

从理念中的商法到商法的实践——王保树教授商法通则学术思想综述

刘文科

理性的答案归根到底是从实践中产生的。如果没有实践的基础，理性的答案将是不可靠的。

——王保树

一、引言

改革开放以来，特别是确立社会主义市场经济的改革方向以来，中国的经济发展充满了活力，市场经济逐步走向繁荣。市场经济的发展与繁荣，给中国商法学的发展带来了丰富的素材。中国的商法学，伴随着中国的改革开放所带来的商事活动的丰富实践和中国商事立法与商事司法的实践共同成长。

变革中的中国商法学，同样需要自身的基础理论作为支撑。没有基础理论的学科，就像无源之水、无本之木。中国商法学的基础理论，从上个世纪 80 年代创立开始，不断发展，逐步走向成熟。而商法学基础理论逐渐走向成熟的标志，就是商事通则从立法构想到条文设计，从理念思考走向制度创建。

二、商法学基础理论逐步走向体系化

（一）对商法学体系的初步探索——经营法学

20 世纪 80 年代末 90 年代初，我国基本上还不存在商法学这一学科。王保树教授在总结改革开放以来企业法的理论和实践的基础上，提出了经营法学的概念：经营法学应是研究经营法律现象的学科。¹实际上，王保树教授提出的经营法学就是商法学的前身。

经营法学的主要内容包括：第一，经营主体论。第二，经营环境论。第三，经营决策论。第四，经营活动论。第五，经营责任论。²由于当时我国还没有形成商法学科，人们的研究框架还主要在民法经济法的领域内，故而，王保树教授关于“经营法学”的体系的提出无疑是具有创造性的。其中，经营主体论部分，逐渐发展为商法学中的商人制度；经营环境论部分，逐渐发展为经济法学中的反不正当竞争法学和反垄断法学；经营决策论部分，逐渐发展为企业与公司治理制度；经营活动论部分，逐渐发展为商法学中的营业制度；经营责任论部分，逐渐发展为公司企业的责任制度。从某种程度上来说，王保树教授关于经营法学体系的构建，一直影响着后来的研究兴趣。

（二）商事法的理念与理念上的商事法——商法学的体系性把握

在《商事法的理念与理念上的商事法》一文中，王保树教授提出了完整的商事法的基础理论以及商法总则的主要体系，这些构成了商事通则的理论基础。

1. 商事法的理念

商事法的理念，是商事法的基础理论，包括商法调整对象论、民商关系论、商法特征论、商法发展趋势论。可以说，对于商事法的理念性的问题的把握程度，决定了商事通则的高度。

商事关系是商法的调整对象，在商法学的体系中具有举足轻重的地位。王保树教授在总结国内外学者关于商事关系的学说的基础上，深刻地阐发了商事关系的营利内涵和本质。从营利的角度理解商事关系，是王保树教授有关商法思想的出发点。在个意义上，商事关系具有如下三个特点：第一，商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。第二，商事关系是商人和其他依商法从事商行为者基于营利活动而建立的。第三，商事关系大多发生在持续的营业中。³商事关系的三个基本特征，也揭示了商法学基础理论的三个核心概念：商人、商行为与营业。

商法与邻近其他法律部门存在着密切的联系，也存在着相互交叉的地带。尤其是商法与民法的关系，历来为学者所关注，并且是存在大量争议的。正确把握商法与民法的关系，是商法学健康发展的前提，同

¹ 王保树：《关于建立经营法学的一些思考》，载《中国法学》1990 年第 1 期。

² 王保树：《关于建立经营法学的一些思考》，载《中国法学》1990 年第 1 期。

³ 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》（第 1 卷），法律出版社 1996 年版。

时也是商法学自身不可避免的问题。王保树教授认为，以企业为中心形成了许多特殊物质生活领域，从而也出现了许多特殊的社会关系即商事关系。这些关系的调整需求，要求有一些特殊规定予以满足。而这些特殊规定，无论从形式上还是从实质上，都不可能完全在作为一般法的民法的框架内完成，需要以特别法的形式实现，这就是商法出现于法律体系的必要。⁴所谓商法的特别规定，主要有三个方面：第一，对民法个别规定的补充和变更，如商法关于商事时效和法定利息的规定。第二，对民法一般制度的特殊化规定，如商法关于公司的规定就是对民法中关于法人制度的特殊性规定。第三，创设民法所没有的特殊制度，如商法关于商号商业账簿和共同海损的规定。⁵王保树教授关于商法的特别规定的认识，是在全面总结各个商事单行法的基础上总结而来的。同时，这些商法中的特别规定，如果没有存在于现行的商事单行法中，则需要制定在商法通则中。可见，对于商法的特别规定的把握，是建立商法学体系的基础。

商法的特征有其产生的原因。这首先是因为商事法规范对象的企业，是影响商事法特点的一个重要因素。其次是商事法作为民法的特别法也必然表现出区别于民法的特殊性。⁶具体到商事法的主要特点，王保树教授认为主要包括以下几个方面：第一，营利的特性，即以法律规定以营利为动机的商事行为；第二，确认企业维持的制度，如职工的地位、资本的集中、确保企业的独立性、企业破产与解散风险的回避等制度；第三，确认交易顺利、可靠、安全的原则，如企业交易的快速主义、商事交易的公示主义、商事交易的要式主义、商事交易的外观主义、商事交易的严格责任主义和法的确实主义；第四，组织法与行为法相结合，同时，组织法奉行严格主义，而行为法实行自由主义。⁷

对于商事法的发展趋势，王保树教授认为，商法呈现出动态化的趋向，并且大陆法系和英美法系相互渗透、相互影响，同时商事法呈现出国际化与统一的趋向。⁸

2. 理念上的商事法

商事法的学科体系存在于人们的理念中，故而称为理念上的商事法。商事法的学科体系，不同于商事法律体系。

商事法律体系是指规范意义上的商法。规范意义的商法向人们直观揭示了商人及与商人有关的规则、商行为及其商行为规则。⁹我国目前的商事法律制度包括规范商人的商事组织法律制度和规范商事行为的商事行为法律制度。前者包括公司法律制度、合伙企业法律制度、个人独资企业法律制度以及其他企业法律制度。后者包括证券法律制度、票据法律制度、保险法律制度、海商法律制度等。¹⁰

而商法学的体系，是指从科学意义上把握商法。商法学的体系不同于商事法律制度的体系：第一，商法学导论，包括商法的意义、商法的地位、商法的功能、商法的法源、商法的特点、商法的历史以及商法的研究方法、商法思维等。第二，商法一般法，包括商人制度、商行为制度、营业制度等。这其中还包括商人资格、商号、营业辅助人、商业账簿、商事登记、代理商等具体的制度。第三，商事组织法，包括公司法、合伙企业、个人独资企业法、其他企业法、企业破产法等。第四，商事行为法，包括证券法、商业银行法、保险法、票据法、信托法、海商法等。¹¹

（三）商法思维

商法思维是商法学中的一项重要内容，是近几年随着商事活动日趋复杂化，商事立法与司法逐渐专业化，商法学研究逐步深入而产生的新的议题。

王保树教授提出，民法强调的是民事主体个别利益的一般保护，商法则强调的商人的营利的利益的保护，而营利的利益与一般利益不同，并不是人人都从事营利活动。民法具有伦理的特点，更偏重于追求公平；

⁴ 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》（第1卷），法律出版社1996年版。

⁵ 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》（第1卷），法律出版社1996年版。

⁶ 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》（第1卷），法律出版社1996年版。

⁷ 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》（第1卷），法律出版社1996年版。

⁸ 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载《商事法论集》（第1卷），法律出版社1996年版。

⁹ 王保树：《商法总论》，清华大学出版社2007年版，第1页。

¹⁰ 王保树：《中国现行商事法律制度的基本内容——全国人大常委会法制讲座讲稿摘登》，载《中国人大》1999年第10期。

¹¹ 参见王保树：《商法总论》，清华大学出版社2007年版；王保树主编：《商法》（第2版），北京大学出版社2014年版。

商法则更强调追求个别主体的营利的效益，更追求交易的安全、迅捷、可靠。商法的思维首先要关注商人和商事交易的特殊性。第二，尊重商人的营业自由。第三，要促进交易、方便交易。第四，要注意外观主义的适用，保护善意第三人的利益。第五，要注意企业的促成与企业的维持。¹²商法思维既需要以对商法学的整体把握为基础，又反过来指导着商事立法与商事司法的实践。

三、商法学基础理论与商事立法的互动

（一）商法的实践与实践中的商法——商人法的构想

除了对商法基础理论进行深入地研究，王保树教授也十分重视发现实践中的问题，并用理论去解决实践中的问题。体现在商法学上，就是王保树教授对于商事立法的完善的关注。

《商法的实践与实践中的商法——商人法的构想》，就是王保树教授早期研究关于商事立法完善的文章。在这篇论文中，王保树教授关于商人法的构想，实际上就是后来有关商事通则构想的雏形。

1. 商法的实践

所谓商法的实践，是指已经存在的商法规范的发展、变化及通过人们的司法、行政执法和守法的实践发生作用的实态。¹³在总结了我国有关商人法的实践的基础上，王保树教授认为，我国商人法是由民法有关主体的规范和商事特别法构成的，已具备一定的基础和规模。但是，现行商人法的不完备性是很突出的，在民法通则和商事法律有关商人的规定之间明显地存在着一个空白，以致无法使民法通则的主体规则和商法的商人特别规则连成一个系统。民法通则关于自然人、法人的规定提供了商人的基础性条件，但它没有提供商人的充分条件。商事特别法仅仅是给人们具体的商人形态，包括法人企业、合伙企业和商个人，但是人们无法得出一个总体的结论——何种人为商人？¹⁴可以说，商法在实践中的问题，直到今天在立法上仍然没有解决。

2. 实践中的商法

所谓实践中的商法，是指虽然未以法律规范形式存在，但却被人们普遍承认的商法规则，或纳入商事惯例的范畴，或持续采用的非法律形式的但产生了某种效力的措施。¹⁵

王保树教授认为，市场经济的实践中，不仅已经出现商人，而且已经出现了实践中积极意义的商人法，即实践中应为和可为的商人规则。而实践中的商人规则主要有：商人法所规范的商人，应是从事营利性商事活动者；商人应具备营业所需要的条件；商人法所规范的商事代理应是一种持续性的代理；商人的经理是一种法律规定的机能性的代理，无需事事委托；代理商是以代理为业，或以代理他人商业事务作为营业之一；等等。同时，还存在着特殊主体不得从商的消极意义的商人规则。¹⁶

3. 商人法的体系

无论是商人的实践，还是实践中的商人法，都已经表明我国现行的商人法是一个残缺不全的法的领域。为了解决这些问题，王保树教授认为，商人法至少应该包括以下内容：第一，法定的商人概念；第二，商人的积极资格与消极资格；第三，为了界定商人而必须界定的商行为；第四，经理、经理权和其他雇员；第五，商号与营业；第六，代理商；等等。¹⁷实际上，王保树教授提出的商人法体系，基本上就是后来的商事通则的体系。

（二）世纪之交的中国商法实践——《深圳经济特区商事条例》

1997年8月，在纪念全国人大授予深圳经济特区立法权五周年座谈会上，深圳人大常委会领导接受了

¹² 王保树：《尊重商法的特殊思维》，载《扬州大学学报》2011年第2期

¹³ 王保树：《商法的实践和实践中的商法——商人法讨论大纲》，载《商事法论集》（第3卷），法律出版社1999年版。

¹⁴ 王保树：《商法的实践和实践中的商法——商人法讨论大纲》，载《商事法论集》（第3卷），法律出版社1999年版。

¹⁵ 王保树：《商法的实践和实践中的商法——商人法讨论大纲》，载《商事法论集》（第3卷），法律出版社1999年版。

¹⁶ 王保树：《商法的实践和实践中的商法——商人法讨论大纲》，载《商事法论集》（第3卷），法律出版社1999年版。

¹⁷ 王保树：《商法的实践和实践中的商法——商人法讨论大纲》，载《商事法论集》（第3卷），法律出版社1999年版。

“关于制定深圳经济特区商人条例”¹⁸的建议，它的内容涉及了包括了商人、商行为及其相关制度。1998年2月，深圳人大常委会主任会议上通过了关于深圳人大法工委和中国社会科学院法学研究所合作草拟《商人条例》的方案，并由当时的中国社会科学院商法研究中心承办。¹⁹同年3月，商法研究中心提出了较详细的起草大纲，并在对深圳经济特区、珠海经济特区认真调查的基础上，形成了1998年8月的《深圳经济特区商人条例（讨论稿）》。该讨论稿包括总则、商人、商人登记、商号与营业、经理和其他商业雇员、代理商和商行为（一般规定），共七章五十一条。《深圳经济特区商人条例（讨论稿）》正是在王保树教授有关“商人法”的构想基础上起草的。深圳市人大法工委征求各方面意见，修改后于1999年1月14日将《深圳经济特区商人条例（草案）》（后改为《深圳经济特区商事条例（草案）》）提交深圳人大常委会审议，1999年6月30日，《深圳经济特区商事条例》正式颁布。该条例被深圳经济特区作为很重要的法规对待，2004年4月16日深圳市第三届人民代表大会常务委员会第三十一次会议还对该条例进行了一次修改。²⁰

（三）超越民商合一与民商分立——商事通则

1. 从实践出发寻找商法规范的缺失

王保树教授提出，讨论商法规范的编纂之时，必须在商法与实践的互动上认真考察我国商事立法的现状，商法对商事关系的调整需求满足了那些，实践提出的问题还有那些没有解决。在这种考察中，我们固然可以在实践中发现商业习惯、行业惯例，但也可以发现许多没有商法规则而不能不出现交易秩序混乱的领域。后者，归纳起来，主要有两点：第一，现行商事法律缺少关于“商人”制度的规定。关于“商人”的规定不止于“商人”概念的规定，还应包括商人能力、营业辅助、代理商等相关规则的规定。第二，现行商事法律缺少关于“商行为”制度的规定。商行为法律制度不仅包括对商行为的定性规定，还应包括辅助认识商行为的列举规定，以及营业、营业转让、商代理、商事留置等的规定。²¹总体来说，商事通则需要填补民法和已有商事单行法律之间的空白；需要统率商事单行法律的规则；需要创设民法和其他单行商事法律所没有的规则。²²

2. 商事通则的定位

如上文所述，商事通则构想的前身是商人法。在王保树教授讨论商人法时，就提出将商人法作为商法的一个部分，成为商法的亚领域。这样做一是坚持了民商合一的原则，并非在民法之外编纂系统的商法典；二是坚持了民法作为一般法，商法作为特别法的民法与商法的关系；三是解决了在民法的主体规则和商人具体形态法之间的缺少过渡规则的问题，建立了从民法主体规则到商人形态法的桥梁。²³

发展到后来的商事通则，王保树教授提出，商事通则在私法的体系中的定位是明确的。第一，商事通则是商法中具有一般法意义的商事法律。商事通则与公司法证券法、票据法等一样，也是一种单行商事法律。其他商事单行法律仅调整某一商事领域的商事关系，商事通则涉及整个商事领域，它对商事关系的调整虽不具有全面性，但调整商事关系的触角可以伸向不同的商事领域，强调其调整的一般性。并且，对其他商事单行法律的调整有统率或补充的作用。第二，既非民商分立，也非民商合一。前者，因为它不是法典；后者，因为它不仅有调整个别领域的单行法，而且还有调整商事关系的一般规则。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。第三，商事通则不取代民法在私法领域中的一般法地位。由于商法调整商事关系的特殊性，民法与商法的关系是一般法与特别法的关系。无论采用民商分立的体制，还是采用民商合一的体制，都是如此。²⁴

3. 商事通则的内容

¹⁸ 王保树教授参加在纪念全国人大授予深圳经济特区立法权五周年座谈会（1997年8月）上，提出了“关于制定深圳经济特区商人条例”的建议。

¹⁹ 白有忠：《关于〈深圳经济特区商人条例（草案）〉的起草说明》（1999年1月14日）。

²⁰ 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。

²¹ 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。

²² 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。

²³ 王保树：《商法的实践和实践中的商法——商人法讨论大纲》，载《商事法论集》（第3卷），法律出版社1999年版。

²⁴ 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。

王保树教授对商事通则的构想，是本着从实践出发的立场，即现实中需要什么就制定什么的立场，而非盲目追求体系上的完整与优雅。他提出了“通、统、补”的要求：第一，所谓“通”，即满足商事关系调整的共同性规则的要求，譬如，实践不仅要求商事法律提供公司、合伙企业、个人独资企业、工商个体户成为商人而经商的规则，还要求商事法律提供“商人”的一般规定，以便明确商人资格和它特有的营业能力，确定商人的权利、义务，保护商人的合法权益。第二，所谓“统”，即满足商事关系调整的统率性规则的要求，如营业、商号、商誉、经理权、商事代理的内容，需要统一的规则，以统率相关单行商事法律的实施，避免法律适用中的不协调。第三，所谓“补”，即弥补其他单行商事法律规则的缺漏。在商事通则中做出规定的补充规则，则必须突出商事通则的一般规则的特性。²⁵

在“通、统、补”的基础上，王保树教授提出了商事通则的主要内容。第一，总则，包括商事通则的目的条款、商事通则的适用范围、商事通则所采用的原则，以及调整商事关系的规范的适用顺序。第二，商人，包括商人概念、商人资格与分类。除商人的基本制度外，与商人相关的制度包括商事登记（商人设立登记、变更登记、注销登记以及登记与公告的效力）、商号（包括商号、商号选用原则、商号的转让、商号权保护等）营业转让（包括营业转让当事人义务及其转让效力）、商业账簿（包括商业账簿制作的义务、商业账簿的保管等）、经理和其他商业雇员（包括经理权及经理、其他商业雇员与第三人关系）、代理商（包括代理商的义务及与第三人关系）。第三，商行为，包括商行为性质、分类、商事代理、商事留置、商事保证等。²⁶

4. 《中华人民共和国商事通则》建议稿

2012年，王保树教授所率领的“《商事通则》调研小组”完成了商事通则建议稿的工作。²⁷商事通则建议稿共分10章92条。第一章“总则”；第二章“商人”；第三章“商事登记”；第四章“商号”；第五章“营业转让”；第六章“商业账簿”；第七章“经理权与其他商事代理权”；第八章“代理商”；第九章“商行为”；第十章“附则”。2015年6月13日，王保树教授在他生前最后一次参加的学术会议上说：“制定商事通则并非是另起炉灶，而应该看作是民法典编纂工作需要统筹解决的问题。仅仅靠民法典自身来解决问题商法中的很多问题还不够，需要在编纂民法典的过程中统筹解决这些不好在民法典中解决的商事制度，就是制定一个很多人提出的商法通则或者商事通则。”²⁸

四、结论与启示

改革开放以来，我国民法和商法走的是两条不同的道路。对于民法而言，首先搭建起了民法的基本制度框架，即《民法通则》首先被制定出来，而后才逐渐制定了《合同法》《物权法》《侵权责任法》以及《婚姻法》《继承法》等。可以说，民法走的是一条“从总到分”的过程。而我国的商法则没有先制定一个框架性的“商法通则”，而是先制定的《公司法》《证券法》《保险法》《票据法》《海商法》等商事单行法。可以说，我国商法是立足于改革开放与市场经济法制建设的实践，采取“需要什么制定什么”的方式。

但是，实践告诉我们，我们的研究不能只停留在已经颁布为成文法的各个商事单行法，还需要关注现实中迫切需要解决但是没有解决的问题。商法的一般规则来自于实践的需要。民法和各个商事单行法中间，还缺少起到桥梁作用的商法一般规则。

²⁵ 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。

²⁶ 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。

²⁷ 《中华人民共和国商事通则》建议稿发表于《商事法论集》第20卷。

²⁸ 王保树：《在“民法典编纂与商事立法研讨会”上的发言》，北京，2015年6月13日。