

现代法学教材

司法部法学教材编辑部编审

商法学

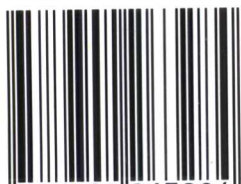
• 最新修订 •

● 主编 / 赵万一

中国法制出版社

责任编辑：张岩 封面设计：云羽

ISBN 7-80226-328-X



9 787802 263284 >

ISBN7-80226-328-X

定价：32.00 元

现代法学教材

商 法 学

(最新修订)

主 编 赵万一

副主编 汪世虎

撰稿人(按姓氏笔画为序)

刘 军 孙 鹏 李 燕

肖厚国 汪世虎 林 刚

赵万一 侯东德 陶 政

焦 娇

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法学/赵万一编著. —3版. —北京:中国法制出版社, 2006. 7

现代法学教材

ISBN 7-80226-328-X

I. 商… II. 赵… III. 商法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 085268 号

现代法学教材

商法学

SHANGFAXUE

编审/司法部法学教材编辑部

编著/赵万一

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960 毫米 16

印张/25.25 字数/386 千

版次/2006 年 7 月第 3 版

2006 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-328-X

定价:32.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66010406

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

作者简介

赵万一 西南政法大学民商法学院院长、教授、民商法专业博士生导师,兼任中国法学会民法学研究会副会长、中国法学会商法学研究会常务理事、中国仲裁法学会常务理事。福建省人民政府顾问、重庆市人大常委会立法咨询专家。

汪世虎 西南政法大学民商法学教授、硕士生导师。

李 燕 西南政法大学民商法学副教授、法学博士、硕士生导师。

林 刚 西南政法大学民商法学副教授、法学博士、硕士生导师。

孙 鹏 西南政法大学民商法学副教授、法学博士、硕士生导师。

肖厚国 西南政法大学民商法学副教授、中国社会科学院民商法学博士。

刘 军 云南大学副教授。

侯东德 西南政法大学民商法学博士研究生。

陶 政 西南政法大学民商法学博士研究生。

焦 娇 西南政法大学民商法学博士研究生。

第一编 商法总论

第一章 商法概述	3
第一节 商法的意义	3
第二节 商法的历史沿革	6
第三节 商法的本质和特征	10
第四节 商法的基本原则	14
第五节 商法的立法体系	17
第二章 商法与相关法律部门的关系	22
第一节 商法与民法	22
第二节 商法与经济法	24
第三节 商法与其他部门法的关系	27
第三章 商事法律关系	30
第一节 商事法律关系概述	30
第二节 商事主体	31
第三节 商行为	40
第四章 商业登记	44
第一节 商业登记概述	44
第二节 商业登记的范围和种类	46
第三节 商业登记的程序	50
第五章 商业名称	53
第一节 商业名称的意义	53
第二节 商业名称的选定	55
第三节 商业名称的登记	57
第四节 商业名称权	58

第二编 商事主体

第六章 商事企业与商事合伙	63
第一节 商事企业概述	63
第二节 私营企业与独资企业	65
第三节 合伙企业	67
第七章 公司法总论	71

第一节	公司法概述	71
第二节	公司的分类	81
第三节	公司的设立与解散	85
第四节	公司的能力	92
第五节	公司的分立与合并	94
第六节	公司的财务、会计	97
第七节	公司的董事、监事、高级管理人员的资格和义务	101
第八章	无限责任公司和两合公司	104
第一节	无限责任公司	104
第二节	两合公司	109
第九章	有限责任公司	112
第一节	有限责任公司概述	112
第二节	有限责任公司的设立	115
第三节	有限责任公司的出资	118
第四节	有限责任公司的内部组织机构	120
第五节	一人公司	124
第六节	国有独资公司	126
第七节	其他有限责任公司	131
第十章	股份有限公司	135
第一节	股份有限公司概述	135
第二节	股份有限公司的资本	143
第三节	股份有限公司的股份	147
第四节	股份有限公司的股东与组织机构	154
第十一章	公司证券	163
第一节	公司证券概述	163
第二节	股票	167
第三节	上市公司	174
第四节	公司债券	178

第三编 商行为

第十二章	票据法概述	189
第一节	票据与票据法	189
第二节	票据上的法律关系	194
第三节	票据的瑕疵与票据的丧失	208
第四节	票据的抗辩	214

第十三章 汇票	218
第一节 汇票制度概述	218
第二节 汇票的出票	220
第三节 汇票的背书	222
第四节 汇票的承兑	226
第五节 汇票的保证	229
第六节 汇票的到期日	231
第七节 汇票的付款	232
第八节 汇票的追索权	235
第十四章 本票与支票	240
第一节 本票	240
第二节 支票	244
第十五章 保险法概述	250
第一节 保险制度概述	250
第二节 保险法的基本原则	256
第三节 保险的分类	262
第十六章 保险合同	264
第一节 保险合同概述	264
第二节 保险合同的主体与客体	267
第三节 保险合同的订立	269
第四节 财产保险合同	274
第五节 人身保险合同	279
第十七章 保险业务主体	288
第一节 保险公司	288
第二节 保险代理人与保险经纪人	297
第十八章 信托法	302
第一节 信托的概念及其历史沿革	302
第二节 信托法律关系的构成要素	305
第三节 信托的法律特征	308
第四节 信托与类似制度之比较	310
第五节 信托的种类	314
第六节 信托的功能	317
第七节 任意信托的设立及其有效要件	319
第八节 信托的效力	321

第四编 商事救济

第十九章 商事救济制度概述	327
第一节 商事救济制度的意义	327
第二节 商事救济制度的立法原则	331
第二十章 破产法概述	335
第一节 破产与破产法	335
第二节 破产法的作用	342
第三节 我国破产法的基本原则和主要内容	344
第二十一章 破产程序法	347
第一节 破产开始	347
第二节 债权人会议	353
第三节 和解和整顿	357
第四节 破产宣告	363
第五节 清算组	367
第六节 破产清算与破产程序的终结	371
第二十二章 破产实体法	375
第一节 破产财产	375
第二节 破产债权	378
第三节 破产费用	383
第四节 取回权	385
第五节 别除权	387
第六节 抵销权	389
第七节 否认权	392

第一编

商法总论

XIAN DAIFA XUE JIAO CAI

第一章 商法概述

第一节 商法的意义

一、商事的涵义

什么是商法？简单地说，商法是指关于商事的法律。涉及商法的概念、制度、规范都是建立在对商事特定理解的基础上的。商事，又称商，在一般人的观念中是指商品交易的活动，或者说买卖活动，直观地表现为商人的经营活动。经过经济学家的归纳，商事或者商，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，法律上所谓的商或者商事，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。商事是指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，都可以纳入商事的范畴，而不仅限于单纯的商品交易行为。这种商事观念是对商事习惯和不同时期商品经济实践的法律概括，其范围基本涵盖了生产、流通、消费各个领域。按照商法学者们的归纳，现代商法所调整的商事范围可以分为四类：

1. 固有商，又称第一种商，是指直接作为商品交易媒介的活动以及传统上被纳入基本商事活动的事项。固有商是一种典型的商事活动，是商品交易的核心和基础，性质上作为直接沟通生产和消费的渠道，是一种媒介行为，主要表现为直接的买卖行为。如设置场所的交易（交易所内进行的交易）、买卖商之间的交易、证券票据的交易、海商活动等。海商活动是一种历史最悠久的商事活动，早期的海商活动具有以下特点：（1）船舶的主人与货物的主人具有同一性，也就是说，早期的海商活动主要是一种商品直接交易的行为，与现代海商活动主要表现为一种运输行为不同；（2）其交易活动具有相当的规模性；（3）其活动范围具有跨国交易的性质，因而不受民族国家法制的拘束，在此基础上产生和发展了商人习惯法，并进而产生和发展了现代商法。因此，海商活动在传统上被纳入固有商范畴。

2. 辅助商，又称第二种商，是指间接作为商品交易媒介的营业活动。辅助商实际上起了辅助固有商营业得以实现的作用。如货物运送、仓储、居间、代理、行纪、包装等。

3. 第三种商，是指虽不具有直接或者间接媒介商品交易的行为目的，但其行

为性质与固有商和辅助商有着密切的联系或者为其营业活动提供商业条件的营业活动,是一种特殊的商品交换行为。如银行、融资、信托、承揽、出版、印刷、摄影等营业。

4. 第四种商,是指仅与辅助商或者第三种商有一定牵连关系的营业,这种营业一般与固有商的联系极为间接,实质上是一种单纯以营利为目的的活动。如饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、广告宣传、信息咨询、人身及财产保险等。

在法律的意义上,以上四类商说明人们商事观念和范围是不断深化和扩大的,并且这一趋势还在发展中。通常,商品经济发展到什么程度,商事范围也就随之扩大到什么程度。

二、形式意义上的商法和实质意义上的商法

(一)形式商法

指民商分立国家在民法典之外制定的,命名为“商法”或者“商法典”的制定法。其内容通常包括了商法的一般规则,公司、保险、破产、票据、海商等具体制度。民商合一的国家没有与民法典相对的商法典,不存在形式意义上的商法。关于商事的立法,存在民商分立和民商合一两种模式。

主张民商分立的理论,又称民商二元论,他们认为商法为一独立的法律部门,在立法上将民法和商法分别制订独立的法典。因此,持民商分立立法模式的国家就存在形式意义上的商法,即商法典。关于商法典,世界上存在三种立法编制体例:

1. 以法国商法典(1807年)为代表的编制体例,将商法典分为四编:

第一编:通则,含商人、商业、账簿、公司、商业交易所及票据经纪人、行纪、买卖、汇票、本票和时效等商事基本制度(共九章)。

第二编:海商,含船舶、船舶抵押、船舶所有人、船长、海员、租船契约、载货证券、租船契约、以船舶为抵押而设定的借贷和海上保险、海损、货物投弃、时效、拒诉等海商制度(共十四章)。

第三编:破产,含家资分散、破产、复权等商事救济制度(共三章)。

第四编:商事法院。

法国商法这一编制体例是在19世纪初期法国大革命时期(1807年),在其《陆上商事条例》、《海事条例》基础上简单拼凑而创制的,留有早期法典固有的粗糙痕迹,实体法与程序法不分。这一编制体例作为近代商法走向部门法的先声,曾被当时欧洲受法国征服过的国家及其海外殖民地国家商法所仿效。如比利时、西班牙、葡萄牙、意大利、阿根廷、墨西哥、秘鲁、智利等。

2. 以德国商法典和日本商法典为代表的编制体例,德国商法典(1900年)分为四编:

第一编:总则,含商人、商业登记、商号、经理权及代理权、商业使用人、代理商、商业居间人等商事基本制度(共八章)。

第二编:商事公司及隐名合伙,含无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙等商事主体制度(共五章)。

第三编:商行为,含总则、商业买卖、行纪营业、承揽运送业、仓库营业、铁路运送等商事行为制度(共七章)。

第四编:海商,含总则、船舶所有人及船舶共有、船长、物品及旅客运送、冒险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险等海商制度(共十一章)。

世界各国直接或者间接以德国商法典为立法模式,是基于德国商法典结构合理,各国的继受都是一种自愿的选择,后期取得独立的国家在自愿选择商法的编制体例时都不约而同选择了德国商法,其中最著名的是日本的商法典。日本商法典分五编,即总则、公司、商行为、票据、海商。

3. 以美国统一商法典为代表的编制体例,分十编:总则、买卖、商业票据、银行存款及收款、信用证、大宗转让、仓单提单及其他所有权凭证、投资证券、担保交易、附则。

以上三种商法典的编制体例,前两种属于大陆法系,后一种属于英美法系。

主张民商合一的理论,又称民商一元论,他们认为商法是民法的特别法,在立法上应制定统一的民法典。因此在坚持民商合一立法模式的国家(地区)就没有形式意义上的商法,如瑞士、意大利、俄罗斯(前苏联)、我国大陆和台湾地区。

(二)实质商法

虽然民商合一的国家没有形式意义上的商法,但有实质意义上的商法,也就是说,无论是民商分立的国家,还是民商合一的国家,都存在实质商法。

实质商法如何认定,中外商法学家众说纷纭,大体有三种观点:

1. 认为商法是商业法,是调整商品流通关系的法规总称。其内容包括商业的地位、性质、任务、对商业活动的领导和监督等。这种观点将商业、商人和商事活动局限于买卖领域,并强调国家对商业活动的行政干预,是与发达的商品经济特别是开放的市场经济格格不入的,它反映了高度集中的计划经济体制下对商事的狭隘认识。实际上,商业法仅仅是有关商品流通活动方面的法律,是商法的一个组成部分。所以,不少国家除了对一般商事活动(商行为)在商法典中作出规定外,还要颁布专门法规规定一些商业活动,作为商法的补充。如日本在适用商法典的同时,还颁布了《百货店法》、《中央批发市场法》等单行的商业法规。

2. 认为商法是企业法,是调整企业关系的法规总称。日本现代商法学者多持这种观点,西原宽一所著《商法总则·商行为法》称:“实质意义的商法是关于企业特有的生活关系,即企业特有的设施、构成及活动样态的法律。”加美和熙所著《商法总则》称:“实质意义的商法,是调整企业主体、企业设施、组织、活动等企业关系

的特有法规的总称。”

3. 认为商法是商人法或者商事法,是调整商事关系的法律规范的总称。我国学者多持这种观点。例如台湾地区张国键所著《商事法论》称:“实质的商事法,乃指以商事为其规范对象之各种法规。”另一台湾学者刘清波先生所著《商事法》称:“实质的商事法,乃指一切有关商事之法规而言。”

我们认为,第三种观点最能概括实质商法的基本精神。也就是说,商法在实质意义上是指调整商事关系的法律规范的总称,凡是以商事关系为其规范对象的各种法律法规、判例、习惯均属之。商事关系就是商法的调整对象。所谓商事关系,是指一定社会的商品生产者通过商品经营活动而形成的社会关系,主要包括两大部分:其一为商事组织关系,商事组织是指人们为从事商品生产和交换而结成的经济实体,商法上统称之为商人(merchant);因此商事组织关系涉及人们在设立、变更和终止商事组织过程中所形成出资人之间、经营者之间以及他们相互之间的社会关系。其二为商事交易关系,商事交易是指商人在市场领域内从事的商品经营活动,商法上统称为“商行为”;因此商事交易关系涉及商事主体之间因具体的经营活动而形成的社会关系。总括而言,商法实质就是关于商人和商行为的法律规范的总和。正是在这个意义上,无论是大陆法系国家,还是英美法系国家,也无论是采取民商分立立法模式的国家,还是采取民商合一立法模式的国家,均存在有实质意义上的商法。

虽然我国目前尚不存在形式意义上的商法,但是从我国现行法的内容来看,还是存在实质意义上的商法的。无论是在我国的民法、经济法规中,还是在我国行政法规中,均存在着大量的旨在对商人从事的商行为实施特别法控制的规定,其中的许多法规,诸如有关工商登记、商业税收、公司企业结算管理、证券票据、商业账簿、经济合同、海商保险、不正当竞争、消费者权益保护等单行法,实际上仅仅适用于商事主体所从事的营业活动。所以说,我国不仅存在实质意义上的商法,而且其中的某些具体商事制度还获得了相当的发展。

第二节 商法的历史沿革

一、西方国家商法的产生和发展

商法,是商人在处理自己因经商活动所产生的法律事务中,逐渐发展起来的独特法律制度,具有不同于民法的独立起源。据历史学家的考证,现代意义上的商法实始于欧洲中世纪地中海沿岸的诸自治城市。关于商法的起源,有些学者认为在古希腊就存在着商法。但是由于古希腊的民主制度一直不允许为某一个阶

级的利益建立一种法律体系,因而实际上古希腊不可能存在独立的商法。还有些学者认为现代商法起源于罗马法,特别是其万民法。但是,在罗马法中从未根据当事人的身份是否为商人和诉讼的内容是否具有商业性质,来区分它所调整的法律关系。当时的简单商品交换者并没有特别的资格和势力,其交换活动基本上受罗马私法调整,而罗马私法一般都视为现代民法的起源。

在欧洲中世纪,由于十字军东征使曾被阿拉伯人切断了的通向东方的商路开放,由于农村经济的发展促使剩余农产品涌进新兴城市,由于地中海海上贸易的发展促进了沿岸诸城市航海事业和商业的发达,自罗马帝国灭亡后衰落已久的商品经济逐步复苏。在阿尔卑斯山以北的广大地区所聚集的一些新兴城市中,特别是在威尼斯、热那亚、佛罗伦萨等被称为“通往东方的门户”的城市中,商事贸易日益繁荣。在这些商业日益发达的城市中,一般都云集着一批专司买卖的商人,他们在经济上的优越地位使他们逐渐从封建领主那里享受到了某些特权。为了脱离封建领主的司法管辖及宗教势力的支配,他们组成了商人基尔特(Merchant Guild)团体。这些团体(类似于日本中世纪的“家”和中国的“行会”)就是早期的集团管理形式,它握有自治权和裁判权,能够独立订立自治规约和处理商人的纠纷。这样天长日久,开始形成了商人习惯法,它严格采用属人主义,起初仅适用于商人阶层,这些商人习惯法主要是买卖法、证券交易法、破产法、海商法等。与此同时,在一些城镇和商业集市出现了商事法庭,商事法庭的管辖范围起初仅限于商人之间因贸易事务而发生的争议,以后扩大到非商人之间的纠纷。11世纪至14世纪,商习惯法和一些商事法庭的判例已由商人汇编成书。13世纪出现的一个著名的海事法典,即却奥内隆法典,主要是收集了商人团体处理商事纠纷的判例。

16世纪,威尼斯的施特拉萨、尔·德·萨德以及拉斐尔·德·图尔等进一步完善了这些商习惯法。1675年,法国出版了萨维尼的《论完全商人》,这是一本对1673年的《陆上商事条例》进行注释的著作,萨维尼本人是该条例的主要起草人。1662年,德国出版了马奎德的《商事主体的政治和法律地位》,在18世纪又出版了凯萨尔吉斯的《商法论》,这些著作对于商法的系统化起了重要作用。^①

从15世纪开始,地中海沿岸商业城市开始衰落,欧洲大陆中央集权型的统一国家逐渐形成,商人团体的自治地位丧失,商事立法权归于国家。1673年法国路易十四颁布了《陆上商事条例》,是世界上第一个商事成文法,共计112条,其中包括了公司、票据、破产、商事审判的管辖等。1681年法国又颁布《海事条例》,类似于现在的海商法,包括海事法院、海员及船员、海上契约、港湾警察、海上渔猎等内容。其他国家也颁布了一些商事法规,但内容都很不完备。法国最终于1804年颁布《法国民法典》之后,在1807年制定了《法国商法典》。该商法典由拿破仑于

① 参见梁慧星、王利明著:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第111—116页。

1801年任命包括法学家、实业家在内的七人委员会开始起草工作,吸取了100余年的商事法历史成果。当时拿破仑及其立法委员是考虑到法国已有商事单行法并相沿了100多年,既不宜废除,也不宜并入民法典,于是将这些商事单行法合并而成商法典。这说明,法国采取民商分立立法体制,并不是一种理性的选择,而是对既存商法历史的继受,历史重于理性。这是19世纪民商分立之开端和典型。受此影响,德国于1861年公布了《普通德意志商法》(也称旧商法典),1896年公布了《德国民法典》,采取了民商分立制。日本1899年公布了《商法典》,1896年公布了《民法典》。此外,西班牙、葡萄牙、荷兰、比利时等国也采取了民商分立体制,在民法典之外,单独制定了商法典。

19世纪和20世纪资本主义市场经济的进一步发展,中世纪商人特权逐渐消失,以商行为为基点的平等精神在商事领域逐渐深入人心,商业遂为人人可为之事业。1847年,著名学者摩但尼利(Motanelli)提出“民商二法统一论”,即民事商事予以统一的法律调整,拒绝商法独立,但又使商法的方法与价值在民法中得到重视,从而使民法现代化,即所谓商法民法化和民法商法化。所谓民法商法化有两个含义:(1)于商事交易中形成的思想,如方式自由的原则,逐渐被民法所采用;(2)有些属于民法调整的法律关系,逐渐被商法所调整。而所谓商法民法化,主要指在立法体制上民商二法的统一或合一。瑞士是首先采用民商合一立法体例的国家。1881年6月14日瑞士颁布债务法,规定了商法的诸多内容,1812年制定了民法典,1937年又将债务法并入民法典作为一编。土耳其、泰国、苏俄、匈牙利、南斯拉夫等国也相继采取民商合一制,意大利原先采用民商分立制,1865年颁布了《民法典》,1883年颁布了《商法典》,但在1942年制定了一部包括民法和商法在内的综合性的新民法典。

在英美法系国家,特别是美国,并不重视民事立法,却十分重视商事立法。英国和美国并无统一的民法典,在美国有成文民法典的州也寥寥无几,但他们在其习惯法及判例法之外存在大量的成文商事制定法。英国自从19世纪中叶以来,因商业上的需要,开始制定商事单行法,主要有1882年的票据法,1885年的载货证券法,1889年的行纪法,1890年的合伙法,1893年的商品买卖法,1894年的商船法及破产法,1906年的海上保险法,1907年的有限责任合伙法,1924年的海上货物运输法,1862年的公司法(1967年修正)及空中运送法等。美国从本世纪50年代起就致力统一商法典的制定工作,经过几十年的努力,美国统一商法典已被路易斯安那州以外的其他各州所采用。尽管在英美法中所谓“商法典”并没有大陆法中商法所具有的体系结构,但其商法观念却一直深入人心,英美法学者甚至认为,商事法,特别是其中的票据法和海商法并不是任何一个国家的法律,而是所有国