



高等学校法学系列教材

# 商法总论

张 璎 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 商法总论

张 樱 ◎ 主编

LAW ▶



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

商法总论/张璎主编. —北京:北京大学出版社, 2009. 8

(高等学校法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 15529 - 5

I. 商… II. 张… III. 商法 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 121178 号

书 名: 商法总论

著作责任者: 张 璎 主编

责任编辑: 张兴群 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15529 - 5/D · 2364

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 17 印张 320 千字

2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 编写说明

本书是一本适用于高等教育法学本科商法总论课程教学使用的教科书,由华东政法大学经济法学院及法律学院的一批民、商法学者编写而成。内容不仅包括了商法的基本概念、基本知识和基本理论,还结合我国现行法律,深入浅出地阐述了商事主体、商行为、商事登记、商号、商业账簿等具体商事制度。因此,它不仅可用作法学院的教科书,还可作为一般读者了解商法知识的读物。

本书由张璎担任主编,具体分工如下:第一章、第七章由伍坚撰写,第二章、第三章、第四章、第五章由张璎撰写,第六章由陈康华撰写,第八章、第九章、第十章由蒋虹撰写。书中不足之处,敬请广大读者和专家批评指正。

本书的编写得到北京大学出版社的大力支持,在此表示感谢。

张 璎

2009年4月

# 目 录

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| <b>第一章 商法概述</b> .....   | (1)   |
| 第一节 商法的概念及特征 .....      | (1)   |
| 第二节 商法的地位和渊源 .....      | (13)  |
| 第三节 商法的历史发展 .....       | (20)  |
| 第四节 商法的基本原则 .....       | (31)  |
| <b>第二章 商事主体概述</b> ..... | (41)  |
| 第一节 商事主体的概念及特征 .....    | (41)  |
| 第二节 商事主体的分类 .....       | (43)  |
| <b>第三章 商个人</b> .....    | (47)  |
| 第一节 我国商个人概述 .....       | (47)  |
| 第二节 个人独资企业 .....        | (48)  |
| <b>第四章 商合伙</b> .....    | (57)  |
| 第一节 商合伙概述 .....         | (57)  |
| 第二节 普通合伙企业 .....        | (59)  |
| 第三节 有限合伙企业 .....        | (70)  |
| <b>第五章 商事公司</b> .....   | (74)  |
| 第一节 商事公司概述 .....        | (74)  |
| 第二节 有限责任公司 .....        | (84)  |
| 第三节 股份有限公司 .....        | (92)  |
| 第四节 股东的权利、义务与责任 .....   | (113) |
| 第五节 公司的解散与清算 .....      | (119) |
| <b>第六章 商行为概述</b> .....  | (125) |
| 第一节 商行为的界定 .....        | (125) |
| 第二节 几种常见商行为 .....       | (131) |
| <b>第七章 特殊商行为</b> .....  | (155) |
| 第一节 票据行为 .....          | (155) |
| 第二节 保险行为 .....          | (171) |
| 第三节 证券发行与交易行为 .....     | (188) |

---

|                  |       |
|------------------|-------|
| <b>第八章 商事登记</b>  | (205) |
| 第一节 商事登记概述       | (205) |
| 第二节 商事登记的对象和主管机关 | (208) |
| 第三节 商事登记的内容及种类   | (211) |
| 第四节 商事登记的程序      | (220) |
| 第五节 商事登记的效力与监管   | (224) |
| <b>第九章 商号</b>    | (229) |
| 第一节 商号概述         | (229) |
| 第二节 商号的选用与登记     | (234) |
| 第三节 商号权          | (241) |
| 第四节 商号权的法律保护     | (245) |
| <b>第十章 商事账簿</b>  | (252) |
| 第一节 商事账簿概述       | (252) |
| 第二节 商事账簿的种类      | (255) |
| 第三节 商事账簿的编制      | (260) |
| 第四节 商事账簿的效力与保管   | (263) |
| 第五节 商事账簿信息的披露    | (264) |

# 第一章 商法概述

## 第一节 商法的概念及特征

### 一、商法的概念

#### (一) “商”的含义

简单地说,商法就是关于“商”的法律。因此,要准确把握商法的概念,必须首先了解“商”的含义。在不同的社会历史条件下,在不同的学科中,“商”具有不同的含义。

##### 1. 词义学上的解释

在古代汉语中,商是一种计时单位,一刻称为一商,古语有谓:“商,刻也”。同时,商还有“估量”、“推测”之义,“商,从外知内也”。后来,商发展为与“量”合用,称为“商量”,进而引申为协商之义。<sup>①</sup>

随着生产力的发展,在古代中国,“商”已经在经济生活中被使用,并至少具有以下两种含义:第一,指商品交易活动。如《汉书·食货志上》载:“士农工商,四民有业。学以居位曰士,辟土殖谷曰农,作巧成器曰工,通财鬻货曰商。”第二,指从事商品交易活动的人,即商人。例如,《周礼·天官·冢宰》中有“六曰商贾,阜通货贿”之说,汉代名儒郑玄注:“行者为商,坐者为贾”<sup>②</sup>。详言之,商为行商,指携带货物前往某地进行交易的商人;贾为坐商,指将货物置于固定场所销售的商人。应当说,“商”的这两种含义不是同时出现的。从人类社会的发展过程看,商品交换的出现应当早于商人阶层的形成。早期的商品交换常以满足基本生存需要为目的,人们只是偶尔为之,以此为业无从谈起。生产力的发展促进了社会分工,一部分人开始以从事商品交易活动作为经常性职业,并获取一定的利益,商人阶层开始形成,并进一步拓展了“商”的含义,它不仅可以指交易行为,也可以指从事这一行为的主体。

在外文中,“商”(Commerce)一词的含义与其中文含义不尽相同。根据《韦伯斯特新国际辞典》的解释,“商”指的是商品交换或买卖行为(exchange or buying and selling of commodities);《布莱克法律辞典》则认为,“商”是指货物、产品

---

<sup>①</sup> 参见范健、王建华:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2004年版,第159—160页。

<sup>②</sup> 《辞源》,商务印书馆1986年版,第521页。

或任何种类财物的交换。因此,“商”在外文中一般是指商品交易行为,而不是从事商品交易活动的主体。

## 2. 经济学上的解释

从经济学的角度理解,“商”是指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。详言之,“商”即介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易、调剂供需,而从中获取利润的行为。<sup>①</sup> 经济学上的“商”通常被称为“买卖商”,或者是一些学者所说的“固有商”。

在现代市场经济社会中,商业贸易和商品经济获得了长足发展,人们已将营利视为“商”的本质,这种行为不仅表现在买卖中,也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、损害保险业等。并且,发展到与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。<sup>②</sup> 因此,传统经济学中对“商”的界定已经不能反映社会经济的现实,具有较大的局限性。

## 3. 法学上的解释

对于“商”在法学上的含义,我们可以从商事立法和学术研究两个角度加以认定。无论是商事立法还是学术研究,都是围绕“商”的本质和“商”的范围界定其含义。

### (1) 各国商事立法中的“商”

第一,关于“商”的本质,即“商”是什么。依据各国规定,凡以营利为目的的事业和以营业的方式从事的行为就是“商”。例如,我国台湾地区2009年修正的“商业登记法”第3条明确规定:“本法所称商业,指以营利为目的,以独资或合伙方式经营之事业。”1998年修改的《德国商法典》第1条第2款也规定:“商事经营是指任何营利事业,除非企业依其种类或范围不需要以商人方式进行经营。”

第二,关于“商”的范围,即哪些营业或者行为属于“商”。对于这个问题,各国立法确定的范围不尽一致。例如,《法国商法典》在第632条和633条中详细列举了几十种属于“商”的行为。我国国家级立法至今未对“商”的范围作出明确规定,但地方立法早有涉及。如1999年6月30日深圳市第二届人民代表大会常务委员会第三十三次会议通过的《深圳经济特区商事条例》第5条规定:“……本条例所称商行为,是指商人从事的生产经营、商品批发及零售、科技开发和为他人提供咨询及其他服务的行为。”据此可以看出,《深圳经济特区商事条例》中规定的“商”的范围包括商人从事的生产经营、商品批发及零售、科技开发和为他人提供咨询及其他服务行为。

<sup>①</sup> 参见张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页。

<sup>②</sup> 参见王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第4页。

## (2) 商法学术研究中的“商”

我国商法学界对“商”的本质的界定,有两种不同的看法。例如,赵万一教授认为:“现代商法上所称的商是指营利性主体所从事的一切营利性活动和事业之总称。”<sup>①</sup>王作全教授认为:“只要是营利性主体(即商事主体)所开展的,以营利为目的,并且是一种持续性的营业活动,就是商法意义上的‘商’概念。”<sup>②</sup>学者李功国也认为:“‘商’是经过商业登记的商主体,在法律规定的范围内所从事的经营活动。”<sup>③</sup>这些学者所理解的“商”,不仅强调商主体,而且强调商行为。而赵中孚教授认为:“法律意义上的‘商’或‘商事’,乃是指一切营利性营业活动和事业的总称。”<sup>④</sup>这一看法强调的是商业行为本身,并不强调从事商业行为的主体。我们认为,现代商法的主要内容不仅包括对商行为(如票据、保险)的规范,而且包括对商主体(如公司)的规范,因此,对商法上“商”本质的界定应结合主体进行。

至于商法中“商”的范围,根据我国商法学界的通说,大致包括以下四种类型:

一是“固有商”,指的是直接媒介财货交易的行为,主要包括证券交易、票据交易、海商交易等行为,亦称“第一种商”。

二是“辅助商”,指的是间接媒介财货交易的行为,或者说是使“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为,包括货物运送、仓储保管、代理、居间、行纪、包装、装卸等行为,亦称“第二种商”。

三是指虽然不属于直接或间接媒介财货交易的行为,但从事与商品交易有关的资金融通,如银行、信托业务等,或从事与商品交易媒介行为密切相关的活动,如加工承揽、制造、出版、印刷及摄影等营业。<sup>⑤</sup>一些学者将之称为“第三种商”。

四是“第四种商”,包括广告宣传、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。一种观点认为,此种商事营业仅与辅助商或第三种商有牵连关系,与固有商的联系已极为间接。<sup>⑥</sup>另一种观点则认为,这些商事营业与媒介货物并无连带关系,仅与“第三种商”有关系。<sup>⑦</sup>

显然,法学上“商”的含义要比经济学上的“商”更为丰富。而且,随着现代

① 赵万一主编:《商法》,中国人民大学出版社2006年版,第3页。

② 王作全主编:《商法学》,北京大学出版社2006年版,第2—3页。

③ 李功国:《商人精神与商法》,载王保树主编:《商事法论集》(第2卷),法律出版社1998年版,第9页。

④ 赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第4页。

⑤ 参见覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社2006年版,第3页。

⑥ 参见赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第4页。

⑦ 参见覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社2006年版,第3页。

经济的飞速发展,“商”的范围和种类仍然会不断扩大,因此,从本质而非范围入手更有助于我们把握“商”的含义。综上所述,商法上的“商”是指经商业登记的商主体(商人)在法律规定的范围内所从事的一切营利性营业活动(商行为),它由四种要素构成:(1)经登记的商主体;(2)以营利为目的;(3)以商业方法进行营业;(4)从事规定范围内的营业。<sup>①</sup>

与“商”密切相关的另一概念是“商事”。对于两者之间的关系,我国学者说法不一。一种观点认为两者属于同一概念,如范健教授认为:“法学上的‘商’也称为‘商事’”;赵中孚教授也认为:“商事又称为‘商’。”<sup>②</sup>另一种观点则主张,“商”与“商事”存在一定的区别。例如,顾功耘教授认为:“当‘商’解释成商行为时,可与‘商事’通用;但当‘商’解释为商人时,则不能通用。”<sup>③</sup>雷兴虎教授认为:“商法中的‘商’泛指营业行为,商事则指商法所规定的关于商事组织与商事活动的诸种事项的总称。”<sup>④</sup>还有学者主张,“从范围上分析,商事有广义和狭义之分。广义的商事是指有关商的一切事项,如商事登记、商事组织、商事合同、商事账簿、商事管理、商事征税、商事诉讼、商事仲裁等。而狭义上商事专指传统商法所规范的事项,主要是公司、票据(证券)、保险、海商和破产等事项。”<sup>⑤</sup>

## (二) 商法的概念和分类

### 1. 商法的概念

尽管“商法”这一名词由来已久,但人们对什么是商法至今未能达成共识,反映出商法概念具有高度的不确定性。

在英美法国家,人们常常使用“Commercial Law”和“Business Law”称呼商法,然而,不论是“Commercial Law”还是“Business Law”,它们都只是一个概括性的概念而不具有公认的内涵。一般而言,它们指的是与商业有关的法律,包括公司法、合伙企业法、破产法等有关商业交易的主体的法律,也包括合同法、财产法中与企业和商业惯例有关的内容。

在大陆法系国家,尽管很多国家制定了商法典,但在法律中明文表述商法概念的却极其罕见。不同的学者选择不同的角度,得出的概念也就不同。例如,有日本学者认为,商法在被确认为一个法律部门时,被认为是以商法典为中心的有关法律的总称。<sup>⑥</sup>这一概念关注的是商法的表现形式。还有日本学者声称,商

① 参见顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社、北京大学出版社2006年版,第5页。

② 参见范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2004年版,第159—160页;赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第3页。

③ 顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社、北京大学出版社2006年版,第6页。

④ 雷兴虎主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

⑤ 官欣荣主编:《商法原理》,中国检察出版社2004年版,第25页。

⑥ 参见〔日〕龙田节编:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社1985年版,第1页。

法就是企业关系上特有的法律的总称。<sup>①</sup>这一概念强调的是商法的实质内容。德国学者多基于主观主义立场,认为商法就是适用于商人的特别私法。<sup>②</sup>法国学者则多采取客观主义立场,认为商法是有关商行为的法律,是“在民法之外,专门规范大多数生产、销售与服务活动的一个私法分支”<sup>③</sup>。

在我国,学者们大多从商法的调整对象入手阐述商法的概念。由于对商法调整对象的认识不同,对商法的概念也就有不同的表述,归纳起来最主要的观点有三种:(1)商法是调整商事关系的法律规范的总称。这一定义模式符合国内关于法律部门的一般定义模式,即“某法是调整某社会关系的法律规范的总称”。(2)商法是调整市场交易关系,包括交易组织关系和交易行为关系的法律规范的总称,是市场交易的规则。<sup>④</sup>(3)商法是调整商人以及商事活动的法律。

应当说,上述三种观点之间不存在根本差异。可以看出,第一种观点和第二种观点采取的定义模式是一样的。而商事关系具体而言,就是商事主体在商事交易活动中所发生的社会关系,包括商事组织关系和商事行为关系,因此,“商事关系”和“市场交易关系”只是表述上的不同而已。第三种观点表面上看采取二元结构定义商法,主张商法既规范商主体又规范商行为。但是,社会关系本来就是人与人之间基于行为联系而发生的,它不可能脱离特定的主体和行为而孤立存在,因此,第三种观点和前面两种观点也只是在定义模式上不同。鉴于国内学者通常是以法律调整的社会关系定义某一法律部门,本书也采取第一种定义模式:所谓商法,是调整商人在商事交易活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。

## 2. 商法的分类

基于不同的标准,可以将商法分成不同的种类。通常,商法被划分为以下几类:

(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,可以将商法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民商分立的国家所制定的并以“商法典”命名的法律规范。形式意义上的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构,并最终表现为商法典。在大陆法系国家中,法国、德国最早制定了自己的商法典,其后,日本、西班牙、葡萄牙、韩国、意大利等国家也陆续制定了商法典。据统计,世界上大约有四十多个国家

① 参见〔日〕我妻荣等编:《新法律学大辞典》,董璠舆等译,中国政法大学出版社1991年版,第500页。

② 参见〔德〕卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2—3页。

③ 〔法〕伊夫·居荣:《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第1页。

④ 参见徐学鹿主编:《商法学》,中国人民大学出版社2008年版,第3页。

具有商法典。<sup>①</sup> 在这些国家中,商法典于民法典之外独立存在自成体系,其内容一般包括总则、公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。实质意义上的商法是指所有调整商事关系的法律规范。它着眼于规范的性质、构成和作用理念的统一,不仅包括形式意义上的商法,而且包括不以商法典形式出现但也调整商事关系的各种法律规范。通常,实质意义上的商法表现为各商事单行法,或散见于宪法、民法、行政法、经济法、刑法以及其他法律法规中,甚至出现在判例或国际公约中。无论是大陆法系国家还是英美法系国家,也无论是民商分立还是民商合一的国家,都存在实质意义上的商法。

我国目前尚无形式意义上的商法,但实质意义上的商法已大量存在,自 20 世纪 90 年代以来,我国陆续制定了《公司法》、《合伙企业法》、《票据法》、《保险法》、《破产法》、《海商法》等商事单行法,实质意义上的商法体系在我国已经构建形成。

(2) 国内商法与国际商法。根据商法的制定机构与适用范围的不同,可将其划分为国内商法与国际商法。国内商法是由一国的有权机关制定的商事法律规范,通常仅在该国地域范围内发生效力。国际商法主要指国际上有关商事的法规,包括国家之间的商事条约、商事公约以及国际商事惯例等。例如,调整国际买卖的《联合国国际货物销售合同公约》、调整国际货物运输的《海牙规则》及《汉堡规则》等,都是较为著名的国际商事规范。一国在制定自己的商法规范时,往往会注意吸收、借鉴国际商法中的相关内容,这在票据法、海商法中体现得尤为明显。

(3) 商公法和商私法。商公法是指公法上调整商事关系的法律规范,其本身没有形成一个完整的体系,相关规范散见于宪法、行政法、刑法等公法中,或者存在于公司等商事单行法中。例如,刑法中关于公司犯罪的规定、公司法中关于公司登记管理的有关规定,它们都属于商公法。商私法是指私法上调整商事关系的法律规范。

## 二、商法的特征

商法的特征是商法不同于其他法律部门的特质。在国内商法学界,学者们对商法的特征有多种意见,大致可以归纳为以下四大类:

(1) “四特征说”。该说认为,商法具备四大特征:复合性(亦称兼容性、公法性,指本质上属于私法的商法兼有公法属性)、技术性、营利性和国际性。国

---

<sup>①</sup> 参见郭锋:《民商分立与民商合一的理论评析》,载《中国法学》1996年第5期。

内很多学者赞成此说。<sup>①</sup>

(2) “五特征说”。该说认为商法具备五大特征。但是,学者之间对这些特征的认识存在一定的分歧。例如,徐学鹿教授界定的商法特征是兼容性、技术性、国际性、进步性和资本经营性。<sup>②</sup> 赵中孚教授界定的商法特征是兼容性、营利性、技术性、国际性、组织法与行为法相结合。<sup>③</sup> 侯怀霞教授认为,商法的特征应为营利性、技术性、多变性、公法性和国际性。<sup>④</sup> 高在敏教授等人则认为,商法是倡导营利的功利法、是具有经济意义的身份法、是市场经济的基本法、是包含大量强制性规范的私法、是最具开放性质的国内法。<sup>⑤</sup> 还有学者主张,商法的特征包括自治性、协调性、技术性、国际性和进步性。<sup>⑥</sup>

(3) “六特征说”。该说认为商法具备六大特征。与“五特征说”一样,学者们对这六大特征的界定既有相同之处,也有不同之处。例如,顾功耘教授认为,商法的特征应包括:“规范的重点是商人的营利活动、组织法规范与行为法规范相结合、规范的技术性、对经济生活的适应性、含有公法化因素、规范的可借鉴性。”<sup>⑦</sup> 任先行教授认为,商法的特征可以概括为营利性、技术性、公私法性、国际性、静态与动态相结合、变动性。<sup>⑧</sup> 施天涛教授则主张,商法的特征是私法性与公法性、国内性与国际性、实体性与程序性、冲突性与协调性、伦理性与技术性、稳定性与进步性。<sup>⑨</sup>

(4) “八特征说”。该说界定的商法八个特征是:营利性、技术性、公法性、协调性、国际性、整体性、发展性、变动性。<sup>⑩</sup>

本书赞同顾功耘教授的观点,商法的特征应包括:

#### (一) 规范的重点是商人的营利活动

在市民社会中,商人从事商事活动的最终目的就是為了营利,营利可谓“商”的本质。所谓“营利”,是指为了谋取超出资本的利益并将其分配给投资者。尽管古代中国和西方都曾经在相当长的时期内对商人和商业持歧视态度,但实践证明,商人对于经济利益的不懈追求,是人类社会得以维系和向前发展的

① 这些学者的详细观点,可参见赵万一主编:《商法》,中国人民大学出版社2006年版,第5—6页;覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社2006年版,第5—7页;柳经纬主编:《商法》,厦门大学出版社2002年版,第14—16页;王作全主编:《商法学》,北京大学出版社2006年版,第6—7页。

② 参见徐学鹿主编:《商法学》,中国人民大学出版社2008年版,第43—49页。

③ 参见赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第29—32页。

④ 参见侯怀霞主编:《商法学》,中国政法大学出版社2008年版,第7—9页。

⑤ 参见高在敏、王延川、程淑娟编著:《商法》,法律出版社2006年版,第4—5页。

⑥ 参见官欣荣主编:《商法原理》,中国检察出版社2004年版,第19—23页。

⑦ 顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社、北京大学出版社2006年版,第7—9页。

⑧ 参见任先行主编:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业出版社2007年版,第26—29页。

⑨ 参见施天涛:《商法学》,法律出版社2003年版,第12—18页。

⑩ 参见任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第19—25页。

持续动力。因此,现代商法必须正视商人天生的营利需求,并要通过合理的制度设计,保障商人营利目的的顺利实现。

需要指出的是,商法的这一特征亦被很多人称为“营利性”。但是,法律在本质上体现的是公平、正义,说法律具有营利性质是不准确的,商法作为一个法律部门也不例外。正如我国台湾地区学者张国键所言:“商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利。”<sup>①</sup>换言之,商法只是为商人的营利活动提供一套法律机制,以促进其营利目的的实现。

自改革开放以来,我国陆续制定了多部单行商事法律,相关法规、规章等更是数不胜数。在肯定这些立法成就的同时,如果以商法应具备的这一特征为标准衡量相关商事规范,无疑会发现一些商事规范明显不符合商业社会的运行需要,对商人营利目的的实现起到的不是促进而是阻碍作用,尚有进一步修订的必要。在此举禁止企业法人借贷的规定加以说明。1996年中国人民银行发布的《贷款通则》第61条规定:“各级行政管理部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会,不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。”同年发布的《最高人民法院关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》也明确规定:“企业借贷合同违反有关金融法规,属无效合同。”由于企业之间借贷被禁止,企业只能通过向银行等金融机构贷款或是发行股票、公司债券的方式筹集资金。然而长期以来,上述融资渠道事实上主要考虑国有企业,大量民营企业尤其是中小企业很难借此获得外部资金支持,因此,实践中很多企业仍然进行各种形式的变相借贷操作。此类操作固然可以定性为“违规”,但当一项法律规范在现实中无法获得有效遵守时,或许规范制定者应该反思:该项规范是否能够满足商人的正当需要?

还要指出的是,商法仅仅维护商人合法、正当的营利,对于非法营利则不加保护,反而要予以坚决制止。

## (二) 组织法规范与行为法规范相结合

商事组织是商事交易的基础,商事交易是商事组织的基本活动,商事组织要想营利,必须首先从事商事交易行为,因此,商事组织与商事交易均成为商法规制的基本内容。

公司法、合伙企业法、个人独资企业法是最主要的商事组织法,其主要任务包括:(1) 界定商事组织的类型。现代各国一般奉行商主体形态法定主义,商事组织必须采取该国法律允许的形态方能设立。例如在我国,由于《公司法》只允许设立有限责任公司和股份有限公司,商事组织就不可能采取无限公司的形态。

<sup>①</sup> 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第23页。

(2) 明确商事组织的法律地位。在我国,根据《公司法》的规定,所有依法设立的公司均为法人,股东原则上承担有限责任;而依照《个人独资企业法》的规定,个人独资企业不是法人,其投资者(一个自然人)承担无限责任。(3) 厘清组织内部各机关、各参与方之间的权力(利)、义务、责任。这在公司法中体现得最为明显。我国《公司法》详细规定了股东(大)会、董事会、监事会等机构各自拥有的职权,并明确了股东、董事、监事、经理等人的权利、义务和责任,以保障股东的投资安全,实现公司经营的效率。当然,公司法虽然主要为组织法,其中也有行为法的内容,如公司发行股票的规定即属此类。

票据法、保险法、证券法等是主要的商事行为法,其主要任务在于提供商事交易规则。当然,保险法、证券法中有关保险公司、证券公司的规定属于商事组织法的范畴。

### (三) 规范的技术性

法律规范可以分为伦理性规范和技术性规范。伦理性规范反映了特定群体的基本生活经验和常理,一般社会公众即使没有专业知识,凭借常识也能了解并接受。例如,人们常说的“欠债还钱”即属伦理性规范。在一国法律体系中,民法、刑法中的绝大多数规范属于伦理性规范。相反,商法是对商业交易规则的法律反映,而商业交易规则从本质上说是商人们在交易时逐步发展出来的,非商人对此并不熟悉,仅凭一般常识甚至不能理解。因此,商法规范具有很强的技术性、操作性特征。

商法规范的技术性特征既体现在组织法中,也体现在行为法中。前者如公司法对股东(大)会召集程序和议事规则、董监事选任方法以及公司合并、分立程序的规定。后者如票据法中对票据行为的要式性和独立性、票据抗辩的限制以及票据追索权和再追索权的规定;证券法中对虚假陈述行为造成的损害赔偿数额如何计算的规定;保险法中关于保险费率的确定以及理赔的规定;海商法中关于共同海损的认定以及理算的规定等。

商法规范极强的技术性、操作性特征,要求创制者在设计商法规范时应为当事人提供尽可能细致周全的条文,尤其是对一些程序性事项的规定应使其具有较强的可操作性。但长期以来,我国商事立法和其他领域的立法一样,奉行“宜粗不宜细”的模式,往往只规定框架性、原则性的东西,对一些问题没有细化。当然,粗放式的立法路径有其历史必然性。在改革开放和市场经济发展初期,立法经验相对欠缺,对很多问题本就不可能作出详细规定。加之各种社会关系变动不居,即使在技术上对某些问题细致规定,也可能会因灵活性的丧失而失去其适应性。但不可否认的是,粗放式立法导致很多条款因可操作性差而无法适用。例如,《公司法》第98条规定:“股东有权……对公司的经营提出建议或者质询。”这一规定的缺陷在于:第一,没有明确质询权的行使时间;第二,将股东质

询的事项界定为“公司的经营”，这一表述弹性过大，实务中容易产生争议；第三，说明义务人是谁？说明应达到何种程度？若义务人拒绝说明，股东可以寻求何种救济措施？立法的疏漏导致股东的该项权利在实践中根本不被尊重，很多公司的高管面对股东的质询往往以“无可奉告”应付。

不过，说商法规范具有很强的技术性特征，并不意味着商法中就没有伦理性规范。例如，保险法中对保险利益原则的规定，就是为了防止赌博和不当得利，抑制道德风险，伦理性色彩相当明显。

#### （四）对经济生活的适应性

众所周知，法律应具备一定的稳定性，以使人们对法律有较为明确的预期。如果法律朝令夕改，人们将无所适从。作为一个法律部门，商法同样应保持相对的稳定性。

但是，与包括民法在内的其他法律部门相比，商法更加强调对经济生活的适应性。这是因为，商法调整的对象——商事关系是社会经济关系的重要构成，在社会经济关系发生了较大变动的情况下，即使商法原先的规范确属先进、合理，也不能继续适用而应作出相应的调整，否则不仅不能满足商业社会的需要，甚至还可能成为一种束缚。拉德布鲁赫就指出：“和其他任何法律领域相比较，商法更能表现出法律与利益之间的较量以及利益对法律的影响，对此事实予以规范的有限力量和这一事实最终规范性——简而言之，表现了经济历史观对经济与法律关系的解释。它表明在个人主义法律时代，商法必然扮演着整个私法发展中开路先锋的角色。”<sup>①</sup>

以《日本商法典》为例，一战后该法典进行了30多次修改，为补充商法典还颁布了30余项单行商事法规。相比之下，《日本刑法》自1908年施行以来只有十余次修订。又如，《法国商法典》在1807年颁布时有648条，经多次修改后，目前继续有效的条文不过140余条，其中只有约30个条款保留了1807年的行文。

反观我国商事立法，它在及时应对社会经济关系的变化方面表现不佳。以《公司法》为例，该法制定于1993年，在时代背景的制约下，该法不可避免地存在很多缺陷，因此受到了诸多学者的抨击。但是，该法一直保持超级稳定状态，1999年和2004年虽然进行了两次小改，却只涉及寥寥数个条文。直到2005年，该法才进行了一次较大规模的修订。又如破产法，我国的《企业破产法（试行）》制定于1986年12月，于1988年11月1日起实施，共43条，调整对象限于全民所有制企业。1991年颁布的《民事诉讼法》第十九章设“企业法人破产还债程序”，一共只有8条，适用于非全民所有制的企业法人。直到2006年8月27

<sup>①</sup> [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第75—76页。

日,我国才制定通过了新的《企业破产法》。在这 20 年的时间里,我国经济生活发生了极其巨大的变化,企业因不能清偿到期债务而退出市场也成为常见之事。很难想象,两部法律中总共五十余项条文是如何适应这一经济现实的。

#### (五) 含有公法化因素

公、私法的划分源于西方法学传统。尽管人们对公、私法划分的标准争论不休,但国内学者大多接受对法律体系的这种区分。商法调整的是商人之间的交易活动,商人之间的关系本质上属于私的关系,以意思自治和契约自由为基本特征,因此,商法本质上属于私法,其最终价值取向在于保护并促进商人的营利。

现代商法虽以私法规定为中心,但也含有公法化的因素。19 世纪末 20 世纪初,西方经济从自由资本主义阶段过渡到垄断资本主义阶段,对个人意志和利益的极度追捧引发了许多社会问题。有鉴于此,国家加强了对商事活动领域的干预,商事立法中出现了许多公法性质的条款和内容。例如,商法总则中的商事登记制度、商事账簿制度;公司法中的公司资本制度;证券法中的证券监管制度;保险法中的责任准备金制度;票据法中对票据记载事项的规定等,均为公法性质的规定。

商法是公法与私法的二元结构,与此相对应,商事法律规范是任意性规范与强制性规范的对立统一。商事活动直接关系到交易当事人的切身利益,交易内容、交易方式等应由当事人自主决定,因此,立法上应多设任意性规定。但为维护交易安全,商法中也必须存在一些强制性规定。大陆法系学者一般认为,商事组织法原则上属于强制性规范,而商事行为法原则上属于任意性规范。“从历史角度看,有关企业活动法部分,因属行为法,主要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。”<sup>①</sup>需要指出的是,不能将组织法就等同于强制法,行为法就等同于任意法。组织法中也可以有任意性的规范,如我国《公司法》第 43 条规定:“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”行为法中也可以有强制性的规范,如《保险法》第 12 条规定:“人身保险的投保人在保险合同订立时,对被保险人应当具有保险利益。财产保险的被保险人在保险事故发生时,对保险标的应当具有保险利益。”如果相关人对保险标的不具有保险利益,保险合同即为无效。

就我国商事立法而言,长期以来的一个大问题就是过分突出商法的公法色

---

<sup>①</sup> 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》,五南图书出版公司 1997 年版,第 4 页。