

# 商 法

| 第二版 |

**COMMERCIAL LAW**

○ 主编 高在敏



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

新世纪法学基本课程教材

# 商 法

Commercial Law

| 第二版 |

主 编 | 高在敏

撰稿人

(以撰写内容先后为序)

|     |     |     |
|-----|-----|-----|
| 高在敏 | 王延川 | 程淑娟 |
| 车 辉 | 刘卫锋 | 费 煊 |
| 杨春平 | 马 宁 | 党海娟 |
| 张晓飞 | 肖新喜 |     |



法律出版社

始创于 1954 年

[www.lawpress.com.cn](http://www.lawpress.com.cn)

好书,同好老师和好学生分享

## 图书在版编目(CIP)数据

商法 / 高在敏主编. — 2 版. — 北京: 法律出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8951 - 5

I. ①商… II. ①高… III. ①商法—中国—教材  
IV. ①D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 002387 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/25.25 字数/493 千

版本/2016 年 1 月第 2 版

印次/2016 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8951 - 5

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

## 第一编 商法总论

|                          |        |
|--------------------------|--------|
| 第一章 商法概说 .....           | ( 3 )  |
| 第一节 商法的概念、特征及分类 .....    | ( 3 )  |
| 一、商法的概念 .....            | ( 3 )  |
| 二、商法的特征 .....            | ( 4 )  |
| 三、商法的分类 .....            | ( 6 )  |
| 第二节 商法的对象与方法 .....       | ( 7 )  |
| 一、商法的对象 .....            | ( 7 )  |
| 二、商法的方法 .....            | ( 8 )  |
| 第三节 商法的基本原则 .....        | ( 10 ) |
| 一、商法基本原则界定 .....         | ( 10 ) |
| 二、商法基本原则罗列 .....         | ( 10 ) |
| 第四节 商法与邻近法律部门的关系 .....   | ( 14 ) |
| 一、商法的邻近部门法界定 .....       | ( 14 ) |
| 二、商法与劳动法 .....           | ( 14 ) |
| 三、商法与民法 .....            | ( 15 ) |
| 第五节 民商关系的立法体制 .....      | ( 17 ) |
| 一、民商分立立法体制 .....         | ( 17 ) |
| 二、民商合一立法体制 .....         | ( 19 ) |
| 三、“分”“合”折中立法体制 .....     | ( 20 ) |
| 第二章 商事法律关系 .....         | ( 23 ) |
| 第一节 立法关于商事关系的确认 .....    | ( 23 ) |
| 一、立法确认商事关系的缘由 .....      | ( 23 ) |
| 二、立法确认商事关系的历史演进 .....    | ( 25 ) |
| 第二节 近现代商法关于商事关系的确认 ..... | ( 28 ) |
| 一、商事关系确认与商法的法典化 .....    | ( 28 ) |
| 二、纯粹的商行为主义标准 .....       | ( 29 ) |
| 三、新商人主义标准 .....          | ( 31 ) |

|                        |        |
|------------------------|--------|
| 第三节 商事法律关系的概念与分类 ..... | ( 35 ) |
| 一、商事法律关系的概念 .....      | ( 35 ) |
| 二、商事法律关系的特征 .....      | ( 35 ) |
| 三、商事法律关系的分类 .....      | ( 36 ) |
| 第三章 商事主体 .....         | ( 39 ) |
| 第一节 商事主体概述 .....       | ( 39 ) |
| 一、商事主体的概念与特征 .....     | ( 39 ) |
| 二、商事人格与商事能力 .....      | ( 40 ) |
| 第二节 商事主体分类 .....       | ( 43 ) |
| 一、传统的商事主体分类 .....      | ( 44 ) |
| 二、我国商事主体的分类 .....      | ( 46 ) |
| 第四章 商事主体的构成要件 .....    | ( 53 ) |
| 第一节 商事企业 .....         | ( 53 ) |
| 一、商事企业概述 .....         | ( 53 ) |
| 二、商事企业转让与处分 .....      | ( 55 ) |
| 第二节 商业名称 .....         | ( 59 ) |
| 一、商业名称的概念和特征 .....     | ( 59 ) |
| 二、商业名称的选用 .....        | ( 60 ) |
| 三、商业名称权概述 .....        | ( 62 ) |
| 四、商业名称权的取得 .....       | ( 64 ) |
| 五、商业名称权的转让与出借 .....    | ( 65 ) |
| 六、商业名称权的保护 .....       | ( 67 ) |
| 第三节 商业账簿 .....         | ( 68 ) |
| 一、商业账簿概述 .....         | ( 68 ) |
| 二、商业账簿的设置原则 .....      | ( 71 ) |
| 三、商业账簿的种类 .....        | ( 71 ) |
| 四、商业账簿的保存 .....        | ( 74 ) |
| 第四节 商业登记 .....         | ( 74 ) |
| 一、商业登记概述 .....         | ( 74 ) |
| 二、商业登记的法源形式与主管机关 ..... | ( 77 ) |
| 三、商业登记的对象范围 .....      | ( 78 ) |
| 四、商业登记的种类 .....        | ( 78 ) |
| 五、商业登记的程序 .....        | ( 79 ) |
| 六、商业登记的效力 .....        | ( 82 ) |

|                      |         |
|----------------------|---------|
| 第五章 商行为 .....        | ( 85 )  |
| 第一节 商行为概述 .....      | ( 85 )  |
| 一、商行为的概念与特征 .....    | ( 85 )  |
| 二、商行为的类型 .....       | ( 87 )  |
| 三、立法对商行为的特别调控 .....  | ( 90 )  |
| 第二节 商事代理 .....       | ( 94 )  |
| 一、商事代理的概念和特征 .....   | ( 94 )  |
| 二、商事代理的类型 .....      | ( 99 )  |
| 第三节 法律行为的商事化产物 ..... | ( 106 ) |
| 一、商法中的债权行为 .....     | ( 106 ) |
| 二、商法中的物权规则 .....     | ( 116 ) |
| 第四节 几种常见的营业商行为 ..... | ( 122 ) |
| 一、保险 .....           | ( 122 ) |
| 二、银行营业 .....         | ( 126 ) |
| 三、信托营业 .....         | ( 128 ) |
| 四、仓库营业 .....         | ( 130 ) |
| 五、运输营业 .....         | ( 133 ) |

## 第二编 公司法通论

|                       |         |
|-----------------------|---------|
| 第六章 公司法的基本原理 .....    | ( 141 ) |
| 第一节 公司法基本知识 .....     | ( 141 ) |
| 一、公司的概念和特征 .....      | ( 141 ) |
| 二、公司的发展 .....         | ( 143 ) |
| 三、公司法的特点 .....        | ( 146 ) |
| 第二节 公司的类型 .....       | ( 147 ) |
| 一、国外的公司分类 .....       | ( 147 ) |
| 二、我国公司的分类 .....       | ( 151 ) |
| 第七章 公司的设立、变更和终止 ..... | ( 158 ) |
| 第一节 公司的设立 .....       | ( 158 ) |
| 一、公司设立的一般原理 .....     | ( 158 ) |
| 二、有限公司的设立条件和程序 .....  | ( 163 ) |
| 三、股份公司的设立条件和程序 .....  | ( 167 ) |
| 第二节 公司变更 .....        | ( 170 ) |
| 一、公司变更的含义 .....       | ( 170 ) |
| 二、公司的合并和分立 .....      | ( 172 ) |

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 三、公司形式的变更 .....          | (177) |
| 四、公司章程的变更 .....          | (178) |
| 第三节 公司的终止 .....          | (181) |
| 一、公司终止的含义 .....          | (181) |
| 二、公司终止的具体情形 .....        | (182) |
| 第八章 股东资格与股权(或股份)流转 ..... | (187) |
| 第一节 股东资格认定 .....         | (187) |
| 一、股东资格的认定 .....          | (187) |
| 二、特殊股东资格的认定 .....        | (189) |
| 第二节 股权的流转 .....          | (191) |
| 一、股权概述 .....             | (191) |
| 二、有限责任公司的股权转让 .....      | (192) |
| 三、股份有限公司的股权(股份)转让 .....  | (194) |
| 第九章 公司的组织机构 .....        | (199) |
| 第一节 股东会与股东权利保护 .....     | (199) |
| 一、股东会的含义与特征 .....        | (199) |
| 二、股东会的职权 .....           | (200) |
| 三、股东权及其保护 .....          | (206) |
| 第二节 董事会与董事义务 .....       | (214) |
| 一、董事会 .....              | (214) |
| 二、董事的义务 .....            | (221) |
| 第三节 监事会与监事的职权 .....      | (224) |
| 一、监事会概述 .....            | (224) |
| 二、监事会的职权 .....           | (225) |

## 第三编 证券法通论

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 第十章 证券及证券法的基本原理 .....    | (231) |
| 第一节 证券概述 .....           | (231) |
| 一、证券的含义 .....            | (231) |
| 二、证券的一般分类 .....          | (232) |
| 三、资本证券的法律特征 .....        | (234) |
| 第二节 我国《证券法》规定的证券种类 ..... | (235) |
| 一、我国现行《证券法》的基本规定 .....   | (235) |
| 二、其他证券形式 .....           | (241) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 第三节 证券立法与证券法的基本原则 .....       | (241) |
| 一、我国证券立法概况 .....              | (241) |
| 二、证券法的基本原则 .....              | (242) |
| 第四节 证券法律关系主体 .....            | (246) |
| 一、证券公司 .....                  | (246) |
| 二、证券交易所 .....                 | (248) |
| 三、证券登记结算机构 .....              | (248) |
| 四、证券监督管理机构 .....              | (249) |
| <b>第十一章 证券的发行、上市和交易</b> ..... | (251) |
| 第一节 证券的发行和上市 .....            | (251) |
| 一、证券发行概述 .....                | (251) |
| 二、证券发行的条件 .....               | (254) |
| 三、证券发行的程序 .....               | (256) |
| 四、证券上市 .....                  | (257) |
| 第二节 证券交易 .....                | (259) |
| 一、证券交易的基本规则 .....             | (259) |
| 二、违法证券交易行为的禁止 .....           | (262) |
| 三、上市公司收购 .....                | (266) |
| 四、证券交易所 .....                 | (269) |
| 五、证券交易的服务机构 .....             | (270) |

## 第四编 破产法通论

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| <b>第十二章 破产法的基本原理</b> .....   | (277) |
| 第一节 破产概述 .....               | (277) |
| 一、破产的概念和历史沿革 .....           | (277) |
| 二、破产法的功能 .....               | (281) |
| 第二节 破产能力和破产原因 .....          | (282) |
| 一、破产能力 .....                 | (282) |
| 二、破产原因 .....                 | (289) |
| <b>第十三章 破产清算、重整与和解</b> ..... | (296) |
| 第一节 破产清算程序 .....             | (296) |
| 一、破产清算程序的申请与受理 .....         | (296) |
| 二、破产管理人 .....                | (301) |
| 三、破产宣告和破产财产的变价、分配 .....      | (305) |



|                    |       |
|--------------------|-------|
| 第二节 破产重整制度 .....   | (324) |
| 一、重整的含义和特征 .....   | (324) |
| 二、重整程序的开始 .....    | (325) |
| 三、重整程序的进行 .....    | (326) |
| 四、重整程序的完成 .....    | (333) |
| 第三节 破产和解制度 .....   | (334) |
| 一、破产和解的概念 .....    | (334) |
| 二、和解程序的启动 .....    | (334) |
| 三、和解协议的通过与认可 ..... | (335) |
| 四、和解协议的效力 .....    | (335) |

## 第五编 票据法通论

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 第十四章 票据法的基本原理 .....    | (341) |
| 第一节 票据概述 .....         | (341) |
| 一、票据的概念和分类 .....       | (341) |
| 二、票据的法律特征 .....        | (343) |
| 三、票据的功能 .....          | (345) |
| 四、票据立法概况 .....         | (347) |
| 第二节 票据关系与票据基础关系 .....  | (348) |
| 一、票据关系与票据上的非票据关系 ..... | (348) |
| 二、票据基础关系 .....         | (350) |
| 三、票据关系与票据基础关系的关系 ..... | (352) |

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 第十五章 票据行为和票据权利 .....  | (354) |
| 第一节 票据行为 .....        | (354) |
| 一、票据行为的概念 .....       | (354) |
| 二、票据行为的特征 .....       | (359) |
| 三、票据行为的类型 .....       | (361) |
| 第二节 票据权利 .....        | (378) |
| 一、票据权利的概念和特征 .....    | (378) |
| 二、票据权利的取得、行使和保全 ..... | (381) |
| 三、对票据权利的抗辩 .....      | (383) |
| 四、票据权利丧失的救济 .....     | (386) |

|           |       |
|-----------|-------|
| 后 记 ..... | (391) |
|-----------|-------|

## 第一编 商法总论



# 第一章 商法概说

## — | 内容提要 | —

商法作为一个新兴的部门法,首先需要关注的是它的本质规定性。本章就是围绕商法的本质规定性问题而展开的。商法的本质规定性主要从商法的概念、适用对象与适用方法、基本原则等方面得以体现。全章共分为五节:第一节重点解释商法的概念、特征与分类;第二节商法的适用对象及商法的方法;第三节商法的基本原则;第四节商法与邻近法律部门的关系,主要是从理论与制度层面对于商法与劳动法和民法加以区分;第五节民商关系的立法体制,主要是从民、商法典是否独立制定的角度对于民商分立、民商合一与“分”“合”折中三种立法体制进行了考察与剖析。

## 第一节 商法的概念、特征及分类

### 一、商法的概念

在近代以来绝大多数大陆法系国家的法律体系中,商法([法]droit commercial;[德]han-delsrecht;[英]commercial law, mercantile law, busieness law)均呈现为一部法典并附加若干项单行立法的形式,如法、德、日等国都是如此。此种情形既表明商法体系的庞大,又表明商法结构的复杂。

在英美法系国家,对于商法一语的运用早已有之,且多限于学说理论层面。所应注意的,一是英美法系国家虽无商法典,但是却有大量的商事单行法规,学说上称之为实质商法;二是英美法系的实质商法,多采制定法(statute)亦即“成文法”(statutory)形式,自然会区别于习惯法(common law)及衡平法(equity);<sup>[1]</sup>三是发表于1952年的《美国统一商法典》,不过是一部商法行为法的文本而已,断不可与大陆法系的商法典及商法概念相提并论。

[1] 潘维大、刘文琦编著:《英美法导读》,法律出版社2000年版,第4~6页。

从概念界定角度来说,所谓商法,在一般意义上是指关于商人及商行为的法律规范的总和,在严格意义上,又是指以商事方法为主要手段,目的在于规范商事主体人格创制与商事营业行为实施的法律规范的总称。正是因为商法是关于商人及商行为的法律,故在传统商法学理论上,才将商法解析为商人组织法与商事行为法两个部分。

## 二、商法的特征

商法的特征,指通过商法与民法最为宏观的比较,而呈现出不同于民法的特质:

第一,商法是倡导营利的发展法。商法之倡导功利,集中体现在确立商法部门以及推行商事法治,都是为了鼓励人们投资从商并能够获取其经营的利润,接着便可获得社会的发展与进步。但民法是无从具备这一特征的,并因此使公平的解释在民商两法上并不相同,即民法所称的公平始终偏重于客观的意义,而商法所说的公平则又多固守于主观的意义。从文化演进角度来说,商法的此一特征,无疑是对“义利之辨”、“理欲之辨”结论的变革。在古代社会,无论是西方的哲人,抑或是东方的圣贤,都曾有人从事过“义利之辨”,其目的又都在于倡导人们“存天理,灭人欲”,但是,趋之于利始终都是人类自身得以维系以及发展的动力,至于对义的追求,又属人们生计有了保障以后才会加以考虑的。皆因如此,在古希腊时期就曾有过功利主义思想的萌生,在欧洲的中世纪后期,又曾有过功利主义系统学说的出现,至近代欧洲民族国家成文法化运动之际,更是以商法作为载体,直接树立起功利主义的旗帜。因此,倡导功利并谋求社会的发展,自始就是商法的固有特征之一。

第二,商法是权具经济意义的身份法。此一特征客观地包含有两重意义:一重意义是消极的,指根因于社会中的人不可能尽皆商人化的缘故,使获得商人身份者仅仅是其中的一部分人,进而使商法只能成为该部分人的身份法;另一重意义是积极的,既指有关商人身份的获得,以一定财产的投资而为诸多绝对必要条件之核心,又指商人身份的价值与功能,就在于能够使其名正言顺地从事一定商业经营并获取其经营的利润。相比较而言,民法是无从具备这一特征的。因为,作为民法的核心任务,是要在既在的社会生活人等中间推行并保障实现相互的平等,而平等的政治学说法便是自由,遂使民法的主体以市民亦即自由人而为满足。实践表明,封建性质的“富贵合一”,正是基于商法的此一特征——“富贵不专”,才被彻底打破及消除的。究其根底,在于商法此一特征的形成,是同文化方面的“富贵之辨”而所形成的“富贵不专”之确信有关。因为,“富”即富有,客观上有可能引发出奢侈,“贵”即贵权,同样有可能导致出妄为,缘于此故,才使民主政治的要义之一便是“富贵不专”。

第三,商法是市场经济的基本法。此一特征是指,商法既是市场经济的产物,同时又是市场经济运作规则在上层建筑领域内的集中表现,而民法无疑又是商品经

济的产物以及属商品经济运作规则的集中表现。关于市场经济与商品经济两者的关系,经济学界确实存在着不同的看法:一种观点认为两者实质相同,只是称谓不同而已;另一种观点认为,此二者之间还是存在着级别及档次差异的。相比较而言,后一种见解显然更有可取之处。因为,对商品经济发展历程作简单、发达、高度发达三个阶段的区分,客观上既有历史依据,同时也是一种约定俗成,而市场经济正是商品经济的高度发达阶段。另外,商品经济的政治哲学导向是最大限度地追求个人自由主义,而市场经济的政治哲学导向,又是须对个人自由主义之极端化施加必要的限制。商法的此一特征,本质地涉及“民商之辨”,即涉及民事生活与商事生活的客观分野以及民法同商法的自然分化,故对于中国目前社会之发展,其本身就具有特别重大的意义。

第四,商法是包含着大量强制性规范的私法。此一特征是指,作为商法的制度构成,因内藏着“社会法”的诉求之故,而不能不含有比民法更多的强制性规范,但是,其强制性规范的增多,并不构成改变商法私法属性的缘故或因素。明确商法的这一特征,既是为了重申和强调公、私法划分的科学性,又是为了透视与辨析“商法公法化”观点的不确切性。公、私法的划分之所以最先见之于古罗马法,是为了“在国家权力与私人活动之间确立一条明确的界限”,〔2〕又即为了使政治国家能够与市民社会发生最为彻底的分离,通过这种分离,才得以呈现出市民社会“本”的定位以及政治国家“末”的性质,同时使民主政治真正成为有源之水,故公、私法的划分无疑也是一项“本末之辨”。针对于公、私法的划分,传统法学中早就有“目的说”、“关系说”以及“地位说”的标准,而在中国学界,却又有“规范说”标准的流传,且有人还以此作为“商法公法化”观点的依托。严格而论,有关法律规范属性的甄别,同公、私法的划分始终都是两码事,进而使“商法公法化”的观点同样是站不住脚的。

第五,商法是最具有开放性质的国内法。此一特征指商法与民法虽然均属于国内法,同时又都具有开放性,但商法的开放性较之于民法更为深入及更见力度,进而使商法成为最具有开放性质的国内法部门。商法的此一特征,既根因于商法坚持效率至上的导向,又源于商法本身是市场经济产物之保障,前者是商法采取最为开放态度的必要性所在,后者是商法持有此种态度的可行性所在。因为,就前者而言,商法坚持效率至上之导向,就有必要选择“发展是硬道理”的立场,而立足于这样的立场,便有必要彻底打破闭关锁国之状态,以利于充分借鉴和吸收先进国家的成功经验,从文化角度看,商法此一特征的锋芒所向,无疑是中国传统文化中极富积淀的“夏夷之辨”情节;就后者来说,商法既然是市场经济的产物,而市场虽然有大、小之分,但是,其本身的横向辐射性以及与之俱生的冲击力,客观上是毋庸置疑的,遂之既使商法有条件持之以最开放的态度,又把对具体国情及历史传统的应

〔2〕 周枬:《罗马法原论》,商务印书馆1996年版,第84页。

有顾及,更多地留给了民法。商法此一特征的意义是相当重大的,有必要予以足够重视及注意。

### 三、商法的分类

商法的分类,既关涉到对商法结构体系的了解,又关涉到对商法形式渊源分布的认识,更关涉到对商法规范效力差异的把握。关于商法的分类,为立法与理论所甚为看重的,大体可作如下几个方面的罗列:

#### (一)形式商法与实质商法

形式商法指既考虑到商事关系同民事关系的性质差异,又考虑到商法与民法各自都是一个独立系统而产生的商法典。如大陆法系的法、德、日等国,都拥有自己的商法典。实质商法是指针对一国之内商事关系而发挥调整作用的全部立法规范。如英美法系国家,基于其法源结构的特殊性而只有实质商法,无形式商法。

此一分类的意义,既涉及民商两法之间关系的立法体制,又涉及商法系统的边界和范围。

#### (二)商人人格法与商人行为法

商人人格法又称商事主体制度,指以规定商事主体人格创制、变更以及消灭为目的的立法制度体系。如公司法、合伙商人法、自然人商人法,都属于商人人格法的范畴。有必要提及的是,商法系身份法的说法是相对于整个社会或立足于商法的外部而言的,而商人人格法的提法又是置身于商法内部而言的,从而使两种提法在客观上并不矛盾。商人行为法又称商事行为制度,指以商事经营行为而为规范对象的立法制度体系。在近代以来的立法上,这种制度又可区分为一般商事行为制度和特殊商事行为制度。前者如商事代理、商事物权及商事债权制度,后者如票据、证券、保险等制度。

此一分类主要涉及商法制度体系的解构和整合,故有其特别的意义。

#### (三)商事特别法、商事普通法与商事习惯法

商事特别法,指对生活意义重大,同时又极具个性特征的商事问题而形成的立法;商事普通法,指围绕一般商事问题而形成的立法;商事习惯法,指既不违反现行法律的禁止性规定,又于交易实践中难以排除其适用的交易习惯。

此一分类的意义,重在解决法律适用的先后顺序问题,即优先适用商事特别法,其次适用商事普通法,再次适用商事习惯法。在司法实践中,如果前述之法源均缺乏时,才考虑是否应适用民法。

## 第二节 商法的对象与方法

### 一、商法的对象

商法的对象,即商法的调整对象或规范对象之简称。从法理逻辑的角度来说,商法之所以能够成为商法以及无从与民法合为一体,其最为关键的缘由,既在于商法拥有自己的调整对象,又在于民法欠缺规范商法对象的能力。

关于商法调整对象的形成,无疑始于一定法律技术标准之下的界定。商法调整对象的界定源自人们早就有所接触乃至相当熟悉的“营业”一词。因为相对于寻求获利的目的实现来说,投资立业并从事该业的经营,无疑是伦理道德上以及法律上最为可取的途径和手段,进而在一方面,使“营业”一词自始即具有主观和客观两种含义;在另一方面,又使商法的调整对象严格限定于两项:一是商人人格创制关系,二是商事营业实施关系。而该两种关系,既是立法以及理论所称的商事关系,同时也是商法的调整对象。

#### (一) 商人人格创制关系

通过商法的适用而调整商人人格创制关系,其目的就在于使商人人格的创制,达到立法所设定的规范化的要求与标准。而商人人格创制的规范化,客观上既有其必要性又有其可行性,故对该两性只需稍事整理,便可获得以下几项结论:

第一,商人因其职业之故的身份,既使商人断无天生之理和先例,又使商人的产生只能仰仗于创制的途径和方法。这既是商人需要创制的根本缘由所在,也是商人的产生不同于民事主体的地方。易言之,商人是依据商法创制才得以产生的法律上的主体。

第二,商人创制的法律技术要义在于创制商人的人格,即企业主。这便使商人人格的创制,在理论层面上需要“营业”一语客观含义的帮助,在实践层面上务必以企业的设立为核心性依托。将商人的人格创制与企业的设立直接挂钩,不仅会使其人格创制极富可操作性,而且会使所创制的人格极具实在性。易言之,这是商人人格创制可行性的缘由所在。

第三,以企业作为商人人格的核心性依托,从积极角度上讲,根因于企业是商人能够从事经营并可获利的工具;而从消极角度上讲,企业无疑又是商人拥有财产支付能力的物质保证。因为商场固然如同战场,且经商与博弈更是同一机理,所以为了促使所有的商场之人既能够“赢得起”更能够“输得起”,仍然有必要以企业作为商人人格的核心性依托。



## (二) 商事营业实施关系

商事营业实施关系能成为商法的另一对象,其缘故直接可以作如下之罗列。

第一,关于“营业”一语的主观含义,是指既以业主(商人)的名义,又于相对稳定的商业范围内而实施的持续性经营行为。当一个民族之社会已为工商文明所支配时,其营业自然限于趋之于利的经商。这便为商法规范商事营业的实施,提供了客观上的亦即操作技术意义上的可行性。

第二,关于商事营业的实施之所以需要商法的调整,从积极的角度上讲,是为了确保营业自由于更深之层面。因为一方面,商事营业自由始终都是商事经营之命脉,故欧洲中世纪的商人法即已确定了商事营业自由原则;但另一方面,又即鉴于该项原则事实地已为近代民法的私法自治原则(法国法系民法),或者法律行为制度(德国法系民法)所取代,才使近代以来的商法更注重确保商事营业自由于更为深入的层面。

第三,从消极角度上讲,商法调整商事营业实施关系,又是为了最大限度地防止商人追求法外利益。虽然工商文明固然极有助于社会的进化与进步,但是基于对功利主义的倡导亦极易诱发利令智昏的现象。为了能够最大限度地遏制乃至消除这种现象,商法便有必要对商事营业实施关系加以规范及调整,以杜绝商事营业的失范现象出现。

## 二、商法的方法

商法的方法,指根植于商法的对象之中,而于商法作用发挥方面占据主导地位,因此而为商法所专门具备的诸多方法。

### (一) 条件主义方法

条件主义方法,是指围绕着商人人格的成就以及其商事权利能力的赋予,立法明文规定相应的系列条件,并以强制的态度而要求给予全面满足的方法。

这种方法,之所以会为商法选择并启用,其根本的原因就在于商人人格具有创制性。因为,一方面,在近代以来德国法系的民法中,就已出现了条件主义的法律技术举措,如法律行为有效条件出现于立法,便足以证明这种技术举措的运用。但是,构成此等条件之对象的,事实上只是主体的行为而非主体的人格,故只能称之为条件主义的技术举措。但在另一方面,因为作为商事主体的人格,离开了创制的途径便不能够发生,为了保证所创制的商事主体人格的真实及有效,立法便有必要明文列举出各种类型的商人人格条件,并强制要求给予全面的满足。故条件主义的方法,事实上只为商法所专有。

### (二) 公示主义方法

公示主义方法,是指为了使商人人格的发生、变更与消灭能够产生其所需要的