

中国 商法 教程

曾咏梅 著
Zengyongmei Zhu

武汉大学本科生
系列教材



· 武汉大学
出版社

ZHONGGUO
SHANGFA
JIAOCHENG

100361

中国商法教程

曾咏梅 著

武汉大学出版社

6407/66

图书在版编目(CIP)数据

中国商法教程/曾咏梅著. —武汉: 武汉大学出版社, 1996. 8
ISBN 7-307-02217-6

I. 中…

II. 曾…

III. 商法—中国—教材

IV. D922.294—43 D (9) 41.4—43

武汉大学出版社出版

(430072 武昌 珞珈山)

湖北省国营华严彩印厂印刷

(432300 湖北省汉川蚌湖镇荷沙大道6号)

新华书店湖北发行所发行

1996年8月第1版 1997年6月第2次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 13.125

字数: 339千字 印数: 2001—5000

ISBN 7-307-02217-6/D·315 定价: 13.20元

本书如有印装质量问题, 请寄印刷厂调换

商
法
二
反

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述.....	1
第一节 商法的概念和特征.....	1
第二节 商法的产生和发展.....	6
第二章 商主体	14
第一节 商主体的概念和种类	14
第二节 商主体的商事权利和商事义务	20

第二编 公司法律制度

第三章 公司和公司法概述	31
第一节 公司概况	31
第二节 公司法概述	34
第四章 公司法的基本制度	40
第一节 公司的设立	40
第二节 公司的名称与住所	46
第三节 公司的合并与分立	49
第四节 公司的解散与清算	51
第五章 有限责任公司法	56
第一节 有限责任公司概述	56
第二节 有限责任公司的设立	59
第三节 有限责任公司的组织机构	61

第四节 国有独资公司	71
第六章 股份有限公司法	75
第一节 股份有限公司概述	75
第二节 股份有限公司的设立	79
第三节 股份有限公司的组织机构	82
第四节 股份有限公司的股份	88
第五节 公司债券	97
第七章 外商投资公司法	101
第一节 外商投资公司法概述	101
第二节 外商投资有限责任公司法	107
第三节 外商投资股份有限公司法	125

第三编 全民所有制工业企业法和企业破产法

第八章 全民所有制工业企业法	129
第一节 全民所有制工业企业法概述	129
第二节 全民所有制工业企业的设立、变更和终止	131
第三节 全民所有制工业企业的权利和义务	135
第四节 全民所有制工业企业内部领导体制	141
第五节 政府对企业的管理	146
第六节 违反全民所有制工业企业法的法律责任	148
第九章 企业破产法	151
第一节 企业破产法概述	151
第二节 企业破产程序法	154
第三节 企业破产实体法	163
第四节 企业破产法的法律责任	171

第四编 商事合同法

第十章 商事合同法通则	173
第一节 商事合同法概述	173

第二节	商事合同的订立	177
第三节	商事合同的履行	184
第四节	商事合同的担保	186
第五节	商事合同的变更和解除	192
第六节	违反商事合同的责任	194
第七节	商事合同纠纷的解决	198
第十一章	商合同法分则	201
第一节	购销合同	201
第二节	建设工程承包合同	205
第三节	加工承揽合同	208
第四节	货物运输合同	211
第五节	财产租赁合同	215
第六节	居间合同和行纪合同	217

第五编 票 据 法

第十二章	票据和票据法概述	221
第一节	票据概述	221
第二节	票据法概述	229
第十三章	票据法律关系	236
第一节	票据法律关系概述	236
第二节	票据权利	240
第三节	票据行为	249
第十四章	汇票	259
第一节	汇票的概念和种类	259
第二节	汇票的出票	260
第三节	汇票的背书	262
第四节	汇票的承兑	267
第五节	汇票的保证	269
第六节	汇票的到期日与付款	271

第七节 追索权和拒绝证书·····	274
第十五章 本票、支票和涉外票据的法律适用·····	277
第一节 本票·····	277
第二节 支票·····	281
第三节 涉外票据的法律适用·····	285

第六编 保 险 法

第十六章 保险和保险法概述·····	288
第一节 危险与保险·····	288
第二节 保险法概述·····	294
第三节 保险法律关系·····	298
第十七章 保险合同法·····	304
第一节 保险合同概述·····	304
第二节 保险合同的订立·····	312
第三节 保险合同的履行·····	320
第四节 保险合同的变更和终止·····	323
第十八章 保险业法·····	327
第一节 保险公司的设立、变更和终止·····	327
第二节 保险公司的经营管理·····	330
第三节 保险业的监督管理·····	333

附录:

中华人民共和国公司法·····	336
中华人民共和国经济合同法·····	380
中华人民共和国票据法·····	395
主要参考书目·····	413
后记·····	414

第一编 商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念和特征

一、商法的概念

商法，亦称商事法，是国家制定的调整商主体的组织和商行为过程中发生的经济关系的法律规范的总称。商法的目的在于保护营利，维护交易安全，便利企业组织和交易，促进市场经济的发展。

法律学上的“商”是在对商事习惯和不同时期商事实践的法律概括的基础上逐步形成的。它比经济学上的“商”的范围要广泛，除了直接媒介商品交易的“固有商”之外，还有间接以媒介商品交易为目的的“辅助商”，如货物运输、居间、行纪等，以及与商品交易有密切联系的“第三种商”，如金融、制造、出版、摄影等，甚至广告、保险、饮食、服务等活动都可以视为“商”。

对于“商”的范围，各国规定不完全相同，一般都采用列举

的方式加以确定。根据 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》对“商事”(commerical)一词所作的解释,“商事”包括所有具有商事性质的事项:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;工程建造;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输等^①。综合各国对“商”的规定,营利是其基本特征。

对于商主体和商行为的定义方法,各国也不相同,有些国家以商主体确定商行为,有些国家以商行为定义商主体。但不论采用何种方式,商行为一般都是指以营利性营业为目的和内容的行为。所谓营利性营业,一般认为必须包括三个要素:第一,目的是为了营利;第二,行为有连续性,是经常性行为;第三,属于同一性质的行为。商主体是指具有商法上的资格和能力,能够以自己的名义从事商行为,独立享有商法上的权利并承担商法上义务的组织和个人。在商法产生之初,商主体主要是个人,但在现代,随着经营规模的扩大,企业已成为从事商行为的最普遍的主体,因此,现代商法主要由企业组织法和企业行为法构成。

商法一般有广义和狭义之分。广义的商法既包括规范商主体的组织和商行为的一般民事法律规范,如《民法通则》中关于个体工商户、个人合伙、法人、民事法律行为、债权、民事责任等的规定,也包括专门规范商主体的组织和商行为的民事特别法,如公司法、破产法、票据法、保险法、商事合同法、海商法及有关商事主体登记法等。关于国(公)有企业法,在西方国家一般不作为商法的内容。这主要是因为西方资本主义国家设立国(公)有企业的经济目的主要是调节社会经济结构和运行,一般不以营利为目的,因此,不符合商主体的基本特征。但在我国,由于实行

^① 陈湛匀主编:《商法实务》,上海人民出版社 1994 年版,第 2 页。

生产资料公有制，国有经济是社会经济的基础，在国民经济中占主导地位。虽然有些国有企业的经济目的主要是调节社会经济结构和运行，但对于绝大多数国有企业来说，生产经营的主要目的也是为了营利。因此，我国大部分国有企业应视为商主体，国有企业法也应作为商法的内容之一。狭义的商法主要指专门规范商主体的组织和商行为的民事特别法。本书主要介绍公司法、国有企业法、破产法、票据法、合同法和保险法。

二、商法的基本特征

在民商分立的国家，商法属于独立的法律部门，在民商合一的国家，商法一般作为民法的特别法。在我国法律体系中，商法还刚起步，尚不构成一个独立的法律部门。不论商法是否成为独立的法律部门，由于它具有自己特定的调整对象和目的，因此，它在法律上与其他法律相比，具有自己的特征：

（一）商法具有营利性

商法是关于营利性主体从事营利性营业行为的基本法律。商法的规则和制度，如商业登记制度、商业帐簿制度、商业财产制度、商号等无一不要考虑商事活动的营利性和经营性。商法上有关维护社会交易安全之宗旨，商法上诚实信用和公平交易原则，商法维护交易迅捷之规定，实质上均是商法营利性特征的反映；商法中有关利率、结算、公示原则、外观主义等规定，从不同角度反映了商法强调营利目的，强调经济效益的价值取向。

（二）商法具有协调性

商法既有任意性规范，也有强制性规范。商法在产生之初以任意性规范为主，但在现代，随着商主体规模的扩大和商事交易额的增长，交易风险增加，世界各国对商主体的组织和商行为都有较多的干预。商法中任意性规范主要体现在商行为方面，如公司经理人的设置、买卖条件的达成等，当事人可自行确定或约定，以便于商事交易简便、迅速、灵活和自由。强制性规范主要表现

在商主体设立的条件和责任等方面，如对公司发起人的人数和发起人责任的规定、对公司注册资本的规定等。在我国，国家对经济的干预较多，因此，商法中强制性规范比其他国家更多一些。采用强制性规范有利于保证组织健全、充实，保证交易安全，维护社会经济秩序。商法将任意性与强制性规范有机结合，使商法成为“一切法律中最为自由的、同时又是最为严格的”法律。

（三）商法具有技术性

商法的基本规则一般起源于商事活动中形成的商事惯例，因此，它在很多方面都是商事实践经验的总结。如票据法中为保证票据流通而规定票据具有文义性、独立性、票据抗辩的限制、持票人的追索权等。保险法中有关损害赔偿的估算等都具有技术规范的性质。

（四）商法的内容具有国际性

在现代，国际贸易和商事交往频繁。为保证交易迅捷，商事制度在国际上有统一的趋势。我国在制定商法时也吸收了一些国际上行之有效的商事制度。如对涉外经济合同纠纷解决和法律适用的规定，公司法对公司组织机构、会计制度等，都参照了国际上的一般作法。

（五）商法由许多单行法集合而成

现代各国的商法一般都以单行法形式出现，在我国也没有以商法命名的法典，除在《民法通则》中就一般商主体和商行为有少量规定外，大量调整商主体和商行为的法律规范都是通过制订单行法表现出来的。这些单行法互相关联、互补互助，集合起来总称为商法。

三、商法与民法和经济法的区别

商法与民法和经济法都是以经济关系为主要调整对象的，因此，商法与民法和经济法具有密切的联系。但从本质上说，商法与它们是有所区别的。

（一）商法与民法的区别

商法一般被认为是民法的特别法，所以民法的许多规定都适用于商法，特别是商法没有规定的时候，商事行为往往适用民法。但商法作为民法的特别法，与民法还是有区别的，主要表现在：

1. 从法律关系上看，商事关系不同于一般的民事关系，人身因素很少，几乎都是财产关系，而且这些财产关系一般都是有偿的，目的在于营利。

2. 从规范形成的过程上看，商业习惯在商法规范的形成和发展中起的作用大于民事习惯在民法规范的形成和发展中起的作用，如海商、票据、保险等制度，都是从商业习惯中演变而成为成文的法律的。

3. 从国际性上看，民商法虽然都是国内法，但各国商法有很多共通的规则。目前，关于商事的国际条约、公约都多于民事，商法的国际性大于民法。

（二）商法同经济法的区别

在我国，商法与经济法一般都以单行法的形式出现，而且在同一部法律中，往往既有经济法规范，又有商法规范，如《公司法》、《全民所有制工业企业法》等。由于经济法是独立的法律部门，所以商法的许多内容便被合并到经济法当中。但商法与经济法还是有明显不同的，表现在：

1. 从主体上看，商主体主要是依法能以自己的名义从事商行为的企业，不包括国家经济管理机关。经济法的主体主要是国家经济管理机关和社会组织，其范围比商主体广泛。

2. 从立法目的上看，商法着眼于保护商主体的合法权益，保证交易自由、公平、方便和迅速。经济法着重保护的是国家和整个社会的利益。

3. 从调整对象上看，商法主要调整商主体在组织和行为中发生的经济关系。在商事法律关系中，当事人在法律地位上是平等的。经济法主要调整国家对国民经济进行管理和协调中发生的经

济关系。在国家经济管理法律关系中，一方为管理主体即管理权利主体，另一方则为被管理主体即接受管理的义务主体，双方当事人在法律地位上是不平等的。

第二节 商法的产生和发展

一、资本主义国家商法的产生和发展

商法是与现代工商业文明结伴而生的法律制度。现代商法起源于中世纪到近代中期。在这一时期，伴随着工商业文明的复兴与发展，一个以自由、公平、权利为核心和本质，以商人和商行为特定调整对象的新部门法逐渐从传统民法中分离出来，并从观念到制度上日益完善起来。

现代商法是从传统商法发展而来的，其产生和发展经历了三个阶段：

（一）传统商法萌芽时期

中世纪初期，随着西罗马帝国的灭亡，欧洲陷入了一个政治上黑暗、经济上萧条的时代。人们在宗教主宰之下，认为土地是生活的唯一来源，是构成财富的唯一标准。商业的营利精神与社会的道德标准有冲突，商业被教会法规列入禁止之列，不受保护。但是从9世纪起，商业开始在欧洲沿海城市复兴，并迅速发展，从而为传统商法的产生创造了条件。

商业为商法产生创造的条件主要表现在：（1）促进了城市（商埠）的兴起。（2）推动了旨在联合保护商人自身利益的商人行会组织的形成。商人行会组织的最初意义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。但后来，随着其实力和权力的加强，逐渐担负起认可和接纳商人、制定和编纂规约或习惯规则、组织商事法庭和行使商事裁判权等多种职能。（3）促使期货交易所、票据交换所等商

务机构的诞生。(4) 推动了贸易交往和管理手段的改进, 开始使用商业簿记和帐户的方式进行商务管理, 银行制度也开始初具形态。(5) 人们关于商品交易的观念逐渐冲破宗教的束缚, 不再确信贸易是亵渎神灵、引发罪恶的根源, 相反, 将其看成是促进国与国之间和平的杠杆, 是公道观念的本源, 甚至宗教本身也开始修改其教规, 以适应商业的发展。(6) 人们开始重视法制, 认识到商业需要自由, 而自由的前提是法制与秩序, 于是人们开始自觉地重视和加强商事立法。总之, 商业的发达在法律制度上的直接结果是促使传统商法的诞生。

传统商法最早表现为城市法、商人同业行会的章程、条例、商事和海商法院的判决、地区和跨地区的商业习惯法, 以及国王、领主、教会颁布的有关单行法规。以后, 随着商业管理制度的完善, 商业票据、商业公司、银行及商业信用的出现和迅速普及, 大批由官方制定的调整单方面商行为的制度和法律规范相继出现, 并逐步在体系上完整起来。在这一时期的立法中, 对后来欧洲商法的发展具有重要影响的法律有两部: 一部是 1673 年法国国王路易十四颁布的《商事条例》。该条例共 12 章 112 条, 内容包括商业性质、商人、商业簿记、合伙(公司)、票据、破产和商事裁判管辖等, 这是最早的单行商事法。另一部是 1681 年法国国王路易十四颁布的《海事条例》。该条例共 5 编, 内容包括海上裁判所、海员及船员、海上契约、海港警察、海上渔猎等, 目的在于加强王室对海事贸易的控制。

(二) 传统商法发展时期

从 19 世纪初到第一次世界大战, 是商法在体系上建立和完成时期。这一时期, 资本主义工业文明的滚滚洪流与殖民掠夺的勃勃野心结伴而行, 开拓了世界经济贸易的新纪元。资本主义各国为维护本国经济秩序, 加速经济发展, 竞争世界市场, 都非常重视商事立法。从立法体系和立法原则来考察, 这一时期发展创立了世界四大商法法系。

1. 法国商法法系，亦称商行为法立法体系。它以法国商法为核心，以行为主义即客观主义原则为法系的重要特征和商法的立法基础。它强调主体身份对商行为的依存性。按照这种法系的原则，只要行为人的活动属于商行为，不论是否为商人，其活动都适用商法。

法国商法由《法国商法典》及其相关商事法规构成。《法国商法典》是1807年在拿破仑主持下制定的，它是近代最早的、最完整的商法典。该法典分4编648条，内容包括通则、海商、破产和商事法院。法国商法在当时大陆法系中处于领先地位，因此，当时荷兰、希腊、西班牙、土耳其、比利时、意大利等国都参照法国商法制定本国商法。但目前，这一法系的创始国法国已转向折衷商法法系，现在这一法系的典型代表为《西班牙商法典》。

2. 德国商法法系，亦称商人法立法体系。它以德国新商法为核心，以属人主义即主观主义原则为法系的重要特征和立法基础，强调商主体资格的确定，并将其作为商法适用的一般前提。按照主观主义原则，商人是商法的中心，同一行为，商人为之，适用商法，非商人为之，适用民法或其他法律。

德国商法由《德国商法典》及其相关商事法规构成。德国商法典有新旧之分。1861年颁布的《普通德意志商法典》，即所谓的旧商法，它仿效法国，以商行为为立法基础。新商法于1897年颁布，它以商人为立法基础。该法典共4编905条，内容包括商人、商事公司及隐名合伙、商行为和海商等。受德国商法法系影响的国家主要有奥地利、瑞典、挪威、丹麦及旧中国等。

3. 折衷商法法系，亦称混合标准的商法体系。它以日本新商法为代表，以商行为和商人两种标准同时作为立法的基础，即以商行为概念作为商人定义的基础，而商人的概念又在一定程度上决定着商行为的具体范围。按照折衷主义原则，商人的行为和非商人的商行为都适用商法。

日本旧商法是日本政府聘请德国的赫尔曼·洛爱斯莱尔（又

译洛斯勒)起草的,1890年通过并公布。由于这部商法脱离日本的国情和商习惯,后经过多次修改,才逐步实施。1899年,日本在此基础上修改制定了新商法。新商法共5编,内容包括总则、公司、商行为、票据和海商等。现在采用折衷商法法系的国家有法国、希腊等。

4. 英美商法法系。它以英美国家商法为代表,其特点是一般商事习惯、判例法与商事成文法并存。

英美法律起源于英国法,它以习惯法和判例法为其法律渊源,因此,在英美法中,商法是指一般商事习惯和判例所形成的法律,它们都受普通法和衡平法支配。自19世纪中叶起,在欧洲大陆商事立法的影响下,英美国家也颁布了大批商事成文法规。如英国颁布了《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》、《有限责任公司法》等。在美国,由于各州拥有商事立法权,因而起初各州的商事立法内容很不一致,这给商事交往带来极大不便。到了19世纪末,美国统一州法委员会着手制定统一的商事法规,先后制定有《统一流通票据法》、《统一买卖法》、《统一股票转让法》和《统一提单法》等。这些法规经整理编纂为《统一商法典》于1952年公布,现为大多数州所采用。受英美商法法系影响的国家主要有澳大利亚、加拿大、印度、新加坡等。

(三) 现代商法的特点

20世纪的商法是传统商法在现代社会的继承和发展。由于进入20世纪后的社会政治、经济形势与过去相比发生了很大变化,因此,现代商法与传统商法相比较,也发生了一些变化,产生了一些新的特点,主要表现在:

1. 商主体从商人向企业转变。传统商法是从中世纪的商人法转化而来的。商人作为一个法律概念的出现,最初与他作为一个独立的社会阶层的出现联系在一起。商人是商事活动的主体,商人在商法中总是处于核心地位,是商法的主要调整对象。但是,随

着经济的发展和经济规模的扩大，具有一定经济规模和组织形式的企业逐渐取代了商人在商事活动中的地位，成为商法调整的主要对象。由于企业是现代社会经济组织的基本细胞，企业问题是现代社会经济生活中最为敏感和最为重要的问题之一，因此，商法作为专门调整企业商事活动的完整的法律体系，在许多国家的法律体系中都占有重要的地位。

2. 商法的基本原则从商人利益至上向有条件地保护商主体利益转变，即把保护社会公共利益作为保护商主体利益的前提。传统商法一直被视为调整私人经济关系的法律，保护商人利益是其立法的基本出发点，“私法自治”原则和“盈利至上”原则是贯穿于传统商法的基本原则。但在现代，这两个原则却面临了严峻的挑战。

“私法自治”原则是资产阶级革命时期为保护私人财产的绝对权利而提出的调整财产关系的法律原则。它以对内“意思自治”和对外“契约自由”为基本内容，以个人意志对私人经济行为享有绝对支配权为基本思想，以私人地位优先为信条。但第二次世界大战后，伴随着社会政治、经济的变革，“私法自治”原则受到了强烈的冲击，表现在：（1）经济环境发生了深刻的变化。西方一些工业国家国营企业增多，私营企业不再独占天下，从而使社会基本经济格局发生了变化；国家对经济活动的干预范围扩大，社会福利、公共或整体利益愈来愈受到更多的关注；社会对经济利益上弱者的保护也已成为建立新经济秩序的重要内容。（2）人们思想观念发生了变化。人们不再信奉个人在法律上的无限或绝对自由的权利，更加珍视社会整体的利益或价值。人们开始怀疑“私法自治”原则的合理性，确信商事经营中绝对的平权理论完全是虚假的。因为经济利益上的强者常常在契约自由的幌子下，强迫弱者作出自己承担不公正法律义务的承诺。因此，从社会整体利益出发，不仅仅为了保护弱者，更为了保护公众利益，用社会公正观取代形式上的保护个人绝对权利之公正观，则成为商法的