

中国政法大学本科教材

外国商法

王书江 主编

中国政法大学出版社

外国商法

编著/王书江

印刷/宣化区装潢印刷总厂第二分厂

发行/新华书店首都发行所

开本/32 毫米787×1092 印张11.5 字数260,000

版次/1987年10月第1版 1987年10月北京第1次印刷

印数/1—8,500册

中国政法大学出版社 统一书号: 6416·142

ISBN7—5620—0045—x/D·41 定价: 2.35元

序 言

在法学领域中，对外国商法的介绍和研究是一个薄弱的环节。由于缺乏对外国商法的有关知识的了解，致使我国对外经济贸易受到影响，所以，要发展对外经济贸易联系，就必须具备一定的外国商法知识。

我国经济体制改革需要发展商品经济，而商法则是发展商品经济的重要法律部门。我国虽然没有商法，但发展社会主义商品经济必然涉及商法中的法律制度。我国正在起草或准备起草公司法、票据法、海商法、保险法等法律。外国商法的有关规定对于我们完善立法也有参考价值。

王书江同志从事外国商法教学和研究多年，颇有造诣。本书曾作为外国商法教材在中国政法大学使用，受到学员欢迎，社会上也希望有关于外国商法的书籍出版。我相信，这本书的出版对于想了解和研究外国商法的读者是有所裨益的。

江平谨识 1986年7月

法律全称简称对照表

日本商法（典）——日商
日本有限公司法——日有
日本票据法——日票
日本支票法——日支
日本破产法——日破
日本和解法——日和
日本公司更生法——日更
德国商法（典）——德商
德国有限责任公司法——德有
西德1965年9月6日股份法——德股
德国票据法——德票
德国支票法——德支
德国保险契约法——德保
德国破产法——德破
德国和解法——德和
法国商法（典）——法商
法国公司法——法公
法国公司法施行细则——法公施
法国支票法——法支
法国保险契约法——法保
法国1955年5月21日破产法——法破
国际统一票据法——统票
国际统一支票法——统支

目 录

绪论

- 一、商法的意义及特点····· (1)
- 二、商法与邻接法律的关系····· (7)
- 三、外国商事立法的沿革····· (14)
- 四、研究外国商法的意义····· (21)

第一编 公司法

- 第一章 公司及公司法概述····· (25)
- 第二章 无限公司····· (33)
- 第三章 两合公司····· (40)
- 第四章 股份公司····· (45)
 - 第一节 股份公司概述····· (45)
 - 第二节 股份公司的设立····· (48)
 - 第三节 股份公司的股份及股东····· (56)
 - 第四节 股份公司的机关····· (63)
 - 第五节 股份公司的计算····· (71)
 - 第六节 股份公司的资本····· (77)
 - 第七节 股份公司的公司债····· (84)
 - 第八节 股份公司的变更及消灭····· (92)
- 第五章 股份两合公司····· (98)
- 第六章 有限公司····· (101)
 - 第一节 有限公司概述····· (101)
 - 第二节 有限公司的设立····· (105)

第三节 有限责任公司的股份及股东.....(109)

第四节 有限责任公司的管理.....(112)

第五节 有限责任公司的消灭.....(116)

第七章 公司犯罪.....(119)

第二编 票据法

第一章 票据及票据法概述.....(126)

第二章 汇票.....(134)

第一节 汇票的发票及款式.....(134)

第二节 汇票的背书.....(139)

第三节 汇票的承兑.....(144)

第四节 汇票的付款.....(147)

第五节 汇票的追索.....(150)

第六节 汇票的保证.....(156)

第七节 汇票的参加.....(160)

第八节 汇票的复本与誊本.....(165)

第三章 本票.....(170)

第四章 支票.....(174)

第一节 支票的发票及款式.....(174)

第二节 支票的转让及付款.....(178)

第三节 特种支票.....(180)

第三编 海商法

第一章 海商及海商法概述.....(184)

第二章 船舶.....(188)

第三章 船长.....(194)

第四章 海上运送.....(198)

第五章 海难救助.....(204)

第六章 海损.....(208)

第四编 保险法

第一章 保险及保险法概述.....(213)

第二章 损失保险.....(222)

第一节 损失保险契约.....(222)

第二节 火灾保险及运送保险.....(228)

第三节 海上保险.....(232)

第四节 责任保险.....(237)

第三章 生命保险.....(243)

第五编 破产法

第一章 破产及破产法概述.....(249)

第二章 破产制度.....(261)

第一节 破产宣告.....(261)

第二节 破产财团.....(271)

第三节 破产债权.....(279)

第四节 破产程序的终结.....(287)

第五节 免责与复权.....(295)

第三章 和解制度.....(300)

第四章 股份公司整理制度.....(309)

第五章 股份公司特别清算制度.....(313)

第六章 股份公司更生制度.....(320)

第一节 更生制度概述.....(320)

第二节 更生程序的开始.....(324)

第三节 更生管理人.....(330)

第四节 更生债权、更生担保权及股份.....(335)

第五节 更生计划.....(341)

第七章 破产犯罪.....(347)

绪 论

一、商法的概念及特点

商法是资本主义国家法律体系中一个重要的法律部门。自从法国在十八世纪末十九世纪初制定六大法典（1791年的宪法、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）以来，上述六法一直被视为资本主义国家法律体系的六大支柱。当然，现代资本主义国家的立法较之十九世纪初发生了很大的变化，所谓“一类大法”已不限于上述六法。但商法在各资本主义国家都被视为一类大法。商法不仅是法律专业学生的必修课，也是经济、贸易、管理、财会、商业等专业学生的必修课。

那末，商法的调整对象是什么呢？顾名思义，商法是调整与“商”有关的社会经济关系的法律，或者更简单地说，商法就是调整商事关系的法律。这种看法并不为错。但是所应注意的是资本主义国家中对“商”这一概念的理解和我们的解理并不完全相同。

在资本主义国家中，对“商”这一概念有两种理解。一种是经济学的理解，一种是法律学的理解。经济学把“商”理解为沟通生产与消费的中间环节，理解为产品由生产者处流转 to 消费者手中的渠道、媒介。这种理解是普遍的理解，和我们的理解也是一致的。法律学对“商”这一概念的理

解，与经济学的理解不完全相同。从法律学的角度看，上述理解只是一种狭义的理解。这种商只是法律上所说的商的一种，即“固有商”或“买卖商”。什么是法律上所说的商呢？

为了回答这个问题，就牵涉到商法上的两个基本概念：商人和商行为。由于商法对这两个概念的不同解释与应用，大陆法国家的商法也产生下列三种立法主义：

1、商人法主义 在这种立法主义指导下，法律先规定商人的概念，然后从商人概念导出商行为的概念。德国商法和瑞士债务法等就采取这种主义。

2、商行为法主义 在这种立法主义指导下，法律先规定商行为的概念，然后由商行为的概念导出商人概念。1807年的法国商法典，为了打破商人阶层的特权地位，使之与平民适用同一法律，就采用这种立法主义。德国旧商法及意大利旧商法也曾采取这种主义。

3、折衷主义 基本上采取商行为主义，但并不严格贯彻这一主义，在许多方面又接近商人主义。日本商法就采取折衷主义。

由于现代资本主义国家的商人并不象中世纪商人阶层那样，能形成一个有特权的集团，各国法律对商人与非商人界限并不十分注意。以日本商法为例，适用商法者并不局限于商人。该法第三条规定：“当事人一方实施商行为时，本法适用于双方。当事人一方有数人，其中一人实施商行为时，本法适用于其全体。”在这种情况下，我们也不必拘泥于商人这一概念的含义。重要的是，看一看资本主义国家法律对“商行为”的解释。综合法、德、日等大陆法国家的商法，可以看到，被商法所认定的商行为的范围十分广泛。除了一

般意义上理解为沟通生产和消费的渠道的“买卖商”或称“固有商”（第一种商）之外，还有：①间接沟通生产和消费渠道的行为，如运送、仓库、居间、行纪、代办商等营业，国外法学称之为“辅助商”，也称为“第二种商”。②为便利资金融通，或与上述两种商行为有密切关系的行为，如银行、交易所、信托、承揽运送、制造、加工、出版、印刷、摄影等，国外称为“第三种商”。③与第三种商有关系者，如广告、保险、服务、娱乐等，国外称为“第四种商”。法律为了适应商行为范围日益扩大的实际情况，多采取大量列举加综合的办法。例如德国商法第一条列举商行为共九种，而第二条第三条的综合及补充说明商行为并不限于这九种。“无业不商”四字，比较准确地描述了资本主义国家的这种情况。

“无业不商”也是资本主义生产方式所产生的必然结果。在资本主义社会，价值规律是基本的经济规律，社会产品是以商品的形式存在的。正如马克思所指出的：“资本主义生产方式占统治地位的社会的财富，表现为‘庞大的商品堆积’，单个的商品表现为这种财富的元素形式。”《资本论》第一卷，人民出版社1975年版第47页）作为上层建筑的法律，都是基于一定的经济基础，并为了巩固其经济基础而产生、发展起来的，商法自然也不例外。

讲到这里，我们再回过头来回答前面提出的问题。既然是“无业不商”，资本主义国家的商法学者也顺理成章地认为，商法的调整对象就是企业，商法就是调整企业内部关系及对外关系的基本法（或称特别法规的总体）。对商法调整对象的这一观点，是现代资本主义国家法学界最有力的观点。

企业，就是依照一定计划、实施营利行为的独立的经济单位。企业行为的主体是商人，企业形态多采公司形式，企业的营业行为为商行为，企业的支付手段为票据，企业的解体形式之一为破产。与此相适应，商法包括总则、公司法、票据法、商行为法（含海商法）及破产法等内容。

根据资本主义国家商事法规的内容及商事法规在社会经济中所起的作用，参考这些国家多数商法学者的见解，我们可以给这些国家的商法下这样一个定义：

商法是适应商品经济的需要而建立起来的一个法律部门，是调整企业内部组织关系及外部交易关系的法规的总体。简言之，商法即企业法。

商法的主体是企业，而企业经营的优劣，会直接影响一国的经济状况。商法的立法目的，就是从法律上保障企业的存在与发展，从而达到保护、发展资本主义生产关系的目的。调整对象的特殊性，决定了商法具有不同于其他法律的一些特点。概括起来有：

1、保护企业 一个企业一旦形成，它本身就具有一定财产，并为一定数量人提供就业机会。它的经营、发展，对整个国民经济的稳定与发展会产生有益影响。相反，一个企业解体，或经营不善，将对整个国民经济的稳定与发展产生有害影响。作为企业基本法的商法，最重要的任务就是保护企业。具体说来：

① 方便企业成立 现代资本主义国家对企业成立都采取准则主义，只要企业具备了法律规定的要件，即可宣告成立。国家行政机关、司法机关的监督，多体现在法律中，一般不使用行政干预手段。

② 保障企业的合法营利 资本主义国家企业的目的，

首先在于营利。这一事实，为商法所承认并加以保障。凡企业在适法经营限度内所获利益，就是合法所得，就应该分配给企业成员。当然，违法营利是商法所不认许的。

③ 保障企业的独立性 在资本主义国家，企业多为独立的法人，企业与组成企业的自然人或法人之间有明确界限。企业独立性，在法人企业自不必说，就是在个人企业，法律也力求企业与个人相脱离，实行商号制度就是明显例子。

④ 缓和危险负担 商法通过二种办法来实现这一目的。一是认许企业构成人（如股东）的有限责任，把他们的责任严格限制在一定范围（如以出资额为限）。二是认许某些特殊企业的危险分散制度（如共同海损制度），使企业只负担部分危险。

⑤ 推行适任原则 为了加强企业的经营管理，需要选任有经营管理能力的人担任企业管理者。商法为这个原则提供了法律依据，如减弱股东全会权利而加强董事会权利、规定董事不必是股东等。

⑥ 避免企业解体 对营业状况不良的企业，商法尽可能予以救济，尽可能避免破产宣告，从而防止企业解体。

2、促进交易发展 为了使企业得到发展，必须促进企业间、企业与社会间的交易。交易规模越大、次数越多越频繁，企业发展的速度也越快。商法力图从大量、快速、反复、连续、易行等方面，为交易提供法律依据。

① 契约定型化 商法对许多契约的内容都有统一的规定，这些规定，就是商事关系中一些最常见契约的基本约款，例如各种保险单约款等。这样，使得要约相对人可以迅速决定是否承诺。

② 要式主义不要式主义的并用 一方面，对于一些特殊交易，法律采取要式主义；另一方面，对于大量的一般交易，法律认许不要式主义，以求便利。

③ 短期时效制度 因交易而产生的法律关系，如果长期处于不稳定状态，双方在长时间内争论其有效性，对于交易发展是有害的。为了迅速确定各种法律效果，商法规定了商事债权的短期消灭时效。

④ 客体规格的统一 作为交易客体的特定动产，可以实行商标制度，使之适于大规模交易。

⑤ 权利证券化 商法上的许多权利，可以以证券表示。这些证券的产生，使得权利可以以简便方法转让。商法上证券种类很多，如票据、股票、公司债券、提货单、仓单等。

3、保护交易安全 商法既要力图促进交易发展，与此同时，又要注意保护交易安全。这不仅对于保护当事人正当利益，就是对于稳定社会经济秩序也是必要的。

① 公示主义 法律行为当事人双方，都要在了解对方的能力、资力、权限等实际情况后，才决定是否实施该法律行为。如果靠当事人个人力量一一调查对方当事人，不但耗时费力，而且，在对方是一企业时（例如对方是某股份公司），靠个人力量准确全面了解其情况是不可能的。为了使双方当事人准确、迅速了解对方情况，商法要求各企业要公示一些重要事实，设置了关于登记、公告、公示、文件备置等一系列制度。

② 外观主义 法律要求公示事项应为真实。如果因种种原因，企业公示事项与事实不符，而相对人以公示事项为依据与企业交易时，商法对该相对人持保护态度。这种立法主

义的理论基础，来源于德国商法学者的“外观理论”，其目的也是为了保护交易安全。

③ 严格责任主义 商法上的交易，一般多是以企业为一方，以社会一般人为另一方，由前者向后者提供专门给付。缺乏专门知识的社会一般人在交易中处于被动地位。商法对企业方面的责任与义务有严格规定，且不允许任意成立企业免责约款。

总之，通过法律手段促进资本周转的速度，加速商品的生产、交换、分配、消费，巩固与发展资本主义生产关系，提高社会生产力，是资本主义国家商事立法的根本目的。这种目的，决定了商法的内容特点。

二、商法与邻接法律的关系

现代资本主义国家的各个法律部门间，呈现出相互交错、渗透的状态。商法与民法、经济法、劳动法等邻接法律部门间，更是如此。为了进一步了解商法在整个法律体系中的地位，下面就其关系作简单说明。

（一）商法与民法 资本主义国家的民法和商法，都是以私有财产制度为前提，通过物权和债权制度，来调整社会经济生活。民法中虽然有一些身分关系，如婚姻、家庭、继承关系等，但是，在资本主义国家中，这些关系与财产关系密不可分，其中有些关系还具有契约关系的性质。因此，民法和商法间并无明确的界限。从立法上看，自从法国在十九世纪初期分别制定民法典与商法典以来，大陆法国家多持民商二元论立场，将民法与商法分别作为独立法典。但是，有些国家则主张民商一元论（民商统一论）。这些国家的立法者认为：① 现代社会已不存在中世纪的商人阶层，商法制

度实际上已适用于社会一般人；② 商法原是适应大商业者利益的特权法，另立商法不符合“法律面前人人平等”的原则；③ 现代社会中，“商人”是不确切的法律概念，另立一个以“商人”为主体的法律，势必导致法律适用的混乱；④ 二法并立，不利于民法理论的发展。从立法实践上看，瑞士及意大利已制定民商统一法典。1912年施行的瑞士债务法共有三编，第一编为总则，第二编为契约各论，第三编为公司、有价证券及商号。意大利开始也是民商分立，但后来转向民商一元论，于1942年4月制定“民法典”（或称“民法典”），将民法、商法、劳动法尽行编入，形成了一个近三千条（2996条）的大法典。该法典共分六编，第一编为人及亲属、第二编为继承，第三编为所有权，第四编为债务关系，第五编为劳动，第六编为各种权利的保护。

目前世界上多数国家的立法者采取民商分立主义，这些国家法学界多数学者也反对民商一元论。这些学者的主要论点是：① 作为民法重要组成部分的身分法（继承、亲属）与商法并无多少联系。② 民法注重各国各地的固有传统，而商法贯穿着世界主义精神。③ 民法的过失责任原则在商法上也很少适用。

不论从理论上还是从实践上看，民商二无论更合理些。从理论上，如前所述，商人是商法主体这一观念实际上已被企业是商法主体的新观念所代替，现代社会的企业和中世纪的商人、和十九世纪初期的商人并不完全相同。鉴于企业在国民经济的重要地位，有必要成立企业基本法——商法。从实践上看，实行民商一元化的国家，也只是把民法规范和商法规范形式地罗列在一起，形成一种“水与油”的结合形态。此外，这些国家也不得不制定民法所不能包含的单行商

事法规。由于现代社会经济关系的复杂性，决定法规形式应以单行法为主，这是各国立法的共同趋势。如果反其道而行之，势必造成法典内容庞杂、使用不便的情况，也难免出现挂一漏万情事。

在英国与美国，特别是美国，并不重视民事立法，却十分重视商事立法。美国并无统一的民法典，有成文民法典的州也寥寥无几。但美国从五十年代起就致力统一商法典的制定工作，经过几十年的努力，美国统一商法典已被路易斯安那州以外的其他各州所采用。在大陆法国家，也出现民法商法化的现象。所谓民法商法化有两个含义：①于商事交易中形成的思想，如方式自由的原则，逐渐被民法所采用。②有些属于民法调整的法律关系，逐渐被商法所调整。

在民商分立国家，民法与商法的关系是一般法与特别法的关系。商法规范或者是对民法中个别规定的补充或变更（如商事法定利率），或者体现民法制度的特殊性（如公司），或者是创设民法中所没有的制度（如商业帐簿）。二者之间的界限并不严格，也不是确定不变的。

（二）商法与经济法

经济法这一概念，为德国学者赫德曼所首创。长期以来，各国法学界围绕这一概念，展开了学术上的争论。经济法与商法间有何联系和区别，必然成为争论的对象。商法的发展史，即使从法国商法典开始算起，也有二百余年的历史了，不论从理论上还是从立法实践上，都有一套稳固的定型的东西。但狭义经济法的出现是第二次世界大战结束以后的事，迄今不过三十余年，无论在理论上或实践上都没有多少稳固的定型的东西。二者之间究竟是什么关系？对这一问题，迄今为止，尚未形成确定的一致性的意见。

经济法的调整对象是什么？对这一问题，各国法学界都有多种回答。归纳起来，基本上有三派意见。第一派持广义经济法观点。他们认为，经济法的调整对象就是各部门、各类别、各领域的经济关系，换言之，经济法是调整全部社会经济关系的总法规。按照这一观点，商法当然是经济法的一个分支，是经济法这一一般法中的特别法。商法和经济法的³⁰关系，就是特别法与一般法的关系。第二派持狭义经济法的观点。他们认为，所谓经济法，就是国家在特定历史条件下，为了恢复、振兴经济而颁布的一些干涉私人企业的强行法规的总体。这一派在关于经济法的争论中是主流派。下面，我们简单介绍一下他们的观点。

由德、意、日等国法西斯分子发动的第二次世界大战，不仅给各国人民带来了空前的灾难，也使其本国经济遭受毁灭性破坏。第二次世界大战结束时，德、意、日经济实际上陷于全面崩溃状态。为了迅速恢复经济，发展生产，政府颁布了许多应急的法律。这些法律的共同特点，是在承认私有制前提下，加强对私人企业的监督与管理。这些法律在一定程度上突破了传统私法中的“自治”观念。国家在制定这些法律时，不是象制定一般私法（如商法）时那样，仅仅考虑保持法律行为双方当事人间的利益均衡，而且还从恢复、发展国民经济的立场出发，直接介入市场经济，对私人企业加以监督、保护和干涉。国外法学家称这些法律为经济统制法（或统制经济法），其中最重要、最有代表性的就是“反垄断法”（或称“反托拉斯法”）。多数学者认为，在这一历史背景下产生、在后来得到发展的这些法规的总体，才是本来意义上的经济法。

持狭义经济法观点的学者认为，商法和经济法的调整对