

实用 商法

商战法律丛书

主编 房绍坤 丁海湖

山东人民出版社

实 用 商 法

主编 房绍坤 丁海湖

山东人民出版社

1995年·济南

202001

鲁新登字 01 号

实用商法

主编 房绍坤 丁海湖

*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 山东日照市印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 12.75 印张 300 千字

1995 年 8 月第 1 版 1995 年 8 月第 1 次印刷

印数 1—6000

ISBN7—209—01745—3

D·448 定价:15.00 元

《商战法律丛书》编委会

主任 郭明瑞
副主任 李振瑞 程 辉 房绍坤
编委 (以姓氏笔划为序)
丁海湖 于 新 王守和 李振瑞
房绍坤 郭明瑞 唐广良 葛玉莹
董炳和 程 辉
策 划 葛玉莹 房绍坤

《实用商法》

主 编 房绍坤 丁海湖
副主编 于 新 王守和 孙文杰 赵永珉
撰稿人 (以姓氏笔划为序)
丁海湖 于 新 王守和 史卫进
刘剑骅 关 涛 孙文杰 宋春林
何 兵 房绍坤 赵永珉 温树斌

前 言

社会主义市场经济是法制经济。在大力发展社会主义市场经济的今天,人们的市场经济法制意识正在不断地增强,法律在市场经济中的作用日益为人们所重视。俗语云:“市场即商场,商场如战场”。市场主体进入市场就如同进入战场,必须依靠合法正当的竞争才能获得生存。因而,如何在商战中竞争搏杀,以博取丰厚的利润,就成为关系到市场主体生死存亡的重大问题。市场主体要想取得商战的胜利,必须具备市场经济所要求的政治、经济、社会、法律等各方面的知识和才能,而掌握商战中的有关法律是取得商战胜利的至关重要的工具。只有掌握了商事法律,市场主体才能在商战中利用法律获取合法利益,并充分保护自己的利益。然而,在我国目前的市场竞争中,一些市场主体对市场经济所需要的商事法律还很陌生,不会运用法律从事商务活动,保护自己的利益,解决商务纠纷。这种情况,既不利于建立市场经济法律秩序,也会为市场竞争带来障碍。因此,为使广大的商界人士掌握和了解商事法律,在商战中稳操胜券,维护市场经济法律秩序,我们组织有关方面的专家、学者编写了《商战法律丛书》。

《商战法律丛书》包括《实用商法》、《国际商务法律指南》、《商务纠纷的预防及解决》、《实用商法辞典》等。本丛书本着实用、准确、通俗易懂的原则,主要论述介绍商务活动中经常遇到的法律问题,为商事问题提供法律解决办法。如果您能通过本丛

书所提供的法律知识取得商战的胜利,我们将会感到莫大的宽慰,也不失我们的编写初衷。

编 者

1995年5月

目 录

前 言	(1)
第一章 商法总论	(1)
第一节 商法概述	(1)
第二节 商事主体	(10)
第三节 商行为	(23)
第二章 公司法	(35)
第一节 公司法概述	(35)
第二节 公司法基本制度	(42)
第三节 有限责任公司	(70)
第四节 股份有限公司	(78)
第三章 合同法	(88)
第一节 合同法概述	(88)
第二节 合同的订立和内容	(96)
第三节 合同的履行	(107)
第四节 合同的变更和解除	(118)
第五节 合同的担保	(123)
第六节 国际货物买卖合同	(138)
第四章 证券法	(148)
第一节 证券概述	(148)
第二节 股票和债券	(150)
第三节 证券发行制度	(166)
第四节 证券交易制度	(181)

第五节	股票上市公司的收购和信息披露制度·····	(195)
第六节	证券管理制度·····	(198)
第五章	票据法·····	(202)
第一节	票据法概述·····	(202)
第二节	票据法基本制度·····	(207)
第三节	汇票·····	(222)
第四节	本票·····	(242)
第五节	支票·····	(246)
第六章	海商法·····	(255)
第一节	海商法概述·····	(255)
第二节	船舶与船员·····	(258)
第三节	国际海上货物运输合同·····	(272)
第四节	海事赔偿·····	(291)
第五节	海上保险·····	(303)
第七章	保险法·····	(310)
第一节	保险法概述·····	(310)
第二节	保险业·····	(319)
第三节	保险合同·····	(328)
第四节	保险的主要种类·····	(346)
第八章	商事仲裁法·····	(357)
第一节	商事仲裁法概述·····	(357)
第二节	商事仲裁机构·····	(365)
第三节	商事仲裁协议·····	(375)
第四节	商事仲裁程序·····	(384)
第五节	商事仲裁裁决·····	(391)
后 记	·····	(398)

第一章 商法总论

第一节 商法概述

一、商法的概念

商法是规范和调整市场经济关系的重要法律。为了弄清商法的含义,首先必须清楚“商”及“商事”的含义。

(一)“商”的含义

对于“商”的含义,有经济学和法学上两种解释。经济学上所谓的“商”是指以营利为目的,直接沟通商品的生产者与消费者之间的媒介行为,即商品由生产者流转消费者手的中介。对此行为,人们通常称之为“买卖商”或“固有商”;法学上所谓的“商”是指以营利为目的,直接或间接沟通商品生产者与消费者之间的媒介行为或与商品的流通有关的行为。即凡是在商品生产者与消费者之间起媒介作用的行为及有关的行为都属于“商”的范围。可见,法学上所谓的“商”的含义较之经济学上所谓的“商”的含义要宽泛得多,它除包括直接沟通商品生产者与消费者的“固有商”外,还包括“第二种商”、“第三种商”、“第四种商”。凡间接以媒介商品交易为目的的行为,称为“第二种商”,又称为“辅助商”。如货物运输、仓储保管、居间、行纪、代理商等皆属之;凡从事与商品交易有关的资金活动或者从事与商品交易相关的活动,称为“第三种商”。如银行、信托、加工承揽、制造、出版印刷等皆属之;凡从事与商品交易媒介有关的活动,称为“第四种商”。

如旅馆业、饮食业、广告业、保险业等皆属之。总之，法学上的“商”的含义是相当广泛的。这是现代社会经济发达的必然结果，以至于人们会有“无业不商”之感。

(二)“商事”的含义

“商事”之概念乃由“商”之概念发展而来。通常认为，“商事”是关于“商”的法律上一切事项的总称，有广义与狭义之分。广义的商事是指有关商事的一切事项，包括商事合同、商事仲裁、商业登记、商业组织、商业管理、商业会计、商业税等事项；狭义的商事是指商法上通常所指的商事，包括商业登记、公司、票据、保险、海商等事项。“商事”之法律意义，在采取民商分立制和民商合一制的国家中，体现不尽相同。在采取民商分立制的国家中，有关商事的立法是以商人或商行为观念为其基础，民事与商事分别立法，即除制定民法典外，还制定商法典。这类国家所称的“商事”是指商人在商业上所为的法律行为而言，与民事行为相对应；在采取民商合一制的国家中，有关商事的立法是以民事观念为其基础，将“商事”纳入民事之中，民事与商事统一立法，即除制定民法典外，不再制定商法典。这类国家所称的“商事”是指以营利为目的的行为及与其有关的一切行为。

(三)商法的概念

商法又可以称为商事法，是调整商事关系的法律规范的总称。简单地说，商法就是有关商事问题的法律。商法有形式意义上的商法与实质意义上的商法、广义的商法与狭义的商法、实体意义上的商法和程序意义上的商法之分。

形式意义上的商法是指经过一定的程序所制定的法典，即《商法典》。《商法典》是调整商事活动的基本法，在民商分立国家中，是与民法典、刑法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典并列的基本法。德国、法国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国家都制定有《商法典》。至于商事特别法是否以“商法”命名，则可不

受其限制。

实质意义上的商法是指调整商事关系的各种法律规范的总称。在民商分立的国家中,实质意义上的商法包括《商法典》及各种单行的特别商事法所确立的商法规范。而在民商合一的国家中,实质意义上的商法则是指包括在民法典或商事单行法中的商法规范。这类国家无所谓的《商法典》,凡有关商事的规定,分别纳入《民法典》或单行的商事法规中。瑞士、土耳其、泰国、英国、美国及我国皆采取这种形式。

广义的商法是指所有商事法规的总称,包括国际商法和国内商法。国际商法是指调整国际商事交易关系的法律规范的总称,包括各种有关商事的国际条约和国际惯例。如《联合国国际货物买卖合同公约》、《国际海上货物运输公约》、《国际汇票和本票公约》、《国际货物买卖合同适用法律公约》、《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》等。国内商法是指调整国内商事关系的法律规范的总称。

狭义的商法一般是指国内商法,而不包括国际商法。在民商分立国家,主要是指商法典、商事特别法及商事习惯法等。在民商合一国家,主要是指民法典中的商事规定、关于商事的民事特别法及有关商事的习惯法等。通常所称的商法,一般均指狭义的商法。

实体意义上的商法是指调整商事权利与义务关系的商法规范,主要是有关商事主体、商行为等的商法规范。

程序意义上的商法是指用以解决商事权利义务关系纠纷的商法规范,主要包括商事诉讼和商事仲裁的商法规范。

二、商法的特征

(一)商法的技术性

近代学者,多将法律分两大类:一是准则法,亦称伦理法,乃

来源于习惯之模式；二是技术法，乃基于经济上的实用。民法是伦理法，具有较强的伦理性，而商法则为技术法，以经济实用为其目的，其伦理性格极为稀薄。所以，商法的规定具有较强的技术性，其中尤以票据法和保险法的技术性最浓。如票据法关于发票、背书、承兑、付款、追索等规定，保险法关于保险费的确定、保险金额的计算等规定，公司法关于公司设立程序、股票发行等的规定，都表明了商法的技术性特征。

(二)商法的营利性

在商法上，设立商事主体的目的在于营利，商事主体从事商行为，其目的亦在于营利，这已为各国商法所普遍确认。承认商事主体和商行为的营利性质，是商法发达和商事活动活跃的动力。商法大多数的规定，如公司法有关公司之规定，海商法有关船舶之规定，保险法有关保险业之规定等，都离不开营利这一目的。商法的立法宗旨，就在于通过允许商事主体自由选择经营，而达到其营利的目的。可以说，没有营利，就不存在商法。商法允许商事主体的营利，只能是合法范围内的营利，违法营利为商法所不允许。所以，商法又设许多规定，禁止商事主体的违法经营行为。

(三)商法的国际性

商法属于国内法，属一国主权管辖之下所实施的法律。但是随着近代国际交通事业的发达和国际贸易的不断发展，属于一国国内的商法已越来越不适应各国之间经济的交往的需要了。因此，各国之间开始寻求合作，订立双边或多边乃至世界性商事协定。在事实上，商法常被人看成是国际法的一部分。而在理论上，商法亦有世界统一的倾向。如在票据方面，1930年以后联合国先后制定了四个关于统一汇票、本票和支票的日内瓦公约；在海商法方面，各国先后缔结了关于提单的1924年海牙规则、1968年维斯比规则和1978年汉堡规则。随着现代国际经济格

局的发展变化,任何国家的商事活动都不可能仅限于国内,由此,各国的商法必然具有一定的国际性,商法世界统一化倾向将越来越明显。

(四)商法的协调性

现代各国商法,主要规定商事主体的商行为和组织机构两方面的内容。对此两方面的内容,商法所采取的态度迥然不同。调整商行为的法律称为行为法,系规定特定人之间的商事行为,其利害关系仅及于当事人,以当事人意思自治为主。故商法不得采取自由主义,多作任意性规定;调整商事主体的组织机构的法律称为组织法,系规定商事主体的组织机构,其是否健全,直接或间接地与第三人发生利害关系,影响及于社会公众。故商法不得不采取严格主义,多作强行性规定。商法上的自由主义和严格主义并存,学者们称之为商法的二元性,亦即商法的协调性。自由主义系基于简便、敏捷之要求,而严格主义系出于安全、确实之需要。二者协调存在,共同实现商法之目的。“商法是一切法律中最属方式自由的,而同时又是最属方式严格的法律”这一名言,充分说明了商法的协调性。

(五)商法的进步性

随着社会的进步和经济的发展,商行为日趋多样化和复杂化,这就要求商事主体的结构和经营方法亦需不断合理化。商法以商事主体的商行为为规范对象,因此,商法必须适应商行为不断发展变化的需要。商法要求交易行为敏捷而富于弹性,故商法关于商行为的规定大多为弹性规定,这就为商法敏捷地反映实际生活,并不断进步提供了条件。所以,近代各国大都在民法典或商法典之外,另行制定若干商事单行法规,以便能适应现实环境,随时作相当的修改。

(六)商法的公法性

法律有公法与私法之分。从性质上说,商法当属私法无疑。

但是,随着社会经济的发展,各国逐渐改变了以往的在私法上的放任主义态度,而改采积极干涉主义态度。这就是学者们所称的“私法公法化”。所以,现代各国的商法,虽然以私法规定为其中心,但为保障私法规定的实现,多规定属于公法性质的条款,出现了“商法公法化”倾向。例如,关于公司登记的规定,关于惩治公司犯罪的规定,关于保险欺诈及犯罪的规定等,都体现了公法的性质。

三、商法与其它法律的关系

商法与其他法律的关系主要体现在商法与民法、经济法的关系上。当然,商法与行政法、刑法等之间亦存在着一定的关系。

(一)商法与民法的关系

商法与民法同属于私法的范畴,同是规定社会经济生活的法律。民法是调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范,商法则专门调整商事关系的法律规范。关于商法与民法的关系,历来存在着民商分立和民商合一两种学说及立法例。民商分立就是将民法与商法分开,在民法典之外,另行制定商法典,使民法与商法相互独立;民商合一就是将民商事规范统一制定一部民法典,使商法成为民法的特别法。在我国,有些学者主张,我国应当实行民商分立的原则,在民法典之外另行制定商法典。我们认为,从我国的实际情况及具体国情来看,我国还是以民商合一为好。当然,民商合一并不是意味着民法与商法完全相同。实际上,由于民法与商法的调整范围的差异,商法具有民法所不具有的一些特殊性,如商法只调整财产关系,而不调整人身关系;商法强调行为的简便和快捷;商法实行短期时效等等。

(二)商法与经济法的关系

经济法产生于本世纪初,德国首先承认了经济法这一法律部门,其后其他国家纷纷效仿。我国十余年来,一直很重视经济

法的研究及经济立法工作。随着市场经济体制的确立,经济法的地位也日益提高。但对经济法的地位,目前还没有定论。学者们在探讨民法、经济法、商法的关系时,有的认为经济法应当包括商法,而有的认识则正相反,还有的认为这三种法律是市场经济法律体系的三大支柱。我们认为,这些看法都不全面。经济法是调整经济管理关系的法律规范,是国家管理经济的重要工具。如前所述,我国实行的是民商合一的立法体例,商法是民法的特别法。因此,商法与经济法的关系,实际上也就是民法与经济法的关系。但尽管如此,经济法与商法的联系还是十分密切的。也正因为这样,许多人将诸如公司法、保险法、票据法等列入经济法的范围。我们认为,商法与经济法的最主要联系在于它们都是国家管理经济的重要手段,两者的规范有时体现在同一个法律之中,如公司法;最主要的区别则在于商法属私法范畴,而经济法属公法范畴。

四、商法的渊源

商法的渊源是指商法的表现形式。商法的渊源主要有以下几种:

(一)商事法律

商事法律是指一国立法机关通过一定的立法程序制定的商事法律规范。商事法律有两种形式:一是商法典。在采取民商分立的国家中,商法典是调整商事关系的基本法;二是商事单行法。在民商合一的国家中,商事单行法是调整商事关系的最主要法律规范。不仅如此,就是在民商分立国家及英美法系国家中,商事单行法也占有十分重要的地位。重要的商事单行法有:公司法、票据法、海商法、保险法等。我国是民商合一的国家,没有商法典,商事单行法也是作为民法的特别法。

(二)民法中的商事规定

在民商合一的国家中,没有独立的商法典,有关商事关系的基本原则及主要活动规则均适用民法典的规定。如民法中有关债的规定,有关代理、法律行为的规定以及有关买卖合同、运输合同、承揽合同等合同的规定等,都是有关商事关系的法规。我国是民商合一国家,所以,《民法通则》是商法的重要渊源之一。

(三)商事习惯法

商事习惯是指调整商事关系固有的习惯。商事习惯法是经过国家法律的确认发生法律效力的习惯规则。商法最早就起源于商事习惯法,它对商事关系的调整具有重要的作用,特别是在海商方面。商事习惯法的地位,各国法律规定不尽一致。在民商合一国家中,商事习惯法不能优先于商事单行法及民法中有关商事的规定而适用,只有在商事单行法或民法没有规定时,才能适用商事习惯法;在民商分立国家中,商事习惯法优先于民法而适用。如《日本商法典》第1条规定:“关于商事,本法未规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法。”

(四)判例

商事判例在英美法系国家及一些成文法系国家,均是一种比较重要的商法渊源。在英美法国家,商事判例可以“创造法律”。在某些成文法国家,判例被认为是介于商事习惯与法理之间的一种法律渊源,其功能有三:一是解释商事法规,二是确认商事习惯,三是明确商事法理。

(五)商事法理

商事法理是指在商事领域内,统一商事原则和法律一般原则的学说。商事法理只有在没有商事法律规定,又没有商事习惯可资遵循时,才能适用。

(六)国际公约和国际惯例

商法具有国际性的特点,因而一国所参加的国际商事公约及采纳的国际商事惯例也是该国商法的法律渊源。

五、商法的调整对象和范围

(一)商法的调整对象

商法的调整对象是商事领域中所发生的各种商事关系。商事关系经过商法的调整即形成了商事法律关系。由于商法是私法,同时又具有公法性,所以,商法的调整对象可以概括为:

1、国家对商事的管理关系。

商法虽然是私法,但因商法对国家经济生活的重要作用,国家必须对商事关系加以管理。如商业登记法,就是国家管理商事关系的重要手段。只有通过商业登记法,国家才能严格控制和管理工作主体的经营活动。国家对商事主体的管理关系是一种不平等的、管理与被管理的关系。

2、平等主体之间的商事关系。

商法是私法,其主要的调整对象是平等主体之间的商事关系。商事主体在商事活动中的地位是平等的,他们通过商事合同来确立和调整他们之间的关系。如保险合同、运输合同、买卖合同等。

3、商事主体内部的经营管理关系。

商法不仅要调整国家对商事的管理关系和平等主体之间的商事关系,而且还要调整商事主体内部的管理关系。如公司法要规定公司与股东之间的关系、公司内部的组织机构及其相互关系;保险法要规定保险企业内部的组织、经营关系等。

(二)商法的范围

关于商法的范围,各国法律规定不尽一致。《法国商法典》包括公司法、票据法、海商法、破产法和诉讼法;《德国商法典》包括商业登记法、公司法和海商法;《日本商法典》包括商业登记法、公司法、保险法和海商法。总的来说,传统的商法主要包括公司法、票据法、海商法、保险法、商事程序法等内容。但是随着当代