



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

中国商事立法研究

Research on China's Commercial Law Legislation

张保红◎著



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

中国商事立法研究

Research on China's Commercial Law Legislation

张保红◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国商事立法研究 / 张保红著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2421 - 4

I. ①中… II. ①张… 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(2019)第 004664 号

中国商事立法研究
ZHONGGUO SHANGSHI LIFA YANJIU

张保红 著

责任编辑 孙东育 王 珊
装帧设计 李 瞻

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 三河市龙大印装有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 23.75
字数 303 千
版本 2019 年 1 月第 1 版
印次 2019 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 83938334/8335

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2421 - 4

定价: 89.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编 辑 委 员 会

顾 问：王乐泉
主 任：陈冀平
副 主 任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委 员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建森 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
应松年 赵秉志 赵旭东 郑成良 张庆福 张守文
张卫平 张新宝 朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年中国法学会后期资助项目设立以来，累计立项60余项成果，已交付出版40余部。今后每年我们还将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2018年7月

内 容 提 要

商法及商事立法目前非常尴尬：民法固有的理念、原则和制度支配着我国商法的制度建设和发展，商法及商事立法处于非常弱势的地位。之所以如此，是因为商法的灵魂与制度为民法所占据，商法很难再提出一般理论。商法应当以效率与安全重塑自己的灵魂。商事立法也应当得到应有的重视。

第一章：商事立法的模式选择。近代商法先于近代民法产生。近代商法诞生于公元 11 世纪的中世纪后期的欧洲，以商人法的形成作为标志，有自己的产生、发展的轨迹，并不起源于罗马法。我国商法立法自清末变法始，主要源自于西方。新中国成立以来，商事立法经历了一些挫折，但现在正逐渐走向正轨。商事立法，主要有民商合一和民商分立两种模式。我国商事立法的理想模式应当是制定《商法通则》，辅之以商事的单行法；我国商事立法的现实模式是搭《民法典》立法的顺风车，将成熟的商事单行法纳入民法典之中。

第二章：商事立法的重大问题。商法在性质上属于私法，所谓商法是公法或兼具公法性的观点均不成立。商法的价值是效率和安全，此有别于民法的自愿与公平（伦理）的价值。商法为营业与营利之法，而民法则是生活和人格发展之法，二者有不同的价值追求。商法的基本原则既应包括民法的基本原则，还应包括商法所特有的基本原则。商法所特有的基本

原则主要有两个：一个是规范原则，即商法以强制性规范参与私法意思自治，以提高交易效率和保障交易安全；另一个是外观原则，商行为的效果以行为人行为的外观为准进行认定。外观原则是商法的基石。

第三章：商法总则。商法，是指为提高交易效率和保障交易安全而调整商人和商行为的法律规范的总称。商人与商行为由民法与商法共同调整，商法调整强调效率安全的一面，民法调整强调意思自治的一面。商法总则应当明确规定商法的法律渊源及其适用次序。商法渊源包括商法法律规范、商业习惯和商法法理。商事习惯与商事法理应当优先于民法规定适用。商法总则应当明确规定规范原则和外观原则。商事活动中，当事人不得以意思自治为由规避商法所规定的强制性规范。外观原则是立法原则，也是司法原则。涉及交易效率和交易安全的地方，除法律或交易习惯另有规定的外，外观原则应当优先适用。

第四章：商人法。商人，指依法登记的适宜从事营利性营业活动的非自然人。商人法应当明确规定商人法定原则。不得设立不符合规定类型的商人；法律以强制性规范规定的具体商人类型的内部治理、财产关系和责任形式，禁止行为人任意变更。商人法的主要使命是塑造独立的商人人格。商人法立法应当着重对商人名称、意思及意思治理机制和财产及财产独立机制三方面对商人人格元素进行塑造。商人法应当规定经理、代办和法定代表。商人法应当详细规定商业登记和商业账簿制度，特别要明确前者的效力。商人法应当就独资企业、合伙企业、公司和破产进行单独立法。

第五章：商行为法。商行为，是指营利性营业行为和法律规定为商行为的行为。商行为多数为法律行为。商事法律行为的主体即商主体被假定为“强而智”，商法规范直接参与意思表示内容的形成，意思表示解释则采外观原则，强调对交易习惯的尊重。商行为法，应当规定商主体为商行为时应当遵循通常商主体之注意义务；应当规定双方商行为的可撤销规

则的限制、缄默视为要约之承诺、违约金调整限制等规则；应当具体规定代理商、行纪商、居间商制度。商行为法，应当就票据、证券、保险、银行、电子商务等法定商行为单独立法。

目 录

Contents

内容提要	1
引 言 商法立法的春天	1
第一章 商事立法的模式选择	5
第一节 国外商事立法	5
一、商法的诞生	5
二、商法发展的高峰：商法典的编纂	12
三、商法典的衰落和商法的新生	14
第二节 国内商事立法	17
一、近代中国的商法	18
二、现代中国的商法	20
第三节 传统商法的模式	22
一、民商分立与民法的第一次商化	22
二、民商合一和民法的第二次商化	24
第四节 中国商法模式	27
一、中国商事立法模式之理想选择	28
二、中国商事立法模式之现实选择	32

三、商事立法的其他问题	40
四、本书所采的商法体系	42
第二章 商事立法的重大问题	46
第一节 商法的性质	46
一、商法私法性的价值	47
二、商法私法性：以法律规范为中心的论证	50
三、商法私法性的维护	59
第二节 商法的界限	62
一、商法的调整对象	62
二、商法与民法	63
三、商法和经济法	72
第三节 商法的价值	84
一、商法价值的内涵	85
二、商法的价值：效率与安全	85
第四节 商法的原则	88
一、传统学说检讨和商法基本原则的确定	88
二、规范原则	91
三、外观原则	101
第三章 商法总则	110
第一节 商法总则的一般理论	110
一、商法的定义	110
二、调整对象	111
三、商法渊源	112

第二节 商法总则的建议条款及条款说明	114
一、调整对象和价值	114
二、商法的基本原则	114
三、商法渊源	116
四、法律适用	120
第四章 商人法	123
第一节 商人法的一般理论	124
一、商人	124
二、商人的人格塑造	146
三、商人人格的消灭	175
第二节 商人法总则的建议条款及条款说明	180
一、商人的定义	180
二、经营范围	187
三、商人法基本原则	191
四、商人的代表	192
五、商业名称	205
六、商业登记	214
七、商业簿记	225
第三节 商人单行法	242
一、独资企业法	243
二、合伙企业法	248
三、公司法	253
四、破产法	259

第五章 商行为法	272
第一节 商行为法的一般理论	273
一、商行为的内涵	273
二、商行为的性质	276
三、法律调整商行为模式	284
四、商事合同的法律规制	288
第二节 商行为法的建议条款及条款说明	296
一、商行为的定义与类型	296
二、商行为的法律规制	299
三、代理商行为的法律规制	307
四、行纪商行为的法律规制	310
五、居间商行为的法律规制	322
第三节 商特别交易法	328
一、银行商务法	328
二、证券法	331
参考文献	347

引言 商法立法的春天

这是民法的春天，而商法仍然在感受着冬天的丝丝寒意！“民法固有的理念、原则和制度支配着我国民商法的制度建设和发展，并几乎包容了我国民商法立法的所有内容。”^①《民法总则》的颁布似乎加固了这种趋势。即便从成文法算起，近代商法也早于近代民法。法国路易十四于1673年和1681年分别颁布了12章111条的《陆上商事条例》与5编《海上商事条例》，而此时法国民事法律尚未完成成文法化，普通民事关系尚适用罗马法与习惯法。标志近代民法产生的《法国民法典》一直到100多年以后才诞生。^②

如果说近代私法的躯体源自罗马法，那么其灵魂则来源于商人法。罗马法轻意思而重形式。梅因将契约区分为粗糙形式的契约和成熟时期的契约。“粗糙形式的契约存在于古代法之中，毫无‘允诺’之思想存在，其十分重视仪式，一旦某一仪式被误用或被忽略，其相应的契约就不能够产生法律上的效力。相反，若仪式的所有要素已经完备，即便其相应的契约是在欺诈或胁迫的情形下作出的，该契约的效力也不会因此而受到任何影响。这种在近现代民法看来不能理解的现象在当时并不为奇，因为近现代

① 邹海林主编：《中国商法的发展研究》，中国社会科学出版社2008年版，第2页。

② 参见范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社2004年版，第37页。

民法之中，人们重视的是一个包含特定允诺的意思，而在古代法中，其所强调的是一个完整无缺的仪式。”^① 商法的出现，给复兴中的罗马法注入了灵魂。近代私法的根基是平等和自由，而自由最核心部分即契约自由则主要是由商人实践出来的。法国 1791 年以法律的形式宣布“工商自由原则”，并制定了“勒沙佩里耶法”（loi Le Chapelier）重申行会的消灭。此后，人人皆商的理念深入人心，商人也不再得到行会的保护。^② 张国键认为，商法首创自由主义，“即契约自由，与方式自由。自 19 世纪时期，法、德、奥、瑞士诸国，对从前所加于契约自由的各种限制，都先在商事方面，予以废除”。^③ “历史地观察，商法是合同自由的积极领路人。”^④

但是，商法一度迷失了自己。“商法的内容是朦胧的，商法的边界是模糊的，商法的位置在哪里？……我们知道它的过去，但却说不清它的现在，也看不透它的未来，我们似乎被笼罩在商法的烟雾中。”^⑤ 商法的价值原本是营业自由^⑥ 和契约自由。随着人人平等观念的倡导和社会生活的普遍商化，商法的价值被民法蚕食。民法将营业自由和契约自由包装成意思自治原则；再将商法的商事合同拿走，等等。^⑦ 但民法只愿意摄取商法的灵魂，享受商法的精华，其余残肢剩体则任凭其散落一地。商法能够继续存在，“不如说是被容忍了”。^⑧ 商法在对抗民法的战斗中节节失利。追求

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1996 年版，第 154 页。转引自刘保玉、郭栋：《权利外观保护理论及其在我国民法典中的设计》，载《法律科学》2012 年第 5 期。

② 参见 [法] 伊夫·居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社 2004 年版，第 17 页。

③ 张国键：《商事法概要》，三民书局 1986 年版，第 7 页。

④ [德] C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 8 页。

⑤ 赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛》2002 年第 1 期。

⑥ 将营业自由依旧作为商法的基本原则（叶林主编：《商法学原理与案例教程》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 15 页）是不恰当的。自由是民法的理念，商法强调营业自由不过是商法意思自治原则的重申。只有与民法的理念有所区别，商法才能取得立足之地。

⑦ 本书认为，商事合同依然属于实质商法的范畴。

⑧ [法] 克洛德·波波：《商法》，刘庆余译，商务印书馆 1998 年版，第 16 页。

“个体自由的田园牧歌式的民法”总能引起人们的共鸣；民法的正统性、普适性和理论性总能引起立法者的好感。民法的抽象能力无与伦比，令无数法律学者为之痴迷。渊源于罗马，形成于德国的物权和债权制度，几乎具有概括所有财产权利的能力；法律行为，更是德国私法学的巅峰之作，“几乎可以包容人世间任何性质的行为和交易关系”。^①而商法只能给出一些配方，却无法提出一般理论。^②一般理论的缺乏遭到了民法的揶揄：“那些长期独立于法典之外的商事单行法规，彼此之间没有紧密的关联，迫切需要抓住最后一根救命稻草，即民法典。”^③商法面临如此窘境不单是商法的悲哀，也是市场经济的悲哀：民法和经济法不仅蚕食着商法的精华，而且也蚕食着市场的特色和自主。

商法需要找回自己的价值。今天市场经济的精细化给了商法重聚理念的机遇。经济领域越发依赖法律技术规范对各种具体的商事关系进行精巧的设计和规制。民事生活中，人们不会每天订一份婚约或购买一份房产，因此，人们面临此等合同，总有充裕的时间综合考量，以制定一份对于自己可谓是“量体裁衣”的契约。但在商业活动中，时间就是金钱，商事交易迅速而又大量重复，交易人没有时间也没有必要去思考交易细节。只要交易能够带来财富，交易人也不在乎交易是否能够满足个人生活需要。此种情形下，交易人只有信任已经建立起来的交易机制。^④这种交易机制必

① 施天涛：《商法学》（第3版），法律出版社2006年版，第46页。

② 参见[法]伊夫·居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社2004年版，第12页。学者范健、王建文认为，“商法起源于商事交易和惯例，不像民法起源于罗马法，它是一门实践性法学，从一开始就没有完整的理论，许多国家是先有商事习惯后有商事法律，再有商法理论”。范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社2004年版，第2页。这些论述不无道理，但商法没有完整的理论更多是民法掠夺的结果。

③ 许中缘：《商法的独特品格与我国民法典编纂》（上），人民出版社2017年版，第32页。

④ 参见[法]伊夫·居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社2004年版，第11页。

然建立，无论它是基于个人不断的实践，还是基于习惯、法律，^①因为它是市场的内在规律和商主体的内在需要。商法上的这些技术规范背后的理念不是管制，而是对效率 and 安全的追求。效率和安全即是新时期下商法的价值。此种商法价值，是市场经济深化后独有的价值，不能被民法和经济法所掠夺。民法无论如何，也不能只讲效率和安全，而忽视对万千生活的规范。效率安全尽管最终的追求是自由，但很难完全等同于自由。商法在价值上，完成了对民法的又一次超越。商法或许永远无法像民法那样有精美的体系和缜密的理性，但这未必是商法的缺点。诚如罗科斯·庞德所言：“就抽象体系而言，普通法略逊一筹。但若考察单个纠纷的实际解决，普通法却总占上风。”^②商法借助其形式灵活、身段柔软，可以大量吸收商业习惯以补充成文法的不足，从而达到与普通法类似的效果。

商法价值即是商法的灵魂。商法不再迷失自己，商法灵魂的回归，^③预示商事立法的春天即将来临！如果冬天来了，春天还会远吗？^④

① 商法发源于习惯法，绝大部分商法规范是商事习惯的规范化。

② [美] 罗科斯·庞德：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年版，第 3 页。

③ 需要制定《商法通则》以彰显商法的价值，否则商法的灵魂无所依归。

④ 雪莱：《西风颂》。

第一章 商事立法的模式选择

第一节 国外商事立法

一、商法的诞生

一般认为，商法诞生于公元 11 世纪的中世纪后期的欧洲，以商人法的形成作为标志。商人法首先在意大利地中海沿岸形成，并被称为欧洲各国商法的“母法”。法国、德国、西班牙等国的商人法多是把意大利商人法中适合本国情况的内容收集起来，加以汇编适用。^① 商法的诞生是多种因素共同作用的结果。

（一）产生背景

欧洲中世纪是一个典型的农业社会。自给自足的自然经济使得贸易长期处于半消亡状态。到了 11 世纪，情况有了一些好转，当时商业已经具备了发展条件。商人们迫切需要统一、明确的贸易规则以扫除商业发展的制度障碍。但是，当时的社会环境和法律环境于贸易十分不利。“商

^① 参见何勤华主编：《法国法律发达史》，法律出版社 2001 年版，第 245 页。