

SHANGFA YAO LUN ■ 商法要论

知识产权出版社

■ 孙非亚 林曦 冯莉◎编著



商法要论

孙非亚 林 曦 冯 莉 编著

知识产权出版社

内容提要

本书对商法中最为关注的内容即商事法律关系、商事登记、商号、公司法、破产法、票据法进行了重点阐述,并引证了中外最新的商事立法及法律法规,如我国破产法(2006年)、日本公司法(2005年)等。与此同时,在每章最后一节,对近年来的立法新思潮、新制度的发展趋势和理论实践中的热点、难点问题进行了有益的探讨,使读者在对商法常识性问题了解之余,能够掌握最新的中外商法动态,并可有选择地激发对相关问题的进一步研究。

责任编辑:彭小华 责任校对:董志英

装帧设计:张冀书装 责任出版:杨宝林

图书在版编目(CIP)数据

商法要论/孙非亚编著. —北京:知识产权出版社,2008.12

ISBN 978-7-80247-394-2

I. 商… II. 孙… III. 商法-中国-高等学校-教材

IV. D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第207336号

商法要论

孙非亚 林 曦 冯 莉 编著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8115

责编邮箱:pengxiaohua@cnipr.com

印 刷:北京富生印刷厂印刷

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:18.375

版 次:2008年12月第1版

印 次:2009年2月第2次印刷

字 数:494千字

定 价:35.00元

ISBN 978-7-80247-394-2/D·754 (2423)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

本书是作者在多年商法教学积累的基础上，结合司法实践中存在的问题，针对本科生和研究生及在职人员的兴趣特点，编撰组合而成现在的结构。

本书的特点之一是内容新。本书不仅阐述了我国最新的商事立法及法律法规，如公司法（2005年）、合伙企业法（2006年）、破产法（2006年）、最高人民法院关于适用公司法若干问题的规定（二）（2008）的司法解释等；而且还引证了外国或地区的最新版本法律，如日本的公司法（2005年）、美国的标准公司法（2002年）以及我国台湾地区的公司法（2005年）等。

本书的特点之二是阐述论证结合。本书不仅介绍了最新的立法理念，而且还论证评价了近年来的立法新思潮、新制度的发展趋势。与此同时，在每章的最后一节结合现实，就理论与实践中的热点、难点乃至前沿问题进行了有意义的探讨，使其读者在对商法有了常识性的了解之后，可以有选择地对相关问题进行研究。

本书的特点之三是商法内容相对集中。本书没有对商法的诸方面都加以涉及，只是将商法在教学和实践中最为关注的内容，即商法总论、公司法、破产法、票据法，进行了重点介绍和阐述，使读者更便于理解商法的精髓。

商法来自于商事活动，最终要服务于商事活动，本书既可满足法学专业本科教学的需要，又能适应较高层次的学术研讨，还能服务于实际商事活动的法理性引导。

本书由孙非亚编撰第一编、第四编的第十五章；林曦编撰第二



编；冯莉编撰第三编、第四编的第十六章。

虽然作者在编撰的过程中努力追求准确、全面、合理地论述商法的相关概念、原理和制度等，但因作者水平所限，难免会出现一些纰漏或错误，敬祈专家和读者不吝赐教。

在此，对为本书提供过帮助和支持的朋友们表示衷心的感谢！

作者

2008年10月于大连

目 录

第一编 商法总论	(1)
第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念、特征和基本原则	(3)
第二节 商法渊源与商事立法	(12)
第三节 商法与相关法律部门关系	(16)
第四节 商法概说中理论与实务的探讨	(21)
第二章 商事法律关系	(32)
第一节 商事法律关系概述	(32)
第二节 商主体	(35)
第三节 商行为	(55)
第四节 商事法律关系中的理论与实务探讨	(62)
第三章 商事登记	(68)
第一节 商事登记概述	(68)
第二节 商事登记的种类、程序及效力	(75)
第三节 商事登记中的理论与实务探讨	(81)
第四章 商号	(97)
第一节 商号的概述	(97)
第二节 商号的取得	(101)
第三节 商号权	(108)
第四节 商号权中理论与实务的探讨	(113)
第二编 公司法论	(121)
第五章 公司与公司法概述	(123)
第一节 公司的概念与特征	(123)
第二节 公司法的概念与调整对象	(125)



第三节	公司的分类	(130)
第四节	公司与公司法概述理论与实务的探讨	(143)
第六章	公司的设立	(147)
第一节	公司设立概述	(147)
第二节	公司设立条件和程序	(153)
第三节	公司设立责任	(159)
第四节	公司设立理论与实务的探讨	(163)
第七章	公司的人格	(168)
第一节	公司人格概述	(168)
第二节	公司能力	(171)
第三节	公司人格否认	(179)
第四节	公司人格理论与实务的探讨	(184)
第八章	公司资本	(189)
第一节	公司资本概述	(189)
第二节	公司资本的构成	(197)
第三节	公司资本的表现形式	(202)
第四节	公司资本的转让	(210)
第五节	公司资本理论与实务的探讨	(216)
第九章	公司股东与股权	(221)
第一节	公司股东概述	(221)
第二节	公司股东的权利与义务	(228)
第三节	股权	(232)
第四节	公司股东与股权理论与实务的探讨	(237)
第十章	公司的组织机构	(243)
第一节	公司组织机构概述	(243)
第二节	股东会	(245)
第三节	董事会与经理	(255)
第四节	监事会	(271)
第五节	公司组织机构理论与实务的探讨	(277)



第十一章	公司的合并与解散	(283)
第一节	公司的合并	(283)
第二节	公司的分立	(291)
第三节	公司的解散	(293)
第四节	公司的清算	(298)
第五节	合并与解散理论与实务的探讨	(306)
第三编	破产法论	(313)
第十二章	破产法概述	(315)
第一节	破产与破产法	(315)
第二节	破产原因	(330)
第三节	破产能力	(335)
第四节	破产法概述中有关理论问题的探讨	(341)
第十三章	破产程序法	(346)
第一节	破产申请与受理	(346)
第二节	管理人	(357)
第三节	债权申报与债权人会议	(365)
第四节	重整与和解	(378)
第五节	破产清算	(399)
第六节	破产程序法中理论与实务的探讨	(416)
第十四章	破产实体法	(424)
第一节	破产财产	(424)
第二节	破产债权	(448)
第三节	破产费用和共益债务	(457)
第四节	破产法律责任	(462)
第五节	破产实体法中理论与实务的探讨	(467)
第四编	票据法论	(477)
第十五章	票据法概述	(479)
第一节	票据与票据法	(479)
第二节	票据法律关系	(486)



第三节	票据法上的其他问题	(504)
第四节	票据法中理论与实务的探讨	(514)
第十六章	汇票、本票与支票	(523)
第一节	汇票概述	(523)
第二节	汇票的运作	(527)
第三节	本票与支票	(554)
第四节	商业汇票、本票、支票制度理论与实务的 探讨	(565)
参考文献		(574)

第一编 商法总论

第一章 商法概述

学习目标

1. 了解：商法的渊源与商事立法。
2. 着重理解：商法与相关法律部门的关系。
3. 掌握：商法的定义、特征及基本原则。

第一节 商法的概念、特征和基本原则

一、商法的概念

(一) 商法上的“商”的含义

“商”的含义，有狭义的和广义的两种理解。

1. 狭义的商

狭义的“商”是指商品的交换或买卖行为。众所周知，人类社会初期是以物与物的交换开始的，其交换目的仅仅是为了满足生活或生产的需要。后来，随着经济的发展，在货币作为一般等价物出现时，社会上开始产生一些人用货币买进物品，然后再将物品卖出去，以便在买卖之间或物的交换过程中获得差额利润。这时物的交换目的不再是仅仅满足生活或生产需要，还有为获取最大利润。于是，商人和商品便应运而生。所以，马克思在 19 世纪指出：所谓的“商”，就是通过买和卖的行为来交换商品。另据《韦伯斯特新国际词典》解，“商”，是指货物、产品或任何种类的财产的买卖、交易。因此，狭义的“商”就是指商品的交换或买卖行为。这是一般意义上对“商”的理解。

2. 广义的商

广义的“商”，是泛指一切营利性行为。这也是法学上对“商”的认定。所谓营利性，是指以获取最大利润为目的而从事的



生产、经营活动。随着近代经济的发展,人们对商的认识也在逐渐扩大。这种以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动的行为,也开始从纯粹的商品买卖发展到商品的运送(运输业)、商品的保管(仓储业),甚至拓展到与商品没有直接关系的货币的存储(银行业)、人身损害赔偿保障(保险业)、有价证券的买卖以及服务业、印刷业、出版业等。总之,只要是以获取最大利润为目的而从事的生产、经营活动,不论是否与商品的买卖有着直接或间接的联系,我们都认为是从事商的行为。可见,商法上的“商”是主体从事各种营利性行为的总称。

(二) 商法的定义

商法,也称商事法,是指调整商事关系的法律规范的总称。其中,商事关系则是指商事交易主体在进行商行为时所形成的商事权利和商事义务关系。它实际上是主体基于营利性目的而与他人形成的社会关系。

商法,最早起源于古代地中海沿岸的商人活动规则和惯例。它最初包含在民事法律制度之中,成为民法的组成部分。后来,随着商事规则的不断丰富与成熟,以及人类社会经济贸易活动的扩张与发展,各国纷纷制订了商法典以及相应的单行法规。于是,商法也就逐渐从民法中分离出来,并且日益朝着国际化的方向发展。本章正是在这样一种背景下介绍商法的一般性理论,其目的在于让初次学习商法课程的人们能够对商法的概念,商法的基本特征和基本原则,以及商法与民法、经济法、行政法关系等问题有一个基本的了解。

(三) 商法的多种含义

“商法”一词在不同的情形下使用时,其含义各有不同,既有广义商法与狭义商法之分,也有形式上商法与实质上商法之说。

1. 广义商法与狭义商法

广义商法泛指调整所有商事法律关系的法规,包括国际商法和

国内商法。国内商法又包括商事公法和商事私法。商事公法是指在调整和维护整个社会经济活动或社会公共利益的法律中有关的商事法律规范,其主要散见于行政法、刑法等法律之中,并无完整体系可循。商事私法则是针对商人之间或其行为的有关商事法律规范,如公司法、票据法等。狭义的商法仅指商事私法,也就是学科意义上的商法。

2. 形式上商法和实质上商法

形式上商法是指实行民商分立的国家和地区在民法典之外制定的以“商法”命名的法典。其主要内容涉及商主体、商行为的界定、创设等商法的一般规则以及公司、票据、破产等基本制度。这种以商法典的形式表现出来的商法,已在法国、德国、日本、韩国等40多个发达国家表现。当然,商法典只是这些国家商事活动的基本法,在商法典之外还有大量没有以商法命名的商事单行法。

实质上商法则是指一切以商事关系为规范对象的法律法规。这表明商法的内容不仅存在于商法典之中,而且还存在于民法、行政法等以及其他法律、法规和判例之中。不管是民商合一还是民事分立,无论是大陆法系还是英美法系,均有实质上的商法。我国虽无形式上的商法,但实质上的商法已经大量存在,而且还颁布了一大批商事单行法,如公司法、证券法、破产法、票据法等。本书所述的商法既包括形式上商法,也包括实质上商法。

二、商法的特征

商法的特征是商法本质的外在表现,是区别于其他部门法的主要标志。关于商法的特征,学者们所持观点并不完全一致,除技术性、公法性和国际性得到公认外,其他特征的表述均有差异。^①本

^① 赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社2006年版,第11~13页;范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第8~9页;施天涛主编:《商法学》,法律出版社2004年版,第12~18页。



书认为商法主要有如下特征。

（一）商法调整对象的特定性

商法作为一个特殊的法律部门，其调整的对象不是一般意义上自然人、法人及其他组织，其法律规则也不是普遍适用的，具有特定性。它或者仅适用于履行了商事登记、具有商主体资格的人，或者仅适用于商行为。有些国家法律规定，非商人所实施的商行为和商人实施的非商行为，不得适用商法。如大街小巷中出现的临时性的小商、小贩买卖蔬菜或水果杂货的行为，虽然从事的是生产经营活动，即商行为，但由于小商、小贩不是依法登记的商人，所以它不归商法调整；再如公司为灾区的捐款行为，虽然公司是履行了商事登记的典型商人，但它的捐款行为不属于生产经营活动，即不是商行为，所以也不能适用商法。

（二）商法调整行为的营利性

营利性是指从事生产经营活动的人（即商主体）通过生产经营活动获取经济利益的特性。营利性是商事活动的主要特性，如商行为中的一些重要规则的制定，如买卖、代理、仓储、票据、证券等，都必须考虑营利性。

（三）商法属性的兼容性

1. 商法作为私法，兼有公法的性质

商法是从民法中分离出来的，所以商法与民法一样，同属私法的范畴。如商主体之间权利义务等规定，就属于私法性质。同时，有关商号确定规则、商事登记规则等规定，则都属于公法的性质。因此，现代意义的商法是以私法为中心、公法为例外的。

2. 商法作为国内法，兼有国际性

商法起源于商事交易习惯，这种商事交易本身就是一种跨国界的活动。所以，早期的商法主要表现为跨国商事交易习惯和惯例。在西方社会进入资本主义阶段后，商事交易活动在各国经济生活中的地位日益提高，各国开始重视对这种贸易活动的管制，便纷纷制



定本国的商法。这样，商法才开始成为一种典型的内国法，但这一结果在很大程度上妨碍了世界贸易的发展。特别是 20 世纪以来，随着资本主义的进一步发展和贸易全球化趋势日益加强，商法国际化呼声日益高涨，最终导致两种倾向出现：其一，国际商事立法得以加强。各国或国际组织制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例；其二，各国不断修改本国商法规则，使彼此之间的商法与国际商事法律、国际商事惯例之间更为协调。鉴于此，今天各国商法都带有较强的国际性色彩。

3. 商法作为实体法，兼有程序法的内容

从商法总体法律规范分析，商法的实体法律规范居多，属于实体法，但商法同时又包含了大量的非诉讼程序规范和诉讼程序规范，具有较强的程序性。如，公司设立程序、股东大会和董事会会议程序、公司解散与清算程序等，还有票据法上的出票、背书、承兑、付款和追索程序，以及保险法上的索赔与理赔程序等非诉讼程序规范；又如破产申请与受理、债权人会议、破产宣告、破产清算以及和解与整顿等均为诉讼程序规范。总之，商法通过实体与程序的规范，有效地保障了当事人权利的实现。

（四）商法规范的技术性和易变性

商法与民法的伦理性相比，其技术性在商法中是显而易见的。由于商法是个实践性极强的法律，这就要求商法对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都要作具体、翔实的规定，于是就使商事法律规范具有可操作性和技术性的特点。例如，票据法中关于票据行为规则中的发票行为、背书行为、承兑行为等；破产法中关于破产财产的确定、破产分配的顺序等，都涉及大量的技术性问题。

由于商事法律规范本身就是反映商事交易活动的，而商事交易活动的内容和形式又都是在不断发展变化的，所以为了适应这些发展变化，商法与一般法律相比，其修改更为频繁。如《德国商法典》自 1897 年颁布到现在，修改了 50 次，涉及 100 多个条款。公司法修改频率则更高，以日本为例，20 世纪 90 年代以来就修改 9



次，即 1990 年、1993 年、1994 年、1997 年、1998 年、1999 年、2000 年、2002 年和 2005 年，几乎两年修改一次。其中，2005 年的修订还彻底结束了三足鼎立的局面，将《商法典》的公司法编剥离出来，废止《有限公司法》和《商事特例法》，制定全新的《公司法》，并自 2006 年 5 月 1 日起实施；《美国统一商法典》从 1952 年颁布以来，1956 年、1957 年、1962 年、1972 年、1978 年、1992 年、2002 年等先后修改了 8 次；我国台湾地区“公司法”自 1929 年以来，也历经 13 次修改，于 2005 年完成最新修订，这些都充分反映了商法的易变性。

三、商法的基本原则

商法的基本原则不仅是制定商法的根本出发点，更是适用商法的指导思想。它集中体现商法的性质和宗旨，所以，在制定商事法律规范时必须遵守这些基本准则。

（一）商主体法定原则

商主体法定原则，又称市场准入原则，是指作为商主体人格项下的具体形式和内容均应服从法律的规定。该原则主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定三个方面。

1. 商主体类型法定

这是指可以进行经营活动的商主体在组织形式上由法律予以明确设定，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之外的商事主体形式。如，许多国家的商法均承认无限责任公司、两合公司为商主体。而我国的商法中，这类经济组织至今还不是商主体。再有我国确定的、长期以来作为商主体存在的集体企业和个体工商户以及农村经营承包户，在西方国家商主体的概念中却从未出现。这种差异就是商主体类型法定的结果。

2. 商主体内容法定

这是指可以进行经营活动的商主体的财产关系和组织关系应当由法律予以明确规定。如在我国，有限责任公司、股份有限公司、