

Commercial Law



高等学校法学核心课程
教材系列

商法学

赵万一·主编

Legal Core Course



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

高等学校法学核心课程教材系列

商 法 学

Commercial Law

主 编 | 赵万一

副主编 | 汪世虎

撰稿人 | 王煜宇 李 燕

以撰写章节先后为序 | 陈南男 胡 军

韦忠语 汪世虎

刘武元 李向彬

吴民许



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

商法学/赵万一主编. —北京:法律出版社,2006.8
(高等学校法学核心课程教材系列)
ISBN 7-5036-6523-8

I. 商… II. 赵… 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(2006)第 080323 号

©法律出版社·中国

责任编辑/易明群 刘 辉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/23.25 字数/440 千

版本/2006 年 8 月第 1 版

印次/2006 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6523-8/D·6240

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

教学质量是高等学校的生命线;重视教材建设,是提高教学质量的重要环节。2005年1月,教育部以1号文件下发了《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》,要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材是课程及教学内容的表达形式,是在校大学生获得知识的重要途径。教材的编写过程本身,也是对教学与科研的反思和总结,有利于教材及时反映变化了的社会状况和学术研究的最新成果,有利于教师改进教学方法、提高教学水平、增强科研能力。通过教材的编写,还可以促使教师总结教育教学规律,了解学生的知识需求,培养热爱教学和关爱学生的教育情怀,实现教师、教材与学生三者的有机联结与良性互动。

依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,高等法学教育是国家法治发展的重要依托。我国高等法学教育大众化的快速推进,引发了人们对教育质量的疑虑,进而促使法学教育工作者深刻思索如何改革教学方式、如何完善课程体系等问题。法学教育必须适应法律职业对法律人在知识、能力等方面的实际需求,而法学教育的进一步改革和发展又必须以教材建设为基础。如果说法学核心课程的确立,是对我国法学教育历史经验深刻反思的成果,是对养成法学思维方式所需基本知识体系的科学总结,那么,编撰高质量的法学核心课程配套教材,就是目前高等法学教育工作者不可推卸的责任。

西南政法大学前身为西南政法学院,1953年9月正式成立。1978年,在全国最早恢复法学本科招生。1979年,开始招收法学硕士研究生,是改革开放以后全国首批硕士学位授权单位。1993年,被国务院学位委员会批准为博士学位授权单位。1995年,经原国家教委和司法部批准,更名为西南政法大学。2003年,被国务院学位委员会确定为全国首批法学一级学科博士学位授权点;同年,人事部批准设立法学博士后科研流动站。经过50多年的建设,学校现已发展成为以法学为主,法学与政治学、经济学、管理学、文学等多学科协调发展的全国重点大学。学校与美国、英国、德国、法国、俄罗斯、加拿大、意大利、日本和泰国等国家以及我国香港、澳门和台湾地区的一些大学,建立了校际友好关系,进行广泛而深入的学术交流与

合作。

作为国内规模最大的法学人才教育培养基地,西南政法大学历来高度重视本科教学质量及本科教材建设,不仅培养了一大批具有较强的教学研究能力的中青年学者,而且逐步形成了自己独具特色的教学模式和教材风格。面对新世纪新阶段法学教育的变化,学校做出积极反应,在提高本科教学质量方面,做出了更大的努力。学校在总结已有教材编写经验的基础上,广泛吸取国内外其他法学教材的长处,与法律出版社合作,编写出版这套“高等学校法学核心课程教材系列”,以践行我校法学教育理论性与实践性充分结合的办学理念,并积极努力为我国高等法学教育事业做出自己新的更大的贡献。

本套教材坚持以发展着的马克思主义为指导,贯彻科学发展观,遵循理论联系实际的原则,力求适应国内依法治国与构建和谐社会的新要求,适应国际经济全球化发展的新态势,准确把握现代法律精神,在吸纳国内外法学研究最新成果的基础上,树立精品意识与创新观念,致力于打造品牌教材。为了确保编写质量,我校通过专家论证,由教材委员会遴选高水平教师承担本套教材的编写任务,并在教材建设经费上给予了重点支持。我们对本套教材的特色要求是:通过对基本知识点的重点阐述,保证学生掌握基础理论;通过对学术前沿问题的介绍,拓展学生视野;启发学生思维;通过对基本技能训练的指导,提高学生处理法律事务和应对司法考试的能力;通过课后作业的问题设计,引导学生独立思考、深入研究。

本套教材可作为高等学校法学专业本科教学用书,也可供报考法学各专业研究生复习备考使用。

西南政法大学教材委员会
2005年7月

作者分工

- 王煜宇 第一、第四章
李 燕 第二、第三、第五、第六章
陈南男 第七、第八章
胡 军 第九至第十一章
韦忠语 第十二至十四章
汪世虎 第十五、十六、第二十三章
刘武元 第十七至十九章
李向彬 第二十至二十二章
吴民许 第二十四、第二十五章

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念和特征	(3)
第二节 商法的性质和基本原则	(8)
第三节 商法的历史沿革	(14)
第二章 商事立法体系	(24)
第一节 民商立法体制	(24)
第二节 我国的商事立法体系及其模式选择	(26)
第三章 商法与相关法律部门的关系	(29)
第一节 商法与民法	(29)
第二节 商法与经济法	(34)
第三节 商事法与其他部门法的关系	(37)
第四章 商事法律关系	(40)
第一节 商事法律关系概述	(40)
第二节 商主体	(42)
第三节 商行为	(48)
第五章 商业登记	(54)
第一节 商业登记概述	(54)
第二节 商业登记的种类和效力	(57)
第三节 商业登记的程序	(59)
第六章 商业名称	(61)
第一节 商业名称的意义	(61)
第二节 商业名称的取得与转让	(63)
第三节 商业名称权	(66)

第二编 公司法

第七章 公司与公司法概述	(71)
第一节 公司概况	(71)
第二节 公司法概述	(77)
第三节 公司人格	(79)
第四节 公司章程	(87)
第五节 公司股东	(91)
第八章 公司的设立、变更和终止	(98)
第一节 公司的设立	(98)
第二节 公司的变更	(102)
第三节 公司的终止	(107)
第九章 公司的资本	(115)
第一节 资本与资本制度	(115)
第二节 公司资本原则	(120)
第三节 股东的出资形式	(123)
第四节 公司资本的变更	(125)
第十章 公司的组织机构	(128)
第一节 公司组织机构概述	(128)
第二节 股东会	(129)
第三节 董事会	(132)
第四节 监事会	(135)
第五节 高级管理人员	(138)
第六节 公司负责人的任职资格和义务	(141)
第十一章 公司的财务会计制度	(146)
第一节 公司财务会计制度概述	(146)
第二节 公司财务会计报告	(148)
第三节 公司的公积金制度	(151)
第四节 公司的利润分配	(153)

第三编 证券法

第十二章 证券和证券法概述	(157)
第一节 证券概述	(157)

第二节	证券市场	(160)
第三节	证券法概述	(163)
第十三章	证券的发行	(167)
第一节	证券发行概要	(167)
第二节	股票的发行	(170)
第三节	公司债券的发行	(175)
第四节	基金证券的发行	(176)
第五节	证券的承销	(180)
第十四章	证券的交易	(183)
第一节	证券的上市	(183)
第二节	证券交易所	(187)
第三节	证券交易法律关系	(190)
第四节	证券交易的种类	(195)
第五节	证券禁止行为	(197)
第六节	上市公司收购	(201)

第四编 票 据 法

第十五章	票据概述	(207)
第一节	票据的概念和特征	(207)
第二节	票据的功能	(209)
第三节	票据的产生和发展	(210)
第十六章	票据法概述	(214)
第一节	票据法的概念和特征	(214)
第二节	票据法的沿革	(218)
第三节	票据法的国际统一	(223)
第十七章	票据法律关系	(226)
第一节	票据法律关系概述	(226)
第二节	票据权利	(229)
第三节	票据抗辩	(237)
第十八章	票据行为	(242)
第一节	票据行为概述	(242)
第二节	票据行为的构成要件	(245)
第三节	票据行为的代理	(248)
第四节	几种主要的票据行为	(250)

第十九章 票据瑕疵与票据丧失	(262)
第一节 票据瑕疵	(262)
第二节 票据丧失	(266)

第五编 保 险 法

第二十章 保险法概述	(271)
第一节 保险与保险法	(271)
第二节 保险法的基本原则	(275)
第二十一章 保险合同	(279)
第一节 保险合同概述	(279)
第二节 保险合同的主体	(282)
第三节 保险利益	(283)
第四节 保险合同的订立	(284)
第五节 财产保险合同	(286)
第六节 人身保险合同	(290)
第二十二章 保险业法	(295)
第一节 保险公司	(295)
第二节 保险经营规则	(298)
第三节 保险业的监督管理	(301)
第四节 保险代理人与保险经纪人	(304)

第六编 破 产 法

第二十三章 破产法概述	(311)
第一节 破产与破产法	(311)
第二节 破产法的立法准则	(316)
第三节 破产法的历史沿革	(318)
第二十四章 破产程序法	(323)
第一节 破产程序的开始	(323)
第二节 债权人会议	(327)
第三节 破产和解	(329)
第四节 重整制度	(332)
第五节 破产宣告	(334)
第六节 破产清算人	(337)

第七节 破产财产的变价、分配与破产程序的终结	(340)
第二十五章 破产实体法	(343)
第一节 破产财产	(343)
第二节 破产债权	(345)
第三节 破产费用	(349)
第四节 取回权	(350)
第五节 别除权	(352)
第六节 抵销权	(353)
第七节 撤销权	(355)



第一编 商法总论

第一章 商法概述

内容提要

商法是调整市场经济中商人及其商事活动的法律规范的总和。商法的调整对象是商事关系。商事是营利性主体所从事的一切营利性营业活动的总称。与民法相同,商法是私法,是权利法,是市场经济的根本大法。与民法不同,商法又具有复合性、营利性、国际性和技术性的特征。商法与民法是特别法与一般法的关系。在民法五大基本原则之外,商法具有自己特有的基本原则。商法起源于中世纪地中海沿岸的商人法。大陆法系和英美法系各有其不同的商法模式,在大陆法系,存在着民商合一与民商分立两种立法体例。本章的重点是商法的概念、性质和特征,难点是商法的基本原则,商法的历史沿革是大家需要了解的内容,同时也为第二章的学习打下了基础。

第一节 商法的概念和特征

一、商的意义

商法就其一般意义而言是关于调整商事关系的法律规范的总和,因而商法中一系列概念、规则和制度的建立均不能脱离对于“商”或“商事”的特定理解。按照《韦氏新国际辞典》的解释,商事系指商品交换行为或买卖行为;《布莱克法律辞典》认定,商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”;《拉威尼当代商法》则认为,“商事一词是对各种物品的交易或交换之总括”。现代许多商法学者均曾注意到不同层次观念形态中对于商事概念不同理解的问题,并且主张将一般社会观念中的“商”与经济学意义的“商”以及法律学中的“商”加以区别,认为它们应当具有不同的含义。

经济学意义的“商”实际上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,指以营利为目的,直接媒介财货交易之行为。换言之,商即介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中

获取利润之行为。这些认识显然与古典经济学中将经济活动区分为“生产活动”与“非生产活动”，与现代经济学中将社会生产区分为“直接生产过程”与“商品流通过程”的观念影响有着内在的联系。随着现代社会中商品经济关系的长足发展，传统意义上的商品概念日益得到扩展，以营利为目的的经济活动之范围日益得到扩大，制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业的实质性差别越来越趋于模糊，这就要求经济学理论对于商事的概念做出更富于弹性和现实性的概括。

法律学上的商事概念实质上是在对商事习惯和不同时期商事实践的法律概括基础上逐步形成的。随着古典商业时代的结束，传统的商人交易行为逐渐丧失了其概括性含义，而成为所谓“主观意义上的商”；随着早期资本主义贸易范围的扩大，传统的直接商品交换行为也丧失了其概括性含义，而成为所谓“固有商”；而随着现代社会经济之发达，交通工具之进步，商事的范围和种类逐步扩大，形成了所谓“无业不商”之局面，商业范围得到空前拓展，凡属以营利为目的、从事媒介交易的行为，皆被法律称之为“商”。于是，经济学上所谓的“商”与法学上所谓的“商”，含义遂有所差异。依通常理解，法学上的“商”，除固有商外，还包括范围更广的“非固有商”。这里所说的非固有商，根据学者们的归纳，大致可以分为三类：第一类是辅助商，亦称第二种商，指间接以媒介货物交易为目的之营业活动，它实际上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。第二类是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有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、摄影营业，学者又将其称为第三种商。第三类是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，此种商事营业与固有商的联系已极为间接，学者多称之为第四种商。由此可见，现代商法上所称的商事是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业之总称。这就是说，商事是对营利性主体从事的各种活动之概括；商事是对各种持续性营利行为之概括；商事是对各种营利性营业之概括。在我国法学理论与实践，尽管对于商事的概念缺乏统一的认识和集中的研究，但是与商事概念类同或具有共同性质的范畴其实是颇受关注的。例如我国合同法中关于“经济活动”的概括，我国民事法律中关于“营业行为”和“企业活动”的表述，我国工商管理法中关于“经营活动”和“经营范围”的规定等。这些概括的共同意义在于使营利性主体的营利性活动与非营利性主体的非营利性活动区别开来，从而实际上起到了商事概念的法律界定作用。

二、商法的概念

商法，亦称商事法，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。商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法是

指民商分立的国家所制定的并冠以“商法典”之名的法律。法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家都先后制定了商法典。据统计,迄今为止,世界上大约有40多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。实质意义上的商法,则指以商事为其规范对象所制定的各种法律规范,既包括以“商事”也包括不以“商事”命名的一切调整商事法律规范的总称。就形式而言,在民商分立的国家中,除商法典外,构成其商法的还有一系列单行商事法规;在民商合一的国家中,其商法的表现形式则散见于民法、行政法和其他部门法中的有关商事以及有关的判例规则等。由此可知,形式意义上的商法只存在于民商分立的国家中,但实质意义上的商法不同,无论是民商合一还是民商分立的国家,也无论是大陆法系国家还是英美法系国家,都存在实质意义上的商法。

按照学者们的归纳,实质意义上的商法又可以分为两种:广义的商事法和狭义的商事法。广义的商事法包括国际和国内商事法两种。国内商事法,即国内关于调整商事关系的法律规范的总和。任何一个国家的商事法,都是由其商事公法和商事私法构成。商事公法,系指公法上有关商事的规定,各国商事公法没有一个完整的体系,有关商事公法的规定,散见于各种法律之中,如宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法等公法中有关商事的规定。商事私法是调整私人主体间商事活动的法律规范的总称。由于在民商分立和民商合一的国家中对于商事私法的规定并不完全一致,因此商事私法的具体表现形式也会因各国立法体制的不同而有所不同。至于狭义的商事法,则专指商法中的商事私法而言。一般言及商事法,也多指狭义的商事法。值得注意的是,从现代各国商法的内容来看,商法的国际性规范与国内规范相互交错,公法规范与私法规范互相交融,因此要严格区分国际商法与国内商法,严格区分商事公法与商事私法已极为困难。因此,近代以来的商法学者在强调狭义商事法时,无不十分关注商法内容的国际性和公法性。

商法的内容极为复杂,但总的来说是由组织法和行为法两大部分构成。商事组织法一般是关于商业交易基础条件和手段的规定,其基本内容包括商业登记、商业账簿、商事代理、商事主体、公司制度等。商事组织法是商法中最基本的内容,是确保交易安全与高效的基本法律制度。因此,尽管各国国情不同,但在这方面的规定大致是相同的。商事行为法是规定商业交易本身的法律,其内容涉及票据法、保险法、海商法、证券法等内容。各国除通过其商法典或民法典对商行为做出基本规定外,一般都通过颁布单行商事法规的形式对商行为进行调整。由于商行为具有很大的灵活性,因而各国对商行为的具体规定存在很大的差异性。我国没有形式意义上的商法,只有实质意义上的商法,公司法、票据法、保险法、海商法、破产法以及证券法是我国目前最为重要的商法。

三、商法的特征

和其他法律部门和法律学科相比,商法具有以下几方面的特征:

(一) 复合性

商法的复合性又称商法的兼容性,其表现是作为私法的商法兼具有某些公法的性质。传统民商法理论认为,商法与民法一样,同属于私法范畴,偏重于商事个体间的权利义务对应关系,强调商事主体的意思自治和商事行为的营利性,因而商法规范具有很强的任意性和选择性。为尊重各类商事主体的自由意志,培养其在商事活动中的积极性和创造性,鼓励自由竞争,国家对其活动通常不作干预,这些使得商法的私法性质十分显著。但是,随着自由资本主义向垄断资本主义的过渡,为遏制极端个人主义、利己主义思潮给社会带来的危害,为消除生产和竞争的无政府状态,为了通过分配的公平合理来调剂社会各阶层的利益关系,国家不仅加强了对经济关系的直接干预,也加强了对私权的干预,开始在商法领域实行公法干预政策,传统商法被输入了一些刑法、社会法等与经济活动有关的公法规范。商法中的许多规范具有国家强制性,当事人的自由意志受到了限制,使商法自身具有了公法性的特征。如公司法中对公司注册与公告的规定、票据法中对签发空头支票的刑事处罚条款、证券交易中对证券欺诈犯罪的规定等,均具有强烈的公法性。

另外,商法的兼容性还体现在它同时具有任意法与强制法的双重性质。商法既然以私法规范为其中心内容,其中必然包含有大量的任意性规范。这些任意性规范主要体现在商事行为法方面,例如,公司法中对经理人的聘任及其职权的限制,合伙组织和无限公司的内部关系与对外关系,海商法中关于共同海损的计算,保险法中关于保险特约条款的订立等,都可基于当事人的意思而自行订定。然而,商法也有大量强制性规定,典型的如公司章程和票据记载中关于必要记载事项之规定,企业主体的组织与财产状况,公司之机关、票据的种类及其行为的方式,企业破产的清偿顺序以及保险中的某些法定保险等都不能依当事人的意思而定。但是,商法公法化并不意味着商法就是公法,只是表明商法是一个渗透着公法因素的私法,商法仍然属于私法范畴,受私法原则和精神的支配。

(二) 技术性

从社会学角度观察,法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。一般而言,民法规范为商品经济和市场经济提供了一般的行为规则,这些一般行为规则是对整个市民社会及其经济基础的抽象和概括,是人们理性思维的结果,一般较为合理也较为稳定。正是基于这种调整对象的性质和特征以及调整手段的特点,因此民法条款绝大多数属于伦理性条款,即凭社会主体的简单常识和伦理判断就可确定其行为性质,而并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。而商法则将市场经济的基本内容、基本规则及基本运作方式翻译成法律语言的法律规则,因此市场经济的一些基本要求和基本内容都和商法规范具有直接的联系,由此决定了商法规范必然具有很强的操作性、技术性,即商法规范中必然包含有大量的技术性规范,并且这些技术性规范并不能简单地凭伦理道德意识就