

作为商法根基的商人和商行为理论在市场经济条件下并无多大的实践意义。商法原理部分应以商法特有的一些专门制度作为重点研究对象。

石慧荣/著

商事制度研究

A STUDY ON THE LEGAL SYSTEM OF BUSINESS

- 特许经营
- 股票期权
- 独立董事
- 票据付款
- 失票救济
- 财产保险合同
- 董事责任保险
- 破产程序

法律出版社



100



商業制度

100

西南政法大学 学子学术文库

商事制度研究

A STUDY ON THE LEGAL SYSTEM
OF BUSINESS

石慧荣/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事制度研究/石慧荣著. —北京:法律出版社,2003.8
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4415-X

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(2003)第 068147 号

法律出版社·中国

责任编辑/鲁立

装帧设计/曹铀 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8 字数/207千

版本/2003年9月第1版

印次/2003年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4415-X/D·4133

定价:18.00元

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任:梁慧星 龙宗智

委 员 (以姓氏笔画为序):

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长:方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或未免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

巍巍学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

25 年的政法生活(代自序)

我于 1978 年考入西南政法学院念本科。在这之前,我当了两年多知青和近一年工人。1977 年恢复高考时,我还在重庆长寿,是在区上报的名。考试之后,我即于年底调回重庆当了工人,但还未正式上班,就被云南林业学院(后来的中国林业大学)林业专业录取了。由于“农林一家”,刚跳出“农门”的我没有去报到,加之听说本市的西南政法学院即将恢复招生,故放弃了去林业学院就读的机会,紧接着报名参加了第二次高考。

与第一次不同,第二次高考是成绩出来后才填报志愿。由于我当时的成绩还比较理想,但又不太愿意去外地,故填报了政法学院。我将西政填报为第一志愿的另一个原因则与在高中时曾听过一次薛伦卓老师(其为我中学同学的父亲)讲授的与马列主义有关的时事讲座有关系。

我虽然是土生土长的重庆人,但在入学之前对西南政法学院并没有什么了解。当时的烈士墓与现在相比,可以说是人迹罕至。在这之前,我大概只到过渣滓洞两三次,对政法学院只有些模糊的印

象:培养政法干部;文革期间停办;学校大门上挂的是川外招牌……更重要的是,由于当时特殊的时代背景,对于法律为何物,几乎是一无所知。可以说,我是在分不清东西南北的情况下,懵懵懂懂地跨进政法大门的。

二

进入政法学院之后的学习生活是令人难忘的。20世纪70年代末的生活环境至今让人记忆犹新。教学条件和现在是不能相提并论的,教学设施的简陋也不是现在的学生能够理解的。学校没有运动场、教学楼,只有简易教室,食宿均在一幢楼内(东山大楼的东楼和南楼),打开水要由东山下到荷花池旁的开水房(现在川外的校园里)去。早上吃玉米粥,一周只有两次吃肉“加油”,甚至连上街吃小面也是一种困难。记得有一次晚上几个同学出去宵夜,走到童家桥也没有一家开门的店铺。

进入80年代之后,学校的情况开始好转。学校开始修专门的学生宿舍,食堂的伙食也大有改观。令人惊讶的是,似乎一夜之间,食堂仅中餐一顿的菜谱就变为数十种之多。对于从饥饿年代过来的学生而言,简直有点不相信自己面前的丰盛美味。给我印象特别深的有两个菜,一是狮子头,这主要是因为其菜名响亮;二是豆干炒肉,这主要是因为其价廉物美。当时的荤菜为3角一份,素菜5分一份,而豆干炒肉为2角5分一份,又有肉又有菜,特别可口下饭。直到今天,经过改良的豆干炒肉(再加上辣椒和榨菜)仍是自己餐桌上常见的菜肴。

当年虽然物质匮乏,但学术气氛却相当浓烈。西政老师严谨的治学态度和深厚的学术底蕴,给我们极深的影响。在西政的校园里,我系统地接受了法学理论,懂得了什么是宪法、刑法、民法和诉讼法,懂得了通过法律去维护自己的权利和他人的权利,并且从政法前辈的身体力行中,领悟了法的精神和价值。特别是西政老师们对待学

生如子女一般的关怀,至今仍被同学们提及。有一句法学名言这么说来着:“一个成功的法学家必然是一个人道主义者。”政法前人为我们树立起了一面大旗,有生之年,都是我们从事法学教育的同仁们前进的方向。

78 届的同学背景很特殊,组成很复杂,有老三届、新三届和应届毕业的同学。我虽然有当知青和工人的经历,但在同年级中仍算年龄偏小的。由于很多同学有丰富的社会阅历和实践经验,见多识广,思想活跃,有形无形之中,相互之间学到了不少的东西。如今,78 级的许多同学或者身居要职,或者为一流学者,或者富甲一方。得益于他们的熏陶,当时没有太多的感受,在现在来看,竟是不小。总之,在现在来看,从同学那里得到的,受用终生。

刻骨铭心的本科四年是我人生的一个转折点。没有这四年的经历,也许生活会是另外一种走向。本科四年对我一生有两大影响:一是获得了一种职业,即以教书作为立足社会、养家糊口的手段;二是养成了一种爱好,即下围棋。在大学读书的课余时间,寝室的室友都比较爱好下围棋,在他们的影响下,我也学会了下围棋,并且“棋瘾大”,常常是挑灯夜战、通宵达旦。这个爱好保留至今。对于棋瘾,有两种说法:一是玩物丧志;一是人生如棋、棋如人生。根据我的感悟,做人和下棋如出一辙,学理和棋理是相通不悖的。

三

1982 年毕业后,经张序九老师的提议,我留在经济法教研室任教。当时教研室安排我担任司法会计课程。由于在本科期间的学习中,我们没有开设相关的课程,于是学校派我到四川财经学院(现在的西南财经大学)进修一年,主修会计。在川财的学习期间,拓展了自己的视野和知识面,进一步感到提升自己的重要性和必要性。

1984 年,正值“考研热”和“出国热”。在那个环境的影响下,我进修返校后即开始准备考研。当时我填报的是北大研究生班,由

于外语差两分而未被录取。在张序九老师和戴大奎老师的帮助下,被调配到我校,成为我校经济法的首届研究生,师从种明钊老师。

研究生期间,我学的是经济法。但是,经济法的张序九老师、李昌麒老师等导师均要求我们学好民法的理论。在老师们的影响下,我除了学好经济法的课程外,着重研读了史尚宽、郑玉波等学者的民法系列著述。另外,我对经济体制改革方面的研究也很关注,注意从经济现象中寻找法律问题。在就读研究生期间,我在《法学研究》发表过两篇论文,一篇是《全民所有制企业的厂长(经理)应是企业的代表》,另一篇是与商标禁止权有关的文章。《全民所有制企业的厂长(经理)应是企业的代表》一文主要是运用了法人代表理论研究国企厂长、经理的法律地位。该论文从选题到成文,大概只花了十几天的时间。发表的时间也很快,投稿到刊发,不到半年的时间。我的毕业论文《法人代表制度研究》即是在这篇文章的基础上延伸扩展而来的。

研究生三年与本科四年的比较,可以用这样一句话来概括:读本科学会了翻书、读研究生学会了批判。前半句的意思是,通过本科学习,获了解决问题的能力,知道从何处着手去寻找答案;后半句的意思是,通过研究生的学习,养成了一种批判习惯,不迷信、不盲目,勇于在批评中去寻求正解。

1987年毕业时,由于当时学校尚未获得经济法的授位点,我去北京参加了中国政法大学的答辩,获得了中国政法大学硕士学位。之后,继续留校任教。任教期间,主要从事经济法教学,讲授《经济法概论》、《企业法》、《工业产权法》等课程。

1992年4月至1993年8月,受美国新闻总署资助,我在美国加州大学洛杉矶分校(UCLA)做访问学者,主修公司法。在这期间,接受了英美法律文化的熏陶。那段难忘的求学经历,不仅使我感受了国外先进的教学方法,而且对法律思维、法律精神也有了新的认识。国外的法学教育体制与我们国家的不同。在美国,法学只开设研究生以上的课程,也就是说,报考法学研究生的学生的本科学位都是非

法学的。这和我们国家现在的法律硕士类似,但在内容上却不相同。从我的亲身感受来看,有其他的专业背景,有一个其他学位作为支撑,能更好地从事法学研究。因为法学作为一门理论性、实践性极强的学科,不是任何人都能胜任的。没有相关的文学、心理学、社会学和基本科学常识的铺垫,是难以深入的。而从我国目前的对法学研究生的培养方向来看,好像对这方面的重视程度还不够。

四

自1984年攻读研究生开始,我长期从事的是经济法的教学和研究工作。1999年学校院系调整后,我从经济法转为从事民商法的教学研究。虽然理论界对经济法与商法的关系众说纷纭,但在笔者看来,商法实际上是与经济相关的法律。并且,事实上,相当一段时间内,我国的商事立法和理论研究,实际上是在经济法的“旗帜”下进行的。或许正是因为这一原因,由经济法学转向商法学,并没有多大的障碍,而只是研究的内容更为集中、重点更为明确而已。

话说到这里,也就顺便提及一下本书的写作。在这些年的教学实践中,始终有两个问题让我感到困惑。一是商法、特别是商法的原理(总论)部分究竟应研究哪些东西。二是怎样区别研究生和本科生的讲授内容。商法总论一般由基本理论和基本制度两部分组成。其基本理论主要有商法的概念、商法的沿革、商法的特点、商法的地位、商人和商行为,以及商法的原则等内容。基本制度则包括商业登记、商业名称、营业和商业账簿。严格讲,商法的基本理论有其自身的缺陷,例如,作为商法根基的商人和商行为理论在市场经济条件下并无多大的实践意义。因此,商法原理部分应以商法特有的一些专门制度作为重点研究对象。正是基于这样的考虑,属于商法特有制度的商业登记、商业名称和营业成为自己常常思考的问题。原打算也写一下商业账簿制度。但由于传统商法中的商业账簿制度实际上也就是今天的财务会计制度,因专业局限,最后将“成稿”放弃。至

于商法分论的各个专题,则是这些年自己研究和实践的一些体会。问题多源于实践。其形成的文字,在教学中、特别是研究生的课堂上进行过多次讨论。

本书的写作,持续了两年多的时间。原来的写作计划要更系统、更丰富一些。但限于精力和能力,也只能以此作罢。恰逢母校50周年校庆,给我提供了出版发行的机会,使其拙作能跻入《西南政法大学学子学术文库》。一段时间以来,出版的书籍都喜欢在书页的正文前面标注:“谨以此书献给某某”,我也顺应这个小小的时尚,真心诚意地将本书献给我的母校,以感谢母校多年的培养、感谢母校给我提供的各种机会。太多的话,似乎都不能表达现在的感受。一个作家曾经说过,不管我们在什么地方,我们从来都没有办法来选择自己的出生地,没有办法改变我们身体里面流淌的血液。其实,不管说是因为巧合或者是注定,我毕竟和西南政法大学发生了联系,从此她成为我的文化之根。在我看来,校庆是一件带有典礼性质的庆祝仪式,而真正有意义的是让我们每一个西政人都能找到自己的文化之根。

这些日子里,为了迎接校庆,学校忙着装修,在好些地方都下足了工夫。以前那个荷花池,现在也在重建的过程中。相信重建后的荷花池,会比以前的更好。不过在我的眼中,无论过去、现在和将来,西南政法大学在我心中的分量,始终不会因为任何的原因而改变。她总在那里,沉甸甸的。

2003年7月5日
于西南政法学院内

目 录

25 年的政法生活(代自序)	1
第一章 商业登记	1
一、商业登记与商业登记立法	1
二、商业登记的类型	2
三、商业登记的机关	3
四、商业登记的内容和程序	4
五、商业登记的效力	8
六、商业登记的监管	10
七、吊销营业执照与撤销登记	14
第二章 商业名称	20
一、商业名称与商业名称制度	20
二、商业名称的取得	23
三、商业名称的使用、转让和使用许可	28
四、商业名称的保护	31
五、商业名称保护与域名	34
六、完善商业名称制度的几点意见	36
第三章 营业	41
一、营业的意义	41
二、营业转让	42
三、营业租赁与委托经营	50
四、营业担保	54

第四章 特许经营	58
一、特许经营的意义	58
二、特许经营的形式	61
三、特许经营的当事人	63
四、特许经营合同的内容及需要明确的几个问题	64
五、特许经营的责任分担和风险防范	67
六、特许经营与相关经营形式的比较	70
第五章 企业改制与债权人保护	74
一、企业改制的意义与形式	74
二、合并	75
三、分立	85
四、产权转让	90
五、资产转让	95
六、债转股	98
七、公司化改制	103
八、国有企业股份合作制改造	104
第六章 有限公司的出资转让	108
一、出资转让与出资转让限制制度	108
二、出资转让的条件和程序	110
三、股权转让的效力	112
四、出资的执行	114
五、瑕疵出资转让的处理	117
六、技术股的转让问题	118
七、公司章程在出资转让中的作用	120
第七章 股票期权	122
一、股票期权的意义	122
二、股票期权的当事人	125
三、股票期权的取得	128
四、股票期权的行使	130

五、股票期权的风险防范	133
六、股票期权的性质探析	134
第八章 独立董事	138
一、独立董事与独立董事制度	138
二、独立董事的任职条件	140
三、独立董事的任职方式	142
四、独立董事的职权和工作条件	144
五、约束机制——独立董事的义务	146
六、激励机制——独立董事的津贴	148
七、独立董事与监事(会)的关系	150
第九章 票据付款	152
一、付款的意义和程序	152
二、逾期提示的效力	154
三、背书连续性的审查	158
四、错误付款的责任	161
五、出票人破产时的付款、承兑问题	164
第十章 失票救济	169
一、失票与失票救济	169
二、挂失止付	170
三、公示催告	174
四、失票诉讼	177
五、完善失票救济制度的几点想法	181
第十一章 财产保险合同	186
一、概念和类型	186
二、财产保险合同的订立、变更和解除	189
三、财产保险合同的主要内容	192
四、代位权	195
五、超额保险	198