

中国商法学(商总)发展评价 (2010—2011)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

引言

作为学科评价,做的是两件事:述和评。前者是客观描述,介绍商法学科这两年所做的工作;后者是主观评价,分析其工作的得与失。本评价报告的初衷、所欲表明态度、所采用的评价方法以及可能的偏漏与局限,悉依本刊其他学科评价之说明成例,不复赘言。然因商法学科的自身特点,不得不先行交代的有两个方面:

一方面,本评价报告所针对的内容,仅限于商法之总论部分。之所以如此自我设限,一则是因为商法到底应包括哪些部门法领域,至今仍是见仁见智的大问题,比如说公司法在大多数人眼里应属商法无疑,但也有不少研究公司法的学者就只称自己是经济法学者,故为避掠地盘之嫌,本评价报告只好退缩至无可争议的商总领域。二则,即使是不避嫌,商法所涵盖的部门法之多,也令本评价报告在篇幅上吃不消。以较流行的、篇幅与内容上均适中的两本《商法》教材^[1]为例,纳入其中的部门法为公司法、企业破产法、证券法、票据法、保险法与海商法,达六门之多。再以公司法为例,仅其中涉及公司治理或企业治理的期刊论文,这两年竟达一百六十多篇(期刊范围同下述)。因此,这六门若要断无遗漏地评起来,那么在规定篇幅内,就只能做点水的蜻蜓了。与其这样,莫不如深挖一块。更何况,商总是基础与纲领,没有商总,又何以立

[1] 参见王保树主编:《商法》,北京大学出版社2011年版;范健主编:《商法》,高等教育出版社/北京大学出版社2011年版。这两本教材的编写人员完全不同。依封面标示,二者均属于“面向21世纪课程教材”,但后者加标“全国高等学校法学专业核心课程教材”字样。

“商法”?

另一方面,因有前一设限,为补评价领域狭小之短,本评价报告扩展所评价论文的期刊范围,即除法学类 CSSCI 来源核心期刊(共计 21 种)外,尚包括非法学类 CSSCI 来源核心期刊,以及法学类的非 CSSCI 期刊。

一、描述

(一)统计数据与主题分布

1. 数据统计

依上述两方面的标准,纳入本报告评价范围的期刊论文共 144 篇。其中刊于法学类 CSSCI 来源核心期刊的 60 篇,刊于非法学类 CSSCI 来源核心期刊 40 篇,^{〔2〕}而刊于非 CSSCI 期刊的有 44 篇。^{〔3〕}

以作者单位统计,发表数量前十一位的单位为:中国人民大学法学院(7 篇)、西南政法大学(7 篇)、华东政法大学(6 篇)、清华大学法学院(6 篇)、黑龙江大学法学院(6 篇)、北京工商大学法学院(5 篇)、武汉大学法学院(5 篇)、中国政法大学(4 篇)、华中师范大学(4 篇)、吉林大学法学院(4 篇)和对外经济贸易大学法学院(4 篇)。

2. 主题分布

结合前述两本商法教材,以及本报告所收论文所呈现的内容,商法总论学科依其体系结构,所包括的主题有:商法绪论、商人或商主体、商事登记、商号、商事辅助人、商事账簿、商事营业、商行为以及商事诉讼与仲裁等内容。这 144 篇论文在各主题领域的分布情况如下:在商法绪论部分,共有论文 25 篇(法学核心 7 篇,非法学核心 14 篇,非核心 4 篇),其中以商法任务与方法论为主题的有 4 篇(法学核心 3 篇,非法学核心 1 篇),针对商法法典化以及商法价值取向的有 10 篇(法学核心 1 篇,非法学核心 6 篇,非核心 3 篇),针对商法规范及其构造的有 7 篇(法学核心 1 篇,非法学核心 5 篇,非核心 1 篇),涉及商法体系之法教义学构造的有 4 篇(法学核心 2 篇,非法学核心 2 篇)。

商主体部分共有论文 42 篇(法学核心 16 篇,非法学核心 13 篇,非核心 13 篇),其中针对

〔2〕 这 40 篇论文刊于以下 29 种非法学类核心期刊:《社会科学辑刊》、《兰州大学学报(社会科学版)》、《学海》、《青海社会科学》、《上海财经大学学报》、《求索》、《山东社会科学》、《烟台大学学报(哲学社会科学版)》、《中山大学学报(社会科学版)》、《北京理工大学学报(社会科学版)》、《甘肃社会科学》、《首都师范大学学报(社会科学版)》、《山东大学学报(哲学社科版)》、《南京社会科学》、《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》、《学术界》、《现代财经(天津财经大学学报)》、《北京工商大学学报(社会科学版)》、《武汉大学学报(哲学社会科学版)》、《新疆社会科学》、《河南社会科学》、《学习与探索》、《湖南科技大学学报(社会科学版)》、《财经问题研究》、《广东社会科学》、《国际经贸探索》、《西北大学学报(哲学社会科学版)》、《江西社会科学》、《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》。

〔3〕 这 44 篇论文刊于以下 10 种法学类非核心期刊:《河北法学》、《海峡法学》、《西部法学评论》、《北方法学》、《河南省政法管理干部学院学报》、《法律适用》、《国家检察官学院学报》、《甘肃政法学院学报》、《云南大学学报法学版》和《西南政法大学学报》。

商事能力的有 5 篇(法学核心 3 篇,非法学核心 1 篇,非核心 1 篇),处理商主体或企业等概念的有 6 篇(法学核心 1 篇,非核心 5 篇),商主体类型及其型构原则的有 23 篇(法学核心 11 篇,非法学核心 7 篇,非核心 5 篇),商主体之责任构成的有 8 篇(法学核心 1 篇,非法学核心 6 篇,非核心 2 篇)。

商事登记部分的论文共 20 篇(法学核心 9 篇,非法学核心 2 篇,非核心 9 篇),其中处理商事登记功能与定位的 3 篇(法学核心 2 篇,非核心 1 篇),登记机关设置的有 2 篇(法学核心 2 篇),登记行为性质的有 3 篇(法学核心 2 篇,非核心 1 篇),登记效力的有 10 篇(法学核心 2 篇,非法学核心 2 篇,非核心 6 篇),登记机关法律责任的有 2 篇(法学核心 1 篇,非核心 1 篇)。

以商号为主题的,这两年无论文呈现。

商事辅助人部分的论文共 6 篇(法学核心 1 篇,非法学核心 2 篇,非核心 3 篇),其中处理商事辅助人一般理论的 1 篇(非核心),公司经理的有 5 篇(法学核心 1 篇,非法学核心 2 篇,非核心 2 篇)。

以商事账簿为主题的论文 1 篇(法学核心)。

营业资产部分的论文共 13 篇(法学核心 9 篇,非法学核心 1 篇,非核心 3 篇),其中针对营业一般理论的有 2 篇(法学核心 1 篇,非核心 1 篇),营业转让的有 7 篇(法学核心 4 篇,非法学核心 1 篇,非核心 2 篇),营业或营业财产构成的有 4 篇(法学核心 4 篇)。

在商行为部分,共有论文 26 篇(法学核心 14 篇,非法学核心 4 篇,非核心 8 篇),其中商行为一般理论的有 3 篇(法学核心 1 篇,非法学核心 1 篇,非核心 1 篇),涉及商事物权的有 10 篇(法学核心 9 篇,非核心 1 篇),涉及商事债法行为以及商事责任的有 6 篇(法学核心 3 篇,非法学核心 2 篇,非核心 1 篇),涉及商业秘密权的有 3 篇(法学核心 1 篇,非核心 2 篇),涉及特许经营的有 4 篇(非法学核心 1 篇,非核心 3 篇)。

在商事诉讼与仲裁部分,共有论文 11 篇(法学核心 3 篇,非法学核心 4 篇,非核心 4 篇),其中针对商事纠纷与裁判之一般理论的有 2 篇(法学核心 1 篇,非核心 1 篇),国际私法条约之适用方面的有 4 篇(非法学核心 2 篇,非核心 2 篇),专门处理商事仲裁的有 2 篇(非法学核心 1 篇,非核心 1 篇),最后还有从法律史角度探讨商事纠纷处理机制的论文有 3 篇(法学核心 2 篇,非法学核心 1 篇)。

(二)部分论文述要

同样基于篇幅原因,这里所做的述要也仅是选取“可述”之作。

1. 商法绪论

蒋大兴与王建文^{〔4〕}均指出商法学科的实践面向。前者以商法存在的实践危机为出发点,指出中国应对实践危机的案例教学和诊所教学这两种策略一旦被误读误解,则过于实务化的中国商法会导致法学院衰落,使得法律精神、社会正义的传承在法学院变得困难,认为商法也需严守法律艺术的底线;十分接近实务的商法课程也需与实务保持一定距离,商法学的未来

〔4〕 蒋大兴:“商法:如何面对实践?——走向/改造‘商法教义学’的立场”,《法学家》2010年第4期;王建文:“中国商事司法实践中的法律适用:困境与出路”,《现代法学》2010年第5期。

应当也必然会走向/改造商法教义学,在部门商法内部推行法教义学的训练,使商法学“看起来像法学”,维持商法乃至法律知识群体在方法论上的独立性,对形成“职业共识”、“规则信仰”、“话语沟通”等都具有重要意义。后者以法律适用困境为切入点,指出我国商事司法实践中仍存在着颇为严重的“无法可用”、“有法不宜用”以及“有法不好用”的司法困境,并认为应从整体上思考我国商事立法体系的完善方案,此外,还应认真探索我国商法的价值、理念、原则体系及其内在逻辑,以便为我国商法立法体系的完善及法律适用的规范化提供理论支撑。

针对近年来渐有呼声的《商事通则》之制定,官欣荣^[5]认为这是继《民法通则》之后的又一次“法律革命”,为破解其制定困局,首先应以比较法的眼光把握国外商事立法的改革趋势,增强出台“商事通则”的紧迫感使命感,其次以包容的精神吸收外来优秀成果,如借鉴美国商法典立法技术上的“卢氏起草风格”和新兴市场国家商法典现代化的立法内容,最后组成开明、民主的预备立法作业共同体,尽快将其纳入人大立法议程,满足我国商事法律适用的需要。郭龙^[6]则进一步认为,对于我国现阶段的商事立法,学界所提出的《商事通则》模式在塑造商法品格、实现民商和谐、调整市场经济关系等方面,明显具有区别于其他商事立法模式的优越性。而曾大鹏^[7]将《商法通则》的制定视为从我国国情出发而选择的明智的第三条道路,并针对学者苗延波提出的《商法通则》草案建议稿,着眼于商行为和商事责任两制度提出商榷意见,认为在商行为立法方面,为实现全面的一般化和具体的类型化,《商法通则》应健全单方商行为和附属商行为规则,并契合商事债权合同类型越来越细化、多元化和现代化之趋势;在商事责任立法方面,《商法通则》应认可商事责任的独立价值,并完善商事责任的一般规定、基本类型、承担方式及追索途径之规则设计。

具体到商法规范之构成方面,张强有两篇论文^[8],一篇梳理了商法强制性规范发展的四个主要阶段,认为当代商法的强制性规范因为“商法公法化”运动,形成了私法属性的强制性规范与公法属性的强制性规范共生的状态;另一篇辨析商法规范的公法性与私法性、强制性与任意性,认为前者是法益保护的问题,后者是调整方法的问题,不能简单等同,而商法中公法属性的强制性规范,重在实现公共利益和国家利益,是真正的“商法公法化”的产物,具有政策性和变动性。就“商法公法化”这一命题,艾周利^[9]则指出其中存在概念偷换等逻辑错误,认为“商法公法化”所反映的真实本质是国家公权力对私人商事关系的干预,只是国家对私人商事关系的干预并不都体现为公法,涉私强制性法律规范亦体现为国家对商事关系的干涉,但属于私法范畴,商法公法化趋势并不明显,无法获得证实。而就商法规则的内容来源,周凤婷^[10]

[5] 官欣荣:“破解‘商事通则’立法迷局的开放式新进路”,《法学》2010年第8期。

[6] 郭龙:“我国商事立法的《商事通则》模式探讨”,《兰州大学学报(社会科学版)》2010年第6期。

[7] 曾大鹏:“从法理到法条的转换:评苗延波先生的《商法通则》草案建议稿”,《河北法学》2010年第7期。

[8] 张强:“商法强制性规范的历史流变”,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期;张强:“商法规范的公法性与私法性、强制性与任意性辨析”,《山东社会科学》2010年第6期。

[9] 艾周利:“论‘商法公法化’之逻辑思辨”,《海峡法学》2010年第3期。

[10] 周凤婷:“论商法规则的内容来源及确定”,《法学杂志》2011年第9期。

认为商法是作为一种契约履约机制而生成的,商法规则中绝大部分内容来自于交易习惯,只有一部分强行性规则是由国家制定的新规则,进而区分授权性规则、任意性规则与强行性规则这三种不同规则的内容及其功能。而董淳铎^[11]着眼于商事审判中的法官作业,采取类型化方法,将商事自治规范区分为“法定适用”与“约定适用”、“主动适用”与“被动适用”、“补充适用”与“优先适用”,以及“直接适用”与“间接适用”。徐学鹿与梁鹏^[12]更提出软商法观念,认为软商法是指不具有法律约束力,但可能间接产生某种类似于法律效果的市场交易规则,软商法以法多元化理论、回应型法理论、活法理论为理论基础,以效率、补充和转化为其价值;制定软法的权利来源,一方面是制定主体权力的变异,另一方面是成员的让渡,而为了执行软商法,制定主体通常以名誉罚、身份罚和财产罚作为保障执行的措施。

在商法体系法教义学建构方面,陈醇^[13]虽以私法权利的结构理论为学术追求,但以商法作为分析对象,指出权利的合成、分解和单纯结构变动是商法中的常见现象,这些现象呼唤一个权利结构方面的理论;结构是权利的重要参数,具有无限性、独立性和整体性等特征,权利的合成、分解和单纯结构变动既可能诱发权利的质变,又可能改变权利的功能,这两点已经被商法广泛运用,提出权利结构的设计应当是商法乃至整个私法的基本问题之一。而李震东与张昊^[14]则提出商事权利概念,并将其界定为商法所规范的民事主体享有或行使的必然与商主体的一定营业行为相关联的私权的集合,指出在商法层面,基于商人以及商事法律关系的特殊性,对商事权利有特殊限制,并认为商品化权是追求商业利益、财富增殖的商事权利。

2. 商主体

就商人概念,梁鹏^[15]通过历史的考察后,认为现代商人是素质商人,专家型、学者型商人的观念成为时代主流,在强调商人文化素质、经营技能素质和制度素质等共同素质的同时,现代商人还各有自己不同的个性素质。而曾宏伟^[16]则以公司法变迁为视角,认为商人在西方公司法发展中的角色呈现出逐渐“弱化”的特点,而其根源主要是因为公司时代的来临和公司法性质的根本改变,以及经济、社会、政治等宏观因素的推动、公司法的复杂化和立法技术的复杂化等,而中国公司法的始创和改革,基本上走的是一条强制性变迁的道路,商人在其中的作用很小,从管制走向善治,是解决严重的公司法“架空”现象的出路所在。华德波的论文^[17]则专注于商人与商事主体这两个商法核心概念的辨析,质疑商人与商事主体概念的等同处理,认为商人、商事主体和商事法律关系的本质、内涵决定了商事主体与商人之间应该是一种包含而非等同的关系,此种定位既有助于商事主体立法的完善和体系化,也有助于商事法律规范的准

[11] 董淳铎:“商事自治规范司法适用的类型研究”,《中山大学学报(社会科学版)》2011年第6期。

[12] 徐学鹿、梁鹏:“论软商法”,《甘肃社会科学》2010年第6期。

[13] 陈醇:“权利的结构:以商法为例”,《法学研究》2010年第4期。

[14] 李震东、张昊:“论商事权利的涵摄力与特别限制——兼谈商品化权的属性”,《求索》2010年第5期。

[15] 梁鹏:“商人概念的历史考察”,《河北法学》2010年第2期。

[16] 曾宏伟:“公司法变迁中的商人角色”,《中外法学》2011年第4期。

[17] 华德波:“对商人与商事主体关系等同论的反思与重塑”,《河北法学》2011年第2期。

确适用。

就商主体的能力或者说商事能力,樊涛^[18]肯定商事能力制度的意义,认为商事能力包括商事权利能力、商事营业能力及商事责任能力,并不存在商事行为能力,进而不同的商主体具有平等的商事权利能力,拥有不同的商事营业能力,而商事责任能力指向承担多种责任的资格和能力。童列春^[19]也对商事行为能力概念提出质疑,认为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,但商法中的经营能力发挥着民法中行为能力制度的类似功能,即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。而就商主体的营业能力,肖海军^[20]继续投入关注,并从商主体区分为投资主体与营业主体的二重结构出发,认为营业主体享有某些投资主体不具有或不能具有的营业资格,具有独立的营业能力。而顾功耘与胡改蓉^[21]从营业自由与国家干预之间的博弈与较量出发,提出商主体营业资格的维度,指出在我国商主体的营业范围长期受制于“强国家干预主义”的束缚,亟需进行一个从权力到权利的结构分化,以维护商主体的营业自由,提出国家干预仅是例外、营业自由才是一般原则的论点,进而就作为商主体营业资格之法律文本体现的营业执照制度,认为应当根据营业资格的维度不同设计出不同的营业执照取得条件和程序。而刘宏渭^[22]也从营业自由视角切入,视营业自由是营业权的核心内容,提出保护营业自由的规范路径。

就商主体形态或企业形态,徐强胜^[23]直接针对企业形态法定主义,认为立法设定的企业形态标准不应是严格而封闭的,而应具有开放性,以适应现实中众多不同形态企业的良性发展需求和众多不同投资者合理的现实需要,从而鼓励投资,并基于这一立场,认为我国以责任和组织化程度为标准划分的独资、合伙和公司三种企业形态立法过于概念化和封闭化,指出构建适应不同合作社形态的合作社法律体系的迫切性;王兰^[24]更以法的现代性的个体自由观念出发,肯定现代人为追求个性经营目的而采取多样化商事职业方式的正当性,并以哈贝马斯的赋权理论作为知识资源,就商主体设定之规范结构,提出发挥商主体能动性并实现个体与国家在公共领域互动的原则。而就具体的企业制度,如针对个体工商户制度,一方面王妍^[25]强调个体工商户是构建中国市民社会的一支重要力量,但针对近年来个体工商户数量下降的趋势,

[18] 樊涛:“商事能力制度初探”,《法学杂志》2010年第4期。

[19] 童列春:“商事行为能力质疑”,《西部法学评论》2011年第5期。

[20] 肖海军:“论商主体的营业能力——以投资主体与营业主体的二重结构为视角”,《法学评论》2011年第5期。

[21] 顾功耘、胡改蓉:“营业自由与国家干预交织下商主体营业资格之维度分析”,《政治与法律》2011年第11期。

[22] 刘宏渭:“论营业自由及其在我国的实现路径”,《山东大学学报(哲学社科版)》2011年第6期。

[23] 徐强胜:“企业形态法定主义研究”,《法制与社会发展》2010年第1期。

[24] 王兰:“商主体设定规范结构研究——基于法的现代性考察”,《河北法学》2010年第11期。

[25] 王妍:“个体工商户:中国市民社会的重要力量及价值”,《河南省政法管理干部学院学报》2010年第1期。

呼吁立法应当为个体工商户的发展创造更加宽松的制度环境;另一方面李友根^[26]则对个体工商户制度提出质疑,剖析其中所存在的争议、混乱甚至矛盾,并通过实证分析,认为在当前的法律、理论与经济背景下,再修订《个体工商户条例》显得多余,主张应取消个体工商户概念,另确立个人经营者的概念。^[27] 杨峥嵘^[28]则聚焦于农村经纪人这一农村经济中的特别角色,以其主体资格作为考量重点,厘清其与现行法定的农村承包经营户和个体工商户间的关系,指出其行为的民事性与商事性,以便为这一经济角色的壮大发展提供法律制度支持。就公司制度中近年不时出现的有限责任公司存废论,孙沛成^[29]持谨慎态度,认为有限公司具有自身的独特性和实用价值,在公司形态的选择上应该坚持多样性和开放性,保护个人自由选择,而不是轻率废除某种公司形态。就合作社制度,张德峰^[30]针对其中的农村信用合作社,剖析其在民主管理方面所存在的民主管理主体缺失、民主参与利益丧失、民主管理外部环境缺乏的三个困境,提出明确其法人属性、有条件地允许吸收非社员股金、调整“投资股”与“资格股”之间的利益分配关系、约束信用合作社的内部人控制、按照独立原则改造信用合作组织体系等法律制度安排,以作为解决我国农村信用合作社民主困境的突围路径。而主力军^[31]从一则股份合作制企业的股份转让协议效力纠纷案入手,就股份合作制企业在我国现行立法上的缺失,通过与合作社企业的比较,认为其兼具股份制和合作制两种特征,兼具人合与资合的特点,是一种新类型的企业。此外还有几篇介绍域外法的论文,如张力^[32]介绍了当代俄罗斯民法中拥有“商业公营造物”之主体地位的单一制企业,分析其在俄罗斯内部私有化时代的成因和过渡性特点,以及所担负的功能与价值,并指出对国有企业改制进入攻坚阶段的当代中国的参考与借鉴意义;蒋舸^[33]介绍了德国为应对欧洲统一公司法进程中各成员国间竞争日益加剧局面所创新的公司形式——经营者公司,分析这一公司形式对投资人的制度优势,以及这一制度创新对德国传统有限责任公司体系的意义,具有相当的启示意义;而何新容^[34]则介绍了上世纪90年代产生于美国特拉华州的系列有限责任公司这一特殊的有限责任公司形式,概括其在设立、经营管理、利润分配、责任承担以及解散等方面所呈现的不同于一般有限责任公司的特色,并分析其制度优势与所存在的问题。

[26] 李友根:“论个体工商户制度的存与废——兼及中国特色制度的理论解读”,《法律科学》2010年第4期。

[27] 尽管有李友根的警示,但2011年4月国务院仍公布新的《个体工商户条例》,废止1987年的《城乡个体工商户管理暂行条例》。

[28] 杨峥嵘:“我国农村经纪人主体资格的法律考量”,《法学评论》2010年第6期。

[29] 孙沛成:“有限公司存废论”,《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期。

[30] 张德峰:“农村信用合作社:民主困境与法律突围”,《政法论坛》2011年第6期。

[31] 主力军:“股份合作制企业的法律适用问题研究——从一则股份合作制企业的股份转让协议效力纠纷案切入”,《政治与法律》2011年第12期。

[32] 张力:“俄罗斯民法中单一制企业的主体地位及其过渡性——转型社会中‘商业公营造物’的实证分析”,《法律科学》2010年第5期。

[33] 蒋舸:“德国公司形式的最新变革及其启示”,《法商研究》2011年第1期。

[34] 何新容:“美国系列有限责任公司立法初探”,《北京理工大学学报(社会科学版)》2011年第2期。

就商主体之责任构成,所收的论文并未在商主体构成要素意义上来处理责任构成之一般原理,大多着眼于法人格否认或揭开公司面纱这一具体制度,只是从中隐约可见责任构成要素对商主体独立性的意义。^[35]

3. 商事登记

就商事登记的定位,王兰^[36]从商事登记与市场准入间关系的角度,对现行工商登记管理体制中设置过高登记门槛的问题进行了反思;^[37]王妍^[38]则拷问政府在公司登记中应当扮演的角色,强调在当下转变政府行政理念的背景下,在公司登记中应实行形式审查原则。^[39]进而就公司登记机关的选择,李克武一方面^[40]在考察三种模式后,认为我国仍应坚持行政机关主管模式,由工商行政管理机关作为公司登记机关,但必须重新构建其内部体系,淡化其行政色彩,凸显其公共服务功能;另一方面^[41]着眼于公司登记机关的职责划分,继续强调公司登记制度的公共服务功能定位,并就登记管辖,认为应根据属地管辖、方便和登记在先等原则重新划定我国公司登记机关体系内部的职责分工,废止国家级登记机关具体的登记管辖分工,在地方统一以省级登记机关的名义进行登记。而就颇具争议的商事登记行为的法律性质,冯翔^[42]认为兼具公法与私法双重属性,属于以行政行为为主的复合行为,主要体现为行政确认。

就登记之效力,胡大武^[43]着眼于商事登记的信息披露功能,认为我国未来的《商事通则》应确立不实登记制度,强化善意第三人知情权的保护;王妍^[44]则着眼于商事登记在审判实践中的证据效力,指出商事登记采形式审查为主要审查制度的状态下,法院在民商审判实践中应该以司法独立认定和司法认定独立原则、信赖利益保护原则、“禁止反言”原则或“自食其果”原则等原则,来确定商事登记的证据效力。就商事登记效力所涉及的其他论文,大多集中在股东

[35] 如孙日华:“法人人格与有限责任的关系——兼谈对‘法人人格否认’的完善”,《新疆社会科学》2010年第3期;葛伟军:“论最低资本与揭开公司面纱——兼谈对法复[1994]4号、法释[2001]8号及法释[2011]3号文件的理解”,《上海财经大学学报》2011年第3期;刘俊海:“揭开公司面纱制度应用于司法实践的若干问题研究”,《法律适用》2011年第8期;罗海盛:“我国公司人格否认制度缺陷评析的再思考”,《河南社会科学》2010年第3期。

[36] 王兰:“商事登记与市场准入关系的法经济学思辨”,《现代法学》2010年第2期。

[37] 类似的,王妍呼吁对小商人或小商贩应实行“豁免登记”的政策,参见王妍:“小商人豁免登记及其法理基础——为小商人无照经营提供的辩护”,《学习与探索》2010年第5期。

[38] 王妍:“公司登记中的政府角色”,《政法论坛》2011年第1期。

[39] 就这一主题类似的论文还有葛声波:“企业登记:功能定位与制度完善”,《河南省政法管理干部学院学报》2010年第5期。

[40] 李克武:“我国公司登记机关之选择和设置的反思”,《法学杂志》2010年第8期。

[41] 李克武:“我国公司登记机关职责之划分:现状检讨与应然选择”,《法学评论》2011年第4期。

[42] 冯翔:“商事登记行为的法律性质”,《国家检察官学院学报》2010年第3期。

[43] 胡大武:“商事主体不实登记情形下善意第三人知情权保护”,《河北法学》2010年第11期。

[44] 王妍:“商事登记在民商审判实践中的证据效力问题研究”,《北方法学》2010年第6期。

资格取得以及变动上的功能,^[45]其中陈彦晶^[46]对有限责任公司股权之善意取得提出质疑,认为相关问题的解决应当适用商法上的权利外观责任法理,依据《公司法》第33条第3款,且严格限定在登记错误的情况下,并且这种错误应可归责于相关权利人,而第三人为构成“非因重大过失而不知”之善意。

就商事登记机关的责任,李克武^[47]认为因登记机关所致的瑕疵公司登记,登记机关应当对登记申请人或交易第三人承担损害赔偿赔偿责任,且该责任属于国家赔偿责任,是一种特殊侵权责任,应适用过错责任的归责原则,执行限制赔偿的原则以确定其具体赔偿范围和数额。

4. 商事辅助人

钟凯^[48]以大陆法系为考察背景,比较研究经理制度,认为经理权的本质是商事代理权,对将经理权分解成对内管理与对外代理两种权能提出质疑,分析经理权产生、行使以及消灭上的特点,并认为根据法人理论的不同,经理和法人机关或存在交集或完全不同。钱玉林^[49]则针对公司中的经理及其地位,就在司法实践中,经理以公司名义实施民事行为所存在的代表行为和代理行为两种裁判思路,分析其规范依据,指出《公司法》仅从公司内部机关层面对经理职权作出规定,但对于经理与第三人的关系,则存在制度供给上的不足,进而主张把经理与公司的关系和经理与第三人的关系区分开来,前者适用一般代理规则,后者由法律赋予经理法定代表权,以解决司法实践中单纯以代表行为和代理行为解决经理行为问题的弊端。另外,王作全^[50]介绍了日本商法上的商业使用人制度,提示其对我国的意义。

5. 营业、营业资产

营业概念近几年逐渐受到商法学界的重视。王艳华^[51]认为营业概念是构建商法体系的脊梁,以营业为骨架,可将营业组织、营业财产、营业行为(活动)、营业公开制度、专门的商事营业、营业救助与营业终止等内容,有机地组成商法体系。而刘文科^[52]从静态的客体角度,指出营业与民法上“集合物”概念的区别,强调其整体性特点,以及成为商人所有权之客体的机理。

就营业的转让,郭娅丽^[53]从宏观层面提出立法规制模式问题,认为在我国应然法上,就

[45] 如周荃:“确认有限责任公司股东资格之依据问题再探讨”,《河南省政法管理干部学院学报》2010年第1期;杜军:“试析股东资格的认定”,《法律适用》2010年第5期。

[46] 陈彦晶:“有限责任公司股权善意取得质疑”,《青海社会科学》2011年第3期。应说明的是,该文应完成于“《公司法司法解释(三)》”公布之前;而在此之后,张勇健恰恰在外观主义法理下,肯认该司法解释关于股权善意取得的规定,参见张勇健:“商事审判中适用外观主义原则的范围探讨”,《法律适用》2011年第8期。

[47] 李克武:“登记机关瑕疵公司登记之损害赔偿赔偿责任初探”,《法学杂志》2011年第6期。

[48] 钟凯:“经理制度比较综议——以大陆法系为主要考察视角”,《北方法学》2010年第3期。

[49] 钱玉林:“经理地位的法律逻辑分析”,《法学》2010年第8期。

[50] 王作全:“日本商法上的商业使用人制度及其启示”,《甘肃政法学院学报》2010年第6期。

[51] 王艳华:“以营业为视角解释商法体系”,《河北法学》2010年第5期。

[52] 刘文科:“营业:商法上的特殊客体”,《政法论坛》2010年第5期。

[53] 郭娅丽:“论营业转让制度的规范对象与立法模式——一个基础性分析框架”,《法学杂志》2010年第11期;该作者的另一篇关于营业转让的论文也值得关注,参见郭娅丽:“论营业转让人的竞业禁止义务”,《河北法学》2011年第3期。

营业转让制度应在民法典中设专节规定,而不是屈居于商号转让制度之下,内容应包括各种不同形式营业转让的一般规则,然后辅之以单行法包括公司法、金融商品交易法、特许经营法等规定营业转让的特殊规则。^[54]而就营业转让的公司内部决议程序,刘小勇^[55]认为虽然对于上市公司出售重大资产的程序规定可适用于营业转让,但该规定存在着许多缺陷,且适用范围太窄,因此在借鉴日本法成熟经验的基础上,作者提出我国公司法应引入营业转让的概念,并对公司进行重大营业转让课以履行股东大会决议程序的义务。同样是针对重大资产出售,龙翔与陈国奇^[56]也对现行法规定提出质疑,认为对重大资产出售的界定,应采取质与量相结合的标准,即在质的方面要求出售标的必须是经营性资产,而在量的方面要求出售标的须达到净资产总额的一定比例以上,且现行法动摇了公司的存续基础,同时须结合公司拥有的营业是单一还是多项这一要素。而王军^[57]从营业的视角,对一直争议不断的企业公司化改组,主张应根据原企业的营业重组方式,来界定其不同的法律性质;作者认为以“净资产折股”等术语表述公司化改组,规避了出资类型限制和分立企业债务承担规则,使发起人向新公司转移原企业债务的行为合理化;司法解释试图平衡新设公司与原企业债权人的利益,但其表述上的紊乱阻碍了司法政策的贯彻;作者指出公司化改组之表述及相关司法困境的法律根源在于,公司法对出资方式过度限制,民法通则等法律对分立企业债务承担规则过于严苛。

6. 商行为

就商行为一般理论,王延川^[58]认为商事行为分为契约行为、组织合约和联合行为三种类型,提出相应的立法模式。郭晓霞^[59]梳理了商行为概念的内涵和外延,认为一般意义上商行为的确定标准应是行为的经营本质,而营利目的、独立实施、持续进行、合法正当且具有公开性,是商行为的应有内涵。张志坡^[60]通过对日本商法的观察,将附属商行为界定为商人为了营业实施的行为,商人从事的行为被推定为为了营业实施的行为,认为附属商行为不限于营利行为,且不以法律行为为限,包括通知、履行等行为,是一种对营业必不可少的手段性行为。

在商事物权领域,楼建波^[61]从相对宏观的视角讨论《物权法》的商事适用性,认为民法不能满足商事交易的多变性,主张必须采用绝对的民商分立。而沈贵明与梁开银^[62]均对股份或股权共有问题产生兴趣,指出对民法有关共有规范的适用性或准用性,以及公司法规范与民

[54] 白比较法视角同样提出营业转让立法规制的,亦见刘小勇:“国外营业转让规制及其在我国的引入——日本及美国法对我国的启示”,《山东大学学报(哲学社科版)》2010年第2期。

[55] 刘小勇:“营业转让与股东大会的决议——日本法对我国的启示”,《清华法学》2010年第5期。

[56] 龙翔、陈国奇:“公司法语境下的重大资产出售定位——兼评《公司法》第75条、第105条和第122条”,《法学家》2011年第3期。

[57] 王军:“企业公司化改组的法律性质及其表述”,《法学研究》2011年第2期。

[58] 王延川:“商事行为类型化及多元立法模式——兼论商事行为的司法适用”,《当代法学》2011年第4期。

[59] 郭晓霞:“商行为概念研究”,《山东社会科学》2010年第5期。

[60] 张志坡:“论附属商行为——对日本商法的观察”,《河南省政法管理干部学院学报》2010年第1期。

[61] 楼建波:“我国《物权法》的商事适用性”,《法学杂志》2010年第1期。

[62] 沈贵明:“股份共有的公司法规范”,《法学研究》2010年第2期;梁开银:“论公司股权之共有权”,《法律科学》2010年第2期。

法规范的衔接问题。就股权质押,徐海燕与郝耀武^[63]均集中于其要件构成,前者认为股权质押合同的生效和股权质押权的设定均无需遵守《公司法》第72条有关股东向公司外第三人转让股权的程序性规定;后者着眼于股权质押公示效力,主张应设立专门的股权质押托管登记中介机构,建构股权质押公示制约机制。就《物权法》之后一直引发理论兴趣的商事留置权,熊丙万与曾大鹏^[64]均指出《物权法》规定之不足,并分析商事留置权之主体、被担保债权以及善意取得等方面的特性。

在商事债法领域,杜景林^[65]分析了企业买卖的方式,就企业买卖中的给付障碍和瑕疵,指出其与民法规则的不同,主张摒弃双轨制的法律适用,即原则上应当适用瑕疵担保责任规则,而不是适用缔约过失的责任原则。蒙瑞华^[66]针对《公司法》就公司借贷问题的暧昧态度,自法政策上重新审视,认为企业间借贷的决议或合同的效力不因部门规章之禁止性规定而受影响。而刘道远先后撰文^[67]提出商事侵权责任与商法责任概念,主张构建商事侵权责任制度的一般条款,以弥补《侵权责任法》未专门规定商事侵权责任的缺憾,进而以企业为中心来确立未来的商事责任制度体系。

7. 商事诉讼与制裁

樊涛^[68]呼吁我国商事审判制度应从倡导商事思维、增设商事法庭、创设商事诉讼等诸方面进行重构与完善;徐海燕与刘俊海^[69]则基于商事纠纷的特点,主张裁判机构充分尊重意思自治,促成商事行为的效力,建议裁判者认真研究商人的商业逻辑、商业思维与赢利模式。关于商事仲裁,许玲^[70]认为我国目前对商事仲裁的司法监督模式过于严格,违背了仲裁的独立性原则,故有必要赋予仲裁庭自裁管辖权,并对国内仲裁和涉外仲裁实行统一的程序监督;马占军^[71]则提出商事仲裁规则适用性这一被仲裁学界忽视的问题,认为当事人选择仲裁机构应视为原则上同意适用仲裁机构仲裁规则,但当事人对机构仲裁规则具有适当修改权,并指出仲裁规则的适用与仲裁协议效力认定间的关系。而三篇法律史方面的论文^[72]分别梳理明、

[63] 徐海燕:“有限责任公司股权质押效力规则的反思与重构”,《中国法学》2011年第3期;郝耀武:“论股权质押公示效力”,《法学杂志》2011年第4期。

[64] 熊丙万:“论商事留置权”,《法学家》2011年第4期;曾大鹏:“商事留置权的法律构造”,《法学》2010年第2期。

[65] 杜景林:“企业买卖中的给付障碍和瑕疵担保责任”,《法学》2011年第10期。

[66] 蒙瑞华:“公司借贷法律问题研究”,《西南政法大学学报》2010年第2期。

[67] 刘道远:“商事侵权责任对侵权责任法的挑战及其对策”,《法商研究》2010年第1期;刘道远:“商事责任法律制度的反思与重构”,《北京工商大学学报(社会科学版)》2010年第5期。

[68] 樊涛:“我国商事审判制度的反思与重构”,《河北法学》2010年第2期。

[69] 徐海燕、刘俊海:“论商事纠纷的裁判理念”,《法学杂志》2010年第9期。

[70] 许玲:“论商事仲裁的司法监督模式——兼议我国商事仲裁制度相关规定的完善”,《海峡法学》2010年第4期。

[71] 马占军:“商事仲裁规则适用性法律问题研究”,《河南社会科学》2011年第2期。

[72] 黄东海:“明清商牙纠纷类型及所见国家商业社会控制”,《华东政法大学学报》2010年第6期;王红梅:“论清朝多元化的商事纠纷处理机制及其弊端”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2011年第2期;张松:“民初商事公断处探析——以京师商事公断处为中心”,《政法论坛》2010年第3期。

清及民初时期商事纠纷的处理机制,在历史中爬梳本土资源,以求对当下的启示。

二、评价

本部分评价之“评”,取批评之意,因为颂扬成绩固能使人欣喜,但批评乃至“揭短”,只要不是吹毛求疵,则更能激起奋发的勇气。鉴此立场,翻检这两年的商法总论论文,总的观感是:数量不多(相较于其他学科^[73]);更重要的是,令人耳目一新的论文不多。而且,如果用主题选择及其分布、基础性概念的使用及其共识度、研究方法及其更新、新材料新文献的吸收等指标来衡量的话,这两年商总学科的发展,确实不尽人意;虽然局部或个别制度的研究有进展,但基本理论研究方面仍徘徊不前。当然,这并不意味着此前的商法学科就已经很发达与成熟,反过来甚至可以说,这一不佳表现是商总学科在本报告所评价时段一贯落后的持续。具体来说:

(一)民商关系一直未理清

一个学科应有自己研究的范围,有自己专门的地盘。商法学科的“地盘”在哪里,可以说是与生俱来的先天性问题。这在一般人所认知的中国采民商合一之立法体例下,就更显突出,因为“民”字的那一边在当下的中国太过强势了。在此背景下,商法或商总学科欲自立,首先须理清民商关系。因其先天性,民商关系或许是一个永远也理不清的关系。但理不清并不意味着不值得去理,更何况公司法、破产法、证券法、票据法、保险法、海商法、代理法、合伙法等,并不能仅仅因为被纳进商法教科书就使这些具体科目的研究者或从业者心悦诚服地接受“商总”这一大家长/面旗帜的领导,商总在其内部也得拿出招贤纳士的魅力,也得使出不致使其变节投“民”或各自占山为王的看家本领。

但是在所评价的这两年,基本没有直接针对民商关系来予以理论澄清或深化的论文。如关于商法任务以及商法规范构造等间接相关的论文,也都语焉不详,且因民商关系这一前提性问题交代不清,所涉之论也难以服人。这一观感也见于关于商事留置权的论文,尽管这几篇论文就《物权法》中的留置权要件已做了法教义学上相当充分与深度的延展。

理不清民商关系,也往往就理不清商法与其他部门法间的关系。这就使得在宏观为文上往往虚泛空洞,不接地气;在微观制度处理上,又易流于就事论事,缺乏体系观。举三例言之:其一,2011年《公司法司法解释(三)》(第26条第1款、第28条第1款)通过规定对《物权法》第106条的“参照”适用,以确立股权善意取得制度。由于理论准备不充分,相关配套制度缺失严重,这一规定的出台略显仓促;出台当年,学界反应迟钝,鲜有和者。实际上,这关键的“参照”二字应作何解,也就是股权善意取得之要件构成与制度正当性的说明,显然无法直接求之于《物权法》第106条,而是关乎民商关系大视域下的体系性思考,亦即不仅要熟谙传统不动产物权登记公示制度,而且还要对包括现行公司登记在内的商事登记制度有深切的把握与清醒

[73] 本刊今年第1期所刊刑法学科评价,所统计的刑总论文近900篇,是本报告商总论文的近七倍;民法学科评价虽未统计论文数量,但民总论文GDP之可观,想来不容有疑。不过,数量只是不可靠的观感,落脚在于后面的“更”字,谅不致有误解。

的反思,只有如此的融会贯通才能得其正解。其二,营业自由是几篇论文的呼吁目标,以之抗衡“强国家干预主义”,但营业自由如何落实在具体制度设计上,这些学者却又以经营/营业能力与营业执照来对接。殊不知,在现行商事登记制度中,营业执照制度及其效力是最可疑的设计,所体现的恰恰是“强国家干预主义”。^[74]其三,商法学界呼吁有年的《商事通则》之制定,迟迟不能取得突破,虽有多方面因素,但是民商关系理不清,商法理论供给不足,商总体系建构的理论支点不明,显然是其不可否认的主因——尽管商法法典化对商法独立性的意义,确实不必高估。^[75]

(二)基础性概念使用失序

学科成熟与否的一个明显标志,在于构成该学科之基础性概念的使用情况。基础性概念是学科从业人员进行表达与论说的思维工具,是学科共同体得以建立、活动、交流以及集体对外发声的手段与基础。一个学科的基础性概念内容大体固定,共识度高,那么该学科就相对成熟;反之,就处在落后与幼稚阶段。商总学科基础性概念使用的失序,良有以也,且持续表现在所评价的时间段内。比如作为商法学科建构基础的商人或商主体概念,所取得的共识度仍非常有限。此外,商总学科基础性概念使用的失序,还明显带有以下两方面的特征:

其一,为求商法有别于民法,但在路径上又不得不模仿民法,提出一系列带“商”字前缀的概念。其著例者,如“商事能力”、“商事责任”等。商事能力概念的提出,旨在解释与建构商人或商主体的资格要件,用意虽良,但是否有必要在民事能力(可扩展为“私法能力”)之外另设概念系统,殊值怀疑;其中的“商事行为能力”,已有学者正确地提出质疑,但其他各项能力,即商事权利能力、商事责任能力以及尤其是通过营业执照来彰显的经营/营业能力,仍乏深度反思。如果说商事能力概念尚存见仁见智的余地,那么在立法上提出“商事责任”概念,其意义指向真正是殊难理解:若落脚于侵权责任,则搞出“商”字打头的侵权行为一般条款,立马会打乱现有特殊侵权责任的构成体系;若指向契约责任,则只需打通现行的违约责任、商事交易上的特别义务以及组织法责任,即足敷其用,实在不必节外生枝地另搞一套所谓以企业为中心的商事责任制度。

其二,为求商法的新与异,刻意创造出一些新名词。概念越是花样翻新,越是稀奇怪异,所反映的往往是学术训练及其约束的荒疏、该学科发展的孱弱及其学术共同体学术批判的缺位。所谓的“商品化权”即属此类概念,须知:商法之权利本位,不是多贴几个权利标签就可以实现的。

(三)研究方法突破有限

在无商法典或商法规范不成体系的背景下,也就不难理解很多论文立足于立法论。立法论的立场,绝不意味对法教义学方法的排斥与偏废。但不少论文往往只着眼于宏观叙事与建构,其中很少看到法教义学方法的身影,偶尔见之也颇不得法教义学的章法。如其中侧重比较

[74] 2001年我国台湾地区修正其“公司法”第6条,旨在废除公司执照制度,可为佐证。

[75] 具体参见张谷:“商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点”,载高鸿钧主编:《清华法治理论——法治与法学何处去(上、下)》(第6辑),清华大学出版社2005年版,页1-51。

法研究的,所运用文献很多仅是二手资料,其思路与结论的说服力也就大打折扣了;比如对商事辅助人制度,尤其是其中经理人制度的研究,望文生义,由西制的“经理人”直接比附我国《公司法》所规定的“经理”,不求其实异,实在是比较法上的忌讳。再比如实证研究方法,本是挖掘本土商法资源的不二法门,但采之者寥寥,其中李友根通过实案对我国个体工商户制度的系统考察,可算是例外。

(四)新文献新资料积累不多

商总学科积弱既久,若求研究上的突破,除研究方法外,实在有赖于与方法往往不可分的新文献新资料的引入。而所谓新文献新资料,主要就是原始外文文献,尤其是大陆法系各国基础性资料与最新文献,因为商法总论本身就是一个继受法域,商法总论之自立,自然也就离不开域外法的知识支援。在所评价时间段内,除了不多的几篇域外法介述论文值得一提外,能运用域外法资源集中处理某一商法主题的,不太多见。

三、反 思

上述评价对商法学时贤的求全责备,虽或太过,然处心可鉴也。不过说点“护短”的话,商法或商总学科积弱既久的状态,实在也不能全算在时贤的头上。自民国时采民商合一体例后,汉语法学界中商法学科尤其是商总学科的发展,就注定了跛腿成长或偏房的命运。这一状况延续至今日的我国台湾地区,仍未有实质改变。而在大陆,1949年后三十多年的计划经济,使商法从根本上丧失生存的土壤。1978年后的改革开放,促成大陆地区包括民法学科在内的诸多法学学科的“中兴”现象,而构成其法学中兴的直接且便利的资料支持,就是海峡对面的另一汉语法学。上世纪80年代初至90年代末学民法的人,对史(尚宽)、郑(玉波)、梅(仲协)、王(泽鉴)诸公大名及其著述的耳熟能详与如数家珍,便是明证。但是在这一过程中,商法尤其是商总学科受惠最少,几乎没占到便宜,因为从海峡对面传过来的,唯独在这一块没什么秘籍可炫。^[76]既无家底,白手起家,其难也就可想而知了。

八年前有学者以“寄居蟹”来比喻商法。^[77]如今,这只“寄居蟹”如何存活并成长,仍值得深思——尽管有前面回护的话。

(责任编辑:张双根)

[76] 不仅未占到便宜,有时还反受其害!张谷就曾指出张国键《商事法论》(台北三民书局1980年修订第19版)中介绍的欧陆各国合伙与公司概念对其后大陆学界的误导,载谢怀栻:《民法总则讲要》,北京大学出版社2007年版,页5,注[1]。

[77] 张谷,见前注[75]。