

余志勤 王华寿 著

商法·商事

SHANGFA SHANGSHI XINGWEI

行为

西北大学出版社

商法·商事行为

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·商事行为/余志勤,王华寿著. —西安:西北
大学出版社,2001.4

ISBN 7-5604-1570-9

I. 商… II. ①余…②王… III. 商法 研究
IV. D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 20028 号

商法·商事行为

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 8302590)

新华书店经销 西北测绘院彩色印刷厂印刷

850 毫米×1168 毫米 1/32 开本 14 印张 320 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1—1000

ISBN 7-5604-1570-9/D·118 定价:26.00 元

前 言

通常认为,商法要么规范商事主体,要么规范商事行为,某种程度上对商事行为的规范更显得周密严格,尤其在商品经济关系发达时期更是如此。因而,从法学角度研究商事行为也就具有一定的现实意义了。

本书以绪论集中探讨商法关于商事行为的基本理论,其他章节则详尽辨析各类具体商事行为,特别将公司行为、票据行为、保险行为和海商行为列为探讨的重点,在此基础上,兼涉其他,尽量做到繁简得体,轻重适宜。对学术界不同观点及其他商事行为法律问题多有涉及和探索,阐释见解力求严谨。

撰写过程中,参考了国内外出版的有关专著和论文,吸收借鉴了一些科研成果。专著目录附后,论文则于文中注明,以表感激之诚。

由于作者水平有限,疏漏讹误之处不会甚少,祈请批正。

余志勤 王华寿

2000年9月1日于徐州师范大学法政学院

目 录

前言	(1)
第一章 绪论	(1)
第一节 商事行为的概念	(1)
一、商	(1)
二、商事	(3)
三、商事行为	(4)
第二节 商事行为的构成	(7)
一、实质要件	(8)
二、形式要件	(17)
第三节 商事行为的分类	(19)
一、双方商事行为·单方商事行为	(20)
二、绝对商事行为·相对商事行为	(20)
三、基本商事行为·附属商事行为	(21)
四、纯然商事行为·推定商事行为	(22)
五、商事法律行为·商事违法行为	(22)
第四节 商事行为的特征	(22)
一、营利性	(22)
二、技术性	(23)
三、国际性	(26)
四、习惯性	(28)
五、迅捷性	(29)
第五节 商事行为的法律后果	(31)
一、商事权利	(31)
二、商事义务	(33)

三、商事责任·····	(34)
第二章 买卖行为 ·····	(43)
第一节 买卖行为的概念及分类·····	(43)
一、双方买卖行为·····	(43)
二、混合买卖行为·····	(44)
第二节 买卖行为的表现方式·····	(45)
一、要约·····	(46)
二、承诺·····	(53)
三、要约与承诺的法律后果·····	(55)
第三节 买卖合同的履行·····	(66)
一、买卖合同履行的概念及原则·····	(66)
二、买卖合同履行的内涵·····	(68)
三、买卖合同的不履行·····	(69)
第四节 中途止付·····	(71)
一、中途止付的概念及源流·····	(71)
二、中途止付的适用条件·····	(72)
三、中途止付的实施及其法律后果·····	(73)
四、中途止付的通知与消灭·····	(74)
第三章 票据行为 ·····	(76)
第一节 票据概述·····	(76)
一、票据·····	(76)
二、票据的经济功能·····	(79)
第二节 票据行为的分类·····	(81)
第三节 票据行为的特征·····	(82)
一、票据行为具有无因性·····	(82)
二、票据行为具有形式性·····	(84)
三、票据行为具有独立性·····	(86)
第四节 票据法律行为·····	(87)
一、基本票据行为·····	(87)

二、附属票据行为·····	(96)
第五节 票据法律行为的构成·····	(131)
一、票据法律行为的形式要件·····	(131)
二、票据法律行为的实质要件·····	(134)
第六节 票据法律行为的法律后果·····	(137)
一、票据权利·····	(137)
二、票据义务·····	(139)
第七节 票据瑕疵行为·····	(141)
一、票据伪造·····	(142)
二、票据变造·····	(144)
三、票据涂销·····	(146)
第八节 票据抗辩·····	(148)
一、票据抗辩的概念·····	(148)
二、对物抗辩·····	(149)
三、对人抗辩·····	(150)
第九节 票据贴现·····	(152)
一、票据贴现的概念及特征·····	(152)
二、票据贴现的方式·····	(153)
第四章 公司行为·····	(154)
第一节 公司行为的概念及特征·····	(154)
第二节 公司的设立·····	(156)
一、公司设立的概念及条件·····	(156)
二、公司设立的方式·····	(160)
三、公司设立的程序·····	(161)
四、公司设立的性质·····	(163)
五、公司设立的法律后果·····	(163)
第三节 公司的变更·····	(169)
一、公司变更的概念及特征·····	(169)
二、公司合并·····	(173)

三、公司分立	(175)
四、公司组织形态的变更	(175)
五、公司变更的法律责任	(178)
第四节 公司决策行为	(178)
一、公司决策行为的概念及特征	(178)
二、公司决策行为的主体	(179)
三、公司决策行为的实施方式	(182)
第五节 公司经营行为	(184)
一、公司经营行为的概念及性质	(184)
二、公司资本行为	(184)
第六节 公司越权行为	(209)
一、公司越权行为的概念及历史演进	(209)
二、公司越权行为的构成要件	(211)
三、公司越权行为的法律后果	(211)
第七节 公司的解散	(212)
一、公司解散的概念及原因	(212)
二、公司解散的清算	(214)
第五章 股东行为	(216)
第一节 股东行为的概念及特征	(216)
一、股东行为的概念	(216)
二、股东行为的特征	(216)
第二节 股东出资	(217)
一、股东出资的概念及方式	(217)
二、股东出资的效力	(219)
三、虚假出资的法律责任	(221)
第三节 出资或者股份转让	(221)
一、出资或者股份转让的概念及特征	(221)
二、出资或者股份转让的法律后果	(223)
第四节 股权的行使	(224)

一、股权的性质	(224)
二、股东的决策行为	(231)
三、股息红利的分取	(234)
四、剩余财产的分取	(236)
第六章 保险行为	(237)
第一节 保险行为概述	(237)
一、保险行为的概念	(237)
二、保险行为的特征	(240)
第二节 保险缔约行为	(244)
一、投保	(244)
二、承保	(248)
三、保险缔约行为的法律后果	(250)
四、法律对保险缔约行为的限制	(254)
第三节 告知与建议	(255)
一、告知	(255)
二、建议	(261)
第四节 保险费的交付与退还	(262)
一、保险费的交付	(262)
二、保险费的退还	(267)
第五节 减灾防损行为	(269)
一、减灾防损行为的概念及构成要件	(269)
二、减灾防损行为的实施方式	(270)
三、减灾防损行为的法律效力	(270)
第六节 再保险行为	(271)
一、再保险行为的概念及构成要件	(271)
二、再保险行为的法律后果	(273)
三、再保险行为的作用	(276)
第七节 重复保险行为	(277)
一、重复保险行为的概念及特征	(277)

二、重复保险引起的赔偿或者保险金的支付	(278)
第八节 复效行为.....	(280)
一、复效行为的概念及构成要件	(280)
二、复效行为的法律后果	(282)
第九节 索赔或者保险金给付请求.....	(282)
一、索赔或者保险金给付请求的概念及构成要件	(282)
二、索赔或者保险金给付请求的程序	(283)
三、索赔或者保险金给付请求的范围	(285)
四、违法索赔或者保险金给付请求的法律责任	(286)
第十节 理赔.....	(286)
一、理赔的概念及原则	(286)
二、理赔的程序	(288)
三、赔偿责任的免除	(290)
第十一节 代位求偿.....	(292)
一、代位求偿的概念及依据	(292)
二、代位求偿的构成要件	(293)
三、代位求偿的实施	(294)
第十二节 委付.....	(295)
一、委付的概念	(295)
二、委付的适用条件	(296)
三、委付的效力	(297)
第十三节 保险合同的变更.....	(298)
一、保险合同变更的概念及要件	(298)
二、保险合同主体的变更	(299)
三、保险合同内容的变更	(301)
第十四节 保险合同的解除.....	(305)
一、保险合同解除的概念及分类	(305)
二、保险合同解除的要件及法律效力	(306)
三、保险合同解除的法律限制	(309)

第十五节 保险代理	(309)
一、保险代理的概念及要件	(309)
二、法律对保险代理的禁止或者限制	(311)
三、保险代理的法律后果	(313)
第十六节 保险经纪行为	(314)
一、保险经纪行为的概念及要件	(314)
二、保险经纪行为的法律后果	(316)
第七章 海商行为	(318)
第一节 海商行为概述	(318)
第二节 海上货物运输行为	(320)
一、海上货物运输行为的概念及构成要件	(320)
二、承运人的海上货物运输行为	(322)
三、托运人的海上货物运输行为	(326)
四、实际承运人的海上货物运输行为	(327)
五、海上货物运输行为的法律后果	(327)
第三节 海上旅客运输行为	(334)
一、海上旅客运输行为的概念及特征	(334)
二、承运人的海上旅客运输行为	(335)
三、旅客的海上旅客运输行为	(337)
四、海上旅客运输合同的解除	(338)
五、海上旅客运输行为的法律后果	(339)
第四节 船舶租用	(343)
一、船舶租用的概念及分类	(343)
二、定期租船行为	(343)
三、光船租赁行为	(352)
第五节 海上拖航	(355)
一、海上拖航的概念及构成要件	(355)
二、承拖方的行为	(356)
三、被拖方的行为	(359)

四、海上拖航的法律后果	(360)
第六节 船舶碰撞	(362)
一、船舶碰撞的概念及构成要件	(362)
二、船舶碰撞的分类	(365)
三、船舶碰撞的法律后果	(367)
第七节 海难救助	(372)
一、海难救助的概念及构成要件	(372)
二、海难救助的分类	(376)
三、海难救助的法律后果	(376)
第八节 共同海损行为	(380)
一、共同海损行为的概念及构成要件	(380)
二、共同海损行为的主要表现形式	(383)
三、共同海损行为的法律后果	(385)
第九节 船舶留置和船舶抵押	(388)
一、船舶留置	(388)
二、船舶抵押	(390)
第八章 垄断	(394)
第一节 垄断的概念及特征	(394)
第二节 几种垄断的构成及其法律后果	(395)
一、行政垄断	(395)
二、联合限制竞争	(396)
三、滥用经济优势	(398)
四、大企业兼并	(400)
第三节 除外垄断行为	(402)
第九章 不正当竞争	(405)
第一节 不正当竞争的概念及特征	(405)
一、不正当竞争的概念	(405)
二、不正当竞争的特征	(406)
第二节 几种主要不正当竞争	(408)

一、假冒盗用他人注册商标行为	(408)
二、视为假冒、盗用他人注册商标的行为	(411)
三、限定他人购买其指定企业的商品的行为	(413)
四、滥用行政权力限制竞争的行为	(413)
五、以贿赂手段销售或者购买商品的行为	(416)
六、虚假广告行为	(418)
七、侵犯商业秘密行为	(420)
八、压价销售行为	(422)
九、妨害投标行为	(423)
十、搭售或者附加不合理条件的交易行为	(424)
十一、商业诽谤行为	(426)
十二、不正当有奖销售行为	(427)
主要参考书目	(429)
后记	(432)

第一章 绪 论

第一节 商事行为的概念

一、商

商是一个古老而又生命力极强的概念，是一切营利性经营活动的总称。它不仅在不同的历史阶段和社会条件下具有不同的内容，而且在经济学、法学等不同学科领域中也具有不同涵义。

我国古代关于商的认识可以追溯到奴隶社会早期。《韩非子·五蠹》“使其商工游食之民少而名卑”。《史记·苏秦列传》“周之俗，治产业，力工商”。前者指商人，后者指商行业。证明最初的商仅限于商人或者商业。随着奴隶制经济向封建经济过渡，特别是封建经济的发展导致了简单商品交换的频繁，商的概念也渐次趋于完善。《汉书·食货志》“通财鬻货谓之商”。《白虎通》“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓商”。基本上揭示了商的内在属性，完成了从直观到理性的上升过程。

西方国家对于商的理解反映了近代以前的社会观念对商品直接交易活动的一般认识。《韦氏新国际辞典》认为，商系指商品交换行为或者买卖行为。《布赖克法律辞典》定义为，“商是指货物、产品或者任何种类的物物之交换”。《拉威尼当代商法》主张“商一词是对各种物品的交易或者交换的总括”。虽然年限上较《韩非子》、《白虎通》等我国典籍的定义相去甚远，但其实质却有相通之处。

依通常观点，经济学上的商实际上是对现代社会生产过程中

某一部分经济活动的理论概括。我国学者梁慧星、王利明先生认为,商系指以营利为目的的各种商品交换行为。^①台湾地区学者则主张商乃是以营利为目的的直接媒介财货交易之行为,换言之,商即介于企业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润之行为。”^②显然,上述定义与古典经济学将经济活动区分为生产活动与非生产活动,现代经济学将生产区分为直接生产过程和商品流通过程有着内在的联系。由于现代商品经济关系的长足发展,传统意义上的商概念不断更新充实,以营利为目的的经济活动的外延也日益扩展,尤其制造业、金融业、信息交易、技术服务等与传统商业的实质性差异越来越模糊,乃至有些本身也转化为完全的商品,所以,经济学上的商也就展示出更加丰富的内涵和弹性的概括。

法学上的商是对商事主体从事的营利性经营行为的法律概括。它萌芽于罗马法,成熟于1807年《法国商法典》。早在罗马市民法时期,就有许多具有商法特征的规定蕴含了有关商的概念。到万民法时期,又得到进一步深化、提炼,达到了比较准确的程度。然而,残暴的教会统治给西欧国家带来了长达数百年的黑暗中世纪,法学沦为神学的奴婢,商的概念也就无从谈起。资产阶级推翻封建统治夺取政权后,法学上的商才得到应有的重视。

目前,商的分类主要有:

1. 固有商,是指直接媒介财货交易及依照传统被纳入基本商事活动的行为,如买卖交易、票据交易、海商活动等,又称第一商。

2. 辅助商,是指间接以媒介财货交易为目的的营利性经营行为。辅助商具有中介性,旨在辅助固有商得以实现。例如货物运输、仓储、居间、代理、行纪等经营活动。学说中称之为第二商。

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年第1版,第11页。

② 张国健《商事法论》台湾三民书局,1980年版,第4页。

3. 第三商,是指虽不具有直接或者间接媒介财货交易的目的,但其行为性质与固有商或者辅助商密切联系或者为其提供条件的营利性经营行为,包括银行、融资、信托、制造加工、出版、印刷、摄影等经营活动。

4. 第四商,是指仅与辅助商和第三商有牵联关系的营利性经营行为,如广告、保险、旅馆、饭店、戏院舞厅、旅游服务等经营活动。

法学上的商具有如下特点:①以固有商为核心,根据同固有商联系的远近强弱依次划分,而且后一种商总是服务于前一种商,最终保证固有商的实现。②打破了固有商单纯媒介财货交易的狭隘范围,扩及到经济活动的方方面面,具有广泛的容纳功能,反映了商品经济条件下无业不商的发展趋势。

关于法学上商的具体范围,各国商法的表述不尽一致。①概括主义。仅对商的范围作笼统的概括。《美国统一商法典》规定:(商就是)“该法认可经习惯、惯例和当事人协议而不断扩大的商业上的做法”。表明商的具体范围处于不定的宽泛状态。②列举主义。仅予以种类列举。德国、瑞士、我国大陆及台湾地区商法对商的具体范围作了详尽列举。譬如,《瑞士债务法》规定,凡经营商业、工厂或者其他依商人的方法作为营业,而进行产业登记的,也视为商。③折衷主义。兼采概括主义和列举主义,最典型的是日本商法典,该法典在对商的范围进行一般概括之后,又列举了加工制造、煤气电力供应、货币兑换、寄存、代理等十二项营业商。

二、商事

商事是指营利性经营行为及其他相关法律事宜的总称。它既包括一切营利性经营行为,也包涵与营利性经营行为有关的具有商法意义的各种事宜。依照传统商法理论,商事可分为广义的商事和狭义的商事,前者指营利性经营行为及其相关联的一切事宜,既包括私法上的商事事宜,也包括公法上的商事事宜。如商事交

易、商事契约、商事登记、商事管理、商业帐簿、商事仲裁等。后者仅指营利性经营行为及由商法规定的其他事宜。如商事法人、票据、海商、保险、商事责任等。通常所说的商事系指狭义的商事。

商事以商为基础，可以说是商的衍生物，但又并非商的名称易换。两者的区别表现在：①商事乃是营利性经营行为及其相关联的商法上的其他事宜的集合，而商仅限于营利性经营行为。②商事包含商，而商则仅为商事的构成之一，并非其全部。

西方资本主义国家的商事立法对商事和商作了较严格的区分。凡具体的营利性经营行为，皆使用商的概念。《法国商法典》第1条规定：“从事商活动并以其做为职业者，为商人。”第74条规定：“法律承认中间人即证券经纪人和居间商的商行为。”此类条文尚有许多，均适用于单纯的营利性经营行为，而不涉及其他事宜。凡既有营利性经营行为，又旁及有关法律事宜的，则使用商事概念。《法国商法典》的卷名就有商事总则和商事法院。凡含有商事的条文均牵涉营利性经营行为及其有关的具有商法意义的各种事宜。该法第634条规定的有关收税员、主计员、税务员或其他公款会计员作成的票据案件和第632条规定的批发商、商人和银行经营者之间的债，均属商事法院管辖的范围。我国票据法也将票据的变造、伪造、涂销和票据的抗辩列入商事的范畴。

三、商事行为

关于商事行为的判定标准，国外有不同主张。①采取商行为法立场的国家，如法国、西班牙商法典将商事行为理解为任何主体以营利为目的的行为或者活动。只要该行为具有商法所要求的营利性经营属性，即为商事行为，而不管主体是否具备商事主体资格。②基于商人法立场的国家，如意大利、哥伦比亚等，则主张商事行为只能是商事主体所实施的营利性经营行为，若非商事主体，即使其行为具有营利性经营性质，也不属于商事行为。③多数国家采取折衷主义，既要求主体具有商人资格，又要求行为具有营利