



现代经济与管理类规划教材

商法理论与实务

SHANGFA LILUN YU SHIWU

(第4版)

吕苏榆 杨晨 编著



清华大学出版社 · 北京交通大学出版社

◇现代经济与管理类规划教材

商法理论与实务

(第4版)

吕苏榆 杨 晨 编著

清华大学出版社
北京交通大学出版社

· 北京 ·

内 容 简 介

本书着眼于经济管理类商法教学的实际需求,有选择地以企业法律制度、合同法律制度、担保法律制度、票据法律制度、产品责任法律制度和商事纠纷解决制度作为阐述对象,注重把握最新立法动态,紧密结合我国新出台或新修订的相关立法对重要商事法律制度加以评析,本书为第4版。此外,本书充分体现出理论与实践的有机结合,在制度介绍过程中,适时穿插了诸多源于我国司法实践的生动案例,每章最后亦附有“实务案例讨论”栏目,供学生讨论使用。

本书适合普通高校经管类专业的本科生以及 MBA 学员作为商法课程的教材使用,也可作为企事业单位的培训教材以及商界人士的实务参考用书。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

商法理论与实务/吕苏榆,杨晨编著.—4版.—北京:北京交通大学出版社:清华大学出版社,2018.3

现代经济与管理类规划教材

ISBN 978-7-5121-3512-3

I. ①商… II. ①吕… ②杨… III. ①商法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 028250 号

商法理论与实务

SHANGFA LILUN YU SHIWU

责任编辑:吴嫦娥

出版发行:清华大学出版社 邮编:100084 电话:010-62776969 <http://www.tup.com.cn>
北京交通大学出版社 邮编:100044 电话:010-51686414 <http://www.bjtup.com.cn>

印刷者:北京时代华都印刷有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185 mm×260 mm 印张:18.5 字数:462 千字

版 次:2018年3月第4版 2018年3月第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5121-3512-3/D·215

印 数:1~3 000 册 定价:39.00 元

本书如有质量问题,请向北京交通大学出版社质监组反映。对您的意见和批评,我们表示欢迎和感谢。
投诉电话:010-51686043, 51686008; 传真:010-62225406; E-mail: press@bjtu.edu.cn

前言

当前,有关商法的教材并不鲜见,但适用对象大多为法律专业的学生,因此偏重于对法学理论的阐释及细究。就商学院或经济管理学院教学而言,其编制体例和内容设置均存在不适宜之处。本书是作者基于商学院教学之特殊需求,对多年教学实践以及理论研究的一次总结。该书既重视对商法基本理论的阐述,又注重反映我国相关立法的最新发展。

首先,章节设置简洁合理。本书针对商学院教学的实际需求,不局限于法学研究领域关于“商法”的严格界定,而是着眼于商事活动的实践,从民法、商法、程序法等几大部门法中选取与商事活动密切相关的重要法律制度作介绍。以企业法律制度、合同法律制度、担保法律制度、票据法律制度、产品责任法律制度和商事纠纷解决制度作为阐述对象,避免因追求面面俱到而导致理论阐述的粗浅疏漏。需说明的是,鉴于商学院或经济管理学院一般会开设保险学、投资学、运输与保险等课程,因而在章节设置时本书未将保险法、证券法、运输法等内容纳入其中,以避免授课内容重叠。为充分体现理论与实践的有机结合,本书在各章制度介绍过程中穿插了大量的来源于我国司法实践的教学案例,每章最后亦附有综合性实务案例栏目,供学生讨论使用。

其次,注重把握最新立法动态。本书第1版自2008年11月正式出版以来,至2015年已修订了二次。2013年5月顺利完成第一次修订,在《商法理论与实务》(第2版)中增加了关于《中华人民共和国侵权责任法》(2009年出台)、《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年修订)及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(二)》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(三)》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》等新制度的介绍。2015年5月完成第二次修订,在《商法理论与实务》(第3版)中体现出《中华人民共和国公司法》(2013年修订)、《中华人民共和国消费者权益保护法》(2013年修订)、《中华人民共和国广告法》(2015年修订)及《最高人民法

院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》等制度的最新变化。

法随时易。2017年3月15日，十二届全国人大五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》，它标志着我国民法典总则编的形成。《中华人民共和国民法总则》确立的一些新制度必然会对我国商事活动产生重大影响，如：规定非法人组织是独立的民事主体；重新界定公民行为能力；将诉讼时效从两年改到三年；等等。此外，以“股东权利保护和公司治理”为主题的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》也于2017年9月1日正式施行。该司法解释涉及决议效力、股东知情权、利润分配权、优先购买权和股东代表诉讼等五方面纠纷法律适用问题。有鉴于此，本书启动了第三轮修订，以期及时体现立法新发展。

本书适合普通高校经管类专业的本科生以及MBA学员作为商法课程的教材使用，也可作为企事业单位的培训教材以及商务人员的实务参考用书。全书由吕苏榆组织完成第三轮修订，各章撰写分工如下：杨晨，第1章；徐俊，第2章、第4章；吕苏榆，第3章、第5章、第6章、第7章。书稿完成后，由吕苏榆统稿、定稿。

《商法理论与实务》自2008年11月出版以来，以“内容新、实务性强、章节设置符合商学教育需求”等特点受到了广大师生与读者的欢迎。因时间和水平所限，本书难免存在疏漏和不足，恳请诸位在阅读之余能给予诚挚的批评、指正。真诚希望《商法理论与实务》（第4版）继续得到广大读者的支持！

吕苏榆

2018年2月

目 录

第1章 绪论	1
1.1 商法的概念及特征	1
1.2 商法的历史发展	3
1.3 商法的基本原则	5
1.4 商法与相邻法律部门的关系	8
1.5 关于本书内容设置的说明	10
◇ 思考题	10
第2章 企业法律制度	11
2.1 企业及企业法概述	11
2.2 个人独资企业法律制度	15
2.3 合伙企业法律制度	18
2.4 公司法律制度	27
◇ 实务案例讨论	81
◇ 思考题	81
第3章 合同法律制度	82
3.1 合同及合同法概述	82
3.2 合同的订立	88
3.3 合同的效力	100
3.4 合同的履行	115
3.5 合同债权的保全	118
3.6 合同的变更与转让	122
3.7 合同权利义务的终止	127
3.8 违约责任	135
◇ 实务案例讨论	150
◇ 思考题	151
第4章 担保法律制度	152
4.1 担保及担保法概述	152
4.2 保证	155
4.3 抵押	164
4.4 质押	174

4.5 留置	180
4.6 定金	183
◇ 实务案例讨论	184
◇ 思考题	186
第5章 票据法律制度	187
5.1 票据概述	187
5.2 票据及票据法的历史沿革	193
5.3 票据行为	199
5.4 票据的伪造与变造	209
5.5 票据丧失及补救	213
5.6 涉外票据的法律适用	222
◇ 实务案例讨论	223
◇ 思考题	223
第6章 产品责任法律制度	225
6.1 产品责任的概念及性质	225
6.2 产品责任法概述	227
6.3 我国产品责任制度	238
◇ 实务案例讨论	249
◇ 思考题	250
第7章 商事纠纷解决制度	251
7.1 诉讼	251
7.2 仲裁	271
◇ 实务案例讨论	285
◇ 思考题	286
参考文献	287

第一章

绪论

“商”一词被引入经济生活，最初是与贸易活动联系在一起。随着人类社会的演进与发展，人们对“商”的认识也随之拓展。法律意义上的“商”，是指一切营利性营业活动和事业的总称。在市场经济条件下，商事活动日益频繁和活跃，对于商事活动的法律调整就显得尤为重要。

1.1 商法的概念及特征

1.1.1 商法的概念

商法是调整商事关系的法律规范的总称。理论上认为，商法可分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。

1. 形式意义上的商法

所谓形式意义上的商法，是指一国的立法机关依法定程序所制定的并冠名为“商法典”的法律。形式意义上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，并独立于民法典而存在，如1807年颁布、1808年施行的《法国商法典》；1897年颁布、1900年施行的《德国商法典》等。

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。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。^①在大陆法系国家中，德国、法国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家均制定了专门的商法典。形式意义上的商法，仅存在于实行民商分立的国家。

2. 实质意义上的商法

所谓实质意义上的商法，是指一切调整商事关系的法律规范的总称。它包括以“商事”命名和不以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范。无论是民商合

^① 郭锋，民商分立与民商合一的理论评析，中国法学，1996（5）。

一还是民商分立的国家,无论是大陆法系还是英美法系国家,都在事实上存在实质意义的商法。

实质意义上的商法又可分为广义的商法和狭义的商法。广义的商法包括国际商事法和国内商事法两种;狭义的商法,则专指商法中的商事私法而言。值得注意的是,从现代各国商法的内容来看,商法的国际性规范与国内规范相互交错,公法规范与私法规范相互交融,要严格区分国际商事法与国内商事法,严格区分商事公法与商事私法已极为困难。因此,近代以来的商法学者在强调狭义商事法时无不十分关注商法内容的国际性和公法性。^①

我国没有形式意义上的商法,只有实质意义上的商法。

1.1.2 商法的特征

1. 商法的营利性

营利乃是“商”的本质。商主体从事商事活动,其直接目的就在于营利。从这一角度而言,商法也可称为“营利法”。关于商法规则的灵活性、迅捷性、合同形式、结算等方面的特殊规定,无不以体现商法的营利特性为出发点。

2. 商法的技术性

商行为的专业性,决定了商法中必然包含大量的技术性规范。商法的技术性既体现在其组织法中,也体现在其行为法中。例如,公司法中关于公司机关、公司股份、公司财务会计等方面的规定,票据法中关于票据的文义性、要式性、无因性、票据行为等规定,都具有明显的技术性规范色彩。

3. 商法的公私法兼具性

在大陆法系国家,法律被划分为公法和私法。商法作为民法的特别法,从根本上说属于私法的范畴。商法中关于商代理、货物买卖、运输等的规定,无疑都属于私法性质。但与此同时,商法中也包含大量的公法条款,即国家通过立法形式而干预商事交易活动的规范,如关于商主体设立、登记等规定。

4. 商法的国际性

商事活动本身并不限于一国国境以内。在商法发展的早期阶段,它具有国际性的特点,主要表现为跨国商事交易习惯和惯例。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。于是,商法的国际性开始丧失。20世纪以来,随着贸易全球化的迅猛发展,商法国际化的呼声日益高涨。国际商事立法得到加强,关于商法的国际条约、国际惯例不断涌现。此外,各国不断修改本国商法规则,使其与国际商事法律、惯例之间更为协调。商法的国际性已成为现代商法的重要特征之一。

^① 赵万一,商法学,北京:法律出版社,2001:19.

1.2 商法的历史发展

商法的发展大致可划分为以下阶段：古罗马商法、中世纪商法、近代商法、现代商法。

1.2.1 古罗马商法

如果从实质意义上来理解商法，那么商法并非起源于欧洲中世纪。事实上，古代文明社会就已经有了调整商事关系的法律规范。古罗马时代虽然没有完整的商法典，但相应商法的规定却散见于其各种法律文献中，其中有实践中形成的商事惯例和裁判官的告示，也有法学家的解答和皇帝的敕令。罗马帝国后期发展起来的万民法，内容涉及商法规范的比较多。^①“正是这种万民法支配着罗马帝国范围内绝大多数类型的商业交易，尤其是那些涉及远距离货物运输的商业交易。”^②古罗马商法内容丰富，对中世纪商法及近代商法都产生了很大的影响。

1.2.2 中世纪商法

中世纪的欧洲处于封建专制统治之下，主要表现为自给自足的手工业经济，同时也处于农业社会。11世纪后期，以农为本的欧洲进入了发展时期。13世纪后期，欧洲大量的剩余商品涌向东方市场。东西方贸易的发展，促进了地中海海上贸易的发展和地中海沿岸一些新兴城市商业贸易的繁荣。

由于当时的社会生产力水平仍很低，商品经济不发达，商人的社会地位极低。为了保护自身的利益，商人纷纷团结在一起，结成互相保护的团体。于是，调整商人内部经济关系的自律组织——商人行会便应运而生。各种各样的商人行会均为自己制定了大量的法令、规章，所涉及的内容十分广泛。这些内部管理规章和交易习惯不仅在行会内部发挥其道德约束力和组织约束力，而且得到了城市当局的明示或默示的认可，从而在整个城市范围内获得“准”法律的效力。概言之，中世纪商法主要体现为在实践中逐渐形成的商业惯例，即商人习惯法。

此外，随着贸易的发展和纠纷的不断增加，传统的司法体制不能满足商人的需求。通过商人行会的联合和不懈斗争，商人阶层最终向封建主和教会争取到了对商人之间贸易纠纷和争议进行处理的独立管辖权，商事法院就是以这一管辖权为基础才得以普遍建立的。^③中世纪商事法院即“商人法庭”的出现为迅速解决贸易纠纷、

① 何勤华，魏琼. 西方商法史. 北京：北京大学出版社，2007：140-141.

② 伯尔曼. 法律与革命：西方法律传统的形成. 贺卫方，高鸿钧，张志铭，等译. 北京：中国大百科全书出版社，1993：413.

③ 郑远民. 现代商人法研究. 北京：法律出版社，2001：150.

促进商业发展起到了重要的作用。更为关键的是,商人法庭为商人法规则提供了可贵的实践场所,从而使得商人法逐渐得到社会各界的认可,并成为有法律约束力的行为规则。通过商人法庭实践活动积累而汇编成的商事判例汇编,即成为中世纪商人法的重要渊源之一。

尤其值得一提的是,中世纪商法典的编纂活动也十分活跃,如制定了《阿玛斐法典》《巴塞罗那法典》《奥列隆法典》《维斯比海商法典》《汉萨海上规则》等。中世纪商法中的许多制度直接为近现代商法所吸收和借鉴。

1.2.3 近代商法

近代商法一般是指中世纪后至两次世界大战之前的商法,它是在中世纪商人习惯法的基础上发展起来的,以民族化、国家化为特色。

进入16世纪后,孕育已久的资本主义商品经济关系开始萌芽,并显示出了蓬勃的生机。与此相比,欧洲一些国家的封建割据势力日渐衰落,这促使统一的民族国家逐步形成。新生资产阶级为了保护资本主义商品经济关系,必然需要制定体现本阶级意志的法典。在欧洲各国编纂法典后,商法开始由处于主权国家的管辖之下演变为国内法的主要组成部分。

近代商法有大陆法系和英美法系之分。

大陆法系商法采用成文法形式,其商法脱胎于中世纪习惯法,经国家权力而将商事规范上升为法典形式。近代最早的商法典是1807年诞生的《法国商法典》,它是法国革命的产物。该法以商行为观念为其立法基础,开创了大陆法民商分立体例。继法国之后,几乎所有欧洲大陆国家均采取了形式商法的体例。1897年颁布、1900年施行的《德国商法典》在适当吸收《法国商法典》商行为法观念的基础上,建立了以商主体为本位的新商人法立法主义。《德国商法典》对大陆法系国家商法的完善具有重要的影响。

英美法系商法的特点是商事习惯法、判例法与商事成文法并存,以判例法为主,以成文法和习惯法为辅。与大陆法系商法的主要渊源不同,英美法系商法的主要渊源是审判实践中发展起来的判例法。法官在商法的创制上发挥了独特的作用。此外,成文法也开始在英美法系国家日渐受到重视。自19世纪中叶,英国相继制定了一批商事成文法,如1882年《票据法》、1890年《合伙法》、1893年《货物买卖法》等。美国在19世纪之后,商事立法也开始盛行,各州享有独立的商事立法权。

1.2.4 现代商法

第二次世界大战后,随着商事活动日益频繁和复杂,商法也需要不断更新和完善。于是各国陆续修改其商法,以适应现实的需要。现代商法呈现出更加动态化的特点。

在商法发展的时代划分上,美国《统一商法典》往往被视作现代商法的标志。美国《统一商法典》是美国统一州法全国委员会(NCCUSL)和美国法学会(ALI)联合组织制定的一部示范法,1952年对外正式公布。美国《统一商法典》与大陆法系国家的

商法典有所不同,后者是由立法机关制定并通过的法律;而前者却不是,它只是由一些法律团体起草,供美国各州自由采用的一种法律样本,因此其法律效力完全取决于各州的立法机关是否予以采纳。目前,美国《统一商法典》已为美国50个州所采纳,对世界各国的民商事立法及国际商事公约产生了深远的影响。第二次世界大战后,法、德、日等国通过频繁修改或补充,使其商法具有了很强的社会适应性。商法的革新,既有在商法典内进行的,也有在商法典外通过补充单行法来完成的,大量的则是以商事单行法的形式予以补充、完善。商法的不断更新,并非仅仅是因商法制度缺陷所致,更主要的是为了适应社会发展变化的需要。可以说,商事关系的不断发展,正是商法变迁、发展和完善的推动力量。

此外,大陆法系和英美法系的商法相互渗透。虽然两大法系有着不同的传统,但随着世界经济发展呈现出一体化趋势,商事活动常常跨越一国国界。国际商事活动要求商法的统一化和国际化。正如学者指出的那样:“趋向世界统一的现代商法是一个得到各主权国家明示或默示同意的新的商人习惯法,它将冲破国界而具有普遍性,且已展示在我们的面前。”^①

1.3 商法的基本原则

无论是形式意义上的商法还是实质意义上的商法,都存在统辖具体规范的一些基本原则。这些基本原则从商法的功能中提炼出来,成为理解商法制度的基础。

1.3.1 保护交易安全原则

所谓交易安全,乃是主体移转与履行财产义务之交易行为的合法性与确定性。^②交易安全的实质在于对交易过程中善意且无过失的当事人进行保护,以维持交易主体对交易规则的信心。商法上对于交易安全的维护,主要通过对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来实现。

1. 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,是商法公法化的体现和结果。例如,为了保护交易安全,法律对于重要的商事合同通常要求书面形式;对于某些商事行为,如公司设立行为、票据行为等,法律也设置了严格的强行性规范。

2. 公示主义

所谓公示,是指将某种法律事实以能够为公众所获知的手段公布于众,从而作为现

^① 施米托夫. 国际贸易法文选. 赵秀文,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:178-179.

^② 孙鹏. 交易安全及其民商法保护论略. 法律科学,1995(5).

实的和潜在的交易相对人判断法律状态和利害关系的根据。公示的核心在于以有效的方式进行信息披露,其本意是为了解释法律关系的本来面目。^①通过公示,交易相对方可以及时获取有关交易的重要信息,从而有利于安全交易活动的展开。商法中为了保护交易安全,设置了多种公示制度,如公司登记的公示,即公司的设立、变更、注销登记公示;上市公司信息披露;等等。

3. 外观主义

商事交易的外观主义,是指商事法律行为的内容以其外部表示为准,即使内心的真实意思与外部表示不一致,法律行为也仍按照外部表示的内容发生效力。商行为外观主义原则,其立法宗旨在于维护交易的安全。外观主义是商法和民法的重大原则性区别之一。民法上强调权利的实质,并采取意思主义,强调意思表示应符合真意;而商法上则注意权利的外观,采取外观主义,以保护信赖利益。在各国商法中,关于不实登记的责任、字号借用的责任、票据的文义性与要式性等规定,都体现了外观主义的要求。

4. 严格责任主义

商事交易的严格责任主义,是指在商事交易中,行为人无论是否有过错,只要有损害结果发生并证明有因果关系,则行为人均应承担责任。严格责任以维护交易安全和保护弱者价值取向。许多国家商法都实行严格责任原则,我国商法中也有此原则的体现。

1.3.2 促进交易便捷原则

商事交易以营利为目的,为实现营利目的,必须力求交易迅捷。因为交易越频繁、越快捷,资金周转率就越高,利润也就随之上升。各国均将交易便捷作为商法的一个重要原则。为了促进交易便捷,各国商法往往采用交易定型化和时效短期化的做法。

1. 交易定型化

交易定型化包括交易形态定型化、交易客体定型化和交易程序定型化三个方面。交易定型化可以降低当事人之间协商谈判的成本,简化交易手续。

交易形态定型化,是指商法通过强行法规则预先规定若干类型的典型交易方式,使得任何个人或组织,无论何时从事交易,均可以获得同样的法律效果。格式合同的出现便是交易形态定型化的最集中体现。在商事交易中,格式合同被广泛采纳。当事人缔约时,不需要对合同内容进行磋商,合同的主要条款都已经由一方当事人事先确定下来,对方只能是决定接受或不接受。如此一来,缔约成本大大节约,缔约速度也变得快捷。交易客体定型化,是指交易客体的商品化和证券化。股票、债券、票据、保险单等均为权利证券化的典型。交易程序定型化则主要体现为交易规则的国际统一化趋势。在交易程序方面,如果各国存在较大差异,将会使交易过程漫长而混乱,从而不利于国际贸易活动的开展。因此,20世纪以来,各国及一些国际组织在统一商事交易程序方面作出

^① 何勤华,魏琼.西方商法史.北京:北京大学出版社,2007:601.

了诸多努力,一些重要的交易程序规则已趋于统一。

2. 时效短期化

所谓时效短期化,是指使交易行为所生之债权的时效期间予以缩短。时效期间越短,越有利于迅速确定法律关系,避免因时间长久而给交易纠纷处理带来的不便。例如,各国商法对于票据请求权多适用三个月或六个月的短期消灭时效。

1.3.3 商事主体法定原则

商事主体法定原则,又称强化商事主体原则,是指法律对商事主体作出了严格的规定,具体涉及商事主体的类型、商事主体的标准和商事主体的登记公示。

商事主体类型法定,意味着投资者只能按照法律规定的类型来设立商事主体,不得创设法定类型之外的商事主体。例如,《中华人民共和国公司法》不承认无限责任公司和两合公司,因此,投资者不得申请设立此类公司,即使申请了,也不会获得批准。

商事主体标准法定,是指只有在符合法律规定的关于商事主体设立的各项条件时,投资者才能成功设立相应的商事主体。例如,《中华人民共和国个人独资企业法》《中华人民共和国合伙企业法》《中华人民共和国公司法》中分别规定了个人独资企业、合伙企业和公司的设立条件,在创设上述类型企业时,必须满足相应的法定条件。

商事主体登记公示是商事主体设立的必经程序。通过商事主体的登记公示,使得交易相对人可以知晓必要的信息,从而维护交易安全。各国均设置了相应的登记制度,我国亦如此。例如,在我国无论是设立个人独资企业、合伙企业还是公司,均须履行设立登记手续,获得营业执照,才可依法从事商事活动。

商事主体法定原则与商法早期发展的历史有密切关系。早期商人阶层具有强烈的身份特征,并非人人得为之。而商人阶级的出现,又在很大程度上改变了社会的面貌,至少在中世纪及以后的欧洲大陆,情况就是这样的。^① 19世纪及20世纪初叶制定的几部商法典中均专门对商人的地位和权利义务作出了规定。但随着经济的发展,更多的人参与到商事活动中。传统意义上的商人及商行为已经与实践脱钩。以德国为代表的一些大陆法系国家在修改商法典时,开始简化对商人资格的规定。在英美法系,始终没有明确而严格的商人概念。对于商人和商行为的理解是十分灵活的。有学者指出:“20世纪商事活动早已不再为专门的阶级所垄断,商人亦不再成为独特的社会群体。因而强化商事主体之原则已无继续强调之必要。”^② 与此同时,也有学者认为,虽然商事活动的参与主体越来越广泛,但商事主体与民事主体之间的差异依然存在。而且20世纪以来,各国在其公司法和证券法中对商事主体的要求越来越严格,这恰恰说明各国商事立法对商事主体的规制仍十分重视,并区别于一般民事主体。商事主体法定原则所涉及的三项内容在当代社会仍具有实质价值和意义。

^① 赵立行,《商人阶层的形成与西欧社会转型》,北京:中国社会科学出版社,2004:245。

^② 何勤华,《魏琼,西方商法史》,北京:北京大学出版社,2007:597-598。

1.3.4 维护交易公平原则

公平原则实际上是社会道德规范的法律化。公平本为道德规范,主要是作为一种社会理念而存在于人们的观念和意识当中,其判别主要是从社会正义的角度,以人们公认的价值观和公认的经济利益上的公正、等价、合理为标准来加以确定的。公平主要强调的是权利和义务、利益和负担在相互关联的社会主体之间合理分配或分担。这种分配或分担的结果能够为当事人和社会所接受。^①

公平原则历来被公认为是民法的基本原则。商法是以民法为基础而发展起来的,因此,当然要受到民法的基本原则特别是公平原则的制约。交易公平原则要求商事主体应本着公平的观念从事商事活动,正当行使权利和履行义务,在商事活动中兼顾他人利益。商法中体现这一原则的规定不胜枚举。例如,商事合同中关于格式合同的规制、产品责任中对消费者的保护等。

1.4 商法与相邻法律部门的关系

法律部门,也称部门法,是指根据一定的标准和原则划分的同类法律规范的总和。任何一个国家对于社会关系的法律调整均需借助多个法律部门加以实现。这些不同的法律部门分别从不同的角度对社会关系进行有效的调整,从而构建成一个有机的法律体系。

2001年3月9日,李鹏委员长代表全国人民代表大会常务委员会所作的工作报告指出,中国特色社会主义法律体系划分为七个法律部门,即宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。^②

关于商法是否为一个独立的法律部门,我国学界观点并不统一。总体而言,大多数民法和经济法学者认为,商法不是独立的法律部门;而商法学者则坚决认为,商法应是独立的法律部门。有学者则明确指出:“商法在法律体系中应是一个相对独立的法律部门。所谓独立,就是说商法有自己的调整对象,有自己的丰富内容和体系,这些对象和内容与民法之外的其他法律部门有不同的性质。所谓相对,是指与民法的关系而言,商法调整平等的商事主体之间的商品关系,其调整的社会关系的性质与我国民法调整对象的性质有相当的一致性。”^③本书即持此观点。

鉴于在商法与其他法律部门的关系中,商法与民法、商法与经济法之间的关系是学界关注的焦点,二者分述如下。

① 赵万一. 商法学. 北京: 法律出版社, 2001: 82.

② 李鹏. 全国人民代表大会常务委员会工作报告. 人民日报, 2001-03-20.

③ 同①: 71.

1.4.1 商法与民法

民法是调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范的总称。通说认为,商法与民法的关系是特别法与普通法的关系。

1. 商法与民法的联系

商法和民法都是调整平等主体之间关系的法律规范,商法优先于民法而适用,即:凡是关于商事关系的调整,应首先适用商法的有关规定;当商法没有规定时,则可适用民法的规定,如民法中规定的所有权制度、主体制度、债权制度等。显然,民法对商法具有指导作用。与此同时,商法对民法也有补充作用,如公司法中关于公司的规定,票据法中关于票据关系的规定等,即是对民法法人制度和债权制度的有效补充。

2. 商法与民法的主要区别

1) 立法价值取向不同

在民法的诸项价值目标中,最基本的价值取向是公平。在商法中,最高的价值取向是效益,商法追求的是效益至上,兼顾公平。

2) 调整范围不同

民法除了调整平等主体之间的财产关系,还调整平等主体之间的人身关系,而后者显然不为商法所包含。商法仅调整与营利有关的商事关系,并且商法中也有相当一部分内容在民法中未加涉及。

1.4.2 商法与经济法

关于商法和经济法的区别,法学界亦争论颇多。鉴于本书并不旨在研讨法学理论,因此对于这一争论持久的复杂问题不作深究,仅就商法和经济法的联系与区别作一概述。

1. 商法与经济法的联系

商法和经济法均规范有关企业的经济活动。

2. 商法与经济法的区别

1) 产生的背景不同

商法是随着商品经济的发展,在传统民法对日益复杂的社会经济关系调整不力的背景下产生的。经济法则是在西方资本主义经济进入垄断阶段,国家干预经济的产物。因此,最早出现的经济法是反垄断为核心的。随着经济与社会的发展,国家干预经济生活的视角也在不断调整。国家不仅对经济生活进行总体管理、监督,同时肩负着组织、协调的职能,使个体经济利益与社会经济利益协调发展。可以说,商法的产生是对民法的进一步发展和必要的补充,而经济法的形成则是对商事主体滥用权利从而导致社会整体利益受损的必要纠正。

2) 调整的社会关系不同

商法主要调整的是商主体之间以平等性为特征的社会经济关系；经济法调整的是国家与公民、国家与企业之间的社会关系，这种关系主要体现为管理与被管理、指挥与被指挥的纵向关系。

3) 性质不同

商法虽然是公私法兼具，但本质上属于私法，其理念是维护商事主体的私权，以个别经济主体的利益为基础；经济法原则上属于公法，其公法性体现在它以社会为本位，着眼于超越个别经济主体利益的社会整体利益。

商法与其他部门法亦存在诸多的联系和区别。鉴于这些关系往往不易被混淆，此处不再赘述。

1.5 关于本书内容设置的说明

鉴于本书主要用于满足商学院或经济管理学院的教学需求，因而在章节设置上突破了法学研究领域关于“商法”的严格界定，内容涉及民法、经济法、诉讼与非诉讼程序法等其他法律部门，从而有别于法学专业教育中的商法用书。

本书着眼于商事活动的实践需求，以“商事主体法、商事行为法和商事纠纷救济法”三大模块为依托，介绍与我国商事活动密切相关的法律制度，具体包括个人独资企业法、合伙企业法、公司法、合同法、担保法、物权法、票据法、产品责任法、民事诉讼法及仲裁法。



思考题

1. 什么是形式意义上的商法？什么是实质意义上的商法？我国存在哪种形式的商法？
2. 商法的基本原则有哪些？
3. 商法与民法、经济法各有何联系与区别？