

商法新编

主编○姜发根 副主编○花艳 潘霞

[illegible]

SHANGHAI
XINBIAN

高职高专法律系列教材

商法新编

主 编 姜发根

副主编 花 艳 潘 霞

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

姜发根 周 平 高丽霞

潘 霞 花 艳 方 向

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

商法新编/姜发根主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2010

高职高专法律系列教材

ISBN 978-7-300-13042-2

I. ①商… II. ①姜… III. ①商法-中国-高等学校: 技术学校-教材 IV. ①D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 223852 号

高职高专法律系列教材

商法新编

主 编 姜发根

副主编 花 艳 潘 霞

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 秦皇岛市昌黎文苑印刷公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本 版 次 2011 年 4 月第 1 版

印 张 20.25

印 次 2011 年 4 月第 1 次印刷

字 数 493 000

定 价 35.00 元



编写说明



“商法”是教育部规定的高等教育法学专业核心课程之一，是我国社会主义市场经济法律体系中一个十分重要的法律部门，其对于确定我国市场经济活动主体的法律地位和行为准则，加快社会主义市场经济的法制建设，保障和促进社会主义市场经济的健康发展，具有十分重要的作用。随着社会经济的发展和金融业在经济发展中的作用日益重要，商法的金融法属性和趋势日益明显。为了适应这种发展形势，我们组织长期从事商法教学与研究的教师编写了本教材。

本教材立足于高等职业教育的特色与要求，坚持以培养应用型法律专门人才为目标，着重培养学生分析问题和解决问题的能力。本教材以我国基本商事法律制度为基础，强调理论性和应用性的结合，在把握理论知识的系统性的同时，着重介绍商法的基本原理、基本制度及其实际应用，使学生系统、准确地理解和掌握商法的基本原理、基本制度及其相应的规范，并能够在实践中灵活地运用所学的基本原理分析和解决现实生活中存在的法律问题。与同类教材相比，本教材有以下特色：第一，内容的时新性。本教材紧扣商法的时代特征和发展趋势，以金融法为核心构建商法体系。在编写过程中注意吸收理论界最新的研究成果，结合商事立法的最新动态，全部内容均按照最新颁布或修订的法律法规编写，以保证教材的适应性。第二，知识的应用性。为适应培养应用型专门人才的培养目标和要求，本教材突出知识的应用性，淡化理论的全面和深入要求，突出商法规范的技术性特征，着重培养学生分析问题、解决实际问题的能力。第三，体例的新颖性。为了突出应用性，本教材在体例上大胆创新，在每章前设有“内容提要”和“重点提示”，让学生在学前对内容有个简略的了解；在正文中，结合相关知识点适时穿插“知识链接”和“案例研讨”，使学生扩大知识面，更好地理解本章的内容，帮助学生巩固和提高所学知识。

本教材由安徽三联学院姜发根担任主编，安徽三联学院花艳、池州学院潘霞担任副主编。在编写过程中，由主编提出编写大纲，并经全体参编老师共同审定，主编、副主编共同完成统稿、定稿工作。具体编写分工如下：姜发根编写第一章、第六章和第九章，安徽商贸职业技术学院周平编写第二章，太原大学高丽霞编写第三章，潘霞编写第四章、第五章和第七章，花艳编写第八章，安徽商贸职业技术学院方向编写第十章。

本书在编写过程中，参考了众多专家的研究成果和文献资料，在此表示感谢。由于编者水平有限，加上时间仓促，错疏之处在所难免，敬请广大读者批评指正。联系邮箱：jiangfagen1020@yahoo.com.cn。

编者

2010年10月

教师信息反馈表

为了更好地为您服务，提高教学质量，中国人民大学出版社愿意为您提供全面的教学支持，期望与您建立更广泛的合作关系。请您填好下表后以电子邮件或信件的形式反馈给我们。

您使用过或正在使用的我社教材名称		版次	
您希望获得哪些相关教学资料			
您对本书的建议（可附页）			
您的姓名			
您所在的学校、院系			
您所讲授课程名称			
学生人数			
您的联系地址			
邮政编码		联系电话	
电子邮件（必填）			
您是否为人大社教研网会员	☐ 是 会员卡号：_____ ☐ 不是，现在申请		
您在相关专业是否有主编或参编教材意向	☐ 是 ☐ 否 ☐ 不一定		
您所希望参编或主编的教材的基本情况（包括内容、框架结构、特色等，可附页）			

我们的联系方式：北京市海淀区中关村大街 31 号

中国人民大学出版社教育分社

邮政编码：100872

电话：010-62515912

网址：<http://www.crup.com.cn/jiaoyu/>

E-mail：jyfs_2007@126.com



目 录

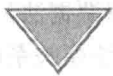


第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念与体系	(1)
第二节 商法的渊源	(5)
第三节 商法的基本原则和体例	(7)
第四节 商法的产生与发展	(11)
第五节 商法与其他法律部门的关系	(15)
第二章 公司法	(18)
第一节 公司与公司法概述	(18)
第二节 公司基本法律制度	(22)
第三节 有限责任公司	(33)
第四节 股份有限公司	(42)
第五节 股份有限公司的上市	(49)
第六节 公司并购和重组	(56)
第七节 外国公司的分支机构	(62)
第八节 违反公司法的法律责任	(63)
第三章 证券法	(66)
第一节 证券与证券法概述	(66)
第二节 证券发行制度	(70)
第三节 证券交易制度	(78)
第四节 证券上市和交易	(81)
第五节 信息披露制度	(85)
第六节 上市公司收购制度	(89)
第七节 证券交易所及证券登记结算机构	(92)
第八节 证券公司、证券服务机构与证券业协会	(95)
第九节 证券监管制度	(99)
第十节 证券法律责任制度	(100)

第四章 银行法	(105)
第一节 银行与银行法概述	(105)
第二节 中央银行法	(110)
第三节 商业银行法	(119)
第四节 政策性银行法	(146)
第五章 外汇管理法	(149)
第一节 外汇与外汇管理概述	(149)
第二节 外汇管理法律制度	(153)
第六章 信托法	(159)
第一节 信托与信托法概述	(159)
第二节 信托法律制度	(167)
第三节 公益信托	(181)
第四节 信托业法律制度	(185)
第七章 期货法	(192)
第一节 期货与期货法概述	(192)
第二节 期货交易所	(197)
第三节 期货公司	(201)
第四节 期货交易基本规则	(203)
第五节 期货市场的监督与管理	(208)
第六节 违反期货法的法律责任	(210)
第八章 保险法	(215)
第一节 保险与保险法概述	(215)
第二节 保险合同总论	(222)
第三节 财产保险合同	(230)
第四节 人身保险合同	(233)
第五节 保险业法	(237)
第九章 票据法	(244)
第一节 票据与票据法概述	(244)
第二节 票据基本法律制度	(249)
第三节 汇票	(263)
第四节 本票	(274)
第五节 支票	(276)
第十章 破产法	(280)
第一节 破产与破产法概述	(280)

第二节	破产申请与受理	(283)
第三节	管理人与债务人财产	(288)
第四节	债权申报与债权人会议	(295)
第五节	破产重整与和解	(299)
第六节	破产宣告与破产清算	(307)
参考文献		(313)

第一章 商法概述



第一章 商法概述

【内容提要】

商法是调整商事主体及其在从事商事行为过程中所形成的商事关系的法律规范的总称。本章在厘定商法概念和特征的基础上，对商法的体系作了勾画，并进一步对商法的法律渊源和基本原则进行了阐述。通过对商法产生与发展的历史脉络的梳理，对商法的立法体例进行了总结和归纳。最后在肯定商法的独立地位的基础上，对商法与民法、经济法和行政法的关系作了分析和说明。

【重点提示】

1. 商法的概念与特征
2. 商法的基本原则
3. 商法的立法体例
4. 商法的地位

第一节 商法的概念与体系

一、商法的概念

商法是法律部门的一个分支，又称为商事法，指的是调整商事主体及其在从事商事行为过程中所形成的商事关系的法律规范的总称。一般而言，商事关系包括商事组织关系和商事行为关系。^① 因此，商法的主要内容包括两大部分：商事主体法和商事行为法。商事主体法调整和规范商事组织关系，主要是商事交易的基础条件和手段的规定，基本内容包括商事主体及其名称，商事主体的权利能力和行为能力，商事主体的登记和账簿等规定，如公司法、破产法，以及保险法、银行法等法律中关于商事组织的规定等。商事行为法调整和规范商事行为关系，主要是规定商事交易本身的规则和制度，其内容涉及票据法、保险法、证券法、期货法、信托法等。

关于商法的概念，还可以从以下几个方面加以理解：

（一）形式商法和实质商法

这是从商法的表现形式角度进行的理解。形式意义上的商法是指国家制定的，以“商

① 参见徐学鹿著：《商法总论》，11页，北京，人民法院出版社，1999。

法”或“商法典”命名的法律。这主要是大陆法系中采用民商分立体例国家的做法，如《德国商法典》、《法国商法典》等。据统计，迄今为止，世界上有四十多个国家制定了商法典。^① 实质意义上的商法是指一切调整商事法律关系的法律规范，它不以形式意义上的商法为基础，既包括单行商事法规，也包括散见于其他法律规范中的附属商事法规。前者如《票据法》、《保险法》、《破产法》等单行法，后者如民法、行政法和其他部门法中有关商事法律关系的法律规范。与形式商法不同，无论是大陆法系国家，还是英美法系国家，也无论是民商分立体例，还是民商合一体例，都存在着实质商法。

知识链接

形式商法的表现形式

在大陆法系国家，由于各国法典编纂的原则不同，形式商法有三种不同的表现形式：一是以《德国商法典》为代表的主观主义商法。这种类型的商法以商人中心构建商事法律制度，商法只调整商人的行为，普通自然人偶尔为之的商事行为不受商法调整。二是以《法国商法典》为代表的客观主义商法。这种类型的商法以商事行为为中心构建商事法律制度，规定只要行为的性质是商事行为就应该受商法的调整，至于是否是商人所为则在所不问。三是以《日本商法典》为代表的折中主义商法。这种类型的商法折中了主观主义商法和客观主义商法的立法原则，同时考虑人和行为两个因素，商法仅适用于商人，而商人必须是以从事商事行为为职业的人。

与此不同，以不成文法为典型特征的美国，在统一法运动中，于1952年公布了《统一商法典》。虽然该法典在立法技术、法律概念等方面借鉴了大陆法系国家的商法，但立法原则却与之迥异。在立法原则上，美国《统一商法典》既不以商人中心，也不以商事行为中心，而是以货物买卖为中心构建其规范体系，突出商事交易的便捷性要求。

(二) 商事私法和商事公法

这是从商法所调整的对象性质角度进行的理解。商事私法主要是调整私人间的横向交易性质的商事关系的法律；而商事公法则是指调整国家与私人间的纵向管理性质的商事关系的法律。商事私法体现的是交易性商事关系，而商事公法体现的多为管制性商事关系。一般的商事立法中既包括商事私法内容，也包括商事公法内容，如证券法中既包括证券发行、交易规则的规定，也包括证券监管方面的规定，保险法中既包括对保险合同的规范，也包括对保险业的监管。需要注意的是，虽然商法中包含有公法性质的规范，而且随着商法的发展，公法性质的内容呈增加的趋势，但这些并不能从根本上改变商法的私法属性，商法主要是商事私法。

(三) 广义商法和狭义商法

这是从商法的规范构成角度进行的理解。广义商法既包括调整本国国内商事关系的国内商法，也包括调整跨国商事关系的国际商法，既包括调整横向交易关系的商事私法，也包括调整纵向管理关系的商事公法。而狭义商法则是专指国内商法中的商事私法部分。也有学者认为，狭义上的商法仅仅指商法典及其附属法规，如商法典及其施行法；而广义上的商法则包括全部商事法律部门，不仅包括商法典，还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、工商权利保护等法律。^②

① 参见赵万一主编：《商法》，3页，北京，中国人民大学出版社，2006。

② 参见范健主编：《商法》，5页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。



（四）商事普通法和商事特别法

这是从商法的渊源角度进行的理解。商事普通法是指调整商事关系的一般性法律规则，内容主要包括商法的基本原则、商事主体和商事行为的一般规定等。商事普通法，在采用民商分立体例国家主要指商法典，在采用民商合一体例国家则是指民法典中的特别规则。^①商事特别法，又称商事单行法，指专门调整和规范某一特定方面商事关系的法律，如公司法、票据法、证券法等。无论是在大陆法系国家，还是在英美法系国家，这种形式的商法都是大量存在的。根据法律适用的一般原则，商事特别法优先于商事普通法而适用，当商事特别法没有规定时，方可适用商事普通法。

在国际上，商法的历史比较悠久。但在我国，商法则属于新兴的法律部门。改革开放以后，尤其是党的十四届三中全会以来，我国的商事立法获得了全新发展，并取得了举世瞩目的成就。虽然我国目前尚不存在形式意义上的商法，但是实质意义上的商法大量存在，不仅在民法、经济法、行政法中规定了大量的调整商事主体及商事行为的法律规范，而且还颁布了一系列的商事单行法，如公司法、票据法、证券法、保险法、破产法、银行法、信托法等。与此同时，经过学者们的激烈争论和讨论，制定总则性质的《商事通则》已成为广为接受且现实可行的立法方案，而且经过有关部门和学者们的共同努力，《商事通则》（草案）建议稿也正在进一步讨论和完善中，相信不久的将来，中国将形成以《商事通则》为原则、以商事单行法为补充的商事立法新体系。

二、商法的特征

商法的特征是商法区别于其他法律部门的主要标志，也是商法本质的外在体现。作为一个独立的法律部门，商法有哪些本质特征，理论界分歧较大。总体来说，以下四个方面是多数学者所认可的商法的特征：^②

（一）营利性

商法的营利性，指的是商法调整的是商事主体的营利性活动，并以促进营利目标的实现为宗旨。这是商法区别于民法的一个很重要的特征，民法强调保护民事主体的一般利益，而商法则侧重于促进商事主体营利目标的实现。商法的营利性主要体现在两个方面：一是为商事主体的成立与运作提供法律基础，赋予商事主体营利性主体资格；二是确立一定的法律规范，调整商事主体的商事行为，并确保其营利目标的实现。

（二）技术性

作为商品经济的法律，商法较之民法更具实践性。民法规范为商品经济提供了一般行为规则，更多地表现为伦理性条款，民事主体凭一般常识和伦理判断就可以确定其行为性质。而商法规范是对商事主体及其行为方式、行为过程、行为规则等加以规定的法律，要求规范本身具体、翔实，具有可操作性和技术性。即商法中包含大量的技术规范，且商事主体对这些技术性规范并不能简单地依据常识或伦理意识就能判断其行为后果。

（三）公法性

作为调整商事主体之间交易关系的法律，商法和民法一样，在本质上都属于私法的范畴，它强调商事主体的意思自治和商事行为的营利性。但是随着资本主义经济的发展，垄

^① 参见柳经纬主编：《商法》，5页，厦门，厦门大学出版社，2006。

^② 参见赵万一主编：《商法学》，11~13页，北京，中国法制出版社，2006；范健主编：《商法》，6~8页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；柳经纬主编：《商法》，10~12页，厦门，厦门大学出版社，2006。

断取代了自由竞争,国家干预主义取代了自由放任主义,国家加强了对经济关系和私权的干预,反映在商法领域,出现了“商法公法化”趋势,商法中被加入了公法性质的强制性规范,如商事登记、商事账簿及国家对商事活动的管理等,从而使商法具有公法属性。但“商法公法化”只表明商法是一个渗透着公法因素的私法部门,公法性规范只是为了使商事交易规范、有序地进行,并不能从根本上改变商法的私法属性。商法仍属私法范畴,受私法原则和精神的支配。

(四) 国际性

商法最初起源于商事交易习惯。产生于中世纪的近代商法,是当时欧洲大陆各国商人所普遍适用的商事习惯法,具有国际性特征。西方国家进入资本主义阶段以后,贸易在各国经济生活中的地位日益提高,国家开始重视对贸易的管制,纷纷制定本国商法,商法取得了国内法的地位。19世纪后期以来,随着国际贸易和国际海事活动的发展,出现了商法的国际统一运动,商法再次呈现出国际一体化的发展趋势。这种趋势表现为国内商法与国际商法的互动式发展,一方面国际商事立法得到加强,产生了大量的国际商事条约和国际商事惯例,另一方面各国不断修改本国的商法规则,使其相互之间以及与国际商事法律之间更为协调一致。

三、商法的体系

商法的体系是指商法作为一个独立的法律部门,其内部具有逻辑联系的各项商事法律制度所组成的系统结构。从历史发展的角度来说,一个国家的商法不是一成不变的,是随着社会经济的发展、商事交易方式的丰富而不断发展和完善的。世界上没有统一的商法模式,也没有统一的商法体系。在不同的法系和不同的国家,以及在同一国家的不同时期,商法的体系都不尽相同。传统商法主要包括商事身份法和商事行为法两大内容,这种体系的要求是与自由市场经济的要求相适应的。进入20世纪之后,垄断取代了自由竞争,现代商法已不再局限于商事身份法和商事行为法,而是进一步发展了商事组织法、商事管理法、商事秩序法、商事责任法以及商事程序法等内容,现代商法的体系更加丰富和完善。

在传统商法中,大陆法系国家的商法和英美法系国家的商法之间的区别也较明显。在大陆法系国家,商法的体系除商事身份法和商事行为法外,还包括公司法、票据法、保险法、信托法等内容。而在英美法系国家,商法的体系则包括商事买卖法、商事合同法、商事代理法、公司法、合伙法、破产法、担保法、保险法、票据法等内容。随着现代商事交易活动的发展和商法国际统一化运动的兴起,两大法系的商事法律制度开始走向融合,商法体系上的差异也正在逐渐缩小。

在我国,商法是一个新兴的法律部门,商事立法仍不尽完善,关于商法体系的认识也还存在着较大的分歧。目前多数学者主张的商法体系包括商事主体、商事行为、公司法、证券法、保险法、票据法、破产法和海商法等内容。客观地说,这是一种较为传统的商法体系观点。随着商事实践的发展,商法的核心内容也在经历着变化,有些制度在退化,有些制度在膨胀。在全球金融危机的影响下,金融法的重要性日益突出,已成为统领商事活动的枢纽和核心,商法进入了金融法时代。^①与之相适应,商法的体系应围绕金融法展开,银行法、信托法、期货法等金融法律制度也应纳入商法体系中来。当然,总体来说,这种

^① 王涌教授认为,商法的核心内容经历了从贸易法到企业法,再从企业法到金融法的过程。参见王涌:《我们需要怎样的商法教学》,载《中国大学教学》,2009(9)。



商法体系仍然是不确定和不完善的,从我国目前社会经济发展状况和商法理论的研究现状来看,完善的商法体系的形成仍须假以时日。

在学科体系上,本书力求反映商法理论研究的最新成果和后金融危机时代商法的最新发展,摒弃多数商法学者所主张的带有传统色彩的商法体系观点,在充分考虑和照顾与其他分支学科知识衔接的基础上,构建一个相对合理的商法学科体系。本书所设计的商法体系分为总论和分论两部分,共十章。总论部分为第一章,涉及商法的基本概念、渊源和基本原则等内容;分论部分共九章,主要论及商法的几个分支部门,包括公司法、证券法、银行法、外汇管理法、信托法、期货法、保险法、票据法和破产法。

第二节 商法的渊源

一、商法渊源的含义

法的渊源,指的是法的源泉、来源或源头,一般有实质意义上的法的渊源和形式意义上的法的渊源之分。实质意义上的法的渊源指法的内容的来源,如法渊源于一定的经济或经济关系;形式意义上的法的渊源,也称法的效力渊源,指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同效力和地位的法的不同表现形式。通常所说的法的渊源主要指法的效力渊源,即法律规范借以表现和存在的外在形式。依据不同的标准可以对法的渊源作出分类,如根据其适用范围来分,有国内法渊源和国际法渊源;根据其表现形式来分,有制定法、习惯法、判例法、政策、学理等。在我国,法的渊源一般指形式意义上的法的渊源,主要表现为成文的制定法,至于判例、习惯、政策和学理能否成为法的渊源,历来争议颇多。

商法的渊源是指商法规范借以表现和存在的形式。它是对商事行为具有约束力的法律规范效力的重要来源,是商事经营活动的重要法律依据。在大陆法系国家中,占主导地位的商法渊源是成文的商法典,商事习惯的效力则由商法规范针对不同情况加以规定,商事判例、政策和商法学说与法理,在商事交易的法律适用中仅具有一定的指导意义。在英美法系国家中,商事判例法和商事习惯法占据着首要的位置,商法学说与法理也能发挥一定的作用。与其他部门法领域不同的是,在商法领域,成文法典也扮演着重要角色。在 20 世纪以前,英美国家就已经出现了大量的商事单行法,如英国的《票据法》、《商品买卖法》、《合伙法》等,美国的《统一流通票据法》、《统一买卖法》、《统一提单法》等。

在我国,商法的渊源主要是制定法,包括商事法律、商事行政法规和地方性法规,在国际层面上还包括国际商事条约和国际商事惯例。此外,商事判例、商事习惯、商事学说与法理在司法实践中也起着一定的指导作用。

二、我国商法的渊源

作为国家的根本大法,宪法对商法有着重要影响,是商法的根本法,一切商事法律均不得同宪法相抵触、相违背。但总体来说,宪法中很少有直接涉及商事规范的规定,在司法实务中也极少有可能直接适用于商事活动。因此,宪法只能是商法的理念上和指导意义上的渊源。一般而言,我国商法的渊源包括下述几个方面。

(一) 法律

这里的法律指的是狭义的法律,仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国保险

法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国破产法》等。此外，全国人民代表大会及其常委会作出的具有规范性的决议、决定、规定、办法以及立法解释等，也属于“法律”类商法的渊源。在我国商法的渊源中，其效力和地位仅次于宪法，是商法的最主要的渊源。

（二）行政法规

行政法规是指作为国家最高行政机关的国务院根据宪法和法律或者最高权力机关的授权而制定的规范性文件，如《中华人民共和国公司登记管理条例》、《关于股份有限公司境外募集股份上市的特别规定》等。在我国商法的渊源中，其效力和地位仅次于宪法和法律。

（三）地方性法规

省、自治区、直辖市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会可以根据本地方的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，制定地方性法规。如深圳市人民代表大会于1999年颁布的《深圳经济特区商事条例》。虽然地方性法规在效力上具有从属性，在适用范围上也具有地域局限性，但其是地方权力机关根据宪法的授权而制定的，同样具有法的效力，属于商法的渊源。

（四）规章

规章是行政性法律规范文件，依其制定机关不同，可分为部门规章和地方规章。部门规章是指国务院各部门、委员会、局及直属机构在本部门的权限范围内所制定的规范性文件，内容主要限于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。地方规章是指省、自治区、直辖市人民政府以及省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府依照法定职权和程序制定的规范性文件。虽然规章不属立法的范畴，但其是在执行法律、行政法规和地方性法规的基础上制定施行的，也属于商法的渊源之一。

（五）国际条约与国际惯例

国际条约是指两个或两个以上的国际法主体缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。国际惯例是指各国在国际交往中共同遵守的不成文的习惯和惯常性做法。就国际条约而言，只要是我国缔结或参加的国际条约，经过我国立法机关批准后，即对我国产生法律效力，成为我国法律的组成部分。至于国际惯例，在我国一般作为国际条约的补充而存在，即只有在制定法没有作出规定时，才可以援引国际惯例。在商法领域存在着大量的国际条约和国际惯例，这些国际商事条约和国际商事惯例可以成为商法的渊源。我国的相关法律也对国际条约和国际惯例的效力作出了规定，如《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第142条第2款和第3款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”《中华人民共和国票据法》第95条、《中华人民共和国海商法》第268条均对此作出了相同的规定。

（六）其他辅助渊源

商法的辅助渊源，主要包括司法解释、政策、习惯、商事自治规则、商事判例和商事学说。司法解释指的是最高司法机关，主要是最高人民法院就司法实践中有关案件的审理和法律适用提出的指导性意见或解释。这种解释通常是有关法律适用的普遍性指导意见，



一般采取规范性文件的形式发布,对商事交易活动和司法实践具有普遍的约束力,因而可作为商法的辅助渊源。政策是国家或政党为完成一定时期的任务而制定的活动准则。我国《民法通则》第6条规定,民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。因此,国家政策是当代中国法的非正式渊源之一,可以成为商法的辅助渊源。习惯是指人们在长期的生产、生活中所形成的一种行为规范。在我国,经国家认可的习惯具有法的渊源的意义,可以作为商法的辅助渊源。商事自治规则是指商事主体就其组织、运作和内部关系而自主制定的规则,如公司章程、交易所业务规则、行业规约、标准合同或条款等。这些规则只要为法律法规所认可,对相关商事主体产生拘束力,而且在各自范围内处于优先适用的地位,就可以作为商法的辅助渊源。至于商事判例和商事学说,依我国法制传统,其不是我国法的渊源,但对商事立法和商事司法活动起着直接或间接的作用。

第三节 商法的基本原则和体例

一、商法基本原则的概念

法律的基本原则是整个法律体系或某个法律部门所适用的、体现法的基本价值的准则,它贯穿于法的全过程,是立法、执法及司法的指导原则。任何部门法都有统率该部门法体系的基本原则。商法的基本原则,是商法所具有的、体现商法基本价值的、贯穿于商法始终的共同准则,是指导商事立法、商事司法以及商事活动的基本准则。

商法的基本原则是商事立法的基本准则。商法的基本原则,蕴涵着商法调控社会关系所要达到的价值目标,体现了商法区别于民法、经济法以及行政法的特征。商法的基本原则贯穿于整个商事立法,确定了商事立法的基本价值取向,是制定具体商法规则、设计具体商法规则和制度的基础。在进行商事立法时,立法者应遵循商法体系的要求,用商法的基本原则构建商法理论体系和规范体系,以保证各项具体的商法规则和制度间的逻辑体系的和谐和价值取向的统一。

商法的基本原则是商事主体进行商事活动的基本准则。商事主体在进行商事活动时,不仅要遵守商事规范,还要遵循商法的基本原则。在现行法对具体商事活动欠缺相应的商法规范进行调整时,商事主体应依商法基本原则的要求从事商事活动。商法的基本原则属强行性规范性质,商事主体不得约定在商事活动中排除商法基本原则的适用。

商法的基本原则是裁判者对商法法律法规进行解释,进而解决纠纷的基本准则。商法的基本原则具有原理性和抽象性的特点,不直接涉及商事主体的具体的权利与义务,也没有确定的法律后果,在未经具体规范加以具体化之前不能作为裁判的依据。但在商事司法过程中,裁判者首先必须对将适用的商事法律规范进行解释,以阐明法律规范的含义,确定特定法律规范的适用性。尤其是在立法语义不清,存在歧义、冲突或疏漏的情况下,商法的基本原则的指导意义更为明显。因而,商法的基本原则也是商事司法的基本准则。

在理解商法的基本原则的概念时,应注意区分两个层次的关系:一是商法的基本原则与民法的基本原则的关系,二是商法的基本原则与商法各分支的特有原则的关系。从商法的基本原则与民法的基本原则角度来说,一方面,商法和民法同属私法,在法律体系上,民法是私法的一般法,商法是私法的特别法,因此民法的基本原则理应是商法的基本原则,如民法的平等原则、意思自治原则、诚实信用原则等同样是商法本质的体现,是商事立法、商事司法和商事活动的指导原则。另一方面,商法作为私法的特别法,其所规范的商事关系具有不同于一般的民事关系的特征,因而也具有有别于民法的一般原则的特有原则,如

商事主体法定原则、促进交易便捷原则、保障交易安全原则和强化社会责任原则等。从商法的基本原则与商法各分支的特有原则角度来说,商法的基本原则是衔接、协调商法各分支特有原则的桥梁。商法各分支的特有原则在接受商法的基本原则统率的前提下,保持着其独立性和适用性。商法的基本原则不能直接取代各分支的特有原则而适用,各分支的特有原则也不能脱离商法的基本原则而恣意扩张,二者之间表现出等级性特征。

二、商法的基本原则

关于商法基本原则的内容,学界众说纷纭,莫衷一是,归纳起来主要有“二原则说”、“三原则说”、“四原则说”、“五原则说”等。^①上述各种观点都从不同的角度和层面体现和反映了商法的精神理念和制度特点,但都没有得到广泛的支持和认同。根据商法基本原则的特征和功能,商法的基本原则至少应当包括下述几项。

(一) 商事主体法定原则

所谓商事主体法定原则,是指商事主体的资格必须严格依法取得并维持,法律没有明确规定的,或者不符合法律规定条件的,不能取得商事主体资格。现代各国一般都通过制定强行法规则对商事主体的资格进行控制,充分体现了作为私法的商法的公法属性。

商事主体法定原则包括商事主体类型法定、商事主体内容法定和商事主体公示法定三项内容。商事主体类型法定是指可以进行商事活动的商事主体的种类由法律明确加以规定,法律未规定的主体形式,当事人不得创设。在我国现行法的框架内,商事主体的种类有公司(仅限于有限责任公司和股份有限公司)、合伙企业、个人独资企业和外商独资企业,在我国从事商事活动的当事人,不得设立上述形式之外的主体类型。商事主体内容法定是指从事商事活动的商事主体的财产关系和组织关系由法律明确加以规定,当事人不得擅自变更法定的财产关系和组织关系。这主要是因为法律为不同的商事主体设定了不同的规则,为了保障交易的安全,法律也相应地为不同的商事主体规定了不同的财产关系和组织关系。如合伙企业的财产关系和组织关系与公司制的企业的财产关系和组织关系、个人独资企业的财产关系和组织关系与外商投资企业的财产关系和组织关系存在着明显的差异。商事主体公示法定原则是指商事主体的设立、变更和终止都必须按照法律的规定履行登记程序,未经商业登记的,不得从事商事活动。商事登记制度是商事主体制度的重要内容,在我国,无论是设立公司制企业、合伙企业,还是独资企业、外资企业,都必须按照《中华人民共和国公司登记管理条例》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称《中外合资经营企业法》)、《中华人民共和国中外合作经营企业法》(以下简称《中外合作经营企业法》)、《中华人民共和国外资企业法》(以下简称《外资企业法》)等法律的规定办理商业登记。

(二) 促进交易便捷原则

营利性是商法的重要属性之一。商事主体参加商事活动的最终目的在于盈利,通过充分利用现有资源追求最大的经济效益,而盈利的多少、经济效益的好坏直接取决于交易活动的简便与迅捷。因此,各国均把促进交易便捷作为商事立法的一个重要原则,并将其贯穿于商事活动全过程。交易便捷的要求,体现在现实的交易过程中,表现为交易的简便化、交易的迅捷化和交易的定型化。

^① 参见顾功耘主编:《商法教程》,20页,上海、北京,上海人民出版社、北京大学出版社,2006。



交易的简便化是指通过商事立法来简化商事交易程序和当事人协议过程, 简便交易手续, 从而实现交易简便的要求。各国商法均通过行为要式化、形态模式化等方式来简化程序和手续, 促进交易的迅捷。如票据、提单等商事行为的要式化, 连锁经营的模式化等, 均有力地促进了交易的发展。交易的迅捷化主要是指商法采取短期时效, 促使当事人积极行使权利, 以促进交易的迅捷。现代各国商法普遍采取不同于民法上时效期间的短期时效, 对商事关系规定了比一般民事关系的时效期间短的消灭时效期间, 以刺激当事人积极行使其权利。如按照我国《民法通则》的规定, 普通诉讼时效期间为 2 年, 但依《票据法》规定, 持票人对支票出票人的权利及对前手的追索权的时效期间为 6 个月; 持票人对前手的再追索权则仅为 3 个月 (见《票据法》第 17 条)。交易的定型化是指商法通过定型化的交易规则来简化交易过程与程序, 以实现交易的迅捷。权利的证券化和契约的格式化是交易定型化的主要表现, 前者如提单作为物权凭证, 代表货物的所有权, 交付提单即意味着交付了货物; 后者如贷款合同、保险合同、运输合同等大量商事契约的标准化、格式化。

(三) 保障交易安全原则

交易安全关涉交易主体的利益追求、交易市场的有序稳定和商品经济的健康发展, 现代各国均强化对商事交易活动的干预和监管, 以维护交易的安全。商法通过增强交易信息的透明度、提高行为后果的可预见性和强化法律责任的严格性等措施, 确保交易的顺利进行和安全。

各国商法保障交易安全措施主要体现在强制主义、公示主义、外观主义和严格责任主义四个方面。强制主义是指国家通过运用强行性规范对商事关系和商事活动施加积极的干预和控制, 以保障交易的安全。如商法中关于商事账簿的规定, 公司法中关于公司章程的规定, 票据法中关于票据应记载事项的规定等, 均体现了国家强制性的要求。公示主义是指商法通过强化公示制度, 增加交易的透明度和后果的可预见性, 以保护交易相对方或不特定第三人的合法权益。如商事登记制度、公告制度、信息披露制度等, 目的在于让交易相对方或不特定第三人充分了解交易对方的法律地位、资信能力、商品或服务的品质等信息, 以便于作出正确判断, 减少交易的不安全因素。外观主义是指以行为的外观为判断标准去认定交易行为的法律效果, 通过增强交易的确定性来保障交易的安全。最典型的例子是票据法中的票据的文义性特征, 票据权利依票据记载, 票据行为的效力以票据上的文字记载为准, 即使行为人的意思表示与记载的文字有出入, 也应以文字记载确定其行为的效力。严格责任主义是指商法通过强化法律责任, 严格商事主体违反义务的法律后果来保障交易的安全。如我国的《公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》等单行法中, 不仅规定了商事违法行为的民事责任、行政责任乃至刑事责任, 而且规定了连带责任和无过错责任, 目的在于维护交易秩序、保障交易安全。

(四) 强化社会责任原则

商是逐利的, 追求利润最大化是商事主体的主要甚至是唯一目标。如何约束和规范商事主体在创造财富和利润的同时, 承担维护社会稳定和经济发展的社会责任, 是商法无法回避也不应回避的现实问题。强化社会责任原则, 是对商法营利性本质的制约与平衡, 意在表明商法在赋予商事主体追求自身利益最大化的经济自由的同时, 必须关注社会共同利益, 对社会稳定 and 经济发展承担责任。法律不允许以牺牲社会共同利益为代价来谋求自身的发展和利益。

商法在进行制度选择和设计时, 已经关注并体现了社会责任原则的基本要求。商法通