

高等政法院校法学主干课程教材

商 法 学

司法部法学教材编辑部编审

覃有土 主编



中国政法大学出版社

高等政法院校法学主干课程教材

商 法 学

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)

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 28.125 印张 530 千字

2002 年 9 月修订版 2002 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1929-0/D·1889

印数:0 001-6 000 定价:23.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

作者简介

覃有土 男，1945年7月生，广西田东人，现任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、湖北省人民政府法律咨询专家委员会委员、武汉市法学会副会长等。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,现任中南财经政法大学副教授、硕士研究生导师、保险系副主任,武汉大学民商法专业博士研究生。主要著作有:《社会保险法》(合著)、《保险法》(副主编)、《商事法》(参编)等,并在《经济科学》、《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。

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际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、科研成果的系统反应。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际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

目 录

第一编 商法导论

第一章 商法概论	(1)
第一节 商法的概念	(1)
第二节 商法的基本原则	(6)
第三节 商主体	(15)
第四节 商行为	(22)
第五节 商事登记	(31)
第六节 商业名称与商业账簿	(36)
第二章 商法的演进	(44)
第一节 大陆法系商法	(44)
第二节 英美法系商法	(50)
第三节 我国的商事立法	(56)
第三章 商法与相关法律的关系	(60)
第一节 商法与民法	(60)
第二节 商法与经济法	(64)
第三节 商事法与其他部门法的关系	(69)

第二编 公 司 法

第四章 公司法总论	(72)
第一节 公司法概述	(72)
第二节 公司的分类	(76)
第三节 公司的设立与撤销	(80)

第四节	公司的能力	(83)
第五节	公司的分立与合并	(85)
第六节	公司的财务、会计	(87)
第五章	有限责任公司	(92)
第一节	有限责任公司的概述	(92)
第二节	有限责任公司的设立	(95)
第三节	有限责任公司的出资	(98)
第四节	有限责任公司的内部组织机构	(100)
第五节	国有独资公司	(104)
第六节	其他有限责任公司	(105)
第六章	股份有限公司	(109)
第一节	股份有限公司概述	(109)
第二节	股份有限公司的设立	(111)
第三节	股份有限公司的资本	(115)
第四节	股份有限公司的股份	(118)
第五节	股份公司的组织机构	(121)
第七章	公司债券	(126)
第一节	公司债券概述	(126)
第二节	股票	(129)
第三节	公司债券	(139)
第四节	证券上市	(145)

第三编 破 产 法

第八章	破产法概述	(150)
第一节	破产和破产法	(150)
第二节	破产法的立法准则	(156)
第三节	破产法的历史沿革	(159)
第四节	我国破产法的立法概况	(166)
第九章	破产程序总论	(170)
第一节	一般规则	(170)

第二节	破产案件的申请和受理	(175)
第三节	债权人会议	(190)
第四节	破产法律责任	(195)
第十章	和解	(198)
第一节	和解概述	(198)
第二节	和解的程序规则	(202)
第十一章	重整	(207)
第一节	重整制度概述	(207)
第二节	重整的开始	(213)
第三节	重整观察期间的营业	(214)
第四节	重整计划	(220)
第十二章	破产清算	(224)
第一节	破产宣告	(224)
第二节	破产清算人	(227)
第三节	破产财产	(231)
第四节	破产债权	(234)
第五节	破产抵销权	(239)
第六节	别除权	(243)
第七节	破产变价和分配	(247)
第八节	破产程序的终结	(251)

第四编 票 据 法

第十三章	票据与票据法概述	(254)
第一节	票据概述	(254)
第二节	票据法概述	(262)
第三节	票据上的法律关系	(268)
第四节	票据行为	(274)
第五节	票据权利	(280)
第六节	票据的伪造、变造和更改	(289)
第七节	票据的涂销与丧失	(290)

第八节 特殊票据	(292)
第九节 票据的抗辩	(297)
第十节 票据时效与票据利益偿还请求权	(303)
第十四章 汇票	(306)
第一节 汇票的概念及种类	(306)
第二节 出票	(308)
第三节 背书	(310)
第四节 承兑	(312)
第五节 保证	(314)
第六节 到期日	(317)
第七节 付款	(317)
第八节 追索权	(320)
第十五章 本票与支票	(326)
第一节 本票	(326)
第二节 支票	(328)

第五编 保 险 法

第十六章 保险与保险法概述	(331)
第一节 保险的概念及其要素	(331)
第二节 保险的分类	(337)
第三节 保险法的概念及主要内容	(339)
第四节 中外保险立法概况	(341)
第五节 保险法的基本原则	(352)
第十七章 保险合同总论	(357)
第一节 保险合同的定义、特征与基本分类	(357)
第二节 保险合同的当事人与关系人	(361)
第三节 保险合同的辅助人	(363)
第四节 保险合同的订立	(368)
第五节 保险合同的内容	(372)
第六节 保险合同的履行	(377)

第七节	保险合同的变更、解除与终止	(380)
第十八章	财产保险合同	(384)
第一节	财产保险合同概述	(384)
第二节	财产保险合同的主要条款	(387)
第三节	财产保险合同的索赔与理赔	(391)
第四节	我国几种主要财产保险合同	(396)
第十九章	人身保险合同	(406)
第一节	人身保险合同的概念及分类	(406)
第二节	人身保险合同中的受益人	(408)
第三节	人寿保险合同的种类及其常见条款	(411)
第四节	人身保险合同的订立和履行	(415)
第二十章	保险业法	(418)
第一节	保险业法概述	(418)
第二节	保险公司	(421)
第三节	保险经营规则	(428)
第四节	保险业的监督管理	(432)

第一编 商法导论

第一章 商法概论

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：一是“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〕}二是“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通融，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〕}三是

〔1〕 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年修订版，第4页。

〔2〕 苏惠祥主编：《中国商事法概论》，吉林人民出版社1996年修订版，第3页。

〔3〕 〔日〕实方正雄：《商法总论》，昭和二十七年五月版，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》，第31页。

“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。

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

〔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年修订版，第7页。

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。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商事的规定都属于商事公法。商事私法，则指私法上关于商事的规定。前已述及，民商分立和民商合一的国家，其关于商事私法的规定是有区别的。至于狭义的商事法，则专指国内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。然而，值得注意的是，从现代各国商法的内容来看，商法日益表现出国际性规范与国内规范相交错、公法规范与私法规范相融合的趋势，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的同时，也很关注其国际性和公法性内容。^{〔1〕}

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组成的。商事组织法一般是关于商业交易基础条件和手段的规定，其内容包括商业登记、商业账簿、商事代理等主体的规定，包括公司制度、票据制度、保险制度、破产制度、海商制度以及有价证券制度等的规定。这些规定是商法最基本的内容，是确保交易安全、迅捷与高效的法律制度。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，各国除在其商法典或民法典对商行为作出基本规定外，一般都颁布了单行的商事法规。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也就有很大的差别。^{〔2〕}

我国没有形式意义的商法，只有实质意义的商法。《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《破产法》以及《证券法》^{〔3〕}等，就是我国目前最为重要的商法。由于种种原因，在过去几十年里，商法这一重要部门法被人们忘却了，多数人根本不知道商法为何物，各种商事法都被纳入经济法之列，从理论上探讨商法也很少。在确立市场经济体制的形势下，这种状况当然不能再继续下去。社会主义市场经济的完善和发展，需要中国商法学的复兴，更需要商法学的进一步繁荣。

三、商法的特征

一般认为，商法具有以下特征。

（一）商法的兼容性

商法的兼容性首先体现在作为私法的商法却兼有公法的性质。按照传统民商

〔1〕 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第24页。

〔2〕 徐学鹿：“商事立法刍议”，载《中国法学》1990年第6期，第61页。

〔3〕 《海商法》及《证券法》无疑是属商法体系，但考虑到前者独立性较强，且篇幅有限，故本书未将其列入。

法理论的认识，商法与民法一样，同属私法范畴。商法中关于商号、商业账簿、商代理、商行为等的规定，以及关于商业交易、商主体间的权利义务等的规定，无疑都属私法性质。但是，前已述及，广义商法包括商事公法和商事私法。这就是说，从本质上说属于私法的商法，其中却有公法的规定。例如，各国公司法中关于公司登记的规定，破产法、公司法及保险法中的罚则，海商法中对于船长的处罚规定，以及票据法中对违反票据法的制裁规定等，都属公法性质。因此，有学者指出：现代各国的商事法“虽然以私法规定为其中心，但为保障其私法规定的实现，颇多属于公法性质的条款，几乎与行政、刑法等有不可分离的关系，却已形成商事法之公法化”。^{〔1〕}

其次，商法的兼容性还体现在，它兼有任意法与强制法的性质。商法既然以私法规定为其中心，其中必然有大量的任意性规范，主要体现在商事行为法方面，例如，公司法中对经理人的设置及其职权的限制，无限公司的内部关系与对外关系，海商法中的共同海损的计算，保险法中关于保险特约条款的订立等，都可以依当事人的意思而自行订定。然而，商法也有不少强制性规定，例如，企业主体的组织与财产状况，因为事关交易安全并影响社会，因而常用法律强制规定，像商业登记、公司之机关、票据的种类及票据行为的方式、企业破产的清偿次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。德国商法学家德恩（Dahn）曾经说过：商法是一切法律中最为自由的，同时又是最为严格的。^{〔2〕}此论可谓至理名言。

（二）商法的技术性

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。民法、刑法等法律，由于调整的社会关系及功能作用所决定，其条款绝大多数属伦理性条款。商法则不然，商法最初源于“商人法”，从它产生伊始就具有专门性及职业性，而后虽然由“商人法”发展成为“商行为法”，但因“商行为”的专门性，这就决定了其内容包含了大量的技术规范，从而与民法、刑法中偏重于伦理性规范的特点迥然不同。

商法的技术性既体现在其组织法上，也体现在其行为法中。例如，公司法关于公司设立登记的程序、募集公司债券的手续等规定；董事及监事的选举、公司机构的召集程序及议事方法、公司会计以及票据法关于票据的出票、票据的背书、票据的承兑、票据抗辩、票据追索等规定；保险法关于损害赔偿的规定，重复保险的分摊比例以及人寿保险的保险金的计算；海商法中关于船舶、拖带、船

〔1〕 李宜琛：《民法总则》，台湾中正书局1977年版，第3～4页。

〔2〕 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年修订版，第24页。

船舶的碰撞、共同海损、理算规则等，都是具有明显技术性、专门性的规范。商法的技术性特征不仅体现于其规范的内容，而且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。^{〔1〕}

（三）商法的营利性

营利乃是“商”的本质。^{〔2〕}商事主体从事商事活动，其直接和主要目的就在于营利，这是为各国商法所确认的。从这一意义上，也可以说商法就是“营民法”，或者说，商法是保护正当营利的法律。

关于商法的营利性，有学者曾作过这样的阐述：“商事法与民法（尤其是债篇），虽然同为规定关于国民经济生活的法律，有其共同的原理，论其性质，两者颇有不同。盖商事法所规定者，乃在于维护个人或团体之营利；民法所规定者，则偏重于保护一般社会公众之利益。”^{〔3〕}正是基于此种理念，在各国商法中，无论是其商业登记制度、商业账簿制度、商业财产制度、商业名称制度，还是有关交易、代理、仓储、票据、证券、海商、保险等特别法规则，无一不考虑到商事活动的营利性。此外，商法规则中有关利率、结算、税收、商公示原则，以及交易公平、迅捷、安全、高效等原则，都从不同角度反映了商法强调营利目的，强调经济效益的价值取向。^{〔4〕}

（四）商法的国际性

商法本属于国内法，它所调整的对象主要是国内商事关系。但是，随着科技的进步、交通运输的发达以及国际贸易的产生和发展，一些商事关系中多了个涉外因素。国内商法是不适宜调整这些具有涉外因素的商事关系的。客观情况的出现，要求商法的规定具有国际性。

商法的国际统一性要求有着较好的客观基础。第一，商法的许多规定都是技术规范，既不像刑法那样具有强烈的政治色彩，也不像民法（尤其是亲属篇等）那样有着浓厚的民族色彩，因而易于统一。第二，商法的内容，如关于商号、公司、票据、保险、海商等方面的规定，都源于中世纪的商人自治法，这些自治法主要是商人在商事活动中形成的商事惯例，而这些惯例影响着各国的商事立法。换言之，各国商法的主要内容具有同源性。因此，商法比任何一个部门法都易于统一。总之，商法的技术性和同源性，使其在国际统一化运动中很有建树，自

〔1〕 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第26页。

〔2〕 王保树主编：《商事法论文集》，法律出版社1997年版，第2页。

〔3〕 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年修订版，第23页。

〔4〕 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第26页。