

Commercial Law Review

清华大学商法研究中心
中国社会科学院法学研究所商事法研究中心
编

商事法论集

王保树/主编

第 3 卷

VOL.3

法律出版社

Commercial Law Review

78075
D9,2.4-53
1-3

清华大学商法研究中心

中国社会科学院法学研究所商事法研究中心

编

商事法论集

王保树/主编

第3卷

VOL.3

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集 第3集/王保树主编.-北京:法律出版社,
1999.2

ISBN 7-5036-2691-7

I. 商… II. 王… III. 商法-研究-文集 IV. D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 37695 号

出版·发行/法律出版社 经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本 850×1168 毫米 1/32 印张/20.5 字数/506 千

版本/1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/海淀区西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)

电子信箱:pholaw @ public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2691-7/D·2398

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

· 写在卷首 ·

本书是《商事法论集》第3卷(1998年号)。

本卷由清华大学商法研究中心和中国社会科学院法学研究所商事法研究中心编,本人仍为其主编。此变动并不影响本论集的编写要旨。本论集将一如既往,立足中国商法的发展与完善,广泛借鉴和吸收国外商法的发展经验和判例学说,追踪国外商法的发展趋势,推动国外商法的研究,促进商法学的学科建设,进而为商事立法和审判实践提供理论上的服务。

本卷设五个栏目,依次为“商法基础理论”、“商法专题研究”、“外国商法”、“经济法理论研究”和“硕士学位论文”。

在教育主管部门将商法学确定为14门核心(或骨干)课时,有的专家曾善意地指出,商法学基础理论的研究很薄弱。无疑,这是一个非常中肯的意见。为了推动学界和实务界加强对这一薄弱环节的研究,本卷采取了两个改进措施:一是在“商法基础理论”栏目编入了“商法的实践与实践中的商法——商人法讨论大纲”一文;一是在“外国商法”栏目中编入了韩国学者李井杓博士撰写的论文《韩国商法上的表见责任制度之研究》。前者是一篇短文,其意不在于全面论述与研究“商法的实践和实践中的商法”,而是在这个层面上集中讨论“商人法”的问题。中国商法的现实是:一方面,“商人法”(即商主体法)不健全,没有完善的关于商人资格的制度,没有回答“什么样的人成为商人”的问题;另一方面,却又在实践中不断地纠正不应该成为商人的人成为商人的问题。这就表明,无论是在实践上还是在理论上,都需要人们去重视“商人法”的研究。本卷编入此文的用意就在这里。

后者论及的“表见责任制度”，也是商法学界值得注意的问题。从国外民法、商法的发展轨迹来看，商法的“表见责任”是在民法的“表见代理”制度的基础上发展起来的。由于我国尚无民法典，民法通则又未对“表见代理”作出明确的规定，因而《合同法》不得不率先规定“表见代理”制度。这一立法上的变化，不仅将推动民法的完善，也将促进商法“表见责任”制度的发展。本卷发表《韩国商法上的表见责任制度之研究》一文，就是希望研究国外的相关经验教训，推动这一制度的建设。

“商法专题研究”仍然是本论集的重心。这一栏目编入了王卫国的《产权的法律分析》、刘俊海的《职工参与公司机关制度的比较研究》、王志诚的《论公司员工参与经营机关之法理基础》和汤欣的《公司接管的价值争论与立法取向》。同前两卷比较，本栏目有两个新的变化：一是打破了公司法专题研究论文一统天下的局面，增加了公司法以外的专题研究论文；二是在“员工参与公司管理”这同一问题上编入了不同作者的论文，以表示本论集贯彻“百花齐放”、繁荣学术的方针，也便于读者在不同见解比较的基础上更深入地认识这一问题。

“外国商法”栏目，除选入前述李井杓的论文外，还编入了刘俊海译的《欧盟公司法指令和欧洲经济利益集团规则》、张开平译的《公司法的结构》、梁上上、方富民译的《公司季中绩效的披露》。这些译文，有助于读者了解欧盟现行的公司法律规则和美国公司法、证券法的理论。欧盟公司法指令，此前虽有我国台湾学者的译文传入大陆，但资料不全。此次编入的刘俊海的译文，均采用最新资料，并力求译文准确。

“经济法理论研究”栏目较前作了改进，容纳论文的范围加大了。本栏目编入陈甦的《论社会经济团体在经济法实现机制中的地位》和丘本良浩的《宏观调控法论》均有新意，值得一读。

“硕士学位论文”栏目编入了齐斌的《股份有限公司小股东权益

保障研究》，其所论内容在我国有现实意义。我国的股份有限公司大多是大股东控股的，在此情况下，有效而适当地保护小股东的权益，对发挥公司法的机制和建立现代企业制度是有益的。商法学的发展有赖于年轻学者的成长。因此，本论集将继续鼓励硕士在这一栏目发表自己的学位论文，也鼓励博士、硕士和其他年轻学者发表学位论文之外的商法学的学术论文。

王保树

1998 年 12 月

· 目 录 ·

· 写在卷首 ·

· 商法基础理论 ·

商法的实践与实践中的商法…………… 王保树(1)

· 商法专题研究 ·

产权的法律分析 …………… 王卫国(20)

职工参与公司机关制度的比较研究 …………… 刘俊海(49)

论公司员工参与经营机关之法理基础…………… 王忠诚(140)

公司接管的价值争论与立法取向…………… 汤 欣(182)

· 外国商法 ·

欧盟公司法指令和欧洲经济利益集团规则(选译)

…………… 刘俊海译(255)

公司法的结构…………… M.V. 爱森伯格(390)

张开平译

韩国商法上的表见责任制度之研究…………… 李井杓(443)

公司季中绩效的披露…………… 哈佛法学评论协会(493)

梁上上、方富民译

· 经济法理论研究 ·

论社会经济团体在经济法实现机制中的地位…………… 陈 甦(508)

宏观调控法论..... 丘本良浩(554)

· 硕士学位论文 ·

股份有限公司小股东权益保障研究..... 齐 斌(591)

• 商法基础理论 •

商法的实践和实践中的商法

——商人法讨论大纲

王保树*

目 次

- 一、引言
- 二、中国商人法的表现形态
- 三、实践中的商人法
- 四、健全商人法的意义
- 五、商人资格的核心——营业能力
- 六、结束语

* 清华大学法学院教授。

一、引言

所谓“商法的实践”，是指已经存在的商法规范的发展、变化及通过人们的司法、行政执法和守法的实践发生作用的实态；而实践中的商法，是指虽未以法律规范形式存在，但却被人们普遍承认的商法规则，或纳入商事惯例的范畴，或持续采用的非法律形式的但产生了某种效力的措施。商法的实践和实践中的商法是互动的。前者，由于其不断的发展而使商法日趋完善。并且，它的发展也总是表现为对实践中商法的不断吸收，它的空白又留下了实践中商法发展的空间。两者之间循环往复的互动，提升了商法的成熟水准，使商法持续不断地向前发展。其中，“商人法”实践和实践中的“商人法”的互动应是其商法实践和实践中的商法互动的最重要的组成部分。故此，本文仅围绕“商人法”展开讨论。

我国有没有“商人法”？应从不同的意义加以考察和判断。首先，“商人法”有“特权身份法”和“商主体法”之不同性质。考察商法的发展历史，中世纪的商法是作为“商人法”而出现的。这时，“商人”是作为“特权身份”的阶层，“商人法”是“特权身份法”。随着近代法“从身份到契约”的转变，商法也于法国大革命后实现了“从商人法到商行为法”的转变^①。在这种重大转变面前，“商人法”不再是“特权身份法”，而是作为“商法”的一部分，仅具有“商主体法”的性质。就此性质差别而言，我国有“商主体法”性质的“商人法”。其次，商法有形式意义和实质意义之别。如从形式意义而言，我国没有“商人法”，即至今尚没有以“商人法”命名的法律；如从实质意义而言，从法律规范的具体性质上把握，即我国有“商人法”。并且，它属于实质意义“商法”

^① [日] 户田修三、中村真澄编：《商法总则·商行为法》，青林书院 1993 年版，第 14 页。

的重要组成部分。由于实质意义的“商人法”是规定商人资格和地位的法律规范的总和，它在不同国家表现为不同的形态。如只论及大陆法系国家的“商人法”，则因分别采用民商分立体制和民商合一体制而区别为分散型和集中型两种。所谓“分散型”，即在商人法规范结构中，依靠民法典和商法典关于主体规定的两个支柱支撑，辅之多种企业法的规定；所谓“集中型”，即仅有民法典关于主体规定的支柱支撑，主要依靠多种企业法律规范的规定。无疑，我国的“商人法”属于后一种类型，它以民法通则关于主体的规定和各种企业法的规定构成。应该指出，这两种商人法的形态的不同，并不影响民法和商法的传统关系。或言之，民法关于主体的规定，均作为商人法的重要组成部分，对商人事务具有一般适用和补充适用的意义，但是，这两种形态的商人法却有重要的差别。就法律适用的结构和顺序而言，“分散型”为：各种不同类型企业法——商法典关于商人的规定——民法典关于民事主体的规定；“集中型”为：各种不同类型的企业法——民法典关于民事主体的规定。就价值取向而言，前者较多注意规则的充分性，后者较多注意法律适用的简便性和直接性。如何使两者结合起来，这就产生了改革的必要。

二、中国商人法的表现形态

（一）商人法的编纂原则和规范渊源

无疑，我国商人法的编纂采用民商合一的体制。民法对民事主体作出一般规定，商事法律作出具体的特殊规定，其间没有商法典对于商人的总体规定。根据这一编纂原则，我国商人法的规范渊源主要是：

1. 民法通则关于民事主体的一般规定；
2. 商法单行法律的规定；
3. 最高人民法院关于商人的司法解释；

4. 商事法规（包括地方性商事法规）的规定；

5. 商事规章。

（二）商人法的基本规范

1. 商个人的规定。

我国商人法关于商个人的规定，主要源自民法通则对公民（自然人）的规定。根据民法和商法为一般法与特别法的关系，这些规定当然为商个人事项的一般适用的规则和补充适用的规则：

（1）所有公民都具有进行商行为的权利能力，且该权利能力一律平等（民法通则第9、10条）。

（2）公民从事商行为的行为能力是不同的。其中，18周岁以上的公民具有完全的行为能力。

（3）公民以个体工商户形式从事工商业经营活动，可以起字号，但应依法经核准登记。

（4）农民可以以农村承包经营户的形式从事商品经营。

（5）个体工商户和承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。

无疑，最高人民法院关于商个人的司法解释和国务院颁布的关于商个人的行政法规也是商个人规范的有机组成部分。前者，如《最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见（试行）》（1988年4月2日）；后者，如《城乡个体工商户管理暂行条例》（1987年8月5日）、《私营企业暂行条例》（1988年6月25日）。

2. 商法人的规定。

民法通则关于法人和企业法人的规定是商法人的一般规则，诸如法人的权利能力和行为能力及其起止、法人的条件、企业法人资格的取得、企业法人的合并、分立与解散等，对于商法人事项均有一般适用和补充适用的功能。

相对民法通则而言,企业法律、法规有着具体地实现企业法人制度的功能,它们确认了规范商人事项的商事特别法律规则。主要有:

(1) 公司法(1993年12月29日通过)。规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形式。在这两种公司中,股东和公司的财产分离,股东承担有限责任,公司享有独立的法人人格。

(2) 全民所有制工业企业法(1988年4月13日)。适用于全民所有制工业企业,其原则也适用于全民所有制的其他企业。依该法,全民所有制企业财产属于全民所有,企业有经营权。企业实行厂长负责制。厂长是企业的法定代表人。企业建立以厂长为首的生产经营管理系统。厂长在企业处于中心地位,对企业的物质文明和精神文明负有全面责任。企业通过职工代表大会和其他形式,实行民主管理。

(3) 城镇集体所有制企业条例(1991年9月9日)。适用于城镇的各行各业、各种组织形式的集体所有制企业。城镇集体所有制企业的财产属于企业劳动群众集体所有,企业以全部财产独立承担民事责任。企业职工(代表)大会是企业的权力机构,企业厂长由职工(代表)大会选举或者招聘。企业实行厂长负责制,厂长对职工(代表)大会负责。

(4) 乡村集体所有制企业条例(1990年6月3日)。适用于乡(含镇)、村(含村民小组)农民集体举办的企业。企业财产属于举办该企业的乡或者村范围内的全体农民所有,由乡或者村的农民大会(农民代表大会)或者代表全体农民的集体经济组织行使企业财产的所有权。企业实行厂长负责制。厂长是企业的法定代表人,对企业全面负责。

(5) 中外合资经营企业法(1979年7月1日通过,1990年4月4日修改)。适用于中外双方投资者举办的合资经营企业。该种

企业采用有限责任公司的形式。企业设立董事会，是公司的权力机构。总经理负责企业的经营管理，董事长是企业的法定代表人。

(6) 中外合作经营企业法（1988年4月13日通过）。适用于中外投资者双方举办的合作经营企业。该种企业可分别采用有限公司或合伙企业形式。前者，与合资经营企业类似。后者，不设董事会，设联合管理机构，依企业合同和章程决定企业的重大问题，属于商合伙。

(7) 外资企业法（1986年4月12日通过）。外资企业是依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业。外资企业符合中国法律关于法人条件规定的，依法取得法人资格。

3. 商合伙的规定。

民法通则规定了个人合伙，包括合伙的概念、合伙协议、合伙经营的执行和监督、合伙负责人、合伙债务的承担。此规定可视为关于商合伙的一般规定。

适应市场经济发展的要求，我国还制定了合伙企业法（1997年2月23日通过）。依该法的规定，合伙企业是依照合伙企业法在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的盈利性的经济组织。该法规定了合伙企业的设立、财产、事务执行、与第三人的关系、入伙、退伙、解散、清算等，构成了有关商合伙的特别规则。

（三）商人法的漏洞与空白区域

上述商人法的表现形态表明，我国的商人法是由民法有关主体的规范和商事特别法律构成的，缺一不可。同时也表明，它已具备一定的基础和规模，有着适应社会主义市场经济发展的一面。具体而言：

1. 它回答了自然人和法人可以成为商人的问题。由于民法通则规定了自然人和法人的权利能力和行为能力, 它提供了自然人和法人成为商人的基础性条件。

2. 它揭示了企业当然是商人的事实。从一定意义而言, 商法是关于企业的法。依此观点, 商人即“企业”主体, 商行为即“企业”活动^①。依上述企业法律、法规, 企业均是从事经营活动的经济组织, 因而它们当然成为商法上的商人。但是, 企业成为商人的情况不同。公司、合作社、国有企业、集体企业作为法人企业, 具有完全的权利能力和行为能力, 以自己的名义在商事活动中享有权利、承担义务。合伙企业和独资企业则与其不同。前者, 虽没有如法人企业那样, 具有完全的权利能力和行为能力, 但有团体的能力, 可依法在商事活动中享有权利、承担义务; 后者, 则是自然人企业, 是自然人成为商人的一种形式。

商人法的表现形态也表明, 现行商人法的不完备性是很突出的。虽然, 民法和商法是一般法和特别法的关系。如同所有商事事项一样, 在商人问题上, 商法优先适用, 民法一般适用和补充适用。但是, 就商人法的构成状态而言, 在民法通则和商事法律有关商人的规定之间明显地存在着一个空白, 以致无法使民法通则的主体规则和商法的商人特别规则连接成一个系统。诚然, 民法通则关于自然人、法人的规定提供了商人的基础性条件, 但它没有提供商人的充分条件。加之, 商事特别法律仅仅是给人们提供了具体的商人形态, 包括商法人(法人企业)、商合伙(合伙企业)和商个人(个体工商户、承包经营户和私人独资企业)的具体形态。除此之外, 人们无法得出一个总体结论——何种“人”为商人? 这样, 就

^① [日] 岩崎梭:《商法的适用范围与商人的概念》, 载[日] 竹内昭夫、龙田节编:《现代企业法讲座》, 东京大学出版会 1984 年版, 第 53~54 页。

不可避免为人们留下一系列难以回答的问题,诸如:自然人是否都能成为商人?法人制度是否能等同于商法人制度?上述商人法的规范是否就是商人法律制度的全部?

三、实践中的商人法

如从商事活动的实践而言,还存在着未被采用法律规范形式的商人法。这种商人法,往往容易被商法学忽略。然而,它对商人法的形成、发展是很有意义的。对此,我们可以从正反两方面考察。

(一) 实践中积极意义的“商人法”

实践告诉我们,“商人”先于人们的认识和法律的规定,早已出现在市场经济活动的实践之中。无疑,“商人法”的任务首先是明确谁是“商人”。然而,当规范意义的“商人法”还不存在的时候,实践意义的“商人法”已经在探索界定何为“商人”。换言之,当频繁的市场交易不断出现之时,迫使人们不得不去认识交易当事人的主体性。是否可以将其统称为“民事主体”呢?就主体的平等性而言,应该说是可以的。但就交易当事人的特殊性而言,则显然应对其作出相应的新的概括。于是,经济学家称其为“市场主体”^①、“市场竞争的主体”^②。考虑到表述的准确性,也有的称其为“市场经济主体”^③。法学家则注意到这种主体的经营性,径直称其

① 马洪主编:《什么是社会主义市场经济》,中国发展出版社1993年10月版,第14页;《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,人民出版社1993年11月版,第30页。

② 国家体改委生产司编:《如何制定现代企业制度试点方案》,改革出版社1995年1月版,第11页。

③ 人民日报评论员文章《建立现代企业制度的重要举措》,人民日报1993年12月30日第1版。

为“经营主体”^①“或“市场经营主体”^②。不仅如此，人们还根据市场交易的素材描述了这种主体的特征。譬如，有的人将其描述为“在市场上从事交易活动的组织和个人”^③。有的人则更准确地描述为“市场经营活动的参加者，它是以自己的名义从事营业活动，以营利为目的，依法享有权利、承担义务的组织或个人”^④。可见，市场交易中出现的这种主体及人们对它的认识与国外商法的“商人法”部分对“商人”的规定是无甚差别的。无论经济学家、法学家对其称谓的表述有何不同，都是他们对市场经济活动实践中出现的交易主体的认识，而不是人们的一种“空想”。并且，它就是形式意义的“商人法”并不存在而实践意义的“商人法”已经存在的“商人”概念。

市场经济的实践中不仅已经出现“商人”，而且已经出现了实践中的积极意义的“商人法”。所谓实践中的积极意义的“商人法”，是指存在于实践中的应为和可为的商人规则。正如人们在没有“何为商人”的法律规定时，不得不对“商人”作其他的概括一样。在没有形式意义的“商人法”时，人们也已经对“商人法”作出其他类似的概括。其中，最为典型者就是“市场主体法”，即关于市场主体组织形式和地位的法律规范^⑤。无疑，这种抽象概括首先是基于对实践中的商人的认识，然后才是基于对有关实践中的商人的规则的认识。所谓实践中的商人规则，主要不是指那些虽未以商法名义出现但实质是属于商法性质的采取规范形式的商人规则

① 王保树、崔勤之著：《经营法学》，法律出版社1990年版，第13页。

② 王俊岩、王保树著：《市场经济法律导论》，中国民主法制出版社1996年版，第65～67页。

③ 马洪：《什么是社会主义市场经济》，中国发展出版社1993年10版，第14页。

④ 前引《市场经济法律导论》，第65页。

⑤ 前引《什么是社会主义市场经济》，第253页。