采纳，于1910年稍事修订，作为《大清商律草案》，呈请资政院审议，虽未及颁布，但为民国时期的商事立法做了准备。[20]

1912年“中华民国”成立后，随着资产阶级共和国的建立，商业活动和商会组织的进一步发展，商会参与商事法规制订的活动益发活跃。1912年11月，民国政府工商部邀请全国80余个重要的工商团体和企业的代表152人进京召开工商会议，应邀出席会议的有45个商会的代表75名，占被邀总数的一半左右，他们不仅认真讨论了由工商部提交的各商法草案，还积极提出自己起草的各种商法草案，如“请速定商律以救时弊案”、“拟请速订商法公司律以资保护而图振兴案”等。1912年12月，中华全国商会联合会成立之后，以其所办的《中华全国商会联合会会报》为主要阵地，积极宣传商事法制思想，为商会参与商事立法提供了组织和舆论上的保障。[21]

《商人通例》及《公司条例》分别由农工商部于1914年1月13日和3月2日颁布，定于9月1日同时施行。《商人通例》较《钦定商律》规定的内容大为丰富，分为商人、商人能力、商业注册、商号、商业账簿、商业使用人及商业学徒、代理商等共7章73条。第1条列举了商业所包括的范围，共17种，其中也包括制造业和加工业在内。而商人能力则设专章规定，无论男女（未嫁之女），“凡有独立订结契约负义务之能力者，均得为商人”（第4条）。无能力者则引入代理人制度，从而使商人能力得以扩张。《公司条例》对清末颁布的《公司律》改进颇多。如第1条关于公司定义：本条例所称公司，谓以商行为为业而设立之团体。以商行为这一概括性的抽象概念作为确定商主体的标准，较《公司律》的规定更为科学，而具体商行为则在《商人通例》中予以明确。公司种类仍分为四种，但名称已经不同，分别为无限公司、两合公司、股份两合公司与股份有限公司，删除了《公司律》中易于混淆的合资公司。除有限公司外，公司基本类型此后再无大的变更。另外，《公司条例》还增加了公司债的规定等许多新的内容。

1914年12月29日公布施行《证券交易所法》8章35条。次年5月25日公布《证券交易所法施行细则》26条及《证券交易所法附属规则》13条。《证券交易所法》公布之际，中国尚无一家国人创办的正式的证券交易所，只有经农商部登记注册的上海股票公会，内设股票买卖市场，当时有会员12家，交易规模亦小。该法规定国内每一区域每种类交易所以设立一所为限，并须采取股份公司形式，不得采用会员制。在实践中，对交易所的设立限制并未得到严格遵守。在上海即一直有上海证券物品交易所与华商证券交易所两家并存，直到1933年才根据政府命令合并

为一家。1921 年 3 月 5 日公布《物品交易所条例》8 章 48 条。主要规范物品期货交易。

1922—1925 年，修订法律馆先后编成《票据法》第 5 次草案 122 条，草案条文并被分送各地商会、银行公会、钱业公会征求意见。上海银行公会曾集会讨论，并拟具意见书送请审核。

1926 年 11 月 18 日公布《海船法案》，分 6 编 263 条。这一法案成为南京国民政府制定《海商法》的基础。

这一时期，虽然商事单行法陆续有制定颁行，但仍然延续着清末编纂独立商法典的体例。修订法律馆"曾有民商合编之拟议，终以改编之业，繁而难举，非假以岁月不克事，而当力图改进司法，收回法权之际，又未便将此等关系重要法典，置为缓图，故仍分别修订"。因此，1922 年修订法律馆法国顾问爱斯加拉起草了《商法法典》，时人称"草案之条文，不啻将中国旧有之习惯，及各国立法上之经验，合为一物也"。[22]法典虽称良善，但并未付诸表决通过，仍然是一个草案而已。这是中国编纂统一商法典的最后一次尝试。

1913 年 1 月 28 日北京司法、工商两部部令公布《商事公断处章程》。规定商事公断处设于商会之内，对于商人间商事争议立于仲裁地位，以息讼和解为主旨；受商人之申请或法院之委托，亦得办理清算事宜；公断处设评议场，由各商会会长或副会长酌量事之繁简分别设立，经费由各商会担负。[23]商事公断实为中国商事仲裁之滥觞。

北京国民政府时期，除初时颁行几部商事法规之外，由于内乱频仍，政府更迭频繁，无暇顾及立法建制，因此，商事立法少有建树，正式颁布的法规也多具有暂行性质。尽管如此，作为商事立法的转型时期，其仍然是中国近现代法制建设的重要阶段，尤其是大理院的司法实践及具有指导意义的判例要旨，对此后南京国民政府时期的商事立法产生了重大影响。

中国近代的变法修律，首先要改变的就是"诸法合体"的旧传统，制定不同的部门法。北京国民政府时期立法的一大变化是"变律为法"，即法规名称渐趋确定。1914 年颁布的《证券交易所法》称"法"而不称律，是中国法律称谓的重大变化。[24]受日本商法典的影响，这一时期学理上也将商律改称商法。至于《公司条例》和《商人通例》称为"条例"、"通例"，则是因为两条例都未经法定立法程序，而是由农工商部修订，以大总统令颁布施行。这实际上也是受清政府时期各部"则例"称谓的影响。

三、南京国民政府时期（1928—1949 年）商事法律制度

在中国法律近代化的进程中，南京国民政府时期立法成果最为丰富，只短短几年时间便初步建立了较为完备的六法体系。但在商法编订体例上，南京国民政府

却一反清末以来制定统一商法典的传统做法，在编纂民法典时，将通常属于商法总则内容的经理人及代办商、商行为部分的交互计算、行纪、仓库、运送营业、承揽运送及隐名合伙均并入债编，其他具有特殊性质的商事法如公司法、保险法、海商法、破产法等不能合并者，则分别制定单行法，即实行所谓的“民商合一”。未能并入民法债编的商法总则部分内容仍准援用1914年颁布的《商人通例》。[25]直到1938年6月《商业登记法》颁布，《商人通例》才完全失效。

（一）由“民商分立”改为“民商合一”

所谓的“民商分立”，也就是民法与商法分别订立法典，“民商分立”起源于法国，1804年《法国民法典》颁布后，1807年又颁布了《法国商法典》。嗣后德国、意大利和日本，也分别于民法典之外，另订有商法典。但自19世纪意大利学者提出订立民商合一法典后，尤其是瑞士债务法于1907年颁行后，民商法合一之说，一时鼎盛。中国在20世纪20年代初亦曾引发讨论。北洋时期任大理院民庭庭长的朱学曾亦极力主张中国制定民商合一法典，[26]并得到修订法律馆编纂者的响应。通过一部分学者与立法界人士的历史考察和理论探讨，认为“民商法对立之理由，完全由于历史相沿、积习使然”，没有理论上的根据。[27]在土耳其、暹罗、苏俄先后颁布民法典之后，制定民商合一法典似成一种世界发展的必然趋势，[28]中国亦不能独立于世界大趋势之外。有了以上的理论基础，1928年5月，南京国民政府立法院院长胡汉民、副院长林森向中央政治会议正式提议编订民商统一法典。[29]同年6月，中央政治会议第183次会议通过决议编订民商统一法典。立法院遵照此项决议案，后经立法院审议通过一个调查报告，提出8项编订民商统一法典的理由。[30]

（1）因历史关系，认为应定民商统一法典也。商法之于民法之外，成为特别法典者，实始于法皇路易十四。维时承阶级制度之后，商人鉴于他种阶级，各有其身份法，亦遂组织团体，成为商人阶级；而商法法典渐亦相因而成。此商法法典别订于民法之外者，乃因于历史上商人之特殊阶级也。中国自汉初驰商贾之律后，四民同受治于一法，买卖钱债，并无民商之分。清末虽有分订民法法典及商法法典之议，民国以来，亦沿其说。

（2）因社会之进步，认为应定民商统一法典也。反对民商法统一者之言曰，商法所订重在进步，民法所订多属固定，故民商不便合并，此在昔日之陈迹，容或有之。不知凡法典应修改者，皆应取进步主义，立法者认为应修改即修改，与民商合一与否无关。例如英国民商合一，而公司法施行后，亦有数次修改，而德国为民商分立之国，乃商法之改变，远不如英国。于此可见不当以法典之进步与否，而断定民商合一与否也。考之学说，盛倡民商合一之论这甚多，如意国维域堤氏，法国之他赖氏，德国之典尔伯氏，其著者也。

（3）因世界交通，认为应订民商统一法典也。反对民商法典统一者之言曰，商法具有国际性，民法则否，此亦狃与旧见之说也。民商合一，对于商事法规，应趋于

大同与否，立法者尽可酌量规定，并不因合一而失立法之运用。且民商划分之国，其法典关于本国之特别规定者，亦不一而足也。

（4）因各国之趋势，认为应订民商统一法典也。意大利为商业发达之最早之国，而其国之学者，主张民商合一为最，英美商业，今实称雄于世界，而两国均无特别商法法典，瑞士亦无之，俄国1893年民法第一草案，1896年民法第二草案，1906年民法第三草案，1907年民法第四草案，均包商法在内，似此潮流，再加以学者之鼓吹提倡，则民商合一，已成为世界立法之新趋势，中国何以独与其相反。

（5）因人民平等，认为应订民商之统一法典也。人民在法律上本应平等，若因职业之异，或行为之不同，即于普通民法之外特订法典，不特职业之种类繁多，不能普及，且与平等原则不合。

（6）因编订标准，认为应订民商统一法典也。昔时各国商法以人为标准，即凡商人所为者，均入商法，德国于1897年所订之商法亦然。法国自大革命后，以为不应为一部分之人，专订商法，故其商人，以行为为标准，即凡商行为均入于商法典，然何种行为系商行为，在事实上有时颇不易分，中国如亦编订商法法典，则标准亦殊难定也。

（7）因编订体例，认为应订民商统一法典也。各国之商法内容，极不一致，日本商法分为总则、会社、商行为、手形[31]、海商五编，德国商法无手形，法国则以破产及商事裁判所组织法订入商法典，体例分歧，可知商法规定之事项，原无一定范围，即划为独立之法典，亦只自取烦恼，再法典应订有总则，亦取其纲举目张，足以贯串全体也，而关于商法，则不能以总则贯穿全体。

（8）因商法与民法之关系，认为应订民商统一法典。在有商法法典之国，其商法仅系民法之特别法，而最重要之买卖契约，仍多规定于民法，而民法上之营利社团法人，仍须准用商法，则除有特别情形，如银行交易所之类外，民法商法牵合之处甚多，亦何取乎两法并立耶。且民商划分，如一方为商人，一方为非商人，适用上亦感困难，因民商相关联之处甚多，而非一般人所能意料者。要之各国民商法典，近时之趋势，凡民商划一之国，鲜有主张有合而分者，其他民商划分之国，其学者主张由分而何者则甚多，其所以至今尚未实行者，盖因旧制历年已久，而理论实力，一时之间尚未能推翻之耳。而趋势则已大定也。且在商法无特别法典之国，如英美等，不过无欧洲内地之所谓商法法典，而实则关于商人之各种法规，灿然具备。是民商合一与否，与商业之发达，并无关系，兹当百年革新之时，发扬总理全民之旨，应订民商合一法典，殆无疑义也。

制定民商统一法典是南京民政府立法政策的选择，理论界多有支持，但反对者亦不乏其人。反对者主要有两个人：一是当时的民国学者李炘，他的理由主要有：（1）废止商法则商习惯的效力低于民法，不足以适应商业社会进步，也妨害审判公平；（2）废止商法妨害国际商法的统一；（3）民法具有稳定性，商法却要因时制变，

如以商法并入民法，妨害商法的随时修订。[32]二是日本学者我妻荣，他在《对民商合一审查报告书之批评》一文中指出[33]：

（1）基于沿革之理由。各国商法之划分，与其谓非沿革之遗物，毋宁以商法之特性之沿革为后盾。中国往昔，纵有旧习，但在近代商业勃兴之际，对于新兴之商业，须与一般私法为特异之处置，因为事实上所需者，殊不能徒以沿革之理由排斥之也。换言之，向来商事法规，所以不与一般私法区别者，只以商业范围狭小简单，无为特殊处置之必要，若谓近代商业亦适用之，则断非所许。

（2）主张商法之进步性质，与立法修正之难易无涉。然民商法在其对象之社会状态与进展之程度上，自属不同，故要求修正之程度亦相异，民法典中有商法之规定者，商法之修正自有迟延之虞，但在事实上，终难否认。毕竟第二点理由并不充分，未免抹杀事实。尤其是征引英国事例，甚有未妥，以英国仅以公司法为特别法，故易于修正，且此正为维持商法特别法主义之一事例。

（3）亦与上述相同，各国民法固各有其特色，商法因商事有世界性，有趋于国际化之势，此项倾向，更不得不以条约等为参考，故欲适应国际的进展，仍有以商法为特别法之必要。例如维域提氏，亦曾坚持此论调。

（4）关于立法之趋势，已如前述矣。唯如统一论者所援引之瑞士债务法，实非其成功事例，不若谓为失败之事例。且今立法事例之趋势，绝非趋向统一也。

（5）基于平等之理由，实止为表面之观察，如另订商法，决无害于法律上之平等。此项关系，只在适应商事之必要而为妥当之处置，并非与商人以特殊之地位。是故劳动法之制定，并不反乎平等者，正与斯旨相同。

（6）因民商两法难于区别之理由。此点当为划分主义之有力非难。然事物之界限不明，比比皆然，不得仅以此故而否认商法范围之存在。只有对此界限之确定努力为之耳。

（7）主张编制有系统之商法典，颇有困难。但商法既不如民法之有系统，当然不能效民法之为特别法。然亦不能以此即谓商法开幕式不能成为有系统之商法典，实有其保留之余地。

（8）坚持商法为民法之特别法，若行分离，则适用困难。然既已为适应商事之需要，而制定为特别法矣，则其规定于同一法典与否毫无关系。今欲避免此项困难，压抑商事之需要，或强纳商事原理于民法之中，无论如何，均系实质上之不当。

从1929年开始，民法典各编陆续制定颁行。仅就形式而言，南京国民政府制定的民商合一法典，尽管债编占有整个民法典的重要篇幅，其内容仍较瑞士债务法规定的范围为窄，关于商业登记、商号、商业账簿等项未有规定，而不得不准用北京国民政府时期《商人通例》中的有关规定，而公司、保险等仍要制定单行法。因此，编入民法典中的仅为商行为及商法中的有关规定，而公司、保险等仍要制定单行法。因此，编入民法典中的仅为商行为及商法总则中的一部分内容，其他大部分内

容并未形成合一之法典，对民法仍处于特别法的地位。“实际上所收效果，竟与以商法为民法以外之一法典者无异，或且更甚”。[34]名为合一，实未能成合一之民商统一法典。《瑞士债务法》中不仅严格规定了商人资格之取得须履行商业登记程序，而且对商行为也作了类似于德国法的定义概括。根据该法典的规定：凡从事营利性买卖或工厂的营业行为为商行为，“依商人之方式从事其他营业而为商业登记者，亦视同其为商行为”。（《瑞士债务法》第934条）从理论上说，商事法为对营利性主体的营业行为实施特别法控制，必须在法律上将商主体与其他民事主体区别开，将商事行为与民事活动区别开；而在民商合一体例下为实现这一区分，更主要的须靠商业登记制度，依商行为标准所作的推定则退居次要地位。试图通过民商合一而使民事主体普遍地适用商法（即民法的商化），只是不切实际的幻想。

民商合一抑或分立，对于调整商事关系，规范商事行为，表面看来似无大碍，只有形式上的差别，但胡毓杰在其所著《民法概论》中通过与德国民法典和商法典的比较后认为，两者也存在着实质上的区别，因为其所调整对象的侧重点是不同的。中国民法采民商统一主义，须以迅捷效率为宗旨，“因之关于瑕疵担保之规定，遂较之德国民法远欠周详。按中国以农立国，立法之对象，民法债编，即须适应商业上之需要，自不能不以都市社会为对象。自此而言，民商统一，在理论上固为吾人之所服膺，在实用方面，似有相当之问题也”。民商合一抑或分立，实质上对于民商事权利的保护与调整不能完全没有影响。

（二）商事单行法的制定

国民政府时期虽然制定了民商合一的民法典，将许多商事规范并入民法债编之中，使该编内容占到整个民法典条文的一半（604条），显得过于庞杂，但重要的商事法规并没有囊括其中，公司法、保险法、海商法、破产法等仍需以单行法的形式制定颁行。这一方面因上述各法规具有特别性质，内容上与一般民事规范存在较大差异；还因为：（1）公司、票据、海商、保险等事项，商界习惯日新月异，如订入民法法典，则修改困难，颇资不便；（2）海商法、保险法中大部分事项，具有公法性质，如订入民法法典，于学理上殊不可通；（3）关于公司、票据、海商、保险等事项，清末民初已有单行法施行或编有草案，如就原案稍加修改，即可颁行，较之订入民法法典，轻而易举；（4）若必强将此等事项订入民法法典，则卷帙浩繁，检阅不便。[35]南京国民政府时期民法典之外制定的商事单行法规主要有以下几个方面的内容：

1.《公司法》的制定及其第一次修正

1928年7月工商部组织工商法规讨论委员会，拟具《公司法草案》8章256条，交立法院审议。此草案将公司分为5种，除原《公司条例》4种外，增入分担无限公司一种，以备外国公司在中国设立分支机构时适用。但因中央政治会议决议制定民商合一法典，该草案遂被弃置，而另议定《公司法原则草案》64条（后又并为32条）。立法院根据该原则于1929年12月26日公布《公司法》6章233条。该法对

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com