



复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会



法律出版社
LAW PRESS

2003年5月刊（总第二期）

Fudan Civil & Commercial Law Review



复旦民商法学评论

《复旦民商法学评论》编委会



法律出版社
LAW PRESS

2003年5月刊（总第二期）

Fudan Civil & Commercial Law Review

图书在版编目(CIP)数据

复旦民商法学评论·第2期 = Fudan Civil & Commercial Law Review / 复旦民商法研究中心编. —北京: 法律出版社, 2003.6

ISBN 7-5036-4295-5

I. 复… II. 复… III. ①民法一文集②商法一文集
IV. D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 038602 号

法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴	装帧设计/杨 芝
出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/787×1092 毫米 1/16	印张/26.75 字数/429 千
版本/2003 年 8 月第 1 版	印次/2003 年 8 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/pan@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939644 63939645	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号: ISBN 7-5036-4295-5/D·4013	定价: 50.00 元

复旦民商法学评论

学术指导委员会:

主 任:胡鸿高

委员会成员:(按姓氏笔划为序)

方流芳 王全弟 孙宪忠 朱妙春 朱树英
张乃根 张宪初 陈治东 邵建东 林腾鹂
段 匡 顾功耘 徐国建 董世忠 傅鼎生
潘维大

委员会外籍成员:

[美]约翰·朗拜恩(John H Langbein)

[美]斯蒂文·施瓦茨(Steven L. Schwarcz)

[日]近江幸治

主 编:何永健

副 主 编:赵丽梅 马忠法

编 务 主 任:赵丽梅

编 辑:吴向东 范宏瑞 魏炜佳 李 珏 王晓馨
王 琦 徐敬云 蔡军祥 吕丕东

法官园地编辑:朱 川

律师论坛编辑:王志达

技术编辑:吴向东 范宏瑞

法 律 出 版 社

一、商 法 篇

商法本位论·····	胡鸿高(1)
2002 年美国公司改革法案述评 ·····	方流芳(18)
WTO 关于国企私有化的裁决与中国国企改革 ·····	张宪初(31)
论股东平等原则·····	顾功耘 井 涛(57)
认真对待公司法:一个实用主义的视角 ·····	蒋大兴(68)
永无终结的中国“股市第一案”	

——由红光实业虚假陈述案引发的思考

·····	冯 果 张 焰(78)
-------	---------------

关于公司治理几个基本问题的思考

——目的、作用和评价 ·····	丁开元(98)
------------------	-----------

论国际保险合同的法律适用·····	徐国建 杜 涛(123)
-------------------	--------------

海上保险合同订立前被保险人的告知义务

——析《海商法》第 222、223 条·····	王 元(151)
--------------------------	----------

二、民 法 篇

关于中国民法典的制定

——以草案建议稿为中心·····	刘士国(166)
------------------	----------

美国侵权行为法归责原因之变动及发展趋势·····	潘维大(176)
--------------------------	----------

中国水权初始配置法律制度发展的趋势与障碍

·····	魏衍亮 叶东蕾 杨 峰(195)
-------	------------------

中国传统契约法与古罗马契约法之比较·····	张海航(218)
------------------------	----------

三、网 络 法 学

论中国计算机软件之保护水平

——评新版《计算机软件保护条例》…………… 寿 步(233)

中国网络链接案例和相关法律问题研究…………… 高 云(257)

网络经济相关主体的法律规范…………… 赵丽梅 尹玉杰(274)

四、法 官 园 地

FOB 中货运代理人货物灭失赔偿责任的实证分析

——从一则货运代理合同纠纷案说起…………… 顾 全(291)

五、律 师 论 坛

关于《合同法》第 286 条实务操作中的几点问题…………… 朱树英(305)

六、海 外 名 家

“登记”制度和日本的不动产登记法…………… [日]近江幸治(320)

责任有限与法人特征 …………… [德]托马斯·莱塞尔,高旭军 译(331)

七、法 规 译 编

美国 2002 年索克斯法案…………… 李 珺 金 浩 沈育欣 译

方流芳 金 盛 校(345)

On Foundations of Commercial Law …………… (406)

学术指导委员会成员简介…………… (417)

后记…………… (422)

一、商法篇

商法本位论

胡鸿高*

【内容提要】 法律本位具有多维性和动态性特征。商法本位是指商法的基本理念与宗旨。贸易本位是商法的本位。贸易的不断扩大推进了社会的进步和商法制度的演进,贸易本位的弘扬与商事信用原则的贯彻息息相关。

【关键词】 商法 贸易本位 信用

在推进与保障商品经济发展的过程中,商法的“功力”历久而弥新。在法律进化史上,商法最先突破诸法合体的囿限,成为较早独立的法律部门之一。今日,全球经济一体化的社会现实,伴生着民法商法化的现象。中国市场经济体制的构建实践,呼唤商事法律制度的完善。近年来,随着商事主体、商事行为和商事权利救济法律规范体系的营造,相应的商法部门法学的理论研究亦逐步升温。但是,学界对于商法学基础理论的研究尚显不足。探究商法本位,把握商法理念,有助于我们了解和认识近现代商法理论,弘扬商法精神,重塑商法功能,拓展商法学科理论研究的视野。

一、商法本位的界定

法理学家认为,一个法律制度若要恰当地完成其职能,就不仅要寻求实现正义,而且还须致力于创造秩序。换言之,法律旨在创设一

* 胡鸿高,男,复旦大学教授,法学院副院长,复旦民商法研究中心主任。

种“正义的社会秩序”(Just social order)。^① 对于法律目的和功能的基本观念,有的学者称之为法律的本位。例如,在民法学者梁慧星看来,所谓民法的本位,就是民法的基本观念,亦即民法的基本目的,或基本作用,或基本任务。从古罗马时代至中世纪,身份关系既是社会秩序的基础,也是社会的立法基础,这是以义务为法律中心观念的时期,即义务本位时期;从16世纪至19世纪,社会秩序乃以个人间由合意所形成的关系为基础,实现了“由身份到契约”的进步,权利成为法律的中心观念,此乃权利本位时期;20世纪以来,增进社会共同生活、对权利进行限制,在维护社会秩序的法制中居于中心地位,社会步入了社会本位时期。而我国制定民法典应体现权利本位与社会本位相结合的原则。^②

有的学者认为,法律本位是指法律的出发点和归宿,分主体本位和利益本位。任何法律都植根于人(主体),人具有社会性,是个体与整体的对立统一。民法因立足于私人经济生活而以个体为本位,即以社会有机体基本构成单位——个体(或人)作为它的出发点和归宿,以分别存在的个体作为支架而建立其体系;经济法因立足于国家经济生活而以整体为本位(或称社会本位),即以社会整体为法律的始点和终点,奉社会共同价值目标为上,个体价值目标为次。亦即民法着眼于保护个人利益最大化的个体利益本位,经济法以社会整体利益为本位。^③

也有学者认为,法律本位是关于法律的理念和原则,私权本位(或称为权利本位)则是民法的理念。近代的所谓社会本位之说,其实并不能成立,因为各种所谓社会立法,不过是权利分配与实现规则之妥贴修正。法律要么是权利本位,要么是义务本位。并指出,有学者提出的我国民法应体现权利本位与社会本位相结合,以权利本位为主、社会本位为辅的立法思想不符合中国国情,我国民法应旗帜鲜明地将权利本位作为自己的理念与原则。^④

还有学者从具体法律部门的基本理论阐释入手,认为特定法律的本位是指特定法律体系构建的基点和核心。例如,“劳权本位”是

① [美]E. 博登海默(Edgar Bodenheimer):《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第318页。

② 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第34页以下。

③ 何文龙:《经济法理念简论》,载《法商研究》1998年第3期。

④ 刘凯湘:《论民法的性质与观念》,载《法学论坛》2000年第1期。

劳动法律体系构建的基点和核心。^⑤

由此可见,法学家们对于法律本位内容与外延的界定仁智互见,不尽一致。笔者认为,这种状况至少给我们两点启迪:

第一,法律本位的多维性。从内容层面分析,有权利本位和义务本位;从主体视角透视,有国家本位、个人本位和社会本位;从利益方面洞察,有个体利益本位、群体利益本位和整体利益本位;从法律部门梳理,有民法的权利本位、经济法的社会本位、劳动法的劳权本位,等等。

第二,法律本位的动态性。从缺失缔约自由到绝对契约自由,再到受法律一定限制契约自由的历史演进,伴随着义务本位(或国家本位)向权利本位(或个人本位),进而向社会本位的循序渐进的发展。正如罗科斯·庞德所言:法律必须是稳定的,但不可一成不变。^⑥一个法律制度,不能死死抱住上个时代只具有短暂意义的观念不放。“在一个变幻不定的世界中,如果把法律仅仅视为是一种永恒的工具,那么它就不可能有效地发挥作用,我们必须在运动与静止、保守与创新、僵化与变化无常这些彼此矛盾的力量之间谋求某种和谐。作为使松散的社会结构紧紧凝聚在一起的粘合物,法律必须巧妙地将过去与现在勾连起来,同时又不忽视未来的迫切要求。”^⑦

商法是调整商事关系的法律规范的总称,属于具有公法化倾向的私法。其性质、对象、体系和内容既有别于民法,也不同于经济法和社会法。笔者认为,商法的本位,是指商法基本理念。它是商法宗旨、任务、功能和价值取向的集中反映。“理念属于文化、观念的范畴,来源于制度却非制度本身,而是植根于民众内心,融合于民众生活的东西”。^⑧

商法调整的社会关系与贸易(Trade)息息相关。促进贸易和保障贸易是商法制度的中心任务。因此,商法的本位就是贸易本位。^⑨将贸易本位作为商法本位,其理由主要有:第一,既反映了商法演进

^⑤ 常凯:《劳权本位:劳动法律体系构建的基点和核心——兼论劳动法律关系的几个基本理论问题》,载《工会理论与实践》2001年第6期。

^⑥ Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass, 1923, p. 1.

^⑦ [美]E. 博登海默,前揭书,第326页。

^⑧ 刘凯湘:《论民法的性质与理论》,载《法学论坛》2000年第1期。

^⑨ 在2001年中国法学会商法学研究会首届年会上,笔者首先提出“商法本位是贸易本位”的观念,参见拙文:《商法价值论》,载《中国商法年刊》(创刊号),上海人民出版社2002年版,第54页以下。

的史实,也符合现代商法发展的客观实际。第二,贸易是商行为的理论概括,是商事主体设立和运营的宗旨及目标实现的路径,体现了“自治性”、“国际性”和“灵活性”的商法特质。第三,“营利性”是商法内容上的特色之一,^⑩不是商法的本位。现代商人的营利追求,只是贸易背后的动力。

二、贸易本位的理论依据

广义的贸易是指商品和劳务的交换,包括有形商品贸易(Visible Trade)和无形商品贸易(Invisible Trade)。以贸易方式为标准,现代贸易可分为包销(Exclusive Sale)、代理(Agency)、寄售(Consignment)、招标(Invitation to Tender)、拍卖(Auction)、商品交易所交易(Commodity Exchange)、对等贸易(Counter Trade)、租赁贸易(Lease Trade)等;若按其载体方式,则可分为有纸贸易或单证贸易(Documentary Trade),无纸贸易或电子数据交换(Electronic Data Interchange,简称EDI)。如果说在中世纪之前,贸易对当时的生产产生过一定的促进作用,那么到了资本主义时期,尤其是二次大战以来,贸易则成了资本主义生产方式存在和发展的必要条件。不断扩大贸易和市场,成为这种生产方式的内在必然性。^⑪现在,资本主义的商品生产离不开贸易和市场,尤其是国际贸易和世界市场。

贸易的基本理论,特别是国际贸易的基本理论,是随着贸易的扩大而逐步发展的。起初,原始社会的生产力低下,交换并不经常发生。随着生产力的发展,带来了社会大分工,有了剩余产品,为交换和贸易的发展构筑了基础。马克思主义认为,正是“一定的生产决定一定的消费、分配、交换和这些不同要素相互间的一定关系。”^⑫

在逐步告别自然经济,向商品经济过渡的资本主义原始积累时期,欧洲盛行过“重商主义”(mercantilism),认为财富就是金钱,贸易是一个国家创造与增值金银财富的最有效途径。早期的重商主义,反对一切形式的进口;晚期的重商主义,鼓励出口,也容许少量进口,但要保持很大的贸易顺差。这种主张,在理论上反对自由贸易,在实践上强调政府管制进出口。1776年,亚当·斯密(Smith, Adam)用面

^⑩ [日]森本滋:《商法总则讲义》第2版,成文堂1999年版,第16—17页。

^⑪ [德]马克思:《资本论》第3卷,第264页。

^⑫ 《马克思恩格斯全集》第2卷,第102页。

壁 10 年的功力发表了划时代的著作《国富论》，提出劳动价值论，并且以国际分工作为切入点，分析论证了绝对成本理论和绝对优势理论(The Theory of Absolute Advantage)，提出了自由贸易理论。

在自由资本主义时期，为了推进自由贸易，促进商品的交换，天才经济学家大卫·李嘉图(Ricardo, David)于 1817 年发表了《政治经济学与赋税学原理》这部名著，扬弃了亚当·斯密的绝对成本理论，提出并论证了“两优取重、两劣取轻”的比较优势(Comparative Advantage)命题，创立了比较成本理论(The Theory of Comparative costs)。

马克思认为，商品交换范围拓展和贸易规模扩大的程度与国家的社会经济结构不无联系。马克思在论证当时的对华贸易时说过：“除了鸦片贸易之外，对华进口贸易迅速扩大的主要障碍，乃是那个依靠着小农业与家庭工业相结合的中国社会经济结构。”^⑬ 贸易理论，尤其是国际贸易的基本理论的发展，往往会烙上客观历史条件的印痕。在英国和法国相继完成工业革命，而德国仍处于封建割据状态的 19 世纪 40 年代，德国学者李斯特(F. List)在 1848 年发表了《政治经济学的国民体系》一书，认为李嘉图的理论是为殖民主义服务的，提出了“社会发展阶段论”。他认为迄今为止，人类社会的生产发展阶段依次分为愚昧阶段、游牧阶段、农牧阶段、农工阶段和农工商阶段，^⑭ 自由贸易只适用于社会已处于农工商阶段的英法等国，进而创立了历史学派。

马克思的《资本论》发展了劳动价值论，认为在贸易中，价值规律作用的范围没有地域限制，复杂劳动可以折算为加倍的简单劳动。

19 世纪末，在资本主义垄断时代的前夜，马歇尔·阿尔弗雷德(Marshall, Alfred)于 1880 年发表了《经济学原理》，放弃了劳动价值论，认为“边际效用”决定商品价值，他运用“提供曲线”分析了在世界市场上的实物贸易条件，标志着古典贸易理论的终结和新古典贸易理论的开创。

^⑬ 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，第 57 页。

^⑭ [德]弗里德里希·李斯特：《政治经济学的国民体系》，商务印书馆 1979 年版，第 116 页。

赫克歇尔——俄林理论(亦称要素禀赋理论)^⑮是20世纪上半叶贸易理论发展的里程碑。该理论以相互依存理论取代了劳动价值论,认为一个国家的生产优势或国际竞争力是由其要素充裕度(Factor Abundance)决定的;要素禀赋(Factor Endowment)的差异是确定国际分工方向和建立贸易方式的充分和必要条件。

经济分析学说是20世纪六七十年代在美国兴起的法学思潮,理查德·A·德斯纳是这一思潮的代表人物,1973年的一部《法律的经济分析》,使他誉满天下。他认为人是自利的理性动物,这是人们选择、寻租而获得利益最大化的前提基础。通过财产权的让渡(可转让性 Transferability),资源价值就能实现最大化。他的学说,为我们提供了一个全新的视野,它不仅是一种方法,而且更体现了一种价值判断,从此,财产权利的使用不仅具有了个人的效用,而且成为社会在考虑资源有效和最优配置时的必要因素。^⑯

笔者认为,梳理以上贸易理论,不难发现:第一,贸易在社会发展,尤其是商品经济社会发展中有着不可替代的作用。第二,贸易的存在与发展有着复杂而深刻的经济根源。第三,不断深化的经济学理论研究成果,为贸易本位的确立奠定了坚实的理论基础。

此外,商法的贸易本位也不乏法学理论依据。商人之间进行的贸易,实际上包含了两种活动,一种是实际移交对商品或者金属货币物质控制的商品交换活动,另一种是让与和取得物的所有权的法律活动。^⑰贸易与“商”不无联系,而商法则是调整与“商”有关的社会关系的法律。在经济学或日常生活中“商”为沟通生产与消费的媒介行为,而在法律上这种媒介行为仅是一种“商”,即固有商或买卖商。^⑱在传统商法上,“商”是“以营利为目的的各种商品交换行为”。^⑲但是,“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行为之中,也发展到批发商、货物运送、仓

^⑮ 瑞典著名经济史学家伊利·赫克歇尔(E. Heckscher)于1919年发表《对外贸易对收入分配的影响》一文。他的弟子伯利蒂·俄林(B. Ohlin)在1933年发表《区际贸易与国际贸易》一书,相继论述了要素禀赋与国际贸易的关系,受赫克歇尔——俄林理论(Heckscher-Ohlin Theory, 简称HO理论)的启迪和影响,理论成果成批涌现,极大地丰富和发展了自由贸易学说。

^⑯ 易继明、李辉凤:《财产权及其哲学基础》,载《政法论坛》2000年第3期。

^⑰ [美]R·康芒斯:《制度经济学》(上),商务印书馆1962年版,第74页。

^⑱ 王书江:《外国商法》,中国政法大学出版社1987年版,第2—3页。

^⑲ 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1987年版,第11页。

库业、银行业、损害保险等。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。”^② 从而广义的营利行为构成了作为商法对象的“商”。法律规范是社会关系的协调器,既然“营利”、追逐利润是商事主体从事商行为的动机和目标追求,那么,调整商事主体和商行为的商事习惯法和商事成文法就要反映商事主体这种与商品经济社会发展不相抵触的愿望与要求,协调商人“营业”中产生的社会关系。

法律是统治阶级认可和制定的国家意志,因此,一定历史时期的特定国家调整商行为的法律规范,能否体现贸易本位,鼓励交易,往往是判别该政府是进步的政府抑或反动的政府的标志之一。例如,中国封建社会末期的明、清王朝,仍然奉行封建社会初期秦汉时代形成的“重农抑商”国策,并实行“海禁”,表明当时的封建王朝是一个抱残守缺、扼制商品经济和贸易发展的腐朽、没落和反动的王朝。相反,在资产阶级政治大革命胜利不久建立的法国政府,先后制定了民法典和商法典,确认和保障贸易自由,实行鼓励商品交易的法律制度,这在当时是顺天理、遂人愿的举措,展现了进步和革命政府的时代风采。

贸易的增长和交易方式的进化,不仅推进了商品经济的发展,而且推进了社会制度文明建设。商品是天生的平等派,进行财物交换的贸易主体默认彼此是平等的关系。“这种通过交换和交换中才产生的实际关系,后来获得了契约这种法的形式。”^③ 契约是商品交换和贸易关系的法律形式,它既以交换和贸易关系为自己存在和发展的前提,又为交换和贸易的顺利进行提供了可靠的法律保障。契约关系蕴含着主体地位平等、意思自治和等价有偿的法律精神,实际上也是商品经济运行和贸易发展的本质要求在法律制度这一上层建筑层面的反映和表现。在商品经济社会中,通过契约法治,贯彻贸易本位,有助于寻求实现个人利益与实现社会利益的最佳结合点。

三、贸易本位与商法演进

我们知道,社会生产力的发展,是撬动社会历史前进的巨大杠杆。而商品贸易的扩大,则往往与商法的演进互为支撑。

^② 王保树:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第4页。

^③ 《马克思恩格斯全集》第19卷,第423页。

在青铜时代,产生了第一次社会大分工——畜牧业和农业的分工,由氏族长代表氏族进行的商品交换,逐渐被个人与个人之间的商品交换所代替,而牲畜则具有了货币的作用;在铁器时代,发生了第二次社会大分工——手工业和农业的分离,出现了直接以交换为目的的生产,即商品生产,在日益发达的贸易中,贵金属代替牲畜充当了货币职能;在文明时代出现的第三次社会大分工,“创造了一个不从事生产而只从事产品交换的阶级——商人”。^② 随着金属货币即铸币的使用,贸易扩大了,货币借贷和土地抵押制创造了新的财富贵族。氏族制度“被分工及其后果即社会之分裂为阶级所炸毁”。^③

包括商法在内的法律,是人们必须遵守的具有普遍约束力的行为规则,这些规则的起源与商品贸易不无关联。恩格斯在《论住宅问题》中说过:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要,把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^④ 可见,起源于商品经济关系的法律,与“交换产品的行为”息息相关。调整商品贸易行为的带有规则性的习惯,构成了法律的最初起源。

肇始于古希腊和古罗马的商人习惯,历经了中世纪商人习惯法的兴盛,18世纪和19世纪被纳入国内编纂商法典的实践,以及最近一个多世纪以来商法统一化浪潮等发展历程。^⑤ 透视商事法律规范前进征程中留下的足迹,不仅给予人们制度文明建设业绩卓著的震撼,也昭示了贸易本位作为商法彰显的精神和目标追求的史实力量,进而体现出商事法制的强大功能:

(一) 确认商事主体和商行为的法律地位

关于商法演进的路径,存在着两种学说。一种是二元论,认为商法通过希腊商人习惯法发展到英美法系近代商法;通过罗马法演进

^② 《马克思恩格斯选集》,第4卷,第162页。

^③ 《马克思恩格斯选集》,第4卷,第165页。

^④ 《马克思恩格斯选集》,第2卷,第538—539页。

^⑤ 有学者认为,人类历史上不同地区商人之间商事交往,形成了支配他们之间贸易关系的商事惯例和商事法律。这种法律规范经历了几个不同阶段,第一阶段是古代原始的商业习惯和习惯性做法;第二阶段是中世纪的商人习惯法;第三阶段是商人习惯法被纳入国内法;第四阶段是重新发现商法的国际性、普遍性,迈开了商法统一的步履。参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社1993年版,第2页以下。

为大陆法系商法。^⑥ 另一种是一元论,认为商法源自多良港、港口贸易甚为发达的希腊,所走的是一种通过贸易实践形成商法的自主发展的历程。作为简单商品生产完善法的罗马法,从本质上说是排斥商法的,^⑦“商法最初的发展在很大程度上——虽不是全部——是由商人自身完成的:他们组织国际集市和国际市场,组建商事法院,并如雨后春笋般出现于整个西欧的新社区中建立商人事务所。”^⑧笔者认为,从商法探源层面考察,一元论因其论据充分,立足更稳。但是,证明商法本位的理论,倘若撇开大陆法系国家的商事法律规范的源流,则有失偏颇。

古希腊城邦国家斯巴达在公元前 8 世纪的立法中严禁公民从事工商业;而公元前 6 世纪初的雅典,通过梭伦立法,实行了一系列有利于发展手工业和商业的措施,如改革历制、鼓励葡萄酒和橄榄油输出、保障借贷、合伙和租赁等契约的流行和实施等。^⑨ 世界上最早的贸易中心是在地中海沿岸的意大利城邦国家之间形成的海上贸易中心。相传产生于罗得岛的罗得海事法就是从事海上贸易的商人之间形成的海事习惯法。这些习惯法确立了商人的法律地位,保障了海商行为的实施,并规定了海商权利的救济制度。因为贸易和航海运输密不可分,“就像圆球的地球由陆地和水面组成一样,商事法是由商业习惯与海洋构成的,而且两者如同海洋与陆地一般紧密交织在一起”。因而商事法与海商法之间不只是相似,且相互涵盖。把海事法与商法截然划开只能是人为如此,并无丝毫事实根据。^⑩

在罗马帝国时代,罗马法分为市民法和万民法,其私法领域包括了某些性质上属于商事法的规范,诸如关于银钱业、旅店业、运送人、海上借贷契约的规定等,^⑪ 这些规范也在一定程度上确认了商事主体及其行为的法律地位。

^⑥ 参见张建国:《商事法论》,三民书局 1980 年版,第 10—11 页;徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社 1998 年版,第 33 页。

^⑦ 徐学鹿:《创新是商法的宝贵品格——析从“民商法”到现代商法的演进》,载徐学鹿主编:《商法研究》(第一辑),人民法院出版社 2000 年版,第 4 页。

^⑧ [美]哈罗德·丁·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 414 页。

^⑨ 参见《外国法制史》编写组:《外国法制史》,北京大学出版社 1982 年版,第 35—43 页。

^⑩ 参见[美]G. 吉尔摩、C. L. 布莱克:《海商法》(上),第一章历史渊源和管辖权,注[13],中国大百科全书出版社 2000 年版,第 39 页。

^⑪ 王保树:《中国商事法》,人民法院出版社 1996 年版,第 24 页。

(二)崇尚契约自由

按照通说,欧洲中世纪的商人习惯法是近代商法的直接起源。地中海沿岸城市的发展,促进了商品交换;作为独立阶层的商人,为了在封建专制和宗教势力支配的罗网中寻求贸易自由,不得不组织商会,另立规范,形成了商人习惯法。中世纪末期,西欧大部分国家确立君主专制制度,商法由共同商法转变为国家商法。^② 欧洲大陆国家相继制定商法典的实践,尽管产生了对于商法部门法地位的负面历史效应,但从其通过法典化确认和崇尚契约自由的法律原则这一视角窥之,则对于贸易本位的弘扬,不无积极意义。

贸易和交易是契约产生的基础。在罗马法中,最早用以表示“契约”的名词是“耐克逊”(Nex),契约双方称为“耐克先”(Nexi)。“耐克逊”是一种“用铜片和衡具的交易”,原意是一种财产让与。一个“契约”是一个“合约”(或“协议”)加上一个“债”,而“债”是指“应负担履行义务的法锁”,“锁链只有通过称为清偿的程序才能解除。”^③ 罗马法中虽然孕育了契约自由的萌芽,但却被形式主义的迷雾所笼罩。随着资产阶级革命的胜利和启蒙思想的传播,以及宪法、民法和商法的制定,确立了当事人意思自治和契约自由的法律原则。契约自由包括契约意思自由和契约形式的自由,当事人有缔约和解约自由、缔约内容的自由、选择相对人和解决纷争方法的自由等。与此同时,严格的形式主义被打破,合同当事人可以自由选择契约意思的载体。契约自由升华了贸易自由,鼓励、保障和扩大了商品交易,促进了贸易的繁荣,从根本上培植了商法本位生存与发展的肥田沃土。

(三)维护交易秩序

20世纪,尤其是二战以来,伴随着科技革命和信息革命,生产力的发展日新月异。与此相适应,商事组织日益集团化和国际化,商品贸易、技术贸易和服务贸易以空前未有的规模冲破国界的藩篱,在全球范围内迅速发展。无论大陆法系国家,还是英美法系国家,亦不论发达国家,抑或发展中国家,商事法律规范的废、改、立活动连绵不

② 何勤华、李秀清主编:《外国民商法导论》,复旦大学出版社2000年版,第226页。

③ [英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第177—183页。

断,层出不穷。^④ 商法嬗变的五彩纷呈,让人目不暇接,其深度和广度史无前例。

如果说 19 世纪是一个契约的世纪,那么 20 世纪就是一个公司的世纪。20 世纪以来在世界范围内展开的五次公司购并浪潮,给全球经济、社会、文化、法律和政治带来了巨大的冲击。历经相继发生的社会股权革命和经营者革命,各国尤其是欧美国家上市公司和跨国公司的设立、变更与运营,以及它们遍及全球的贸易和营利行为,给近代商法提出了全面挑战。当代商法的革命,是全球法制进步的集中表现,是推进制度文明建设最根本的标志。当代商法革命的宗旨,就是新的历史条件下,通过维护交易秩序,扫除交易障碍,保障交易安全和交易公正,推进资源在全球范围内合理配置,在更高层次上展现商法贸易本位的魅力。

笔者认为,诊察国际和世界各国错综复杂的商法改革实践的脉息,我们不难把握这种改革呈现的两大走势:第一,商法为维护交易秩序更多地显现出私法的公法化和社会化的倾向。第二,国内商法、区域商法和国际商法正在加快统一性的步伐。^⑤ 这两大走势不仅反映了 20 世纪商事组织和商事行为发展的商法制要求,而且与 20 世纪社会学法学的兴盛相呼应。20 世纪西方法学界权威法学家罗斯柯·庞德是当代最典型的社会法学派的代表人物。他认为,法律概念的首要意义是法学家所称的法律秩序,即通过有系统、有秩序地运用社会政治组织的强力来调整关系和安排行为的制度;作为一种社会控制工具的法律,是和一定的时间、空间的文明密切联系的,从过去

^④ 例如,德国 1964 年颁布《普通德意志商法》(即旧商法典),1900 年修订颁行新《商法典》,从新的《商法典》颁布到 1989 年 2 月,《德国商法典》共有 41 次修订。1998 年,《德国商法典》又进行了一次大的修改,引起世人瞩目。参见何勤华主编:《德国法律发达史》,法律出版社 2000 年版,第 263—264 页。再如《日本商法典》施行以来,已经经过 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。参见王书江、殷建平译:《日本商法典》(译者序),中国法制出版社 2000 年版,第 3 页。

^⑤ 为了适应全球经济一体化的新趋势,商法的协调与统一的趋向在美国、欧洲和世界范围内日益凸现。在美国发起商法统一运动的组织有两个:全国统一州法代表会议(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)和美国法学会(American Law Institute),1942 年开始共同制定美国《统一商法典》。1951 年该法典通过后,又得到美国律师协会的认可,如今它已在美国所有各州的立法机关通过。欧共体商法也正在趋于接近。在世界贸易组织、联合国国际贸易法委员会、国际统一私法协会、国际商会等机构努力下,全球范围内的统一的贸易和交易规则不断产生,商法正在走向全球性统一。参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 98—118 页;徐学鹿主编:《商法总论》,人民法院出版社 1999 年版,第 4456 页。