

新世纪高等学校法学专业核心课程系列教材

Commercial Law

商法学

主编 夏雅丽 刘次邦

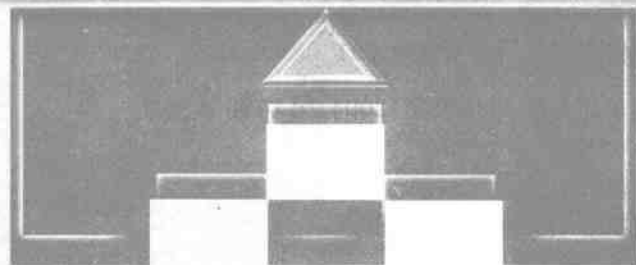


西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

新世纪高等学校法学专业核心课程系列教材

Commercial Law

商法学



主 编 夏雅丽 刘次邦

副主编 何万里 马民虎 李周仁

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

夏雅丽 张 敏 马 涛 张炜达

王善梅 李周仁 杨粉米 马民虎

马 立 何万里 陈 蓉 马小花

刘次邦 周一平



西安交通大学出版社

XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

· 西安 ·

内容提要

本书共分5编25章,系统、全面地阐述了商法学中商事主体、商事行为、商事法律责任、公司法、有限责任公司、股份有限公司、破产法、票据法、保险法等商法学的基本概念、理论和原则。本书内容严格遵从教育部颁布的《高等学校法学专业核心课程教学大纲》的要求,并注意吸收国内外商法学的最新研究成果及司法实践的新鲜经验,在一定程度上反映了商法学理论与教材编写的新水平,有助于学生掌握商法学理论并提高从事商法学理论和实务研究的能力,有助于学生参加司法考试。

本教材除适用于法学专业本科生以外,还可供各类大专、高职学生使用,同时也可作为法律工作者的参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

商法学/夏雅丽,刘次邦主编. —西安:西安交通大学出版社,2004.8
ISBN 7-5605-1854-0

I. 商... II. ①夏... ②刘... III. 商法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 078500 号

- | | |
|------|--|
| 书 名 | 商法学 |
| 主 编 | 夏雅丽 刘次邦 |
| 出版发行 | 西安交通大学出版社 |
| 地 址 | 西安市兴庆南路 25 号(邮编:710049) |
| 电 话 | (029)82668357 82667874(发行部)
(029)82668315 82669096(总编办) |
| 印 刷 | 陕西宝石兰印务有限责任公司 |
| 字 数 | 380 千字 |
| 开 本 | 727mm×960mm 1/16 |
| 印 张 | 20.125 |
| 版 次 | 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷 |
| 印 数 | 0 001~3 000 |
| 书 号 | ISBN 7-5605-1854-0/D·52 |
| 定 价 | 25.00 元 |

版权所有 侵权必究

《新世纪高等学校法学专业核心课程 系列教材》编写委员会

主任委员:

- 孙琬钟 教授,原国务院法制局局长,中国法学会常务副会长
崔 敏 中国人民公安大学教授,博士生导师,中国法学会理事,中国法律史学会理事,中国法学会诉讼法学研究会副会长
刘 恒 中山大学法学院院长,教授,博士生导师,中国法学会行政法学会研究会常务理事
宋锡祥 上海财经大学法学院教授,英国伦敦大学高级访问学者,中国国际私法学会常务理事,中国国际经济法学会理事
贾 宇 西北政法学院副院长,教授,博士生导师,中国法学会刑法学研究会常务理事
段秋关 西北大学法学院院长,教授,博士生导师,教育部法学专业教学指导委员会委员,中国法律思想研究会会长
夏雅丽 西北大学法学院副院长,博士,教授,中国法学会理事
马治国 西安交通大学法学系主任,博士,教授,中国法学会经济法学研究会理事,中国法学会民法学研究会理事,中国科技法学会理事
韩 松 西北政治学院教授,中国法学会民法学研究会理事,《法律科学》主编
肖国录 西北工业大学法学系教授,博士
潘中伟 陕西科技大学教授

委员(按姓氏笔画顺序排列):

- 丁 为 丁社教 王有强 张宝亚 关嵩山 刘次邦 何万里
张晓芝 杨文杰 金 博 陶信平 唐士梅 谢 秦 魏晓春

总序

21 世纪是中国法治建设的黄金时期,也是建设世界一流法学教育的关键时期。这一历史机遇来之不易,我们要百倍地珍惜。法律是一种具有国家强制力和约束力的社会规范,是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要工具。法律来源于现实生活,真实地反映现实的要求,是社会文明和进步的具体表现。法律以一种最明确的方式,对社会成员的言论或行动作出规范和要求,调整人与人、人与社会的关系。法律作为人类制度文明的重要组成部分,其终极目标是实现市民社会和政治国家管理的法治化。近代以来,人类社会文明发展的历史证明:法治兴,则国家兴盛;法治兴,则社会文明。

法律的进步、法制的完善,是一项综合性的社会系统工程。现实社会关系的发展、国家政治、经济和社会的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。而法学教育、法学研究的发展,直接推动了法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治国家理想的重要因素。在社会发展、法学研究等几个关系到法律进步的重要环节中,法学教育明显处于核心而基础的地位。近代以来,中国法学教育作为法律进步事业的重要组成部分,随着中国社会的曲折发展,也经历了极不平坦的发展历程。史料证明,清朝末年(公元 1895 年)开办的天津大学堂,首次开设法科并招收学生,这标志着近代最早的法学教育机构的诞生。三年后,著名思想家梁启超撰文呼吁国人,要重视法学,发明法学,讲求法学。数年后,以修律大臣沈家本为代表的一批有识之士,在近十年的变法修律过程中,非常重视法学教育的法学研究,督促清廷创办京师政法学堂等专门法学教育机构。经过一代代学者的不懈努力,到了 20 世纪 40 年代,初步形成了较为完整的法学教育、法学研究体系和学术结构。

1949 年 10 月 1 日中华人民共和国成立,中国的法学教育、法学研究步入了新的发展阶段。但是 50 年代末,随着“左”倾思想的泛滥,法学教育、法学研究在经历了建国初期的短暂发展之后,逐渐走向停顿,直至十年“文革”时已荡然无存。1978 年党的十一届三中全会的召开,结束了“左”倾思想的统治地位,开始了改革开放的伟大实践,中国法学教育、法学研究出现了根本性的转折。二十多年来,经过广大法学教育和研究工作者的共同努力,法学教育、法学研究事业取得了长足发展,法

学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。据有关部门统计,截至2003年年底,全国已有400多所普通高等院校设置了法律院系或法律专业,在校学生达到10万多人。除本科生外,在一些重点大学、全国知名的法律院系,法学专业硕士研究生、博士研究生已经成为培养的重点。中国的法学教育、法学研究事业由此进入了长期稳定、发展的大好时期。

陕西是教育大省,其高等法学教育的实力和水平近些年提高很快,现设置法律院系的高校已有二十多所,从事法学教育和研究的专业人员有数千人,已成为我国法学教育、法学研究领域的一支重要力量,为提高我国高等法学教学和研究做出了重要贡献。这次西安交通大学出版社策划和组织编写这套《新世纪高等学校法学专业核心课程系列教材》是一件好事。这套教材从组织到内容体现了以下特点:首先,这套教材编写人员以陕西为主,面向全国,既充分发挥了陕西高等教育实力雄厚这一优势,又充分利用和整合了国内的优秀资源,有利于提高教材质量。其次,这套教材的作者中既有资深望重、在国内外享有盛誉的专家学者,如著名法学专家孙琬钟教授、崔敏教授、段秋关教授等,更有一大批近些年来成长起来的优秀中青年学术中坚,像贾宇、刘恒、宋锡祥、韩松、潘中伟、肖周录、夏雅丽、马治国等博士、教授。作者队伍的这种结构使本套教材既体现了深厚的理论功底,又思想活跃,紧跟国际学术发展的最新动态,反映了法学研究的最新成果和我国最新修订和颁布的法律、法规精神。其三,本套教材具有很强的实用性,语言简练,重点突出,且把案例融入理论阐述中,这样既便于读者更深刻理解法学基本原理,夯实其法学理论功底,又有助于他们通过全国统一司法考试和提高实际工作能力。

这套教材的编写是这些作者们为我国法学教育和研究做出的贡献,我相信本套教材的使用必将对我国高等法学教育水平的提高和全社会法制观念的普及发挥出重要作用。

曾宪义

2004年8月于北京

目 录

第一编 总论

1	第一章 商法概述
1	第一节 商法的概念和特征
5	第二节 商法的基本原则
9	第三节 商法的调整对象
10	第四节 民商合一与民商分立之评述
13	第二章 商法的产生和发展
13	第一节 大陆法系商法
18	第二节 英美法系商法
22	第三节 我国的商事立法
24	第三章 商法与其他部门法的关系
24	第一节 商法与民法的关系
25	第二节 商法与经济法的关系
27	第三节 商法与劳动法的关系
28	第四节 商法与刑法的关系
28	第五节 商法与国际法的关系
29	第四章 商事主体
29	第一节 商事主体概述
34	第二节 商事个人、商事合伙和商事法人
41	第三节 商中间人
44	第四节 商业使用人
47	第五章 商行为
47	第一节 商行为概述
51	第二节 商行为的分类

54	第三节 几种特殊商行为
59	第六章 商事登记
59	第一节 商事登记概述
60	第二节 商事登记的对象及主管机关
64	第三节 商事登记的程序
66	第四节 商事登记的种类
71	第五节 商事登记的效力
72	第六节 商事登记的监管
74	第七章 商号
74	第一节 商号的概念及特征
76	第二节 商号的种类
77	第三节 商号的选用
79	第四节 商号的登记
83	第五节 商号的废止
83	第六节 商号权
87	第八章 商事账簿
87	第一节 商事账簿的概念与意义
89	第二节 商事账簿的分类
91	第三节 商事账簿的效力与保管
92	第四节 违反商事账簿制作义务的法律后果
93	第五节 商事账簿的披露
97	第九章 商事法律责任
97	第一节 概述
98	第二节 商事违约责任与商事侵权责任
	第二编 公司法
102	第十章 公司法概述
102	第一节 公司与公司法
105	第二节 公司的基本法律制度
115	第三节 公司的行为

124	第十一章 有限责任公司
124	第一节 概述
127	第二节 有限责任公司的组织机构
132	第三节 国有独资公司
135	第十二章 股份有限公司
135	第一节 概述
137	第二节 股份公司的设立
141	第三节 股份有限公司的股份
144	第四节 股份有限公司的组织机构
149	第五节 上市公司
152	第六节 外国公司的分支机构
	第三编 破产法
156	第十三章 破产法导论
156	第一节 破产和破产法
161	第二节 破产法概述
167	第三节 破产法的沿革
173	第十四章 破产程序
173	第一节 破产申请的提出
176	第二节 破产申请的受理
182	第十五章 债权人会议
182	第一节 债权人会议的法律性质及地位
184	第二节 债权人会议的组成
188	第十六章 破产和解与破产整顿
188	第一节 破产和解
190	第二节 和解协议草案
193	第三节 破产整顿
196	第四节 破产整顿的改革思路
199	第十七章 破产宣告与破产清算
199	第一节 破产宣告
201	第二节 破产清算

203	第三节 破产财产
210	第四节 破产债权
214	第五节 破产程序的终结
	第四编 票据法
216	第十八章 票据法概述
216	第一节 票据和票据法
217	第二节 票据行为
220	第三节 票据权利和票据责任
222	第四节 票据权利的取得、行使和消灭
225	第五节 票据的伪造和变造
226	第六节 失票救济和利益偿还请求权
229	第七节 票据关系的法律适用
232	第十九章 汇票
232	第一节 汇票的概念和分类
233	第二节 汇票的出票
235	第三节 汇票的背书
237	第四节 汇票的承兑
238	第五节 汇票的保证
239	第六节 汇票的付款
240	第七节 追索权
243	第二十章 本票
243	第一节 本票的概念和分类
244	第二节 本票的出票
246	第三节 本票的付款
247	第四节 本票法律适用的规定
248	第二十一章 支票
248	第一节 支票的概念和种类
249	第二节 支票的出票
251	第三节 支票的付款
253	第四节 支票法律适用的规定

254	第二十二章	保险与保险法
254	第一节	保险概述
258	第二节	保险法概述
262	第三节	保险法的基本原则
266	第二十三章	保险合同总论
266	第一节	保险合同概述
269	第二节	保险合同的主体、客体及内容
273	第三节	保险合同的订立及其效力
275	第四节	保险合同的履行
278	第五节	保险合同的变更、中止及终止
281	第二十四章	保险合同分论
281	第一节	财产保险合同
287	第二节	人身保险合同
295	第二十五章	保险业法
295	第一节	保险业法概述
296	第二节	保险组织法
300	第三节	保险经营法
304	第四节	保险监督管理法
306	第五节	保险服务法律制度
308	参考文献	
310	后记	



第一编 总论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念和特征

一、“商”的意义

汉语中“商”一词，英语为“Commerce”，德语为“Handels”，拉丁语为“Commerium”，日语为“商”。古代汉语中，商是一种计时单位，一刻称为一商，“商，刻也”。商亦被用指“估量”、“推测”，“商，从外知内也。”“商”一词被引入经济生活，它最初是与贸易活动联系在一起的。如“通财鬻货曰商”；“行曰商，止曰贾”；“商其远近，度其有无，通四方产物，故谓商”。随着人类社会经济和文化的演进、发展，人们对“商”的认识也随之拓展，即将商视为以营利为目的，直接媒介财货交易的行为。

在现代社会，人们常常在不同层次上使用商一词，商的概念已逐渐发展为社会学、经济学、法学等多学科、多层次的概念。从经济学意义上讲，商即用于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润之行为。^①但是，这并非商法意义上的“商”。我们所理解的法律意义上的“商”或商事，乃是指一切营利性营业活动和事业的总称。

按照商法学者的观点，现代商法商事的范围大致可以分为以下四种：

第一，直接媒介财货交易以及传统上被纳入基本商事活动的“固有商”，如交易所交易、买卖商交易、证券交易、票据交易、海商海事活动等，商事学说中又将其称之为“第一种商”。

^① 王保树：《中国商事法》，北京：人民法院出版社，1996年。

第二,间接以媒介货物交易为目的的营业活动。它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的“辅助商”。如货物运送、仓储、代理、行纪、居间、包装等,亦称“第二种商”。

第三,虽不具有直接或间接媒介货物交易之行为目的,但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的商业活动。如银行、融资、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影、营业等,亦称“第三种商”。

第四,仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业。如广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等,此为“第四种商”。

显然,法律学上的“商”范围非常广泛,而且随着社会经济的发达越衍越广。一些国家或地区的商法正是基于这种理念而界定其“商”的范围的。《德国商法典》规定,凡以商业之方法与范围为营业,办理商业登记者,即视为商业;对于农林业兼营副业,如对农林产品加工制造,经申请商业登记的,也视为商业。《瑞士债务法》规定,凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业而进行登记的,都视其为商业。我国台湾省的《商业登记法》第2条所列举的各种商业竟达32款之多。由此可见,“商”的具体范围,只能依各国民商法的规定而定。

二、商法的概念

商法又称商事法,是调整商事关系的法律规范的总称。商法可以分为形式意义的商法和实质意义的商法。形式意义的商法是指民商分离国家中所制定的并冠以“商法典”之名的法律;实质意义的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。

(一)形式意义的商法

形式意义的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构,它最终表现为一个成文的法律文件——商法典。正如我国台湾学者所指出的,形式意义的商事法,是指一国的立法机关依法定程序制定而命名为“商法典”者而言。此种商法典是于民法典之外,独立存在而自成一统。^①形式意义上的商法的内容通常包括一般规则、公司、保险、破产、票据、海商等基本制度。在大陆法系国家中,德国、法国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家制定了专门的商法典。据统计,迄今为止,世界上大致有40多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。^②

(二)实质意义的商法

实质意义的商法,是指以商事为其规范对象的各种法规,即包括以“商事”和不以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范的总称。由此可见,形式意义的商法仅存在于民商分立的国家中,而实质意义的商法则不同,无论是民商分立的国家

^① 刘兴善:《商事法》,台北:三民书局,1984年。

^② 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。

还是民商合一的国家,也无论是大陆法系国家还是英美法系国家,都存在实质意义的商法。

就实质意义的商法而言,它又包括广义的商法和狭义的商法。广义的商法是调整各种商事关系的商法规范的总和。学者又将其细分为国际商法和国内商法两种。国际商法乃国际法上关于商事的法规,例如有关海事、票据、商品买卖等商事统一公约及其他国际间所遵守的商事习惯法;国内商法则为关于国内商事的法规,它又分为商公法、商私法两种。所谓商公法,是指公法上关于商事法规,如银行法、刑法上关于妨害商号、商标的处罚规定等;商私法则是指私法上关于商事的法规,如民商分立制国家的商法典,民商合一制国家的民法典内的商事规定,关于商事的特别法,有关商事的民事习惯法等。狭义的商法仅指调整国内商事关系的商事私法,即国内商法中的商事私法。一般言及商事法则多指狭义商事法。但从现代各国的商法内容看,商法已日益表现出国际性规范与国内规范相交错,公法规范与私法规范相融合的趋势。

我国没有形式意义的商法,只有实质意义的商法,但关于商事的法律则大量存在,除编入《民法通则》的以外,采取单行商事法规的立法方式,分别制定了《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《破产法》等法律及有关商事登记等方面的法规,可见,我国已基本构筑了实质意义上的商法体系。

三、商法的特征

商法的特征是指商法区别于其他法律部门的主要标志,是商法本质的外在表现形式。一般认为,商法具有以下特征:

(一)商法的兼容性

商法的兼容性首先体现在作为私法的商法却兼有公法的性质。在大陆法系国家,法律被划分为公法和私法。商法作为调整商事交易主体关系的法律,作为民法的特别法,从根本上说,属于私法的范畴。商法中关于商号、商业账簿、商代理、商行为等的规定,以及关于商业交易,商事主体间的权利义务等的规定,无疑都属私法性质。但是如前所述,广义商法包括商事公法和商事私法。这就是说,以私法规范为核心法的商法,同时包含有大量的公法条款,即国家通过立法形式而干预商事交易活动的规范。例如各国公司法中关于公司登记的规定,破产法、公司法以及保险法中的罚则,海商法中对于船长的处罚规定,以及票据法中对违反票据法的制裁规定等,均属公法性质的规定。因此有学者指出:现代各国的商事法,“虽然以私法的规定为其中心但为保障其私法规定的实现,颇多属于公法性质的条款,几乎与行政法、刑法等有不可分离的关系,却已形成商事法之公法化”。^①其次,商法的兼容

^① 李宜琛:《民法总则》,台北:中正书局1977年版。

性还体现在它兼有任意法与强制法的性质。商法作为私法规范,其中必然有大量的任意性规范,尤其体现在商事行为法方面。然而商法中也有不少强制性规定,例如商业登记、公司之机关、票据的种类及票据的行为的方式、企业破产的清偿次序以及保险中的某些法定保险等,都不能依当事人的意思而定。德国商法学家德恩曾说:商法是一切法律中最为自由的,同时又是最为严格的。^①

(二) 商法的技术性

民法、刑法等法律,由于所调整的社会关系及功能作用不同,其条款绝大多数偏于理性规范。商法则不同,它最初属于“商人法”,从它产生时起就具有专门性及职业性,而后虽然由“商人法”发展成为“商行为法”,但“商行为”的专门性决定其内容也包含了大量的技术规范。

商法的技术性既体现在其组织法上,也体现在其行为法中。例如,票据法中关于票据之文义性、独创性、要式性、无因性、发票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩的限制,追索权之行使;保险法中关于保险费用、保险金额、保险标的、损害赔偿的规定;公司法中关于公司机关、公司股份、公司债券、公司财务会计以及关于董事及监事的选举等方面的规定;海商法中关于共同海损的理算规则等,都是具有明显技术性的规范。商法的技术性特征不仅体现于其规范的内容,而且表现于其不同系统规则之间的协调,离开了大量的技术规范的间接调整作用,商法的具体立法目的就难以实现。^②

(三) 商法的营利性

营利乃是“商”的本质。^③商事主体从事商事活动,其直接和主要目的就在于营利,这是被各国商法所确认的。从这一角度而言,商法也可称为“营利法”。

关于商法的营利性,有学者指出:“商事法与民法(尤其是债篇),虽然同为关于国民经济的法律,有其共同的原理,论其性质,两者颇有不同。盖商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利;民法所规定者,则偏重于保护一般社会公众之利益。”^④正是基于这种理念,商主体身份之确立,商行为之界定、商活动之目的及商立法和司法之原则,无不与营利有关。商法中一些重要制度之构造,如商事主体设立、变更和终止,商事登记,商事账簿,商名称等,以及商行为中的一些重要规则之确定,如买卖、代理、仓储、票据、证券、保险、海商等等,都必须考虑营利性特征。此外,商法所特有的一些法律原则和法律规定,如关于商法规则的灵活性、迅捷性、合同形式、利率、税收、结算等方面的特殊规定,也无不以营利之特性为出发点。但

① 张国健:《商事法论》,台北:三民书局1980年版,第24页。

② 董安生:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第26页。

③ 王保树主编:《商事法论文集》,法律出版社1997年版,第2页。

④ 张国健:《商事法论》,台北:三民书局,1980年修订版,第23页。

是,商法并不是单纯地只讲营利。商法只是鼓励和保护通过正当交易手段和合法投资途径去获取经济利益,崇尚诚实信用之交易原则。商法是利己法,但决不是损人法;是营利法,但决不是投机法。^①

(四) 商法的国际性

商法最初起源于商事交易习惯,而商事交易本身是一种跨国界的活动。因此在人类社会早期阶段,商法主要是一种跨国商事交易习惯和惯例,这种状况一直延续到中世纪。西方社会进入资本主义阶段之后,贸易在各国经济生活中的地位日益提高,国家开始重视对贸易的管制,便纷纷制定本国商法。这样,商法才开始成为一种典型的国内法。但这结果在很大程度上妨碍了世界贸易的发展。本世纪以来,随着贸易全球化趋势日益加强,商法国际化呼声日益高涨,最终导致两种趋向:其一,国际商事立法得到加强,制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例;其二,各国不断修改本国商法规则,使其相互之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。正因如此,当今世界各国商法都带有较强的国际性色彩。

第二节 商法的基本原则

无论是在民商分立国家的形式商法中,还是在民商合一国家的实质商法中,都存在着统辖商法具体规范的某些基本原则。商法基本原则是制定、解释、执行和研究商法的出发点,它贯穿在整个商法制度和规范之中。从本质上讲,商法的基本原则是由社会经济生活条件决定的,而最终“只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件”。^②

商法的基本原则是商法的主旨和准则,是对于各类商事关系具有普遍性适用意义或司法指导意义,对统一的商法规则体系具有统领作用的某些法律规则。它主要包括规制商主体因素的基本原则和规制商行为因素的基本原则两类,其立法目的是为了保障各类商事法律关系基本要素的稳定和统一,或者是为了保障商事交易安全、公平、便捷的基本条件。

一、依法自由行使权利原则

从本质上讲,商法是调整平等主体间发生的商事关系的私法。基于商事主体的平等地位,商事主体依法享有广泛的权利,并且在法律许可的范围内,商事主体可以自由地行使权利,任何机关、个人不得非法干预其权利的行使。首先,商事主体享有开业权。所谓开业权,即指商事主体只要符合法律所规定的开业条件,都可以通过办

^① 刘凯湘:《论商法的性质、依据与特征》,载于《现代法学》1997年第(5)期。

^② 《马克思恩格斯选集》,第4卷,北京人民出版社1995年版,第253页。

理独资企业、合伙企业 and 公司登记取得商事主体资格。非基于法律规定,登记机关不得拒绝为其办理开业登记等手续。其次,商事主体享有自主的经营权。在市场经济条件下,只要合乎法律规定,人人皆可从事商行为,商事主体有权基于市场变化自由地使用,处分自己财产。非基于法律,任何部门、机关不得干预商事主体自由经营权的正当行使。最后,商事主体有权自主选择交易对象,自主决定交易性质。

另一方面,商法在准许商事主体自由行使权利的同时,为了防止其权利滥用而可能给社会造成损害,也对其权利的行使予以必要的限制,即商事主体必须在法律允许的范围内行使自己的权利,超出法律允许的范围行使权利,构成权利的滥用,不仅得不到法律的保护,而且要承担相应的法律后果。例如,有限责任公司如果超出其核准登记的营业范围从事交易,不仅交易本身有可能被宣布为无效,而且工商行政管理机关有可能依照《公司登记管理条例》对其予以处罚,令其承担法律责任。

二、维持交易安全原则

商事交易与当事人切身利益相关,因而尤其要注重交易安全。商法上对于交易安全之维护,主要表现为对于商事交易条件采取强制主义、公示主义、外观主义及严格责任主义之统制^①。

(一)强制主义

强制主义又称“干预主义”、“要式主义”,它是指国家通过公法手段对于商事关系施以强行法规则。它是商法公法化的体现和结果,主要体现在以下几个方面:首先,现代各国商法多通过公法性规范直接调控商事管理关系。其次,现代各国的商法中日益偏重于使用强行法规则对商事活动加以控制。例如,各国公司法中对公司设立条件的强制性规定。第三,现代商法在传统的私法责任制度之外,逐步发展起了多种法律责任并存的法律调整机制。如票据法规定,出票人出具空头支票时,依法不仅导致票据法上的赔偿责任,而且将导致行政责任甚至刑事责任。

(二)公示主义

商事公示主义是指交易当事人对于涉及利害关系人利益之营业上事实,负有公示告知义务的法律要求。它包括:①公司登记的公示,即公司的设立、变更、注销登记公示。②股份有限公司的上市信息披露。③公司债券募集办法的公布。④海商法上船舶登记的公告。

上述制度的主旨在于通过增强市场交易的透明度,以防止一般公众在交易中受到不测的损害。

(三)外观主义

外观主义是指交易行为的效果以交易当事人的外观为准。德国学者称其为外

^① 张国健:《商事法论》,台北:三民书局1980年修订版,第43~47页。