

精编法学教材



商 法

程淑娟 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

精编法学教材



商 法

主 编 程淑娟

撰稿人（以撰写篇章为序）

程淑娟 任丹丽 王艳华

范中超 赵 俊



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法/程淑娟主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2011. 4
精编法学教材
ISBN 978-7-307-08581-7

I. 商… II. 程… 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(2011)第 037118 号

责任编辑: 钱 静 责任校对: 黄添生 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北民政印刷厂

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 23 字数: 407 千字 插页: 1

版次: 2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-08581-7/D · 1071 定价: 34.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

编写说明

为了编写一套本科生喜爱、好学的法学教材，我们与长期活跃在教学第一线的老师和许多本科生进行了交流。他们普遍反映一门法学专业课学下来，考试是通过了，但一些基础知识却没有完全掌握。而且，法学术语、语句大多较为艰深、晦涩，理解起来也颇为困难。“基础不牢、原理不熟、理解困难”是许多法学本科学子学习法律的困惑。而法学基础原理又是包括司法考试在内的各种法律考试的考核关键和根本。因此，出版一套凸显基础原理、精简学科内容、方便理解记忆的法学教材实为本科生学习之所需。

这是一套去粗取精的较“薄”的法学教材。它不是刻意求“薄”，不是为了“薄”而“薄”，而是立足于法学的基础知识和基本原理，用简洁、易懂的语言阐述法学各学科原理之精髓，力求让教材对学生们来说更加“和蔼可亲”、更易于理解和吸收。

好的编著者才能造就好的教材。为此，我们邀请了具有丰富教学经验的法学名师和各学科领域深有影响的名家加入了教材的编写行列。他们中有的是“全国高等学校教学名师”，有的是“中国十大中青年法学家”，有的是教育部“霍英东教育基金会”高校青年教师奖的获得者……

同时，为了作好这套教材，编写的老师们在编写体例、内容取舍方面费了很多的心思，出版人员在图书的文字质量、版式、封面设计等方面也作了大量细致的工作。当然书中也难免有错漏之处，望读者们多多批评指正。

如果我们的法学学子们在研读这套教材之后，能领悟法学原理之真谛、能明晰法学基础之梗概，能体会法律学习之乐趣，那我们定会备感欣慰！

2009年5月

前 言

商法是我国重要的部门法，也是实践中应用最为广泛的部门法。由于商事立法本身比较复杂，且变化快；而商法的学理研究也有待深入，学生往往感觉商法的学习难度较大。由此，我们共同的愿望是奉献给读者一本体系合理、观点明确的商法教材，希望能帮助读者构建清晰的商法知识框架，形成正确的商法理念，提高学习商法的兴趣和运用商事法律解决实际问题的能力。

在武汉大学出版社的积极组织之下，我们按照上述想法精心编写了本教材。本书吸收了最新的商事立法和理论研究成果，对商法学的基本原理及重要的商事单行法进行了言简意赅的介绍。

本书由程淑娟担任主编，具体分工如下：

程淑娟（西北政法大学副教授、法学博士）：第一编商法概述、第五编票据法。

任丹丽（东南大学副教授、法学博士）：第二编公司法。

王艳华（郑州大学副教授、法学博士）：第三编破产法。

范中超（中国政法大学副教授、法学博士）：第四编证券法。

赵俊（上海政法学院副教授、法学博士）：第六编保险法。

书中的疏漏之处，也恳请读者不吝指出。

作 者

2010年11月

第一编 商法概述

第一章 商法的基础知识	3
第一节 商法概述	3
第二节 商法的基本原则	11
第二章 商事主体制度	17
第一节 商事主体制度概述	17
第二节 我国的商事主体类型	25
第三节 商事代理人	36
第三章 商事行为	42
第一节 商事行为概述	42
第二节 商事行为的特有规则（一）	45
第三节 商事行为的特有规则（二）	50

第二编 公 司 法

第四章 公司法的基础知识	65
第一节 公司概况	65
第二节 公司的设立及变更	77
第五章 有限责任公司	87
第一节 有限责任公司的设立和股权转让	87
第二节 有限责任公司的组织机构	93

第六章 股份有限公司	105
第一节 股份有限公司的设立和组织机构	105
第二节 股份有限公司的股份发行和转让	115

第三编 破 产 法

第七章 破产法的基础知识	123
第一节 破产的基本概念	123
第二节 破产原因和破产能力	126
第八章 破产清算	131
第一节 破产清算程序	131
第二节 破产财产的分配	150
第九章 重整与和解	166
第一节 重整	166
第二节 和解	173

第四编 证 券 法

第十章 证券法的基础知识	181
第一节 证券的概念	181
第二节 证券法的基本原则	185
第十一章 证券发行与上市	189
第一节 证券发行	189
第二节 证券上市	206
第三节 证券发行上市的信息披露	210
第十二章 证券交易	215
第一节 证券交易的基本构造	215
第二节 法律禁止的证券交易行为	219
第三节 上市公司收购	223
第四节 证券交易参与机构	234

第五编 票 据 法

第十三章 票据法概述	243
第一节 票据的基本原理	243
第二节 票据法律关系与票据的基础关系	251
第十四章 票据行为	258
第一节 票据行为概述	258
第二节 票据行为的有效要件	265
第三节 狭义票据行为	272
第十五章 票据权利	284
第一节 票据权利概述	284
第二节 付款请求权和追索权	292
第三节 票据权利的抗辩	298

第六编 保 险 法

第十六章 保险法概述	305
第一节 保险和保险法概述	305
第二节 保险公司及保险业的监管	309
第十七章 保险合同法概论	327
第一节 保险合同的概述	327
第二节 保险合同的订立和履行	333
第十八章 具体的保险合同	343
第一节 人身保险合同	343
第二节 财产保险合同	349



第一编

商法概述

第一章 商法的基础知识

第一节 商法概述

一、商法的概念和分类

(一) 商法的概念

1. “商”的含义与范围。

从词源上看,“商”是指货物的交换或者买卖,但当代经济的发展早已经突破了将“商”等同于买卖的看法。“商”的词义已经不重要,重要的是国家如何划定“商”的范围。在确定了“商”的范围之后才能对其适用商法;如果某行业并不属于“商”,则无由适用商法,而应当适用民法或其他部门法。从我国目前的情况看,“商”的范围,既包括商业流通领域,也包括生产领域;除了传统商法的四种“商”,^①随着科技的发展,许多新的行业如信息产业、新型服务业等也在不断兴起并加入到“商”的行列。因此,商法的范围已经涵盖市场经济的各个方面。

2. 商法的概念。

商法是市场经济法律体系的重要组成部分。从商法的概念看,我国学者虽然对于商法的概念表达有多种看法,^②但比较普遍的观点是:商法是调整商事主体和商事行为的法。^③商事主体关系和商事行为关系就是商法的调整对象。

① 传统商法中的“商”有四种:第一种商也称“固有商”或“绝对商”,即买卖;第二种商也称“辅助商”是指对买卖活动进行辅助的运输、仓储、居间、行纪、代理等;第三种商是为前两种商提供资金融通或其他物质交换基础和便利,如银行、加工、出版、印刷等;第四种商是为前三种商提供服务的如广告、保险、旅店以及娱乐业等。

② 据学者统计,关于商法的概念表达多达十几种。参见苗延波:《中国商法体系研究》,法律出版社2007年版,第5~6页。

③ 参见王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第13页。

本书也采纳这种从内容角度对商法进行的概念界定，认为：商法就是有关商事主体和商事行为的法律规范的总和。

（二）商法的分类

1. 商事主体法和商事行为法。

依据商法的内容或调整对象，可以将商法分为商事主体法和商事行为法。

（1）商事主体法。商事主体也称商主体，或“商人”，是享有商法上主体地位和相关权利义务的自然人、合伙企业和法人。商事主体法的内容多是商事主体的组织法。

（2）商事行为法。商事行为，也称商行为，指由商法调整的法律行为和其他具有商业性质的行为。商事行为的判断标准比较复杂，商事行为法主要是商事主体在从事商事行为时应遵循的特定规则。

本书将在本编第二章、第三章对商事主体法和商事行为法做简要介绍；其他相关内容则在后面的几编阐述。

2. 形式商法和实质商法。

依据商法是否采用商法典这一特定法律渊源形式，可以将商法分为形式商法和实质商法。法律渊源是指法律的表现形式。

（1）形式商法。以商法典作为商法渊源的商法就是形式商法。目前大陆法系采用民商分立体制的国家，如法国、德国、日本等，都有独立的商法典，其商法典就是该国的形式商法。形式商法对民商分立的贯彻最为彻底。

（2）实质商法。指以其他渊源形式，如民法典、单行法等法律渊源体现的商法。即使在存在形式商法的国家，也多存在实质商法，因为形式商法的容量有限而且修改起来比较复杂。而在不存在形式商法的国家，也往往存在实质商法。实质商法的存在，既说明商法渊源的复杂性，也说明商法渊源的广泛性。

3. 商事特别法和商事普通法。

这种分类的标准是商法的法律渊源，分类的意义在于司法实践中确定适用商事规则的方法。特别法与普通法总是相对而言，并没有绝对的界限。一般认为，商事特别法是针对特定的事项进行的立法，也可以理解为商事单行法，如我国的《公司法》、《票据法》、《保险法》、《信托法》等；商事普通法是针对普通或一般的商事事项进行的立法，如我国《合同法》中大量存在的商事规则。一般情况下，对特定的事项，应先适用商事特别法；如果商事特别法没有规定，才适用商事普通法；商事普通法仍没有规定时，应当适用民法。

二、商法的起源和发展

(一) 商法的起源

商法起源于欧洲中世纪的商人法，是商品经济发展的产物。中世纪的欧洲，随着商业的复兴，城市的兴起，贸易活动的繁荣，有关商业活动的各种规则也逐渐丰富。这些规则带有很强的自治性，主要适用于商人团体。在形式方面，这些商事规则多以商业习惯、商事判决、城市法等来体现，专门的成文立法还比较少。在内容上已经涉及买卖、代理、仓储、陆路运输、海上运输、银行、票据等贸易的各个具体环节，并成为现代商法的源头。

(二) 商法的发展

1. 欧洲的民商分立与民商合一。

17 世纪欧洲不少国家从维护主权的角度出发，将商法也纳入了国内成文立法。例如法国路易十四时代制定的《1673 年商事条例》和《1681 年海商条例》。1807 年，拿破仑颁布了《法国商法典》，不仅实现了商法的法典化，也开创了民商分立的立法体例。德国于 1900 年颁布了《德国商法典》。日本也颁布了独立的《日本商法典》。商法典是最能体现商法独立性特点的法律渊源。但进入 20 世纪后，也有一些国家采用民商合一的立法体例，将商事规则与民事规则规定在一部民法典中，如意大利、俄罗斯等。民商合一在贯彻私法的统一性方面具有显著的优点。目前，无论是民商分立还是民商合一的国家，在商法典和民法典之外都存在大量的商事单行法规定公司、票据、海商等具体商事事务。所以，即使因特定原因导致大陆法系各国民商分立或民商合一的不同立法体例，但不同立法体例只是一个商事规则表现形式的差异，并不影响商法是独立且重要的部门法。

2. 英、美的商法。

(1) 英国。英国的商法有着很悠久的历史，其最早的商法也来源于欧洲中世纪的商人法，但在发展中有所变化，形成了包括普通法、衡平法和制定法在内的复杂法律渊源。值得关注的是，英国商事方面的制定法比较齐备，如 1882 年的《票据法》、1893 年的《货物买卖法》、1894 年的《破产法》、1907 年的《有限责任公司法》等。

(2) 美国。《美国统一商法典》是美国统一州法委员会和美国法学会共同努力的成果。该法典于 1952 年颁布，以买卖为核心，涉及票据、担保和信贷等各个方面，为商事交易提供了一套完整、规范的模式。此外，美国也有完善的公司、合伙、证券等成文立法；商事方面的判例在整个世界范围内也有很大

影响。

在具体规则方面，英美法系的商法与大陆法系固然有不少差别，但总体看来，英美法系的商法与大陆法系的商法在很多方面都有相似之处。这也说明了商法的国际性特点。

3. 我国的商法。

改革开放以来，我国的商事立法取得了飞速的发展。目前已经形成较为完整的商事法律体系，基本能够满足商事实践的需要，为我国市场经济的发展和国家的繁荣富强作出了巨大的贡献。属于典型商事主体法的如《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《企业破产法》等，属于典型商事行为法的如《票据法》、《保险法》、《信托法》、《证券法》、《海商法》等。

三、商法的特点

（一）商法是倡导和保护合法营利的法

商法的大部分内容都是为了引导商事主体合法地从事商事经营，并保护其所得到的利润。例如，商法的商事主体制度主要是为了构建方便交易的市场主体，商事行为制度则是商事交易应当遵循的各种符合安全高效要求的具体规则。依法规范商事主体和商事行为，使它们的存在和活动符合大多数人的利益，是为了倡导和保护合法取得的营利或利润，增进个人和社会财富，使人类生活更加富裕和美好。在这个意义上，可以说，商法是市场经济法律体系中不可或缺的法律部门。

（二）商法的法律渊源具有多样性

商法的法律渊源比较多样。我国目前没有商法典，除了宪法、刑法、行政法中涉及商法的内容外，商法的法律渊源还具体包括：

1. 民事法律。

《中华人民共和国民法通则》确立的一些私法基本原则，如平等自愿、诚实信用、公平等原则，对商法也是完全适用的；此外，《民法通则》规定的民事主体制度、法律行为制度以及物权和债权的基本制度，也是商法各种具体制度的基础。在《担保法》、《合同法》、《物权法》等传统民事法律中也有若干具体的商事规则。例如，我国的《合同法》虽然按照通说被视为“民事法律”，但其中很多规则都是典型的商事规则，如《合同法》总则部分规定的严格责任的归责原则，应当仅适用于商事合同；再如《合同法》分则部分规定的融资租赁合同、仓储合同、行纪合同等都是仅在商事领域存在的合同类型。

2. 商事单行法。

商事单行法是我国目前最主要和典型的商法渊源，如《公司法》、《合伙企业法》、《企业破产法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《海商法》、《信托法》等。按照特别法优先于普通法的法律适用原则，在商事单行法有规定的情况下，应当优先适用商事单行法，而不适用民事法律；如果商事单行法没有规定，则适用民事法律。例如，《证券法》规定的证券交易在性质上也是一种买卖，但是这种“买卖”适用的是《证券法》而非《合同法》中的买卖合同规则。

3. 商事法规。

商事法规是国务院制定的、在全国范围内实施的、具有商事内容的行政法规，如《中华人民共和国公司登记管理条例》。

4. 商事规章。

商事规章是国务院各部门和省级人民政府制定的规范性法律文件，如中国证券监督管理委员会（中国证监会）发布的各项证券事务的管理办法、准则、指引等。

5. 交易习惯。

在我国，交易习惯也是一种重要的商法渊源，特别是在相关商事立法还有待完善的情况下，交易习惯事实上发挥着确定交易模式和内容的作用。我国《合同法》第60条第2款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”第61条第1款规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”

再如，我国《合同法》第22条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”第26条第1款规定：“承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。”这些规定允许以“交易习惯”排除立法所要求的承诺的“通知”，所以，如果受要约人仅保持“缄默”而不进行通知的话，可以依习惯或约定将其“缄默”以承诺看待。

6. 其他商法渊源。

其他的商事法律渊源也比较丰富。在商事领域，我国缔结或批准了很多国际条约，如1993年的《船舶优先权和抵押权公约》等。此外，最高人民法院作出的有关商事案件审理的司法解释也是我国商法的渊源；其所发布的商事案件的判例对于商事司法实践也有重要的指导意义。

（三）商法的内容具有发展性、国际性和开放性

1. 商法的发展性。

商事生活本身就处于不断的发展变化中，一个国家的商事立法也必须随之而不断进步和完善。例如，当代的商事主体制度已经从早期的“商人”或商自然人发展到了公司等企业形式；最先出现的公司是普通的、单一的公司，而目前的公司集团、跨国企业、关联企业已经成了公司中的典型和商法规制的重要对象。再如某些商事交易行为以传统的动产和有形财产为标的，但当代可以被作为交易标的还包括不动产和大量无形财产，如有价证券、知识产权。商事立法层面的发展性也比较明显，如我国 1993 年颁布了《公司法》，之后随着公司实践的发展，分别于 1999 年、2004 年和 2005 年对《公司法》进行了修改，特别是 2005 年的修改，对公司的资本制度、一人公司、关联交易、公司债权人利益保护等重大问题作出了新的规定。商法内容的发展性已经成为商法的典型特征。

2. 商法的国际性和开放性。

商法还带有国际性和开放性。由于贸易活动经常跨越国界，当代由于全球经济一体化，更是促进了商法内容的国际性和开放性。从我国商事立法的内容看，包括商事买卖、票据、保险、证券、海商以及商事信托等商事制度，在制定时都或多或少地吸收了相关国际公约或其他国家的先进立法经验，带有鲜明的国际性和开放性。

四、商法与邻近法律部门的关系

（一）商法与民法的关系

商法与民法的关系最为密切，我们可以从它们的联系与区别两个方面说明。

1. 商法与民法的联系。

（1）商法和民法都属于私法。公法与私法的区分是大陆法系基本的法律部门划分，这两大类别的法律所运用的调整方法和法律原则有很大不同。商法在本质上是规范私人商事活动的法，也是为了保护私人通过商事活动获得的合法利益，因此商法与民法同属于私法。

（2）商法和民法的调整对象都是平等主体之间的关系。商事法律关系的主体和民事法律关系的主体之间都是平等关系。因此，商法和民法的很多法律原则相同。例如诚实信用原则和公平原则，不仅是民法的基本原则，也是商法的基本原则。

(3) 在诉讼程序方面, 商法和民法的诉讼程序相同。在我国, 无论民事纠纷还是商事纠纷, 都适用《中华人民共和国民事诉讼法》。在管辖、审级、审理程序等具体审判制度方面都是一致的。

2. 商法与民法的区别。

(1) 民法是普通法, 商法是民法的特别法。商法与民法虽然存在密切联系, 但商法是民法的特别法, 与作为普通法的民法并不完全等同。有时候, 商法的具体规则是民法某些规则的特殊应用, 例如商事留置权制度就是民法留置权制度在商业活动中的特殊规则; 还有很多商事规则是商法独有的, 如海商、保险、银行等, 民法根本不涉及这些活动。按照特别法优先于普通法的原则, 如果商法有特殊规定, 则应当适用商法并排除民法的适用。例如, 我国《证券法》第120条规定: “按照依法制定的交易规则进行的交易, 不得改变其交易结果。” 因此, 对证券交易就不适用民法关于法律行为的可撤销或无效制度。

(2) 民法法律规范以赋权性规范、任意性规范为特色, 商法法律规范则以倡导性规范、强制性规范为特色。民法作为权利法, 尊重民事主体的意思自治, 虽然其间也不乏强制性规范 (如法律行为的无效制度、物权类型法定主义等), 但民法与其他部门法相比, 其法律规范的特色是赋权性和任意性规范比较多。我国《民法通则》用大篇幅的规定所构建的就是民事主体的财产权和人身权。而商法则在民法这些基本民事权利规定的基础上, 对商事经营所需要的秩序或规则进行构建。商事经营的秩序或规则并不是单个的商事主体所需要, 而是所有商事主体都必须遵循的。有些情况下, 商法基于私法的本质当然允许商事主体自治 (如有限公司股东的利润分配可以由章程自行约定), 也存在很多赋权性规范 (如商事留置权); 但是, 商法法律规范的总体性特色却是倡导性和强制性的。

第一, 商法中的倡导性法律规范比较多。倡导性法律规范总体上是一种法律技术。表面看来, 这类规范是法律为当事人提出的一个“建议”, “建议”本身并不是强制当事人必须做或不做某事; 但是, 如果当事人遵守该规范就会受到法律的肯定或保护; 如果当事人不遵守该规范, 就可能会承受某种不利的后果, 但该后果却不一定是法律责任。例如, 我国《公司法》第4条规定: “公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。” 所以, 公司股东享有利润分配请求权, 但是《公司法》却没有强制要求公司股东会作出利润分配的决议; 公司即使不分配利润也没有什么法律责任可言。不过依据《公司法》第75条的规定, 如果 (有限) 公司连续5年不向股东分配利