

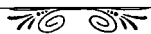
普通高等院校“十二五”规划教材·工商管理系列

商法

胡志民
环建芬
编著

上海财经大学出版社

普通高等院校“十二五”规划教材·工商管



商 法

胡志民 环建芬 编著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法/胡志民,环建芬编著. —上海:上海财经大学出版社,2013.4
普通高等院校“十二五”规划教材·工商管理系列
ISBN 978-7-5642-1607-8/F·1607

I. ①商… II. ①胡… ②环… 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(2013)第 065871 号

☐ 责任编辑 江 玉 王永长
☐ 封面设计 钱宇辰
☐ 责任校对 卓 妍 赵 伟

SHANGFA

商 法

胡志民 环建芬 编著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海华业装璜印刷厂印刷装订

2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷

787mm×1092mm 1/16 21.5 印张 550 千字

印数:0 001—4 000 定价:42.00 元

目 录

第一章 商法总论/1

- 第一节 商法概述/1
- 第二节 商事主体/9
- 第三节 商事行为/16
- 第四节 商事登记/25
- 第五节 商号/32
- 第六节 商事账簿/38

第二章 公司法/46

- 第一节 公司法概述/46
- 第二节 公司的设立/48
- 第三节 公司治理结构/53
- 第四节 股东及其权利和义务/60
- 第五节 公司的合并、分立与组织形式的变更/65
- 第六节 公司的解散和清算/69
- 第七节 外国公司的分支机构/73

第三章 合伙企业法和个人独资企业法/76

- 第一节 合伙企业法/76
- 第二节 个人独资企业法/86

第四章 外商投资企业法/90

- 第一节 中外合资经营企业法/90
- 第二节 中外合作经营企业法/98
- 第三节 外资企业法/101

第五章 商业银行法/105

- 第一节 商业银行法概述/105
- 第二节 商业银行的设立和组织机构/106
- 第三节 存款、贷款和其他业务的基本规则/110
- 第四节 财务会计和监督管理/115
- 第五节 接管和终止/116

第六章 破产法/118

- 第一节 破产法概述/118
- 第二节 破产申请的提出与受理/121
- 第三节 管理人/126
- 第四节 债务人财产、破产费用和共益债务/127
- 第五节 破产债权与债权人会议/131
- 第六节 重整/136
- 第七节 和解/141
- 第八节 破产清算/142

第七章 证券法/148

- 第一节 证券法概述/148
- 第二节 证券发行/150
- 第三节 证券交易/158
- 第四节 上市公司收购/163
- 第五节 证券机构/165
- 第六节 证券投资基金/171
- 第七节 法律责任/183

第八章 期货法/185

- 第一节 期货法概述/185
- 第二节 期货交易所/189
- 第三节 期货公司/193
- 第四节 期货交易规则/197
- 第五节 法律责任/202

第九章 票据法/205

- 第一节 票据法概述/205
- 第二节 汇票/224
- 第三节 本票/236
- 第四节 支票/238

第十章 保险法/243

- 第一节 保险法概述/243
- 第二节 保险合同总论/247
- 第三节 财产保险合同/264
- 第四节 人身保险合同/269
- 第五节 保险业及其监督管理/275

第十一章 信托法/289

- 第一节 信托法概述/289
- 第二节 信托的设立/292
- 第三节 信托财产/296
- 第四节 信托当事人/298
- 第五节 信托的变更与终止/303

第十二章 海商法/307

- 第一节 海商法概述/307
- 第二节 船舶与船员/310
- 第三节 海上运输合同/315
- 第四节 船舶租用合同和海上拖航合同/319
- 第五节 船舶碰撞/321
- 第六节 海难救助/326
- 第七节 共同海损/329
- 第八节 海事赔偿责任限制/332

参考书目/336



普通高等院校“十二五”规划教材·工商管理系列

商法总论

商品经济的运行催生商法,商法的实施又推动商品经济的发展。在我国,伴随着以市场为取向的经济体制改革的深入,商事法律制度开始建立并逐渐完善,商法作为一个独立的法律部门应运而生,商法学也随之建立和发展起来。商法的内容非常广泛,包括总论和分论两大部分。本章围绕商法总论的框架,主要介绍商法的一般问题以及商事主体、商事行为、商事登记、商号、商事账簿等内容。

第一节 商法概述

一、商法的概念和特征

(一) 商的含义

要把握商法的概念,首先应当理解商的内涵。商,又称商事,在认识的不同层面和社会发展的不同阶段上有不同的含义。在经济生活中,人们最初是在相互交换和互通有无这一意义上使用这一概念的。当时,交易的标的仅是简单的生活必需品,交易的标准只是一般的价值标准,交易的目的是为了营利,而是满足简单生活需要以维持生存。随着商品贸易的发展、交易规模的扩大以及货币的出现,形成了一个以专门从事交易活动并从中获取利益的阶层。这时,商成为一种以营利为目的的活动。“商”一词的内涵丰富了,它不仅指称非营利的交换活动,而且指称以营利为目的的交易活动,有时也特指从事这一行为的商人,如布商、盐商。随着近现代商事交易规模的扩大、商人阶层的出现,特别是商法典和商事专门法规的颁行,商从原先约定俗成的概念嬗变为一个法定概念,特指营利活动。

在现代社会,人们在不同层次上使用“商”这个词,商的概念在社会学、经济学、法学等学科上有不同的含义。在社会学意义上,商多指中介于农业、工业之间以及从事农工业等生产者与消费者之间的一种社会分工、社会职业和经济部门。在经济学意义上,商被理解为沟通生产与消费的中间环节,是产品进入市场的流通行为,是产品由生产者手中流转 to 消费者手中的渠

道、中介,是生产方式的一种。可见,经济学上所说的商,仅是狭义上的解释。法学意义上的商,是广义上的解释,指一切以营利为目的而为的营业活动。这种活动不局限于流通领域,而且涉及生产领域。应当看到,作为法律概念,商的内涵和外延随着历史的发展而不断丰富。例如,商的标的从动产和有形财产发展到不动产、无形财产,商的行为从买卖发展出代理、票据、运输、保险、海商、信托、证券交易、融资租赁、知识产权贸易等,商主体从自然人发展出法人和非法人组织等。

(二) 商法的概念

商法是指调整商事主体在商事行为中所形成的社会关系即商事关系的法律规范的总称。可见,商法是以商事关系为其调整对象。对于商法的调整对象,我们可以从以下三方面来理解:首先,商事关系是平等商事主体之间所形成的经济关系;其次,商事关系是商事主体基于营利的目的而形成的经济关系;最后,商事关系是商事主体在持续营业中所形成的经济关系。

商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法是指奉行民商分立立法原则的国家在民法典之外制定的以“商法”命名的法典。在大陆法系国家,德国、法国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、巴西、智利、阿根廷等均制定有商法典。实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。商法规范不仅仅存在于商法典之中,而且还大量地存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。可以看到,一个国家无论属于大陆法系还是属于英美法系,无论奉行民商分立还是奉行民商合一,都存在着实质意义上的商法。

目前,我国奉行民商合一的立法原则,即不在民法之外另行制定商法典,也就没有形式意义上的商法,但是存在实质意义上的商法,即采取在《民法通则》之外进行商事单行立法的方式。至今,我国已经制定了《公司法》^①、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《商业银行法》、《企业破产法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《信托法》、《海商法》等法律、法规。

(三) 商法的特征

1. 商法的营利性

商事主体从事商事活动的目的就在于获取经济利益,因而营利性成为商事活动和商事关系的本质。作为调整商事关系的商法,其各项具体制度、规则必然是为适应和维护商事活动的营利性而设立,从而使商法带有营利性。无论是商事主体、商事登记、商事账簿、商事名称制度,还是买卖、代理、仓储、票据、证券、保险、海商等方面的商事规定,无不考虑营利性的特征。正如台湾学者张国键所言:“盖商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利;民法所规定者,则偏重于保护一般社会公众之利益。”^②

2. 商法的技术性

商法是规范商品经济运行的法律,是一个实践性极强的法律部门,它对各类商事主体和商事行为都作了许多具体、详实并带有技术性的规定。例如,票据法中关于出票、背书、承兑、保证等票据行为、票据抗辩、票据的付款和追索权行使等规定,保险法中关于保险费用、保险金额、保险标的、损害赔偿的估定等规定,公司法中关于公司机关、公司股份、公司债券、公司财务

^① 为行文方便,本书提及的我国法律、法规,如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国票据法》等,均使用简称,即省略“中华人民共和国”字样。

^② 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第23页。

会计等规定,海商法中关于船舶碰撞、海难救助、共同海损等规定,都具有很强的技术性。

3. 商法的兼容性

在大陆法系国家,法律被分为公法和私法。商法的主旨在于调节和保护商事主体的财产利益,强调商事主体意思自治和商事主体之间的权利、义务对等,因而商法为私法的一种形式。19世纪末20世纪初,资本主义从自由竞争阶段发展到垄断阶段,国家权力开始干预经济生活,出现了“私法公法化”的倾向。在这种背景下,商法中加入了大量公法性条款,即国家干预商事交易活动的法律规定,如有关商事登记、商业账簿的规定。应当看到,“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”^①。

4. 商法的国际性

商事交易本身是一种跨国界的活动,这使得调整商事活动的商法具有国际性。商法的这种特点在中世纪的商人习惯法中就已具备,当时的商人团体甚至视商法为“国际法或自然法之一部分”^②。进入资本主义社会后,由于贸易的地位日益提高,各国开始对贸易实施管制,便纷纷制定本国商法。这样,商法开始成为内国法,但它严重妨碍了国际贸易的发展。20世纪以来,随着贸易全球化趋势的加强,商法国际化呼声日益高涨,商法开始了新的国际化进程,出现了两种倾向:一是国际商事立法得到加强,制定和缔结了大量的国际商事条约、国际商事惯例;二是各国的国内法不断修改,使其彼此之间以及与国际商事条约、惯例之间更为协调。

二、商法的基本原则

商法的基本原则就是贯穿于商法始终,集中体现商法的性质和宗旨,调整商事关系的基本准则。它是商事立法的根本出发点,也是执行和适用商法的指导原则。商法的基本原则究竟包括哪些内容,学术界有不同的看法。我们认为,商法的基本原则至少应包括以下四条:

(一) 商事主体法定原则

由于商事主体的行为直接关系到交易的安全,因而,各国商法一般都对商事主体的资格、内容制定强行性规范予以严格控制,从而形成商事主体法定原则。该原则主要体现在三个方面:

1. 商事主体类型法定

所谓商事主体类型法定,就是可以从事商事活动的商事主体的组织形式由法律明确设定。也就是说,非经法律设定者不得享有商事主体资格,当事人不得创设法定类型之外的商事组织形式。例如,无限责任公司、两合公司、股份两合公司是有些国家的法定商事主体,而在我国则不能成为商事主体;集体企业、个体工商户、农村经营承包户是我国的法定商事主体,但在其他国家则没有这些商事主体。

2. 商事主体内容法定

所谓商事主体内容法定,就是可以从事商事活动的商事主体的财产关系和组织关系由法律予以明确规定。也就是说,当事人不得创设非规范性的财产关系和组织关系。例如,在公司、合伙企业、个人独资企业中,投资者与被创设企业之间的财产关系、企业内部的组织机构等方面,彼此之间存在着差异。之所以存在这种差异,就在于法律对这些主体的上述关系作出了

^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。

^② 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第22页。

不同的规定。

3. 商事主体公示法定

所谓商事主体公示法定,就是商事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,否则不得用以对抗善意第三人。正是由于商事主体必须依法公示,才产生商事登记制度。

(二) 公平交易原则

公平原则属于民法的基本原则,商法作为民法的特别法,受民法基本原则特别是公平原则的制约,因而公平交易原则应成为商法的基本原则。公平交易原则就是商事主体应本着公平的观念从事商事活动,正当行使权利和履行义务,兼顾他人利益和社会公共利益。公平交易原则主要体现在两个方面:

1. 交易平等

交易平等是指商事主体在从事商事活动中相互之间的地位平等,任何一方都不享有法律上的特权。在商法中,有很多规定都体现商事主体地位平等的规定,如各国公司法中关于股权平等的规定,商事登记法中关于准则主义的规定等。应当说,商事主体的地位平等是实现公平交易的重要前提。

2. 诚实信用

诚实信用是指商事主体在从事商事活动时应当讲诚实、守信用,以善意的方式享受权利和履行义务,不得规避法律和合同的约定,以维护交易公平。也就是说,诚实信用要求商事主体在交易中,不仅要平衡当事人之间的利益关系,而且要平衡当事人与社会之间的利益关系,以实现交易公平。

(三) 交易便捷原则

商事主体为商事行为的目的在于追求最大经济效益,自然要求商事交易活动能够简便、迅捷。因此,各国商法都将交易简便、迅捷作为商法的一个重要原则。在立法上,交易便捷原则主要体现在以下三个方面。

1. 交易简便

从各国商法来看,相当部分的商事行为采取要式行为方式和文义行为方式,使得这些行为中的许多内容可以通过强行法和推定法预先予以确定,只有部分内容留待当事人协商约定。例如,在商事买卖、商事租赁、商事借贷、商事承揽、商事居间、商事行纪、商事信托等商事行为中就设有大量推定条款,使这些商事行为在法律效力上具有可推定性。这就简化了当事人的协议过程,简便了交易手续,保证了交易的便捷。

2. 短期时效

现代商法对于各类商事请求权,如票据请求权、货物买卖中的瑕疵责任等,普遍采取不同于民法上时效期间的短期时效。例如,根据我国《票据法》的规定,支票持票人对支票出票人的票据权利的时效为6个月。采取短期时效的目的,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

从各国商法看,交易定型化包括交易形态的定型化与交易客体的定型化。交易形态的定型化就是通过强行法规则预先规定若干类型的典型交易方式,使商事交易的方式定型化。例如,销售商先行陈列各种定型货物并标明其品牌、价格、产地等,使买受人直接了解货物,迅速决定承诺与否,以促进交易的便捷。交易客体的定型化就是交易对象的商品化、证券化。也就

是说,当交易对象为有形物品时,给予其统一的规格或特定的标记,使交易者对商品易于识别,从而促进交易的便捷;当交易的对象为无形财产或财产权利时,则将权利证券化,按照证券规则进行流通以实现权利转让,从而简化转让程序,促进交易的便捷。

(四) 交易安全原则

商事交易需要迅捷,这就要保障商事主体的活动自由。但是,商事交易更需要安全,这就要对商事主体的行为进行干预。否则,商业社会将陷入混乱,最终有损商事主体的利益。交易安全原则主要体现在四个方面:

1. 强制主义

强制主义,又称干涉主义、要式主义,是指国家运用公法手段对商事关系加以强行规制。它主要体现在以下三个方面:一是各国商法通过公法性规范调控和干预商事关系;二是各国商法日益注重运用强行性规则对商事活动加以控制;三是各国商法在传统私法责任制度之外,发展起多种法律责任并存的法律调整机制。

2. 公示主义

公示主义是指商事主体对于涉及利害关系人利益的营业上的事实,负有公示告知的义务。公司登记的公示、上市公司信息的公开、船舶登记的公告等,都体现了这一点。公示主义的主要目的,在于保护交易相对人或不特定第三人的合法权益。

3. 外观主义

外观主义是指交易行为的效果以交易当事人行为的外观为准。依照外观主义,法律行为一旦完成,原则上不得撤销。也就是说,公示于外表的事实,即使与该事实的真实情形不符合,对于依该外观事实而进行的商事行为,也应当加以保护,以维护交易的安全。

4. 严格责任主义

严格责任主义是指在商事交易中,债务人是否有过错,都应对债权人承担责任。例如,根据我国《公司法》第95条规定,股份有限公司不能成立时,发起人对其设立行为所产生的债务和费用负连带责任。实行严格责任主义,能够促使商事主体认真履行自己的义务,有利于保障交易安全。

三、商法与其他部门法的关系

(一) 商法与民法的关系

无论奉行民商合一还是民商分立的国家,商法都是一个相对独立的法律部门,而民法和商法又同属私法。因此,民法和商法既有联系又有区别。

从联系来看,民法是一般法,而商法是特别法。从根本上说,商事关系与民事关系是相同的,因而民法和商法规定所涉及的内容是相同的,如都规定财产的归属和移转,商事关系可以适用民法的规定,但是商事关系是区别于民事关系的特殊社会关系,这些关系除了由民法的一般法律规范加以调整外,还需要特殊法律规范加以调整,而这些特殊法律规范不可能在作为一般法的民法的框架内完成,而是由作为特别法的商法来作出。商法的这些特别规定主要体现在:一是对民法规范或民法制度的具体化;二是对民法规范或民法制度的补充和变更;三是创设民法所没有的特殊制度。正因为民法与商法是一般法和特别法的关系,所以对具体的商事关系的法律适用来说,应当先适用商法的规定,在商法没有规定的情况下适用民法的规定。

商法除了与民法有着天然联系外,还与民法存在着相当的差异。这些差异主要表现在:①调整社会关系的性质不同。民法是纯私法,调整的是平权关系;商法则以私法为主体,兼有

公法内容,调整的是平权与不平权兼有的关系。②调整社会关系的范围不同。民法既调整财产关系,又调整人身关系;商法仅调整财产关系,不调整人身关系,而且商法调整的一些商事关系,民法不予调整。③调整社会关系的目不同。民法调整的社会关系有为了营利目的的,也有不为营利目的的;商法调整的社会关系都具有营利目的。

(二)商法与经济法的关系

商法与经济法的关系,是20世纪以来影响商法发展的重大理论难题。19世纪末20世纪初,西方资本主义发展到垄断阶段,经济危机频发,自由竞争遭到破坏,经济发展面临严峻挑战,各国政府开始实行积极干预的经济政策,推出了一系列干预经济的法律,德国学者赫德曼将其称为“经济法”。因此,“在大陆法系国家和地区,特别是在一些民商分立的国家和地区,当经济法理论产生以后,经济法与商法的关系就是一个需要解决的问题,由此引起了一些争论。”①但是,德国学者托伦指出:“在普通法系,很少有谁使用经济法概念,它至今还没有得到学术界的承认,人们宁可选择‘商事法’(Commercial Law)这一术语。”②因此,在普通法系国家,有关经济法和商法的争论是不存在的。

关于商法和经济法的关系,代表性的观点主要有三种:①商法和经济法合一说,即认为商法和经济法都是以企业为对象的,对两者持“合一”或总合把握的见解。②商法和经济法分离说,即认为商法和经济法的理念、机能是不同的,前者以个别经济主体的利益为基础,调整其间的利益关系,后者以国民经济利益为基础,着眼于超个别经济主体利益的整体的调整,因而商法和经济法应分作两个法域,商法仍应独立存在。③名称代替说,即认为经济法为促成民商合一而代替商法的总名称。③

商法与经济法有着共同点,主要表现在:①两者都是规范经济生活的法律;②两者在性质上有共同之处,经济法对经济活动进行微观规制和宏观调控时,都借助国家公权力,因而它具有公法性质,而商法虽从根本上具有私法性质,但为了维护商事交易的安全,它在调整商事关系时也融进了一定的公权力,因而带有公法的性质。

商法与经济法虽有相同之处,但又有明显的差异。这些差异主要表现在:①调整的对象不同。商法主要调整平等商事主体之间在交易活动中形成的商事关系;经济法则调整因国家干预经济活动中所形成的经济关系。②调整的方法不同。商法注重采用自我调整的方法,强调意思自治原则;经济法注重采用社会整体调整方法,强调国家统制原则。③调整的目的不同。商法着眼于个别商事主体的商事行为,调整社会关系的目的在于维护商事主体的利益;经济法着眼于整个国民经济的协调和可持续发展,调整社会关系的目的在于维护社会经济整体利益。

(三)商法与行政法的关系

商法与行政法既有联系又有区别。从联系看,商法中的公法性规范主要是行政法律规范,如商事登记、商事账簿、股权转让登记、船舶登记等制度中的规范,都属于此类规范。制定和实施这些法律规范的目的,在于保障商事主体权利的实现和维护商事交易的秩序。从这个意义上说,商事活动中的行政法调整,是行政法对商法的补充。

① 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第132页。

② 转引自梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第131页。

③ 参见户田修三、中村真澄:《商法总则·商行为法》,青林书院1984年版,第23页;张国健:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第30页。转引自王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社2001年版,第16~17页。

商法与行政法虽有联系,但毕竟属于两种不同的法律,两者之间的差异比较明显。这些差异主要表现在:①调整的对象不同。商法调整的是商事关系,这种关系是基于平等的商事主体的自由意志而产生,是商事主体自主自愿行为的结果,因而属于平权关系;行政法调整的是行政关系,这种关系是根据国家意志而产生,是国家权力运用的结果,因而属于不平权关系。②调整的方法不同。商法注重采用自我调整的方法,强调意思自治原则,因而以任意性规范为主;而行政法采用权力调整的方法,强调命令服从原则,因而以强制性规范为主。③调整的目的不同。商法着眼于个别商事主体的商事行为,调整社会关系的目的在于维护商事主体的利益;行政法着眼于整个国家的稳定和发展,调整社会关系的目的在于维护国家利益。

四、商法的产生和发展

(一)西方国家商法的产生和发展

1. 中世纪商人习惯法

商法与其他法律一样,其产生来自于社会实践。在欧洲的古代,人们已经开始了商品交换的活动,法律中也出现了一些调整商事活动的具体规范,但由于当时的法律诸法合体,而商事交易的规模不大,因而没有形成一个与一般私法相区别的、专门调整商人或者商事行为的独立法律体系。可以说,在古代社会,没有形成现代意义的商法。

多数学者认为,近代商法起源于中世纪。商法的最初形式是商人习惯法,这一制度的形成有着特定的社会根源,源于中世纪地中海沿岸的商业城市和海上贸易。11世纪后,欧洲的农本经济进入了发展时期,农业产品和手工业产品都丰富起来,需要向外推销。十字军东征的胜利开通了欧洲通向东方的商路,为欧洲大量剩余产品涌向东方市场提供了条件。东西方贸易的发展促进了地中海海上贸易的发达和地中海沿岸新兴城市商业贸易的繁荣,威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等迅速发展为重要的商业城市。其后,这种高度集中的口岸贸易和海上贸易又相继扩展到欧洲大西洋沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸的一系列商业开放城市。随着商业贸易的发展,商人逐渐成为一个独立阶层,他们迫切需要法律来保护其利益,以实现商业发展和商事交易的自由。

然而,中世纪的欧洲大陆处于封建法和寺院法的支配下,它们不可能实现商人阶层的要求。一方面,法律禁止放贷收息、借本经营、商业投机和各种转手营利活动,将非生产性的中介商业活动、正常的债权让与交易也视为违法行为;另一方面,有关保护商业活动的一系列条件缺少必要的法律保障。因此,从11世纪起,意大利的佛罗伦萨和佛兰德诸港率先出现了旨在保护商人自身利益的商人行会组织——商人基尔特,其后这种组织迅速在意大利、西班牙、英格兰、荷兰的许多城市中建立起来。商人行会组织最初的职能在于通过行业自治和习惯规则协调商人之间的关系,反抗封建法制的束缚,处理商人之间的纠纷。随着自身实力和权力的加强,它逐渐担负起认可和接纳商人,制定和编纂规约和习惯规则,组织商事法庭和行使商事裁判权等多种职能。从11世纪至14世纪的几百年间,正是在商人行会规约、商人惯例和商事判例的基础上,逐步形成了较为系统的商人习惯法。

商人同业行会自治规则是商人习惯法的主要内容,它具有以下主要特点:①奉行属人主义原则,为后来商人法的制定以及为属人主义商法典的制定奠定了基础;②现代商法中的一些重要原则、商法的特征、现代商法的主要制度不同程度地得到了体现;③不同地域、不同商人组织的自治规则的内容有差异,使商人习惯法呈现出非成文性和地域性的特点。

2. 欧洲早期商事成文法

15 世纪后,资本主义经济开始兴起,商品贸易日益繁荣,以宗教为核心的封建割据势力衰落,统一的民族国家逐步形成,原先分散于自治城邦和商业团体的立法权逐渐归集于中央集权的统一国家,寺院法开始被废弃。在这种形势下,法国和德国率先开始了商事法律统一运动,制定统一的商法。与此同时,英国和其他欧洲内陆国家也开始制定成文商法。

严格地说,欧洲各国早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法的确认,其内容上带有浓厚的商人法或属人法的特征。在立法体例上,主要有三种情形:一是制定独立的商事法规;二是实行民商合一立法;三是在一般法律中列出有关商法的专门规章。当时最有代表性的商法主要有:1673 年《法国陆上商事条例》、1681 年《法国海事条例》、1727 年《普鲁士海商法》、1734 年《瑞士民法》、1751 年《普鲁士票据法》、1776 年《普鲁士保险法》、1794 年《普鲁士普通法》、1794 年《波兰基本法》、1861 年《德国普通商法典》。当时商法所涉及的内容已经比较广,如商号、商标、居间、行纪、商事账簿、无限公司、两合公司、商事交互计算、银行、运输、仓储、寄托、冒险贷款、营利保险等制度。这些内容后来不同程度地被各国的商法典所接受。

总的来说,欧洲早期的商事立法是从商人习惯法向现代商法典转变过程中难以逾越的阶段。尽管这一时期的商事成文法实质上不过是封建国家以王权名义对商人习惯法和商人利益的确认,因而其立法内容仍带有模仿商人习惯法的局限性,并且其制法过程显然缺乏类似于民事立法那样的理论准备,但此种最初的商事成文法在当时历史条件下是具有社会进步意义的,它们对于现代商法形成所起的作用也是毋庸置疑的。^①

3. 现代商法

19 世纪后,随着欧洲资产阶级革命的成功,社会关系发生了根本性的变化。保护资本主义商品经济关系,推进商事交易的发展,成为资产阶级国家的基本国策。从 19 世纪开始,欧洲大陆国家开始大规模的法典制定活动,“商法开始在大多数大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现”^②。与此同时,英美法系国家也进行了商法的立法工作。及至第一次世界大战,世界上形成了三大商法法系,即法国商法法系、德国商法法系、英美商法法系。

法国商法法系以法国商法为核心,以行为主义即客观主义为法系的重要特征和商事法规的立法基础。法国商法由 1807 年制定的《法国商法典》以及《公司法》、《商事登记法》、《有限责任公司法》、《证券交易所法》、《保险契约法》、《票据法》等单行商事法规构成。希腊、西班牙、意大利、葡萄牙、埃及、波兰、南斯拉夫、罗马尼亚、巴西、智利、阿根廷等国家的商法,都以法国商法为直接或间接的历史渊源。

德国商法法系以德国商法为核心,以属人主义即主观主义原则为主要特征和立法基础。德国商法由 1897 年制定的《德国商法典》以及《有限责任公司法》、《股份公司法》、《保险契约法》、《票据法》等单行商事法规组成。直接或间接以德国商法为范例而编制或修订本国商法或制定商事法规的国家主要有奥地利、瑞典、挪威、丹麦、日本以及清朝末期的中国等。

英美商法法系以英美国家商法为代表,其特点是商事习惯法、判例法与商事成文法并存。英美商法起源于英国法,它以习惯法和判例法为其法律渊源,19 世纪中叶起商事成文法相继制定,包括《票据法》、《载货证券法》、《商务代理法》、《合伙法》、《商品买卖法》、《商船法》、《破产法》、《海上保险法》、《有限责任公司法》等。美国法律在传统上承袭了英国法律,其商法以英国普通法为基础,19 世纪末商事立法也开始在美国盛行,先后制定了《统一流通票据法》、《统一

^① 董安生:《中国商法总论》,吉林人民出版社 1994 年版,第 14 页。

^② 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社 1986 年版,第 115 页。

买卖法》、《统一仓库收据法》、《统一股票转让法》、《统一提单法》、《统一附条件销售法》、《统一信托收据法》等,这些法规后经整理编纂为《统一商法典》,于1952年公布。澳大利亚、加拿大、印度、新加坡、马来西亚等国的商法,受英美商法法系的影响。

(二)我国商法的产生和发展

在我国古代,当时的法律诸法合体,不存在独立的商法部门。同时,当时的统治者奉行重农抑商的政策,商品经济极不发达,因而商法不可能产生,即使有一些关于买卖、钱庄、银票、手工作坊、店铺牌匾等方面的规定,很大程度上也带有行政法和刑法的属性。

近现代意义上的商法始于清朝末期。清光绪皇帝在推行新政时,把制定商法典视为振兴工商业的治国大策。1903年,清廷委任载振、伍廷芳等人起草商法,1904年公布了《公司律》、《商人通律》,1906年公布了《破产律》,同时还起草了《公司注册试办章程》、《商标注册暂行办法》等,随后又聘请日本人志田钾太郎起草了《大清商律草案》,该草案共1008条,其中有公司法六编、海船法六编、票据法三编。这些商事法律、法规未及颁行,清王朝就覆灭了。

辛亥革命后,民国政府在大清商事法律的基础上,重新制定并颁布了一批商事法律,主要有《中华民国商律》、《公司条例》、《商人通例》等。在此期间,北洋政府于1923年起草了一部《商法》,但未正式出台。国民政府迁都南京后,采用民商合一的立法体例,在1929年制定的民法典中规定了商法的基本内容。原有商法中有关总则、商人、经理人、代办商、商行为、交互计算、行纪、仓库、运输等规则均并入民法债篇。在民法之外另制定一批商事单行法规,主要有《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《船舶法》、《商业登记法》、《船舶登记法》、《商业会计法》、《银行法》、《证券交易法》、《动产担保交易法》等。

新中国成立后,在很长一段时期内,国家实行计划经济体制,因而商法极不发达。改革开放特别是确立社会主义市场经济体制以后,我国开始并加快了商事立法的步伐。目前,我国已经制定了《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《商业银行法》、《企业破产法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《信托法》、《海商法》等法律以及相关的行政法规、规章。可以说,商法作为一个独立的法律部门已经形成。

第二节 商事主体

一、商事主体概述

(一)商事主体的概念和特征

商事主体,又称商业主体、商主体,是指具有商事能力,依法参与商事法律关系,能够以自己的名义实施商事行为,享受权利和承担义务的人,包括个人和组织。与一般民事主体相比,商事主体具有以下几个法律特征:

1. 商事主体是具有商事能力的人

商事主体是具有商事能力的人。商事能力是商事主体享有的商事权利能力和商事行为能力的统称,是指商事主体依据商事登记所核定的经营范围从事商事行为的资格限制。与民事能力相比,商事能力具有特殊性,主要体现在两个方面:一是能力的形成是特定的,即商事能力的形成须经过国家的特别授权程序,如履行工商登记;二是能力的范围和期限是有限的,即以

国家授权的经营许可内容和起止为商事能力的范围和期限。可见,具备商事能力者一般应以具备民事能力为前提,但具备民事能力者并不必然具备商事能力。另外,由于商事能力的特殊性,不少国家法律规定了对商事能力取得的限制,主要包括对未成年人商事能力的限制、对公务人员商事能力的限制、对已婚妇女商事能力的限制、对外国人商事能力的限制等。

2. 商事主体是以营利性活动为营业内容的人

商事主体必须是实施特定商事行为,而且是持续性地实施该种商事行为并以该种商事行为作为其营业内容的人。也就是说,不实施商事行为或者偶尔实施商事行为的人,不能成为商事主体。

3. 商事主体是参与商事法律关系并享有权利、承担义务的人

商事主体能够以自己的名义从事商事活动,参加到商事法律关系中,由此独立享有权利、承担义务,独立承担财产责任。因此,不能参与商事法律关系的人、不能独立享有权利和承担义务的人,不能成为商事主体。

(二)商事主体的分类

在各国商法中,商事主体表现为多种形式。不同国家的商事立法和商法理论,常常依照不同的标准对商事主体予以分类。^①

1. 商个人、商法人和商合伙

这是根据商事主体的组织形式的不同所作的分类。商个人是指按照法定程序取得特定的商事能力,独立实施从事行为并依法承担权利和义务的个体。商法人是指按照法定程序设立的,拥有法人资格,依法参与商事法律关系并独立享有权利和承担义务的组织。商合伙是指两个或两个以上的合伙人按照法律和合伙协议的规定共同出资、共同经营、共享收益、共担风险,合伙人对合伙经营所产生的债务依法承担责任的商事组织。

2. 法定商人、注册商人和任意商人

这是根据商事主体资格的取得是否需要注册登记所作的分类。法定商人是指以法律规定的特定商事行为为营业内容并经特殊程序设立的商事主体。注册商人是指不以绝对商事行为为营业内容,而经商业登记程序设立,并以核准的营业内容为商事行为的商事主体。任意商人是指不以绝对商事行为和营业商事行为为营业内容,并且依法不须进行登记而存在的商事主体。

3. 形式商人、拟制商人和表见商人

这是根据商事主体法律状态和事实状态所作的分类。形式商人是指具有商人身份和性质的资合公司,包括股份有限公司、股份两合公司和有限责任公司。拟制商人是指商号已经在商事登记簿上登记注册,虽然行为人并不从事商事行为或仅是小商人,但鉴于其登记之效力,该行为人可以被视为商人。表见商人是指没有在商事登记簿上登记注册,却以商人名义从事商事行为的人。

4. 完全商人和小商人

这是根据商事主体的营业规模的不同所作的分类。完全商人,又称大商人,是指以法律规定的商事行为作为其营业内容,并根据法定商业登记的程序和条件进行登记而设立的商事主体。小商人,又称不完全商人,是指从事商法规定的某些商事行为,依商事登记法的特别规定

^① 参见范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第142~148页;王保树主编:《中国商法》,人民法院出版社2001年版,第44~48页。

而设立的商事主体。

二、商法人

(一) 商法人的概念和特征

商法人是指按照法定程序设立的,拥有法人资格,依法参与商事法律关系并独立享有权利和承担义务的组织。商法人作为法人的基本形式,具有以下特征:

1. 商法人具有独立的人格

商法人通过法定设立程序,履行工商登记而取得主体资格,获得商事权利能力和商事行为能力,具有不同于法人成员的独立人格。

2. 商法人具有独立的财产和财产权

独立的财产是指商法人的财产独立于商法人的成员或其投资者的财产。独立的财产权是指商法人能够在法律和其自治规章规定的权限范围内,独立地占有、使用和处分其财产。

3. 商法人具有统一的组织机构

商法人作为拟制主体,对外具有统一的法律资格,对内则具有统一的代表机构、意思机构、执行机构和监督机构。

4. 商法人独立承担法律责任

商法人拥有独立的财产,因而能以其独立的财产对外承担责任,而且以全部财产为限对外承担法律责任。

(二) 商法人的分类

商法人在不同的国家有不同的类型,在同一国家还可根据不同的标准进行不同的分类。在我国,根据所有制性质的不同,商法人可以分为以下五种:

1. 国有商法人

国有商法人就是由国家投资设立的商法人。根据法律规定,国有商法人包括国有企业和国有公司两种形式,国有公司分为国有独资公司和国有控股公司。

2. 集体商法人

集体商法人就是由公民或集体单位组合而成并取得法人资格的集体商事组织。根据法律规定,集体商法人有工厂、合作社、合作商店、有限责任公司、股份合作企业等多种组织形式。

3. 合营商法人

合营商法人就是由两个以上的法人组织共同出资并经工商登记注册而成立的商法人。根据法律规定,合营商法人可以是联营企业,也可以是有限责任公司或股份有限公司。

4. 私营商法人

私营商法人就是由私人投资设立的商法人。根据法律规定,私营商法人以有限责任公司形式出现。

5. 外商投资商法人

外商投资商法人就是由外商参与投资或单独投资设立的商法人。根据法律规定,外商投资商法人的形式包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业。

三、商合伙

(一) 商合伙的概念和特征

商合伙是指两个或两个以上的合伙人按照法律和合伙协议的规定共同出资、共同经营、共