

商法原理



商法原理

主 编 伍再阳
撰稿人 李开国 赵万一
伍再阳

中国政法大学出版社
一九九三年四月

(京)新登字 185 号

商 法 原 理

中国政法大学出版社出版

西南政法学院印刷厂印刷

新华书店经销

*

787×1092mm/m 开本:1/32 印张:11 字数:23千字
1993年5月第一版 1993年5月第一次印刷

*

ISBN 7—5620—0707—1/D·657

印 数 : 5 0 0 0 册 定 价 : 5 . 6 0 元

教材编审委员会

主 任 种明钊

副主任 田平安

高绍先

秘书长 余久隆

委 员 (以姓氏笔划为序)

王 威 卢 云 田平安

杨炳勋 余久隆 种明钊

高绍先

编 者 的 话

经院教材编审委员会审查确定编写的第五批系列教材共 8 种,计有《法医学》、《痕迹学》、《现场勘查》、《刑事照相》、《笔迹学》、《证据法学》、《环境保护法》、《商法原理》。这批教材将陆续于 1992 年出版。

这批教材是为了适应改革开放和法制建设及加速培养高级法学人才的需要而编写的,其特点是注重阐述各门学科的基础知识、基本理论和司法实践经验,注重内容的科学性、系统性、新颖性和理论联系实际。

这批教材可供高等法学院校必修和选修课用,也可以作为培训法学人才学习用书及司法部门和企事业单位参考用书。

院教材编审委员会将继续确定第 6 批系列教材的编写出版工作。

西南政法学院教材编审委员会

一九九二年七月

写 在 前 面

商品经济的大潮已将传统的经济体制中冲击得支离破碎。尚存的格局正面临着社会主义市场经济新的选择的和更替。在这新旧体制转轨并替时机,市场经济关系昭示着法律的要威。在这权威之中,最直接、最一般的表现形式则是商法。

〔商法,即商事法,它是调整商人及商行为的法律,换句话说,它主要是规范企业组织和企业活动的法律〕商法是商品经济发展到一定阶段的产物。商品经济愈是发达,商法就愈加发展。事实表明,在高度集权的传统经济体制下,不可能有权威的法律,当然就更不可能有权威的商法。在传统体制严然禁锢、谈商色变的历史条件下,如果说人们对法律缺乏理性识的话,那末对商法的认识则可以说是一片茫然和陌生。时至今日,虽然改革开放的步伐已进入第十四个年头,民主与法制早已深入人心,但人们对于商法依然缺乏足够的认识,至少,与历史的进程尚存着相当一段差距。显然,这与社会主义商品经济的发展和社会主义市场经济的建立是极不相称的。

高度集权的传统经济体制的特征,是国家对企业的管理实行直接控制,即国家作为生产经营的主体直接指挥企业、干预企业。社会主义商品经济的发展和社会主义市场经济的建立,客观要求对企业的管理直接控制转为间接控制。间接控制说到底,就是要摒弃国家直接指挥企业、干预企业的旧有模

式,用经济及法律的手段调整社会经济生活,用法律机制来取代国家对企业的直接干预。商法对企业组织和企业行为的调整,其权威并不在于行政指挥和行政命令,而是在于其普遍、规范和强制的特性。主持公道,鼓励竞争,保护先进,淘汰落后。因而它对于社会主义市场经济的培育具有天然的和不可取代的调节和助催功能。我们坚信,伴随社会主义市场经济的建立和发展,与之相适应的调节手段——商法,必将取代国家直接控制企业的模式,影响国家现行立法的方式,冲击人们在新旧体制交替时期由激进的法制观念与传统的计划经济体制机械组合的法律体系思想。可以说,随着时间的推移和历史的进程,商法对于社会主义商品经济及市场经济体制将会扮演极为主要的角色和发挥越来越重要的作用,这当是不言而喻的事情。

商法体系庞杂。如果说在当今民法来已形成了自身的特有定式及体系模式的话,那么商法的体系和内容则在各国存在着极大的差异。法国商法典设有“商事裁判”一篇,而德国、日本等国商法典则未加规定;德国日本商法典将“公司法”独立成篇,而法国则将其规定在商法典的“通则”之中。美英商法走得更远,其法律规范散见于单行法律和判例之中,如此等等。这就为我们研究商法,构筑我国商法体系添著了难色。不过,只要我们植根于社会主义市场经济,植根于中国的国情,探索适合我国国情的商法体系,这是完全可能的事情。

为此,我们编写了《商法原理》这一薄著,以期开展这一方面的讨论和研究;同时也为院校法学专业的同学提供学习的范本。当然,这并非意味着我们的《商法原理》完美无缺。相反,由于商法体系的庞杂,加之国家缺乏系统的商事立法,因而给

《商法原理》一书的撰写增加了困难。没有更高的企望,只求尽我们绵薄之力为建立商法及其学科体系探索一条尚未成路的早草径。

本书第一章、第二章和第四章由伍再阳撰写,第三章由李开子国撰写,第五章和第六章由赵万一撰写,最后,全书由伍再阳定稿,张孝烈同志审稿。由于时间和水平的关系,书中错漏之处,恭请法学同仁指正。

作者写于歌乐山下
一九九二年九月三十日

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 商法的概念	(1)
一、商的涵义	(1)
二、商法的概念	(4)
第二节 商法与商品经济	(6)
一、商法的缘起和发展	(6)
二、商法与商品经济的关系	(17)
第三节 商法的调整对象	(20)
一、商法的调整对象和体系	(20)
二、商法在社会主义法律 体系中的地位	(24)
第四节 商法的基本原则	(31)
一、强化商事组织原则	(32)
二、保护交易安全原则	(33)
三、促进交易敏活原则	(36)
第二章 商业登记法	(39)
第一节 商业概述	(39)
一、商业的概念	(39)
二、商业的种类	(40)
三、商业的限制	(42)
第二节 商业登记	(45)
一、商业登记概述	(45)

二、商业登记程序	(48)
三、商业登记种类	(53)
四、商业登记及公告的效力	(57)
五、商业登记的撤销	(58)
第三节 商业名称	(59)
一、商业名称的涵义	(59)
二、商业名称的选取原则	(60)
三、商业名称的结构	(61)
四、商业名称登记及其效力	(64)
第四节 商业帐簿	(67)
一、商业帐簿的意义	(67)
二、商业帐簿的种类	(68)
三、商业帐簿的记载方法及保存年限	(71)
第三章 非公司型商事组织法(企业法)	(75)
第一节 企业与企业法	(75)
一、企业	(75)
二、企业法	(79)
第二节 全民所有制企业概述	(82)
一、全民所有制企业的概念	(82)
二、全民所有制企业的任务	(86)
三、全民所有制企业的活动准则	(88)
第三节 全民所有制企业的权利和义务	(93)
一、全民所有制企业的权利	(93)
二、全民所有制企业的义务	(99)
第四节 全民所有制企业的组织机构	(104)
一、厂长	(104)
二、职工代表大会	(109)
第五节 全民所有制企业与政府的关系	(112)

一、政府的职责	(112)
二、政府的权利和义务	(116)
三、禁止政府机构对企业实施滥用 行政权力的行政侵权行为	(120)
第六节 集体所有制企业	(122)
一、集体所有制企业概述	(122)
二、城镇集体所有制企业	(124)
三、乡村集体所有制企业	(127)
第七节 私营独资企业与合伙企业	(128)
一、私营独资企业	(128)
二、合伙企业	(131)
第四章 公司法	(137)
第一节 总论	(137)
一、公司的概念	(137)
二、公司立法的缘起和发展	(140)
三、公司的分类	(144)
四、公司的设立	(148)
五、公司的权利能力和行为能力	(151)
六、公司的解散	(155)
第二节 无限公司	(157)
一、无限公司的概念	(157)
二、无限公司的历史作用	(159)
三、无限公司的内部关系	(161)
四、无限公司的外部关系	(165)
第三节 两合公司	(167)
一、两合公司的概念	(167)
二、两合公司的历史作用	(168)
三、两合公司的内部关系	(169)

四、两合公司的外部关系	(171)
第四节 有限公司	(171)
一、有限公司的概念	(171)
二、有限公司的沿革及作用	(172)
三、有限公司的设立	(173)
四、有限公司的内部关系	(176)
五、有限公司的外部关系	(178)
第五节 股份有限公司	(179)
一、股份有限公司的概念	(179)
二、股份有限公司的沿革及作用	(181)
三、股份有限公司的设立	(184)
四、股份有限公司的资本	(189)
五、股份有限公司的股份	(192)
六、股份有限公司的公司债	(197)
七、股份有限公司的机关	(201)
第五章 票据法	(207)
第一节 票据概述	(207)
一、票据的概念	(207)
二、票据的特征	(208)
三、票据的作用	(209)
第二节 票据上的法律关系	(210)
一、票据关系	(210)
二、非票据关系	(211)
三、票据关系的基础关系	(211)
四、票据关系中的当事人	(213)
五、票据权利与票据义务	(214)
第三节 票据行为	(215)
一、票据行为的概念及种类	(215)

二、票据行为的性质与特点	(216)
第四节 票据的伪造、变造、涂销和丧失	(217)
一、票据的伪造	(217)
二、票据的变造	(218)
三、票据的涂销	(219)
四、票据的丧失	(219)
第五节 汇票	(220)
一、汇票的概念与种类	(220)
二、汇票的出票	(221)
三、汇票的背书	(223)
四、汇票的承兑	(225)
五、汇票的付款	(226)
六、汇票的参加承兑与参加付款	(226)
七、票据上的追索权	(227)
八、我国的汇票制度	(229)
第六节 本票	(232)
一、本票的概念与内容	(232)
二、本票的见票制度	(233)
三、我国的本票制度	(234)
第七节 支票	(235)
一、支票的概念	(235)
二、支票的种类	(236)
三、发票人的责任	(237)
四、我国的支票制度	(237)
第六章 破产法	(239)
第一节 破产法概述	(239)
一、破产法的概念	(239)
二、破产法的作用	(239)

第二节 破产开始	(241)
一、破产要件	(241)
二、破产申请	(243)
三、破产案件的受理	(245)
四、债权人会议与清算组	(246)
第三节 和解与整顿	(251)
一、和解	(251)
二、整顿	(252)
第四节 破产宣告	(254)
一、破产宣告的条件	(254)
二、破产宣告的效力	(255)
第五节 破产债权	(256)
一、破产债权的概念及其构成要件	(256)
二、破产债权的范围	(258)
三、破产债权的例外	(259)
四、破产债权的申报与确定	(261)
第六节 破产财产	(263)
一、破产财产的构成要件	(263)
二、破产财产的范围	(264)
三、破产财产的例外	(265)
第七节 与破产债权相类似的几种特殊权利	(266)
一、共益债权	(266)
二、取回权	(269)
三、别除权	(270)
四、抵销权	(273)
五、否认权	(276)
第八节 破产清算	(280)
一、破产财产的变价	(280)

二、破产财产的分配	(281)
三、破产程序的终结	(283)

第一章 绪 论

第一节 商法的概念

一、商的涵义

对于商之涵义,《辞海》解释为:“贩卖货物”。^① 这是中文字义上最简单的解释。在我国古代文献中,对商的释义颇为多见。《汉书》谓:“通财鬻货曰商。”《白虎通》曰:“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓之商”。可以说,这是中文字义上较详细的解释。

在英文中,“商”为“Commerce”,据韦伯斯特(Webster)《新国际辞典》解释,商系指商品交换或买卖的行为。《布莱克法律辞典》解释为:货物、生产品或任何种类财物的交换。^② 可见,“商”在英文字义上的解释与中文字义上的解释,其涵义颇相近似。

商是一个历史范畴,是人类社会劳动生产力发展到一定阶段的产物,在原始社会末期,由于生产工具的改进和生产力的发展,除了满足生产者自身需要以外的剩余产品日益增加,商品交换由过去偶然的活动变成了经常的经济活动。据《易经·系辞下》记载:“神农氏作……日中为市,致天下之民,聚天

① 《辞海》缩印本第 356 页,上海辞书出版社 1988 年 1 月出版。

② 《布莱克法律辞典》英文版第 244 页,威斯特出版公司 1979 年第五版。

下之货，交易而退，各行其所。”然而，我国商业发达甚早，进步较迟。上古时期，生活简陋，交通不便，商之方法仅为物物交易，即为媒介货物直接交换的行为。此时所谓“商”者，无论在经济学上或法律学上，均为此义。到中古时期，货币制度创立，商业渐盛，遂以货币作为媒介以实行财货的交易。迄于近世，交通渐趋发达，产品增多，商业范围亦随之而扩大，凡属以营利为目的、从事媒介交易的行为，皆称之为“商”，于是经济学上所谓“商”与法律学上所谓“商”，涵义遂呈差异。

一般说来，经济学上所谓商，乃以营利为目的，直接媒介财交易的行为。换言之，商即介于工农业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润的行为。此种行为，通常称为“买卖商”，即“固有商”，上述中英文文献及辞典所解释的“商”，正是基于“买卖商”即“固有商”这一本质涵义。

然而，由于现代社会经济发达，商业种类在“固有商”基础之上愈衍愈繁，从而发展了第一产业和第二产业，出现了金融、信托、饮食、宾馆和影院舞厅等第三产业乃至第四产业，颇有“无业非商”及社会商化之感。面对现实经济关系，法律是无视它的存在还是客观反映其规律？正如“民法的准则只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件”^①一样，商法学上所谓“商”，乃基于法律上的认定，即法律对现实经济生活条件的反映，在直接媒介财货交易的“固有商”之外，逐渐扩大其商的范围。为此，台湾学者张国键和陈顾远先生、(日)田中耕太郎等

① 《马克思恩格斯选集》第4卷第248—249页。