

中国法学会商法学研究会2016年年会会议实录

第一分会场

【分会场主题】

民法典编纂与商事立法的独立性研究

【第二单元】

主持人：

1. 苏号朋（对外经济贸易大学法学院教授）
2. 李后龙（江苏高院审委会专委）

【主题报告】

1. 互联网商事行为法律问题研究，蒋建湘（中南大学教授）
2. 汉语世界的“法律行为”和“商行为”，申惠文（郑州大学法学院副教授）
3. 法律行为制度在商事行为中的除外适用，马建兵（甘肃政法学院民商法学院副教授）
4. 商法视野中商铺转让费问题研究，周维德（江西财经大学法学院副教授）
5. 营业：商法建构之脊梁，徐喜荣（广州医科大学法学系副教授）
6. 民商事裁判之不同对商事立法的意义，胡田野（国家法官学院教授）
7. 民商事主体权利能力的无差异性，董灵（对外经济贸易大学法学院副教授）

与谈人：

1. 文新（广西财经学院法学院教授）
2. 马特（对外经济贸易大学法学院教授）
3. 史正保（兰州财经大学法学院教授）
4. 刘文科（法律出版社财经分社副编审）

自由发言

【分会场主题报告】

一、互联网商事行为法律问题研究

文新（广西财经学院法学院）



在 2016 年 3 月 30 日阿里巴巴的年收益达到了 300 亿元，意味着淘宝的交易量超过其他交易额。互联网的应用发展，从面向网民个体，到面向企业组织观点的节点、逐步形成了消费互联网到产业互联网。互联网商事行为是以营利为目的的网络营业行为。互联网商事行为打破了传统商事行为的时间、地域限制，不同国家、地区的消费者，可以通过网络进行无国界、无地界的消费。网络具有的开放性，适时的置换信息，政府不是信息的集中者，公民个人可以在网络上采集信息，使用信息、共享信息。网络实现了扁平化、去中心化的特点。

互联网商事行为涉及到知识产权，个人隐私问题，危害的隐蔽性、广泛性的特征非常显著。我们对互联网商事行为的法律，主要是参照实质行为的法律办法，采取禁止、认可的互联网行为为立法基础传统商事法律，对互联网进行调整显得力不从心。

2014 年郑州（因超市）观点，发生了股东之争，消费者产生很大的权益问题。解决互联网的法律行为，依赖于网络经营相适应的法律。网络商事主体、包

括网络消费者、经营者。这个和我们的传统的民事法密切相关的。相关的利益相关者、网上营销、平台商等主体，一个网络的商事行为，必然是从经营者的经营行为开始，通过网上营销平台，第三方支付平台，第三方物流配送交互平台，最终到达网络消费者，完成商品交换，转移物的所有权。

当前对互联网商事行为的立法，对有关行为的办法，第三方电子交易的平台，关于加强网络团购经营活动的意见，快递业服务标准，有必要提高互联网商事行为的法律（魏杰），对涉及到利益的基本的范畴，采用较高的范畴规定下来。互联网金融、网上交易、物流配送，第三方平台责任，是权利庞大、内在联系紧密的复杂的系统。此外法律责任缺失、职能部门的监管不利，导致网络经营者为了追求利益最大化、而铤而走险。

如果是民事的法律，对互联网上市主体权利、主体行为内容的相应的规定，因为我们知道互联网它的虚拟性导致交易的对象隐蔽性。这个交易对象的隐蔽性，有可能导致这个交易安全性的问题，所以对这个交易主体的权利能力、行为能力，如何界定，值得深入思考。

还有网络商事行为交互行为，转换的相关的立法需要深入的思考。在商事立法建议提高互联网商事规定的立法层级。以互联网商事、特别法规制的关系，在基本范畴，采用特别法统一进行规制。第二个规范互联网经营者机制标准、进入机制、淘汰机制。构建经营者严格责任，第三方过错、消费者安全保护，以上问题的思考，还是比较浅。

二、汉语世界的“法律行为”和“商行为”

申惠文（郑州大学法学院副教授）



各位老师，下午好。我的核心观点是，我国未来的民法典，应当用“合同”取代“法律行为”，用“商事合同”取代“商行为”。可以细分为三个具体观点：第一，汉语世界的“法律行为”，无论如何解释，也无法解释为私法上的意思表示行为。第二，合同是中国土生土长的法律概念，具有中国汉语文明独特的优势。第三，不制定商事通则，不制定债权总则，将商事规范嵌入合同法、物权法和侵权责任法依次递进的民法典结构。

我提出上述观点，主要基于四点困惑。第一，为什么法国、德国、日本的商法典采纳“商行为”的概念，而其民法典并没有采纳“民事行为”的概念？第二，为什么我国立法采纳“民事行为”的概念，而没有采纳“商行为”的概念？第三，我国未来的民法典应当采取“法律行为”的概念，还是“民事行为”的概念，抑或“民事法律行为”的概念？第四，股东会决议、董事会决议、监事会决议等，

是不是商行为？如果不是，商行为与商事合同是否还有本质的区别？

我研究的方法主要是语文的方法和数学的方法。语文的方法强调从语言文字、语言文化的角度考虑问题。在汉语世界中，法律行为包括民事行为、行政行为和犯罪行为等，法律行为与民事行为是种属关系。民事行为是民事法律行为的简称，商行为是商事法律行为的简称。民事行为包括民事侵权行为，商行为包括商事侵权行为。民事活动和民事行为很难区分，将侵权行为视为民事活动，而不是民事行为，不符合汉语思维规律。数学的方法强调对研究对象进行量化分析。《民法通则》、《合同法》和《物权法》采用“民事行为”和“合同”的次数，分别是15次、43次，0次、423次，0次，40次。根据北大法宝，采用“合同”概念的法律，就高达231个。而除了《民法通则》采用“民事行为”，其他法律都没有采纳。2007年最高人民法院颁布了《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》。2010年最高人民法院颁布了《关于审理民商事合同纠纷案件适用法律指导意见》。应当说，在立法和司法的语言实践中“合同”已经取代“法律行为（民事行为）”，用“商事合同”已经取代“商行为”。

“合同”概念在汉语语言竞争中，取得了明显的优势。法律行为实质是对 $1/12$ 事物的抽象，是以合同为模板编制的行为规范。身份行为的自治空间非常有限，法律行为原则只适用于财产行为。这样法律行为就是对 $1/2$ 事物的抽象。法律行为实质就是债权行为，物权行为只是天上的一片云，无法来到人间。这样法律行为就是对 $1/4$ ($1/2 \times 1/2$) 事物的抽象。单方行为和多方行为必须依附于双方行为，立法技术要求将双方行为作为一般规定，然后参照适用。这样法律行为就是对 $1/12$ ($1/2 \times 1/2 \times 1/3$) 事物的抽象。合同是中国土生的概念，具有明显的符号优势。新时期需要弘扬合同精神，需要民法典通俗易懂，需要培育市民社会。采纳“合同”概念，而不是“法律行为”的概念，可以倡导通过合同的社会治理，引导政府遵守合同，实现法治的梦想。

同样，“商事合同”的概念也具有明显优势。股东会决议、董事会决议、监事会决议等，是公司内部的决策行为，不是商行为。“商行为”与“商事合同”具有本质的相同性，只是“商事合同”更容易造词，形成更为广泛的词汇群。如可以说商事合同的成立、商事合同的效力、商事合同的违反、商事合同的履行、商事合同的解除、商事合同的责任等。可以说商行为的成立、商行为的效力，但

不能说商行为的违反、商行为的履行、商行为的解除、商行为的责任等。

按照这样的思路，不用“法律行为”的概念，民法总则就没有必要立法。不用“商行为”的概念，商事通则就没有必要立法。当然，这与学术界主流观点相悖，需要进一步深入的研究和论证。我在这里只是强调，民法典编纂应当更多强调汉语文明、汉语语法、汉语思维。中国梦需要中国民法典，中国民法典需要中国语言，让我们共同期盼汉语世界的民法典！汇报完了，谢谢大家！

三、法律行为制度在商事行为中的除外适用

马建兵（甘肃政法学院民商法学院副教授）



我之所以写这篇文章，主要是基于我们目前民商事立法现状及趋势。无论是

采取民商合一还是民商分离，都绕不开法律行为与商行为的关系、以及在具体的某一种立法模式中如何处理两者之间的关系问题。我是从4个方面来讨论这一问题的。

那么首先就是我们目前的法律行为和商事行为的制度观点进行一个简要的说明。从联系上来说，在我们一般理论上，认为法律行为制度对商事行为有基础性的指导作用。我自己认为，这种基础性的指导作用并不是说法律行为制度适用于所有的商事活动。从制度差异来说，法律行为和商事行为至少存在几个大的方面制度性的差异。首先是价值理念上的差异，法律行为是私法自治的工具，较多体现个体的自由；而商行为多体现团体性价值，更多的具有强制性成份。第二个方面是主体要求的差异。我们对法律行为、商行为的效力判定及评价标准不一样。比如说法律行为，行为人的意思能力特别重要。但是对商行为来说，其经营能力更为重要。第三方面就是意思表示的确认规则存在差异。因为法律行为是以意识表示为核心要素。对法律行为来讲，是内心意思与表示意思的结合，进而在此基础上判断行为的内容。而商法一般坚持外观主义的原则，对商行为内容的判定主要依据行为的外观与法律的规定。第四个当然是行为的程序与形式方面的区别。法律行为不是那么太注重形式，而商行为比较注重程序与形式，有一些商行为的书面形式还非常重要。由此导致商事行为在法律性质上存在很大的特殊性。作为一种独特的行为形态，我自己认为商行为既可以涵概意思表示，同时又不拘泥于意识表示，形成法律行为、准法律行为与其他的行为相互交织的奇特组合体。

商事行为的特殊性就决定在我们将法律行为制度适用于商事行为，调整商事关系时一定存在一些例外的情况。确确实实可能是由于我自己理解力有限，我很难比较抽象的概括商事行为的类型。从这一点来说，从经验主义的角度出发列举商事行为在适用法律行为制度的具体情形可能比较现实。从经验的角度来说，至少有几种行为是有适用除外的必要。第一个就是决议行为，第二个就是企业经营过程中的一些企业自主行为，第三就是票据行为，第四就是除这三个之外的不以意思表示为核心要素的其他行为。

基于这样经验的罗列，我们在民法典起草中已经是一种民商合一的立法强势背景下，如何处理这种情况，是我们应当着力研究的问题。我认为在民商合一的法典化前提下，法律行为制度无法涵涉所有的商事行为，这就要求一要明确法律

行为制度作为民商事活动的指导性规范，但法律行为制度不是可以调整所有的商事活动，一定存在局限性。第二个就是针对商事活动一些特殊性再确定具体的适用规则，这是大体思路。应该在民法典的总则当中，有必要单独设立商事行为制度，以立法明确商事行为的概念，以及对各种具体的商事行为进行一般化的商事行为的概括。

由于商事行为制度适用于商事领域的各个方面，而且法律行为制度又对其具有基础性指导，同时商事行为还包括事实行为或准法律行为，因此商事行为制度若要体现在民法典总则中的法律行为制度中，还应当设计法律行为制度对商事行为或活动的除外适用规则。但具体条文规范的设计，是我下一步应该思考问题。在这里仅是把自己粗略的想法提出来，希望各位专家、老师提出更好的意见和看法，谢谢大家的指正。

四、商法视野中商铺转让费问题研究

周维德（江西财经大学法学院副院长、副教授、博士）



对这个问题的关注来自一个很偶然的的机会。去年6月份与朋友在一起吃饭，有一个同学问我一个案子，有个人租了别人的铺子，租了5年，大概租了半年左右，当时租金谈好了，除了租金之外谈了20万块的转让费，租了半年、那个街拆迁了，他说他要退这个钱，那个人不退，就到法院起诉。他觉得不好处理。

过了个把月，也有人咨询相类似的问题。这引起了我的兴趣。我就这个问题，以关键词“商铺转让费”搜索一下，论文比较少，10年之内不到10篇论文。但是同时以这个观点搜索页面，大概几十万。我去网上查了一下相关的判决，分析

发现商铺转让费，最低 2、3 千，最多有数十万之多。从判决的理由当中，五花八门，对商铺转让费是什么东西，是否应该返还、返还多少比例，从现有的判决看，各人给的理由、观点大不一样。

市场经济发展迅猛，商铺的租赁现象比较明显。我后来给一些做买卖的朋友聊过这个话题，发现在不同的城市，不同区域，不同的商圈，不同的面积，商铺的转让费的数额差别比较大；出了纠纷，转让费该不该还，意见分歧比较大。

我认为，针对这个问题的回答，首先要理解商铺是什么东西？从我们商法视野来分析，到底应不应该纳入到我们所谓的营业资产当中？是算我们的有形资产，还是无形资产？我们深入思考，如果把它当成有形资产，你就发现一个成熟的商圈，和一个新开发的商业区域，或者一个市场新铺子你收别人的转让费收不到，能租出去就不错了。一些老铺子，特别是旺铺收更多的转让费，这里面有顾客群体因素、商铺品牌因素，所以我们更多不应该关注商铺的物质财产属性。对商铺的定义，有一些经济学家，从经济学的角度对这个商铺有很多的定义，我在文章当中也提到一些，包括我们法学界也提到这个观点。我对这个问题的理解，认为我们应当更多地关注它的无形财产属性。法国商法当中，商事经营场所并不关注整个经营场所的有形性，包括自己所有权的经营场所，只关注自己经营权、使用权的东西，提出了“四壁”概念。这是我关于商铺的理解。

关于商铺转让费的界定，从现有这些判决书，还有论文当中，分别提到了“优先权说”，“资产转让说”，都有一些不同的论述。我提出一个观点，它是前手转让人（承租人）对自己后手承租人收的一些营业补偿费，对自己前手多年经营的认可，一种回报。其中我提出一个问题，商铺的所有权人没有权利收转让费的。

对商铺转让费的乱象怎么控制，我认为首先对商铺租赁我们应该干预，商事租赁合同，跟我们满足生活的民事生活租赁应该有区别。我们可以从百年老店的打造问题举例，你经营场所如果是不固定的或者经营期限很短，这种商事给我们带来的是信用性不高。所以，从商法的角度来看，商事租赁合同应该是中长期的。第二个对商铺转让费的主张主体应该有限制的。只能存在于租赁合同之间，而不包括所有权人。如果这个铺子是你的，你就没有权利对经营人、承租人提出商铺转让费的问题。第三，对商铺转让费，低的几百、多的数万，比较乱，缺乏统一标准。法国商法规定，不超过上年度 24 个月的租金。我认为，根据目前中国商

事实践，以该商铺上年度 12 个月租金作为上限的标准。

另外，在商铺承租人与所有权人之间，可以约定营业禁止条款。如果承租人在租赁期限结束前，找不到后手承租人，而经营到期了，铺子要收回去，我把铺子还给你，你不给我经济补偿可以，但是半年、一年之内你不能从事原来行业营业，因为我所经营的顾客会给你带来一些利益。

这是我简单的思考。谢谢。

五、营业：商法建构之脊梁

徐喜荣（广州医科大学法学系副教授）



我写这个论文是当时在王保树老师给我们上课做的一个报告，我在这个基础上做了一些改动。第一个是营业概念是什么，第二个是为何营业，在商法体系当中存在什么问题。第三个是营业何为，就是三部分。

第一个就是何为营业，就是用商法典的国家寻找。第一个关于客观主义的法国商法，这个客观主义提到营业概念的界定，偏向客观来理解，包括营业资产，还有商法学者也是从客观来理解这个。还有德国，德国的商法典就是从一个活动来界定营业。同时体现在商法学者的理解，比如说（卡那立嗣）理解营业是一种活动，独特有偿的盈利性的活动。在日本、折中主义商法的代表，我发现他在使用营业概念，两个角度都用了，不单是客观主义的营业，是两个都适用了，都采纳。同时也体现在日本商法学者，比如说（龙天节）等等。回归到中国的学者，我发现基本上都是跟日本的类似。在主观、客观意义两个角度理解营业的概念。

最后我做一个总结，小结之后，主观意义的营业，一些学者的界定主要是商人所从事的盈利活动，发现同时在界定商人的概念，用营业界定商人。法国学者（客轮着）所说的循环定义的问题。我不知道老师当中有没有体会到这种循环定义的问题，界定商主体、商行为。商人从事行为是商行为、这个有循环。对客观意义上的营业，我们学者大部分界定一致的，主要是有组织、还有刚才老师提到的商铺，为什么他们转让费那么高呢。这就有营业转让的问题。

第二个为何营业，营业在商法的体系当中，处于一个什么样的位置。营业商法调整对象，以及商主体是什么关系。第一个营业是商法调整对象的核心。我系统总结我们各个学者对商法调整对象的不同表述，有人觉得商法是商、商业，或者商事关系，有一些学者用营业。对他们的表述进行提取，发现营业这个概念，无论是商、商事、商事法律关系，营业这个概念是少不了的。所以商法当中，营业应该是核心。

再看一下营业与商主体的关系，商主体在不同的学者表述当中也不太一样。营业、商主体、有一些是商人、商事主体，我对他们进行提取公因式，发现营业不可少的。盈利，是不是盈利就一定是商主体，我认为这个不能划等号。盈利是商主体的规定。营业应该是商主体质的规定，没有营业就没有商人。营业跟商行为的关系，包括商、商行为、商事法律行为，我进行总结，营业是不可缺少的，只有营业把商行为挂在一起，营业是商行为必须有的。营业概念是它的核心，因为民事主体都可以盈利的时候，怎么区别呢？我认为这个是盈利是商行为的主观、营业是客观的，两者结合才可以区别。

营业这个概念这么重要，我们中国怎么对他们归置呢。首先营业放在哪个法

里面，放在单行法里面，营业行为、一般的民事行为还是有很大的区别。放在民法典里面会导致过分的累赘。如果分在单刑法、公司法、合伙法，这些商主体法进行统计，我们法律用到营业的概念，是在主观意义上、还是客观意义上，我们重要的公司法、合伙法，甚至破产法，都是用这个概念的。商行为比如说证券法、票据法等等都用这个概念。这样的主体法、都用这个概念，任何一个单行法里面，需要有一个衔接民法典跟我们这些单行法的一部法律。而这个营业就需要放在这样法律里面。

第二个商法规制的营业里面，应该确定的营业自由。虽然商法有公法因素，但是营业自由应该是其中的核心理念。还有就是规制这个营业的进度。前面的归纳总结，这个营业有主观意义、还有客观意义，这样有点不太合适。因为作为一个法律概念，研究法学对它比较好理解，我们立法颁布之后，作为一般民众可能没有想到，一个法律概念可以解释两种意思，所以我认为应该把这个营业概念纯化。单纯的主观意义的活动意义上。至于客观意义的营业的财产、直接用营业资产取代它就可以。

六、民商事裁判之不同对商事立法的意义

胡田野（国家法官学院教授）



看到今年年会关于商法独立性研究的命题，在我脑海出现的第一个问题是，商法为谁而立？法律无非是行为规范和裁判规范，从行为规范的角度，商法为商人及商行为而立；从裁判规范的角度，商法为商事法官及其裁判行为而立。那么，立法者需要问问商人和商事法官需要什么规则。对于商人，我们需要大规模的调研，问商人需要什么。我们还需要问问法官在商事裁判中需要什么。我对这个问题有一些粗浅的想法，供大家批评。

商事裁判和民事裁判有所不同。我提交的小论文有具体的论述。

第一，商事裁判更尊重商业安排和商业判断。在民商事裁判里面，都讲私法自治、意思自治，但是民事裁判要注意契约自由与契约正义的平衡，民事裁判总是带着“慈母般的眼光”，民事裁判具有人文关怀。但是商事裁判没有“慈母般的眼光”，商事裁判要关注风险自负。法官的思维是，商事裁判中对行为的合法性优先考量，合理性考量居次，让商业的归商人，让法律的归法官。但是民事裁判中并非如此。民商这种裁判思维不同，对立法有不同的诉求。立法对商事活动要谨慎或弱势的介入。因而，商事违约金、商事借贷、商事流质契约、商事代理、商事租赁等，与民事上应有所不同。这是我讲第一个民商审判的不同，对立法的

诉求。

第二，商事审判要尊重商事外观主义。民事裁判要探究当事人的真实意思表示，商事裁判探求当事人意识表示的外观，或者意思表示的表达。为了交易的效率与安全，商事外观主义成为商事的基石。商事裁判与民事裁判的这种不同，对立法的诉求是：立法上要构建商事外观：商号、商事账册、商事登记等。

第三，商事裁判中，程序与形式审查优先于实质与结果审查。民事行为大多没有程序要求和要式要求，但是商事行为通常都有程序和要式，例如票据行为、公司决议行为、公司担保行为等。这就导致了民事、商事裁判不同，在商事裁判当中，商事法官进行程序和形式的审查，优先于实质和结果的审查。法官处理时，商事法官考虑形式公正。民商事裁判的这种不同，要求商事立法构建一个商事的自治性规则和程序性的规则。

第四，商事裁判突出保护营业性。民事裁判带有“慈母般的目光”，体现的是无偿推定，但是商事行为是有偿推定。例如，在救济方面就不同，商事在责任上、救济上有所不同。民事救济更多体现继续履行等，在商事合同当中，更加强调经济赔偿。所以“有效违约理论”在民事不合适，在商事是合适的。商事立法上，商事责任制度应不同于民事责任制度。

第五，民事裁判，商事裁判比较，商事裁判谦抑性更明显。民事裁判是一定意义上的积极司法，是合理的，商事应是消极司法。就意味着商事法要构建自己内部自救程序。

第六，与民事裁判相比、商事裁判要求更加便捷性。民事法关系相对稳定，但商事关系受市场因素影响极大。所以中世纪出现码头审判，货物到码头后、起航之前要进行判决，这个商事裁判的便捷性是商法与生俱来的特征。这对于立法的诉求是，商事立法构建速裁程序、特别时效及商事法庭等。

第七，在民事裁判、商事裁判当中，调解的地位不一样。民事裁判当中，调解可以优先。商事裁判当中的调解地位有所下降，商事裁判中当判则判，构建规则。

民法是传统市民社会的法，商法是全球化市场经济的法。民法与商法是社会经济发展的“鸟之双翼”。

我主张构建商法通则，具体内容包括：1.商事公示制度，包括商号、商事登

记等；2.商事主体制度，包括新类型主体；3.商事行为制度，将独立性较强的行为从民事行为中独立出来；4.商事权利制度，包括商事人格权、商业秘密权等等；5.电子商务制度；6.商事责任制度。

不足之处，请各位批评指正。

七、民商事主体权利能力的无差异性

董灵（对外经济贸易大学法学院副教授）



我希望利用这个机会和大家探讨下权利能力这一基础概念。我并不是要对权

利能力这一概念赋予新的意义，而只是希望能加深对这一概念的理解，以期接近这一概念的本意。具体来说就是讨论下自然人的权利能力是否平等、法人的权利能力是否平等及自然人与法人的权利能力是否平等这几个问题。我的发言题目并不是要比较民事主体和商事主体，我认为民商事主体是统一的，其主体都是自然人和法人，至于通常说的第三类主体，我在这里暂不讨论。

权利能力指担当民商事主体的资格，即独立享受权利和承担义务的资格。这一概念目前学界的分歧较小，但也确有学者认为人格才指主体资格，而权利能力是享受具体权利义务的资格。将传统上“权利能力=人格”这一命题推翻。对这一学术观点我不评论，我在此仍采用传统的命题，即权利能力与人格等同，以避免枝节上的争论。

自然人的权利能力是否平等，学界的分歧不是很大，但也有不同意见，譬如对权利能力进行分类其实上就是认为权利能力不平等：有的观点把权利能力分为一般权利能力与特殊权利能力，或者是“抽象权利能力”与“具体权利能力”以及完整权利能力与部分权利能力等。影响比较大的其他观点还有“权利能力限制说”及“权利能力因人而异说”——认为一些特殊人群的权利能力应该受到限制——如智障人士或者艾滋病人等。同时，对于自然人具体权利的剥夺——譬如认定为证券市场的禁入者，也有学者认为是对权利能力的限制或者部分剥夺。我的观点很简单，权利能力是作为民商事主体的资格，是抽象的，也是平等的，不同于享受具体权利的能力。享受或取得具体权利的条件虽然也可以称为能力或资格，但不是权利能力，只能算对应该具体权利的资格或能力。比如说结婚，那么要获得结婚的资格，当然需要一定的条件，但是这个资格不是权利能力。

学界比较流行的观点是权利能力平等只是指自然人的权利能力平等，而法人的权利能力不平等。一是指法人与自然人的权利能力不平等，二是指法人与法人相比权利能力也不平等。

说法人与自然人权利能力不平等的主要理由是某些权利专属于自然人，如生命权、人格尊严权、精神自由权等等，法人不可能享有；而某些权利专属于法人，如银行开展信贷业务的权利，保险公司开展保险业务的权利，自然人也不能享有。在我看来，和前面的逻辑相同，这些不同都是具体权利的享有不同，并不等同于权利能力上的差异。从主体资格上说是二者是平等的。如果确有必要比较两者权

利能力的不同，可以认为因为自然人获得权利能力具有先验性，而法人获得权利能力的依据完全是法律，因此，自然人的权利能力不可剥夺，而法人的权利能力却有可能因触发法定事项而被依法剥夺。另外，二者权利能力产生的条件不同。自然人基于出生，而法人基于成立。但这些不同并不影响其地位上的平等。

第二种不平等是说法人与法人权利能力不平等，其理由主要是各个法人因受到法律和自己章程的限制，其权利能力的内容各有不同。也有观点认为这些不同构成了法人的“特殊权利能力”或者法人的“专属权利能力”，还有人专门提出了“商事权利能力”，因为商事主体的业务范围不同。与前面的分析同理，因法律规定或者自身章程限制而导致法人权利范围的差异是具体权利的差异而不是权利能力的不同。在主体资格上，各个法人都是平等的，即都是以自身名义来独立地享受权利和承担义务的。

最后附带地说一说经营范围与权利能力的关系。对于经营范围的性质，观点比较多，譬如行为能力说，权利能力说，代表权说等等，我的基本看法是，法人设置自身的目的或利用章程对经营活动的范围予以限制仅仅是法人的一种经营策略，是法人的一种自由选择，而法律在某种条件下禁止法人超越经营范围，目的也只是为了保护股东、债权人的利益及维护交易安全，与权利能力毫无关联。

综上所述，我的基本观点是民商事主体的权利能力强调的是能够作为民商事主体的资格，而不是具体权利的范围，取得或者剥夺具体权利均与权利能力无关，因此民商事主体的权利能力无差别，呈现出平等性，体现的是民法所坚持的平等原则。

【与谈人发言】

1. 马特（对外经济贸易大学法学院教授）：



作为东道主单位很幸运参加这次会议，学习到很多东西，以上教授发言，简单的点评一下。第一个，前三位教授，主要是探讨商事行为的问题，文新教授的互联网背景下的商事行为很有代表性，商人已经融入到市民当中。到互联网这种混同性之高，以至于我们很难辨认的。B2B 把放贷权利给个人了。还有淘宝电商 C2C，就是自然人的交易。还有网红经济，就是我们注册一个微博成大 V 了，几十万估值，是不是商人、企业，比企业都要高。这个现实生活给我们提供大量有挑战性的课题，如何辨认、区分、商事行为、民事行为、我认为很难的。

第二个申惠文关于法律行为，这个很有价值，政法大学的民法教授都提到这个问题，我们翻译法律行为，准确翻译应该是法律交易。法律行为是翻译中的一种误读。这个角度出发，我对申老师后面的观点是不太赞成的。特别是我们作为学术讨论。所以说这个约定（俗称）通过逻辑性的分析推翻了。申老师这个合同行为是传统的，合同是建国以后的行为，传统我们的合同不是合同，而是契约，台湾还叫契约。合同是决议行为，契约是利益交叉的两个人定义的，也就是我们大陆所说的合同，所以这个语言这个东西我们纠结，把原来的推翻，似乎这个成本过高。我们这个学术、交流成本，包括立法成本都过高了。所以关于民事行为、

法律行为，在民法界也是一锅粥，说起来一天说不完。

第三个，关于民事行为在商法领域的使用，这个是很有道理的。确实有特殊性。但是提出来的结果，就是是不是在民法典里面设计一个商业性用的专条，这个没有必要性。票据行为就是使用票据行为，破产行为有破产法，这个有单行法解决。是不是需要商法统一规定，从功能角度来说，似乎单行法已经解决了这个问题。后来几个老师的观点，也很有启发，但是时间关系，我就不能一个一个谈了。

前三个老师我觉得学习到很多东西。现代社会、市民社会的高度商化，我们民商合一、意大利的那种法律是不可能的。商法是不是合理呢，似乎也很难，如何摸索民商的关系，是两个领域学者一个永恒的话题。

2. 史正保（兰州财经大学法学院教授）



首先感谢会务组给我这个与大家交流的机会，先说明一点，我们学校原来叫兰州商学院，去年改名为兰州财经大学。今天下午 7 位发言人的内容可以归纳为三个方面:第一个是关于商主体，第二个关于商行为，第三个是关于商事裁判。我们这组上半场谈的是高大上的主题，下半场是接地气的主题。刚才 7 位给我们描绘了商法的框架结构，并为未来的商事通则立法提出了很好的建议。

关于商主体问题，第 7 个发言人谈的主题涉及到民事与商事主体权利能力问题。关于商事主体权利能力与民事主体权利能力到底有无差异性值得进一步的研究。

关于商行为问题，目前我国的研究整体比较薄弱，几位的发言对我有很大的启发。他们从不同视角研究商事行为对完善商行为制度有重要的价值。今天有两个老师通过定量分析的研究方法研究商行为与营业值得推广与借鉴。目前法学研究定性的多，做定量分析的比较少，难度大。

徐教授关于营业的分析比较全面，其阐述的观点我比较赞同，营业确实是商法的核心，受我院任先行和王保树老一辈商法学者的启发我对这个问题也比较关注，前几年曾写过一篇关于营业权与营业自由的文章，该主题需要做进一步的探讨。关于商铺转让费问题以小见大，其观点对实务操作具有指导作用。关于商事裁判，我们大多数人来自理论界，实务经验比较少。我去年在甘肃省高院民二庭挂职当法官一年，办案过程中深感实务中需要商事裁判规则作为办案的依据。比如每个商人与银行发生的贷款行为，在计算利息时应该按 360 天还是 365 天怎么算呢，双方当事人意见不一。过去是按人民银行规定为 360 天计算，但这个是否合理？现在值得研究，实际上实践给我们提出很多的问题，需要我们研究、探讨。谢谢大家。

3. 刘文科（法律出版社财经分社副编审）



我谈一些想法。刚才听各位嘉宾的发言，感觉商法学者在研究商法理论的时候，商行为制度、营业制度，商法学者都会去民法找根基，比如说营业财产跟民法中的客体比较。但是民法学者在制订民法典时候，很少考虑商事制度的特点，比如法律行为与商行为。

刚才马特老师的发言也触动我一些神经，在我国意大利式大的民商合一不太可能，法国的商法典也不太可能，即便是在民法典加一个除外条款也不太可能。结合民法典的编纂，我一直在想这个问题，在我们民商合一的体制下，民法总则是民法、商法的总则，民法的总则，包括未来的民法典有没有这个体量，这个抽象的体制容得下商法。比如说刚才提到的权利能力的问题。曾经我见到一个学者的建议稿里面，有一条是这么写的，其他组织的负责人和其他人执行该组织职务产生的法律后果，由该组织承受。其他组织这样一种称谓，完全没有考虑我们合伙企业法、个人独资企业法这些非公司企业，他们的权利能力究竟有多大，有什么特点。刚才老师提到合伙企业作为一个企业取得财产的权利，有取得主体的权利，这个是不是一个主体，为什么它的资格跟自然人、法人不是平等的。我觉得

这个可能是需要在民法领域里面深入研究的问题。

再比如说我们国家董事和公司之间是什么关系，公司法没有明确。日本公司法很明确董事、公司是委任的关系。关于董事的注意义务，我们国家规定在公司法 148 条，日本在日本民法典委任合同中的。这样的民法典能容得下商法的能力，这样在民法制订中，这样强大的民法，应该反思一下自己的基础。民法有一个倾向，研究的课题都是特别偏的课题。可能多少年都发生概率很小的事，把它作为很前沿的问题指引民法的方向。是不是考虑商事行为的特殊性，改造一下商法的理论。商人特殊性，改变一些民事法。

【自由发言】

嘉宾：关键这个商法的规范权存在不存在，现在不仅仅是市场判断，现在演化成价值判断。马特为代表就是不存在的。商法学者还是比较强调这一点。近现代以来，商法、民法是讨论的话题。当然关于民法、商法关系怎么定位，对我们是决定性的。关于二者的关系，提到非常形象的比喻，比喻成上部、下部。商法相当于下雪的雪花，落到地上是民法，最后又形成了冰。的确是活力无限的商法为私法创新提供一个体系。

在这个融合中，由雪化成冰的过程中，商法的独立性上升了。这个问题是事实判断还是价值判断，两大阵营回答不一样。这几个学者的努力是成语接龙，把独特规范的制度堆积的越来越多。以及这个商事帐务、留置，特别是商事代理，本身是一个制度规范群、包括经理人、包括待办权，本身是一个强大的规范群。现在能不能无限的可能，这几个是冰山一角，我们从原则、规则都提出来了。其实民法、商法很多的基本原则，名字是同的，但是含义不一样的。比如说私法制，我经过系统的研究，我愿意提出不太成熟的观点，在交易领域，我们行为法领域，其实我们商法领域中，私法制比民法多。这个接收到很多的违约金要不要调整肯定是非常严格的。

那么在这里实际上出现两者悖反的局面，这个是质，还是度的程度，还需要进一步的判断。商法、民法从点到线形成独立性的全面。前几年我们从商法的理念、思维方式都进行了系统的探讨。

最后我要讲的现在民法主张在文化意义上的民商合一，有一句话存在悖论的。如果民法准则能提供，则不需要定民法、商法准则，能为商法提供你们一般性规范的诉求的话，说明这个规范是存在的。如果存在的话，那到底大家想一想由高度抽象涵概一切民法提供更好。如果不存在，悖论更明显了，不存在的话，所以说商法准则、通则不需要的。但是文章说这个民法准则完全可以解决。如果商法不抽象出来，民法有什么能力把这东西予以抽象呢？这是我的疑问，也请教几个教授。

马特：我回应一下，怎么解决这个问题，主要是多研究具体问题去解决问题。现在网红是民事问题，也是商事问题，民法吸收大量的这种商法新的成果，说刚才刘文科说民法准则没有顾忌到商法其实不多的，刚才讨论到营业问题，传统没有的。现在民法准则要突破用传统的物加上一个营业，综合的财产体验，这改变吸收商法的成果。现在民法也强调不是这个意识主义，而是客观主义，代表外观主义，也强调这个东西，解释也存在大量的方法，大量是表示主义，而不是意识主义，就是商法对它的诱导。

商法对外观强调比较事实上的法律行为，就把意识派出，只要有这个行为就是商法。很多民法说中国时效为什么那么短，就是吸收了商法的压力。这都是每一个部分、民法上的点点滴滴都少不了商法学者的贡献。反过来商法学者的任何贡献也离不开民商两个支持。

民法、商法不是敌人。我们研究半天，他们用民法体系很老的规则去做这个问题，实际上已经满足不了这个问题了。我们来参加商法这个会，多学习，让我们的民商法制，构建一个更好的体系去走向未来，战胜官僚主义的沉淀，去创造更好的明天。

嘉宾：刚才马特教授讲很好，商法的很多规则呢，已经吸收到民法中，把民法、商法两个领域比喻成冰川、河流，已经化的河流，上流是冰冻的，但是下游是已经化的，民法、商法的关系，上游是冰川，下游是已经化的江面。其实这不是我说的，是德国学者的观点。

但是有一个教授讲的挺好的，商事的领域，商事的交易不断的发展，肯定超过民事的交易，所以这种交易过程对规范的需求无穷无尽了，你化之前，肯定要

形成一个独立的领域。所以商事独立的领域是存在的，这是我们从实质的意义上来讲，民商是分离的。

前一个单元呢，尾崎安央教授也讲过，他作为一个商法的学者，上次（盛典）教授也讲过了，作为商法学者，他们肯定坚持民商分离的，但是形式无所谓，各国受立法政策影响，已经形成的立法体系，要尊重传统。立法是无所谓，学科意义上，从研究者的研究态度要分开研究，或者有机融合的研究。所以这个实质意义上是要分开的，但是形式来说，当然像日本还有韩国的，我们这些周边的国家都是民商分离的，有受那种传统影响态度的地区民商合一的，所以我们目前来说，形式上我们要分开的还是合一呢？这个确实尊重已经形成的格局，包括民法通则的现状，还有合同法这种现状。

那么现在面对民法准则的制订当中，刚才很多的学者谈过的，民法准则把很多规范放进去，刚才很多学者讲很好的，所有商事内容的准则加进去，有可能打乱民法的严格的体系。客观意义上的营业，这个财产来说，原来的法学会会有这种企业，企业财产那么这个放进去客观意义上的营业，还有法律行为把这个决议、这种作为一个法律行为的分类放进去，这个是不是合适，确实我们关于商事代理很多内容，包括台湾民法典当中经理人放在里面，刚才营业分一个客观营业，从财产的角度，主观意义上的营业，从营业的角度，我们传统的商法当中，营业自由的原则，从法律上，公法、私法法律上，还有合同可以限制。这样区分，所有东西可以放在民法准则当中，有待考虑的是怎么取舍的问题。所有的属于商法规范的内容，都放在民法准则是不是合理，所以民法准则的制订当中，一定的商法规范放进去，也无所谓了，那是形式的问题。但是不可能全部放进去，那么没有放进去的部分到底怎么办，通过商事通则的形式，专门制订一个商法，还是个别法解决，这是进一步探讨的问题。因为时间关系我就不展开了。

第二个单位，有很多细节的具体的问题，那个教授讲的决议是法律行为的问题，这个决议是法律行为，但是这个具有商法特征的。另外一个决议刚才这个合同，关于合同的问题，台湾叫契约，刚才说是决议性的，韩国、台湾是合同行为。这是用词上的问题。还有抽象的角度来说，它没有什么差别的，但是具体的决定是范围的问题，是有区别的。因为法人政策上赋予这种资格可以得到限制，这个是有区分的。

还有营业的概念，盈利性的行为和营业行为，那么营业行为里面有一个，到底以盈利为目的的行为是不是商行为，这个是根据不同的国家、立法态度来区分的。单纯盈利的行为是绝对性的商行为，但是反复持续行为来判断，营业来判断的话，是相对的商行为这种区分的。

(以上部分发言未经发言人本人审阅)