

商事案例分析

SHANGSHI ANLI FENXI

刘为民 ◎ 主编



中国政法大学出版社



商事案例分析

SHANGSHI ANLI FENXI



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商事案例分析 / 刘为民主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 11

ISBN 978-7-5620-4099-6

I. 商… II. 刘… III. 商法-案例分析-中国-高等学校-教材 IV. D923.995

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第238714号

书 名 商事案例分析

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088

邮箱 396595153@qq.com

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908330(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm×960mm 16开本 26印张 405千字

版 本 2012年2月第1版 2012年2月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4099-6/D·4059

定 价 42.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

 编写说明

编写《商事案例分析》的主要目的是，为系统学习商法课程的大学本科生以及广大自学法律的读者提供一本入门案例分析教材或参考书。本书注重编写体例的规范性，便于学生对《商法学》课程基本知识的系统掌握。

本书共分六编十六章，编写分工如下：

刘为民：第一、三编；

王旭霞：第二、四编；

王 月：第五、六编；

全书由刘为民统稿。

由于编者水平所限，本书中谬误之处在所难免，恳请读者和专家指正。

编 者

2011 年 9 月

目 录

Contents

第一编 商法总论

第一章 商法总论	(2)
第一节 商法的地位	(2)
【案例 1-1-1】	(6)
第二节 商法的基本原则	(8)
【案例 1-2-1】	(9)
【案例 1-2-2】	(14)
【案例 1-2-3】	(17)
【案例 1-2-4】	(23)
【案例 1-2-5】	(25)
第三节 商法的渊源	(31)
【案例 1-3-1】	(32)
第四节 商事登记	(43)
【案例 1-4-1】	(46)
【案例 1-4-2】	(48)
第五节 商业名称	(50)
【案例 1-5-1】	(55)

第二编 合伙企业法

第二章 合伙企业法	(66)
第一节 合伙企业的概念和特征	(66)
【案例 2-1-1】	(67)
【案例 2-1-2】	(70)
第二节 合伙企业的设立	(72)
【案例 2-2-1】	(73)
【案例 2-2-2】	(75)
第三节 合伙人的出资	(77)
【案例 2-3-1】	(77)
第四节 合伙企业的财产	(79)
【案例 2-4-1】	(79)
【案例 2-4-2】	(82)
第五节 合伙企业债务的承担	(84)
【案例 2-5-1】	(85)
【案例 2-5-2】	(86)
第六节 合伙企业事务的执行	(88)
【案例 2-6-1】	(90)
第七节 入伙、退伙	(93)
【案例 2-7-1】	(94)
第八节 合伙企业的解散、清算、破产	(99)
【案例 2-8-1】	(102)

第三编 公司法

第三章 公司与公司法	(106)
第一节 什么是公司	(106)
【案例 3-1-1】	(109)
第二节 公司法概述	(111)

【案例 3-2-1】	(113)
第四章 公司法的基本制度	(116)
第一节 公司法律人格	(116)
【案例 4-1-1】	(118)
【案例 4-1-2】	(124)
【案例 4-1-3】	(131)
【案例 4-1-4】	(134)
第二节 股东	(137)
【案例 4-2-1】	(141)
第三节 公司章程	(143)
【案例 4-3-1】	(146)
第四节 公司资本	(153)
【案例 4-4-1】	(161)
第五节 公司组织机构	(165)
【案例 4-5-1】	(174)
第五章 有限责任公司	(178)
第一节 有限责任公司概述	(178)
【案例 5-1-1】	(181)
第二节 有限责任公司的设立	(183)
【案例 5-2-1】	(184)
第三节 有限责任公司的股东的权利和义务	(187)
【案例 5-3-1】	(189)
第四节 有限责任公司的股东出资及股权转让	(192)
【案例 5-4-1】	(194)
第六章 股份有限公司	(199)
第一节 股份有限公司的设立	(199)
【案例 6-1-1】	(204)
第二节 股份有限公司的股东	(208)
【案例 6-2-1】	(211)

第四编 证券法

第七章 证券市场主体法律制度	(216)
【案例 7-1-1】	(217)
第八章 证券发行法律制度	(220)
第一节 证券发行制度概述	(220)
【案例 8-1-1】	(222)
第二节 股票的发行	(223)
【案例 8-2-1】	(226)
第三节 公司债券发行	(227)
【案例 8-3-1】	(228)
第九章 证券交易法律制度	(230)
第一节 证券交易的基本规则	(230)
【案例 9-1-1】	(232)
第二节 证券上市	(234)
【案例 9-2-1】	(237)
第三节 持续性信息披露制度	(242)
【案例 9-3-1】	(244)
第四节 上市公司的收购	(246)
【案例 9-4-1】	(249)
【案例 9-4-2】	(253)
第十章 证券交易中的禁止行为	(258)
第一节 内幕交易	(258)
【案例 10-1-1】	(259)
第二节 虚假陈述	(265)
【案例 10-2-1】	(266)
第三节 操纵市场	(273)
【案例 10-3-1】	(275)

第五编 票据法

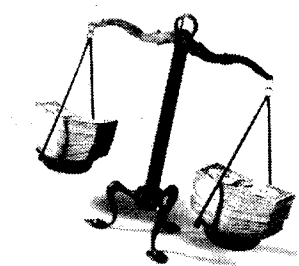
第十一章 票据和票据关系	(284)
第一节 票据	(284)
【案例 11-1-1】	(285)
【案例 11-1-2】	(286)
第二节 票据法律关系	(289)
【案例 11-2-1】	(292)
【案例 11-2-2】	(295)
第十二章 票据行为	(297)
第一节 票据行为概述	(297)
【案例 12-1-1】	(298)
第二节 票据行为的构成要件	(299)
第三节 票据的伪造和变造	(304)
【案例 12-3-1】	(305)
【案例 12-3-2】	(308)
第十三章 票据权利和票据义务	(313)
第一节 票据权利和票据义务概述	(313)
【案例 13-1-1】	(314)
【案例 13-1-2】	(318)
【案例 13-1-3】	(321)
【案例 13-1-4】	(323)
第二节 票据权利的创设——出票	(327)
第三节 票据权利的主要转移方式——背书	(330)
【案例 13-3-1】	(334)
第四节 票据权利的保障	(336)
【案例 13-4-1】	(338)
第五节 票据权利的实现	(345)
【案例 13-5-1】	(349)

第六节 票据的丧失和补救	(350)
--------------------	-------

第六编 保险法

第十四章 保险和保险法基本理论	(354)
第一节 保险概述	(354)
第二节 保险法概述	(356)
【案例 14-2-1】	(358)
【案例 14-2-2】	(362)
第十五章 保险合同	(364)
第一节 保险合同的一般理论	(364)
【案例 15-1-1】	(368)
【案例 15-1-2】	(371)
【案例 15-1-3】	(375)
【案例 15-1-4】	(379)
第二节 人身保险合同	(381)
【案例 15-2-1】	(384)
第三节 财产保险合同	(386)
【案例 15-3-1】	(386)
【案例 15-3-2】	(389)
第十六章 保险业及其监管	(393)
第一节 保险公司	(393)
第二节 保险代理人和保险经纪人	(396)
【案例 16-2-1】	(399)
第三节 保险业的监督管理	(400)
【案例 16-3-1】	(403)

第一编 商法总论



第一章 商法总论

第一节 商法的地位

商法的地位是指在一个国家的法律体系中商法处于什么位置，与其他部门法之间的关系安排，是否是一个独立的法律部门。在我国，有关商法地位的问题是学者争议最大的问题之一，“大多数民法学者和经济法学者都持相同的观点，认为商法不应成为我国法学体系中的独立部门，而商法学者则持截然相反的态度，认为商法应成为我国法学体系中的独立部门”。^{〔1〕}

商法是否能够成为我国法律体系中一个独立的法律部门的问题，以及是否制定一部商法典或者商事通则的问题，我们暂时搁置，但商法较之其他传统的部门法而言，在调整对象、调整方法等方面都具有相对独立性，这一点是从事不同法学学科研究的学者不能否认的事实。为此，我国教育部已经将商法列为与民法、经济法等部门法并列的法学本科学生必修的14门核心课程之一，各高等院校也都开设了商法学这门课程，学者们出版的各种商法学教材也层出不穷。基于这种认识我们对商法的地位进行简单的分析。

一、商法的独立性

在多数教材中，讨论商法的独立性主要有两个角度：一是商法独立于民法、经济法，是一个独立的法律部门；二是在确认商法是民法的特别法的前提下，商法具有有别于民法的一般调整方式和原则。其主要理由集中在两个方面：一是商法的调整对象具有营利性，维护和保障商法调整对象的营利性是商法的基本出发点，而民法、经济法制定的基础和出发点与商法是不同的；二是商法的调整核心内容之一——商主体及其组织形式、条件和程序，具有

〔1〕 张民安：《商法总则制度研究》，法律出版社2007年版，第15页。

不同于一般民事主体和经济法主体的要求，以独立的商主体为核心支撑起商法的独立性。除上述两点外，商行为的营利性调整机制、商法的历史发展也是很多学者确定商法具有独立性的理由。

二、商法与民法、经济法的关系

（一）商法与民法的关系

商法与民法的关系，多数学者始终纠缠于立法体例之争，即究竟是制定一部民商合一的民法典，还是在民法典之外，另外制定一部商法典，或者“超越民商合一与民商分立”^{〔1〕}制定一部商事通则，我们认为这种立法体例之争的现实意义不大。

商法与民法均属私法的范畴。在立法体例中，无论民商合一，还是民商分立，抑或是制定商事通则，都无法改变商法是私法二元中一个分支的地位。考察各国立法，没有一个国家制定一部私法典或者私法通则，私法的基本原则和理念，如抽象的平等、自由、诚信、个体利益、个体权利等都规定在民法典当中，这种模式是自拿破仑民法典以来形成的。私法的基本原则和理念为各国民法典的重要组成部分，这些抽象的原则和理念成为具体民事法律规范的基础和边界，同理，商法的本质是私法，这些原则和理念也是商法的基础和边界。

由此可见，商法和民法在抽象的私法概念、原则中交集，但在民法这种立法模式和传统选择下，无论是否明确表示，民法学者已经将民法和私法画上了等号。因此，商法无论采取怎样的立法体例，都无法独立于民法典成为一个与民法并列的部门法，只能是民法的特别法。这种意义上的商法是民法的特别法，但并不能够说明商法的独立性丧失，它只是一种建立在对传统私法立法模式尊重基础上的选择，就目前法学发展以及社会经济条件的变化来看，没有必要为了表彰商法的独立性而制定一部抽象意义的私法典。但商法和民法依然是有区别的，在现代市场经济条件下这种区别更为明确。

现代市场经济的发展，使得“营业”这个词，具有了鲜明的法律特征，法律意义上的“营业”是一个国家法律确认的“营业”。解读现行民法以及相关商事法律法规，法律对“营业”采用了积极调整方法，对“营业”进行

〔1〕 王保树：“商事通则：超越民商合一与民商分立”，载《法学研究》2005年第1期。

了全面的干预。非法律明确确认的营业主体（即商事主体）不得从事营业活动；非法律明确确认的营业行为（即商事行为），任何营业主体不得从事；对“营业”所产生的结果（即具体的利益或者商事法律关系）法律设计了具体制度进行特别的控制。这种法律上对“营业”的确认，是现代商法具有独立性的基础，这种确认也是将商事主体与民事主体、商事行为与民事行为、商事法律关系与民事法律关系区别开来的核心标准。

尽管商法具有独立性，但绝不能割裂商法与民法纯天然的联系。民事主体达到法律规定的条件，经过法律确认或者认可能够具有商事主体资格，但并不因此而丧失其原有的民事主体地位，一个民事主体可以有双重的资格。在这种情况下，商行为和商事法律关系会受到商法和民法双重的调整，如个人财产、家庭财产、夫妻共同财产与营业财产；个人、家庭、夫妻的责任承担能力与营业过程中产生的法律责任的关联等问题中，既涉及到民法中的一些基本法律概念和规则，又涉及到商法中关于营业的法律规定。此外，抽象商事活动营利性目的的最终实现，是通过民事主体的消费行为完成的，因此，商事关系的主要类型中，必然包含一种一方以营利为目的，另一方以消费为目的的单方商事关系，对这种社会关系的调整则必然包含了商法和民法的双重调整。

（二）商法与经济法的关系

经济法产生于20世纪初，经济法在发展过程中始终处于探索的状态。在我国改革开放之初，经济法才成为一门法学学科，继而成为学者们关注和研究的对象。

经济法的概念一直存在着很大的争议。20世纪80年代，许多人认为经济法是调整社会全部经济关系的法律规范的总称，即经济法既调整经济组织关系，又调整经济交易关系；既调整平等主体之间的横向民事关系，又调整不平等主体之间的纵向服从性行政关系；既调整国内经济关系，也调整涉外和国际经济关系；既调整宏观经济关系，也调整微观经济关系。90年代以后，我国学者形成了相对一致的经济法概念，即经济法是国家从整体经济发展的角度，对具有社会公共性的经济活动进行干预、管理和调控的法律规范的总称。从这个概念出发，经济法是以“反不正当竞争法”、“反垄断法”、“国家宏观调控法”、“国家参与法”等法律法规为核心的。我们讨论商法与经济法的关系正是建立在经济法的这个概念基础之上。

按照上述思路 and 观点, 商法与经济法的区别主要表现在以下几个方面: 其一, 在调整对象上, 商法主要调整平等主体之间的交易活动, 对行政机关的调整也主要局限于商事管理机关的商事管理行为。经济法则不仅调整经济活动的主体, 即经营主体的行为, 而且调整国家及其代表机构, 如权力机关和行政机关参与经济活动或运用国家权力干预经济活动的行为。其二, 在调整方法上, 商法注重维持私法中传统的“意思自治原则”(虽进行了限制), 经济法则信守“国家统治原则”。其三, 在法律属性上, 商法是以平等主体为本位的私法(虽有公法色彩); 经济法则以国家为本位的公法。其四, 在体系构成上, 商法以商主体、商行为、公司法、票据法、证券法、保险法、海商法等为内容; 经济法则以价格、金融、税收、投资、公平交易、反垄断、贸易管制等为内容。

在明确了上述区别后, 我们再来讨论商法与经济法的联系。在现代市场经济条件下, 商法与经济法具有不可割裂的关系, 市场经济是规则经济, 任何一个市场经济国家都通过立法维护着市场经济的基本规则, 即自由、公平、竞争。维护市场经济的基本规则, 仅仅靠民商事主体的自觉性、自律性是不够的, 因此, 需要经济法适度的干预。这种适度的干预主要体现在两个方面: 一方面是通过立法明确确认并表彰市场经济的基本规则; 另一方面是对具体商事活动中有悖自由、公平、竞争的行为或者活动进行矫正。前者给所有商事活动划出了一个明确的边界, 要求所有商事活动都必须在这个边界的范围内发生, 越过这个边界的商事活动均属违法违规的行为; 后者是对超越这个边界的商事活动进行矫正。由此可见, 任何商事活动, 包括具体的商事主体、商事行为以及商事法律关系在遵循商法基本规则的同时, 都受到了经济法规则积极的或者消极的法律调整。具体而言, 任何商事活动除了按照商法的基本规则建立和发生之外, 必须遵循“反不正当竞争法”、“反垄断法”、“消费者权益保护法”、“产品质量法”、“国家宏观调控法”、“国家参与法”等经济法的规则, 否则在承担一般民商事责任的同时, 也将承担经济法上的法律责任。

通过上述分析, 我们可以认为, 任何一个商事活动, 商事法律关系的建立, 会同时受到商法、民法、经济法的共同调整, 只不过对同一商事活动、商事法律关系, 三者调整的角度、方式有所不同。其法律效果的要求不同, 所发生的法律后果也就不同。在具体的商事案件判断过程中, 应当注意商法、

民法、经济法的不同法律效果要求，并根据案件实际情况，选择最符合本方当事人利益要求的法律适用。



【案例 1-1-1】

“假周董”代言惹争议 周杰伦或发声明澄清^[1]

深圳某数码产品因广告代言人酷似周杰伦而在网络上引起不小的讨论，针对这一现象，该公司负责人王总表示所有代言程序依法进行，不存在侵权问题，而周杰伦的经纪人赵少威告知网易娱乐目前对此事尚不了解，或会考虑发表声明澄清。

代言人酷似周董

在该产品的海报上，可以看到其代言人无论是长相或是造型都和天王周杰伦颇为相似，尤其一双小眼睛更可算神似。因为海报上并未标明代言人身份，而其广告标语又是“杰出表现，无与伦比”，难免给人造成代言人是周杰伦本人的错觉。

因此，不少网友对其究竟是不是周董而展开讨论，部分持否定态度的网友则表示这是一种冒充行为，上传了“周杰伦看到不会告他吗？”的留言。

厂方称不存在侵权

针对这一情况，网易娱乐联系到该公司的负责人王总。他透露先期在广告策划时想出了“杰出表现，无与伦比”的口号后，便想要寻找一位“应景人物”做代言。在各方面的考虑之下，策划团队觉得启用一名外貌和周杰伦相似的人就可以达到足够的宣传效果。

同时，王总表示，广告上并未印出“周杰伦”的名字，代言人的选择及签约也是经过相关法律程序，因此并不存在欺骗消费者的嫌疑，也不会对周杰伦造成侵权。

网易娱乐试图通过厂方和代言人有所接触，但对方表示该代言人不在深圳，也联系不到。

[1] 案例来源：<http://ent.163.com/08/0528/16/4D1UAEHJ00032KML.html>.

周董或发声明澄清

了解到相关情况后，网易娱乐联系到周杰伦的经纪人赵少威，他表示“这样的事情没有办法防范，相信歌迷了解到真相后会唾弃（这种行为）。”由于对具体情况不甚了解，赵先生表示目前无法确定是否会以法律形式捍卫杰伦的权益，“我会马上了解情况，不排除会发声明做澄清”。



问题

在这个新闻报道中涉及以下几个问题：一是周杰伦是否可以起诉深圳某数码产品公司或者该公司产品的代言人来维护自己的权益；二是深圳某数码产品公司及其产品代言人的行为是否涉嫌违法违规；三是如何合理处理这个事件。



提示与讨论

阅读这个新闻报道，一般人都会认为深圳某数码产品公司的行为存在问题，周杰伦是否可以直接要求该公司停止相关的广告行为，停止产品外包装上使用相关照片和文字，以及要求该公司承担相应的赔偿责任呢？我们做以下分析：

1. 从商法的角度分析，深圳某公司作为一个商事主体对其产品进行宣传和广告是商法赋予其享有的商事权利，从其具体的实施步骤来看，并没有违反商法的规定，正如该厂负责人王总所称“广告上并未印出‘周杰伦’的名字，代言人的选择及签约也是经过相关法律程序”，因此，该公司与产品代言人之间的法律关系是成立的，是双方意思表示一致的结果。该公司在其广告中以及产品外包装上使用该产品代言人的肖像以及使用“杰出表现，无与伦比”的口号，具有合法的依据。

2. 广告策划方案必然是对外公示的方案，这就涉及到该公司与第三人之间的关系，而这种关系主要是由民法和经济法进行调整的。

(1) 从民法的角度分析，公司的广告策划方案可能会直接侵犯某一具体第三人的法定民事权利，也可能因该广告策划方案给某一具体第三人造成人身或者财产方面的损害，如果这两种可能实际发生，则该具体的第三人可以依据民法要求公司停止侵害行为、消除影响、承担赔偿责任。

(2) 从经济法的角度分析，公司的广告策划方案须符合市场经济的基本