

全国高等学校法学专业基础系列教材

商 法

Commercial Law

主 编 赵万一

副主编 高晋康 汪世虎



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

中国政法大学法学专业系列教材

商 法

Commercial Law

主 编 胡 康
副主编 高 圣平 孙 世彦

中国政法大学出版社

全国高等学校法学专业基础系列教材

商 法

Commercial Law

主 编 赵万一

副主编 高晋康 汪世虎

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

彭熙海	车 辉	唐炳洪	辜明安
宋 焱	刘 文	黄丽娟	杨春平
张秀全	毛卫民	王 斌	



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商法/赵万一主编. —北京:高等教育出版社, 2007.8
ISBN 978-7-04-021637-0

I. 商… II. 赵… 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 103967 号

策划编辑 李文彬 责任编辑 高 英 封面设计 于 涛
版式设计 史新薇 责任校对 胡晓琪 责任印制 张泽业

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 中国农业出版社印刷厂

开 本 787×960 1/16
印 张 30.25
字 数 560 000

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.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2007 年 8 月第 1 版
印 次 2007 年 8 月第 1 次印刷
定 价 34.00 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 21637-00

内 容 提 要

商法是调整市场经济中商事关系的法律规范的总称。我国至今虽无成文商法典,但调整商事关系的单行法律法规之数量和内容可谓庞杂。为了便于学生学习和掌握相关知识,提高他们的实践能力,本书以商法的基本理论为基点,对其主要组成部分的基本理论和实践进行了全方位的阐述。全书共分七编。在第一编的六章中,分别对商法、商事主体、商行为、商业登记、商业名称、商业账簿的理论内容及相关实践进行了阐述。具体区分了商法与民法、经济法相近部门学科的差异。概括提出了商事主体的本质特征在于对利益的追求,既有民事主体的共性,又有其自身个性。详细介绍了商行为的界定标准、商业登记种类与效力、我国目前的登记制度的折中审查制度、商业名称选定的不同标准、商业账簿的标准与类型等基本内容。第二编共六章,首先对公司设立、公司能力、公司人格、公司法人财产、公司股东及公司的组织机构等基本内容进行了概述。其次,对有限责任公司和股份公司设立、变更、清算、股权转让、治理结构进行了重点论述。最后,对公司债券的发行和转让、公司的财务会计、利润分配制度作出了重点释明。第三编共五章,分别对证券和证券法、证券的发行与上市、证券的市场主体、证券的交易制度、证券的投资基金法律制度进行了阐述,并结合我国的现实对相关制度的操作进行了针对性的介绍。第四编是票据法,具体分为三章。其内容包括票据法概述、汇票、本票与支票三个重要组成部分。所阐述的重点问题是票据关系与非票据关系、票据权利、票据行为,以及票据的伪造、变造与票据的丧失。第五编保险法共三章,分别是保险法概述、保险合同、保险业法。本编对保险法的基本原则、保险合同的成立和生效、保险合同的主要种类和解释原则、保险公司的经营规则、保险监管的规范规制、保险代理人与保险经纪人的区别等基本内容作了阐述和介绍。第六编破产法包括破产法概述、破产程序法、破产实体法。其中破产法概述的主要内容是破产与其他相关制度的区别、我国破产法的特点、破产的原因。破产程序法涉及破产程序的开始、债权人会议、和解与重整、破产宣告等重点内容。破产实体法主要阐述了破产财产与破产债权两大实体问题,并对与破产有关的取回权、别除权、抵销权、否认权等权利的含义及其行使条件亦作了论述。第七编海商法共五章,分别是海商法概述、船舶和船员、海事合同、船舶碰撞、海难救助与共同海损。其中概述部分介绍了海商法的特征、调整对象、海商法的法律冲突。船员船舶一章主要涉及船舶优先权的概念与特征、船长的职责。海事合同的内容包括海上运输、拖航合同当事人的权利和义务、航次租船合同、多式联运合同、提单、定期租船合同的内容、光船租船合同的内容。船舶碰撞所阐述的内容主要是船舶碰撞损害的成立要件、案件的管辖权以及损害的界定和赔偿问题。海难救助与共同海损一章对海难救助与共同海损的成立条件、共同海损的范围和理算、海事赔偿责任限制等内容作了重点论述。

总之,本书对中国商法的主要理论问题和有关制度的实践问题进行了全方位的阐述和介绍,故既对推动我国商法理论的教学与研究具有较大的理论价值,又对深化商事司法实践具有重要的参考价值。

序 言

作为本书的主编,我衷心感谢使用本教材的广大师生,同时也诚恳希望大家在使用教材之后提出宝贵意见,以利本书不断完善。

在市场经济比较完备的国家,无论其属于大陆法系还是英美法系,商法都是最基本和最重要的法律部门之一,同时也是调整市场经济关系的不可或缺的法律工具。随着市场经济体制在世界范围的逐步扩展和全球经济一体化趋势的日益加强,商法对社会经济的调整作用日趋重要。由于特殊的历史原因,过去多年,商法在我国一直未能获得应有的地位。近十几年来,伴随着我国市场经济体制的建设和完善,商事立法纷呈,其实践作用和法律价值更显突出。

商事立法的推动和商法研究的进步对商法教学的发展提出了新的要求,尤其是要摆脱传统思维方式和文化积淀的影响,使我们的学术著作,特别是法学教科书,摆脱理论空洞化和教条化的倾向,将务实性放到首位,以便于学生理解和掌握。有鉴于此,本教材参编者严格按照教育部高教司颁布的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》中的教学基本要求,认真总结了我国近期的商事立法和司法实践趋向以及域外的相关理论,在广泛借鉴既有研究成果的基础上,博采众长,撷英成书。与其他同类教材相比,本书在编写上有以下主要特点:

第一,体例编写合理。本教材除传统教材的正文之外,还包括提要、重点问题、法律适用、法律条文和司法解释、复习思考题、思考提示。【提要】设置在每章的开端,是对本章内容的简介。【重点问题】旨在使读者在阅读时目的明确,便于了解和掌握本章的核心内容、知识点。【法律适用】可以帮助读者分析和解决本章在司法实践中可能遇到的实际问题。从而提高分析和解决实际问题的能力,同时也有助于区分容易混淆的一些法律制度和法律概念。【法律条文和司法解释】旨在帮助读者进一步提高理论和实际相联系的能力,促使读者结合本章的内容去理解相关法律法规的立法背景、立法目的和适用条件等,以便更好地理解 and 掌握本章的基本知识。【复习思考题】的主要目的是帮助读者检测对本章知识的掌握程度,帮助读者复习和考试。【思考提示】附于复习思考题之后,主要是介绍针对该具体思考题的答题要点和答题思路,给读者在思考、解决问题上以启示和导向的作用。

第二,语言精练。我们认为,教材不同于专著,其内容应当是学生必须和应

当掌握的内容。教材所阐述和介绍的应该是通说而不是参编者的个人研究成果。同时教材应该是最基础的内容而不需要著者做过多的扩展,教材也必须为教师的讲课留下适度的讲授和发挥空间。有鉴于此,在这本教材编写中,参编者用最精练的语言,着力压缩了教材的内容,将纷繁庞杂的商法内容浓缩在 43 万多字。

第三,知识点的更新性和全面性。商法与其他法律部门,特别是民法的关系密切,但商法有自己独立的调整对象、价值取向和研究范围,有自己相对独立的研究方法和理论体系。同时,商法也是一门实践性很强的学科,具有很强的现实性和时代性。因此在本书写作过程中,参编者根据商法的基本理论和近期法律的修改,将商法与其他法律部门之间的联系与区别,将商法内部各种制度之间的差异性、相关制度的更新性予以了明晰表述。这样既便于学生掌握和理解,也要求在有限的篇幅内涵盖应有的知识点。

第四,重点知识突出。为了便于学生掌握相应的知识体系和框架,作者认真思考了重点知识和一般知识的编写比例关系。我们认为,对于本学科而言,学生必须掌握的知识内容主要限于基本理论和重要法律制度问题。对于那些技术性规范、意义和作用方面的知识及制度的历史沿革等内容,法学本科学生仅作了一般性的了解就足够了。因此,在本书写作过程中,参编者对重点知识着墨较多,对于一般知识仅作介绍,努力做到重点突出,有的放矢。便于学生理解和掌握本专业的基本理论知识和主要法律制度。

第五,注重法律的实践性。我们认为,法学是探求法律问题之答案的学问,帮助学生寻找运用法律解决实际问题的钥匙是法学教育的主要目的之一。基于这种认识,参编者根据法学本科教育的特点,在相关章节之后设置法律适用内容版块。法律适用是先将在司法实践中可能存在的疑难问题提出来,再由教师向学生讲述如何应用法律规定来解决这些问题的思路和方法,使他们学以致用,从而提高其理论联系实际的法律实践能力。

本教材的编写得到了许多学者的大力支持,参编人员包括西南政法大学、西南财经大学、上海大学、重庆大学、湘潭大学、西北政法大学、苏州大学、海南大学、杭州工商大学、山东经济学院的教授和专家。具体分工编写情况如下:彭熙海(湘潭大学)第一章和第二章,车辉(西北政法大学)第三章和第五章,唐炳洪(杭州工商大学)第四章和第六章,辜明安(西南财经大学)第七章,宋焱(山东经济学院)第八章、第九章和第十二章,刘文(西南财经大学)第十章,高晋康、黄丽娟(西南财经大学)第十一章,杨春平(重庆大学)第十三至十七章,汪世虎(西南政法大学)第十八至二十章,张秀全(上海大学)第二十一至二十三章,赵万一(西南政法大学)第二十四至二十六章,毛卫民(海南大学)第二十七章、第二十八章和第三十章,王斌(苏州大学)第二十九和第三十一章。全书最后由我修改定稿。

由于时间仓促,加之系有多人合作而成,虽经仔细校改,错漏之处仍在所难免。
恳请各位方家和使用者的批评指正。

是为序,并致谢意。

赵万一

二〇〇七年三月

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人给予严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话：(010) 58581897/58581896/58581879

传 真：(010) 82086060

E - mail: dd@hep.com.cn

通信地址：北京市西城区德外大街 4 号

高等教育出版社打击盗版办公室

邮 编：100011

购书请拨打电话：(010)58581118

目 录

第一编 商 法 总 论

第一章 商法概述	1
第一节 商法的概念、性质和特征	1
第二节 商法的基本原则	6
第三节 民商法的立法体例	11
第四节 商法与其他法律部门的关系	14
第二章 商事主体	20
第一节 商事主体概述	20
第二节 商法人	25
第三节 商个人	27
第四节 商合伙	30
第五节 商中间人与商辅助人	32
第三章 商行为	37
第一节 商行为概述	37
第二节 商事代理行为	44
第三节 商事代理法律关系	52
第四章 商业登记	56
第一节 商业登记概述	56
第二节 商业登记的种类和效力	59
第三节 商业登记的程序	62
第五章 商业名称	66
第一节 商业名称概述	66
第二节 商业名称的取得与登记	69
第三节 商业名称权	72
第六章 商业账簿	76
第一节 商业账簿概述	76
第二节 商业账簿的法律意义	81

第二编 公 司 法

第七章 公司法概述	84
-----------------	----

II 商 法

第一节	公司与公司法	84
第二节	公司的设立	88
第三节	公司的能力	92
第四节	公司人格	95
第五节	公司法人财产权	97
第六节	公司股东	99
第七节	公司的组织机构	104
第八章	有限责任公司	115
第一节	有限责任公司概述	115
第二节	国有独资公司	120
第三节	一人公司	122
第四节	外国公司的分支机构	123
第九章	股份有限公司	129
第一节	股份有限公司概述	129
第二节	股份有限公司的资本	132
第三节	股份有限公司的股份	137
第十章	公司债券	145
第一节	公司债券概述	145
第二节	公司债券的发行与转让	148
第三节	可转换公司债券	152
第十一章	公司的财务与会计	156
第一节	公司财务会计概述	156
第二节	公司的利润分配	161
第十二章	公司的变更、终止与清算	168
第一节	公司的变更	168
第二节	公司的解散与清算	172

第三编 证 券 法

第十三章	证券法概述	179
第一节	证券制度概述	179
第二节	证券法概述	181
第三节	证券法的基本原则	185
第四节	证券监督管理机构	188
第十四章	证券发行与上市	191
第一节	证券发行法律制度	191

第二节	证券承销	195
第三节	证券上市	198
第四节	证券发行上市的保荐制度	202
第十五章	证券市场主体	206
第一节	证券交易所	206
第二节	其他证券市场主体	212
第十六章	证券交易制度	220
第一节	证券交易概述	220
第二节	上市公司的收购	228
第三节	上市公司的信息公开义务	232
第十七章	证券投资基金法律制度	237
第一节	证券投资基金概述	237
第二节	证券投资基金的设立与运作	240
第三节	证券投资基金的关系人	246

第四编 票 据 法

第十八章	票据法概述	251
第一节	票据与票据法	251
第二节	票据法上的法律关系	256
第三节	票据的瑕疵与票据的丧失	264
第四节	票据的抗辩	268
第五节	票据时效与利益偿还请求权	271
第十九章	汇票	275
第一节	汇票制度概述	275
第二节	汇票的出票	277
第三节	汇票的背书	279
第四节	汇票的承兑	281
第五节	汇票的保证	284
第六节	汇票的到期日	285
第七节	汇票的付款	287
第八节	汇票的追索权	288
第二十章	本票与支票	294
第一节	本票	294
第二节	支票	297

第五编 保 险 法

第二十一章 保险法概述	303
第一节 保险与保险法	303
第二节 保险法的基本原则	306
第二十二章 保险合同	316
第一节 保险合同概述	316
第二节 保险合同的主体	318
第三节 保险合同的订立	320
第四节 保险合同的效力	325
第五节 保险索赔与保险理赔	329
第六节 财产保险合同	332
第七节 人身保险合同	335
第二十三章 保险业法	349
第一节 保险公司	349
第二节 保险代理人、经纪人及公估人	353
第三节 保险业的监管	356

第六编 破 产 法

第二十四章 破产法概述	361
第一节 破产制度与破产法	361
第二节 破产法的历史沿革	366
第三节 破产条件	369
第二十五章 破产程序法	372
第一节 破产开始	372
第二节 债权人会议和债权人委员会	375
第三节 破产重整	378
第四节 和解制度	382
第五节 破产宣告	384
第六节 管理人	386
第七节 破产清算与破产程序的终结	388
第二十六章 破产实体法	392
第一节 破产财产	392
第二节 破产债权	394
第三节 破产费用和共益债务	397

第四节 取回权	399
第五节 别除权	400
第六节 抵销权	401
第七节 否认权	403
第七编 海 商 法	
第二十七章 海商法概述	407
第一节 海商法的含义、调整对象与作用	407
第二节 海商法的法律冲突与统一	411
第二十八章 船舶与船员	418
第一节 船舶	418
第二节 船员	422
第二十九章 海事合同	427
第一节 海上运输合同	427
第二节 船舶租用合同	436
第三节 海上拖航合同	439
第三十章 船舶碰撞	443
第一节 船舶碰撞概述	443
第二节 船舶碰撞的责任及其赔偿	444
第三节 船舶碰撞管辖权	449
第三十一章 海难救助与共同海损	453
第一节 海难救助	453
第二节 共同海损	456
第三节 海事赔偿责任限制	460
阅读参考文献	466
后记	467

第一编 商法总论

第一章 商法概述

【提要】

商法是调整市场经济中商事关系的法律规范的总称。在各个法律部门中,商法与民法和经济法的关系最为密切。大陆法系国家在处理民法和商法的关系时,由于对两者关系理解的不同,主要存在两种类型的私法立法体例:民商合一和民商分立。民法与商法的最主要区别在于:民法以公平为最终价值取向,而商法则以效益为立法目的。商法与经济法的主要区别在于:商法注重的是个体效益和个体利益,而经济法则比较注重保护社会利益。

【重点问题提示】

1. 商法的概念和特征。
2. 商法的基本原则。
3. 民商立法的模式。
4. 商法与民法、经济法的关系。

第一节 商法的概念、性质和特征

一、商法的概念

(一) 商的含义

商法,顾名思义,即调整与“商”有关的社会经济关系的法律。简言之,商法就是调整商事关系的法律。由此可见,商法与“商”有着非常密切的联系。因此,只有首先弄清楚“商”的含义,才能较为准确地把握商事关系的性质、认清商事关系的范围。

在英语和法语中,“商”表述为 commerce,在德语中表述为 handels,在拉丁语中表述为 commercium,在日语中表述为“商”。“商”作为一个古老的用语,随着生产力的发展,在现代社会中,它又被纳入多个学科反复使用。因此,关于“商”的含义,我们应该从一般文字意义、经济学意义和法律意义等多方面去把握。在社会日常生活中,“商”通常是指商品的交换或买卖行为。古代汉语中关

于商的解释多立足于这一含义。《汉书·食货志》载：“士农工商，四民有业……通财鬻货曰商”^①；“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”^②；“商欲农，则草必垦矣”^③。在国外，按照美国《韦氏新国际辞典》，“商事”系指商品交换行为或买卖行为；《布莱克法律辞典》则认为，“商”是指“货物、产品或任何种类的财物之交换”。在经济学意义上，“商”被理解成产品进入市场的流通行为，是产品由工农业生产者手中流转到消费者手中的渠道、桥梁和中介，以调剂供需，从中获得利润的行为。这种行为，即商在法律意义上的“买卖商”，也被学者称为“固有商”。在法律意义上，“商”这个词具有更深远的意义，其不仅包括流通领域，还包括生产领域。根据学者的归纳大致可以分为四类：第一类是前文所述的买卖商，又称固有商，即以营利为目的，直接媒介财货交易的行为。第二类是“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，如货物运送、仓储保管、居间、代理、行纪等。第三类即为便利资金融通，或与上述两种商行为有密切关系的行为，如银行、交易所、信托、承揽运送、制造、加工、出版、印刷、摄影等，学者一般将其称之为“第三种商”。第四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，在商法学上“商”的范围是相当广泛的，凡营利性主体所从事的一切营利性的营业活动都可纳入其中。并且，随着科学技术的发展，商的方式和手段也会不断翻新和变化，从而不断地丰富商的内容和范围。

（二）商法的概念

商法，又称商事法，是指调整商事关系的法律规范的总称。其中商事关系是指商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系。它主要包括商事组织关系和商事交易关系。前者主要涉及商事主体、商业登记、商业账簿、商事代理等内容；后者主要包括票据法、海商法、保险法、证券法等等。关于商法的概念，由于世界各国商法制度存在较大的差异，对于商法的理解也各不相同，从理论上，大多数学者将商法分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义的商法是指民商分立的国家在民法典之外制定的以“商法”命名的法典，如《法国商法典》、《德国商法典》、《日本商法典》等。在这些国家，皆以法典名称这一形式上的标准作为商法概念的界定基础，商法典中主要规定了商主体、商行为的界定等商法的一般规则以及票据、保险、破产等基本制度，作为商事活动的基本法存在。实质意义的商法典是指一切调整商事关系的法律规范的总称。它不以商法典这种形

① 《汉书·食货志》（下）。

② 《白虎通义·商贾》。

③ 《商君书·垦令》。

式作为商法的界定标准,无论是否以“商法”命名,只要是涉及商事关系的调整都可纳入商法,因此无论是民商分立国家还是民商合一国家,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。

从商法的规范构成而言,商法又可以从广义和狭义两方面去理解。广义的商法是指所有调整商事关系的法律规范的总称,它包括国际商事法和国内商事法。国际商事法包括国际公法上的和国际私法上的有关商事的法规,如国际上关于商事的各种协议、国际间共同遵守的商事习惯法等。国内商事法也包括国内的商事公法和国内的商事私法。商事公法是指公法中调整商事关系的规范,如宪法、行政法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等公法中关于商事的规定。商事私法是指在私法中调整商事关系的规范。狭义的商法是指国内法中调整商事关系的私法。目前,各国的商事法律大部分是私法规范,只是其为保护公共利益而加强了对经济的干预,使得商法中出现了一些公法性的规定,但商法本质上仍为私法,狭义的商法仍然是一国商法的主要构成内容。

二、商法的性质

(一) 商法是私法

公法和私法的划分是自古罗马至今在大陆法系国家中一种基本的法律分类方法。它由乌尔比安首次提出,其认为公法是与国家利益有关的法律,私法是调整个人利益的法律。其后,在查士丁尼组织编纂的《法学阶梯》中写明“法律学习分为两部分,即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”其虽然对这种划分作了确认但对于公法私法的划分始终不能确定一个严格的标准。目前对于公私法的划分标准主要有三种学说:其一为“利益说”,其二为“意思说”,其三为“主体说”。这些学说虽然在公私法的划分标准上存在很大差异,但一般都认为:在主体上,公法主体中至少有一方是国家;在法律关系内容上,公法涉及国家和公共利益,而私法则为确定个人利益;从调整方法上看,公法以权力服从为本,而私法则以权利平等为本。由此可见,商法从本质上而言是私法。这是由商法的调整方法和调整对象所决定的。商法调整的方法主要是民事权利义务的设定和民事责任的追究。商法的调整对象是平等主体在从事以营利为目的的经济活动中所形成的商事关系。在这种关系中,主体地位平等,任何一方在法律上不得享有高于另一方的特权,充分尊重当事人意思自治,从而维持公平合理的竞争,保护市场经济的发展。虽然由于国家对经济的态度从放任到积极干预使得商法中出现了公法因素,但这种公法因素的存在并不能否定商法的私法性质,它是服务和服从于商法的,体现了国家权力对公民、法人和其他组织的合法权利的保护。在商法中,它强调商事主体权利的不可侵犯性及意思自治,国家原则上不干预商事主体间的权利义务关系,只有在发生纠纷、当事人请求公力救济时,国家才出面予以干预,从而达到权力对权利的保护,维护经济秩序的正常运行。