

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Commercial Law

商法教程

韩长印 主编



HIGHER EDUCATION PRESS
高等教育出版社

D923.99/56

2007

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Commercial Law

商法教程

主 编 韩长印

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

韩长印 任尔昕 朱体正 王 斌 井 涛
李明良 张建伟 叶永禄 史卫进



HIGHER EDUCATION PRESS
高等教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法教程/韩长印主编. —北京:高等教育出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-04-022245-6

I. 商… II. 韩… III. 商法-中国-高等学校-教材
IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 156243 号

策划编辑 张 杰 责任编辑 高 英 封面设计 王 晔
版式设计 马静茹 责任校对 王 超 责任印制 陈伟光

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京市鑫霸印务有限公司

开 本 787×960 1/16
印 张 30
字 数 570 000

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landraco.com>
<http://www.landraco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2007 年 12 月第 1 版
印 次 2007 年 12 月第 1 次印刷
定 价 38.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 22245-00

作者简介

韩长印

男,1963年生,河南平顶山人,法学博士,上海交通大学法学院教授,博士生导师,民商法研究所副所长;兼任中国法学会民法学研究会理事,中国法学会商法学研究会理事,上海仲裁委员会仲裁员;美国纽约大学法学院 Hauser Global Law School Program 高级访问学者,上海市曙光学者。主要著作有:《公司法通论》(主编)、《美国破产法》(主译);曾在《法学研究》、《中国法学》、《法学》、《法律科学》、《现代法学》、《比较法研究》、《法学评论》、《法商研究》等刊物发表学术论文 50 余篇,其中有 10 余篇被《中国社会科学文摘》、《人大复印资料(系列)》转摘复印。

任尔昕

男,1970年生,甘肃崇信县人,法学硕士,甘肃政法学院法学院教授、法学院院长;兼任中国法学会商法学研究会理事,中国法学会国际经济法学研究会理事,兰州仲裁委员会仲裁员等;甘肃省“555 创新人才工程”第二层次人才。主要著作有:《商法的理论探索与制度创新》、《企业与公司法学》(主编);曾在《中国法学》、《法学》、《法学评论》、《现代法学》、《政法论坛》、《兰州大学学报》等刊物发表学术论文 30 余篇。

朱体正

男,1979年生,河南商丘人,上海交通大学法学院在读博士。曾在《中国商法评论》、《浙江社会科学》等刊物发表学术论文多篇。

王 斌

男,1967年生,江苏南通人,法学硕士,苏州大学法学院副教授,硕士生导师,美国爱荷华大学法学院访问学者。主要著作有:《中国公民的消费权益保护》(合著)、《中国公民的财产权益保护》(合著)、《商法》(参编)等;曾在《现代法学》、“Tax Notes International”等刊物发表论文 20 余篇。

井 涛

女,1972年生,内蒙古人,法学博士,民商法硕士,普通法硕士(Master of Common Law),欧洲比较法硕士(Master of Comparative European

Law),华东政法学院副教授,硕士生导师;上海法学会副秘书长;上海市曙光学者。主要著作有:《内幕交易规制论》、《退市法律研究》和《法律适用的和谐与归一——论法官的自由裁量权》。代表性论文有《证券结算客观性风险之法律控制》、《浅析股权分置改革中内幕交易之防止》、《公司出资问题研究》等。

李明良

男,1966年生,四川安岳县人,法学博士,高级律师,中国金融期货交易所监察部负责人;兼任中国法学会信息法研究会常务理事,上海市企业法律顾问协会理事,上海市青年联合会金融分会理事。主要研究领域:公司法、证券法、期货法。主要著作有:《期货市场风险管理的法律机制研究》、《期货运作管理的法律实务》、《期货法》、《证券市场组织与行为的法律规范》(合著)、《证券市场热点法律问题研究》、《民商事合同理论与实践》(主编)、《涉外合同理论与实践》(主编)、《合同管理的理论与实践》(主编)、《金融合同理论与实践》(主编)、《知识产权合同理论与实践》(主编)等。曾在《法学家》、《现代法学》、《理论探索》、《江海学刊》等刊物发表学术论文20余篇。

张建伟

男,1971年生,河南信阳人,经济学博士,法学博士后(金融法方向),复旦大学法学院副教授,立信会计学院客座教授。主要著作有:《转型、变法与比较法律经济学》、《公司法在经济结构》(译著)等;曾在《中国社会科学》、《法学研究》、《管理世界》、《法制与社会发展》、《环球法律评论》、《学术月刊》等刊物上发表论文80余篇,其中20余篇被《新华文摘》、《中国社会科学文摘》、《人大复印资料》等刊物转载、复印。主持国家社科基金、上海社科基金等多项课题。

叶永禄

男,1963年生,浙江金华人,法学博士,上海交通大学法学院副教授,硕士生导师,仲裁法研究中心副主任;兼任中国法学会民事诉讼法研究会理事,上海仲裁委员会仲裁员,上海市锦天城律师事务所高级律师;日本早稻田大学访问学者。主要著作有:《票据诉讼实务》、《诉讼法新论》(主编)等;在《法学》、《法学家》、《法学评论》、《法律与政治》等刊物发表论文20余篇。

史卫进

男,1963年生,山东文登人,烟台大学法学院副教授,硕士生导师,高级律师;兼任烟台仲裁委员会仲裁员;台湾东吴大学法学院访问学者。主

要著作有:《保险法案例教程》(第一作者)、《担保法》(第三作者)等;曾在《烟台大学学报(哲学社会科学版)》等刊物发表论文 10 余篇,其中数篇被《人大复印资料》转载复印。

编写说明

法学教科书的编写,貌似最简单的学术活动,实则承载了太多的功能:对于在校生而言,它既是授课教师借以传道授业解惑的理论样本和基本素材,也是学生培植法学素养、建构知识体系的入门工具书和起跳平台。而对于编写者来说,与其说编写法学教科书是一种简单的理论制作,毋宁说是一项事关作者声誉与读者利益的严肃工作;它除了呈现各位撰稿人个人的理论涵养和教学方法外,也可算作包括主编在内的全体编写人员协同创作的智慧产品。

然而,坦率地讲,目前我国商法教科书的编写状况并不十分令人满意。比如:(1)总论部分的创新并不明显,既不能有效结合中国的商事经济土壤进行学术的提炼,又不能对商事交往的一般规则作出明确的宣示,当然也就无法使总论部分对商事部门法的构建发挥必要的统率作用。(2)商法本身应有的开放性、活跃性等特质不能及时凝聚到商法总论中进而形成严密的规则体系,许多内容陈旧过时,阐发出来的文字信息有时会给学生保守和故步自封的错觉,许多重大、富有争议和变动不居的理论问题或者制度性问题,在教科书中反映出来的却是几成定论的内容,在传授基本知识的同时缺少足够的启发和引导,对学生从事理论创新的勇气欠缺足够的鼓励。(3)部门法部分流于对法条的机械解释,许多版本近乎千篇一律,以致于学生在学习中选取此种教材或采用彼种教材,在效果上并无明显不同。当然,作为培养“宽口径厚基础”人才的法学本科教学目标来讲,内容和教学效果的趋同似乎天经地义,然而诸多教材都严重雷同,园丁的花园里还能百花齐放么?

关于商法教科书中存在的问题还有许多,存在这些问题的缘由也有许多,比如,按照现在的大纲结构安排,如果有人提问:中国商法的内容就这些吗?我们就很难回答,我们只能说,现在的这个定型化了的中国商法内容框架,是中国的商法传统使然。因为在“无业不商”和“民法商法化”的当今社会,真要编纂一部“大而全”的中国商法教科书的话(有学者曾做过编写一系列商法教科书的尝试),怕是先要对中国民法的内容框架重新进行“解构”,而且有可能动摇众多部门法划分的现有格局,这显然超出了本书的宗旨和现实的可能。

呈现给读者的这本教科书并没有完全解决上面我们提出的问题,但本书各位作者还是在本书内容的取舍、更新以及体例安排方面付出了较大的努力。具体而言,我们在编写本书时贯彻和体现了以下思路:

1. 在体例安排上,每一章都由本章导读、正文、本章引导案例和(或)本章思考案例、本章思考题、本章推荐阅读等五部分组成。推荐阅读仅仅列出相关章节有一定影响力的学术论文,且主要出自法学类核心期刊,大多能够通过“中国期刊网”直接下载;有关各编的参考教材和专著在各编结尾处集中列出。引导案例大多给出了案件的审理过程和处理结果,思考案例则都指出了理论难点及思考方向,提出的问题基本上反映编者的一种思路或者给读者的一种提示。但由于各章内容的差异及教材篇幅的局限,有些章节中仅给出了引导案例或者仅列出了思考案例。

2. 在内容取舍上,侧重阐述商法的基本概念、基本原理和基本制度,作者本人的观点有时简要点出,但尽量给读者留下进一步阐发和思考的余地。在对待国内立法与国外立法内容之间的关系方面,立足于国内法,适当穿插国外法的相关原理和制度;引用国外法内容时,力避断章取义。

3. 在编写风格上,突出了作为教材应当具备的层次分明、条理清晰、行文简洁明快、观点阐述适可而止并注重立法取向和理论前沿的引导和提示的风格。考虑到商法各项具体制度更新较快,而教科书的修改又需要一定的周期,所以,在偏重原理性陈述和阐发的同时,尽量减少了对现行法条文的过多引用。

本书各编章撰稿人的具体分工是:韩长印:第一编第一、二章,第七编;任尔昕:第一编第三、四、六章;朱体正:第一编第五章;王斌:第二编;井涛:第三编;李明良、张建伟:第四编;叶永禄:第五编;史卫进:第六编。全书由韩长印通稿定稿。孙宏涛参与了部分编章的校订工作。

4. 考虑到海商法在法学院系课程体系安排中的相对独立性,乃至有的法学院将其归入国际法学科的实际情况,本教材未将海商法列入,特此说明。

本书作为讲义的成稿时间是2005年秋,成稿之后,赶上我国公司法、证券法、企业破产法、合伙企业法、农民专业合作社法的相继修改和制定,本书的修订工作直到2007年初才正式启动。限于编者的学术功力和编写经验以及修订时间的匆促,疏谬之处恐难避免,诚望各位读者不吝指正。

编 者

2007年6月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概说	3
第一节 商与商事关系	3
第二节 商法的概念、体系与商法学	6
第三节 商法的特点	8
第四节 商法的基本原则	11
第五节 西方国家商法的发展概况	14
第六节 我国的商事立法	17
第二章 商事主体	24
第一节 商事主体概述	24
第二节 商事主体的分类与我国企业组织体系的构成	26
第三节 商事主体演进的一般机理	32
第三章 商事行为	36
第一节 商事行为概述	36
第二节 商事行为的范围和种类	38
第三节 几种具体的商事行为	40
第四章 商事登记	46
第一节 商事登记概述	46
第二节 商事登记的范围和主管机关	48
第三节 商事登记的种类和登记事项	50
第四节 商事登记的程序和效力	52
第五章 商业名称	59
第一节 商业名称概述	59
第二节 商业名称的设定	64
第三节 商业名称权	67
第四节 商业名称权的冲突与处理	70
第六章 商业账簿	75
第一节 商业账簿概述	75
第二节 商业账簿的种类	77

第二编 个人独资企业法与合伙企业法

第一章 个人独资企业法	87
第一节 个人独资企业法概述	87
第二节 个人独资企业的设立	89
第三节 个人独资企业的投资人	92
第四节 个人独资企业的事务管理	95
第五节 个人独资企业的解散与清算	96
第二章 合伙企业法	100
第一节 合伙企业法概述	100
第二节 普通合伙企业	103
第三节 有限合伙企业	117
第四节 合伙企业的解散与清算	120

第三编 公 司 法

第一章 公司法概述	127
第一节 公司法的概念和调整对象	127
第二节 公司法的结构和特征	129
第三节 公司的种类与公司法的适用范围	131
第二章 公司设立	136
第一节 公司的发起人和股东	136
第二节 公司章程	140
第三节 公司成立	142
第三章 公司融资	146
第一节 公司资本概述	146
第二节 股份的发行和转让	149
第三节 公司债的发行	151
第四章 公司治理	155
第一节 有限责任公司的治理	155
第二节 国有独资公司和一人公司的治理	160
第三节 股份有限公司的治理	161
第五章 公司变更	169
第一节 公司合并	169
第二节 公司分立	171
第三节 公司组织形式的变更	173
第六章 公司解散与清算	178
第一节 公司解散	178
第二节 公司清算	180

第四编 证 券 法

第一章 证券法概述	189
第一节 证券法调整的对象和范围	189
第二节 证券法的基本原则	193
第二章 证券市场主体法律制度	196
第一节 证券交易所法律制度	196
第二节 证券公司法律制度	201
第三节 证券登记结算机构法律制度	205
第四节 证券服务机构法律制度	207
第三章 证券发行法律制度	210
第一节 证券发行概述	210
第二节 公开发行证券核准制	212
第三节 公开发行证券的条件和程序	213
第四节 证券承销制度	215
第五节 股票发行的法律后果	216
第四章 证券交易制度	219
第一节 证券交易	219
第二节 证券上市	226
第三节 持续信息披露制度	230
第五章 上市公司收购制度	237
第一节 上市公司收购概述	237
第二节 要约收购	243
第三节 协议收购	246
第四节 上市公司收购的法律后果	247
第六章 证券市场监管法律制度	250
第一节 证券市场监管概述	250
第二节 行政监管	253
第三节 自律监管	256

第五编 票 据 法

第一章 票据法概述	263
第一节 票据及其基本功能	263
第二节 票据法概说	265
第二章 票据行为	269
第一节 票据行为的概念及其特征	269
第二节 票据行为的构成要件	270
第三节 常见的票据行为	272

第三章 票据法律关系	280
第一节 票据关系	280
第二节 非票据关系	281
第三节 票据当事人与票据关系人	286
第四章 票据权利与票据义务	294
第一节 票据权利	294
第二节 票据义务	300
第三节 票据时效	301
第五章 票据抗辩	304
第一节 票据抗辩概述	304
第二节 票据抗辩的种类	305
第三节 票据抗辩的限制	310
第六章 票据丧失及其权利救济	313
第一节 票据丧失	313
第二节 票据丧失的权利救济	315

第六编 保 险 法

第一章 保险法与保险制度	323
第一节 保险法概述	323
第二节 关于保险概念的学说	325
第三节 保险制度的含义	326
第四节 保险的分类	327
第二章 保险合同概述	334
第一节 保险合同的性质与概念	334
第二节 保险合同的种类	337
第三节 保险利益原则	339
第四节 保险合同的当事人、受益人和辅助人	343
第三章 保险合同总论	350
第一节 保险合同的成立	350
第二节 保险合同的效力	356
第三节 保险合同的效力变动	360
第四节 保险事故的理赔	365
第四章 保险合同分论	374
第一节 财产保险合同	374
第二节 人身保险合同	381

第七编 破 产 法

第一章 破产法概述	395
------------------------	-----

第一节 破产的概念与破产法律制度的构成	395
第二节 破产法的立法体例	400
第三节 破产法的立法目的与破产程序的启动机制	401
第四节 《企业破产法(试行)》与《企业破产法》的重新制定	405
第二章 破产申请与破产案件的受理	415
第一节 破产程序开始的要件	415
第二节 破产申请与破产案件的管辖	418
第三节 破产申请的受理及其法律效力	420
第三章 破产管理人	427
第一节 破产管理人概说	427
第二节 破产管理人的任职资格与选任方式	428
第三节 破产管理人的职责与监督	431
第四章 破产财产、破产费用与共益债务制度	435
第一节 破产财产制度	435
第二节 破产费用与共益债务制度	438
第五章 债权人会议	440
第一节 债权人会议制度概说	440
第二节 债权人会议的组成	440
第三节 债权人会议的召集及其职权	441
第四节 债权人会议的决议规则及决议效力	442
第五节 债权人委员会	443
第六章 破产重整	446
第一节 破产重整制度概说	446
第二节 重整程序的启动	447
第三节 重整计划的制定、表决、批准与执行	448
第七章 破产清算	453
第一节 破产宣告及其法律效力	453
第二节 破产债权	454
第三节 破产别除权	455
第四节 破产抵销权	456
第五节 破产取回权	457
第六节 破产撤销权	458
第七节 破产财产的分配与破产程序的终结	459

第一编 商法总论

第一章 商法概说

【本章导读】

商法是调整商事关系的法律规范的总称。商事关系是指商主体因营业而形成的一种特殊的社会关系,具有营利性、营业性和技术性的特征。商法的特点表现为:以私法性为基本特质,兼具公法性要素;注重实践理性,融入较多技术性规范;具有统一化和国际化趋势。商法的基本原则包括商事自由原则、商事效率原则、商事安全原则、商事信用原则。商法起源甚早,发展迅猛,在大陆法系以法国、德国、日本等国的商法典为主要代表,美国《统一商法典》则是英美法系商法发展的重要成果。我国商事立法已经取得了长足进步,商法体系也已初具规模,制定总则性规范以统领协调各类商事法规范的理论主张已经引起学界的广泛关注。

第一节 商与商事关系

一、“商”及其在商法中的含义

“商”在汉语中本义为“估计”,许慎《说文解字》释云:“商,从外知内也”,“阜通货,贿注行曰商”。对此,张舜徽注曰:“商之本义,盖起于估计,故许君以从外知内释之。远古以物易物,在度量衡制度未定之时,盖可以估计出之,故引申为商贾。”进而有“商量”和“商业”之意。《后汉书》称“通财鬻货曰商”,《白虎通》亦载“商其远近,度其有无,通四方之物,故曰之商”。

从上述文献记载可以看出,汉语中的“商”很早就植入了商品交换、买卖、商业的社会文化基因,并沿用至今。与汉语中的“商”相对应,英语中的“commerce”、“business”,德语中的“handel”,法语中的“commerce”等词都有商业、交易、贸易之意。总之,作为承载某种文明积淀的一个文字符号,“商”在一定程度上表达了身处不同历史文化背景的人们对某种经济生活的通识性理解,这也构成了我们认识商法之“商”的基础。

“商”所具有的特定内涵决定了其必然成为人类经济活动及其理论解说中的重要词汇。经济是指社会物质资料的生产和再生产过程,包括物质资料的直接生产过程以及由它决定的交换、分配和消费过程,其中,交换是以买卖方式沟通生产和消费的直接媒介和中间环节,也称商品流通,商品流通的经济活动以及组织这种活动的国民经济部门称为商业。

商法中所讲的“商”是一种广义的社会经济活动,可以称之为“商事”,但不能称为“商业”或者“商务”,因为这里的商事既包括经济学意义上指称商品流通的商业,同时还涵盖着与商业有关的生产领域。^①也就是说,商法所调整的范围不局限于商事交易行为,还扩展到生产商品或提供服务的市场主体的组织和运营,以及为商品生产和流通提供各种便利的服务工具(票据、信用证等)和行业(证券、信托、保险、借贷、海商等),此外还包括保障交易安全的公权力的管理和监督。可见,商法中所说的“商”涵盖着以营利为目的的多种营业活动,商法“调整着生产、销售与服务的诸多领域”。^②

二、商法的调整对象

法律的调整对象在内容和性质上的差异是导致不同法律部门形成的主要基础。研习商法,必先认识和把握其调整对象。

商事关系是商法的调整对象,它是商主体因营业而形成的一种特殊的社会关系。营业是指营利性的、持续性的、职业性的经济活动,营业行为也称商行为。营利即谋求利润,追求投资的收益大于成本。商主体是指从事商事营业的自然人、法人、合伙或其他组织,也称商人。

(一) 商事关系的分类

根据不同的标准,可以把商事关系划分为若干种类。对商事关系的分类有助于更深入地认识和把握商事关系的内涵和外延、性质与特征。

1. 商事组织关系与商事行为关系

这是按商事关系的内容进行的划分。商事组织关系是指围绕商主体的组织和架构所形成的社会关系,包括商主体资格的取得、变更和消灭关系,商主体的组织结构关系,商主体的破产关系等。商事行为关系是指由于商主体实施各种商行为而形成的社会关系,包括合同关系、结算关系、融资关系、保险关系等。

区分二者的主要意义在于:可以根据调整商事关系内容的侧重进行不同的专门立法,主要调整商事组织关系的为商事主体法,如企业法、公司法、破产法等;主要调整商事行为关系的为商事行为法,如票据法、证券法、保险法等。当然,二者的区分只是相对的,商事主体法也部分地调整商行为关系,商事行为法也部分地调整商事组织关系。

2. 商事交易关系与商事监管关系

这是根据商事关系的性质进行的分类。商事交易关系是指平等主体之间的

^① 在现代汉语中,“商业”是指“以买卖方式使商品流通的经济活动,也指组织商品流通的国民经济部门”;“商务”是指“商业上的事务”。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》2005年6月第5版,第1192页。

^② [法]伊夫·居荣:《法国商法》,罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第2页。