

全国高等学校法学系列教材·基础与应用

Commercial Law

商 法

主 编 鲁晓明



清华大学出版社

| 全国高等学校法学系列教材·基础与应用 |

Commercial Law

商 法

主 编 鲁晓明

副主编 (以撰写章节先后为序)

王雪丹 邹双卫 杨悦 周后春

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本教材系在《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》的基础上,参考《司法部国家司法考试大纲》编著而成,具有以下特点:第一,语言简洁。参编者用简洁的语言,着力压缩了教材的内容,将繁杂的商法内容进行浓缩。第二,涵盖全面。在追求教材内容满足知识表达的系统性与结构安排完整性的同时,又力求及时对最新的商事立法做精确阐释。第三,侧重应用。增加了法律应试和应用的内容,提出司法实践中所遇到的疑难问题,阐述如何应用法律规定来解决问题的思路和方法,以适应学生对司法考试的训练需求。

全书共分八编,其内容除总论外,主要包括个人独资企业法与合伙企业法、公司法、破产法、票据法、证券法、保险法和海商法等内容。本书同时配有测试习题集,可帮助读者夯实理论基础,培养实务技能并为司法考试做相关准备。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

商法 / 鲁晓明主编. —北京:清华大学出版社,2013.1

(全国高等学校法学系列教材·基础与应用)

ISBN 978-7-302-30708-2

I. ①商… II. ①鲁… 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 278597 号

责任编辑:刘 晶

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印装厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:32.5 字 数:669 千字

版 次:2013 年 1 月第 1 版 印 次:2013 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:49.80 元

产品编号:050353-01

主 编 简 介

鲁晓明,法学博士,广东商学院法学院教授,民商法专业硕士生导师;广东省高等学校“千百十”工程培养对象,担任广东省民商法学会副会长,广州市消费者权益保护法研究会副会长,广东省医药食品法研究会副秘书长等兼职;在《法律科学》、《法商研究》、《现代法学》、《法学家》等核心期刊上发表论文 30 余篇,部分论文被人大复印资料、高等学校文科学术文摘转载,所撰论文曾获广东省哲学社会科学优秀成果二等奖、广东省法学会优秀成果一等奖、(首届)中国食品安全法治高峰论坛二等奖等奖励。

前 言

商法是商事法律制度的总称。在现代市场经济国家,商法是最基本、最重要的法律部门之一,是维系市场经济秩序的主要法律手段。在非市场经济时期,商法长期受到忽视。随着市场经济的发展和完善,商法的重要性越来越明显地体现出来。商法学已经成为大学法学专业学生的必修课程。在司法考试中,商法也已经成为不可或缺的内容。

与此同时,商法极具技术性的特点使得掌握商法知识异常艰难,商法成为许多法律学人难以跨越的拦路虎。掌握商事法知识、获得法学学位、通过司法考试、能够运用商事法律知识分析现实中存在的各种商事法律问题,是法律学子们学习商法的原初动力。然而,背景知识的欠缺、基础理论的匮乏以及理论与实践的脱节,却经常使得这种美好的愿望落空。编著本教材的目的,即在于从学习者的角度出发,不固守于知识的讲述,采取良性互动的方式,满足学习者学习的需要。本教材系在《全国高等教育法学专业核心课程教学基本要求》的基础上,参考《司法部国家司法考试大纲》编著而成,具有以下特点:

系统性——课程体系完整、系统,能够满足法学本科教学需要;

实用性——注重对法律法规的提炼概括,帮助学生加深对法条的理解并提高法律分析能力;

重点突出——对于司法考试与课堂教学所关注的共同重点,着重突出。

本书共分八编。第一编为商法总论,第二编为个人独资企业法与合伙企业法,第三编为公司法,第四编为破产法,第五编为票据法,第六编为证券法,第七编为保险法,第八编为海商法。内容除讲授基本理论之外,着重突出实用性。在每章开头设有导读,引导学生掌握重要知识点。为帮助学习者巩固所学理论,提高实务应用技能,编者还针对本教材组织编写了配套习题集,习题的难度与司法考试相当,部分习题还源于司法考试真题,以增强习题的权威性。

我们期待本书的问世能够给商法的学习者带来实质性的帮助。由于商法内容繁杂,错漏之处在所难免,敬请读者批评指正。

编 者

2012年7月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法的概念和特征	1
第一节 商法的概念	1
第二节 商法的特征	2
第三节 商法的地位	6
第四节 商法的基本原则	9
第五节 商法的历史及其发展	11
第二章 商主体	17
第一节 商主体的概念与特征	17
第二节 商主体的分类	18
第三节 商主体的商事能力	21
第三章 商行为	23
第一节 商行为的概念与法律特征	23
第二节 商行为的分类	24
第三节 商法对商行为的特殊规制	26
第四章 商号与商号权	29
第一节 商号的概念与法律特征	29
第二节 商号的取得与废除	30
第三节 商号权	31
第五章 商事登记	33
第一节 商事登记的概念、法律特征及法律意义	33
第二节 商事登记的种类	35
第三节 商事登记的程序	37
第四节 商事登记的法律效力及监督管理	38

第二编 个人独资企业法与合伙企业法

第六章 个人独资企业法	41
第一节 个人独资企业概述	41
第二节 个人独资企业的设立	42
第三节 个人独资企业的权利和义务	43
第四节 个人独资企业的解散与清算	44
第五节 个人独资企业的法律责任	45
第七章 合伙企业法	47
第一节 合伙企业概述	47
第二节 普通合伙企业	49
第三节 有限合伙企业	54
第四节 合伙企业的解散和清算	57

第三编 公 司 法

第八章 公司与公司法概述	59
第一节 公司概况	59
第二节 公司法	64
第九章 公司设立	68
第一节 公司设立概述	68
第二节 公司章程	73
第三节 公司的住所和名称	77
第四节 公司的权利能力和行为能力	79
第十章 公司资本	84
第一节 公司资本概述	84
第二节 公司资本原则与资本形成制度	86
第三节 股东的出资形式	88
第四节 公司债券	89
第五节 公司财务与会计	92
第十一章 股东与股权	95
第一节 股东	95
第二节 股权	97

第十二章 公司治理	102
第一节 股东会	102
第二节 董事会	105
第三节 监事会	108
第四节 经理	110
第五节 公司董事、监事、高管的资格和义务	110
第十三章 公司的合并、分立与解散	114
第一节 公司的合并与分立	114
第二节 公司的解散与清算	116
第十四章 有限责任公司	120
第一节 有限责任公司的概念与特征	120
第二节 有限责任公司的设立	122
第三节 有限责任公司股东的出资及其转让	125
第四节 一人公司	127
第五节 国有独资公司	130
第十五章 股份有限公司	133
第一节 股份有限公司概述	133
第二节 股份有限公司的设立	136
第三节 股份有限公司的股份	138
第十六章 外国公司的分支机构	142
第一节 外国公司分支机构概述	142
第二节 《公司法》对外国公司分支机构经营活动的要求	144

第四编 破 产 法

第十七章 破产与破产法概述	147
第一节 破产法概述	147
第二节 破产的基本制度	151
第十八章 破产程序法	156
第一节 破产的申请与受理	156
第二节 债权申报与债权人会议	161
第三节 破产管理人	165
第四节 和解	166
第五节 重整	169

第六节 破产宣告与清算	175
第十九章 破产实体法	182
第一节 破产财产	182
第二节 破产债权	185
第三节 取回权	187
第四节 别除权	190
第五节 破产抵销权	193
第六节 破产费用与共益债务	196
第七节 破产撤销权与追回权	198
第二十章 破产中的法律责任	201
第一节 破产责任概述	201
第二节 破产的民事责任	203
第三节 破产的刑事责任	205

第五编 票 据 法

第二十一章 票据和票据法概述	206
第一节 票据概述	206
第二节 票据法概述	209
第二十二章 票据关系及其基础关系	212
第一节 票据关系	212
第二节 票据关系的基础关系	215
第二十三章 票据行为	218
第一节 票据行为的概念和特点	218
第二节 票据行为的要件	220
第三节 票据行为的代理	224
第二十四章 票据权利	226
第一节 票据权利的概念和特征	226
第二节 票据权利的取得	227
第三节 票据权利的抗辩	229
第二十五章 票据法上的其他问题	235
第一节 票据的伪造与变造	235
第二节 票据的丧失与补救	237
第三节 票据时效与利益偿还请求权	241

第二十六章	汇票	243
第一节	汇票概述	243
第二节	汇票的出票	245
第三节	汇票的背书	249
第四节	汇票的承兑	253
第五节	汇票的保证	256
第六节	汇票的付款	258
第七节	汇票的追索权	259
第二十七章	本票	264
第一节	本票概念和种类	264
第二节	本票的特殊规则	265
第二十八章	支票	267
第一节	支票概述	267
第二节	支票的特殊规则	268

第六编 证 券 法

第二十九章	证券和证券法概述	272
第一节	证券概述	272
第二节	证券法概述	277
第三十章	证券发行	284
第一节	证券发行的概念和特征	284
第二节	证券发行的审核制度	285
第三节	证券承销	288
第四节	证券发行中的几个特殊问题	292
第三十一章	证券交易	294
第一节	证券交易概述	294
第二节	证券上市	296
第三节	信息披露制度	301
第四节	禁止的交易行为	309
第三十二章	上市公司收购	313
第一节	上市公司收购概述	313
第二节	上市公司收购的一般规则	316
第三节	上市公司收购的程序	319

第三十三章	证券交易所	323
第一节	证券交易所概述	323
第二节	证券交易所的会员	325
第三节	证券交易所的组织机构	327
第三十四章	证券公司	329
第一节	证券公司概述	329
第二节	证券公司的设立、变更与终止	331
第三节	证券公司的业务管理和风险控制	334
第三十五章	《证券法》规定的相关机构	339
第一节	证券登记结算机构	339
第二节	证券投资咨询机构	342
第三节	资信评估机构	344
第四节	证券业协会	344
第五节	证券监督管理机构	346

第七编 保 险 法

第三十六章	保险与保险法概述	350
第一节	保险概述	350
第二节	保险法概述	353
第三节	保险法的基本原则	356
第三十七章	保险合同	365
第一节	保险合同概念与特征	365
第二节	保险合同的分类	366
第三节	保险合同的主体	369
第四节	保险合同的成立	370
第五节	保险合同的效力	372
第六节	保险合同的变更和终止	373
第七节	保险合同的履行	375
第三十八章	人身保险	378
第一节	人身保险概述	378
第二节	有关人身保险保险责任的特殊规定	380
第三节	人身保险中的受益人	383
第四节	几种主要的人身保险	385

第三十九章 财产保险	390
第一节 财产保险概述	390
第二节 财产保险中的代位求偿权	391
第三节 财产保险中的索赔与理赔	395
第四节 几种主要的财产保险	397
第四十章 保险业法	407
第一节 保险业法的概念与价值	407
第二节 保险业的组织形式	408
第三节 保险公司的设立、变更和终止	411
第四节 保险业的经营规则	415
第五节 保险业的监督管理	417
第六节 保险市场辅助人	420

第八编 海 商 法

第四十一章 海商法概述	422
第四十二章 船舶与船员	425
第一节 船舶	425
第二节 船舶所有权	428
第三节 船舶抵押权	429
第四节 船舶优先权	431
第五节 船员	433
第四十三章 海上货物运输合同	436
第一节 海上货物运输合同概述	436
第二节 提单	440
第三节 海上货物运输合同中的权利、义务与责任	443
第四节 航次租船合同	448
第五节 多式联运合同	450
第四十四章 海上旅客运输合同	452
第一节 海上旅客运输合同的概念与特征	452
第二节 海上旅客运输合同中的义务与责任	453
第四十五章 船舶租用合同	456
第一节 船舶租用合同的概念与特征	456
第二节 定期租船合同	457

第三节	光船租船合同	459
第四十六章	海上拖航合同	462
第一节	海上拖航合同概述	462
第二节	海上拖航合同中的权利和义务	463
第三节	海上拖航中的损害赔偿	464
第四十七章	船舶碰撞	465
第一节	船舶碰撞概述	465
第二节	船舶碰撞的责任	466
第三节	船舶碰撞的损害赔偿	467
第四节	船舶碰撞的国际公约	470
第四十八章	海难救助	472
第一节	海难救助概述	472
第二节	救助合同	474
第三节	海难救助报酬	475
第四节	海难救助的国际公约	477
第四十九章	共同海损	480
第一节	共同海损的概念与成立要件	480
第二节	共同海损的范围	482
第三节	共同海损的理算	483
第五十章	海事赔偿责任限制	486
第一节	海事赔偿责任限制的概念与特征	486
第二节	海事赔偿责任限制的主要内容	487
第五十一章	海上保险合同	490
第一节	海上保险合同概述	490
第二节	海上保险合同的订立、转让和解除	492
第三节	海上保险合同中的权利义务	495
第四节	海上保险的索赔与理赔	496
第五十二章	海商法法律冲突与统一	499
第一节	海商法法律冲突与统一概述	499
第二节	《海商法》中的冲突规范	500
参考文献		502

第一编 商法总论

第一章 商法的概念和特征

本章导读

商法是调整商事主体的组织与经营性行为的法律规范的总称。学者们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,但我国尚没有形式意义上的商法。商法主要有以下几个特征:商法是国内法,是私法,商法规范具有技术性和易变性,商法调整的行为具有营利性,商法的调整对象具有特定性。商法的基本原则包括商主体法定、强化商事组织、交易快捷、交易安全原则。

第一节 商法的概念

“商”是一个十分古老的用语,在现代社会中,又是一个被多学科广泛使用的词。经济学意义上的“商”是指沟通生产与消费的中间环节,即产品由生产者流转 to 消费者的渠道和中介。法律意义上的“商”,不仅仅包括流通领域,更包括生产领域。但是,它并不是指所有的生产和流通行为,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,这种行为才可以被视为法律意义上的商。法律意义上的商,是一种特指的经营活动,而非一般的商贸活动。从法律上理解商,重点不在于商的形式,即是否处于生产和流通,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。^①

商法(commercial law),又称商事法,是调整有关商事关系的一系列法律规范的总称。简单来说,商法是“规定商事之法律”,其内容或是规制商主体、或是规制商行为,其最终目的在于调整由商事活动引起的各种社会关系,以形成客观经济发展要求

^① 范键主编:《商法》,4~5页,北京,高等教育出版社、北京大学出版社,2002。

的法律秩序。^① 它通常可以从广义和狭义两个方面来理解。狭义的商法仅仅指商法典及其附属法规,如商法典及其施行法等。广义的商法包括所有调整商事关系的法律法规,不仅包括商法典,而且包括与商事经济活动密切相关的各种法律法规,如有关公司、票据、银行、保险、运输、代理、信托、消费者保护、工商权利保护等内容的法律法规。也有一些学者认为,狭义的商法应指国内商法中的商私法规范,广义的商法则包括国内商法规范、国际商法规范、商公法规范、商私法规范。^②

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。形式意义上的商法,着眼于规范的形式和法律的编纂结构,其表现形式就是以商法命名的一部法律。如奉行民商分立的国家在民法典之外制定的商法典,其内容主要涉及商主体、商行为的界定、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。由于各国法典编纂原则不同,形式意义上的商法典又表现为不同的具体形式,主要分为三大类:其一,以德国为代表,以商人为主观主义原则作为立法基础而构造的商法典;其二,以法国为代表,以商行为为中心的客观主义原则作为立法基础而构造的商法典;其三,以日本为代表,以商人和商行为共存的折衷主义原则作为立法基础而构造的商法典。

实质意义上的商法着眼于规范性质、规范构成和规范作用的统一,其表现形式就是所有调整商事活动的法律法规,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中,而且还大量存在于民法、行政法以及其他法律法规与判例之中。

在采“民商合一”体例的国家中不存在形式意义上的商法,我国目前也不存在形式意义上的商法。但随着市场经济体制的建立和我国法制建设的不断进步,实质意义上的商法已经大量存在。在我国的民法、经济法、行政法中存在大量调整商事交易主体及其所从事的商行为的法律法规,一大批商事特别法也已经陆续颁行,如公司、票据、银行、保险、海商等方面的法律法规。

第二节 商法的特征

按照传统法学理论,商法与民法一起,构成私法的核心内容。但在私法体系中,商法又表现出与民法不同的鲜明个性。商法的特征是指商法区别于其他法律部门的

① 张国键:《商事法论》,6~7页,台北,三民书局,1980。

② 董安生等编著:《中国商法总论》,23页,长春,吉林人民出版社,1994。

主要标志,是商法本质的外在表现。按照学者们通常的观点,商法主要有以下几个特征。

一、商法属于国内法,但具有明显的国际性色彩

所谓国内法,是指一个国家的立法机构依据本国主权制定的、在本国领土内生效的法律。目前,国际上并没有实现商法的一体化,世界上所有的国家和地区都在制定本国的商法。即使在经济一体化方面取得显著成效的欧盟,各成员国对欧盟的各项商事指令也不是直接适用,而是经过本国政府批准后由本国的立法部门公布为本国法而适用。

但在所有的国内法中,商法可以说是最具有开放性的法律。因为商法起源于商事交易习惯,商法调整的是商事活动,而商事活动本身就可能是一种跨越国界的活动。如果商法严格限于一国的内部交易,必然在很大程度上妨碍贸易的发展。为适应国际间贸易的需要,一国在制定本国的商法时,都会考虑其他国家或国际上通行的交易规则,将之纳入本国法的范围内,从而使商法具有明显的国际性色彩。

早在古典时期,商法就已表现出国际化特征。中世纪的商人习惯法,特别是海上贸易习惯法,一开始就是各国的商人共同认可的具有国际化性质的法律,当时的商人团体甚至视商法为“国际法或自然法之一部分”^①。17世纪以后,王权从商人团体手中争夺了商事裁判权,将商人们普遍接受的习惯法公布为国家的法律,才使国际法变成了国内法。

19世纪以来,国际贸易得到了长足的发展。发达的资本主义国家掀起了一次次“商法国际化”和“商法一体化”的浪潮。自19世纪起,国际间相继产生了一系列旨在推动商法一体化的国际组织,比如国际海事委员会、国际法协会、国际海洋法法庭、国际商会、国际商会仲裁院、国际商事仲裁委员会、国际货币基金组织、联合国国际贸易法委员会、关税及贸易总协定成员国组织等。这些国际组织制定的国际性商事法律文件几乎涉及了商事活动的各个方面,比如1891年的《商标注册马德里协定》、1910年的《船舶碰撞及海难救助统一法公约》、1924年的《共同海损规则》和《统一提单若干法律规则的国际公约》、1936年的《贸易术语解释国际通则》、1944年的《国际货币基金组织协定》、1947年的《关税与贸易总协定》、1964年的《国际货物买卖统一法公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》、1980年的《联合国国际货物多式联运公约》和《联合国国际货物销售合同公约》等。

从目前各个国家的商法体系看,有关票据、海商、国际货物买卖和商事仲裁的国际一体化已成不可逆转的定局,其他领域尚在向着国际化方向发展。

二、商法属于私法,但带有显著的公法性

公法与私法是传统法学理论对法律体系的一种分类。商法作为调整商事交易主

^① 张国键:《商事法论》,22页,台北,三民书局。

体关系的法律,作为民法的特别法,其私法性是显而易见的。因为商法的主旨在于调节和保护商人的财产利益,无论是商自然人还是商法人,当其以商人的身份参与到商事活动中来,其权利义务关系就受商法的管辖和约束。商法调整平等主体之间因从事商事活动而发生的各种关系,其强调私法自治、追求自由、平等、营利的目标,自然属于私法范畴。

不过,虽然现代商法以私法规定为核心,但为了保障私法规定的实现,商法多采取强制干涉主义,从而导致了商法的公法化倾向。进入20世纪以来,鉴于社会经济生活的深刻变化,市场主体的经济地位、社会地位逐步悬殊,自由平等的调整手段已经很难达到正义、公平的结果,国家干预私人生活越来越多。商法逐渐放弃了放任原则,大量公法性条款,如商事登记、商号被引入商法之中,甚至还被引入了刑法等与经济生活有关的公法规范,从而大大拓宽了商法的视野。如在公司法中明确规定经理的法律责任、在票据法中规定利用票据从事违法行为的刑事责任和行政责任等。这就是理论界所称的“商法公法化”。商法在其传统私法规则体系基础上嵌入了一定的公法性规范,从而使其具有了公法特征。

需要指出的是,尽管商法中出现了许多公法性规范,但这些规范自始就处于为私法交易服务的地位,并不能从根本上改变商法的私法属性。具体而言,商事组织是市场交易的基础,其是否健全与交易安全的维护息息相关,故法律在商事组织方面设置了较多强制性规范,但商事交易本质上是意思自治的行为,故在涉及商事行为方面,仍以任意性规范为主导。

三、商法具有技术性和易变性

在法律理论上,根据法律规范与道德的联系程度,将法律分为伦理性的规范和技术性的规范。通常认为,伦理性规范是将普通民众在日常生活中形成的道德规范上升为法律规范,如民法与刑法中的许多规范就属于典型的伦理性规范。相对来讲,商法离社会上普遍适用的道德规范有一定的距离,更多的是操作性很强的技术规则,属于典型的技术性的法。商法的“技术性最为浓厚,其大多数规则宛如一部精巧的机器,如果不熟悉其内容,实难运用自如。”^①例如,票据法中关于票据的文义性、独立性、要式性、无因性、发票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩、追索权行使等的规定均为保障票据流通的技术性规范;保险法中关于保险费用、保险金额、保险标的的规定广泛涉及数学和统计学上的原理;海商法中关于船舶、拖带、船舶碰撞、共同海损、理算规则等也都大都出于技术上的考虑;公司法中规定的股东会议程序、股份、公司会计、债券等都是为了确保公司决议的公正、公司经营的高效和安全而设计的技术规则。

由于商法规范必须及时反映现实商事交易活动的需要,而商事交易活动的内容

^① 施天涛:《商法学》,14页,北京,法律出版社,2010。