商事法律概论

上海企业管理培训中心　编

主　编　贺伟跃
副主编　鲁　华　朱国祥

华东理工大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

图书在版编目(CIP)数据

商事法律概论 / 贺伟跃主编. —上海：华东理工大学出版社，2004.8
ISBN 7-5628-1579-8

Ⅰ. 商… Ⅱ. 贺… Ⅲ. 商法-概论-中国
Ⅳ. D923.99

中国版本图书馆 CIP **数据核字**(2004)**第** 068557 **号**

责任编辑　严国珍
责任校对　许　春
封面设计　王晓阳

商事法律概论
上海企业管理培训中心　编
主　编　贺伟跃
副主编　鲁　华　朱国祥

出版　华东理工大学出版社	**开本**　850×1168　1/32
社址　上海市梅陇路 130 **号**	**印张**　11
邮编　200237　**电话**　(021)64250306	**字数**　265 **千字**
网址　www.hdlgpress.com.cn	**版次**　2004 **年** 8 **月第** 1 **版**
发行　新华书店上海发行所	**印次**　2004 **年** 8 **月第** 1 **次**
印刷　上海崇明裕安印刷厂	**印数**　1-7 050 **册**

ISBN 7-5628-1579-8/D·74　　**定价**：19.00 **元**

前　言

关于商法是不是独立的部门法律的争论一直普遍存在于法学理论界，且一时难以取得统一的结论。但编者认为：随着社会主义市场经济的不断发展和市场经济体制的趋于完善，以及国际经济一体化的进程加快，商事活动将会日益频繁和活跃，因此，赋予“商主体”地位、规范“商主体”行为的法律制度建设必将成为立法的重点。正是鉴于上述思考，在编写本书时，我们不追求从商法作为部门法的角度进行系统的法学理论的论述，而旨在通过对我国已经颁布的商事法律从理论上进行概括和阐述，以帮助企业管理者了解商事立法的基本情况和具体的制度内容。

同时，本书也是为了满足实施上海市紧缺人才培训工程的需要，根据《现代企业高级经理人才考核大纲》的要求而编写的。在编写的过程中，我们不强调部门法理论体系的归类，而是结合成人培训教育的特点，重点介绍在社会主义市场经济体制下，作为现代企业高级经营管理人才所必备的、有直接联系的、且在商务活动中经常涉及的基本法律知识和法律制度。其内容主要涉及商事主体方面的法律制度，如：全民所有制工业企业法、个人独资企业法、合伙企业法、公司法、破产法及外商投资企业法律制度；商行为方面的法律，如证券法、票据法、合同法、担保法、工业产权法、保险法、海商法；以及商事纠纷解决等程序方面的法

律制度。本书注重对现行商事法律的理论注释；突出实用、新颖、针对性强的特点；力求简明扼要、易学易懂、便于掌握和应用。

本书由上海市经济管理干部学院贺伟跃任主编，朱国祥、鲁华任副主编。各章编者如下：

贺伟跃：第一、二、三、四、五章；樊鹏：第六、七章；鲁华：第八、九、十四章；吴志明：第十、十一、十二、十五章；朱国祥：第十三章。

在统稿的过程中，编者尊重了各撰稿人的观点，对其内容基本未作变动。限于编写时间及编者的学术水平，书中难免有疏漏及考虑欠周之处，敬祈广大读者批评指正。

贺伟跃

2004 年 5 月

目　录

前言…… 1

第一章　商事法律概述…… 1
第一节　商法的概念及其特征…… 1
第二节　商法的调整对象及其基本原则…… 4
第三节　商法的历史发展及我国商事立法的现状…… 7

第二章　全民所有制工业企业法 …… 10
第一节　全民所有制工业企业法概述 …… 10
第二节　全民所有制企业的设立、变更和终止…… 13
第三节　全民所有制企业的经营权和盈亏责任 …… 16
第四节　全民所有制企业的内部领导体制 …… 22
第五节　全民所有制企业与政府的关系 …… 25
第六节　全民所有制企业的法律责任 …… 27

第三章　个人独资企业法 …… 28
第一节　个人独资企业法概述 …… 28
第二节　个人独资企业的设立 …… 30
第三节　个人独资企业的投资人及事务管理 …… 32
第四节　个人独资企业的解散和清算 …… 35

需要全本请在线购买：www.ertongbook.com

第五节　个人独资企业的法律责任 …… 36

第四章　合伙企业法 …… 39
第一节　合伙企业法概述 …… 39
第二节　合伙企业的设立 …… 43
第三节　合伙企业的财产 …… 47
第四节　合伙企业的事务执行 …… 50
第五节　合伙企业与第三人的关系 …… 55
第六节　入伙与退伙 …… 60
第七节　合伙企业的解散和清算 …… 65
第八节　合伙企业的法律责任 …… 67

第五章　外商投资企业法 …… 70
第一节　外商投资企业概述 …… 70
第二节　中外合资经营企业法 …… 72
第三节　中外合作经营企业法 …… 92
第四节　外资企业法 …… 97

第六章　公司法…… 102
第一节　公司与公司法概述…… 102
第二节　有限责任公司的设立和组织机构…… 115
第三节　股份有限公司的设立和组织机构…… 129
第四节　股份有限公司的股份发行和转让…… 136
第五节　公司债券…… 139
第六节　公司的利润分配…… 140
第七节　公司合并、分立、破产、解散和清算 …… 141
第八节　法律责任…… 144

第七章　企业破产法…… 148
第一节　破产及我国企业破产立法…… 148
第二节　破产申请的提出与受理…… 150
第三节　债权人会议与和解整顿程序…… 154
第四节　破产宣告与破产清算…… 157
第五节　破产救济…… 165

第八章　证券法…… 167
第一节　证券法概述…… 167
第二节　证券机构…… 170
第三节　证券发行…… 175
第四节　证券交易…… 178
第五节　证券上市…… 180
第六节　违反证券法的法律责任…… 182

第九章　票据法…… 186
第一节　票据及票据法概述…… 186
第二节　汇票…… 187
第三节　本票和支票…… 195
第四节　票据抗辩与补救…… 198

第十章　合同法…… 203
第一节　合同的概念和种类…… 203
第二节　合同的订立…… 207
第三节　合同的效力…… 214
第四节　合同的履行…… 220
第五节　合同的变更和转让…… 225
第六节　合同的权利义务终止…… 228

第七节　违约责任…… 233
第八节　合同争议的解决…… 237

第十一章　担保法…… 239
第一节　担保法概述…… 239
第二节　担保的方式…… 240

第十二章　工业产权法…… 256
第一节　工业产权概述…… 256
第二节　专利法…… 257
第三节　商标法…… 268
第四节　反不正当竞争法…… 279

第十三章　保险法…… 284
第一节　保险法概述…… 284
第二节　保险合同…… 291
第三节　财产保险…… 300
第四节　人身保险…… 306
第五节　保险业…… 312

第十四章　海商法…… 319
第一节　海商法概述…… 319
第二节　船舶与船员…… 319
第三节　海上货物运输合同…… 323
第四节　海上旅客运输合同…… 328
第五节　船舶租用合同…… 329
第六节　船舶碰撞和海难救助…… 330
第七节　共同海损…… 331

第八节　海事赔偿责任限制和海事诉讼特别程序…… 331

第十五章　商事纠纷的处理…… 333
第一节　仲裁…… 333
第二节　诉讼…… 338

第一章

商事法律概述

第一节　商法的概念及其特征

概括地说，商法是调整、规范商事主体在商事活动中权利和义务的法律制度。因此，在探讨有关商法的问题时，对“商”及“商事”的概念加以界定则显得尤为重要。

一、商的概念

“商”是一个古老的用语。同时，在现代社会中，它又是一个被多学科使用的词汇。从词源考察，在古代汉语中，“商”是一种计时单位，一刻为一“商”，“商，刻也。”后来，“商”与“量”合用，称为“商量”，进而引申为协商之义。

“商”一词最早是从相互交换、互通有无这一意义上被引入经济生活的。早在中国古代，就有“通财鬻货曰商”的说法，“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓商”。按此理解“商”就是买卖。随着商品交换的频繁，“商”逐步被人们赋予了一种“以营利为目的的活动”的含义。伴随着货币进入商品交换，一个以从事交易活动为职业，并从中获取一定利益的阶层诞生了，此时，“商”不仅被解释和理解为交易活动，还被用来特指那些从事交

易活动的人，如“布商”、“盐商”等。随着现代社会商品经济的快速发展，人们已普遍接受营利是“商”的本质的观点。因此，法律意义上的“商”或“商事”，应当是指由商业主体参与的一切营利性营业活动的总称。

二、商法的概念

一般而言，商法是指调整商事交易主体在商事活动中所形成的权利、义务关系，即商事法律关系的法律规范的总称。它和其他法律制度一样，通常可以从广义和狭义两个方面去理解，或进行形式意义上的商法和实质意义上的商法之划分。所谓形式意义上的商法是指以商法为名称而制定的法典，也即狭义的“商法”；而实质意义的商法则是指一切调整商事关系的法律规范的总称，它不仅包括作为商事基本法的“商法典”，还应包括各种有关商事的专门法规，散见于民法、行政法和其他法律中的有关商事的规定和规则。

据不完全统计，世界上大约有 40 个国家拥有形式意义上的商法典。但是，显然不能简单地以该国有没有商法典作为考察有没有商法的唯一标准。在市场经济条件下，一个国家可能没有商法典，但不可能没有关于商事的法律、法规。易言之，一个国家可能没有形式意义上的商法，但不可能没有实质意义上的商法。

我国目前尚没有制定和颁布形式意义上的商法法典。但随着市场经济体制的确立，我国关于商事的单行法律、法规，如公司法、合伙企业法、票据法、证券法、海商法、保险法、合同法、破产法等法律及有关商事登记等方面的法规，已陆续颁行，实质意义上的商法已大量存在。基于上述立法现状，可以说我国实际上已经基本构筑起了实质意义上的商法体系。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

三、商法的特征

所谓法的特征是指一法区别于其他法的主要标志，是法本质的外在表现形式。商法作为商品交易的法有其自身明显的特征，具体表现为以下几个方面。

1. 商法是私法

商法的私法性是显而易见的，商法是一个重要的私法领域。因为商法的主旨在于调节和保护商行为主体的财产利益，商主体之间的关系是平等的法律关系，商法调整和保护的是法人与自然人之间的私权利。然而众所周知的是，进入 20 世纪后，公、私法之分的传统日趋动摇，公、私法由明确划分而走向相互渗透，但是，私法公法化只表明公、私法的相互渗透，而决不意味着相互取代。商法尽管兼有私法和公法的双重属性，但究其本质，仍属私法无疑。

2. 商法是以企业为本位的法

商事组织是商事交易的基础，而商事交易是商事组织设立的目的。商法调整的对象是履行了商事登记而具有商主体资格的人。企业则是最重要、最基本的商事主体。因此，就其本质而言，商法主要是赋予企业权利和地位、规范企业设立和行为的法律制度。

3. 商法是确认营业自由的法

商法是以规范商事主体和商事行为为己任的。而这些规定的本质，集中地表现在确认营业自由、规范营利行为上。商法实行营业自由即营利自我调节的机制，维系和保障商主体以营利为目的的营业活动的自由。因此，商法从它诞生的那天起就烙上了谋利、求赢、趋财的痕迹，并以确认营业自由，保障交易安全和秩序，讲求交易价值，谋求投资回报，实现利益最大化为其本质的特征。

4. 商法是国内法也是国际法

商法最初起源于商事交易习惯，而商事交易本身是一种跨国界的活动。货物的买卖、技术的转让、资本的融通、海上运输和保险、货款的结算都直接反映了商事交易国际化的特点。因此，商法比较其他的部门法律，更具有国际性的特征，一国成熟的商法制度的建立既来自于对本国交易习惯的认可，同样又依赖于对国际商事规则的承认和尊重。

5. 商法是组织法也是行为法

商事组织和商事交易都不可避免地成为商法的调整对象，这使得商法既是组织法，又具有规范行为的法的特征。组织法的规定原则上属于强制性规范，当事人必须无条件遵守。而行为法的规定原则上属于任意法规范，当事人可以通过协议约定其交易行为。这样的特点体现了商事交易的合理要求，使商法更能适应商事关系的调整需要。

第二节　商法的调整对象及其基本原则

一、商法的调整对象

商法是调整商事关系的法律规范的总称，因此，商法的调整对象是指由具体的商事规范所调整的特定范围的社会关系，即因商主体从事营业行为所引起的各种商事关系的总和。

商事关系之所以能构成商法独立的调整对象，是由商事关系作为特殊的社会关系的自身特性所决定的。一是商法以平等地位的营利主体作为自己的调整对象；二是商法仅将营利主体的营利行为纳入其调整的范围。由此可见，商法是以营利主体的营利行为作为其特定的调整对象。

二、商法的基本原则

任何一部法都存在着统辖该法具体规范的某些基本原则。它是制定、解释、执行和研究该法的出发点，它贯穿在整个法律制度和规范之中。商法的基本原则是商法的主旨和基本准则，是对于各类商事关系具有普遍性适用意义、对于商法规则体系具有统领作用的某些基本法律规则。商法的基本原则首先包括作为一般私法的民法的基本原则，如依法自由行使权利的原则、意思自治的原则、诚实信用的原则、公共利益的原则、公序良俗的原则、合法的原则等。同时，它还具有体现商法特色的一些基本原则，大体有：商主体法定、保护投资者权益、确认营业自由、保障交易便捷、维护交易安全、尊重社会公共秩序等原则。

1. 商主体法定原则

商主体是商法调整的主要对象。为了从根本上维护商事秩序，作为组织法的商事法律制度通常都会以强制性规范来确认商主体的权利及设立的程序、公示的制度。商主体的法定原则主要体现在商主体类型的法定、商主体内容的法定及商主体公示的法定等三个方面，它反映了商法作为私法的公法性。

2. 保护投资者权益原则

投资者的投资是形成商事活动最为活跃的主体——商法人及其他商事组织的根本前提。明确并切实有效地保护投资者的投资权益，对于稳定商事组织、集合社会资金、最终促进商事交易的发展有着十分重要的意义。因此，商法在赋予股东或出资者地位、在程序上保障投资者行使这一权利等方面都作出了明确的规范。

3. 确认营业自由原则

从本质上讲，商法是调整平等主体间发生的商事关系的私法。在市场经济的条件下，只要合乎法律的规定，商事主体有权基于市场变化自由地使用、处分自己的财产；自主地选择交易对象、决定交易性质；自由地开展以营利为目的的一切营业活动。从根本上保护营业自由是商法重要的立法原则。

4. 保障交易便捷原则

在现代商业活动中，交易速度或商品流转速度对于充分利用现有资源、追求最大的经济效益具有至关重要的意义。这就要求商法应能充分地保证交易之简便和快捷。为此，各国商法都通过推行定型化交易、简化协议过程、简便交易手续、权利义务格式化、实行短期时效等法律制度建设来保障交易的便捷。

5. 维护交易安全原则

商事交易固然要求便捷，同时，商事交易更需要安全，如果没有了安全性，交易的便捷将变得毫无意义。有鉴于此，维护商事交易安全又构成了商法的又一重要的基本原则。这一原则具体表现在：商事交易的严格责任主义，公司登记及经营信息的公示制度，欺诈和不正当的竞争行为的法律禁止等。商法通过其积极的立法干预来确保交易的安全。

6. 尊重社会公共秩序原则

在现代商事交易活动中，健康的市场经济信用体系是交易主体自身利益实现的重要保证。商法通过具体的法律制度来规范各商主体必须尊重社会公共秩序，遵守公序良俗，构筑良好的商业道德。从而在根本上协调商主体利益和社会公共利益的关系。

第三节　商法的历史发展及我国商事立法的现状

一、商法的历史发展

对于商法的起源，国内外的学者有着多种不同的观点。古拉丁语中有一句格言："哪里有贸易，哪里就有法律。"这一格言虽揭示了商法的形成从根本上来自于实践的唯物主义论断，但是，古代不发达的商品交易及由此而产生的一般性的调整规则、诸法合一的法律表现形式，都不可能构筑起独立的商法体系和相适应的完整的商事制度。因此，比较统一的认识是，近代商法起源于中世纪，商法最初的表现形式是商人的习惯法。

15 世纪以后，随着资本主义商品经济关系的萌芽以及商品贸易的繁荣，以宗教为核心的封建割据势力开始衰弱，统一的民族国家逐步形成。原先割据的经济和分散的立法显然不再适应统一市场建立的需要，以此为背景，地中海沿岸各国以及欧洲内陆的一些国家相继制定了成文商事法。虽然，此时的商事成文法只是对中世纪商人习惯法的确认，但其立法规模及体系建设都是中世纪商事规则所无法比拟的。因而，这一阶段也就成了历史上非常有意义的近代商法时期。

19 世纪初开始，随着欧洲资产阶级革命的成功，社会关系发生了根本的变革。保护资本主义商品经济关系，推动商事活动发展，促进统一完整的商品市场形成，成为许多新兴国家的基本国策。欧洲大陆国家相继开始了大规模的法典制定活动。因此，这一时期成为现代商事法形成和发展、商法体系建立和完成的重要时期，商法开始在大多数大陆法系国家作为一个独立的部门法律出现。与此同时，在世界范围内也逐步形成了各具特

色的法国、德国及英美等三大商法法系。

二、我国商事立法的现状

社会主义市场经济法律制度和社会主义计划经济法律制度都是社会主义性质的法律制度。但是由于在很长的一段时间内，国家的立法重心在于强化国家对于经济活动的调控和对于经济行为的干预上，因此，我国不仅没有形式意义上的商法，而且实质意义上的商法也是极不发达的。1993 年以前，我国除颁布了海商法等少数商事法律外，其他的商事立法几乎是空白。

建立与社会主义市场经济体制相适应的科学的、完整的、具有中国特色的法律体系是我国近阶段法制建设的根本任务和基本目标。所谓法律体系通常是指由一国现行的全部法律规范按照不同的部门法律分类组合而形成的一个呈体系化的有机联系的统一整体；组成法律体系的部门法律则是指根据一定的标准和原则，按照法律调整社会关系的不同领域和不同方法所划分的同类法律规范的总和。而各部门法律又是具体的法律和法规的集合。商法在我国市场经济法律体系的架构中是不是一个独立的部门法律，它与民法、行政法以及经济法的关系究竟如何，始终是理论界颇有争议的问题。如果一味地陷于部门法律分类的争论，不论条件而过分强调部门法典的制定，就难以尽快地建立起适应社会主义市场经济体制的、具有中国特色的法律体系。因此，淡化部门法的理论界限，重视法律对于社会主义市场经济的功能和效用，不分法律范畴、只依据实际需要便成为我国目前立法的一个现状和特色。

近年来，立法机关及授权立法部门相继制定和颁布了一大批适应社会主义市场经济体制的实际需要、规范和调整商主体及其商行为的具体法律和法规，如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、票据法、信托法、保险法、合同法、担保法等。

需要全本请访问 www.ertongbook.com