

商法

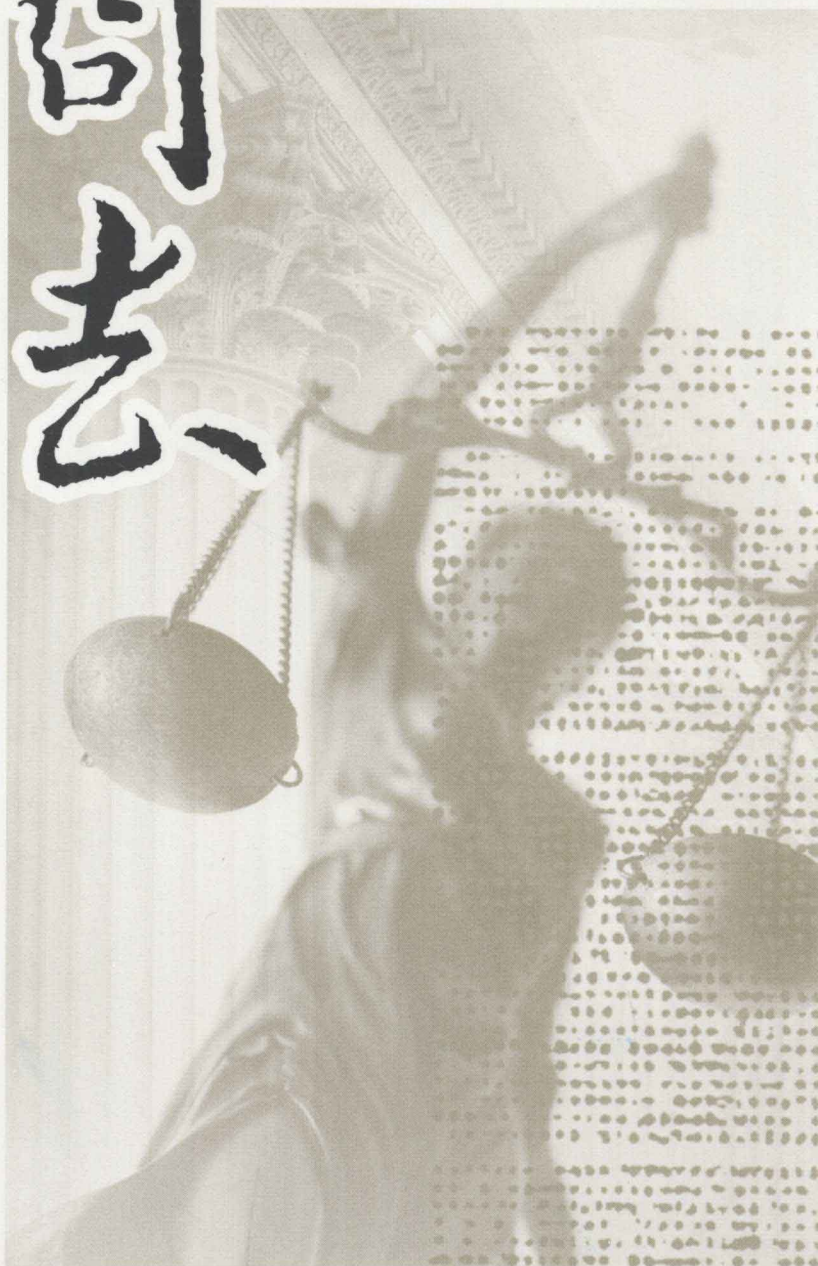
吴钧 编著

本书为普通高等院校法学专业本科生和研究生学习用书。

本书内容全面，具有较高的规范性和通说性。

本书每节由经典案例引入，并在各节结尾对其进行了深入和精准的分析，以增强学生对法律的理解。

中国社会科学出版社



商法

吴钩 编著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法/吴钧编著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 6
ISBN 978 - 7 - 5161 - 1015 - 7

I. ①商… II. ①吴… III. ①商法—中国—高等学校—教材
IV. ①D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 122964 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 蒲 虹
责任校对 邓晓春
责任印制 王 超

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.com.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京市大兴区新魏印刷厂
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2012 年 6 月第 1 版
印 次 2012 年 6 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 39
插 页 2
字 数 643 千字
定 价 86.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

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 商法的调整对象	(10)
第三节 商法的基本原则	(14)
第四节 商法发展简史	(17)
第五节 商法的体系	(31)
第二章 商事主体	(34)
第一节 商事主体的概念和种类	(34)
第二节 商事主体的名称	(40)
第三节 商事登记	(49)
第四节 商事登记的程序	(52)
第三章 商事行为	(57)
第一节 概述	(57)
第二节 商事行为的特殊规则	(65)
第四章 商业账簿	(69)
第一节 商业账簿概述	(69)
第二节 商业账簿的分类及内容	(75)
第三节 商业账簿的保管	(80)

第二编 公司法

第一章 公司法概述	(85)
第一节 公司概况	(85)
第二节 公司法概述	(91)
第二章 公司的设立	(94)
第一节 公司设立概述	(94)
第二节 公司章程	(99)
第三节 公司的名称与住所	(104)
第三章 公司的人格与能力	(108)
第一节 公司人格理论	(108)
第二节 公司的能力	(114)
第四章 公司的资本制度	(120)
第一节 公司资本制度	(120)
第二节 公司资本的构成	(126)
第三节 增加资本与减少资本	(128)
第四节 股东出资责任	(132)
第五章 股东与股权	(138)
第一节 股东	(138)
第二节 股权	(140)
第六章 公司治理结构	(154)
第一节 公司治理结构的概述	(154)
第二节 股东会(股东大会)	(158)
第三节 董事会	(162)
第四节 监事会	(168)
第五节 经理	(171)
第六节 股东诉讼	(174)
第七章 公司的变动与消灭	(182)
第一节 公司的合并与分立	(182)
第二节 公司的解散与清算	(187)

第三编 破产法

第一章 破产法概述	(193)
第一节 破产的概念与特征	(193)
第二节 企业破产法的概念与适用范围	(195)
第二章 破产申请与破产案件的受理	(197)
第一节 破产申请	(197)
第二节 破产案件的受理	(200)
第三章 破产管理人及债务人财产	(205)
第一节 破产管理人	(205)
第二节 破产财产	(209)
第四章 破产费用和共益债务及债权申报	(213)
第一节 破产费用和共益债务	(213)
第二节 债权申报	(215)
第五章 债权人会议	(219)
第一节 债权人会议概述	(219)
第二节 债权人会议制度	(222)
第六章 破产重整与和解	(225)
第一节 破产重整	(225)
第二节 破产和解	(227)
第七章 破产清算	(231)
第一节 破产宣告	(231)
第二节 破产财产分配与破产程序终结	(234)

第四编 票据法

第一章 票据法概述	(239)
第一节 票据与票据法	(239)
第二节 票据关系	(244)
第三节 票据行为	(249)

4 商 法

第四节 票据权利	(258)
第五节 票据抗辩	(264)
第六节 票据的伪造与变造	(270)
第七节 票据时效	(274)
第八节 票据丧失后的救济	(278)
第二章 汇票	(282)
第一节 汇票概述	(282)
第二节 汇票的出票	(287)
第三节 汇票的背书	(291)
第四节 汇票的承兑	(296)
第五节 汇票的保证	(301)
第六节 汇票的付款	(304)
第七节 汇票的追索权	(306)
第三章 本票	(312)
第一节 本票概述	(312)
第二节 本票的出票与见票	(315)
第四章 支票	(320)
第一节 支票概述	(320)
第二节 支票的出票及付款	(323)

第五编 证券法

第一章 证券法概述	(329)
第一节 证券与证券市场概述	(329)
第二节 证券法概述	(336)
第二章 证券主体法律制度	(350)
第一节 证券市场主体法律制度	(350)
第二节 证券监管法律制度	(356)
第三章 证券发行与承销制度	(363)
第一节 证券发行	(363)
第二节 证券承销	(370)

第四章 证券上市与交易法律制度	(375)
第一节 证券上市	(375)
第二节 证券交易	(379)
第三节 信息披露	(391)
第四节 上市公司收购	(396)
第五章 证券违法行为与法律责任	(399)
第一节 证券违法行为概述	(399)
第二节 虚假陈述及其法律责任	(402)
第三节 内幕交易及其法律责任	(407)
第四节 操纵市场及其法律责任	(413)
第五节 欺诈客户及其法律责任	(418)

第六编 保险法

第一章 保险法概述	(427)
第一节 保险与保险法	(427)
第二节 保险法的基本原则	(435)
第二章 保险合同总论	(448)
第一节 保险合同概述	(448)
第二节 保险合同的主体	(457)
第三节 保险合同的订立	(463)
第四节 保险合同的有效与生效	(470)
第五节 保险合同的履行	(474)
第六节 保险合同的变动	(481)
第三章 人身保险合同	(486)
第一节 人身保险合同概述	(486)
第二节 人身保险合同的当事人和关系人	(492)
第三节 人身保险合同的主要条款	(498)
第四章 财产保险合同	(509)
第一节 财产保险合同概述	(509)
第二节 财产保险合同的主要内容	(523)

第三节 财产保险合同中的代位制度	(530)
------------------------	-------

第七编 海商法

第一章 海商法概述	(539)
第一节 海商法的概念及调整对象	(539)
第二节 海商法的产生与发展	(541)
第二章 船舶和船员	(543)
第一节 船舶	(543)
第二节 船员	(549)
第三章 海上运输合同	(553)
第一节 海上运输合同概述	(553)
第二节 海上货物运输合同	(555)
第三节 提单	(560)
第四节 海上旅客运输合同	(566)
第四章 船舶租用与海上拖航合同	(569)
第一节 船舶租用合同	(569)
第二节 海上拖航合同	(572)
第五章 船舶碰撞	(576)
第一节 船舶碰撞概述	(576)
第二节 船舶碰撞的损害赔偿	(579)
第六章 海难救助	(581)
第一节 海难救助概述	(581)
第二节 救助报酬及救助合同	(584)
第七章 共同海损	(589)
第一节 共同海损概述	(589)
第二节 共同海损的牺牲与费用及分摊	(591)
第八章 海事赔偿责任限制	(595)
第一节 海事赔偿责任限制概述	(595)
第二节 海事赔偿责任限制的主要内容	(597)
第九章 海上保险法	(601)

第一节 海上保险法概述 (601)

第二节 海上保险合同 (603)

第三节 委付与代位求偿 (607)

参考文献 (609)

第 一 编

商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念与特征

一 引例

张某和李某欲结婚买房，于是张某向其好友甲贷款 5 万元，约定一年还款，甲不要求张某支付利息。一年以后，张辞职组建了一人公司从事餐饮业务，为了扩大业务范围，张某向某银行贷款 10 万元，期限一年。问：

1. 张某和甲之间的贷款关系是应由《民法》调整还是由《商法》调整？
2. 张某和某银行之间的贷款关系是由《民法》调整还是由《商法》调整？

二 基本理论

商法是具有悠久历史的法律部门，世界范围内的商事立法运动始于 18 世纪初法国的《商法典》（1807 年）。至此，商法一直被大陆法系各国视为基本六法之一。^① 在现代市场经济社会，商法更是最基本、最主要的法律部门之一。商事法律制度的建立和完善，为保护商事主体的权益，提高商事交易效率，维护商事交易安全，实现“平等”、“权利”、“自由”等法律价值提供了制度基础和法律依据。

（一）商法的概念

1. 商的含义

“商”，又称“商事”^②，在英语和法语中表述为“commerce”，在德

^① 法国 18 世纪末 19 世纪初制定了《宪法》（1791 年）、《民法典》（1804 年）、《民事诉讼法典》（1806 年）、《商法典》、《刑事诉讼法典》（1808 年）、《刑法典》（1810 年）六部法典。

^② 不少学者区分了“商”与“商事”，认为“商事”指与商有关的一切事项。本书认为此种区分意义不大，故本书中所称的“商”与“商事”含义相同。

4 第一编 商法总论

语中表述为“der handel”，在拉丁语中表述为“commerium”，在日语中表述为“商业”。

“商”是一个古老的用语，在现实生活中含义比较含混。不同的时代、不同的地区赋予其不同的内涵。在中国古代，商是一种计时单位，一刻称为一商，“商，刻也”（《集韵·阳韵》）。后来，“商”一词被引入经济生活，指称商品买卖。如，“通财鬻货曰商”（《汉书·食货志下》）；“行曰商；止曰贾。商之谓言章也，商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”（《白虎通·商贾》）。我国古代这些对商的解释，反映了当时社会对于简单商品交换活动的理解。按照《布莱克法律辞典》的解释，商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”。《韦伯斯特新国际辞典》亦作此解，“商事系指商品交换行为或买卖行为”。

在现代社会，不同学科在不同层次上使用“商”这一词语。社会学上，“商”是与农业、工业等相对应的一种社会分工，是社会职业的一种分类，是社会经济的一个部门。经济学上，“商”是指以营利为目的的各种商品交换行为，即沟通生产和消费的中间环节。此种行为，通常被称为“固有商”或“买卖商”。法学上的“商”要比经济学上的范围广泛得多，不仅包括“固有商”，还包括“辅助商”、“第三种商”和“第四种商”^①。概括来说，法学上的“商”，是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业的总称。对法学上“商”的界定，关键在于是否以营利为目的，而无关乎从商的方式，即生产环节或流通环节。

2. 商法的概念

商法，是调整关于商人及商行为的法律关系，即商事关系的法律规范的总称。《中国大百科全书（法学卷）》将商法界定为，“传统上与民法并列，并互为补充的部门法，即调整市场经济关系中商人、商业组织和商业活动的法律规范的总称”。正是因为商法是关于商人及商行为的法律，故

^① 现代商法所调整的“商”范围大致可分为以下四种：直接媒介财货交易的基本商事活动，被称为“固有商”；间接以媒介货物交易为目的的营业活动，如货物运送、仓储等，称为“辅助商”；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”、“辅助商”有密切联系或者为其提供商业条件的商业活动，如银行、融资等，称为“第三种商”；仅与“辅助商”或“第三种商”有牵连关系的营业，如广告宣传、旅馆营业、饭店酒楼、旅游服务、娱乐营业等，称为“第四种商”。

传统商法将商法分为商人组织法和商事行为法两个部分。其中，商事组织法是关于商业交易基础条件和手段的规定，包括商业登记、商业账簿、商事代理、商事主体、公司制度等商法中最基本的内容，是确保交易安全与效率的基本法律制度。商事行为法规定商事交易本身，涉及票据法、保险法、海商法、证券法、破产法等内容。英美法系所称的“商法”与大陆法系有所不同。在英美法系，其所谓的“商法”（commercial law）或商业法，“泛指渗透着商业精神与技术的一切与交易有关的部门”^①，即“商贸法”。“如农业法，因为其立法依据也是发现了农业企业这一概念，还因为种植技术是机械化的，养殖变成了工业化的养殖，也大规模地求助于信贷等，所以农业法变成商法之一。”^②

由于世界各国和地区商法制度存在较大差异，理论上可以将商法分为形式意义上和实质意义上的商法。形式意义上的商法，指民商分立的国家和地区在民法典之外制定的以“商法典”命名的法典，其内容主要涉及商事主体、商行为、商业登记、商业账簿等一般原则，以及公司、保险、证券、票据、海商、破产等基本制度。在大陆法系国家中，法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙、奥地利、卢森堡、希腊、埃及、巴西、智利、阿根廷等四十多个国家制定了独立的商法典。英美法系国家原来没有商法典，20世纪下半叶之后，为了商事交易的方便，美国由非立法机关的美国法学会（ALI）和美国统一州法委员会（NCCUSL）制定了《美国统一商法典》（*The Uniform Commercial Code*），以货物买卖为中心构造了商事法律规范体系。《美国统一商法典》共十篇：总则、买卖商业票据、银行存款和收款、信用证、大宗转让、仓单、提单和其他有权凭证，投资证券，担保交易，生效日期和废除效力。

实质意义上的商法，是指一切调整商事关系的法律规范的总和。不管是民商分立还是民商合一的国家，也不管是大陆法系还是英美法系的国家都存在着实质意义上的商法。实质意义上的商法不以冠有“商法法典”的法律为限，还包括各种有关商事的专门法规和大量存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中的调整商事关系的法律规范。我国目前尚

① 王璟：《商法特性论》，知识产权出版社2007年版，第2页。

② [法] 克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，商务印书馆1998年版，第21—25页。

不存在形式意义上的商法,但实质意义上的商法大量存在。一方面,我国传统民法、经济法和行政法中存在着大量的调整商事关系主体及商事行为的法律规范;另一方面,随着我国市场经济体制的建立,一大批商事特别法也已陆续颁行,如公司法、证券法、票据法、保险法、海商法、破产法等。

(二) 商法的特征

特征是本质的外在表现,是一法区别于其他部门法的主要标志。对于商法的特征,学者表述不尽一致。^①本书将其表述为以下几个特征。

1. 商法是具有公法性质的私法

大陆法系国家把法律规范分为公法和私法。公法规范是命令性的、强制性的、是无条件的义务。其原则是“公法的规范不得由私人协议变更”。私法规范是任意的,授权性的,是“约定优于法定的”,其原则是“协议就是法律”。私法领域由民法和商法等主要法律部门构成,公法则包括宪法、行政法、刑法及各种诉讼法等主要法律部门。大陆法系国家普遍把民法和商法一同视为私法,就如意大利法学家米拉格利亚指出的:“私法分为民法和商法。商法为私法的一种形式……商法之需要,因为日常生活之原理和商业之特殊规则,可以予商业生活以便利性、敏捷性和巩固性,它是特殊的,但不是例外或特权的,适用于所有的商业行为和全体的商人。”^②

20世纪以来,随着国家干预的加强,公、私法划分标准的不确定性缺陷日益明显,出现了公、私法相互渗透、相互交融的现象。在商法领域,出现了“商法公法化”倾向,即国家通过间接干预来确保交易安全,保护交易秩序和交易相对人的利益。主要表现为规范中公法性条款、强制性条款在数量上增多、在作用上增强。“商法公法化”贯穿了商法的各个法律制度。在商事主体制度中,商事主体制度的“公法化”主要表现为

^① 范健认为商法特征有:营利性、调整对象特定性、技术性和易变性、公法性、国际性。参见范健《商法》,高等教育出版社2007年版,第8—10页。赵万一将商法特征概括为:复合性、技术性、营利性和国际性。参见赵万一《商法学》,中国人民大学出版社2003年版,第5—6页。朱羿锳将商法特征表述为:兼容性、技术性、创新与路径依赖性、进步与变动性以及国际性。参见朱羿锳《商法学——原理·图解·实例》,北京大学出版社2007年版,第5—11页。

^② 《世界法律思想宝库》,中国政法大学出版社1992年版,第527—533页。

有关商事主体人格的类型、创制的条件及其财产关系和组织关系、公示义务、商业账簿的设立等数量较多的强制性规范，即涉及商事主体登记制度、商事能力制度、商业账簿制度、商业税收制度及商业使用人等制度。对于商行为法，原则上采取任意法主义，但公法性或强制性规范比比皆是。如公司章程、合伙协议及各种票据均有必要记载事项；破产法上存在着破产无效行为以及破产财产清偿顺序等强制性规范；海商法中关于船舶登记、海事赔偿责任限制、船舶抵押权等规定；保险法中责任准备金制度、再保险、保险代理人与保险经纪人、保险业的监督与管理等强制性规定。商法的公法化并不是说明商法已经属于公法，而只是强调商法渗透着公法的因素。从性质上看，商法仍属于私法范畴。

2. 商法是技术性的法

“从社会学角度看，商法条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。”^① 伦理性条款来源于道德的要求，是道德的法律化，因此，社会主体即使没有研习专门的法律知识，也可以凭社会常识和道德判断确定其行为性质和后果。不同国家因历史背景和文化习俗的差异，道德标准多有不同，因此伦理性条款具有典型的地域性。民法大多是伦理性规范。技术性条款与道德无涉，它是为了交易的安全、便捷而设计的具有实用性和操作性的规范。商法虽然也体现了一些基本的伦理道德，如公司法中有关高级管理人员的“竞业禁止”义务、保险法中的“最大诚信原则”等，但商法在制度设计上更注重技术性。“商法的技术性特征在商法的各个具体制度规范中都有所体现。从总体而言，商法关于商事主体的法律拟制、商行为的理论及商事关系的依法界定均体现了较高的立法技术。具体而言，商法的总则制度，如有关商事主体的设立与撤销、商业账簿的设置；商法分则制度中商事主体制度（如公司法中公司形式的设计、权利、利益的配置，资本的运动，股票市场的运作，股东会的召集程序与决议方法，董事、监事的选举方法，公司重整举措制度）和商行为制度（如证券法中关于证券交易程序和清算规则，票据法中关于票据签发、背书、承兑及追索，海商法中关于船舶碰撞、理算规则，保险法中的理算、理赔、保险金额与保险费之间的比率的确定等）无不体现出商事规范很强技术性特点

^① 赵万一：《商法基本问题研究》，法律出版社2002年版，第58页。