

成人高等法学教育主干课程教材

8

# 商法学教程

司法部法学教材编辑部编审

雷兴虎 主编 柯昌辉 刘黎明 副主编

中国政法大学出版社

责任编辑：张步勇

责任校对：朱 芸

ISBN 7-5620-1896-0



9 787562 018964 >

定价：19.00 元

成人高等法学教育主干课程教材

# 商法学教程

司法部法学教材编辑部编审

主 编 雷兴虎

副主编 柯昌辉 刘黎明

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

~~雷兴虎~~ 冯 果

~~彭晓晖~~ 柯昌辉

樊启荣 刘黎明

中国政法大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

商法学教程/雷兴虎主编. - 北京: 中国政法大学出版社,  
1999

成人高等法学教育主干课程教材

ISBN 7-5620-1896-0

I. 商… II. 雷… III. 商业经济-经济管理-经济法  
- 中国-成人教育: 高等教育-教材 IV. D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 30295 号

责任编辑 张步勇

责任校对 朱 芸

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 河北省〇五印刷厂

---

开本 850 × 1168 1/32 14.875 印张 408 千字  
1999 年 8 月第 1 版 1999 年 8 月第 1 次印刷  
ISBN 7-5620-1896-0/D·1856  
印数: 0001-5000 册 定价: 19.00 元

---

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

## 主 编 简 介

**雷兴虎** 中南政法大学教授、硕士研究生导师，经济法系副主任，兼任湖北省经济法学会理事。出版著作、教材、工具书 17 部，在《法学研究》等刊物上发表学术论文 30 余篇，论著合计约 150 万字。主要代表作有：《股份有限公司法律问题研究》（独著）、《外商投资企业法新论》（主编）、《国际商法英汉词典》（编委）等。

## 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要,全面提高法律人才的素质,根据教育部对成人高等教育法学科类主干课程教材的编写要求,我们对原来教材分别作了审定和重新修订,并邀请政法院校的法学教授重新编写了这批教材。

这批教材以邓小平理论为指导,力求完整、准确地阐述各学科的基本原理、基础知识,努力做到科学性、系统性和实用性的统一。

《商法学教程》是该系列之一,由雷兴虎教授任主编,柯昌辉、刘黎明任副主编,全书由主编统稿、定稿。各章撰稿人分工如下:

雷兴虎 第一编、第二编的第四、五、六章

冯 果 第二编第七、八章

彭晓晖 第三编

柯昌辉 第四编

樊启荣 第五编

刘黎明 第六编

责任编辑 刘 彰 郝果荣

司法部法学教材编辑部

1999年7月

# 目 录

## 第一编 总 论

|                       |      |
|-----------------------|------|
| <b>第一章 商法概述</b> ..... | (1)  |
| 第一节 商法的概念和特征 .....    | (1)  |
| 第二节 商法的产生和发展 .....    | (8)  |
| 第三节 商法的地位和原则 .....    | (14) |
| <b>第二章 商事主体</b> ..... | (26) |
| 第一节 商事主体的概念和特征 .....  | (26) |
| 第二节 商人 .....          | (28) |
| 第三节 商会 .....          | (32) |
| 第四节 商事主管机关 .....      | (37) |
| <b>第三章 商事行为</b> ..... | (40) |
| 第一节 商事行为的概念和特征 .....  | (40) |
| 第二节 商事交易行为 .....      | (42) |
| 第三节 商事代理行为 .....      | (46) |
| 第四节 商事监管行为 .....      | (52) |

## 第二编 企业法

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| <b>第四章 独资企业法</b> .....      | (59)  |
| 第一节 独资企业法的概念和适用范围 .....     | (59)  |
| 第二节 独资企业的概念和特征 .....        | (62)  |
| 第三节 独资企业的设立 .....           | (65)  |
| 第四节 独资企业的权利和义务 .....        | (66)  |
| <b>第五章 合伙企业法</b> .....      | (69)  |
| 第一节 合伙企业法的概念和立法模式 .....     | (69)  |
| 第二节 合伙企业的法律界定 .....         | (72)  |
| 第三节 合伙企业的设立 .....           | (79)  |
| 第四节 合伙企业的内部关系 .....         | (85)  |
| 第五节 合伙企业的外部关系 .....         | (97)  |
| 第六节 合伙企业的变更、解散与清算 .....     | (103) |
| <b>第六章 公司法概述</b> .....      | (109) |
| 第一节 公司的法律界定 .....           | (109) |
| 第二节 公司法的概念和立法模式 .....       | (115) |
| 第三节 公司的名称、住所及负责人 .....      | (120) |
| 第四节 公司的权利能力、行为能力及责任能力 ..... | (123) |
| 第五节 公司的变更、终止与清算 .....       | (129) |
| <b>第七章 有限责任公司</b> .....     | (141) |
| 第一节 有限责任公司的概念和特征 .....      | (141) |
| 第二节 有限责任公司的设立 .....         | (143) |
| 第三节 有限责任公司的股东 .....         | (148) |
| 第四节 有限责任公司的资本 .....         | (151) |
| 第五节 有限责任公司的组织机构 .....       | (154) |
| 第六节 国有独资公司 .....            | (157) |

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| <b>第八章 股份有限公司</b> ..... | (160) |
| 第一节 股份有限公司的概念和特征 .....  | (160) |
| 第二节 股份有限公司的设立 .....     | (161) |
| 第三节 股份有限公司的资本 .....     | (170) |
| 第四节 股份有限公司的股东 .....     | (177) |
| 第五节 股份有限公司的组织机构 .....   | (180) |
| 第六节 股份有限公司的股份 .....     | (186) |

### 第三编 证 券 法

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| <b>第九章 证券法概述</b> .....         | (193) |
| 第一节 证券的法律界定 .....              | (193) |
| 第二节 证券法的概念和调整对象 .....          | (202) |
| 第三节 证券法的产生与发展 .....            | (205) |
| 第四节 证券法的基本原则 .....             | (209) |
| <b>第十章 证券的发行</b> .....         | (214) |
| 第一节 证券发行的主体和条件 .....           | (214) |
| 第二节 证券发行的原则与方式 .....           | (218) |
| 第三节 证券发行的价格与程序 .....           | (222) |
| <b>第十一章 证券的交易</b> .....        | (229) |
| 第一节 证券的上市 .....                | (229) |
| 第二节 证券的交易 .....                | (232) |
| <b>第十二章 证券组织机构</b> .....       | (244) |
| 第一节 证券经营机构 .....               | (244) |
| 第二节 证券交易所 .....                | (247) |
| <b>第十三章 上市公司的收购和信息披露</b> ..... | (253) |
| 第一节 上市公司的收购 .....              | (253) |
| 第二节 上市公司的信息披露 .....            | (258) |

## 第四编 票 据 法

|               |       |
|---------------|-------|
| 第十四章 票据法概述    | (261) |
| 第一节 票据法的概念和特征 | (261) |
| 第二节 票据的法律界定   | (266) |
| 第三节 票据行为      | (270) |
| 第四节 票据权利      | (274) |
| 第十五章 汇票       | (281) |
| 第一节 汇票的概念和分类  | (281) |
| 第二节 出票        | (283) |
| 第三节 背书        | (289) |
| 第四节 承兑        | (301) |
| 第五节 保证        | (307) |
| 第六节 付款        | (314) |
| 第七节 追索权       | (322) |
| 第十六章 本票       | (332) |
| 第一节 本票的概念和分类  | (332) |
| 第二节 本票的基本规则   | (335) |
| 第十七章 支票       | (337) |
| 第一节 支票的概念和分类  | (337) |
| 第二节 支票的基本规则   | (340) |

## 第五编 保 险 法

|                 |       |
|-----------------|-------|
| 第十八章 保险法概述      | (343) |
| 第一节 保险法的概念及主要内容 | (343) |

|              |                     |              |
|--------------|---------------------|--------------|
| 第二节          | 保险法的基本原则·····       | (346)        |
| <b>第十九章</b>  | <b>保险合同概述·····</b>  | <b>(353)</b> |
| 第一节          | 保险合同的概念和特征·····     | (353)        |
| 第二节          | 保险合同的当事人与关系人·····   | (361)        |
| 第三节          | 保险合同的订立·····        | (368)        |
| 第四节          | 保险合同的内容·····        | (372)        |
| 第五节          | 保险合同的效力·····        | (378)        |
| 第六节          | 保险合同的变更、解除与终止·····  | (381)        |
| <b>第二十章</b>  | <b>财产保险合同·····</b>  | <b>(386)</b> |
| 第一节          | 财产保险合同的分类·····      | (386)        |
| 第二节          | 财产保险合同的代位与委付·····   | (390)        |
| 第三节          | 重复保险合同·····         | (393)        |
| <b>第二十一章</b> | <b>人身保险合同·····</b>  | <b>(396)</b> |
| 第一节          | 人身保险合同的分类·····      | (396)        |
| 第二节          | 人身保险合同的当事人和关系人····· | (398)        |
| 第三节          | 人身保险合同的特殊条款·····    | (400)        |

## 第六编 破 产 法

|              |                   |              |
|--------------|-------------------|--------------|
| <b>第二十二章</b> | <b>破产法概述·····</b> | <b>(404)</b> |
| 第一节          | 破产的概念和性质·····     | (404)        |
| 第二节          | 破产法的概念和立法原则·····  | (408)        |
| 第三节          | 破产法的产生及其发展·····   | (413)        |
| 第四节          | 我国破产法及其完善·····    | (419)        |
| <b>第二十三章</b> | <b>破产实体法·····</b> | <b>(422)</b> |
| 第一节          | 破产能力与破产原因·····    | (422)        |
| 第二节          | 破产财产·····         | (432)        |
| 第三节          | 破产债权·····         | (434)        |

|              |                    |              |
|--------------|--------------------|--------------|
| 第四节          | 破产关系中的其他财产权 .....  | (439)        |
| <b>第二十四章</b> | <b>破产程序法 .....</b> | <b>(444)</b> |
| 第一节          | 破产程序的开始 .....      | (444)        |
| 第二节          | 破产机关 .....         | (448)        |
| 第三节          | 和解与整顿 .....        | (453)        |
| 第四节          | 破产宣告与破产终结 .....    | (457)        |

# 第一编 总 论

## 第一章 商法概述

### 第一节 商法的概念和特征

#### 一、商法的概念

商法是世界各国法律体系的有机组成部分,在各国的法律体系中占据十分重要的地位。我国要实行社会主义市场经济,同国际惯例接轨,就必须发挥商法在发展市场经济中积极的导向作用。早在1984年8月中国经济法学会召开成立大会时,当时的名誉会长谷牧同志就明确提出,要制定我国的商法,并让法学界充分研究论证。中国共产党十四届三中全会于1993年11月14日通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》将我国法制建设的目标确定为:“遵循宪法规定的原则,加快经济立法,进一步完善民商法、刑事法律、有关国家机关和行政管理方面的法律,本世纪末初步建立适应社会主义市场经济体制的法律体系……”这就为我国创设和完善商法提供了良好的契机。

商法这一概念,在国外出现的历史比较悠久,在我国则是随着经济体制改革的进一步深化,才逐渐地由法学界所承认和使用。由于在社会制度、经济结构、法制背景、民族传统和语言习惯等方面的差

异,各国对商法这一概念的认识也不相同,即使在同一国家,人们对商法这一概念的理解也存在一定的分歧。所以,要给商法下一个统一的全世界都适用的定义几乎是不可能的。但商法的概念又是商法总论中最基本的首要问题,只有准确理解了商法的真正含义,才能进一步学习和研究商法的性质和特征、产生和发展、地位和原则等其他理论问题,才能对商法的各项具体制度进行深入扎实的探讨和研究,因为商法的其他问题都是由商法的概念引申出来的。因此,我们要学习和研究商法,首要的任务就在于科学地揭示商法这一概念的本质属性,为其下一个比较准确的定义。

我们认为,商法即商事法,它是调整商事主体在商事活动过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。简言之,商法是调整商事关系的法律规范的总称。商法是我国法律体系的重要组成部分,它不仅是国家对商事活动实行统一的宏观管理的重要依据,也是人们在商事活动过程中所必须遵循的行为准则,更是指导我国社会主义市场经济朝着规范化、制度化、法制化和国际化方向发展的有力武器。为了全面而又准确地把握商法这一概念,我们必须弄清以下三个问题。

### (一)商的释义

商的含义可分别从一般字义、经济学和法律诸方面予以诠释。从一般字义来讲,商即商品的买卖活动。这是人们对商的一般理解。《汉书》称:“通财鬻货曰商”,这是对商的一种最为简单的解释。《白虎通义》说:“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓之商”,则是对商的一种较为详明的解释。在我国上古时代,生活简陋,交通不便,当时所称的商仅指媒介货物直接交换之行为,即物物交易。从经济学上讲,商则是指沟通生产与消费的直接媒介、中间环节,即从生产者手中将商品低价买入然后以较高的价格卖给消费者的中介行为,也即一般学者所称之买卖商。从法律上讲,商是在商事实践和商事习惯的基础上逐步形成的一个概念,它比经济学上的商范围要广泛得多。由于现代社会经济发达、交通便利、商业繁荣,颇有“无业不商”的感觉。因此,商法中的商泛指以营利为目的的营业行为,随着时代

的发展趋向,其范围逐渐扩大。根据各国商法之规定,法律上所称的商,一般包括以下几种类型:(1)固有商。亦称买卖商,即直接媒介货物交易的行为。如商品交易、证券交易、票据交易、海商活动等。(2)辅助商。亦称第二种商,即间接以媒介货物交易为目的的行为。如货物运输、仓储保管、居间、行纪、代办等。(3)第三种商。即不直接或间接以媒介货物交易为目的,但与商品交易有密切关联的行为,如银行、信托、承揽加工、制造、出版、印刷、影视等。(4)第四种商。即仅与第三种商有关系的行为。如广告、保险、旅馆、饭店、酒楼、电影院、戏院、歌舞厅、马戏团等。

## (二)商事范围

所谓商事是指商法所规定的关于商事组织与商事活动的诸种事项的总称。根据1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》的规定,商事是指具有商事性质的事项:(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)开采协议或特许权;(15)合营企业或其他形式的工业或商业合作;(16)客货的航空、海洋、铁路或公路运输等。

从范围上分析,商事有广义和狭义之分。广义的商事是指有关商的一切事项,如商事登记、商事组织、商事合同、商事账簿、商事管理、商事课税、商事仲裁、商事诉讼等。而狭义的商事则专指商法所规范的事项,主要以公司、票据、保险、海商和破产等五种事项为限。商法之所以将这五种事项确认为商事,主要是由商事活动的基本过程和一般规律决定的:商人是从事商事活动的主体,而公司则是商人最为典型的组织形式,公司从事商事活动主要以票据为支付手段,公司要分散风险就要有保险,公司要参与国际市场竞争,就不能没有海商,而破产则是公司解体的一种主要形式。

从世界范围来看,商事立法主要有两种立法体例。一是民商分立模式,采用这种模式的国家将商事与民事相互区分、分别立法,即民事由民法典规范,商事则由商法典规范。二是民商合一模式,采用

这种模式的国家认为商事是民事的一部分,将商事和民事统合立法,即只制定民法典,而不另定商法典。其所称商事是指以营利为目的或与其有关的一切行为,受民法典规范。关于商事的一些特殊事项,则由单行法规范,而这些单行法又属于民法特别法的范畴。

### (三)商法的意义

商法按其表现形式,可分为形式意义的商法和实质意义的商法。形式意义的商法是指国家立法机关所制定的以商法典命名的狭义商法。简言之,即指立法机关依照法定程序所制定的商法典。据统计,在法国、德国、日本、比利时、西班牙等 40 多个民商分立的国家制定了商法典。<sup>〔1〕</sup>另外,美国虽没有民法典,却于 1952 年公布了《统一商法典》,已为大多数州所采用。实质意义的商法则是指调整商事关系的法律规范的总称。实质意义的商法,不仅存在于商法典之中,而且也存在于其他商事立法文件之中。在市场经济条件下,一个国家可能没有商法典,但不可能没有实质意义的商法。我国是社会主义市场经济国家,虽没有制定商法典,但绝不意味着我国没有实质意义的商法,商法已成为我国法律体系中一个十分重要的法律部门。根据我国商事立法的有关规定,并借鉴国外成功的立法经验,我们认为,商法所调整的商事关系主要有商事组织关系、商事交易关系、商事代理关系、商事自律关系和商事监管关系等五种类型,而调整这些商事关系的法律、法规、规章以及自律性规范和商事习惯,就是本教程所称的商法。

## 二、商法的特征

### (一)私法公法化

公法与私法之分,源于罗马法并一直为西方法学者所沿用。随着社会主义市场经济体制的确立,我国法学界也开始接受了西方传统的公法与私法的二元论。一般来讲,规定公权利义务关系的法律为公法,规定私权利义务关系的法律为私法。公法维护的是宏观利益,即国家利益和社会公共利益,其调整原则为国家或社会干预原则

---

〔1〕 李玉泉、何绍军主编:《中国商事法》,武汉大学出版社 1996 年版,第 18 页。

(或曰非意思自治原则),而私法维护的却是微观利益,即公民个人和法人的私人利益,其调整原则为意思自治。商法的规范对象主要是营利性主体的营利行为,故商法属于私法范畴。但到了近代,鉴于社会经济生活的深刻变化,再加之受社会本位法律思想的影响,许多国家在商法领域逐渐改变了以往放任主义的态度,而采取了积极的干预主义政策,这种倾向,学者称之为商法公法化。现代各国的商法“虽以私法规定为中心,但为保障私法规定之实现,颇多属于公法性质的条款,几乎与行政法、刑法等有不可分离之关系,却已形成‘商事法之公法化’。”<sup>〔1〕</sup>这就是说,商法具有私法性质,但却带有较为浓厚的公法色彩。例如,德国商法典第一编第二章关于商事登记的规定,法国商事公司法第二编关于刑事处罚的规定(第 423 条至第 489 条),我国票据法关于对票据违法行为予以行政处罚和刑事制裁的规定(第 103 条至第 107 条),我国保险法第五章关于保险业的监督管理的规定(第 106 条至第 121 条)等,皆属公法的性质。所以,商法具有私法公法化的特点。换言之,商法是私法与公法的有机融合,是受公法限制和干预较多的一个私法领域。强调商法的私法性质,就要突出商自然人、商合伙和商法人作为商事主体的法律地位,使其在商事交易中具有独立性、自主性和平等性;承认商法的公法性质,就要加强国家对商事主体及商事交易活动的正确引导和宏观调控。

## (二)组织法与行为法相结合

商法以商事主体和商事活动为规范对象,因此,商法既是一种组织法,又是一种行为法。作为组织法,商法规定商事主体的组织形式、商事主体的名称、住所及能力、商事主体的法律地位、组织章程和组织机构等组织性问题;作为行为法,商法规定商事主体的设立、合并、分立、解散、破产与清算,商事活动的代表、代理与监管,证券的发行、上市、交易及上市公司的收购与信息披露,票据的出票、背书、承兑、保证、付款及追索,保险合同的订立、解释、履行、变更及解除,保险的代理及经纪,海商合同、船舶碰撞、海难救助及共同海损等行为

---

〔1〕 李宜琛:《民法总则》,台湾中正书局 1977 年版,第 3~4 页。