

法学专业核心课程教材

商 法 学

Commercial Law

(第四版)

主编 赵旭东

商
法
学

(第四版)

主编 赵旭东

高等教育出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

商法学 / 赵旭东主编. — 4版. — 北京 : 高等教育出版社, 2019.12

ISBN 978-7-04-052938-8

I. ①商… II. ①赵… III. ①商法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.990.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第241489号

策划编辑 姜洁
责任校对 刘娟娟

责任编辑 程传省
责任印制 刁毅

封面设计 杨立新

版式设计 于 婕

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 中农印务有限公司
开 本 787 mm×1092 mm 1/16
印 张 38.75
字 数 960千字
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 2007年3月第1版
2019年12月第4版
印 次 2019年12月第1次印刷
定 价 79.00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 52938-00

第四版修订说明

这是本教材的第四版,本次修订的主要背景和直接原因是“马克思主义理论研究和建设工程重点教材”(以下简称“马工程教材”)《商法学》的编写和出版。为了反映“马工程教材”《商法学》的最新成果并与其体系和内容相衔接和协同,编写组对本教材进行了全面的补充、修改和调整。

为规范和引导全国法学教育,中宣部、教育部组织编写了“马工程教材”,其中包括《商法学》。“马工程教材”《商法学》是我国商法学教材建设的重要突破和创新。其在马克思主义理论指导下,强调商法理论对商法实践的反映,注重以全面、联系、发展的态度认识商事法律制度,既尊重传统商法的基本理论,借鉴境外有关国家商事法律制度的先例和经验,又广泛地收集、梳理和总结我国商事制度丰富的实践经验,探索反映我国现实、具有中国特色的商事法律的原理和内容。由此,“马工程教材”《商法学》较之此前的商法教材,无论在教材体系还是教材内容上都进行了极富中国特色的突破和创新,其阐释的商法原理较之原有商法学体系有较大的扩充,例如,增加了商业银行法、期货交易法、商事信托与投资基金法几个专章;在商法的一般原理部分增加了商事纠纷及其解决机制;在商事主体制度中增加了商事审计;在商事行为制度中增加了连锁经营与特许经营、电子商务、商事运输;在非公司企业法中增加了国有企业法、外资企业法和合作社法等内容。

需要特别说明的是,由于篇幅的限制,“马工程教材”《商法学》在传统商法各分论的部分,只是对其主要原理进行阐述,而非做系统全面的介绍。在教材内容的深度和广度上,并不能完全满足法学专业商法学课堂教学的实际需要。因此,一方面,高校商法学教学的基本体系和内容需要依照“马工程教材”统一安排;另一方面,又需要针对不同的教学对象,根据课堂教学的实际需要提供内容更为系统、完整的教材或资料。如何将商法教学的基本目标和传统原理与“马工程教材”创新性的体系和内容予以合理的衔接和协同?这是商法学教学面临的现实任务。

当然,包括本教材在内的所有商法学教材一直以来面临着这样的困扰:一方面,商法学体系庞大,内容丰富,在总论之下,包含了公司法、独资与合伙企业法、证券法、破产法、票据法、保险法等几大单行法律部门。这些法律部门的内容和原理本来就可以单设课程,将其编于一体的商法学教材中,实际上相当于多门法律课程的集成,因此篇幅自然很大。另一方面,法学专业的课程设计和安排又有其规范性的要求,在高校课程设置标准化的统一要求之下,每门课程的课时和容量又是有限的,它与商法特有的庞大结构和体系存在着天然的冲突。这使得许多高校的教师经常陷于教材选用和课程教学安排的矛盾之中。在无法改变法学课程设置的基本结构和商法学作为一门课程的课时和容量已经被限定的情况下,如何最合理地确定商法学的课程内容、体系结构和轻重取舍,使教材内容安排与课堂教学实际尽可能地衔接,使学生在有限的课时内,学习和掌握最基本的商法学原理,就成为商法学教材编写最具难度的任务。

II 第四版修订说明

本教材迄今已是第四版。第一版出版于2007年3月,并被全国高校广泛采用,得到普遍肯定和好评。第二版出版于2011年9月,这次修订的主要目标是对第一版教材大幅度地缩减瘦身,而瘦身的前提是不能破坏和影响商法学课程的既有体系和知识结构,不能遗漏学生必须掌握的基本商法学原理。2015年7月,本教材进行了第二次修订。这次修订的背景和直接动因是2013年《公司法》的修改,为此,本教材第三版在“公司法”一编中对“公司资本制度”“股东出资制度”等相关内容进行了较多的修改和补充。同时,根据我国证券法、保险法和破产法理论和实践的发展,尤其是证券发行注册制的改革、《保险法司法解释二》的出台、破产法的实践成果等,对“证券法”“保险法”和“破产法”三编的内容进行了适时的调整、补充和更新。此外,为实现法学资源共享课的功能,充分利用网络教学资源,第三版在形式上做了特别的设计和安排,即在各编之后新增了一些综合性的典型案例研讨,并以二维码的形式进行关联。

如前所述,本次修订的主要动机和目的是配合“马工程教材”《商法学》的使用,实现本教材与“马工程教材”《商法学》的有效衔接和合理协同。由此,形成了本教材的如下修订思路和编写方案:(1)在教材体系和结构上,基本参照“马工程教材”《商法学》的体系和结构进行设计;(2)在内容上,在基本保留原有商法基本原理内容的基础上,吸收、融合和反映“马工程教材”《商法学》的最新内容和原理;(3)在教材内容取舍上,进一步整合、凝练和优化处理,精确把握商法学原理在本科教学中的深度和广度,对商法学各个部分的轻重主次和详略取舍作出最合理的安排,尽可能使其与高校商法教学的实际内容、法学研究生入学考试和国家法律职业资格考试中商法学各部分内容的布局和比重衔接和吻合。

本教材由中国政法大学长期从事商法学教学和研究的著名学者和骨干教师合作完成。承担各章编写任务的作者在其分工领域都有着多年丰富的教学经验和突出的研究成果,这使本教材的质量和代表性得以保证,使其更能反映和适应高校本科生和研究生教学的实际需要。

本书由赵旭东教授任主编,各章撰写分工如下:

绪论、第一章、第二章	赵旭东
第三章 商事行为	赵旭东 (第一、二、三、四、五、八节) 李建伟 (第六、七、九节)
第四章 公司法	赵旭东 (第一、二、五节) 刘智慧 (第三、六节) 王 涌 (第四节) 李建伟 (第七、八、九节)
第五章 非公司企业法	朱晓娟
第六章 商业银行法与商事支付法	马更新
第七章 票据法	刘心稳 (第一、四、五、六节) 管晓峰 (第二、三节)
第八章 保险法	王 萍 (第一、二、三节) 郭宏彬 (第四节)
第九章 证券法	王光进 (第一、三、五、七节) 梅慎实 (第二、四、六、八节)

第十章 期货法

刘亚天

第十一章 商事信托与投资基金法

王 涌

第十二章 破产法

胡利玲 (第一、五节)

王玉梅 (第二、三、四、六、七、八节)

编者

2019年10月

目 录

绪论	1
一、商法学的研究对象	1
二、商法学的学科地位与学科体系	1
三、商法学的功能和任务	3
四、商法学在中国的形成与发展	5
五、商法学的学习和研究方法	7
第一章 商法概述	9
第一节 商法的概念和调整对象	9
一、商事的涵义	9
二、商事的范围	10
三、商法的调整对象	10
四、商法的概念、形式与渊源	12
第二节 商法的性质与特点	12
一、商法的性质	12
二、商法的特点	14
第三节 商法的地位	16
一、商法与民法	16
二、商法与经济法	17
三、商法与行政法	18
四、商法与劳动法	18
第四节 商法的基本原则	19
一、营业自由原则	19
二、企业维持原则	20
三、促进交易简便快捷原则	21
四、公平竞争原则	22
五、保护交易安全原则	23
六、社会责任原则	24
第五节 商法的产生和发展	24
一、西方国家商法的产生和发展	24
二、我国商法的产生和发展	27
第六节 商事争议解决	31

II 目 录

一、商事争议解决的特别要求	31
二、非诉讼方式解决商事争议	32
三、商事诉讼制度	35
第二章 商事主体	39
第一节 商事主体概述	39
一、商事主体的概念与特征	39
二、商事主体法定原则	41
三、商事主体的种类	41
四、商事主体的商事能力	45
第二节 商业名称	47
一、商业名称的概念和特征	47
二、商业名称的构成、选定和取得	48
三、商业名称权及其保护	50
第三节 商事账簿与商事审计	51
一、商事账簿的概念与法律意义	51
二、设置商事账簿的原则	53
三、商事账簿的种类	54
四、商事账簿的保管	56
五、商事审计	56
第四节 商事登记制度	59
一、商事登记的概念与特征	59
二、商事登记管理机关与登记原则	60
三、商事登记的种类和程序	61
四、商事登记的效力	63
五、商事登记制度改革与企业信息公示制度	64
第三章 商事行为	67
第一节 商事行为概述	67
一、商事行为的概念	67
二、商事行为的特征	68
三、商事行为的规制方式	68
第二节 商事行为分类	69
一、单方商事行为与双方商事行为	69
二、基本商事行为与附属商事行为	70
三、绝对商事行为与相对商事行为	70
四、固有商事行为与准商事行为	71

第三节 一般商事行为	71
一、一般商事行为概述	71
二、商事代理行为	71
三、商事债权行为	72
四、商事物权行为	72
五、商事交互计算	73
第四节 特殊商事行为	73
一、商事买卖	73
二、商事运输	74
三、商事仓储	74
四、商事居间	74
五、商事行纪	74
六、商事期货交易	75
七、商事信托	75
第五节 营业	75
一、营业的概念	75
二、营业活动	76
三、营业转让	77
四、营业租赁、委托经营	79
五、营业担保	80
第六节 连锁经营	80
一、连锁经营的概念	80
二、连锁经营的分类	81
三、连锁经营的组织机制	82
四、连锁经营的法律特征	83
第七节 特许经营	84
一、特许经营的概念	84
二、特许经营法律关系	85
三、特许经营合同	86
第八节 电子商务	87
一、电子商务的概念和特征	87
二、电子商务法的调整对象和基本原则	88
三、电子商务经营者的概念与种类	88
四、电子商务经营者的登记	89
五、一般经营规则	89
六、电子商务平台经营者及其义务与责任	91
七、电子商务经营中的权益保护	93

IV 目 录

八、电子商务合同	96
九、电子支付	97
第九节 商事运输	99
一、商事运输概述	99
二、陆上商事运输	100
三、海上商事运输	102
四、航空商事运输	103
五、多式联运	105
六、商物流	105
第四章 公司法	107
第一节 公司与公司法概述	107
一、公司概况	107
二、公司的沿革和作用	111
三、公司法概述	112
第二节 公司的类型	117
一、公司的分类	117
二、有限责任公司	121
三、股份有限公司	122
四、一人公司	123
五、国有独资公司	124
六、上市公司	125
七、外商投资企业(公司)	127
八、外国公司的分支机构	128
第三节 公司的设立	132
一、公司设立概述	132
二、公司设立的条件	134
三、公司设立的程序	138
四、公司设立的效力	141
五、公司章程	144
第四节 公司的能力	151
一、公司的权利能力	151
二、公司的行为能力	154
三、公司的侵权行为能力	156
第五节 公司资本制度	158
一、公司资本的概念和意义	158
二、公司资本原则与资本形成制度	160

三、公司资本募集与股份发行	164
四、增加资本与减少资本	168
五、股东出资概述	171
六、股东出资的形式	172
七、股东出资的法定要求	174
第六节 股东与股权	179
一、股东	179
二、股权	189
三、有限责任公司股东的股权	192
四、股份有限公司股东的股份	195
第七节 公司的组织机构	200
一、公司治理与公司组织机构概述	201
二、股东大会	201
三、董事会	212
四、公司决议瑕疵之诉	220
五、监事会	223
六、经理	226
第八节 公司的合并与分立	230
一、公司的合并	230
二、公司的分立	236
第九节 公司的解散与清算	240
一、公司的解散	240
二、公司的清算	243
第五章 非公司企业法	249
第一节 个人独资企业法	249
一、个人独资企业概述	249
二、个人独资企业的设立	252
三、个人独资企业及其投资人的权利与义务	253
四、个人独资企业的事务管理	253
五、个人独资企业的解散与清算	254
第二节 合伙企业法	255
一、合伙企业的概念、特征与分类	255
二、合伙企业的设立条件与程序	256
三、合伙企业的财产	258
四、合伙人的权利与义务	258
五、合伙企业事务的执行与后果	259

VI 目 录

六、合伙企业的决议规则与损益分配规则	260
七、入伙、退伙与合伙人身份转换	261
八、合伙企业的解散与清算	262
第三节 其他非公司企业法	263
一、国有企业法	263
二、集体企业法	267
三、外商投资企业法	268
四、股份合作企业法	270
五、合作社法	272
第六章 商业银行法与商事支付法	277
第一节 商业银行法	277
一、商业银行法概述	277
二、商业银行的存款业务制度	283
三、商业银行的贷款业务制度	285
四、商业银行的结算业务制度	289
五、商业银行的其他业务制度	291
第二节 商事支付法	294
一、商事支付法概述	294
二、现金支付及相关法律制度	296
三、银行卡支付	297
四、商业预付卡支付	300
五、第三方支付	302
第七章 票据法	307
第一节 票据法总论	307
一、票据概述	307
二、票据法概述	311
三、票据关系及其基础关系	314
四、票据行为	317
五、票据权利	322
六、票据的伪造与变造	325
七、票据抗辩权	327
八、票据时效	331
九、票据丧失后的救济	332
第二节 汇票制度	335
一、汇票概述	335

二、汇票的种类	337
三、汇票的出票	338
四、汇票的转让、担保和贴现	341
五、汇票的承兑和保证	345
六、付款	348
七、追索权	350
第三节 电子票据制度	352
一、电子汇票概述	352
二、电子商业汇票业务的主体	352
三、电子汇票的基本规定	353
四、票据行为	354
第四节 本票	356
一、本票概述	356
二、出票和见票	358
三、汇票规范对本票的适用	359
第五节 支票	360
一、支票概述	360
二、支票的出票	362
三、汇票规范对支票的适用	363
第六节 涉外票据的法律适用	364
一、涉外票据的意义	364
二、涉外票据法律适用的原则	364
三、涉外票据法律适用的具体规定	365
第八章 保险法	367
第一节 保险制度概述	367
一、保险及其制度分析	367
二、保险制度的发展	373
第二节 保险法概述	375
一、保险法的内涵、体系和立法体例	375
二、保险法的基本原则	378
第三节 保险合同概论	384
一、保险合同概述	384
二、保险合同的成立与生效	389
三、保险合同的主要内容	391
四、保险合同的履行	392
五、保险合同的变更、解除和终止	396

VIII 目 录

六、重复保险和超额保险	398
七、再保险	400
第四节 保险业法	401
一、保险业法与保险监管	401
二、保险组织监管	406
三、保险经营监管	410
四、保险中介人监管	416
第九章 证券法	421
第一节 证券与证券法概述	421
一、证券概述	421
二、证券法概述	424
第二节 证券发行与承销	429
一、证券发行	429
二、证券承销	437
第三节 证券上市与交易制度	440
一、证券上市	440
二、证券交易	443
第四节 信息披露	447
一、信息披露概述	447
二、初次信息披露	450
三、持续信息披露	451
第五节 上市公司收购制度	455
一、上市公司收购概述	455
二、上市公司的要约收购	458
三、上市公司的协议收购	460
第六节 证券市场主体	461
一、证券交易所	461
二、证券公司	463
三、证券登记结算机构	466
四、证券服务机构	467
五、证券业协会	468
第七节 证券监管制度	469
一、证券监管概述	469
二、证券监管体制	471
三、证券监督管理机构	472
第八节 证券违法行为与法律责任	474

一、证券违法行为概述	474
二、虚假陈述及其法律责任	476
三、内幕交易及其法律责任	477
四、操纵市场及其法律责任	478
五、欺诈客户及其法律责任	479
第十章 期货法	482
第一节 期货与期货法概述	482
一、期货概述	482
二、期货法概述	484
第二节 期货市场主体	486
一、期货交易所	486
二、期货投资者	489
三、期货经纪商	490
四、期货结算机构	492
五、期货市场其他主体	493
第三节 期货交易规则	494
一、保证金制度	494
二、当日无负债结算制度	495
三、持仓限额制度和大户持仓报告制度	496
四、涨跌停板制度和熔断机制	497
五、强行平仓制度和强制减仓制度	498
六、期货交割制度	500
七、套期保值制度	502
八、期货结算制度	503
九、信息披露制度	505
第四节 期货市场的监管	505
一、自律监管与行政监管	505
二、行政监管的理念	507
第十一章 商事信托与投资基金法	510
第一节 商事信托概述	510
一、我国法上的商事信托概念——营业信托	510
二、我国商事信托的类型	511
三、我国商事信托的监管	511
第二节 商事信托的设立和生效	513
一、设立商事信托的意思表示	513

X 目 录

二、商事信托的当事人资格	514
三、商事信托下信托目的	518
第三节 商事信托财产	518
一、商事信托财产的范围	518
二、信托财产的独立性	520
第四节 信托当事人	522
一、受托人	523
二、委托人	527
第五节 信托的变更与终止	529
一、信托的变更	529
二、信托的终止	531
第六节 投资基金法	532
一、投资基金的概念	532
二、投资基金的特征	532
三、投资基金的种类	533
四、投资基金的法律关系主体	534
第十二章 破产法	537
第一节 破产法概述	537
一、破产和破产法	537
二、破产法的立法体例	539
三、我国破产立法概况	541
四、我国破产法的适用范围和程序结构	542
第二节 破产程序的开始	543
一、破产原因	543
二、破产申请	544
三、破产案件的受理	546
第三节 债务人财产的管理	549
一、债务人财产	549
二、管理人	550
三、破产撤销权和追回权	552
四、破产费用和共益债务	554
第四节 破产案件中的债权人	556
一、债权申报	556
二、债权人会议	558
三、债权人会议的程序规则	559
四、债权人的代表机构——债权人委员会	561

第五节 重整	562
一、重整制度概述	562
二、重整的开始	566
三、重整期间的财产和营业事务管理	567
四、重整计划	573
第六节 和解	578
一、和解概述	578
二、和解的程序规则	579
第七节 破产清算	582
一、破产宣告	582
二、取回权、别除权和抵销权	583
三、破产财产的变价和分配	589
四、破产程序的终结	594
第八节 破产法律责任	596
一、破产违法行为	596
二、破产违法行为的法律责任	597
本书参考文献	599

绪 论

一、商法学的研究对象

商法是一个传统的法律部门,商法学属于法学中的部门法学,是庞大、丰富的法律科学体系中的一个重要学科。特定的研究对象是法律学科形成和存在的基础和条件,每一法律学科都有自己特定的研究对象。商法学是研究商法规范和商事关系的科学,商法规范和商事关系是商法学的研究对象。商法学的研究对象与商法本身的调整对象并非相互对立的,商法学不仅研究条款化的商法规范,也研究法律条款所指向的商事关系。商法的调整对象是商事关系。因此,商事关系既是商法的调整对象,也是商法学的研究对象。

商法学对商法规范的研究是综合性的系统研究,不仅包括对商法规范本身的研究,也包括对商法规范的立法、实施和适用的研究。商法学对商事关系的研究是对商事关系各个要素的全方位研究,包括对商事主体、商事行为和商事关系中的权利、义务与责任的研究。

需要指出的是,一种社会关系可以成为不同学科共同的研究对象。商事关系不仅是商法学的研究对象,也是其他相关学科的研究对象,如公司组织和公司管理既是公司法学的研究对象,也是经济学和管理学的研究对象;保险法学研究保险关系和保险行为,保险学也研究保险关系和保险行为;证券法学以证券交易和证券市场为研究对象,后者也是金融学的研究对象。但不同学科对同一对象的研究角度或研究方法不同。商法学从法学或法律规制的角度研究商事关系,而其他相关学科是从经济学、管理学等特定学科的角度或使用该学科的研究方法研究商事关系。研究对象的重合是学科联系和交叉的客观原因和基础,对同一对象的研究决定了不同学科之间特殊的紧密联系,甚至形成学科交叉关系。由此,商法学的研究应十分重视学科之间的关联和互动。

对于如何界定部门法学的研究对象,学界有不同的主张和见解,有的将研究对象界定为特定的法律规范,有的界定为特定法律领域的法律现象,还有的认为是法律或法律现象的发展规律。本书认为,每个部门法学首要的研究对象当然是该法律部门的法律规范本身。同时,每个部门法都有自身的调整对象,该调整对象也必然成为该部门法学的研究对象。法律的调整对象与法律本身互为依托、紧密联系。法律的调整对象通常是法律规范实际内容借以展现的载体,研究法律规范很少脱离其调整的对象而只研究规范本身。如公司法学不仅研究公司法规范本身,也要研究公司及其内部治理关系和对外经营行为。至于法律现象与法律现象的发展规律,已包含在法律规范及其调整对象的研究之中。法律规范和其调整的对象本身就是一种法律现象,对其进行的研究不仅有静态内容的研究,也包括动态的发展规律的研究。

二、商法学的学科地位与学科体系

(一) 商法学属于法学应用学科

法学是整个社会科学的重要分支,是一个内容丰富、结构庞大的学科体系。理论法学与应用法学的划分是法学的基本分类,“理论法学综合研究法的基本概念、原理和规律等。应用法学主

2 绪 论

要是研究国内法和国际法的结构和内容,以及它们的制定、解释和适用^①。理论法学也研究实践,应用法学也有理论,二者主要在对法律问题的概括范围和抽象程度上有所不同。理论法学重在一般法学原理的研究,是从整体的角度、在宏观的高度上对所有法律领域的法律现象进行抽象性研究,不局限于特定的法律领域和具体的法律规范。应用法学是对特定法律领域进行的具体性研究,主要解决各个部门法律的制定、实施和适用等实践性问题。一般认为,理论法学包括法理学、法律史学、比较法学、法律社会学。我国目前已经形成的应用法学包括宪法学、刑法学、民法学、商法学、知识产权法学、经济法学、刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政法与行政诉讼法学、劳动法与社会保障法学、环境与资源保护法学、国际法学、国际私法学、国际经济法学。商法学以商事法律规范的立法、执法和司法以及各种具体商事关系为研究对象,是典型的实践性的应用学科。

应用法学又称部门法学,以特定的法律部门为研究对象。每一独立的法律部门基本上都建立有对应的法律学科。与理论法学不同,部门法学与法律部门之间存在着密不可分的联系,法学学科基本上是以特定法律部门为基础形成的,法律部门的布局 and 构成基本上等同于部门法学的布局 and 构成。

(二) 商法学属于法学二级学科

依其内部的逻辑结构和层次,社会科学可划分为不同的层级。在整个社会科学体系中,法学属于一级学科,与哲学、政治学、经济学、社会学、历史学、文学、语言学、逻辑学等并列。在法学内部,按照层级结构又可分为二级学科和三级学科,商法学属于其中的二级学科,与宪法学、刑法学、民法学、商法学、经济法学、诉讼法学、国际法学等并列。在商法学之下,根据不同类型商事关系及其细分的法律领域,又可分为公司法、证券法学、海商法学、保险法学、破产法学、银行与金融法学、信托法学等三级学科。

(三) 商法学与民法学、经济法学密切联系

在各部门法学中,商法学与民法学有着最为特别的学科联系,这种联系源自商法与民法两个部门法之间特别的固有关系:在实质上,民法与商法二者同为调整市场经济关系的法律规范;在形式上,按照民法与商法是否分别制定法典,世界各国的立法体例形成了民商分立与民商合一两种基本模式;在学理上,商法多被认为是民法的特别法,也有人主张商法是完全独立的法律部门;在学科关系上,商法学与民法学的关系呈现出与民法和商法两个法律部门关系类似的发展轨迹,在法律部门民商不分的早期,并无专门的商法学,相应的研究自然是隐含在民法学之中,而随着近代商事立法从民法中的分离和商法典的制定,在一些国家,商法学也逐渐成为单独的法学学科。我国商法学与民法学的学科关系经历了渐进的演化过程。改革开放以来,民法学和商法学融为一体并以民法学的名称得以恢复发展,其后为全面反映该学科所包含的商法学的内容,民法学逐渐改名为民商法学。目前,无论在理论研究还是在实际学科设置管理上,都出现了将商法学与民法学分为两个独立学科的主张和做法。学科的定位和划分并非一成不变,随着我国民法和商法制度尤其是商事立法的丰富和发展,商法学已经成为与民法学平行的法律学科。

(四) 商法学的学科体系

与大陆法系和英美法系法律传统的巨大差异相对应,两大法系中商法学的学科体系也完全不同。同时,在大陆法系内部,由于各国商法立法体例的差异,商法学亦呈现出不同的学科体系。

① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社,2003年版,第4页。

总体来说,大陆法系国家传统商法学的体系除商法学的一般原理外,主要包括公司法、海商法学、票据法学、保险法学、破产法学几个部分。同时,基于商行为的特殊法律规则,也形成了关于买卖、行纪、运输、仓储、承揽、寄托、居间、行纪、交互计算等商事合同的原理。英美法系国家的商法学体系则更为灵活和广泛,其内容涵盖合同法、代理法、合伙法、公司法、商买卖法、竞争法、票据法、担保法、保险法、知识产权法、破产法、仲裁法等法律部门。^①

我国商法学的体系在大陆法系国家传统商法学的基础上,再增加现代商法各领域的内容,即除公司法(含独资企业与合伙企业法学)、保险法学、破产法学、票据法学、海商法学几个部分外,先后增加了证券法学、信托法学、期货法学、银行法学等新的商法分支学科。需要说明的是,尽管在学科体系和理论上,海商法学属于商法学最为传统的分支学科,但由于其所涉行业的特定性和更强的专业性,在目前的商法学教材体系中,大都没有将海商法编入其中,在课程教学安排中,通常也把海商法学与商法学分别开设。

与民法学等其他法学学科比较,商法学的学科体系表现出三个突出的特点:一是差异性,即不同法系、不同国家的商法学体系内容差异甚大;二是开放性,即商法学的体系并不封闭,结构并不固定,其随商事法律和商法理论的发展而不断调整;三是扩充性,即商法是市场经济中最为活跃的法律部门,随着新的业态和产业的不断创新和发展,相应的商法领域不断形成,商法学的体系也不断扩充和丰富,如现代商法学中的证券法学、投资基金法学和正在形成的电子商务法学。

三、商法学的功能和任务

法律科学的每个学科基于其特定的研究对象而具有不同的社会功能和任务,作为应用法学的商法学承担着以下特殊的功能和使命:

(一) 推动商法制度发展与完善,指导商事立法

商法制度的发展和完善主要通过商事立法实现,商事立法作为一种法律的实践活动,需要商法学理论的指导。科学立法、民主立法是确保立法质量的重要条件,理论先行是立法的一般规律和要求,对于商法学这种应用法学和部门法学来说,立法研究的任务和使命更为重要和突出。无论是对新的商法领域的全新立法,还是对既有商事法律的修订完善,都离不开商法学理论对相关法律问题的论证和支持。

商事立法的研究通常是一种前瞻性研究,它既立足现实,又着眼未来,对法律制度的发展给予方向性的启发和引导。商事立法研究具有突出的建设性,它不仅对落后、不合理的法律制度给予否定性的分析,更重要的是对于先进、合理的法律制度提出创新性和改进性的立法建议,为法律制度的发展完善进行理论的设计和论证。商事立法研究还具有鲜明的对策性,它往往将研究的焦点集中在立法中的重大、复杂、疑难问题上,针对具体的实际问题和法律规则,贡献实用性、可行性的立法应对方案。

商法学研究在我国商事法律制度形成和发展中发挥了重要的作用,从20世纪80年代外商投资企业法、私营企业条例的产生,到90年代公司法、证券法、破产法等制定,及至后来这些商事法律的修订,商法学界通过公开发表研究成果、提交系统的立法建议稿和直接参与立法过程等多种形式为商事立法贡献智慧,几乎所有重要的商事立法都经过了较为充分的商法学的理论分

^① 见董安生等编译:《英国商法》,法律出版社1991年版,第1-9页。

4 绪 论

析和论证,都吸收和反映了商法学研究的丰富成果。

(二) 阐释商法规范与原理,促进商事执法与司法

徒法不能自行,商事法律的实施必须通过商事执法和司法。正确理解和掌握商事法律的规定是正确执法和公正司法的前提条件,商法学在其中承担着重要的职能。规范研究是商法学作为应用法学的主要特点,它以商法领域的现实法律规范作为主要研究对象,解释商法规范中的概念和术语,说明法律条款的涵义和逻辑,阐述商法规范的制度价值和立法宗旨,分析商法规范实施和适用中的具体问题和解决方案等。这种规范研究本身既是对商法学基本原理的阐述和运用,同时又通过对法律规范的阐释不断地丰富和发展商法学原理。

商事立法的局限性决定了法律解释的重要作用。任何国家的商事立法都不可能事无巨细,将所有应予调整和规范的商事法律现象和问题都囊括其中。在这方面,大陆法国家成文法的局限性尤为明显。克服这一局限性的重要途径和手段是法律解释,即通过对现行商法规范的解释来对应分析各种纷繁复杂的具体问题,并为其解决提供法律依据。法律解释本身依其解释主体和效力的不同,分为立法解释、司法解释和学理解释,其中的学理解释正是商法学的职能。商法学对商法规范的学理解释,虽然不具有立法解释和司法解释的法律效力和司法适用效力,但依然对法律的实施和适用具有特殊的意义,对于立法解释和司法解释未能涉及的法律问题,商法学的学理解释可以起到重要的填补作用。即使对于立法解释和司法解释中已明确规定的问题或者对于立法解释和司法解释本身,仍需对其进行进一步的学理解释。如2005年我国《公司法》修订之后,最高人民法院就公司法的司法适用先后发布了四个司法解释性的文件,同时,公司法学的理论研究既有对公司法条款本身的学理解释,也有对公司法司法解释的学理性研究。

(三) 培养商事法治观念和意识,引导商事经营和市场行为

商事法治建设是完善现代市场体系不可或缺的组成部分。商事法治建设是整体性的系统工程,融商事法治理念、商事法治文化、商事法律规范体系于一体。商事法治理念是灵魂,商事法治文化是根基,商事法律规范体系是载体。商事法治建设的重要内容是树立商事法治理念、营造商事法治文化,以商事主体为中心,构建以平等、自治、效率、安全、公平、和谐、诚信、创新、开放为价值导向,主要依靠法律和规则健康运行的营商环境。

商法学在商事法治建设中有着不可替代的职能。商法学知识培育和强化商事主体的权利意识、义务意识、责任意识、诚信意识和风险意识,有效地引导从商经营行为,创造守法营商、公平竞争、诚实信用和交易安全的法治环境和商业文化。商法学高度重视商业诚信建设,注意培养商事主体的法律风险意识,实行公示公信原则,倡导商事主体自治和自律,培育契约精神,弘扬商业诚信和道德。

与法律规范对人们的作用和影响有所不同,商法学的知识和原理并不直接约束人们的商事行为,也不是处理商事法律问题的法律依据,但它通过知识的阐述和灌输,对社会成员的商业意识和商事行为产生着持久的、深远的影响。它是潜移默化的,是教化性的。商法学的知识被人们理解和接受之后,就不再只是一种外在的学科知识,而会内化为人的一种自我观念和意识。

(四) 丰富繁荣法学理论,培养造就法学人才

中国的法学理论是一个庞大的知识体系,商法学原理是其重要的组成部分。法学理论指导法治建设,法治建设的实践又在不断地丰富和发展法学理论。作为应用性的法学理论,民法学和商法学都是随着社会经济的发展而不断更新的知识体系。与中国市场经济和商事法律制度的开