

XIANDAI FAXUE

现代法学教材

XIANDAI FAXUE

司法部法学教材编辑部编审

SHANGFA XUE

# 商法学

(修订本)

赵万一 / 主编

中国法制出版社

D912.29

125

材

# 商 法 学

(修订本)

主 编 赵万一  
副主编 汪世虎  
撰稿人 (按姓氏笔画为序)

孙 鹏 李 燕 刘 军  
肖厚国 汪世虎 赵万一  
林 刚

中国法制出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

商法学/赵万一主编. —北京:中国法制出版社, 2002. 6  
现代法学教材

ISBN 7—80083—500—6

I. 商… I. 赵… III. 商法—法的理论—现代—教材  
IV. D912. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 25499 号

## 现代法学教材

### 商法学

SHANG FA XUE

编审/司法部法学教材编辑部

主编/赵万一

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/880×1230 毫米 32

印张/ 17.75 字数/ 431 千

版次/2002 年 5 月第 2 版

2003 年 6 月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7—80083—500—6/D·478

定价:26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66032924

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

## 作者简介

**赵万一** 西南政法大学教授、民商法专业博士生导师、中国法学会商法学研究会常务理事。曾被评为四川省“有突出贡献的中国博士、硕士学位获得者”和“四川省高等学校十佳青年教师”。现被聘为福建省人民政策法律顾问。

**汪世虎** 西南政法大学副教授、民商法专业硕士生导师、博士研究生。

**李 燕** 西南政法大学民商法博士研究生。

**林 刚** 西南政法大学副教授、民商法专业硕士生导师、博士研究生。

**孙 鹏** 西南政法大学副教授、民商法专业博士研究生。

**肖后国** 中国社会科学院民商法学博士。

**刘 军** 云南大学副教授。

## 说 明

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需求,全面提高法律人才的素质,根据教育部关于普通高等学校法学专业教学要求,我们邀请政法院校和实际部门的法学教授和专家编写出版了这批教材。

这批教材以邓小平理论为指导,吸收国内外法学教育的最新成果,面向 21 世纪的法学教育,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,坚持理论联系实际的原则,努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

《商法学》是其中一种。各章撰稿分工如下:

林 刚 第一章(第一、二、三节)、第五章

赵万一 第一章(第四、五节)、第二章、第三章、第四章、第六章、第七章、第八章

李 燕 第九章、第十章、第十一章

汪世虎 第十二章、第十三章、第十四章、第二十章、第二十一章、第二十二章

刘 军 第十五章、第十六章、第十七章

肖厚国 第十八章

孙 鹏 第十九章

该书于 1999 年 4 月出版,受到许多使用单位的普遍好评,使本书在 3 年内一再重印。各使用单位在使用过程中也对该书提出

了一些宝贵意见，主要是总论部分较为薄弱，有些内容与其他教材有一定重复。本次修订在保持原有教材风格的基础上对内容进行了一些增减，并改写了部分内容，使该书更具有实用性、体系性和条理性，整个修订工作由赵万一、汪世虎、李燕共同完成。

司法部法学教材编辑部

2002年4月修订

# 目 录

## 第一编 商法总论

<b>第一章 商法概述</b> .....	(1)
第一节 商法的意义 .....	(1)
第二节 商法的历史沿革 .....	(6)
第三节 商法的本质和特征 .....	(11)
第四节 商法的基本原则 .....	(17)
第五节 商法的立法体系 .....	(22)
<b>第二章 商法与相关法律部门的关系</b> .....	(29)
第一节 商法与民法 .....	(29)
第二节 商法与经济法 .....	(33)
第三节 商法与其他部门法的关系 .....	(37)
<b>第三章 商事法律关系</b> .....	(42)
第一节 商事法律关系概述 .....	(42)
第二节 商主体 .....	(44)
第三节 商行为 .....	(56)
<b>第四章 商业登记</b> .....	(62)
第一节 商业登记概述 .....	(62)
第二节 商业登记的范围和种类 .....	(65)
第三节 商业登记的程序 .....	(72)
<b>第五章 商业名称</b> .....	(75)
第一节 商业名称的意义 .....	(75)
第二节 商业名称的选定 .....	(78)

第三节	商业名称的登记 .....	(81)
第四节	商业名称权 .....	(82)

## 第二编 商事主体

<b>第六章</b>	<b>商事企业与商事合伙 .....</b>	<b>(85)</b>
第一节	商事企业概述 .....	(85)
第二节	私营企业与独资企业 .....	(88)
第三节	合伙企业 .....	(91)
<b>第七章</b>	<b>公司法总论 .....</b>	<b>(97)</b>
第一节	公司法概述 .....	(97)
第二节	公司的分类 .....	(112)
第三节	公司的设立与撤销 .....	(118)
第四节	公司的能力 .....	(127)
第五节	公司的分立与合并 .....	(131)
第六节	公司的财务、会计 .....	(134)
<b>第八章</b>	<b>无限责任公司和两合公司 .....</b>	<b>(141)</b>
第一节	无限责任公司 .....	(141)
第二节	两合公司 .....	(148)
<b>第九章</b>	<b>有限责任公司 .....</b>	<b>(153)</b>
第一节	有限责任公司概述 .....	(153)
第二节	有限责任公司的设立 .....	(157)
第三节	有限责任公司的出资 .....	(163)
第四节	有限责任公司的内部组织机构 .....	(166)
第五节	国有独资公司 .....	(173)
第六节	其他有限责任公司 .....	(179)
<b>第十章</b>	<b>股份有限公司 .....</b>	<b>(184)</b>
第一节	股份有限公司概述 .....	(184)
第二节	股份有限公司的资本 .....	(194)



第三节	股份有限公司的股份·····	(200)
第四节	股份有限公司的股东与公司机关·····	(211)
<b>第十一章</b>	<b>公司债券</b> ·····	(221)
第一节	公司债券概述·····	(221)
第二节	股票·····	(227)
第三节	上市公司·····	(239)
第四节	公司债券·····	(244)

### 第三编 商行为

<b>第十二章</b>	<b>票据法概述</b> ·····	(257)
第一节	票据与票据法·····	(257)
第二节	票据上的法律关系·····	(265)
第三节	票据的瑕疵与票据的丧失·····	(286)
第四节	票据的抗辩·····	(294)
<b>第十三章</b>	<b>汇票</b> ·····	(300)
第一节	汇票制度概述·····	(300)
第二节	汇票的出票·····	(302)
第三节	汇票的背书·····	(306)
第四节	汇票的承兑·····	(312)
第五节	汇票的保证·····	(316)
第六节	汇票的到期日·····	(319)
第七节	汇票的付款·····	(321)
第八节	汇票的追索权·····	(325)
<b>第十四章</b>	<b>本票与支票</b> ·····	(332)
第一节	本票·····	(332)
第二节	支票·····	(338)
<b>第十五章</b>	<b>保险法概述</b> ·····	(346)
第一节	保险制度概述·····	(346)

第二节	保险法的基本原则·····	(355)
第三节	保险的分类·····	(363)
<b>第十六章</b>	<b>保险合同·····</b>	<b>(366)</b>
第一节	保险合同概述·····	(366)
第二节	保险合同的主体与客体·····	(370)
第三节	保险合同的订立·····	(373)
第四节	财产保险合同·····	(381)
第五节	人身保险合同·····	(388)
<b>第十七章</b>	<b>保险业务主体·····</b>	<b>(400)</b>
第一节	保险公司·····	(400)
第二节	保险代理人与保险经纪人·····	(413)
<b>第十八章</b>	<b>信托法·····</b>	<b>(419)</b>
第一节	信托的概念及其历史沿革·····	(419)
第二节	信托法律关系的构成要素·····	(423)
第三节	信托的法律特征·····	(429)
第四节	信托与类似制度之比较·····	(432)
第五节	信托的种类·····	(437)
第六节	信托的功能·····	(441)
第七节	任意信托的设立及其有效要件·····	(443)
第八节	信托的效力·····	(446)

## 第四编 商事救济

<b>第十九章</b>	<b>商事救济制度概述·····</b>	<b>(453)</b>
第一节	商事救济制度的意义·····	(453)
第二节	商事救济制度的立法原则·····	(459)
<b>第二十章</b>	<b>破产法概述·····</b>	<b>(465)</b>
第一节	破产与破产法·····	(465)
第二节	破产法的作用·····	(476)

第三节	我国破产法的基本原则和主要内容·····	(478)
<b>第二十一章</b>	<b>破产程序法·····</b>	<b>(483)</b>
第一节	破产开始·····	(483)
第二节	债权人会议·····	(492)
第三节	和解和整顿·····	(498)
第四节	破产宣告·····	(508)
第五节	清算组·····	(513)
第六节	破产清算与破产程序的终结·····	(519)
<b>第二十二章</b>	<b>破产实体法·····</b>	<b>(525)</b>
第一节	破产财产·····	(525)
第二节	破产债权·····	(530)
第三节	破产费用·····	(537)
第四节	取回权·····	(540)
第五节	别除权·····	(543)
第六节	抵销权·····	(546)
第七节	否认权·····	(550)

# 第一编 商法总论

## 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，是指直接媒介商品交易的活动以

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<sup>①</sup>等。

2. 辅助商，又称第二种商，是指间接媒介商品交易的营业活动。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，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

---

<sup>①</sup> 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。

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，商法上统称之谓为商人（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，实际上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，还是在我国的行政法规中，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