

马克思主义理论研究
和建设工程重点教材

商法学

《商法学》编写组

高等教育出版社

马克思主义理论研究
和建设工程重点教材

商法学

《商法学》编写组

主 编 范 健

副主编 赵旭东 叶 林

主要成员

(以姓氏笔画为序)

王 涌 王建文 石少侠

冯 果 任尔昕 顾功耘

蒋大兴 韩长印

高等教育出版社·北京

图书在版编目(CIP)数据

商法学 / 《商法学》编写组编. --北京:高等教育出版社, 2019. 1

马克思主义理论研究和建设工程重点教材
ISBN 978-7-04-050075-2

I. ①商… II. ①商… III. ①商法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 149452 号

责任编辑 帅映清
责任印制 耿 轩

封面设计 王 鹏

版式设计 于 婕

责任校对 刘 莉

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100120
印 刷 北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 25.5
字 数 450 千字
购书热线 010-58581118
咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.hepmall.com.cn>
<http://www.hepmall.com>
<http://www.hepmall.cn>
版 次 2019 年 1 月第 1 版
印 次 2019 年 1 月第 1 次印刷
定 价 49.50 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 50075-00

目 录

绪 论	1
一、商法学的研究对象	1
二、商法学的功能	1
三、商法学的历史发展	2
四、马克思主义理论与中国特色社会主义商法学	5
五、学习商法学的方法	8
六、本教材的框架体系与特色	9
第一章 商法的一般原理	11
第一节 商法概述	11
一、商法的概念和调整对象	11
二、商法的基础概念	12
三、商法的原则	15
四、商法的产生、变迁与展望	21
第二节 商法的渊源与体系	24
一、商法的渊源	24
二、商法的体系	28
三、商法与其他法律部门的关系	30
第三节 商事纠纷及其解决机制	33
一、商事纠纷解决的基本模式	33
二、调解与仲裁解决商事纠纷的程序特征	33
三、商事法院（法庭）与商事审判	37
四、商事法律责任	41
第二章 商事主体	44
第一节 商事主体概述	44
一、商事主体的概念与特征	44
二、商事主体的种类	46

三、商事主体的商事能力	51
第二节 商业名称	54
一、商业名称的概念和特征	54
二、商业名称的构成、选定和取得	56
三、商业名称权及其保护	59
第三节 商事账簿与商事审计	61
一、商事账簿的概念与法律意义	61
二、设置商事账簿的原则	62
三、商事账簿的种类	64
四、商事账簿的保管	67
五、商事审计	67
第四节 商事登记制度	71
一、商事登记概述	71
二、商事登记管理机关与登记原则	73
三、商事登记的种类和程序	74
四、商事登记的效力	76
五、商事登记制度改革与企业信息公示制度	78
第三章 商事行为	81
第一节 商事行为概述	81
一、商事行为的概念	81
二、商事行为的特征	82
三、商事行为的分类	84
四、特殊商事行为规则	86
第二节 营业	92
一、营业概述	92
二、营业资产	94
三、营业转让	95
第三节 连锁经营与特许经营	97
一、连锁经营概述	97
二、特许经营概述	99
第四节 电子商务	101

一、电子商务法概述·····	101
二、电子商务行为主体·····	102
三、电子商务行为方式·····	103
四、电子商务支付·····	106
第五节 商事运输·····	108
一、商事运输概述·····	108
二、陆上商事运输·····	109
三、海上商事运输·····	112
四、航空运输·····	113
五、混合运输：多式联运·····	115
六、商事物流·····	116
第四章 公司法 ·····	117
第一节 公司法概述·····	117
一、公司法的概念与调整对象·····	117
二、《公司法》的制定与修订·····	117
三、公司的概念与特征·····	118
四、公司的种类·····	119
五、公司的设立·····	122
六、公司的人格·····	125
第二节 公司的资本制度·····	127
一、公司资本的构成·····	127
二、公司资本制度的类型·····	128
三、出资与转让·····	130
四、增资与减资·····	133
第三节 股份与股权·····	134
一、股份·····	134
二、股权·····	136
第四节 公司的组织机构·····	140
一、公司组织机构概述·····	140
二、股东会·····	141
三、董事会·····	144

四、监事会	147
五、经理	148
第五节 公司的合并与分立	149
一、公司的合并	149
二、公司的分立	150
第六节 公司的解散与清算	152
一、公司的解散	152
二、公司的清算	153
第五章 非公司企业法	157
第一节 个人独资企业法	157
一、个人独资企业的概念与特征	157
二、个人独资企业的设立制度	158
三、个人独资企业的治理结构	159
四、个人独资企业的解散与清算	161
第二节 合伙企业法	162
一、合伙企业的概念与分类	162
二、合伙企业的设立制度	163
三、合伙企业的治理结构	164
四、合伙企业的财产与责任承担	166
五、合伙企业的变更、解散与清算	169
第三节 其他企业法	171
一、国有企业法	171
二、外资企业法	174
三、合作社法	175
第六章 商业银行法与支付法	179
第一节 商业银行法	179
一、商业银行法概述	179
二、商业银行的设立、变更、接管和终止	180
三、商业银行业务与经营原则	182
第二节 商事支付法	189

一、商事支付法概述·····	189
二、现金支付·····	190
三、银行卡支付·····	191
四、商业预付卡及第三方支付·····	195
五、其他方式支付·····	199
第三节 票据法 ·····	200
一、票据法概述·····	200
二、票据基本法律制度·····	202
三、汇票·····	207
四、本票·····	212
五、支票·····	213
六、票据电子化与票据法未来的发展·····	215
第七章 保险法 ·····	216
第一节 保险法概述 ·····	216
一、保险的概念与基本属性·····	216
二、保险法的概念和地位·····	217
三、保险与相关术语的区别·····	219
四、保险法律关系·····	221
第二节 保险法的基本原则 ·····	225
一、最大诚信原则·····	225
二、保险利益原则·····	227
三、损失补偿原则·····	228
第三节 保险合同 ·····	233
一、保险合同的概念和特点·····	233
二、保险合同的分类·····	236
三、保险合同的成立与生效·····	239
四、保险合同的条款解释·····	240
五、保险合同的履行·····	241
第四节 保险业法 ·····	246
一、保险业法概述·····	246
二、保险业组织·····	247

三、保险辅助人	247
四、保险业的监督管理	250
第八章 证券法	253
第一节 证券法的基本问题	253
一、证券概述	253
二、证券法概述	255
三、我国证券法的发展历程	259
第二节 证券市场主体法律制度	260
一、证券交易所	260
二、证券公司	261
三、证券登记结算机构	262
四、证券服务机构	263
五、证券业协会	266
第三节 证券发行与承销法律制度	267
一、证券发行	267
二、证券承销	271
第四节 证券上市与交易法律制度	273
一、证券上市	273
二、证券交易	276
三、持续信息公开	282
四、上市公司收购	283
第五节 证券监督管理机构	289
一、证券监督管理机构的性质	289
二、证券监督管理体制	289
三、证券监督管理机构的职责范围	290
四、证券监督管理机构工作人员的行为准则	291
五、证券监管的国际合作	292
第六节 证券法律责任	293
一、虚假陈述行为及其法律责任	293
二、内幕交易行为及其法律责任	295
三、操纵证券市场行为及其法律责任	296

四、欺诈客户行为及其法律责任	297
第九章 期货交易法	299
第一节 期货交易法概述	299
一、期货交易的含义	299
二、期货交易的法律特征	300
三、期货交易法	303
第二节 期货交易参与者	306
一、期货交易者	306
二、期货经营机构	308
三、期货交易所	310
四、期货结算机构	312
第三节 期货交易规则	314
一、保证金制度	314
二、当日无负债结算制度	316
三、持仓限额和大户持仓报告制度	316
四、涨跌停板制度和熔断机制	317
第四节 期货市场的监管	318
一、自律监管与行政监管	318
二、行政监管的理念	319
第十章 商事信托与投资基金法	322
第一节 商事信托概述	322
一、我国法上的商事信托概念——营业信托	322
二、我国商事信托的类型	323
三、我国商事信托的监管	324
第二节 商事信托的设立和生效	324
一、设立商事信托的意思表示	324
二、商事信托的当事人资格	325
三、商事信托设立的目的	330
第三节 商事信托财产	330
一、商事信托财产的范围	330

二、信托财产的独立性·····	333
第四节 信托当事人·····	336
一、受托人·····	337
二、委托人·····	343
第五节 信托的变更与终止·····	346
一、信托的变更·····	346
二、信托的终止·····	348
第六节 投资基金·····	350
一、投资基金的概念·····	350
二、投资基金的特征·····	350
三、投资基金的种类·····	351
四、投资基金的法律关系主体·····	353
第十一章 破产法·····	357
第一节 破产法概述·····	357
一、破产与破产法的概念·····	357
二、破产申请与受理·····	358
三、破产管理人·····	363
四、破产债权的申报·····	365
五、债权人会议·····	367
第二节 破产财产的清理·····	368
一、概述·····	368
二、破产债权、破产费用与共益债务·····	370
三、破产程序中的别除权、撤销权、追回权、抵销权·····	371
四、破产取回权·····	373
五、破产抵销权·····	375
第三节 破产重整制度·····	376
一、破产重整制度的概念与特征·····	376
二、重整程序的启动·····	376
三、重整程序的终止·····	378
四、重整计划的制定、表决与批准·····	378
五、重整计划的执行与效力·····	380

第四节 破产和解制度·····	382
一、破产和解申请提出与审查·····	382
二、和解协议的表决与效力·····	383
第五节 破产清算制度·····	384
一、破产清算制度概述·····	384
二、破产宣告的作出·····	385
三、破产财产的变价·····	386
四、破产财产的分配·····	386
五、破产程序的终结·····	389
阅读文献·····	393
后 记·····	395

绪 论

一、商法学的研究对象

商法学是以商法的一般理论与制度及商事部门法理论与制度为研究对象的部门法理论与学科，是法学理论体系与学科体系的重要组成部分。中国商法学是中国特色社会主义法学体系的重要组成部分，主要研究商法的起源与历史、商法的价值、商法理念与商法思维、商法原则、商法规范与商法体系、商事主体、商事行为、商事纠纷解决程序以及公司法、证券法、票据法、保险法、信托法、基金法、海商法、电子商务法、运输与物流法、破产法等。近年来，我国商法基础理论研究和商事部门法学理论与制度研究都取得了较大的进展，一大批研究成果相继推出，推动了我国商事法制建设的进步。

商法基础理论是商法学的基石，商事部门法的研究有赖于商法基础理论的完善，商事部门法之间的冲突与矛盾需要商法基础理论的协调，商事立法与司法审判需要以商法基础理论为指导形成商法理念和商法思维。由此，商法学的研究首先应以商法基础理论为研究对象，通过对基础理论的研究回答商法实践中的一般理论问题，即：如何构建统一的商事主体制度、行为制度、权利体系制度和权利保障制度；如何基于我国商事部门法规范抽象出具有一般指导性作用的原则；如何对商事部门法中的具体制度作出解释，或者作出一般性或补充性的规定；如何使日益纷繁复杂的商事法律规范系统化、体系化、更具逻辑性，最终走向法典化等。同时，商法学还需要以商事部门法为研究对象，回答商法实践中具体的部门法理论问题，对商事部门法的研究也始终是商法学关注的重点。

二、商法学的功能

商法学的功能具体反映在五个方面：

第一，商法学有助于建构和发展中国特色社会主义商法。改革开放以来，中国通过一系列独具特色的制度、方针、政策，实现了国家的现代化，建立了社会主义市场经济体制。商法学围绕中国社会主义市场经济实践，结合世界各国的商事经验，以凝练、总结和发展中国特色社会主义商法的基本内容和特点为己任，构建中国特色社会主义商法的理论基石。

第二，商法学有助于完善中国特色社会主义商事制度，维护社会主义市场经济秩序。当代中国，虽然已经颁布了大量的商事单行法规和行政规章，但由于缺

乏统领性的《商法典》或《商事通则》，现行商事法律规范之间在一定程度上出现分散林立、缺乏协调乃至冲突对立的局面，尤其在商事基本法立法层面还缺乏既能充分赋予商人创新特权，又能严格限制商人滥用商事人格权与经营权的系统规则。因此我国亟需构建符合本国国情的商法制度。而商法学正是以商法一般理论和商事部门法为研究对象的学科，所以，构建系统完备的商法制度离不开商法学。

第三，商法学将推动当代中国法制文化观念的变革。首先，学习商法学要求培育商法思维，这对于改变我国长期以来偏重民法思维的人才培养模式、转变人们民商不分的观念、促使社会对商法形成正确的认识、形成全社会尊重商事主体和商事行为的风尚具有重要的积极意义。其次，商法学的研究承接商法的过去与现在，有助于人们在把握近代商法精髓的同时重新认识现代商法的特征，从而推动全社会对财富创造与社会创新、商事变革与社会变革中法制价值观念的再认识，引导健康的社会法制思想变革。

第四，商法学是树立社会商业道德，推动社会主义精神文明建设的助力。随着经济的高速发展，现阶段我国社会生活中出现了商事经营性行为与政府行政行为、事业单位公益行为、公益团体非营利行为、公民消费行为等的混同，社会伦理被商人伦理所取代，公民行为自由权利观被商人团体滥用，社会在一定程度上陷入全民经商的局面，由此导致的种种不健康现象都与我国社会长期以来民商不分、营利与非营利不分、商业伦理与社会伦理不分的理念有关。所以，改变中国现阶段社会生活不规范的突破口之一是通过商法学的理论发展，形成社会正确的商法思维和伦理观念，树立社会商业道德。

第五，商法学是我国实现国际经济战略的重要法制理论依托。随着经济全球化的深入发展，一国的国际经济战略将成为国家强盛的关键。国际经济战略以经贸合作为核心连接世界经济，经贸合作的开展不但需要国家政策支持，更需要一国商事法律制度的完备及其与国际商事法律制度的协调。此时，以现代商人制度、现代商事行为制度以及现代社会商法基本特征的研究为重点的商法学就必然成为我国推行国际经济战略的重大理论基础。

三、商法学的历史发展

（一）西方商法学发展概述

与法学的大多数学科相类似，西方商法学在大陆法系和英美法系国家有着两种不同的发展历程。

在大陆法系国家,商法学因各国民商分立或民商合一的不同立法模式也存在差异。民商合一的国家虽然存在实质意义上的商法,但商法学在法学教学体系里仍被整体归入民法教学中,没有获得独立的地位。至于民商分立的国家,各国的商法学也在教学体系上存在不同:德国商法学课程内容包括商法总则、商事账簿、商事行为,^① 商事组织、证券、票据、保险、海商通常单独开课;法国商法学课程则排除了海商法,而将商事行为、商事法院、公司法、票据法、保险法以及破产法列为授课内容;^② 日本商法学教学体系包括商法总则、商事行为法、公司法、票据法、保险法、海商法,破产法不包括在内,其中,商法总则与商事行为通常被合为一门,与公司法、票据法并列为法学院的必修课。^③ 虽然民商分立的国家的商法学课程体系存在不同,但是在教学方法或者研究方式的教授上,大陆法系作为成文法国家,其商法教学更加注重法教义学,商法学学生多以成文法学习为重,以判例学习为辅。此外,在研究内容上,相比于英美法系重交易、重商事行为的研究倾向,商事组织一直是大陆法系国家商法学的重点。

与大陆法系国家不同的是,在过去很长一段时间内,英美法系国家没有对部门法进行详细划分,商法学仅被作为服务于课堂教学的教学方法。美国《统一商法典》的制定改变了这一局面,它在一定程度上确定了商法的范围。至此,商法学被认为是包括合同法、买卖法、财产法、担保法、商事组织法、代理法、票据法、侵权法等在内的,“由一系列与商业运作及其环境相关的法律组成”的法学学科。美国的商法学教材则通常包括美国法律基础、财产法、合同法、销售与租借合同法、票据法、信用和破产法、经纪人法、独资与合伙人法、公司法、就业法、政府法规、国际法。^④ 不过,美国《统一商法典》的出台,并没有改变美国作为英美法系国家重判例的习惯,商法学仍是一门以判例为基础的学科。

虽然商法学在两大法系的历史发展轨迹上有不同之处,但是受商法的国际性的影响,两大法系的商法学也存在相同之处。例如,两大法系的商法学研究都以现实需要为导向;又如,随着经济的发展,现阶段两大法系的商法学研究都集中于网络法、消费者保护、支付方式、破产等领域。

(二) 中国商法学发展概述

中国商法学的发展大体可以分为四个时期。

① 参见[德]C.W.卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第1页。

② 参见沈达明:《法国商法引论》,对外经济贸易大学出版社2001年版,第1页。

③ 参见吴建斌:《现代日本商法研究》,人民出版社2003年版,第2页。

④ 高榕、李舒:《美国商法浅谈》,上海人民出版社1996年版,第2页。

1. 清朝末期—国民政府时期

我国古代没有近现代意义上的商法。商法在我国始于清朝末期，清政府在推行新政时，把制定商法典作为振兴工商业的治国大策之一。1903年，光绪皇帝令载振、伍廷芳等人起草商法，1904年公布了《公司律》《商人通律》，此后又聘请外国学者帮助起草《大清商律草案》，虽然该草案未及实施，但这一商事立法活动仍然推动了中国商法学的起步。1911年安徽法学社出版的《商法总则》是中国最早引入的外国商法学著作，^①至此，国外先进的商法制度和商法学理论开始被引入中国，商法学成功进入理论研究的视野。

辛亥革命后，新建立的民国政府在大清商事法律的基础上重新颁布了一批商事法律，包括《中华民国商律》《公司条例》《商人通例》。商法学研究也得到了进一步发展，大量日本著作被翻译成中文。然而，国民政府迁都南京后，采取了民商合一的立法体例，商法总则的有关内容均被并入民法债编，虽然商事单行法仍被保留，如《公司法》《票据法》《证券交易法》等，但自此商法却失去了独立于民法的地位，商法学被划入民法学的范畴而被并称为民商法学。

2. 中华人民共和国成立—20世纪80年代

中华人民共和国成立后，在很长一段时间内，由于实行计划经济，国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段，商法被完全忽视，商法学的发展停滞不前，没有学校开设与之相关的课程，商法理论著作几乎空白。

1978年经济法学兴起，商法学被纳入其中。当时，邓小平同志肯定了我们需要用经济法律来调整国家和企业、企业和企业、企业和个人之间的关系。随着十一届三中全会的召开，全国人大颁布了一系列商事法律法规，如1979年《中外合资经营企业法》^②、1986年《外资企业法》、1986年《企业破产法（试行）》等，上述法律本质上属于商事领域的立法，但由于法学理论认识上的局限，当时均被归属于经济法范畴；同样地，在教科书体系中，商法学也被归入经济法中。

3. 20世纪80年代末—20世纪90年代末

随着改革开放的深入，20世纪80年代商法观念开始被人们接受，经济法学者也开始推动商法学的独立。1984年8月中国经济法研究会召开成立大会，会上指出我国应当制定商法^③，更呼吁学者对此展开研究，进而推动了我国商法学复兴的

^① 参见何勤华：《中国近代民商法学的诞生与成长》，《法商研究》2004年第1期。

^② 本教材引用之国内法律均取简称。

^③ 参见雷兴虎：《〈商法学〉课程的设置现状、存在问题与改革方向》，《西部法律评论》2009年第5期。

进程。但彼时商法依附于民法和经济法的尴尬地位并没有得到改善，商法学的独立性在中国仍然没有得到确认，有关商法学的研究也主要集中在对外国商法的介绍上。

该局面真正得以扭转始于1993年11月中共中央召开十四届三中全会，该会议通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确指出我国要加快经济立法，进一步完善民商法。自此，我国在立法层面颁布了大量的商事单行法，如《票据法》《担保法》《保险法》《证券法》等；在法学理论方面则广泛展开关于民法、商法、经济法关系的讨论，其中主流观点将商法视为私法领域调整商事关系的法律，从而使商法获得独立于经济法的地位，最终使商法学的研究真正进入复兴期并得到快速发展。

商法学复兴的标志性事件是原国家教委于1997年发布的《关于普通高等学校法学专业开设专业主干课程的通知》中，首次明确将“商法学”列为法学专业14门核心课程之一，国家教育部高等教育司也在1998年组织编写了《商法教学基本要求》，此后全国高校法学专业纷纷开设“商法学”课程，商法学再次成为法学研究的重点学科。

4. 21世纪初期至今

商法学重新回归全国高校法学专业核心课程后，进入了全面发展的新时期。商法教材的编写和出版大量出现，一大批商法学理论研究著作相继出版。在商法学家的努力下，中国商法学研究会也于2001年成立，其在推动中国商法立法、司法、执法和理论研究方面发挥了积极的作用。自此，中国商法学研究走向繁荣。

四、马克思主义理论与中国特色社会主义商法学

在过去40年里，中国突破了传统西方国家以私权为核心的商法制度，构建了适应中国国情的新型商法制度，并在确立了中国特色社会主义市场经济体制的同时，形成了独具特色的中国社会主义商法。

横向上，中国特色社会主义商法与其他社会主义国家相比，率先承认了私主体在商事活动中的主体资格，首开先河地肯定了依法治国的重要性；与资本主义国家相比，中国特色社会主义商法重视公法主体的商事主体经营资格，并积极发挥行政机关在商事活动中的监管作用。与民法的财产制度相比，中国特色社会主义商法认为商事财产既可来源于私人财产也可由公有财产与国家财产转化而来。纵向上，现代中国特色社会主义商法与偏重生产贸易的传统商法相比，以金融、信息产业、知识产权为核心；与重视法典形式的传统大陆法系国家商法相比，中