



高等政法院校系列教材

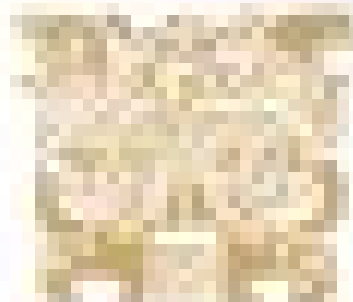


侯怀霞 主编

商 法 学

SHANG FA XUE

中国政法大学出版社



D923.991/11

2008

· 高等政法院校系列教材 ·

商 法 学

主 编 侯怀霞

副主编 夏善晨

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学/侯怀霞主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 3

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3182 - 6

I. 商... II. 侯... III. 商法 - 法的理论 - 中国 IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 036864 号

书 名 商法学

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

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

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

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787 × 960 16 开本 29.25 印张 620 千字

版 本 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3182 - 6/D · 3142

定 价 40.00 元

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

本书是根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》的规定,针对大学本科法学专业的教学特点和人才培养目标,在借鉴、吸收商法实践和最新科研成果的基础上,由长期在高校从事商法教学和科研工作的教师精心编写而成,全书共设两编八章。

本书全面、系统、科学地阐述了商法的基本理论和基本制度,主要包括商法原理、商法基本制度、公司法、破产法、证券法、票据法、保险法、海商法等内容。

本书吸收了国内外的优秀学术成果,在理论与实践相结合的基础上,实现理论性、实践性和应用性的有机统一。在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性和实用性,在内容上则反映了商法学的发展和时代特征。此外,本教材在体例和结构上简洁、明了,具有一定新意。

本书由侯怀霞设计、编写规划及要求并组织编写、统稿,侯怀霞任主编,夏善晨任副主编。

各章撰稿人分工如下(以撰写章节先后为序):

侯怀霞(上海政法学院教授):第一章至第四章。

周正义(上海政法学院讲师,硕士):第五章。

李绍章(上海政法学院讲师,硕士):第六章。

夏善晨(上海政法学院副教授):第七章。

荆 秋(中国海洋大学青岛学院教师,硕士):第八章。

编 者
2008 年 1 月

| 目 录 |

第一编 总 论

第一章 商法概述	1
第一节 商法的概念、调整对象及特征 / 1	
第二节 商法的法律地位 / 9	
第三节 商法的体系及渊源 / 16	
第四节 商法的基本原则 / 19	
第五节 商法的产生与发展 / 25	
第二章 商法基本制度	34
第一节 商事主体 / 34	
第二节 商行为 / 45	
第三节 商事登记 / 60	
第四节 商号 / 68	
第五节 商事账簿 / 76	

第二编 分 论

第三章 公司法	83
第一节 公司法概述 / 83	
第二节 有限责任公司 / 91	
第三节 股份有限公司 / 106	
第四节 公司债券 / 125	
第五节 公司的财务会计制度 / 128	
第六节 公司的变更、解散及清算 / 130	
第七节 外国公司分支机构 / 134	
第四章 破产法	137
第一节 破产法概述 / 137	
第二节 破产申请及受理 / 146	
第三节 破产管理人 / 153	
第四节 债权人会议 / 158	

第五节	重整制度 / 163	
第六节	和解制度 / 170	
第七节	债务人财产 / 174	
第八节	破产宣告与清算 / 181	
第五章	证券法	188
第一节	证券与证券法 / 189	
第二节	证券发行制度 / 201	
第三节	证券承销制度 / 208	
第四节	证券上市 / 211	
第五节	证券交易制度 / 214	
第六节	持续信息披露制度 / 221	
第七节	上市公司收购制度 / 226	
第八节	证券交易所及证券经营服务机构 / 232	
第九节	证券投资基金 / 240	
第六章	票据法	246
第一节	票据与票据法概述 / 246	
第二节	票据行为 / 264	
第三节	票据权利 / 283	
第四节	汇票 / 305	
第五节	本票与支票 / 333	
第七章	保险法	355
第一节	保险法概述 / 355	
第二节	保险合同 / 368	
第三节	财产保险合同 / 377	
第四节	人身保险合同 / 389	
第五节	保险业法 / 397	
第八章	海商法	411
第一节	海商法概述 / 411	
第二节	船舶与船员 / 414	
第三节	海上运输合同 / 423	
第四节	船舶租用合同 / 436	
第五节	船舶碰撞 / 441	
第六节	海难救助 / 445	
第七节	共同海损 / 450	

参考书目	458
------------	-----

第一编 总论 <<<

第 1 章

商法概述

【本章概要】

“商”在不同的语境下,其含义各不相同,但总体而言,商的含义随着社会历史的发展变化而不断丰富。商法的概念有广义和狭义之分,狭义上的商法,又称形式意义上的商法,即指《商法典》,德国、法国及美国都制定有《商法典》,但其立法模式各具特色;广义上的商法,又称实质意义上的商法,是指调整商事关系的法律规范的总称,我国尚未制定《商法典》,但随着我国市场经济的建立和发展,商事立法不断完善,已制定颁布了大量的商事法律法规。关于商法的调整对象,无论是国内还是国外,学者之间都多有争议,在国外,主要有两种观点:一是认为商法的调整对象是商人或企业;二是认为商法的调整对象是商行为。在我国,多数学者认为商法的调整对象是商事关系。商法的特征可以从不同方面加以概括,但其本质特征是营利性。商法的基本原则为自由交易、公平交易、便捷高效、保障安全等。关于商法的体系结构,我国学者基本达成共识,认为我国商法通常由商法基础理论、公司法、破产法、证券法、票据法、保险法、海商法构成。在传统商法中,商法的渊源主要为商事制定法、商事判例法、商事习惯法和商法学说。我国商法的渊源主要为制定法、司法解释、商事自治法等。在国外,商法学是一门古老的学科,在我国,商法学则是一门年轻的法学学科,其许多重大理论问题有待进一步探讨研究。

第一节 商法的概念、调整对象及特征

一、商法的概念

(一) 商的语源及含义

在英语表达中,流通领域中的“商”表述为“commerce”,而与广义的“商”相对应的

是“business”。“business”有两重涵义:从微观主体的角度讲,可以理解为企业的“商务管理”;从学科角度讲,就是“商科”的概念。“商”在法语中表述为“commerce”,在德语中表述为“handles”,在拉丁语中表述为“commerium”,在日语中表述为“商业”。在古汉语中,商是一种计时单位,一刻称为一商;同时商还有“估量”、“推测”之义;此外商又跟量合用,成为“商量”,进而引申为协商之义。^{〔1〕}现代汉语词典对商有如下几种解释:一是商量,为协商之义;二是商业,指经商、通商;三是商人,指从事各种商业活动的人。^{〔2〕}

对商的概念的界定,学界众说纷纭,莫衷一是。有学者认为,商的概念可以分为形式定义和实质定义两种。形式定义学说将商概念界定为介于生产者和消费者之间,直接媒介财货交易、调剂供需进行的行为。实质定义学说将商定义为“以营利为目的之事业或行为”。有学者认为,在现代社会,人们通常在不同层次上使用商一词,商的概念已经逐渐发展成为社会学、经济学、法学等多学科、多层次的概念。在社会日常生活用语中,人们除了在协商、商量等这样一些本义上使用商的概念外,通常将各种形式的物的买卖活动、交易活动都视为商。在社会学意义上,商多指介于农业、工业之间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。在经济学意义上,商被理解为沟通生产者与消费者的中间环节,是商品进入市场的流通行为,是产品从生产者手中流转到消费者手中的渠道、中介,是生产方式之一种。经济学上所说的商,主要从狭义上来解释,即主要指商品在流通领域中的流转。法律意义上的商,是一种特指的经营行为。法律上考察商的含义,重点在于其是否属于营利性活动以及从事这种营利活动的行为人是否具有法律上所赋予的能力。此外,商法学者们还对现代商法中的“商”的范围进行了界定,认为大致可以分为四种:第一种为“固有商”,是指直接媒介财货交易的基本商行为,主要包括商品交易、证券交易、票据交易以及海上交易等;第二种为“辅助商”,也称第二种商,是指间接以媒介货物交易为目的的行为,它是使“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为,如货物运输、仓储保管、居间、行纪、包装、装卸等;第三种为“第三种商”,是指虽不能有直接或间接媒介货物交易之行为目的,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、摄影等;第四种为“第四种商”,是指仅与“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、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐、信息咨询等。^{〔3〕}

综上所述,我们可以发现商是一个非常复杂的概念,从不同的角度分析,其所展示的内容各不相同。商的概念起源于商品交换,原始的交换形态是以物易物的直接交

〔1〕 范健主编:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第6页。

〔2〕 《现代汉语词典》,商务印书馆1985年版,第1000页。

〔3〕 顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社2001年版,第4页。

换,而后发展为以货币为媒介的简单商品流通。但此时的商品交换不以营利为目的,所以不具有“商”的属性。第三次社会大分工以后,才有了“商”、“商人”、“商业”,此后的交换活动成为了以营利为目的的经营活动,商的本质才初露端倪。由于此时“商”的内涵和外延仅限于流通领域,所以是一种狭义上的商。

随着小商品生产发展成为社会化大生产,生产的基本组织形式亦由原来的手工作坊为主发展为现代企业为主。由于企业的生产经营活动无不受到利润动机的驱使,所以,“生产”与“生产者”的涵义也发生了变化。手工作坊式的“小生产”与“生产者”不一定是以营利为目的,但是现代企业的生产或生产者却一定是以营利为目的的。所以,原来的“生产者”的概念已经不能涵盖企业的营利性特征,“厂商”范畴便应运而生。“商”的涵义从此不再局限于流通领域。此后,流通领域的“商”又进一步分化为批发商、零售商、经销商、代理商等,流通之外的整个社会经济活动过程中,出现了储运商、广告商、保险商、证券商等,“商”的概念的内涵、外延得到了极大拓展。现代意义上的“商”,可以归结为:一切以营利为目的的微观主体的所有经营活动,亦即以营利为目的的经营活动的总称。此处营利是商的目的及内涵所在,经营交易是商的手段和外延所在。

与商密切相关的另一概念是商事,作为营利性活动意义上的商,人们常常用商事一词来取代之,由此便出现了商和商事同等使用的现象。随着近现代商事规模的扩大、一个特殊的商人阶层的出现,尤其是在以调整商事交易主体和商事交易行为为内容的商法典和商事专门法规出现之后,商的概念从原先的约定俗成而嬗变成为一个法定概念,商的概念也逐渐特指营利活动。由于商事是人们以商为媒介形成的社会关系,与商的概念相联系,我们可以将商事理解为以营利为目的的经营关系。在现代社会,随着交易主体、交易客体不断扩展,即从传统意义上的商人扩展到每一个商品持有者,从有形商品扩及于无形商品,从而使商的概念外延不断拓展,促使人们从更广泛的意义上来理解商事这一概念。

(二) 商法的概念

商法有广义和狭义之分,狭义上的商法是指商法典;广义上的商法是指调整商事主体在商事交易活动中所形成的商事关系的法律规范的总称,它不仅包括商法典,同时还包括所有调整商事关系的商事法律法规,涵盖所有商事法律部门,不仅包括商人身份法和商行为法,而且包括与商事活动密切相关的各种法律,如公司、票据、银行、保险、运输、代理、信托、消费者保护等方面的法律法规。在我国,商法是一个新兴的法律部门,学界对商法的研究基本处于初创阶段,有关商法的许多重大理论问题诸如商法的概念、调整对象、本质特征、体系结构、功能作用等还未得到很好的研究和论证。在立法方面,我国尚未制定商法典,但已制定颁布了大量调整商事关系的商事法律法规,具体体现在两个方面,一是散见于民法、经济法、行政法、刑法等部门法中的商事法律法规;二是商事特别立法,如公司法、证券法、破产法、银行法、保险法、海商法等。

(三) 商法的分类

以不同的标准从不同的角度可以将商法分成不同的种类,通常,商法可以被划分为如下几类:

1. 形式意义上的商法与实质意义上的商法。根据商法表现形式的不同,可以将其划分为形式意义上的商法与实质意义上的商法。形式意义上的商法,是指专门制定以“商法”命名的法典,其内容主要涉及商主体、商行为的界定、创设等商法的一般规则以及商事公司、证券、票据、保险、破产、海商等基本制度。形式意义上的商法概念的理论着眼点为规范的表现形式和法律的编纂结构,它以法律文件的表现形式——商法典作为商法概念的界定基础。在奉行民商分立立法原则的国家都制定有商法典。在大陆法系国家中,德国、法国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、巴西、智利、阿根廷等均制定了商法典。实践中,由于各国法典编纂的原则不尽相同,形式意义上的商法并非千篇一律,而是表现出不同的形式,主要有三种情形:①以商人为主观主义原则作为立法基础而编纂的商法典,德国商法典是典型代表,其共有四编:商事、商事公司及隐名合伙、商行为、海商;②以商行为为中心的客观主义原则作为立法基础而编纂的商法典,法国商法典是典型代表,其共有四编:通则、海商、破产、商事法院;③以商人和商行为共存的折衷主义原则作为立法基础而编纂的商法典,日本商法典是典型代表,其共有四编:总则、公司、商行为、海商。英美法系国家原本没有商法典,但为了商事交易的方便,20世纪下半叶之后,它们开始着手制定成文法典。美国制定了《美国统一商法典》,该法典虽然在立法技术、法律概念等诸多方面借鉴了大陆法系国家的商法典,尤其借鉴了德国民法典的经验,但其所采用的立法原则与大陆法系国家截然不同。其法典不以商行为为中心,也不以商人为主观,更不以商行为与商人的折衷为中心,而是以货物买卖为中心构建其规范体系。《美国统一商法典》共十编:总则、买卖、商业票据、银行存款和收款、信用证、大宗转让、仓单、提单和其他有权凭证、投资证券、担保交易、生效日期和废除效力。^{〔1〕}

实质意义上的商法,是指所有调整商事关系的法律规范,不仅包括形式意义上的商法,而且还包括不以“商法”命名但具有商法实质内容的各种法律法规,通常散见于民法、行政法、经济法、刑法以及其他法律法规和判例中。实质意义上的商法概念的理论着眼点为商法律规范的性质、作用、构成、实施方式等在理念上的有机统一。从实质意义上看,无论是大陆法系还是英美法系,也无论是奉行民商分立还是奉行民商合一的国家,都存在着实质意义上的商法。

我国目前尚无形式意义上的商法,亦即尚无商法典,但作为实质意义上的商法以各种方式大量存在,除了散见于民法、经济法、行政法、刑法及其他法律规范中的商事规范外,我国已制定颁布了许多商事特别法,诸如公司法、破产法、合伙企业法、票据法、保险法、银行法、海商法等,这些法律在规范商事主体和商行为、保护当事人的合法

〔1〕 范健主编:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第8页。

权益、维护市场经济秩序等发面发挥着重要作用。

2. 国内商法与国际商法。根据商法的制定机构和适用范围的不同,可将其划分为国内商法与国际商法。国内商法是一国制定的商事法律规范,其制定者为国内有关机关,其效力范围仅限于一国境内。通常包括一国制定的所有商事法律规范,既包括形式意义上的商法,也包括实质意义上的商法。国际商法,是指调整跨国商事关系的国际商事规范,如国际公约、国际惯例等,其制定者是国际有关组织,适用范围为两个或两个以上的国家或地区。由此国际商法又可称为调整国家与国家之间商事关系的法律。如调整国际买卖的《联合国国际货物买卖合同公约》,调整国际货物运输的《海牙规则》、《海牙—维斯比规则》、《汉堡规则》,调整国际贸易术语的《国际贸易术语解释通则》,调整国际商事合作的《国际商事合同通则》等,^[1]都是较为著名的国际商事规范。

3. 商事公法与商事私法。根据商法的调整对象的性质不同,可以将其划分为商事公法和商事私法。商事公法,是指调整国家与私人之间所发生的商事关系的商事法律规范,当事人之间具有隶属性,呈现出管理与被管理的纵向商事关系。商事私法,是指调整私人之间所发生的商事关系的商事法律规范,当事人的法律地位平等,不具有隶属性。通常,商事公法与商事私法并非泾渭分明,大多数商事立法中往往既有商事公法规范,又有商事私法规范。但总体而言,在兼具公法性质和私法性质的法律规范中,公权力是以保障私权利为目的的,商法中公法性质的规范归根结底是为了保护私法上的权利的实现。虽然现代商法中公法性质的内容呈增加的趋势,但并没有从根本上改变商法的私法性。

二、商法的调整对象

与商法的概念相适应,商法的调整对象是商事关系。所谓商事关系,是指商事主体依照商事法律的规定在从事商事活动中所发生的社会关系,亦即商事主体所从事的以营利为目的的经营关系,这种关系既可以发生在商事主体之间,也可以发生在商事主体和非商事主体之间。

商法学界对商事关系作为商法的调整对象,似乎没有太多分歧,但对于商事关系的性质及分类,学者们有不同观点。

关于商事关系的性质,主要有三种学说,即主观主义、客观主义、折衷主义。

主观主义认为,商事关系是商人进行商事行为而形成的关系,此观点是从行为的主体出发,强调商行为的特定主体,只有商事主体从事商事活动所形成的关系才是商事关系,而非商事主体如一般公民即便是从事了商事活动,其在从事商事活动中所形成的关系也不属于商事关系,不受商法调整,因其活动主体不是商事主体。

客观主义认为,商事关系是从事商行为而形成的关系。此观点是从行为的性质出

[1] 郭瑜编著:《商法学》,北京大学出版社2006年版,第9页。

发,强调行为的商事性,只要行为属于商事行为,那么与该行为相适应而形成的关系即为商事关系,就受商法调整,不论行为主体是商事主体还是非商事主体。

折衷主义认为,商法的调整对象要同时考虑人和行为,即既要考虑商行为的主体,也要考虑行为本身。因为实践中,非商事主体从事的某些商事行为也会产生相应的商事关系,该商事关系理应由商法调整。而有些行为只有商人从事才会形成商事关系,非商人从事则不会形成商事关系。^{〔1〕}

我们认为,虽然上述观点各有其立论依据,也各有理由,并能自圆其说,但仔细体味,并无实质区别,只不过是看问题的角度不同而已。我们在界定商法的调整对象时,要注意以下几个问题:①要从商法的概念出发来界定商法的调整对象。商法是调整商事主体在商事活动中所发生的商事关系的法律规范的总称,这样商事关系的界定必须以商事主体为着眼点,把商事主体在从事商事活动中所发生的关系界定为商事关系,其为商法调整之核心内容。②要从商法的特性来界定商法的调整对象。商法的突出特性之一就是其规制主体的商事性,即其主体为商事主体,从事经营活动,具有营利性。我们应结合商法的规制对象来界定其调整对象,不应任意拓宽其调整对象。否则很难与民法、经济法、行政法等邻近部门法厘清关系。③我们强调以商事主体为重心确定商法调整对象,并不否定或排斥“行为主义”。在以商事主体从事商事活动中所发生的商事关系作为商法调整对象的前提下,非商事主体从事商事活动所形成的商事关系在特殊情形下也完全可以纳入商法的调整范围,但应轻重有别,主次有序。

关于商事关系的分类,主要有以下几种:①商事财产关系与商事人身关系(或称为与商事财产关系密切联系的商事人身关系)。学者们参照借鉴民事关系的分类(民事关系被分为财产关系和人身关系),将商事关系也分为商事财产关系与商事人身关系。商事财产关系包括内部财产经营关系和外部财产交易关系;商事人身关系包括商事主体内部组织管理关系和商事主体之间的人身法律关系。②商事组织关系与商事行为关系。这种划分是从商事关系的具体内容出发,把商事关系分为商事组织关系和商事行为关系。有学者在此基础上进一步细化,将商事关系划分为商事组织关系、商事交易关系、商事代理关系、商事自律关系(即商事监管关系)。③社会经济关系及与之相联系的社会关系。这种划分认为商事关系是因从事营业行为所引起的社会经济关系以及与此相联系的社会关系的总和。

对商事关系的第一种分类,有学者提出不同看法,认为商事关系只能是一种财产关系,虽然商事主体也享有一定范围的人身权,如商事主体的荣誉权等,但商事主体的人身关系并不为商法所调整,而由民法来调整。商法之所以不调整人身关系,是因为商法所调整的商事关系是以营利为目的的经营关系,人身关系不具有营利性特征,因

〔1〕 郭瑜编著:《商法学》,北京大学出版社2006年版,第3页。

此不是商事关系。^{〔1〕}我们认为此观点值得赞同。首先既然商法作为独立的法律部门出现,成为我国法律体系的重要组成部分,就必须有特定的社会关系作为其调整对象,而其调整对象就是商事关系,并且这种商事关系只能界定在财产关系上,不应包括人身关系,否则商法的调整对象会因范围过宽而与民法的调整对象相混淆。商法只应调整属于自己的特定的社会关系,不应随意拓宽其调整对象的范围,否则会落个“大商法”的名声。再者,既然民法与商法是两个独立的法律部门,二者的根本区别就在于它们各自有特定的调整对象,否则商法的独立性就无从谈起了。

三、商法的特征

商法的特征是商法区别于其他部门法的重要标志和个性体现,也是商法本质特征的外化和彰显。关于商法的特征,学者们从不同角度归纳概括,形成了不同观点。有人认为商法有四个特征,即营利性、技术性、公法性、国际性;^{〔2〕}有人将商法总结为五个特征,即营利性、国际性、技术性、组织法与行为法结合、变动较为频繁;^{〔3〕}有人则将商法归纳为七个特征,即同源性、兼容性、协调性、技术性、进步性、国际性、营利性。^{〔4〕}凡此种种,不一而足。根据商法的概念、调整对象及内容,借鉴商法学者有关商法特征之概述,将商法的特征归结为如下几个。

(一) 营利性

所谓营利性,是指商事主体通过商事经营活动取得经济利益的特性。营利性是商法的本质特征,也是商法区别于其他部门法的主要特征,同时也是学者们公认的商法之特征。由上述内容可知,尽管学者们在商法特征的具体内容及数量上存在不同看法,但无论学者们将商法的特征总结为几个,营利性都毫无例外地被确定为商法的重要特征。商事主体从事商事经营活动的最终目的就是营利,这已被世界各国商法所确认。从商事主体之确立到商行为之界定、从商事活动的目的到商事立法及司法,无一不与营利相关联;无论是商法基本制度之构建,还是商法特有的原则及规则之确定,也都毫无例外地与营利息息相关。当然,商法的营利性通常是通过商法的制度安排,规范商事主体的资格和行为,引导其依法经营,最终实现营利之目的。我国著名商法专家徐学鹿先生认为:“现代商法不同于简单商品生产完善法的最本质特征,是资本经营性。资本经营是现代商法的精髓,商法就是资本经营法。”^{〔5〕}其对商法本质特征的阐述彰显着商法营利性之特征。

〔1〕 施天涛:《商法学》(第三版),法律出版社2006年版,第4页。

〔2〕 赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社1999年版,第14~18页。

〔3〕 黎燕主编:《商法》,中央民族大学出版社1999年版,第2~4页。

〔4〕 李玉泉、何绍军主编:《中国商事法》,武汉大学出版社1995年版,第12~13页。

〔5〕 徐学鹿主编:《商法学》,中国财政经济出版社1998年版,第7~8页。

(二) 技术性

所谓技术性,是指商法与其他部门法相比较,具有很强的技术性,商法中很多规范都蕴含了较高的技术性成分,且技术标准多,行业及专业性内容丰富,伦理道德性规范相对较少。由于商法以经济效用为主要目的,为达到交易的便捷、公平与安全,其规定颇富技术性,与一般私法如民法偏重于伦理规范有着明显的不同。通观商法的内容,其技术性特征贯穿始终。如票据法中有关票据之无因性、要式性、文义性等特征,票据行为诸如出票、背书、承兑、票据抗辩、追索权之行使等制度;保险法中有关保险费用、保险金额、保险标的、损害赔偿的估定等制度;公司法中有关高级管理人员诸如公司董事及监事的选举、公司股份、公司债券、公司财务会计等制度;海商法中有关共同海损的确定、理算规则的制度等;破产法中有关破产的概念、债权人会议、破产债权和债务、破产债务的清偿顺序等制度,都涉及大量的技术性问题,体现了商法的技术性特征。要正确理解并真正掌握商法的相关内容和具体制度,仅有一般常识和伦理道德知识是不够的,必须有丰富的法律专业知识和相当的专业理论水平。

(三) 多变性

任何立法都不可能一劳永逸,法律运作同样有其自身的新陈代谢,所有法律都面临废、改、立,商法也不例外。然而,商法作为调整商事关系的法律,与市场运行息息相关,市场的瞬息万变决定着商法的多变性,它不可能以不变应万变,相反,与其他部门法相比较,商法的修改更加频繁,变化更快。商事活动越发达,社会经济生活越繁荣,商事关系就越丰富,商法的变动性就越大。商事立法必须符合现实经济生活的需要,顺应商事活动的发展变化,及时做出调整,适时应变,真正发挥规范引导作用,切实保护商事主体的合法权益,维护社会经济秩序,确保市场有序运行。当然,我们说商法的多变性是相对而言的,它不可能是朝令夕改,不能将其多变性绝对化。

(四) 公法性

所谓公法性,是指商法中含有公法的因素,常常包含着政府对商事活动进行管理而形成的具有明显的公权力成分的规范,存在大量的公法性条款,这在国内外的商事立法中均有体现。如公司法中有关公司登记、公司设立、变更及公司违法的行政处罚等规定;证券法中有关对证券发行和证券交易的监管之规定;保险法中有关对保险业管理的规定等,都是公法因素在商法中的体现。需要指出的是,尽管商法中含有相当数量的公法性条款,存在公法因素,但这并没有从本质上改变商法所固有的私法性。这些公法性条款始终处于为私法交易服务的地位,由此,它还不能从根本上改变商法的私法性特征。正所谓商法是渗透着公法因素的私法领域。

(五) 国际性

所谓国际性,是指商法是具有国际性的国内法,具有开放性。商法作为调整商事关系的独立的部门法,首先是国内法,但同时又具有较为浓重的国际性色彩。商法的国际性似乎是与生俱来的。众所周知,商事交易习惯是商法最原始最重要的渊源,而

商事交易习惯最初源自国家及地区之间的商贸活动。从人类社会早期一直到中世纪,商法主要是一种国际商事交易习惯和惯例。西方国家进入资本主义阶段后,为保护贸易在本国的重要地位和发挥贸易的重要作用,同时也为了加强国家对本国贸易的管理,保护本国商事主体的合法权益,纷纷制定本国商法,此时商法“从国际走入国内”,商法的国际性大大减弱,从而使商法成为名副其实的国内法。20世纪以来,随着国际经贸关系的不断发展,国家和地区之间的经贸活动日益频繁,尤其是在国际经济一体化和国际经济全球化的背景下,任何国家都不能固守商法的国内法的单一性而排斥其国际性。各国必须变更其商法,在其商法的内容中增加调整具有涉外因素的商事关系的国际性条款,以增加商法的适用性,确保相应商事活动顺利进行,最终保护本国当事人的合法权益。

第二节 商法的法律地位

一、商法的法律地位概述

商法的法律地位,是指商法在整个法律体系中的地位,具体是指在整个法律体系中,商法是不是一个独立的法律部门,其重要性如何。

法律体系是由不同层次的法律部门组成的有机联系的整体。根据不同标准可以对法律体系做出不同的划分。如根据法律规定的内容不同,可将其划分为实体法和程序法。实体法是关于法律主体所享有权利和应承担义务的规定,如刑法、民法、经济法、行政法、婚姻法等;程序法是关于如何实现或者保障这些实体权利的规定,如民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等。根据法律的创制主体和适用范围及主体不同,可将法律体系划分为国内法和国际法。国内法是指主权国家制定的在一国范围内实施且其效力仅限于本国境内的法律;国际法是指国家之间或国家与地区之间以及它们相互之间通过协议、谈判、举行国际会议等方式制定的法律,该法律适用于所有参与制定或加入的成员国或成员方。

法律部门的划分是按照法律规范的自身性质、调整社会关系的不同领域和不同方法所划分的不同法律规范的总和。我国法律体系通常被划分为宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动法、科教文卫法、环境保护法、刑法、诉讼法、军事法等部门。

商法在我国法律体系中与经济法、民法、行政法、刑法、婚姻法等一样,处于基本法地位,是我国法律体系中的一个独立的法律部门。法律部门的划分向来都是“由简到繁”,在人类社会早期,由于生产力水平很低,社会经济简单且不发达,社会活动单一,社会关系单纯,作为此时调整社会关系的法律也相应简单,几乎没有法律部门的划分,那时法律的典型特征就是诸法合一,民刑不分,调整各种社会关系的法律被纳入同一部法律之中,如“秦律”、“大明律”、“大清律”等,往往一个“律”就将调整诸种社会关系的法律囊括其中。随着人类社会的不断发展,生产力水平日益提高,社会活动和社

会关系不再单纯,社会经济和社会关系日益发达且复杂,此时作为上层建筑的法律顺应社会经济发展的要求开始“裂变”,形成不同的法律部门,担当起各自的使命,履行其相应的职责。随着调整特定社会关系的法律部门的不断增多,法律体系日益丰富。任何一个法律部门的独立都是社会经济发展的结果,而不是凭空产生的,同时也不以任何人的主观意志为转移,无论人们采取什么态度,该独立的法律部门总是客观存在,商法就是如此。

二、商法是一个独立的法律部门

商法是否是一个独立的法律部门,是研究商法无法回避的问题,同时也是学界争论最大的一个焦点问题。关于商法在我国法律体系中的地位问题,学界主要有两种学说,即“肯定说”与“否定说”。

“肯定说”认为,商法不仅已客观存在,而且是一个独立的法律部门。“现代商法根本区别于简单商品生产完善法和近代‘民商法’,在于它彻底与以家庭为本位,家商一体的市场交易方式划清了界限,使家庭和市场交易变得毫不相干。家庭人作为消费者进入市场受到特殊的保护,市场交易者作为商人要求其具有特殊的素质和技能。”“民法要现代化,要与简单商品生产完善法划清界限,唯一的出路就是净化其近代民法中有关市场交易的内容,还民法为家庭法、婚姻法、继承法的本来面貌;商法要现代化,要与简单商品生产完善法划清界限,在于净化近代商法中有关家庭人身财产的内容。”^{〔1〕}

“否定说”则认为,商法是民法的特别法,是民法的组成部分,而非独立的法律部门。甚至认为根本无所谓商法,即便是在一定历史时期、一定地域范围内确实曾经存在过商法,但在现在、在我国,已经没有必要继续区分民法与商法。或者虽然商法是存在的,但并非作为独立法律部门,而是作为民法中的一个特别组成部分存在,与民法形成逻辑上的种属关系。中国人民大学赵中孚教授认为:“自成一体的部门法应该有它自身固有的一般原理,这些一般原理与适用于其他部门法的一般原理有泾渭分明的区别,法的每一领域都有它自身的精神实质和基本特征。而民法与商法之间根本不存在明确的划分,随着生产社会化的发展,它们之间的划分越来越困难。我们发现:民商分立的国家商法所选定那些标准本身就缺乏明确的定义,如何规定‘商人’和‘商业交易’等术语的定义,法学界对此几乎是一筹莫展。所有抽象定义都是含糊其辞,由于经济生活发展迅猛,这些定义往往很快就过时,从而给社会生活造成诸多不便,繁复冗杂的标准、层出不穷的例外规定只能使定义显得毫无科学价值,重新开始有关商法独立的论战现在看来是毫无价值了。商业交易在本质上属于民法范畴。”“相对之下,民商合一是一进步的趋势,特别是对于避免民事法院和商事法院在司法管辖上的争议,是

〔1〕 徐学鹿主编:《商法研究》(第一辑),人民法院出版社2000年版,第16~21页。