

高等教育精品教材（建设立项）系列



Commercial
Law:
Principle and Case

商法学： 原理与案例

米新丽 主编



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

高等教育精品教材（建设立项）系列

首都经济贸易大学 2010 年精品教材建设立项

商法学：原理与案例

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学：原理与案例 / 米新丽主编. —北京：对外经济贸易大学出版社，2010

高等教育精品教材（建设立项）系列

ISBN 978-7-81134-829-3

I. ①商… II. ①米… 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（2010）第 178740 号

商法学：原理与案例

米新丽 主编

责任编辑：李明娟 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码：100029

邮购电话：010-64492338 发行部电话：010-64492342

网址：<http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸：185mm × 230mm 25.25 印张 507 千字

2010 年 11 月北京第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-829-3

印数：0 001 - 3 000 册 定价：38.00 元

前言

随着我国经济体制改革的深入以及世界经济一体化的趋势,当今时代的人们已经清楚地意识到学习和研究商法的重要价值。而商法学作为对各类商事法律规范产生、发展、演变规律的科学总结,已成为了全国高等学校法学、经济、管理类专业的骨干课程;与此相伴,则是各类普通本科阶段商法学教材及参考用书的大量编撰和出版。但比较遗憾的是,就国内已出版的各类商法学教材而言,大都因过于强调法学专业性而导致理论性较强,与非法学专业学生的需求有一定差异,故给授课教师使用带来一定的困难。

考虑到21世纪的大学教育应当超越专业局限,使培养人才与市场经济建设实践紧密联系,以培养学生在知识背景上的交叉优势。尤其是财经类院校以经贸、金融、管理为主要优势学科,如能结合法律素质的培养,法商并重,则有助于真正实现宽口径、厚基础、强素质的高等教育人才培养要求。同时,作为财经类大学的非法学专业学生,若能学习和掌握一些商法知识,必将对其今后的工作与生活大有助益。基于此,若能编撰一部专门的,并适合于财经类院校非法学专业本科生学习的商法学教材,将是提升本科通识教育以及教材建设水平的积极尝试,会具有重大的现实意义。

首都经贸大学法学院民商法学科自组建以来就蓬勃发展并呈现出鲜明的专业特色。这部《商法学:原理与案例》就是该学科近年来教学研究成果的总结。全书具有以下几个特点:(1)坚持正确的方向,立足商法教学基本需求,并不拘泥于现有法律、法规的体系,而是有选择地对某些重点内容进行阐释。因此,本书在吸收商法学界研究共识的基础上,对写作结构的安排进行了积极的创新。(2)突出非法学专业学生的学习特点,既注重基本原理的讲解,也注重案例的使用,特别注重通过以案说法、以案明理来加深学生对知识的理解和运用能力。同时,每章之后附有思考题,以拓宽学生知识视野、培养学生的学习兴趣。(3)结合时代发展,整合大陆法系、英美法系对于商法外延的分野,在照顾中国学生学习特点之余,也考虑到国际化人才培养的需要,融合了国外商法学教科书的某些编撰设计。

全书共分四编十六章,遵循“商法总论——商事组织——商事行为——商事管理”的逻辑思路展开。第一编为商法总论,主要是对学习商法应当具备的相关基础知识进行简要说明,内容涉及如何理解法律、商人、商法;解决商事争端的主要法律机制等。第

二编为商事组织法，涵盖公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外商投资企业法、合作社法等各类商事组织的基本法律规范。第三编为商事行为法，主要是对合同、担保、证券、保险、票据等各类重要、常见商事行为的法律调整规范进行介绍。第四编为商事管理法，内容涉及市场准入、广告、产品质量、竞争、市场退出等各环节的监管法律制度。教师可以根据授课需要，自行选择上述内容进行教学。

本书定位于经管类专业的本科生使用，也适合其他非法专业的学生以及 MBA、MPA、法律硕士等各类专业研究生使用。另外，也可以作为法学专业学生的辅助教材或参考书使用。对于实务工作人员，如公司管理者、企业法务工作人员、职业律师等也具有参考价值。

本书撰稿分工如下（依姓氏拼音为序）：李长城副教授负责第三、十四章；米新丽教授负责第六、七章；沈敏荣副教授负责第一、十五章；王德山副教授负责第四、八章；王燕老师负责第十二章；翟业虎副教授负责第十、十三章；张世君副教授负责第二、五、十六章；郑文科副教授负责第九、十一章。全书由米新丽教授担任主编，并统稿、定稿。

本书在编写过程中得到了首都经济贸易大学法学院全体教师的热情帮助，并参考和借鉴了国内外一些专家学者的著述；同时，对外经济贸易大学出版社对本书的写作给予了大力支持，在此一并致谢。由于编写时间仓促和作者水平有限，难免有疏漏之处，希望广大读者不吝指正，以便再版时修正和改进。

作者

2010年10月

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法的社会与政治基础：近现代法律与社会	3
第一节 市民社会的传统与精神	3
第二节 经济在近代优越地位建立的原因	6
第三节 经济在近代优越地位的建立与市场经济的设计	8
第四节 现代社会所包含的社会因素及其对应的法律	13
第二章 商人与商法	17
第一节 商人的界定	18
第二节 商法的基本范畴	23
第三节 商法的历史	30
第三章 商业争议解决法律制度	39
第一节 平等商事主体之间的争议解决制度	39
第二节 商事主体与政府之间的争议解决制度	54
第三节 商事主体内部的劳动争议解决制度	64

第二编 商事组织法

第四章 公司法律制度	73
第一节 公司与公司法	74
第二节 公司的类型	76
第三节 有限责任公司	78
第四节 股份有限公司	87
第五节 股份有限公司的股份发行和转让	95
第六节 公司的董事、监事、高级管理人员的资格和义务	96

第七节	股东的权利和义务	98	
第八节	公司债券	101	
第九节	公司财务会计制度	103	
第十节	公司解散与清算	103	
第五章	合伙企业法与个人独资企业法		109
第一节	合伙企业法概述	110	
第二节	普通合伙企业	113	
第三节	有限合伙制度	122	
第四节	合伙企业的解散、清算及法律责任		127
第五节	个人独资企业法	130	
第六章	外商投资企业法律制度		139
第一节	外商投资企业法概述	139	
第二节	中外合资经营企业	147	
第三节	中外合作经营企业	154	
第四节	外资企业法律制度	159	
第七章	合作社法律制度		165
第一节	合作社法概述	165	
第二节	合作社的法律主体地位		168
第三节	合作社的组织制度	172	
第四节	合作社的盈余分配制度		175

第三编 商事行为法

第八章	合同法律制度		185
第一节	合同与合同法概述	186	
第二节	合同的订立	189	
第三节	合同的内容与形式	193	
第四节	合同的履行	196	
第五节	合同的保全	198	
第六节	合同的变更和权利义务的转让		204

第七节 合同终止	207
第八节 违约责任	209
 第九章 担保法律制度	 215
第一节 担保概述	216
第二节 担保的方式	220
 第十章 证券法律制度	 243
第一节 证券法概述	244
第二节 证券发行	248
第三节 证券交易	252
第四节 证券监督管理机构	259
 第十一章 保险法律制度	 263
第一节 保险法概述	265
第二节 财产保险合同	275
第三节 人身保险合同	281
 第十二章 票据法律制度	 291
第一节 票据法概述	292
第二节 汇票	302
第三节 本票	314
第四节 支票	315

第四编 商事管理法

第十三章 商事准入法律制度	323
第一节 商事登记管理制度	324
第二节 商事账簿制度	331
 第十四章 广告宣传与产品质量监管法律制度	 335
第一节 广告法	335
第二节 产品质量法	344

第十五章	商业环境净化的法律监管	351
第一节	反垄断法	352
第二节	反不正当竞争法	358
第十六章	商业退出管理法律制度	367
第一节	商业退出管理法律制度概述	368
第二节	破产清算制度	372
第三节	破产重建制度	387

第一编

商 法 总 论

第一章

商法的社会与政治基础： 近现代法律与社会

商法肇始于中世纪末的城市的兴起、商业交易的发展，发展于商人间的交易惯例；自近代民族国家成形以来，逐渐被各国国内法所吸收，成为国内法的一部分。近代的资产阶级革命成功之后，商法典的制定往往先于民法典（法国商法典、德国商法典），或同时于民法典，成为近现代民商法律体系不可或缺的一部分，构成近现代市场经济的基本法律。民法构成市民社会的基本法，在这之上形成了市场经济，并发展出经济社会，商法构成了经济社会的基本法，正是在稳定的市民社会的基础之上，近现代的政治社会才能按照不背离市民社会的精神得以设计，宪法与宪政才得以发展。政治社会的民主的理念与社会契约的思想都是扎根于市民社会。

经济在近代社会优越地位的确立，除了近代经济发展本身的原因之外，更是由于政治在近代的“善的属性”的丧失。本章即分析近现代社会的基本法律制度，三大法律与社会基本形态的对应。

第一节 市民社会的传统与精神

市民社会来源于西方的“Civil Society”。“Civil Society”一词既可译为市民社会，又可译为公民社会，还可译为文明社会。古典市民社会理论源于古希腊、罗马时期，与当时的城邦国家分不开。在城邦国家中，“市民社会”、“公民社会”、“文明社会”三者之间没有明确的区分，市民社会本身也包含有这样三重意思。古典市民社会理论家往往同时在上述三重意思上使用“市民社会”的概念。

市民社会的概念发端于古罗马的西塞罗。^① 古罗马的西塞罗在公元前1世纪明确了传统意义上的市民社会的含义。在西塞罗那里，关于市民是这样表述的，“我认为所有意大利城市居民都有两个故乡，一是出生故乡，一是市民故乡……他（卡拉）出生在图斯库姆，但被接收为罗马人民的一员。就这样，按出生地他是图斯库姆人，按市民籍贯是罗马人，从而有一个出生地故乡，一个法的故乡”；“也称接受我们为市民的那个城市为故乡”。^②

这里的市民指的是“罗马市民”，因此，西塞罗所指的市民社会“不仅指单个国家，而且也指业已发达到出现城市的文明政治共同体的生活状况”。^③ 在西塞罗看来，市民社会作为一种城市的文明政治共同体，与野蛮人的社会或野蛮状态有着重要的区别。西塞罗同时在市民社会、公民社会和文明社会三重意思上使用这一概念。因此，理解西塞罗的市民的概念还需要与公民的概念结合起来。我们来看看西塞罗对公民的阐述：“只要真理和美德仍未被人们蔑视，我指的是公民的理性和人们的生活原则，它们便能感召善良的人们的心灵产生（以前经常这样感召过）某种特别的、神性的德性”^④，“过公民的生活仍然更值得称赞和更加光荣，许多杰出的人物因这样的生活而受人称颂，如同曼·库里姆斯所称颂的一样：一个谁都无法凭武器和金钱超越的人，或者，任何公民都难以为其丰功伟绩行物质奖赏的人”。^⑤

其实，在西塞罗之前，亚里士多德已在市民社会的意义上使用了一个相似的概念。亚里士多德奠定了古典市民社会理论的基础。亚里士多德在其《政治学》^⑥一书中首先提出了“Politike Koinonia”（Political Society/Community）的概念（拉丁文译为“Societas Civilis”）。“Politike koinonia”在亚里士多德那里是指政治共同体或城邦国家。亚里士多德认为，城邦的形成要晚于家庭和村落这两种共同体，但它在道德上却是最高共同体，只有在这种共同体中人们才有可能过上最美好的生活。^⑦ 城邦是由自由和平等的公民构成的共同体，公民享有参加政治共同体各种活动的

① 马尔库斯·图利乌斯·西塞罗（公元前106—前42年），公元前63年任执政官，古罗马杰出的政治家，罗马共和国的维护者。

② [古罗马]西塞罗：《论共和国、论法律》，王焕生，译，北京：中国政法大学出版，1997：215。

③ [古罗马]西塞罗：《论共和国、论法律》，王焕生，译，北京：中国政法大学出版，1997：214。

④ [古罗马]西塞罗：《论共和国、论法律》，王焕生，译，北京：中国政法大学出版，1997：103。

⑤ [古罗马]西塞罗：《论共和国、论法律》，王焕生，译，北京：中国政法大学出版，1997：103。

⑥ [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭，译，北京：商务印书馆，1996。

⑦ [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭，译，北京：商务印书馆，1996：8。

基本权利。^①

在古典市民社会里，市民社会概念有三个层次：

第一，市民社会首先是一种道德意义上的结合。古典市民社会的核心是文明社会，是美善的品格。对应的概念是野蛮社会。古典市民社会理论家是采用文明状态与野蛮社会的二分法。在他们看来，处于野蛮状态之中的人们，由于只有家庭、村落乃至部落这样的社会共同体而没有政治共同体，因此无法过上快乐而有道德的生活。只有当人们自愿组成政治共同体时才能过上最美好的生活。政治共同体的出现表明人类理性的发展进入了一个新阶段，是人类进入文明社会的首要标志。

第二，古典的市民社会是与政治社会结合在一起的，是在政治与法律层面上的讨论。他们往往在政治社会的意义上使用市民社会的概念。古典市民社会理论认为市民社会的主要特征在于它拥有政府和法律这样一些政治文明因素，它也因此而被称为文明社会。“凡订有良法而有志于实行善政的城邦就得操心全邦人民生活中的一切善行和恶行。”“法律的实际意义都应该是促成全邦人民都能进于正义和善德的永久制度。”

第三，正是基于上面两个理由，市民社会的主要表象特征是公民社会。古典市民社会理论主要在政治社会意义上使用市民社会这一概念，而这种政治社会是一种公民社会，是建立在共和政体基础上的一种社会。亚里士多德、西塞罗的政治社会概念是用来描述古希腊城邦或罗马共和国的生活状况的^②，这种城邦或共和国都是以共和政体为基础的。在共和政体中，政府的权威来自民众的同意，政府的目的是保障民众过上幸福的生活。在以共和政体为基础的社会中，个人只有作为公民而存在，只有参加到政治共同体的生活中去才有意义。^③

古典市民社会理论更多的是从公民社会的意义上来讨论，因此，更强调公民的培养和品德。“一个城邦应该具备节制的品德而且还须具备勇敢和坚忍的品德……人们如不

① 每一自然事物生长的目的就在于显明其本性。[我们在城邦这个终点也见到了社会的本性]。又事物的终点，或其级因，必然达到至善，那么现在这个完全自足的城邦应该是[自然所趋向的]至善的社会团体了。“人类自然是趋向于城邦生活的动物（人类在本性上，也正是一个政治动物）。凡人由于本性或由于偶然而不归属于任何城邦的，他如果不是一个鄙夫，那就是一个超人……荷马曾鄙视自然的弃物。这种在本性上孤独的人物往往成为好战的人；他那离妖冶的情况就恰恰像棋局中的一个闲子。”见[古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭，译，北京：商务印书馆，1996：7。

② 亚里士多德生活于希腊时代，而雅典的政治当时是世界的楷模。西塞罗则是生活在罗马共和国末期的著名政治家，他极力反对凯撒攫取共和国的权力，建立独裁的政治。所以，他竭力拥护罗马的共和体制。

③ 正如西塞罗在《论共和国》中所述：“尽管在高尚的研究和科学活动中度过平静的生活令一些人觉得更幸福，但过公民的生活仍然更值得称赞和更加光荣，许多杰出的人物因这样的生活而受人称颂，如同曼·库里姆斯受称颂的一样：一个谁都无法凭武器和金钱超越的人。”西塞罗在《论共和国》中还说：“只要真理和美德仍未被人们蔑视，我指的是公民的理性和人们的生活原则，它们便能感召善良的人们的心灵产生（以前经常这样感召过）某种特别的、神性的德性。”

能以勇敢面对危难，就会沦为入侵者的奴隶。勇敢和坚忍为繁忙活动所需的品德；智慧为闲暇活动所需的品德；节制和正义则在战争与和平朝代以及繁忙和闲暇中两皆需要，而尤重于和平与闲暇。在战时，人们常常不期而接受约束，依从正义；等到和平来临，社会趋于繁荣共享闲暇，大家又往往流于放纵了。”^① 这也就回应了市民社会首先是一个道德体的观点。组成一个市民社会或是公民社会的目的在于市民或是公民的品德，而市民或公民的品格是城邦强盛之源。

市民社会是构建西方社会与制度的传统的基础与核心：以市民社会为基础，提升个人的能力和发挥个人的潜力，政治社会必须以保障市民社会的完整与发展为基础。

第二节 经济在近代 优越地位建立的原因

经济在近代社会优越地位的确立，并不是由于经济本身的原因，而是由于政治在近代善的属性的丧失。

文艺复兴之十四五世纪，欧洲处于内忧外患之中：中世纪的分封制使得世俗王权与教会权力的冲突加剧，而教会的统治随着二百年的十字军东征而衰落。而兴盛于东方的伊斯兰国家步步紧逼，1453年奥斯曼土耳其攻陷君士坦丁堡使这种威胁震撼整个希腊。欧洲处于风雨摇曳的危难之中。为拯救当时积弱的欧洲，从伊斯兰国家与东罗马帝国传入了在当时的欧洲已被破坏的古希腊的文本。当时的欧洲发现，在公元前五六世纪的希腊，也是处于内忧外患之中，竟然有这样一个文明，与一个几乎征服的当时几乎是已知世界的全部的古波斯对抗，而且，对抗的结果竟然是古希腊战胜了古波斯。这给了当时的欧洲极大的刺激，并激起了欧洲学习并实践古希腊政治的兴趣与信心。但是，欧洲学习以政治思想为中心的古希腊的结果，并不是移植了当年的古希腊的政制，当时的欧洲已没有古希腊政制存活的城邦国家的土壤。这种学习与移植的结果是古希腊的关于人的思想以及文学与艺术在当时的欧洲得以确立，而政治则不再可能回复到古希腊的状态。这就是以政治为中心的古希腊文明为什么在当时的欧洲变成了“文艺”的复兴。

政治在欧洲之所以不能回复到古希腊的状态，是因为政治在当时不再是“善的艺术”，而是“必要的恶”。不管是如何学习古希腊的形式，如共和国、公民、君主制度，国家的邪恶都显露无遗。

那么一个国家，整体强大，个体可以弱小吗？答案无疑是肯定的。但是，这种强大

^① [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，北京：商务印书馆，1996：150。

只能是短暂的。这在古希腊时代就曾出现过，古波斯就是如此。结果是这种强大危机重重，外表虽然不可一世，但实际上却是击中要害后就万劫不复。而个体的强大所组成的整体，除非个体全部死尽，否则，整体就不可能灭亡。这也是为什么古雅典全部国土沦陷后，公民全部移到海上，而最终能反攻复国。受古希腊的影响，欧洲所追求的理想的国家就是个体强大之上的整体强大。

但是，在欧洲复原的古希腊的政体却是危机重重。意大利中的城邦所建立的共和国，在当时人的眼里，是阴谋、欺骗、谎言、高压、沉默、邪恶。参与政治就是参与邪恶，在其中，没有理性、高尚、无私、仁慈。当时参与其中的马基雅维里对此进行了细致的描述，“只要目的正当，可以不择手段”，“为了防止背叛，可以用尽一切手段”。马基雅维里宣告了“共和国”在近代的死亡。这就是当时的共和国与君主国。那么，出路在哪里？

这种政治的属性是民族国家的必然产物，是全欧洲性质的。霍布斯在17世纪的英国，也得出了同样的结论。“国家是‘人为的人’”，是“人造的上帝”，个人与国家平等，那是天方夜谭。即使恢复了古希腊的共和国，“公民”也是不可能在当时存在的，有的只是“臣民”，一切唯国家是从的人。霍布斯宣告了近代“公民”的死亡。而当时的英国现实也正是如此，按照古希腊理想建立的“共和国”，在人民推选的克伦威尔那里，却变成了专制。这一幕，在后来，三百年后的欧洲德国，即20世纪30年代的德国，魏玛共和国最后选出来的民选总理那里也同样被葬送了，演变为第三帝国和纳粹德国。悲剧一而再地发生着。而在当时的英国，在经历了克伦威尔的专制暴政之后，在体制上，紧急刹车，向后转，回归到原来体制的修修补补：回归有限的君主制——在原来的君主制度上，加强宪章的力量和确立议会至上的原则。对共和国的怀疑和对专制的恐惧深深地根植于英国的制度之中，这也是为什么，当首相功勋卓著时，人民的选择不是支持，而是不支持。这就是二战之后对名声如日中天的丘吉尔的反应：下台而不是连任。^①对专制的恐惧成为近代国家的挥之不去的阴影。

18世纪的欧洲继续上演着“共和国”的悲剧。1789年震惊世界的法国大革命，在“共和国”的建立和名义下，全国各个行业都歇业了，唯有法国巴黎的“断头台”终日依旧，保皇派、共和派、吉伦特派，革命和反革命者都在同一断头台上人头落地。^②

“共和国”，一个美好的理想带着幻想，带着血雨腥风，带着人们的爱恨交加，在近代的欧洲游荡。在由个人组成的社会群体中，个人还能不能保持强大，保持自身的独

^① 我们学习历史，往往对英国人的这一种逻辑不能理解，但如果熟悉他们的历史，对他们在近代以来社会与政治的发展历程有相当的了解，就可以理解这样一种不符合逻辑的历史事件了。

^② [英]阿克顿：《法国大革命讲稿》，秋风译，贵阳：贵州人民出版社，2004：289-。

特性，保持自己的判断成为近代西方社会长期以来孜孜不倦地探索的社会难题。

第三节 经济在近代优越地位的 建立与市场经济的设计

毕竟，人类需要在这个世界上生存，需要生活在自己的理想之中。现实离理想太远，改变的并不是理想，而是现实。改造政治的努力在近代一直延续着，希望回归古希腊的理想的努力也一直延续着，这构成了近代、直到现代政治及政治思想发展的一条主线。从洛克对政治权力的限制，到孟德斯鸠的三权分立；从美国代议制度与宪政的建立，到世界人权宣言的制定；从马克思对直接民主的畅想，到阿伦特在政治中倡导“对话”，挥之不去的是古希腊的辉煌和共和国的理想。

但是，残酷的现实却告诉我们一个不变的事实：古希腊的政治在可以预测的将来，都将不会回归。从马克思所指斥的血淋淋的“资本主义”^①，到阿伦特分析的“集权主义”的西方传统^②，霍布斯的预言，政治“恶”的本性是讨论近现代政治必需的基础。

人类只有导向“善”才能持续，“善”是个体与社会共同发展的惟一基础。如何发现“善”，成就“善”，成了近代社会必须要解决的主题，也成就了亚当·斯密的伟大。“社会分工”与“劳动”开始走入了社会与制度的视野。

在亚当·斯密那里，人的发展并不是源于“政治”，这完全超出了亚里士多德的阴影，而是源于“社会分工磨炼和发挥人的才能”。这种对“劳动”的认同，在当时的大卫·休谟等思想家那里获得了共识，也是18世纪人们的共识。这里面有工业化发展与地理大发现的烙印。当时，劳动的社会空间极大地扩张，而不仅仅局限于非常局促的土地。从美洲广阔土地的开发，到美国西部的大开发；从环地球航线的确立，到全球市场的建立；从海外视野的建立，到工业化神奇的生产力；从人的想象力完全可以通过劳动表现出来，到理性时代对人的理性的绝对自信，劳动的力量充分地显现出来。而正是在这一基础上，亚当·斯密提出的“人的才能”建立于“劳动”与“社会分工”的基础之上，解决了近代社会人难以在“政治”中发展的困境：在经济与社会劳动中发展。

劳动在工业化下产生了巨大的变化，能够实现成为人的发展平台：富有神奇力的生产力变化能丰富人的应变能力——正如政治的变化；建立在勤奋基础上的资本积累能充分地实现人的想象力——正如完善的政治组合能完成几乎不可能完成的目标；真实的经

^① 马克思在《德意志意识形态》中对这一问题作了详细的论述。参见：马克思恩格斯全集：第3卷。北京：人民出版社。

^② [美] 汉娜·阿伦特：极权主义的兴起。林骧华，译。北京：三联书店。