图书在版编目(CIP)数据

经济法律概论(第二版)/吴建斌编著. —2 版. —南京:南京大学出版社,2006.9
(商学院文库)
ISBN 7-305-00155-4

Ⅰ.经… Ⅱ.吴… Ⅲ.经济法—中国—高等学校—教材
Ⅳ.D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 097583 号

出 版 者 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093
网 址 http://press.nju.edu.cn
出 版 人 左 健

丛 书 名 商学院文库
书 名 经济法律概论(第二版)
编 著 者 吴建斌
责任编辑 府剑萍 编辑热线 025—83594087 jpfu@press.nju.edu.cn

照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 丹阳兴华印刷厂
开 本 787×960 1/16 印张 28.5 字数 540 千
版 次 2006 年 9 月第 2 版 2006 年 9 月第 1 次印刷
印 数 1—5000
ISBN 7-305-00155-4/D·23
定 价 40.00 元

发行热线 025-83592169 025-83592317
电子邮件 sales@press.nju.edu.cn(销售部)
nupressl@publicl.ptt.js.cn

* 版权所有,侵权必究
* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购图书销售部门联系调换

需要全本请访问 www.ertongbook.com

前　言

本书仍保留第一版《经济法律概论》的书名，但已经不是法学界所界定的部门法意义上的经济法教科书，而是围绕着企业生产经营活动，选取的民法、商法、经济法知识，侧重于民商法的“经济法律”读物了。因此，如初版简要说明的那样，构成本书基本内容的“经济法”，实际上是经济方面的法律，而不是部门法意义上的经济法，本书以实用为出发点，故仅对部门法的界限有所说明，但不受部门法划分的限制，侧重于介绍、阐述有关商法的内容。乘本书改版之机，先谈谈对经济法的理解，然后解释本书体系、内容以及安排思路，顺便探讨经济法与民法、商法甚至行政法的关系。

一、经济法体系的反思和重构

国内学界所称的经济法，通常包括部门法意义上的经济法，学科意义上的经济法以及教科书编排体系上的经济法三层涵义。

国内的经济法律书籍，大体上分为法律专业和非法律专业用书两大类。后者通常不受部门法划分标准的限制，名为“经济法”，实际内容主要侧重于民商法或者经济行政管理法。前者大多是按照所谓的法律部门分类编排其体系、内容，阐述法条法理的。它的好处在于条分缕析，层次清楚，读者可以了解部门法意义上经济法的不同侧面，并进而认识法律科学以及法律体系的全貌。但是，上述体例也有明显缺陷。比如，我国部门法的划分基本上还是沿袭大陆法系的传统，法国有关民法、商法、刑法、行政法、诉讼法等部门法的划分方法，能够基本反映当年简单商品经济关系，面临今天经济全球化的新格局，就有点捉襟见肘了。又比如，法律部门划分的主要依据是特定法律所调整的不同社会关系，而实践中诸多社会关系的界限很难划清，准确归类并非易事，法国当年部门法分类体系中就并无经济法，1997 年由国家教委确定的我国高校法学专业 14 门主干课，其民法、商法、经济法甚至行政法之间交叉重复的内容也随处可见。更主要的是，迄今为止，我国法学界对于经济法的理解，与市场经济发达国家相差甚远，以致于不同学校、不同教师、不同出版社的经济法课程、经济法书籍的内容和体系，大相径庭，严重影响到大学法学教学的成效，并阻碍着我国科学法律体系的建立和完善。

这是由我国经济法兴起的特定社会历史背景所决定的。假如不去深究经济法一词在我国最早出现在何时，单从我国在 20 世纪 70 年代末出现外国经济法译介文献算起，至 80 年代初没有经过几年时间，就迅速迎来经济立法和经济法理论研究的第一个高潮，而表面的繁荣实际上掩盖了一个不争的事实，这就使学界一开始就对经济法产生认识误区。当时，虽然党和国家的工作重心从以阶级斗争为纲转向经济建设，几乎在一张白纸上开始立法工作，经济立法任务繁重，由于我国长期缺乏法律制度基础以及完整科学的法律体系，也没有足够的法学理论积累，更重要的是，因一直实行传统的公有制和计划经济体制，私法意义上的民法、商法理念没有确立起来，并在立法活动中得以体现，甚至就如何理解经济法概念和调整对象，除少数学者受欧美、日本学界的影响外，大部分学者都是从前苏联的经济立法和经济法理论中汲取营养，并结合我国的实情提出各自见解的，包罗万象的经济立法就是经济法的肤浅认识竟一时成为主流观点。而从法学界目前的通常认识来看，当时认为都属于经济法的经济立法，起码包括了部门法意义上的民法、商法、经济法、行政法甚至刑法的内容。早年曾先后出现过所谓的五大流派，即认为经济法是调整纵横两方面社会经济关系的纵横经济法论；经济法是调整纵向经济关系的纵向经济法论；经济法是调整经济行政关系的经济行政法论；经济法是调整平等的社会经济关系、行政管理性的社会经济关系以及劳动关系等性质不同的社会经济关系的综合经济法论；经济法是研究属于不同法律部门的经济法规对经济关系进行综合调整规律的法律学科，而非独立的法律部门的学科经济法论[①]，几乎没有一个能够真正认清经济法的本质特征。1986 年《中华人民共和国民法通则》界定了民法的调整对象，随后行政法又迅速崛起，纵横经济法论、纵向经济法论、经济行政法论等在前苏联均能找到相似渊源的理论观点一时陷入困境。经过几年沉寂以后，管理协作经济法论在我国经济法学界逐渐流行，认为我国经济法，是调整经济管理关系和经济协作关系的法律规范的总称。[②] 但这一观点实际上是纵横经济法论的变种，两者并无实质性区别，故不久就被其倡导的学者自身所否定。作者认为经济法的调整对象应该是国家协调经济运行过程中发生的经济关系。它与经济管理和协作关系，既有密切联系，又有重要、明显的区别。[③]

伴随着我国经济体制改革和对外开放的进程，特别是 1992 年提出市场经济体制目标模式以后，我国经济立法的速度明显加快，经济法规体系初步形成，经济法理论研究也迎来了第二个高潮。许多学者在反思原有的种种理论观点的基础上，

① 王家福等：《中国经济法诸论》，法律出版社 1987 年版。

② 杨紫烜，徐杰：《经济法学》，北京大学出版社 1990 年版，第 14 页；杨紫烜："管理——协作经济法论纲"，《经济法制》，1990 年第 11 期。

③ 杨紫烜，徐杰：《经济法学》（新编本），北京大学出版社 1994 年版，第 37 页。

对经济法的本质进行了重新认识。尽管观点林立、学派纷呈，有的甚至认为经济法具有模糊性的特征，[①]但经济法是以竞争法为核心的政府干预、调节社会经济生活的法律部门，逐渐成为法学界众多学者的共识。[②] 而西方市场经济发达国家法学界主流观点，则正好主张竞争法就是经济法，被誉为经济宪法的反垄断法构成经济法的核心。它决非偶然的巧合，而是反映了经济法历史和现实的客观状况。

当然，我国也有人总结1992年放弃计划经济体制，确立社会主义市场经济体制目标模式以来经济法学界的主要研究成果，归纳出被称为新诸论的5种经济法理论。一是国家协调经济法论，代表人物为杨紫烜等，认为经济法是调整在国家协调本国经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。二是国家调节经济法论，代表人物为漆多俊，认为经济法是调整在国家调节社会经济过程中发生的各种社会关系，以保障国家调节，促进社会经济协调、稳定和发展的法律规范的总称。三是社会公共性经济法论，代表人物为王保树等，认为经济法是调整以社会公共性为根本特性的经济管理关系的法律规范的总称。四是经济管理和市场运行经济法论，代表人物为刘文华等，认为经济法是国家为了保证社会主义市场经济的协调发展而制定的，有关调整经济管理关系和市场运行关系的法律规范的统一体系。五是国家干预经济法论，代表人物为李昌麒等，认为经济法是调整需要由国家干预的经济关系的法律规范的总称。[③] 实际上，国家协调经济法论和国家调节经济法论没有本质的区别，只是后者的边界更为清晰，论证更为充分一些，但没有超出日本金泽良雄的“大经济法”观点的理论构界；社会公共性经济法论乃是旧诸论中经济行政法论的变种，明显受前苏联经济——行政法学派的影响；经济管理和市场运行经济法论脱胎于纵横经济法论，因此几乎没有多少新意，也无法划清与其他部门的关系。本人采纳国家干预经济法论的观点。另外，国内的一些竞争法专家，则始终坚持以竞争法为核心的国家干预经济生活的法为经济法。这实际上是西方国家法学界大经济法的观点（认为经济法包括所有国家协调、调节经济生活的法）和小经济法的观点（认为经济法是国家干预经济生活的法）在我国法学界的反映。

令人遗憾的是，由于前苏联经济法理论以及西方“大经济法”观点的影响，我国

---

① 陈云良：“经济法的模糊性研究”，《法学家》，1998年第4期。

② 吴建斌：“经济法的困扰和出路”，《南京大学学报》（哲社版），1991年第4期；王保树：“市场经济与经济法学的发展机遇”，《法学研究》，1993年第2期；钟建华：“论按国际标准完善我国经济立法”，《中国法学》1993年第3期；李昌麒：“论社会主义市场经济与法制观念的更新”，《现代法学》，1994年第1期；王保树：“经济体制转变中的经济法与经济法学的转变”，《法律科学》，1997年第6期。

③ 张传兵等：“评我国经济法学新诸论”，《法学评论》，1995年第4期；王艳林：“中国经济法学的回顾与展望”，《经济法论丛》第2卷（1999）；王保树：“关于经济法概念的考察”，《经济法论丛》第2卷（1999）；王保树：《经济法原理》，社会科学文献出版社1999年版，第6～29页；杨紫烜：“国家协调论”，《经济法研究》第1卷（2000）；张守文：“中国经济法学的回顾与前瞻”，《经济法研究》第1卷（2000）。

改革开放初期形成的经济法观念仍占据统治地位。这在杨紫烜先生的《经济法(第二版)》中[①],仍得到鲜明的反映。该书作为面向21世纪课程教材以及普通高等教育"九五"国家级重点教材,也是全国高等学校法学专业核心课程教材,初版由北京大学出版社和高等教育出版社于1999年联合出版,新版的结构、内容、体系并无大的变化,仍分为5编32章,由经济法学基本理论、经济法主体、市场管理法、宏观调控法、社会保障法的制度等部分组成,被全国法律院校普遍采用。而根据教育部高等学校工商管理学学科教学指导委员会的要求设计和编写,作为教育部"高等教育面向21世纪教学内容和课程体系改革计划"研究成果之一的全国高等学校工商管理类各专业的核心课程教材的《经济法律通论》,更是设计编写了8篇32章,除了经济法律基本理论之外,分为市场主体、市场行为规制、宏观调控、劳动与社会保障、环境与资源保护、经济犯罪和处理、解决纠纷的程序等几个部分。[②] 在实际教学过程中,主要供非法律专业用的《经济法律通论》,除了篇幅过多之外,一般不会发生与其他课程重复、冲突的问题,而法律专业用书因包含了大量民法尤其是商法的内容,矛盾显得非常突出,以致于许多教师陷于无法选择教科书,按自己对于民法、商法、经济法、行政法关系的正确理解,仅讲授竞争法的内容,则既不符合教育部14门主干课的教学大纲要求,又与法学专业本科生培养目标,特别是研究生考试评价标准相左的尴尬局面。

根据本人从事20余年商法、经济法的教学、研究经验,我们应当顺应市场经济体制的客观需要,在宪法框架下,理顺法律、行政法规、行政规章、地方性法律、自治性规则不同层次法律体系之间的关系,重构刑法、行政法、民法、商法、经济法、诉讼法(包括刑事诉讼、行政诉讼、民事诉讼、海事特别诉讼法)的部门法体系,以及相应的法律学科体系。而教科书编排体系上,不妨可以实行百花齐放、百家争鸣。最好由教育行政主管部门出面协调,明确如高校法学专业14门主干课那样主要课程教材的基本、核心部分,如实在不便操作,交由市场竞争逐渐形成被普遍接受的教科书体系,也未尝不可。不过,矛盾不大的财经类经济法用书,则宜围绕市场经济条件下一般企业通常遇到的法律问题展开,可以兼及其他。本书正是依据上述思路进行修订改版的。

二、本书的渊源及修改思路

本书最早可以追溯到1985年江苏省自学考试指导委员会办公室委托南京大学法律系经济法教研室编写的《经济法学概论》的法学专业经济法自学考试内部用书。1988年以《经济法教程》的书名在南京大学出版社正式出版发行,迄今已有

① 杨紫烜:《经济法》(第二版),北京大学出版社2006年版。

② 刘文华,肖乾刚:《经济法律通论》,高等教育出版社2003年版。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

20 余年。其间，国内“经济法”研究呈现出百家争鸣、欣欣向荣的局面，经济法的内涵和外延也发生了巨大的变化。尽管正如上述历史流变所体现的那样，经济法学界很多人出于种种考虑，仍然抱住“大经济法”的传统观念，甚至对继民法学、行政法学相继兴起影响经济法学的地盘后，经济法学又受到商法学的严重冲击耿耿于怀，[①]但法学发展也有其不依人的意志为转移的客观规律，不因个别人的好恶或者其他因素而能够根本改变的。1990 年本人第一次从日本学习、进修回国后，就开始对国内早期经济法学界主流学派“大经济法”的观点进行过反思，提出当时那种包罗万象的“经济法”，按照大陆法系传统的部门法划分方法，实际上至少应当涵盖民法、商法、行政法及经济法的诸法内容，并呼吁正确认识经济法的本质，廓清经济法与其他法律部门的关系，还经济法的本来面目。[②] 现在各高校纷纷成立商法教研机构，中国法学会下设民法、商法、经济法、行政法研究会，正是当时反思经济法并重构不同部门法关系设想的实际反映。不过，上述《经济法教程》在我国确立市场经济目标模式以后不久的 1993 年修订本、1996 年改版本以及 1999 年改版修订本，都没有脱离国内早期经济法学界所坚守的“大经济法”框架思路。直到 2001 年，才在仓促之中吸收新的立法及研究成果，基本保持原来的结构体系，改用《经济法律概论》的书名出版，之后虽然多次重印，大的框架仍未改变。

我国已有的宪法及宪法相关法、行政法、民法、商法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等几大法律部门划分，也只是确定一个大体的框架。更为重要的是，法律专业的高年级学生，除了极少部分继续深造之外，在毕业后需要面对纷繁复杂的社会实际，其中又有为数不多的人进入公务员系列，其他的几乎都在企业工作，或者干脆自己创业。但不管工作性质如何，均不可能仅依学习时的部门法分类去解决问题，实践中的问题总是生动活泼、错综复杂的，转瞬即逝的商业机会，需要您当机立断，不可能等待您从容弄清问题的部门法性质；雇佣您的老板，也不可能只选择恰好属于您熟悉的领域中某个专业问题寻找答案。实践中往往是不同专业领域的法律问题交织在一起，呈现出“剪不断，理还乱”的状态。因此，国内外许多政法院系通常在学生毕业之前安排实习课程，有的还开设不同的讨论课尤其是案例讨论课，目的是训练、提高即将毕业的法律专业学生综合运用法律知识的能力。不过，国内案例分析课程甚至众多的案例分析书籍存在着不够系统、缺乏深度的流弊。当然，像法律科学那样实践性非常强的学科，没有数十、上百年的积累，包括一大批优秀法官的创造性司法审判实践的积累，没有值得分析的大量经典案例，案例分析的深度和广度都会受到极大的限制。这是一个历史的过程，需要几代人

① 刘文华：“质疑‘商法热’”，《法学杂志》，2005 年第 6 期。

② 吴建斌：“经济法的困扰和出路”，《南京大学学报》（哲社版），1991 年第 4 期。

的努力，一厢情愿或者急于求成，均有可能事与愿违、适得其反。对非法律专业的学生以及其他没有系统法律知识的创业者来说，更希望能够找到一本基本涵盖企业生产经营活动主要法律规则的综合性读物。

本次改版，正是基于这样的考虑，试图换一种思路，站在一个创业者的角度，从纵向和横向两个维度安排、构建有关经济法律事务方面的内容及体系，主要涉及商事活动，特别是一个企业从生到死的基本法律问题以及相应的法律制度。就横向而言，几乎所有学生或者其他社会人士，步入社会首先遇到的问题就是如何签订合同，包括在校期间校外租住房屋的合同，而在有关企业经营活动的对外关系方面，最基本最主要的也是合同关系。就纵向而言，创业者遇到的法律问题固然很多，但主要是有关选择什么样的企业形式、企业如何设立、企业怎样运行、企业如何重组、企业怎样解散清算终结的问题。本书基于这样的思路，以合同法买卖法及企业法公司法为主线，将属于民法范畴的合同法、买卖法、知识产权法，属于商法范畴的企业法、公司法、票据法、海商法、保险法、破产法，属于经济法范畴的竞争法、证券期货法、对外贸易法，以及属于程序法范畴的商事仲裁与民商审判合为一体，有的内容尽可能结合案例予以阐述。与 2001 年版相比，主要将合同法、知识产权法的内容调至企业、公司法之前，并添加买卖法部分，介绍居于我国《合同法》分则首位的买卖合同规则、国际货物买卖合同规则以及产品责任法的内容。同时，删除原书中的银行法、税收法、消费者权益保护法的内容。因为银行法、税收法更多地涉及经济行政管理法，消费者权益保护法又缺乏实质性的内容。这样，本书除了前言外，由合同法、买卖法、知识产权法、企业法、公司法、票据法、海商法、保险法、破产法、竞争法、证券期货法、对外贸易法以及商事仲裁与民商审判 13 章组成。当然，一个创业者所面临的法律问题远不止这些，但如果能够适当注意上述问题，并掌握相应的法律制度，基本可以扫清创业道路上的法律障碍，能够少走很多弯路，甚至避免无谓失误，大大降低创业成本，明显提升创业效率。假如读者遇到其他问题，可以寻找别的途径予以解决。

三、本书的定位

应当提醒读者注意的是，本书的内容很难归入上述哪一个具体的法律部门，它属于包含前述民法、商法、经济法、诉讼与非诉讼程序法等多个门类的综合性、实务性读物，也是对主要的经济法律知识的综合介绍和实际应用。虽然名为《经济法律概论》，实际内容更接近于《商法》教科书，只是没有严格按照大陆法国家传统商法教科书通行的商法总论、商行为、公司、票据、海商、保险、破产的体例编排而已。不过，商法本来就是民法的特别法，本书企业、公司法之前的民法内容，在民商法分立的国家，也多归入商法体系，合同法、买卖法大体可以视为商法总论、商行为的组成部分。破产法多为程序法的内容，但毕竟涉及商事主体产生、发展、壮大后的死亡

途径，含有颇多商的因素，竞争法涉及维护商业基础问题，将证券期货法、对外贸易法看作特殊商事领域的法律制度，也未尝不可。正如美国斯蒂芬·加奇教授所言："商业活动由于几乎涉及'任何贸易、专业或者职业'而无法准确定义，因此，为了界定商法的范围，就人为限定了商业活动的范围。"由其编写的美国权威商法教科书，也是既不受部门法划分的限制，又不受商业活动范围的束缚，主要涉及货物或者服务的提供以及从事上述商业活动的组织展开的，[①]恰好与本书总体思路不谋而合。

既然本书涉及的主要法律部门为民法、商法、经济法、行政法甚至程序法，我们不妨对容易混淆的民法、商法、行政法、经济法之间的相互关系进行简单介绍。

1. 民法与经济法的关系

民法通常是指调整平等主体之间的财产关系以及人身非财产关系的法律。它是一个传统的、古老的法律部门。在西方国家，民法属于私法领域，无论是自然人为主的前资本主义社会，还是法人为主的现代资本主义社会，民法一直是调整和规范平等主体的独立个体间基本关系的法律，"私法公法化"的趋势也没有从根本上改变民法的这一属性。因此，在西方国家，民法与经济法之间的关系和界限比较清楚，相互混淆的可能性也不是很大。但在我国则不然。正如前述，我国长期实行公有制和计划经济，列宁关于社会主义不承认公法与私法划分的论断和观念深入人心，加上人治思想作祟，民法制度到 1986 年颁布《民法通则》才最终确立下来。而 20 世纪 80 年代初引入经济法概念时，盲目接受和照搬前苏联经济法学界的观点，将本属民法范畴的大量内容归入经济法中，认为只要发生在生产经营活动中的关系，即由经济法调整，结果既肢解了民法所调整的社会关系，又损害了经济法本身的科学合理性。经过长时间的探索，经济法学界多数学者终于认识到经济法所调整和规范的应是民法规则所不能解决也无法规范的社会关系，从而使社会经济生活仍然回归和恢复到民法规则能发挥出固有作用的公正竞争状态。从这一意义上说，经济法和民法在调整不同层次的社会关系时相互衔接和补充。前者从社会整体的立场出发将经济个体的法律地位和相互关系约束在公平竞争秩序之内；后者从经济个体的立场出发确认其法律地位和相互关系。当某一竞争主体的产生和发展破坏了公平竞争秩序、损害竞争对手、危及社会利益时，在民法上不一定违法，而依经济法规则则应受限制或者制裁。两者的区别应是比较显著的。

2. 商法与经济法的关系

商法是民法的特别法，在西方许多国家又是一个独立的法律部门。无论是以

① ［美］斯蒂芬·加奇著：《商法》（第二版），屈广清、陈小云译，中国政法大学出版社 2004 年版，第二版序言第 1 页。该书为 8 编 19 章，大体包括英国法律制度概要，债法，商事组织，经营资产、借贷和担保，商业合同，支付方式，消费者保护，破产等内容。

法国为代表的商行为主义立法还是以德国为代表的商人主义立法，商事关系均被视为与民事关系并列的一类社会关系，商法就是调整商事组织和商事活动等商事关系的法律规范。经济法产生以后，在西方国家和前苏联东欧某些国家法学界虽均出现过经济法就是商法或企业法的观点，但因其缺乏理论依据和实践意义而被逐渐摒弃。如前所述，我国在很长一段时期内，民法尚且没有生存和发展的土壤，专门规范市场经济主体地位和活动规则的商法，更是远离现实经济生活。迄今为止，民法终于确立了在法律体系中的应有地位，而属于商法范畴的公司法、票据法、保险法、海商法等虽在近年相继公布施行，却要么被纳入民法部门，甚至将整个商法体系作为民法的一个分支；要么仍坚持将其包括在经济法中。现有经济法论著中所称的“经济主体法”，无不包括企业法、公司法、票据法、保险法等，也多被视为“经济活动法”。由此可见，要讨论经济法和商法的关系，也必须先确认各自的性质和范畴，然后才能进行比较。从我国社会主义市场经济法制规范的需要看，商法部门不可或缺，即使不制定统一的商法典，也应在民法典的统一规范和指导下，制定一些特定的商事总则和商行为规则，连同前述商事特别法，组成相对完备的商法体系，而不宜用民法典规范所有的商法基本规则。这样，商法调整在民法基础上的商事关系，经济法调整民商事法规范无法维护公平竞争秩序的社会经济关系，其目的是维护公平竞争秩序，使民商法能够发挥出最大功效。

3. 行政法与经济法的关系

行政法是调整国家行政机关的设置及其相互关系，以保障行政活动规范化、有序化的法律部门。国家在管理经济的过程中，必然涉及到经济方面的行政事务和行政关系，并有一系列相应的法律法规加以配套，从而形成经济行政法。从西方各国的经济法律规范及其实施过程来看，国家行政的因素和作用相当明显，如各国的反垄断法中，几乎毫无例外地规定有行政执法机构和行政制裁措施。但是，不能因此而认为经济法就是经济行政法，否则，不但混淆经济法与行政法的关系，而且将经济法局限在行政法分支的层次上，部门法意义上的经济法也很容易误入歧途。

以竞争法为核心的部门法意义上的经济法，虽包含某些行政因素，但与行政法仍有显著区别。行政法直接将国家作为行政关系的主体对待，而且是将行政关系本身作为规范对象的。经济法则不然，经济法所规范的是民商法规范不了的社会经济关系，其主体涉及到国家时，国家主要担当干预、调控者的职能，而往往不是法律关系的直接当事人。

至于程序法，则主要调整当事人的实体权利受到侵害而进入诉讼、非诉讼的仲裁程序时发生一系列社会关系的法律。

我国尚无民法典，构成民法基本内容的物权法正在审议之中；债权制度中的合同法已在 1999 年得以统一，本书将作重点介绍；有关侵权、不当得利、无因管理之

债的规则，有待于民法典整合；有关知识产权的规则已经基本建立，本书引入其中著作权法、专利法和商标法的内容。我国是否应当制定商法典或者制定商事总则、商事通则，学界争议较大。从我国民国时期考量世界形势，采取民商合一体例；欧陆民商分立国家先后将具体商事制度分离出商法典；日本 2005 年将分散于商法典、有限公司法、商法特例法中的公司制度整合成一部公司法典，商法典仅留下总则、商行为、海商三编的残破构架来看，有关民商分立的努力，虽然并非全无意义，但难度极大，好处不多，[①]而现有民商合一的弊处，似可用其他替代方式克服。这样，我国有关商法的系列法律制度，如公司企业法、票据法、海商法、保险法、破产法等，已经基本建立。只是企业法与公司法的关系，外商投资企业法与公司法协调衔接问题，合伙法的完善，破产法的整合，尚需努力。另外，有关竞争秩序的基本法律反垄断法，已经进入审议阶段，有望很快出台。

本书特别适用于非法律专业学生尤其是 MBA 学生，法律专业高年级学生的实践性、实务性课程，也可以作为相关专业的教科书、参考书，社会各界对经济法律感兴趣或者正准备创业的人士，则可以将本书当成基本参考书使用。

另外，由于作者的知识及能力有限，本书难免考虑不周，挂一漏万，或者有以讹传讹，语焉不详之处，敬请读者批评指正，以便不断改进，并对更多的读者带来益处。

作　者

2006 年 8 月记于南京王府花园

① 王保树主编：《最新日本公司法》，于敏、杨东译，法律出版社 2006 年版，代序第 10 页。

目　录

第一章　合同法

第一节　概　述 …… 1
第二节　合同的订立 …… 6
第三节　合同的效力 …… 19
第四节　合同的履行 …… 28
第五节　合同的变更和转让 …… 34
第六节　合同的消灭 …… 36
第七节　违约责任 …… 41
第八节　合同的担保 …… 47

第二章　买卖法

第一节　概　述 …… 54
第二节　买卖双方的权利和义务 …… 58
第三节　违约救济方式 …… 65
第四节　货物所有权和风险的转移 …… 70
第五节　产品责任 …… 73

第三章　知识产权法

第一节　概　述 …… 82
第二节　著作权法 …… 92
第三节　专利法 …… 98
第四节　商标法 …… 109

第四章　企业法

第一节　企业的类型和立法取向 …… 118

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第二节　非公司法律形态企业 …… 130
第三节　非公司经济形态企业 …… 140

第五章　公司法

第一节　概　述 …… 147
第二节　公司的设立 …… 170
第三节　股份和股票 …… 189
第四节　公司的机关 …… 204
第五节　特种公司 …… 215
第六节　公司的其他规则 …… 220

第六章　票据法

第一节　概　述 …… 229
第二节　票据关系 …… 236
第三节　汇　票 …… 241
第四节　本票和支票 …… 246

第七章　海商法

第一节　概　述 …… 248
第二节　船舶和船员 …… 253
第三节　海上运输 …… 256
第四节　海上事故及其处理 …… 262

第八章　保险法

第一节　概　述 …… 266
第二节　保险合同 …… 270
第三节　保险业的管理 …… 282

第九章　破产法

第一节　概　述 …… 286
第二节　破产实体规则 …… 294
第三节　破产程序规则 …… 298

第十章　竞争法

第一节　概　述 …… 311
第二节　外国竞争法 …… 315
第三节　我国的反垄断法 …… 319
第四节　我国的反不正当竞争法 …… 325

第十一章　证券期货法

第一节　概　述 …… 332
第二节　证券法 …… 336
第三节　期货交易法 …… 363

第十二章　对外贸易法

第一节　概　述 …… 374
第二节　对外贸易体制 …… 379
第三节　海关监管和关税制度 …… 390
第四节　进出口商品检验制度 …… 397
第五节　外汇管理制度 …… 400
第六节　反倾销制度 …… 405

第十三章　商事仲裁和民商审判

第一节　概　述 …… 420
第二节　商事仲裁 …… 424
第三节　民商审判 …… 431
第四节　外国仲裁裁决的承认和执行 …… 437

主要参考书目 …… 440

第一章 合同法

企业在商事活动中所发生的法律关系，除了同行政机关打交道之外，平等主体之间身份以外的关系不是合同关系就是章程关系。有人主张章程关系在本质上也是合同关系，可见合同关系的普遍性、重要性。本章介绍合同法的基本内容，包括合同基本知识、合同的订立、效力、履行、变更和转让、合同消灭、违约责任等内容，最后涉及到合同的担保。本章的重要性自不待言，它同时也构成第二章买卖法的基础。

第一节 概 述

按照社会契约论的解释，整个社会都是由合同关系组成的。虽然社会契约论意义上的合同与合同法上的合同并非完全相同，但合同关系确实渗透到社会生活的各个角落。不过，现实中不是所有的人都能够清楚地了解合同究竟为何物。因此，我们先从讨论何为合同开始。

一、何为合同

对于合同，各国有不同的理解。英美法通常认为合同是一种具有法律约束力的允诺。大陆法中的法国视合同为合意或者协议的一种。德国法中并无专门的合同定义，而是将合同作为法律行为的组成部分。法律行为则是指当事人之间为了发生私法上的效果而进行的一种合法行为。

在我国，通常认为合同是一种协议。如我国民法通则第 85 条规定："合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议"。作为民法组成部分的《中华人民共和国合同法》第 2 条规定："合

同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”。而协议又是当事人通过明示或者默示方式形成的事实上的合意。

尽管各国对合同的认识分歧很大，却均将当事人就合同中的权利义务达成一致意思，作为合同成立的基本标志，合同是一种合意或者协议的理解比较贴切。

二、合同的种类

合同关系中当事人之间的权利义务，往往因合同种类的不同而有所差别。合同的分类标准很多，如我国合同法分则就列举 15 类合同，并设置了具体规则。而涉及婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，虽然也是合同，但适用其他法律的规定。[①] 我国合同法所没有列举的其他合同种类也不在少数，如中外合资经营企业合同、股份承销协议、企业承包经营合同、劳动合同、雇佣合同、演出合同、培训合同等。我国合同法分则只是规定了社会生活中常见的、较为成型的、其他法律并未明确规定的合同类型。还有大量的合同已由其他法律专门规定，尚无专门规定的，也适用合同法总则或者民法规定。下面简单介绍合同法理论上常见的几类合同。

1. 双务合同和单务合同

这是大陆法国家按当事人承担合同义务的不同状况所进行的分类。双务合同是指双方当事人均向对方承担合同义务的合同。单务合同是指只有一方当事人向对方承担合同义务，权利方没有相应义务的合同。前者为常态，合同一般都有双务性质；后者为特例，只有极少数合同是单务的，如赠与合同即是。

2. 双方合同和单方合同

这是英美法国家按当事人双方还是单方必须履行合同义务所进行的分类。双方合同是指一方当事人将其允诺与另一方当事人的允诺进行交换的合同。单方合同是指一方当事人将其允诺另一方当事人的作为或者不作为进行交换的合同。前者双方均须向对方履行其允诺；后者只有立约人须履行其允诺，相对人没有作为或者不作为的义务，如悬赏。

3. 有偿合同和无偿合同

这是按当事人从合同中取得利益是否支付代价所进行的分类。有偿合同是指一方当事人按约从对方取得利益时应当支付代价的合同。无偿合同是指一方当事人按约从对方取得利益时并不支付代价的合同。商事交易合同以有偿为常态，无偿为例外。

4. 诺成合同和实践合同

这是按合同成立的依据不同所进行的分类。诺成合同是指以当事人双方意思

① 参见《中华人民共和国合同法》第 2 条第 2 款。

表示一致为成立或者生效要件的合同。实践合同是指除当事人双方达成合意之外，以交付合同标的物为成立或者生效要件的合同。依据我国担保法第 90 条后段，定金合同从实际交付定金之日起生效。

5. 要式合同和不要式合同

这是对合同形式是否设置特殊要求所进行的分类。要式合同是指法律规定或者当事人约定采取特殊形式的合同。不要式合同是指对合同形式没有法定或者约定的特别要求的合同。商事交易合同以不要式为常态，要式为例外。对此，我国合同法第 10 条已经予以确认，并以第 36、37 条作了补充。

6. 有名合同和无名合同

这是按法律是否明确规定合同名称所进行的分类。有名合同亦称典型合同，是指法律明确规定其名称及规则的合同。我国合同法规定的买卖合同等 15 种合同即是。无名合同亦称非典型合同，是指法律没有规定名称及规则的合同。实践中无名合同的数量可能更多。

7. 实定合同和射幸合同

这是按在订立时能否确定合同的法律后果所进行的分类。实定合同亦称确定合同，是指在订立时即能确定合同法律后果的合同。射幸合同是指在订立时不能确定合同法律后果的合同，如保险合同、赌博合同、博彩合同等即是。

8. 束己合同和涉他合同

这是按合同是否对当事人以外的第三人具有法律效力所进行的分类。束己合同是指合同所约定的权利义务只对合同当事人有效，与第三人无关的合同。涉他合同是指合同所约定的权利义务不但对当事人有效，而且也涉及到第三人利益的合同。包括向第三人履行的合同和由第三人履行的合同。

9. 明示合同和默示合同

这是按当事人是否通过明确的意思表示签订合同所进行的分类。明示合同是指当事人通过语言、文字等方式明确地表达签订合同的意愿，从而达成合意的合同。默示合同是指当事人之间没有明确的意思表示，而是从当事人的行为中推定合同成立的合同。如一方发货，另一方收受且并未依法提出质量异议的，当事人双方之间就形成事实合同关系。

10. 一次性给付合同和连续给付合同

这是按当事人的给付是否一次性完成所进行的分类。一次性给付合同是指当事人的给付义务一次性履行的合同，如特定物的买卖合同。连续给付合同是指当事人的给付义务在一定期限内分次性履行的合同，如定期供货合同、租赁合同等。连续给付合同权利义务的特殊之处，主要在于当事人某次违约的责任如何承担。我们将在第二章买卖法中有所阐述。

此外，还有主合同和从合同；转移财产的合同、完成工作的合同和提供服务的合同；有效合同、效力待定合同、无效合同、可撤销合同和不能强制履行的合同等分类。主合同的权利义务可以独立存在；从合同以主合同权利义务的存在为条件，如保证合同。转移财产的合同约定转移标的物的财产权利，如买卖合同；完成工作的合同约定一方当事人完成一定的工作并向对方交付工作成果，如定作合同；提供服务的合同约定一方当事人向对方提供一定的服务，如培训合同。有效合同依法成立并对当事人产生法律约束力；效力待定合同在当事人之间虽形成合同关系但效力尚未确定；无效合同在当事人之间虽有合同关系但没有法律约束力；可撤销合同由创设合同关系的当事人决定合同的效力；不能强制履行的合同因合同本身的缺陷或者已过时效而不能通过法院强制执行。

我国合同法分则中对于买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，融资租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，技术合同，保管合同，仓储合同，委托合同，行纪合同，居间合同等 15 类合同，均设有法定概念。

买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

供用电、水、气、热力合同是供电人等向用电人等供电、水、气、热力，用电人等支付电费等的合同。

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

承揽合同是承揽人按照定做人的要求完成工作，交付工作成果，定做人给付报酬的合同。

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。包括工程勘察、设计、施工合同。

运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。包括技术开发、技术转让、技术咨询以及技术服务合同。

保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。

仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

需要全本请访问 www.ertongbook.com