

高等院校财经类法学类专业规划教材

商 法 学

SHANG FA XUE

■ 主 编 史正保

(第2版)



经济科学出版社
Economic Science Press

高等院校财经类法

商 法 学

(第2版)

主 编 史正保

副主编 李长兵 刘 广

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学/史正保主编. —2 版. —北京: 经济科学出版社, 2016. 2
高等院校财经类法学类专业规划教材
ISBN 978 - 7 - 5141 - 6610 - 1

I. ①商… II. ①史… III. ①商法 - 法的理论 - 中国 -
高等学校 - 教材 IV. ①D923. 991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 027580 号

责任编辑: 杜 鹏

责任校对: 徐领弟 王肖楠

版式设计: 齐 杰

责任印制: 邱 天

商法学

(第2版)

主 编 史正保

副主编 李长兵 刘 广

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191537

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京万友印刷有限公司印装

710 × 1000 16 开 36.5 印张 760000 字

2016 年 2 月第 1 版 2016 年 2 月第 1 次印刷

印数: 0001—3000 册

ISBN 978 - 7 - 5141 - 6610 - 1 定价: 58.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191502)

(版权所有 侵权必究 举报电话: 010 - 88191586)

电子邮箱: [dbts@ esp. com. cn](mailto:dbts@esp.com.cn)

第2版修订说明

《商法学》教材自2012年8月出版以来,由于内容新颖、实用,切合教学需要而深受广大师生以及司法界人士的欢迎。但是,自2012年8月至今的这几年中,我国的商法经历了不平凡的一段时间。在此期间,全国人大常委会对《中华人民共和国公司法》进行了重大修订,为了与修改后的《中华人民共和国公司法》内容保持一致,全国人大常委会先后对《中华人民共和国证券法》和《中华人民共和国保险法》的相关内容进行了修正;国家工商行政管理总局对《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》、《外商投资合伙企业登记管理规定》、《个人独资企业登记管理办法》、《个体工商户登记管理办法》作了修改。另外,最高人民法院先后出台了《〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》和《中华人民共和国民事诉讼法》及司法解释。同时,商法学界在商法学的研究方面取得不少新的进展。

在这一背景下,我们自2015年8月就开始着手进行本教材的修订工作。在本教材的修订过程中仍然采取先由各位编者分别对自己负责撰写的章节部分分头进行修订,然后由两位副主编分工进行审核,最后由主编进行统稿。在修订过程中坚持在体例、语言风格方面与第1版基本保持一致,但在内容方面根据近几年我国商事立法情况和商法学界的研究成果进行了较大的修订。另外,我们及时补充了近三年司法考试中的商法部分真题。我们在修订过程中贯彻力求使本教材成为精品的原则,但是,由于编者能力所限,不足和错误之处在所难免,欢迎同行和读者一如既往地批评指正。

本教材的分工如下:史正保教授担任主编,确定编写结构、体例,负责拟订编写大纲并对整个教材进行修改统稿;李长兵副教授、刘广副教授担任副主编。各章节编写人员分工如下:史正保教授编写第一章和第三章及第六章的部分,李长兵副教授编写第一章、第八章,刘广副教授编写第二章、第三章,吕春娟教授编写第四章,李萌副教授编写第五章,杨利华副教授编写第六章,张发德副教授编写第七章,赵艳艳副教授编写第九章。

本教材在编写过程中参考了国内已出版相关教材和著作的内容,在此向那些作者表示感谢。

兰州财经大学 2014 级卢鸿志等 11 位硕士研究生和 2015 级董通、丁方圆 2 位硕士研究生参与了本教材有关资料的收集和校对工作, 对他们付出的辛勤劳动表示谢意!

编者

2016 年 1 月

前 言

近年来,我国商事立法实践所取得的成绩是令人瞩目的,从2005年《公司法》和《证券法》的重大修订,到2006年《合伙企业法》的修改和《企业破产法》的出台,及至2008年《保险法》的修改,这些商事立法领域发生的重大变革对我国商法理论研究也产生了深刻影响,相关理论研究成果如雨后春笋般涌现出来,从而使得我国的商法理论体系日趋完善,并为商事立法和司法实践提供了重要的理论支撑。正是基于这一背景,在借鉴与吸收近年来商事立法、司法实践和最新理论成果的基础上,我们组织编写了《商法学》教材。

本教材是根据教育部《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创新人才培养目标,由长期在高校从事商法教学和科研工作的老师精心编写而成。

本教材与同类商法学教科书相比较,具有以下特点:

一是内容全面系统、覆盖面广。本教材吸收了国内外的优秀学术成果,在理论上具有较强的系统性和概括性,在内容上则反映了商法学的发展脉络和时代特征。本教材共分九章,全面、系统、科学地阐述了商法的基本理论和基本制度,主要包括商法基础理论、个人独资企业法与合伙企业法律制度、公司法律制度、证券法律制度、票据法律制度、保险法律制度、破产法律制度、海商法律制度、商事仲裁与诉讼制度等内容。

二是体例新颖、突出案例教学。本教材在体例和结构上具有一定新意,突出理论与实践相结合,以达到理论性、实践性和应用性的有机统一。本教材每章均设有“本章案例导入”、“本章案例研讨”,在复习思考题中均列有“案例分析”,所有案例均按照各章节知识点的要求选取,注重理论和实务相衔接,以案说法。同时,案例选取突出新颖性、真实性和典型性,既注重学习的系统性,又注重知识点的深入浅出、通俗易懂。

三是紧扣国家司法考试。本教材各章在编写中强调紧扣司法考试大纲,以符合法学本科应用型人才培养的需要。同时,各章均设有“本章近五年司法考试真题链接”栏目,以帮助学生通过真题训练进一步深刻理解各章内容,尽量做到课堂教学和司法考试训练相结合。

本教材由史正保教授担任主编,确定编写结构、体例,负责拟订编写大纲并对整个教材进行修改统稿;李长兵、刘广担任副主编。各章节编写人员分工如下:史正保编写第一章、第三章,李长兵编写第一章、第八章,刘广编写第二章、第三章,吕春娟编写第四章,李萌编写第五章,杨利华编写第六章,张发德编写第七章,赵艳艳编写第九章。

本教材在编写过程中参考了国内已出版相关教材和著作的内容,在此向作者表示感谢。

硕士研究生邓亮、王李娜、李智明、范哲、马铮同学参与了本教材有关资料的收集和校对工作,对他们付出的辛勤劳动表示谢意!

本教材的编写力求体例新颖、内容完美,但由于编者水平所限,书中疏漏、不足和错误在所难免,恳请读者批评指正。

编者

2012年6月

目 录

第一章 商法总论	1
第一节 商法概述	2
第二节 商法的历史发展	18
第三节 商事主体制度	25
第四节 商事行为制度	30
第五节 商事登记制度	36
第六节 商业名称制度	46
第七节 商事营业制度	55
第八节 商业账簿制度	63
复习思考题	73
第二章 个人独资企业和合伙企业法律制度	75
第一节 个人独资企业法	76
第二节 合伙企业法	86
复习思考题	121
第三章 公司法律制度	124
第一节 公司与公司法概述	125
第二节 公司设立	135
第三节 公司发起人和股东	144
第四节 公司章程	151
第五节 公司资本	159
第六节 公司组织机构	167
第七节 公司股份	180
第八节 公司债券	186
第九节 公司财务与会计	189

第十节 公司合并、分立、解散和清算	195
复习思考题	212
第四章 破产法律制度	215
第一节 破产和破产法概述	216
第二节 破产案件的启动	222
第三节 破产管理人	228
第四节 债务人财产	230
第五节 破产债权和债权人会议	241
第六节 重整制度	247
第七节 和解制度	253
第八节 破产清算	259
复习思考题	273
第五章 证券法律制度	275
第一节 证券与证券法概述	276
第二节 证券市场主体	280
第三节 证券发行	289
第四节 证券上市与交易	304
第五节 上市公司收购	321
第六节 证券投资基金法	328
复习思考题	348
第六章 票据法律制度	350
第一节 票据与票据法概述	351
第二节 票据关系与非票据关系	358
第三节 票据行为	362
第四节 票据权利和票据抗辩	368
第五节 票据权利的救济	375
第六节 涉外票据的法律适用	383
第七节 汇票法律制度	385
第八节 本票和支票法律制度	395
复习思考题	405
第七章 保险法律制度	407
第一节 保险与保险法概述	408

第二节 保险合同总论	422
第三节 保险合同分论	438
第四节 保险业法	451
复习思考题	468
第八章 海商法律制度	470
第一节 海商法概述	471
第二节 船舶和船员	476
第三节 海事合同	484
第四节 船舶碰撞和海难救助	503
第五节 共同海损	509
复习思考题	518
第九章 商事仲裁与诉讼法律制度	520
第一节 商事仲裁法律制度	521
第二节 商事诉讼法律制度	539
复习思考题	569
参考文献	571

第一章 商法总论

导 语

本章是商法的基础理论部分，也是学习商法首先要了解的一般性理论。本章主要介绍了商法的概念和调整对象及特征，商法的基本原则，商法的地位和立法模式及体系，商法的历史沿革以及商法的基本制度等内容。其中，商法的基本制度又包括商事主体、商事行为、商事登记、商事名称、商事营业、商业账簿等内容。通过学习本章，要求全面理解商法的概念和特征，商法与经济法、民法的关系，明确商法的基本原则，了解商法的历史演进，掌握商法的理论基础，为学习具体商事法律制度奠定基础。

本章案例导入

原告甲是粮食买卖商，被告乙是种谷物的农场主。原告甲和被告乙曾通过电话协商，约定由被告乙以每蒲式耳 2.86 美元的价格向原告甲出售 1 万蒲式耳小麦。根据原告甲的商业习惯，原告甲在电话里告诉被告乙，他将写一个备忘录给被告乙，以确认此买卖。原告甲随后便将备忘录交给了被告乙。事隔不久，小麦价格暴涨，被告乙以没有书面合同为由否认此买卖。原告甲认为买卖协议已达成，被告乙是毁约，应当赔偿损失。

根据美国统一商法典的规定，标的物价款在 500 美元以上的须有书面合同。这项买卖的标的显然超过了 500 美元，应当以书面协议为准。但该法典又规定，在商人之间的书面合同只要有类似备忘录的文件即可成立，且不必当事人签字，除非收件人在 10 日内对来函内容提出异议。

该案的核心问题是，该农场主是不是商人？如果是，则这个电话协议加备忘录即构成了买卖合同，农场主的行为是毁约；如果不是，该买卖合同的形式要件则不具备，合同未成立，农场主就不存在毁约的问题。

美国当地法院认为，被告乙农场主不是以买卖小麦为业的买卖商，以职业标准而论，其职业不是买卖粮食而是种植粮食。以专门知识和技能而论，其对种小麦当然有专门知识和技能，但他每年仅买一次麦种，卖一次他收获的小麦，除此之外他并不参与小麦的买卖，不能说他对于买卖小麦有专门知识和技能，因此，不能算小麦买卖商，所以判决被告乙不构成毁约。

根据上述内容，思考并回答下列问题：

1. 结合本案例说明商法有哪些基本特征。

2. 结合本案例分析商法和民法的关系。
3. 结合本案例说明美国商法认定商人的标准有哪些。
4. 结合本案例说明商人与非商人的行为产生纠纷后法院或仲裁机构如何适用法律。

第一节 商法概述

一、商法的概念和特点

(一) 商的概念

商法与商紧密联系,商是商法的调整对象,商法是调整商事关系的法律制度。所以如无商,商法便失去调整的对象;反之,如无商法,商事活动就无规则可言。因此,要了解商法,首先应了解什么是商。

商是一个多元化的概念,有辞义学、经济学、法学上的不同解释。

1. 辞义学上的解释。早在我国古代,就有关于商的各种解释。我国《后汉书》里讲,“通财鬻货曰商”。《考工记》里讲,“商其远近,度其有无,通四方之珍异以资之谓之商。”《说文解字》中讲“埠通货、贿注行曰商”,并说“商”字从内从外,最初是用于度量衡的一种单位。总之,从我国古书中对“商”的解释可以看出,“商”字一般含有商品交换和货物买卖的意思。在西方,关于商的解释也大致如此,如美国《布莱克法律词典》解释商,是指“货物、生产品或任何种类货物的交换”;《韦斯特新国际辞典》则认为商是“商品交换或买卖行为”;《牛津大辞典》把商解释为“商品交换和与商品交换有关的一切活动”。

2. 经济学意义上的“商”。在经济学意义上,商通常被理解为是对社会生产过程中某一部分经济活动(即商品流通活动)的概括。具体是指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。换言之,商即介于农业与工业之间的生产者与消费者,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润的行为。在经济学上,“商”既体现“商业的一般”,又体现“商业的特殊”。前者即“商品(W)—货币(G)—商品(W’)”,后者即“货币(G)—商品(W)—货币(G’)”。后者是商人出现后参与的结果,并以其营利性为主要特点,商人从事商业活动的最大特点就是追求资本的增值。

3. 商法学上的“商”。在商法学上,关于商的界定包括内涵和外延两个方面。从商的内涵上讲,商法中所称的商,是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业的总称。它既包括一切商事交易活动,如商事行为,也包括与实现

商事交易有关的各种事宜,如商业登记。从商的外延上讲,商则包括以下四种:第一种是固有商,即买卖商,是指直接沟通生产者与消费者的媒介性财货交易经营活动;第二是辅助商,也称第二种商,是指连接货物交易经营的中转、中介性经营活动,如仓储、保管、运送、居间、行纪、代办等;第三是第三种商,是指与交易密切相关的生产制造、承揽加工以及便利交易资金的融通和周转的经营活动;第四是第四种商,是指与固有商有某种关联,甚至无关系而与第二、第三种商有一定联系的信息广告传播业和旅馆、保险、饮食、娱乐等活动。

(二) 商法的概念

商法是一个多元化的概念,既有形式意义上的商法,又有实质意义上的商法;既有广义上的商法,又有狭义上的商法;既有国内商法,又有国际商法;在理念上,既有以客观主义(商行为)为价值取向的商法,又有以主观主义(商人)为价值取向的商法;在立法上,有的国家和地区实行民商分立,有的国家和地区实行民商合一。

商法在传统概念中有形式意义上的商法和实质意义上的商法之分。这一区分有助于进一步掌握商法质和量的规定性。

1. 形式意义上的商法。这是指实行民商分立的国家,专以“商法典”命名并自成独立系统的商法典。如法国、德国、葡萄牙、西班牙、比利时、日本、韩国、巴西、阿根廷等国。这些国家所说的商法,是指国家依照法定程序所制定的“商法典”。至于根据商法典或宪法所制定的单形法,如公司法、票据法等,虽未冠以“商法”之名,但都把它们视为商法的特别法,所以这些国家的商法是专指商法典而言,同时还蕴涵各种商事特别法。

2. 实质意义上的商法。这是指一些国家虽然没有形式意义上独立的商法典,但都存在以规范商事关系为其主要对象的法律规范。这些法律规范虽未冠以“商法”之名,但究其实际内容而言,皆是以调整商事关系为主旨,所以这些法律规范均视之为商法。实质意义上的商法又有广义和狭义之分。广义上的商法是指调整商事关系的所有商事法规的总称。既包括国际商法,又包括国内商法。国际商法,主要是指国际公法上关于商事的法规,如两国之间友好通商条约,以及国际商事公约,如《联合国国际货物买卖统一法公约》、《船舶碰撞与海难救助统一公约》、WTO 规则、国际贸易惯例等。国内商法,又可分为商事公法和商事私法。商事公法是指包括在宪法、行政法、刑法、诉讼法等中的有关商事的规定;商事私法,又有民商分立和民商合一之分。前者指商法典、商事特别法、商事习惯法等,后者指民法典中有关商事的规定、有关商事的民事特别法及有关商事的民事习惯法等。狭义上的商法仅指国内商事私法。从现代各国商法内容看,商法日益呈现出国际性规范与国内规范相互交错、公法规范与私法规范日益融合的趋势。

势。此即商法的二元性特点。我国目前虽然尚无形式意义上的商法典,但已经存在实质意义上的商法。自改革开放以来,我国已颁布了《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《对外贸易法》、《证券法》、《合伙企业法》、《信托法》、《商业银行法》、《企业破产法》等一系列商事单行法,因此,我国实际上已构建起了实质意义上的商法体系。

(三) 商法的特点

研究商法的特点,有助于进一步认识商法的本质,从而明确商法究竟是什么。与其他法相比,商法的特点可概括为以下四个方面:

1. 商法是规范营利性活动的私法。营利性是商事活动的基本特征。在市场经济条件下,商事活动首先是商人从自我的利己心出发而承认他人的利己心的一种交换利益活动,也可以说商事活动的出发点是当事人相互作为利己心的主体加以承认的一种交换利益关系。商人从事商行为的直接目的就是营利,因而商法作为调整商事主体和商事行为的法律规范,以保障商事主体和商行为的营利目的为己任。商法中的一些具体制度设计,如公司的设立、股东的投资、证券交易、海事贸易、票据、保险等都充分考虑到商事活动营利性的目的。可以说,维护营利是商品交换对商法的客观要求,但是也必须明确商法所维护的是合法正当的营利,对于非法经营、不正当竞争的营利,商法不但不予保护,而且坚决予以禁止。

2. 商法是具有技术性的私法。商法是以达到交易的敏捷、公平、高效和安全为宗旨,其立法的谋篇布局、原则的确定、制度安排、规则设计等方面都颇具技术性。这与其他法和一般私法(如民法)偏重于伦理规范有着明显的不同。商法的技术性,不仅体现在商行为法方面,而且也体现在商主体法方面。在商主体法方面,如公司法中的资本投资制度、资本运营制度、法人治理结构制度、揭开法人面纱制度、公司章程制度等都具有很强的操作技巧;在商行为法方面,如在货物买卖法中,从磋商谈判、发盘、受盘到契约的订立和履行等无不蕴涵着丰富的商业技巧。由于商事活动涉及大量的专门技术,所以在国际上许多国家都设专门的商事法院或法庭及专门的商事仲裁机构来处理各种商事纠纷,这也形成商法在司法上的特点。

3. 商法是具有公法因素的私法。商法在西方传统法律体系上属于商人自治法,在本质上属于私法,但是,随着社会经济的发展、国家对经济活动干预的扩展,国家公权力日益渗入商事领域,从而出现了商法公法化的格局。即在商事法中越来越多地体现出国家公权力对商事活动干预的色彩。如:商业登记制度的普遍确立、商业账簿制度的确立、反垄断、反倾销、反歧视的限制;公司法中对公司组织形态、法定资本制、公司的兼并等的规定;保险法中对保险基金、再保险及保险业的监管等规定;破产法中对和解重整、破产审查等各项规定;海商法中

对船舶的登记、运输单位的限制、船舶抵押权的规定等。此外，各国有关贸易管理制度也属商事公法性质。但是，商法公法化，只说明公法和私法的相互渗透，而绝不能认为商法就是公法，商法在整体上和本质上仍然是私法。

4. 商法是具有国际性的私法。商法的国际性特点是由商品交换本身内在客观要求所决定的。由于世界各国经济状况不同，科学技术发展水平不同，这就决定了各国之间必然要发生经济交往，尤其在当今世界，任何一个国家，不论国家大小、物产丰富与否，想闭关自守来发展经济是根本不可能的。而且随着科学技术的不断发展，国与国之间的经济交往更趋紧密，各国之间逐步形成商业、市场无国界的情形。这种情形反映在商事立法上，要求商法不仅调整国内商事关系，同时也要调整国家之间的国际贸易和国际商事关系。

二、商法的调整对象

商法是调整商事关系的法律规范的总称。因此，商法的调整对象即商事关系。按照我国多数学者的观点，所谓商事关系，是指营利性主体在开展商事交易活动中所形成的社会关系。

（一）商事关系的主要范围

商事关系主要包括以下内容：

1. 在商流过程中所发生的交易关系。主要由以下三个方面的关系构成：一是商业经营者与商品生产者之间的买卖关系。主要体现为商品生产者与商业经营者的购销关系，属于商流中的第一次循环。二是商业经营者与商业经营者之间的购销关系。主要体现为批发商与零售商之间的流通关系，属于商人内部买卖关系。三是商事经营者与消费者之间的买卖关系，这是商品价值和使用价值在最终实现中所发生的交换关系，属于商流的最终循环。这三种关系就是通常的商流，它集中体现为商事关系中的买卖关系，是商事关系中的基础关系。

2. 在物流过程中所发生的关系。这主要是指在货物运输、配送、仓储、保管、挑选、加工、包装、货运代办等过程中的关系。这方面的法律制度主要是有关海运、陆运、空运、水运的货物运输、仓储保管、承揽加工等方面的法律、法规，尤其是仓单、提单、保险单等制度，更是物流中特有的商事法律制度。

3. 在资本流通过程中所发生的商事关系。商事经营总是需要一定的资本，不可能搞“无米之炊”。商事主体在筹资过程中必然要同筹资者与投资者、债权人与债务人、银行与保险、投资公司与共同基金组织，在资金借贷、证券发行、转让、票据签发使用、银行存款和付款等方面开展活动。即在现金流、票据流、证券流等过程中，发生一系列因资本运动而产生的权利义务关系。尤其在商业资

本日益证券化、信用化的情况下,使商业资本更加人格化,这就更需要有专门法律加以调整,所以把票据、保险、银行存款与取款、证券投资等内容纳入商法调整已成为国际共识。

4. 在商业服务过程中所发生的关系。所谓服务主要是指通过提供劳动而满足顾客的某种需要并获取报酬的行为。随着人类进入信息化时代,商业的一个新特征就是资本和劳动从物质生产领域向服务领域加速转移,使服务总额在整个国民经济中的比重日益增加。这就表明,人们对运输、保险、银行、会计、管理、信息、咨询、旅游、餐饮、娱乐等服务业的需求与日俱增,尤其在国际贸易领域,随着服务贸易日益重要,世界贸易组织专门增加了《服务贸易总协定》的新内容,这也表明在国际上已把服务贸易纳入商法的调整范围。

5. 商业组织关系。商事活动总是离不开一定的组织形式,现代商法逐渐淡化以家庭个体为本位的商自然人概念,所以现代商人多体现为各种组织体,即各种商事公司和商事合伙、合作社以及独资企业等。缺少这些组织体就会造成市场主体缺位,商事经营活动也就无从谈起。营造商事组织制度,不单是为了使物和人组合,更重要的是要把这些组织的权利义务配置好,尤其是把产权关系确定好,使各种商事企业真正成为市场上独立的人格体。

6. 商事管理关系。由于商法具有一定的公法属性,因而它也调整一定范围的管理关系,如商事登记、商号、商业账簿的管理以及对外贸易的管制等。这主要体现为政府对商事领域的宏观调控和制约,通过这些管理以维护市场主体合法有效的竞争,这是对商事活动进行管理最基本的出发点。在这种关系中,虽然一方是商人,另一方不是商人,但其目的始终是为商事服务,所以在性质上仍然属于商事关系,只不过具有公法色彩而已。

(二) 商事关系的特征

商事关系具有以下特征:

1. 营利性。所谓营利性是指为了牟取超出资本的利益并将其分配给投资者。营利性在法律上包括三项内容:一是体现为在商事经营过程中的投入、产出及收支平衡;二是营利要通过营业的方式实现,并通过营业的外部活动获取利润;三是将所获利润分配给投资者。

2. 商人性。商事关系的主体主要是商人,因而商事关系是“商人之间”的关系,如商人与商人、商人与消费者之间的关系。这样把商事界定为商人之事,把商业界定为商人之业。这一特点虽然使商事关系具有属人色彩,但从法律角度讲,它有利于与以家庭为基础的自然法、以自然法为基础的市民以及以公法为基础的政府等主体相区别。

3. 交易性。商事关系是纯粹的买卖关系,是由生产者、经营者、消费者所

组成的交易网所形成。正如马克思所说,商人的职能是通过买卖来交换商品。在这些买卖交换活动中,由于要实现商品的使用价值和所有权的转移,尤其要实现商品的价值,这样每个人必然要尽量设法贱买贵卖,在任何一次买卖中,买卖双方在利害关系上总是绝对彼此对立的。因此,商法重要的使命便是如何从法律上使这种权利让渡关系在权利义务上做到公平均衡,使社会资源得到优化配置,降低交易费用,促进经济发展。所以美国《统一商法典》在立法宗旨中明确规定:“使调整商业交易的法律更加简洁、明确并适应现代要求”,这充分反映了商事关系的客观要求。

4. 独立性。商事关系本质上是商品资本关系,这种关系是一种独立化的关系。之所以如此,是因为商人阶层出现后,“商业是以商人的活动形成的一种特殊的与产业资本的其他职能分离的,因而是独立存在的业务,这是社会分工的一种特殊形式。”这种特殊性表现在“本来要在资本再生产过程中的一个特殊阶段(流通阶段)中完成的职能,现在表现为一种和生产者不同的、特别的流通当事人的专门职能”。这种分工最重要的条件是商品的销售活动从商品生产者手中分离出来,成为一种独立的事业。

三、商法的基本原则

商法的基本原则,是指集中反映商法的价值追求目标,体现商法的性质和宗旨,因而成为商事立法、司法、仲裁和商事营业活动法理依据的根本准则。商法的基本原则是立法机关开展商事立法的基本指导原则,也是司法机关适用商法法律的基本依据和指引,更是商人从事商事活动的基本行为准则。对于商法的基本原则,研究者们有多种归纳和表述。如范健主编的《商法》中表述为五原则:商主体法定原则、公平交易原则、交易便捷迅速原则、鼓励交易原则、交易明确安全原则。赵中孚主编的《商法总论》中表述为八原则:依法自由行使权利原则、商事主体意思自治原则、尊重公共利益原则、诚实信用原则、合法原则、公序良俗原则、保障交易便捷原则、维护交易安全原则。张民安撰写的《商法总则制度研究》中概括为四原则:从商自由原则、企业维持原则、商事交易之便捷原则和商事交易之安全原则。参照学者们关于商法基本原则的界定,根据商品交易和市场经济的一般规律,结合对一些国家商事法的理论和实践概括分析,我们认为现代商法应包含以下基本原则。

(一) 保障营业自由原则

从法律属性的角度而言,营业自由是市场主体应具有的一种应然性商主体资格,是赋予商主体的一种基础性的权利,是立法者在进行商事制度安排和规范设