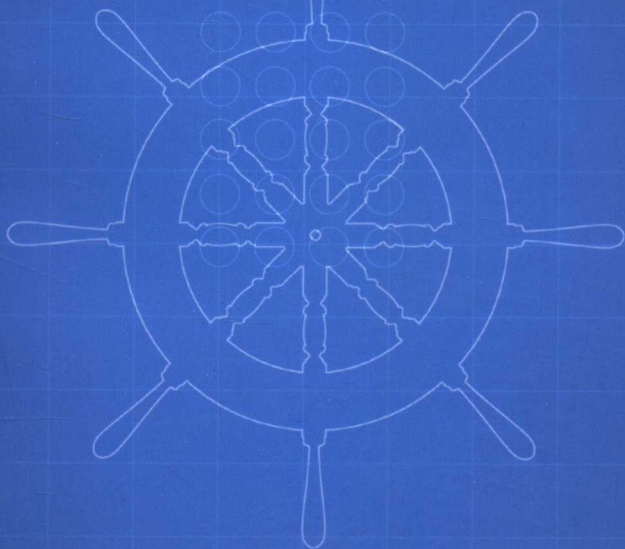


商法·商事责任论

余志勤 王华寿 著



西北大学出版社

商法·商事责任论

余志勤 王华寿 著

西北大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法·商事责任论 / 余志勤, 王华寿著. —西安: 西北大学出版社, 2006. 1

ISBN 7-5604-2105-9

I. 商… II. ①余… ②王… III. 商法—研究—中国
②商法—法律责任—研究 IV. D913.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 005483 号

商 法 · 商 事 责 任 论

余志勤 王华寿 著

西北大学出版社出版发行

(西北大学校内 邮编 710069 电话 88303059 88302590)

新华书店经销 徐州师范大学印刷厂

850 毫米×1168 毫米 1/32 开本 11.5 印张 295 千字

2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-5604-2105-9/D·181 定价: 20.00 元

内容提要

法学界对于商事责任的研究比较薄弱，通常认为它是特别的民事责任而将其疏忽。其实，商法并非民法的特别法，商事责任也并不是特别的民事责任。商法是独立的法律部门，商事责任也因而是一种独立的法律责任。本书旨在论述和解决商事责任的独立问题，力求构建比较合理的商事责任体系。

全书分为商事责任基础理论和商事责任分则两个部分，前者主要研究和解决商法独立、商事责任构成、商事责任形式、商事责任归则原则等理论问题；后者则分门别类论述公司商事责任、保险商事责任、票据商事责任和海事商事责任等，具体分析各种商事责任构成的要件、特点及其补救的责任形式。对于学术界的观点和主张，尤其对商事责任是民事责任及其在这种传统观念影响下造成的一些学术性分歧，进行了比较中肯的剖析与探讨，提出了作者认为相对合理或者说比较稳妥的学术观点，以资共同商榷与提高。

本着理论联系实际的原则，比较严格地区分了商事责任与商事义务，凡是习惯称之为商事责任，而实际上属于商事义务的，例如，履行保险金赔偿的“责任”，一概排除在外，以免以讹传讹，继续造成概念混乱。

目 录

第一章 商事责任基础理论	(1)
第一节 商法的独立	(1)
一、关于商法独立问题的观点	(1)
二、商法独立的主要依据	(2)
第二节 商事责任的地位与特征	(28)
一、商事责任的概念与地位	(28)
二、商事责任的特征	(30)
第三节 商事责任的基本类型及其构成	(35)
一、合法商事行为引起的商事责任	(35)
二、商事违约责任	(38)
三、商事侵权责任	(44)
第四节 商事责任的形式及免责条件	(53)
一、商事责任形式	(53)
二、商事责任的免责条件	(55)
第五节 商事责任的归责原则	(59)
一、商事责任归责原则的概念	(59)
二、过错责任原则	(60)
三、无过错责任原则	(62)
四、法定责任原则	(64)
第二章 公司发起人的商事责任	(67)
第一节 公司发起人商事责任概述	(67)

一、公司发起人商事责任的概念	(67)
二、公司发起人商事责任的主体问题	(67)
三、公司发起人商事责任的性质问题	(69)
第二节 资本充实商事责任	(70)
一、资本充实商事责任的概念与特征	(70)
二、资本充实商事责任的主体	(72)
三、资本充实商事责任的客观要件	(73)
四、资本充实商事责任形式及有关问题	(74)
第三节 拟似发起人商事责任	(75)
一、拟似发起人商事责任的概念	(75)
二、拟似发起人商事责任的主体	(76)
三、拟似发起人商事责任的行为要件	(78)
四、拟似发起人商事责任形式	(80)
第四节 发起人因公司不获成立的商事责任	(81)
一、发起人因公司不获成立的商事责任的概念	(81)
二、发起人因公司不获成立的商事责任的适用范围	(81)
三、发起人因公司不获成立的商事责任的客观要件	(82)
四、发起人因公司不获成立的商事责任形式	(86)
第五节 发起人损害赔偿责任的	(87)
一、发起人损害赔偿责任的概念	(87)
二、发起人损害赔偿责任的主体	(87)
三、侵害公司、第三人财产权或者人身权 的行为	(89)
四、发起人损害赔偿责任形式	(91)
第三章 公司商事责任	(93)
第一节 公司商事责任的概念与特征	(93)
一、公司商事责任的概念	(93)
二、公司商事责任的特征	(93)
第二节 公司对设立行为的商事责任	(94)

一、公司对设立行为的商事责任的概念	(94)
二、公司对设立行为商事责任的构成要件	(95)
三、公司对设立行为的商事责任形式	(98)
第三节 公司变更的商事责任	(98)
一、公司变更的商事责任概述	(98)
二、公司合并的商事责任	(100)
三、公司分立的商事责任	(107)
四、公司组织形态变更的商事责任	(109)
五、股东、董事因公司组织形态变更的商事责任	(112)
第四节 公司违法发行股票的商事责任	(113)
一、公司违法发行股票商事责任的概念和属性	(113)
二、公司违法发行股票的行为	(115)
三、公司违法发行股票商事责任的主观要件	(121)
四、公司违法发行股票的损害事实	(121)
五、公司违法发行股票的商事责任形式	(122)
第五节 公司减资的商事责任	(123)
一、公司减资的商事责任的概念	(123)
二、公司减资的商事责任的主体	(123)
三、公司减资的商事责任的行为要件	(124)
四、公司减资的商事责任的结果要件	(128)
五、公司减资的商事责任形式	(128)
第六节 公司违法发行债券的商事责任	(129)
一、公司违法发行债券的商事责任的概念	(129)
二、公司违法发行债券的商事责任的主体	(129)
三、公司违法发行债券商事责任的行为要件	(130)
四、公司违法发行债券商事责任的主观要件	(133)
五、公司违法发行债券商事责任的客观要件	(133)
六、公司违法发行债券的商事责任形式	(134)
第七节 公司违法上市的商事责任	(135)

一、公司违法上市的商事责任的概念·····	(135)
二、公司违法上市的商事责任的主体·····	(135)
三、公司违法上市行为·····	(136)
四、公司违法上市的商事责任的结果要件·····	(140)
五、公司违法上市的商事责任形式·····	(141)
第八节 无限责任股东的商事责任·····	(142)
一、无限责任股东的商事责任的概念与特征·····	(142)
二、出资债权未能获得清偿的商事责任·····	(144)
三、无限责任股东违反竞业禁止义务的商事责任·····	(148)
第四章 董事、监事商事责任·····	(152)
第一节 董事商事责任·····	(152)
一、董事商事责任的概念与性质·····	(152)
二、董事商事责任的主体·····	(153)
三、损害公司、股东或者第三人商事利益的行为·····	(153)
四、主观上有过错,而且造成了损害结果·····	(159)
五、董事商事责任形式·····	(160)
六、免责条件·····	(160)
第二节 监事或者监察人商事责任·····	(161)
一、监事或者监察人商事责任的概念·····	(161)
二、监事或者监察人商事责任与董事商事责任的 异同·····	(161)
第五章 因票据行为引起的商事责任·····	(163)
第一节 票据追索的商事责任·····	(163)
一、票据追索商事责任的概念·····	(163)
二、票据追索商事责任的主体·····	(163)
三、票据追索商事责任的行为要件·····	(165)
四、票据追索商事责任形式及免责条件·····	(173)
第二节 承兑人到期不付款的商事责任·····	(176)
一、承兑人到期不付款的商事责任的概念与性质·····	(176)

二、承兑人到期不付款的商事责任的行为要件·····	(177)
三、承兑人到期不付款·····	(179)
四、承兑人到期不付款的商事责任的主体·····	(180)
五、承兑人到期不付款的商事责任形式·····	(181)
第三节 期前付款、过错付款的商事责任·····	(181)
一、期前付款、过错付款的商事责任的概念·····	(181)
二、期前付款、过错付款的商事责任的主体·····	(181)
三、期前付款行为或者过错付款行为·····	(182)
四、期前付款、过错付款的商事责任形式·····	(185)
第四节 故意压票, 拖延支付的商事责任·····	(186)
一、故意压票, 拖延支付的商事责任的概念·····	(186)
二、故意压票, 拖延支付行为·····	(186)
三、故意压票, 拖延支付行为造成的损失事实·····	(187)
四、故意压票, 拖延支付的商事责任的主体和主观要件·····	(187)
五、故意压票, 拖延支付的商事责任形式·····	(187)
第五节 票据伪造的商事责任·····	(188)
一、票据伪造的商事责任的概念·····	(188)
二、票据伪造行为·····	(188)
三、票据伪造的商事责任的主观要件·····	(190)
四、票据伪造的商事责任形式·····	(190)
五、免责条件·····	(191)
第六节 票据变造的商事责任·····	(191)
一、票据变造的商事责任的概念·····	(191)
二、票据变造的商事责任的主体·····	(192)
三、票据变造的行为·····	(193)
四、票据变造商事责任的主观要件·····	(194)
五、票据变造的商事责任形式·····	(195)
第六章 保险商事责任·····	(196)

第一节 不履行告知义务的商事责任	(196)
一、不履行告知义务的商事责任的概念	(196)
二、不履行告知义务的商事责任的主体	(196)
三、不履行告知义务	(197)
四、不履行告知义务的商事责任的主观要件	(199)
五、不履行告知义务的商事责任的结果要件	(200)
六、不履行告知义务的商事责任形式	(200)
第二节 迟延履行赔偿或者给付保险金义务的商事责任	(201)
一、迟延履行赔偿或者给付保险金义务的商事责任的概念	(201)
二、迟延履行赔偿或者给付保险金义务的商事责任的主体	(201)
三、迟延履行赔偿或者给付保险金义务的行为	(202)
四、被保险人或者受益人的损失	(204)
五、迟延履行赔偿或者给付保险金义务的商事责任形式	(205)
第三节 骗取保险金的商事责任	(205)
一、骗取保险金的商事责任的概念	(205)
二、骗取保险金的商事责任的主体	(205)
三、骗取保险金的商事责任的行为要件	(206)
四、骗取保险金的商事责任的结果要件	(208)
五、骗取保险金的商事责任的主观要件	(209)
六、骗取保险金的商事责任形式	(209)
第四节 妨害代位求偿的商事责任	(210)
一、妨害代位求偿的商事责任的概念	(210)
二、妨害代位求偿的商事责任的主体	(210)
三、妨害代位求偿的行为	(210)
四、妨害代位求偿的商事责任的结果要件	(214)

五、妨害代位求偿的商事责任形式·····	(215)
第五节 过错保险经纪行为的商事责任·····	(215)
一、过错保险经纪行为的商事责任的概念·····	(215)
二、过错保险经纪行为的商事责任的主体·····	(215)
三、过错保险经纪行为·····	(215)
四、过错保险经纪行为的商事责任的结果要件·····	(217)
五、过错保险经纪行为的商事责任形式·····	(217)
第七章 海事商事责任·····	(218)
第一节 海上货物运输违约责任·····	(218)
一、海上货物运输违约责任的概念·····	(218)
二、海上货物运输违约责任的主体·····	(218)
三、海上货物运输违约行为·····	(220)
四、海上货物运输违约责任构成的结果要件·····	(228)
五、海上货特运输违约责任形式和免责条件·····	(229)
六、赔偿责任限制·····	(234)
第二节 海上旅客运输违约责任·····	(236)
一、海上旅客运输违约责任的概念·····	(236)
二、海上旅客运输违约责任的主体·····	(237)
三、海上旅客运输违约行为·····	(237)
四、海上旅客运输违约责任的主观要件·····	(242)
五、海上旅客运输违约责任的结果要件·····	(243)
六、海上旅客运输违约责任形式·····	(244)
七、承运人或者实际承运人免责条件·····	(246)
八、赔偿责任限制·····	(247)
第三节 定期租船违约责任·····	(248)
一、定期租船违约责任的概念·····	(248)
二、定期租船违约责任的主体·····	(249)
三、定期租船违约行为·····	(249)
四、定期租船违约责任的结果要件·····	(259)

五、定期租船违约责任形式·····	(260)
第四节 光船租赁违约责任·····	(261)
一、光船租赁违约责任的概念·····	(261)
二、光船租赁违约责任的主体·····	(262)
三、光船租赁违约行为·····	(263)
四、光船租赁违约责任的结果要件·····	(267)
五、光船租赁违约责任形式·····	(268)
第五节 海上拖航违约责任和侵权责任·····	(269)
一、海上拖航违约责任和侵权责任的概 念·····	(269)
二、海上拖航违约责任和侵权责任的 主体·····	(269)
三、海上拖航违约行为和侵权行为 ·····	(270)
四、损害事实和主观过失·····	(273)
五、海上拖航违约责任和侵权责任 形式及免责条件 ·····	(274)
第六节 船舶碰撞商事责任·····	(275)
一、船舶碰撞商事责任的概念·····	(275)
二、船舶碰撞商事责任的主体·····	(276)
三、船舶碰撞行为·····	(280)
四、船舶碰撞的损害事实·····	(284)
五、船舶碰撞的过失·····	(286)
六、船舶碰撞商事责任负担原则和 责任形式·····	(290)
后记·····	(297)

第一章 商事责任基础理论

第一节 商法独立问题探析

一、关于商法独立问题的观点

关于商法独立问题，目前学术界主要有两种相互对立的观点，即肯定说和否定说。

肯定说认为，商法是独立的法律部门，而不是民法的特别法。该说为近年来部分研究商法的学者所主张，其理由是：（1）作为简单生产完善法的罗马法，从本质上说是排斥商法的，不能认为商法起源于罗马法，实践中也不能总是习惯于用罗马法的观点、意识，来解释和理解与罗马法存在着本质区别的商法；（2）商法的自主发展有着历史的必然性，这种自主发展是全方位的，主要表现为模式自主、方式自主、内容自主、约束自主、实施自主、救济自主和发展自主；（3）大陆法系国家抱定罗马法是永恒法的保守观念，维护“民法是永恒的法律”的地位，认定商法是民法的特别法，损害了商法整体性的形象，损害了商法的地位，也损害了商法的性质；（4）英美法系国家没有受到罗马法的影响，也没有民法的传统，商法并不被视为民法的特别法。^①

否定说认为，商法不是独立的部门法，而是民法的特别法。该说为绝大多数民法、商法学者所主张。理由是：（1）商法和民

^① 刘凯湘. 论商法的性质、依据和特征. 现代法学. 1997 (5) 27~28

法在基本价值追求上具有重合性,受某些相同价值规则和价值取向的约束,如主体平等、意思自治等;(2)民法和商法的调整对象具有不可区分性,两者都调整市场主体及其活动,传统商法的调整内容事实上已适用于普通的社会主体,作为商法存在的社会基础已不存在;(3)民法和商法在法律性质上具有相同性,都属于私法和权利法;(4)民商分离有其自身缺陷。在我国发展的所有历史阶段,商人都没有形成独立的阶层;因社会发展进步,民商之间的界线逐步模糊,世界各国的民商立法有民商合一的最新发展趋势;(5)从身份到契约的法律进步趋势使民商合一成为可能。^①

肯定说和否定说虽然相互对立,但都从不同的角度对商法与民法之间的关系及其他有关问题,进行了比较全面、理智的探讨,对于加深对商法本质属性的认识及推动商法理论的完善,具有十分有益的作用。本书采用肯定说,主张商法是调整商事关系的独立的部门法。

二、商法独立的主要依据

(一) 商法的起源具有独立性

1. 商法起源的条件。商法如同国家和其他法一样,属于上层建筑的范畴,其产生不仅有着深刻的社会历史根源,而且是政治的、经济的、社会的、宗教的等各种因素综合作用的结果,其中经济因素或者说社会经济关系始终处于主动的、支配的,其他因素不可替代的决定性地位。诚如马克思所指出的那样:“无论政治的立法或者市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^② 所以,探究商法起源的条件,也就必须紧紧围绕商法所根源的社会物质生活关系,而不能简单地从它的本

^① 赵万一主编,《商法学》,北京:法律出版社,2001

^② 马克思恩格斯全集,第4卷第122页。

身来理解。既然“商法作为一门实践性法学，是现代国家市场经济发展中最前沿的法律制度”^①，那么，它的产生和发展也就必然以市场经济的产生和发展为先决条件。

许多研究商法起源和商法历史的学者，无不把目光投向中世纪的西欧特别是地中海沿岸地区、波罗的海沿岸地区，可谓颇有道理。自11世纪开始，西欧特别是地中海沿岸地区农村经济的发展，近代城市的兴起和海上贸易的发达，刺激了商品经济的迅速繁荣，并在一定地域以特定的模式逐渐向更高的层次飞跃，至少在一定的范围或者某种程序上出现了这种飞跃的趋向，从而使得“许多脱离庄园的农民变成了商贩，更多的则涌入了正在形成的城市，变成了工匠或者商人。另外，小贵族的子孙也开始离开农村，进入城市从事制造业或者商业。在意大利和欧洲的其他一些地方，甚至上层贵族有时也从农业生产转移到商业，尤其是转移到大规模的贸易和金融业。”^②为了摆脱封建势力的“禁商”束缚，获取商业自由的基本权利，商人们在佛罗伦萨、佛兰德等港口城市率先成立了旨在保护自身利益的自治组织——商人基尔特。此后，商人基尔特随着商人活动地域的扩大，而在意大利、西班牙、英格兰、荷兰的许多城市相继建立。据史料统计，在1050年，西欧大约有2000万总人口，其中约有10万人生活在几百个城镇中，而到1200年，大约4000万总人口就约有几百万人生活在几千个城镇和城市之中，许多城镇人口超过2万，一些城市甚至超过了10万人。^③商人，开始以崭新的社会阶层力量登上了人类社会发展特别是人类经济发展的历史舞台。商人阶层的形成，进一步促进了城市商业贸易的活跃和商品经济关系的繁荣。“在这种新兴的数以千计的城市或城镇中，到处弥漫着商人

① 徐卫东主编。《商法基本问题研究》。北京：法律出版社，2002

② 徐学鹿主编。《商法研究》。北京：人民法院出版社，2000

③ 郑远民。《现代商人法研究》。北京：法律出版社，2001

们吆喝着的生意气息。”^①“其中被称为‘通往东方门户’的威尼斯、热那亚、佛罗伦萨的商业地位尤为引人瞩目。此后几百年间，这种高度集中的口岸贸易和海上贸易又相继扩大到大西洋沿岸、波罗的海沿岸和北海沿岸的一系列商业城市。”^②这样，城镇贸易与海上贸易交相辉映，构成了一个以城镇为基点、以海岸线为走向，环绕西欧大陆而又对内陆地区产生一定辐射的空前庞大的市场体系。

西欧特别是地中海沿岸地区商业贸易发达的历史，几乎不容置疑地表明了商法产生的两个方面缺一不可的具体条件：一是商人阶层的形成。商人是以从事营利性经营活动为唯一存在目的经济人，“所谓经济人，按照资产阶级古典经济学家穆勒的观点，是指会计算、有创造性、能寻求自身利益最大化的人。”^③商人只有形成特殊的社会阶层，才具有推动社会经济关系及由社会经济关系所决定的法律关系的变革，否则，依然是社会简单分工或低层次分工奴役之下的，为谋求生存的微不足道的社会个体而已。商人阶层的形成是商法产生的基础。美国学者伯尔曼曾经指出：“商人阶层的出现是新商法发展的一个必要前提，许多商事交易规则离开对商人集团的依赖是不可能出现的。”^④二是具有一定规模的商品交换市场的出现。市场既是商品生产和商品交换的产物，也是实现社会资源配置和商人追逐最大限度利益的场所。此处的市场概念具有特定含义，乃是市场经济运作模式意义上的市场，而不是历史上或者现实中存在的非市场经济条件下的市场，如古罗马的奴隶市场、上世纪70年代初中国的计划经济市场等。

然而，上述两个方面的条件是商法起源的客观要件，但并不

① 郑远民. 现代商人法研究. 北京：法律出版社，2001

② 董安生等. 中国商法总论. 长春：吉林人民出版社，1994

③ 亨利·勒帕日. 美国新自由主义经济学. 北京：北京大学出版社，1985

④ 中国法制出版社编. 商法论文选萃. 北京：中国法制出版社，2004

意味着在非市场经济条件下,就没有商人和某些具体的商事行为。事实恰好相反,无论在自然经济条件下,还是一般的商品经济条件下,同样而且客观地存在着商人和具体的商事行为,甚至在特定历史时期商人的个体作用在历史上还比较显赫,具体的商事行为在历史上留下的痕迹还比较辉煌。古印度《摩奴法典》规定了商人种性的义务,而且要求熟悉“商品的优劣,地性的好坏,出卖货品的大概损益,和增殖家畜数目的方法”^① 如果“混淆劣质商品和优质商品,要处以一等罚金并赔偿损失。”^② 早在我国秦朝,“吕不韦,阴翟大贾人也。往来贩贱卖贵,家累千金。”^③ 显然,无论古代中国,还是古代外国,均有商人个体的存在。另外,我国唐代出现了飞钱,宋代出现了便钱和交子,前者被学者们认为是我国现代汇票的嚆矢,后者则被认为与现代汇票、本票相似。^④ 凡此种种现象,揭示了这样一个普通道理,有商人与商事行为,并不一定有商法;而有商法,则必然有商人和商事行为。商法的起源只有社会经济关系发展到商人阶层的形成和市场运作机制出现的历史时期,且对在此之前的人类商事实践活动进行归纳、总结、提炼的情况下,才具有法律的本始和根源的意义。正如马克思在评价瓦格纳《政治经济学教科书》时所指出的那样:“在他看来,先有法,后有交易;而事实情况却相反,先有交易,后来才由交易发展为法制。”^⑤

既然商人阶层的形成是商法起源的客观要件之一,那么,就有必要弄清商人阶层的确切含义。所谓阶层,是指“在同一个阶级中,因社会经济地位和政治态度不同而分成的若干层次。”^⑥ 据此类推,商人阶层就是在同一阶级中,根据其成员的社会经济

① ② 马香雪译. 摩奴法典. 北京:商务印书馆,1985

③ 《史记·吕不韦传》

④ 刘心稳. 票据法. 北京:中国政法大学出版社,1999

⑤ 周长龄. 法律的起源. 北京:中国人民公安大学出版社,1997

⑥ 商务印书馆辞书研究中心. 新华词典. 北京:商务印书馆,1988