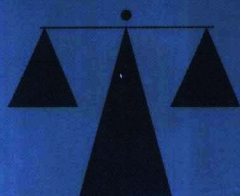




高等院校法律主干课程系列教材
云南省高校教材审定委员会审定

商法学

郑冬渝 主编



 云南大学出版社

高等院校法律主干课程系列教材
云南省高校教材审定委员会审定

商 法 学

主 编 郑冬渝
副主编 安树昆 穆美琼

 云南大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学/郑冬渝主编. - 昆明: 云南大学出版社,
2004

ISBN 7 - 81068 - 861 - 8

I. 商... II. 郑... III. 商法—法的理论—高等学校—教材 IV. D913.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 094728 号

书 名: 商法学

主 编: 郑冬渝

策 划: 蔡红华 邓立木 徐 曼

责任编辑: 祝万安

责任校对: 何传玉

整体设计: 丁群亚

出版发行: 云南大学出版社

社 址: 云南省昆明市翠湖北路 2 号云南大学英华园内 (650091)

发行电话: 0871 - 5033244

网 址: <http://www.ynup.com>

E-mail: market@ynup.com

印 装: 昆明益民印刷有限公司

开 本: 787 × 1092 (1/16)

印 张: 26.25

字 数: 469 千

版 印 次: 2004 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

书 号: ISBN 7 - 81068 - 861 - 8/D · 245

定 价: 38.00 元

高等院校法律主干课程系列教材

编委会名单

编委会主任：陈铁水 李申文

编委会委员：（按姓氏笔画排列）

安树昆	刘艺乒	孙仲玲
李希昆	张树兴	陈兴华
李云昭	周梁云	郑冬渝
罗 芸	施蔚然	耿 明
黄晓群	褚俊英	

编写说明

进入 21 世纪，我国的法治进程加快，社会主义市场经济法制体系逐步完善。云南省建设国际大通道和参与大湄公河流域合作开发，亟需大量的法律人才。云南省经济发展的同时，促进了云南省的法学教育也得到空前的发展，设置和开办法学专业的高校比 20 世纪时增加了数倍，办学规模、教师队伍、学生人数得以大幅增长。

教材是教学的基础，教材建设是学科建设的重要内容。为了适应云南省法学教育迅速发展对教材的需要，为了培养一批合格的法律专业人才，为了保障法治建设所需的人才质量，云南大学出版社决定规划和出版一套体现云南法学教学和教材编写水平的高质量法学教材，以供法学教育使用。于是，我们组织了云南大学、昆明理工大学、云南民族大学、云南师范大学、云南省委党校、云南警官学院、云南财贸学院等高校具有丰富教学经验的法学教师编写法学系列教材。参与编写本法学系列教材的教师，均从事法学教学或研究多年并有一定理论积淀；每部教材均由各学校的教授担任主编，并由其组成权威的编写队伍编写；编写体系完整，包括法学专业 14 门主干课程，以及各学科选修课程；编写内容既注重学科体系完整，基本概念、基本原理和基础知识清晰、正确，同时也注意吸收和采用近年的研究成果；编写风格体现出体系完整、简明扼要、深入浅出的特点。本套法学系列教材的服务对象主要为本科学生，也可作为专科学生的教材和研究生的参考书。

我们相信，云南大学出版社编辑出版的这套法学教材，对于提高云南省的法学教育水平，培养更多的合格法律人才具有积极的作用和深远的意义。同时，我们也衷心地希望本套法学教材能够满足学生的需要，夯实学生的基础理论，提高学生的专业知识水平，增强学生分析和解决问题的能力，使其最终成为合格的法律人才。

法学教材编委会

2004 年 5 月

前 言

本书根据 2004 年 8 月全国人大常委会通过的修改后的公司法、证券法、票据法编写。

商法是法学院校、经济院校、财经院校以及商学院学生的必修课之一。在市场经济进一步发达的条件下,在各种商事活动日益繁荣的社会中,在经济全球化的步伐日益加快的前提下,作为市场交易基本规则的商法,无疑有着举足轻重的重要作用。因而,学习和掌握商法的各种基本理论知识和操作实务,是上述院校学生适应社会发展、服务社会需要的当务之急。可以这样认为,没有商法知识,我们无法承认一个人或者一个企业能够驾轻就熟、从容自若地运筹经营,把握商机,应对各种商事竞争;没有商法知识,在市场经济活动中的思想和行为就很难避免狭隘性、短期性和盲目性,甚至陷入法律的误区。商法的理论知识和操作技巧,无论对个人还是对企业都不可缺少。基于此,我们组织了具有扎实法学理论功底和丰富商务实践经验的教师共同编撰了《商法学》,作为上述院校学生学习、掌握商法知识的必读教材。同时,本教材也可作为从事各类商事活动的经营者、管理者掌握和了解商法知识的学习资料。我们不敢说这是一本高质量、高水平的教材,但是我们可以说这是一本凝聚了作者研究心血、探索精神的系统性、新颖性、适用性、可读性较强的教材。我们的目的就是要让各类学习者在学习了本教材后,能够树立商法的基本理念,能够理解和掌握商法的基本知识和基本理论并有助于解决商事活动中碰到的各种问题。

我们深知,就我国目前情况而言,商事立法并不够完善,商法制度还不够健全,商法理论也有待于发展。但是,商事实践活动对商法理论指导的渴望,商法制度完善对商法理论支撑的需求,以及商法理论发展对理论探索的期待却不容我们等待和观望。相反,我们感到,此书的编撰出版正是一次展示商法前沿理论,繁荣商法学术研究,探寻商法发展规律,建构商法科学体系的尝试。编撰此书,我们的指导思想是,力求在本书中体现理论创新、体系科学、知识实用、内容系统、分析细微、语言生动的特点,因此,编撰此

书意味着我们要考虑以下诸多因素：该教材既要有系统性、完备性，又要有探索性、前瞻性；既要有科学性、适用性，又要有可读性、新颖性；既要注意传播商法知识的广博浩大，又要注意分析商法学理的精微慎密；既要对静态的商法特点进行科学阐释，又要对动态的案例典范进行入微剖析；既要立足国情，强调自己的特色和创新，又要放眼海外，吸纳他人的经验和精华；既要展示商法演变的历史，总结扬弃，又要剖析商法运用的现状，取长补短；既要批判否定，摒弃陈旧的理论观点，又要择善而从，广集新颖的真知灼见；既要百花齐放，又要求同存异；既要理论的引导，又要实证的启迪。从而使整部教材从内容上能够凸显商法的意义，法律的底蕴，文化的多元，历史的启迪，制度的创新，理论的精辟；从形式上能够体现教材的立体感，层次感，使教材显现理论厚重而不乏语言精确、内容广博而不乏分析细微之特点。

我们也必须承认，作者的理论水平和实践知识是有限的，对商法理论的认知和理解也各不相同，因此，我们不能否认本书可能存在的缺陷和不足，我们怀着虔诚的心情接纳读者的善意批评和指正，我们也诚恳请求读者对本书不成熟的思考和见解给予宽容和谅解。我们真心期望的是，本书对读者能有所帮助，使读者能够掌握一点“商事技术”和“法律武器”，我们就知足了。

本书的内容全部由具有硕士学位的教师承担。第一编由王昉撰写；第二编由穆美琼撰写；第三编由周珏撰写；第四编由丁明撰写；第五编由吴莹撰写；第六编由周芳撰写。全书体系设计，统稿由郑冬渝、安树昆共同完成。

本书的编撰和出版是和云南大学出版社的大力支持、关心和指导分不开的，在此表示深深的感谢。

郑冬渝

2004年7月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	(3)
第一节 商法的概念和特征	(3)
第二节 商法的基本原则	(8)
第三节 商法的调整对象	(13)
第四节 商法和其他法律部门的关系	(14)
第五节 商法的产生和发展	(17)
第二章 商主体	(23)
第一节 商主体概述	(23)
第二节 商主体的概念和特征	(26)
第三节 商主体的分类	(28)
第三章 商行为	(34)
第一节 商行为概述	(34)
第二节 商行为的分类	(36)
第四章 商事登记	(40)
第一节 商事登记概述	(40)
第二节 商事登记的内容	(44)
第三节 商事登记的程序	(51)
第四节 商事登记的效力及其监管	(54)
第五章 商 号	(59)
第一节 商号概述	(59)
第二节 商号的选定	(61)
第三节 商号的登记	(63)
第四节 商号权	(66)
第六章 商事账簿	(70)

第一节	商事账簿概述	(70)
第二节	商事账簿的分类	(73)
第三节	商事账簿的编制原则	(76)
第四节	商事账簿的法律效力	(79)

第二编 公司法

第七章	公司与公司法概述	(85)
第一节	公司的概念和特点	(85)
第二节	公司法的概念和特点	(89)
第三节	公司的分类	(91)
第八章	公司的设立制度	(96)
第一节	公司设立概述	(96)
第二节	公司设立的条件	(98)
第三节	公司设立的程序	(101)
第四节	公司的名称与住所	(105)
第五节	公司章程	(107)
第六节	公司的权利能力与行为能力	(111)
第九章	公司的资本制度	(114)
第一节	公司资本制度概述	(114)
第二节	公司的出资与转让	(117)
第三节	资本的增加和减少	(119)
第十章	股份与股票	(121)
第一节	股 份	(121)
第二节	股 票	(126)
第十一章	股东与股权	(132)
第一节	股 东	(132)
第二节	股 权	(135)
第十二章	公司的组织机构	(140)
第一节	公司组织机构概述	(140)
第二节	股东会	(144)
第三节	董事会	(149)
第四节	经 理	(153)
第五节	监事会	(155)

第十三章 公司的合并、分立、解散与清算	(157)
第一节 公司的合并与分立	(157)
第二节 公司的解散与清算	(162)

第三编 破产法

第十四章 破产法概述	(169)
第一节 破产与破产法	(169)
第二节 破产条件	(174)
第三节 破产案件的管辖	(177)
第十五章 破产程序规则	(180)
第一节 破产申请及其受理	(180)
第二节 破产和解和重整	(185)
第三节 债权人会议	(193)
第四节 破产宣告	(198)
第五节 破产清算	(202)
第六节 免责和复权	(210)
第十六章 破产实体规则	(214)
第一节 破产实体规则	(214)
第二节 破产犯罪	(229)

第四编 证券法

第十七章 证券法概述	(235)
第一节 证券概述	(235)
第二节 证券市场	(237)
第三节 我国证券法概述	(240)
第十八章 证券发行制度	(246)
第一节 证券发行制度概述	(246)
第二节 证券发行的条件和程序	(249)
第三节 证券承销制度	(257)
第十九章 证券交易制度	(261)
第一节 证券交易制度概述	(261)
第二节 证券上市	(263)
第三节 上市公司收购	(267)

第四节	持续信息公开	(270)
第五节	禁止的交易行为	(274)
第二十章	证券市场主体	(285)
第一节	证券交易所	(285)
第二节	证券公司	(294)
第三节	证券登记结算机构和证券交易服务 机构	(300)
第二十一章	证券市场的监督管理	(309)
第一节	证券市场监督管理概述	(309)
第二节	我国证券市场的监督管理制度	(312)

第五编 票据法

第二十二章	票据法概述	(321)
第一节	票据与票据法	(321)
第二节	票据关系与非票据关系	(323)
第三节	票据行为	(325)
第四节	票据权利	(329)
第五节	票据伪造与变造	(331)
第六节	票据丧失与失票救济制度	(332)
第七节	票据时效与利益返还请求权	(333)
第二十三章	汇 票	(338)
第一节	汇票概述	(338)
第二节	汇票的出票	(340)
第三节	汇票的背书	(341)
第四节	汇票的承兑	(344)
第五节	汇票的保证	(345)
第六节	汇票的付款	(346)
第七节	汇票的追索权	(348)
第二十四章	本票与支票	(351)
第一节	本 票	(351)
第二节	支 票	(352)

第六编 保险法

第二十五章	保险与保险法	(359)
第一节	保险概述	(359)
第二节	保险法概述	(362)
第二十六章	保险合同	(365)
第一节	保险合同概述	(365)
第二节	保险合同的主体和客体	(366)
第三节	保险合同的订立	(369)
第四节	保险合同的履行	(371)
第五节	保险合同的解释	(373)
第二十七章	财产保险	(375)
第一节	财产保险概述	(375)
第二节	财产保险的种类	(379)
第二十八章	人身保险	(385)
第一节	人身保险概述	(385)
第二节	人身保险的种类	(386)
第三节	人身保险合同的主要条款	(389)
第二十九章	保险业法	(392)
第一节	保险公司	(392)
第二节	保险业的监督管理	(397)
第三节	保险代理人与保险经纪人	(401)
参考书目		(404)

第 一 編

商法总论

第一章 商法概述

学习目的和要求：随着改革开放的进一步深入，市场经济体制的逐步完善以及加入 WTO 对规范我国市场法制环境的要求，作为市场交易基本法的商法在我国日益引起重视。在这样一种背景下，本章通过介绍商法的一般性理论，使初次学习商法课程的人能够对商法的概念、基本特征与原则，商法的调整对象，商法的法律地位，以及商法的历史沿革与发展有一定的了解，进一步树立和弘扬商法观念和商法意识，促进我国市场经济秩序的纯化与规范。

重点和难点：商法的特征和原则；商法的调整对象；商法与民法的关系。

第一节 商法的概念和特征

一、商的概念

商是商法的基石，商法基于对商的特定的理解，建立了商法的概念、规则、制度和体系。同时，“商”又是一个古老的用语，被多个学科在不同含义上使用。因此，学习和理解商法首先需要考察商在不同学科中的不同理解，从而准确界定商的法律概念。

从词源上考察，中文字义上的“商”，其内涵经历了一个逐渐演变的过程。在我国古代，生产力水平低，商品交换不发达，主要是采用以物易物的方式互通有无，来实现满足简单生活需要、维持生存的目的。这一时期，人们是在相互交换和互通有无的意义上使用商的概念。如“通财鬻货曰商”^①；“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓商”^②。这里的商仅指媒介货物直接交换的行为，不包含营利的含义。随着生产力的提高，剩余产品日益丰富，商品贸易不断发展，出现了一个以从事交易活动为职业，并从中获取一定利

① 《汉书·食货志》（下）。

② 《白虎通·商贾》。

益的商人阶层。这时，商逐步演变成一种以营利为目的的活动，其内涵更加丰富，不仅包含非营利的交换活动，也包含了以营利为目的的交易活动；商不仅指一种交易行为，有时也等同于“商人”概念，特指从事这一行为的人，如“盐商”、“布商”等。^①

经济学是从社会生产过程中不同经济活动及过程的角度概括“商”的意义，认为商指以营利为目的的直接媒介财货交易的行为，即介于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润的行为。^②这一概念只具有“商”的最传统的意义，通常称之为“买卖商”，也就是一般学者所称“固有商”，其范围要比法学上的“商”狭隘得多，明显滞后于市场经济发展的实践，不能满足商法制度的需要。

法学上的“商”也称“商事”，是对商事习惯和商事实践的法律概括，并随着商事发展而不断完善。现代社会中商品经济关系长足发展，商事的范围和种类也不断扩增，不再限于直接媒介交易的行为，而重点立足于商的营利目的以及商的主体资格——商事能力。^③

按照商法学界的通说，现代商法中商事的范围一般包含以下四种：

“第一种商”，又称“固有商”或“绝对商”，指直接媒介财货交易以及传统上被纳入基本商事活动的行为，如买卖交易、票据交易、交易所交易、海商海事活动等。

“第二种商”，又称“辅助商”，指间接媒介财货交易，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、代理、行纪、居间等。

“第三种商”，指非直接或间接以媒介货物交易为目的的行为，但其行为或为便利资金的融通，或与商品交易媒介行为有密切联系，如银行、信托、承揽运送、制造加工、出版、印刷、摄影等。

“第四种商”，指与媒介货物交易无任何关联，仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业，如广告宣传、保险、旅馆、饭店、旅游、信息咨询、娱乐业等。

二、商法的概念

由于商法自身的不断演变和学术道路上的差异，学者们对商法这一概念有着不同的理解，学术界关于商法形成了“商法”、“商事法”、“商业法”、

① 范健、王建文：《商法论》，26页，高等教育出版社，2003年版。

② 张国键：《商事法论》，第4页，台湾三民书局，1980年版。

③ 范健、王建文：《商法论》，第28页，高等教育出版社，2003年版。

“商人法”等称谓。

我国学者在改革开放之初曾从经济体制的角度划分商法和商业法，持商法存在于资本主义国家市场经济体制下、而商业法存在于社会主义国家计划经济体制下的观点。^① 这种观点随着我国市场经济体制建设的不断发展已经消失。有学者通过中外比较法的角度，考察相关外文词源，认为英美法中译为“商法”、“商事法”的 Commercial Law 与译为“商业法”的 Business Law 在英语中基本上是通用的，并无严格的界限，均指“通过公约、协议、国内或国际立法规定的调整商业事务中人际关系的法规总称”，只要与企业 and 经营有关的法就是 Business Law，反托拉斯法和税法也包括在内，和法学上的“商法”不一致。这是英美法不讲究部门划分的必然结果。

法国学者则从商法的历史发展角度将商法划分为“商人法”、“商业法”、“商法”三种类型，认为商法的演变说明了商法这三种类型间既存在着内在联系，同时又具有适应其各自社会经济条件的特质：“商人法”适应农业社会，调整各种手工业、商业活动；“商业法”适应和调整资本主义大工业生产阶段的活动；“商法”则适应市场经济模式下的社会。^②

目前，比较通用的称谓是“商法”或“商事法”，这两个称谓较好地反映了商法调整的法律关系性质。而关于商法的定义，有的学者从商事关系或商事活动的角度模糊地将商法定义为“调整商事关系的”或“调整商事活动的”“法律规范的总称”；^③ 有的学者进一步细化商事关系，将商法定义为“规范现代市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）法律规范的总称”；^④ 有的学者力求清晰提示商法的基本内涵和本质特征，将商法定义为“规制营利性主体的经营性活动，调整由其所生的商事关系的法律规范的总称”；^⑤ 还有学者将商事关系主体范围进一步扩大，认为商法是“调整商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系即商事法律关系的法律规范的总称”。^⑥

按照我国学者的通常看法，从商法的表现形式理解商法的概念，可以将商法划分为形式意义的和实质意义的商法。形式意义的商法指采民商分立立

① 任先行、周林彬：《比较商法导论》，第14页，北京大学出版社，2000年版。

② [法]克洛德·商波：《商法》，刘庆余译，商务印书馆，1998年版。转引自范健、王建文著：《商法论》，第31页，高等教育出版社，2003年版。

③ 覃有土主编：《商法学》，第2页，中国政法大学出版社，1999年版；赵中孚主编：《商法总论》，第3页，中国人民大学出版社，1999年版。

④ 徐学鹿主编：《商法教程》，第1页，中国财政经济出版社，1997年版。

⑤ 董安生：《中国商法总论》，第6~7页，吉林人民出版社，1994年版。

⑥ 范健、王建文著：《商法论》，第37页，高等教育出版社，2003年版。