

“十五”国家重点图书出版规划

21世纪法学研究生参考书系列

21SHIJIFAXUEYANJIUSHENG CANKAOSHUXILIE

商法的价值、源流及本体

Master of Laws

范健 王建文 ©著

中国人民大学出版社

范健 王建文◎著

商法的价值、源流及本体

Master of Laws

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法的价值、源流及本体/范健, 王建文著.

北京: 中国人民大学出版社, 2004

(21 世纪法学研究生参考书系列)

“十五”国家重点图书出版规划

ISBN 7-300-05101-4/D · 981

I. 商…

II. ①范…②王…

III. 商法-研究-研究生-教学参考资料

IV. D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 009031 号

“十五”国家重点图书出版规划

21 世纪法学研究生参考书系列

商法的价值、源流及本体

范 健 王建文 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511239 (出版部)

010-62515351 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京雅艺彩印有限公司

开 本 1000×1400 毫米 1/32

版 次 2004 年 3 月第 1 版

印 张 9.875 插页 4

印 次 2004 年 3 月第 1 次印刷

字 数 325 000

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

范健，南京大学法学院教授、博士生导师，45岁。1988年南京大学法学院研究生毕业，1989年至1991年德国哥庭根大学法学院访问学者，2000年至2001年美国哥伦比亚大学法学院访问学者。1991年以来，发表学术论文近150篇，出版独著、合著及主编的教材近20部，主要有：《德国商法》（1993年）、《反倾销法研究》（1995年）、《法理学》（1995年）、《中国经济法》（1995年）、《关贸总协定国际规则与适用惯例》（1994年）、《公司法论》（上卷）（1997年）、《商法》（全国高等学校法学专业核心课程教材，2000年）、《商法论》（2003年）、《德国商法：传统框架与新规则》（2003年）、《商事判例解读》（2004年）、《商法教学案例》（2004年）等。

1993年至2001年任南京大学法学院院长、中德经济法研究所中方所长，兼任首届国家教委法律教育委员会委员、第八届中华全国青联委员，1998年受聘担任联合国计划署越南项目评审专家。1995年当选首届中国十大杰出青年法学家。

王建文，29岁，先后就读于西北政法学院经济法系、南京大学法学院。从事商法、公司法研究。现为南京工业大学法律系教师。主要学术成果：《商法论》（合著，2003年）、《经济法通论》（参编）（2003年），在《南京大学法律评论》等刊物发表学术论文14篇。

前 言

中国社会主义市场经济体制建设的逐步完善,促进了商事立法的进步。与之相适应,商法研究也日益繁荣起来。尤其20世纪90年代中期以后,我国涌现出一批商法研究学者及研究成果,使商法可谓成为“一时之显学”。然而,透过商法研究的绚丽外表,我们不难发现我国商法研究实际上还处于非常“稚嫩”的状态,并不具有一个成熟学科所应拥有的足以折服探询者的“令人心仪”的魅力。虽然在课程设置上,商法取得了与民法相并列的地位,但是在学科上商法仍然不得不作为民法的附庸而以民商法的名义存在。多数商法研究者也只热衷于“作为民事特别法”的商事部门法的研究,并无意探求商法作为一个法律部门所必须面对的基础理论。与其说这些商法学者乃商法研究者,倒不如说是民商法研究者,毕竟他们仅仅以传统民法的视角来研究商法具体问题,或者只是不带任何理论指导倾向地研究技术操作层面上的具体商法问题。因此,从这个意义上说,商法的独立性实际上是被多数人否定或忽视的。这固然令人遗憾,不过,商法魅力的缺失并非因为商法本身缺乏内涵,而是蕴涵于商法中的丰富内涵远未被人们发现与挖掘。

就我国的法制建设而言,随着大量单行商事法规的相继颁行,如何对这些商事法规加以有效整合,使之形成一个逻辑严密的有机体系,并在法律规范与法律适用两个层面上均能和谐运行,这不仅属于重大的理论问题,而且还应成为重大的立法中不容回避的实践问题。尽管我国多数学者主张应采行民商合一的立法模式,并且正在制定之中的民法典草案也正是以此为指导而创制;但是,民法学界同时又不能不承认,所谓民商合一实际上并不能将所有商法规范囊括于民法典之中,在民法典的各个学者建议稿及已经提交全国人大常委会讨论的草案中,也确实只是

将一些商行为规范规定于民法典中而已。应当说,民法典之所以未将商法规范囊括于中,非不愿也,是不能也。这样看来,不管民法典最终何时颁行,关于商法基本制度与体系的研究,都不应当终止。尤其是在民法典的创制过程之中,加强商法的体系性研究将对完善民法体系产生重要影响。这就要求我国商法研究者在继续加强商法具体问题研究的前提下,努力深化对商法基础理论问题的研究,使我国商事立法朝着适应于现代市场经济建设的方向迈进!

作为商法研究者,基于这种历史使命性的认识,我们在从事了多年商法研究或者说经过多年的商法基本问题的思索之后,对商法基础理论问题产生了非常浓厚的研究兴趣。然而,随着时代发展而屡经变迁的商法制度与理论体系,在人类早已进入现代社会后的今天,实际上并未真正实现现代化,存在着太多的远未被梳理清晰而又往往被人们忽视的基础的而又是根本性的重大问题。因此,仅以我们的绵薄之力势难从根本上解决这些可谓纷繁复杂的理论问题。从这个意义上讲,本书实际上只是一部关于商法基础理论的初探性的著作,并不足以将其作为一部成熟的学术成果展现于学界。不过,鉴于我国商法研究的极端薄弱性,若等到观点成熟之后方予发表,恐怕更不利于我国商法研究与商事立法的现代化的推进;并且一个学科的成熟必然需要学界各种观点的反复争鸣,而这种意义上成熟的学说或许非仅仅因为几个人甚至几代人的个人努力就能实现的,因此我们且将一些关于商法基础理论的研究成果以本书的方式披露于学界,以期能够引起更多更深的研究。

范 健

2003 年 12 月于南京





内容提要

本书开篇以导论方式就商法学研究所面临的热点问题作了概貌性梳理与提示。全书主文分上中下三篇，分别就商法的价值、源流及本体之基本问题作了颇为深刻的理论探索。关于商法的价值，本书以浓重的笔墨对商法基础理论研究的动因与价值、商法的独立性、中国商法的时代价值等作了深入反思与总结，能够使人直观地感知到中国商法研究的现状与使命。在商法历史发展线索方面，本书力图给人一种更为全面但又不面面俱到的介绍与挖掘。在商法的语源及含义、商主体、商事人格权、商行为、商事裁判的示范法效力等商法本体性问题方面，本书以相对超脱于传统商法制度与理论的立场，就相关问题的内涵作了深入的制度解读与理论重构，使这些往往不为商法学界所关注的基础而又核心的问题的理论价值得以凸显。

系列书目

★ 问题与主义之间

——刑事诉讼基本问题研究

.....陈瑞华 著

★ 国际法析论

.....杨泽伟 著

★ 民事诉讼：关键词展开

.....张卫平 著

★ 物权法理论评析与思考

.....尹 田 著

★ 商法的价值、源流及本体

.....范健 王建文 著

★ 刑法分则的解释原理

.....张明楷 著

策划编辑：李文彬

责任编辑：曹江红

版式设计：王坤杰

封面设计：耀午书装

郭燕红

晓 丽

郭燕红

目 录

导论：当代商法研究的热点问题 / 1

- 一、商法学科的建立及其价值 / 1
- 二、商法的起源和 Historical 发展 / 3
- 三、商法法系 / 5
- 四、商法独立性之争论 / 7
- 五、商法调整对象之变迁 / 9
- 六、商法基本原则之变迁 / 10
- 七、商法渊源、体系之变迁 / 12
- 八、商法立法模式之变迁 / 12

上篇 商法价值论

第一章 商法基础理论研究解析：动因与价值 / 17

- 一、商法与商法基础理论研究现状 / 17
- 二、商法基础理论研究的动因 / 20
- 三、商法基础理论研究的理论价值 / 24

第二章 商法的独立性：源于法律体系之内在逻辑 / 30

- 一、德国商法的独立性考察 / 31
- 二、法国商法独立性考察 / 37
- 三、其他国家或地区商法独立性的简单考察 / 40
- 四、商法独立性的一般认识 / 46
- 五、商法与相关法律部门之间的关系 / 57

第三章 中国商法的时代价值 / 74

- 一、中国商法产生的背景与立法状况 / 74
- 二、中国商法与中国经济体制改革 / 77
- 三、中国商法与中国政治体制改革 / 80
- 四、中国商法与当代中国思想观念变革 / 82

中篇 商法源流论

第四章 商法探源 / 87

- 一、古代商法的源流考察 / 87
- 二、中世纪商法的发展演变 / 91
- 三、近代商法体系的形成 / 97

第五章 20 世纪世界商法之进展 / 102

- 一、商法的独立性 / 103
- 二、商法调整的对象——从商人到企业的转变 / 107
- 三、商法原则之调整 / 109
- 四、商法渊源及体系之扩大 / 112
- 五、商法的国际化倾向 / 114
- 六、小结 / 116

第六章 当代主要商法体系 / 117

- 一、大陆商法 / 117
- 二、英美商法 / 122
- 三、社会主义商法 / 127
- 四、小结 / 130

第七章 德国商法与德国商法典 / 132

- 一、德国商法的概念：适用于商人的特别私法 / 132
- 二、德国商法调整的对象：商人及其行为 / 136
- 三、商法、《商法典》、商法的相邻法规 / 139
- 四、德国国民商分立立法例的形成 / 142

- 五、德国商法立法体例 / 144
- 六、从商人法到企业私法 / 147
- 七、中国商法的历史与现状——作为借鉴德国
商法的背景 / 152
- 八、以德国商法为代表的大陆法国家商法对中国商法
的历史影响及其在当代的局限性 / 154
- 九、小结 / 156

下篇 商法本体论

第八章 商法的语源及含义 / 159

- 一、“商”的语义考 / 159
- 二、商法相关概念辨析 / 163
- 三、商法概念界定 / 166
- 四、商法的特征 / 173

第九章 商主体 / 182

- 一、引言 / 182
- 二、商主体的独立性 / 184
- 三、商主体内涵界定 / 196
- 四、商主体外延考察——代结束语 / 209

第十章 商事人格权 / 212

- 一、引言：问题的提出 / 212
- 二、商事人格权界说 / 215
- 三、具体商事人格权述评 / 220
- 四、商事人格权法律属性与制度价值 / 232
- 五、小结 / 237

第十一章 商行为 / 239

- 一、引言：问题的提出 / 239
- 二、商行为的法律界定 / 242

三、商行为的立法模式考察 / 249

四、未尽的结语：我国商行为的立法模式构建思路 / 259

第十二章 商事裁判的示范法效力 / 260

一、问题的提出 / 260

二、大陆法系国家商事裁判的法律效力考察 / 262

三、商事裁判法律效力之中国法律环境 / 266

第十三章 商法的立法模式 / 272

一、商法立法模式的研究基点 / 272

二、商法立法模式的观点评述 / 274

三、中国商法立法模式的理论构建 / 286

结语：中国商法十年之反思 / 293

一、十年成就：一个时代的立法结晶 / 293

二、十年成就留下新困惑：中国商法任重道远 / 295

主要参考文献 / 299

后 记 / 306

导论：当代商法研究的热点问题

一、商法学科的建立及其价值

商法作为一门独立的法学学科，目前已经成为一个不争的事实。无论大陆法还是英美法，无论奉行民商合一还是奉行民商分立，无论是否编纂有商法典，当代世界发达国家，绝大多数都将商法视为一个独立的法律部门，都设有商法学这一独立的法学学科。由于特殊的历史原因，过去多年，商法在我国始终未能获得其应有的地位。近几年来这种状况大有改善。现在，无论主张民商合一还是主张民商分立，无论对中国是否有必要制定商法典或商法通则这类的法律持何种态度，法学家们在商法学科独立性这一点上已经趋于认同，绝大多数学者肯定商法是一门与民法、经济法并列的法学学科，它具有自己的研究范围，可以构建自己的学科体系。一批以商法命名的著作和教科书相继出版，商法学已经成为大学法律院系学生的必修课程。

中国商法学的产生和发展是中国商事立法完善的必然结果。在非市场经济时期，国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的手段，这一时期，商法的不发达也就在情理之中。1993年之前，我国除颁布了《海商法》以外，其他商事立法几乎空白。1993年以来，全国人大常委会陆续制定了《公司法》、《票据法》、《合伙企业法》、《保险法》、《商业银行法》、《证券法》、《信托法》、《个人独资企业法》、《会计法》，与此同时，破产法、合作企业法等其他一系列重要的

商事法律法规也在抓紧制定之中。商事立法的高度发展,已经远远突破了传统经济法和民法的法律体系的范围,它向法学理论研究和法学教学提出了新课题,这就是在传统的民法和经济法之外,客观上已经存在一个新的法律部门。商法已经作为一个独立的法律部门而建立起来了,与此同时,以这一法律部门为研究对象的商法学的产生则同样是一种客观的必然。

但是,如何建立商法部门,这是实践向理论提出的课题,是商事立法和司法实践向商法学理论提出的理论创新和发展的要求,它同时直接维系着商法学本身的建立和发展。从各国法律发展的历史和我国近年来立法、司法实践的经验教训中可以看到,商法学的重大理论问题不解决,中国商事立法和司法的健康发展是难以想像的。中国商法部门的诞生为商法学研究留下了广阔的理论空间:商法部门建立的内在逻辑是什么;各商事法律部门之间是否存在着可以被人们认识的、对商法部门的建立或商法典的制定具有重要意义的、共同的规律性的东西;商法是否存在着不同于民法和经济法的内在本质特征;商事部门法是否可以寻求到共同的基点和轴线而走向法典化;现代民法典是否可以完全包容商事规则;中国是否有必要和可能制定商法典;商法典编纂的难点在哪里。与上述商法部门建立的重大理论问题相关的还有一系列商法学的基本问题,如商法调整的对象、现代商人概念的最新发展、商行为的概念及其在商事立法中的意义、商法的特殊性、商法的原则、商法的体系、商事法律部门与商法典、商法与民法的区别、商法与经济法的区别、商法的本土化与国际化、商事立法的国际化趋向等等。这些问题在各国商事立法中和商法学理论研究中都是颇为复杂的问题。纵观西方国家,尤其从大陆法系国家私法发展的历史可以看到,商法起源于商事交易习惯和惯例,不像民法那样起源于罗马法,它是一门实践性法学,从一开始就没有完整的理论,许多国家是先有商事习惯后有商事法律,再有商法理论。商法理论在一定程度上仅仅在于解释法律,而不在于指导、甚至创造立法。与民法相比,商法理论滞后于商事立法,从一开始就是普遍存在的问题。一百多年来,许多国家的商法学家们多年来曾作出了巨大努力,力求解决这些问题,但结果并非都十分满意。也正是由于理论体系建立方面的原因,世界各国商法体系的建立始终存在着巨大差异,法学家们对此所产生的争议也最大。从各国商法发展的经验中可以看到,商法理论的完善程度对于商法部门的建立,对于商法的发展起着十分重要的作用,商法理论研究的差异在一定程度上导致了商法发达程度的差

异。每一个国家的商法都是该国特定法律文化背景的产物，都是该国法的历史传统和他国法的经验相融合的结果。中国商法的建立，不是外国商法的简单继承和借鉴，它首先是中国现实社会关系发展的必然产物，其次才是他国经验教训借鉴的结果。尤其是，历史发展到今天，商事法律关系已超出传统的范畴，由此，中国商法已不可能是传统商法的简单继承。它必然是在传统基础之上的创新和提高，是一种新的创造，是中国现实法律关系、法律理论和法律经验的产物。它需要借助于商法理论的指导。从这个意义上说，重大的商法理论问题不解决，商法学就不能真正独立起来；这些重大理论问题如果不能得到很好解决，中国商法学就不可能健康地发展起来，甚至会走入误区或歧途。由此，商法学的研究工作任重而道远。

二、商法的起源和Historical Development

法律作为制度文化的一个重要组成部分，不仅仅反映了一个社会政治、经济以及社会发展的状况，同时更对一个社会的发展起着不可忽视的作用。从这个意义上说，法的历史又是一面镜子，它可以从一个角度折射出历史发展的轨迹，可以从国家、社会发展的历史长河中窥觅到法制状态乃至某一法律部门的发达程度，对社会发展进程的积极或消极的影响。着眼于这一视角，对商法发展史的研究可以留给我们更多的思考。

一般认为，现代商法的直接历史渊源可以追溯到中世纪，而它的间接历史渊源可追溯到古希腊、罗马时代。但是，由于罗马法仍然具有古代法诸法合一的基本特征，还未形成独立调整商人或商行为这些特定对象的完整规范体系，因而，严格来说，当时还没有商法。

从中世纪到近代初期，是严格意义上的现代商法的起源时期。在该时期，伴随着商业文明的复兴与进展，一个以自由、公平、权利为核心和本质，以商人和商行为为特定对象的新部门法逐渐从传统民法中分离出来，并从观念到制度构造日趋完善。就法律渊源而言，近代商法的最早起源是城市法，商人同业行会的章程、条例，商事和海事法院的判决，地区和跨地区的习惯法，以及国王、领主乃至教会颁布的单行法规，而非传统理论所界定的海商法和商业习惯。

从19世纪初到第一次世界大战，是现代商法体系的建立和完成时