

商 法

公司股票债券的基础理论与实务

徐学鹿 编著

北京农业大学出版社

写在前面

当前，我国在发展有计划的商品经济中，各地开办了为数众多的公司，组建了企业集团，一些公司、企业还通过发行股票、债券等筹集资金，运用票据支付货款，参加保险等。诸如此类的问题，凡是有商法典的国家其中均作了明确的规定。我国由于商法不健全，人们对商法较为陌生。因此，对如何组建公司、企业集团，如何使用票据和发行股票、债券等，缺乏系统而准确的了解。针对这种情况，本书较为系统、准确、集中地回答了如何组建有限责任公司、股份有限公司、涉外公司、企业集团；具体地介绍了企业怎样发行和使用票据、股票、债券等有偿证券，以及如何发放股息、红利，有偿证券如何进行交易等方面的基础理论和法律实务，具有较规范的可操作性。本书在完稿中，限于作者的水平等各方面的原因，难免有疏漏和错误，敬请读者批评、指正。

作 者

1991年9月于北京商学院商法研究所

商 法

公司 股票 债券的基础理论与实务

徐学虞 编著

责任编辑：沈 重

封面设计：李泽生

*

北京农业大学出版社出版

(北京市海淀区圆明园西路二号)

北京商学院印刷厂印刷

新华书店首都发行所发行

*

787×1092毫米 32开本 17.75印张 396千字

1991年11月第1版 1991年11月第1次印刷

印数：4000

ISBN 7-81002-306-3/D·307

定价： 8.80元

目 录

第一章 商法概述	(1)
第一节 商法的概念和原则	(1)
第二节 商法的产生和发展	(11)
第二章 商法主体	(24)
第一节 商法主体概述	(24)
第二节 商业登记	(36)
第三节 商业字号	(44)
第四节 商业帐簿	(48)
第五节 商事代理	(53)
第三章 公司法	(62)
第一节 公司法概述	(62)
第二节 公司的种类和特征	(69)
第三节 公司的设立、合并和解散	(77)
第四节 对公司违法行为的处罚	(85)
第四章 股份有限公司	(94)
第一节 概述	(94)
第二节 设立	(102)
第三节 资本	(109)
第四节 机关	(115)
第五节 财务、会计和审计	(127)

第六节	合并、终止和清算	(133)
第七节	整理和更生	(141)
第八节	企业集团	(150)
第五章	有限责任公司	(156)
第一节	概述	(156)
第二节	设立	(159)
第三节	股份及股东	(166)
第四节	机构	(172)
第五节	合并和解散	(179)
第六章	涉外公司	(183)
第一节	涉外公司概况	(183)
第二节	中外合资、合作、外资公司	(187)
第三节	中外股份有限公司	(194)
第四节	重整、变更、解散和清算	(207)
第七章	股票、债券与证券交易市场	(217)
第一节	股票	(217)
第二节	债券	(226)
第三节	证券交易市场	(241)
第八章	商行为	(249)
第一节	商行为概述	(249)
第二节	买卖	(259)
第三节	居间、委托、信托	(290)
第九章	票据法	(302)
第一节	票据法概述	(302)
第二节	汇票	(317)
第三节	本票和支票	(334)

第十章 保险法	(344)
第一节 保险法概述	(344)
第二节 保险合同	(358)
第三节 财产保险	(369)
第四节 人身保险	(404)
第五节 保险企业	(419)
第十一章 海商法	(429)
第一节 海商法概述	(429)
第二节 船舶	(432)
第三节 船员及船长	(439)
第四节 海上运输	(442)
第五节 船舶碰撞	(457)
第六节 海难救助	(458)
第七节 共同海损	(461)
第八节 海上保险	(465)
第十二章 破产法	(472)
第一节 破产法概述	(472)
第二节 破产实体法律制度	(480)
第三节 破产程序法律制度	(514)
第四节 破产的法律责任	(547)
第五节 破产救济	(555)

第一章 商法概述

第一节 商法的概念和原则

一、商法的涵义

商法是以市场为环境，以企业为主体，以效益为中心，调整现代商品经济关系的基本法。

商法是关于商人和商行为的法律。一般包括“组织法”和“行为法”两大部分的内容。

商人除个体商人外，主要是规定独资企业、合伙企业，特别是各种公司的法律制度，如商业登记、商号、商业帐簿、商业代理等，以及公司、票据、破产制度等，这些制度是关于商业交易基础条件和手段的规定，关系到商人主体资格的取得，关系到交易中的支付，关系到债权人的利益，是确保交易安全和提高效率的法律制度。因此，人们认为这方面的制度是属于技术性的法律制度。世界上各个国家社会制度尽管不同，但这方面的规定大致是相同的。

我国要发展有计划的商品经济，必须有市场。“哪里有社会分工和商品生产，哪里就有市场。”（《列宁全集》第1卷，第83页）有市场就不能没有商人，商人是市场的主体。我国要完善市场体系，说到底就是要完善商人法律制度。没有商人法律制度，不可能发挥市场机制。商人在市场上的活

动，要富有成效，要在法律允许的范围内，就必须建立相应的商行为法律制度。有商法典国家一般要专章规定商行为。例如，《日本商法典》第3编对商行为作了专门规定。规范商人合法的营利行为，如买卖、居间、行纪、仓储、保险、票据、海商等商行为，才能始终把提高经济效益作为全部经济工作的中心落在实处。

二、当前影响完善我国商法的理论障碍

当前影响完善我国商法的理论障碍，主要是商业法就是商法的等同论和民法商法应当合一立法的合一论。

商业法就是商法的等同论，颠倒了二者的关系。准确地说商业法是指商业法规，商业法规是商法的组成部分，不少国家除了颁布商法典外，均颁布各种单行商业法规，作为商法典的补充。这种现象的出现是与商法本身的性质和特点有关。（参《改革开放中的商法理论与实践》中国法制出版社，第6—10页）

民法商法合一论，从理论上说将导致民法体系更加庞杂，从而加巨其内部的不和谐；实践上不利于与我国有计划商品经济相适应的法律体系的建立。因为一些商品经济发达的国家，至今仍认为商法是与民法截然不同的一种法律。例如，法国在1807年《法国民法典》，仅颁布三年后，又颁布了《法国商法典》，并且独立于民法的地位至今依然如故。（同上，第10—16页）

三、商法的分类

（一）从时代分，可分为古代商事法、中世纪商事法、

近代商事法。

古代商事法不是独立的法的部门，散见于刑法等法律中有关的商事规范。

中世纪商事法属于习惯法、行会法，不是国家制定的法律。

近代商事法是国家制定的商事法，最早由国家制定的商法典，是1807年颁布的《法国商法典》。

(二) 从包含的范围分，可分为广义商事法及狭义商事法。

广义商法包括国际商法和国内商法。国际商法如国际间的商事条约、公约、协定，国际间共同遵守的商事惯例等。国内商法包括商事公法和商事私法。商事公法，如宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法等有关商事的规定。商事私法，在民商分别立法的国家，包括商法法典；商事特别法，如商业登记、商会等单行法；商事惯例。在民商合一立法的国家，包括民法典中的商事规定；商事特别法，如公司、票据、保险、海商、破产等单行法；商事习惯法。

狭义商事法仅指国内的商事私法。

(三) 从法系上分，可分为大陆法系、英美法系商事法。

大陆法系商事法，包括法国商事法系、德国商事法系及折衷商事法系。法国商事法系是以商行为作为立法的基础，如卢森堡、西班牙、葡萄牙、希腊、埃及、土耳其、阿根廷、乌拉圭、墨西哥、秘鲁等。德国商事法系是以商人作为立法的基础，如澳大利亚等。折衷商事法系是兼以商行为及商人为标准立法。

英美法系商事法，没有商法法典，是以习惯法及判例为其表现形式。英国及美国后来都颁布了单行商事制定法，如英国票据法、公司法、合伙法、破产法、商品买卖法等。美国除各州的商事单行制定法外，联邦制定的有州际通商法、破产法等，以及编纂公布被多数州采用的《美国统一商法典》。日本旧商法以商人，新商法以商行为标准立法，第二次世界大战后，又倾向于英美法系。

（四）从表现形式上分，可分为形式商法和实质商法。

形式商法是指经过制定法典程序所制定的商法典；实质商法是指一切有关商事的商事法律、法规、规章。目前，在我国虽然没有颁布一部形式意义上的商法典，但因我国存在广泛的商品生产和商品交换，与此相适应也存在大量的实质意义的商事法律、法规和规章。

四、商法的渊源及运用

（一）商法的渊源

1. 国家立法

国家立法是商法的主要表现形式，是指国家制定的规范性文件，如法律、法规等。目前有四种情况：第一种是实行民法、商法分别立法，不少国家颁布了商法典。第二种是实行民商合一，在民法典之外颁布公司、票据、保险、海商、破产等单行商事法。第三种是内外不分统一适用，如不管大陆法系或英美法系国家，国际、国内货物买卖，都适用一套买卖法。第四种是内外有别，分别立法。一些社会主义国家有对外的商法，或者称国际商法、国际贸易法，还有对内的各种商法规范。

2. 国际条约

国际条约是国家间关于相互权利义务的书而协议。针对各国商法，特别是商行为法的差异，给国家间商品交易造成的困难和障碍，国家之间缔结了一些商品交易共同遵守的条约或协定。这些条约一般只对参加国有约束力，对没有参加条约的国家，实际上往往也参照条约的规定办理。

国际条约除了用条约的名称外，还可以用公约、协定或议定书的名称。

3. 商事惯例

商事惯例包括国内商事惯例和国际商事惯例。国内商事惯例有待整理。国际商事惯例是由某些国际组织商业团体把相互交易长期实践中形成的一些习惯作法或先例编纂成册，或者加以解释，被广泛应用的习惯作法和通例。惯例不象条约对参加国具有法律效力，是一种任意性的规则，只有当事人在合同中明确约定适用某项惯例时，当事人才受这一惯例的约束。

商事惯例主要有贸易术语、支付结算、共同海损理算、区域性行业性的惯例。

（二）商法的适用

1. 适用的范围比较宽。企业在国内内一切以营利为目的的行为。

2. 适用的效力比较优。先于民法适用，效力优于民法。例如，民法有关于法人的规定，商业要登记取得主体资格，公司要设立取得法人资格，首先要适用商法的商业登记法和公司法的公司设立登记的规定。

3. 适用的顺序有特点。表现在以下几点：

首先,适用的是商事自治法。就是公司和其他商事企业制定的章程,以及合同条款。章程在不违反国家强行法的前提下,具有法律效力,并且在一切商事法律、法规中,首先适用。因为它是商法的一般规定,与千差万别的具体企业的实际情况结合,又得到国家法律认可的行为规范。合同将具体的商行为与法律规定结合,就具有自治法的效力。

其次,适用的是商事特别法及本国参加签字承认的商事条约。在商法典之外颁布的各种商业法规是对商法的一般规定的补充,一般是针对当时、当地的特殊情况所作的具体规定。因此,适用中优先于普通法。各种参加签字的商事条约也是商事特别法。

第三,商法典。国家按照立法程序,对企业组织和行为所作的最基本的规定。

第四,商习惯法。各种商事习惯给以法律上的确认的行为规范。

上述商事法规范适用上均优先于民事特别法、民法典、民事习惯法。

五、商法的特征

商法具有形成的规律性,规范的技术性和进步性,主体的单一性,行为的营利性,制度的有效性,方法的灵活性,结构的系统性,适用的广泛性等特征。这些特征是商法本质属性的集中反映。分析、研究、充分认识这些特征,有利于正确认识商法,从而重视商法,以便充分发挥商法在我国初步建立有计划商品经济新体制中的作用。(参《改革开放中的商法理论与实践》第61—69页)

六、商法与民法、经济法的关系

(一) 商法与民法的关系

商法与民法的关系极为密切。

1. 两者都是调整财产关系的法。民法调整的财产关系，包括人身非财产关系；商法调整的财产关系，是纯粹的财产关系，没有民法的人身非财产关系。

2. 两者都属于传统的私法。民法与商法都具有私法的共同原则，即协议就是法律；自由原则；平等原则；权利、义务相对等的原则。但是，民法纯粹属于私法。商法虽然也是私法，为了保证私法规定的实现，往往规定一些公法性质的条款。公法的原则是，公法的规范不能由私人间的协议加以变更，也就是说公法的规范是命令性、强制性的，是无条件的义务。商法从私法的放任主义到干涉主义的现象，被人们称为“私法公法化”。这种现象具体表现为在商法规范里有不少刑法、民刑诉讼法、行政法等公法的规范。例如，关于公司登记、商业登记的规定。公司、商业企业设立必须登记，没有协商的余地，而且权利、义务也不对等。在公司、票据、海商、保险法中，都有商事犯罪的规定。说明国家非常重视运用国家权利，通过法律对企业实施监督和控制。

3. 民法正在商法化。商事立法有采取民法商法分别立法和民法商法合一立法的两种体制。合一的结果并不是商法被民法吸收，而是民法被商法所征服。民法商法化正在席卷全球，具体表现是：

(1) 英美法系国家，特别是美国，不再重视民事立法，而非常重视商事立法。美国的《统一商法典》已被除路

易斯安娜州以外的其他各州所采用。英国也颁布了不少商事制定法。

(2) 大陆法系在民商合一的国家中，民法大量采用商法关于商事交易中各种有利于加速和扩大商品流转的原则，如营利性原则、简易迅速原则、加重责任原则、外观主义原则、风险分担原则等；过去属于民法调整的领域，变为按商法调整，如商业登记、商事代理、商号等。但是，合一的结果从民法角度看，其内容更加庞杂、体系更加紊乱、规范更加不协调。

(3) 大陆法系民商分立的国家，商法的适用先于民法，其效力也优于民法。这是因为对民法来说，商法是特别法，特别法优先普通法而适用，也就是说只有当商法没有规定时，才适用民法，如关于物权、债权的一般规定。并且商法有不少公法性规定，所以效力优越于民法。

4. 商法有自己特殊的规范。商法规范大致有三种情况：

一种是自己独创的民法中没有的各种商法制度。如商人、商业登记、商号、商业帐簿等。

第二种是对民法中的一些规定的补充或变更，前者如商事代理对民事代理的规定，商法关于商业使用人、公司法关于公司及经理对于民法社团及经理人的规定等；后者如商法关于商行为对民法的民事行为的规定以及与此相连的商法对短期消灭时效、法定利率的规定，对民法一般请求权消灭时效，及一般利率规定的变更等。

第三种是以商法来规定民法制度的特殊性规范，如商法规定的公司是对民法社团法人的特殊规定。公司是以营利为目的的社团法人，不同于民法的公益社团法人。公司法对公

司是营利社团法人这种特殊性。作了具体、详细的规定。

(二) 商法与经济法的关系

1. 两者都是调整经济关系的法。由于对经济法的理解不同,对二者的关系理解也就不同。一种理解是经济法是调整一切经济关系的法,这样经济法不仅包括商法,也包括民法。这就要求作为普通法的经济法,提供调整全部经济关系的基本法律制度。实践证明,从复杂的所有经济关系中概括出普遍一般适用的高于民法、商法已有法律制度的基本法律,是有难度的。

第二种是中义的理解,即经济法是国家干预企业的各种法规。这与商法有重合的地方,如果经济法借鉴商法全部调整企业内外关系的基本法律制度,实际就是商法。但是,经济法与商法二者体现的原则是不同的,这就有可能发生法律原则和具体法律制度发生不相协调的现象。

第三种是狭义的理解,即经济法是国家干预各种经济活动的一些单行法规。这些单行的经济法规是适应当时、当地的特殊情况,国家或地方颁布的,它既可能是商法的补充,如各种商业法规、企业法规等;也可能是民法的补充。目前,世界上有民法典及商法典,以及没有民商法典的国家,大多数采用这种办法。

2. 经济法是纯粹的公法。商法具有私法公法化的特征。作为公法的经济法,是国家干预经济的法,其体现的原则是公法原则。商法的私法公法化其基本属性还是私法,体现私法原则。经济法最有代表性的,也是最重要的法规,是反垄断和反不正当竞争法,它是国家用来禁止垄断和不正当竞争,维持正当竞争的经济管理法,充分体现了国家对经济的干预。

其他如国家对市场、对价格的干预等，从总的来说都是为了保护竞争、限制垄断和不公平交易，对经济活动所进行的干预。商法虽然具有公法的因素，但商法的组织法和行为法，特别是商行为法中，大量体现的还是协商、自由、平等的原则，是有国家干涉的放任主义。

3. 商法有经过发展商品经济实践验证的法典。从1807年《法国商法典》问世，近200年的商品经济活动证明，商法典所形成的体系是完整的，制度是有效的，规范是科学的，是发展商品经济不可缺少的法律部门。经济法在干预经济方面，历史上的作用也是肯定的。但由于对其内涵、外延的不同理解，除了捷克斯洛伐克曾经有一部经济法典外，其他各国都是国家干预的经济法规，其体系、结构都在探索之中。

4. 商法需要有各种经济法规作补充。在商品经济条件下需要有商法作出一般规定，使商品经济在商法规范的大框架内有序的运行。随着商品经济不断发展，还需要因时、因地、因情况的变化，对“框架”性规定，作出各种具体的、补充性规定。这些经济法规无论在适用和效力上，都优于商法典，是特殊和普通法的关系，特别法优于普通法。

七、商法的原则

商法原则是集中体现上述商法性质，调整商事关系必须遵循的普遍行为准则，是制定商法典的根本出发点。不同国家商法体现的原则是不尽相同的，要制定一部适应我国初步建立社会主义有计划商品经济新体制的商法，其主要原则为严、活结合的原则；营利性原则；简易迅速原则；安全交易原则；公平交易原则；有限责任原则；适任原则。（参《改革

第二节 商法的产生和发展

一、商法的产生

调整商品交换关系的商事法律规范，古已有之。商法作为一个独立的法律部门，是随着商业的复兴和发展才出现的。中世纪时，地中海沿岸的一些城市商业交往比较发达，商人在经营商业中为了摆脱封建及宗教势力的支配，各地商人逐渐组成一种团体。这种团体有自治权和裁判权，可以按自己的商事生活习惯，订立自治规约，久而久之，形成一种商人法。这种商人法只适用于商人团体以内，其解释和适用都属于商人组成的商业法庭。中世纪末期，随着封建势力的衰落，新兴的资产阶级要求制定统一商法，以便保护和发展自由贸易，原来商人团体的商事习惯法，逐渐演变而为国家的立法。由此可见，商法的产生：第一，是商品经济进一步发展的内在要求。商品经济的发展，促使商人形成一种势力，他们要求脱离封建领主的司法管辖及宗教势力的支配，要求保护和发展自由贸易。而进入资本主义社会商品经济的进一步发展，“人与人之间的一切关系（个人的或国家的），都被归结为商业关系”，这种经济发展的内在要求，必须从原来作为自治规范的商人法，发展成为国家制定的统一的商事立法。商法作为独立法律部门的历史是符合部门法产生的一般规律的。这种规律是：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、