

上海
交通大学
工商管理
系列教材



COMMERCIAL LAW

商 法

主 编 王 英 萍

上海人民出版社

上海
交通大学
工商管理
系列教材



COMMERCIAL LAW

商 法

主编 王英萍 副主编 刘洋
参编 陆萍 王青 卓建伟

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法/王英萍主编.

—上海:上海人民出版社,2004

(上海交通大学工商管理系列教材)

ISBN 7-208-05150-X

I. 商... II. 王... III. 商法-中国-高等学校-
教材 IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 042229 号

责任编辑 王舒娟

封面装帧 许晓峰

美术编辑 王晓阳

· 上海交通大学工商管理系列教材 ·

商 法

主 编 王英萍

世纪出版集团

上海人民*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 商务印书馆上海印刷股份有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 31 插页 2 字数 564,000

2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

印数 1—4,100

ISBN 7-208-05150-X/F · 1156

定价 42.00 元

总 序

自改革开放以来,我国各类管理思想不断涌现,管理学科也迅速发展,不少高校纷纷开设了各具特色的管理类课程,出版了不少经济管理方面的教材。但由于我国国内现代企业管理的起步较晚,高校教学实践不足,相当多的经济管理类教材是根据国外教材改编而成的,未必完全适用于教学的需要,真正既能自成理论体系又具有实用性的教材更为缺乏。

经过积极缜密的准备,由上海交通大学管理学院有关教师总结十多年教学实践,力求体现中国管理特色的“上海交通大学工商管理系列教材”终于面世了。这套教材不但为中国经济管理类理论领域增添了一道独特的风景,更为从事管理学本科教学的教师提供了本土化的教学范本。

上海交通大学管理学院成立于1918年,是国内最早开办管理学科的学院之一。在新的世纪里,全院上下将致力于把上海交通大学管理学院建设成为“国内领先、亚洲一流、世界知名”的学院。学院的培养方针是:致力于培养国际化的企业经营管理人才,为各类现代工商企业和社会其他部门培养懂技术、懂经营、会管理的高级复合型管理人才。为了实现这一培养目标,学院决定编写一批具有现代气息的高质量的管理类系列教材。我们组织了一批教学经验丰富、理论功底扎实的资深教授编写这套教材,完成初稿后又请相关领域的专家对每本教材进行评审和鉴定,并对整体项目的运营和质量进行监控,力求使这套系列教材具有较高的水准。

这套系列教材从不同的层面、不同的视角对经济管理领域内的不同问题作了全面、系统和深入的研究,期待它能为改进我国高等学校经济管理类课程的教学工作起到重要的作用,同时对于推动我国经济管理理论的发展,提升我国企业经济管理的实践水平,也能有所帮助。这套系列教材紧跟时代步伐,汇集了国际上相关领域的最新观点、内容、原理和方法;以培养能力为目标,吸收了国内外教材的众多优点。既适合于全国各高等学校经济管理类专业的本科生使用,同时也可以成为在管理实践第一线工作的各类管理人员系统学习管理理论的参考书。

春华秋实。一批学有所成的毕业生在这个季节唱着骊歌告别了学校,铭记上海交通大学“饮水思源,爱国荣校”的校训奔赴祖国各地;而更多的莘莘学子马上又要来到这菁菁校园求学深造。肩负起为国塑才的重任,不辜负人类灵魂工

程师的称号,一直是我们每个教师心中的孜孜追求。这套系列教材可以说是上海交通大学管理学院的广大教师对先期教学工作的一个总结和归纳,更是一个新的起点。“雄关漫道真如铁,而今迈步从头越。”在我们面前将有更多令人兴奋和激动的新机遇和新挑战。在此,我谨希望这套教材能起到抛砖引玉的效果,为我国管理教育和管理实践的发展、繁荣尽到应有的责任。

是为序。

上海交通大学管理学院院长 王方华

2003年7月1日于交大安泰楼

目 录

001 总序

001 第 1 章 商法概述

- 002 1.1 商法概述
- 011 1.2 商法的特点和基本原则
- 018 1.3 商事法律关系
- 024 1.4 商法的历史沿革
- 031 本章小结
- 032 复习与思考

033 第 2 章 公司法

- 034 2.1 公司法概述
- 039 2.2 公司的资本制度
- 042 2.3 有限责任公司
- 050 2.4 股份有限公司
- 059 2.5 公司债券
- 062 2.6 公司的财务会计制度
- 064 2.7 公司的合并、分立
- 066 2.8 公司的破产、解散与清算
- 069 2.9 外国公司的分支机构
- 071 2.10 法律责任
- 073 本章小结
- 074 复习与思考
- 074 案例分析

076 **第3章 个人独资企业法和合伙企业法**

077 3.1 个人独资企业法律制度

088 3.2 合伙企业法

102 本章小结

102 复习与思考

103 案例分析

104 **第4章 外商投资企业法**

105 4.1 外商投资企业法概述

109 4.2 中外合资经营企业法概述

122 4.3 中外合作经营企业法概述

131 4.4 外资企业法概述

139 本章小结

139 复习与思考

140 案例分析

141 **第5章 破产法**

142 5.1 破产法概述

146 5.2 破产申请的提出和受理

150 5.3 债权人会议

153 5.4 和解和整顿

157 5.5 破产宣告

160 5.6 破产债权

162 5.7 破产财产

163 5.8 与破产有关的权利

166 5.9 清算组

168 5.10 破产财产的分配和破产程序的终结

170 本章小结

170 复习与思考

171 案例分析

172 第 6 章 合同法总则

- 173 6.1 合同法概述
- 175 6.2 合同的订立
- 183 6.3 合同的效力
- 189 6.4 合同的履行
- 194 6.5 合同的变更和转让
- 196 6.6 合同权利义务的终止
- 199 6.7 违约责任
- 205 6.8 其他规定
- 206 本章小结
- 206 复习与思考
- 207 案例分析

208 第 7 章 合同法分则

- 209 7.1 买卖合同
- 218 7.2 供用电、水、气、热力合同
- 220 7.3 赠与合同
- 223 7.4 借款合同
- 226 7.5 租赁合同
- 232 7.6 融资租赁合同
- 236 7.7 承揽合同
- 239 7.8 建设工程合同
- 242 7.9 运输合同
- 246 7.10 技术合同
- 252 7.11 保管合同
- 253 7.12 仓储合同
- 255 7.13 委托合同
- 258 7.14 行纪合同
- 259 7.15 居间合同
- 260 本章小结
- 260 复习与思考

260 案例分析

262 第 8 章 担保法

263 8.1 担保法概述

266 8.2 担保法的一般规定

268 8.3 保证

274 8.4 抵押

282 8.5 质押

287 8.6 留置

289 8.7 定金

291 本章小结

291 复习与思考

292 案例分析

293 第 9 章 工业产权法

294 9.1 工业产权概述

297 9.2 专利法

314 9.3 商标法

330 本章小结

331 复习与思考

331 案例分析

333 第 10 章 票据法

335 10.1 票据和票据法概述

344 10.2 票据法律关系

348 10.3 票据行为

351 10.4 票据权利

355 10.5 票据抗辩

356 10.6 票据的伪造和变造

358 10.7 票据的救济

361 10.8 汇票

372	10.9 本票
374	10.10 支票
378	本章小结
378	复习与思考
378	案例分析
380	第 11 章 证券法
381	11.1 证券法概述
386	11.2 证券发行
390	11.3 证券交易
405	11.4 证券市场的主体
413	11.5 证券的监管
415	本章小结
416	复习与思考
416	案例分析
417	第 12 章 保险法
418	12.1 保险法概述
422	12.2 保险法的原则
430	12.3 保险合同
435	12.4 保险公司
443	12.5 保险经纪人和保险代理人
445	12.6 财产保险
450	12.7 人身保险
453	本章小结
453	复习与思考
453	案例分析
455	第 13 章 商事纠纷的解决
457	13.1 解决商事纠纷的方式
458	13.2 商事仲裁

472	13.3 民事诉讼
485	本章小结
485	复习与思考
486	案例分析

第1章 商法概述

本章关键词

商法(commercial law)

英美法系(common law system)

商人(merchant)

判例法(case law)

大陆法系(continental law system)

成文法(statute)

商法的内容

商法的内容或是规制商主体,或是规制商行为,而其最终目的在于调整由商事活动引起的经济关系,以形成反映其要求的法律秩序。商法可分为形式商法和实质商法。形式商法是指由立法机关依法定程序制定并命名的商法典。通常包括商法的一般规则、公司、保险、破产、票据、海商等制度。有一些国家拥有形式商法,如法国、德国、日本、韩国、美国等。实质商法泛指以商事主体为对象,而规范其特有关系的全部法规,并不冠以商法典字样。实质商法,包括广义商法和狭义商法。广义商法包括国际商法和国内商法。国内商法可分为商公法和商私法。狭义商法仅是调整国内商事关系中的商事私法,即国内商法中的商事私法。从现代各国商法的内容看,日益表现出国际性规范与国内规范相交错、公法规范与私法规范相融合的趋势,因而,近年来,在强调狭义商法的同时,更加关注商法的国际性和公法性。有些学者认为,商法的产生与发展,经历了民商不分的罗马法时代、民商二元立法的法国法时代、商法一元立法的美国法时代和市场交易国际化的世界贸易法时代。另一些学者则认为,把我国的商事立法的战略目标定在商法典上,一旦时机成熟,应制定《中华人民共和国商法典》。

资料来源:《南都学坛杂志》。

1.1 商法概述

1.1.1 商法的概念

商法就其一般意义而言是关于商事的法律,是现代国家法律体系的重要组成部分,是调整商事关系的法律规范的总称。所谓商事关系,就是指在商业管理、商品流通和商业服务等商务活动中发生的社会关系。

关于商事的含义,有广义和狭义两种解释。前者是指一切与商业有关的事项,包括商事契约、商业组织、商事仲裁、商业登记、商业管理、商业会计、商业课税、商业运输、商业保险等;后者仅指商业登记、公司、保险和海商。所以有学者认为广义的商事是经济学上的商事;狭义的商事是法学上的商事,即商法中所调整的商事关系。

我国目前有关商事法规对我国的商事行业作出了界定,根据《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》规定:“具备企业法人条件的全民所有制企业、集体所有制企业、联营企业、在中国境内设立的外商投资企业(包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业)和其他企业,应当根据国家法律、法规及本细则有关规定,申请企业法人登记。”“实行企业化经营、国家不再核拨经费的事业单位和从事经营活动的科技性社会团体,具备企业法人条件的,应当申请企业法人登记。”“不具备企业法人条件的下列企业和经营单位,应当申请营业登记:(一)联营企业;(二)企业法人所属的分支机构;(三)外商投资企业设立的分支机构;(四)其他从事经营活动的单位。由此可见,我国对商事行业的规定,显然比法学上指的商事范围宽。当然,上述诸多行业是否都属于商事范围,并由商法调整,尚有研讨之必要。

002

1.1.2 商法的调整对象和范围

1. 商法的调整对象

商法调整的对象,是指商法作为特殊的法律规范体系对现实生活发生作用的范围。按照法理学的一般认识,法律对社会生活的调整主要是借助于社会关系来实现的;不同社会关系自身的内在联系和不同社会关系的彼此差异,构成了法律调整对象的各自特性和相互区别,创造了调整同一类社会关系的法律规范

体系,奠定了法律部门划分的基础。因此,独立的商法调整对象反映了商法独立存在的可能性和必要性,是商法部门建立的基础,是商法区别于其他法律部门的本质特征所在。商法的调整对象为商事关系。

商法,又称商事法,是以商事关系为调整对象的法律规范的总和。所谓商事关系,商事活动经过商法的调整即形成了商事法律关系。由于商法是私法,同时又具有公法性,所以,商法的调整对象可以概括为:

(1) 国家对商事的管理关系。商法虽然是私法,但因商法对国家经济生活的重要作用,国家必须对商事关系加以管理。如商业登记法就是国家管理商事关系的重要手段。只有通过商业登记,国家才能严格控制和管理商事主体的经营活动。国家对商事主体的管理关系是一种不平等的、管理与被管理的关系。

(2) 平等主体之间的商事关系。商法是私法,其主要的调整对象是平等主体之间的商事关系。商事主体在商事活动中的地位是平等的,他们通过商事合同来确立和调整他们的关系,如保险合同、运输合同、买卖合同。

(3) 商事主体内部的经营管理关系。商法不仅要调整国家对商事的管理关系和平等主体之间的商事关系,而且还要调整商事主体内部的管理关系。如公司法要规定公司与股东之间的关系、公司内部的组织机构及其相互关系;保险法要规定保险企业内部的组织、经营关系等。

2. 商法的调整范围

关于商法的调整范围,各国法律规定不尽一致。《法国商法典》包括公司法、票据法、海商法、破产法和诉讼法;《德国商法典》包括商业登记法、公司法和海商法;《日本商法典》包括商业登记法、公司法、保险法和海商法。总的来说,传统商法主要包括公司法、票据法、海商法、保险法、商事程序法等内容。但是随着当代经济交往的扩大和商事交易的多样化、复杂化,商法的范围在不断扩大。诸如证券法、工业产权法等都已成为商法的重要组成部分。因此,各国在法典规定不足的情况下,大多通过另外制定单行法加以补充。因此,本书从实用角度,并考虑商法的理论体系,将商法分为公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外商投资企业法、合同法、担保法、证券法、票据法、海商法、保险法、破产法、工业产权法、商事诉讼和商事仲裁法。

1.1.3 商法的分类

1. 形式的商法和实质的商法

商法有多种分类,从商法的表现形式来分类,有形式的商法和实质的商法之

分。前者指法典形式的商法,后者泛指一切调整商事关系的法律规范。

形式的商法,最典型的就是独立于民法典之外的商法典。这种立法体例称为民商分立制。法国、德国、日本等国采用了这种体例。但是,各国商法典的体系和内容有一定差异。例如,法国 1807 年《商法典》分为四篇:通则;海商;破产;商事裁判。德国 1900 年《商法典》分为四篇:商人地位;公司及隐名合伙;商行为;海商。日本 1893 年《商法典》分为五篇:总则;公司;商行为;票据;海商。这些国家在商法典施行以后,又陆续颁布了许多商事单行法。

在另一些大陆法系国家,没有独立的商法典,商法与民法被统一在一个民事法典中,这被称作民商合一制。但是这些民商合一的民法典,并不能包括所有的商事法律。例如,瑞士将公司、票据、商业登记、商号、商业账簿等规范收入债法典,但保险法、破产法却以单行法另行规定。意大利将公司、合伙商业登记等规范收入民法典,但票据法、破产法、保险法却另以单行法规定。

实践证明,商事关系纷繁庞杂,很难用一个逻辑严密的法典体系将它们概括无遗。而且,商事交易不断发展变化,不可能通过法典化一劳永逸地将它们固定下来。因此,迄今为止所能见到的商法典和民商合一的民法典,都经历了很多次修改,并且在它们之外总是存在着为数众多的商事单行法和大量的商事习惯。随着世界经济结构日新月异的变化,金融交易、知识产品交易和服务贸易迅速发展,一些新的商事法领域已经出现,例如银行法、证券法、电信法、电子商务法、风险投资法等等。从现代商法的发展趋势看,实质的商法变得越来越重要。因此,无论是学者还是律师,都必须把法典以外的大量的商事单行法以及商事判例、商事习惯作为其研究和应用的对象。

英美法系没有民法和商法的严格区分,因而不存在民商分立与民商合一的问题。英美法的商法概念,实际上涵盖了许多被大陆法学者看来是民法的内容,如财产、合同、侵权行为、代理等等。所以,英美法系的私法,除去了婚姻、家庭、继承及公民人身权一类的内容外,基本上都可以归入商法。在美国,尽管有一个《统一商法典》,但它并不是相对于民法典意义上的商法典,而且它的内容主要是涉及一些特殊的商事交易,如买卖、商业票据、银行存款、信用证、提单、投资证券、担保交易等,而其他重要商事法律如公司法、合伙法、破产法等等,都另有单独的法律。此外,法院的判例和民间的自治规章(例如芝加哥期货交易所的规则)也是重要的商法渊源。总的来说,英美法的商法概念属于实质商法的范畴。

2. 广义商法和狭义商法

从商法包括的内容来对商法分类,商法又可以分成广义商法和狭义商法。广义的商法,包括国内商法和国际商法,其中国内商法又有商事公法和商事私法

之分。所谓商事公法,是指宪法、行政法、刑法、诉讼法中有关商事的规定。商事私法,则是民法、商法以及判例、习惯中的商事法律规范。狭义的商法,仅指国内法中的商事私法部分。各国研究商法的著作,一般都是以狭义商法为对象。

3. 商人商法、商行为商法、折中商法、习惯商法

商法依立法基础的不同进行划分,可以分为商人商法、商行为商法、折中商法和习惯商法。

商人商法,即以商人作为立法基础,在法律中先确定商人的概念。同一行为,商人所为的适用商法,非商人所为的适用民法或其他法规。如德国、瑞士、澳大利亚等国的商法属此范围。

商行为商法,即以商行为作为立法基础,在法律中先确定商行为的概念,即凡是其行为性质属于商行为,适用商法,而不问行为人是否为商人。如西班牙、法国、卢森堡、埃及、阿根廷等拉丁语系各国的商法属此范围。

折中商法,即以商行为和商人分别作为立法基础。例如在海商、破产、公司等方面以商行为为基础,在总则、票据等方面以商人为基础。《日本商法典》第3条规定:“当事人一方实施商行为时,本法适用于双方,当事人一方有数人,其中一人实施商行为时,本法适用于全体。”

习惯商法,即英美商法,是依据商业习惯和判例形成的法律。例如英国1882年的票据法,美国1952年的《统一商法典》。

1.1.4 商法和临近部门法的关系

1. 商法与民法的关系

民法和商法有一个共同之处,即它们都调整平等主体之间的财产关系。但是,二者之间也有一定的差别。民法是包括财产关系和人身关系在内的一般社会生活的普遍性规则,而商法则市场经济领域的特定财产关系的特殊性规定。民法对商法来说,具有统领和指导的意义,而商法对民法来说,具有补充、变更、限制的作用。例如,民法的法人制度,是制定公司法的原则依据。公司的法律地位、权利能力和行为能力、财产责任、法人人格的变动和消灭等等,都要适用民法的有关规定。另一方面,关于公司设立的条件和程序、公司股份的募集和公司债的发行、公司的法人机关的权利和职责、公司合并与分立的条件和方式、公司解散和清算的程序等等,又必须由属于商法的公司法来具体规定。又如,票据是财产权和证券化的一种形式,票据转让是一种特殊的财产转让,它一方面要适用民法关于法律行为和债的一般规则(例如意思表示真实),另一方面,鉴于这种转让

的特殊性,又需要对民法的某些规定加以变更(例如,不适用一般债权的诉讼时效,而另行规定短期时效)。正如德国法学家指出:商法典中的许多规定,只有根据民法典所确立的一般原则才能理解;而商法典的作用就是对这些一般性原则加以变更、补充或排除。

由此可见,否认民法与商法之间的有机联系,把它们人为地割裂开来,势必造成社会经济生活中的规范重复和矛盾。反过来,否认民法与商法的区别,把它们简单地糅合在一起,必然有损它们各自的特长,既不能保持民法的原则性、普遍性、稳定性,又不能实现商法的特殊性、技术性和灵活性。这不符合市场经济既需要稳定有序又需要创新活力的客观要求。所以,正确的处理办法应该是,首先,承认民法处于基本法的地位,商法处于特别法的地位。我们既可以把民法看作是商事基本法,也不妨把商法看作是民事特别法。民法提供了市场经济运行的基本制度框架,商法提供了市场经济运行的具体操作工具。两者有着共同的社会使命、价值目标和功利目的,相辅相成,相互协同,构成了实现市场秩序和经济效益的重要支柱。从立法角度看,商法要遵循民法的基本原则,这时民法处于优越的地位。从法律适用的角度看,按照特别法优先于普通法的原则,商法规则相对于民法规则处于优先适用的地位。具体地说,对于商法调整范围的事项,商法有规定的,适用商法规定;商法与民法规定不一致的,适用商法的特殊规定;商法无规定的,适用民法的一般规定。

从法律的体系结构看,民法有一个逻辑严密和内部和谐一致的封闭体系,具有高度的稳定性;而商法所包括的各种法律之间没有严格的逻辑联系,它们更多地表现为“各自为政”的状态,因此,商法从整体上说是一个开放的体系,具有明显的变动性。正是由于这种变动性,商法能够适应社会经济的发展变化,不断地进行自我变革和制度创新。而这种变革和创新的成果固定下来后,又可能引发某些民法基本制度的变化,从而导致民法的修改、补充。

2. 商法与经济法的关系

经济法产生于20世纪初,德国首先承认了经济法这一法律部门,其后其他国家纷纷效仿。我国20多年来,一直很重视经济法的研究及经济立法工作。随着市场经济体制的确立,经济法的地位也日益提高。但对经济法的地位,目前还没有定论。学者们在探讨民法、经济法、商法的关系时,有的认为经济法应当包括商法,而有的则认为正相反,还有的认为这三种法律是市场经济法律体系的三大支柱。其实,这些看法都不全面,经济法是调整经济管理关系的法律规范,是国家管理经济的重要工具。经济法具有如下的本质特征。

(1) 国家意志和政府职能的介入。经济法的一个最显著的特征就是它代表国家在经济领域各种事关社会利益的问题上的政策性意志。将这种政策性意志