



普通高等教育“十五”国家级规划教材

全国高等学校法学专业16门核心课程教材

商法学

Commercial Law

(第四版)

主编 覃有土

高等教育出版社



普通高等教育“十五”国家级规划教材

全国高等学校法学专业16门核心课程教材

商法学

Shangfaxue

(第四版)

主 编 覃有土

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

覃有土 赵万一 雷兴虎

柯昌辉 傅鼎生 樊启荣

刘黎明 陈晓星

高等教育出版社·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

商法学 / 覃有土主编. -- 4版. -- 北京: 高等教育出版社, 2017.8 (2018.3重印)
ISBN 978-7-04-047982-9

I. ①商… II. ①覃… 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(2017)第155410号

策划编辑 王亚敏
版式设计 王艳红

责任编辑 王亚敏
责任校对 刘娟娟

特约编辑 吕培勋
责任印制 韩刚

封面设计 张 志

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街4号
邮政编码 100120
印 刷 河北新华第一印刷有限责任公司
开 本 787 mm×1092 mm 1/16
印 张 32
字 数 790千字
购书热线 010-58581118
咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.hepmall.com.cn>
<http://www.hepmall.com>
<http://www.hepmall.cn>
版 次 2004年1月第1版
2017年8月第4版
印 次 2018年3月第2次印刷
定 价 59.00元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换
版权所有 侵权必究
物 料 号 47982-00

作者简介

覃有土 中南财经政法大学教授、法学硕士、博士生导师、原副校长。现任中南财经政法大学武汉学院院长,兼任中国法学会商法研究会副会长、中国法学会保险法研究会顾问及湖北省法学会副会长等职。主要致力于民商法尤其是债权法、保险法、票据法等方面的研究。著有《债权法》《保险法概论》《我国经济合同的理论与实践》《商法学》及《社会保障法》等学术著作。在《中国法学》《法学研究》《法学》《法商研究》等刊物上发表多篇学术论文。

赵万一 西南政法大学教授、博士生导师。现任西南政法大学教授、民商法学院院长,兼任中国法学会商法研究会副会长、重庆市人大常委立法咨询委员会委员、福建省人民政府法律顾问等职。主要致力于民商法尤其是商法基本理论、证券法、房地产法等方面的研究。著有《证券法的理论与实务》《中国竞争保护法律制度研究》《香港法要论》《中国房地产法的理论和实务》《证券法学》《商法学》《商法基本理论问题研究》等学术著作。在《法学研究》《现代法学》等刊物上发表学术论文 20 余篇。

雷兴虎 中南财经政法大学教授、法学硕士、博士生导师。现任中南财经政法大学法律事务部主任,兼任中国法学会商法研究会常务理事、湖北省法学会常务理事、武汉市中级人民法院法律咨询委员会委员。主要致力于民商法尤其是商法基础理论、公司法、外商投资企业法等方面的研究。著有《商法学》《公司法新论》《外商投资企业法新论》《股份有限公司法律问题研究》等学术著作。在《法学研究》《中外法学》《法学》《法商研究》《现代法学》《法学评论》等刊物上发表学术论文 50 余篇。

柯昌辉 中南财经政法大学讲师、法学博士。兼任武汉市经济法研究会常务理事。先后在《法学评论》《法商研究》《中外法学》等刊物上发表《论企业兼并的几个法律问题》《论法人行为与法人责任》《涉外租赁若干法律问题探讨》《宏观经营权与微观经济权探析》《论票据行为的独立性》《论票据流通中的善意受让》等学术论文。

傅鼎生 华东政法大学教授、博士生导师。兼任《东方法学》期刊主编、中国民法学研究会常务理事。著有《民商法疑难问题研究》(主编)、《票据法》(主编)、《合同法》(主编)、《中国民法教程》(副主编)、《侵权赔偿》(合著)、《市场行为法律制度》(合著)等著作,并在《法学》《政治与法律》《现代法学》等刊物上发表学术论文 60 余篇。

樊启荣 中南财经政法大学教授、民商法学博士、博士生导师。现任中南财经政法大学经济法系主任,兼任中国法学会社会法研究会常务理事、中国法学会商法研究会常务理事、湖北省法学会商法研究会副会长及秘书长等职。主要致力于商法基础理论、保险法、社会保险法等方面的研究。著有《保险契约告知义务的研究》《保险法论》及《社会保障法》等学术专著。在《中国法学》《法学》《法商研究》《现代法学》及《法学评论》等刊物上发表学术论文 30 余篇。

刘黎明 原为中南财经政法大学法学院副教授、法学硕士、硕士生导师。原任中南财经政法大学经济法系商法教研室主任,兼任湖北省法学会商法研究会常务理事。主要致力于商法、破产法等方面的研究。著有《证券法学》(主编)、《破产法学》(合著)等学术著作。先后发表《试论刑事破产》《回应与前瞻——“统一破产法”若干问题研究》等学术论文。

陈晓星 中南财经政法大学法学院副教授、法学硕士、硕士生导师。现任中南财经政法大学经济法系副主任,兼任湖北省法学会商法学研究会理事。主要致力于商法基础理论、公司法、破产法等方面的研究。先后在《法商研究》《中南大学学报》等学术刊物上发表论文 20 余篇。

第四版说明

教材此次修订,主要是基于《公司法》等的修订而启动的。2013年和2014年,我国先后对《公司法》《保险法》作了修订。修订前的《公司法》对有限责任公司的最低资本额有明确要求;修订后的《公司法》,由于对有限责任公司已推行认缴制而非实缴资本制,因此其对最低资本额的立法要求,仅针对从事证券、保险以及银行等行业的有限责任公司。这实为又一次降低了市场主体的“入市门槛”。《保险法》此次修订,主要对第82条和第85条作了技术性的修订。针对以上变化,此次修订对教材相应内容作了修改,同时对其他部分予以修正、完善,并进一步精简内容,为教材“瘦身”。

参加本次修订工作的有覃有土、赵万一、傅鼎生、雷兴虎、樊启荣、柯昌辉和陈晓星七位老师。全书由覃有土统稿。

本书编写分工如下:

覃有土 第一章第一节、第二节,第二十五章。

赵万一 第一章第三节、第四节,第二章至第五章。

雷兴虎 第六章至第十章。

柯昌辉 第十一章至第十六章。

傅鼎生 第十七章至第二十四章。

樊启荣 第二十六章至第二十八章。

刘黎明、陈晓星 第二十九章至第三十三章。

编者

2017年3月

第三版说明

本规划教材自2004年1月初版以来,先后两次修订,多次重印,虽不能说已经十分成熟或完善,但与时俱进我们基本上还是做到了。

一般而言,教材的修订主要是为了汲取该学科领域国内外的科学研究及教育实践的新成果,但法学尤其是其中的应用法学教材的修订,不仅要注意吸收法学研究及法学教育的新成果,还要注意及时对近年来新颁布、新修订的法律、行政法规予以阐述。本教材的修订自不能例外。本次修订重点有二:一是对新颁布或修订的有关法律、法规进行阐述。其中,尤以“保险法”部分的修订力度为最。2009年我国对《保险法》的修订力度相当大,几乎涉及原《保险法》的每一个条款,而且新增设了不少条款。因此,教材中的“保险法”编修订的幅度也相当大。其他编章也因同样的原因作了不小的修订。二是对教材做了适当的“瘦身手术”。本次修订中的“瘦身手术”是全方位的,涉及每章和每节。总的原则是,凡内容可留可不留的尽量不留;凡内容与教材主旨关系不大的,坚决删除。尽管如此,修订之后的教材仍难免存有错漏,敬请读者见谅。

参加本次修订工作的有覃有土、赵万一、傅鼎生、雷兴虎、樊启荣、柯昌辉和陈晓星七位老师。其中,因刘黎明老师已经逝世,其撰写部分的内容由陈晓星负责修订。

本书的编写分工如下:

覃有土 第一章第一节、第二节,第二十五章。

赵万一 第一章第三节、第四节,第二章至第五章。

雷兴虎 第六章至第十章。

柯昌辉 第十一章至第十六章。

傅鼎生 第十七章至第二十四章。

樊启荣 第二十六章至第二十九章。

刘黎明、陈晓星 第三十章至第三十四章。

编者

2011年5月6日

第二版说明

《商法学》作为普通高等教育“十五”国家级规划教材之一,自初版以来受到广大师生的厚爱与好评,多次重印。本次修改主要有:第一,鉴于自2005年以来,我国《公司法》《证券法》及《企业破产法》相继作了大幅度修改,本次修改对上述篇章进行了重写,力求更新;第二,在篇幅上,鉴于各院校受教学课时数之限制,应高等教育出版社的要求,对部分篇章予以删减,力求实用;第三,其他篇章的内容未作实质修改,仅对部分内容作了增删和调整。虽然编者对本次修订工作尽心尽力,但错误在所难免,尚请读者见谅。

参加本次修订工作的有覃有土、赵万一、雷兴虎、柯昌辉、傅鼎生、樊启荣、刘黎明等。具体编写分工如下:

覃有土 第一章第一节、第二节,第二十三章。

赵万一 第一章第三节、第四节,第二章至第五章。

雷兴虎 第六章至第十章。

柯昌辉 第十一章至第十六章。

傅鼎生 第十七章至第二十二章。

樊启荣 第二十四章至第二十七章。

刘黎明 第二十八章至第三十二章。

编者

2007年8月

目录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	3
第一节 商法的概念及其调整对象	3
第二节 商法的演进	9
第三节 商法与其他法律部门的关系	20
第四节 商事立法的基本原则	25
第二章 商事法律关系	30
第一节 商事法律关系概述	30
第二节 商主体	31
第三节 商行为	40
第三章 商业登记	45
第一节 商业登记概述	45
第二节 商业登记的种类和效力	47
第三节 商业登记的程序	48
第四章 商业名称	51
第一节 商业名称概述	51
第二节 商业名称的取得与转让	53
第三节 商业名称权	55
第五章 商业账簿	58
第一节 商业账簿概述	58
第二节 商业账簿的保存与备置	63

第二编 公司法

第六章	公司法概述	67
第一节	公司的法律界定	67
第二节	公司法的概念与性质	73
第三节	公司法的历史沿革与发展趋势	77
第四节	公司法的基本原则	85
第七章	公司法的基本制度	93
第一节	公司的设立制度	93
第二节	公司的名称、住所与负责人	98
第三节	公司的权利能力、行为能力与责任能力	101
第四节	公司的资本制度	105
第五节	公司的财务会计制度	110
第八章	有限责任公司	116
第一节	有限责任公司的法律界定	116
第二节	有限责任公司的设立	117
第三节	有限责任公司的股东	122
第四节	有限责任公司的资本	125
第五节	有限责任公司的组织机构	129
第六节	一人有限责任公司	132
第七节	国有独资公司	137
第九章	股份有限公司	140
第一节	股份有限公司的法律界定	140
第二节	股份有限公司的设立	141
第三节	股份有限公司的股东	147
第四节	股份有限公司的资本	150
第五节	股份有限公司的组织机构	152
第六节	股份有限公司的股份	158
第十章	公司的变更、终止与清算	164
第一节	公司的变更	164
第二节	公司的终止	172
第三节	公司的清算	175

第三编 证券法

第十一章 证券法概述 183

第一节 证券概述 183

第二节 证券法概述 186

第十二章 证券的发行 194

第一节 证券发行概述 194

第二节 股票的发行 201

第三节 公司债券的发行 204

第十三章 证券的上市 206

第一节 证券上市概述 206

第二节 股票的上市 208

第三节 公司债券的上市 210

第十四章 证券的交易 212

第一节 证券交易概述 212

第二节 上市证券交易的基本规则 214

第三节 上市公司的信息公开义务 216

第四节 上市公司收购 220

第十五章 证券市场 227

第一节 证券市场概述 227

第二节 证券交易所 231

第三节 证券公司 235

第四节 证券登记结算机构 238

第五节 证券投资基金 240

第十六章 证券监管 246

第一节 证券监管概述 246

第二节 证券监管体制 248

第三节 证券监管的内容 251

第四编 票据法

第十七章 票据与票据法概述 257

第一节 票据概述 257

第二节 票据法概述	269
第十八章 票据上的法律关系	275
第一节 票据上法律关系的概述	275
第二节 票据权利	282
第三节 票据抗辩	289
第十九章 票据行为	299
第一节 票据行为的概念与特征	299
第二节 票据行为的性质和种类	301
第三节 票据行为的有效条件	302
第四节 票据行为的解释	304
第五节 票据行为的代理	305
第二十章 票据的伪造与变造	308
第一节 票据的伪造	308
第二节 票据的变造	312
第二十一章 票据的更改与涂销	314
第一节 票据的更改	314
第二节 票据的涂销	316
第二十二章 票据的丧失	318
第一节 票据丧失概述	318
第二节 我国票据丧失之救济	319
第二十三章 票据时效与票据利益偿还请求权	323
第一节 票据时效	323
第二节 票据利益偿还请求权	324
第二十四章 票据的运作	326
第一节 出票	326
第二节 背书	330
第三节 汇票承兑制度与本票见票制度	333
第四节 参加承兑	334
第五节 保证	335
第六节 票据的粘单、复本和誊本	337
第七节 付款与参加付款	341
第八节 追索权	343

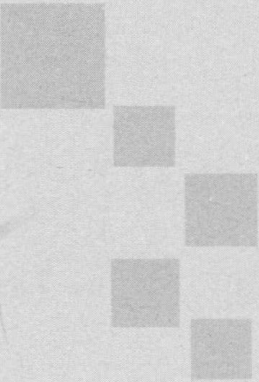
第五编 保 险 法

第二十五章 保险法概述	351
第一节 保险之意义、种类及其发展趋势	351
第二节 保险法的定义、特征及体例	356
第三节 保险法的基本原则	360
第二十六章 保险合同总则	372
第一节 保险合同的概念及特征	372
第二节 保险合同的分类	376
第三节 保险合同的主体	378
第四节 保险合同的形式和内容	381
第五节 保险合同的履行	386
第六节 保险金请求权的时效	395
第二十七章 财产保险合同	397
第一节 财产保险中损失与补偿的含义	397
第二节 超额保险与不足额保险	398
第三节 重复保险	401
第四节 保险代位	404
第二十八章 人身保险合同	410
第一节 人身保险合同概述	410
第二节 人身保险合同的受益人	412
第三节 人身保险合同的保险费及现金价值	416
第四节 人身保险合同的常见条款	417

第六编 破 产 法

第二十九章 破产法概述	423
第一节 破产的概念和性质	423
第二节 破产法的概念与立法准则	424
第三节 中华人民共和国破产法的立法与完善	429
第三十章 破产实体法	432
第一节 破产能力	432
第二节 破产原因(界限)	436
第三节 破产财产	439

第四节	破产债权与债权申报	441
第五节	破产关系(过程)中的其他财产权	446
第六节	破产机关	449
第七节	破产费用与共益债务	460
第三十一章 破产清算程序法 462		
第一节	破产清算程序的开始	462
第二节	破产宣告及其法律效力	468
第三节	变价与分配	474
第四节	破产终结	475
第三十二章 重整法 478		
第一节	重整法律制度概述	478
第二节	重整程序的开始	479
第三节	重整期间的营业与管理	481
第四节	重整计划	483
第五节	重整计划的执行	486
第六节	重整程序的废止与终结	487
第三十三章 和解法 489		
第一节	和解法律制度概述	489
第二节	和解的程序	490



第一编

商法总论

第一章 商法概述

第二章 商事法律关系

第三章 商业登记

第四章 商业名称

第五章 商业账簿

第一章 商法概述

第一节 商法的概念及其调整对象

一、“商”的含义

研究商法,首先得弄清楚“商”的含义。应该说,“商”有多重的含义。在日常生活中,一说到“商”,人们就很自然地想到买卖行为。买卖行为固然是“商”的含义之一,然而经济学上的“商”,尤其是法律学上的“商”则有更深、更广的含义。经济学上所谓“商”,系指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。^① 详言之,经济学上的“商”,并非仅指买卖行为,而是泛指社会产品从生产者手中流转到消费者手中的渠道、桥梁和中介,以调剂供需,从中获取利润的活动。^② “商”这些活动的各种行为,无论是作为生产者与生产者之间相互需求的中介或桥梁,还是担当产品完成后进入流通领域的渠道,在传统上都被称为“买卖商”,即学者所称的“固有商”。^③ 经济学上所指的“商”,依然仅从狭义上解释其义。法律学上的“商”,不仅包括“买卖商”即“固有商”,还包括范围远比“固有商”更广泛的“非固有商”。所谓“非固有商”,是指前已述及的“固有商”之外的其他“商”的总称。如果把“固有商”视为“第一种商”的话,根据学者们的归纳,“非固有商”则包括“第二种商”“第三种商”和“第四种商”三种。其中,“第二种商”是指间接以媒介货物交易为目的的行为,或者说是“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为,如货物运送、仓储保管、居间、行纪、包装、装卸等;^④ “第三种商”是指虽然不属于直接或间接以媒介货物交易为目的的行为,但从事与商品交易有关的资金融通,如银行及信托业务等,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;^⑤ “第四种商”是指与媒介货物并无直接关系,仅提供服务的各种行为,如广告传播服务、旅馆服务、饮食服务、信息服务以及提供保险服务等。

显然,法律上的“商”,其含义非常广泛,而且随着社会经济的发达越衍越广。一些国家或地区的商法正是基于此种理念而界定其“商”的范围的。《德国商法典》规定,凡以商业之

① 张国键著:《商事法论》,三民书局 1980 年版,第 4 页。

② 苏惠祥主编:《中国商事法概论》,吉林人民出版社 1996 年版,第 3 页。

③ [日]实方正雄:《商法总论》,昭和二十七年版,第 9 页。

④ A.Lincoln Lavine, *Modern Business Law*, Prentice Hall, 1959, p. 572.

⑤ [日]田中耕太郎:《商法总则概论》,有斐阁 1940 年版,第 31 页。

方法与范围为营业,办理商业登记者,即视为商业;对于农业兼营副业,如对农林产品加工制造,经申请商业登记的,也视为商业。《瑞士债务法》也规定,凡经营商业、工厂或其他依商人立法作为营业而进行登记的,都视其为商业。从上述德国及瑞士的相关法律规定中可以看出,在德国和瑞士,人们的行为或活动是否姓“商”,关键就在于从事这些活动之前,是否依法办理了商业登记,凡是依法办理了商业登记之后而为的行为或活动,统统都属于“商”。“商”这个口袋确实不小。有人统计,在我国台湾地区的“商业登记法”中,相关条文所列举的各种商业竟达 32 款之多。当然,“商”的范围虽然广泛,但却没有也不可能有一个统一的确定标准。其具体范围,只能依据各国民商法的规定而定。

二、商法的概念及特征

商法,也称商事法,是指调整商事关系的法律规范的总称。当然,商法概念的这一表述,不过是其多种表述中的一种。因为无论是在中国还是在外国,商法的概念一直只是法学上的概念而不是法定的概念。换言之,什么是商法,是由各国法学家们下的定义,并不是立法者在法律中予以界定的。由于法学家们的法学观念和价值取向不同,各自对商事活动范围和商法调整范围认识有异,因而他们对商法的定义也自然有异。大陆法系与英美法系的法学家们对商法定义不同自不待言,即使同属于大陆法系或同属于英美法系的学者们对商法的定义也有很大的不同。在大陆法系中,法、德、日的商法是公认最为发达的。法国学者认为,商法是关于商事活动的法律。显然,这是基于商行为本位所下的商法定义。在法国,这种认识也是居于主导地位的认识。德国学者认为,商法是适用于商人的特别私法。显而易见,这又是基于商人本位而给商法下的定义。在德国,这种认识也是居于主导地位的认识。日本学者给商法下的定义与法、德学者又有所不同。不仅如此,日本学者之间关于商法定义的分歧也比较大。有的从法律形式的意义上给商法下定义,认为商法被确认为一个法律部门的时候,它是指以商法典为中心的有关法律部门的总称;^①但有的学者却从法律实质的意义上认定商法,认为商法就是企业关系上特有的法律总称;还有的学者从方法上去认定,认为商法这个概念也指买卖的方法。^②当然,日本学者中,也有人认为商法是指有关商事的特别法规。这种认识,与法国学者主流派关于商法的认识有相似之处。在英美法系中,英国法及美国法无疑是这一法系的代表。英、美都是判例法国家,其商法很发达。但什么是商法,英国历来都没有一个统一的概念,法学家们在其论著中的表述也颇不一致。例如,法学家米特霍夫认为,商法是指对商事交易具有特殊意义的法律总称;有的学者则认为,商法是指与商业有关的法律……主要用来指合同法和财产法中与企业和商业惯例有关的内容,是一个概括性的概念。^③与英国一样,由判例法这一历史传统所致,在美国法律部门亦是十分模糊的概念,对商法的认识也是众说纷纭。例如,美国出版的具有较高权威性的《布莱克法律词典》将商法界定为“商法是调整商事关系的全部法律制度的总称”;美国法学家马克斯·赖因施泰因在为《国际比较法百科全书》撰写的词条中则认为,在美国,商法是指那些与商人相

① [日] 尤田节编:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社 1983 年版,第 1 页。

② 任先行、周林彬著:《比较商法导论》,北京大学出版社 2000 年版,第 2 页。

③ [英] 戴·M·沃克编:《牛津法律大辞典(中译本)》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社 1988 年版,第 180 页。

关的法律；^①也有学者认为，根据美国宪法的规定，商法是“商业交易”的法律，而不是单纯的商人的法律。^②

在我国内地，学者们关于商法的表述也很多，其中较有代表性的有四：一是《中国大百科全书·法学》的表述。该书认为：“商法传统上是指与民法并列并与之互为补充的部门法，即是调整市场经济关系中商人、商业组织和商业活动法律规范的总称。”^③二是王保树教授主编的《中国商事法》的表述。该书认为：“商事法即商法……是调整商事关系的法律规范的总和。”^④三是覃有土教授主编的《商法学》的表述。该书认为：“商法，亦称商事法……商事法是调整商事关系的法律规范的总称。”^⑤四是范健教授主编的《商法》的表述。该书认为：“商法是指调整商事主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事关系的法律规范的总称。”^⑥总而言之，中外学者关于商法概念的界定，其内涵相当不确定，因而对这一概念的表述也相当不一致，尤其是国外。

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并冠以“商法典”之名的法律。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，世界上已有40多个国家制定了独立于其民法典的商法典。^⑦在这些国家中，商法典是其商事活动的基本法，商法典之外的单行商事特别法是否都以“商事”命名，则不受限制。实质意义上的商法，则指以商事关系为其规范对象的各种法规，即包括以“商事”和不以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范的总称。商法从其表现形式上看，在民商分立的国家或地区中，除商法典外，构成其商法的还有公司法、票据法、海商法、破产法等一系列商事法规。在民商合一的国家或地区中，商法的表现形式则散见于民法、行政法和其他部门法中有关商事的规定以及专门的商事特别法，如公司法、票据法、海商法、保险法、破产法、有关的判例规则等。由此可知，形式意义上的商法只存在于民商分立的国家中，但实质意义上的商法不同，无论是民商合一的国家还是民商分立的国家，也无论是大陆法系国家还是英美法系国家，都存在着实质意义上的商法。

商法的内容极为复杂，但总的来说是由商事组织法和商事行为法两大部分组成的。商事组织法一般是关于商业交易基础条件和手段的规定，其内容包括商业登记、商业账簿、商事代理等主体规定，还包括公司制度、破产制度等规定。这些规定是商法最基本的内容，是确保交易安全、迅捷与高效的法律制度。因此，尽管各国国情不同，但在这方面的规定是大致相同的。商事行为法是规定商业交易本身的法律，各国除在其商法典或民法典中对商行为作出基本规定外，一般都颁布了单行的商事法规。由于商行为具有很大的灵活性，因而各国对商行为的具体规定也就有很大的差别。^⑧

我国没有形式意义上的商法，今后也不会走民商分立的道路，这是可以肯定的。^⑨但我

① 范健：《当代主要商法体系论纲》，载《法律科学》1992年第6期。

② 任先行、周林彬著：《比较商法导论》，北京大学出版社2000年版，第2页。

③ 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第505页。

④ 王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社1996年版，第1-3页。

⑤ 覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社2002年版，第2页。

⑥ 范健主编：《商法》，高等教育出版社、北京大学出版社2002年版，第3页。

⑦ 郭锋：《民商分离与民商合一的理论评析》，载《中国法学》1996年第5期。

⑧ 徐学鹿：《商事立法刍议》，载《中国法学》1990年第6期。

⑨ 谢怀栻：《大陆国家民法典研究》，载《外国法译评》1995年第2期。

国有实质意义上的商法,《公司法》《票据法》《保险法》《海商法》《破产法》以及《证券法》等,就是我国目前最为重要的商法。由于种种原因,在过去几十年里,商法这一重要部门法被人们忘却了,多数人根本不知商法为何物,各种商事法都被纳入经济法之列,商法理论上的探讨也很少。在确立市场经济体制的形势下,这种状况当然不能继续下去。社会主义市场经济的完善和发展,需要中国商法学的复兴,更需要商法学的进一步繁荣。

一般认为,商法具有四个方面的特征。

(一) 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。按照传统民商法理论的认识,商法与民法一样,同属于私法范畴。商法中关于商号、商业账簿、商代理、商行为等的规定,以及关于商业交易、商主体间的权利义务等的规定,无疑都属于私法性质。但是,从本质上说属于私法的商法,其中却有公法的规定。例如,各国公司法中关于公司登记的规定,破产法、公司法及保险法中的罚则,海商法中对于船长的处罚规定,以及票据法中对违反票据法的制裁规定等,都属公法性质。因此,有学者指出,现代各国的商事法“虽然以私法规定为其中心,但为保障其私法规定的实现,颇多属于公法性质的条款,几乎与行政法、刑法等有不可分离的关系,却已形成商事法之公法化”^①。

其次,商法的兼容性还体现在它兼有任意法与强制法的性质。商法既然以私法规定为中心,其中必然有大量的任意性规范,主要体现在商事行为法方面。例如,公司法中对经理人的设置及其职权的限制,无限公司的内部关系与对外关系,海商法中的共同海损的计算,保险法中关于保险特约条款的订立等,都可依当事人的意思而自行订立。然而,商法也有不少强制性规定。例如,企业主体的组织与财产状况因为事关交易安全并影响社会,因而常用法律强制规定,像商业登记、公司之机关、票据的种类及票据行为的方式、企业破产的清偿次序以及保险中的某些法定保险等,都不能依当事人的意思而定。德国商法学家德恩(Dahn)曾经说过:商法是一切法律中最为自由的,同时又是最为严格的。^②此论可谓至理名言。

(二) 商法的技术性

从社会学角度观察,法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。民法、刑法等法律调整的社会关系及其功能作用决定了其条款绝大多数属伦理性条款。商法则不然,其最初源于“商人法”,从它产生伊始就具有专门性及职业性,而后虽然由“商人法”发展成为“商行为法”,但因“商行为”的专门性,决定了其内容包含大量的技术规范,从而与民法、刑法偏重于伦理性规范的特点迥然不同。

商法的技术性既体现在其组织法上,也体现在其行为法中。例如,公司法关于公司设立登记的程序、募集公司债券的手续、董事及监事的选举、公司机构的召集程序及议事方法、公司会计等规定,票据法关于票据的出票、背书、承兑、抗辩、追索等规定,保险法关于损害赔偿、重复保险的分摊比例以及人寿保险的保险金计算等规定,海商法关于船舶、拖带、船舶碰撞、共同海损、理算规则等规定,都是具有明显的技术性、专门性的规范。商法的技术性特征

^① 李宜琛著:《民法总则》,中正书局1977年版,第3-4页。

^② 张国键著:《商事法论》,三民书局1980年版,第24页。

不仅体现于其规范的内容,而且体现于其不同系统规则之间的协调。离开大量技术规范间的调整作用,商法的具体立法目的就难以实现。^①

(三) 商法的营利性

营利乃是“商”的本质。^②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。从这一意义上,也可以说商法就是“营利法”,或者说商法是保护正当营利的法律。

关于商法的营利性,有学者曾作过这样的阐述:“商事法与民法(尤其是债编),虽然同为规定关于国民经济生活的法律,有其共同的原理,论其性质,两者颇有不同。盖商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利;民法所规定者,则偏重于保护一般社会公众之利益。”^③正是基于此种理念,在各国商法中,无论其商业登记制度、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、商公示原则,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趋向。^④

(四) 商法的国际性

商法本属于国内法,它所调整的对象主要是国内商事关系。但是,随着科技的进步、交通运输的发达以及国际贸易的产生和发展,一些商事关系中出现了涉外因素。国内商法是不适宜调整这些具有涉外因素的商事关系的。客观情况的出现,要求商法的规定具有国际性。

同时商法在国际统一性方面有着较好的客观基础。第一,商法的许多规定都是技术规范,既不像刑法那样具有强烈的政治色彩,也不像民法(尤其亲属编等)那样有着浓厚的民族色彩,因而易于统一。第二,商法的内容,如关于商号、公司、票据、保险、海商等方面的规定,都源于中世纪的商人自治法,这些自治法主要是商人在商事活动中形成的商事惯例,而这些惯例影响着各国的商事立法。换言之,各国商法的主要内容具有同源性。因此,商法比任何一个部门法都易于统一。总之,商法的技术性和同源性,使其在国际统一化运动中很有建树。自19世纪以来,国际上已缔结了一系列公约,其中主要有1874年的《世界邮政协约》(1924年修订)、1883年的《营业财产保护议案》(1900年补充)、1910年的《船舶碰撞及海滩救助统一公约》、1912年的《电讯协约》和《海牙票据统一规则》、1922年的《商事公约条款及税务形式简化公约》、1922年的《共同海损规则》、1924年的《统一提单的若干法律规定的国际公约》(即海牙规则,1968年修订)、1930年的《统一汇票本票法》、1931年的《统一支票法》、1966年的《国际船舶载重线公约》以及1978年的《联合国海上货物运输公约》(即汉堡规则)和1980年的《联合国国际货物销售合同公约》等。

① 董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第26页。

② 王保树主编:《商事法论文集》,法律出版社1997年版,第2页。

③ 张国键著:《商事法论》,三民书局1980年修订版,第23页。

④ 董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第26页。

三、商法调整对象

商法调整对象,是指商法调整何种性质的社会关系。对商法调整对象的研究,是商法学研究的起点,也是确定商法在法律体系中的地位及与其他法律间相互关系的逻辑起点。其目的在于确定商法作为特殊的法律规范体系对现实生活发生作用的范围。

关于商法有无独立的调整对象这一问题,中外在认识上有差别。在国外,无论属于大陆法系还是英美法系,无论奉行民商合一还是民商分立,无论是否编纂有商法典,大多采肯定说,承认商法调整对象的独立性。但是在我国,人们很长时间以来对这个问题争议较多,见解纷呈,有肯定说与否定说之分。其中,否定说要么主张用民法包容商法并取代商法,要么主张用经济法包容商法并取代商法。不过,随着我国市场经济的建立、发展和完善,一大批与市场经济的发展相适应的商事法律法规相继颁行,相对独立的商法部门事实上已经逐渐形成。关于商法调整对象之相对独立性的观点,在认识上已逐渐达成共识。

但是,商法的调整对象具体是什么,不同法系国家的学者所持观点并不一致,其中代表性的观点有三:其一,商法调整的对象是商人或企业。持此类观点的主要有德国等奉行商人中心主义立法原则的国家。其二,商法调整的对象是商行为。持此类观点的主要有法国等奉行商行为中心主义立法原则的国家。其三,商法调整的对象是商主体和商行为。上述观点,虽各有侧重,但其实质并不存在多大差异。本书认为,商法调整的对象,是指营利性主体从事营业性行为所发生的商事关系的总和。具体表现在以下方面。

(一) 营利性主体基于商事交易所产生的内部组织关系及其管理关系

商法调整营利主体,不调整非营利主体,如民事主体、行政主体等,商法都不予以调整。即使对非营利主体偶尔从事的营利行为,商法也不作调整。商法所调整的营利主体是各种组织。在现代社会中,作为营利性的商事组织形态呈多样化,但就社会生活总体而言,以公司制为主的现代企业则是主要形式。商法对组织体内部关系的调整体现在总公司与分公司、母公司与子公司、连锁总店与连锁分店、公司与股东等的相互关系上,企业内部的产权结构、组织结构以及激励与监督机制等都是商法所要调整的对象。需要指出的是,在企业内部基于劳动关系而发生的企业与劳动者之间的管理与服从等关系均不属商法调整。在我国现阶段建立现代企业制度的过程中,商法对商事主体内部结构的调整是有着极其重要的意义的。

(二) 营利性主体基于营业性行为所产生的各种关系

商法只调整营利主体的营利行为,不调整营利主体的非营利行为,即不调整营利主体所从事的与商事活动无关的行为。商法所调整的营利主体的活动必须发生在持续的营业之中,具体表现为以下关系:生产者与经销商之间的买卖关系,经销商之间如批发商与零售商之间的买卖关系,经销商与消费者之间的关系,以及其他关系,如运输、保管、加工、包装等过程中发生的关系。偶尔发生的营利行为不是商法调整的对象。应当指出的是,商事主体之间法律地位是平等的,它们之间发生的法律关系都是通过契约(合同)来实现的。对于民法中已有的规定,应认为是由民法加以调整,商法只调整因为商事主体身份而使得合同行为应遵循特殊规则的那部分内容。因此,基于商事主体的营业性而使这类商事关系与民

事关系区别开来。

(三) 国家对营利主体及其营业行为实施监管所产生的关系

商法所调整的营利主体在经营过程中所形成的经济关系,既包括营利主体的内部关系,也包括国家对其行为实施监督所形成的外部关系。其中,最为典型的为商事登记。商事登记是各国商事立法中的重要内容。所谓商事登记,是指国家(具体化为商事主管部门)与商事主体之间发生的行政管理和监督关系。国家通过登记这一形式对商事主体的合法性加以确认和保护。凡未经商业登记的,其行为非法。

第二节 商法的演进

一、大陆法系商法

商法最早出现于大陆法系国家。大陆法系商法在世界商法体系中也是最完善、最有典型意义的。在大陆法系中最具有代表性的是法国商法、德国商法、西班牙商法及日本商法。

(一) 商法的起源与形成

一般认为,商法源于中世纪地中海沿岸的一些自治城市,其最初的形式是商人习惯法,即商人法。商人法的出现不是偶然的。11世纪后,欧洲的农本经济进入了发展时期,十字军东征的胜利使得欧洲通向东方的商路相继开通,这就为欧洲大量剩余产品涌向东方市场创造了条件。而西方贸易的发展,首先促进了地中海海上贸易的发达,同时也促进了地中海沿岸一些新兴城市,如佛罗伦萨、比萨、热那亚及威尼斯等城市的繁荣。海上贸易的发达及新兴城市的繁荣又造就了一个特殊的阶层——商人。商人以营利为本,他们需要交易自由,需要交易公平,需要交易安全,这些都需要法律保障。然而,中世纪的欧洲实际上仍处于封建法和寺院法的支配下,商人在商事活动中遇到的法律障碍很大。第一,封建势力之下的法律,不仅不认可交付行为无因性原则,而且允许连带债务可以分别偿还,甚至准许卖主可以低于市价过半为由而撤销其买卖行为。第二,寺院法的一些规定也极不利于商人。这些规定不仅严禁放贷收息,而且不准借本经商,商业投机和各种转手营利活动都是违法行为,受到明文禁止,甚至连诸多非生产性中介商活动、正常债权让与及交易也被视为非法行为。对于这些规定,商人当然难以接受。

正是在商贸发展与封建势力尖锐冲突的背景下,自11世纪起,一种叫做“商人基特尔”(Merchant Guild)的团体先是在意大利的佛罗伦萨、佛兰德诸港,继而在西班牙、英格兰、荷兰等国家的许多城市出现。“商人基特尔”就是商人们为了摆脱封建法制的束缚,争取自由,以维护其自身利益而组成的一种行会组织。“商人基特尔”这一组织形式的最初意义在于,它凭借自己的经济实力,争取到一定范围的自治权和裁判权,并根据其商事活动习惯订立自治规约,从而通过行业自治和习惯规约协调商人之间的关系,处理商人之间的商事纠纷。随着商品经济的迅速发展,意大利的许多城市相对独立,建立了自治的商业共和国。尤其是其北部地中海沿岸城市为了适应各城市国家商贸往来的需要,各种商业惯例、商人行会制定的

规章制度,如商人执政官与商人们共同制定的法律即商人法便应运而生。意大利的商人法运用了罗马法的法律术语和权利义务概念,吸收了教会法的善意、公平交易和信守合同的道德观念,形成广泛、详细和统一的法律。其主要内容包括货物买卖合同的标准条款、银行业、票据交易、海上运输与保险、船舶的注册和典当等方面的规定。商人法的这些规定仅适用于商人之间,而且多半又是由具有准司法性质的法庭执行,如意大利由行会法庭以及随后在英国由正式成立的泥足法庭执行。当然,商人法只是商事习惯法的一种。事实上,当时海事习惯法极为发达,其中最发达的应首推海商惯例,如盛行于地中海沿岸各国的称为康索拉度法(Lex Consolato),盛行于大西洋沿岸各国的称为奥莱龙法(Lex Oleron),盛行于波罗的海及北海沿岸各国的则称为维斯比法(Laws of Wisby)。因此,商人习惯法实质上是不同地域、不同商人团体的各类不成文法的总称。商人法主要是根据罗马法,但其中也有一些日耳曼法的影响,它构成了近代商法的基础。

(二) 近现代大陆法系商法

1. 近代大陆法系商法。近代大陆法系商法,即欧洲早期的商事成文法。中世纪末,特别是进入16世纪以后,随着商品经济的进一步发展,欧洲的一些国家封建割据势力逐渐衰落,中世纪占统治地位的寺院法开始被废弃,统一的民族国家逐步形成,早期的自治城邦也已不复存在。随着国家机器的日益强化,国家开始干预商业事务,商事习惯法逐渐被国家的商事立法所取代。

国家制定商法最早始于法国。1673年和1681年,法国国王路易十四分别颁发了法国的《商事敕令》和《海事敕令》,这是对近代乃至现代商法有很大影响的商事法律。《商事敕令》共12章112条,它所规定的内容包括商人、票据、破产、商事裁判的管辖等。《海事敕令》分为5编,即海上裁判所、海员及船员、海上契约、港湾警察和海上渔猎,公私法规兼而有之。与法国相类似,德国从18世纪起即以商人习惯法为依据,开始制定成文商事法。^①德意志帝国未统一之前,仅有普鲁士一邦于1727年、1751年、1776年和1794年先后制定了海商法、票据法、保险法和普通法。后者是一部集民商法规于一体的综合性法典,其内容包括商人、商事行为、汇票、经纪人、海商、海上保险和承运人等。

应该说,欧陆各国早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法的确认,其内容明显带有浓厚的商人法或属人法特征。但此种最初的商事成文法在当时历史条件下是具有社会进步意义的,它对于现代商法的形成所起的作用是毋庸置疑的。^②

2. 现代大陆法系商法。现代大陆法系商法,即以1807年的《法国商法典》和1897年的《德国商法典》为代表的商事法律制度,以及深受这两个法典影响的国家和地区仿效这种制度而建立起来的商事法律制度的总称。在现代大陆法系商法中,最有代表性、最有影响力的当然是法国、德国的商事法,日本及西班牙商法也有一定的代表性。

(1) 法国商事法。1789年的法国大革命推翻了封建专制制度,建立了资产阶级共和国。革命成功和国家统一后,在全国统一法律的任务被提上了议事日程。其中,制定统一的民法典和商法典等是掌握了国家政权的资产阶级首先考虑的大问题。在拿破仑的推动下,法国

① 董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第13页。

② 董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第14页。

自1800年起着手民法典的起草工作,1804年3月该民法典获得通过颁行。几乎与此同时,法国在1801年成立了商法起草委员会,历经6年的时间,1807年9月《法国商法典》也获通过颁行。但此时通过颁行的《法国商法典》仅包括通则编、海商编和商事裁判编。其破产编直到1838年始获通过颁行。该法典加上破产编共4编,各编依次为:第一编通则,第二编海商,第三编破产,第四编商事裁判,计648条。

《法国商法典》是在路易十四时期制定的《商事敕令》和《海事敕令》的基础上,经过富有创造性的编纂整理而成的。其重要意义在于:第一,它是近现代商法典的始祖。尽管在此之前已有像路易十四颁布的《商事敕令》和《海商敕令》这样的成文商法,但作为商法典,《法国商法典》却是世界上第一部。它标志着现代商法已经形成,标志着制定商法典的条件已经成熟。第二,它开创了民商分立的立法先例。民商分立的渊源可以追溯到中世纪时期。近代资本主义国家民商法的来源主要有3个:罗马法、教会法和中世纪商法。中世纪商法出现以后,由于它形成了专门的概念和体系,因而具有相对独立于罗马法、教会法的地位。但是,民商分立的真正标志是19世纪初《法国民法典》和《法国商法典》的先后颁布施行。后者的颁布施行,还标志着商法也取得与民法同等重要的地位,受到同等的重视。此举影响很大。此后,许多国家,特别是欧洲国家纷纷制定自己的商法典。在该法典影响下,先后制定的商法典主要有1817年的《卢森堡商法典》、1835年的《希腊商法典》、1838年的《荷兰商法典》、1850年的《比利时商法典》(1867—1870年又重新制定)、1850年的《土耳其商法典》、1850年的《意大利商法典》(1883年重新制定)、1861年的《德国商法典》(1897年重新制定)、1885年的《西班牙商法典》、1888年的《葡萄牙商法典》和1890年的《日本商法典》(1894年重新制定)。此外,乌拉圭(1865年)、埃及(1875年)、墨西哥(1889年)、阿根廷(1889年)及秘鲁(1902年)等也都先后制定了其商法典。19世纪以来,采用民商分立立法例先后制定颁行了商法典的共有40多个国家。第三,改商人法为商事行为法。该法的立法原则之一是,凡实施商事行为者,不论是否为商人所为,均适用商法。《法国商法典》固然是在路易十四的两个敕令,即《商事敕令》和《海商敕令》的基础上编纂而成,但它同时也作了重大修改,其中最大的修改就是改商人法为商事行为法。前已述及,中世纪后出现的商人法,其所适用者仅为商人,即唯商人之间的商事关系才归其调整。《法国商法典》改商人法为商事行为法,即以商事行为作为立法的基础,它反映了资产阶级革命革除身份等级观念的思想成果,开创了商事行为主义即客观主义立法例,并为其他大陆法系国家所效仿,从而形成了法国法系商法。属于这一商法法系的国家有比利时、卢森堡、西班牙、葡萄牙、希腊、埃及、土耳其等。此外,中、南美洲诸国,如阿根廷、乌拉圭、墨西哥及秘鲁等,其商法均受葡萄牙商法的影响,因此这些国家的商法实际上也属于法国商法法系。

毫无疑问,《法国商法典》是一部划时代的商法典,但由于它制定较早,难免存在缺陷。其缺陷之一是体系不甚合理。在该法典中,既有私法的规定,又有公法的规定;既包括实体法,也包括程序法,从中仍明显地看到罗马法那种诸法合一的痕印。其缺陷之二是规定的内容单薄,甚至简陋。公司及票据制度是商法中的两项基本制度,然而该法仅分别在通则编的第3章和第8章作了简单的规定。公司制度中最为重要的股份公司制在该法典只有寥寥的13条。其他方面的规定也颇多缺漏。故该法典的影响远不及在其之前制定的《法国民法典》。19世纪下半叶后,法国根据其司法实践的要求,频繁地对原商法典加以修订并增加单行法作为补充,其中较重要的有1867年的《股份公司法》、1919年的《企业登记法》、1909年的《商

业财产买卖设质法》、1925年的《有限责任公司法》、1942年的《证券交易法》、1930年的《保险契约法》、1936年的《海上货物运输法》等。第二次世界大战以后,法国进一步组织了商法修正委员会对其商法典、公司法和破产法再次进行系统修正。^①

(2) 德国商事法。《德国商法典》的颁布施行几乎晚了《法国商法典》一个世纪。前已述及,德国未统一之前,仅普鲁士一邦制定成文商法,如1727年的《普鲁士海商法》、1751年的《普鲁士票据法》、1776年的《普鲁士保险法》和1794年的《普鲁士普通法》等,后者是一部集民商法规范于一体的综合性法典。自19世纪30年代以后,在《法国民法典》和《法国商法典》的影响下,德国的法学研究极其活跃,法学家们不仅著书立说,而且先后推出几个商法草案,如1839年的怀特门伯格商法草案、1849年的法兰克福商法草案、1855年的奥地利商法草案及1857年的普鲁士商法草案等。其间,德国于1848年和1861年先后制定了《普通票据条例》及《普通商法典》。后者正是以《普鲁士普通法》为基础,在吸收了上述商法草案的内容后制定出来的。该法典除总则外,分为商人、公司、隐名合伙及共算商事合伙、商事行为、海商5编,共911条。1861年的德国普通商法典未将票据、破产及商事诉讼列入其中,该法典被称为“德国旧商法典”。

德国新的商法典是对其旧的商法典进行多次修订之后于1897年制定出来的。新的《德国商法典》与《德国民法典》同于1900年1月1日生效。该法典共分4编31章905条。各编依次为:商人、商事公司与隐名合伙、商事行为、海商。其中,“商人”编规定的内容包括商人、商业登记、商号、商业账簿、经理权与代理权、商业使用人、代理商、商业居间人等;“商事公司与隐名合伙”编规定的内容包括无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司和隐名合伙等;“商事行为”编规定的内容包括总则、商业买卖、行纪营业、承揽运输、仓储营运、运送营业、铁路运送等;“海商”编规定的内容则包括总则、船舶所有人及船舶共有、船长、货物运送、旅客运送、冒险借贷、共同海损、海滩救助、船舶债权人、海上保险、时效等。作为商法重要组成部分的票据法、保险法及破产法等并未规定于《德国商法典》内,它们都是以单行的法律而独立于其商法典之外。德国的票据立法源于17世纪中叶。但由于各邦法律互有冲突和抵触,不利于各邦之间的经济交往,德意志帝国建立之后,统一了票据法,采取单行法的形式,于1871年4月3日实施。1871年的德国票据法的内容包括汇票、本票两种,其后于1908年6月另行制定了支票法。由于日内瓦公约的通过,德国又根据其原则于1933年6月制定了新的票据法。德国破产法是在其统一建国后于1877年2月制定颁布的。后因商法典的制定,其破产法又于1898年重新修订颁布,经多次修订后为现行破产法。该法共3卷16章238条。其中,第一卷为破产实体法律,第二卷为破产程序,第三卷为罚则,后者经修改后于1976年移到刑法典中,现该卷在其破产法中已不存在。德国最早的保险立法是1701年颁布的《汉堡海损及保险条例》。《德国商法典》中规定的保险仅为海上保险。其陆上保险法,即《保险契约法》颁布于1908年5月,于1910年施行。该法共5章,依次为:通则、损害保险、人寿保险、伤害保险、附则。1901年以后,德国陆续制定颁布了其保险业法。

《德国商法典》中并没有有限责任公司的具体规定。这并非疏忽,而是在商法典颁布之前,即1892年已制定《有限责任公司法》。故其商法典除无限公司、两合公司、股份公司、股

^① 董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第15-16页。

份两合公司及隐名合伙外,未对有限责任公司作具体规定。德国《有限责任公司法》共6节85条,所设各节依次为:公司的设立、公司和股东的法律关系、代理与业务执行、章程修改变更、公司的解散和破产、最后条款。1980年,该法作了修订。自20世纪以来,德国对其商法的修订主要限于其股份公司制度的修正和其他单行法的补充。相对《法国商法典》而言,《德国商法典》体现了较好的立法技术。因此,《德国商法典》颁布之后,对于大陆法系国家的商法制定和完善产生了极其重要的影响。在立法基础上,《德国商法典》弃商事行为主义而采用商人法主义,即以商主体作为确定商事行为和商事关系的标准,从而形成统一的有别于《法国商法典》的商事法立法例。目前,属于这一法系的国家主要包括德国、奥地利、泰国、土耳其等。瑞典、挪威、丹麦等国虽然无独立的商法典,但其商法规定也采用商人法主义。

(3) 日本商事法。日本商事法的制定始于明治维新之初。其形式商法即商法典也有新旧之分。明治维新后,日本于1881年聘请德国人赫尔曼·罗斯莱尔(Herrmann Rosler)起草商法典,1884年商法草案完成,1890年公布。其体例上虽然仿法国商法,实质内容上则多采用德国商法的做法。该法典分总则、海商和破产3编,计1064条,拟于1891年1月1日施行。但公布后争议很大,未能如期施行,推迟至1893年,其中有关公司即商业账簿、商业登记、票据及破产等部分才得以施行。也就在这一年,日本由本国人梅谦次郎、岗野敬次郎等人又组成新商法起草委员会,着手新商法的编纂工作。1899年,新商法典获得通过,并于同年施行。新商法尽管由日本人起草,但其体系和内容大体与《德国商法典》相同,分别为总则、公司、商事行为、票据和海商5编,计689条。近一百年来,该法已进行了30次修改。

日本现行的商法典分为4编,即总则、公司、商行为和海商,计31章851条。其中的“总则”编为7章,依次为法例、商人、商业登记、商号、商业账簿、商业使用人、代理商;“商行为”编为10章,依次为总则、买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪营业、承揽运输营业、运输营业、寄托、保险;“海商”编为7章,依次为船舶和船舶所有人、船员、运输、海损、海滩救助、海上保险、船舶债权人。

票据法及破产法都曾分别是日本新旧商法典中的一编。1899年新商法典制定时把破产法剔除作单行法。但由于新民法典和新商法典相继完成,旧破产法不能与之相适应,因而日本重新起草了破产法,于1922年4月公布,并于次年1月施行,此即日本现行破产法。该法共4编382条。第一编为实体法规定,计9章,分别是:总则、破产财团、破产债权、财团债权、破产对法律行为的效力、否认权、取回权、别除权、抵消权;第二编为程序规定,计11章,分别是:总则、破产宣告、破产管理人、监察委员、债权人会议、破产财团的管理及变价、破产债权的申报及调查、分配、强制和议、破产废止、小破产;第三编为免责及复权,分为免责及复权两章;第四编为罚则。与破产法不同,日本新商法典在制定实施的初始,票据法仍为该法典的一部分。该法第四编对票据作了规定,支票被认为是汇票的一种。由于日本参加了1930年《日内瓦票据和本票统一公约》和1933年的《统一支票公约》,所以分别于1932年和1933年在日内瓦统一公约的基础上制定了现行的票据法和支票法。由于单行法的颁布,1934年日本商法典将其票据编作了删除。除《破产法》(1923年)、《票据法》(1932年)、《支票法》(1933年)外,日本商事特别法还有《不正当竞争防止法》(1934年)、《有限公司法》(1938年)、《证券交易法》(1948年)、《公司重整法》(1952年)等。日本是许多国际商事条约的签字国,在制定国内法时注意与国际公约与惯例相协调。其商事法律的适用顺序依次为:商事

条约、商事特别法、商法典、商习惯法、民事特别法、民法典和民事习惯法。

二、英美法系商法

英美法系是当今世界的主要法系之一,其商法被认为是英美法中的精华。属于这一商法体系的,除英国和美国外,还包括澳大利亚、加拿大、印度以及前英属殖民地国家。其中,英国和美国商法无疑是这一法系最具代表性的商法。

(一) 英国商法

英国是实行判例法制度的国家。由于实行的是判例法制度,故其法律体系中法律部门的概念是模糊的。什么是商法、商法的范围包括哪些,英国历来就没有一个统一的概念,法学家们在其论著中的表述也颇不一致。例如,法学家米特霍夫认为,商法是指对商事交易具有特殊意义的法律总称,它包括商事契约、合伙、公司、代理、票据、银行、保险、运输、仓储、商事买卖、破产、专利、商标、商事惯例以及商事交易的留置、抵押等商事债权;法学家沃克则认为,商法是一个相当不确定的一般性术语,它用来指与商事有关的各种法律,如合同、代理、买卖、流通证券、产权文据以及破产等;英国的另两名商法学家斯定特和凯南在其合撰的《商法学》中,将商法的体系和范围归纳为以下几个方面:商事契约、代理、买卖、分期付款、消费信贷、合伙、商号、公司、票据、破产、保险、担保与补偿、商事仲裁。^①法学家们对商法所作的表述不同,这种情况在其他英美法系国家也一样。尽管在英国不存在类似于大陆法系一些国家那样的统一的商法典,但是“商法”或“商业法”的观念却是深入人心的。不但法学家们承认商法的存在,作了专门的研究,通过一系列教科书和学术著作,来构成比较完整的商法学理论体系,而且自19世纪以来,制定了一系列的商事制定法。这些制定法是英国商法在当代发展的杰出成就,标志着其商法体系的日趋完善。

英国的商事制定法,尤为突出地体现在公司、合伙、破产、票据及保险等方面。英国的公司法是由现行有效的1948年《公司法》为主体的各种公司法律所构成,包括1948年《公司法》,1967年《公司法》第一部分、第三部分,1972年《苏格兰公司法》(浮动担保和受让人),1972年《欧洲共同体法》第九节,1976年《股票交易法》(买卖成交),1980年《公司法》和1981年《公司法》。早期的英国没有公司法。从17世纪开始,由国王以颁发特许状的形式授予公司组织法人资格,确立公司法律地位。英国历史上第一部公司法律即1844年《股份公司法》。该法明确划分了股份公司和合伙的界限,规定了公司股份制度,允许公司股份转让,但禁止股份公司采取有限形式。经过激烈争论,1855年又颁布了《有限责任法》,允许股份公司依照法律采用有限责任。次年,该法被并入《股份公司法》。1862年,《股份公司法》经重大修改,首次正式称为“公司法”。19世纪末20世纪初,英国又多次补充和修改公司法,陆续允许公司减资和变更宗旨,采取强制审计制度以及允许成立私人公司等。1948年《公司法》正是依据当时有效的各种公司法律制定而成并一直沿用至今。英国公司法将公司形式主要分为有限公司、保证有限公司和无限公司。其中,采取有限责任形式的公司又分为公开公司和私人公司。公开公司原仅限于可以公开募集股份的公司,1980年修改公司法后,

^① 范健:《当代主要商法体系论纲》,载《法律科学》1992年第6期。

它与私人公司的界限逐渐模糊。无限公司主要为贷款互助会、投资公司、家庭公司等极少负债的公司采用。根据1967年《公司法》，有限公司和无限公司依照法定程序，可以进行相互转换注册。^①

英国最早的破产法产生于1509年亨利八世统治时期。现行英国破产法是由1914年《破产法》、1976年《无力偿债法》以及其他有关法规和判例规则构成的。英国破产法采取和解先置主义，破产程序开始前必须先和解，和解不成立才能作出破产宣告。在破产原因上采取列举主义，规定若干行为为破产行为。债务人无力还债，具有法定破产行为时，债权人即可以提出破产申请，债务人也可以主动申请破产。在余债责任上采取免责主义，即对具备一定条件的破产人，对其破产后仍未能清偿的残余债务，法院可以判定予以免除。破产受理机关并非只有法院，商业部也可以干预。破产管理人由债权人会议选任。公司破产适用特别程序，由官方选任清算人执行职务。在破产财产范围上采取破产溯及主义，破产宣告的效力溯及破产原因发生之时。破产财产包括破产原因即破产行为发生之时属于破产人的全部财产及破产人在破产程序终结前所取得的财产。破产程序可以因债务全部清偿、法院判定免除破产责任或撤销破产宣告而终结。

英国票据制度起源于商业惯例。19世纪末，英国相继颁布了《票据法》和《汇票法》。现在人们所称的英国票据法，泛指英国1882年《汇票法》、1957年《支票法》及有关修订案和判例规则的总和。其中，1882年《汇票法》是一部具有重要影响的成文法例。它不仅适用于英国，而且在多数英联邦国家中均有广泛的适用性。1882年《汇票法》制定于1882年8月18日。该法共6章100条，概括了汇票、支票和本票的基本规则。其主要内容包括：第一章，通则；第二章，汇票；第三章，银行支票；第四章，划线支票；第五章，本票；第六章，附则。1957年《支票法》制定于1957年7月17日。该法共8条，主要规定了对银行兑付行为的特殊保护规则、无背书支票的效力、非票据性证券的法律准用规则等。除上述成文法外，1970年《金融法》、1971年《银行和金融交易法》、1917年《公证期间汇票法》和有关的修正法案也是英国票据法的组成部分。^②

英国是保险最早发源的国家之一，在普通法中就有许多关于保险的原则。其制定法中也有不少基于保险方面的规定。早在1774年，英国就颁布了《人寿保险法》。以后，1876年制定了《保险单法》，1923年和1966年分别制定了《简易保险法》和《道路交通法》，1958年制定了《保险公司法》。但英国最有影响的保险立法是1906年《海上保险法》。该法于1906年12月21日颁布，共分17部分93条，主要内容包括：海上保险的定义、可保利益、可保价值、保险单、保证、航程等。1906年《海上保险法》将几百年来海上保险的立法、惯例、案例、解释等以成文法的形式确定下来，成为资本主义世界最有影响的一部海上保险法。它的产生对世界各国海上及陆上保险立法具有重大而深远的影响。

尽管英国商法中存在着大量的制定法，但是其商法的第一渊源，也是最为主要的渊源，依然是商事判例法。在英国，通常情况下，立法机关所创制的法律和条例，仅仅是对判例的一种补充。判例法在英国和整个英美法系中居于至高无上的地位。当然，也有例外情况，例如前述英国公司制度及票据制度就是如此。与英国法律的传统渊源相异，英国公司法以成

① 佟柔主编：《中华法学大词典·民法学卷》，中国检察出版社1995年版，第780页。

② 佟柔主编：《中华法学大词典·民法学卷》，中国检察出版社1995年版，第781页；董安生等编译：《英国商法》，法律出版社1991年版，第388页。

文法为主,判例仅在法院解释有关成文法时才具有重要的意义。其票据法也主要采取成文法形式,判例法多为解释性适用规则。

(二) 美国商法

美国法律与英国法律大致相同,多由习惯法和判例法所构成。其商法也是以英国的普通法为基础。与英国一样,由判例法这一历史传统所致,美国法律部门也是个十分模糊的概念。在现代,一般人们谈起美国商法时,从狭义上是指已在美国绝大多数州适用的《美国统一商法典》;从广义上解释,对于什么是商法则众说纷纭。^①

美国虽然为判例法国家,但同样重视成文法的制定,尤其是有关商法的成文法的制定。在商事立法中,前已提及的《美国统一商法典》最具有代表性。这也是一部被视为英美法与大陆法日趋合一的最具有代表性的法典。它于1942年起由美国统一州法律委员会和美国法学会联合起草,1952年公布。在此之前,1906年美国曾以英国的货物买卖法为蓝本制定过一部法典——《美国统一买卖法》,且被36个州所采用。但是随着时间的推移,它已很难适应美国经济发展的需要,因此有《美国统一商法典》的产生。该法于1952年公布后,又作了多次修改。《美国统一商法典》不同于大陆法国家的商法典,它不是美国国会通过的法律,而只是由一些法律团体起草,供各州自由采用的一部样板法。美国是联邦制国家,联邦和各州都在宪法规定的范围内享有立法权。根据美国宪法的规定,有关州内贸易的立法权原则上属于各州,联邦只对州际或国际贸易事项享有立法权。所以,各州对于是否采用上述统一商法典有完全的自由权。但由于该法详尽完备、适用灵活,既考虑到过去和现在,又兼顾了未来,既保持了英美法的特点,又兼采了大陆法的长处,比较能够适应当代美国资本主义经济发展的要求,因此现在美国50个州中,除保持大陆法系传统的路易斯安那州外,其他各州均已通过本州的立法采用了这部统一的商法典。这部法典共10章37节。依次为:第一章,总则;第二章,买卖;第三章,商业票据;第四章,银行存款和收款;第五章,信用证;第六章,大宗转让;第七章,货栈收据、提单及其所有权凭证;第八章,投资证券;第九章,担保交易、账户和动产票据的出售;第十章,生效日期和废除令。统一商法典生效后,原来颁行的统一流通证券法、统一货栈收据法、统一买卖法、统一提单法、统一股票转让法以及统一信托收据法即行废除。

《美国统一商法典》内容庞杂,既包括大陆法系民法中如买卖、合同、所有权、债权、担保等内容,也包括商法如票据、银行信贷、货栈以及提单、投资证券等内容,显然它不是大陆法意义上的那种商法典,其中并不包括公司法和保险法等。美国公司制度由判例法和各种成文法构成。前者由各级法院在司法实践中长期形成的各种有关公司的有效判例组成;后者即制定法,主要指各州议会依照本州宪法制定并在本州实施的各种公司立法(美国国会无权制定适用全国的统一公司法)。1795年,北卡罗来纳州首先制定了公司法,其后,各州相继制定公司法。美国各州通常针对不同公司形式分别立法,主要包括普通市政法、非营利公司法、银行法和商事公司法。其中,普通市政法主要涉及具有行政职能的各种公营法人团体,非营利公司法涉及各种宗教和教育等法人团体,银行法主要针对各种金融机构,商事公司法是美国公司法的主要组成部分。在美国,商事公司除符合普通公司法的规定外,特殊类型的商事

^① 见前文有关论述。

公司还应符合有关特殊立法,如交通法和银行法等。以营利为目的的教育团体通常也属于商事公司并受商事公司法的调整。美国公司法以契约自由和非禁止即合法为原则,在相当程度上采取“无契约情况下的替补法规”形式,即公司发起人或公司有权通过制定和修改章程规定公司的组织结构和管辖形式;只有在章程未作规定时,才推定适用公司法中有关规定。同时,各州州务卿对申请注册的公司不作实质性审查,只要发起人提供的有关文件符合法定格式,即可批准设立公司。

美国的这种特殊法律制度使得其各州公司法不尽相同。为此,美国有关社会团体起草并推荐各州采用公司法样本。公司法样本主要有1928年的《统一商事公司法》和1950年的《标准商事公司法》。它们仅作为立法样本向各州议会推荐,本身没有法律约束力。但是,《标准商事公司法》已被30多个州部分修改后采用,它在各州公司法修订和司法实践中具有较大的影响。

美国保险制度历来是各州各行其是,没有全国统一的保险法。目前,美国各州都制定了保险法。除加利福尼亚、北达科他、南达科他和蒙大拿四州的保险法是以保险契约法为中心外,大多数州的保险立法都以对被保险人利益的保护和对保险业的监督管理为主要内容,在一定程度上均具有保险业法的性质。^①美国保险立法内容最完备的是纽约州制定的《保险法》。该法计8章631条,其内容几乎涉及保险业的各个方面,成为各州立法的典范。美国各州关于管理和监督保险人的法律,一般均有以下内容:①关于保险公司的设立,股份保险公司必须遵守州法律关于最低资本和盈利的规定,对相互保险公司只规定最低的盈余额;②对保险业的财务监督,规定了保险企业可列入资产负债表的内容、计算准备金的方法、投资的方向和比例、对费用开支的限制以及公司分红方法;③为保护投保人的利益,对保险代理人和经纪人的代理资格及其职业道德等都作了明确的规定。

(三) 英国与美国商法比较

同一法系的英国、美国商法,其相同之处众多自不待言。最突出的是:首先,商事判例法是其最主要的法律渊源。在传统英美法中,商法的渊源包括商事判例法、商事习惯法、商事协约、商事制定法等。在这些法律渊源中,最重要的当推商事判例法。尽管英、美国家近一百多年来先后制定了大量的商事制定法,但是其商法的第一渊源,即最主要渊源,仍然是商事判例法,即所谓由法官所创制的法律。从整体上说,立法机关所创制的法律和条例仅仅是对判例法的一种补充。其次,判例法在商法体系中居于至高无上的地位。虽然英国、美国的商事制定法扮演着不可忽视的角色,但其意义和法律效力都不可与大陆法系商事制定法相提并论。英国、美国商事制定法并没有系统地对商事法律领域中的各种问题作出广泛的规定,没有涉及编纂法典所应涉及的全部内容,而仅仅涉及其中的一部分。它的目的在于使法官执行判例法时更为简便,使法官从相互冲突的判例中更迅速地找到正确的法律原则。可以这样说,无论是英国还是美国,其商事制定法本身来自于判例法,又服务于判例法。因此,制定法仅仅可以以判例法为背景来理解。法官在办案时,在如何依法裁判这个问题上,他首先要考虑的是判例法,而不是制定法。最后,英国、美国商事制定法对其法官来说并不具有绝对的权威性。因为法官对制定法享有较大的自主解释权。只有当制定法的条款十分

^① 李玉泉著:《保险法》,法律出版社1997年版,第40页。

明确,立法者又可以阻止法官对商事制定法作出任意解释的情形下,法官对制定法的自主解释权才受到限制,否则法官可以凭以往的判例或原则来重新解释已制定的商事法规。当然,这种情况仅对国内制定法而言。对于国际商事条约和国际商事惯例,英国、美国法官所享有的权限仅仅限于文字解释。

正如大陆法系中不同国家的商法彼此之间存在着一定差异一样,英国和美国商法之间的差异也较明显。例如,在商法的概念和范围问题上,英国和美国的看法和叙述并不一致;关于商人,英国和美国的观念也不同,美国商法中有比较明确的商人概念,英国却没有。又如,在统一商法典的制定问题上,英国和美国的做法也不同。美国创制了统一商法典,尽管这部商法典并非国家立法机关制定,其意义与法律效力也不可大陆法系国家的商法典相提并论,但它毕竟被命名为“美国统一商法典”。事实上,这部法典在全美除个别州外,已先后被采用;而英国虽然制定了公司法、票据法、破产法、保险法等商事制定法典,却没有一部统一的商法典。再如,在法律的适用问题上,英国和美国的做法也不同。英国商法尤其是制定法,在适用上实行的是高度统一原则,无论是公司法、票据法,还是保险法等其他法律,在全英生效适用的只有一部,而不能有第二部;美国商法却与其相反,在商法的许多领域中,不同的州可以各行其是。因此,在美国几乎每个州都有公司法,每个州都有保险法等。此外,商事判例法的地位在英国和美国也有所不同。虽然判例法在英国和美国商法体系中都处于至高无上的地位,但其所受注重的程度还是有差异的。一般认为,英国商法更注重商事判例法的作用,而美国人在这方面的观念却相对淡薄一些。当然,英国和美国商法前述的这些差异与其共性相比较,就显得微乎其微了。

三、我国的商事立法

(一) 旧中国的商事立法

我国古代法乃至后来的封建法均不存在独立而集中的商事法律制度。“刑民不分、诸法合体”的法制形态反映了我国封建社会长期处于商品经济极度落后的实际状况。即使我国封建法制中某些散见于律令中的有关奴婢买卖、牲畜交易、钱庄银票的规定,实际上也带有浓厚的行政法和刑法色彩。

我国商事立法肇始于清朝末年。清末海禁大开,中外互市,商事交易增多,商业有了发展。1908年,清政府颁布《大清商律》,有商人通例9条及公司律131条,规定殊为简略,在体例上仿日本商法,而在内容上则多采用德国商法。该商律为我国制定商事单行法之首例。宣统二年,农工商部又拟订《大清商律草案》。此案内容较为完备,然未及决议就因清政府覆灭而废弃。

民国政府成立后,因“凡清代法律不与国体抵触者仍为有效”,原商律复资援用。1914年,民国政府对清末未及决议的商律草案进行修改后呈请大总统,决定以《中华民国商律》颁布施行。同年1月公布了《公司条例》,3月公布了《商人通例》,均于9月1日施行。1917年,又采取民商合一制,将一般商法总则中的经理人、代办商和商事行为中的买卖、交互计算、行纪、仓库、运送、承揽运送等,编订于民法典债编之中。商法中的其他部分,以单行法规颁行,如1919年颁布的《票据法》《海商法》《保险法》,1937年颁行的《商业登记法》等。由此形

成了旧中国民商法典合一与单行商法补充的体例。

(二) 新中国的商事立法

新中国成立后,由于历史和经济体制的原因,我国始终未能制定统一的商事基本法,实质意义上的商法之发展长期处于非系统化的状况。但是,如果从我国法律的具体内容来看,现行法中实际上存在大量的旨在规制营利性主体从事营利营业活动的基本规则和制度。首先,我国目前数量众多的企业法规和工商登记法规实际上概括了大陆法系商法中关于商事主体、商业名称、商业登记制度的基本内容,如《全民所有制工业企业法》《中外合资经营企业法》《企业法人登记管理条例》《企业名称登记管理规定》《公司登记管理条例》等;其次,我国现行法中大量的经济法规和商业法规实际上概括了传统商法中关于商事行为的特别法规,如《工矿产品购销合同条例》《农副产品购销合同条例》《借款合同条例》《仓储保管合同实施细则》《加工承揽合同条例》《公路货物运输合同实施细则》《水路货物运输合同实施细则》《铁路货物运输合同实施细则》等;最后,我国大量的工商法规和行政法规实际上概括了传统商法中关于商业税收、商业账簿和商业结算的规则和制度,如《企业财务通则》《发票管理办法》《会计法》等。

市场经济体制在我国确立后,我国商事立法得到了长足的发展。我国相继颁布了一系列商事单行法,1992年颁行《海商法》,1994年颁行《公司法》(1999年、2004年、2005年、2013年修改),1995年又相继颁行《票据法》(2004年修正)与《保险法》(2002年、2009年、2014年、2015年修改),1997年颁行《合伙企业法》(2006年修订),1998年颁行《证券法》(2004年、2005年、2013年、2014年已修改),1999年颁行《合同法》,2006年颁行《企业破产法》。可见商法体系在我国正逐步形成。

(三) 我国商事立法模式的选择

1. 中国商事立法形式的选择。如前所述,商事立法的形式在不同法系和同一法系的国家间均存在差异。具体而言,英美法系国家主要以一般的商事习惯和判例等不成文法形式来表现商事规范;大陆法系国家虽然均以成文法形式来表现商事规范,但因“民商分立”与“民商合一”的分流,对商法典是否独立存在持有截然相反的态度。在我国从立法上看,已经颁布了《民法总则》《民法通则》《企业破产法》《公司法》《海商法》《票据法》《保险法》等,虽然有学者认为属于民商合一,但民法典尚未制定完成,民商合一也不能认为已成定论。我们认为,从总体上看,坚持和选择民商合一较为妥当。建立社会主义市场经济体制的目标也要求民商合一,因为社会主义市场经济体制的一个重要特征就在于强调市场主体的平等性,否认其身份上的差别,因此人为地把商人作为一类特殊主体对其行为进行规范,以至于制定一部与民法典相并行的商法典是不切合实际的。综观我国近年来的立法实践,很明显是朝着民商统一立法的方向发展的,一些商事法通过立法者的行为已经或者正在完成它的民法化。前者如担保交易法,后者如在合同法领域,随着统一合同法的颁布,“商事合同”与“民事合同”融为一体,同属民法调整。然而从实质意义来看,除少数涉及个人消费和赠与等单纯民事行为外,绝大多数合同行为均具有“商事”的性质。因此,一部排除了合同法的商法典是没有多大实际价值的。

民商合一的具体立法形式又有两种模式:一是民法典中包括商事法规,属传统模式;二是在民法典外另行制定商事单行法以作为民法的特别法,属现代模式。两种模式的共同点

是坚决维护民法与商法在私法本质上的统一,反对以两法分立为特征的民商分立。但是,前者偏执地要求将商法内容全部纳入民法典,既固守实质合一,又坚持形式合一,造成理论的僵化与封闭,成为民商分立论者口诛笔伐的理由;而后者将民法典与作为民事特别法的商事单行法有机结合,既坚持民商法的实质合一,又能适应商法的变动性要求,具有开放性。民法典反映社会经济生活的基本方向,因而具有稳定性;商事单行法反映经济生活波动、变化大的方面,因而具有灵活性,能够频繁修改。例如,在我国台湾地区,其“公司法”在60年间修订了8次、“票据法”修订了7次、“保险法”修订了5次,而“民法典”没有大修,即为明证。可见,这一模式有利于在保持民法典稳定性的同时,适时修订商事单行法。

因此,坚持民商合一的精神实质,以民法典为基本法,以一系列单行法为特别法,是我国商事立法形式的理性选择。

2. 中国商事立法体系的选择。在大陆法系国家存在着两种商事立法哲学:一曰商人主义,二曰商事行为主义。以商人为核心来构筑商法体系已成过去时。商人作为特殊的社会阶层,固然有其自身的利益,但现代法律又不能使其成为特殊主体。反对商人阶层特殊化,是现代民法基于主体平等原则对传统商法提出的有力挑战。所以,现代商法不能以商人为核心构筑其体系。随着商品经济的发展,商事行为的范围日益扩大,已达到无业不为商的状态,商人的界限已被打破,而以商人主义为核心构筑商法显然已不适宜。商事行为主义则与之相反,由于它不但适应经济发展的需要,而且符合现代经济民主的观念和潮流,所以我国应以商事行为为核心构筑商法体系。

在以商事行为为核心的前提下,商法体系应以总体商事行为和具体商事行为相结合为原则来构成和展开。商法主要规定商事行为,商事主体所从事的商事行为都具有共性,把它们抽象出来并加以归纳和总结,就形成了一般商事行为即总体商事行为,这是商法应准确加以表述和规范的。但与此同时,也不应该忽略另一种商事行为,即分散在公司、票据、海商、保险等项活动中的商事行为。它们形成了分门别类的具体商事行为,商法则应具体规范。因此,商法体系应是总体商事行为与具体商事行为相互结合,互为补充。

3. 中国商事法内容的基本构成。我国商法在内容上一方面要继承国外商法中有价值的内容和通行的做法;另一方面要剔除其不合理的或不符合我国国情的因素。例如,我国商法中关于商事仲裁的内容,明显不属于商事行为,应服从我国商事仲裁法之规定,不应列于商法。我国商法在内容上的构成,应按前述总体商事行为与具体商事行为相结合的原则,分为两大部分:一为总则,二为分则。总则应由商事主体、商事行为、商事登记、商业账簿等内容构成;分则应包括商事交易法、公司法、票据法、海商法、保险法、破产法、商事信托及证券法等内容。

第三节 商法与其他法律部门的关系

一、商法部门的独立性

商法是调整市场经济关系中商人及其活动的法律规范的总称。商法是否具有独立性是决定商法是否能够独立发挥作用和是否具有持久生命力的基础,而商法的独立性主要取决

于商法能否在内容上区别于民法而独立存在。商法在法律体系中是一个相对独立的法律部门。所谓独立,就是说商法有自己的调整对象,有自己的丰富内容和体系,这些对象和内容与民法之外的其他法律部门有不同的性质。所谓相对,是指与民法的关系而言。商法调整平等的商事主体之间的商品关系,其调整的社会关系的性质与我国民法调整对象的性质并无二致。同时,商法的调整内容也是民法内容的具体化和扩大化。商事组织中的独资企业、合伙企业事实上是民法法人制度的体现,而企业法人制度的具体形式就是公司法与企业法。至于说票据法、保险法和信托法,它们分别是民法债权制度以及法律行为的特殊表现形式。对于商业登记法和破产法,虽然从法律本身的性质看,前者系社会法或行政法的范畴,后者应属民事诉讼程序法的范畴,但是作为企业行为的前提和后果,它们与调整商事平等主体之间关系的法律具有不可分割的关系。

二、商法与民法的关系

(一) 商法与民法的联系

商法与民法的关系是特别法与普通法的关系。民法所规定的内容是一般社会生活的原则性要求,而商法所规定的内容则是特殊社会生活的具体性或技术性要求,故商法对于民法处于特别法的地位。民法是对整个市民社会基于主体平等和意思自治而建立的各种社会关系的法律调整,具有抽象性和系统性。商法是市场经济的法律表现,是对构成市民社会基础的市场经济中基于营利而建立的特定社会关系的法律调整。它是由众多具体的市场组织规范和市场交易规范集合而成的。就对市场经济的法律调整而言,民法提供的是一般规则,商法提供的是具体规则。商法和民法的联系具体可以归结为以下几点:

1. 民法的所有权制度是对从事商品经济活动的正常条件的一般规定。正如马克思所指出的:“流通是商品所有者的全部相互关系的总和。”^① 凡是商品货币以及它们的转化形式(票据等)都不过是所有权的另类表现形式,其结果都会导致所有权的让渡与取得。因此,对公司财产权的确认及行使、股票的发行与股票权利的行使、对作为商品所有权凭证的票据的保护、对财产的投保与保险的支付、对破产后财产的清算等,都要适用民法中关于财产所有权的一般规定。

2. 民法的主体制度是对商品经济活动主体资格的一般规定。任何个人和经济组织,凡是从事带有营利性的商品经济活动,其法律地位的最终确定都是由民法上的主体制度来完成的,而商法上的公司制度只不过是民法中法人制度的一种最典型形式。对公司法律地位的确认、公司的权利能力和行为能力、公司的财产责任以及公司的国家监督等,都不过是对法人制度的具体化,都适用于法人制度的基本规定和要求。

3. 民法的债权制度是关于流通领域中的商品交换活动的一般规定。票据权利的设定、移转、担保证明以及付款和承兑等,都不过是债权制度的具体化。同样,商法中的保险制度也是债权制度的具体发展,保险合同是民法中典型的格式合同,保险法中的投保与承保、保险的理赔与索赔、海损的理算和补偿等,都要适用民法中关于债的一般规定。

^① 《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1972年版,第188页。

(二) 商法与民法的区别

关于商法与民法的区别,主要体现在以下几个方面:

1. 立法价值取向不同。在民法的诸项价值目标中,最基本的价值取向是公平,在处理公平与其他民法原则的关系时,采取的是公平至上兼顾效益与其他。并且民法上所说的公平主要强调和保护的是经济个体之间的公平。民法既强调形式上的公平,更强调实质上的公平,因此公平既要强调对法律规则的严格适用,但并不仅仅拘泥于对法律条文的机械理解,更加注重立法的主旨,强调探究当事人内心真实的意思表示。而在商事立法中,最高的价值取向则是效益。在处理效益与其他法律原则的关系时,采取的是效益至上兼顾公平与其他。效益就其本质含义来说是指对经济利益的追求和经济利益的实现。效益包括个人效益(个人收益)和社会效益(社会收益)两部分。对个人利益的追求是推动社会进步的主要动力之一。古典经济学家认为,自利行为具有合理性,这种合理性可以从两个方面来理解:一个方面是因为自利行为可以服务于有用的目的,这是所谓结果主义者的市场合理性;另一个方面认为个人有权利按照自我利益去行动,这是以权利观念为基础的。^①道格拉斯·诺思认为:“有效率的经济组织是经济增长的关键因素;一个有效率的经济组织在西欧的发展正是西方兴起的原因所在。”^②商法的主要作用就是将这种对效益的追求通过一定的法律规则的形式表现出来,将社会经济主体的行为限定在一定的制度范围内。

2. 二者产生的经济基础不同。民法产生的经济基础是商品经济。商品经济有两个存在条件:一是由于社会分工使每一个社会主体都不能生产出自己所需要的所有商品,从而使商品交换成为必要;二是由于财产分属于不同的人所有,使每个人都不能无偿地占有他人的劳动产品,而必须承认对方的财产所有权,并进行等价劳动交换。由此就产生了作为民法核心内容的所有权制度和合同制度。因此,民法是商品经济的基本法。而商法产生的经济基础则是市场经济。所谓市场经济,就是以市场机制调节社会资源的配置和调节市场行为的一种经济运行方式或经济运行模式。商品经济和市场经济的主要区别在于:商品经济是与自然经济相对应的概念,指的是一种社会经济形态,强调的是社会产品的实现方式,即必须进行等价劳动交换以实现各自的生存和发展需要;而市场经济作为一种经济实现方式所对应的是非市场经济(主要是计划经济、国家垄断经济等),主张市场是实现社会资源配置、满足人们需要的手段和场所。由于商法的主要作用就在于对市场经济规则进行归纳、提炼和确认,因此商法是市场经济的基本法。

3. 适用主体不同。民法在适用主体上具有广泛性,可以适用于一切社会公众,是所有私权主体的基本权利保障法。因此,民法就其基本属性而言,应当能够最大限度地满足社会主体的最基本生存要求,包括生命、财产、个人尊严和公平对待。而商法的适用对象则通常仅限于商人。商人范围比较特定,通常要求有较高的专业知识和技能。

4. 法律规范的表现形式不同。民法规范具有强烈的伦理性,民法条款绝大多数属于伦理性条款,即凭社会主体的简单伦理判断就可确定其行为性质,并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。而商法规范则具有较强的技术性特点。商法最早起源于

^① 拉尔斯·马格努松主编:《重商主义经济学》,上海财经大学出版社2001年版,第86-87页。

^② 诺思著:《西方世界的兴起》,学苑出版社1998年版,第1页。

“商人法”,从它产生伊始就具有专门性及职业性,而后虽经多次进化,“商人法”发展成为“商行为法”,但商法的基本特质并没有变化,商法始终是对市场经济的直接调整,可以说市场经济的基本内容、基本规则及基本运作方式翻译成法律语言就构成了商法规则。商法技术性规范的设计大多是出于对主体营利性行为的保护,并且对这些技术性规范并不能简单地依据伦理道德意识就能判断其行为效果。商法的技术性既体现在其组织法上,也体现在其行为法中。

三、商法与经济法的关系

(一) 经济法的概念与特征

1. 经济法的概念。经济法作为一个法律概念出现后,国内外理论界对经济法的性质、调整对象和范围等众说纷纭,但基本的观点认为:从经济法自身的发展来看,“经济法是政治法和市民法的补充和必然产物”^①;从经济法的本质来看,“经济法为国家对经济干预之法”^②。从经济法与商法及行政法等部门法的关系来看,“经济法应位于商法与行政法之间,它与商法分享对经济事务的调整,与行政法分享政府管理经济的职能。”^③其主要作用机理在于,通过国家的强制性手段,保障市场经济赖以正常运行的外部条件和环境符合市场的要求,并克服市场调节机制本身所隐含的缺陷。在性质上,经济法属于社会法的范畴。

2. 经济法的特征。经济法主要具有以下几个方面的特征:

(1) 调整目标上具有单一性。经济法以维护社会公共利益为其首要目标,强调的是社会本位和社会利益至上。经济法体现的既不是私人意志也不是国家意志,而是社会公共意志;经济法保护的也不是纯粹的私人利益或建立在统治阶级意志基础上的国家利益,而是以全体社会成员作为受益主体的社会公共利益,这种社会公共利益带有普遍性和公共性。

(2) 调整内容上具有经济性。经济法既不能通过对被调控主体进行人身惩罚来调整,也不能通过对被调控主体进行道德惩罚来调整,而只能用经济手段,通过经济引导、经济惩罚、经济制裁、经济激励等手段对市场主体的行为进行引导和规制。

(3) 调整手段上具有多样性。经济法对社会关系的调整既可以通过规制手段将市场主体的行为限制在市场所许可的范围内,也可以通过引导性、促进性规范为市场主体的行为指明方向,并促成社会总体经济目标的实现;对有害于市场运行的一些行为,则通过矫正性规范和制裁性规范进行强制性矫正和救济,使之符合社会总体利益的要求。

(二) 经济法与商法的区别

商法以个别经济主体的利益为基础,主要调整的是经济主体之间的利益关系;经济法则以社会经济利益为基础,着眼于整体经济利益的协调和保护,即着重于所有商事主体利益的全局性调整。两者的区别主要体现在以下几个方面:

① 李昌麒主编:《经济法学》,中国政法大学出版社1994年版,第4页。

② 金泽良雄著:《经济法概论》,满达人译,甘肃人民出版社1985年版,第24页。

③ 王继军等:《经济法是市场中规制法与市场调控法的有机结合》,载《法律科学》1999年第1期。

1. 调整的社会经济关系的性质不同。商法主要调整的是商人之间的以平等性为特征的社会经济关系;经济法调整的则是国家与公民、国家与企业(商人)之间的社会关系,这种关系主要体现为管理与被管理、指挥与被指挥的纵向关系。

2. 调整对象的内容不同。商法主要规定的是商人和其他经营者的法律地位、组织形式、商事交易行为规则和行为后果等,这些内容反映在法律上即为公司法、票据法、信托法和保险法等法律制度;经济法主要规定了商事活动中商主体的竞争行为规范、竞争规则以及政府如何对不正当竞争行为和垄断行为进行调整,以维护正常的经济运行环境和运行条件,反映在法律上则为计划法、投资法、反垄断法、反不正当竞争法、生产振兴法、消费者权益保护法以及资源法等。

3. 作用内容和作用基点不同。商法的作用内容和作用基点是确认和保护商人(经营者)的合法地位和利益,侧重于保护作为商人的企业和自然人之间的平等利益关系,以满足商人的营利性要求;经济法的作用内容和作用基点则是平衡个体利益与社会利益之间的利益矛盾,其作用内容侧重于社会的整体经济生活和整体经济利益。

4. 法律性质和法律理念不同。商法是属于具有公法因素的私法,其中自由、平等、公平、效益、安全等法律理念被侧重于从个体方面来理解和阐释,即强调个体的自由、个体之间的平等、个体相互关系的公平以及个体行为的效益和安全;经济法是具有私法内容和公法内容的社会法,自由、平等、公平、效益、安全、秩序等一些法律的基本理念被侧重于从社会的角度去理解和阐释,强调社会整体效益和交易安全。

四、商法与行政法的关系

行政法主要调整和保护的是国家的政治生活,其立足点是限制国家的行政权力。严格意义上的行政法是近代民主政治的产物,以国家权力的划分、国家机关的分工为条件。其调整对象是行政主体在行政管理活动中,和其他国家机关、社会团体、企事业单位以及公民之间的关系即行政关系,所要保护的是国家利益。而商法调整的对象是商事关系,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机制,所要保护的主要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。但是,商法与行政法两者亦有联系。尤其是在市场经济条件下,为了平衡社会经济运作中各方的利益和协调性地维护权利,保障社会经济的正常秩序,促进商事交易的发展,国家不但从行政的角度对商事交易实施管理,而且从宏观调控的角度介入商事自治领域进行行政干预,出现了商法的公法化趋势,使商法和行政法之间产生了密切的关系。主要表现如下:

1. 商法本身即含有行政法的成分。例如,商业设立之核准、商业公司的登记和外国公司的许可、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的行政诉讼法适用等,均属行政法范畴。

2. 商法之中规定了诸多行政处罚条款。无论是商业登记还是票据关系,也无论是破产法还是公司法,其间对违法乱纪行为都规定有不同程度的行政处罚(如罚款等)条款。尽管这不是商法的主体,也并非商法的主要内容,但它体现出商法受到行政法的巨大影响。

虽然商法与行政法的关系日益密切,乃至行政法条款大量商法化,辅助商法对商事关系及其相关事宜进行调整,但两者分属于不同的法律部门,两者在法律归属上是不同的,行政

法的命令与服从的调整方法也不得与商法的调整方法相混淆或代替。

第四节 商事立法的基本原则

商事立法的基本原则,是指反映一国商事法律的基本宗旨,对于商事关系具有普遍性适用意义或司法指导意义,对于统一的商法规则体系具有统领作用的某些基本法律规则。这些基本原则不但是商事立法的灵魂,而且对商事审判同样具有重要的指导作用,并且是进行司法解释的基本依据。无论是在民商分立国家的形式商法中,还是在民商合一国家的实质商法中,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:

一、促进交易迅捷的原则

商事交易以营利为目的。为实现营利目的,必须力求交易的迅速完成。因为只有交易迅捷,从事商事交易之人才能多次反复交易而实现其营利目的。商法对交易迅捷的促进,主要采取了以下规则。

(一) 短期消灭时效主义

商事交易的短期消灭时效主义,是指法律对于基于商事交易行为所生之债的法律保护期间特别予以缩短,从而迅捷确定其行为之效果,以促成交易之迅捷。例如,各国商法对于商事契约的违约求偿权多适用2年以内的短期消灭时效,对于票据请求权多适用6个月至4个月甚至2个月的短期消灭时效,海商法上对于船舶债权人的求偿权多适用1年以内的短期消灭时效,保险法上对于保险金的请求权通常也适用民事时效的短期时效。

(二) 交易定型化规则

交易定型化是保障交易迅捷的前提,包括交易形态定型化和交易客体定型化两个方面。所谓交易形态定型化,是指商法通过强行法规则预先规定若干类型的典型交易方式,使得任何个人或组织,无论何时从事该类交易行为,均可以获得同样的法律效果。交易客体定型化主要就是交易客体的商品化,即若交易之客体属于有形物品,则给予其统一的规格或特定的标记,使交易者易于识别商品,从而实现交易迅捷。

(三) 权利的证券化

为了加速商品的流转和权利的让渡,商法采取了权利证券化制度,即当交易的客体为无形的权利时,则通过一定方式将权利证券化,证券的流通实现权利大转移,从而简化权利转让程序。例如,公司法上的股票和公司债券、票据法上的各种票据、保险法上的保险单、海商法上的载货证券均为权利证券化之典型,都是以有价证券的形式表现了法律上的权利。不仅如此,法律还通过建立证券交易所和证券交易制度,适应大量的证券买卖及证券权利的迅速交易。

(四) 行为的要式性

在商法领域,虽然也强调合同自由,但对于合同性商行为,在大多数情况下则采取了要式主义的要求。其原因在于,虽然契约自由有利于契约迅速完成的功效,但在商事活动领域,商事行为具有大量性、反复性和同一性。在这种场合下,如果商事契约无固定款式而完全由当事人自由协商,不但不符合经济原则,而且容易产生分歧,从而有碍于交易的敏捷。故商法对商事契约及有价证券的款式,多实行定型化的要求,如保险契约的定型化、有价证券的款式化等。尤其是对于各种票据和有价证券,商法上均采取严格的要式主义,以利于行为当事人迅速辨认,实现交易的便捷。

二、强化商事组织的原则

商事组织,即商事企业,是构成各种不同商事法律关系所必需的基本要素之一。为了强化商事组织,各国商事立法主要采取了以下几项制度。

(一) 商事组织设立的准则主义

所谓准则主义,即法律明确规定商事组织成立的各项条件,只有具备商事组织成立的法定条件者,方可申请进行设立登记。对于我国的企业法人,按照《企业法人登记管理条例》和《民法通则》的精神,从企业章程、经营场所、必要设施、资金数额和从业人员等方面规定了企业法人设立的5项条件。此外,对于从事矿业、保险、旅社等特别业务者,还需经政府特许领得特许证件后,方可登记营业。法律作出这样的规定,一方面是有利于国家对商事组织的宏观控制和管理;另一方面也有利于保证商事组织自身的健康发展。

(二) 商事主体的财产维护规则

许多国家的商法中对合法商事主体的营利性保护和资本保护等均有相关的法律规定。资本无疑是企业赖以成立的基本条件,因此确保企业资金是商事组织赖以生存的物质基础。企业的维持在于其行为的营利性目的和行为结果的盈利,没有盈利,企业也就无法生存。因而,商法明确规定了商事组织的营利性质。

(三) 企业破产、解散的风险回避规则

避免企业解体,是维持和强化商事组织的重要措施,也是维持正常的市场交易秩序的基本要求。为了保障市场主体的持续存在,各国商事法采取了许多措施,包括从法律上严格商事主体特别是公司的设立条件;规定企业合并和有限责任公司变更为股份公司的法律效果,以确保公司的同一性;限定企业解散的原因,避免和防止企业的任意解散等。

(四) 有限责任原则

企业作为由一定数量的自然人组成的营利性经济实体,其所有资本均来源于股东的投资。股东一旦将其财产投资于企业,该财产就变成了企业的财产。企业股东因放弃对投资财产的所有权而只对企业债权人承担有限责任,即以自己的出资额为限对公司债务承担责

任。典型的如有限责任公司股东、股份有限公司股东等。有限责任制度的出现,不但会促进和鼓励股东积极地将自己的财产投资于公司的经营活动,而且减少了投资者在投资时的顾虑,从而有利于企业的设立和发展。

(五) 风险分散规则

商事法中,对于企业可能面临的一些危险设有分散负担制度。股份有限公司制度的创立本身就体现了风险分散效用。其他如保险法中有各种财产保险(火灾、海、陆、空运)责任及其他风险责任的规避制度,海商法中规定了共同海损制度等。通过这些风险分散措施,可以在一定程度上防止企业不致因风险而倒闭,以维持其主体人格的永续存在和发展。

三、维护交易安全的原则

从理论上说,商事交易行为贵在简便、迅速,并应具有较大弹性,因此当以商事主体活动自由为要旨。但另一方面,商事交易更要注重安全。传统民商法理论认为,商法以规定私人之间私权利义务法律关系为主,故称私法。但近代国家受社会本位法律思想的影响,对于私法关系,逐渐改变了以往的自由放任主义,而采取积极的严格干涉主义,从而使作为私法的商法已有公法化的趋势。这一趋势突出表现在商行为法律控制的严格主义上。商法的这种变化,目的不仅在于促进商事交易之简便迅速,更重要的是着眼于商事交易的有序与安全。如果片面强调简便迅速,忽视了对安全的保护,则商业社会将会陷入混乱和无序。基于此,各国商法对商行为法律控制往往采取强制主义、公示主义、外观主义及严格责任主义。

(一) 强制主义

所谓强制主义,又称干预主义、要式主义,是指国家运用公法手段对于商事关系施以强行法规则。这一规则主要表现在以下几个方面:首先,现代各国商法多通过商业登记、消费者保护、不正当竞争之禁止、商业垄断之限制等一系列规则,体现出国家干预和宏观调控职能;其次,现代各国的商法中日益偏重于使用强行法规则对商事活动加以控制;最后,通过强行性法律条文对某些商行为予以严格规范,任何交易当事人都不得任意加以变更。

(二) 公示主义

所谓公示主义,是指商事活动的交易当事人对于涉及利害关系人利益的所有营业上之事实,须进行登记并负有公示告知义务的一种法律要求。这一规定的主要目的在于,保护交易相对人或不特定第三人的合法权益。公示原则主要通过以下具体制度加以落实:① 登记制度。包括商事主体的设立和变更登记、船舶登记等。② 公告制度。包括登记公告、债券募集办法的公告等。实行公告制度,可以使社会了解企业情况,把握商事主体财务真相,以确保交易安全。③ 上市公司的信息披露制度。股份公司中的上市公司,应当将有可能涉及公司股东利益的所有有关事项进行公告,主要包括招股说明书的公告、股票上市报告的公告、定期财务报告的公告和重大事项的公告等。

(三) 外观主义

所谓外观主义,是指以交易当事人行为的外观为标准,而确定其行为所产生的法律效果,即公示于外表的事实纵与真实的情形不符,对于依该外表事实所进行的商行为,也需加以保护,以维持交易的安全。例如,许多国家公司法规定,当设立登记后,有应登记之事项而未登记或已登记之事项有变更而不为变更登记者,不得以其事项对抗第三人;隐名合伙人如参与合伙事务的执行或为参与执行的表示,纵有相反的约定,对于第三人仍应负出名营业人的责任;票据上所载发票地和发票日,即使和真实的发票地和发票日不符,也不影响票据行为的效力。另外,如各国商事法上关于不实登记的责任、表见经理人、表见代表董事、自称股东和类似股东者责任、票据的文义性和要式性、背书连续的证明力等规定,都体现了外观主义的要求,赋予行为外观之优越效果,以保护交易之安全。

(四) 严格责任主义

商事交易的严格责任主义,主要包括连带责任和无过错责任。连带责任在民法中是作为一种个例而存在的,而在商法中连带责任的适用范围则要广泛得多。例如,在公司法中,无限公司的股东及两合公司的无限责任股东对于公司债务负连带责任。不仅如此,无限责任股东即使退出公司或将出资转让于他人,对于退股或转让前公司的债务,于登记后一定时间内仍应负连带责任。公司负责人在执行业务时违反法律规定造成他人损害的,公司负责人与公司对受害人负连带责任。公司设立未能成立者,发起人对于公司设立所为之行为所需的费用,应负连带责任。至于票据法,不仅二人以上共同签名须对票据负连带责任,发票人、承兑人、背书人及其他票据债务人对于执票人也须负连带责任。

在商法上,严格责任被广泛适用于许多具体的法律规范中,即在商事交易中,债务人无论是否有过错均应对债权人负责,如保险法上保险人对投保人或被保险人的责任,即便是不可抗力所致,也应负责。

四、维护交易公平的原则

商事主体从事商事交易,其目的是营利,而此目的的实现受价值规律的支配。商法为了反映价值规律的内在要求,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,在商法中主要表现为平等交易、诚实信用等原则要求。

(一) 平等交易原则

商法中的平等交易原则,主要是指商事交易主体间的地位平等。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。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、非适当影响限制的规定,消费者权益保护法中对于消费者利益的维护以及对于附合同的限制的规定等。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。

（二）诚实信用原则

诚实信用原则是现代民商法中的“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规范作用。商法中的诚实信用原则，要求交易行为当事人应当尊重交易习惯，依诚实信用的方法而为交易活动，以维持公平。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》中规定，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》中规定，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》中规定，投保人于订立保险合同时，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。

五、商法各基本原则之间的关系

商法各基本原则之间的关系主要涉及两方面的内容：一是每一个基本原则所担负的不同职能；二是每一个基本原则在商法基本原则构成中所处的地位。

（一）商法各基本原则之间的职能分工

商法调整内容具有多样性和广泛性，由此决定了商法规则的非系统性和复杂性。为了将纷繁复杂的商法规范统一在一个根本目标之内，商法原则的存在成为必要。但商法不同的基本原则之间所担负的具体职能是不一样的。正是因为商法诸项基本原则各有其相对独立的内容和特点，才决定了商法有存在彼此独立的几个基本原则的必要。在商法的诸项基本原则中，效益原则和民法中的私权神圣、意思自治一样，都是以个人为本位而提出的法律原则，旨在调动商事主体的积极性，发展市场经济，繁荣市民社会的经济生活和物质生活；主体强化原则和保护交易安全原则的立足点则是为了巩固交易成果，强化交易的有效性，并最终实现效益目的；而交易公平原则、禁止权利滥用原则、诚实信用原则、情势变更原则是以社会为本位提出的原则，旨在对私权神圣原则、意思自治原则的适用界定一个恰当的范围，协调各种利益关系，维护市场经济和市民社会生活的秩序和安全。

（二）商法各项基本原则在商法原则构成中的地位

由于商法原则具有多重性，同一个商事行为可能要受两项以上基本原则的共同调整和制约，不同原则之间在作用内容和作用趋向上有明显不同，因此就存在不同商法基本原则之间可能存在不同程度的效力冲突问题。解决商法基本原则之间效力冲突的根本办法就是确立商法基本原则之间在效力上的层次性，即确立商法不同原则在商法中具有不同的地位和作用。详言之，与民法原则中所遵从的公平至上、兼顾效益要求不同，在商法的诸项原则中，其基本的要求是效益至上和效益优先。这里的效益优先有三层含义：一是在所有的商法原则中，效益原则居于最优先考虑的地位，是商法最基本的价值要求。二是当商法各项原则之间因对具体商事活动进行不同调整而发生冲突时，首先考虑的应是效益原则；在效益原则与其他商法基本原则的关系上，其他商法基本原则应当服从和服务于效益原则。三是效益原则是最基本的补充性原则，当法无明文规定时，应主要依效益原则处理纠纷。

第二章 商事法律关系

第一节 商事法律关系概述

一、商事法律关系的概念、特征及与民事法律的关系

(一) 商事法律关系的概念与特征

所谓商事法律关系,是商事主体基于商事行为而产生的权利义务关系。商事法律关系作为民事法律关系的一种特殊形式,自然具有民事法律关系的属性和基本特征。但作为民事法律关系的一种特殊形式,商事法律关系具有区别于一般民事法律关系的一些特点。这些特点是:

1. 商事法律关系的主体必须至少有一方是商事营业体,即必须是发生在商人之间或商人与非商人之间的法律关系。商事法律关系的主体双方既可以都是商人,也可以只有一方是商人而另一方是非商人。

2. 因交易而产生的商事法律关系,其客体仅限于商行为,其行为标的是具有商品属性的有形的或无形的商品。而民事法律关系的客体则具有广泛性。

3. 商事法律关系的内容——商事权利和商事义务,均具有营利的性质,即表现为经营性商事权利和经营性商事义务。

(二) 商事法律关系与民事法律关系

商事法律关系作为民事法律关系的一类,自然具有民事法律关系的属性和基本特征。但民事法律关系中的商事与民事,实际上是对两类不同社会性质的经济活动的概括。民事活动是指平等主体的公民或法人所从事的具有民法意义的活动;而商事活动则是指平等的商主体所从事的具有商法意义的营利性活动。这就是说,商事活动与民事活动既具有一定的联系,又有确定的区别:一方面,民事活动与商事活动是包容关系,商事活动不过是对民事活动中某些具有特殊重要意义的经济活动的概括;另一方面,民事活动与商事活动又是一般与特别的关系。由于商事活动在社会各类实践活动中居于特别重要的基础地位,各国法律往往对其加以特别关注和调整。因此,商事活动又不完全同于其他民事活动,它首先应具有商法上的意义,且优先适用商法的特别规定。正是基于这个道理,大陆法系民商法中才形成

了旨在专门控制商事活动的商事规则体系。

二、商事法律关系的确立标准

由于商事关系的要素包括商人和商行为,而商人和商行为在很多情况下又不可能同时存在于一个法律关系中,因此如何确定商事法律关系就成为立法中和学理上应当解决的一个主要问题。对于商事关系的确立标准和确立依据,在不同国家的立法中具有不同的法律规定。大体说来基本有三种标准。

(一) 客观标准

客观标准即以商行为作为确定商事法律关系的基本标准,在立法中首先规定商行为的条件和范围,凡属从事商行为而产生的法律关系都属于商事法律关系,在法律规定上适用商法的有关规定,而不论为此项行为的人是否商人或是否属于营业行为。《法国商法典》基本采取此项标准。

(二) 主观标准

主观标准即以商人作为确定商事法律关系的基本标准,在立法中首先规定商人的概念和条件,然后规定凡是商人作为营业活动所从事的一切行为在性质上都属于商行为,基于该行为所产生的法律关系都属于商事法律关系。《德国商法典》基本采取此项标准。

(三) 折中标准

折中标准即兼采用主观、客观两个标准作为确定商事法律关系的标准。具体做法是,将商行为区分为两种:对于符合法律规定的某些特定行为(如证券行为、票据行为等)不作主体限制,即无论其实施主体是否商人,其行为在性质上都属于商行为,都会产生商事法律关系;而对另外的一些行为(如一般买卖行为等)则必须是由商人所为时,其行为在性质上才能算作商行为,才会产生商事法律关系。《日本商法典》基本采取此项标准。

第二节 商主体

一、商主体概述

(一) 商主体的概念

商主体在传统商法中又称为商人,是指依据商事法的有关规定,参加商事活动,享有商事权利并承担相应义务的自然人和法人组织。早期的商法为商人法,属身份法,商法与商人密不可分。随着社会的发展,商主体范围不断扩大,商人的特殊地位日渐消失。现代各国商法对商主体进行概括时,除注重商主体的形式特征外,更强调商主体的实质要件。作为商人应当具有商法上的资格或能力,能够以自己的名义从事营业性商行为,并能独立享受商法上

的权利和承担商法上的义务。在法律上,通常要求商主体必须以持续地从事某种营利性商行为作为其基本构成条件,并规定凡是以从事特定的商行为作为其经常性职业的个人或组织,均可依法定程序成为商人。例如,《法国商法典》规定:“以实施商行为作为其经常职业的人是商人”;《意大利民法典》认定:“凡以生产或交换商品、服务为目的,以组织经济活动为职业的人(经登记者)为商人”;《日本商法典》认为:“本法所称之商人,是指以自己的名义,以从事商行为为业者”;经修订后的《德国商法典》也认为:“本法所称之商人是指以实施商行为为业者”。与早期商法不同,在现代的商人法或商习惯法中,商人(商主体)概念并不具有非常确切的法律含义,也并不被作为一个独立的阶层加以保护。按照现代各国商法的一般理解,构成商主体的实质性标准在于商人必须从事营利性的商行为。也就是说,作为商人必须具备五个构成条件:① 商主体须同时具备权利能力和行为能力;② 商主体所从事的必须是商行为,并且这种商行为应当具有特定性;③ 商主体必须自己就是其所从事的商行为的主体,是具体商事营业活动的主人,是商行为权利义务的实际承受者;④ 商主体须持续地从事同一性质的营利性行为,偶然从事某项营利活动的个人或组织通常不属于商人;⑤ 商主体须以特定的营利性活动为其职业或经常性营业。

(二) 商主体的特征

商人作为商法上的行为主体,除应具备民法中有关民事主体的基本要求和基本特征外,还具有一些不同于一般民事主体的法律特征。这些法律特征主要表现在:

1. 商主体必须具有商事能力。所谓商事能力,是商主体在商法上的商事权利能力与商事行为能力的统称。这有两层含义:一是指商主体必须能够参加商事活动,二是指商主体有特定的经营范围。也就是说,商主体必须依据商业登记所核定的经营范围独立地从事特定的商行为,并因此而享有商法上规定的权利并承担相应义务。

2. 商主体必须以营利性活动作为其营业内容。也就是说,作为商主体所从事的必须是特定的商行为,并且必须是持续性地从事该种商行为且以该种商行为作为其营业内容。

3. 商主体的特殊权利能力和行为能力须经商业登记而取得。从法律上说,商主体资格的取得来源于商业登记制度,因此商业登记这一创设商主体的法律事实既决定着商主体商事能力之范围,同时又为商法对商主体的税收、工商管理奠定了基础。正基于此,多数国家的法律规定均要求商主体的成立必须首先履行商业登记程序,另外对于从事金融、证券等行业的商主体的成立则另行规定特许审批规则。

4. 商主体必须是商事法律关系的当事人,是商法上权利义务的实际承担者。也就是说,作为商事主体,它必须能够以自己的名义从事商事活动,独立享有权利和承担义务,并能以特定范围的资产承担财产责任。这一特征不仅将商主体与不具有独立资格的商业组织内部机构或商业辅助人区别开来,而且可以将商业合伙与不具备商业名称和独立主体资格的民事合伙区别开来。

二、商主体的分类

在大陆法系国家的商法理论中,通常依据不同的分类标准对商主体进行类型划分,这些分类体现了各国商法对不同类型商主体的特别控制要求。

(一) 商个人、商法人与商合伙

这是按照商主体的组织机构特征进行的分类。

商个人又称“商自然人”“个体商人”，它是指按照法定程序取得了特定的商事能力，独立从事营业性商行为，依法承担商法上权利和义务的个人或自然人。按照传统商法学者的认识，商个人本质上也是由商法所拟制的主体，其中不仅包括事实意义上的个体商人，而且包括个人之商号，即指个人单独出资所经营之商业。此类个人商号之主人，不仅可以以商号的名义从事商行为，而且应独立承担商事法上的权利、义务和责任，他与代理其实施商行为的商业辅助人具有不同的地位。

商法人又称“营利性法人”。它是指基于营利性营业目的而设立的，具有特定的商事能力和资格，依法独立享有权利、承担义务，并以其经营资产独立承担责任的社团组织。股份有限公司、有限责任公司和其他从事营利性营业的有限责任公司或组织，均属于商法人之列。商法人是现代商事活动中最基本的商主体类型。商法人不同于商个人和商合伙之处在于：商法人是某种社团组织，它对外具有独立的商法上的主体资格，对内具有统一的意思机构和执行机构；商法人具有区别于其投资者的独立财产和财产权；商法人是独立承担财产责任的有限责任主体。

商合伙又称为商业合伙或合伙企业，是指数个合伙人为了实现营利性经营目的而共同出资、共同经营、共享利润、共担责任所形成的人身信任和财产相结合的集合体。

(二) 法定商人、注册商人与任意商人

这是按商主体资格的取得是否需要履行相应的注册要求而进行的分类。

法定商人是指以法律规定的特定商行为为营业内容并经特殊程序设立的商主体。设定法定商人通常须依特定的管理规定，履行特殊的商业登记程序。

注册商人是指不以法律规定的绝对商行为为营业内容，而经一般商业登记程序设立，并以核准的营业范围为其商行为内容的商主体。按照大陆法系国家的商法理论，注册商人经登记核准的营业内容，并非必然属于商行为（非绝对商行为）的范畴，但由于此类主体是以营利性营业方式从事经营活动，并且选定了商业登记程序作为主体认定的前提，故法律上均推定其为商主体。

任意商人是指不以绝对商行为和营业商行为为其行为内容，并且依法不需进行商业登记而存在的商主体。任意商人的主要特征是：任意商人所从事的活动并不属于各国商法认定的当然商行为的范畴，而是多属于辅助性商行为；任意商人所从事的此种活动就其性质来说，并不当然具有营利性，不具有明确稳定的营业内容，其活动往往变动性大，并且通常不具有严格的持续性；任意商人往往不具有商人所要求的营业性组织的特征，在实践中，其形式多为小商人和商个人（或商个人的临时组合）；任意商人通常无须履行登记手续。鉴于以上特征，任意商人依照某些国家的法律规定，不需要履行商业登记程序，并且在许多国家中，任意商人往往也并不被视为严格意义上的商主体。

(三) 大商人与小商人

这是依据商主体是否规范地适用商法进行注册、建立机构、从事管理和经营活动进行

的分类。

大商人又称完全商人,是指以法律规定的商行为作为其营业范围,并根据法定商业登记的程序和条件进行商业登记而设立的商主体。其形式通常为企业组织或社团组织,其规模则多为大中型企业。大商人实际上是符合典型商人标准的一般性商主体。

小商人又称不完全商人,是指从事商法规定的某些商行为并依商业登记法的特别规定经登记而设立的商主体。大陆法系国家中采用这一概念的主要有德国、日本和意大利。按照这些国家商法的规定,小商人所从事的商行为主要是农牧业、修理业、服务业、手工业和零售业;小商人的营业规模通常较小,低于商业登记中关于企业组织注册资金或营业条件的标准;小商人在商业登记上仅适用特殊灵活的登记规定;小商人不适用“有关商业登记、商号及商业账簿的规定”(《日本商法典》第8条);小商人通常为商个人、小型企业和小商号等。

(四) 固定商人和拟制商人

这是以商主体的活动内容为标准进行的分类。

固定商人,指以营利为目的,有计划地、反复连续地从事商法列举的特定的商行为的组织和个人。该种商主体的特征主要有:一是该种商人所实施的行为均以营利为目的;二是该种商人是以法定的特定的商事行为作为其经常性职业;三是该种商人所从事的应是反复、不断的营业性行为。

拟制商人,指虽然不以商行为作为其经常职业,但商事法律仍将其视为商人的一类商主体。例如,依据《日本商法典》第4条第2项之规定,依店铺或其他类似设施,以出卖物品为业者,或经营矿业者,虽不以实施商行为为业,也视为商人。其他国家商法中也有类似规定。

三、商法人

(一) 商法人的概念与特征

商法人,是指按照法定构成要件和程序设立的,参与商事法律关系,依法独立享有权利和承担义务的法人。商法人应具有以下几个特征:

1. 法人性。商法人属法人的一种,具有法人的基本特征:(1)依法设立;(2)具有一定的财产;(3)有自己的组织机构;(4)有责任能力。
2. 团体性。所谓团体性,是指商法人应由两个以上的出资人组成。
3. 营利性。商法人的营利性是指商主体必须从事以营利为目的的经营活动。

(二) 商法人的分类

外国商法中的商法人主要分为无限公司、有限责任公司、两合公司、股份有限公司及股份两合公司。无限公司是指由两个以上的股东共同出资组成的,股东对公司的债务承担无限责任的公司。有限责任公司是指由一定人数以下的股东共同组成,股东以其出资额对公司负责,公司以其全部资产对外承担民事责任的公司。两合公司是由有限责任股东与无限责任股东共同组成的公司,无限责任股东负无限责任,有限责任股东负有限责任。股份有限公司是指由一定人数以上的股东组成,公司全部资产划分为等额股份,股东以出资额为限对

公司负责,公司以其全部资产对外承担责任。股份两合公司是由有限责任股东和无限责任股东组成的公司。

四、商个人

(一) 商个人的概念与特征

商个人,又称商个体、商自然人,是指依法取得商主体资格,独立从事商行为,享受权利并承担义务的个体。其特征表现为以下几点:

1. 商个人身份具有双重性。商个人应当具有商人和自然人双重身份。作为自然人应当具有权利能力和行为能力,作为商人应当具有与其经营规模相适应的资本金或物质基础。

2. 商个人资格具有适法性。个人从事商事活动必须符合法定程序,一般须履行登记,获得法律认可,只有通过法律认可后方可实施商行为。

3. 商个人的责任具有无限性。商个人的出资以单个为特征,所以商个人须以个人的财产承担无限责任。

4. 商个人行为具有营利性。个人参加商业活动可能以消费者的身份进行商品交易,也可能以经营者的身份参与。只有当个人以营利的动机参与商业活动时才受商法的规范,成为商个人。

(二) 商个人的分类

在我国,商个人主要区分为:

1. 个人独资企业。依我国《个人独资企业法》第2条规定,个人独资企业是指“依照本法在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体”。个人独资企业的特点突出表现为:(1)投资人为自然人,法人或其他经济组织和社会团体不能作为个人独资企业的投资人。因此,国有和集体企业虽也是单独投资经营的,但不能视为个人独资企业。(2)投资企业由一个投资人投资设立,即个人独资企业在投资主体上具有唯一性。这是区别于合伙和公司等多元投资主体企业的基本属性。(3)投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任,不具有法人资格。个人独资企业不是独立的法律主体,没有自己独立的法律人格。所以在财产上,个人独资企业债务等于投资人个人债务,投资人以其个人全部财产而不是仅以其投入该企业的财产对债务负责,即承担无限责任。(4)个人独资企业是一个经济实体,属于企业的一种形式。企业是依法设立,从事经营性活动的组织,应当有企业名称,有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件,有必要的资金和从业人员。

2. 个体工商户。依《民法通则》第26条规定:“公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。”因此,个体工商户是指公民个人或家庭依法经核准登记,以个人财产或家庭财产为经营资本,在法律允许的范围内从事经营的一种商事主体。个体工商户与个人独资企业不同,其表现为:(1)个体工商户可以起字号,也可以不起字号,而个人独资企业必须有企业名称。(2)从业人员或雇工的数量要求不同。个体工商户雇工人数一般为7人以下,而个人独资企业则不受限制。(3)经营管理形式不同。个体工商

户的经营活动只能由公民个人或家庭自己进行,而个人独资企业则可聘用他人进行管理。(4)生产经营场所的要求不同。个体工商户无固定场所,只是一种生产经营单位,而个人独资企业是经营实体,必须具有生产经营场所。

3. 农村承包经营户。农村承包经营户是指农村集体经济组织的成员,在法律允许的范围内,按照农村承包合同的规定,使用集体所有的土地和其他生产资料,独立从事经营活动的商事主体。

(三) 商个人与自然人的区别

商个人与自然人紧密相连,这主要表现在自然人的身份、财产、信誉、行为等对商个人有着直接的影响,商个人的财产责任能力以个人财产或家庭财产承担无限责任。但是商个人与自然人有所不同,主要表现在:(1)自然人是自然存在的一个独立的生命体;而商个人是一个法律拟制体,在表现形式上不仅包括自然人,还包括家庭、个人独资企业、农村承包经营户。(2)自然人的权利能力始于出生,终于死亡;而商个人的权利能力必须以具备行为能力为要件。(3)商个人的权利与商事活动紧密相连,与商事活动无关的权利不能享有,如亲属权等。

五、商合伙

(一) 商合伙概说

商合伙是指二人或二人以上,以营利为目的,依照相互约定共同从事某一营业的经营性组织。商合伙介于商个人和商法人之间,是一种独立的商事权利主体,属于商主体的范畴。不少国家在立法上,不但确认了合伙的特殊权利能力原则及合伙可以以自己的名称对外进行民事活动和诉讼活动,而且对合伙的法律地位也作了新的概括。例如,法国1978年第9号法令修正了《法国民法典》第1482条而明确规定:“除本编第三章所规定的共同冒险外,合伙自登记之日起具有法人资格。”《瑞士民法典》虽然否认合伙具有法人资格,但也确认合伙具有不同于法人的社团主体资格(《瑞士民法典》第62条)。而美国的《统一合伙法》则认为,合伙具有类似于法人的权利能力和行为能力,它不仅以自己的名义拥有动产和不动产,从事民事活动和诉讼活动,而且可以像法人一样被宣告破产;在合伙债务承担上,应首先涉及合伙财产,其次才涉及合伙人的个人财产。对于合伙合同与合伙组织的关系,按照某些大陆法系国家的法律规定,合伙有非营利性(民事)合伙与营利性(商)合伙之分。民事合伙比较强调合伙人之间的权利义务关系,即将合伙视为当事人之间的一种合同关系;而商合伙更加注重合伙人之间的集合性,将合伙视为合伙人之间基于合伙合同而成立的享有某种特定权利和承担相应义务的组织体。商合伙通常指的是合伙企业。

(二) 商合伙的特征

商合伙主要有以下几个法律特征:

1. 商合伙是两个以上自然人的集合,是通过工商管理登记程序设立的经营性主体。合伙企业经登记,拥有自己的名称,并能以企业的名义参与民事活动和诉讼活动,其中一个或