

Commercial Law Review

中国社会科学院法学研究所
商事法研究中心编

商事法论集

王保树/主编

第1卷

VOL. 1

法律出版社

Commercial Law Review

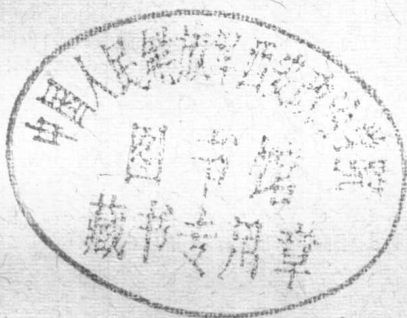
中国社会科学院法学研究所
商事法研究中心编

商事法论集

王保树/主编

第 1 卷

VOL. 1



西安政院201 2 0154425 5

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集 第一卷/王保树主编. —北京:法律出版社, 1996. 11

ISBN 7-5036-2016-1

I. 商… II. 王… III. 商法-文集 IV. D·912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 18116 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京市丰台印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/18.75 字数/465 千

版本/1997 年 1 月第 1 版 1997 年 1 月第 1 次印刷

印数/00,001--4,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2016-1/D·1649

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

· 写在卷首 ·

本书是中国社会科学院法学研究所商事法研究中心编辑的《商事法论集》的第一卷(1996年号)。以后,每年出版一卷。

《商事法论集》(以下称《论集》)的编写要旨是,立足中国商事法的发展与完善,广泛借鉴和吸收国外商事立法的经验和判例学说,追踪国外商事法的发展趋势,推动商事法专题的研究,促进商事法学的学科建设,进而为商事立法和商事审判实践提供理论上的服务。

在高度集中的计划经济体制下,中国没有严格意义的商事法。改革开放以来,由于商品生产和商品交换的发展,加之国家采取健全社会主义法制的方针,商事立法得以恢复。尤其是1992年之后,由于社会主义市场经济体制被作为经济体制改革的目标,商事法获得了突飞猛进的发展。现在,中国的公司法、票据法、保险法、海商法、商业银行法等,都已立于中国法律体系之林,并以其特有的调节机制在市场经济发展中发挥着不可替代的作用。同时,还有一批重要的商事法律,诸如独资企业法、合伙企业法、证券法、期货法、信托法等,将于不久的将来制定出来。无疑,商事法的迅速发展不是偶然的,它有着不可忽视的动因。其中,既有经济的,也有法律的。而经济的动因最终要反映在法律上,包括法律调整的需求和法律结构上的原因。中国的市场经济虽仍处于初级阶段,但商事活动的普遍存在和商事主体对商事交易的快速、安全的要求,迫切需要在民法一般规则的基础上制定较完备的商事特别规则。由此,商事法合乎逻辑地跻身于中国法律体系,并成为不可缺少的一个法律部门。这一趋势也向人们表明:商事法并不是在理论准备充足的基础上发展起来的,相反,它是在理论

准备比较不充分的情况下向前发展的。这一点,并不是导源于“理论落后于实践”这一永久性命题,而是对商事法理论状况的一种描述。毫无疑问,商事法的研究早已突破了 80 年代早中期只论证立法必要性的状态。但是,专题研究仍然很少,许多重大问题未及研究。本中心从 1996 年起连续编辑出版《论集》,正是为了引起法学界同仁对商事法研究的重视,促进商事法学的繁荣,为商事法理论人才的成长开辟一个新的园地。

当然,重视商事法的研究,就是要科学地对待商事法。既要注意商事法是民法的特别法,又要注意商事法是一个独立的领域。或者忽视商事法是私法的两大领域之一,视商事法是经济法一部分;或者否定商事法的特征,视商事法为民法一部分;或者否定商事法是民法的特别法,视商事法为一个绝对独立的领域。这些,都是与中国社会经济生活和法制发展现状相距甚远的。但是,面对不同的见解,不必忙于无休止地论战,也不必匆忙作结论,还是要各自认真地进行专题研究。在此基础上,再从容地进行讨论。商事法学是一个开放的体系,它无疑要不断总结自己的经验教训,充实自己的理论学说。但是,它不应拒绝吸收人类已有的共同文明成果,更不应拒绝借鉴和吸收国外现代商事法的经验、判例学说和学术思想。虽然,我们已经在改革开放的年代度过了 17 个春秋,但在《论集》开篇之际再一次强调“解放思想,事实求是”,无疑是必要的。

《商事法论集》应包括哪些内容?从书名看,顾名思义,应包括商事法的各个方面,诸如商事法的基础理论、公司法、证券法、票据法、保险法、海商法、商业银行法、金融法、期货法、信托法。考虑到市场秩序与商事交易关系密切,本论集还包括竞争法的内容。当然,编者并不认为竞争法是商事法,相反,认为它是经济法。

基于上述内容,为使读者阅读方便,《论集》将设商事法基础理论专题研究、外国商事法、国际商事法、判例研究、研究生论文等栏目。

当然,每卷将因稿件而异,不必将保留栏目作为目的。

王保树

1996年9月5日

DAK25/#02

· 目 录 ·

· 写在卷首 ·

· 商事法基础理论 ·

商事法的理念与理念上的商事法 王保树(1)

· 专题研究 ·

企业、公司溯源 史际春(39)

论股东的代表诉讼提起权 刘俊海(83)

现代公司机关构造中的监事与监事会 梅慎实(161)

保险合同的基本理论 邹海林(214)

发行公司信息公开与投资者的保护 王保树(273)

美国反垄断法中关于企业合并的立法和实践
..... 王晓晔(306)

· 外国商事法 ·

合营企业与法 奥岛孝康(365)

白国栋译

实物出资研究 志村治美(412)

李凌燕译

· 国际商事法 ·

国际统一合同法问题研究 徐国建(457)

· 硕士学位论文 ·

卡特尔行为规制研究..... 郭 平(500)

· 商事法基础理论 ·

商事法的理念与理念上的商事法

王保树*

目 次

- 一、商事法所调整的商事关系
- 二、法律体系中的商事法
- 三、商事法的特点
- 四、商事主体及其规制原则
- 五、商事行为的特性及商事行为的代理
- 六、商事法的发展趋势

商事法律现象是复杂多变的。要从它的复杂多变中掌握其发展规律,就必须舍弃不同法律现象的众多差别,去探索商事法的理念,在我国商事法迅速发展的今天,尤其有必要这样做。这里,仅就商

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

事法（也称为“商法”）的几个问题作些讨论。

一、商事法所调整的商事关系

商事法是调整商事关系的法律规范的总和。因此正确地理解商事法的调整对象是极为必要的。

（一）商事法上的“商”

何为“商”？正确地回答这一问题，对于把握商事关系的性质和准确地认定商事关系的范围是十分必要的。然而，一般常识的“商”、经济学上的“商”和商事法上的“商”是有不同的含义的。早在我国古代，人们就提出了“通财鬻货曰商”^①，“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓商”^②，“商欲农，则草必垦矣”^③。这种理解是将“商”视为买卖，是人们对“商”的朴素认识。随着人类社会经济和文化的发展，人们对“商”有了新的认识，即将“商”视为商人从生产者低价买入商品并将其高价卖给消费者的行为。无疑，这种“商”虽也与“买卖”几乎同义，但已成为特定人的行为，它是从经济学上理解的。在近代经济的发展中，人们已将营利视为“商”的本质。这种行为不仅表现在买卖之中，也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、损害保险业等。并且，发展到与经济没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。显然，经济学上的“商”较有局限性，不能用它概括和表述商事关系，因而它不是商事法上的“商”。相反，上述广义的营利行为才是商事法上的商。当然，它在各国所表现的范围也不同。其具体范围，应依据各国商法的规定。

（二）商事关系

① 《汉书》，〈食货志〉（下）。

② 《白虎通义》。

③ 《商君书》，〈垦令〉。

如上所述，商事关系是商法的调整对象。商事现象是纷繁复杂的，但商事关系却在其发展中形成了自己的特点：

1. 商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。在社会生活中，社会经济关系的主体是多种多样的，但无非是两种主体，即私法上的主体和公法上的主体。无疑，商事主体是私法上的主体。商事关系只能发生在平等的商事主体之中。

2. 商事关系是商事主体基于营利动机而建立的。商事关系种类繁多，但任何一种商事关系都反映着商事主体的营利动机。所谓“营利”，即为了谋取超出资本的利益并将其分配于投资者的行为。商事关系只可能在商事主体为了实现这一目的之中建立。

3. 商事关系仅发生在持续的营业之中。无疑，上述广泛的商事活动可以随时发生。但相当多数的商事活动是偶尔发生的，它并不表现为持续性，因而不会产生商事关系。而有些商事活动是反复进行的，它已成为商事主体的一种营业。所谓商事关系，只能发生在这种营业之中。

（三）把握商事关系的理念

如何把握作为商法对象的商事关系？由于人们的实践和认识这一问题的角度不同，因而观点各异。依日本学者对这一问题的分析，主要是^①：

其一，内容把握论，即从其应有的内涵上认识商事关系。主要有以下主张：

1. 历史说。该主张以历史分析的方法揭示商事关系的内容。认为商法的对象是商及其相关的行为。并且，这一领域是逐渐扩大的。依历史说，法律上的商尤其是商法对象的商，是生产者与消费者之间财产、货物交换的媒介。开始，它只是一般的财货的交易。以后，

^① [日] 北泽正启编《商法的争点》（第一版），日本有斐阁，第12页。

随着历史的发展,这种媒介行为扩大到居间业、批发商业。再进一步发展,扩大到运输业、保险业等。

2. 媒介说。它是历史说的扩充和发展。依该主张,作为商法对象的商事即法律上的商是媒介行为。并且,对媒介行为持展开的见解,认为它作为商法对象的本质构成经历了三个阶段:开始为第一种行为,即商业、银行业的行为。然后,扩大到第二种行为,即运输业、居间业、批发商业、保险业的行为,并进一步扩大到第三种行为,制造业、手工业、租赁业等行为。该主张还认为,制造业促进了原料的交易,它应成为商法对象必要的内容。这表明,作为商法对象的媒介行为不仅是财产、货物的交换。

3. 企业说。它认为实质意义的商法是企业关系特有的法规的总体,主张商法的对象是企业。而企业则是持续地、有计划地实现营利目的的统一的、独立的经济单位。但该主张又可细别为二:其一认为并非所有企业都是商法的对象,只有商事企业(即从事商事经营的企业或作为商事主体的经营组织的企业)才是商法的对象,原始产业的企业应作为商法对象的除外。其二则认为商业在法律上应包括必要的类似的制度,企业也应包括在类似产业中使用的企业形式,因而认为对商法对象的企业不必作这种限制。

4. 实证说。它认为商法是关于商这种法律事实的特有的法规的全体,商法的对象是作为法律意义的商的法律事实。这种主张持统一把握商法对象的观点,是把商法作为关于法律上的商的必要的多种多样的有益的法律制度的见解。实证说同前三种主张不同。前三种主张是对商法对象内容的积极的划定;实证说则是对商法对象的消极的实证的划定。

其二,特征把握论。即从特性上把握商法的对象。

1. 集团交易说。这种主张充分注意到商事交易的集团性,因而对商法对象持集团交易的见解。它认为,商事契约由多数缔结是使

商法形成的必要因素。所以，集团交易应作为商法的统一的对象。

2. 商的色彩说。这种主张是对集团交易说的发展，它是以商交易特性中的商色彩限定商法的对象。该主张认为，商法的法律事实是通过以技术特性所表示的商的色彩表现出来的，一般私法上的法律事实如带有商的色彩即成为商法的对象。这种商的色彩，是从营利的投机买卖演绎出来的特性，是以集团性及其个性丧失为主要内容的。

无疑，上述把握商事关系的学说各有其不同的出发点，反映了商事关系的不同侧面，因而也各有其利和弊。历史说描述了商法规范的法律事实的不断扩大的趋势。最初，商业是商法的主要对象。随着经济的发展，辅助商的营业以及居间业、代理商、批发商业、运送业、仓库业、银行业的独立发展，也成为商法对象。而且，相关营业的独立的营利活动被认可，使租赁业、演剧业、出版业、供电业也成为商法的对象。1807年的法国商法典和19世纪以来各国制定的商法典，都反映了这一倾向。历史说的优点在于，它较好地说明了商法对象扩大的合理化，追述了商法对象发展的历史轨迹。但是，它没有说明这种发展的内在本质。媒介说克服了历史说的弱点，探究了商法对象的内涵，也说明了近代商法的对象，但其外延显得狭隘。实证说注意了商法对象的多样性，但缺乏对商法对象的系统把握。集团交易说和商的色彩说均从不同方面揭示了商法对象的特点，但难于以其准确地划定商事关系的范围。企业说不仅抓着了近代以来商事活动的最活跃的因素——企业，也较好地揭示了商事关系两个要件——商事主体和商行为的本质特征，因而被多数学者肯定，成为一些国家的通说^①。

二、法律体系中的商事法

^① [日] 北泽正启编《商法的争点（第二版）》，日本有斐阁，第13页。

(一) 商事法是法律体系中的独立法域

1. 商事法是以商事关系为调整对象的法律部门

我国社会主义法律体系是由众多法律部门构成的，商事法是其中重要的法律部门之一^①。之所以如此，并不在于商事法已在外国有了三百多年的成文法的历史，而在于它有其自己的调整对象——商事关系。并且，商事关系有如前述的独有的特点。所以，商事法部门能以区别于其他部门法而独立存在。

商事法独立存在的价值还在于它有独特的调节机制——营利调节机制。虽然，商事法的制度繁杂，规定颇多，但维护自然人和企业的营利则是其重要宗旨。因此，商事法具有其他部门法所没有的营利调节机制。如我国公司法规定的股份有限公司、有限责任公司，海商法规定的船舶，以及其他商事基本法的大部分规定，都容许自然人和企业自由经营，并充分利用票据、股票、债券、“保险”等手段，以达到营利的目的。无疑，商事法的营利调节机制并不是保证每一个商事主体都获利，而只向所有依法经营的商事主体提供公平获利并将其合理地分配于投资者的一般性条件。显然，这一机制是适应市场经济发展要求的。

2. 商事法是一个重要的私法领域

在实行法治主义的国家中，无一国家不采用多种法律规范。但就其根本属性而言，将其区分为公法和私法是有重要意义的。前者，调整非平等主体之间的社会关系即国家与个人之间的关系，以确认公权并使其服从于法律规制为根本任务；后者，调整平等主体之间的社会关系即个人之间的关系，以确认私权并保证实现为己任。商事法的规范对象主要是企业，并调整它们之间的商事关系，因而属于私法领域。析言之：

^① 沈宗灵著《再论当代中国的法律体系》，《法学研究》，1994年第1期。

(1) 作为商事法对象的企业，或是公司、合作社，或是私人独资企业、合伙企业。前者，属于法人；后者，或是自然人，或是自然人的联合体。无疑，法人和自然人都是私法的主体，因而商事法的对象即是私法对象的有机组成部分。

(2) 商事法调整的商事关系是发生在商事活动中的个人间的关系。缔结这一关系的个人不仅包括自然人也包括法人，因而他们都是平等的主体。并且，这一关系是围绕企业经营发生的财产关系。所以，商事法所调整的商事关系实质上是发生在商事活动中的平等主体之间的财产关系，即私法调整对象的必要组成部分。

(3) 商事法规定的权利是企业从事商事活动的权利。而该种权利的核心内容是保护企业经营自由，其本质是保证企业实现其营利动机。为了使企业能实现其权利，必须确保企业的意思自治。这些，无疑是商事法作为私法的任务。

3. 商事法是一个渗透着公法因素的私法领域

19 世纪末 20 世纪初，世界经济发展中出现了一些非同以往的因素。其中，一些发达资本主义国家社会经济生活中的垄断、不正当竞争和侵害消费者利益的行为尤其引人注目。一方面，它向人们表明，商事主体依照民法、商事法规定的意思自治、契约自由等原则实施的商事行为，如果出于不当的动机，有时也可能走向民法和商事法所维护的竞争秩序的反面；另一方面，它也向人们表明，商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的，需要国家以社会的名义进行整体调节。因此，政府对于私法关系逐渐改变以往的放任主义的态度，而采取积极干预的方式，这就是所谓的“私法公法化”。现在，各国的商事法“虽以私法规定为其中心，但为保障其私法规定之实现，颇多属于公法性质的条款，几与行政法、刑法等

有不可分离之关系，却已形成‘商事法之公法化’”^①。例如，法国公司法（第55条—65条）和德国商法（第15条）关于公司登记的规定；日本商法关于商业登记的规定（第12条）；我国公司法关于公司登记和设立股份有限公司、外国公司分支机构需经审批的规定（第27条、77条、96条、200条），关于对违反公司法的行为进行行政处罚和刑事处罚的规定（公司法第206条—214条、第216条—226条，关于惩治违反公司法的犯罪的决定）。凡此种种，都显然渗透着公法的因素。

（二）商事法与相关诸法的关系

1. 商事法与民法的关系

商事法和民法是私法中的两大法域，两者有着十分密切的关系。民法是对私人法律关系作出规定的一般法，商事法是对其商事法律关系作出规定的特别法，两者是一般法和特别法的关系。

近代以来，尤其是现代经济生活中，以企业为中心形成了许多特殊物质生活领域，从而也出现了许多特殊的社会关系即商事关系。这些关系的调整需求，要求有一些特殊规定予以满足。而这些特殊规定，无论从形式意义上还是从实质意义上，都不可能完全在作为一般法的民法的框架内完成，需要以特别法的形式实现，这就是商事法出现于法律体系的必要。所谓商事法的特别规定，主要有三：

（1）对民法个别规定的补充、变更。如商事法关于商事时效和法定利息的规定。

（2）对民法一般制度的特殊化规定。如商事法关于公司的规定就是对民法中法人制度的特殊化规定，或言之，它是为了实现企业法人制度作出的更具体的规定；又如运输、仓库的有关规定，就是对民法债权的具体化、特殊化规定。

^① 张国键著《商事法论》，台湾三民书局1986年版，第20页。

(3) 创设民法所没有的特殊制度。如商事法关于商号、商业帐簿和共同海损的规定。

在法律适用上, 应遵守以下原则:

(1) 民法的一般适用和补充适用。在商事关系的调整中, 民法的一般适用是一个重要原则。诸如权利能力、行为能力、诚信原则和契约自由原则等, 都应无例外的适用于商事事项。同时, 凡商事法对某些商事事项未设特别规定者, 民法的规定均可补充适用。

(2) 商事法的适用先于民法。如前述, 商事法是民法的特别法。依照一般法和特别法的关系, 特别法的适用应先于一般法。凡有关商事的事项, 应首先适用商事法。如商事法未予规定者, 则依照前述的民法补充适用原则, 适用民法的有关规定。如公司的设立和运营, 公司法的适用应先于民法关于法人制度的规定; 又如海事事项, 海商法关于运送契约规定的适用应先于民法有关运送合同的规定等。

(3) 商事法的效力优于民法。商事法和民法虽都属于私法, 但商事法规定的事项并不仅限于私法的范围。如公司法关于程序的规定, 公司法、票据法、保险法和海商法关于商事登记、行政处罚、刑事处罚的规定等, 都涉及行政法、刑法、诉讼法。此类规定, 其效力无疑优于民法。

2. 商事法与经济法的关系

19 世纪末 20 世纪初, 西方资本主义经济进入垄断阶段。特别是第一次世界大战以后, 经济危机席卷了整个资本主义世界, 各种矛盾更趋尖锐, 垄断严重破坏自由竞争, 从而使整个社会经济秩序面临新的考验。为了缓和各种矛盾, 稳定社会经济秩序, 西方各国政府从过去信守对经济“干预最少的政府是最好的政府”的信条, 转为实行积极干预经济的政策, 于是出现了一系列新的与国家干预经济相适应的法律、法规, 包括解决经济危机的法律措施、反对垄断