

Fundamentals

法学原理研究系列

商法 原理

Fundamentals
of Commercial Law

官欣荣/主编

中国检察出版社

Fundamentals

法学原理研究系列

商法 原理

Fundamentals
of Commercial Law

官欣荣/主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法原理/官欣荣主编. —北京: 中国检察出版社, 2004.8

ISBN 7-80185-284-2

I. 商… II. 官… III. 商法-法的理论-中国 IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 076373 号

商法原理

官欣荣 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68658767 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 52.5 印张

字 数: 1000 千字

版 次: 2004 年 9 月第一版 2004 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-284-2/D·1265

定 价: 65.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

主 编 官欣荣

副主编 冷传莉 李洵永

撰 稿 (以撰写章节为序)

官欣荣 冷传莉 李洵永

吴保卫 胡 卫 刘沂江

邹东俊

不断更新你的法律知识，不断地思考我们为什么要做我们所做的事情，不断地探究为什么我们的法律之所以是法律。

阅读——研究——再研究，这是美国律师协会律师道德准则的戒条。这也将成为你从事本职业工作时所奉行的准则。

——哈佛法学院院长罗伯特·G·西蒙斯
在新生入学典礼上的致辞

前 言

—

商法，是一古已有之源远流长又与时俱进不断创新之法。无论在商事交易习惯和惯例还是商法典的成文法形式上、商事法院的司法审判规则上、以及商法学的文献方面都有着深厚的历史积淀。

在罗马法教育课程的第三学年便有买卖、租赁、合伙、共同海损（海商法）之讲授，公元 1250 年自意大利波伦亚举办了世界首个与教会学校比肩而立的法律学院以来，商法作为一门较为实用的科目相继在各大学开设，迄今大陆法、英美法系的法学院里，商法科目皆踞重要一席之地。

遥想 19 世纪中叶的比利时，为抗衡德、法等欧陆强国，以争生存发展之权，于 1856 年（立国后的第 25 年）特派培尔那（Beernaent 后为比首相、比著名的政治家）专考德法两国的法律教育，且已于 1849 年、1890 年、1929 年多次修订其在 1835 年颁布的高等教育法，该法第 32 条规定了无论是国立还是私立大学，法律学院为必设四大学院之一，同时该法规定了一个法律教育的标准课程，其中专设商法科目，可以足见比国对法律教育之重视，为其立国之本，商法又是重中之重，为其强国之路。

相形之下，我国漫长的封建社会重农抑商，“礼”治天下，所谓法制，不外乎刑主民辅，遑论商法的发展与教育？令人深思的是，在中国开启商法教育的是 1884 年 8 月 7 日日本自由民权家中江兆民、末广重恭、植木枝盛等人出于开拓东洋贸易，培养实业家，争占中国市场之需在上海创办的东洋学馆（后改为“兴亚学馆”、“亚细亚学馆”），《东洋学馆课程概略》在学科设置上分为政治经济学、法律学、商法学、理学、哲学五科。迨 20 世纪初“戊戌变法”惟一幸存的成果——中国京师大学堂设立法科，始有讲授“各国商法”的主课。

20 世纪 40 年代庞德访华时任司法行政部、教育部顾问，在题为“First Report on Legal Education”中十分强调商法教育之重要，他指出：“这门法律在现代罗马法系中，已有重要的学理上的进展，不仅在一般初步原理课程中需要讲述其基本原则，说明其在整个法系中的地位，并连同民法中关于商事的条文，为透

彻的阐明。此外关于票据的及商业组织的立法,如合伙公司等,应在教授初步原理课程之后,续为分别充分的讲述,以为本科课程表之一部。最后,在商法许多方面,既仍然保持着它的国际性,而英美法院自中世纪将商法吸入普通法之后,又大量地利用大陆上的商法著述,同时商业上的制度及习俗是超越国界而颇具国际性的,所以,为培养法律教师并为培训领馆人员起见,不妨设比较商法一科,作为选修的或研究院的课程。学养优良的法律教师,会好好利用这一科目来讲述民法、票据及公司法等。此外这种科目可以产生各种论著,中国商事法规之积极发展,实利赖之。”^① 不过,由于当时旧中国整个庞大的上层建筑已趋落败,虽也有泱泱可观的商事立法,但囿于民商划一的版本设计,历史地注定了那时开创的“商事法学派”需要在新时期进行创新与重构。

新中国成立后,由于长时期实行计划经济,商法学林凋敝,一如王保树教授指出:“从本世纪50年代至70年代,大学法律系的讲堂上不曾有商事法的课程,商事法学的研究也处于停顿状态。”^② 20世纪80年代后商法随法学重创得以“复兴”,并不断升温,成为法律人研习之热点,以近几年报考民商法硕士专业的人数看都远远超过其他专业,这归根结底缘于中国市场化改革的深入,特别是资本市场的创建与全球经济一体化、法律国际化接轨的客观需要。进言之,是我们跨入新经济时代的需要。新经济时代是一个经济全球化,现代技术的不断革新以及金融创新和金融自由化的时代,是一个依靠自然资源创造物质财富的传统经济时代向以现代高新技术为基础、以网络技术为纽带、以人的智力资本的充分发挥为主题的**经济转型的时代。它呼唤制度的创新,更需要精通商务、技术的法律人才脱颖而出。一如恩格斯指出:“社会一旦有技术上的需要,则这种需要就会比十所大学更能把科学推向前进。”^③ 商法学教育在中国的复兴是改革的必然产物,更是时代提供了发展之直接平台。

如果我们把20世纪80年代第一轮改革开放时期看作是“民法、经济法”大争鸣的阶段,那么,20世纪90年代的第二轮改革则启动了商法的复兴之讨论,1998年教育部本着“宽口径、厚基础”的原则将原有的国际法、国际经济法、经济法、法学等几个本科专业合而为一,并划出14门核心课程,商法单列其中,极大地“解放”了商法学科独立发展的命运。

① 庞德1948年2月4日在国民政府教育部法律委员会第5次会议上所作的题为“First Report on Legal Education”报告,引自贺卫方:《中国法律教育之路》,中国政法大学出版社1996年版,第304页、第318页。

② 王保树:《中国商事法》,人民法院出版社2001年新编本,第9页。

③ 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第505页。

在我们看来,商法学的地位、作用不应再被遮蔽,作为法学不可或缺之科目要予以善待,在法律教育体系中应作为基础性一环加以夯实,并由此定位来进行课程的设计改革和教材建设,这是商法事业求得大发展的第一要务。而且,我们在课程改革之际,应循科学的原则,力求与时俱进,一般两到三年内应有一次检阅、修改、刷新,反对借口遵守课程计划表而抱残守缺,反对置生生不息的商事实践和商事法律修改洪流于罔闻不顾,以致知识体系的僵化、老化。

二

事实上商法学在 21 世纪的中国已成为一门显学,但商法科目的开设在培养、造就新经济条件下的复合型法律人才有何作为,应确立怎样的理念,运用怎样的教学模式、方法,如何与法律职业技术教育相结合而不脱钩?商法课程如何与其他法律课程等统筹兼顾,尤其是商法教学体系内容如何建构?诸如此类问题,亟待本着求实、创新的原则、尊重科学的法律职业教育规律,来作一系统深入的研究,这对于推动中国商法学教研乃至整个法律职业教育的健康发展、培养市场经济中极为短缺的民商法人才意义深远。

当我们把眼光拉回到现实中法学院的课堂上,会遗憾地发现目前因缺乏科学的系统的论证、反思,商法知识习得做法不一,有的院校至今仍未单独开设《商法》课程,还是“化整为零”的《公司法》、《票据法》、《证券法》、《海商法》等课程“零售式”讲授,其理由是认为《商法》该科内容实在庞杂,很难像民法那样一应俱全。但如此一来,商法的有机统一性如何贯彻?有的院校要么只讲总论,分论一“笔”(这里指粉笔之意)带过,甚至干脆不讲,这种模式缺乏具体商事制度的支撑,使得商法总则“空洞无物”,无法深入,也悖离商法实用性品格。那么,对于求知若渴的法律入门者,商法课程在大学科目体系中究竟如何安排才相宜?而且,该科究竟设计几个学分?是集于一个时期增加授课钟点连续上完还是分阶段地讲授?前者有深刻研究之优点,少精神涣散之弊端,但于习研者造成压力、负荷太大,后者利于循序渐进、消化吸收,但易与他门功课交叉干扰、茫无头绪。我们认为,既要继承法学阶梯中以习研私法为先的传统,又要贴近市场经济活动中商事关系日益复杂化催生商法分立出来的现实,在法律本科专业阶段商法科目的设置至少应设计为 96 学时,计 10 个学分(包括 2 个学分的商法实践),可用三个学期修完,一学期讲总论+各法介绍,一学期再讲商事组织法(公司法、破产法),一学期续讲商事行为法(证券法、票据法、保险法、海商法等)。这一做法是对美国耶鲁大学法学院早有的传统之借鉴(其在第二学年第一学期讲“商法一”,第二学年第二学期讲“商法二”,第三学年第一学期讲

“商法三”，第三学年第二学期讲“商法四”）^①，也基本应和了庞德的主张，可为法科学生系统扎实的商法习研创造条件。那种认为学生在高年级进一步专门研修部门法时会产生冲突的担忧也是多余，实际上恰恰相反，入门者在掌握了商法逻辑体系后更有优势依自己的兴趣进一步选修钻研商事各法，如公司法、证券法等专题性研究，况且司法资格的应试要求决定了每个法律人应对商法知识有系统的消化、吸收。考虑到商法的实践性、应用性品格，商法原理的学时可占8个学分，2个学分留给实习或“诊所式”教育实践，这样为培养复合型的法律人才提供科学的保证。当然应该指出，商法若作为MBA课程或非法律专业学生的选修课程，则秉“管精、管用”的原则因（学）时制宜，而不必受缚于教材作照本宣科状。

三

鉴于上述认识，如何能像苏力先生所倡议的那样编写一本反映某学派理论、有个性化色彩、彰显特色（Accent）的商法教科书而不至于落入“钦定化”的教材所塑造的学生知识能力千人一面的窠臼，就像工厂里同样的图纸制造出千篇一律的产品那样而永远没有更新换代呢？假若工厂制造由于标准化、规模化生产之客观原因尚情有可原的话，那么，以人为本，急国家、社会、市场所需的法律职业教育则必须予以深刻反思，至少应将它“问题化”，如同教徒需要圣经，每个推开法律职业之门的人是需要一部好的教科书以引向成功之路的。

正基于这些思考，本书作了不少探索与努力，不妨述之，兼作本书导读说明。

首先，考虑到商法的内容体系极其庞大，不可能将所有内容和法律制度都涵摄进去。所以按照突出与市场秩序有密切关系的商事法律制度的立场进行取舍，^②并遵循一些固有的知识传统，紧扣教育部大纲、参酌商法司法（律师）资格考试大纲要求选择内容，注意详略得当并融入自己的教研观点，力图对现代商法学体系的重构有所探究、贡献。像证券法编在司考用书中是列入经济法部分，

① 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第122-124页。

② 如周林彬教授在谈到法律资源（立法资源和执法资源）非常稀缺的条件下，立法、修改的优劣次序如何安排时指出，选择交易费用较高的商事交易领域作为突破口，有利于从总体上降低商法制度的运行成本，节约商事交易的费用，因为这些领域（如证券法、期货法）存在着对法律调整的迫切需要。参阅周林彬：《中国商法创新的方法与途径初探》，载于王保树：《商事法论集》第7卷，法律出版社2002年版，第29页。

但大多商法教科书将其囊括进来，本书也遵循了传统商法领域这样的编排；还有，在一些商法教科书中将三资企业法、商业银行法、信托法乃至电子商务法都纳入进来，本书出于出版篇幅所限没能将其编写在内，但我们仍追求黑格尔式的体系完整，使2002年新修订的保险法和2003年颁布的证券投资基金法都得以比较充分阐述；并借用了法学阶梯（所谓“法学阶梯”即法学入门之意^①）之语，谓之“商法阶梯”，书名为“商法原理”。“原理”者，在现代汉语词典里，解释为“带有普遍性的、最基本的、可以作为其他规律的基础的规律”，本书这里即“商法阶梯”之义，除个别处有理论前沿阐述外，几乎是商法基础知识的讲解。全书共分三部七编四十七章，商法阶梯Ⅰ——商法总论，商法阶梯Ⅱ——商事组织法，即商事公司和企业破产两编，商法阶梯Ⅲ——商事行为法，即证券交易、商业票据、商业保险、海上商事四编，基本与商法固有知识谱系相吻合。

其次，在体例上作了如下创新：

（1）每编有主编导语、习研目的要求、重点难点等，以提纲挈领、开启思路、分明次重；

（2）每章设本章提要，以简明扼要地圈出本章所述内容，以一目了然；

（3）各章后有名词解释、思考题、案例分析（绝大部分附有答案）之作业设计，包括列入各名牌法学院考研试题和历年司考（律考）真题，这对应该把握的内容起路标明示之作用，也有助于有的放矢之自学速成，全书贯穿了原理与实务相结合的方法和理念。

再次，本书链接了商法习研所需的阅读资料，包括论文和著作，虽挂一漏万，但求开放视野、商法深造之备用。

官欣荣

2004年夏于广州·五山

^① [罗马]查士丁尼：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第1页。

目 录

前言	(1)
商法阶梯 I：商法总论	(1)
第一编 总论	(3)
第一章 商法绪论	(5)
[本章提要]	(5)
第一节 商法学绪言	(5)
第二节 商法的意义和特性	(17)
第三节 商法的对象和原则	(23)
第四节 商法的地位与渊源	(31)
[名词解释]	(39)
[思考题]	(39)
第二章 商法沿革	(40)
[本章提要]	(40)
第一节 欧陆法系商法的产生和发展	(40)
第二节 英美国家商法的创新	(46)
第三节 商法在中国	(50)
[名词解释]	(65)
[思考题]	(65)
第三章 商事主体	(66)
[本章提要]	(66)
第一节 商事主体概述	(66)
第二节 商事个人	(71)
第三节 商事合伙	(76)
第四节 商事辅助人	(84)
[名词解释]	(88)
[思考题]	(88)

[案例分析]	(88)
第四章 商事行为	(90)
[本章提要]	(90)
第一节 商事行为概述	(90)
第二节 商事行为的特殊规则	(96)
第三节 营业及不正当竞争行为的法律控制	(101)
[名词解释]	(108)
[思考题]	(108)
[案例分析]	(108)
第五章 商事登记	(110)
[本章提要]	(110)
第一节 商事登记概说	(110)
第二节 商事登记的范围、内容、程序	(113)
第三节 商事登记的种类和效力	(119)
第四节 商事登记的监管	(123)
[名词解释]	(124)
[思考题]	(124)
[案例分析]	(124)
第六章 商号	(131)
[本章提要]	(131)
第一节 商号概说	(131)
第二节 商号的选用与登记	(134)
第三节 商号权的法律性质与保护	(137)
[名词解释]	(139)
[思考题]	(139)
[案例分析]	(139)
第七章 商业账簿	(141)
[本章提要]	(141)
第一节 商业账簿概述	(141)
第二节 商业账簿的种类	(142)
第三节 商业账簿的编制	(147)
[名词解释]	(150)
[思考题]	(150)
[案例分析]	(150)

商法阶梯Ⅱ：商事组织法	(153)
第二编 商事公司	(155)
第八章 公司通则	(157)
[本章提要]	(157)
第一节 公司概况	(157)
第二节 公司法概述	(162)
第三节 公司的种类	(165)
第四节 公司的名称、住所、能力	(169)
第五节 公司的章程	(173)
第六节 公司的资本、财会、分配制度	(177)
第七节 公司设立、变更、合并与分立、终止、清算	(183)
[名词解释]	(192)
[思考题]	(192)
[案例分析]	(192)
第九章 有限责任公司	(194)
[本章提要]	(194)
第一节 有限责任公司概述	(194)
第二节 有限责任公司的设立	(196)
第三节 有限责任公司的组织机构	(200)
第四节 国有独资公司	(210)
[名词解释]	(215)
[思考题]	(215)
[案例分析]	(216)
第十章 股份有限公司	(218)
[本章提要]	(218)
第一节 股份有限公司概述	(218)
第二节 股份有限公司的设立	(223)
第三节 股份有限公司法人治理结构概述	(230)
第四节 股份有限公司的法人治理机关	(233)
第五节 独立董事制度	(239)
[名词解释]	(246)
[思考题]	(247)
[案例分析]	(247)
第十一章 公司的股份与债券	(248)

[本章提要]	(248)
第一节 股份有限公司的股份	(248)
第二节 公司债券	(257)
[名词解释]	(261)
[思考题]	(261)
[案例分析]	(262)
第十二章 外国公司的分支机构	(263)
[本章提要]	(263)
第一节 概述	(263)
第二节 外国公司分支机构的设立	(265)
第三节 外国公司分支机构的解散和清算	(267)
[名词解释]	(268)
[思考题]	(268)
[案例分析]	(268)
第三编 企业破产	(269)
第十三章 破产法导论	(271)
[本章提要]	(271)
第一节 破产概述	(271)
第二节 破产法概述	(273)
第三节 破产法的沿革与我国之展望	(277)
[名词解释]	(283)
[思考题]	(283)
[案例分析]	(283)
第十四章 破产的程序制度	(289)
[本章提要]	(289)
第一节 破产程序的开始	(289)
第二节 破产案件的申请和受理	(292)
第三节 债权人会议	(296)
第四节 和解和整顿	(298)
第五节 破产宣告	(300)
第六节 破产清算	(304)
[名词解释]	(308)
[思考题]	(308)
[案例分析]	(308)

第十五章 破产的实体制度	(311)
[本章提要]	(311)
第一节 破产财产及费用.....	(311)
第二节 破产债权.....	(312)
第三节 别除权、取回权、抵销权与追回权.....	(315)
[名词解释]	(324)
[思考题]	(325)
[案例分析]	(325)
商法阶梯Ⅲ：商事行为法	(327)
第四编 证券交易	(329)
第十六章 证券法导论	(331)
[本章提要]	(331)
第一节 证券与证券法概述.....	(331)
第二节 证券法的沿革.....	(337)
第三节 证券法的宗旨和基本原则.....	(339)
[名词解释]	(347)
[思考题]	(347)
第十七章 证券发行制度	(348)
[本章提要]	(348)
第一节 证券发行概述.....	(348)
第二节 股票的发行.....	(352)
第三节 公司债券的发行.....	(358)
第四节 证券承销.....	(361)
[名词解释]	(364)
[思考题]	(364)
[案例分析]	(364)
第十八章 证券上市交易制度	(366)
[本章提要]	(366)
第一节 证券上市.....	(366)
第二节 证券交易制度概述.....	(369)
第三节 证券交易的法律控制.....	(372)
[名词解释]	(379)
[思考题]	(379)

[案例分析]	(379)
第十九章 信息公开制度	(381)
[本章提要]	(381)
第一节 信息公开制度概述	(381)
第二节 证券发行的信息公开制度	(383)
第三节 持续信息公开制度	(385)
[名词解释]	(386)
[思考题]	(386)
[案例分析]	(387)
第二十章 上市公司收购	(388)
[本章提要]	(388)
第一节 概说	(388)
第二节 上市公司收购的一般规则	(390)
第三节 上市公司收购的程序	(393)
[名词解释]	(398)
[思考题]	(398)
[案例分析]	(398)
第二十一章 证券组织制度	(400)
[本章提要]	(400)
第一节 证券交易所	(400)
第二节 证券公司	(411)
第三节 证券登记结算机构	(420)
第四节 证券交易服务机构	(425)
[名词解释]	(429)
[思考题]	(429)
[案例分析]	(429)
第二十二章 证券投资基金法律制度	(435)
[本章提要]	(435)
第一节 证券投资基金概述	(435)
第二节 证券投资基金法律关系的当事人	(439)
第三节 证券投资基金的设立与运作	(443)
[名词解释]	(449)
[思考题]	(449)
第二十三章 证券监管制度	(450)

[本章提要]	(450)
第一节 证券监管概说	(450)
第二节 证券业协会	(455)
第三节 证券监督管理机构	(458)
[名词解释]	(461)
[思考题]	(461)
[案例分析]	(461)
第五编 商业票据	(466)
第二十四章 票据与票据法概述	(468)
[本章提要]	(468)
第一节 票据基础	(468)
第二节 票据的立法及沿革	(470)
第三节 票据法的价值与特性	(472)
[名词解释]	(476)
[思考题]	(476)
第二十五章 票据法律关系	(477)
[本章提要]	(477)
第一节 票据关系与非票据关系	(477)
第二节 票据行为	(482)
第三节 票据权利	(492)
第四节 利益返还请求权	(500)
[名词解释]	(501)
[思考题]	(502)
[案例分析]	(502)
第二十六章 汇票	(506)
[本章提要]	(506)
第一节 汇票的概念和种类	(506)
第二节 出票	(508)
第三节 背书	(511)
第四节 承兑	(528)
第五节 保证	(531)
第六节 付款	(533)
第七节 汇票的追索权	(537)
[名词解释]	(541)