

高等教育法学应用教材

王卫国◆主编

SHANG FA

.....

商 法



中国政法大学出版社

高等教育法学

商
法

王
卫
国
◆
主
编

D923.99/53

出版
社

中国政法大学图书馆藏

1994.11.11

1994.11.11

商法

1994.11.11

D923.99/53

2007

· 高等教育法学应用教材 ·

商 法

主 编 王卫国

副主编 胡利玲

撰稿人 (以姓氏拼音为序)

管晓峰 胡利玲 孙 强
王卫国 王光进 王 萍

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法 / 王卫国主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 8

ISBN 978-7-5620-3084-3

I. 商... II. 王... 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(2007)第124902号

出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京汇林印务有限公司

787×960 16开本 22.25印张 400千字

2007年9月第1版 2007年9月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3084-3 D·3044

定 价: 29.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号
电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

敬 启

尊敬的各位老师：

感谢您多年来对中国政法大学出版社的支持与厚爱，我们将定期举办答谢教师回馈活动，详情见我社网址：www.cuplpress.com 中的教师专区或拨打咨询热线：010-58908302。

我们期待各位老师与我们联系

高等教育法学应用教材编委会

顾问 王卫国

主任 隋彭生 吴 飏

委员 (按姓氏笔划为序)

马灵霞 王广彬 孙 颖 庄敬华

刘亚天 刘芝祥 吴 飏 侯国云

隋彭生

执行编辑 王敏惠 郑 杰

主编简介

王卫国 1951年5月生。1985年1月毕业于西南政法大学。1989~1992年留学于瑞典、加拿大。现为中国政法大学民商经济法学院院长，法学教授，博士生导师。中国法学会理事，中国法学会民法学研究会副会长，中国法学会信息法学研究会副会长，国家司法考试命题委员会委员，全国人大财经委员会《破产法》起草工作小组成员，国际商会（ICC）仲裁院仲裁员，斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁员，联合国贸易法委员会《反商业欺诈》专家组成员。主要科研成果有：《过错责任原则：第三次勃兴》、《中国土地权利研究》、《改革时代的法学探索》、《破产法精义》、《超越概念法学》、《论合同无效制度》、《论重整制度》等。

出版说明

为适应高等法学教育发展的需要,提高学生发现问题、解决问题以及运用法学知识的能力,我们组织编写了本套《高等教育法学应用教材》。

法学是理论性与应用性相结合的学科,本套教材的最大特点在于突出法学的应用性。主要表现在以下几个方面:

1. 力求与现行最新的立法、司法解释及法律实务相一致。本套教材强调对现行最新的立法、司法解释进行介绍和分析,强调联系司法实务中的新老问题进行论述。

2. 力求与最新的《国家司法考试大纲》相一致。司法考试是从事法律工作的职业资格考试,但每年有大量的法律专业本科生、研究生无法通过司法考试。本教材力图使教学内容与司法考试紧密相连。

3. 力求用简洁、实用的事例说明深奥的原理和规范。在每一本教材中都努力用简洁的文字、实用明晰的案例对基本原理和法律规范进行说明,使学生在最短的时间内读懂教材,并结合历年司法考试试题加以分析。

4. 力求结合最新的研究成果和立法动态。立法、司法和法律实务是动态、发展的。本套教材密切关注和把握改革发展的方向与趋势,努力结合最新的学术研究成果,使法学理论应用于法律实务和教学。

II 商 法

为了保证本套教材的高水平和高质量,编委会聘请了多位知名的法学家担任主编。这些专家多数参加过立法和修法工作,并且是司法考试教学辅导的名师,具有编写高校教材的丰富经验。

本套教材适用于大学本科的教学,尤其适用于司法考试。

本套教材的编写,得到了教育部有关领导、中国政法大学领导与教师以及中国政法大学出版社的大力支持,在此一并表示感谢。

《商法》是本套教材的一种,其作者分工如下:(以撰写章节先后为序)

胡利玲 第一章

孙 强 第二章

王 萍 第三章

管晓峰 第四章

王光进 第五章

王卫国 第六章

中国政法大学《高等教育法学应用教材》编委会
2007年4月

目 录

■第一章	商法总论	1
第一节	商法概述 / 1	
第二节	商法的起源和发展 / 8	
第三节	商事主体 / 14	
第四节	商事行为 / 17	
第五节	商事登记 / 20	
第六节	商业名称 / 24	
第七节	商业账簿 / 28	
■第二章	公司法	31
第一节	公司法概述 / 31	
第二节	公司法基本制度 / 43	
第三节	有限责任公司 / 71	
第四节	股份有限公司 / 97	
第五节	违反公司法的法律责任 / 124	
■第三章	合伙企业法	130
第一节	合伙企业法概述 / 130	
第二节	普通合伙企业 / 133	
第三节	有限合伙企业 / 146	
第四节	合伙企业的解散与清算 / 152	
第五节	合伙企业的法律责任 / 154	
■第四章	票据法	157
第一节	票据制度 / 157	
第二节	票据制度的基本法理 / 160	
第三节	票据权利 / 165	
第四节	票据抗辩及其法律救济 / 173	
第五节	汇票制度 / 179	
第六节	本票制度 / 204	
第七节	支票制度 / 207	
第八节	涉外票据的法律适用 / 211	

第九节	违反票据法的法律责任 / 213	
■第五章	保险法	219
第一节	保险与保险法概述 / 219	
第二节	保险合同总论 / 228	
第三节	财产保险合同 / 244	
第四节	人身保险合同 / 252	
第五节	保险索赔与理赔 / 262	
第六节	保险业法 / 269	
第七节	保险法律责任 / 284	
■第六章	破产法	288
第一节	破产法总论 / 288	
第二节	破产案件的申请和受理 / 293	
第三节	管理人与债务人财产 / 305	
第四节	债权申报和债权人会议 / 314	
第五节	重整 / 320	
第六节	和解 / 330	
第七节	破产清算 / 335	

第一章 商法总论

■ 第一节 商法概述

一、商法的概念和调整对象

(一) 商的含义

商,又称商事,其含义可以从不同角度理解。

一般意义上,商被理解为商品的交换或者买卖活动,^[1]并逐渐成为对各种营利性经营活动的概称。

经济学上,商指沟通生产与消费的中间环节。

法学上,商泛指一切以营利为目的的经营活动,是广义上的商。它不仅指买卖或交易活动,还包括与之相连的生产、中介、信托、担保、保险、金融、信息、娱乐等。

现代商法理论将商的范围概括为以下四种:

第一种商,也称“固有商”,是指直接的货物买卖或交易行为,如商品交易、证券交易、票据交易、海事交易等,是一种典型的商事活动。

第二种商,也称“辅助商”,是指为货物买卖或交易行为提供媒介服务的营业活动,如货物运送、仓储、代理、行纪、居间、包装等。其作用在于辅助固有商,使营业活动得以实现。

第三种商,是指不具有直接或间接提供商品交易的行为目的,但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其营业提供商业条件的营业活动,如银行、信托、融资、承揽、制造、出版、印刷、摄影等活动。

第四种商,是指仅与辅助商或者第三种商有一定联系的营业活动,如广告、保险、旅游服务、信息服务、娱乐服务等。

通过立法对商的范围以定联系的营业。随着社会经济的发展,商的内涵和外延范围也在不断扩大。商的具体范围,须根据各国商事法律的规定加以确定。

(二) 商法的调整对象

商法的调整对象是商事法律关系,简称商事关系。

[1] 《汉书》道:“通财鬻货曰商。”鬻,音 yù,意卖。

1. 商事关系的概念。商事关系,是商事主体实施商事行为而产生的社会关系,是商法构成的基本要素和基础。其核心内容包括两部分:①商事主体关系,即基于商事主体(如公司)的设立、组织、变更、解散、破产、清算等形成的法律关系;②商事行为关系,即基于商事行为如证券行为、保险行为、票据行为、海商行为等形成的法律关系。相应的,商法成为规范商事主体和商事行为的法,从而具有组织法性质的规范与行为法性质的规范相结合的特点。其中,组织法性质的规范解决的主要是市场主体的规范问题,即解决“市场进入”问题,如公司法、破产法等。行为法性质的规范解决的主要是主体进入市场后的“游戏规则”问题,如证券法、保险法、票据法、海商法等。

2. 商事关系的特点。商事关系是民事关系的组成部分,具有普通民事关系的一般私法属性,同时也有自己的特点。商事关系的特点主要表现在:

(1)主体具有特定性。商事关系的主体必须是商事主体(或商人),包括商自然人、商法人、商合伙,他们是依照法定程序获得商事人格法律关系的主体。而一般的民事关系主体则没有这种主体资格的特殊要求。

(2)客体具有特定性。商事关系的客体是商事行为,商事行为必须具有营利性,商事关系是从事以营利为目的的行为而形成的社会关系。行为的营利性,是商事关系区别于一般民事关系的最重要的特征,也是商事关系的本质属性。

(3)内容具有特定性。商事关系的内容主要是由商法典、商事特别法、商事习惯法等加以规定和优先调整的各种商事权利和商事义务。

(4)法律优先适用的特殊性。商法是民法的特别法,在商事关系中,商法处于优先的特殊地位,不论在商事活动中发生哪种商事关系,均须优先适用商事法律的规定,只有在商事法律无规定时,才适用民法相应的规定。

3. 商事关系的确定标准。各国关于商事关系的确定标准不同,主要有以下三种类型:

(1)客观主义标准,也称商事行为法主义标准。即法律确定了商事行为的概念,以商事关系的客体——商事行为为基准,由商事行为的概念引出商人(商事主体)的概念。不论实施行为的人是否是商人或者是否从事营业,凡与商事行为有关所发生的关系均属于商事关系;除这种商事行为之外的任何行为,都不能确认为商事行为,由此发生的关系都不能属于商事关系,而只能视为普通民事关系,由民法调整。如1807年《法国商法典》为了打破商人阶层的特权地位,使之与平民适用同一法律,就采用这种立法主义。德国旧商法及意大利旧商法也采用此标准。

(2)主观主义标准,也称商人法主义标准。即法律确定了商人的概念,在确定商事关系时,以商事关系的经营主体——商人为基准,然后从商人概念引出商事行为的概念。立法中明确规定,商事关系的经营主体是商人,凡

商人营业时所为的行为都属于商事行为,由商事行为所发生的关系都是商事关系,由商法调整。如果行为主体不是商人,其行为就不属于商事行为,由此发生的关系也不属于商事关系,而只能视为普通的民事关系,由民法调整。如新《德国商法典》和《瑞士债务法》等就采取此标准。

(3)折中主义标准。即在确定商事关系时,采用主观主义与客观主义两个标准。法律首先规定某种行为为专属商事行为,如票据行为、证券行为、保险行为、海商行为等,不论这些行为是否由商人所为,都视为商事行为;而其他行为,必须由商人所为才属于商事行为,非商人所为则不属于商事行为。由商事行为发生的关系属于商事关系,由商法调整。如日本商法就采取此标准。

(三)商法的概念

商法,或称商事法(Commercial Law),是指以商事关系为调整对象的法律规范的总称。

学理上,依据不同标准对商法进行分类,有助于更好地理解商法。其主要有以下几种分类:

1. 商事主体法和商事行为法。这是以商事法律规范的功能为标准进行的划分。

(1)商事主体法,也称商事组织法,即有关商事主体的规范,如公司法关于公司的种类、设立、组织机构、公司内部关系的规定,合伙企业法关于普通合伙企业 and 有限合伙企业的规定,证券法关于证券公司的规定,保险法关于保险人的规定,破产法关于破产管理人、债权人委员会的规定等。

(2)商事行为法,也称商事活动法,即有关商事行为的规范,如票据法关于出票、背书、承兑、付款及追索的规定,证券法关于证券的发行、交易、信息披露的规定,保险法关于保险合同的成立、履行、变更、解除和保险代理的规定,破产法关于破产清算、破产重整、破产和解行为的规定,海商法关于海事合同、船舶碰撞、共同海损的规定等。

2. 形式上的商法和实质上的商法。这是以商法的表现形式为标准进行的划分。

(1)形式上的商法,是指奉行民商分立立法体例的国家在民法典之外制定的以“商法”或“商法典”命名的法律文件或成文法典。其内容主要涉及商事主体、商事行为的界定、创设等商法的一般规则以及商事公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。如大陆法系中的德国、法国、日本、奥地利等采取民商分立的40多个国家和地区制定有商法典;英美法系中美国制定有《统一商法典》。形式意义的商法,在于规范的表现形式和法律的编撰结构,它以法律文件的表现形式——商法典作为商法概念的界定基础。

(2)实质上的商法,是指一切调整商事关系的法律规范的总称。它通常

不以商法典作为界定商法概念的基础,商法的形式包括商法典、各种有关商事单行法,以及散见在民法、行政法以及其他法律、法规和判例中的商法规范。不论属于大陆法系还是英美法系,无论奉行民商分立还是民商合一立法体例的国家,都存在实质意义的商法。

我国实行民商合一立法体例,没有形式上的商法,但存在实质上的商法,如《公司法》、《合伙企业法》、《证券法》、《保险法》、《票据法》、《企业破产法》、《海商法》等。

3. 广义的商法和狭义的商法。实质上的商法,以商法规范的范围为标准又可以分为广义的商法和狭义的商法。

(1) 广义的商法,不仅包括国内商法,也包括国际商法。国内商法,是指一国制定的适用于本国的商事法律规范。国际商法,则是以国际公法的形式确立的商事法律规范,包括双边条约和多边条约、国际商事惯例等,如《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《联合国国际汇票和国际本票公约》、《海事船舶碰撞与海难救助的统一公约》等。

(2) 狭义的商法,仅指国内商法中的商事私法规范。在商法学的研究领域,学者一般都以狭义的商法作为研究的对象,所以人们通常所说的商法多指的是狭义的商法。

二、商法的特点

1. 商法是组织法规范与行为法规范相结合的法。商事组织法主要体现为:公司法、合伙企业法、独资企业法、破产法等。商事行为法则主要体现为:合同法、证券法、期货法、信托法、担保法、票据法、保险法、海商法等。

2. 商法具有公法化因素。商法本质上属于私法,但兼有公法的性质,如公司登记制度、证券业和保险业监管的规定等。

3. 商法兼有强制法性质。商法以任意性规范为主,但兼有强制法的性质,如公司法中关于公司设立、组织机构、商事登记的规定,破产法中关于破产财产清偿顺序的规定。

4. 商法规范具有较强的技术性。商法要准确地反映商品经济的客观规律,其规范不仅要作定性的规定,而且要作定量的规定,以确保商事交易活动的便捷和安全,为此融入了大量的技术性规范。例如票据法中关于票据的文义性、独立性、无因性、发票行为、背书行为、承兑行为等;保险法中关于保险费用、保险金额、损害赔偿的估定等;海商法中关于共同海损、理算规则等的规定。

5. 商法具有国际化特征。商事立法虽以一国的商事活动为主要调整范围,但应全球经济一体化的要求,商法规范在国际范围逐渐趋于统一。商法技术性强的特点也使得商法的国际统一化成为可能。一方面表现为国际商事立法得到加强,制定和缔结了大量国际商事法律、国际公约、国际惯例或

者指南,如《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《统一提单若干法律规则的国际公约》、《统一汇票本票法公约》、《联合国海上货物运输公约》、《国际贸易术语解释通则》、《关税与贸易总协定》、《联合国破产立法指南》等。另一方面,各国不断修改本国的商法规范,力求与国际商事规范相协调。

6. 商法的修改和补充频繁化。商事活动的不断发展变化,要求反映商事活动规律的商法也必然不断地发展变化,商法也就成为一国法律体系中修改和补充最为频繁的法律部门。各国立法者一方面注意修改商法典中不适应现代经济生活的规定,另一方面则制定单行法作为商法典的补充。例如日本,自1899年制定《商法典》以来,已有过近30次的重要修改。

三、商法与相邻部门法的关系

现代各国的各法律部门之间,呈现出相互联系、相互交错、相互渗透的状态。商法与民法、经济法、劳动法等邻接法律部门间更是如此。商法在整个法律体系中的地位,可以通过其与相邻部门法的关系予以说明。

(一) 商法与民法

在理论上,商法与民法,同属私法,具有非常密切的关系。民法是调整平等主体之间财产关系的基本法,商法则是调整平等主体之间商事财产关系的特别法。无论是民商合一还是民商分立的国家,在遇到商法未作规定的情况时,都适用民法。从商法的产生和发展来看,民法和商法间并无明确的界限。

在立法形式上,由于各国采用不同的立法模式,在民法和商法的关系上也表现出不同:

1. 民商分立模式。即在民法典之外,另行制定商法典,将民法与商法分别作为独立的法律部门。这种模式认为商事主体不同于一般的民事主体,商事行为不同于一般的民事行为,商法是独立于民法的一个法律部门。主张民商分立模式的理由主要是:①商法有其自身发展的历史和传统,自法国于1804年和1807年分别制定民法典与商法典后,大陆法系国家多持民商二元论立场,迄今已经有40多个国家和地区单独制定了商法典,如法国、德国、瑞士和日本等国;②民法与商法规范的重点不同。民法主要规范一般民事主体的一般人身关系和财产关系,而商法主要规范商事主体的营利性经营活动。

2. 民商合一模式。即在民法典之外,不再另行制定商法典,而是将商法作为民法的一部分。这种模式认为商法与民法在基本原理、基本制度方面具有共性,商法的内容是民法的组成部分,没有必要与民法相分离。主张这种模式的主要理由是:①现代社会已不存在中世纪的商人阶层,商法制度实际上已适用于社会一般人,商法主体具有了普遍性;②商法原是适应大商业

者利益的特权法,另立商法不符合“法律面前人人平等”的原则;③在现代社会中,“商人”是不确切的法律概念,另立一个以“商人”为主体的法律,势必导致法律适用的混乱;④商事行为与民事行为的划分日益模糊;⑤二法并立,不利于私法理论的发展。民商合一模式始于瑞士。瑞士于1872年颁布了《瑞士债务法》,其内容已经包含了公司、有价证券及商号、票据、商业登记、商业账簿等。1911年,瑞士将该法纳入1907年颁布的《瑞士民法典》,作为其中的一编,从而开创了民商合一模式的先河。此后,许多国家纷纷采用民商合一的模式,如土耳其、泰国、匈牙利、俄罗斯等国。意大利、荷兰原采民商分立模式,但后来分别于1942年、1992年制定了新民法典,将商法纳入其中。特别是20世纪末的新《荷兰民法典》,一改民商分立为民商合一模式,代表了民商立法模式的发展趋势。

需要说明的是,由于社会经济关系的复杂性,民商合一的国家也常常要制定民法之外的单行商事法规,以补充和完善民商法整体。

我们认为,无论是采用民商分立模式,还是民商合一模式,民法与商法的关系都应当是一般法与特别法的关系,即商法作为民法的特别法而存在。表现在:①商法与民法的基本原理、基本制度具有共性。如民法关于自然人能力、法人、法律行为、侵权责任等的规定,均适用于商法。②商法优先适用于民法。凡商事法律(单行法)有规定的,优先适用商事法律的规定,商事法律没有规定的,适用民法的基本理论和制度。

我国立法采用民商合一的立法模式,商法作为民法的特别法而存在。我国正在制定中的民法典,也将采用民商合一的立法模式。

(二) 商法与经济法

商法与经济法的关系取决于对经济法调整对象的确定。但迄今为止,经济法的调整对象未有统一定论。有人认为,经济法是调整全部社会经济关系的总体规范,按此说,经济法就成为调整各部门、各类别、各领域的经济关系的大法,这样商法当然成为经济法的组成部分;有人认为,经济法是对国民经济及各方面经济关系的协调,实行宏观调整,使之成为比例适度 and 协调发展的经济行政法律规范,它对于促进商事经济在国民经济中的快速发展,起着重要的作用,这样商法就成为与经济法共存并融合的立法;也有人认为,经济法是政府直接参与国民经济活动,加强对经济组织管理、推行国家干预的公法性规范,这样它就与商法成为“公”、“私”分明的两种法律规范;还有人认为,商法与经济法是一般法与特别法的关系,商法是调整企业经济关系的基本法,而经济法乃是这一基本法派生出来的分支,是调整各具体领域、具体部门、具体类别的企业关系的单行法,即经济法是部门经济法。

我们认为,从现代世界各国市场经济发展的状况及各国的立法实践出发,应对经济法作狭义的解释,即经济法是调整国家在协调本国经济运行过