

蒋建湘 余卫明 主编

商法学

高等院校法学专业核心课程规划教材



主编：蒋建湘 余卫明
撰稿人：（以撰写先后为序）

贺东山 余卫明
蒋建湘 邓艳君
廖艳梅 李娜

商法学



高等院校法学专业核心课程规划教材

D923.99
JJX

中南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法学/蒋建湘,余卫明主编. —长沙:中南大学出版社,2008.7
ISBN 978-7-81105-722-5

I. 商... II. ①蒋...②余... III. 商法-法的理论-中国
IV. D923.991

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第100279

商法学

主编 蒋建湘 余卫明

责任编辑 谭晓萍

责任印制 文桂武

出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-8876770

传真:0731-8710482

印 装 长沙利君漾印刷厂

开 本 787×960 1/16 印张 22 字数 402 千字

版 次 2008年7月第1版 2008年7月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-81105-722-5

定 价 34.00 元

图书出现印装问题,请与经销商调换

高等院校法学专业核心课程规划教材编委会

编委会主任 漆多俊 范太华

编 委 (以姓氏笔画为序)

马跃如 王飞跃 王海东 邓联接

刘继虎 刘益灯 杨开湘 陈云良

陈峥滢 余卫明 胡旭晟 罗树志

敖双红 唐东楚 黄先雄 蒋建湘

蒋言斌 颜运秋

本书主编简介

蒋建湘，湖南省宁乡县人，1965年12月出生，1987年毕业于华中师范大学政法学院，同年分配至原中南工业大学任教，2007年获管理学（经济法方向）博士学位。现为中南大学法学院教授，兼任湖南省法学会民商法学研究会常务理事。主要研究方向为商法。

余卫明，湖南省汨罗市人，1964年11月出生。1985年毕业于西南政法学院法律系，同年分配至湖南省民政干部学校任教，1994年调入原中南工业大学法律系工作。现为中南大学法学院教授，兼任湖南省法学会民商法学研究会副会长。主要研究方向为民商法、劳动与社会保障法。

编写说明

在我国日益走向法治化的今天，法学教育显得日益重要。在一个法治国家，法律是人们基本的行为规范，掌握必要的法律知识则是一个现代人的基本素养。我国是一个长期缺乏法治传统的国家，即使是在中华人民共和国成立后，由于各种因素的影响，至今也没有建立起严格意义上的法治。因此，加强法学教育、普及法律知识，是我国法治建设中的一项紧迫任务。

为了适应高等院校法学专业教学的需要，我们根据教育部“全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求”和我国高等院校法学专业教育的现状，组织编写了这套高等院校法学专业核心课程教材。

对本套教材的编写，我们力求做到以下几点：一是符合教育部“全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求”，系统介绍各学科的基本内容；二是行文风格做到通俗易懂，便于学生阅读和自学；三是反映国家的最新立法，将国家的最新立法情况及时介绍给学生；四是体现法学研究的最新成果，将法学研究的成果及时体现在教材中。

编写一套高质量的法学专业教材是一项十分艰苦的工作，为了圆满完成这一任务，我们聘请具有较高学术造诣和丰富教学经验的教师担任本套教材的主编，并由他们具体组织各书的编写工作。

本套教材可供全日制高等院校法学专业本科、专科学生学习之用，也可供网络、成教学生学习之用。同时，还可供广大法律工作者和法学爱好者自学之用。

高等院校法学专业核心课程规划教材编委会
2008年6月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念与特征	(3)
第二节 商法的历史发展	(4)
第三节 商法的基本原则	(8)
第四节 商法与相关部门法的关系	(10)
第二章 商主体	(14)
第一节 商主体概述	(14)
第二节 商法人	(15)
第三节 商合伙	(19)
第四节 商个人	(22)
第五节 商中间人	(24)
第六节 商辅助人	(29)
第三章 商行为	(34)
第一节 商行为概述	(34)
第二节 一般商行为	(36)
第三节 特殊商行为	(39)
第四章 商事登记与商号	(43)
第一节 商事登记	(43)
第二节 商号	(46)

第二编 公司法

第五章 公司法概述	(57)
第一节 公司与公司法	(57)
第二节 公司章程	(62)
第三节 公司的能力	(65)
第四节 公司治理结构与公司组织机构	(66)
第五节 公司董事、监事、高级管理人员	(68)
第六节 公司财务与会计	(70)
第六章 公司的设立、变更与终止	(74)
第一节 公司的设立	(74)
第二节 公司的变更	(79)
第三节 公司的终止	(82)
第七章 有限责任公司	(87)
第一节 有限责任公司概述	(87)
第二节 有限责任公司的股权与股权转让	(89)
第三节 有限责任公司的组织机构	(92)
第四节 一人有限责任公司	(98)
第五节 国有独资公司	(100)
第八章 股份有限公司	(104)
第一节 股份有限公司概述	(104)
第二节 股份有限公司的组织机构	(106)
第三节 上市公司	(111)

第三编 破产法

第九章 破产法概述	(119)
第一节 破产与破产法	(119)

第二节	破产法的立法体例	(121)
第三节	我国的破产立法	(123)
第十章	破产程序的启动与运行	(127)
第一节	破产的申请与受理	(127)
第二节	破产管理人	(130)
第三节	破产债权的申报	(133)
第四节	债权人会议	(135)
第十一章	重整与和解	(140)
第一节	破产重整制度	(140)
第二节	破产和解制度	(144)
第十二章	破产清算	(149)
第一节	破产宣告	(149)
第二节	破产财产	(152)
第三节	破产债权、破产费用与共益债务	(153)
第四节	破产程序中的别除权、取回权、撤销权与抵销权	(156)
第五节	破产财产的管理与分配	(159)
第六节	破产程序的终结	(162)

第四编 证券法

第十三章	证券法概述	(169)
第一节	证券与证券市场	(169)
第二节	证券法概述	(174)
第三节	证券商	(176)
第十四章	证券发行制度	(179)
第一节	证券发行概述	(179)
第二节	证券发行条件	(182)
第三节	证券承销制度	(183)

第四节	证券保荐制度	(186)
第十五章	证券交易制度	(190)
第一节	证券交易概述	(190)
第二节	证券交易所交易规则	(193)
第三节	证券上市制度	(196)
第四节	信息披露制度	(203)
第十六章	上市公司收购制度	(208)
第一节	上市公司收购概述	(208)
第二节	一般收购制度	(212)
第三节	继续收购制度	(213)
第四节	协议收购制度	(215)
第十七章	证券监管制度	(219)
第一节	证券市场监管的概念与特点	(219)
第二节	国务院证券监管机构	(220)
第三节	证券业协会	(222)
第四节	违反证券法的法律责任	(224)

第五编 票据法

第十八章	票据与票据法概述	(231)
第一节	票据概述	(231)
第二节	票据法概述	(235)
第三节	票据行为	(237)
第四节	票据权利	(240)
第五节	票据的伪造与变造	(243)
第六节	票据抗辩	(246)
第七节	票据的丧失与救济	(249)
第八节	票据利益偿还请求权	(252)

第十九章 汇票	(255)
第一节 汇票的概念与种类	(255)
第二节 汇票的出票	(257)
第三节 汇票的背书	(259)
第四节 汇票的承兑	(262)
第五节 汇票的保证	(264)
第六节 汇票的付款	(265)
第七节 汇票的追索权	(267)
第二十章 本票与支票	(272)
第一节 本票	(272)
第二节 支票	(274)
第六编 保险法	
第二十一章 保险与保险法	(283)
第一节 保险的概念与种类	(283)
第二节 保险法的概念与特征	(285)
第三节 保险法的基本原则	(286)
第四节 我国的保险立法概况	(292)
第二十二章 保险合同概述	(295)
第一节 保险合同的种类	(295)
第二节 保险合同的主体	(299)
第三节 保险合同的订立	(301)
第四节 保险合同的履行	(305)
第五节 保险合同的变更、解除与终止	(309)
第二十三章 财产保险合同	(314)
第一节 财产保险合同概述	(314)
第二节 几种主要的财产保险合同	(319)

第二十四章 人身保险合同.....	(328)
第一节 人身保险合同概述	(328)
第二节 几种主要的人身保险合同	(332)
参考文献	(339)
后记	(341)

第一编 商法总论

- 第一章 商法概述
- 第二章 商主体
- 第三章 商行为
- 第四章 商事登记与商号

第一章 商法概述

第一节 商法的概念与特征

一、商法的概念

商法又称商事法，一般是指调整商事组织与商事行为的法律规范的总称。商法有形式意义上的商法和实质意义上的商法之分。形式意义上的商法是指实行民商分立的国家所制定的、以“商法典”命名的法律；实质意义上的商法是指所有以商事关系为调整对象的法律规范。一般言及商法，多指实质意义上的商法。

只有在实行民商分立的大陆法系国家才有形式意义上的商法，英美法系国家并不存在形式意义上的商法。实际上，在大陆法系国家，其立法体例有民商分立和民商合一两种形式。在实行民商分立的国家，认为有民法和商法两个独立的法律部门，亦制定有独立的民法典和商法典，如法国、德国、日本、西班牙等国即是。在实行民商合一的国家，认为商法不是一个独立的法律部门，在民法典之外不另行制定商法典，如瑞士、意大利、前苏联等国即是。一般认为民商分立为旧制，民商合一为民商法发展的必然趋势。^①

我国至今没有制定以商法命名的法律，亦即没有形式意义上的商法，但随着我国市场经济体制的建立，实质意义上的商法不仅大量存在，而且已经形成了较为完整的体系。事实上，我国的《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《破产法》等法律以及有关商事登记方面的法规，已基本构筑起了我国的商法体系。

二、商法的特征

（一）商法兼有公法与私法的双重属性

商法作为调整商事交易主体关系的法律，从根本上说属于私法的范畴。商法中关于商号、商业账簿、商代理、商行为、商业交易、商主体间的权利义务等方面的规定，无疑都属私法性质。同时，商法又包含有大量的公法规范，即国

^① 刘定华，屈茂辉. 民法学. 长沙：湖南人民出版社，2001：26.

家通过立法形式强行干预商事交易活动。如关于公司的登记、票据的种类及行为方式、企业破产的清偿顺序、保险中的某些法定保险等，均带有公法的性质。

（二）商法具有较强的技术性

商法从产生时起就具有专门性及职业性，对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都作了具体的规定，具有较强的技术性。

商法的技术性既体现在其组织法上，也体现在其行为法中。如公司法中关于公司机关、公司股份、公司债券、公司财务会计以及关于董事及监事的选举；票据法中关于票据的设权性、文义性、票据行为的独立性、追索权、票据的抗辩；保险法中关于保险价值的测定、保险费的计算、理赔程序等方面的规定都是具有明显技术性的规范。

商法的技术性不仅体现于其规范的内容，还表现于其不同系统规则之间的协调，离开了大量的技术规范间接调整作用，商法的具体立法目的就难以实现。

（三）商法调整的行为具有营利性

营利性是指商主体通过经营活动而获取经济利益的特性。商主体从事商事活动，其直接和主要目的就在于营利。

商法主要规范的是商主体的营利行为。商主体身份之确立、商行为之界定、商活动之目的及商立法和司法之原则都与营利有关。商法中一些重要制度的构造，如商主体设立、变更和终止、商事登记、商事账簿、商名称等，以及商行为中一些重要规则的确定，如买卖、代理、仓储、票据、证券、保险、海商等，都必须考虑营利性特征。此外，商法所特有的一些法律原则和法律规定，如关于商法规则的灵活性、迅捷性、合同形式、利率、税收、结算等方面的特殊规定，也都以营利为其出发点。

（四）商法具有较强的国际性

商法最初起源于跨国商事交易习惯和惯例，当贸易在经济生活中的地位日益提高后，各国开始重视对贸易的管制，纷纷制定本国商法。随着贸易全球化趋势愈益加强，商法的国际化呈现出两种明显的趋向：一是国际商事立法得到加强，制定和缔结了大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例；二是各国不断修改本国商法规则，使其相互之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。因此，当前各国商法都带有较强的国际性色彩。

第二节 商法的历史发展

一、商法的起源

关于商法的起源，大多数学者认为，近代商法起源于中世纪地中海沿岸的

商业城市和海上贸易，其最早形成的是商人习惯法，即商人法。

商人法的形成有着特定的社会根源，中世纪的欧洲处于封建专制统治之下，经济主要表现为自给自足的手工业经济。到了11世纪后期，欧洲进入了经济快速发展时期。经济的快速发展促进了地中海海上贸易的发展和地中海沿岸的一些新兴城市商业贸易的繁荣，随着行业分工细化和商品交换的进一步发展，产生了调整商人内部经济关系的自律组织——商会。此时，商人基于共同的经济利益已逐渐成为一个独立的社会阶层，他们迫切需要对其利益给以法律上的保护，以实现商业发展和商事交易的自由。

然而，中世纪的欧洲大陆实际上仍是处在封建法和寺院法的支配之下，很多商业城市的贸易状况与封建法制的实际状况极端地不协调，有关保护商业活动的一系列条件均缺少必要的法律体现，许多国家的法律甚至对商人还加以种种歧视。在贸易发展与封建法制处于尖锐的矛盾斗争之中，商会不得不另立规范以求发展。在商会自身的发展中，逐渐形成了自己的自治权和裁判权，有条件地利用商事生活习惯订立自治规范，并实施于本商会内，于是该种规范经11世纪至14世纪实行数百年后，终于形成了中世纪商法，即商人法。

二、近代商法

近代商法是以中世纪商人习惯法为基础发展起来的。伴随着欧洲中世纪商人法的产生，逐渐壮大的商人阶层通过各种方式试图改变主流社会对商业、商人牟利的态度，并且在一定的程度上获得了成功。这种成功最为直接的表现就是在经历了数个世纪的发展以后，商人法由习惯法逐渐发展成为被封建政权承认的法律，获得了在法院或者法庭适用的资格，从而使商法的发展进入了一个新的阶段。

进入16世纪后，欧洲的商品经济显示出了蓬勃的生机。与此相比，欧洲一些国家的封建割据势力日渐衰落，这促使统一的民族国家逐步形成。与此相适应，中世纪占统治地位的寺院法开始被废弃，这就形成了民族国家制定统一法律和商人习惯法向成文法转变的条件，新生产资产阶级必然首先要关心制定自己的法典，以保护资本主义商品经济关系。在这一形势下，欧洲的德国、法国率先开始了本国商事法律统一运动。与此同时，同处欧洲的英国和其他欧陆国家也制定了大量的商事法律。

三、现代商法

18世纪末期，随着资产阶级革命的发展，封建专制的社会关系被彻底粉碎，整个社会随之发生了根本变革。保护资本主义商品经济关系，推动商事活

动,促进统一完整的商品市场形成,成为许多新兴国家的基本国策。

19世纪初,欧洲大陆国家相继开始了大规模的民法典制定活动,商法开始在大多数大陆法系国家作为一个独立的法律部门出现。商法在这个时期发展的成就是1807年《法国商法典》的颁布。《法国商法典》的颁布,标志着民法和商法分立的立法模式确立。

随着法国开民商分立之先河,德国、日本相继向法国学习,也采用民商分立的立法例。1881年瑞士制定债务法,其中既包括民事规范,也包括商事规范,放弃了民商分立体制,采取民商合一的立法例,由此引发了一场民商分立和民商合一的论战。1911年瑞士民法典颁布时,将其债务法纳入,确立了民商合一制。之后的苏俄民法典、泰国民法典、土耳其民法典,均采用民商合一制。20世纪下半叶之后,为了交易的方便,美国制定了《统一商法典》,民商合一成为民商立法的一种趋势。产生从民商分立到民商合一的社会原因,主要是各个国家在这一历史时期已经在政治上取得了成功,并且逐渐开始全面介入经济生活,商人自治和商法适用的基础环境消失了,取而代之的是采取民商合一的立法模式。

四、近现代中国商法

中国近代工商业的兴起源于洋商在华开设洋行,建立工厂。伴随着民族工商业企业的发展,华、洋商人涉讼事件亦日益增多,而缺少必要的商事法规已成为严重阻碍近代中国民族资本主义工商业发展的重要因素。于是,随着1904年中国法制史上第一部现代意义的法典《钦定商律》制定和颁布,开始了中国近现代一系列商事立法的进程。

中国商法的发展历程大致可分为清末(1904—1911年)、中华民国时期(1912—1949年)和中华人民共和国时期(1949年至今)三个阶段。

(一) 清末(1904—1911年)

《钦定商律》颁布于1904年1月21日。名为商律,实则仅包括作为商法总则的《商人通例》9条和《公司律》131条两部分内容。《商人通例》9条包括商人定义、商人资格、商号及商业账簿等内容。而在《公司律》中则首次以法律形式界定公司名称及其含义。

清政府1906年公布施行的《破产律》共9节69条,此为我国有商事单行法之始。1908年清政府颁布《银行通行则例》,则为我国首次颁布的银行法规。

1908年,修订法律馆聘请日本法学博士志田钾太郎参与《大清商律》的制定,至1909年编定《大清商律草案》。该《草案》包括商法总则、商行为、公司法草案、海船法草案、票据法草案诸编。此为我国编纂近代商法法典之始。此外,