

面向21世纪本科应用型经管规划教材
经济管理专业基础课系列

商 法

杜忠连 主编

面向21世纪本科应用型经管规划教材
经济管理专业基础课系列

商 法

杜忠连 主编

李浩楠 方 岩 何 欢 副主编

电子工业出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

内 容 简 介

随着社会主义市场经济不断推向纵深,商事交易日益频繁,商法的发展也日新月异。本教材力求将商法基本理论和现实中所涉及的主要商法问题纳入其中。教材采用总分体例。第1章为商法总论,介绍了商法概述、商主体、商行为、商事登记、商事名称和商事账簿。第2~10章是分论,按照商主体和商行为的逻辑展开。第2~5章为商主体法,介绍商主体从“生”到“死”的全过程,分别为个人独资企业法、合伙企业法、公司法和破产法。第6~10章按照商行为的逻辑展开,除介绍了传统商法的主要内容(如票据法、证券法、保险法、海商法)外,还将新兴的电子商务法也收入其中。

本教材体例新颖,栏目多样,注重实践性和应用型,兼顾不同层级学生的需求,融合了近几年司法考试、会计师考试中涉及的主要难点和考点,并结合最新的法律法规、司法解释,准确度高。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

商法/杜忠连主编. —北京:电子工业出版社, 2015.6

面向21世纪本科应用型经管规划教材

ISBN 978-7-121-26086-5

I. ①商… II. ①杜… III. ①商法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第103802号

策划编辑:姜淑晶

责任编辑:张京

印刷:三河市双峰印刷装订有限公司

装订:三河市双峰印刷装订有限公司

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路173信箱 邮编 100036

开本:787×1092 1/16 印张:17.75 字数:454.4千字

版次:2015年6月第1版

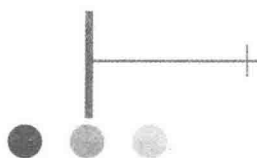
印次:2015年6月第1次印刷

定 价:46.00元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zltz@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010) 88258888。



前言

商法与民法虽同属私法范畴,但商法中所规定的事项不限于私法,还包括商事登记等公法事项。商法学是法学专业核心课程之一,是法科学生必修课程。本教材主要介绍商法总论和商法分论,第1章为商法总论,介绍了商法概述、商主体、商行为、商事登记、商事名称与商事账簿。第2~10章是分论,按照商主体和商行为的逻辑展开。第2~5章为典型的商主体法,介绍个人独资企业法、合伙企业法和公司法。从逻辑上讲,公司法实际上也属于企业法,但公司这种现代企业组织形式,内容比较庞杂,故单列成章。第5章也属于商主体法,介绍商主体的消灭——破产。第6~10章,则按照商行为的逻辑展开,分别介绍了票据法、证券法、保险法、海商法和电子商务法的相关内容。

通过本教材的讲授和学习,学生可以比较全面、系统地掌握商法学的基本理论与基本知识,了解中国的商事立法和商事司法现状;提高分析和解决法律问题的能力,利用所学知识去解决实践中的法律问题,能够在商事生活中具备充分的法律素养;深化对商事私法原理的理解和领悟。

本教材设置如下栏目。

引导案例:通过引导案例,引发学生对本章内容的感性认识,激发学生的学习兴趣。

引导案例分析:在介绍完一章或者一节的知识以后,会在“引导案例分析”中进行案例分析,既给学生思考空间,又确保答案的确定性前后呼应。

学习目标:学习目标是分析教材和指导学生行为的依据;对学生了解预期结果,具有明确的导向和激励作用,是教学活动的出发点与归宿;学习目标的达成与否是对教师教学评价的主要内容和标准之一,也是对学生学习评价的主要内容和标准之一。

经典案例:本教材根据各章节特点不同,或每章导入经典案例,或者每节设置案例。通过案例设置具体问题,培养分析问题和解决问题的技能。

经典案例分析:在前述“经典案例”提出问题后,在后面的“经典案例分析”中附有参考答案,使学生能够获得一个明确的指引,采用“案例—思考讨论—答案—反思”的教学模式,比较适合应用型本科院校的教学。

理论知识:每章的单元内容主要阐述基本理论知识,并与本章实践技能操作相对应,学生可以以最短的时间掌握“三基”,即基本理论、基本知识、基本技能。并能将所学的知识转化到实践领域。

概念提示:针对比较容易混淆和不好理解的概念,专门进行概念提示,设置“概念提示”栏目,简明清晰。

相关知识：针对相关的知识点进行必要的链接，使学生的学科知识能由点到面，再到立体贯通。

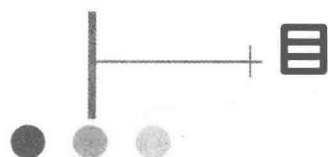
前沿：对本学科的前沿领域进行必要拓展，使学生可以有选择地进行深入阅读，也可以使学有余力的同学进行知识深度的扩充。

自测题：本教材每章均设“自测题”。学生可以通过自测检测学习效果，查缺补漏，巩固复习。

本教材分工：杜忠连（哈尔滨学院）担任主编，负责第1章和第3章的编写；李浩楠（哈尔滨学院）担任副主编，负责第5章和第8章的编写；方岩（哈尔滨理工大学）担任副主编，负责第2章和第7章的编写；何欢（白城师范学院）担任副主编，负责第6章的编写；丁巍（东北农业大学）负责第4章的编写；孙畅（哈尔滨学院）负责第9章的编写；张贺斌（东北农业大学）负责第10章的编写。全书由杜忠连、孔令秋统稿。

本教材比较适合应用型本科和高职院校的经管类、法学类专业使用，另外，对于想系统把握商法基本知识体系的法学初学者也比较适用。

编 者



录

第1章 商法总论 1

1.1 商法概述.....	1
1.1.1 商法的概念.....	1
1.1.2 商法的特征.....	2
1.1.3 商法的分类.....	3
1.1.4 商法的地位.....	3
1.1.5 商法与其他法律部门的关系.....	5
1.1.6 商法的基本原则.....	6
1.2 商主体.....	9
1.2.1 商主体概述.....	9
1.2.2 商法人.....	11
1.2.3 商个人.....	13
1.2.4 商辅助人.....	13
1.3 商行为.....	16
1.3.1 商行为概述.....	16
1.3.2 一般商行为.....	18
1.3.3 特殊商行为.....	20
1.4 商事登记、商事名称与商事账簿.....	21
1.4.1 商事登记.....	21
1.4.2 商事名称.....	22
1.4.3 商事账簿.....	24
自测题.....	26

第2章 商主体法（一）：企业法 28

2.1 个人独资企业法.....	28
2.1.1 个人独资企业法概述.....	28
2.1.2 个人独资企业的设立.....	29
2.1.3 个人独资企业的投资人及责任承担.....	30

2.1.4 个人独资企业事务管理.....	30
2.1.5 个人独资企业的解散和清算.....	31
2.2 合伙企业法.....	32
2.2.1 合伙企业法概述.....	32
2.2.2 普通合伙企业.....	33
2.2.3 有限合伙企业.....	42
2.2.4 合伙企业的解散和清算.....	47
自测题.....	48

第3章 商主体法（二）：公司法 52

3.1 公司法概述.....	52
3.1.1 公司的概念与特征.....	52
3.1.2 公司的分类.....	54
3.1.3 公司法.....	56
3.2 公司的登记.....	56
3.2.1 公司登记概述.....	56
3.2.2 公司登记的种类.....	57
3.3 有限责任公司的设立与组织机构.....	58
3.3.1 有限责任公司的含义.....	58
3.3.2 有限责任公司的设立.....	59
3.3.3 有限责任公司的组织机构.....	61
3.3.4 一人有限责任公司.....	66
3.3.5 国有独资公司.....	68
3.4 有限责任公司的股权转让.....	69
3.4.1 股权转让.....	70
3.4.2 退股.....	71
3.5 股份有限公司的设立和组织机构.....	71
3.5.1 股份有限公司的概念和特征.....	71
3.5.2 股份有限公司的设立.....	72
3.5.3 股份公司的组织机构.....	74

3.5.4 上市公司组织机构的特别规定	77
3.6 股份有限公司的股份发行和转让	79
3.6.1 股份的发行	79
3.6.2 股份的转让	82
3.7 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务	83
3.7.1 董事、监事、高级管理人员的资格	83
3.7.2 公司董事、高级管理人员的义务	84
3.7.3 公司诉讼	85
3.8 公司的财务、会计概述	87
3.8.1 公司财务、会计基本要求	87
3.8.2 利润分配	88
3.9 公司合并、分立、增资、减资	90
3.9.1 公司合并	90
3.9.2 公司分立	91
3.9.3 公司注册资本的减少和增加	92
自测题	93

第4章 商主体法（三）：商业银行法

4.1 商业银行概述	97
4.1.1 商业银行的概念和特征	97
4.1.2 商业银行的职能与业务范围	97
4.1.3 商业银行的经营原则与资产负债比例管理	99
4.2 商业银行法	100
4.2.1 商业银行法的概念	100
4.2.2 商业银行法的性质	100
4.2.3 商业银行相关立法	100
4.3 商业银行的设立——市场准入机制	101
4.3.1 商业银行的设立模式	101
4.3.2 商业银行的设立条件和组织形式	101
4.4 资产负债比例管理	102
4.5 商业银行的接管和终止——市场退出机制	103

4.5.1 商业银行的接管制度	103
4.5.2 商业银行的终止	104
4.6 法律责任	104
4.6.1 民事责任	104
4.6.2 行政及刑事责任	104
自测题	106

第5章 企业破产法律制度

5.1 破产法概述	109
5.1.1 破产的含义	109
5.1.2 企业破产法	110
5.2 申请和受理	110
5.2.1 破产案件的申请	110
5.2.2 破产案件的受理	111
5.3 管理人	112
5.3.1 管理人的含义	112
5.3.2 管理人的职责	112
5.3.3 管理人的权利和义务	113
5.4 债务人财产、破产费用与债权申报	113
5.4.1 债务人财产	113
5.4.2 破产费用	114
5.4.3 破产财产的分配	115
5.4.4 债权申报	116
5.4.5 债权人会议	117
5.5 和解、重整与破产清算	119
5.5.1 和解程序	119
5.5.2 重整程序	120
5.5.3 破产清算	121
自测题	123

第6章 票据法

6.1 票据法概述	126
6.1.1 票据的概念	126
6.1.2 票据法的概念与特征	128
6.2 与票据有关的法律关系	129
6.2.1 票据关系	129
6.2.2 非票据关系	131

6.2.3 票据关系与其基础关系的关系	133
6.3 票据行为	134
6.3.1 票据行为的概念和特征	135
6.3.2 票据行为有效成立的要件	136
6.3.3 票据行为代理	137
6.4 票据当事人的权利	139
6.4.1 票据权利的概述	139
6.4.2 利益偿还请求权	141
6.4.3 票据抗辩权	142
6.5 票据的更改、伪造、变造与 涂销	147
6.5.1 票据的更改	147
6.5.2 票据的伪造	147
6.5.3 票据的变造	149
6.5.4 票据的涂销	150
6.6 票据的丧失与补救	150
6.6.1 票据丧失与补救概述	151
6.6.2 挂失止付	152
6.6.3 公示催告	152
6.6.4 票据诉讼	153
6.7 汇票制度	154
6.7.1 汇票概述	154
6.7.2 汇票的出票	155
6.7.3 汇票的背书	156
6.7.4 汇票的承兑	160
6.7.5 汇票的保证	162
6.7.6 汇票的付款	164
6.7.7 汇票的追索权	165
6.8 本票制度	167
6.8.1 本票概述	167
6.8.2 本票不同于汇票的法律规定	168
6.9 支票制度	170
6.9.1 支票概述	170
6.9.2 支票不同于汇票的制度	171
自测题	174

第7章 证券法

7.1 证券与证券法概述	177
--------------------	-----

7.1.1 证券概述	177
7.1.2 证券法概述	179
7.1.3 证券市场及其主体	180
7.2 证券的发行和上市	183
7.2.1 证券发行	183
7.2.2 证券的承销	186
7.2.3 证券上市	187
7.3 信息公开制度	189
7.3.1 信息公开制度概述	189
7.3.2 证券欺诈及其他禁止的交易 行为	191
7.4 证券交易	193
7.4.1 证券交易概述	193
7.4.2 证券交易的场所	194
7.4.3 禁止交易行为	194
7.5 上市公司的收购	197
7.5.1 公司收购概述	197
7.5.2 上市公司收购的种类	200
7.6 证券投资基金	201
自测题	203

第8章 保险法

8.1 保险法概述	205
8.1.1 保险的概念与特征	205
8.1.2 保险法的概念与立法特点	207
8.1.3 保险法的基本原则	207
8.2 保险合同	213
8.2.1 保险合同概述	213
8.2.2 保险合同的主体	215
8.2.3 保险合同的订立	216
8.2.4 保险合同的内容	217
8.2.5 保险合同的效力	220
8.2.6 保险索赔与理赔	222
8.3 财产保险合同	224
8.3.1 财产保险合同的特征	224
8.3.2 财产保险合同的主要种类	225
8.4 人身保险合同	226

8.4.1 人身保险合同的概念与特征	226
8.4.2 人身保险合同的分类	227
8.4.3 人身保险合同的常见条款	227
8.4.4 人身保险合同的主要种类	231
自测题	233

第9章 海商法

9.1 海商法概述	235
9.1.1 海商法的界定	235
9.1.2 海事法律规范	236
9.1.3 海事法律关系	237
9.2 船舶物权	238
9.2.1 概述	238
9.2.2 船舶所有权	238
9.2.3 船舶抵押权	239
9.2.4 船舶优先权	240
9.2.5 船舶留置权	242
9.3 船舶碰撞	243
9.3.1 船舶碰撞的概念与种类	243
9.3.2 过失碰撞	244
9.3.3 船舶碰撞损害赔偿	246
9.3.4 船舶碰撞造成油污损害的赔偿 问题	247
9.4 海难救助	248
9.4.1 海难救助概述	248
9.4.2 海难救助成立的要件	248
9.4.3 救助报酬	249
9.4.4 有关海难救助的国际公约	249

9.5 共同海损	251
9.5.1 共同海损概述	251
9.5.2 共同海损的表现形式	251
9.5.3 共同海损与当事人过失的关系	252
9.5.4 共同海损时限与担保	252
9.5.5 共同海损理算	253
9.5.6 共同海损理算规则与共同海损 制度的发展趋势	254

自测题	256
-----------	-----

第10章 电子商务法律法规

10.1 电子商务法概述	258
10.1.1 电子商务法 (E-Commerce Law) 的基本内涵	259
10.1.2 电子商务法的性质	260
10.1.3 电子商务法律关系	261
10.2 数据电文与电子签名法律制度	263
10.2.1 数据电文与电子签名概述	263
10.2.2 数据电文的法律效力	264
10.2.3 电子签名的法律效力	267
10.2.4 电子认证法律制度	268
10.3 电子合同法律制度	270
10.3.1 电子合同的概念与特征	270
10.3.2 电子合同的订立	271
自测题	274

参考文献

第1章

商法总论



引导案例

甲、乙是战友，两人退役后，甲准备结婚购并商品房，于是甲向乙借款 5000 元，期限为一年，乙不要求甲支付利息。一年以后，由于甲所在单位经济效益不好，甲辞职，然后向其所在地工商局申请了个体户营业执照，从事服装业务。经营期间，为了扩大业务，甲向某商业银行贷款 3 万元，期限一年，年利率为 2.5%。

问题：

- (1) 甲和乙之间的借款关系应由《民法》还是《商法》调整？
- (2) 甲和某商业银行之间的借款关系是民事法律关系还是商事法律关系？
- (3) 民法的调整对象和商法的调整对象有哪些区别？
- (4) 民法和商法有哪些区别？

学习目标：

重点掌握商法的地位、商法的基本原则、商事法律关系与民事法律关系的区别、商事行为与民事行为的区别；

掌握商法的概念、调整对象、调整方法、商主体的种类；

理解商辅助人、商事登记、商业名称；

了解商法的历史演进与现状、商事账簿。

1.1 商法概述

1.1.1 商法的概念

从一般常识而言，“商”即为买卖；从经济学而言，“商”是指供需媒介（介于生产者与消费者之间）；从社会学而言，“商”是指与工、农、兵、学并列的一种社会分工；从文化意义而言，“商”是作为人的一种基本生存方式进行综合的。从文化意义上考察商，主要是从哲学观入手。各国历史文明中，对于商是以财为主还是以德为主，是以索取（需求）为本还是以奉献（服务）为本，经商是荣耀还是罪恶等，都有过哲学文化意义上的争论；从法学而言，商是一种营利性活动。

商法 (Commercial Law), 这里指大陆法系的商法, 以法国为代表的客观主义认为商法是规范商事行为的法律, 而以德国为代表的主观主义则认为商法是适用于商人的特别私法。我国台湾地区商法是指调整商事活动的法律规范的总称。

概言之, 商法, 亦称商事法, 是指调整商事交易主体在其商行为过程中所形成的商事法律关系的法律规范的总称。

1.1.2 商法的特征

商法作为伴随商事交易关系的萌生而建立、发展起来的独立的法律部门, 其自身的特点也较为明显。

1. 国际性

商法的国际性是商法区别于其他部门法的重要特征。商法, 就是市场交易的行为规则, 是规范现代市场主体和现代市场行为法律规范的总称。而调整现代市场主体和现代市场行为法律规范具有国际性。在商事部门法领域, 世界各国也制定了一系列统一规则, 如 1988 年起生效的《联合国国际货物销售合同公约》、《国际贸易术语解释通则 1990 年修订本》等。入世以后我国已经把商事立法尽快与国际接轨、与 WTO 规则接轨提上了日程。

2. 营利性

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。商法主要规范的是商事主体的营利行为。其实商人总是与营利联系在一起的, 商事主体从事商事活动, 其直接和主要目的就在于营利, 这是被各国商法所确认的。从这一角度而言, 商法也可称为营民法。

商法的营利性还反映了商法与民法的区别。商法只调整经济关系即财产关系, 而民法除调整财产关系外还调整人身关系; 商法调整的财产关系直接发生于商事领域, 都是有偿的、营利的, 而民法调整的财产关系并不都是有偿的、以营利为目的的; 商法调整的财产关系集中发生在若干特殊的商事领域, 如公司、海商、保险等, 而民法调整的财产关系是一般状态的财产所有关系和流转关系。

3. 技术性

商法是一个实践性极强的法律, 它对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都有具体的规定, 具有可操作性和技术性, 与民法中偏重于理性规范的特点颇不一样。例如, 我国《公司法》中关于有限责任公司和股份有限公司法定注册资本、股东大会与董事会的议事方式与表决程序、股份有限公司的发起设立与募集设立、公司财务制度等, 均为与现代公司的设立密切相关的技术性规范。又如, 我国《票据法》中关于票据的设权性、文义性、票据行为的独立性、票据的抗辩等, 均为与票据的功能密切相关的技术性规范。再如, 我国《保险法》中关于保险价值的测定、保险费的计算、理赔程序等。

4. 公法性

总体上看, 商法与民法均为私法, 实行意思自治原则, 商法最大限度地为人们从事社会经济活动的自由提供法律空间。然而随着市场经济的发展, 商人基于意思自治、契约自由等原则而实施的行为极有可能侵害他人利益及社会公共利益, 如不正当竞争、垄断、侵害消费者利益等行为。因此, 需要国家对商事活动进行控制和调节, 以维护经济秩序的正常运行, 由此带来

了“法律社会化”和“私法公法化”的倾向。私法公法化在很大程度上表现在商法领域,即商事立法中越来越多地体现政府的经济职权和国家意志的干预,越来越多地规定了调整个人与政府和社会间经济关系、维护社会公共利益的内容,这些内容当然体现了明显的公法属性。

1.1.3 商法的分类

1. 形式商法和实质商法

依据商法的表现形式可以将商法分为形式商法和实质商法。形式商法是以商法典为表现形式,而实质商法没有具体的商法典,但在其法律体系中存在调整商事关系的法律规范,这些法律规范的总称即为实质商法。一个国家可能没有形式意义上的商法,但不可能没有实质意义上的商法。据不完全统计,世界上大约有40多个国家拥有形式意义上的商法典。我国实际上已经基本构筑了实质意义上的商法体系。

2. 广义商法和狭义商法

依据商法的内容范围,可以将商法分为广义商法和狭义商法。狭义商法即国内商法中的商事私法。广义商法包括国际商法和国内商法,国内商法又分为商公法、商私法两种。

1.1.4 商法的地位

1. 商法的地位概述

学界关于民法的地位在经历了20世纪80年代的“大经济法”与“大民法”大讨论之后,民法从“大经济法”中脱离出来,日益凸显其法学的优势地位。而商法的地位则需要特别强调。这里主要是指商法和民法的关系,涉及商法和民法采取怎样的立法体系,这就是学界经常探讨的民商分立与民商合一问题。

民商分立是指一个成文法国家在私法制度的建构方面,除了拥有民法典外还拥有商法典,因此能够使民商两法并驾齐驱、相互照应的立法格局。

民商合一是指一个成文法国家仅通过民法典的制定而总揽其全部的民商事生活,因此既无商法典,亦无名为“特别民事单行法”的法源结构与立法模式。

2. 民商分立的理由

采用民商分立的国家主要有法国、德国、日本及以它们为模板的许多大陆法系国家,理由如下。

(1) 由于商人阶层的存在和特殊利益,商人团体的自治规则和私法中的商事规范逐渐发展起来。

(2) 从法典化的进程来看,在不少国家,商法典要比民法典颁布得早。

(3) 民商分立也是由商法规范与民法规范的特殊差别决定的。民法规范是平等地保护一切民事主体,而不是保护某一特殊阶层的利益的法律。尽管商法与民法同属私法范畴,但它主要表现为商人阶层的法律,这就使得商法规范与民法规范具有一些重大的差别。

(4) 在中世纪的商业关系中,由于贸易倾向于采取严格的特许主义,因此商法的自立及与民法的分立便成为一种自然的历史现象。

(5) 商法有其特殊性,如讲究行为之快速、交易之安全等这些特征,与民事法之力求稳重

性与保守性都不相同。由于商事法则有上述特性，其有关的证据法则是重实质，与民事证据法则重形式亦不相同。

3. 民商合一的理由

目前坚持民商分立的观点的人已经很少，而持民商合一观点的人则很多，如梁慧星、王利明等。持民商合一的主要论点如下。

(1) 民商分立只是一个历史问题，中国则向来没有商人阶级。

商法之于民法以外，成为特别法典者，实始于法皇路易十四。维时承阶级制度之后，商人鉴于它种阶级，各有其身份法，亦遂组织团体，成为商人阶级。而商法法典渐相因而成，是商法之与民法对立，乃基于历史上商人之特殊阶级也。（我国历来没有民商之分，没必要加以歧视。）推行民商分立实乃非将人民平等看待。

(2) 反对民商合一的人认为，商法所定重在进步，民法所定多属固定。这种情况在以往也许有，但是只要修改法律，都应该采取进步主义，立法者认为应该修改就修改，与民商合一与否无关。

(3) 反对民商合一的人认为，商法具有国际性，民法则不然。认为这是旧见解，民商合一对于商事法规是否应趋于大同，立法者尽可以酌量规定，与合一与否无关。

(4) 法国原采商人主义，德国也是这样，法国大革命以后，改采商行为主义，但是什么是商行为，什么不是商行为，很难确定。

(5) 各国商法的内容极不一致，且也不成体系。不像民法那样有着总则加分则的体系性，或者说在编订体例上，商法不能以总则贯穿其全体。

(6) 一般在民商分立的国家，基本上也将商法作为民法的特别法，如日本、德国。同时如果一方是商人，另一方不是商人，如何适用法律也很困难。

(7) 因立法趋势，英美两国均无特别商法典，却能称雄于世界。

4. 构建和谐为民商合一法律体系

在承认民商合一又尊重民商的区别的前提下，私法体系基本模式包括如下几个层次。

第一层：总体上民商合一，即在私法领域只制定民法典一部基础性的法律，公司、票据、保险、海商等则以单行法的形式加以规定。

第二层：商法与民法共有的且易于合并立法的制度，寓于民法典之中，如公平、平等、诚实信用、合法性等民商法共有的价值取向，商事代理、行纪、居间等制度；

第三层：在民法典之外就民法典无法融合而又对其他商事单行法有着统率作用的商事一般性规定制订《商事通则》，《商事通则》主要就制订《通则》的根据、任务、商法特有的基本原则、商主体、商事权利、商行为、商号、商事登记、商业账簿、商事法律渊源等加以规定。由此就构成了民商法的民法典——民事单行法、商事通则——民事特别法、商事特别法的三级层次。



相关知识

《美国统一商法典》的性质

人们关于立法发展趋势的分歧，在很大程度上与对《美国统一商法典》的不同看法有关。赞成民商分立的学者一般承认其法典的地位，而反对民商分立的学者则否定其法典的地位。因

此这里要特别说明。事实上,《美国统一商法典》虽然名为商法典,但是实际上与大陆法系的法典根本无法可比。人们评价道:“在美国,《统一商法典》取得的成绩导致英美学理重新讨论民商法这个问题。主张《统一商法典》代表英美法体系内商法的再生,未免过分。这是因为这部商法典不是大陆法法学理所称的商法典,这部法典是过去的一系列统一法的重新组合、编排和现代化,不是系统的构造。它的内容是混杂的,是完全按照经验主义选定的。按照该法典第 1-102 条,法典的目的是把管辖商事行为的法律简单化、明朗化和现代化。法典没有说明何谓商事行为(交易)。……法典虽有总则篇,但其内容涉及证据、期限、各种救济,而不是商事行为固有的一般原则,唯一的例外是关于善意义务的第 1-203 条的规定。……德国人 Rabel 曾指出,该法典比以前的普通法更关注非商人。他说该法典与瑞士法相似,瑞士法有适用于所有合同的共同一般规则,加上商事的例外规定。”

1.1.5 商法与其他法律部门的关系

1. 商法与民法的关系

商法和民法的关系,论者甚多,详见表 1-1。

表 1-1 商法与民法的关系比较

		商 法	民 法	
区 别	立法价值取向	商法属于营利法、技术法，重效益	民法属于伦理法、道德法，重公平	
	调整对象	商事关系：主体的平等性和行为的营利性	平等主体之间的财产和人身关系：平权关系。	
		商事关系与民事关系的区别： ① 在经营活动上（商事关系中必有经营活动，民事关系中未必有）； ② 在人身关系上（商事关系更加注重财产关系，即便是人身关系也与财产利益密切相连，而民事关系有人身关系和财产关系两大分支）； ③ 在商品交换和财产支配上（商事关系不仅注重商品交换，还注重商品的生产和经营；民事关系注重对财产的控制，商事关系注重发挥财产的效用）； ④ 在权利的归属上（商事关系中的商事权利有私法性质亦有公法性质，而民事权利唯有私法性质）； 市场交易过程中的商事关系及国家商事交易的管理关系：即平权和不平权兼有的关系		
		主体范围	从事商事经营活动，商人所从事的行为	各类民事主体
		就法律适用来看	商法则是社会商品经济专业化和技术化，即市场经济的法律体现，属于特别法，优先适用	民法是社会商品经济一般性的法律体现，民法中关于人身关系的规定，对商法基本不适用，相反，某些制度只适用于商事关系，如破产制度。另外，民事关系中有些情况下并不适用等价有偿原则，如婚姻家庭关系、继承关系等
	性质和特征	有国际性和相对速变性	民族性（固有性）和相对稳定性	

续表

	商 法	民 法
联 系	(1) 都属于私法范畴,是调整民商事行为的法律,都是以民法的法律规范为主构成的法律,在调整的实践中需要二者的结合。	
	(2) 民法的主体制度是对商品经济活动主体资格的一般规定,商事主体制度实际上是对民事主体制度的具体化。	
	(3) 民法中的物权、债权制度是对商品经济活动的正常条件的一般规定,商法中的物权、债权制度则是对商事交易制度中物权制度和商品交换流通活动作出的补充性规定与特殊规定,其适用必须以民法物权制度、债权制度为基础。	
	(4) 商法的短期时效制度是对民法诉讼时效制度的补充与变更,其适用以民法的时效为前提和基础	

2. 商法与经济法的关系

与商法相比,经济法是一个较新的概念,至今尚无权威性统一的定义。关于其规定性,有诸多说法。经济法能否独立?经济法这一范畴主要适用于欧洲大陆,在普通法系,这个概念至今没有得到学术界的承认,人们宁可选择使用商事法(Commercial Law)这一术语。在我国,学者一般认为,经济法实质上是“经济行政法”,属于公法范畴。商法与经济法的关系基本上类似于私法与公法的关系。在实践中商法和经济法研究的对象也存在大量重合,所不同的是,商法更多地从横向的视角进行调整,而经济法更多地从纵向的视角进行调整。

1.1.6 商法的基本原则

1. 商主体法定原则

商主体^①制度的健全与否,不仅涉及交易相对人的利益、商事活动的繁荣,而且关系到市场秩序的稳定,因此,商法应以大量的强行法规则对商事主体的市场准入加以严格的控制。市场准入严格法定原则应主要包括如下三方面的内容。

(1) 类型法定。商主体的种类严格有法律规定,在我国商主体的种类主要有公司、合伙企业、个人独资企业,还有个体工商户、农村土地承包户,这些能否称为真正意义上的商主体,近来很多学者存疑。一般的教材都认为“两户”属于商个人,而有些学者认为“两户”为必要的生计进行生产经营,不具有“资本增值性”,因而不属于商主体。

(2) 内容法定。即商主体所为的具体商行为法定。商主体应当在其营业许可的范围内从事生产经营。当事人超越经营范围订立合同,人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营及法律、行政法规禁止经营规定的应当认定为无效。

(3) 公示法定。商主体应当进行工商登记,商主体进行商事行为时也要进行必要的公示,未经公示,不得对抗善意第三人。

2. 维护公平交易原则

商事交易活动追求营利,商法为了维护正常的交易秩序,反映价值规律的内在要求,必须贯彻维护交易公平原则。所谓维护交易公平原则,就是以利益均衡作为价值判断标准来协调商

① 本书所用商主体也称商事主体、商事法律关系主体;商行为也称商事行为。

事交易活动,确定商事交易主体之间的权利和义务的原则。商法维护交易公平原则主要包括以下两个方面的内容。

(1) 平等互利原则。商法中的平等互利原则包括两个含义:一是各商事交易主体在法律地位上要平等,在权利和义务方面要对等;二是各商事主体在商事交易活动中都要有利可图。其中,平等和互利是密不可分、相辅相成的。平等是基础,互利则是平等的必然要求,不平等就不会有互利,只有互利才是真正的、实质上的平等。按照平等互利原则的要求,各商事主体签订的商事合同必须公平合理,而不允许附带不平等的条件和过分的要求,显示公平、损害他方利益的商事合同都不具有其当然的法律约束力。

(2) 诚实信用原则。诚实信用原则是指商事交易主体应依诚实和信用理念,互为交易,以维护交易公平。商法奉行诚实信用原则,在许多场合规定了当事人披露有关事实的义务和忠实履行商事合同的义务,禁止尔虞我诈、巧取豪夺、坑蒙拐骗等背信行为。如我国《保险法》中的保险人的说明义务和投保人的告知义务,都体现了最大限度的诚实信用原则。

3. 交易便捷

商事交易的目标在于充分利用现有资源以追求最大经济效益,而资金与商品的流转频率与其所获得的效益成正比。由此,商品流转规律客观上要求法律应充分保证商品交易之简便、迅捷。各国立法都将交易简便、迅捷作为商事立法的一个重要原则,并将其贯穿于各具体商事法规 and 商事惯例的全部内容之中。

它主要体现在三个方面。

(1) 交易简便。各国商法在商事行为方面一般采取要式行为方式和文义行为方式,并通过强行法和推定法对其内容预先予以确定。

(2) 短期时效。商法对于各类商事请求权普遍采取不同于民事上时效期间的短期时效。短期时效制的目的在于促使当事人迅速行使权利,以保证交易的迅捷。

(3) 定型化交易规则。权利证券化和权利义务格式化是商法的又一个重要特点,它使法律行为标准化、定型化,从而简化了权利转让和权利认定的程序。

4. 鼓励交易

虽然现代商法具有很强的公法色彩,加强了国家对商事活动的干预,但这种干预的根本目的不是限制交易、妨碍交易,而是通过建立良好的交易秩序保障交易、促成交易。商法以鼓励交易为其基本原则之一,目的在于通过最大化地优化和利用资源,最大可能地促成社会经济的交往。鼓励交易原则充分体现在商法的其他一系列原则和制度之中。主要表现在以下几个方面。

(1) 通过确立商法的其他基本原则,如短期时效、交易简便、迅捷、交易自由、意思自治,在合法前提之下最大限度地尊重当事人的交易意愿等,促进交易。

(2) 最大可能维护交易的有效性,如合同法中的可撤销制度、效力待定的合同制度等。

(3) 对于有过错或失误的交易行为,最大可能地为交易行为人提供补救机会,如破产重整制度等。

5. 交易安全

商事交易固然要求便捷,但是,商事交易更需要安全,如果没有安全性,交易的便捷将变得毫无意义。所以,维护交易安全构成了商法的一项基本原则。维护交易安全就是要减少和消

除商事交易活动中的不安全因素。商法上对于交易安全之维护主要表现为：

(1) 在商事交易活动中，交易各方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，以使相对人或第三人完全、及时地知晓交易实情；

(2) 禁止欺诈和不正当竞争行为；

(3) 通过对商事交易条件采取强制主义、公示主义、外观主义、严格责任主义等法律规制，通过法律的积极干预以确保交易的安全。

① 强制主义是指国家通过商法公法化手段对于商事关系施以强行法规则；

② 公示主义是指商事主体应当依照商法的规定，公开交易中公众所必须知道的重要事项；

③ 外观主义是指交易行为的效果以交易当事人的外观为准；

④ 严格责任主义是指在商事交易中，债务人无论是否有过错，均应对债权人负责。



相关知识

商法的历史发展

商法的历史大致经历了如下几个时代。

一、古代商法

有关商事的规定散见于民法、刑法、行政法等法律中。

二、中世纪（476—1640）的商法

一般认为，欧洲中世纪的商法是近代商法的起源。中世纪的商人习惯法具有自律性、地域性和不成文性的特征。

三、近代商法

16 世纪以后，随着资本主义商品经济关系的萌芽及欧洲一些国家封建割据势力的衰落，统一的民族国家逐步形成。与此相适应，中世纪占统治地位的寺院法开始被废弃，民族国家纷纷进行商事立法使商人习惯法向成文法转变。

四、现代商法

从 19 世纪开始，欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。尽管在英美法中不存在类似于大陆法那样的统一的商法典，但是“商法”或“商业法”的观念却深入人心。19 世纪以后，英美国家相继制定的大量以“商事条例”、“商法典”命名的法律，这不过是此种商法观念的一部分反映。

五、商法产生的原因及现代商法的发展趋势

（一）商法产生的原因

(1) 商法的产生是商品经济进一步发展的内在要求；

(2) 商法的产生是国家推行重商主义政策的结果。

（二）现代商法的发展趋势

(1) 动态化的趋向（各国商法典频繁修改；制定众多商事单行法，并废除商法典的有关条款）；

(2) 两大法系的相互渗透（在公司法领域表现得最为明显）；

(3) 国际化与统一的趋向（这种工作是在 20 世纪初全面展开的，一些地区性的商事公约、商事组织、商事规则先后出现）。