

教育部全国高等法学教育指导委员会审定

商 法 学

◎赵万一 主编

SHANGFAXUE

中国检察出版社

商 法 学

赵万一 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学 / 赵万一主编. — 北京: 中国检察出版社,
2002.5
ISBN 7-80086-958-X

I. 商... II. 赵... III. 商法-法的理论-高等
教育-教材 IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 024300 号

商 法 学

赵万一 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjccbs@263.net

电 话: (010) 68650385 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 9.75 印张

字 数: 267 千字

版 次: 2002 年 6 月第二版 2002 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80086-958-X / D·958

定 价: 22.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念与特征	(1)
第二节 商法的基本原则	(10)
第二章 商事立法体系	(17)
第一节 民商立法体制	(17)
第二节 我国的商事立法体系及其模式选择	(20)
第三章 商法与相关法律部门的关系	(23)
第一节 商法与民法	(23)
第二节 商法与经济法	(30)
第三节 商事法与其他部门法的关系	(33)
第四章 商事法律关系	(37)
第一节 商事法律关系概述	(37)
第二节 商主体	(39)
第三节 商行为	(46)
第五章 商业登记	(52)
第一节 商业登记概述	(52)
第二节 商业登记的种类和效力	(55)
第三节 商业登记的程序	(58)
第六章 商业名称	(61)
第一节 商业名称的意义	(61)
第二节 商业名称的取得与转让	(64)

第三节 商业名称权	(67)
-----------------	------

第二编 公司法

第七章 公司法概述	(71)
第一节 公司概况	(71)
第二节 公司的分类	(75)
第三节 公司法概述	(80)
第八章 公司的设立、变更和终止	(83)
第一节 公司的设立	(83)
第二节 公司的变更	(89)
第三节 公司的终止	(94)
第九章 公司的资本	(98)
第一节 资本与资本制度	(98)
第二节 公司资本的法律原则	(101)
第三节 公司资本的变动	(104)
第十章 公司的组织制度	(108)
第一节 公司组织制度概述	(108)
第二节 股东会	(112)
第三节 董事会	(114)
第四节 监事会	(115)
第五节 经理	(116)
第六节 公司负责人的任职资格和义务	(118)
第十一章 公司的财务会计制度	(121)
第一节 公司财务会计制度概述	(121)
第二节 公司财务会计报告	(123)
第三节 公司的公积金与公益金	(127)
第四节 公司利润分配的程序	(129)

第三编 证券法

第十二章 证券法概述	(132)
第一节 证券与证券法	(132)
第二节 证券法的基本原则	(135)
第十三章 证券的发行	(138)
第一节 证券发行概要	(138)
第二节 股票的发行	(141)
第三节 债券的发行	(147)
第四节 基金证券的发行	(150)
第五节 证券的承销	(152)
第十四章 证券的交易	(155)
第一节 证券的上市	(155)
第二节 证券交易所	(161)
第三节 证券交易的方式	(163)
第四节 证券禁止行为	(164)

第四编 票据法

第十五章 票据与票据法概述	(169)
第一节 票据制度概述	(169)
第二节 票据法概述	(172)
第十六章 票据法律关系	(175)
第一节 票据法律关系概述	(175)
第二节 票据权利	(178)
第三节 票据抗辩	(185)
第十七章 票据行为	(191)
第一节 票据行为概述	(191)
第二节 票据行为的构成要件	(195)
第三节 票据行为的代理	(198)
第四节 主要的票据行为	(199)

第五节 票据瑕疵与票据丧失·····	(210)
--------------------	-------

第五编 保险法

第十八章 保险法概述·····	(216)
第一节 保险与保险法·····	(216)
第二节 保险法的基本原则·····	(220)
第十九章 保险合同·····	(224)
第一节 保险合同概述·····	(224)
第二节 保险合同的主体·····	(226)
第三节 保险利益·····	(228)
第四节 保险合同的订立·····	(230)
第五节 财产保险合同·····	(232)
第六节 人身保险合同·····	(237)
第二十章 保险业法·····	(242)
第一节 保险公司·····	(242)
第二节 保险经营规则·····	(246)
第三节 保险代理人与保险经纪人·····	(249)

第六编 破产法

第二十一章 破产法概述·····	(253)
第一节 破产与破产法·····	(253)
第二节 破产法的立法准则·····	(259)
第二十二章 破产程序法·····	(262)
第一节 破产程序的开始·····	(262)
第二节 债权人会议·····	(266)
第三节 破产和解·····	(269)
第四节 破产宣告·····	(273)
第五节 破产清算人·····	(276)
第六节 破产财产的变价、分配与破产程序的终结·····	(279)

第二十三章	破产实体法	(282)
第一节	破产财产	(282)
第二节	破产债权	(284)
第三节	破产费用和共益债务	(289)
第四节	破产的相关权利及其行使	(290)
后 记		(299)

第一编 商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念与特征

一、商的含义

商法就其一般意义而言，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于“商”或“商事”的特定理解。按照《韦氏新国际辞典》的解释，商事系指商品交换行为或买卖行为；《布莱克法律辞典》认定，商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”；《拉威尼当代商法》则认为：“商事一词是对各种物品的交易或交换之总括。”^① 现代许多商法学者均注意到不同层次观念形态中对于商事概念不同理解的问题，并且主张将一般社会观念中的“商”与经济学意义中的“商”以及法律学中的“商”加以区别，认为它们应当具有不同的含义。

经济学意义的商，实际上是对现代社会生产过程中某一部分经济活动（即商品流通活动）的理论概括，是指以营利为目的，直接媒介财货交易之行为。换言之，商即介于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，从中获取利润的行为^②。这些认识显然与古典经济学中将经济活动区分为“生产活

① （中国台湾）张国键《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第4页。

② 同上。

动”和“非生产活动”，以及现代经济学中将社会生产区分为“直接生产过程”和“商品流通过程”的观念影响有着内在的联系。随着现代社会中商品经济关系的长足发展，传统意义上的商品概念日益得到扩展，以营利为目的的经济活动之范围日益得到扩大，制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业的实质性差别越来越模糊，这就要求经济学理论对于商事的概念应做出更富于弹性和现实性的概括。

法律学上的商事概念，实质上是在对商事习惯和不同时期商事实践的法律概括基础上逐步形成的。随着古典商业时代的结束，传统的商人交易行为逐渐丧失了其概括性含义，而成为所谓“主观意义上的商”；随着早期资本主义贸易范围的扩大，传统的直接商品交换行为也丧失了其概括性含义，而成为所谓“固有商”；而随着现代社会经济的发达，商事的范围和种类正愈衍愈广，愈衍愈繁，形成所谓“无业不商”之局面。商业范围得到空前拓展，凡属以营利为目的、从事媒介交易的行为，皆被法律上称之为“商”。于是，经济学上所谓的“商”与法律学上所谓的“商”，涵义遂呈差异。依通常理解，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：一是“辅助商”，亦称“第二种商”，指间接以媒介货物交易为目的的营业活动，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，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，学者又将其称之为“第三种商”。第三类，仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业，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的概括；商事是对各种持续性营利行为的概括；商事是对各种营利性营业的概括。在我国法学理论与实践，尽管对于商事的概念缺乏统一的认识和集中的研究，但是与商事概念类同或具有共同性质的范畴其实是颇受关注的。例如，我国合同法中关于“经济活动”的概括，我国民事法律中关于“营业行为”和“企业活动”的表述，我国工商管理法中关于“经营活动”和“经营范围”的规定等等。这些概括的共同意义在于，使营利性主体的营利性营业活动与非营利性主体的非营业性活动区别开，从而实际上起到了商事概念的法律界定作用。

二、商法的概念

商法，亦称商事法，是调整市场经济关系中商人及其商事活动的法律规范的总称。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规范，既包括以“商事”也包括不以“商事”命名的一切调整商事法律规范的总称。就形式而言，在民商分离的国家中，除商法典外，构成其商法的还有一系列商事单行法规，在民商合一的国家中表现形式则散见于民法、行政法和其他部门法中的有关商事以及有关的判例规则等。由此可知，形式意义上的商法只存在于民商分离的国家中，但实质意义上的商法不同，无论是民商合一还是民商分立的国家，也无论是大陆法系国家还是英美法系都存在实质意义上的商法。按照学者们的归纳，实质意义上的商法又可以分为两种：广义的商事法和狭义的商事法。广义的商事法包括国际和国内商事法两种。国内商事法，即国内关于调整商事关系的法规的总和。任何一个国家的商事法，都是由其商事公法和商事私法构成。商事公法，系指公法上有关商事的规定，各国商事公法都没有一个完整的体系，有关商事公法的规定，皆散见于各法中，如宪法、行政法、刑

法、刑事诉讼法、民事诉讼法等公法中有关商事的规定。商事私法，是调整私人主体间商事活动的法律规范的总称。由于在民商分立和民商合一的国家中对于商事私法的规定并不完全一致，因此，商事私法的具体表现形式也会因各国立法体制的不同而有所不同。至于狭义的商事法，则专指商法中的商事私法而言；一般言及商事法，也多指狭义的商事法。值得注意的是，从现代各国商法的内容来看，商法的国际性规范与国内规范相互交错，公法规范与私法规范互相交融，因此，要严格区分国际商法与国内商法。严格区分商事公法与商事私法极为困难，近代以来的商法学者在强调狭义商事法时，无不十分关注商法内容的国际性和公法性。

商法的内容极为复杂，但总的来说是由组织法和行为法两大部分构成。商事组织法，是关于商业交易基础条件和手段的规定，其基本内容包括商业登记、商业账簿、商事代理、商事主体、公司制度等。商事组织法是商法中最基本的内容，是确保交易安全与高效的基本法律制度。因此，尽管各国国情不同，但在这方面的规定大致是相同的。商事行为法是规定商业交易本身的法律，其内容涉及票据法、保险法、海商法、证券法等内容。各国除通过其商法典或民法典对商行为作出基本规定外，一般还通过颁布单行商事法规的形式对商行为进行调整。由于商行为具有很大的灵活性，因而各国对商行为的具体规定也存在很大的差异性。我国没有形式意义的商法，只有实质意义的商法，《公司法》、《保险法》、《海商法》、《破产法》以及《证券法》是我国目前最为重要的商法。

三、商法的性质

商法在本质上与民法是相一致的，都是市民社会的法律表现，因此都属于私法范畴；同时商法又是主要规定商事主体权利内容的法律规范，在立法形式上主要表现为授权性规范，因此属于“权利法”或“权利保障法”。

（一）商法是私法

现代法制的重要贡献之一是将法律分为公法和私法。最早关于公法和私法的划分起源于古罗马法学家乌尔皮亚努斯。乌氏的划分

标准主要是基于法律所保护的利益,即公法规定政府的组织、官吏的选任、宗教仪式、公共财产的管理等;私法则调整家庭婚姻、物权、契约、侵权和继承等。其基本要求是公法的规范不得由个人之间的协议而变更,而私法规范则是任意性的,可以基于当事人的意志而更改。后世的法学家虽然对公私法的划分标准进行了一些补充和修改,出现了主体说、权力说、法律关系说等^①,其各自所涵盖的内容也发生了一些变化,但公私法的划分作为一种最基本的法律分类的基本原则并未因此而发生变化,商法和商法在各种学说中也始终被作为私法的重要组成部分。其原因在于,商事活动的主体主要为私人,作为调整平等私人之间关系的法律,客观上就要求排除政治国家作为第三者利用行政权力恣意干预和介入。商法本质上属于以权利为本位的法,且在形式上表现为一系列授权性规范^②。这些都是私法的精髓之所在。私法的基本要求是以私法自治作为基本指导思想,尽量排斥国家力量、国家行为对私人活动进行干预。因此,各国商法典中强调的个人私有财产神圣不可侵犯和契约自由,强调当事人意思自治和效益公平,均是为了避免国家对个人权利的侵犯。

(二) 商法是权利法

商法不但是私法,而且还是一种以权利为本位的法,商法的灵魂是“权利”,与民法一样,商法实质上也是一种“权利法学”。关于什么是权利,古今法学家众说纷纭,至今仍无较为统一的见解。根据恩格斯“法权起源于他们的经济生活条件”这一论断,可以认

① 主体说系以法律关系主体作为划分标准,认为凡法律关系主体双方或一方为国家或国家所属的公共团体者为公法,法律关系主体双方都是私人者为私法。权力说认为,凡规定国家与公民之间权力服从关系的为公法;凡规定公民之间权利对等关系的是私法。法律关系说认为,凡规定国家机关之间、国家与公民之间政治生活关系或公权关系的为公法;凡规定公民之间以及国家与公民之间民事生活关系或称私权关系的为私法。

② 参见李开国主编:《中国民法学教程》,法律出版社1997年版,第14~16页。

定权利就其本质而言应当是一种利益关系，是建立在一定经济基础之上的，受国家强制力保障的可实现利益。

从最本质层次来说，商法是以权利为本位的法，权利是整个商法体系的核心。商法体系的许多组成部分都由权利派生出来、并受权利的决定和影响。权利在商法体系中起关键性和主导性作用，在对法律进行广泛解释时，权利又是赖以凭借的准绳。对此，我们可以通过对商法条文的剖析予以证实。在各国商法典中，大多数的商法条文都是授权性的规范，这种规范完全有别于刑法规范、行政法规规范及其他一些法律部门的以限制性或禁止性为主的规范内容。其立足点仅在于确认和保护民事主体的自主意志，赋予其获益行为以法律上的依据，使民事主体能够按正常的经济关系实现自己的独立利益。并且，分工和交换愈发达，主体的这种相对独立性就愈重要，对个人利益和个人意志加以法律调整的法律要求就愈强烈，权利在商法体系中的地位和作用就愈显著。

当然，商法作为权利法，并非指商法的一切活动都以权利为中心，发展完善商法也并不意味着就是确立私有权绝对神圣。事实上，任何权利包括商法权利都有其自身的局限性，它并不能实现社会主体的完全平等。并且，从本质上讲，绝对私有权也是反社会的，它具有一种个人藐视社会和力图凌驾于社会之上的天然倾向，特别是在个人利益和社会利益相抵触的情况下，私人权利往往成为牺牲社会利益的挡箭牌。

四、商法的特征

与其他法律部门和法律学科相比，商法具有以下几方面的特征：

（一）商法具有复合性

商法的复合性又称商法的兼容性，其表现是作为私法的商法兼具某些公法的性质。传统民商法认为，商法与民法一样，同属于私法范畴，偏重于商事个体间的权利义务对应关系，强调商事主体的意思自治和商事行为的营利性，因而，商法规范具有很强的任意性和选择性。为尊重各类商事主体的自由意志，培养其在商事活动

中的积极性和创造性，鼓励自由竞争，国家对其活动通常不作干预，这些使得商法的私法性质十分显著。但是，随着自由资本主义向垄断资本主义的过渡，为遏制极端个人主义、利己主义思潮给社会带来的危害，为消除生产和竞争的无政府状态，通过公平合理的分配来调剂社会各阶层的利益关系，国家不仅加强了对经济关系的直接干预，也加强了对私权的干预，开始在商法领域实行公法干预政策，传统商法被输入了一些刑法、社会法等与经济活动有关的公法规范。商法中的许多规范具有了国家强制性，当事人的自由意志受到了限制，使商法自身具有了公法性的特征。如公司法中对公司注册与公告的规定、票据法中对签发空头支票的刑事处罚条款、证券交易中对证券欺诈犯罪的规定等，均具有强烈的公法性。

其次，商法的兼容性还体现在它同时兼具有任意法与强制法的双重性质。商法既然以私法规定为其中心内容，其中必然包含有大量的任意性规范。这些任意性规范主要体现在商事行为法方面，例如，公司法中对经理人的聘任及其职权的限制，合伙组织和无限公司的内部关系与对外关系，海商法中关于共同海损的计算，保险法中关于保险特约条款的订立等，都可基于当事人的意思而自行订定。然而，商法也有大量强制性规定，典型的如公司章程和票据记载中关于必要记载事项的规定，企业主体的组织与财产状况，公司之机关、票据的种类及其行为的方式，企业破产的清偿次序以及保险中的某些法定保险不能依当事人的意思而定。但是，商法公法化并不意味着“商法已经完全公法化”，而只是表明商法是一个渗透着公法因素的私法领域。商法仍然属于私法范畴，受私法原则和精神所支配。

（二）商法具有较强的技术性

从社会学角度观察，法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。一般而言，民法规范为商品经济和市场经济提供了一般的行为规则，这些一般行为规则是对整个市民社会及其经济基础的抽象和概括，是人们理性思维的结果，一般较为合理也较为稳定。正是基于这种调整对象的性质和特征以及调整手段的特点所决定，

因此，民法条款绝大多数属于伦理性条款，即凭社会主体的简单常识和伦理判断就可确定其行为性质，而并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。而商法则是将市场经济的基本内容、基本规则及基本运作方式翻译以法律语言为表达方式，构成的法律规则。因此，市场经济的一些基本要求和基本内容都和商法规范具有直接的联系，由此决定了商法规范必然具有很强的操作性、技术性，即商法规范中必然包含大量的技术性规范，并且，这些技术性规范并不能简单地凭伦理道德意识就能判断其行为效果。

商法的技术性既体现在其组织法上，也体现在其行为法中。商法规范中不仅有定性规定，更多的是定量规定。例如，公司法中公司形式的设计，权利、利益的配置，资本的运动，股票市场的操作，责任的追究等，就体现出现代企业设计与企业维持的高超水平，票据法中关于票据之文义性、要式性、无因性规定，关于发票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩、追索权之行使等规范条款，均具有强烈的技术性色彩，保险法中有关保险费用、保险金额、保险标的等规范广泛涉及数学、统计学原理，使社会性和客观性达到统一，海商法中关于船舶、拖带、船舶碰拉、共同海损、理算规则等，也涉及大量技术性规范。

（三）商法具有明显的营利性

营利乃是商的本质。商事主体从事商事活动，其直接的和主要目的就在于营利，这是为各国商法所确认的一项基本原则。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性活动的法律。营利，是商人据以从事经营活动的终极目的，是商人的根本价值追求，是商法调整的市场经济的价值基础，也是评判市场主体经营活动是否合乎市场经济本质要求的标准。在这个意义上，一切商法制度的设计都必须考虑商事行为的营利性这一要求，尽可能减少市场运作过程中的交易成本和制度成本。因此，商法整个制度的设计都是为了满足商事主体的营利性要求。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，还是有关买卖、代理、仓储、票据、证券、海商、保险等特别法规

则，无一不是考虑商事活动的营利性和经营性。更进一步说，商法上有关维护社会交易安全之宗旨，商法上诚实信用和公平交易原则之适用，商法上维护交易迅捷之规定，实质上均是商法营利性特征的反映；而商法规则中有关利率、结算、税收、公示原则、商外观主义均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，正如台湾地区学者张国键先生所言：“商事法与民法，虽同为规定关于国民经济生活之法律，有其共同之原理，论其性质，两者颇不相同。盖商事法所规定者，乃在于维护个人或团体之营利，民法所规定者，则偏重于保护一般社会公众之利益。”^①

（四）商法具有显著的国际性

从历史渊源方面来看，早期商法在西欧中世纪商人习惯法时代就具有一定的国际性。商法本属于国内法，它所调整的对象主要是国内商事法。但是随着科技的进步，国际交往的加强和国际贸易的发展，许多商事关系中都涉及到国外主体或其他涉外因素。而国内商法是不适宜调整涉外因素的商事关系的。不仅如此，商法所调整的市场经济本身就具有良好的成长性和显著的跨地域性，一国市场经济的发展离不开它国经济的发展，特别是在全球一体化日趋明显的今天，国与国之间的经济交往越来越密切，任何一国要想采取闭关锁国的政策，不依赖其他国家而独立发展几乎已不可能。因此，国内商法也就不能再局限于本国的领域内，而要顾及有关的国际公约和国际惯例。另一方面，与其他法律制度相比，商法的国际统一性要求有较好的客观基础。商法的内容，如关于商号、公司、票据、保险等方面的规定，都源于中世纪的商人自治法，这些自治法主要来源于在商事活动中所形成的各种商事惯例，而这些惯例在各国制定成文商事法时都曾广泛地加以借鉴，即各国商法就其主要内容而言具有同源性。因此，商法的每一个部门法在具体操作上都具有统一性。

^① （中国台湾）张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第23页。