

上海大学出版社

商法学

● ●
主编 陈剑平
副主编 包远寒

S H A N G F A X U E



商 法 学

主 编 陈剑平

副主编 包远寒

上海大学出版社

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

商法学/陈剑平主编. —上海: 上海大学出版社,
2003. 3

ISBN 7-81058-587-8

I. 商... II. 陈... III. 商法-法的理论-中国-
高等学校-教材 IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 016041 号

商法学

陈剑平 主 编

包远寒 副主编

上海大学出版社出版发行

(上海市延长路 149 号 邮政编码 200072)

(E-mail: sdcbs@citiz.net 发行热线 56331131)

出版人: 李顺祺

*

上大印刷厂印刷 各地新华书店经销

开本 880×1230 1/32 印张 16.5 字数 475 千

2003 年 3 月第 1 版 2003 年 3 月第 1 次印刷

印数: 1~2 100

定价: 28.80 元

前 言

在社会主义市场经济法制建设过程中,商法的重要性日益明显。从 20 世纪 90 年代初起,我国立法部门加强了商事立法工作,先后颁布了《公司法》、《合同法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《海商法》等一批单行商事法律及相关的配套法规。这些法律法规的颁布和实施,在维持市场经济秩序、保护合法商事交易关系方面起到了积极的作用。但是,从总体上看,我国的商事立法还不够完善,尚未形成较为完整和科学的商法理论体系,高校法学专业中也没有开设商法课程,这与社会主义市场经济法制建设的要求是不相适应的。为了改变这一状况,教育部在对大学本科法学课程设置内容进行改革时,要求从 1999 年开始,将“商法”作为高校法学专业的一门核心课程来开设。这有力地推动了商法的教学和研究工作。

上海大学文学院涉外经济法系从 20 世纪 80 年代末就已涉足商法领域的教学和研究活动,先后开设了“公司法”、“票据法”、“保险法”、“证券法”、“海商法”等课程。但在当时,只是将这些课程作为拓宽知识面的实务性课程让学生选修而已,没有将这些单行商事法律的内容综合为商法并作为一门独立的学科来进行研究和教学。1998 年,上海大学对法学院系进行调整后,涉外经济法系并入知识产权学院。为了适应新形势的要求,学院对传统的法学专业课程设置进行了改革。从 1999 年起,几位教师开始独立讲授“商法学”这门课,并在四年的教学实践基础上编写了本书。考虑到“合同法”在我国多数高校的法学专业教学中是作为一门单独的课程另行开设的,又考虑到“证券法”就其性质而言,列入“金融法”课程中讲授更为合适,所以在本书中不再编入这两门法律的内容,以保持总体教学安排的协调

和统一。

我国的改革开放进程在加快,国内外的各种新的商事关系也在不断的产生、发展和变化,实践中有层出不穷的商事法律问题需要进一步研究。本书的编写只是我们在商法教学和研究领域中又迈出的一步而已,书中的不足之处期望能得到读者的指教,以便我们在再版时修正。

本书主编陈剑平,副主编包远寒。各章分工如下:第一、十、十一、十二、十三章由陈剑平撰写;第二章由金雅萍撰写;第三、四、五、六、七、八、九章由田先纲撰写;第十四、十五、十六、十七、十八章由姚锴撰写;第十九、二十、二十一、二十二、二十三章由包远寒撰写。全书由陈剑平、包远寒统稿。

目 录

第一编 商法总论

第一章 商法概论.....	3
第一节 商法的概念和特征.....	3
第二节 商法的基本原则.....	8
第三节 商事法律关系	13
第四节 商事登记和商事账簿制度	19
第二章 商事立法的历史沿革	28
第一节 商法的产生和发展	28
第二节 外国商事立法概况	32
第三节 中国商事立法概况	38

第二编 公 司 法

第三章 公司法概述	43
第一节 公司的概念和法律特征	43



第二节	公司法的概念和调整对象	55
第三节	公司立法的历史沿革	58
第四章	公司的一般规定	67
第一节	公司设立	67
第二节	公司章程	73
第三节	公司资本	78
第四节	公司债	87
第五节	公司的财务会计制度	97
第六节	公司的合并、分立、解散和清算	109
第五章	有限责任公司	121
第一节	有限责任公司的概念和特征	121
第二节	有限责任公司的设立	123
第三节	有限责任公司的组织机构	128
第四节	国有独资公司	141
第六章	股份有限公司	147
第一节	股份有限公司的概念和特征	147
第二节	股份有限公司的设立	149
第三节	股份有限公司的组织机构	156
第四节	股份有限公司的股份发行和转让	164

第三编 破 产 法

第七章	破产法概述	183
第一节	破产的概念和法律特征	183

第二节 破产法的概念和调整对象·····	186
第三节 破产立法的历史沿革·····	189
第八章 破产法的程序规范 ·····	197
第一节 破产申请与受理·····	197
第二节 债权人会议·····	214
第三节 破产和解与整顿·····	217
第四节 破产宣告和破产清算·····	222
第九章 破产法的实体规范 ·····	230
第一节 破产财产·····	230
第二节 破产债权·····	234
第三节 取回权、别除权、抵消权·····	239
第四节 破产财产的变价和分配·····	246

第四编 票据法律制度

第十章 票据法概述 ·····	253
第一节 票据概述·····	253
第二节 票据法的概念和调整对象·····	257
第三节 票据立法的历史沿革·····	262
第十一章 票据法总论 ·····	266
第一节 票据行为·····	266
第二节 票据权利·····	271
第三节 票据抗辩·····	283

第十二章 汇票制度	289
第一节 汇票概述.....	289
第二节 汇票的出票.....	294
第三节 汇票的背书.....	296
第四节 汇票的承兑.....	298
第五节 汇票的保证.....	300
第六节 汇票的付款.....	302
第七节 汇票的追索权.....	304

第十三章 本票和支票	307
第一节 本票.....	307
第二节 支票.....	310

第五编 保 险 法

第十四章 保险法概述	317
第一节 保险的概念和法律特征.....	317
第二节 保险法的概念和调整对象.....	322
第三节 保险法历史沿革.....	325
第四节 保险法的基本原则.....	329

第十五章 保险合同	335
第一节 保险合同的 概念、法律特征和分类	335
第二节 保险合同的主体.....	340
第三节 保险合同的订立.....	341
第四节 保险合同的内容.....	344
第五节 保险合同的履行.....	347

第六节 保险合同的变更、解除和终止	350
第十六章 财产保险	354
第一节 财产保险概述	354
第二节 财产保险的索赔和理赔	359
第三节 财产损失保险	365
第四节 责任保险	373
第五节 保证保险、信用保险	382
第十七章 人身保险	387
第一节 人身保险的基本内容	387
第二节 人身保险的常见条款	391
第三节 人身保险的受益人	394
第四节 几种主要的人身保险	397
第十八章 保险业	404
第一节 保险公司	404
第二节 保险经营规则	412
第三节 保险业的监督管理	418
第四节 保险代理人和保险经纪人	423

第六编 海 商 法

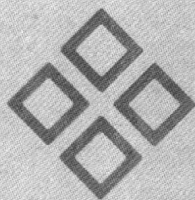
第十九章 海商法概述	431
第一节 海商的概念	431
第二节 海商法的概念和调整对象	432
第三节 海商立法的历史沿革	435



第二十章 海商法总论	438
第一节 船员.....	438
第二节 船舶.....	442
第三节 船舶物权.....	444
第四节 海事赔偿责任限制.....	451
第二十一章 海商法律制度	456
第一节 国际海上货物运输合同.....	456
第二节 提单.....	464
第三节 航次租船合同.....	471
第四节 多式联运合同.....	475
第五节 定期租船合同.....	476
第二十二章 海事法律制度	480
第一节 船舶碰撞.....	480
第二节 海难救助.....	483
第三节 共同海损.....	488
第二十三章 海上保险	495
第一节 船舶保险.....	495
第二节 海上货物运输保险.....	502
参考书目	510

第一编

商法总论



S H A N G F A Z O N G L U N

第一章

商法概论

第一节 商法的概念和特征

一、商的含义

要理解商法的概念,首先须理解“商”的含义。“商”一词又称“商事”,在英语和法语中称“commerce”,在德语中称“handels”,在日语中称“商”。其含义十分广泛和丰富,不仅在不同的历史时期有不同的含义,而且在不同的学科中也有不同的含义。

在经济学中,“商”的含义是指介于生产与消费之间的活动。传统的工农业活动中生产出来的产品,要进入消费领域供人们消费,必须经过中介人员的活动,他们从生产者手中买下产品,然后又转手卖给消费者。这种买卖活动将生产和消费连接起来,使社会经济活动得以顺利进行下去。这些介于生产者和消费者之间的从事买卖活动的人,就是传统经济学意义上的商人,他们所进行的买卖活动则被称为商业活动,或者称为商事活动。随着商品经济的发展,“商”的含义更加丰富,商事活动的范围也不断扩大,“现代商人,除了经销商人外,还包括制造商、证券商、保险商、运输商(含海商)、广告商、代理商等”^①。

^① 徐学鹿:《商法是市场经济的内在要求》,载于《南京大学法学评论》,1995年。

法学上“商”的含义,与经济学上“商”的含义有密切的联系,但又有所不同。大多数商法学者认为,现代商法中的“商”大致可以分为四类:一是买卖商,学者们称之为固有商,指直接进行买卖交易的商事活动。二是辅助商,亦称第二种商,指间接以媒介货物交易为目的的商事活动,如货物运送、仓储、居间、代理、行纪、包装等,辅助商起到了辅助固有商活动得以顺利进行的作用。三是指与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供有商业条件的营业活动,如银行、信托、承揽、运送、制造、加工、出版、印刷、摄影营业等,学者称此为第三种商。四是指仅与辅助商或第三种商有牵连关系的营业活动,如广告宣传、人身与财产保险、旅馆饭店、旅游服务、娱乐业、信息咨询等,学者称此为第四种商。商人们从事上述四类商事活动的目的都是为了营利。因此,在法学中,“商”的含义是指从事买卖及与之相关行业工作的主体所进行的各种营利性活动。

显然,法学上“商”的范围远比经济学上“商”的范围来得广泛。

二、商法的概念

商法,亦称商事法,是调整商人在从事商事活动中所形成的社会关系的法律规范的总称。

商法可以分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法,是指民商分别立法的国家所制定的专门命名为“商法典”的法律。据统计,迄今为止,已有法国、德国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙、奥地利、卢森堡、希腊、埃及、巴西、智利、阿根廷等40多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。英美法系国家原先没有商法典,20世纪下半叶,为了方便商事交易,美国也制定了具有美国特色的《统一商法典》。实质意义上的商法,是指所有调整商事关系的法律规范的总称。这些法律规范并不一定以商法命名,除了表现为专门的单行法律法规之外,还大量散见于民法、行政法、经济法等其他部门法以及有关的判例规则之中。从各国的立法实践情况看,形式意义上的商法只存在于民商分立的国家,而实质意义上

的商法既存在民商分立的国家,也存在于民商合一的国家。

我国不存在形式意义上的商法,但是迄今为止,已有大量的实质意义上的商法存在,如《公司法》、《合同法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《企业破产法》(试行)等,因此也可以说,我国已经有商法。

三、商法的特征

和其他法律相比,商法具有以下特征:

(一) 商法的营利性

商人们从事商事活动,其主要目的就是为了营利,商事关系的本质也是在于营利。关于商法的营利性,台湾学者张国健认为:“商事法与民法(尤其是债篇),虽同为规定关于国民经济生活的法律,有其共同的原理,论其性质,两者颇有不同。盖商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利;民法所规定者,则偏重于保护一般社会公众之利益。”^①因此,从商法的内容看,无论是商事登记制度、商事账簿制度、商事财产制度、商事名称制度,还是有关买卖、合同、运输、仓储、保险、海商、票据和支付结算、证券等方面的具体规定,都是从适应和维护商事活动的营利性方面进行立法的。另外,从主体法定、维护交易公平、促进交易迅捷、保障交易安全等商法的基本原则来看,均反映了商法营利性的特征。

(二) 商法的技术性

从社会学角度来看,所有的法律条款可以分为伦理性条款和技术性条款两大类。民法条款绝大多数属于伦理性条款,当事人凭一般的社会常识和伦理判断,就可大致确定其行为的性质。但是,商法就具有较强的技术性,当事人没有一定的专业知识和专业判断能力,很难马上理解商法中技术性条款的实质含义。如公司法中关于公司组织形式、股权、利益的配置、股票发行和股票交易程序等规定,都体现出现代企业制度设计的技术框架;票据法中关于发票行为、背书行

^① 张国健:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第23页。

为、承兑行为、票据抗辩、追索权的行使等规定,均为技术性规范;保险法中关于保险费用、保险金额、保险标的、理赔规则等则涉及到数学及统计学上的原理;海商法中关于船舶、拖带、船舶碰撞、共同海损、理算规则等条款中也涉及大量的技术性规范内容。

商法的技术性特征不仅体现在具体的规范内容中,而且还体现在不同规则之间的整体性协调上。如公司法中关于股票种类、发行和交易的规定与证券法的相关规定协调一致;合同法中关于价格和酬金条款,与票据法和银行法的支付结算规定协调一致等。没有不同规则之间的整体性协调,商法规范商事主体行为,建立稳定和谐的商事活动秩序的目的就不可能实现。

(三) 商法的兼容性

公法和私法是传统法学理论对法的体系的一种分类。商法在传统上属于私法范畴,强调商事主体意思自治原则和权利义务对等关系,鼓励各类商事主体在市场经济中自由竞争,国家对其活动一般都不加干预,这使得商法的私法性质十分明显。19世纪末,资本主义由自由竞争阶段向垄断阶段过渡,多数国家放弃了不干预社会经济活动的自由放任主义政策,通过大规模干预政策介入了商法领域,其典型方式“就是向传统商法输入刑法、社会法等与经济活动有关的公法规范,从而拓宽商法的领域”^①。在此背景下,传统商法内容产生了历史性的变化,即所谓的“商法公法化”,商法中的许多规范具有了国家强制性,原先当事人的自由意志则受到一定限制,例如,公司法中对公司注册与公告的规定;票据法中对签发空头支票要依法追究刑事责任的规定;保险法中关于对保险代理人和保险经纪人主体资格和经营行为监管的规定等,都属公法的性质。

但是就商法的本质而言,还是属于私法。商法中引入的一些公法性规定,其主要目的是借助公法性规定,来保障其私法性规定的实

^① 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第133页。