



面向 21 世纪 课 程 教 材
Textbook Series for 21st Century

商 法

Commercial Law

王保树 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



面向 21 世纪 课 程 教 材
Textbook Series for 21st Century

商 法

Commercial Law

主 编 王保树

副主编 朱慈蕴

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

王保树 朱慈蕴 王欣新

陈 甦 姜建初 李祝用 张丽英



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商法/王保树主编. —北京:北京大学出版社, 2011. 1

(面向 21 世纪课程教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 10638 - 9

I. ①商… II. ①王… III. ①商法 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. ①D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 231401 号

书 名: 商法

著作责任者: 王保树 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 10638 - 9/D · 1480

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 41.25 印张 785 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 59.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

教科书是教与学的用书,本书作为商法学的教科书自然担当着方便商法学教师讲授商法和学生学习商法的任务。所谓“方便”,即要求教科书体系完整,语言表达规范、简练,能准确、清晰地叙述商法制度、商法知识、基本观点。与专著相比较,似乎专著的撰写难度更大,因为它需要创新。但是,教科书的写作也不轻松,它不能是陈旧知识的汇集。因而在一定意义上说,教科书与专著没有什么不可逾越的鸿沟。不能低估教科书的价值,尤其是不能忽视教科书在培养人才上的作用。

不同的教科书有不同的体系,本书采用了通常大多数教科书采用的体系,即以商法总论为基础在两条线上展开分论。一条线是商业组织法的核心公司法,商业组织法本应包括公司法、合伙企业法、个人独资企业法、合作社法等,本书未对公司法以外部分进行专门的详细论述;另一条线是商行为法的主要部分,包括证券法、票据法、保险法、海商法。当然,公司法并非纯粹商业组织法,它还包括某些行为法的部分;证券法、票据法、保险法、海商法并非纯粹商行为法,它也包括某些组织法部分。本书认为,没有总论或基础理论不能成其为一个学科,因此,不能忽视总论的作用;同时以为分论是实践性最强且最鲜活的商法部分,因而不可缺少。但是,分论内容举不胜举,书中只是择其最重要者加以分析。特别应强调地是,本书是关于中国商法的教科书,立足运用法解释学讨论、分析中国商事法律制度,解决中国商法发展中的理论问题,即使在比较法的角度上涉及国外法,也是为了讨论中国的商法。

八年之前,我曾主编过一本《商法原理与实务》,从此建立了与北京大学出版社的联系。由于这本书的读者广泛,产生了重要影响,出版社希望修改为一本大学本科教学使用的商法教科书。根据出版社的要求,结合公司法、证券法、保险法、破产法的修改和司法实践,重新组织作者编写了这本商法。除对《商法原理与实务》一书个别编修改较少外,多数编是重新撰写的。本书的作者是:

- 王保树 清华大学法学院教授、博士生导师(主编,撰写第一编);
- 朱慈蕴 清华大学法学院教授、博士生导师(副主编,撰写第二编);
- 王欣新 中国人民大学法学院教授、博士生导师(撰写第三编);
- 陈 甦 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师(撰写第四编);
- 姜建初 最高人民检察院副检察长、教授(撰写第五编);

李祝用 中国人民保险集团公司法律部总经理(撰写第六编);

张丽英 中国政法大学国际法学院教授、博士生导师(撰写第七编)。

本书的问世得到了北京大学出版社的积极支持,尤其是孙战营编辑的精心编辑工作。在此,谨向出版社和孙战营编辑表示诚挚的谢意!

王保树

于2010年12月8日

目 录

第一编 商法总论

第一章 引论	(1)
第一节 商法的意义	(1)
第二节 商法的地位	(5)
第三节 商事立法与商法的法源	(13)
第二章 商法的特点与商法的历史	(22)
第一节 商法的特点	(22)
第二节 商法的历史	(30)
第三章 商法中的三个基本概念	(39)
第一节 商法中的商人概念	(39)
第二节 商法中的商行为概念	(40)
第三节 商法中的营业概念	(42)
第四节 商人、商行为与营业的关系	(45)
第四章 商人之一般理论	(49)
第一节 商人资格的取得与丧失	(49)
第二节 商人的营业能力	(50)
第三节 商人的分类	(53)
第四节 商事登记	(57)
第五节 商号	(62)
第五章 营业实现与营业转让	(67)
第一节 营业实现	(67)
第二节 营业转让	(72)
第六章 商业账簿	(77)
第一节 商业账簿的设置	(77)
第二节 商业账簿的保存与提出	(78)
第三节 商业账簿的基本种类	(79)
第四节 会计计量	(81)

第七章 商行为之一般理论	(83)
第一节 商行为的分类	(83)
第二节 商行为的通则	(88)

第二编 公 司 法

第一章 公司制度之一般理论	(100)
第一节 公司制度概述	(100)
第二节 公司的设立	(108)
第三节 公司资本制度	(111)
第四节 公司章程	(114)
第五节 公司的权利能力与行为能力	(118)
第六节 公司股东与股东权	(121)
第七节 公司治理	(124)
第二章 有限责任公司	(130)
第一节 有限责任公司的概念和特征	(130)
第二节 有限责任公司的设立	(132)
第三节 有限责任公司的组织机构	(138)
第四节 一人有限责任公司	(146)
第五节 国有独资公司	(149)
第六节 有限责任公司的股权转让	(152)
第三章 股份有限公司	(156)
第一节 股份有限公司的概念和特征	(156)
第二节 股份有限公司的设立	(157)
第三节 股份有限公司的组织机构	(162)
第四节 上市公司组织机构的特别规定	(172)
第五节 股份有限公司的股份发行与转让	(180)
第四章 有限责任公司和股份有限公司之共同制度	(188)
第一节 公司债券	(188)
第二节 公司财务与会计	(191)
第三节 公司的变更、合并与分立	(196)
第四节 公司的解散和清算	(199)
第五节 外国公司的分支机构	(203)

第三编 企业破产法

第一章 破产法概说	(209)
第一节 破产与破产法的概念与特征	(209)
第二节 破产法的立法宗旨与调整作用	(213)
第三节 破产法的适用范围	(217)
第二章 破产申请与受理	(220)
第一节 破产原因	(220)
第二节 申请的提出与受理	(223)
第三章 管理人	(229)
第一节 管理人的资格与指定	(229)
第二节 管理人的职责与报酬	(233)
第四章 债务人财产	(235)
第一节 债务人财产概说	(235)
第二节 破产撤销权	(237)
第三节 取回权	(242)
第四节 破产抵销权	(243)
第五节 破产费用与共益债务	(246)
第五章 破产债权	(248)
第一节 破产债权概说	(248)
第二节 债权申报	(249)
第三节 债权确认	(253)
第六章 债权人会议	(255)
第一节 债权人会议的组成	(255)
第二节 债权人会议的召集与职权	(258)
第三节 债权人委员会	(260)
第七章 重整程序	(262)
第一节 重整制度概说	(262)
第二节 重整申请和重整期间	(264)
第三节 重整计划的制订与批准	(265)
第四节 重整计划的执行、监督与效力	(269)

第八章 和解制度	(271)
第一节 和解制度概说	(271)
第二节 和解协议的效力	(273)
第九章 破产清算程序	(275)
第一节 破产财产的变价和分配	(275)
第二节 破产程序的终结	(280)

第四编 证 券 法

第一章 证券与证券法	(282)
第一节 证券的意义	(282)
第二节 证券法概述	(289)
第二章 证券发行制度	(297)
第一节 证券发行制度概述	(297)
第二节 证券发行审核制度	(301)
第三节 证券发行的一般程序	(303)
第四节 证券承销	(308)
第三章 证券交易制度	(315)
第一节 证券交易制度概述	(315)
第二节 证券上市	(324)
第三节 禁止的交易行为	(328)
第四章 信息公开制度	(334)
第一节 信息公开制度概述	(334)
第二节 信息公开的实施	(338)
第三节 信息公开的法律责任	(342)
第五章 上市公司收购	(346)
第一节 上市公司收购概述	(346)
第二节 上市公司收购制度的基本内容	(348)
第六章 证券业	(354)
第一节 证券交易所	(354)
第二节 证券公司	(360)
第三节 证券登记结算机构	(369)
第四节 证券服务机构	(372)

第七章 证券市场监管体制	(375)
第一节 证券监督管理机构	(375)
第二节 证券业协会	(380)

第五编 票 据 法

第一章 票据与票据法概述	(383)
第一节 票据与票据法	(383)
第二节 票据关系与非票据关系	(389)
第三节 票据行为	(396)
第四节 票据瑕疵与票据丧失	(401)
第五节 票据权利和票据抗辩	(405)
第六节 空白授权票据	(411)
第七节 票据时效和利益返还请求权	(412)
第八节 涉外票据的法律适用	(415)
第二章 汇票	(418)
第一节 出票	(418)
第二节 背书	(423)
第三节 承兑	(431)
第四节 票据保证	(435)
第五节 付款	(437)
第六节 追索权	(441)
第三章 本票与支票	(448)
第一节 本票	(448)
第二节 支票	(450)

第六编 保 险 法

第一章 保险与保险法概述	(455)
第一节 保险概述	(455)
第二节 保险法概述	(458)
第二章 保险法的基本原则	(463)
第一节 坚持保险与防灾防损相结合的原则	(463)
第二节 最大诚实信用原则	(465)

第三节	保险利益原则	(472)
第四节	损失补偿原则	(477)
第五节	近因原则	(479)
第三章	保险合同概述	(481)
第一节	保险合同的概念、分类和性质	(481)
第二节	保险合同的主体、客体	(489)
第三节	保险合同的内容	(493)
第四节	保险合同的订立	(498)
第五节	保险合同的履行	(500)
第四章	财产保险合同	(505)
第一节	财产保险合同的分类	(505)
第二节	财产保险合同的主要内容	(508)
第三节	财产保险合同的效力	(511)
第四节	财产保险合同的变更和终止	(516)
第五节	保险代位求偿权	(518)
第五章	人身保险合同	(522)
第一节	人身保险合同的分类	(522)
第二节	人身保险合同的常见条款	(525)
第三节	人身保险合同中的受益人及保险金的给付	(529)
第六章	保险业法概述	(532)
第一节	保险业法的概念和性质	(532)
第二节	保险监管机构和保险公司的监管	(533)
第七章	保险组织的监管	(536)
第一节	保险组织的形式	(536)
第二节	保险组织的设立和变更	(538)
第三节	保险组织的破产、解散和清算	(541)
第八章	保险经营的监管	(544)
第一节	保险经营的范围、方式	(544)
第二节	保险公司偿付能力	(545)
第三节	保险资金的运用	(547)

第七编 海 商 法

第一章 绪论	(550)
第一节 海商法的概念和特点	(550)
第二节 海商法的渊源	(552)
第二章 船舶	(554)
第一节 船舶概述	(554)
第二节 船舶所有权	(556)
第三节 船舶抵押权	(557)
第四节 船舶优先权	(559)
第三章 船员	(563)
第一节 船员	(563)
第二节 船长	(566)
第四章 海上货物运输合同	(569)
第一节 国际海上货物运输合同概述	(569)
第二节 海上货物运输合同的履行	(571)
第三节 提单	(576)
第四节 租船运输合同	(586)
第五节 国际多式联运	(592)
第五章 海上旅客运输合同	(595)
第一节 海上旅客运输合同概述	(595)
第二节 海上旅客运输承运人的责任和权利	(595)
第六章 船舶租用合同	(600)
第一节 定期租船合同	(600)
第二节 光船租赁合同	(606)
第七章 船舶碰撞	(609)
第一节 船舶碰撞的概念	(609)
第二节 船舶碰撞的损害赔偿责任	(610)
第八章 海难救助	(613)
第一节 海难救助概述	(613)
第二节 海难救助的构成要件	(615)
第三节 救助报酬的确定及分配	(621)

第九章 共同海损	(623)
第一节 共同海损的概念及构成要件	(623)
第二节 共同海损的牺牲和费用	(626)
第三节 共同海损的理算	(627)
第十章 海事赔偿责任限制	(630)
第一节 海事赔偿责任限制概述	(630)
第二节 限制性债权与责任限制	(631)
第十一章 海上保险合同	(634)
第一节 海上保险概述	(634)
第二节 海上保险合同	(638)
第三节 海上保险的索赔与理赔	(644)

第一编 商法总论

第一章 引 论

第一节 商法的意义

一、商法和商法调整的社会关系

(一) 商法的概念

商法也称为商事法,是指规定商人和商行为的法。

1. 商法是规定商人之法

商法关注商事关系的参加者,但商事关系的参加者不限于商人,还包括商人以外的参加者,即商人以外的平等主体。后者,已有民法、消费者权益保护法等对其作出规定。而商人则需由商法作出规定。

2. 商法是规定商行为之法

商行为不仅为商人实施,也为商人以外的其他平等主体所实施。但是,商行为是一种特殊的私法行为,它不因实施该行为的主体的广泛性而丧失。并且,正是商行为的特殊性,使商法对其作出特别规定成为必要。

(二) 形式意义的商法和实质意义的商法

商法有形式意义和实质意义之别。形式意义的商法是以商法为名称制定的法典,实质意义的商法则是从规范总上把握的法律部门。^①

1. 形式意义的商法

形式意义的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构,它在大陆法系国家最终表现为一个法律文件——商法典,如德国、法国、日本等那样。但是,由于各国的国情和法律编纂原则不同,形式意义的商法也表现为不同的具体形式。

英美法系国家大多没有德国、法国、日本那样形式意义的商法,而只有美国

^① 关于形式意义的商法和实质意义的商法的讨论,仅是就制定法而言。实际上,商法的规范不仅来自制定法。

制定了《美国统一商法典》。但是,它采取的立法原则与大陆法系国家不同。该《法典》既不以商行为为基础,也不以商人为基础,而是以货物买卖为中心构造其规范体系。《美国统一商法典》包括十编,即总则,买卖,商业票据,银行存款和收款,信用证,大宗转让,仓单、提单和其他所有权凭证,投资证券,担保交易,生效日期和废除效力。

形式意义的商法具有相对稳定性。但是,其内容随着时代的变化和社会经济的发展而不断发展变化。因此,形式意义的商法不是一个僵死的结构形式,而是一个开放的发展的体系。不同国家的商法典在不同的时代总会有不同的面貌。

2. 实质意义的商法

实质意义的商法着眼于规范性质、规范构成和规范作用理念的统一,它是调整商事关系的法律规范的总和,不仅可以存在于商法典中,也可以存在于单行商事法律、法规之中。在市场经济条件下,一个国家可能没有商法典,但不可能没有关于商事的法律、法规。而只要有关商事的法律、法规,就一定有存在其中的商事法律规范,这些规范的总和便是商法。而且,商法是以市场经济为土壤的,只要选择了市场经济,就必然要有商法。所以,实行市场经济体制的国家都有自己的商法,只是不一定采取商法典的编纂模式而已。我国自1993年实行社会主义市场经济,我们的商法也因此而发展起来。当然,这绝不意味着商法等同于商事法律、法规,而只是这些法律、法规中的商事法律规范才构成实质意义的商法。

实质意义的商法和形式意义的商法有其统一性。无疑,商法典是商事法律规范最集中、最系统的表现。就这一意义而言,商法典是实质意义商法的主体部分。但是,两者的差异性是不容忽视的。一方面,商事法律规范除表现于商法典,还表现于商法典之外的商事特别法中;另一方面,在不制定商法典的国家,商事法律规范主要表现于单行商事法律、法规之中。所以,实质意义的商法和形式意义的商法并非总是一致的,前者的范围要比后者大得多。

(三) 广义商法与狭义商法

实质意义商法又有广义和狭义之别。广义的商法,指关于商事法律、法规的总称,可细别为国际商法和国内商法。前者,指国际法上关于商事的公约、条约和国际商事习惯法;后者,指国内的商事法律规范,可细别为商事公法和商事私法。商事公法是指有关商事的公法规范,在它所规定的法律关系中有一方当事人是公权力者或授予公权力者。商事私法指私法中关于商事的法律规范,仅调整平等主体之间的商事关系。狭义的商法仅指国内商事法中的商事私法。一般商法学中所说的商法是指狭义的商法。但是,私法中存在公法因素的现象明显地体现在商法中。因此,商法学也必定涉及某些商事公法的问题,但它不是主流。

二、商法的对象

(一) 商法调整的社会关系

所谓商法的对象,即商法的调整对象。何为商法的调整对象?或言之,商法调整何种社会关系?人们的见解还是有差异的。

1. 商事关系说

认为商法是以商事关系为调整对象的法律部门。^①该说认为,商事关系是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。特征在于:至少有一方是商事营业体;客体仅限于商行为;内容是商事权利和商事义务。^②

商事关系的范围如何?学者们的界定是有差异的。

有人认为,商事关系包括商事财产关系和与商事财产关系密切联系的商事人身关系^③;

有人认为,商事关系是因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^④;

有人认为,商事关系包括:商事组织关系、商事交易关系、商事代理关系、商事自律关系和商事监管关系等五种类型的关系^⑤;

有人主张,商法的调整对象包含以下三种关系,即调整商事主体内部在商品交易过程中对自身的管理关系和组织关系,调整主体基于营利行为所产生的各种关系,商业管理关系^⑥;

也有人认为,现代商事关系包括现代商事组织关系和现代商事行为关系。^⑦

2. 商业流通经济关系说

认为商法调整的是“以社会公共利益为本位平等主体营利性的商业流通经济关系”^⑧。

3. 市场交易关系说

认为商法调整的对象就是市场交易(商业交易)关系。

无疑,上述主张在捕捉商法调整对象的本质上都是有意义的。“商业流通

① 王保树:《商事法的理念与理念上的商事法》,载《商事法论集》(第1卷),法律出版社1997年版,第2—5页;范健:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版,第9页。

② 赵万一:《商法学》,法律出版社2001年版,第109页。

③ 王卫国主编:《商法概论》,中国政法大学出版社1999年版,第20页。

④ 赵中孚:《商法总论》,中国人民大学出版社1999年版,第5页。

⑤ 雷兴虎主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版,第4页。

⑥ 黎燕主编:《商法》,中国人民大学出版社1999年版,第13—14页。

⑦ 徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第10—14页。

⑧ 任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第41页。

经济关系说”突出了社会公共利益,从而增加了商法与经济法混淆的机会。并且,“商业流通法”这一概念经常被政府商务部门作为有关商务的法,包括具有私法意义的商法和具有公法意义的商务管理法。“市场交易关系说”所说交易关系,无疑是商法调整的对象,但只强调交易关系并未概括商法调整对象的全部。相比较而言,还是“商事关系说”概括了商法调整对象的全部,不仅包括交易关系,还包括商事组织关系,因而,将商法的调整对象概括为商事关系是适当的。

(二) 如何认识商事关系

为了正确地理解商法所调整的商事关系,有必要对以下问题加以分析:

1. “商”的内涵

何为“商”? 正确地回答这一问题,对于把握商事关系的性质和准确地认定商事关系的范围是十分必要的。然而,一般常识的“商”、经济学上的“商”和商法上的“商”是有不同的含义的。早在中国的古代,人们就提出了“通财鬻货曰商”^①,“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓商”^②,“商欲农,则草必垦矣”^③。这种理解是将“商”视为买卖,是人们对“商”的朴素认识。随着人类社会经济和文化的发 展,人们对“商”有了新的认识,即将“商”视为商人从生产者低价买入商品并将其高价卖给消费者的行为。无疑,这种“商”虽也与“买卖”几乎同义,但已成为特定人的行为,这是从经济学上理解的。在近代经济的发展中,人们已将营利视为“商”的本质。这种行为不仅表现在买卖之中,也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、商业保险业等。并且,发展到与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。显然,经济学上的“商”较有局限性,不能用它概括和表述商事关系,因而它不是商法上的“商”。相反,上述将“营利”作为特征的“商”才是商法上的“商”。当然,它在各国所表现的范围也不同。其具体范围,应依据各国商法的规定而论。

2. 商事关系的特点

如上所述,商事关系是商法的调整对象。商事现象是纷繁复杂的,但商事关系也在其发展中形成了自己的特点:

(1) 商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。在社会生活中,社会经济关系的主体是多种多样的,但无非是两种主体,即私法上的主体和公法上的主体。无疑,商事主体是私法上的主体。商事关系只能发生在平等的商事主体之间。

① 《汉书》·〈食货志〉(下)。

② 《白虎通义》。

③ 《商君书》·〈垦令〉。