

21世纪 高等院校工商管理精品教材

Commercial Laws Textbook
Theories and Cases

沈乐平 编著

商法教程

■ 法理与案例



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

21世纪 高等院校工商管理精品教材

Commercial Laws Textbook

Theories and Cases

沈乐平 编著

商法教程

■ 法理与案例



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

大连

© 沈乐平 2008

图书在版编目 (CIP) 数据

商法教程：法理与案例 / 沈乐平编著. —大连：东北财经大学出版社，2008. 2

(21 世纪高等院校工商管理精品教材)

ISBN 978 - 7 - 81122 - 265 - 4

I. 商… II. 沈… III. 商法 - 中国 - 高等学校 - 教材
IV. D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 006711 号

商法教程

案例与法理

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总编室：(0411) 84710523

营销部：(0411) 84710711

网址：http: // www. dufep. cn

读者信箱：dufep @ dufe. edu. cn

东北财经大学印刷厂印刷

东北财经大学出版社发行

幅面尺寸：170mm × 240mm

字数：492 千字

印张：20 1/2

2008 年 2 月第 1 版

2008 年 2 月第 1 次印刷

责任编辑：刘东威

责任校对：毛尹孙那

封面设计：冀贵收

版式设计：钟福建

ISBN 978 - 7 - 81122 - 265 - 4

定价：30.00 元

前言

几年以前，我去香港和国外几所大学法学院做访问学者，发现他们几乎都是运用案例进行教学。课堂上老师的讲授生动有趣，学生们乐于参与其中，形成了良好的互动式教学氛围，教学效果极佳。由此，我暗下决心，摸索一套适合我国法学教学的案例教学模式。

几年来，我一直致力于这方面的工作，但总是不尽如人意。2005 年我开始为工商管理学院 MBA、EMBA 的学员讲授商法课程，由于学员们均具备一定的理论基础和实践经验，课堂气氛很活跃，由此，我得出一个结论，本科生的案例教学还必须以相应的理论作支撑。于是我开始设法将理论与案例相结合，改进案例教学工作，没想到取得了意想不到的效果。这些工作的结果就是这本《商法教程：法理与案例》教材。

本书以商事主体的商事活动为线索，从导论切入，分别从商事主体和商事活动两个方面，全面分析和介绍了商事主体从事各项商事活动的相关法律问题，包括个人独资企业法、合伙企业法、公司法、代理法、担保法、证券法、票据法和保险法等内容。本书的写作思路和特色是运用案例理解法理，运用法理剖析案例，力求简明扼要和通俗易懂，从而达到对法理和规则融会贯通的效果。本教材对每一个疑难问题，基本都选用了—个经典案例来说明，每章的后面均配有本章思考题和案例讨论题，非常适于启发学生思维和组织学生开展讨论。

本书特别适合经管类和法学类的本科生、MBA、EMBA、法律硕士等学生和相关专业的研究生使用，也可作为商法教学的辅助读物。

此外，为了增加本书的可读性和信息量，本教材在写作中，参考了许多媒体和书籍文献等信息资料，虽然作者曾试图列出对完成本书有贡献的全部案例原始素材提供者，但难免仍有遗漏之处，只能在此表示真诚的谢意！还要感谢我的研究生为编写这部教材做了大量收集整理资料的工作！尽管这部教材在大学工商管理学院本科生的教学中广受欢迎，但一定还存在不少错误和瑕疵，欢迎读者批评指正，使之再版时更加完善。

沈乐平
2007 年 11 月

第1编 导 论

第1章 法律与商法

- 1.1 法律与法律关系
- 1.2 商法的概念和特征
- 1.3 商法的独立性

本章思考题

案例讨论题

第2编 商事主体

第2章 商事主体概述

- 2.1 商事主体的概念与种类
- 2.2 商事主体的名称
- 2.3 商事登记

本章思考题

案例讨论题

第3章 个人独资企业法

- 3.1 个人独资企业概述
- 3.2 个人独资企业的设立
- 3.3 个人独资企业的权利和义务
- 3.4 个人独资企业的事务管理及债务责任
- 3.5 个人独资企业的解散和清算

本章思考题

案例讨论题

第4章 合伙企业

- 4.1 合伙企业概述
- 4.2 合伙企业的设立
- 4.3 合伙企业的财产及合伙事务的执行
- 4.4 合伙企业的外部关系
- 4.5 入伙与退伙
- 4.6 合伙企业解散与清算

本章思考题

案例讨论题

第5章 商事公司

- 5.1 公司与公司法

5.2 公司的基本类型	55
5.3 公司的设立制度	63
5.4 公司的资本制度	73
5.5 公司的治理结构	78
5.6 公司的变更与终止制度	91
本章思考题	97
案例讨论题	97

第3编 商事行为

第6章 商事合同

6.1 商事合同概述	101
6.2 商事合同的订立和成立	101
6.3 商事合同的内容和形式	102
6.4 缔约过失责任	111
6.5 商事合同的效力	117
6.6 商事合同的履行	119
6.7 商事合同的变更、转让和终止	121
6.8 违约责任	132

本章思考题

案例讨论题

第7章 商事代理

7.1 代理的一般原理	138
7.2 商事代理概述	144
7.3 商事代理的类型	144

本章思考题

案例讨论题

第8章 商事担保

8.1 担保法概述	146
8.2 保证	146
8.3 定金	149
8.4 抵押	156
8.5 质权	160
8.6 留置权	160

本章思考题

案例讨论题

第9章 证券法

9.1 证券与证券法	162
9.2 证券发行与上市	162
9.3 证券交易	164
9.4 投资基金法律制度	167

本章思考题	224
案例讨论题	224
第 10 章 票据法	226
10.1 票据法概述	226
10.2 票据权利和票据行为	233
10.3 票据法上的其他问题	239
10.4 汇票	247
10.5 本票	261
10.6 支票	264
本章思考题	268
案例讨论题	268
第 11 章 保险法	270
11.1 保险法概述	270
11.2 保险法的基本原则	279
11.3 保险合同	283
11.4 财产保险与人身保险	294
11.5 保险业法	307
本章思考题	315
案例讨论题	315
参考文献	316
参考网站	317



第1编 导论



針 昇 殿 1 葉

1.1

法律与法律关系

【案情】张、李、王三人合伙养鸭子。派张去某养殖场购回小鸭600只，推选王某负责放养。有一天，王某发现赵某7岁儿子偷捉了一只小鸭，抓住小孩打了一顿，赵儿便扬言要毒死小鸭。王某将此事告诉了张、李并要他们注意。当夜，警惕的李某果然发现赵儿用小瓶在水塘中放毒，遂将赵儿抓住殴打一顿。此日晚，小鸭即开始死亡，三天后小鸭全部死亡。此时，养殖场来索要鸭款，张拒付，认为应向赵某索要。赵某拒赔，认为儿子下毒是王、李打儿所造成，错在王、李。李则认为自己打赵儿是在他放毒之后，不是导致放毒的原因，故不应该负责；如赵某不赔，也应该由王某负责，因为鸭死是王某放养不当所致，自己没有责任。王某则认为应由赵某赔付。在万般无奈之下，该养殖场决定向法院起诉。养殖场应向谁索款呢？

【问题】上述案例中有几层法律关系？如何解决？

1) 什么是法律？

法律是一种行为规则，而规则是规范个人、组织、群体等社会关系的行为准则。人们在社会工作和生活中必然要建立各种社会关系，如上例。而一些重要的社会关系就需要由法律来维系。凡是由法律来维系的

社会关系就构成法律关系。法律是国家制定或认可并具有普遍约束力的规则。这种规则与道德、习惯等规则不同，它是由国家制定或认可，并由国家强制力保证其实施的，它的内容是规定人们的权利和义务，而违反这种规则就会受到相应的法律制裁。

2) 法的形式和结构

(1) 法的形式

我们了解了法律的实质，还需要了解法的形式和内部结构。法的形式也称法的渊源，它是指法律的创立方式及表现为何种形式。例如，中华人民共和国主席令（第六十二号）：《中华人民共和国物权法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日

通过，现予公布，自2007年10月1日起施行。这表明该部法律是成文法，由最高国家权力机构通过并由国家首脑公布实施。

我国法的形式如下（注意排列顺序）：①宪法，国家根本大法；②法律，全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的规范性文件；③行政法规，国务院及其常务委员会制定、颁布的规范性文件；④部、委规章和其他有关规范性文件；⑤地方性法规；⑥国际公约。

（2）法的结构

法是由法律规范、法律部门和法律体系三个层次构成。

①法律规范：由国家制定或认可，并由国家强制力保证实施的行为规则，是构成法的基本单位。它通常由三要素构成：

其一，假定，即适用条件。它是指法律规范中规定的可适用本条法律规范的情况和条件，包括一定的事实和行为。

其二，处理，指法律规范中规定的要求人们应该做什么、不应该做什么或可以做什么的内容。

其三，制裁，指法律规范中规定的当违反本规定时将承担的法律后果，它是体现国家强制力的部分。

②法律部门：指调整同一种类的社会关系并采用同一调整方法的法律规范的总和，如民法、商法。

例释

《中华人民共和国公司法》第二百零一条规定：“公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。”该条中“公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的”属假定，“公司的发起人、股东在公司成立后，禁止抽逃其出资”属处理，“由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款”属制裁。

③法律体系：指所有法律部门进而形成的一国法律有机联系的统一体。我国的法律体系包括：A. 宪法，B. 法律，C. 行政法规，D. 部、委规章和其他有关规范性文件，E. 地方性法规，F. 国际公约等。各种法律相互联系和配合，形成有机联系的整体。

3) 法律关系

法律关系就是因法律调整社会关系而形成的，在主体之间形成的权利和义务关系。由不同的法律部门调整形成不同的法律关系，行政法调整形成行政法律关系，民法调整形成民事法律关系，商法调整形成商事法律关系等。

法律关系由三个要素构成：

（1）法律关系的主体，即参加法律关系的当事人。基本分为：自然人（公民、侨民等）、法人、国家及其政府机关。在商事活动中的法律主体主要有以下几类：①国家经济管理机关。②法人（企业法人、非企业法人）。③自然人（个人、个人独资企业、合伙企业）。

（2）法律关系的内容，即主体依法所享有的权利和承担的义务。权利是主体可以为或不为一定行为的资格，义务是主体必须为或不为一定行为的资格。

（3）法律关系的客体，即主体的权利和义务所指向的对象，也称为载体、标的。其

具体包括: A. 物, 包括实物、货币及其他价值凭据, 如股票、票据、提单、仓单等; B. 行为; C. 无形财产, 如专利、商标、著作、正当经营与诚信等。

例释

甲公司要运送一批货物给收货人乙公司, 甲公司法定代表人丙电话联系并委托某汽车运输公司运输。汽车运输公司安排本公司司机刘某驾驶。在运输过程中, 因刘某的过失发生交通事故, 致货物受损。乙公司因未能及时收到货物而发生损失。现问, 乙公司应向谁要求承担损失? 在该案中, 甲公司、乙公司、某汽车运输公司都是法律关系的主体, 形成了两个法律关系, 即甲公司与乙公司的货物买卖合同关系, 甲公司与某汽车运输公司的运输合同关系。

4) 法律事实

法律事实是指引起法律关系产生、变更、终止的客观情况, 通常分为: (1) 事件, 即不以人的意志为转移的客观情况, 如天灾人祸; (2) 行为, 即人们在意志支配下的活动, 如投资、签约。

在商事活动中, 法律行为是最为重要的法律事实。一个有效的法律行为必须具备下列要件: A. 行为人具有相应的主体资格; B. 意思表示自愿真实; C. 内容与形式合法。

上述概念的逻辑关系是: 一个有效的法律行为——是一个重要的法律事实——能引起法律关系的产生——这一法律关系受法律的保护。例如, 甲公司与乙公司的货物买卖合同关系, 甲公司与某汽车运输公司的运输合同关系等。

1.2

商法的概念和特征

1) 商事的概念

【案情】冯系养鸡专业户, 为改建鸡舍和引进良种需资金 20 万元。冯向朱某借款 20 万元, 又以该养鸡场设备作质押, 双方立有质押字据。冯得款后, 改造了鸡舍, 且与县良种站签订了良种鸡引进合同。合同约定良种鸡款共计 20 000 元, 冯预付定金 4 000 元, 违约金按合同总额的 10% 计算, 冯以销售肉鸡的款项偿还良种站的货款。后县良种站将良种鸡送交冯。因发生禽流感这一不可抗力事件, 冯预计的收入计划落空, 冯因不能及时偿还借款和支付货款而与朱及县良种站发生纠纷。

【问题】

(1) 冯与朱之间是何法律关系?

(2) 冯与县良种站又是何法律关系?

2) 商事活动的概念

商法是调整商事关系的法律规范的总和, 因而商法中一系列概念、规则和制度的建立均不能脱离对于“商”或“商事”的特定理解。何谓“商”, 这是研究商法首先应该弄清楚的问题。

商事, 简称为“商”, 其含义可分别从一般文字、经济学和法律诸方面予以诠释。从一般字义来讲, 商即商品的买卖活动。这是人们对商的一般理解。经济学家则认为, 商事, 特指社会总生产过程中的一个特定的环节, 即商品流通, 它被严格界定为既非生产活动, 也非消费活动, 而是直接沟通生产与消费的流通领域的活动。但是, 法律上所谓的商

事，是从调整对象的角度，对特定的社会关系的共同性质和基本特征的理论概括。商事是指一切以营利为目的的经营活动的总称，也就是说，凡是具有营利性的有偿行为，都可以看成是商事活动，而不仅限于单纯的商品交易行为。这种对商事活动的法律概括，其范围基本涵盖了生产、流通、消费各个领域。由此可见，法律上的商事概念与经济学上的商事概念是存在差异的。

鉴于法律上涵盖的商事活动太过宽泛，为了研究和教学的方便，各国学者通常从狭义上将商法所规范的商事活动仅仅概括为几种主要商事法，即公司法、合同法、票据法、保险法、海商法等。商法之所以将上述活动确认为商事，主要是由商事活动的基本过程一般规律决定的：商人是从事商事活动的主体，而公司则是商人最为典型的组织形式，公司从事商事活动主要是通过签订合同、以票据为支付手段，公司要分散风险就要有保险法，公司要参与国际市场竞争，就不能没有海商法。

3) 商法的概念

有了对商事这一概念的正确理解，我们就不难准确地把握商法的概念了。

商法这一概念，在国外出现的历史比较悠久，在我国则是随着经济体制改革的进一步深化，才逐渐地被法学界所承认和使用。由于在社会制度、经济结构、法制背景、民族传统和语言习惯等方面存在差异，各国对商法这一概念的认识也不相同，即使在同一国家，人们对商法这一概念的理解也存在一定的分歧，所以，要给商法下一个统一的全世界都适用的定义几乎是不可能的。

我国学者通常认为：商法是调整商事主体在商事活动中所发生的法律关系的总称，亦即商法调整的对象是商事主体在商事活动中所发生的各种社会关系，简称为商事关系。而其法律表现形式，应为各种法律规范的总称，并非单指一部法典。

从上述概述中，我们可以得出以下结论：

(1) 商法的调整对象是商事关系，该商事关系是指商事主体依据商事法律的规定，在从事各种以营利为目的的营业活动时所发生的财产关系，如上述案例中冯与县良种站建立的买卖关系。而冯与朱之间的私人借贷关系，由于不是以营利为目的的商事活动，他们之间的法律关系只能是民事法律关系，而不是商事法律关系。

(2) 商法是有关调整商事关系的法律规范的总称，即指其法律形式。

我国商法的法律形式有：①法律，例如2005年公布的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)；②司法解释，例如2003年最高人民法院发布的《关于审理证券市场因虚假陈述而引发的民事赔偿案件的若干规定》；③自治性规则，例如证券交易所为管理市场而制定的自律性监管办法，而公司章程就是公司治理的重要自治性规则；④国际条约与国际惯例。

我国目前尚不存在形式意义(法典)上的商法，但随着市场经济体制的建立，实质意义上的商法已经大量存在，不仅在我国传统的民法、经济法、行政法中已有大量的调整商事交易主体及其所从事的商事行为的法律规范，而且一大批商事特别法也已经陆续颁行，如公司法、票据法、银行法、保险法、海商法等。从这一点上说，我国已经有实质意义上的商法。现在我国许多学者也提出了我国应尽早颁布商法典的主张，以适应社会主义市场经济发展的需要。这一问题在理论上还有待探讨。

4) 商法的特征

【案情】甲以家庭的财产出资按独资的形式经营水果店，因卖出的一筐烂水果，导致顾客生病引起索赔，其应承担无限责任。如甲将水果店转变为公司，具体操作是，假设水

果店评估价为45万元,甲将30万元作为出资投入公司,其余15万元以水果店作为抵押借给公司,如果水果店因经营不好资不抵债,需破产还债,先应偿还抵押的债务,其余破产还债。

【问题】甲的活动作为商事活动应适用商法,由此反映了商法的哪些特征?

商法与其他部门法比较具有以下特征:

(1) 商法的营利性。商事主体从事商事活动,其直接和主要目的就在于营利,这是为各国商法所确认的。从这个意义上,也可以说商法就是“营利法”,或者说,商法是保护正当营利的法律。正是基于此种理念,商法规则中有关效益、利率、结算、风险、税收、公示原则,以及交易公平、迅捷、安全、高效等原则,都从不同角度反映了商法强调营利目的、强调经济效益的价值取向。^①

例释

一个名叫萨洛蒙的店主把他个人拥有的一家鞋店卖给由他本人以及他妻子、女儿和4个儿子组成的公司,卖价为3万英镑,其中萨洛蒙认购了19 994英镑,其他每人认购了1英镑的股份。另外1万英镑,作为担保公司债的债券卖给萨洛蒙。后该公司因故倒闭,而资产只剩下6 000英镑,但公司欠债除萨洛蒙1万英镑外,另有7 000英镑。其他债主认为萨洛蒙与其公司实为一人,其公司不可能欠他的债,公司剩余财产应用来向他们清偿债务。实际上,萨洛蒙为了营利而规避风险的做法,商法是予以保护的。

(2) 商法的协调性。各国商事立法大都同时采行自由主义和强制主义原则,因此,商法中既有大量的任意性规范,也有不少强制性规定。前者主要体现在商事行为方面,如公司经理人的聘请及职权、保险条款的订立、买卖条件的达成等。后者则表现在企业的组织和财产状况方面,如对公司经理人条件的限制和对注册资本的有关规定、保险业的组织等。这两类规范,协调配合,前者促使工商交易能简便、迅速、灵活、自由地进行,后者保证组织的健全、真实、合法,以共同推动工商业的发展。正如德国商法学家德恩(Dahn)所说的:“商法是一切法律中最为自由的,同时又是最为严格的。”

(3) 商法的技术性。商法是在商事实践与惯例发展演变的基础上逐步形成的一种专门法律,它以反映商事交易简洁、公平与安全的客观要求为己任,以商事上的实用为依归,其规定的内容中含有大量的技术性规范,其条款更具操作性。因此,商法具有浓厚的技术性,这与民法等一般私法规范偏重伦理性的特点形成了鲜明的对照。例如,上述案例中关于注册公司和借款抵押的操作。商法规范的技术,一方面要求人们具有诚实信用的商事道德观念,另一方面则要求人们有丰富的经济和技术知识,否则,就无法熟悉商法、遵守商法和适用商法。^②

(4) 商法的兼容性。商法的兼容性首先体现在作为私法的商法却兼有公法的性质。公私法的区分是大陆法系传统的法律分类方法,但是进入20世纪以来,公私法划分的传统日趋弱化,公法与私法相互渗透,有“私法公法化”和“公法私法化”的趋势。这是所有部门法都有的倾向。商法作为传统的私法部门,其公法倾向性日趋明显,可以说私法公法化在很大程度上表现在商法领域,即商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和

① 董安生等:《中国商法总论》,26页,长春,吉林人民出版社,1994。

② 雷兴虎:《商法学教程》,5页,北京,中国政法大学出版社,1999。

干预意志,调节个人与政府、社会间经济关系,维护社会公共利益的内容,这些内容体现了公法的属性。例如,商业登记制度、商业账簿制度,公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让与公司合并的条件及程序等规定,都是属于公法性质的规定。

(5) 商法的国际性。商法最初起源于商事交易习惯,而商事交易本身是一种跨国界的活动。早在中世纪的商人基尔特自治法就已具有了国际性的特点。商法的这种国际性是由商事活动的跨国性所决定的。20世纪以来,随着世界经济的进一步发展和全球经济一体化趋势愈益加强,商法国际化呼声日益高涨,最终导致两种倾向:一是国际商事立法得到加强,大量的国际商事法律、国际条约、国际惯例得以制定和缔结;二是各国不断修改本国商法规则,使其彼此之间以及与国际商事法律、惯例之间更为协调。我国加入 WTO 后,也在修订各相关商法,使之与国际接轨。

1.3

商法的独立性

【案情】原告黄某系某私营独资企业业主,被告建业化工公司为一外商独资企业,被告简某系建业化工公司常务副董事长。黄某因其企业与建业化工公司有业务关系,而常与该公司总经理韦某有往来。2003年12月,韦某向黄某表示公司流动资金困难,希望暂缓支付黄某的货款,黄某表示同意,但要求该公司按月息2%计付利息。韦某与简某商量后同意了黄某的要求。其后,黄某继续给建业化工公司供货。2004年4月16日,简某以私人名义向黄某借款人民币4万元,借据载明:“兹借到黄某人民币肆万元整,半年后归还。”简某在借据上签了名。2004年6月23日,黄某见建业化工公司拖欠货款越来越多,遂要求公司结清货款并支付利息,同时停止向该公司继续供货。其实,建业化工公司总经理和董事长均在境外,公司工作由简某主持。简某向黄某表示公司尚无力清偿货款,待公司资金状况好转后,一次性付清,并向黄某出具借条一份,载明:“本公司因资金困难,陆续向黄某借款人民币伍拾万元整,6个月后一次还清,月息按2%计。”借条落款日期为2004年7月11日,并加盖了建业化工公司的公章。2005年1月,黄某多次向简某及建业化工公司催收借款未果,遂将简某及建业化工公司一并告上法庭,要求简某偿还欠款4万元,并从2004年11月16日起按同期银行借款利率支付利息,要求建业化工公司偿还欠款50万元及利息7万元。法院受理黄某的起诉后,将黄某诉简某的案件分由该院民一庭审理,而将黄某诉建业化工公司的案件分由该院经济庭审理。

【问题】为什么法院将该案交由不同的法庭受理?

1) 商法的地位

商法在法律体系中的地位,决定了商法的独立性。而商法的独立性又取决于如何把握商法与民法的关系。

是否将商法从民法中分立出来,构成一个独立而完整的法律部门,是19世纪以来法学理论和实践中一个争论的话题。

从对世界其他国家法律的考察不难发现,在国外法律体系中,商法的地位主要有以下几种模式:

(1) 民商法分立模式。采用这种模式的主要有法国、德国、日本、西班牙、葡萄牙等40多个国家。这些国家实行的是民商法分立的立法模式,即既制定民法典,又制定商法典,商法是其法律体系中一个独立的法律部门。

(2) 民商法合一模式。采用这种模式的国家实行民商法合一的立法模式,即只制定民法典,而不再另定商法典,它们把商法的有关内容看作是民法的重要组成部分,要么规定在民法典中,要么规定在单行法中。

(3) 示范性质的统一商法典模式。采用这种模式的典型代表是美国。美国虽然没有民法典,但却有示范性质的统一商法典。

(4) 单行商事法模式。采用这种模式的典型代表是英国。在英国,既没有典型的民法典,更没有独立的商法典,而是在总结有关商事习惯和判例的基础上,制定了一系列单行商事法。

从我国的法律体系来考察,商法在我国法律体系中究竟居于何种地位呢?目前,我国没有制定商法典,民法典尚在起草中,但却制定了一系列单行商法,如公司法、合同法、证券法、票据法、保险法、海商法、破产法等。

本书作者认为,应将商法从民法中分立出来,成为一个独立的法律部门,即主张“民商分立”论。商法不应被认为是民法的特别法,这是由商法调整对象的独特性所决定的,也是由商法的社会功能和作用决定的。因此,商法在我国法律体系中应占据独立部门法的地位。商法的独立性是我国大力发展社会主义市场经济的迫切要求,也是同国际立法惯例接轨的客观需要。

商法作为一个独立部门法,在内容和体系上一方面要继承国外商法中有价值的东西和通行的做法,同时也要剔除其不合理的或不符合我国国情的因素。在内容构成上,作者主张商法应分为总则与分则两大部分。总则应有商事主体、商事行为、商事登记等内容,分则应包括公司法、交易法、证券法、票据法、保险法、海商法、破产法等内容。

2) 商事法律关系

商法之所以从民法中分离出来,成为一个独立的部门法,主要在于它有其自己的调整对象——商事关系,且这种商事关系又有其自身独有的特点,具体分析就是:

(1) 商事关系的主体具有特定性。按照各国法律的规定,商事关系的主体必须至少有一方是商事营业体,作为商事关系的主体,或者是公司、合作社,或者是个人合伙、私人独资企业、合伙企业。前者,属于法人;后者,可以是自然人,也可以是自然人的联合体。不论是法人,还是自然人,都属商事营业体范畴,即商事关系必须是发生在商人之间或商人与非商人之间的法律关系。

(2) 商事法律关系的客体具有限定性。商事法律关系基本上发生在商事活动中,因此商事法律关系的客体仅限于商行为,其行为标的是具有商品属性的有形体或无形体的商品。

(3) 商事法律关系的内容具有营利性。与普通民事法律关系不同,商事法律关系中的商事权利和商事义务,均是以实现营利为目的的,即缔结这一关系都是围绕营利活动发生的财产关系。所以,商法所调整的商事关系实质上是发生在商事活动中的财产关系。商事权利和商事义务也相应地表现为经营性商事权利和经营性商事义务。而这种权利的核心内容是保护经营自由,其本质是保证主体实现其营利动机。为了能实现其权利,必须确保商事主体的意思自治和契约自由。

例释

甲、乙、丙三村民分别按 20%、30%、50% 的比例共同投资兴建一座水库,蓄水量 10 万立方米,约定用水量按投资比例分配。某年夏天,丙与丁约定当年 7 月中旬丙从自己的用水量中向丁供应灌溉用水 1 万立方米,丁支付价款 1 万元。供水时,

水渠流经戊，戊将水全部截流灌溉他的农田。丁因未及时得到供水，致秧苗损失 5 000 元。丁以为丙故意不给供水，遂将水库堤坝挖一缺口以放水，堤坝因此受损，需花 2 万元方可修复。因缺口大水下泻，造成甲塘中鱼苗损失 2 000 元。由于发生了上述情形，乙欲将其 30% 的份额转让给庚。

由此可见，商事法律关系就是商法为调整商事关系而在商事主体之间建立的，用以规范商事主体间的商事权利和义务关系。与民事法律关系一样，商事法律关系也包括商事财产法律关系和商事人身法律关系两大类。商事财产法律关系，又包括内部商事财产法律关系，如合伙经营法律关系、投资股份法律关系等，以及外部财产交易法律关系，如商事买卖合同法律关系、股票交易法律关系等。商事人身法律关系，也包括商事营业主体内部组织管理法律关系，如公司内部的公司治理法律关系等，分支公司与总公司的从属法律关系等，以及商事营业主体之间的人身权法律关系，如商业名称权法律关系、商誉权法律关系等。

在商事法律关系中，商法以强力保证商事主体履行权利义务，拘束具体商事关系，使之依照商法的要求进行运作。这种具体的法律关系的存在、变更和消灭，决定于法律规定的一定的法律事实的发生和存在。

■ 本章思考题

1.1 什么是法律？法律关系的构成要件是什么？

1.2 商法的概念和特征是什么？

1.3 商法是独立法律部门吗？

■ 案例讨论题

【案情】1998 年 2 月平谷县西康村小学要对校舍进行改造，把原来的破旧的土房改成砖瓦结构的平房，大约投资 34 000 元左右。平谷县西康村小学校长张天理认为学校资金十分紧张，不能让正式的建筑公司来施工，那样费用太高。于是张天理与本村村民李和、薛林与陈风商量，由他们三人承包这个校舍工程，李和、薛林与陈风都是泥瓦匠，有一定的建筑手艺和建筑工作经验，他们认为这个工程对于几个农民来说也是非常不错的，比出去打工要好得多。但李和、薛林与陈风认为三个人人手不够，于是李和找到自己的弟弟李军，薛林找到自己的哥哥薛成、陈风找到自己的两个侄子陈雨和陈良，决定由他们七个人共同承包该工程。但薛成、李军、陈雨和陈良认为他们也没有和西康村小学之间谈，不便参与合同的签订。于是由李和、薛林与陈风三人与西康村小学签订了校舍建设承包合同。由于政府的建设资金还没有到位，西康村小学的建设资金只有村里筹集的 12 000 元。张天理与李和、薛林与陈风协商，在合同中约定：“工程完成一半时支付 12 000 元，工程完成后，待政府财政资金到位后再支付剩余的款项。”合同约定的竣工日期是 1998 年 9 月 10 日。

合同签订以后，李和、薛林与陈风与其他四个人就开始昼夜施工，工程进展比较顺利。到 8 月 12 日时工程基本上完工了，但由于夏季降雨比较多，有两间校舍出现一些质量问题，但基本上不影响校舍的正常使用。

8 月 15 日李和、薛林与陈风三人通知张天理对校舍进行检验。张天理于 8 月 18 日和乡总校负责基本建设的主任彭某共同对校舍工程进行验收，他们对校舍工程基本上是满意的，并且在乡总校自己设计的工程验收单上都签了字。但由于财政资金迟迟不能到位，一