



全国高等院校法学专业基础教材

商 法

主编 / 汪世虎 王志敏

Shang Fa



中国政法大学出版社



全国高等院校法学专业基础教材



商 法



中国政法大学出版社

2011 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商法 / 汪世虎, 王志敏主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3858-0

I. 商… II. ①汪…②王… III. 商法 - 中国 IV. D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第035706号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960mm 16开本 25印张 470千字

2011年4月第1版 2011年4月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3858-0/D•3818

印 数: 0 001-4 000 定 价: 40.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435 (编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com (编辑部)

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

主编简介

汪世虎 男，1964年10月生，安徽太湖人，法学博士，西南政法大学民商法学院教授，博士生导师。1985年考入西南政法学院（即现在的西南政法大学）法律系，1989年毕业获法学学士学位，同年考入该校民商法专业，1992年毕业获法学硕士学位。毕业后留校任教至今。1994年晋升为讲师，1998年破格晋升为副教授，2003年晋升为教授。现为中国法学会民法学研究会理事，《现代法学》和《西南政法大学学报》兼职编辑，重庆市法学会学术委员会委员，西南政法大学商事法律研究所所长、商法教研室主任。出版《票据法律制度比较研究》（法律出版社2003年出版）、《公司重整中的债权人利益保护研究》（中国检察出版社2006年出版）、《商法管见》（法律出版社2009年出版）等个人专著3部；合作出版专著6部、译著1部、大型工具书3部、教材16部。在《现代法学》、《法学》、《河北法学》、《当代法学》等刊物上公开发表学术论文40多篇。2002年被批准为重庆市首届学术技术带头人后备人选，2004年被授予“重庆市高校优秀中青年骨干教师”称号。

王志敏 女，硕士，河北工程大学教师，副教授，兼职律师，从事法学教育和兼职律师工作十数年，发表学术文章数十篇，主持或参加省级社会科学基金项目多项，具有丰富的理论和实践经验。

出版说明

法学是集理论性与实践性于一体的社会科学。然而，现行的法学本科教材普遍存在“重理论、轻实践”的现象，这既不适应应用型法学人才的培养，也与司法考试、研究生考试和公务员考试严重脱节，致使其实用性大打折扣。

鉴于此，由全国独立学院法学教育协作机制秘书处和中国政法大学出版社发起，成立了“全国高等院校法学专业基础教材”编委会，旨在编写适应法学专业应用型人才培养要求的“厚基础、重实务”的系列教材。中国政法大学、中南财经政法大学、西南政法大学、华中师范大学、湖北大学、中南民族大学、中华女子学院、江汉大学、重庆大学、湖北经济学院、武汉科技大学中南分校、西南大学育才学院、南开大学滨海学院、海南大学三亚学院、福州大学阳光学院、浙江大学宁波理工学院、中国石油大学胜利学院、南京师范大学泰州学院、黄河科技学院、中南财经政法大学武汉学院、中南民族大学工商学院、华中科技大学武昌分校、华中师范大学汉口分校、华中科技大学文华学院、武汉科技大学城市学院、河北工程大学文学院、燕山大学里仁学院、贵州民族学院人文科技学院、东莞理工学院城市学院、江汉大学文理学院、湖北大学知行学院、湖北经济学院商贸学院、福建江夏学院、河南师范大学新联学院等全国 30 多所高等院校的百名法学专业教师共同参与了这套教材的编写工作。

本套教材在内容设计上充分考虑了与司法考试和公务员考试的接轨，注重基础理论阐述和实务能力培养的有机结合，力求展现以下特点：

第一，基础性。本套教材的编写内容定位于对基本理论、基本概念、基本知识的阐释和对基本法律实务技能的培养。

第二，简洁性。本套教材以各学科成熟的理论体系为主，不涉及太深奥的法律问题；以通俗和主流观点为主，除核心观点、理论有简要论证之外，避免过多论述有争议的观点或作者个人观点。

II 商 法

第三，实用性。本套教材充分突出实用性，主要服务于法学专业学生参加司法考试和公务员考试的目标，教材内容及结构与最新司法考试大纲保持一致，大量引入司法考试、公务员考试真题和案例。

第四，新颖性。本套教材力求突出形式设计上的新颖性。根据各教材的不同特点，有的在每章开头有简短的案例导入，使相关知识点、重点及难点一目了然；有的在正文中穿插案例或合理设置图表，以方便学生阅读，符合学生应试要求；有的在每章结尾处设置思考题和案例分析题，以供学生参考使用。

本套法学教材涵盖了法学专业教育指导委员会确定的 16 门法学主干课程和 14 门实务性较强的非主干课程，共 30 种。本套教材由于编写作者较多，涉及内容广泛，教材的编写统稿难度较大，更囿于水平有限，挂一漏万在所难免，恳请各位专家、同行及广大读者批评指正，帮助我们在后续的工作中加以完善。

《全国高等院校法学专业基础教材》编委会

2009 年 8 月

编写说明

商法是以企业为主体、以市场为环境、以效率为中心的法律,是市场经济的基本法,与民法一起共同构成现代私法的主要内容。作为一个独立的法律部门以及法学专业核心课程之一,商法在我国市场经济不断完善与世界经济一体化日益明显的今天,对社会经济关系的作用愈加重要。特别是近年来,我国商法理论研究空前繁荣,商事司法与商法实务中的问题层出不穷,对我国商事立法提出了更高的要求。与之相应,立法机关对商法各部分内容,如公司法、证券法、保险法、破产法等,都作了较大幅度的修订。

为了适应二本、三本学校法学教学的需要,中国政法大学出版社出版了这套“法学专业基础教材”。其突出的特点是:注重基本概念、基本知识和基本理论的阐述,力求简要、准确、通俗易懂,同时与国家司法考试相衔接。本《商法》共分六编26章。第一编:商法总论;第二编:公司法;第三编:证券法;第四编:票据法;第五编:保险法;第六编:破产法。参加本书编写的单位有:西南大学育才学院、西南政法大学民商法学院、河北工程大学人文学院、江汉大学、贵州民族学院人文科技学院、武汉科技大学中南分校、海南大学三亚学院、华中科技大学武昌分校、浙江大学宁波理工学院、湖北大学、中南民族大学工商学院、河南工业大学法学院。

具体写作分工为:汪世虎:第一、十五、十六、十八、二十二、二十三、二十六章;孙永祥:第一、十二章;皇甫涛:第二、三章;曾珍:第四章;陈政:第五、十四、十九章;王志敏:第六章;刘志强:第七章;叶红兵:第八章;唐英:第九章;洪玮明:第十章;蔡科云:第十一章;刘欣:第十三章;何赞:第十七章;王文丽:第二十章;侯永兰:第二十一章;汪沂:第二十四、二十五章。全书由主编统一定稿。由于作者水平有限,本书肯定有许多不足,敬请读者批评指正。

编者

2010年11月

C 目录 CONTENTS

第一编 商法总论

第一章 商法概述	1
◎ 第一节 商法的概念和特征 / 1	
◎ 第二节 商法的性质和基本原则 / 8	
◎ 第三节 商法的历史沿革及其立法体制 / 14	
◎ 第四节 商法与其他法律部门的关系 / 20	
第二章 商主体	29
◎ 第一节 商主体概述 / 29	
◎ 第二节 商法人 / 31	
◎ 第三节 商个人 / 33	
◎ 第四节 商合伙 / 35	
◎ 第五节 商辅助人 / 38	
第三章 商行为	43
◎ 第一节 商行为概述 / 43	
◎ 第二节 一般商行为 / 47	
◎ 第三节 特殊商行为 / 49	
第四章 商事登记	54
◎ 第一节 商事登记概述 / 54	
◎ 第二节 商事登记的种类和效力 / 56	
◎ 第三节 商事登记的程序 / 60	

第五章 商业名称 65

- ◎ 第一节 商业名称概述 / 65
- ◎ 第二节 商业名称的取得与转让 / 68
- ◎ 第三节 商业名称权 / 72

第二编 公司法

第六章 公司与公司法概述 76

- ◎ 第一节 公司概述 / 76
- ◎ 第二节 公司法概述 / 81
- ◎ 第三节 公司人格 / 82
- ◎ 第四节 公司章程 / 84
- ◎ 第五节 公司股东 / 86

第七章 公司的设立、变更和终止 96

- ◎ 第一节 公司的设立 / 96
- ◎ 第二节 公司的变更 / 102
- ◎ 第三节 公司的终止 / 105

第八章 公司的资本 111

- ◎ 第一节 资本与资本制度 / 111
- ◎ 第二节 公司资本原则 / 116
- ◎ 第三节 股东的出资形式 / 119
- ◎ 第四节 公司资本的变更 / 123

第九章 公司的组织机构 129

- ◎ 第一节 公司组织机构概述 / 130
- ◎ 第二节 股东会 / 132
- ◎ 第三节 董事会 / 137
- ◎ 第四节 监事会 / 141
- ◎ 第五节 高级管理人员 / 144
- ◎ 第六节 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务 / 146

第十章 公司的财务会计制度 152

- ◎ 第一节 公司财务会计制度概述 / 152
- ◎ 第二节 公司财务会计报告 / 154
- ◎ 第三节 公司的公积金制度 / 156
- ◎ 第四节 公司的利润分配 / 158

第三编 证券法

第十一章 证券法概述 163

- ◎ 第一节 证券概述 / 164
- ◎ 第二节 证券法的性质与基本原则 / 169
- ◎ 第三节 证券监督管理机构 / 172

第十二章 证券发行 177

- ◎ 第一节 证券发行概述 / 178
- ◎ 第二节 股票的发行 / 181
- ◎ 第三节 公司债券的发行 / 184
- ◎ 第四节 基金证券的发行 / 186
- ◎ 第五节 保荐制度 / 188
- ◎ 第六节 证券的承销 / 191

第十三章 证券交易 195

- ◎ 第一节 证券上市 / 195
- ◎ 第二节 上市公司的收购 / 198
- ◎ 第三节 上市公司的信息公开 / 200
- ◎ 第四节 证券交易规则 / 202
- ◎ 第五节 禁止的交易行为 / 204

第十四章 证券市场主体 210

- ◎ 第一节 证券交易所 / 211
- ◎ 第二节 其他证券市场主体 / 213

第四编 票据法

第十五章 票据与票据法概述	222
◎ 第一节 票据概述 / 222	
◎ 第二节 票据法概述 / 228	
第十六章 票据法律关系	235
◎ 第一节 票据法律关系概述 / 235	
◎ 第二节 票据权利 / 238	
◎ 第三节 票据抗辩 / 244	
第十七章 票据行为	249
◎ 第一节 票据行为概述 / 249	
◎ 第二节 票据行为的构成要件 / 251	
◎ 第三节 票据行为的代理 / 254	
◎ 第四节 几种主要的票据行为 / 255	
第十八章 票据瑕疵与票据丧失	267
◎ 第一节 票据瑕疵 / 267	
◎ 第二节 票据丧失 / 270	

第五编 保险法

第十九章 保险法概述	274
◎ 第一节 保险与保险法 / 274	
◎ 第二节 保险法的基本原则 / 276	
第二十章 保险合同	281
◎ 第一节 保险合同概述 / 281	
◎ 第二节 保险合同的主体 / 285	

- ◎ 第三节 保险合同的订立 / 287
- ◎ 第四节 保险合同的履行 / 291
- ◎ 第五节 财产保险合同 / 294
- ◎ 第六节 人身保险合同 / 298

第二十一章 保险业法 304

- ◎ 第一节 保险公司 / 305
- ◎ 第二节 保险经营规则 / 310
- ◎ 第三节 保险代理人和保险经纪人 / 314
- ◎ 第四节 保险业的监督管理 / 318

第六编 破产法

第二十二章 破产法概述 325

- ◎ 第一节 破产与破产法 / 326
- ◎ 第二节 破产法的作用 / 329
- ◎ 第三节 破产法的历史沿革 / 330

第二十三章 破产程序概述 335

- ◎ 第一节 破产程序的开始 / 335
- ◎ 第二节 管理人 / 341
- ◎ 第三节 债权人会议 / 344
- ◎ 第四节 债权申报及其确定 / 347
- ◎ 第五节 破产费用和共益债务 / 348

第二十四章 破产和解 352

- ◎ 第一节 破产和解概述 / 352
- ◎ 第二节 和解的成立与生效 / 353
- ◎ 第三节 和解协议的效力 / 355

第二十五章 破产重整 357

- ◎ 第一节 重整申请 / 358

6 商 法

- ◎ 第二节 重整期间 / 359
- ◎ 第三节 重整计划的制定与批准 / 362
- ◎ 第四节 重整计划的执行 / 366

第二十六章 破产清算 369

- ◎ 第一节 破产宣告 / 370
- ◎ 第二节 破产财产 / 371
- ◎ 第三节 破产债权 / 378
- ◎ 第四节 破产财产变价和分配 / 381
- ◎ 第五节 破产程序的终结 / 383

第一编

商法总论

第一章

商法概述

◆ 导入案例

某化妆品制造商甲为了研发新产品向银行贷款 500 万元。经过一年的努力,研发出一款新型护肤保湿产品代号 A 护理液。甲在将 A 护理液投放市场前进行了一次新产品免费试用赠送推广活动,活动中某大学学生乙获得两份赠品。随后,乙因向好友丙借钱 1000 元,为表示谢意,乙将其获得的赠品 A 护理液赠送了一份给丙,丙使用该护理液后面部溃烂。经质检部门检测,该护理液存在严重质量问题。

问题:

1. 甲与银行之间的借款关系、乙与丙之间的借款关系应受商法还是民法调整?
2. 甲新产品推广中的赠与行为与乙的赠与行为是否受同一部门法调整?
3. 丙应当如何主张自己的权利?

📖 学习重点和难点

1. 商法的概念、性质与特征;
2. 商法的基本原则;
3. 商法与民法的关系。

第一节 商法的概念和特征

一、商法中的“商”

“商”或者“商事”的界定是商法中一系列概念、规则和制度建立的基础。一般而言,商法是指调整商事关系的法律规范的总和。那么,什么是“商”或者“商事”呢?“商”和“商事”的产生、发展、消灭与社会生产力的发展水平密切相关。生产力发展水平决定特定的社会经济形态,进而决定相应的社会法律

制度构架。对社会生产力的发展和社会经济形态的发展规律和特点的研究是商法研究的基础。

纵观人类社会的发展历史,社会生产力的提高促成了人类社会从自然经济状态向商品经济状态的转变。在自然经济状态下,社会生产力普遍低下,人们的某种生产行为仅能满足自身的生存需求,偶有多余物品,也只能通过简单的物物交换模式换取相应的生活必需品。随着生产力的提高,生产者的剩余产品日渐增多,产品的交换日渐频繁,并出现了非为满足自身使用需求而从事某种物品生产的生产者和非为满足自身消费需求而专门从事交易的服务者。非为自己消费使用而生产的产品,便成为了商品;从事交易服务的人,即成为了最早的商人。由此,“商”便在人们的相互交换和互通有无的过程中逐步被引入使用。我国古代汉语中关于商的解释能证明这一状况,如“通财鬻货”^{〔1〕};“商贾何谓也?商之为言,商其远近,度其有之,通四方之物,故谓之商也贾之为言固,固有其用物以待民来,以求其利者也。行曰商,止曰贾”^{〔2〕}。

从社会一般观念上讲,“商”是介于生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,从而获取利润的行为。随着社会的发展,传统意义上对“商”的解释已不足以涵盖当今社会各类商事现象。现代许多商法学者均注意到不同层次的观念形态中对于“商事”概念不同理解的问题,并且主张将一般社会观念中的“商”与经济学意义的“商”以及与法学中“商”加以区别,认为它们应当具有不同的含义。

经济学意义的“商”实际上是对现代社会生产过程中某一部分经济活动(即商品流通活动)的理论概括,系指以营利为目的、直接媒介财货交易之行为。^{〔3〕}换言之,传统意义上将社会经济活动区分为生产活动与非生产活动,而非生产活动以以营利为目的的媒介交易行为为主。随着现代社会中商品经济关系的长足发展,传统意义上的“商”概念日益得到扩展,以营利为目的的经济活动之范围不断得到扩大,生产活动与非生产活动的联系越来越紧密,同时非生产活动除了媒介货物交易行为外,各种专业化服务层出不穷,日益繁荣,如物流服务、金融、广告、保险、咨询等。这就要求经济学理论对于“商事”概念作出更富于弹性和现实性的概括。

在法学上,凡属以营利为目的、从事媒介交易的行为,皆被法律称之为“商”。法学中的“商”不仅存在于生产领域,还存在于流通领域以及为生产和

〔1〕《汉书·食货志》(下)。

〔2〕《白虎通·商贾》。

〔3〕张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页。

流通服务的领域。法学上的“商”强调的是其经营性和营利性：一方面需要有持续的经营活动；另一方面，该类经营活动是以营利为目的。至于其处于社会经济链条中的生产环节还是流通环节或者其他服务环节，则在所不问。因此，法学上的“商”除“固有商”（即经济学传统意义上直接媒介货物交易之行为）外，还包括范围更广的“非固有商”。这里所说的非固有商，根据学者们的归纳，大致可以分为三类：第一类是辅助商，亦称第二种商，指间接以媒介货物交易为目的之营业活动，它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的商事行为，如货物运送、仓储、居间、代理、行纪、包装等；第二类是虽不具有直接或间接媒介货物交易之行为目的，但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供有商业条件的营业活动，如银行、融资、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影营业等，学者又将其称之为第三种商；第三类是仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业，如广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等，此种商事营业与固有商的联系已极为间接，学者多称之为第四种商。

由此可见，现代商法上所称的“商”或“商事”是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动之总称。也就是说，“商”或“商事”是对营利性主体从事的各种持续性营利行为之概括。

二、商法的概念

商法，亦称商事法，是指调整市场经济关系中商事关系的法律规范的总称。虽然学界普遍采用“商法”这一概念，但其界定具有极大的模糊性，各学者对商事主体、商行为、商事关系的具体界定存在较大分歧。

何谓商事关系？从法理学上讲，法律所调整的社会关系既有主体的特定性又有主体间权利义务的特定性。因此，要界定商事关系，既要对商人的主体范围及资格进行界定和规范，又要对商事关系的内容予以界定和规范。也就是说，商事关系必须要有商人的参与，即至少有一方为商人；同时，主体之间的权利义务关系紧紧围绕商事活动而发生。商人的范围，立法容易予以界定，但商事活动是一个发展变化的概念。从商事活动的实质而言，该类活动具有持续性和营利性特征。因此，我们认为，商事关系即商主体参与的，围绕以营利为目的的生产经营活动而产生的平等主体之间的社会关系。

以组织形态存在的商事主体为参照，其内部关系有两类：一类是商事主体的投资者之间的关系，这一关系受民法调整；另一类是商事主体聘用的职工与商事主体的关系，这一关系受劳动法的调整。从商事主体对外发生的关系而言，平等主体之间的关系均可视为商事关系，而非平等主体之间的关系，主要是国家主管部门与商事主体之间基于管理监督关系而发生，该类关系受行政法或经济法的调

整。商事主体的质量是市场经济规范有序、安全高效运行的前提条件，因此商法同样注重对商事主体进行规范。我们认为，商法既规范商事主体，又调整商事主体与其他平等主体之间基于生产经营活动而发生的社会关系。

商法的内容总的来说是由组织法和行为法两大部分构成。商事组织法主要是对市场经济中商事主体的准入机制、监督机制进行规范。商事组织法的基本内容包括商业登记、商业账簿、商事代理、商事主体、公司制度等。商事组织法是商法中最基本的内容，是确保交易安全与高效的基本法律制度。因此，尽管各国国情不同，但在这方面的规定大致是相同的。商事行为法是规范商业交易本身的法律，其体现出现代商业社会与普通市民社会在价值追求和立法理念上的本质性差异。对商事行为的界定，一方面蕴含着立法的价值取向，另一方面指导着商事立法的调整范围。商事行为是商事关系产生、变更、消灭的原因，不同种类的商事行为体现出不同商事关系的特征，受到不同类型的商事法规的调整。目前比较典型的商事行为法有票据法、保险法、海商法、证券法等。各国除通过其商法典或民法典对商行为作出基本规定外，一般都通过颁布单行商事法规的形式对商行为进行调整。由于商事行为具有很大的灵活性，因而各国对商事行为的具体规定存在很大的差异性。

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的并冠以“商法典”之名的法律。在大陆法系国家，多秉承法典化的传统，制定了与民法典并列的商法典，如法国、德国、日本、比利时、西班牙、葡萄牙等国家都制定了独立的商法典。实质意义上的商法，则指以商事关系为其规范对象所制定的各种法律规范，包括以“商事”及不以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范的总称。就形式而言，有商法典的国家，在商法典之外，还有一些单行的商事法规与之相配套或为补充；在没有商法典的国家，商事规范由各种类型的商事法律制度和司法判例组成。值得注意的是，无论是大陆法系国家还是英美法系国家都存在实质意义上的商法。我国没有形式意义上的商法，即目前并没有统一的商法典，但我国有实质意义上的商法。在《民法通则》之外存在大量的商事法律法规，如《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》，等等。

实质意义上的商法又可以分为两种：广义的商事法和狭义的商事法。广义的商事法包括国际和国内商事法两种。国际商事法即国际法上关于商事的规定、协议等，如国际间的商事条约、公约、协定，国际间共同遵守的商事惯例等。国内商事法，即一国之内关于调整商事关系的所有法律规范的总和。一个国家的国内商事法，都是由其商事公法和商事私法构成。商事公法是指与商事有关的公法，各国商事公法没有一个完整的体系，但从国家管理、监督以及司法而言，肯定存