

NGFA JIBEN LILUN
WENTI YANJIU

商法

基本理论问题研究

李平 主编
李勇军 副主编

邮发代号 8008899855 或
02588831855 或 发往邮至
移址 3459 联通 96349 或 其他
四川大學出版社



四川大学出版社

D913. 990. 1/13

2007

商法基本理论问题研究

SHANGFA JIBEN LILUN WENTI YANJIU

李 平 主 编
李勇军 副主编



四川大学出版社
SICHUAN UNIVERSITY PRESS

责任编辑:张力军
责任校对:程 黎
封面设计:李金兰
责任印制:杨丽贤

图书在版编目(CIP)数据

商法基本理论问题研究 / 李平主编. —成都: 四川大学出版社, 2007.4

ISBN 978-7-5614-3598-4

I. 商… II. 李… III. 商法-法的理论-研究 IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 039533 号

书名 商法基本理论问题研究

主 编	李 平
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-3598-4/D·268
印 刷	成都蜀通印务有限责任公司
成品尺寸	140 mm×202 mm
印 张	14.25
字 数	357 千字
版 次	2007 年 4 月第 1 版
印 次	2007 年 4 月第 1 次印刷
印 数	0 001~2 000 册
定 价	30.00 元

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。电 话:85408408/85401670/85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

版权所有◆侵权必究
此书无本社防伪标识一律不准销售

前 言

商法基本理论是商法学科建设和发展的理论基础，也是商事立法和法律适用的理论指导，其重要性是不言而喻的。20 世纪 90 年代以来，商法学科在我国大陆地区随着市场经济的发展得以复兴，公司法、票据法、证券法、保险法等商事立法更是迅速面世，社会生活中的商事纠纷夹杂着民事、经济、行政甚至刑事因素不断涌现，许多新问题突然展现在理论研究和法律实务工作者面前，诸如公司法规范性质的定位问题、营业执照的性质与功能问题、人格利益的财产性问题、商事侵权的特殊性问题等等，问题需要解决，更需要正确有效地解决。由于商法的具体性、针对性以及技术性较为明显，商法研究中也较为重视这些具体规范的理解、适用问题，但是支撑具体规范的理由乃至构成商法学科的基本理论更需要深入研究。毋庸讳言，目前我国商法基础理论的研究尚处于薄弱状态。

四川大学法学院民商法专业硕士研究生教学，从 1998 年开始便在学位课程中设置了商法总论，主要研究商法基本理论问题。八年来，师生共同就商法基础理论问题、商主体一般问题和商行为一般问题进行了持续不断的探索。这里选编的 33 篇文章，即是我们探索的体会和心得。这些文章中，既有原创性的，也有综述性的。有些文章已经在学术刊物发表，也有些文章参加全国商法年会交流，获得奖励。有的作者已经获得硕士学位毕业了，有的还在学校继续学习。看得出来，多数人的学术兴趣和研究焦点集中于商事主体问题，尤其是关于商事登记、营业执照、商事

人格权中的法律问题。这些问题在学界已经有不少研究成果和参考资料，但是这里选编的文章都有不同程度的进步。比如马志同学撰写的《企业法人营业执照性质与功能问题研究》，秦俊、沙迪、邵燕同学撰写的《商事能力初探》等文章，对商法学术研究有实实在在的贡献。对于学术问题，贵在不同观点交锋，关于商事人格权问题的讨论，文章中反映了交锋的观点和理由。这些文章并不完全反映川大民商法专业师生对商法研究的整体状况，而仅就商法基本理论中一般问题的思考来与学界交流探讨学习。这些文章并不都是成熟和完善的，只是表达我们在不断探索的行动。显然，文章的选题、论点、论据、论证过程以及研究资料的使用和研究方法的选择等都有许多需要提升的，对此，我们将在今后不断努力。

作为承担商法总论课程教学和指导商法研究方向的老师，看到同学们努力学习、积极思考、认真研究并产生出自己的学习成果，甚感欣慰。我愿意与同学们一起，共同推进我国商法基础理论研究。但愿我们的努力对于我国商法学科建设有一定的贡献。但是我们深知，商法基础理论研究的进步，并非易事。惟其如此，我们愿将自己在商法基础理论研究中的点滴心得奉献于学界，也就教于学界。

李 平

2006年8月4日于四川大学文科楼

目 录

商法基础理论问题研究

商法理论基点假设与理论体系构建问题探讨·····	李 平 (3)
论商法的价值取向·····	李勇军 (14)
论商法的理论基础·····	赵学刚 (24)
对商法调整对象的思考·····	李 珂 (35)
我国商法基本原则研究现状述评·····	秦 俊 (47)
我国商法基本原则研究现状与评析·····	邵 燕 (57)
论商法之诚实信用原则·····	颜明聪 (72)
论公法性加强趋势下现代商法的私法属性·····	李 乐 (82)
试论商法的独立性·····	张晓晶 (95)
论合同法的商法化 ·····	王 蓓 秦 俊 (104)
论商事权利的独立性 ·····	邓 浩 (117)
论商事信用的法律调节机制 ·····	黄 晖 (123)

商事主体一般问题研究

商事能力初探

——商事能力概念的引入与界定

·····	秦 俊 沙 迪 邵 燕 (141)
商主体法定化的法理评析 ·····	张金良 (153)
商主体与企业集团地位问题探讨 ·····	何光琴 (165)
商号的许可使用和转让的理论分析与规则构建 ···	杨茂琼 (174)
论企业名称的知识产权属性及与商标权的冲突 ···	李成蹊 (190)

我国商事登记中不实登记的效力	张丹丹 (199)
论商事登记的法律效力	余林军 (210)
论商事登记的法律性质	张妍妍 (220)
企业法人营业执照性质与功能问题研究	
——兼论商事登记及其类型	马 志 (229)
营业执照的效力与证据法意义	高恩胜 (289)
营业执照的法律效力与吊销执照对企业主体资格的影响	
.....	沙 迪 (303)
直接吊销公司的企业法人营业执照所引发的思考	
.....	崔 颖 (323)
财产价值	
——商事人格权区别于民事人格权的根本属性	
.....	谭 颖 (335)
商事人格权概念及相关问题研究	景 睿 (347)
商事人格权独立理论反思	刘昕杰 (364)
论商事人格权的民事救济	张 妮 (374)

商事行为一般问题研究

关于商行为的实践意义与理论价值的初步思考 ...	李 平 (389)
商行为性质论——以法律行为制度为视角	
——以法律行为制度为视角	肖 帅 (396)
论商事代理的特征	邓军英 (407)
商事侵权行为	成 星 (419)
论商事责任中的效率违约	白 炼 (431)
连锁经营与商事代理的法律关系思考	唐 鑫 (440)
后 记	(449)



商法基础理论问题研究

商法理论基点假设与理论体系 构建问题探讨

李 平

一、理论假设的必要

一个严密而合理的学科体系，应该有学科体系建立的基本支点，由该基点出发，可以演绎出该学科体系的结构和内容，也可以用该基点来检验判断学科体系是否和谐与合理。这一个基点的确立，或者是通过实证总结，或者是通过先验设定。长期以来，由于我们认识事物的方式习惯于强调“实践”的作用，并将“实践”加以十分局限的理解，由此形成的理论往往成为应时的解说而难以在相当长时期具有指导实践的价值。就法学界曾经热烈讨论的经济法学、商法学等学科理论建设来看，尤其反映出这种理论形成的尴尬境地。当然，先验设定理论基点，也有局限性，那就是这个基点的确定，不一定具有充分而有力的理由，从而导致学科体系的建立也不尽合理，学科理论的解释力不能释放。归纳与演绎作为两种认识和解释问题的方式，有共同之处，那就是归纳的理论集结和演绎的理论原点殊途同归。故而先验设定与实证总结可以有结合点。大胆假设，小心求证，或许是我们认识、构建学科体系，增强理论解释力的可以探索的路径。

犹如自然科学的理论体系需要理论假设一样，社会科学的理

论体系也同样需要建立在假设基础上。假设是难以被实证的，但是对于理论体系的自洽性和理论的解释力来说，却是不可或缺的逻辑起点和力量支点。当代民法恢弘理论体系其实是建立在“人皆生而平等”进而抽象出人格平等的自然法观念的假设基础上。现代刑法理论体系则是以“人皆具有可拯救性”的假设前提构筑犯罪和刑罚的庞大规则。现代行政法理论是以“权力天然具有膨胀性和寻利性”为逻辑假设而构建权力控制的实体和程序规范。可以这样来看，一个复杂而庞大的学科理论体系，如果我们认识并掌握了该学科的理论基点，并由此出发来理解学科原理和内容，可以达到举一反三、触类旁通的效果。尤其是具有成文法特点的法律学科，主要是由特定概念和表达方式构成的规则体系，支撑规则的理由是什么？为什么要这样确定而不是那样确定规则？规则运用与法律事实之间的关系如何认识？等等问题，绝非规则的文字表达就可以解决的。

民法、刑法、行政法学科，具有较为深厚的理论积淀，理论假设及其说服力可以被接受，人们不仅关注规则本身，更要探寻形成规则理由的正当性。但是对于技术性规范比较浓厚的商法学科来说，情况就不一样，规则的存在掩盖了支撑规则的正当性理由。尽管学界也大力研究讨论商法具体规则的正当性，但是对商法学科理论体系正当性及其构建逻辑的探讨则显得不够充分。这是商法理论学科建设中不能忽视的问题。这个问题的要害，是缺乏准确的理论抽象，缺乏必要的理论假设。

二、商法的理论假设

商法不应该只是一堆缺乏逻辑关系和理论支撑的规则，也不应该只是几个法律文件的排列组合。在长期商事活动中所形成的商事习惯的后面，存在着丰富的理由，这些理由也逐渐被总结为解释和说明规则的工具。例如，票据权利只能以票面文字记载为

准,概括出票据文义性特征;保险合同的签订和履行要遵循最大诚实信用原则;股东承担有限责任有利于鼓励投资;在企业破产情况下有担保债权人享有别除权;海事赔偿不适用完全赔偿规则,等等。但是,票据的文义性、保险合同最大诚信、股东有限责任、有担保债权人的别除权以及不完全赔偿规则之间有何联系?如何解释?电子商务中的规则该用什么理论指导来设计?为什么公司法、保险法、票据法、海商法属于商法体系中的组成部分?商法学科体系是否还可以包容其他的规范?商法学科理论体系如何更有说服力?这都需要理论抽象和理论假设。

商法是调整商事关系的法律。商事关系是在商事活动中建立起来的关系。商事活动的目的是通过商事交易获得利润,这就是研究者通常描述的“以营利为目的”。仅从这个层面来看,有观点认为商法的本质是营利,商法是营民法。“商法的法理学基础,也就是以效率分析为基础。”^①进一步考察,营利是商人的本质要求,效率是对营利的衡量。对于商人来说,营利和效率不需要法律加以规范和指导,用法律来实现商人的营利目的和营利实现,犹如训鱼潜水、教鸟飞翔。因为商人逐利的本质会使他想方设法来实现利润最大化。然而,商人利润的实现与否,会产生社会效果,也就是会对商事活动中的其他主体的利益以至于社会不特定主体利益产生影响。这是法律调整的理由所在。可是,从理论上分析,法律如何来面对商事活动中商人利益与其他直接当事人和间接利益相关人之间的关系?其切入点是什么?在商事活动中,与利润和权益密切联系的是风险和责任。所谓风险(risk),是指危险或意外事故或损失的可能性。^②一般经验告诉我们,利

① [美] 乔迪·S·克劳斯等主编:《公司法和商法的法理基础》,北京大学出版社 2005 年版,第 1 页。

② 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年版,第 776 页。

润与风险并存且具有正相关关系。这种一般经验其实是实践的总结，但却难以被每一个商事活动实践所证实，反而可以被证伪。由此可以抽象出一个命题：“任何商事活动都具有风险性。”这个命题的意义不是要去证明它，而是通过这样一个假设，来解决商法理论基本支点的问题。风险性命题的含义有两层：第一，对商事活动的直接当事人的风险，这里称为直接风险；第二，对商事活动利益相关人的风险，这里称为间接风险。所谓直接风险，是商事活动一方或者多方的有遭受损害的可能，比如货物买卖中的标的物毁损灭失给双方造成损失，又比如票据流通中的欺诈给持票人造成损失。所谓间接风险，是指商事活动的直接风险传递给其他利益相关人。比如企业破产给雇员带来损害，公司解散使得所生产产品的用户失去产品质量维护的保障，货物买卖中一方违约造成连环交易故障而使他人受损。

商事活动的风险来源多种多样，大致可以分为市场性风险、自然性风险、道德性风险、社会性风险、技术性风险。所谓市场性风险是指由于市场供求异常而产生的风险。自然性风险是指不可抗力产生的风险。道德性风险是指商事主体违反诚信而形成的风险。社会性风险是指由于政策变化、制度变迁、人为事件如战争等造成的风险。技术性风险是指由于技术落后或者不成熟而产生的风险。人们对于商事活动中风险的看法不尽相同，有的认为，商业所产生的第一个后果就是买卖双方在利害关系上完全敌对和互不信任，采取不道德的手段达到不道德的目的，因而商业就是合法的欺诈。而有的人认为，哪里有商业，哪里就有自由和平的社会秩序，就有善良的风俗。^①前者视商事活动风险为道德的祸根，后者则将避免和化解商事活动风险看成善良的源泉。商

^① 李功国：《商事主体精神与商法》，载王保树主编《商事法论集》第二卷，法律出版社1997年版，第11～13页。

法乃善法，其善在于对商事活动风险的合理有效地避免、化解、限制、分配、利用、管理，从而设计出恰当的规范和制度。

商事风险与商事利润是伴生关系，商事活动是追逐利润的活动，也是挑战风险的活动。为了实现商事活动利润最大化，商事活动当事人自然要想尽办法避免、化解、限制、分配、利用、管理风险。商法也就在这样的过程中经过商事习惯而不断发展。值得注意的是，商事活动的风险性成为商法规制对象时，商法的价值追求不在于效率而在于安全，风险的存在和对安全的追求构成了促进商法发展的张力。如果我们对商法制度内涵加以抽象，就可以发现，其实商法是关于有效避免和限制商事风险、合理化解和分配商事风险、适当利用商事风险的风险管理规则集成。比如，商事登记制度、公示制度、定型化交易制度、有限责任制度、严格责任制度、票据行为无因性和独立性制度、信息披露制度、破产制度、限额赔偿制度等等，都可以从上述角度加以认识。由此，我们可以进一步推进“任何商事活动都具有风险性”命题，发现对风险的避免、化解、限制、分配、利用、管理而形成的制度，是商法的内在衍生逻辑。

三、商法理论假设的解释力和创造力

风险假设理论有什么意义和价值？对于商法来说，其意义是能够解释商事规范和制度形成的理由，其价值是可以针对新型商事活动创建新的理论和规则，并拓展商法研究视野。

长期商事活动中形成的传统商事习惯和商事法规，大多为任意性和选择性规范，其原因在于人们对于商事风险的认识主要是局限于商事活动的当事人之间，遵循意思自治原则，可以由当事人之间自由安排。比如不可抗力的约定就是典型的例子。合伙人对合伙债务承担无限连带责任，源于债务必须履行的基本观念，而这种观念所包含的是债务风险应当由债务人承担的惯例。当商

事组织上升为公司时，投资人为什么对公司债务仅承担有限责任？这其实也是风险分配规则，在公司债权人和公司股东之间重新分配风险。尽管公司债权人与公司股东之间没有直接关系，但是在交易普遍化时代，同一主体在不同法律关系中分别处于公司债权人和公司股东地位的情形是经常发生的。于是，角色交替博弈过程逐渐显现股东有限责任规则获得认同。商法从商事习惯上升到制定法，最明显的特征是对待风险的处理措施发生变化。在商事习惯阶段，由于商事风险主要影响的是当事人，因而处理风险的措施也就是当事人的意愿以及由此形成的先例。但是，当商事活动的风险扩张到更多人群时，处理风险的合意难以形成，也没有先例可供遵循。于是通过议会立法来处理风险问题便成为必要。立法对风险的处理采用何种态度，是由立法者来替代相关利益者还是由立法者引导相关利益者，甚而立法者要求相关利益者必须服从其要求。表现在法律规范上就是用何种规范处理风险的问题。一般来说，凡是仅涉及当事人之间利益的风险问题，应当尊重双方对风险处理的合意，如果当事人难以形成合意，则提供可以遵循的风险处理规范，而不必直接替代当事人。但是，如果不仅仅是商事活动当事人之间的风险而涉及多数人利益的风险问题，则需要立法者从公正角度提供并要求商事活动当事人必须要执行的强制性规范。现在，我们用这个原理解释商法规定中一些难以界定的规范。比如，我国公司法规定有限公司董事会由3~13人组成，这是任意性规范还是强制性规范？如果从风险处理角度来看，董事会是公司的执行机构和经营决策机构，其决定和执行事项具有风险处理的作用，但是组成人数与风险处理没有直接联系，因而董事会组成人数的规定应该属于任意性规范。然而，董事会对财产的处理（担保、转让、租赁等）是影响到股东、债权人、职工利益的风险行为，必须遵循强制性规则（得到股东会同意，不影响债权人利益和职工利益，否则无效）。

现代商法所调整的商事关系，已经具有一定程度的社会性，在这样的基础上处理风险问题，不得不考虑公益。这就是商法强制性规范需要适度加强的理由。在公益与私利、自由与安全、公平与效率等一系列具有内在冲突的价值范畴中，用风险处理观点来看待商法的倾向性选择和协调性兼顾，可以得到以下分析意见：

(1) 保障私利，协调公益。商事利益就本质来说，属于私人利益。商事活动的基本性质是私人（法人、自然人）之间的活动。一般来说，在私人之间利益不发生冲突的情况下，商事活动的开展会增进私人利益。但是，商事活动又是一种具有社会性的活动。商事活动必然与其他不特定商事主体以及非商事主体发生关系并且可能发生利益冲突。在此状态下，商法的基本态度是划出公共利益的范围，并确定商事活动不得损害公共利益。在不损害公共利益条件下的空间，是商事活动的空间，也是追求私利的空间。商法对私利的保障，不是通过列举私利的种类和范围，而是通过划定公共利益的范围以及列举商事禁止性或者命令性行为规范来实现。因此，私利的主张，可以不需要有具体对应的法律依据，而是考量其是否违反了强制性（命令性、禁止性）法律规范。商法的基本属性是私法，故在私利与公益的关系处理上，采用的是私法价值取向和方法。换言之，商法不负有维护社会公共利益的重任。^①

(2) 保障安全，协调自由。一般来说，最大自由的商事活动空间是获得最大商事利益的必要条件。然而自由本身就包含着风险。在商事活动中，自由与安全都不是目的，获利才是目的。商事活动需要自由，但是商法不是对商事活动自由的直接满足，而是对商事活动安全的保障，从而实现商事活动目的。所以，在自

^① 赵万一著：《商法基本理论研究》，法律出版社2002年版，第101页。

由与安全的价值协调中，商法是通过安全的保障为前提来满足自由的。在商事活动中，自由是个体性的选择，安全除了具有个体性商事利益安全之外，还包括相对人和利害关系人的利益安全。就个体性商事活动自由与商事利益安全的关系来看，商法的价值选择是以自由优先。如果个体性商事活动自由涉及相对人或者利害关系人利益的安全问题时，商法是以安全价值优先来协调自由。比如，关于合伙内部约定自由与相对人利益保障关系，商法采取的是内部约定不得对抗善意相对人；公司关于利润分配的自由不得损害公司债权人、公司职工的利益安全；票据原因关系当事人的自由约定与票据关系当事人的权益相分离；破产人对财产的处分自由要受到保障债权人利益的约束。

(3) 保障效率，协调公平。公平与效率的关系是一个古老而又常新的问题。一般来说，公平有三种理解：第一，公平即结果的平等，即收入均等或财产分配的均等。第二，公平即机会平等和权利平等，即“获取收入和财产的机会均等”。^① 第三，公平是矫正后的平等。由于个人在禀赋和能力上的差异，即使给予每个人参与市场竞争的公平机会，也不能够保证他们在获胜机会上拥有平等的起点，因而通过重新分配资源以矫正事实上的不平等。效率的一般意义是指消耗的劳动量与获得的劳动效果的比率。关于公平与效率关系的论争，大致有公平优先、效率优先、公平与效率兼顾三种观点。如果说，经济学以效率为核心价值，那么法律学则是以公平为核心价值。值得注意的是，法律学上的公平有形式公平和实质公平之分，效率也有个体效率和社会效率之别。商法注重个体效率，但同时也强调形式公平。商法对效率的追求其实是通过风险的回避和化解来实现的。在商法制度中有交易定型化、权利证券化、程序简易化、行为外观化、责任严

^① 厉以宁著：《经济学的伦理问题》，北京大学出版社1997年版，第13页。