



教育部人才培养模式改革和开放教育试点法学教材

SHANG

FA

商 法

● 主编 王卫国

中央广播电视大学出版社

教育部人才培养模式改革和开放教育试点法学教材

商 法

主编 王卫国

中央广播电视大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法/王卫国主编. —北京: 中央广播电视大学出版社,
2001.2

ISBN 7-304-02019-9

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 06060 号

版权所有, 翻印必究。

商 法

主编 王卫国

出版·发行: 中央广播电视大学出版社

电话: 发行部: 010-68519502 总编室: 010-68182524

网址: <http://www.crtvup.com.cn>

地址: 北京市海淀区西四环中路 45 号

邮编: 100039

经销: 新华书店北京发行所

策划编辑: 徐东丽

封面设计: 马增千

责任编辑: 商恩礼

印刷: 北京集惠印刷有限公司 印数: 130001~141000

版本: 2001 年 1 月第 1 版 2004 年 2 月第 11 次印刷

开本: B5 印张: 24.5 字数: 438 千字

书号: ISBN 7-304-02019-9/D·188

定价: 31.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前言

广播电视大学自1979年创建至今已有20多年，为国家培养了几十万法律专业高等专门人才。1999年为适应我国社会经济发展，建设社会主义法治国家的需要，教育部现代远程教育工程，中央广播电视大学“人才培养模式改革与开放教育试点”项目，作为国家的重点科研课题正式启动，法学专业本科人才培养模式改革与开放教育试点是该项目的重要组成部分。为了实现教育资源的优化配置，中央广播电视大学和中国政法大学合作推出了法律专业专科起点的本科教育，同时邀请了北京大学、中国人民大学等部分高等学校的专家参加教学资源建设。

为了更好地探索现代远程开放教育规律，充分体现学生自主学习的特点，中央广播电视大学结合20多年办学经验，从教材的体例、版式设计上作了改革，以适合学生的学习。在内容上力求反映应用性的特点，使学生掌握本学科的基本概念和理论体系，具有分析问题和解决问题的能力，培养其自学能力和认识事物的创新能力，以满足人才培养模式改革和开放教育的需求。在建设文字教材的同时，我们还根据远程开放教育的特点，辅之以录音、录像、CAI、网络课件等学习材料，为学习者提供学习支持服务。本教材为中央广播电视大学实施教育部“人才培养模式改革和开放教育试点”项目法学专业系列教材。

该系列教材分别由中央广播电视大学出版社、中国政法大学出版社等出版社出版。在教材建设过程中，我们得到了中央广播电视大学、中国政法大学、北京大学、中国人民大学、清华大学、中国人民公安大学、中央民族大学、对外经济贸易大学、中国社会科学院法学研究所、国家法官学院等十几家高等院校、法学研究机构、国家司法机关的有关专家、学者的大力支持，在此表示衷心感谢。

法学教材编委会

目 录

第一章 商法总论

第一节 商法的概念	(1)
一、商法的调整对象	(1)
二、商法与民法、经济法的关系	(6)
第二节 商法的历史沿革	(10)
一、大陆法系	(10)
二、英美法系	(12)
三、中国	(13)
第三节 商法的一般原则	(14)
一、强化企业组织	(14)
二、提高经济效率	(16)
三、维护交易公平	(19)
四、保障交易安全	(21)
思考题	(23)

第二章 公司法

第一节 公司与公司法	(24)
一、公司概述	(24)
二、公司法概述	(30)
第二节 公司基本财产制度	(31)
一、公司资本制度	(31)
二、公司财务制度	(33)
三、公司对外投资制度	(36)
四、公司债券制度	(37)
五、公司公积金制度	(40)

第三节 公司法人治理结构	(41)
一、公司法人治理结构概述	(41)
二、公司的权力机构	(42)
三、董事会	(45)
四、公司的经营管理机构	(50)
五、公司监事会的职能及法律责任	(51)
六、公司的民主管理制度	(53)
第四节 公司的设立、变更和终止制度	(53)
一、公司设立制度	(53)
二、公司的合并与分立制度	(58)
三、公司的解散和清算制度	(59)
第五节 有限责任公司	(61)
一、有限责任公司的设立	(61)
二、有限责任公司的组织机构	(64)
三、国有独资公司	(67)
第六节 股份有限公司	(69)
一、股份有限公司的概念	(69)
二、股份有限公司的设立	(70)
三、股份有限公司的组织机构	(73)
四、股份有限公司的股份发行和股份转让	(77)
五、上市公司	(80)
思考题	(81)

第三章 合伙企业法

第一节 合伙企业概述	(89)
一、合伙的概念	(89)
二、合伙企业的概念	(95)
第二节 合伙企业的设立	(97)
一、合伙企业的设立条件	(97)
二、合伙企业的设立登记	(102)
三、合伙企业分支机构	(104)
第三节 合伙企业的内部关系	(105)

一、合伙企业的财产·····	(105)
二、合伙企业的事务执行·····	(107)
三、合伙企业的分配·····	(109)
第四节 合伙企业的外部关系·····	(110)
一、合伙人对外行为的效力·····	(110)
二、合伙企业和合伙人的债务清偿·····	(112)
第五节 合伙企业的变更·····	(114)
一、新合伙人入伙·····	(115)
二、合伙人退伙·····	(115)
三、合伙人出资份额转让·····	(118)
第六节 合伙企业的解散和清算·····	(119)
一、合伙企业的解散·····	(119)
二、合伙企业的清算·····	(119)
思考题·····	(120)

第四章 破产法

第一节 破产法总论·····	(124)
一、破产的概念·····	(124)
二、破产制度的意义·····	(126)
三、我国的破产法律规范·····	(134)
四、破产法的适用范围·····	(136)
五、破产原因·····	(136)
六、破产案件的管辖·····	(138)
七、破产案件中的裁定和公告·····	(138)
八、破产法对企业职工的保护·····	(139)
第二节 破产案件的申请和受理·····	(140)
一、破产案件的申请·····	(140)
二、破产案件的受理·····	(143)
三、债权申报·····	(146)
四、破产无效行为·····	(148)
第三节 债权人会议·····	(151)
一、债权人会议的法律地位·····	(151)

二、债权人会议的组成和职权	(153)
三、债权人会议的召开	(155)
四、债权人会议的议决程序	(157)
第四节 破产宣告和破产清算	(158)
一、破产宣告	(158)
二、破产清算组	(161)
三、破产财产	(162)
四、破产债权	(165)
五、破产抵消权	(168)
六、别除权	(170)
七、破产费用	(173)
八、破产变价和分配	(173)
九、破产程序的终结	(175)
第五节 和解程序	(176)
一、和解概述	(176)
二、和解的程序规则	(180)
第六节 重整程序	(184)
一、重整制度概述	(184)
二、新破产法草案的重整程序概要	(191)
思考题	(194)

第五章 票据法

第一节 票据法概述	(197)
一、票据	(197)
二、票据法	(202)
三、票据法律关系	(204)
四、票据行为与票据权力	(208)
五、票据的伪造、变造和涂销	(210)
六、票据抗辩	(211)
七、空白票据	(211)
八、票据丧失与补救	(212)
第二节 汇票	(212)

一、汇票的概念和种类·····	(212)
二、出票·····	(213)
三、背书·····	(218)
四、承兑·····	(228)
五、保证·····	(233)
六、付款·····	(238)
七、追索权·····	(243)
第三节 本票·····	(247)
一、本票的特别规则·····	(247)
二、本票适用汇票的有关规定·····	(254)
第四节 支票·····	(255)
一、支票的特别规则·····	(255)
二、支票适用汇票的有关规定·····	(267)
三、支票、汇票与本票之比较·····	(268)
思考题·····	(269)

第六章 证券法

第一节 证券法概述·····	(272)
一、证券·····	(272)
二、证券法·····	(276)
第二节 证券发行·····	(281)
一、证券发行注册制·····	(282)
二、证券发行核准制·····	(284)
三、信息公开制度·····	(286)
第三节 证券交易制度·····	(290)
一、证券交易的方式·····	(290)
二、证券上市·····	(292)
三、上市公司的收购·····	(297)
四、禁止的交易行为·····	(302)
第四节 证券商制度·····	(308)
一、证券商的概念和种类·····	(308)
二、证券商与投资者的法律关系·····	(311)

三、证券登记结算与交易服务机构·····	(312)
四、证券业协会·····	(318)
第五节 证券交易所·····	(320)
一、证券交易所的概念、特征和历史·····	(320)
二、证券交易所的设立和组织形式·····	(323)
三、场外交易场所·····	(326)
第六节 证券交易管理体制·····	(329)
一、各国证券管理体制比较·····	(329)
二、我国现行证券管理体制·····	(332)
思考题·····	(334)

第七章 保 险 法

第一节 保险法概述·····	(338)
一、保险的性质·····	(338)
二、保险制度·····	(340)
三、《保险法》及其主要原则·····	(341)
第二节 保险公司·····	(344)
一、保险公司的设立、变更和清算·····	(344)
二、保险公司的组织·····	(349)
三、监督管理·····	(349)
四、保险公司的业务范围和经营规则·····	(351)
第三节 保险代理·····	(354)
一、保险代理人·····	(354)
二、专业代理人·····	(354)
三、兼业代理人·····	(355)
四、个人代理人·····	(355)
第四节 保险合同·····	(356)
一、保险合同概述·····	(356)
二、保险合同的主要内容·····	(357)
三、无效保险合同·····	(359)
四、保险合同的变更和解除·····	(360)
五、索赔和理赔·····	(362)

六、保险欺诈及其法律后果.....	(363)
第五节 财产保险.....	(363)
一、财产保险概述.....	(363)
二、财产保险的程序.....	(366)
三、保险事故的处理.....	(368)
四、机动车辆保险.....	(370)
第六节 人身保险.....	(372)
一、人身保险概述.....	(372)
二、人身保险合同.....	(374)
思考题.....	(377)

第一章 商法总论

学习提示

教学重点:

商法的调整对象和一般原则。

教学要求:

1. 了解商事关系的内容及相关的商人、商行为的概念。
2. 掌握民法、商法和经济法的关系,尤其要注意商法与民法的区别以及经济法对商法的影响,明确商法在我国市场经济法律体系中的地位。
3. 掌握现代商法发展的一般趋势,注意把握商法发展与市场经济之间的联系。
4. 掌握现代商法的一般原则,结合商法的性质和特点,理解现代市场经济对商法提出的要求。

第一节 商法的概念

一、商法的调整对象

(一) 商事关系

商法,又称商事法,是指以商事关系为调整对象的法律规范的总称。所谓商事关系,大体上说,就是一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系。它主要包括两部分,一是商事组织关系,二是商事交易关系。商事组织就是人们为从事商品生产和交换而结成的经济实体。商事交易就是商事组织以及其他

人在市场领域从事的各种经营活动。

一国商法之有无及其发展程度，取决于该国社会经济生活中商事组织和商事交易的发展水平。这种发展水平主要表现为商事组织定型化、准则化和商事交易专门化、技术化的程度。例如，在现代发达国家，公司、合伙、独资等企业组织都有确定的组织形式和内外关系准则，对于票据、保险、证券这样的交易活动都有大量特殊的操作程序和复杂的行为规范。另外，对于破产、重整这样的与商事组织和商事交易密切相关的特殊事件，也需要专门的程序和实体规则加以调整。

（二）商人和商行为

按照大陆法系的传统概念，商事关系的主要标志为商事主体，包括公司法人、非公司法人、合伙组织等主体，简称“商人”和商行为。商人和商行为是两个密切联系，互为衍生的概念。以商人为出发点，规定须商人所为的营业行为方为商行为的，称为主观说，德国商法采用此说。反之，以商行为为出发点，规定从事商行为之人即为商人的，称为客观说，法国商法采用此说。若按主观说，则商事关系的主体范围较窄而内容范围较宽；若按客观说，则商事关系的内容范围较窄而主体范围较宽。这实际上是关于商法调整范围的限定方法之争。按照德国的主观主义，同一行为，商人为之，适用商法，而非商人为之则适用民法；按照法国的客观主义，则只问行为的性质是否属于商行为，凡属商行为者，无论何人为之均得适用商法。日本商法兼采二说，规定某些行为（如票据、海商）不论主体为何人均得为商行为（客观说），而另外一些行为（如买卖）必须为商人所为才算商行为（主观说）。

1. 商人

所谓商人，就是以自己名义实施商行为并以此为常业的人。例如，工商企业（公司、合伙、独资企业）和个体经营者（如小商贩、小工匠）。这里所说的“以自己名义”，是指在法律上构成其商行为所生权利义务的主体。例如，在公司法上，公司是商人，而公司的董事、经理则不是商人。这里所说的“以此为常业”，是指以营利为目的，持续地从事此种商行为。

从各国立法看，商人应具备三个基本条件：（1）实施商行为；（2）以自己的名义实施商行为；（3）以实施商行为为常业。例如，《法国商法典》规定：“以实施商行为作为其经常职业的人，为商人。”《德国商法典》规定：“本法所称的商人，是指以实施商行为为业者。”《日本商法典》规定：“本法所谓商人是指用自己的名义，以从事商行为为职业的人。”

商人的概念实际上是一个关于主体资格和权利能力的概念。在实践中，一个从事交易行为的个人或组织是否具备商人资格，往往有重要的法律意义。例如，是否有义务履行商业登记，是否有权拥有商号，是否必须建立商业账簿并受有关法规的约束，是否有权从事法律规定的某些特殊交易行为，其行为是否受商法特别规定的保护或约束等等，这些问题的确定都取决于其商人资格的有无。

我国法律虽然还没有正式采用商人概念，但商事法律上的特殊主体资格是存在的。一般说来，取得这种特殊主体资格应具备两个基本的条件：第一，从事法律许可的生产经营活动；第二，履行工商登记。目前，在我国，具有商人性质的主体主要有以下几种形式：（1）个体工商户和个人独资企业；（2）合伙企业；（3）公司和其他形式的企业法人；（4）联营企业；（5）外商投资企业（中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业）。

2. 商行为

概括地说，商行为就是适用商事法律规范的营利行为。关于商行为的概念和范围，各国商法呈现出较大的差异性。从历史上看，商行为的范围也呈现出较明显的变动性。广义的商行为，包括了市场交易中的各种法律行为，如买卖、租赁、借贷、担保、运送、仓储、证券、票据、保险等等。在大陆法系，由于在商行为之外还有民事行为的概念，因而二者之间的划分存在一定困难。大体上说，划分商行为与一般民事行为的标准有两种，一是行为主体，二是行为性质。由此便有必要区分绝对商行为与营业商行为的概念。

绝对商行为，就是依行为性质，无论什么人实施都构成商行为的行为。例如，《日本商法典》规定，下列四种行为具有明显的营利性，即使不是作为营业（也就是说，即使只进行一次）也应作为商行为而适用商法规定：（1）投机购买和实行出卖，即以较低价买入动产、不动产或有价证券，再以较高价出卖，以图获取差价。（2）投机出卖和实行购买，即以较高价卖出动产、不动产或有价证券，再以较低价买入，以图获取差价。（3）交易所中的交易，如证券交易所中的证券交易，期货交易所中的期货交易。这些交易所都是以特定商品为对象的专门交易场所，无论何人参与其中，都必须遵守统一的操作规则。（4）关于取得票据和其他商业证券的行为，这是指关于汇票、本票、支票、股票、公司债券、运输证券（提单）、仓储证券（仓单）等等的出票、背书、承兑等证券上的行为。

营业商行为，就是以营利为目的并具有营业性质的行为。例如，动产或不

动产出租, 加工承揽, 运输, 工程承包, 以招徕顾客为目的场所交易 (旅馆、饭店、剧场、游乐场、理发店等等), 寄托, 居间或代办, 电信服务, 旅游服务, 专业咨询服务等等。这些行为, 必须具备营业的性质才受商法调整。所谓“营业”, 须具备三个条件: 一是运用有组织的财产 (营业财产), 二是以营利为目的, 三是行为的持续性。概括地说, 营业就是以有组织的财产为基础, 持续进行某种以营利为目的的行为。

此外, 还有所谓附属商行为的概念。这是指为了从事某种营业而附带进行的行为。例如, 百货公司对顾客送货上门的运输行为, 其目的不在于获取运费收入, 而是为了获得商品销售利润。这种运输行为是附属的、补充的, 因而应当随主营业受商法调整。

从本质上讲, 商行为就是市场中经常化、专门化和规范化的行为。所谓经常化, 就是市场交易行为的长期、重复进行。所谓专门化, 是指在经常化的基础上形成了特定的行业、产品和服务种类, 特定的经营方式和经营组织。所谓规范化, 就是通过法律和商事习惯, 使交易行为的内容、形式固定化并为从事这些交易的人们所共同遵循。马克思说: “先有交易, 后来才由交易发展为法制。”^① 恩格斯说: “社会发展的某个很早的阶段, 产生了这样一种需要: 把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来, 设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯, 后来便成了法律。”^② 由此可见, 商行为既是社会生活中交易实践的反映, 也是法律对交易行为进行概括和调整的结果。

当然, 在不同的国家和一个国家的不同时期, 由于商品经济和市场发展的水平不同, 交易行为的经常化、专门化和规范化的范围、程度和表现形式也有不同。在我国, 历史上的封建王朝曾实行重农抑商政策, 商品经济很不发达。新中国成立以后, 在相当长的一段时期内, 由于实行计划经济, 市场受到很大限制。改革开放以后, 我国建立了社会主义市场经济, 商行为的经常化、专门化和规范化便成为必然的发展趋势。与此相适应, 我国的商事立法体系逐步形成。

(三) 形式的商法和实质的商法

关于商法的概念, 学术上有形式的商法与实质的商法之分。前者指以法典

① 《马克思恩格斯全集》第19卷, 第422页。

② 《马克思恩格斯选集》第2卷, 第538~539页。

编纂的商法，后者泛指一切调整商事关系的法律规范。

1. 形式的商法

形式的商法，最典型的就是独立于民法典之外的商法典。这种立法体例称为民商分立制。法国、德国、日本等国采用了这种体例。但是，各国商法典的体系和内容有一定差异。例如，法国 1807 年商法典分为四编：通则；海商；破产；商事裁判。德国 1900 年《商法典》分为四编：商人地位；公司及隐名合伙；商行为；海商。日本 1893 年《商法典》分为五编：总则；公司；商行为；票据；海商。这些国家在商法典施行以后，又陆续颁布了许多商事单行法。

在另一些大陆法系国家，没有独立的商法典，商法与民法被统一在一个民事法典中。这被称作民商合一制。但是，这些民商合一的民法典，并不能包括所有的商事法律。例如，瑞士将公司、票据、商业登记、商号、商业账簿等规范收入债法典，但保险法、破产法却以单行法另行制定。意大利将公司、合伙商业登记等规范收入民法典，但票据法、破产法、保险法却另以单行法制定。

实践证明，商事关系纷繁庞杂，很难用一个逻辑严密的法典体系将它们囊括无遗。而且，商事交易不断发展变化，不可能通过法典化一劳永逸地将它们固定下来。因此，迄今为止所能见到的商法典和民商合一的民法典，都经历了很多次修改，并且在它们之外总是存在着为数众多的商事单行法和大量的商事习惯。随着世界经济结构日新月异的变化，金融交易、知识产品交易和服务贸易迅速发展，一些新的商事法领域已经出现，例如银行法，证券法，电信法，电子商务法，风险投资法等等。从现代商法的发展趋势看，实质的商法变得越来越重要。因此，无论是学者还是律师，都必须把法典以外的大量的商事单行法以及商事判例、商事习惯作为其研究和应用的对象。

2. 实质的商法

英美法系没有民法与商法的严格区分，因而不存在民商分立与民商合一的问题。英美的商法概念，实际上涵盖了许多被大陆法学者看来是民法的内容，如财产、合同、侵权行为、代理等等。所以，英美法系的私法，除去婚姻、家庭、继承及公民人身权一类的内容外，基本上都可以归入商法。在美国，尽管有一个《统一商法典》，但它并不是相对于民法典意义上的商法典，而且它的内容主要是涉及一些特殊的商事交易，如买卖、商业票据、银行存款、信用证、提单、投资证券、担保交易等，而其他重要商事法律如公司法、合伙法、破产法等等，都另有单独的法律。此外，法院的判例和民间的自治规章（例如

芝加哥期货交易所的规则)也是重要的商法渊源。总地说来,英美法的商法概念属于实质商法的范畴。

北欧国家没有民法典和商法典,也没有判例法,其法律均由单行法构成。在法律分类上,学者和律师们都承认民法和商法的概念,但二者之间没有严格的界限。例如,在瑞典,一般认为商人之间的合同属于商法范畴,公民之间的合同属于民法范畴,而公民与商人之间的合同属于消费者法的范畴。不过,公司、合伙、票据、保险等方面的单行法律在理论上归入商法。

关于实质的商法,又有广义和狭义之分。广义的商法,包括国内商法和国际商法,其中的国内商法又有商事公法和商事私法之分。所谓商事公法,是指宪法、行政法、刑法、诉讼法中有关商事的规定。商事私法,则是民法、商法以及判例、习惯中的商事法律规范。狭义的商法,仅指国内法中的商事私法部分。各国研究商法的著作,一般都是以狭义商法为对象。本教材使用的商法概念,除另有特别指明的外,均为狭义的商法。

二、商法与民法、经济法的关系

(一) 商法与民法的关系

总地说来,民法和商法有一个共同之处,即它们都调整平等主体之间财产关系。但是,二者之间也有一定的差别。民法是包括财产关系和人身关系在内的一般社会生活的普遍性规则,而商法则是市场经济领域的特定财产关系的特殊性规定。民法对商法来说,具有统领和指导的意义,而商法对民法来说,具有补充、变更或限制的作用。例如,民法的法人制度,是制定公司法的原则依据。公司的法律地位、权利能力和行为能力、财产责任、法人人格的变动和消灭等等,都要适用民法的有关规定。另一方面,关于公司设立的条件和程序、公司股份的募集和公司债的发行,公司的法人机关的权力和职责、公司合并与分立的条件和方式、公司解散和清算的程序等等,又必须由属于商法的公司法来具体规定。又如,票据是财产权利证券化的一种形式,票据转让是一种特殊的财产转让,它一方面要适用民法关于法律行为和债的一般规则(例如意思表示真实),另一方面,鉴于这种转让的特殊性,又需要对民法的某些规定加以变更(例如,不适用一般债权的诉讼时效,而另行规定短期时效)。正如德国法学家指出:商法典中的许多规定,只有根据民法典所确立的一般原则才能理