书名：中国商法的理论重构与立法构想

书号：978-7-300-25232-2

作者：王建文

责任编辑：施洋

页数：293

装祯：精装

出版时间：2018-01-16

定价：59.8元

出版社：中国人民大学出版社

* 编辑推荐

我国司法实践中的商法适用困境主要表现为，在“民商合一”或“民商不分”的立法模式下，不少民法规范都不宜直接适用于商事法律关系，从而导致“有法不宜用”的司法困境。此外，在复杂多样的商事法律关系面前，大量涉及经营关系的法律纠纷的处理，还大量存在“有法不好用”的司法困境。

本书立足于商事司法实践，对民商区分的依据与方法展开了系统的研究，基于重构商法理论体系，提出了总纲性商法规范的立法构想，从而构建民商区分的具体立法方案。

◆ 读者定位

法学专业研究人员

法学专业学生

* 作者简介

王建文，安徽省望江县人。南京航空航天大学人文与社会科学学院院长、教授、博士生导师。中共江苏省委法律专家库成员、中国商法学研究会常务理事兼信托法专业委员会主任、江苏省商法学研究会副会长兼秘书长、国家马克思主义理论研究和建设工程《商法学》重点教材编写项目主要成员、南京市人民法院特邀咨询员、中共南京市秦淮区委法律顾问。

第三届江苏省“十大杰出”中青年法学家（2013年入选）、江苏省“333高层次人才培养工程”中青年科学技术带头人（2011年入选）、江苏省高校“青蓝工程”中青年学术带头人（2010年入选）。

主持国家社科基金一般项目、中国博士后科学基金特别资助项目、面上项目及教育部、江苏省社科基金项目等课题十余项。在《中国法学》等学术刊物发表学术论文百余篇，其中十余篇被《中国社会科学文摘》《高等学校文科学术文摘》等主流文摘转载。在权威出版社出版专著及专著型教材二十余部。

* 内容简介

本书结合民商法律的最新修订内容全面、系统讲解了各种商法问题。包括公司法、破产法、证券法、票据法、保险法和海商法。总论侧重于结合中国实践讨论商法的一般问题和《中国商法》分论中不可能涉及的共同性问题。分论重点讨论了商法领域中几部影响重大的法律，分析了这些具体的商法领域的理论问题。

◆ 简要目录

目 录

第一章 导论:基于商事司法困境的民商区分理论的提出 （1）

一、“有法不宜用”的司法困境 （2）

二、“有法不好用”的司法困境 （8）

三、小结与展望:民商区分的理论价值、实践价值及研究思路 （18）

第二章 我国现行商法体系的缺陷及其补救方案 （21）

第一节 我国现行商法体系的结构与缺陷 （21）

一、我国现行商法体系的结构 （21）

二、我国现行商法体系的缺陷 （24）

第二节 我国现行商法体系缺陷的补救:民商区分 （34）

一、我国现行商法体系缺陷的补救思路:制定总纲性商法规范 （34）

二、我国总纲性商法规范立法模式的理论分析 （36）

三、我国总纲性商法规范立法模式的理论构想:民商区分 （44）

第三章 商主体的理论重构:经营者概念的引入 （46）

第一节 传统商法中商主体制度的考察与反思 （46）

一、传统商法中商主体的概念 （46）

二、传统商法中商主体的界定标准 （48）

三、传统商法中商主体的分类 （49）

四、传统商法中商人制度的缺陷 （56）

第二节 商主体性质与形态的变迁:历史线索与发展规律 （57）

一、早期商人及商事组织的性质与形态 （57）

二、中世纪商人阶层的形成与发展 （60）

三、中世纪商事组织的产生与发展 （61）

四、公司的成型与发展:性质与形态变迁 （66）

五、商人性质与形态变迁的规律与启示 （78）

第三节 商主体制度的变革与创新:从商人到企业的变迁 （79）

一、传统商法中商人性质与结构的变迁:公司商人化 （79）

二、传统商法中公司商人化缺陷的纠正:企业人格化 （82）

三、传统商法中商主体制度的创新:商人企业化 （87）

四、小结:从商人到企业的变迁趋势及不足 （90）

第四节 我国商法中商主体的理论重构:经营者概念的采用 （91）

一、我国商法学界采用的商主体概念检讨 （91）

二、我国总纲性商法规范中商主体概念的选择:经营者概念的引入 （93）

三、特殊的商主体:企业概念的立法确认及其法律界定 （97）

四、特殊的商主体:职业经营者概念的引入 （101）

五、企业主及企业经营管理人员的立法选择与定位 （102）

第四章 商行为的理论重构:经营行为概念的引入 （106）

第一节 传统商法中商行为制度的考察与反思 （106）

一、传统商法中商行为概念界定标准考察 （106）

二、传统商法中商行为的特征 （109）

三、传统商法中商行为的类型 （112）

四、传统商法中商行为的特殊性 （116）

五、传统商法中商行为的立法模式 （120）

第二节 我国商法中商行为的理论构建:经营行为概念的采用 （125）

一、我国商法学界商行为概念界定的梳理 （125）

二、我国商法中商行为概念界定的立法选择:经营行为概念的采用 （128）

三、我国商法中经营行为的内涵阐释 （130）

四、我国商法中经营行为的类型化分析 （133）

第五章 商法的价值、理念、原则及其实践应用 （141）

第一节 商法的价值及其实践应用 （141）

一、法律价值体系的界定 （141）

二、商法价值体系的界定 （143）

三、中国商法核心价值的重新定位 （145）

四、商法核心价值的实践应用:自由与秩序的平衡 （148）

第二节 商法的理念及其实践应用 （154）

一、法律理念的界定 （154）

二、商法基本理念的界定 （158）

三、强化私法自治 （159）

四、经营自由 （163）

五、保护营利 （167）

六、加重责任 （169）

七、注重效率 （174）

八、商法理念的实践应用 （182）

第三节 商法的原则及其实践应用 （190）

一、法律原则的界定 （190）

二、商法原则与商法基本原则的界定 （194）

三、企业法定原则 （195）

四、企业维持原则 （197）

五、交易便捷原则 （199）

六、交易安全原则 （200）

七、商法基本原则的功能与实践应用 （202）

第六章 我国总纲性商法规范的立法构想 （205）

第一节 我国总纲性商法规范基本框架的立法构想 （205）

一、商法调整对象的立法构想 （206）

二、商法理念与原则的立法构想 （208）

三、我国总纲性商法规范中具体经营行为的立法构想 （209）

第二节 我国总纲性商法规范中商法渊源的立法构想 （211）

一、商法渊源的内涵与外延界定 （211）

二、商事自治规则:效力分析及立法安排 （215）

三、学说与一般法律原则:效力分析及立法安排 （218）

四、商事指导性案例:效力分析及立法安排 （220）

五、商法渊源及法律适用顺位的立法构想 （236）

第三节 我国总纲性商法规范中商事登记制度的立法构想 （237）

一、商事登记制度立法的理论基础 （237）

二、商事登记制度立法借鉴:境外商事登记立法例与立法原则 （238）

三、商事登记制度立法借鉴:境外商事登记法律效力立法例 （243）

四、我国现行商事登记制度的缺陷 （247）

五、我国商事登记制度的立法构想 （251）

第四节 我国总纲性商法规范中商事代理制度的立法构想 （256）

一、代理制度立法模式:民商合一抑或民商区分 （256）

二、商事代理的内涵界定 （257）

三、商事代理人与委托人之间的内部法律关系 （262）

四、商事代理人、委托人与交易相对人之间的外部法律关系 （265）

五、我国调整商事代理的现行规范及其存在的问题分析 （266）

六、我国商事代理制度的立法构想 （269）

第五节 我国总纲性商法规范中其他主要商法制度的立法构想 （271）

一、营业制度的立法构想 （271）

二、商事账簿制度的立法构想 （278）

三、交互计算制度的立法构想 （279）

四、商事法律责任制度的立法构想 （283）

五、商事审判程序的立法构想 （283）

主要参考文献 （286）

◆ 上架建议

商法 法律 专著

◆ 书摘

导论：基于商事司法困境的民商区分理论的提出

成文法固有的局限性使法律漏洞的出现无可避免。有学者甚至认为，所谓的法律漏洞，在司法实践中，与其说是例外，还不如说是通例。在处于转轨时期的我国，市场经济实践仍处于极为迅速的发展变动之中，商事法律关系往往错综复杂，因而商事司法实践中的法律漏洞更是普遍存在。法律漏洞的各种形式都存在于我国商法体系之中 ，最为严重的“领域漏洞”也普遍存在，这使我国商事审判人员常常面临着“无法可用”的司法困境。不过，在我国商法体系已较为齐备的今天，尽管存在不少“无法可用”的现象，但这种明显的法律漏洞已大为降低并逐步减少。可以说，各种经营行为及交易关系基本上都能寻找到相应的法律规范予以调整。我国司法实践中的商法适用困境主要表现为，在“民商合一”或“民商不分”的立法模式下，不少民法规范都不宜直接适用于商事法律关系，从而导致“有法不宜用”的司法困境。此外，在复杂多样的商事法律关系面前，大量涉及经营关系的法律纠纷的处理，还大量存在“有法不好用”的司法困境。为有效解决这一问题，必须通过实证研究，发现我国商事司法实践中的典型法律适用困境的表现形式，分析其存在原因及现行法律体系内的解决方案，并在总结现行法律体系缺陷的基础上探索整体性的解决方案。

一、“有法不宜用”的司法困境

（一）例一:经营场所承租权的法律救济难题

传统民法理论将租赁关系视为继续性契约关系。与买卖关系不同，租赁契约关系中的使用期间与对价数额，系于时间经过的长短。契约存续期间越长，由于各方状况发生变化的概率增大，契约的风险也随之增大。随着契约风险的提高，当事人互信互赖的要求也相对增加，信赖关系也愈浓厚。 民事租赁关系这种本质特性，要求当事人双方高度信赖，信赖关系只要遭到破坏，租赁关系即有终结的危险。不过，因传统民事不动产租赁的主要目的为居住，承租人获得房屋的目的在于满足自身的居住需要，而居住为基本人权的重要方面，为生存权所涵盖，故为保护处于弱势地位承租人的权益，现代社会民事不动产租赁中普遍引入了公共政策介入的制度设计。例如，买卖不破租赁、租金封顶、廉租房、共有产权房这类普遍带有公共政策色彩的法律制度，即为基于对居住权的特殊保护而对所有权予以限制的制度安排。 反观经营场所租赁法律关系，即所谓商事租赁，固然同样以当事人之间的信赖关系为基础，但以营利为目的的经营行为则为其本质属性。在市场经济高度发达的现代社会，为降低投资成本，经营者往往需要租赁他人的不动产开展经营活动，从而使经营场所租赁关系的发生日益普遍。经营者对于经营场所的利用与民事租赁的自我居住大为不同。为招揽生意，经营者大多会进行专门装修，并投入大量成本对经营场所的装潢加以妥善维护。在经营过程中，其经营成果大多体现在其所建立的稳定的客户群上，而客户群对经营者的认知与经营场所密不可分。因此，在经营场所租赁关系中，租赁关系终止时，出租人损失的仅为租金利益，而承租人损失的则为与该经营场所密不可分的营业资产价值，且承租人的营业资产价值可能远远超过出租人的租金利益。承租人在将作为经营场所的房屋返还出租人时，其对房屋的装修翻新等行为所产生的成本，尽管可能依照传统民法中的添附、不当得利制度解决，但作为经营者的承租人对于房屋的有形和无形投入，以及诸如客户群散失等经营损失却无法得到有效补偿。此外，由于商机的千变万化，经营者有可能随时依据当时的市场需要改变经营场所的用途，或者转租他人而另行投资。这在商事活动中都是非常普遍的现象，但若从民事租赁当事人双方彼此信赖的角度观察，则很难获得正当化的说明。就我国司法实践而言，发生经营场所承租权纠纷时，固然可适用我国《合同法》、住房和城乡建设部于2010年发布的《商品房屋租赁管理办法》及不少地方立法机构制定的各种“房屋租赁条例”等相关规定，但因相 关法律规范均未充分考虑到经营场所承租权所包含的营业资产价值，从而导致该类纠纷的法律适用往往呈现出符合形式正义，却有悖于实质正义的司法困境。申言之，根据《合同法》及相关地方立法的规定，经营 场所承租人虽可获得同等条件下的优先购买权及优先承租权的法律保障，但在计算同等条件时根本不考虑经营场所承租权中所蕴含的特殊营业资产价值。而在英国、爱尔兰、法国、比利时、荷兰、意大利等欧洲国家，法律则赋予了商事租赁的承租人在租期届满时请求续展租约的权利。《法国商法典》还对形成商事租赁关系的租约期限、租约续展权作了强制性规定，对迁出租赁场所的承租人，出租人原则上负有赔偿由于出租人拒绝租约续展而给承租人造成的损害的义务。 此外，法国商法 强调商人租赁权和顾客群的重要性，将其列为商事营业资产的无形构成部分。显然，我国合同法在租赁制度上的设计依据依然以对所有权人的优先保护和当事人双方的信赖关系为基础，而忽视了现实生活中大量经营场所租赁法律关系的特殊性。对于出租人法律保护上的绝对倾斜，使利用经营场所进行商事经营的经营者在租赁关系上处于明显的劣势地位。合同法在租赁制度的设计上，仅仅考虑了以民事居住为目的租赁的需要，而缺乏对商事经营活动租赁的特别安排，因而没有做到实质上的民商区分，商事经营活动的特有利益也无法通过经营场所承租权得到有效的保护。因此，我国若不设定保护经营场所承租权的商法规范，仅仅适用关于房屋租赁的相关规定，则根本无法充分保护经营场所承租人的合法权益。