

新编 /

成人高等法学系列教材

商法概论

王卫国 主编

15

中国政法大学出版社

中国政法大学

政法理论研究中心

商法概论

王保树 主编

11

中国政法大学出版社

新编成人高等法学系列教材

商法概论

王卫国 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法概论/王卫国主编.-北京:中国政法大学出版社,
2000

(新编成人高等法学系列教材)

ISBN 7-5620-1506-6

I. 商… II. 王… III. 商法-概论-中国-成人教育;
高等教育-教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 04369 号

责任编辑 张步勇

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 11 印张 302 千字

2000 年 3 月第 1 版 2000 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1506-6/D·1465

印数:0001-5000 册 定价:15.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究.

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换.

中国政法大学成人教育学院

教材编审委员会

顾	问	赵相林				
编委会主任		郑 秦				
编委会副主任		李树忠	高浣月			
编委会委员		王昌硕	牛 伟	刘亚平	李 国	
		李树忠	陈 珍	陈亚莉	郑 秦	
		张晓琴	张淑兰	欧阳峰	高浣月	
		高伟佳	隋彭生			
执 行 编 辑		牛 伟	陈亚莉	高伟佳		

出版说明

为适应成人高等法学教育发展的需要，我院从1994年底开始组织校内专家、学者及优秀中青年教师编写了一套成人高等法学系列教材，共30余种。历经几年，该套教材无论从内容质量、撰写水平，还是从实用性上都受到了广大教师和学生的好评，其中若干种教材连续加印。

随着社会的进步，国家的法制建设不断发展，一些法律、法规相继颁布或有重大修改，法学各领域的研究不断深入，法学教育的经验不断积累，因而我们的教材在内容上和结构上也应作适当调整以与之相适应，因此，我们决定重新编写成人高等法学系列教材。

我校举办成人高等法学教育已有15年的历史。成人高等教育有其自身的特点：学生来源广泛，年龄跨度较大，知识功底不同，阅历深浅不一，等等，使教学难度相对较大，因而对教材的选择尤其重要。编写一套质量上乘且适合成人教育特点的教材，则是减轻教学难度，提高教学质量的关键。

教材既是教师授课时的纲领，又是学生学习的提要，应当观点正确，内容简洁，概念准确，逻辑性强，分析透彻，结论清晰。我们相信，有对成人高等教育内在规律的准确把握，有前次编写教材的宝贵经验，有我校众多专家、学者的鼎力支持，此次新编的成人高等法学系列教材，将既符合教学要求，又体现成教特点。并且将根据近两年所颁法律和学科建设的发展，融进新的研究成果。

本系列教材以国家教育部1998年颁布的《成人高等法学教育

《教学基本要求》为指导，以司法部颁布的教学计划为大纲，根据成人高教学制的特点和学科设置的情况，力求使每一位学生能够准确掌握本学科的基本知识、基本观点、基本技能；同时考虑到培养应用型高级法律人才的需要，适当增加典型生动的案例，以便更好地指导司法实践。

本系列教材内容适中，立足本校，面向社会，本、专科兼用，即无论是本科阶段、还是专科阶段均可使用。同时还可以适用于函授、面授辅导、全日制脱产等不同的学习形式。

本系列教材包括国家规定的成人高等法学教育的各门专业基础课与专业主干课，也包括相关的法学选修课及政治理论课和文化技能课。

本系列教材在编写过程中，得到了司法部教育司、中国政法大学学校领导及中国政法大学出版社的关心与支持，在此一并表示感谢。

《商法概论》是本系列教材之一种，本书主编王卫国，作者撰写分工如下：

胡利玲 第一章

孙强、吴飏 第二章

王卫国 第三章

张 挥 第四章

管晓峰 第五章

王光进 第六章

中国政法大学成人教育学院
教材编审委员会

1999年12月

目 录

第一章 商法概论	(1)
第一节 商法的概念.....	(1)
第二节 商法的发展和历史沿革.....	(9)
第三节 商法的调整对象及商法的作用.....	(20)
第四节 商事法律关系.....	(31)
第二章 公司法	(43)
第一节 公司法概述.....	(43)
第二节 公司法基本制度.....	(53)
第三节 有限责任公司.....	(79)
第四节 股份有限公司.....	(94)
第五节 违反公司法的法律责任.....	(114)
第三章 破产法	(119)
第一节 破产法概述.....	(119)
第二节 破产程序总论.....	(127)
第三节 债权人会议.....	(140)
第四节 和解.....	(144)
第五节 破产清算.....	(149)
第四章 合伙企业法	(170)
第一节 合伙与合伙企业.....	(170)
第二节 合伙企业的设立.....	(174)
第三节 合伙企业财产.....	(184)
第四节 合伙企业事务的执行.....	(189)

第五节	合伙企业与第三人关系	(194)
第六节	入伙与退伙	(199)
第七节	合伙企业解散和清算	(206)
第八节	法律责任	(209)
第五章	票据法	(214)
第一节	票据概述	(214)
第二节	票据法律关系及票据行为	(219)
第三节	票据权利	(225)
第四节	票据的抗辩及补救	(238)
第五节	汇票	(244)
第六节	本票及支票	(270)
第七节	涉外票据的法律适用	(280)
第六章	保险法	(284)
第一节	保险与保险法概述	(284)
第二节	保险业法	(294)
第三节	保险合同法	(309)
第四节	违反保险法的法律责任	(336)

第一章 商法概论

第一节 商法的概念

商法或称商事法 (Commercial law), 是指以民商事方法调整商事关系的法律规范, 它对商事经营和交易活动中商业主体 (商人) 为商事交易而发生的各种商事财产关系和与此相联系的商事人身关系进行调整。近代商法起源于中世纪地中海沿岸各国、特别是意大利的商业城市。由于海商活动的繁荣、优越的地理位置及货币经济的发展, 使得这些地区成为经济发达、商业繁华的交易中心, 继而在传统民法的基础上出现了以这些活动为调整对象的商事法律。

一、商和商事的法律含义

(一) 商的含义

商是对各种营利性经营活动的概称, 古代中国称其为“通财鬻货”,^[1] 即认为商是一种财产交换和买卖的活动。另外, 也将商解释为一类社会成员即商人。^[2] 对商活动的认识世界各国基本上是一致的, 在英美国家, 商 (Commercial) 就被称为一种与买卖、贸易等相关联的交易活动。^[3] 一些权威的辞书比较详细地描述了商

[1] 《汉书》道: “通财鬻货曰商。” (鬻, 音 yu “预”, 意卖)。

[2] 《说文》道: 商“行贾也”。

[3] Benry Campbell Black. M. A. “Black’s Law Dictionary”, P245; Commercial: Relates to or is connected with trade and traffic or commerce in general; is occupied with business and commerce.

的范围，如《牛津大辞典》称商为：“商品交换和与实现商品交换有关的一切活动，包括缔结契约、买卖、运输、保险、担保、银行和金融以及破产。”Webster《新国际辞典》中商被解释为：“商品交换或买卖的行为。”

在法律上所研究的商含义的范围要比经济学意义上的商更广泛。商不仅仅是买卖交易活动，还包括与之相连的中转、中介、生产、制造、信托、担保、保险，乃至信息、娱乐和饮食服务，等等。法学上的商是广义的商，但就其法律上的确定性而言，各国立法中又有一些差异，具体的不同点可分为三种不同的规定方法：

1. 概括主义。对商的范围作出广泛的概括性规定，体现了概括性的原则，如在美国《统一商法典》的总则中就认可经习惯、惯例和当事人协议而不断扩大的商业上的做法，这样使商法的范围突出了广泛性。

2. 列举主义。通过立法对商的范围以具体详细列举的方法，一一加以阐明，如德国商法（1897年5月10日公布，1900年1月1日施行）即以列明的方法，对商的范围予以确定。

3. 折衷主义。综合采用了上述两种方法，如日本商法最为典型。法律上的商的范围，要根据各国商事法律所规定的范围来确定，虽然它们之间互有差异，但对商的确定性的规定则可以说是共同的，均一致确认商是以营利为目的的经营活动。

（二）商事的含义

商事是指与营利性经营活动以及与这些经营活动有密切联系的各种活动事项的总称，它既包括一切与商事交易相关的事务，也包括因从事商事交易活动而发生的其他相关的各种事务。传统商法理论通常将商事分为广义和狭义两大类：

1. 广义商事。指有关商事的一切事务及其相关的其他事务。它既包括在商事活动中发生的交易、契约、申请、管理等的各类事务，也包括发生在商业登记、税收、争议处理等方面的事务。

2. 狭义商事。指在商法上通常所规定的商事，包括商人（自然人和法人）、商事合伙、商事行为、各类商事交易、票据、海商、

金融、保险、商事责任和破产等事务。

广义商事和狭义商事的差别在于政府或社会在商事主体的商事活动中所参与的程度，如广义的商事事务中，包含商业登记、税赋征纳、商事监督和商事诉讼或仲裁等公法意义上的活动，体现了公法在商事活动中的渗透。但商法属于私法的范畴，它往往以民法、商事民事特别法、商事民事习惯法、商法、商事特别法、商事习惯法等形式为其渊源。现代商法理论认为，商法中所称的商事，主要是指狭义的商事，仅在相关问题上（如商事监督、商事仲裁等）才涉及广义商事范畴。

二、商事关系

1. 商事关系的概念和特征。商事关系是指因从事商事交易活动所进行或发生的社会经济关系，它是作为商事主体的商人（包括商自然人和商法人）为实施商事行为而进行的、或者发生的商事财产关系和商事人身关系。

商事财产关系，如货物交易关系、票据关系、保险关系等，是商事主体间形成的以财产为核心的权利义务关系。商事关系中的商事人身关系，则是指与商事及商事财产关系密切相关，涉及商事主体人身权、人格权的关系，如商号、商誉、商业秘密、商业竞争等关系。

商事关系是民事关系的组成部分，但它是一种特殊的民事关系，无论在以民商合一、还是民商分立为立法形式的国家中，它都是属于私法调整范畴内的社会关系，具有确定的民事性质，是特别民事关系。商事关系的关键核心是商人和商事行为的特定性，各国都承认商事关系是在社会经济发展为市场经济过程中，逐渐从民事关系中形成或者独立出来的，所以，它有着普通民事关系的一般私法属性，但同时也存在着其独立的不同特点，这主要表现在：

1) 主体具有特定性。商事关系的主体必须是商人，包括商自然人和商法人，他们是依照法定程序获得商事人格法律关系的主体。而一般的民事关系主体则没有这种特定主体身份，即是否有商事人格或称商事主体资格的特殊要求。

2) 客体具有特定性。商事关系的客体是商事行为，是商事主体在商事活动中实施的作为或不作为的法律行为。而普通民法债的关系上的客体是一般意义上的民事履行行为。

3) 内容具有特定性。商事关系的内容主要是由商法典、商事特别法、商事习惯法或商事民事特别法、商事民事习惯法来规定和优先调整的各种商事权利和商事义务。

4) 法律优先适用的特殊性。商法作为民法法律中的特别法，始终存在着优先适用的问题，在商事关系的各项活动中，商法处于优先的特殊地位，不论在商事活动中发生的哪种商事关系，均须优先适用商事法律的规定，只有在商事法律无规定的，才适用民法相应的规定。

2. 商事关系的确定及其标准。在商事活动中确立商事关系，要特别考察商事主体和商事行为。在商事关系中，有的国家要求至少必须有一方是商事营业主体（商人），另一方则不论是否商事主体。当当事人双方为商人时建立的商事关系为双方商事关系，一方为商人而另一方不是商人的商事关系，为单方商事关系。双方商事关系中发生的争议，适应商事法律，由商事法院管辖；单方商事关系中发生的争议，被告为商人的，应根据情况适用商事法律，由商事法院管辖，被告为非商人的，由普通法院管辖，在商法无规定情况下适用民法。所以，确定商事关系，在经济生活中具有重要的法律意义。

商事关系的确定在各国依据不同的标准，主要有三种类型：

1) 客观主义标准，也称商事行为法主义标准。法律确定了商事行为的概念，以商事关系的客体——商事行为为基准，由商事行为的概念引出商人概念。不论实施行为的人是否商人或是否从事营业，凡与商事行为有关所发生的关系均属商事关系；除这种商事行为之外的任何行为，都不能确认为商事行为，由它发生的关系都不属于商事关系，而只能视为普通民事关系。商事关系由商法调整，普通民事关系只能由民法调整。1807年的《法国商法典》，为了打破商人阶层的特权地位，使之与平民适用同一法律，就采用这种立

法主义。德国旧商法及意大利旧商法也曾采取这种标准。

2) 主观主义标准, 也称商人法主义标准。法律确定了商人的概念, 在立法确定商事关系时, 则以商事关系的经营主体——商人为基准, 然后从商人概念引出商事行为的概念。立法中明确规定, 商事关系的经营主体是商人, 凡商人营业时所为的行为都是商事行为, 由商事行为发生的关系都是商事关系, 这种商事关系要由商法调整。如果行为主体不是商人, 其行为就不属于商事行为, 由之发生的关系也不属于商事关系, 而只能视为普通民事关系, 由民法规定和调整。德国商法和瑞士债务法等就采取这种标准。

3) 折衷主义标准, 基本上采取客观主义(商事行为法主义), 但并不严格局限于这一主义, 在许多方面又接近主观主义(商人法主义)。立法在确定商事关系时, 采用主观主义、客观主义两个标准, 首先规定某种行为为专属商事行为(如海商事行为、票据行为等), 不论这些行为是否为商人或非商人所为, 都视为商事行为; 而此外的其他行为, 必须是由商人进行的才属于商事行为, 非商人进行的则不属于商事行为。由商事行为发生的关系属于商事关系, 由商事法规定和调整。日本商法就采取折衷主义的标准。

三、商法的概念

在许多国家中都把商法列为本国法律体系中一个重要的法律部门。虽然商法起源于中世纪的地中海国家, 但世界上最早的商法法典诞生于法国, 1673年法国国王路易十四曾颁布《商事条例》, 1807年在拿破仑的主持下, 又颁布了《法国商法典》。商法在资本主义国家都被视为一类大法, 各国通常都公认商法是调整商事关系的法律规范的总称。由于各国法学和立法基点之不同, 对商法所作的界定, 也因认识的不同而在法律上有所不同。

(一) 商法概念的界定

在大陆法系中, 持客观主义标准即以商事行为为立法基点的国家, 把商法界定为指向一定商事行为的特别法; 在持主观主义标准即以商人为立法基点的国家, 则把商法界定为使用于商人的特别法; 而在持折衷主义标准即以商事行为和商人为综合立法基点的国

家，商法被定义为：“商法是关于商事特别法规”。〔1〕我国台湾省的民商法学者们主要持折衷主义的立法原则，认为：商事法是规定关于商事的法律。〔2〕也有的学者倾向于客观主义即商事行为主义的标准，称：“商事法者，规范关于商事交易之法律也。”〔3〕

在英美法系中，由于商事关系受普通法和衡平法的调整，因而商法被认为：“不是法律实体或法律部门，而仅是一个概括性的称谓，实际上是指与商事交易有关的各种法律。”〔4〕在美国，商法被称为指明独立存在的适用于商事交往活动法律整体的一种概念。〔5〕1952年美国公布了《美国统一商法典》（Uniform Commercial Code），此后除路易安那州以外的各州相继采用，成为在判例法国家中为数不多的法典式法律。由于在美国并没有民法典，所以，美国学者评价道：“它是为普通法制度设计的商法典。但由于它并未构成一部总括性民法典，其作为样板的作用是有限的。”〔6〕

在我国，随着改革开放和市场经济体制的建立，民商立法建设有了突飞猛进的发展。在民商法的研究中，法学者都以民商合一和商法为民法的特别法的基本观点对商法的概念进行了分析阐述，法学界普遍认为，商法是规定商事关系的法律。学者们将商法的概念具体地表述为：商法是调整商事关系的法律规范的总称。或者表述

〔1〕在法国，商法被定义为：“是指关于一定商事行为的特别法”；在德国，商法被定义为：“是适用于商人的特别私法”；在日本，商法被定义为：“商法是关于商事的特别法规”。参见范健：《德国商法》，中国大百科全书出版社1993年版，第15页。

〔2〕张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第4页；蔡恩荫：《商事法概要》，台湾三民书局1980年版，第1页。

〔3〕刘清波：《商事法》，台湾商务印书馆1986年版，第1页。

〔4〕《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第120页、第180页。

〔5〕Benry Campbell Black. M. A. “Black’s Law Dictionary”, P245: Commercial law: A phrase used to designate the whole body of substantive jurisprudence applicable to the rights, intercourse, and relations if persons engaged in commerce, trade, or mercantile pursuits.

〔6〕石云山等译：《美国统一商法典》，新华书店上海发行所发行，1990年版，第9页。

为：商法是规定于商事交易的法律。^{〔1〕}

本世纪初，现代化大生产带来了科学技术的迅猛发展，世界各国之间的国际商贸活动日益频繁和紧密，人们更加注意加强法律上的交流和借鉴，各国商事立法逐渐趋向一致，出现了相互吸收、借鉴，乃至融合的特殊现象。从商法理论的研究上，对不同法系、不同国家和不同立法思想的分析逐渐处于次要地位，而重视探究不同法律的共同点日益成为商法研究的核心课题。人们在探究商法的概念时，更着重于先从不同法律体系及不同国家商事立法上的共同性上进行理论概括，同时再从各国商法的特殊关系上概括不同商法的特征。所以，从历史发展的角度看各国商法概念的表述，虽有差异，但也有许多共同之处，这就是所有的表述认为商法是规定商人制度、规范商事行为、调整商事关系的法律。

综观不同法系、不同国家，各国学者们都在试图以概括的方法和准确的描述来阐明商法的基本概念。根据商法是从民法中逐渐发展衍生而来（或分立、或合一），同属私法的范畴，以及所调整的对象和使用的调整方法，同属民事范畴的特点，商法的概念可较为全面的表述为：商法是在交易公平，诚实信用，平等自愿原则下，以保障商事关系主体的财产、人身权益和确保被侵犯的权益得以回复和补偿的救济方法，规范商事行为、调整商事财产关系和商事人身关系的法律规范的总称。

如果把上述概念再作进一步的简化，就可以将商法的概念简述为：商法是以商事活动中产生的商事关系、包括商事权利和义务关系为调整对象的法律规范的总称。

（二）商法形式上的分类

商法一词，在使用时所指向的商事法律规范体系的组合方式，从不同的角度又有许多学理上的分类方法，而表达了不同的商事法律关系范畴。准确地理解和把握它，对我们学习了解商法是非常必要的。在实践生活中，下列的分类是常见的：

〔1〕 江平主编：《商法全书》，中国广播电视出版社 1995 年版，第 2 页。

1. 形式上的商法和实质上的商法。在民商法分立的国家，通过立法程序制定专门的商法典或者商事单行法，这些以商事关系为调整对象的立法可称之为形式上的商法。或冠以商法之名、或未冠以商法之名的这些法律，其内容都是明确的，他们的调整对象直接指向商事活动中的各种社会关系。以这种方式制定商事法律的国家主要有法国、德国、日本、意大利、比利时、葡萄牙等国。

很多国家并未制定商法典，所谓实质的商法则是指在法律体系中未制定商法法典的情况下有关规范商事交易的各项法律规范。有关商事交易的法律规定，或编在民法法典中，或另行制定在商事单行法规中。以这种方式制定商事法律的国家主要有瑞士、土耳其、泰国和英美等国，英美法系国家一般情况下将商事法律编在普通法和衡平法中，当然，象美国这样制定有专门商法典的国家毕竟少见。

2. 广义的商法和狭义的商法。在实质上的商法分类中，又可分为广义的商法和狭义的商法。广义的商法，是对全部的商事法律规范的总称。狭义的商法，是专指国内商法中的商事私法法律规范体系。在商法学研究领域，学者一般都以狭义的商法作为研究对象，所以人们通常所说的商法也都指的是狭义的商法。

3. 国内商法和国际商法。广义的商法，根据其适用的国家范围又可分为国内商法和国际商法。国内商法，是指一国制定的适用于本国的商事法律、法规。国际商法，则是以国际公法的形式确立的商事法律规范。包括国际公约、双边条约和多边条约、国际商事惯例等，如联合国国际货物销售合同公约、联合国国际汇票和国际本票公约、商标注册条约、海事船舶碰撞与海难救助的统一公约、国际邮政电讯协约等等。

4. 商事公法和商事私法。商法可分为商事人和商事私法。商事公法，指关于调整社会经济关系的法律、法规中有关商事交易的公法性规定。它们散见于本国的宪法、行政法、刑法、诉讼法以及非诉事务程序法等公法之中，而没有独立成为体系。商事私法，指私法上关于商事的法律、法规。在民商合一的国家中，关于商事私