

高等学校法学教材

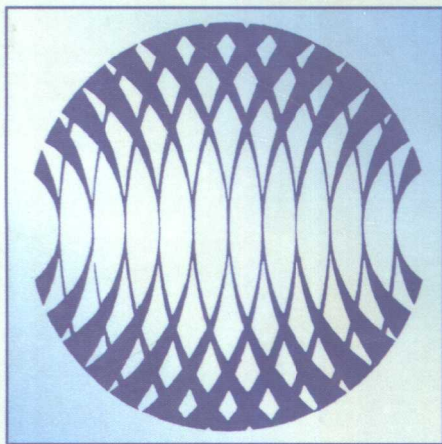
GAODENGXUEXIAOFAXUEJIAOCAI

商法原理

SHANGFAYUANLI

SHANGFAYUANLI

李玉璧 主编



兰州大学出版社

LANZHOU DAXUE CHUBANSHE

高等学校法学教材

GAODENGXUEXIAOFAXUEJIAOCAI

商法原理

主 编 李玉壁

副主编 张久相 杜睿哲

撰稿人(按撰写章节为序)

李玉壁 杜睿哲

齐建辉 张 敏

张久相 王 勇

吴国喆 朱沛智

胡兰玲 党崇武

兰州大学出版社

LANZHOUDAXUECHUBANSHE

商 法 原 理

李玉璧 主编

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水路 308 号 电话:8617156 邮政编码:730000

E-mail: press@lzu.edu.cn

<http://www.lzu.edu.cn/press/index.htm>

甘肃地质印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:16

2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

字数:439 千字 印数:1~6000 册

ISBN7-311-01654-1/D·118 定价:26.00 元

内 容 提 要

《商法原理》是一部系统阐述我国商法学理论与实践的教科书。它以商法体系框架为基础，注重提高理论的抽象程度，以科学的理论统帅全书，形成了一个具有内在逻辑联系的“板块式”商法学体系。全书内容包括商法导论、商法本论、商法各论及商事法制论五大部分。其内容精当，论述严谨，无论在理论上还是体系上均有新的突破，对进一步推动我国商法学的教学和理论研究具有一定的意义。

目 录

第一编 商法导论

第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念与特征	(3)
第二节 商法的基本原则	(11)
第三节 商法的地位及其与相邻法律的关系	(18)
第四节 商法的渊源及体系	(25)
第二章 商法的历史沿革	(29)
第一节 西方国家商法的历史沿革	(29)
第二节 中国商法的历史沿革	(38)

第二编 商法本论

第三章 商事主体	(45)
第一节 商事主体概述	(45)
第二节 商事主体资格的取得与丧失	(54)
第三节 商事主体的登记	(59)
第四章 商事行为	(68)
第一节 商事行为概述	(68)
第二节 商事行为的代理	(75)

第五章 营业	(80)
第一节 营业的概念	(80)
第二节 营业组织	(81)
第三节 营业活动	(85)
第四节 商事帐簿	(89)
第六章 商号	(94)
第一节 商号的概念	(94)
第二节 商号的选用	(96)
第三节 商号权的保护	(98)

第三编 商法各论

第七章 公司法	(105)
第一节 公司与公司法概述	(105)
第二节 公司的种类	(115)
第三节 公司的设立	(123)
第四节 公司的资本制度	(131)
第五节 股东与股权	(140)
第六节 公司的组织机构	(148)
第七节 公司的财务会计制度	(158)
第八节 公司的变更、合并与分立	(163)
第九节 公司的破产、解散和清算	(167)
第八章 破产法	(170)
第一节 破产法概述	(170)
第二节 破产程序法	(178)
第三节 破产实体法	(198)
第四节 破产法律责任	(207)
第五节 破产救济与待业职工的复业	(210)

第九章 票据法	(214)
第一节 票据法概述	(214)
第二节 票据关系	(225)
第三节 票据行为	(230)
第四节 票据权利	(236)
第五节 票据的种类	(240)
第六节 涉外票据的法律适用	(253)
第十章 证券法	(255)
第一节 证券与证券法概述	(255)
第二节 证券的种类	(263)
第三节 证券发行	(273)
第四节 证券交易	(285)
第五节 上市公司收购	(299)
第六节 证券交易所	(304)
第七节 证券商	(309)
第八节 证券市场管理	(315)
第十一章 期货交易法	(319)
第一节 期货交易法概述	(319)
第二节 期货市场管理体制	(325)
第三节 期货交易所法律制度	(331)
第四节 期货经纪公司	(339)
第十二章 保险法	(346)
第一节 保险与保险法概述	(346)
第二节 保险法的基本原则	(352)
第三节 保险合同概述	(362)
第四节 财产保险合同	(374)
第五节 人身保险合同	(383)
第六节 保险业	(390)

第十三章 海商法	(399)
第一节 海商法概述.....	(399)
第二节 船舶.....	(404)
第三节 船员.....	(416)
第四节 海上货物运输合同.....	(419)
第五节 海上旅客运输合同.....	(443)
第六节 船舶租用合同和海上拖航合同.....	(446)
第七节 船舶碰撞.....	(452)
第八节 海难救助.....	(456)
第九节 共同海损.....	(461)
第十节 海事赔偿责任限制.....	(467)

第四编 商事法制论

第十四章 商事立法及其发展趋势	(475)
第一节 商事立法概述.....	(475)
第二节 商事立法的趋势.....	(480)
第十五章 商事纠纷及其解决	(484)
第一节 商事纠纷.....	(484)
第二节 商事仲裁.....	(487)
第三节 商事诉讼.....	(492)
后记	(506)

第一编 商法导论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念与特征

一、商法的概念

商法这一概念，在国外出现的历史比较悠久，但在我国则是随着经济体制改革的进一步深化，才逐渐地由法学界所承认和使用。由于在社会制度、经济结构、法制背景、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定义几乎是不可能的。但商法的概念又是商法理论中最基本的首要问题，只有准确理解了商法的真正含义，才能进一步学习和研究商法的性质和特征、产生和发展、地位和原则等其他理论问题，才能对商法的各项具体制度进行深入扎实的探讨和研究。因此，我们要学习和研究商法，首要的任务就在于科学地揭示商法这一概念的本质属性，为其下一个比较准确的定义。

我们认为，商法即商事法，它是调整商事主体在商事活动过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。简言之，商法是调整商事关系的法律规范的总称。商法是我国法律体系的重要组成部分，它不仅是国家对商事活动实行统一的宏观管理的重要依据，也是人们在商事活动过程中所必须遵循的行为准则，更是指导我国社会主义市场经济朝着规范化、制度化、法制化和国际化方向发展的有力武器。为了全面而又准确地把握商法这一概念，我们必须弄清以下三个问题。

（一）商的含义

商的含义可分别从一般字义、经济学和法学（法律学）三个方面予以诠释。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。《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”，则是对商的一种较为详明的解释。在我国上古时代，生活简陋，交通不便，当时所称的商仅指媒介货物直接交换之行为，即物物交易。从经济学上讲，商则是指沟通生产与消费的直接媒介、中间环节，即从生产者手中将商品低价买入然后以较高的价格卖给消费者的中介行为，也即一般学者所称之买卖商。从法律上讲，商是在商事实践和商事习惯的基础上逐步形成的一个概念，它比经济上的商范围要广泛得多。由于现代社会经济发达、交通便利、商业繁荣，颇有“无业不商”的感觉。因此，商法中的商泛指以营利为目的的营业行为，随着时代的发展趋向，其范围逐渐扩大。根据各国商法之规定，法律上所称的商，一般包括以下几种类型：（1）固有商。亦称买卖商，即直接媒介货物交易的行为。如商品交易、证券交易、票据交易、海商活动等。（2）辅助商。亦称第二种商，即以间接媒介货物交易为目的的行为，如货物运输、仓储保管、居间、行纪、代办等。（3）第三种商。即不直接以媒介货物交易为目的，但与商品交易有密切关联的行为，如银行、信托、承揽加工、制造、出版、印刷、影视等。（4）第四种商。即仅与第三种商有关系的行为。如广告、保险、旅馆、饭店、酒楼、电影院、戏院、歌舞厅、马戏团等。

（二）商事的范围

所谓商事是指商法所规定的关于商事组织与商事活动的各种事项的总称。即关于“商”的法律上的一切事项的总称。从范围上分析，商事有广义和狭义之分。广义的商事，是指有关商的一切行为或事宜，如商事登记、商事组织、商事管理、商事帐簿、商事课税、商事契约、商事仲裁、商事诉讼等。而狭义的商事，则专指商法所规范的事项，主要以公司、票据、保险、海商和破产等五种事项为

限。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和一般规律决定的：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。

（三）商法的意义

商法按其表现形式，可分为形式意义的商法和实质意义的商法。形式意义的商法，是指国家立法机关所制定的商法典，它是商事活动的基本法。据统计，法国、德国、日本、比利时、西班牙等40多个民商分立的国家制定了商法典。^{〔1〕}另外，美国虽没有民法典，却于1952年公布了《统一商法典》，已为大多数州所采用。实质意义的商法，则是指调整商事关系的法律规范的总称。它不仅存在于商法典之中，而且也存在于其他商事立法文件之中。在市场经济条件下，一个国家可能没有商法典，但不可能没有实质意义的商法。我国是社会主义条件下的市场经济国家，虽没有制定商法典，但绝不意味着我国没有实质意义的商法，商法已成为我国法律体系中一个十分重要的法律部门。

二、商法的本质

对商法概念的界定与把握，只是我们认识和理解商法理论的逻辑起点。如要深入研究商法问题，还必须对商法的本质是什么作出明确回答。然对此问题的理解，学术界仍存有分歧，并未取得一致的认识。其主要观点有：（1）商法是私法。民法是一般私法，商法是特别私法。（2）商法是公法。这种观点使商法与经济法相混淆，它是建立在计划经济管理体制上的。（3）商法是一种带有公法色彩的私法，即混合私法。这种观点将商法分为两类——商事私法和商事公法。我们认为，商法就其本质而言与民法是一致的，它们都是市民社会的法律表现，因而都属于私法范畴。民法是对整个市民社会基于主体平等和意思自治而建立的各种社会关系的法律调整，具有

〔1〕 李玉泉、何绍军主编：《中国商事法》，武汉大学出版社1996年版，第18页。

抽象性和系统性，它有着由一系列抽象的规则组成的完备体系。商法是市场经济的法律表现，是对构成市民社会基础的市场经济这样一种扩大了的商品经济中基于营利而建立的特定社会关系的法律调整，具有具体性和实用性。它是由众多具体的市场组织规范和市场交易规范集合而成的。就对市场经济的法律调整而言，民法提供的是一般规则，商法提供的是具体规则，所以民法是一般私法，而商法则为特别私法。民法是纯粹私法，有着完备的自治体系；商法为混合私法，国家基于维护交易安全和保护消费者权益，对商法进行了一定的公法干预，但这并没有改变商法的私法性质。

商法和民法，在现代市场经济国家中，无论是在采取民商分立体制的国家，还是在采取民商合一体制的国家，都被纳入私法的范畴。在民商分立体制中，商法是私法领域中独立于民法的一个部门法。在民商合一体制中，商法为民法所包容，则不是一个独立的部门法，商法和民法之间是特别法与普通法的关系。

三、商法的特征

商法作为伴随商事交易关系的萌生而建立、发展起来的独立的法律部门，其自身的特征也较为明显。对商法的特征加以分析研究有助于我们更好地理解商法的本质和意义，有助于我国社会主义市场经济法律体系的构建。

（一）私法公法化

公法与私法之分，源于罗马法并一直为西方法学者所沿用。随着社会主义市场经济体制的确立，我国法学界也开始接受了西方传统的公法与私法的二元论。一般来讲，规定公权利义务关系的法律为公法，规定私权利义务关系的法律为私法。公法维护的是宏观利益，即国家利益和社会公共利益，其调整原则为国家或社会干预原则（或曰非意思自治原则），而私法维护的却是微观利益，即公民个人和法人的私人利益，其调整原则为意思自治。商法的规范对象主要是营利性主体的营利行为，商法属于私法范畴。但到了近代，鉴于社会经济生活的深刻变化，再加之受社会本位法律思想的影响，许多国家在商法领域逐渐改变了以往放任主义的态度，而采取了积极

的干预主义政策，这种倾向，学者称之为商法公法化。现代各国的商法“虽以私法规定为中心，但为保障私法规定之实现，颇多属于公法性质的条款，几乎与行政法、刑法等有不可分离之关系，却已形成‘商事法之公法化’”。〔1〕这就是说，商法具有私法性质，但却带有较为浓厚的公法色彩。强调商法的私法性质，就要突出商自然人、商合伙和商法人作为商事主体的法律地位，使其在商事交易中具有独立性、自主性和平等性；承认商法的公法性质，就要加强国家对商事主体及商事交易活动的正确引导和宏观调控。

（二）组织法与行为法相结合

商事组织是商事交易的基础，而商事交易是商事组织设立的目的。因此，商事组织和商事交易都不可避免地成为商事法的规范对象，并使商事法既具有组织法的一面，又具有行为法的一面。作为组织法，商法规定商事主体的组织形式、商事主体的名称、住所及能力、商事主体的法律地位、组织章程和组织机构等组织性问题；作为行为法，商法规定商事主体的设立、合并、分立、解散、破产与清算，商事活动的代表、代理与监管，证券的发行、上市、交易及上市公司的收购与信息披露，票据的出票、背书、承兑、保证、付款及追索，保险合同的订立、解释、履行、变更及解除，保险的代理及经纪，海商合同、船舶碰撞、海难救助及共同海损等行为性问题。需要说明的是，商法规范的行为只是与商事主体的组织特点直接相关的行为，至于与商事主体的组织特点没有直接关联的行为，则不属于商法规范的对象，应由其他相关的法律予以规范。因此，商法是集组织法与行为法于一身的法律部门。

（三）强行性规范与任意性规范相结合

按照规范对人们行为规定或限定的范围或程度，法律规范可以分为强行性规范和任意性规范。任意性规范规定一定范围，允许人们在这一范围内自行选择或者协商确定为或不为、为的方式以及法律关系中当事人的具体权利和义务；而强行性规范所规定的内容则

〔1〕 李宜琛：《民法总则》，台湾中正书局1977年版，第3~4页。

十分明确，要求人们必须为一定行为或不为一行为，不允许人们予以变更。由于各国商法大多同时采用了自由主义与强制主义的立法原则，因此，商法规范既有任意性规范，又有强行性规范。此即一般学者所称商法之协调性或二元性。早期的商法以任意性规范为主。由于商事组织在市场经济中处于十分重要的地位，商事组织是否健全，直接关系到交易的安全，影响到国家利益或社会公共利益，不宜当事人自行决定。故在商事组织方面，商法大多具有强制性的特点。例如，公司设立必须符合法定种类、具备法定条件、履行法定程序、股东和公司必须履行法定义务，公司必须设置相应的组织机构，公司名称中必须标明公司的法定种类等，都是商法规范具有强制性的体现。由于商事交易贵在简便、迅捷、富于弹性，应由当事人自行决定为宜。故在商事交易方面，商法大多具有任意性的特点。例如，合同的订立、交易的达成、形式的采用、证券的投资和票据的转让等都是商法规范具有任意性的体现。正是由于商法具有强制性规范与任意性规范相结合的特点，德国商法学者德恩(Dahn)才说：“商法是一切法律中最为自由，同时又是最为严格的法律。”〔1〕

（四）营利性

营利是商人据以从事经营活动的终极目的，是商人的价值追求，是商法调整市场经济关系的价值基础，一切经营活动必须合乎营利这一根本要求。也就是说，营利是评判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营利这一要求，尽可能减少交易成本和制度成本。事实上，商法从它诞生那天起就烙上了谋利、求赢、趋财的印痕，反映了“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往”的经济规律。从本质上看，商法是关于营利性主体从事营利性营业行为的基本法律，其内容或是与营利主体的设立、变更有关，或是与主体从事的各类营利性营业行为有关。商法中的各项原则、制度和具体内容均从不同角度反映

〔1〕 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第24页。

了商法强调营利目的，强调经济效益的价值取向，正如我国台湾学者张国键所言：“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〕

但是，商法并不是单纯地只讲营利，商法只是鼓励和保护通过正当交易手段和合法投资途径去获取经济利益和商业利润，尤其崇尚诚实信用之交易原则。欺行霸市、坑蒙拐骗、巧取豪夺、尔虞我诈等不正当竞争或非法手段的营利，商法不仅不允许，而且是坚决禁止的，商法是利己法，但决不是损人法；是营利法，但决不是投机法。

（五）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，其条款具有很强的操作性和实用性。商法具有浓厚的技术性这一特征，使其与民法等一般私法规范偏重于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、非货币出资方式的评估作价、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。商法规范的技术性，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更要具有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〕 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第23页。