



高等法律职业教育系列教材

商法原理与实务

SHANGFA YUANLI YU SHIWU

主 编 ○ 黄惠萍 杨 曼



中国政法大学出版社



高等法律职业教育系列教材

商法原理与实务

SHANGFA YUANLI YU SHIWU

主 编 ○ 黄惠萍 杨 曼

副主编 ○ 欧超荣

撰稿人 ○ (以撰写内容先后为序)

杨 曼 黄惠萍 欧超荣

朱文博 王桂玲



中国政法大学出版社

2018 · 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(CIP)数据

商法原理与实务/黄惠萍, 杨曼主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2018. 1
ISBN 978-7-5620-8059-6

I. ①商… II. ①黄… ②杨… III. ①商法—中国 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第022534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 箱 fadapress@163.com
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 固安华明印业有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 19
字 数 377 千字
版 次 2018 年 1 月第 1 版
印 次 2018 年 1 月第 1 次印刷
印 数 1~4000 册
定 价 52.00 元

高等法律职业教育系列教材 审定委员会



主任 万安中

副主任 许冬

委员 (按姓氏笔画排序)

王亮 刘斌 刘洁 刘晓晖

李忠源 陈晓明 陆俊松 周静茹

项琼 顾伟 盛永彬 黄惠萍

总序

Preface

高等法律职业化教育已成为社会的广泛共识。2008年，由中央政法委等15部委联合启动的全国政法干警招录体制改革试点工作，更成为中国法律职业化教育发展的里程碑。这也必将带来高等法律职业教育人才培养机制的深层次变革。顺应时代法治发展需要，培养高素质、技能型的法律职业人才，是高等法律职业教育亟待破解的重大实践课题。

目前，受高等职业教育大趋势的牵引、拉动，我国高等法律职业教育开始了教育观念和人才培养模式的重塑。改革传统的理论灌输型学科教学模式，吸收、内化“校企合作、工学结合”的高等职业教育办学理念，从办学“基因”——专业建设、课程设置上“颠覆”教学模式：“校警合作”办专业，以“工作过程导向”为基点，设计开发课程，探索出了富有成效的法律职业化教学之路。为积累教学经验、深化教学改革、凝塑教育成果，我们着手推出“基于工作过程导向系统化”的法律职业系列教材。

《国家（2010~2020年）中长期教育改革和发展规划纲要》明确指出，高等教育要注重知行统一，坚持教育教学与生产劳动、社会实践相结合。该系列教材的一个重要出发点就是尝试为高等法律职业教育在“知”与“行”之间搭建平台，努力对法律教育如何职业化这一教育课题进行研究、破解。在编排形式上，打破了传统篇、章、节的体例，以司法行政工作的法律应用过程为学习单元设计体例，以职业岗位的真实任务为基础，突出职业核心技能的培养；在内容设计上，改变传统历史、原则、概念的理论型解读，采取“教、学、练、训”一体化的编写模式。以案例等导出问题，

根据内容设计相应的情境训练，将相关原理与实操训练有机地结合，围绕关键知识点引入相关实例，归纳总结理论，分析判断解决问题的途径，充分展现法律职业活动的演进过程和应用法律的流程。

法律的生命不在于逻辑，而在于实践。法律职业化教育之舟只有驶入法律实践的海洋当中，才能激发出勃勃生机。在以高等职业教育实践性教学改革为平台进行法律职业化教育改革的路径探索过程中，有一个不容忽视的现实问题：高等职业教育人才培养模式主要适用于机械工程制造等以“物”作为工作对象的职业领域，而法律职业教育主要针对的是司法机关、行政机关等以“人”作为工作对象的职业领域，这就要求在法律职业教育中对高等职业教育人才培养模式进行“辩证”地吸纳与深化，而不是简单、盲目地照搬照抄。我们所培养的人才不应是“无生命”的执法机器，而是有法律智慧、正义良知、训练有素的有生命的法律职业人员。但愿这套系列教材能为我国高等法律职业化教育改革作出有益的探索，为法律职业人才的培养提供宝贵的经验、借鉴。



2016年6月

前言

Foreword

《商法原理与实务》隶属广东司法警官职业学院高等法律职业教育系列自编教材。本教材的编写基于高等法律职业教育办学理念，以培养高等法律职业教育技能型、应用型人才为目标，以工作过程为导向，以法律职业岗位典型工作任务为驱动。本教材在内容设计上，体现理论知识的“必需、够用、新颖”和实操技能的“必备、精炼、实用”；在理念上突出法律职业技能的培训，强化实践性教学理念。

本教材采取“教、学、练、训”一体化的编写模式，以实际案例导出问题，根据基本原理设计相应的“情境训练”，将基本原理与实操训练有机地结合，同时设置了“法条链接”“拓展学习”“拓展阅读”等专栏，以拓宽学生的知识面。在编排形式上，打破了传统篇、章、节的体例，以法律应用过程设计教学单元。本教材分为六个教学单元：单元一“商法基本原理认知”；单元二“公司法律实务”；单元三“证券法律实务”；单元四“保险法律实务”；单元五“票据法律实务”；单元六“破产法律实务”。

本教材自2013年出版投入教学以来，取得了良好的效果和社会影响。2013年，我国拉开了全国范围商事制度改革的序幕，2015年国家确定持续推进商事制度改革，营造有利创业创新的市场环境。随着我国商事制度发展和改革力度的不断增大，为规范商事主体和商事行为，国家相继修改公司、证券、保险等商事法律制度。为此，本书编者本着与时俱进的态度，及时对相关部分加以修订。

本教材由黄惠萍、杨曼任主编，欧超荣任副主编。各单元具体分工如下：

杨曼：单元一 项目一、二、三；单元三

黄惠萍：单元一 项目四、五、六；单元二

欧超荣：单元四

朱文博：单元五

王桂玲：单元六

本教材在编写过程中，参阅和借鉴了国内外相关学者、专家的研究成果和文献资料，对此向原作者致以诚挚的感谢！本教材的编写也得到了学院领导、法律系主任及教研室教师的大力支持和帮助，在此也向他们表示衷心的感谢！

编者在编写工作中虽尽心尽力，但不当、错谬在所难免，真诚欢迎读者和专家对本教材提出批评和建议。

编者

2017年11月

Contents

目 录

单元一 商法基本原理认知	1
项目一 商法概述	2
项目二 商事主体	9
项目三 商事行为	19
项目四 商事登记	24
项目五 商业名称	37
项目六 商事账簿	48
单元二 公司法法律实务	55
项目一 公司与公司法概述	56
项目二 公司的一般规定	66
项目三 有限责任公司	89
项目四 股份有限公司	106
单元三 证券法律实务	124
项目一 证券与证券法	125
项目二 证券市场主体工作实务	132
项目三 证券发行规则	144
项目四 证券交易规则	154
单元四 保险法律实务	165
项目一 保险与保险法	166

项目二 保险合同的履行	172
项目三 人身保险	187
项目四 财产保险	196
项目五 保险业监管	203
单元五 票据法律实务	210
项目一 票据与票据法	211
项目二 票据的基本制度的认知	218
项目三 汇票	232
项目四 本票	245
项目五 支票	250
单元六 破产法律实务	257
项目一 破产与破产法	258
项目二 破产的工作实务	264
项目三 破产宣告和破产清算	281
参考文献	290
附录 商事法律、法规、司法解释	292

单元一

商法基本原理认知

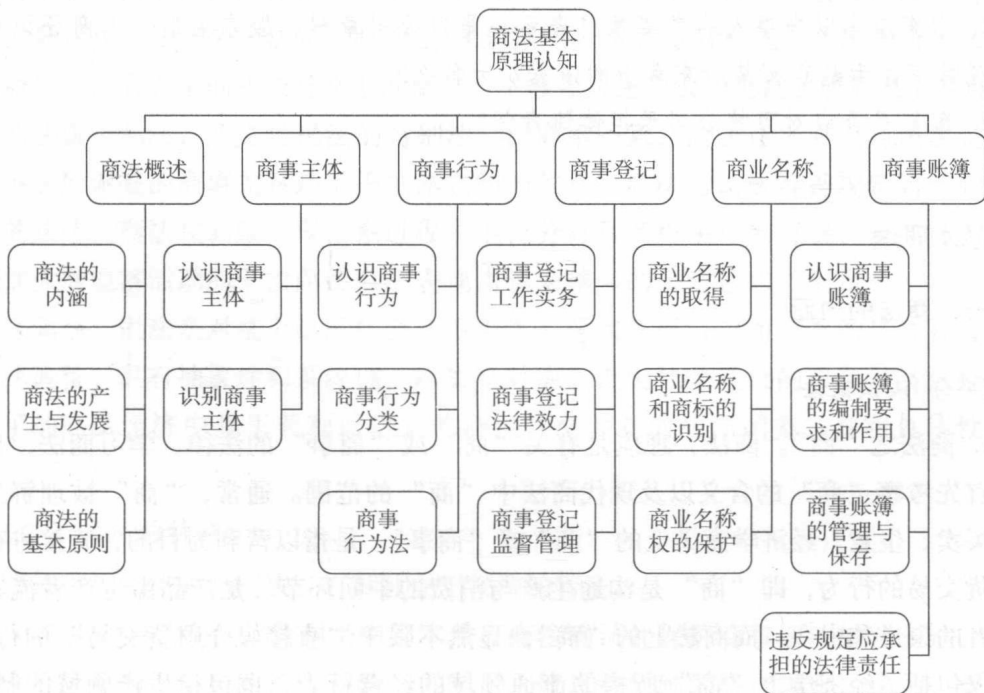
知识目标

1. 认识商法，了解商法的基本原理、基本制度。
2. 掌握商法的基本原则。
3. 掌握商事登记、商业名称、商事账簿的基本知识。

能力目标

本单元的能力目标是培养学生运用商法基本原理处理商事关系的能力。通过本单元的学习，使学生能够判断商事关系、识别不同类型的商事主体及其责任形式，并能掌握处理商事登记、商事账簿等法律实务的技能。

内容结构图



项目一 商法概述

导入案例

利达公司于2003年4月7日成立，注册资本200万元，其工商登记材料显示：公司由自然人耿某、赵某、孙某和霍某四人投资设立，出资比例为各占25%。公司设立时已依法制定章程，四名股东均在章程上签字，且在股东名册中记载。2006年初，耿某的丈夫刘某因犯挪用公款罪被法院判处刑罚，刑事裁判文书认定：刘某利用职务之便挪用公款100万元作为利达公司的注册资金，在利达公司验资、注册完成后，已经从利达公司抽走该公款归还刘某单位。在刑事案件侦查过程中，利达公司四名股东和刘某均向检察机关陈述利达公司实际由刘某、赵某和孙某三人设立，耿某和霍某只是挂名股东，他们持有的股份由刘某控制，霍某实际上并不持股，亦未参与公司分红。利达公司经营期间，曾与百德公司发生债权债务关系，经法院判决，利达公司应偿还百德公司欠款50万元。判决执行过程中，百德公司以利达公司股东抽逃出资为由，申请追加耿某、赵某、孙某和霍某为共同被执行人，法院于2006年7月7日裁定予以追加。霍某以其“虽被工商部门登记为利达公司股东，但主观上并没有成为股东的真实意思，客观上也没有出资、参与公司经营管理、享受分红的事实”等为由主张自己不是利达公司股东，不应对百德公司承担偿债责任。

【问题】

1. 本案应当以当事人的真实意思表示还是以公司章程、股东名册、工商登记材料等外观特征作为判断霍某股东身份的依据？为什么？
2. 霍某是否应对百德公司承担偿债责任？

基本原理

一、商法的内涵

(一) 认识商法

1. 商法之“商”。商法，理应是有关“商”或“商事”的法律，学习商法，自然应当首先考察“商”的含义以及现代商法中“商”的范围。通常，“商”被理解为交易、买卖、生意。经济学意义上的“商”或“商事”，是指以营利为目的，直接进行媒介财货交易的行为，即“商”是沟通生产与消费的中间环节，是产品由生产者流转到消费者的渠道和中介。而商法上的“商”，显然不限于“直接媒介财货交易”的行为，它不仅包括了经济学上“商”所指的流通领域的经营行为，也包括生产领域的制造、

加工等营业活动，还包括辅助交易得以实现的货物运输、仓储、代理等营业活动，以及与交易活动有联系的金融、广告、商业保险，等等。按照法学界的通常理解，商法中所说的“商”涵盖着以营利为目的、持续性从事的各种营业活动。也就是说，商法上的“商”，是一切以营利为目的的经营活动的总称。

我国法律并未明确规定“商”的定义或范围，但是，我们应当注意到，以营利为目的商事活动的本质属性。这一属性使其与不具有营利目的的消费行为相区别、相对立，法律要对其进行特别规范，为商行为设定特别的行为规则，使商行为的主体承担特别的法律义务。事实上，将哪些行为界定为“商”并对其加以特别规范，是立法者的选择，换句话说，商事活动的范围最终要根据商事法律来予以确定，某种活动是否被视为“商”也取决于法律的规定。

2. 商法。对于商法的定义，学者们的表述不一，有的认为商法是对商人从事的商行为进行调整的法律；有的认为商法是调整市场交易关系的行为规范的总称；有的认为商法是调整商事主体在其商行为中所形成的法律关系即商事关系的法律规范的总称。这些对商法定义的不同表述，其主要区别在于对商法调整对象的范围的不同认识。但是，即便如此，我们也可以从中得到对商法的初步理解，即：商法，是调整商事关系的法律规范的总称。

商法可以分为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，是一国的立法机关依照法定程序制定并以商法命名的法典。法国、德国等大陆法系国家制定有商法典。实质意义上的商法是一切调整商事关系的法律规范的总称。世界各国，无论有无制定商法典，都存在实质意义上的商法。我国并未制定商法典，但单行商事法律大量存在，如《公司法》《证券法》《票据法》等，也就是说，我国没有形式意义上的商法，但有大量的实质意义上的商法。本教程所述商法，也是实质意义上的商法。

商法属于私法，商法是民法的特别法。民商本一家，商法在本质上与民法是一致的。商法所调整的商事关系是平等主体之间的关系，商法与民法都是规定财产归属和移转的法律，商法在调整商事关系过程中也充分尊重商事主体的意愿，即便由于现代国家加大对经济活动的干预而使商法表现出越来越多的公法色彩，但也改变不了商法的私法属性。民法是对整个市民社会基于主体平等和意思自治而建立的各种社会关系的法律调整，具有抽象性和系统性；商法是对构成市民社会基础的市场经济这样一种扩大了的商品经济中基于营利而建立的特定社会关系的法律调整，具有具体性和实用性。

（二）商法的特征

商法作为民法的特别法，有其独立于民法的特征：

1. 商法具有营利性。营利是商的本质，商法确认并保护商事活动的营利性，商法中存在着大量的保护和助长营利的、不同于一般民法规则的特殊规则。比如，票据转

让实质是债权的转让，但《票据法》规定，票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。也即票据转让时，债权人的权利瑕疵并不随之转移，这与民法上的债权转让的规则明显不同，如此规定有利于票据的流转，助长营利。营利是商法的根本价值追求。

2. 商法具有技术性。法律规范可以分为伦理性规范和技术性规范，民法侧重于伦理性规范，而商法是商事活动的规则，是立法者将商事活动的基本规则和基本运作方式用法律的形式加以确定、固定，商法规范中必然包含着大量的技术性规范。商法的技术性特征在《公司法》中公司机关的议事规则、《票据法》中票据的运作规则等大量商法规范中得到明显的体现。

3. 商法具有国际性。商法是一国的国内法，但长期以来，各国商法在内容上具有明显的共同性和相容性，并且其趋同的特性也越来越明显。商法主要是技术性规范而非伦理性规范，商法的技术性特征使商法可以超越民族国家法域，易于统一，而经济全球化又在客观上对商法的国际性提出了要求，这使商法的国际性成为必然。

二、商法的产生与发展

（一）西方国家商法的产生与发展

1. 大陆法系国家的商法。大陆法系国家的商法经历了以下的发展过程：

（1）商人习惯法的形成。一般认为，商法起源于中世纪地中海沿岸的诸自治城市。地中海海上贸易的发展促进了沿岸诸城市航海和商业的发展，从而使商人阶层逐渐形成，并且取得了优越的经济地位。为了摆脱封建势力、教会势力的束缚，维护自身的利益，各城市的商人们组成了行会组织“商人基尔特”，并凭借其经济实力脱离了封建领主的司法管辖和教会势力的支配，取得了一定范围的自治权和裁判权。这些商人团体根据商业习惯和行业特点制定了一些自治规约，并实施于本行业组织，可以用于处理商人之间的纠纷。这样，天长日久，这些商业惯例和自治规约形成了商人习惯法。商人习惯法的内容主要是买卖、海商、票据、破产等方面的规则，它严格采取属人主义，仅适用于商人之间。商人习惯法对后来一些大陆法系国家的商事成文法的制定影响极大，成为近现代商法的重要渊源。

（2）商事成文法的出现。15世纪起，欧洲大陆中央集权型的统一国家逐步形成，国家开始干预商事活动，运用立法权制定商事成文法，这些商事成文法逐渐取代了商人习惯法。较有代表性的商事成文法有法国于1673年颁布的《陆上商事条例》和1681年颁布的《海事条例》，法国《陆上商事条例》是世界上第一部商事成文法。欧洲早期的商事成文法实质上仅仅是对中世纪商人习惯法内容的确认，且仍然带有明显的属人法特征。

(3) 商事法典的编纂。进入 19 世纪, 欧洲多个国家开始在商事单行法的基础上编纂商事法典。法国在 1804 年颁布了《法国民法典》之后, 将不宜并入民法典的商事单行法合并编纂成商法典, 在 1807 年颁布了《法国商法典》。《法国商法典》奉行客观主义, 是商行为法, 即以商行为观念作为立法基础, 商法被视为与商行为相关的法律而不仅仅局限于商人。《法国商法典》的内容单薄, 质量远不如《法国民法典》, 但是, 它是世界上第一部商事法典, 开创了民商分立的立法例。其后, 德国于 1861 年颁布了《普通德意志商法典》, 又称德国旧商法典; 1897 年, 德国公布新商法典《德意志帝国商法典》, 1900 年施行。德国新商法典奉行主观主义, 是商人法, 以商人为立法基础, 同一行为, 商人为之, 方可适用商法。除法国、德国外, 日本、西班牙等国也采取了民商分立的立法体例, 在民法典之外, 单独制定了商法典。当然, 这些国家也制定了众多的单行商事法规, 作为商事特别法或商法典的补充。

2. 英美法系国家的商法。英美法系国家是判例法国家, 其商法的主要渊源是商事习惯法和商事判例法。但是, 与其民事立法相比较, 英美法系国家十分重视商事立法, 先后制定了一系列的商事成文法, 其商事制定法成为其商法的重要渊源。英国的商事制定法主要是关于公司、票据、保险等方面的单行法。而美国, 联邦和各州都有立法权, 为了克服州际商法差异给商事活动带来的不便, 自 19 世纪末开始, 美国致力于统一商事立法, 有代表意义的是《美国统一商法典》的制定。1952 年, 美国统一州法全国委员会公布了《美国统一商法典》, 供各州自由采用, 经过几十年的努力, 《美国统一商法典》已被绝大多数州所采用。

(二) 我国现代商法

我国自 20 世纪 70 年代末进入改革开放新时期以来, 陆续颁布了一些规范企业组织和经济合同的法律。20 世纪 90 年代初, 市场经济体制确立后, 我国的商事立法得到了快速的发展, 《公司法》《票据法》《证券法》《保险法》等重要的商事单行法相继颁布, 商法体系在我国正逐步形成。

三、商法的基本原则

商法的基本原则, 是指反映商法的基本宗旨, 贯穿于商事立法、司法、守法始终, 并对商事关系具有普遍效力的基本商法规则。商法的基本原则主要包括维持商事组织原则、促进交易迅捷原则、维护交易安全原则和维护交易公平原则。

(一) 维持商事组织原则

商事组织即指企业。商事组织是商事关系的核心要素, 商事组织的稳定和发展是社会经济发展的必然要求。商法设定了多种制度以维持商事组织, 包括:

1. 商事组织设立的准则主义。为避免商事组织“先天不足”, 商法对商事组织的

设立采取准则主义，从投资主体、资本、经营场所等多方面规定了各类商事组织设立的条件，只有具备相应的法定条件，方可设立商事组织。

2. 商事组织的财产维护规则。财产是商事组织赖以存在的物质基础，维护商事组织的财产是维持商事组织的重要手段。商法中有诸多规则以维护商事组织财产，使商事组织的财产独立于或相对独立于其投资人的财产，并尽量避免商事组织的财产在正常经营活动之外的减损。这些规则如：设立公司必须具备达到法定资本最低限额的资本；在公司存续期间，投资人不得抽逃出资；除法定情形外，股份公司不得回购本公司股份；合伙企业等非法人企业也必须保有相对独立的企业财产等。

3. 有限责任制度。商法上的有限责任是指商事组织的投资人以其出资额为限对商事组织的债务承担责任。投资人将其财产投资于依法承担有限责任的商事组织，其作为出资的财产即成为商事组织财产，投资人放弃了出资财产的所有权而得以承担有限责任。有限责任制度是现代企业制度的核心，它使投资人投资于商事组织的风险可控，也使商事组织更为独立、稳固。

（二）促进交易迅捷原则

商事活动以营利为目的，为实现利益最大化，必须尽量使交易迅捷，效率至上是商法的必然选择。商法的诸多制度设置体现了促进交易迅捷的原则：

1. 商事交易标准化。商事交易标准化包括交易客体标准化和交易行为标准化。交易客体标准化主要表现为权利证券化。商法将某些作为交易客体的权利设置成为有价证券，借助证券的流通功能使权利的交易变得相当便捷。如以股票表现股份，以股票交易的方式实现股份的迅捷转让。交易行为标准化是指商法将某些经常发生的且具有反复性和同一性的交易行为定型化，为交易行为设定统一的程序、内容和形式，从而实现交易迅捷。

2. 短期时效。为使商事交易行为的效力尽快得以确定，商法设定了许多短期时效，如票据请求权的时效有的短至6个月、3个月，票据权利人在此期间内不行使其权利则该权利消灭。

（三）维护交易安全原则

商法追求交易迅捷，但交易安全也不可忽视，可以说，交易安全是实现交易迅捷的条件。商法维护交易安全的制度主要有：

1. 强制主义。商法运用强行法规则对商事活动加以控制，符合规则的商事活动方可进行。同时，运用强行法规则对某些商行为加以规范制约，这些商行为的形式、内容均须依照商法规定，不由当事人任意为之。

2. 公示主义。公示是指商事活动的当事人将涉及利害关系人利益的商事活动的事实或信息加以登记、公开。公示是保护交易相对人、维护交易安全的基础手

段。商法对商事主体普遍要求公示，如企业登记、企业财务信息报告、上市公司信息公开等。

3. 外观主义。外观主义是指依商事行为的外观来确定该行为的效力，纵使行为的外观与真实情形不符，对于其他商事主体依据对该外观的合理信赖而进行的商行为，仍然应当加以保护。外观主义旨在保护善意第三人，从而维护交易安全。票据的文义性、善意取得制度、公司股东的内部约定不得对抗第三人等，均是外观主义的体现。

4. 严格的法律责任。商法将商事主体视为具备专业知识的主体而严格要求，为维护交易安全，相比民法而言，商法对商事主体规定了更为严格的法律责任，且更多地运用连带责任的方式。如票据法规定票据的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。

（四）维护交易公平原则

公平交易是市场经济活动的基本道德规范，也是商法的基本原则。商法中维护交易公平的方式主要表现为：

1. 平等交易。平等交易指各商事主体在商事交易中地位平等，权利义务对等。平等交易是实现交易公平的前提，体现平等交易原则的规则在商法中随处可见，如《公司法》关于股权平等的规定、《证券法》中证券发行条件的规定等。

2. 诚实信用。诚实信用原则对商事交易行为的公平进行具有普遍性的规范作用，商法要求商事主体依诚实信用的方法进行商事交易，实现交易公平，如《保险法》规定投保人在缔结保险合同之时，必须诚实信用地履行告知义务，在保险标的的危险程度显著增加时，也必须及时如实告知，以使保险人在知悉真实情况的前提下决定是否承保及确定保险费，使双方公平交易。

▶ 导入案例分析

导入案例中，应当以公司章程、股东名册、工商登记材料等外观特征作为判断霍某股东身份的依据。因为霍某在公司章程、股东名册以及工商登记材料中被记载为股东，外观上、形式上完全具备了股东特征，第三人对此有充分的理由予以信赖。而霍某是否实际出资、是否享受分红、是否参与公司经营管理等事实，并不具有公示性，不具有使第三人信赖的外观特征，第三人并没有法律上的义务去了解。如以霍某不具有真实意思为由否定其股东身份，将导致许多已经确定的法律关系发生改变，公司与第三人进行的交易将面临全面检讨，不利于维护交易安全和经济秩序稳定，与商法公示主义与外观主义原理相背。霍某名下的出资被抽逃，霍某滥用了股东的有限责任，损害了利达公司债权人的利益，名义股东霍某应当在抽逃注册资金范围内对百德公司承担偿债责任。