

| SHANG
| SHI FA XUE |

王晓川 主编

商事 法学

对外经济贸易大学出版社

商 事 法 学

主 编 王晓川

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

商事法学/王晓川主编. —北京:对外经济贸易大学出版社, 2003
(商法学)

ISBN 7-81078-241-X

I. 商… II. 王… III. 商法—法的理论 IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 036768 号

© 2003 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

商 事 法 学

主 编: 王晓川

责任编辑: 李 艺

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址: <http://www.uibep.com>

北京山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

开本: 850×1168 1/32 13.75 印张 360 千字

2003 年 6 月北京第 1 版

2003 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-241-X/D·015

印数: 0001—5000 册

定价: 24.00 元

序

我国商事立法在改革开放以后有了长足的发展,先后制订了《全民企业破产法(试行)》、《公司法》、《担保法》、《证券法》、《合伙企业法》、《合同法》等商事法律和相关的配套法规,为建立我国社会主义市场经济法律体系奠定了基础,在调整企业经营和商品交易等市场经济关系方面发挥了十分重要的作用。但同时应该看到,我国的商事立法还不够全面和系统,还未能充分适应我国经济改革的现实需求,为实现党的十六大提出的在 2010 年建成我国社会主义法律体系的目标,商事立法的任务仍然十分艰巨。

为了适应商事立法和人们学习商事法律的需求,我国法学院(系)开设了商法课程,作为法学教学的 14 门主干课程之一。国内研究商事法的教材和著作目前已经出版了十余种。从商法学的结构来看,多数著作局限于商法总论、公司法(包括证券和破产)、保险法、票据法和海商法的体例框架。这是传统的和基本的商法学结构,是必不可少的内容。但是,我们也应该注意到,近年来,国际商事交易关系有了迅速的发展,国内市场经济进程也在逐渐加快,许多新型的商事交易不断涌现,比如电子商务和特许经营等,所以不断归纳和总结这些新的商事行为的种类,就成为商法学界的主要任务。同时,研究商法学的结构,也应该要研究商事行为的各个环节,从环节的链条上把握规律性的东西。这样的研究,对于确立我国商事法律是十分有益的。

王晓川主编的这本《商事法学》在归纳总结新型商事交易类型和探索商法学结构方面进行了有益的尝试,是值得肯定的。这本书结

构新颖严谨,行文简洁流畅,是法学院学生、企业管理者以及政府企业管理人员的关于商法的基础性读物和入门读物。

王晓川是我的同事,他主编出版这本书我非常高兴。当对外经济贸易大学出版社邀请我写几句话时,我欣然接受了。于是写下了上面的这些文字,并愿意把它作为本书的序言。

对外经济贸易大学法学院院长、教授、博士生导师

沈四宝

2003年4月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念与法律地位.....	(3)
第二节 商法的起源与发展.....	(4)
第三节 商法与其他法律的关系.....	(5)
第四节 商法的基本原则.....	(7)
第五节 我国的商事立法及面临的问题.....	(9)
第二章 商主体(商人)	(16)
第一节 概念与分类	(16)
第二节 商个人	(18)
第三节 商合伙	(20)
第四节 商法人	(21)
第三章 商事行为	(24)
第一节 商事行为概述	(24)
第二节 商事行为的分类	(26)
第四章 商业名称(商号)	(29)
第一节 商业名称概述	(29)
第二节 商业名称的选择与登记	(31)
第三节 商业名称的效力	(35)
第四节 商业名称的转让	(36)
第五节 商业名称的法律保护	(37)
第五章 商事登记	(39)
第一节 商事登记概述	(39)

第二节	商事登记的种类	(44)
第三节	商业登记的程序	(45)
第六章	商事营业	(49)
第一节	商事营业的意义	(49)
第二节	商事营业权	(50)
第三节	商事营业地和住所地	(53)
第四节	商事营业的转让	(54)

第二编 商事主体法

第七章	个人独资商事主体法	(59)
第一节	个体工商户	(60)
第二节	私营独资企业	(63)
第八章	合伙企业法	(66)
第一节	合伙企业法概述	(66)
第二节	西方国家合伙企业制度	(68)
第三节	我国合伙企业制度	(70)
第九章	公司法	(86)
第一节	公司的作用和法律特征	(86)
第二节	公司的设立	(92)
第三节	公司的股权制度和债务承担制度	(97)
第四节	公司的组织机构和管理体制	(101)
第五节	公司的资本制度和财会制度	(108)
第十章	企业的联合、联营和企业集团	(116)
第一节	企业联合的意义	(116)
第二节	联合公司	(120)
第三节	民法通则上的三种联营	(123)
第四节	中外合资企业和合作企业	(124)
第五节	企业集团与母子公司	(128)

第三编 商事中介制度

第十一章 商事代理	(141)
第一节 商事代理概述.....	(141)
第二节 销售代理.....	(146)
第三节 运输代理.....	(149)
第四节 保险代理.....	(150)
第十二章 经纪人制度	(153)
第一节 经纪人制度的作用.....	(153)
第二节 证券经纪人.....	(154)
第三节 保险经纪人.....	(160)
第十三章 信托	(162)
第一节 信托法概述.....	(162)
第二节 信托的成立.....	(169)
第三节 信托关系人及其权利与义务.....	(177)
第十四章 行纪与居间	(188)
第一节 行纪.....	(188)
第二节 居间.....	(190)
第十五章 经销与代销	(193)
第一节 经销.....	(193)
第二节 代销.....	(194)
第十六章 特许经营	(197)
第一节 概述.....	(197)
第二节 特许人与受许人的法律关系.....	(203)
第三节 特许经营相关法律问题.....	(207)
第四节 西方国家关于特许经营的法律规定.....	(209)
第五节 我国法律法规关于特许经营的规定.....	(212)

第四编 商品流通法

第十七章 货物买卖	(219)
第一节 买卖合同概述.....	(219)
第二节 买卖合同的标的物.....	(220)
第三节 买卖合同的订立.....	(222)
第四节 买卖合同的效力.....	(227)
第五节 买卖合同中买卖双方的义务.....	(229)
第六节 买卖合同标的物所有权的转移以及 风险的承担.....	(233)
第七节 买卖合同的违约责任.....	(234)
第十八章 证券交易	(241)
第一节 证券与证券市场概述.....	(241)
第二节 股票交易.....	(245)
第三节 债券交易.....	(265)
第四节 证券投资基金.....	(274)
第十九章 期货交易	(283)
第一节 期货交易概述.....	(283)
第二节 期货市场的构成.....	(288)
第三节 期货交易的基本制度.....	(296)
第四节 期货交易管理法规.....	(302)
第二十章 房地产交易	(305)
第一节 房地产交易概述.....	(305)
第二节 土地所有权与使用权.....	(309)
第三节 房地产交易.....	(319)
第四节 房地产交易管理制度.....	(328)
第二十一章 仓储营业	(334)
第一节 仓储业概述.....	(334)

第二节	仓储合同的法律特征·····	(335)
第三节	仓储合同中双方当事人的义务·····	(336)
第四节	仓单·····	(340)
第二十二章	电子商务 ·····	(345)
第一节	电子商务概述·····	(345)
第二节	电子商务所涉及的法律问题·····	(349)
第三节	国际上关于电子商务的法律对策·····	(352)
第四节	外国国内法针对电子商务的法律对策·····	(357)
第五节	中国电子商务的法律对策·····	(360)

第五编 商业秩序维护法

第二十三章	商业管理 ·····	(363)
第一节	商业管理概述·····	(363)
第二节	商业主体管理·····	(367)
第三节	商品管理·····	(369)
第四节	商业经营管理·····	(375)
第五节	市场管理·····	(376)
第二十四章	消费者权益保护法 ·····	(378)
第一节	概述·····	(378)
第二节	消费者及其权利·····	(381)
第三节	消费者争议及经营者的法律责任·····	(389)
第二十五章	竞争法 ·····	(395)
第一节	竞争法概述·····	(395)
第二节	反垄断法·····	(397)
第三节	企业兼并·····	(412)
第四节	限制竞争行为·····	(418)
主要参考书目 ·····		(428)
后记 ·····		(429)

第一编

商 法 总 论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念与法律地位

商在本意上是经营和交换,是以营利为目的的行为。商法则是调整和规范商事主体和以商事交易为核心的商事活动的一个法律部门。在大陆法系中,商法根据立法基础的不同可以分为商人主义和商行为主义,它们分别以德国商法和法国商法为代表。在德国商法典中,商人是指经营营业的人,而商行为是指商人营业的一切行为。法国商法典采取的是商行为主义,该法典不是强调商人的身份,而是强调商业行为,以商行为作为整个商法的基础和中心。

商法具有一些独特的特征,这些特征也是和商法所调整的对象密不可分的。

首先,商法是调整营利性商业组织和营利性商业行为的法律。无论是商主体,还是商事行为,都是以营利为目的的。商法为这些营利性的商事组织和商事交易行为制定规则,保证商事主体和商事行为的安全和公平运作。

其次,商法具有高度的技术性。商法的技术性来源于商事主体和商事活动的技术性。商法的技术性体现在商事交易、商业票据、商业企业管理等许多方面。例如调整商业账簿、货物买卖中的合同订立、商业票据的背书和承兑以及合伙和公司企业的管理等内容的商法都必须具有很强的技术性和可操作性。

再次,商法兼具公法和私法的性质。商法是一个特殊的部门法,

它兼具公法和私法的双重属性。例如有关货物买卖、商业运输等法律就属于私法的性质,而有关商主体的设立、登记以及商业管理等法律则更具有公法的色彩。

最后,商法具有国际性。商业活动本身就具有的跨越国界的特点。随着经济全球化趋势的加速以及国际经济合作和国际贸易的迅速发展,商法的国际性更加突显出来。商法的国际性不仅表现在各国的商法互相借鉴和趋同,而且表现在国际统一商事法律也日益增多。国际商事习惯和惯例也成为了现代商法的一部分,在国际经济贸易中扮演着越来越重要的角色。

第二节 商法的起源与发展

商法起源于中世纪的欧洲,最初是以商人习惯法的形式出现的。商法的出现是和贸易的出现与发展密不可分的。11世纪到14世纪,商品贸易迅速发展,从那时开始,商法不断地发展和完善并在19世纪发展到最辉煌的时期。19世纪在欧洲大陆产生了许多著名的商法典,如1807年的《法国商法典》、1817年的《卢森堡商法典》、1829年的《西班牙商法典》、1850年的《比利时商法典》、1865年的《意大利商法典》、1900年的《德国商法典》等。在英美法方面,18世纪前,英国的民商法规属于衡平法的范畴,原来只适用于商人。由于社会变迁再加上曼斯菲尔德的努力,商法被纳入普通法的范畴。19世纪末20世纪初,英国制定了一系列商事方面的成文法,如1892年的票据法、1883年的合伙法,1893年的货物买卖法,1905年的商标法,1906年的海事保险法,1914年的破产法,1928年公司法等。在英美法的历史上只有普通法与衡平法之分,而没有民法与商法的区别,商法只是普通法的一部分。虽然商法在英国并非独立存在,但无论是英国的判例法还是其成文法都在商法方面有很大的发展。英国法院判例在公司、合伙、买卖等商事领域确立了一系列的规则,这

些判例法规则和成文法一起构建了英国的商事法律体系。

在我国,由于封建制度比较漫长,商法的产生与发展也较西方晚。我国近代的商法起源于清末。清光绪年间曾公布了有关公司和商人的“公司律”和“商人通律”等,其后还公布了“破产律”。民国时期还产生了一些部门单行法如公司法、海商法、破产法等。新中国成立之后的很长一段时期内,由于我国实行计划经济的政策,商法的发展一直比较缓慢。随着改革开放政策在我国实施,特别是社会主义市场经济体制在我国确立之后,我国的商法才得到了跨越式的发展。

第三节 商法与其他法律的关系

一、商法与民法的关系

商法无论是在基本理论方面还是在实践方面都要晚于民法产生。人们对商法的需求随着经济的发展而变得越来越强烈,商法的重要性也逐渐的体现出来。在自给自足型的自然经济中,劳动者自己生产自己所需的一切东西,既是生产者,又是消费者,很少有交易关系的产生。那时也自然就没有商法存在的价值,但民法的理念却已经在形成之中。在商品经济条件下,随着商品交换的产生和发展就产生了调整商品交换的法律,这也就是商法的萌芽。从最初的农业社会到手工业社会,再到工业社会和大机器工业社会,无论是在生产的方式上,还是在交易的手段上都有了不断创新,随之就产生了为聚集资金进行大规模生产而成立的股份公司。一系列新型的交易手段和商事活动如远期合同、期货交易、期权交易、海上运输、商业代理、合伙企业、股份公司等等也都应蕴而生。在我国,曾经实行的计划经济体制可能在某种程度上遏制了商法的发展,但市场经济体制的确立无疑给商法带来了更大的发展空间。应当说,民法和商法的发展从一开始就不是同步的,直到现在,商法的理论和实践仍处于不断的变革之中,相比较而言,民法的理论则相对成熟和稳定。

有理论认为民法与商法应当是统一的。持有这种观点的人看到了民事活动中商事活动比重的不断扩大和商人概念的泛化。商事活动的扩大和商人概念的泛化使得民法和商法之间本就不甚清楚的界限变得似乎更加模糊。商事活动的重要性和纷繁复杂性使得民法更多地向商法的方向倾斜并具有一种商法化的趋势,而商事主体和商事行业的多元化和普遍性更促进了这一趋势的发展。还有理论认为商法是民法的特别法,例如日本国商法在第1条中规定:关于商事,本法未规定的,适用商习惯法,没有商习惯法的,适用民法。

事实上,民法是商法的基础,商法则是民法发展的必然产物,商法是一个具有相对独立性的法律体系。我们不能否认商法和民法之间的深厚渊源,但商法所具有的特殊性又是民法所无法包容的。商法是一个自成一体的系统,同时也是一个庞大的体系,这是由商事活动的特殊性和商法的特殊性决定的。

二、商法与经济法的关系

商法与经济法虽然都以企业及其经济活动为主要的调整对象,但无论是它们的调整方法和所要实现的利益都是不同的,因而属于两个不同的法律部门。事实上,在几乎所有市场经济国家中,商法和经济法都是同时存在、相辅相成的。商法和经济法的区别主要体现在以下几个方面:首先,商法调整的是交易关系,或是人们通常所说的横向经济关系;而经济法调整的是国家在对经济的管理中所产生的法律关系,即纵向经济关系。其次,商法兼具公法和私法的性质,但在更多情况下体现的是意思自治,表现出私法的色彩;而经济法更多地体现命令和强制,具有较多公法的性质。第三,商法重在保护每一个商事主体的利益,而经济法则重在保护整个社会和整体经济的共同利益。经济法是对商主体意思自治权力的一种限制或扩张。或许我们可以这样用一句话来概括商法和经济法之间的关系:商法为包括商事交易在内的各种经济活动提供了一套游戏规则,而经济法

对此类经济活动限定一个范围。事实上,一个法律部门可能调整有着内在联系的两种或两种以上的社会关系;一种社会关系也可能由两个或两个以上的法律部门从不同角度、不同层次上进行调整。我们从理论上对法律进行的划分也只能是技术上的划分,而不能把不同的法律截然分开。究竟是将民法、经济法、商法并立,还是将商法纳入民法或是经济法的门下似乎已显得不是那么重要。

第四节 商法的基本原则

商法的基本原则是指那些体现商法的价值取向和指导商法的立法和实践的基本法律准则。它是制定、解释、执行和研究商法的指导思想 and 出发点,贯穿于整个商事法律制度和商法实践中。在当今社会,商事活动正经历快速的发展,商法的独立性越来越明显,商法的基本原则也已经形成。概括起来,商法的基本原则包括强调对商事主体的管理、促进商事交易和保障商事交易安全三项基本原则。

一、强调商主体管理的原则

商法在很大程度上是为商事主体和商事交易活动服务的。对商事主体的管理是商法的一个重要组成部分。商事主体不同于一般的民事主体,对商事主体的管理往往也是保证交易安全的一个前提条件。各国商法大都用一些强制性法规对各种商事组织加以规范和调控。对商主体的管理主要体现在以下两个方面:

1. 商事主体法定

商事主体法定原则要求关于商事主体的类型、内容和公示都由法律直接加以规定,当事人必须遵守。首先,商事主体类型法定,不允许当事人创设法律中所没有的其他类型商事企业。在我国,法律规定的商事主体类型包括股份有限公司、有限责任公司、合伙企业、