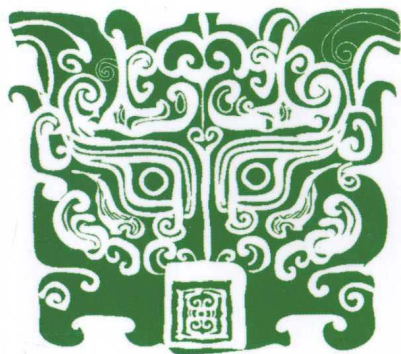


“十一五”国家重点图书出版规划项目

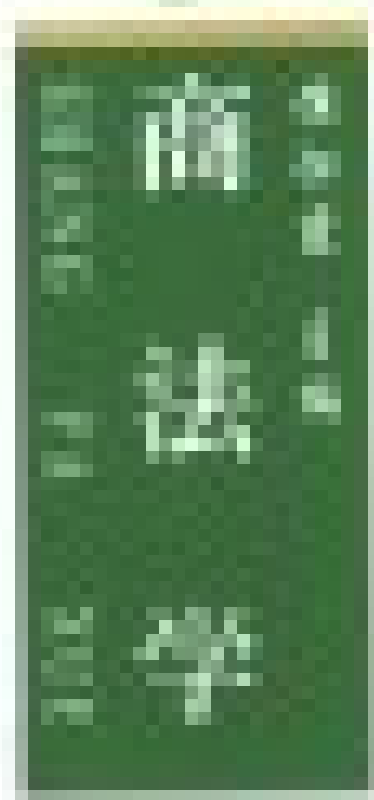
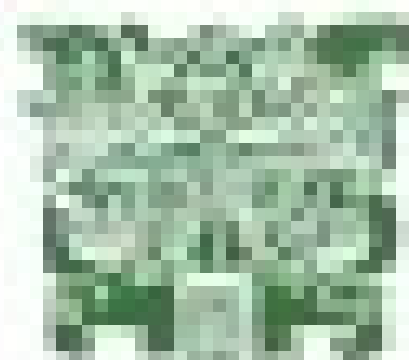


侯怀霞 主编

商 法 学

SHANG
FA
XUE

中国政法大学出版社



“十一五”国家重点图书出版规划项目
新编法学核心课程系列教材

商 法 学



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学—理论·实务·案例 / 侯怀霞主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 12
新编法学核心课程系列教材

ISBN 978-7-5620-3774-3

I. 商... II. 侯... 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(2010)第214767号

书 名 商法学—理论·实务·案例

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 28.25印张 535千字

2010年12月第1版 2010年12月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3774-3/D·3734

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。

作者简介

侯怀霞 女,上海政法学院法律系主任、教授、硕士研究生导师,法学博士,律师,上海市教委经济法重点学科及学院民商法重点学科带头人;兼任中国法学会经济法学研究会理事,上海市法学会经济法学研究会副会长,上海市第九届党代会党代表。获 2007 ~ 2008 年度上海市教育行政系统和上海市司法局“三八红旗手”荣誉称号。主要从事民商法和经济法等方面的教学与研究,主讲《商法学》、《经济法学》、《公司法》、《破产法》、《合同法》等课程。编著、出版《商法学》、《经济法学》、《市场经济条件下的计划法研究》(合著)等 7 部著作和教材。先后在《中国法学》、《法律科学》、《法学评论》等法学核心期刊公开发表“完善我国破产法律制度之构想”、“略论产品责任的指示缺陷”、“企业并购立法研究”、“论我国金融业的经营模式及法律规制”、“论信托财产的性质及其在民法典中的作用”、“收取排污费与规定排放标准的比较”等学术论文六十余篇。主持和参加“合作社法律问题研究”、“市场规制法律问题研究”、“国有企业公司化改造法律对策研究”、“私法上的环境权及其救济问题研究”及“企业并购法律问题研究”等国家社科基金项目、教育部人文社会科学项目、上海市教委课题、上海市司法局课题 12 项,先后获省部级科研奖励 16 项。

殷慧芬 女,上海政法学院法律系副教授、博士,主要研究领域为商法。作为第二译者参与《美国破产法》一书的翻译;在《比较法研究》、《河北法学》等刊物独立发表论文十余篇;主持或参与多项省部级科研项目。

王琳 女,上海政法学院法律系副教授,长期从事民商法教学工作,同时

II 商法学

多年参加司法考试、企业法律顾问辅导教学工作。曾讲授《商法》、《公司法》、《企业法》、《经济法》、《民法》、《婚姻法》、《亲属与继承法》、《合同法》、《司法考试入门指南》等多门课程,近年来在《当代法学》等核心期刊发表学术论文多篇,参编教材多部。先后在《长白学刊》、《当代法学》、《太平洋学报》等核心期刊发表“论医疗损害赔偿案件的责任主体和法律适用”、“中法合作办学及创新人才培养的实践和研究”、“技术资本化运作的法律思考”、“关于定金若干问题的法律思考”等学术论文数十篇。

李寒劲 女,上海政法学院民商法教研室讲师,法学博士。主要研究方向为物权法、保险法,在《人民法院报》、《大连海事大学学报》等刊物发表专业论文多篇。曾参与教育部重点课题“中国能源安全问题研究——法律与政策分析”及湖北省司法厅项目等课题的研究。

出版说明

“十一五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题,是经严格审查选定的,代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社,有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版,这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版,凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果,全面系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容,既注重本学科领域的基础理论和发展动态,又注重理论联系实际满足读者对象的多层次需要;既追求教材的理论深度与学术价值,又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性;它以灵活多样的体例形式阐释教材内容,既加强法学教材的多样化发展,又加强教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任,我们坚信“十一五”国家重点图书出版规划项目的出版,定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为权威法学教材品牌。

中国政法大学出版社

总 序

长期以来,由于大陆法系和英美法系法律渊源不同,法学教育模式迥异。大陆法系的典型特征是法律规范的成文化和法典化;而英美法系则以不成文法即判例法为其显著特征。从法律渊源来看,大陆法系以制定法为其主要法律渊源,判例一般不被作为正式法律渊源,对法院审判亦无约束力,而英美法系则以判例法作为其正式法律渊源,即上级法院的判例对下级法院在审理类似案件时有约束力。两大法系法律渊源的不同,导致归属于两大法系国家的法学教学存在较大差异。大陆法系国家的法学教育采用的是演绎法,教师多以法学基本概念和原理的讲解为主,即使部分采用了案例教学,也重在通过案例分析法律规定,而英美法系采用的是归纳法,判例就是法源,通过学习判例学习法学原理。

在我国,制定法为法律规范的主要渊源,长期以来,沿用大陆法系的演绎法教学模式。众所周知,法学是一门实践性、应用性很强的学科,法学教育的目标之一就是培养学生运用法学知识分析和解决实际问题的能力。为此,改变传统教学模式,引入理论和实践相结合的案例教学法成为必需。多年来,我校在这方面进行了有益的尝试和探索,总结了一套行之有效的理论和实务案例相结合的教学模式,深受学生欢迎。这套教学模式,根据大陆法系成文法的教学要求,借鉴英美法系的案例教学模式,将两大法系的教学方法有机地融为一体,既能使学生系统地掌握法学原理,又培养了学生分析和解决实际问题的能力。

为了及时反映我校法学教育改革的新成果,更好地满足法学教育的需要,我校组织编写了这套《新编法学核心课程系列教材》。这套教材具有如下特点:第一,覆盖面广。涵盖了现今主要的法学核心课程。第二,体例格式新颖。本套系列教材各章均按本章概要、学习目标、学术视野、理论与实务、参考文献的体例格式安排,这种体例兼顾了系统掌握法学理论和应用法学理论分析、解决实际问题能力的双重教学目标。第三,案例选择科学合理。主要表现为:一

是案例大多选自司法实践,具有新颖性和真实性;二是根据法学知识点的系统要求选择案例,具有全面性和典型性;三是反映理论和实务的密切联系,以案说法,以法解释法学知识和原理,理论与实务高度融合,相得益彰。第四,内容简洁。本丛书力争以简洁的语言阐述法学理论和相关问题,解析实例,说明法理,做到深入浅出,通俗易懂。第五,具有启发性。本套丛书所列学术视野,多为本学科的焦点和热点问题,可帮助学生了解学术动态,激发其学术兴趣;理论思考题可引导学生思考温习所学知识,启迪其心志。

《新编法学核心课程系列教材》吸收了国内外优秀学术成果,在理论与实践相结合的基础上,达到了理论性、实践性和应用性相统一。在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性和实用性,在内容上则反映了法学各学科的新发展和时代特征。总之,我真诚地希望这套丛书能成为广大学生和读者学习法学知识的新窗口,并愿这套系列丛书在广大读者和同行的关心与帮助下越编越好。

金国华

2010年10月28日

编写说明

《商法学》是根据教育部《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》的规定,针对大学本科法学专业的教学特点和人才培养目标,在借鉴、吸收商法实践和最新科研成果的基础上,由长期在高校从事商法教学和科研工作的老师精心编写而成,全书共设两编七章。

本教材全面、系统、科学地阐述了商法的基本理论和基本制度,主要包括商法原理、商法基本制度、公司法律制度、破产法律制度、证券法律制度、票据法律制度、保险法律制度等内容。

本教材吸收了国内外的优秀学术成果,在理论与实践相结合的基础上,达到理论性、实践性和应用性的有机统一。在理论上具有较强的系统性和概括性,在应用上具有针对性和实用性,在内容上则反映了商法学的发展和时代特征。此外,本教材在体例和结构上简洁、明了,具有一定的新意。

本书由主编侯怀霞设计、编写规划及要求并组织编写,各章撰稿人分工如下(以撰写章节先后为序):

侯怀霞:第一章至第四章;

殷慧芬:第五章;

王琳:第六章;

李寒劲:第七章。

编者

2010年10月

第一编 总 论

第一章 商法概述	3
第一节 商法的概念、调整对象及特征 / 3	
第二节 商法的法律地位 / 12	
第三节 商法的体系及渊源 / 20	
第四节 商法的基本原则 / 24	
第五节 商法的产生与发展 / 31	
第二章 商法基本制度	43
第一节 商事主体 / 44	
第二节 商行为 / 56	
第三节 商事登记 / 73	
第四节 商号 / 82	
第五节 商事账簿 / 91	

第二编 分 论

第三章 公司法律制度	105
第一节 公司法概述 / 105	
第二节 有限责任公司 / 115	
第三节 股份有限公司 / 132	
第四节 公司债券 / 152	
第五节 公司的财务会计制度 / 156	
第六节 公司的变更、解散及清算 / 158	
第七节 外国公司的分支机构 / 163	

第四章 破产法律制度	173
第一节 破产法概述 / 173	
第二节 破产申请及受理 / 183	
第三节 破产管理人 / 191	
第四节 债权人会议 / 196	
第五节 重整制度 / 203	
第六节 和解制度 / 210	
第七节 债务人财产 / 215	
第八节 破产宣告与清算 / 223	
第五章 证券法律制度	237
第一节 证券与证券法概述 / 238	
第二节 证券发行与上市制度 / 246	
第三节 证券交易制度 / 256	
第四节 证券市场主体 / 267	
第六章 票据法律制度	285
第一节 票据法概述 / 285	
第二节 票据法律关系 / 299	
第三节 票据权利 / 303	
第四节 票据行为 / 307	
第五节 汇票 / 313	
第六节 本票与支票 / 338	
第七章 保险法律制度	355
第一节 保险与保险法概述 / 356	
第二节 保险合同 / 378	
第三节 人身保险合同 / 392	
第四节 财产保险合同 / 402	
第五节 保险业法 / 415	

第一编 总 论

第一章

商法概述

【本章概要】商在不同的语境下，其含义各不相同，但总体而言，商的含义随着社会历史的发展变化而不断丰富。商法的概念有广义和狭义之分，狭义上的商法，又称形式意义上的商法，即指《商法典》，德国、法国及美国都制定有《商法典》，但其立法模式各具特色；广义上的商法，又称实质意义上的商法，是指调整商事关系的法律规范的总称，我国尚未制定《商法典》，随着我国市场经济的建立和发展，我国商事立法不断完善，已制定颁布大量的商事法律法规。关于商法的调整对象，无论是国内还是国外，学者之间多有争议，在国外，主要有两种观点：①认为商法的调整对象是商人或企业；②认为商法的调整对象是商行为。在我国，多数学者认为商法的调整对象是商事关系。商法的特征可以从不同方面加以概括，但其本质特征是营利性。商法的基本原则为自由交易、公平交易、便捷高效、保障安全等。关于商法的体系结构，我国学者基本达成共识，认为我国商法通常由商法基础理论、公司法、破产法、证券法、票据法、保险法、海商法构成。在传统商法中，商法的渊源主要为商事制定法、商事判例法、商事习惯法和商法学说。我国商法的渊源主要为制定法、司法解释、商事自治法等。在国外，商法学是一门古老的学科；在我国，商法学则是一门年轻的法学学科，其许多重大理论问题有待进一步探讨研究。

【学习目标】通过本章学习，重点把握如下内容：商的一般含义；商法的概念、特征及其调整对象；商法的独立性；商法的体系结构及其渊源；商法的分类；商法与邻近部门法的关系；确定商法基本原则的依据；商法的基本原则的具体内容；商法的历史沿革；当代商法发展的趋势。

第一节 商法的概念、调整对象及特征

一、商法的概念

（一）商的语源及含义

“商”一词在英语表达中，流通领域中的“商”被表述为“commerce”，而

与广义的“商”相对应的是“business”。“business”有两层涵义：从微观主体的角度，可以理解为企业的“商务管理”；从学科角度讲，就是“商科”的概念。法语中“商”表述为“commerce”，在德语中表述为“handles”，在拉丁语中表述为“commerium”，在日语中表述为“商业”。在古汉语中，商是一种计时单位，一刻称为一商；同时商还有“估量”、“推测”之义；此外商又跟量合用，成为“商量”，进而引申为协商之义。^{〔1〕}现代汉语词典对商有如下几种解释：①商量，为协商之义；②商业，指经商、通商；③商人，指从事各种商业活动的人。^{〔2〕}

对商的概念的界定，学界众说纷纭，莫衷一是。有学者认为，商的概念可以分为形式定义和实质定义两种。形式定义学说将“商”界定为介于生产者和消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需进行的行为。实质定义学说将“商”定义为“以营利为目的之事业或行为”。有学者认为，在现代社会，人们通常在不同层次上使用“商”一词，商的概念已经逐渐发展成为社会学、经济学、法学等多学科、多层次的概念。在社会日常生活用语中，人们除了在协商、商量等这样一些本义上使用商的概念外，通常还将各种形式的物的买卖活动、交易活动都视为商。在社会学意义上，商多指介于农、工业之间及农、工业等生产者与消费者之间，与农业、工业等相对应的一种社会分工，是社会职业的一种分类，是社会经济的一个部门。在经济学意义上，“商”被理解为沟通生产者与消费者的中间环节，是商品进入市场的流通行为，是产品从生产者手中流转 to 消费者手中的渠道、中介，是生产方式之一种。经济学上所说的“商”，主要是从狭义上来解释，即主要指商品在流通领域中的流转。法律意义上的商，是一种特指的经营行为。法律上考察商的含义重点在于其是否属于营利性活动以及从事这种营利活动的行为人是否具有法律上所赋予的能力。此外，商法学者们还对现代商法中的“商”的范围进行了界定，认为大致可以分为四种：第一种为“固有商”，是指直接媒介财货交易的基本商行为，主要包括商品交易、证券交易、票据交易以及海上交易等等；第二种为“辅助商”，也称第二种商，是指间接以媒介货物交易为目的的行为，它是使“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为，如货物运输、仓储保管、居间、行纪、包装、装卸等；第三种为“第三种商”，是指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商业条件的营业活动，如银行、融资、信托、承揽、制造、

〔1〕 范健主编：《商法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第6页。

〔2〕 参见《现代汉语词典》，商务印书馆1983年版，第1000页。

加工、出版、印刷、摄影等；第四种为“第四种商”，是指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、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐、信息咨询等。^{〔1〕}

综上所述，我们可以发现商是一个非常复杂的概念，从不同的角度去分析，其所展示的内容各不相同。商的概念起源于商品交换，原始的交流形态是以物易物的直接交换，而后发展成为以货币为媒介的简单商品流通。但此时的商品交换不是以营利为目的，所以不具有“商”的属性。第三次社会大分工以后，才有了“商”、“商人”、“商业”，此后的交换活动成为了以营利为目的的经营活动，商的本质才初露端倪。由于此时“商”的内涵和外延仅限于流通领域，所以是一种狭义上的商。

随着小商品生产发展成为社会大生产，生产的基本组织形式亦由原来的手工作坊为主发展成为现代企业为主的形式。由于企业的生产经营活动无不受到利润动机的驱使，所以，“生产”与“生产者”的涵义也发生了变化。手工作坊式的“小生产”与“生产者”不一定是以营利为目的，但是现代企业的生产或生产者却一定是以营利为目的的。所以，原来的“生产者”的概念已经不能涵盖企业的盈利性特征，“厂商”范畴便应运而生。“商”的涵义从此不再局限于流通领域。此后，流通领域的“商”又进一步分为批发商、零售商、经销商、代理商等，流通之外的整个社会经济活动过程中，出现了储运商、广告商、保险商、证券商等，“商”的概念的内涵、外延得到了极大拓展。现代意义上的“商”，可以归结为：一切以营利为目的的微观主体的所有经营活动，商亦即以营利为目的的经营活动的总称。此处，营利是商的目的及内涵所在，经营交易是商的手段和外延所在。

与商密切相关的另一概念是商事，作为营利性活动意义上的商，人们常常用商事一词来取代之，由此便出现了商和商事等同使用的现象。随着近现代商事规模的扩大、一个特殊的商人阶层的出现，尤其是在以调整商事交易主体和商事交易行为为内容的商法典和商事专门法规出现之后，商的概念从原先的约定俗成而嬗变为一个法定概念，商的概念也逐渐特指营利活动。由于商事是人们以商为媒介形成的社会关系，与商的概念相联系，我们可以将商事理解为以营利为目的的经营关系。在现代社会，随着交易主体、交易客体不断扩展，即从传统意义上的商人扩展到每一个商品持有者；从有形商品扩及于无形商品，从而使商的概念外延不断拓展，促使人们从更广泛的意义上理解商事这一概念。

〔1〕 顾功耘主编：《商法教程》，上海人民出版社2001年版，第4页。