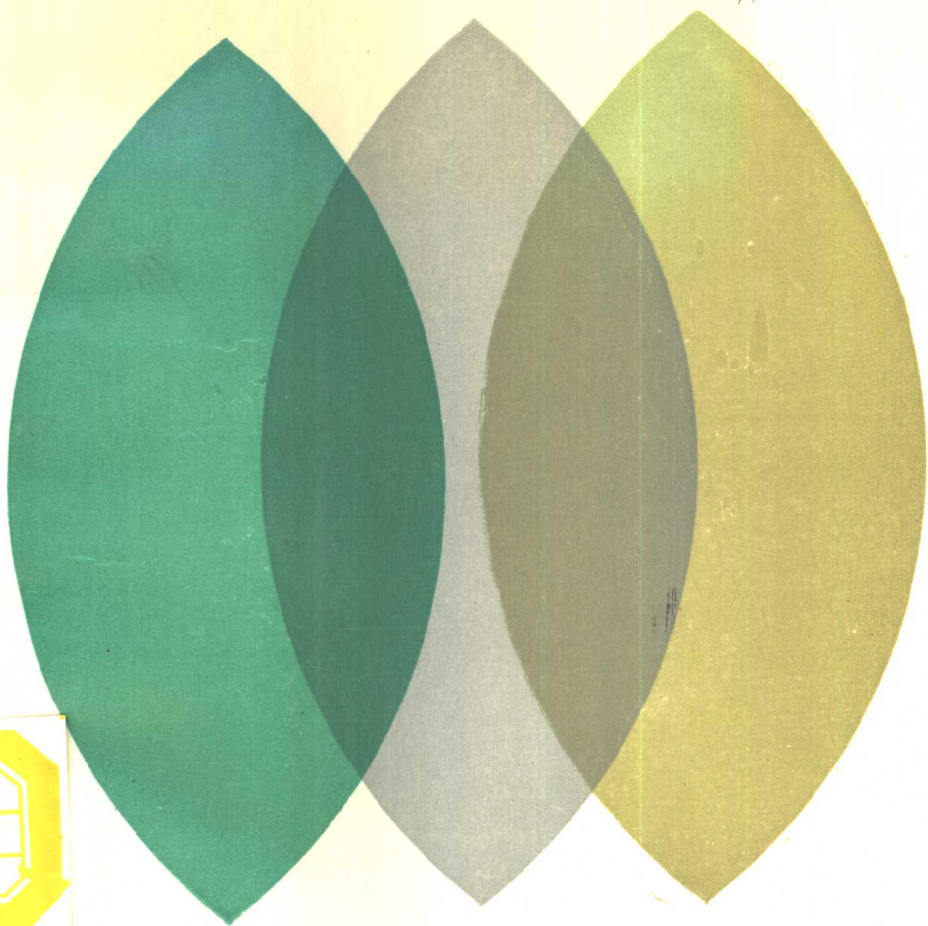


● 企业商务丛书

商法实务



QIYE SHANGWU CONGSHU

主编：陈湛匀 副主编：石 岩 张 俊

上海人民出版社

F272-51
1
12

企业商务丛书

商法实务

主编：陈湛匀 副主编：石 岩 张 俊

上海人民出版社

(沪)新登字 101 号

策 划 王 国 平
责任编辑 屠 玮 涓
封面装帧 范 一 辛

企业商务丛书
商 法 实 务

陈湛匀 主编

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路 54 号)

新华书店上海发行所经销 上海曙光印刷厂印刷

开本 850×1156 1/32 印张 10.75 插页 2 字数 266,000

1994 年 1 月第 1 版 1994 年 11 月第 2 次印刷

印数 8,001--13,000

ISBN7-208-01716-6/F·319

定价 9.00 元

出版前言

当前,我国正在建立和完善社会主义市场经济体制,并积极申请恢复关贸总协定缔约国地位。同时,随着社会主义市场经济的逐步建立和完善,特别是企业进入国际市场以后,竞争也必将更加激烈。从某种意义上说,市场即是商场,而商场即是战场,经营者必须“胸中自有雄兵百万”,才能在商战中稳操胜券。因此,广大职工,特别是厂长、经理、经济管理人员迫切需要了解和掌握市场经济尤其是商务活动方面的知识。鉴此,上海人民出版社隆重推出《企业商务丛书》,以满足广大读者的需要。

本丛书着重论述企业如何转换经营机制,按照市场经济规律办事,积极参与市场竞争;怎样与国际市场接轨,按照国际商务惯例办事,发展外向型经济,走出一条低投入、高产出,在开拓、创新中求生存、求发展的新路。

本丛书的特色是,深入浅出,通俗易懂,案例丰富,操作性强,是广大厂长、经理、经济管理人员的良师益友。

前 言

随着我国改革开放的深入和社会主义市场经济体制的逐步建立,企业在经济活动中遇到大量的商事法律问题,迫切需要了解和掌握商事法律知识。为此,我们按照论述力求准确,内容偏重实务,文字深入浅出、通俗易懂的要求,编写了这本书。

有关商事组织和商事活动的法律规范,国外一般统称为商法,我国则通常把它们作为经济法的重要组成部分。为了突出商事组织和商事活动方面的法律、法规,同时考虑到本书中有不少外国商法知识的介绍,因此,我们确定了现在的书名。

本书主要内容有:商事组织法、货物买卖法、票据法与信用证、货物运输法与保险法、代理与经销、专利与商标法、商事仲裁和诉讼、案例分析。

参加本书编写同志(按姓氏笔画)为:石岩、陈湛匀、张俊、张海峰、章克俭、廖晖。本书由主编陈湛匀、副主编石岩和张俊审阅修改,统纂定稿。

由于时间较紧,不妥之处,敬祈同行和读者批评指正。

编 者

1993年7月

目 录

绪 言	1
第一章 商事组织法	7
第一节 商事组织的法律形式	7
第二节 公司和公司法概述	10
第三节 公司的种类及其特征	18
附件一 上海第二纺织机械股份有限公司章程	40
附件二 上海良基物资有限公司章程	49
第二章 货物买卖法	52
第一节 经济合同与经济合同法概述	52
第二节 合同的成立与履行	55
第三节 合同的转让与消灭	75
第四节 国际货物买卖合同及有关法律	79
第五节 国际货物买卖合同的结构及其主要条款	82
第六节 国际货物买卖合同的成立	91
第七节 国际货物买卖双方的义务	96
第八节 违反国际货物买卖合同的补救办法	102
第三章 票据法与信用证	107
第一节 票据和票据法概述	107
第二节 汇票	123
第三节 本票与支票	142
第四节 信用证法律与实务	148
第四章 货物运输法与保险法	168

第一节	运输和运输法概述	168
第二节	海上货物运输	170
第三节	国际航空货物运输与国际多式货物联运	187
第四节	保险与保险法概述	192
第五节	海上保险	199
第五章	代理与经销	216
第一节	代理	216
第二节	经销	226
第六章	专利法与商标法	231
第一节	专利、商标及其法律制度	231
第二节	专利、商标的申请和法律保护	238
第三节	有关工业产权保护的公约	251
第七章	商事仲裁和诉讼	256
第一节	商事纠纷的仲裁	256
第二节	中国涉外商事仲裁制度	271
第三节	商事诉讼	281
第八章	案例解析	298

绪 言

商法是一个具有悠久历史、重要的法律部门,是调整商事交易和商事组织内部关系及外部交易关系的法律规范的总和。在现代社会中,商法是规范和调整市场经济的重要工具。自改革开放以来,我国已陆续颁布了不少有关的法律、法规。随着社会主义市场经济的发展,商事法律制度必将获得进一步的完善和发展。

一、商事立法的历史沿革

商法是商品经济发展的必然产物。从历史上看,早在罗马法中就出现了调整商事关系的法律。但当时仅作为私法的内容之一,还没有制定专门的商事法。直到中世纪时,商法才作为一个独立的法律部门得以出现。那时,地中海沿岸的一些城市商业交往比较发达,为了摆脱封建及宗教势力的支配,在商业经营中,各地商人逐渐组合成一种团体。这种团体有一定的独立自治权,可以按各自的商事习惯,订立自治规约,从事商事交易,并逐步形成为商事习惯法。这一商事习惯法最早出现在威尼斯,后随着航海贸易的发展而逐步扩大到西班牙、法国、德国和英国等欧洲各国。

中世纪末,随着封建宗教势力的衰落,以及新兴资产阶级发展的需要,欧洲各国先后采用各种形式将商法纳入本国的国内法,以保护和发展本国的商品经济。法国是最早制定商事单行法规的国家,在路易十四时期,颁布了 1673 年的《陆上商事条例》和 1681 年

的《海商条例》。前者专门规定陆商,后者专门规定海商,从而为大陆法系国家的商法奠定了基础。英美法系国家的商法发展与大陆法系有所不同,其特点是通过法院的判例把商事习惯法吸收到普通法,成为普通法的一部分。所以,英美法系国家不存在独立的商法。

二次大战后,特别是 60 年代以后,随着世界经济一体化的不断发展,各国经济相互联系、相互依存的程度大大增强,建立统一的调整国际经济贸易关系的国际商事法律日益成为经济发展的客观需要,受到了各国及国际社会的重视。经过长期的经济贸易交往,各国已形成了一些为人们普遍接受的贸易惯例和做法,有力地促进了商法的国际化发展,使商法进入了一个新的历史发展阶段。

二、商法的基本概念和特点

商法是适应商品经济需要而建立起来的,是调整商事交易和商事组织内部及外部各种关系的法律规范的总和。

商法亦称商事法,属于基本法范畴。在“商”的内涵上,法学上的“商”比经济学上的“商”范围更广,它不仅包括直接充当商品交易媒介的“固有商”,而且包括间接充当商品交易媒介的“辅助商”,以及银行、信托、保险等“第三种商”、“第四种商”等。而从商事的涵义看,按 1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则》对“商事”(commercial)一词所作的解释,“商事”包括所有具有商事性质的事项:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;工程建造;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输等。因此,商法即是对上述商事交易的立法。

从调整对象和范围看,传统的商法主要包括商行为法、公司法、票据法、海商法、保险法等内容。随着当代经济交往规模的扩大

和商事交易的多样化,复杂化,一方面传统商法的调整范围不断扩大,破产法、价格法、商标法、产品责任法等成为新的主要内容;另一方面国际货物买卖的巨大发展和许多新型国际商事交易的出现,如国际技术转让、国际合作生产、国际工程承包、国际租赁、国际投资、工业产权与专有技术许可贸易等,已超出了传统商法的调整范围,成为国际商法的基本内容。由此,现代意义上的商法的调整范围不仅包括有形商品的交换,而且包括技术、资金和劳务等国内和各国间流动中所产生的各种关系。然而,由于从事商事交易的主体是企业、公司等商事组织和个人,而不是国家,因此,商法的调整对象是国家以外的商事组织和商个人。商法的立法目的也就是从法律上保障企业的存在和发展。

商法调整对象的特殊性,决定了它具有不同于其他法律的特点,主要是:

(一) 调整商事交易的各种关系,保护交易安全。

商法产生和发展的历史表明,通过法律手段,保护交易当事人的正当权利,促进交易发展,是商法的首要目的。这具体表现为:

1. 公开性。迅速、准确地了解对方当事人的能力、资金、权限等实际情况,是开展商事交易的重要前提。为此,商法要求各商事组织必须公示一些重要事实,设置了登记注册、公告、公示、文件备置等一系列制度,我国《企业登记管理条例》规定的企业登记注册、公告等制度,即体现了这一点。

2. 外观性。法律要求公示事项必须真实。如果当事人公示事项与事实不符,而另一当事人又以公示事项为依据与其进行交易,商法则将依法维护另一当事人的权利。这一立法特征的理论基础,最早来源于德国商法学者的“外观理论”,即以交易当事人行为的外观标准,认定其行为所产生的效果。

3. 严格责任性。法律对商事交易行为当事人的责任严格加以规定,不得任意违反,不得欺诈社会一般公众。

（二）规范商行为，促进交易发展。

随着商事交易日益复杂化、多样化，运用法律手段，规范商事交易活动，就成为促进交易发展的客观需要。

1. 契约规范化。商法对商事关系中许多契约内容作了统一规定，以便使要约当事人迅速有效地作出承诺。

2. 要式主义与非要式主义的并用。为了便利交易，对大量的一般货物买卖，商法认许非要式主义，当事人可用口头、书面或行为三种方式订立合同。对一些特殊交易，商法则采取要式主义。如《美国统一商法典》第2—201条款规定，在下列情况下，无书面形式，买卖合同仍属有效：货物是专为买方订造，且在买方拒绝的通知到达前已实际开始制造；否认合同效力的一方在法院答辩作证时，承认双方之间存在买卖合同；价金已付或买方已收到货物。

3. 短期时效制度。时效是交易当事人承担转移风险的决定因素。为了减少因交易而产生的法律关系的不稳定性，及长期争论所带来的交易风险，商法规定了商事债权的短期消灭时效制度，以迅速确定各种法律效果。

4. 权利证券化。证券是商事组织与商个人财产所有权及其他权利流通转让的书面凭证，如股票、提单等。在商法上，许多权利也是以证券形式表示，并以简便方法进行流通和转让的。

5. 客体规格的统一性。商标制度规范了作为交易客体的特定动产，大大便利了大规模的商品交易。

（三）保障企业的存在和发展。

1. 便利企业的成立。成立企业须依照法定程序进行，如西方国家对企业成立采取准则主义，只要企业具备了法律规定的要件，即可宣告成立。

2. 保护企业的合法营利。企业成立的首要目的是营利，即合法经营所得，这为商法所认可并加以保障。

3. 保护企业的独立性。商事组织是社会再生产过程中专门从

事商品交易的、独立的经济组织,受法律保护。

4. 有限责任和分散风险。商法规定,企业构成人(如股东)的有限责任以出资额为限,把危险责任严格限制在一定限度内。同时,通过保险、担保和海损制度等,分散企业或商个人的风险损失。

5. 避免企业解体。商法中的破产制度既是对债权人的保护,在债务人经济状况恶化时调整债权人之间、债权人与债务人之间的财产关系,也是对债务人的法律救济,以防止企业解体。

此外,在西方国家商法中,还推行适任原则,如公司法中对减弱股东大会权利、加强董事会权利、规定董事会的组成、任期和权限等作出规定,以加强企业的经营管理,推选有经营管理能力的人担任管理者。

总之,通过法律手段调整各种商事交易关系,提高社会生产力,推动经济发展是商法的根本目的。

三、商行为与商法实务

商行为是商事法律行为的简称,它是商法主体为了确立、变更或终止商事法律关系而实施的行为。如德国商法典规定:“凡商人所为的法律行为就是商行为。”

商行为是以商法规范存在为前提的,是商法调整的主体内容。其法律特征主要表现为:

1. 商行为是商事主体基于取得商事法律后果的行为。
2. 意思表示是商行为的基本特征。这是由商事交易简便易行、契约自由和方式自由等特征要求所决定的。
3. 商行为必须符合法律规定,即主体意思表示必须是国家认可的合法行为。
4. 商行为仅指在商事活动中所为的法律行为。
5. 商行为是以营业为特征,以营利为目的的法律行为。所谓营业是指从事以营利为目的、具有延续性的经营行为。从法律上

讲,营利是商法主体的任务。

从现象上看,商行为也就是商法实务内容的具体表现,在一定意义上两者具有极大的类似性。商事实务就是商行为的具体内容,对实际商事活动具有较大的指导意义。商法是调整商事组织和商事交易的各种关系的法律总和,是对商事实务内容的法律规范。在内容上,它包括商行为法、商事组织法、海商法、票据法、保险法等。由于法律本身是对具体社会政治经济活动关系的一种特殊规范,因此,法律实务也就是法律规范在实际中的具体运用和体现。本书所述的商法实务便是商法的实用性及其对经济(商事)活动规范性的具体体现。

本书主要包括以下几部分:(1)商事组织法;(2)货物买卖法;(3)票据法与信用证;(4)货物运输法和保险法;(5)代理和经销;(6)专利法和商标法;(7)商事纠纷的仲裁和诉讼;(8)案例解析。全书旨在将商法的一般理论与实务有机地结合起来,力求实务性和适用性,以对实际商事工作者和理论工作者能有一定的参考作用。

第一章 商事组织法

第一节 商事组织的法律形式

商事组织,亦称商事企业,是指以自己名义从事营利性活动,并具有一定规模的经济组织。在西方国家,商事组织有各种各样的组织形式,不同类型的商事组织在法律地位、设立的程序、投资者的利润与责任、资金筹措、税收等方面均有很大不同。

按法律地位区分,商事组织主要可分为三种法律形式:个人企业,合伙企业和公司。根据西方国家法律规定,这三种商事组织并不都是法人,它们在企业的组成、活动方式以及所承担的法律 responsibility 等方面均有很大不同。

一、个人企业

个人企业,又称独资企业。在英国称为“Ownership”,在美国叫做“Individual proprietorship”,通常是指由单独一名自然人出资经营的企业。在法律性质上,个人企业不是法人。许多国家法律规定,它的成立一般不要求履行正式的法律手续,只需办理登记注册,领取营业执照。在我国,个人企业实际上是指个体工商户或私营企业。由于出资人就是企业所有人,对本企业的一切业务活动有决定权、控制权和处置权,所以,出资人即以个人的全部财产对企

业的债务负责,对其活动和债务单独承担无限的清偿责任。在大多数国家,个人企业是数量最多的企业形式。

二、合伙企业

(一) 合伙企业的法律特征。

合伙企业,简称“合伙”(Partership),是指由两个或两个以上的人共同投资经营、共同承担责任、共同享受利益而组成的企业。它具有以下四个法律特征:

1. 合伙是“人的组合”,即是一定数量自然人的结合。
2. 合伙是共同经营、风险共担、利益共享的一种契约关系。
3. 合伙的财产归合伙人共有,在合伙存续期间不得分割和任意转让。合伙业务原则上由全体合伙人共同执行,合伙人对合伙企业负连带无限责任。
4. 合伙人原则上均享有平等参与管理合伙事务的权利,每一合伙人均有权代理合伙业务,并具有拘束力。

由于合伙是一种特殊的契约关系,大多数国家法律规定,合伙企业原则上不是法人。

(二) 合伙企业的设立。

1. 合伙合同 合伙企业一般基于合伙人之间订立的合伙合同而成立。合伙合同是规定合伙人之间权利义务的法律文件,是确定合伙人在出资、利润共享比例、风险和责任的分担、合伙经营业务等方面的基本法律依据。合伙合同一般以书面形式订立,一经生效,对每一合伙人均具约束力。

根据我国有关法规规定,合伙合同应载明:(1)合伙企业的名称;(2)合伙人姓名、籍贯、住所;(3)经营方式和经营范围;(4)合伙企业所在地;(5)合伙资金总额及每一合伙人出资的种类、数量、金额;(6)合伙人退伙及除名的事项,转让出资的限制;(7)合伙清算手续及盈亏分摊的比例或标准;(8)合伙期限;(9)其他必要事项。

合伙合同应由合伙人全体签名盖章,经所在地县(区)级以上人民政府批准同意后有效。

2. 合伙企业的登记成立。通常,成立合伙企业的手续较为简便,但各国对此规定不一。如美国统一合伙法规定,合伙须依合伙人的协议而组成,毋需政府批准,但必须有合法目的;只有律师业、医师业等特殊行业,必须有执照才能开业,并要向有关主管部门申领营业执照。在我国,合伙企业必须向工商行政管理部门办理登记注册手续,领取营业执照。

按我国及主要发达国家的法律规定,合伙企业登记注册事项主要有:商号名称;主要营业地点;合伙成员及其姓名;经营方式和经营范围;合伙期限。同时,在申请登记注册时,需呈交下列文件:(1)登记事项表;(2)合伙契约;(3)核准营业的文件;(4)合伙人中若有未成年者,需出示其法定代理人同意的证明书。登记注册手续应在合伙企业开业前备齐并提出申请。经合伙企业所在地县(区)级以上工商行政管理机关审查核准,予以注册登记,自核发营业执照之日起依法成立。

(三) 合伙企业的解散。

合伙企业的解散可分为依法解散和自愿解散两种。所谓自愿解散,是指合伙企业依合伙人之间的契约(协议)而解散。所谓依法解散,是指合伙企业依照法律的有关规定而宣告解散。

合伙企业解散的主要原因有:(1)合伙合同规定的期限或法定的期限届满;(2)合伙的目的已实现或不能完成;(3)合伙人中的一人死亡或退出;(4)合伙企业或合伙人之一破产;(5)因违法或从事非法业务而被撤销;(6)因发生某种情况,决定先期解散;(7)因合伙人之一丧失民事权利能力和行为能力,根据合伙人的要求而由法院判决解散。

合伙解散的法律后果是,在合伙人之间进行财产清算。在清偿企业债务后,所有合伙人都有权参与企业财产分配。在企业的剩余资

产不足以抵债时,合伙人以其个人财产负连带无限清偿责任。

三、公司

公司(Corporation or company)是依法成立、以营利为目的的法人组织。各国法律均规定,公司具有独立的法人资格,有权以自己的名义拥有、支配和处置财产,享受权利和承担义务。公司是一种“资本的组台”。公司起源于中世纪,在现代资本主义社会中,以股份有限公司为代表的公司企业,在社会经济发展中起着举足轻重的作用。

第二节 公司 and 公司法概述

一、公司的定义和法律特征

从公司法意义上讲,所谓公司,是指依公司法组织、登记而成立的,以营利为目的的法人组织。这一定义包含两层含义:首先公司是经所在国政府根据公司法的规定予以认可和批准的,是合法的法人;其次公司的一切活动必须遵守公司法的规定。

根据西方国家公司法规定,公司具有以下法律特征:

1. 公司是社团法人,在法律上享有独立人格。社团法人是以社员结合为基础,由两个或两个以上股东(社员)以共同目的结合而成的团体。因此,公司首先是由一定人数结合的联合体。

2. 以营利为目的。营利既是公司设立的目的,也是公司经营的目的。

3. 拥有自己的财产。公司的财产来自股东的投资,股东的投资在法律上属公司所有。公司以自己的名义拥有财产,并承担和清偿公司的债务。

4. 依法登记而成立。大多数国家对成立各类公司的要件、登记程序、权利和义务、公司的解散和清算等,都有明确的法律规定。