



经济法律文库

中国商法通则理论与 立法研究

曾大鹏 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



经济法律文库

中国商法通则理论与 立法研究

曾大鹏 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国商法通则理论与立法研究 / 曾大鹏著. —北京:
法律出版社, 2013. 8

(经济法律文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5399 - 8

I. ①中… II. ①曾… III. ①商法—总则—研究—中
国②商法—立法—研究—中国 IV. ①D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 220203 号

中国商法通则理论与立法研究
曾大鹏 著



编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 刘 雪

责任编辑 刘 雪

封面设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 18.25

字数 285 千

版本 2013 年 9 月第 1 版

印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

5399 - 8 定价:45.00 元

(图书有限公司负责退换)

总 序

《经济法律文库》是展示华东政法大学经济法律研究院研究成果的新平台。在这个平台上,我们将陆续出版一批反映全球化以及启动新一轮经济改革背景下与经济活动相关的法律研究最新成果。

大家知道,中国经济体制改革已经走过了 35 个年头。35 年来,经济高速发展,百姓生活水平显著提高,法治状况明显进步。但是,近年来受美国金融危机的影响,市场取向的改革红利似乎已经释放完毕,经济发展趋缓,通货膨胀压力越来越大,部分产业产能过剩问题越来越突出,生态环境也是越来越不如人意。许多迹象表明:原先那种依赖劳动密集、粗放、外向的发展方式已经不能适应新形势的要求,急需向着依赖科技、集约和内需的发展方式转变。从现存的体制制度分析,目前的体制仍然是半统制半市场的体制,政府对经济生活干预过多,市场配置资源的作用受到极大限制。虽然我们已宣布社会主义法律体系形成,但这个体系仍然是适应了半统制半市场体制需要的法律体系。人民所期望的法律秩序并未真正建立。社会分配不公、贫富差距悬殊;公权滥用、官员腐败现象比较严重;伪劣商品充斥市场,食品药品安全时刻令人担忧。这些状况警示我们:要建立更完善的市场经济体制机制,需要重聚共识,启动新一轮改革。

经济全球化的进程对中国经济的发展有挑战也有机遇。最近 20 年来,美国等西方发达国家主导的经济全球化并没有朝着他们所期望的方向发展。随着中国加入 WTO,中国在国际经济贸易交往中的影响不断扩大,已一跃成为全球第二大经济体。而美国等西方发达国家的经济则停滞不前、

债务累累、困难重重。在这种情况下,美国重新布局贸易战略,启动了两大自由贸易区的谈判,一个是环太平洋自由贸易区,一个是跨大西洋自由贸易区,从而构成对中国贸易空间的围堵。中国一方面积极发展双边和多边的贸易伙伴,另一方面在上海建立中国自由贸易试验区,意在改革国内的制度环境,在国际贸易谈判中争取更大的主动权。我们相信:经济全球化趋势已经不可逆转。国家不论大小都有平等主权,资源全球范围内配置成为主流,国家与国家的依存关系日益紧密,国际贸易规则已经不能由少数国家随意操控。我们主动认可并遵守国际贸易规则,必要时我们也参与国际贸易规则的制定,就一定能够在国际竞争的舞台上站稳脚跟,直至取胜。

基于上述两大背景的认识,随着中国经济体制改革的深化,经济法律制度必将面临新的变革。就像我们需要经济发展战略一样,我们有必要制定经济法治战略。到2049年(新中国成立100周年),即我国实现百姓富足、民族振兴、国家强盛的理想之时,中国的经济法治当是有适度调控和监管的市场经济法治。这样的法治是经济高度开放、贸易十分便利、货币自由兑换、市场监管有序、司法公正权威且是最具有吸引力和竞争力的经济法治。

《经济法律文库》的面世,在这样一个体制变革的时代,一个全球化竞争的时代,其意义自然十分重大。保证中国经济法治战略的实施,是我们每一个法律专家及学者的神圣职责。《经济法律文库》的每一本著作,都将铭记着专家学者们为这个时代进步所贡献的思想智慧。这些思想智慧之光,也必将照亮一代代人不断前行。

顾功耘

2013年10月1日于华政园

目 录

第一章 制定商法通则的必要性与可行性	(001)
第一节 制定商法通则的源起与争议	(001)
一、我国制定商法通则的源起	(001)
二、我国制定商法通则的争议	(003)
三、对制定商法通则否定论的初步评析	(006)
第二节 制定商法通则的必要性	(010)
一、观点概述	(010)
二、民商分立与民商合一的理论反思	(012)
三、民商分立与民商合一的体例解析	(019)
第三节 制定商法通则的可行性	(024)
一、民商合一：立法理想抑或我国现实	(024)
二、商法通则：民商关系立法的第三条道路	(026)
三、商法通则的体系结构	(028)
第二章 商法通则的总则制度	(032)
第一节 商法通则的立法目的	(032)
一、立法目的概述	(032)
二、商法通则立法目的的构成	(033)
第二节 商法通则的调整范围	(035)
一、调整范围概述	(035)
二、商法通则调整范围的界定	(036)
第三节 商法通则的基本原则	(040)
一、商法的基本原则概述	(040)

二、规定商法理念的立法构想	(041)
三、商法通则基本原则的整理	(043)
第四节 商法通则的适用顺位及适用范围	(057)
一、商法的法律渊源	(057)
二、商法通则的适用顺位	(059)
三、商法通则的适用范围	(060)
第三章 商法通则的商人制度	(062)
第一节 商人的基本类型	(062)
一、商人概念的界定	(062)
二、商人类型的争议	(067)
三、个体工商户	(069)
四、农村承包经营户	(072)
五、个人独资企业	(074)
六、流动商贩	(076)
七、商合伙	(080)
八、小结	(085)
第二节 商事人格权的体系构成	(086)
一、理论概述	(086)
二、营业权与商号权的体系定位	(088)
三、商业机会利益的权利化	(093)
四、公开权或形象权	(094)
五、商誉权	(099)
六、商业信用权	(100)
七、商业秘密权	(102)
八、小结	(103)
第三节 商人的商事能力与营业执照	(104)
一、商人的商事能力	(104)

二、商人的营业执照	(110)
第四章 商法通则的商事登记制度	(115)
第一节 商事登记概述	(115)
一、商事登记的概念	(115)
二、商事登记的立法	(116)
第二节 商事登记的类型与效力	(120)
一、商事登记的类型	(120)
二、商事登记的效力	(124)
第三节 商事登记的体系效应	(132)
一、商人的主体资格与营业资格	(132)
二、商事登记与公告方式	(133)
三、登记机关的法律责任	(134)
第五章 商法通则的商号制度	(136)
第一节 商号制度概述	(136)
一、我国商号制度的立法现状与缺陷	(136)
二、比较法上商号保护的立法模式	(139)
三、完善我国商号制度的基本思路	(141)
第二节 商号的选用与登记	(142)
一、商号选用的原则与规则	(142)
二、商号的登记	(148)
第三节 商号权的权能与保护	(151)
一、商号权的权能	(151)
二、商号权的保护	(155)
第四节 商号的其他重要问题	(157)
一、驰名商标的保护	(157)
二、基于商号的外观责任	(160)
三、商号权与商标权的冲突及协调	(161)

第六章 商法通则的营业财产制度	(163)
第一节 营业财产概述	(163)
一、营业概念的界定	(163)
二、营业制度的定位	(163)
三、营业财产的基本原理	(165)
四、营业财产的一般性规则	(167)
第二节 营业转让	(167)
一、营业转让与债务承担问题	(167)
二、我国“债务跟着资产走”原则的确立	(169)
三、比较法上“债务跟着资产走”原则的式微	(173)
四、我国“债务跟着资产走”原则的修正	(177)
五、我国营业转让规则的设计	(182)
第三节 营业租赁与委托经营	(186)
一、营业租赁	(186)
二、委托经营	(187)
第四节 营业担保	(188)
一、营业担保的概念及意义	(188)
二、营业担保的比较及完善	(188)
第七章 商法通则的商业账簿制度	(191)
第一节 商业账簿统一立法的现实意义	(191)
一、我国商业账簿立法的现状	(191)
二、我国商业账簿立法的缺陷	(192)
三、商业账簿统一立法的意义	(193)
第二节 商业账簿统一立法的比较与借鉴	(195)
一、商业账簿立法模式概述	(195)
二、德国商法上的商业账簿制度	(196)
三、日本商法上的商业账簿制度	(197)

四、西班牙商法上的商业账簿制度	(198)
五、韩国商法上的商业账簿制度	(199)
六、我国澳门特区商法上的商业账簿制度	(199)
第三节 商法通则对商业账簿的规范设计	(200)
一、商业账簿的类型范围	(200)
二、商业账簿的制作义务	(200)
三、商业账簿的保管义务	(202)
四、商业账簿的证据效力	(202)
五、虚假记载的商业账簿	(203)
第八章 商法通则的商行为制度	(205)
第一节 商行为的一般条款	(205)
一、商行为的概念与种类	(205)
二、法定利息条款与报酬条款	(210)
第二节 一般商行为	(211)
一、商事债权行为	(211)
二、商事物权行为	(214)
三、交互计算	(222)
第三节 特殊商行为之一:商事担保	(225)
一、民事担保与商事担保的区分规制原理	(225)
二、民商分立视野下的传统担保方式的完善	(228)
三、民商分立视野下的新型担保方式的确认	(233)
四、风雨飘摇中的《担保法》法典	(238)
第四节 特殊商行为之二:商铺租赁	(239)
一、商铺租赁中的租金调整权	(239)
二、商铺租赁中的登记义务	(243)
三、小结	(246)

第五节 其他的特殊商行为	(247)
一、概说	(247)
二、商事代理与商事行纪等	(249)
三、商事买卖	(252)
四、服务合同	(253)
主要参考文献	(256)
后记	(280)

第一章

制定商法通则的必要性与可行性

第一节 制定商法通则的源起与争议

一、我国制定商法通则的源起

在我国法学界,有不少学者提出制定“商事通则”,也有的学者称之为“商法通则”,但是,笔者认为采用“商法通则”的称谓更为妥当。因为,我国有制定《民法通则》的历史经验和法制结晶,采用“商法通则”的称谓易于理解和借鉴。另外,在语义方面,商法的调整范围主要包括商主体和商行为,而“商事”的含义主要指涉商行为。故较于“商事通则”的称谓,“商法通则”更名实相符。但基于尊重其他学者见解的基础,全书在同一意义上使用“商事通则”和“商法通则”的概念。

其中,较早提出制定“商事通则”的学者是江平教授。江平教授指出,认识民法和商法的关系必须有两点论:一是民商融合的趋势;二是民法和商法仍有划分的必要。形式上把已经颁布的《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》再统一到一部商法典中确无必要。因此,让它们依然按照商事单行法的模式继续存在即可。有关商法总则的立法,有两种模式可循:一是在民法典中规定商法总则,完全实行民商合一;二是在民法典外另立一部商事通则,依照当初民法通则的模式,将商事活动原则、商事权利、商事主体以及商事企业的基本形式、

关联企业、连锁企业、商业账簿、商事行为、商业代理加以规定。并且,采取第二种模式更为简便可行。^①而后,江平教授在《关于制定民法典的几点意见》、^②《中国民法典制订的宏观思考》等论文中仍然坚持上述认识。^③

石少侠教授主张在我国应实行实质商法主义的民商分立。其所谓实质商法主义的民商分立,是相对于形式商法主义的民商分立所衍生出来的概念。后者以制定独立的商法典为立论基础,并在此基础上实现民法与商法的彻底分立;而前者则不以制定独立的商法典作为民商分立的基础,只是主张要承认商法的相对独立性,要促进我国商法的体系化进程,使之成为一个有特定的规范对象和适用范围的法律体系和法律部门。主张民商分立的宗旨,是要使实质意义的商法自成体系、自成部门,反对以民法取代商法或以商法取代民法。实质商法主义的民商分立虽不强求制定独立的商法典,但认为应制定《商法通则》,其主要理由在于:在实行实质商法主义的民商分立体制下制定商法通则,既可矫正追求形式商法主义的偏颇,又可实现商法体系的完善,同时又不根本性地改变我国采用单行商事法律的立法模式,此可谓“一举三得”的立法动议。^④

显然,江平教授、石少侠教授的上述认识较为宏观和抽象。而王保树教授则具体提出了制定商事通则的定位、指导思想及其基本结构。

王保树教授认为,商事通则是商法中具有一般法意义的商事法律;它吸收了民商合一与民商分立的优点,克服了民商合一、民商分立的缺陷,是区别于民商合一、民商分立并超越民商合一与民商分立的另一种模式;商事通则不取代民法在私法领域中的一般法地位。制定商事通则的指导思想是:第一,坚持从中国社会主义市场经济发展的实际出发制定商事通则,满足“通、统、补”的要求。^⑤

① 参见江平:“制订民法典的几点宏观思考”,载《政法论坛》1997年第3期。

② 参见江平:“关于制定民法典的几点意见”,载《法律科学》1998年第3期。

③ 参见江平:“中国民法典制订的宏观思考”,载《法学》2002年第2期。

④ 参见石少侠:“我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式”,载《法制与社会发展》2003年第5期。

⑤ 按照王保树教授的观点,所谓“通”,即满足商事关系调整的共同性规则的要求;所谓“统”,即满足商事关系调整的统率性规则的要求;所谓“补”,即弥补其他单行商事法律规则的缺漏。参见王保树:“商事通则:超越民商合一与民商分立”,载《法学研究》2005年第1期。

第二,不追求商法典模式。第三,遵循处理民法与商法的一般原则。在调整商事关系中,民法是一般法,商法是特别法。根据上述指导思想,商事通则的结构应以总则为基础,以商人与商行为两个基本概念为核心,分别规定商人基础制度及其相关制度、商行为基础制度及其相关制度,并对法律责任作出规定。^①

王保树教授的上述见解,真正开启了我国制定商法通则的理论高潮。其后,我国商法学界围绕如何制定商法通则展开了热切的讨论。尤其是《清华法学》2008年第4期刊载的系列专题论文,深入探讨了商法通则中的营业规制、^②商法的体系化、^③商行为的性质、^④商人概念的厘定等问题,^⑤可谓细致入微。

二、我国制定商法通则的争议

同时,我国制定商法通则的见解也遭受了理论上的诘难。

例如,学者刘保玉、陈龙业认为,目前制定商法通则的呼声颇高,但从商法与民法的关系、我国的立法传统和立法技术等方面看,制定商法通则的可行性和必要性值得检讨,我们当前应以不制定商法通则为宜。但否定商法通则的立法主张,绝不意味着商法不重要,其重要性与独立性无必然联系。坚持民商合一,商事规范以单行法的形式存在是我国商事立法的最佳模式选择。^⑥

学者王玫黎认为,制定商法通则弊多利少,其具体理由在于:第一,任何一种商事立法模式都是客观历史条件的产物。中国当前民商法研究的客观状态无非是民法对商法具有一种压倒性的优势,中国传统又缺少“重商”的环境。第二,综观世界各国的商事立法模式,制定《商法通则》没有其他参照模式,难

① 参见王保树:“商事通则:超越民商合一与民商分立”,载《法学研究》2005年第1期。

② 参见朱慈蕴:“营业规制在商法中的地位”,载《清华法学》2008年第4期。

③ 参见范健:“论我国商事立法的体系化——制定《商法通则》之理论思考”,载《清华法学》2008年第4期。

④ 参见叶林:“商行为的性质”,载《清华法学》2008年第4期。

⑤ 参见蒋大兴:“商人,抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问”,载《清华法学》2008年第4期。

⑥ 参见刘保玉、陈龙业:“析商事通则与民事一般规则的关系——商事通则立法的可行性悖论”,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期。

以经得起历史的检验。第三,《商法通则》模式与“一般规定”模式在内容上并没有根本性区别,但其立法成本较高。为协调民商法的关系,顾及商法的独立性,在未来的民法典中,应采用“一般性规定”模式,即在民法典中体现商法的共同性内容,同时保留《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《商业银行法》、《海商法》等作为单行法的做法。^①可见,此种主张回到了传统的“民商合一”编纂体制的范畴。

学者程淑娟认为,民商有别是选择我国商事立法模式的前提,制定商法典或商法通则并非解决中国对于商事立法需求的最佳方案。这是因为:首先,商法典与商法通则一样,都不可能包含所有的商事规则。其次,从与民法的关系上看,商法典与商法通则并无区别,它们都是民法的特别法。最后,从商法典和商法通则所拟包含的内容来看,商法通则基本与民商分立国家的商法典总则相似。这是商法通则与商法典唯一的区别。但在我国已经有了较齐备的商主体、商行为方面的单行法这个前提下,传统大陆法系民商分立国家商法典“分则”性的内容无须重复规定。商法典和商法通则至多是量的差别,而无质的区分。因此,我们应当将商事立法模式的选择与中国民法典的制定相结合进行考虑,制定出一部真正民商合一的民法典,并保持现有商事单行法体系。^②

而王明锁教授则从细微之处入手,基于商事账簿的角度,论证商事通则立法不具有可行性。他认为,账簿系由企业法人、机关事业单位和社会团体法人等民商主体为了表明其财产经营状况而依法制作的账本。根据《会计法》规定,并非只有公司、企业等所谓的商事主体才需要制作会计账簿,会计账簿制度应当是一个统一的概念,不应将账簿人为分割,更不应以商事账簿代替会计账簿。^③在性质方面,账簿及其法律关系根本不具有以平等自愿为特质的民商事

① 参见王玫黎:“通则上的民商合一与各商事单行法独立并行——中国商事立法模式的选择”,载《政治与法律》2006年第3期。

② 参见程淑娟:“我国商事立法模式的再思考——兼论《商法典》、《商事通则》的不可行性”,载《甘肃理论学刊》2008年第1期。

③ 参见王明锁:“论商事账簿及其法律关系的性质——兼论《商事通则》的不可行”,载《法学杂志》2011年第3期。

法律关系的性质,而是基于国家对经济事务和经济生活进行必要的强制调节与干预所形成的具有经济行政法性质的法律关系。因此,账簿制度本应是财政法、会计法、审计法等行政法律中的内容,将之看成民商法问题并将其规定到所谓的商法中,此举实与民商法的原则、精神相悖,故以此为内容的《商法通则》并不具有可行性。^①

王利明教授也对制定商事通则的可行性持怀疑态度。他大力提倡民商合一,认为从内容上来说,商事通则究竟规定哪些内容,并与未来的中国民法典相区分,对此不无疑问。为保证讨论的逻辑严密、有效,此处先充分介绍王利明教授对制定商事通则的六点否定理由,^②从而作为下文评析的铺垫:

(1) 商事通则难以提出周延的法律概念。商事通则的规范对象之一为商行为。但抽象的商行为,应如何定义? 其在性质上是否为法律行为? 是否以意思表示为构成要素? 如何产生特定的法律效果? 与民法的法律行为如何区分? 这在立法和司法实践中一直没有厘清。而对于合同、代理、证券交易、期货买卖、营业信托、商业票据等“具体商行为”,商法通则很难从这些具体的商行为中抽象出商行为的一般规则,学者所谓的商行为的特征并不周延,也未超出民事法律行为概念和特征的基本范畴。

(2) 制定商事通则难以概括出商事特别法的共同规则。例如,关于主体制度和代理制度的规定,事实上在民法总则中已经抽象出来了,无须再制定商事通则进行抽象。又如,《深圳经济特区商事条例》专章规定的“商事账簿”,其在《公司法》中尚有较大的适用余地,但在《票据法》、《保险法》和《海商法》中,则很难适用。

(3) 商事通则的制定将徒增法律间的重复与矛盾。商事通则中的商誉、商事登记、商业账簿、连锁店等规则,在《民法通则》、《公司法》和《合伙企业法》

^① 参见王明锁:“论商事账簿及其法律关系的性质——兼论《商事通则》的不可行”,载《法学杂志》2011年第3期。

^② 下列关于否定我国制定商事通则的必要性和可行性的详细阐述,参见王利明:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2012年版,第194~197页。

等民事特别法中已有详尽的规定。例如,《民法通则》关于法人人格权的规定适用于商誉,《反不正当竞争法》等对于商业秘密作出了规定,《会计法》等对于账簿也有规定。

(4) 商事通则的颁行,难以厘清其与《民法通则》和未来民法典的关系。例如,如何分清民事代理与商事代理的关系,《深圳经济特区商事条例》第52条以“与委托人订立代理合同”作为区分二者的主要标准,其意义和合理性何在?又如,《物权法》担保物权中的一般留置权和商事留置权,已经考虑到一些商事特别法的特殊性,对其没有必要制定商法通则予以规范。

(5) 民法的“商法化”可以解决商事通则中需要解决的主要问题。在民法已经商法化的情况下,商事通则中体现的特殊性通过普通民事立法中的例外规定即可解决。事实上,在没有商事总则的情况下,尽管存在单行的商事法规的汇编,但其仍受民法典总则的规制,此时商事单行法只是作为民法典的特别法而存在的。

(6) 商事通则的颁行将造成法律适用的困难。如果同时存在民法总则和商事通则,会打乱整个立法规划和体系,也会给司法实践中法官对法律渊源的选择带来不必要的麻烦。

三、对制定商法通则否定论的初步评析

前述对制定商法通则的否定观点,确实给我国制定商法通则的提倡者及其后续支持者泼了一盆冷水,让我们需要冷静、合理对待各种不同意见。但在笔者看来,前述否定观点的基本理由颇值得商榷。

第一,任何一种商事立法模式都是客观历史条件的产物。甚至在某种意义上,不容否认的是,我国民法学界的整体学术研究实力强于对商法的研究。但立法的客观条件及现实状态,并非单指学术研究方面,还涉及司法实践及立法体制。而在民法分支与商法分支方面,我国在民法总则、人身权法及继承法方面的研究与立法,远远落后于现实生活及民法法典化的需求;《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》的立法成就也不过是近十来年的事。但我国《公司法》、