

改革开放中的 商法理论与实践

徐学鹿著

中国法制出版社

收在这本集子中的文章，仅是作者初步研究商法的一些体会，无论从深度、广度、文字、结构等方面，均显粗浅，缺点、谬误一定不少，请读者批评、指正。

作 者

1991年3月于北商经济法系商法教研室

改革开放中的商法理论与实践

GAIGE KAIFANG ZHONGDE SHANGFA LILUN YU
SHIJIAN

著者/徐学鹿

经销—新华书店

印刷/北京商学院印刷厂

开本/787×1092 毫米 32 印张/5 字数/110千

版次/1991年7月北京第1版 1991年7月北京第1次印刷

印数/0, 001—3, 000

中国法制出版社 出版

书号 ISBN 7—80083—062—4/D.59

(北京市文津街11号 邮政编码: 100017) 定价2.50元

写在前面

我国商学院的经济法专业与其他历史悠久的高等院校的法律专业相比，起步较晚。如何能办出商学院经济法专业的特色，北京商学院前院长贺名仑教授多次要求经济法系的教师要在商法教学与研究上多花力量，要力争把商学院的经济法系建设成为全国高等院校商法教学与科研的基地之一。据此，一是在系里首建了商法教研室；二是在经济法专业内首设了商法方向，开设了一系列商法课程；三是有相当数量的教师已经广泛从事着商法的教学与研究。这部商法学术文集，是作者在商法教学中结合改革、开放实践研究的成果。其中有的是全文，有的是部分内容，曾先后在《法学研究》、《法制日报》、《经济法制》、《法学杂志》、《商业经济研究》、中国法学会论文集等全国性的期刊上发表过。

早在1984年8月中国经济法研究会开成立大会时，名誉会长谷牧同志就指出：要制定我国的商法。这部商法的体系、结构、内容、原则是什么，多年来未能充分展开讨论。因此，本文集的出版一是抛砖引玉，以期引起广泛的讨论；二是希望能引起立法部门重视商事立法，从而使适应有计划商品经济的我国商法早日诞生。

本文集在出版中承蒙北京商学院经济法系商法教研室的王治宇、刘凯湘、赵娟等全体教师，系里的刘惠琴、高秋男、季一凡、王肖男等同志给予支持、帮助，在此一并致谢。

目 录

商事立法刍议·····	(1)
商法是建立和健全市场秩序的基本 行为规范·····	(22)
商法是发展商品经济的法·····	(33)
论商法与商业文化·····	(39)
对商法原则的研究·····	(52)
商法特征析·····	(61)
商人论·····	(70)
浅论商号权·····	(84)
析完善商事代理法律制度的迫切 性·····	(93)
试论商行为·····	(101)
整顿公司的法律思考·····	(112)
股份立法探析·····	(124)
试论股票与债券·····	(131)
对调整有计划商品经济关系法律 选择的思考·····	(143)
论对外商投资商事活动的公证·····	(147)

商事立法刍议

——析在治理整顿、深化改革中加快 商事立法的必要性

改革、开放以来，我国立法工作进展甚为迅速，唯商事立法步履蹒跚，而发展有计划的商品经济，需要有与之相适应的法律。为此，本文仅就商事立法的有关问题，谈点浅见。

一

我国长期处于封建社会，重农抑商的思想久居统治地位。因此，商事立法极不发达。但是，历朝凡是在推行改革时，有关商事的立法就必然提上日程。例如，秦商鞅推行改革中，变法时改“六法”为“六律”。其中“关市律”就涵对市场贸易、市场管理的规定。“仓律”、“金布律”是对物价、货币和布在市场上流通的比价的规定。“均工律”是对制作同一器物，其大小、长短和宽度必须相同，记帐时不同规格的产品不得列入同一项帐目的规定。用法律手段统一币制、统一度量衡，直接给当时以至后来商业的发展提供了有利条件。宋朝为了扶植商业的发展，著名改革家王安石在推行改革中，颁发了均输、市场、青苗等一系列有关商业的法律。这些有关的商业法律，是适应当时商品经济发展水平的

产物，但还不是现代意义的商事立法。真正意义上的商事立法，我国始于清朝末年。当时，光绪皇帝在变法维新，推行新政中，把制定商法看成是“通商惠工”、“经国之要政”，为了“慎重商政，力图振兴”，制定了中国的第一个商法典。1903年光绪派人编定商律，于1904年公布了《公司法》和《商人通例》。《公司律》131条，将公司分为合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司。《商人通例》9条。为防止商业“因经业未善或因市价不齐，即不能不有破产之事”的发生，1906年公布了《破产律》，共9节69条。后来又聘请日本法学博士志田钾太郎，于1909年拟出《大清商律草案》共1008条。包括公司法6编312条；海船法6编263条；票据法3编94条。

国民党统治时期，虽然实行“民商合一”，但在其所谓“六法”中仍将商法作为一个部门列入其中。作为“六法”之一的商法，主要由《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》、《交易所法》、《商标法》、《破产法》等构成。这些商事法律后来作过修正，至今仍在我国的台湾省适用。

国外商法，是适应商品经济高度发展的产物。商法在世界各国迅速的法典化，是社会共同的、由一定物质生活方式所产生的利益和需要的表现。率先制定商法典的国家是大陆法系的法国。早在1563年，法国政府就设置了商事法院，并任命商人为法官处理商事案件。路易十四时期在柯尔培尔主持下，制定了1673年《商事条例》，共12章、112条，其中包括商人、票据、破产、商事裁判管辖等内容。1681年又公布了《海事条例》，共5编，包括海上裁判所、海员及船员、海

上契约、港湾警察、海上渔猎等海上公私法规。为了巩固资产阶级革命的成果，稳固和发展资本主义的生产关系，适应商品经济发展的需要，1801年拿破仑任命由法学家和实业家在内的7人委员会，起草商法典。在广泛征求意见的基础上，于1803年公布了商法典草案，1807年9月议会通过了法案，1808年1月1日起实施这一法典。这是世界上第一部商法典，标志着商法在人类历史上成为独立的法律部门。这部商法典共分4编，648条。第一编通则，分为9章，包括规定商人、商业帐簿、公司、商业交易所及票据、经纪人、行纪、买卖、汇票、本票等内容；第2编海商，共分14章，包括船舶、船舶抵押、船舶所有人、船长、海员、佣船契约、载货证券、海上保险、海损等内容；第3编破产，共分3章，包括家资分散、破产、复权等；第4编商事法院。这部商法典有两个特点，一是它否定了中世纪商法只适用于商人这个等级的局限性，使商法纳入了“私法”的系列；二是以商行为为立法基础，将商人法改为了商行为法。采用这一原则制定本国商法典的国家，人们称之为法国商事法系。

德国商法主要是1861年《普通德意志商法典》和1897年《德意志帝国商法典》。前者为旧商法，后者称为新商法。新商法于1897年5月10日公布，1900年1月1日施行。共4编，905条。第1编总则，共分8章，内容包括规定商人、商业登记、商号、商业帐簿、经理权及代理权、商业使用人、代理商、商业居间人等；第2编商事公司及隐名合伙，共分5章，规定了无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司及隐名合伙等；第3编商行为，共分7章，包括商业买卖、行纪营业、承揽运送业、仓库营业、运送营业、铁路运送等；第4

编海商，共分11章，包括船舶所有人及船舶共有、船长、物品运送、旅客运送、冒险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险等。德国新旧商法的根本区别是，旧商法仿效法国以商行为为立法基础，新商法以商人为立法基础。采用这一原则制定商法典的国家，人们称之为德国商事法系。

日本在明治维新中，为了彻底摧毁封建制度，建立新的经济体制，其实现的手段就是颁布商法典。在采取这一措施的过程中，充满了激烈的斗争。早在1867年日本政府就把编纂统一的商法典作为政府的方针。由于维新中的保守势力和革新势力的尖锐矛盾，革新派认为商业交易及商法具有世界性、进步性，主张应当制定商法典；保守势力认为商法典同民法典不协调，主张暂缓制定。日本政府从改革维新的需要出发，全力支持革新派，终于在1899年颁布了《日本商法典》。这部商法典共5编，689条。第1编总则，共7章51条，内容包括商人，商业登记、商号、商业帐簿、商业使用人、代理商等；第2编公司，共7章449条，内容有公司的定义、种类、法人和住所、公司的合并、成立、解散以及无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、外国公司等；第3编商行为，共10章183条，规定了绝对、营业、附属和准商行为、买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪、承揽运输营业、寄托、保险等；第4编海商，共7章168条，规定船舶和船舶所有人、船员、运输、海损、海难救助、保险、船舶债权人等。日本《商法典》的特点，是以商人和商行为两种标准作为立法基础，人们称之为折衷商事法系。

英美法系以习惯法为中心，商法就是一般商事习惯与判

例所形成的法律。除此，他们也制定了一些商事单行法。英国先后制定了《票据法》、《合伙法》、《商品买卖法》、《商船法及破产法》、《海上保险法》、《海上货物运送法》、《破产法》、《公司法》等。美国各州通商立法，内容很不一致，给商事活动带来了障碍。在学者倡导下先后制定了《统一流通证券法》、《统一买卖法》、《统一股份让与法》、《统一商事公司》等。在此基础上合编为《美国统一商法典》。1952年公布后，除一个州外，其他州全部采用。除此，美国根据州际和国际通商的需要，先后制定了《州际通商法》、《破产法》、《载货证券法》等适用整个联邦的商事法。

苏联、东欧的一些国家，以及十一届三中全会前的我国，由于受产品经济思想和高度集中经济体制的影响，商事立法很不发达。为了适应对工商业集中统一的管理，颁布过一些商业管理方面的法规。例如，苏联曾颁布《商店工作基本条例》、《小型零售网点工作条例》等，匈牙利、罗马尼亚、捷克斯洛伐克等国，都颁布了《商业法》，内容一般包括商业的地位、性质、任务、商业活动的条件和形式、营业额，对消费者利益的保护，以及对商业活动的领导和监督等。过去，我国的情况与此大致相同。党的十一届三中全会后，我国确定了一条实事求是的正确路线，提出了改革、开放、搞活的正确方针。适应这一要求，对过去颁布的商业法规作了清理，国务院明令废止和宣布自行失效的商业、财经法规达486件。与此同时，一些适应有计划商品经济的商事法律、法规，有的已经颁布，如1986年12月2日第六届全国人大常委会第十八次会议通过的《中华人民共和国企业破产

法（试行）》，已于1988年11月1日施行；有的正在抓紧制定，如《海商法》、《票据法》、《公司法》等。

历史的回顾和比较，人们可以发现商事立法的一般规律，这就是一个国家要发展商品经济，它要求人们的行为必须符合商品经济发展的客观经济规律，建立一个良好的适应商品经济发展的经济秩序，而客观规律和经济秩序这二者又是密不可分的。人们的行为违背规律，客观上就会表现为混乱无序；人们的行为符合规律，事物的运行则有条不紊，表现为有序状态。我国历史上的改革为什么都从“变法”入手？日本的维新为什么要颁布《商法典》？这是因为把客观规律和经济秩序联结起来的主要形式是法律。“变法”和颁布《商法典》，实质是把发展商品经济的总体设计以商法典的形式固定下来，强行宣布旧体制非法，强制推行新体制，用适应新体制的一整套的法律规范约束人们的行为，从而迅速建立一个新体制运行所需要的新的经济秩序。我国为什么在改革十年后，要用三年的时间来治理经济环境，整顿经济秩序，原因是多方面的，其中很重要的一条是我们缺乏为建立有计划商品经济这种新体制作总体设计的商事立法体系来规范人们的行为，失控的经济组织和经济行为，必然表现为所发生的各种混乱现象。当然，国家已意识到这一点，正在着手制定这方面的法律，但并不是所有的人认识都非常明确，这方面的理论探讨还十分薄弱。因此，实际步骤并不很有力，这方面立法步伐还比较缓慢。

二

当前，影响完善我国商事立法的障碍有多方面的因素，

诸如人才、教育、机构、理论研究等。这里仅提出几个有关商事立法的主要理论问题，以期引起研究和讨论。

一是关于商法和商业法的问题。一种理论观点认为商业法就是商法，可以称之为“等同论”。这种观点可取之处在于它尊重人们习惯，把“商”理解为商业。并且也有一定的道理，因为商法就是关于商人和商行为的法律。通常所说的商业法规，本来就是商法的组成部分。不少国家除了颁布商法典外，还颁布各种单行的商业法规，作为商法的补充。例如，日本在适用商法典的同时，还颁布了《百货店法》、《中央批发市场法》、《不正当竞争防止法》等许多单行的商业法规。这种现象的出现是与商法本身的特点有关系的。商法是由组织法和行为法两大部分组成的，组织法一般是关于商业交易基础条件和手段的规定，其内容是规定商人的各种制度，如商业登记、商号、商业帐簿、商业代理权等，以及公司制度、票据制度、有价证券制度、破产制度等。这些法律制度是确保交易安全和提高效率的法律制度。各国国情尽管不同，在这方面的规定大致是相同的。行为法是规定商业交易本身的法律。各国除在商法典中对商行为作出基本规定外，一般都颁布了单行的商业法规。这是因为商行为具有很大的灵活性，所以各国对商行为的具体规定很不相同，就是在一个国家内，由于时间、地点、条件的不同，对商行为的具体规定也会有很大变化。例如，在我国对有关长途贩运就经历了一个禁止——放开——限制的过程。因此，在商法典以外颁布各种各样的商业法律、法规和规章是一种正常现象。人们把二者等同起来，也不足为怪。但是，这种理解也有不准确的地方：

其一，在于商业不等于“商”。法学上的“商”，除了商品买卖这种固有的商行为以外，还包括与商品买卖相关的或不相关的一切以营利为目的的行为，如金融、保险业、仓储运输业、制造工业、印刷出版业、摄影服务业等，都是“商”的范畴。发达国家把以营利为目的的各种行为作为一个整体考虑来立法，是为了体现商品经济的要求。我们实行有计划的商品经济，立法如果只着眼于商业或者说买卖这种营利行为，对加工制造、金融保险等其他营利行为继续失控，治理整顿和深化改革的目的将不可能达到。

其二，如果把等同理解为以单行的商业法规代替商法，有计划的商品经济将缺乏一个有系统地调整这种经济关系的基本法。失去基本法统帅的一群单行商业法规，相互之间很难避免摩擦、矛盾、适用困难，良好的经济秩序很难建立。

其三，如果把商业法理解为是一部基本法，并且其内容大体包括商业组织和商行为的各种基本法律制度，这种情况下区别二者显然没有什么实际意义。但是，从法律体系和立法习惯以及我国正在进行的对外开放考虑，还是用商法这一简练名称为好，正像《中国商业报》改为《中国商报》。

其四，如果商业法和商法是与委托部门立法有关，实践中要一个职能部门立一部从总体上反映有计划商品经济关系全局性的法律，确实有难度，甚至是不可能的。例如，委托金融部门他们只能起草有关票据和保险的部分；委托运输部门他们又只能起草海商及运输方面的规范。实践中虽然委托部门立法具有人员熟悉情况，节省时间，节省费用等优点，商事立法仍然可以采用委托部门立法的方式。但是，第一，商事立法事关整个治理整顿、深化改革，有计划商品经济发

展的全局。因此，这一立法从指导思想上必须要超脱于职能部门的局限，整个规范都要立足于国家，坚持国家立法，在全部规范中不应保留有任何部门立法的痕迹。第二，商事立法的内容要着眼于有计划商品经济这一系统工程上，充分体现客观经济规律的要求，而不应本末倒置，让这一立法的内容受所委托部门现有职能的限制。第三，为方便起草工作，可以依一个职能部门为主，吸收和内容有关部门的专家 and 实际工作者及法学工作者参加，像过去起草经济合同法、民法通则等那样，组成一个起草班子。充分运用我国过去行之有效的起草法规的经验，必将加快我国的商事立法的步伐。

其五，如果把商法定为资本主义性质，把商业法定为社会主义性质，这将是一个事关重大的问题，有必要作些分析。持这种论点所指的商业法，其内容就是规定商业的地位、性质、任务、对商业活动的领导和监督等，以及一些单行的商业法规。这就是说，首先商法和商业法确实是两种内容完全不同的法律部门，应当严加区别，不能等同，也不能混淆。其次，面对这种内容的商业法，我们只能制定商法。因为这种内容的商业法是适应高度集中的经济体制的，而这种经济体制及其法律制度都在改革之列，比如十年的改革中我们已经宣布废止和失效的这方面的商业、财经法规达486件之多，我们总不能一边废止这方面内容的法规，一边又重新加以制定这方面内容的法规。再次，法律名称的一字之差不能作为其定性的依据。况且我们许多法律部门，如宪法、刑法、民法、婚姻法、诉讼法等，与其他国家的法律名称一字不差，能说这些法律部门是资本主义性质的吗？资产阶级的民法有人、物、债的法律制度，我国的民法也有人、物、

债的制度。但是，我国民法的法律制度反映的是人民的意志，它是社会主义的民法，从阶级本质上不同于资本主义国家的民法。可见一个法律部门的社会性质不取决于它的名称、法律制度的相同，而在于它反映的是谁的意志，代表的是哪个阶级的利益。我国立一部在名称、组织法和行为法的各种法律制度都与其他国家相同或相似的商事法，只要它能促进有计划商品经济的发展，能坚持改革、开放，坚持并有利于巩固社会主义制度，就是从根本上体现了人民的利益，是广大劳动人民意志的反映，其性质绝不是什么资本主义的，而是社会主义的。

二是认为商法的出现不是商品经济发展的需要，而是一种历史的沿革，主张民商合一，这种观点可以概括为民商合一论。（梁慧星等著《经济法的理论问题》第111—139页）这种观点有不少值得商榷之处：

其一、认为商法的产生有特殊性。这一论点有可取之处，表现在分析这一问题时，我们通过民法与商法比较看，商法产生确实有特点。一是根据不同。民法是从古罗马国家调整罗马市民关系的市民法演变来的，罗马法是一部包括公法、私法、诉讼法诸法合体的法。商法的产生则是由地中海一些商业发达城市的商人团体按照自己商事习惯订立的自治规约，逐渐形成商人法，其解释和适用都属于商人组成的商业法庭。由商人法逐渐演变为国家制定法。二是民法、商法规范的形成不同。如果二者都有习惯法和成文法之分的话，商业习惯在商法的形成和发展中起的作用更大，公司、票据、海商、保险的一些制度，都是由商业习惯演变来的。这一论点的不准确地方，在于它认为商法的产生是历史的沿

革，而不是经济的需要。形式意义的民法和商法，最早都出现在法国。拿破仑把他亲自领导制定的民法典称之为“圣匣”，认为是“不朽的”“永远存在的”杰作。但是，在1807年《法国民法典》颁布三年后，他自己不得不颁布《法国商法典》。拿破仑是绝对不愿意否定他的“圣匣”，不愿摧毁“不会被任何东西摧毁的”他的民法典的，正像他不愿在滑铁卢之役被战败一样。但是，“君主们在任何时候都不得不服从经济条件。”（《马克思、恩格斯全集》第4卷，第121页）商法在世界上许多国家的出现，正是表明和记载了经济关系的要求。这种观点的不准确性表现在：首先，在于不能把历史沿革和经济条件对立起来。历史的沿革不可能脱离当时的经济条件。因为，历史的沿革总是按照一定规律向前发展的。其次，不能颠倒法与经济的关系。商法的产生和其他法律部门一样，都只不过是“表明和记载经济关系的要求而已。”（同上，第122页）当进入资本主义社会后，商品经济空前发展，“商业吞并了工业，因而变得无所不能，变成了人类的纽带；人与人之间的一切关系（个人或国家的），都被归结为商业关系。”适应这种经济关系的变化或者说“历史沿革”，从而需要一系列不同于民事的法律制度，商法的产生正是历史向前推进的产物。但是，无论民法或者商法，“一旦不再适应社会关系，它就会变成一叠不值钱的废纸。”（《马克思、恩格斯全集》第6卷，第292页）商法产生和发展到今天，根本原因在于它适应社会的需要。

其二，认为从民商分立到民商合一是发展的趋势。首先，这一观点和其不承认商法的存在是自相矛盾的。因为，既然不存在商法，何有民商合一的必要。其次，这一观点与

事实不符。例如，最早颁布商法典的法国，他们把商法看成是与民法截然不同的一种法律。从1807年颁布至今，商法的这种地位依然如故。商法不仅不向民法接近，而且已有一种细分为陆上、海上、空中商法，以及运输法等多种商事法的趋势，以丰富、补充和修正《商法典》的内容，与原来的《商法典》构成了完整的法国商事法体系。以习惯法为中心的英美法系国家，他们不再颁布民事制定法，而却颁布了大量的商事制定法。美国不仅有《统一商法典》，联邦还颁布了《州际通商法》、《破产法》等一批商事法律。第三，民商合一的实质在于二者谁合并谁？民法的一些学者认为商法应合并于民法之中。如果真这样做，一是民法体系将更加庞杂，从而加剧其内部的不和谐；二是目前实行民商合一的国家，为适应经济关系的需要，无一不在民法典之外颁布大量单行商事法，如公司、票据、海商、保险等。这种单行立法很难避免重复、矛盾、冲突和适用困难。第四，一些没有颁布商法典的国家，其民法学者也不得不惊呼民法的商法化现象正在席卷全球。商品经济的发展和生产的社会化，迫使民法向商法靠拢，否则就会出现英美法系现存的那种现象，显然民法的商法化是一种生存的选择，是顺应时代潮流的进步趋势。第五，论证民商合一所引证的事实不真实。例如，所例举的“我国旧商法学者张国健，把民商合一的理论根据概括为八条，颇有说服力。”实际所谓的“八条理论根据”是国民党中央政治会议通过的《民商合一提案报告书》。张国健不仅不赞成民商合一，而且他说对民商合一，“学者之间，亦尚有批评。”并且，他的结论是：“民商合一的结果，并非商法被民法吸收，而是民法被商法征服。”（《商