



商 法

王保树 主编
朱慈蕴 副主编

当代世界出版社

商 法

王保树 主 编
朱慈蕴 副主编

当代世界出版社

责任编辑 康 帅 李志萍

封面设计 周国强

版式设计 尹 植

图书在版编目 (CIP) 数据

商法/王保树主编. —北京: 当代世界出版社,
2003.6

ISBN 7-80115-657-9

I. 商… II. 王… III. 商法-法的理论-中国
IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 047509 号

当代世界出版社出版发行

(北京市复兴路 4 号 邮编: 100860)

合肥杏花印务股份有限公司印刷 新华书店经销

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 16 字数: 414 千字

2003 年 6 月第 1 版 2005 年 11 月第 3 次印刷

定价: 20.90 元

ISBN 7-80115-657-9/D·170

属印装质量问题印厂负责调换

联系电话: (0551) 5657630 5657388

说 明

《商法》以马克思主义法学理论为指导，立足于我国现行的商法制度，结合我国商事立法和商事法律适用的实践，对商法理论进行了深入浅出的阐述。在编写过程中，作者参考和吸收了国内外有关论著和研究成果，力求结构合理，阐述准确，层次清晰，简明通俗。本书适合于党校、行政学院、高等院校和其他成人高等教育有关专业教学使用。

本书由中国法学会商法研究会会长、清华大学法学院博士生导师王保树教授主编。参加编写的人员有（按编的顺序）：王保树（第一编）；朱慈蕴（第二编）；陈甦（第三编）；姜建初（第四编）；李玉泉、李祝用（第五编）。

书中如有不妥之处，请读者指正，以便进一步修订。

当代世界出版社

中共中央党校函授学院

2004年10月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	1
第一节 商法的意义	1
第二节 商法的地位	2
第三节 商法的主要特点	6
第四节 近代商法和现代商法的发展	8
第二章 商法的基础	17
第一节 商事主体	17
第二节 商事行为	22
第三节 营业	26
第四节 商号和商事登记	35

第二编 公 司 法

第三章 公司与公司法概述	43
第一节 公司概况	43
第二节 对公司制度的历史考察	60
第三节 公司法概述	70
第四章 公司的一般规定	77
第一节 公司的设立	77
第二节 公司章程	85
第三节 公司资本	91
第四节 公司的权利能力和行为能力	97
第五节 公司股东与股东权	103

第五章 有限责任公司	110
第一节 有限责任公司的概念和特征	110
第二节 有限责任公司的设立	112
第三节 有限责任公司的组织机构	119
第四节 国有独资公司	127
第六章 股份有限公司	131
第一节 股份有限公司的概念和特征	131
第二节 股份有限公司的设立	132
第三节 股份有限公司的组织机构	138
第四节 股份有限公司的股份发行与转让	149
第五节 上市公司	154
第七章 有限责任公司和股份有限公司的共同规定	157
第一节 公司债券	157
第二节 公司财务与会计	161
第三节 公司的变更、合并与分立	167
第四节 公司的解散和清算	170
第八章 外国公司的分支机构	174

第三编 证 券 法

第九章 证券与证券法概述	184
第一节 证券的意义	184
第二节 证券法概述	192
第十章 证券发行制度	199
第一节 证券发行制度概述	199
第二节 证券发行审核制度	203
第三节 证券发行的一般程序	206
第四节 证券承销	211
第十一章 证券交易制度	219
第一节 证券交易制度概述	219

第二节	证券上市	228
第三节	禁止的交易行为	234
第十二章	信息公开制度	240
第一节	信息公开制度概述	240
第二节	信息公开的实施	242
第三节	信息公开的法律责任	248
第十三章	上市公司收购	253
第一节	上市公司收购概述	253
第二节	上市公司收购制度的基本内容	255
第十四章	证券交易所与证券业机构	260
第一节	证券交易所	260
第二节	证券公司	265
第三节	证券登记结算机构	270
第四节	证券交易服务机构	272
第十五章	证券市场监管体制	275
第一节	证券监督管理机构	275
第二节	证券业协会	277

第四编 票 据 法

第十六章	票据与票据法概述	280
第一节	票据与票据法	280
第二节	票据关系与非票据关系	288
第三节	票据行为	297
第四节	票据瑕疵与票据丧失	304
第五节	票据权利和票据抗辩	309
第六节	空白授权票据	317
第七节	票据时效和利益返还请求权	319
第八节	涉外票据的法律适用	323
第十七章	汇票	327

第一节	出票	327
第二节	背书	334
第三节	承兑	346
第四节	票据保证	350
第五节	付款	354
第六节	追索权	359
第十八章	本票与支票	369
第一节	本票	369
第二节	支票	372

第五编 保 险 法

第十九章	保险与保险法概述	378
第一节	保险概述	378
第二节	保险法概述	383
第二十章	保险法的基本原则	390
第一节	坚持保险与防灾防损相结合的原则	390
第二节	最大诚实信用原则	393
第三节	保险利益原则	400
第四节	损失补偿原则	406
第五节	近因原则	408
第二十一章	保险合同概述	411
第一节	保险合同的定义、分类和性质	411
第二节	保险合同的主体、客体	421
第三节	保险合同的内容	425
第四节	保险合同的订立	432
第二十二章	财产保险合同	437
第一节	财产保险合同的定义和分类	437
第二节	财产保险合同的主要内容	441
第三节	财产保险合同的效力	445

第四节	财产保险合同的变更和终止	452
第五节	保险代位求偿权	455
第二十三章	人身保险合同	460
第一节	人身保险合同的概念和分类	460
第二节	人身保险合同的常见条款	464
第三节	人身保险合同中的受益人及保险金的给付	469
第二十四章	保险业法概述	474
第一节	保险业法的概念、性质和作用	474
第二节	保险监管机关和监管方式	477
第二十五章	保险组织的管理	481
第一节	保险组织的形式	481
第二节	保险组织的设立和变更	485
第三节	保险组织的破产、解散和清算	490
第二十六章	保险经营的管理	495
第一节	保险经营的范围、方式	495
第二节	最低偿付能力和保险准备金	497
第三节	保险资金的运用	499
第四节	再保险经营和对本国保险市场的保护	500

第一编 商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的意义

一、商法的概念

商法是调整商事关系的法律规范的总和。它不仅可以存在于商法典中,也可以存在于其他有关商事的法律、法规之中。在市场经济条件下,由于商事关系的存在,必须有对其进行调整的商法。因而可以断言,一个国家可以没有商法典,但不可能没有关于商事的法律、法规。而只要有关于商事的法律、法规,就一定有存在于其中的商事法律规范,这些规范的总和便是商法。所以,实行市场经济体制的国家都有自己的商法。当然,这绝不意味着商法等同于商事法律、法规,而只是这些法律、法规中的商事法律规范才构成商法。

商法有广义和狭义之别。广义的商法,指关于商事法规的总称,可细别为国际商法和国内商法。前者,指国际法上关于商事的公约、条约和国际商事习惯法;后者,指国内有关的商事法律规范,可细别为商事公法和商事私法。商事公法指公法中关于商事的法律规范,散见于公法性的法律、法规之中。商事私法指私法中关于商事的法律规范。狭义的商法,仅指国内商法中的商事私法。一般商法学中所说的商法是指狭义的商法。但是,商事权利也需要某些必要的公法保护形式与发挥主导作用的私法保护形式紧密配合,

以实现其有效的保护。因此,商法学也必定涉及商事公法的问题。

二、商法的调整对象

如上所述,商法是调整商事关系的法律规范的总和。因此,商法的对象是商事关系。商事关系的特点是:

1. 商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。在社会生活中,社会经济关系的主体是多种多样的,但无非是两种主体,即私法上的主体和公法上的主体。无疑,商事主体是私法上的主体。商事关系只能发生在平等的商事主体之中。

2. 商事关系是商事主体基于营利动机而建立的。商事关系种类繁多,但任何一种商事关系都反映着商事主体的营利动机。所谓营利,即为了谋取超出资本的利益并将其分配于投资者的行为。商事关系只可能在商事主体为了实现这一目的之中建立。

3. 商事关系仅发生在持续的营业之中。无疑,上述广泛的商事活动可以随时发生。但相当多数的商事活动是偶尔发生的,它并不表现为持续性,因而不会产生商事关系。而有些商事活动是反复进行的,它已成为商事主体的一种营业。所谓商事关系,只能发生在这种营业之中。其中,大多发生在企业经营中。

第二节 商法的地位

一、商法是法律体系中的独立法域

(一) 商法是以商事关系为调整对象的法律部门

我国社会主义法律体系是由众多法律部门构成的,商法是其中重要的法律部门之一^①。之所以如此,是因为商法有其自己的

^① 沈宗灵:《再论当代中国的法律体系》,《法学研究》,1994年第1期。

调整对象——商事关系。并且，商事关系有如前述的独有的特点。所以，商法部门能区别于其他部门法而独立存在。商法独立存在的价值还在于它有独特的调节机制——营利调节机制。虽然，商法的制度繁杂，其内容涉及方面颇多，但维护自然人和企业的营利则是其重要宗旨。因此，商法具有其他部门法所没有的营利调节机制。如我国公司法规定的股份有限公司、有限责任公司，海商法规定的船舶以及其他商事基本法的大部分规定，都保护自然人和企业自由经营，并使其充分利用票据、股票、债券、保险等手段，以达到营利的目的。无疑，商法的营利调节机制并不是保证每一个商事主体都获利，而只向所有依法经营的商事主体提供公平获利并将其合理地分配于投资者的一般性条件。显然，这一机制是适应市场经济发展要求的。

（二）商法是一个重要的私法领域

多种不同的法律部门是由多种不同的法律规范构成的，但是，就其根本属性而言，将其区分为公法和私法是有重要意义的。前者，调整非平等主体之间的社会关系即国家与个人之间的关系，以确认公权并使其服从于法律规制为根本任务；后者，调整平等主体之间的社会关系即个人之间的关系，以确认私权并保证实现为己任。商法的规范对象主要是企业，并调整它们之间的商事关系，因而属于私法领域。

（三）商法是一个渗透着公法因素的私法领域

19世纪末20世纪初，世界经济发展中出现了一些非同以往的因素。其中，一些发达资本主义国家社会经济生活中的垄断、不正当竞争和侵害消费者利益的行为尤其引人注目。一方面，它向人们表明，商事主体依照民法、商法规定的意思自治、契约自由等原则实施的商事行为，如果出于不当的动机，有时也可能走向民法和商法所维护的竞争秩序的反面；另一方面，它也向人们表明，商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的。虽然，商事权利主要依靠私法保护手段，这是具有根本意义的，但

是，也需要政府必要的适度干预，以某些公法保护形式予以辅助。所以，当今各国的商法“虽以私法规定为其中心，但为保障其私法规定之实现，颇多属于公法性质的条款”^①。例如，法国公司法（第 55—65 条）和德国商法（第 15 条）关于公司登记的规定；日本商法关于商业登记的规定（第 12 条）；我国公司法关于公司登记和设立股份有限公司、外国公司分支机构需经审批的规定（《公司法》第 27、77、96、200 条），关于对违反公司法的行为进行行政处罚和刑事处罚的规定（《公司法》第 206—214 条、第 216—226 条）。凡此种种，都显然带有公法的性质。

二、商法与民法、经济法的关系

（一）商法与民法的关系

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。民法是对私人法律关系作出规定的一般法，商法是对商事法律关系作出规定的特别法，两者是一般法和特别法的关系。

近代以来，尤其是现代经济生活中，以企业为中心形成了许多特殊物质生活领域，从而也出现了许多特殊的社会关系即商事关系。这些关系的调整需求，要求有一些特殊规定予以满足。而这些特殊规定，无论从形式意义上还是从实质意义上，都不可能完全在作为一般法的民法的框架内完成，需要以特别法的形式实现，这就是商法出现于法律体系的必要。所谓商法的特别规定，主要者有三：

1. 对民法个别规定的补充、变更。如商法关于商事时效和法定利息的规定。

2. 对民法一般制度的特殊化规定。如商法关于公司的规定就是对民法中法人制度的特殊化规定，或言之，它是为了实现企业法人制度作出的更具体的规定；又如运输、仓储的有关规定，

^① 张国健：《商事法论》，台湾三民书局 1980 年版，第 20 页。

就是对民法债权的具体化、特殊化规定。

3. 创设民法所没有的特殊制度。如商法关于商号、商业账簿和共同海损的规定。

遇有商事事项，在法律适用上应遵守以下原则：

1. 民法的一般适用和补充适用。在商事关系的调整中，民法的一般适用是一个重要原则。诸如权利能力、行为能力、诚信原则和契约自由原则等，都应无一例外地适用于商事事项。同时，凡商法对某些商事事项未设特别规定者，民法的规定均可补充适用。

2. 商法的适用先于民法。如前述，商法是民法的特别法。依照一般法和特别法的关系，特别法的适用应先于一般法。凡有关商事的事项，应首先适用商法。如商法未予规定者，则依照前述的民法补充适用原则，适用民法的有关规定。如公司的设立和运营，公司法的适用应先于民法关于法人制度的规定等。

3. 商法的效力优于民法。商法和民法虽都属于私法，但商法规定的事项并不仅限于私法的范围。如公司法关于程序的规定，公司法、票据法、保险法和海商法关于商事登记、行政处罚、刑事处罚的规定等，都涉及行政法、刑法、诉讼法。此类规定，其效力优于民法。

(二) 商法与经济法的关系

19 世纪末 20 世纪初，适应社会经济发展的需要，产生了经济法。德国学者率先对其研究。此后，商法和经济法的关系便成为学术界研究的课题。有所谓商法和经济法合一说，即认为商法和经济法都是以企业为对象的，对两者持“合一”或总和把握的见解^①。有所谓商法和经济法分离说，即认为商法和经济法的理念、机能是不同的，前者以个别经济主体的利益为基础，调整其间的利益关系；后者以国民经济利益为基础，着眼于超个别经济

^① [日] 户田修三、中村真澄：《商法总则·商行为法》，青林书院 1984 年版，第 23 页。

主体利益的整体的调整，因而商法和经济法应分作两个法域，商法仍应独立存在^①。上述学说，各持其理，不能笼统地肯定或否定。首先，应肯定其两者的共同性：（1）商法和经济法都是规范有关企业经济活动的法律部门。（2）两者的性质有共同之处，经济法调整经济生活，包括维护市场秩序和对国民经济进行宏观调控，均须借助国家公权力，因而在某种意义上属公法性质；商法虽在总体上属私法性质，但一方面保护其企业的权利，另一方面又需要政府运用公权力对企业进行监督，因而也含有某种公法因素。但是，两者的差别是极为明显的：（1）商法和经济法的调整范围不同。商法虽以企业为对象，但仅调整商事关系即企业经营关系；经济法则不同于商法，它仅调整因政府适度干预企业经济活动而发生的经济关系。（2）商法和经济法分别采取不同的调节机制。前者同民法一样，主要确认个体（包括自然人和法人）自我调节机制，即强调意思自治、当事人地位平等；后者确认社会整体调节机制，即政府以全社会的名义对国民经济整体进行调节。（3）商法调整和经济法调整所追求的利益各异。前者侧重保护个体即商事主体的合法利益，或言之，保证商事主体以合法手段实现其营利目的；后者侧重维护社会整体利益，旨在建立公平的竞争秩序，为所有商事主体创造平等进入市场和公平竞争的条件。所以，上述商法和经济法分为两个法域的学说是可取的。

第三节 商法的主要特点

一、营利的特性

商法以规定商事主体和商事行为为己任。而这些规定的本

^①〔日〕户田修三、中村真澄：《商法总则·商行为法》，青林书院1984年版，第23页。

质，集中地表现为规范营利行为。商法和民法虽同为私法，都是规定私权的，并有共同的理念，但是，两者的具体性质不同。民法侧重于保护民事主体的一般利益，商法则侧重于保护自然人和企业的营利。无疑，商法的营利性并不表现为指导人们如何营利，而在于以法律制度构造自身营利的统一有机体；或者以法律制度规范以营利为动机的商事行为。如公司法规定的公司，海商法规定的船舶，证券法规定的证券交易，金融法规定的法定利率，都表现了商事法的营利性。

二、确认企业维持的制度

所谓企业的维持，即指企业作为健全的组织体的存续和发展，它是贯穿整个商法的基本精神。企业是国民经济的基本单位，它的存续和健康地发展，是整个国民经济持续、稳定发展的基础。企业的破产、解散，不仅是企业自身的经济损失，而且对劳动者、消费者和地区社会经济都有直接或间接的影响，甚至对整个国民经济也有产生重大影响的可能性。所以，商法一直致力于发挥企业集中人力、物力、财力的机能，并致力于防止因企业的破产、解散造成不必要的损失。企业的维持，不仅是商法的一个原则，而且体现在商法的各项具体规定之中。

三、确认交易顺利、可靠、安全的原则

市场的发展是瞬息万变的，企业交易的顺利和可靠是它达到营利目的的重要条件。因此，商法的一项重要任务是确认交易顺利、可靠、安全的原则。并且，这已成为它的一个特点。为了体现交易的顺利和可靠，商法实行企业交易的快速主义、商事交易的公示主义、要式主义、外观主义、严格责任主义和法的确实主义。

四、组织法与行为法相结合

商事组织是商事交易的基础，而商事交易是商事组织设立的

目的。因此，商事组织和商事交易都不可避免地成为商法的规范对象，并使商法既具有组织法的一面，又具有行为法的一面。前者，如公司法的规定，证券法、海商法、保险法的部分规定；后者，如票据法的规定，证券法、海商法、保险法的大部分规定。两者的结合，则构成了商法的又一个特点。

无疑，组织法和行为法是具有不同性质的。组织法主要实行严格主义，其规定原则上属于强行法规范。如公司法关于股份有限公司、有限责任公司设立条件的规定，任何人不得予以变更。行为法则主要实行自由主义，其规定原则上属于任意法规范。如海商法关于船舶所有权、海上运输合同约定当事人责任等规定，均确认当事人行为的自由。但是，两者的矛盾性并非是绝对的。如作为我国商事组织法有机构成的合伙企业法和国外公司法关于无限公司、两合公司的内部关系规定就属于任意法规范。又如作为行为法有机构成的保险法，其关于保险契约的大多数规定，如无特殊情形不得加以变更，就属于强行法规范。这种既矛盾又统一的状态，体现了商事交易的合理要求，使商法更能适应商事关系的调整需要。

第四节 近代商法和现代商法的发展

一、近代商法的发展

近代商法是在中世纪商法的基础上发展起来的。但是，近代商法产生、发展的社会经济背景不同于中世纪的商法。以 1640 年英国资产阶级革命为开端，人类历史进入了近代。近世是资本主义战胜封建专制、封建割据的时代，统一的民族国家纷纷成立。同时，自治城市不再存在，商人团体逐渐消亡，资本主义的商品经济关系受到保护。与此相适应，寺院法被废除，商人习惯法具备了向国家成文法过渡的条件。初期，商事立法多采用单行