



商法新论

于维同 李庆海 编著

辽宁人民出版社

面向 21 世纪法学核心课程教材

(Law Core Textbook Series For 21st Century)

商 法 新 论

New comment on Commercial Law

于维同 李庆海 编著

辽宁人民出版社

4

© 于维同 李庆海 2003

图书在版编目 (CIP) 数据

商法新论/于维同,李庆海编著. —沈阳:辽宁人民出版社, 2003. 5

ISBN 978-7-205-05589-9

I. 商… II. ①于… ②李… III. 商法—法的理论—中国 IV. D923. 991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 032461 号

出版发行: 辽宁人民出版社

(地址: 沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮编: 110003)

印刷: 沈阳新华印刷厂

幅面尺寸: 185mm×260mm

印 张: 30

字 数: 700 千字

印 数: 10 000—12 000

出版时间: 2003 年 5 月第 1 版

印刷时间: 2008 年 2 月第 6 次印刷

责任编辑: 马 辉

封面设计: 吴 男

版式设计: 宋建邦

责任校对: 吴广君等

定 价: 42.00 元

销售热线: 024-23284300

32842%

《商法新论》课题组暨编委会

主 编：于维同 李庆海

副主编：周绍强 易 玉

李秋月 吴晓明

主 审：张敬春

序 言

作为以理工为主的高等学校，我很高兴地看到我校法学专业的成长壮大。十几年来，经过文法学院全体教师的努力，已经在教学和科研方面取得了许多优秀的成果。当我得知他们在总结多年的科研成果基础上准备出版这部《商法新论》著作的时候，感到由衷的高兴，因为这为我校建设多科性大学添上了浓重的一笔。

随着中国加入 WTO 和市场经济的不断完善，要求法制化的进程进一步加快，因此，在我国融入国际经济大循环和国际经济一体化日益加深的历史条件下，研究商事运作及规范就显得尤为重要。商法为规范国内外市场及市场中的自然人、法人和其他商事主体的商事交易行为，维护市场秩序和促进经济发展提供了精良武器。作为从事多年法学专业教学的一些骨干教师，不辞辛苦地整理多年来积累的科研成果，结合诸种法律新修之契机，精心编著这部《商法新论》，从跨学科的新理论入手，对新修正的法律进行了全新的阐释，不失为工科院校科技花园中的一朵艳丽亮人的奇葩。作为一校之长，我对这一文科科研成果予以鲜明支持和提倡。此书不仅是法学专业学生的良师益友，也是从事工商行业的仁人志士经营发展的好帮手和好参谋，还可以作为律师、法官、检察官学习、提高断案能力的工具书、参考书，它将为实践和完善我国商事法律制度作出一份贡献。

这本《商法新论》是法学专业系列科研作品之一，希望以后有其他更优秀的著作出版，我也将全力予以支持。



2003年4月

前 言

随着中国经济市场化程度的提高及市场经济制度的不断完善,与之相适应的商事法律逐步制定和更新,商法学界不断涌现新的科研成果。我们课题组几年来一直关注国内、国际商事法律制度的发展,也一直从事商法的教学和科研工作,对当前商事法律制度的现状和发展趋势有了较深刻的理解和体会。2002年初,我和我的科研小组着手准备编著一本总结阶段性科研成果的《商法新论》。想法一提出便得到了学院院长张敬春教授的大力支持和鼓励,校长李荣德教授对商法课题研究更是全程关注,提出了许多宝贵的建议,并为本书作序,使得本书以全新的面貌呈现给大家。

为了适应中国加入WTO后的经济飞速发展的需要,一些新的国内、国际商事法律制度应运而生。针对我国目前多部商事法律已修改的实际情况,结合我们多年的教学经验和科研成果编著了本书。本书从商法学基本理论出发,对各种商事法律关系进行详细的阐释和论述,从而使本书与以往商法学著作相比具有新颖性、前瞻性和实用性的特点。第一,结合证券法、保险法(已于2003年1月1日起正式实施)、公司法等新修改和正在修改的法律,对新增内容的立法依据、立法意图予以详细的阐释;第二,结合WTO框架协议下的基本规则和争端解决机制,使商事法律关系的内容更加完整和充实;第三,随着我国市场经济体制的不断完善,新的商事主体不断出现,特别是党的十六大提出加快民营企业的立法,全面建设小康社会的新政策,使得规范商事主体立法势在必行。本书对商事主体立法进行了全面的论述和立法设计;第四,对我国已经加入的和即将加入的相关的国际公约结合国内相关的商事立法作了阐述,论述商事法律关系的发展趋势和存在的问题。

本书的体系比较完整,分成总论和分论两个部分。总论部分阐述了商事立法原则、商事法律关系、商事行为制度、商事主体制度、商事登记制度、商业账簿制度等基本内容。分论部分包括:公司法、合伙企业法、个人投资企业法、破产法、票据法、证券法、保险法、商代理法、海商法、产品责任法、涉外商事相关法规制度等内容。本书的适用范围包括全日制高等院校法学专业本、专科学生,也适用于从事商事、贸易等专业的相关人士使用。本书作为面向21世纪核心课程教材,信息量大,内容新颖,基本概念和相关术语表述准确。另外本书的一些内容采用中英文对照的形式,可以满足教育部双语教学的要求。本书的作者均从事多年的商法学及相关课程的教学和科研工作,并在此领域取得了一定的成果。本书由我和李庆海副教授担任主编,由我负责全书的统稿、修改与定稿。文法学院院长张敬春教授负责全书的审定,沈阳工业大学校长李荣德教授为本书作序。

于维同

2003年元月于沈阳

目 录

序.....	1
前言.....	1

第一编 商法总论

第一章 商法概述 (General Introduction to Commercial law)	3
第一节 商法的含义和特征.....	3
第二节 中外商法的历史沿革及发展趋势.....	7
第三节 商法的性质	14
第四节 商法的基本原则	19
第二章 商事法律关系 (Commercial legal Relationship)	24
第一节 商事法律关系概述	24
第二节 商事法律关系的构成	26
第三节 商事法律关系的设立、变更和终止	28
第三章 商事主体 (Commercial Subjects)	30
第一节 商事主体的含义和特征	30
第二节 商事主体的能力	33
第三节 现代市场条件下商主体的分类	35
第四章 商事法律行为 (Commercial Juristic Acts)	45
第一节 商事法律行为概述	45
第二节 商事法律行为的种类及内容	50
第三节 商行为的法律规制	56
第五章 商事登记与商业名称 (Commercial Registration and Business Name)	69
第一节 商事登记概述	69
第二节 商事登记的程序和效力	73
第三节 商事名称登记的效力	77
第四节 商业名称的国际、国内法律保护	83
第六章 商业账簿及其披露制度 (Commercial Accounting Books and Disclosure System)	90
第一节 商业账簿制度概述	90
第二节 商业账簿的构成及编制	92
第三节 公司商主体商业账簿披露制度	98

第二编 商实体法分论

第七章 公司法 (Corporation Law)	105
第一节 公司及公司法概述	105
第二节 公司的设立、变更和终止	114
第三节 公司的权利能力、行为能力及责任能力	119
第四节 公司章程的性质和内容	121
第五节 法人财产权与股东权	123
第六节 公司财务会计制度	125
第七节 有限责任公司概述	130
第八节 股份有限公司概述	147
第八章 合伙企业法 (Partnership Enterprises Law)	168
第一节 合伙企业法概述	168
第二节 合伙企业的设立、变更与终止	173
第三节 合伙企业财产及事务的执行	178
第四节 合伙企业与第三人的关系	181
第五节 合伙人、入伙人、退伙人的权利义务	184
第六节 合伙企业与合伙人、清算人的法律责任	185
第九章 个人独资企业法 (Individual Proprietorship Enterprises Law)	188
第一节 个人独资企业概述	188
第二节 个人独资企业的设立、变更和终止	190
第三节 个人独资企业的投资主体及事务执行	192
第四节 个人独资企业的权利义务	194
第五节 个人独资企业的法律责任	196
第十章 破产法 (Bankruptcy Law)	198
第一节 破产及破产法概述	198
第二节 破产程序制度	207
第三节 破产实体制度	215
第十一章 保险法 (Insurance Law)	227
第一节 保险及保险法概述	227
第二节 保险法律关系	232
第三节 保险合同法律规范	237
第四节 保险业法律规范	251
第十二章 票据法 (Commercial Instrument Law)	258
第一节 票据及票据法概述	258
第二节 票据上的法律关系和票据行为	262
第三节 票据权利与抗辩	266
第四节 票据的伪造和变造	270
第五节 汇票的票据规范	271

第六节	本票与支票的票据规范	277
第七节	涉外票据的法律适用	279
第十三章	证券法 (Securities Law)	282
第一节	证券及证券法概述	282
第二节	证券的发行和上市	284
第三节	上市公司的信息披露制度	294
第四节	证券交易及其违法行为的法律责任	298
第五节	证券监管机关及证券经营机构	308
第六节	证券投资基金及其运行机制和责任	315
第十四章	海商法 (Marine Law)	322
第一节	海商法概述	322
第二节	船舶与船员	323
第三节	海上货物运输合同	326
第四节	海上旅客运输合同	336
第五节	船舶租用合同	340
第六节	船舶碰撞	343
第七节	海难救助	344
第八节	共同海损	346
第九节	海事赔偿责任限制	350
第十五章	商事代理法 (Commercial Agency Law)	354
第一节	商事代理法概述	354
第二节	代理的成立和有效要件	357
第三节	本人与代理人之间的关系	358
第四节	本人及代理人同第三人的关系	360
第五节	承担特别责任的代理人	363
第十六章	产品责任法 (Product Liability Law)	366
第一节	产品 (product)	366
第二节	产品缺陷 (product Defective)	374
第三节	我国产品责任法制建设	385

第三编 涉外商事相关法规制度分论

第十七章	西方主要发达国家商事法律制度 (Commercial legal Systems of developed Countries in the West)	409
第一节	美国商事法律制度概要	409
第二节	英国商事法律制度概要	413
第三节	德国商事法律制度概要	420
第四节	法国商事法律制度概要	424
第十八章	涉外商事争端解决规范 (Rules and Regulations to Commercial Dispute Involving Foreigners)	429

第一节 解决国家与他国国民间投资争议公约·····	429
第二节 WTO 贸易争端解决机制·····	437
第三节 国际商事仲裁·····	444
第四节 涉外商事争端诉讼程序·····	454
主要参考文献·····	464
后记·····	466

第一编 商法总论

第一章 商法概述

(General Introduction to Commereial law)

本章内容简介:

本章主要介绍商事和商法的概念、商法的性质及其与相邻法律部门的关系、商法的渊源、体系划分和商法体例、商法的基本原则、商法的中外发展历史及现代商法的发展趋势。

重点与难点:

商法的含义及特征、商法的渊源、商法立法体例、商法与其它部门法的关系、商法的基本原则、商法的中外立法趋势。

第一节 商法的含义和特征

一、商事的概念 (The conlept of commercial)

商法 (Commercial law), 是调整商事关系的法律规范的总称。具体来说, 商法是调整商事主体和商事行为的法律规范的总称。和商法中固有的概念、规则和制度一样, 研究、了解商法均离不开对于商事的特定的理解; 然而, 就目前商法的现状而言, 诸多国家的商法均未对商事做出令人信服的一般性定义。同时, 还有一些国家的商法则试图通过列举具体商事活动的方式明确商事之外延。可以说, 商事的概念是抽象的、模糊的。而商事作为商法的基石, 在探讨有关商法的问题前, 对商事的概念加以明确界定是至关重要的。

商事 (Commercial) 又称为“商”, 法律意义上的“商”或商事, 乃是指一切营利性营业活动和事业的总称。按照商法学者们的通说, 现代商法中商事的范围大致可以分为以下三种:

(一) 直接媒介财货交易以及传统上被纳入基本商事活动的商事, 例如交易所交易、买卖商交易、证券交易、票据交易、海商海事活动等。学理上也将其称之为“第一种商”, 即“固有商”。

(二) 间接以媒介货物交易为目的的营业活动, 它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的商事, 如货物运送、仓储、代理、行纪、居间等。学说中也将其称之为“第二种商”,

即“辅助商”。

(三) 虽不具有直接或间接媒介货物交易之行为目的,但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的营业活动,或彼此间提供商业条件的营利活动。如银行、融资、保险、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影营业、广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等。学者又将其称之为“第三种商”,即“服务商”。

由此可见,法学上“商”的范围十分广泛,而且随着国际经济一体化发展过程的加深而愈来愈广。一些国家或地区的商法正是基于这种理念来界定其“商”的范围的。《德国商法典》规定,凡以商业之方法及范围为营业,办理商业登记者,即视为商业;对于农林业兼营副业,如对农林产品加工制造,经申请商业登记的,也视为商业。《瑞士债务法》规定,凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业而进行登记的,都视其为商业。我国台湾地区的《商业登记法》第2条所列举的各种商业,竟达32款之多。可见“商”的范围虽然广泛,但没有也不可能有一个统一的确定标准。其具体范围,只能依据各国民商法的规定而定。

我国目前有关的商事法规对我国的商事行业做出了界定,根据《企业法人登记管理条例实施细则》第2条和第3条的规定,在我国,农林牧渔、水利及其服务业、工业、地质普查和勘探业、建筑业、交通运输业、商业、公共饮食业、物资供销业、仓储业、房地产经营业、居间服务业、咨询服务业、金融保险业等均属于商事营业,凡法人欲以营业目的执此业务者必须履行企业法人登记程序。该细则中还规定:欲从事某些公用事业或非营利事业的法人,如果“实行企业化经营”,也视之为从事商事营业,并须履行“企业法人登记”程序,适用有关的商事管理法规。

二、商法及其含义

如前所述,商法是调整商事活动的法律规范的总称。按照我国台湾学者张国键的看法,商法“为规定关于商事之法律”,其内容或是规制商主体或是规制商行为,其最终目的在于调整由商事活动引起的商品经济关系,以形成反映其要求的法律秩序。^①

我们认为,按照商法的本质、特征可以将其定义为:商法是规范商主体、规制商行为、调整商事法律关系的法律规范的总称。这样的定义简单、明了,有助于初学者明确学习、研究的方向。按照我国学者的通常看法,商法从含义上,还可分为形式意义的商法和实质意义的商法。

(一) 形式意义的商法

形式意义上的商法,是指民商分立的国家所制定的以“商法典”之名的法典。在这些国家中,商法典是其商事活动的基本法,商法典之外的单行商事特别法,是否都以“商事”命名,则不受限制。据不完全统计,世界上大约有40个国家拥有形式意义上的商法典。

不过,由于各国法典编撰的原则不同,形式意义的商法主要分为以下四大类:

1. 以主观主义原则作为立法基石而构造商法典,以德国为代表。1897年颁布的《德意志帝国商法典》(又称德国新商法),以商人观念作为其立法的基础,共分四编:总则、商事公司及隐名合伙、商行为、海商。

2. 以客观主义原则作为立法基石而构造商法典,以法国为代表。1807年颁布的《法国

^① 参见张国键:《商事法论》,台湾三民书局,1980年版,第6-7页。

商法典》，以商行为观念作为其立法的基础，共分四编：通则、海商、破产、商事法院。

3. 以折衷主义原则作为立法基石而构造商法典，以日本为代表。1894年颁布的《日本商法典》，以商人和商行为并存的折衷主义原则作为其立法的基础，共分四编：总则、公司、商行为、海商。

4. 以货物买卖为中心原则作为立法基石而构造商法典，以美国为代表。与大陆法系国家的商法典不同，美国的《统一商法典》仅仅调整商事流转关系，并不包括企业组织法的规定，共分十编：总则，买卖，商业票据，银行存款和收款，信用证，大宗转让，仓单、提单和其他所有权凭证，投资政权，担保交易，账债和动产契约的买卖，生效日期和废除效力。

（二）实质意义的商法

实质意义的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。其形式包括各种有关商事的专门法规，散见于民法、行政法和其他法律中的有关商事的规定，以及有关的判例、法规等。因此，在市场经济条件下，无论是大陆法系还是英美法系，无论是奉行民商分离还是奉行民商合一的国家，都存在着实质意义上的商法。

就实质意义的商法而言，又可分为广义的商法和狭义的商法。

1. 广义的商法

广义的商法是调整各种商事关系的商法规范的总称。一些学者将其再细分为国际商法、国内商法两种。国际商法，乃国际法上关于商事的法规，例如，有关海事、票据、商品买卖等商事的统一公约及其他国际商事习惯法。国内商法则为国内关于商事的法规，它又分为商公法、商私法两种。所谓商公法，是指公法上关于商事的法规，如银行法、刑法上关于妨害商号、商标的处罚规定等；商私法则是指私法上关于商事的法规，如采民商分立体制国家的商法典，英美法系国家的商事习惯法及采民商合一体制国家的民法典的商事规定、关于商事的特别法、有关商事的民事习惯法等。

2. 狭义的商法

狭义的商法仅指商法典及其附属法规，即国内商法中的商事私法。

我国现行的商事法立法制度采民商合一制度，即在民法之外，设有民事特别法。就法律形式而言，并没有所谓的形式意义上的商法，但随着市场经济体制的建立，实质意义上的商事法律，已大量存在，除在民法、经济法、行政法中存在商事规定以外，还有《公司法》、《合伙企业法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《拍卖法》、《破产法》等商事单行法。

三、商法的基本特征 (The basic Features of Commercial Law)

商法的特征是指商法区别于其它法律部门的主要标志，是商法本质的外在表现。对商法特征的分析有助于我们更好地理解商法的本质和意义，加强我国的商事立法，并以此促进我国社会主义市场经济的建设。

（一）商法的营利性

营利性是指经济主体通过经营活动而取得经济利益的特性。营利乃是“商”的本质。商事主体从事商事活动，其直接和主要目的就在于营利，这也是各国商法所确认的。从这一意义上，也可以说商法就是“营利法”，或者说，商法是保护正当营利的法律。

当然，商法并不只单纯地追求利润。商法主要是鼓励和保护通过正当交易手段追求商业利润，尤其崇尚诚实信用之交易原则。尔虞我诈等不正当竞争或非法手段的营利，商法不仅

是不允许的,而且是坚决禁止的。因此,我们可以说,商法营利法,但决不是投机法。

(二) 商法调整对象的特定性

商法作为一个独立的法律部门,具有自己的调整对象。商法的调整对象是特定的,其或者仅适用于履行了商事登记而具有商事主体资格的人,或者仅适用于商行为。大多数国家都规定,非商人不得适用商法。

(三) 商法的技术性

商法是一个实践性极强的法律部门,其对商行为中的行为方式、行为规则都作了具体详尽的规定,这使商法的内容具有极强的技术性。例如,票据法中有关票据的文义性、独立性、票据抗辩的限制、执票人的追索权以及参加承兑的规定,海商法中有关共同海损的理算的规定等,莫不体现了极强的技术性。同时,商法规范本身必须及时反映现实商事交易活动的需求,而商事交易活动的内容和形式都是变化发展的,因而,商法的修改尤为频繁,这也突出了商法对技术性的要求。

四、商法的渊源 (The Sources of Commercial Law)

商法的渊源是指商法规范表现和存在的形式。它是约束商事行为的重要的法律效力来源,是商事经营活动的重要法律依据。

(一) 传统的商法渊源

在传统商法中,商法的渊源主要为商事制定法、商事判例法、商事习惯法和商事法学说。

在大陆法系国家中,具有重要意义的是以商法典为代表的商事成文法,即商法典和单行商事法规。在大陆法系的一部分国家中,商法理论著作、有关的商法典和其他商事法规的学理评撰等,在商事交易的法律适用中也具有一定的指导意义,而司法报告、判例在商事交易中并不起多大的作用。

在英美法系国家中,商事判例法和商事习惯法对商法具有第一重要的意义,商法理论和学说在法律适用时也发挥着一定的作用。

在传统商法中,由于商事规模的局限、商事组织形式的单一,因此,个人意思自治所产生的约定,虽然能够受到法律保护,但它本身在适用时并不被人们视为与法律规范具有同等效力的法律渊源。

(二) 近现代的商法渊源

20世纪以来,随着社会经济的进步和经济规模的扩大,尤其伴随着社会经济组织形态和结构的完善、经济组织内部的制度的日益健全以及经济组织对外交易手段的多样化,商法渊源的范围扩大,除了传统意义上的商事制定法、商事判例法、商事习惯法和商法学说之外,商事自治法亦随之发展成为商法的一个重要法律渊源。

(三) 我国的商法渊源

在我国,商法的渊源主要包括以下几种。

1. 法律

即全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的商事规范性文件。如《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国票据法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中

华人民共和国外资企业法》以及《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国合同法》中的相关规定等。

2. 行政法规

即国务院及其所属机构制定的规范性文件。如《中华人民共和国公司登记管理条例》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《企业名称登记管理规定》、《国有企业财产监督管理条例》、《国务院关于股份有限公司境外上市外资股的规定》、《股份有限公司国有股股东行使股权行为规范意见》、《银行结算方法》等。

3. 地方性法规

即地方国家权力机关和行政机关制定的规范性文件。如《深圳经济特区商事条例》等。

4. 立法解释及司法解释

即全国人大常委会关于商事法律的立法解释以及最高人民法院对商事立法的解释,如最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》等。

5. 商事自治规则

即商主体就其组织、运作、成员的权利义务、相对人权利义务等内容自主制定的,不与国家法律和行政规章相冲突的规则。其具体形式主要有:其一,公司章程。其二,交易所业务规则。其三,一些商主体预先制作的定型合同条款。

6. 国际条约、国际惯例

两个以上国家就国际商事共同缔结或参加的多边国际协议和长期国际商事交易中共同遵守的行为规则。

如《国际海上避碰规则公约》、《海上搜寻救助公约》、《联合国国际销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《国际贸易术语解释通则》等,我国参加的国际商事公约,其效力优于国内法,但我国声明保留的条款除外。

五、商法的体系 (System of commercial Law)

商法体系,实质就是商法的范畴。

随着我国加入 WTO,商法国际化、统一化的加强,凡涉及私性质的营利行为的行业均属商法规制的范畴。我们认为,我国商法的体系应包括以下几方面内容:

商事主体法;商事行为法;公司制度;合伙制度;个人独资制度;破产制度;票据制度;证券制度;保险制度;海商制度。

第二节 中外商法的历史沿革及发展趋势

商法是具有悠久历史的民事法律制度,通说认为,近代意义上的商法起源于中世纪地中海沿岸国家的商人活动的惯例。随着商事规则的不断成熟与丰富,以及人类社会经济贸易活动的扩张与发展,这种商事惯例逐渐为各国国内立法所吸收,各国纷纷制订了《商法典》以及相应的单行法规。现今,商法已逐渐成为民法的特别法,并日益朝着国际化的方向发展。

某些研究商法发展历史的学者认为,《汉穆拉比法典》和《摩奴法典》中关于买卖的规定即是古代商法的最初形式。因此,近代商法起源于古希腊的法律甚至更早的楔形文字法。