



国家法律硕士专业学位研究生规划教材

商 法

COMMERCIAL LAW

张 舫 曹兴权 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



国家法律硕士专业学位研究生规划教材

商 法

COMMERCIAL LAW

张 舫 曹兴权 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法/张舫,曹兴权著. —武汉: 武汉大学出版社, 2011. 5

国家法律硕士专业学位研究生规划教材

ISBN 978-7-307-08726-2

I. 商… II. ①张… ②曹… III. 商法—中国—研究生—教材
IV. D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 077811 号

责任编辑:钱 静

责任校对:黄添生

版式设计:马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北民政印刷厂

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 19.5 字数: 375 千字 插页: 2

版次: 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-08726-2/D · 1086 定价: 34.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

作者简介



张 舫 1965年10月出生，辽宁沈阳人。重庆大学法学院教授、博士生导师、民商法博士。中国法学会商法学研究会理事，重庆市仲裁委员会仲裁员，兼职律师。个人独著、合著专著《公司收购法律制度研究》（法律出版社1998年版）、《证券上的权利》（中国社会科学出版社1999年版）等5部，在《法学研究》、《现代法学》、《法学》等学术期刊上发表论文二十余篇。



曹兴权 1971年7月出生，四川省南充人。法学博士（西南政法大学）、法学博士后（中国社会科学院法学研究所）。西南政法大学民商法学院教授、博士生导师。中国法学会证券法学研究会常务理事、中国法学会保险法学研究会常务理事、中国法学会商法学研究会理事，重庆市仲裁委员会仲裁员。从事民商法的教学与研究，出版《保险缔约信息义务制度研究》（独著，中国检察出版社2004年版）、《公司法的现代化：方法与制度》（独著，法律出版社2007年版）、《商道法意》（独著，法律出版社2009年版）等学术著作；参编教材多部；公开发表学术论文四十余篇。

编写说明

编写商法教材是一个较为困难的事。我国没有商法典，商法教材的体系如何构建并无所本，对于商法的内容构成，学界也见仁见智。与民法有别的商法，其存在历史已有几百年，但商法学科的自足性至今仍有缺憾。尽管传统商法有商人法和商行为法两条逻辑主线提纲挈领，但因民法商法化导致的商行为法式微，使商法与民法的界限日渐模糊，独立商法学科的构建仍需进一步探索。

我国的商法由诸多单行法构成，面对浩瀚而庞杂的商事立法，用何种逻辑主线明其分界而有所取舍，对于教者和学者皆非易事。考虑到教材的篇幅和实用性，作者选取了商法总论、公司法、证券法、票据法、保险法五部分。在商法总论部分，作者简单介绍了与商法学科有关的一些内容，对其中的理论并没有进一步展开。在商人法中，本教材选取了公司法，个人独资企业法、合伙企业法并没有纳入其中。在商行为法中，教材选取了证券法、票据法、保险法。

在编写方法上，考虑到教材的使用者为法律硕士研究生，经过本科训练，学生已具有很强的分析问题能力，本教材除了对基本制度和理论进行阐述外，在每一章的最后都附加了参考书目和思考题，对商法有兴趣的同学可以通过对参考书的阅读和问题的思考，进一步深入学习商法。法律硕士较为注重知识的实用性，为训练学生运用知识的能力，还附加了案例分析。

本教材的写作分工如下：

张舫：第二章第五节，第三章至第十一章。

曹兴权：第一章，第二章第一节至第四节，第十二章至第十七章。

目 录

第一章 走近商法	1
第一节 初识商法	2
第二节 商法的特殊性	10
第三节 商事法律思维	19
第二章 商主体法与商行为法概论	26
第一节 什么是商主体	26
第二节 商主体的类型	27
第三节 商主体的登记	33
第四节 商主体的名称	38
第五节 商行为法	42
第三章 公司的法律属性及构成要素	48
第一节 公司与公司法	48
第二节 公司的法律属性	50
第三节 公司的构成要素	54
第四章 公司设立	65
第一节 发起人	65
第二节 出资	72
第三节 公司设立程序与设立中的公司	76
第四节 一人公司	82
第五章 公司组织机构	86
第一节 公司治理与公司组织机构	86
第二节 股东大会（股东会）	88

第三节 董事会、监事会、高级管理人员	101
第六章 股东权	112
第一节 股东权的取得与转让	112
第二节 共益权	118
第三节 自益权	121
第七章 公司变更和解散	128
第一节 变更注册资本、合并、分立、变更组织形式	128
第二节 公司僵局出现后的解散	133
第三节 公司解散清算	135
第八章 证券与证券法	142
第一节 证券的概念	142
第二节 证券市场监管与证券法	149
第九章 证券发行	154
第一节 股票发行	154
第二节 债券发行	158
第三节 证券投资基金份额的发行	162
第十章 信息披露制度	165
第一节 证券公开发行的信息披露	165
第二节 持续的信息披露	168
第三节 违反信息披露义务的法律后果	172
第十一章 证券交易	181
第一节 上市交易	181
第二节 法律禁止的交易行为	187
第三节 上市公司收购	191
第十二章 票据制度的基础原理	198
第一节 票据制度产生的根源	198

第二节 票据制度展开的逻辑·····	199
第三节 票据的内涵·····	202
第四节 票据抗辩·····	204
第五节 票据法的定位及特征·····	208
第十三章 票据法律关系·····	212
第一节 票据关系的内涵·····	212
第二节 与票据有关的法律关系·····	214
第三节 票据关系的主体·····	216
第四节 票据权利·····	218
第十四章 票据行为·····	227
第一节 票据行为的内涵·····	227
第二节 票据行为的构成要件·····	229
第三节 票据行为的代理·····	232
第四节 几种主要的票据行为·····	233
第五节 票据瑕疵·····	241
第十五章 保险及保险法概论·····	249
第一节 保险概论·····	249
第二节 保险法的基本原则·····	254
第十六章 保险合同法·····	267
第一节 保险合同法总论·····	267
第二节 人身保险合同·····	282
第三节 财产保险合同·····	287
第十七章 保险监管法·····	295
后 记·····	303

第一章 走近商法

商法是什么？从何处来？到何处去？这些都是我们在学习研究商法、从事商事法律实务时必须思考的问题。

学习研究商法时，展现在我们面前的是“商法规则之林”。如果要真正理解这些规则的内涵及背后的精神、灵活地适用这些规则，仅仅从注释法学的角度去分析这些规则的构成要素、逻辑体系，则是难以办到的。因为，我们首先会发现，这里有太多晦涩的法律术语，表达这些规则的文字如此简单，但这些文字给我们的却是如此强烈的陌生感。其实，给我们带来陌生乃至观念冲击的，不是这些简单的规则文句，是规则针对的那些变幻莫测的商情，是文句背后那些陌生甚至不同寻常的商道。因为商法乃是反映商事交易活动客观规律的法，只有在了解商业经济活动基本情况、把握了商道之后，我们才可能理解商法、运用商法。凡习商法，必习商事。因此，先“识商情”、后“知商道”，再“明商法”，是理解商事法律制度应当坚持的一个基本思维逻辑顺序。

商法的产生与发展规律，就印证了这个基本逻辑。商法是由从事商业交易的商人创造并随着商业活动发展而不断发展的。一般认为，近代商法起源于中世纪地中海沿岸的商人法，但此前已经有一些商事规则。古希腊人在金融业务活动中创造了世界上最早的汇票制度。在中世纪，地中海沿岸城市商贸活动繁荣造就了商人阶层和行会组织。为协调商事活动、解决商事纠纷，商人们在罗马法的基础上创设了大量以商事惯例、行业章程和自治规则为表现形式的商事习惯规则。这些商事习惯，在近现代被直接转化成为了一些主要的商法制度。因为，近现代商事立法的过程也是对既有商事习惯的成文化处理的过程，如法国1673年颁布的《商事敕令》。而资本主义国家的第一部商法典——《法国商法典》，是照搬了早在大革命时期就已废止的1673年颁布的商事敕令而很快出台的。^①

^① 参见〔法〕伊夫·居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社2004年版，第17页。



商事交易活动是商法的实践来源；商法的产生和发展源自于商业交易的需要，商法规则是对商业活动基本规律和技术的反映。因此，在知晓一些商业交易基本常识、了解一些商事交易的基本情况、明白那些商事交易的基本原理和基本规律之后，再去学习和研究那些商事交易的基本规则，那么我们就很容易地领会到“商事规则之林”背后的逻辑和精神。此刻，对“商事规则之林”的陌生感就会完全消失。

第一节 初识商法

一、商法的商

（一）商的内涵

理解商法，首先要理解商法中的“商”。什么是商？法律上没有给出明确定义，而不同人从不同角度对此有不同的看法。

从社会基本常识的角度理解，商就是为了赚钱的交易或者买卖、生意。事实上，一些辞典也是从这个角度来解释商的。《辞海》认为，商就是“买卖、生意”。《布莱克法律辞典》认为，商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”。在经济学常识中，商是发生在生产者与消费者之间的直接媒介财货的交易。在一般法律常识中，商是与消费对立的一种活动，其目的在于获得金钱等财富。

从这个角度来表述与之有关的社会活动的法条有很多。这些法条中出现了一些与此相关的法律术语，比如民事法律中的“营业行为”和“企业活动”，合同法中的“经济活动”，工商管理法中的“经营活动”和“经营范围”。这些法律术语的背后也暗示着一种立场，即：营利性营业活动与非营业性活动是有区别的。前者，是为了赚钱，所以是生意；后者，不是为了赚钱，所以不是生意。

在此，我们可以得出一个初步结论：目前对于商事的概念缺乏统一认识，或许也没有必要对其进行集中研究并且努力去达到统一认识；不过，只要从常识角度进行思考，我们就会得到有关商的一些本质性判断，那就是，商就是为了赚钱的生意。如果把这个常识性的认识用学术性的术语加以表述，商就是营利性活动。

虽然建立在经济活动之上的法律制度应当尽可能地反映经济生活的本质和需要，但我们不要忘记，任何法律制度都是主观选择的产物，任何法律制度背

后都有一定的政策立场。这点，在商的判断上表现得特别明显。

当某类活动成为法律上的“商”行为后，法律就会对其进行特别规范，从事该类商行为的主体就要承担特别的法律义务。为了避免这种情况，实现特定社会目的，立法者完全可以把某些在客观上是“商”的活动排除在法律上“商”的范围之外，于是就产生了“商”非“商”的情况；同时，即使那些表面上看来不是“商”的活动，我们也可以把它处理为或者转化为“商”，这就产生了非“商”乃“商”的情况。关于“商”非“商”，比如医疗服务。很多医疗机构包括大量的公立医院，医疗服务的营业额高得惊人，在本质上它们提供的服务与一般商业服务机构提供的服务没有什么区别。但是，这些医疗服务的接受者很难通过消费者保护法来保护自己，而国家也不会对这些医疗机构征收营业税、所得税，这些医疗机构也不需要到工商机关进行工商登记。因为，在现行政策体制中，我们还没有把医疗服务之“商”当成商法中的“商”。再比如上海证券交易所。在本质上，它就是一个市场，如同我们身边的菜市场、电脑大卖场一样，都是提供给交易主体开展交易的场所，都要对进场参与交易的主体收取进场费、管理费。唯一不同的是，在证券交易所买卖的是证券这类资本性商品，而菜市场买卖的是蔬菜等食品，电脑大卖场买卖的是电子类、数码类商品。由于资本市场对国民经济来说太重要了，我们在政策上就对证券交易所从事的活动另眼相看，虽然在客观上是一种“商”，但把它当做“非商”来对待，特许其成立，不对其征税。

（二）为“商”时考虑的基本要素及民商法解读

商事法律制度，来源于商事活动。因此，为有效地理解商法制度，我们先要了解“商”运行的基本情况。为在宏观上把握“商情”和“商道”，我们可以先从微观的视角考察“商”。从微观上考察，任何商都表现为一个个的交易或者合同。设想一下，一个理性的交易主体在从事“商”时需要考虑哪些因素？在对这些因素的初步探求中，我们可能发现“商”本质，明白在其运作过程中的法律要求。一般来说，这些因素包括：

1. 以什么名义参与？

从事任何买卖、签订任何合同，我们都首先要考虑以什么名义参与的问题。是自己一个人参与，还是与他人合作？如果选择自己独立交易、独享收益、独立承担风险，那么是自己亲自签订，还是找代理人进行？如果是选择与他人全面合作以共享收益、共担风险，那么是自己作为合同一方、其他合作人作为合同一方还是所有合作的人一起做合同一方？

从商法的角度看，这些涉及商主体的问题。

2. 买卖什么？

买卖什么涉及做什么生意、涉及入什么行的问题。

如果我们借用经济常识、民法中的客体理论，对买卖种类的归纳可能变得相对简单。市场交易活动不外乎货物贸易与服务贸易两种，因此买卖的东西，要么是某种财物，要么是某种服务行为。在民法理论中，民事法律关系的客体包括物、智力成果、行为三种，其中物和智力成果其实都是财产，行为其实涉及服务。所以，从民法的视角看，我们做生意时不是在买卖财产，就是在交易某种服务行为。

从民法理论的权利角度看，买卖双方看重的不是这个客体本身，而是客体背后的权利或利益。对于服务行为，我们难以归纳它们背后的权利或利益的类型。但对物和智力成果这两个财产类客体来说则简单多了。当然，由于社会经济的发展，传统民法理论中的物、智力成果这两类客体已经难以涵盖所有财产，因此我们在此仅从财产的角度来考察买卖对象及背后权利的种类。在经济生活中，房屋、设备、其他动产、投资份额、债、著作、商标、专利、商业秘密、软件、游戏账号以及其他有价值的东西，如此等等，都是可以用来交易的财产。人们可以选择交易其中的某项财产，也可以选择交易某个财产集合。所谓财产集合，就是资本市场中的资产包，比如企业的某个营业^①、作为证券化处理对象的某个资产包等。透过这些财产类客体，人们买卖涉及的是包括物权（包括所有权、用益物权、担保物权）、债权、知识产权、投资性权利（股权、合伙企业投资份额权、基金权益、信托投资权利等）在内的各种权利，以及其他还没有上升为权利的合法经济利益。通过精细的合同安排，我们还可以交易某个权利中的某个具体权能乃至特定权能的某个部分。

从商法的角度看，这些涉及经营范围、商事权利、营业资产等问题。

3. 得到什么、代价是什么？

从事商事活动时，生意人目的很明确，那就是盈利。这个目的，需要通过一个个具体的交易或者合同来实现。在具体的交易中，他得到的可能是金钱，

^① 把“营业”作为法律关系的客体、围绕“营业”而产生的法律现象相对普遍，除了前面论及的营业转让、浮动担保外，还有企业整体承包经营、代管、托管、接管等。知识产权领域讨论的所谓营业模式专利保护问题，也与此有关。不过，我们不赞同所谓营业模式专利保护的提法或者论断。从商法理论、知识产权原理看，营业模式专利保护所指向往的营业模式要么是以特定模式存在的营业（此刻属于营业资产），要么指向营业活动背后以抽象方式存在的思路、方法、体系、安排等。这些抽象的思路、方法、体系、安排等，很难构成专利法保护的对象。

也可能是用以继续生产的资源、服务技能、某种能力，可以是某种利益，甚至可以是某种合理的期待。当然，他也必须付出一定代价。对所得与付出，理性交易主体都要在事前作评估。在交易过程中，他们的一切活动都围绕这些评估来具体展开。

从商法的角度看，这些涉及商事权利、商事义务等问题。而商事权利与商事义务的确定，则涉及商事合同的设计问题。

4. 拿什么来支付对价？

拿什么来支付对价，涉及交易活动的具体媒介。商业交易活动是围绕一定媒介进行的。在现代社会，该媒介即现金。任何从事商事活动的主体在从事交易之前，都必须预先安排支付对价的资金。融资，是现代商业社会中的一种重要活动。

一般来说，融资方式大致有两种：一种是借债，一种是争取获得他人投资。借债就是债权式融资，在借到他人钱后，融资人必须按约定还本付息，因此其资产负债表中负债要增加，整体资产负债率要升高，而自己面临的偿债压力也会随之升高。争取获得他人投资的，事实上是争取他人与自己合作做生意。对他人投资投入的金钱，融资人不必偿还，这将显著改善自己的财务状况。自己资产负债表中资产增加，整体资产负债率降低，而自己面临的偿债压力也会随之降低。在现实生活中，争取他人投资的方式，主要包括：让他人入伙，一起经营合伙企业；让他人入股，一起经营公司；让他人入社，一起经营农民专业合作社；让他人投入资金，与自己合作组建一个不得赎回的基金；或者在每一笔生意中，简单合作，共同出钱，赚了就分，亏了就散。让他人入股自己经营或者准备经营的公司，是最主要的方式，因此获得他人投资的融资方式也被称做股权式融资。

在谈判方式上，融资方有两种不同选择。其一，点对点的谈判。即一个融资者与一个资金提供者之间面对面地谈判。借贷合同的签订、向个别人增资扩股，选择的的就是这种谈判方式。其二，点对面的谈判。即融资者与几个甚至不确定的多个资金提供者之间进行谈判。发行债券、发行股票、发行基金单位，选择的的就是这种方式。

从商法的角度看，这些涉及借贷合同、民事合伙、公司企业、合伙企业、农民专业合作社、基金、股票及发行、债券及发行等相关问题。

5. 如何有效防范风险？

生意人必须有风险意识、风险防范意识。风险防范，有事前机制，也有事后机制。对待市场风险的理性态度，是在事前主动地防范。交易风险的事前防



范机制，包括设计好合同、主动利用有限责任制度、买保险等。其中，事先设计好合同是最主要的机制。由于各种交易对象涉及的交易规律可能不同，因此我们根据特殊交易对象的特殊交易规律，设计出相对完备的合同，详细界定各方的权利义务以及权利义务实现的具体程序。当我们无法通过合同机制来防范风险时，就可以考虑主动利用有限责任制度、买保险。有限责任，可以用来限定我们承担损失的范围；保险，可以把我们的风险转移到保险公司。对整个社会而言，有限责任与保险并不能够消除风险，它们只是分配风险、转移风险的机制，能够把特定主体所遭遇的风险分配给或者转移到其他那些有较高风险管理能力的主体。事后防范机制，主要是纠纷发生时的调解、仲裁、诉讼机制。

从商法的角度看，这些涉及特殊借款合同、保险、有限责任、破产、商事裁判和商事仲裁等有关问题。

二、商法的法

（一）商法的内涵

理论上对商法的定义，大致有两种不同方式。其一，把商法界定为调整市场经济关系中商人及其商事活动的法律规范的总称；^①其二，把商法界定为调整商事关系的法律”。^②对于到底采取哪种界定方式才是最佳的并不重要。只要我们通过这个概念对商法有个初步印象即可。所以，我们没有必要把精力放在商法内涵的争论上。

为进一步理解商法的内涵，理论上还从其他角度加以分析，比如有形式意义的商法与实质意义的商法之分、狭义商法与广义商法之别。形式意义的商法是指民商分立的国家所制定的并冠以“商法典”之名的法律，如法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等40多个国家制定的商法典。实质意义的商法，则指调整商事关系的各种法律规范的总称。在世界各国，无论有无商法典，实质意义上的商法都大量存在。在英美法系国家，虽然不存在民商分立之说，但实质意义上的商法也是存在的。^③在我国，目前还没有商法典，只存在实质意义上的商法。本书也讨论实质意义的商法。

^① 参见徐学鹿：《商法教程》，中国财政经济出版社1997年版，第1页。

^② 参见赵万一：《商法基本问题研究》，法律出版社2002年版，第44页。

^③ 虽然美国有《统一商法典》，但这个统一商法典，不是大陆法系法典意义上的法，而是理论研究的产物，至多可称为法典草案。因此，不能够把美国《统一商法典》与法国、德国的商法典相提并论。



广义商法,是指调整国内和国际商事关系的法律规范的总称,包括国际和国内商事法两种。国内商事法,即国内关于调整商事关系的法律规范的总和,又由商事公法和商事私法构成。国际商法则是指调整国际间商事关系的法律规范,包括有关的国际公约、国际条约和国际惯例等。狭义商法,仅指某个国家国内的商事私法。本书涉及的商法,仅指狭义商法。

(二) 商法的属性

1. 商法是私法

在法律理论中,从法律关系的角度界定部门法是最主流的思维路径。遵循该路径,我们首先去考察商事关系。社会整体意义的商由具体的交易构成,而具体的交易又表现为具体的商事关系。从法律关系的理论看,具体交易是导致法律关系产生的法律事实。商事交易发生了,商事关系也就产生了。

在一般观念中,商事交易发生在平等主体之间,这种情况下发生的商事关系是平等性质的关系。当然,商事法律关系因商事活动中的某些事件而产生。当然,这些由事件导致的关系可能发生在平等主体之间,也可能发生在不平等主体之间,但本书主要涉及前一种关系。

既然商法调整的商事关系在本质上是平等主体之间的关系,那么其调整方法应当最大限度地尊重当事人的意愿。在这个意义上讲,调整商事关系的商法应当归属于私法。^①也就是说,涉及商事关系的法律很多,但商法仅仅是其中的一部分。基于商法的私法属性,意思自治当然是商法应当坚持的最基本原则,而国家也应当坚持鼓励自由竞争的原则来对待商业活动,应鼓励商事主体在商事活动中的积极性和创造性,应坚持“法无禁止即自由”的基本原理来对待商事交易。当然,任何自由都是有限度的,国家对待市场自由原则的态度及政策也会随着社会的发展有所修正。为了矫正市场失灵,公平合理地来调剂社会各阶层的利益关系,国家加大了对经济活动的干预,商法中也出现了越来越多的强制性规范,商法也表现出越来越多的公法色彩。在商法理论上,把这种“自由与强制并存”、“私法与公法共色”的现象被称为商法的复合型,有人甚至还提出了“商法的公法化”的论断。

在此,我们必须清醒地认识到,商法中出现大量强制性规范的事实并不能改变商法的私法属性,正如我们不能因为证券法、票据法主要由强制性规范构成就把它归属到公法一样,商法依然属于私法。一方面,在从事商事交易活

^① 参见赵万一:《商法》,中国人民大学出版社2003年版,第4页;刘凯湘:《论商法的性质、依据与特征》,载《现代法学》1997年第5期。

动时,我们不仅仅使用那些特定法律领域的商事规范,事实上还必须同时以各种方式大量运用《民法通则》、《合同法》、《物权法》等法律规范;另一方面,“公法性条款始终处于为私法交易服务的地位,由此,它还不能从根本上改变商法的私法属性”。^①因此,“商法的公法化”的论断在某种程度上带有误导性。因为我们是在实质意义上来考察商法的,那么从实质上判断,那些真正完成了“公法化”的规范再也不能看做商法规范了,而是当然地归属于公法,界定刑事责任的规范应归属于刑法范畴,界定行政管理的规范就应当归属到行政法的范畴,那些贯彻特定经济政策的规范则可以归属到经济法的范畴。否则,我们的思维立场就是矛盾的:在实质意义上来认识商法的内在本质,而在形式意义上来划分商法的外延。

2. 商法是民法的特别法

因其私法属性,商法与民法发生天然的联系,正所谓“民商本一家”。这种判断,可以从商事关系的法律需要上得到印证。在法律理论中,商事关系包括主体要素、客体要素、内容要素,而导致商事关系产生的是商事法律事实。参与商事活动主体,当然是民法上的民事主体;构成商事关系内容的商事权利肯定属于民事权利,而商事义务也当属民事义务。作为商事关系客体的物、智力成果及行为,也是民法理论中的物、智力成果及行为,产生商事关系的商事行为和商事事件,也属于民法上的法律事实。因此,民法有关主体、权利、行为的规定当然是商事活动的基础性规范。之所以要产生特殊的商事制度规范,是因为商事交易的特殊性导致一般民事制度难以满足其需要。需要注意的是,特殊的商事制度规范不是凭空被创造的,而是在民法一般原理、一般原则上产生的。比如公司这类商主体,民法仅规定它是一种民事主体,但如何设立、内部如何管理等,民法则根本没有规定。这就需要我们按照公司运行的客观规律,加以特别安排。总之,民法涉及的是一般社会生活的原则性规定,而商法则涉及的是特殊社会生活的具体性或技术性规定,商法对于民法处于特别法的地位。

因此,在针对商事活动适用法律时,我们首先应当查找商事特别法规范,如果没有这些特别规范,则适用民法规范。比如证券买卖,先看《证券法》以及其他商事特别法的特别规定;如果《证券法》以及其他商事特别法没有明确规定,则来看《合同法》分则;如果《合同法》分则没有规定,则看

^① [德]海曼:《商法典评纂》第1卷,第5页。转引自范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第9页。

《合同法》总则，如果《合同法》总则也没有规定，则适用民法通则的相关规定。

（三）商法的外延

商法的外延，就是商法包括哪些内容。对此，学界至今没有一个统一意见。不同的主体有不同认识，甚至同一主体在不同场合的看法也不一致。于是，学者对此发出了商法困惑的感叹。^①

之所以产生如此感叹，主要是因为我们在划分商法边界时所采取的立场、期望实现的目的并不统一。对商法的外延，我们可以站在实质意义商法的立场去划分，也可以站在形式意义商法的立场去取舍；我们可以为了教学内容安排的目的去安排，也可能为了建立商法理论体系的目的去演绎；我们可以从实然的角度进行归纳，也可以从应然的角度进行探究。因此，我们从特定角度论证商法的外延时，要理性对待他人的结论，不探究这些结论背后立场或目的而对其进行评判的任何做法都是不严谨的。其实，我们从这点也可以得到一个基本判断：建立统一的商法外延框架的想法，是不理性、不可能，也是不必要的。

因此，每个人都可以基于特定立场来取舍商法，而这个取舍结论则不得随意地当做商法应然外延的评判标准。在这里，我们也给出一个基于特定立场对待商法外延的轮廓性认识。从商事关系法律需求的角度看，商法应当包括商主体法、商行为法、商权利法、商客体法。不过，由于商权利法、商客体法几乎被商主体法、商行为法所涵盖。比如股权，其内容完全由公司法规定，其交易则由公司法、证券法来规范。因此，几乎所有商法教材都是遵循商主体法、商行为法的二分法来安排内容的。在我国，商主体法包括《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《破产法》、《全民所有制企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外商独资企业法》等法律以及其他有关法规；商行为法包括《合同法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《信托法》、《基金法》、《商业银行法》、《航空运输法》等法律和其他有关法规。但需要注意：第一，我们罗列的商法并不完全，没有被罗列上的不等于不属于实质意义的商法。第二，本书所罗列的内容与课程讲授中的取舍结果可能不一致，没有在课程中讲授的法律，并不是说它不属于商法的范畴。第三，民法的一般性与商法的特殊性之间不存在明晰界限，是线性的关系而不是梯级的关系，因此对于哪些法律属于民法、哪些法律属于商法的问题没有必要争论，完全可以根据自己立场加以取舍。正是在这个意义上，我们罗列了《合同法》。

^① 参见赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛》2002年第1期。