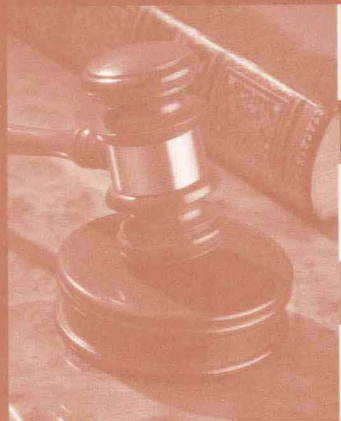


高等学校本科教材



Shangfa

商 法

范健 主编

 高等教育出版社  
HIGHER EDUCATION PRESS

高等学校本科教材

Shangfa  
商法



范健 主编

王建文 副主编

撰稿人（以撰写章节先后为序）

范健 王建文 曾洋 李华 钱玉林

## 内容提要

本书是高等教育出版社统一组织编写的“高等学校本科教材”的一种。全书分为六编：商法总论、公司法、证券法、破产法、保险法、票据法。本书立足于我国现行商法制度，以简洁的行文涵括了当前商事立法与商法理论的基本内容。

为避免教材过于冗长并避免过多的理论阐述影响教材的通识性，本书仅对商法基本制度与理论作简要阐述，特别需要关注的理论问题则以“理论与实务拓展”的形式作简略介绍，以便为读者进一步研究提供必要指引。

本书以法学及经管专业本科生、专科生为主要适用对象，同时亦可作为法学专业及经管专业研究生以及实务部门工作人员全面学习与研究商法的参考读物。

## 图书在版编目(CIP)数据

商法 / 范健主编. —北京: 高等教育出版社,  
2012.3 (2013.7 重印)

ISBN 978-7-04-033888-1

I. ①商… II. ①范… III. ①商法-中国-高等学校  
-教材 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第008366号

策划编辑 姜 洁      责任编辑 胡 岚      封面设计 张志奇      版式设计 王 莹  
责任校对 陈旭颖      责任印制 韩 刚

---

出版发行	高等教育出版社	咨询电话	400-810-0598
社 址	北京市西城区德外大街4号	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
邮政编码	100120		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	网上订购	<a href="http://www.landaco.com">http://www.landaco.com</a>
开 本	787mm×960mm 1/16		<a href="http://www.landaco.com.cn">http://www.landaco.com.cn</a>
印 张	29.75	版 次	2012年3月第1版
字 数	560千字	印 次	2013年7月第2次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	43.00元

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题，请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 33888-00

# 作者简介

**范 健** 南京大学法学院教授、博士生导师。首届中国十大杰出青年法学家(1995年)。中国商法学研究会副会长。主要研究领域为商法、经济法、国际商法。主要著作有《商法》、《商法学》、《商法总论》、《公司法》、《证券法》、《破产法》、《商法基础理论专题研究》、《商法的价值、源流及本体》、《商法论》、《德国商法》、《公司法论》等。

**王建文** 法学博士、博士后,河海大学法学院教授、副院长。河海大学商法研究所所长。江苏省“333 高层次人才培养工程”中青年科学技术带头人(2011年入选)、江苏省高校“青蓝工程”中青年学术带头人(2010年入选)、河海大学优秀创新人才(2008年入选)、江苏省高校“青蓝工程”优秀青年骨干教师(2004年入选)。主要研究领域为商法。主要著作有《中国商法立法体系:批判与建构》、《商法教程》、《商法学》、《商法总论》、《公司法》、《证券法》、《破产法》、《商法基础理论专题研究》、《商法的价值、源流及本体》、《商法论》等。

**曾 洋** 法学博士,南京大学法学院副教授。主要研究领域为证券法。主要著作有《证券法学》等。

**李 华** 法学博士,南京大学法学院副教授。主要研究领域为保险法。主要著作有《保险缔约信息义务制度研究》、《保险法》等。

**钱玉林** 法学博士、博士后,扬州大学法学院教授、副院长。江苏省“333 高层次人才培养工程”中青年科学技术带头人(2011年入选)、江苏省高校“青蓝工程”中青年学术带头人(2010年入选)、江苏省高校“青蓝工程”优秀青年骨干教师(2004年入选)。主要研究领域为商法。主要著作有《股东大会决议瑕疵研究》等。

# 前 言

近年来,我国商事立法与商法理论研究都取得了显著的成就,一大批商事立法与商法论著以崭新的面貌涌现出来,为我国商事司法实践提供了重要的法律依据与理论指引。在此过程中,为使日新月异的法律体系与理论体系能尽可能充分地反映于商法教学之中,出版社及商法学界一直致力于教科书的更新与创新,一大批各具特色的商法教科书相继问世,适应了不同读者的需求。

商法具有变动性,并且其变动非常迅速,而商法教科书需保持相对稳定,不可能对细微变化均作及时反映,尤其是在为适应课时安排而编撰的相对简洁的教科书中,更需要在详略安排、理论深度等方面作合理规划。基于此,本书以较为精简的篇幅对商法制度与理论作了详略有致的安排。在遵循教科书通识性写作原则的同时,为妥善解决教学实践中对理论与实务问题的教学需求,本书还设置了“理论与实务拓展”板块。此外,在每章首尾分别添加简洁明了的“本章导读”与精心设计的“练习思考题”,以利于学生预习与复习。

本书由范健主编,王建文担任副主编,并由主编、副主编共同统稿与定稿。本书具体分工如下:范健,第一编;王建文,第二编、第四编;曾洋,第三编;李华,第五编;钱玉林,第六编。

本书虽力求成为精品,但缺陷与错漏仍在所难免,尚乞同仁惠予批评指正!

范 健

2011年8月于南京大学

## 郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话 (010) 58581897 58582371 58581879

反盗版举报传真 (010) 82086060

反盗版举报邮箱 dd@hep.com.cn

通信地址 北京市西城区德外大街4号 高等教育出版社法务部

邮政编码 100120

# 目 录

## 第一编 商法总论

第一章 商法概述 .....	3
第一节 商法的概念与特征 .....	3
第二节 商法的价值、理念与基本原则 .....	10
第三节 商法的独立性、体系构成和法律渊源 .....	17
第二章 商事企业 .....	32
第一节 商事企业概述 .....	32
第二节 商事企业的类型 .....	38
第三节 商号 .....	49
第四节 商事登记 .....	58
第三章 商事财产 .....	69
第一节 商事投资人的财产权 .....	69
第二节 商事企业的营业资产 .....	70
第四章 商行为 .....	75
第一节 商行为一般理论 .....	75
第二节 商事经营 .....	81
第三节 特殊商行为 .....	83

## 第二编 公司法

第五章 公司与公司法概述 .....	91
第一节 公司的概念与特征 .....	91
第二节 公司法概述 .....	93
第三节 公司的类型 .....	98
第六章 公司的设立 .....	101
第一节 公司设立概述 .....	101

## II 目录

第二节	公司设立的效力与责任 .....	107
第三节	公司章程 .....	118
第四节	公司的能力 .....	125
<b>第七章</b>	<b>公司的资本制度 .....</b>	<b>131</b>
第一节	公司资本制度概述 .....	131
第二节	股东出资制度 .....	135
第三节	增加资本与减少资本 .....	140
<b>第八章</b>	<b>股东与股权 .....</b>	<b>144</b>
第一节	股东与股东权 .....	144
第二节	有限责任公司的股权转让 .....	149
第三节	股份有限公司股份的转让 .....	150
<b>第九章</b>	<b>公司组织机构 .....</b>	<b>153</b>
第一节	公司组织机构与公司治理结构 .....	153
第二节	股东会 .....	157
第三节	董事会 .....	165
第四节	经理 .....	169
第五节	监事会 .....	172
第六节	董事、监事、高级管理人员的义务 .....	175
<b>第十章</b>	<b>公司变更与终止 .....</b>	<b>181</b>
第一节	公司的合并 .....	181
第二节	公司的分立 .....	184
第三节	公司组织形式的变更 .....	187
第四节	公司的解散 .....	191
第五节	公司的清算 .....	194
<b>第三编 证 券 法</b>		
<b>第十一章</b>	<b>证券法概述 .....</b>	<b>201</b>
第一节	证券与证券市场 .....	201
第二节	证券法基础理论 .....	212
<b>第十二章</b>	<b>证券发行与上市制度 .....</b>	<b>217</b>



第一节	证券发行与上市概述 .....	217
第二节	首次公开发行股票并上市的条件和程序 .....	223
第三节	证券发行审核 .....	226
第四节	证券承销与保荐 .....	229
第五节	暂停上市和终止上市 .....	235
<b>第十三章</b>	<b>证券交易制度 .....</b>	<b>238</b>
第一节	证券交易概述 .....	238
第二节	证券交易规则 .....	242
第三节	禁止的证券交易行为 .....	245
<b>第十四章</b>	<b>信息披露制度 .....</b>	<b>255</b>
第一节	信息披露制度概述 .....	255
第二节	信息披露规则 .....	257
<b>第十五章</b>	<b>上市公司的收购 .....</b>	<b>262</b>
第一节	上市公司收购的概念和分类 .....	262
第二节	权益披露规则 .....	265
第三节	要约收购 .....	266
<b>第四编 破 产 法</b>		
<b>第十六章</b>	<b>破产法概述 .....</b>	<b>273</b>
第一节	破产与破产法的概念 .....	273
第二节	破产法的立法体例 .....	276
<b>第十七章</b>	<b>破产程序的启动与运行 .....</b>	<b>284</b>
第一节	破产程序开始的要件 .....	284
第二节	破产申请与受理 .....	291
第三节	破产管理人 .....	295
第四节	破产债权的申报 .....	298
第五节	债权人会议 .....	302
<b>第十八章</b>	<b>破产财产的清理 .....</b>	<b>308</b>
第一节	破产财产制度概述 .....	308
第二节	破产债权、破产费用与共益债务 .....	310

#### IV 目录

第三节	破产程序中的别除权、撤销权、追回权、取回权、抵销权 .....	313
<b>第十九章</b>	<b>破产重整、破产和解与破产清算制度 .....</b>	<b>322</b>
第一节	破产重整制度 .....	322
第二节	破产和解制度 .....	329
第三节	破产清算制度 .....	332
<b>第五编 保 险 法</b>		
<b>第二十章</b>	<b>保险与保险法概述 .....</b>	<b>343</b>
第一节	保险概述 .....	343
第二节	保险法概述 .....	346
<b>第二十一章</b>	<b>保险合同概述 .....</b>	<b>353</b>
第一节	保险合同的特征 .....	353
第二节	保险合同的当事人与关系人 .....	356
第三节	保险合同的辅助人 .....	363
第四节	保险合同的内容、订立与履行 .....	368
第五节	保险合同的解释 .....	372
<b>第二十二章</b>	<b>财产保险合同 .....</b>	<b>375</b>
第一节	财产保险合同的特征 .....	375
第二节	财产保险合同的内容 .....	376
<b>第二十三章</b>	<b>人身保险合同 .....</b>	<b>380</b>
第一节	人身保险合同的特征 .....	380
第二节	人身保险合同的主要条款 .....	383
<b>第二十四章</b>	<b>保险公司 .....</b>	<b>391</b>
第一节	保险公司的特征 .....	391
第二节	保险公司的设立、变更和终止 .....	392
第三节	保险公司的业务范围及其限制 .....	395
第四节	保险公司的经营规则 .....	395
<b>第二十五章</b>	<b>保险业监管法律制度 .....</b>	<b>399</b>
第一节	保险业监管概述 .....	399

第二节	保险业监管体制 .....	400
第三节	我国保险业监管机构 .....	401
第四节	保险业自律 .....	402
<b>第六编 票 据 法</b>		
<b>第二十六章</b>	<b>票据法总论 .....</b>	<b>407</b>
第一节	票据概述 .....	407
第二节	票据关系与票据基础关系 .....	412
第三节	票据行为 .....	417
第四节	票据权利 .....	422
第五节	票据的伪造和变造 .....	425
第六节	票据丧失及其救济方法 .....	427
第七节	票据抗辩 .....	430
第八节	票据的消灭时效与利益偿还请求权 .....	433
<b>第二十七章</b>	<b>汇票 .....</b>	<b>437</b>
第一节	汇票的概念与记载事项 .....	437
第二节	汇票的出票 .....	438
第三节	汇票的背书 .....	438
第四节	汇票的承兑 .....	440
第五节	汇票的保证 .....	443
第六节	汇票的付款 .....	446
第七节	追索权 .....	449
<b>第二十八章</b>	<b>本票和支票 .....</b>	<b>454</b>
第一节	本票 .....	454
第二节	支票 .....	455
<b>第二十九章</b>	<b>涉外票据的法律适用 .....</b>	<b>459</b>
第一节	涉外票据的概念 .....	459
第二节	涉外票据的法律适用 .....	459
<b>主要参考文献 .....</b>		<b>461</b>

第一编

---

# 商法总论



# 第一章 商法概述

**【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。商法有其特有的价值、理念与原则,并因其独立性而形成了特有的法律体系与法律渊源。现代意义上的商法在我国始于清朝末期。从历史的角度看,德国商法作为大陆法系商法的代表对中国商法的影响最大。中国商法在今后发展仍然需要继受大陆法系和英美法系商法的经验。对两大法系商法的具体制度方面的继受已经不会再引起太多的争议。现阶段在继受两大法系商法经验方面面临的重大问题将是,中国有无必要和可能制定一部统一的形式商法。该形式商法的具体立法形式可为“商法通则”。

## 第一节 商法的概念与特征

### 一、商法的起源与商法时代的开启

哪里有贸易,哪里就有法律。原始状态的商品交易孕育了古代社会法律的起源。然而,在商品社会初期,尽管客观上需求调整交易行为的专门规范,但即便是在私法高度发达的罗马法时代,也未能形成近现代意义上的商法,与之相适应的仅仅是商事习惯和零星的商事规则,这些具有商法萌芽性质的规则并未能如民法那样形成较高的逻辑理性和制度体系,而是淹没在民事私法规范之中,还未形成独立调整商人或商行为这些特定对象的完整规范体系,因而,严格来说,当时还没有商法。

从11世纪开始,欧洲大陆的农业生产方式发生了历史性突变,从农业中解脱出来的大量剩余劳动力,促进了商人、工匠和其他工业生产者阶层的兴起,进而形成了一个规模庞大的商人阶层,他们以营利为职业,成为专业的商品经营者。传统的以农业生产方式为根基的罗马法、教会法和其他封建法已经不能适应他们的逐利需求,壮大了的商人阶层凭借着经济实力谋取自治权和裁判权,制定了在商人之间适用的自治法规,并设立专门的机构处理商人之间的纠纷,以商事交易便捷和商人利益维护为主要目的的中世纪商法产生了,从此开创了商法的历史。

从中世纪到近代初期,是严格意义上的现代商法的起源时期。在此期间,伴

随着商业文明的复兴与进展,一个以自由、公平、权利为核心和本质,以商人和商行为为特定对象的新兴部门法逐渐从传统民法中分离出来,并从观念到制度构造上日趋完善。

从19世纪初到第一次世界大战,现代商法体系逐渐建立并完成。这一时期,经过资本主义工业文明滚滚洪流的洗礼和以欧陆为本源八面辐射的规模庞大的商法编纂运动的历史沉淀,世界商法基本完成了分流与整合的历程,形成法国商法、德国商法、英美商法三大体系鼎足而立的局面。经历百年发展,当今世界各国的商法仍在很大程度上受到这一时期商法体系的影响。

商法的诞生与自身体系的形成,是人类社会法制进程中的重要一步。如果说宪法的诞生为资产阶级民主与法制创造了政治制度上的法律基础,商法的发达则为“平等”、“权利”、“自由”在“尘世”的落实奠定和提供了经济上的制度基础和法律依据,它直接或间接地对社会经济体制的运转,民族和国家的统一,以至世界法律的同化产生着具有深远意义的作用。“商法时代”的出现,是现代文明的必然结果。商法给予人类社会的不仅仅在于法典、法规和制度,更是一种现代文明社会的精神,其所彰显的强化私法自治、促进经营自由、保护营利和加重责任的理念,对于奠定一国市场经济制度的法律基础,对于变革民族和社会的观念,对于“民主”、“自由”、“权利”、“平等”原则在现实生活中的真正落实,推动一国经济发展和社会进步,均具有不可替代的作用。毫不夸张地说,商法开创了人类社会的一个崭新时代,在商法时代中,社会经济活动空前繁荣,新鲜事物层出不穷,人类文明也提升到了一个前所未有的高度。

## 二、“商”与“商法”的概念

### (一)“商”在不同语境下的含义

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,同时,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,古代汉语中,“商”是一种计时单位,一刻即为一商,“商,刻也”<sup>①</sup>,此外“商”还具有“估量”、“推测”的含义,后来“商”又发展为与“量”合用,称为“商量”,进而引申为“协商”之意。有时,还在“经商”、“赏赐”等意义上使用。

“商”一词被引入经济生活,人们最初是在相互交换和互通有无的意义上使用,与贸易活动紧密相连。一般认为,人类的物质活动可以分为两种:一是自给

<sup>①</sup> 《集韵·阳韵》。

自足的物质生产活动,一是为出卖而进行的物质生产活动。在前一种物质生产活动中,人类生产物质产品的主要目的是为了自己或与自己有一定血缘或亲属关系的人的需要,此时,人类所生产出来的物质产品并不投入流通领域,而直接进入生产者本人的消费领域;在后一种物质生产活动中,人类生产物质产品的主要目的是为了满足不同社会成员的需要,此时,人类生产出来的物质产品并非供生产者及其家庭消费,而是通过流通手段进入社会,供非生产者消费。一般认为,只有后一种意义上的物质生产与交换活动才可以被称之为“商”,“商”总是同产品的生产、流通、分配和消费的活动联系起来,是为了流通、分配和消费的目的而生产产品。如果仅仅是为了自己或自己的一定范围内的亲属的生活需要而进行物质生产,则不得被认为是“商”。<sup>①</sup>在这一语境下,“商”不仅指一种交易行为,有时也特指从事这一行为的人,也就是商人的概念,比如中国古代汉语中的“布商”、“客商”等。随着近现代商事活动规模的扩大,一个特殊的商人阶层出现,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和商事专门法规出现后,商的概念从原先的约定俗称嬗变为一个法定概念,商的内涵也逐渐特指营利活动。

在法律用语上,“商”具有特定含义,与经济学意义上的“商”仅指商品的流通活动而不包括商品生产活动不同,法律意义上的“商”既包括商品的流通活动,也包括商品的生产活动。在法律上理解“商”,重点不在于商的方式,即到底是流通还是生产,而在于理解商的目的,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。简言之,法律上“商”的核心内涵在于“营利性”。

随着时代的发展,“商”作为法律术语的内涵和外延也在发展变化。就商的标的而言,原先仅仅为动产、不动产等有体物,与民法上物的范畴基本重合,而如今,商的标的已经超越了有体物的范畴,伴随着有体物的证券化现象出现,诸如票据、股票、债券、权证等明显区别于传统有体物的有价证券也都可以成为商的标的,而在证券的无纸化现象出现后,实际上是代表一定价值的权利成为商的标的。就商的行为类型而言,原先仅仅包括买卖、代理、票据、运输、保险、海商等,而如今,除这些行为之外,诸如信托、证券交易、融资租赁、知识产权交易、期货交易、期权交易等,都不同程度地成为商行为的一个部分。就商的主体而言,原先以自然人或者按照法定程序拟制的商人为主,而如今,不仅仅包括自然人,还包括法人或者非法人组织,尤其是公司已经成为最主要的商主体。

<sup>①</sup> 参见张民安著:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第3页。



## （二）“商法”的概念

商法是指调整商事关系的法律规范的总称,准确认识商法概念的关键在于何为“商事关系”。商事关系作为一种社会关系,与民法所调整的民事关系存在区别,从前述商法的起源过程不难看出,商事关系是随着社会生产力发展而从普通的民事关系中脱胎和分离出来的。商事关系区别于民事关系主要表现在两个方面:一是社会关系的主体发生了变化,商人阶层的出现和庞大的商人规模及其体系化的多重形式是商事关系独立的一个重要原因;商事主体有了与普通民事主体不同的表现形式和目的追求,从事商事活动成为这些主体的职业,此时,不论是商事主体之间发生关系还是商事主体与普通民事主体之间发生关系,客观上都形成了与普通民事关系不同的一种新的社会关系;二是行为的方式发生了变化,最明显的便是商行为的目的与普通民事行为的目的有了质的区别,人们开展某些行为不再是为了满足自身或家庭消费的需要,而是以营利或者追逐利润为行为目的,这种以营利为目的的行为主要是由那些以从商为职业的主体所实施,但有些并非以从商为职业的主体偶尔也会实施这样的行为;社会主体实施以营利为目的的行为时所形成的相互之间的关系,显然有别于传统的并非以营利为目的的普通民事关系。以上两种情况下的社会关系都与“商”有关,为了区别于传统民事关系,我们称之为商事关系,而调整此种社会关系的法律规范便总称商法。

### 1. 形式商法与实质商法

世界各国的商法制度存在较大差异,多数学者在理论上将商法分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式商法,是指奉行民商分立立法原则的国家在民法典之外制定的以“商法”命名的法典,其内容主要涉及商主体、商行为之界定、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,德国、法国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、巴西、智利、阿根廷等均制定有商法典。形式意义上的商法概念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——商法典作为商法概念的界定基础。

由于各国商法典编纂的原则不同,形式意义上的商法典又表现为不同的具体形式。比如,1807年《法国商法典》共四卷:第一卷“商事总则”包括了第一编“商人”、第二编“商人会计”、第三编“公司”、第四编“商业注册”、第五编“商品交易所、证券经纪人和居间商”、第六编“质押和行纪商”、第七编“商行为的证据”、第八编“汇票和本票”;第二卷“海商”;第三卷“破产”;第四卷“商事法院”。<sup>①</sup>又

<sup>①</sup> 参见《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版,第1~76页。