



高等学校**法学精品**教材系列

朱崇实 总主编

商法学

Commercial Law

汤玉枢/主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

高等学校法学精品教材系列

朱崇实 总主编

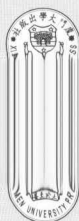
商法学

Commercial Law

汤玉枢/主编
蒋进 柳建闽/副主编

撰稿人（按章节顺序）

汤玉枢	江眺	李秀英	张剑芸
陈雅棱	蒋进	李良雄	柳建闽
王浩云	魏波		



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商法学/汤玉枢主编. —厦门:厦门大学出版社, 2009
(高等学校法学精品教材系列/朱崇实主编)
ISBN 978-7-5615-2936-2

I. 商… II. 汤… 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(2009)第 073069 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

厦门集大印刷厂印刷

(厦门市集美石鼓路 9 号 邮编:361021)

2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:27 插页:2

字数:467 千字 印数:1~3 000 册

定价:34.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换

总 主 编 简 介

朱崇实, 1982年2月毕业于厦门大学经济系, 获经济学学士学位; 1990年5月毕业于南斯拉夫贝尔格莱德大学国际经济系, 获经济学博士学位。现为厦门大学校长、厦门大学法学院教授、经济法学专业博士生导师, 兼任中国法学会经济法研究会副会长。主要著作9部(含合著), 发表论文40余篇。主持或参与国家级、部省级科研课题10项, 科研成果先后获“孙冶方经济科学奖”、“国家首届人文社科优秀成果奖”和“福建省社会科学优秀成果奖”等。

执行总主编简介

朱福惠, 湖南娄底人, 1961年7月生。武汉大学法学博士, 现为厦门大学法学院教授, 宪法与行政法专业硕士生、博士生导师, 兼任厦门大学法学院副院长、中国法学会宪法学研究会常务理事、中国比较法学会理事。主要学术成果有:《宪法与制度创新》(法律出版社2000年版),《宪法至上——法治之本》(法律出版社2000年版),《宪法学专论》(与刘连泰、周刚志合著, 科学出版社2007年版),《宪法学原理》(主编, 中信出版社2005年版)。

主 编 简 介

汤玉枢, 江苏盱眙县人, 1987年毕业于华东政法学院法律系法律专业, 现任华侨大学法学院副院长, 中国法学会商法研究会理事、福建省国际法学会副会长、福建法学会常务理事、厦门仲裁委员会仲裁员、泉州仲裁委员会仲裁员、泉州中级人民法院专家咨询委员会委员。曾独著、合著或主编《大陆与台湾三大诉讼法比较·民事诉讼法卷》、《商法学》、《企业集团法论》、《人力资源管理法律环境研究》等学术著作多部, 并在《现代法学》、《学术探索》、《中国商法年刊》等重要学术期刊发表论文数十篇。

高等学校法学精品教材系列编委会

主 任：朱崇实

执行主任：朱福惠

编 委：（按姓氏笔画）

朱崇实 朱福惠 刘瑞榕 汤玉枢
许步国 李绍平 吴国平 陈训敬
陈泉生 陈晓明 陈福郎 林旭霞
林秀芹 柳建闽 廖益新

秘 书：施高翔

厦门大学出版社

总 序

福建政法职业学院

福建政法职业学院

中国的改革开放要求建立一个法治社会。与这样的一个宏伟目标相适应,自1979年以来中国的法学教育蓬勃发展,截至2006年,全国已经成立了法律院校600多所,在读大学生数十万人(尚不包括大中专及夜大、成人教育的学生人数)。应该承认,我国法学教育在迅速发展的同时也存在教育质量参差不齐、不能完全适应社会发展需要等方面的问题。因而,积极推进教学方式改革,促进法学课程体系的完善,努力培养“宽口径、厚基础”的复合型法律人才,已经成为法学教育界的共识。为达成此种目的,法学教育中的课程建设及其相关的教材编写,在当前法学教育大调整的格局中显得尤其重要。基于上述考虑,我们特组织福建省各高等法律院校的主要学术骨干编写了这套教材,各部教材的主编均是福建省高等学校法学院的主要学科带头人。例如,《国际经济法》主编廖益新教授、《民法总论》主编蒋月教授、《环境法》主编陈泉生教授、《宪法学》主编朱福惠教授、《刑法总论》主编陈晓明教授和《法理学》主编宋方青教授等,都是在本学科领域颇有建树,得到同行认可并深受学生喜爱的优秀教师。其他参与教材编写的也都是教学第一线的中青年骨干教师,具有良好的法学教育背景,许多人兼通中西法学。由于众多优秀教师参与编写,使这套教材的质量有了可靠的保障。

厦门大学法学院在编写这套教材中发挥了积极的作用。厦门大学是国内最早开设法科的高校之一,从事法学教育已经有八十多年的历史。改革开放以来,法学院在1986年即获得博士学位授予权,2006年获得法学博士授权一级学科,现设有国际法、经济法、民商法、宪法与行政法、诉讼法、法理学和刑法学七个博士点,拥有法学博士后流动站。国际法是国家重点学科,民商法、经济法、宪法与行政法是福建省重点学科。在学科建设取得重大成就的同时,法学院适应我国法制发展的需要,为国家和社会培养了大批优秀的法律人才,成为我国重要的法学研究和人才培养的基地。为了推动我国法学教育事业的发展,厦门大学法学院联合福建省各主要高校的法学院系编写了这套教材,其目的在于整合福建省高校法学教学资源,加强各高校法学教师的联系,总结教学

经验,为福建省乃至全国的法学教育作出更多有益的贡献。

这套教材具有如下几个特色:

第一,依据法学本科教育的特点和规律,吸收我国法学理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。我们认为,本科教学以培养初级法律人才为直接的教育目标,因而必须注重基本概念、基本原理与基本制度的讲解与传授,而不能一味求新求奇,更不能以个别专家的学术观点取代理论界已经形成的共识。我国处于社会转型时期,改革开放事业日新月异的发展,国家的法律制度的变革十分迅速,法学理论的发展更有“一日千里”之势。为了确保本科教育的培养质量,我们在教材内容的甄选方面,努力做到既注重基本知识、理论共识,又注意吸纳理论界近年来最新的、较为成熟的研究成果。

第二,依据法律人的思维范式编撰教学内容,寓“德育”于法律知识教育之中。如前所述,法学教育的总目标在于培养社会主义法治国家的“治国之才”。新时代的法律人才不仅应当具备扎实的法学知识理论功底,而且还应当具有牢固的法律信仰和优秀的道德品质。法律人所具有的这种独特的信仰和道德,与其独特的知识背景和思维范式联系在一起,共同构成法律人所特有的人文精神。如欲培养法律人的道德品质,空洞的道德说教无济于事。唯有依据法律人独特的思维范式、将公平正义的法律理念融汇在教学内容中,学生才能在学习的过程中逐渐自觉地确立法律信仰,法律道德的培养才能初具成效。基于这种认识,我们依据法律人的思维范式编撰教学内容,力图寓“德育”于法律知识教育之中。

第三,依据当代中国社会对于法律人才的要求,努力建构完善的课程体系与教学内容体系。要培养合格的法律人才,建构完善的法学课程体系至关重要。我们根据本科教学的要求,首先组织编写十四门核心课程的教材,对法学上的基本概念和基本原理作了较为清晰的阐释。除此之外,还组织编写了房地产法、证券法、公证与律师制度和知识产权法等与市场经济发展密切相关的法学教材。希望我们这一套教材能够为本科法学教材体系的发展作出微薄的贡献。

由于我们的水平有限,缺点和错误在所难免,敬请读者批评指正。

2007年8月1日

商法是规范市场经济活动中商事行为的基本法,是我国法律体系的重要组成部分,在我国社会主义市场经济体制的建设中发挥着重要的作用。《商法学》是以商事法律规范和法律制度为研究对象的一门学科,是教育部确定的高等学校法学专业必修的主干课程之一。随着我国改革开放的全面展开,特别是社会主义市场经济目标的确立,我国商事关系在社会关系中所占比例日益扩大。商法学必然会成为极其重要的专门学科,商法是兴商、兴市、兴德、兴国之法。

商法属于私法,以对私的权利与利益的保护为本旨,以对商事交易活动提供规则为内容,是一门理论层次较高和实践性很强的课程。因此,本书集中了省内多所高校教师的多年从事商法教学及实践的经验,全面、系统地介绍了商法的基本理论和最新研究成果。本书的特点是力求逻辑性、完整性、全面性,论述简明扼要、通俗易懂、深入浅出。

本书共分为六编,二十三章,包括商法的一般理论、公司法、破产法、票据法、保险法和海商法。全书由汤玉枢教授任主编,蒋进副教授、柳建闽副教授任副主编。汤玉枢教授和蒋进副教授负责统稿、定稿。

具体编写分工为:

汤玉枢:华侨大学法学院教授。撰写第一编第一章、第二章、第三章、第四章、第五章。

江 眺:华侨大学法学院副教授。撰写第二编第六章、第七章。

李秀英:华侨大学法学院讲师。撰写第二编第八章、第九章。

张剑芸:华侨大学法学院讲师。撰写第三编第十章。

陈雅棱:福建省工商行政管理学校讲师。撰写第三编第十一章。

蒋 进:福建江夏学院(筹)法学系副教授。与李良雄讲师共同撰写第四编第十二章、第十三章、第十四章。

李良雄:福建江夏学院(筹)金融系讲师。与蒋进副教授共同撰写第四编第十二章、第十三章、第十四章。

目 录

总序

前言

第一编 商法的一般理论

第一章 商法的本质和特征	(3)
第一节 商法概述	(3)
第二节 商法的性质和特征	(8)
第三节 商法的基本原则	(13)
第二章 商事法律关系	(21)
第一节 商事法律关系概述	(21)
第二节 商事主体	(23)
第三节 商行为	(27)
第三章 商法与民法、经济法的关系	(32)
第一节 商法与民法的关系	(32)
第二节 商法与经济法的关系	(40)
第四章 商业登记	(46)
第一节 商业登记概述	(46)
第二节 商业登记的种类和效力	(50)
第三节 商业登记的程序	(56)
第五章 商业名称与商业账簿	(60)
第一节 商业名称	(60)
第二节 商业账簿	(66)

第二编 公司法

第六章 公司法总论	(75)
第一节 公司的一般理论	(75)

第二节	公司法概述	(81)
第三节	公司的设立制度	(86)
第四节	公司的人格与能力	(93)
第五节	公司的资本制度	(98)
第六节	公司债	(101)
第七节	公司组织结构的变更	(105)
第七章	有限责任公司	(120)
第一节	有限责任公司概述	(120)
第二节	有限责任公司的设立	(124)
第三节	有限责任公司的出资	(130)
第四节	有限责任公司的组织机构	(133)
第八章	股份有限公司	(141)
第一节	股份有限公司概述	(141)
第二节	股份有限公司的资本	(152)
第三节	股份有限公司的股份	(163)
第四节	股份有限公司的股东与公司机关	(172)
第九章	一人公司与国有独资公司	(182)
第一节	一人公司	(182)
第二节	国有独资公司	(186)

第三编 破产法

第十章	破产法概述	(191)
第一节	破产和破产法	(191)
第二节	我国破产法的基本原则和特点	(201)
第三节	破产原因和破产案件管辖	(204)
第十一章	一般破产程序	(208)
第一节	破产案件的申请和受理	(208)
第二节	债权人会议	(221)
第三节	赔偿法律责任	(226)

第四编 票据法

第十二章	票据法的一般理论	(231)
第一节	票据与票据法	(231)

第二节 票据法律关系	(233)
第三节 票据行为	(235)
第四节 票据权利	(244)
第五节 票据瑕疵	(249)
第六节 票据权利救济	(252)
第十三章 汇 票	(256)
第一节 出 票	(256)
第二节 背 书	(259)
第三节 承 兑	(263)
第四节 保 证	(265)
第五节 付 款	(267)
第六节 追索权	(268)
第十四章 本票与支票	(272)
第一节 本 票	(272)
第二节 支 票	(274)

第五编 保险法

第十五章 保险法的一般理论	(279)
第一节 危险和保险概述	(279)
第二节 保险法的概念、立法体例及我国保险立法概况	(285)
第三节 保险法的基本原则	(289)
第十六章 保险合同总论	(296)
第一节 保险合同概述	(296)
第二节 保险合同的主体	(301)
第三节 保险合同的主要内容	(303)
第四节 保险合同的成立与生效	(306)
第五节 保险合同的履行	(309)
第六节 保险合同的变更、解除与终止	(313)
第十七章 人身保险	(316)
第一节 人身保险概论	(316)
第二节 人身保险中的常见条款	(318)
第三节 几种主要的人身保险	(321)

第十八章 财产保险	(326)
第一节 财产保险概述.....	(326)
第二节 企业财产保险和家庭财产保险.....	(329)
第三节 货物运输保险.....	(332)
第四节 运输工具保险.....	(334)
第五节 责任保险合同.....	(337)
第十九章 保险业的管理与监督	(342)
第一节 保险业法概述.....	(342)
第二节 保险业组织.....	(343)
第三节 我国保险业的管理与监督.....	(349)

第六编 海商法

第二十章 海商法概述	(355)
第一节 海商法的调整对象.....	(355)
第二节 船舶的法律性质.....	(359)
第三节 船舶抵押权和留置权.....	(363)
第四节 船舶优先权.....	(365)
第五节 海事赔偿责任限制.....	(366)
第二十一章 海上运输合同	(372)
第一节 海上货物运输合同.....	(372)
第二节 海上旅客运输合同.....	(382)
第三节 海上拖航契约.....	(386)
第二十二章 海上事故	(391)
第一节 船舶碰撞.....	(391)
第二节 海难救助.....	(396)
第三节 共同海损.....	(402)
第二十三章 海上保险合同	(411)
第一节 海上保险合同概述.....	(411)
第二节 海上保险合同的主要内容.....	(413)
第三节 海上保险合同的成立、转让和解除.....	(415)
第四节 海上保险合同当事人的义务.....	(417)

商法的一般理论

第一编

LAW

第一章 商法的本质和特征

第一节 商法概述

一、商法的概念

商法是指关于商事的法律,也就是调整商事关系的法律规范的总称。在理论上,人们对商法概念的理解,具有广、狭两个不同层次上的解释。

广义的商法也可称为实质意义上的商法,它是从规范总和上把握的一定的法域,着眼于规范的性质、规范的构成和作用理念的统一。从这一层面上看,作为特殊法域存在的商法是调整商事关系的法律规范的总和。它不仅存在于商法典中,也存在于其他涉及商事的法律、法规之中。在市场经济条件下,一个国家可能没有关于商事的形式上的法律、法规,但只要有关于商事的法律、法规,就一定有存在其中的商事法律规范,这些规范的总和就是实质意义上的商法。从这一角度出发,凡是实行市场经济体制的国家均有自己的商法。

狭义的商法也称为形式意义上的商法,一般指以“商法”为名称制定的法典。狭义的商法着眼于规范的表现形式和法律的编纂结构,它最终表现于一个法律文件——商法典。形式上的商法因各国国情、传统和法律编纂原则不同,也有不同的表现形式,一般来说大陆法系国家均有形式上的商法典,如德国采用主观主义原则,即以商人概念为核心,并以此为基础表述商行为概念,由此构造其商法典,其法典构造模式为商事、商事公司及隐名合伙、商行为、海商,共 905 条;法国采用客观主义原则,即以商行为概念为核心,并以此为基础表述商人的概念,构造商法典,其法典构造模式为通则、海商、破产、商事法院,共 648 条;日本则采用折中主义原则,即同时以商人概念和商行为概念为基础构造商法典。狭义的商法具有相对稳定性,其篇章结构变化较小,但其内容因

历史的演变和经济的发展而不断地发展变化,因此,狭义的商法并不是一个僵死的结构形式,而是一个开放发展的体系。

应当明确的问题是广义的商法和狭义的商法具有统一性。这种统一性集中表现于商法典是商事法律规范的最集中的体现,因此,商法典是广义的商法的主体部分,也是商法理念的最好表现。两者的差异主要为一方面商事法律规范除表现于商法典外,还表现于其他商事特别法;另一方面,在不制定商法典的国家,商事法律规范只能表现于商事特别法。充分认识广义的商法与狭义的商法的这种辩证统一关系,对把握商法的精髓有重要意义。

商法既然是关于商事的法律,那么究竟什么是商或商事呢?一般来说,人们对商或商事的意义,可以从传统的角度、经济学的角度和法律的角度等方面去考察。

1. 中国历史上的传统的商是指以营利为目的的媒介财货活动。商在我国早期社会有着相当发达的基础,我国先秦著名思想家商鞅曾将其所处的社会状况划分为士、农、工、商,商作为一个独立的社会阶层,与士大夫、农民和手工业者并列为当时社会的主要阶层就是明显的例证。但重农抑商是封建社会长期奉行的一项基本国策,这在一定程度上制约了我国较早迈出农业立国的门槛。关于商的内涵,《汉书·食货志》解释为“通货鬻财曰商”,《白虎通义》解释为“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓商”。这表明在我国早期,人们将商理解为媒介财货的活动,并不同于通常意义上的买卖,因为买卖中的卖方既可能是生产者,也可能是非生产者,而“商其远近,度其有无,通四方之物”的商,行为入并不是生产者,行为也更接近于从事贩运的活动,完全处于生产者与消费者之间。至于商的目的,虽然未予明确,但从“商人重利轻别离,前月浮梁买茶去”的诗句中,我们可以清楚地看出商的直接目的在于利,也就是现在人们所说的营利,即运用资本以获取增值的活动。由此可见,我国传统意义上的商实际上已经具备现代商的基本内核。

2. 经济学上的商是指以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。具体地说,商即为产品由工农业生产者的手中流转 to 消费者手中的渠道、桥梁和中介。台湾学者郑玉波认为经济学上的商即“为媒介财货流通的活动”。因此,经济学上的商也被称为“固有商”,与传统意义上的商的内涵非常接近。

3. 法律上的商是基于法律的直接认定,商的内涵与外延的大小完全取决于商法的有关规定。一般观点认为法律上的商不仅包括固有商,也包括非固有商。非固有商的范围包括:(1)辅助商,即间接媒介财货流通的行为或者说是使固有商得以实现其目的的辅助行为,如货物运输、仓储保管等;(2)第三种