

21世纪高等医药院校教材

供医药经济与管理类专业用

民商法概论

**Outline of
Civic and Commercial Law**

田 侃 / 主编



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

21世纪高等医药院校教材
供医药经济与管理类专业用

民商法概论

Outline of Civic and Commercial Law

田侃 主编



东南大学出版社
· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

民商法概论/田侃主编. —南京:东南大学出版社,
2009. 2

ISBN 978-7-5641-1594-4

I. 民… II. 田… III. ①民法—概论—中国—医学院校—
教材②商法—概论—中国—医学院校—教材 IV. D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 021180 号

民商法概论

出版发行 东南大学出版社

出版人 江汉

社 址 南京市四牌楼 2 号

邮 编 210096

经 销 江苏省新华书店

印 刷 南京京新印刷厂

开 本 787 mm×1092 mm 1/16

印 张 13.25

字 数 330 千字

书 号 ISBN 978-7-5641-1594-4/D·28

版 次 2009 年 2 月第 1 版

印 次 2009 年 2 月第 1 次印刷

印 数 1—3000 册

定 价 27.00 元

(凡有印装质量问题,请与我社读者服务部联系。电话:025-83792328)

编写人员

主 编 田 侃

副 主 编 陈 瑶 王艳翠 朱晓卓

参编人员 (按姓氏笔画为序)

王 洋	王艳翠	邓中裕	史 可	卢军锋
田 侃	朱晓卓	吴美蓉	张继旺	李 鑫
杜珍媛	杨海涛	杨逢柱	沈爱玲	邹 涛
陈 庆	陈 瑶	金 浪	钟三字	姜庆丹
段晓鹏				

前 言

民商法学是高等(医药)院校经管类相关专业必设的专业基础课。由于经济法课程多以民商法理论为基础,而经管类相关专业的学生一般没有接受过民商法专业基础理论的系统教学,所以学生掌握经济法类课程的难度较大,也直接影响到经管类相关专业课程的教学质量。

国内关于民商法内容的教科书,目前多从纯法学角度出发进行编订,其理论性更强,而没有针对非法学专业受众的特点进行相应的调整。本教材基于上述情况,以非法学专业学生尤其是医药院校经管类专业学生的专业基础为立足点,针对其专业特点和课程设置进行编订。在目录编定过程中,即根据教学需要,对课程进行了相应的压缩,突出与经济类、管理类各专业相关的法律和法规,强调教材重点内容的提炼。

由于目前我国法学界对所谓“民商法”一词,尚无严格的定义,本书使用“民商法”一词,并非试图创制一种新理论和新概念,而是意在把民法理论与商法知识相结合,实现受众对相关民事法条与商法法条的把握和了解。

教材注重面向对象的知识结构和特点,在内容讲解上不追求理论的大而全,而是强调知识介绍的浅显易懂,重在培养学生的兴趣和解决实际问题的能力,许多内容的编排和选择照顾到学生的专业需求(如根据管理类、经济类专业队培养目标和培养方案,增加了公司法、企业法、税法等内容)。教师和学生在使用时,可根据授课要求和自身专业特点,选择相关内容进行讲授和学习。

本书由南京中医药大学组织编写,由南京中医药大学经贸管理学院田侃主编,主编拟定了本书的详细写作提纲并邀请了著名民商法专家、南京大学张淳教授对提纲进行的审核。然后由各相关中医院校从事民商法教学的专业教师分头撰写。具体编写人员情况如下:南京中医药大学田侃、陈庆(第一章),南京中医药大学王艳翠(第二章),北京中医药大学杨逢柱(第三章),南京中医药大学杜珍媛(第四章、第二十章),北京中医药大学张继旺(第五章),福建中医学院金浪、南京中医药大学邹涛(第六章),河南中医学院段晓鹏(第七章、第二十七章、第二十八章),福建中医学院钟三字、南京中医药大学史可(第八章),徐州

医学院杨海涛(第九章),黑龙江中医药大学王洋(第十章、第十一章),宁波天一职业技术学院朱晓卓(第十二章、第十五章),宁波天一职业技术学院吴美蓉(第十三章、第十四章),南京中医药大学李鑫(第十六章),浙江中医药大学邓中裕(第十七章),南京中医药大学沈爱玲(第十八章、第十九章),贵阳中医学院陈瑶(第二十一章、第二十二章),辽宁中医药大学姜庆丹(第二十三章、第二十四章),江苏畜牧兽医职业技术学院卢军锋(第二十五章、第二十六章)。全部书稿由田侃、王艳翠统稿审定。

在本书的编写过程中,曾得到不少专家和教授的指点和帮助,南京中医药大学经贸管理学院的领导给予本书的编写以极大支持。在此,谨向他们表示衷心的感谢!

本书是在借鉴、参考和引用大量文献资料的基础上完成的。限于篇幅,我们在参考文献中只列出了有关的主要书目,而对相关的论文和报告未能一一列出,谨此向参考文献的有关编著者表示深切的谢意。

限于我们水平有限,编写的疏漏和错误肯定难免,诚恳欢迎同行专家和使用本书的人士提出宝贵的批评和意见,以便我们今后进一步修订和不断完善。

田侃

2009年2月

于南京中医药大学仙林校区

民商法概论 目 录

Outline of Civic and Commercial Law

1	第一章 导论	49	第一节 民事法律行为概述
1	第一节 民商法的概念	50	第二节 民事法律行为的成立
3	第二节 民商法的基本原则	52	第三节 民事行为的法律效力
6	第三节 民商法的体系和渊源	57	第八章 代理
8	第二章 民事法律关系	57	第一节 概述
8	第一节 民事法律关系概述	58	第二节 代理权
10	第二节 民事法律关系的要素	60	第三节 无权代理
11	第三节 民事权利与民事义务	64	第九章 其他与民事法律关系相关的法律制度
14	第三章 自然人	64	第一节 反不正当竞争法律制度
14	第一节 自然人的能力	67	第二节 产品质量法律制度
15	第二节 宣告失踪与宣告死亡	70	第三节 消费者权益保护法律制度
19	第三节 自然人的住所	74	第四节 税法
20	第四章 法人	77	第十章 物权概述
20	第一节 法人制度概述	77	第一节 物权的概念和特征
21	第二节 法人的成立	78	第二节 物权的种类
22	第三节 法人的能力	80	第三节 物权法的基本原则
23	第四节 法人的变更与消灭	81	第四节 物权的民法保护
27	第五章 公司	83	第十一章 财产所有权
27	第一节 公司法律制度概述	83	第一节 所有权概述
28	第二节 有限责任公司法律制度	84	第二节 所有权的权能
30	第三节 股份有限公司法律制度	85	第三节 所有权的取得
35	第六章 企业法律制度	86	第四节 所有权的行使
35	第一节 全民所有制工业企业法	87	第五节 善意取得制度
38	第二节 合伙企业法律制度	87	第六节 共有
42	第三节 个人独资企业法律制度	90	第十二章 相邻关系
44	第四节 企业破产法律制度	90	第一节 相邻关系概述
49	第七章 民事法律行为	92	第二节 相邻关系的种类

93	第三节	处理相邻关系的原则
95	第十三章	用益物权
95	第一节	土地承包经营权
96	第二节	地上权
99	第三节	地役权
100	第四节	特许物权
103	第十四章	担保物权
103	第一节	抵押权
105	第二节	质权
106	第三节	留置权
108	第十五章	占有
108	第一节	概述
111	第二节	占有的取得和丧失
112	第三节	占有的效力和保护
115	第十六章	合同概述
115	第一节	合同的概念和特征
117	第二节	合同的订立
119	第三节	合同的内容和形式
124	第十七章	合同的效力
124	第一节	有效合同
126	第二节	无效合同
128	第三节	效力待定合同
130	第四节	可撤销合同
132	第十八章	合同的履行
132	第一节	合同履行概述
133	第二节	合同的适当履行
134	第三节	合同的不履行与不适当履行
139	第十九章	合同的转移和消灭
139	第一节	合同的转移
141	第二节	合同的消灭
143	第二十章	劳动合同法律制度
143	第一节	劳动合同概述

145	第二节	劳动合同的订立
146	第三节	劳动合同的内容和形式
148	第四节	劳动合同的变更和解除
154	第二十一章	知识产权概述
154	第一节	知识产权的概念和特征
157	第二节	知识产权的意义
158	第二十二章	著作权
158	第一节	著作权的概念和特征
159	第二节	作品
161	第三节	著作权
166	第四节	著作邻接权
169	第二十三章	专利权
169	第一节	专利权的概念和特征
170	第二节	专利权的主体和客体
171	第三节	专利权取得的法律要件
173	第四节	专利权
175	第二十四章	商标权
175	第一节	商标权的概念和特征
177	第二节	商标权的主体和客体
177	第三节	商标权取得的法律要件
178	第四节	商标权
181	第二十五章	民事责任概述
181	第一节	民事责任的概念和特征
183	第二节	民事责任的分类
186	第二十六章	缔约过失责任与违约责任
186	第一节	缔约过失责任
189	第二节	违约责任
194	第二十七章	民商事纠纷的解决方式
194	第一节	和解
195	第二节	调解
197	第三节	仲裁
200	第四节	诉讼

第一章 导 论

第一节 民商法的概念

一、民商法的概念

民商法的概念在学界尚无统一的说法,各国根据法律体制的不同而存在不同的理解。

民法按其调整范围可分为广义民法与狭义民法。广义民法指全体私法,即凡属于私法性质的成文法及不成文法皆属民法。它指调整平等主体之间的财产关系、人身关系的法律规范的总和,包括民法总则、物权法、债和合同、侵权行为法、知识产权法、婚姻法、继承法、收养法以及公司法、证券法、保险法、海商法、票据法、破产法等。狭义民法则是指除商法以外的私法,亦指民法典。仅含调整一定范围的平等主体之间财产关系和人身关系的法律、法规,不包括传统商法内容的法律、法规。

民法和商法的关系一直都存在民商合一和民商分立的观点,在大陆法系民商分立的国家,对民法采用的则是“狭义民法”之义,在民法典之外另有商法典,商法典有不同于民法典的特点。因此多不存在笼统的民商法的单一概念。采用民商合一的大陆法系国家,对民法采“广义民法”之义,在民法典之外不存在独立的商法典,商法仅作为民法的特别法。我国即属于民商合一的国家。

我国也有学者认为,从《民法通则》第2条的规定来看,《民法通则》实际上是采纳了广义民法的概念。即凡是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律、法规,都是我国民法的组成部分,而不仅仅限于民法通则的规定。因此,本书认为民商法是调整民商事关系的法律规范的总称,民商法调整对象是指由民商法规范所调整的特定范围的社会关系——民商事关系,即

平等主体之间从事商品经济行为所引起的社会经济关系以及与此相联系的社会关系的总和。

二、民商法的特征

国内外的民商法学者几乎都认为民商法律规范是商品经济规律或市场经济规律的必然产物。经济规律成了支配社会发展的基本规律,商品经济规律通过民商法确立了人人平等自由的法权,以此保障商品交换的正常开展。民商法是调整社会商品经济关系的基本法之一,是民法和商法的合一体,以不同的手段和方式调整平等主体之间的财产关系和人身关系。

1. 民商法是私法 民商法一般是私法,民商法要以确认和保护平等主体之间的财产权和人身权为重要职能,凡是平等主体之间的财产关系和人身关系都属于私法关系,而具有等级和隶属性质的关系属于公法关系。私法关系的参与主体都是平等主体,国家介入也是作为特殊的民事主体来参与的。而公法关系中必然有一方是公权主体,其参与社会关系也仍然要行使公权力。民商法作为私法的组成部分,主要调整的是私法关系,这与经济法、行政法及其他法律有着根本的区别。

2. 民商法是市场经济的法律 从民商法的历史沿革上看,民商法的发育成熟始终是与商品经济或市场经济的发展紧密联系在一起的。从民商法调整的内容和对象看,民商法调整的财产关系实际上就是财产归属和财产流通关系。因此民商法是以平等的商品经济关系为基础的,是市场经济的典型法律,商品经济在民商法上的表现必然是以商品经济权利本位为基点的权利和义务的有机统一。

3. 民商法是各种民商事法律规范的总称 民商法是一个集合概念,并非指某一法律,而是调整民事、商事关系的各种民商事法律规范的总称。虽然我国还没有统一的民商法或统一的囊括了商法的民法典,但是在理论和实践中,民法总则、物权制度、侵权制度实际上已对商事关系的重要方面作了一般规定,对商事法规中的一些问题同样适用。

三、民法、商法及与其他部门法的关系

(一) 民法与商法的关系

商法是调整商事主体商事行为的法律。形式上的商法专指民法典之外的商法典以及公司、保险、破产、票据、海商等单行法;实质上的商法指一切有关商事法律规范。近代商法是在 11 世纪前后随着欧洲商业的兴起而发展起来的,根据商人在商事活动中的自治规约和处理商人纠纷的习惯逐渐形成。

关于民法和商法的关系历来存在民商合一和民商分立的观点。民商分立的体制最早起源于法国,1673 年,法国颁布了第一部商事法,即《商事条例》,并于 1804 年颁布了民法典,在 1807 年又接着颁布了商法典,从而开创了民商分立的先河。19 世纪商法开始在大多数国家作为一个独立的法律部门出现,并且开始法典化。到了 20 世纪初瑞士制定了民法典,并于 1912 年施行。在民法典中包括了公司法、商业登记法等商法的内容,从而实现了民商合一的立法体例。

民商分立其实指的是在统一的民法典之外还有商法典的存在,商法有自己的指导原则和自己的体系。而民商合一指的是只有统一的民法典,商法总的指导原则都服从民法典,但在民法典之外可以有商事特别法存在。随着商品经济的发展以及商人特殊利益的逐渐消失,需要用统一的法律规则来调整商品经济关系。特别是为了立法技术上的科学性,需要消除因民商分立带来的民商法之间的规范重复、矛盾等现象。我国民法作为调整市场经济活动的基本法,是各种商品关系抽象化的法律表现。而调整商品经济关系的商事法规不过是民法原则在具体领域中的体现,是民法规范在某些经济活动中的具体化。民法和商法都是调整交易关系的,在本质

上和职能上不可能存在重大区别。根据民商合一理论,就是要民法典统一调整社会商品经济关系,制定统一的民商法。商法本身不可能组成部门法律体系,而只能适用民商法的一般原则,商法不可能形成自己的独立原则,而只能用民商法独有的原则。实行民商合一的立法体例是历史发展的必然趋势,其原因有以下几个方面:

1. 民法与商法的范围没有严格的区分,都是调整交易关系的,其商法独立于民法主要是历史形成的,并非基于科学的理论研究成果。

2. 坚持民商合一,才能使我国民事立法体系系统化,避免民法和商法之间的相互重复和矛盾现象,并使我国法律体系和谐统一。民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则和共同制度规定于民法典,而将适用于局部市场或个别市场的规则,规定于各个民事特别法中,这意味着在民法典之外不再单独制定商法典,所有的商事法规都可统一适用民法典总则。

3. 民商合一适应市场经济发展的需求,反映社会化大生产的要求,具有重大进步意义。

(二) 商法与经济法的关系

商法以个体经济主体的利益为基础,主要调整的是经济主体之间的利益关系,经济法则以社会经济利益为基础,主要调整的是经济主体之间的利益关系,着眼于整体经济利益的协调和保护,即着重于所有商事主体利益的全局性调整。两者主要存在以下区别:

1. 调整的社会经济关系的主体不同 商法主要是调整商人之间的以平等性为特征的社会经济关系;经济法则调整的是国家与公民、国家与企业之间的社会经济关系。

2. 两者作用性质不同 商法侧重于保护作为商人的企业和自然人之间的平等利益关系,以满足商人的营利性要求;经济法则侧重于社会的整体经济生活和社会的整体经济利益。

3. 法律性质不同 从根本上来说商法属于私法范畴,即强调个体的自由,个体之间的平等,个体相互关系的公平以及个体行为的效益和安全;经济法则侧重于从社会的角度去理解、阐释和强调社会整体效益和交易安全。

(三) 民法与经济法的关系

民法主要调整的是平等主体之间的财产关系,即横向联系的财产关系或经济关系;而经济法主要调整国家对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部的纵向经济关系,即发生于非平等主体之间的经济管理关系。但两者都是调整经济关系的法律部门。

民法和经济法的根本区别在于民法采取平等、自愿、等价有偿的原则调整自然人、法人、其他组织之间的横向财产关系和人身关系;而经济法则通过采取国家干预经济的原则调整国家机关与企业、事业单位和公民之间的纵向经济关系。

第二节 民商法的基本原则

民商法的基本原则是其效力贯穿于整个民事法律制度,体现民商法的基本价值,为民商法律制度的确立和民商法规范的制定提供指导思想。目前我国,因为一些商事特别法的存在,作为民商法的基本原则由民法的一般原则和商法特有的原则组成。由民法的一般原则统领民事法律关系,对一些商事特别法则适用商法特有的原则。

一、民法的一般原则

(一) 平等原则

民法上的平等原则,是指在民事活动中,民事主体的法律地位一律平等,任何一方不得把自

己的意志强加于另一方。平等原则集中反映了民法所调整的社会关系的本质特征,尤其是集中表现了作为民法主要调整对象的商品经济关系的客观要求。根据《民法通则》第3条规定:“当事人在民事活动中的地位平等。”民法实行平等原则,首先是由作为民事社会生活基础而存在的商品经济的性质和调整要求决定的。

从民事活动的角度看,平等原则要求当事人在民事活动中必须遵循自愿协商的原则。即意思自治原则。反映的是民事主体不受过多干预地行使民事权利,参加民事活动,主体自主行为并且对自己的行为承担责任。只有平等原则得到切实实现,才有意思自治可言。如果有不平等的主体参与民事活动,那么势必将其意志强加给其他主体,其他主体的意志无从自治。

从立法的角度来看,平等原则要求立法者必须奉行“行为立法”的原则。亦即一切民事主体,无论其经济能力如何,所有制性质如何,其行为均应遵循同样的准则,其权利在法律上应得到同样的保护及承担同样的义务。它包括以下几层含义:①任何民事主体在民法上都具有独立的法律人格,国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人,一进入民事领域便都是具有独立法律人格的法人或公民,彼此互不隶属、依从。②任何民事主体在民事活动中都享有平等的法律地位。③任何民事主体依法取得的民事权益受到非法侵害,民法都应给予相应的保护;任何民事主体非法侵害他人的民事权益,都应承担相应的民事责任。

(二) 公平原则

公平即是一种道德情操,又是法律追求的最高价值目标。作为法律追求的最高价值目标,要求立法和司法必须符合公平、正义的要求。民商法调整平等主体间的财产关系和人身关系,直接涉及人与人之间利益协调与平衡问题。所以,公平原则首先是立法原则,要求有关国家机关对任何一项国家法律制度的建立都必须做到公平。其次,从立法角度来看,民商法是以利益平衡作为价值判断标准来调整民商事主体财产关系和人身关系,从而确定其中各方当事人的法律地位。

(三) 诚实信用原则

诚实信用原则,源于伦理道德,势必存在许多为人类所崇尚的道德因素的成分。诚实信用的根本目的是为了实现在人与人之间的或者人与社会之间的公平最大化,故对诚实信用的追求与对公平的崇尚历来被认为是互为因果、相辅相成的。诚实信用原则的立法目的,在于反对一切非道德、不正当的行为,维护商品经济和市民社会生活的正常秩序和安全。

商品经济是一种以利润为诱导的为他人而生产的经济。利润最大化是每个商品生产经营者追求的目标。随着商品经济的发展,生产社会化程度的提高,商业上的投机、欺诈所造成的后果也越来越严重。欺诈造成消费者对商品生产经营者的不信任,损害着商品生产经营者之间的公平竞争,也严重地阻碍了商品经济自身的发展。诚实信用是欺诈、胁迫、乘人之危、恶意通谋损害他人利益等不道德行为的对立物,为维护公平竞争,保障交易安全,将诚实信用原则由道德规范上升为民法的基本原则,赋予其普遍的法律效力则是一种必然结果。

诚实信用原则将道德规范上升为法律原则加以强调,不失其伦理道德的内容,在法律上的重要地位更决定了诚实信用原则属于强制性规范,当事人不得以协议的方式加以排除和规避。我国的立法现状决定了民法通则中的诚实信用原则并不是一条有着详细法律解释的法律规范,但是作为一条抽象原则对一切民事主体的民事行为有着广泛的制约作用。任何处于民事活动中的民事主体,都有义务讲究信用,遵守诺言,不把自己利益的获得建立在损害国家、社会或者他人的合法利益的基础之上。我国民法通则确认诚实信用原则为民法的基本原则,这一原则不是适用于民法的某一领域,而是广泛适用于民法的各个领域。由于我国法制建设起步迟,起点

低,难免存在许多法律漏洞,所以诚实信用原则的补救作用不可缺少。国内现阶段迅速发展的社会经济生活难免造成现有法律与现实环境的脱节,同时,法律的相对稳定性决定了修改和制定法律必为一项相当迟缓而长期的工作,因此,诚实信用原则在现阶段国内立法、司法领域,具有尤为重要的现实意义。

(四) 禁止权利滥用

在商品经济中,利润是市场运行的第一要素,而信用则是利润的最大化保证。良好的信用可帮助市场主体降低交易成本,增加利润。但当以信用为代价可获得更大利润时,市场主体就可能不当利用自己的信用,甚至完全抛弃信用而追求利润,由此损害了他人的合法利益。这就构成了法律上的“权利滥用”。“权利滥用”在大陆法系是一个十分抽象的法律概念,它并非一开始就随着权利概念的形成而出现,其最初只是作为一种法观念而存在,之后才在判例中被解释和适用,并逐渐生成成文法上的具体规则。

禁止权利滥用原则,本质上是一项协调个人利益与社会公共利益的法律原则。人是具有社会性的,人必须参与社会的分工与合伙,互换其利益,才能更好地生存和发展。人要参加社会的分工合作,就要对社会承担一定的义务。民法一方面奉行私权神圣原则,充分保护私权,另一方面通过禁止权利滥用原则,使得行使权利限制在不违反法律和不损害社会公共利益及他人合法权益的范围之内。因此在商品经济时代,禁止权利滥用原则不仅有利于很好地保护他人的合法民事权益及商事交易活动的正常进行,同时有利于协调个人与社会、个人与他人的合法利益,对建立社会主义有序的市场经济起着重要的保障作用。

二、商法特有的原则

(一) 维护交易安全原则

在商事交易活动中,交易各方负有义务充分揭示交易内容,并将交易活动的进展和变更情况及时通知,以使相对人或第三人安全、及时地知晓交易实情。一般来说,交易安全原则主要表现在以下几个方面:

1. 强制主义 是指商事交易在形式上必须严格依照法律的规定,任何交易人不能随意更改。
2. 公示主义 商事主体应依照商法的规定,公开交易中公众所必须知道的重要事项。
3. 严格责任主义 实行严格责任主义是保障交易安全的一个重要举措,主要包括连带责任和无过错责任。

(二) 便利和促进交易原则

商业以营利为目的,在现代商业实践中,交易速度和商品流转速度是至关重要的,因此,保障交易便利及促进交易原则也是商法的一个重要原则。具体体现为:在商事交易的时效期间方面,采取短期消灭时效主义;在交易形态和客体方面,采取交易定型化规则,以促进和达成交易之迅捷。

(三) 确认营利、保护营利的原则

规范商主体和商行为的商法始终渗透着确认营利、保障营利的原则。商法关于商事登记、公司、证券、票据、保险、海商等规范均从不同方面反映了商法确认营利、保障营利的价值取向和原则。

规范、保障、促进营利原则是商法的基本原则。首先,它反映了商法调整对象的特殊性;其次,它科学地概括了商法具体规则的内在联结和精神,较好地实现了商法中价值与具体规则的汇合和贯通;最后,规范、保障、促进营利原则已为大量商事法规所昭示,准确地揭示了商法基本原则的独特内容。

第三节 民商法的体系和渊源

一、民商合一的民商法立法体例

民商合一指的是只有统一的民法典,民商法总的指导原则都服从民法典,但在民法典之外可以有商事特别法的存在。民商合一是20世纪进行民法典编纂的国家所争取的立法体例,如瑞士、泰国、意大利、俄罗斯、匈牙利、荷兰等。

新中国成立后,我国一直实行民商合一,现行《民法通则》、《合同法》均为典型的民商合一的立法。现代市场经济条件下民法与商法的融合,即体现了“民法的商事化”的特点。民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则和共同制度集中规定于民法典,而将适用于局部市场或个别市场的规则规定于各民事特别法之中。

民商法的体系在法律规范上表现形式则是民法典。民法典的编纂体系不仅仅是简单地将民法与商法简单拼凑在一起,而是从总体上,以民法总则为指导框架,以《民法通则》和现行民事单行法、商事特别法为基础,使民法总则、物权制度、债权制度有机融合在一起,由一个民事基本法和众多单行民商法律构成中国的民商法体系。

二、民商法的渊源

(一) 民商法渊源的涵义

法的渊源是指法的表现形式。民商法的渊源是指民商法律规范借以表现的形式。它表现在各国家机关根据其权限范围所制定的各种规范性文件中。

民商法渊源可分为实质渊源和形式渊源。所谓实质渊源是指法律所组成之资料之意。形式渊源指法律效力的渊源,即法律效力所发生的根源。实质渊源又可分为法律渊源和历史渊源。就法律渊源而言,即指作为法律的适用而言,成文法、习惯法、判例法等法律规范属于法律渊源。历史渊源指法律的资料来源而言,如外国法、学说、惯例、道德等法律资料。

掌握民商法的渊源,对准确理解民商法,尤其是正确适用民商法,指导民商事主体的行为和约束民商事裁判行为,都具有重要意义。

(二) 民商法渊源的表现形式

1. 宪法 宪法是全国人民代表大会制定的根本大法。宪法中有关我国各种经济成分和所有制形式的规定,国有企业经营权和集体企业自主权的规定,允许外国企业和个人在我国投资的规定,保护和发展私营经济、个体经济的规定,发展科学、文化、教育事业的规定,公民基本权利、义务的规定,是我国具有最高法律效力的民商法规范。我国民事基本法和单行法及商事特别法的制定,都必须以宪法中的这些规定为依据。

2. 民法典和商事特别法 在大陆法系国家,民法规范存在的基本形式是民法典。民法典是按照一定逻辑体系编纂民法规范的民事立法文件,是民法的最高形式,它以逻辑严密、体系完备、条文众多为特点,具有权威性和稳定性。我国现在还没有制定统一的民法典,在我国发挥民事基本法作用的是1986年4月12日第六届全国人大第四次会议通过的《中华人民共和国民法通则》。民法通则在我国居于民事基本法的地位,是我国民法的主要表现形式。在其他单行法方面,有1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国合同法》;亲属法方面,有婚姻法、收养法;在物权方面有2008年制定的物权法及之前的一些单行法律如土地管理法、城市房地产管理法、担保法等;知识产权方面,有专利法、商标法、著作权法;商法方面有公司法、保险法、海商法、票据法、证券法等商事特别法。以上都是目前我国民商法的重要表现形式,是民商法的重要渊源之一。

3. 行政法规中的民商事规范 国务院有权依据宪法、法律制定行政法规,其中有关民商事部分的法规、决议和命令,是民商法的重要表现形式,其效力仅次于宪法和民事法律。如《著作权法实施条例》、《商标法实施细则》、《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》等。依照宪法和组织法,国务院还有权发布决定和命令,其中具有规范性内容的、作为法律命令的行政法规,可以直接要求一般人遵守服从的,也是法律渊源。而如果行政命令只对其所指示的下级机关有其效力,则不可作为法律渊源存在。

4. 行政规章和地方性法规中的民商事规范 国务院各部委依据法律,行政法规所制定的规范性文件,称为行政规章。行政规章不属于立法,但其中的民商事规范属于民商法渊源。

地方性法规是指地方各级人民代表大会,地方各级人民政府,民族自治区的自治机关,在宪法、法律规定的权限内所制定发布的决议、命令、法规、自治条例、单行条例等规范性文件。虽然地方性法规在实施中具有地域局限性,但地方性法规也是地方国家权力机关依据宪法的授权而制定的法规,在这些法规中有关民商事关系的规范同样也成为民商法的重要渊源。

5. 最高人民法院司法解释 最高人民法院是我国的最高审判机关,依法享有监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作的职权。从法理上来看,司法解释并不属于法律渊源,因为最高人民法院并不是享有立法权的机关,但在我国现阶段,由于立法的不完备,最高人民法院做出了大量的司法解释文件,如《关于贯彻执行民法通则若干问题的意见》、《关于审理名誉权案件若干问题的解答》、《关于适用合同法若干问题的解释》等。司法解释已成为我国各级审判机关在处理案件中的裁判规则,并被当事人直接援引。最高人民法院的司法解释,目的在于阐述民法规范的构成要件及法律效果,以便于各级法院正确适用,甚至通过解释以补充现行法的漏洞,有创立规则的性质。所以司法解释事实上已经成为法律渊源,对有关民商事规范的司法解释也属于现行民商法渊源之一。

6. 国际条约和国际惯例 国际条约是两个或两个以上的国家就政治、经济、贸易、军事、法律、文化等方面的问题确定其相互权利义务关系的协议。国际条约的名称包括条约、公约、协定、和约、盟约、宣言、声明、公报等。国际条约虽然不属于国内法范畴,但我国政府与外国签订的或者我国加入的国际条约,对我国国内的国家机关、企事业单位、社会团体和公民也具有与国内法一样的约束力。从这个意义上来说,我国签订或加入的国际条约也是我国法的渊源。

国际惯例也称国际习惯,分为两类,一类为属于法律规范的国际惯例,具有法律效力;另一类为属于非法律规范的国际惯例,不具有法律效力。根据《民法通则》第142条规定,国际惯例的适用只限于中国法律和中国缔结或参加的国际条约没有规定的情况。其效力低于中国法律,只有在不违背我国法律规定的前提下,才可适用。

思考题

1. 试述民商法的概念与特征。
2. 试比较民法的一般原则与商法的特有原则及其关系。
3. 民商法的渊源及其表现形式是什么?

推荐阅读

1. 佟秉. 中国民法. 北京:法律出版社,1997
2. 魏振瀛. 民法. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2007
3. 覃有土. 商法学. 北京:中国政法大学出版社,2000



第二章 民事法律关系

第一节 民事法律关系概述

一、民事法律关系的概念和特征

(一) 民事法律关系的概念

民事法律关系,是由民事规范所调整的社会关系,也就是由民事法律规范所确认和保护的权利义务关系。

人们在社会生活中,彼此之间会产生各种社会关系。调整社会关系的法律不同,由此形成的法律关系的性质也随之不同,其中,由民法所调整的社会关系就属于民事法律关系。民事法律关系与民法关系密切。民法是民事法律关系形成的前提,民事法律关系是民法所调整的结果。

(二) 民事法律关系的特征

民事法律关系作为法律关系的一种,不同于其他法律关系的特点在于:

1. 民事法律关系是平等主体之间的关系 民事法律关系的这一特征是由民法调整的社会关系的平等性和民法实行的平等原则决定的。这种平等通常表现为双方当事人在民事法律关系中享有的权利及承担的义务的对等一致。一方享受的民事权利是用对方承担相应的民事义务换取的;一方在享受权利的同时,也要承担相应的义务。

2. 民事法律关系以民事权利义务为内容 民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系,赋予当事人以民事权利和民事义务。因此,民事法律关系也就是一种民事权利义务关系。

3. 民事法律关系主要表现为财产关系 人身关系虽然也是民法的调整对象,但并不占据

主要部分,民法以财产关系为主要调整对象。商法均以财产关系为调整对象。

4. 民事法律关系的保障措施具有补偿性和财产性 民事法律关系的实现也需要以国家强制力为保障。法律对于民事权利的保护,主要是赋予权利收到侵害的当事人一方以请求权。经由请求权的行使,弥补该方当事人所遭受的损失。这种责任的承担方式具有补偿性。在补偿内容上,也多采用赔偿损失,支付违约金等财产承担方式,惩罚性和非财产性责任则不是主要的民事责任形式。

二、民事法律关系的分类

根据不同的标准,可以将民事法律关系分为不同的种类,不同种类的民事法律关系有不同的性质和特点。

(一) 财产法律关系和人身法律关系

这是依据法律调整对象的不同划分的。财产法律关系是指因财产的所有或流转所形成的、体现一定经济利益的民事法律关系。如物权关系、买卖关系、借贷关系等。人身法律关系是指与人身不可分离、为满足主体的人身利益所形成的法律关系,如因人的生命、健康、姓名、肖像、名誉等发生的法律关系,以及因智力创作产生的署名权、发表权、修改权等法律关系。这类法律关系不具有直接的经济利益内容,这是它与财产法律关系的基本区别。区分财产法律关系和人身法律关系的意义在于:

1. 两类关系中的权利性质不同 财产法律关系所确认的权利是财产权利,权利人一般可以依其意志转让;而在人身法律关系中所确认的权利与权利主体的人身不可分离,权利人一般不能将其转让给他人。

2. 对这两类关系的保护方法不同 财产法律关系受到侵害时,对责任人主要适用财产责任,如赔偿损失、支付违约金等;人身法律关系受到侵害时,对责任人主要适用非财产责任,如赔礼道歉、排除妨碍等。当然,受害人也可以因人身法律关系的损害,而向责任人追究财产责任,如要求赔偿,但单纯财产责任的方法并不能满足保护人身权的要求。

(二) 绝对法律关系和相对法律关系

这是根据民事法律关系义务主体范围的不同而划分的。绝对法律关系是指权利人无需义务人的协助即可实现其权利的法律关系,如所有权关系、人身权关系等。在这种法律关系中,权利人是特定的,义务人则是除权利人以外的一切不特定的人。相对法律关系,是指权利人必须由义务人协助才能实现其权利的法律关系,如债权债务关系。在这种法律关系中,权利人是特定的,义务人也是特定的。

区分绝对法律关系和相对法律关系的意义,有利于明确民事法律关系中义务人的范围以及义务的内容,从而正确适用民法。

(三) 物权关系和债权关系

在财产权法律关系中,依据义务人是否特定,又可分为物权法律关系与债权法律关系。

物权法律关系是权利人直接支配物并排除他人干涉的关系。物权法律关系属于绝对法律关系。在物权法律关系中,义务人为权利人之外的一切不特定人,其义务表现为对权利人权利的消极不作为。债权法律关系是权利人必须由义务人的一定行为相配合,才能行使和实现其权利的法律关系。债权法律关系属于相对法律关系。在债权法律关系中,不仅权利人特定,义务人也是特定的。义务人的义务表现为对权利人行使权利予以积极行为的协助。

区分物权关系和债权关系的意义在于有助于明确物权和债权的不同特点。相应的,民法中确认了物权法和债权法这两种财产法律制度。