

本书是教育部人文社会科学规划项目  
《商法基础理论体系研究》  
最终成果  
批准号 09XJA820006

SHANGFA JICHU LILUN TIXI YANJIU

# 商法基础理论 体系研究

童列春 / 著

民法中的基本范畴是“权利”、“义务”，但是，在商法制度规范之间的互动关系则呈现“职权”、“职责”，权力与责任商事关系法定的基本特征。商事权力是商法理论的基本范畴。商事权力存在于商事制度之外并贯穿于商事程序，并随其制度存在，它和相关当事人的利益与义务相联系，通过合约制度进行安排。商事权力制度的要素包括权力人、职权、职册、支配对象、权力来源、权力行使的程序和手段。其规则是“本我的职责范围范围内职权的权力”。商事权力通过相关制度建立权威，并受到利益、权源、程序、权利限制制度制约，职权赋予权力范围，职权赋予权力约束，职权关系支配权力行使，职权的顺就于权力执行力，个人通过人职取得商事权力，通过职册产生商事权力，通过去职消灭商事权力。

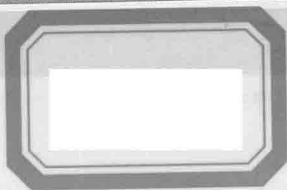


本书是教育部人文社会科学规划项目

《商法基础理论体系研究》

最终成果

准号 09XJA820006



SHANGFA JICHU LILUN TIXI YANJIU

# 商法基础理论 体系研究



童列春 / 著



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

商法基础理论体系研究 / 童列春著. —北京:法律出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6632 - 5

I. ①商… II. ①童… III. ①商法—法的理论—研究—中国 IV. ①D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 163918 号

商法基础理论体系研究

童列春 著

责任编辑 郑 导  
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 廊坊市精彩印刷有限公司

印张 11.25 字数 252 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6632 - 5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 商法理论研究的出走与回归 (代自序)

商法理论研究的现状是不尽如人意的,学者总是徘徊于近代的商人、商行为概念之间,怯怯而又不情愿地套用“法人”、“行为”等民法范畴,总是走不出习以为常而又似是而非的平庸。问题主要不在于学者缺乏智慧与勤勉,也不在于商事实践不能提供充足的素材,甚至不在于研究方法的不足,关键是商法研究者群体精神方面的懈怠;要想突破这种困局,需要研究者完成精神上的出走。

1. 走出近代。在近代的欧美地区,资本主义在政治上取得统治地位,商品经济成为主导经济形式,市场在资源配置中发挥基础性作用,作为市场经济的技术性法律规则的商事法律制度规则得到空前发展,出现了以《法国商法典》、

《德国商法典》为代表的近代商事法典。商法理论有效地回应了商业社会需要和商事立法需要,商人法理论和商行为理论得到发展,以商主体制度、商行为制度、商号制度、商事登记制度、商事账簿制度等为基本内容的近代商法理论体系也在此期间走向成熟,并且影响至今。近两百年以来,市场经济体制已经在地球上得到了极大扩展,从欧美地区走向全世界,全球市场得以形成;商事关系领域已经发生了深刻变化,商主体的形式、内部组织结构均随着商事实践得到持续地再造、选择和优化,出现企业集团、跨国公司这些组织形式;商主体的人格基础以企业为基本形式,已经难以从主体之中看到形象、直观的自然人,如果说在民法中将公司宏观、概括地称为“法人”之时,已经难以观察其中股东的个人形象,那么,在商法中将“商主体”称为“商人”仅仅是一个跛脚的比喻。商人、商行为理论已经远离商事实践,与其同时代的水磨、风车一样显得古旧和简朴,商法理论的现代化已经是当务之急。适合现代商业实践的商事法理论需要解决一系列理论问题,徐学鹿先生在《论我国商法的现代化》一文中认为商法的现代化问题包括:(1)商法在法律体系之中是基本法还是特别法?(2)市场主体在除外规定上,是协议可以改变法律,还是不可改变法律?(3)商法是资本(智力)经营法,还是营利法?(4)市场行为是靠自律还是靠他律?(5)市场主体是强化素质还是强化身份?(6)商事合同与消费者合同分离,特殊保护消费者,还是不分离,平等保护?(7)是合法行为法优先,还是不法行为法优先?(8)商法规范是开放式与国际接轨的还是封闭式的自成体系?(9)商事权利救济机制是以自裁机制为主还是以他裁机制为主?(10)商法是私法还是公法或公法化?总之,当代商法学者需要完成的工作是走出近代,在现代商事实践和现代商事立法的基础上构造现代商法

理论。

2. 走出民法。虽然民法和商法共有私法属性,但是,它们构成私法中相互独立的制度规则体系。在商法之中,民法中的法人、法律行为、物权、债权等基本范畴显得简朴而原始,虽然这些法律制度规则在商法制度规则之中随处可见,但是,这些范畴并非商法制度规则自身,不能直接解释商事制度规则。一些学者常常滑稽地将股权解释为“所有权”、“债权”或“成员权”,这无异于将摩天大楼解释为“水泥”、“沙子”或者“钢筋”。民法调整市民社会的日常生活关系,其制度规则和理论范畴更具有基础性、原始性。商法仅仅是市场经济关系中的技术性规则,具有针对性和专业性。商法拥有独立的调整对象,具备特有的理念和价值原则,其制度规则依据特定的商事功能导向进行设计,这些在商法体系内部形成逻辑的自洽。商法可以借用的是一些与民法共有的理论范畴和制度规则,商法与民法理论范畴和制度规则之间存在共性,但是,商法中许多制度规则的个性恰恰是相对比于民法制度规则而显示存在的。

3. 走出实践。学者需要关注商事实践,但是,学者并非商人,并不是商事实践中的参与人和利益当事人,学者以理论为职业,是旁观者、思考者和设计者,其本职工作是以概念范畴构建商法理论体系,揭示商法的本质、规律,确定商法的理念、价值、原则,设计商法制度规则。赵旭东教授在《商法的困惑与思考》一文中提出商法存在的四大困惑:(1)商法的调整对象是什么?商事关系是什么?商事关系与民事关系如何区分?(2)商行为是什么?商事行为与民事行为如何区分?(3)商事行为是否作为商法的调整对象?是否需要建立单独的商事行为法规范?(4)商法包括哪些内容?其范围如何界定?这种困惑首先反映了学者对于本职

工作的认同,体现了良好的职业操守。商法的困惑不仅仅局限于理论研究领域,在社会生活中,制度规则中的概念错误往往会导致名不副实的滑稽效果,例如,我国法院体系之中的商事法院或商事法庭不见踪影,却出现所谓“民二庭”。最开始是1980年前后,我国各级法院设置“经济审判庭”,受理商事性质的合同纠纷和企业之间的纠纷;2000年最高人民法院推行大民事审判格局,并没有将“经济审判庭”正名为“商事审判庭”,而是将民庭、经济庭、知识产权庭分别改称民一庭、民二庭、民三庭。目前,商事案件的管辖机构是“民二庭”,即“民事审判第二庭”。商事司法中,商事案件一直彰显了自身的逻辑个性,在机构设置上提出了自身的要求。在法院制度设计中出现了“民二庭”却是一种“名不副实”状态。在实践之中,一般发生商事纠纷需要进行诉讼,律师会找到相应管辖机构,法官也会知道不能简单套用民法逻辑。学者是站在实践之外开展研究的,实践不能吞没研究;研究是植物,实践是泥土,植物的生命需要将泥土中的腐败转换为自身的营养。

4. 走出教条。早年读王东华先生的书,记得他讲了一个有趣的段子:牛顿说“我之所以比别人看得更远,是因为站在巨人的肩膀上。”我国的道德家将这种说法解读为牛顿的谦虚。但王东华先生指出这是西方科学家对于权威的态度:只有超越权威才能有所建树。按照中国传统的文化道义,我们只能跪在权威脚下,几千年来,中国没有一个学者自称要站到孔子的肩膀上,世世代代的亿万生灵已经习惯于匍匐于其脚下。所以,我们不能奢求比先人看得远,也无法望其项背,我们能够见到的是其脚背,陶醉于其臭脚丫子的味道。教条主义似乎是文化惯性赋予中国人和中国学者的固有倾向,具有讽刺意味的情形是:商法理论之中却又存在教条供应不足的问题。因为在大陆法系的商法之中,商法学

界长期受到强势的民法理论挤压,民法学界有萨维尼等学界大佛,可以提供大量的教条;商法学界却没有相当人物,拥有足够数量的权威性教条只是梦想。在英美法系之中,商事制度规则创造的成绩斐然,但是,在实用主义哲学的指导下,商法学的抽象理论没有成为严密的庞大体系,至多出现了提出《新社会契约论》的麦克尼尔这样在某个领域有突破的土地菩萨。我国的商法理论研究不能等待西方学者来提供教条,走出教条是中国商法学者的不二选择。

商法研究者既是窘迫的又是幸运的,在困境中出走,出走的结果可能会满载而归。出走不是目的,出走是为了更好地回归。

1. 回归实证。既不要流连于近代,也不要盲从于当下的欧美权威。我们就生活在商事关系之中,生活中大量的商事制度规则在昼夜不息地运行,商人创造的各种商业模式生动地运行于社会生活之中,实践没有对学者做出任何隐瞒;问题是一些学者自绝于实践,拘禁学者的是其自身闭目塞听的态度和观察问题的有色眼镜。回到学术研究的最原始状态,进行格物致知;学者只须冷静观察,深入分析,自然能够实现理论上的建树。研究需要冷静、深入问题的内部,作者认为提出所谓的“民法商法化”、“商法民法化”等肤浅的命题,至多能够表明学者已经对于现代商法中的现象产生好奇。商法学研究需要运用自己的观察,分析鲜活的商事关系和运行规则,在此基础上建构商法学理论体系。

2. 回归批判。革命者的气质是打倒一切,思考者的气质是怀疑一切。思考是研究的起点,批判则是学术上的起步,批判精神是推进学科进步的不二法门。任何一个学科的基础性命题均是要被反复拷问的命题,任何一个权威学说均是要被反复质疑的见解。商法学需要一种讨论和批判的热烈氛围,在这种使人清醒的



环境中,商法学科的研究才能有所作为。

3. 回归商法。构建商法理论的第一步是回归商法本身,寻找其理论基点。商法是调整商事关系的法律制度规则,商主体是商事关系中的行为者,在现代商业社会中,组织技术造就了具备优越商事功能的企业;同时,商事关系之中设计了票据、股票、信用证等商业工具,设计了银行、证券、保险、信托、电信、电子商务、仓储保管、货物运输等商事运行制度,实现了商事关系的运行。在自由、效率、信用、安全和秩序价值之中,商法展示了其不同的层面,德国学者德恩(Dahn)曾经说:“商法是一切法律中最为自由的,同时又是最为严格的。”商法理论研究需要遵循商法自身的逻辑,秉承商法自身的理念,围绕商法的制度功能来设计、分析、完善商事制度规则。

4. 回归建构。凯尔森在《法与国家的一般理论》中认为,“我们对于自己智力工作中想当做工具用的那些术语,可以随意界定。唯一的问题是它们是否将符合我们打算达到的理论目的”。商法中的概念体系是商法和商法学的基石,从表达的意义上说,概念是对事物本质属性的揭示,是人们的认识成果;概念的形成需要揭示其内涵、界定其外延,概念的内涵是指概念所反映的事物本质属性,而概念的外延则是指具有该概念所涵盖事物的范围。对于概念内涵的揭示和外延的界定是一个求真的问题,属于科学性的范畴。商法学概念体系是塑造商法学界、立法界和司法实务界的基本要素,我们掌握了商法概念体系,运用商法概念体系进行思考、运用概念来建构我们的理论,形成了商法学;运用概念构建价值、原则、制度、规则体系,实现了我们的商事立法工作;运用概念来定性纠纷、选择法律规则、衡量各方利益,最终作出裁判。准确界定的概念体系是形成广泛共识的基础,是研究、探讨、

交流的基础,也是商事法律运行的基础。商法学是通过概念建构的学说体系,商法制度规则是借助法律术语建构的规则体系,商法学者需要具备工程师一样的气质,运用商法技术建构商法学和商法制度规则。

# 目 录

## 导 论

### 第一章 民商合一前见与私法理论悬疑

|     |                |    |
|-----|----------------|----|
| 第一节 | 主体法中行为能力理论出现误置 | 13 |
| 第二节 | 亲属法解释受到商法理念误导  | 18 |
| 第三节 | 财产法范畴体系矛盾      | 22 |
| 第四节 | 财产运行法机制中的理论误读  | 24 |

### 第二章 民法与商法的区别

|     |           |    |
|-----|-----------|----|
| 第一节 | 调整对象的区别   | 31 |
| 第二节 | 法律性质功能的区别 | 36 |
| 第三节 | 价值原则的区别   | 40 |
| 第四节 | 主体假设的区别   | 45 |
| 第五节 | 财产关系性质的区别 | 51 |
| 第六节 | 运行机制的区别   | 53 |
| 第七节 | 理论体系结构的区别 | 54 |

|             |    |
|-------------|----|
| 第八节 立法模式的区别 | 56 |
|-------------|----|

### 第三章 商事组织中的权力机制

|                |    |
|----------------|----|
| 第一节 商事组织中的权力   | 60 |
| 第二节 商事组织中的权力设置 | 61 |
| 第三节 商事权力依附于职位  | 69 |
| 第四节 商事权力的法效表现  | 72 |
| 第五节 商事权力的制约方式  | 76 |

### 第四章 商主体制度一般理论

|               |     |
|---------------|-----|
| 第一节 商主体的制度逻辑  | 82  |
| 第二节 商事权利能力    | 95  |
| 第三节 商事行为能力质疑  | 123 |
| 第四节 商事经营能力的形成 | 140 |

### 第五章 商事运行制度一般理论

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 第一节 商事运行制度与商行为  | 162 |
| 第二节 商事运行制度的类型   | 175 |
| 第三节 商事运行制度中的商行为 | 192 |
| 第四节 商行为的理论分类    | 208 |

### 第六章 商事运行的典型形式

|              |     |
|--------------|-----|
| 第一节 商事合同制度   | 221 |
| 第二节 商事货物买卖制度 | 222 |
| 第三节 商事代理制度   | 230 |
| 第四节 商事行纪制度   | 234 |

|      |              |     |
|------|--------------|-----|
| 第五节  | 商事居间制度       | 237 |
| 第六节  | 商事信托制度       | 238 |
| 第七节  | 商事交互计算制度     | 247 |
| 第八节  | 商事期货交易制度     | 252 |
| 第九节  | 融资租赁制度       | 266 |
| 第十节  | 商事仓储制度       | 268 |
| 第十一节 | 商事运输制度       | 271 |
| 第十二节 | 营业转让制度       | 276 |
| 第十三节 | 商事信用制度       | 278 |
| 第十四节 | 电、水、气、热力供用制度 | 292 |
| 第十五节 | 商业特许经营制度     | 294 |

## 第七章 商事责任

|     |           |     |
|-----|-----------|-----|
| 第一节 | 独立独特的商事责任 | 298 |
| 第二节 | 商事责任的制度逻辑 | 300 |
| 第三节 | 商事责任体系安排  | 307 |
| 第四节 | 商事责任的构成要件 | 318 |
| 第五节 | 商事责任的实现方式 | 326 |

|             |     |
|-------------|-----|
| <u>参考文献</u> | 333 |
|-------------|-----|

|            |     |
|------------|-----|
| <u>后 记</u> | 345 |
|------------|-----|

## 导 论

商法是独立的学科,商法调整商事关系,旨在有效实现商事关系中追求的营利宗旨,从商法的理念出发,遵循商法的价值原则,按照预定的制度功能导向设计商事制度规则,这些是商法研究和商法学科健康发展的基础性保障。在外部关系之中,商法与行政法、经济法、民法之间的界限需要厘清,尤其是商法与民法之间关系。当前,民商合一前见影响私法理论研究,导致主体法中行为能力理论出现误置,为自然人主体量身打造的行为能力制度泛化到法人,并生搬硬套到商主体,捏造出商事行为能力;婚姻家庭法司法解释受到商法理念误导,以商业财产性质异化婚姻家庭财产,交易规则扭曲家庭伦理规则;财产法范畴体系矛盾,物权与财产权范畴位序不当,所有与占有制度功能定位不准;

财产运行机制中无因性理论出现误置,格式合同规制片面。民商合一前见模糊民事关系与商事关系,没有做到让民法制度规则遵循民法逻辑,让商法制度规则遵循商法逻辑,对于许多基本问题的理论解释缺乏说服力,制度设计缺乏针对性与有效性。民法是对于私人日常生活关系作出规定的一般法,规定了市民社会生活的基础法律条件;商法是对于商事关系作出规定的特别法,规定了市场经济的技术性法律条件;民事、商事关系的复杂程度不同,发展状态及特征各异,不能简单地将商法理解为民法的特别法;两者是一般私法与特别私法之间的关系。传统民法体系内部的逻辑统一性已经遇到挑战,知识产权等内容就出现了去法典化趋势,民法内部理论整合已困难重重,民商合一更无可能。民法与商法之间界限不清,导致了对于私法中的许多基本现象缺乏准确判断,没有区分民事关系与商事关系的具体情境。民商合一前见导致制度逻辑混淆,对于许多基本问题的理论解释缺乏说服力,并影响制度设计的针对性与有效性。直接调整私人之间关系的法律是民法与商法,民法与商法是私法中的两大领域,均以私权为本位,民法是对于日常生活关系作出一般规定的私法,私法的一般原则、制度多在民法中作出规定;商法是对于商事关系作出技术性规定的特别私法。在私法二元结构框架下,民法与商法之间联系紧密,两者共享私法的价值理念,共用私法的原则、制度和规则。许多私法精神、原则、制度、规则首先为民法发掘,变成民法学说的一个部分;但是,这些私法内容并不仅仅是民法的内容,它们在商法中同样会出现。商法的发展重在建构,形成新的关系和规则,为民事关系提供新的社会事实,并在民法上进行新的制度确认。这两个法律部门相互独立,各自具有独特的制度功能,不能互相替代。商法的独立是全面的独立,从价值原则到制度规

范,从法权配置到立法模式选择。民商合一理论既违背事实,也违反逻辑;既耽误了民法理论的发展,也耽误了商法理论的发展。

私法中的基本范畴是“权利”、“义务”,但是,在商法制度规范之中已经大量出现“职权”、“职责”,权力机制是商事关系之中的基本机制,商事权力是商法理论中的基本范畴。商事权力存在于商事组织之中并协调其内部秩序、主导其外部运行,它以相关当事人的利益与意志为基础,通过合约与制度进行安排。商事权力制度的要素包括权力人、职权、职责、支配对象、权力位序、权力行使的程序和手段。其规则是“在我的职责范围内服从你的职权意志”。商事权力通过相关制度建立权威,并受到利益、权限、程序、权利和外部制度制约;职权赋予权力自由,职责赋予权力约束,职级关系安排权力位序,社团罚则赋予权力执行力;个人通过入职取得商事权力,通过履职行使商事权力,通过去职丧失商事权力。

商事关系中主体的具体形态包括投资者、经营者、消费者,雇主、劳动者,普通公众、监管者。在狭义的商主体制度上,商主体人格制度在商法上通过商事权利能力、经营能力、责任能力制度实现。在商法中,商事权利能力是指商主体依法参加经营活动、享有商事权利和承担商事义务的资格。其功能在于确认商主体地位、彰显商事合法性、判断经营活动的法律效力、据以确认是否适用商事法律规则。商事权利能力制度既具有应然依据,也需要通过商法技术获得实定法依据。商事权利能力旨在使所有形态的商主体在商法主体资格的平台获得抽象一致性,并从外部区分商主体与非商主体,但在各种商主体之间不具有区分功能,商主体目的范围不构成商事权利能力限制。行为能力制度依据自然人的本性设计,用于商主体时意义有限。商主体能力建立在完全行为能力基础之上,商主体之间不存在行为能力差异。每个商



主体特有的组织条件和方式造就了相应的经营能力,通过机关形成与表达意思,经营范围是经营能力的外在表现,商事登记是对经营能力的确认。商法依据经营能力判断主体活动的法律效果,商法中的经营能力发挥着民法中行为能力类似功能,在商法中实际发挥制度功能的是经营能力。商事经营能力在商主体设立过程中形成,从观念形态演变为功能形态和法律形态。投资者依据目的事业组织相应生产要素,设置经营机关,聘用专业人员履行职能,在营业体中形成了功能意义上的经营能力。每种法定类型商主体特有的组织结构、方式和条件造就了不同层次的经营能力,经营范围是经营能力的外在表现,商事登记是对经营能力的法律确认,主体资格的赋予标志着法律意义上的经营能力形成。商事责任能力是指在矫正型商事关系之中主体承担责任的资格,独立责任在直接意义上是独立人格的体现。

在动态的商事关系之中,立法的重点并不在于保护当事人意思自治的实现,当事人主观意思的真实不能成为判断商行为效力的绝对性指标。在关注当事人意思自治实现之外,更为关注整个商事领域之中复杂的交易行为能够有效开展,从而设计诸多的商事运行制度。以商事运行制度为背景来研究商行为制度构造并在商法中准确定位,具有重要的理论意义和实践价值。处在商事运行制度之中,法律行为的一般内涵和制度逻辑没有改变,但是其制度结构功能设计必须针对和满足商事运行需要,我们只有在商事运行制度中才能定位法律行为。商行为中的意思表示是与经营相关的意思表示,预期的目的是产生商事效果,其合法性体现为商法上的合法性。商事法律关系主要是存在于私人之间的社会关系,当事人一般地位平等,主要依据平等协商设计当事人之间的权利义务,法律行为机制是商事运行中的核心制度,法律