

商法概论

徐学鹿

中国商业出版社

商法概论

——

中国政法大学出版社

商 法 概 论

徐学鹿 编著

中国商业出版社

商 法 概 论

徐学鹿 编著

中国商业出版社出版

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

一二〇二印刷厂印刷

787×1092毫米 32开 9.75印张 220千字

1986年10月第1版 1986年10月北京第1次印刷

印数：1 15,000册

统一书号：4237·158 定价：1.69元

写在前面

许多经济发达国家的商科大学，都把商法作为学生必修的课程。我国的商业教育要面向现代化，面向世界，面向未来，在我国开展商法的教学和研究，是具有非常重要的现实意义的。这本《商法概论》是为商业部举办的经济法培训班赶写出来的。由于时间仓促，错误疏漏之处在所难免，敬请读者批评指正。

这本《商法概论》在编写中，承蒙中国经济法研究会、国务院经济法规研究中心、北京市经济法研究会、中国社会科学院法学研究所、商业部法律处，以及中国商业经济学会副秘书长、北京商学院院长、副教授贺名仑，中国经济法研究会副会长、中国政法大学副校长、副教授江平，中国经济法研究会常务理事、北京市经济法研究会副会长、中国人民大学经济法教研室主任潘静成，中国经济法研究会理事、山西财经学院经济法教研室主任郭鸥一，中国人民银行杨贡林、江苏工学院侯志纬、河北财贸学院李葆义、天津商学院方嘉民等同志，提供了极为宝贵的意见和资料，在此一并致谢。

作 者

一九八五年

目 录

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的产生和发展	(1)
第二节 商法的概念和调整对象	(15)
第二章 商法主体	(23)
第一节 商法主体的概述	(23)
第二节 商业字号	(30)
第三节 商业企业的帐簿	(33)
第四节 商业代理	(37)
第三章 商业登记	(45)
第一节 商业登记的概述	(45)
第二节 商业登记的范围和程序	(48)
第三节 商业登记的监督、管理	(54)
第四节 违反商业登记法规的罚则	(56)
第四章 商业企业法	(58)
第一节 商业企业的概述	(58)
第二节 公司的概念及其设立	(67)
第三节 公司的种类及其特征	(79)
第四节 独资与合伙企业	(91)
第五节 中外合资经营商业企业	(101)
第五章 商行为	(117)
第一节 商行为的概念和特征	(117)
第二节 商行为的分类	(123)

第三节	商行为的有效和无效	(126)
第四节	保护消费者利益	(129)
第五节	防止不正当竞争	(133)
第六章	商品购销与物资供应商行为	(139)
第一节	工业品采购	(139)
第二节	农副产品采购	(144)
第三节	商品销售	(146)
第四节	物资供应	(149)
第七章	承揽加工、租赁商行为	(152)
第一节	承揽加工	(152)
第二节	租赁	(155)
第八章	仓储保管、运输商行为	(159)
第一节	仓储保管	(159)
第二节	商品运输	(162)
第九章	居间、委托、信托商行为	(165)
第一节	居间	(165)
第二节	委托	(167)
第三节	信托	(170)
第十章	票据法	(174)
第一节	票据的概述	(174)
第二节	票据责任	(178)
第三节	汇票	(184)
第四节	本票和支票	(194)
第十一章	保险法	(199)
第一节	保险的概述	(199)
第二节	保险合同	(208)
第三节	财产保险	(217)

第四节	人身保险	(225)
第十二章	商品价格法	(229)
第一节	价格及价格法的概述	(229)
第二节	物价管理体制	(231)
第三节	工农业品及交通运输价格和非 商品收费管理的法律规定	(234)
第四节	物价监督和奖惩	(238)
第十三章	商品商标、广告法	(243)
第一节	商标的概述	(243)
第二节	商标法的基本内容	(248)
第三节	假冒商标罪	(255)
第四节	商品广告	(258)
第十四章	集市贸易法	(265)
第一节	城乡集市贸易的概述	(265)
第二节	集市贸易行为的合法与违法	(266)
第三节	集市管理	(269)
第四节	违反集市法规的罚则	(270)
第十五章	商事纠纷的仲裁和诉讼	(273)
第一节	商事纠纷的仲裁	(273)
第二节	商事诉讼	(283)
第三节	商事案件的诉讼程序	(287)
第四节	商事诉讼时效	(298)

第一章 商法概述

第一节 商法的产生和发展

一、商法的产生

人类社会的分工为商品交换的产生创造了条件，正如恩格斯所指出的：“自从游牧部落分离出来以后，我们就看到，各不同部落的成员之间进行交换以及它作为一种经常制度来发展和巩固的一切条件都具备了。”（《马克思恩格斯选集》第4卷，第156页）。第二次社会大分工，特别是手工业生产成为一个独立的生产部门后，出现了直接以交换为目的的生产，即商品生产。第三次社会大分工“表现为商业和生产的分离”（《马克思恩格斯全集》第3卷，第59页）。出现了一个独立于生产之外的专门行业——商业，同时出现了一个不生产商品，而只经营商品的阶级——商人。商人要进行商品买卖活动，必须有相应的法律调整其关系，保护其特殊的利益。适应商品经济发展的需要，在人类历史上，很早就有了调整这种经济关系的法律规范。早在公元前二十世纪，《埃什嫩那国王俾拉拉马的法典》就有不少条文是调整有关商业经济关系的规范。法典第一条规定：“大麦一库鲁，合银一舍客勒”。第八条规定：“簸谷者雇用之费为大麦一苏图”。公元前十八世纪古巴比伦王国颁布的《汉穆拉比法典》中，就有关于塔木卡（大商人）与沙马鲁（为塔木卡服务的行商）经营商业及处理相互

财产关系的规定。《罗马法》中就有不少关于商业方面的规定。例如，把物分为交易物与非交易物，还有关于债和买卖契约的规定等。进入封建社会后，英皇约翰于1215年颁布的《自由大宪章》，不仅规定了债、税等，还规定一切商人“均得遵陆道或水道安全出入、逗留或经过英国以经营商业”。但是，商法作为一个独立的法律部门，是随着商业的复兴和发展才出现的。中世纪时，地中海沿岸的一些城市商业交往比较发达，商人在经营商业中为了摆脱封建及宗教势力的支配，各地商人逐渐组合成一种团体。这种团体有自治权和裁判权，可以按自己的商事生活习惯，订立自治规约，久而久之，形成一种商人法。这种商人法只适用于商人团体以内，其解释和适用都属于商人组成的商业法庭。中世纪末期，随着封建势力的衰落，寺院教义破弃，新兴的资产阶级要求制定统一的商法，以便保护和发展自由贸易，原来商人团体的商事习惯法，逐渐演变而为国家立法。

二、资本主义国家的商事立法

1. 法国。最早的商事单行法规，是路易十四世时期在柯尔培尔主持下制定的1673年《商事条例》和1681年的《海事条例》。前者专门规定陆商，后者专门规定海商。《商事条例》共十二章，包括商人、票据、破产、商事裁判管辖等内容。《海事条例》共五编，包括海上裁判所、海员及船员、海上契约、港湾警察、海上渔猎等海上公私法规。近代商法最早的是拿破仑一世1807年制定的《法国商法典》。这部法典共分四编、648条。第一编：通则，包括公司、商行为及票据等；第二编：海商，详细规定了有关海上贸易各方面的准则。第三编：破产。第四编：商业裁判权。这部商法典至少有两个

特点。第一，它否定了中世纪的商法只适用于商人这个等级的局限，体现了“私法自治”的原则，从而把商业从国家的监护下解放了出来。第二，以商行为为立法基础，凡实施商行为者不论是否商人，都适用商法，从而将商人法改为商行为法。正因为有上述特点，资产阶级法学家把采用这一原则立法的国家，称之为法国商事法法系。

2. 德国。1861年德国制定的商法典，（即所谓德国旧商法）共五编、911条，除总则外，还包括商人、公司、隐名合伙及共算商事合伙，商行为、海商等。德国制定民法后，1897年修订完旧商法，1900年1月公布实施。修订后的新商法共四篇、905条。第一篇商人，内容包括商人、商业注册、商号、商业帐簿、商业代理、商业使用人及商业徒弟、代理商、商业居间人。第二篇商事公司及隐名合伙，规定了公司的形式有无限公司、两合公司、股份两合公司和股份有限公司。第三篇商行为，内容包括买卖、批发、运输、仓库、运送等。第四篇海商。德国新旧商法的根本区别是，旧商法仿效法国以商行为为立法基础，新商法以商人为立法基础，同一行为商人为之适用商法，其他人为之则适用其他法律。采用这一原则立法的国家，法学家称之为德国商事法法系。

3. 日本。1881年日本政府聘请德国人赫尔曼·洛爱斯莱尔起草商法，他以德国商法为模式，1890年起草出第一部日本商法，分为三编，即总则、海商和破产。由于这部商法脱离日本的国情和商事习惯，经过修改，1893年日本政府才命令施行商法中有关公司、票据、破产等部分，1898年才开始全部施行。1899年，日本在此基础上制定了新商法。新商法共分五编：第一编总则，第二编公司，第三编商行为，第四编票据，第五编海商。为了适应经济发展和内外贸易发展

的要求,从1911年到1975年,日本对新商法先后修改了25次,根据国际上一般商事协约的内容制定了《票据法》和《支票法》,删去了原来商法中的票据编。日本现行商法最后定为四编、31章、851条。

第一编总则,共7章51条。主要内容包括商人,商业登记,商号,商业帐簿,商业使用人,代理商。

第二编公司,共7章449条。包括第一章总则。主要内容有公司的定义,公司的种类,法人和住所,对公司权利能力的限制,公司的合并,公司的成立,公司的解散,解散公司提供担保等。第二章无限公司,共六节。主要内容是无限公司的设立,公司的内部关系,公司的外部关系,股东退股、解散、清算等。第三章两合公司,主要内容是两合公司的组织,章程中必须记载的事项,两合公司的登记事项,公司成员的出资、权利义务,经理人的选任和解任,公司的解散、清算等。第四章股份有限公司,主要内容是公司的设立,对股份和股票的规定,公司的组织机构,公司的财务管理,公司的债务,公司的整顿、解散、清算等。第五章股份两合公司,根据1950年第167号法律删除该章等。第六章外国公司,主要规定了外国公司的代表人和营业所,设立公司的登记手续,在日本享受的法律地位,外国公司股票和债务的准用规定,营业规定等。第七章罚则。主要规定了对发起人、董事、债权会议代表人等的特别违背职务,危害公司财产,使用不实文书,超额发行股份等违法行为的惩罚。

第三编商行为,共10章183条。包括第一章总则。主要规定了绝对商行为、营业商行为、附属性商行为和准商行为的区分,代理的方式,报酬请求权,决定利息请求权,商事决定利率,以及商人应承担的义务等。第二章买卖,主要规定

了标的物的提存和拍卖权，检查标的物及其瑕疵的通知的义务等，买卖双方在交易过程中相互的权利、义务。第三章交互计算，主要规定了商人与商人之间、商人与非商人之间结算交易差额的事项。第四章隐名合伙，主要规定了隐名合伙合同的效力，合伙成员的出资及对外关系，损失的分担和利益分派，合同的解除、终止等。第五章居间营业，主要规定了居间人的权利、义务。第六章行纪营业，主要规定了行纪的法律地位及权利、义务。第七章承揽运输营业，主要规定了运输代办人损害赔偿的责任，报酬请求权、留置权、介入权等权利。第八章运输营业，主要规定了办理客、货运输的手续，运输业者与货主和旅客相互间的权利、义务等。第九章寄托，主要规定了商人接受寄托的责任，关于寄托贵重物品的特殊规定，仓库营业的规定等。第十章保险，主要规定了损害、火灾、运输、生命保险的区分，保险价额，保险单的记载事项，保险合同的效力，保险人的破产等。

第四编海商，共7章168条。包括第一章船舶和船舶所有人，主要规定了适用海商法的船舶范围，船舶的附属物，船舶的登记，移转所有权的对抗要件，船舶的扣押和假扣押，船舶的共有，船舶的所属国籍，船舶管理人的权限、义务等。第二章船员，主要规定了船长的权利、义务。有关海员的规定已于1937年第79号法律删除。第三章运输，主要规定了物品运输和旅客运输。物品运输主要包括租船合同，船舶所有人对安全航海能力的担保义务，船长对违反法令装载货物的处理，租船人和船舶所有人的权利、义务，运输费用的计算等。旅客运输主要内容是船票及双方的权利、义务。第四章海损，主要规定了共同海损的定义、分担、金额的算定、船舶碰撞，海损债权的短期时效等。第五章海难救助，主要规

定了海难救助的要件，救助费数额的决定，救助费的分配，救助费请求权的短期时效等。第六章保险，主要规定了海上保险的范围，船舶、载货、预期利益保险的保险金额，航海保险的保险期间，海上保险单的记载事项，免除责任的事由，保险委付等。第七章船舶债权人，主要内容是对船舶有优先权的债权，船舶抵押权等偿还船舶债务的规定。

日本商法特征，它以商行为和商人两种标准同时作为立法的基础。这一原则集中体现在《商法典》第四条的规定：“本法所谓商人是指用自己的名义，以从事商行为职业的人。”

“依店铺或其他类似店铺设备以从事出卖物品为职业的人，或经营矿业的人虽然不是以从事商行为职业，也看做是商人。第五十二条第二项（社团公司）的公司，也相同。”类似这种情况的还有意大利、比利时等国。人们把这种既采取法国商法，也仿效德国商法立法的国家，称之为折衷商事法法系。

可以看出，资本主义国家商法的“商”，范围是十分广泛的，商法通常包括了商业法的内容。以商法作为基本法，还颁布了一系列商业单行法。作为基本法的商法，世界上大多数国家可以说是大同小异，而作为补充基本法的商业单行法，各国则不尽相同。以日本为例，他们先后颁布了《不正当竞争法》、《不当赠品类及不当表示防止法》、《百货店法》、《保护消费者基本法》、《家庭用品质量表示法》、《访问贩卖法》、《关于禁止私人垄断及确保公平交易法》、《中央批发市场法》、《商标法》、《物价统制令》等。

一些资本主义国家实行民商法分立，即在有民法典的同时还有商法典，如法国、德国、意大利、日本、荷兰、比利时、西班牙、葡萄牙等国。另外一些国家，如瑞士、土耳其、巴

西、泰国等，则实行民商法合一，把有关商事的规定，都订入民法典之中。但由于商事关系的特殊性，实行民商法合一的不少国家，也不得不颁布诸如公司、票据、海商、保险等商事单行法规，作为民法的特别法。

4. 英国、美国。在以习惯法为中心的英国和美国，所谓商法就是一般商事习惯与判例所形成的法律。英国从十九世纪后半期以来，还制定了一些商事单行法，如1832年的票据法，1885年的载货证券法，1889年的行纪法，1890年的合伙法，1893年的商品买卖法，1894年的商船法及破产法，1906年的海上保险法，1907年的有限责任合伙法，1924年的海上货物运送法，1862年的公司法及空中运送法等。美国以英国普通法为基础，各州根据宪法关于州内通商之立法，保留于各州的规定，自行立法。由于各州通商立法内容很不一致，给商事活动带来了不便。从1892年以来，在学者的倡导下先后制定了《统一流通证券法》、《统一买卖法》、《统一仓库收据法》、《统一载货证券法》、《统一股份让与法》、《统一信托收据法》、《统一商事公司法》。这些法经过整理合编为《美国统一商法典》，1952年公布后，为大多数州所采用。另外，美国根据州际和国际通商的需要，根据宪法的规定，先后制定了《州际通商法》、《哈特莱法》、《破产法》、《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》、《载货证券法》、《海上货物运送法》等联邦法，这些法已通行各州。

三、苏联及东欧各国的商法

1. 苏联。苏联没有颁布全国统一的商法，但颁布了不少有关商业的法规。其中有1973年颁布的《苏联商店工作基本条例》、《苏联小型零售网点工作条例》、《苏联商业、饮食

业企业实行社会主义国营生产企业规章的规定》、《苏联商业部系统零售商业组织设置的基本标准》等。这些商业法规规定了商业组织的性质、任务，商品购销、保管、货款的结算，包装的回收，商店工作的监督，商店经理、职工的权利、义务等制度。

2. 匈牙利。匈牙利政府1967年颁布了《价格管理的法令》、1974年颁布了《匈牙利外贸法》、1978年国会通过了《匈牙利商业法》等。匈牙利商业法共五章40条，肯定了商业在国民经济中的法律地位，规定了商业应根据社会和经济政策目标，在符合国民经济计划的情况下从事商业活动，还规定了开展商业活动的条件与形式，维护消费者的利益，以及对商业活动的领导和监督等。

3. 罗马尼亚。罗马尼亚为了开展现代化的高效益商业活动，1969年大国民议会通过了《经济合同法》，1972年颁布了《罗马尼亚商业法》。商业法共八章92条，明确规定了商业活动的目的和任务，商业活动的职权和责任，违反商业活动准则应负的责任和应受的惩罚等。

4. 南斯拉夫、捷克斯洛伐克。南斯拉夫在解放前的1937年，就颁布了商法。解放后，于1967年制定了商品流通法，对加强商业管理，明确商业管理者的权利、义务，促进商品流通，发挥着积极的作用。捷克斯洛伐克等国，也颁布了商业法。内容一般包括商业的地位、性质、任务，商业活动的条件和形式、营业额、对消费者利益的保护，以及对商业活动的领导和监督等内容。

四、我国的商法

我国的第一个王朝——夏朝建立后，商品交换有了扩

大。夏以贝为币，“夏后以玄贝”（《盐铁论·错币》）交换的场所——市，起源很早。神农氏“日中为市”，颛顼时“祝融作市”，黄帝时“市不预贾”。“因井为市”，“交易而退，故称市井”（《春秋井田记》）市与井有关，所以市井一词以后就沿用了下来。禹划分其统治区域为九州，各个部落必须按期纳贡。地理名著《禹贡》，一定程度上反映了夏朝的纳贡制度，这种制度，不仅反映了夏都和各州之间的商品交换，也反映了维护统治阶级利益的保护商品交换的法律规范，正随着奴隶制国家的产生而产生。“先有交易，后来才由交易发展为法制。”（《马克思恩格斯全集》第19卷，第423页）随着交易的发展，调整交易关系的法制也不断发展。西周从对市场、商税、价格、门、关，以及对外来商人和商业奴隶，都建立了管理制度。西周不但限制参与流通的商品，而且限制参与交易活动的人。由于坐市贩卖是商业奴隶，贵族们不能作为顾客同他们接触，如果贵族进入市场参加交易，则被认为是违法行为。相传文王时实行鼓励外来商人的政策，作了不少方便外来商人的规定，“是月也，易关市，来商旅，纳物贿，以便民事”，“门閭毋闭，关市毋索”（《礼记·月令》）特别在荒年需要粮食入境时，就昭告四方游商，许诺在交通、住宿、货币、供给等各方面给以便利。在此同时，对外来商人也规定了严格的管理制度。平时商旅往来要有证明，门关要进行检查，“执禁以讥，禁异服，识异言。”（《礼记·王制》）以防止不应出境的货物走私外流。到了冬天，“谨关梁，塞蹊径”，禁止商旅往来（《礼记·月令》）目的在于使交易按一定的规则进行，防止抢夺、偷窃、欺诈等事情的发生，以维护奴隶主所需要的市场秩序。

秦汉时期，国家统一，疆域扩大，商业进一步发展。因