

高等政法院校法学主干课程教材

司法部法学教材编辑部编审

商法学

(2006年修订)

覃有土◆主编

commercial law



中国政法大学出版社

D913.990.1

1=2

2006

高等政法院校法学主干课程教材

商 法 学

(2006 年修订)

司法部法学教材编辑部编审

主 编 覃有土

副主编 王卫国 赵万一

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

王卫国 赵万一 高在敏
覃有土 傅鼎生 彭 虹
樊启荣

 中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法学 / 覃有土主编. - 北京:中国政法大学出版社,1999.11

高等政法院校法学主干课程教材

ISBN 7-5620-1929-0

I 商... II.覃... III.商法-法的理论-高等学校-教材

IV.D912.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 70428 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 29.125 印张 530 千字

2006 年 9 月修订版 2006 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1929-0/D·1889

定价:29.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zt5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

覃有土 男,1945年7月生,广西田东人,原中南财经政法大学副校长、教授,民商法学博士生导师,兼任中国法学会理事、国家司法考试协调委员会委员、中国商法研究会副会长、湖北省法学会副会长、湖北省人民政府、湖北省高级人民法院及湖北省高级人民法院检察院法律咨询专家委员会委员等。主要著作有:《我国经济合同的理论与实践》、《债权法》、《保险法学》、《保险法概论》、《票据法全书》、《有价证券的理论与实务》、《民法学》(副主编)、《社会保障法》、《商法学》(主编)等,并在《中国法学》、《法学研究》、《法商研究》等刊物上发表论文多篇。

王卫国 男,山西省陵川县人,1951年5月生于重庆市。1982年毕业于西南政法学院法律本科,1985年毕业于该校硕士研究生民法专业。1989~1992年留学于瑞典乌普萨拉大学。现任中国政法大学教授,博士生导师,民商经济法学院院长。兼任中国法学会理事、中国民法经济法研究会理事。发表《过错责任原则:第三次勃兴》、《民法债权》(合著)、《中国土地权利研究》、《破产法》等学术专著和《论合同无效制度》、《论重整制度》、《企业拯救制度在中国的采用:比较概观》等论文70余篇。

赵万一 男,1963年5月生,山东省巨野人,现任西南政法大学民商法研究中心副主任和德国法研究中心副主任,民商法学教授,博士生导师,兼任中国商法研究会常务理事等。主要著作有:《证券法的理论与实务》、《中国竞争保护法律制度研究》、《香港法要论》、《中国房地产法的理论和实务》、《证券法学》、《商法学》、《商法基本问题研究》等,并在《法学研究》等刊物上发表论文20余篇。

傅鼎生 男,1953年生,浙江省上虞人,1982年毕业于西南政法学院,现任华东政法学院教授,《法学》副总编,兼任中国民法经济法研究会理事。主要著作有:《民商法疑难问题研究》(主编)、《中国民法教程》(副主编)、《侵权赔偿》(合著)、《市场行为法律制度》(合著)等,并在《法学》、《现代法学》等刊物上发表论文60

余篇。

高在敏 男,1954年生,陕西省户县人,1982年毕业于西南政法学院法律系,现为西北政法学院法学系民商法教研室教授,主要代表作有:《对民事法律行为本质合法说质疑》系列论文、《合伙与公司法研究》系列论文,还曾先后参编与主编过《民法学》、《商法学》教材多部,并在《中国社会科学》(英文版)、《法学研究》、《中国法学》、《法律科学》等刊物上发表论文10余篇。

彭虹 女,1962年1月生,湖南省长沙市人,法学硕士,现任广东商学院法学副教授。主要著作有:《经济合同法教程》(第一作者)、《保险法实例说》(第二作者)、《金融法教程》(副主编),在各类杂志发表论文10余篇。

樊启荣 男,1965年生,湖北省潜江市人,中南财经政法大学教授、民商法学博士、硕士研究生导师。主要著作有:《保险契约告知义务论》(专著)、《社会保险法》(合著)、《保险法论》(主编)等,并在《中国法学》、《法商研究》、《现代法学》、《保险研究》、《财经研究》等刊物上发表论文20余篇。

修订版说明

《商法学》作为普通高等学校法学专业主干课教材之一,自初版以来受到了广大师生的厚爱与好评,多次重印。鉴于自 2002 年以来,我国《保险法》、《公司法》、《证券法》等相继修订,应广大读者的要求,对本教材做出修改。本次修订在保持原书体例和主体内容的基础上,对“商法导论”、“证券法”、“公司法”及“保险法”等作了重点修改,参加本次修订工作的有覃有土、赵万一、樊启荣等。

编 者

2006 年 8 月

新版说明

本套教材是根据国家教育部关于普通高校法学专业开设专业主干课程的通知要求,由国家司法部法学教材编辑部组织全国政法院校和实践部门一流的法学教授和专家合力编写而成的。

初版教材在编写过程中认真总结了改革开放以来法学教材编写中的正反经验,充分吸取了国家教育部高等学校法学学科教学指导委员会专家对法学教材论证的意见,立足中国高等法学教育的现状,建立了适合中国国情的全新的教材体例。在内容选择上,注意吸收国内外法学教育、科研的最新成果,面向 21 世纪的法学教育,注重知识性、理论性、实践性的统一,对中国法学教育的发展起到了非常重要的推动作用,并已成为高等政法院校师生首选的主力教材,受到广大读者的欢迎和法学界、法律界的高度评价。

教材是一定时期学术发展和教学、科研成果的系统反映。所以,随着科研的不断进步、教学实践的不断发 展,必然导致教材的不断修订。国际上许多经典教材都是隔几年修订一次,一版、五版、二十版,使其与时俱进、不断成熟、日臻完善、成为经典广为流传。这已成为教材编写的一种规律。

进入 21 世纪,随着我国法制建设的不断完善,法学研究及法学教育等方面都有了很大发展。为了适应这一形势,为了迎接新 时代的挑战,尤其是我国加入 WTO 带来的各种新的法律问题,我们结合近年来法制建设的新发展,吸收国内外法学研究和法学教育的新成果、新经验,对这套主干课教材进行了全面修订。我们相信,重修之主干课教材定能对广大师生提供更有效的帮助。

司法部法学教材编辑部

2002 年 10 月

说 明

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需求,全面提高法律人才的素质,根据原国家教委关于普通高等学校法学专业开设 14 门专业主干课程的通知要求,我们邀请政法院校和实践部门的法学教授和专家编写出版了这批教材。

这批教材以邓小平理论为指导,按照原国家教委高等学校法学学科教学指导委员会专家论证的意见,吸收国内外法学教育的最新成果,面向 21 世纪的法学教育,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,坚持理论联系实际的原则,努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

《商法学》由覃有土教授任主编,王卫国教授和赵万一教授任副主编。初稿完成后,由覃有土教授统稿及定稿。各章撰写分工如下:

覃有土 第一章第一节、第二章第一节、第二节、第十六章、第十八章、第十九章

王卫国 第八章、第九章、第十章、第十一章、第十二章

赵万一 第四章、第七章

高在敏 第五章、第六章

傅鼎生 第十三章、第十四章、第十五章

彭虹 第十七章、第二十章

樊启荣 第一章第二节、第三节、第四节、第五节,第二章第三节、第三章

司法部法学教材编辑部

1999 年 10 月

目 录

第一编 商法导论

■第一章	商法概论	/ 3
第一节	商法的概念	/ 3
第二节	商法的基本原则	/ 8
第三节	商主体	/ 17
第四节	商行为	/ 23
第五节	商事登记	/ 32
第六节	商业名称与商业账簿	/ 38
■第二章	商法的演进	/ 45
第一节	大陆法系商法	/ 45
第二节	英美法系商法	/ 51
第三节	我国的商事立法	/ 57
■第三章	商法与相关法律的关系	/ 61
第一节	商法与民法	/ 61
第二节	商法与经济法	/ 65
第三节	商事法与其他部门法的关系	/ 70

第二编 公 司 法

■第四章	公司法总论	/ 75
第一节	公司法概述	/ 75
第二节	公司的分类	/ 79
第三节	公司的设立与撤销	/ 83
第四节	公司的能力	/ 86
第五节	公司的分立与合并	/ 88
第六节	公司的财务、会计	/ 90

■第五章 有限责任公司	/ 95
第一节 有限责任公司概述	/ 95
第二节 有限责任公司的设立	/ 98
第三节 有限责任公司的出资	/ 101
第四节 有限责任公司的内部组织机构	/ 102
第五节 国有独资公司	/ 107
第六节 其他有限责任公司	/ 109
■第六章 股份有限公司	/ 114
第一节 股份有限公司概述	/ 114
第二节 股份有限公司的设立	/ 117
第三节 股份有限公司的资本	/ 120
第四节 股份有限公司的股份	/ 123
第五节 股份公司的组织机构	/ 126
■第七章 公司债券	/ 131
第一节 公司债券概述	/ 131
第二节 股票	/ 134
第三节 公司债券	/ 144
第四节 证券上市	/ 151

第三编 破 产 法

■第八章 破产法概述	/ 157
第一节 破产和破产法	/ 157
第二节 破产法的立法准则	/ 163
第三节 破产法的历史沿革	/ 166
第四节 我国破产法的立法概况	/ 173
■第九章 破产程序总论	/ 177
第一节 一般规则	/ 177
第二节 破产案件的申请和受理	/ 182
第三节 债权人会议	/ 197
第四节 破产法律责任	/ 202
■第十章 和解	/ 206
第一节 和解概述	/ 206

第二节 和解的程序规则	/ 211
■第十一章 重整	/ 215
第一节 重整制度概述	/ 215
第二节 重整的开始	/ 221
第三节 重整观察期间的营业	/ 222
第四节 重整计划	/ 228
■第十二章 破产清算	/ 232
第一节 破产宣告	/ 232
第二节 破产清算人	/ 235
第三节 破产财产	/ 239
第四节 破产债权	/ 242
第五节 破产抵销权	/ 247
第六节 别除权	/ 251
第七节 破产变价和分配	/ 255
第八节 破产程序的终结	/ 259

第四编 票 据 法

■第十三章 票据与票据法概述	/ 263
第一节 票据概述	/ 263
第二节 票据法概述	/ 271
第三节 票据上的法律关系	/ 277
第四节 票据行为	/ 282
第五节 票据权利	/ 289
第六节 票据的伪造、变造和更改	/ 297
第七节 票据的涂销与丧失	/ 298
第八节 特殊票据	/ 300
第九节 票据的抗辩	/ 305
第十节 票据时效与票据利益偿还请求权	/ 311
■第十四章 汇票	/ 314
第一节 汇票的概念及种类	/ 314
第二节 出票	/ 316
第三节 背书	/ 318

第四节 承兑	/ 320
第五节 保证	/ 322
第六节 到期日	/ 324
第七节 付款	/ 325
第八节 追索权	/ 328
■第十五章 本票与支票	/ 334
第一节 本票	/ 334
第二节 支票	/ 336

第五编 保 险 法

■第十六章 保险与保险法概述	/ 341
第一节 保险的概念及其要素	/ 341
第二节 保险的分类	/ 347
第三节 保险法的概念及主要内容	/ 349
第四节 中外保险立法概况	/ 351
第五节 保险法的基本原则	/ 362
■第十七章 保险合同总论	/ 367
第一节 保险合同的概念、特征与基本分类	/ 367
第二节 保险合同的当事人与关系人	/ 371
第三节 保险合同的辅助人	/ 373
第四节 保险合同的订立	/ 378
第五节 保险合同的内容	/ 382
第六节 保险合同的履行	/ 386
第七节 保险合同的变更、解除与终止	/ 389
■第十八章 财产保险合同	/ 393
第一节 财产保险合同概述	/ 393
第二节 财产保险合同的主要条款	/ 396
第三节 财产保险合同的索赔与理赔	/ 400
第四节 我国几种主要的财产保险合同	/ 405
■第十九章 人身保险合同	/ 415
第一节 人身保险合同的分类及概念	/ 415
第二节 人身保险合同中的受益人	/ 417

第三节	人寿保险合同的种类及其常见条款	/ 420
第四节	人身保险合同的订立和履行	/ 424
■第二十章	保险业法	/ 428
第一节	保险业法概述	/ 428
第二节	保险公司	/ 431
第三节	保险经营规则	/ 438
第四节	保险业的监督管理	/ 442

第一编

商法导论

第一章 商法概论

■ 学习目的和要求

本章主要阐述商法的基本理论和范畴。应了解商法的概念及特征、商人与商行为的含义、类型及特点,商业登记、商业名称与商业账簿的概念及功能,重点把握商法的基本原则。

第一节 商法的概念

一、“商”的含义

何谓“商”,这是研究商法首先应该弄清楚的问题。依通常的理解,“商”即买卖或交易行为。然而,经济学上的“商”,尤其是法律学上的“商”,还有更深的含义。经济学上所谓“商”,系指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为,^[1]详言之,“商”即产品由工农业生产者手中流转 to 消费者手中的渠道、桥梁和中介,以调剂供需,从中获取利润的行为。^[2]这种行为,通常称为“买卖商”,亦即学者所称的“固有商”。^[3]法律学上的“商”,不仅包括前已述及的“固有商”,还包括范围比“固有商”要广的“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:①“辅助商”,亦称“第二种商”,是指间接以媒介货物交易为目的的行为,或者说使“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为,如货物运送、仓储保管、居间、行纪、包装、装卸等。^[4]②“第三种商”,是指虽然不属于直接或间接媒介货物交易为目的的行为,但从事与商品交易有关的资金融通,如银行及信托业务等,或从事与商品交易媒介行为密切相关的活动,如加工承揽、制造、出版、印刷及摄影等营业。^[5]③“第四种商”,是指与媒介货物并无连带关系,仅与“第三种商”有其关系者,如广告传播业、人身与财产保险业、旅馆服务业、饮食服务业、娱乐行业以及信息服务业等。

[1] 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页。

[2] 苏惠祥主编:《中国商事法概论》,吉林人民出版社1996年版,第3页。

[3] [日]实方正雄:《商法总论》,昭和二十七年版,第9页。

[4] A. Lincon Lavine, *Modern Business Law*, 1995, p. 572.

[5] [日]田中耕太郎:《商法总则概论》,有斐阁1940年版,第31页。

显然,法律学上的“商”范围非常广泛,而且随着社会经济的发达越衍越广。一些国家或地区的商法正是基于这种理念而界定其“商”的范围的。《德国商法典》规定,凡以商业之方法与范围为营业,办理商业登记者,即视为商业;对于农林业兼营副业,如对农林产品加工制造,经申请商业登记的,也视为商业。《瑞士债务法》规定,凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业而进行登记的,都视其为商业。我国台湾地区的“商业登记法”第2条所列举的各种商业,竟达32款之多。当然,“商”的范围虽然广泛,但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。

二、商法的概念

商法,亦称商事法,是调整商事关系的法律规范的总称。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”之名的法律而言。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。^[1]在这些国家中,商法典是其商事活动的基本法,商法典之外的单行商事特别法,是否都以“商事”命名,则不受限制。实质意义上的商法,则指以商事为其规范对象的各种法规而言,即包括以“商事”和不以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范的总称。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商事法规。在民商合一的国家中,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的规定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,无论是民商合一的国家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大类,即广义的商事法和狭义的商事法。^[2]广义的商事法包括国际商事法和国内商事法两种。凡国际公法上关于商事的规定如国际邮政协约、电讯协约、船舶碰撞与海难救助统一公约,以及其他有关商事的统一公约、两国间友好通商航海条约、国际间共同遵守的商事习惯法等,都属于国际商事法。国内商事法,即关于国内的商事法规。任何一个国家的商事法,都是由其商事公法和商事私法所构成的。商事公法,系指公法上有关商事的规定。各国商事公法本身并没有一个完整的体系,有关商事公法的规定,皆散见于各种公法之中,如宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法及行政诉讼法等公法中有关

[1] 郭锋:“民商分立与民商合一的理论评析”,载《中国法学》1996年第5期,第43页。

[2] 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第7页。