

沈达明比较民商法系列

法国商法引论

沈达明 编著

对外经济贸易大学出版社

沈达明比较民商法系列

法国商法引论

沈达明 编著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

法国商法引论/沈达明编著. —北京:对外经济贸易大学出版社,
2001.4

ISBN 7-81078-051-4

I. 知… II. 沈… III. 商法-研究-法国 IV. D956.539.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 10258 号

© 2001 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

法国商法引论

沈达明 编著

责任编辑:朱成器

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029

网址:<http://www.uibep.com>

莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司印刷 新华书店北京发行所发行

开本: 850×1168 1/32 11.125 印张 285 千字

2001 年 6 月北京第 1 版 2001 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-051-4/D · 003

印数:0001 - 1000 册

定价:17.00 元

前 言

法国商法课程和教科书的传统内容包括商事行为、商事法院、公司法、票据法、保险法和破产法,海商法不包括在内。公司法和保险法由于出现大量的新的法律,已使用新的法典。近年来出版的所谓“生意法”(Droit des affaires)是沿用英美的“Business Law”模式,除论述传统的商法外加上合同法等民法内容,这类书主要供工商管理院校等使用。

编著者已在《比较破产法初论》、《英法银行业务法》两书中介绍法国的破产法和票据法。

本书论述以下几个专题,即商事行为、商事法院、铺底、品牌形象、有限责任公司、股份有限公司、承揽合同、保险合同和银行制度,并在最后一章提供一些补充说明。

本书根据以下法国法学者的著作:Tallon, B. Mercadal, P. Macqueron, P. Didier, J. Derruppe, H. Maccioni, Y. Chaput, Y. Guyon, P. Delebecque, H. Groutel, J. P. Deschanel.

本书错误、遗漏之处请读者指正。

编著者

2000年10月于北京

目 录

第一章 引论	(1)
一、比较法	(1)
二、名称	(6)
三、商法的领域	(6)
四、商法的内容	(8)
五、商事行为与民事行为.....	(12)
六、法律渊源.....	(23)
第二章 商事法院	(29)
一、商事法院的组织与管辖.....	(29)
二、商事诉讼程序.....	(34)
三、再论商事法院的管辖权.....	(38)
四、结论.....	(44)
第三章 铺底	(46)
一、引言.....	(46)
二、铺底的概念.....	(47)
三、涉及铺底的各种作业.....	(60)
四、债权人人们在铺底上的权利.....	(75)
五、非商事经营事物的所有权.....	(85)

第四章 品牌形象	(87)
一、现行法上的品牌形象	(87)
二、品牌形象的法律性质	(102)
第五章 有限责任公司	(112)
一、引言	(112)
二、有限责任公司的成立与解散	(113)
三、有限责任公司的活动	(124)
四、参股人	(134)
五、一人有限责任公司	(137)
六、有限责任公司的财务上的困境	(142)
第六章 股份有限公司	(145)
一、引言	(145)
二、股份有限公司的设立	(147)
三、股份有限公司的组织	(150)
四、股份有限公司的运转	(178)
五、股份有限公司的解散	(185)
六、对公开向储蓄者募集资金适用的特别规则	(187)
七、股东的资格引起的特别规则	(192)
第七章 承揽合同	(199)
一、引言	(199)
二、与其他合同的比较	(201)
三、承揽合同的成立	(208)
四、承揽合同的内容	(216)
五、合同的履行	(225)
六、特别规则	(238)

第八章 保险合同	(249)
一、引言	(249)
二、合同当事人与受益第三人	(253)
三、关于保险合同的法律行为	(259)
四、合同的担保	(270)
五、诉讼	(293)
第九章 银行制度	(297)
一、引言	(297)
二、信贷企业的业务	(300)
三、信贷企业的结构	(307)
四、信贷企业的监护机构与代表机构	(313)
五、信贷企业活动受到的框架限制	(319)
第十章 基础法国法知识	(325)
一、公司	(325)
二、财产整体	(326)
三、“商事产权”	(328)
四、智力或顾客权利	(329)
五、对外国人的限制	(329)
六、承担义务的法律技术	(330)
七、扩大经营开发的法律手段	(341)
八、司法助理人员	(343)
教科书	(345)

第一章 引 论

一、比较法

有些国家区别民法和商法,把私法分成两个主要部门。存在分别的法典即民法典和商法典,不能认为是作此项区别的充分理由。因为在几乎所有使用旧商法典的国家,这部商法典现在只包括商法的一小部分。各国都有关于汇票、股份有限公司等法律。人们可以称之为商法,但这些法律规定不能构成一部真正独立自主的法律。同一个制度,必须随着它被定性为民事或商事制度,受不同的法律管制时,才能认定自主的商法的存在。

沿用传统,实行民法与商法二元制的欧洲大陆国家以及受它们法律影响的国家为数有限。实际上,只有大陆法国家作民法与商法的区别,而且这种区别不是大陆法系的常数。

(一)英美法系内部的民法与商法的区别

有人否认民法与商法的区别是大陆法所固有的。有人主张英美法系国家保持或者恢复独立自主的商法。以下分述英国法和美国法。

1. 英国

历史上,商事法院曾让位给国王的法院以及随着实现的普通法吸收商人习惯法,在英国法上留下痕迹。几乎所有英国法学者都肯定这些遗迹不能构成一个独立自主的法律体系。除 Schmitthoff 外,英国法界同意 Gutteridge 的提法,即主张商法的存在的意见缺乏科学

性。凡是在英国有人论述 Commercial Law 或 Mercantile Law, 这是为教学上的方便, 武断地从涉及某些商事作业的问题中挑选一些问题加以集合。这种商法的内容, 在英国当然不一致。在英国大量出版的英国法引论书上没有一章分别论述商法。在商事领域内, 尤其在专业性当事人之间的合同上出现对一般法律规则的变动, 尤其是关于合同的解释或合同只在当事人之间产生效力的原则, 例如商业信用证上, 但这些特别规则不构成一种严密的结构。

有人主张英国有商事法院。诚然, 英国的 Commercial Court 创办于 1895 年, 是凭高等法院王座庭内部的决定成立的。作为一个专业审判机关, 它的管辖权完全由高等法院首席法官决定。1970 年法把它制度化, 但它的管辖权的确定办法没有改变, 仍然是法院的内部分工。该法第 3 条指出高等法院的全部管辖权能由高等法院的任何一个法官行使。总之, 商事法院只是一个单一的法院内部的专门化机构, 有权援用更简单的、更能适应商事做法的诉讼法和证据法规则。

沿用英国法的国家同时引进了它的私法统一的概念。这些国家是澳大利亚、新西兰和加拿大说英语的各个省。在受各种不同影响的所谓混合制的省, 也没有分别的商法。《奎别克省民法典》包括全部私法在内, 其中有几项适用于“商事作业”或“商事方面”的规定, 但对什么是商事作业没有界说。奎别克省学理接受官方的观点, 即没有分别的商法。在商事方面, 联邦立法占据的地位日益加强, 联邦立法总是以英国法为依据的。在美国的鲁易斯安娜州, 1808 年制定民法典之后, 从来没有制定商法典。

2. 美国

在美国, 《统一商法典》取得的成绩导致英美学理重新讨论民法法这个问题。主张《统一商法典》代表英美法体系内商法的再生, 未免过份。这是因为这部商法典不是大陆法系学理所称的商法典, 这部法典是过去的一系列统一法的重新组合、编排和现代化, 不是系统的构造。它的内容是混杂的, 是完全按照经验主义选定的。按照该法典第

1—102条,法典的目的是把管辖商事行为的法律简单化、明朗化和现代化。法典没有说明何谓商事行为(交易)。法典没有涉及赊卖、代理和公司法以及属于联邦管辖的事物。法典虽有总则篇,但其内容涉及证据、期限、各种救济,而不是商事行为固有的一般原则,唯一例外为关于善意义务的第1—203条,该条条文与《法国民法典》的第1134—3条很接近。此外,该法典正像第1—103条所说的那样,插入普通法,对它所管辖的行为作统一的规定。诚然,关于动产买卖法,包括几条适用于“商人”的规则,主要是关于证据、保证、职业上的义务和风险问题。但是对“商人”的定义(第2104条)以及规则的内容都说明所谓“商人”是指职业的人员不是偶然的购买者或出售者。德国人Rabel曾指出该法典比以前的普通法更关注非商人。他说该法典与瑞士法相似。瑞士法有适用于所有合同的共同一般规则,加上商事的例外规定。

综上所述,美国法律文献《Corpus Juris Secundum》书上对商法所下的定义完全正确,即“这个用词既不科学也不准确地用来指称适用于下述内容的全部实体法规则,即从事于商业的人们之间的权利、往来和关系。”

(二)大陆法系内部的民法和商法的区别

民法与商法的区别在大陆法系内部是当然的事,还是偶然的事?诚然,罗马法没有作这种区别。事实上,在中古时代,商法是在受罗马法影响的民法之外平行地发展的。在传统势力的推动之下,随着法典的制定,上述区别成为制度,法国、西班牙、德国的模式,在欧洲大陆上,以及近东、远东和南美洲被引用。

但是,传统的影响在各国不相同。有些国家没有采用,有些国家在采用之后予以摒弃。北欧各国从来没有受这个传统的影响。在这些国家的立法上可能有从事商事的人专有的规则,例如作帐的义务或专门受理商事或海事的法院,但没有真正的商法。

瑞士的情况更加复杂。在该国,私法的内部结构问题和私法的统

一问题有密切的联系。瑞士的各个州在这个领域内没有相同的传统。私法在形式上的统一因公布一部统一的法典而告完成。必须注意,《瑞士债法典》是《民法典》的第5篇。瑞士官方的立场赞成私法的统一。立法者的意图是做到法律的简单化,避免管辖权的冲突。在这部原则上落实统一的法典中,能找到几条“商人之间专有”的规则,例如《瑞士债法典》第104条关于利率,第895条关于行使留置权的条件等。此外,还有“关于商事”的规定,例如第190条关于对卖方的催告,第215条关于应向买方支付的损害赔偿的计算方式,第313条关于贷款的利息等。又按照《债法典》第934条成立商事登记册,从事商业、制造业者或以商事形式从事其他行业者都应登记。《债法典》还有好些条文规定保留“商事惯例”。因此有些法学者认为在瑞士的形式上的私法统一背后隐藏着实质上的商法。但是,这样的商法是未定型的,是一些缺乏协调的规则的总体。瑞士的学理毫无疑问采用统一说。

除有些从来没有接受二元论传统的国家外,有一些国家原来采用二元论,后来予以放弃。Tallon称它们为变节者,主要是荷兰和意大利。这些国家走入统一的道路并不相同。荷兰没有赞成商法独立自主性的传统。荷兰是在受法国的思想等的影响之下才引进民商法与商法的区别的。相反,意大利是主要的商法发源地。

荷兰的放弃二元论是逐步进行的。1835年取消商事法院。实施一系列的在各个具体点上统一私法条文,例如破产、证据、合同法。最后为1934年法制定的《荷兰商法典》。该法典第1条说:“在本法典没有与之抵触的规定外,《民法典》同样适用于本法典所规定的事项。”新法典取消了商人和商事行为的概念。奇怪的是实质上的统一告完成,但形式上的统一没有完成。新的荷兰民法典实现全面统一。

相反,在意大利,人们热烈争论1942年的《意大利民法典》有没有实现私法统一。有人主张法典的唯一真正的改革是通过企业概念

加强了商法的主观性。债法一般说是统一的对一些内在地具有商事性的合同,例如贴现作了规定,加在传统的合同之后。但没有一个合同随着它具有民事性或商事性,而对它作不同的规定。总之,意大利法实现了私法的高度一体化,形式上的统一与实质上的统一相等。

独立自主的商法,在地理上只包括西欧的一部分国家。单是由商人组成的自主的商事法院,几乎是法国所独有的。在欧盟成员国之间,少数国家采用二元论。

关于第二次大战后的动向,Tallon 指出以下各点:

很多独立后的国家在制定法典上,殖民国家法律的传统以及参加工作的外国专家个人的意见起着重要作用。这些法典或草案不一定能反映有关国家的需要,但能说明学理的倾向。

受英国法影响的国家都采用统一说,但受法国法影响的国家,虽多数采用二元论,但有例外:

一般说,拉丁美洲的学理倾向于统一说。

一般说,19 世纪三部重要法典,即法国、西班牙和德国的法典,并不像过去那样起启发作用。其原因是在这些国家商法无法找到一个没有争议的基础。1885 年采用客观说的《西班牙商法典》没有实施就受到学理反对。Guarrigues 教授及其学派坚持采用以企业概念为基础的主观说。

采用主观、客观混合说的法国法更没有吸引力,因为它从根本上就不确定,学者们可以自由解释。

以主观说为特征的德国法具有更大的自卫能力,但人们注意到在沿用德国法的国家,对商人一词的定义有分歧,尤其是关于农业和不动产行业。德国法的优点是能使商人的法律地位多样化,承认部分受商人法律地位约束的“不完全商人”(Minder Kaufleute)。德国法包含演进的可能性,即援用《德国法典》第 2 条的“注册商人”(Sollkaufmann)概念。

Tallon 的结论是 1953 年认定的统一化倾向一方面已经得到巩

固,但在另一方面,在商法仍然作为一部独立自主的法律继续存在的国家内,在它的内部受到要求独立自主的法律部门的攻击。海商法已经在很大程度上取得独立性,现在银行法、保险法、公司法等都有此要求。其结果是在很多国家出现法律渊源分散。商法典失去它的大部分内容。出现一些构成小法典的重要法律部门。此外,又出现了其他关注,例如保护消费者引起法律作出不同于区别民法和商法的区别的消费者和职业者的区别。

二、名称

商法的不断扩大,需要使用一个新的名称来表达它的内容。

Hamel 建议的新名称为“Droit des affaires (生意法)。”这是英美 Business Law 的直译,优点是它的启发性与能动性,缺点是集中在生意、合同、作业上,忘掉了组织机构,即企业。

Escarra 建议的新名称为“企业法”。优点是强调企业的重要性,缺点是忽视各种作业与工具,例如帐户、汇票。这些作业和工具,在传统上属于商法,但不单属于经济企业。

有人建议为“经济法”。狭义的经济法不包括商法,因此等于国家在经济领域的干预。广义的“经济法”则包括商法在内。优点是范围相当广,能收容企业法和债法,缺点是使商法丧失与特有的审判机关的联系。按照法国法的传统,公法与私法的区别符合 Conseil d'état (最高行政法院)与最高法院的区别,民法与商法的区别符合民事法院与商事法院的区别。

三、商法的领域

Lyon-Caen 和 Renault 在 19 世纪末期对商法下以下定义,即商法是指适用于所谓商事行为以及以此为职业的人,即商人的法律规

则的总和。Thaller 的定义与上述定义很接近。他说：“商法是私法的一个部分，确定商人之间订立的或在作商事行动的时候订立的协议的性质和效力。”20 世纪的定义没有多大不同。Escarra 说：“这是适用于一种特定类别的人，即商人和一种特定类别的作业，即商事行为的特别法律规定。”Ripert 说：“这是涉及商人们所作的法律作业的私法的一部分。这些法律作业或者是在商人们之间作出的，或者是在商人们和他们的客户之间作出的；这些作业涉及商事活动，所以称为商事行为。”Didier 指出这些定义都强调商事行为与商人的区别，但避免对商事行为和商人下定义。有些人(Lyon-Caen 和 Thaller)把商事行为放在首位，另外一些人(Escarra, Ripert)把商人放在首位。这种提法是有意的，说明他们分别采用客观说和主观说。这些学说虽没有多大实际意义，但曾经引起热烈的论争。

作为基础的条文为第 631 条。该条规定商事法院一方面受理大宗货物商人、买卖人和银行业者之间有关义务承担和交易的争执(这里强调合同当事人的身份，不是强调合同的性质)，即一切商人订立的合同引起的争执，另一方面，受理一切人之间的商事行为引起的争执，(这里强调法律行为的性质不是当事人的身份)，换言之，受理一些称为商事合同的合同，不问合同当事人是谁。这里就提出这样一个问题，即商事法院的管辖权是对人的(即由人的身份确定的)还是对物的(即由行为的性质确定的)？

人们很容易从商事法院的管辖权转入商法的立法范围。商事法院的任务既是执行商法，应该能推定商法的司法领域与立法领域是一致的。因此这里应该提出一个范围更广的问题，即商法是商人法还是商事行为法。这是 150 年以来使学理感到极大麻烦的问题，即所谓商事行为总论问题。

(1)客观说 整个 19 世纪通行的理论为客观说。现在还有赞同的人。客观说倾向于把第 631 条集中归并到该条的第 3 项：“一切人之间的商事行为引起的争执”。学者是这样分析的：按照该条第 3 项，

商事法院有权管辖大宗商品商人、买卖人和银行业务者之间的争执。但法院并非对这些义务承担和交易都有管辖权。因为按照第 638 条,对商人提起的,为他自己的使用购买的粮食和货物的付款之诉,商事法院无管辖权。可见,商事法院只能对人在从事他的商事活动中成立的义务承担和交易有管辖权。这些交易正是商事行为。因此,应把第 1 项解释为:商事法院受理商人们之间成立的商事行为。鉴于第 3 项授予商事法院受理一切人之间的商事行为,很明显,商事行为是商事管辖权的标准,第 1 项的作用只是提醒人们最大多数的商事行为是在商人之间成立的。总之,商事管辖权是对事物的,客观的。

(2) 主观说 Ripert 在《商法初论》(1947 年第 1 版)一书中沿用传统的理论提出主观说。他提出现行条文不明确,只能援引传统。他说商事特别法是长时间的惯例和商人行会内的规章形成的。商法过去曾经是行业的法律。尽管法国大革命废止了行会,商法仍然保持此项特征。法国大革命废止了行会,但保持了商事法院以及和商事法院有联系的商法。为什么每一个公民因为偶然作了商业就因此受商事法院管辖?

四、商法的内容

《商法典》是为商业的利益对民法作出的各种例外规则的汇编。因此它的法律体现很不完整。这是 Ripert 的论点。债法和财产法都包括在《民法典》内,《商法典》有关这方面的规定极少,只有几条关于陆地运输的条文,一条关于买卖的条文,关于财产没有一条条文。因此商事法院和商法不得不借用《民法典》的不少条文。学理探讨过以下问题,即借用民法是强制的还是自由的,实际上就是提出商法的从属性或自主性问题。

民法的至上性是以它是普通法为依据的。凡是解释,适用法律者不再受特别法,即例外法的限制时,就应该回到民法。Didier 说,这样

的分析是建筑在思想混淆之上的。诚然,民法适用于一切私的关系,除非这些私的关系作为例外,能定性为商事关系。但问题并非如此。假定涉及的是一种商事关系,商法有管辖权。如果商法有空白点,对提出的问题缺乏明确的答案,应该怎么办?很明显,这里涉及法律的内容问题,不是法律的适用范围问题。主张民法是普通法不能解决问题。解决办法是作以下区别:如果商事法律本身规定应适用民事法律,后者的权威是当然的;如果没有这样的明文规定,解释、执行法律者保持自由,民事法律的权威只是以理智为依据。在这种情形下,解释、执行法律者能援用商事惯例,商事法的一般原则。这是 30 年代最高法院的判例。

其实,现在的问题不是商法的独立问题,而是私法的统一问题,即民法与商法的混合或民法被商法吸收导致私法的统一问题。Ripert 称之为民法的商事化。意大利和荷兰已经完成混合。英国和瑞士都实行私法统一制。

(一)商事交易法

商事交易法是由从民法借用的和商法固有的规则组成的。

第一,商事交易法包括一大部分来自民法的规则。对这部法律来说,私法的统一已经完成。但是必须注意商界对从民法借来的规则,凭一种新的精神加以使用。民法在商事对它的使用中很难认清这是它的投入。民法重视不动产,认为债和合同仅仅是取得这种财产的方式。《民法典》的条文顺序和措辞能充分予以说明。商法则把所有权、财产服从于交易。交易是商事的脉络。这种不同的精神有以下表现:

- 1.《民法典》逐个地论述各个具体合同,即买卖、租赁。商法把这些合同作为更加复杂的机制中的部件,使用框架合同,格式合同。

2. 商法对合同的概念,换言之对债法作了修正。按照《民法典》,债是两个人之间的联系,一切来自双方当事人的意思。可是生意人不太考虑当事人人们真正的意思,而是考虑他们说了什么,更确切地说,他们写了什么,例如定货单,发票上的文字记载。按照《民法典》,债是

特别的联系,民法的理想是每人自足,不欠他人任何债务。相反,生意是各种债编织成的,因此需要把债的受益人,即债权人或承担相似的债务的债务人组织成清一式的集团,例如破产程序债团,公司的股东或公司股份持有人,公司债债权人,能作为一项财产购进或出售的顾客群。按照《民法典》,债把两个人即债权人和债务人处于面对面的状态,民法只考虑这两个人。商法则相反,拒绝牺牲第三人的利益,因为第三人的人数更多,表现在以下法律制度上,即表见代理,公司章程上关于限制公司领导人权力的条款不能对抗第三人,抗辩事由不得对抗汇票执票人等。

3. 同样的现象出现在财产法上。《民法典》提到财产时,特别重视不动产,即农村的土地和城市房屋。因为《民法典》首先是地主持有权力的社会的法律。商事财产则相反,主要是动产财产。商界实现了动产财产的地位的提高,例如使用各种不转移占有的动产质权。《民法典》针对的财产主要是有形的物(见《民法典》第 528 条),《民法典》几乎没有提到无形动产。相反,在商法上,无形财产愈来愈重要,例如票据、有价证券、专利证、外观设计、商标。按照《民法典》,所有权主要指所有权人为他自己的利益使用和受益的权利,商法把所有权从属于企业。所有权是生产者的,不是消费者的所有权,例如在供某一个铺底使用的场所的租赁上,承租人的商事所有权,对出质人的民事所有权占优势。

第二,商法也有贡献。商法以很多民法没有的制度和法律规则丰富了私法。这些制度有大部分已被民法接受,尽管在法学院仍然在商法课上讲授,例如银行储蓄帐户、往来帐户、票据、有价证券。上述各部门法律已完成私法统一。

第三,有几部法律规则,民法与商法仍在争执之中,主要指:

1. 证据规则。在民法上,有关合同的证据是有规定的,不是一切证据都可以采纳,就是被采纳的证据也不是处于平等的地位。在商法上正相反,原则上,一切商事合同,能用一切方法予以证明,包括证言