



21世纪普通高等教育规划新教材

法律系列

商法学

SHANGFA XUE

主编 孙晋



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



21世纪普通高等教育规划新教材

法律系列

商法学

SHANGFA XUE



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

商法学/孙晋主编. —武汉:武汉大学出版社, 2016. 11

21 世纪普通高等教育规划新教材. 法律系列

ISBN 978-7-307-18867-9

I. 商… II. 孙… III. 商法—法的理论—中国—高等学校—教材
IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 289008 号



责任编辑:聂勇军

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:三河市延风印装有限公司

开本:787×1092 1/16 印张:31.50 字数:862 千字

版次:2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18867-9 定价:75.00 元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

内 容 简 介

商法学是教育部确定的全国高等学校法学专业核心课程之一,编者结合我国商事法律制度和高等院校法学教育的特点,认真编排了本教材的体例与内容。

本教材共分为五编,分别为商法总论、公司法、证券法、保险法及破产法。商法总论部分介绍了商法的基本概念、商事主体、商行为、商事登记、商事名称、商事账簿等内容;公司法部分介绍了公司的概念、公司的种类、公司设立制度、公司章程、公司的资本制度等内容;证券法部分介绍了证券与证券市场、证券发行制度、证券交易制度、信息披露制度、上市公司收购制度等内容;保险法部分介绍了保险及保险法的基础知识、保险合同总论、财产保险合同、人身保险合同等内容;破产法部分介绍了破产与破产法的基础知识、破产程序通则、破产重整制度、破产和解及破产清算等内容。本教材根据最新立法及司法成果,结合其他国家和地区的商法学研究与实践成果,较为全面、系统、深入地阐述了我国商法的基本理论及相关法律制度。

本教材既可作为高等院校法学专业的课程教材,也可供商法理论研究者 and 爱好者使用,同时也是广大司法实务工作者的理想读本。

前言

PERFACE

商法是商品经济发展的必然结果,是市场经济基本法。在现代市场经济国家的法律体系中,商法是最重要的法律部门之一,是维护市场经济秩序和调整商品经济关系的主要法律依据。伴随着市场经济不断发展、社会分工越来越细和学科研究日益深入,商法越来越脱离于民法成为一个独立的法律部门,商法学也越来越成为一门独立的法学学科;另外一个方面,为了应对市场经济实践日益繁杂的现实需要,不断发展的商法与民法、经济法、行政法等相邻部门法的关系也愈发紧密,学科交叉增多,学科边界模糊,在某些方面甚至显得“难分难舍”。

在世界范围内,考察商法有纵向和横向两个维度。

纵向维度指的是商法的历史考察。与民法主要起源于罗马法不同,商法主要起源于欧洲中世纪的商事交易习惯和惯例,是商事交易经验的总结,是一门实践性法律。在发展初期,先有商事习惯惯例,后有商事法律,再有商法理论,所以中世纪及至近代商法无论在理论还是规则上大量借鉴和移植民法基本原则乃至具体规范的现象比较普遍。再者,与民法的国家制定法属性、民族性和地域封闭性以及伦理性有所不同,商法从一开始就具有民间(市场)自发自治属性、跨地域超民族的开放性和国际性,还呈现出强烈的发展性和技术性。即使社会发展到当下,商法也是所有法律体系中最具发展变动性的部门法,在经济转轨和法治始兴的中国更是如此。

就横向维度的考察而言,商法有大陆法系和英美法系之分,在立法体例上也有民商合一和民商分立之争。大陆法系实行民商合一的国家主要是意大利、瑞士、荷兰、挪威等欧洲区域小、人口少的国家和民国时期的中国、苏联等市场经济不发达的国家;德国、法国、日本等市场经济发达的大国和受它们影响的大多数国家往往实行的是民商分立立法体例。从近代商事法发展到今天的现代商法,世界上逐步形成四大商法法系:主观主义的德国商法法系,客观主义的法国商法法系,商事习惯法、判例法与制定法并存的实用主义的英美商法法系,以及以中国为代表的经济转轨国家快速发展但尚未定型的转型商法法系。

我国商法的立法肇始于清末的《大清商律》和《大清公司律》;在国民政府时期也颁布了《公司法》等主要商事单行法,但民商合一的指导思想最终阻碍了在民法之外再行制定《商法典》;在1949—1978年实行计划经济体制、排斥商品经济的30年间无商法“用武之地”,1979年以来带有浓厚行政法色彩的对外商独资企业、中外合资企业、中外合作企业即“三资企业”的管理性立法以及对国有企业改革改制的法律规定等逐渐增多,但是除了一部《海商法》,真正称得上是商事法律规范的尚付阙如;1993

年以来,迎来了我国商法第一个发展高峰,《公司法》《票据法》《合伙企业法》《个人独资企业法》《保险法》《证券法》《商业银行法》《信托法》等一系列重要商事法律如雨后春笋,纷纷出台,商法成长为我国社会主义法律体系中重要的部门法。伴随着社会主义市场经济体制逐步确立、商事法律体系日益健全和社会规范作用越来越大,以及我国法学研究和高等教育逐步发达、对外学术交流日益频繁,商法学也相应地得到长足发展,在20世纪末,商法学已经和民法学经济法学等并列成为我国法学高等教育的16门核心课程之一。根据我国的经验,我们完全有理由这样总结:没有商品交换和市场经济在我国的发展,我国就没有商法及商法的发展;没有从人治向法治的转变,我国就没有真正意义上的商法;没有国外经验与本国实际相结合以及与时俱进及时立法修法,我国就不可能有真正实用的商法。

2005年我国对《公司法》和《证券法》进行了一次力度和范围都很大的修改,2006年颁布了新的《合伙企业法》和《企业破产法》,掀起了我国自改革开放以来的第二波商事立法高潮,进一步完善了我国的商法体系,为我国市场经济体制的完善、为市场在资源配置中起基础性作用发挥了应有的制度保障和促进作用。

2013年11月召开的中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议所做的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出,全面深化改革,使“市场在资源配置中起决定性作用”;2014年10月召开的中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议所做的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,要“全面推进依法治国”,重申“社会主义市场经济本质上是法治经济”,强调“通过加强市场法律制度建设,促进商品和要素自由流动、公平交易、平等使用”。2013年12月,第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议对《公司法》在公司资本、商事登记等方面又进行了一次较大幅度的修改,《证券法》的修改工作也在积极推进。不难推断,在中国共产党这两个决定所确立的正确的治国理政原则指导下,我国商法必将迎来第三个发展高峰,非常值得我们期待。

我国正在全面深化市场经济改革,商事实践日新月异,商事立法发展迅速,商法学研究近年来也取得长足发展。本教材的编写,主要立足于实用、新颖的指导思想,在商事法律规范的取舍上,抓大放小,以常用为取舍标准、以新的修改内容为重;在内容上,力求简明扼要、突出重点。正是基于这样的考虑,本教材在详细阐述商法基本原理之后,主要讲解了公司法、证券法、保险法和破产法四大块内容,而没有顾及票据法、信托法等;再者,国内法学院系大都开设了金融法(一般将商业银行法包含其中)和海商法课程,所以本教材也没有包括商业银行法和海商法这两部分。

自商法成为法学核心课程以来,本书主编孙晋教授即为武汉大学法学院本科生、研究生和成人教育学生讲授商法课程,积累了丰富的教学经验和教材编写经验。初稿完成后,由主编统稿和定稿。本教材的撰写分工如下:孙晋、张博——第一编;孙晋、钟瑛嫦——第二编;李安安——第三编;王贵——第四编;钟瑛嫦、王贵——第五编。

由于编者水平有限,书中错漏难免,恳请各位读者批评指正,以便我们及时改进。

编者



第一编 商法总论

第一章 商法概论

第一节 商法概述	4
第二节 商法的定位	21
第三节 商法的产生与发展	26

第二章 商事主体

第一节 商事主体概述	38
第二节 商法人	44
第三节 商合伙	47
第四节 商个人	50
第五节 商事辅助人	53

第三章 商行为

第一节 商行为概述	61
第二节 一般商行为与特殊商行为	67

第四章 商事登记

第一节 商事登记概述	74
第二节 商事登记的对象和种类	78
第三节 商事登记的具体运行	80
第四节 商事登记的效力	84

第五章 商事名称

第一节 商事名称概述	88
第二节 商事名称的选定及其限制	90
第三节 商事名称的转让与出借	94
第四节 商事名称权及其保护	95



第六章 商事账簿

第一节	商事账簿概述	101
第二节	商事账簿的分类	105
第三节	商事账簿的制作与保管	108
第四节	商事账簿的审计	111

第二编 公司法

第一章 公司及公司法概述

第一节	公司概述	116
第二节	公司的本质	118
第三节	公司法概述	121

第二章 公司的种类

第一节	公司的基本分类	137
第二节	我国公司的种类	140

第三章 公司设立制度

第一节	公司设立概述	149
第二节	公司设立的方式及条件	152
第三节	公司登记制度	155
第四节	公司设立行为的责任承担	158

第四章 公司章程

第一节	公司章程概述	161
第二节	公司章程的性质	164
第三节	公司章程的制定和变更	169
第四节	公司章程“另有规定”的相关研究	170

第五章 公司的资本制度

第一节	公司资本制度概述	179
第二节	公司资本形成制度	180
第三节	股东出资制度	185
第四节	公司资本的变动	188



第六章 股东与股权

第一节 公司股东概述	191
第二节 股东权	192
第三节 股东的义务	196
第四节 股权的转让	197

第七章 公司的治理与公司组织机构

第一节 公司治理与公司组织机构概述	204
第二节 股东会	208
第三节 董事会	212
第四节 监事会	215
第五节 经理人	217
第六节 董事、监事、高级管理人员的义务及责任	218

第八章 公司财务会计制度

第一节 公司财务会计制度概述	221
第二节 公司财务会计报告的内容	224
第三节 公司的利润分配	226

第九章 公司的合并、分立制度

第一节 公司的合并	230
第二节 公司的分立	242
第三节 公司组织形式的变更	244

第十章 公司的解散与清算

第一节 公司的解散	248
第二节 公司的清算	251

第三编 证券法

第一章 证券法概述

第一节 证券与证券市场	264
第二节 证券法	274

第二章 证券发行制度

第一节 证券发行概述	282
第二节 证券发行审核制度	284
第三节 证券承销	288
第四节 证券保荐	292

第三章 证券交易制度

第一节 证券交易概述	297
第二节 证券集中竞价交易	300
第三节 证券回购交易	302
第四节 融资融券交易	305

第四章 信息披露制度

第一节 信息披露制度概述	309
第二节 发行信息披露制度	311
第三节 持续信息披露	314

第五章 上市公司收购制度

第一节 上市公司收购概述	319
第二节 上市公司收购的原则	322
第三节 上市公司收购的具体制度	325

第六章 证券公司

第一节 证券公司概述	332
第二节 证券公司的设立、变更与终止	333
第三节 证券公司的业务	336
第四节 证券公司的内部控制与风险管理	340

第七章 证券交易所

第一节 证券交易所概述	346
第二节 证券交易所的组织形式与组织机构	350
第三节 证券交易所的设立、变更与终止	359



第八章 证券监管与执法制度

第一节 证券监管制度概述	366
第二节 证券监管制度的具体内容	368
第三节 证券执法制度	373

第四编 保险法

第一章 保险法概述

第一节 保险概述	382
第二节 保险法概述	385
第三节 保险法的基本原则	386

第二章 保险合同总论

第一节 保险合同概述	394
第二节 保险合同的主体与关系人	397
第三节 保险合同的成立	400
第四节 保险合同的效力及变动	403
第五节 保险合同的履行	411
第六节 保险合同的解释	415

第三章 财产保险合同

第一节 财产保险合同概述	418
第二节 代位求偿权	420
第三节 委付制度	421
第四节 财产损失保险合同	422
第五节 责任保险合同	424
第六节 信用保险合同与保证保险合同	425

第四章 人身保险合同

第一节 人身保险合同概述	428
第二节 人身保险合同的主要条款	429
第三节 人寿保险合同	431
第四节 意外伤害保险合同	432
第五节 健康保险合同	433



第五编 破产法

第一章 破产法概述

第一节 破产与破产法	438
第二节 破产法的原则	440
第三节 破产法的立法目的与制度价值	441

第二章 破产程序通则

第一节 破产程序的开始	446
第二节 破产管理人	452
第三节 债务人财产	457
第四节 破产债权	463
第五节 债权人会议	466

第三章 破产重整制度

第一节 重整制度概述	471
第二节 重整程序	472
第三节 重整计划	474

第四章 破产和解

第一节 破产和解概述	479
第二节 和解程序	480
第三节 和解协议的效力	482

第五章 破产清算

第一节 破产宣告	485
第二节 破产财产的变价与分配	487
第三节 破产费用与共益债务	488
第四节 破产别除权	490
第五节 破产程序的终结	490

参考文献	492
------------	-----

第一编 商法总论

Chapter 1

第一章 商法概论



本章导读

所谓商法,是指调整商事关系的法律规范的总称。商法是一部古老的法律,也是一部年轻的法律。说它古老,是因为早在中世纪,商法就已经诞生;说它年轻,是因为它永远都随着社会的变迁而在不断地调整与发展。商法主要包括商主体法和商行为法两大内容。与其他法律部门相比,商法具有营利性、技术性、交融性、发展性等特征。商主体法定原则,企业维持原则,维护交易公平原则,保障交易简便,迅捷原则,维护交易安全原则是商法的基本原则。近代商法肇始于中世纪的商人习惯法,于 19 世纪末传入我国。经过近百年的发展,商法在我国已完成了独立化进程,成为了一个独立的法律部门。



第一节 商法概述



一、“商”的语源

当人们对一个复杂事物的认识达到理性程度时,就要对它做出概括性的诠释,关于“商”和“商法”的问题亦是如此。在现代商业贸易社会,“商”这个词为人们耳濡目染,并不陌生。然而,探求其具体含义则因人们的理解不同而有所区别。一般常识上的“商”和经济学上的“商”以及法律上的“商”,其含义颇有差异。不仅如此,“商”的内涵、外延还因时代的不同而有所变化和发展。从一般词义的角度来看,“商”通常在两种意义上使用:一是指以商品交换与买卖为内容的贸易行为。例如,在中国古代,人们认为“通财鬻货曰商”^①;“商其远近,度其有无,通四方之争议以资谓之商”^②。二是指商人。例如,中国古代词语中有“商贾”“布商”“客商”等词来对商人进行描述和区分。这是古代人们对“商”的朴素认识。在现代汉语中,“商”一般被作为“商人”或“商业”的简称。商人是“贩卖商品,从中获利的人”,商业则是“以买卖方式使商品流通的经济活动”。^③在社会学意义上,“商”多指商业,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,也是社会经济的一个部门。在经济学意义上,“商”被理解为沟通生产与消费的中间环节,是产品进入市场的流通行为,是产品从生产者手中流转 to 消费者手中的渠道、中介,是生产方式的一种。从这个方面来看,经济学上的“商”仅仅是指流通领域中流通行为。^④

商法是近现代商品经济发展的产物。社会化大生产和社会分工导致商品经济迅猛发展,使人类生活由谋求基本生存条件向优化资源配置、追求财富的增值和高尚的生活品质方向发展,形态各异的商业活动如雨后春笋般出现在市场经济国家。“商”的内涵随之极度扩充,并开始具备现代意义。法学所说的“商”有其特定的含义,与经济学上“商”的含义相比,其外延更加广阔。它不仅包括流通行为,并且把生产行为也纳入其中,当然它也不是指所有的生产和流通行为,只有生产和流通与经营联系在一起的时候,也即生产和流通是为了一定的营利目的而为之时,这种行为方式可以被视为法律意义的“商”。^⑤从法律上理解“商”,重点不在“商”的方式,而在于“商”的目的,即是否属于营利性的活动,以及“商”的主体资格。也就是说,凡以营利为目的的营业行为,不管是在制造业、投资业还是流通销售业,都属于“商”的范畴,其行为被称之为“商行为”;同时,凡以营利为

① 《汉书·食货志》(下)。

② 《考工记》。

③ 参见《现代汉语词典》,商务印书馆 1983 年版,第 1000—1001 页。

④ 范健主编:《商法》(第 4 版),高等教育出版社、北京大学出版社 2011 年版,第 7 页。

⑤ 范健主编:《商法》(第 4 版),高等教育出版社、北京大学出版社 2011 年版,第 7 页。



目的营业主体,均是“商”,被称为“商人”。

在现代商业实践中,大多数大陆法系国家更趋向于首先以法律列举方式概括商或商业的基本范围,然后再以营利性营业标准或商业登记制度确定具体主体的商事营业性质。例如,《日本商法典》规定,除商人直接交易、证券票据交易、海商活动等属于“固有商”外,其他诸如制造加工租赁活动、煤气电力供应、承揽运送、劳务承包、出版印刷或摄影、设置交易场所、货币兑换、承接保险、承担寄存、居间代办、承担代理等 12 项业务均属于“营业商”,仅在行为人欲以营利性经营为目的而从事此类营业时方须履行商业登记程序。^① 根据 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》对“商事”一词所做的解释,“商事”包括所有具有商事性质的事项:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;工程建造;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输等。^②

根据以上商法规范对“商”的范围的规定,可以从外延上将“商”分为四种。第一种“商”也称“固有商”,即“买卖商”,是指直接媒介财货交易以及传统上被纳入基本商事活动的行为,主要包括商品交易、证券交易、票据交易及海事交易等。第二种“商”也称“辅助商”,是指间接以媒介货物交易为目的的行为,或者说帮助“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为,如货物运输、仓储保管、居间、行纪、包装等。第三种“商”是指虽不以直接或间接媒介货物交易的行为为目的,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、出版、印刷、摄影等。第四种“商”是指仅与“辅助商”或第三种“商”有牵连关系的营业,如广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等。^③

法学意义上“商”的范围非常广泛,其外延随着商事贸易活动的丰富不断向外拓展。这种拓展主要沿着以下四种路径展开:一是从以一般特定物为交易客体的商事范围拓展到批量和规模效应的种类物交易,商品交易普遍采用行业标准、国家标准甚至国际标准;二是交易从有形的财产交易拓展到无形的财产证券化交易;三是交易行为从过去的买卖、代理、票据、海商保险等传统商行为拓展到包括信托、融资租赁、金融证券、期货期权等众多形态的行为;四是商事主体从自然人中衍生出法人和非法人的其他组织等商主体形式。但是“商”的范围虽然日趋广泛,却没有也不可能有一个统一的确定标准。其具体范围,只能依据各国民商法的规定而定。世界各国对商事范围的界定归纳起来有三种立法例,即列举主义、概括主义和折中主义。

所谓列举主义,就是通过立法对商事的范围予以列举。如 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》中列明,属于商事的事项包括:(1)任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;(2)销售协议;(3)商事代表或代理;(4)保付代理;(5)租赁;(6)工程建造;(7)咨询;(8)设计;(9)许可;(10)投资;(11)融资;(12)银行;(13)保险;(14)开采协

① 参见《日本商法典》第 501、502 条。

② 郑曙光,胡新建著:《现代商法:理论基点与规范体系》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 5 页。

③ 转引自覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社 2007 年版,第 4 页。