



中央民族大学国家“十一五”“211工程”建设项目

商法学

COMMERCIAL LAW

主 编 ◎ 田小穹
副主编 ◎ 陈徐奉 金锡华

本书是全国高等学校法学专业
14门核心课程教材
也是商法教学的最新教材
在比较研究现有商法主流教材的基础上
在坚持教材的基础教育性和规范性的前提下
本书内容吸收了商法理论最新研究成果并有创新



中央民族大学出版社
China Minzu University Press



中央民族大学国家“十五”

“211工程”建设项目

商法学

COMMERCIAL LAW

田小穹

主 编

陈徐奉

金锡华

副 主 编

编

商法学

主 编 田小穹

副 主 编 陈徐奉

参 考 书 金锡华

出 版 社 中央民族大学出版社

北京市海潮

电话：68475812（发行部）

传真：68932518（总编室）

全国各地新华书店

北京安泰印刷厂

787×960（毫米）

127千字

2003年8月

ISBN 958

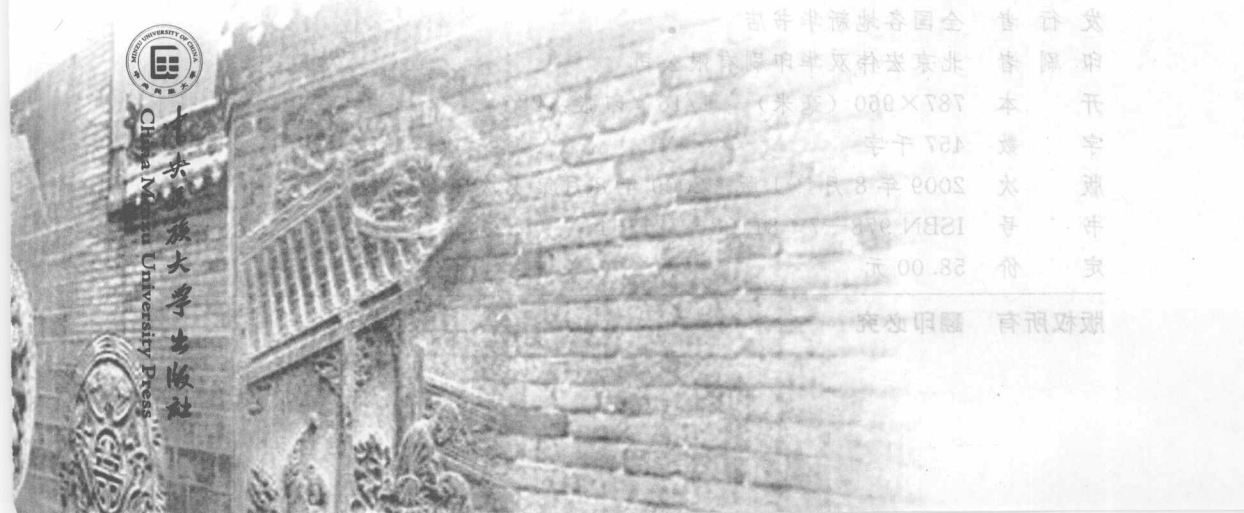
28.00元

印刷

发 行 所 有 权 归 本 社 所 有



中央民族大学出版社
China Minzu University Press



图书在版编目 (CIP) 数据

商法学/田小穹主编. —北京: 中央民族大学出版社, 2009. 8

ISBN 978-7-81108-731-4

I. 商… II. 田… 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 (2009) 第 137139 号

商 法 学

主 编 田小穹

责任编辑 黄修义

封面设计 汤建军

出 版 者 中央民族大学出版社

北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编: 100081

电话: 68472815 (发行部) 传真: 68932751 (发行部)

传真: 68932218 (总编室) 68932447 (办公室)

发 行 者 全国各地新华书店

印 刷 者 北京宏伟双华印刷有限公司

开 本 787×960 (毫米) 1/16 印张: 28

字 数 457 千字

版 次 2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-81108-731-4

定 价 58.00 元

版权所有 翻印必究

前言

这本《商法学》教材是中央民族大学法学院为配合教学改革而组织编写的系列法学教材之一。

目前,我国各个版本的商法学教材不仅在内容体系上存在较大差异,而且在一些基本概念和基本问题的解释上也各不相同。我院在商法学教学中,一直在寻求、探讨如何建立我们自己的教学内容体系,并把我院商法学教师在多年教学科研中积累的成果比较系统地反映在相对统一的讲义甚至教材中。这本教材的编写给我们提供了尝试的机会。我们希望这本教材在系统总结我国商法学对商法基本问题研究成果的基础上,能够反映出我院《商法学》教学的特色。

我院《商法学》教学一直按照教育部高等教育司编写的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》商法部分教学大纲规定的内容进行。教学内容包括商法总论、公司法、证券法、破产法、保险法、票据法和海商法七部分。其中,海商法所占课时只有几个课时,教学效果不是很好。鉴于我院国际商法课程中也教授同样内容,我们一直在考虑将海商法部分内容从商法教学大纲中删去。除了这个考虑,编写计划对各个教材字数也有限制,所以,这本教材舍去海商法部分内容。在内容体例设置上,这本教材先将上述法律按商主体法、商行为法做了划分,加上商法总论,设为三编,各具体法律为各编内分编。这样处理,主要是为加深学生对商法宏观内容体系的认识。不过,需要指出的是,上述商主体法和商行为法的划分只是根据各个法律的总体性质做出。事实上,我国多数商法同时具有主体法和行为法性质。另外,自2005年年底始,

上述法律在我国多数被修订，比如公司法，发生了许多变化。这几年我国商法学教材大都做了相应修订，但都比较仓促，反应商法学最新研究动态不够。这本教材对最近几年的最新研究成果进行了整理，在各有关章节对热点问题及其研究动态进行了介绍和评述，以期使学生在掌握商法学基本知识点的同时能够跟踪最新研究动态。考虑到本科教学应以基本、实用为原则，我们还注意了理论知识介绍和我国商法具体法律规定解析相结合，意在培养学生法律实务实际操作能力。

按照我院商法教学科研分工，这本教材的编写分工如下：

第一分编商法总论、第三分编证券法由田小穹编写；第二分编公司法由金锡华编写；第四分编破产法由陈群峰编写；第五分编票据法、第六分编保险法由陈徐奉编写。

田小穹

2009年7月5日

目 录

第一编 商法总论

第一分编 商法总论	(3)
第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的定义、特点以及与其他相关学科关系	(3)
第二节 商法体系及体例	(11)
第三节 商法的起源和发展	(15)
第四节 商法基本原则	(17)
第二章 商主体	(25)
第一节 商主体概述	(25)
第二节 我国现存商人形态	(32)
第三章 商行为	(37)
第一节 商行为概述	(37)
第二节 我国商法商行为类型划分理论	(43)
第四章 商事登记	(49)
第一节 商事登记概述	(49)
第二节 商事登记基本内容和基本程序	(51)
第三节 我国商事登记管理制度现状	(55)
第五章 商 号	(58)
第一节 商号概述	(58)
第二节 商号的取得与废止	(60)
第三节 商号权	(63)
第四节 商号转让	(65)
第五节 商号争议处理	(67)

第六章 商事账簿	(70)
第一节 商事账簿概述	(70)
第二节 商事账簿法律制度	(74)

第二编 商主体法

第二分编 公司法	(79)
第七章 公司法总论	(79)
第一节 公司的概述	(79)
第二节 公司的属性	(86)
第三节 公司的类型	(99)
第四节 公司法概述	(102)
第八章 公司设立	(105)
第一节 设立概述	(105)
第二节 资本制度	(108)
第三节 公司的设立条件	(115)
第四节 设立相关人员的法律责任	(124)
第九章 股份与股东	(129)
第一节 股份与股东概述	(129)
第二节 股东的权利	(135)
第三节 股东出资的回收	(137)
第十章 公司组织机构	(144)
第一节 公司组织机构概述	(144)
第二节 股东(大)会	(146)
第三节 董事(会)	(154)
第四节 监事(会)	(166)
第五节 高级管理人员	(173)
第十一章 公司融资	(175)
第一节 公司融资概述	(175)
第二节 新股的发行	(176)
第三节 公司债的发行	(177)

第十二章 公司财务会计	(179)
第一节 财务会计报告	(179)
第二节 公积金	(181)
第三节 利润分配	(182)
第十三章 公司合并与分立	(183)
第一节 公司合并	(183)
第二节 公司分立	(184)
第十四章 公司解散与清算	(186)
第一节 公司解散	(186)
第二节 公司清算	(187)
第三分编 证券法	(190)
第十五章 证券及证券法概述	(190)
第一节 证券概述	(190)
第二节 证券法概述	(195)
第三节 我国证券法基本原则	(197)
第十六章 证券发行法律制度	(204)
第一节 证券发行概述	(204)
第二节 证券发行条件	(210)
第三节 证券发行程序	(212)
第十七章 证券上市法律制度	(219)
第一节 证券上市概述	(219)
第二节 证券上市的条件	(223)
第三节 证券上市的程序	(223)
第四节 证券上市暂停和证券上市终止	(226)
第十八章 上市公司信息持续公开法律制度	(229)
第一节 信息持续公开概述	(229)
第二节 信息持续公开的内容	(232)
第三节 信息持续公开的程序	(234)
第十九章 证券交易法律制度	(235)
第一节 证券交易概述	(235)
第二节 证券交易的特点	(239)
第三节 证券交易基本程序	(243)

第四节	我国证券法规定的禁止的交易行为	(246)
第二十章	上市公司收购	(258)
第一节	上市公司收购概述	(258)
第二节	上市公司收购基本程序和规则	(262)
第三节	上市公司收购反收购措施法律限制	(267)
第二十一章	证券市场主体法律制度	(271)
第一节	证券市场主体概述	(271)
第二节	证券交易所	(272)
第三节	证券公司	(274)
第四节	我国证券监督管理机构	(279)
第四分编	破产法	(281)
第二十二章	破产与破产法概述	(281)
第一节	破产法概述	(281)
第二节	破产制度	(283)
第二十三章	破产申请与破产案件的受理	(285)
第一节	破产要件	(285)
第二节	破产申请与受理	(288)
第二十四章	管理人	(295)
第一节	管理人的资格和名册制度	(295)
第二节	管理人的选任	(299)
第三节	管理人的职责与报酬	(303)
第二十五章	债权人会议	(307)
第一节	债权人会议概述	(307)
第二节	债权人会议的职权、召集和决议	(309)
第二十六章	重整与和解	(311)
第一节	重整	(311)
第二节	和解	(315)
第二十七章	债务人财产	(318)
第一节	债务人财产概述	(318)
第二节	破产撤销权	(319)
第三节	破产取回权	(320)
第四节	破产抵销权	(321)

第五节	破产别除权	(322)
第二十八章	破产清算	(324)
第一节	破产宣告	(324)
第二节	债权申报和确认	(326)
第三节	变价和分配	(329)
第四节	破产费用和共益债务	(331)
第五节	破产程序的终结和债务人注销登记	(333)

第三编 商行为法

第五分编	票据法	(337)
第二十九章	票据和票据法概述	(337)
第一节	票据概述	(337)
第二节	票据法概述	(340)
第三节	票据法律关系	(342)
第四节	票据行为	(345)
第五节	票据权利	(352)
第三十章	汇 票	(361)
第一节	汇票概述	(361)
第二节	汇票的出票	(363)
第三节	汇票的背书	(365)
第四节	汇票的承兑	(367)
第五节	汇票的保证	(369)
第六节	汇票的付款	(370)
第七节	汇票的追索权	(372)
第三十一章	本票和支票	(375)
第一节	本 票	(375)
第二节	支 票	(377)
第六分编	保险法	(381)
第三十二章	保险和保险法概述	(381)
第一节	保险概述	(381)
第二节	保险法概述	(383)

第三节	保险法的基本原则	(385)
第三十三章	保险合同总论	(391)
第一节	保险合同概述	(391)
第二节	保险合同的主体	(396)
第三节	保险合同的订立和效力	(398)
第四节	保险合同的履行	(400)
第五节	保险合同的变更、解除和终止	(404)
第三十四章	财产保险合同	(408)
第一节	财产保险合同概述	(408)
第二节	财产保险合同的主要内容	(410)
第三十五章	人身保险合同	(413)
第一节	人身保险合同概述	(413)
第二节	人身保险合同的特殊问题	(415)
第三十六章	保险业法	(419)
第一节	保险公司	(419)
第二节	保险经营规则	(423)
第三节	保险代理人和保险经纪人	(425)
第四节	保险业监督管理	(427)
参考文献		(433)

第一编

商法总论

第一章 商法概述

第一节 商法的定义、特点以及与其他相关学科关系

一、商法的定义

我们在这里使用定义一词，而不是一般商法教材采用的概念一词。对于概念和定义的关系，一般理解上，定义是对某一概念意义的解释。从一般商法教材中相应内容的性质看，我们认为这部分内容应该概括为定义而不是概念。

关于商法的定义，由于各国商法法律制度以及商法文化的不同，并不存在国际统一的定义。通过后面的学习，我们会认识到欧洲各国商法与美国商法在意义上其实存在很大差异。同时，犹如在任何其他学科领域发生的情况一样，即便在同一国家，学者们对某一学科名称的定义也很难实现统一。这也是科学研究本身性质所决定的。在某种意义上讲，统一的学科定义未必对该门学科的发展有益。鉴于这本教材为本科学生撰写，这里我们只介绍我国商法学者关于商法的一般定义。

首先，我国学者先把商法分成形式意义上的商法和实质意义上的商法。

所谓形式意义上的商法,有的学者解释为,“是指奉行民商分立立法原则的国家和地区在民法典之外制定的以‘商法’命名的法律……”^①还有的学者解释为,“是指民商分立的国家所制定并冠以‘商法典’之名的法律。”^②应该说,“以‘商法’命名的法律”和“冠以‘商法典’之名的法律”还是有很大区别的。

所谓实质意义上的商法,解释上比较统一,“是指一切调整商事关系的法律规范的总称。”^③实质意义上的商法就是人们在一般意义上使用的商法。

其次,实质意义上的商法又可以细分为广义上的商法和狭义上的商法。但是,对于这两个概念学者们的解释又有不同。有的认为,“在狭义上,商法仅仅指商法典及其附属法规,如商法典及其施行法……在广义上,商法包括全部商事法律部门……”^④有的则是从国内法或者国外法的角度解释,“广义的商法包括国际商事法和国内商事法两种……至于狭义的商事法,则专指国内商法中的商事私法。”^⑤应该注意到,商法和商事法还是不同的概念,不可互换。而且,如果说商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称的话,那么,最广义的商法就不只限于法律,还包括法律规范,比如并非专门调整商事关系的法律中调整商事关系的法律规范。

通过以上介绍,我们可以看出,受民法定义的影响,我国商法学者一般从商法调整的社会关系性质或者范围出发来定义商法。这与世界其他国家商法学者对商法定义的方法是不同的。这样,要想更好地理解这个定义,就必须引导出另外一个更复杂的概念——商事法律关系。一些学者还努力在这一概念基础上构建商法总论的学科体系。^⑥

商事法律关系这一概念,是作为商法调整对象的一种解释被提出来的。此外,还有其他解释。^⑦

对于商事法律关系的定义,首先有一个商事法律关系和商事关系的关系问题。从前面介绍的有关商法的定义可以看出,多数学者并不区分这两

① 范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年1月第3版,第7页。

② 覃有土主编:《商法学》,高等教育出版社2008年2月第2版,第5页。

③ 范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年1月第3版,第8页。

④ 范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年1月第3版,第7页。

⑤ 覃有土主编:《商法学》,高等教育出版社2008年2月第2版,第6页。

⑥ 覃有土主编:《商法学》,高等教育出版社2008年2月第2版,目录。该教材把商法总论中一对最重要的概念列入商事法律关系一章,而不是单独的两章。

⑦ 范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年1月第3版,第13页。

个概念。但是，严格意义上说，这两者还是意义不同的。

下面介绍两个有代表性的关于商事法律关系的定义：

“就我国商法而言，可以认为，商事法律关系，是指因商行为的实施而发生的权利义务关系。具体来说，它是指商主体及其他民事主体在实施商行为过程中所形成的权利义务关系。”^①

也就是说，商事法律关系可能产生在所有民事主体之间；商事法律关系只能在实施商行为过程中产生。

“所谓商事法律关系，是指商事主体基于商事行为而产生的权利义务关系，是民事法律关系的一种特殊表现形式。”^②

这里，又产生一个商主体和商事主体的问题。从覃有土主编的《商法学》对商事法律关系的进一步解释中，可以看出，该书使用的商事主体概念的外延大于通常意义上商主体，实际是前面一个定义中“商主体及其他民事主体”的另一种称谓；而且，这一定义也肯定了商事法律关系与商事行为或商行为的不可分离的关系。

关于商事法律关系与民事关系的关系，我国学者普遍认为（不是所有人，这个问题，以后要谈到）商事法律关系是民事法律关系的一种，是民事法律关系在特殊领域的具体反映。至于商事法律关系相对于民事法律关系的特点，请参阅范健主编的《商法学》教材的各个版本。

现在，要谈谈我们对商法定义的认识。

我们认为，商法自诞生以来，其立法体系在历史不同时期都有很大不同，现在也还在发展中，同时即便在同一历史时期，世界各国商法立法体系也存在着很大不同，甚至存在本质的不同，所以，对商法这一概念给出一个适用于各个历史时期的各个国家的定义是很困难的。但是，这样一个或两个定义仍然存在。

法国学者伊夫·居荣在其所著的《法国商法》中所作的有关解释应该能够代表法国商法学界的一般观点：“按照占主导地位的见解，‘商法’传统上理解为‘贸易私法’；而‘商务法’则主要囊括了属于公法（国家对经济的干预）、税法、劳动法（薪金雇员在股份公司中的地位）等范畴的诸多问题，并向涉及保护消费者的若干领域渗透。最后，商务法并非仅仅适用

① 范健主编：《商法》，高等教育出版社、北京大学出版社2007年1月第3版，第14页。

② 覃有土主编：《商法学》，高等教育出版社2008年2月第2版，第38页。

于商人，它还适用于农耕者、手工业者以及自由职业者。”“按照初步探讨，我们只能大体说，‘商法’是‘在民法之外，专门规范大多数生产、销售与服务活动的一个私法分支。”^①

如何理解这段话呢？我们试着做以下诠释：

商法不同于“商务法”（商事法）；商法属于单纯的私法，属于私法的一个分支；商法是规范贸易活动或调整贸易关系的法律；商法是适用于商人间的法律。一句话，商法，是调整商人间贸易活动关系的私法。

而同样应该有代表性的德国学者 C. W. 卡纳里斯对商法的定义则更简单明了：“商法是商人的特别私法。”^②

考虑到《美国商法典》实际也是以贸易法为主体的私法。因此，我们可以得出结论，在世界范围内，商法是关于商人贸易活动的私法。

但是，在我国，就一般教科书的内容体系编排和中国相关立法所采取的体例分析，商法，是更接近于国外商事法范畴，公私法性质兼具，与经济法难以分离，关于商人和商行为的法律的总称。商法之“商”，即指商人和商行为。至于何谓商人，何谓商行为，是我们以后要学习的一对重要概念。

二、商法的特点

同样，我们在这里不采用一般教材使用的“特征”这一概念，而是采用更能概括、表明我们下面要介绍的内容的性质的另一相关概念——“特点”。在我们理解，特征是由事物本质所决定，并反映事物本质的事物外在现象。而特点是一事物区别于它事物的属性。有时，特征和特点可以互换，比如，相对于欧美人，黑头发，黄皮肤，既是中国人的特征又是中国人的特点。但是，当说到中国人与日本人的特点时，黑头发和黄皮肤就不是了。有关商法特征的解释，国内教材还鲜见，不是没有。对此有兴趣的读者，可以读一读前面提到过的德国学者 C. W. 卡纳里斯所著、杨继翻译的《德国商法》（法律出版社 2006 年 9 月第 1 版，第 8 页）相关内容。

① [法] 伊夫·居荣著，罗结珍、赵海峰译：《法国商法》（第一卷），法律出版社 2004 年 12 月第 1 版，第 1 页。

② [德] C. W. 卡纳里斯著，杨继译：《德国商法》，法律出版社 2006 年 9 月第 1 版，第 2 页。