

中国商法系列

中国商法 概论

苏惠祥 / 主编

吉林人民出版社

中国商法系列

中国商法概论

(修订版)

苏惠祥 主编

吉林人民出版社

中国商法概论

主 编:苏惠祥

责任编辑:邢宜哲

封面设计:程 飞

吉林人民出版社出版 发行

(中国·长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:北京市朝教印刷厂

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:15.5 字数:370 千字

标准书号:ISBN 7-206-02655-9/D·736

版 次:2005 年 7 月第 2 版 印 次:2005 年 7 月第 1 次印刷

印 数:1 000 册 定 价:38.80 元

发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

《中国商法概论》

(修订版)

编 委 会

主 编:苏惠祥

编 委:(以姓氏笔画为序)

石少侠 苏惠祥 韦经建

徐卫东 赵新华

《中国商法概论》

(修订版)

主 编:苏惠祥

撰稿人:(以姓氏笔画为序)

丁 南	于 莹	于阜民
王有志	石少侠	苏惠祥
韦经建	杨一星	杨行桢
徐卫东	赵新华	

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概述	3
第一节 商法的概念、渊源及体系	3
第二节 商法的调整对象	12
第三节 商法的历史沿革	19
第二章 商事主体	28
第一节 商事主体概述	28
第二节 商事代理	41
第三节 商业名称	51
第四节 商业登记	59
第三章 商行为	71
第一节 商行为的概念及特征	71
第二节 商行为的分类	78
第三节 对商行为的法律控制	79
第四节 不正当竞争的商行为	83
第五节 无效商行为	88

第四章 商事立法及其发展趋势	93
第一节 商事立法概述	93
第二节 两种商事立法例	97
第三节 对我国商事立法的设想	101

第二编 公司法

第一章 公司与公司法概述	113
第一节 公司的概念与特征	113
第二节 公司的种类与作用	116
第三节 公司法的概念与性质	122
第四节 公司法的渊源与地位	126
第二章 公司法的基本制度	131
第一节 公司的设立	131
第二节 公司的章程	135
第三节 公司股东的股权	138
第四节 公司的合并与分立	143
第五节 公司的解散与清算	147
第三章 有限责任公司	154
第一节 有限责任公司概述	154
第二节 有限责任公司的设立	157
第三节 有限责任公司的资本制度	160
第四节 有限责任公司的组织机构	164
第四章 股份有限公司	170
第一节 股份有限公司概述	170
第二节 股份有限公司的设立	175
第三节 股份有限公司的资本制度	181

第四节 股份有限公司的组织机构	197
第五节 股份有限公司的盈余分配	203

第三编 票据法

第一章 绪 论	209
第一节 票据的概念与种类	209
第二节 票据的功能与沿革	215
第三节 票据法的概念与体系	220
第二章 票据通则	229
第一节 票据行为	229
第二节 票据权利	237
第三节 票据义务	244
第三章 汇 票	253
第一节 汇票概述	253
第二节 出 票	257
第三节 背 书	263
第四节 承 兑	270
第五节 付 款	275
第六节 追 索	278
第四章 本 票	283
第一节 本票概述	283
第二节 本票的一般规则	286
第五章 支 票	290
第一节 支票概述	290
第二节 支票的一般规则	294

第四编 海商法

第一章 导 论	301
第一节 海商法概述	301
第二节 我国的海运状况与海事立法	306
第三节 我国的海事司法	313
第二章 海商企业法律制度	326
第一节 海商企业概述	326
第二节 海商企业的雇员——船员	329
第三节 海商企业的财产——船舶	332
第四节 适用于海商企业的特殊法律制度	341
第三章 海上运输合同	348
第一节 海上货物运输合同概述	348
第二节 提 单	356
第三节 航次租船合同	362
第四节 船舶租用合同	366
第五节 海上旅客运输合同	371
第四章 其他海商合同	375
第一节 海上拖航合同	375
第二节 海难救助合同	379
第五章 海事侵权与海上风险	385
第一节 船舶碰撞	385
第二节 海上油污	390
第三节 共同海损	394
第四节 海上保险	399

第五编 保险法

第一章 保险制度	409
第一节 保险的概念	409
第二节 保险的要件及职能	412
第三节 保险的历史	417
第四节 保险的种类	421
第二章 保险业管理	427
第一节 保险业管理与保险业法	427
第二节 保险业的组织形式	428
第三节 保险业的经营	432
第四节 保险业的管理	435
第五节 我国《保险法》及其监管制度	441
第三章 保险合同	447
第一节 保险合同的概念及特征	447
第二节 保险合同的种类	450
第三节 保险合同关系的要素	455
第四节 保险合同的订立、履行和变动	460
第五节 保险合同适用的原则	464
第四章 几种主要保险	467
第一节 财产保险	467
第二节 人身保险	472
第三节 运输保险	476
第四节 责任保险	479
第五节 保证保险	482

第一编

商法总论

- 商法概述
- 商事主体
- 商行为
- 商事立法及其发展趋势

第一章 商法概述

第一节 商法的概念、渊源及体系

一、商法的概念及特征

(一) 商法的概念

为了弄清商法的涵义,首先要清楚什么是“商”。按我们的通常理解,“商”就是以买卖等多种方式使商品或劳务得以流通的经济活动。在西方资本主义国家,对“商”有两种理解,一种是经济学上的理解,一种是法学(法律学)上的理解。经济学上把“商”理解为沟通生产与消费的中间环节,是产品由生产者手中流转到消费者手中的渠道、桥梁、中介,即所谓的“固有商”、“买卖商”,这与一般人们的理解是一致的。法律意义上的“商”的范围要比经济学意义上的“商”的范围宽泛,除包括商品交易直接媒介的“固有商”以外,还包括商品交易的间接媒介——“辅助商”以及“第三种商”、“第四种商”。其含义是:

1. 作为商品交易的间接性媒介,即所谓“辅助商”,譬如,货物运输、仓储保管、居间、行纪、代理商等等。

2. 虽不属于商品交易的媒介活动,但从事与商品交易有关的资金融通活动,如银行业务、信托等;或从事与商品交易媒介

行为密切相关的活动,如承揽加工、制造、出版、印刷、摄影等,即所谓“第三种商”。

3. 与商品交易媒介有连带关系的营业,如旅馆业、娱乐业、饮食业等等,即所谓“第四种商”。

可见,法律上的“商”范围十分广泛。《德国商法典》规定:凡以商业之方法与范围为营业,办理商业登记者,即视为商业,对于农林业兼营副业,如对农林产品加工制造,经申请商业登记的,也视为商业。《瑞士债务法》规定:凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业,而进行商业登记的,也视其为商业。各国立法,对“商”的范围的界定并不完全一致,对“商”的范围无法确立一个统一的标准,只能取决于各国商事法律所规定的范围。

所谓“商事”,通常认为是关于“商”的法律上的一切事项的总称,商事有广义和狭义两种。广义上的商事,是指有关商的一切行为或事宜,如商事契约、商事仲裁、商业登记、商业组织、商业管理、商业会计、商业课税等等。狭义的商事,仅指商法上通常所称的商事,包括商业登记、公司、票据、保险、海商五部分。在采取民商分立制的国家,以商人或商行为观念作为立法基础,将民事与商事相对应,分别立法,除有民法典以外,还有商法典。商法典规范的所谓“商事”,是指商人相互实施的或非商人与商人在商务领域实施的法律行为而言。在采取民商合一制的国家,是将商事观念纳入民事观念作为立法基础,认为商事是民事的一部分,将商事与民事统一立法,即制定民法典,其所谓的“商事”,是指以营利为目的,或与其有关的一切行为而言,受民事法律规范。

依通说,商法(商事法)是调整商事关系的法律规范的总称;即商法乃是具有调整商事关系功能的一系列法律法规的集

合体。按商法的表现和存在形式,可分为形式意义上的面法和实质意义上的商法。

形式意义的商法,是指在民商分立的国家所制定的商法典,它是商事活动的基本法。德国、法国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国都有商法典。商法典是“一类大法”。法国在19世纪初制定了五大法典,即1804年的《民法典》、1806年的《民事诉讼法典》、1807年的《商法典》、1808年的《刑事诉讼法典》、1810年的《刑法典》,另加宪法,被视为资本主义国家法律体系的六大支柱。

实质意义的商法,是指调整商事关系的法律,以民法或其他单行法律、法规为表现形式。如瑞士、土耳其、泰国、英国、美国等国家,有关商事的规定,或分别编入民法,或另行制定商事单行法规。

我国至今还没有制定商法典,但这并不意味我国不存在商法。我们认为,在我国现阶段实际已存在若干调整商事活动的法律法规,其特点在于尚未订立形式意义的商法,而是把调整商事关系的法律规范散在于《民法通则》及其他众多的单行法律、法规之中。在国家的立法体系及法学体系中,均未明确商法应有的地位,甚至有许多人还没有听说过商法,或根本不知道什么是商法。在确立了市场经济体制的形势下,此种状况应该尽快加以纠正,这也是我们编撰本书的一个基本出发点。

(二) 商法的特征

深入研究商法的概念,还应该明确商法不同于其他法律的特征。

1. 技术性(专门性)

商法最初源于“商人法”,从它产生伊始就具有专门性及职业性,而后虽由“商人法”发展成为“商行为法”,但因“商行为”

的专门性,决定商法较之民法始终具有浓重的技术性。例如公司法关于公司设立登记的程序、募集公司债的手续等规定,票据法关于票据、背书、承兑等规定,海商法关于货物及旅客的运送等规定,以及保险法关于损害赔偿的程序等规定,都表明商法是为实现某一目的在特定范围内具有明显技术性、专门性的规范。

2. 营利性

商事主体从事商行为的目的,主要在于营利,这一事实已为各国商法所确认。承认并保障商事主体追求利润,是商事发展和完善商法的动力。凡商事主体在合法经营的范围所获利益,均为合法所得,违法营利则为商法所不允许。商法与民法同时调整社会经济关系,商法的主旨在于维护和保障商事主体的营利,使商事主体自由选择经营,实现营利目的;民法则偏重于维护以平等和有偿为基础的社会公共利益。

3. 国际性(世界统一性)

商法属于国内法范畴,但随着近现代国际交通的发达,国际贸易的不断扩大,只适用于一国领域内的商法已难以适应当今国际间经济交往的需要,其发展趋势是,国与国之间不断谋求合作,订立双边或多边乃至全球性的商事协定。如在票据方面,1930年以后联合国制定的四项关于统一汇票、本票和支票的《日内瓦公约》。在海商法方面,各国先后缔结了三项关于提单的国际公约,即1924年《海牙规则》,1968年《维斯比规则》,1978年《汉堡规则》。近十多年,此类规则和条约还在增加。在这种条件下,各国商法无疑应该尽量反映商事交往日益国际化的特点,并为之服务。就当代的国际经济格局而言,任何一国的商事活动,都不能仅仅局限于国内,而必须走出国门,发展国与国的商事往来。由此决定,各国的商法都应具有一定的国际性,商法世界统一化的倾向还将愈来愈明显。

4. 合法性

商法本身即有商事公法与商事私法的划分。商事公法虽无完整体系,但却与行政法、刑法等公法难以分离。从发展趋势上还应看到,在商事私法中越来越多地出现了公法性质的条款,明显反映出国家对私法关系的积极干预。这就是所谓“商法公法化”。一方面为便利商事交易,力求交易之活跃,需采取自由主义;另一方面为确保正常的经济秩序及交易安全,又需要由国家加以必要的干预,应采取严格主义,即把商事活动限定在法律允许的范围内。在这个意义上,商法在调整上既是相当自由的,又是较为严格的,不能超出合法的限度。

技术性、营利性、国际性以及合法性,可谓现代商法最基本的特点。有的著述还将外观性、进步性、协调性、习惯渊源性等作为商法的特点,这些从某一方面或局部来说,均有一定道理,但与前四个特点相比,却是次要的,不具有代表性、普遍性。

二、商法的渊源及体系

(一) 商法的渊源

商法的渊源即商法的表现形式,也称商法的法源。

1. 制定法

所谓制定法是指立法机关依一定的立法程序制定的法律、法规。商事制定法主要有两种:①商法典。在采取民商分立的国家,商法典是调整商事关系的一类大法——基本法。②商事单行法。如公司法、保险法、海商法、票据法等等,在采取民商合一的国家,商事单行法是调整商事关系最主要的法律规范,不仅数量多,条文详尽,而且涉及的领域也广。在英美法系国家,尽管长期以来均以习惯法及判例为其法律传统,但英、美等国在19世纪中期以后,也相继制定了许多商事单行法。在采取民商分立的国家,比如法国、德国等国,商法典制定之时其内容较为