

高等院校法学专业系列教材

• 总主审 李昌麒 许明月 • 总主编 黄锡生 熊志海

LAW

商法学

• 主 编 甘长春 唐永前 • 副主编 陈喆 王彦昕 • 主 审 赵万一

重庆大学出版社

LAW

商法学

中国政法大学法律硕士专业学位研究生教材

中国政法大学出版社

商 法 学

主 编	甘长春	唐永前
副主编	陈 晴	王彦昕
主 审	赵万一	

重 庆 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

商法学/甘长春,唐永前主编. —重庆:重庆大学出版社,2003.4

(高等院校法学专业系列教材)

ISBN 7-5624-2809-3

I.商... II.①甘...②唐... III.商法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV.D923.299

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第029734号

商 法 学

主 编 甘长春 唐永前

副主编 陈 晴 王彦昕

主 审 赵万一

责任编辑:邱 慧 姚正坤 版式设计:周 晓

责任校对:何建云 责任印制:张立全

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:张鸽盛

社址:重庆市沙坪坝正街174号重庆大学(A区)内

邮编:400030

电话:(023)65102378 65105781

传真:(023)65103686 65105565

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn(市场营销部)

全国新华书店经销

重庆升光电力印务有限公司印刷

*

开本:787×1092 1/16 印张:22 字数:401千

2003年5月第1版 2003年8月第2次印刷

印数:3 001—8 000

ISBN 7-5624-2809-3/D·194

定价:25.00元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有 翻印必究

高等院校法学专业系列教材编委会

总 主 审 李昌麒 许明月

总 主 编 黄锡生 熊志海

副总主编 张新民 李希昆

何 沙 曾文革

编委会成员(按姓氏笔画排名)

万绍君	牛建平	王晓冬
邓瑞平	付子堂	宁艳岩
甘长春	李旭东	李祖军
刘云生	汪 力	宋宗宇
时显群	陈静熔	杨再明
杨 杰	杨连专	吴绍琪
陆志明	张正德	张爱军
张树兴	罗世荣	赵生祥
赵云芬	祝建兵	侯 茜
高 飞	徐继敏	陶 林
唐永前	谭光定	蔡维力

出版说明

市场经济就是法治经济。为适应 21 世纪市场经济新要求,迎接“人世”的新挑战,培养高素质的法学专业人才,根据国家教育部关于普通高等院校法学专业开设课程的要求,我们组织了十多所院校法学专业的教师编写这套系列教材,以供法学专业本、专科学生使用。本教材具有以下特点:

1. 反映法学理论发展的新成果和立法执法的新情况。本套教材力求吸收法学理论研究的新成果和前沿理论观点,采用新颁布的法律法规,特别是加入 WTO 后我国颁布或修订的法律法规。

2. 注重编排体例的科学性。本套教材作为一个整体,我们在编写时,一是注意每一本书内部体例的科学性和逻辑性,二是注意处理好学科与学科之间的交叉和衔接关系,避免重复和疏漏。

3. 注重基础教材,合理把握内容难度。本套教材按照法学专业本科生教育的要求和全国统一司法考试的要求来设计内容的深度和广度,做到既反映一定的学术前瞻性又注重法学的基本框架、基础知识和基本理论,力求使本科学子易于掌握并达到应有的要求。

4. 简明实用、通俗易懂。本套教材针对本科学生的特点和各课程的学时安排,力求简明扼要,注重实用,写作符合规范,语言通俗易懂,便于学生自学。

《商法学》是本系列教材之一,由主编修改、定稿,由中国法学会商法学研究会常务理事、西南政法大学民商法博士生导师赵万一教授主审。各章撰稿分工如下:甘长春(重庆行政学院)第一章;唐永前(重庆行政学院)第二章、第三章、第六章;李爱红(重庆行政学院)第四章;谢秋红(重庆行政学院)第五章;黄锡生、唐绍均(重庆大学)第七章(合写);吴志宇(西南师范大学)第八章;陈晴(重庆大学)第九章、第十六章;余红(西南石油学院)第十章;王彦昕(昆明理工大学)第十一章、第十四章(合写);陈磊(西南林学院)第十四章(合写);刘峰(昆明理工大学)第十二章;曾娜(昆明理工大学)第十三章;马楠(重庆行政学院)第十五章。

法学专业系列教材编委会

2002 年 8 月

目 录

第一编 总论

第一章 绪论	3
第一节 商法概述	3
第二节 商法的本质和特征	7
第三节 商法的历史演进	14
第二章 商事法的一般原理	24
第一节 商事主体	24
第二节 商事行为	27
第三节 商号	32
第四节 商事登记	39

第二编 商事主体法

第三章 公司法	51
第一节 公司法概述	51
第二节 公司的设立、变更和终止	56
第三节 公司的资本制度	65
第四节 公司组织机构	70
第五节 公司股份与公司债	76
第六节 公司的财务会计制度	82
第四章 合伙企业法	88
第一节 合伙企业概述	88
第二节 合伙企业的设立	89
第三节 合伙企业的财产	93
第四节 合伙企业的事务执行	94

第五节 合伙与第三人的关系	98
第六节 合伙企业的变更、解散与清算	101
第五章 个人独资企业法	106
第一节 个人独资企业概述	106
第二节 个人独资企业的设立与变更	110
第三节 个人独资企业的投资人及事务管理	113
第四节 个人独资企业的解散和清算	116
第六章 外商投资企业法	118
第一节 外商投资企业法概述	118
第二节 外商投资企业的设立	121
第三节 外商投资企业的出资	126
第四节 外商投资企业的组织形式与组织机构	130
第五节 外商投资企业的经营管理	133
第六节 外商投资企业的变更和终止	137
第七章 商会、国家商事主管机关	141
第一节 商会	141
第二节 国家商事主管机关	147
第三编 商事行为法	
第八章 证券法	157
第一节 证券法概述	157
第二节 证券的发行	166
第三节 证券的交易	170
第九章 票据法	178
第一节 票据与票据法概述	178
第二节 汇票	191
第三节 本票与支票	199
第十章 保险法	203
第一节 保险法概述	203
第二节 保险合同总论	208
第三节 保险合同分论	217
第四节 保险业法	222

第十一章	商业银行法	227
第一节	商业银行概述.....	227
第二节	商业银行业务规则.....	231
第三节	商业银行的接管和终止.....	236
第十二章	信托法	241
第一节	信托法概述.....	241
第二节	信托的设立.....	245
第三节	信托财产.....	247
第四节	信托当事人.....	252
第五节	信托的变更与终止.....	257
第六节	公益信托.....	259
第十三章	海商法	261
第一节	海商法概述.....	261
第二节	海商合同.....	265
第三节	船舶碰撞与海难救助.....	276
第四节	共同海损.....	280
第五节	海事赔偿责任限制.....	285
第四编	商事救济法	
第十四章	商事救济制度	293
第一节	商事救济制度概述.....	293
第二节	商事救济制度的重要立法原则.....	299
第十五章	破产法	303
第一节	破产法概述.....	303
第二节	破产程序法.....	306
第三节	破产实体法.....	315
第十六章	商事仲裁	323
第一节	商事仲裁概述.....	323
第二节	国内商事仲裁.....	328
第三节	涉外商事仲裁.....	336
参考文献		342

第一编 总 论

第一章 绪 论

第一节 商法概述

人类发展史中的新石器时代晚期,活动在亚洲大陆东部的中华民族祖先的各氏族部落,逐步地进入到生产资料公共占有、氏族成员共同劳动、平均分配劳动成果的父亲氏族社会。优于前社会的社会生产力推动了共同劳动的社会分工,促进了生产效率的提高。劳动产品在满足氏族成员需要后有了剩余,氏族间开始了剩余劳动产品的交换行为,导致了雏形“市场”的出现。“祝融作市”、“日中为市”,是古人对此的精彩记载和描述。由于社会生产力的发展,社会劳动产品日渐丰富,产品交易活动也日渐频繁,此时氏族领袖利用其在氏族中的地位和影响,开始了对公共产品的私人占有,原始氏族社会出现裂痕,向一种新的社会转变。公元前两千年前后黄河流域的黄帝氏族和炎帝氏族逐渐结成联盟,以后又有以尧、舜为领袖的氏族联盟的形成和发展,“国家”由此萌芽。当时氏族领袖的遴选实行民主推选部落联盟领袖的禅让制,尧和舜将其位禅让给禹。禹死时将其位传给其子,自此变领袖禅让为世袭,从而建立起我国第一个奴隶制的夏王朝国家。

历史学研究认为,税赋征收是作为“国家”的基本特征之一,夏王朝开创了中华民族历史上第一个推行赋税制度的国家。“自虞夏时,贡赋备矣。”夏朝不但推行税制,而且将税赋按土地拥有状况分等分级征收。“咸则三壤,成赋中邦。”可见,税赋在当时就已是国家安国兴邦的重要手段,并且经济收益规定性也成为国家强制制度。

一 商、商事

(一) 商

作为产品交换、市场活动、税赋征缴等一国领域的经济现象和因此而形成的关系的抽象,反映了人类社会发展历程中人们新的社会经济关系。“通财鬻货”;“商其远近,度其有无,通四方之物。”这说明了商不仅是社会经济产物的产物,而且还是推动社会生产发展的力量。“商欲

农,则草必垦矣。”虽然古人们对商的认识是肤浅的,但其言说却揭示了商的本质,即产品生产、商品交换和产品的国家收益的特性。随着社会经济的发展,商的内涵和外延不断扩展,至当今时代,新理念的商,几乎涵盖了除政治以外的所有领域。当然犹如社会分工一样,不同的理论体系,尚有不同的界定,法学家王宝树说:“在近代经济的发展中,人们已将营利视为商的本质”;而法律学上言商,似比此要宽泛,“颇有无业不商的感觉”;作者认为,商的经济学界定应是对以营利为目的的交易活动的抽象,商的法学理论推究是对人的营利性经济交易行为的约束领域规定。正如雷兴虎教授所说:法律所称的商,一般包括以下几种类型:固有商,亦称买卖商,即直接媒介货物交易行为;辅助商,也称第二种商,即间接媒介货物交易为目的的行为;第三种商,即无直接和间接以媒介货物交易为目的,但与商品交易有密切关联的行为;第四种商,即仅与第三种商有关系的行为。

无论怎么说,商是社会经济发展的客观产物,通过商,人们建立起新的关系,同时也推动着人类社会的发展和进步。

(二)商事

商事是对商的活动和因商的活动所形成的关系的描述。所以有的学者直接标明为“商事关系”,有的学者则标明“商事的范围”,他们都是研究同一对象:商事。《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》曾作过这样一个解释:商事是指具有商事性质的事项。虽然很难说这种解释的科学性、合理性,但该“规则”对所谓“事项”的内容却包括有:任何提供和交换商品和劳务的贸易交易;销售协议;商事代理或代表;租赁;许可;投资;银行;客货的航空、海洋、铁路、公路运输等十多项。

在人类社会实践中商事范畴决不止此,一般有广义商事和狭义商事之分。广义的商事包括商事组织、商事登记、商事管理、商事合同、商事账簿、商事课税、商事纠纷的仲裁与诉讼等等;狭义商事指上述内容中具体的、主要的商事活动,如商事组织中的公司和破产;商事活动的重要工具如票据;商事活动保险;货物贸易的海上运输和海商事项等。

商事活动,无论是交易行为还是为交易所提供的服务行为、信用行为都是双方或多方的行为,人们在这个活动中结成经济的、诚信的关系,即商事关系。这个关系反映的各方行为人在商事活动中的利益和义务分配状态。由于商事活动营利的目的性,尽管有“关系”形成的外在环境和内在因素约束,但各方行为的利益导向会使行为紊乱,必然会影响约定分配状态的实现。为了社会的共同利益,就需要共同制定、共同遵守的“法”的规范。

二 商法、商法的调整对象

(一) 商法

对商法的概念,不同学者有不同的表述,但并无实质上的分歧。我们认为商法,或商事法,是指调整商事主体在商事活动过程中所发生的社会经济关系的法律规范的总称。之所以要在概念中加上“经济”一词,是想更确切地反映商事活动赢利的目的性。

引进商法学理论是为了对商法作形式意义和实质意义的划分,实践证明这种划分是有意义的,是科学的。对于形式意义的商法,西方商法学理论是指由国家立法机关制定的,以商法或商法典命名的,表现为商事活动的规范性法律条文编撰结构的制定。在欧洲的德国、法国、意大利等以及亚洲的日本等国等 40 多个民商分立的国家都制定有商法典。美国虽是一个不制定民法的特殊国家,但却于 1952 年制定和颁布了具有 10 章内容的《统一商法典》。我国到目前为止还尚未有商法的制定法。实质意义的商法,西方商法学理论是指一切调整商事活动和商事关系法律规范的总称。它不仅具有规范的性质,还具有规范作用和规范结构,从而使其具有法律科学的商法学学科意义。虽然我国没有商法制定法,但由于推行市场经济的客观要求以及商事活动现实的存在,商事行为需要规范、商事关系需要调整,故我国已制定并颁布实施了《公司法》、《证券法》、《票据法》、《合伙企业法》、《保险法》、《海商法》等法律规范,并在《民法通则》和《刑法》中有对经济(商事)活动的规范法律条文,这说明我国虽无形式性商法,但却有实质性商法规范。

(二) 商法的调整对象

商法的概念告诉我们,商法是对商事主体及其他因商事活动结成的商事关系的调整规范,显然商法的调整对象就是商事主体以及他们的商事活动和他们因商事活动而结成的社会经济关系。

现代法学理论认为,法律本身是调整人际关系的社会强制规范。不言而喻,商法也是调整人际关系,只不过其调整领域客观地约束在商事范围内。因此商事法律现象是随着商事的发生、运动、变化、发展而产生、变更、终止和发展的。商法有极强的社会性,这种社会性在商事法律关系上体现为商事权利和商事义务,这个权利、义务是由国家强制力保障实现的。但是商事的产生又是建立在对物的占有、交易的平等地位和交易的自愿基础上的,因此,相对于社会性而言,商法又是调整自然人、法人之间的商事权利义务关系的法律制度。

商事法律关系从内容上考察,包括两大类,即商事财产法律关系和商事人身法律关系。

商事财产法律关系一般是指调整商事主体内部和商事主体外部的财产权利义务关系。内部权利义务关系是指主体内部各投资者之间,

投资者与经营者之间关于财产经营发生的权利义务关系。外部权利义务关系是指商事主体之间因合同、债、有价证券交易等形成的财产权利义务关系。

商事人身法律关系是指以人身权利义务为内容的商事法律关系。它也有内外法律关系之分:内部人身权利义务关系是指商事主体内部组织管理法律关系,如公司内部子公司与母公司、分公司与总公司之间从属性组织管理的法律关系;外部人身权利义务关系是指商事主体与外界主体之间的人身权利义务关系,如商业名称和商业名誉、信誉的法律关系。

(三)商事法律关系的构成要素

一种关系,必须是在两个、两个以上事物之间才有可能形成。而形成法律关系则是由两个、两个以上的人(自然人、法人)之间建立的权利义务关系。商事法律关系也不例外,也是由两个、两个以上的商事主体,因共同的对象而形成的权利、义务关系。法学理论上将其命名为商事法律关系的主体、商事法律关系的客体和商事法律关系的内容,也就是商事法律关系的构成要素。既然是作为要素,就必然是不可缺少,因此商事法律关系的三个要素是不可分的整体,缺少其中任何一个要素,商事法律关系都不会成立。

1. 商事法律关系的主体

是指参加商事活动、形成事实关系、享受商事权利、承担商事义务的人(自然人、法人、具法人资格的组织),法律上也叫商事法律关系当事人。这是商事法律关系结构要素的第一要素,没有主体就无所谓客体,也就无所谓权利的享受和义务的承担。当然,这个主体也不是没有条件的,商法上讲,商事法律关系主体必须有合法身份,并连续从事商事活动,具有商事权利能力和商事行为能力。商事权利能力是指商法所赋予的,商事主体能够参加商事活动以及形成商事法律关系,并在其中享受商事权利、承担商事义务的资格;商事行为能力是指商事主体在商法和其他法律规定范围内,以自己的意志和行为,行使商事权利和设定商事义务,并能独立承担商事行为后果法律责任的资格。

在商事法律关系主体中,无论是单务或是双务法律关系,享受权利的一方为权利主体,承担义务的一方为义务主体。只不过在双务法律关系主体中,双方都是权利主体又都是义务主体,反映了商事法律关系的权利义务的关联性。

2. 商事法律关系的客体

是指商事法律关系主体的权利、义务共同指向的对象。当商事主体在商事活动的同一事务上具有共同利益时,双方或多方主体会为此而协议设定权利、义务,从而建立起商事法律关系。被设定权利义务的共同义务,商法上称为商事法律关系的客体。这也说明,商事法律关系

主体虽然存在,但若无利益的共同承担物,就没有商事权利义务的享受和承担,就无从建立商事法律关系。因此,商事法律关系的客体是商事法律关系不可缺少的结构要素。商事法律关系的客体主要有:商事的物、与商事相关的智力劳动成果、商事行为。随着时代发展,信息作为客体的内容之一,已是不容置疑的事实,如广告就是一种信息媒介,通过信息的传达而获利。信息往往也是一种财富,具有价值、使用价值,因信息而创造利润,或因信息损失利益,这在当今社会已是不胜枚举的事,所以在这里我们将信息列入商事法律关系客体的内容之中。

3. 商事法律关系的内容

是指商事法律关系主体对客体所享受的权利和承担的义务。一个商事关系,既有主体,又有客体存在,如果主体对客体没有权利享受,又无义务承担,那么这个关系仅仅只是一个社会关系而不是法律关系,因此主体对客体的权利义务是法律关系形成的必要条件。

在法学理论中,商事权利是指在商事活动中自己为或不为一定的行为,或者要求他方主体为或不为一定行为的资格。它是商事法律关系的主导;商事义务是指商事法律关系主体必须为或不为一定行为,以使对方主体承担实现己方权利的义务(或责任),这种商事权利和义务是根据商法的规定获得和承担的。

第二节 商法的本质和特征

一 商法的本质

商活动,即产品交换行为。它的出现虽然很早,但无论是西方还是东方,一开始对其是持否定态度的。在中国古代排列国家行业顺序时,是以仕、农、工、商为序的。而在西方如古希腊、古罗马等,商的活动规则虽然有了“商法”的雏形,但作为“法”是一直被排斥的。这是因为以自然经济占统治地位的封建制国家,认为商事是十分不光彩的行业。与此相反,那些对外联络较多、交往频繁、海外贸易发达的国家,则十分重视商的法律作用的客观重要性。随着时代的发展、社会经济的进步,从事商的人不断从农民、工匠、贵族中分离出来,重新集合形成商人群体。专业的商人群体,推动了商事活动的发展,商人的商事活动由简单的产品交换拓展到制造业、运输业、金融业、保险业等诸多商品交换和商业服务交易领域。商人活动也逐步由个体商人的商事行为,逐步形成两个、多个乃至群体组织的商事行为,商品生产企业开始出现。利益的追逐,使商业不断发展。然而由帝王制定的封建约束规范,严重地束

缚了商人的行为,阻碍了企业盈利目的的实现,也阻碍了它的连续商事活动。于是,商人逐步形成行会性的自治团体,开始了争取“自主”的斗争。商人创造了许多诸如有限责任、流通汇票等新的商事概念;一些商业规章由习惯认同到约定俗成,演变成共同遵守的习惯性规则。在商事发展过程中产生了商的制定法原则,即后来的自主精神、公平交易、共同遵守、合理程序、合法组织、权利互惠、自主经营、自我约束和自我发展的原则,从而形成具有较完整内容的商法。由此可知,商法是以市场为中心的商品交换的营利行为的强制性行为规范。

由于商法调整对象与民法主体的同一性,商法作为私法与民法具有不可割裂的关系。因此有学者认为“商法是民法的特别法”。当然,商法的内容中也有民法的部分,但绝非民法的具体化,它主要表现在民法中关于财产法的性质方面,如资本组织形式、资本的有价证券投资、资本信用的金融与票据、海洋商事即海上客货运输及海洋运输工具租赁和海难、海事救济等。虽然商法具有制定法的性质,但相对于民法它更多的是规范动态商事行为的,所以也就更具变动性。

二 商法的特征

商法的商事行为规范和它的客观变动状态以及民法的特别法本质,决定了商法的特征,这些特征究其根本是它的兼容性。具体有:

(一)公法与私法兼容性

公法、私法的划分源于西方法学,我国法学理论也引进性地沿用了公法、私法之分。引进理论称公法,一般是“规定公权利、义务关系的法律”;引进理论称私法,一般是“指规定私权利、义务的法律。”公法规定国家机构及其地位和相互关系,维护国家和社会公共利益,调整国家与公民间的权利、义务关系;私法规定公民间、社会经济组织间以及他(它们)之间的关系,调整他(它们)之间因“私人”的权利、义务关系。现代法律体系中,宪法、刑法、行政法以及后两法的诉讼法和民事诉讼法均属公法,而民法、商法、婚姻家庭法则属私法。在近代,随着社会的全面发展和深刻变化,世界众多国家改变了在商事领域内的过分放任主义态度,采取了主动调整、积极干预的政策,在商法中增加了众多国家干预、管理、登记、认可等内容,如公司法的审核、登记制度;破产法的财产清理、债务清偿顺序规定;票据法中的责任处罚条款规定;商事犯罪行为的刑事责任追究等等,这些已具有公法性质。

(二)组织法与行为法的兼容性

前已述及商法是以商事主体和商事活动为调整对象,在现代环境下商事主体是以社会经济组织(法人或具有法人资格的经济组织)为主要成分,因此商事组织也就成为商事活动的基础和主体。商法对商事组织的形式、组织名称、资本和住所、商事组织的权能、法律地位、组织