



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

商法学

Commercial Law

◎ 张 纯 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

总顾问 吴家清 齐树洁

商法学

Commercial Law

主 编 张 纯

副主编 王继远 阳建勋

撰稿人 (按撰写章节顺序)

张 纯 张 英 李晓春 刘焱白

黄惠萍 阳建勋 王继远



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

商法学/张纯主编. —厦门:厦门大学出版社, 2014. 10

高校法学“十二五”规划教材系列

ISBN 978-7-5615-4936-0

I. ①商… II. ①张… III. ①商法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 009829 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明市华光印务有限公司印刷

2014 年 10 月第 1 版 2014 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:16 插页:2

字数:389 千字 印数:1~3 000 册

定价:30.00 元

如有印装质量问题请寄本社营销中心调换

主 编 简 介

张 纯，女，湖北武汉市人，广州大学法学院副教授，法学硕士生导师。1986年毕业于武汉大学法律系，获法学学士学位；1989年毕业于武汉大学法学院获法学（民法）硕士学位；2008年毕业于武汉大学法学院获民商法专业博士学位。先后在《中国法学》、《法律适用》、《法制参考》（法制日报）、《财经理论与实践》、《湖南大学学报》、《求索》、《学术界》等权威、核心刊物发表专业论文30多篇，主编、副主编、参编以及合著专业教材（著作）十余部。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”编委会

总 主 编：杜承铭（广东商学院）

总 顾 问：吴家清（华南理工大学）

齐树洁（厦门大学）

编委会成员（按姓氏拼音顺序排列）：

姓 名 院 校

蔡国芹 嘉应学院

蔡镇顺 广东外语外贸大学

陈俊成 广东第二师范学院

陈亚平 华南农业大学

崔卓兰 华南师范大学

邓成明 广州大学

邓世豹 广东商学院

韩明德 湛江师范学院

蓝燕霞 广东技术师范学院

栗克元 广东海洋大学

马占军 南方医科大学

彭真军 广东商学院

祁建平 肇庆学院

施高翔 厦门大学出版社

王继远 五邑大学

王晓先 广东工业大学

吴国平 广东金融学院

夏 蔚 广东警官学院

熊金才 汕头大学

徐 波 东莞理工学院

徐继超 佛山科学技术学院

于风政 北京师范大学珠海分校

张小平 韶关学院

曾月英 深圳大学

秘 书：甘世恒

总序

2011年3月,吴邦国委员长向世人宣布:中国社会主义法律体系已经形成。中国已步入了法治社会的健康发展轨道。作为改革开放排头兵的广东省,更是在法制建设的进程中敢于先行先试,为中国社会主义法律体系的完善贡献了自身的力量。与之相适应的是,广东省法学院校在法学教育和法学研究方面,也一直进行着积极的探索和改革。广东省开设法学专业的院校二十余所,以法学本科教育为主,多年来为广东、华南地区乃至全国的政法系统、党政部门、企事业单位培养和输送了数以万计的法律人才。随着我国市场经济的逐步发展完善,对法律人才的要求也进一步提升,既有的法学本科教学内容体系和教育模式在新的形势和新的要求面前难免僵化之虞。因此,以教学内容体系和教育模式为取向的法学本科教育改革,就成为广东各法学院系教育教学改革的重中之重。为了进一步推进广东法学院校法学教育教学改革特别是法学教材建设与改革,由厦门大学出版社策划,组织广东省二十余所院校法学专业教师联合编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”便应运而生。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”是根据教育部公布的法学教学大纲编写的,符合国家“十二五”规划要求的法学创新教材。本教材系列具有如下特点:

第一,以几所较早成立的法学院系为依托,由广东二十余所院校的法学专业教师联合编写。本教材系列集合了广东省大部分开设法学专业课程的院校的教师,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授担任各册主编,并吸收了许多具有丰富一线教学经验的中青年任课老师作为作者参与编写。教材系列作者队伍阵容强大,同时又具有一定的权威性。

第二,紧密结合实际,力图打造具有广东特色的法学创新教材。广东省处于改革开放的前沿,经济的繁荣带来了思想的活跃。作为广东法学本科教学改革的一次尝试,教材系列力图突破传统的理论性较强的编写模式,将法学基本知识和具有地方创新特色的司法实务以及国家司法考试相结合,培养既具有法学基本知识,又能够了解司法实务的合格法律人才。为此,教材系列除对法律知识体系的整体阐述外,还吸收了部分具有广东特色的案例,精简为各章之前的“引例”部分,帮助学生进一步理解法学知识在法律实务中的应用。同时在各章之后增加“司法考试真题链接”部分,有助于学生将本章知识与国家司法考试



要求相结合。

第三,吸收和采纳我国法学界的成熟观点和研究成果,精简教材内容,提高教学质量和效率。法学本科教育应为通识教育,即将学生培养成掌握法律基本知识,并能熟练运用法律的实用人才。目前国内大部分法学教材共同存在的问题是篇幅过大,理论争议过多,导致学生难以完全吸收掌握,从而在走上工作岗位后无法正确使用法学知识。因此,为了确保学生能掌握基本的法律知识并熟练运用,本教材系列要求各主编仅采用我国法学界公认的观点和理论,对于存有争议的部分暂时搁置,从而将教材的篇幅尽可能地压缩,减轻学生的学习压力,提高学习质量。

本教材系列是各院校教师共同努力的结晶,凝聚了许许多多一线教师的心血和智慧,是广东省各法学院校在法学本科教材上的一次共同探索和努力。当然,由于参编教师众多,加之水平有限,难免有所缺失和不足,敬请读者批评指正,以助日后不断完善。

杜承铭

2011年12月

前 言

商法是教育部规定的法学本科必修的十六门核心课程之一。与民商法的其他课程相比,商法更新快、专业性强、实践性强。本教材的编写,内容上力求理论联系实际,力求紧跟商事立法、司法及其理论的变化,吸收最新成果,体现商法的实用性与时效性;编排结构上讲求系统、全面、完整,以此训练学生严谨的逻辑思维能力;语言上力求简洁精练,尽量避免过于学术化的表达方式,使学生看了能懂,学了会做;体例安排上,每章开头设有“引例”,每章结尾都设有思考题、案例讨论题以及司法考试真题链接,使学生通过实训梳理掌握本章的中心内容,提高学生解决实际问题的能力。

本教材由从事商法一线教学的教师编写,张纯主编,王继远、阳建勋副主编,全书最后由张纯校对、修改、定稿,具体分工如下:

张纯,广州大学法学院教师,撰写第一、二、三、四、十、十五章。

张英,广东技术师范学院教师,撰写第五、六章。

李晓春,佛山科学技术学院教师,撰写第七章。

刘焱白,广东财经大学法学院教师,撰写第八、九章。

黄惠萍,广东司法警官职业学院教师,撰写第十一章。

阳建勋,广州大学法学院教师,撰写第十二、十四章。

王继远,五邑大学政法学院教师,撰写第十三章。

在本教材的编写过程中,编者参阅了大量的书籍、报刊等资料,在此谨向原著作者表示深深的感谢!

由于编者水平有限,书中难免有不足之处,恳请同行及读者指正。

主编

2014年9月

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/4
- 第二节 商法的调整对象/6
- 第三节 商法的特征/8
- 第四节 商法的基本原则/9
- 第五节 商法立法模式/11
- 第六节 商法与邻近法律部门的关系/14

第二章 商事主体/17

- 第一节 概述/17
- 第二节 商事主体的分类/19
- 第三节 商事个人/21

第三章 商行为/25

- 第一节 概述/25
- 第二节 商行为的分类/26

第四章 商事登记/28

- 第一节 商事登记概述/28
- 第二节 商事登记的程序/30
- 第三节 商事登记的效力/32

第五章 商业名称/35

- 第一节 商业名称概述/35
- 第二节 商业名称的选用/36
- 第三节 商业名称的登记/38
- 第四节 商业名称权及其法律保护/39

第六章 商业账簿/43

- 第一节 商业账簿概述/43
- 第二节 我国商业账簿的种类/45



第二编 商事主体法

第七章 公司法总论/51

- 第一节 公司法概述/51
- 第二节 公司的设立/56
- 第三节 公司的资本制度/60
- 第四节 公司的治理结构/63
- 第五节 公司的合并、分立与解散/66

第八章 有限责任公司/73

- 第一节 有限责任公司概述/73
- 第二节 有限责任公司的设立/74
- 第三节 有限责任公司的组织机构/77
- 第四节 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务/81
- 第五节 有限责任公司的股权转让/83
- 第六节 一人有限责任公司和国有独资公司/85

第九章 股份有限公司/89

- 第一节 股份有限公司概述/89
- 第二节 股份有限公司的设立/92
- 第三节 股份有限公司的组织机构/96
- 第四节 股份发行与转让/100
- 第五节 上市公司/103

第十章 商事合伙/107

- 第一节 商事合伙概述/107
- 第二节 普通合伙企业/109
- 第三节 有限合伙企业/114

第三编 商行为法

第十一章 证券法/121

- 第一节 证券与证券法概述/121
- 第二节 证券发行市场法律制度/125
- 第三节 证券交易市场法律制度/129
- 第四节 证券市场主体法律制度/137
- 第五节 证券投资基金法律制度/143

第十二章 保险法/149

- 第一节 保险法概述/149

第二节	保险合同总论/153
第三节	人身保险/156
第四节	财产保险/159
第十三章	票据法/165
第一节	票据法概述/165
第二节	票据基本制度/173
第三节	汇票/186
第四节	本票/198
第五节	支票/201
第十四章	破产法/207
第一节	破产法概述/207
第二节	破产申请与受理/209
第三节	破产管理人制度/211
第四节	债务人财产及其清理/215
第五节	债权人会议/218
第六节	和解和重整制度/221
第七节	破产清算/224

第四编 商事救济法

第十五章	商事仲裁法/235
第一节	商事仲裁概述/235
第二节	商事仲裁协议/237
第三节	商事仲裁机构/239
第四节	商事仲裁程序/240
第五节	商事仲裁裁决/242



第一编

商法总论



第一章 商法概述

【引例】南海泡沫事件

英国南海公司成立于1711年,其经营策略是与政府交易换取经营特权并以此牟取暴利。当时英国战争负债有1亿英镑,根据南海公司与英国政府共同制订的债券重组计划,南海公司认购总价值近1 000万英镑的政府债券。作为回报,英国政府对南海公司经营的酒、醋、烟草等商品实行永久性退税政策,并给予其对南海(即南美洲)的贸易垄断权。1719年,英国政府允许中奖债券与南海公司股票进行转换。随着南美贸易障碍的消除,加之公众对股价上扬的预期,促进了债券向股票的转换,进而又带动了股价的上升。次年,南海公司承诺收购全国债券,作为交易条件,政府逐年向公司偿还。为了刺激股票发行,南海公司允许投资者以分期付款的方式购买新股票。当英国下议院通过接受南海公司交易的议案后,南海公司的股票立即从每股129英镑跳升到160英镑,而上议院通过议案时,股票价格又涨到每股390英镑。投资者趋之若鹜,其中包括半数以上的参议员,国王也禁不住诱惑,认购了10万英镑股票。由于购买踊跃,股票供不应求,股价狂飙,到7月,每股又狂飙到1 000英镑以上,半年涨幅高达近700%。在南海公司股票价格扶摇直上的示范效应下,全英170多家新成立的股份有限公司的股票以及所有的公司股票,都成了投机对象。社会各界人士,包括军人和家庭妇女,甚至物理学家牛顿都卷入了这股旋涡。人们完全丧失了理智,他们不在乎这些公司的经营范围、经营状况和发展前景,只相信发起人说他们的公司如何能获取巨大利润。一时间,股票价格暴涨,平均涨幅超过5倍。然而公司的真实业绩与人们期待的投资回报相去甚远,公司泡沫随时都可能破灭。

1720年6月,为了制止各类“泡沫公司”膨胀,英国国会通过了“泡沫法案”,即《取缔投机行为和诈骗团体法》,自此,许多公司被解散,公众开始清醒,对一些公司的怀疑逐渐扩展到南海公司。从7月份起,南海公司股价一落千丈,12月份更跌至每股124英镑,南海泡沫由此破灭。1720年年底,政府对南海公司资产进行清理,发现其实际资本已经所剩无几,那些高价买进南海股票的投资者遭受了巨大损失。南海泡沫事件使许多地主、商人失去了资产,也引发了一些政治问题。此后较长时间,民众对参与新兴的股份公司闻之色变,对股票交易心存怀疑。直到1个世纪以后,股份公司和股票市场才得以重新正名。



第一节 商法的概念

一、“商”的法律含义

商事活动是很悠久的事业,几乎与人类的生存活动共起始。人类社会的基础是自然人个人对自然生存利益的关注,为了实现生存利益,人与人之间必然要通过物质交往和交换以达到互惠的目的,交往与交换就成了人类社会的运作方式与表现形式。交往与交换是所有人类行为中最常见的、无处不在的社会行为。“商”实际上是人的一种基本生存方式。

由此可见,商的概念既非常古老并有相对稳定的内涵,同时,人类社会是不断发展的,因此,商的含义又有历史嬗变的过程性、发展性、丰富性。

从不同的角度出发,人们对“商”有着不同的理解。一般常识的“商”,社会学、经济学上的“商”和法律上的“商”,它们的内涵各有不同。而且它们各自也都有着其自身的过程性、历史性、丰富性。

(一)一般常识的“商”

一般常识的“商”指的是买卖或交换。

在早期,商意指物物交换,如我国《左传》、《商君书》、《战国策》等早期文献,解释“商”为买卖货物求利的人。《汉书》曰:“通财鬻货曰商”。由此可见,早期,所谓“商”即物物交换。随着货币的出现,人们之间的货物交换实现了以货币为媒介的交换,“商”即财货交换。这时候,人们对于商的一般理解也不过就是财货交换。“商”还只是买卖的意思。

(二)社会学上的“商”

社会学意义上的商,是相对应于农业、工业的一种社会分工,一种社会职业。

(三)经济学上的“商”

早期经济学意义上的商是指买卖活动,而且仅指有形的财产的交换或买卖,后来,商的含义不断丰富,不仅指有形财产的交换,也包括无形财产的交换。应当说这时的商的含义仍然停留在一般认知的范畴,与普通意义的商没有什么不同。

现代经济学意义上的“商”是指生产与消费的专门性的中间环节,为产品由生产者处流转到消费者手中的渠道、媒介,属于商人从生产者手中低价买入商品并将其高价卖给消费者的行为。这种理解虽然与买卖同义,但是它已经限定为特定人的行为。可以这么理解,经济学上的“商”研究的是“流通领域”。

经济学意义上的商实际上是对现代社会生产过程中某一部分经济即商品流通活动的理论概括。这种认识与古典经济学将经济活动区分为“生产活动”与“非生产活动”,与现代经济学中将社会生产区分为直接生产过程与商品流通过程的观念有着内在的联系。

(四)法律上的“商”

法律上的“商”即以营利为目的的行为,指的是一种经济性营利行为。只要是营利行为,不论是流通领域,还是生产领域,都属于法律上的“商”的范畴。也即法律意义上的“商”强调的是行为目的的营利性。

显然这种行为就不仅仅局限于买卖之中,也即营利性行为不等于买卖行为。“商”就不

仅仅是指生产与消费的媒介,不仅仅局限于流通领域。法律意义上的“商”既包括商品的交换,也包括商品的生产,它既包括于运输、仓储、保险、银行业等营业中,而且也包含于与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工、印刷、出版等营业中。

法学意义上的商特指经营活动,而非仅仅是贸易活动。

因此,经济学上意义上的“商”仅为法律上的“商”的一种,是一种狭义上的理解,在法律上,这种商属于“买卖商”,又称为“固有商”、“第一种商”。法律意义上的“商”的范围除了包括商品交换直接媒介的“固有商”外,还包括商品交换的间接媒介,即辅助商、第三种商、第四种商。

1. 辅助商

即作为商品交易间接性媒介的营业,如货物运输、包装、仓储保管、居间、行纪、代理商等。

2. 第三种商

指不属于商品交易的媒介活动,但是从事与商品交易有关的资金融通活动,或从属的是与商品交易媒介行为密切相关的活动,如银行业、信托、承揽加工、制造、出版、印刷、摄影等。

3. 第四种商

即与商品交易媒介有连带关系的营业,如广告业、旅馆业、娱乐业、饮食业等。

二、商法的概念

(一) 概念

在英美法系国家,指称商法的词汇主要有三个:Commercial Law, Business Law, Mercantile Law。三者都不是严格的法律部门概念,都是一种概括性称谓、通用称谓,意即有关商业的各种法律,只不过各自的外延略有不同。

在大陆法系国家,实行民商分立的国家,商法是指有关商人或商行为的法律;实行民商合一的国家,所谓商法是指以营利为目的的,或与之有关的一切行为的民事法律规范。

在我国,关于商法,大致有以下几种不同的概括:

第一,商法是调整商事关系的法律规范的总称。

第二,商法是调整平等当事人之间的商事关系的法律规范的总称。

第三,商法是调整私人企业的法律。

第四,商法是商人和商行为的法律规范的总称。

上述观点,各自都从某一个方面抽象出了商法的内在本质。

现代意义上的商法,应当是指调整主体基于营利行为所产生的各种关系的法律规范的总称。

此概念包括两层含义:

第一,商法只调整营利行为。

第二,商法调整营利行为引起的各种关系,既包括营利主体的对外关系,也包括营利主体的对内关系;既包括国家对营利行为的监管所形成的关系,也包括营利主体与营利主体之间在交易过程中所形成的关系。

(二) 分类

对于商法,可以从不同的角度进行分类。



1. 从商法的表现和存在形成,可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。

(1)形式意义上的商法是指以“商法”为名称制定的法典,着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构。由于各国国情与法律编纂原则的不同,形式意义的商法具体的表现形式又各不相同。

(2)实质意义上的商法是指调整商事关系的法律规范的总和,以民法规范或其他单行法律、法规为表现形式。实质意义上的商法着眼于规范性质、规范构成和作用、理念的统一。

实质意义上的商法又有广义与狭义之别。广义的商法是指调整各种商事关系的国际商法规范、国内商法规范、商公法规范与商私法规范的总称;而狭义的商法则仅仅指调整国内商事关系的商事私法。

实质意义上的商法和形式意义上的商法有其统一性。形式意义上的商法(商法典)是商法的集中表现,是实质意义上商法的主体部分。

但是,两者的差异性也是明显的。在制定商法典的国家,商法除了表现于形式意义上的商法典外,还表现于商法典之外的商事特别法中;在不制定商法典的国家,商法只能表现于商事特别法之中。

2. 在大陆法国家,商法还可进一步分为商事普通法、商事特别法和商事习惯法。

(1)商事普通法是指调整商事基本关系的一般规范的总称,如商行为、商业登记、商业账簿等。在民商分立的国家,表现为统一的商法典;在民商合一的国家,则表现为民法中的特别规则。无论采取何种形式,它们均对各种类型的商事关系具有普遍的约束力。

(2)商事特别法又称为商部门法,它是指调整某一特定范围的商事关系的商法规范的总称,如公司法、保险法、票据法等。商事特别法仅仅适用于特定范围的商事关系。

(3)商事习惯法是在长期商事活动中所形成的为人们所肯定接受的商事惯常做法,它在商事活动中一直保持效力,并对人们产生拘束力。

第二节 商法的调整对象

一、商法的调整对象

商法的调整对象是指由商法所调整的特定范围的社会关系。

无论是英美法系还是大陆法系,无论实行民商分立还是实行民商合一,大多数学者都认同商法具有独立或相对独立的调整对象。

然而,关于商法调整对象的界定,纷纭繁杂。概括起来,不外乎商人说、商行为说、商事关系说。

商法调整的特定社会关系为商事关系,即由营利性主体从事营业行为所引起的社会经济关系以及与此相联系的社会关系的总和,是经营主体从事经营行为而形成的特殊社会关系。

按照各国早期对商法的认识,商事关系最初局限于直接生产领域和交换领域内的经济关系,然而随着社会经济活动范围和含义的扩展,由营利性营业行为引起的商事关系的内涵