

Commercial Law



21世纪高等院校经济管理类规划教材

商法学

□ 王子正 林曦 主编

□ 孙非亚 主审

ECONOMICS & MANAGEMENT

- 省级精品课程配套教材，提供电子版习题和习题答案
- 二维码营造网络阅读环境，拓展知识面
- 提供教学课件、教学大纲、模拟试卷等资料



中国工信出版集团



人民邮电出版社
POSTS & TELECOM PRESS



21世纪高等院校经济管理类规划教材

商法学

□ 王子正 林曦 主编

□ 孙非亚 主审



人民邮电出版社

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学 / 王子正, 林曦主编. — 北京: 人民邮电出版社, 2017.1
21世纪高等院校经济管理类规划教材
ISBN 978-7-115-43248-3

I. ①商… II. ①王… ②林… III. ①商法—法学—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.990.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第193185号

内 容 提 要

本书依据最新的商事法律法规及司法解释, 概要介绍商法一般理论基础, 着重阐述商事活动中常用的《公司法》《破产法》《票据法》《证券法》《保险法》的规则和法理。全书内容精练, 文字简洁, 并配有引导案例、小知识(小资料)、拓展阅读链接(二维码)、多种形式的复习思考题等多样化元素, 形式新颖, 具有较强的可读性。

本书提供电子课件、习题及参考答案等资料, 索取方式参见书末的“配套资料索取示意图”。

本书适合财经管理类本科生使用, 也适合作为法学类本科生和社会在职人员培训教材或自学参考读物。

◆ 主 编 王子正 林 曦

主 审 孙非亚

责任编辑 万国清 刘天飞

责任印制 沈 蓉 彭志环

◆ 人民邮电出版社出版发行 北京市丰台区成寿寺路11号

邮编 100164 电子邮件 315@ptpress.com.cn

网址 <http://www.ptpress.com.cn>

固安县铭成印刷有限公司印刷

◆ 开本: 787×1092 1/16

印张: 21.25

2017年1月第1版

字数: 513千字

2017年1月河北第1次印刷

定价: 55.00 元

读者服务热线: (010)81055256 印装质量热线: (010)81055316

反盗版热线: (010)81055315

广告经营许可证: 京东工商广字第8052号

前 言

商法是现代市场经济国家法律体系的重要组成部分,具有规范、调整、维系市场经济秩序的重要职能。任何从事商事活动的组织和个人只有了解、掌握商事法律规则及其法理,才能在实践中遵循和运用这些规则,从而在商海中自由驰骋。商法学作为一门独立的法学学科,研究商主体和商行为、商法的特殊性、商法的原则、商法与民法和经济法的区别、商事立法的国际化趋向等问题;商法学还要研究商法的主要制度,如《公司法》《破产法》《票据法》《证券法》《保险法》等。财经(经管)类和法学类相关学生都应当了解商事法律主要制度,以便在今后的工作中能够运用商法规则分析问题和解决问题。

本书围绕商法的主要制度和教学、实践中常用且广为关注的内容,即商法总论、公司法、破产法、票据法、证券法、保险法进行重点阐述,引证和说明最新的商事立法、法律法规及司法解释。与此同时,对近年来的立法新思潮、新制度的发展趋势和理论实践中的热点、难点问题进行了深入探讨,使读者在了解商法一般理论基础上,着重掌握商法的基本制度和主要规则,掌握最新的中外商法动态。商法来自于商事活动,最终要服务于商事活动,本书既可以满足财经(经管)类专业和法学专业相关教学的需要,也可以为现实商事活动提供指导。

本书由东北财经大学法学院教师编写,作者大多为“商法学”(辽宁省精品课)主讲人,兼任国家级、省级商法学和财税法学研究会理事、副会长,熟悉商法发展变化动态和商法学研究前沿和热点问题,有着长期兼职律师、仲裁员的司法实践经验,对在实践中以及在学习过程中需要了解、理解和掌握的知识点有准确的把握。本书结构合理,内容精练,文字通俗简洁,并配有引导案例、小知识(小资料)、拓展阅读链接(二维码)、多种形式的复习思考题等多样化元素,使本书内容准确、形式新颖,具有较强的可读性。

本书写作具体分工如下。

第一篇 商法总论 孙非亚

第二篇 公司法 林曦

第三篇 破产法 邱艳 王子正

第四篇 票据法 邱艳 王子正

第五篇 证券法 贾翱

第六篇 保险法 宁立红

本书提供电子课件、习题及参考答案等资料,索取方式参见书末的“配套资料索取示意图”。

在本书编写过程中,我们参考了大量的商法论著和教材,汲取了其中的研究成果和有益经验,在此表示衷心的感谢。书中如有不当和疏漏之处,诚望读者批评指正。

作 者

2016年6月

目 录

第一篇 商法总论

第一章 商法概述	1
第一节 商法概念、特征和基本原则	2
一、商法的概念	2
二、商法的特征	3
三、商法的基本原则	4
第二节 商法渊源与商事立法	7
一、商法渊源	7
二、商事立法	9
第三节 商法与相关法律部门关系	10
一、商法与民法	10
二、商法与经济法	11
三、商法与行政法	13
第四节 商事法律关系	14
一、商事法律关系的概念	14
二、商事法律关系的特征	14
三、商事法律关系的确立标准	15
第二章 商法基本制度	16
第一节 商主体	16

一、商主体概述	17
二、商个人	21
三、商合伙	24
四、商法人	31
五、商中间人	31
六、商辅助人	34
第二节 商行为	35
一、商行为概述	35
二、一般商行为	38
三、特殊商行为	39
第三节 商事登记	40
一、商事登记概述	40
二、商事登记立法	40
三、商事登记对象与登记机关	42
四、商事登记的种类、程序及效力	43
第四节 商号	46
一、商号概述	46
二、商号的选用与取得	48
三、商号权	52

第二篇 公司法

第三章 公司与公司法概述	55
第一节 公司的概念与特征	55
一、公司的概念	55
二、公司的法律特征	56
第二节 公司法的概念与调整对象	57
一、公司法的概念与特征	57
二、公司法的调整对象	58
第三节 公司的分类	59

一、公司的法定种类	59
二、公司的法理分类	60
三、我国《公司法》中的公司形态	61
第四章 公司的设立	67
第一节 公司设立概述	67
一、公司设立的概念与特征	67
二、公司设立原则	68
三、公司设立方式	69

第二节 公司设立条件和程序	70
一、公司设立条件	70
二、公司的设立程序	72
第三节 设立中公司与公司设立责任	73
一、设立中公司	73
二、公司设立责任	74
第五章 公司的人格	77
第一节 公司人格概述	77
一、公司人格的概念和本质	77
二、公司人格要素	78
第二节 公司的能力	79
一、公司的权利能力	79
二、公司的行为能力	81
三、公司的责任能力	82
第三节 公司人格否认	83
一、公司人格否认概述	83
二、公司人格否认的一般适用情形	84
三、我国公司法对公司人格否认制度的有关规定	85
第六章 公司资本	87
第一节 公司资本概述	87
一、公司资本的概念与特征	87
二、公司资本制度的类型	88
三、公司资本原则	90
第二节 公司资本的构成	92
一、我国公司法列举的股东出资形式	92
二、其他出资形式	93
第三节 公司资本的表现形式	94
一、出资证明书、股份与股票的概念与特征	94
二、股份的种类	96
三、股份的发行	97

四、股份与公司债的异同	98
第四节 公司资本的转让	99
一、有限责任公司的股权转让	99
二、股份有限公司的股份转让	101
第七章 公司股东与股权	103
第一节 股东	103
一、股东的概念与法律地位	103
二、股东资格的取得与丧失	104
三、股东资格的限制	105
四、股东资格的认定	106
第二节 股权	109
一、股权概述	109
二、股东的权利与义务	111
第八章 公司的组织机构	116
第一节 公司组织机构概述	116
一、公司组织机构的概念	116
二、组织机构设置的主要模式	117
三、公司组织机构设置的基本原则	117
第二节 股东会	118
一、股东会的概念和职权	118
二、股东会会议	119
三、股东会决议	121
第三节 董事会与经理	123
一、董事会的概念和职权	123
二、董事会的产生和组成	125
三、董事会会议	127
四、董事对公司的义务	129
五、经理	130
第四节 监事会	132
一、监事会的概念和职权	132
二、监事会的产生和组成	133
三、监事会会议	134

第三篇 破 产 法

第九章 破产与破产法概述	137
第一节 破产概述	137

一、破产的概念	137
二、破产的法律特征	138

第二节 破产法概述	138	第五节 破产清算	162
一、破产法的概念与特征	138	一、破产宣告	162
二、我国破产法的立法概况	139	二、破产财产变价和分配	165
三、破产法的立法宗旨和调整作用	140	三、破产程序的终结	168
四、我国《企业破产法》的适用范围	140		
第十章 破产程序法	142	第十一章 破产实体法	171
第一节 申请和受理	142	第一节 债务人财产	172
一、破产原因	142	一、债务人财产的一般规定	172
二、破产申请的提出	144	二、破产撤销权与无效行为	172
三、破产申请的受理	145	三、取回权	173
第二节 管理人	147	四、抵销权	174
一、管理人的概念	147	五、别除权	175
二、管理人的选任	147	第二节 破产债权	175
三、管理人的职责	148	一、破产债权的概念	175
四、管理人的权利、义务与责任	149	二、破产债权的范围	176
第三节 债权申报与债权人会议	150	三、破产债权的例外	177
一、债权申报	150	第三节 破产费用与共益债务	177
二、债权人会议与债权人委员会	152	一、破产费用	177
第四节 重整与和解	154	二、共益债务	178
一、重整	154	三、破产费用和共益债务的清偿	179
二、和解	159	第四节 破产法律责任	179
		一、破产法律责任概述	179
		二、破产法律责任的分类	180

第四篇 票 据 法

第十二章 票据法概述	183	一、票据权利的概念及种类	193
第一节 票据与票据法	184	二、票据权利的取得	193
一、票据	184	三、票据权利的行使与保全	194
二、票据法	186	四、票据权利的抗辩	194
第二节 票据关系与非票据关系	187	五、票据权利的消灭	195
一、票据关系	187	第五节 票据的伪造与变造	196
二、非票据关系	188	一、票据的伪造	196
第三节 票据行为	189	二、票据的变造	197
一、票据行为的概念	189	第六节 票据的丧失与补救	198
二、票据行为的种类	189	一、票据丧失的概念	198
三、票据行为的要件	190	二、票据丧失的补救	198
四、票据行为的代理	192	第七节 票据的时效	199
第四节 票据权利	193	一、票据的时效的概念	199

二、票据的时效期间	199
第十三章 汇票	201
第一节 汇票概述	201
一、汇票的概念和特征	201
二、汇票的种类	202
三、汇票的当事人	203
第二节 汇票的出票	203
一、汇票出票的概念	203
二、汇票出票的记载事项	204
三、汇票出票的效力	206
第三节 汇票的背书	207
一、背书的概念	207
二、背书的特征	207
三、背书的种类	207
四、汇票的禁止背书	208
五、转让背书	208
六、非转让背书	209
七、背书的连续	210
八、背书的效力	211
第四节 汇票的承兑	211
一、承兑的概念和性质	211
二、承兑的一般原则	212
三、承兑的程序	212
四、承兑的效力	213

第五节 保证	214
一、保证的概念	214
二、保证的特征	214
三、保证的种类	215
四、保证的记载事项	215
五、保证的效力	215
第六节 付款	216
一、付款的概念	216
二、付款的程序	216
三、付款的效力	217
第七节 追索权	218
一、追索权的概念和种类	218
二、追索权的要件	218
三、追索权的效力	219
第十四章 本票与支票	221
第一节 本票	221
一、本票的概念与特征	221
二、本票的种类	222
三、本票的特殊规则	223
四、本票与汇票的比较	224
第二节 支票	224
一、支票的概念与特征	224
二、支票的种类	225
三、支票的特殊规则	225

第五篇 证 券 法

第十五章 证券法基本问题	229
第一节 证券与证券法	229
一、证券的概念	229
二、证券的法律特征	230
三、证券的种类	231
四、证券法	232
第二节 证券监管机关	233
一、证券监管机关概述	233
二、我国证券监督管理体制	234
三、证券监管机关的职责范围	234

四、证券监管机关工作人员行为准则	236
五、证券监管的国际合作	236
第三节 证券市场主体	237
一、证券交易所	237
二、证券公司	238
三、证券登记结算机构	240
四、证券服务机构	241
五、证券业协会	242
第四节 证券投资基金	242
一、证券投资基金概述	242
二、证券投资基金的参与主体	243

三、证券投资基金的募集	243	三、核准	259
第十六章 证券发行与承销制度	245	四、挂牌交易	259
第一节 证券发行	245	五、证券上市的暂停与终止	259
一、证券发行的概念和特征	245	第二节 证券交易	260
二、证券发行的类型	246	一、证券交易概述	260
三、证券发行审核制度	247	二、证券交易的一般规则	261
第二节 证券发行的条件	248	三、证券交易的程序	262
一、证券发行条件概述	248	第三节 信息披露	263
二、股票发行的条件	250	一、信息披露概述	263
三、公司债发行的条件	251	二、信息披露的类型	263
四、可转换公司债券发行的条件	251	三、信息披露的主要途径和方式	264
五、非公开发行股票的条件	253	第四节 禁止的交易行为	265
第三节 证券承销	253	一、内幕交易	265
一、证券承销概述	253	二、操纵市场	267
二、承销方式	254	三、欺诈客户	268
三、承销程序	255	四、虚假陈述	270
第十七章 证券上市与交易制度	256	第五节 上市公司收购	271
第一节 证券上市	256	一、上市公司收购概述	271
一、证券上市概述	256	二、要约收购	271
二、证券上市的条件	257	三、协议收购	272
		四、集中竞价交易收购	272
		五、上市公司收购的完成	273

第六篇 保 险 法

第十八章 保险与保险法概述	275	第十九章 保险合同总论	286
第一节 保险的定义及其基本功能	275	第一节 保险合同概述	286
一、保险的定义	275	一、保险合同的定义	286
二、保险的基本功能	276	二、保险合同的特征	287
第二节 保险法的概念与调整对象	276	三、保险合同的种类	288
一、保险法的概念	276	四、保险合同的主体	290
二、保险法的调整对象	277	五、保险合同的客体——保险利益	291
第三节 保险法的基本原则	277	六、保险合同的内容	291
一、最大诚信原则	277	七、保险合同的形式	292
二、保险利益原则	280	第二节 保险合同的成立与生效	293
三、损失补偿原则	283	一、保险合同的订立程序	293
四、近因原则	284	二、保险合同的成立	294

三、保险合同的生效	295
第三节 保险合同条款的解释	296
一、保险合同条款解释的含义	296
二、保险合同条款的解释规则	297
第四节 保险合同的履行	299
一、投保人、被保险人、受益人的义务	299
二、保险人的履行	304
第五节 保险合同的变更和解除	307
一、保险合同的变更	307
二、保险合同的解除	307
第二十章 财产保险合同	309
第一节 财产保险合同概述	309
一、财产保险合同的概念与特征	309
二、财产保险合同的种类	310
第二节 保险代位求偿权	313
一、保险代位求偿权的含义与性质	313
二、保险代位求偿权的功能	313
三、保险代位求偿权的行使	314
第三节 重复保险	316
一、重复保险的概念与构成要件	316

二、重复保险的通知义务	317
三、重复保险的分摊规则	317
四、重复保险时保险费的返还	318
第二十一章 人身保险合同	319
第一节 人身保险合同概述	319
一、人身保险合同的概念与特征	319
二、人身保险合同的保险事故	320
三、人身保险合同的种类	321
第二节 人身保险合同的特有条款	321
一、犹豫期条款	321
二、宽限期条款	322
三、复效条款	322
四、现金价值条款	323
五、年龄误告条款	323
六、自杀条款	324
七、故意犯罪条款	325
第三节 人身保险合同的受益人	325
一、受益人的资格	325
二、受益人的指定与变更	326
三、受益顺序和份额	326
参考文献	328

第一篇 商法总论

第一章 商法概述

【学习目标】

通过本章的学习了解商法的渊源与商事立法，着重理解商法与相关法律部门的关系，掌握商法的定义、特征、基本原则以及商事法律关系的概念与特征。

【关键概念】

商法 商法的渊源 商法与民法 商法与经济法 商法与行政法 商法的基本原则
商事法律关系

引导案例

民、商案件区分之迷思

[案例1]甲广告公司新开业，在乙家具公司处购买了两张办公桌。数月后，因该办公桌甲醛严重超标，致甲公司的员工流产。甲公司诉至法院，要求乙公司退货退款，并赔偿其给甲公司的员工带来的损失。

[案例2]甲公司派4名员工赴欧洲考察项目，通过QQ在乙公司处订票，委托乙公司购买4人同行从北京到法国A市的机票。乙公司工作人员误将目的地当作德国B市，并正式出票。甲公司取到票后，并未能发现票上地点打错，直至在机场办理登机手续时，才发现出票有误。由此耽误了行程，不得不重新购票。后甲公司诉请乙公司赔偿损失。

[案例3]自然人股东杜某出资2000万元，持有甲公司50%的股权，自然人股东何某、田某各出资1000万元，持有甲公司25%的股权，现杜某向胡某转让股份，何某、田某主张优先购买权，诉至法院。

[案例4]张三的儿子结婚，为筹彩礼，向李四借款5万元，打了欠条，未约定利息。半年后仍未偿还，李四遂诉至法院，请求张三还款。

[案例5]张三的独资企业进货，急需资金周转，向李四借款50万元，约定利息为年息15%，3个月后后偿还。因期满后张三未偿还，李四诉至法院，请求张三还款。

[案例6]职业打假人王五发现某商场出售假冒名表，即一次购买了10块该表，后基于消费者权益保护法诉请商家进行加倍赔偿。

请问：上述6个案件是民事案件还是商事案件？

有些学者认为民、商案件的区分问题，从法理上说，是民事法律关系和商事法律关系的区分问题；从立法上说是商法调整对象的界定问题。民、商案件区分标准之法理根基：以界定商事关系为中心。由此，有关民商案件区分之争论，实为商事关系界定之争论。

第一节 商法概念、特征和基本原则

一、商法的概念

（一）商法中“商”的含义

“商”的含义，有广义和狭义两种理解。

1. 狭义的“商”

狭义的“商”是指商品的交换或买卖行为。众所周知，人类社会发展初期是以物与物的交换开始的，其交换目的是为了满足不同生活或生产的需要。后来，随着经济的发展，在货币作为一般等价物出现时，社会上开始出现一些人用货币买进物品，然后再将物品卖出去，以便在买卖之间或物的交换过程中获得差额利润。这时物的交换目的不仅仅是满足生活或生产需要，还为获取最大利润。于是，商人和商品便应运而生。所以，马克思在 19 世纪指出：所谓的“商”，就是通过买和卖的行为来交换商品。另据《韦伯斯特新国际词典》解释，“商”是指货物、产品或任何种类的财产的买卖、交易。因此，狭义的“商”就是指商品的交换或买卖行为。这是一般意义上对“商”的理解。

2. 广义的“商”

广义的“商”泛指一切营利性行为（法律禁止的除外）。这也是法学上对“商”的认定。所谓营利性，是指以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动。随着近代经济的发展，人们对商的认识也在逐渐扩大。这种以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动的行为，也开始从纯粹的商品买卖发展到商品的运送（运输业）、商品的保管（仓储业），甚至拓展到与商品没有直接关系的货币的存储（银行业）、人身损害赔偿保障（保险业）、有价证券的买卖以及服务业、印刷业、出版业等。总之，只要是以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动，不论是否与商品的买卖有着直接或间接的联系，我们都认为是从事商的行为。可见，商法上的“商”是主体从事各种营利性行为的总称。

（二）商法的定义

商法，也称商事法，是指调整商事关系的法律规范的总称。其中，商事关系是指商事交易主体在进行商行为时所形成的商事权利和商事义务关系。它实际上是主体基于营利性目的而与他人形成的社会关系。

商法，最早起源于古代地中海沿岸的商人活动规则和惯例。它最初包含在民事法律制度之中，成为民法的组成部分。后来，随着商事规则的不断丰富与成熟，以及人类社会经济贸易活动的扩张与发展，各国纷纷制定了《商法典》以及相应的单行法规。于是，商法逐渐从民法中分离出来，并且日益朝着国际化的方向发展。本章正是在这样一种背景下介绍商法的

一般性理论,其目的在于让初次学习商法课程的学生能够对商法的概念,商法的基本特征和基本原则,以及商法与民法、经济法、行政法的关系等问题有一个基本的了解。

(三) 商法的多种含义

“商法”一词在不同的情形下使用时,其含义各有不同。既有广义商法与狭义商法之分,也有形式上商法与实质上商法之说。

1. 广义商法与狭义商法

广义商法泛指调整所有商事法律关系的法规,包括国际商法和国内商法。国内商法又包括商事公法和商事私法。商事公法是指在调整和维护整个社会经济活动或社会公共利益的法律中由有关的商事法律规范,其主要散见于行政法、刑法等法律之中,并无完整体系可循。商事私法则是针对商人之间或其行为的有关商事法律规范,如公司法、票据法等。狭义商法仅指商事私法,也就是学科意义上的商法。

2. 形式上商法和实质上商法

形式上商法是指实行民商分立的国家和地区在民法典之外制定的以“商法”命名的法典。其主要内容涉及商主体、商行为的界定、创设等商法的一般规则以及公司、票据、破产等基本制度。这种以商法典的形式表现出来的商法,已存在于法国、德国、日本、韩国等 60 多个发达国家和地区。当然,商法典只是这些国家商事活动的基本法,在商法典之外还有大量没有以商法命名的商事单行法。

实质上商法是指一切以商事关系为规范对象的法律法规。这表明商法的内容不仅存在于商法典之中,而且还存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。不管是民商合一,还是民事分立,无论是大陆法系还是英美法系,均有实质上的商法。我国虽无形式上的商法,但实质上的商法已经大量存在,而且还颁布了一大批商事单行法,如《公司法》《证券法》《破产法》《票据法》等。本书所述的商法既包括形式上的商法,也包括实质上的商法。

二、商法的特征

商法的特征是商法本质的外在表现,是区别于其他部门法的主要标志。关于商法的特征,学者们所持观点并不完全一致,除技术性、公法性和国际性得到公认外,其他特征的表述均有差异。本书认为商法主要有如下特征。

(一) 商法调整对象的特定性

商法作为一个特殊的法律部门,其调整的对象不是一般意义上的主体和行为,其法律规则也不是普遍适用的,具有特定性。它或者仅适用于履行了商事登记、具有商主体资格的人,或者仅适用于商行为。有些国家法律规定,非商人所实施的商行为和商人实施的非商行为,不得适用商法。例如,大街小巷中出现的临时性的小商、小贩买卖蔬菜或水果杂货的行为,虽然从事的是生产经营活动,即商行为,但由于小商、小贩不是依法登记的商人,所以它不归商法调整;再如,公司为灾区的捐款行为,虽然公司是履行了商事登记的典型商人,但它的捐款行为不属于生产经营活动,即不是商行为,所以也不能适用商法。

作为商法调整的对象商行为,其特定性表现在营利性上,即商法调整的商行为是指从事生产经营活动的人实施的能够获取经济利益的行为。营利性是商事活动的主要特性,商行

为中的一些重要规则的制定，如买卖、代理、仓储、票据、证券等，都必须考虑营利性。

（二）商法属性的兼容性

1. 商法作为私法，兼有公法的性质

商法是从民法中分离出来的，所以商法与民法一样，同属私法的范畴。如商主体之间权利义务等规定，就属于私法性质。同时，有关商号确定规则、商事登记规则等规定，则都属于公法的性质。因此，现代意义的商法是以私法为中心、公法为例外的。

2. 商法作为国内法，兼有国际性

商法起源于商事交易习惯，这种商事交易本身就是一种跨国界的活动。所以，早期的商法主要表现为跨国商事交易习惯和惯例。在西方社会进入资本主义阶段后，商事交易活动在各国经济生活中的地位日益提高，各国开始重视对这种贸易活动的管制，便纷纷制定本国的商法。这样，商法才开始成为一种典型的内国法，但这一结果在很大程度上妨碍了世界贸易的发展。特别是 20 世纪以来，随着资本主义的进一步发展和贸易全球化趋势的日益加强，商法国际化呼声日益高涨，最终导致两种倾向出现：其一，国际商事立法得以加强。各国或国际组织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，使彼此之间的商法与国际商事法律、国际商事惯例之间更为协调。正由于此，各国商法都带有较强的国际性色彩。

3. 商法作为实体法，兼有程序法的内容

从商法总体法律规范分析，商法的实体法律规范居多，属于实体法，但商法同时又包含了大量的非诉讼程序规范和诉讼程序规范，具有较强的程序性。例如，公司设立程序、股东大会和董事会会议程序、公司解散与清算程序等，还有票据法上的出票、背书、承兑、付款和追索程序，以及保险法上的索赔与理赔程序等，均为非诉讼程序规范；又如破产申请与受理、债权人会议、破产宣告、破产清算以及和解与整顿等，均为诉讼程序规范。总之，商法通过实体与程序的规范，有效地保障了当事人权利的实现。

（三）商法规范的技术性和易变性

商法与民法的伦理性相比，其技术性在商法中是显而易见的。由于商法是个实践性极强的法律，这就要求商法对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都要做具体、翔实的规定，于是就使商事法律规范具有了可操作性和技术性的特点。例如，票据法中关于票据行为规则中的发票行为、背书行为、承兑行为等，破产法中关于破产财产的确定、破产分配的顺序等，都涉及大量的技术性问题。

由于商事法律规范本身就是反映商事交易活动的，而商事交易活动的内容和形式又都是在不断发展变化的，所以为了适应这些发展变化，商法与一般法律相比，其修改更为频繁。

三、商法的基本原则

商法的基本原则不仅是制定商法的根本出发点，更是适用商法的指导思想。它集中体现商法的性质和宗旨，因此，在制定商事法律规范时必须遵守以下基本准则。

（一）商主体法定原则

商主体法定原则，又称市场准入原则，是指作为商主体人格项下的具体形式和内容均应服

从法律的规定。该原则主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定 3 个方面。

1. 商主体类型法定

商主体类型法定是指可以进行经营活动的商主体在组织形式上由法律予以明确设定，非经法律设定者不得享有商主体资格；当事人不得创设法定类型之外的商事主体形式。如许多国家的商法，均承认无限责任公司、两合公司为商主体。而我国的商法中，这类经济组织并非商主体。再有，我国确定的、长期以来作为商主体存在的集体企业和个体工商户以及农村经营承包户，在西方国家商主体的概念中却从未出现。这种差异就是商主体类型法定的结果。

2. 商主体内容法定

商主体内容法定是指可以进行经营活动的商主体的财产关系和组织关系应当由法律予以明确规定。在我国，有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、独资企业、中外合作经营企业等这些不同的商主体，其投资者与被创设企业之间的财产关系、企业自身的组织机构等，彼此之间存在着重大差异。而这些差异之所以存在，其根本原因就在于法律对不同的商主体的上述关系设定了不同的规则、不同构成要件。

3. 商主体公示法定

商主体公示法定是指商主体之成立必须按照法定方式让大家知道，以便交易第三人及时知晓；未经法定公示者，不得对抗善意第三人。正是商主体公示法定原则，才构成了商事登记制度，如《公司法》颁布后就有《公司登记管理条例》，《合伙企业法》颁布后《合伙企业登记管理办法》出台，这些都反映了商主体公示法定的内容。

新闻链接：六起非法经营证券业务案受罚
环球网
<http://finance.huanqiu.com/roll/2015-09/7526166.html>


（二）商事交易公平原则

商事交易公平原则实际上是民法的公平原则在商法中具体体现。它要求，商主体在从事生产经营活动（即商行为）时，应本着公平的原则，正当行使权利和履行义务；在实现自己利益的同时，也要兼顾他人利益和社会公共利益。该原则的内容主要体现为商事交易主体地位平等和诚实信用两个方面。

1. 商事交易主体地位平等

这是指商主体在交易过程中，任何一方不得享有法律上的特权。任何形态的商主体在商事交易中的地位一律平等，其合法权益均受法律保护。不论是独资企业，合伙企业、还是公司；不论是内资企业，还是外商投资企业；无论是私营企业，还是国有企业、集体企业；无论是上市公司，还是非上市公司；无论是大企业还是中小企业，均具有平等的权利能力，平等地受到法律保护。可以说，离开了商主体之间的地位平等，商事活动中的公平、公正、等价有偿等基本要求将不复存在。

2. 诚实信用

这是指商事交易主体在从事商行为时应该诚实、守信，以维护交易之公平。这就要求：在处理当事人之间的利益关系时，要尊重他人的利益，在实现自己的利益时，也要保证对方当事人能够得到自己应得的利益；在处理当事人与社会的利益关系时，要求当事人在实现自己利益的同时，不得损害第三人利益和社会利益。

（三）商事交易效率原则

商事交易活动的目的，就是充分利用现有条件来追求最大经济效益，因此，资金与商品的流转频率越快，所获得的效益就越大。这就从客观上要求在制定商事法律规范时，应充分考虑商品交易的简便、迅捷。因此，各国都将交易效率作为商事立法的一个重要原则。该原则在商事立法中主要体现在以下 4 个方面。

1. 交易方式推定化

各国商法在规范商行为时，大多采取要式行为方式或文义行为方式，对其内容预先予以确定。如对租赁合同、借款合同、加工承揽合同、居间合同等商行为，就规定了大量的强制推定条款和任意推定条款，从法律上对合同的内容给予了预先确定，从而减少了合同当事人的协商过程，缩短了签订合同的时间。

2. 交易行为定型化

各国在商法中常强制规定商事交易行为规则。例如，像票据法对发票行为、背书行为、承兑行为、付款行为等的规定，减少了票据流通环节的质疑，保证了票据流通的方便和快捷。

3. 交易客体的标准化

这实际上是要求权利义务的证券化或权利义务的格式化。例如，反映股东权利义务的股票、债券，反映当事人请求权和追索权的票据等，都是通过商事立法使其法律行为标准化、定型化，从而简化了权利转让和权利认定的程序，缩短了交易的时间，进而达到商事交易简便、迅捷的目的。

4. 商事交易的短期化

各国商法对各类商事请求权的时效规定，普遍都短于民事请求权的时效规定，如票据请求权一般规定为 4~6 个月甚至 2 个月，比民法上的普通时效 2 年要短。其目的也是为了促使当事人尽早行使权利，保证交易的迅速进行。

（四）商事交易维持原则

商事交易维持原则主要体现在国家通过法律对商事活动进行强制干预，但这种干预的目的不是限制商事交易，而是通过立法建立良好的商事交易秩序，保障和促成商事交易。该原则在商法中主要表现为以下 3 个方面。

1. 充分保护交易自由和意思自治

由于商法本质上是私法，所以当事人的自由意志就非常重要。各国商法通过对交易自由、意思自治等的规定，来保证在不违背法律规定的前提下最大限度地尊重当事人的交易意愿，促进交易。

2. 最大可能维护商事交易的有效性

对于一些意思表示要件瑕疵或主体要件瑕疵的行为，各国商法出于交易维持的考虑通常并不一概认定为无效行为，而是通过对可撤销、效力待定等制度的规定，来最大限度地维持商事交易的有效性。

3. 最大可能为过错行为提供补救机会

各国商法通过对破产重整制度的规定，来最大可能地为商主体的过错交易行为或失误交易行为提供一个补救的机会。

（五）商事交易安全原则

商事交易安全原则要求当事人在商事交易活动中应当将其行为内容向交易相对人给予充分明示，使交易相对人对交易的内容有一个明确的了解，以维护商事交易的安全，否则该当事人应承担相应的法律责任。该原则在商法中主要表现为以下 3 个方面。

1. 提示义务

各国商法一般都规定，在商事交易中，交易各方均负有义务充分提示交易内容，并将交易活动的进展和变更情况及时通知对方，以便使交易相对人或第三人完全、及时地知晓交易实情，减少交易的风险。

2. 严格责任

为了防止行为人将损失风险转嫁给他人，各国商法大都采取严格责任的措施。如票据法规定，票据行为人对持票人承担连带责任，而且持票人可不按照票据债务人的先后顺序，向其中 1 人、数人或全部行使追索权；公司法规定股份有限公司的发起人应当承担因公司不能成立而导致的损失等，从而加强对交易行为风险的约束，保证交易的安全。

3. 保护善意第三人

对于商事活动的效力，各国商法一般采取外观主义认定原则，即在商主体或商行为性质不明的情况下，商法总是从有利于善意相对人的角度加以认定，如日本商法规定：无权代表公司的董事，以公司的名义实施的行为，公司应对善意第三人承担该行为的责任。该规定的目的，就是通过法律的积极干预确保交易的安全。

第二节 商法渊源与商事立法

一、商法渊源

1. 商法渊源的概述

商法渊源是指商事法律规范用来表现和存在的形式。它是对商事行为具有约束力的法律规范的重要来源，也是商事经营活动的重要法律依据。在传统商法中，商法的渊源主要为商事制定法、商事习惯法、商事判例法和商法学说。

在大陆法系国家里，具有典型意义的是以商法典为代表的商事成文法；至于商事交易习惯在何种情况下具有效力以及效力的范围，商法典和商事法通常都针对具体情况有不同的规定；而商事判例、司法报告的作用，在商事交易中的地位，要比英美法系这些以不成文法为主的国家差得多；此外，商法学理论著作、百科全书、法律期刊以及有关商法典和其他商事法规的学理评纂等，在商事交易的法律适用中也具有一定的指导意义。在英美法系国家中，早期的商判例法和商习惯法对商法具有绝对重要的意义；商法理论和学说在法律适用时也能发挥一定的作用；但在 19 世纪末，英美法系国家就开始出现了大量商事单行立法。因此，在世界范围内，商法领域与其他法律领域不完全一样，不论在大陆法系国家里还是在英美法系国家中，成文法都同样扮演着十分重要的角色。