

全国法律硕士专业学位教育教学用书

全国法律硕士专业学位教育指导委员会统一组织编写 司法部法学教材编辑部审定

商 法

COMMERCIAL LAW

主 编 王保树

副主编 覃有土 朱慈蕴

撰稿人

王保树

张 舫

朱慈蕴

雷兴虎

赵万一

叶 林

吴 弘

汤 欣

赵新华

刘宝玉

赵 威

覃有土

李玉泉

徐卫东

张丽英

傅廷中



法律出版社
LAW PRESS CHINA

全国法律硕士专业学位教育教学用书
全国法律硕士专业学位教育指导委员会统一组织编写
司法部法学教材编辑部审定

商 法

COMMERCIAL LAW

主 编 | 王保树
副主编 | 覃有土 朱慈蕴

撰稿人 | 王保树 张 舫 朱慈蕴 雷兴虎
(以撰写章节先后为序) | 赵万一 叶 林 吴 弘 汤 欣
| 赵新华 刘宝玉 赵 威 覃有土
| 李玉泉 徐卫东 张丽英 傅廷中



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

商法/王保树主编. —北京:法律出版社, 2005. 5
全国法律硕士专业学位教育教学用书
ISBN 7-5036-5577-1

I. 商… II. 王… III. 商法—中国—研究生—教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 038155 号

法律出版社·中国

责任编辑/谭柏平 赵浩 朱荃
吴昉 卞学琪

装帧设计/司马慧

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2005 年 6 月第 1 版

印张/45 字数/920 千
印次/2005 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5577-1/D·5294

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律硕士专业学位研究生教育(简称 JM 教育)系列教学用书将陆续与大家见面,该套教材凝聚了全国各法律院校、研究机构近百名知名学者、教授的研究成果,是一套体例上具有独创性,内容上具有科学性、前沿性和适用性的教材。

法律硕士专业学位是 1995 年 4 月国务院学位委员会第 13 次会议批准设立的,1996 年在中国人民大学、北京大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、吉林大学、武汉大学、西南政法大学和华东政法学院八所院校首批试点招生,当年招生 539 人。法律硕士专业学位的设立和试点,标志着我国应用类高层次法律人才教育制度的诞生。

伴随着国家经济社会和民主法治建设的不断发展,特别是党的十五大提出依法治国,建设社会主义法治国家的方略,社会对高层次应用类法律人才的需求日益扩大, JM 教育也得以迅速发展。试点单位不断增加,截止到 1998 年底试点单位已增加到 28 个(中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、吉林大学、武汉大学、西南政法大学、华东政法学院、南京大学、中山大学、厦门大学、中南财经政法大学、西北政法学院、复旦大学、浙江大学、山东大学、南开大学、兰州大学、山西大学、四川大学、苏州大学、安徽大学、郑州大学、黑龙江大学、辽宁大学、云南大学、湘潭大学);招生规模日益扩大,截止到 2001 年底招生已达 11902 人,其中法律硕士研究生 6433 人,在职攻读法律硕士专业学位 5469 人。 JM 教育已经成为我国培养高层次复合型和实践型法律专门人才的重要渠道。

中国加入 WTO 后,大力发展市场经济,建设社会主义民主政治,全面实施依法治国方略,加快司法体制改革,建设法治国家,迫切需要大批高层次的应用类法律人才,而统一的司法考试制度的建立与实施,又将有力地促进法律教育与法学教育的结合,促进法学学科教育与法律职业教育的一体化发展进程,促进 JM 教育试点范围和办学规模的扩大。在这种背景下,为了正确引导 JM 教育的健康发展,规范 JM 的教学要求,保证 JM 的培养规格,提高 JM 的培养质量,全国法律硕士专业学位教育指导委员会根据 1998 年武汉会议精神和《法律硕士专业学位研究生教育指导性培养方案》,决定统一组织国内法律院校、科研机构、政法部门和其他有关部门的专家学者和教授编写 JM 教育教学用书。这套教学用书的编写采用了新的编写体例:一是不过分强调学科自身的完整性和系统性,而是根据教学需要,按学科的基本问题尤其是本学科的核心问题,分为若干专题,每个专题都涵盖了与此相关的基本理论、基本知识、

基本问题和基本方法,注意方法的传授和能力的训练;二是充分反映新的司法实践和学科前沿问题,及时充实新的科研成果、新的法律规范、新的司法解释、新的学术动态和发展方向等;三是通过认真地归纳、梳理、概括、规范和提炼,体现了学科的逻辑化、系统化程度,具有附加价值比较高的特点。该套教材力图使学习者通过研究性的学习,了解和掌握法学各学科目前所处的基本状态和面临的基本问题,让学习者站在各学科的前沿阵地,在既有研究成果的基础上直接面对新的实践、新的探索和新的问题。

该系列教材适用于 JM 研究生教育和 JM 在职攻读教育,同时,也可供其他法学类研究生教育和从事法律的人员使用。本套教学用书还将作为全国法律硕士专业学位指导委员会对 JM 教育进行教学评估和教学工作检查的根据,以及开展师资培训、教学交流的重要依据。

我们诚挚欢迎关心 JM 教育的专家、学者和社会各界人士对 JM 系列教学用书提出宝贵意见,真诚祝愿 JM 学习者学业有成、事业成功!

法律硕士专业学位教育
教学用书编写委员会
2004 年 8 月

作者简介

(依撰写章节先后为序)

王保树 清华大学法学院教授、博士生导师、清华大学商法研究中心主任。兼任国家教育部法学教育指导委员会委员、全国法律硕士专业学位教育指导委员会委员、中国法学会常务理事、中国法学会商法学研究会会长、北京市社会科学联合会副主席、北京市法学会副会长等。主要研究领域为商法、经济法。主要著作有《商法的改革与变动的经济法》、《中国商事法》(合著)、《公司法原理》(合著)、《经济法原理》(合著)等。

张 舫 重庆大学法学院副教授、法学博士。兼任中国法学会商法学研究会理事。主要研究领域为商法。主要著作有《公司收购法律问题研究》、《证券上的权力》等。

朱慈蕴 清华大学法学院教授、法学博士、博士生导师。兼任中国法学会商法学研究会副会长兼秘书长、中国法学会经济法学研究会理事、北京市海淀区人大代表、财经委员会委员。主要研究领域为商法、经济法。主要著作有《公司法人格否认法理研究》、《经济法原理与实务》(合著)、《经济法律教程》(主编)等。

雷兴虎 中南财经政法大学教授、法学院副院长、经济法研究所所长。兼任中国法学会商法学研究会常务理事、湖北省法学会常务理事。主要研究领域为商法。主要著作有《商法学教程》(主编)、《公司法新论》(主编)和《股份有限公司法律问题研究》等。

赵万一 西南政法大学民商法学院教授、博士生导师、院长。兼任中国法学会民法学研究会副会长、中国法学会商法学研究会常务理事、福建省人民政府法律顾问。主要研究领域为民商法、竞争法。主要著作有《商法基本问题》、《中国竞争保护法律问题研究》、《商法学》(主编)等。

叶 林 中国人民大学法学院教授、博士生导师。兼任中国法学会商法学研究会副会长。主要研究领域为商法。主要著作有《中国证券法》、《中国公司法》、《违约责任及其比较研究》等。

吴 弘 华东政法学院教授、博士生导师。兼任中国法学会商法学研究会理事、上海市人大常委会立法咨询专家、上海市法学会金融法研究会会长、上海金融法制研究会副秘书长、上海市经济法研究会理事等。主要研究领域为商法、经济法。主要著作有：《中国证券市场发展的法律调控》、《信托法论》、《证券法论》等。

汤欣 清华大学法学院副教授、法学博士。主要研究领域为商法、民法。主要著作有《公司治理结构与上市公司收购》、《证券市场虚假陈述索赔释疑》(编著)等。

赵新华 吉林大学法学院教授、法学博士、博士生导师、票据法研究所所长。兼任中国法学会商法学研究会常务理事。主要研究领域为商法。主要著作有:《票据法》(主编)、《票据法基本问题研究》(主编)等。

刘宝玉 山东大学法学院教授、副院长。兼任中国法学会商法学研究会常务理事、山东省法学会民商法学研究会副会长。主要著作有《中国民法原理与实务》(主编)、《债权担保制度研究》(主编)等。

赵威 中国政法大学国际法学院教授、法学博士、博士生导师、校国际交流处副处长。兼任中国国际经济法学会理事,北京国际法学会常务理事。主要研究领域为国际经济法、民商法、国际金融法。主要著作有:《票据权利研究》、《国际货币金融法》等。

覃有土 中南财经政法大学副校长、教授、博士生导师。兼任中国法学会理事、中国法学会商法学研究会副会长、湖北省行为法学会副会长、武汉市法学会副会长。主要研究领域为商法、社会保障法。主要著作有《商法学》(主编)、《社会保障法》、《保险法概论》(主编)等。

李玉泉 中国人民财产保险股份有限公司副总裁、法学博士。兼任中国法学会商法学研究会理事。主要研究领域为保险法。主要著作有《保险法》等。

徐卫东 吉林大学法学院院长、教授、博士生导师。兼任长春市人民政府法律顾问、教育部法学教学指导委员会委员、中国法学会商法研究会常务理事。主要研究领域为商法、罗马法。主要著作有《保险法论》、《保险法》、《商法基本问题研究》等。

张丽英 中国政法大学国际法学院教授、副院长。主要研究领域为国际经济法、海商法、国际贸易法、国际私法。主要著作有《海商法》、《外国人在华待遇》(合著)、《涉外经济合同法》(合著)等。

傅廷中 清华大学法学院教授、法学博士、博士生导师。兼任中国海商法协会理事。主要研究领域为海商法、保险法、国际经济法。主要著作有《新编海商法学》、《海商法律与实务丛谈》、《海商法详论》等。

目 录

导论·····	(1)
---------	-------

第一编 总 论

第一章 商法的地位和作用·····	(15)
第二章 商事主体·····	(36)
第三章 商事行为·····	(56)

第二编 公 司 法

第四章 设立中的公司·····	(77)
第五章 公司法人制度与公司法人格否认·····	(96)
第六章 一人公司·····	(112)
第七章 公司资本与股份·····	(128)
第八章 股东权的保护·····	(147)
第九章 公司经营权的行使·····	(172)
第十章 公司内部监督机制·····	(190)
第十一章 公司的变更与消灭·····	(207)

第三编 证 券 法

第十二章 证券信息披露制度·····	(227)
第十三章 证券发行制度·····	(243)
第十四章 证券交易制度·····	(256)
第十五章 证券市场主体·····	(282)
第十六章 投资者利益保护与民事救济机制·····	(300)

第四编 票 据 法

第十七章 票据的功能与票据法的国际化·····	(323)
第十八章 票据主体与票据行为·····	(335)
第十九章 票据权利及其保障·····	(356)
第二十章 票据抗辩·····	(379)
第二十一章 汇票基本规则及其示范作用·····	(403)

第五编 保 险 法

第二十二章 保险法概述·····	(429)
第二十三章 保险合同的基本原理·····	(448)
第二十四章 财产保险制度·····	(497)
第二十五章 人身保险制度·····	(533)
第二十六章 海上保险制度·····	(549)
第二十七章 保险市场与法律监管·····	(567)

第六编 海 商 法

第二十八章 船舶物权的法律制度·····	(587)
第二十九章 当代国际海上货物运输立法与实践·····	(606)
第三十章 船舶碰撞法律制度·····	(641)
第三十一章 海难救助法律制度·····	(657)
第三十二章 共同海损法律制度·····	(674)
第三十三章 海事诉讼中的法律问题·····	(695)

导 论

商法是一个古老的法律部门,商法学科也是一个有着悠久历史的传统学科。但是,由于我国长期实行计划经济体制,商事立法中断,商法学的研究也同时中断。因此,商法学给人的印象似乎是一个新面孔。如何认识商法?确实存在着一些需要解决的问题。

一、一个不容忽视的背景——商事立法和商法学的发展

新中国成立之后,我国商事法学的研究在相当长的时期是不发展的。在实行计划经济体制的时期,不曾存在现代意义上的商法。在商法研究方面,除了对企业法有一些研究外,对其他商法领域问题的研究甚少,尤其是缺乏将商法作为整个研究对象进行系统的理论阐述。

商法和商法学的重新发展得益于经济体制改革和对外经济开放。尤其是,1992年10月召开的中国共产党第十四次代表大会将我国经济体制改革的目标确定为建立社会主义市场经济体制。1993年3月29日,依《宪法》修正案第7条规定,《宪法》第15条的规定修改为“国家实行社会主义市场经济”。1993年11月14日,中共十四届三中全会作出了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,全面作出了我国建立社会主义市场经济体制的安排,并强调加强民商立法。这不仅为完善我国商事法律制度提供了良好的契机,同时也给商法学的研究创造了十分重要的条件。1992年以来,商事立法取得重大进展,《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《商业银行法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《海商法》、《信托法》、《证券投资基金法》等重要商事法律都已制定出来,还有一些重要的商事法律如《期货法》等也正在抓紧制定中。日益完善的商事立法和司法实践给商法学的学科建设提供了大量的素材。自1993年开始,许多教学、科研单位研究了社会主义市场经济法律体系的基本架构。其中,都无例外地指出,商法是社会主义市场经济法律体系的重要法律部门,其调整对象是平等商事主体之间的商事关系,属于私法范畴,为民法之特别法。考虑到民法可以为商事活动提供一般规则,因而只要制定属于商法性质的单行法,即可使商事立法完善。^{〔1〕}建立和完善社会主义市场经济体制,使商法学研究进入一个十分活跃的时期,并取得了长足的发展和丰硕的成果。

〔1〕 课题组:“建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议”,载《法学研究》1993年第6期。

改革开放以来,商事法学研究的轨迹可以描述为:从关注立法、关注司法实践,为立法提供理论支持,逐步转向关注商法基础理论和基本制度的研究;研究的范围从公司法走向商法的各个领域。研究成果的质和量均有大的发展,学术水平得到了提升。这期间,除了各种学术理论刊物上发表了大量商法学研究论文外,还出版了数量众多的商法学教材、专著和译著。为了有效地培养法律人才,高等学校的法律院系已开设了商法学的课程,商法学已被教育部确定为我国高等学校法学专业核心课程之一;部分法学的教学、科研单位还建立了商法研究机构,专就商法进行集中的研究。

近几年,商法学研究所涉及的课题,主要包括两个方面:其一是商法基础理论研究,包括如何认识商法,如何在总体上认识商事主体和商行为等理论问题;其二是商法专题研究。从研究成果来看,大多集中于对公司法、证券法、破产法的研究,而对商法的其他问题包括票据法、保险法的研究则相对比较薄弱。其中,公司法的研究主要针对公司立法、公司法人财产权、公司法人格否认、公司治理结构、股东权、职工持股以及国有企业公司制改革等问题;证券法的研究集中于上市公司信息公开制度、上市公司收购、禁止性证券交易行为和证券监管等问题;票据法的研究主要集中在票据的无因性、票据代理、票据抗辩、票据质押以及票据背书等问题;破产法的研究包括实体和程序两个方面,涉及破产财产、破产清算、保证人的预先追索权、别除权以及破产重整制度等问题;保险法的研究集中在保险利益、保险代理、保险欺诈、存款人保险制度、保险合同等方面。

商法研究所取得的上述成果,不仅促进了商法学的学科建设,提升了商法学的水准,也为商事立法和实践的发展作出了贡献。这一切,不仅表明了商法与商法学存在和发生作用的价值,也表明我国的商事法学正逐步走向成熟。

二、学习商法使我们思考什么?

无疑,学习商法学,可以学习商法规则及相应理论的运用。但是,不应止于此。以下问题应引起我们的深入思考。

(一)商事与商事法制的互动

从1953年至1978年,我国几乎中断了所有商事立法。同样,也中断了商事司法。但是,以引进外资和在部分地区实行经济特区为契机,从1979年开始,外商投资领域和经济特区开始了商事立法和商事司法。尤其是1993年开始,我国全面恢复了商事立法与商事司法。那么究竟是什么样的力量推动这些变革呢?就最简单的意义而言,是实践推动了这些变革。具体言之,是商事实践推动了商事立法和商事司法。商事实践中产生的商事关系是商法产生的土壤。如果仍然没有商事实践,没有商事关系,就仍然没有商法的土壤。1953年至1978年的历史就表明了这一逻辑。同样,1978年以后的经济体制改革,特别是1993年开始实行社会主义市场经济体制,商事实践逐渐发展,商事关系频繁产生,商法的土壤出现了,因而商事立法和商事司法得以恢复,并顺利地发展起来了。可以说,商法、商事立法和商事司法的产生与发展,不是人有意为之的结果,而是历史逻辑的必然产物。在计划经济体制下,没有发达的商

事关系,不存在调整商事关系的需求,人有天大的本事,也不可能创制出商法,更不可能有商事法制。相反,在市场经济体制下,已经出现了商事关系的调整需求,如果人们视而不见,甚至藐视实践的需求,不去主动适应它,则会逆历史逻辑而行,导致重大损失发生。因此,当商事实践产生需求时,商事立法就立刻就开始,商法体系初步形成,这绝不是偶然的。同时,商法的作用也已向人们表现了它存在的价值,伴随着商法向完善的方向发展,由于它的规范、引导和促进,商事公司、证券市场、保险市场、票据交换市场、海运事业等虽然经历不甚平坦的路,但还是向前发展了。显然,商事与商事法制的互动,是商法应关注的永恒主题。

(二)商法的精神

商法是否有自己特有的精神呢?这是不可不思考的问题。如果商法有自己的精神,应如何把握这种精神呢?理论与实践都表明,以下几点是值得注意的:

1. 商法是私法

(1)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,以确认私权并保证其实现为己任。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:

其一,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。

其二,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。

其三,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。

(2)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’”。〔2〕例如,法国公司法(第55~65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);我国公司法关于对违反公司法的行为进行行政处罚和刑事处罚的规定。凡此种种,都明显带有公法的性质。

2. 商法是民法的特别法

商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,这就是商法出现于法律体系的必要。商法作为特别法的意义在于:在法律适用上,商法的适用先于民法。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,应首先适用商法。如商法未规定者,则补充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。当然,在商事关系的调整中,民法的一般适用也是一个重要原则。诸如权利能力、行为能力、诚信原则和契约自由原则等,都应无例外地适用于商事事项。将民法和商法的关系表述为一般法和特别法的关系,是民法、商法发展规律的总结,它本身并不表明哪一个法律部门更重要。

3. 商法是以企业为本位的法

商法是规定商人和商事行为的法。而商人即商事主体,包括商自然人和商事组织。其中,商事组织无一例外地采用了企业形式。投资者根据经营不同领域的需要,或基于降低成本、控制风险、支配程度和税收负担的不同考虑,分别采用个人独资企业、合伙企业、合作社、公司,或仍采用国有企业、集体企业等。因此,商法规则大多是规范企业组织和企业行为的,商法是保护企业权利和规定企业义务的法。正是在这一意义上,人们将商法视为以企业为本位的法,甚至有的人认为商法是关于企业的法。

4. 商法是确认营业自由的法

所谓营业自由,是指商事主体自由地从事营利活动,非经法律、法规规定不得限制。营业自由是一切采取市场经济体制的国家实行的原则,并且由宪法和法律所确认。《宪法》第16条、17条规定,国营企业(国有企业)在法律规定的范围内,有经营

〔2〕 张国键:《商事法论》,台北三民书局1980年版,第20页。

管理的自主权;集体企业有独立进行经济活动的自主权。《公司法》第5条规定,“公司以其全部法人财产,依法自主经营,自负盈亏”。这表明,营业自由是受到我国宪法、法律保护的。

营业自由包括商事主体采用营业形式的自由、经营决策的自由、合同自由和选聘职工的自由,但自由不是任意为之,而是从事法律、法规规定可以从事的营业活动。

5. 商法的特殊功能

(1) 规范商事主体

不论是发达的市场经济国家,还是如我国这样的发展中国家,其实践都表明,市场经济首先要有规范的商事主体,即商事主体应当合格。换言之,商事主体应该具备一定的条件,应该具有权利能力、行为能力和责任能力,它必须为其商事行为的后果负责。因此,商法必须发挥其规范商事主体的功能。

(2) 规范商事行为

规范商事行为是商法最重要的功能之一。在市场经济活动中,不仅商事主体须合格,其商事行为也应当是规范的,包括商事行为实施的条件和商事行为实施的方式。前者,如我国公司法规定,股票的转让应该在法律规定的交易场所进行;后者,如依公司法规定,记名股票须背书转让。这些规定,不是为了禁止某些行为,而是为了保障交易的快速、可靠、安全。

(3) 保护投资者的利益,实现商事主体的利益、投资者的利益和社会利益的协调

发展市场经济需要有效的投资,没有投资者的有效投资,市场经济不可能持续发展。所以,商法必须保护投资者的利益,发挥投资者的积极性。譬如,证券法规定上市公司必须进行信息披露,就是为了使证券市场透明,为投资者作出投资判断提供条件。又如,在证券市场上,只要不违反禁止性法律规定,证券持有人通过证券市场进行交易,哪怕是投机行为,其利益也应当得到保护。但是,投资者利益的保护不是绝对的,应该追求投资者利益、商事主体利益和社会公共利益的协调。具体而言,投资者利益的实现,离不开商事主体的营利的实现,而无论是投资者还是商事主体的利益的实现都不能危害社会公共利益。

(4) 实现商事交易的快速、安全和秩序的统一

商法的一个重要任务是实现商事交易的顺利、可靠、安全,而商事交易的快速也是商法所追求的重要目标。但就两者的关系而言,安全应该是快速交易的基础,没有交易的安全,交易的快速只能是一时的。同时,秩序是商事交易快速、安全的重要保障。换言之,商事交易的快速、安全必须依赖于良好的秩序,秩序混乱则交易难以顺利进行,其安全则更无从谈起。所以,发达的市场经济国家都非常重视秩序问题。商事主体追求商事交易的快速、安全,但快速、安全的商事交易只能有序地进行。因此,实现商事交易快速、安全和秩序的统一是商法的一个重要功能。

(三) 商法中的自由与强制的协调

从商法规范的静态结构考察,如上述,商法规定的内容涉及商人和商行为,而前

者主要是商事组织。相应地,商法表现为商事组织法和商行为法。无疑,它们各有不同特征,对其规范的要求也各异,但正如有的学者所分析的那样,“从历史角度看,有关企业活动法部分,因属行为法,主要在规范企业活动中特定人相互间行为,本应尊重当事人意思,并以自由与迅速为依归,故大都采任意性规定;至于有关企业组织法部分,因属组织法,而企业组织健全与否,直接、间接影响第三人利益及社会安全,应以严格与确实为必要,故多采强行规定。”^{〔3〕}这表明,商法的规范构成是具有规律性的。一般而言,采用何种性质的规范,是与商法所调整的具体的社会关系和所规范的具体行为有着密切关系的。交易行为所发生的利害关系仅及于行为当事人,应尊重当事人自治,受个人法原理支配,其采用的规范应依当事人意思选择,故而采用自由主义,宜基本采用任意性规范,以实现交易的便捷、安全。商事组织及其运营所发生的社会关系,则涉及组织体是否健全,其所发生的利害关系,不仅及于当事人,还直接、间接地及于当事人以外的第三人,甚至影响社会公众利益,受团体法原理支配,故而实行强制主义,多采用强制性规范。进而言之,商法中涉及企业组织及其治理,尤其是程序性事项,宜采用强制性规范。但是,也不应绝对化。企业形态不一,个人独资企业法、合伙企业法虽为组织法,但合同的色彩很浓。即使是公司法中,凡属于“意思自治”决定的事项,特别是当事人之间可以自行协调的事项,应采用任意性规范。

从商法规范结构的发展趋势考察,商法的上述静态规范结构并非今天才有的,但是,当今讨论商法采用何种具体的法律结构是有意义的。现代市场经济条件下,自由与管制的协调一直是不容忽视的课题。实际上,始于1979年的中国经济体制改革,在由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变中,就是不断地放松管制(或曰“规制缓和”、“政府适度干预”),扩大营业自由。商法中的强制性规范和任意性规范,是分别适应管制与自由的要求的。其强制性规范和任意性规范结构,就是管制与自由协调的反映。可以说,现行商事法律所采用的具体规范结构,反映的是20世纪90年代初当时经济体制中管制与自由协调的水平。如今,放松管制、扩大营业自由的水平有了很大的提高。以企业决定商品、服务价格为例,90%以上的商品和服务已实行市场调节价。显然,现行商事法律的规范结构,即现行商事法律特别是公司法中的任意性规范与强制性规范的比例状况,已不能适应变化了的放松管制、扩大营业自由的情况。换言之,政府对经济的管制较20世纪90年代初更加放松了,而商事法律中强制性规范的比例并未降低。同样,营业自由扩大了,但反映营业自由本质的任意性规范并未提高比例。中国已于2001年加入了世界贸易组织,面对全球经济一体化,不论是引进外资,还是提高我国企业的竞争力,都需要进一步扩大营业自由、放松管制。相应地,商法应增加任意性规范,减少强制性规范。但是,自由与管制并不是对立的,也不是简单的彼此消长的关系,而是一种互动关系。如上述,商人需要交

〔3〕 赖源河:“学习商法与经济法需有宏观的企划能力”,载赖源河教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会:《财经法专论》,台北五南图书出版公司1997年版,第4页。

易的快速,因而需要自由;同样,交易需要安全,因而需要管制和强制,两者是统一的。与此相适应,规范结构与实践相互协调,任意性规范和强制性规范相互协调,这是一个不可避免的趋势。

需要指出的是,无论是任意性规范,还是强制性规范,它们都是支撑私法自治的。即使是强制性规范,它“并不‘管制’人民的私法行为,而毋宁是提供一套自治的游戏规则”,仍不抵触私法自治的理念。^{〔4〕}因此,不能简单地将商法中的任意性规范和强制性规范作为识别其私法与公法的根据,也不宜将公司法中的强制性规范一概视为公法化的表现。

(四)商法与信用

在诸多法律部门中,信用与商法有着最为密切的关系。

首先,信用是商事交易的基础。就商法而言,将信用理解为履行义务的诚实态度和履行义务的能力,是十分必要的。诚实态度和履行义务的能力是紧密联系的。商事交易的基础须依靠履行义务的能力,没有履行义务的能力,交易无法进行。这里所谓的履行义务的能力,当然应包括“权利能力和行为能力”,但主要是指商事特别的能力。而后者,又主要是指履行义务的条件。我们在商法中经常讨论的资本信用和人的信用,就是这种履行义务能力的不同形态。诚然,只有履行义务的能力而无履行义务的意思表示,交易仍然无法实现,因此,还必须具有履行义务的诚实态度。商事交易贵在快速、安全,而交易快速、安全的关键是当事人之间对履行义务诚实态度和履行义务能力的准确、适时的判断,这是实践和理论都已证明的。

其次,信用是商法最基本的原则。商人从事商事活动的目的在于营利,而营利必须以诚实经商为基础。换言之,“一个人在有关其承诺的事务中负有因其承诺而生的、首先为受诺人利益而行使的职责”。^{〔5〕}所以,信用即诚实信用是商法最基本的原则。所谓“基本”,包括它是调整商事关系的最基本规范,其他规范被适用时必须接受其指导。同时,它也是可以直接适用的规范。即使某种商事行为法律没有明文规定为违法,只要当事人违反诚实经营的要求,就可认定其违法性,要求其承担民事责任。这样,就保证了信用在整个商法中的地位。

最后,信用是一种特殊的债权债务关系。自有人类以来,交易经历了不同的发展阶段,即以物易物、银货两清的即时交易和信用交易。信用交易是商品经济发展的高级阶段。在市场经济条件下,不可能所有的交易都是银货两清的交易。相反,大量的交易是信用交易。所谓信用交易,即一方同意他方延期偿还债务的一种交易。在这种交易中,授信者基于对受信者履行义务的态度和能力的信任,愿意在目前交付财物,而同时同意受信者所作的在未来偿还债务的承诺。而受信者同意目前取得财物,承诺未来一定期限偿还债务。信用交易有三个特点:一是财物移转伴随信用借贷关

〔4〕 苏永钦著:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第17页、20页。

〔5〕 江平:“论信用”,载《江平文集》,中国法制出版社2000年版,第513页。

系发生。这种借贷大多是金钱借贷,如消费信用(当然商法上的信用不限于消费信用,还包括商业信用、银行信用等)中的赊销,售货方将消费品移转给消费者,消费者承诺在此后的某日支付价金。这里,买卖价款相对于即时支付价款,是消费者对售货方的欠款。这种信贷是伴随买卖发生的,且不是即时偿还的,属于信用借贷性质。因买卖货款的延期支付而产生的债权债务关系属于信用关系。二是信用交易需有时间间隔的因素。信用仅在未来偿还债务时发生,而未来偿还债务均有时间间隔。以上即时清结的交易,不会产生信用。三是信任是信用的基础。易言之,信用须债权人对债务人履行义务的意愿及履行义务的能力有信心。

上述表明,这三个方面并不是孤立的。信用作为一种特殊的债权债务关系,当然需要诚实信用原则的调整,而诚实信用原则就是将诚实地对待权利、义务的要求法律化了。行使债权、履行债务必须符合诚实信用的要求,履行义务必须既有诚实的意愿又有履行义务的能力。因此,三者是紧密联系的。

三、本书的编写方法与编写结构

(一)本书编写遵循的要求和方法

本书适应法律硕士专业学位教育提倡研究性、比较性和探讨性学习的要求,将商法课程分为若干个基本问题,并以这些基本问题为专题采取综述式写法,即客观、准确地记述有关问题的通行结论和观点及其他有代表性的观点。因此,本书并不强调系统性与完整性。这样做,目的是为了培养法律硕士专业学位研究生比较分析和独立思考的能力,并给教师的讲授留下充分的空间。

(二)商法课程的体系

商法学的范围如何确定?可以用“大同小异”概括学术界的见解。但是,商法作为一门课程应包括的内容,是有广泛共识的,并且,是没有争议的。这一点,集中表现在以教育部高等教育司的名义出版的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》中。根据这个基本要求,商法课程应包括七个部分:总论;公司法;破产法;票据法;证券法;保险法;海商法等。^{〔6〕}当然,这是教育部对高等学校本科教育的要求。但是,对于理解商法课程体系具有重要的参考价值。

(三)本书的结构

本书根据编写法律硕士专业学位研究生教育必修课《教学用书》的基本要求,除导论之外,分为6编33个专题。析言之:

1. 总论。包括商法的地位与作用、商事主体、商事行为。
2. 公司法。包括公司设立、公司法人制度、公司资本制度、股东权保护、公司经营权、公司内部监督机制和公司的变更与消灭等。
3. 证券法。包括信息披露、证券发行、证券交易、证券市场主体和投资者利益保

〔6〕 中华人民共和国教育部高等教育司:《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》,高等教育出版社1998年版,第100~110页。