

商法概论

SHANGFA GAILUN

主编 柳经纬 齐树洁

厦门大学出版社

商法概论

主编 柳经纬 齐树洁

厦门大学出版社

9617366

[闽]新登字 09 号

商 法 概 论

主 编

柳经纬 齐树洁

*

厦门大学出版社出版发行

三明地质印刷厂印刷

*

开本 850×1168 1/32 13.5 印张 2 插页 334 千字

1996 年 7 月第 1 版 1996 年 7 月第 1 次印刷

印数:1—3000 册

ISBN 7-5615-1173-6/D·94

定价:14.50 元

序

漫长的人类社会发展历史表明,商品经济的出现和存续,呼唤着制定相应的法律规范为其服务。这些相应法律规范的颁行,通过保护、限制与制裁的手段,促进了商品生产和商品交换协调有序的发展。诞生于简单商品经济、资本主义商品经济条件的民商立法显示出十分突出的调整作用。孕育萌发在社会主义商品经济土壤的民商立法,已经并继续实现着不容替代的重要历史使命。

我国社会主义市场经济体制的确立,为促进改革开放,高速度发展以社会主义公有制为主体的多种经济,加强内外经济贸易合作,不断提高人民群众的物质文化生活水平,展示出空前的活力和良好的远景。为此,迫切地要求加快和健全民商立法,发挥引导、规范、保障和约束的调整作用。自1992年11月至1995年6月两年半的时间内,全国人大常委会相继通过中华人民共和国海商法、公司法、票据法、保险法,连同以前颁行的破产法,基本构成完整的商事法律体系。

商法是民法的特别法,民法中确立的民事权利主体,民事法律行为和代理、物权、债权诸制度,是各种商行为和商事法律关系的指导性规范。厦门大学法律系柳经纬、齐树洁同志主编,林秀芹、张东平、何丽新、黄健雄同志共同撰写的《商法概论》,以民法学理论为指导,坚持民商合一的观点,针对商事法律关系,依照我国各个单行法律的规定,结合有关的法规,兼顾其他国家及台港澳地区立法的资料,紧密联系司法实践,对商法的地位与沿革以及公司法、票据法、海商法、保险法、破产法作出概括的阐述与具体的分析,精

简扼要,结构也较全面。它的出版为数量不多的商法学著述中增添了一本有参考意义的新作。应主编之邀,我欣然为本书作序,介绍给广大读者,并向编写本书的勤耕于教学战线的有造诣的中青年学者的成就表示祝贺。

赵中孚

1996年4月 北京

目 录

绪论.....	(1)
---------	-----

第一编 公司法

第一章 公司法概述.....	(9)
----------------	-----

第一节 公司.....	(9)
-------------	-----

第二节 公司法	(14)
---------------	------

第二章 公司的基本法律制度	(21)
---------------------	------

第一节 公司的设立	(21)
-----------------	------

第二节 公司章程	(23)
----------------	------

第三节 公司的名称和住所	(25)
--------------------	------

第四节 公司的权利能力和行为能力	(27)
------------------------	------

第五节 公司的董事和经理	(29)
--------------------	------

第六节 公司的变更	(32)
-----------------	------

第七节 公司的解散和清算	(35)
--------------------	------

第三章 有限责任公司	(39)
------------------	------

第一节 有限责任公司概述	(39)
--------------------	------

第二节 有限责任公司的设立	(41)
---------------------	------

第三节 有限责任公司的组织机构	(45)
-----------------------	------

第四节 股东转让出资	(48)
------------------	------

第五节 国有独资的有限责任公司	(49)
-----------------------	------

第四章 股份有限公司	(51)
第一节 股份有限公司概述	(51)
第二节 股份有限公司的设立	(52)
第三节 股份有限公司的组织机构	(60)
第四节 股份有限公司的资本和股份	(66)
第五节 股份有限公司的股票	(70)
第六节 上市公司	(73)
第七节 公司债	(75)
第五章 无限公司和两合公司	(83)
第一节 无限公司	(83)
第二节 两合公司	(88)
第六章 公司登记	(91)

第二编 票据法

第一章 票据法概述	(95)
第一节 票据	(95)
第二节 票据法	(99)
第二章 票据法律关系	(106)
第一节 票据法律关系概述	(106)
第二节 票据行为	(110)
第三节 票据权利	(117)
第三章 汇票	(125)
第一节 汇票的概念和种类	(125)

第二节	出票	(128)
第三节	背书	(132)
第四节	承兑	(136)
第五节	保证	(139)
第六节	付款	(142)
第七节	追索权	(145)

第四章	本票和支票	(150)
第一节	本票	(150)
第二节	支票	(155)

第三编 海商法

第一章	海商法概述	(162)
第一节	海商法的概念及法律渊源	(162)
第二节	海商法的性质与特点	(166)

第二章	船舶与船员	(169)
第一节	船舶	(169)
第二节	船员	(174)

第三章	国际海上货物运输合同	(177)
第一节	海上货物运输概述	(177)
第二节	国际班轮运输合同	(178)
第三节	航次租船合同	(190)
第四节	国际多式联运合同	(194)
第五节	海上货物运输保险	(196)
第六节	海上拖航合同	(205)

第四章 商船租赁合同	(212)
第一节 商船租赁概述.....	(212)
第二节 定期租船合同.....	(213)
第三节 光船租赁合同.....	(215)
第五章 海上救助	(218)
第一节 海上救助概述.....	(218)
第二节 救助报酬.....	(223)
第六章 船舶碰撞	(227)
第一节 船舶碰撞概述.....	(227)
第二节 船舶碰撞的责任原则和损害赔偿.....	(230)
第七章 共同海损	(235)
第一节 共同海损概述.....	(235)
第二节 共同海损的损失.....	(238)
第三节 共同海损的理算.....	(241)
第八章 海事赔偿责任限制	(247)
第一节 海事赔偿责任限制的概念.....	(247)
第二节 海事赔偿责任限制的内容.....	(248)
第三节 有关责任限制的国际公约.....	(252)

第四编 保险法

第一章 保险法概述	(254)
第一节 危险管理与保险的基本原理.....	(254)
第二节 保险的分类和保险的法律用语.....	(260)
第三节 保险制度的历史发展、作用与保险法	(265)

第二章 保险业	(272)
第一节 保险公司.....	(272)
第二节 保险业的经营规则与监督管理.....	(277)
第三节 保险代理人、经纪人和公证人	(289)

第三章 保险合同	(293)
第一节 保险合同概述.....	(293)
第二节 财产保险合同.....	(311)
第三节 人身保险合同.....	(320)

第五编 破产法

第一章 破产法概述	(331)
第一节 破产与破产法.....	(331)
第二节 破产法的立法原则.....	(335)
第三节 破产法的历史发展.....	(339)

第二章 破产法程序的开始	(344)
第一节 破产程序开始的要件.....	(344)
第二节 破产申请的提出和受理.....	(346)
第三节 破产程序开始的效力.....	(349)

第三章 债权人会议	(351)
第一节 债权人会议的法律地位.....	(351)
第二节 债权人会议的召开和职权.....	(352)
第三节 债权人会议的决议.....	(357)
第四节 监查人.....	(359)

第四章 和解制度	(361)
第一节 和解制度概述.....	(361)
第二节 和解的程序.....	(365)
第三节 和解协议的效力.....	(368)
第四节 整顿.....	(370)
第五章 破产宣告	(373)
第一节 破产宣告概述.....	(373)
第二节 破产宣告程序.....	(376)
第三节 破产宣告的效力.....	(380)
第六章 破产财产与破产债权	(386)
第一节 破产财产.....	(386)
第二节 破产债权.....	(391)
第七章 破产清算	(398)
第一节 别除权.....	(398)
第二节 取回权.....	(402)
第三节 抵销权.....	(406)
第四节 撤销权.....	(410)
第五节 破产财产的变价和分配.....	(412)
第六节 破产程序的终结.....	(417)
后记	(419)

绪论

一、商法的概念

商法,即商事法,是关于商事的法律。

所谓“商事”,有广义和狭义两种理解。广义的商事,是指与“商”有关的一切事项,如商人、商业组织、商业登记、商业管理、商业课税、商业会计、商行为(包括商业买卖、信托、行纪、仓储、运输、保险等商事活动)以及商事仲裁。狭义的商事,仅指商法上通常所讲的商业登记、公司、票据、海商、保险、破产。

然而,不论是广义的理解还是狭义的理解,商事的内容大体上都可以分为二个部分:一是有关商主体的,如广义商事概念中的商人、商业组织及与此有关的商业登记、商业管理、商业课税、商业会计,狭义商事概念中的商业登记、公司、破产等。二是关于商行为的,如广义商事概念中的商业买卖、信托、行纪等商事活动和商事仲裁,狭义商事概念中的票据、海商、保险等。

因此,我们又可以将商法定义为:商法是规范商主体和商行为的法律。

“商法”一词在用法上有两种含义,即形式意义的商法和实质意义的商法。形式意义的商法,是指用“商法”命名的法律文件,即商法典。法国、德国、日本等国采取民商分立制,在民法典之外另订商法典,规定有关商事主体和商事活动的内容,是为形式意义的商法。实质意义的商法,是指所有规范商事主体和商事活动的法律。在实行民商分立制的国家,除商法典外,还有一些关于商事的单行

法(如德国和日本,有关票据的立法,均为单行法)。实质意义的商法即包括商法典和商事单行法。瑞士、意大利等国以及我国台湾地区,采取民商合一制,没有制定商法典,有关商事的内容,或纳入民法典,或制定单行法,虽无形式意义的商法,但存在实质意义的商法。

二、商法的地位

商法在法律体系中的地位,是由它所反映的社会经济条件决定的。商法就其反映的社会经济条件而言,是对商品经济的直接反映。从商法的内容看,所谓商人或商业组织,实质上就是商品的生产者和经营者。商法中的公司,是商业组织最基本的组织形式。公司是商品经济发展的产物,并随着商品经济的发展而日臻完善、壮大,成为现代市场经济最主要的主体。所谓商事活动,也就是商品经济活动。商法上的票据行为,海上运输行为,保险行为等,均属商品经济行为。由于商法直接反映了商品经济条件,因此可以说,商法是商品经济的法。

在法律体系中,民法也是直接反映商品经济的法,^①因此,商法与民法有着密切的关系。这种关系属于特别法与普通法的关系,即民法是反映商品经济关系的普通法,商法是反映商品经济关系的特别法。这种关系表现在以下两个方面:

首先,从内容来看,商法制度是民法制度的具体化和扩大化。^②商人或商业组织是民法的主体(自然人、法人)制度的具体体现,商法中的公司制度是法人制度最主要的内容,公司属于法人。^③商法中的票据、海商、保险是民法的法律行为制度、合同和债

① 柳经纬主编《中国民法》,厦门大学出版社1994年版,第9-10页。

② 伍再阳主编《商法原理》,中国政法大学出版社1993年版,第25页。

③ 《中华人民共和国公司法》第3条,台湾《公司法》第1条。

权制度的具体表现形式。如票据行为即是一种法律行为,票据关系即是一种债的关系。如果说,民法作为商品经济的基本法,是对商品经济条件的一般原则的抽象的反映;那么商法则民法的一般原则在特定的商品经济领域里的体现。

需要指出的是,商法的内容通常还包括商业登记和破产。从法律性质上看,商业登记属于行政法范畴,破产属于程序法范畴。但是,商业登记、破产均处于从属于商人或商业组织的地位,与商主体制度关系密切,且由于研究及教学的需要,把它们纳入商法,并不影响整体上对商法的定位。

其次,从法的适用效力看,商法优先于民法而适用。关于商业组织或商事活动,商法有规定的,应优先适用商法的规定;商法无规定的,应适用民法的规定。例如,我国《票据法》第17条规定了票据权利的消灭时效期间分别为3个月至2年不等,至于时效的中止、中断、效力等或未规定或规定不完整。因此,在票据时效问题上,关于时效期间应优先适用《票据法》的规定,而对于时效的中止、中断等,则适用《民法通则》的有关规定。票据法的其它问题及公司、保险、海商等,亦无不如此。

与商法地位相关的另一个问题是商法与经济法的关系问题。在我国法学界,一些经济法学者主张将商法从民法中分离出来,纳入经济法,许多经济法教科书也不同程度地把商法的一些内容(如公司法、保险法)纳入其教学体系。但是,我们认为商法与经济法应属于不同的法律部门,其间的区别与民法和经济法的区别一样清楚。王汉斌在《关于中华人民共和国民法通则草案的说明》中阐明了民法与经济法调整对象的不同。民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系;政府对经济的管理,国家和企业之间的纵向经济关系或行政管理关系,不是平等主体之间的经济

关系,主要由经济法、行政法调整。^① 这一说明对于我们正确处理商法与经济法的关系,仍具有指导意义。

首先,商法是对商品经济的反映,其所调整的社会关系的主体方面是商品经济关系。公司法所调整的投资者相互之间及投资者与公司之间的关系,票据法所规范的票据关系,海商法所规定的海上货物运输、船舶租赁等海商关系,保险法所规范的保险关系,均属于商品经济关系,亦即平等主体之间的财产关系,不属于政府对经济的管理关系。因此,商法不属于经济法的范畴,而应属于民法的范畴,商法是民法的特别法。

其次,建立和完善社会主义市场经济法律体系是我国当前法制建设的基本任务。社会主义市场经济法律体系是与我国社会主义市场经济体制相适应的调整社会主义市场经济关系的经济法律规范体系的总称。它以宪法为基础,内容包括规范市场主体的法律,规范市场关系、保护公平竞争的法律,改善和加强宏观调控、促进经济协调发展的法律和社会保障的法律。其中,规范市场主体的法律、规范市场关系的法律,主要是调整平等主体间关系的民商法,公司法、票据法、海商法、保险法、破产法即属之。关于宏观调控的法律和社会保障的法律,如计划法、预算法、银行法、投资法、产业政策法、税法、社会保险法等,所反映的是政府对市场实行宏观调控、对劳动者提供社会保障而形成的社会关系,属于政府对经济管理的范畴,应属于经济法。对于规范市场关系的法律中反映国家直接干预市场交易行为的法律,如反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保护法,调整的也不是平等主体间的经济关系,亦应纳入经济法。

^① 见华东政法学院民法教研室编《中华人民共和国民法参考资料》,第一辑第30页。

三、西方国家商法的沿革

近代意义的商法起源于中世纪地中海沿岸的各自治城市。由于经济的发展和优越的商业地理位置,使得这些城市发展成当时欧洲商业的中心,并出现了一个特殊的商人阶层。这些商人为了摆脱封建宗教势力的束缚,维护自己的利益,逐渐联合起来,组成自己的团体,即“商人基尔特”(Merchant Guild)。这种团体拥有自治权和裁判权,依其商事习惯,订立自治规约和处理商人纷争,行之日久,遂发展成为商人法。这种商人法或商人习惯法即是西方国家商法的前身。

到了近代,欧洲各国民族主义兴起,封建和宗教势力逐渐衰弱,与封建宗教势力抗衡的商业自治城市也渐渐衰弱,商人团体的独立地位随之丧失。同时,随着西欧各国的统一,商人团体的习惯法也逐渐被国家立法取代,产生了独立的商事立法。到了19世纪,商事立法趋于完善,发展成为近代商法。

法国是最早制定成文商法的国家。1673年,法皇路易十四颁布了第一个商事法即《商事条例》,1681年,又颁布了《海事条例》。法国大革命后,拿破仑以《商事条例》和《海事条例》为基础,加以修改,汇编成《法国商法典》,于1807年颁布施行,与1804年颁布的《法国民法典》,确定了民商分立的立法体制。《法国商法典》分为通则、海商、破产、商事裁判四篇,共648条。其中,通则包括公司、商行为和票据。法国商法典后经多次修订,至今仍有效。此外,法国也制定了一些商事单行法,如1867年的股份公司法,1919年的商业登记法等。基于法国大革命所确立的资产阶级的平等观念,《法国商法典》采取客观主义立法原则,即以商行为观念为立法基础,只要是商行为,而不论行为人是否为商人,均适用商法。受法国商法影响,属于法国商法法系的国家有西班牙、比利时、葡萄牙、希腊、埃及、墨西哥、秘鲁等欧洲和中美洲的拉丁语系国家。

德国也采取民商分立体制,1861年,制定了《普通商法典》。该法典以普鲁士邦的普通法为基础,内容包括商人、公司、合伙、商行为、海商五编,是为旧商法。1871年,德国统一后,开始对旧商法进行修订,于1897年完成,1900年起与民法典同时施行,是为新商法。新商法分为商人、商事公司及隐名合伙、商行为、海商四篇,共905条。新商法后亦经多次修订,延用至今。除商法典外,德国制定了许多商事单行法以补商法典之不足,如1892年的有限公司法、1901年的保险法、1908年的支票法、1937年的股份有限公司法等。德国旧商法仿效法国商法,采取客观主义立法原则,新商法改采主观主义立法原则,即以商人观念为立法基础,凡商人之行为即适用商法,非商人之行为则适用民法或其他法。受德国商法影响,属于德国商法法系的国家有奥地利、瑞典、挪威、丹麦等国。日本现行商法亦属德国法系。^①

瑞士在民商立法上创立了民商合一制。1872年,瑞士制定了债务法,内容包括公司、票据、商业登记等属于商法的制度。1907年,瑞士制定民法典,并于1911年把债务法纳入民法典,为其第五编,确立了民商合一的体制。土耳其、泰国、前苏联及东欧国家,皆受瑞士影响,采取民商合一制。意大利原采民商分立制,分别制定民法典和商法典,1942年改为民商合一制,制定了包括公司法等商法内容在内的民法典。

英美等国为不成文法国家,法律以习惯法和判例法为其渊源。在英国,其所谓商法,原只是一般商业习惯与判例所形成的法律。但自19世纪中叶以来,由于经济发展和商业上的需要,开始制定商事单行法,如1862年的公司法,1882年的票据法,1890年的合伙法,1906年的海上保险法,1907年的有限合伙法等。美国沿袭英

^① 上海社会科学院法学研究所编译室《各国宪政制度和民商法要览·亚洲分册》,法律出版社1987年版,第195页。