

主题研讨——民法典编纂背景下的商事立法

【编者按】由于民法与商法之间固有的联系，随着民法典编纂成为国家重大立法决策并全面启动，商事立法也引发了广泛关注。2017年10月中国法学会商法学研究会公布了《商法通则（立法建议稿）》，对商法的地位及其在民法典编纂中的安排进行了制度设计，力求突破民商合一与民商分立两种传统模式，以民法典与商事单行法相结合的方式解决民商立法衔接问题。针对理论界与司法实务界关注的重点问题，本刊特邀该领域五位知名学者就商法通则立法必要性、体系设计以及民法与商法立法模式选择展开讨论，同时对商法实践热点话题——商号和商事代理制度入法路径予以回应。

《商法通则》立法大家谈

赵旭东：我国《商法通则》体系的设计与建构

《商法通则》的立法论证如能最终成为国家立法机关的立法决策，将是我国市场经济法律体系建设的重大突破和进展。毫无疑问，在现实特别背景下进行的这一立法，应该具有清晰的目标追求，应形成系统、完整、科学的体系结构，并对我国重大商事制度的发展和建构作出理性的决策和设计。

一、商法通则的立法背景和建构目标

应该清醒地看到，我们要进行的《商法通则》立法具有不同于许多其他立法的特殊背景。商事立法的历史可以溯源至18世纪中叶法国的《商事条例》，到十九世纪，各国商事立法进入了法典化时期，形成了较为完整、成熟的商事法律体系。但商法制度发展的步伐从未停歇，社会经济的发展和商事交易的需要，推动着商事法律制度不断地丰富和进化。进入21世纪，伴随着电子化、信息化、数据化的发展，商事法律制度更是呈现出日新月异的变化，制度创新日趋频繁，区域制度的协同竞争也更为普遍。由此，现在要制定21世纪商法注定不同于20世纪以前的商法，无论在结构体系上还是在具体内容规范上，都必然凸现代代化的特点和需求，应具有鲜明的时代性和先进性。

作者简介：赵旭东，中国法学会商法学研究会会长，中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。

1. 超越典型民商合一与民商分立体例的商事立法

按照民法与商法是否分别制定法典，通常将各国的立法体例分为民商分立与民商合一两种基本模式。我国以往未对民法与商法进行法典立法，既未制定统一的民法典，也未制定统一的商法典，我国商事立法采取单行法的立法方式，分别就民法和商法的各个具体制度进行单独立法。因此，对于我国现行立法体例究属典型的民商分立还是民商合一，实际上很难进行严格定性和清晰归类。但从原《民法通则》和现行《民法总则》的内容以及立法机关的立法说明看，我国的民商立法体例更接近于民商合一，但却并非大陆法国家典型的民商合一。它是一种既承认和尊重民商合一的基本理念，又坚持商法的特性和独立性的一种新的立法体例，跳出传统藩篱、摆脱法系束缚、不受框框限制、融大陆法与英美法于一体、博采各国立法体例之长的法律创制，是在中国土地上土生土长形成的立法体系。我国要制定的商法通则正是在这种的立法体例下进行的立法安排，因此，它应当具有统领各个单行商事法的总则功能，属于真正本土化的中国创制，应彰显出鲜明的中国特色。

2. 单行法基本齐备的商事立法

虽然我国迄今未能制定统一的商法典，但却进行了一系列数量众多、内容广泛的单行商事立法，先后出台了分别调整不同商事关系的商事法律、法规、规章等，其中包括《中外合资经营企业法》、《企业法人登记管理条例》、《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《破产法》、《证券法》、《商业银行法》、《信托法》等，基本上所有的具体商事领域，都有相应的立法规定，就具体领域商事立法而言，可以说我国的商事法律已经相当地完备。只是缺少一部类似民法总则、规定一般商事法律制度、统领整个商法领域立法的系统性法律文件，整个商事立法处于零散化、碎片化状态，与部门法应有的体系化、科学化的要求存在明显缺陷。商法通则立法的重要使命就是填补这一法律体系的严重欠缺，完善我国市场经济的法律体系。

3. 民法总则之后的商事立法

商法通则的立法要求是在民法典编纂启动之后再次被深入讨论的，未来商法通则的制定也是在民法总则颁行之后，民法典编纂之中和编纂之后进行的立法。由此，商事通则的立法必然要充分地和保持与民法典的协调和一致。民法作为商法的基本法，其基本内容都应被商法所遵从，但商法作为民法的特别法，必须对商事关系的特别法律规则作出规定。商法通则的规范应避免与民法典规范的重复，民法典未予涉及的商事规范应尽可能由商法通则予以规定，商法通则所做的与民法不同的法律规定应得到优先适用。这是商法通则立法重要的出发点和设计思路。

二、商法通则的体系架构和基本内容

在上述特殊的立法背景之下，基于商法通则的立法目标，我国商法通则的体系应围绕以下基本制度进行设计建构：

1. 商事主体制度

商事主体制度是商法上商事主体范围、商事主体分类、商事主体的商事能力等一系列法律制度的统称。商事主体制度旨在揭示商事主体的本质特征，并从立法上将商事主体与其他法律区别开来。从西方商法实践看，欧陆国家多在商法典中对商事主体作了统一、明确的规定。从我国目前的情况看，商事主体的法律规范尚处于无统一标准、无层次化的分散立法状态。这种状态，不仅导致了法律之间的重叠、冲突甚至立法空白，而且还引起了执法的混乱。有鉴于此，借鉴国外的立法经验，结合我国的国情，尽快建立我国的统一商事主体制度非常必要。

2. 商事权利义务制度

权利与义务作为私法最主要的一项内容，其核心地位不言而喻。就我国当前的立法状况而言，现有民事权利义务体系的建构相对完整，能有效地调整民事关系并实现对民事主体权益的保护。相较之下，我国各个单行商事法虽然规定了商事主体在特定的法律关系中的具体的商事权利和义务。但没有商事基本法，也就没有商事权利义务的一般性规定，这方面与民事立法形成明显的反差。在商法学原理上，也较少对此进行理论的凝练和集中阐述。而实际上，商法领域也存在类型化的一般商事权利义务，这些权利义务在民法中并未得到明确具体的规定和反映。如商业名称权、商事营业权、商业秘密权、合法经营义务、诚信经营义务等。同时，这些权利义务具有固有性和法定性，任何商事主体只要从事经营活动，都当然地享有这样的权利并承担这样的义务。商事立法甚有必要对这种权利义务进行凝练并作出体系化的统一规定。

3. 商事登记制度

登记制度在确认商事主体经营资格、提高交易效率、保护交易安全、维持经济秩序等方面具有重要作用，现行制度中对登记的申请、主管机关、登记的内容、效力以及登记与商事主体资格成立的关系，登记与公示的关系都作出了规定。这是我国商事制度中最为丰富、成熟的制度，也是各种商事法规最为集中的领域，商事登记制度立法的主要任务是对现行商法法规进行梳理、整合，实现登记制度的统一性和科学性。

4. 商业名称与字号制度

商业名称是商事主体独立法律主体的重要表现形式，是其法人人格特定化的标志，因此它也是商事主体注册登记的重要事项之一。各国商法均有系统、细致的商业名称制度。我国商业名称也早已形成，但其存在的明显缺陷一是“重规制、轻保护”，对商业名称的保护规定过于简单，二是涉及商业名称的一些核心问题未得到清晰、严密的规定，如商业名称与字号的关系、商业名称转让的要求和法律效果等。

5. 商事账簿制度

商事账簿是商事营业及整个经济活动的重要工具，对于不同的主体，其表现出不同的法律功能和价值，具有十分重要而具体的法律意义和作用。我国现行法律并未从商事立法的角度对商事账簿作出总体规定，而是从国家管理和企业经营管理出发，对

账簿的制备及具体规则作出规定,主要体现在《会计法》、《审计法》、《企业会计准则》等法律中。商事账簿是否应成为我国商法的基本制度,商事账簿是否应成为我国商法基本制度的组成部分?牵涉我国法律制度整体的立法布局和商事立法的分工和任务。对此,应予回答和肯定的是,商事账簿制度兼具私法与公法的双重属性,并以私法属性为主,将商事账簿制度纳入兼具公法和私法双重属性的商法体系顺理成章,名副其实。我国已经颁行多年的会计法和会计准则对商事账簿的某些问题所做的规定并不当然排斥商法通则从基本商事制度角度对商事账簿的某些核心法律问题再做相应的规定。

6. 商事行为制度

商事行为制度与商事主体制度是商法的核心制度,是构建商法体系的两大基石。这两项制度除了满足形式理性的需求,更是法律适用的基础,只有界定了商事行为,才能确定某种交易行为应适用民事规范还是商事规范。大陆法国家的商法典对商事行为均有系统、细致的规定,但在我国,既没有专门的商事基本法,更无商事行为的系统立法,甚至对于何为商事行为,其范围包括哪些?学理上尚有不同的理解和主张。因此,对商事行为的全面设计无疑是商法通则立法的基本任务。

7. 商事代理制度

商事代理与民事代理之区分的最大原因在于其功能的巨大差异。商事代理因其使团体或企业经营者参与法律交易之功能,需要商事代理人也呈现隶属于企业组织或者本身组织化等商业特性,从而实现该制度的效率价值。因此,现代商业的专业化、复杂化、结构化势必会导致商事代理和民事代理二元分化。商事代理与民事代理的发展沿革完全不同,即使在民商合一的国家,也形成了两个不同的制度。因此,在民法典的民事代理制度之外,规定商事代理制度具有必要性。

8. 商事营业制度

商事营业是商法上最具特色的制度,也是民法中极少涉及的问题。传统大陆法国家商法典体系中的重要部分就是营业与营业转让制度,它也是商法学原理中内容相当丰富的理论。我国现行商事立法较少使用“营业”的概念,经常使用的“经营”概念与营业也有所不同,更未形成清晰、完整的商事营业制度。这使得许多本应由营业制度调整和解决的问题变得复杂和难以适当地解决,如企业转让与财产转让的关系、企业改制中债权债务的处理、企业产权交易的性质和法律效果等。这些问题都完全可以也应给通过商事营业制度的规则一并调整解决。

9. 商事公示与信用制度

现代社会是信用社会,现代经济是信用经济,毫无疑问,信用已成为影响资源配置的要素之一,因此,信用制度的建立与完善将影响市场经济的发展。在商事制度的顶层设计中,商事信用制度应当也完全可以作为商事制度的重要组成部分加以设计。我国现行商事立法中涉及商事公示与信用的法律规范很多,但迄今并未形成统一的商事公示和

信用制度。传统大陆法国家的商法典中也未有专门的商事信用制度。然而，现代商业活动的发展，商事信用及与之相关的商事公示问题日愈显要，创制相对独立的商事公示和信用制度不仅十分必要，而且已经具备了充分的条件，这也是我国商事立法最可作为、最可能实现制度创新并形成鲜明特色的方面。

10. 商事监管制度

商事监管制度是指法定的国家机关对市场准入与退出以及市场经营主体在其存续期间的运营进行监督和管理法律制度。市场的良性发展离不开有效的监管，商事监管制度也是国家治理中必不可少的一项内容。虽然学理上，商事监管应否作为商法上的一项基本制度尚无深入的探讨和清晰的认识，但事实上，我国商法几经几十年的发展，商事监管已经形成了商事立法中的重要内容，各种商事单行法，从公司法到证券法，从保险法到信托法，几乎所有的商事法律都会将该领域的监管问题作为单独的章节或专门的条款加以系统规定，确定相应的监管机关、监管职能和责任、监管方式和内容、监管程序和救济等法律事项。对多数商事单行法的结构进行分解，基本上都呈现出主体法、行为法和监管法的三分结构。由此，商事监管已经成为各个商事法的公因式或共同规则，作为覆盖所有商事法律的一般立法，商法通则有理由将其抽象为一般性的商法制度。

11. 商事争议解决制度

建构商事争议解决制度的意义在于：民事审判更强调对弱者的特殊保护，侧重于公平优先，实质公平。而商事案件的当事人主要是法人，商事审判中，强调公平与效率二者并重，有时更侧重于效率优先，形式公平；民事争议解决较之商事更注重对“人”本身的关注，明显侧重人格权益的保护。对于商事财产的保护方式，更突出了注重效率的特性，鼓励交易。由此，有必要根据商事争议的特点设计和确定争议解决的法律路径，除了诉讼，应特别鼓励调解和仲裁等发挥当事人能动性的灵活和快捷方式。同时，对于诉讼，也可以探索和建立与普通民事诉讼有所区别的商事裁判理念和诉讼规则。

三、商法基本原则的总结与确立

对法律的基本原则作出集中统一的规定，是我国基本法或重要法律立法的一贯模式，也是中国法律制定的成熟经验和鲜明特色。商法的基本原则，是商法调整商事关系的基本准则，是商事立法的基本理念和指导思想，也是商事法律制度设计的立法目标和价值取向。基于这些立法目标和法律原则制定的商事法律反映了现代市场经济对商事法律制度的要求，对于促进经济改革，规范商事主体的设立和活动，保障各方当事人的合法权益，维护交易安全和社会经济秩序，维护社会经济的健康发展起着至关重要的作用。确立商法的基本原则能够有效地协调和统一各个单行商事法的价值取向，对于立法十分分散、单行法众多的商事立法，商法基本原则的立法统领作用较之其他部门法作用更为突出。同时，商法基本原则又能够为法律的准确理解和适用提供实质的根据和指

引,并为商事活动提供基本的行为准则。特别需要指出的是,十几年来,我国司法实践经常强调商事审判理念并就此形成日愈广泛的共识,然而,商事审判理念是什么,应当包括哪些具体的内容,却是不甚明了、理解掌握极不统一。实质上,这种审判理念就是以商法基本原则为内容的司法审判指导思想和观念。因此,只有确立商法的基本原则,才能为商事审判提供明确统一的审判理念。

由于商法是作为民法的特别法而存在的,因此,民法的基本原则,如平等原则、私权神圣原则、意思自治原则、诚实信用原则等都适用于商法。同时,商法所调整的商事关系又具有不同于一般民事关系的特征,因此商法具有也应该确立自己特有的法律原则。如何总结和提炼出我国商法特有的基本原则恰是商法通则立法首要的立法任务,既往的商法学理论和原理对商法基本原则多有总结和阐述,但却存在明显的问题:其一,未能充分反映商事关系的特点和商法制度的特殊要求,有的商事特点十分突出的法律原则未能得到提炼和确立,如营业自由原则、公平竞争原则、社会责任原则;其二,商法基本原则与民法基本原则未能清晰地区分,有些原则相互重合,如平等互利原则、诚实信用原则、外观主义原则、严格责任主义原则;其三,对商法基本原则的总结和归纳众说纷纭,非常不统一,形成了“二原则说”、“三原则说”直至“六原则说”、“七原则说”等不同主张。

商法的基本原则应是贯穿和渗透在商法各个领域的核心思想,应充分反映商事法律制度的实质和特点,既不应将其泛化为一般的法律原则,也不应将真正的商法基本原则忽略或遗漏。同时,这些基本原则也是在商事法律制度长期的发展中逐步形成和不断成熟的,并为各国商事立法普遍接受和肯定。概括来说,这些原则主要是:确认和保护营利原则、营业自由原则、商事交易便捷原则、商事交易安全原则、公平竞争原则、社会责任原则。

石少侠:制定《商法通则》是法制模式创新和市场法治需求

迄今为止,对于如何在立法上正确处理民法与商法的关系,如何选择或建构我国的商事立法模式,我国法学界仍然存在着较大的分歧。秉持“民商合一”立法理念的《民法总则》的出台,不仅并未平息这一争议,相反却在一定程度上加剧了分歧。对这一问题的认识,不仅直接关系到我国民法典的编纂,而且对于健全与完善市场经济的商法调整,改善和优化营商环境的法治建设,都具有十分重要的理论和实践意义。有鉴于此,本文拟就我国商法制度的创新及制定《商法通则》的必要性等问题进行讨论,以求教于学界同仁。

一、法制创新:我国应正确处理民商法关系

对于我国在立法上如何处理民法与商法的关系,以及商事立法究竟应当采用何种模式,历史上一一直存有争议,民国之初即有民商分立与民商合一之争。依据民商合一与民

作者简介:石少侠,国家检察官学院教授、吉林财经大学法学院讲座教授。

商分立论点与结论的不同，又可将其细分为观念上的民商合一与民商分立和法典上的民商合一与民商分立。对于观念上的民商合一与民商分立，因其强调的无非是民法为普通法、商法为特别法，实际上更多体现的是民商法学界的共识，而分歧与争议则集中聚焦于在法典意义上的民商分立与民商合一。考查当时主张法典意义上的民商合一论者的主要论据是：因历史进步、社会进步、世界交通、各国立法趋势、人民平等、编制体例、商法与民法的关系等，主张应制订民商统一之法典。⁽¹⁾ 而主张法典意义上的民商分立论者则针锋相对地逐一反驳了民商合一论者的合一理由，认为基于商法之特殊性等，应承认商法具有不同于一般私法的原理，应实行民商法典的分立，即在制定民法典的同时也要制定独立的商法典。⁽²⁾ 尽管民国时期的国会最终决定并宣称采用民商合一的立法体例，但事实上民国民法并非法典意义上的民商合一，其商事立法仍采用单行商事法律的模式。

自党的十一届三中全会以来，随着社会主义市场经济法制的发展，在学界也出现了关于民法与商法立法模式的争论。综括学界对这一问题认识分歧的焦点，实质上仍为法典意义上的分立与合一之争。无论是合一论者还是分立论者都没有给出令人信服的理由。⁽³⁾ 因而笔者早在本世纪初即撰文呼吁：民商法学界应该放弃已经争论了近一个世纪且持续下去仍无定论的学术成见，要更加理性而不是理想化地面对我国的立法现实，跳出长期以来在立法模式的抉择上非此即彼的窠臼，另辟蹊径，实行实质商法主义（以下简称“实质商法”）的民商分立，为在立法上正确处理民商法关系做出新的选择，并在此基础上实现我国法制的创新。⁽⁴⁾

实质商法的民商分立是相对于形式商法的民商分立所衍生出来的概念。形式商法的民商分立以分别制定独立的民法典和独立的商法典为其立论的基础，并在此基础上实现民法与商法的分立；而实质商法的民商分立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，使之成为一个有特定的调整对象和适用范围的法律体系和法律部门。实质商法的民商分立虽不强求制定独立的商法典，但并不等于安于现状无所作为，而是积极主张要勇于进行立法模式和法律制度的创新。为适应对统一市场的法律调整，在编纂《民法典》的同时应当抓紧制定我国的《商法通则》，而不是《商法典》，以实现商法对统一市场关系的法律规制，并达致民法与商法在立法上的和谐及商法体系自身的健全与完善。

在实行实质商法的民商分立体制下制定《商法通则》，是对我国社会主义法律制度和法律体系的创新与发展。这一法制上的创新与发展，一是表现在立法体例上，由大陆

(1) 参见张国键《商事法论》，三民书局股份有限公司印行，1980年版，第511-514页。

(2) 参见〔日〕我妻荣《中华民国民法债编总则概论》，有斐阁出版，第9-14页。

(3) 参见王有志、石少侠《民商法关系论》，载《中国商法年刊》上海人民出版社2002年版。

(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》，《法制与社会发展》2003年第5期。

法系国家民商法典的并立并存体例，创新为以《民法典》为主以《商法通则》为辅的立法体例。在我国民法典的编纂特别是在《民法总则》的制定过程中，原本持民商合一或民商分立学者的观点，都产生了比较理性、务实的变化，分立论者大都已不再坚持必须制定独立的商法典，而主张在统一民法典的基础上，制定一部可以统率单行商事法律的《商法通则》。合一论者也不再坚持民法典可以无所不包，而只是主张应将商法的个别原则和制度融入《民法总则》之中。这为正确处理民商法的关系并逐步达成共识，提供了较好的学术氛围和认知基础。二是表现在立法内容上，由泾渭分明、非此即彼的“两分法”，创新为当分则分、当合则合的相互包容性。对于商法规范在《民法总则》和民法典中的处理，许多商法学者都主张要实事求是，做到当合则合，当分则分。当合者如物权关系、合同关系，要坚持由民法典统一调整，这既符合世界各国（包括实行民商分立制国家）《民法典》对物权关系、合同关系统一调整的一般做法，也符合我国现行的立法实际。当分者如对商法特殊原则与特殊规则的处理，就应当交给《商法通则》来解决。三是表现在法律位阶和适用上，由《民法典》与单行商事法律两个位阶，创新为《民法典》、《商法通则》与单行商事法律三个位阶。就民商二法的关系而言，民商法学界的基本共识是：民法是商法的普通法，而商法是民法的特别法；就民商二法的适用而言，则通行特别法优先适用于普通法的原则。在制定《商法通则》后，则形成了在《民法典》普通法之下有《商法通则》，在《商法通则》之下又有各个单行商事法律的“三位阶”的民商法体系结构。需要特别指出的是，在“三位阶”的民商法体系结构中，《商法通则》并不是嬗变了《商法典》，也不是传统的与《民法典》并立并存的民商分立体例。对于《商法通则》仍应定位为《民法典》的特别法，而相对于单行商事法律，《商法通则》似应定位为是它们的普通法。在“三位阶”的法律适用上，亦应遵循特别法优先并逐级适用于普通法的原则。

总之，在《民法总则》已通过并颁布施行的新形势、新时代、新背景下制定我国的《商法通则》，既可矫正追求形式商法的偏颇，摒弃大陆法系国家民商法典并立并存的分立模式，不再刻意追求制定统一的商法典；又可实现法律体系自身的和谐与完善，即形成在《民法典》下有《商法通则》，在《商法通则》之下又有各个单行商事法律的私法位阶体系架构；同时又可以在不根本改变我国现行立法模式的基础上，顺应社会急需的法制供给，填补《民法总则》和单行商事法律无法和无力解决的立法空白和法律漏洞，化解单行商事法律群龙无首的被动局面。这种一举三得的法制创新，理应得到我国立法机关的采纳。⁽⁵⁾

然而令人遗憾的是，尽管商法学者大都以极大的热情赞成、支持并积极投身于我国《民法典》的编纂，但主张民商合一的部分学者仍在质疑或反对《商法通则》的制定。在新形势下，传统上的合一论与分立论的分歧焦点已主要表现为：在已有《民法总则》

(5) 同前注 [4]。

的基础上，在已有作为民法特别法的若干单行商事法律的前提下，还有无必要制定一部《商法通则》。

二、面对现实：我国应抓紧制定《商法通则》

众所周知，任何一部法律是否有必要制定，首先取决于它有无社会的需求，即解决社会存在的问题是否需要这样一部法律。因此，研讨我国是否必须制定《商法通则》也必须突出问题意识，坚持问题导向，立足于解决纷繁复杂的社会生活中出现的各种问题。据此，笔者认为我国应抓紧制定《商法通则》主要有以下理由：

第一，制定《商法通则》是对《民法总则》的必要补充。

就民法与商法的关系而言，民商法学界的基本共识是：民法是商法的普通法，而商法是民法的特别法。对民商法关系的这一定位，决定了对私法关系的调整原则上首先应适用民法典的规定，只有在特别法另有规定时，方能优先适用特别法的规定。商法与民法除了前述关系的定位外，必须提及的是在内容上商法又是民法不可或缺的补充。这种补充关系既取决于这两个私法部门的本质、性质和内容的差异，同时与其立法的先后顺序似乎也不无关系。从实行民商分立制国家的立法实践看，大都是民法典制定在先，而商法典制定在后。这就决定了制定在后的商法典不能重复制定在前的民法典的内容，只能是对民法典的拾遗补缺，从而实现民商法典的科学分工和内容协调。^{〔6〕}

私法二元化的格局和商事特别法不容取代的客观存在，又决定了民法不能无限扩张，《民法总则》也不可能囊括商法的全部内容。仅以《民法总则》第一章为例，诸如营业自由、主体类型法定、交易安全、交易便捷等许多商法特有的原则，《民法总则》都没有也不可能做出规定，这无疑为《商法通则》的制定预留了必要的空间，《商法通则》的制定就是对《民法总则》乃至《民法典》必要的、重要的补充。

毫无疑问，我国《民法总则》的出台及民法典的编纂，是一项可以彪炳共和国法制史册的千秋伟业，其历史地位及其重要性不言而喻。在充分肯定《民法总则》立法功绩的基础上，毋庸讳言，在立法技术的处理上仍然存在着值得商榷之处。与大陆法系国家民法典制定的背景不同，我国是在已有比较系统的单行民商事法律的基础上开展民法典的编纂及《民法总则》的制定的，因而立法机关在立法之初就明确提出了要按照“提取公因式”的方法，将其他民商事法律中具有普遍适用性的规定写入《民法总则》。从业已通过的《民法总则》来看，可以说对这一关系的技术处理并不理想，其突出表现是《民法总则》在对特别法原则、规则、制度的采用上存在着明显的援引缺乏节制的倾向。例如，在总则第三章“法人”的规定中，大量援引了《公司法》的规定；甚至把本应由商事特别法予以特别规定的特别规则，如法人人格的否认、公司决议的撤销等，都纳入了《民法总则》的调整范围。这种做法和现象诚如有的学者所言：对民商事单行法大量地隐性援引，固然是将特别法的某些制度上升为普通法的一般性制度，是特别法制度的

〔6〕 同前注〔4〕。

一般化。然而，从另一个侧面观察，也同样可以认为这是作为民法典这一基本法的“特别化”，说明民法典作为基本法的“射程”在缩小，其适用范围在变窄。⁽⁷⁾《民法总则》对商事特别法律规范的大量援引，不仅降低了民法典的基本法地位，减损了法典化的价值和功用，同时又导致了普通法与商事特别法规定的大量重复，如果为避免重复而修订商事特别法，又必然造成商事特别法内在体系的紊乱。笔者认为，这一问题在制定民法分则以及制定《商法通则》时亦应引起高度重视，《商法通则》作为《民法总则》必要而重要的补充，也必须遵循对单行商事法律采取“提取公因式”的立法原则和方法。

第二，制定《商法通则》是对我国商法体系的自我完善。

我国目前采用的是单行商事立法模式，这种立法模式虽然有灵活、务实、简便等优点，但由于缺乏总则的统率，在实践中使单行商事法律变成了孤立、单一的法律，既不能形成商法内在应有的科学体系，更无法弥补民法和单行商法之间所存在的立法空白。这显然不利于对我国市场经济关系的统一调整，亦无助于对单行商事法律原则、制度、规则的统一理解和适用。此种状态下的商事法律，有如一个人只有四肢躯干而没有头脑，无法通过头脑的指令来驱使四肢的自如运动，而《商法通则》就有如单行商事法律的“头脑”，是构建科学和谐的商事法律体系不可或缺的商业基本法。⁽⁸⁾

质疑《商法通则》制定的一个重要的理由是：现在我国的单行商事法律已经比较健全了，公司、证券、票据、保险、海商、破产等重要的商事法律都有了，已无必要另搞什么《商法通则》，如果需要补充有关内容，修改单行商事法律就可以解决。按照这样一种思维逻辑，我们同样可以对这种质疑提出质疑：我国已经有了比较健全完善的单行民事法律，为什么还要制定《民法总则》并编纂民法典呢？补充修改单行的民事法律不是同样可以解决问题吗？显然这一质疑是不能自圆其说，也是经不起推敲的。民法的体系化、法典化、科学化是衡量一个国家民主和法治发展水平的重要标志，民法需要在法典的编纂过程中进一步发展和完善。同理，商法虽然不搞法典化，但其自身的发展也需要体系化、科学化，更重要的是《商法通则》所要规定的内容既不是《民法总则》及其分则所能解决的，也不是靠修订单行商事法律就可以完成的。只要质疑者认真研究一下商法学者已经提出的《商法通则》的立法建议稿，就可能得出《商法通则》的内容是对《民法总则》的有益补充，是《民法总则》所不能取代的，它所担负的是解决调整商事关系的法律空白，是我国商事法律体系的健全与完善。

第三，制定《商法通则》是改善我国营商环境的必要举措。

为主动适应和引领经济发展新常态，加快法治建设，推动体制机制创新，优化营商

(7) 参见石佳友《民法典的立法技术——关于〈民法总则〉的批判性解读》，《比较法研究》2017年第4期。

(8) 同前注[4]。

环境，2015年国务院出台了《关于推进国内贸易流通现代化，建设法治化营商环境的意见》（以下简称“国务院意见”）。2017年7月17日，习近平同志在主持召开中央财经领导小组第十六次会议上又明确提出：要加快制度建设、法规建设，营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境。所谓营商环境，是指伴随企业活动整个过程（包括从开办、营运到结束的各环节）的各种周围境况和条件的总和。营商环境包括影响企业活动的社会要素、经济要素、政治要素和法律要素等方面，是一项涉及经济社会改革和对外开放众多领域的系统工程。营商环境法治化的内涵，则是指一套行之有效、公平公正透明的具体法律、法规和监管程序。从加强制度建设、法规建设以及稳定、公平、透明、可预期的要求来看，营商环境建设最为重要的是法治化特别是商法法治化建设。

由于我国长期以来对国内市场与国外市场实行分别管理，加之国内市场的多头管理，导致政出多门，立法多头，与统一市场、统一规制的市场经济的法制要求不相适应。同时，由于商事立法缺少系统性和前瞻性，致使商事法律、法规、规章杂乱无序，缺乏统率，不成体系，有些本应由法律、法规规定的问题却沦为规章，立法位阶偏低。此种状况严重影响了营商环境，已经到了非改不可的时候了。为此，国务院意见提出了消除市场分割，清理和废除妨碍全国统一市场公平竞争的各种规定及做法；禁止在市场经济活动中实行地区封锁，禁止行政机关滥用行政权力限制、排除竞争的行为，打破行业垄断；推进区域市场一体化，推动新兴流通方式创新，推动传统流通企业转型模式创新；禁止利用市场优势地位收取不合理费用或强制设置不合理的交易条件，规范零售商供应商交易关系，以及完善流通法律制度，健全流通法规规章等一系列改革举措。

在国务院意见出台后，各级政府纷纷出台各种行政指令性的实施意见，这些举措虽然表明了各级政府对这一问题的高度重视，但均非治本之策。要真正营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境，归根结底是要健全和完善法治，因为只有统一法制才可能有统一的市场，才可能改善和优化营商环境。在国务院意见中提出的营商环境中需要解决的问题，其中大都是需要进一步健全和完善商事法制来加以解决的。因此，建设法治化的营商环境商法责无旁贷，制定《商法通则》并健全和完善与其配套的商事法规和规章就是建设法治化营商环境最基本、最重要的举措。

第四，制定《商事通则》是完善我国市场经济立法的基本要求。

党的十八届四中全会作出的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）中指出：“社会主义市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，完善社会主义市场经济法律制度。健全以公平为核心原则的产权保护制度，加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护，清理有违公平的法律法规条款。创新适应公有制多种实现形式的产权保护制度，加强

对国有、集体资产所有权、经营权和各类企业法人财产权的保护。国家保护企业以法人财产权依法自主经营、自负盈亏，企业有权拒绝任何组织和个人无法律依据的要求。加强企业社会责任立法。完善激励创新的产权制度、知识产权保护制度和促进科技成果转化的体制机制。加强市场法律制度建设，编纂民法典，制定和完善发展规划、投资管理、土地管理、能源和矿产资源、农业、财政税收、金融等方面法律法规，促进商品和要素自由流动、公平交易、平等使用。依法加强和改善宏观调控、市场监管，反对垄断，促进合理竞争，维护公平竞争的市场秩序。加强军民融合深度发展法治保障。”

之所以引用了《决定》中的这一段重要论述，一是要强调应当全面、完整、准确地理解决定的内容，不能将完善社会主义市场经济法律制度狭隘地理解为只是编纂一部民法典（尽管民法典的编纂至关重要），而是要全面健全完善民法、商法、经济法等各种法律制度。二是要强调决定中所提出的许多立法任务都是商事立法，完善商事立法是健全社会主义市场经济法律制度的应有之义和当务之急，其中当然也包括为创新和完善商法制度而制定《商法通则》。要把营商环境的法治化建设和民法典的编纂放在同等重要的位置，不能顾此失彼，要在编纂《民法典》的过程中同时启动《商法通则》的制定，统一考虑并科学衡平这两个在调整市场经济关系中密不可分的重要法律的相互分工与各自内容，以全面完成党的十八届四中全会提出的完善社会主义市场经济法律制度的历史使命。

三、基本架构：我国《商法通则》的主要内容

早在本世纪初，我国著名的商法学家王保树教授曾举全国商法学界之力，耗时数年之久，主持起草了一部《商事通则》的学者建议稿。2017年，由中国商法学研究会会长、中国政法大学赵旭东教授主持起草的《商法通则（立法建议稿）》也正式发布。这两部学者的立法建议稿对于我国《商法通则》的制定具有重要的立法借鉴意义。

参照这两部学者建议稿，《商法通则》应由以下主要内容构成：其一，商事活动的基本原则。商事活动除了必须遵循《民法总则》规定的民事活动一般原则外，还必须针对商事活动的特点，特别规定营业自由原则、主体类型法定原则、公平交易原则、交易敏捷原则和交易安全原则等，这些普遍适用于商事活动的基本原则在《民法总则》中基本上没有涉及，是《民法总则》为《商法通则》预留下的立法空间，《商法通则》理应对此做出必需必要的补充。其二，商事主体制度。《商法通则》应当明确规定商事主体类型法定，应当确认商法人、商合伙、商个人以及商业中间人和商业辅助人的概念和地位，进一步明确各类主体的不同类型，以及各类主体的权利义务。其三，商事代理制度。要明确商事代理与民事代理的区别，明定代理商的法律地位与法律责任，同时将我国的外贸代理制度进一步规范化、法制化。其四，商行为制度。除借鉴国外立法经验，引进商行为的一般规则外，还应基于我国国情，采用列举式方法，明定应受《商法通则》调整的商行为范围。为便于商法的实施和适用，明确商法作用的范围，建议《商法

《商法通则》采用以商行为为主、以商人为辅的折衷商法主义。其五，商事登记制度。近年来，国务院和国家工商行政管理机关高度重视商事登记制度的改革，如对一般商事主体实行“先照后证”的登记制度，取消了有限公司的最低注册资本额，对公司注册资本实行分期认缴制，积极推进企业简易注销登记制度，加快推进“五证合一、一照一码”登记制度的改革等。我国的商事登记制度虽然几经改革，但仍然存在着某些问题，一是在立法价值取向上仍然偏重于公法而忽略私法价值，在越权经营、登记条件、登记效力等诸多方面缺乏适度的弹性。二是登记立法分散，因人设法、因事立法，致使不同主体适用不同的登记制度。针对上述问题，《商法通则》应当按照“提取公因式”的方法，对分散、多元的商事登记法律、法规和规章进行抽象概括，提炼出对各类商事主体普遍适用的条款，制定一部统一的商事登记法律、设置一个统一的商事登记机关。对商个人应实行更加宽松的市场准入制度，明确规定对个别主体实行登记豁免制度。其六，商号制度。明确规定商号的种类、商号的取得与废除、商号的登记、商号的转让以及对商号权的保护。其七，商业帐簿制度。确定商业帐簿的设置、商业帐簿的种类、商业帐簿的记载、商业帐簿的效力、商业帐簿的保管，以及违反商业帐簿制作义务的法律后果。其八，商业秘密制度。明定商业秘密的构成、商业秘密的保护，以及违反商业秘密义务的法律后果等。

总之，商法与民法有如车之两轮、鸟之两翼，都是调整社会主义市场经济缺一不可的基本法律制度。《商法通则》的制定是健全完善我国商事法制的重大举措，是商法作为民法的特别法对自身体系、功能的健全和完善，是对民法典不可缺少的、至为重要的补充。立法机关应当不失时机地把我国《商法通则》的制定尽快纳入立法议程，力争《商法通则》早日出台。

李建伟：我国民商事立法模式选择

一、我国现行民商事立法模式的判断困惑

在民法典编纂之前，我国既没有民法典也没有商法典，如从本来意义上的也即形式意义上的民商分立、民商合一的概念来讲，很多学者由此认为我国既不是民商合一也不是民商分立。⁽¹⁾此点关于我国民商法立法现实存量的判断，公允而准确，但就实质意义上的民商合一、民商分立的归属判断而言，理论分歧则较大。有民法学者认为，虽然理论上存在争议，“但在立法例上我国已经做出明确选择，即以民法统一调整平等主体之

作者简介：李建伟，中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。

* 本文为中国政法大学校级人文社科项目“民法总则制定中的商事主体立法研究”（15Zfz82007）阶段性成果。

(1) 参见刘凯湘、范健、柳经纬、朱广新等人在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”上的发言，载赵旭东主编《公司法评论》，人民法院出版社2015年版，第174-197页。

间的人身关系和财产关系”，之所以如此判读，主要依据有三，⁽²⁾ 一是，1986年《民法通则》第2条确立了“我国民法统一调整平等主体之间的财产关系，没有根据主体或行为的性质来区分普通民事主体和商事主体并在此基础上规定不同的行为规则，其采纳的就是民商合一体例”。展开而言，《民法通则》在主体制度中未区分民事法人与商事法人，而统一规定包括合伙、企业法人在内的各类民商事主体；在法律行为制度中并未区分民事行为与商事行为，而构建了统一的民事法律行为制度，以及后来的1999年《合同法》上的代理包括了表见代理、间接代理等典型商事代理制度。《民法通则》还规定了民商事一体适用的时效制度等。二是，《合同法》第2条也确立了民商事合同一体调整的体例，《合同法》“总则”可以普遍使用于各种民事合同、商事合同，分则也统一调整各类合同关系，还重点规定了若干类商事合同。三是，2007年《物权法》也根据民商合一体例确立具有商事性质的担保制度如商事留置权、应收账款质押等。如是，《民法总则》第2条继续坚持《民法通则》第2条的调整体例，在具体内容上丰富了民商合一的内涵与外延，比如增加了商事代理（职务代理）规则（第170条），但是基本的立法格局与模式并未有实质突破。

有学者对于上述论断提出质疑，认为现行民法并未提供涵盖商事交易规则的体系化规范，反而认为“主张民商合一的唯一理由是现行一些民法立法中存在一些商事内容，如合同法中的仓储合同、行纪合同、居间合同等，物权法中有浮动抵押、企业留置等，但不能仅凭这些立法现象就得出中国是民商合一的结论”，当然，同时也不能在仅仅因为商事立法中难以适用民法规则就得出民商不合一的结论，所以无论是形式上还是实质上中国都不是民商合一的，且也不可能做到民商合一。⁽³⁾ 已故民法学者李景禧教授曾经将民国时期的民法与公司法、票据法、保险法、海商法等特别法所组成的私法体制称为“折衷的民商合一”，盖指其“合一”的广度、深度赶不上瑞士、意大利民法典，也有民法学者据此认为我国目前的私法立法体制与民国时期相若。⁽⁴⁾

也有学者认为，实难以用一句话概括我国当前民商法立法体例，就其立法规范的现实存量，可以包括三个方面的特征：整体上实行了形式上的民商合一；传统民法立法文本如合同法、物权法等都是事实上的民商合一；但从一些商事特别法的局部来看，实质上是民商分立。具言之：⁽⁵⁾

1. 整体上采形式上的民商合一。立论的主要依据如前引民法学者所已经分析的，是1986年《民法通则》第2条确定了民法的调整对象即平等主体的人身关系和财产关

(2) 参见王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，《法商研究》2015年第4期。

(3) 参见刘凯湘、范健在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”上的发言，载赵旭东主编《公司法评论》，人民法院出版社2015年版，第182-183页。

(4) 参见张谷《对当前民法典编纂的反思》，《华东政法大学学报》2016年第1期。

(5) 参见朱岩在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”上的发言，载赵旭东主编《公司法评论》，人民法院出版社2015年版，第184-185页。

系，这意味着“在那个时代即确立了民法和商法作为调整中国经济的基本法地位，当时民法通则实质上扮演着小民法典的功能，该条也可以视为确立了将商法放到民法体系体例之下”。其次，从立法规划上来讲，编纂民法典的决策已经作出，迄今为止还没有看到立法机关明确提出制定商法典的动向。再次，从法律部门来讲，全国人大常委会委员长吴邦国在2011年宣布社会主义法律体系已经基本建成的时候，该法律体系包括七大部分，把民商法放在同一个部门里面，由此可见民商合一在中国是有立法论基础的。最后，从学理上来看，目前商法学者还没有提出令大家信服的商法典立法方案，就商人、商行为等商事共通性规则也没有达成一致，这是从学理上保持民商合一的重要缘由。

2. 主要民事立法文本都是事实上的民商合一。1999年《合同法》被认为是典型的民商合一，“分则”部分规定的有名合同多数是典型的商事合同，如供用水电气合同、融资租赁合同、建设工程合同、仓储合同、行纪合同、居间合同等，借款合同、委托合同则分别以商事借贷与有偿委托为主要假想规范对象，但传统的民事合同如雇用合同、借用合同等反而未出现在“分则”里。《物权法》《担保法》中也有大量的商事担保制度，如仅仅适用于企业、个体工商户、农业生产经营者的集合动产抵押，仅仅适用于企业的商事留置，以及最高额担保（包括最高额抵押、最高额质押、最高额保证）这一典型商事担保等。⁽⁶⁾《侵权责任法》第2条明确将股权列为保护对象，同时加一个“等其他民事权益”，实际上主要指一些典型的商事权利。另外在侵权责任的起草过程中，曾经单列一章仿美国法模式来专门规定商事侵权，虽然后来未获通过，但学理上仍然存在商事侵权一说，包括资本市场的信息披露、操纵市场、内部交易等特别侵权责任，这也可以视为侵权责任法领域民商合一的一次立法尝试。

3. 单行商事立法采民商分立。1978年改革开放之后，商事立法一直走在民法的前面，比如第一部民商事法律是《中外合资企业经营法》，早期合同立法也是《经济合同法》、《涉外经济合同法》等，直到今天公司法、海商法、保险法等商事法都是实质独立的。

我们认为，我国自1979年恢复私法立法活动以来，并未有关于民商事立法体例的任何既定规划，当初在立法者那里也不存在民商合一、民商分立的概念，更遑论其选择意向，既有的民商事立法是在“摸着石头过河”、“成熟一个制定一个”的立法经验主义兼功利主义指导之下形成的，后来的人们评论过去这一跨度30多年间的渐次形成的立法模式，无论将其归属于哪一种体例，都不是先验的。实事求是地说，《民法通则》、《合同法》、《物权法》等基本民事立法采取的既非民商合一，也非民商分立，用“民商不分”⁽⁷⁾来概括，可能更为精准。这一情形，颇类于罗马法，罗马法时代商法尚不是

(6) 参见《物权法》第181条、第203-207条、第222条、第231条，以及《担保法》第14条等。

(7) 范健教授持有类似观点，“中国目前既不是民商合一也不是民商分立，而是一种说不清的状况。”参见范健在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”上的发言，载赵旭东主编《公司法评论》，人民法院出版社2015年版，第182-183页。

独立的法律部门，但也存在一些商法规范“被包容在罗马私法中，所以形成了两法合体、民商不分的情况。”⁽⁸⁾ 目前的问题是，在这种民商不分的混合立法模式下，不少的法律规范存在明显的“商化不足”、“商化过度”的双重弊端，既无法适应调整商事关系的需求，又不当地将仅适用于商主体、商行为的规范泛化为统一适用于所有民事主体的一般性规范，这在司法实践中产生了较为严重的现象级问题。

二、《民法总则》：一次失败的民商合一尝试

第一，民商合一没有成功的先例。真正符合从实质到形式的完全民商合一，也即形式上不存在商法典、民法典中规定大量商法一般性规范甚至包括主要商事制度规范的，一般认为主要以意大利、瑞士与荷兰为代表，还有后来的泰国等少数国家。意大利、瑞士既无统一的商法典也无单独的公司法、破产法等单行商事法，其相应规范主要规定在民法典中，但传统商法的另外三个部分即保险法、票据法和海商法并未进入民法典。细致考察意大利、瑞士民法典为代表的民商合一体例，可以发现公司法、破产法虽被规定其中，但远未达到单行商事法体系化、系统化与细密化的程度，“对比单独制定的公司法和破产法，其给人明显的感受是公司法和破产法在民法体系内的蜷缩，显示的是法律制度无法充分伸展和正常生长的压抑和束缚。至于商法部门后来形成的证券法、银行法、投资基金法等新兴领域的单行法在这两部法典中则完全不见踪影。”⁽⁹⁾ 就此而言，日本学者关于“意大利、瑞士民法典虽然是民商合一的典型代表，但却难称是成功的代表，或许可以说是有些失败的代表”⁽¹⁰⁾ 的早期评断，仍然不失为中肯。回顾瑞士民法典的立法历史⁽¹¹⁾，其将商法规范的纳入，与其说是理性的立法创造，不如说是其特殊立法过程的被动接受，要不是因早先商法规范被写入瑞士债法，以及后来瑞士债法向民法典的整体转移，商法规范可能是不会被放进民法典之中的，尤其是将商业组织和商事登记等商事主体的规范置于相当于民法分则的债法之中，这无论如何都难以体现出法典化应有的立法理性和逻辑。“放眼世界各国，迄今还没有哪一个国家制定出堪称成功范例的民商合一的民法典，“民商合一既无必要也无可能”，⁽¹²⁾ 这些断言是对所谓“真正符合从实质到形式的完全民商合一形式”的民商合一体例的否定，尽管可能刺耳，但确乎实事求是。

第二，《民法总则》对民商合一的高举轻放。尽管在我国民法典编纂方案的酝酿与民法总则的起草过程中一直存在争议，我国民法典编纂遵守民商合一体例乃被视为当然的传统秉承，⁽¹³⁾ 而且民商合一的实现标志主要体现在民法总则的内容构造与规范选择

(8) 参见郭锋《民商分立与民商合一的理论评析》，《中国法学》1996年第5期。

(9) 参见赵旭东《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016年第4期。

(10) 参见[日]田中耕太郎《商法总则概论》，有斐阁1940年版，第40页。

(11) 参见殷安军《瑞士法上民商合一立法模式的形成》，《中外法学》2014年第6期。

(12) 参见赵旭东《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016年第4期。

(13) 这可以从立法者组织编写的民法总则释义得到印证，“我国民事立法秉承民商合一的传统，通过编纂民法典，完善我国商事领域的基本规则，为民商事活动提供基本遵循。”参见李适时《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第2-3页。

上。⁽¹⁴⁾ 在此意义上,《民法总则》可被视为一次世界范围内民商合一立法模式的最新尝试,“但其实际效果与其热烈期待并不完全对称”⁽¹⁵⁾,这是一个比较含蓄的评价,如究其立法成就与其高举的标榜相比,应该说是“高举轻放”,或者直白地说是失败了。如果从商事法律规范体系的视角来检讨《民法总则》的规定,一个基本结论是:该法没有提供满足商事关系调整需要的一般性规范与基本的重要规范,因而所谓高举的民商合一旗帜可能仅仅具有圈地意义,而缺乏实质意义上的规范价值。这一结论,是对于《民法总则》涉及商事关系调整的所有法律规范进行体系化分析后得出的。总结而言,《民法总则》提供的商事法律规范主要包括以下几方面:

1. 关于商法的法源体系。也即第一章“基本规定”之第10-11条,规定了商法作为特别法规范优先于民法规范而适用,或者说确立了解决商事纠纷的法源体系与适用位阶:商事特别法,民法,习惯。

2. 商事主体制度。具体包括:(1)第二章“自然人”之第四节“个体工商户和农村承包经营户”,传承于《民法通则》的“两户”,从民法的角度,属于自然人的特殊存在形式,从商法的立场,是独具中国特色的商个人制度。(2)第三章“法人”之第一节“一般规定”、第二节“营利法人”以及第三节“特别法人”关于农村集体经济组织法人、合作经济组织法人的规定,尤以第二节规定的营利法人制度为最重要(实际上第一节“一般规定”的几乎所有条款都是基于营利法人为假设对象而设置的)。营利法人,从民法的角度,属于法人中的最重要民事主体,从商法的立场,乃是以公司企业为主的商法人;农村集体经济组织法人、合作经济组织法人也都是重要的商事主体。(3)第四章“非法人组织”,主要包括合伙企业、个人独资企业、会计师事务所等专业服务机构等。非法人组织,从民法的角度,为不可或缺的第三民事主体,从商法的立场,几乎都是典型的商事主体。

3. 商事权利制度。仅有的体现是第五章“民事权利”之第125条关于股权等投资性权利的宣示性规定,或者说圈地性规定,明确这些典型的商事权利受到民法保护。

4. 决议制度。现代民商法上的决议,虽然并不仅限于商事领域,但无疑主要适用于以公司为代表的商事主体,⁽¹⁶⁾乃是商事组织法上最重要的商事法律行为。⁽¹⁷⁾《民法总则》共有5个条文提及决议的规则,其中最要者是第六章“民事法律行为”之第一节“一般规定”的第134条,明确决议乃民事法律行为,适用本章有关民事法律行为的规则。

5. 商事代理制度。也即第七章“代理”之第170条关于商事代理(民法学者解释

(14) 同前注 [2]。

(15) 施天涛 《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,《清华法学》2017年第6期。

(16) 参见王雷 《论民法中的决议行为——从农民集体决议、业主管理规约到公司决议》,《中外法学》2015年第1期。

(17) 参见李建伟 《公司法学》,中国人民大学出版社2018年第4版,第93页。

为职务代理)的规定。

对于《民法总则》提供的上述商事法律规范体系,就其贯彻民商合一成败之视角,有学者指出两个方面的失败,⁽¹⁸⁾一是“未能提供同时规范民商事关系的共同性原则和规则”,依据主要是《民法总则》规定的平等、自愿、公平、诚信、绿色等诸项基本原则没有体现出商事关系对于效率与交易安全价值需求,整体观之也没有认真对待商事关系;二是“《民法总则》关于法人的规定被视为民商合一的典型标志,但法人章节的这一安排恰恰反证了所谓‘民商合一’的失败”,主要依据是《民法总则》直接抽取公司法等单行商事法的条款将其直接上升为总则规范,不仅侵略下位法领地,阻碍这些部门法的创新发展,而且导致自身的法条设置重复紊乱,造成法律规范的不协调不和谐,更致命的是诸如法人格否认规则等某些部门法的具体规定本不具有一般规范性质,将其提升为总则地位势必造成法理性灾难,这种立法技术可谓存在致命的硬伤。这些观察与分析无疑是非常尖锐的,但又是中肯的。如果要对上述规定进一步地深入挖掘,还有很多立法技术上的根本性缺陷乃至背后的立法指导思想的偏差需要总结与匡正。⁽¹⁹⁾限于篇幅,本文对此不拟展开,仅提醒一点,所有声称奉行民商合一的学者与践行民商合一的民法典立法者,都需要认真思考以下三个问题:

问题一,我们所说的民商合一的含义、模式与立法目标是什么?是“从形式到实质的完全民商合一”(这没有先例),还是“形式的完全民商合一,实质的部分民商合一”(意大利、瑞士勉强为代表),还是“不完全的民商合一”(北欧诸国可为代表)?如是前者,世界还没有先例,可谓前无古人;如是第二种模式,将公司法、破产法、劳动法等植入民法典,恐不符合中国立法现实,支持者寥寥;如是第三种模式,实为实质意义上的民商分立,则需要接着回答第二个问题。

问题二,我们有无能力在民法典(主要是总则部分)提供商法的一般性规范与主要制度规范?对此应当更为深入、细致地思考民商合一的立法体例究竟给我们民法典的规则设计和未来的法律适用提出了什么样的挑战,否则我们就应该承认从立法条件来说,目前我国尚不具备制定民商合一的民法典的能力。我们倾向于回答是否定的,但如对第二个问题的回答是肯定而自信的,则还有最后一个问题。

问题三,第三个问题是,撇开笼统、抽象的民商法合一、分立之争,即便在技术上能够解决民法典设置商事一般性规则与主要制度规则,还有一个择优的选择:商法的一般性规范与主要制度规范群统一放在民法典当中,或者商法典(抑或商法学界主张的商法通则)之中,还是两部立法文件有所体系化的分工?究竟哪一种立法模式会更优?

(18) 同前注 [15]。

(19) 类似的批评还见于石佳友《民法典的立法技术——关于〈民法总则〉的批判性解读》,《比较法研究》2017年第4期;蒋大兴《〈民法总则〉的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,《比较法研究》2017年第4期。

三、民商事立法体例创新的历史机遇与实现

第一，民商事立法的三种体例。如果我们引入民商合一、民商分立在实质意义上与形式意义上的两套不同概念，可以将目前大陆法系各国(地区)民商法体例分为三种立法模式。⁽²⁰⁾

一是从实质到形式的完全民商分立，表现形式就是民法典与商法典的并立。此种模式可以三个特点来概括，一是我们时常“习以为师”的德法日等传统大陆法系市场经济强国均属之，西班牙葡萄牙韩国等 OECD 国家亦然；二是东欧等前社会主义国家在 1990 年代初转型重新确立传统民商法律制度时，大多数也选择这一模式；三是，采纳的国家、地区在数量上占据绝对优势。对照这些基本事实，我国有学者断言所谓完全民商分立模式已经不符合民商法发展趋势、各国商法典大多徒具形式、在民法典之外成功编纂商法典实属天方夜谭云云，首先不符合事实，至少也属于一种误判。

二是形式的完全民商合一，实质的部分民商合一。一般认为，这一立法模式的践行者以意大利、瑞士为代表，荷兰类似的属之，即不制定商法典，民法典中规定有大量的商法一般性规范以及部分的商事单行法规范（如公司法、破产法等商法部门），但并不包含系统化、体系性、完整性的商法规范体系，如不包含票据法、保险法、海商法等部门，更不论后发的信托法、投资基金法等。所谓“实质的部分民商合一”，此之谓也。

三是不完全的民商合一。即只有民法典，不制定商法典，商法规范以单行法形式存在。大陆法系的北欧诸国为代表，捷克、立陶宛、俄罗斯等少数前社会主义国家转型时也选择之，我国 1920 年代国民政府时期以及现今我国台湾地区的立法体制也可以归属于这一模式。⁽²¹⁾ 虽然这一模式的采纳大陆法系国家(地区)数量并不多，但一直稳定存在。关于这一模式，我国民商法学界存在很不相同的认识。有民法学者曾经长期将其与上述模式二相混淆，但实质上两种模式下商法的独立性有质的差异。商法学界对于这一模式的定性表述也有不同。有人称之为实质意义上的民商分立，或谓民商立法体例的第三条道路。⁽²²⁾

总之，以民商分立与民商合一来笼统概括大陆法系民商法立法模式的“二分法”分类，虽不失简明，但很大程度上已失之精确，尤其在引入实质意义上的民商法与形式意

(20) 参见王保树《商法通则：超越民商合一与民商分立》，《法学研究》2005 年第 1 期；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》，《法制与社会发展》2003 年第 5 期；郭锋《民商分立与民商合一的理论评析》，《中国法学》1996 年第 5 期；杨继《商法通则统一立法的必要性和可行性》，《法学》2006 年第 4 期。

(21) 有学者认为，国民党政府时期的立法模式既不是民商分立，也不是简单照搬民商合一模式，而是采取了在性质上能与民法合一规定的，均一一编入民法债编，性质相异如公司法、票据、保险、海商等不能与民法合一规定者，则另立单行法，从而形成了民法典加单行商事法的私法体系。参见苗延波《论中国商法的立法模式》，《法学评论》2002 年第 1 期。

(22) 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》，《法制与社会发展》2003 年第 5 期；王涌《中国需要一部具有商法品格的民法典》，《中国法律评论》2015 年第 4 期。

义上的民商法两组概念之后，“二分法”的分类体系陷入了概念纠结之中。于是不少学者提出，“我们应当抛弃传统的民商合一和民商分立的二元划分法，而采用更准确的三分法”，⁽²³⁾ 可谓切中要害。

第二，我国的创新性立法选择。如果我们不仅仅出于笼统而含混的路径依赖，而是深思熟虑地选择了民商合一的民法典编纂体例，那就应该重视商事关系的基本规律，认真的对待商事关系在整部民法典尤其民法总则的规范诉求，并力求用恰当的立法技术实现之，防止延续过去几十年来自觉不自觉地适用民法方法与规范来处置商事关系的错误。否则，我们可能收获的是一个失败的民商合一民法典样本，届时不仅商法规范体系受到破坏，商事关系不能有效的得到规范，而且还将深深伤害民法自身。行百里者半九十，虽然成功的开始等于胜利的一半，总是鼓舞人心，但一个不甚成功的开头并不等于事情的失败，也不需要为之气馁。民商合一地立法任务并不全系于民法总则，还将大规模地体现民法典分则的合同法编，以及部分的体现在物权法编乃至侵权责任法编等处。鉴于前述《民法总则》新鲜出炉的既有经验教训以及（可能有的）成功之处，我们还需努力落实分则各编中民商合一的立法任务，且还有机会更正民法总则的不恰当之处。⁽²⁴⁾ 为此，我们需要秉持的原则及落实的主要工作有四：

其一，搁置纯粹观念上的民商分立、民商合一之争，重点在民法总则、合同法编、物权法编等处将民法的一般规范和基本制度规范搞清楚，将商法的一般性规范与基本制度规范搞清楚，而后总结出二者的共同之处与差异之处尤其是前者，民法典方有望提供同时规范民商事关系的共同性原则与规则。

其二，民商关系是一般与特殊的关系，而不是并存对立的关系，在统一私法体系之下，作为一般法的民法也负责提供调整商事关系的部分规范，但不可能、也不需要商法的所有内容进行编纂，应充分理解与兼顾商法的特殊性与独立性，给其后的商事立法留下足够空间。

其三，在编纂民法典之前，似有必要列一张问题清单，认真回顾和反思现有民法规定中民商不分、民商难分、民法过度商法化、商法不当民法化等四类现象，并在民法典的规范设计中力行解决这些长期的立法痼疾。

其四，从技术层面讨论与实现民商合一的背后，还有着力解决的以下思想意识问题：一是直面商事规则在民法典中一般化难题，民法典关于商法一般性规范与基本制度规范的设计上必须坚持有所为有所不为，二是对于单行特别商事法已经供给的规范，除非基于提取公因式提炼出适用于民商事关系的共通性规则，否则应该一概拒绝提升该类规范层次的冲动；三是对民法典中无法统合的商法规定，坚决留给后来的商事立法去解决，至于商事立法如何解决，请参照“上帝的归上帝、凯撒的归凯撒”原则；四是认真

(23) 参见王涌 《中国需要一部具有商法品格的民法典》，《中国法律评论》2015年第4期。

(24) 待《中华人民共和国民法典》最终颁布，并入其中的《民法总则》应该有小幅修正的机会。

理解现代商事关系的特殊性，确立恰当的商事规则表述。

梁上上：商号立法制度完善

目前，我国正在编撰民法典，其中《民法总则》已经颁布，其他各编也进展顺利。与此同时，商法学界也在积极讨论编撰类似的“商事通则”，用以规定商事活动应当遵循的基本原则和一般性规则。其中，商号（企业名称）是与商人紧密相关的制度，需要就其立法的相关问题进行讨论。

商号（企业名称）立法主要存在理想主义与现实主义两条路径。⁽¹⁾理想主义路径，就是借鉴德国、日本、韩国等民商分立的大陆法系国家立法经验，将商法从民法体系中整体抽离出来，由全国人民代表大会制定“商事通则”，并在其中专设一章对商号制度加以规范；同时，由全国人大常委会制定“企业名称法”，将与企业名称有关的事项进行细化规范。这种方法的难度比较大，但立法层级高，体系完整，可称之为理想。现实主义路径，就是在现行法律法规的框架下，对《企业名称登记管理规定》、《企业名称登记管理实施办法》等与企业名称相关的法律⁽²⁾进行修改和整合，由国务院制定“企业名称条例”。这与商标等其它商业标识的立法相比，虽然层级较低，但更易在短期内实现企业名称全方位立法的目的，故可称之为现实。该条例是关于企业名称的法律，而不是“企业名称登记法”，其涵盖范围更广、内容更丰富，其主要内容应该包括：总则、企业名称的组成、企业名称的申请、企业名称的核准与登记、企业名称的转让与许可使用、企业名称的管理、法律责任等章节。该条例内容庞杂，限于篇幅，本文着重讨论以下几个主要问题：

一、商号、企业名称与商业名称的厘清

在我国，商号概念的使用较为混乱，与企业名称、商业名称等纠缠在一起，直接影响法律适用以及将来的立法，需要加以厘清。

第一，商号与企业名称、字号的关系。在学者的论述中，商号通常是指商事主体的名称。例如，有人认为，商号是商人在营业活动中表彰自己的名称。⁽³⁾类似的表述为，商号是指商事主体从事商行为时所使用的名称。⁽⁴⁾在日本，商号是商人开展营业活动时使用的名称。⁽⁵⁾韩国商法的规定也是这样的。例如，韩国商法典第18条规定，商人可以其姓名或者其他名称决定其商号。该法第19条规定，按照公司的类型，在公司的商号中必须附加无限公司、两合公司、股份公司或者有限公司字样。⁽⁶⁾但与多数学者的论述

作者简介：梁上上，清华大学法学院教授、博士生导师。

(1) 参见梁上上、李国毫《商号法律制度研究》，法律出版社2014年版，第342-344页。

(2) 《个体工商户名称登记管理办法》是与企业名称相关的行政规章，但要统合在一起立法存在难度。

(3) 参见王保树《商法总论》，清华大学出版社2007年版，第168页。

(4) 参见范健《商法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2002年版，第71页。

(5) 参见【日】近藤光男《日本商法总则·商行为法》，梁爽译，法律出版社2016年版，第39页。

(6) 参见《韩国商法》，吴日焕译，中国政法大学出版社1999年版，第6页。

不同,我国现行《企业名称登记管理规定》(2012年)第7条第1款明确规定商号(字号)为企业名称的组成部分。

在将来的立法活动中,应该放弃商号的法律概念,但可保留其学理概念。这是因为,当商号作为企业名称使用时,“企业名称”一词已为现行法所确认,已是更为常见的商事主体称号。当商号作为企业名称的组成部分使用时,宜使用“字号”一词。字号是我国长期以来为立法所确认的提法。例如,《民法通则》第26条规定,个体工商户可以起字号。《民法总则》第54条也有完全相同的规定。又如,2017年修改的反不正当竞争法第6条第1款也使用字号一词。所以,为避免商号与企业名称之间的混淆,在商事通则、企业名称条例等立法中,不宜再使用“商号”的提法,或者把“商号”限定为企业名称的组成部分。⁽⁷⁾

第二,商业名称能统一企业名称与其他商人名称吗?是否可以用商业名称作为企业名称与其他商人名称的上位概念?近来,有的学者试图把商业名称作为上位概念适用于所有的商事主体。这是值得商榷的,理由为:

其一,从词源看,不宜使用这一概念。在我国台湾地区,存在商业名称的概念。但是,该商业名称专指非公司名称。即使台湾学者,也没有完全认识到这一点。例如,我国台湾地区学者梁宇贤指出,商业名称(原称为“商号”),是指商业主体于营业时,用以表彰自己在营业上活动的名称。⁽⁸⁾但是,这一说法对台湾地区的概括并不正确。这是因为,台湾地区所指的商业名称,仅仅指独资或者合伙方式所经营事业的名称。⁽⁹⁾台湾地区“商业登记法”第28条第2款明确规定,商业名称不得使用公司字样。所以,台湾地区的商业名称并不是所有商事主体的名称,其不包括公司名称。相反,无限公司与两合公司的名称只能叫做公司名称,不能称为商业名称。⁽¹⁰⁾

其二,从词义看,也不宜使用这一概念。商业名称,其基本意思表达的是某行业的名称,而不是商事主体的名称。而且,商法并不是关于“商业”的法,而是关于商人与商行为的法。

其三,从立法例看,并不需要有统一的上位概念。例如,我国台湾地区的立法中没有上位概念。又如,日本公司法于2005年已经从商法典中独立出来,关于公司的商号已在公司法中另设规定,所以商法典中关于商号的规定不再适用于公司,仅仅适用于非

(7) 从原本意义上说,用商号是妥当的。因为,商号一词天生具有商的色彩,而字号一词不能体现这一功能。但是,基于商号一词的词义演变与现行法的规定,使用字号一词的立法成本与适用法律的成本较小。或者,将商号作为学理概念,用以统率企业名称与个体工商户名称。

(8) 参见梁宇贤《商事法论》,中国人民大学出版社2003年版,第37页。

(9) 我国台湾地区“商业登记法”第3条:本法所称商业,指以营利为目的,以独资或合伙方式经营之事业。

(10) 我国台湾地区的无限公司相当于大陆的普通合伙企业,两合公司相当于大陆的有限合伙企业。台湾地区的“公司”相当于大陆的“企业”。参见梁上上《中国的法人概念无需重构》,《现代法学》2016年第1期。

公司商人的商号。⁽¹¹⁾ 在目前，虽然韩国商法典的商号概念是统一适用于公司与非公司的商人名称。但是，公司法从商法典独立出来单独立法是必然趋势，不能以此作为参照。在将来的立法中，可以期待的是企业名称单行法会继续存在，不需要商业名称作为上位概念适用于所有的商事主体。

二、字号的规范

第一，字号是企业名称的核心部分。我国现行《企业名称登记管理规定》（2012）第7条第1款明确规定，企业名称应当由以下部分依次组成：字号（或者商号，下同）、行业或者经营特点、组织形式。《企业名称登记管理实施办法》（2004）第9条也有类似规定。这可以表述为，企业名称 = 行政区划 + 字号（即商号） + 行业 + 组织形式。其中，行政区划是本企业所在地县级以上行政区划的名称或地名。商号与字号是同一概念，应当由2个以上的字组成，行政区划不得用作字号，但县以上行政区划的地名具有其他含义的除外。企业名称可以使用自然人投资者的姓名作字号。行业表述应当是反映企业经济活动性质所属国民经济行业或者企业经营特点的用语，企业名称中行业用语表述的内容应当与企业经营范围一致。依照公司法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司字样；依照公司法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司字样。当然，法律、行政法规和该办法可以对这一结构中的组成部分作出另外规定。

第二，字号选用的公序良俗规则。企业名称的选用属于企业自治范畴，实行自由原则。商人可以使用自己的姓名、名称作为字号，也可以使用不同于自己姓名、名称的字号。但是，自由选择字号并不是没有约束，需要遵守法律对名称选用的特定规则。当前，要特别注意遵守公序良俗、不得损害社会公共利益的基本法律原则。例如，2017年6月，一家公司取名为“宝鸡有一群怀揣着梦想的少年相信在牛大叔的带领下会创造生命的奇迹网络科技有限公司”，这家公司的名字长达39字，惊到众人，被网友称为“最长名称公司”。又如，2009年后我国北京、杭州等地出现了多家名叫“厕所”的餐厅。这些字号显然存在权利滥用，有违公序良俗，应该拒绝其登记。

第三，字号混淆与不正当竞争行为。从企业名称的基本结构中可以看出，字号是区分商事主体的突出标志，是企业名称中最有价值的部分，也是最需要法律加以保护的部分。

依据《反不正当竞争法》（2017）第6条第1项的规定，未经名称权人同意，擅自使用他人的企业名称的，可能构成不正当竞争，其主要涉及的就是字号。就商标与字号的关系而言，商标中的文字和企业名称中的字号相同或者近似，使他人对市场主体及其商品或者服务的来源产生混淆，构成不正当竞争的，主要包括：（1）将与他人企业名称

(11) 《日本商法典》第11条第1款 商人（公司及外国公司除外，下同），可以以其姓、全名或其他名称为商号。

中的字号相同或者近似的文字注册为商标，引起相关公众对企业名称权人与商标注册人的误认或者误解的。(2) 将与他人注册商标相同或者近似的文字登记为企业名称中的字号，引起相关公众对商标注册人与企业名称所有人的误认或者误解的。^[12]

需要注意的是，将与他人的字号相同或者近似的文字登记为企业名称中的字号也可能构成不正当竞争行为，需要遵循诚实信用原则，避免使公众对企业主体或者企业间投资关系等产生误认、误解。例如，浙江银泰百货有限公司于1997年8月经浙江省工商局核准登记，并在省内先后成立宁波银泰百货有限公司、利星银泰百货有限公司等多家连锁店。2002年，湖州银泰百货有限公司成立，其与浙江银泰之间并不存在投资关系或经营管理上的联系，可是在经营过程中造成了误认。但是根据现行法，湖州银泰的“银泰”字号是经过湖州市工商局依法登记，具有法律效力，并不违法。可喜的是，根据修改后的《反不正当竞争法》(2017)第6条的规定，可能会构成不正当竞争行为，不过仍然绕不开该字号是合法字号的问题。

这是什么原因呢？企业名称是多种因素结合在一起的复杂结构。就行政区划而言，国家工商行政管理部门和地方各级企业登记机关依法登记管理企业名称，其体现的是“分级登记”的管理体制。由于汉字资源有限，新华字典收录约8000字，但是适合用于企业名称的汉字只有2000字左右，字号相同的现象是难以避免的。这样，其他企业的字号被“移植”的现象就可以合法的方式存在，如“银泰百货”现象。虽然大多数企业经营具有很强的地域性，不同行政区域的相同行业、相同字号的企业名称一般不会引起社会误认和混淆，但若字号知名，被“移植”的现象就会增加。所以，利用信息技术建立现代化的检索系统极为必要。

第四，知名字号的登记控制。为避免知名字号被用于不正当竞争的目的，最根本的方法是在企业名称的登记环节做到防患于未然。从分级登记的管理体制出发，可以分为同一登记机关与非同一登记机关登记分别采取措施进行登记控制，主要为：

在同一登记机关登记的控制措施，可以分为：(1) 含行业表述的字号。申请登记的企业名称，含行业表述的，其字号不得与同一登记机关已核准或者登记的同行业企业名称中的字号相同或者近似，也不得与同一登记机关已核准或者登记的不含行业表述的企业名称中的字号相同或者近似。有投资关系的企业之间另有约定的，从其约定。(2) 不含行业表述的字号。申请登记的企业名称，不含行业表述的，其字号不得与同一登记机关已核准或者登记的企业名称中的字号相同或者近似。有投资关系的企业之间另有约定的，从其约定。

不在同一登记机关登记的，登记控制的难度更大。浙江省提供了有益的经验，采取的措施可以分为：(1) 商号与商标的冲突。申请登记的企业名称，其商号不得与他人的驰名商标、浙江省著名商标的文字相同或者近似，但驰名商标或者浙江省著名商标所有

[12] 参见1999年国家工商总局颁布《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》。

人书面同意的除外。(2) 商号与商号的冲突。申请登记的企业名称,其商号不得与浙江省知名商号相同或者近似。^[13] 有投资关系的企业之间另有约定的,从其约定。需要注意的是,浙江省地方立法中使用的“商号”并不是企业名称,而是字号。

三、企业名称的简化使用

企业名称的简化使用是常见的现象,是企业从事经营活动所需要的。我国《企业名称登记管理规定》(2012年)对此也是认可的。该法第20条规定,“企业的印章、银行帐户、牌匾、信笺所使用的名称应当与登记注册的企业名称相同。从事商业、公共饮食、服务等行业的企业名称牌匾可适当简化,但应当报登记主管机关备案。”但是,企业名称的简称的保护需要注意以下问题:

第一,企业名称的简称具有与名称一样的功能,特别在不正当竞争中应该获得类似于企业名称的保护。最高法院指导性案例第29号“天津中国青年旅行社诉天津国青国际旅行社擅自使用他人企业名称纠纷案”是这方面的适例。在该案中,法院认为,“天津青旅”是“天津中国青年旅行社”的企业名称简称。天津国青国际旅行社有限公司作为从事旅游服务的经营者,未经天津青旅许可,通过在相关搜索引擎中设置与天津青旅企业名称有关的关键词并在网站源代码中使用等手段,使相关公众在搜索“天津中国青年旅行社”和“天津青旅”关键词时,直接显示天津国青旅的网站链接,从而进入天津国青旅的网站联系旅游业务,达到利用网络用户的初始混淆争夺潜在客户的效果,其行为属于不正当竞争行为,依法应予制止。其实,根据当时的《反不正当竞争法》(1993)第5条第3项规定,经营者不得采用擅自使用他人的企业名称,引人误认为是他人的商品等不正当手段从事市场交易,损害竞争对手。从严格意义上,企业名称与简称的含义并不相同,是难以适用《反不正当竞争法》第5条的。但是法院认为,其行为主观上具有使相关公众在网络搜索、查询中产生误认的故意,客观上擅自使用“天津中国青年旅行社”及“天津青旅”,利用了天津青旅的企业信誉,损害了天津青旅的合法权益,可以适用该条款。应该说,这一判决是妥当的。对于企业长期、广泛对外使用,具有一定市场知名度、为相关公众所知悉,已实际具有商号作用的企业名称简称,可以视为企业名称予以保护。可喜的是,2017年修改的《反不正当竞争法》已经确认了简称的法律地位。该法第6条第2项规定,经营者擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)等混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系,属于不正当竞争行为。

第二,需要在企业名称法中对简称作更为全面的规定,对现行《企业名称登记管理规定》第20条进行完善,即:(1) 企业名称的简化使用,应防止对居民生活可能造成

[13] 《浙江省企业商号管理和保护规定(2006)》第13条:本省登记的企业认为其他企业的商号与其商号相同或者近似,已经引起公众误认、误解,并可能损害其利益的,可以向省工商行政管理部门申请认定浙江省知名商号。

困扰。例如，浙江新世纪大酒店有限公司，在浙江省工商局登记，位于杭州市莫干山路，其简称为新世纪大酒店。同时，杭州新世纪大酒店股份有限公司，在杭州市工商局登记，简称也是新世纪大酒店。按照现行法的规定，登记程序、简化使用等都是合法的，但是容易混淆。所以，同一城市的后一名称申请人应该履行不得使用同一简称的义务。(2) 牌匾备案程序应该废止。目前，从事商业、公共饮食、服务等行业的企业名称牌匾的简化应当报登记主管机关备案。其实，企业名称的简化使用属于其自治范畴，备案程序存在行政权过度干预私权的嫌疑。

四、企业名称的使用许可

为了更好地利用企业名称的经济价值，企业名称专有权人可以对企业名称进行有偿转让或者许可他人使用，由受让人支付相应费用。对于企业名称的转让，我国《企业名称登记管理规定》第23条明确允许，⁽¹⁴⁾ 本文不再讨论。但是，现行法禁止许可他人使用，需要对此重点研究。

第一，企业名称应该许可他人使用。与企业名称的转让不同，是否允许企业名称许可他人使用（企业名称出租）则存在较大争议。

国家工商行政管理总局关于对企业名称许可使用有关问题的答复中，明确指出，企业名称不得许可他人使用。⁽¹⁵⁾ 其主要理由为：(1) 《民法通则》将企业名称权列在人身权范畴，而人身权是不得许可使用的。(2) 企业名称的专属性禁止许可使用。有观点认为，企业名称是用于区别不同企业或者社会组织的标志，具有专用属性，其保护范围受行业和行政区划的限制，仅可由进行注册登记的企业专用，故企业名称专有权人不得许可他人使用自己的企业名称。⁽¹⁶⁾ (3) 企业许可他人使用自己的企业名称从事经营活动的行为属于“出租自己的企业名称”。登记机关应依照《企业名称登记管理规定》第26条第(3)项规定对许可人予以处罚。该条款规定，擅自转让或者出租自己的企业名称的，没收非法所得，并处以一千元以上、一万元以下罚款。所以，企业不得许可他人使用自己的企业名称。

应该废止现行制度，确立企业名称的许可使用制度。主要理由是：(1) 企业名称虽然属于人身权的范畴，但并不影响其许可使用。的确，我国《民法通则》第99条⁽¹⁷⁾第

(14) 《企业名称登记管理规定》第23条：企业名称可以随企业或者企业的一部分一并转让。企业名称只能转让给一户企业。企业名称的转让方与受让方应当签订书面合同或者协议，报原登记主管机关核准。企业名称转让后，转让方不得继续使用已转让的企业名称。需要注意的是，在以后修订时，应该删除“报原登记主管机关核准”，因为这属于企业自主决定的范畴，不宜由企业名称登记机关决定。

(15) 参见2002年《国家工商行政管理总局关于对企业名称许可使用有关问题的答复》。

(16) 参见2002年北京市高级人民法院《关于商标与使用企业名称冲突纠纷案件审理中若干问题的解答》。

(17) 《民法通则》第99条 公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。

2款将企业名称权划入人身权的范畴，现行《民法总则》第110条第2款⁽¹⁸⁾也将名称权列入人身权。其实，对于该条款要分两个层面去认识。其一，虽然法人名称权与自然人姓名权类似，但是两者的区别是明显的，不能把自然人姓名权属性完全“照搬”到法人名称权上来。其二，法人可以分为营利法人与非营利法人、特别法人。非营利法人名称权可能较少涉及财产属性，机关法人等特别法人的名称专有权也不含有财产属性。但是，营利法人的名称权则天然地与经济利益关联在一起，自然具有财产属性。换言之，它是一种混合权利，除了人身权利外，还表现出财产权和无形财产权的特征。⁽¹⁹⁾所以，从经济逻辑看，营利法人是存在将其名称权转让或者许可使用的内在动力的。(2)从立法例看，许多市场经济发达国家允许企业名称许可使用。例如，日本商法第14条与公司法第9条都有明确规定，公司名称等商号可以许可他人使用。又如，韩国商法第24条规定也有类似规定。

第二，企业名称使用许可中的第三人利益保护。如果企业名称可以许可他人使用，那么如何保护第三人利益呢？对此，可以通过连带责任等多种制度设计来完成。例如，韩国商法第24条规定，允许他人使用自己的姓名或者企业名称进行营业的人，对足以误认为自己为业主而进行交易的第三者，应该与他人共同承担连带赔偿责任。⁽²⁰⁾日本公司法第9条也有类似的规定。

但是，我国在设计企业名称的使用许可制度时，需要注意以下问题：

1. 使用许可的方式

企业名称专用权人许可他人使用其名称，可以采取明示方式也可以采取默示方式。明示方式容易判断。默示方式，往往是指明知他人在营业活动中使用自己的名称却不加制止、放任其使用。但是，仅仅凭借这一点就要承担责任也是不妥当的，需要结合其他条件与情形进行综合判断。换言之，应该从交易第三人产生误解的可能性与做出外观行为的归责程度的关联关系出发来判断该商人是否应该承担连带责任。⁽²¹⁾

2. 使用许可的连带责任

采用连带责任的着眼点在于妥善地保护第三人的利益。作为交易对方的第三人，极有可能将名称许可人误认为是实际的经营商，有必要保护第三人的这种信赖利益。从风险控制看，相对于第三人而言，名称许可人更有能力来控制风险，例如，把双方当事人之间的权利、义务、责任等采用合同方式固定下来。此外，其从名称的使用许可行为中获得了许可费等利益，更有责任采取措施对被许可人的营业行为进行指导、管理。而且，被许可人为什么愿意支付费用借用其名称专有权？许可人清楚其目的在于搭其便车。所以，从禁止反言和外观主义的法理出发，当第三人因误解营业主体而与之进行交

(18) 《民法总则》第110条第2款 法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。

(19) 参见 [德] C. W. 卡纳里斯 《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第282页。

(20) 《韩国商法》，吴日焕译，中国政法大学出版社1999年版。

(21) [日] 近藤光男 《日本商法总则·商行为法》，梁爽译，法律出版社2016年版，第43页。

易时，规定许可人对于该交易而发生的债务，与被许可人一起承担连带责任是妥当的。

3. 使用许可的责任构成

使用许可的责任构成，可以分两种情形讨论：（1）如果许可使用企业名称的全称，被许可人因使用该名称而引起的责任，许可人通常需要与被许可人承担连带责任。而且，在全称许可的场合，被许可人在名称中添加文字的，许可人也可能要承担责任。例如，甲股份公司许可他人使用甲股份公司宫崎办事处的名称的，也承担相应的责任。⁽²²⁾（2）仅仅许可字号的，需要根据具体情况判断是否承担责任。例如，在具有投资关系的企业之间约定允许使用其字号的，该许可行为本身不足以让许可人承担责任。因为，新设立的企业具有独立的法人资格，属于子公司，独立承担责任。但是，如果足以引起混淆的，则应该承担责任。例如，2002年《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》指出，任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上，表示其为产品制造者的企业或个人，均属于《民法通则》规定的“产品制造者”和《产品质量法》规定的“生产者”。所以，许可人可能因为其提供了“可资识别的其他标识”造成了第三人的误认而承担责任。

4. 许可人的责任范围

名称专用权人许可他人使用名称时，如何确定其承担责任的范围？对承担责任的债务应该有所限制，应限于与营业活动相关的范围。例如，发生交易时，被许可人承担的违约责任，其包括因不履行债务而导致的损害赔偿。通常，该责任不应当包括被许可人的不法行为而产生侵权责任。而且，即使被许可人与受害人之间就该侵权之债的支付金额与支付方法达成和解协议，该和解协议中的债务也不属于上述许可人承担的责任范围，因为其本质上属于侵权责任，并不是合同之债。但是，如果该侵权之债与交易行为的外观相关，则也可以追究许可人的侵权责任。例如，因产品瑕疵而产生的侵权责任也属于许可人应该承担的责任范围。

结 语

企业名称立法可以分为理想主义与现实主义两条不同的路径。从现实主义出发，我们应该对《企业名称登记管理规定》进行整理与修改，并改名为《企业名称条例》。该条例并不限于企业名称的登记，包括与企业名称相关的诸多内容。在制定《企业名称条例》的过程中，重点应该厘清商号、企业名称与字号的关系。字号是企业名称中最有价值的部分，既不能滥用其选择权利也不能造成他人混淆。字号与简称若造成混淆，则可能构成不正当竞争行为。我们应该允许企业名称许可他人使用，以便更好地发挥其经济价值，但是应该有连带责任等相关责任制度加以配合。

(22) 最判昭和33年（1958年）2月21日民集第12卷第2号的282页。转引于：〔日〕近藤光男《日本商法总则·商行为法》，梁爽译，法律出版社2016年版，第44页。

于莹：商事代理的立法不足与《商法通则》

代理制度作为商法的重要组成部分，无论是否存在独立的商法典，各国都进行了规定。在大陆法系采民商分立立法模式的国家，把代理分为民事代理和商事代理，由民法典规定代理的一般性规范，商法典对商事代理做特别规范。而在民商合一的国家，虽然采一元制的立法模式，不在立法中严格区分商事代理和民事代理，但是习惯将商事代理作为代理在专门领域的特殊运用而在规范层面进行区分。英美法系因为没有体系意义上的民法和商法的区分，所以没有“商事代理”一说。其代理制度的规定一般散见于财产法、公司法和合同法之中。但是从其代理制度产生的历史可以看到商事代理实践对其民事委托代理理论的全面支撑。

我国《民法总则》第七章对代理制度做出一般性规范，按照我国民商合一的立法例，这部分的规定应该适用于所有私法关系中的代理。我国《合同法》第49条规定了表见代理，第50条规定了法定代表人越权行为的法律后果，《合同法》第二十一章是关于委托合同的相关规定，有学者认为其中第402条、第403条援引了英美法系不披露本人的代理，并针对商事活动中代理人以自己的名义从事贸易活动的现象，特别规定的“行纪合同”一章，可以“算作”构成对商事代理行为的特别规制⁽¹⁾。无论怎样，我们不得不承认在我国并未形成系统而完备的商事代理制度，《民法总则》和《合同法》是从民事代理实践出发，关注的是个别性、一次性的代理行为，缺乏对具有反复性、组织性的商事代理实践进行法律调整这一需求的回应，实践呼唤着构建商事代理制度。

一、商事代理制度与民事代理制度具有本质的区别

罗马法为求法律关系的简明，以“非其本人不得订立契约”为原则⁽²⁾，意思虽然可以通过他人加以表达，但“传信人”（nuntius）不过和纸质信件一样，是表达意愿的工具，是使者，而非代理人。无论是根据法律还是根据协议，抑或是类似无因管理的主动经营他人事务，都不能使他所实施的行为对“被代理人”产生直接的效力，所以说现代民法上的代理，在罗马法中是不存在的。

文献一般将近代代理制度的确立追溯至著名的荷兰自然法学家雨果·格老秀斯，他在《战争与和平法》中论述到，代理人的权力来源于本人的委任，其结果为本人所直接承受。特别是在代理人超越了代理权限的情况下，本人也要受到表见代理权的约束。学者穆勒—弗雷费尔斯评价为“这是组织具有现代社会特征的劳动分工的必要步骤”。⁽³⁾

作者简介：于莹，吉林大学法学院教授、博士生导师。

(1) 参见谢卓颖《论商事代理制度》，《知与行》，2016年第7期，第60页。

(2) 参见陈华彬《民法总论》，中国法制出版社2011年版，第428页。

(3) Wolfram Müller-Freienfels. “Legal Relations in the Law of Agency: Power of Agency and Commercial Certainty.” *The American Journal of Comparative Law* 13.2 (1964): 195.

从历时性角度考察，商事代理并非由民事代理演化而成，两者各有其发展轨迹，商事代理有着民事代理更为悠久的历史⁽⁴⁾；虽然民事代理和商事代理的基本法律关系框架是一致的，要规制的都是被代理人、代理人和第三人之间权利义务关系和法律后果的归属，但是二者明显存在差异：从代理权的来源看，商事代理一般来自于被代理人的授权，权利来源单一。而民事代理不仅包括意定代理，还包括法定代理和指定代理；对代理人的资格要求也不同，民事代理中自然人亦可以从事代理行为，但是商事代理中的代理人必须具备一定的资格，必须是在经法律批准或登记的范围内，才能从事商事代理活动；商事代理的营利性特征明显，无论被代理人还是代理人进行商事代理都是为了营利目的，且为了保证商事代理人的营利性目的，商事代理认可自己代理和双方代理的法律后果。而民事代理包括无偿代理，一般情况下不允许自己代理和双方代理；商事代理中，存在大量基于组织关系的代理，是基于组织契约创立的⁽⁵⁾如经理人、雇员的代理行为，这种代理行为基于代理人的特殊身份与第三人的信赖，与民事代理主动出示授权证明的行为适用不同的授权证明规则；一般来说，商事代理因代理商的商主体身份，代理商的营业行为，具有持续性、反复性特征。而民事代理多为单一性代理；商事代理多以间接代理为常态，并且这种间接代理正是代理制度回应商事实践的需要，使得商事代理得以出现的源溯。

二、我国现行法适用于商事代理的制度障碍

如前文所述，我国关于代理制度的一般规定见于《民法总则》和《合同法》，由于我国民商合一的立法体例，相关的规范当然适用于商事代理领域。但是在《民法总则》中，可以在多大程度上纳入商事规范，取决于其本身对商事规范的抽象提取能力。⁽⁶⁾这种提取公因式的立法技术在自上而下的司法演绎适用过程中，必然带来许多问题：首先，《民法总则》和《合同法》之间就存在一定的体系矛盾。《民法总则》沿袭了《民法通则》第63条“以被代理人的名义”实施民事法律行为的立法传统，坚持显名代理为一般原则，但是《合同法》却承认“以代理人名义实施民事法律行为”的效力。虽然《民法总则》和《合同法》都是民事基本法律，相较于《民法总则》在整个民事法律体系中的统领性地位，《合同法》为特别法。这一冲突造成了“总则不总”的局面。其次，在不同的法律移植也造成内在的冲突。我国《民法总则》中的代理制度尊奉大陆法系的代理模式，严格区分委任和授权。在《合同法》分则中分别规定了委托合同和行纪合同，将委托和代理的体现在立法架构中。但是《合同法》第402条和第403条关于委托合同的规则中却规定了援引自英美法系的身份不公开的代理与本人身份不明的代理，将委托与代理等同看待，可见我国的代理规范揉合了大陆法系的区别论和英美法系的等同论，本身就存在一定的矛盾之处。理论上的矛盾必然引发法律

(4) 参见曾大鹏《民法典编纂中的商事代理的制度构造》，《法学》2017年第8期。

(5) 参见王延川《商事行为类型化及多元立法模式》，《当代法学》2011年第4期。

(6) 参见刘斌《论我国民法总则对商事规范的抽象限度》，《当代法学》2016年第3期。

适用上的矛盾，特别是在需要进行法律解释的情况下。其次，依照《民法总则》第162条、第163条以及《合同法》第402条的规定，代理人代理行为的后果直接约束本人的前提是代理人必须“在代理权限内”订立合同。但是由于商事行为逐利的本质，与民事行为可能牵涉人身属性不同，只要代理人是为了被代理人的利益，则其与第三人订立的合同原则上均应有效。这是因为“商法是为了让代理人可以根据上述交易快速的变化灵活采取对应措施而扩张了他的权限”⁽⁷⁾。或许会有人争辩到，如果确是“为委托人利益”，可以援用《民法总则》第171条的追认制度，经被代理人追认而对被代理人产生拘束力。但问题是，商事代理多为组织关系的代理，是基于代理人的经理人或者雇员的身份而产生的代理权和代办权，商事交往的频繁和效率要求，第三人往往根据社会通常情况下经理人和代办人可能拥有的权限进行判断，而不愿意花费时间和精力去了解或者调查某个具体商业组织对其经理人或者雇员授权的具体范围。对于代理人来说，特别是基于经理人身份产生的代理权，为实现被代理人利益最大化，往往会将代理制度设立的初始目的发挥至最大化——会最大限度地发挥自己的聪明才智做出相应的意思表示，而不会囿于被代理人的授权，让被代理人的授权束缚住手脚。其实，无论是在公司制度等商业代理制度中，为充分发挥代理人（经理人或其他公司雇员的主观能动性），一般也都是对代理人做出概括性授权。概括性授权边界的模糊使得无论代理人还是第三人都无法准确判断代理人权限范围。商业活动的瞬息万变，更使得代理人必须发挥其主观能动性，就当时当地的情形做出独立判断并做出商业决策，哪怕这种商业决策超出了商业组织的授权⁽⁸⁾。对于这种组织内部产生的经理权或者代办权，各国商法一般适用“商业判断规则”以及经理人的忠实义务来判断经理人或者雇员是否逾越了代理权的范围以及行为是否妥当，即使其行为超出代理权范围，只要符合商业判断规则，没有违反忠实义务，也予以豁免。同时，也未赋予第三人的催告权和撤销权，因为对商业交往来说，确定性和效率比代理人到底是否超出授权范围更重要。再次，根据《民法总则》第173条第2项和《合同法》第410条的规定，无论是委托人还是代理人都可以随时解除委托代理关系——赋予委托代理关系的双方以“任意解除权”。该条规定显然是从民事代理所具有的人身信任属性为逻辑出发点的。在商事代理领域，对于商事组织体外部而产生的独立的代理关系，

(7) 参见王保树《商法总论》，清华大学出版社2007年版，第250页。

(8) 比如某商业组织的采购员在派外出采购时，本来授权其采购甲物，但其分析乙物更符合需求，在情况紧急，无法得到商业组织的同意或者认可的情况下，擅自做主，采购了乙物。后来证明其判断采购乙物也是错误的决定，但是只要其能够说明理由，亦可豁免。再极端的例子如证券交易员，在美国著名投资人彼得·林奇的著作《战胜华尔街》一书中，例举有一名卖方交易员在离职前最后一天为让其感受买入股票体验，让担任一天的买方交易员。结果出于职业本能，在对方报价24美元/股的情况下，其脱口24.5美元/股。显然超出了股票公司给她的授权，但是该交易的有效性却不容置疑。即使在正常交易下，证券市场中交易员根据市场变化，改变交易品种、交易数量和交易时间，即使事后表明其判断是错误的，交易员本人亦无需承担责任。这种商事交易的惯例也无人包括交易员所在公司和交易相对方，要求交易员即代理人承担法律责任。

如代理商来说,其前期往往投入大量人力物力精力进行选址、做品牌宣传或者招聘雇员等,该规定将会使其所有投入灰飞烟灭,彻底否定商事代理的连续性和商事代理人的合理经济预期。而这一“任意解除权”对于基于商事组织体内部如经理人或者雇员而产生的代理关系来说,会因与劳动法相冲突而无适用空间。所以,各国商法对于商事代理特别是有固定期限的商事代理合同,均不赋予任何一方当事人以任意解除权。

三、制定《商法通则》统一规范商事代理制度的必要性

除了上述《民法总则》和《合同法》对商事代理行为的一般规定外,商事单行法及其司法解释也对商事代理行为做出规定,如我国《保险法》第127条关于保险表见代理的规定、《票据法》第5条关于票据无权代理和越权代理的规定、《公司法》第49条、第113条以及公司法第六章的相关规定都可以理解为对商事代理的有关规定。除此之外,随着我国社会主义商品经济的发展,专利代理、广告代理、税务代理、矿产资源勘查开采登记申请代理、物资代理、商业银行代理保险、招标代理、演出经纪人代理、房地产经纪人代理、船舶代理等商业代理行为处于一种“大爆炸”状态,制定了许多行政规章来规范相应的商业代理行为。当然,这些行政规章制定的目的是为了规制商事代理行为,并没有为相关商事代理主体提供系统的私法规则,亦未界定商事代理关系各方的权利义务及行为后果,但这恰表明系统规制商事代理的必要性和紧迫性。

我国目前采取的是民商合一的做法,该做法的问题在于——如若建立一种普遍规则同时适用于民事与商事,则会导致此等规则极度抽象而远离生活事实。⁽⁹⁾ 现在我国的立法模式已经确定由民法典来统辖所有私法关系包括商事法律关系,《民法总则》已经施行。但如前文所述,《民法总则》存在的制度缺陷,就需要其他的法律规范进行补充。有学者建议采英美法系国家的做法——制定单独的代理法,涵盖民事代理和商事代理,或者制定独立的商事代理法。但这种做法在我国并不可行。首先,虽然《民法总则》第七章对于代理制度的规定未臻完善,但是由于代理制度在法律构造上是民事法律行为衍生的一种附属性和辅助性行为,《民法总则》已经将其从《民法通则》第四章中单列出来,在《民法总则》已经施行的当下,再将代理制度从未来民法典总则中剥离而与商事代理制度合并制定单独的代理法,显然与既有的立法现实和立法规划相悖。而单独制定《商事代理法》,则存在如何与《民法总则》、《合同法》中的代理制度衔接的问题,以及商事代理法体系安排、内容涵摄的问题,由商法通则总结与民事生活本质明显不同的全部商事活动事实,包括本文所讨论的商事代理,制定不同的规则,似为妥当之策。这样做,不仅可以对商主体、商行为、商事登记、商号、营业转让、商业账簿、交互计算等商法特有制度做出全面规定,填补民法和既有商事单行法之间的空白⁽¹⁰⁾,还可以实

(9) 参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社,2008年版,第17-18页。

(10) 同前注[4]。

现商事代理这种附属或者说辅助性商行为与上述商法规则的无缝对接。

商事代理从其制度功能来看，不仅要实现商人的营业，还要扩大商人的营业，同时实现交易的迅捷与安全。而商事代理制度的核心则是代理人基于一定地位而具有与其职位或地位、交易目的相适应的代理权限。⁽¹¹⁾《民法总则》并未沿袭《民法通则》第43条将法定代表人和“其他工作人员”一并规范的传统，而是在第61条和第170条对法定代表人和“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”分别加以规制，其实在实现商人营业方面，二者功能作用一致，无需做二元化区分处理。在经理代理权的制度构造上，以下内容应成为重点：一是经理代理权的范围。应确定经理代理权不是具体事务的授权，而是概括性授权，经理人可以代表商人从事与营业有关的一切日常经营管理行为。经理代理权的概括性是与经理代理权范围的不可限制性相伴的。经理代理权除受法律和公司章程、合伙协议的限制，不受商人个别事项授权与否的限制，而且公司章程和合伙协议对经理代理权的限制只在商人内部发生效力，只有法律对经理代理权的限制如公司法中的忠实业务和竞业禁止限制才对第三人发生法律效力。只有这样，才能保证第三人在与其交往中的安全性。基于雇佣而产生的商事代理还包括代办权和店员的推定代理权，其核心就是基于一定地位产生的商事代理权可以由第三人推定该代办人或店员所进行的商事交易活动为有权代理。

在商人组织体之外的商事代理可以通过代理商制度加以规制，包括代理商的法律地位、代理权限、代理期限、代理关系的推定，以及代理商对被代理商的义务如尽力促成或达成交易的义务、报告义务和忠实义务等；要确立代理商在合同有效期内的报酬请求权、因代理合同终止遭受损失的补偿金请求权；限制代理商合同中双方的合同任意解除权，在任何一方要求解除合同时，规定提前通知的义务和解除合同后无过错方的损害赔偿请求权。实现商事代理扩大商人营业的功能。

商事代理制度所体现的外观主义原则，所发挥的实现与扩大商人营业的功能，所回应的商事活动的效率与安全的价值，展现了商法区别于民法的制度特殊性、功能扩展性与价值特定性，必将成为未来“商法通则”中不可缺少的一项重要制度。

(责任编辑：赵玉)

(11) 参见刘文科《商事代理法律制度论》，法律出版社2013年版，第134页。