

2007年度国家社科基金项目资助

新世纪优秀人才支持计划资助

甘肃省高等学校人文社会科学重点研究基地研究成果

商法的体系构建 与制度完善

System Construction and Regulations
Perfection of Commercial Law

○ 任尔昕 等 著

高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

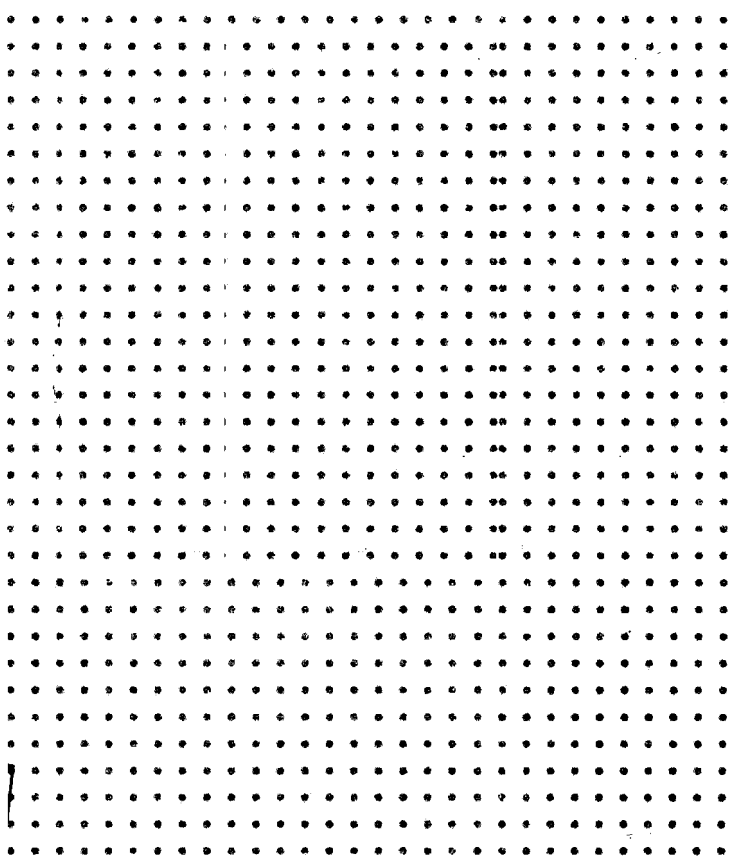
2007年度国家社科基金项目资助
新世纪优秀人才支持计划资助
甘肃省高等学校人文社会科学重点研究基地研究成果

商法的体系构建 与制度完善

System Construction and Regulations
Perfection of Commercial Law

○ 任尔昕 等 著

SHANGFA DE TIXI GOUJIAN YU ZHIDU WANSHAN . . .



图书在版编目 (CIP) 数据

商法的体系构建与制度完善 / 任尔昕等著. —北京: 高等教育出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 04 - 032189 - 0

I. ①商… II. ①任… III. ①商法 - 立法 - 研究 - 中国 IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 091528 号

策划编辑 宋 军
责任编辑 姜国萍

责任编辑 帅映清
责任印制 田 甜

封面设计 赵 阳

版式设计 赵 阳

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100120
印 刷 北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本 787 × 1092 1/16
印 张 15.25
字 数 300 000
购书热线 010 - 58581118

咨询电话 400 - 810 - 0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
版 次 2011 年 6 月第 1 版
印 次 2011 年 6 月第 1 次印刷
定 价 44.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物 料 号 32189 - 00

内容简介

目前，我国的商事立法无论从体系构建还是制度设计方面尚存在许多不完善之处。本书以此为出发点，研究我国商法领域内的一些热点和前沿问题，是一部较系统探讨完善我国商法体系和制度的学术著作。

全书结构设计为三编十章。作者以立法与实践互动的观察角度和开放的心态，旨在通过“问题研究”的写作思路，针对我国商事立法模式的选择、《商事通则》的总体思路及其体系结构安排、商个人法律制度的构建、合伙企业法律人格的选择、新类型商事组织立法、公司法现代化潮流下我国公司设置种类股制度、商行为制度的架构、商事营业法律问题、商业账簿制度的立法设计等问题进行了具体而深入的分析。

本书注重学理性与实践性的结合，在选题设计和研究内容上均有一定的创新，以期对相关问题的研究起到抛砖引玉的作用，这也正是本书作者的初衷所在。

本书可供商事立法决策者、商法理论和公司法理论研究者、司法实务工作者、高等院校商法与公司法专业的师生参考。

项目负责人简介

任尔昕，男，1970年1月出生，甘肃崇信人。现为甘肃政法学院教授、副院长，甘肃省庆阳市中级人民法院副院长（挂职）。兼任甘肃省人大常委会立法顾问、中国法学会商法学研究会理事。甘肃省省级重点学科民商法学学科带头人，甘肃省人文社科重点研究基地“甘肃省地方经济法制研究中心”负责人。主要从事民商法学研究，在《中国法学》、《政法论坛》、《现代法学》、《法学》、《法学评论》、《兰州大学学报》等期刊上发表论文40多篇。著有《商法的理论探索与制度创新》、《商法学》、《企业与公司法学》等专著、教材7部。主持完成国家社科基金项目、甘肃省社科规划项目等科研课题9项，获甘肃省社会科学优秀成果奖、甘肃省高校社科优秀成果奖8项。曾被评为甘肃省领军人才（第二层次），甘肃省十大杰出青年（2008年度）。

序

市场经济是法治经济,法治经济的核心是商法经济。毋庸置疑,商法规范的完善需要商法理论的繁荣。《商法的体系构建与制度完善》是一部以规范的研究方法系统探讨当代语境下商法体系构建与制度创新的学术研究成果。全书分为三编。第一编“商事立法模式的选择”,从宏观层面面对我国商事立法模式的选择进行探讨,提出在制定民法典的同时制定《商事通则》,是立足现实和着眼未来的最佳选择。同时,对制定《商事通则》的总体思路和体系结构安排进行了具体设计。第二编“商人制度的创新与变革”,从保守与超越的双重理念,对商人基本法律制度的构建、商个人法律制度的构建、合伙企业法律人格的选择、新类型商事组织立法及制度完善、公司种类股的设置等问题进行了较为体系化的研究。第三编“商行为制度、商事营业制度和商业账簿制度的构建与设计”,从中观与微观的层面,对商行为的理论构建及规则确立、商事营业制度的构建、商业账簿制度的立法设计等具体商事法律制度与立法思路进行了论证。应当说,这是一部有分量的学术著作。

通读全书,我认为,本书具有如下值得称道之处:

第一,问题意识突出,论证思路清晰。作者以立法与实践互动为观察角度,以现行制度设计存在的问题为出发点,首先提出问题,进而进行学理分析、实证分析,同时与国外相关制度及其实施绩效进行比较研究,并充分注意到中国现实国情对制度的可支撑性,在此基础上探讨并寻求解决问题之道,提出符合实际、可供操作的制度重构与完善的路径,论证思路清晰,有一定的理论深度。

第二,把握学科热点和前沿问题。本书所探讨的问题,如我国商事立法模式的选择、《商事通则》的总体思路及其体系结构安排、商个人法律制度的构建、合伙企业法律人格的选择、新类型商事组织立法、公司法现代化潮流下我国公司设置种类股制度、商行为制度的架构、商事营业法律问题、商业账簿制度的立法设计等,都是近年来商法学研究领域所关注的热点问题和前沿问题,体现了研究内容的新颖性。

第三,观点有创新之处。无论是商事立法的模式选择与立法体系结构设计,还是商法基本制度的研究,本书作者都能够在前人已有研究的基础上,进行系统深化与提升,有所创新与突破,体现了作者的独立思考,其中不乏闪光的火花。如对合伙企业法律人格的选择、对设置公司种类

股的思考、对商业账簿制度的立法设计等方面，作者的观点在很大程度上突破了现有理论的窠臼，难能可贵。

当然，书中仍然存在一些“有懈可击”之处。比如，因研究内容涉及很多“重心”，不可避免地导致对某些专门性问题涵盖不全或研究不够深入；在研究方法上，运用多学科的研究方法尚嫌不足。然而，“学术乃天下之公器”，学术研究需要的是思想火花的碰撞。不断地提出新思想、新理论、新观点，不断地对传统观点和理论进行完善和超越，是学术研究的基本使命。作者忠于学术、敢于探索的勇气是值得嘉许和称道的。

本书主要作者任尔昕教授是我在兰州大学任教时指导的硕士研究生。在研究生学习阶段，他就对商法理论产生了浓厚的兴趣并显示出学术研究的资质与禀赋；其后十多年的商法学术之旅中，他笔耕不辍，不断有新作问世。几年前他承担了国家社科基金项目“我国商事法律体系的构建与完善——兼论《商事通则》的制定”，本书即这一课题的最终研究成果。青出于蓝而胜于蓝。当年勤奋而睿智的青年学子，如今已成长为我国商法学界的后起之秀，令人欣慰！“士不可以不弘毅，任重而道远”，期待着作者有更多、更丰硕的商法学术成果问世，为繁荣我国商法理论和实践贡献一份智慧。

是为序。

中山大学法学院教授、博士生导师 周林彬

2011年4月16日

目 录

第一编 商事立法模式的选择	
——制定《商事通则》的理论分析	1
第一章 我国商事立法模式的选择	3
一、我国商事立法可供选择的模式	4
二、制定完全意义上民商合一的民法典：不切实际的幻想	4
三、分别制定独立的民法典和商法典：不合时宜的主张	7
四、在制定民法典的同时制定《商事通则》：立足现实和着眼未来的最佳选择	9
第二章 制定《商事通则》的总体思路及其体系结构安排	12
一、制定《商事通则》的总体思路	12
二、《商事通则》的体系结构安排	16
第二编 商人制度的创新与变革	19
第三章 商人基本法律制度的构建	21
一、构建我国商人法律制度的基本理念：保守与超越	22
二、保守与超越理念下我国商人法律制度的构建	27
第四章 商个人法律制度的构建	36
一、导论	36
二、商个人法律内涵的界定	42
三、商个人法律形态的分析	49
四、商个人商人资格的取得与丧失	65
五、我国商个人法律制度的构建	71
第五章 合伙企业法律人格的选择	83
一、我国合伙企业法律人格定位的两种代表性观点及其评析	84

二、合伙企业成为“第三民商事主体”或者法人的必要性分析	86
三、合伙企业成为“第三民商事主体”或者法人的障碍性因素分析	89
四、结论——我们应当选择哪种观点	91
第六章 新类型商事组织立法及制度完善	93
一、国外新类型商事组织的发展概况	93
二、我国新类型商事组织的现状分析	108
三、从保护债权人角度看新类型商事组织立法存在的问题	112
四、从有利于投资角度看新类型商事组织立法存在的问题	118
五、我国新类型商事组织的制度完善	124
第七章 设置公司种类股的思考	132
一、问题的提出	132
二、种类股在各国商事领域的立法实践	134
三、建立种类股制度是我国公司法制现代化的现实选择	138
四、种类股背后的公司法价值考量	140
五、我国公司种类股的具体设置	142
第三编 商行为制度、商事营业制度和商业 账簿制度的构建与设计	145
第八章 商行为的理论构建及规则确立	147
一、商行为的制度基础	147
二、商行为的类型化及范围确定	153
三、商行为之特殊规则	162
四、商事代理的特殊规则	171
五、商事担保之特殊规则	180
六、我国商行为制度的架构	183
第九章 商事营业制度构建	188
一、营业的商法内涵及特征	188
二、营业资产转让法律规则	195
三、我国商事营业制度的构建	200

第十章 商业账簿制度的立法设计	206
一、国内现有法律、法规对商业账簿的规定	206
二、国外和我国台湾地区的做法及经验	210
三、统一商事立法中商业账簿制度的条文设计及立法理由	212
主要参考资料	218
后 记	225

Contents

Part 1: Choice of Commercial Law Pattern	
—Theoretical Analysis on General Rules of	
Commercial Law making	1
Chapter 1: Choice of Commercial Law Pattern in China	3
I . Commercial Law Patterns for Choice in China	4
II . Complete Combination of Civil and Commercial Law: Unrealistic Illusion	4
III . Separation of Commercial Law and Civil Law: An Untimely Idea	7
IV . Making Civil Law and General Rules of Commercial Law Together:	
the Best Choice Footing on Reality and Future	9
Chapter 2: General Way of Thinking and System Arrangement of General	
Rules of Commercial Law making	12
I . General Way of Thinking to Make General Rules of Commercial Law	12
II . System Arrangement of General Rules of Commercial Law making	16
Part 2: Reform and Innovation of Merchant System	19
Chapter 3: Construction of Basic Legal System of Merchant	21
I . Basic Idea of Constructing Merchant legal System:	
Conservatism and Transcendence	22
II . Constructing Merchant legal System under the Idea of Conservatism and	
Transcendence in China	27
Chapter 4: Construction of Legal System of Business Individual	36
I . Introduction	36
II . Definition to Legal Connotation of Business Individual	42
III . Analysis to Legal forms of Business Individual	49

IV. Business Individual's Acquiring and Losing the Qualification of Merchants	65
V. Construction of Legal System of Business Individual	71
Chapter 5: Choice of Legal Personality of Partnership	83
I. Comments on Two Kinds of Leading Version to Legal Personality of Partnership in China	84
II. Necessity for Partnership to be the third Civil/Commercial Subject or the Artificial Person	86
III. Obstacles for Partnership to be the third Civil/Commercial Subject or the Artificial Person	89
IV. Conclusion—Which one should we choose?	91
Chapter 6: Legislation and System Perfection to New Kinds of Business Organization	93
I. Development of New Kinds of Business Organization in Foreign countries	93
II. The Status quo of New Kinds of Business Organization in China	108
III. Questions to Legislation of New Kinds of Business Organization from the Perspective of Protecting Debtor.....	112
IV. Questions to Legislation of New Kinds of Business Organization from the Perspective of Benefiting the Investment	118
V. System Perfection to New Kinds of Business Organization	124
Chapter 7: Thoughts on Establishment of Company Classification—Stock	132
I. Coming up the question.....	132
II. Classification—Stock's Legislation Practice in other countries' Business Field.....	134
III. Establishing Classification—Stocks' Legal System is Realistic Choice for Modernization to Chinese Company Law	138
IV. Value Balance Behind Classification—Stock in Company Law	140
V. Detailed Establishment of Company Classification—Stock	142
 Part 3: Construction and Design of Business Behaviors System, Business Activities System and Trade Booking System	 145
Chapter 8: Theoretic Construction and Regulation Establishment of Business Behaviors.....	147
I. Regulation basis of Business Behaviors	147

II . Classification and Bounds of Business Behaviors	153
III . Particular Regulations of Business Behaviors	162
IV . Particular Regulations of Business Agent	171
V . Particular Regulations of Business Guarantee	180
VI . System Construction of Business Behaviors in China	183
Chapter 9: System Construction of Business Activities	188
I . Business Activities' Connotation and Specialty in Commercial Law	188
II . Legal Principles of transaction to Marketing Capital	195
III . System Construction of Business Activities	200
Chapter 10: Legislation design of Trading Books	206
I . Chinese Legislation Regulation of Trading Books	206
II . Legislation Examples and Practice of Foreign Countries and Tailand	210
III . Provisions Design and Legislation Cause of Trading Books under the United Legislation of Commercial Law	212
Reference	218
Post-Remarks	225

第一编 商事立法模式的选择

——制定《商事通则》的理论分析

第一章

我国商事立法模式的选择

2002年，在学界讨论制定民法典的相关问题时，著名法学家江平教授曾提出，应同时制定一部《商事通则》（或《商法通则》），依照当初《民法通则》的模式，将商事活动的原则、商事权利、商人及商事企业的基本形式、商事账簿、商行为、商业代理加以规定，以有效规范经营活动。^①更有学者指出，目前当务之急就是要研究并论证《商事通则》的制定，尽快改变商事法律“群龙无首”的局面，为统一商事法制奠定基础。^②2005年，王保树教授发表文章，系统阐述了制定《商事通则》的问题，他指出，我国的商法不应仅由具有个别领域特征的商事法律构成，而应由具有个别领域特征的单行商事法律和具有一般性调整特征的商事法律组成。而后者正是我国目前商事立法中的重大空白。于是，超越民商合一与民商分立的商事通则成为商法学界关注的热点，讨论商事通则的目的即在于解决如何认识这一重大空白和如何填补这一重大空白问题。^③那么在我国当前，商事立法的模式到底应当如何确定？是否有可能制定《商事通则》？有必要从理论和实证的角度将上述问题阐述清楚，因为这是一个在市场经济条件下如何完善商事法律制度的问题，也是一个影响我国民商事立法格局未来走向的重大问题。

① 江平：《中国民法典制订的宏观思考》，载《法学》2002年第2期。

② 石少侠：《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》，载《法制与社会发展》2003年第5期。

③ 王保树：《商事通则：超越民商合一与民商分立》，载《法学研究》2005年第1期。

一、我国商事立法可供选择的模式

在民商法学界就我国应当实行民商合一还是民商分立的立法体例的争吵声中，中国民法典的制定已经进入实质阶段，2002年12月，民法典的草案经九届全国人大常委会分组审议。民法典的制定，使得我国的民商事立法体例面临重大抉择：规范商人和商事活动的基本法律规定到底应该在正在制定的民法典中反映？还是另行制定一部商法典？抑或采取其他方法？虽然在我国，有关民商合一和民商分立的争论在很大程度上都带有学术“门派”之争的嫌疑，缺少有说服力的理论支撑和实证分析结论的验证，但在民法典制定之际，民商事法律的体系构建却是一个难以回避的问题。因此，确有必要对我国民商事基本法律的立法体例和模式进行研究和论证，特别是从实证的角度作出考察。

目前，共有四种商事立法模式可供我们选择：第一种是制定一部完全意义上的民商合一的民法典，在其中将有关商事基本法律制度的内容加以规定，对属于传统和现代的具体商事法律制度的内容，以另行制定单行法的方式加以规定；第二种是实行完全意义（形式意义）上的民商分立，除了制定民法典以外，再制定一部独立的商法典，以规范属于传统和现代的商法领域的各种法律关系；第三种是制定一部民法典，规定传统民法领域的内容，不另行制定商法典，对属于传统和现代商事法律的内容，以另行制定单行法的方式加以规定；第四种是制定一部民法典，规定传统民法领域的内容，同时制定一部总纲性的商事基本法律即《商事通则》，对基本的商事法律制度和关系加以规定，对于具体的商事法律制度和关系，则以制定单行法的方式规范。

在有关商事法律的立法体例的四种模式中，哪一种模式和我国的现状相适应？我们拟从实证的角度对此进行分析和研究。

二、制定完全意义上民商合一的民法典：不切实际的幻想

关于民商合一的理论，最早可以追溯到19世纪40年代。1847年，意大利学者摩坦尼利（Motanelh）首倡民商二法统一论。此学说一出，立即受到广泛的关注，许多学者都支持这一观点。民商合一论者的主张按其含义不同又可以分为两派：一派主张“商法民法化”，另一派主张“民法商法化”。前者以商法较之于民法是个性小于共性，民法原理足以解决所有商事问题为由，主张将商事规范纳入民法中而不必另行制定商法典，用民法取代商法。后者以现代社会更加强调商事活动对社会经济的促进作用，商事交易及商法上形成的制度与思想已逐渐成为整个民商事法律的基本制度和基本原则为由，主张构建以商法为主要内容的民商事法律制度，用商法原理统率民法，将民法制度融于商法之中。^①在这两种观点中，主流是商法民法化。从实行民商合一立法体例国家的实际情况看，也都是以商法民法化作为其立法模式的。因此，通常意义上的

^① 赵万一：《商法基本问题研究》，法律出版社2002年版，第108页。