

第一编 民商法总论

第一章 民商法概述

民商法是民法和商法的统称。民商法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的商品经济关系。是关于所有权、合同、智力成果、公司、证券、破产等经济问题的法律。在一个国家的法律体系中，民商法作为基本法律部门，与社会的经济生活有着十分密切的联系，它直接调整社会的商品经济关系。正如恩格斯所指出的那样，民商法是“将经济关系直接翻译为法律原则”^{〔1〕}，是以法律的形式表现了社会的经济生活条件^{〔1〕}。我国社会主义的市场经济离不开民商法的“保驾护航”。每一个从事商品生产经营活动的人都必须熟悉和掌握民商法。

第一节 民商立法

民商法“将经济关系直接翻译为法律原则”的“翻译”过程主要是指国家权力机构制定民商法的活动，即民商立法；也有个别民商法律规范直接来源于人们在长期商品生产经营实践中逐渐形成的各种

〔1〕 《马克思恩格斯选集》第四卷 第 484 页、第 249 页。

习俗。关于民商法的历史沿革 绪论已作论述 本节着重介绍中国民商立法。

一、我国民商立法

数千年的中国历史上，重农轻商一直是基本的经济政策。这使得商品经济从来就没有奏出过高亢的旋律，与此相适应的，是民商法的发展极其缓慢沉重。民商法从来就严重依附于刑事法律，缺乏其应有的独立性，自身没有法典，多散见于各朝刑律以及一些零星的诏、敕之中。

1840 年的鸦片战争，西方人用洋枪洋炮轰开了中国的大门。外国资本蜂涌而进，破坏了中国千百年来所固守的小农经济，也刺激了在封建社会内部缓慢发展的商品经济的发展步伐。为适应这种变化了的情况 本世纪初 清政府借鉴德、意、日等国的经验 聘请日本法学家 着手制定了《大清商律 草案》(1909 年)、《大清民律 草案》(1911 年)。虽然这二部法典均因 1911 年清政府的崩溃而未能颁布施行，但却是我国法制史上第一次按照现代法律模式所进行的大规模的民商立法。

嗣后的北洋政府在《大清民律 草案》的基础上 起草了《中华民国民律》(未正式实施)同时还制定了许多商事条例 如《公司条例》、《商人通则》、《证券交易法》等等。

1927 年国民党取得全国政权后，即开始制定民商法律。从 1929 年到 1931 年 先后颁行了《中华民国民法》分总则、债、物权、亲属、继承五编计 1226 条 并在《民法典》之外 还分别制定了许多单行的商事法规 主要有《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》等。上述民商法律，随着国民党政权在大陆的土崩瓦解而被废止，但仍在我国台湾地区施行。

新中国成立后，我国民商立法进入一个新的发展阶段。 50—60 年代，为配合社会主义经济建设的需要，巩固和壮大社会主义经济，

国家先后制定了大量的民商法规 其中主要有《土地改革法》、《私营企业暂行条例》、《机关、国营企业、合作社签订合同契约暂行办法》、《商标注册暂行条例》、《保障发明权和专利权暂行条例》、《海事处理暂行办法》、《关于工矿产品订货合同的基本条款的暂行规定》等等。然而，由于计划经济被过份强化，商品经济遭到鄙弃，民商法律在计划体制下无法发挥很大的法律调整作用，以致人们对民商法律极为不重视，民商立法极不健全。

1979 年以来，我国大力实行经济体制改革，商品经济逐渐成为我国占主导地位的经济机制。以调整商品与市场为己任的民商法终于有了用武之地。市场经济的发展急需民商法律的“保驾护航”。为此，国家大力加强了民商立法，颁布并实施了一系列的民商法律法规。其中主要有：《民法通则》、《经济合同法》、《技术合同法》、《涉外经济合同法》、《民事诉讼法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《全民所有制工业企业法》、《企业破产法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《土地管理法》等等。上述法律法规的制定实施，为巩固我国经济体制改革的成果，推动社会主义商品经济的建立与发展，起到了巨大的指导、规范和保护作用。

进入 90 年代以来，随着社会主义市场经济理念及制度的逐步确立，我国的民商立法亦开进了一条快车道。国家把大力加强经济立法、建立健全社会主义的市场经济法制，作为一项浩大的基础性工程，明显加快了民商立法步伐。许多重要的规范市场经济的法律法规相继出台。如《公司法》、《海商法》、《仲裁法》、《反不正当竞争法》、《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《中国人民银行法》、《商业银行法》、《票据法》、《保险法》、《担保法》、《拍卖法》、《合伙企业法》、《城市房地产管理法》等 同时还对许多在 80 年代制定的如《经济合同法》、《专利法》、《商标法》、《中外合资经营企业法》等重要法规作了全面修订 使之适应市场经济的需要。目前，《合同法》、《证券法》等正在起草中 尽早制定我国《民法典》亦日益成为全社会的共同呼声。可以

预见，建立全面调整社会主义市场经济各个领域、各个环节的完整的民商法制体系，已是指日可待了。

二、我国的民商法体系

与社会主义市场经济体制的建立和完善的过程相适应，我国应进一步完善与加快民商立法，建立以《民法典》为核心的民商法体系。

综观近代以来大陆法系各国的民商立法有“民商分立”和“民商合一”两种立法体例。这二种立法体例均承认商法的存在，主要分歧在于商法是不是独立于民法的法律部门。在《民法典》以外要不要另行制定《商事法》？

民商分立是历史的产物。西欧中世纪后期，随着一些商业城市的兴起，一批专同买卖的商人在封建统治下形成了与社会其他阶级所不同的阶层，具有特殊的政治、经济利益。他们组织自治团体，订立自治规约，自行处理商人纠纷，逐渐形成了商习惯法，并组成了商事法庭。封建国王为了取得经济上日渐强大的、经这些商人核心的新兴资产阶级的支持，来对抗旧的封建贵族，巩固其王权，遂也承认这些商习惯法并以国王的名义颁布商事条例。商法开始取得了名正言顺的地位。资产阶级是从商业发家的，因此它在取得政权后，为维护其独特的利益，纷纷在民法典以外另行制定保护商人资本的特殊利益的商法典，是顺理成章的事。

在我国社会主义市场经济条件下，西方民商分立的体例不一定合适，从历史上来看，我国并没有民商分立的传统；从现实生活来看，也不存在特殊的商人阶层、商人利益及独特的商行为；从商法的实际内容来看，商法规范同民法规范一样，大多是调整平等主体间的商品经济关系。虽然商法确实有一些自身的特殊规范，但这些特殊规范的比重不足以使其成为脱离民法而独立存在的法律部门。也正是由于这些的特殊规范，才使得商法在民法范畴内保持相对独立的地位，而作为民法的特殊法存在。即使那些民商分立的国家，在其商法典中亦

明确规定，在法律适用时优先适用商法；当无商法规范时则适用民法。这说明商法也被认为是民法的组成部分。因此，民法与商法的关系，是普通法与特殊法的关系。商法属于民法的范畴。

在我国的民商立法中，应坚持民商合一的立法体例。但这并不是说必须只制定民法规范而不制定商法规范。而是应当建立以《民法典》为圆心的、以许多单行的民事或商事法规为半径的民商法体系^{〔1〕}《民法典》只对民商法基本原则、主体、行为、权利义务、责任、时效、物权、债与合同等作最一般的规定在《民法典》以外再根据《民法典》给出的基本规则按各经济领域的不同分别制定有关运输法、保险法、公司法、合伙法、破产法、海商法、证券法、票据法、知识产权法，等等单行的民商事法规。这样既可以保证对社会经济各领域、各重要环节相对协调地进行全面调整，又能保证民商法体系甚至整个法律体系内部的和谐统一。

第二节 民商法基本原则

任何一个法律部门都有它自己的基本原则，民商法亦是如此。民商法的基本原则，是贯穿于民商法体系、指导民商立法、司法及民商事活动的最根本的准则。我国《民法通则》第3～7条集中规定了如下基本原则：平等、自愿原则，公平、等价有偿原则，诚实信用原则，保护当事人合法权益的原则，合法原则等。民商法各项基本原则，是制定民商法的立法准则，是人们从事商品生产经营活动时必须遵循的行为准则。民商法基本原则，也具有通过授权司法机关进行创造性司法活动来克服成文法局限性的客观作用^{〔2〕}

民商法基本原则是贯穿于民商法各项制度的根本性规则。但这

〔1〕 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》《中国法学》1996年第5期。

〔2〕 参见徐国栋：《民法基本原则解释》中国政法大学出版社1993年版。

并不意味着每一个民商法制度都必须毫无保留地反映全部这些原则。例如 在赠与关系中 就不能体现等价有偿原则。另外 民商法基本原则也不排斥每个民商法制度在反映基本原则的同时，还可以有其自己独特的原则。如，物权法中有所有权神圣不可侵犯的原则，合同法中有契约自由的原则，民事责任制度中有过错责任的原则，商法中有保护营利、维护交易安全、促进交易的原则 等等。

一、平等、自愿的原则

包括平等、自愿两个原则。平等原则源于《民法通则》第 3 条规定的：“当事人在民事活动中的地位平等”。自愿原则则源于该法第 4 条的规定。

平等原则，确认每一个参与商品生产经营活动的当事人具有平等的法律地位。依据平等原则，我国公民的民事权利能力一律平等，不问其种族、民族、性别、年龄、职业、宗教、政治面貌、文化程度、财产状况等差异，均可依法参与民事活动，并在这些活动中平等地享受权利，承担义务，平等地受法律保护。任何人不能凭借自己在政治上或经济上的优势地位，压制对方；即使是国家，当它从事商品生产经营活动时，也只具有与其他公民、法人平等的法律地位。在我国境内的外国人和无国籍人，在民商法上，通常情况下也享有我国公民的同等待遇。

自愿原则，赋予每一个参与市场的人以自由意志，他们有权自主决定其生产经营活动，有权充分表达自己的真实意愿，可以选择与之交往的对方当事人和交往的内容，不受他人意志的支配。当然，自愿原则并不意味着可以随心所欲，想干什么就干什么；自由意志要受法律的约束，要尊重对方的意愿，才会有真正的自由。

平等原则，是民商法基本原则中归根本的原则；自愿原则是平等原则的必然表现。平等、自愿原则最集中地反映了民商法所调整的商品经济关系的本质特征，是民商法区别于行政法、经济法的主要标

志，是商品经济关系在民商法的必然要求。众所周知，商品经济是以社会分工为条件的，以商品交换为中介的经济形式，在社会分工的前提下，不同产品和所有者或经营者只有通过相互交换，才能取得自己所需的各种物资或服务。这就必然要求各自承认对方与自己处于平等的地位 承认对方的意志自由 商品交换才能正常进行。故而 商品是“天生的平等派”，“交换是一切平等和自由的产生的现实基础〔1〕”。这一特性必然要求以调整商品经济关系为己任的民商法，把平等、自愿确立为基本原则，以保障商品交换的正常秩序。

二、公平、等价有偿原则

公平、等价有偿原则均规定在《民法通则》的第 4 条中。公平 是以利益均衡作为价值判断标准来调整商品交换者之间的物质利益关系；它作为一项民商法的基本原则，是商品经济活动中社会主义道德的法律化。公平与平等，同是民商法的精神。民商事立法中，当立法者在制定某一项民商事制度，面临着“可以这样规定，也可以那样规定”的选择时 他选择的标准 应是哪样规定更能体现“公平”。借助于公平原则，可以充分有效地维护当事人的正当利益；例如，当某一意思表示因自身的原因会给自己造成巨大损失时，表意人可以“显失公平”为由请求予以变更或撤销；当某一损害发生但加害人和受害人均无过错时，可按公平原则由双方分担损害；当合同成立后，非因当事人的原因而致情势变更，使合同的显失公平时，一方当事人可以请求仲裁机构或人民法院予以变更或解除合同，等等。

等价有偿原则是商品交换中的必然要求，是商品交换的价值规律在民商法上的反映。按照等价有偿原则，在商品交换中，一方取得他方的财产或得到他方提供的服务，应当向该他方给付相应的代价。等价交换是商品生产者生存的基本条件。在商品经济中，商品交换者

〔1〕 参见马克思《资本论》第一卷第 69,103,640 页。

都各自具有自身的特殊经济利益 他们参与商品交换 在于取得满足自己生产生活需要的基本物质资料。如果这种交换是不等价的 甚或是无偿的，交换者一方不仅不能收回其已在生产过程中所消耗的成本以维持简单再生产 还将面临着破产倒闭、倾家荡产的威胁。这无疑将沉重打击商品生产者的生产积极性，商品经济将不复存在。因此 如果说民商法中的平等、自愿原则为商品交换提供了主体方面的基本规则 那么公平、等价有偿原则是为商品交换的内容提供了最起码的条件。

三、诚实信用的原则

《民法通则》第 4 条规定 民事活动应当遵循诚实信用的原则。诚实信用原则简称“诚信原则”。它的基本要求是 在经济交往中应诚实不欺 讲究信誉 恪守诺言 自觉履行各项义务 善待他人利益和社会公共利益。

随着社会经济的高速发展 人们之间的相互依赖性越来越重。一方利益与他方利益甚至社会整体利益越来越不可分离；从而诚实信用原则越发显得重要 任何个人和企业与外部市场保持密切联系 就必须有一个良好的信誉 别人才会放心地愿意与你进行经济交往 你才能把自己融入到市场中去，从市场中获取自己所需的各种经济利益。当前社会上那种见利忘义、掺杂使假、欺诈蒙骗或任意撕毁合同、躲债赖债的做法 不仅严重损害了对方当事人的利益 损害了广大消费者的利益 损害了社会整体利益 同时 也砸了自己的牌子 毁了自己的信誉 终究将使自己处于“四面楚歌”的“孤家寡人”的境地。因此 诚实、信用 不仅是对方当事人利益和社会利益的要求 也是自己维护其在商品经济中基本生存环境的迫切需要；不讲信用、不守合同 终将导致自己身败名裂。

四、保护当事人正当权益的原则

《民法通则》第 5 条规定：“公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯”。民商法把保护当事人合法民事权益作为一项基本原则，是历史惨重教训的总结。现代法律对社会的调整更多的是通过赋予人们以相当广泛的法律权利，给人们提供行为模式。人们按照这种行为模式行使权利，享受利益，理应受到法律的强有力的保护。不受法律保护的权利不是真正意义上的权利。权利不受保护，赋予这些权利的法律自身的权威性也就成了问题。所以，保护当事人正当权益，亦是维护法律自身的尊严的必然。

保护当事人正当权益 不仅民商法的任务 亦是刑法、行政法、经济法、诉讼法等的共同任务。民商法对当事人正当权益的保护主要是通过制定与实施法律行为制度、民事责任制度来实现；对违反民商法、侵害他人民事权利的行为，追究其民事责任，使受害人遭受的损失得到弥补，使经济秩序得以正常。

五、合法原则

依据《民法通则》第 6、7 条的规定，合法原则要求商品生产经营活动必须遵守法律，尊重社会公德，不得损害社会公共利益、破坏国家经济计划、扰乱社会经济秩序。

法制社会中任何商品生产经营活动均受法律的规制。人们从事商品生产经营活动旨在取得满足需要的各种经济利益；只有依法办事，才有可能取得并保有这种被法律所承认的经济利益。不遵守国家法律 不仅不能实现其利益 还将受到法律的制裁。

商品生活是千姿百态、千变万化的。尤其在我国现阶段，市场经济刚刚起步，立法滞后，有的经济领域尚无相应的法律制度。这就要求人们要遵守国家政策，要尊重社会公德，自觉维护社会的公共利益，服从国家经济计划。社会公德 即社会主义的公共道德 社会公共

利益是全体人民共同利益的集中体现；国家经济计划不等同于计划经济。前者是管理经济的手段问题，后者则是经济体制的问题。即使是在市场体制下，国家对某些重要的经济领域仍应有一定的计划，以引导、协调国民经济的健康发展。因此，合法不仅要求人们要遵守现行的法律法规，还包括要遵守国家经济计划，尊重社会公德，维护社会公共利益和正常的经济秩序等。

第三节 民商法的适用

民商法的适用，即民商法在社会实际生活中的具体实施。法的适用，在法制建设中是极其重要的环节。“徒法不能以自行”，没有法的适用，立法者所制定的法律将被束之高阁，成为一纸空文，对社会不会发生任何影响，更谈不上去引导和规范人们的行为。民商法同样如此，只能在适用中显示其威力。

一、民商法的适用原则

社会经济生活的纷繁复杂，决定了法律调整手段的复杂性，以及调整社会经济关系的社会规范的多样性。对同一经济现象，有时存在着几个法规都作出了规定，甚至国家政策、社会习俗都在予以调整。这就在实践中常常面临着适用哪个法规或规范的问题。对此，人们提出了如下民商法的适用原则。

1. 当事人意思自治的原则。民商法中有不少的制度为任意性规范。与强制性规范不同，任意性规范是当事人意志的补充，允许当事人选择不同于该任意性规范所要求的行为内容与行为方式；只有在当事人未作选择时，才适用该任意性规范。合同是当事人意志的最佳表现形式。合法合同受法律的保护；人民法院在处理合同纠纷时，其裁决依据正是当事人自己订立的合法有效的合同条款，而非其他。可见，当事人的意思优先于任意性规范而得到适用。

2. 后法优于前法的原则。当前后不同时期内制定的数个民商法规对同一性质的民商行为作了不同规定，而前法并未废止的，应优先适用后一法规的规定。如就合同保证而言 我国《经济合同法》和《担保法》均有规定。根据《经济合同法》的规定 保证人的保证责任是“被保证的当事人不履行合同的，按照担保约定由保证人履行或者承担连带责任”而根据《担保法》的规定 保证人的责任是“当债务人不履行债务时 保证人按照约定履行债务或者承担责任”。在这里，“承担责任”包括承担一般保证责任和承担连带保证责任两种 而《经济合同法》仅只规定了承担连带责任一项；两者之间存在差异。应当优先适用《担保法》的规定。

3. 特殊法优于普通法的原则。普通法指一个独立的法律部门中最基本的法律文件。在我国民商法体系中，《民法通则》目前毫无疑问地具有统领全纲的地位；它对民商活动作了最一般的、全面的规定，为民商法体系的普通法。其他单行民商法规 如《经济合同法》、《公司法》、《海商法》、《担保法》等则为特殊法 它们分别就民商活动中的某一特殊领域或方面作了专门规定。特殊法优于普通法，要求人们在从事某一具体的民商事活动或处理民商事纠纷时，首先应适用与该活动或纠纷有关联的民商特殊法。如在设定担保或处理担保纠纷时，应首先适用《担保法》；创立公司或处理有关公司问题时，应首先适用《公司法》。只有在没有相关的民商特殊法时 才适用普通法。

在民商法的适用中，还有一些问题须引起我们注意。如若某类民商活动缺乏相应的法律规定时，有国家政策的，应优先适用国家政策；没有政策的，则适用商业惯例或不为法律所禁止的社会习惯；无惯例或无习惯的 由执法者依公平、正义、诚实信用原则作出裁判。

二、民商法的适用范围

民商法的适用范围，一般指我国民商法在什么时候、什么地点、对哪些人或事具有法律效力。

1. 民商法在时间方面的适用范围。这是指民商法在什么时间内生效或失效,有无溯及力。民商法一旦生效,即对全社会具有普遍约束力。因此,民商法规生效的时间至为重要。从我国近几年的民商立法来看,某个民商法规的生效时间往往直接规定在该法规中;具体的生效方式一般有二种。一是从该法规公布之日起生效,如《股票发行与交易管理暂行条例》第 84 条规定:“本条例自发布之日起施行”;一是自该法规公布后的某个时间才生效如《著作权法》于 1990 年 9 月 7 日公布自 1991 年 6 月 1 日施行。一般言之,由全国人大或全国人大常委会制定的法律,多采后一种生效方式。

民商法的失效,意味着它不再具有法律约束力。失效的方式,有的因被新法规取代而失效,有的则被新法规明确予以废止。后者如《企业债券管理条例》第 39 条规定:“本条例自发布之日起施行。一九八七年三月二十七日国务院发布的《企业债券管理暂行条例》同时废止”。还有的以专门法令,宣布废止某些法规。

法律的溯及力要解决的问题,是法律对其生效之前所发生的事有没有约束力。我国民商法原则上没有溯及力,除非法律有相反的规定。这是因为,立法者不应当要求人们遵守行为当时并不存在而在行为以后才公布的法律;否则,人们对现行法律的遵守就会丧失信心,进而动摇法律本身的权威性。

2. 民商法在地域方面的适用范围。原则上,我国民商法在我国领域内均具有法律约束力^{〔1〕}。我国领域包括置于我国国家主权管制之下的领陆、领水、领空以及根据国际法、国际惯例应当视为我国领域的地方(如我国驻外领事馆、我国航行于或停泊于国境外的船舶、航空器内等)。凡在我国领域内从事民商活动的,都须遵守我国的民商法律。但具有涉外因素的民商活动则适用“涉外民商事关系法律适用

〔1〕 由于众所周知的原因,我国大陆中央的法律尚不适用于我国台湾、香港、澳门地区。

制度”。此外，地方政权所制定的地方性民商法规，只在该行政辖区内具有法律效力。例如，湖北省人大制定的有关法规，只在湖北省辖区内有效。

3. 民商法对人的适用范围。我国民商法原则上对在我国领域内从事民商活动的我国公民、法人及其他社会组织，以及外国人、无国籍人、外国法人及其他组织等，都具有法律效力；法律另有规定者的除外。但是，有的民商法仅对某些特定的人或事才有效，如海商法仅对从事海商活动的人有拘束力；证券法亦只适用于参与证券市场的个人和组织。

三、涉外民商关系的法律适用

凡具有涉外因素的民商关系，都属于涉外民商关系，包括当事人一方为外国人（包括外国公民、政府、企业、社团等）无国籍人的民商关系，或虽然当事人均为外国人、无国籍人，但所实施的民商行为在我国境内，或所涉及的财产在我国境内的民商关系，或虽然当事均为我国公民、法人及其他社会组织，但所实施的民商行为划所涉及的财产在国外的民商关系等。

涉外民商关系的产生，是我国对外开放、发展对外经济技术交流与合作的必然结果。人们在从事涉外民商交往中所发生的权利义务争执或冲突，也在所难免。正确、及时处理这些纠纷，不仅有利于维护当事人的正当权益，也有利于维护国家主权和社会公共利益，促进对外经济交往。

当这些涉外民商关系发生纠纷，人民法院在进行处理时，是应当适用我国的民商法律，还是应当适用国外的民商法律？这就产生一个涉外民商关系的法律适用问题。

我国《民法通则》第八章对涉外民商关系的法律适用作了如下原则性的规定：

1. 我国公民定居国外的，其民事行为能力可以适用定居国的法

律；

2. 不动产的所有权，适用不动产所在地的法律；

3. 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外；当事人未作选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律；一般认为，当事人的住所地或营业场所的在地、合同履行地、合同签订地等国家的法律属于与合同有最密切联系的国家的法律；

4. 因侵权行为所生的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法或住所地法律。我国法律不认为在我国境外发生的行为是侵权行为的，不作侵权行为处理。在这里“侵权行为地”包括侵权行为发生地和侵权行为结果地。

我国《海商法》第 14 条亦对涉外海商关系的法律适用作了全面规定。

在处理涉外民商关系的法律适用时，应当坚持优先适用国际条约或国际惯例的原则和维护我国社会公共利益的原则。我国缔结或者参加的国际条约同我国民法有不同规定的，适用国际条约的规定；但我国申明保留的除外。我国民法和我国缔结或参加的国际条约没有规定的可以适用国际惯例。

适用其他国家或地区的法律或国际条约或国际惯例，不得违背我国的社会公共利益。这样做，有利于维护我国的根本利益，防止国际上有人以某种借口利用外国法律或国际惯例，来侵害我国主权，干涉我国内政。这也是国际上通行的做法。

第二章 民商法主体

民商法的制定 只是为当事人开展民商事活动设立了一套规则。人们要想真正取得民商事权利 承担民商事义务 还必须参加到社会关系中去。这种由民商法调整的 在当事人间形成的具有权利义务内容的社会关系 就是民商法律关系。因此 民商法的制定是民商法律关系产生的前提与基础 而民商法律关系则是民商法在现实生活中的实现。

民商法律关系必须具备三个要素，即民商法律关系的主体、民商法律关系的客体以及民商法律关系的内容。本章主要论述民商法主体 包括民商法主体的特征、分类以及公民、法人、合伙 股份合作企业等。

第一节 民商法主体概述

民商法主体又叫民商法律关系主体，是指参加到民商事活动中去，依法享有权利和承担义务的人。民商法主体不能等同于民商主体，也不能等同于民商权利主体。具有民商主体资格的人并不都能参加到民商活动中去，亲自取得权利承担义务。既有民事主体资格，同时又能实际地参与民商事活动并产生权利与义务才可称为民商法律关系主体。^{〔1〕}在民商法律关系中如果既取得权利又承担义务或仅取得权利而不承担义务则可称为民商权利主体。如果仅承担义务而不

〔1〕 参见《民事主体论》中国政法大学出版社第5页。与作者观点不同的是 该书认为民事主体是指具有民事权利能力和民事行为能力的人。凡具备了这种资格但不参加到民事法律关系中去，是处于未然状态，凡参加到法律关系中去是处于已然状态。作者认为具备了权利能力即为民事主体；既具有权利能力又具有行为能力即为民商法律关系主体。

取得权利，则不能被称为民商权利主体，例如赠与合同中的赠与人不可称为民商权利主体，而仅是民商义务主体。

关于民商法主体的规定并不局限于民商法，在国际私法乃至刑法中都有规定。但是，有关民商法主体的一般概念及基本内容则多见于民商法之中。由于我国仅有法典性质的《民法通则》而没有《商法典》所以有关民商法主体的规定更多地体现在《民法通则》中。

一、民商法主体的分类

依《民法通则》的规定，民商法主体可分为两大类：公民（自然人）与法人。这种分类方法基本上概括了民商法主体的全部，但由于在归类方法上缺乏科学性，所以也有遗漏之处。例如，在公民一章中有个人合伙一节，而在法人一章中有企业之间、企业与事业单位之间的合伙联营，这样就遗漏了个人与企业间的合伙形式。在个人合伙中规定共同劳动为其法律特征，这排除了不具有共同劳动特征的隐名合伙。^{〔1〕}再例如，联营一节中规定有企业之间或者企业、事业单位之间的合同型联营，很明显，这种联营方式不构成新的民商法主体，而只是一种特殊的合同关系。将其规定在法人一章中实属不当。凡此种种，都需在今后的立法中加以完善。

我国的民商法主体除了公民与法人外，还应包括国家。作为“维护一个阶级对另一个阶级的统治的机器”，^{〔2〕}国家通常是被作为政权或主权概念来使用的。国家成为民商法的主体是以国有财产为基础的。矿藏、水流、森林、山岭、草原、滩涂等自然资源，都属国家所有；^{〔3〕}城市的土地属于国家所有，国家为了公共利益的需要，可以依

〔1〕 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第46条又确定了这种隐名合伙的合法性。

〔2〕 《列宁选集》第4卷第48页。

〔3〕 《中华人民共和国宪法》第九条

照法律规定对土地实行征用。^{〔1〕} 所有人不明的埋藏物、隐藏物归国家所有。^{〔2〕} 无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有^{〔3〕} 此外 国家税收、国库券发行收入及其他国家收入都归国家所有。国家在对上述国有财产行使占有、使用、收益与处分权时，以民商法律关系的主体面目出现。从动态来看，国家作为投资者向其他的民商法主体进行投资，或者以购买者的身份向其他民商法主体购买商品，在这些法律关系中国家是民商法的主体。国家参与民商事活动，实际上是国家利用自己的财产参与了市场资源的配置。如果国家不是以自己所拥有的财产为基础，而是以公权力为基础对其他民商法主体实施监督管理，尽管这时也会产生一定的法律关系，但这种关系是否属于民商法律关系 还有待于学术界进一步论证。例如 税收的征纳 公司的申请与登记 环境的污染与处罚 不正当竞争的干预 垄断的处罚等等 都会产生一定的法律关系，这些法律关系中的国家是否为民商法主体，目前有不同的看法。^{〔4〕}

在西方国家，一直认为国家在民商法律关系中是法人的一种。这种观点源于罗马法的国家“国家法人拟制说”。^{〔5〕} 这种观点虽然解决了国家作为民商法主体的归类问题，但却把国家与一般的不具有公权力的法人等同起来，无法解释国家主体的特殊性问题。我国有些学者主张严格区分作为公权者的国家与作为所有者的国家^{〔6〕} 国家在对市场进行管理，裁决市场参加者之间的争议时，是以公权者的国家身份出面。作为财产所有者的国家 法律上称为“国库”可以直接

〔1〕 《中华人民共和国宪法》第十条。

〔2〕 《民法通则》第十九条。

〔3〕 《继承法》第三十二条。

〔4〕 作者认为解决这个问题的关键在于确定调整上述诸关系的法律规范是属于民商法还是经济法。

〔5〕 《民事主体论》中国政法大学出版社第 298 页。

〔6〕 《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》中国社会科学院法学所课题组。