

马克思主义理论研究
和建设工程重点教材

商法学

《商法学》编写组

主 编 范 健

副主编 赵旭东 叶 林

主要成员

(以姓氏笔画为序)

王 涌 王建文 石少侠

冯 果 任尔昕 顾功耘

蒋大兴 韩长印

高等教育出版社·北京

二维码资源访问

使用微信扫描本书内的二维码,输入封底防伪二维码下的 20 位数字,进行微信绑定,即可免费访问相关资源。注意:微信绑定只可操作一次,为避免不必要的损失,请您刮开防伪码后立即进行绑定操作!

教学课件下载

本书有配套教学课件,供教师免费下载使用,请访问 xuanshu.hep.com.cn,经注册认证后,搜索书名进入具体图书页面,即可下载。

图书在版编目(CIP)数据

商法学 / 《商法学》编写组编. --北京:高等教育出版社,2019.1

马克思主义理论研究和建设工程重点教材

ISBN 978-7-04-050075-2

I. ①商… II. ①商… III. ①商法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 149452 号

责任编辑 帅映清

封面设计 王 鹏

版式设计 于 婕

责任校对 刘 莉

责任印制 耿 轩

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100120
印 刷 北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 25.5
字 数 450 千字
购书热线 010-58581118
咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.hepmall.com.cn>
<http://www.hepmall.com>
<http://www.hepmall.cn>
版 次 2019 年 1 月第 1 版
印 次 2019 年 8 月第 3 次印刷
定 价 49.50 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 50075-00

目 录

绪 论	1
一、商法学的研究对象	1
二、商法学的功能	1
三、商法学的历史发展	2
四、马克思主义理论与中国特色社会主义商法学	5
五、学习商法学的方法	8
六、本教材的框架体系与特色	9
第一章 商法的一般原理	11
第一节 商法概述	11
一、商法的概念和调整对象	11
二、商法的基础概念	12
三、商法的原则	15
四、商法的产生、变迁与展望	21
第二节 商法的渊源与体系	24
一、商法的渊源	24
二、商法的体系	28
三、商法与其他法律部门的关系	30
第三节 商事纠纷及其解决机制	33
一、商事纠纷解决的基本模式	33
二、调解与仲裁解决商事纠纷的程序特征	33
三、商事法院（法庭）与商事审判	37
四、商事法律责任	41
第二章 商事主体	44
第一节 商事主体概述	44
一、商事主体的概念与特征	44
二、商事主体的种类	46

三、商事主体的商事能力	51
第二节 商业名称	54
一、商业名称的概念和特征	54
二、商业名称的构成、选定和取得	56
三、商业名称权及其保护	59
第三节 商事账簿与商事审计	61
一、商事账簿的概念与法律意义	61
二、设置商事账簿的原则	62
三、商事账簿的种类	64
四、商事账簿的保管	67
五、商事审计	67
第四节 商事登记制度	71
一、商事登记概述	71
二、商事登记管理机关与登记原则	73
三、商事登记的种类和程序	74
四、商事登记的效力	76
五、商事登记制度改革与企业信息公示制度	78
第三章 商事行为	81
第一节 商事行为概述	81
一、商事行为的概念	81
二、商事行为的特征	82
三、商事行为的分类	84
四、特殊商事行为规则	86
第二节 营业	92
一、营业概述	92
二、营业资产	94
三、营业转让	95
第三节 连锁经营与特许经营	97
一、连锁经营概述	97
二、特许经营概述	99
第四节 电子商务	101

一、电子商务法概述·····	101
二、电子商务行为主体·····	102
三、电子商务行为方式·····	103
四、电子商务支付·····	106
第五节 商事运输·····	108
一、商事运输概述·····	108
二、陆上商事运输·····	109
三、海上商事运输·····	112
四、航空运输·····	113
五、混合运输：多式联运·····	115
六、商事物流·····	116
第四章 公司法·····	117
第一节 公司法概述·····	117
一、公司法的概念与调整对象·····	117
二、《公司法》的制定与修订·····	117
三、公司的概念与特征·····	118
四、公司的种类·····	119
五、公司的设立·····	122
六、公司的人格·····	125
第二节 公司的资本制度·····	127
一、公司资本的构成·····	127
二、公司资本制度的类型·····	128
三、出资与转让·····	130
四、增资与减资·····	133
第三节 股份与股权·····	134
一、股份·····	134
二、股权·····	136
第四节 公司的组织机构·····	140
一、公司组织机构概述·····	140
二、股东会·····	141
三、董事会·····	144

四、监事会	147
五、经理	148
第五节 公司的合并与分立	149
一、公司的合并	149
二、公司的分立	150
第六节 公司的解散与清算	152
一、公司的解散	152
二、公司的清算	153
第五章 非公司企业法	157
第一节 个人独资企业法	157
一、个人独资企业的概念与特征	157
二、个人独资企业的设立制度	158
三、个人独资企业的治理结构	159
四、个人独资企业的解散与清算	161
第二节 合伙企业法	162
一、合伙企业的概念与分类	162
二、合伙企业的设立制度	163
三、合伙企业的治理结构	164
四、合伙企业的财产与责任承担	166
五、合伙企业的变更、解散与清算	169
第三节 其他企业法	171
一、国有企业法	171
二、外资企业法	174
三、合作社法	175
第六章 商业银行法与支付法	179
第一节 商业银行法	179
一、商业银行法概述	179
二、商业银行的设立、变更、接管和终止	180
三、商业银行业务与经营原则	182
第二节 商事支付法	189

一、商事支付法概述·····	189
二、现金支付·····	190
三、银行卡支付·····	191
四、商业预付卡及第三方支付·····	195
五、其他方式支付·····	199
第三节 票据法·····	200
一、票据法概述·····	200
二、票据基本法律制度·····	202
三、汇票·····	207
四、本票·····	212
五、支票·····	213
六、票据电子化与票据法未来的发展·····	215
第七章 保险法·····	216
第一节 保险法概述·····	216
一、保险的概念与基本属性·····	216
二、保险法的概念和地位·····	217
三、保险与相关术语的区别·····	219
四、保险法律关系·····	221
第二节 保险法的基本原则·····	225
一、最大诚信原则·····	225
二、保险利益原则·····	227
三、损失补偿原则·····	228
第三节 保险合同·····	233
一、保险合同的概念和特点·····	233
二、保险合同的分类·····	236
三、保险合同的成立与生效·····	239
四、保险合同的条款解释·····	240
五、保险合同的履行·····	241
第四节 保险业法·····	246
一、保险业法概述·····	246
二、保险业组织·····	247

三、保险辅助人·····	247
四、保险业的监督管理·····	250
第八章 证券法·····	253
第一节 证券法的基本问题·····	253
一、证券概述·····	253
二、证券法概述·····	255
三、我国证券法的发展历程·····	259
第二节 证券市场主体法律制度·····	260
一、证券交易所·····	260
二、证券公司·····	261
三、证券登记结算机构·····	262
四、证券服务机构·····	263
五、证券业协会·····	266
第三节 证券发行与承销法律制度·····	267
一、证券发行·····	267
二、证券承销·····	271
第四节 证券上市与交易法律制度·····	273
一、证券上市·····	273
二、证券交易·····	276
三、持续信息公开·····	282
四、上市公司收购·····	283
第五节 证券监督管理机构·····	289
一、证券监督管理机构的性质·····	289
二、证券监督管理体制·····	289
三、证券监督管理机构的职责范围·····	290
四、证券监督管理机构工作人员的行为准则·····	291
五、证券监管的国际合作·····	292
第六节 证券法律责任·····	293
一、虚假陈述行为及其法律责任·····	293
二、内幕交易行为及其法律责任·····	295
三、操纵证券市场行为及其法律责任·····	296

四、欺诈客户行为及其法律责任·····	297
第九章 期货交易法 ·····	299
第一节 期货交易法概述 ·····	299
一、期货交易的含义·····	299
二、期货交易的法律特征·····	300
三、期货交易法·····	303
第二节 期货交易参与者 ·····	306
一、期货交易者·····	306
二、期货经营机构·····	308
三、期货交易场所·····	310
四、期货结算机构·····	312
第三节 期货交易规则 ·····	314
一、保证金制度·····	314
二、当日无负债结算制度·····	316
三、持仓限额和大户持仓报告制度·····	316
四、涨跌停板制度和熔断机制·····	317
第四节 期货市场的监管 ·····	318
一、自律监管与行政监管·····	318
二、行政监管的理念·····	319
第十章 商事信托与投资基金法 ·····	322
第一节 商事信托概述 ·····	322
一、我国法上的商事信托概念——营业信托·····	322
二、我国商事信托的类型·····	323
三、我国商事信托的监管·····	324
第二节 商事信托的设立和生效 ·····	324
一、设立商事信托的意思表示·····	324
二、商事信托的当事人资格·····	325
三、商事信托设立的目的·····	330
第三节 商事信托财产 ·····	330
一、商事信托财产的范围·····	330

二、信托财产的独立性·····	333
第四节 信托当事人·····	336
一、受托人·····	337
二、委托人·····	343
第五节 信托的变更与终止·····	346
一、信托的变更·····	346
二、信托的终止·····	348
第六节 投资基金·····	350
一、投资基金的概念·····	350
二、投资基金的特征·····	350
三、投资基金的种类·····	351
四、投资基金的法律关系主体·····	353
第十一章 破产法·····	357
第一节 破产法概述·····	357
一、破产与破产法的概念·····	357
二、破产申请与受理·····	358
三、破产管理人·····	363
四、破产债权的申报·····	365
五、债权人会议·····	367
第二节 破产财产的清理·····	368
一、概述·····	368
二、破产债权、破产费用与共益债务·····	370
三、破产程序中的别除权、撤销权、追回权·····	371
四、破产取回权·····	373
五、破产抵销权·····	375
第三节 破产重整制度·····	376
一、破产重整制度的概念与特征·····	376
二、重整程序的启动·····	376
三、重整程序的终止·····	378
四、重整计划的制定、表决与批准·····	378
五、重整计划的执行与效力·····	380

第四节 破产和解制度·····	382
一、破产和解申请提出与审查·····	382
二、和解协议的表决与效力·····	383
第五节 破产清算制度·····	384
一、破产清算制度概述·····	384
二、破产宣告的作出·····	385
三、破产财产的变价·····	386
四、破产财产的分配·····	386
五、破产程序的终结·····	389
阅读文献·····	393
后 记·····	395



绪 论

一、商法学的研究对象

商法学是以商法的一般理论与制度及商事部门法理论与制度为研究对象的部门法理论与学科，是法学理论体系与学科体系的重要组成部分。中国商法学是中国特色社会主义法学体系的重要组成部分，主要研究商法的起源与历史、商法的价值、商法理念与商法思维、商法原则、商法规范与商法体系、商事主体、商事行为、商事纠纷解决程序以及公司法、证券法、票据法、保险法、信托法、基金法、海商法、电子商务法、运输与物流法、破产法等。近年来，我国商法基础理论研究 and 商事部门法学理论与制度研究都取得了较大的进展，一大批研究成果相继推出，推动了我国商事法制建设的进步。

商法基础理论是商法学的基石，商事部门法的研究有赖于商法基础理论的完善，商事部门法之间的冲突与矛盾需要商法基础理论的协调，商事立法与司法审判需要以商法基础理论为指导形成商法理念和商法思维。由此，商法学的研究首先应以商法基础理论为研究对象，通过对基础理论的研究回答商法实践中的一般理论问题，即：如何构建统一的商事主体制度、行为制度、权利体系制度和权利保障制度；如何基于我国商事部门法规范抽象出具有一般指导性作用的原则；如何对商事部门法中的具体制度作出解释，或者作出一般性或补充性的规定；如何使日益纷繁复杂的商事法律规范系统化、体系化、更具逻辑性，最终走向法典化等。同时，商法学还需要以商事部门法为研究对象，回答商法实践中具体的部门法理论问题，对商事部门法的研究也始终是商法学关注的重点。

二、商法学的功能

商法学的功能具体反映在五个方面：

第一，商法学有助于建构和发展中国特色社会主义商法。改革开放以来，中国通过一系列独具特色的制度、方针、政策，实现了国家的现代化，建立了社会主义市场经济体制。商法学围绕中国社会主义市场经济实践，结合世界各国的商事经验，以凝练、总结和发展中国特色社会主义商法的基本内容和特点为己任，构建中国特色社会主义商法的理论基石。

第二，商法学有助于完善中国特色社会主义商事制度，维护社会主义市场经济秩序。当代中国，虽然已经颁布了大量的商事单行法规和行政规章，但由于缺

乏统领性的《商法典》或《商事通则》，现行商事法律规范之间在一定程度上出现分散林立、缺乏协调乃至冲突对立的局面，尤其在商事基本法立法层面还缺乏既能充分赋予商人创新特权，又能严格限制商人滥用商事人格权与经营权的系统规则。因此我国亟需构建符合本国国情的商法制度。而商法学正是以商法一般理论和商事部门法为研究对象的学科，所以，构建系统完备的商法制度离不开商法学。

第三，商法学将推动当代中国法制文化观念的变革。首先，学习商法学要求培育商法思维，这对于改变我国长期以来偏重民法思维的人才培养模式、转变人们民商不分的观念、促使社会对商法形成正确的认识、形成全社会尊重商事主体和商事行为的风尚具有重要的积极意义。其次，商法学的研究承接商法的过去与现在，有助于人们在把握近代商法精髓的同时重新认识现代商法的特征，从而推动全社会对财富创造与社会创新、商事变革与社会变革中法制价值观念的再认识，引导健康的社会法制思想变革。

第四，商法学是树立社会商业道德，推动社会主义精神文明建设的助力。随着经济的高速发展，现阶段我国社会生活中出现了商事经营性行为与政府行政行为、事业单位公益行为、公益团体非营利行为、公民消费行为等的混同，社会伦理被商人伦理所取代，公民行为自由权利观被商人团体滥用，社会在一定程度上陷入全民经商的局面，由此导致的种种不健康现象都与我国社会长期以来民商不分、营利与非营利不分、商业伦理与社会伦理不分的理念有关。所以，改变中国现阶段社会生活不规范的突破口之一是通过商法学的理论发展，形成社会正确的商法思维和伦理观念，树立社会商业道德。

第五，商法学是我国实现国际经济战略的重要法制理论依托。随着经济全球化的深入发展，一国的国际经济战略将成为国家强盛的关键。国际经济战略以经贸合作为核心连接世界经济，经贸合作的开展不但需要国家政策支持，更需要一国商事法律制度的完备及其与国际商事法律制度的协调。此时，以现代商人制度、现代商事行为制度以及现代社会商法基本特征的研究为重点的商法学就必然成为我国推行国际经济战略的重大理论基础。

三、商法学的历史发展

（一）西方商法学发展概述

与法学的大多数学科相类似，西方商法学在大陆法系和英美法系国家有着两种不同的发展历程。

在大陆法系国家，商法学因各国民商分立或民商合一的不同立法模式也存在差异。民商合一的国家虽然存在实质意义上的商法，但商法学在法学教学体系里仍被整体归入民法教学中，没有获得独立的地位。至于民商分立的国家，各国的商法学也在教学体系上存在不同：德国商法学课程内容包括商法总则、商事账簿、商事行为，^① 商事组织、证券、票据、保险、海商通常单独开课；法国商法学课程则排除了海商法，而将商事行为、商事法院、公司法、票据法、保险法以及破产法列为授课内容；^② 日本商法学教学体系包括商法总则、商事行为法、公司法、票据法、保险法、海商法，破产法不包括在内，其中，商法总则与商事行为通常被合为一门，与公司法、票据法并列为法学院的必修课。^③ 虽然民商分立的国家的商法学课程体系存在不同，但是在教学方法或者研究方式的教授上，大陆法系作为成文法国家，其商法教学更加注重法教义学，商法学学生多以成文法学习为重，以判例学习为辅。此外，在研究内容上，相比于英美法系重交易、重商事行为的研究倾向，商事组织一直是大陆法系国家商法学的重点。

与大陆法系国家不同的是，在过去很长一段时间内，英美法系国家没有对部门法进行详细划分，商法学仅被作为服务于课堂教学的教学方法。美国《统一商法典》的制定改变了这一局面，它在一定程度上确定了商法的范围。至此，商法学被认为是包括合同法、买卖法、财产法、担保法、商事组织法、代理法、票据法、侵权法等在内的，“由一系列与商业运作及其环境相关的法律组成”的法学学科。美国的商法学教材则通常包括美国法律基础、财产法、合同法、销售与租借合同法、票据法、信用和破产法、经纪人法、独资与合伙人法、公司法、就业法、政府法规、国际法。^④ 不过，美国《统一商法典》的出台，并没有改变美国作为英美法系国家重判例的习惯，商法学仍是一门以判例为基础的学科。

虽然商法学在两大法系的历史发展轨迹上有不同之处，但是受商法的国际性的影响，两大法系的商法学也存在相同之处。例如，两大法系的商法学研究都以现实需要为导向；又如，随着经济的发展，现阶段两大法系的商法学研究都集中于网络法、消费者保护、支付方式、破产等领域。

（二）中国商法学发展概述

中国商法学的发展大体可以分为四个时期。

① 参见 [德] C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社 2006 年版，第 1 页。

② 参见沈达明：《法国商法引论》，对外经济贸易大学出版社 2001 年版，第 1 页。

③ 参见吴建斌：《现代日本商法研究》，人民出版社 2003 年版，第 2 页。

④ 高榕、李舒：《美国商法浅谈》，上海人民出版社 1996 年版，第 2 页。

1. 清朝末期—国民政府时期

我国古代没有近现代意义上的商法。商法在我国始于清朝末期，清政府在推行新政时，把制定商法典作为振兴工商业的治国大策之一。1903年，光绪皇帝令载振、伍廷芳等人起草商法，1904年公布了《公司律》《商人通律》，此后又聘请外国学者帮助起草《大清商律草案》，虽然该草案未及实施，但这一商事立法活动仍然推动了中国商法学的起步。1911年安徽法学社出版的《商法总则》是中国最早引入的外国商法学著作，^①至此，国外先进的商法制度和商法学理论开始被引入中国，商法学成功进入理论研究的视野。

辛亥革命后，新建立的民国政府在大清商事法律的基础上重新颁布了一批商事法律，包括《中华民国商律》《公司条例》《商人通例》。商法学研究也得到了进一步发展，大量日本著作被翻译成中文。然而，国民政府迁都南京后，采取了民商合一的立法体例，商法总则的有关内容均被并入民法债编，虽然商事单行法仍被保留，如《公司法》《票据法》《证券交易法》等，但自此商法却失去了独立于民法的地位，商法学被划入民法学的范畴而被并称为民商法学。

2. 中华人民共和国成立—20世纪80年代

中华人民共和国成立后，在很长一段时间内，由于实行计划经济，国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段，商法被完全忽视，商法学的发展停滞不前，没有学校开设与之相关的课程，商法理论著作几乎空白。

1978年经济法学兴起，商法学被纳入其中。当时，邓小平同志肯定了我们需要用经济法律来调整国家和企业、企业和企业、企业和个人之间的关系。随着十一届三中全会的召开，全国人大颁布了一系列商事法律法规，如1979年《中外合资经营企业法》^②、1986年《外资企业法》、1986年《企业破产法（试行）》等，上述法律本质上属于商事领域的立法，但由于法学理论认识上的局限，当时均被归属于经济法范畴；同样地，在教科书体系中，商法学也被归入经济法学中。

3. 20世纪80年代末—20世纪90年代末

随着改革开放的深入，20世纪80年代商法观念开始被人们接受，经济法学者也开始推动商法学的独立。1984年8月中国经济法研究会召开成立大会，会上指出我国应当制定商法^③，更呼吁学者对此展开研究，进而推动了我国商法学复兴的

^① 参见何勤华：《中国近代民商法学的诞生与成长》，《法商研究》2004年第1期。

^② 本教材引用之国内法律均取简称。

^③ 参见雷兴虎：《〈商法学〉课程的设置现状、存在问题与改革方向》，《西部法律评论》2009年第5期。

进程。但彼时商法依附于民法和经济法的尴尬地位并没有得到改善，商法学的独立性在中国仍然没有得到确认，有关商法学的研究也主要集中在对外国商法的介绍上。

该局面真正得以扭转始于1993年11月中共中央召开十四届三中全会，该会议通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确指出我国要加快经济立法，进一步完善民商法。自此，我国在立法层面颁布了大量的商事单行法，如《票据法》《担保法》《保险法》《证券法》等；在法学理论方面则广泛展开关于民法、商法、经济法关系的讨论，其中主流观点将商法视为私法领域调整商事关系的法律，从而使商法获得独立于经济法的地位，最终使商法学的研究真正进入复兴期并得到快速发展。

商法学复兴的标志性事件是原国家教委于1997年发布的《关于普通高等学校法学专业开设专业主干课程的通知》中，首次明确将“商法学”列为法学专业14门核心课程之一，国家教育部高等教育司也在1998年组织编写了《商法教学基本要求》，此后全国高校法学专业纷纷开设“商法学”课程，商法学再次成为法学研究的重点学科。

4. 21世纪初期至今

商法学重新回归全国高校法学专业核心课程后，进入了全面发展的新时期。商法教材的编写和出版大量出现，一大批商法学理论研究著作相继出版。在商法学家的努力下，中国商法学会也于2001年成立，其在推动中国商法立法、司法、执法和理论研究方面发挥了积极的作用。自此，中国商法学研究走向繁荣。

四、马克思主义理论与中国特色社会主义商法学

在过去40年里，中国突破了传统西方国家以私权为核心的商法制度，构建了适应中国国情的新型商法制度，并在确立了中国特色社会主义市场经济体制的同时，形成了独具特色的中国社会主义商法。

横向上，中国特色社会主义商法与其他社会主义国家相比，率先承认了私主体在商事活动中的主体资格，首开先河地肯定了依法治国的重要性；与资本主义国家相比，中国特色社会主义商法重视公法主体的商事主体经营资格，并积极发挥行政机关在商事活动中的监管作用。与民法的财产制度相比，中国特色社会主义商法认为商事财产既可来源于私人财产也可由公有财产与国家财产转化而来。纵向上，现代中国特色社会主义商法与偏重生产贸易的传统商法相比，以金融、信息产业、知识产权为核心；与重视法典形式的传统大陆法系国家商法相比，中

国特色社会主义商法注重实用，选择了商事单行法先行的立法模式。一言以蔽之，中国特色社会主义商法是以公私混合主体为基础，以行政监管和法律监管并重为保障，以公私并存的财产制度为特色，以金融、知识产权为内容，重视商事活动实际需求的法律体系。它在制度上实现了国家所有权、集体所有权、私人所有权协调发展的创新，构造了多元主体制度，并在尊重市场规律的基础上，通过国家战略规划，开创了逐步推进、以点带面的商事法律发展模式。

中国特色社会主义商法渊源于马克思主义思想，也渊源于中国特色社会主义理论成果，具有鲜明的时代性和先进性。党的十九大报告明确提出全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障，现阶段的中国特色社会主义商法仍处于前进、探索阶段，中国建设社会主义市场经济过程中出现的商事主体资格混乱、商人道德水平下降、大量新型商事行为游离于法律灰色地带，等等，都亟需商法学总结经验与教训，贯彻依法治国基本方略。因此，为了巩固经济体制改革的创新成果，结合党的十九大精神，我们的商法学研究应当继续坚持中国特色社会主义法治理念，积极推动中国特色社会主义法治体系的建设。

中国特色社会主义商法学理论研究以马克思主义为指导，具体而言，包括如下几个方面：

第一，商法学的研究必须始终立足于中国特色社会主义市场经济的基本国情。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国的若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）所传达的精神表明，“社会主义市场经济本质上是法治经济”。我国的商法学理论研究在构建市场经济法律制度时，必须始终立足于中国特色社会主义市场经济的基本国情。

第二，商法学应在保持国际性的同时坚持其自身的国内性。法律作为上层建筑由经济基础所决定，对此马克思在评价《拿破仑法典》与资产阶级社会的产生和发展时就指出，“社会不是以法律为基础的。那只是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的，由一定物质生产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”^①。即《拿破仑法典》并没有创立资产阶级社会，而是资产阶级社会在法典中找到了其法律表现。“这一法典一旦不再适应社会关系，它就会变成一叠不值钱的废纸。”^②以马克思主义为指导的中国商法学研究，首先必须以社会为基础，既要关注国际社会的最新动向，更要从

^① 《马克思恩格斯全集》第6卷，人民出版社1961年版，第291—292页。

^② 《马克思恩格斯全集》第6卷，人民出版社1961年版，第292页。

我国的基本国情出发，根植于中国特色社会主义市场经济和社会生活实践，在遵循商法国际性的同时，体现商法的国内性。

第三，商法学理论研究需要关注商事交易实践。商法以市场交易关系为调整对象，其中商事契约关系是其重要内容之一。对于该调整内容产生的必然性和客观规律，马克思曾有过经典论述，他认为：“先有交易，后来才由交易发展为法制……这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式”^①。因此，商事契约产生于交易，如此一来，探究以商事契约为调整对象的商法的一般规律和具体规则设计的商法学，就必须紧随商事交易实践发展的动态，坚持商法的实践性和发展性。

第四，商法学应当以商事活动的营利性为核心构建商法理论体系。商事活动的营利性是商事行为区别于民事行为的本质属性，恩格斯曾经指出：“每一既定社会的经济关系首先表现为利益”^②。所以，商法学在推动中国商法理论系统化、体系化的过程中，应当始终保护商事活动的营利性。

第五，马克思主义理论还为商法学认识商人阶层和商事行为的特殊性提供了理论指导。关于商人阶层的产生，马克思指出：“正像交换本身分裂为两个互相独立的行为一样，交换的总运动本身也同交换者，商品生产者相分离。为交换而交换同为商品而交换相分离。在生产者之间出现了一个商人阶层，这个阶层只是为卖而买，只是为再买而卖，这种活动的目的，不是占有作为产品的商品，而只是取得交换价值本身，取得货币”^③。尽管过去常说商人是一个寄生阶层，但是亚当·斯密认为，商业不应当是“不调和与敌意最丰沃的源泉”，而应当是各民族、各个人之间“团结和友谊的纽带”^④。马克思和恩格斯上述关于商人阶层和商事行为特殊性的阐述对于理解商法在社会中的定位，构建我国商事法律制度具有重要的理论意义。我们必须牢牢把握商人产生的社会背景，该背景将是展开商法学研究的基石。

第六，商法学的研究和学习应当注意商法与民法的内在联系与相互作用。源于欧洲中世纪的近代商法与民法具有不同的发展轨迹，欧洲中世纪时期肇始于罗马法的民法因日耳曼人的入侵而停滞，商法则在该时期从零散、杂乱的习惯法发展为具有系统性的成文法，中世纪后期罗马法复兴就与商法保障下商业的迅速发展

① 《马克思恩格斯全集》第19卷，人民出版社1963年版，第423页。

② 《马克思恩格斯文集》第3卷，人民出版社2009年版，第320页。

③ 《马克思恩格斯文集》第8卷，人民出版社2009年版，第46页。

④ [英] 亚当·斯密：《国富论》（下），郭大力、王亚南译，译林出版社2014年版，第61页。

展有关。马克思指出：“当工业和商业——起初在意大利，随后在其他国家——进一步发展了私有制的时候，详细拟定的罗马私法便又立即得到恢复并取得威信。”^①所以，民法和商法相互作用，彼此联系，学习和研究商法应当正确认识民法和商法在历史上的关联性。

马克思主义经典作家关于商法的阐述为商法学的理论研究提供了本体论、认识论和方法论的指导，掌握这些理论有助于从根本上保障商法学研究的科学性。

五、学习商法学的方法

商法渊源于中世纪商人习惯法，从一开始就是脱离罗马法理论体系而独立生长的。近现代商法虽经成文化或法典化，被纳入大陆法系，或称民法法系，但仍然保留了诸多无法由民法理论体系解释的制度。在我国，因民商法制度与理论体系都继受于西方和苏联，商法制度中无法由民法理论解释的现象同样存在。不仅如此，因市场经济的发展异常迅猛，各种新型商业模式及交易形式不断涌现，传统民商法理论在面对诸多新型商事纠纷时往往捉襟见肘。为此，不仅应在商事司法实践中确立商法理念及商法裁判思维，更应当在商法学研究中确立与之相适应的商法研究方法。

总的来说，商法的学习必须坚持唯物史观，并以中国特色社会主义理论体系为指导。具体而言，学习商法学的方法包括如下几方面：

第一，商法的学习需要注意商法的实践性。商法以实践性著称，且商事交易实践可谓日新月异，故成文法的局限性在商法中的表现尤为突出。在当下中国，商事立法与商事审判固然已取得长足进步，但因商事交易实践远远走在立法前面，成文法局限性之克服已成为日益紧迫的课题，学生在学习商法的过程中不可忽视商事实践的实时动态。

第二，商法的学习需要综合运用各种研究方法。首先，应当继续加强注释法学及法教义学的研究，从而为纷繁复杂的商事纠纷提供法律适用的解释方法及法律完善的立法建议。在此过程中，必然要涉及比较法研究方法的应用。商法学视野下的比较法研究，不应停留于叙述与评价，而应直接进入沿革的比较法层面，深入研究不同国家和地区商事法律制度历史的和现实的关系，探究各国（地区）商法的历史使命与时代精神，从而为我国商事立法与司法适用服务。其次，商法学的研究也需要加强案例研究与实证研究，通过全面梳理和分析我国商事司法实

^① 《马克思恩格斯文集》第1卷，人民出版社2009年版，第584页。

实践中的裁判规则与裁判方法，确定我国商法研究的课题与解决方案，使我国商法学研究建立在商事交易实践与商事司法实践基础之上，从而为中国商法领域的中国道路奠定实践基础。

第三，商法的学习需要培育商法思维。虽然一般认为商法是民法的特别法，但是商法思维与民法思维有着较大的不同。商法以商业伦理为基础，特权理念和限权理念贯穿整部法律的始终，商法规则超越了一般民法的道德理念，体现着商事活动的特殊性。此外，作为商法核心的商事主体，其直接是利益驱动的产物，强调交易安全、效益和利益；商事行为也因为具有促进社会进步的积极面和引发社会风险的消极面的双重性而需要特别规制。因此，商法具有极强的功利性和特殊性，在学习商法过程中，如果不能坚持商法思维，用商法独特的理念学习商法知识，就会使观念的形成产生误差。

第四，商法的学习还需要坚持基础理论和商事部门法相结合的方法。商事法律体系是以基础理论指导商事部门法形成的科学理论体系。一方面，商法基础理论的学习是准确认识商事部门法的基础；另一方面，基础理论的学习脱离商事部门法，也会使商法失去活力，成为空洞的理论。因此，商法的学习必然需要注意处理好基础理论和商事部门法之间的关系。

第五，在学习商法的过程中，还需要关注经济学、社会学和历史学等社会学科方面的知识。首先，商法是一门与市场经济紧密联系的法律，经济学方面的知识是准确认识商法问题的基础。其次，商法的研究也需要社会学的方法，社会学的实证研究方法可以为商法理论研究的开展提供重要的帮助。最后，历史学方面的知识可以帮助我们认识商法产生的背景以及历史发展脉络，从而为商法有关理论的分析论证提供支撑。所以，我国商法学研究应合理吸收社科法学的研究方法，适当运用法社会学、法经济学、法史学的研究方法，进行公共政策分析、经济效用分析和历史比较分析，为中国商法的制度创设及法律解释提供更为全面的理论依据。

六、本教材的框架体系与特色

改革开放四十年来，我国市场经济建设已经取得相当的成就。但当下我国正处于经济转型时期，供给侧改革、产业结构调整、金融、互联网、高科技创新等都在从生产方式的改变方面推动我国经济体制的改革。此时，商法作为市场经济的基础性法律，亟需确认改革的成果，并通过法律规范的形式指引经济改革的正确方向，使商业社会朝着正确的方向发展。因此，本教材在编写过程中，着重关

注商事规范的现代发展，注意吸收商法理论的最新研究成果，紧跟我国现阶段经济建设的步伐，并在此基础上系统介绍商法学知识，具有较强的实践性和前沿性。

本教材在体例上共设十一章，其中前三章是对商法学基础理论的介绍，包括商法的一般原理、商事主体和商事行为三部分内容。这三部分内容对商法的基础理论进行了详细的阐述，具体包括：第一章商法的一般原理介绍了商法的基础概念、原则、产生、渊源、体系等内容；第二章商事主体，不仅概述了商事主体的有关概念，还集中介绍了与商事主体有关的制度，如商号、商事账簿与审计、商事登记；第三章商事行为阐释了营业、连锁经营、特许经营、电子商务、商事运输的具体内容。教材的后八章是具体的商事部门法内容，包括公司法、非公司企业法、商业银行法与支付法、保险法、证券法、期货交易法、商事信托与投资基金法、破产法。这样的体例安排可以使学生较为系统地把握商法学的理论知识，初步构建体系化的商法知识结构，因而具有科学性。

此外，由于商法的学习需要培育商思维，因此，本教材在编写时十分注重语言的表达，力求通过深入浅出的语言文字，介绍商法学的基础知识，构建商法理论体系，以期学生通过学习本教材，能够对商法理念有更深入的认识，形成商法的独特思维。

第一章 商法的一般原理

第一节 商法概述

一、商法的概念和调整对象

(一) 商法的含义

商法，又称为商事法，是指调整商事主体参加的商事关系之特别私法。商法和民法均为私法，都调整人身关系和财产关系。但相对于民法，商法有以下特点：

1. 商法是商人法。所谓商人法，是指专门规范商事主体地位、组织及营业的法律。商事主体，包括公司企业、合伙企业和个人独资企业，也包括个体工商户、农村承包经营户和合作社等。传统商法是从商人习惯和交易惯例中产生出来的，现代商法侧重于规范企业、企业经营者的法律地位、组织形态和营业行为等事项。

2. 商法是私法。商法和民法一样，是规范平等主体之间人身关系和财产关系的法律。商法在调整商事主体之间的商事关系时，既要遵循民事主体地位平等、意思自治、公平、诚实信用等基本原则，又要秉承保障商事交易自由、平等交换、便捷安全等原则。

3. 商法是特别私法。民法是普通法，商法是特别法。另外，商法又分为商事普通法和商事特别法。商事普通法，普遍适用于调整各种商事关系，通常是指商法典；商事特别法，适用于调整特殊的商事关系，既包括物权法和合同法等法律中的特别规定，又包括公司法、证券法、票据法、保险法、破产法等。为了兼顾商事关系中的多种价值和利益，商事特别法往往包含若干公法或者强行法内容。

(二) 商法的调整对象

商法的调整对象是商事关系。商事关系是一种特殊的民事关系，主要指商人或企业相互之间发生的，或者商人或企业与消费者之间发生的财产关系和人身关系，它在主体、客体和内容上，区别于一般民事关系。

1. 商事关系的主体。商事主体是特殊的民事主体。民事主体若要取得商事主体资格，通常要先行办理商事登记。商事主体既可以与其他商事主体产生商事关系，也可以与其他民事主体产生商事关系。

2. 商事关系的客体。即商事权利义务关系指向的对象。商事主体利用营业资产并从事经营活动，与其他民事主体之间形成特殊的权利义务关系，相应地，商

事关系的客体既包括动产和不动产，又包括营业或者营业资产等，还可以包括其他权利或利益。

3. 商事关系的内容。即商事权利义务关系。在双方或多方商事关系中，各方当事人按照意思自治等规则确定相互之间的权利义务关系。在单方商事关系中，商事主体既要遵循商法和民法原则，又要遵守消费者权益保护法的特别规定。

需要指出，对于商事关系的外延，存在理论和实证两个观察角度。在理论上，凡具有商事性质的权利义务关系，均属于商事关系并应优先由商法加以特别规范。在实证法上，各国商法予以特别规范的商事关系在范围上存在差异，而某国商法未予特别规定的商事关系，应当适用民法的一般规范。

二、商法的基础概念

任何学科都有自己的基础概念群。商法在经历了古代、中世纪和近代发展以后，已经形成了独特的基础概念。在传统商法中，基础概念主要是商、商事、商人、商行为、营利事业和营业。在现代社会中，有些国家延续了传统的商法概念，有的国家和地区则提出了新的商法概念。

（一）商法的基础概念

传统商法的基础概念主要是商、商事、商人、商行为、营利事业和营业。

1. 商和商事

在商法中，“商”有两种含义。一是指生意或者买卖；二是指商人或从事生意或买卖的人，不限于仅从事买卖的“商贩”或“买卖商”。在我国商法学上，“商”在限定法律关系的主体时，是指商人或企业等商事主体；在限定事业或行为时，是指营利事业或商行为。

“商事”是指商人从事的、以营利为目的的各种活动或事务。“商事”具有“民事”的一般属性，属于“民事”的下位概念，但具有自身的特殊性。商事活动的主体是商人或企业，商事活动具有营利特征。在商法对商事活动有特别规定时，应当优先适用商法规定；商法没有规定的，适用商事习惯；商事习惯没有规定的，适用民法。

2. 商人

在商法产生初期，商人限于以从事买卖等活动为职业的自然人。在这一时期，商人既是法律概念，也是社会学概念。及至近现代，商人的含义发生了巨大变化。

首先，商人最初是自然人，现在则既包含自然人，也包含法律拟制之人。相应地，商法学中存在采用“商业组织”替代商人的现象。在现代社会，商人组织

形态多种多样，既包括采用无限责任组织形式的商业组织，以及采用有限责任组织形式的商业组织，也包括商自然人及其衍生而来的个体工商户和个人独资企业，甚至包括合伙企业和公司企业等组织形态。

其次，商人最初是“买卖商”或“商贩”，现在已发展成从事各种营业活动的商人。在商法史上，买卖是最主要的商业形式，最初的商人是指从事买卖活动的商人。随着现代商业的发展，运输、仓储、信贷、代理等逐渐从买卖中独立出来，成为新的商业形式。相应地，商人已不限于以买卖为职业的人，而是泛指持续从事经营活动、具有专业技能的个人和组织。

最后，商人最初与“士”“农”和“工”相对应，既是一种职业，也是一种社会阶层。随着近代私法之平等原则的建立，商人逐渐褪去了社会阶层的色彩，转而主要是指一种职业，即以从事经营活动为职业的个人和组织。

3. 商行为

商行为是指商人经营或从事营利事业的各种营利行为。相对于法律行为而言，商行为在主体、范围和性质上有所不同。

首先，商行为是商人实施的行为。根据商事登记法规定，商人有义务办理商事登记；凡登记为商人者，其实施的行为应当推定为商行为。未办理商事登记而以从事经营活动为职业的人，应当推定为商人。

其次，商行为限于营利事业范围内的行为。凡能带来经济利益的事业，为营利事业，如以公司形式经营工厂。反之，为非营利事业。商人是否将所得利益分配给投资者，不是商行为的认定标准。

最后，商行为包括法律行为及其他行为。凡属于法律行为者，以意思表示为其构成要素，并产生当事人意定的法律效果；凡属于其他行为者，不以意思表示为其构成要素的，依法将产生法定效果。

4. 营利事业

在语义上，“事”指事情，“业”指事情的持续性特征。事业指人们从事的、具有特定目标的经常性活动。事业，依照其性质和目的，分为营利事业和非营利事业。

营利的认定，有目的和手段两个角度。行为人以营利为目的而从事某种持续性的活动的，可认定为营利事业。例如以博取“买”和“卖”之间的差价为目的的持续活动。反之，可以认定为非营利事业。如果行为人的营利目的虽不明显，但采用了经营或营业的形式，也可推定为营利事业。例如，教育事业通常是非营利事业，但以公司形式开展教育事业，仍可归为营利事业。

营利事业和非营利事业的区分标准是弹性的。行为人从事营利事业和非营利事业所遵守的法律存在差异。在适用税法时，两者之间的差异更为明显。为了减少识别上的差异，减少“寻租现象”，准确适用法律，立法者应当尽量列明营利事业的外延。

5. 营业

营业是指运营中的营利事业，既包括组织和经营活动，也包括财产关系。相应地，营业可分为主观营业和客观营业。

主观营业，指各种营利事业之经营活动，属于法律关系之内容的范畴。商人从事经营活动的法律效果，包括意定效果和法定效果。客观营业，指营业所依赖的财产或者资产，属于法律关系之客体的范畴，也可称为营业资产。客观营业，不以有体物为限，凡是商人从事营业所依赖的财产或财产有机体，均属于客观营业。

在有的国家中，商法规定“营业转让”或者“营业让与”制度。所谓营业转让或让与，是指商人将其营业所依赖的、具有有机体性质的整体财产，全部或部分让与他人。营业转让或让与既是标的之转让，也与让与行为有关，属于主观营业和客观营业的结合体。

（二）商法基础概念的发展

商法采用了不同于民法的概念。早期商法主要是商事习惯法，采用了不同于国家制定法的概念。及至近代商法出现时，德国和法国等在制定商法典时，沿用了商事习惯法的主要概念，确立了商法的独特概念体系。

商法的基础概念是商法典存在的基础，是商法学科独立性的重要标志，支撑了商法和商法学的发展。在经历了古代、中世纪和近代社会的发展之后，商法的基础概念逐渐定型，深刻地影响着近代商法的特性。

1. 商法基础概念的意义

首先，商法基础概念可以整合具体的商法术语和范畴。商人是传统商法的基础概念之一，可以整合不同商人组织形态和相关概念，并将个人独资、合伙和公司等纳入商人的范畴。商行为是另一基础概念，包括了基本商行为和附属商行为等，可以容纳商事买卖、代理、合伙、保管、运输等具体范畴。营业分为主观营业和客观营业，并派生出商事留置权、浮动抵押、企业财产质押、营业让与等新的概念。

其次，商法基础概念有助于集中表达商法的独特性。在商法中，商、商事及营利事业强调了营利性，表达了商事活动的特殊规律性和商法规范的独特性，反

映了尊重营业自由和平等交换、重视权利外观主义、促进交易便捷等价值取向。

最后，商法基础概念是促进民法发展的重要力量。在私法发展的漫长历史中，商法与民法长期并行。商法受到了民法的深刻影响，也不断向民法体系中输送新的理念、概念和规则，促进了民法基本概念、内容和体系的革新和发展。在现代民法中，诸如经营者、账户质押、最高额抵押、无名合同或非典型性合同等概念，以及有偿性的推定规则、连带责任保证、沉默之意思表示效果等，均源于商法的发展。

2. 商法基础概念的变化和生成

随着商法和民法的交互影响、经济学对法学的渗透、现代商业和互联网的发展，各国商法的概念体系正在不断革新，既有新的商法概念的生成，也有传统商法概念的变化。

古代和近代商法主要采用商人和商行为的概念体系，反映了商法的交易法地位，适应了对简单商品交易关系的调整需求。在现代社会，各国立法者不断介入、干预交易关系，债法统一化趋势日渐明显。随着商法地位的改变及近代商法向现代商法的转型，近代商法的概念体系必然面临概念转型和重构的问题。

一方面，企业和经营者概念进入现代商法。在我国法律中，企业属于一种经济组织，即具有营利性的社会组织，是法律关系的主体。与此同时，我国《民法通则》采用了生产者 and 经营者等术语，《民法总则》采用了“营利法人”等术语，商事登记法、反不正当竞争法和税法广泛采用了经营者等术语，部门规章提出了企业转让等概念。我国商法正在形成新的概念体系。

另一方面，营业概念的地位提升。营业是传统商法中的重要概念，包括主观营业和客观营业，却长期依附于商人和商行为，成为连接商人和商行为的特殊概念。有国内学者主张，我国商法应当顺应现代商法发展趋势，反映我国商业发展的实际情况，建立以营业为基础概念的现代商法。按照这种主张，营业将与商人、商行为在商法中具有同等地位。

三、商法的原则

（一）商法原则的含义和地位

商法原则是指由立法者规定的，反映商法的本质属性，贯彻于商事活动的始终，统领商法立法和司法活动的根本准则。我国有实质意义上的商法，无形式意义上的商法。我国商法学界所称的商法原则，主要是学说上的原则，而不是实定法上的原则。

1. 商法原则与商法功能、商法价值

商法原则、商法功能和商法价值是性质相异、但又相互联系三个概念。商法原则虽然具有抽象性，却属于法律规范的范畴，裁判者可以援引并作出裁判。商法功能、商法价值是重要的、抽象的，但不具有裁判上的意义，不属于法律规范的范畴。

商法自产生以来，在功能上发生了很大变化。在古代和中世纪，商法是商人或商人组织搜集整理的交易习惯法，很少有国家介入的痕迹。因此，早期商法主要是客观、被动地反映商人和商业活动的需求。在近代社会，国家开始介入商法规则的形成，商法既要反映商业活动的客观需求，又要反映国家在商业活动中的立场，商法规范要受制于立法者的态度。国家介入商法规则的形成，既可能是尽力反映商业活动的客观需求，也可能是鼓励、促进商业活动，还可能是抑制商业活动。就此而言，各国和各个时代的商法功能不尽相同。

商法价值，既包括商法追求的目标价值，又包括商法的评价价值。商法的目标价值，既要反映安全、秩序、自由、平等、公正和效率等法的一般目标价值，又要调整法的目标价值的既有顺位，或添加新的目标价值，以适应商事活动的规律性。商法的评价价值体现为应当提供化解各种价值之间冲突和矛盾的普适标准。

商法功能和商法价值相互影响，共同决定了商法原则的内涵。为了减少商法功能和价值在司法中的不确定性，立法者应当将商法原则作为商法功能和价值的表现形式，使之成为商事裁判的法律依据。

2. 商法原则与民法基本原则的关系

我国《民法通则》在“总则”中规定了民法基本原则，《民法总则》在“基本规定”中也规定了民法基本原则。商法学在确立商法原则时，既要尊重《民法通则》和《民法总则》，又要体现商法和商事关系的特殊性，以平衡民法基本原则与商法特殊原则之间的关系，减少冲突和对立。

商法是私法的特别法，是针对特别之人、特别之事作出的特别规定，是规范商人、企业或经营者从事营业活动的专门法律。商法确认商人、企业或经营者的职业技能及特殊义务，认可商事活动的营利性，甚至加入公法或强行法规范，从而使得商法有别于传统私法或者民法。正因如此，商事主体在从事商事活动中，既应遵循民法基本原则，也应尊重商法的独有规律性和特殊原则。

国际贸易法的先驱施米托夫曾经提出，商法是最自由的法律，也是最严格的法律。换言之，在商事主体之间，应当强调落实平等和自由原则。在商事主体与消费者之间，应当强调公平和禁止权利滥用等原则。在国家与商事主体之间，应

当遵循行政法治和适度性等原则，以达成商法在效率、安全和秩序上的价值目标。

商法是基于商事主体的特殊地位而产生的法律领域，在提炼商法原则时，不应照搬民法基本原则，而应当依据商事主体的特定地位，形成商法的特殊原则。2011年，国务院新闻办公室在《中国特色社会主义法律体系》中明确指出，“商法调整商事主体之间的商事关系，遵循民法的基本原则，同时秉承保障商事交易自由、平等交换、便捷安全等原则”。因此，可以将我国商法的特殊原则概括为经营自由、平等交换、企业维持、交易便捷和企业守法。

（二）经营自由原则

经营自由，也称经商自由、交易自由或营业自由，是指除非依照法律规定或整体利益不得从事经营活动之外，行为人有权自主决定从事经营活动，即享有是否从事经营活动的自由和从事何种经营活动的自由。

经营自由是具有宪法意义的自由，是从财产权中派生出来的重要权利。我国《宪法》没有明文规定经营自由，也没有禁止经营自由，但从有关公民基本权利的规定中，可以引申出社会成员享有的经营自由。经营是利用财产从事营业的方式，经营自由意味着权利人有权利用自己的财产从事营业，取得营业收益或者承担风险。因此，经营自由与民事财产权观念相互协调，发展了民事财产权理论和规则，成为商法的首要原则。

商法在确立经营自由原则时，要妥善处理经营自由与政府审批之间的关系。一方面，各国商业登记法都有营业登记或注册的规定。民事主体从事经营或营业的，除非法律予以豁免者外，均须向登记机构办理营业登记，未经登记或注册而从事营业的，可能受到相应处罚。另一方面，企业从事国家管制行业的营业的，应当在获得许可后从事经营活动。有权机关未授予许可的，企业仅有权从事一般经营。

经营自由的限制，包括法定限制和行业限制。法定限制，是指对权利人经营自由加以限制的法律规定，如公务员和未成年人不得从事营业等。行业限制也称整体利益限制，指权利人未事先取得某种特殊资格，即不得从事特定营业的限制。例如未取得会计师资格的人，不得成立合伙制的会计师事务所，不得加入会计师事务所的行业组织。

（三）平等交换原则

平等交换，是指商事主体在从事营业或财产交易中，应当基于等价交换而确定商事主体之间的权利义务。我国《民法通则》第4条规定了“等价有偿”原则，《民法总则》删除了“等价有偿”的规定。在商事关系中，“等价”的认定标准带

有不确定性，是否“有偿”取决于商事主体的约定，但商事主体仍应当遵循“平等交换”的原则。任何人不得非法剥夺商事主体的财产和权利。

按照平等交换的原则，商事主体的法律地位是平等的。商事主体的权利和义务是相对的，商事主体在取得权利的同时，也承担相应义务。除非商事主体明确放弃对价，否则，商事主体均有权要求对方商事主体支付对价，应当推定商事主体之间的交易是有偿的。商事主体在营业中造成他人损害的，或者在营业中遭受他人损害的，应当参考所受损害的情况予以补偿。

（四）企业维持原则

企业组织包括独资、合伙、公司及其他企业形式。个体工商户与独资企业在本质上是相同的，均可以纳入企业之列。通常而言，独资企业和个体工商户规模较小，组织程度较低，公司和合伙是最重要的企业组织形式。

企业结合了多种生产要素，是国民经济发展的重要力量，企业状况与国家经济发展息息相关。企业的健康发展，有赖于企业内部的组织协调，有赖于良好的企业制度。健康的企业内部和外部关系，已成为各国高度关注的问题。企业维持既是旨在维持企业存续、稳定、协调和发展的商法原则，也是在该原则支配下形成的一整套商法制度和规则。

1. 企业主体地位的维持

独资、合伙或公司企业，有权以自己名义起诉和应诉。独资、合伙和公司企业直接承受诉讼胜败的后果，投资者、合伙人和股东间接承受诉讼胜败的结果，以保持企业的相对独立性。公司债务，应当以公司资产予以清偿，公司股东仅在出资额或认缴股份范围内承担连带责任。独资或合伙企业的债务，首先以企业资产清偿，企业资产不足以清偿债务的，由独资企业投资者或合伙人承担连带责任。企业设立存在瑕疵的，或者企业不能清偿到期债务的，应当尽力采取补救措施，不宜轻易否定企业的主体地位。

2. 资本充实规则

资本充实也称资本维持，主要是适用于公司的一项资本规则，同时对其他形态企业也具有意义，它是指公司在存续期间，应当尽力保持与其营业相适应的实际资产，以降低公司经营风险，维持公司的偿付能力和长期存续。在公司运行期间，股东不得抽逃出资，公司不得接受本公司股票作为质押标的，公司不得非法减资，公司必须遵守“无盈不分”的原则，公司必须从税后利润中依法提取公积金等。独资和合伙企业虽然无需遵守公司法的严格限制，但仍应秉持资本充实的原则。

3. 盈利分配规则

企业收益的分配，牵涉投资者、债权人、劳动者、国家乃至社会福利等相关者利益。为了公平保护相关方的利益，实现公正和秩序的价值目标，立法者需要规范企业盈利分配，乃至明令禁止有损相关者利益的做法。比如：企业应当建立财务会计文件，不得违反财务会计制度和财经纪律；企业不得在税前向投资者分配利润，也不得采用支付酬金等方式变相提前分配利润；企业不得非法使用公积金；等等。

4. 企业重整规则

多数企业都会经历从设立、运行到消灭的过程。企业解散和破产体现了优胜劣汰的市场法则，有助于建立健康的市场秩序。然而，企业与相关方形成了复杂的经济社会关系，企业解散或破产难免引起经济和社会关系的连锁反应。为了稳定社会关系，减少社会动荡，各国在允许企业破产和解散之时，通常引入企业重整制度，以救助濒临倒闭的企业。

（五）交易便捷原则

传统商法源于商人习惯法，强调商业活动的效率价值。近代和现代商法主要采用制定法的形式，但仍然强调交易的效率价值。交易便捷原则的核心是减少繁琐的交易手续、降低交易成本。

1. 形式自由

商法重视效率价值，在法律行为形式要件上的要求较低。在商人或企业的缔约中，采用自由主义原则，认可口头合同的存在，接受证人证明的合同形式，有限度地认可沉默产生缔约效果。正因如此，商法又被称为“最自由的法律”。

2. 权利外观

权利外观也称信赖保护。由于权利外观表象与权利最终归属之间，在现实生活中常常存在相互分离的状态。故商法承认权利外观表象在权利认定上的优先效力，即在企业设立上遵循登记或注册主义，在商业权利上采用登记或注册等方式。进而有助于促进商事交易，减少确权带来的交易成本，减少商事交易中的违约情势。

3. 短期时效

国外商法通常规定了较短的诉讼时效期间，以促使商人或企业尽早行使权利，稳定商事关系。在我国，处理商事纠纷应当适用《民法通则》《民法总则》关于诉讼时效的一般规定。如果商人或企业约定了较短的质量检验期限，应当按照意思自治原则予以认可。

（六）交易安全原则

在秉持交易便捷原则的同时，为了增强交易的确定性，商法应当贯彻交易安全的原则。在商法上，交易安全主要体现为公示主义、强制主义和加重责任。

1. 公示主义

商人或企业对于涉及利害关系人利益的客观事实，必须依照法律和行政法规的规定，向公众进行公示，以便利利害关系人知晓。

2. 强制主义

强制主义又称干涉主义，指国家采用公法手段，对商事关系的某些内容作出强制性规定。例如企业必须建立健全财务会计制度；某些商事活动或交易必须办理登记、注册、许可或备案等。违反商法强制性规定的，行为人应当依法承担行政乃至刑事责任。

3. 加重责任

在商法上，加重责任包括严格责任和连带责任，此外还涉及社会责任。严格责任，是指商人或企业即使没有过错，在法律特别规定的场合下，也要向相对人承担责任。连带责任，既包括投资者对商人或企业违反法律义务之后果依法承担全部责任，也包括商人或企业对他人违反法律义务之后果依法承担全部责任。社会责任，是指商人或企业对社会所应承担的法律上义务之外的道德性“责任”。

（七）守法经营原则

企业守法经营，指企业应当遵守商法有关经营的规定并履行其他特殊义务。企业守法经营是围绕商人或企业展开的，既包括承担私法义务，也包括承担公法义务。

1. 有关商业登记的义务

任何人从事商事活动，除非法律、行政法规另有规定，必须依法办理商事登记。未经登记而从事商事活动的，属于无照经营，依法应予查处。登记事项的变更及企业注销等事项，也应当办理商事登记。企业变更或注销未经登记的，工商登记机关有权依法予以处罚。

2. 有关会计账簿的义务

会计账簿是真实反映企业经营状况的资料，涉及投资者和债权人的利益，也是国家对商事活动实施监督的基础。除法律或行政法规另有规定者外，企业必须依法建立会计制度和会计账簿。

3. 有关经营活动的特殊义务

商人或企业必然与其他经营者或消费者发生经济往来。为了维持良好的经济

和社会秩序，企业既要遵循公平竞争的规则，又要承担保护消费者的特殊义务。有关企业公平竞争、消费者权益保护等方面的法律，属于广义商法的范畴。

四、商法的产生、变迁与展望

历史表明，只要存在商品生产和交换活动，就必然存在反映该种商品生产和交换活动的规则、习惯或法律。在商法产生和变迁中，东西方国家有着不同的发展历程，形成了不同的商法制度。随着西学东渐的影响，近代中国开始引入西方商法理论。我国在总结东西方商法发展经验的基础上，正在逐渐形成具有中国特色的商法制度。

（一）中国商法的产生和变迁

早在夏商与西周时代，我国就出现了商人阶层以及小商人和合伙等商人形式。《周礼·秋官·朝士》曾记载，“凡民间货财者，令以国法行之”，即民间从事财货交易的，需要事先获得许可。在当时，契约形式主要包括以物易物、买卖、借贷、雇佣、合伙等，甚至出现了财货交易的市场及对应的市场管理制度。

自春秋战国至明清时代，古代律法均有涉及商的内容。尤其是《宋刑统》新增了民商事律条、令、敕，对行为能力、所有权、债负、死商钱物、典卖倚当、负债出举、不当得利等，均有具体规定。宋代《市舶条法》专门规范海外贸易，南宋《名公书判清明集》记载了大量商法判例。

及至清朝，古代商法进入转型期。在商人组织上，不仅延续了从前的小商人和合伙，还出现了行会、会馆和工商业公所及公司等商人形式。随着商业的繁荣，出现了新型营业，从票号发展到商业银行；商业税收制度逐渐完善，主要有关税、货物税、矿税、酒税、牙税、当税和契税等。在海外贸易上，从最初的海禁，到后来设立海关并允许设立洋商行，再到制定外商在华经商及限制海外贸易的规则，形成了当时的商法体系。及至清末，我国实行变法新政，在参考德国和日本商法的基础上，制定了《大清商律草案》和《公司律》等，标志着古代商法向近代商法的转型。

在民国时期，商法最初继受清末的商事立法成果，相继颁布了《商人通则》《公司条例》《商业注册规则》和《证券交易所法》，后于1929年决议编纂民商合一的民法典，将属于商法总则的内容并入民法债编，而不适合并入民法的内容则分别单行立法，如1929年颁布的《票据法》和《保险法》，1935年颁布的《破产法》等，最终形成了民商合一的商法体例。

中华人民共和国成立后，中央政府政务院于1950年制定《私营企业暂行条

例》，集中规定了独资、合伙和公司的组织形式。1956年，随着生产资料社会主义改造的最终完成，该条例及其实施办法已自动失效，直至20世纪70年代末，由于市场经济不复存在，商法失去了存在的经济和社会基础。

我国从1979年实行改革开放，才陆续制定了大量商法规范，其中，具有代表性的有：1979年的《中外合资经营企业法》、1981年的《经济合同法》、1987年的《技术合同法》和1988年的《全民所有制工业企业法（试行）》等。20世纪90年代以来，我国立法机关加快了商事立法工作，制定了《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《证券法》《票据法》《破产法》《保险法》《海商法》等单行商事法律，也制定了《合同法》和《物权法》等包含大量商事规范的法律。与此同时，学术界开始关注商法理论。至今，我国已形成规模庞大、内容繁多的商法规范和相对稳固的商法体系。

（二）西方中世纪商法

在古希腊、古罗马时代已形成调整商人和商人活动的习惯法。古希腊人制定的《罗德法》（Lex Rhodia）记载了许多商事方面的规定，并包括了海商方面的内容，被认为是古代商法的最初形式。在古罗马时代，《万民法》记载了很多商事习惯法的内容，对后世商法产生了深远影响。

中世纪的欧洲属于农业社会。进入11世纪后，农业和手工业生产水平快速提升，十字军东征开辟了欧洲剩余产品进入东方的通道，促进了地中海海上贸易的发展，促进了地中海沿岸新兴城市的繁荣。此时不仅出现了商人阶层，也出现了对新型交易规则的客观需求。为了制衡制约贸易发展的封建法和寺院法，商人成立了商人行会。商人行会自己搜集、整理和制定各种贸易规则，并成立了商事法庭，自主裁决商人间的贸易争端。

中世纪商法泛指当时存在的各种贸易规则组成的体系。首先，它是商人自治法和习惯法，主要由商人行会规约、各地商事习惯和商事法庭裁决所构成，不是国家制定法。其次，它是旨在保护商人和工商业活动的法律，主要内容是集市法和贸易法，也包括商人资格的规则，有别于封建法和寺院法。再次，它带有浓厚的国际性，凡从事工商业，无论来自哪个城市或地区，都遵守相同或相似的规则。最后，它带有裁判法属性。商人之间的贸易争端，不是交由王室法院裁断和处理，而是由商人行会或其组织的裁判机构作出裁断。

（三）西方近代商法

在16世纪，欧洲国家陆续开启了商法系统化和民法法典化的进程。由于历史原因，法国、德国、西班牙、葡萄牙、匈牙利等采用了民商分立体系。瑞士及北

欧诸国采用了民商合一体系。意大利则从民商分立转为民商合一。北美、非洲和亚洲地区的前殖民地国家受原宗主国的影响，采用了民商分立体系。

法国于1563年成立了商事法院，国王夺取了原来由商人行会行使的裁判权，但未将商事裁判完全纳入普通法院。法国后于1673年制定的《法国陆上商事条例》及于1681年制定的《法国海事条例》是独立存在的商事法律。法国于1804年制定《法国民法典》时也未将这两部法律纳入其中。法国直到1807年制定《法国商法典》时，才完成对原有商事法律的整合，并开启了近代民商分立之先河。

德国于1861年公布《德国普通商法典》并于1870年成立联邦高等商事法院。德国于1874年开始起草《德国民法典》时，考虑到难以将商法和商事法院融合于民法体系下，遂先后于1896年和1897年公布了《德国民法典》和《德国商法典》，两部法典均于1900年1月1日施行，强化了民商分立体系。

在瑞士，根据1874年宪法关于联邦有权制定统一债务法的规定，瑞士议会于1881年制定了统一债务法典并将公司、票据、商业登记等商法规则纳入其中。1898年，瑞士议会再次修改宪法并规定联邦议会有权制定民法典，后瑞士于1907年通过《瑞士民法典》，并将既存的债务法典列为其中的第五编，最终形成了民商合一体例。

在英国，商法不是制定法，学说上通常认为买卖法、合伙法、代理法等属于商法。美国议会也未制定商法。但是，美国统一州法全国委员会和美国法学会共同编写了《美国统一商法典》，对商事规则和惯例进行归纳，形成了独有的商法结构。该法典涉及下列关于个人财产、合同及其文件的特定商业交易，包括买卖、商业票据、银行押金和托收、信用证、整体交易、仓单、提单、其他权属文件、投资证券和担保交易，还包括某些账单、动产文据与合同权利的买卖等内容。该学说性质的法典已获得了美国多数州的认可，在我国也得到了部分学者的呼应。

由此可见，近代商法以民商分立为常态，以民商合一为例外。各国在商法立法模式的选择上，主要受到裁判权争夺、立法权分配、宗主国立法等诸多因素的影响，立法模式优劣的理论评价，并未发挥决定性的作用。

（四）商法的发展和展望

自商法产生至今，不变的是商法服务商品经济和市场经济的功能，变化的是商法的存在形式和内容。传统商法必须因应现代化的发展趋势。

古代直至近代商法，既是快速、准确反映商品经济和市场经济发展趋势的法律领域，又是推动民法发展的重要力量。民法在自身发展中，必然要继续从商法发展成果中汲取更多养分，民法现代化本身就意味着民法商法化。

古代直至近代商法，皆建立在商人或商行为的基础上。在现代社会，商人更多地采用了企业和公司的形式，企业已成为经济发展的主体和动力。随着企业地位的逐渐提升，现代商法必须关注企业的作用，强调公司在商法中的地位，从而成为以企业为核心的现代商法。

古代直至近代商法，主要在于规范交易关系，因而难免与债法统一化趋势产生冲突。在以企业为核心的现代商法中，商法规范的交易关系将与企业组织关系相互融合，企业融资、组织、管理等正在占据现代商法的核心地位。

第二节 商法的渊源与体系

一、商法的渊源

（一）商法渊源的概念和分类

商法的渊源，即商法规范的存在或表现形式，具体而言，是指具有法的效力的商法规范借以表现的形式。我国商法主要采用成文法形式。商法渊源是对商主体和商行为具有约束力的法律规范，也是商事活动和商事司法的重要法律依据。

商法渊源的分类可以根据多重标准。一般而言，商法渊源分为国内法渊源和国际法渊源。其中，国内法渊源可再分为正式渊源和非正式渊源，国际法渊源主要分为国际条约、行政协定和国际商事习惯。国内商法关注商法的国内法渊源，国际商法和国际经济法关注商法的国际法渊源。

（二）我国商法的正式渊源

正式渊源，是指国家立法机关依照法定立法程序制定的法律文件，也包括立法机关认可的有权机关依照法定程序制定的规范。各国商法均承认商法正式渊源的地位。唯有正式渊源的形态，在民商分立和民商合一体系下有所不同。在民商分立体系下，商法典、商事特别法是最重要的商法正式渊源，民法典也是商法的正式渊源。在民商合一体系下，有民法典而无商法典，且事实上存在商事特别法，因而，民法典和商事特别法是最重要的商法正式渊源。

我国商法的正式渊源包括：（1）宪法；（2）民商事法律；（3）行政法规；（4）地方性法规；（5）自治条例和单行条例；（6）部门规章；（7）地方政府规章；（8）最高人民法院具体应用法律的解释（司法解释）。

1. 宪法

宪法是国家全面规范社会、经济、政治生活的根本大法，直接或间接规范了

商事关系，是我国商法的正式渊源。宪法对于其他法律规范的制定、解释和实施等，具有约束力，但裁判者一般不直接援引《宪法》作出裁判。

2. 民商事法律

民商事法律是全国人民代表大会或其常委会依法制定的、规范民商事关系的规范性文件，直接或间接规范商事关系，是我国商法的主要渊源。民商事法律可分为一般法和特别法。民商事一般法，主要包括《民法通则》《民法总则》《物权法》《合同法》和《侵权责任法》等；民商事特别法，主要包括《公司法》《票据法》《证券法》《保险法》《破产法》《海商法》《证券投资基金法》等。

3. 行政法规

行政法规是国务院为了履行宪法赋予的管理职权和执行法律而依法制定的规范性文件。在我国行政法规中，既包括行政管理的内容，也包括有关商事关系的内容。行政法规中有关商事关系的内容，属于我国商法的重要渊源。比如《公司登记管理条例》《企业法人登记管理条例》和《商业特许经营管理条例》等。

4. 地方性法规

地方性法规是省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会，以及设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在与宪法、法律、行政法规不相抵触的前提下依法制定的法律规范性文件。地方性法规中涉及商事关系的内容，属于我国商法的辅助渊源。其中既包括专门规定商事活动的地方性法规，也包括有关商事活动的地方性法规。

5. 自治条例和单行条例

民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。例如《新疆维吾尔自治区清真食品管理条例》。

6. 部门规章

根据《立法法》的规定，国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。例如商务部制定的

《单用途商业预付卡管理办法（试行）》和《零售商供应商公平交易管理办法》，证监会制定的《证券发行与承销管理办法》和《证券登记结算管理办法》。

7. 地方政府规章

地方政府很少针对商事关系单独制定地方政府规章，但根据《立法法》规定，省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区直辖市的地方性法规，制定规章。例如《北京市交易场所管理办法（试行）》《新疆维吾尔自治区市政公用事业特许经营条例》等。

8. 最高人民法院具体应用法律的解释（司法解释）

根据《立法法》的规定，最高人民法院作出属于审判中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，且符合立法的目的、原则和原意，并在法定期限内报全国人大常委会备案。最高人民法院针对《合同法》《公司法》《保险法》《破产法》和《票据法》等的适用，已作出多项司法解释，并针对具体问题专门作出批复。最高人民法院审判委员会讨论通过的规范性文件，均属于司法解释。

（三）我国商法的非正式渊源

非正式渊源，是指立法机关及其认定的有权机关以外的其他组织制定的、不违反法律规定并发生实质约束效力的规范。对于非正式渊源，有些国家明确承认其法律渊源的地位，有些国家未排除其法律渊源的地位。在民商分立国家，非正式渊源的地位也有不同。其中，德国和法国的《商法典》未明文接受习惯或习惯法作为法律渊源，其学术界认为，非正式渊源缺少一般性和抽象性，不具有反复适用的性质，因而不能成为商法的渊源。《日本商法典》第1条明文规定了非正式渊源的地位，即“关于商事，本法无规定者，适用商习惯法，无商习惯法者，适用民法典”。在民商合一体系下，民法典也可能提到非正式渊源问题，如瑞士和意大利的《民法典》都明确规定了习惯法的地位。

若要确立商法非正式渊源的地位，必须回答以下问题，即：是否只有国家或立法者才能制定法律？是否只有国家制定法才是法律？国家制定法以外的行为规范是否具有法律规范的价值和作用？在现实生活中，是否存在立法机关或有权机关以外的组织制定的、具有强制力的商法规范？

商法与诸多法律在成因上有所不同，它天然地带有习惯法痕迹。中世纪以前的商法主要是习惯法，在近代社会，立法者在制定商法典时，将久已存在的习惯法转变为制定法，从而使国家制定法及国家主导形成的商法规范逐渐成为商法的主要渊源。然而，国家制定法无法完全替代习惯法，也无法阻止新的习惯或习惯法的生成。

在商法的非正式渊源的性质、地位和外延上，学术界存在不同看法。从我国商法实践来看，非正式渊源主要包括：

1. 最高人民法院公告的案例

我国属于大陆法系，不存在普通法意义上的判例或判例法，但是最高人民法院讨论通过并正式公告的案例，在实践中发挥了法律渊源的作用。各级人民法院公布的其他生效判决，不具有法律渊源的地位。

2. 最高人民法院发布的指导案例

最高人民法院自2005年正式提出“案例指导制度”，至今已发布数十件指导案例。指导性案例系经最高人民法院审判委员会讨论通过的案例，它既不同于地方各级人民法院发布的案例，也不同于最高人民法院作出生效判决的案例，可以作为法官论证的依据，但不得援引作出裁判，具有法律渊源的某些实际作用。

3. 交易习惯

我国《民法总则》承认了“习惯”的民法地位，《合同法》明确了交易习惯的地位。根据《民法总则》，习惯不得违反公序良俗。根据最高人民法院的解释，下列情形中，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称的“交易习惯”：（1）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；（2）当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。有的学者认为交易习惯具有习惯法的性质。对比《民法通则》关于国际惯例的规定，交易习惯也是可以适用并调整商事关系的规范，具有法律渊源的作用。

除上述非正式渊源外，对于自治组织制定的自治规则和交易规则是否属于商法渊源或商法的非正式渊源，学术界存在不同认识。自治规范或交易规范是由自治组织制定的规范，在内容上不限于交易，在形式上不限于合意，无法全部包含在交易习惯中。对于经由国务院部门备案或审批的自治规范，应当承认其具有商法非正式渊源的地位。

（四）我国商法的国际法渊源

我国商法的国际法渊源，主要分为国际商事条约、行政协定和国际商事惯例。

1. 国际商事条约

国际商事条约是指以国家名义缔结、参加、承认的单边或者双边国际商事条约、协定和具有条约性质的文件，如《联合国国际货物买卖合同公约》和《统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》等。根据《民法通则》，我国缔结或者参加的国际条约同我国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共