



警官高等职业教育“十二五”规划教材

商 法

原理与实务

Shangfa Yuanli yu Shiwu

主 编◎郑昆白



中国政法大学出版社



警官高等职业教育“十二五”规划教材

商 法

原理与实务

Shangfa Yuanli yu Shiwu

主 编◎郑昆白

副主编◎陶 政

撰稿人◎(以撰写章节先后为序)

郑昆白 陶 政

方劲华 吴 瑞



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

商法原理与实务 / 郑昆白主编. —北京：中国政法大学出版社，2014. 1
ISBN 978-7-5620-5211-1

I. ①商… II. ①郑… III. ①商法—中国 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第002443号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	24.25
字 数	449 千字
版 次	2014 年 1 月第 1 版
印 次	2014 年 1 月第 1 次印刷
印 数	1 ~ 4000 册
定 价	39.00 元

❖ 主编简介

郑昆白 男，1965年9月出生，安徽警官职业学院教授、法律一系主任，兼职律师，中科大特聘教授。省级质量工程——《法律事务专业综合改革试点》项目负责人，院级教学名师。长期从事法律教育与教学科研工作，在国家级和省级学术刊物上发表学术论文几十篇，主编《商法》等教材。

❖ 编写说明

作为高等职业教育的重要组成部分，警官类高等职业教育正随着经济社会的快速发展和一线政法工作对专门人才的迫切需求而与时俱进。近年来，全国警法类高职院校都积极探索高职教育教学规律、改革专业人才培养模式，以适应经济社会发展对警法类专门人才的客观需求，改革内容涉及各个方面，包括专业建设、课程建设、师资队伍建设等，当然也少不了至关重要的教材建设。编写一套以就业为导向、以能力培养为核心、以服务学生职业生涯发展为目标、突出当前警官高等职业教育教学特点的系列规划教材就显得尤为重要。

为适应警法类专业人才培养的需要，安徽警官职业学院决定遴选理论功底扎实、教学能力突出、实践经验丰富的优秀教师组成编写组，对警官类高等职业教育原有的系列教材进行重新编写。本次编写工作按照“就业导向、能力本位、任务驱动”等职业教育新理念的要求，遵循高职学生自身的认知规律，紧密联系司法工作实务、相关专业人才培养模式以及课程教学模式改革实践，对教材结构和内容进行了革故鼎新的整合，力求符合教育部提出的“注重基础、突出适用”的要求，在强调基本知识和专业技能的同时，强化社会能力（含职业道德）和方法能力的培养，把基础知识、基本技能和职业素养三者有机融合起来。

本系列教材的主要特点是：

1. 创新编写思路，培养职业能力。“以就业为导向，注重培养学生的职业能力”是高等职业教育课程改革的方向，也是职业教育的本质要求。本系列教材针对警法类高职院校学生的特点，在教材编写过程中突出实用性和职业性，以我国现行的法律、法规和司法解释为依据，使学生既掌握法学原理，又明晓现行法律制度，提高学生运用法律知识解决实际问题的能力。同

II 商法原理与实务

时,在教材内容编排上,本系列教材遵循由浅入深和工作过程系统化的编写思路,为学生搭建合理的知识结构,以充分体现高职的办学要求。

2. 体例设计新颖,表现形式丰富。为了突出实践技能培养,践行以能力为本位的职业教育理念,本系列教材改变以往教材以理论讲述为主的教学模式,采用新颖的编写体例。除基本理论外,本系列教材在体例上设置了学习目标、工作任务、导入案例、案例评析、实务训练、延伸阅读等相关教学项目,并在每章结束时通过思考题的形式,启发学生巩固本章教学内容。该编写体例为学生课后复习和检验学习效果提供便利,对提高学生的学习兴趣、促进学以致用、丰富教学形式、拓宽学生视野、提升职业素养具有积极的推动作用。

3. 课程针对性强,职业特色明显。高等职业教育教材突出相关职业或岗位群所需实务能力的教育和培养,并针对专业职业能力构成来组织教材内容。而法律实务类专业在社会活动中具有与各方面接触频繁、涉及面广的特点,要求学生具有较高的综合素质和良好的应变能力。因此,本系列教材采用案例教学法,通过大量的案例导入,并辅以简洁的案例分析,提供规范的实务操作范例,使学生能够更为直观地体会法律的适用,体验工作的情境和流程,增强学生的综合能力。

4. 文字表述简洁,方便学生使用。本系列教材在概念等内容编写中,尽量采用简洁明了的语言表述,使学生明确概念的要点即可,从而避免教材“一个概念多个观点”、“理论争论较多”的现象。

本系列教材共14本,在其编写过程中借鉴吸收了相关教材、论著的成果和资料;中国政法大学出版社也给予作者们大力支持和指导,责任编辑在审读校阅过程中更是付出了辛勤的劳动,在此我们深表谢忱。同时,由于时间紧、任务重,教材中难免出现不足和疏漏,恳请广大师生和读者给予批评指教,以便我们再版时进一步改进和提高教材质量,更好地服务于警官类高等职业教育事业。

警官高等职业教育“十二五”规划教材编审委员会
2013年12月

前言

法律的生命不在于逻辑，而在于实践，这已成为社会的广泛共识。作为高等教育的重要组成部分，警官类高等职业教育以培养高素质技能型法律专门人才为目标，对理论知识的传授以“必需、够用”为度，以适应职业性和应用性技能培养的要求。为了适应培养职业技能型人才的客观需要，确保因材施教，在中国政法大学出版社的大力支持下，我们尝试以一种新的方式编写了《商法原理与实务》这本教材，以期为高等法律职业教育的教材建设提供素材。

参与本教材编写的人员均是长期执教教学一线的教师和执业律师，具有丰富的教学实践经验和法律实务经验。本教材具有如下鲜明特点：

1. 系统性。本教材注重商法的基本概念、基本原理和基本实务问题的分析和阐述，释义准确、重点突出、系统科学、结构严谨、逻辑严密，便于学生有针对性地学习和掌握相关知识点，并运用基本原理解决实际问题，真正做到学以致用。

2. 实用性。本教材通过对基本知识、基本实务问题的科学编排和准确阐述，对教学素材（包括典型案例导入、基本理论和知识、法律提示、相关法律链接、案例点拨和实战训练）的精心选取，对实践教学环节的组织以及对相关问题的展现，将知识和技能有机地融合起来，突出了职业性、应用性的要求，注重对学生应用能力（包括识别能力、归纳能力、解释能力、提高能力）的培养和训练，真正实现“教、学、练、战”一体化。

3. 针对性。本教材的编写，在突出职业性和应用性特点、强调理论与实践紧密结合的同时，坚持“以市场需求为导向，增强学生就业竞争力为核

IV 商法原理与实务

心”的宗旨，紧密联系学生就业工作实际，兼顾学生和广大读者参加国家司法考试、公务员考试、人民警察招录考试和学历提升考试的需要。

4. 通俗性。本教材力求用典型的案例和深入浅出的阐述，使抽象的专业术语及复杂的理论浅显易懂，易于学生掌握。针对警官高等职业教育的特殊性，本教材在内容方面不涉及比较法学和学术争论等理论问题，对现行立法与司法解释中的某些不足之处亦不作评析。因此，本教材既是警官高等职业学院和警官、司法从业人员业务培训的首选教材，又可以作为其他类型职业学校、高等专科学校、高等学校法律事务专业的实用教材，还可供广大法律爱好者自学之用。

本教材由郑昆白教授任主编，全书共六章，具体写作分工如下（按编写章的先后排序）：

郑昆白：第一章、第二章；

陶政：第三章、第四章；

方劲华：第五章；

吴瑞：第六章。

编者

2013年11月

目 录

第一章 商法总论	1
第一节 商法概论	1
第二节 商法的基本原则	8
第三节 商事主体和商事行为	13
第四节 商事登记	18
第五节 商号和商事账簿	24
第六节 我国商法的历史发展	29
第七节 商法与相关法律的关系	31
 第二章 公司法	 36
第一节 公司法总论	36
第二节 公司基本法律制度	54
学习单元一 公司的设立和登记	54
学习单元二 公司章程	60
学习单元三 公司资本	66
学习单元四 公司的股东	71
学习单元五 公司债券	77
学习单元六 公司的财务、会计和利润分配	82
学习单元七 公司的变更、合并与分立	87
学习单元八 公司的解散和清算	91
第三节 有限责任公司	95
学习单元一 有限责任公司的概念和特征	95

2 商法原理与实务

学习单元二	有限责任公司设立的条件	99
学习单元三	有限责任公司的组织机构	102
学习单元四	有限责任公司的股权转让	107
学习单元五	公司的董事、监事、高级管理人员	112
学习单元六	一人有限责任公司	117
学习单元七	国有独资公司	120
第四节	股份有限公司	123
学习单元一	股份有限公司的设立	123
学习单元二	股份有限公司的组织机构	128
学习单元三	股份有限公司的股份发行与转让	131
学习单元四	上市公司	138
第五节	外国公司分支机构	142
第三章	合伙企业法	146
第一节	合伙制度概述	146
第二节	普通合伙企业	156
第三节	有限合伙企业	182
第四节	合伙企业的解散与清算	194
第四章	个人独资企业法	202
第一节	个人独资企业概述	202
第二节	个人独资企业的设立	206
第三节	个人独资企业的投资人及事务管理	212
第四节	个人独资企业的解散与清算	217
第五章	票据法	222
第一节	票据法概述	222
第二节	票据权利和票据行为	231
第三节	票据抗辩与补救	243
第四节	汇票	251
第五节	本票和支票	283

第六章 保险法律实务	296
第一节 保险与保险法	296
第二节 保险合同的履行	306
第三节 人身保险合同	325
第四节 财产保险合同	337
第五节 保险业监管法	357

第一章 商法总论

第一节 商法概论

一、“商”的含义

什么是“商”，这是我们学习商法首先必须要搞清楚的问题。当代各国商法并没有对什么是“商”进行解释，依通常的理解，“商”即买卖或者交易行为。但是，对“商”的含义，可以从社会学、经济学、法学的不同角度进行理解。

（一）社会学中的商是一个内涵随社会历史条件逐渐演变的概念

在我国古代，“商”被理解为是商品交换的活动，即买卖活动。例如：《汉书》称“通财鬻货曰商”。《白虎通》称“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”。这些是我国古代基于当时的社会条件而对商的最早理解。

上古是商业发展的初期，主要实行以物易物的交换方法，因而，当时所谓的“商”仅仅是指媒介货物直接交换的行为。这种将商视为买卖的理解反映了当时社会对“商”的朴素认识。

在现代社会学意义上，“商”一般是指介于农业、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，是社会职业的一种分类，是社会经济的一个部门。

（二）经济学上对商的理解

随着商业的发展，产生了以货币为媒介的财产货物交易。特别是到了近现代，交通逐渐发达，商品的种类和数量大幅度增加，商业日益繁荣，人们对商又有了新的认识，即将商视为“以营利为目的的各种商品交换行为”。或者，商“是指以营利为目的，直接媒介财货交易的行为。换言之，商就是介于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，从中获取利润的行为”。这是经济学上对商的理解。

在现代经济学意义上，“商”被理解为沟通生产与消费的中间环节，是产品进入流通市场的行为，是产品由生产者手中流转 to 消费者手中的渠道，是生产方式的一种。经济学上所说的商，仅仅是对商的狭义解释。

（三）法学上对商的理解

在现代社会，商品经济进一步发展，以营利为目的的经济活动的范围不断扩大，除直接媒介财货交易的“买卖”外，营利性的行为还表现在金融业、运输业、服务业、信息技术贸易业、印刷业、出版业等领域。而经济学对商的概括并不能完全涵盖这些领域。

在现代法学上所说的“商”，不仅仅包括流通领域，更包括生产领域，因此，可以认为是对“商”的广义解释。但是，它并不是指所有的生产和流通过程，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，这种行为方式才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，而不是一般的贸易活动。

从法律上理解商，重点不在于商的方式（即是否处于流通和生产），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具有法律上所赋予的能力）。概括地说，商法上的商是指具有营利性的营业活动和事业的总称。

按照商法学者的归纳，现代商法中商的范围大致可以分为以下几类：

1. 直接媒介财货交易以及传统上被纳入基本商事活动的“固有商”，如交易所交易、买卖商交易、证券交易、票据交易、海商海事活动。学说中又将其称之为“第一种商”。

2. 间接以媒介货物交易为目的的营业活动，它实际上是某种辅助固有商营业得以实现的“辅助商”，如货物运送、仓储、代理、行纪、居间、包装等。学说中又将其称为“第二种商”。

3. 虽不具有直接或间接媒介货物交易的行为目的，但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的营业活动，如银行、融资、信托、承揽、制造、加工、出版、印刷、摄影营业。学者又将其称为“第三种商”。

4. 仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业，如广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等，此种商事营业与固有商的联系已极为间接，学者多将其称为“第四种商”。

总之，商的概念是对社会生活中生产经营活动性质的概括，这一法律抽象的作用在于将整个社会具有重要意义的生产经营活动独立出来，使商法得以对其形成的社会关系进行专门的法律调整。可以说，商法中关于商事主体、商事行为、商事能力、商事登记、商事责任等一系列概念、规则和制度均建立在对商的理解上。

二、商法的概念

商法，又称商事法，是调整商事关系的法律规范的总称。

在传统的商法理论中,商法有形式意义上的商法和实质意义上的商法的分类:

(一) 形式意义上的商法

所谓形式意义上的商法,是指在民商分立的国家所制定的并以“商法典”命名的法律。形式意义上的商法内容通常包括:商法一般规则、商事公司、破产、票据、保险、海商等基本制度。据不完全统计,世界上大约有40多个国家有形式意义上的商法,主要有:法国、德国、比利时、葡萄牙、西班牙、日本、韩国、美国、巴西、阿根廷等国家。

(二) 实质意义上的商法

实质意义上的商法是指以商事为规范对象的各种法规。这些规范有的规定在宪法中,有的规定在民法、经济法、行政法中,有的规定在单独的法律中,甚至在判例、规则中也有反映。

至于根据商法典或者宪法的规定所制定的各种商事单行法,如公司法、票据法、保险法、海商法等,这些法律规范虽然未冠以“商法”之名,但就其实质而言,都是以商事为其调整对象,规范其特有的生活关系的法律法规,都被视为商法的特别法。

因此,在市场经济条件下,一个国家可能没有商法典,但一个国家不可能没有关于商事的法律、法规。或者说,一个国家可能没有形式意义上的商法,但不可能没有实质意义上的商法。

我国目前的商法是实质意义上的商法。近几年,我国为适应改革开放的需要,颁布了大量涉及商事主体和商事行为的法律法规,如:公司法、票据法、海商法、保险法、担保法、商业银行法、反不正当竞争法、合同法以及其他有关集体、个体、独资和涉外方面的法律法规,这些法律法规基本上构筑了我国实质意义上的商法体系。

在大陆法国家中,商法还可以进一步分为商事普通法、商事特别法和商事习惯法。

1. 商事普通法是指调整商事基本关系的一般规则的总称,其内容包括有关商法的原则、商事主体、商事行为、商事登记、商业名称、商业账簿、对商事行为的一般控制制度等。商事普通法在民商分立的国家中表现为统一的商法典,而在民商合一的国家中则多表现为民法中的特别规则或者单行法,但无论采取何种形式,它们均对各种类型的商事关系具有普遍的适用力。

2. 商事特别法,又称商事部门法,它是指调整某一特定范围的商事关系的商法规范的总称。例如,大陆法系各国普遍存在的公司法、保险法、破产法、票据法、海商法、仲裁法等均属于商事特别法。

商事特别法是对特定商事关系的专门调整,一定的商事特别法仅适用于特定范围的商事关系,对其他的商事关系不具有普遍适用力,这不同于商事普通法。

3. 商事习惯法,是指在商事实践中形成的经国家确认,调整商事关系的习惯规则,通常具有非成文性和行业规则性。按照各国司法实践的认识,商事习惯法对于成文法仅具有补充适用意义。

三、商法的特征

商法的特点是商法区别于其他法律部门的主要标志,是商法本质的外在表现形式。商法主要具有以下特点:

(一) 商法的营利性

商事主体从事商事活动,其直接和主要目的就在于营利,或者说,营利是商人从事经营活动的终极目的,是商事活动的根本价值追求。商法的营利性并不表现为教会人们如何去营利,而是以法律制度来规范商事主体以营利为动机的商事行为。从这个意义上说,商法的整个制度设计都是为了满足商事主体的营利性要求。

1. 商法为商事主体的设立以及其内在组织运作提供法律规范,确认商事主体从事营利活动的主体资格。比如,公司法、合伙企业法、独资企业法中有关企业组织的规定,为这些营利性组织的设立提供了法律依据。

2. 为各种商事行为提供法律依据,确认以营利为目的的商事行为的合法性,并保障其目的的实现。比如,公司法关于公司债、股份的发行与交易,票据法关于票据行为的规定,保险法关于保险合同的规定等,均为商事行为提供了规范依据。

(二) 商法调整对象的特定性

商法作为一个特殊的法律部门,它所调整的对象是特定的商事法律关系。它或者仅适用于履行了商事登记而具有商事主体资格的人,或者仅适用于商事行为。多数国家的法律规定,非商人和商事行为,不得适用商法。

(三) 商法的技术性

近代学者从社会学的角度,把法律条款分为伦理性条款和技术性条款。民法、刑法等法律,其条款绝大多数属于伦理性条款。比如:刑法中的不得杀人,民法中的买卖双方应当诚实信用等。商法则从实用的角度出发,强调技术规则。商法从产生之初就具有专门性及职业性,发展至今,虽几经变化,但始终是对市场经济进行调整的直接法律规范,为市场经济主体的营利活动提供了具体的规则。因此,市场经济的一些基本要求和基本内容都与商法有密切联系。

市场经济客观上要求法律尽可能使商事主体的设立程序化,使商事行为的

规则简洁化,以利于经济活动的快捷发展,即要求商法规范具有操作性和实用性。这就使得商法规范不同于反映道德意义的伦理法,而包含有大量的技术规范,具有极强的技术性。如:公司法中公司的设立规则,股东会、董事会的组成以及会议程序,股份发行、上市的规则;票据法中关于票据的文义性、要式性、无因性的规定等都具有强烈的技术性规范的特点。再如:保险法中有关保险费用、保险金额、保险标的等规范均涉及数学、统计学原理。

(四) 商法的国际性

商法本属于国内法,它所调整的对象主要是国内商事关系。但是,商事交易常常没有国界,货物的买卖、技术的转让、资本的融通、海上运输及其保险、货款结算等直接反映了商事交易国际性的特点,商法在形成和制定过程中不可能不考虑到跨国交易的需要和其他国家的商事立法及惯例。而且,在一国行之有效的商事制度往往很快就可以被其他国家吸收。商法的国际性是由商事交易的国际性所决定的。

20世纪以来,一些国际会议制定了许多国际性的统一商法规范,如《日内瓦统一票据法公约》。特别是60年代以来,又在国际货物买卖、国际支付、国际航运、国际商事仲裁等方面制定了许多国际性公约。比如,1980年制定的《联合国国际货物销售合同公约》。同时,各国为使本国商法与国际公约相一致,有的对本国法进行了修改,有的在立新法时尽可能与之相协调,如1931年在日内瓦制定了《统一票据法国际公约》后,德国、法国随之相继修改和重新制定了本国的票据法。

(五) 商法的协调性

商法规范分为两部分,即规范商事主体的法律规范和规范商事行为的法律规范。

商事行为法律规范是以特定商事主体之间的商事行为为调整对象的规范,一般不会涉及第三人利益,如买卖、运输、保险等。对于这些行为,国家应当坚持意思自治的原则,采取自由主义的立法模式,以任意性的规定进行规范,如契约自由、方式自由等。这部分规定属于行为法范畴。

商事主体的法律规范主要规定了商事主体进入市场的资格以及其组织机构的设立等内容,如公司的成立条件中有关公司的资本、场所、人数的规定,等等。

(六) 商法的易变性

商法是适应调整商事关系的需要而存在的。在经济活动中,商事主体的营利性动机决定了商事主体必然遵循“利润最大化”的原则,寻求各种能够减少成本,增加效益的组织结构和行为方式,这就使得商事关系频繁发生变动。而

以商事关系为调整对象的商法也就必然表现出易变性。

进入 20 世纪以来,商事活动日益现代化和复杂化,商法需要不断革新,以适应其需要。为此,各国商法往往处于不断修改之中。比如,日本商法在 1911 年~1975 年之间,共修改了 25 次。德国和法国也对商法进行了多次修改。

(七) 商法的公法性

在大陆法系国家,法律被分为公法和私法。商法作为调整商事关系的法律,作为民法的特别法,从根本上说,商法属于私法范畴,实行意思自治,最大限度地为人们从事社会经济活动的自由提供法律空间。但是,它又不同于普通私法,而是一种特别的私法规范。

进入 20 世纪以来,为遏制极端个人主义给社会带来的危害,国家不仅加强了对经济关系的直接干预,而且也加强了对私权的干预,开始在商法领域实行公法干预政策,商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志。例如:关于商事登记、商业账簿制度、企业和公司组织形态、船舶登记、破产法中债务清偿顺序的规定等,均体现了国家对经济活动的管理,具有公法性。当然,不能就此否认商法的私法性质。商法中的公法性条款始终处于为私法交易服务的地位,它还不能从根本上改变商法的私法性质。

四、商法的调整对象

(一) 商法的调整对象

商法的调整对象是商事法律关系。商事法律关系是一种经营关系,即由经营主体所从事的经营性行为而形成的特殊的社会关系,是实施了经营行为的经营主体及其之间的对内对外法律关系。也可以说是商事主体基于营利性活动所建立的社会经济关系及与其相关的其他社会关系的总和。

作为商法调整对象的商事法律关系具有如下特点:

1. 商法调整营利主体,不调整非营利主体。虽然商事法律关系多种多样,但是所有的商事法律关系都反映着商事主体的营利性动机,商事主体的经营行为均是围绕实现这一目的而进行的。商法只调整营利主体,不调整非营利主体。如民事主体、行政主体等商法都不予以调整。即使是对非营利主体偶尔从事的营利行为,商法也不作调整。

2. 商法只调整营利主体的营利行为,不调整营利主体的非营利行为。即不调整营利主体所从事的与商事活动无关的行为,如企业开展文体活动、企业对慈善事业的捐赠等。

3. 商法所调整的营利主体是各种企业组织。商法对各种企业组织具有多层次、多规模的广泛适用性。

4. 商法调整的是实施了经营行为的经营主体及其之间的对内对外法律关系。