

法学通用
系列教材

商法学概论

顾功耘 吴 弘 主编

 上海人民出版社

法学通用
系列教材

商法学概论

顾功耘 吴 弘 主编

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法学概论/顾功耘,吴弘主编. —上海:上海
人民出版社,2013
法学通用系列教材
ISBN 978-7-208-11610-8

I. ①商… II. ①顾… ②吴… 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(2013)第 198926 号

责任编辑 屠玮涓 何元龙
封面设计 陈楠

商法学概论

顾功耘 吴弘 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 25.5 插页 2 字数 452,000

2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-11610-8/D · 2330

定价 52.00 元

华东政法大学课程和教材 建设委员会

主 任:何勤华

副主任:杜志淳 顾功耘 刘晓红 林燕萍 唐 波

委 员:刘宪权 吴 弘 刘宁元 罗培新 杨正鸣

沈贵明 余素青 范玉吉 张明军 高富平

何明升 杨忠孝 丁绍宽 闵 辉 焦雅君

陈代波 金其荣 贺小勇 徐永康

秘书长:唐 波(兼)

目 录

第一章 商法基础理论	1
第一节 商法概述	1
第二节 商法的地位和渊源	11
第三节 商法的历史发展	20
第四节 商法的基本原则	27
第五节 商事主体制度概述	31
第六节 商事登记制度	41
第七节 商号制度	47
第八节 商事账簿制度	54
第九节 商行为制度概述	57
第二章 公司法	62
第一节 公司及公司法概述	62
第二节 公司的设立	70
第三节 公司的资本制度	82
第四节 股东及其权利与义务	93
第五节 公司的治理结构	105
第六节 公司的合并、分立与组织形式变更	120
第七节 公司的解散与清算	125
第三章 证券法	132
第一节 证券法概述	132
第二节 证券市场主体法律制度	135
第三节 证券发行与承销法律制度	141
第四节 证券上市与交易法律制度	147
第五节 证券投资基金法律制度	162
第四章 商业银行法	172
第一节 商业银行法概述	172

第二节	商业银行的市场准入与退出	174
第三节	商业银行的经营原则	181
第四节	商业银行的业务范围和规则	183
第五节	商业银行与客户的法律关系	193
第五章	信托法	203
第一节	信托概述	203
第二节	信托的设立、变更与终止	211
第三节	信托法律关系	215
第四节	信托公司	225
第五节	营业信托	232
第六节	公益信托	246
第六章	期货法	249
第一节	期货法概述	249
第二节	期货市场主体法律制度	254
第三节	期货上市法律制度	268
第四节	期货交易法律制度	272
第七章	票据法	278
第一节	票据法概述	278
第二节	票据法的基本原理	283
第三节	汇票	301
第四节	本票	313
第五节	支票	314
第八章	破产法	317
第一节	破产法概述	317
第二节	破产的申请与受理	320
第三节	破产管理人	328
第四节	债务人财产	335
第五节	破产债权与债权人会议	346
第六节	破产清算、和解与重整程序	352
第九章	保险法	364
第一节	危险与保险	364
第二节	保险法的基本原则	372
第三节	保险合同总论	380
第四节	人身保险合同	387
第五节	财产保险合同	394

第一章 商法基础理论

第一节 商法概述

一、“商”的含义

学习商法,须先了解“商”的含义。迄今为止,按照不同的社会历史条件、不同的学科背景,“商”也被赋予了不同的含义。

(一) 词义学上的解释

考察中文“商”的词源,可知其内涵经历过一个逐渐演变的过程。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”。商又被用指“估量”、“推测”,“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。有时人们还在“经常”、“赏赐”等意义上使用商一词。^①

随着生产力的发展,“商”一词被引入经济生活,最初,人们是在相互交换和互通有无这一意义使用其概念的,如我国古代《汉书·食货志(下)》有“通财鬻货曰商”的说法,《白虎通·商贾》有:“行曰商;止曰贾。商之言章也,章其远近,度其有无,通四方之物,故谓之商。”后来随着商品交易的发展,尤其是货币出现以后,一个以从事交易活动为职业并从中获取一定利益的商人阶层开始形成,如中国古代汉语中的“布商”、“客商”等,这进一步拓宽了“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”一般指商品交换或买卖行为,如根据《韦伯斯特新国际辞典》,“商”指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”指货物、产品或任何种类财物的交换。可见,外文

^① 参见范健、王建文:《商法总论》,法律出版社2011年版,第2页。

中的“商”一般指商品交易行为,而非从事商品交易的主体。

(二) 经济学上的解释

从经济学角度理解,“商”指以营利为目的的各种商品交换行为。易言之,“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。^①这种对“商”的界定揭示了现代社会中的某一部分经济活动即商品流通活动,这种活动具有最传统的意义,一般也称为“买卖商”,或有些学者称之为“固有商”。随着现代社会商品经济关系的日益发展,不仅商品概念日益扩展,以营利为目的的经济活动范围也日益扩大。在营利被视作“商”的本质的情形下,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,“商”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。^②可见,经济学意义的“商”存在局限性,滞后于市场经济发展的实践。

(三) 法学上的解释

依据各国商事立法,法学意义上的“商”有一个基本出发点,即凡是以营利为目的的事业和以营业的方式从事的行为皆可谓之商。可以说,商本质上包括营利性和营业性两大基本属性。所谓营利性,指经营该事业的目的、动机及根本出发点是为了获取一定的利益,不管什么商主体都是如此。所谓营业性,指经营该事业的目的和方式及种类而言。在法律和学理上一般认为营业性具备三性,即经营目的的营利性,经营在时间上的连续性,经营在空间上的同一性。^③由此出发,各国商法理论一般认为商法是调整营利性主体在营业活动中发生的商事法律关系的总称。

除了上述关于“商”的质的规定性,在法律上究竟何以为商,即商的范围,或者说其量的规定性,须以各国立法规定为准,并且各国立法的确定不尽一致,主要遵循三种不同方法:其一是概括主义,即对商的范围作出广泛的概括性规定。例如,美国在《统一商法典》第 1.102 条就认可“经习惯、惯例和当事人协议而不断扩大的商业上的做法”。其二是列举主义,即在立法中对商的范围作出具体详细的列举。例如,法国的《商法典》就在第 632 条及第 633 条中详细列举了几十种属于“商”的行为;另外 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》也很有代表性,它列明的商的事项包括……折中主义,即综合采取另外两种方法来

① 参见张国键:《商事法论》,台湾三民书局 1980 年版,第 4 页。

② 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。

③ 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 12 页。

界定商的范围。例如德国《商法典》就采取了列举与概括相结合的方法进行规定。此外,我国台湾的商业登记法中列举了 32 种行业为商业,并加之以概括性规定。我国澳门的商法典亦如此。

对于“商”的范围,根据我国商法学界的通说,大致可以分为四种类型:一是“固有商”或“绝对商”,亦称“第一种商”,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、票据交易及海商交易等行为。二是“辅助商”,亦称“第二种商”,指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。三是“第三种商”,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。四是“第四种商”,指仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业,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。尽管这种流行划分对指导商事实践意义不大,但它确实说明法学上的“商”有着比经济学上的“商”更为丰富的内涵及更为广阔的范围。

作为一个法律术语的“商”,其实也是一个不断发展变化的概念。商标的从仅为动产和有形财产发展到绝大多数的不动产、无形财产、票据、有价证券等都可以成为商标的;商的行为从仅为买卖、运输、票据、保险、海商等到如今信托、证券交易、融资租赁、知识产权贸易等都不同程度地成为商行为的一个部分;商的主体从以自然人或按法定程序拟制的商人为主到如今企业已成为最主要的商主体,并且随现代经济的飞速发展,“商”的范围和种类仍在不断变化扩展。因此,为更准确地把握“商”的含义,我们应从其本质而非范围入手进行理解。

综上所述,我们认为,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。^①

二、商法的概念和分类

(一) 商法的概念

尽管商法存在的历史比较悠久,并且现今已成为人们耳熟能详的称谓,但商法究竟是什么,人们还未达成共识。由于各国商法体系存在不同立法原则,国内

^① 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。

外学者对商法概念的学理界定也不尽相同。

在英美法系国家,人们经常会使用“Commercial Law”、“Business Law”称呼商法,然而,这两者其实都只是一个概括性的概念却并不具有公认的内涵。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,由于存在民商合一与民商分立体例,有些国家单独制定有商法典,但在法律中明文表述商法概念的也非常罕见。不同国家的学者因各国不同的立法理论与实践,得出的概念也就不同。《法国商法典》历来被视为客观主义立法体系的代表,法国学者因此多采取客观主义立场,认为商法是有有关商行为的法律,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”。^①《德国商法典》乃主观主义立法体系的代表,于是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。^②而《日本商法典》乃折中主义立法体系的代表。依其规定,商法是适用于商人和商行为的特别私法。鉴于商法实际调整对象的复杂性,不同学者若基于不同角度阐述,得出的概念也就不同。

在我国,对何为商法,学者们做了不同表述,归纳起来主要有三种观点:第一种观点认为,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“某法是调整某类社会关系的法律规范的总称”。第二种观点认为,商法是调整商人以及商事活动的法律。它采用二元结构定义商法,主张商法既规范商主体又规范商行为。第三种观点认为,商法是市场交易行为的基本准则。

应当说,上述三种观点之间并不存在根本差异。它们基于不同的出发点,其实可以殊途同归。在现代市场经济条件下,市场主体制度和市场行为制度是不可或缺的两大要素。市场主体制度要解决市场主体的资格问题,即市场准入与退出,需要建立诸如公司、合伙或个人独资企业的现代企业制度及破产制度等,市场行为制度主要表现为为使市场交易迅捷、安全进行,需要建立诸如合同、票据、证券、保险、海商等制度。鉴于国内学者通常是以法律调整的社会关系来定义某一法律部门,本书也采取这种模式并综合以上观点,所谓商法,是调整商事主体在商事交易活动中所发生的社会关系的法律规范的总称。

(二) 商法的分类

为进一步了解商法的内涵和外延,有必要对商法做不同视角的考察。对于商

① 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。

② C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2—3页。

法可以从不同的角度做不同的分类。

1. 形式意义上的商法与实质意义上的商法

从商法表现形式入手,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,指采民商分立立法例的国家,在民法典之外制定的并以“商法”命名的法典。商法的内容一般包括总则、公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。在大陆法系国家,法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙、韩国等均有商法典。形式意义上的商法主要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。鉴于各国法典编纂的原则不同,形式意义上的商法又可分为三种主要类型,分别是主观主义立法体系、客观主义立法体系和折中主义立法体系。

实质意义上的商法,指所有调整商事关系的法律规范的总称。它主要着眼于规范的性质、构成、作用、实施方式等在理念上的统一。它不以商法典作为商法概念的界定基础,换言之,那些不以商法典形式出现但也调整商事关系的各种法律规范都是实质意义上的商法。如各种商事单行法,又如散见于宪法、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的商事规范。从这点来看,无论是大陆法系还是英美法系国家,无论是奉行民商分立还是民商合一的国家,都存在实质意义上的商法。

就我国而言,我们目前尚无形式意义上的商法,多数民法学者基于民商合一立法体例的考虑,也认为不必制定形式意义上的商法。但随着市场经济体制的不断发展,我国商法学界已普遍认为,我们迫切需要制定与我国市场经济建设实践相适应的《商法通则》或其他形式商法。事实上,形式意义上的商法在我国已大量存在,自20世纪90年代中国建立市场经济体制以来,我国陆续制定了《公司法》、《票据法》、《商业银行法》、《保险法》、《证券法》、《海商法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《破产法》等商事单行法。此外,形式意义上的商法也已存在于地方法规中,如《深圳经济特区商事条例》就属于第一部地方的形式意义上的商法。

2. 广义商法与狭义商法

这是按商法涵盖的范围所做的分类。就实质意义上的商法而言,它又包括广义商法与狭义商法。广义商法是调整各种商事关系的商法规范的总称。我国台湾地区有学者将其再分为国际商法、国内商法。国际商法指的是国际法上的商事规范,主要包括国家间的商事条约、公约、协定及国际商事惯例等。例如,调整国际货物买卖的《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》、《汉堡规则》等,都是较为著名的国际商事规范。它们往往成为一国制定商法时重点借鉴和吸收的内容。国内商法则是关于国内商事法律规范,又可分为商

公法与商私法。商公法是指公法上有关商事规定,如散见于宪法、行政法、刑法等公法中的商事规定。商私法指的是私法上关于商事的法规,在民商分立国家表现为商法典、商事特别法以及商事习惯法等形式,在民商合一国家则表现为民法典中的商事规定、关于商事的民事特别法以及有关商事习惯法等形式。狭义商法,仅指调整国内商事关系的商事私法,即国内商法中的商事私法。随着经济全球化的影响,商法规范的可借鉴性日趋明显,商法日益表现出国际性规范与国内性规范相交错、公法规范与私法规范相融合的趋势,这种二元性的特点使商法学者在研究狭义商法的同时,也日益关注其国际性及公法性的内容。

除了以上两种分类,还可以按时间顺序把商法分为古代商法、中世纪商法、近代商法、现代商法;按照法系把商法分为大陆法系商法和英美法系商法。(相关内容见“商法的历史发展”)

三、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,有的提出“四特征说”,有的提出“五特征说”,还有的提出“六特征说”、“七特征说”,甚至“八特征说”。我国台湾地区的商法学者一般认为商法具有六大特征:公法性、技术性、国际性、营利性、协调性、进步性。^①纵观这些学者概括的特征之间既有相同之处,也有不同之处。面对林林总总的说法,本书赞同顾功耘教授的观点,认为商法应当包括如下特征:

(一) 规范的重点是商人的营利活动

前已述及,营利可谓“商”的本质。所谓“营利”,是指以金钱、财物、劳务等为资本而获取经济上的利益。营利是商事活动的基本目的。它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。需要说明的是,商法的这种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提供公平获利并将其合理地分配于投资者的一般性条件。

虽然商法与民法同属私法,都是关于私权的规定,但民法侧重于保护民事主体的一般利益,商法则侧重保护商主体的营利性活动并维护其利益。尽管古代中国和西方都曾经在相当长时期内对商人和商业持歧视态度,但实践证明,正是商

^① 参见张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第20—25页。刘清波:《商事法》,台湾商务印书馆1995年版,第2—5页。

人对于财富增长的不懈追求,为人类社会提供了前行发展的持续动力。因此,现代商法必须正视商人的营利需求并将其作为制度设计的基点,以此保障商人营利目的的顺利实现。具体来说,商法中一些重要制度的构造,如商主体制度、商事登记、商号、商事账簿等,以及商事交易中一些重要规则的确立,都必须考虑商人从事商事交易的营利需求。比如,公司法不但为多数投资者聚集资金从事更大规模的商业事业提供组织制度,而且以投资者的有限责任来刺激投资和冒险,以获取更大商业利益;票据法不但为商人间支付和结算带来便捷,而且可以借此提供商业信用并成为融资手段;保险法主要用于商事主体经营时降低或分散风险,但保险公司所承保的各类保险业务显然是为了取得保费收入,而保险公司对保险基金的运用同样也是为了使保险基金保值增值^①;商业银行则通过信贷、投资及其他业务赚取收入,并且从事金融行业需要获得许可。总之,商法规则就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。诚如台湾学者张国键所言:“商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利。”

需要指出的是,商法维护的是商人合法、正当的营利需求,对于非法营利不仅不加保护,更要予以坚决制止。另外,商法的这一特征被不少学者直接冠以“营利性”,这个说法欠妥当。法律追求的本质就是公平、正义,说法律具有“营利性”不够准确,商法作为一个法律部门也不例外。

(二) 组织法规范与行为法规范相结合

商人或商事组织是商事交易的基础,商事交易是商人的基本活动。商事组织与商事交易行为是商法规制的基本内容。组织法主要解决市场主体的规范问题,现代各国一般奉行商主体法定主义,商事组织必须采取该国法律允许的形态方能设立。并且,法律明确规定商事组织的法律地位及商事组织内部各机关、各参与方之间的权力(利)、义务、责任,以此保障组织体的健全及交易安全。比如,《公司法》就明确了我国允许设立的公司类型,所有依法设立的公司均为法人,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,并实现公司经营的效率。从规范内容看,公司法主要是组织法,但其中也不乏行为法的内容,如公司发行股票的规定即属此类。

行为法是解决主体进入市场后的“游戏规则”问题,比如,票据法、证券法、保

^① 为使保险资金能保值增值,这次《保险法》修改拓宽了保险资金的运用渠道。这便体现了商法的这个特点。但现实生活中确实还有这种现象:一些显然不符合商业社会的运行需要,对商人营利目的的实现起不到促进作用甚而是阻碍作用的商事规范,仍不同程度存在着。

险法等是主要的商事行为法,其主要任务在于提供商事主体的交易规则。当然,《证券法》、《保险法》中也有对证券公司、保险公司的特别规定,这属于商事组织法的范畴。

(三) 规范的技术性

从社会学角度考察,法律规范由伦理性规范和技术性规范组成。所谓伦理性规范,“其制定也,本诸恒清,基乎常理,如杀人者死,欠债者还,虽庸夫愚妇莫不知其然也。”所谓技术性规范,“其制定也,完全出乎立法专家之一种设计,故其内容并非仅凭一般常识所能了解”。^①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。虽任何法律部门的法律规范在不同程度上都有技术性要求,但商法规范中这个特点尤其明显。“由于商法以经济效用为主要目的,为维护交易的便捷、公平与安全,其规定更加明显地具有技术性,与作为一般私法的民法偏重伦理性规范有着明显的不同。”^②商法规范的技术性根源于商事交易实践的发展,商法要反映这些商事交易规则,它通过立法理论和立法技术对规范做出理性设计。

商法规范的技术性特征在立法上不仅体现在组织法中,比如公司种类的设定,公司设立的方式、程序和效力,公司人格否认,公司组织机关的构成及公司合并、分立程序的规定等,更多的是体现在行为法中。比如在票据法中,关于票据的文义性、无因性、要式性、独立性等属性,出票、背书、承兑、保证等行为规则,对票据抗辩的限制以及票据追索权和再追索权的行使等规定,都蕴含了经久积累的交易经验,体现了对交易效率和交易安全的技术保障。又如在保险法中,关于保险金额、保险标的、保险费率的确定以及理赔的规定等,都运用了技术的方法,大量使用数理法则及统计上的定律,测定保险事故发生的概率,以使取得的保费收入与支付的保险金额保持基本平稳。再如在海商法中,关于旅客运输合同中的赔偿责任限额、关于共同海损的认定以及理算规则等,都涉及大量的技术性问题。正因为商法规范的技术性特征,各国在某些商事规则方面具有相当程度的趋同性及可借鉴性。另外国际上许多国家都设有专门的商事法院或法庭及专门的商事仲裁机构来处理各类商事纠纷,这也形成了商法在司法上的特点。

(四) 对经济生活的适应性

商法是调整市场交易关系的法律规范。市场交易关系会随着市场经济的发展日益复杂多变,并且不断拓展和创新,这就使商法与其他传统的法律部门比如

^① 参见郑玉波:《票据法》,台湾三民书局1986年版,第3页。

^② 范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第32页。

民法、刑法等相比,更加需要与时俱进,不断适应市场经济的发展需求做出适当的修改和补充。如果固守原有的商法规范,不仅不能满足经济发展的需要,反而还可能成为经济发展的束缚,甚至有可能造成商事交易受阻、市场秩序混乱的严重后果。

“现代商事活动的复杂化已使商法的内容变得越来越庞大,商法的表现形式已不仅仅局限于法典而趋于多样化。”^①以《日本商法典》为例,自该法典施行以来已进行了30多次修改,为补充该法典,日本还颁布了许多新的单行商事法规。又如《法国商法典》,其于1807年颁布时有648条,后经多次修改,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。这也说明随着时代的进步和经济关系的飞速发展变化,商法典中有的内容已经日益陈旧老化,如果仅仅通过对商法典的修补和改造已满足不了时代的需要,于是大量新的商事单行法规破土而出。确实,作为商法存在基础的市场交易实践发生实质性变化时,商法就应当适时作出修订,否则商法就将严重滞后于经济生活实践,从而失去其存在的意义。

(五) 含有公法化因素

在大陆法系国家,法律被分为公法和私法。现代法学一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法,即为公法;而凡属个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。^②作为调整商人之间的交易活动的法律,商法本质上属于私法。尤其在西方传统法体系上它属于商人自治法,是典型的私法。但社会经济在不断发展,随着“财产资本化—资本权利化—权利证券化—证券流通化”的商事关系的复杂化进程,造成商事主体的复杂性。难以明辨性和交易的多环节性,识别当事人动机真实性与合法性的直接机会相对减少,行为的把握愈发困难,商事关系所隐含的投机性相应增大,利益损害的不特定性、广泛性与弥散性扩大,对商事关系与商事行为的监控难度越来越大。传统商法的商人自治的私法机制已无法满足这一变化的现实,因此,商法必然对自身做出合适的调整,在加强要式主义和严格责任的基础上,又将国家公权引入商法领域,通过国家干预的形式来弥补商人自治的不足。这样一来,商事法的公法性日益明显,即“商事私法的公法化”。^③换言之,商法在仍以私法规范为中心的同时,为保障私法规范的实现,设置了大量具有公法性质的条款。这几乎成为现

① 周晖国:《商法本位论:商法作为独立法律部门的内在依据》,法律出版社2010年版,第258页。

② 参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第89页。

③ 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20—21页。

代各国的商事立法的通例。比如,关于商事登记、商事账簿等规定都有明显的公法色彩。而各商事单行立法也都有若干公法性质的条款和内容,以此体现国家对商事活动领域的干预。比如,公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让和公司合并的条件与程序等规定,证券法中的证券监管制度,保险法中的责任准备金、再保险、保险业的监督与管理等规定,票据法中对票据记载事项的规定,海商法中的船舶登记、海事赔偿责任限制,等等,均为公法性质的规定。

商法作为含有公法化因素的私法,其法律规范既有任意性规范又有强制性规范。一般而言,商事组织法原则上属于强制性规范,因企业组织健全与否关系到第三人利益及交易安全,当应严格规范,所以立法大都采强制性规定。而商事行为法原则上属于任意性规范,因商事行为本就应该尊重当事人意思,以追求交易的自由与迅捷为本位,所以立法大都采任意性规定。但需明确的是,不能将组织法就等同于强制法,行为法就等同于任意法。组织法中也可有任意性的规范,行为法中也可有强制性的规范。就我国商事立法而言,长期以来的一个问题就是过分突出商法的公法色彩而忽略了商法本质上属于私法,商法规范主要应当是任意性规范。以1993年制定的《公司法》为例,该法中有大量条款包含“不得”、“禁止”、“必须”、“应当”等用语,只有少数条款赋予当事人“可以”的选择,公司当事人自治的空间被极大地压缩。正因此,2005年新《公司法》对此作出了意义深远的修正。^①

(六) 规范的可借鉴性

很多学者在论述该特征时用的是“商法的国际性”或“商法是兼具国际性的国内法”的提法。确实,市场经济的发达、国际经济的一体化带来了各国商法规范的日益趋同。但鉴于现实中的商法规范绝大多数仍属国内规范,体现本国统治者的意志,我们认为提“规范的可借鉴性”更能体现客观实际。

之所以各国商事规范内容上有不断接近、相似和同化的趋势,一方面源于市场经济本质上的一致性与市场交易内在规律的共同性,使商法规范自产生之初就带有共通性,比如票据、保险、海商等方面的规定都起源于中世纪的商人习惯法,这些商事习惯对各国后来的商事立法有很大影响,导致各国商法中的许多内容较为接近。另一方面因商法调整的是市场交易关系,它有较多的技术性规范,它与宪法、民法、刑法等其他部门法相比,其政治性、民族性、地域性、伦理性等显得并不特别明显。换言之,商法较之其他部门法更能超越国家与民族的

^① 参见张璠主编:《商法总论》,北京大学出版社2009年版,第11—12页。

界限,弱化各国国内政治、经济文化的差异。事实上,无论是什么社会性质或何种法系的国家都需要对商事交易中存在共性问题制定共同规则。从现代商法的发展趋势看,为适应市场经济现代化及全球化的发展,在商法规范内容上的趋同化也是一种必然趋势,现实中一般可通过以下路径达成规范的相互借鉴,一是通过国家参加、签订有关国际公约、条约等,使国际商事法律规范的内容转化或直接适用于国内商事交易关系;二是通过不同国家之间商法规范的相互借鉴和移植,特别是市场经济先发国家对后进国家的影响不容小觑;三是有关国际组织发布的各种商事示范法和国际商事惯例汇编在各国国内商法中被不同程度地采纳。

需要说明的是,这种趋同性是规范内容的相互借鉴,而不等于商法规范结构和商法体系的趋同。在商法体例上,不同法系国家的差异是客观存在的。另外,商法作为国内法,在借鉴国际条约及他国规范的过程中也需对本国国情及国内交易主体的利益予以更为充分和切实的考虑,处理好法律移植与法律本土化的关系。

第二节 商法的地位和渊源

一、商法的调整对象

商法是否具有特定的调整对象是决定商法能否成为独立的法律部门的重要因素。目前国内商法学者对商法调整对象的概括主要有“商事关系说”、“主体与行为说”、“企业说”等若干学说。其中,比较多的学者持“商事关系说”,即认为商法是调整商事关系的法律。而“主体与行为说”则指明了商法是调整商主体与商行为的法律。另外,“企业说”为日本学者所创立,该说认为商法调整的主要是企业活动引起的社会关系。

在持“商事关系说”的学者中,有的仅仅从商事关系而不提及其具体内容的角度来界定商法的调整对象,认为商法是调整商事关系的法律规范的总称。^①比如,王保树教授认为:商事法的调整对象是商事关系,商事关系具有下列特征:(1)商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。(2)商事关系是商事主体基于营利动机而建立的。(3)商事关系仅发生在持续的营业之中。^②有的学者则从商事

^① 参见覃有土主编:《商法学》(第三版),中国政法大学出版社2007年版,第4页;赵万一主编:《商法学》,法律出版社2001年版,第15页。

^② 参见王保树:《中国商事法》,人民法院出版社2001年版,第5—7页。