

现代法治的理念与运作丛书

顾肖荣 主编

商法的 理念与运作

顾肖荣 张国炎 徐澜波 黄来纪 著

上海人民出版社



中国政法大学商法案例教学案例库

第四版 王欣新

商法的 理念与运作

王欣新 王欣新 王欣新 王欣新 王欣新



现代法治的理念与运作丛书

顾肖荣 主编

商法的 理念与运作

顾肖荣 张国炎 徐澜波 黄来纪 著

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法的理念与运作/张国炎等著.

—上海:上海人民出版社,2005

(现代法治的理念与运作丛书/顾肖荣主编)

ISBN 7-208-05695-1

I. 商... II. 张... III. 商法—法的理论 IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 048074 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

· 现代法治的理念与运作丛书 ·

顾肖荣 主编

商法的理念与运作

顾肖荣 张国炎 徐澜波 黄来纪 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 850×1168 1/32 印张 8.75 插页 2 字数 200,000

2005 年 7 月第 1 版 2005 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-208-05695-1/D·982

定价 17.50 元

目 录

引 言	1
第一章 商法的基本理念	3
第一节 商法的基本理念 / 3	
第二节 “入世”后的商事立法革新 / 10	
第二章 完善我国商事主体理念和制度	15
第一节 完善商人登记制度 / 15	
第二节 商人的法律地位 / 19	
第三节 商事主体法的发展 / 23	
第三章 商行为的理念与运作	35
第一节 WTO 规则下的商行为 / 35	
第二节 商行为的发展 / 36	
第三节 商行为的专业要求 / 37	
第四节 商行为的范围 / 40	
第五节 完善我国的商事簿记制度 / 47	
第四章 完善法律机制反商事腐败	52
第一节 商事腐败的本质 / 52	
第二节 完善机制防范商事腐败 / 58	
第五章 商事担保理念与运作	64
第一节 抵押物所有权控制效力 / 65	
第二节 担保合同无效制度的检讨 / 66	

第三节	一般抵押与法定抵押的冲突 / 67
第四节	土地使用权与其他土地上权利的冲突 / 75
第五节	抵押权与留置权冲突的理念与运作 / 84
第六章	票据法理念与运作 86
第一节	票据效力理念 / 88
第二节	票据背书效力理念 / 89
第三节	票据保证理念 / 91
第四节	票据权利及抗辩理念 / 92
第五节	扩大票据结算流通的范围 / 94
第六节	坚持票据无因性特性 / 97
第七章	现代证券法的理念与运作 100
第一节	证券法的理念和运作概况 / 100
第二节	证券法理念与证券法的目的、原则和性质 / 102
第三节	证券市场的发展和规范的关系 / 115
第四节	证券犯罪立法化的理念 / 119
第五节	防治证券虚假陈述有效性的思考 / 125
第六节	惩治证券内幕交易有效性的理念 / 143
第七节	认定和防范操纵证券市场交易价格犯罪的若干 问题 / 147
第八节	证券监管实效性的法律思考 / 162
第九节	防治证券违法犯罪的综合治理 / 170
第八章	现代公司制度的理念与运作 177
第一节	董事与公司关系辩证理念 / 177
第二节	董事越权的效果及防治 / 191

第三节	界定董事履行注意义务运作依据 / 202	
第四节	审查董事履行忠实义务的标准 / 218	
第五节	衡量董事违反禁止竞业义务的运作尺度 / 231	
第六节	董事保护机制的种类及运作 / 243	
第七节	我国完善公司治理机构的运作 / 256	
第八节	公司无偿筹资的法律依据与运作程序 / 265	
参考书目		274

引 言

商法是商事法律制度的总称。它调整人们以营利为目的而发生的经济关系,在我国社会主义市场经济发展过程中,有大量的这种经济关系需要商法进行整合、规范。商事法律主要通过规定商人的设立取得条件,具体的和一般的商行为规则,适当的和不适当的商行为规则,以及商行为的责任后果等内容,来协调市场经营活动,规制市场经营秩序,为处理商事纠纷提供基准规范。

商法是随着商品经济和贸易交往的发展而逐步发展起来的历史比较悠久的一项法律制度,在许多国家已相当成熟。我国改革开放以后,生产力得到了极大解放,商品经济、市场经济充分发展,国家已相继制定了一系列单行的商法部门法律,如海商法、公司法、保险法、证券法、合伙企业法、个人独资企业法等,初步形成了商法的体系。我国加入世界贸易组织(WTO)后,商事主体和商事活动都有了新的变化,它并不能以单纯的所有制来确定,而需要有新的商法理念及运作与此相适应。

商事主体的法律地位,在市场经济发展过程中虽然已得到改变。但是对商事主体的组织结构、责任范式、法律人格等的关注和确立仍然是极为不够的;过去在计划经济和短缺供应的格局下,不少商品和服务营业领域并不受商法的调整,使得此领域的公平市场秩序无法建立,经营者之间、经营者与消费者之间的利益得不到稳定的法律规则的协调;金融票据的商业化流转、土

地等不动产的商业化流转如何适应市场经济的发展,以平等保护相关当事人的利益;如何从制度上防范市场权利的滥用而导致的商事腐败,维护市场经济秩序;如何从制度上提高防治不正当证券交易的有效性;怎样提高公司治理机制的作用,等等,都是目前商法理论和实践中必须作出回答,并加以解决的新问题。

商法的内容庞杂繁多,作者择其要者加以思考和探索,不求体系完备,力求有现实针对性,有感而发,对我国商法有关重要问题有所揭示,作出理论阐述,对其实践操作提出有价值的建议。

本书共分8章,第一章至第六章由张国炎和徐澜波撰写,第七章由顾肖荣撰写,第八章由黄来纪撰写。

第一章

商法的基本理念

商法亦称商事法,是调整以营利为目的的经济交往中有关商人、商事组织和经营活动的法律规范的总称。商事活动超出了专业化的、以营利为目的的商业(包括商品和服务)买卖的范畴,涵盖了包括商业买卖在内的专业化商人、商业组织的设置,资金、货币及其凭证的市场流转,海洋运输,商业保险、证券发行和交易等泛化的市场化经营活动。所以,传统意义上的商法在内容上主要包括公司法、票据法、保险法、海商法、证券法、银行法等,以后又逐步纳入了破产法、投资法、外贸法、信托法、反不正当竞争法、消费者保护法等内容。

在形式上,有的国家在民法典之外单独制定有商法典,如法国、日本、德国、韩国等就采取这种民商分立的立法例;有的国家在民法典中纳入了商法的内容,属民商合一的立法例,如意大利就采这种立法例。

作为商事交易的一系列规则的总和,商法的许多规则已融入了世界贸易组织的规则体系,WTO的许多规则中都能看出原有商法规则的痕迹。我国已加入WTO,在制定、完善商事法律体系中也要注意与WTO的法律规则相衔接。

第一节 商法的基本理念

商法是适应商业经济活动的不断发展而产生的,它在调整

相关的商事社会关系时,虽然要以专事调整财产关系的民法的基本原则、原则为基础,但是仍然形成了具有适应商事交易日益专业、频繁、风险聚集等特点的特有原理和原则。所以,商法在现代经济活动日益纷繁、复杂的条件下,具有其鲜明的一系列指导商事立法、执法、司法的基本理念。

一、法律强制干预下确保交易公平

商事活动的交易各方出于其营利目的的驱动,无不意在以最小的成本追求利益的最大化。由此就会演绎为商业竞争、市场竞争,并进而会发展为利用不正当手段,破坏交易公平和市场秩序的不公平商事活动。由各种商事活动及其经济关系构成的市场运行体系,要能长久地、和谐地运行,在客观上需要有自由、公平的竞争环境和秩序。这样,才能保证市场参与者,竞争者独立的生产经营者地位,保障他们在商事活动中的人人平等地位,自由表达个体意志。按照传统的契约自由和诚实信用法律理念,只能保证商事活动的形式上的平等、自由,无法照顾到商事主体之间的现实经济实力、专业能力方面的差异;如果以形式上的公平完全取代实质上的平等,弱肉强食、坑蒙欺诈就会盛行于商事活动,形成无公平,没自由的不正当竞争的、垄断的商事环境。为此,商事法律规范常常以强制性规则来调整、平衡商事活动各方参与主体之间的权利和义务。譬如,根据商事法律、法规的特别规定设置某类商事活动的合同主要内容或条款;商事主体有义务在法定期间内检验买卖标的并及时将标的的瑕疵通知出卖人;商事买卖中的义务人负有谨慎注意、及时告知或通知等附随义务;禁止商人利用收买其他商人的雇员、仿冒商标、知名商品的名称、包装等等不正当手段竞业等,都是旨在追求商事活动中的交易水平。

二、鼓励交易迅捷

根据交易规律,在同一时间内,交易次数越频繁,所获利润就越高;单位资金周转频率越高,利润就越丰厚。商事主体为了自身的利益,力求以频繁的交易活动和迅捷的资金周转获取利润最大化,而社会的整个经济运行环节也会适应这种趋势和要求,形成和确立简便性、快捷性的交易模式和交易规则,同时在调整商事活动和商事社会关系的商事法律、法规中对此作出肯定和记载。

为了实现商事交易的迅捷,商事法确认和允许简便化的交易方式,比如:交易当事人为了简便易行、降低资金和人力成本可以使用固定格式的、事先拟订好的合同条款(亦称格式条款、格式合同);合同虽然在形式上没有履行签字、盖章等最终确认的程序,缺乏合同生效的形式条件,但是如果该合同的标的已经履行或部分履行,则该合同的效力或其已经履行部分的效力可以认定。

在商事交易中普遍采用的定型化交易模式,更是体现了商法鼓励和倡导交易迅捷的理念及要求。在长期的商事交易和商法运作中,对交易的型态、交易的客体(对象)、交易的程序等均采取了定型化的样式,促进和保障了交易的迅捷。

在交易型态的定型化方面,商事法律、法规往往规定一些交易合同的主要内容,对合同当事人没有约定的权利义务作出指示性的规定,这样可以方便交易当事人的选择,减少交易的不确定性。票据法对票据的签发、转让、效力终止等都有统一的程式规定,使其操作规范、定型。在商业买卖活动方面,有关的法律、法规确定了货物或服务应陈列、标价、明示(说明)销售,方便、规范交易活动。

对商事交易的有形物客体,法律要求使用统一的规格单位、

统一计量单位,并在交易的货物上标明商品名称、生产者名称、生产地点、相关的使用和安全标识等,使人们对该交易的货物易于识别,便利多量交易、迅速成交。对交易的无形客体,如果是属于权利的客体,在商事交易领域,因其具有规模大、流通性等特性,法律允许其证券化,使其具有在交易中能迅速为人们所辨认的形式和内容,从而形成诸如支付票据、债券、股票、仓单、提单等证券。为了便于迅速交易及流通,商事法律还赋予证券的物权功能,证券的所有人可处分证券,将所持权利让与他人而无须得到证券义务人的同意或通知义务人;除有相反证据外,无记名证券的持有人被推定为该证券的所有者,享有该证券上的一切权利;第三人善意、有偿获得无记名证券的,适用物权善意取得制度;在债权证券化以后,如果该证券转让后,债务人不得以对于出(转)让人的抗辩事由对抗受让人,等等。权利(包括债权)的证券化、证券的物权化,是迅速交易的需要、流通的需要。

相关的商事法律、法规对交易程序的规定力求简便、明了、固定化,促进交易的便捷。譬如,票据法对支付票据的转让规定须以背书方法进行,有关背书的记载方法、背书人的签章要求等也有明确的规定,证券(交易)法对股票、债券、期货合约的转让程序等,也作了具体的规定。

三、倡导交易确定

商事交易关系的明确、稳定,有利于交易的快速流转,如果交易各方当事人的权利义务关系,处于不确定状态,交易活动的顺利运转就会受阻。商法以交易确定为宗旨,通过各种具体的法律制度规制交易各方当事人权利义务确定化,避免、减少交易当事人权利义务处于不确定状态,促进交易的顺畅有序地运转。

在商事交易当事人行使权利方面,商事法律、法规规定了短

期时效制度,例如票据法规定的持票人对支票出票人的权利、票据持有人对前手的追索权等时效,比一般民事权利的时效要短得多。^①

在商事活动中,为了防止权利义务的不确定,相关的法律规定某些商事行为不得附有条件。例如,在票据法(票据国际规则)确立了票据出票人应无条件委托他人或约定自己付款;票据的背书人在背书转让票据时不得附条件;票据保证人在提供担保时应是无条件的,如附条件担保,条件视为未附;汇票的承兑,不得附条件,承兑附条件的,视为拒绝承兑。又如,公司的登记、证券交易等不得附条件也是公司法、证券法的通则。

为了保证商事交易的确定、确实,商事法律对交易相对人的意思表示方面,采取告知或通知主义。在货物买卖中,标的物若有瑕疵的,出卖人不得隐瞒瑕疵;在运输合同中,托运人应将货物的品质、危险性、保管保护要求等事项告知承运人,承运人则应将运输中应注意的问题和事项告知托运人。在保险合同的订立和履行中,投保人应如实告知保险标的的有关情况,保险事故发生后,投保人应将事故的有关状况告知保险人;在担保关系中,抵押人若出卖抵押物,应通知抵押权人,并向抵押物的买受人告知,说明该买卖标的的抵押状况。再如,公司的合并、分立、注册资本的变更,都应告知公司债权人,否则,公司不得变更。根据票据法确定的规则,票据持有人未能获得承兑或不获付款的,应通知出票人及持票人的前手。

商事法秉承民法的基本原则,强调在商事活动中,当事人之间在为意思表示时,应恪守诚实信用原则,不得欺诈。譬如,票据法确定,因欺诈取得票据的,不享有票据权利;根据保险法一

^① 可参见我国《票据法》第17条。

般规则,投保人若有欺诈行为的,保险人有权解除保险合同;根据公司登记规则,公司登记后如发现有虚假登记情形的,登记机关应主动或应相关人的请求撤销其登记,等等。

四、维护交易安全

利益的追求和激励会刺激生产和交易的发展,而过度的利益追求往往会演变成破坏公平交易、妨碍交易和经济发展的不健康、非正当商事行为。同时,一方面,商事交易的利己驱动、交易的简便和迅捷会带来许多诸如商事活动中的失信行为、欺诈行为,交易过程中的意思表示错误或重大误解等不安全因素。另一方面,受价值规律的制约,商事交易本身就极具风险,追求的利润越高,风险也越大。在商品经济日益发达,市场经济日趋成熟的条件下,社会分工和协作越来越系统化,商事主体之间的联系越来越紧密,社会化再生产迫切需要一个安全的交易环境。以调整商事经济关系,规范商事活动为任务和对象的商法从维护商品生产和市场经济有效循环和发展出发,设立了各种交易安全制度,建立了种种市场秩序规则。

商事法律在维护交易安全的理念下,对商事交易行为进行一系列的干预,使商事法律带有明显的公法色彩和公共利益维护器的特性。在商事行为的形式规范方面,商事法律确立了要式行为的规则;在商事行为的内容方面,商事法律也设定了一系列强制干预的规则,如公司法规定公司章程必须具备法定的必须记载事项;票据法、海商法、保险法规定,票据的记载、海洋货物运输合同、保险合同都必须载明必须记载事项,否则该行为无效。

为了确保交易安全,商法对商事行为的效力认定上确立了公示主义这一规则。它要求,在交易中,商事主体有将经营上的有关事项告知交易相对方或公众的义务。比如,根据票据法的

规则,票据债务人必须在票据上签名或盖章,只有在票据上签名或盖章的当事人才承担票据责任;票据上的义务内容必须记载、反映于票据上,票据债务人仅对票据所载文义负责。又如证券法确立了上市的股份有限公司对其资金、经营状况、利益、组织结构等变动有义务及时公之于众的规则。这些规则,使交易者的具体条件和情形以及商事行为的内容等一目了然,有利于保障交易安全。

为了确保交易安全,商法还确立了商事行为的内容可以以其外部表示为准、不探求其内含意思的规则。人们通过其意思表示的行为来确定其效果意思。在一般情况下,意思表示行为与效果意思是一致的。但是,因种种原因而导致的行为人内心想法和目的与意思表示不一致,即效果意思与表示行为不一致的情形时有发生。在这种情形下,如果该商事行为的内容以当事人的内心意思和目的为准,则其行为就是无效的,不会产生该行为双方已意思表示一致的相应法律效果;如果该商事行为的内容以当事人的意思表示为准,则虽然该行为违背了当事人内心真实想法和目的,但该行为还是有效的。因为商事活动、商事交易追求、倡导迅速敏捷、确定可靠,后一交易行为建立在前一交易行为基础之上的现象是社会再生产运行的一种基本模式,如果可以以行为人内心意思与其意思表示不一致为由而推翻其行为效力,则势必要推翻其后实施的一系列相关交易行为的效力;如此,当事人之间的信用关系,就要被破坏,经济关系也会因发生变动而时有无效之虞。所以,为了维护交易秩序的稳定,保障交易的安全,商法确定以商事行为的外观为其有效性依据和标准,不探求其内心意思的规则。

在维护交易安全的理念下,商法对违背商事交易规则,违反法律、法规等行为的,予以特别严格的责任规制。如根据公司法

确立的规则,公司发起、设立时有虚假行为的、公司设立后抽逃注册资金的、公司经营中违法经营、制定虚假会计账册、公司清算时隐匿财产等,均应以法律制裁,当事人应承担法律责任,包括民事责任、行政责任、刑事责任。有关责任人员也应承担法律责任。票据法规定,出票人不得签发空头支票,违者要承担罚款(行政)责任和赔偿(民事)责任;利用票据实施犯罪活动的,还应承担票据诈骗(刑事)责任。

第二节 “入世”后的商事立法革新

一、商事立法应遵循世贸组织的法律规则

我国加入世贸组织以后,不但有关的商事活动要受到世贸组织相关法律规则的制约,而且我国的商事立法也要遵循和体现世贸组织的法律规则。所以,就近阶段而言,我国在建设社会主义市场经济体制的过程中,要逐步修订、完善有关商事法律、法规,使其与世贸组织的法律规则及要求相适应。

有关世贸组织规则主要是解决如何限制不正当竞争和垄断,即如何体现国民待遇、无歧视待遇、市场准入、商业习惯、服务贸易自由化、人才流动、政府采购、透明度、反不正当竞争、反垄断,以及如何维护国家安全、公共秩序、维护消费者利益、维护支付和转让系统、过境自由、反倾销税和反贴补税、规费和输出入手续、原产国标记、贸易条例的公布和实施、数量限制的一般取消、为保障国际收支而实施的限制、非歧视地实施数量限制、非歧视原则的例外、外汇安排、贴补、国营贸易企业、政府对经济发展的援助、对某种产品的进口的紧急措施、缔约国的联合行动、减让的停止或撤销、减让表的修改、承诺的义务、发展中国家在关贸总协定中的待遇、发展中国家为加入总协定而承担的主