

商学院
文库

经济法律概论

(第三版)

吴建斌 编著

 南京大学出版社

商学院
文库

经济法律概论

(第三版)

吴建斌 编著



南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济法律概论 / 吴建斌编著. — 3 版. — 南京 :
南京大学出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 305 - 10525 - 8

I. ①经… II. ①吴… III. ①经济法—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 206233 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://www.NjupCo.com>
出 版 人 左 健
丛 书 名 商学院文库
书 名 经济法律概论(第三版)
著 者 吴建斌
责任编辑 府剑萍 编辑热线 025-83592193
照 排 南京南琳图文制作有限公司
印 刷 南京玉河印刷厂
开 本 787×1092 1/16 印张 24.25 字数 600 千
版 次 2012 年 11 月第 3 版 2012 年 11 月第 1 次印刷
ISBN 978 - 7 - 305 - 10525 - 8
定 价 46.00 元
发行热线 025 - 83594756 83686452
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 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

《商学院文库》编委会

主任委员 洪银兴 赵曙明

副主任委员 刘厚俊 左 健

委 员 (按姓氏笔画排序)

左 健 刘志彪 刘厚俊

刘 洪 陈传明 杨雄胜

张二震 沈坤荣 范从来

洪银兴 赵曙明 裴 平

作者简介

吴建斌 1956 年 2 月生,江苏启东人。博士,律师,现任南京大学法学院教授、博士生导师。

1975 年高中毕业回乡务农,先后担任大队团支部副书记、民兵营副营长、县农业学大寨工作队文书、县乡广播站记者、编播。1978 年考入南京大学经济系,毕业后留校任教,1988 年取得律师资格,1989 年赴日进修,1992 年晋升副教授,后转入南京大学商学院工作 11 年,1998 年晋升教授,2001 年 4 月再赴日本任大阪大学法学部特邀研究员,2003 年 6 月取得博士学位,2004 年 4 月受聘博士研究生导师,2005 年初调回南京大学法学院,2006 年 6 月受聘南京大学人文社会科学高级研究院研究员。先后出版著译 20 余部,发表论文 150 余篇。在比较公司法、中日比较商法、公司治理结构、法律经济学等方面有一定造诣。

内容简介

本书是在 2001 年改版的《经济法律概论》基础上,经过再次全面修订再版的。其基本内容,除了前言之外,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、商事仲裁和民商审判等 13 章构成。该书为作者 20 余年经济法商法教学经验的结晶。它主要有以下几个方面的新意:

第一,总体思路和框架从经济法转向商法。原版从《经济法教程》改为《经济法律概论》时,仍未脱离“经济法”的套路,本版几乎全部推倒重来,虽与“正宗”的商法教科书还有不同,但差异不大。而且,因不再设置基础理论部分,以前言统领全书,形成较为完整的体系,实用性也更强。第二,全书结构体系作了增删调整。一是将商事活动法的基本内容挪到商事主体法之前,突出商事交易;二是删除消费者权益保护、税收、银行法等与商法关系不大的内容;三是增加了买卖法部分,列入国际货物买卖等内容,以适用经济全球化的需要。第三,全书内容进行了全面更新。公司法部分几乎全部重新编写;证券法、破产法部分也进行了重大调整,以便最大限度地反映上述三个法律修改的成果。对合同法、知识产权法、反垄断法、新合伙企业法、新对外贸易法、新外汇管理制度、新反倾销法、民商审判以及相应的司法解释等内容,也有所反映。

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,正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。因此,下面先谈谈对经济法的理解,然后说明本书体系、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。重印时,除根据新法作少量增删、改正印刷错误外,基本保留原貌。

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,面临今天后金融危机时代的新格局,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年由教育部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。此处仅列在全国有影响的几部教材目录为例。

第一,杨紫烜主编:《经济法(第四版)》,北京大学出版社2010年版。目录如下:

绪言

第一编 经济法总论

第一章 经济法的概念

第二章 经济法的产生和发展

第三章 经济法的地位

第四章 经济法的理念和基本原则

第五章 经济法的体系和渊源

第六章 经济法的制定和实施

第二编 经济法主体

第七章 经济法主体的一般原理

第八章 国家经济管理机构法律制度

第九章 企业法律制度

第十章 市场中介组织法律制度

第三编 市场监管法

第十一章 市场监管法的一般原理

第十二章 竞争法律制度

第十三章 消费者权益保护法律制度

第十四章 产品质量法律制度

第十五章 广告法律制度

第十六章 城市房地产管理法律制度

第十七章 银行业监管法律制度

第十八章 证券监管法律制度

第二十章 期货监管法律制度

第四编 宏观调控法

第二十一章 宏观调控法的一般原理

第二十二章 计划和投资法律制度

第二十三章 产业法律制度

第二十五章 自然资源法律制度

第二十六章 能源法律制度

第二十七章 财政法律制度

第二十八章 税收法律制度

第二十九章 金融法律制度

第三十章 价格法律制度

第三十一章 会计和审计法律制度

第三十二章 对外贸易法律制度

第二,潘静成、刘文华主编:《经济法(第三版)》(21世纪法学系列教材;教育部全国普通高等学校优秀教材),中国人民大学出版社2008年版。目录如下:

绪言

第一编 经济法总论

第一章 经济法的产生和发展

第二章 经济法的概念、本质和基本原则

第三章 经济法的地位和体系

第四章 经济法的制定与实施

第二编 经济法主体

第五章 经济法主体的一般原理

第六章 经济管理主体

第七章 企业概述

第八章 特殊企业和国有企业

第九章 合作制暨集体所有制企业或组织

第三编 市场规制法

第十章 市场规制法原理

第十一章 市场竞争法

第十二章 消费者权益保护法律制度

第十三章 产品质量法律制度

第十四章 价格法律制度

第十五章 会计、审计法律制度

第四编 宏观调控法

第十六章 宏观调控法原理

第十七章 固定资产投资法

第十八章 国有资产管理法

第十九章 财政法

第二十章 税法

第二十一章 金融法

第二十二章 对外贸易法

第三,李昌麒:《经济法》(教育部经济管理类核心课程教材),中国人民大学出版社 2011 年版。目录如下:

第一部分

第 1 章 经济法概述

第 2 章 经济法律关系

第 3 章 经济法运行与经济法责任

第二部分

第 4 章 个人独资企业法

第 5 章 合伙企业法

第 6 章 外商投资企业法

第 7 章 公司法

第三部分

第 8 章 反不正当竞争法

第 9 章 反垄断法律制度

第 10 章 产品质量法

第 11 章 消费者权益保护法

第 12 章 合同法

第四部分

第 13 章 财政税收法

第 14 章 金融调控法

第 15 章 价格法

第五部分

第 16 章 社会保障法

第 17 章 劳动法

中国注册会计师协会编:《经济法》(2011 年度注册会计师全国统一考试辅导教材)中国财政经济出版社 2011 年版。目录如下:

- 第一章 法律基础知识
- 第二章 个人独资企业和合伙法律制度
- 第三章 外商投资企业法律制度
- 第四章 公司法
- 第五章 证券法
- 第六章 企业破产法
- 第七章 企业国有资产法律制度
- 第八章 物权法律制度
- 第九章 合同法律制度(总则)
- 第十章 合同法律制度(分则)
- 第十一章 外汇管理法律制度
- 第十二章 支付结算法律制度
- 第十三章 票据法律制度
- 第十四章 工业产权法律制度
- 第十五章 竞争法律制度

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 年代初短短几年时间,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論观点一时陷入困境。经过几年沉寂以后,管理协作经济法论在我国经济法学界

^① 王家福等:《中国经济法诸论》,法律出版社 1987 年版。

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。^①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。^②

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,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,^③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。^④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。^⑤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。

① 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。

② 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。

③ 陈云良:“经济法的模糊性研究”,《法学家》,1998年第4期。

④ 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。

⑤ 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)。

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,我国改革开放初期形成的经济法观念仍占据统治地位。这在前述杨紫烜先生的《经济法(第四版)》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,只是由5编改为4编仍分为32章,由经济法总论、经济法主体、市场监管法、宏观调控法等部分组成,删除了社会保障法编,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。前述李昌麒主编的《经济法》也有类似问题,而注册会计师全国统一考试辅导教材《经济法》,则更多地包含民商法内容。

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反映的那样,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^③,但法学研究本身也有其不依人的意志为转移的客观规律,不因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

① 杨紫烜主编:《经济法》(第二版),北京大学出版社2010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。

③ 刘文华:“质疑‘商法热’”,《法学杂志》,2005年第6期。

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。^① 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（保障）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。最高人民法院也已意识到这一问题，故在2010年提出建立新的案例指导制度以后，直至2011年12月才公布第一批4个指导性条例，何况其效力究竟如何理解，在理论界和实务界均有争议。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涉及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

^① 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。

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,竞争法涉及维护基本市场秩序问题,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,列宁关于社会主义国家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

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平竞争状态。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、海商法等,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,或者为平等主体之间基于营利性行为而形成的关系;^①经济法调整民商事法无法规范的社会经济关系,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。

^① 赵旭东:“商法的困惑与思考”,《政法论坛》,2002年第1期。

我国尚无民法典,构成民法基本内容的物权法经多年审议在2007年公布,其对于属于自物权的所有权以及相邻关系和共有,属于他物权的用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权,属于担保物权的抵押权、质权、留置权等均作了原则规定;债权制度中的合同法也已在1999年得以统一,本书将作重点介绍;侵权责任法在2009年公布;有关不当得利、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、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端,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,尚需努力。另外,有关竞争秩序的基本法律反垄断法,也已在2007年正式出台。

四、商法若干基本概念介绍

因本书从第一章开始就直接阐述合同法、买卖法、公司法等民商法各个分支的具体内容,有的读者可能希望了解一些商法的基本概念,故在此择其要者介绍如下:

(1) 商人。是指以自己的名义以实施商行为为业者,有自然人、法人、其他组织。个体商人的归责对象就是自然人;公司为典型的商事法人或者企业法人;合伙属于其他组织。西瓜摊、货郎担、书报亭在国外归入小商人之列,我国也应如此。

(2) 商业使用人。是指基于雇佣合同从属于特定的商人,为商人的营业活动从事辅助性的工作,并拥有商人营业活动代理权的人。典型的如经理人(实践中较大的公司还设置总经理、CEO、总裁等),也包括经理人之外的部门经理、分公司经理、店长、车间主任等。

(3) 经理。亦称经理人,是指在代理业主的营业活动方面,具有从事诉讼内和诉讼外一切行为概括代理权限的商业使用人。其权限为经理权,即法定的对业主营业活动的概括代理权,即使业主限制其代理范围,也不得对抗善意第三人。

(4) 商行为。是指有计划有目的持续性的营利性民事行为。商法学上可以根据不同标准将商行为分成许多种类。比如,绝对的商行为与相对的商行为;基本的商行为与辅助的商行为;单方的商行为与双方的商行为;固有的商行为与准商行为;等等。

(5) 营业。通常有主客观两个方面的涵义。主观方面即是商人的营利性活动。客观方面可以理解成以一定的财产为基础的、为了商人的营利目的而组成的有机体系,包括商誉、经营秘密等无形资产。

(6) 营业转让。是指通过签订合同,将客观意义上的营业作为一个有机的组织体进行转移的活动。与单纯的营业用财产转让不同,后者只要钱货两讫,交易双方之间通常再无其他的权利义务关系,而营业转让还要涉及到商号的转让、营业转让人的竞业禁止、营业受让人继续使用商号的责任、向继续使用商号的营业受让人清偿的效力等的规定。实行民商法合一体例的国家或地区如我国台湾民法典中并无营业及营业转让的规定。

(7) 商事登记。是指将一个商人的某些法定事项记载于商业登记机关置备的商业登记

^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。

簿上的行为。我国称为工商登记,包括个体工商户、个人独资企业、合伙企业、公司等商事主体的登记等。

(8) 商号。是指商人为了表明其营业活动的身份而使用的名称。法国商法典仅仅承认公司对商号的排他性使用权,德国旧商法典则同时保护个体商人的商号权。就商人而言,通过常年使用商号而彰显自己,或者通过转让、继承而代代相传,能够维持商人的信用、声誉,甚至增加商人的无形资产。

(9) 商事账簿。是指商人为了记载其营业上的财产以及盈亏状况,依法制作的账簿。包括会计账簿和会计报表。前者分为日记账分类账和总账;后者主要有资产负债表。公司外加利润表、现金流量表、财务情况变动表等。

(10) 交互计算。是指商人之间或者商人与非商人之间在日常交易中,相约就一定期间的债权、债务总额进行抵销,仅支付其差额的关系。它是同时具有抵销合同、延期合同以及变更合同等多重性质的一种独立的诺成合同。

(11) 商行为主义商事立法模式。亦称商事法主义、客观主义商事立法模式,是指以法国商法典为代表的将商法定性为有关一定的商行为的特别法的商事立法模式。该法典反映法国大革命后先进的平等理念以及完整的商事制度,具有划时代的意义,并对世界各国的商事立法产生重大影响。

(12) 商人主义商事立法模式。亦称商人法主义或者商业法主义、主观主义商事立法模式,是指以德国商法典为代表的将商法视为仅仅是有关商人营业的特别法的商事立法模式。

(13) 折衷主义商事立法模式。是指以仿照德国旧商法典的日本商法典为代表的将商法定位为有关商人及其活动的特别法的商事立法模式。

(14) 国民政府民商法合一理由。1929年南京国民政府制定民法典时,在《民商法划一提案审查报告书》中提出了编订民商合一法典的主张。其理由如下:

第一,西方民商分立是因为在历史上商人是一特殊阶级,而我国自汉初弛商贾之律后,四民共受治于一法,商人本非特殊之阶级;

第二,编定民商合一法典并不妨碍商法注重进步的性质;

第三,民商合一法典与商法之国际性并不矛盾;

第四,民商合一已成为世界立法之新趋势,我国何可独与相反;

第五,人民在法律上应平等,不能因职业或行为不同即特别订立单独法典。这不仅是因为职业种类繁多不能遍及,而且与平等原则不合;

第六,商行为标准难定;

第七,商法规定事项本列一定范围,无法以总则贯穿其全体;

第八,民法商法关系密切,民商分立在适用上不便。

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

2012年5月改于南京南大和园