

西南民商學人文庫

# 商法要义与探微

石慧荣 著

法律出版社

西南民商學人文庫

# 商法要義與探微

石慧榮 著

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

商法要义与探微 / 石慧荣著. —北京: 法律出版社,  
2009. 5

(西南民商学人文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9599 - 5

I. 商… II. 石… III. 商法—研究—中国 IV. D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 080374 号

商法要义与探微

石慧荣 著

责任编辑 刘文科  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.375 字数 248 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9599 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



**石慧荣** 1957年生。1982年毕业于西南政法学院法律专业，1992年4月—1993年8月在美国加州大学洛杉矶分校（UCLA）做访问学者，2005年5月—2005年12月在英国牛津大学做高级研究学者。现为西南政法大学教授，博士生导师，主要从事商法方面的教学和研究。代表性著作有《公司法新论》、《商事制度研究》，代表性论文有《法人代表制度研究》等。

## 让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近 56 个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到 1953 年 9 月 7 日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956 年 2 月 15 日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民法教研室。1977 年 5 月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天颢、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的 4 个人,发展到 80 年代末 32 个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988 年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999 年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003 年 6 月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

## II

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天凯老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

## 目 录

### 第一部分 商事基本制度 001

#### 第一章 商业登记 003

##### 一、商业登记与商业登记立法 003

##### 二、商业登记的性质 004

##### 三、商业登记的内容 006

##### 四、商业登记的程序 007

##### 五、商业登记的效力 011

##### 六、证照管理 012

#### 第二章 商业名称 014

##### 一、商业名称的性质 014

##### 二、商业名称的取得 015

##### 三、商业名称的使用、转让和使用许可 019

##### 四、商业名称的保护 021

#### 第三章 营业 024

##### 一、营业与营业制度 024

##### 二、营业转让 025

##### 三、营业租赁与委托经营 030

##### 四、营业担保 032

##### 五、营业案例分析 033

#### 第四章 商事账簿 038

##### 一、商事账簿与商事账簿制度 038

##### 二、会计账簿的设置 039

- 三、记账方法 040
- 四、财务分配 040
- 五、会计报表的编制与披露 042
- 六、股东的账簿查阅权——查账权 043

## 第二部分 公司制度 045

### 第五章 公司的法律地位 047

#### 一、与公司相关的立法 047

#### 二、公司的特点 048

#### 三、公司的类型 050

#### 四、公司人格否定 053

#### 五、公司的社会责任 057

#### 六、公司能力 060

### 第六章 公司的设立 065

#### 一、公司设立的方式 065

#### 二、公司设立的条件 066

#### 三、公司设立的程序 068

#### 四、公司设立合同 071

#### 五、设立无效与撤销登记 074

### 第七章 公司组织与公司治理 076

#### 一、公司组织机构的设置和运作机制 076

#### 二、股东会(大会) 078

#### 三、董事会 080

#### 四、监事会 082

#### 五、经理与高管 083

#### 六、公司负责人的任职资格和行为规范 084

#### 七、公司诉讼 087

### 第八章 股份 093

#### 一、股份与股票 093

#### 二、股份的发行 097

三、股票的转让 102

四、股票期权 105

第九章 有限公司的股权转让 108

一、股权转让与股权转让限制制度 108

二、国有股权转让 111

三、股权的执行 114

四、瑕疵股权转让 116

五、退股 119

第十章 公司债 121

一、公司债的特点 121

二、公司债的发行和转让 122

三、可转债 123

四、分离型可转债 127

五、债券持有人的权益保护 128

第十一章 公司组织的变更和解散 132

一、公司合并 132

二、公司分立 136

三、公司形式的变更 137

四、公司的解散与清算 139

### 第三部分 票据制度 145

第十二章 票据的理论概述 147

一、与票据相关的立法 147

二、票据 148

三、票据权利 149

四、票据行为 152

五、票据代理 157

第十三章 汇票 159

一、汇票的概念和种类 159

二、出票 160

|                  |     |
|------------------|-----|
| 三、背书             | 161 |
| 四、承兑             | 162 |
| 五、保证             | 162 |
| 六、付款             | 164 |
| 第十四章 本票、支票       | 166 |
| 一、本票             | 166 |
| 二、支票             | 169 |
| 三、旅行支票           | 172 |
| 第十五章 失票救济与票据瑕疵   | 176 |
| 一、失票与失票救济        | 176 |
| 二、挂失止付           | 177 |
| 三、公示催告           | 178 |
| 四、失票诉讼           | 180 |
| 五、票据瑕疵           | 182 |
| 第十六章 票据诉讼        | 185 |
| 一、票据诉讼的性质        | 185 |
| 二、管辖、保全与举证       | 186 |
| 三、票据抗辩           | 188 |
| 四、票据损害赔偿纠纷——错误付款 | 190 |
| 五、票据利益返还请求权纠纷    | 192 |

#### 第四部分 保险制度 195

|              |     |
|--------------|-----|
| 第十七章 保险与保险原则 | 197 |
| 一、与保险相关的立法   | 197 |
| 二、保险的概念和分类   | 198 |
| 三、最大诚信原则     | 203 |
| 四、保险利益原则     | 205 |
| 五、近因原则       | 207 |
| 六、损失补偿原则     | 209 |
| 第十八章 保险合同    | 210 |

|              |     |
|--------------|-----|
| 一、保险合同的特点    | 210 |
| 二、保险合同的订立    | 212 |
| 三、保险合同的内容    | 214 |
| 四、保险合同的解除    | 219 |
| 五、保险合同的解释    | 222 |
| 六、索赔、理赔与争议处理 | 223 |
| 第十九章 人身保险    | 229 |
| 一、人身保险的类型和特点 | 229 |
| 二、人身保险的主要内容  | 234 |
| 三、人身保险保单的转让  | 239 |
| 四、受益人与受益权    | 241 |
| 五、保险金的给付     | 243 |
| 第二十章 财产保险    | 245 |
| 一、财产保险的类型和特点 | 245 |
| 二、财产保险的主要内容  | 248 |
| 三、财产保险的变更    | 252 |
| 四、代位权        | 254 |
| 五、超额保险       | 256 |
| 第二十一章 保险业管理  | 259 |
| 一、保险公司       | 259 |
| 二、保险中介       | 267 |
| 三、保险监管       | 271 |

## 第五部分 破产制度 281

|            |     |
|------------|-----|
| 第二十二章 破产概述 | 283 |
| 一、破产与破产立法  | 283 |
| 二、破产原因     | 284 |
| 三、管理人      | 286 |
| 四、债权人会议    | 291 |
| 五、涉外破产     | 294 |

|                  |     |
|------------------|-----|
| 第二十三章 破产财产及其相关权利 | 296 |
| 一、破产财产           | 296 |
| 二、破产债权           | 298 |
| 三、破产费用和共益债务      | 301 |
| 四、取回权            | 302 |
| 五、追回权            | 304 |
| 六、抵销权            | 305 |
| 第二十四章 破产程序       | 307 |
| 一、破产的申请和受理       | 307 |
| 二、债权申报和债权人会议的召开  | 310 |
| 三、破产清算           | 313 |
| 四、破产终结           | 315 |
| 五、重整与和解          | 316 |

# 第一部分

## 商事基本制度



## 第一章

# 商业登记

### 一、商业登记与商业登记立法

商业登记又称商事登记,是指由登记机关根据申请人的申请,依法核准确认其商事资格或对商业上的重要事项进行记载的制度。商业登记有狭义和广义之分。狭义的商业登记与公司登记相对应,仅适用于个人和合伙。广义的商业登记适用于公司、个人和合伙等所有的商事主体。

商业登记的主要作用在于昭示当事人的法律状况。即通过登记,可以将当事人及其商业上的重要事项予以公开。这样,既可以增强相对人对当事人的了解和信任,也有助于保护社会公众的利益,实现交易安全。另外,商业登记也便于政府管理,提高政府的运作效率。

各国对商业登记的立法规定不太一致。德国、日本规定在商法中;瑞士规定在债法中;意大利规定在民法中;法国最初规定在商法中,后来制定有专门的《商业及公司登记法令》;英国规定在《公司法》中。

我国现行的商事登记法律制度采取的是分别登记的做法,即一种主体一种登记办法,不同类型的商事主体适用不同的登记办法。这种分别登记具有不协调、重复等缺陷。2004年7月1日起施行的《企业登记程序规定》(国家工商行政管理总局令第9号)虽然对规范登记行为、提高登记效率发挥了重要作用,但仍存在理念不当、层次不高等问题。制定《商事登记法》,对商业登记实行统一的规范和调整,依然是我国商事法制建设所面临的一项紧迫任务。

## 二、商业登记的性质

关于商业登记的性质,理论上有不同的意见。但2004年7月1日起施行《中华人民共和国行政许可法》将商业登记(企业登记)纳入行政许可的范围。笔者认为,商业登记源于商人自治,属于开放性的注册制度,行政许可以政府为主导,属于禁止性的审批制度。由于商业登记在起源、功能和程序等诸多方面均与行政许可存在明显的区别,将体现营业自由和商人自治精神的登记纳入以政府主导为主的许可范围,将行政许可法置于商业登记的上位法地位,严重混淆了二者的性质。

第一,与婚姻登记、房屋产权登记一样,企业登记属于对私权关系的确认而非对私权关系的限制。根据营业自由原则,营业权或营业自由属于基本人权。登记实际上只是对营业权或营业自由的确认而对非营业权的赋予。因故,登记与许可的宗旨不符。

第二,将行政许可法规定商业登记为行政许可的重要原因之一是因为我国的商业登记采行政登记模式。但事实上,由行政机关负责商业登记并非必然。例如,各国对登记管辖权的归属规定不一。德国的一般商业登记和公司登记均由地方法院负责。英美等国由行政机关办理。法国一般商业登记由法院办理,公司登记由行政机关负责。瑞士、荷兰等国则由非官方的商会负责。