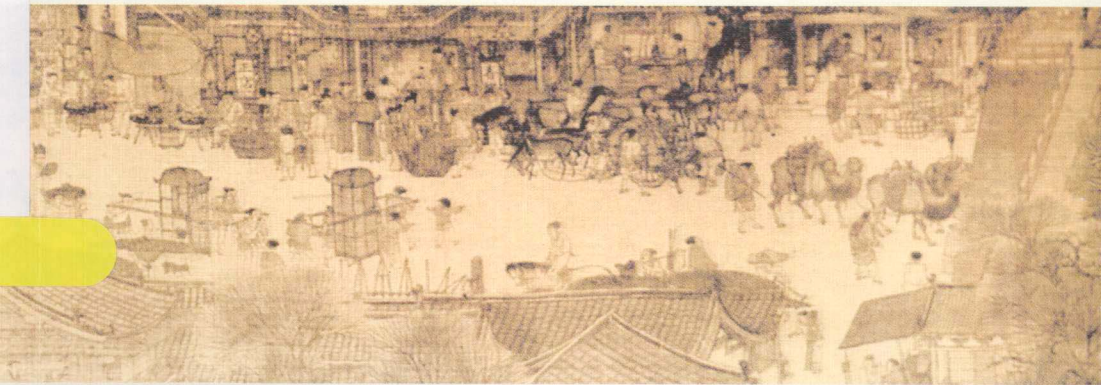


商法导论

徐强胜 著

中原法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013060282

D913.990.4
20

中原法学文库

徐强胜
著

商法导论



D913.990.4
20



北航

C1666726



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法导论 / 徐强胜著. —北京: 法律出版社,
2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5093 - 5

I. ①商… II. ①徐… III. ①商法—研究 IV.
①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 144061 号

商法导论

徐强胜 著

责任编辑 高山

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 13.75 字数 337 千

印次 2013年7月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5093 - 5

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1666726

目 录

引言 现代商法与法律思维 001

第一章 商法的概念、功能与发展 017

第一节 商法的概念 017

第二节 商法的功能 026

第三节 现代商法的发展 029

第二章 商法与私法 040

第一节 民商法与私法 040

第二节 商法与民法的差异 043

第三节 民法的商法化与商法的民法化 052

第三章 商法与公法 063

第一节 公法的特性与功能 063

第二节 商法的公法化 065

第三节 我国商法的公法化及反思 069

第四章	商法的渊源与规范	083
第一节	商法的渊源	083
第二节	商法的规范	098
第五章	商法的基本原则	113
第一节	商法基本原则概述	113
第二节	企业形态法定原则	115
第三节	企业维持原则	119
第四节	保障交易安全原则	124
第五节	促进交易便捷原则	132
第六节	企业社会责任原则	136
第六章	商事关系	144
第一节	商事关系概述	144
第二节	商事组织法律关系	149
第三节	商事交易关系	168
第七章	商事主体概述	178
第一节	商事主体的含义	178
第二节	商事主体的认定	180
第三节	作为商事主体的法律后果	186
第八章	作为现代商人的企业	188
第一节	企业的概念和分类	188

第二节	企业形态的法经济学分析	192
第三节	现代各国企业形态立法的发展及趋势	213
第九章	商事登记	225
第一节	商事登记的概念、性质和功能	225
第二节	商事登记的事项及审查	232
第三节	商事登记的法律效力	241
第四节	我国商事登记的对象、机关与程序	246
第十章	商事名称	254
第一节	商事名称概述	254
第二节	商事名称的构成和使用原则	258
第三节	商事名称权及其保护	267
第四节	商事名称权的继承、转让及出借	271
第十一章	商事营业资产和营业权	275
第一节	商事营业资产的含义及性质	275
第二节	商事营业资产的构成	278
第三节	商事营业资产的转让	281
第四节	营业权	284
第十二章	商事账簿制度	288
第一节	商事账簿概述	288
第二节	商事账簿的制作	301
第三节	商事账簿的保管、监督和责任	311

第十三章 商事行为与法律行为概述 318

- 第一节 商事行为的概念和特征 318
- 第二节 商事行为的分类 321
- 第三节 商事行为与法律行为理论 325

第十四章 商事买卖与担保的特殊规制 337

- 第一节 商事买卖的特殊规制 337
- 第二节 商事担保的特殊规制 343

第十五章 商事代理 350

- 第一节 商事代理的特殊规制理论 350
- 第二节 商事行纪 355
- 第三节 商事居间 364

第十六章 商事货物运输与仓储 370

- 第一节 商事货物运输 370
- 第二节 仓储 383

第十七章 商事融资法律制度 395

- 第一节 商事融资法律制度概述 395
- 第二节 信贷融资法律制度 400
- 第三节 融资租赁法律制度 407

第十八章 商事支付结算制度 415

- 第一节 商事支付结算法律制度概述 415

第二节 银行结算账户 420

第三节 定期往来结算 425

参考文献 428

引言 现代商法与法律思维

一、以调整商人(企业)组织与行为为己任的现代商法

源于中世纪商人法的现代商法,尽管随着商品经济的全面深入社会而不再是关于商人特权的法律,但它仍然是关于商人组织与行为的法律规范。也就是说,与民法相比,商法调整的是具有商人身份的商事主体的组织和行为的。从这个意义上讲,商法是关于商人的组织及营业之法。

首先,商法是关于企业组织之法。现代商人的表现形式已经由传统的商个人转化为各种各样的企业组织,如独资企业、合伙企业和公司企业等形式。企业本非法律概念,但随着企业对于社会的价值和意义,其已经成为法律上的重要概念。日本学者认为,在现代经济社会系统中,企业是有计划、持续地取得利益,并将该利益分配给自身及团体构成人员为目的,进行交易活动的自然人及团体。也就是说,企业是通过为实现自身利益的各利害关系人的行为而形

成的平台。^①

其次,商法是关于商人营业之法。从商法产生那一天起,其就是关于商人的经营行为之法。一般情况下,商人的商行为具有营利性。但这并非说,商人的商行为具有必然的营利性,商人基于经营需要而为的行为,如捐赠、购买办公用品等,都应视为商行为而受商法调整。传统商行为包括商事买卖、商事行纪、商事居间、商事代理、商事运输、商事仓储、商事票据、商事担保、商事保险、海商等。随着新的商业活动的不断产生和发展,更多的新的商事行为也在不断产生和发展,如商事信托、商事期货、商事融资租赁、商事证券交易、商事信息咨询以及商事银行交易、商事投资基金运作、电信经营及网络运营等内容。

尽管我国没有专门的商法典,立法体例采民商合一,法院也以行为为标准来划分所谓的商事案件,但从我国最高人民法院及各级人民法院相关民商事裁决中可以看出,对于有企业一方参与的经营性法律关系,其裁判思维是强调有作为商人一方的企业参与的交往是不同于普通人的民事交往的。因此,从这个意义来看,在我国,商法也应该是关于企业组织与行为之法。如此判断,不仅符合世界各国关于商法的认识与实践,也符合我国目前及未来经济发展中强化企业自身素质、建立和谐社会的需求。

总之,商法主要是调整具有商人身份的企业组织与行为的法律;商法的有关原则、制度设计和规定,基本上都是围绕着如何保护和规范商人的商行为进行的。相应司法适用中,有关法律规范和商业惯例的应用与解释,也均与此相关。

^① [日]落合诚一:《公司法概论》,吴婷等译,法律出版社2011年版,第5页。

二、基于商人的身份以交互性思维处理有关商事经营关系

商事经营关系是指商人在营业过程中对外所发生的以交易为主要内容的法律关系,即商人与商人之间或商人与非商人之间因经营交易而产生的权利义务关系。换言之,这里的权利义务关系是源于经营交易并规范经营交易的。而任何交易,都是一个相互之间讨价还价的过程。在这个过程中,当事人表面上都是平等的,似乎都可以根据自己的意愿和要求相互之间讨价还价。但事实上,商事交易的各方,特别是在仅一方为商人的商事关系中,由于其各自地位、知识及相关信息的掌握都是不对称的,所以,在他们之间并不存在所谓真正的自由还价过程。如果说他们之间在各方面的力量都是一样的,那么法律就没有必要规范他们的交易了。即使是在商人之间,买和卖之间也都存在着一定程度的不对称,更遑论在商人与非商人之间的交易关系了。

所以,尽管现代经济与法律理论都以自由和平等学说为基础,但平等的意义已经转入交互性的意义。^①所谓交互性是指对于交易的当事人,根据其在交易中实际的力量如何而确定权利与义务。对于力量较大者或处于优势者,一般更多地限定其权利,加重其义务;对于力量较弱者或处于劣势者,则更多地扩大其权利,减少其义务。通过这种交互性的权利义务配置,使当事人之间尽量减少因各自地位和能力、知识的不同而导致的不平等以实现真正的平等。可以说,交互性其实就是国家对社会上较弱方的一种照顾,即在进行每一类交易的时候,国家的物质力量总是被动员起来去限制一个阶级或阶层的经济力量从而扩大相反阶级或阶层的经济力量。因此,交互性对于人的一种善恶的官方

^① [美]约翰·R. 康芒斯著:《资本主义的法律基础》,寿勉成译,商务印书馆2003年版,第166页。

评估。^①

在当事人均为商人的经营关系中,一般来说,其相互之间的力量是相对均衡的,无论是知识、能力还是精于计算上。因而,权利义务的交互性并不突出,而更多体现的是一般意义上的权利义务的平等性。在一定意义上,权利的保护对于商人是多余的,而其义务,则基本上都是一样的。也就是说,凡是商人,都要在商事交往中承担相互差不多的义务和责任,其不能享有普通人的某些权利,如《德国民法典》第343条规定,如果违约金过高,当事人一方可以要求减少到适当数额;但《德国商法典》第348条规定,商人在经营其营业中约定的违约金,不得依《民法典》第343条的规定减少。而且,商人不仅在某些情形下不能享有普通人的权利,常常还要承担更高要求的责任,如《德国商法典》第347条第2款规定,《民法典》关于债务人在一定情形只对重大过失负责任或只对其通常在自己事务上应尽之注意负责的规定,不因此而受影响。也就是说,商人不仅要重大过失负责,也要对一般过失负责。

不过,尽管同为商人,但不同经营领域的商人在其各自的经营领域中都具有非该领域商人更多的优势。因此,这时也需要运用交互性理论与方法处理他们之间的纠纷,从而达到公平合理地处理问题的结果。在苏州阳光置业有限公司、新地中心酒店诉苏州文化国际旅行社有限公司新区塔园路营业部、苏州文化国际旅行社有限公司委托合同纠纷案^②中,法院指出,“旅游公司借用星级酒店 POS 机进行刷卡,并在星级酒店获得银行刷卡预付款项后与星级酒店进行结算,在款项的收取和结算上与星级酒店形成委托合同关系。由于星级酒店与银行就境外信

^① [美]约翰·R. 康芒斯著:《资本主义的法律基础》,寿勉成译,商务印书馆2003年版,第167页。

^② 《最高人民法院公报》2012年第8期,第28页。

用卡 POS 机刷卡签有特约商户协议,对境外银行卡的受理条件、操作流程、风险防范和控制有专门的约定,并对酒店刷卡人员进行了专业的培训,因此星级酒店在有关境外信用卡的刷卡业务上具有一般商事主体不具备的专业知识和风险控制能力。星级酒店在受委托操作 POS 机刷卡时,特别是受理如无卡无密这种风险较高的境外信用卡刷卡业务时,应进行认真核查,负有审慎和风险告知的义务。否则即构成重大过失,应对完成委托事务过程中造成的损害承担相应的赔偿责任”。也就是说,由于星级酒店在有关境外信用卡的刷卡业务上具有更多的智识、经验和更高的专业性等,其须在相应商业活动中为此负有更多的注意义务并承担更重的责任。

在当事人一方为商人,另一方为非商人的商事关系中,双方各自的身份与地位决定了他们之间权利义务的交互性。也正因如此,各国纷纷制定了对在商事关系中处于弱勢的消费者的特殊保护法律,即消费者保护法。不仅如此,各国还专门制定了其他各种各样的法律来保护消费者,如产品质量责任法、金融消费法、隐私法等,并因而形成了不同于传统商法的法域。尽管如此,当我们从商人商行为的角度看待时,相应的法律关系仍为商事关系。^① 在这种商事关系中,不仅需要法律明确规定作为商人一方更多的义务与责任,如根据《德国商法典》第 362 条规定,对于商业交易中的要约,商人有不迟延答复的义务,但非商人则无;而且,也需要在司法实践中以商人基于其地位和身份而应该负有更多义务和责任的原则或观念处理相应纠纷,如英国法院在一起金融隐私权保护的案子中指出,银行对金融隐私权保护的范围不限于客户的

^① 也就是说,在这种法律关系中,如果我们从消费者保护角度看,其是一种消费者保护法律关系;如果我们从一般交易角度看,则其是一种商事交易法律关系。角度的不同,意味着看待和解决问题的思路和方法的不同。

账户本身,而是包括了银行因其与客户关系的存在而获得的任何信息,并且这一金融隐私权的保护义务不因客户结清账户或停止使用账户而终止。^①

我国采民商合一立法体例,同时也有大量的专门保护消费者的单行民商事立法,如消费者权益保护法、产品质量责任法、食品安全法等。应该说,这些立法体现了相应商事关系中权利义务的交互性。而且,在一般民商立法中,也规定了作为商人的企业更多的责任,特别是新颁布的《侵权责任法》中就有一些关于企业的责任规定,如明确了经营者的安全保障义务,规定了网络提供者的责任等。但从整体而言,我国相应立法中对于作为商人的企业的义务与责任规定仍然还是不够,特别是在民商一般法的规定中,过于将企业等同于普通人了。受此影响,司法实践中也简单地以所谓平等原则(其实仅是形式上的平等)处理企业与普通人的交易行为,结果导致一系列很值得商榷的判决或决定,如近年来不断出现的银行卡事件,客户的银行卡在自己手中,结果钱被他人异地取走,司法判决竟然认为客户自己也有责任,银行责任很小甚至没有责任;轰动全国的“许霆案”更是让一个因银行的过失导致普通人而获刑的错误判决;这种做法不仅伤害了普通民众,且使作为商人的企业更加不负责任。

不过,我国法院正努力改变这种现象,越来越意识到作为商人的一方应当承担更多的义务与责任。在杨珺诉东台市东盛房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案^②中,法院认为,房地产开发商应当保证其所出售的房屋符合法律规定或者合同约定的质量,其出售的房屋存在

^① E. P. Ellinger, E. Lomnicka, and R. J. A. Hooley, *Modern Banking Law*, Oxford University Press, third Edition, 2002, p. 137.

^② 《最高人民法院公报》2010年第11期,第38页。

质量缺陷的,应当承担相应的修复义务;虽然房屋从设计施工到竣工均经有关行政管理部门审核批准,但不能据此否定房屋存在质量缺陷的客观事实;同时,由于房屋质量缺陷具有隐蔽性,买受人在使用过程中才得以发现,房地产开发商不能以订立合同时所拥有的信息优势来免除其保证房屋质量的法定责任。在梅州市梅江区农村信用合作联社江南信用社诉罗苑玲储蓄合同纠纷案^①中,法院明确指出,银行作为专业金融机构,对于关乎储户切身利益的内部业务规定,负有告知储户的义务;如银行未向储户履行告知义务,当双方对于储蓄合同相关内容的理解产生分歧时,应当按照一般社会生活常识和普遍认知对合同相关内容作出解释,不能片面依照银行内部业务规定解释合同内容。

总之,我国应该在一般民商立法中确立作为商人的企业的更多的责任,使其在经营中能够更加诚信并明确自己的社会责任。在司法实践中则应该树立商人基于其专业性、知识性与职业性而应承担更多义务和责任的交互性法律思维,从而更好地处理相应商事经营纠纷。

三、以企业组织团体稳定并保障相关利益人合法权益为处理企业纠纷的出发点

学界普遍认为,现代企业组织法的一个重要角色是对企业的财产进行了所谓的“分割”,即一个企业组织的债权人可以依此对抗该企业组织的私有财产的所有人和其受益人从而获得对企业财产的优先权。该角色被认为是企业组织法的根本功能。^② 这是从企业作为一个相对独立于投资人的组织而在以自己的名义对外从事活动时必须考虑的问

^① 《最高人民法院公报》2011年第1期,第37页。

^② Henry Hansmann, Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, *The Yale Law Journal*, Vol. 110, p. 393.

题,因为这时的企业须以相对独立的财产为后盾。所以,从这个角度来看,企业法是财产法。但是,当我们从企业组织内部来看待企业法时,其功能更多的是维系围绕着企业组织而产生的一系列当事人之间的关系组合而已,即以相互间的契约关系为纽带维系企业的生存及发展。那么,从这个角度而言,很难不认为企业法不是合同法,只不过这种合同是统一于企业组织法律关系之中的具有模板性质的合同而已。

因此,在一定意义上,企业组织的组成及运作,其实是一个个的人而不是其他。企业组织关系下的各个利益相关者,都会各自考虑自身的经济利害而为实现自己的利益而行事;因而,以预测为前提的对利害关系进行妥当调整的法律规范——企业组织法的立法及解释,必须以了解利害相关方的利害状况为前提。^①也就是说,企业组织不过是围绕企业组织的各种各样的利害相关人为实现其各自利益而形成的平台。

同时,也正是作为这些不同利益关系人的共同利益平台使得企业组织具有了团体的价值与功能。因为,企业须首先以企业利益最大化为目标,这是实现企业所有利益关系人的基础;那么,这就要求所有利益相关者包括股东在内的人均须以维护或至少不违背企业利益为己任;而要维护和实现企业整体利益,显然也要求相关利益人相互之间必须尊重;在一个互不尊重的企业中,是没有所谓企业利益存在的。

前者,即企业是一系列当事人之间的关系组合性,要求须尊重这些当事人之间的意思自治,这在相应企业法中主要体现为任意性规范。后者,即企业的团体性,要求当事人共同维护企业利益并相互理解支持,这在企业法中则主要体现为强制法规范。

在审理涉及企业法适用问题的商事案件中,首先,要尊重企业章程

^① [日]落合诚一:《公司法概论》,吴婷等译,法律出版社2011年版,第24页。

的规定和股东之间的约定,准确识别企业法规范的性质。对不违反企业法禁止性规范的企业内部约定,应当依法认定有效。在南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹏股东会决议罚款纠纷案^①中,法院认为,公司章程关于股东会对股东处以罚款的规定,系公司全体股东所预设的对违反公司章程股东的一种制裁措施,符合公司的整体利益,体现了有限公司的人合性特征,不违反公司法的禁止性规定,应合法有效。其次,对于涉及企业整体利益和其他关系人利益之情事,尽管相应法律规范可能并非为效力性规范,而仅为管理性规范或其他,但如果违反它们也是不能轻易获得法律认可的,否则将危及企业作为团体的稳定性及整体发展。换言之,不能以单纯调整交易行为的合同法的思维理解和判断企业法中以维护团体稳定和保障其发展的强制性规范。如《公司法》第72条规定了有限责任公司的股权转让的条件和程序,它既是对股东的规定,也是对欲受让股权的第三人的要求,该规定是必须得到遵守的。在一定意义上说,当欲受让股权的第三人希望通过受让股权而成为某个公司的股东时,公司法的规定和公司章程的要求就出现在其面前,其有义务了解这些规定和要求,也有义务按照这些规定和要求受让股权,从而也能够有权要求公司及时在股东名册上变更股东并进而在工商管理机关进行变更登记。如果说该规定仅是对于股东的规定,而非对欲受让股权的第三人的要求的话,就必然意味着欲转让股权的股东也可以不遵守该规定。显然这不是该法律规定的本意,因为其结果将损害其他股东的利益从而伤及公司整体的稳定和利益。最后,对于既是法律明确的规定,又允许投资人通过章程加以约定的法律规范,也须放在将整个企业法作为团体法的视野下予以考察和认识。如《公司法》第16条关于公司对外担保的规定,它一方面规定了公司对外提供担保必须

^① 《最高人民法院公报》2012年第10期,第43~48页。