

21世纪工商管理精品教材

商法教程

A Course in Commercial Law

主 编 王英萍



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS





巍巍交大 百年书香
www.jiaodapress.com.cn
bookinfo@sjtu.edu.cn



策划编辑 / 提文静
责任编辑 / 糜玲 提文静
封面设计 / 右序设计

商法教程

A Course in Commercial Law

上架建议：经济管理



扫描二维码
关注上海交通大学出版社
“书售交大”

ISBN 978-7-313-16137-6



9 787313 161376 >

定价：58.00元

21世纪工商管理精品教材

商法教程

A Course in Commercial Law

主 编 王英萍



内容提要

《商法教程》体例按照商事活动的先后顺序,共分为三大部分。第一部分即第1章,商法概论,介绍商法的理论体系。第二部分为商法实体法的部分,从第2章到第11章,内容包括企业法、公司法、破产法、合同法的总则和分则、物权法、证券法、知识产权法、票据法、保险法共10个方面。第三部分为商事程序法,即第12章,内容为仲裁法和民事诉讼法。

本书适合高校法律专业、经济管理专业师生参考阅读。

图书在版编目(CIP)数据

商法教程 / 王英萍主编. —上海:上海交通大学出版社,2017
ISBN 978-7-313-16137-6

I. ①商… II. ①王 III. ①商法-中国-高等学校-教材
IV. ①D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 273211 号

商法教程

主 编:王英萍

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:郑益慧

印 刷:上海天地海设计印刷有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

字 数:455 千字

版 次:2017 年 1 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-16137-6/D

定 价:58.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:19

印 次:2017 年 1 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告 读 者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:021-64366274

序

商法,在一般意义上是指关于商事的法律。在商业社会中,商法作为保障商业正常运行的依据,其重要性不可忽视。我曾接触过不少现实案例,很多企业经营人员,因为不了解商法,给他们企业带来不必要的法律纠纷,甚至巨大的财产损失。

商法,作为法律分类中的一个独立的部门法,它本身就是从民法中衍生出来的,因此,经管学院的本科生和法学院的本科生在修习本课程的内容时有很大的差别。法律专业的本科生单独修法学理论、民法、经济法、商法等课程,而经管专业的本科生仅修商法这一门课程,所以教材中必须涵盖法理、民法的知识。

目前国内商法教材应该说不少,但存在以下几个主要问题:一是作为法律专业的商法教材较多,不适合经管专业学生使用,因为涵盖的面不够广,而教材又太深奥。二是类似的经济法教材比较多,国内的很多商学院开设经济法课程,反观国外的商学院,绝大多数开设商法课程,但经济法和商法有很大的不同,商法是讲授市场经济体制下有关商事关系的法律,而经济法是讲授国家干预经济法律规范的体系。很多开设经济法课程的经管学院,实质学习的内容几乎全部都是讲商法的内容,但两者之间还是有差异的。三是这两年商法修改法律条文的高峰期,原有的教材面临过时的问题,所以写一本能反应最新商法内容的教材,是必然的要求。

我在大学中有二十余年的一线商法教授经验,深知在学习商法的过程中很多书目的编排过于冗余或是学术化,给学生造成不小的困惑。由此我想到要编写一本循序渐进、简洁明晰的商法教程。在本书的编排中,我希望在坚持严谨的学术性的同时能为商法入门者提供实用的学习教程。

本书是面向经管学院本科生的商法教材。内容除了包括涉及商法的公司法、个人独资企业法、合伙企业法、破产法、证券法、票据法、保险法以外,还包括商法理论的相关介绍,以及涉及民法的合同法、物权法、知识产权法,涉及商事程序法的仲裁法和民事诉讼法等。每章基本按照商事活动的先后顺序进行安排。

本书在上海交通大学安泰经济与管理学院的大力支持下,由我本人独立完成,保证了本书的前后连贯性。本书参考了大量文献并在广泛借鉴和吸收国内学者在民商法、经济法等的研究成果基础上完成了编写任务。在此,向这些学者致以深深的谢意。本书得以顺利出版,还得益于上海交通大学出版社的各位编辑,在此一并表示感谢。

由于时间仓促,加之本人的水平有限,书中疏漏和错误在所难免,诚请各位读者不吝赐教,提出宝贵的修改意见。

王英萍

2016 年 11 月于上海

目 录

第 1 章 商法概论	1
1.1 商法概述	1
1.2 商法的基本特点和原则	6
1.3 背景知识——西方资本主义国家两大法系	8
第 2 章 个人独资企业法和合伙企业法	14
2.1 个人独资企业法	14
2.2 合伙企业法	18
第 3 章 公司法	30
3.1 公司法概述	30
3.2 公司的登记制度	32
3.3 公司的资本制度	37
3.4 股权	40
3.5 公司的组织机构	44
3.6 公司债	49
3.7 公司的财务会计制度	50
3.8 公司的合并、分立、增资、减资	52
3.9 公司的解散与清算	53
3.10 外国公司的分支机构	54
第 4 章 破产法	56
4.1 破产法概述	56
4.2 破产程序法	58
4.3 破产实体法	73
第 5 章 合同法(总则篇)	77
5.1 合同法概述	77
5.2 合同的订立	78
5.3 合同的效力	83

5.4	合同的履行	87
5.5	合同的变更和转让	91
5.6	合同权利义务的终止	93
5.7	违约责任	96
第 6 章	合同法(分则篇)	101
6.1	买卖合同	101
6.2	供用电、水、气、热力合同	111
6.3	赠与合同	112
6.4	借款合同	114
6.5	租赁合同	116
6.6	融资租赁合同	120
6.7	承揽合同	124
6.8	建设工程合同	126
6.9	运输合同	128
6.10	技术合同	132
6.11	保管合同	139
6.12	仓储合同	141
6.13	委托合同	142
6.14	行纪合同	144
6.15	居间合同	145
第 7 章	物权法	146
7.1	物权法的概述	146
7.2	物权的设立、变更、转让和消灭	148
7.3	所有权	150
7.4	用益物权	157
7.5	担保物权	160
7.6	占有	169
第 8 章	证券法	171
8.1	证券法概述	171
8.2	证券发行	172
8.3	证券交易	176
8.4	证券市场的主体	185
8.5	证券的监管	190
第 9 章	知识产权法	192
9.1	知识产权法	192

9.2	著作权法	193
9.3	专利法	202
9.4	商标法	212
第 10 章	票据法	226
10.1	票据法概述	226
10.2	票据法律关系	229
10.3	票据行为	232
10.4	票据权利	236
10.5	票据的伪造和变造	239
10.6	票据的丧失和救济	240
第 11 章	保险法	243
11.1	保险法概述	243
11.2	保险法的原则	246
11.3	保险合同	250
11.4	保险公司	253
11.5	保险经营规则	255
11.6	保险经纪人和保险代理人	258
11.7	保险业的监督管理	260
11.8	财产保险	261
11.9	人身保险	265
第 12 章	仲裁法和民事诉讼法	269
12.1	仲裁法	269
12.2	民事诉讼法	279
参考文献		293

第1章 商法概述

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。

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、破产法、合同法、物权法、证券法、知识产权法、票据法、保险法、仲裁法和民事诉讼法。

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,从表现形式来看,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定。

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。

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。英美法系的商法概念属于实质商法的范畴。

2) 广义商法和狭义商法

从包括的内容来看,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。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,而商法则是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权的一般规则(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。

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,之后其他国家纷纷效仿。我国 30 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。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。将这种政策性意志法律化的一个理论根据,就是政府在国民经济运行过程中应有的管理职能。

(2) 多种法律部门的综合调整。“事实上,经济法包括更广阔的范畴。它既涉及私法,例如属于民法部门的商法,又涉及一些与经济事务有关的刑法和劳动法;同样也涉及关于经济规章制度的行政法、税务法;最后还涉及有关经济领域的国际公法。”实践中,经济法规往往既包括公法因素也包含私法因素,并且常常是跨部门或者运用多种法律手段进行综合调整的。

(3) 国家政策的主导作用。绝大多数国家的经济法都是单行法(特别法),而不是法典。单行法或特别法的特点在于其针对性和政策性强。具体说,就是以某一经济领域中的特定关系或特定问题为对象,以国家调整这些关系或者解决这些问题所确定的政策为依据,来制定相应的制度和规则。

商法是关于商事组织和商事交易的法律群。传统商法受契约自由原则的支配。但是,随着现代商法中公法因素的日益增加,商法与经济法的界限存在着模糊化现象。例如,反垄断法是关于制止垄断性兼并的法律,已经成为现代公司法中公司合并制度的重要组成部分。但是,商事关系的平等性和市场交易的一般规律决定了商法必须以当事人意思自治为主导性原则。商法的各主要领域,如公司法、票据法、保险法和破产法,都有其固有的原则和体系。因此,经济法和商法在理论上还是可以作区分的。例如,在我国,

反不正当竞争法、消费者权益保护法、税法、土地管理法、环境保护法、自然资源法等等,属于经济法的范畴。区分商法和经济法,有利于在保持商法固有原则的前提下,发挥国家意志和政府职能在维护商事秩序中的作用。

在区别商法和经济法的时候,也要看到它们之间的联系。首先,从性质上讲,商法和经济法相对于民法而言,都是特别法,在适用上都具有优先的效力。其次,从功能上讲,经济法体现了国家在特殊情况下对商事关系的干预,因而相对于商法来说具有优先适用的效力。再次,从形式上讲,除了商法在少数国家部分地实行法典化外,商法和经济法都是针对特定领域、特定问题的单行法,具有显著的特殊性、技术性和灵活性。最后,从内容上讲,商法和经济法之间存在着相互包含的现象,即商事法律的规定中吸收经济法政策和经济法规范,经济立法的规定中运用商法制度或商法手段。

3) 商法和行政法的关系

所谓行政法,是关于行政权力及其行使的法律规范。行政法主要调整和保护的是国家的政治生活;其立足点是限制国家的行政权力。严格意义上的行政法是近代民主政治的产物,以国家权力的划分、国家机关的分工为条件。因此,可以说行政法是关于行政主体的行政管理活动的法律规范的总和。其调整对象是行政主体在行政管理活动中和其他国家机关、社会团体、企事业单位以及公民之间的关系。它是一个独立的法律部门。行政法所调整的社会关系采用行政调节的机制,所要保护的是国家利益。而商事法则不同,它调整的对象是商事关系,表现为主体法律地位的平等;商法调整的社会关系采用的是营利性机制,所要保护的主要是商事主体的合法利益。因此,商法和行政法两者之间的界限是清晰的。但是,商法和行政法两者也有联系,尤其是在现代市场条件下,为了平衡社会经济运作中各方的利益和协调性地维护权利,保障社会经济的正常秩序,促进商事交易的发展,国家干预逐步加强。国家不仅从行政角度对商事交易实施管理,而且从宏观调控的角度介入商事自治领域进行行政干预,出现了商法公法化趋势,调整商人及商行为的商法和行政法发生了密切的关系,其主要表现为:

(1) 商法本身即含有行政法的成分。例如,商业设立之核准、公司的登记和对外国公司的认可、船舶的登记、商业广告的管理、商品的检验、商业税赋、商事交易的管理、商事主体对行政处理不服的行政诉讼法的适用等,均属于行政法范畴。

(2) 商法中规定了诸多行政处罚条款。无论是商业登记还是票据关系,无论是破产法还是公司法,其间对违法行为都规定有不同程度的行政处罚条款。尽管这不是商法的主要内容,但它标志着商法受到行政法的巨大影响,所以有人在论述商法的性质时,认为商法尽管属于私法范畴,但在某些方面则具有公法性质;而且这种性质在一定程度上具有强化的趋势。因此可以认为,商法一方面调整企业或商行为引起的平等主体之间的社会关系,另一方面也还涉及行政管理关系。因而凡涉及行政处罚的行为,既要依据商法,同时还要遵循行政法规、行政复议法以及行政诉讼法的相关规定。

虽然商法和行政法的关系日益密切,乃至行政法条款大量商法化,辅助商法对商事关系及其相关事宜进行调整,但两者分属于不同的法律部门,两者在法律归属上也是不同的;行政法的命令与服从的调整方法也不得与商法的调整方法相混淆或代替。

4) 商法和劳动法的关系

劳动法是调整企业劳动关系的法律规范。以前,关于企业主、企业管理人和劳动者

之间的关系,是通过商法来调整的。自 18 世纪以后,由机器工业代替手工业,社会关系也发生了变化,资本主义国家开始制定一些劳动保护的法律,以调和企业主和工人日益加深的矛盾,这些法律统称为劳动法。劳动法和商法的关系,主要体现在调整企业劳工关系上。例如商法中规定的企业主、管理者与劳动者的关系已让位于劳动法,在海商法中关于海员的规定亦转归劳动法。但是,企业主与企业管理人的关系属于委任关系,仍然由商法来调整。对某些行为还出现劳动法与商法互相适用,例如股份有限公司的工人,通过购买公司的股票,成为双重身份,一方面是以股东身份参加企业管理,另一方面以工人身份受雇于企业。

1.1.5 商法的渊源

商法的渊源是指商法的表现形式。商法的渊源主要有以下几种。

1) 商事法律

商事法律是指一国立法机关通过一定立法程序制定的商事法律规范。商事法律有两种形式:一是商法典。在采取民商分立的国家中,商法典是调整商事关系的基本法;二是商事单行法。在民商合一的国家中,商事单行法是调整商事关系的最主要法律规范。不仅如此,就是在民商分立国家及英美法系国家中,商事单行法也占有十分重要的地位。重要的商事单行法有:公司法、票据法、海商法、保险法等。我国是民商合一的国家,没有商法典,商事单行法也是作为民法的特别法。

2) 民法中的商事规定

在民商合一的国家中,没有独立的商法典,有关商事关系的基本原则及主要活动规则均适用民法典的规定。如民法中有关债的规定,有关代理、法律行为的规定以及有关买卖合同、运输合同、承揽合同等的规定,都是有关商事关系的法规。我国是民商合一的国家,所以,《民法通则》是商法的重要渊源之一。

3) 商事习惯法

商事习惯是指调整商事固有的习惯。商事习惯法是指经过法律确认的发生法律效力的习惯规则,是调整商事关系固有的习惯。商法最早就是起源于商事习惯法,它对商事关系的调整具有重要的作用,特别是在海事方面。商事习惯法的地位,各国法律规定不尽一致。在民商合一的国家中,商事习惯法不能优先于商事单行法及民法中有关商事的规定而适用,只有在商事单行法或民法没有规定时,才能适用商事习惯法;在民商分立的国家中,商事习惯法优先于民法而适用。

4) 判例

商事判例在英美法系国家及一些成文法系国家,均是一种比较重要的商法渊源。在英美法系国家,商事判例可以“创造法律”。在某些成文法国家,判例被认为是介于商事习惯与法理之间的一种法律渊源,其功能有三:一是解释商事法规,二是确认商事习惯,三是明确商事法理。

5) 商事法理

商事法理是指在商事领域内,统一商事原则和法律一般原则的学说。商事法理只有在既没有商事法律规定,又没有商事习惯可遵循时,才能适用。

6) 国际公约和国际惯例

商法具有国际性的特点,因而一国所参加的国际商事公约及采纳的国际商事惯例也是该国商法的法律渊源。

在我国,商法的渊源主要为制定法、立法和司法解释、商事自治法等,它可以分为以下几种:

(1) 法律,即全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的规范性文件。如《中华人民共和国公司法》。

(2) 行政法规和行政规章,即国务院及其所属机构制定的规范性文件。如《中华人民共和国公司登记管理条例》《中华人民共和国企业法人登记管理条例》。

(3) 地方性法规,即地方国家权力机关和行政机关制定的规范性文件。如《深圳经济特区商事条例》《上海市房屋租赁条例》《上海市合同格式条款监督条例》等。

(4) 国际条约、国际惯例,即我国参加的国际条约。如《1996 年国际船舶载重线公约》。

(5) 立法解释,即全国人大常委会关于商事法律的立法解释。

1.2 商法的基本特点和原则

1.2.1 商法的特点

商法的特征是指商法区别于其他法律部门的主要标志,是商法本质的外在表现形式。商法的特征主要有以下几种。

1) 营利性

营利性是指商事主体通过经营活动而获取经济利益的特性。营利性是商事活动的主要特性。商主体身份之确立、商行为之界定、商活动之目的及商立法和司法之原则,无不与营利有关。

2) 特定性

商法作为一个特殊的法律部门,其调整的对象不是一般人,其法律规则的适用也不是一般的和普遍的,而是特定的。它或者仅适用于履行了商事登记而具有商主体资格的人,或者仅适用于商行为。多数国家法律规定,非商人和非商行为者,不得适用商法。

3) 技术性和易变性

商法是一种实践性极强的法律,它对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都作了具体、详细的规定,具有可操作性和技术性,与民法中偏重于理性规范的特点颇不一样。同时,由于商法规范本身必须及时反映现实商事交易活动之需求,而商事交易活动的内容和形式都是发展变化的,因而商法与一般法律相比,其修改更为频繁。

4) 公法性

在大陆法系国家,法律被分为公法和私法。商法作为调整商事交易主体关系的法律,作为民法的特别法,从根本上说属于私法范畴。但是,它又不同于普通私法,而是一种特别私法规范体系。在这样一种规范体系中,以私法规范为核心,同时包含有大量的公法性条款,即国家通过立法形式来干预商事交易活动的规范,如商事登记等等。这些公法性条款始终处于为私法交易服务的地位,由此,它还不能从根本上改变商法的私法