

商法

夏露 主编



清华大学出版社

商法

夏露 主编 杨爱葵 刘晓珂 副主编

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书立足于我国现行商法制度,以简洁的文字涵括当前商事立法与商法理论的基本内容。内容涉及个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资企业法、合同法、商事代理法、票据法、证券法、保险法、破产法、政府规制与商会自治,这些商事法律知识都是经济管理类专业人员所必须掌握的。书中还提供大量案例,引导读者了解商法在现代商事活动中的应用。

本书主要为满足经济管理类专业商法课程的教学需要而编写,适用于工商管理、会计、国际贸易等经管专业本科生使用,也可作为研究生及 MBA 教材,同时还可供经济管理人员参考和广大读者阅读。

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/夏露主编. — 北京:清华大学出版社, 2015

ISBN 978-7-302-40323-4

I. ①商… II. ①夏… III. ①商法—中国—教材 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第154089号

责任编辑:张莹

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:刘海龙

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦A座 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 刷 者: 三河市君旺印务有限公司

装 订 者: 三河市新茂装订有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 185mm×260mm 印 张: 29.75 字 数: 545千字

版 次: 2015年8月第1版 印 次: 2015年8月第1次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 65.00元

产品编号: 060905-01

编委会成员

主 编：夏 露

副主编：杨爱葵 刘晓珂

编 委：王歆萍 徐一明

前 言

“市场经济是法制经济”，经管专业学子是商法的践行者，作为理论准备，本书旨在帮助读者了解我国商法的立法背景和立法状况，熟悉商事法律法规，增强依法行为的意识和专业能力。本书紧扣我国市场化改革和经济全球化的脉搏以商事规则的新理论与实务相结合的方式进行编写。

本书以条理清晰、易于理解的写作风格，以必要的尺度，在编写体例和章节设置上有如下四个特点。

第一，编写体例有别于法律专业开设的法学意义上的商法，有选择性地确定教学内容，只把经济管理类学生最应知晓和掌握的商事法律、法学篇章列入，侧重商主体、商行为、商监管的核心内容，精练、实用、简捷。

第二，每章均用引例导入，调动读者学习兴趣，引导读者深入学习；本书在系统阐释商法知识的基础上，选取与商法前沿问题密切相关的最新案例，提出社会现实热点法律问题让读者思考，对于一些有争议的问题，给出几种参考思路，突出应用性和可操作性；章节后有延伸性阅读导引和思考题，结合法理和法律规定帮助读者完成从理论到实务的转换。

第三，用精练的语言简明深入地阐明商法理论和立法精髓，奠定阅读者学习基础。

第四，将商法和其他法律部门之间的联系与区别，商法内部各种制度之间的差异反映出来，既有利于读者掌握和理解，也有利于在有限的篇幅内涵盖应有的知识点。

本书的撰写由具有多年商法教学和研究经验的高校教师完成，并得到中南财经政法大学覃有土教授专业和教学角度的帮助，在此表示感谢。

本书由夏露担任主编，拟订编写大纲，负责教材整体框架设计，对全书进行总纂；杨爱葵、刘晓珂担任副主编，协助完成教材审阅。本书编写的分工（按章节先后

为序)如下:第一、四、六、十二章由夏露撰写;第二、三、五章由杨爱葵撰写;第七、十一章由王歆萍、徐一明撰写;第八、九、十章由刘晓珂撰写。

本书内容全面系统又简明扼要,符合时代精神和特色,同时突出实用性和实践性,帮助教师课堂设计和课堂讲解,引导读者系统、有目的地接受知识,有助于提高教与学的效率。欢迎读者从自己的角度,最大限度地发挥本书的效用。使用中如有任何问题、建议或意见,欢迎反馈,我们会在今后吸收意见与建议,不断提高编写水平。

编者

2015年1月

目 录

第一章 商法导论	1
第一节 商法概述	2
第二节 商主体与商行为	8
第三节 商业登记、商业名称与商业账簿	16
【本章关键概念】	35
【延伸阅读资料摘录】	35
【本章思考与练习】	36
第二章 个人独资企业法	37
第一节 个人独资企业概述	39
第二节 个人独资企业的设立与事务管理	41
第三节 个人独资企业的解散与清算	47
【本章关键概念】	49
【延伸阅读资料摘录】	49
【本章思考与练习】	51
第三章 合伙企业法	53
第一节 合伙企业概述	55
第二节 普通合伙企业	57
第三节 有限合伙企业	70

第四节 合伙企业的解散与清算	74
【本章关键概念】	76
【延伸阅读资料摘录】	77
【本章思考与练习】	78
第四章 公司法	79
第一节 公司法概述	81
第二节 有限责任公司	90
第三节 股份有限公司	97
【本章关键概念】	103
【延伸阅读资料摘录】	104
【本章思考与练习】	105
第五章 外商投资企业法	107
第一节 外商投资企业概述	109
第二节 中外合资经营企业法	116
第三节 中外合作经营企业法	128
第四节 外资企业法	139
【本章关键概念】	147
【延伸阅读资料摘录】	148
【本章思考与练习】	149
第六章 合同法	151
第一节 合同法概述	152
第二节 合同的订立	157
第三节 合同的效力	169
第四节 合同的履行	179
第五节 合同的变更、转让和终止	193
第六节 违约责任	199
第七节 其他规定	205

【本章关键概念】	210
【延伸阅读资料摘录】	211
【本章思考与练习】	212
第七章 商事代理法	213
第一节 商事代理概述	214
第二节 商事代理立法与商事代理权	223
第三节 商事代理法律关系及各方当事人的权利义务	230
【本章关键概念】	236
【延伸阅读资料摘录】	237
【本章思考与练习】	238
第八章 票据法	239
第一节 票据法概述	240
第二节 汇票	256
第三节 本票	274
第四节 支票	277
第五节 涉外票据	282
【本章关键概念】	284
【延伸阅读资料摘录】	285
【本章思考与练习】	285
第九章 证券法	287
第一节 证券法概述	288
第二节 证券发行与承销	292
第三节 证券上市与交易	301
第四节 上市公司的收购	317
第五节 证券经营与服务机构	325
第六节 证券投资基金	333
【本章关键概念】	343

【延伸阅读资料摘录】	343
【本章思考与练习】	344
第十章 保险法	345
第一节 保险法概述	346
第二节 保险合同总论	354
第三节 保险合同分论	373
第四节 保险业法与保险监管法	387
【本章关键概念】	396
【延伸阅读资料摘录】	396
【本章思考与练习】	397
第十一章 破产法	399
第一节 破产法概述	400
第二节 破产程序	404
第三节 破产实体制度	416
【本章关键概念】	429
【延伸阅读资料摘录】	430
【本章思考与练习】	432
第十二章 政府规制与商会自治	433
第一节 政府规制	434
第二节 商会自治	452
【本章关键概念】	462
【延伸阅读资料摘录】	463
【本章思考与练习】	464
主要参考文献	465

第一章 商法导论

哪里有贸易，哪里就有法律。

——拉丁语格言

【引例】

流动商贩是否获得商主体身份？

市场中，许多市场交易由个人参与，如流动商贩、个人保险代理人、个人投资者等，这些是否属于商主体？2004年国家工商行政管理总局发布“促进个体私营等非公有制经济发展的通知”，推行个体工商户分层登记管理改革，对农村流动商贩实行备案制，免于工商登记，对城市流动商贩和固定商贩，采取强制登记主义，对城乡商贩区别管理。2009年7月国务院发布《个体工商户条例（征求意见稿）》，规定：无固定经营场所摊贩可向住所地申请登记为个体户。国家立法政策倾向于将流动商贩纳入与个体户一样的管理轨道。

主流观点：流动商贩宜实行免于登记为主，自愿登记为辅。

第一节 商法概述

<<

“哪里有贸易，哪里就有法律”，此拉丁语格言揭示了商法的历史开端。

一、商法的概念

商法（Business law 或 Commercial law）概念的界定是研究商法的起点，有助于对商事法律制度深入理解。商法的概念在不同国家、不同学者有不同理解。

大陆法系国家，商法不仅有完整的理论和特定的调整对象，而且是一门实体法，在法律体系中享有与民法、刑法同等的地位。大陆法系学者主要从商法立法标准出发对商法下定义。其中，大陆法系的法国主要适用的是客观主义或商行为主义标准，法国学者一般认为商法是商行为的特别法，商事法院对商事案件进行管辖时，凡是有关商人、银行家之间的债务或公司股东之间的纠纷均归属于商事法院管辖，除非当事人另有协议，任何人之间的商行为纠纷均归商事法院管辖；德国法学被称为概念法学，采取主观主义或商人主义，德国学者普遍认为商法是适用于商人的特别私法，整个法学理论和实践都建立在法学家有意识地抽象和提炼出来的一系列概念基础之上。大陆法系国家商法的概念通常有狭义和广义两种理解，狭义上，商法仅指商法典及其附属法规，如商法施行法等；广义上，包括全部商事法律，不仅指商法典，而且指与商事经济密切相关的各种法律，如公司法、破产法、票据法、银行法、保险法、运输法、代理法、信托法、消费者保护法、工商权利保护，甚至包括劳工法等。

英美法系国家，虽然商事立法不像大陆法系国家那样统一，但是，作为一个相对独立的法律领域，商法的立法成就远远高于民法和其他法律领域，而且有着比民法更为完整的理论体系。英国权威商法学家认为，商法是指通过用商业贸易的形式提供货物及服务，从中产生权利、义务的一系列法律的总和。也有学者认为，商法是一个内涵很不确定的术语，它只是一种简单扼要的表述，并不代表一个国家中独立的法律部门或法律分支，主要用于学校为学习商业或从事商业的人开设的课程名称或教科书名称。

作为继受商法的中国，商法概念存在较大分歧。典型的有董安生从商事关系角度来界定商法，将商法定义为规制营利性主体的经营性活动，调整由其产生的商事关系的法律规范的总称。范健以商事关系作为商法概念的基础，认为商法是指调整商事交

易主体在其商行为中所形成的法律关系,即商事关系的法律规范的总称。他们对商事关系从狭义上理解,这种理解将商事领域中很大并且是基础的一块,即商人人格关系漏掉。没有商主体的先行存在,缺乏商人人格的真实与确定的要求与规范,商行为关系的运行就不能得到法律保障,使商行为关系成为无源之水,不可避免地会发生失范现象。高在敏认为:所谓商法,指以商事方法为主要调整手段,旨在调整商主体人格的规范化创制和商行为规范化实施的法律规范的总称。这个概念体现商法制度的二元性,即商主体与商行为制度,并在界定时加入了商事方法。

综上分析,商法是指与商业有关的各种法律,是调整商事关系的法律规范的总称。

以商事关系对商法定义,在界定商事关系时,宽泛地理解商事关系由商主体的人格关系和商行为的实施关系构成,同时涵盖商监管与商救济。其中,人格关系包括商主体的人格创制、变化及消灭关系;商行为的范围包括商主体基于营业所实施的行为与其他具有商事性质的行为总和,主要是主体从事的绝对商行为和推定商行为。绝对商行为,是指依照行为的客观性和法律的规定,无论行为人是否为商主体,也无论是否以营业的方式进行,都认定为商行为,比如票据行为,无论是否商主体所为,都会引发商事关系;推定商行为,是指依现行法的规定不能认定为商行为的行为,而需依赖于事实推定其为商行为性质的行为,发生在商人营业之外的行为及非商人的营利行为,但是该行为又与商人的营业活动有一定的关联,比如商主体成立前的设立行为。商法价值是对商人利益关系确认和保护,使其与其他部门法相区别。

二、商法的基本原则

商法的基本原则是对作为商法调整对象的商事关系的本质和规律的集中反映,是效力贯穿商法始终的根本规则,不仅对商事活动立法、执法、司法、守法有指导作用,而且对商事教学、商事科研具有直接影响。

(一) 主体法定原则

制定强行性法规对商主体资格予以严格控制,形成商主体严格法定原则。其内涵包括:

(1) 商主体类型法定。是指从事经营活动的商主体在组织形式上由法律明确设定,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以外的商事组织形式。商主体法定的意义首先在于“对于商主体的法律控制往往关系到一定社会中各种商事

法律关系的稳定和统一，关系到社会交易安全和社会第三人利益”。商主体法定的意义还在于促进市场有序化和公平竞争，不允许任意进入市场从事商事活动。

（2）商主体内容法定。是指从事经营活动的商主体的财产关系和组织关系由法律明确规定，当事人不得创设非规范性的财产关系和组织关系。商主体内容法定导致两个必然结果：合法存在的商主体必须在内容上符合法律对其所作出的特定要求；对商主体内容的不同法律要求，构成不同类型商主体彼此之间的根本性差异，形成不同类型商主体自身的特点。

（3）商主体公示法定。是指商主体的成立必须按照法定程序予以公示，以便交易第三人及时知晓，未经法定公示者，不得用以对抗善意第三人。

商主体法定原则是传统商事交易行为的自由主义向现代商事活动的国家干预转变的结果，是现代商事管理制度的核心，是商事登记制度的基础，充分反映了作为私法的商法所含有的公法性要求。

（二）公平交易原则

公平交易原则，是指商主体应本着公平的观念从事商行为，正当行使权利和履行义务，在商事交易中兼顾他人利益和社会公共利益。商法维护交易公平的任务是：设立公平交易的行为准则，建立市场竞争的正常条件，并依据行为准则以及一般的公平原则，对各种异常行为进行识别和矫正，以恢复市场竞争的正常条件。

在商法上，公平交易的基本原则的内容主要体现为以下两个方面：

（1）商事交易主体的地位平等，即在交易过程中，任何一方不得享有法律上的特权。地位平等是实现交易公平的前提，是现代商品经济客观规律的反映。

（2）诚实信用，即商事交易主体在从事商行为时应讲诚实、守信用，以善意的方式互为交易、履行义务，不得规避法律和合同的约定，以维护交易的公平。

（三）交易自由原则

交易自由原则，是指商主体自愿进行各自拥有的资源交换，通过分散决策实现社会资源在不同市场主体之间的优化配置的基本准则。交易自由原则作为现代商法的基本原则之一，从法理上说，“法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由”，“法就是作为理念的自由”，“法是自由的存在”。交易自由原则也是交易自由的现实依据，影响交易自由的因素有来自市场以外的，如不适当的政府干预和各种地方保护与地方封锁行为；也有来自市场内部的行业垄断、假冒伪劣、市场欺诈。

（四）交易便捷原则

商事交易的目的在于充分利用现有资源以追求最大的经济效益，而资金与商品的流转频率与其所获得的效益成正比，商品的流转规律客观上要求法充分保证商品交易的简便、迅捷。商法主张尽可能地免除一切不必要的手续、限制和干预，给交易者以充分的自由空间。现有商法体现交易便捷主要表现在：商事交易的技术手段现代化，如电子技术的采用；承认默示行为在商法上具有法律效力，规定在一定情况下达到一定期限的沉默构成同意；商法上的证明形式自由，允许通过证据或者依据相关事实的推断证明合同的存在；商法对各类商事请求权普遍采用不同于民法时效的短期时效，为推动商事交易纠纷的迅速解决，确保每一具体的商事交易在较短的时间内有一个确定的结果；商事纠纷可采用仲裁解决等。

（五）保障安全原则

保障安全原则，是指充分保障商事交易活动中交易各方对其行为内容充分提示，使相对人能够全面知晓，并加强法律监管，维护交易安全。商法的一项任务，就是尽量减少商事关系中的不确切、不稳定因素，提高行为的法律效果的可预见性，以增强人们安全感，调动从事交易的积极性。

商法保障交易安全原则包含：

（1）强制主义。即国家运用公法手段对商事关系进行强行法的规制，是商法公法化的体现和结果。例如，对于公司章程、票据、保险单、提单等重要商事文书，法律规定必要的记载事项，当事人必须遵照执行；又如，对于票据的出票、背书、承兑、保证等行为的性质、方式、效力、特定术语的意义以及特定行为责任，法律作出明确规定，不允许当事人以协议加以取消或变更。

（2）公示主义。即商事活动的交易当事人对于涉及利害关系人利益的营业上的事实，负有进行登记并公示告知的义务。在涉及公众或多数当事人的场合，商法实行公示原则，将有关事实公之于众。

（3）外观主义。即商法以交易当事人行为的外观为标准来认定其行为所产生的法律效果。按照外观主义原则，交易当事人的真实意思表示与意思表示不一致时，以意思表示为准，意思表示一经成立就发生法律效力。外观主义的本意是保护善意相对人，其依据是保障交易安全，在商主体或者商行为性质不明的情况下，法律总是从有利于善意相对人的角度加以认定。

（4）严格责任主义。包括广泛的连带责任和无过错责任，严格责任的基本要求

是防止行为人将损失风险转嫁给他人。

(5) 对善意买受人的保护。即商事交易一方当事人存在权利瑕疵时, 如果相对人为善意买受人, 则法律保护相对人的合法权利。

【案例1-1】

2012年9月8日, 魏某注册成立甲厂(个人独资企业), 同年12月, 魏某与卞某、蒋某、祝某、尹某、洪某签订合伙合同, 约定由该6人出资改造甲厂, 并就改厂困境、账目、各自出资利益等作出约定。约定: (1) 因扩建、追加投资所需, 甲厂变更为6人共同出资, 合伙经营的合伙企业, 合伙企业名称仍为甲厂, 使用原营业执照, 魏某不得再单独使用; (2) 魏某负责生产及工人管理, 蒋某负责对外开展业务, 洪某负责日常管理和产品销售, 卞某负责财务, 祝某负责采购; (3) 合伙债务先用合伙企业财产偿还, 合伙财产不足以清偿时, 由各合伙人共同承担。签订合伙合同后, 甲厂购买冶炼炉等设备进行技术改造。

2013年10月, 甲厂购买乙公司原材料, 由于市场原因, 欠下120万余元货款无力偿还。乙公司诉至法院, 请求甲厂及魏某等6人还款。卞某等辩称, 甲厂为个人独资企业, 所欠债务应由魏某承担, 要求6人偿还无法律依据。

解析: 本案应支持乙公司诉讼请求。当事人明确约定“合伙企业”, 但仍使用个人独资企业营业执照, 且实际以合伙方式经营企业的情况下, 审理企业对外债务合同纠纷时, 应据实认定企业的性质。合伙人故意将合伙企业虚假登记为个人独资企业或延用独资企业证照, 不应成为各合伙人不承担法律责任的理由, 否则交易安全得不到保护, 相关法律法规制约合伙企业及合伙人的目的将会落空。企业工商登记制度的目的, 除了赋予相关主体经营主体资格、国家对企业经营予以监管之外, 很重要的一点是公示企业的相关信息, 使社会公众及交易主体了解企业的基本状况, 以维护交易安全。

(1) 基于商法外观主义, 债权人有权要求名义投资人承担相关法律责任。(2) 基于保护外部债权人利益及社会诚信系统的司法立场, 债权人有权要求实际投资人承担相关法律责任, 亦可要求名义投资人与实际投资人承担连带责任。

三、商法的立法模式

(一) 西方各国

1. 大陆法系商法的两种立法模式

(1) 民商分立。民商分立, 指一国法律不仅存在着一系列商事单行法规, 而且存在着以商法命名的法典, 商法与民法完全分离。奉行形式商法的国家, 形成民商分

立的法律体系格局，主要有德国、法国、日本、奥地利、比利时、荷兰、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、土耳其、埃及、巴西、智利、阿根廷以及亚、非、南美等国家，占大陆法国家的绝大多数。另外，几乎所有的原社会主义国家在进入社会主义的经济模式，即社会主义国家建立之前，都曾一度奉行民商分立。

（2）民商合一。民商合一，即一国不存在以商法命名的商事法典，仅存在着一系列商事单行法规，而有关商事交易中的一般原则被归纳在民法典中。奉行实质商法的国家，形成民商合一商法体系格局，主要有意大利、瑞士、瑞典、芬兰、丹麦、挪威、中国台湾等少数国家或地区。

但是，无论是奉行民商分立还是奉行民商合一的大陆法国家，商法都是独立的法律部门，理论上都有自己的完整体系。

2. 英美法模式

由于判例法历史传统所致，英美法律体系中，人们很难对法律部门进行明确的划分。商法的概念和范围，不仅法官们对其没有统一的观念，而且商法理论著作中，表述也颇不一致。英国法学家米特霍夫认为，商法是指对商事交易具有特殊意义的法律的总称，包括商事契约、合伙、公司、代理、票据、银行、保险、运输、仓储、商事买卖、破产、专利、商标、商事惯例，以及商事交易中留置、抵押等商事债权。沃克认为，商法是相当不确定的一般性术语，用来指与商事有关的各种法律。与英国商法相比，在英美体系中，美国商法在深受英国普通法影响的同时，又开拓了一条与英国法不完全一致的道路。由于美国法长期不统一，独立的州立法和司法制度各异，美国商法在狭义上是指美国绝大多数州适用的《美国统一商法典》。尽管在英美法系中不存在商法部门的划分，对商法的概念也未能达到一致，但是，商法作为一个相对独立的法律领域，获得了共识。

（二）中国

中国学界对商事立法的争论源于“民商合一论”与“民商分立论”，一派认为应将商法规则规定于民法中；另一派坚持应在民法之外另立商法部门。

有学者认为，商法是“民法的特别法，又有独立性”，现代商法是在简单商品经济基础上高度发达的市场经济的产物，在真正的商品交易发展以前不存在商法，古代简单的交换交易用民法调整就已足够。随着商事交易的不断发展，尤其是国际贸易的普遍发达，仅有民法调整捉襟见肘，便出现了商事特别法。这种观点继受了大陆法系的传统，认为商法是民事特别法，民法是对私人法律关系作出规定的一般法，商法是对商事法律关系作出规定的特别法，两者是一般法和特别法的关系。商法的特别法