



21世纪高等院校法学类系列规划教材

Faxuelei

商法

Shangfa

◎ 曹胜亮 曾斌 主编

华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>



21世纪高等院校法学类系列规划教材

商法

Shangfa

◎ 主 编 曹胜亮 曾 斌
◎ 副主编 段 葳 徐泽春

华中科技大学出版社
中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

商法/曹胜亮 曾 斌 主编. 武汉:华中科技大学出版社, 2008 年 8 月
ISBN 978-7-5609-4627-6

I. 商… II.. ①曹… ②曾… III. 商法-中国 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 086534 号

商 法

曹胜亮 曾 斌 主编

责任编辑:史永霞
责任校对:李 琴

封面设计:刘 卉
责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87545012

录 排:武汉市星明图文制作有限公司
印 刷:华中科技大学印刷厂

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:33

字数:822 000

版次:2008 年 8 月第 1 版

印次:2008 年 8 月第 1 次印刷

定价:49.00 元

ISBN 978-5609-4627-6/D·86

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

内 容 简 介

本书以科学发展观为指导,注意吸收商法学领域前沿研究成果,反映商事法制建设新观念,系统而简明地阐述了商法基础理论和具体商事法律制度。本书内容有六编,分别是商法导论、公司法、破产法、票据法、保险法和证券法。针对法学类各专业教学的实际需要,本书注重学生理论素养的培养和实践能力的提高,突显针对性、时代性、应用性和实用性,努力做到“好教好学好使”。

本书适用于普通高等院校法学专业和经管专业的教学用书,也适用于各类法律工作者自学和培训用书。

前 言

市场经济在一定意义上是法制经济。建立和完善社会主义市场经济体制的主要任务之一就是加快与市场化进程相一致的经济法制建设,建立完备、规范、公正的市场经济法律体系,以便从法律上保证我国经济体制改革的方向、成果和政策落实,使政府依法行政,确保社会主义市场经济的有序进行。

伴随着国家经济社会和民主法制建设的不断发展,特别是党的十五大提出依法治国和建设社会主义法制国家方略,社会对应用型法律人才的需求日益扩大,尤其是既懂法律又懂经济的人才更为抢手。最近,国家教育部已经将“商法”这门课程确定为法学类专业、工商类专业的核心课程之一。为了适应高等教育结构的调整,商法的教学和科研必须面向社会主义市场经济的发展,适应就业市场的实际需要,为此华中科技大学出版社特组织了一批具有硕士或博士学位以及副教授以上职称的一线优秀教师及法官、律师等具有丰富实践经验的法律工作者,根据他们多年的商法教学经验和实践体验,在借鉴了国内外杰出的商法专家学者的学术观点,参考了国内外的有关专著教材,注重理论联系实际,立足通俗易懂、曲径通幽,增强应用性和实用功能的基础上编写了这本教材,期望对商法的教学和商事法律实务有所帮助。

本书共分六编:第一编主要介绍商法的基础理论,包括三章,这部分内容在吸收以往研究成果的基础上,对其进行整合与重塑,突出结构合理、写作思路清晰、说理充分等特点;第二至六编分别为公司法、破产法、票据法、保险法和证券法。这部分内容紧扣社会实践,以法律条文为依据,依立法意图而展开,强调应用性、实用性、时代性和针对性。在每章末尾,对本章知识进行了系统的概括和总结,以帮助学生和读者对该章知识有系统的了解并易于抓住重点;附有关键中英文对照专业名词,以强化学生的法言法语;附有典型新案例和思考题,以帮助学生理解、消化课程内容。

本教材由曹胜亮、曾斌任主编,段蕙、徐泽春任副主编。全书由曹胜亮负责审读后总纂定稿。编写组成员分工如下(按写作先后顺序编排):

曾 斌 第1—3章

曹胜亮 第4—7章

段 蕙 第8、16章

欧灿辉 第9、28章

徐泽春 第10章

夏 敏 第11—14章

危 薇 第 15、20 章

李永波 第 17—18 章

钱 雯 第 19、24 章

田 恬 第 21—23 章

刘 金 第 25 章

廖崇霞 第 26—27 章

本教材在编写中借鉴吸收了理论界同行的观点和其他教材的精华,由于篇幅有限,我们无法一一注明出处,敬请谅解,在此一并致谢。

本教材的出版得到了华中科技大学出版社、湖北工业大学商贸学院、武汉科技大学、中南财经政法大学法学院、湖北美术学院、黄冈师范学院、江西师范大学、武汉警官职业学院、上海市浩信律师事务所、湖北省荆州市中级人民法院、武汉市商业银行、深圳市南山区委等单位领导和同志的大力支持,在此一并表示感谢。

编 者

2008 年 1 月

目 录

第一编 商法导论

第一章 商法概论	(2)
第一节 商的界定	(2)
第二节 商法的编制体例	(3)
第三节 商法的概念	(6)
第四节 商法的特征和原则	(8)
第二章 商法的演进	(16)
第一节 商法的起源及形成	(16)
第二节 大陆法系商法	(18)
第三节 英美法系商法	(21)
第四节 我国商法的演进	(27)
第三章 商法的基本范畴	(32)
第一节 商主体	(32)
第二节 商行为	(43)
第三节 商事登记	(52)
第四节 商业名称	(62)
第五节 商事账簿	(70)

第二编 公司法

第四章 公司的概述	(79)
第一节 公司的法律界定	(79)
第二节 公司的历史沿革	(86)
第三节 公司的基本分类	(89)
第五章 公司法的概述	(93)
第一节 公司法的概念与性质	(93)
第二节 公司法的地位与作用	(96)
第六章 公司法的基本制度	(99)
第一节 公司的设立制度	(99)

第二节	公司的人格法律制度	(103)
第三节	公司的章程制度	(114)
第四节	公司的资本制度	(117)
第五节	公司的变更制度	(122)
第六节	公司的解散与清算制度	(125)
第七章	有限责任公司	(131)
第一节	有限责任公司的法律界定	(131)
第二节	有限责任公司的设立	(133)
第三节	有限责任公司的股东	(138)
第四节	有限责任公司的资本	(140)
第五节	有限责任公司的组织机构	(147)
第六节	一人有限责任公司和国有独资公司	(153)
第八章	股份有限公司	(158)
第一节	股份有限公司的法律界定	(158)
第二节	股份有限公司的设立	(161)
第三节	股份有限公司的股东	(168)
第四节	股份有限公司的资本	(169)
第五节	股份有限公司的组织机构	(169)
第六节	股份有限公司的股份发行和转让	(176)
第九章	公司债券和财务会计制度	(183)
第一节	公司债券的法律界定	(183)
第二节	公司债券的发行和转让	(186)
第三节	财务会计制度	(187)

第三编 破产法

第十章	破产法概述	(191)
第一节	破产概述	(191)
第二节	破产法的概念及立法准则	(193)
第三节	破产法的历史沿革	(197)
第十一章	破产实体法	(207)
第一节	破产能力	(207)
第二节	破产原因	(211)
第三节	债务人财产	(216)
第四节	破产债权	(220)
第五节	破产关系中的其他财产权	(224)

第十二章 破产程序	(232)
第一节 破产程序的开始	(232)
第二节 破产程序中的机构	(236)
第十三章 破产重整	(242)
第一节 破产重整概述	(242)
第二节 破产重整程序的开始	(245)
第三节 破产重整计划	(246)
第十四章 破产和解制度	(251)
第一节 破产和解制度概述	(251)
第二节 破产和解的程序	(255)
第十五章 破产清算	(263)
第一节 破产宣告	(263)
第二节 变价和分配	(264)
第三节 破产程序的终结	(266)

第四编 票据法

第十六章 票据与票据法概述	(270)
第一节 票据概述	(270)
第二节 票据法概述	(273)
第十七章 票据法的基本问题	(276)
第一节 票据法律关系	(276)
第二节 票据行为	(279)
第三节 票据权利	(283)
第四节 票据抗辩	(288)
第五节 票据的伪造、变造、更改和涂销	(292)
第十八章 汇票	(297)
第一节 汇票概述	(297)
第二节 汇票的出票	(299)
第三节 汇票的背书	(303)
第四节 汇票的承兑	(310)
第五节 汇票的保证	(314)
第六节 汇票的付款	(319)
第七节 汇票的追索权	(324)
第十九章 本票和支票	(332)
第一节 本票	(332)
第二节 支票	(335)

第五编 保险法

第二十章 保险与保险法概述	(342)
第一节 保险概述	(342)
第二节 保险法概述	(345)
第二十一章 保险合同总论	(353)
第一节 保险合同的性质、特征和分类	(353)
第二节 保险合同的订立	(356)
第三节 保险合同的履行	(364)
第四节 保险合同的效力变动	(367)
第二十二章 财产保险合同	(372)
第一节 财产保险合同概述	(372)
第二节 财产损失保险合同	(374)
第三节 运输工具保险合同	(377)
第四节 货物运输保险合同	(380)
第五节 责任保险合同	(382)
第六节 信用保险合同和保证保险合同	(388)
第七节 农业保险合同	(390)
第八节 海上保险合同	(391)
第二十三章 人身保险合同	(396)
第一节 人身保险合同概述	(396)
第二节 人寿保险合同	(400)
第三节 意外伤害保险合同	(408)
第四节 健康保险	(410)
第二十四章 保险业法	(414)
第一节 保险业法概述	(414)
第二节 保险公司	(415)
第三节 保险经营规则	(423)
第四节 保险中介人	(427)
第五节 保险业的监督管理	(431)

第六编 证券法

第二十五章 证券法概述	(438)
第一节 证券的概念、种类和特征	(438)
第二节 证券法概论	(441)

第三节	证券法的基本原则·····	(444)
第二十六章	证券发行·····	(449)
第一节	证券发行概论·····	(449)
第二节	证券发行的条件·····	(454)
第二十七章	证券市场主体法律制度·····	(465)
第一节	证券发行人与证券投资者·····	(465)
第二节	证券公司·····	(467)
第三节	证券登记结算机构·····	(470)
第四节	证券交易所·····	(472)
第五节	证券业协会·····	(474)
第六节	证券监督管理机构·····	(476)
第二十八章	证券上市及交易·····	(480)
第一节	证券上市·····	(480)
第二节	证券交易·····	(486)
第二十九章	上市公司收购·····	(494)
第一节	上市公司收购概述·····	(494)
第二节	上市公司收购的主体和客体·····	(498)
第三节	上市公司收购的主要制度·····	(501)
第三十章	证券法律责任制度·····	(506)
第一节	证券法律责任概述·····	(506)
第二节	违反证券法的法律责任·····	(507)
参考文献	·····	(515)

商法导论 第一章

商法导论 第一章

文会子编

第一编

商法导论

第一章 商法概论

第一节 商的界定

一、商的含义

一般而言，“商”的含义总是与产品的生产、流通、分配和消费等活动联系在一起。在现代社会，“商”的主要含义有三：一般意义上的商、经济学意义上的商和法学意义上的商。

一般意义上的商是指人们就物的生产、流通、分配和消费而产生的关系，是最广泛意义上的“商”；经济学意义上的商是对现代社会生产过程中某一部分经济活动（即商品流通活动）的理论概括，是指以营利为目的，直接媒介财货交易的行为，换言之，商即界于农工业者等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，从中获取利润的行为，所以，经济学意义上的商仅指物质财富的流通和分配活动，而不包括物质财富的生产活动；法学意义上的商则指物质财富的流通活动、分配活动以及生产活动，法学意义上的商比经济学意义上商的含义要广泛。

本书主要在法学意义上讨论商的含义，应注意的是，虽然法学意义上的商不仅包括流通领域，也包括生产领域，但是，它并不是指所有的生产和流通行为。只有在生产与流通和经营联系在一起，即生产和流通是为了一定的营利目的而进行时，才被视为法学意义上的商。从法律角度理解商，重点不在于商的方式，即是否处于生产和流通，而在于理解商的目的，即是否属于营利活动，以及商的主体资格，即从事这种营利性活动的人是否具有法律所赋予的能力^①。

二、商的发展变化

随着社会和经济的发展，商的主体、客体和行为范围也逐渐得到拓展。

早期的商的主体以自然人为主，现代的商的主体则是自然人、法人和非法人组织并存；商的客体则从最初的有形动产发展到有形动产、有形的不动产和无形财产；另外，商的行为范围也从固有商行为，即在早期商的客体范围仅限于有形动产

^① 范健．商法 [M]．第1版．北京：高等教育出版社，2000.5.

时,商人为了谋求差价的买卖动产的行为发展到非固有商行为。非固有商行为包括第二类商行为、第三类商行为和第四类商行为。第二类商行为亦称辅助商,是间接地以媒介货物交易为目的的营业活动。它是某种辅助固有商营业得以实现的商事行为,如货物运送、仓储、居间、代理、行纪、包装等;第三类商行为是指虽不具有直接或间接媒介货物交易之行为目的,但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的营业活动,如银行、融资、信托、承揽、运送、制造、加工、印刷、摄影营业等;第四类商行为是仅与辅助商或第三类商有牵连关系的营业活动,如广告宣传、人身与财产保险、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、信息咨询等,当然,此种商事营业与固有商的联系已极为间接。

三、法律对商的范围的界定

有关国际条约及许多国家的法律对商的范围都做了规定。我国的相关规定主要体现在《企业法人登记管理条例实施细则》中,其中第二条对商的范围做了规定:农、林、牧、渔、水利业及其服务业;工业;地质普查和勘探业;建筑业;交通运输业;邮电通信业;商业;公共饮食业;物资供销业;仓储业;房地产经营业;居民服务业;咨询服务业;金融、保险业;其他行业。

第二节 商法的编制体例

在现代社会,法律被分为私法和公法。商法和民法是私法中的两大法域,两者有着十分密切的关系。如何认识和处理商法与民法的关系,即私法的划分问题——私法是仅指民法还是包括民法和商法,这取决于国家所采取的私法体制。

私法体制涉及私法统一性问题和私法二分法问题。私法统一性是指民法和商法统一规定在民法典之中,在民法典之外不再制定单独的商法典,民法成为私法的唯一表现形式;私法二分法是指民法和商法分别独立,既制定独立的民法典,也制定独立的商法典,民法和商法同时成为私法的表现形式。私法统一性的问题实际上就是民商合一的编制体例问题,私法二分法的问题也就是民商分立的编制体例问题。在现代市场经济国家中,有采用民商分立体制的国家,也有采用民商合一体制的国家。在民商分立体制中,商法是私法领域中独立于民法之外的一个部门法;在民商合一体制中,商法则为民法的特别法。

一、民商合一

所谓民商合一,是指由民法统率商法,在民法典中吸收基本商事规范,于民法典外不制定商法典,只根据需要制定单行商事法律的立法体制。采取此种立法模式的国家认为,民事法律关系和商事法律关系虽然存在某些区别,但是此种区别并非十分严格,一般的商事法律关系仍然由民法典调整,仅仅对某些特殊的商事法律关系才由特殊的单行法律来调整,这些特殊的单行法律是民法的特别法。所以,采用民商事法合一立法模式的国家,只制定民法典,而不制定商事法典。

它们把商事法的有关内容看做是民法的重要组成部分，或制定于民法典，或制定单行法。在法典化国家中，采用民商合一体制的国家有瑞士、意大利、前苏联等。

在民商合一体制下，商法被认为是从属于民法的法律，商人被看做民事主体的组成部分，商事行为被看做民事行为的组成部分。民法和商法之间是普通法与特别法、基本法与补充基本法的单行法规之间的关系。具体表现在以下几个方面。第一，民法的所有权制度是对从事商事活动的正常条件的一般规定。凡是商品货币以及它们的转化形式都不过是所有权的取得与让渡。公司的财产权的确认行使，股票的发行，对股票的权利，作为商品所有权凭证的票据的保护，财产的投保与保险金的支付，破产后财产的清算等，都要适用民法关于财产所有权的一般规定。第二，民法的主体制度是对商事活动的主体资格的一般规定。公司只不过是民法中典型的法人形式，公司法律地位的确认，公司的权利能力和行为能力，公司的财产责任等，都不过是法人制度的具体化；票据法中关于票据行为的能力，票据权利的取得和行使，票据行为的代理等，都要适用民法的主体制度的规定。第三，民法的债权制度是关于商事交易活动的一般规定。票据制度不过是债权制度的特殊表现形式，票据权利的设定、转移、担保证明以及付款和承兑等，都是债权制度的具体化；保险制度也是债权制度的发展，保险合同是民法中的典型合同，适用民法关于合同的一般规定。此外，票据法、保险法、海商法中短期诉讼时效的规定，是民法诉讼时效的补充；公司活动的代理、票据和保险行为的代理，亦是对民法关于代理制度的补充。

二、民商分立

所谓民商分立，是指在立法形式上，于民法典之外制定商法典以规范商事组织和调整商事关系的立法体制。采取此种立法模式的国家在民商事活动中严格区分民事法律关系和商事法律关系，认为民事法律关系应当由民法典调整，而商事法律关系则应当由商事法典调整，因此，这些国家既制定了单独的民法典，又制定了单独的商事法典。在法典化国家中，采用民商分立体制的国家有法国、德国、日本、比利时、西班牙、葡萄牙等。此外，意大利最初采用民商分立体制，后来采用民商合一体制。

在民商分立体制下，商事主体被看作不同于一般民事主体的法律主体，商事行为被看做不同于一般民事行为的法律行为，商法是独立于民法的一个部门法。在民商分立体制下，商法与民法的区别主要表现在两个方面。第一，商法与民法虽然都调整商品经济，但各有其侧重。民法不分商人与非商人，通过对自然人、法人的一般规定和对物权、债权的法律规定，为市场经济的发展提供一般法律和对商品经济进行一般的法律调整。商法则从商个人和商法人出发，通过对商个人、商法人及其营利性营业活动的规范，从商人的营业角度对市场经济关系进行法律调整。第二，商法由其商人法的历史沿革所决定，只调整商品经济关系，不调整其他民事关系；而民法由其市民法的历史沿革所决定，除调整商品经济关系外，还调整其他一些民

事关系。^①

但是,民商分立只是历史的产物,它不符合法律之间的协调配置,原因有以下几点。

首先,商法的出现只是历史的产物,商法典也就只能成为历史的遗产。近代商法是在公元11世纪前后,随着欧洲商业的兴起而发展起来的。在这一时期,为了脱离封建领主的司法管辖权及宗教势力的支配,商人们组成了基尔特团体。该团体拥有自治权和裁决权,形成了维护商人特殊利益的商人习惯法。又因为商人是政府的财力支持者,商人习惯法也得到了国家法律的确认。于是就形成了在民法之外还有商法独立存在的局面,这也是后来欧洲大陆国家民法、商法分别法典化而导致民商分立的原因。

其次,随着商品经济的发展,传统的商法典已无法证明它能形成一种严谨的客观标准体系。从商法产生与发展的过程不难看出:商法主要是为了维护商人的特殊利益而产生的,随着“法律面前人人平等”法律原则的确立,商人的特权也逐渐被取消,商人的特殊利益已不复存在,商法已失去了作为一个独立部门法的基础。^②

再次,今天由商法调整的许多问题都能够也都应该由民法来调整,因为把这些问题限制在商人或企业的范围内是不合理的。举例说,虽然《德国商法典》对商事代办权作了详尽规定(商法典第五十四至五十八条),但是它同民法典调整的代理权(民法典第一百六十七条)的差异是微不足道的。商法典有关交互计算的规定也几乎只具有民法性质。商法典中有关行纪、运输、仓储的规定,本来也完全可以放在民法、债法的特别章节中加以规定。

最后,民法法系的现代趋势是朝着法典统一,包括商法典和民法典统一的方向发展。这项工程对于意大利来说,已于1942年竣工,对于荷兰来说,从1934年起就实现了民商的实质统一,规定商法典的条款适用于所有的人与一切行为。在改革《法国民法典》运动因为其他原因而暂时停止以前,法国也考虑过同样的工程。目前在德国它也成为一热门话题。这一趋势本身表明有关商法与私法其余部分的分界线的一些解释的薄弱点。目前对这一趋势最简单的解释是,商法和民法都有相同形式的渊源,即它们各自的法典,它们之间历史上存在的鸿沟不太明显了。另外,由于它们的法律性质和作用差异不大,所以,论证它们之间区别的争辩就不怎么强烈了。^③

三、小结

在民商合一的大背景下,我们也应注意到,虽然民法法系的现代趋势是朝着民商合一的方向发展,且民商合一无疑将提高法律的清晰度,对完善民法的理论体系

① 覃有土. 商法学[M]. 第4版. 北京: 中国政法大学出版社, 2007. 62~63.

② 马俊驹, 余延满. 民法原论. 第2版. 北京: 法律出版社, 2005. 10. 20.

③ [美] 艾伦·沃森著. 民法法系的演变及形成[M]. 第1版. 李静冰译. 北京: 中国法制出版社, 2005. 221.

也将不无裨益。但能否尽如人意呢？这个问题也令人疑虑。因为，一方面现在典型民商分立的国家已经把许多本来由商法典调整的内容，如股份公司法 and 有限责任公司法从商法典中取消。如法国 1966 年公布了《公司法》，关于公司的规定整个从商法典中取消。德国现在关于公司的法律主要是两个单行法，一个是《股份公司法》，一个是《有限公司法》。在《德国商法典》中，关于公司的规定现在只存在无限公司和两合公司的制度。另外，其他的单行商法规定也很多，如保险、海上运送在德国与法国都有单行法。所以，在德国、法国这两个最典型的民商分立的国家，商法典都已支离破碎，这体现出商法领域特别法法典化正呈上升趋势。另一方面法律一体化的趋势也不应被忽视。早在 1980 年，《联合国国际货物买卖合同公约》就对国际商事交易中常见的商事买卖作了规定。这样，民商分立国家的民法典和商法典中的买卖法就在很大程度上都不再适用了。^①

第三节 商法的概念

商法是商人法。这一点无论从其源流还是从其法律构成上都可见到。历史上，商法是从商人间有效的习惯和交易惯例中不断发展而来的。

现代意义上的商法，是调整市场经济关系中商人及其商事活动的法律规范的总称。

商法可作如下分类。

一、形式意义上的商法与实质意义上的商法

（一）形式意义上的商法

就民商分立的国家所制定的并冠以“商法典”之名的法律而言，法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等都先后制定了商法典。

形式意义上的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构，以法律文件的表现形式即商法典作为商法概念的界定基础。不过，由于各国法典编纂的原则不同，形式意义上的商法典又表现为不同的具体形式，主要分为三大类。

（1）以商人为主观主义原则作为立法基础而构造商法典（主观说）。德国为其典型代表，其商法典原有四篇：商事、商事公司及隐名合伙、商行为、海商。现行《德国商法典》已有较大改变，不仅其体系结构，而且其商人中心主义原则都有所突破。

（2）以商行为为中心的客观主义原则作为立法基础而构造商法典（客观说）。法国是典型代表，其商法典有四篇：通则、海商、破产、商事法院。

（3）以商人和商行为共存的折中主义原则作为立法基础而构造商法典。日本是典型代表，其商法典分为四篇：总则、公司、商行为、海商。

^① [德] 沃尔夫冈·塞勒特著，从德国商法典编纂历史看德国民商法之间的关系，见范健等主编，中德法律继受与法典编纂，邵建东，焦美华译，北京：法律出版社，2000。