

【法 学】

论商法的特征及基本原则

夏雅丽¹, 丁学军²

(1. 西北大学 法律系, 陕西 西安 710069; 2. 《法制之窗》杂志社, 陕西 西安 710002)

摘 要:根据古今中外商事立法规范, 结合我国国情, 较为系统地论述了我国商法的概念及四项特征; 并在此基础上着重阐述了我国商法应遵循的六项基本原则。

关键词:商法; 特征; 基本原则

中图分类号:DF414 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-2731(2002)02-0141-05

一、商法的概念和特征

汉语中“商”一词, 英语为“Commerce”, 德语为“Handels”, 拉丁语为“Commerium”, 日语为“商”。古代汉语中, 商是一种计时单位, 一刻称为一商, “商”一词被引入经济生活, 最初是与贸易活动联系在一起。随着人类社会经济和文化的演进、发展, 人们对“商”的认识也随之拓展。在现代社会, 人们常常在不同层次上使用商一词, 商的概念已逐渐发展成社会学、经济学、法学等多学科、多层次的概念。从经济学意义上讲, 商即用于农业、工业等生产者与消费者之间, 直接媒介财货交易、调剂供需, 而从中获取利润之行为[1]。但是, 这并非商法意义上的“商”。我们所理解的法律意义上的“商”或商事, 是指一切营利性营业活动和事业的总称。按照商法学者的观点, 现代商法商事的范围大致可以分为以下四种: 第一, 直接媒介财货交易以及传统上被纳入基本商事活动的“固有商”, 如交易所交易, 买卖商交易、证券交易、票据交易、海商海事活动等。学说中又将其称之为“第一种商”。第二, 间接以媒介货物交易为目的的营业活动, 它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的“辅助商”, 如货物运送、仓储、代理、行纪、居间、包装等。亦称“第二种商”。第三, 虽不具有直接或间接媒介货物交易之行为目的, 但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为提供商业条件的商业活

动, 如银行、融资、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影、营业。亦称“第三种商。”第四, 仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业, 如广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等, 此为第四种商。

显然, 法律学上的“商”范围非常广泛, 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这种理念而界定其“商”的范围的。《德国商法典》规定: 凡以商业之方法与范围为营业, 办理商业登记者, 即视为商业; 对于农林业兼营副业, 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》规定, 凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业而进行登记的, 都视其为商业。我国台湾地区的“商业登记法”第2条所列举的各种商业, 竟达32款之多。由此可见, “商”的具体范围, 只能依各国民商法的规定而定。

1. 商法的概念

商法又称商事法, 是调整商事关系的法律规范的总称。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, 是指民商分离国家中所制定的并冠以“商法典”之名的法律; 实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。

形式意义的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构, 它最终表现为一个成文的法律文件

收稿日期: 2000-10-15

作者简介: 夏雅丽(1966-), 女, 浙江宁波人, 西北大学法律系教授, 主要从事经济法、国际经济法、民商法的教学与研究; 丁学军(1965-), 男, 四川乐山人, 《法制之窗》杂志社总编。

——商法典。正如我国台湾学者所指出的，形式意义的商事法，是指一国的立法机关依法定程序制定而命名为“商法典”。这种商法典是于民法法典之外，独立存在而自成一统。〔2〕形式意义上的商法的内容通常包括一般规则、公司、保险、破产、票据、海商等基本制度。在大陆法国家中，德国、法国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家制定有专门的商法典。据统计，迄今为止，世界上大致有40多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。〔3〕

实质意义商法，是指以商事为其规范对象的各种法规，即包括以“商事”和以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范的总称。由此可见，形式意义的商法仅存在于民商分立的国家中，而实质意义的商法则不同，无论是民商分立的国家还是民商合一的国家，也无论是大陆法系国家还是英美法系国家，都存在实质意义的商法。就实质意义的商法而言，它又包括广义的商法和狭义的商法，广义的商法是调整各种商事关系的商法规范的总和。学者又将其细分为国际商法和国内商法两种。即国际商法乃国际法上关于商事的法规，如有关海事、票据、商品买卖等商事的统一公约及其他国际间所遵守的商事习惯法；国内商法学则为关于国内商事的法规，它又分为商公法、商私法两种。所谓商公法，是指公法上关于商事法规，如银行法、刑法上关于妨害商号、商标的处罚规定等；商私法则是指私法上关于商事的法规，如民商分立制国家的商法典，民商合一制国家的民法典内的商事规定、关于商事的特别法，有关商事的民事习惯法等。狭义的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。一般言及商事法也多指狭义商事法。但从现代各国的商法内容看，商法已日益表现出国际性规范与国内规范相交错，公法规范与私法规范相融合的趋势。我国没有形式意义的商法，只有实质意义的商法。但关于商事的法律，则大量存在。除分别制定了《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《破产法》等法律及有关商事登记等方面的法规。可见，我国已基本构筑了实质意义上的商法体系。

2. 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，是商法本质的外在表现形式。一般认为，商法具有以下特征：

(1) 商法的兼容性

商法的兼容性首先体现在作为私法的商法兼有公法的性质。在大陆法系国家，法律被划分为公法和

私法。商法作为调整商事交易主体关系的法律，作为民法的特别法，从根本上说属于私法的范畴。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，无疑都属私法性质。但是，如前所述，广义商法包括商事公法和商事私法。这就是说，以私法规范为核心法的商法，同时包含有大量的公法条款，即国家通过立法形式而干预商事交易活动的规范。例如，各国公司法中关于公司登记的规定、破产法、公司法以及保险法中的罚规，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，均属公法性质的规定。因此，有学者指出：现代各国的商事法，“虽然以私法的规定为其中心，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。”〔4〕

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。商法作为私法规范，其中必然有大量的任意性规范，尤其体现在商事行为法方面。然而，商法中也有不少强制性规定，例如商业登记、公司之机关、票据的种类及票据的行为的方式、企业破产的清偿秩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)曾说：商法是一切法律中最为自由的，同时又是最为严格的。〔5〕

(2) 商法的技术性

民法、刑法等法律，由于所调整的社会关系及功能作用所决定，其条款绝大多数偏重于理性规范。商法则不同，它最初属于“商人法”，从它产生时起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”，但由于“商行为”的专门性，这就决定了其内容包含了大量的技术规范。

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，票据法中关于票据之文义性、独创性、要式性、无因性、发票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩的限制，追索权之行使；保险法中关于保险费用、保险金额、保险标的、损害赔偿的规定；公司法中关于公司机关、公司股份、公司债券、公司财务会计以及关于董事及监事的选举等方面的规定；海商法中关于共同海损的理算规则等，都是具有明显技术性的规范。商法的技术性特征不仅体现于其规范的内容，而且表现于其不同系统规则之间的协调，离开了大量的技术规范间接调整作用，商法的具体立法目的就难以实现。〔6〕

(3) 商法的营利性

营利乃是“商”的本质。[7]商事主体从事商事活动,其直接和主要目的就在于营利,这是被各国商法所确认的。从这一角度而言,商法也可称为“营利法”。

关于商法的营利性,有学者指出:“商事法与民法(尤其是债篇),虽然同为关于国民经济的法律,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”。[8]正是基于这种理念,商主体身份之确立,商行为之界定,商活动之目的及商立法和司法之原则,无不与营利有关。商法中一些重要制度之构造,如商主体设立、变更和终止、商事登记、商事账簿、商名称等,以及商行为中的一些重要规则之确定,如买卖、代理、仓储、票据、证券、保险、海商等等,都必须考虑营利性特征。此外,商法所特有的一些法律原则和法律规定,如关于商法规则的灵活性、迅捷性、合同形式、利率、税收、结算等方面的特殊规定,也无不以营利之特性为其出发点。但是,商法并不是单纯地只讲营利。商法只是鼓励和保护通过正当交易手段和合法投资途径去获取经济利益,商法是利己法,决不是损人法,是营利法,决不是投机法[9]。

(4) 商法的国际性

商法最初起源于商事交易习惯,而商事交易本身是一种跨国界的活动。因此,在人类社会早期阶段,商法主要是一种跨国商事交易习惯和惯例,这种状况一直延续到中世纪。西方社会进入资本主义阶段之后,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,便纷纷制定本国商法。这样,商法才开始成为一种典型的内国法。但这结果在很大程度上妨碍了世界贸易的发展。本世纪以来,随着贸易全球化趋势愈益加强,商法国际化呼声日益高涨,最终导致两种趋向:其一,国际商事立法得到加强,制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例;其二,各国不断修改本国商法规则,使其相互之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。正因如此,当今世界各国商法都带有较强的国际性色彩。

二、商法的基本原则

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,都存在着统辖商法具体规范的某些基本原则,商法基本原则是制定、解

释、执行和研究商法的出发点,它贯穿在整个商法制度和规范之中。从本质上讲,商法的基本原则是由社会经济生活条件决定的,而最终“只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件。”[10]

商法的基本原则是商法的主旨和基本准则,是对于各类商事关系具有着遍性适用意义或司法指导意义,对统一的商法规则体系具有统领作用的某些法律规则。它主要包括规制商主体因素的基本原则和规制商行为因素的基本原则两类,其立法目的是为了保障各类商事法律关系基本要素的稳定和统一,或是为了保障商事交易安全公平,便捷的基本条件。

1. 依法自由行使权利原则

从本质上讲,商法是调整平等主体间发生的商事关系的私法。基于商事主体的平等地位,商事主体依法享有广泛的权利,并且在法律许可的范围内,商事主体可以自由地行使权利,任何机关、个人不得非法干预其权利的行使。首先,商事主体享有开业权。所谓开业权,即指商事主体只要符合法律所规定的开业条件,都可以通过办理独资企业、合伙企业和公司登记取得商事主体资格。非基于法律规定,登记机关不得拒绝为其办理开业登记等手续。其次,商事主体享有自主的经营权。在市场经济条件下,只要合乎法律规定,人人皆得从事商行为,商事主体有权基于市场变化自由地使用、处分自己财产。除非基于法律,任何部门、机关不得干预商事主体自由经营权的正当行使。最后,商事主体有权自主选择交易对象,自主决定交易性质。

另一方面,商法在准许商事主体自由行使权利的同时,为了防止其权利滥用而可能给社会造成的损害,也对其权利的行使予以必要的限制,即商事主体必须在法律允许的范围内行使自己的权利,超出法律允许的范围行使权利,构成权利的滥用,不仅得不到法律的保护,而且要承担相应的法律后果。例如,有限责任公司如果超出其核准登记的营业范围从事交易,不仅交易本身可能被宣布为无效,而且工商行政管理机关有可能依照《公司登记管理条例》对其予以处罚,令其承担法律责任。

2. 维持交易安全原则

商事交易与当事人切身利益相关,所以尤其要注重交易安全。商法上对于交易安全之维护,主要表现为对于商事交易条件采取强制主义、公示主义、外观主义及严格责任主义之统制[11]。

强制主义又称“干预主义”、“要式主义”,它是指

国家通过公法手段对于商事关系施以强行法规则。它是商法公法化的体现和结果,主要体现在以下几个方面:首先,现代各国商法多通过公法性规范直接调控商事管理关系。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。例如,各国公司法中对公司设立条件的强制性规定;第三,现代商法在传统的私法责任制度之外,逐步发展起了多种法律责任并存的法律调整机制。如票据法规定,出票人出具空头支票时,依法不仅导致票据法上的赔偿责任,而且将导致行政责任,甚至刑事责任。

商事公示主义是指交易当事人对于涉及利害关系人利益之营业上事实,负有公示告知义务的法律要求。它包括:公司登记的公示,即公司的设立、变更、注销登记公示。股份有限公司的上市公司信息披露。公司债券募集办法的公布。海商法上船舶登记的公告。上述制度的主旨在于通过增强市场交易的透明度,以防止一般公众在交易中受到不测的损害。

外观主义是指交易行为的效果以交易当事人的外观为准。德国学者称为外观法理,日本学者称为外观主义,依外观主义,法律行为完成之后,出于对交易安全的保护,原则上不得撤销。尤其是交易行为,对当事人之间的信用关系必须予以尊重和保护。在各国商法中,关于不实登记的责任、字号借用的责任、表见经理人、表见合伙人、表见代表董事、自称股东或类似股东者的责任、拟制发起人、票据的文义性与要式性等规定,都体现了外观主义的要求。如票据行为如果具备法律要求的形式要件,就不问其记载事项是否与事实相符,即使不相符,也只能遵循票据上的文义,而不能影响票据行为的效力。商行为外观主义原则,其立法宗旨在于维护交易的安全。

商事交易的严格主义,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。现代商事交易活动,一方面其规模大而复杂,另一方面又多赖于多数负责人,其负责人的责任,若不予以严格规定,势必妨害交易的安全,因此许多国家商事法都实行严格责任原则。此类原则,在我国商事法中亦有体现,如公司法规定,有限责任公司成立后,发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额时,应当由交付该出资股东补足其差额,公司设立时的其他股东对其承担连带责任;股份有限公司不能成立时,发起人对其设立行为所产生的债务和费用负连带责任。

3. 商事主体意思自治原则

基于商法的本质特征,商法最基本的原则为意

思自治原则。意思自治,是指商事主体有权基于自己的意思形成其私法上的权利义务关系。

意思自治原则贯穿在整个私法领域之中,但在商法中,该原则主要体现在商事主体间所发生的契约关系上。不仅买卖、租赁、借贷、陆上运输、仓储、工业产权的许可使用等商事交易适用这一原则,而且公司、海商、票据、保险等行为也同样适用这一原则,在具体的商事交易中,意思自治原则的功能主要体现在:(1)交易契约必须由交易当事人自由意志彼此达成一致才能生效;(2)交易的方式以及交易相对人的选择等由当事人决定,任何人无权干涉;(3)交易的内容由当事人自由决定。

4. 诚实信用原则

诚实信用原则是现代民商法中的一个“帝王条款”,它对于民事活动和商事活动的公平进行具有着普遍性的控制作用。诚信原则起源于罗马法,在罗马法的诚信契约中债务人不仅要依照契约条款,更重要的是要依照其内心的诚实信念完成契约所规定的支付。[12]所谓诚实信用,是市场经济活动中形成的道德规则。它要求人们在市场活动中讲究信用,恪守诺言,诚实不欺,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。诚实信用原则为一切市场参加者树立一个“诚实商人”的道德标准。

按照这一原则,商事主体在行使私法上的权利、履行私法上的义务时,应恪守信用、诚实为主。详言之:(1)应依照诚实信用的方式行使权利,商事主体行使财产权应尊重国家、集体和他人的利益,以善意的方式行使权利并获得利益,不得以损害他人之目的而滥用权利。(2)应依诚实信用的方式履行义务。如票据法规定,票据的签发、取得和转让,应当遵守诚实信用原则,具有真实交易关系和债权债务关系;保险法规定,投保人于订立保险合同时,应遵循最大诚信原则,对保险标的重要事实如实告知等。

诚实信用原则也是对法律规定不足的补救原则。诚信原则是商法中的“弹性原则”,具有较强伸缩性。这一弹性原则赋予司法人员一定自由裁量权,使其在法律规定模糊或法律规定不清时,从商法的宗旨出发,依据诚实信用原则合理地处理商事纠纷。

5. 促进交易便捷原则

商事交易以营利为目的,为实现营利目的,必须力求交易迅捷。因为只有交易便捷,从事商事交易之人才能多次反复交易而达到营利目的。各国立法都将交易便捷作为商事立法的一个重要原则。它主要体现在:其一、交易简便。各国商法在商行为方面一

般采取要式行为方式和文义行为方式,并通过了强行法和推定法对其内容预先予以确定。如在商事买卖采取交互计称,以及在商行为中设有大量的强行法推定条款和任意推定条款,进而使商行为在法律效力上具有可推定性,简化了当事人的协议过程,简便了交易手续,保证了交易的迅捷。其二,短期消灭时效主义。商事交易的短期消灭时效主义,是指使交易行为所生之债权的时效期间予以缩短,从而迅捷确定其行为之效果。为促成交易之迅捷,商事法多采短期消灭时效主义规定。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、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先取特权多适用1年以内的短期消灭时效;保险法上对于保险金的请求权也适用短于民事时效的短期的时效。

其三、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。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,无论何时从事购买,均可以获得同样的法律效果。所谓交易客体定型化,即指交易客体的商品化和证券化。一方面,若交易之客体是有形物品,必使之商品化,给予统一的规格或特定的标记,使买卖者易于识别该商品,从而实现交易迅捷;另一方面,若交易的客体为无形的权利,则使之证券化,从而简化权利转让程序,形成证券的流通。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,海商法上载货证券均为权利证券化的典型。

6. 维护交易公平原则

商法为了反映价值规律的内在要求,必须贯彻交易公平原则。在商事法中它主要表现为平等交易及情事变更等原则。

商法中的平等原则,主要是指商事交易主体间地位平等。此种地位平等是实现交易公平的前提,因

为“商品是天生的平等派”。在商法中体现该原则的规定,不胜列举。如各国公司法中关于股权平等,按股表决的规定;商业登记法中关于准则主义的规定。总之,从理论上讲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、等价有偿将化为乌有。

商法上的情事变更原则,是指商事契约成立后至履行前,如因情事变迁,或不可归责于当事人之事由,致发生非当事人所能预料的情事,而使其原有效果显失公平者,该当事人得请求对方将该契约做适当的变更,或由法院判令变更,使交易得以公平进行。如许多国家保险法规定,保险契约成立后,如危险减少时,被保险人可以请求保险人重新核定保险费。上述规定,就是为了防范交易中的情事变更,而促进交易之公平。

参考文献:

- [1] 王保树. 中国商事法, [M]. 北京: 人民法院出版社, 1996.
- [2] 刘兴善. 商事法[M]. 台湾: 台湾三民书局, 1984.
- [3] 郭 锋. 民商分立与民商合一的理论评析[J]. 中国法学, 1966, (5).
- [4] 李宜琛. 民法总则[M]. 台湾: 台湾中正书局 1997.
- [5] 张国健. 商事法论[M]. 台湾: 台湾三民书局 1980, (24).
- [6] 董安生. 中国商法总论[M]. 长春: 吉林人民出版社, 1994, (26).
- [7] 王保树. 商事法论文集[M]. 北京: 法律出版社, 1997, (2)
- [8] 张国健. 商事法论[M]. 台湾: 台湾三民书局, 1980, (23).
- [9] 刘凯湘. 论商法的性质、依据与特征[J]. 现代法学, 1997.
- [10] 马克思恩格斯选集[M]. 北京: 人民出版社, 1995, (235).
- [11] 张国健. 商事法论[M]. 台湾: 台湾三民书局, 1980, (43-47).
- [12] 王利明. 民法新论(上)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.

[责任编辑 刘 欢]

On Characteristic and Basic Principle of Commercial Law

XIA Ya-li¹, DING Xue-jun²

(1. Department of Law, Northwest University, Xi'an Shanxi, 710069, China; 2. The Journal of window of law, Xi'an 710002, China)

Abstract: The Article systematically discusses the conception and characteristic of our commercial law according to the regulations of foreign countrise and our country from past to present. And on this basis it explicates emphatically the six basic principles that our commercial law should obey.

Key words: commercial law; characteristic; basic principle