

MBA工商管理系列教材

MBA

# 商法教程

沈乐平 编著

SHANGFA JIAOCHENG

华南理工大学出版社



MBA 工商管理系列教材

# 商 法 教 程

沈 乐 平 编 著

华南理工大学出版社

· 广州 ·

## 内 容 简 介

本书根据 MBA 教学特点和要求,采用专题式编排体例,将商法学科的基本问题,尤其是核心问题,分为四大编,共计十四章,每个章节都涵盖了相关的基本理论、基本知识、基本问题和基本方法,注重方法的传授和能力的训练;同时也最大限度地反映了最新的司法实践和学科前沿问题,及时充实了新的科教成果、新的法律规范、新的司法解释、新的学术动态和发展方向。具有较高的理论价值和实用价值。

该书较适合工商管理硕士研究生教育、法律硕士研究生教育以及企业管理和法律专业在校本科生的教学用书。

## 图书在版编目 (CIP) 数据

商法教程/沈乐平编著. —广州:华南理工大学出版社, 2006. 7

(MBA 工商管理系列教材)

ISBN 7-5623-2367-4

I. 商… II. 沈… 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 (2006) 第 061290 号

总 发 行: 华南理工大学出版社 (广州五山华南理工大学 17 号楼, 邮编 510640)

发行部电话: 020-87113487 87111048 (传真)

E-mail: scutc13@scut.edu.cn

http: //www. scutpress. com. cn

责任编辑: 周莉华

印 制 者: 广东省阳江市教育印务公司

开 本: 787×1092 1/16 印张: 22.75 字数: 568 千

版 次: 2006 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

印 数: 1~3 000 册

定 价: 35.00 元

版权所有 盗版必究

# 目 录

## 第一编 商法总论

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| 第一章 商法概述 .....          | ( 1 )  |
| 第一节 商法的概念和特征 .....      | ( 1 )  |
| 第二节 商法的地位 .....         | ( 5 )  |
| 第三节 商法的基本原则 .....       | ( 10 ) |
| 第四节 商法的历史演进 .....       | ( 12 ) |
| 第二章 商事主体 .....          | ( 18 ) |
| 第一节 商事主体概述 .....        | ( 18 ) |
| 第二节 各种商事主体 .....        | ( 19 ) |
| 第三节 商事主体的名称 .....       | ( 23 ) |
| 第四节 商事登记 .....          | ( 29 ) |
| 第三章 商事行为 .....          | ( 34 ) |
| 第一节 商事行为概述 .....        | ( 34 ) |
| 第二节 商事行为的分类 .....       | ( 36 ) |
| 第三节 一般商事行为与特殊商事行为 ..... | ( 37 ) |

## 第二编 商事主体

|                           |        |
|---------------------------|--------|
| 第四章 个人独资企业法 .....         | ( 41 ) |
| 第一节 个人独资企业法概述 .....       | ( 41 ) |
| 第二节 个人独资企业的设立 .....       | ( 43 ) |
| 第三节 个人独资企业的权利和义务 .....    | ( 45 ) |
| 第四节 个人独资企业的投资人及事务管理 ..... | ( 46 ) |
| 第五节 个人独资企业的解散和清算 .....    | ( 47 ) |
| 第五章 合伙企业法 .....           | ( 49 ) |
| 第一节 合伙企业法概述 .....         | ( 49 ) |
| 第二节 合伙企业的设立 .....         | ( 51 ) |

|            |                       |               |
|------------|-----------------------|---------------|
| 第三节        | 合伙企业的财产及合伙事务的执行 ..... | ( 54 )        |
| 第四节        | 合伙企业的外部关系 .....       | ( 56 )        |
| 第五节        | 入伙与退伙 .....           | ( 57 )        |
| 第六节        | 合伙企业解散与清算 .....       | ( 59 )        |
| <b>第六章</b> | <b>商事公司 .....</b>     | <b>( 60 )</b> |
| 第一节        | 公司与公司法 .....          | ( 60 )        |
| 第二节        | 公司的基本类型 .....         | ( 62 )        |
| 第三节        | 公司的设立制度 .....         | ( 71 )        |
| 第四节        | 公司的资本制度 .....         | ( 81 )        |
| 第五节        | 公司的治理结构 .....         | ( 85 )        |
| 第六节        | 公司的变更与终止制度 .....      | ( 97 )        |
| <b>第七章</b> | <b>破 产 法 .....</b>    | <b>(100)</b>  |
| 第一节        | 破产法概述 .....           | (100)         |
| 第二节        | 破产程序法 .....           | (104)         |
| 第三节        | 破产实体法 .....           | (123)         |

### **第三编 商事行为**

|            |                     |              |
|------------|---------------------|--------------|
| <b>第八章</b> | <b>商事合同 .....</b>   | <b>(139)</b> |
| 第一节        | 商事合同概述 .....        | (139)        |
| 第二节        | 商事合同的订立和成立 .....    | (140)        |
| 第三节        | 商事合同的内容和形式 .....    | (148)        |
| 第四节        | 缔约过失责任 .....        | (153)        |
| 第五节        | 商事合同的效力 .....       | (155)        |
| 第六节        | 商事合同的履行 .....       | (157)        |
| 第七节        | 商事合同的变更、转让和终止 ..... | (166)        |
| 第八节        | 违约责任 .....          | (170)        |
| <b>第九章</b> | <b>商事代理 .....</b>   | <b>(176)</b> |
| 第一节        | 商事代理概述 .....        | (176)        |
| 第二节        | 商事代理的类型 .....       | (182)        |
| <b>第十章</b> | <b>商事担保 .....</b>   | <b>(187)</b> |
| 第一节        | 担保法概述 .....         | (187)        |
| 第二节        | 保证 .....            | (189)        |
| 第三节        | 定金 .....            | (192)        |
| 第四节        | 抵押 .....            | (195)        |

---

|                         |              |
|-------------------------|--------------|
| 第五节 质权 .....            | (201)        |
| 第六节 留置权 .....           | (205)        |
| <br>                    |              |
| <b>第十一章 证券法 .....</b>   | <b>(211)</b> |
| 第一节 证券与证券法 .....        | (211)        |
| 第二节 证券发行与上市 .....       | (219)        |
| 第三节 证券交易 .....          | (230)        |
| 第四节 投资基金法律制度 .....      | (245)        |
| <br>                    |              |
| <b>第十二章 票 据 法 .....</b> | <b>(249)</b> |
| 第一节 票据法概述 .....         | (249)        |
| 第二节 票据权利和票据行为 .....     | (255)        |
| 第三节 票据法上的其他问题 .....     | (261)        |
| 第四节 汇票 .....            | (266)        |
| 第五节 本票 .....            | (279)        |
| 第六节 支票 .....            | (282)        |
| <br>                    |              |
| <b>第十三章 保险法 .....</b>   | <b>(287)</b> |
| 第一节 保险法概述 .....         | (287)        |
| 第二节 保险合同法 .....         | (300)        |
| 第三节 财产保险与人身保险 .....     | (314)        |
| 第四节 保险业法 .....          | (319)        |

#### **第四编 商事救济**

|                        |              |
|------------------------|--------------|
| <b>第十四章 商事救济 .....</b> | <b>(331)</b> |
| 第一节 商事救济概述 .....       | (331)        |
| 第二节 商事诉讼 .....         | (336)        |
| 第三节 商事仲裁 .....         | (346)        |

# 第一编 商法总论

## 第一章 商法概述

本章重点和难点：

1. 商法的概念和特征
2. 商法的地位及与诸法的关系
3. 商法的主要原则

### 第一节 商法的概念和特征

#### 一、商事释义

商法就其一般意义而言是关于调整商事关系的法律规范的总和，因而商法中一系列概念、规则和制度的建立均不能脱离对于“商”或“商事”的特定理解。何谓“商”，这是研究商法首先应该弄清楚的问题。

商事，简称为“商”，其含义可分别从一般文字、经济学和法律诸方面予以诠释。从一般字义来讲，商即商品的买卖活动。这是人们对商的一般理解。《汉书》称：“通财鬻货曰商”，这是对商的一种最为简单的解释。《白虎通义》说：“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商。”这是对我国上古时代因生活简陋、交通不便，当时所进行的媒介货物直接交换之行为，即物物交易的描述。经过经济学家的归纳，商事，特指社会总生产过程中的一个特定的环节，即商品流通，它被严格界定为既非生产活动，也非消费活动，而是直接沟通生产与消费的流通领域的活动。但是，法律上所谓的商事，是从调整对象的角度，对特定的社会关系的共同性质和基本特征的理论概括。商事是指一切以营利为目的的

经营活动的总称,也就是说,凡是具有营利性的有偿法律行为,都可以看成是商事活动,而不仅限于单纯的商品交易行为。这种对商事活动的法律概括,其范围基本涵盖了生产、流通、消费各个领域。

由此可见,法律上的商事概念与经济学上的商事概念是存在差异的。依通常理解,经济学上的“商”,系指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。详言之,商即由工农业生产者手中流转至消费者手中的渠道、桥梁和中介,以调剂供需,从中获取利润的行为。这种行为,通常被法律上称为“买卖商”,亦即学者所称的“固有商”。法律学上的“商”,除固有商外,还包括范围更广的“非固有商”。这里所说的“非固有商”,根据学者们的归纳,大致可以分为三类:一是“辅助商”,亦称“第二种商”,指间接以媒介货物交易为目的之营业活动,它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的商事行为,如货物运送、仓储、居间、代理、行纪、包装等;第二类是虽不具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有商业条件的营业活动,如银行、融资、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影营业,学者又将其称之为“第三种商”;第三类是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、旅馆营业、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等,此种商事营业与固有商的联系已极为间接,学者多称之为“第四种商”。由此可见,现代商法上所称的商事是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业之总称。这就是说,商事是对营利性主体从事的各种活动之概括;商事是对各种持续性营利行为之概括;商事是对各种营利性营业之概括。

鉴于法律上涵盖的商事活动太为宽泛,各国学者将商法所规范商事活动概括为几家公司、合同、票据、保险、海商和破产。商法之所以将这六种事项确认为商事,主要是由商事活动的基本过程一般规律决定的:商人是从事商事活动的主体,而公司则是商人最为典型的组织形式;公司从事商事活动主要以合同的形式来进行,同时又以票据为支付手段;公司要分散风险就要有保险;公司要参与国际市场竞争,就不能没有海商;而破产则是公司解体的一种主要形式。

## 二、商法的概念

有了对商事这一概念的正确理解,我们就不难准确地把握商法的概念了。

商法这一概念,在国外出现的历史比较悠久,在我国则是随着经济体制改革的进一步深化,才逐渐地由法学界所承认和使用。由于在社会制度、经济结构、法制背景、民族传统和语言习惯等方面的差异,各国对商法这一概念的认识也不相同,即使在同一国家,人们对商法这一概念的理解也存在一定的分歧。所以,要给商法下一个统一的、全世界都适用的定义几乎是不可能的。但商法的概念又是商法总则中最基本、最首要的问题,只有准确理解了商法的真正含义,才能对商法的各项具体制度进行深入扎实的探讨和研究,因为商法的其他问题都是由商法的概念引申出来的。

通常认为:商法是调整商事主体在商事活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。亦即,商法调整的对象是商事主体在商事活动中所发生的各种社会关系,简称为商事关系。而其法律表现形式,应为各种法律规范的总称,并非单指一部法典。

商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法是指民商分立的国家所制定的并冠以“商法典”之名的法律而言。法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家都先后制定了商法典。据统计,迄今为止,世界上大约有40多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。实质意义上的商法,则指以商事为其规范对象所制定的各种法律法规,既包括以“商事”也包括不以“商事”命名的一切调整商事活动的法律法规的总称。实质意义的商法着眼于规范性质、规范构成和作用理念的统一。因此,在市场经济条件下,一个国家可能没有形式意义上的商法,但不可能没有实质意义上的商法。

在实质意义上的商法中,又可分为广义的商法和狭义的商法。广义的商法,是对全部的商事法律规范的总称。狭义的商法,是专指国内商法中的商事私法法律规范体系,比如《公司法》《票据法》《海商法》等。在商法学研究领域,学者一般都以狭义的商法作为研究对象,所以人们通常所说的商法也都指的是狭义的商法。

广义的商法还包括国际和国内商法两种。凡国际公法上关于商事的规定如国防条约、电讯协约、船舶碰撞与海难救助统一公约,以及其他的统一公约、两国间友好通商航海条约、国际间共同遵守的习惯法等,都属于国际商法。国内商法,即一国内关于调整商事关系的法律规范的总和。

任何一个国家的商法,都是由商事公法和商事私法组成的。商事公法,指关于调整社会经济关系的法律、法规中有关商事交易的公法性规定。它们散见于本国的宪法、行政法、刑法、诉讼法以及非诉事务程序法等公法之中,而没有独立成为体系。商事私法,指私法上关于商事的法律、法规。在民商合一国家中,关于商事私法的规定,有民法典中的商事规定和关于商事的民事特别法和习惯法;在民商分立的国家中,关于商事私法的规定,有商法法典、商事特别法和商事习惯法。

我国目前尚不存在形式意义上的商法,但随着市场经济体制的建立,实质意义上的商法已经大量存在,不仅在我国传统的民法、经济法、行政法中已存在有大量的调整商事交易主体及其所从事的商事行为的法律规范,而且一大批商事特别法也已经陆续颁行,如公司、票据、银行、保险、海商,等等。从这一点上说,我国已经有实质意义上的商法。现在我国已有许多学者提出了我国应尽早颁布《商法典》的主张,以适应社会主义市场经济发展的需要。这一问题,在理论上还有待探讨。

### 三、商法的特征

商法与其他部门法比较起来,具有以下特征。

#### (一) 商法的营利性

商事主体从事商事活动,其直接和主要目的就在于营利,这是为各国商法所确认的。从这个意义上讲,商法就是“营民法”,或者说,商法是保护正当营利的法律。正是基于此种理念,在各国商法中,无论是其商业登记制度、商业账簿制度、商业财产制度、商业名称制度,还是有关交易、代理、仓储、票据、证券、海商、保险等特别法规则,无一不考虑到商事活动的营利性。此外,商法规则中有关利率、结算、税收、公示原则,以及

交易公平、迅捷、安全、高效等原则，都从不同角度反映了商法强调营利目的，强调经济效益的价值取向<sup>〔1〕</sup>。

## （二）商法的协调性

各国商事立法大都同时采用自由主义和强制主义原则，因此，商法中既有大量的任意性规范，也有不少强制性规定。前者主要体现在商事行为方面，如公司经理人的设置及其职权、保险条款的订立、买卖条件的达成等。后者则表现在企业的组织和财产状况方面，如对公司经理人条件的限制和对注册资本的有关规定、保险业的组织等。这两类规范协调组合，前者促使工商交易能简便、迅速、灵活、自由地进行，后者保证组织的健全、确实，以共同推动工商业的发展。正如德国商法学家德恩（Dahn）所说的：“商法是一切法律中最为自由的，同时又是最为严格的。”

## （三）商法的技术性

商法是在商事实践与惯例发展演变的基础上逐步形成的一种专门法律，它以反映商事交易简捷、公平与安全的客观要求为己任，以商事上的实用为依归，其规定的内容中含有大量的技术性规范，使其条款更具操作性。因此，商法具有浓厚的技术性，这与民法等一般私法规范偏重伦理性的特点形成了鲜明的对照。例如，公司法中关于公司设立的发起与募集方式、非货币出资方式的评估作价、出资证明书和股票的制作与签发、股东会的议事规则与表决程序、公司公积金和公益金的提取、公司资产的清算与分配等规定；证券法中关于证券的发行、上市与交易、上市公司的收购和信息披露等规定；票据法中关于票据的出票、背书、承兑、保证、付款、票据的抗辩和追索等规定；保险法中关于保险商事合同的订立、保险费用的计算、保险标的价值的测定、保险事故的确定、保险损害之理赔等规定；海商法中关于船舶抵押、提单签发与转让、海难救助的报酬与补偿、共同海损的认定及计算等规定，都具有技术规范的性质。商法规范的技术性，一方面要求人们具有诚实信用的商事道德观念，另一方面则要求人们更要有丰富的经济和技术知识。否则，就无法熟悉商法，遵守商法和适用商法。<sup>〔2〕</sup>

## （四）商法的兼容性

商法的兼容性首先体现在作为私法的商法却兼有公法的性质。公私法的区分是大陆法系传统的法律分类方法，但是进入20世纪以来，公私法划分的传统日趋弱化，公法与私法相互渗透，有“私法公法化”和“公法私法化”的趋势。这是所有部门法都有的倾向。商法作为传统的私法部门，其公法倾向性更为明显，可以说私法公法化在很大程度上表现在商法领域，即商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志、调节个人与政府和社会间经济关系、维护社会公共利益的内容，这些内容体现了公法的属性。例如商业登记制度、商业账簿制度，公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让与公司合并的条件与程序等规定；海商法中的船舶登记、运输单位限额、海事赔偿

〔1〕 董安生等编著，中国商法总论，长春：吉林人民出版社，1994.26

〔2〕 雷光虎主编，商法学教程，北京：中国政法大学出版社，1999.5

责任限制、船舶抵押权等规定；保险法中的责任准备金、再保险代理人与保险经纪人、保险业的监督管理等规定；破产法中的和解整顿、债权人会议、破产财产范围、债务清偿顺序等规定，都是属于公法性质的规定。

### （五）商法的国际性

商法最初起源于商事交易习惯，而商事交易本身是一种跨国界的活动。早在中世纪的商人基尔特自治法就已具有了国际性的特点。商法的这种国际性是由商事活动的跨国性所决定的。20 世纪以来，随着世界经济的进一步发展和全球经济一体化趋势愈益加强，商法国际化呼声日益高涨，最终导致两种倾向：一是国际商事立法得到加强，制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例；二是各国不断修改本国商法规则，使其彼此之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。我国加入 WTO 后，也正在修订各相关商法，使之与国际接轨。

## 第二节 商法的地位

### 一、商法的独立性

在法律体系中如何确立商法的地位，如何把握商法与民法、商法与经济法之间的关系，是 20 世纪以来商法理论中最为重要和基础的问题之一，这一问题集中表明了商法的价值，决定着商法的前途和命运。

从世界各国的立法来看，第二次世界大战结束前，商法的独立性问题主要表现在商法与民法的关系上。商法从民法中划分出来，构成一个独立而完整的体系，成为法学的一个部门，这是 19 世纪法学发展的一大成就，是人们对经济活动，尤其对经营活动的规律、特点在理性的基础上有了更为深刻认识的结果，是法律技术和立法完善的标志。

商法之所以从民法中分离出来，能成为一个独立的部门法，并不在于商法已在外国有了三百多年成文法的历史，而在于它有其自己的调整对象——商事关系，且这种商事关系又有其自身独有的特点，具体分析就是：

（1）商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。

（2）作为商事关系的主体，或者是公司、合作社，或者是私人独资企业、合伙企业。前者，属于法人；后者，可以是自然人，也可以是自然人的联合体。不论是法人，还是自然人，都属私人范畴，作为调整平等私人之间的法律，客观上要求排除政治国家作为第三人利用行政权力恣意干预和介入。而强调当事人意思自治和效益公平。

（3）商法规定的权利是公司从事商事活动的权利。而该种权利的核心内容是保护公司

经营自由,其本质是保证公司实现其营利动机。为了使企业能实现其权利,必须确保企业的意志自治和契约自由。

商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,海商法规定的船舶等,都规定允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,而只是向所有依法经营的商事主体创造一个公平获利并将其合理地分配于投资者的外部条件。显然,这一机制是适应市场经济发展要求的。

因此,商法的独立性是由其调整对象的独特性所决定的。尽管在20世纪上半叶,少数国家一反19世纪已成定局的法律部门划分方法,实行民商合一,将商法并入民法之中,一时间在法学界引起了商法的独立性危机。这种民商合一仅仅消除了形式意义上的商法典,在法律理论和法律体系上,它并不能消除商法作为一个独立的法律部门的存在,未能否定商法在理论上的整体性,从而在一定程度上导致了商法理论与商事立法的冲突与矛盾。因此,无论实行民商分立,还是民商合一,商法都是一个实体的法律部门,它与民法在基本原则、调整对象和方法、社会功用及价值等方面都存在不可替代的巨大差异。当然,我们承认商法的独立性,并非否定其与民法的共性,即民法是商法的普通法,而商法始终是民法的特别法,二者之间存在着一种无法割裂的私法结构上的关联。

## 二、商法在法律体系中的地位

商法的地位具体表现在商法在整个法律体系中的位置以及它与其他法律之间的关系。

从对世界其他国家法律的考查,不难发现,在国外法律体系中,商法的地位主要有以下几种模式:

(1) 民商法分立模式。采用这种模式的主要有法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等40多个国家。这些国家实行的是民商法分立的立法模式,即既制定民法典,又制定商法典,商法是其法律体系中一个独立的法律部门。

(2) 民商法合一模式。采用这种模式的国家实行民商法合一的立法模式,即只制定民法典,而不再另定商法典,它们把商法的有关内容看作是民法的重要组成部分,要么规定在民法典中,要么规定在单行法中。

(3) 示范性质的统一商法典模式。采用这种模式的典型代表是美国。美国虽然没有民法典,但却有示范性质的统一商法典。

(4) 单行商事法模式。采用这种模式的典型代表是英国。在英国,既没有典型的民法典,更没有独立的商法典,而是在总结有关商事习惯和判例的基础上,制定了一系列单行商事法。

从我国的法律体系来考查,商法在我国法律体系中究竟居于何种地位呢?目前,我国没有制定商法典,民法典尚在起草中,但却制定了一系列单行商法。在法学界,围绕商法与民法、商法与经济法之间的关系展开了探讨,主要有三种观点:

(1) “民商合一论”。该学说认为,民法和商法的分立并不是出于科学的构造,而是历

史的产物。因此,商法在法律体系中并不是一个独立的法律部门,它只是民法的一个有机组成部分,属于民事特别法范畴。民法是对民事关系作出规定的一般法,商法则是对有关商事关系做出规定的特别法,民法和商法是一般法和特别法的关系。

(2)“民商分立论”。该学说认为,在商事关系高度发达的今天,再把商法视为民事特别法就欠科学了,这样不利于商法制度的完善和商法观念的形成,从而不利于现代市场经济的发展。因此,商法和民法一样,都是我国私法领域的两项基本法,是两个并行的、相互独立的法律部门,共同实现对经济关系的调整。民法不是商法的普通法,商法也不是民法的特别法,它们都是我国法律体系中独立的法律部门。

(3)“商经合一论”。该学说认为,商法与经济法均以企业为规范对象,两者有许多共同属性,因此商法应是我国经济法的重要部分,这就意味着商法在我国法律体系中不是一个独立的法律部门,而是包括在经济法之内的若干法规领域或大的类别之一,并以单行法的形式存在。

本书作者比较赞同第二种观点,即“民商分立”论。商法既不应认为是民法的特别法,也不应将其纳入经济法的范畴,这是由商法调整对象的独特性所决定的,也是由商法的社会功能和作用决定的。因此,商法在我国法律体系中应占据独立部门法的地位。商法的独立性是我国大力发展社会主义市场经济的迫切要求,也是同国际立法惯例接轨的客观需要,商法应同民法、经济法一道承担起对经济关系的法律调整的任务。

商法作为一个独立部门法,在内容和体系上一方面要继承国外商法中有价值的东西和通行的做法,同时也要剔除其不合理的或不符合我国国情的因素。在内容构成上,我们主张商法应分为总论、商事主体、商事行为和商事救济四大部分。总论包括概述商事主体、商事行为等内容,商事主体包括个人独资企业法、合伙企业法、商事公司法和破产法等内容,商事行为则包括合同法、证券法、票据法、保险法、海商法等内容。

### 三、商法与诸法的关系

#### 1. 商法与民法

商法与民法的关系是商法与其他法律部门的关系中最重要的和最基本的关系,也最易引起理论争议,它是商法的独立性之关键所在。在大陆法系国家,无论立法体系上奉行民商合一还是民商分立,在法律部门的划分上,商法都是一个相对独立的法律部门。理论上,商法与民法的联系十分密切,区别也颇为明显。一般说来,它们之间的关系主要表现在以下几个方面。

(1)民法与商法都是调整民商事行为的法律。它们在法律调整中形成的法律关系,人们习惯将其联系在一起,称为民商法。但是,在法律部门的相互关系上,民法是普通法或基本法,商法是特别法;民法是抽象化的法律表现,商法具体化的法律表现。如民事物权制度是商事交易财产的一般规定,而票据权利、法人财产权、股权等商事物权又是商事交易财产的特别规定。又如民事主体制度是商事主体的一般规定,商事主体制度则是民事主体制度的特别规定,等等。

(2)民法与商法都属于私法范畴,即都属调整平等主体之间关系的法律规范。但是,

民法是纯私法,调整的是平权关系;商法则以私法为主体,兼具公法性内容,调整的是平权与不平权兼有的关系,如商事登记、商事账簿、商事破产程序、证券发行与管理等都兼有很强的调整不平权关系的公法色彩。因此,民法是私法规范体系,商法是以私法规范为主体,私法规范与公法规范兼顾的法律规范体系。<sup>〔1〕</sup>

(3)民法作为基本法或普通法,调整的范围非常广泛,它适用于各类民事主体所实施的民事行为。商法调整范围有限,它仅仅适用于民事主体中从事商事活动那一部分,或仅仅适用于民事行为中与营利相关的那一部分行为,即商人所从事的商事行为。民商法并行但不完全兼容,民法的内容不全部在商法之中,商法的内容很大一部分民法中未涉及到。

## 2. 商法与经济法

在商法与经济法的关系问题上,历来就存在一个“商经合一”的学说,即认为商法和经济法都是以企业为对象的,对两者持“合一”的见解,在经济法学界大有人在。也有“商经分立”的学说,即认为商法和经济法的理念、机能是不同的,前者以个别经济主体的利益为基础,调整其间的利益关系;后者以国民经济利益为基础,着眼于超个别经济主体利益的整体的调整,因而商法和经济法应分作两个法域,商法仍应独立存在<sup>〔2〕</sup>。对此本教材不予置评,只是就两者间的关系进行一些分析。

首先,从二者的共性上来分析。①商法和经济法都是规范有关企业经济活动的法律;②两者的性质有共同之处。经济法调整经济生活,包括维护市场秩序和对国民经济进行宏观调控,均须借助国家公权力,因而在某种意义上属公法性质;商法虽在总体上属私法性质,但一方面保护其企业的权利,另一方面又要运用国家公权力对企业进行监督,因而也带有某种公法性质。

其次,从二者的差异上进行分析。①商法和经济法的调整范围不同。商法虽以企业为对象,但仅调整商事关系即企业经营关系;经济法则不同于商法,它仅调整因国家适度干预企业经济活动而发生的经济关系,两者的领域不同。②商法和经济法分别采取不同的调节机制。前者同民法一样,主要确认个体(包括自然人和法人)自我调节机制,即强调意思自治、契约自由和当事人地位平等;后者确认社会整体调节机制,即国家以全社会的名义对国民经济整体进行调节。③商法调整和经济法调整所追求的利益各异。前者侧重保护个体即商事主体的合法权益,即保证商事主体以合法手段实现其营利目的。后者侧重维护社会整体利益,旨在建立公平竞争秩序,为所有商事主体创造平等进入市场和公平竞争的条件。所以,将商法和经济法分为两个法域的学说是可取的。

## 3. 商法与行政法的关系

商法与行政法的关系,也从共性与个性两个方面来分析。

从共性上看,商法与行政法两者亦有联系。尤其是在现代市场经济条件下,为了平衡社会经济运作中各方的利益和协调性地维护各方权利,保障社会经济的正常秩序,促进商事交易的发展,国家对社会经济的干预渐强,国家不仅从行政的角度对商事交易实行政

〔1〕 范健主编. 商法. 北京: 高等教育出版社, 北京: 北京大学出版社, 2000. 17

〔2〕 [日] 户田修三, 中村真澄. 商法总论·商行为法. 青林书院, 1984. 23

管理,而且从宏观调控的角度介入商事自治领域进行行政干预。由此,出现了商法的公法化趋势,甚至形成大量的商事法规被纳入对商事进行管理的行政法之中,例如,商业设立的核准、商业登记、公司的登记和外国公司的认许、船舶的登记、商业广告的管理、商品的检验、商业税赋、商事交易的管理、商事主体对行政处罚不服的行政诉讼法适用等。

从个性上看,商法与行政法的差异也是明显的,主要表现在它们的调整对象和调节机制不同。行政法的调整对象是行政关系,其间表现为隶属层次。行政法调整该种社会关系所采用的是行政调节机制,所要保护的第一利益是国家利益。而商法则不同,它调整的对象是商事关系,其间表现为主体平等。商法调整该种社会关系所采用的是营利性调节机制,所要保护的第一利益是商事主体的合法利益。因此,商法与行政法两者之间的界限是清晰的。尽管商法与行政法的关系日益密切,乃至行政法条款大量注入商法,辅助商法对商事关系及其相关事宜进行调整,但它与商法规范分属不同的法律部门,两者在法律归属上是不得混淆的。行政法的命令与服从的调整方法亦不得与商法的调整方法相混淆或互相代替。

#### 四、商事法律关系

商事法律关系,就是商法为调整商事关系而设置在商主体之间的,用以规范商事主体间的商事权利和义务关系。与民事法律关系一样,商事法律关系也包括商事财产法律关系和商事人身法律关系两大类。商事财产法律关系,又包括内部商事财产法律关系,如合伙经营法律关系、投资股份法律关系等,和外部财产交易法律关系,如商事买卖合同法律关系、股票交易法律关系等。商事人身法律关系,也包括商事营业主体内部组织管理法律关系,如公司内部的组织管理法律关系等,分支公司与公司的从属法律关系等,和商事营业主体之间的人身权法律关系,如商业名称权法律关系、商誉权法律关系等。

在商事法律关系中,商法以强力保证商事主体履行权利义务,拘束具体商事关系,使之依照商法的要求进行运作。这种具体的法律关系的存在、变更和消灭,决定于法律规定的一定的法律事实的发生和存在。

商事法律关系,作为民事法律关系的一种特殊形式,自然具有民事法关系的属性和基本特征。但作为民事法律关系特别的一类,商事法律关系还有区别于其他民事法律关系的一些基本特点,这就是:①商事法律关系的主体具有特定性。按照各国法律的规定,商事法律关系的主体必须至少有一方是商事营业体,即商事关系必须是发生在商人之间或商人与非商人之间的法律关系。②商事法律关系的客体具有限定性。商事法律关系基本上发生在商事活动中,因此商事法律关系的客体仅限于商行为,其行为标的是具有商品属性的有形体或无形体的商品。③商事法律关系的内容具有营利性。与普通民事法律关系不同,商事法律关系中的商事权利和商事义务,均是以实现营利为目的的,商事权利和商事义务也相应表现为经营性商事权利和经营性商事义务。

### 第三节 商法的基本原则

无论是在民商分立模式下的商法中,还是在民商合一模式下的商法中,都存在着贯穿商法规范始终的一些基本原则。这些基本原则主要包括规制商事主体因素的基本原则和规制商事行为因素的基本原则两大类,其功能是为了保障各类商事法律关系基本要素的稳定性和统一性,以及保护商事交易公平、迅捷完成和实现效率与安全的要求。商法的基本原则主要表现为以下几点。

#### 一、商事主体法定原则

现代各国商法都对商事主体的资格予以严格控制,从而形成了商事主体严格法定的原则,它主要包括商事主体类型法定、商事主体标准法定和商事主体公示法定三个方面。

(1) 商事主体类型法定。即商法对商事主体的类型作了明确规定,投资者只能按照法定类型来设立商事主体,非经法律设定者不得享有商主体资格;当事人不得创设法定类型之外的商事组织形式。例如,在多数西方国家,无限责任公司、两合公司、股份两合公司等都是商主体。而在我国,这类经济组织至今还不是商事主体。我国长期以来作为商主体存在的集体企业、个体工商户、农村承包经营户,在西方国家商主体的概念中却从未存在。这种差异就是商事主体类型法定的结果。

(2) 商事主体标准法定。即商法对商事主体的实质性条件作了明确规定,投资者只能在完全具备这些实质性条件时,才能成立相应的商事主体。如在我国成立有限责任公司必须具备《公司法》第23条所规定的5个条件,而要设立股份有限公司则必须具备《公司法》第77条所规定的6个条件。不完全具备这些条件的,就不能设立有限责任公司或股份有限公司。

(3) 商事主体公示法定。即商法对商事主体在设立时必须按法定程序作出公示予以明确规定,以便交易第三人及时知晓;未经法定公示者,不得用以对抗善意第三人。正是商事主体公示法定原则构成了商事登记制度,构成了商事交易合法性中的主体要件制度。如在我国设立有限公司和股份有限公司一律履行设立登记程序,并予以公示后,方能由公司登记机关核发《企业法人营业执照》,从而即取得了法人资格,商事主体便可依法进入市场从事商事活动。

#### 二、维护交易公平原则

商事主体的公平要求主要基于两方面的原因:一方面,商法是以民法为基础而发展起来的,主要作用在于弥补民法调整作用之不足。因此,商法当然要受民法的基本原则特别是公平原则的制约;另一方面,商事主体从事商事交易,其目的旨在营利,而此目的的实现要受到价值规律的支配。商法为了反映价值规律的内在要求也必须贯彻公平原则。在本

质上属于道德观念范畴的交易公平，在商事法中主要表现为平等交易、诚实信用及情事变更等原则要求。<sup>〔1〕</sup>

### 1. 平等交易原则

商法中的平等交易原则，主要是指商事交易的主体间地位平等。此种地位平等是实现交易公平的前提，是商品经济作用于商法的体现，因为“商品是天生的平等派”。在商法中体现此项原则的规定，不乏其例。例如，各国公司法中关于股权平等的规定；商业登记法中关于准则主义的规定；商事契约法中关于不当免责的禁止、非适当影响限制；消费者权益保护法中对于消费者利益的维护以及对于附商事合同的限制，等等。总之，从理论上说，平等交易是市场经济必不可少的规则，离开了商事主体之间的地位平等，商事活动中的公平公正、等价有偿都将难以实现。

### 2. 交易意思要素中的诚实信用原则

诚实信用原则是现代民商法中的一个“帝王条款”，它对民事活动和商事活动的公平进行具有普遍性的控制作用。在商法中诚实信用原则要求交易行为当事人，应尊重交易习惯，依诚实信用的方法，而为交易活动，以维持公平。所以，各国商法中对限制欺诈和各种不正当行为的规定甚多。例如，公司法规定公司设立登记后，若发现有虚假登记情事时，得撤销其登记，并处以罚款甚至刑事处罚；又如，票据法规定票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用原则，具有真实的交易关系和债权债务关系；再如，保险法规定投保人于订立保险商事合同时，应遵循最大诚信原则，对保险的重要事实如实告知等。以上这些规定，皆为禁止欺诈和不正当交易而设，以增进交易信用，确保交易的真实与公平。

### 3. 交易后果确定上的情事变更原则

商法的情事变更原则，是指商事契约成立后至履行前，如果发生了重大情事变迁，或基于不可归责于当事人之事由，发生了非当事人所能预见的情事，而使原商事合同的实施效果显失公平者，该当事人请示对方，对契约进行适当的变更，或由法院判令其变更，使交易恢复公平。如许多国家保险法规定，保险契约成立后，如危险减少，被保险人可以请求保险人重新核定保险费。以上规定，皆为防范交易的情事变更，促使交易行为当事人彼此维护交易公平。

## 三、促使交易简便、迅捷原则

商事交易之目标在于充分利用现有资源以追求最大经济效益，而资金与商品的流转频率与其所获得的效益成正比。由此，商品流转规律客观上要求法律应充分保证商品交易之简便、迅捷。各国立法都将交易简便、迅捷作为商事立法的一个重要原则，并将其贯穿于各具体商事法规和商事惯例的全部内容之中。它主要体现在以下三个方面。<sup>〔2〕</sup>

〔1〕 张国健，商事法论，台北：台湾三民书局，1980.36~38

〔2〕 范健主编，商法，北京：高等教育出版社，北京大学出版社，2002.9