



中国社会科学院创新工程学术出版资助项目
中国哲学社会科学学科发展报告·当代中国学术史系列



商法基础理论研究的新发展

NEW DEVELOPMENT OF BASIC THEORIES
OF COMMERCIAL LAW

邹海林 张 辉 ● 著

中国社会科学出版社

中国法学新发展系列总主编 陈甦



中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

中国哲学社会科学学科发展报告·当代中国学术史学系列



商法基础理论研究的新发展

NEW DEVELOPMENT OF BASIC THEORIES
OF COMMERCIAL LAW

邹海林 张 辉 ● 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法基础理论研究的新发展 / 邹海林等著. —北京: 中国社会科学出版社, 2013. 12

(中国法学新发展系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3887 - 8

I. ①商… II. ①邹… III. ①商法 - 研究 IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 011894 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 周 昊
责任印制 李 建

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 12 月第 1 版
印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 17.5
插 页 2
字 数 293
定 价 50.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

《中国哲学社会科学学科发展报告》

编辑委员会

主 任 王伟光

副主任 李 扬

编 委 (以姓氏笔画为序)

卜宪群	王国刚	王 巍	唐绪军	邢广程	张宇燕
张顺洪	李汉林	李 平	李 周	李向阳	李 林
李 薇	李培林	王建朗	吴恩远	陈众议	陈泽宪
陆建德	房 宁	金 碚	杨 光	卓新平	周 弘
郝时远	郑秉文	赵剑英	晋保平	刘丹青	黄 平
朝戈金	程恩富	谢地坤	裴长洪	蔡 昉	潘家华

总策划 赵剑英

统 筹 曹宏举 王 浩 任 明

总 序

当今世界正处于前所未有的激烈的变动之中，我国正处于中国特色社会主义发展的重要战略机遇期，正处于全面建设小康社会的关键期和改革开放的攻坚期。这一切为哲学社会科学的大繁荣大发展提供了难得的机遇。哲学社会科学发展的目前面对三大有利条件：一是中国特色社会主义建设的伟大实践，为哲学社会科学界提供了大有作为的广阔舞台，为哲学社会科学研究提供了源源不断的资源、素材。二是党和国家的高度重视和大力支持，为哲学社会科学的繁荣发展提供了有力保证。三是“百花齐放、百家争鸣”方针的贯彻实施，为哲学社会科学界的思想创造和理论创新营造了良好环境。

国家“十二五”发展规划纲要明确提出：“大力推进哲学社会科学创新体系建设，实施哲学社会科学创新工程，繁荣发展哲学社会科学。”中国社会科学院响应这一号召，启动哲学社会科学创新工程。哲学社会科学创新工程，旨在努力实现以马克思主义为指导，以学术观点与理论创新、学科体系创新、科研组织与管理创新、科研方法与手段创新、用人制度创新为主要内容的哲学社会科学体系创新。实施创新工程的目的是构建哲学社会科学创新体系，不断加强哲学社会科学研究，多出经得起实践检验的精品成果，多出政治方向正确、学术导向明确、科研成果突出的高层次人才，为人民服务，为繁荣发展社会主义先进文明服务，为中国特色社会主义服务。

实施创新工程的一项重要内容是遵循哲学社会科学学科发展规律，完善学科建设机制，优化学科结构，形成具有中国特色、结构合理、优势突出、适应国家需要的学科布局。作为创新工程精品成果的展示平台，哲学社会科学各学科发展报告的撰写，对于准确把握学科前沿发展状况、积极推进学科建设和创新来说，是一项兼具基础性和长远性的重要工作。

中华人民共和国成立以来，伴随中国社会主义革命、建设和改革发展的历史，中国特色哲学社会科学体系也处在形成和发展之中。特别是改革开放以来，随着我国经济社会的发展，哲学社会科学各学科的研究不断拓展与深化，成就显著、举世瞩目。为了促进中国特色、中国风格、中国气

派的哲学社会科学观念、方法和体系的进一步发展,推动我国哲学社会科学优秀成果和优秀人才走向世界,更主动地参与国际学术对话,扩大中国哲学社会科学话语权,增强中华文化的软实力,我们亟待梳理当代中国哲学社会科学各学科学术思想的发展轨迹,不断总结各学科积累的优秀成果,包括重大学术观点的提出及影响、重要学术流派的形成与演变、重要学术著作与文献的撰著与出版、重要学术代表人物的涌现与成长等。为此,中国社会科学出版社组织编撰“中国哲学社会科学学科发展报告”大型连续出版丛书,既是学术界和出版界的盛事,也是哲学社会科学创新工程的重要组成部分。

“中国哲学社会科学学科发展报告”分为三个子系列:“当代中国学术史”、“学科前沿研究报告”和“学科年度综述”。“当代中国学术史”涉及哲学、历史学、考古学、文学、宗教学、社会学、法学、教育学、民族学、经济学、政治学、国际关系学、语言学等不同的学科和研究领域,内容丰富,能够比较全面地反映当代中国哲学社会科学领域的研究状况。“学科前沿研究报告”按一级学科分类,每三年发布,“学科年度综述”每年度发布,并都编撰成书陆续出版。“学科前沿研究报告”内容包括学科发展的总体状况,三年来国内外学科前沿动态、最新理论观点与方法、重大理论创新与热点问题,国内外学科前沿的主要代表人物和代表作;“学科年度综述”内容包括本年度国内外学科发展最新动态、重要理论观点与方法、热点问题,代表性学者及代表作。每部学科发展报告都应当是反映当代重要学科学术思想发展、演变脉络的高水平、高质量的研究性成果;都应当是作者长期以来对学科跟踪研究的辛勤结晶;都应当反映学科最新发展动态,准确把握学科前沿,引领学科发展方向。我们相信,该出版工程的实施必将对我国哲学社会科学诸学科的建设与发展起到重要的促进作用,该系列丛书也将成为哲学社会科学学术研究领域重要的史料文献和教学材料,为我国哲学社会科学研究、教学事业以及人才培养作出重要贡献。

王伟光

中国法学新发展系列丛书

编 委 会

总 主 编 陈 甦

编 委 王家福 梁慧星 李 林 陈 甦

陈泽宪 孙宪忠 刘作翔 莫纪宏

李明德 王敏远 周汉华 邹海林

张广兴 熊秋红 田 禾 冀祥德

沈 涓 赵建文 朱晓青 柳华文

学术秘书 席月民

《中国法学新发展系列》序

历史给了中国机会，而我们在场。历史正在给中国法治进步和法学繁荣以机会，而我们正好在场。回首历史，恐怕没有哪个时代会像当今那样，给了法学研究者这样多的可以有所作为也必须有所作为的机会与责任。社会发展需要法治进步，法治进步需要法学繁荣。我们真的看到，在社会发展和法治进步的期望与现实的交织作用下，在以改革、发展、创新为时代价值的理论生成机制中，中国法学的理论建树与学科建设均呈现出前所未有的成就，其具体表现是那样的明显以至于任何法学研究者均可随意列举一二。因此，在中国法学的理论形成与学科发展的场域中，我们有足够的与我们学术努力与事业贡献相关的过程与结果事例作为在场证明。

但是，我们作为法学研究者，是否对我们的理论创造过程以及这一过程的结果，特别是这一过程中的自己，有着十分清醒与充分准确的认识，这恐怕不是单靠态度端正或者经验丰富就能简洁回答的问题。在当前的学术习惯中，对法学研究成果的认识与评价缺乏总体性和系统性，往往满足于某项单一指标的概括标识和简要评述。对于法学研究成果，通常依赖著述发表载体、他引次数、获奖等级等指标进行衡量；对于法学研究过程，通常要在教科书的理论沿革叙述、项目申报书的研究现状描述中获得了解；对于法学研究主体，通常要靠荣誉称号、学术职务甚至行政职务予以评价。（当然，这种学术习惯并不为法学专业所专有，其他学科亦然。）这些指标都是有用的，作为一定范围或一定用途的评价依据也是有效的。但是，这些指标也都是有局限的，都是在有目标限定、范围限定和方法限定的体系中发挥着有限的评价功能。由于这些指标及其所在评价体系的分散运作，其运作的结果不足以使我们在更宏大的视野中掌握中国法学的理论成就和学科发展的整体状况，更不足以作为我们在更深入的层次上把握法学研究与学科建设规律性的分析依据。然而，这种对法学理论与学科现

状的整体掌握,对法学研究与学科规律性的深入把握,都是十分重要的,因为这是法学研究者得以自主而有效地进行学术研究的重要前提。因其对法学理论与学科现状的整体掌握和对法学研究与学科建设规律性的深入把握,法学研究者才能在法学的理论形成与学科发展的过程中,明晰其理论生长点的坐标、学术努力的方向和能动创造的维度,从而做出有效的学术贡献,而不是兴之所至地投入理论形成机制中,被法学繁荣的学术洪流裹挟前行。为有效的法学研究助力,这就是我们为什么要撰写中国法学的学科新发展系列丛书的初衷。

在规划和撰写本系列丛书时,我们对“学术研究的有效性”予以特别的关注和深入的思考。什么是“有效的”学术研究,“有效的”学术研究有何意义,如何实现“有效的”学术研究,如此等等,是始终萦绕本系列丛书整个撰写过程的思维精灵。探求学术研究的有效性,不是我们意图为当今的学术活动及其成果产出设置标准,实在是为了本系列丛书选粹内容而设置依据,即究竟什么才是理论与学科“新发展”的判断依据。

首先,有效的法学研究是产生创新性成果的研究,而不是只有重复性效果的研究。学术研究的生命在于创新,法学研究的过程及其成果要能使法学理论得以丰富,使法治实践得以深入,确能实现在既有学术成果基础上的新发展。但由于读者、编辑甚而作者的阅读范围有限或者学术记忆耗损,许多只能算作更新而非创新的法学著述仍能持续获得展示机会,甚而旧作的迅速遗忘与新作的迅速更新交替并行。法学作为一门应用性很强的学科,观点或主张的反复阐释固然能加深世人印象并有助于激发政策回应,但低水平重复研究只能浪费学术资源并耗减学术创新能力,进而会降低法学研究者群体的学术品格。通过与最新的法学研究既有成果进行再交流与再利用,有助于识别与判定法学理论创新的生长点,从而提高法学知识再生产的创新效能。

其次,有效的法学研究是有真实意义的研究,而不是只有新奇效应的研究。法学应是经世致用之学,法学研究应当追求研究成果的实效性,其选题确为实际中所存在而为研究者所发掘,其内容确能丰富法学理论以健全人们的法治理念、法治思维与法治能力,其对策建议确有引起政策回应、制度改善的可能或者至少具有激发思考的价值。当然,法学研究不断取得发展的另外一个结果就是选题愈加困难,法学研究者必须不断提高寻找选题的学术敏感性和判断力以应对这种局面,而不是在选题的闭门虚设

与故作新奇上做功夫。谁也不希望在法学研究领域也出现“标题党”与“大头军”，无论是著述标题亮丽而内涵无着的“标题党”，还是题目宏大而内容单薄的“大头军”，都不可能成为理论创新的指望。力求真实选题与充实内容的质朴努力，才是推进有效的法学研究的主要力量。

再次，有效的法学研究是有逻辑力量的研究，而不是只有论断效用的研究。法学研究的创新并不止步于一个新理论观点的提出或者一个新制度措施的提倡，而是要通过严格的论据、严谨的论证构成严密的论点支撑体系，由此满足理论创新的逻辑自治要素。法学创新的判断标准实质上不在于观点新不新，也不在于制度建议是不是先人一步提出，而是在于新观点、新建议是否有充分的逻辑支撑和清晰的阐发论述。因为缺乏论证的新观点只能归属于学术武断，而学术武断只能引起注意却不能激发共鸣。法学研究者常常以其学术观点或制度建议被立法采纳作为其学术创新及其价值的证明，其实在理论观点或制度建议与立法采纳之间，很难确立以特定学者为连接点的联系，即使能够建立这种联系，导致立法采纳的原由也并不在于观点或建议的新颖性，而在于观点或建议的论证充分与表述清晰。

第四，有效的法学研究是有利他效应的研究，而不是只有自我彰显效能的研究。在法学研究的运作机制中，学术成果固然是学者个人学术创造力的结晶，其学术影响力是作品的学术质量与作者的学术声誉的综合评判，但学术成果的正向价值却是其学术影响力的本质构成要素。法学研究成果必须有益于法治进步、社会发展和人民福祉，也就是具有超越彰显个人能力与成就的利他效应。如果法学研究成果的形成目的只是在于作者的自我满足，或者其表达效果只有作者自己能够心领神会，其作用结果无益于甚至有损于法治进步、社会发展和人民福祉，那就绝不能视为有效的法学研究。所以，坚守学术成果的正向价值，提高具有正向价值的学术成果的可接受性，是实现法学研究有效性的根本要件。

本系列丛书最为主要的撰写目的，就是通过对一定时期我国法学研究成果的梳理与选粹，在整体上重构我国法学研究既有成果的表述体系，从中析出确属“新发展”的内容成分并再行彰显，以有助于对中国法学研究现状的整体掌握与重点检索，从而促使当今的法学研究能够实现如上所述的有效性。在此主要目的之外，还有一些期望通过本系列丛书达到的目的。诸如其一，有助于提高法学专业学生的学习效率与研读效果。本系列丛书将法学二级或三级学科在近期的知识积累和学术发展予以综合、梳理

和评价,从而构成一般法学教科书之外并超越一般法学教科书的知识文本体系。通过阅读本系列丛书,可以更为系统准确地掌握中国法学某一领域的知识体系、学术重点、研究动态、理论沿革、实践效果以及重要学者。其二,有助于强化法学研究人员的学术素质养成。一个学者能够完成法学某个二级学科或三级学科新发展的撰写,就一定会成为这个法学二级学科或三级学科的真正专家。因为他或她要近乎被强迫地对该学科领域学术著述进行普遍阅读,由此才能谈得上对该学科领域新发展的基本把握;要深下功夫对该学科领域的各种学术事件和各家理论观点进行比较分析,由此才能做出是否确属法学新发展的准确判断。通过对法学某个二级学科或三级学科新发展的撰写,可以提高作者对法学研究成果的学术判断力和法学科科研规律的认识能力。其三,有助于加强科研人才队伍建设。本系列丛书的主要作者或主编均为中国社会科学院法学研究所和国际法研究所的科研人员,通过本系列丛书的撰写,不仅使法学所和国际法所科研人员的个人科研能力获得大幅度提升,也使得法学所和国际法所的科研人员学科布局获得质量上的均衡,从而使法学所和国际法所的整体科研能力获得大幅度提高。说来有些自利,这也是法学所和国际法所何以举两所之力打造本系列丛书的重要原因之一。

本系列丛书以法学某个二级或三级学科作为单本书的撰写范围,基本上以《××学的新发展》作为书名,如《法理学的新发展》、《保险法学的新发展》等。如果不便称之为“××学的新发展”,便以《××研究的新发展》作为书名,如《商法基础理论研究的新发展》。本系列丛书的规划初衷是尽可能的涵括所有的法学二级学科或三级学科,但由于法学所和国际法所现有科研人员的学科布局并不完整,尤其是从事不同法学二级或三级学科研究的科研人员的素质能力并不均衡,即使联合外单位的一二学界同道助力,最终也未能实现本系列丛书涵括范围的完整性。这种规划上的遗憾再次提醒我们,加强科研队伍建设,既要重视科研人员个体科研能力的提高,也要重视一个机构整体科研能力的提高。我们希望,如果五年或十年之后再行撰写中国法学新发展系列丛书时,其所涵括的法学二级或三级学科将会更多更周延。

本系列丛书对各个法学二级或三级学科研究成果的荟集范围,限于2000年至2012年间已发表的专业著述。既然阐释学科新发展,总得有一个适当的标定期间范围。期间太短,则不足以看清楚学科新发展的内容、

要点、意义与轨迹；期间太长，则不便称之为学科的“新发展”。本系列丛书选萃材料的发表期间截止为2012年，这是本系列丛书的撰写规划年份，也是能够从容荟集材料并析出其中“新发展”要素的最近年份；本系列丛书选萃材料的发表期间起始为2000年，倒不是因为2000年在法学研究的学术历史中有什么特别意义，只是因为前至到2000年能够确立一个易于阐释学科新发展的适当期间。当然，人们通常认为2000年是新世纪的起点，以2000年为起始年份，多少有些借助万象更新好兆头的意思。

本系列丛书中每本书的具体内容由其作者自行把握，在丛书规划上只是简略地做出一些要求。其一，每本书要从“史、评、论”三方面阐释一个法学二级或三级学科的新发展。所谓“史”，是指要清晰地描述一个学科的发展脉络与重要节点，其中有意义的学术事件的起始缘由与延续过程，重点理论或实践问题研究的阶段性结果，以及各种理论观点的主要内容与论证体系，特别是各种观点之间的起承转合、因应兴替。所谓“评”，是指对一个学科的学术事件和各家观点予以评述，分析其在学术价值上的轻重，在理论创新上的得失，在实践应用上的可否。所谓“论”，是指作者要对撰写所及的该学科重要理论或实践问题阐释自己的看法，提出自己的观点并加以简明论证。“史、评、论”三者的有机结合，可以使本系列丛书摆脱“综述大全”的单调，提升其作为学术史研究的理论价值。这里特别需要说明的是，因本书撰写目的与方法上的限定，“论必有据”中“据”的比重较大，肯定在重复率检测上会获得一个较高的数值。对属于学术史研究的著述而言，大量而准确地引用学界既有论述是符合学术规范的必要而重要之举。可见，重复率检测也是很有局限性的原创性判定方法，本系列丛书的重复率较高并不能降低其原创性。其二，每本书要做一个本学科的关键词索引，方便读者对本书的检索使用。现在的大多数学术著作欠缺关键词索引，不方便读者尤其是认真研究的读者对学术著作的使用。本系列丛书把关键词索引作为每本书的必要构成，意在完备学术规范，提高本系列丛书在学术活动中的利用价值。其三，每本书在其书后要附上参考资料目录。由于2000至2012年间的法学著述洋洋洒洒、蔚为大观，在确定参考资料目录上只得有数量限制，一般是每本书所列参考资料中的学术论文限100篇，学术专著限100本，只能少列而不能多列。这种撰写要求的结果，难免有对该学科学术成果进行重要性评价的色彩。但因作者的阅读范围及学术判断力难以周全，若有“挂百漏

万”之处，万望本系列丛书的读者海涵。

中国社会科学院正在深入推进的哲学社会科学创新工程，是哲学社会科学研究机制的重大改革。其中一项重要的机制性功能，就是要不断提高科研人员和科研机构的科研效能、科研效率与科研效果。深入系统地掌握具体学科的发展过程与当前状况，不仅是技术层面的学术能力建设，更是理念层面的学术能力建设。因为对既有科研过程和学术成果的审视与省察，可以强化科研人员的学术自省精神和学者社会责任，从而提高理论创新的动力与能力。中国社科出版社以其专业敏锐的学术判断力，倾力打造学科新发展系列图书，不仅是“中国法学新发展系列丛书”的创意者，更是本系列丛书的规划者、资助者和督导者。正因法学所、国际法所与中国社科出版社之间的良性互动，本系列丛书才得以撰写完成并出版面世。可见，科研机构与出版机构之间的良性互动与真诚合作，确是学术创新机制的重要构成。

陈 甦

2013年7月1日于北京

目 录

第一章 商法研究的基本情况	(1)
第一节 商法研究的状况	(1)
第二节 商法研究的主要问题	(5)
第三节 商法研究的成果	(7)
第二章 商法的体系化	(9)
第一节 商法的独立性	(9)
一 商法的独立性发展：历史的视角	(9)
二 商法的独立性发展：学者的视角	(10)
三 民法与商法的关系	(11)
第二节 商法的渊源	(13)
第三节 民商合一与民商分立的选择	(14)
一 民商合一模式	(14)
二 民商分立模式	(16)
三 民商合一与民商分立的选择	(17)
第四节 商法体系化的方式	(21)
一 商法体系的构建方式	(21)
二 商法法典化的必要性	(24)
三 《商事通则》的构建	(32)
第三章 商法的价值与基本原则	(42)
第一节 商法的价值	(42)
一 商法的价值的独立性	(42)
二 商法的价值的内容	(43)

第二节 商法的基本原则	(46)
一 商法基本原则的独立存在	(46)
二 商法基本原则的地位与作用	(47)
三 商法基本原则的内容	(49)
第三节 商法的基本原则解析	(54)
一 关于商法的自由原则	(54)
二 关于商法的效益原则	(55)
三 关于商主体法定原则	(58)
四 关于维护交易安全原则	(61)
五 关于商法的企业维持原则	(65)
 第四章 商主体论	(67)
第一节 商主体概述	(67)
一 概念的选择	(67)
二 商人、商主体抑或企业	(70)
三 商主体的概念	(74)
四 商主体的特征	(76)
五 关于商主体的商事能力	(77)
第二节 商主体的类型	(79)
一 商主体的类型的基础	(79)
二 商个人、商合伙与商法人	(80)
三 商个人的具体形态及法律规范	(82)
四 事实商人	(93)
五 小商人	(94)
第三节 中国商主体立法的构建	(95)
一 中国商主体立法存在的问题	(95)
二 中国商主体立法的重构	(98)
 第五章 商事登记论	(100)
第一节 商事登记概述	(100)
一 概念的选择	(100)
二 商事登记的概念	(101)

三 商事登记的性质	(103)
四 商事登记的功能	(110)
五 商事登记的价值	(114)
六 商事登记的内容	(116)
第二节 商事登记的管理体制	(117)
一 商事登记立法模式	(117)
二 强制登记与任意登记的选择	(122)
三 商事登记管理体制	(123)
第三节 商事登记的审查及其效力	(124)
一 商事登记的审查	(124)
二 商事登记的效力	(131)
三 虚假登记的后果	(137)
四 登记与公告的效力	(138)
第四节 中国商事登记立法	(138)
一 中国商事登记立法存在的问题	(138)
二 中国商事登记立法的完善	(142)
 第六章 商行为论	(148)
第一节 商行为的概念	(148)
一 商行为的界定	(148)
二 商行为的特征	(153)
三 商行为的要件	(155)
四 商行为的性质	(155)
五 商行为的独立性	(157)
第二节 商行为的分类	(163)
一 具体商行为与抽象商行为	(163)
二 双方商行为与单方商行为	(163)
三 一般商行为与特殊商行为	(165)
四 绝对商行为与相对商行为	(166)
五 基本商行为与附属商行为	(167)
六 固有商行为与推定商行为	(170)
第三节 商行为的法律规范	(171)

一	我国的商行为法律规范	(171)
二	我国的商行为法律规范的重构	(172)
第七章	营业论	(177)
第一节	营业的诠释	(177)
一	营业的一般解读	(177)
二	营业的其他解读	(178)
第二节	营业财产	(179)
一	营业财产的认定标准	(179)
二	营业财产的范围	(182)
第三节	营业转让	(185)
一	营业转让的概念	(185)
二	营业转让的本质	(186)
三	营业转让的形式	(188)
四	营业转让的内部决策程序	(190)
五	营业转让合同	(191)
六	营业转让与商号转让	(197)
七	营业转让与债权人保护	(200)
八	营业转让与债务人保护	(207)
九	营业转让时的劳动者保护	(207)
十	营业转让的法律规范体系的完善	(209)
第八章	商事责任与商事审判	(214)
第一节	商事责任	(214)
一	商事责任的独特性	(214)
二	商事严格责任的法理依据	(215)
三	商事严格责任的表现	(216)
四	商事责任的法律规范	(218)
第二节	商事审判的独立性	(219)
一	商事审判概念的确立	(219)
二	商事审判的独立性	(220)
三	商事审判的特征	(222)