



世纪法学系列教材核心课教学参考书

总主编 曾宪义

法理学
教学参考书

宪法
教学参考书

中国法制史
教学参考书

行政法与行政诉讼法
教学参考书

刑法
教学参考书

民法
教学参考书

商法总论
教学参考书

知识产权法
教学参考书

经济法
教学参考书

法理学
教学参考书

宪法
教学参考书

中国法制史
教学参考书

行政法与行政诉讼法
教学参考书

刑法
教学参考书

民法
教学参考书

商法总论
教学参考书

知识产权法
教学参考书

经济法
教学参考书

商法总论 教学参考书

主编 林 嘉 副主编 邢海宝

 中国人民大学出版社

刑事诉讼法
教学参考书

民事诉讼法
教学参考书

国际法
教学参考书

国际私法
教学参考书

国际经济法
教学参考书

刑事诉讼法
教学参考书

民事诉讼法
教学参考书

国际法
教学参考书

国际私法
教学参考书

国际经济法
教学参考书

21 世纪法学系列教材

核心课教学参考书

总主编 曾宪义

商法总论教学参考书

主 编 林 嘉

副主编 邢海宝

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马 特 冯 丰 刘玉红

邢海宝 李 颖 林 敏

林 嘉

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法总论教学参考书/林嘉主编.
北京:中国人民大学出版社,2002
21世纪法学系列教材核心课教学参考书

ISBN 7-300-04136-1/D·658

I. 商…

II. 林…

III. 商法-法的理论-中国-高等学校-教学参考资料

IV. D923.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 068152 号

21 世纪法学系列教材核心课教学参考书

总主编 曾宪义

商法总论教学参考书

主 编 林 嘉

副主编 邢海宝

出 版:中国人民大学出版社
(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)
邮购部:62515351 门市部:62514148
总编室:62511242 出版部:62511239
本社网址:www.cru-press.com.cn
人大教研网:www.ttrnet.com

发 行:新华书店总店北京发行所

印 刷:北京市丰台区印刷厂

开本:787×965 毫米 1/16 印张:29.75
2002 年 9 月第 1 版 2003 年 3 月第 2 次印刷
字数:538 000

定价:29.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

本书是 21 世纪法学系列教材《商法总论》的配套教学参考书。作为教学参考书，在编写过程中，我们力求做到内容全面、观点突出、信息量大，为学习商法的读者提供翔实丰富的参考资料，以适应商法总论课程学习的要求。

本书共分为三编。第一编是论点综述，其体例是按照《商法总论》一书的章节而安排的，分为商法导论、外国商事法律制度概况、商事主体、商事法律行为、商事登记、商业名称、商业账簿等 7 章，分别介绍国内外最新的研究成果和学者的各种不同观点。特别需要说明的是，对各种不同的观点我们并未作过多评论，更多的是作客观介绍。第二编是立法资料汇编，包括国外立法资料，国内有关法律、法规条例，以及最高人民法院有关批复、解答、规定、通知。在资料取舍上，对于国外浩如烟海的商事立法，我们只是遴选了一些著名的商法典和商事法律，而对国内的相关立法则尽可能地收集。由于本书涉及的是商法总论，因此，许多商法典和商事法律都是节选。第三编列举了主要参考文献。

在本书编写过程中，我们参考了大量国内外学者的著作和论文，在此对这些作者表示感谢。

编者

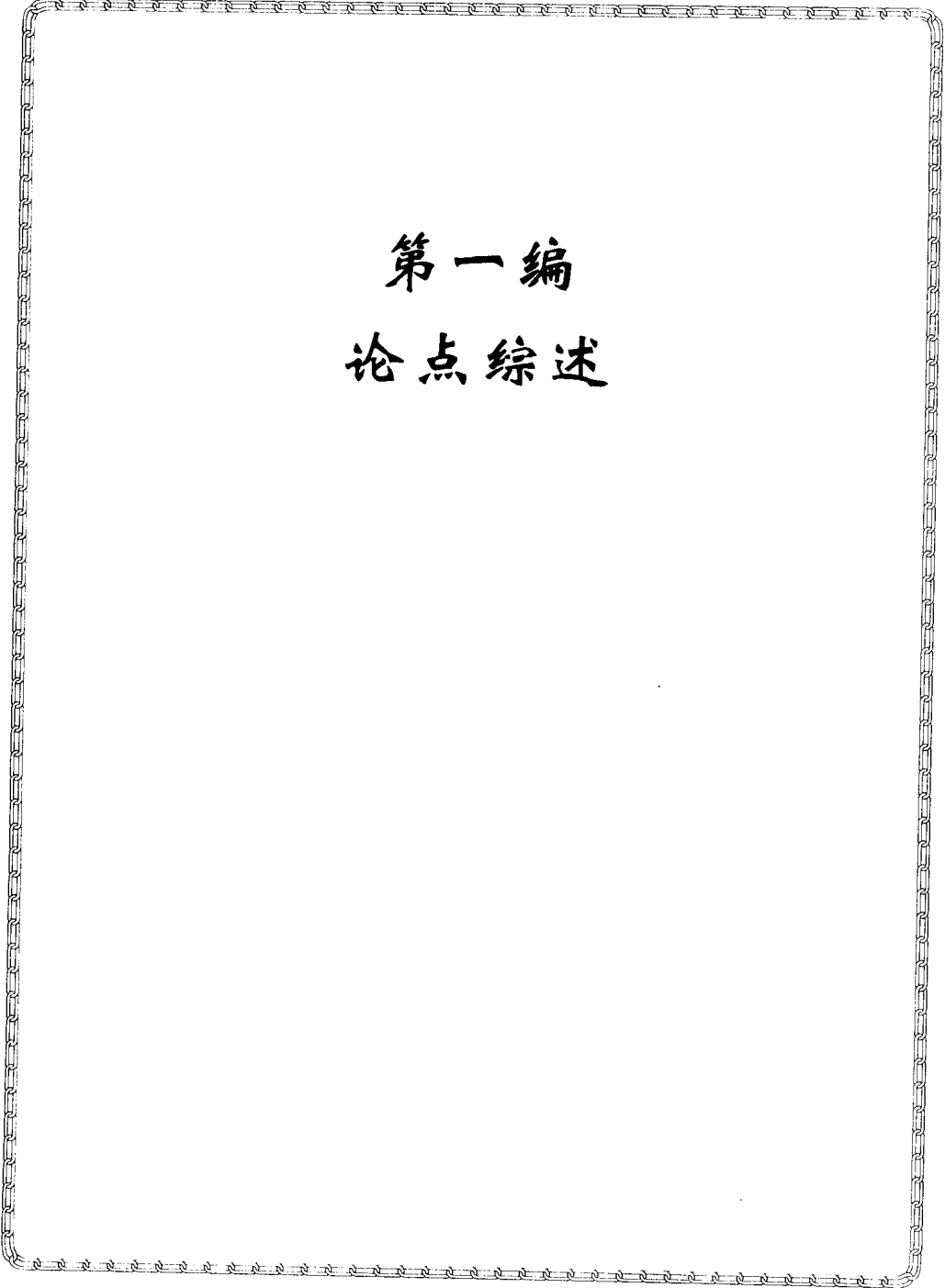
2002 年 6 月

第一编 论点综述	(1)
第一章 商法导论	(3)
第一节 商法概述	(3)
第二节 商法的历史发展	(14)
第三节 商法的基本特点与原则	(25)
第四节 民商合一与民商分立	(31)
第二章 外国商事法律制度概况	(41)
第一节 美国商事法律制度	(41)
第二节 英国商事法律制度	(49)
第三节 德国商事法律制度	(58)
第四节 法国商事法律制度	(65)
第五节 日本商事法律制度	(70)
第六节 韩国商事法律制度	(72)
第三章 商事主体	(74)
第一节 商事主体概述	(74)
第二节 商事个人	(81)
第三节 商事合伙	(96)
第四节 商事公司	(113)

第五节 商事辅助人·····	(130)
第四章 商事法律行为 ·····	(136)
第一节 商事法律行为的概念和特征·····	(136)
第二节 商事法律行为的分类与主要内容·····	(146)
第三节 商法对于商事法律行为的主要法律控制·····	(153)
第四节 商事法律行为对交易安全的考虑·····	(156)
第五章 商事登记 ·····	(161)
第一节 商事登记的一般规定·····	(161)
第二节 商事登记制度的发展与完善·····	(171)
第六章 商业名称 ·····	(178)
第一节 商业名称概述·····	(178)
第二节 商业名称的选用·····	(182)
第三节 商业名称的登记·····	(183)
第四节 商业名称的法律保护·····	(186)
第七章 商业账簿 ·····	(191)
第一节 商业账簿的意义及其立法模式·····	(191)
第二节 商业账簿中的几项基本制度·····	(194)
第三节 商业账簿的法律效力·····	(196)
 第二编 立法资料汇编 ·····	(197)
一 国外立法资料 ·····	(199)
国际商事合同通则(1994年5月)·····	(199)
美国《统一商法典》(节选)·····	(218)
美国《统一有限合伙法》(节选)·····	(262)
美国《统一有限责任公司法》(1996年)(节选)·····	(277)
英国《1893年货物买卖法案》(1973年修订)·····	(296)
英国《1999年合同(第三人的权利)法》·····	(317)
《法国商法典》(节选)·····	(322)
《德国商法典》(节选)·····	(338)
《日本商法典》(节选)·····	(375)
《日本消费者合同法》·····	(385)
二 国内有关法律、法规、条例 ·····	(390)
中华人民共和国公司法(总则)·····	(390)

中华人民共和国公司登记管理条例·····	(392)
中华人民共和国企业法人登记管理条例·····	(402)
中华人民共和国合伙企业法·····	(408)
中华人民共和国会计法·····	(416)
深圳经济特区商事条例·····	(424)
三 最高人民法院有关批复、解答、规定、通知·····	(432)
最高人民法院关于企业开办的公司撤销后由谁作为诉讼主体问题的批复·····	(432)
最高人民法院关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复·····	(433)
最高人民法院关于对注册资金投入未达到法规规定最低限额的企业法人签订的经济合同效力如何确认问题的批复·····	(433)
最高人民法院关于审理合伙型联营体和个人合伙对外债务纠纷案件应否一并确定合伙内部各方的债务份额的复函·····	(434)
最高人民法院关于行政单位或企业单位开办的企业倒闭后债务由谁承担的批复·····	(435)
最高人民法院关于金融机构为行政机关批准开办的公司提供注册资金验资报告不实应否承担责任问题的批复·····	(436)
最高人民法院关于审理中外合资经营合同纠纷案件如何清算合资企业问题的批复·····	(436)
最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答·····	(437)
最高人民法院关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答·····	(440)
最高人民法院关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定·····	(441)
最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定·····	(444)
最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定·····	(449)
最高人民法院关于当前人民法院审理企业破产案件应当注意的几个问题的通知·····	(450)
最高人民法院关于冻结、划拨证券或期货交易所、证券登记结算机构、证券经营或期货经纪机构清算账户资金等问题的通知·····	(452)

最高人民法院印发《关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》 的通知.....	(453)
最高人民法院印发《关于审理融资租赁合同纠纷案件若干 问题的规定》的通知.....	(458)
第三编 主要参考文献	(461)



第一编

论点综述

商法导论

第一节 商法概述

一、商的概念

(一) 对于“商”的概念之理解

学习和理解商法，脱离不开对于“商事”的理解。“商事”又称为“商”，商的意义，可从中文字义、英文字义、经济学及法律学诸方面，分别加以解释。

中文字义上的“商”，其内涵就有一个逐渐演变的过程。《汉书》谓“通财鬻货曰商”，是“商”在中文字义上最简单的解释。《白虎通》谓“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”，则是“商”在中文字义上较详明的解释。我国商业发达甚早，但进步较迟。上古之时，生活简陋，交通不便，彼时实行物物交易之方法，因而，“商”之初期，仅为媒介货物直接交换之行为，当时所谓之“商”，无论在经济学上或法律学上，均指这一意义。到中古时期，货币制度创立，商业渐盛，遂以货币为媒介，实行财货交易。到了近世，交通渐趋发达，产品增多，商业范围亦随之扩大，凡属以营利为目的、从事媒介交易之行为，皆称之为“商”。于是经济学上所谓“商”，与法律学上所谓“商”，二者之意义，距离渐远。现代以来，由于社会经济发展，交通工具进步，各种商业日益繁兴，“商”的意义，在经济学上与法律学上的解释，则有广狭意义方面的种种区分，

后文将对其一一进行详述。

“商”这一词，在英文上为“Commerce”。据 Webster 新国际辞典（New International Dictionary）解释，指商品交换或买卖的行为（Exchange or buying and selling of commodities...）。Black 法律辞典解释，指货物、生产品或任何种类财物之交易（The exchange of goods, production or property of any kind）。Lavine 的现代商事法解释，“商”指关于各物之交易或交换（The word “commerce” includes every thing related to trade or traffic...）。可见，“商”在英文字义上的解释，与其在中文字义上的解释，意义颇为近似。

经济学上所谓“商”，指以营利为目的，直接媒介财货交易的行为，也即“商”为介于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润的行为。此种行为，通常称之为“买卖商”，也就是一般学者所称“固有商”，所以经济学上的“商”，其范围比法律学上的“商”，要狭隘得多。

法律学上的“商”，基于法律上的认定而逐渐扩大其范围。除直接媒介财货交易的“固有商”之外，凡是间接以媒介货物交易为目的的行为，如货物运送、仓储、居间、行纪、代理等，法律学上皆认为是“商”，一般学者也称为“辅助商”或“第二种商”；以及虽非直接或间接以媒介货物交易为目的的行为，但其行为或为便利资金的融通，或为与“商”有密切关系，如银行、信托、承揽运送、制造加工、出版、印刷等，也即一般学者所称之为“第三种商”；甚至与媒介货物交易并无连带关系，或者仅与“第三种商”有关系的，如广告传播、人身与财产保险、旅社宾馆、饭店酒楼、娱乐行业等，法律学上也都认为是“商”，即一般学者所称之为“第四种商”。可见，法律学意义上的“商”，范围是非常广泛的，其内涵远远超出经济学意义上的“商”^①。

（二）现代商法中对于“商”的概念之确定

法律学意义上的“商”，因来源于各国法律的规定，故因各国法律规定各异而范围不一。根据《德意志帝国商法典》第1条第2、3款的规定，凡是以商业的方法与范围为营业，办理商业登记的，即视为商业；对于农林业兼营副业，如对农林产品加工制造，经申请商业登记的，也视为商业。采取“民商合一”体例的《瑞士债务法》第934条也规定：凡经营商业、工厂或其他依商人方法为营业，而为商业登记者，亦视其为商业。我国有关的工商管理法规中也将“农、林、牧、渔”等经营明确列为商营业之范畴。“然而，按照大多数国家的商法规定，商事范围之确定首先取决于特定行业的性质和国家的产业政策，因而诸如农

^① 张国键：《商事法论》，3～5页，台北，三民书局，1980。

业或单纯的林业之营业不属于商事营业之范围。”^①（《日本商法典》第 502 条、《法国商法典》第 632 条、《西班牙商法典》第 323 条）

现代商业实践中，“多数大陆法国家更趋向于首先以法律列举方式概括商事活动或商业的基本范围，然后再以营利性营业标准或商业登记制度确定具体主体的商事营业性质”^②。例如《日本商法典》规定：除商人直接交易、证券票据交易、交易所交易、海商活动等属于“固有商”之外，其他诸如制造加工、租赁活动、煤气电力供应、承揽运送、劳务承包、出版印刷或摄影、设置交易场所、货币兑换、承接保险、承担寄存、居间代办、承担代理等十二项业务均属于所谓“营业商”，仅在为人欲以营利性经营为目的而从事此类营业时方须履行商业登记程序。^③

综上所述，商事概念实质上是对社会生活中生产经营活动性质的概括，“在现代经济条件下，它是对营利性主体从事的营利性营业活动之性质概括”^④。“这一法律抽象的作用在于将对于整个社会具有重要意义的生产经营活动独立出来，使商事法得以对由其形成的社会生产关系进行专门法律调整。可以说，商法中关于商主体、商行为、商事能力、商业登记、商事责任等一系列概念、规则和制度均建立在对于商事的理解上。”^⑤

二、商法的概念

目前，对于商法这一概念，学者们都有自己的理解，归纳起来，有如下几种：

（1）“商法又称‘商事法’，它是指规制营利性主体的经营性活动，调整由其所生的商事关系的法律规范的总称。”^⑥

（2）有学者将现代商法与近代商法的概念区别开来，认为近代商法归纳起来有两个共同点：一是商法是规范商人和商行为的法律；二是商法是民法的特别法。而近代商法演进为现代商法，吸收发展了其合理的成分，将现代商法界定在现代市场主体和行为的领域之内，维护了历史性，同时又抛弃了特别法的定性与定位。因此，现代商法是现代市场交易行为的基本准则，是规范现代市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）的法律规范的总称。^⑦

（3）我国台湾学者的通说。

商事法亦称商法，为规定关于商事之法律，其意义有形式与实质之分。形式

① 董安生等编著：《中国商法总论》，6～7 页，长春，吉林人民出版社，1994。

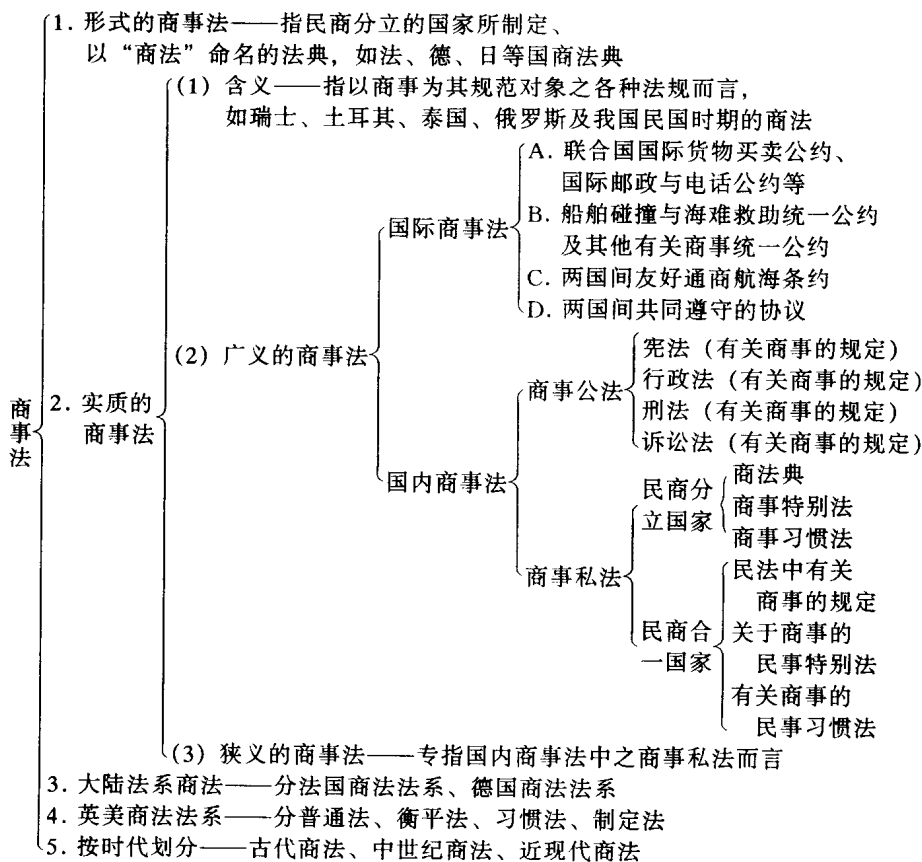
② 同上书，7 页。

③ 参见《日本商法典》第 501、502 条。

④ ⑤ ⑥ 董安生等编著：《中国商法总论》，9、23 页。

⑦ 参见徐学鹿：《商法总论》，1～2 页，北京，人民法院出版社，1999。

的商事法，指民商分立的国家所制定的、以“商法”命名的法典；实质的商事法，指以商事为规范对象的各种法规。实质的商事法，又有广义与狭义之别。广义的商事法指以商事为规范对象的一切法规的总称，包括国际商法及国内商法。国际商法，指国际公约中关于商事之法规。而国内商法又可分为商公法与商私法。商公法，指公法上关于商事的法规，这些有关商事的规定，散见于各种公法之中，本身并无完整体系，如宪法、行政法、刑法等法律中有关商事的规定；商私法，指私法上关于商事的法规，例如商法法典、各种商事单行法以及商事习惯法。狭义的商事法，也就是通常所称的商法，专指国内商法中的商私法。^① 上述内容可以列表表示如下：



① 参见张国键：《商事法论》，7～8页；蔡荫恩：《商事法概要》，1～2页，台北，三民书局，1980；刘兴善：《商事法》，1页，台北，三民书局，1984；潘维大等：《商事法》，1页，台北，三民书局，1995；王立中：《商事法新论》，1页，台北，三民书局，2000。

在理解商法的概念时，有必要从不同的角度对商法作一下分类，这将会有助于我们对这一概念的理解。

首先，从包括的范围来划分，可以分为广义商法与狭义商法，也即上文所提到的我国台湾学者对商法概念的理解，可见其并未给出一个确切的定义，而是通过条分缕析的方法来探明。因此，这一划分的内容不再赘述，可参见上文。

其次，从法系上分，可以分为英美法系商法和大陆法系商法。

英美法系商法，虽然是以习惯法及判例为其表现形式，但其又都颁布了一些属于现代商法的单行商事制定法。英国商法除公司法外，一般认为“包括以下法律分支：代理与合伙、货物买卖与分期付款、垄断与限制性贸易做法、流通票据、商业证券、保险、陆上、海上和航空运输、破产、仲裁”^①。美国除各州的商事单行制定法外，联邦制定的有州际通商法、破产法等，以及编纂公布被所有的州采用的《美国统一商法典》。

在大陆法国家中，商法还可进一步分为商事普通法、商事特别法和商事习惯法。商事普通法是指调整商事基本关系的一般规则的总称，其内容包括有关商法的原则、商主体、商行为、商业登记、商业名称、商业账簿、对商行为的一般控制制度等。商事普通法在民商分立国家中表现为统一的商法典，而在民商合一国家中则多表现为民法中的特别规则或单行法，但无论采取何种形式，它们均对各种类型的商事法律关系具有普遍的适用力。商事特别法又称商部门法，它是指调整某一特定范围的商事关系的商法规范的总称。例如大陆法各国普遍存在的公司法、保险法、商事破产法、票据法、海商法、仲裁法等均属之。商事特别法是对特定商事关系的专门调整，一定的商事特别法仅适用于特定范围的商事法律关系，对其他的商法关系不具有普遍适用力，这不同于商事普通法。按照大陆法国家民商法的一般原则，商事特别法对于特定的商法关系应优先于商事普通法而适用，只有在商事特别法未加规定的情况下，方适用商事普通法的普遍性规定。商事习惯法则是在社会商事实践中自发形成并经国家认可的。调整商事关系的习惯规则，通常具有非成文性和行业性规则形式。按照各国司法实践的认识，商事习惯法对于成文法而言仅具有补充适用意义。^②

三、商法的调整对象——商事关系

学者们一致认为，商事关系是商法的调整对象，但如何把握这一概念，学者

① [英]施米托夫著，赵秀文译：《国际贸易法文选》，28页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

② 参见董安生等编著：《中国商法总论》，24页。

们都从不同的角度提出了自己的见解。

除认为商事关系是发生在平等商事主体之间的社会经济关系，是商事主体基于营利动机而建立的之外，有学者还认为“商事关系仅发生在持续的营业之中”^①。其认为，前述两种广泛的商事活动可以随时发生，但相当多数的商事活动是偶尔发生的，它并不表现为持续性，因而不会产生商事关系，而有些商事活动是反复进行的，它已成为商事主体的一种营业，所谓商事关系，只能发生在这种营业之中。有学者认为，现代商事关系，包括现代商事组织关系和现代商事行为关系，并进一步对何谓现代商事组织关系与现代商事行为关系进行了具体阐述。其认为，我国商法调整的现代商事组织关系，一不是为了强化商人的身份关系，而是通过特殊素质的要求，尽快培育出我国现代市场经济的市场主体；二不是着眼于小商人或者店铺之类的商人，而是要建立现代企业制度，在振兴扶持中小企业的同时，培育发展现代企业制度的典型形式——公司；三不是为了旧时代商人的营利，而是要建立现代资本经营的组织制度；四不是单纯的商业登记，而是为了有效地打破垄断、扼制腐败，通过“市场准入”尽快形成新的适应社会主义市场经济的良好市场秩序；五不是民商不分的所有买卖关系，而是着重调整现代商事组织关系，包括：一是制造商商事组织关系；二是销售商（期货商）商事组织关系；三是运输商（海商）商事组织关系；四是金融商（票据、融资租赁）商事组织关系；五是保险商商事组织关系；六是证券商商事组织关系；七是广告商商事组织关系；八是代理商商事组织关系等。现代商事行为关系，是现代商事关系的主要方面和重点内容。现代市场交易远非民法所规范的现货交易或钱货两讫的现款交易，而是复杂的交易组合体。商法调整的现代商事交易关系，就是彻底与家庭脱钩的现代市场交易关系，这种交易关系表现为商行为，包括：一是销售（期货）商行为；二是运输（海商）商行为；三是保险商行为；四是金融（票据、融资租赁）商行为；五是证券商行为；六是信托商行为；七是担保商行为；八是广告商行为；九是代理商行为等。^②

还有学者将商事关系与民事关系进行了比较，以阐明商事关系的特质。其认为，二者的差别表现在以下几个方面：

首先，民事关系是平等主体的公民之间、法人之间基于各种民事活动而形成的一定范围的社会关系之总称，其中不仅包括财产关系，而且包括人身关系；不

① 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载王保树主编：《商事法论集》（1），3页，北京，法律出版社，1997。

② 参见徐学鹿：《商法总论》，11～14页。

仅包括等价有偿的经济关系，而且包括不具有有偿性质的社会关系。而商事关系则是经营性主体基于营业活动而引起的经营性社会关系，其主体为抽象的经营性单位，不含有民法上自然人的身份特征，其内容为生产经营性关系，体现着社会经济活动的等价有偿的基本要求。

其次，民事关系中的财产关系本质上是对商品交换的一般条件的概括，内容具有一般社会性和抽象性，而不反映不同社会条件下具体生产关系的特有内容，也不反映具体的生产经营关系对于社会生产目的规律的要求，因而不同国家民法对此部分社会关系的法律反映大体类同。而商事关系本质上是对特定社会中具体的生产经营关系的概括，它体现着特定社会中经济关系的具体性质和深层次特征，体现着特定社会生产关系中所含有的基本生产目的，因而具有营利性本质、经济效益本质或其他生产目的的本质。

最后，民事关系是民事主体之间因民事活动而形成的社会关系，国家不会主动干预，主要体现了私的关系性质。而严格意义上的商事关系则基于其生产经营本质以及基于其对整个社会生活的决定性作用，不可避免地与税收管理关系、金融管理关系、财政管理关系以及其他体现国家社会经济职能的管理性关系牵连在一起，不可避免地要引起国家不同形式和不同程度的干预和控制，因而现代各国普遍对其采取某些公法性调整手段。^①

此外，日本学者对何为商事关系，也有种种分析和见解，值得我们借鉴。

其一，内容把握论，即从其应有的内涵上认识商事关系。主要有以下主张：

1. 历史说

该主张以历史分析的方法揭示商事关系的内容，认为商法的对象是商及其相关的行为，并且这一领域是逐渐扩大的。依历史说，法律上的商尤其是作为商法对象的商，是生产者与消费者之间财产、货物交换的媒介。开始，它只是一般的财货的交易，以后，随着历史的发展，这种媒介行为扩大到居间业、批发商业，再进一步发展，扩大到运输业、保险业等。

2. 媒介说

它是历史说的扩充和发展。依照该主张，作为商法对象的商事即法律上的商是媒介行为。该主张对媒介行为持展开的见解，认为它作为商法对象的本质构成经历了三个阶段：开始为第一种行为，即商业、银行业的行为，然后扩大到第二种行为，即运输业、居间业、批发商业、保险业的行为，并进一步扩大到第三种行为，即制造业、手工业、租赁业等行为。该主张还认为，制造业促进了原料的

^① 参见董安生等编著：《中国商法总论》，33～34页。