



21世纪中国高校法学
系列教材

王建文 著

商法教程

 中国人民大学出版社





21世纪中国高校法学
系列教材

商法教程

王建文 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

商法教程/王建文著.

北京: 中国人民大学出版社, 2009. 8

(21 世纪中国高校法学系列教材)

ISBN 978-7-300-11079-0

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 (2009) 第 140009 号

21 世纪中国高校法学系列教材

商法教程

王建文 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2009 年 8 月第 1 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	印 次	2009 年 8 月第 1 次印刷
印 张	30.25 插页 1	定 价	39.80 元
字 数	597 000		

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

王建文 河海大学法学院副院长、副教授，河海大学商法研究所所长，中国法学会商法学研究会理事，中国法学会证券法学研究会理事。江苏省高校“青蓝工程”优秀青年骨干教师（2004年）。先后就读于西北政法学院经济法系（本科）、南京大学法学院（硕士、博士）。曾获第二届全国法学教材与科研成果奖三等奖（2006年）、江苏省第十届哲学社会科学优秀成果奖三等奖（2007年）、2008年商法学优秀论文三等奖（中国法学会商法学研究会）、2008年证券法学优秀论文二等奖（中国法学会、中国法学会证券法学研究会）。主要研究领域为商法。发表学术论文四十余篇。出版著作及参编统编教材二十余部，主要有：《中国商法立法体系：批判与建构》（“商法研究文丛”，独著，2009年）、《破产法》（21世纪法学规划教材，合著，2009年）、《公司法》（第二版）（普通高等教育“十一五”国家级规划教材，合著，2008年）、《商法》（第三版）（普通高等教育“十一五”国家级规划教材，参编，2007年）、《商法的价值、源流及本体》（第二版）（21世纪法学研究生参考书系列，合著，2007年）、《商法学》（21世纪法学规划教材，合著，2007年）、《证券法》（21世纪法学规划教材，合著，2007年）、《商法基础理论专题研究》（教育部高等教育司推荐“研究生教学用书”，合著，2005年）、《商法》（第二版）（教育部高等教育司组编、全国成人高等教育规划教材，合著，2005年）、《商法论》（合著，2003年）等。

前 言

发展性与变动性乃商法的基本特征，因此，与市场经济的发展相适应，各国商法普遍处于发展变动之中。对于中国这样的处于市场经济体制日趋完善的转轨过程中的国家来说，商法的发展变化尤为迅速。2005年《公司法》与《证券法》的同时修订启动了新世纪中国商法修订的序幕，2006年《企业破产法》的制定及2009年《保险法》的修订，更使我国商法体系趋于完备。和这些法律的修订与制定相适应，最高人民法院还启动了相关法律法规的司法解释的制定工作，国务院及其直属的中国证监会、中国保监会、国家工商行政管理总局等部门还制定了大量的行政法规与规章，从而共同构成了丰富多彩的中国商法体系。限于篇幅，本书固然不能对相关法律文件都作详尽阐释，但仍力求提纲挈领，尽量对相关法律文件作或详或略的必要阐释。

作为学者，我十年如一日地投身于商法理论研究；作为教师，更是年复一年地进行着民商法的教学。教科书的编写可谓这两个身份之间的连接点。在共同完成或参与完成了商法领域几乎覆盖了各个层面的统编教科书的写作后，我深感教科书确实需要作不同的定位，以期实现不同的功能。在此方面，专著型教科书当然具有无可替代的重大价值，深入浅出、详略得当的入门性教科书更是不可或缺。尤其是在法科学生普遍面临司法考试任务的背景下，行文简洁却充分体现司法考试要求的教科书建设确属亟待解决的时代课题。因此，在身负多种研究任务的情况下，获素所景仰的中国人民大学出版社的邀请，我便欣然承担了立足于后一定位的独著式商法教科书的写作任务。

让我感到愧疚不已的是，由于身负的科研任务非常繁重，本书的付梓时间一再推迟，以至于与中国人民大学出版社签署出版合同近两年后，本书才终于交付出版社。好在这一延迟正好使本书得以全面收录近年来陆续制定或修订的众多法律文件，这也算是为书稿的迟延交付提供了一个好的借口吧。

以法学入门教育为主要定位并立足于司法考试的教科书的编写，对于作者与出版社来说都是一项崭新的课题，对以理论研究为主要职责的学者来说，更是一大挑战。因此，在法学教育虽颇为繁荣，但还很不成熟的当下中国，该类教科书的建设无疑尚处探索阶段。这也算是为本书必然存在的种种不足提供了一个很好的理由吧。

当然，作为置身于教学与科研一线的学者，面对未能及时响应的时代课题，所

有的借口都只能是一种托词。及时而妥善地回应学生学习时的基本要求，无疑是一名教师与学者的光荣使命。因此，既然开启了探索之门，我自当义无反顾地继续前行！但愿在后续的教与学的互动中，本书能实现如前所述的旨趣与追求！

王建文

2009年5月3日于南京翠屏山下寓所

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法基本原理	(3)
第一节 概述	(3)
第二节 商法的体系和渊源	(14)
第三节 商法的产生和发展	(18)
第四节 中国商法的变迁与展望	(23)
第二章 商法基本制度	(30)
第一节 商主体制度	(30)
第二节 商行为制度	(42)
第三节 商事登记制度	(54)
第四节 商号制度	(63)

第二编 公司法

第三章 公司与公司法概述	(73)
第一节 公司的概念与特征	(73)
第二节 公司法概述	(78)
第三节 公司的类型	(82)
第四章 公司的设立	(96)
第一节 公司设立概述	(96)
第二节 公司设立的效力与责任	(104)
第三节 公司章程	(110)
第四节 公司的能力	(115)

第五章 公司的资本制度	(120)
第一节 公司资本制度概述	(120)
第二节 股东出资制度	(126)
第三节 增加资本与减少资本	(131)
第六章 股东与股权	(137)
第一节 股东	(137)
第二节 股东权	(140)
第三节 有限责任公司的股权转让	(145)
第四节 股份有限公司股份的转让	(150)
第七章 公司组织机构	(153)
第一节 公司组织机构与公司治理结构	(154)
第二节 股东会	(157)
第三节 董事会	(164)
第四节 经理	(171)
第五节 监事会	(173)
第六节 董事、监事、高级管理人员的义务	(176)
第八章 公司变更与终止	(182)
第一节 公司的合并	(182)
第二节 公司的分立	(185)
第三节 公司组织形式的变更	(188)
第四节 公司的解散	(191)
第五节 公司的清算	(196)

第三编 证券法

第九章 证券法的基本问题	(205)
第一节 证券与证券市场概述	(205)
第二节 证券法概述	(209)
第三节 证券监管制度	(215)

第十章 证券发行制度	(222)
第一节 证券发行概述	(222)
第二节 证券发行规则	(228)
第三节 证券承销与保荐制度	(233)
第十一章 证券交易制度	(240)
第一节 证券交易的方式	(240)
第二节 证券持有、交易的限制规则	(243)
第三节 证券上市制度	(250)
第四节 信息披露制度	(257)
第五节 上市公司收购制度	(263)
 第四编 破产法 	
第十二章 破产法概述	(275)
第一节 破产与破产法的概念及立法目的	(275)
第二节 破产法的立法体例	(279)
第十三章 破产程序的启动与运行	(287)
第一节 破产程序开始的要件	(288)
第二节 破产申请与受理	(295)
第三节 破产管理人	(302)
第四节 破产债权的申报	(306)
第五节 债权人会议	(310)
第十四章 破产财产的清理	(315)
第一节 破产财产制度概述	(315)
第二节 破产债权、破产费用与共益债务	(319)
第三节 破产程序中的别除权、撤销权、追回权、取回权、抵销权	(323)
第十五章 破产重整、破产和解与破产清算制度	(333)
第一节 破产重整制度	(333)
第二节 破产和解制度	(341)
第三节 破产清算制度	(345)

第五编 票据法

第十六章	票据与票据法概述	(359)
第一节	票据概述	(360)
第二节	票据法概述	(363)
第三节	票据行为	(365)
第四节	票据权利	(369)
第五节	票据的丧失与救济	(377)
第六节	利益偿还请求权	(379)
第十七章	汇票制度	(382)
第一节	汇票概述	(382)
第二节	汇票的出票	(384)
第三节	汇票的背书	(386)
第四节	汇票的承兑	(389)
第五节	汇票的保证	(392)
第六节	汇票的付款	(394)
第七节	汇票的追索权	(397)
第十八章	本票与支票制度	(402)
第一节	本票制度	(402)
第二节	支票制度	(404)

第六编 保险法

第十九章	保险与保险法概述	(409)
第一节	保险概述	(409)
第二节	保险法概述	(415)
第二十章	保险合同法律制度	(422)
第一节	保险合同概述	(423)
第二节	保险合同的履行	(429)
第三节	保险合同的变更、解除与终止	(435)
第四节	人身保险合同制度	(437)

第五节 财产保险合同制度	(443)
第二十一章 保险业法律制度	(449)
第一节 保险公司	(449)
第二节 保险经营规则	(453)
第三节 保险代理人与保险经纪人	(457)
第四节 保险业的监督管理	(459)
主要参考文献	(464)

第
一
编



商法总论



第一章

商法基本原理

-----□·本章导读·□-----

·我国目前尚不存在形式意义上的商法，但实质意义上的商法则早已大量存在。在实践中，商法表现出以下理念：强化私法自治；经营自由；保护营利；加重责任。商法的基本原则包括：商主体严格法定原则；企业维持原则；交易简便、迅捷原则；维护交易安全原则。

·商法的体系，是指商法作为一个独立的法律部门，其内部具有逻辑联系的各项商事法律制度所组成的系统结构。在不同的国家、不同的法系以及不同的历史时期中，商法的体系不尽相同。在本书中，商法的体系主要由下列商事法律制度构成：商主体制度；商行为制度；公司制度；证券制度；破产制度；票据制度；保险制度。

·在我国，商法的渊源主要为制定法、立法解释和司法解释、商事自治规则等。

·在作为近代欧洲私法学源头的罗马法中，与较为发达的民法相比，商法制度与理论均处于明显的贫乏状态。缺乏罗马法上的制度与理论渊源并在中世纪独立生长的商法，在欧洲理性法运动中，未能像民法一样形成体系化的理论成果。近代是商法法典化及主要商法法系的形成时期，但现代社会中商法的弊病主要存在于以商法典为代表的商法体系。

·我国实践中采行的是“民商不分的混合立法模式”，由混合于民法规范的商法规范与单行商法构成的商法规范体系存在着明显缺陷。就我国商法体系缺陷的补救及民法规范体系的完善而言，既不宜选择在相关法规中分散规定部分商法规范的方案，也不宜选择确立判例法制度的方案，而应确立制定总纲性商法规范的立法方案，其具体立法形式可为“商法通则”。

-----□□□□

第一节 概 述

一、“商”的概念

现代汉语中“商”一词，在英语和法语中表述为“Commerce”，在德语中表述

为“der Handel”，在拉丁语中表述为“Commerium”，在日语中表述为“商业”。“商”是一个古老的用语，在现代社会中，它又是一个被多学科使用的词汇。

在语词学上，商具有多重含义。从词源上考察，在古代汉语中，商是一种计时单位，“商，刻也”^①，一刻称为一商。商又被用指“估量”、“推测”，“商，从外知内也”^②。后来商发展与量合用，称为“商量”，引申为协商之义。

“商”一词被引入经济生活后，人们最初是在相互交换和互通有无这一意义上使用其概念的，它与贸易活动联系在一起。从历史考证中可以看到，在人类社会早期，古老的商活动主要是物的交换，它以互通有无、满足简单生活需要以维持生存为前提，而且这也是最早和最初的目的。当时，交易的标的仅仅是有形物，并且是简单的生活必需品；交易的标准只是一般的价值标准。因为当时没有货币，也就没有后来所说的营利可言。我国古汉语里关于商的解释多立足于这一角度，如“通财鬻货曰商”^③；“行曰商；止曰贾。商之谓言章也，章其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”^④。后来，伴随着商品贸易的发展、交易规模的扩大，尤其在货币出现之后，一个以从事交易活动为职业，并从中获取一定利益的阶层出现了。这时，商逐步演变成一种以营利为目的的活动。“商”一词就扩大了原有的内涵，不仅非营利的交换活动为商，而且以营利为目的的交易活动也为商；商不仅指一种交易行为，有时也特指从事这一行为的人，出现了商即商人的概念，如中国古汉语中的“布商”、“客商”等。对于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与商事专门法规出现之后，商的概念从原先的约定俗成嬗变成为一个法定概念，商的内涵也逐渐特指营利活动。

在现代社会，人们常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。在日常生活用语中，人们除了在协商、商量这样一些本义上使用商的概念之外，还常常将各种形式的物的买卖活动、交易活动视为商。这里的物通常指货物、生产品或其他任何种类的财物。在社会学意义上，商多指中介于农业、工业之间以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，是社会职业的一种类型，是社会经济的一个部门。在经济学意义上，“商”被理解为沟通生产与消费的中间环节，是产品进入市场的流通行为，是产品由生产者手中流转到消费者手中的渠道、中介，是生产方式之一。经济学上所说的商，仅仅是狭义上的用法。

在法律用语中，商具有特定的含义，与经济学上的理解不完全一样。法学中所

① 《集韵·阳韵》。

② 《说文·内部》。

③ 《汉书·食货志（下）》。

④ 《白虎通·商贾》。

说的“商”，不仅仅存在于流通领域，还存在于生产领域，因此，它可以被视为广义上的理解。但是，并不是所有的生产和流通行为都叫商，只有生产和流通与经营联系在一起，即生产和流通是为了一定的营利目的而为之时，这种行为方可以被视为法律意义上的商。从这一角度理解，法律意义上的商，是一种特指的经营行为，而非一般的贸易活动。从法律上理解商，重点不在于商的方式，即是否处于生产和流通，而在于商的目的，即是否属于营利性活动，以及商的主体资格，即从事这种营利性活动的行为人是否具有法律上所赋予的能力。

作为一个法律术语，商一词也是一个发展变化的概念，其内涵和外延都随着历史的发展而不断丰富。原先，商的标的仅仅为动产和有形财产；而今，不仅仅动产和有形财产为商的标的，而且相当部分的不动产、无形财产、票据、有价证券、知识产权等也可以成为商的标的。原先，商的行为仅仅为买卖、代理、票据、运输、保险、海商等；而今，除上述行为外，商事信托、证券交易、融资租赁、知识产权交易等行为，都已成为商行为的重要组成部分。原先，商主体以自然人为主，或以按法定程序拟制的商人为主；而今，在民商分立的大陆法系国家和地区，自然人固然仍可为商主体，但企业已成为最主要的商主体。

二、商法的概念与分类

（一）商法的概念

商法，是指调整因商行为而形成的商事法律关系的法律规范的总称。^① 该定义采取了以商行为为核心范畴的界定方式，并明确了商事法律关系含义。当然，这种定义方式仅为理论上的概括，并不适用于所有的国家。就中国商法而言，因缺乏形式意义上的商法，任何商法定义都是基于学者对商法体系的理解所作的纯学理性界定。不过，尽管各国商法立法体系存在较大差异，但学理上仍可以商主体与商行为作为基本范畴来阐述商法理论。

本书认为，在学理上固然可以采用商主体与商行为的概念，但在中国形式意义商法的立法中则不必采用这两个概念，仅以“经营行为”为核心范畴来构建中国商法立法体系即可。^② 基于这一理解，可将中国商法的概念作如下界定：商法，是指调整因经营行为而形成的商事法律关系的法律规范的总称。该定义将商行为替换为经营行为，并未对经营行为的实施主体作任何限制，即意味着凡法律未禁止从事经营行为的法律主体均可成为商事法律关系的主体。同时，这一界定方式也意味着，与传统商法相比，在我国商法理论体系中，商主体与商行为的内涵、外延都发生了

^① 参见范健主编：《商法》，3版，7页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2007；范健、王建文：《商法学》，4页，北京，法律出版社，2007。

^② 相关内容将于本书以下内容的相关章节中阐述。具体内容请参阅王建文：《中国商法立法体系：批判与建构》，北京，法律出版社，2009。

实质性变化。不过,为了行文上的方便,除在专门论述中国商法时作特别强调外,本书仍以商主体与商行为为基本范畴。

(二) 商法的分类

根据不同标准,大体上可对商法作以下三种类型的划分:

1. 从商法的表现形式来看,可以将商法划分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。

形式意义上的商法,是指采民商分立立法例的国家,在民法典之外制定的以“商法”命名的法典,其内容主要包括商主体和商行为之界定与创设等商法的一般规则以及商事公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。在大陆法系国家中,法国、德国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、韩国、巴西、智利、阿根廷等国家均制定有商法典。形式意义上的商法概念的理论着眼点为规范的表现形式和法律的编纂结构,它以法律文件的表现形式即商法典作为商法概念的界定基础。

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。该概念的理论着眼点为商法规范的性质、作用、构成、实施方式等在理念上的统一。它不以商法典作为商法概念的界定基础;商法的形式包括各种有关商事的专门法规;商法规范不仅仅存在于商法典之中,而且还大量地存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。从实质意义上看,无论是大陆法系还是英美法系,无论奉行民商分立还是民商合一的国家,都存在着实质意义上的商法。

2. 从商法所包括的范围来划分,可以将商法分为广义的商法与狭义的商法。这种分类是对实质意义上的商法的再次划分。

广义的商法,包括全部商事法律规范,即不仅包括规定商主体与商行为等基本制度的商法典,而且包括与商事交易活动密切相关的各种法律,如规定公司、票据、商业银行、保险、运输、信托、工商权利保护等内容的法律。另外,我国台湾地区还有学者认为,广义上的商法包括国际商法与国内商法。^①

狭义的商法,仅指商法典及其附属法规,如商法典及其施行法等。从性质上讲,狭义的商法属于国内商法中之商事私法,商事公法则不包含在内。^② 尽管狭义的商法范围较窄,但“通常研究商法者,大都以狭义的商法为其研究对象”^③。我国法学界也正是在狭义上使用商法的概念并在狭义上进行对商法的研究的。此外,德国一些学者在将狭义商法作为一般商法的基础上,还从商人特殊法意义上,将狭义商法

① 参见张国键:《商事法论》,7~8页,台北,三民书局,1980;刘清波:《商事法》,1~2页,台北,商务印书馆,1995;郑玉波:《商事法》,2页,北京,大中国图书公司,1998;梁宇贤:《商事法论》,3页,北京,中国人民大学出版社,2003。

② 参见张国键:《商事法论》,8~9页,台北,三民书局,1980;刘清波:《商事法》,2页,台北,商务印书馆,1995;董安生等:《中国商法总论》,23页,长春,吉林人民出版社,1994。

③ 张国键:《商事法论》,9页,台北,三民书局,1980。