



教育部人才培养模式改革和开放教育试点法学教材

(第二版)

SHANG

FA

# 商 法



主编 王卫国

中央广播电视大学出版社

教育部人才培养模式改革和开放教育试点法学教材

# 商 法

(第 二 版)

主编 王卫国

中央广播电视大学出版社

北 京

## 图书在版编目(CIP)数据

商法/王卫国主编. —2版. —北京:中央广播电视大学出版社, 2008.1

教育部人才培养模式改革和开放教育试点法学教材

ISBN 978-7-304-03886-1

I. 商… II. 王… III. 商法-中国-高等学校-教材  
IV. D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第101827号

版权所有,翻印必究。

教育部人才培养模式改革和开放教育试点法学教材

商法(第二版)

主编 王卫国

---

出版·发行:中央广播电视大学出版社

电话:营销中心:010-58840200

总编室:010-68182524

地址:出版社 北京市海淀区西四环中路45号

邮编:100039

发行部 北京市海淀区魏公村路2号27号信箱

邮编:100081

网址: <http://www.crtvup.com.cn>

经销:新华书店北京发行所

---

策划编辑:徐东丽

责任编辑:韦 鹏

印刷:北京密云胶印厂

印数:134001—154000

版本:2008年1月第2版

2012年3月第9次印刷

开本:B5

印张:24 字数:429千字

---

书号:ISBN 978-7-304-03886-1

定价:31.00元

---

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

# 前 言

广播电视大学自1979年创建至今已有二十多年，为国家培养了几十万法律专业高等专门人才。1999年为适应我国社会经济发展，建设社会主义法治国家的需要，教育部现代远程教育工程开始实施，中央广播电视大学“人才培养模式改革和开放教育试点”项目，作为国家的重点科研课题正式启动。法学专业本科人才培养模式改革和开放教育试点是该项目的重要组成部分。为了实现教育资源的优化配置，中央广播电视大学和中国政法大学合作推出了法律专业专科起点的本科教育，同时邀请了北京大学、中国人民大学等部分高等学校的专家参加教学资源的建设。

为了更好地探索现代远程开放教育规律，充分体现学生自主学习的特点，中央广播电视大学结合二十多年办学经验，从教材的体例、版式设计上做了改革，以适合学生的学习。在内容上力求反映应用性的特点，使学生掌握本学科的基本概念和理论体系，具有分析问题和解决问题的能力，培养其自学能力和认识事物的创新能力，以满足人才培养模式改革和开放教育的需求。在建设文字教材的同时，我们还根据远程开放教育的特点，辅之以录音、录像、CAI、网络课件等学习材料为学习者提供学习支持服务。本套教材为中央广播电视大学实施教育部“人才培养模式改革和开放教育试点”项目法学专业系列教材。

该系列教材分别由中央广播电视大学出版社和中国政法大学出版社等出版社出版。在教材建设过程中，我们得到了中央广播电视大学、中国政法大学、北京大学、中国人民大学、清华大学、中国人民公安大学、对外经济贸易部、中央民族大学、对外经济贸易大学、中国社会科学院法学研究所、国家法官学院等十几家高等院校、法学研究机构、国家司法机关的有关专家、学者的大力支持，在此我们谨表衷心感谢。

中央广播电视大学法学教材编委会

2008年1月

# 目 录

## 第一章 商法总论

- 第一节 商法的概念····· ( 1 )
- 第二节 商法的一般原则····· ( 9 )

## 第二章 公 司 法

- 第一节 公司制度概述····· ( 19 )
- 第二节 公司法人治理结构····· ( 23 )
- 第三节 公司的基本财产制度····· ( 33 )
- 第四节 公司及股东救济制度····· ( 45 )
- 第五节 公司合并和分立制度····· ( 52 )
- 第六节 公司的解散和清算····· ( 55 )
- 第七节 有限责任公司制度····· ( 59 )
- 第八节 股份有限公司制度····· ( 70 )

## 第三章 合伙企业法

- 第一节 合伙企业概述····· ( 80 )
- 第二节 合伙企业的设立····· ( 86 )
- 第三节 合伙企业的内部关系····· ( 91 )
- 第四节 合伙企业的外部关系····· ( 97 )
- 第五节 合伙企业的变更····· (100)
- 第六节 特殊合伙企业····· (104)
- 第七节 合伙企业的清算····· (115)

## 第四章 破 产 法

- 第一节 破产法总论····· (122)
- 第二节 破产案件的申请和受理····· (133)
- 第三节 管理人和债务人财产····· (148)

|     |            |       |
|-----|------------|-------|
| 第四节 | 债权申报和债权人会议 | (162) |
| 第五节 | 重整         | (170) |
| 第六节 | 和解         | (188) |
| 第七节 | 破产清算       | (193) |

## 第五章 票 据 法

|     |       |       |
|-----|-------|-------|
| 第一节 | 票据法概述 | (211) |
| 第二节 | 汇票    | (226) |
| 第三节 | 本票    | (244) |
| 第四节 | 支票    | (247) |

## 第六章 证 券 法

|     |                |       |
|-----|----------------|-------|
| 第一节 | 证券概述           | (253) |
| 第二节 | 信息公开制度         | (262) |
| 第三节 | 证券发行制度         | (268) |
| 第四节 | 证券交易           | (284) |
| 第五节 | 证券交易禁止制度       | (291) |
| 第六节 | 上市公司收购制度       | (294) |
| 第七节 | 证券监督管理机构和证券交易所 | (300) |
| 第八节 | 证券公司           | (304) |
| 第九节 | 其他证券业机构        | (308) |

## 第七章 保 险 法

|     |              |       |
|-----|--------------|-------|
| 第一节 | 保险制度概述       | (311) |
| 第二节 | 保险法及其主要原则    | (318) |
| 第三节 | 保险合同         | (322) |
| 第四节 | 财产保险         | (336) |
| 第五节 | 人身保险         | (344) |
| 第六节 | 保险公司法律制度     | (349) |
| 第七节 | 对保险公司的监督管理   | (357) |
| 第八节 | 外资保险公司及其监管制度 | (363) |
| 第九节 | 保险中介机构法律制度   | (367) |

# 第一章 商法总论

## 学习提示

### 教学重点

商法的调整对象和一般原则。

### 教学要求

1. 了解商事关系的内容及相关的商人、商行为的概念。
2. 掌握民法、商法和经济法的关系，尤其要注意商法与民法的区别以及经济法对商法的影响，明确商法在我国市场经济法律体系中的地位。
3. 掌握现代商法的一般原则，结合商法的性质和特点，理解现代市场经济对商法提出的要求。

## 第一节 商法的概念

### 一、商法的调整对象

#### (一) 商事关系

商法，又称商事法，是指以商事关系为调整对象的法律规范的总称。所谓商事关系，大体上说，就是一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系。主要包括两部分：一是商事组织关系，二是商事交易关系。商事组织就是人们为从事商品生产和交换而结成的经济实体。商事交易就是商事组织以及其他人在市场领域从事的各种经营活动。

一国商法之有无及其发展程度，取决于该国社会经济生活中商事组织和商

事交易的发展水平。这种发展水平主要表现为商事组织定型化、准则化和商事交易专门化、技术化的程度。例如,在现代发达国家,公司、合伙、独资等企业组织都有确定的组织形式和内外关系准则,对于票据、保险、证券这样的交易活动都有大量特殊的操作程序和复杂的行为规范。另外,对于破产、重整这样的与商事组织和商事交易密切相关的特殊事件,也需要专门的程序和实体规则加以调整。

## (二) 商人和商行为

按照大陆法系的传统概念,商事关系的主要标志为商事主体,包括公司法人、非公司法人、合伙组织等主体,简称商人和商行为。商人和商行为是两个密切联系,互为衍生的概念。以商人为出发点,规定须商人所为的营业行为方为商行为的,称为主观说,德国商法采用此说。反之,以商行为为出发点,规定从事商行为之人即为商人的,称为客观说,法国商法采用此说。若按主观说,则商事关系的主体范围较窄而内容范围较宽;若按客观说,则商事关系的内容范围较窄而主体范围较宽。这实际上是关于商法调整范围的限定方法之争。按照德国的主观主义,同一行为,商人为之,适用商法,而非商人为之则适用民法;按照法国的客观主义,则只问行为的性质是否属于商行为,凡属商行为者,无论何人为之均得适用商法。日本商法兼采二说,规定某些行为(如票据、海商)不论主体为何人均属商行为(客观说),而另外一些行为(如买卖)必须为商人所为才算商行为(主观说)。

### 1. 商人

所谓商人,就是以自己名义实施商行为并以此为常业的人。例如,工商企业(公司、合伙、独资企业)和个体经营者(小商贩、小工匠)。这里所说的“以自己名义”,是指在法律上构成其商行为所生权利义务的主体。例如,在公司法上,公司是商人,而公司的董事、经理则不是商人。这里所说的“以此为常业”,是指以营利为目的,持续地从事此种商行为。

从各国立法看,商人应具备三个基本条件:(1)实施商行为;(2)以自己的名义实施商行为;(3)以实施商行为为常业。例如,《法国商法典》规定:“以实施商行为作为其经常职业的人,为商人。”《德国商法典》规定:“本法所称的商人,是指以实施商行为为业者。”《日本商法典》规定:“本法所谓商人是指用自己的名义,以从事商行为为职业的人。”

商人的概念实际上是一个关于主体资格和权利能力的概念。在实践中,一个从事交易行为的个人或组织是否具备商人资格,往往有重要的法律意义。例

如,是否有义务履行商业登记,是否有权拥有商号,是否必须建立商业账簿并受有关法规的约束,是否有权从事法律规定的某些特殊交易行为,其行为是否受商法特别规定的保护或约束等,这些问题的确定都取决于其商人资格的有无。

我国法律虽然还没有正式采用商人概念,但商事法律上的特殊主体资格是存在的。一般说来,取得这种特殊主体资格应具备两个基本的条件:第一,从事法律许可的生产经营活动;第二,履行工商登记。目前,在我国,具有商人性质的主体主要有以下几种形式:(1)个体工商户和个人独资企业;(2)合伙企业;(3)公司和其他形式的企业法人;(4)联营企业;(5)外商投资企业(中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业)。

## 2. 商行为

概括地说,商行为就是适用商事法律规范的营利行为。关于商行为的概念和范围,各国商法呈现出较大的差异性。从历史上看,商行为的范围也呈现出较明显的变动性。广义的商行为,包括了市场交易中的各种法律行为,如买卖、租赁、借贷、担保、运送、仓储、证券、票据、保险等。在大陆法系,由于在商行为之外还有民事行为的概念,因而二者之间的划分存在一定困难。大体上说,划分商行为与一般民事行为的标准有两种:一是行为主体,二是行为性质。由此便有必要区分绝对商行为与营业商行为的概念。

绝对商行为,就是依行为性质,无论什么人实施都构成商行为的行为。例如,《日本商法典》规定,下列四种行为具有明显的营利性,即使不是作为营业(也就是说,即使只进行一次)也应作为商行为而适用商法规定:(1)投机购买和实行出卖,即以较低价买入动产、不动产或有价证券,再以较高价出卖,以图获取差价。(2)投机出卖和实行购买,即以较高价卖出动产、不动产或有价证券,再以较低价买入,以图获取差价。(3)交易所中的交易,如证券交易所中的证券交易,期货交易所中的期货交易。这些交易所都是以特定商品为对象的专门交易场所,无论何人参与其中,都必须遵守统一的操作规则。(4)关于取得票据和其他商业证券的行为,这是指关于汇票、本票、支票、股票、公司债券、运输证券(提单)、仓储证券(仓单)等的出票、背书、承兑等证券上的行为。

营业商行为,就是以营利为目的并具有营业性质的行为。例如,动产或不动产出租,加工承揽,运输,工程承包,以招徕顾客为目的场所交易(旅馆、饭店、剧场、游乐场、理发店等),寄托,居间或代办,电信服务,旅游服务,

专业咨询服务等。这些行为,必须具备营业的性质才受商法调整。所谓“营业”,须具备三个条件:一是运用有组织的财产(营业财产),二是以营利为目的,三是行为的持续性。概括地说,营业就是以有组织的财产为基础,持续进行某种以营利为目的的行为。

此外,还有所谓附属商行为的概念。这是指为了从事某种营业而附带进行的行为。例如,百货公司为顾客送货上门的运输行为,其目的不在于获取运费收入,而是为了获得商品销售利润。这种运输行为是附属的、补充的,因而应当随主营业受商法调整。

从本质上讲,商行为就是市场中经常化、专门化和规范化的行为。所谓经常化,就是市场交易行为的长期、重复进行。所谓专门化,是指在经常化的基础上形成了特定的行业、产品和服务种类,特定的经营方式和经营组织。所谓规范化,就是通过法律和商事习惯,使交易行为的内容、形式固定化并为从事这些交易的人们所共同遵循。马克思说:“先有交易,后来才由交易发展为法制。”<sup>①</sup> 恩格斯说:“社会发展的某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”<sup>②</sup> 由此可见,商行为既是社会生活中交易实践的反映,也是法律对交易行为进行概括和调整的结果。

当然,在不同的国家和一个国家的不同时期,由于商品经济和市场发展的水平不同,交易行为的经常化、专门化和规范化的范围、程度和表现形式也有不同。在我国,历史上的封建王朝曾实行重农抑商政策,商品经济很不发达。新中国成立以后,在相当长的一段时期内,由于实行计划经济,市场受到很大限制。改革开放以后,我国建立了社会主义市场经济,商行为的经常化、专门化和规范化便成为必然的发展趋势。与此相适应,我国的商事立法体系逐步形成。

### (三) 形式的商法和实质的商法

关于商法概念,学术上有形式的商法与实质的商法之分。前者指以法典编纂的商法,后者泛指一切调整商事关系的法律规范。

#### 1. 形式的商法

形式的商法,最典型的就独立于民法典之外的商法典。这种立法体例称

① 《马克思恩格斯全集》,第19卷,422页,北京,人民出版社,1964。

② 《马克思恩格斯选集》,第2卷,538~539页,北京,人民出版社,1972。

为民商分立制。法国、德国、日本等国采用了这种体例。但是，各国商法典的体系和内容有一定差异。例如，1807年《法国商法典》分为四编：通则；海商；破产；商事裁判。1900年《德国商法典》分为四编：商人地位；公司及隐名合伙；商行为；海商。1893年《日本商法典》分为五编：总则；公司；商行为；票据；海商。这些国家在商法典施行以后，又陆续颁布了许多商事单行法。

在另外一些大陆法系国家，没有独立的商法典，商法与民法被统一在一个民事法典中。这被称作民商合一制。但是，这些民商合一的民法典，并不能包括所有的商事法律。例如，瑞士将公司、票据、商业登记、商号、商业账簿等规范收入债法典，但保险法、破产法却以单行法另行制定。意大利将公司、合伙商业登记等规范收入民法典，但票据法、破产法、保险法却另以单行法制定。

实践证明，商事关系纷繁庞杂，很难用一个逻辑严密的法典体系将它们囊括无遗。而且，商事交易不断发展变化，不可能通过法典化一劳永逸地将它们固定下来。因此，迄今为止所能见到的商法典和民商合一的民法典，都经历了很多次修改，并且在它们之外总是存在为数众多的商事单行法和大量的商事习惯。随着世界经济结构日新月异的变化，金融交易、知识产品交易和服务贸易迅速发展，一些新的商事法领域已经出现，例如银行法、证券法、电信法、电子商务法、风险投资法等。从现代商法的发展趋势看，实质的商法变得越来越重要。因此，无论是学者还是律师，都必须把法典以外的大量的商事单行法以及商事判例、商事习惯作为其研究和应用的对象。

## 2. 实质的商法

英美法系没有民法与商法的严格区分，因而不存在民商分立与民商合一的问题。英美的商法概念，实际上涵盖了许多被大陆法系学者看来是民法的内容，如财产、合同、侵权行为、代理等。所以，英美法系的私法，除去婚姻、家庭、继承及公民人身权一类的内容外，基本上都可以归入商法。在美国，尽管有一个《统一商法典》，但它并不是相对于民法典意义上的商法典，而且它的内容主要是涉及一些特殊的商事交易，如买卖、商业票据、银行存款、信用证、提单、投资证券、担保交易等，而其他重要商事法律如公司法、合伙法、破产法等，都另有单独的法律。此外，法院的判例和民间的自治规章（如芝加哥期货交易所的规则）也是重要的商法渊源。总的说来，英美法系的商法概念属于实质商法的范畴。

北欧国家没有民法典和商法典，也没有判例法，其法律均由单行法构成。

在法律分类上,学者和律师们都承认民法和商法的概念,但二者之间没有严格的界限。例如,在瑞典,一般认为商人之间的合同属于商法范畴,公民之间的合同属于民法范畴,而公民与商人之间的合同属于消费者法的范畴。不过,公司、合伙、票据、保险等方面的单行法律在理论上归入商法。

关于实质的商法,又有广义和狭义之分。广义的商法,包括国内商法和国际商法,其中的国内商法又有商事公法和商事私法之分。所谓商事公法,是指宪法、行政法、刑法、诉讼法中有关商事的规定。商事私法,则是民法、商法以及判例、习惯中的商事法律规范。狭义的商法,仅指国内法中的商事私法部分。各国研究商法的著作,一般都是以狭义商法为对象。本书使用的商法概念,除另有特别指明的外,均为狭义的商法。

## 二、商法与民法、经济法的关系

### (一) 商法与民法的关系

总的说来,民法和商法有一个共同之处,即它们都调整平等主体之间财产关系。但是,二者之间也有一定的差别。民法是包括财产关系和人身关系在内的一般社会生活的普遍性规则,而商法则是市场经济领域的特定财产关系的特殊性规定。民法对商法来说,具有统领和指导的意义,而商法对民法来说,具有补充、变更或限制的作用。例如,民法的法人制度,是制定公司法的原则依据。公司的法律地位、权利能力和行为能力、财产责任、法人人格的变动和消灭等,都要适用民法的有关规定。另一方面,关于公司设立的条件和程序、公司股份的募集和公司债的发行,公司的法人机关的权力和职责、公司合并与分立的条件和方式、公司解散和清算的程序等,又必须由属于商法的公司法来具体规定。又如,票据是财产权利证券化的一种形式,票据转让是一种特殊的财产转让,一方面要适用民法关于法律行为和债的一般规则(例如,意思表示真实),另一方面,鉴于这种转让的特殊性,又需要对民法的某些规定加以变更(例如,不适用一般债权的诉讼时效,而另行规定短期时效)。正如德国法学家指出,商法典中的许多规定,只有根据民法典所确立的一般原则才能理解;而商法典的作用就是对这些一般性原则加以变更、补充或排除<sup>①</sup>。

由此可见,否认民法与商法之间的有机联系,把它们人为地割裂开来,势必造成社会经济生活中的规范重复和矛盾。反过来,否认民法与商法的区别,

---

<sup>①</sup> [德] 罗伯特·霍恩等:《德国商法导论》,中译本,239页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

把它们简单地糅合在一起,必然有损它们各自的特长,既不能保持民法的原则性、普遍性和稳定性,又不能实现商法的特殊性、技术性和灵活性。这不符合市场经济既需要稳定有序又需要创新活力的客观要求。所以,正确的处理办法应该是:首先,承认民法处于基本法的地位,商法处于特别法的地位。我们既可以把民法看作是商事基本法,也不妨把商法看作是民事特别法。民法提供了市场经济运行的基本制度框架,商法提供了市场经济运行的具体操作工具。二者有着共同的社会使命、价值目标和功利目的,相辅相成,相互协同,构成了实现市场秩序和效率的重要支柱。从立法角度看,商法要遵循民法的基本原则,这时民法处于优越的地位。从法律适用的角度看,按照特别法优先于普通法的原则,商法规则相对于民法规则处于优先适用的地位。具体说,对于商法调整范围的事项,商法有规定的,适用商法规定;商法与民法规定不一致的,适用商法的特殊规定;商法无规定的,适用民法的一般规定。

从法律的体系结构看,民法有一个逻辑严密和内部和谐一致的封闭体系,具有高度的稳定性;而商法所包括的各种法律之间没有严格的逻辑联系,它们更多地表现为“各自为政”的状态,因此商法从整体上说是一个开放体系,具有显著的变动性。正是由于这种变动性,商法能够适应社会经济的发展变化,不断地进行自我变革和制度创新。而这种变革和创新的成果固定下来后,又可能引起某些民法基本制度的变化,从而导致民法的修改、补充。

## (二) 商法与经济法的关系

“经济法”这个术语在我国法学理论和立法、司法实践中被广泛使用,是从20世纪70年代末开始的。80年代初,我国法学界曾发生过一场经济法与民法的学术争论。那时的经济法理论,在相当大的程度上受到了前苏联经济法学派的影响,把计划经济体制当作经济法的依据。以后,随着我国经济体制改革的深入发展,这种经济法理论逐渐衰落。但是,这并不意味着经济法的概念也应当随之消失。相反的,20年来,经济法作为一门法学学科,一直在探索中前进。

经济法概念被正式引入法律制度,始于第一次世界大战后的德国。在这次大战期间,各主要参战国为了进行战争,对重要物资的价格和分配都实行统制。在德国,这种统制的范围尤其广泛。战后,德国在魏玛共和国期间,曾制定了一些重要的产业统制法和卡特尔法。这些立法摆脱了传统的私法自治、契约自由的民法原则,确认国家有权对私人企业经营进行干预,从而具有影响市场经济的职能。德国法学界很重视这种新的法律动向,把它称作经济法并作为

专门研究的对象。

实际上,经济法现象并不仅仅与国家经济活动适应战争需要有关。在大陆法系和英美法系各国,一般认为经济法概念所描述的“基于适应资本主义经济高度发展的新的法的现象”<sup>①</sup>是普遍存在的。不过,这种现象在不同的国家和不同的时期,其表现是不同的。由于各国经济立法的差异和变化,以及研究者认识角度的不同,关于经济法的概念,至今仍是众说纷纭,莫衷一是。

任何一种法的门类的出现,都是一定社会历史条件的产物。因此,我们在理解经济法概念的时候,不能脱离它的历史背景。一个显而易见的事实是,首先有被人们称作经济法的现象出现,然后才有人们对它作出的种种界说。“事实上,经济法反映了当今一种独特的现象,即经济事务的普遍存在和这些经济事务对法律秩序的无可估量的影响。与其说经济法是法的独立分支,还不如说它是一系列关系到秩序性、纪律性的特别法律问题,似乎也可以说,它是自工业革命以来法的演变中一种异彩纷呈的现象。”<sup>②</sup>

如果与传统私法作一番比较,我们不难发现经济法具有如下的本质特征:

第一,国家意志和政府职能的介入。经济法的一个最显著的特征就是它是代表国家在经济领域各种事关社会利益的问题上的政策性意志。将这种政策性意志法律化的一个理论根据,就是政府在国民经济运行过程中应有的管理职能。

第二,多种法律部门的综合调整。“事实上,经济法包括更广泛的范畴。它既涉及私法,例如属于民法部门的商法,又涉及一些与经济事务有关的刑法和劳动法;同样也涉及关于经济规章制度的行政法、税法;最后还涉及有关经济领域的国际公法。”<sup>③</sup>实践中,经济法规往往既包括公法因素也包含私法因素,并且常常是跨部门或者运用多种法律手段进行综合调整。

第三,国家政策的主导作用。绝大多数国家的经济法都是单行法(特别法),而不是法典。单行法或特别法的特点在于其针对性和政策性。具体说,就是以某一经济领域中的特定关系或特定问题为对象,以国家为调整这些关系

<sup>①</sup> 我妻荣主编:《新法律学辞典》,“经济法”词条,董璠舆等译,219页,北京,中国政法大学出版社,1991。

<sup>②</sup> 法国《拉鲁斯大百科全书》,第11卷,6776页,见王卫国:《改革时代的法学探索》,347~348页,北京,法律出版社,2003。

<sup>③</sup> 法国《拉鲁斯大百科全书》,第11卷,6776页,见王卫国:《改革时代的法学探索》,347~348页,北京,法律出版社,2003。

或者解决这些问题所确定的政策为依据，来制定相应的制度和规则。

商法是关于商事组织和商事交易的法律群。传统商法受契约自由原则的支配。但是，随着现代商法中公法因素的日益增加，商法与经济法的界限存在模糊化现象。例如，反垄断法关于制止垄断性兼并的法律，已经成为现代公司法中公司合并制度的重要组成部分。因此，有人倡导商法应融入经济法，也有人主张将经济法包括在商法之内。在多数发达国家，经济法得到正式承认的程度远远不如商法。至今仍有不少学者将经济法和商法混为一谈。但是，总的说来，商事关系的平等性和市场交易的一般规律决定了商法必须以当事人意思自治为主导性原则。商法的各主要领域，如公司法、票据法、保险法和破产法，都有其固有的原则和体系，而不能以国家意志、政府职能、政策主导和法律部门综合为基本特征。因此，从理论上对经济法与商法的界限适当地加以区分并不是不可能。例如，在我国，一般认为，反不正当竞争法、消费者权益保护法、税法、土地管理法、环境保护法、自然资源法等，属于经济法的范畴。区分商法与经济法，有利于在保持商法固有原则的前提下，发挥国家意志和政府职能在维护商事秩序中的作用。

在区别商法和经济法的时候，也要看到它们之间的联系。首先，从性质上讲，商法和经济法相对于民法而言，都是特别法，在适用上都具有优先的效力。其次，从功能上讲，经济法体现了国家在特殊情况下对商事关系的干预，因而相对于商法来说具有优先适用的效力。再次，从形式上讲，除了商法在少数国家部分地实行法典化外，商法和经济法都是针对特定领域、特定问题的单行法，具有显著的特殊性、技术性和灵活性。最后，从内容上讲，商法与经济法之间存在相互包容的现象，即商事法律的规定中吸收经济法政策或经济法规范，经济立法的规定中运用商法制度或商法手段。

## 第二节 商法的一般原则

商法的一般原则是市场经济的客观要求在法律上的反映。市场经济是受社会历史条件制约的，因而市场经济的制度是随着社会经济、政治和文化的发展而逐步成熟的。在历史上，商法一般原则经历了逐步演进的过程。近代商法以契约自由、方式自由和诚实信用为原则，带有强烈的反封建色彩。在当时，商法所面临的主要任务，就是冲破封建关系束缚，建立自由、和谐的交易秩序。

到了现代,生产的高度社会化带来了市场交易的普遍化、专业化和国际化,因而对商法规范提出了进一步的要求。这些要求概括起来就是四个方面:强化企业组织,提高经济效率,维护交易公平,保障交易安全。它们构成了现代商法的四大基本原则。

## 一、强化企业组织

在现代社会中,企业组织是从事市场交易的主要经济实体,是市场体系中最有实力、最有活力和最有社会影响力的因素,在社会经济生活中处于举足轻重的地位。因此,完善企业组织,强化企业功能,是发展市场经济的首要条件。

关于企业的概念,从法学的角度讲,可以从三个方面说明。第一,企业是法律上的人格者,即能够享受权利,实施行为,承担义务和责任的民事主体。现代企业的典型形态是法人(公司)。我国《民法通则》规定:“法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”第二,企业是财产的集合体。一个企业往往包含有多种多样的财产,如动产和不动产、有形财产和无形财产、货币财产和实物财产等。一般的说,企业的功能就是运用财产进行生产经营活动,实现财富增值。第三,企业是法律关系的组合。一个企业之所以能将众多的财产集合为一体,是因为它凭借法律关系的纽带,形成众多的拥有财产的人的利益契合。这种利益契合就是经济学家所说的交易,法学家所说的合同。例如,资本所有者通过投资合同、借款合同,实物财产的所有者通过买卖合同、租赁合同,劳动者通过劳动合同和其他劳务合同,知识产权和技术的所有者通过技术合同、版权合同等,将他们拥有的资源投入到企业之中,从而形成集合化的财产和组织化的生产经营能力。这就是现代意义上的企业。

强化企业组织,主要包括提高企业素质和完善企业结构两个方面:

### 1. 提高企业素质

提高企业素质,首先要求企业具备有效运行所必需的经济实力和交易能力,因此需要有一套有利于企业广泛吸收社会投资和确保企业财产基础的法律制度。例如,公司法上的有限责任原则,规定投资者对公司债务的财产责任以其投资为限,可以使众多的分散的资本持有人在清晰把握投资风险的情况下将他们的财产投入企业,从而形成大规模的企业资本。又如,公司的“资本三原则”(资本确定、资本维持、资本不变),可以使公司在成立时和成立后拥有充

足的财产和可靠的信用，从而具备必要的经营能力、竞争能力和抗风险能力。

其次，提高企业素质还要求在竞争和协作的环境中不断增强企业的经济实力和交易能力，因此需要有实现企业优胜劣汰和实现资产优化组合的法律机制。企业破产制度、企业重整制度和企业兼并制度，在实现这些目标中发挥着重要的作用。企业破产制度使那些不能清偿到期债务的企业在以其全部财产了结债务以后退出市场。重整制度使那些陷入债务困境但有复兴希望的企业在继续营业受保护的情况下通过债务和资产的重组起死回生。企业兼并制度可以实现企业之间的优化组合，造就强势企业，同时也可以拯救困境企业。

## 2. 完善企业结构

完善企业结构，首先要求完善企业内部的治理结构，这在法律上主要是通过投资者权利的明确界定，经营者权力和职责的科学配置，以及监督机制、责任机制的有效建立来实现的。现代公司法的股东大会制度对投资者权利的设立与保障，董事会制度对经营者职权和义务的界定，监事会制度对监督者职能和义务的设定，以及相关的配套制度如财务、审计制度和责任追究制度，都是以完善公司法人治理结构为目标的。

其次，完善企业结构还要求协调企业内部关系，增强企业的凝聚力。为此，需要从法律上建立实现职工民主管理和保障劳动者权利的制度。如一些国家推行的职工持股制度和职工董事制度，以及集体合同制度和社会保障制度，在一定程度上加强了企业与职工的利益连带关系，实现资本要素与劳动力要素的互济共存。

## 二、提高经济效率

商事活动的目的，无论从微观的角度（企业利益）看，还是宏观的角度（社会利益）看，都在于追求尽可能高的经济效益。提高商事活动的经济效率，总的说来就是要降低交易成本和提高经营收益。为此，需要建立利益保护和激励机制，风险分配和控制机制，以及各种便利交易，简化程序，加速流转和减少费用的法律手段和措施。这种指导思想不仅贯穿在直接实现商事交易的法律制度中，而且影响着那些对商事交易进行国家干预的法律规定。商法总是以自由原则为基准。因为，当事人只有在意志自由的情况下，才可能充分地发挥主观能动性，以明智的决策和积极的努力，去谋求尽可能大的经济效益。所以，除了为交易公平和交易安全所进行必要的干预和限制外，法律应充分尊重当事人的意思自治。