

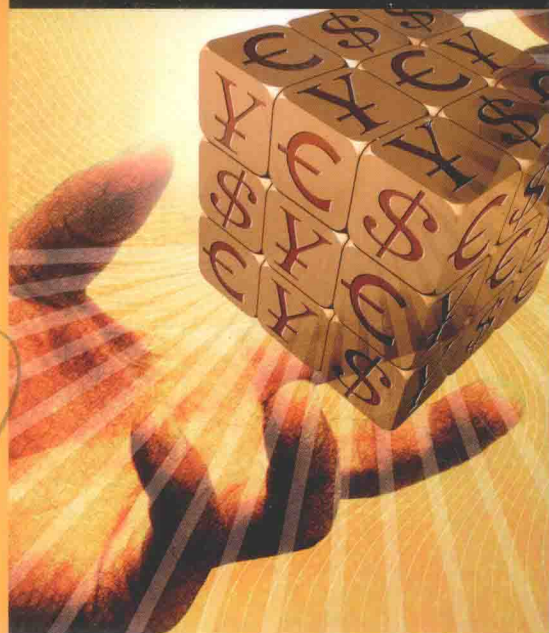
CHINESE YEARBOOK OF
COMMERCIAL LAW

中国商法 年刊

商法的现代化
与民法典的编纂

王保树·主 编
宁金成·执行主编

2015 年



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**CHINESE YEARBOOK OF
COMMERCIAL LAW**

中国商法 年刊

商法的现代化
与民法典的编纂

2015年

王保树·主 编
宁金成·执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

中国商法年刊. 2015 年 / 王保树主编. —北京:
法律出版社, 2015. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8419 - 0

I. ①中… II. ①王… III. ①商法—中国—2015—年
刊 IV. ①D923. 99 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 209755 号

中国商法年刊(2015 年)

王保树 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2015 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 37.25 字数 868 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8419 - 0

定价:80.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编者的话

中国商法学研究会 2015 年年会即将召开,此次会议将是商法各界交流学术成果与学术思想的极好时机,特别是在中国民法典编纂已在紧锣密鼓进行的时候,中国商法学者与实务工作者如何为这部法典的制定进言献策,成为各界关注的中心话题之一。为便于大家交流,会务组特邀法律出版社编辑出版《中国商法年刊(2015 年)》。

本届年会共收到论文近百篇,其内容囊括了民法与商法的关系、民法典编撰中商法规范的安排、民事立法与商事制度的协调、商法各个部门法的发展完善等各个主题和领域,充分反映了我国商法学研究的繁荣与蒸蒸日上。

由于版面有限,本辑商法年刊由符合中国商法学研究会 2015 年年会学术议题,即“商法的现代化与民法典的编撰”的参会论文汇编而成。全书共分为五个部分,第一部分“2014~2015 年商法研究综述”;第二部分“民法典的制定与商事立法的统筹、协调”;第三部分“民法总则的体系、结构与商事规范的安排”;第四部分“民法总则中民事主体立法与商事主体制度”;第五部分“民法总则法律行为立法与商事行为制度”。

《中国商法年刊(2015 年)》的出版得到了中国商法学研究会学会领导的关注和支持,得到了有关专家、学者的帮助和指导,得到了法律出版社刘文科编辑的大力协助,在此我们一并表示衷心的感谢!

由于时间紧、领域广,在论文汇编过程中,难免存在遗漏或不足,恳请各位同仁批评指正!特别是因在截稿后提交会务组、论文不符合年会学术议题等原因,个别论文未进入汇编,请作者予以谅解!

最后,希望通过中国商法学研究会 2015 年年会的举办以及本年刊的出版,推动我国商法学研究向前更进一步,我们将不胜欣慰。

一、2014 ~ 2015 年商法研究综述

- 3 2014 ~ 2015 年商法总论研究综述
 窦靖伟
- 8 2014 ~ 2015 年公司法研究综述
 张安毅 赵杏一
- 17 2014 ~ 2015 年证券法研究综述
 岳 冰
- 26 2014 ~ 2015 年破产法研究综述
 王艳华
- 34 2014 ~ 2015 年票据法研究综述
 张德芬
- 39 2014 ~ 2015 年商业银行金融法研究综述
 林 桦 吕彦平 赵 慧
- 47 2014 ~ 2015 年信托法研究综述
 李瑞升
- 50 2014 ~ 2015 年保险法研究综述
 金东辉
- 59 2014 ~ 2015 年商事仲裁法研究综述
 黄权伟
- 64 2014 ~ 2015 年电子商务法研究综述
 赵 亚

二、民法典的制定与商事立法的统筹、协调

- 71 论我国民法典中商法核心范畴的立法构想
 王建文

- 80 梳理商法与民法关系
——兼论民法典与商法
王文字
- 87 中国民法典的编纂与商事立法的协调
于海涌
- 93 民法典视野下的商事信用体系的构建
郭英杰
- 100 论民商合一中的民法商法化
龚亚楠
- 103 关于民法典编纂与商事立法协调的几点思考
胡鸿高
- 110 我国商事立法的理念反思与体系重构
李长兵 史正保
- 117 试析民商法统合相关法律制度的构建
刘卫锋
- 123 民法典编纂过程中的商事登记统一立法研究
刘训智
- 130 民法典编纂与商事立法的统筹与安排
——论商事通则的必要性与可行性
吕亚玲
- 135 我国需要什么样的民法典
屈凌鹭
- 140 论我国商法的发展和民商合一体例下商法的独立性
任小方
- 146 消法是否应纳入民法典？
——基于保险法上的考察
王家骏
- 152 民法规范扩张与民法再法典化
——以消费者保护法纳入民法典为例
王延川 陈怀泽
- 159 论信息失衡的商事法律回应
谢贵春
- 166 民法典背景下的消费者撤回权
袁 昊

- 172 编纂民法典对保险法未来发展之影响
张晓萌
- 179 论信托在我国民法典中的法律主体地位
朱 圆
- 184 商法的移植及立法设计与民法典的关联性考察
姜一春
- 189 民法典编纂中民商立法的协调
——以民法的营利性为视角
胡朝培

三、民法总则的体系、结构与商事规范的安排

- 199 论我国应采民法典与民商事单行法并存的私法体例
郭富青
- 205 民商立法一体化模式下商法制度适用的缺陷及解决思路
吕来明 董 玫
- 211 我国民法总则制定中商法总则内容的加入
——以民法总则专家建议稿“一般规定”立法条款的修改意见为例
周林彬
- 222 我国民法典的制定与商事规范的重构
樊 涛
- 229 浅谈民法总则(征求意见稿)关于商事规范的安排
敦蓓蓓
- 234 论中国民法典总则中商事规范的配置
官招阳
- 241 立法模式选择与商法通则制定
贺俊楠
- 245 罗马法的历史局限与新世纪中国商法典编纂的新思路
柯昌辉
- 251 民法典总则下登记制度的反思
——以不动产、婚姻、商事登记为例
李桂敏
- 257 对民法总则的结构及商事规则相关问题研究
马高雅

- 263 民法典对商法规范的包容
——以《民总意见稿》的不足为视角
王建平
- 269 商事登记与民法总则的制定
——以商事登记制度比较研究为视角
薛智胜 刘红丽
- 276 我国商法立法模式探讨
——以民商合一路局下民法典总则的商事规范构建为中心
袁碧华
- 283 从理念中的商法到商法的实践
——王保树教授商事通则学术思想综述
刘文科
- 290 我国民法典编纂的立法思想探究
——从民法商法化的角度思考
张永强
- 295 论商法基本原则的重构
——兼与范健教授商榷
郭永辉
- 303 论民法总则之表见代理的判断标准
李宏阳

四、民法总则中民事主体立法与商事主体制度

- 311 民法典制定背景下的合伙立法问题
房绍坤 张旭昕
- 318 企业社会责任:回归法人制度立法
雷兴虎 温青美
- 324 民法总则民事主体立法与商主体制度的衔接
宁金成
- 330 中烟总公司在“红塔卖药”案中的商事主体地位探析
吴建斌
- 336 论商事主体的民法定位
王艳华
- 343 民法典编撰中商事主体立法体例的比较与选择
肖海军

- 350 民法总则的商事主体制度设计:承继、改革与重构
李建伟
- 358 私法自治与民商主体制度的重构
——从小商贩与城管的矛盾冲突谈起
柴丽杰
- 364 我国商个人立法的完善
——兼论我国民法总则对商个人的规范
陈晓星 王建海
- 370 论商事登记对商主体资格的确认效力
冯 翔
- 376 民法典编纂背景下商事主体的立法模式与制度设计
郝 磊
- 383 个体工商户商主体身份确认的思考
胡卫萍 胡海花
- 389 个体工商户的法律地位辨析
胡晓静
- 395 浅析商事主体立法中“休眠公司”的法律性质
李林林
- 400 论流动商贩主体的合法化
——作为民事主体纳入民法典总则
李雪茹
- 406 商事主体制度的理论解说与法律塑造
刘训智
- 413 我国民法典制定中的民商事主体规制之思考
沈贵明 刘霄鹏
- 420 浅析民法典总则对个体户及承包户的体系安排
——以中国法学会《民法总则专家建议稿(征求意见稿)》为例
万建华 钟 菲
- 425 农村社区股份合作社商主体地位之确立
王玉梅
- 434 论生态文明视域下的商主体
——生态人法律模式建构
谢 静
- 440 构建民法典中的商事主体制度
徐永前 王云芝

- 446 “商人”本质要素:主观意义营业
——兼论商主体制度的法律建构
袁健洋
- 453 民法典应有商事主体制度一席之地
李后龙
- 460 论合作社制度在民法典总则中的地位
朱晓娟
- 467 对《民法总则》法人制度立法的几点思考与建议
范 健
- 474 民办非企业单位的商事主体属性研究
——以民办医院、学校为主要研究对象
汤小夫

五、民法总则法律行为立法与商事行为制度

- 483 决议行为:我国《民法总则》应当的立法安排
雷兴虎 薛 波
- 491 现代商法对商行为的法律控制
郑曙光 郭雪红
- 498 我国民法典不应当专章规定“法律行为”
申惠文
- 506 商行为与法律行为:一个虚拟“纠结”的打开
程淑娟
- 513 我国私法代理制度立法“统一”之探讨
——基于两大法系代理制度差异及我国现实需要的分析
段 威
- 519 论间接代理制度在我国民法典中的具体定位
李 星
- 526 “卖方有责”论
——以金融产品商事交易为例
颜 延
- 538 我国商事代理制度的立法完善
——从商事代理与民事代理的区别角度论述
任雨凡

- 543 论商事代理在罗马法的前世与今生
王莹莹
- 552 法典总则的商行为制度架构
——基于民商关系的认识论重建
吴京辉
- 560 民法典编撰背景下的商事行为制度选择
谢维华 袁 泉
- 566 试论商行为的独特性
元小勇
- 574 新时期商事行为立法模式及定义
赵 融
- 579 法律行为理论框架下的公司“决议”行为
石旭雯

一、2014 ~ 2015 年商法研究综述

2014 ~ 2015 年商法总论研究综述

窦靖伟*

2014 年 7 月 ~ 2015 年 6 月期间,随着对商法总论部分研究的不断深入,学界出版了很多学术著作,其中较有代表性的著作如下:

童列春的《商法基础理论体系研究》,探究了我国民商合一前见与私法理论悬疑、民法与商法的区别、商事组织中的权力机制,分析了商主体制度的一般理论、商事运行制度的一般理论、商事运行的典型形式和商事责任等商事基本理论问题。^①

冯果主编的《商事思维与商法实践》,涵盖了商法基本理论以及公司法、破产法、金融法等商事法实施中的重大疑难问题,还包括与商法实践紧密相关的商事仲裁法律问题。在商法实践中渗透着商法的精神,体现着商法的思维,通过商事思维与商法实践的结合,重新诠释商法的基本原则与理论等内容。^②

张强的《商法强制性规范研究》,从商法强制性规范的历史流变、价值分析、实证主义分析、解释方法、社会实效分析五个角度来着笔,以商法规范中的“强制性规范”为研究对象,深入法律的“细胞”层面,将规范法学的研究方法运用到部门法研究中来,希望通过对“规范”这样一个微观对象的研究,建立比较严密的逻辑体系,进而以小见大,扩展到商法的一些宏观问题。^③

商振涛的《典型商行为之商法规制与实例研究》,从具体的法律规制入手,针对几种典型的商行为,分析其法律属性及此类行为单独立法的必要性。包括证券法、票据法、保险法与相关商行为的法律属性及法律调整。^④

冯翔的《商事登记效力研究》,围绕商事登记效力,分别讨论了商事登记的性质与效力;商事登记的功能与价值;商事登记的确认力;商事登记的公信力;商事登记的对抗力;以及构建我国商事登记效力体系的思考。^⑤

梁上上的《商号法律制度研究》,以“商号”为研究对象,从商号与商号制度、商号理论的历史变迁入手,重新定义了商号的内涵,分析了商号的种类与特征,并对商号权进行了系统性研究,全面梳理了商号权的取得、行使、变动与消灭,同时还对驰名商标号、老字号、涉外商号等几类特殊商号的保

* 博士,郑州大学教师。

① 童列春:《商法基础理论体系研究》,法律出版社 2014 年版。

② 冯果:《商事思维与商法实践》,湖北人民出版社 2014 年版。

③ 张强:《商法强制性规范研究》,法律出版社 2014 年版。

④ 商振涛:《典型商行为之商法规制与实例研究》,黑龙江科学技术出版社 2014 年版。

⑤ 冯翔:《商事登记效力研究》,法律出版社 2014 年版。

护方法作了探讨,深入阐释了商号纠纷的产生与解决机制,提出了我国商号法律制度的完善方案。^⑥

本年度出版的关于商法总论部分的专著、合著、译著、论丛还很多,限于篇幅,恕不一一列举叙述,对于相关制度的研究综述如下:

一、商主体制度

传统商法中,商人始终是商行为的主体,然而随着社会经济生活的发展,这种状态日益演变为商法的弱点。传统商法的独立地位与价值,从其诞生之日起就备受挞伐,其原本能够正常发挥的经济与社会功能也受到削弱,难以适应经济发展的需求。我国商法学界使用的各种商主体概念,都不宜作为我国总纲性商法规范中的法定概念,河海大学王建文教授指出,不必在我国总纲性商法规范中确立抽象的商主体概念,也不宜简单地以企业概念取代商人概念,而应根据我国经济实践及立法体系,在总纲性商法规范中采用经营者概念,并将其界定为经营行为的实施人。这样既具有现行法及比较法上的立法资源,又能够与经营行为概念形成严密的逻辑关系,因而可谓商事立法的现实选择。不过,由于我国相关法律是在不同语境中使用经营者这一概念,其内涵与外延不够明确且不尽相同,因此,应立足于整个法律体系对经营者的概念重新定位。^⑦

西南政法大学汪青松副教授同样认为传统商法以商人为核心的理论体系存在明显缺陷,应当对商主体制度进行反思与重构。商事主体制度与传统民事主体制度在社会背景、价值目标、立法技术上都存在明显差异,民事人格向商事人格的转化需要遵循“从社会伦理到市场理性”的演进路径。市场理性主导的商事主体制度建构应当以行为能力作为判定基础,遵循“以法定外观为一般、以事实外观为特殊”的判定规则,同时要为市场创新留下制度空间,并以营业自由原则为统领推动商事主体立法从规制型立法向赋权型立法转变。^⑧

我国商事主体与商人、商事法律关系主体三者关系的混乱与模糊,给商事立法和司法带来了困惑。对于商事主体的判定,我国尚未做出明确规定,有学者认为应包括五个判定要件,即行为要件、职业要件、产权特征、组织特征和注册要件。其中需要强调的是:首先,产权特征要求财产权所有人是商人,即资本、资产所有者才是商主体。其次,关于注册要件,我国目前采取的强制登记主义并不合理,应对不存在有限责任的自然人或组织体实行登记对抗主义。最后,我国法律应明确商事主体的含义、范围,可借鉴《侵权责任法》第2条关于民事权益范围之规定,以“概括+列举+等”的方式将商事主体确定下来,明确商主体的判定要件。^⑨

二、商行为制度

现代世界各国和地区,民商合一成为发展趋势。从最早的1881年《瑞士债务法》到最近的2009年《欧洲示范民法典草案》,其民商合一下关于商行为规则的设置各有特点。我国自确立商事审判以来,司法解释和判决中也形成了大量的商行为规则,但由于立法没有规定或规定过于民事化而使有关裁判规则并不能很好地反应商事活动的要求,导致司法实践中对于企业与普通民众的交易中

⑥ 梁上上、李国毫:《商号法律制度研究》,法律出版社2014年版。

⑦ 王建文:《我国商法引入经营者概念的理论构造》,载《法学家》2014年第3期。

⑧ 汪青松:《商事主体制度建构的理性逻辑及其一般规则》,载《法律科学》2015年第2期。

⑨ 付静娜:《对商事主体的浅思——与商事法律关系主体、商人关系的厘清与判定》,载《前沿》2014年第3期。

出现形式上平等但实质上不平等和不恰当地裁判,且企业或经营者常常为此逃避应当承担的义务和责任。河南财经政法大学徐强胜教授认为我国在编纂民法典时,应当借鉴不同国家和地区先进与合理的做法,使其既体现国情,又能适应国际化发展需要。提出我国民法典编纂中商行为规则的设置应遵循以下原则:首先,无论是商行为规则的一般化抑或特殊化,其基本原则是强调作为企业或营业者的义务和责任,因而在相应章节中关于企业或营业者的行为规则应有别于普通人的行为规则。其次,恰当地处理以抽象法为基础的民事法律行为与以企业或营业者为基础的商行为之间的关系,将商行为规则一般化为普通行为规则。^⑩

三、商事登记制度

十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》确定了全面深化工商登记制度改革的方向,随后国务院出台了《注册资本登记制度改革方案》,全国人大常委会作出了修改《公司法》和《公司登记管理条例》的决定,公司注册资本登记制度改革自此从理论层面推向实务运作阶段,并以法制化手段推进该项改革。此次商事登记制度改革的重点是推行公司认缴资本制、取消最低资本制、取消企业年检制度,在此基础上强化对企业的信用约束与市场监管机关对市场主体的动态监管。对于如何认识商事登记制度的改革与现行公司制度变革,很多学者都提出了自己的观点:

中国人民大学刘俊海教授认为虽然商事登记制度改革在企业界与社会各界获得了高度认同,但还存在一些认识的误区。第一种认识误区是,工商登记制度改革仅鼓励投资兴业,忽视了交易安全。刘俊海教授认为此次改革不但没有忽视交易安全,而且创新了债权人长效保护机制。此番立法改革既健全了事先风险防范机制,也注重强化事后权利救济机制,所以并未忽视交易安全。第二种认识误区是,在注册资本实缴制改为认缴制以后,投资者可以随意认缴天价注册资本。实质上股东认缴注册资本的行为,构成了对社会公众与广大潜在债权人的承诺,认缴注册资本的股东虽然在公司成立之时不必缴纳,但迟早要缴纳,所以改革以后不会滋生大量投资者肆无忌惮虚报天价注册资本的巨大公司虚设泡沫。第三种认识误区是,一人公司是股东投资法律风险最低,甚至可以高枕无忧的公司组织形式。《民法》、《合同法》与《公司法》中保护债权人的基本法律制度都适用于一人公司与股东、董事之间的交易关系,仅看到一人公司的好处,忽视一人公司的缺点,诚属一叶障目。为确保工商登记制度改革在全国范围内顺利落地生根,有必要在法治、理性、逻辑的轨道上正视这些质疑和误解,进而凝聚更多的改革共识与法治共识,更好地推动现代企业制度和市场经济体制的健全与完善。^⑪

宁波大学郑曙光教授认为新一轮商事登记制度改革折射出国家秉持“宽进严管”市场监管的基本立场,与此相联系,《公司法》与《公司登记管理条例》再度修改,业已对我国现行公司法律制度产生重大影响。首先,施行注册资本认缴登记制与取消最低注册资本限额,动摇了法定资本制下注册资本所固有的价值功能,公司的资本信用理念将发生改变。认缴登记制撬动了一直以“实缴资本”为核心的商业信用评估体系的基石,它进一步打破了社会公众对公司注册资本的迷信与神话,要求交易者更加注重对公司实际资产及资信的综合考察。其次,与股东出资相关的事宜由公司章程作

^⑩ 徐强胜:《民商合一下民法典中商行为规则设置的比较研究》,载《法学杂志》2015年第6期。

^⑪ 刘俊海:《关于工商登记制度改革的认识误区及辨析》,载《法律适用》2014年第11期。

出明确规定,公司章程的自律性作用将得到进一步强化。在认缴登记制下,与股东出资相关的问题由法定走向章定。这场“章程革命”赋予了公司章程更大的自治权,股东间订立的包括章程在内的认缴文件将具有更强的法律效力。最后,认缴登记制改变了股东出资行为,同时也对股东权行使与股东出资责任产生了重大影响。^⑫

清华大学施天涛教授认为废除注册资本最低限额要求,注册资本实缴制改为认缴制,并非意味着主管机关放弃对公司的监管,而是不应将之与公司设立登记捆绑在一起。这就需要将主体登记与运营监管加以区分,使之相互分离。在放宽主体登记管制的情况下,强化运营监管,这是一种后登记监管。同时改变传统的政府包揽式监管模式,采用更加符合市场规则的监管方式。此次改革是一项系统工程,不仅仅是工商机关一家之事。对企业 and 市场而言,应加强行业协会的自律管理;对投资者、债权人和社会公众而言,应提高自我风险防范意识和自我保护能力。同时还应加强司法部门处理投资纠纷和瑕疵出资等问题的能力和效率,更加有效地保护投资者和企业以及社会公众的合法权益。^⑬

也有学者认为商事登记改革的实质是改革现行以营业执照为中心、商主体资格登记和营业资格许可相统一的商事登记制度,实现商主体资格登记和营业资格许可相分离。在商事登记中,商主体资格与营业资格之间存在辩证关系,商主体资格与营业资格的统一主义混淆了登记注册与审批的关系,使营业执照的功能混乱不清,行政管理和司法实践陷入矛盾局面,还导致商事登记机关自身界定不明、职能混乱。从商事登记的本质属性与功能定位、价值论基础以及历史启示的角度分析,商主体资格与营业资格的分离主义更具优势。在我国的商事登记改革中,商主体资格与营业资格许可应分别进行。应区分商事登记的实体性规定与程序性规定,对商事登记进行科学分类,多渠道披露经营范围,明确商事登记中不同主体的责任承担。^⑭

四、商事权利

我国商事权利理论研究极其薄弱甚至缺失,已成为商法基础理论研究最为明显的弱点和缺陷,严重阻碍了商法学科的成熟以及商法独立法律部门的确立。基于商事权利理论的重要性及其核心地位,应高度重视和强化商事权利理论体系的构建,并应以商事权利类型体系为逻辑基础,采用科学、可行方法论构建具有一致性逻辑基础和完善体系结构的商事权利基础理论,以实现商法基础理论体系的创新、突破,填补商法基础理论空白且满足商事立法、商事审判实践的迫切需求和强烈呼唤。

浙江工商大学童列春教授认为,商事权利基础理论的研究,首先,应明确商事组织中的权力设置,在商事组织内部关系中所存在的权力制度既非传统观点中的公法手段,也非传统观点中的权利变形,它是发挥私法功能的私法制度规则,其性质为私权力。其次,商事权力依附于职位。在商事组织内部设置职位体系对于商事权力做出一般安排,通过职位来固定商事权力,商事权力的取得、行使、丧失均依据个人职位的变化而变化。再次,商事权力的法效表现。商事权力作为具备法律效力的制度,首先要具有权威性,拥有权力自由和权力约束,通过权力位序安排权力之间秩序,并设置

^⑫ 郑曙光,周雪松:《商事登记制度改革与现行公司制度变革》,载《法治研究》2015年第2期。

^⑬ 施天涛:《注册资本登记制度改革的几点认识》,载《中国工商管理研究》2014年第6期。

^⑭ 陆晓瑜:《论商事登记中的商主体资格与营业资格》,载《湖北警官学院学报》2014年第9期。