

大学教材

商法学

主编◎阿茹罕 闫厚军

云南出版集团公司
云南科技出版社

商 法 学

主 编 阿茹罕 闫厚军

云南出版集团公司
云南科技出版社
• 昆明 •

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学 / 阿茹罕, 闫厚军主编. —昆明: 云南科技出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-5416-7896-7

I. ①商… II. ①阿… ②闫… III. ①商法—法的理论—中国 IV. ①D923. 991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 003238 号

责任编辑: 王 韬 王建明 叶佳林

责任校对: 叶水金

责任印制: 翟 苑

封面设计: 魔弹文化

云南出版集团公司

云南科技出版社出版发行

(昆明市环城西路 609 号云南新闻出版大楼 邮政编码: 650034)

三河市新新艺印刷厂印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 21.5 字数: 497 千字

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

定价: 42.00 元

前 言

2005 年以来,在我国商事立法实践中,发生了一系列令人惊喜的大事:先是 2005 年《公司法》、《证券法》同时经历了重大修改,后是 2006 年《企业破产法》被重新制定,此外《合伙企业法》也于 2006 年获得重大修改。与这些法律的修改与制定相适应,国务院及国家工商行政管理局、证监会也先后发布了一系列配套法规与规章,最高人民法院也拟订了相关司法解释草案。在此期间,境外商事立法领域也发生了许多重大事件,并作为世界商事立法动态对我国商事立法与理论研究产生了深刻影响。在国内外商事立法正经历重大变革的背景下,相关理论研究成果如雨后春笋般涌现出来,从而极大地丰富了我国商法理论体系。尤其值得说明的是,尽管缺乏形式立法上的变革,我国商法学界仍在商法基础理论研究领域取得了一定突破,从而使我国商法理论体系日趋完善。

本教材以“知识+技能”为主要内容,以理论与实践的结合,职业与专业、岗位与课程的完全对接和融合为目的,按照职业教育“现代学徒制”的人才培养模式的要求编写,具有如下特点:

1. 反映高职教育特点,突出实用型,适应高职教育应用型人才培养要求,有利于学生综合素质的形成和正确思维方式的培养。
2. 教材的编写有较完整的知识面,尽量贴近实际工作。结合高职的特点,教材的编写不求对知识点的深入探究,重点放在现实的实际做法上,对各专业以后工作中遇到的基本法律问题做相对细致的介绍。
3. 注意前后知识的连贯性、逻辑性,力求深入浅出,文字描述与案例讲解相结合,以利于学生对相关知识的理解。
4. 体现新知识、新技术、新方法,有供自学和拓宽专业需要的适当的知识内容。

本教材突出该课程实践性较强的特点,在讲授相关理论知识的同时,注重对学生进行分析问题和解决问题能力的培养。其主要编写思路如下:

1. 加强实践教学环节设计,积极探索“任务驱动、项目导向”教学模式的教材编写模式,并将任务、项目及对应实践内容编入到教材的每一章节中。
2. 在介绍基本理论知识的同时,对相关知识点进行有效串联,通过设置一定的任务情

景，以任务为载体，将各知识点分门别类进行组织，真正让学生在完成任务的实践中不断掌握知识点，真正实现“做中学”，提高学习兴趣和课程参与度。

在本书的编写过程中，借鉴和参考了许多学者的研究成果和同行教材编写的经验，在此表示衷心的感谢！

编 者

目 录

项目一 商法导论·····	1
任务一 商业法律环境·····	2
任务二 商法基本理论·····	10
任务三 商法的基本制度·····	22
项目二 企业法·····	36
任务一 合伙企业法·····	37
任务二 个人独资企业法·····	46
任务三 外商投资企业法·····	48
项目三 公司法·····	65
任务一 公司法·····	66
任务二 企业破产法·····	81
项目四 税收法律制度·····	90
任务一 税收和税法·····	90
任务二 增值税、消费税、营业税法律制度·····	93
任务三 企业所得税、个人所得税法律制度·····	131
任务四 税收征收管理法律制度·····	172
项目五 市场管理法·····	192
任务一 消费者权益保护法·····	193
任务二 产品质量法·····	199
任务三 竞争法·····	210
项目六 合同法·····	226
任务一 了解合同法·····	227
任务二 合同的订立·····	230
任务三 合同的效力·····	238

任务四 合同履行·····	240
任务五 合同的变更与转让·····	245
任务六 合同的违约后果·····	248
项目七 金融法律制度·····	251
任务一 金融和金融法·····	251
任务二 银行法·····	253
任务三 票据法·····	259
任务四 支付结算法律制度·····	266
项目八 劳动合同与社会保险法·····	285
任务一 劳动合同法律制度·····	285
任务二 社会保险法律制度·····	314
参考文献·····	334

项目一 商法学基础



【名人格言】

法律是一切人类智慧聪明的结晶,包含了一切社会思想和道德。

——柏拉图



【案例导读】

2011年1月1日,甲与乙口头约定,甲承租乙的一套别墅,租期为五年,租金一次付清,交付租金后即可入住。洽谈时,乙告诉甲屋顶有漏水现象。为了尽快与女友丙结婚,甲对此未置可否,付清租金后与丙入住并办理了结婚登记。入住后不久别墅屋顶果然漏水,甲要求乙进行维修,乙认为在订立合同时已对漏水问题提前作了告知,甲当时并无异议,仍同意承租,故现在乙不应承担维修义务。于是,甲自购了一批瓦片,找到朋友丁开的装修公司免费维修。丁公司派工人更换了漏水的旧瓦片,同时按照甲的意思对别墅进行了较大装修。更换瓦片大约花了10天时间,装修则用了一个月,乙不知情。更换瓦片时,一名工人不慎摔伤,花去医药费数千元。2011年6月,由于新换瓦片有质量问题,别墅屋顶出现大面积漏水,造成甲1万余元财产损失。2012年4月,甲遇车祸去世,丙回娘家居住。半年后丙返回别墅,发现戊已占用别墅。原来,2010年12月,甲曾向戊借款10万元,并亲笔写了借条,借条中承诺:在不能还款时该别墅由戊使用。在戊向乙出示了甲的亲笔承诺后,乙同意戊使用该别墅,将房屋的备用钥匙交付于戊。



问题 (1)案例中涉及哪些商法学法律关系?

(2)房屋最终应归谁所有?

(3)甲的借条在其去世后是否仍有法律效力?



【知识目标】

在本章中,读者需要了解商业经济活动与经济制度、经济秩序和法律之间的关系,掌握商法的概念、特征、基本原则,掌握商业登记、商号的基本理论与规定,了解商业会计的基本要求。



【素质目标】

通过学习,读者可以知道商业活动与法律紧密相联而密不可分,在一定意义上,商业活动

就是法律上的行为。同时,商业法律也是来源并服务于商业活动的。

任务一 商业法律环境

一、商业活动与经济制度

从总体上来看,商业经济活动是一个规范的过程,也就是说,商业活动并非是无章法的,而是在相应规则和制度的规范中进行的,从而表现出相应的商业经济秩序。

这种规范的经济运行在制度上引导着企业和其他经济主体的商业行为,使其行为具有可预期性和交往性,从而约束人们的选择。传统经济学理论是建立在天赋要素、技术和偏好的基础上进行经济分析的,尽管它们各自所强调的侧重点有所不同,但它们在研究选择理论法则和由机会、偏好决定的选择次序时,“它们简单地略去了制度框架,而这种制度框架约束着人们的选择集。”新制度经济学认为,“有效率的组织是增长的关键因素;西方世界兴起的原因就在于发展了一种有效率的组织”。而“有效率的组织需要在制度上做出安排和确立所有权以便造成一种刺激,将个人的经济努力变成私人收益率接近社会收益率的活动。”所以,在新制度经济学那里,经济增长的关键在于制度,而经济创新、经济规模、教育以及资本积累等并不是经济增长的原因,它们只是增长而已;一种提供适当的个人刺激的有效制度是促使经济增长的决定性因素。

对于什么是制度,学者们从不同角度做出了不同的解释。如诺贝尔经济学奖获得者、新制度主义学者诺斯认为,“制度是为约束在谋求财富或本人效用最大化中个人行为而制定的一组规章、依循程序和伦理道德行为准则。”这种约束包括正式约束和非正式约束,前者包括人所发明设计的规则,如法律;后者则包括惯例等。新制度经济学派的另一代表舒尔茨则认为,“我将一种制度定义为一种行为规则,这些规则涉及社会、政治及经济行为。例如,它们包括管束结婚与离婚的规则,支配政治权力的配置与使用的宪法中所内含的规则,以及确立由市场资本主义或政府来分配资源与收入的规则。”

尽管学者们的看法不同,但他们都在不同角度和层面反映了制度应有的含义。

第一,制度是与规则紧紧联系在一起的。无论是所谓的“约束”、“集体控制”,还是所谓“规律性的东西”,都意味着制度是规范性东西,是指导或控制人们行为的规则。因此,有学者直接称制度就是规则,认为“制度……定义为由人制定的规则。它们抑制着人际交往中可能出现的任意行为和机会主义。”而规则在法律上意味着权利、义务和责任。

第二,制度是集体行为的产物。不论是人类长期交往演进的制度规则(如习惯、习俗),还是人类有意识设计的制度规则(如立法),它们都反映了集体的智慧,是人类整体自我发展的必然产物,是集体对个体的控制。

第三,制度的功能主要是“约束”、“控制”和“预期”。它通过各种习惯、习俗和法律等规则为处于其中的人们提供了奖励和制裁,从而约束、限制了人们的行为,同时又使得众人能够通过制度预测自己的行为后果,因而节约了人们之间交往的成本。

第四,制度实施需要某种外在的权威。这种权威既可以是“有形的”,如国家、企业,也可以是“无形的”,如文化道德传统,但它们都独立于或超越了个人的影响力。

制度的表现形式有习惯、习俗、惯例和法律、规章等。其中,习惯、习俗、惯例等被称为非正式规则;法律及规章被称为正式规则。但无论是习惯、习俗和惯例,还是法律、规章等都属于制

度,因为就它们的基本功能而言,都是调节人际关系的一种“规则”,都是社会对个人行为的某种约束。因此,制度是一系列规则的组合,这些规则不同的性质和表现形式决定了它们不同的作用范围和互补性。正是这些不同而且有相互补充性的规则,使得社会在不同的个人利益追求下能够整合在一个有序的环境中。

同时,需要注意的是,尽管说制度是一系列规则的组合,甚至说制度就是规则,但二者是两个不同的概念。规则只是制度中的一部分,制度还包括实施规则的社会机构和组织。经济学将制度等同于规则,主要原因在于规则在制度中的首要、核心作用,没有规则就不存在所谓的制度。

在新制度经济学那里,法律是正式规则的组成部分,而且是最重要的部分。这不仅反映了人类知识的增长,更重要的是法律制度所具有的人类价值意义。“法律不仅仅是一种社会事实,它还是一种观念或概念。此外,它还是一种价值尺度,它不可避免地具有智识和道德的方面。与纯粹智识的和道德的标准不同,法律需要人来实施,而法律与纯粹的物质条件也不同,它包含观念和价值。而且,法律的各种观念和各種价值被认为彼此之间具有某种程度的一致性——与社会共同体中的非法律方面的观念和价值,即它的整个意识形态也具有某种程度的一致性。”换言之,相对于其他制度,法律是“当为”的制度,其核心特征是针对法律规范的接受对象的应然内容。正是这种价值意义,使得法律作为制度有了一种高于经济事实的理想意义,它不仅体现了一种规则,更体现了人类共同的追求。人们常常将法律作为制度规则最高层次的东西,其根源就在于此。

二、商业活动与经济秩序

人类一直生活在相应的社会秩序里,也一直在追求着相应的社会秩序。秩序是人类生存和发展的基本条件。显然,秩序“意指在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”的秩序,是人类社会作为社会的基本前提。作为以营利为目的的商业活动,更需要稳定的经济秩序。

一般情况下,秩序包含以下内容:①可控性,即秩序是存在于人类的一定社会体系中的各种可调控因素的集合,亦即秩序与社会生活中存在的一定的限制、禁止和控制有关。②稳定性,即一方面指在一定时点上,政治经济生活所处的一种状态;另一方面指在一定时期内或一个相当长的时期内社会政治、经济和日常生活所持续地维持某种状态的过程。前者是静态意义上的,后者是动态意义上的。③行为的互动性,即人们行为之间相互作用、相互影响和配合,而不是偶然的、无联系的和杂乱的,它表明社会生活的相互性。④可预测性,即人们通过秩序可以预测自己的未来,从而使社会具有连续性,也就是说,它为人们提供了一系列稳定信息,使人们可以更合理地预期,把不确定性和风险减少到最低限度。

所以,秩序总是意味着某种程度关系的稳定性、结构的一致性、行为的规则性、进程的连续性、事件的可预测性以及人身财产的安全性。秩序构成了人类理想的要素和社会活动的基本目标。

秩序离不开制度和规则,一定的社会秩序总是同一定的行为规范制度相联系的。亦即,秩序是人类各种行为规范的实践过程和结果,亦即人的行为活动对相应规范的贯彻、实施和维护的过程,所以,它是制度化和规范化了的行为过程和行为结果。在现代社会中,法律是最高意义上的行为规范制度,它既是秩序的象征,又是建立和维护秩序的最重要手段。因此,建立理想的法律秩序是社会秩序的最高目标。

毫无疑问,法律通过设定预想模式、调节机制和强制保证来维护和建立社会秩序。这种机制设定的权利义务明确,并有国家强制力作后盾,其对秩序意义重大。

可以说,一定的规则决定着一定的秩序状态。因此,人们在习惯上往往把“规则”与“秩序”当作同义语来使用。规则的性质决定着秩序的性质,规则的好坏也决定着秩序的好坏,因此,良好而适当的规则是十分重要的。所谓良好是指这样的规则,它与整个社会价值观是一致的,是符合人类自然发展要求的。正如法谚云:“恶法非法。”所谓适当是指这样的规则,它能够一方面与其他规则相互协调、配合与补充;另一方面则恰如其分地处理个人自由与社会协调的关系。过多的规则与过细的规则都是不合适的。良好的规则是对规则质的要求,适当的规则是对规则量的把握。

当然,尽管经济的过程是一个规范的过程,但在这个规范的过程中,经济并非被动地适应规范的要求,它同时也经常有意无意地推动和改变着相应的规则。也就是说,规则与经济是同时产生并同时发展的。规则在规范着相应的经济活动,相应的经济活动也推动着规则的变迁和发展。

三、商业活动与法律

(一)规则、制度和秩序的关系

可以看出,规则、制度与秩序是一个相互依存的概念。其中,规则是制度和秩序的核心内涵,任何制度都是规则的制度,任何秩序都是有规则的秩序。同时,制度也必然意味着秩序,秩序也必然意味着相应制度的存在。但是,它们三者是不同的概念。

规则是指规定谁能做什么,不能做什么,应该做什么以及相应后果的行为准则。表现在法律规则,就是指规定权利、义务及具体后果的准则,或者说是对一个事实状态赋予一种确定的法律后果、各种指示和规定。规则的实质是建立相应的行为模式。

所以,规则是静态意义上的东西,是人们行为的指针。尽管制度主要是由规则组成,但制度不仅仅包括规则,还包括相应的实施机构和组织。所以,制度是一个系统,在该系统里,规则是中心,围绕规则设有相应的机制,彼此联系紧密,从而使规则得以有效实施,成为活的规则。

秩序是从动态角度看待有关社会组成的。如果说规则、制度还是强调规则本身的话,那么秩序则关注的是以规则、制度为中心的人与规则之间的互动关系。也就是说,秩序是人们社会行为所呈现的规则性。这种规则性一方面体现了规则的意义和作用,亦即人们应该在相应的规则、制度约束下为之;另一方面则指人在社会中的主动性与创造性,亦即相应的规则和制度如果要为人遵守,其前提是要为人所接受。只有相应的规则为人们所接受,才有相应的规则秩序;反之,则不存在。

同样,对法律秩序来说,法律秩序也并不是相应的法律规则、制度本身,而是指一种社会状态。在这种社会状态下,人们从事社会活动都普遍地依照法律规则和制度去做。这就意味着,只有当法律规则和制度被普遍遵守时才构成法律秩序。因此,“当人们希望通过法律来形成秩序时,就必须考虑法律规则本身被遵守的可能性。法律被人们遵守并非主要依赖于国家有组织的力量强制,而是主要依赖于人们的自愿”。所以,“法律要想被人们遵守,除了法律规则的内容要体现正义,符合或基本符合人们的正义观念外,法律规则本身还必须符合人们对秩序这种社会形式性状的要求。”

(二)作为规则的法、作为制度的法与作为秩序的法

1. 作为规则的法

一般意义上谈论的法主要是从规则角度来谈的,也就是所谓的作为规则的法。这时的法

是规定相关主体权利、义务关系规则意义上的法,它研究的是相应的法规则是怎么规定的,即研究法律、法规的内容如何。作为规则的法,其表现形式各异,按照相应的立法位阶可分为宪法、法律、法规和规章。这时的法是一种静态的法规,是散见于不同法律、法规中的各个条文和规定,它们以语言逻辑的方式勾画了经济和社会秩序的基本准则。

2. 作为制度的法

作为制度的法是指以法规则为中心的法的实施机制。它研究的是法怎么严格按照法的规定实施。作为制度的法意味着法不仅是一种规则,还是一种实施机制,这种实施机制使得法能够成为活的法律。法是规范社会生活的,它是一种应用的东西,离开了相应的实施机制,法就毫无价值和意义。

3. 作为秩序的法

作为秩序的法主要研究人与法规则、制度之间的互动关系,指的是以法规则为中心的秩序的意义。换言之,它研究的是作为秩序中的法规则和制度,是如何有效维护和促进既有经济和社会秩序的良性运作,因而它存在一个与其他秩序规则和制度,如习惯、习俗和惯例等关系的协调问题。

作为秩序的法是一个国家如何建构经济和社会秩序的问题。国家制定法律、法规及建立相应制度,其最终目的不应是简单地管制,更不应是单纯应付相应的社会和经济问题,而应是建构一个既有相应活力,又有整体健康共同发展的经济和社会秩序。

当然,作为规则的法、作为制度的法和作为秩序的法,又是密不可分的,它们是一个有机的整体。规则、制度和秩序常常具有同样的含义,也就是说,说到法规则时,也必然意味着制度和秩序;反之亦然。

(三)法塑造着商业经济秩序

商业经济与作为规范的法律之间是一个互动的过程。这个互动的过程使得商业经济与法无法分开,更无法简单地被认为是主从关系。

从社会基础角度而言,经济决定着法律的产生和发展。但法一旦产生,特别是在其成熟以后,法还塑造着经济活动。

1. 法创建并调整着商业经济活动

现代社会中,如果国家要重新安排特定的生活领域,那么最常用的工具就是法律。如当经济活动中出现大量垄断或不正当竞争行为时,国家这时就会通过反垄断法和反不正当竞争法来对社会经济活动作出不利于垄断和不正当竞争的经济安排;通过民商法的私法自治,则对企业的生活安排加以保护和支持,如公司法、合同法等。显然,具有价值判断性的法律对社会经济活动作出了自己的指引和评价,而非由经济活动者随意地进行。我国社会主义市场经济在很大程度上就是由相应的法律、法规创立起来的。

2. 法规定着规矩

任何社会都必须有相应的规矩,否则社会必然是混乱而无序的。法律的规定可能并不为人们所喜欢,但人们也会从安全、秩序的角度考虑而遵守和接受,因为它符合人们的根本利益。所以,法律在形式上的贡献是很大的。从经济方面看,法律的有关规定规范着人们的交易活动,这种符合法律规定的交易活动使得人们的经济活动具有了可预期性,如一方违约可以运用合同法加以解决,所以,交易的人们都愿意按照法律规定去做。

3. 法具有保持功能

法保持着长久而为人们所接受的有关制度和结构,从而使得社会具有了相应的稳定性。法的任务就是保证国家秩序和社会秩序的稳定,保持社会和国家的制度结构和相应管理。在这个意义上说,任何法律制度都是“保守的”:它保持着当时的国家和社会结构的原则,并因此为“制度变化”的合法性划定界限。法保护着这些制度免受不法行为的侵害。正是这种保护和保持,使得经济秩序具有了相应的稳定性,使得经济活动具有了一致性和安全性,以及连续性。

4. 法有赋权功能和保障功能

法保障着人们的权利,这样,人们就可以在法律所保障的范围内追求自我发展,并最大限度地发挥自己的优势和能力。通过这种赋权,法创造了社会的安定性,使得企业能够知道自己哪些能做,哪些不能做,以及如何更好地去做而达到自己的目的。

所以,法通过规定企业和其他经济主体在社会组织结构中的地位,通过规定社会财富的分配与再分配,通过规定人们采取什么态度对待具体的社会与经济事件的行为与价值判断标准,从而对经济起着塑造的作用。这种塑造正是新制度经济学所注意的,正如新制度经济学创始人科斯所认为的那样,“合法权利的初始界定会对经济制度的运行效率产生影响。一种权利的调整会比其他安排产生更多的产值。但除非这是法律制度确认的权利调整,否则通过转移和合并权利达到同样后果的市场费用是如此之高,以至于具体的权利配置以及由此带来的更高的产值也许永远不会实现。”

四、现代商业法律环境

通过以上分析可以看到,商业活动是一种有规则的活动,从而表现出相应的经济秩序。也就是说,商业活动是在法律及其他规则之下的活动,尽管商业活动本身也在不断创造着新的规则。

商业法律环境包括的内容很多,宪法、民法、行政法、刑法、劳动法、环境法以及本书的所谓的商法等法律部门都是为一个国家的经济运行服务的。在一定意义上,法本身就是对经济生活的翻译和表达。

(一) 宪法

宪法是一个国家的根本大法,是规定一个国家公民的基本权利,国家的政治、经济、文化制度的大纲。其总体精神之一就是保障经济的正常、健康运行。可以说,大多数国家的宪法都明确规定了公民、企业的财产权和经济活动自由权,同时也大都规定了政府对经济活动的管理权。无论是西方发达国家,还是广大发展中国家,其宪法对经济的有关规定可以说是十分丰富的,尽管各自表现有所不同。如1789年的法国《人权宣言》第十七条称财产权为“神圣不可侵犯的权利”,并规定:“除非当合法认定的公共需要所显然必需时,且在事先的正当补偿的条件下,任何人的财产均不得受到剥夺。”该规定对以后有关国家的宪法产生了重要影响,成为财产权宪法保障的开端。而美国宪法是通过其正当程序条款加以保护的,即未经正当程序,任何人的财产不得被剥夺。德国基本法第十四条也规定了对财产权的保障,要求“只有符合社会公共利益时,方可准许征收财产”。而且,“对财产的征收只能通过和根据有关财产补偿形式和程序的法律进行”。在经济活动自由权方面,德国基本法的有关规定比较全面,其第二条第一项规定:“人人享有个性自由发展的权利,但不得侵犯他人权利,不得违反宪法秩序或道德规范。”第九条第一项和第三项规定,“所有德国人均享有结社的权利”。“保障所有人和所有职业为保护

和改善劳动、经济条件而结社的权利。限制或妨碍此项权利的协议均属无效,为此采取的措施均属违法。……”该法第十一条规定,“所有德国人在整个联邦领土内享有迁徙自由的权利”。第十二条规定,“所有德国人均有自由选择职业、工作岗位和培训场所的权利。从事职业可通过法律或依据法律予以规定”。“除一般传统的、针对所有人员的公共服务之外,任何人不得受迫从事一定的劳动。”

我国宪法中相应的规定也是十分显著的,如现行宪法第十三条规定,“公民的合法的私有财产不受侵犯”。“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”第十一条第二款规定,“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”。在政府对经济的管理方面,我国现行宪法第十五条明确规定,“国家实行社会主义市场经济”。“国家加强经济立法,完善宏观调控。”“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”特别需要指出的是,自1982年该法颁布实施以来,几次修宪的主要内容都是围绕相应的经济问题进行的,如1988年的修宪是关于私营经济的,其中,在第十一条增加规定:“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。”1993年修宪则规定了“国家实行社会主义市场经济”。“国家加强经济立法,完善宏观调控。”1999年的修宪则明确规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”2004年宪法修改强调保护公民私人合法财产权等。这些都为我国经济的发展打下了良好的宪法基础。

宪法中的规定对经济发展的意义是根本性的。一方面,宪法通过对公民、企业基本权利的规定使其具有了从事经济活动的根本。这是因为,这些基本权利其实是公民、企业对国家的一种权利,它们都直接地反映了个体与国家权力之间在宪法秩序中的关系。另一方面,宪法通过规定国家的宏观调控和管理权,从根本法的角度解决了国家宏观调控和管理的合法性,为国家的宏观调控和管理打下了坚实的法律制度基础。可以说,在一定意义上,政府的宏观调控和管理权体现了个体基本权利的要求,亦即通过宪法赋予国家和政府的宏观调控和管理权,对于实现普通民众的基本权利是一种质的飞跃。它体现了现代社会公益与私益的融合。同时,在这两方面的关系中,宪法对个体基本权利的规定是根本性的,它在宪法中处于基础地位,也就是说,国家相应的经济调控和管理的权力是基于公民、企业的经济权利而展开的。

(二)民法

民法是调整平等主体,如公民、企业等之间财产关系和人身关系的法律规范,其基本的含义是通过肯定和赋予公民、企业相应的财产权和人身权而使其之间在相互尊重和自愿的基础上自由地交往。在一定意义上,民法是一个国家最基本的经济活动的法律,其内容包括对自然人、法人、物与有价证券、民事法律行为、代理、诉讼时效、物权、债权(含合同、不当得利和无因管理债权)、知识产权、婚姻、继承、收养、人身权(含肖像权、名誉权等)、侵权行为、涉外民事关系的法律适用等方面内容。

民法的最大特点在于,其是关于民事主体的权利法,无论其在历史上是以义务为本位还是以权利为本位,或以社会为本位,民法都强调对私权的充分保护。它确认了民事主体所享有的人格权,通过对人格权的保护而对主体的人格予以了充分的尊重,同时还赋予了主体广泛的财产权利,如物权、债权、知识产权、继承权等,并为这些权利提供了充分的保护。之所以如此,是因为民法是以平等的商品经济关系为基础的,而商品经济在法律上的表现必然是以权利本位

为基点的权利和义务的有机统一。我国民法所确认的自然人和企业等主体所享有的人身权、物权、债权、知识产权等都是自然人和企业的基本权利,其在内容上不仅对各项民事主体的权利要实行平等的保护,而且通过民事权利的保障维护个人和企业等组织的人格尊严、价值以及生活的安定,同时还扩大到对宪法及其他法律所确认自然人和企业等组织享有的各种经济文化权利(如劳动权、自由权、环境权、休息权等)的保障,当这些权利受到侵害时,均可借助侵权责任法得到救济。

经过 30 多年的发展,我国的民法体系已经基本形成,以 1986 年《民法通则》为基础,《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《婚姻法》和《继承法》相继出台,《专利法》、《商标法》和《著作权法》等知识产权法体系也基本形成,它们共同构成了我国民事法律的基本法律体系。

(三)行政法

行政法是宪法的具体化,其基本含义是关于控制政府权力的法。可以说,宪法中关于政府管理经济的基本规定是通过行政法加以具体化的。通过行政法,宪法中的抽象规定得以具体实施,从而实现政府对经济的管理和促进。但从学科上来讲,行政法主要是强调对政府权力的控制。也正是这种控制,使得政府权力的行使不至于出现或尽量减少其对经济生活的不良影响。

行政法中的一个重要内容是行政程序的规定,美国学者认为,现代行政法更多的是关于程序和补救的法,而不是实体法。这是因为行政法已不仅仅是规定行政机关的组成及其权限的问题,更多的还是行政权力的行使问题。行政权力的行使导致对行政程序保障重要性的认识,以确保行政权力的正当行使。这种行政程序不仅包括专门的行政程序法,如美国 1946 年、英国 1958 年、德国 1976 年等分别颁布了专门的行政程序法;还包括相应的法律、法规中的程序规定,如我国 2003 年 8 月 27 日通过的《中华人民共和国行政许可法》(简称《行政许可法》),其目的就是规范政府的行政审批行为,保障公民的合法权益。它要求,拟设定行政许可的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见;实施行政许可,应当遵循便民的原则,提高办事效率,提供优质服务等。在一定意义上说,经济管理法是行政法的一部分,只不过它是关于政府如何管理经济的法律。

正是因为行政程序的重要性,使得公民和企业行政管理中享有重要的程序性权利。对此,主要有行政程序中的程序性权利与行政决定后的事后救济性的程序性权利两大类。前者是指在经济行政程序中,即行政机关作出涉及企业和个人权益的行政决定的过程,为形成行政决策和决定的“事前程序”中的程序性权利,它包括行政立法中的程序性权利与行政处理程序中的程序性权利;后者是指在行政机关作出决定后利害关系人享有的程序性权利,主要包括在行政申诉程序、行政复议程序和行政诉讼程序中享有的权利。

行政程序中的程序性权利表现形式各异,一般体现为:①申请权,即利害关系人向行政机关提出申请以保护自己合法权益的权利,如要求颁发许可证,要求举行听证等会。相应行政机关的义务为应答义务,即对于申请,行政机关负有准许与否的应答义务,特别是在申请不符合申请形式要件时,应明确要求补正,或拒绝该申请。②获得信息权,即获得有关行政机关有关档案材料和其他信息的权利,特别是那些针对自身利益有关的信息。这些权利在行政程序中称为查阅案卷权。一般各国都规定,有关机关必须提供方便,但出于公共利益或个人隐私保护的原因应予以保密的除外。③要求说明理由的权利,即利害关系人可以要求行政机关对自己的决定作出解释和说明理由。日本最高法院曾经判决道,“法律规定审查决定应该附记理由,是指行政机关负有将其作出该结论的理由告知相对方国民的义务。反过来,国民具有要求行

政机关提示其针对自己主张的判断及其理由的权利。”④要求回避权,即利害关系人对处理与自己有关的案件的行政官员,如认为其与本案有利害关系,会影响本案的公正处理的,可以要求其回避,而该官员有回避之义务。⑤辩论权,即利害关系人可以为自己提出辩论,以求得公正对待和处理。该辩论权的行使既可以书面方式,也可以口头方式。当然,在这个过程中,当事人必须而且也享有举证之权利,即提出各种有利于自己主张的证据。⑥程序抵抗权,即利害关系人对于行政机关不按法律规定程序的行政行为提出反对和异议的权利,并因此使得该行政行为归于无效。这种权利其实就是当事人要求严格按照法律规定程序办事,否则当事人可以抵抗。

(四)刑法

刑法是一国关于犯罪和刑罚的法律规范,其功能在于预防和处罚犯罪。在刑事法中,有大量关于经济犯罪的规定,如我国刑法中专章规定了破坏社会主义市场经济秩序罪、金融诈骗罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪等。这些可谓是商业活动的最底线规定,否则将受到刑事犯罪的指控和处罚。

(五)劳动法

对于劳动法而言,它是规定用人单位和劳动者之间关系的法律。毫无疑问,劳动法是经济运行中不可或缺的基本法律规范。如我国《劳动法》第一条明确规定:“为了保护劳动者的合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步,根据宪法,制定本法。”接着该法规定了促进就业、劳动合同和集体合同、工作时间和休息休假、工资、劳动安全卫生等内容。市场经济中一个重要的社会关系就是劳资关系,劳资关系的稳定与否关系着社会的稳定与否,进而关系到经济发展的稳定健康与否。所以,各国都十分重视劳动法的作用,十分重视保护和协调劳资关系。为保护这种稳定的社会关系,有关法律中还有许多相应的规定,如破产法中对于职工的安置,职工工资的优先获得权;公司法中有关职工监事规定,职工持股制度等。

(六)环境法

环境法是关于环境保护和管理的法律规范的总称,是关于一个国家经济能否持续发展的法律。当代社会越来越认识到,环境的有效保护与否直接关系到社会经济的有效发展。所以,1987年,挪威前首相布伦特兰夫人在她任主席的联合国世界环境与发展委员会的报告《我们共同的未来》中提出了可持续发展,并将其定义为“既满足当代人的需要,又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展”。该定义很快为各国所接受,成为各国制定环境保护法的根本原则。可持续发展的特征为:①可持续发展鼓励经济增长,因为它体现国家实力和社会财富。可持续发展不仅重视增长数量,更追求改善质量、提高效益、节约能源,改变传统的生产和消费模式,实施清洁生产和文明消费。②可持续发展要以保护自然为基础,与资源和环境的承载能力相适应。因此,发展的同时必须保护环境,包括控制环境污染,改善环境质量,保护生命支持系统,保护生物多样性,保持地球生态的完整性,保证以持续的方式使用可再生资源,使人类的发展保持在地球承载能力之内。③可持续发展要以改善和提高生活质量为目的,与社会进步相适应。可持续发展的内涵均应包括改善人类生活质量,提高人类健康水平,并创造一个保障人们享有平等、自由、教育、人权和免受暴力的社会环境。换言之,可持续可总结为三个特征:生态持续、经济持续和社会持续,它们之间互相关联而不可侵害。孤立追求经济持续必然导致经济崩溃;孤立追求生态持续不能遏制全球环境的衰退。生态持续是基础,经济持续是条件,社

会持续是目的。人类共同追求的应该是自然—经济—社会复合系统的持续、稳定、健康发展。所以说,环境保护法是十足的经济发法。

我国目前已经形成以《中华人民共和国环境保护法》(简称《环境保护法》)为主的环境法体系,有土地利用规划、环境污染和其他公害防治、自然资源保护等方面的法律、法规,以及各种各样的环境质量标准规定等。

(七)竞争法

竞争法是指为维护正常的竞争秩序而对市场主体的竞争行为进行规制的法律规范,包括反不正当竞争法和反垄断法。不正当竞争和垄断都是市场竞争过程中出现的违反公平竞争规则的行为,都会给市场竞争秩序带来危害。竞争法就是要通过规范这些行为来规制市场主体的竞争活动,创造一个自由、公平的竞争环境,规制市场主体的竞争行为,维护正常的竞争秩序,是竞争法最本质的特征和最基本的任务。

我国目前的竞争法体系已经形成,《中华人民共和国反不正当竞争法》(简称《反不正当竞争法》)和《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)相继出台,成为规制竞争的基本法律。

其他有关法律、法规也都是在一定意义上为经济发展而存在的,如科技法、教育法等等。

但从一般意义来看,和商业活动联系十分紧密的法律主要是民商法。法学博大精深,法律体系严谨缜密。尽管宪法、行政法、刑法、劳动法、环境法等和经济联系密切,但其各自的特点决定了其本身独有的内容,它们主要是在一定意义上服务于经济活动的。而民商法则是直接源于商业经济活动,并将自身融入商业经济生活的。也就是说,从某种程度上来说,民商法就是社会经济活动自身。

限于篇幅和对象,本书所谓的商法指与商业经济活动更为紧密的包括一部分民法内容的商法,即企业法、合同法、金融法、侵权责任法和破产法。

任务二 商法基本理论

一、商法的概念和特征

(一)商法的概念

从学科意义上说,商法是指调整商业交易关系和企业组织关系的法律规范,包括企业法、买卖法、担保法、证券法、票据法、保险法、破产法等内容。

其中,商业交易法律关系包含以下含义:①商业交易关系的主体一般至少有一方为具有商事主体的企业,如果双方均为普通民事主体,则其产生的法律关系不为商业交易法律关系;②商业交易法律关系一般是作为商事主体的企业在营业过程中产生的法律关系,如买卖、租赁、代理等,如果企业是以消费者身份出现的,则其行为所产生的关系一般不被认为是商业交易法律关系;③商业交易法律关系是受商法特别规范的法律关系,其权利、义务和责任规则是比较特殊的,特别是强调作为商人的企业的责任。

商业交易法律关系是基于各种商业行为的实施而形成的商事关系,如商事买卖关系、票据结算关系、证券发行与交易关系、保险关系等。

企业组织法律关系则是指围绕着作为商事主体的企业的形成及组织而产生的法律关系,即基于企业的设立、组织、管理、变更、解散、破产、清算而发生的法律关系,其中最主要的是企