

法学专业核心课程教材

商 法 学

Commercial Law

(第三版)

赵旭东 主编

高等教育出版社

法学专业核心课程教材

商 法 学

Shangfaxue

Commercial Law

(第三版)

主 编 赵旭东

副主编 刘心稳 管晓峰

撰稿人 (以姓氏拼音为序)

甘培忠 管晓峰 郭宏彬 胡利玲

刘心稳 刘智慧 梅慎实 时建中

王光进 王 萍 王卫国 王 涌

王玉梅 赵旭东

图书在版编目(CIP)数据

商法学 / 赵旭东主编. — 3版. — 北京: 高等教育出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-04-043994-6

I. ①商… II. ①赵… 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(2015)第246026号

策划编辑 姜洁
版式设计 于婕

责任编辑 姜洁
责任校对 胡美萍

特约编辑 席建波
责任印制 刘思涵

封面设计 杨立新

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 河北鹏盛贤印刷有限公司
开本 787 mm × 1092 mm 1/16
印张 33
字数 810千字
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.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
版 次 2007年3月第1版
2015年12月第3版
印 次 2015年12月第1次印刷
定 价 58.00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 43994-00

第三版修订说明

包括本教材在内的所有商法学教材总是面对着这样的困扰：一方面，商法学体系庞大，内容丰富，在总论之下，包含了公司法、独资与合伙企业法、证券法、破产法、票据法、保险法等几大单行法律部门。这些法律部门的内容和原理本来就可以单设课程，将其编著于一体的商法学教材，实际上相当于多门法律课程的集成，因此篇幅自然很大，否则不足以覆盖和阐明基本的法律原理。另一方面，法学专业的课程设计和安排又有其规范性的要求，在高校课程设置标准化的统一要求之下，每门课程的课时和容量又是固定和有限的，它与商法特有的庞大结构和体系存在着天然的冲突。这使得许多高校的教师经常陷于教材选用和课程教学安排的矛盾之中。在无法改变法学课程设置的基本结构和商法学作为一门课程的课时和容量已经限定的情况下，如何最合理地确定商法学的课程内容、体系结构和轻重取舍，使教材内容安排与课堂教学实际尽可能地衔接，使学生在有限的课时内学习和掌握最基本的商法学原理，就成为商法学教材编写最具难度和挑战的任务。

本教材迄今已是第三版修订出版。本教材第一版出版于2007年3月，并被全国高校广泛采用，得到普遍的肯定和好评。但本教材第一版也遇到了前述的困扰。全书多达98万字的篇幅给许多高校的使用带来相当大的困难，同时，学生经济能力的限制，也影响了对本教材的正常使用。

本教材第二版出版于2011年9月。在高等教育出版社的建议和支持下，在通过各种方式征询高校教师和学生意见的基础上，本教材第二版对原有内容进行了全面的修订，其主要目标是对第一版教材大幅度地缩减瘦身，而缩减的前提条件是不能破坏和影响商法学课程的既有体系和知识结构，不能遗漏学生必须掌握的基本商法学原理，要尽可能地与高校商法教学的实际内容、法学专业研究生考试和国家司法考试中商法学各部分内容的布局和比重衔接和吻合。为此，我们通过精心设计和细致处理，对第一版教材的体系、结构和内容做了进一步的整合、凝练和优化，特别是精确把握商法学原理在本科教学中的深度和广度，对商法学不同部分知识原理的轻重主次和详略取舍作出最合理的分析和安排。对于法理性较强的重要原理不仅未予缩减，反而有所强化，尽可能阐述得更为充分和透彻。对于纯技术性的法条规范、知识扩展性的历史背景和境外法制方面的内容，则大幅度地压缩或删减。最终使本教材修订后的总字数和篇幅缩减了约1/4。

本次修订编写的是本教材的第三版，这次修订的背景和直接动因是2013年公司法的修改。这次修改是我国公司法发展中的又一次重要的制度改革和突破。其修改的主要内容集中在公司资本制度上，其中包括取消最低资本额的规定、将有限制的资本认缴制改为完全的资本认缴制、取消现金出资比例的要求和法定的验资程序等。为充分反映公司立法的最新发展以及对公司法原理和实践的影响，本教材第三版在公司法一编中主要对“公司资本制度”“股东出资制度”“公司与公司法”“公司的类型”等几章的相关内容进行了较多的修改和补充。

同时，近年来，我国证券法、保险法和破产法的理论和实践都在不断地发展，证券法的修改虽然还在立法过程之中，但理论上已有重要的创新和突破，尤其是证券发行从审核制向注册制的改革等。为配合商事制度改革，最高人民法院2013年出台了保险法司法解释二，后又于2014年、

II 第三版修订说明

2015年两次对保险法进行了修订。我国破产法的实践也取得了丰硕的成果。这些都使得我国商法学原理也在不断地丰富和发展。为此,本次修订亦对证券法、保险法和破产法三编中的相应内容进行了适时的调整、补充和更新。

此外,为实现法学资源共享的功能,充分利用网络教学资源,根据出版社的建议,本次修订在形式上做了特别的设计和安排,即在各编之后新增了1~2个综合性的典型案例研讨,并以二维码的形式进行关联。本书发展和创新的内容和体系及其最新的修订,将使其更能适应高校本科生和研究生教学的实际需要。

本书主要由中国政法大学长期从事商法教学和研究的著名学者和骨干教师合作完成,承担各编编写任务的作者在其分工的领域都有着多年丰富的教学经验或突出的研究成果,这使本书的质量和权威得以保证,并使其更适合于高校教学的实际需要。

本书由赵旭东教授任主编,各章撰写分工如下:

第一编	商法总论	赵旭东
第二编	个人独资企业法 与合伙企业法	刘智慧
第三编	公司法	赵旭东 (第一、二、六、七章) 刘智慧 (第三、八、十四章) 时建中 (第四、十、十一章) 王涌 (第五、十二章) 甘培忠 (第九、十三章)
第四编	证券法	王光进 (第一、三、五、七章) 梅慎实 (第二、四、六、八章)
第五编	票据法	刘心稳 (第一、三、四、五章) 管晓峰 (第二章)
第六编	保险法	王萍 (第一、二、三、四、五章) 郭宏彬 (第六章)
第七编	破产法	王卫国、胡利玲 (第一、五章) 王玉梅 (第二、三、四、六、七、八章)

编者

2015年7月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	3
第一节 商法的概念和调整对象	3
第二节 商法的性质与特点	5
第三节 商法的地位	7
第四节 商法的基本原则	9
第五节 商法的历史与发展	12
第二章 商事主体与商事行为	15
第一节 商事主体的概念和特征	15
第二节 商事主体的类型和分类	16
第三节 商事能力	16
第四节 商事行为的概念和特征	17
第五节 商事行为分类	18
第三章 商事登记	20
第一节 商事登记概述	20
第二节 商事登记原则	21
第三节 商事登记管理机关	21
第四章 营业	23
第一节 营业的概念	23
第二节 营业活动	23
第三节 营业转让	24
本编参考文献	26

第二编 个人独资企业法与合伙企业法

第一章 个人独资企业法	29
第一节 个人独资企业概述	29
第二节 个人独资企业的设立	30
第三节 个人独资企业的权利和义务	31

II 目 录

第四节	个人独资企业的解散与清算	32
第五节	个人独资企业的法律责任	33
第二章	合伙企业法	36
第一节	合伙企业概述	36
第二节	普通合伙企业	38
第三节	有限合伙企业	42
第四节	合伙企业的解散与清算	44
第五节	合伙企业的法律责任	46
本编参考文献	50
第三编 公 司 法		
第一章	公司与公司法概述	53
第一节	公司的概念和特征	53
第二节	公司的沿革和作用	58
第三节	公司法概述	60
第二章	公司的类型	67
第一节	公司的分类	67
第二节	有限责任公司	70
第三节	股份有限公司	72
第四节	一人公司	73
第五节	国有独资公司	74
第六节	上市公司	76
第七节	外商投资企业(公司)	77
第八节	外国公司的分支机构	79
第三章	公司的设立	84
第一节	公司设立概述	84
第二节	公司设立的条件	86
第三节	公司设立的程序	90
第四节	公司设立的效力	94
第五节	公司章程	97
第四章	公司的能力	105
第一节	公司的权利能力	105
第二节	公司的行为能力	108

第三节	公司的侵权行为能力	110
第五章	公司资本制度	113
第一节	公司资本的概念和意义	113
第二节	公司资本原则与资本形成制度	116
第三节	公司资本募集与股份发行	119
第四节	增加资本与减少资本	125
第五节	股东出资概述	127
第六节	股东出资的形式	129
第七节	股东出资的法定要求	131
第六章	股东与股权	136
第一节	股东	136
第二节	股权	147
第三节	有限责任公司股东的股权	150
第四节	股份有限公司股东的股份	153
第七章	公司组织机构	160
第一节	概述	160
第二节	股东会	162
第三节	董事会	168
第四节	监事会	171
第五节	独立董事制度	172
第六节	经理	174
第七节	国有独资公司的组织机构	175
第八节	董事、监事、经理的义务与民事责任	176
第八章	公司债	180
第一节	公司债概述	180
第二节	公司债的主要种类	182
第三节	公司债的发行	184
第四节	公司债转让、偿还与转换制度	185
第五节	公司债持有人保护制度	188
第九章	公司财务会计制度	191
第一节	公司财务会计制度概述	191
第二节	公司财务会计报告	192
第三节	公司税后利润的分配	194

第十章 公司的合并、分立与组织变更	198
第一节 公司的合并	198
第二节 公司的分立	201
第三节 公司的组织变更	203
第十一章 公司的终止、重整与清算	207
第一节 公司的终止	207
第二节 公司的重整	210
第三节 公司的清算	215
本编参考文献	218

第四编 证 券 法

第一章 证券与证券法	221
第一节 证券与证券市场	221
第二节 证券法概述	225
第二章 证券发行与承销	232
第一节 证券发行	232
第二节 证券承销制度	239
第三章 证券上市与交易	242
第一节 证券上市	242
第二节 证券交易程序与种类	245
第三节 证券交易的强制性规则	246
第四章 信息披露	251
第一节 信息披露概述	251
第二节 初次信息披露	254
第三节 持续信息披露	256
第五章 上市公司收购制度	260
第一节 上市公司收购概述	260
第二节 上市公司的要约收购	264
第三节 上市公司的协议收购	266
第六章 证券市场主体	270
第一节 证券交易所	270

第二节	证券登记结算机构	272
第三节	证券公司	275
第四节	证券服务机构	279
第五节	证券业协会	280
第七章	证券监管制度	282
第一节	证券监管概述	282
第二节	证券监管体制	284
第三节	证券监督管理机构	285
第八章	证券违法行为与法律责任	289
第一节	证券违法行为概述	289
第二节	虚假陈述及其法律责任	290
第三节	内幕交易及其法律责任	293
第四节	操纵市场及其法律责任	294
第五节	欺诈客户及其法律责任	295
本编参考文献		298

第五编 票 据 法

第一章	票据法总论	301
第一节	票据概述	301
第二节	票据法概述	305
第三节	票据关系及其基础关系	308
第四节	票据行为	311
第五节	票据权利	316
第六节	票据的伪造与变造	320
第七节	票据抗辩权	323
第八节	票据时效	326
第九节	票据丧失后的救济	328
第二章	汇票制度	332
第一节	汇票概述	332
第二节	汇票的种类	334
第三节	汇票的出票	336
第四节	汇票的转让、担保和贴现	339
第五节	汇票的承兑和保证	343
第六节	付款	346

第七节 追索权·····	348
第三章 本票 ·····	351
第一节 本票概述·····	351
第二节 出票和见票·····	352
第三节 汇票规范对本票的适用·····	354
第四章 支票 ·····	356
第一节 支票概述·····	356
第二节 支票的出票·····	358
第三节 汇票规范对支票的适用·····	359
第五章 涉外票据的法律适用 ·····	361
本编参考文献 ·····	363
第六编 保 险 法	
第一章 保险制度概述 ·····	367
第一节 保险及其制度分析·····	367
第二节 保险制度的发展·····	371
第二章 保险法概述 ·····	374
第一节 保险法的概念、体系和立法体例·····	374
第二节 保险法的基本原则·····	377
第三章 保险合同 ·····	382
第一节 保险合同概述·····	382
第二节 保险合同的订立·····	386
第三节 保险合同的主要内容·····	388
第四节 保险合同的履行·····	390
第五节 保险合同的变更、解除和终止·····	393
第六节 重复保险和超额保险·····	395
第七节 再保险·····	397
第四章 保险业法 ·····	400
第一节 保险业法与保险监管·····	400
第二节 保险组织监管·····	405
第三节 保险经营监管·····	410

第四节 保险中介人监管·····	416
本编参考文献·····	420
第七编 破 产 法	
第一章 破产法概述 ·····	423
第一节 破产和破产法·····	423
第二节 破产法的立法准则·····	425
第三节 破产法的历史沿革·····	427
第四节 新中国破产法的立法概况·····	431
第五节 我国《企业破产法》的一般规则·····	433
第二章 破产程序的开始 ·····	436
第一节 破产申请·····	436
第二节 破产案件的受理·····	438
第三章 债务人财产的管理 ·····	442
第一节 债务人财产·····	442
第二节 管理人·····	444
第三节 破产撤销权和追回权·····	446
第四节 破产费用和共益债务·····	449
第四章 破产案件中的债权人 ·····	452
第一节 债权申报·····	452
第二节 债权人会议·····	454
第三节 债权人会议的程序规则·····	457
第四节 债权人的代表机构——债权人委员会·····	459
第五章 重整 ·····	462
第一节 重整制度概述·····	462
第二节 重整的开始·····	467
第三节 重整期间的财产和营业事务管理·····	468
第四节 重整计划·····	474
第六章 和解 ·····	480
第一节 和解概述·····	480
第二节 和解的程序规则·····	482

第七章 破产清算	486
第一节 破产宣告	486
第二节 取回权和别除权	489
第三节 破产债权和抵销权	495
第四节 破产财产的变价和分配	499
第五节 破产程序的终结	504
第八章 破产法律责任	507
第一节 破产法律责任概述	507
第二节 破产违法行为	508
本编参考文献	512

第一编

商法总论

第一章 商法概述

【导语】

商法是调整商事关系的法律规范,是法律体系中的一个重要部门。商法起源于地中海沿岸国家的商人习惯法。随着经济贸易活动的发展以及商事规则的丰富,大陆法系国家纷纷制定了商法典及其他商事单行法规,形成了民商分立的格局。此后,由于商人身份的弱化及商事活动的扩大化,逐渐出现了民商合一的趋势。我国自清末以来一直采用民商合一的立法体例,但商法具有其特殊的属性,因此通说认为商法是民法的特别法。

学习本章,在熟悉商法概念和调整对象的基础上,应重点掌握商法的性质和特点以及商法与民法的关系,对商法的基本原则有基本的了解。

第一节 商法的概念和调整对象

一、商事的含义

商法即商事法,商法中的概念、规范和制度都是建立在“商事”这一概念基础之上。因此,研究商法首先需要“对‘商事’的内涵和外延予以界定”。

经济学意义上的“商”或“商事”是指沟通生产与消费的中间环节,即产品由生产者流转到消费者的渠道和中介,是社会大生产的一个重要阶段。也就是说,经济学意义上的“商”或“商事”是狭义上的解释。

作为商法意义上的“商”或“商事”,各国法律上对其并没有明确的定义。商法学上“商”或“商事”泛指一切以营利为目的的经营活动的总称。商法学界有学者认为,“现代商法上所称的商事是指营利性主体所从事的一切营利性活动和事业的总称”^①;有学者认为,“法律意义上的‘商’或‘商事’,是指一切营利性活动和事业的总称”^②;有学者认为,“凡属以营利为目的,从事媒介交易之行为,皆称之为商”^③。

二、商事的范围

商事的范围非常广泛,几乎包括各种以营利为目的的商品交换以及与此相关的其他活动。买卖活动是商事活动的核心。作为扩大买卖交易范围的手段而起作用的是代理业、代销业,在交易活动中起媒介作用的是经纪业,作为买卖业的辅助并在商业交易中克服空间障碍的是运输业,克服了时间障碍的是仓储业。矿业、农林水产业等原始产业,出版社、广播等文

① 董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第5~6页。

② 赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社1999年版,第2页。

③ 张国键:《商事法论》,三民书局1980年版,第4页。

化宣传业,旅馆、餐饮等服务业等都以各种形态与买卖业密切联系。因此,在西方国家有“无业不商”之说。

对于商事范围的具体规定,各国并不完全相同,最终要根据各国自己的商事法律予以确定。由于社会经济和文化发展水平的不同,商事的具体范围也许在各国间存在差异,但它们之间存在一个基本的共同之处,即均认可商事泛指以营利为目的的经营活动。

三、商法的调整对象

特定的调整对象是商法作为部门法存在的前提,也是建立和研究商法的基础。商法的调整对象是商事关系,商事关系就是平等主体之间基于营利性活动所形成的社会关系。商事关系无论范围多么广泛,也无论从何种角度对其进行界定,都主要表现为以下两个特点:^①

第一,商事关系是平等主体的关系。

在社会生活中,各种社会关系的主体是千差万别的,他们之间的地位存在平等和不平等两种情况,但商事关系是在平等主体之间形成的社会关系。商法是私法,商事关系只能发生在具有平等地位的主体之间,在这一点上,商事关系与民事关系具有相同的特点。

第二,商事关系是基于营利性行为而形成的社会关系。

商事关系只能发生在以营利为目的而进行的商事活动过程中,这是商事关系区别于其他社会关系,尤其是区别于普通民事关系的最重要的特点。民事关系是范围更广的财产关系和人身关系,商事关系是民事关系的一部分,民事关系和商事关系是典型的种属关系,由此,商法在大陆法中被定性为民法的特别法。

营利性是商事关系的本质属性。所谓营利,就是通过经营获取利润,以较少的经营投入获取较大的收益。营利是一切商事关系形成的基本动机和目的,是商事经营活动的出发点和归属点。没有营利,就没有商事关系,不能营利,商人也无法生存。当然,这种营利系指商事行为的主观目的是为了取得经济利益,至于客观上是否能够取得实际的盈利则在所不问。正是基于商事关系的营利性本质,现代商事关系表现出无所不包、无所不商的状态,几乎一切社会活动,都可以是基于营利而进行,都可以成为一种商事关系。

至于商事关系的发生是否以营业为必要条件,商法理论上存在不同主张。有的学者认为,商事关系仅发生在持续的营业之中。^②有的则把营业性作为商事关系的基本特征。^③

从内容上分析,商事关系可以分为商事组织关系和商事行为关系。商事组织关系是围绕商事主体形成的商事关系,是基于商事主体的设立、组织、管理、变更、解散、破产、清算而发生的法律关系,商事组织关系包括商事主体的外部关系,也包括内部关系。其中最主要的是公司法律关系和破产法律关系,由此,公司法和破产法成为商法体系中最重要的一部分。商事行为关系是基于各种商事行为的实施而形成的商事关系。商事行为关系十分广泛,其中包括票据行为、证券行为、保险行为和海商行为等,由此产生了票据法、证券法、保险法和海商法等商法部门。

① 参见赵旭东:《商法的困惑和思考》,载《政法论坛》2002年第1期。

② 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第4页。

③ 柳经纬主编:《商法》,厦门大学出版社2002年版,第3页。

四、商法的概念

商法即商事法,是指调整商事关系的法律规范的总称。对于商法的概念,有以下不同的含义和理解:

第一,广义的商法和狭义的商法。

广义的商法包括所有调整商事关系的法律规范,它不仅包括所有的商事法律,而且包括非商事法律中与调整商事关系有关的法律规范;不仅包括一国的国内商法,而且包括调整商事关系的国际商法。

狭义的商法仅指国内法中的商事私法,它构成一国商法的主体内容。这是最小范围意义上的商法,也是通常意义上所指的商法。

第二,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一国立法机关所制定的以“商法”或“商法典”命名的成文法典。形式意义上的商法主要存在于大陆法系采“民商分立”体例的国家和地区,如法国、德国、日本等。大陆法系中采“民商合一”体例的国家和地区则不存在形式意义上的商法,我国也不存在此意义上的商法。

实质意义上的商法是指以商事关系为其调整对象的法律规范的总称,即部门法意义上的“商法”。采“民商分立”体例的国家除了存在形式意义上的商法之外,还存在散见于商事单行法、民法、行政法及其他部门法中的商法规范。因此,不论是否存在形式意义上的商法,各国都存在实质意义上的商法。

第二节 商法的性质与特点

一、商法的性质

(一) 商法是私法

公法与私法的划分标准,各种学说差异甚大,有利益说、效力说、主题说、统治关系说、意思说等不同的主张,但一般认为公法是调整国家与社会组织和个人之间关于公权利义务关系的法律规范,私法是调整社会组织和个人之间以及相互间关于私权利义务关系的法律规范。公法维护的是公共秩序和社会的宏观利益,其调整的原则为国家干预原则。私法维护的是社会个体的微观利益,其调整的原则为意思自治原则。

无论依何种标准,一般都认为商法属于私法。虽然进入现代资本主义时期以来,西方国家对经济活动的干预越来越多,并将其政策规定于法律之中,从而出现“私法公法化”的趋势,商法也具有了公法的色彩,但就其本质而言,商法依然属于私法。当然,商法中存在着具有公法性质的规范,但此类规范的存在并不能改变商法的私法属性。

(二) 商法是实体法

以法律的内容为标准,可以将法律划分为实体法与程序法。实体法一般是规定法律主体主要权利和义务的法律,程序法一般是规定保证法律主体权利和义务得以实现的法律。商法的主要内容是规定商事主体在交易活动中具体的权利和义务,因此,商法属于实体法。当然,在商法