



现代法学系列教程

新编 商法教程

沈乐平 主 编

王新红 张南鸣 钟志勇 副主编

中山大学出版社

现代法学系列教材

新编商法教程

沈乐平 主 编

王新红

张南鸣 副主编

钟志勇

中山大学出版社

·广州·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

新编商法教程/沈乐平主编;王新红,张南鸣,钟志勇副主编. —广州:中山大学出版社,2004.2

ISBN 7-306-02108-7

(现代法学系列教材)

I. 新… II. ①沈… ②王… ③张… ④钟… 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 (2004) 第 097484 号

责任编辑:邹岚萍

封面设计:孔丽红

责任校对:刘叔伦

责任技编:黄少伟

出版发行:中山大学出版社

编辑部(020)84111996,84113349

发行部电话(020)84111998,84111160

地址:广州市新港西路 135 号

邮编:510275 传真:(020)84036565

印刷者:番禺市桥印刷厂

经销者:广东新华发行集团

规格:850mm×1168mm 1/32 12.375 印张 310 千字

版次印次:2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月第 1 次印刷

定价:21.00 元 印数:1-5000 册

本书如有印装质量问题影响阅读,请寄回出版社调换

目 录

上编 总 则

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念和特征	(1)
第二节 商法的地位	(8)
第三节 商法的基本原则	(16)
第四节 商法的历史演进	(20)
第二章 商事主体	(29)
第一节 商事主体概述	(29)
第二节 各种商事主体	(31)
第三节 商事主体的名称	(37)
第四节 商事登记	(43)
第三章 商事行为	(50)
第一节 商事行为概述	(50)
第二节 商事行为的分类	(53)
第三节 一般商事行为与特殊商事行为	(55)

下编 分 则

第四章 公司法	(60)
第一节 公司法的定义与性质	(60)
第二节 公司的定义与法律特征	(62)
第三节 公司的分类	(67)

第四节	公司基本原则及公司法与相关法的关系	(71)
第五节	公司设立	(75)
第六节	公司资本	(86)
第七节	公司债	(97)
第八节	公司的财务会计与分配	(105)
第九节	公司的变更、合并与分立	(112)
第十节	有限责任公司	(122)
第十一节	股份有限公司	(131)
第五章	证券法	(146)
第一节	证券法概述	(146)
第二节	证券发行与上市	(159)
第三节	证券交易	(168)
第四节	投资基金法律制度	(193)
第六章	票据法	(199)
第一节	票据法概述	(199)
第二节	汇票概述	(221)
第三节	汇票的出票	(223)
第四节	汇票的背书	(226)
第五节	汇票的承兑	(230)
第六节	汇票的保证	(233)
第七节	汇票的汇款	(235)
第八节	汇票的追索权	(237)
第九节	本票和支票	(242)
第七章	保险法	(250)
第一节	保险法概述	(250)
第二节	保险合同法	(263)
第三节	保险业法	(287)
第八章	海商法	(306)

第一节	海商法概述·····	(306)
第二节	船舶和船员·····	(310)
第三节	海上运输合同·····	(317)
第四节	船舶租用和海上拖航合同·····	(326)
第五节	船舶碰撞·····	(333)
第六节	海难救助·····	(337)
第七节	共同海损·····	(343)
第八节	海事赔偿责任限制·····	(348)
第九章	破产法 ·····	(353)
第一节	破产法概述·····	(353)
第二节	破产法程序总论·····	(358)
第三节	和解与重整·····	(369)
第四节	破产清算·····	(375)
后 记	·····	(387)

上 编 总 则

第一章 商法概述

本章的重点和难点

1. 商法的概念和特征
2. 商法的地位及与诸法的关系
3. 商法的主要原则

第一节 商法的概念和特征

一、商事释义

通常认为：商法是关于调整商事关系的法律规范的总和，因而商法中一系列概念、规则和制度的建立均不能脱离对“商”或“商事”的理解。何谓“商”，这是我们研究商法的逻辑起点。

商事，简称为“商”，其含义可分别从一般文字、经济学和法律诸方面予以诠释。从一般字义来讲，“商”即商品的买卖活动。这是人们对“商”的一般理解。但从词源上考察，“商”在古汉语中最早是一种计时单位，一刻称为一商，《集韵·阳韵》中称：“商，刻也。”后来，商发展为与量合用，进而引申为协商之义，并与商品买卖活动联系在一起。《汉书》称：“通财鬻货曰商。”这是对“商”的一种最为简单的解释。《白虎通义》说：“商其远近，度其

有无，通四方之物，故谓之商。”这是对我国上古时代因生活简陋、交通不便而进行的媒介货物直接交换之行为即物物交易的描述。经过经济学家的归纳，商事，特指社会总生产过程中的一个特定的环节，即商品流通，它被严格界定为既非生产活动，也非消费活动，而是直接沟通生产与消费的流通领域的活动。但是，法律上所谓的商事，是从调整对象的角度，对特定的社会关系的共同性质和基本特征的理论概括。商事是一切以营利为目的的经营活动的总称，也就是说，凡是具有营利性的有偿法律行为，都可以看成是商事活动，而不仅限于单纯的商品交易行为。这种对商事活动的法律概括，其范围基本涵盖了生产、流通、消费各个领域。

由此可见，法律上的商事概念与经济学上的商事概念是存在差异的。依通常理解，经济学上的“商”，系指以营利为目的、直接媒介财货交易的行为，详言之，“商”即由工农业生产者手中流转到消费者手中的渠道、桥梁和中介，以调剂供需，从中获取利润的行为。这种行为在法律上通常被称为“买卖商”，亦即学者所称的“固有商”。法律学上的“商”，除固有商外，还包括范围更广的“非固有商”。这里所说的“非固有商”，根据学者们的归纳，大致可以分为三类：第一类是“辅助商”，亦称“第二种商”，指间接以媒介货物交易为目的之营业活动，它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的商事行为，如货物运送、仓储、居间、代理、行纪、包装等。第二类是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有商业条件的营业活动，如银行、融资、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影营业，学者又将其称为“第三种商”。第三类是仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业活动，如广告宣传、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，此种商事营业活动与固有商的联系已极为间接，学者多称之为“第四种商”。由此可见，现代商法上所称的商事是

指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业之总称。这就是说，商事是对营利性主体从事的各种活动之概括，是对各种持续性营利行为之概括。

鉴于法律上涵盖的商事活动过为宽泛，为了研究和教学的方便，各国学者通常从狭义上将商法所规范的商事活动仅仅概括为几种主要商事，即公司、票据、保险、海商和破产。商法之所以将这五种事项确认为商事，主要是由商事活动的基本过程一般规律决定的：商人是从事商事活动的主体，而公司则是商人最为典型的组织形式，公司从事商事活动主要以票据为支付手段，公司要分散风险就要有保险，公司要参与国际市场竞争，就不能没有海商，而破产则是公司解体的一种主要形式。

二、商法的概念

有了对商事这一概念的基本理解，我们就不难准确地把握商法的概念了。

商法这一概念在国外出现的历史比较悠久，在我国则是随着经济体制改革的进一步深化，尤其是近几年确立了市场经济体制后，才逐渐由法学界所承认和使用。由于社会制度、经济结构、法律背景、民族传统和语言习惯等方面的差异，各国对商法这一概念的认识也不相同，即使在同一国家，人们对商法这一概念的理解也存在一定的分歧，所以，要给商法下一个统一的全世界都适用的定义几乎是不可能的。但商法的概念又是商法总则中的首要问题，只有准确理解了商法的真正含义，才能对商法的各项具体制度进行深入扎实的探讨和研究，因为商法的其他问题都是由商法的概念引申出来的。

通常认为，商法是调整商事主体在商事活动中所发生的社会关系的法律规范的总称，亦即商法调整的对象是商事主体在商事活动中所发生的各种社会关系，简称为商事关系。而其法律表现形式应

为各种法律规范的总称，并非单指一部法典。

商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法是指民商分立的国家所制定的并冠以“商法典”之名的法律而言。法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家都先后制定了商法典，据统计，迄今为止，世界上大约有40多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。实质意义上的商法，则指以商事为其规范对象所制定的各种法律法规，既包括以“商事”命名的也包括不以“商事”命名的一切调整商事活动的法律法规的总称。实质意义的商法着眼于规范性质、规范构成和作用理念的统一。因此，在市场经济条件下，一个国家可能没有形式意义上的商法，但不可能没有实质意义上的商法。

在实质意义上的商法中，又可分为广义的商法和狭义的商法。广义的商法是对全部的商业法律规范的总称。狭义的商法是专指国内商法中的商事私法法律规范体系，如公司法、票据法、海商法等。在商法学研究领域，学者一般都以狭义的商法作为研究对象，所以人们通常所说的商法也指的是狭义的商法。

广义的商法还包括国际商法和国内商法两种。凡国际法上关于商事的规定如电讯协约、船舶碰撞与海难救助统一公约，以及其他的统一公约、两国间友好通商航海条约、国际间共同遵守的习惯法等，都属于国际商法。国内商法，即一国内关于调整商事关系的法律规范的总和。

任何一个国家的商法，都是由商事公法和商事私法组成的。商事公法，指关于调整社会经济关系的法律、法规中有关商事交易的公法性规定。它们散见于各国的宪法、行政法、刑法、诉讼法等公法之中，而没有独立成为体系。商事私法，指私法上关于商事的法律、法规。在民商合一的国家中，关于商事私法的规定，有民法典中的商事规定和关于商事的民事特别法与习惯法；在民商分立的国家中，关于商事私法的规定，有商法法典、商事特别法和商事习惯

法。

我国目前尚不存在形式意义上的商法，但随着市场经济体制的建立和逐步完善，实质意义上的商法已经大量存在而且基本配套，不仅在我国传统的民法、经济法、行政法中已存在有大量的调整商事交易主体及其所从事的商事行为的法律规范，而且一大批商事特别法也已经陆续颁行，如公司、票据、银行、保险、海商等等，从这一点上说，我国已经有实质意义上的商法。现在我国许多学者也提出了我国应尽早颁布商法典的主张，以适应社会主义市场经济发展的需要，这一问题在理论上还有待探讨。

三、商法的特征

商法与其他部门法比较起来，具有以下特征。

（一）商法的营利性

商事主体从事商事活动，其直接和主要目的就在于营利，这是为各国商法所确认的。从这个意义上，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。正是基于此种理念，在各国商法中，无论是其商业登记制度、商业账簿制度、商业财产制度、商业名称制度，还是有关交易、代理、仓储、票据、证券、海商、保险等特别法规则，无一不考虑到商事活动的营利性。此外，商法规则中有关利率、结算、税收、公示原则，以及交易公平、迅捷、安全、高效等原则，都从不同角度反映了商法强调营利目的、强调经济效益的价值取向。^①

（二）商法的协调性

各国商事立法大都同时采用自由主义和强制主义相结合的原则，因此，商法中既有大量的任意性规范，也有不少强制性规定。前者主要体现在商事行为方面，如公司经理人的设置及其职权、保

^① 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第26页。

险条款的订立、买卖条件的达成等。后者则表现在企业的组织和财产状况方面，如对公司经理人条件的限制和对注册资金的有关规定、保险业的组织等。这两类规范协调组合，前者促使工商交易能简便、迅速、灵活、自由地进行，后者保证组织的健全、确实，以共同推动工商业的发展。正如德国商法学家德恩（Dahn）所说的：“商法是一切法律中最为自由的，同时又是最为严格的。”

（三）商法的技术性

商法是在商事实践与惯例发展演变的基础上逐步形成的一种专门法律，它以反映商事交易简捷、公平与安全的客观要求为己任，以商事上的实用为依归，其规定的内容中含有大量的技术性规范，使其条款更具操作性。因此，商法具有浓厚的技术性，这与民法等一般私法规范偏重伦理性的特点形成了鲜明的对照。例如，公司法中关于公司设立的发起与募集方式、非货币出资的评估作价、出资证明书和股票的制作与签发、股东会的议事规则与表决程序、公司公积金和公益金的提取、公司资产的清算与分配等规定，证券法中关于证券的发行、上市与交易、上市公司的收购和信息披露等规定，票据法中关于票据的出票、背书、承兑、保证、付款、票据的抗辩和追索等规定，保险法中关于保险合同的订立、保险费用的计算、保险标的的价值的测定、保险事故的确定、保险损害之理赔等规定，海商法中关于船舶抵押、提单签发与转让、海难救助的报酬与补偿、共同海损的认定及计算等规定，都具有技术规范的性质。商法规范的技术，一方面要求人们具有诚实信用的商事道德观念，另一方面则要求人们有更丰富的经济和技术知识；否则，就无法熟悉商法、遵守商法和适用商法。^①

（四）商法的兼容性

商法的兼容性首先体现为作为私法的商法却兼有公法的性质。

^① 雷兴虎主编：《商法学教程》，中国政法大学出版社1999年版，第5页。

公私法的区分是大陆法系传统的法律分类方法，但是进入 20 世纪以来，公私法划分的传统日趋弱化，公法与私法相互渗透，有“私法公法化”和“公法私法化”的趋势，这是所有部门法都有的倾向。商法作为传统的私法部门，其公法倾向性更为明显，可以说私法公法化在很大程度上表现在商法领域，即商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志、调节个人与政府和社会间经济关系、维护社会公共利益的内容，这些内容体现了公法的属性。例如商业登记制度、商业账簿制度，公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让与公司合并的条件与程序等规定；海商法中的船舶登记、运输单位限额、海事赔偿责任限制、船舶抵押权等规定；保险法中的责任准备金、再保险代理人与保险经纪人、保险业的监督管理等规定；破产法中的和解整顿、债权人会议、破产财产范围、债务清偿顺序等规定，都是属于公法性质的规定。

（五）商法的国际性

商法最初起源于商事交易习惯，而商事交易本身是一种跨国界的活动。早在中世纪的商人基尔特自治法就已具有了国际性的特点。商法的这种国际性是由商事活动的跨国性所决定的。20 世纪以来，随着世界经济的进一步发展和全球经济一体化趋势愈益加强，商法国际化呼声日益高涨，最终导致两种倾向：一是国际商事立法得到加强，制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例；二是各国不断修改本国商法规则，使其彼此之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。我国加入 WTO 后，也正在修订各相关商法，使之与国际接轨。

第二节 商法的地位

一、商法的独立性

在法律体系中如何确立商法的地位，如何把握商法与民法、商法与经济法之间的关系，是 20 世纪以来商法理论中最为重要和基础的问题之一，这一问题集中表明了商法的价值，决定着商法的前途和命运。

从世界各国的立法来看，第二次世界大战结束前，商法的独立性问题主要表现在商法与民法的关系上。商法从民法中划分出来，构成一个独立而完整的体系，成为法学的一个部门，这是 19 世纪法学发展的一大成就，是人们对商事活动的规律、特点在理性的基础上有了更为深刻认识的结果，是法律技术和立法完善的标志。

商法之所以从民法中分离出来，能成为一个独立的部门法，并不在于商法已在外国有了 300 多年成文法的历史，而在于它有其自己的调整对象——商事关系，且这种商事关系又有其自身独有的特点，具体分析就是：

(1) 商法调整的商事关系是发生在商事活动中的私人间的关系。缔结这一关系的都是平等的主体，并且这一关系是围绕企业经营发生的财产关系。所以，商法所调整的商事关系实质上是发生在商事活动中的平等主体之间的财产关系，与既调整财产关系又调整人身关系的民法有所不同，而且商法所调整的财产关系是在商事活动中产生的。

(2) 作为商事关系的主体，或者是公司、合作社，或者是个人独资企业、合伙企业。前者，属于法人；后者，可以是自然人，也可以是自然人的联合体。不论是法人，还是自然人，都属私人范畴。作为调整平等私人之间的法律，客观上要求排除国家政府机关

作为第三人利用行政权力恣意干预和介入，而强调当事人意思自治和效益公平。

(3) 商法规定的权利是公司从事商事活动的权利，而该种权利的核心内容是保护公司经营自由，其本质是保证公司实现其营利动机。为了使企业能实现其权利，必须确保企业的意思自治和契约自由。

商法独立存在的价值还在于它有独特的调节机制——营利调节机制。虽然商法的制度繁杂，规定颇多，但维护自然人和企业的营利则是其重要宗旨。因此，商法具有其他部门法所没有的营利调节机制。如我国公司法规定的股份有限公司、有限责任公司，海商法规定的船舶等，都规定允许自然人和企业自由经营，并充分利用票据、股票、债券、保险等手段，以达到营利的目的。无疑，商法的营利调节机制并不是保证每一个商事主体都获利，而只是为所有依法经营的商事主体创造一个公平获利的外部条件。显然，这一机制是适应市场经济发展要求的。

因此，商法的独立性是由其调整对象的独特性所决定的。尽管在 20 世纪上半叶，少数国家一反 19 世纪已成定局的法律部门划分方法，实行民商合一，将商法并入民法之中，一时间在法学界引起了商法的独立性危机。这种民商合一仅仅消除了形式意义上的商法典，在法律理论和法律体系上，它并不能消除商法作为一个独立的法律部门的存在，未能否定商法在理论上的整体性，从而在一定程度上导致了商法理论与商事立法的冲突与矛盾。因此，无论实行民商分立，还是民商合一，商法都是一个实体的法律部门，它与民法在基本原则、调整对象和方法、社会功用及价值等方面都存在不可替代的巨大差异。当然，我们承认商法的独立性，并非否定其与民法的共性，毕竟商法是从民法中分离出来的，二者之间存在着一种无法割裂的私法结构上的关联。

二、商法在法律体系中的地位

商法的地位具体表现在商法整个法律体系中的位置以及它与其他法律之间的关系。

从对世界其他国家法律的考查,不难发现,在国外法律体系中,商法的地位主要有以下几种模式:

(1) 民商法分立模式。采用这种模式的主要有法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等 40 多个国家。这些国家实行的是民商法分立的立法模式,即既制定民法典,又制定商法典,商法是其法律体系中一个独立的法律部门。

(2) 民商法合一模式。采用这种模式的国家实行民商法合一的立法模式,即只制定民法典,而不再另定商法典,它们把商法的有关内容看作是民法的重要组成部分,要么规定在民法典中,要么规定在单行法中。采用民商合一的立法模式主要有瑞士、意大利、土耳其、巴西、俄罗斯、泰国等国家。

(3) 示范性质的统一商法典模式。采用这种模式的典型代表是美国。美国虽然没有民法典,却有示范性质的统一商法典。

(4) 单行商事法模式。采用这种模式的典型代表是英国。在英国,既没有典型的民法典,更没有独立的商法典,而是在总结有关商事习惯和判例的基础上,制定了一系列单行商事法。

从我国的法律体系来考查,商法在我国法律体系中究竟居于何种地位呢?目前,我国没有制定商法典,民法典尚在起草中,但却制定了一系列单行商法。在法学界,围绕商法与民法、商法与经济法之间的关系展开了探讨,主要有三种观点:

(1) “民商合一论”。该学说认为,民法和商法的分立并不是出于科学的构造,而是历史的产物。因此,商法在法律体系中并不是一个独立的法律部门,它只是民法的一个有机组成部分,属于民事特别法范畴。民法是对民事关系作出规定的一般法,商法则是对有

关商事关系作出规定的特别法，民法和商法是一般法和特别法的关系。

(2) “民商分立论”。该学说认为，在商事关系高度发达的今天，再把商法视为民事特别法就欠科学了，这样不利于商法制度的完善和商法观念的形成，从而不利于现代市场经济的发展。因此，商法和民法一样，都是我国私法领域的两项基本法，是两个并行的、相互独立的法律部门，共同实现对经济关系的调整。民法不是商法的普通法，商法也不是民法的特别法，它们都是我国法律体系中独立的法律部门。

(3) “商经合一论”。该学说认为，商法与经济法均以企业为规范对象，两者有许多共同属性，因此商法应是我国经济法的重要部分，这就意味着商法在我国法律体系中不是一个独立的法律部门，而是包括在经济法之内，并以单行法的形成存在。

本书比较赞同第二种观点，即“民商分立论”。商法既不应认为是民法的特别法，也不应将其纳入经济法的范畴，这是由商法调整对象的独特性所决定的，也是由商法的社会功能和作用决定的。因此，商法在我国法律体系中应占据独立部门法的地位。商法的独立性是我国大力发展社会主义市场经济的迫切要求，也是同国际立法惯例接轨的客观需要，商法应同民法、经济法一道承担起对经济关系的法律调整的任务。

商法作为一个独立部门法，在内容和体系上，一方面要继承国外商法中有价值的东西和通行的做法，同时也要剔除其不合理的或不符合我国国情的因素。在内容构成上，我们主张商法应分为总则与分则两大部分，总则应含商事主体、商事行为、商事登记等内容，分则应包括公司法、交易法、证券法、票据法、保险法、海商法、破产法等。