



高等院校法学专业教材

ShangFa Xue

商 法 学

◆ 主编 王远明 甄 峰



湖南人民出版社

湖南大学出版社



高等院校法学专业教材

Shangfa Xue

商 法 学

主 编 王远明 甄 峰

副主编 万可佳 彭熙海

编写者 (以撰写章节先后为序)

王远明 刘胜兰 甄 峰

喻明峰 彭熙海 曾 辉

周四新 万可佳 刘湘平

湖南人民出版社

湖南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法学/王远明,甄峰 主编. —长沙:湖南人民出版社,
湖南大学出版社,2003.1

ISBN 7-5438-2734-4

I. 商... II. ①王...②甄... III. 商法-法的理论
IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 062295 号

商 法 学

Shangfa Xue

王远明 甄 峰 主编

☐责任编辑 戴 军

☐装帧设计 陈 新 张 毅

☐出版发行 湖南人民出版社 湖南大学出版社

社址 长沙市展览馆路 66 号 邮码 410005

电话 0731-4439697 0731-2233872

☐经 销 湖南省新华书店

☐印 装 湖南望城湘江印刷厂

☐开本 720×960 16 开 ☐印张 24 ☐字数 427 千

☐版次 2001 年 8 月第 1 版 ☐2003 年 1 月第 1 版第 3 次印刷

☐印数 8 001—18 000 册

☐书号 ISBN 7-5438-2734-4/D·387

☐定价 36.00 元

(图书凡有印装差错,请向承印厂调换)

主编简介

王远明 男，教授，硕士研究生导师，现任湖南大学法学院副院长，湖南大学学位委员会委员，农工民主党湖南省委法制委副主任，湖南省监察厅特邀监察员，湖南省诉讼法学研究会副会长，长沙仲裁委员会仲裁员。从事经济法、商法等领域的教学与研究工作，近年来主持省部级课题项目 5 项，出版著作、教材 8 部，发表论文 30 余篇，获社会科学成果奖 6 项，其中省部级奖 2 项。

甄峰 男，湖南永州人，湖南商学院法学系教授，兼任湖南省法学会理事，湖南省经济法、民法研究会常务理事。主要论著有：《经济法概论》（合著）、《公民常用法律知识》（主编）、《国有企业破产预防制度初探》、《社会主义市场经济中的商法探析》、《略论我国商法》、《论特区的商事法律调整》、《民营经济的内涵及其法制化思考》、《论公司收购要约规则》等。

出版说明

中国共产党十一届三中全会以来，我国实行改革开放的政策，不仅经济建设进入了一个高速发展时期，而且迎来了法学教育和法学研究的春天。1997年9月召开的中国共产党第十五次全国代表大会，提出了建设社会主义法治国家的伟大目标，明确规定了依法治国的基本方略。法治建设的新形势，对法治人才的培养、对法学教育和法学研究均提出了新的要求。在法学教育中有一项十分重要的工作，那就是必须根据司法实践中发现的新问题和法学理论研究的新发展，根据法律的立、废和修订适时地修订、更新法学教材，使法学教材更好地为法学教育服务，为指导司法实践服务，为培养更多更好的法治人才服务。根据中华人民共和国教育部高等教育司“全国高等学校法学专业核心课程教学的基本要求”，湖南人民出版社与湖南大学出版社在各高等院校的支持下，于2000年夏初决定联合出版一套高等院校法学专业教材。参加这套教材组织、编写工作的单位有：

湘潭大学

湖南大学

湖南师范大学

中南大学

湖南政法管理干部学院

湖南商学院

中南林学院

湖南公安高等专科学校

湖南税务高等专科学校

湖南财经高等专科学校

经过各高校有关同志协商，大家推选出十几位学术水平高、科研能力强、在专业领域具有较大影响的教授、研究员分别担任法律专业14门核心课程教材的主编，并推选出一批参编人员。大家还一致同意，这套教材实行主编负责制，由各门课程教材主编分别对本书的内容和质量负责。

这套教材坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论为指导，力求理论紧密联系实际，力求全面、系统且重点突出地介绍我国法学的基本理论、基

本观点和基本知识，力求内容的科学性、准确性、实践性、逻辑性和稳定性，同时也要努力反映司法实践中出现的新问题，反映法学研究中的新成果，反映最新的立法和最新的司法解释，并且在理论体系和结构上力求有所创新，文字简明流畅，可读性强。

这套教材主要适合于全日制高等学校法律专业教学之用，亦适合于法律专业本科和专科自学考试者作自学教材，同时亦适合政法干警和社会各界法学爱好者自学之用。

这套教材在筹划、编写过程中得到湖南省教育厅和有关高校的高度重视和大力支持，参编的各位专家、学者为这套教材的出版付出了大量心血，我们谨致以衷心的感谢！

湖南人民出版社
湖南大学出版社
2001年7月于长沙

目 录

第一编 商法总论

第一章 导论	(3)
一 商法的定义与特征	(3)
二 商法的源起与发展	(8)
三 商法的地位	(11)
四 商法的基本原则	(14)
第二章 商事法律关系	(20)
一 商事法律关系的概念与分类	(20)
二 商事法律关系的构成	(21)
第三章 商事主体	(24)
一 商事主体的概念和特征	(24)
二 商事主体的能力	(26)
三 商事主体的分类	(27)
第四章 商事行为	(32)
一 商事行为的法律界定	(32)
二 商事行为的分类	(34)
三 商事行为的效力及其限制	(36)
第五章 商事代理	(41)
一 商事代理概述	(41)
二 代理商	(46)
第六章 商事登记	(50)
一 商事登记的概念和特征	(50)
二 商事登记的种类	(51)
三 商事登记的基本程序	(53)
四 商事登记的效力	(57)
五 商事登记的监督与管理	(58)

第二编 商事主体法

第七章 公司法概述	(63)
一 公司概况	(63)
二 公司法概述	(68)
三 公司的设立与解散	(72)
四 公司的权利能力和行为能力	(75)
五 公司的法人财产权与股东权	(78)
六 公司章程	(81)
七 公司的财务与会计	(84)
第八章 有限责任公司	(90)
一 有限责任公司概述	(90)
二 有限责任公司的设立与出资	(93)
三 有限责任公司的组织机构	(97)
四 国有独资公司	(103)
五 其他有限责任公司	(105)
第九章 股份有限公司	(109)
一 股份有限公司概述	(109)
二 股份有限公司的设立	(111)
三 股份有限公司的资本与股份	(115)
四 股份有限公司的组织机构	(120)
五 上市公司收购	(125)
第十章 合伙企业法	(130)
一 合伙企业与合伙企业法	(130)
二 合伙企业的设立与合伙企业财产	(132)
三 合伙企业的事务执行	(134)
四 合伙企业与第三人的关系	(134)
五 合伙人的权利义务	(135)
六 合伙企业的入伙、退伙、解散、清算	(136)
七 违反《合伙企业法》的法律责任	(138)
第十一章 个人独资企业法	(140)
一 概述	(140)
二 个人独资企业的设立	(142)
三 个人独资企业的投资人及事务管理	(143)
四 个人独资企业的权利义务	(147)

五 个人独资企业的解散和清算·····	(148)
六 法律责任·····	(150)

第三编 破产法

第十二章 破产法概述·····	(155)
一 破产制度与破产法·····	(155)
二 破产法的历史沿革·····	(157)
三 破产法的基本原则·····	(161)
四 破产条件与破产案件管辖·····	(162)
第十三章 破产程序·····	(167)
一 破产案件的申请和受理·····	(167)
二 债权人会议·····	(170)
三 破产和解与整顿·····	(172)
四 破产宣告与破产结算·····	(174)
第十四章 破产法实体制度·····	(180)
一 破产财产·····	(180)
二 破产债权·····	(181)
三 破产抵销权·····	(183)
四 别除权·····	(186)
五 破产变价与分配·····	(187)

第四编 票据法

第十五章 票据法概述·····	(193)
一 票据与票据法·····	(193)
二 票据上的法律关系·····	(197)
三 票据行为·····	(200)
四 票据权利·····	(202)
五 票据的抗辩·····	(204)
六 票据伪造与变造·····	(206)
七 票据的丧失·····	(207)
第十六章 汇票·····	(210)
一 汇票概述·····	(210)
二 汇票出票·····	(212)
三 汇票背书·····	(214)
四 汇票承兑·····	(216)

五 汇票保证·····	(218)
六 汇票付款·····	(219)
七 汇票追索·····	(221)
第十七章 本票与支票 ·····	(225)
一 本票·····	(225)
二 支票·····	(228)

第五编 证券法

第十八章 证券法概述 ·····	(235)
一 证券概述·····	(235)
二 证券发行·····	(237)
三 证券上市·····	(245)
四 信息披露制度·····	(249)
第十九章 证券交易的法律规则 ·····	(258)
一 证券交易概述·····	(258)
二 证券交易中欺诈行为的禁止及法律责任·····	(266)
第二十章 证券监管机关与证券经营机构 ·····	(275)
一 证券监管机关·····	(275)
二 证券经营机构·····	(283)
第二十一章 证券投资基金 ·····	(289)
一 证券投资基金概述·····	(289)
二 证券投资基金的运作及其规范·····	(292)

第六编 保险法

第二十二章 保险法概述 ·····	(305)
一 保险概述·····	(305)
二 保险法概述·····	(308)
第二十三章 保险合同法 ·····	(312)
一 保险合同法概述·····	(312)
二 财产保险合同·····	(317)
三 人身保险合同·····	(318)
第二十四章 保险业法 ·····	(321)
一 保险组织法律制度·····	(321)
二 保险经营规则·····	(326)

第七编 商事仲裁

第二十五章 商事仲裁概述·····	(335)
一 商事仲裁的概念与特征·····	(335)
二 商事仲裁的原则和制度·····	(338)
第二十六章 国内商事仲裁·····	(343)
一 仲裁机构·····	(343)
二 仲裁协议·····	(346)
三 仲裁程序·····	(350)
第二十七章 涉外商事仲裁·····	(356)
一 涉外商事仲裁的概念和特征·····	(356)
二 涉外仲裁机构及其管辖·····	(357)
三 简易仲裁程序·····	(360)
四 涉外商事仲裁裁决的承认与执行·····	(362)
后 记·····	(367)

第一编

商法总论

第一章 导论

一 商法的定义与特征

(一) 商法的定义

商法，又称商事法。从一般意义上来说，商法是调整商事关系的法律规范的总称。具体来说，商法是调整商事主体和商事行为的法律规范的总称。

对商法某些分类的了解，有助于我们进一步理解商法的定义。根据商法的表现形式，商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。

1. 形式意义上的商法

形式意义上的商法，是指以“商法典”命名的制定法。形式意义上的商法着眼于法律规范的表现形式和法律的编纂结构。^①主张民商分立的国家，均在民法典之外，依法定程序制定独立存在、自成体系的商法典。主张民商合一的国家和地区则没有形式意义上的商法。形式意义上的商法的内容一般包括：商法的一般规则、公司、破产、票据、保险、海商等制度。据不完全统计，世界上大约有包括法国、德国、日本、意大利、比利时、西班牙、葡萄牙在内的 40 多个国家制定了形式意义上的商法典。关于商法典，世界上存在三种立法编制体例：①以法国 1807 年商法典为代表的编制体例，将商法典分为四编：通则、海商、破产、商事法院。②以德国 1900 年商法典为代表的编制体例，也将商法典分为四编：总则、商事公司及隐名合伙、商行为、海商。日本在借鉴德国商法典编制体例的基础上，将商法典分为五编：总则、公司、商行为、票据、海商。③以美国统一商法典为代表的编制体例，将商法典分为十编：总则、买卖、商业票据、银行存款及收款、信用证、大宗转让、仓单提单及其他所有权凭证、投资证券、担保交易、附则。

2. 实质意义上的商法

实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。实质意义上的商法着眼于规范的性质，包括各种以商事为规范对象的法律法规，不论

^① 赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 4 页。

该法律规范以“商事”命名或不以“商事”命名。实质意义上的商法的形式包括有关商事的专门法规，散见于民法、行政法和其他部门法中的有关商事的规定以及有关的判例规则等。形式意义上的商法只存在于采取民商分立立法模式的国家中，但是无论是采取民商分立立法模式的国家，还是采取民商合一立法模式的国家，都存在实质意义上的商法。也就是说，在市场经济条件下，一个国家可能没有形式意义上的商法，但不可能没有实质意义上的商法。

实质意义上的商法如何认定，商法学界还没有达成共识。主要的观点有三种：第一种，商法即商业法，是调整商品流通关系的法律规范的总称。商法的内容包括商业的地位、性质、任务、国家对商业活动的领导和监督等。此种观点实际上将商法的一部分——商业法理解为商法之全部内容，将商法的调整范围局限在买卖领域，并强调国家对商业活动的行政干预，反映了高度集中的计划经济体制下对商事的狭隘认识。第二种，商法即企业法，是调整企业关系的法律规范的总称。商法的调整的内容包括企业主体、企业设施、企业组织、企业活动样态等企业关系。日本现代商法学者多持此种观点。第三种，商法即商事法，是调整商事关系的法律规范的总称。也就是说，凡是调整商事关系的法律规范，包括各种法律法规、判例、习惯等，都属于实质意义上的商法范畴。这种观点对实质意义上的商法之精神概括得最为全面，为许多学者所认同。

我国没有形式意义上的商法，但实质意义上的商法是存在的。《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》、《保险法》、《破产法》等就是我国目前最重要的商事单行法，此外还有关于商事登记等方面的法规以及其他法律部门中有关商事的规定，它们共同构成我国实质意义上的商法体系。

按照学术上的归纳，实质意义上的商法又包括广义的商法和狭义的商法。广义上的商法包括国际商法和国内商法两种。国际商法是指国际法上关于商事的规定，例如，有关海事、票据、商品买卖、商品运输等商事的统一国际公约以及其他国际间共同遵守的商事习惯法。国内商法是关于国内商事的法规，它又由商公法和商私法构成。商公法，是指公法上有关商事的规定，例如宪法、行政法、刑法、各类诉讼法中有关商事的规定均属于商公法；商私法，是指私法上有关商事的规定，例如采取民商分立体制国家的商法典，英美法系国家的商事习惯法，采取民商合一体制国家的民法典内的商事规定，关于商事的特别法，有关商事的民事习惯法等。狭义的商法则专指国内商法中的商事私法。从现代各国商法的发展来看，商法日益表现出国际性规范与国内规范、公法规范与私法规范交错融合的趋势，要严格区分国际商法与国内商法、商公法与商私法绝非易事。因此，近代以来的商法学者在

强调狭义商法的同时,也很关注商法的国际性和公法性内容。

(二) 商法的特征

1. 商法的兼容性

(1) 公法与私法相融合。

按照传统的法学观念,商法与民法一样,属于私法的范畴。而宪法、刑事、行政法、各类诉讼法则属于公法的范畴。应该说,商法的私法性是很明显的,商法主要调整个人(包括自然人和法人)之间的利益关系,旨在调节、保护商事主体的财产权益,这正是私法存在的意义。商事法的主体部分是私法,这是没有疑问的。

但如前所述,广义的商法包括商事公法和商事私法。从本质上来说属于私法的商法,其中也不乏公法的规定。换句话说,现代各国的商事法虽然以私法规定为中心,但为了保障私法规定的实现,商事法中同时拥有许多具有行政法、刑法性质的公法条款。例如,公司法中关于公司登记、公司组织形态及其变更、公司章程的法定记载事项等规定;保险法中的责任准备金、再保险、保险业的监管等规定;破产法中的破产财产范围、债务清偿顺序等规定;以及公司法、破产法、保险法、票据法中的罚责条款等等,都属于公法性质的规定。

(2) 组织法与行为法相融合。

商事组织是商事交易的基础,商事交易则是商事组织设立的目的。商事组织和商事交易均为商法的规制对象,这样商法就既具有组织法的一面,又具有行为法的一面。前者,如公司法、证券法、海商法、保险法的部分规定;后者,如证券法、海商法、保险法的大部分规定。组织法与行为法的组合,构成商法的一个显著特征。

(3) 任意法与强制法相融合。

商法既然以私法规定为其中心,其中必然有大量的任意性规范,主要体现在商事行为法方面。商法对于商事行为的规定,多采任意性规范,注重当事人行为自由,这是因为商事交易讲求简便、迅速、灵活。例如,保险法中关于保险特约条款的订立,海商法中关于船舶所有权及共同海损的计算,海上运输合同当事人责任的约定,都可以依当事人的意思而自行订定。另一方面,商法也有不少强制性规范,主要体现在商事组织法方面。商法对于商事组织的规定,一般采取严格主义,不允许当事人自由选择。因为营业组织是否健全、确实,直接影响到商事交易的安全和社会的公共秩序,所以应由法律严格规定。例如商业登记、公司机关的设置等,都由商法直接规定,而不依当事人的意思而定。

正因为商法具有任意法与强制法相融合的特征,德国商法学家德恩

(Dahn) 于是评论说：商法是一切法律中最为自由的，同时又是最为严格的^①。

2. 商法的营利性

营利可以说是商的本质。商事主体具有谋利、趋财的特征，讲求商业价值，谋求投资回报，其从事商事活动，直接和主要目的在于营利，并且追求利益最大化。因此，商法作为规范商事主体和商事行为的法，从其产生之日起就具有营利性的特征。商法的营利性并不表现为指导人们如何营利，而是规范以营利为目的的行为，保护正当营利。例如，各国商法关于商业账簿制度、商业财产制度的一般规定，有关买卖、票据、证券、保险等特别法的某些规则，都考虑到商事活动的营利性。另外，商法为促进商事交易的迅速、高效、公开而作出的种种规定，都从不同的角度反映商法强调营利的目的和强调经济效益的价值取向。

营利性是商法对商品经济、市场经济的客观反映，没有商法对商事主体营利行为的规范和保护，就不会有商品经济、市场经济的发展和人类物质文明的进步。但是需要注意的是，商法保护的是通过正当、合法的途径获取经济利益，而不是不择手段的谋利。商法讲求诚实信用，采取不正当竞争手段或非法竞争手段获得营利，是商法所禁止的。

3. 商法的技术性

从社会学的角度观察，法律条款包括伦理性条款和技术性条款。商法要准确地反映商品经济的客观规律，就必须具有可操作性和技术性，商事规范不仅要作定性的规定，而且要做定量的规定。特别是现代商事交易中更多地融入了先进的科学技术，这使得商法的内容具有极强的技术性，与民法、刑法偏重于伦理性规范的特点有很大区别。当然，商法也要求人们具有诚实信用的道德观念和商业信用，但商法更要求人们具有精确、缜密的经济、技术知识和思维。^②

商法的技术性既表现在其组织法中，又表现在其行为法中。例如，公司法中关于公司机构会议的召集程序以及议事方法、公司董事和监事的选举、公司募集股票和债券的程序、公司会计等规定；票据法中关于票据性质、票据行为、票据抗辩、票据追索等规定；保险法中关于损害赔偿的规定，人寿保险的保险金计算等规定；海商法中关于共同海损、船舶碰撞、理算规则等，都是技术性色彩非常强烈的规范。

① 张国键：《商事法论》，台湾三民书局 1980 年修订版，第 24 页。

② 赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 21 页。