

GAODENG XUEXIAO FAXUE JIAOCAI

高等学校法学教材

商 法 学

SHANG FA XUE

◎ 叶 朱 / 主编



東南大學 出版社

商 法 学

主 编 叶 朱
副主编 张鲤庭
徐兆宏
黄 笠

东南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法学 / 叶朱主编. —南京: 东南大学出版社,
2004. 2

ISBN 7-81089-533-8

I. 商... II. 叶... III. 商法—法的理论—中国
IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 002582 号

东南大学出版社出版发行

(南京四牌楼 2 号 邮编 210096)

出版人: 宋增民

江苏省新华书店经销 丹阳市兴华印刷厂印刷

开本: 850mm×1168mm 1/32 印张: 13.5 字数: 370 千字

2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

印数 4000 册 定价: 23.50 元

(凡因印装质量问题, 可直接向发行科调换。电话: 025-83795801)

前 言

商法是一门古老的学科。近代商法起源于中世纪地中海沿岸的商业城市和海上贸易。11 世纪左右,随着商品交易的逐步繁荣,调整商业活动的成文法和习惯法在欧洲相继出现。这时商法的法律渊源主要有城市法、商人同业行会自治规则、商事和海事判决、地区和跨地区的商人习惯法以及国王、领主、教会颁布的单行法规。在 1563 年,法国政府就设置了商事法院;路易十四时期,于 1673 年和 1681 年制定颁布了《商事敕令》、《海事敕令》;1807 年,法国颁布了法制史上具有里程碑意义的《法国商法典》,标志着商法作为一个独立的法律部门从民法中分离出来。我国古代社会长期奉行诸法合体,可以说不存在独立的商法部门或集中的商法制度;同时,由于中国古代重农抑商,商品经济极不发达,商法因此亦难以发达。近现代意义上的商法在我国始于清朝末期。新中国成立后,在很长一段时期内,由于实行计划经济,国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段,因此,长期没有完整的商事立法。改革开放、社会主义市场经济体制的确立,对我国商事立法提出了迫切要求,随着《公司法》、《票据法》、《合伙企业法》、《证券法》、《合同法》以及《个人独资企业法》等法律的诞生,我国的商法体系正在逐步形成。

但是,由于我国长期以来走的是民商法合一的路子,没有独立的商法典,因此对商法的研究比较薄弱,在商法的内涵、商事法律关系、商法体系等许多问题上还有很多不同看法。本书力图以我国经济体制改革和经济建设的需要为出发点,立足于我国现有法律法规,构建较为完整的商法体系。

本书主要分为四大部分。第一部分为商法概述,包括商法的

概念、特征、历史、商事法律关系等；第二部分为商事主体法律制度，包括个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资企业法和破产法等；第三部分为商事行为法律制度，包括合同法、担保法、证券法、票据法、保险法、海商法等；第四部分为解决商事纠纷的法律制度，包括仲裁法和民事诉讼法。

本书有以下几个特点：第一，全面。本书按照商法体系，全面介绍商主体、商行为和商事纠纷解决等各部门法的主要内容，便于读者对我国商法体系有个全面的了解。第二，新颖。本书紧跟我国立法步伐，不仅介绍各商事部门法律，还介绍破产法、合同法、担保法、票据法等最新司法解释的内容。本书还全面反映商法领域最近出现的新理念、新理论和新方法。第三，理论联系实际。商法是一门应用性学科，与社会经济活动的关系十分密切。本书在各章节穿插精彩、简短并且有针对性的案例，并进行深入的剖析，使读者不仅掌握商法知识，而且能够运用商法理论解决实际经济问题。

本书可以作为大学生、MBA 教材，也可以作为社会组织、公民参与经济活动、处理经济事务的参考书。

本书由上海财经大学叶朱副教授主编，张鲤庭、徐兆宏、黄笠担任副主编。具体撰稿人如下（按章节顺序）：陈真真（第一章）；孙飞廉（第二章）；张鲤庭、徐菁（第三章）；周敏（第四章）；黄笠（第五章）；叶朱（第六章）；徐兆宏（第七章）；欧阳诚构（第八章）；张东（第九章）；夏玮（第十章）；吴静梅（第十一章）；杨晓宁（第十二章）。书稿完成后，叶朱对全书进行修改、统稿。本书作者所在单位为上海财经大学和硅湖学院。硅湖学院的领导徐世良、夏斯存对本书的写作给予热情关心和大力支持；在成书过程中，得到上海财经大学法学院院长丁邦开教授的指导，在此表示深切的谢意。

由于作者的学术水平有限，本书的缺点、错误在所难免，希望读者批评指教。

叶 朱

2004 年 1 月

目 录

第一篇 商法概论

第一章 商法概论	(3)
第一节 商法的概念与特征.....	(3)
第二节 商法的调整对象和地位.....	(9)
第三节 商法的基本原则	(11)
第四节 商事法律关系	(14)
第五节 商法的产生与发展	(16)

第二篇 商事主体法律制度

第二章 内资企业法律制度	(23)
第一节 企业的概念和种类	(23)
第二节 全民所有制工业企业法	(28)
第三节 合伙企业法	(40)
第四节 个人独资企业法	(57)
第三章 公司法律制度	(63)
第一节 公司法概述	(63)
第二节 有限责任公司的设立和组织机构	(71)
第三节 股份有限公司的设立和组织机构	(78)
第四节 股份有限公司的股份发行和转让	(90)
第五节 公司财务、会计.....	(92)
第六节 公司的合并、分立.....	(95)
第七节 公司破产、解散和清算.....	(97)

第八节	外国公司的分支机构	(99)
第九节	违反公司法法律责任	(101)
第四章	外商投资企业法律制度	(107)
第一节	外商投资企业法概述	(107)
第二节	中外合资经营企业法律制度	(110)
第三节	中外合作经营企业法律制度	(122)
第四节	外资企业法律制度	(127)
第五章	破产法律制度	(134)
第一节	破产法概述	(134)
第二节	破产程序的开始	(137)
第三节	债权人会议	(143)
第四节	破产和解和破产重整	(146)
第五节	破产宣告和清算	(149)

第三篇 商事行为法律制度

第六章	合同法律制度	(167)
第一节	合同法概述	(167)
第二节	合同的订立	(169)
第三节	合同的效力	(174)
第四节	合同的履行	(178)
第五节	合同的担保	(182)
第六节	合同的变更和转让	(195)
第七节	合同权利义务的终止	(197)
第八节	违约责任	(200)
第九节	十五种有名合同	(203)
第七章	证券法律制度	(218)
第一节	证券法概述	(218)
第二节	证券发行	(222)
第三节	证券交易	(234)

第四节	上市公司收购·····	(238)
第五节	信息披露制度·····	(247)
第八章	票据法律制度·····	(260)
第一节	票据法概述·····	(260)
第二节	汇票·····	(271)
第三节	本票·····	(287)
第四节	支票·····	(289)
第五节	违反票据法的法律责任·····	(291)
第九章	保险法律制度·····	(296)
第一节	保险法概述·····	(296)
第二节	保险合同·····	(301)
第三节	财产保险合同·····	(306)
第四节	人身保险合同·····	(314)
第五节	保险业法·····	(317)
第十章	海商法律制度·····	(327)
第一节	海商法概述·····	(327)
第二节	船舶和船员·····	(330)
第三节	海上货物运输合同·····	(337)
第四节	船舶租用合同·····	(345)
第五节	船舶碰撞·····	(349)
第六节	海难救助·····	(353)
第七节	共同海损·····	(358)
第八节	海事赔偿责任限制·····	(363)

第四篇 商事纠纷的解决

第十一章	仲裁法律制度·····	(371)
第一节	仲裁法概述·····	(371)
第二节	仲裁机构·····	(375)
第三节	仲裁协议·····	(377)

第四节	仲裁程序·····	(383)
第十二章	民事诉讼法律制度·····	(392)
第一节	民事诉讼概述·····	(392)
第二节	民事诉讼管辖制度·····	(395)
第三节	诉讼参加人制度·····	(400)
第四节	民事诉讼证据制度·····	(404)
第五节	民事诉讼保障制度·····	(408)
第六节	民事审判程序·····	(410)
参考文献 ·····		(422)

第一篇

商法概论

第一章 商法概论

第一节 商法的概念与特征

一、商的涵义

“商”是一个古老的用语，也是现代社会中一个多学科使用的词汇。现代汉语中“商”一词，在英语和法语中表述为“commerce”，在德语中表述为“handels”，在日语中表述为“商”。但一般常识的“商”、经济学上的“商”和商法上的“商”是有不同的涵义的。

早在中国的古代，人们就提出了“通财鬻货曰商”，“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓商”，“商欲农，则草必垦矣”，“行曰商，止曰贾”。这种理解是将“商”视为买卖，是人们对“商”的朴素认识。伴随着商品贸易的发展、交易规模的扩大，尤其在货币出现之后，这时，商逐步演变成一种以营利为目的的活动，“商”的内涵就更加丰富了，不仅非营利的交换活动为商，而且以营利为目的的交易活动也为商；商不仅指一种交易行为，有时也特指从事这一行为的人，出现了商即商人的概念。

法律意义上的商，是一种特指的经营行为，而非一般的贸易活动。在近代经济的发展中，营利性被视为商的本质。从法律上理解商，重点不在于商的方式即是否处于流通和生产，而在于理解商的目的，即是否属于营利性活动；以及商的主体资格，即从事这种营利性活动的行为人是否具有法律上所赋予的能力。

商这一概念，也是不断丰富和发展的。商的标的从动产和有

形财产发展到包括相当部分的不动产、无形财产、票据、有价证券、知识产权等等；商的行为从买卖、代理、票据、运输、保险、海商等发展到包括银行业信托、证券交易、融资租赁、知识产权贸易等，并且发展到与买卖没有直接关系的人身保险、制造加工业、印刷业、出版业等。商主体过去以自然人为主或以按法定程序拟制的商人为主，发展到如今则以法人和非法人的组织，尤其是企业为最主要的主体。当然，商在各国所表现的范围不同，其具体范围应依据各国商法的规定。

二、商法的概念

通过上述商的涵义可知，商法是指调整商事主体从事商事行为（交易活动）所发生的社会关系，即商事关系的法律规范的总称。商法通常有广义和狭义两种意义。狭义的商法仅指商法典及其附属法规，如商法典及其施行法等等；广义的商法包括全部商事法律部门，它不仅包括商法典，即商人身份法和商行为法等内容，还包括与商事经济活动密切相关的各种法律，如公司、票据、银行、保险、运输、代理、信托等法律。也有学者认为，狭义的商法仅指国内商法中的商私法规范；广义的商法则包括国内商法规范、国际商法规范、商公法规范、商私法规范。

多数学者在理论上将商法分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构，最终表现于一个法律文件——商法典中。实质意义上的商法则是从规范总和上把握的一定的法域。由于各国的国情和法律编纂原则不同，形式意义上的商法也表现为不同的具体形式。大陆法系国家从本国的实际出发，采取不同的法律编纂原则：

（1）主观主义原则，又称商人法主义和商业法主义原则，以德国为代表，以商人概念为核心并以此为基础表述商行为概念，进而按照这一思路构造商法典；

（2）客观主义原则，又称商事法主义或商行为主义，以早期法

国为代表,以商行为概念为核心,并以此为基础表述商人概念,进而构造商法典;

(3) 日本商法典以及修改后的法国商法典采用的是折衷主义原则,同时以商人概念和商行为概念为基础构造商法典的规范体系。

英美法系国家大多没有形式意义上的商法,只有美国制定了统一商法典。它采取的立法原则与大陆法系国家不同,是以货物买卖为中心构造其规范体系。

实质意义上的商法着眼于规范性质、规范构成和作用理念的统一,它是调整商事关系的法律规范的总和。它不仅仅存在于商法典中,也存在于其它有关商事的法律、法规之中,而这些相关的商事法律规范的总和便是商法。从这一点看,无论属大陆法系还是英美法系,无论奉行民商分立还是奉行民商合一的国家,都存在着实质意义上的商法。

三、商法的特征

商法的特征是指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。多数学者认为,商法的特征主要如下:

1. 商法调整行为的营利性

商法调整的是商事行为,营利性是商事行为的主要特性。营利性是指经济主体通过经营活动而获取经济利益的特性。这一特性不仅影响到商主体身份的确立、商行为的界定、商活动的目的及商立法和司法的原则,更关系到商法中的一些重要制度的构造和重要规则的确立,如商主体设立、变更和终止、商事登记、商事账簿、票据、证券、保险、海商等等。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、结算、税收等方面的特殊规定,也都以营利的特性为出发点。

2. 组织法与行为法规范相结合

商法调整的商事关系,包括商事组织关系和商事行为(交易)

关系。而通常意义的商法,也相应地包含了组织法和行为法。组织法解决市场主体的规范问题,即解决“市场进入”的问题,要求商人组织体的健全,以保障交易的安全性。行为法解决主体进入市场后的游戏规则问题,要求商行为的自由选择,简便快捷,以促进交易的达成。组织法与行为法的结合,实际也是严格性与灵活性的结合,正如同德国商法学者德恩(Dahn)所说:“商法是一切法律中最为自由,同时又是最为严格的法律。”

3. 商法规范的技术性和易变性

商法具有很强的实践性,它对商行为的行为方式、行为环节、行为规则都作了具体详实的规定,具有可操作性和技术性,与民法中偏重于理性规范的特点不一样。例如,保险法中关于保险费用、损害赔偿的估定;票据法中关于票据之发票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩、追索权之行使;公司法中关于公司机关、公司股份、公司债券;海商法中,关于共同海损、理算规则等等,都涉及大量的技术性问题。同时,由于商法规范本身必须及时反映现实商事交易活动之需求,而商事交易活动的内容和形式都随社会经济发展而不断变化,因而商法与一般法律相比,其修改更为频繁。

4. 商法规范的公法因素

从公法和私法的角度来看,商法作为调整商事交易主体关系的法律,从根本上说属于私法范畴,但它是一种特别私法规范体系。为有效监管经济生活中的垄断、不正当竞争和侵害消费者利益的行为等,目前各国的商法均以积极干预的方式代替以往放任主义的态度,在以私法规定为中心的前提下,补充大量的公法性条款,即国家通过立法形式而干预商事交易活动的规范,即所谓的“私法公法化”。如,法国公司法(第55条~第65条)和德国商法(第15条)关于公司登记的规定;日本商法关于商业登记的规定(第12条);我国公司法关于公司登记和设立股份有限公司、外国公司分支机构需经审批的规定等(第27条、第77条、第96条、第200条)。但“这些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。”

5. 商法规范的可借鉴性

这一特征是由世界各国经济发展的规律性、商事活动的类同性所决定的。商法最初起源于商事交易习惯,早期商法也主要是一种跨国商事交易习惯和惯例。而在西方社会进入资本主义阶段之后,国家开始重视对贸易的管制,纷纷制定本国商法,商法开始成为一种典型的内国法。随着近年来国际经济一体化进程的推进,国际贸易、国际投资活动日益频繁,商法中的技术规范也逾越了一国的界限,被国际交往双方或多方所采用。在国际经济交往中,寻求国际经济优势的互补,遵守统一的商事规则,是不可抗挡的发展趋势。目前,国际上已制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例,同时各国的商法规则也在不断的修改、融合之中。商法规范在国际经济交往中的可借鉴性重新得到了体现。

四、商法的渊源

商法的渊源是指商法规范的表现和存在形式。在传统商法中,商法的渊源主要为商制定法、商判例法、商习惯法和商法学说。在大陆法系国家中,具有重要意义的是以商法典为代表的商成文法,而商事交易习惯的效力通常由商法典和商事法规根据具体情况对其作不同规定,部分国家的商法学理论著作、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也具有一定的指导意义。在英美法系国家,除了传统的商判例法和商习惯法、商法理论和学说外,成文法同样扮演着十分重要的角色,表现为大量商事单行立法。20世纪以来,随着社会经济的进步,经济组织形态和结构日益完善,内部制度日益健全,以及对外交易手段的发达和多样化,个人意思自治所产生的约定表现形式达到较高的严谨、完整和规范化阶段,商事自治法也随之发展成为商法的一个重要法律渊源。

目前我国,商法的渊源主要为制定法、立法和司法解释、商

事自治法等。一般来说包括：

1. 法律

即全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的规范性文件。如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国保险法》以及《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国合同法》中的相关规定等。

2. 行政法规

即国务院及其所属机构制定的规范性文件。如《中华人民共和国公司登记管理条例》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《国务院关于股份有限公司境外上市外资股的规定》、《股份有限公司国有股股东行使股权行为规范意见》、《支付结算办法》等。

3. 地方性法规

即地方国家权力机关和行政机关制定的规范性文件。如《深圳经济特区商事条例》等。

4. 国际条约、国际惯例

即我国参加的国际条约。如《1966年国际船舶载重线公约》、《1972年国际海上避碰规则公约》、《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《国际贸易术语解释通则》等。

5. 立法解释

即全国人大常委会关于商事法律的立法解释。

6. 司法解释

即最高人民法院对商事立法的解释。如《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》。

至于商事判例和商法学说，虽然不是我国商法的渊源，但它们在审判实践中已经越来越多地受到重视。