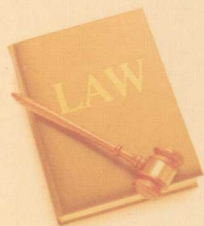


商法学基础理论建构：

以商人身份化、行为制度化、财产功能化为基点



童列春
著



法律出版社
LAW PRESS
· CHINA

商法学基础理论建构：

以商人身份化、行为制度化、财产功能化为基点

童列春 著




法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法学基础理论建构:以商人身份化、行为制度化、
财产功能化为基点 / 童列春著. —北京:法律出版社,
2008.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8951 - 2

I. 商… II. 童… III. 商法—法的理论—研究—中国
IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 166661 号

© 法律出版社·中国

商法学基础理论建构:以商人身份
化、行为制度化、财产功能化为基点
童列春 / 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

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 陶 松

开本 A5

印张 9.25

字数 239 千

版本 2008 年 3 月第 1 版

印次 2008 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8951 - 2

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在民商法领域,存在一个有趣的现象:商法作为一个学科独立存在,成熟的基础理论成果却不多,而且,近些年来,在这方面的学术力量投入明显不足。对于一些作为商法独立存在的基础性问题,例如:商法的调整对象是什么;商事主体是什么;商行为是什么;商法中的财产关系有何性质特点;商法中的营业是什么;商法与民法之间到底是什么关系;对于这些关键问题似乎都没有形成丰富的足以回应质疑的成熟的理论成果,学界好像也不急于组织力量进行研究。商法似乎像中医一样奇妙,说不清五脏六腑的准确位置、构造与功能,却不影响治病救人的效果。学者们紧紧跟随市场经济发展的脚步,对社会生活中提出的法律制度规范提供诉求作出了积极而富有成效的回应;商事立法工作开展得有声有色;商法的子部门的研究也不断深入,近年来,公司法、证券法、保险法、破产法等方面的理论研究和立法建设均取得喜人的成就。这种繁华热闹的局面之中似乎也存有一些遗憾,一个学科要想持续发展,总是离不开基础理论的拓展。我们是泱泱大国,做什么都人多势众,如其一哄而上地追逐热点问题,不如分出一部分学者来潜心研究冷清的问题,商法基础理论研究方面应该有足够的研究力量投入。

列春是我的学生,长期在高校从事商法教学工作,对于商法基础理论具有浓厚的兴趣。在十余年的教学过程中,将自己的思考和已有的学术研究成果融会贯通,形成这本专著。阅读这本书,既可以见

到长期思考的深刻,也可见到思辩的灵性;既可见到开阔的学术视野,也可见到独树一帜的创见。虽然有些观点与我的观点相左,我仍然欣赏作者提出问题的角度。我欢迎学生提出自己的观点,只要他进行了深入的研究工作,有自己独到之处并且能够自圆其说。作为一个老师,我总是希望学生能够站在我的肩膀上,只有这样,学术的发展才能源远流长;任何老师只应该是学术探索的指路人,而不应该成为真理的垄断者和学术研究的终结者;不同的学术观点可以讨论交流,并在交流中不断完善,相辅可以相成,相反也可以相成,各辟蹊径,最终是百川归海。本书最为可贵之处在于:作者对于商法基础理论中的基础性问题作出了系统的正面解答。这项工作填补了或者说是试图填补商事法法理的空白,也沟通了民法与商法子部门之间的知识,这是一项挑战性工作,需要年轻学者以自己的学术勇气去做,谁说书生不要英雄气概?

做学术的过程是艰辛的,一部作品画上句号总是令人振奋的。在此,我以我的祝福写下这篇序言,并乐于将这本书推荐给广大读者。

马俊驹

2007年9月28日于香港大学柏立基学院

目 录

序/1

导论/1

第一章 商法的演变/39

第一节 商法演变的基本路径/39

一、古代商法的发展/39

二、中世纪的商事法/41

三、近代商法的兴起/46

四、现代商法的繁荣/49

五、商法在中国社会中的发展/52

第二节 商法的现代嬗变与误读/58

一、商人特权身份性质——商人法的误读/59

二、民商合一与民商分立——商法的现代发展现象的误读/63

三、私法公法化——商事法律内容的误读/67

第二章 商法概述/70

第一节 商法的概念/70

一、商的概念/70

二、商法界定/73

第二节 商法的调整对象/74

一、商法的调整对象学说/74

二、具体商事关系的范围/77

三、商事关系的立法界定/78

四、商事关系中利益存在形式/81

五、商法调整对象的层次结构分析/84

第三节 商法的特征/87

一、商法的法律属性特点——内化了公法因素的私法/88

二、商法的自然属性特点——技术性与非伦理性/89

三、商法体系构成特点——组织法与行为法结合/91

四、商法规范构成特点——强制性规范与构成性规范大量存在/92

五、商法的发展特征——变动性与国际性/93

第四节 商法的立法模式/94

一、世界上主要的商法立法模式/94

二、我国商法学理论界主流意见/98

第五节 商法与民法的关系/101

一、商法与民法之间的界限不清带来的理论问题/102

二、商法与民法的区别/106

三、商法与民法的联系/114

第六节 商法与经济法的关系/117

一、调整对象的同源性与相关性/117

二、立法宗旨的差异与互补/118

三、功能上的互补与限制/118

四、运行中的相互作用/118

第三章 商法的本质/120

第一节 商法是特别私法/120

一、商法追求市场能力不平等主体之间地位平等/121

二、商法以财产性私权为本位,以私权神圣为理念/123

三、商事关系遵循私法自治/124

四、商法是内化了公法因素的私法/127

第二节 商法是市民社会发展的法律条件/128

一、商法保证市民社会中自我生存利益的追求,维护社会发展的原动力/129

二、商法确认与资本运作关系相关法律机制,形成市民社会发展的实现形式/130

三、现代商法构建了财产运用的商事制度/130

四、商事财产关系的社会存在与发展状态决定了整个市民生活关系的存在与发展/131

第三节 商法是反映商品经济存在与发展的技术性条件/131

一、商法通过商事技术性制度重新整合了社会财产关系/132

二、商法中设计了交易制度/133

三、商法中设计了交易工具/133

四、人本身及其主观能动性也被技术处理,成为商事关系中的要素/134

五、公法因素和强制主义作为手段引入私法/134

第四章 商法原则/136

第一节 商法的原则概述/136

一、商法原则的含义/137

二、商法原则的功能/138

三、确立商法原则的依据/139

第二节 商法的基本原则/143

一、效率原则/143

二、公平原则/152

三、自由原则/154

四、安全原则/160

五、信用原则/162

第三节 商法的次级原则/169

一、商事主体法中的原则/170

二、商事行为法中的原则/172

第五章 商法中的营业/175

第一节 营业的性质:商事关系的存在形式/175

一、实体意义营业是商主体的存在形式/177

二、行为意义营业是商事交易关系的专业形式/181

第二节 营业制度的法律构造/185

一、商业习惯和习惯法对营业的构造/185

二、商法对营业的构造/187

三、相关法律制度对营业的回应/189

第三节 营业的社会功能/191

一、整合功能/191

二、区分与催生功能/193

第四节 营业对于商法的理论意义/194

第六章 商事法律关系主体/196

第一节 商事法律关系主体概述/196

一、商事法律关系主体的含义/197

二、商主体制度体系的层次结构/199

三、商主体的法律人格表现/201

四、现代商主体的主导形式——企业/212

第二节 商主体——商人/213

一、商人的含义/214

二、商主体特征/215

三、商主体的制度功能/217

四、近现代大陆法系中商主体的立法模式/220

第三节 商事关系主体/226

- 一、社会公众/226
- 二、中介机构与服务机构/231
- 三、协调与保障机构/231

第七章 商事法律行为/236

第一节 商事法律行为概述/237

- 一、商事法律行为概念/237
- 二、商事法律行为的构成/239
- 三、商事法律行为性质/240
- 四、商事法律行为特征/243

第二节 商行为的典型形式/246

- 一、商行为的理论分类/246
- 二、一般商行为/248
- 三、商行为典型种类/249

第八章 商法中的财产关系/256

第一节 商法中的财产关系的性质功能分析/256

- 一、性质分析:社会化运作的财产/257
- 二、功能分析:营业资产/262

第二节 商法中财产关系的状态分析/263

- 一、商事组织状态中的财产关系/263
- 二、运行状态中的商事财产关系/266

第三节 商法中财产关系的基本范畴/270

- 一、商法中财产关系的基本范畴体系/270
- 二、公司法中的财产范畴/271
- 三、证券法中的财产范畴/271
- 四、票据法中的财产范畴/271
- 五、保险法中的财产范畴/272
- 六、海商法中的财产范畴/272

七、破产法中的财产范畴/273

参考文献/274

后记/284

导 论

建构商法基础理论涉及一系列的基本问题,诸如:商事关系如何运行;商法的本质是什么;商事制度实际存在状态以及如何实际操作;各种商事主体本身在商事关系中所处的实际位置、对应的利益空间与法律制度诉求是什么;商事行为本身具有何种特质;商主体的意思在商业活动中如何表达;社会如何为商事交易预设交易基础条件;商行为中的个人意思和判断与社会的一般判断以及标准化的商业运作模式之间存在何种关系;商事财产关系存在的实际状态是什么;商法中的财产关系用哪些范畴表达才可谓适当;需要设计何种法律制度才能满足需要;商法统一的基础是什么;传统观念中的商人、商行为或者商人与商行为并用的模式能否有效地解释商法的统一性问题。要解决这些问题,需要完成的第一项工作是寻找适当的研究途径、选择适当的研究方法。鉴于商法基础理论的薄弱,研究者所要做的许多工作是进行理论建构,基本的方法是观察分析商事关系的实际存在状态,在描述的基础上进行理论升华。

一、基本问题分析与理论基点的发现

民法与商法均调整私人之间的社会关系。民法是市民社会的存在法,规范市民社会中人们的基本生活关系,属于一般领域;商法是市民社会的发展法,规范人们的市场活动关系,属于专门领域。市场经济的新领域中所产生的制度规则首先转化为商法规则,如果其中

的内容构成市民社会中的基础性存在,在民法上也会获得制度性回应。商事关系正常运行时,适用商法规定;如果商事关系运行出现异常情况,在商法规范范围内无法解决时,则回到民法的方式予以解决,适用民法的规则。如票据的利益返还关系,在票据过期之后,权利人的权利没有实现,导致利益损失,而票据义务人可以依据票据法不履行原本依有效票据所确定的义务,从而获得利益。为了纠正失衡的利益关系,实现利益平衡与公正,必须回到民法的层面予以调整。私法二元结构框架下,许多私法规则、制度、原则、理念首先为民法所发掘,变成民法的一个部分,其中许多重要内容为民法与商法所共用;虽然许多商事法律制度规则的建立以民事法律制度规则为基础,但是,民事法律制度规则并非商事法律制度规则本身,不能吞并和取代商事法律制度规则。如何构建真正符合商事关系秉性、属于商法自身的基础理论,并且能够用它来解读商法制度规则,必须从分析商法中的基本问题开始,找准不同于民法的理论基点。

(一)基本问题分析

1. 商与商法

现代法律意义上的“商”是指一切营利性营业活动和事业的总称,“商”的本质是资本谋求价值增值的活动。本书认为,在交易关系与营利性范围内展开分析还不够,主观方面的营利固然是商事的根本属性,但是,商事在现代社会中更加复杂化,商事关系的内容不断扩张,形成了具有新质的商事关系领域;商事主体和商事行为不断进化,新的商事组织制度与交易制度不断被创造出来,对商的技术性本质应该进一步予以重视,商事关系发展变化过程中,单纯主观方面的营利性已经不能解释事实的全部。要在现代社会中认识商事,必须立足于社会关系的大系统,把握以下方面:第一,商事关系的生产关系本原。商事关系围绕物质利益的产生、交换、分配而展开。在现代社会中,生产活动通过社会关系的方式来组织实现,商业吞并了工业,人类社会的生产活动主要表现为商事主体的功能行为,或者说生产通过商事技术予以组织。在生产关系中,人既是目的又是手段,人

们为了获得生活资料,往往服从于生产和交易制度或程序,商事关系构成了现代人的生存发展环境,人们在日常生活中依赖商事关系。第二,商事关系以商品经济为依托。商事关系的发展程度与商品经济的发展水平相对应,生产分工的精细程度、市场的规模与协作程度决定了商事关系中组织关系和运行关系的复杂程度。第三,商事关系在生产社会关系中的主导地位。商事关系是社会财富产生、存在、分配、交换关系的技术性形式,它预定了社会财富的现实存在形式,预设了人们的生活方式与行为方式。第四,商事关系具备基本社会关系性质。商事关系的发展不断地改变社会关系的基础与结构,社会规则、法律制度随之相应变化。

商法是调整商事关系的法律规范的总称。在市场经济条件下,一国可以没有形式意义的商法,但是,都有实质意义的商法。实质意义上的商法又包括狭义的商法和广义的商法。狭义的商法仅指调整国内商事关系的私法;广义的商法是调整各种商事关系的商法规范的总称。商法的特征表现为:商法的法律属性特点——内化了公法因素的私法;商法的自然属性特点——技术性与非伦理性;商法体系构成特点——组织法与行为法结合;商法规范构成特点——强制性规范与构成性规范大量存在;商法的发展特征——变动性与国际性。商事关系需要由一个形式予以统摄,自成体系的商法子部门才能从逻辑上归属于统一的法律部门;营业是商事关系存在的法律形式,充当有效统一商法的共同基础;营业是商事技术设计的产物,可以从形式上表示商业、营业体、商事行为、商事关系。作为商事关系载体的营业普遍存在于任何一项商事法律制度之中。商事关系具有多重性质和要求,营业则相应地表现为各种各样的营业手段、营业工具、营业体、交易制度。

2. 商法的调整对象

商法的调整对象是商事关系。商事关系必须从多个侧面解读:一是从单个具体的商事关系中观察,它是商主体在营业行为中产生的社会关系。二是从商主体方面观察,商事关系中必然有一方为商

人,商人是商事关系中的积极行为者,是商事权利和商事义务的承担者,商人具备特殊商业能力。商人之间重默契,有很多商业惯例推定知悉,从而实现交易之便捷。在商人和非商人之间,从能力差异出发,一方面强化商人的披露义务,另一方面强化对于作为弱势一方的普通人的保护。

商事关系客体范围随着商事关系的发展而扩展。初期的商事关系客体仅限于有形的动产;后来,无形财产、不动产出现在客体范围之内;随着大规模雇佣关系的出现,劳动力成为客体;随着市场关系的进一步发展,商事关系的升级,信息、债权、信用、营业财产、知识产权等不断补充商事关系客体的内容。作者考察了具体的商事法律制度,认为权力、身份、制度框架也是商事法律关系的内容,并且是更为重要的内容,这些内容使商法与民法产生了重要的区别。权力反映的是一种支配关系,存在于地位不平等者之间,是一种命令与服从的行为模式,在商事组织关系和协调关系中,权力普遍存在;在组织性的企业内部,投资者控制经营管理者、经营管理者支配劳动者是基本的存在状态,在立法上表现为组织体内部不同身份的个体或机构不同的职权、职责;权力模式是商事组织关系中最重要最有效的调整手段。在企业集团内部,母公司与子公司之间,总公司与分公司之间,均存在支配与被支配关系,运用的同样是权力模式调整。在商事协调关系中,行业协会拥有各种社会性权力,包括惩戒权;国家登记机关本身就是行使国家权力的机关,经过这种权威机关的正规程序确认的商主体以及商号、商标、经营资格等商业要素之所以具有很强的公信力,是因为其所依据的公权力的权威性;身份制度本是一种古老的法律调整模式,在私法制度中一直存在,只是从近代以来,人类对于自由平等价值近乎盲目的偏爱和推崇,导致法学界对于身份制度产生全球性、历史性的误解,近代以来的法学者几乎对私法中实际存在的身份制度视而不见。但是身份制度在私法中一直默默地存在、发展、更新。商人是一种身份、债权人是一种身份、消费者与劳动者也是一种身份。

3. 商法的本质

商法本质中最重要的三个方面包括:

第一,商法是特别私法。民法是普通私法,商法是特别私法,商法的主要特点在于对私法中某些问题作出不同于民法的规定。商法追求市场能力不平等主体之间地位平等,应对商事领域中的不平等现象,商法从价值上选择了平等,在商法中设置对于不平等的矫正制度;在民法中推动了从追求形式平等向实质平等的转变;在整个法律体系中则催生了经济法、劳动法,以社会为本位,站在商事法律制度之外,对于商事关系造成的问题予以矫正。

商法以财产性私权为本位。私权的本质是利益,在商法中多表现为财产性利益,商法规定的权利是商人从事经营活动的权利,核心是保护经营自由。财产性私权维护是商法制度的出发点与归宿点,商法的制度都可以解释为以商品交易为核心的存在,例如商事人格是交易关系中的人格,商主体是商品所有人和交易人,商行为是商事组织行为和商事交易行为,客体是商品及生产、交易过程中的商业要素与行为,权利义务主要体现为财产利益与不利益。商事伦理是:人们为了索取才会给予,为了长远利益才会放弃眼前利益。人们为了获得工资报酬,不惜将自己物化为作为生产要素的劳动力整合进入商事组织,提供劳动获得生活费,承受作为客体地位的尴尬;作为消费者,我们恢复了主体的尊严,以手中持有的货币投票,决定商人的存去。

商事关系遵循私法自治。私法自治体现了商法对于商人的独立平等地位的尊重,是商人积极性、主动性、创造性的源泉,是经济和社会发展的实现机制,能够成为商法本质特征的是私法自治。一般商业活动中特定当事人之间的法律行为所产生的后果,其利害关系仅及于当事人本身,在这种情况下,应当由当事人自治自决,所以,法律采取自由主义而多作任意性规定。商主体依意思自治、契约自由、营业自由等原则来实施商行为。商法发展过程中通过形成惯例实现自治。每一个行业都有共有利益与相关事务,社会中的商会、同业公会

等组织具有自治功能。行业协会代表相同行业进行利益协调,行会是团体利益的代表,在社会系统中是一种放大的私益。行业自治的产物——行业惯例比普通的立法对商事关系的高速更具针对性和有效性。社团自治是商法自治的基本特点。社团是为了私人利益搭建的一种公共空间,分散的个人利益转化为团体利益的形式实现,个人意志通过团体意志与团体行为实现。在团体意志执行与利益实现的过程中,形成了命令与服从、支配与被支配关系,在商事法律关系中出现了职权,形成了稳定的身份关系。在商事制度中,团体利益与团体行为是基本的形式。集体行动问题中如何形成集体意志,依赖于自治规则,章程是自治规则集中的表现形式。社团自治是商法自治存在的空间。在社团法中,通过表决权的自由行使实现社团自治。而自治规则涉及人数众多,那么,完全一致的可能性很小,为了确保社团运营的正常进行,社团内的当事人自由意志的行使只能在社团法框架内行使,即只能用多数人意志当做全体意志。法定比例的意志一般被推定为全体当事人的意志。在这种社团性的商事活动中,支配者的意志往往被当做团体意志,其合理性基础在于克服集体行动的困难,实现效率追求;存在的危险是易于侵害普通成员的意志和利益。

商法是内化了公法因素的私法。在商法领域,采取了大量的公法干预政策,引入刑法、社会法等与经济活动有关的公法规范,商法中的许多规范具有了国家强制性,当事人的自由意志受到了限制。在同一个法制环境中,公法与私法互为环境、条件、手段,商事法律关系中,正是借助公法的权威性,来构建商事制度,维护交易安全。商事立法中,为了操作方便往往将行政法规范与商法规范放进同一部法规中。这种现象包含了两种不同性质的现象:第一种现象是公法与私法相伴发展,商事关系的发展,扩大了行政管理空间,丰富了行政管理关系;第二种现象是公法因素作为商法的手段在商法体系中存在,商法内化了公法因素。

第二,商法是市民社会发展的法律条件。商法提倡效率,确认企