

柳经纬 主编

XIAMENDAXUE
FAXUEYUAN
MINSHANGFAXUEXILIE

Shangfa

商法

(上册)

厦门大学法学院民商法学系列



厦门大学出版社

1774-177
L751
厦门大学法学院民商法学系列

商 法

(上)

主 编 柳经纬
撰稿人 柳经纬 朱炎生 郭俊秀
刘永光

厦 门 大 学 出 版 社

前 言

民商法学博大精深,不仅理论内容丰富,而且极具实用性。在我国建立社会主义市场经济体制和实现依法治国宏伟目标的过程中,民商法作为社会主义法律体系中最为基础性的法律部门,涉及社会生活的各个方面,因而越来越受到广泛的认同。民商法学理论研究也随之成为学者和研修法律学科的人士钟情的法学领域之一。近年来,民商法学科考研热即是一个很好的说明,1999年合同法颁行引起的遍及全国的合同法出书热和学习热更是一个很好的例证。

确立社会主义市场经济体制以来,我国民商法学科发展迅速,研究成果令人瞩目,我国民商法学理论也逐渐趋于成熟。将民商法学的理论与我国法律实务加以梳理,编写一套民商法学系列读物,使之既能系统反映民商法学的基本理论,又能结合我国法律实务,探讨实践中提出的民商法律问题;既可作为高校法学专业教材,又可供一般读者学习民商法学理论知识之用。这是全体作者共同的愿望。厦门大学法学院民商法学是福建省重点学科,民商法学系列是本学科规划建设中的成果形式之一。本系列的出版得到厦门大学出版社的大力支持,编辑施高翔先生为本系列的策划、编辑付出了大量精力,特此表示谢意。

《商法》为“民商法学系列”之一,由柳经纬主编,各作者的具体分工如下:柳经纬撰写第一编第一章、第二章;朱炎生撰写第二编;郭俊秀撰写第三编;刘永光撰写第一编第三章,第四编;黄健雄撰写第五编;陈海波撰写第六编。全书由柳经纬统稿。

本书不足之处,祈请读者和专家批评指正。

柳经纬

2002年10月

目 录

前言

第一编 商法导论

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念和内容	(1)
第二节 商法与其他法律的关系	(7)
第三节 商法的本质和特征	(12)
第四节 商法的基本原则	(16)
第五节 商法的历史与发展	(23)
第六节 我国的商事立法	(36)
第七节 商法学	(39)
第二章 商主体	(41)
第一节 商主体概述	(41)
第二节 商主体的种类	(44)
第三节 商事能力	(47)
第四节 商业登记	(51)
第五节 商业名称	(62)
第六节 商业账簿	(70)
第七节 合伙企业	(78)
第八节 个人独资企业	(92)
第三章 商行为	(96)
第一节 商行为概述	(96)

第二节 商行为的分类·····	(100)
第三节 一般商行为·····	(103)
第四节 特殊商行为·····	(114)

第二编 公司法

第一章 公司与公司法概述·····	(135)
第一节 公司·····	(135)
第二节 公司法·····	(143)
第三节 公司法的产生和发展·····	(147)
第二章 公司基本法律制度(一)·····	(154)
第一节 公司的名称和住所·····	(154)
第二节 公司章程·····	(159)
第三节 公司的能力·····	(164)
第四节 公司资本·····	(174)
第五节 公司债券·····	(180)
第六节 公司财务与会计·····	(190)
第七节 公司人格否认制度·····	(194)
第三章 公司基本法律制度(二)·····	(200)
第一节 公司的设立·····	(200)
第二节 公司的合并、分立和组织变更·····	(209)
第三节 公司的解散与清算·····	(219)
第四章 有限责任公司·····	(229)
第一节 概述·····	(229)
第二节 有限责任公司的设立·····	(232)
第三节 有限责任公司的组织机构·····	(237)
第四节 国有独资公司·····	(254)
第五章 股份有限公司·····	(258)
第一节 概述·····	(258)
第二节 股份有限公司的设立·····	(260)

第三节 股份有限公司的股份·····	(274)
第四节 股份有限公司的组织机构·····	(285)
第五节 上市公司·····	(297)
第六章 外国公司分支机构·····	(302)
第一节 外国公司分支机构概述·····	(302)
第二节 外国公司分支机构的管理·····	(305)

第三编 证券法

第一章 证券法概述·····	(308)
第一节 证券概述·····	(308)
第二节 证券市场的正负效应与法律调整·····	(315)
第三节 证券法的概念与调整对象·····	(319)
第四节 证券法的基本原则·····	(325)
第二章 证券发行法律制度·····	(335)
第一节 证券发行概述·····	(335)
第二节 证券发行管理体制·····	(341)
第三节 证券发行条件·····	(346)
第四节 证券承销·····	(353)
第三章 证券上市与交易法律制度·····	(357)
第一节 证券交易概述·····	(357)
第二节 证券上市法律制度·····	(363)
第三节 证券交易程序与证券交易法律关系·····	(372)
第四节 证券交易的强制性规则·····	(380)
第四章 信息公开制度·····	(387)
第一节 信息公开制度概述·····	(387)
第二节 发行信息公开制度·····	(394)
第三节 持续信息公开制度·····	(399)
第五章 上市公司收购法律制度·····	(402)
第一节 上市公司收购制度概述·····	(402)

第二节	公开市场购买·····	(409)
第三节	要约收购·····	(411)
第四节	协议收购·····	(423)
第六章	证券交易所及证券登记结算机构·····	(427)
第一节	证券交易所概述·····	(427)
第二节	证券交易所的设立与机构·····	(430)
第三节	证券交易所的监管职能·····	(434)
第四节	证券登记结算机构·····	(439)
第七章	证券公司、证券交易服务机构与证券业协会 ·····	(443)
第一节	证券公司概述·····	(443)
第二节	综合类证券公司的设立与经营·····	(450)
第三节	经纪类证券公司的设立与经营·····	(456)
第四节	证券交易服务机构·····	(461)
第五节	证券业协会·····	(465)
第八章	证券监督管理机构·····	(468)
第一节	证券监督管理机构概述·····	(468)
第二节	证券监督管理机构的职权·····	(472)
第九章	证券法律责任制度 ·····	(477)
第一节	证券违法行为与法律责任 ·····	(477)
第二节	虚假陈述·····	(483)
第三节	内幕交易 ·····	(499)
第四节	操纵市场 ·····	(506)
第五节	欺诈客户 ·····	(514)
第六节	其他证券违法行为·····	(519)

第一编 商法导论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念和内容

一、商的概念

商又称为商事。把握商法的概念,须了解“商”的含义。因为明确了商的含义和范围,也就明确了商法调整的社会关系(商事关系)的内容和范围。正因为如此,所以在我国商法学初创的今天,关于“商”的意义,成为学者较为关心的一个理论问题。^①

“商”的英文是“commerce”。在汉语中,“商”既指商业或商业活动,又指商人。唐颜师古曰:“本,农业也;末,工商也。”^②现代汉语中所谓“经商”、“商场”,指的是商业或商业活动。《汉书·食货志》载:“士农工商,四民有业……通财鬻货曰商。”《考工记》载:“商其远近,度其有无,通四方珍异以资之,谓之商旅。”汉语中又有“商贾”、“厂商”以及“奸商”等说法。这里的“商”则指商人。英文“commerce”意指

① 这方面较为深入的讨论,可参考董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第3~8页;李功国:《商人精神与商法》,载《商事法论集》第2卷(王保树主编),法律出版社1997年版;任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第3~14页。

② 见《汉书》(四)第1128页,注(三),中华书局版。

贸易、商业,并无商人的意思。在一般文化意义上,商、商业、商业活动,都表明一种经济活动。这种经济活动以商品交换为内容,以营利为目的。只是在古代社会,商品经济不发达,所谓“商”,主要是指买卖这样的商业活动。随着商品经济的发展,今天“商”的范围已经扩大了,除了一般意义的“买卖”外,加工制造、批发、代理、信托、经纪、运输、仓储、金融、保险、证券、信息、旅游、娱乐、饮食服务等,商品经济所到领域,都具有“商”的意义。

各国法律并没有给“商”下个定义。法学上对“商”的理解,也具有一般文化意义上“商”的内容,但又有一定的区别。法学上对商的理解主要是从商法的角度,阐述其含义的。我国商法学界关于“商”的法学解释有两种不同的主张。董安生等认为:“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活动和事业之总称。”^①李功国也认为:“‘商’是经商业登记的商主体,在法律规定的范围内,所从事的一切营利性活动。”^②这些学者所理解的商,强调的是商主体所进行的经营活动。赵中孚主编的《商法总论》一书认为:“法律意义上的‘商’或商事,乃是指一切营利性营业活动和事业的总称。”张国键认为:“凡属以营利为目的,从事媒介交易之行为,皆称之为商。”^③他们强调的则是商业活动本身,而不强调从事商业活动的主体。从商法的内容来看,主要是关于商主体和商行为的规定,对商主体的规范在商法中具有重要的意义。因此,我们认为,在商法学上,应强调“商”这一概念中商事活动的主体特定性。

按照商法学界的通说,商法中的“商”包括:(1)直接以媒介财货交易以及传统上被纳入商事的“固有商”,如交易所交易、买卖商交易、证券交易、票据交易、海商活动等,称为第一种商;(2)间接以媒介

① 董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第5~6页。

② 王保树主编:《商事法论集》第2卷,法律出版社1997年版,第9页。

③ 张国键:《商事法论》,三民书局1980年版,第4页;赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社1999年版,第1页。

货物交易为目的的营业活动,即各种辅助“固有商”营业得以实现的“辅助商”,如运输、仓储、代理、行纪、居间、包装等营业活动,称为第二种商;(3)虽不具有直接或间接媒介货物交易的目的,但其活动性质与固有商和辅助商有密切联系,或者为其提供交易条件的营业活动,如银行、信托、行纪、居间、制造、加工、出版、印刷、摄影等活动,称为第三种商;(4)仅与辅助商和第三种商有联系的营业活动,如广告宣传、保险、旅游、娱乐、信息咨询等营业活动,称为第四种商。由此可见,在商法学上“商”的范围还是相当广泛的。

不论哪一种商,商法上的“商”都具有以下基本特征:

第一,营利性。所谓营利性,是指商主体从事商事活动的目的和动机是为了获得经济利益,至于商人在具体的经营活动中,是否真正赢利以及赢利多少,并不影响经营活动的营利性。商事活动以营利为目的,是商事活动的本质特征。不论是固有商还是辅助商,抑或第三种商、第四种商,商主体从事这些营业活动的目的都是为了获得一定的经济利益。在资本主义社会,商事活动的营利性早已为我们所认识,资本主义生产的目的就是追求利润,利润最大化是资本主义生产的动力。但在社会主义社会,商事活动的营利性则是随着经济体制改革的深入和商品经济的发展逐渐为人们所认识的。^① 把握商事的营利性,可以将商事活动与其他社会活动区别开来,明确商法所规范的商的范围。例如,学校以人才培养为目的,学校招收学生虽收取学费,但不属于商事活动;慈善机构、学术团体、住宅小区的业主委员会等非营利性组织的活动,也不属于商事活动。

第二,营业性。所谓营业,是指营利性的事业(《德国商法典》第 1

^① 1988 年的《全民所有制工业企业法》第 3 条关于企业任务的规定是“根据国家计划 and 市场需求,发展商品生产,创造财富,增加积累,满足社会日益增长的物质和文化生活需要”。市场经济体制确立后,我们对企业的营利性有了更明确的认识,1993 年的《公司法》第 5 条明确规定,公司“以提高经济效益、劳动生产率和实现资本保值增值为目的”。

条第2款)。商事活动的营业性表现在,它是以营利为目的的事业,在时间上具有连续性,即从事营业的组织或个人总是持续地进行一种或数种营利性的行为,并以此为宗旨。如属偶尔一次获取利益但并非持续的从事营利性的行为,就不具有营业性,不属于商的范畴。制造业、加工业、建筑业、保险业、仓储业、金融业、信托业、证券业、运输业等,都属于营业性行业。商的营利性特征和营业性特征是互为表里、互相联系的,营利性是商的内在属性,营业性则是商的外在表现,商事活动的营利性是通过其营业性得以表现出来的。

商的以上特征,是商事关系区别于一般民事关系以及其他社会经济关系的标志。商事关系从本质上看,属于民事关系,具有平等性特征。但商事的营利性和营业性特征,则把它同一般民事关系区别开来。

二、商法的概念

商法,又称商事法,是指规范商事关系的法律规范的总称。商事关系包括商事组织关系和商事行为关系。^①因此,商法的内容一般包括两大部分:一是关于商主体的规定,二是关于商行为的规定。前者规范商事组织关系,后者规范商事行为关系。有关公司、合伙企业、独资企业、破产的规定,属于商主体法;有关票据、海商、保险、代理、证券、信托、行纪等的规定,则基本上属于商行为法。

商法这一概念还可以从以下几个方面来理解。

1. 形式意义的商法和实质意义的商法。这是从“商法”一词的用法上来理解。在商法学上,商法这一概念有两种用法。一是指民商分立的国家以“商法”命名的法律文件,如《法国商法典》、《德国商法典》、《日本商法典》等,称为形式意义的商法。二是指调整商事关系的法律规范的总称,称为实质意义的商法。不论是民商分立制的国家还是民商合一制的国家,都有关于商事组织和商事行为的法律,因而都

^① 徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社2000年版,第11页。

存在着实质意义的商法。即使在民商分立制的国家,商法典也只是关于商事的基本规定,并不能涵盖所有商事法律,通常在商法典之外,还有其他的商事法律。例如,在德国,除商法典外,还有《有限责任公司法》、《股份法》、《票据法》、《支票法》、《保险契约法》等商事单行法,这些法律所规定的法律规范都属于实质意义的商法。我国没有商法典,有关商事主体和商事行为的法律规范见诸《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《证券法》以及《合同法》等单行法律规定之中。

2. 广义的商法和狭义的商法。这是从商法的规范构成上来理解。狭义的商法仅指国内法中调整商事关系的私法。狭义的商法是一国商法的主要构成内容。广义的商法是指所有调整商事关系的法律规范的总称,它既包括国内法中调整商事关系的私法,又包括调整商事关系的公法,而且还包括调整商事关系的国际商法。各国的商事法律主要属于私法的规范,但也包括许多公法性的规定,如公司法中关于公司登记与管理的规定,证券法关于证券发行的管理与对证券违法行为的处罚的规定,刑法关于公司犯罪、金融犯罪的规定等,都属于公法性规范。由于商事活动国际化的趋势明显,因此不仅国内法调整商事关系,国际社会也积极谋求对跨国商事关系的法律调整,商法的发展也呈国际化的趋势,国际商法已成为商法的重要内容。甚至在诸多商事领域(如海商、票据),国际商法对各国国内商事立法已产生了积极的影响,许多国家积极借鉴国际商法,甚至参照国际商法修改本国法律。在商法的研究中,国际商法日益受到学者的重视。

3. 商事普通法、商事特别法和商事习惯法。这是从商法的渊源上来理解。商事普通法是指调整商事关系的一般规则,内容包括商法的原则,有关商主体、商行为的一般规定。商事普通法在民商分立的国家主要指商法典,在民商合一的国家则是指民法典中的特别规则。商事特别法是指规范某一方面的商事关系的单行法律,如公司法、票据法、保险法、破产法等。商事特别法在适用上优先于商事普通法,只有在特别法没有规定时才适用普通法的规定。商事习惯法是指在经济活动中形成的经国家机关承认为法律规范的商事习惯、惯例或通行

做法,它通常表现为某些行业规则。在国际经济贸易交往中,习惯法是重要的渊源。如《国际贸易术语解释通则(2000)》、《跟单信用证统一惯例》(ICC—UCP500)等,已经成为国际商法的重要组成部分。

三、商法的内容

各国商法的内容和体系并不完全相同。1807年的《法国商法典》内容包括商事总则(商人、商业账簿、公司、商业交易所、行纪、买卖、票据等)、海商、破产和商事法院;^①而1897年的《德国商法典》则包括商人、公司和隐名合伙、商业账簿、商行为和海商,^②其结构和内容与法国商法典均有不同。

一般说来,商法主要包括两大部分:商主体法和商行为法。这是由商法所调整的商事关系规定的。商事关系包括商事组织关系和商事行为关系,调整商事组织关系的是商主体法,而调整商行为关系的是商行为法。商法中关于商人、公司、合伙企业组织的规定,保险法有关保险业的规定,证券法关于证券业的规定,以及与商主体有关的商业账簿、破产等规定,均属于商主体法。商法中关于商业买卖、行纪、承揽、运送、仓储、保险、信托、海商、票据等的规定,则属于商行为法。

在我国当前,既无民法典又无商法典,商法的内容有待确定。在学术界,学者多主张采取民商合一制,有关商法的一般规则,由民法规定;有关商法的特别规则由商事特别法规定。因此,从学科体系上看,商法主要指各种商事特别法,包括公司法、合伙企业法、独资企业法、票据法、证券法、信托法、保险法、海商法、破产法等。

① 《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版。

② 《德国商法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2000年版。

第二节 商法与其他法律的关系

一、商法与民法

从形式上看,各国关于民商关系的处理,有民商分立制和民商合一制。采取民商分立制的国家或地区,在民法典之外另立商法典,如法国、德国、日本和我国澳门。而采取民商合一制的国家,在民法典之外不再另立商法典,有关商法的内容或者纳入民法典(如意大利民法典),或者制定商事单行法作为民法的特别法(如民国时期的民商立法^①)。然而,从本质上看,商法并不能真正独立于民法。在民商合一制的国家,商法是作为民法的特别法而存在的。即使在民商分立的国家,如德国,“商法与民法的联系非常紧密……《德国商法施行法》第2条规定:‘在商事案件中,仅于商法未作……相反规定时,民法典的规定始可适用。’在实践中,几乎任何一起商事案件,都必须适用民法典的规定才能予以解决”。^②在日本,其商法典也规定:“关于商事,本法无规定者,适用商事习惯法,无商事习惯法者,适用民法典。”(第1条)在我国澳门地区,也有相同的规定。^③这表明,在民商分立体制

① 也有学者认为,民国时期的民商立法采取折衷道路的“民商合一”形式,即形式上只编制民法典,不另立商法典,貌似民商合一;实则只把一般性商法问题在民法典中加以规定,商法的特殊问题制定特别法,特别法之运用又优于民法,实质上又似民商分立。参见李景禧、林光祖:《台湾民商法研究》,法律出版社1996年版,第8页。

② [德]沃尔夫冈·塞勒特:《从德国商法典编纂看德国民商法的关系》,载《中德民法的继受与法典编纂》(范健等主编),法律出版社2000年版,第1~2页。

③ 《澳门商法典》第4条:“本法典未规定之情况,由本法典中适用于类似情况之规定规范;如无该规定,则由《民法典》中与商法之原则不相抵触之规定规范。”

下,商法与民法同样存在着密切的联系,即关于商事纠纷,商法有规定的适用商法的规定,商法无规定的适用民法之规定。可见,商法同样具有作为民法特别法的属性,而非独立的法律部门。

商法作为民法特别法,是由商法调整的社会关系的性质所决定的。商事关系与民事关系具有同质性,正如我国台湾学者林咏荣所指出的,“商事仅系民事之一部分,偏于经济生活方面,故商事对于民事具有特殊性”。^① 商事关系本质上属于平等主体之间的财产关系。商行为关系都是具体的商品交换关系,本质上属于平等主体之间的财产关系,自不待言。商事组织关系同样属于平等主体之间的财产关系,公司是股东基于章程行为而组成的经济组织,合伙企业也是合伙人基于合伙协议组成的经济组织。章程和合伙协议就是一种合同行为,是股东或合伙人各方在平等的基础上,通过协商而达成的合意。在公司和合伙企业内部,尽管各股东或合伙人的出资比例不同,享有的股权或合伙人权利也有区别,但是他们都具有独立的主体资格,相互之间在法律地位上是平等的。在公司制企业,公司具有法人地位,属于独立的民事主体,但股东也是独立的民事主体,股东与公司之间也是平等的。无论是在理论上还是在实践中,商事关系除了它的营利性、营业性特点外,与民事关系是很难区分开来的。

正因为如此,商法不可能成为真正的独立法律部门。在西方社会,民法与商法均被归入私法,即表明二者之间不可分的关系。在我国,多数学者主张民商合一,认为商法属于民法的特别法。即使是一些主张商法是独立的法律部门的学者,也同样确认商法与民法之间

^① 林咏荣:《商事法新论》(上),五南图书出版公司1990年版,第3页。大陆学者也有持相同观点的,参见董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年,第8~9页。

的特别法与普通法的关系。^①

按照民商合一体制,民法为普通法,商法为特别法。其间的关系具体表现在:第一,从内容上看,商法的各项制度是民法制度的具体化和扩大化。例如,公司是法人的主要形式,个人合伙企业和个人独资企业则是非法人团体在商业活动领域的具体表现形式;股东订立公司章程,合伙人订立合伙协议,票据当事人签发票据、背书转让票据,当事人订立海上货物运输合同、保险合同等,都是具体的民事法律行为;票据关系、海上货物运输关系、保险关系等,则属具体的债权债务关系。第二,从法律的适用效力看,商法优先于民法而适用。关于商主体和商事活动,商法有规定的,适用商法的规定;没有规定的,则适用民法的一般规定。例如,我国《公司法》对于章程,只规定其应记载的事项,要求股东应当在章程上签名、盖章;对于章程的有效条件、股东在制定章程过程中发生的意思表示瑕疵的救济等,公司法并无规定。实践中,如股东就章程之效力发生争议,或就其意思表示瑕疵谋求法律救济,则应适用民法关于法律行为的有关规定。

二、商法与经济法

在我国学术界,经济法是一个尚未获得统一认识的概念。^②按照较有说服力的观点,所谓经济法,是指调整国家调节社会经济过程中发生的各种社会关系的法律规范的总和,^③或是调整需要国家干预

① 如范健一方面主张商法是独立的法律部门,但另一方面又认为“承认商法的独立性,并非否定其与民法的共性,即民法是私法的普通法,商法始终是其特别法”。参见范健:《当代商法研究的几个理论问题》,载范健等主编:《中德商法研究》,法律出版社1999年版,第10页。

② 关于经济法的概念,可参见许明月主编:《经济法学论点要览》相关部分的论点摘要,法律出版社2000年版。

③ 参见漆多俊:《经济法基础理论》(修订版),武汉大学出版社1996年版,第14页。