

北京商学院院编教材

商 法 教 程

徐学鹿 主 编

徐康平 副主编

刘凯湘

中国财政经济出版社

前 言

市场的具体内容是交易。现代市场与简单商品生产时代的市场的区别，除了交易的深度和广度不同外，其根本区别在于现代市场具有市场竞争与分化机制。商法就是体现并规范现代市场竞争与分化机制的法。社会主义市场经济是现代市场经济，商法作为法律部门是社会主义市场经济的基本法，得到了立法部门的高度重视；商法作为一门学科，是适应现代市场经济的欣欣向荣的朝阳学科，受到了各方面人士极大的关注，吸引着越来越多的人学习和研究商法的基本理论和实务。

本书就是适应这一需要而编写出版的。它可作为商法专业和非专业的其他法律、经济、管理类专业教学、自学用书；也可作为从事立法、司法、法律服务、行政、经济、企业管理界人士自修商法的用书。每章均列有思考题及作业。

参加本书编写人员是：徐学鹿（第一章、第二章、第三章）、刘凯湘、宋敏（第四章、第五章）、王治宇（第六章）、吕来明（第七章）、汤玲玲（第八章）、徐康平（第九章、第十章）。

书中的不妥、错误、疏漏之处，恳请指正，以便修订时改正。

编 者

1997年6月

图书在版编目(CIP)数据

商法教程 / 徐学鹿主编. — 北京: 中国财政经济出版社, 1997.8
北京商学院编教材
ISBN 7-5005-3527-9

I. 商… II. 徐… III. 商法—中国—高等学校—教材 IV. D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 15508 号

中国财政经济出版社出版

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京东城大佛寺东街 8 号 邮政编码: 100010

北京财经印刷厂印刷 各地新华书店经销

850×1168 毫米 32 开 10.25 印张 243 000 字

1997 年 9 月第 1 版 1997 年 9 月北京第 1 次印刷

印数: 1—5 050 定价: 12.10 元

ISBN 7-5005-3527-9 / F · 3262

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

出版说明

为加强我院教材建设，提高教学质量，促进学科与专业发展，满足学院教学及社会需要，我院教材委员会自 1993 年起，有步骤有计划地陆续组织编写出版了北京商学院院编教材。我院院编教材实行主编负责制和专家署名审定制，不仅可以作为各类财经、商贸类大学有关专业教材，也可作为电大、夜大成人教育教材和在职干部业务培训自学读物。

《商法教程》由我院徐学鹿教授主编，是在《商法——公司、股票、债券的基础理论与实务》一书基础上修订而成，该书曾于 1995 年获国内贸易部优秀教材一等奖。

在教材的编写过程中得到了有关领导和许多专家、学者大力支持，在此一并致谢。教材内容中如有缺点疏漏之处，敬请各界专家、读者予以指正，以便进一步修订完善。

北京商学院教材委员会

1997 年 7 月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念和特征	(1)
第二节 商法的调整对象	(5)
第三节 商法与其他部门法的关系	(6)
第四节 商法的产生和发展	(8)
第二章 商法主体	(20)
第一节 商法主体概述	(20)
第二节 商法人	(24)
第三节 商个人	(26)
第四节 商合伙	(27)
第五节 代理商	(33)
第三章 商行为	(42)
第一节 商行为的概念和特征	(42)
第二节 商行为的分类	(44)
第三节 买卖	(48)
第四章 商业登记	(63)
第一节 商业登记概述	(63)
第二节 商业登记的程序	(67)
第三节 商业登记的种类	(77)
第四节 商业登记的监督与管理	(81)

第五章 商业字号	(86)
第一节 商业字号概述	(86)
第二节 商业字号的选定	(89)
第三节 商业字号的登记	(92)
第四节 商业字号权及其保护	(95)

第二编 商 法 分 论

第六章 公司法	(100)
第一节 公司与公司法概述	(100)
第二节 公司法基本原理	(106)
第三节 有限责任公司	(118)
第四节 股份有限公司	(128)
第七章 票据法	(145)
第一节 票据总论	(145)
第二节 汇票	(170)
第三节 本票和支票	(189)
第八章 海商法	(194)
第一节 海商法概述	(194)
第二节 海上货物运输合同	(200)
第三节 船舶碰撞	(218)
第四节 共同海损	(223)
第五节 海上保险合同	(229)
第九章 保险法	(240)
第一节 保险法概述	(240)
第二节 保险合同法	(253)
第三节 保险业法	(266)
第四节 财产保险与人身保险	(274)

第十章 破产法	(282)
第一节 破产法概述	(282)
第二节 破产程序	(289)
第三节 和解与整顿	(299)
第四节 破产宣告和破产清算	(305)
附：参考书目	(320)

第一编 商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念和特征

一、商法的涵义

商法是规范现代市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）法律规范的总称，一般包括“组织法”和“行为法”两大部分的内容。

商法除规范个体商人外，主要是规定独资企业、合伙企业，特别是各种公司的法律制度，如商业登记、商号、商业帐簿、商事代理等，以及公司、票据、破产制度等。这些制度是关于市场交易基础条件和手段的规定，关系到商人主体资格的取得，关系到交易中的支付，关系到债权人的利益，是确保交易安全和提高效率的法律制度。因此，人们认为这方面的制度是属于技术性的法律制度。技术性的法律制度是相对于伦理性法律制度而言的，具有经济上实用的特色。这种经济上的实用反映为法律条文的技术性，如股东会召集的程序和决议的方法、票据的发行和背书、保险费率的计算等。

我国要发展商品经济，必须有市场；有市场就不能没有商人，商人是市场的主体。我国要完善市场体系，说到底就是要完善商人法律制度。没有完善的商人法律制度，不可能充分发挥市场机制。商人在市场上的活动要富有成效，就要在法律允许的范围内，就必须建立相应的商行为法律制度。有商法典的国家一般要专章规定商行为，规范商人合法的营利行为，如买卖、仓储、保险、票据、海商等商行为，以提高市场交易效率，保证市场交易有序运行。

二、商法的分类

（一）从时代上划分，可分为古代商事法、中世纪商事法、近代商事法、现代商事法

古代商事法不是独立的法的部门，散见于刑法等法律中有关的商事规范。

中世纪商事法属于习惯法、行会法，不是国家制定的法律。

近代商事法是国家制定的商事法。最早由国家制定的商法典，是1807年颁布的《法国商法典》。

现代商事法是市场交易的基本法，其代表是《美国统一商法典》。

（二）从包含的范围划分，可分为广义商事法及狭义商事法

广义商法包括国际商法和国内商法。国际商法，如国际间的商事条约、公约、协定，国际间共同遵守的商事惯例等。国内商法包括商事公法和商事私法。商事公法，如宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法等有关商事的规定。商事私法包括商法法典、商事特别法，如商业登记、商会等单行法和商事惯例。

狭义商事法仅指国内的商事私法。

（三）从法系上划分，可分为大陆法系、英美法系商事法

大陆法系商事法，包括法国商事法系、德国商事法系及折衷商事法系。法国商事法系是以商行为作为立法的基础，如卢森堡、西班牙、葡萄牙、希腊、埃及、土耳其、阿根廷、乌拉圭、墨西哥、秘鲁等。德国商事法系是以商人作为立法的基础，如澳大利亚等。折衷商事法系是以商行为及商人为标准立法。

英美法系商事法，没有商法法典，是以习惯法及判例为其表现形式。英国及美国后来都颁布了单行商事制定法，如英国票据法、公司法、合伙法、破产法、商品买卖法等。美国除各州的商事单行制定法外，联邦制定的有州际通商法、破产法等，以及编纂公布被多数州采用的《美国统一商法典》。日本旧商法以商人、新商法以商行为标准立法，第二次世界大战后，又倾向于英美法系。

(四) 从表现形式上划分，可分为形式商法和实质商法

形式商法是指经过制定法典程序所制定的商法典；实质商法是指一切有关商事的商事法律、法规、规章。

三、商法的渊源及适用

(一) 商法的渊源

1. 国家立法。国家立法是商法的主要表现形式，是指国家制定的规范性文件，如法律、法规等。

2. 国际条约。国际条约是国家间关于相互权利义务的书面协议。针对各国商法，特别是商行为法的差异给国家间商品交易造成的困难和障碍，国家之间缔结了一些商品交易共同遵守的条约或协定。这些条约一般只对参加国有约束力，没有参加条约的国家实际上往往也参照条约的规定办理。

国际条约除了用条约的名称外，还可以用公约、协定或议定书的名称。

3. 商事惯例。商事惯例包括国内商事惯例和国际商事惯例。国内商事惯例有待整理。国际商事惯例是由某些国际组织、商业团体把相互交易长期实践中形成的一些习惯作法或先例编纂成册或者加以解释，被广泛应用的习惯作法和通例。惯例不象条约那样对参加国具有法律效力，是一种任意性的规则，只有当事人在合同中明确约定适用某项惯例时，当事人才受这一惯例的约束。

商事惯例主要有贸易术语、支付结算、共同海损理算、区域性和行业性的惯例。

（二）商法的适用

首先，适用的是商事自治法，就是公司和其他商事企业制定的章程，以及合同条款。章程在不违反国家强行法的前提下，具有法律效力，并且在一切商事法律、法规中首先适用。因为它是商法的一般规定，与千差万别的具体企业的实际情况结合，又是得到国家法律认可的行为规范。合同将具体的商行为与法律规定结合，就具有自治法的效力。

其次，适用的是商事特别法及本国参加签字承认的商事条约。在商法典之外颁布的各种商业法规是对商法的一般规定的补充，一般是针对当时、当地的特殊情况所作的具体规定。因此，适用中优先于普通法。我国参加签字的各种商事条约也是商事特别法。

第三，商法典。国家按照立法程序，对市场主体组织和行为所作的最基本的规定。

第四，商习惯法。各种商习惯给以法律上的确认的行为规范。

四、商法的特征

商法具有形成的规律性、规范的技术性和进步性、主体的单一性和法定性、所规范的行为的营利性和规范化、制度的有效

性、结构的系统性、适用的广泛性等特征。^①

第二节 商法的调整对象

一、商法的对象是现代商事关系

现代商事关系包括现代商事组织关系和现代商事交易关系。

二、现代商事组织关系

现代商事组织关系，主要包括销售商与销售商，制造商与制造商，制造商与销售商，制造商、销售商与金融商、证券商、保险商、运输商、代理商、广告商等的外部商事组织关系，以及他们的内部商事组织关系。主要有下列各种商事组织关系：①制造商商事组织关系；②销售商（期货商）商事组织关系；③运输商（海商）商事组织关系；④金融商（票据）商事组织关系；⑤保险商商事组织关系；⑥证券商商事组织关系；⑦广告商商事组织关系；⑧代理商商事组织关系等。

三、现代商事交易关系

现代商事交易随着市场从集贸市场到区域市场、全国性市场、国际市场，从现货市场到期货市场，从有形市场到无形市场的发展，使现代商事交易成为复杂的交易组合体，既有现货交易又有远期交易，既有现款交易又有信用交易，既有经销又有代销，还有租赁、信托、担保。商法调整的现代市场交易关系显然

^① 徐学鹿：《改革开放中的商法理论与实践》，61～69页，北京，中国法制出版社，1991。

有别于古老的满足生活需要的买卖关系，这种交易关系表现为商行为，主要有列各种：①销售（期货）商行为；②运输（海商）商行为；③保险商行为；④金融（票据）商行为；⑤证券商行为；⑥融资租赁商行为；⑦信托商行为；⑧担保商行为；⑨广告商行为；⑩代理商行为等。

商人与消费者之间的关系，适用商事特别法，比如《消费者权益保护法》、《产品质量法》等。

第三节 商法与其他部门法的关系

一、商法与其他部门法关系概述

商法与其他相关的法律部门，如刑法、行政法、诉讼法、劳动法等，均有密切关系。随着市场向国际拓展，商法与各种涉外法、国际商法的关系更为密切了。例如，要建立以买卖制度为中心的商法体系，绝对不能脱离我国签字加入的《联合国国际货物销售合同公约》的制度、内容；商法的许多制度，如海商、票据等，都是国际公约、条约、协定的国内化。因此，人们认为国际商法是调整国际商事交易和商事组织的各种关系的法律规范的总称。除了国际商事组织应当是世界贸易组织、世界银行、国际货币基金组织和国际商会等外，国际商事交易和国内商事交易在内容上将越来越趋于一致。

下面着重分析商法与民法、经济法的关系。

二、商法与民法的关系

在商法作为民法的特别法的时代，作为商法存在的基础——商品经济虽然不是现代商品经济，但也是比较发达的商品经济。

作为反映发达商品经济的商法和把简单商品生产理念。法典化了的民法，不仅在立法指导思想、价值取向、立法宗旨、立法原则等理念方面具有根本的区别，而且在具体法律制度方面，如合同制度、买卖制度、债的制度、¹⁾ 有价证券制度、代理制度、商品运输制度、破产制度等方面，也是格格不入的。为什么会产生如此众多的区别？恩格斯对其根本原因作了高度概括：“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”^①，是“对简单商品所有者的一切本质的法律关系（如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等）所作的无比明确的规定”。^② 实践中，人们往往忽略了“简单”的定性，只谈“商品生产”。实际上简单商品生产与现代商品生产是根本不同的。简单商品生产是家庭自然经济单位之间的商品交换，目的是为了³⁾ 满足家庭内人们的生产和生活的消费，而不是在生产的基础上追求价值的利益。

商法为调整社会化大生产的现代商品经济设计了一整套法律制度，其全部法律制度都是着眼于通过资本经营实现资本增值。商法规范的商人就是资本经营者，商行为就是资本经营行为，商法就是资本经营的法。随着社会经济关系的发展，法的理念的更新，商法和民法成为调整性质截然不同的社会关系的两个根本不同的法律部门。^③

① 恩格斯：《马克思恩格斯全集》第36卷，169页，北京，人民出版社，1974。

② 恩格斯：《马克思恩格斯全集》第4卷，248页。北京，人民出版社，1972。

③ 徐学鹿：《析“民法商法化”与“商法民法化”——再论“进一步完善民商法律”》，载《法制与社会发展》，1996（6）。

三、商法与经济法的关系

商法调整的资本经营关系，其性质是自由竞争性的经济关系，价值规律、竞争规律、供求规律等“无形之手”发挥着作用，促使市场主体减少交易成本，实现资本营运和资本结构优化增值，是现代市场经济经济领域内常态性的法律。

在社会主义市场经济中，受价值规律、竞争规律、供求规律的影响产生。诸多盲目性行为和出现垄断、不正当竞争时，国家要运用“有形之手”，如价格、利率、汇率以及规划、计划来调控市场，这些调控手段必然表现为经济法律、法规，如《计划法》、《反垄断法》、《反不正当竞争法》等，均属于经济领域内非常态性的法律。市场主体根据这些法律规定，根据市场信号的变化，来校正自己的市场行为，使市场重新恢复自由、平等、公平竞争的常态。

第四节 商法的产生和发展

一、商法的产生

调整商品交换关系的商事法律规范古已有之。商法作为一个独立的法律部门，是随着商业的复兴和发展出现的。中世纪时，地中海沿岸一些城市的商业比较发达，各地商人在经营商业中为了摆脱封建及宗教势力的支配，逐渐组成了一种团体。这种团体有自治权和裁判权，可以按自己的商事生活习惯订立自治规约，久而久之，形成一种商人法。这种商人法只适用于商人团体以内，其解释和适用都属于商人组成的商业法庭。中世纪末期，随着封建势力的衰落，新兴的资产阶级要求制定统一商法，以便保

护和发展自由贸易，原来商人团体的商事习惯法逐渐演变而为国家的立法。由此可见，商法的产生有其以下原因：

（一）商品经济进一步发展的内在要求

商品经济的发展，促使商人形成一种势力，他们要求脱离封建领主的司法管辖及宗教势力的支配，保护和发展自由贸易。进入资本主义社会以后商品经济的进一步发展，“人与人之间的一切关系（个人的或国家的），都被归结为商业关系”，这种经济发展的内在要求，使原来作为自治规范的商人法必然发展成为国家制定的统一的商事立法。商法作为独立法律部门的历史是符合部门法产生的一般规律的。这种规律是：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”^①法国的、德国的，世界上许多国家的商法典的诞生，“都是社会共同的、由一定物质生活方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个的个人恣意横行^②。”

（二）国家推行重商主义政策的结果

十六七世纪，由于地理大发现，世界市场突然扩大，各国政府为了本国的富强，大力推行重商主义政策。这一政策导致了商人地位的特殊性和商业活动的特殊化，表现在法律上必然是商业主体、商行为与民事主体、民事行为的对立。商法作为独立的法律部门，商法迅速在各国的法典化，只不过是各国重商主义政策的法律化。例如，法国的柯尔培尔就是重商主义者，他主张建立

① 恩格斯：《论住宅问题》，见《马克思恩格斯选集》第2卷，538～539页，北京，人民出版社，1972。

② 马克思：《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》，见《马克思恩格斯全集》第6卷，292页，北京，人民出版社，1961。