

179

0913.99A4-43
C92

法学专业本科核心课程系列教材

商 法 学

主 编 崔明霞

副主编 刘次邦 薛建兰 殷 洁

中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学/崔明霞主编. —北京: 中国财政经济出版社, 2001.8
法学专业本科核心课程系列教材

ISBN 7-5005-5165-7

I. 商… II. 崔… III. 商法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. D922.294.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 031121 号

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.com>

E-mail: cfeph@drc.gov.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100036

发行处电话: 88190406 财经书店电话: 64033436

北京财经印刷厂印刷 各地新华书店经销

880×1230 毫米 32 开 15 印张 385 000 字

2001 年 7 月第 1 版 2001 年 7 月北京第 1 次印刷

印数: 1—5060 定价: 21.00 元

ISBN 7-5005-5165-7/D·0105

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

前 言

商法，对于很多人来说已经不再陌生。党的十四大提出建立社会主义市场经济的战略目标以来，市场经济法律体系的重要组成部分——商法的系统立法也提上了日程。近年来，我国陆续制定并颁布了公司法、票据法、保险法、海商法、证券法等商事法律，统一破产法也在制定中。这些法律有力地规范了商事主体及其商事活动，对于建立社会主义市场经济秩序起了重要作用。

商法不仅在立法和执法方面取得了明显的进展，商法的理论研究和探讨也取得了可喜的进步。基于商法在社会主义市场经济和社会主义法律体系中的重要地位，高等院校的法学课程中开设商法课自然是必不可少的。根据教育部的要求，商法课被列为高校法学专业的主干课之一。为了更好地开展商法的教学和研究，我们编写了这本教材。

本教材力求反映我国当今的商法立法、执法的实际状况，注意吸收国内外理论研究的最新成果，探究我国商事法律建设的特点和规律。

本教材加大了商事理论方面的内容，以便介绍商事法律所依据的基础理论，深入探究商法产生和发展的规律。同时，也对主要商事法律和司法实践进行了介绍和探讨。为了帮助学习，教材配有思考题和教学案例，以培养学生分析和解决问题的能力。

本教材编写人员分工如下（以所撰写编、章为序）：

崔明霞（中南财经政法大学）：第一章；

代盛仪（中南财经政法大学）：第二章；

郭淑云 (山西财经大学): 第三章;

周四新 (湖南大学): 第四章;

王玉萍 (西安交通大学): 第五章;

戚伟平 (上海财经大学): 第六章;

孙非亚 (东北财经大学): 第七章;

刘次邦 (西安交通大学): 第八章;

薛建兰 (山西财经大学): 第九章;

殷 洁 (江西财经大学): 第十章;

千省利 (西安交通大学): 第十一章;

熊进光 (江西财经大学): 第十二章;

张冬阳 (中南财经政法大学): 教学案例。

本教材由崔明霞负责总纂定稿, 由于编者水平有限, 缺点错误在所难免, 敬请批评指正。

编 者

2000 年 12 月

目 录

第一编 商法总论

第一章 绪 论	(1)
第一节 商法的概念与特点	(1)
第二节 商法与相关法律的关系	(11)
第三节 商法的历史沿革和发展趋势	(17)
第四节 中国商法的历史与现状	(30)
第二章 外国商法简介	(36)
第一节 法国商法	(36)
第二节 德国商法	(42)
第三节 日本商法	(49)
第四节 英国商法	(56)
第五节 美国商法	(75)
第三章 商事主体	(85)
第一节 商事主体的概念	(85)
第二节 独资企业	(90)
第三节 合伙	(94)
第四节 公司	(98)
第五节 代理商	(103)
第六节 经纪商	(106)

第七节 商号·····	(109)
第四章 商事行为·····	(117)
第一节 商事行为概述·····	(117)
第二节 商事合同·····	(122)
第三节 商事代理·····	(141)
第五章 商事管理·····	(149)
第一节 商事登记·····	(149)
第二节 商号·····	(161)
第三节 商事账簿·····	(173)
 第二编 商法分论	
第六章 公司法（上）·····	(188)
第一节 公司概况·····	(188)
第二节 公司法律制度的新发展·····	(193)
第三节 公司的合并、分立和变更·····	(199)
第四节 公司的解散与清算·····	(203)
第五节 公司的财务会计·····	(210)
第七章 公司法（下）·····	(219)
第一节 公司债·····	(219)
第二节 有限责任公司·····	(225)
第三节 股份有限公司·····	(233)
第四节 法律责任·····	(241)
第八章 票据法·····	(248)
第一节 票据法概述·····	(248)

第二节	汇票	(260)
第三节	本票	(274)
第四节	支票	(279)
第九章	保险法	(288)
第一节	保险法概述	(288)
第二节	保险合同概述	(298)
第三节	财产保险合同	(307)
第四节	人身保险合同	(315)
第五节	保险业法	(322)
第十章	证券法	(335)
第一节	证券法概述	(335)
第二节	证券管理体制	(339)
第三节	证券的募集与发行	(344)
第四节	证券的上市	(353)
第五节	证券的交易	(360)
第六节	证券交易所	(366)
第七节	证券经营机构	(373)
第十一章	海商法	(383)
第一节	海商法概述	(383)
第二节	船舶	(387)
第三节	船舶登记	(393)
第四节	船员	(396)
第五节	海上货物运输合同	(400)
第六节	海上旅客运输合同	(407)
第七节	海上事故	(411)

第八节 海上保险.....	(419)
第十二章 破产法.....	(426)
第一节 破产法概述.....	(426)
第二节 破产法基本范畴.....	(438)
第三节 破产程序.....	(448)
第四节 债权人会议.....	(453)
第五节 和解与整顿.....	(457)
第六节 破产宣告与破产清算.....	(462)
参考书目.....	(471)

第一编 商法总论

第一章 绪 论

第一节 商法的概念与特点

一、商法的概念

(一) “商” 的含义

关于“商”的含义，许多学者认为，应当对“商”从两个不同角度来理解，即经济学上的理解和法律上的理解。认为“经济学把‘商’理解为“沟通生产与消费的中间环节，是产品由生产者手中流转 to 消费者手中的渠道、桥梁、中介，以调节供需，从中获取利润的行为。”^① 或者是指“以营利为目的，直接媒介财货交易的行为。”^② 只有法律上的“商”才具有广泛的含义。其实并不全然。关于“商”的含义，在传统经济学上，其含义确实比较狭窄，但是它和商品经济一样，经历了由简单到复杂，由低级到高级的发展过程。它的内涵和外延都在不断延伸。“起初，人们只把有形商品的

① 苏惠祥主编：《中国商法概论》，吉林人民出版社 1996 年版，第 1 页。

② 张国键：《商事法论》，台湾三民书局 1980 年修订版，第 4 页。

交换看成是商贸活动，随着商品化浪潮涌入各个经济领域，使许多劳动力、技术、信息、服务以及资本和企业产权等等，都成了可以交换的‘商品’”。^①

现代经济学认为，对于“商”，人们可以有广义与狭义的不同理解。广义的“商”，泛指一切商品交换活动（包括商品化了的各种要素交换活动在內），狭义的“商”则是指媒介商品交换活动。广义的“商”，有以下特点：第一，从存在形式看，它包括了有形商品和无形商品的交换，这里主要是指一般商品贸易和服务贸易；第二，从交换活动的客体来看，既包括了消费资料，又包括了生产资料，还包括资本、资金、劳动力、技术、信息、房地产、企业产权等；第三，从活动空间看，既包括国内也包括国际。应当说广义的“商”，是从近代以来发展起来的现代意义的“商”的概念。用“无业不商”这四个字来概括是再恰当不过了。在此基础上，作为上层建筑的法律，反映了“商”作为一种经济现象的发展变化。正因为经济学意义上的“商”本身发生了如此巨大的扩张，法律上对它也进行了新的概括和表述。

法律对于“商”的概括与表述包括以下方面：

第一，“固有商”，是原本意义的商，又称买卖商（第一种商）。这种表述，把商理解为沟通生产和消费渠道的直接媒介行为。商，使商品生产者与消费者分离；商，使商品生产者与消费者沟通。它有利于社会分工的进一步发展和劳动生产率的提高，有利于节约社会劳动，缩短商品流通的时间，加速社会再生产过程，而从事此类活动的人从中取得利润。

第二，“辅助商”，又称为第二种商，是沟通生产和消费渠道的间接媒介行为。随着商品交换范围的扩大，流通的组织程度的不断提高，商活动的分工也越来越细。直接的媒介行为已越来越不适应

^① 谷克鉴、张建民：《贸易经济法学》，中国经济出版社1994年版，第4页。

大规模远距离的商品交换活动。于是，一种辅助商应运而生。如运送、仓储、居间、行纪、代办等。

第三，为便利以上交易和资金融通的行为，称之为第三种商。如银行、交易所、信托、制造、加工、承揽等。

第四，与第三种商有关系者，如保险、服务、娱乐等，国外称之为“第四种商”。

但是法律上的商所包含的内容，因各国法律规定不同而有所不同。各国立法一般模式有两种：一是概括式。如法国，凡是以营利为目的从事商业营业的行为即为商行为。在法国，“商业”一词的范围很广。包括工业和通常所谓的商业，只是不包括农业、手工业和自由职业以及只涉及不动产的非投机性质的服务。^①二是列举式，如《德国商法典》列举有九种商行为：商业买卖、行纪营业、承揽运送、仓库营业等。《日本商法典》也分别对九种商行为进行了列举：买卖、交互计算、隐名合伙、居间、行纪、承揽运输、运输、寄托、保险。三是混合式，如我国台湾地区《商业登记法》，该法第二条列举了31种营业，涉及农林业、畜牧业、渔业、矿业、水电煤气业、制造业、加工业、建筑业、运送业、金融业、保险业、担保信托业、证券业、银楼业、典当业、买卖业、国际贸易业、出租业、仓库业、承揽业、打捞业、出版业、印刷业、广告传播业、旅馆业、娱乐业、饮食业、行纪业、居间业、代办业、服务业。最后，为防止以上列举不周，第32项还概括地规定“其他营利事业”。其列举之细致周全，连德、法、日法典也不可比，确实反映了“无业不商”的特点。

从以上情形看，法律对于“商”的概念，不再与“买卖”同义，其本质含义为营利，以追求营利为目的而形成的行业，均可视之为商。而原来意义的“商”，即买卖商只是现代商的一个部分而

^① 李玉泉、何绍军著：《商事法论》，武汉大学出版社1993年版。

己。虽然“商”有如此广泛的意义，但笔者认为，商法并不调整如此之多的“商事”，商法上调整的商事有其特定的内容。

（二）商事的含义

商事，通常认为是关于“商”的法律上的一切事项的总称。商事有广义和狭义之分。广义上的商事，是指有关商的一切行为或事宜，如商事契约、商事仲裁、商业登记、商业组织、商业管理、商业会计、商业课税等等。狭义的商事，则仅指商法上的商事，通常包括公司、票据、保险、海商等，依各国商法规定不同，有的国家的商法还将破产、商业登记等归入商法。在我国，商事往往在狭义的含义上使用。主要包括公司、票据、保险、海商和破产。此外，我国有的学者还将证券列入商事之中。^① 至于商法和商事法，含义基本相同。实际上在国外，特别是民商分立的国家和地区，关于商事之法均名之为“商法”。“商事法”之说法来之于我国台湾地区。台湾学者说：“商事法为我之特有名称。外国之有此种法者皆名之曰商法，乃因我采民商合一制度，商法实际上已无，理论上不应沿用商法之名。然以有关商事之民事特别法如公司、票据、保险、海商、商业会计及商业登记等，尚未如瑞士之并人民法，而此类附属法有集中研究之必要，故学者特给商事法之名，以便称呼。”^② 可见，商法为各国商法典之通称，商事法是台湾地区因采民商合一制，并不存在形式上之商法，而为了对有关商事之特别法便于研究，而发明出来的称呼。因为祖国大陆也是采用民商合一的立法体制，商法实际为民法之特别法，大陆学者对于台湾学者创造的商事法的说法也十分认同，故而也常常将商法与商事法通用。但是细究起来，商法和商事法并不完全是一回事。应当说，商事法是学界在民商合一制下关于商事特别法的总称。

① 王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社1996年版。

② 张东亮著：《商事法论》，东海大学商法丛书1986年版，第1页。

(三) 商法的概念

关于商法的概念,学术界的表述大体有两种。一是从调整对象入手,二是从表现形式入手。但二者之间又有密切联系,并不矛盾。

1. 商法的调整对象。商法的调整对象,学术界有多种说法,一是主体与行为说;二是商事关系说;三是客体说;四是企业关系说。

主体与行为说认为:“商法应指‘以营利为目的之事业或行为之规范’,前者对象为商业主体,为权利主体;后者乃指法律行为也,重在客体。故商法可说是规范商业主体与商业行为为对象的法律”。或认为“商事法,就是指关于商事主体和商事交易的法律规范的总称。”^① 这种说法具体指明了商法是调整商事主体和商事行为的法律。

商事客体说认为:“实质的商事法,乃指以商事为规范对象之各种法规。”^② 或“实质的商事法,乃指一切有关商事之法规而言。”^③ 依商事客体说,商法规范的对象为一切之商事法规。

商事关系说认为:“商法(商事法)是调整商事关系的法律规范的总称。”^④ “商事法是调整商事关系的法律规范的总称。”^⑤

企业关系说为日本学者西原宽一创立^⑥,这一观点得到不少日本学者的赞同。企业关系说认为:商法所调整的主要是企业活动所引起的社会关系;企业是持续地、有计划地实现营利目的的统一、独立的经济单位。这一学说旨在从主体上与民事法律关系划清

① 李玉泉、何绍军:《商事法论》,武汉大学出版社1993年版,第1页。

② 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版。

③ 刘清波:《商事法》,台湾商务印书馆1986年版,第1页。

④ 苏惠祥主编:《中国商法概论》,吉林人民出版社1996年版。

⑤ 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版。

⑥ 苏惠祥主编:《中国商法概论》,吉林人民出版社1996年版,第13页。

界限，固然有合理之处，但因我国企业在现有体制下较为复杂，大量的企业关系还需由经济法调整，笔者认为企业说不甚适合我国。笔者认为商法的定义表述为“调整商事关系法律规范的总称”较为恰当，商事关系可以涵盖主体与行为说。

商事关系具有以下特点：

(1) 从商事关系的主体看，商事关系中商事主体之间是平等的社会关系，且以企业法人为基本主体；民事法律关系虽然也是平等主体之间的关系，但它既包括自然人也包括法人和其他经济组织。

(2) 从建立商事关系的目的看，商事关系是商事主体基于营利的目的而建立的，它具有财产内容。民事关系的建立的动机则多种多样，许多民事关系不具有财产内容。

(3) 从商事交易的方式看，商事交易以营利为目的，为追求最大价值，一宗商品往往几经转手，形成一定的交易链；而民事交易以满足本人消费为目的，追求的是使用价值，交易一旦完成，便进入消费阶段，一般不再进行转手，故不易形成交易链。

(4) 从商事关系的客体看，商事交易一般发生在持续的营业活动中，商事主体具有行业性，故而商事客体往往具有种类性和批量性；而民事交易具有个别性和偶然性，其客体表现为特定性和个别性。

商事关系从民事关系发展而来，商事关系更高级、更复杂，是商品关系由简单向复杂、由低级向高级发展的结果。

2. 形式意义的商法和实质意义的商法。商法，从其表现形式和编纂结构来看，可以分为形式意义的商法和实质意义的商法。

(1) 形式意义的商法，也称狭义的商法。它表达这样的含义：商法，是指将商事法律规范编纂为一个独立的具有完整体系的法律文件——商法典。

在民商分立的国家，商法表现为一个统一的法典——商法典。最具代表性的有法国、德国、日本。在这些国家，商法典是所谓一

类大法，与宪法、民法、民诉法、刑法、刑诉法一起成为国家法律体系的六大支柱。法国，是最早制定成文商法典的国家。它在1807年，将1673年和1681年路易十四先后颁行的《商事条例》和《商事敕令》进行汇编，并大加增删编纂为著名的商法典——拿破仑商法典。之后，为适应新的情况，颁行若干单行法，并废止了原法典中过时的条款。德国，在普鲁士时期，曾于1648年和1681年先后制定《普通票据条例》和《普通商法法典》，德意志帝国成立后，1897年颁布（德意志帝国商法典），该法典被称之为“德国新商法典”。新商法典共四编：总则、商事公司和合伙、商行为、海商，共905条。日本近代立法多效仿德国，自然也是民商分立制。1890年，日本在德国人的帮助下，制定并公布了第一部日本商法典，但因日本内部意见不一，大部分内容未能实施。1899年，日本又通过了新商法，并于同年得以实施。其后近百年，日本对其进行了多次修改，现行商法典为四篇：总则、公司、商行为、海商，共851条。但值得注意的是，即使是在这些国家，除商法典外，还制定有许多商事单行法，以适应不断发展变化的社会需要。如日本，除商法典外，还有商业票据法、支票法、有限公司法、破产法、和解法、证券交易法、商法特例法等。

（2）实质意义上的商法。是指国家虽未制定商法典，但仍存在着调整商事关系的法律规范，它表现为民法中的商事法律规范或其他商事单行法规。在这里，判断商法的标准不是有无商法典的存在，而是看是否实际存在着调整商事活动的法律规范。

在民商合一的国家，没有单独的商法典与民法典相对应，其主要内容规定在民法典中，最具代表性的是瑞士。瑞士民法典的内容，可谓蔚为大观。除保险法外，其他各国所认为的商法法规，如公司、票据、支票、商业登记、商号、商业账簿、代理、居间、运送、承揽等，均列入其民法典的债务法中，为民法的第五编（1881年公布，1891年修正）。但像瑞士如此彻底的民商合一实不多见，

只有土耳其、泰国等少数国家与之类似。多数国家将具有共通性之商行为，如买卖、居间、行纪、承揽、代理等归入民法，公司、票据、海商、保险、破产等各自单行立法，作为民法之特别法。这些单行法虽不具商法典之形式，但从内容上看，其属于商法性质是无可争议的。

从英美法来看，它以判例法、习惯法为传统，而以上所说的民商合一或民商分立均以制定法为前提，本不便进行比较。但在商法领域中，却有一有趣现象：英美两国并无民法之成文立法，但却十分重视商事立法。英国从19世纪末开始，制定了数量众多的商事单行法如：《1882年票据法》、《1893年货物买卖法》、《1909年保险法》、《1948年公司法》等。美国于1892年成立了统一州法律全国委员会，专事各州法律的统一化，其重点是商事法规的立法。该委员会以英国的《1882年票据法》、《1893年货物买卖法》等为榜样，先后起草公布了许多商事单行法，重要的有：《统一买卖法》、《统一合伙法》、《统一票据法》、《统一提单法》、《统一信托收据法》等，这些立法由各州决定是否采行。有48个州采行了《统一票据法》，34个州采行了《统一买卖法》，31个州采行了《统一提单法》。对统一各州的商事法起到了积极作用。但是，随着商事实践的发展，商业活动的方式发生了许多变化，全新形式的商业活动也产生了。为适应这一新的情况，统一州法律全国委员会和美国法学会于1952年制定了《统一商法典》，该法典将过去多如牛毛的法规加以集中，囊括了商事方面各项重要法律原则。该法出台后，受到了广泛的欢迎，宾夕法尼亚州率先于1953年4月采行。

在一定意义上，无论是在民商合一或民商分立的国家里，都有形式意义上的商法和实质意义上的商法，不过含义有所不同。在民商分立的国家，形式意义的商法表现为商法典，而实质意义上的商法，是指除商法典以外的其他商事单行法；在民商合一的国家里，没有表现为商法典形式的商法，而是表现为商事单行法的商法法律

法规，民法及其他法律中有关调整商事法规的规范被视为实质意义上的商法。形式意义的商法也被学者称之为狭义的商法，而实质意义上的商法被称之为广义的商法，它包括所有调整商事的法律规范。

二、商法的特征

1. 营利性。营利，是商事主体从事商事行为的动因和目的，是商事法律关系的本质属性。商法关于商事组织和商事行为的规定都充分肯定和保护营利。《德国商法典》第1条开宗明义地规定：“本法典所指的商人是指经营营业的人。营业指任何营利事业”。《法国民法典》公司编第1832条规定：“公司由二人或数人通过契约约定将其财产或技艺集于一共同的企业，以分享由此产生的利润和经营所得的利益而设立。”从这两个典型的欧陆法看，对商事主体和行为的定位都是营利，商法作为调整商事关系的法律，一个重要目的在于保障其营利性的实现。有学者对商法的这一性质作了这样的阐述：“商事法与民法（尤其是债篇），虽然同为规定国民经济生活的法律有其共同的原理，论其性质两者颇有不同。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。”^①这一性质在商法关于商事组织和行为的规定中，都充分予以肯定和保护。如对公司、船舶所有人，公司法和海商法都明确规定其为营利性商事主体，并在有关交易、代理、仓储、票据、证券、海商、保险等特别法规则及商法关于交易公平、安全、便捷、高效的原则中均体现了商法的营利性。

2. 兼容性。是指商法规范的多样性和包容性。首先，商法在法律属性上具有兼容性。按照大陆法的理解，商事法是以关于私人相互间私权利义务为主，为私法范畴。商事主体主要为企业，或是

^① 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年修订本，第23页。