

警官高等教育系列教材

商 法

主 编 ◎ 郑昆白



中国政法大学出版社

❖ 警官高等职业教育系列教材 ❖

商 法

主 编 郑昆白

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法/郑昆白主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 1

(警官高等职业教育系列教材)

ISBN 978-7-5620-3151-2

I. 商... II. 郑... III. 商法-中国-高等学校: 技术学校-教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 012752 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 21 印张 415 千字

2008 年 2 月第 1 版 2008 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5620-3151-2/D·3111

定 价 26.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zfs620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

进入新世纪以来,伴随着“依法治国”方略的大力推进和高等职业教育事业的迅猛发展,我国司法警官职业教育事业也迎来了蓬勃发展的春天。作为高等教育的重要组成部分,警官类高等职业院校经过结构调整、资源重组和内涵建设,其办学层次和教育质量稳步提高,为社会输送了一大批应用型人才。在肯定成绩的同时,我们也清醒地认识到,社会对职业型、应用型人才的要求越来越高,警官类高等职业院校现有的教材体系已相对滞后,图书市场上虽然不乏有关这方面的教材,但理论性、学术性太强,缺乏针对性,不能适应高等教育所强调的理论知识传授以“必需、够用”为度,突出职业性和应用技能培养的要求。为了适应培养职业技能型人才的客观需要,确保因材施教,在中国政法大学出版社的大力支持下,我们组织编写了这套突出职业性和应用性的警官高等职业教育系列教材。

本套系列教材是根据教育部《关于加强高职高专教育人才培养工作的意见》和《关于全面提高高等职业教育教学质量的若干意见》的精神,组织在教学一线、具有丰富的教学实践经验和科研能力的老师共同编写。本套系列教材具有如下鲜明特点:

1. 系统性。本套教材注重对相应学科中的基本概念、基本原理和基本实务问题的分析和阐述,释义准确、论点明确、重点突出、系统科学、结构严谨、逻辑严密,便于学生有针对性地学习和掌握相关知识点,并运用基本原理解决实际问题,真正做到学以致用。

2. 实用性。本套教材通过对基本知识、基本实务问题的科学编排和准确阐述,教学素材(包括案例释疑、课后复习思考题、案例分析、实务训练题)的精心选取,实践教学环节的组织以及相关问题的展现,将知识和技能有机地融合起来,突出了职业性、应用性的要求和方法论的内容,注重对学生应用能力包括识别能力、归纳能力、解释能力、提高能力的培养和训练,真正实现从“教学生以知识”到“予学生以方法”的转化,从而使教材真正满足培养社会需求的应用型专门人才的实际需要。

3. 时代性。参加本套教材编写的作者,绝大多数都有硕士学位,具有教授、副教授高级职称,或同时具有律师、注册会计师、心理咨询师等“双师”素质,他们长期工作在高等职业院校教学和研究第一线,不仅具有较为深厚的专业理论造诣和丰富的教学经验,而且具有多年的职业实务能力。本套教材以最新立法规定和司法解释为依据,以多年的教学心得和知识积累为基础,广泛吸收理论界最新科研成果和国外的先进经验,强调理论联系实际,突出前沿性、实用性和操作性,具有现实指导意义和时代特色。

4. 针对性。本套教材的编写,在突出职业性和应用性特点、强调理论与实践紧密结合的同时,坚持“以市场需求为导向,增强学生就业竞争力为核心”的宗旨,紧密联系学生就业工作实际,兼顾学生和广大读者参加国家司法考试、公务员考试、人民警察招录考试和学历提升考试的需要。

5. 通俗性。本套教材力求用典型的案例和深入浅出的阐述,使抽象的专业术语及复杂的理论浅显易懂,易于学生掌握。针对警官高等职业教育的特殊性,本套教材在内容方面基本不涉及比较法学和学术争论等理论问题,对现行立法与司法解释中的某些不足之处亦不作评析。因此,本套教材既是警官高等职业学院和警官、司法从业人员业务培训的首选教材,又可以作为其他类型职业学校、高等专科学校、成人高等学校法学专业的实用教材,还可供广大法律爱好者自学之用。

本套十七本系列教材的编写,参考吸取了有关教材、资料的相关成果,在此表示感谢。同时,恳请广大师生和读者对教材的不足和遗漏给予批评指正,以便进一步提高教材质量和水平,更好地为警官高等职业教育事业服务。

本书由郑昆白任主编,全书共九章,具体写作分工如下(按撰写章节先后排序):

郑昆白	第一章	第二章	第五章	第八章第一、二节
马震宇	第三章	第四章	第八章第三、四节	
陶 政	第六章			
方劲华	第七章			
吴 瑞	第九章			

警官高等职业教育系列教材编审委员会

2007年10月

目 录

■第一章 商法总论	1
第一节 商法概论 / 1	
第二节 商法的基本原则 / 8	
第三节 商事主体和商事行为 / 13	
第四节 商事登记 / 18	
第五节 商号和商事账簿 / 24	
第六节 我国商法的历史发展 / 29	
第七节 商法与相关法律的关系 / 31	
■第二章 公司法	36
第一节 公司法总论 / 36	
第二节 公司基本法律制度 / 46	
第三节 有限责任公司 / 66	
第四节 股份有限公司 / 77	
第五节 外国公司分支机构 / 86	
■第三章 合伙企业法	90
第一节 合伙制度概述 / 90	
第二节 普通合伙企业 / 91	
第三节 有限合伙企业 / 104	
第四节 合伙企业的解散与清算 / 107	
■第四章 个人独资企业法	110
第一节 个人独资企业概述 / 110	
第二节 个人独资企业的设立 / 113	
第三节 个人独资企业的投资人及事务管理 / 116	
第四节 个人独资企业的解散与清算 / 118	
■第五章 外商投资企业法	121
第一节 外商投资企业法概述 / 121	
第二节 中外合资经营企业法 / 125	
第三节 中外合作经营企业法 / 134	

第四节	外资企业法 / 141	
■第六章	企业破产法	151
第一节	破产法概述 / 151	
第二节	破产程序的开始 / 160	
第三节	破产管理人 / 168	
第四节	债权申报与债权人会议 / 176	
第五节	和解程序 / 181	
第六节	破产实体法律制度 / 184	
第七节	破产清算 / 191	
第八节	重整制度 / 194	
■第七章	票据法	202
第一节	票据法概述 / 202	
第二节	票据权利和票据行为 / 208	
第三节	票据抗辩与补救 / 215	
第四节	汇 票 / 220	
第五节	本票和支票 / 235	
■第八章	保险法	240
第一节	保险概述 / 240	
第二节	保险法的概念及主要内容 / 253	
第三节	保险合同总论 / 258	
第四节	保险合同分论 / 272	
第五节	保险业法律制度 / 281	
■第九章	海商法	292
第一节	海商法概述 / 292	
第二节	船舶与船员 / 293	
第三节	海上货物运输合同 / 298	
第四节	海上旅客运输合同 / 305	
第五节	船舶租用合同 / 308	
第六节	船舶碰撞 / 309	
第七节	海难救助 / 311	
第八节	共同海损 / 314	
第九节	海事赔偿责任限制 / 318	
第十节	海事诉讼特别程序 / 320	
■主要参考文献		325

第一章 商法总论

第一节 商法概论

一、“商”的含义

什么是“商”,这是我们学习商法必须要首先搞清楚的问题。当今各国商法并没有对什么是“商”进行解释,依通常的理解,“商”即买卖或者交易行为。但是,对“商”的含义,其实可以从社会学、经济学、法学等不同角度进行理解。

(一)社会学中的商是一个内涵随社会历史条件逐渐演变的概念

在我国古代,商被理解为是商品交换的活动,即买卖活动。例如,《汉书》称“通财鬻货曰商”。《白虎通》称“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓之商”。这些是我国古代基于当时的社会条件而对商的最早理解。

上古是商业发展的初期,主要实行以物易物的交换方法,因而,当时所谓的商仅仅是指媒介货物直接交换的行为。这种将商视为为买卖的理解反映了当时社会对“商”的朴素认识。

在现代社会学意义上,“商”一般是指介于农业、工业之间以及农工业等生产者与消费者之间,与农业、工业等相对应的一种社会分工,是社会职业的一种分类,是社会经济的一个部门。

(二)经济学上对商的理解

随着商业的发展,产生了以货币为媒介的财产货物交易。特别是到了近现代,交通逐渐发达,商品的种类和数量大幅度增加,商业日益繁荣,人们对商又有了新的认识,即将商视为“以营利为目的的各种商品交换行为”;或者,商“是指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。换言之,商就是介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易、调剂供需,而从中获取利润的行为”。这是经济学上对商的理解。

在现代经济学意义上,“商”被理解为沟通生产与消费的中间环节,是产品进入流

通市场的行为,是产品由生产者手中流转到消费者手中的渠道,是生产方式的一种。经济学上所说的商,仅仅是狭义商的解释。

(三) 法学上对商的理解

在现代社会,商品经济进一步发展,以营利为目的的经济活动的范围不断扩大,除直接媒介财货交易的“买卖”外,营利性的行为还表现在金融业、运输业、服务业、信息技术贸易业、印刷业、出版业等领域。而经济学对商的概括并不能完全涵盖这些领域。

现代法学上所说的“商”,不仅仅包括流通领域,更包括生产领域,因此,可以认为是对“商”的广义解释。但是,它并不是指所有的生产和流通行为,只有生产和流通与经营联系在一起,即生产和流通是为了一定的营利目的时,这种行为方式才可以被视为法律意义上的商。从这一角度理解,法律意义上的商,是一种特指的经营行为,而不是一般的贸易活动。

从法律上理解商,重点不在于商的方式(即是否处于流通和生产),而在于商的目的(即是否属于营利性活动),以及商的主体资格(即从事这种营利性活动的行为人具有法律上所赋予的能力)。概括地说,商法上的商是指营利性营业活动和事业的总称。

按照商法学者的归纳,现代商法中商的范围大致可以分为以下几类:

(1) 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。学说中又称之为“第一种商”。

(2) 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。学说中又将其称为“第二种商”。

(3) 虽不具有直接或间接媒介货物交易的行为目的,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营业活动,如银行、融资、信托、承揽、制造、加工、出版、印刷、摄影营业。学者又将其称为“第三种商”。

(4) 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、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等,此种商事营业与固有商的联系已极为间接,学者多将其称为“第四种商”。

总之,商的概念是对社会生活中生产经营活动性质的概括,这一法律抽象的作用在于将整个社会具有重要意义的生产经营活动独立出来,使商法得以对由其形成的社会关系进行专门的法律调整。可以说,商法中关于商事主体、商事行为、商事能力、商事登记、商事责任等一系列概念、规则和制度均建立在对于商的理解上。

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。

在传统的商法理论中,商法有形式意义上的商法和实质意义上的商法的分类:

1. 形式意义上的商法。所谓形式意义上的商法,是指在民商分立的国家所制定的并以“商法典”命名的法律。形式意义上的商法内容通常包括:商法一般规则、商事公司、破产、票据、保险、海商等基本制度。据不完全统计,世界上大约有 40 多个国家有形式意义上的商法,主要有法国、德国、比利时、葡萄牙、西班牙、日本、韩国、美国、巴西、阿根廷等国。

2. 实质意义上的商法。实质意义上的商法是指以商事关系为规范对象的各种法规。这些规范有的规定在宪法中,有的规定在民法、经济法、行政法中,有的规定在单独的法律中,甚至在判例、规则中也有反映。

至于根据商法典或者宪法的规定所制定的各种商事单行法,如公司法、票据法、保险法、海商法等,虽未冠以“商法”之名,但都被视为商法的特别法。这些法律规范虽然未冠以“商法”之名,但就其实质而言,都是以商事活动为其调整对象,规范其特有生活关系的法律法规。

因此,在市场经济条件下,一个国家可能没有商法典,但不可能没有关于商事的法律、法规。或者说一个国家可能没有形式意义上的商法,但不可能没有实质意义上的商法。

我国目前的商法是实质意义上的商法。近几年来,我国为适应改革开放的需要,颁布了大量涉及商事主体和商事行为的法律法规,如公司法、票据法、海商法、保险法、担保法、商业银行法、反不正当竞争法、合同法以及其他有关集体、个体、独资和涉外方面的法律法规,这些法律法规基本上构筑了我国实质意义上的商法体系。

在大陆法系国家中,商法还可以进一步分为商事普通法、商事特别法和商事习惯法。

1. 商事普通法是指调整商事基本关系的一般规则的总称,其内容主要包括有关商法的原则、商事主体、商事行为、商事登记、商业名称、商业账簿、对商事行为的一般控制制度等。商事普通法在民商分立国家中表现为统一的商法典,而在民商合一国家中则多表现为民法中的特别规则或者单行法,但无论采取何种形式,它们均对各种类型的商事关系具有普遍的适用力。

2. 商事特别法,又称商事部门法,它是指调整某一特定范围的商事关系的商法规范的总称。例如,大陆法系各国普遍存在的公司法、保险法、破产法、票据法、海商法等均属于商事特别法。

商事特别法是对特定商事关系的专门调整,一定的商事特别法仅适用于特定范围的商事关系,对其他的商事关系不具有普遍适用力,这不同于商事普通法。

3. 商事习惯法,是指在商事实践中形成的、经国家确认、调整商事关系的习惯规则,通常具有非成文性和行业规则性。按照各国的司法实践,商事习惯法对于成文法仅具有补充适用意义。

三、商法的特征

商法的特征是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。商法主要具有以下特征:

(一) 商法的营利性

商事主体从事商事活动,其直接和主要目的就在于营利,或者说,营利是商人从事经营活动的终极目的,是商事活动的根本价值追求。商法的营利性并不表现为教会人们如何去营利,而是以法律制度的形式来规范商事主体以营利为动机的商事行为。从这个意义上说,商法的整个制度设计都是为了满足商事主体的营利性要求,这主要表现为:

1. 商法为商事主体的设立及其内在组织运作提供法律规范,确认商事主体从事营利活动的主体资格。比如,公司法、合伙企业法、个人独资企业法等有关企业组织的规定,为这些营利性组织的设立提供了法律依据。

2. 商法为各种商事行为提供法律依据,确认以营利为目的的商事行为的合法性,并保障其目的的实现。比如,公司法关于公司债、股份的发行与交易的规定;票据法关于票据行为的规定;保险法关于保险合同的规定等,均为商事行为提供了规范依据。

(二) 商法调整对象的特定性

商法作为一个特殊的法律部门,它所调整的对象是特定的商事法律关系。它或者仅适用于履行了商事登记而具有商事主体资格的人,或者仅适用于商事行为。多数国家的法律规定,非商人和商事行为,不得使用商法。

(三) 商法的技术性

近代学者从社会学的角度,把法律条款分为伦理性条款和技术性条款。民法、刑法等法律,其绝大多数条款属于伦理性条款。如,刑法中的不得杀人,民法中的买卖双方应当诚实信用等。而商法则从实用的角度出发,强调技术规则。商法从产生之初就具有专门性及职业性,发展至今,虽几经变化,但始终是对市场经济进行调整的直接法律规范,为市场经济主体的营利活动提供了具体的规则。因此,市场经济的一些基本要求和基本内容都与商法有密切联系。

市场经济客观上要求法律尽可能使商事主体的设立程序化,使商事行为的规则简洁化,以利于经济活动的快捷发展,即要求商法规范具有操作性和实用性。这就使得商法规范不同于反映道德意义的伦理法,而包含有大量的技术规范,具有极强的技术性。如,公司法中公司的设立规则,股东会、董事会的组成以及会议程序规则,股份发行、上市的规则;票据法中关于票据的文义性、要式性、无因性的规定等都具有强烈的

技术性规范的特点。再如,保险法中有关保险费用、保险金额、保险标的等规范均涉及数学、统计学原理而凸显其技术性。

(四) 商法的国际性

商法本属于国内法,它所调整的对象主要是国内商事关系。但是,商事交易常常没有国界,货物的买卖、技术的转让、资本的融通、海上运输及其保险、货款结算等直接反映了商事交易国际性的特点。商法在形成和制定过程中不可能不考虑到跨国交易的需要和其他国家的商事立法及惯例。同时,在一国行之有效的商事制度往往很快就可以被其他国家吸收。商法的国际性是由商事交易的国际性所决定的。

20 世纪以来,一些国际会议制定了许多国际性的统一商法规范,如日内瓦统一票据法公约。特别是 20 世纪 60 年代以来,国际社会又相继在国际货物买卖、国际支付、国际航运、国际商事仲裁等方面制定了许多国际性公约,比如 1980 年制定的《联合国国际货物销售合同公约》。同时,各国为使本国商法与国际公约相一致,有的对本国法进行了修改,有的在立新法时尽可能与之相协调,如 1931 年在日内瓦制定了《统一票据法公约》后,德国、法国随之相继修改和重新制定了本国的票据法。

(五) 商法的规范性

商法规范分为两部分:规范商事主体的法律规范和规范商事行为的法律规范。

商事行为法律规范是以特定商事主体之间的商事行为为调整对象的规范,一般不会涉及第三人利益,如买卖、运输、保险等。对于这些行为,国家应当坚持意思自治的原则,采取自由主义的立法模式,以任意性规定进行规范,如契约自由、方式自由等。这部分规定属于行为法范畴。

商事主体的法律规范主要规定了商事主体进入市场的资格及其组织机构的设立等内容,如公司的成立条件中有关公司的资本、场所、人数等规定。

(六) 商法的易变性

商法是适应调整商事关系的需要而存在的。在经济活动中,商事主体的营利性动机决定了商事主体必然遵循“利润最大化”的原则,寻求各种能够减少成本、增加效益的组织结构和行为方式,这就使得商事关系频繁发生变动,从而使得以商事关系为调整对象的商法也就必然表现出易变性。

进入 20 世纪以来,商事活动日益现代化和复杂化,商法需要不断革新,以适应其需要。为此,各国商法经常处于不断修改之中。比如,日本商法在 1911 年~1975 年之间共修改了 25 次。德国和法国也对商法进行了多次修改。

(七) 商法的私法性

在大陆法系国家,法律被分为公法和私法。商法作为调整商事关系的法律,作为民法的特别法,从根本上说,属于私法范畴,实行的是意思自治,并最大限度地为人们从事社会经济活动提供法律空间。但是,它又不同于普通私法,而是一种特别的私法规范。

进入 20 世纪以来,为遏制极端个人主义给社会带来的危害,国家不仅加强了对经济关系的直接干预,而且也加强了对私权的干预,开始在商法领域实行公法干预政策,商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志。例如,关于商事登记、商业账簿制度、企业和公司组织形态、船舶登记、破产法中债务清偿顺序等规定,均体现了国家对经济活动的管理,具有公法性。当然,不能就此否认商法的私法性质。商法中的公法性条款始终处于为私法交易服务的地位,它还不能从根本上改变商法的私法性质。

四、商法的调整对象

(一) 商法的调整对象

商法的调整对象是商事法律关系。商事法律关系是一种经营关系,即由经营主体所从事的经营性行为而形成的特殊的社会关系,是实施经营行为的经营主体及其之间的对内对外法律关系,也可以说是商事主体基于营利性活动所建立的社会经济关系及与其相关的其他社会关系的总和。

作为商法调整对象的商事法律关系具有如下特点:

1. 商法调整营利主体,不调整非营利主体。虽然商事法律关系多种多样,但是所有的商事法律关系都反映着商事主体的营利性动机,商事主体的经营行为均是围绕这一目的而进行的。商法只调整营利主体,不调整非营利主体,如民事主体、行政主体等,商法都不予以调整。即使是对非营利主体偶尔从事的营利行为,商法也不作调整。
2. 商法只调整营利主体的营利行为,不调整营利主体的非营利行为。即商法不调整营利主体所从事的与商事活动无关的行为,如企业开展文体活动、企业对慈善事业的捐赠等。
3. 商法所调整的营利主体是各种企业组织。商法对各种企业组织具有多层次的广泛适用性。
4. 商法调整的是实施经营行为的经营主体及其之间的对内对外法律关系。商法所调整的营利主体在经营活动中所形成的关系,既包括企业的对外关系,也包括企业的对内关系;既包括国家对企业行为进行监管所形成的关系,如工商登记,也包括企业与企业之间在交易过程中所形成的经济关系,还包括企业与权利人,如出资股东,以及

企业与企业员工之间所形成的权益和财产关系。

5. 商法所调整的是在法律上处于平等地位的主体之间的关系。在社会经济生活中,存在各种各样的社会经济关系主体,根据这些主体在法律上的不同地位,可以划分为两大类:私法上的主体和公法上的主体。商事主体属于私法上的主体,因此商事法律关系也就是发生在平等主体之间的社会关系。商法所调整的是在法律上处于平等地位的主体之间的关系。

6. 商法所调整的营利主体的活动必须发生在持续的营业之中,偶尔发生的营利行为不是商法调整的对象。广泛的商事营利活动可以随时发生,但相当多的商事营利活动是偶尔发生的,它们并不表现为持续性,因而不会产生商事法律关系。正因为如此,偶尔发生的营利行为不是商法调整的对象。而有些商事营利活动是反复进行的,已成为商事主体的一种营业,必须由商法来进行调整。

(二) 商事法律关系与民事法律关系的联系与区别

商法所调整的商事法律关系与民法所调整的民事法律关系有密切联系,商事法律关系不能完全脱离民事法律关系而存在。但是,两者在性质上存在着重要的区别,主要区别如下:

1. 民事法律关系是平等主体的公民之间、法人之间(包括公法人和私法人之间)、非法人的组织之间以及公民、法人、非法人的组织相互之间基于民事行为而形成的社会关系。这种民事行为既包括非经营活动,也包括经营活动。商事法律关系仅仅是商主体实现商行为所形成的社会关系,其中主体是不含有自然人特征的抽象的经营单位,而商行为仅仅是经营活动,不包括非经营活动。

2. 民事法律关系不仅包括财产关系,而且包括人身关系,如婚姻关系、家庭关系等。商事法律关系主要涉及财产关系,不涉及与自然人相关的人身关系。

3. 民事法律关系中的财产关系主要反映的是商品交换关系,重点是财产的支配权。商事交易中的财产关系不仅仅包含商品交换关系,而且包含商品的生产和经营关系;不仅包括财产的支配权,更多的是财产的管理权、经营权。

4. 民事法律关系重点强调的是主体的平等权利,即私法上的权利。商事法律关系不仅仅强调私法上的平等权,同时强调公法上的国家对商主体的管理权,强调因国家管理所形成的各种关系,如商事登记管理、特种标的物经营许可的管理等。

总而言之,在我国的立法中,虽然没有制定形式上统一的商法典,没有在立法上明确商法调整对象的独立性,但在实践中,商事部门法的制定和实施,都是基于商事法律关系,基于商法独特的调整对象。例如,公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外商投资企业法、票据法、破产法、保险法、海商法等,都是针对特定的商事主体所从事的商事行为而制定的。工商、税务、金融对商事经营活动的专门管理也是基于商事法律关系的特殊性和独立性而进行的。从这个意义上说,商法调整对象的独立性,已经在我国

的立法、司法以及经济生活和经济管理中深入人心。

第二节 商法的基本原则

商法的基本原则,是指集中反映一国商事法律的性质和宗旨、对各类商事关系都具有普遍的指导意义、调整商事法律关系所必须遵守的基本准则。

各国商法理论与实践对商法的基本原则都给予特别关注,将其作为构建商法统一规范体系的基础。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则的某些基本原则。概括起来,商法的基本原则有:商事主体法定原则;公平交易原则;交易简便、迅捷原则;鼓励交易原则;交易安全原则。

一、商事主体法定原则

现代各国一般都制定有大量的强制性规范对商事主体的资格予以严格控制,形成了商事主体严格法定原则。它主要包括商事主体类型法定、商事主体内容法定和商事主体公示法定三个方面。

(一) 商事主体类型法定

商事主体类型法定,是指可以进行经营活动的商主体在组织形式上由法律予以明确设定,非经法律设定者不得享有商事主体资格;当事人不得创设法定类型之外的商事组织形式。例如,在多数西方国家,无限责任公司、两合公司、股份两合公司、合作社等都是商主体,而在我国,这类经济组织至今还不是商主体。长期以来在我国作为商主体存在的集体企业、个体工商户、农村承包经营户,在西方国家商事主体的概念中却从未有过。这种差异就是商主体类型法定的结果。

(二) 商事主体内容法定

商事主体内容法定,是指可以进行经营活动的商主体的财产关系和组织关系由法律予以明确规定;当事人不得创设非规范性的财产关系和组织关系。

例如,有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、个人独资企业、中外合作经营企业等这样一些不同的商事主体,有关其投资者与被创设企业之间的财产关系、企业自身的组织机构等内容,彼此之间存在着重大差异。之所以存在这种差异,就在于法律对不同主体的上述关系设定了不同的规则,设定了不同商主体在内容上的不同构成要件。

商事主体内容法定导致两个必然结果:①合法存在的商事主体必须在内容上符合

法律对其所作出的特定要求。②对商事主体内容的不同法律要求,构成了不同类型商事主体彼此之间的根本性差异,形成了不同类型商事主体自身的特点。

(三) 商事主体公示法定

商事主体公示法定,是指商事主体的成立必须按照法定程序予以公示,以便交易第三人及时知晓;未经法定公示者,不得对抗善意第三人。正是商事主体公示法定原则决定了商事登记制度,也决定了商事交易合法性中的主体要件制度。

总而言之,商事主体法定原则是传统商事交易的自由主义向现代商事活动的国家干预转变的结果,是现代商事管理制度的核心,是商事登记制度的基础。它充分反映了作为私法的商法所含有的公法性成分。

二、公平交易原则

公平原则是民法最基本的原则。商法作为民法的特别法,民法的公平原则在商法中具体体现为公平交易原则。

公平交易原则,是指商事主体应本着公平的观念从事商事行为,正当行使权利和依法履行义务;在商事交易中兼顾他人利益和社会公共利益。

商法维护交易公平的任务是:首先要设立公平交易的行为准则,从而建立市场竞争的正常条件;其次就是依据这些行为准则以及一般的公平原则,对各种异常行为进行识别和矫正,以恢复市场竞争的正常条件。

在商法上,公平交易基本原则主要体现为平等原则和诚实信用原则。

1. 交易主体上的平等原则。现代商法上的平等原则主要是指当事人之间的权利平等和市场参与者之间的机会均等。为了实现交易主体上的平等原则,应当从下列三个方面着手:

(1) 在交易当事人之间,应当贯彻合同法的平等自愿原则,不允许运用欺诈、胁迫等不正当手段,使他人违背其真实意思的情况下订立合同。

(2) 企业组织内部成员之间的关系也要遵循平等原则。例如,公司股东大会基于资本权利平等的“一股一权”原则,合伙人之间基于人格平等的共同参与原则。

(3) 在市场秩序方面,现代商法为了维护公平竞争原则,必须制定一系列的规则,如,禁止恃强凌弱,禁止以政治权力或其他特权谋取交易中的优势,禁止以不正当手段损人利己,禁止垄断和歧视等。商事法律中针对不正当竞争行为的禁止性条款,就体现了这样的要求。

2. 诚实信用原则。诚实信用原则是现代商法一项极其重要的原则。现代各国商法在许多场合均规定了当事人披露有关事实的义务和履行约定条款的义务,禁止欺诈和背信行为。在一些国家,诚实信用原则还被用于解释或修正合同条款,以及对合同订立后因情事变更引起的合同利益的严重失衡加以补救。

诚实信用原则旨在通过当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系这两者的平衡来实现交易的公平。在当事人之间的利益关系中,诚实信用原则要求尊重他人的利益,以对待自己事务的谨慎与重视态度来对待他人事务,保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益。在当事人与社会的利益关系中,诚实信用原则要求当事人在从事商事行为时,必须在法定范围内以符合社会经济目的的方式行使自己的权利,不得因自己的行为损害第三人和社会的利益。

在商事组织法律中,企业内部的忠实义务也体现了诚实信用原则。例如,公司法规定公司董事必须忠实履行职务,维护公司利益,不得以职权谋取私利,不得侵占公司财产,不得同本公司进行交易,不得自营或者为他人经营与公司相竞争的业务。又如,保险法规定,投保人在订立保险合同时,应当遵循最大诚信原则,将保险标的的重要事实如实告知。

三、交易简便、迅捷原则

商事交易,重在简便,贵在迅捷。商事交易的目的在于充分利用现有资源以追求最大的经济效益,而资金与商品的流转频率与其所获得的效益成正比。因此,商品的流转规律客观上要求法律应当充分保证商品交易的简便、迅捷。

交易便捷的意义在于节约时间成本,节约时间意味着减少费用和加快流转。为此,现代商法主张尽可能地免除一切不必要的限制和干预,给交易者以充分的自由空间。现代商事立法大量采用任意性规范和弹性规则,体现了这样一种思想:法律给予交易者必要的提示和指导,而具体交易条件和交易形式则由他们自己决定。这主要表现在以下几方面:

1. 现代商法为实现交易便捷,主要措施是使商事交易的技术手段现代化。例如,电子技术的采用,使交易更加快捷、便利和准确。

2. 承认默示行为在商法上的积极法律效力。民法关于合同成立的规定一般不认为沉默能构成承诺的意思表示。但是,在商法上,为了实现交易便捷,往往赋予沉默以积极的法律效果,即规定在一定情况下达到一定期限的沉默构成同意。例如,《德国商法典》第362条规定,合同订立过程中,如果受要约人是商人,而其业务涉及对他人事务的管理,那么在其不打算接受要约时,必须作出明确表示,否则,其沉默将被视为同意。又如,法国在1967年发布的关于拒绝承兑的法律中规定,在接到有一定声明事项的票据后,15日内没有提出异议的,视为同意支付该款项。

3. 商法上的证明形式自由。商事合同的证明形式比较自由。商法并不以双方签署书面合同为惟一有效的证明形式;允许通过证据或者依据相关事实的推断证明合同的存在。法国曾在1980年的一项法律中规定,对于商人,除非法律另有规定,商事合同可以通过各种方法缔结。无论合同的价值大小,一般只要有证人证明即可。借助双方当事人的来往信函、账册、副本等,以及一切足资推断的情况,都是可行的。但是,对