



普通高等教育“十五”国家级规划教材

全国高等学校法学专业14门核心课程教材

商 法 学

Commercial Law

(第二版)

覃有土 主编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS



普通高等教育“十五”国家级规划教材

全国高等学校法学专业14门核心课程教材

商 法 学

Commercial Law

(第二版)

主 编 覃有土

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

覃有土 赵万一 雷兴虎

柯昌辉 傅鼎生 樊启荣

刘黎明



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商法学/覃有土主编. —2版. —北京:高等教育出版社,
2008.2

ISBN 978-7-04-022226-5

I. 商… II. 覃… III. 商法-法的理论-中国-高等学
校-教材 IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 196076 号

策划编辑 姜 洁
版式设计 马敬茹

责任编辑 刘柏才
责任校对 俞声佳

封面设计 于 涛
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

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>

开 本 787×960 1/16
印 张 38.75
字 数 720 000

版 次 2004 年 1 月第 1 版
2008 年 2 月第 2 版
印 次 2008 年 2 月第 1 次印刷
定 价 43.00 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 22226-00

第二版说明

《商法学》作为普通高等教育“十五”国家级规划教材之一,自初版以来受到广大师生的厚爱与好评,多次重印。本次修改,主要有:第一,鉴于自2005年以来,我国《公司法》、《证券法》及《企业破产法》相继作了大幅度修改颁行,本次修改对上述篇章进行了重写,力求更新;第二,在篇幅上,鉴于各院校受教学时数之限制,应高等教育出版社的要求,对部分篇章予以了删减,力求实用;第三,其他篇章之内容未作实质修改,仅对部分内容作了增删和调整。虽然编者对本次修订工作尽心尽力,但错误在所难免,尚请读者见谅。

参加本次修订工作的有覃有土、赵万一、雷兴虎、柯昌辉、傅鼎生、樊启荣、刘黎明等。具体编写分工如下:

覃有土 第一编第一章第一节、第二节,第五编第二十三章。

赵万一 第一编第一章第三节、第四节,第二章至第五章。

雷兴虎 第二编第六章至第十章。

柯昌辉 第三编第十一章至第十六章。

傅鼎生 第四编第十七章至第二十二章。

樊启荣 第五编第二十四章至第二十七章。

刘黎明 第六编第二十八章至第三十二章。

编 者

2007. 8

作者简介

覃有土 中南财经政法大学教授、法学硕士、博士生导师,兼任中国法学会理事、中国法学会商法研究会副会长及湖北省法学会副会长等职。主要致力于民商法,尤其是债权法、保险法、票据法等方面的研究。著有《债权法》、《保险法概论》、《我国经济合同的理论与实践》、《商法学》及《社会保障法》等学术著作。在《中国法学》、《法学研究》、《法学》、《法商研究》等刊物上发表多篇学术论文。

赵万一 西南政法大学教授、博士生导师。现任西南政法大学教授、民商法学院院长,兼任中国法学会商法研究会常务理事、重庆市人大常委会立法咨询委员会委员、福建省人民政府法律顾问等职。主要致力于民商法,尤其是商法基本理论、证券法、房地产法等方面的研究。著有《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》、《商法基本理论问题研究》等学术著作。在《法学研究》、《现代法学》等刊物上发表学术论文 20 余篇。

雷兴虎 中南财经政法大学教授、法学硕士。现任中南财经政法大学法学院副院长、硕士生导师。兼任中国法学会商法研究会常务理事、湖北省法学会常务理事、武汉中级人民法院法律咨询委员会委员。主要致力于民商法,尤其是商法基础理论、公司法、外商投资企业法等方面的研究。著有《商法学》、《公司法新论》、《外商投资企业法新论》、《股份有限公司法律问题研究》等学术著作。在《法学研究》、《中外法学》、《法学》、《法商研究》、《现代法学》、《法学评论》等刊物上发表学术论文 50 余篇。

柯昌辉 中南财经政法大学讲师、法学博士。现任中南财经政法大学法学院商法教研室主任、博士研究生,兼任武汉市经济法研究会常务理事。先后在《法学评论》、《法商研究》、《中外法学》等刊物上发表《论企业兼并的几个法律问题》、《论法人行为与法人责任》、《涉外租赁若干法律问题探讨》、《宏观经营权与微观经济权探析》、《论票据行为的独立性》、《论票据流通中的善意受让》等学术论文。

傅鼎生 华东政法学院教授。现任《法学》副主编,兼任中国法学会民法经济法研究会理事。著有《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)等学术著作,并在《法学》、《现代法学》等刊物上发表学术论文 60 余篇。

樊启荣 中南财经政法大学教授、民商法学博士。兼任中国法学会社会法研究会常务理事,湖北省法学会商法研究会副会长及秘书长等职,主要致力于商法基础理论、保险法、社会保险法等方面的研究。著有《保险契约告知义务的研究》、《保险法论》及《社会保障法》等学术专著。在《中国法学》、《法学》、《法商研究》、《现代法学》及《法学评论》等刊物上发表学术论文 30 余篇。

刘黎明 现任中南财经政法大学法学院副教授、法学硕士、硕士生导师,经济法系商法教研室主任,湖北省法学会商法研究会常务理事。主要致力于商法、破产法等方面的研究。著有《证券法学》(主编)、《破产法学》(合著)等学术著作。先后发表《试论刑事破产》、《回应与前瞻——“统一破产法”若干问题研究》等学术论文。

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	3
第一节 商法的概念及其调整对象	3
第二节 商法的演进	10
第三节 商法与其他法律部门的关系	25
第四节 商事立法的基本原则	32
第二章 商事法律关系	38
第一节 商事法律关系概述	38
第二节 商事主体	39
第三节 商行为	51
第三章 商业登记	58
第一节 商业登记概述	58
第二节 商业登记的种类和效力	60
第三节 商业登记的程序	62
第四章 商业名称	64
第一节 商业名称概述	64
第二节 商业名称的取得与转让	66
第三节 商业名称权	69
第五章 商业账簿	72
第一节 商业账簿概述	72
第二节 商业账簿的保存与备置	79

第二编 公 司 法

第六章 公司法概述	83
第一节 公司的法律界定	83
第二节 公司法的概念与性质	91
第三节 公司法的历史沿革与发展趋势	95
第四节 公司法的基本原则	107
第七章 公司法的基本制度	117
第一节 公司的设立制度	117
第二节 公司的名称、住所与负责人	122
第三节 公司的权利能力、行为能力与责任能力	125
第四节 公司的资本制度	131
第五节 公司的财务会计制度	136
第八章 有限责任公司	143
第一节 有限责任公司的法律界定	143
第二节 有限责任公司的设立	144
第三节 有限责任公司的股东	150
第四节 有限责任公司的资本	154
第五节 有限责任公司的组织机构	159
第六节 一人有限责任公司	163
第七节 国有独资公司	169
第九章 股份有限公司	172
第一节 股份有限公司的法律界定	172
第二节 股份有限公司的设立	173
第三节 股份有限公司的股东	180
第四节 股份有限公司的资本	183
第五节 股份有限公司的组织机构	186
第六节 股份有限公司的股份	193
第十章 公司的变更、终止与清算	199
第一节 公司的变更	199
第二节 公司的终止	209
第三节 公司的清算	212

第三编 证 券 法

第十一章	证券法概述	221
第一节	证券概述	221
第二节	证券法概述	227
第十二章	证券的发行	236
第一节	证券发行概述	236
第二节	股票的发行	245
第三节	公司债券的发行	248
第十三章	证券的上市	251
第一节	证券上市概述	251
第二节	股票的上市	253
第三节	公司债券的上市	255
第十四章	证券的交易	257
第一节	证券交易概述	257
第二节	上市证券交易的基本规则	259
第三节	上市公司的信息公开义务	262
第四节	上市公司收购	267
第十五章	证券市场	275
第一节	证券市场概述	275
第二节	证券交易所	279
第三节	证券公司	284
第四节	证券登记结算机构	287
第五节	证券投资基金	289
第十六章	证券监管	297
第一节	证券监管概述	297
第二节	证券监管体制	299
第三节	证券监管的内容	302

第四编 票 据 法

第十七章 票据与票据法概述	309
第一节 票据概述	309
第二节 票据法概述	324
第十八章 票据上的法律关系	331
第一节 票据上法律关系的概述	331
第二节 票据权利	339
第三节 票据抗辩	348
第十九章 票据行为	356
第一节 票据行为的概念与特征	356
第二节 票据行为的性质和种类	357
第三节 票据行为的有效条件	359
第四节 票据行为的解释	361
第五节 票据行为的票据代理	362
第二十章 票据的伪造、变造、更改、涂销与丧失	365
第一节 票据的伪造、变造和更改	365
第二节 票据的涂销与丧失	366
第二十一章 票据时效与票据利益偿还请求权	369
第一节 票据时效	369
第二节 票据利益偿还请求权	370
第二十二章 票据的运作	372
第一节 出票	372
第二节 背书	377
第三节 汇票承兑制度与本票见票制度	380
第四节 参加承兑	382
第五节 保证	383
第六节 票据的粘单、复本和誉本	385
第七节 付款与参加付款	389
第八节 追索权	392

第五编 保 险 法

第二十三章 保险法概述	401
第一节 保险之意义、种类及其发展趋势	401
第二节 保险法的定义、特征及体例	407
第三节 保险法的基本原则	411
第二十四章 保险合同总则	425
第一节 保险合同的概念及特征	425
第二节 保险合同的分类	431
第三节 保险合同的主体	434
第四节 保险合同的形式和内容	437
第五节 保险合同的履行	443
第六节 保险金请求权的时效	459
第二十五章 补偿性保险合同	463
第一节 财产保险中损害与补偿的含义	463
第二节 超额保险与不足额保险	465
第三节 重复保险	467
第四节 保险代位	473
第二十六章 给付性保险合同	480
第一节 人身保险合同概述	480
第二节 人身保险合同的受益人	482
第三节 人身保险合同的保险费及现金价值	487
第四节 人身保险合同的常见条款	491
第二十七章 保险业监管法	496
第一节 保险业及其监管	496
第二节 保险公司监管	501
第三节 保险经营规则	506
第四节 保险公司偿付能力监管	511
第五节 保险中介经营及其监管	515

第六编 破 产 法

第二十八章 破产法概述	521
第一节 破产的概念和性质	521
第二节 破产法的概念与立法准则	523
第三节 中华人民共和国破产法的立法与完善	529
第二十九章 破产实体法	533
第一节 破产能力	533
第二节 破产原因(界限)	538
第三节 破产财产	541
第四节 破产债权与债权申报	544
第五节 破产关系(过程)中的其他财产权	550
第六节 破产机关	553
第七节 破产费用与共益债务	566
第三十章 破产清算程序法	569
第一节 破产清算程序的开始	569
第二节 破产宣告及其法律效力	576
第三节 变价与分配	583
第四节 破产终结	585
第三十一章 重整法	588
第一节 重整法律制度概述	588
第二节 重整程序的开始	589
第三节 重整期间的营业与管理	592
第四节 重整计划	594
第五节 重整计划的执行	596
第六节 重整程序的废止与终结	598
第三十二章 和解法	600
第一节 和解法律制度概述	600
第二节 和解的程序	601

第一编 商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的概念及其调整对象

一、“商”的含义

研究商法,首先得弄清楚“商”的含义。应该说,“商”有多重的含义。在日常生活中,一说到“商”,人们就很自然地想到买卖行为。买卖行为固然是“商”的含义之一,然而经济学上的“商”,尤其是法律学上的“商”则有更深更广的含义。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,经济学上的“商”,并非仅指买卖行为,而是泛指社会产品从生产者手中流转 to 消费者手中的渠道、桥梁和中介,以调剂供需,从中获取利润的活动。^② “商”这些活动的各种行为,无论是作为生产者与生产者之间相互需求的中介或桥梁,还是担当产品完成后进入流通领域的渠道,在传统上都被称为“买卖商”,亦即学者所称的“固有商”。^③ 经济学上所指的“商”,依然仅从狭义上解释其义。法律学上的“商”,不仅包括“买卖商”即“固有商”,还包括范围远比“固有商”更广泛的“非固有商”。所谓“非固有商”,是指前已述及的“固有商”之外的其他“商”的总称。如果把“固有商”视为“第一种商”的话,根据学者们的归纳,“非固有商”则包括“第二种商”、“第三种商”和“第四种商”三种。其中,“第二种商”是指间接以媒介货物交易为目的的行为,或者说“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 “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融通,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 “第四种商”是指与媒介货物并无直接关系,仅提供服务的各种行为,如广告传播服务、旅馆服务、饮食服务、信息服务以及提供保险服务等。

显然,法律上的“商”,其义非常广泛,而且随着社会经济的发达越衍越广。

① 张国键著:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页。

② 苏惠祥主编:《中国商事法概论》,吉林人民出版社1996年版,第3页。

③ [日] 实方正雄:《商法总论》,昭和二十七年版,第9页。

④ A. Lincoln Lavine, *Modern Business Law*, Prentice Hall, 1959, p. 572.

⑤ [日] 田中耕太郎:《商法总则概论》,第31页。

一些国家或地区的商法正是基于此种理念而界定其“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》亦规定,凡经营商业、工厂或其他依商人立法作为营业而进行登记的,都视其为商业。从上述德国及瑞士的相关法律规定中可以看出,在德国和瑞士,人们的行为或活动是否姓“商”,关键就在于从事这些活动之前,是否依法办理了商业登记,凡是依法办理了商业登记之后而为的行为或活动,统统都属于“商”。“商”这个口袋确实不小。有人统计,在我国台湾地区的“商业登记法”中,相关条文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、商法的概念及特征

商法,亦称商事法,是指调整商事关系的法律规范的总称。当然,商法概念的这一表述,不过是多种表述的一种。因为无论是在中国还是在外国,商法的概念一直只是法学上的概念而不是法定的概念。换言之,什么是商法,是由各国法学家们下的定义,并不是立法者在法律中予以界定的。由于法学家们的法学观念和价值取向不同,各自对商事活动范围和商法调整范围认识有异,因此他们对商法的定义亦自然有异。大陆法系与英美法系的法学家们对商法定义不同自不待言,即使同属于大陆法系或同属于英美法系的学者们对商法定义亦有很大的不同。在大陆法系中,法、德、日的商法是公认最为发达的。法国学者认为,商法是关于商事活动的法律。显然,这是基于商行为本位所下的商法定义。在法国,这种认识也是居于主导地位的认识。德国学者认为,商法是适用于商人的特别私法。显而易见,这又是基于商人本位而给商法下的定义。在德国,这种认识也是居于主导地位的认识。日本学者给商法下的定义与法、德学者又有所不同。不仅如此,日本学者之间关于商法的概念的区别也比较大。有的从法律形式的意义上给商法下定义,认为商法被确认为一个法律部门的时候,它是指以商法典为中心的有关法律部门的总称;^①但有的学者却从法律实质的意义上认定商法,认为商法就是企业关系上特有的法律总称;^②还有的学者从方法上去认定,认为商法这个概念也指买卖的方法。^③当然,日本学者中,也有人认为商法是指有关商事的特别法规。这种认识,与法国学者主流派关于商法的认识有其相似之处。在英美法系中,英国法及美国法无疑是这一法系的代表。英美都是判例法的国家,其商法是很发达的。但什么是商法,英国历来都没有一个统一的概念,法学

① [日] 尤田节编,谢次昌译:《商法略说》,甘肃人民出版社 1983 年版,第 1 页。

② [日] 我妻荣主编:《新法律学大辞典》,第 500 页。

③ 任先行、周林彬著:《比较商法导论》,北京大学出版社 2000 年版,第 2 页。

家们在其论著中的表述也颇不一致。例如,法学家米特霍夫认为,商法是指对商事交易具有特殊意义的法律总称;而有的学者则认为,商法是指与商业有关的法律……主要用来指合同法和财产法中与企业和商业惯例有关的内容,是一个概括性的概念。^①与英国一样,由判例法这一历史传统所致,美国法律部门亦是十分模糊的概念,学者们对商法的认识是众说纷纭。例如,美国出版的具有较高权威性的《布克萊法律词典》对商法界定为:商法是调整商事关系的全部法律制度的总称;而美国法学家马克斯·赖因施泰因在为《国际比较法百科全书》撰写的词条中则认为:在美国,商法是指那些与商人相关的法律;^②但也有学者认为,根据美国宪法的规定,商法是“商业交易”的法律,而不是单纯的商人的法律。^③

在我国内地,学者们关于商法的表述亦很多,其中较有代表性的,一是《中国大百科全书·法学》的表述,该书认为:“商法传统上是指与民法并列并与之互为补充的部门法,即是调整市场经济关系中商人、商业组织和商业活动法律规范的总称”;^④二是王保树教授主编的《中国商事法》的表述,该书认为“商事法即商法,……是调整商事关系的法律规范的总和”。^⑤三是覃有土教授主编的《商法学》的表述,该书认为:“商法,亦称商事法,……商事法是调整商事关系的法律规范的总称”;^⑥四是范健教授主编的《商法》的表述,该书认为:“商法是指调整商事主体在其商行为中所形成的法律关系,即商事关系的法律规范的总称”。^⑦总而言之,中外学者关于商法概念的界定,其内涵是相当的不确定,因而对这一概念的表述也相当的不一致,尤其是国外。

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并冠以“商法典”之名的法律。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订了商法典。据统计,迄今,世界上已有40多个国家制定了独立于其民法典之外的商法典。^⑧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,则指以商事关系为其规范对象的各种法规,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。商法从其表现形式上看,在民商分立的国家或地区中,除商法典外,构成其商法的还有公司法、票据法、海商法、破产法等一系列商事法规。在民商合一的国家

① [英]戴·M·沃克《牛津法律大辞典》(中译本),光明日报出版社1988年版,第180页。

② 范健:《当代主要商法体系论纲》,载《法律科学》,1992年第6期。

③ 任先行、周林彬著:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第2页。

④ 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第505页。

⑤ 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第1~3页。

⑥ 覃有土主编:《商法学》,中国政法大学出版社2002年版,第2页。

⑦ 范健主编:《商法》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第3页。

⑧ 郭锋:《民商分离与民商合一的理论评析》,载《中国法学》1996年第5期。