

二十一世纪普通高等院校实用规划教材·法律系列

商法学

SHANG FA XUE

吕凌燕 郭英杰 何 丹 蓝寿荣 主 编
黄胜开 副主编

赠送
电子课件

- 先进性与基础性相统一 •
- 教材建设与教学改革相统一 • 综合性与针对性相统一 •
- 案例导入教学 • 案例分析与阅读资料开阔视野 •

清华大学出版社



二十一世纪普通高等院校实用规划教材 法律系列

商 法 学

	蓝寿荣	主 编
吕凌燕	郭英杰	副主编
何 丹	黄胜开	

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

商法作为法学专业的主干课程,是研究商主体在从事商事活动过程中产生的商事法律关系的学科。本书依据应用型本科专业的教学需要而编写,在选择教材内容及确定知识体系、编写体例时,注意素质教育 and 创新能力、实际能力的综合要求,为培养精通法律规范、熟悉法律运作的复合型应用人才提供知识条件。

本书是二十一世纪普通高等院校实用规划教材之一,是按照教育部高教司颁布的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》中的商法教学基本要求编写的。全书共分七编三十章,其内容包括商法总论、公司法、破产法、票据法、证券法、保险法和海商法。参加本书编写工作的都是长期在教学一线授课的教师,教材编写充分考虑了教学的要求。本书体系完整,结构严谨,写作行文简明、流畅。

本书可作为普通高等学校法学专业、经济管理(财经)类专业本科生的教材,也可作为成人高校法学专业的通用教材、从事法律工作在职人员的培训教材,还可供其他人士自学之用。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

商法学/蓝寿荣主编;吕凌燕,郭英杰,何丹,黄胜开副主编. —北京:清华大学出版社,2009.1
(二十一世纪普通高等院校实用规划教材 法律系列)
ISBN 978-7-302-19070-7

I. 商… II. ①蓝… ②吕… ③郭… ④何… ⑤黄… III. 商法—法的理论—中国—高等学校—教材
IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 195460 号

责任编辑:彭欣宣颖

封面设计:山鹰工作室

版式设计:杨玉兰

责任校对:李凤茹

责任印制:杨艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185×230 印 张:27 字 数:561 千字

版 次:2009 年 1 月第 1 版 印 次:2009 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:39.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:029244-01

前 言

商法学作为法学专业的主干课程,是研究社会经济生活中商主体在从事商事活动过程中产生的商事法律关系的学科。

本书是为了培养应用型人才的教育的需要而编写,在选择教材内容及确定知识体系、编写体例时,注意学生素质教育和创新能力、实践能力的综合培养,对于一些纯粹的学说理论问题的讨论将作简单阐述,而对公司法、破产法、票据法、证券法、保险法实体与程序问题作重点阐述。具体而言,有以下特点:

(1) 语言简练,通俗易懂。从社会实际出发,紧扣法律法规的具体规范,尽量使用通俗易懂的语言来表述基本的法学原理和具体的法律规范,而对当前有争议的理论问题不做过多的探讨。

(2) 内容全面,及时体现新变化。商事法律与经济生活密切相关,因此变化性比较强。本书内容最大限度地反映新的司法实践和学科前沿问题,及时充实新的科研成果、法律规范、司法解释。

(3) 理论联系实际,更加注重实务。考虑到应用型人才培养的需要,在介绍各项法律制度时将结合实务加以说明,特别是在公司法、票据法、证券法等章节实务性更为明显。

本书体系完整,结构严谨,写作行文简明、流畅。

参加本书写作的有成都电子科技大学政治与公共管理学院、东南大学法学院、湖北经济学院法律系、湖北民族学院财经政法学院、华中科技大学法学院、华中师范大学汉口分校、江西财经大学法学院、江西东华理工大学、山西大学商务学院、武汉长江职业学院、武汉工程大学政法学院、武汉科技大学城市学院、武汉科技学院法学系、武汉理工大学文法学院、中国地质大学政法学院、中南财经政法大学法学院的教师。具体分工如下:绪论,蓝寿荣;第一、二、三章,任丹丽;第四、五、六章,吕凌燕、黎桦;第七、八章,杨信;第九、十章,李文;第十一章,何丹;第十二章,田石英;第十三、十四、十五章,郭英杰;第十六、十七、十八章,黄小洵;第十九章,宋俊;第二十章,李震刚;第二十一章,王永强;第二十二章,王海燕;第二十三章,赵丽;第二十四章,黄胜开、徐江萍;第二十五章,董灵娟;第二十六章,吴鹏飞;第二十七章,翟翔;第二十八、二十九、三十章,周庭芳。本书由蓝寿荣、吕凌燕统稿,郭英杰通读全稿并提出修改意见。

本书在编写过程中,参考了多本著作、论文和教材,恕不一一列明,在此向所有的专家学者致谢。另外,本书行文中如无特别原因,《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国合同法》等简称为《民法通则》、《商业银行法》、《合同法》。

编 者

目 录

绪论	1
一、商与商法	1
二、商法的渊源	1
三、商法的形成	2

四、商法的演进	5
五、商法的国际化	8
六、商法的内容	9

第一编 商法总论

第一章 商法概述	13
第一节 商法的概念和特征	15
一、概念	15
二、商法的特征	15
第二节 商法的基本原则	17
一、自由原则	17
二、平等互利和诚实信用原则	18
三、短时效原则和定型化原则	18
四、强制主义、公示主义、外观主义、 严格责任主义的原则	19
第三节 商法发展简史	20
一、中世纪的商事习惯和商人法	20
二、近代商事习惯与商法典	21
三、现代商事习惯与商法国际化	21
第四节 商法与其他法律部门的关系	22
一、商法与民法的关系	22
二、商法与经济法的关系	25
三、商法与行政法的关系	27
自测题	27
第二章 商事主体	28
第一节 商事主体概述	29
一、商事主体的概念和特征	29
二、商事主体的规制方式	29

三、商事主体的分类	30
第二节 商法人	31
一、商法人的概念与特征	31
二、商法人法律制度	32
第三节 商个人	34
一、商个人的概念与特征	34
二、商个人法律制度	34
第四节 商合伙	36
一、商合伙的概念与特征	36
二、商合伙法律制度	37
第五节 商中间人与商辅助人	37
一、商中间人	37
二、商辅助人	39
自测题	40

第三章 商行为

第一节 商行为概述	42
一、商行为的含义	42
二、商行为的特征	42
三、商行为的规制方式	43
四、商行为的种类	44
第二节 一般商行为	45
一、商法上的一般规则	46
二、商法上的物权行为	47



三、商法上的债权行为	48	第五章 商业名称	69
四、商事交互计算	51	第一节 商业名称概述	70
第三节 特殊商行为	51	一、商业名称的概念和特征	70
一、商事买卖	52	二、商业名称的表示方式	71
二、商事运输	52	三、商业名称与相关概念的差异	71
三、商事仓储	52	第二节 商业名称的选用和登记	72
四、商事居间	53	一、商业名称的选用	72
五、商事行纪	53	二、商业名称的登记	74
六、商事期货交易	53	第三节 商业名称权	76
七、商事信托	54	一、商业名称权的概念和特征	76
自测题	54	二、商业名称权的性质和转让	77
第四章 商事登记	55	自测题	78
第一节 商事登记概述	56	第六章 商业账簿	80
一、商事登记的概念和特征	56	第一节 商业账簿概述	81
二、商业登记的效力和意义	57	一、商业账簿的定义	81
三、商事登记制度的发展历程	58	二、商业账簿的保存	82
第二节 商事登记对象与登记管理机关	60	第二节 商业账簿的基本分类	84
一、商事登记对象	60	一、会计凭证	84
二、商事登记的事项	61	二、会计账簿	85
三、商事登记管理机关	63	三、财务会计报告	85
第三节 商事登记的种类和程序	64	第三节 商业账簿的编制	87
一、商事登记的种类	64	一、商业账簿编制责任人	87
二、商事登记的程序	66	二、商业账簿编制原则	87
自测题	68	自测题	89

第二编 公 司 法

第七章 公司概况	90	第三节 公司的类型	95
第一节 公司的定义	91	一、有限公司、有限公司、股份	
第二节 公司的特征	92	有限公司与两合公司	95
一、公司必须依法设立	92	二、人合公司、资合公司	
二、公司以营利为目的	93	与人合兼资合公司	96
三、公司拥有独立的法人地位	93	三、封闭式公司和开放式公司	97
四、公司具有社团法人性	95	四、国营公司、公营公司和	

民营公司.....	97	二、公司股份的特征.....	116
五、总公司和分公司.....	97	三、公司股份的种类.....	116
六、母公司和子公司.....	98	四、公司股份的形式.....	117
七、本国公司、外国公司和 跨国公司.....	98	第三节 公司股权.....	117
自测题.....	98	一、公司股权的含义.....	117
第八章 公司的设立	99	二、公司股权的性质.....	117
第一节 公司设立概述.....	100	三、公司股权的转让.....	118
一、公司设立的概念与特征.....	100	四、公司股权的保护.....	119
二、公司设立的基本原则.....	101	第四节 公司债券.....	120
三、公司设立的方式.....	102	一、公司债券的含义.....	120
第二节 公司发起人.....	103	二、公司债券的发行.....	120
一、公司发起人的概念.....	103	三、公司债券的转让.....	121
二、公司发起人的资格.....	104	四、公司债的债权人保护.....	121
三、公司发起人的权利和义务.....	104	第五节 公司财会.....	121
四、公司发起人的责任.....	105	一、公司财会制度的含义.....	121
第三节 公司章程.....	106	二、公司会计核算制度.....	122
一、公司章程的概念与特征.....	106	三、公司财务会计报告.....	122
二、公司章程的法律效力.....	106	四、公司利润分配制度.....	122
三、公司章程的制定和修改.....	106	自测题.....	123
四、公司章程的记载事项.....	107	第十章 公司治理	124
第四节 公司权利能力和行为能力.....	108	第一节 公司治理概述.....	125
一、公司权利能力.....	108	一、公司治理的含义.....	125
二、公司行为能力.....	110	二、公司治理原则.....	125
自测题.....	110	三、公司治理模式.....	126
第九章 公司资金	111	第二节 股东会.....	127
第一节 公司资本.....	112	一、股东会的概念和职权.....	127
一、公司资本的含义.....	112	二、股东会会议.....	128
二、公司资本制度.....	112	三、股东表决权的行使.....	129
三、公司资本的原则.....	113	四、股东会决议.....	129
四、公司资本的形成.....	114	第三节 董事会.....	130
第二节 公司股份.....	115	一、董事会的概念和职权.....	130
一、公司股份的概念.....	115	二、董事会的产生与组成.....	131
		三、董事会会议.....	131
		四、董事的义务与责任.....	132



第四节 监事会.....	132	第四节 合并与分立.....	141
一、监事会的概念和职权.....	132	一、公司的合并.....	141
二、监事会的产生与组成.....	133	二、公司的分立.....	142
三、监事会会议.....	133	第五节 股份回购.....	143
四、监事的义务与责任.....	134	一、股份回购概述.....	143
第五节 经理.....	134	二、股份回购的国外立法.....	144
一、经理的概念和职权.....	134	三、我国《公司法》对股份回购的 规定.....	145
二、公司经理的选任与解聘.....	134	自测题.....	145
三、经理的义务与责任.....	135		
自测题.....	135		
第十一章 公司变更.....	136	第十二章 公司的解散和清算.....	146
第一节 章程修改.....	137	第一节 公司解散.....	148
第二节 资本变动.....	138	一、公司解散的概念和分类.....	148
一、公司减资.....	138	二、公司解散的原因.....	149
二、公司增资.....	139	第二节 公司清算.....	151
第三节 组织形式变更.....	140	一、公司清算的概念和分类.....	151
一、组织形式变更的概念.....	140	二、公司清算的规则.....	151
二、组织形式变更的规则.....	140	自测题.....	154

第三编 破 产 法

第十三章 破产法总论.....	155	第十四章 破产程序法.....	164
第一节 破产和破产法概述.....	156	第一节 破产案件的申请和受理.....	165
一、破产的概念与特征.....	156	一、破产案件的申请.....	165
二、破产法概述.....	157	二、破产案件的受理.....	165
三、我国破产法的立法概况.....	158	三、债权申报与确认.....	167
第二节 《企业破产法》的一般规则.....	159	第二节 债权人会议.....	169
一、破产能力.....	159	一、债权人会议.....	169
二、适用范围.....	160	二、债权人委员会.....	170
三、破产原因.....	160	第三节 重整程序.....	171
四、破产案件.....	161	一、重整的概念和特征.....	171
五、跨境破产.....	162	二、重整申请和重整期间.....	172
自测题.....	163	三、重整计划的制订与实施.....	173

第四编 票 据 法





四、票据权利的行使和保全	209
第四节 票据时效和利益返还请求权	210
一、票据时效	210
二、利益返还请求权	211
第五节 票据义务与票据抗辩	212
一、票据义务	212
二、票据抗辩	212
第六节 空白票据和瑕疵票据	214
一、空白票据	214
二、瑕疵票据	214
第七节 票据丧失及救济	216
一、票据丧失	216
二、票据丧失后的救济	216
第八节 涉外票据的法律适用	217
一、涉外票据法律适用的原则	217
二、涉外票据法律适用的规定	218
自测题	218
第十八章 汇票	219
第一节 汇票的定义和种类	220
一、汇票的定义和特点	220
二、汇票的种类	221
第二节 汇票的出票	222
一、出票的意义和效力	222
二、出票的记载事项	222
第三节 汇票的背书	223
一、背书的意义	223
二、背书的方式	223
三、背书的种类	224
四、背书的效力	226
第四节 汇票的承兑	227
一、承兑的意义	227
二、承兑的规则	227
第五节 汇票的保证	228

一、票据保证的定义和种类	228
二、汇票保证记载事项和效力	228
第六节 汇票的付款	229
一、付款的定义和种类	229
二、付款的程序	230
第七节 汇票的追索权	230
一、追索权的意义	230
二、追索权的行使	231
三、追索权的效力	231
四、再追索权	231
自测题	232

第十九章 本票和支票

233

第一节 本票的定义	234
一、本票的概念	234
二、本票的特点	234
三、本票的法定事项	234
四、本票行为的法律规范	235
第二节 本票的类型	236
一、商业本票和银行本票	236
二、即期本票和远期本票	236
三、记名本票和无记名本票	237
第三节 支票的定义	237
一、支票的概念	237
二、支票的特点	238
三、支票的法定事项	238
四、支票行为的法律规范	239
第四节 支票的类型	242
一、一般支票、保付支票和划线支票	242
二、记名支票和无记名支票	242
三、现金支票和转账支票	242
自测题	242

第五编 证 券 法

第二十章 证券与证券法..... 243

第一节 证券与证券市场..... 244

一、证券的概念和分类..... 244

二、我国《证券法》规定的证券..... 245

三、证券市场及其结构..... 247

第二节 证券市场主体..... 249

一、证券交易所..... 249

二、证券公司..... 249

三、证券登记结算机构..... 251

四、证券交易服务机构..... 252

五、证券监督管理机构..... 253

六、证券业协会..... 254

第三节 证券法的界定..... 254

一、证券法的概念及调整对象..... 254

二、证券法的性质..... 256

三、证券法的法律渊源..... 256

四、证券法的基本原则..... 256

自测题..... 258

第二十一章 证券发行与交易..... 259

第一节 证券发行..... 260

一、证券发行的概念、特点和种类..... 260

二、股票的发行..... 262

三、债券发行..... 267

四、证券承销..... 270

第二节 证券交易..... 271

一、证券交易的规则..... 271

二、证券上市..... 273

三、持续信息公开..... 275

第三节 禁止交易行为..... 277

一、禁止证券交易行为的种类..... 277

二、法律责任..... 279

自测题..... 281

第二十二章 上市公司收购..... 282

第一节 上市公司收购概述..... 283

一、上市公司收购的概念..... 283

二、上市公司收购与“合并”、“兼并”的比较..... 284

三、上市公司收购的类型..... 284

四、上市公司收购的制度价值..... 286

第二节 要约收购..... 286

一、要约收购的概念与特征..... 286

二、要约收购的类型..... 287

第三节 协议收购..... 288

一、协议收购的概念..... 288

二、协议收购的特征..... 288

三、协议收购的适用范围..... 289

第四节 收购程序..... 290

一、要约收购程序..... 290

二、协议收购程序..... 293

自测题..... 295

第二十三章 证券投资基金法律制度..... 296

第一节 证券投资基金概述..... 297

一、证券投资基金的概念与种类..... 297

二、证券投资基金法律关系..... 299

第二节 基金募集..... 302

一、基金募集的概念和种类..... 302

二、基金募集的程序..... 303

三、基金募集的法律后果..... 304

第三节 基金交易规则..... 305

一、封闭式基金的上市交易..... 305

二、开放式基金的申购与赎回..... 306

第四节 基金信息披露..... 307



一、基金信息披露的一般要求	308	一、证券投资基金监管的主体	311
二、基金信息的常规披露	309	二、基金主体的监管	312
三、基金信息的临时披露	310	三、基金募集和运作的监管	313
第五节 基金监督管理	311	自测题	314

第六编 保 险 法

第二十四章 保险与保险法	315	二、保险合同的客体	338
第一节 保险概述	317	三、保险合同的内容	338
一、保险的概念及特征	317	第三节 保险合同的订立	340
二、保险的分类	318	一、保险合同的订立程序	340
第二节 保险法概述	319	二、保险合同的形式	340
一、保险法的概念	319	三、几个相关的问题	341
二、保险法特点	320	第四节 保险合同的履行	343
三、保险法的体系	320	一、投保人履行	343
第三节 保险业法	321	二、保险人履行	345
一、保险公司	321	第五节 保险合同的变更和终止	345
二、保险代理人	322	一、保险合同的变更	345
三、中国保险监督管理委员会	323	二、保险合同的终止	347
四、中国保险行业协会	324	自测题	348
第四节 保险法基本原则	324	第二十六章 财产保险合同	349
一、保险利益原则	324	第一节 财产保险概述	350
二、诚实信用原则	327	一、财产保险的概念	350
三、损害补偿原则	329	二、财产保险的分类	351
四、近因原则	330	三、财产保险的原则	351
自测题	332	第二节 财产保险的主要险种	353
第二十五章 保险合同	333	一、企业财产保险	353
第一节 保险合同概述	334	二、家庭财产保险	354
一、保险合同的定义	334	三、运输保险	355
二、保险合同的特点	335	四、责任保险	359
三、保险合同的种类	336	五、保证保险和信用保险	363
第二节 保险合同的主体、客体		自测题	364
和内容	337	第二十七章 人身保险合同	365
一、保险合同的主体	337	第一节 人身保险概述	366



一、人身保险的概念和特点	366	一、人寿保险	370
二、人身保险的分类	367	二、健康保险	371
三、保险受益人及其受益权	369	三、意外伤害保险	372
第二节 人身保险的主要险种	370	自测题	373

第七编 海 商 法

第二十八章 船舶和船员	374	二、提单的签发和转让	397
第一节 海商法概述	376	三、货物交付	399
一、海商法的特点	376	第三节 海上运输合同的种类	399
二、海商法调整范围	377	一、航次租船合同	399
第二节 船舶	378	二、多式联运合同	400
一、船舶概述	378	三、海上旅客运输合同	401
二、船舶所有权	380	四、船舶租用合同	403
三、船舶优先权	381	自测题	405
四、船舶抵押权	383	第三十章 海事法	406
第三节 船员	385	第一节 船舶碰撞	407
一、一般定义	385	一、船舶碰撞的定义及构成要件	407
二、船长及其职责	386	二、当事船长的义务	408
三、船长与引航员	388	三、船舶碰撞的责任	408
自测题	389	第二节 海难救助	408
第二十九章 海上运输合同	390	一、海难救助的定义及要件	409
第一节 海上货物运输合同	391	二、救助款项	409
一、定义及分类	391	三、救助合同	410
二、承运人的责任	392	第三节 共同海损	410
三、承运人免责的规定	393	一、共同海损的定义及要件	410
四、货物迟延交付及货损货差的 赔偿规定	394	二、共同海损的表现形式	411
五、托运人的责任	395	三、共同海损的理算	412
第二节 提单	396	第四节 海事赔偿责任限制	412
一、提单的定义和功能	396	自测题	414
		参考文献	415

绪 论

一、商与商法

商是以营利为目的的交易活动的总称。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的。古人提出“通财鬻货曰商”,即将商理解为买卖,是人们对商最朴素的认识,后来人们将营利视为商的本质。在买卖活动中,交易主体要追求自己利润的最大化,需要实现自己的利益,他所进行的买卖活动本质上就是为了营利。有买卖就会有规则,规则会成为习惯、惯例。商品交易活动是商法赖以产生的基础,商品交易发展到一定时期必然产生商法,市场经济的发展是商法发展的动力。

商法是调整平等主体之间商事关系的法律规范的总称。缔结商事关系的自然人、法人等是平等主体,基于营利性行为而开展营业形成的关系,这一关系是围绕经营发生的。营利性是指谋求超出投资成本的利益。法人、合伙、自然人等各种形式的商事主体从事商事活动的目的、动机,或根本出发点、着眼点,就是为了谋取一定的经济利益。商人通过权衡利弊、精打细算、趋利避害,谋求高于其成本的收益。营业性是指特定的商人群体以从事商事活动为其专门职业。这里的营业性应有持续性和同一性,即行为有时空上的延续或多次重复,行为类型或方式同一或类似。营利是商的目的及内涵所在,交易是商的手段及外延所在。商事是以商为媒介形成的社会关系,以营利为目的的交易关系。平等主体和行为营利性是商事关系的基本特点。当然,商事关系的主体是平等的,但平等的关系未见得是商事关系,商事关系具有营利性,但具有营利性的未见得是商事关系。商法所保护的权利是商人从事商事活动的权利,核心是保护商人的经营自由,本质是保证商人实现其营利的动机。

二、商法的渊源

商法是一项古老的法律制度,在很早的时候就已经初露端倪了。商法的历史渊源,最早可追溯至公元前 18 世纪古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》,这部法典中有关于买卖、交换、运送等商业契约的规定。后来,古希腊的雅典和罗得岛成为地中海海上贸易的中心,商业贸易发达,许多城邦都颁布过不少商业方面的法规。公元前 14 世纪,古埃及商业活动就已经有了遵循商业习惯法的记载^①。地中海东岸的腓尼基人世代以买卖为业,在公元前 10

^① 何勤华. 古埃及商法的演变及其对后世的影响. 河南省政法管理干部学院学报, 2007 年第 1 期。



世纪前后建立城邦,有着一些码头买卖、船运的习惯法。公元前2至3世纪,克里特岛产生了《格尔蒂法典》,条文中有关保证、抵押、合伙的商事规定已经有相当水平;罗得岛产生了一部海商法,即《罗得岛海商法》,其中一部分内容被罗马法所吸收,汇集在优士丁尼《学说汇纂》中,称作《罗得岛弃货损失分担规则》。公元8世纪,罗得岛又编纂了一部《罗得岛海商法》,《罗得岛弃货损失分担规则》是该法典的重要组成部分。这些海商法典曾在地中海区域相当流行,成为这一地区共同适用的海商法。

古罗马是奴隶制国家,也有商业经营、商品经济,罗马法中不乏商法内容。公元前451至450年,制定了《十二铜表法》,其中的第3表和第8表有商法规范。早期罗马法中适用罗马公民的法律称市民法,后来随着对外扩张,形成了处理与埃及人、高卢人等非罗马公民的法律为万民法。市民法中有关于银钱业、旅店业、运送业、海上借贷的规定,万民法中有很多是地中海沿岸各地区公认的调整商事活动的法律规范,诸如买卖、借贷、租赁、雇佣、承揽、合伙、委托代理、运输、海损等,其他大多数商法规范则以商事习惯或惯例的形式存在并发挥作用。在罗马法中,没有根据当事人的身份(是否商人)和诉讼的内容(是否具有商业性质)来区别它所调整的法律关系,民法处于核心地位,具有私法属性的商事规范和制度在形式上被一并归入民法范畴。商事交易的调整主要依靠民法规则,罗马法中关于民事主体、契约等诸概念被应用于商事活动中。罗马法中虽然没有形成一个和民法相提并论的商法,但对后来的商法产生了影响。大陆法系中,商法中的主体、商事行为、财产权、代理等制度,渊源于罗马私法,包括商法在内的法典编纂是以罗马法为基础发展起来的。英美法中,罗马的公平、善意、衡平的概念类似于英国的衡平法,一些法律制度的分类、概念、衡平法、海商法等继受了罗马私法。

三、商法的形成

11世纪末至12世纪初,欧洲尤其是地中海沿岸诸城市在经历了漫长的地方性贸易阶段后,通向东方的商路重新开放,海上贸易促进了沿岸诸城市商业的发展。中世纪十字军东征的胜利,对奢侈和对黄金的渴望使商品贸易逐渐繁荣起来,与此相伴城市的规模和数量急剧的增大和增加。随着商业贸易的发展,促进了货币的流通和票据业的发展。关于票据,法国学者布罗代尔认为:“公元前两千年,巴比伦的商人和银行家之间就在使用票据和支票。”“伊斯兰国家的商人,……从十世纪起已知道使用所有信贷工具:汇票、记名期票、信用证、钞票、支票。”^①票据的广泛使用,促进了银行业的发展。银行家的早期形态也许是货币兑换商。到14世纪初,佛罗伦萨银行业务发展初具规模,控制整个欧洲的信贷,成为近代欧洲银行的先驱,在热那亚还出现了最早的股份银行。“由于商业和工业的发展,由

① [法]费尔南·布罗代尔. 15至18世纪的物质文明、经济和资本主义. 北京: 三联书店, 1992 第1卷: 第560页。

于欧洲的财富大量增长。银行也纷纷涌现”^①。当时以欧洲为中心的贸易有两个地区，一个是地中海贸易区，地中海贸易区活动着意大利、威尼斯等城市的商人；另外一个北海波罗的海贸易区，这一贸易区由德国北部的城市如汉堡、不来梅等组成。意大利就成为了东西方贸易的中介和桥梁，威尼斯、热那亚、比萨等城市的海上贸易发展得都比较早，海商习惯、规则也随之在这些城市和港口产生。古代地中海的海事规则和习惯首先被意大利各城市法院继承借鉴并加以适用，成为审理有关海上运输和海上贸易纠纷的依据，尔后又被法兰西、西班牙、荷兰、德意志、英吉利以及其他国家所认可，成为欧洲各国普遍适用的共同海法。

商业发达带来了商人阶层的形成，他们专门从事商事交易。美国伯尔曼教授指出：“农业生产迅速扩展，城市的规模和数量急剧地增大和增加。同时，还出现了一个新的职业商人阶级，他们在乡村和城市从事大规模的商业交易。”^②各地商人在沿线的交易会上定期汇集，具有专门意义的集市贸易重新产生^③。所谓具有专门意义的集市贸易，是指具有定期性商品报价和订货簿、可预见的销售点、集体定价、顾客构成等特点的贸易，其中以香槟集市最为有名。法国著名的香槟集市规定，开市前8天为集市准备期，各国各地商人可前来租定摊位，陈列商品；正式集市开始后，10天为一阶段，每一阶段的交易物有固定的规定，如第一阶段为布匹，第二阶段为皮革，第三阶段为杂货等，集市结束后5天内允许商人清理货物、结清账目和有关契约手续^④。

在商业复兴的同时，作为封建社会的商人阶层在政治、法律上提出了自治的要求。商人们的活动不能由地方习惯来调整，因为这些习惯没有提供交易所需要的大量规则，而仅适合于调整生活于封闭的村社中和以传统方式生活的人们之间的关系。中世纪地中海沿岸的商业城市和海上贸易，一些规则则形成有约束力、强制力的规范，主要表现为习惯、商人自治规则。这种以商事习惯为主的商人法，在地中海沿岸产生，支配着特定地方如集市、市场和海港的商人，维护着商人的交易便捷和效率。根据商业习惯，有关商事纠纷的审理主要由商业行会法院承担，这类法院由商人中推选出的熟悉商业习惯、能主持公道、有一定威信的人组成，院长往往由行会会长担任。行会法院一般以定期或不定期的开庭方式审理案件，诉讼程序简易，起诉与答辩不要求特别形式，以书面证据为主，不允许上诉。集市法院(Pepoudrous)的审判应该在商人脚上的尘土未掉之前完结而被商人们称作“泥足”

① [美]詹姆斯·汤普逊. 中世纪晚期欧洲社会经济史. 北京：商务印书馆，1992年版，第574页。

② [美]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成. 中国大百科全书出版社，1993年版，第407页。

③ [法]费尔南·布罗代尔. 15至18世纪的物质文明、经济和资本主义. 北京：三联书店，1993年版，第2卷，第4页。

④ 叶秋华. 资本主义民商法的摇篮——西欧中世纪城市法、商法与海商法. 中国人民大学学报，2000年第1期。



法院,海事法院(Admiralty Courts)的审判应该“在潮汐之间”完结而被称为“潮汐”法院,行会法院和城镇法院的审判应该在“一天以内”完结^①。

商人法是商人为调整他们自己的商业事务而创造、与政治当局相脱离、独立的司法制度,它有自己的规则、习惯,有自己的法庭、法官、审判和强制执行程序,有自己的法律主体,不属于民事、刑事或教会司法等官方制度的一部分。商人法的形成,使近代西方商法的基本观念和制度得以形成,商法在西方才第一次逐渐被人们看作是一种完整的、不断发展的法律体系。这个时期的商法以商人习惯或商事习惯法的形式出现,体现的是商人共同意志,而未掺入国家意志。“商法最初的发展在很大程度上——虽不是全部——是由商人自身完成的:他们组织国际集市和国际市场,组建商事法院,并在雨后春笋般出现于整个西欧的新的城市社区中建立商业事务所。”^②这种特别法庭就成为公众权威所认可的固定的法庭。……在所有的国家里,都先后设立了这样的法庭,有市场法院、集市法院、商人行会法院、城市法院、贸易中心城镇法院及港口中心地方海事法院等^③。组织上的自治性,程序上的非正式性、迅速性及公正性是商人法院的显著特点。至1563年法国国王查理九世颁令创设商事法庭后,原来商人法院的这些特征才不复存在。

中世纪的商法由长期在商业与海上贸易活动中形成的习惯构成。由于商事与海事习惯是在实践中不断发展和完善的,因而它们具有很强的历史连续性,商法的发展从来没有中断过,中世纪的许多商事与海事习惯均是对古代腓尼基和罗得岛时期习惯的继承和发展。中世纪城市法院在审理商事与海事案件中通过适用商事和海事习惯形成的判决,成为以后同类案件适用的依据,久而久之形成判例。为了便于裁决商事纠纷,人们又将这些判例汇编。在这些判例汇编中,为欧洲大多数商人、行业、港口所公认的大多是海商法典,主要有意大利那不勒斯附近港口阿玛菲《阿玛菲法典》、西班牙巴萨罗那《海事裁判集》(《巴萨罗那法典》)、西班牙和法国之间的小岛奥列隆《海事裁判集》(《奥列隆法典》)、波罗的海的哥特兰岛维斯比《维斯比海商法典》、德意志北部城市同盟形成的《汉莎海上规则》。

中世纪商法是独立于城市法、行会法、教会法而发展起来的专门体系。在中世纪,神职人员和信徒有教会法,封建主和农民有庄园法,商人作为特殊阶层,为了保护自身特殊利益,为自己争得了商人法。城市商业行会章程、城市之间订立的解决商业纠纷的条约以及城市同盟颁布的条例等,教会法中的恪守协议与公平交易等原则,在一定程度上对中世

① [美]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993年版, 第422、423页。

② [美]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993年版, 第414页。

③ [比]亨利·皮朗. 中世纪欧洲经济社会史. 上海: 上海人民出版社, 1964年版, 第47、48页。[美]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993年版, 第421、422页。