



C o m m e r c i a l L a w

商 法

Commercial
Law

陈康华 / 编著

商法总论

公司法

合伙企业法

破产法

票据法

保险法

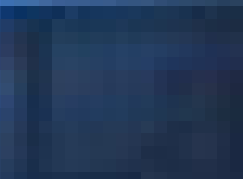
上海教育出版社

SHANGHAI EDUCATIONAL PUBLISHING HOUSE

商法

Commercial Law

第五版



●
第一章 总论
第二章 公司法
第三章 合伙企业法
第四章 个人独资企业法
第五章 外商投资企业法
第六章 破产法

法律出版社

D923.99/51

2007

商 法

陈康华 / 编著

Commercial
Law

上海教育出版社

SHANGHAI EDUCATIONAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

商法 / 陈康华编著. -上海:上海教育出版社,2007.10

ISBN 978-7-5444-1352-7

I. 商... II. 陈... 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 149970 号

商 法

陈康华 编著

上海世纪出版股份有限公司 出版发行
上 海 教 育 出 版 社

易文网:www.ewen.cc

(上海永福路 123 号 邮政编码:200031)

各地新华书店经销 太仓市印刷厂有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 26.25 插页 2

2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

印数 1—5,000 本

ISBN 978-7-5444-1352-7/D·0011 定价:42.00 元

(如发生质量问题,读者可向工厂调换 电话:0512-53522239)

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	3
第一节 商法发展史	3
第二节 商法体系的比较	6
第三节 商法的基本原则	8
第二章 商事主体	11
第一节 商人	11
第二节 与商人相关的其他商事主体	13
第三章 商号	18
第一节 商号概述	18
第二节 商号选择制度	19
第三节 我国立法对商号管理的规定	21
第四章 商事代理	23
第一节 商事代理概述	23
第二节 商事代理制度比较	25
第五章 商事登记	27
第一节 商事登记概述	27
第二节 我国商事登记制度	28
第六章 商行为	34
第一节 商行为概述	34
第二节 商业买卖	37
第三节 行纪	39
第四节 仓储	42

第二编 公 司 法

第七章 公司及公司法	47
第一节 公司概况	47
第二节 公司法概述	51
第八章 公司法的基本规则	53
第一节 公司成立与公司设立	53
第二节 发起人协议与公司章程	56
第三节 公司资产与公司资本	58
第四节 公司资本增加与减少	60
第五节 出资方式与资产缴纳	62
第六节 公司对外投资与公司对外担保	64
第七节 公司合并与公司分立	65
第八节 公司股东会、董事会会议的决议无效与撤销	68
第九节 股东权保护与股东权限制	68
第十节 公司解散与清算	74
第十一节 公司盈余分配	78
第十二节 公司董事、监事和高级管理人员的资格与义务	81
第九章 有限责任公司	84
第一节 有限责任公司概述	84
第二节 有限责任公司设立的条件与程序	85
第三节 有限责任公司的组织机构	87
第四节 一人有限责任公司的特别规定	92
第五节 国有独资公司	93
第六节 有限责任公司股东股权转让	94
第十章 股份有限公司	96
第一节 股份有限公司概述	96
第二节 股份有限公司设立	97
第三节 股份有限公司的组织机构	99
第四节 股份的发行与转让	104

第三编 合伙企业法

第十一章 合伙企业的概述	113
第一节 合伙企业的概念与特征	113
第二节 合伙企业分类	115
第十二章 普通合伙企业	117
第一节 合伙企业的设立	117
第二节 合伙企业的财产与合伙人的财产	118
第三节 合伙事务的执行	121
第四节 合伙企业与第三人关系	123
第五节 入伙与退伙	127
第六节 特殊普通合伙企业	132
第十三章 有限合伙企业	134
第一节 有限合伙企业的概述	134
第二节 有限合伙企业与普通合伙企业立法规定的比较	134
第三节 有限合伙企业的立法规定	135
第十四章 合伙企业解散与清算	138
第一节 合伙企业的解散	138
第二节 合伙企业的清算	139

第四编 破产法

第十五章 破产与破产法	143
第一节 破产概述	143
第二节 破产法概述	144
第十六章 破产案件的管辖、申请与受理	148
第十七章 管理人	151
第一节 管理人的组成与任职资格	151
第二节 管理人的职权	151
第十八章 债务人的财产	152

第一节	债务人财产的概念与范围	152
第二节	债务人财产的追回	152
第三节	第三人财产取回权	153
第四节	债权人的财产抵销权	154
第十九章	破产费用与共益债务	157
第二十章	债权申报	159
第一节	债权申报的期限	159
第二节	债权申报的形式与范围	159
第三节	逾期未申报债权的效力	161
第二十一章	债权人会议	162
第一节	债权人会议的概述	162
第二节	债权人会议成员的资格与权利	162
第三节	债权人会议的职权	163
第四节	债权人会议的议事规则与表决程序	164
第五节	债权人委员会	165
第二十二章	重整	167
第一节	重整概述	167
第二节	重整的申请与重整期间	167
第三节	重整计划的制定与批准	169
第四节	重整计划的实施	171
第二十三章	和解	173
第二十四章	破产清算	176
第一节	破产宣告	176
第二节	破产财产变价与分配	177
第三节	破产程序的终结	178
第五编 票 据 法		
第二十五章	票据法的概述	183
第一节	票据概述	183

第二节	票据法概述	186
第二十六章	票据法的基本规则	189
第一节	票据法律关系	189
第二节	票据行为	191
第三节	票据权利	196
第四节	票据的瑕疵	201
第五节	票据的更改	203
第六节	票据的抗辩	204
第七节	票据的丧失与补救	208
第八节	票据的利益返还请求权	211
第二十七章	汇票	213
第一节	汇票概述	213
第二节	汇票的出票	215
第三节	汇票的背书	218
第四节	汇票的承兑	223
第五节	汇票的付款	227
第六节	汇票的保证	231
第七节	追索权	234
第二十八章	本票	241
第一节	本票概述	241
第二节	本票的出票	242
第三节	本票准用汇票的规定	244
第二十九章	支票	246
第一节	支票概述	246
第二节	支票的出票	248
第三节	支票的付款	250
第四节	支票准用汇票的规定	253

第六编 保 险 法

第三十章	保险法概论	257
第一节	保险概述	257

第二节	保险法概述	260
第三节	保险法律关系	263
第三十一章	保险合同总论	266
第一节	保险合同的订立	266
第二节	保险合同的成立与生效	268
第三节	保险合同的履行	269
第四节	保险合同的中止与复效	271
第五节	保险合同的变更与终止	272
第三十二章	保险合同分论	276
第一节	财产保险合同	276
第二节	人身保险合同	288
第三节	再保险合同	297
第三十三章	保险业监管法	300
第一节	保险业监管法概述	300
第二节	保险组织监管	302
第三节	保险经营监管	306
第四节	保险公司偿付能力监管	308
第五节	保险中介监管	311

附 录

中华人民共和国公司法(2005)	317
中华人民共和国合伙企业法	348
中华人民共和国企业破产法	361
中华人民共和国票据法	381
中华人民共和国保险法	395

商法总论

第一编

第一章 商法概述

第一节 商法发展史

商法简单地说是调整商事交易活动的法律。早在人类社会的初期,由于生产力的提高,有了剩余产品,产生了私有制,于是就有了商品的交换活动,为了保证这种交换活动的正常进行,世界上几乎所有的国家都通过制定商事交易规则或者由当地的商事交易习惯来调整这种社会关系。但由于在中世纪以前商事交易关系受到交易规模和交易频率的影响,所以这种规则、习惯都只能归在民法范畴,由民法调整。虽然我们不能否认这种规则、习惯在调整商事交易活动中理应称作“商法”,但这时的“商法”与中世纪产生的和以后发展的商法存在着本质上的区别。

到了中世纪,一方面由于欧洲各国生产力的提高,社会商品在品种和数量上空前的丰富,引发了商品交换频率和数量的急剧增加,交易方式的多样化,各种非自然人的交易主体大量出现,以及交易中技术化倾向凸现等各种因素,使得原来调整一般商品经济的民法已经不能再完全适应新时期经济变化的需要。根据马克思主义历史唯物论的理论,法律属上层建筑范畴,受到经济基础的作用,同时也对经济基础进行反作用。商人们在交易过程中为了能使交易迅速、安全、公正地进行,逐渐在商事活动中根据商事实践经验,创设了一系列与民事交易规则、交易习惯不同的商事规则、商事习惯。这些商事规则、商事习惯对当时的社会经济乃至当今社会经济的发展,都起到了非常积极的作用。

另一方面,由于中世纪的欧洲实行的是教会法,教会是封建势力的代表,对具有资本主义萌芽性质的商品经济持否定的态度。国家对商人交易活动的保护并不充分,如果发生商人之间的纠纷,没有相关的法律可以进行调整,法律对此往往是无能为力的,商人的合法权益也难以得到保障,经济发展受到了严重的阻碍。为了摆脱封建势力特别是对经济发展的影响,商人们组成了自己的团体组织。这些团体组织既是立法者,通过制定商人交易的规则或确认商人交易的习惯,让商人遵守共同的规则或习惯,同时又是裁判人,当商人之间发生纠纷时,商人的一方就向商人组织请求仲裁,这种仲裁具有迅速、非正式和公平的特性。现代商事仲裁即起源于此。

由于上述两方面的原因,真正意义上的商法便产生了,即现代意义上商法的萌

芽开始产生了。最早的商法具有以下的特点：第一，在商法产生之初通常采取的是属人主义立场，即那些商事规则、商事习惯主要适用于商人，也就是说某一特定商人组织内的商人进行商事活动时所应该遵守的一种行为准则，是解决同一商人组织内商人之间在商事活动中发生纠纷的依据。而对于非同一商人组织的商人之间纠纷则仍然没有统一的规范、习惯进行调整。当然随着商事实践的进一步发展，商人组织由小变大，由分散到集中，逐渐走向统一。组织形式的统一为商法的最终统一奠定了基础。但中世纪的商法，则带有明显的属人主义立法痕迹；第二，当时的商法已经涉及某些最主要的商事要素和商事活动；第三，当时的商法在本质上是不同行业、不同地区商人组织的各类成文的商事规则和不成文商事习惯的总称；第四，当时的商法是一种自律性的规则和习惯。严格地说当时的商法并不是完整意义上的法律，因为这种商事规则、习惯只是商人们依靠道德、信念、信用来维系，一旦受到破坏，国家的强制力不会作出任何反应。商法能保证得到贯彻落实，调整商人之间的商事关系，完全依靠商人们的自律。

到了中世纪的中、后期，欧洲自由资本主义商品经济已经得到相当大的发展，一些国家的封建割据势力和宗教势力逐渐衰落，统一的民族国家纷纷形成，资产阶级为了进一步发展其生产力，加强商品的自由流通，使商人的利益在更大的范围内受到保护，于是通过国家立法的形式将原商人内部调整商人的规则、习惯纳入国家法律体系。而商人团体组织制定汇编商事规则、习惯的功能被大大地弱化了，取而代之的只是组织、协调商人的管理，开展商事业务等功能。这一时期商事立法的顺利进行也是与当时的学者积极推行商法理论分不开的。许多学者通过研究将不同地区、不同行业的商事规则、商事习惯进行编纂、整理，并从理论上对商法进行阐述，使那些来自实践又长期处在应用中的商事规则、习惯上升为理论。比如1673年萨维尼出版的《论完全的商人》；1662年马奎德出版的《商事主体的政治和法律地位》；18世纪中叶凯萨尔斯出版的《商法论》等一系列商法方面的著作作为以后商法成文化运动奠定了理论基础。1673年法国国王路易十四颁布了《商事条例》，专门调整陆上商事活动。该条例共12章，包括商人、票据、破产、商事裁判管辖等内容。1681年法国又颁布了《海事条例》，该条例主要调整海上商事活动，共有五编，即海上裁判所、海员及船员、海上契约、港湾警察、海上渔猎。这些立法在当时世界各国的商事立法运动中处于领先地位。德国也从18世纪起以商人的习惯法和法学著作为依据，开始商法的成文化运动。德意志帝国在统一之前的1794年普鲁士邦制定了《普鲁士普通法》，其内容既有民事法规又有商事规范，是一部集民、商法规范为一体的综合性法典。1861年统一后的德国制定了《德国普通商法典》，该商法典被称作德国旧商法典。应该说这一时期的法国、德国的商事立法是由中世纪的商人习惯法走向商事法典化的过程，尽管这一时期的商法成文化实质上不过是封建国家以王权名义对商人习惯法编纂的确认，这些商事立法与现代意义上的商

法在立法体系、立法内容等诸方面仍然存在着区别,但这一时期的商法起到了一个承上启下的作用。

19世纪起,资产阶级在完全夺取政权之后,社会生产关系也发生了根本的变化。保护资本主义商品经济关系,推动商事活动,促进统一完整的商品市场的形成是所有新兴资本主义国家的一项基本国策。而要完成统一完整的商品市场,则必须将法律作进一步的统一,特别是商法的统一。同时还要求商法对社会上的各类商事活动规则作出进一步的抽象,制定出符合当代社会商事活动的商事主体、商行为、商业账簿等规则,以保证商事活动能更适应资本主义经济发展的需要。1807年,在拿破仑的参与下,法国制定颁布了《法国商法典》。此外法国还颁布了许多单行法规对《商法典》进行补充,比如《法国公司法》、《法国商业登记法》、《法国保险契约法》、《法国证券交易所法》、《法国票据统一令及支票统一令》。

德国在新商事立法运动中紧随法国之后,在1897年颁布,1900年实施了《德意志帝国商法典》,该法又被称作德国新商法。此外德国还制定了《联邦德国股份公司法》、《德国有限责任公司法》、《德国关于有限责任公司从公司资金中增加资本和合并的法律》、《德国公司形式变更法》、《德国保险契约法》、《德国票据法》、《德国支票法》等一系列单行法规对商法典进行补充。

古代的日本长期处于闭关锁国的封建社会,所以商事活动并不发达,社会对商事立法的要求并不急迫。但到了明治维新运动之后,国门被打开,商事活动大量增加,促使日本政府制定出商法典以适应社会发展的需要。1890年日本颁布了《日本商法典》,又称“旧日本商法典”,该法原定于1891年起施行,但由于学术界发生激烈的争论,而且进一步转入政界内进行争论。经过多次反复争论,修改后的《日本商法典》才于1899年正式实施,又称“新日本商法典”。此外日本还制定了《日本破产法》、《日本和解法》、《日本公司更生法》等其他商事单行法作为商法典的补充。

英国是非成文法国家,所以有关调整商事活动的法律主要是以习惯法和判例法作为其主要内容的。19世纪的中后期,商事活动进一步加强,需要商法更具有确定性及简明易懂性,以降低交易成本,加快流转,保护交易的安全。于是如《英国票据法》、《英国合伙法》、《英国货物买卖法》、《英国公司法》、《英国破产法》、《英国海事保险法》等大量的、系统的成文法规被颁布。当然英国成文的商事法规与欧洲大陆成文的商事法规的区别在于前者只是将商事判例进行系统化、条文化,在司法实践中又往往将商事成文法与商事判例法结合在一起使用。

美国的商事立法与英国的商事立法在形式上基本相同,因为两者属于同一法系的国家,但美国又是一个联邦制国家,美国宪法规定民事立法权分为两部分,一部分由联邦政府行使,如赋税、通商、破产、著作权、发明权、合众国的信用借贷等,其他方面的商事立法权归各州行使。由于早先各州享有商事立法权,所以各州纷纷立法,使得各州商法千差万别,造成州际商事活动的不方便,影响到商事活动的

正常进行。于是美国政府从 1892 年起制定了一系列统一的商事法律法规,其中主要有《美国统一流通证券法》、《美国统一买卖法及仓库收据法》、《美国统一公司法》、《美国统一信托收据法》等单行法律、法规。上述商事法律法规在 20 世纪 50 年代初经过整理、汇编,组成了一部《美国统一商法典》。

这段时期欧美各国商事立法的主要特点:第一,大部分国家都对商法制定一整套总则部分,用来确定商主体、商行为、商法的基本原则。第二,由于国界对商事活动影响逐渐减少,国际贸易的数量和频率正以空前的速度在发展,为此就需要各国共同努力,在制订本国的商事法律时要尽可能与其他国家的商法保持一致,以使本国的、外国的商事主体在相互间的商事活动中各自都能取得相应的利益。因此各国制定的商法尽管在体例安排上、在表述上有所不同,但在内容上各国商法正在不断趋向统一。第三,由于商事活动新形式不断被推出,为了使这些新颖的商事活动也能在法律上找到依据,几乎所有的国家都在不断地颁布商事单行法规以作为对商法典的补充。

第二节 商法体系的比较

在世界上有两大立法体系,即以成文法为主要特征的大陆法系和以判例法为主要特征的英美法系。由于在商法领域中我国主要受到大陆法系的影响,所以本书只对大陆法系中的两大商事法系进行对比。

适用不同的商法体系,实际上涉及对商法的适用采取哪种立法主义。由于立法主义的不同,使得商法对哪些人适用,对哪些行为适用会发生非常大的区别。因此研究商法体系,对商事主体的特征和范围的确定具有重要意义。

在早期的大陆商事法系中主要有以法国为代表的“商行为立法主义”(又称“客观主义”)和以德国为代表的“商主体立法主义”(又称“主观主义”)两大体系。

“客观主义”立法模式是首先在法律上设定出一系列的行为将其确定为商行为,然后规定,人们的行为只要与法律上规定的商行为相一致的就适用商法,而不管行为的主体是否是商人。“主观主义”立法模式则是首先在法律上确认商人的身份,然后规定只有商人之间发生纠纷的才适用商法,否则一方或双方即使其行为符合商行为的,也不能适用商法,而适用其他法。

应该说在中世纪国家法律体系中并没有商法的地位,商人之间发生的纠纷也无法得到国家法律的保护,因此商人自己组成商人的行会组织来充当调整商事关系的机构,商人只有加入了商人的行会组织之后,其商人的资格才被确认,商人的权利才受到保护,同样商人也应遵守行会的各项规则,即遵守商事规则、习惯。至于哪些行为是属于商事行为,在当时人们是非常难以预先设定的,即使在今天人们

能够通过高度的抽象思维,总结出各种行为模式时,也难以对越来越发达的商事活动进行高度的概括。所以中世纪的商会仅仅对双方都具有商人行会成员资格的商人在发生纠纷时,运用商事规则、习惯对纠纷进行裁定。从这个意义上说中世纪的商法就是一种主观主义的立法,在商法被纳入国家法律体系之前这种情况一直没有被改变过。

法国资产阶级在革命的过程中以及在革命彻底胜利之后,一直鼓吹“人人平等,反对特权”,在民事主体上任何形式的不同都被视为潜在的特权。立法者担心商人这一特殊的群体如果在法律适用上与一般民事主体间存在不同,则有可能导致新的特权出现。基于这方面的考虑,早期的《法国商法典》采取了比较典型的“客观主义”立法,该法的第一条规定:“商人者,以商行为为业者。”事实上也就取消了商人与非商人的区别,只要其行为被认定为是商行为,那么其就被视为商人,受到商法典的调整。商人不再是一个享有从事商事行为特权的阶层,即使普通百姓也可以依法经商,成为商人。这种立法主义的优点在于民事主体只要从事商事活动,该活动就适用商法规范。其缺点在于对“商行为”概念的外延理解难以确定。如果不能正确地把握住对“商行为”的理解,那也就无法正确地适用商法。

德国的旧商法也受到法国商法典的影响,采取“客观主义”的立法。但德国的新商法却回归到早期商事立法的模式,采取“主观主义”的立法,即凡商事主体所从事的活动,均为商行为,由此而产生的社会关系为商事关系,由商法调整;非商人实施的行为则属一般民事行为,由此形成的社会关系为一般的民事关系,由民法进行调整。《德国商法典》第一条专门对商人的资格进行规定:“本法典所称的商人是指经营营业的人。”同样采取“主观主义”立法的《瑞士债法典》第九百三十四条第一款对商人的定义下得更明确:“从事商业、制造业及其他以商人的经营方法营业并将其商号注册登记者为商人。”

日本的商事立法尽管受到大陆法系商事立法的影响,但日本的立法者在总结法国和德国商事立法的基础上创造出一种被称为“折衷主义”的商事立法。《日本商法典》第四条规定:“本法所称商人,指以自己名义,以实施商行为为业者。依店铺或其他类似设施,以出卖物品为业者,或经营矿业者,虽不以实施商行为为业,也视为商人。”这种立法的特点是将“主观主义”和“客观主义”同时作为立法的基础。它一方面从一定行为的自身性质将其视为商行为,比如《日本商法典》第五百零二条用具体列举方式,明示以实施这些行为为业的为商行为,实施这些行为却不以该行为为业的,则不是商行为;另一方面又列举出另外一些行为,仅在行为人从事该行为时,将该行为视为商行为,比如《日本商法典》第五百零一条所列举的行为,这些行为的行为人不管是否以该行为为业的,都将该行为视为商行为。由于“折衷主义”将概括主义和列举主义有机结合,从而较好地确定了商事主体的特征和范围。