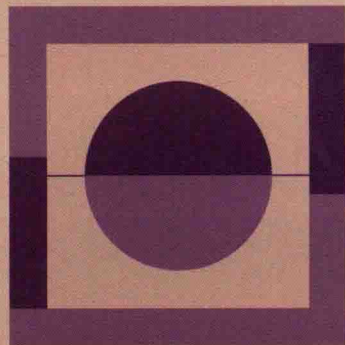


现代商法理论体系 与实务应用规范

李 琼/著



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

非外借

现代商法理论体系

与实务应用规范

李琼／著



中国水利水电出版社
www.waterpub.com.cn

· 北京 ·

内 容 提 要

商法是一门内容广泛、技术性与操作性都极强的学科。对商法理论的研究,对于商法学的发展与成熟有着重要的理论意义。本书从实际情况出发,按照“理论—案例”的思路,做到了理论与实践的结合。同时,对现代商法的相关理论体系进行了深层次的挖掘和探讨。

本书具有较强的应用性和可操作性,观点明确,对于现代商法研究者、教育者而言不失为一本好的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

现代商法理论体系与实务应用规范 / 李琼著. —北京:中国水利水电出版社, 2017. 10

ISBN 978-7-5170-5973-8

I. ①现… II. ①李… III. ①商法—研究 IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 258209 号

书 名	现代商法理论体系与实务应用规范 XIANDAI SHANGFA LILUN TIXI YU SHIWU YINGYONG GUIFAN
作 者	李 琼 著
出版发行	中国水利水电出版社 (北京市海淀区玉渊潭南路 1 号 D 座 100038) 网址:www.waterpub.com.cn E-mail:sales@waterpub.com.cn 电话:(010)68367658(营销中心)
经 售	北京科水图书销售中心(零售) 电话:(010)88383994、63202643、68545874 全国各地新华书店和相关出版物销售网点
排 版	北京亚吉飞数码科技有限公司
印 刷	三河市天润建兴印务有限公司
规 格	170mm×240mm 16 开本 15.25 印张 204 千字
版 次	2018 年 9 月第 1 版 2018 年 9 月第 1 次印刷
印 数	0001—2000 册
定 价	72.00 元

凡购买我社图书,如有缺页、倒页、脱页的,本社营销中心负责调换

版权所有·侵权必究

前 言

在法学专业的所有课程之中,商法的内容可谓非常庞杂,其若算不上内容最多,也应该是内容最多的学科之一。或许正缘于此,当前出版的商法教材都具有一定的“分量”。在国外,商法是法学专业的一门大课,其开课时间不仅仅是一个学期,而是一个学年到两个学年,这就说明了商法内容的广泛性。

在我国,商法还是一门很“年轻”的学科。社会主义市场经济体制的建立和完善,使得我国的商法研究进入了一个非常活跃的时期。商法理论体系的研究对于商法的制定、完善、修改具有十分重要的意义。但是,由于我国市场经济还不够成熟,商事立法体系还不够健全,对于商法理论的研究还不够深入,因此商法仅仅只能对阶段性的研究成果和经济需求加以反映。随着环境的改变、时事的转移,对商法理论体系的建设也需要进行深入研究,并与国外的相关立法经验进行比较,从而对我国商法现存的问题进行明确和细化,最终使我国的商法不断完善。

当前,商法学已经发展成为一个热门学科,对商法理论的研究及实务应用规范逐渐成为当前研究的热点。基于此,本书作者在对商法理论进行研究的基础上,撰写了《现代商法理论体系与实务应用规范》一书,以期为具体的商事提供一定的理论指导和借鉴。

本书共包含八章。第一章开篇明义,对现代商法进行概述,涉及商法的概念与特征、我国商法体系及发展历程、商法调整的基本原则、商法与其他法律的关系这四大内容。第二章介绍了现代商法的基本制度,即商事主体制度、商事行为制度、商事登记与商号、商事账簿制度。前两章属于现代商法的基础,为下面内容的展开做铺垫。第三至第八章为本书的重点,分别对公司法、证券法、票据法、保险法、信托法、破产法这些商法的具体层面进行

分析,不仅分析了各自的理论,还融入了具体的运用案例,做到了理论与实践的完美结合。例如,第三章主要对公司法的理论与应用进行研究,内容涉及公司法总论、公司基本制度、一人有限责任公司以及公司法的案例应用研究。

本书具有较强的应用性和可操作性。在撰写中,作者从实际情况出发,按照“理论—案例”的思路,做到了理论与实践的结合。同时,对现代商法的相关理论体系进行了深层次的挖掘和探讨,语言表达清晰,观点明确,对于现代商法研究者、教育者而言不失为一本好的参考书。

需要指出的是,作者在撰写本书的过程中参考了大量关于商法的教材和资料,并引用了很多专家、学者的观点,在此谨对他们表示衷心的感谢。书中所引用内容的参考文献已在书后一一列出,如有遗漏,敬请谅解。

尽管在写作过程中,作者字斟句酌,力求完美,但难免存在疏漏之处,在此恳请专家、同行及广大读者批评指正。

作 者

2017 年 9 月

目 录

前言

第一章 现代商法概述	1
第一节 商法的概念与特征	1
第二节 我国商法体系及发展历程	15
第三节 商法调整的基本原则	18
第四节 商法与其他法律的关系	20
第二章 现代商法的基本制度	24
第一节 商事主体制度	24
第二节 商事行为制度	40
第三节 商事登记与商号	45
第四节 商事账簿制度	54
第三章 公司法的理论与应用研究	58
第一节 公司法总论	58
第二节 公司基本制度	64
第三节 一人有限责任公司	75
第四节 公司法的案例应用研究	78
第四章 证券法的理论与应用研究	83
第一节 证券法的基本问题	83
第二节 证券发行制度研究	90
第三节 证券交易制度研究	98
第四节 证券中介机构制度研究	106
第五节 证券法的案例应用研究	110

第五章 票据法的理论与应用研究	112
第一节 票据法律制度概述	112
第二节 汇票制度研究	124
第三节 本票与支票制度	137
第四节 票据法的应用案例	141
第六章 保险法的理论与应用研究	144
第一节 保险与保险法概述	144
第二节 保险合同法律制度	152
第三节 保险业法律制度研究	163
第四节 保险法的应用案例	171
第七章 信托法的理论与应用研究	173
第一节 信托及其设立的流程	173
第二节 受托人、委托人与受益人	181
第三节 信托财产	191
第四节 信托法的应用案例	197
第八章 破产法的理论与应用研究	207
第一节 破产和破产法律制度概述	207
第二节 破产流程的法律制度研究	217
第三节 破产清算的法律效力分析	230
第四节 破产法的应用案例	233
参考文献	235

第一章 现代商法概述

民法自罗马法以来都保持稳定,所以学理上关于民法的概念具有极强的统一性。然而,与民法相反的是,商事生活一直处于动态的发展中,并且各个国家商事立法的标准、学者的立足点各异,所以对商法的界定表现出极强的非统一性。本章作为起始章,主要对商法的有关内容进行概述,包括商法的概念与特征、我国商法体系及发展历程、商法调整的基本原则、商法与其他法律的关系。

第一节 商法的概念与特征

一、何为“商”

“商”是一个古老的词汇,被多学科使用。语词学上的“商”内涵丰富。从词源上考察,“商”在古代汉语中是一种计时单位,一刻就是一商。“商”也可以指推测、估量,后来便与“量”结合起来使用,也就是现在的“商量”。经济学里的“商”的概念也经历了一个变化的过程。在最初,人们将“商”引入经济学是用来相互交换。在人类社会早期,“商”活动表现为物的交换并且仅仅是有形物的交换,通常是简单的生活必需品,目的是满足简单的生存和生活需要。在货币出现以前,所有的交换都是非营利性的。随着交易规模的扩大以及商品贸易的发展,尤其在货币出现之后,“商”演变成一种营利性活动,出现了从事交易活动并从中获取利益的阶层。“商”字的内涵就在原有的基础上有了新的内容,营利性和非营利性活动都为“商”,交易行为和从事这一行为的人也是“商”,出现了商即商人的概念,如中国古汉语中的“布商”“客商”

等。一般而言,人们将“商事”代替营利性的“商”,“商”和“商事”同等使用的现象就经常发生。随着近现代商事规模的扩大,尤其是在以调整商事交易主体和商事交易行为为内容的商法典和商事专门法规出现之后,“商”逐渐演变成一个法定概念,特指营利性活动。到了现代社会,“商”的概念已经进入社会学、经济学、法学等多个学科。在日常生活中,人们不仅使用协商、商量,还将各种生产品、财物的交易活动看作“商”。社会学意义上的“商”是一种社会分工、社会职业,介于农、工业之间以及农、工业等生产者与消费者之间,是社会经济的一个部门。经济学意义上的“商”是一种生产方式,是产品进入市场的流通行为,是将生产者的产品送达消费者的媒介。法律学意义上的“商”具有特指的内涵,并且涵盖比较广泛,不仅包括营利性的流通领域,更包括生产领域。从法律上理解“商”,重点在于“商”是否属于营利性活动,以及“商”的主体是否具有法律上所赋予的能力。“商”的内涵在法律学上也是不断更新的。

二、什么是商法

(一) 国际上的不同视角

英美法系国家很早就学说理论层面使用商法一词。欧陆学者主要从商法立法的标准来界定商法。德国属于主观主义或商人主义法系,将商法视为适用于商人的特别私法。法国属于客观主义或商行为主义法系,将商法定义为关于商行为的特别法。英国商法学家将商法定义为“通过用商业贸易的形式提供货物及服务,从中产生的权利、义务的一系列法律的总和”。日本的立法标准虽然兼顾主观主义与客观主义,但实质上更靠近主观主义,而主观主义标准的基础是以企业为基础的条件主义。日本学者主要从商法渊源的角度对商法进行界定,从形式意义来看,商法是以商法典为中心的有关法律部门的总称。从实质意义上来看,商法是有关商的特别私法,包括商法典、商习惯法、特别单行法、国际条约、民法甚至行政法和诉讼法及刑法中有关的商事法规

等。这种概念使得形式意义的商法与实质意义的商法得以产生。就中国商法而言,因缺乏形式意义上的商法,故任何商法定义都是基于学者对商法体系的理解所作的纯学理性界定。尽管各国商法立法体系不同,但学理上仍可以采用商主体与商行为的概念。中国以“经营行为”为核心范畴来构建商法立法体系,因此可将商法定义为“调整因经营行为而形成的商事法律关系的法律规范的总称”。这一定义未限定经营行为的实施主体,也就是说凡法律未禁止从事经营行为的法律主体均可成为商事法律关系的主体。由此可见,与传统商法相比,我国的商主体与商行为的概念也在不断发展。

(二)商法的普遍类型

商法可以分为广义和狭义两个方面。狭义的商法仅仅指商法典及其附属法规。广义的商法不仅包括商法典,而且包括与商事活动密切相关的各种法律,如保险、公司、信托、票据、运输、代理、银行、消费者保护等法律,有些商法学著作甚至将破产法、反不正当竞争法等纳入其内。在理论上,商法分为形式意义和实质意义两方面。形式意义上的商法,是指奉行民商分立立法原则的国家在民法典之外制定的以“商法”命名的法典。形式意义上的商法着眼点为规范的表现形式和法律的编纂结构,它以法律文件的表现形式商法典作为商法概念的界定基础。形式意义上的商法典由于各国法典编纂的原则不同而表现为不同的具体形式,主要分为以商人为主观主义原则、以商行为为中心的客观主义原则和以商人和商行为共存的折中主义原则三大类。日本、德国、阿根廷、法国、比利时、卢森堡、奥地利、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、巴西等均制定有商法典。德国是以商人为主观主义原则的典型代表,法国是以商行为为中心的客观主义原则的典型代表,日本是以商人和商行为共存的折中主义原则的典型代表。我国目前尚不存在形式意义上的商法。实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。其着眼点为商事法律规范的性质、规范的作用、规范的构成、规范实施的方式等在理念上

的有机统一。商法规范不仅仅存在于商法典之中,而且还大量地存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。从实质意义上看,无论是属大陆法系还是英美法系,无论是奉行民商分立还是奉行民商合一的国家,都存在实质意义上的商法。事实上,我国实质意义上的商法早已大量存在。

三、商法中的核心元素

依据商法的定义,商法中的核心元素包括商人、商行为、营业以及它们之间的关系。正确理解这三个元素,有利于把握整个商法体系和认识商法诸问题。

(一)作为商法特有主体的商人

商人是商法特有的主体概念,是指参加商事法律关系,并以商为业者。法律规定商人的地位,并不是为了使商人拥有特别权利,而是使他们应承担由于其以商为业应承担的义务。商人的内涵包括以下三个方面。

(1)商人应是参加商事法律关系并以商为业者。有的人虽从事商行为,但仅是偶尔为之,他们虽参加商事法律关系,也是权利义务的归属者,但不是商人。所谓“以商为业”,是区别于偶尔从事商行为并非以商为职业者。只有以商为业并参加法律关系的主体才是商人,但是并非仅有商人才能从事商行为。同其他法律规定的主体一样,商人的合法权利当然因法律确认它的主体地位而受到保护。商人取得营业资格后所产生的特别义务有以下几点。第一,商人应就《税法》规定的某些税种,缴纳非商人所不需要缴纳的税。第二,根据我国法律的规定,商人均须依法履行信息披露的义务。其中,每个商人都必须最低限度地公开商业登记信息,上市公司则应依法披露更多的信息。第三,商人应接受《反不正当竞争法》和《反垄断法》的规制,应依照《消费者权益保护法》履行对消费者的义务。第四,尽管不同商人的商业账簿繁简不同,但每个商人必须置备商业账簿。第五,商人从事商事交易,默示可以产生商业义务。

(2)商人须具有商事能力,即商人从事营业的权利能力和行为能力。这种能力是在民事能力的基础上,由商法赋予的特别能力。前者应依据民法关于主体的规则。在我国,当前应依据《民法通则》第二章、第三章关于自然人、法人的有关规定。后者应依据商法的特别规定,如依我国《证券法》第123条规定:“本法所称证券公司是指依照《中华人民共和国公司法》和本法规定设立的经营证券业务的有限责任公司或者股份有限公司。”其实,这种能力就是营业能力。

(3)商人须依照商事法律和商事行政法规规定的事项和程序进行登记,并取得营业资格。商事登记的主管机关是县级以上各级人民政府的工商行政管理部门。经核准登记,并颁发营业执照,其登记申请人即取得营业资格。取得营业资格的“人”,包括自然人、法人及其他的组织形式。

商人具有基础性地位。在我国的商法体系中,商人概念不是商行为概念存在的前提,商人概念是适应抽象从事营业的各种主体的法律现象的需要而产生的。商人概念是商人制度的逻辑起点,形成商人制度的逻辑,从而支持整个商法的制度构造。商人制度又丰富了商人概念。商人对于商行为概念和商行为制度的形成不具有主导意义。商人对商法的主体现象具有抽象作用并支撑着商人法。商人和商人以外的人的区别依赖于制度创设过程,并集中体现于商业登记制度之中。

(二)商行为

商行为,又称“商事行为”,它是商法中特有的概念。在大陆法系国家的商法中,它和商人概念一样支撑商法的构造。商行为制度与商人制度是构成商法的两大基本制度。商法的绝大多数规则或为规范商人而设,或为规范商行为而设,而其他规则仅具有辅助性之意义。各国学者大多依赖于对本国商法相关规定的解释。我国学者都确认它的营利性,但在内容和特征上存在以下几种不同的表述。

(1)商行为是指商事主体所实施的能够引起商事法律关系产

生、变更、消灭的并以营利为目的的各种营业性行为的总称。^①

(2)商行为包括主观商行为和客观商行为,前者是商事主体所从事的任何经营活动,后者是任何主体从事的以营利性营业为目的的经营行为。^②

(3)商行为是商事法律行为的简称,它是商事法主体为了确立、变更或终止商事法律关系而实施的行为。^③

(4)商行为,就其一般法律特征而言,是主体基于特定商行为能力而从事的,以营利为目的的营业性行为。^④

(5)商行为是“商人资本经营的行为”,“它是商人为了确立、变更或者中止商事法律关系而实施的行为”。^⑤

从上述定义的共识中可以总结出:商行为是营利性行为和营业上实施的行为。

(1)商行为是营业上实施的行为,包括为了营业(如营业准备)实施的行为和作为营业实施的行为。前者指营业准备行为等;后者是指行为人采用经营组织,运用营业财产,进行经营活动。营业应具备独立性、有偿性、对外显示性。商人以特定的经营为业,其有以下几种特点。第一,行为人经营活动的计划性,指行为人不仅有经营的目标,还要对实现经营目标的措施和所采取的手段做出具体安排。第二,行为人经营活动的反复性,即同种经营行为的反复。一次或为数不多的几次经营性活动,不构成商事行为。第三,行为人经营活动的不间断性。不间断性和反复性相互联系但不能相互替代,反复性只是要求行为的多次重复,并不以连续为其要件,不间断性则要求行为的连续。所以,经营活动的反复性和不间断性,都是营业的构成要件。

(2)商行为是营利性的行为。营利性包括三种内涵:第一,追求资本不断增值和经济收益的最大化;第二,追求私益,即私法保护的私利,非同公益和慈善事业;第三,行为的有偿性,这和私法

① 李玉璧. 商法原理[M]. 兰州:兰州大学出版社,2000:68.

② 苏惠祥. 中国商法概论[M]. 长春:吉林人民出版社,1996:73.

③ 方嘉民. 商事法概论[M]. 天津:天津社会科学院出版社,1999:35.

④ 董安生. 中国商法总论[M]. 长春:吉林人民出版社,1994:125.

⑤ 徐学鹿. 商法学[M]. 北京:中国财政经济出版社,1998:223.

上虽为私益但属无偿的行为不同。这里需要区别两个概念,“营利”与“盈利”有联系,但不能替代使用。前者既表示有“盈利”产生,也表示分配于投资者。后者只是表示资本增值,产生利润,但没有表示分配给投资者。另外需要注意的是,商人获利和将其利益分配给投资者有着不同的内涵。投资者是广泛的,包括股权投资者和债权投资者,后者取得利息也含于“营利”的内涵之中。如果仅获得利益,并不分配给投资者,则不属于营利,因而也非商行为。营利性的典型应属公司的运营,公司资本增值,获得利益,再依法分配给股东。商人既可以在营业上实施商行为,也可以实施不采用营业形式的商行为;商人以外的人则仅能在营业形式之外实施商行为。虽然我国至今尚无对商行为做出概括性规定的法律,我国市场经济和商事活动的实践,要求采用多种表述方式概括商行为、揭示商行为特征。

在客观主义立法体系和折衷主义立法体系中,商行为是推导商人概念的。在我国,商行为概念对于商人概念和商人制度的形成均不具有主导地位。商行为概念的基础性表现在以下两个方面:第一,对于营利性行为或在营业上发生行为的抽象,揭示了这种法律现象的本质特征;第二,抛开不同类型的上述行为的不同点,成为规范这些行为的统一概念,并因此支撑商行为法,进而支持商法的整体构造。

(三) 营业

营业的意义包括客观和主观两个方面,前者指人为实现一定的营利目的而运用的有组织的财产,后者指商人的营利活动。客观意义的营业和主观意义的营业是营业的两个不同侧面,相互联系、相互作用。客观意义的营业的结果是主观意义的营业的沉淀,主观意义的营业需要建立在客观意义的营业的基础之上。

(1) 客观意义的营业。对于这种营业,不同的人强调的重点不同。有人强调营业的一体性,认为营业是一定的营业目的有机结合的组织一体的财产,可以是商人的全部营业财产,也可以是部分营业财产,但它必须是有组织的、有机能的。有人突出客观

意义营业的机能性,认为营业是为了一定的营利目的组织化的以人和物的资源构成的有机的具有机能的财产。客观意义的营业,是多数的物和权利的集合,沉淀着营业活动的社会活力,它具有的价值整体大于单个价值之和。客观意义的营业是从动态的意义上把握企业的财产。它虽然不是独立的权利主体,但它却是以营业自身将法律主体从外观上表示出来。构成营业的各个财产,就是作为商人享有权利、承担义务的基础。关于客观意义的营业,需要了解以下两点内容。第一是营业财产在法律上的意义。从法律上确定作为营业使用的特别财产极具价值。营业的特别财产性在公司的场合是完全的。在个人独资企业和合伙企业中,商人的营业生活和个人的其他经济生活非常难以分辨,只能凭借商业账簿的记载判断营业财产与个人生活财产。个人独资企业和合伙企业的营业财产具有相对性。作为营业的特别财产具有以下法律意义。首先,保护营业不被侵犯是保护商人的应有之义。要保护商人,就必须保护营业。商人拥有由营业产生的权利、义务,但营业可以成为侵权行为的对象,对营业的侵害范围包括财产所有权、专利权、商标权等,以及被称为具体权利的事实关系。也就是说,侵害营业特别财产的任何一部分,都是侵害商人。其次,营业的特别财产是强制执行和破产的对象。营业特别财产的范围,也是责任财产的范围。企业法人的营业特别财产在法律上具有独立性,它是交易中承担责任的财产以及企业经营的物质基础。它是企业不能清偿到期债务时的破产对象,是民事强制执行的对象。但是,非法人企业的营业特别财产不是责任财产的范围,责任财产应超出营业财产只是民事强制执行和破产的对象。最后,营业的特别财产可以作为转让、租赁、借贷、担保的标的。在商事活动中,营业财产可以用作抵押权和质权的标的,可以作为物权的处分行为的对象。第二是客观意义的营业由积极财产和消极财产构成。其中,积极财产包括物、权利和商业秘密、客户关系等;消极财产包括营业上各种债务形成的财产。在商人是个人的情况下,分辨构成营业的财产和私人财产就成为一个问题。理论和实践对这一问题有着不同的答案:理论上的答案

为是否属于以营利为目的的总体财产的组织体,实践上的答案为商业账簿的记载。

(2)主观意义的营业。法律对商人的营业既给予一定的自由,又给予一定的限制。首先,营业自由方面是指商人自由地从事营业活动,非经法律、行政法规规定不得限制。营业自由是一切采取市场经济体制的国家实行的原则,并且由宪法和法律所确认。其次,营业自由的限制因具体情形的不同分为两种形式。第一,对营业形式的限制。对营业形式的限制,包括对不正当竞争营业形式的制止和对限制竞争营业形式的禁止。必须反对和禁止妨害公众营业自由的营业形式,才能建立和维护自由、公平的市场竞争秩序,才能保护商人的营业自由。该种限制是为了使已形成的营业不采用破坏市场秩序的营业形式。第二,对营业形成的限制。营业自由受法律保护,但营业的形成并非是任意的,它须接受法律、行政法规的限制。营业的形成因特定主体利益的调整而限制,董事、高级管理人员、合伙人等在所涉及的领域内,在一定的期限内不得从事同类营业。因其身份理由的营业限制,从有利于国家机关廉洁和严肃执法的理由考虑,不允许国家公务员、法官、检察官从事任何营业。出于公益理由的营业禁止,为了维护公共秩序,法律禁止某些行为的营业,如禁止为了营利目的而为赌博提供条件。营业的行政许可。着眼于所营事业的特殊性和公众利益的保护,国家对一些行业的营业实行行政许可制度。营业的形成因其保护公众利益而被禁止。贩卖、运输、制造毒品,经营“宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的”音像制品、印刷品,均为法律、行政法规所禁止。出于对财政收入的考虑和对特殊行业进行特殊规制等理由,国家对个别行业实行垄断经营。国家对烟草专卖品依法实行专卖管理,并实行烟草专卖许可制度。

营业在揭示商人、商行为概念方面非常有影响,营业概念更是连接商人与商行为的概念纽带。商法具有制度逻辑,因此这些概念和制度之间需要保持着相互作用的关系。营业的适应性就达到了这一条件。商人离不开营业,商行为也需要营业。

营业概念在揭示商人和商行为的内涵方面起着关键作用。

(1) 营业概念作用于商行为概念。首先, 营业上实施的行为是一种重要的商行为。营业揭示了商行为内涵, 确定了商行为的范围、种类。营业性是成为职业的营业性商行为的重要标志。典型的营利性成为绝对商行为的根本标志。其次, 营业概念揭示了商行为概念。既然营利性是商行为的标志, 则营利性是人们研究商行为的根本渠道。然而, 商行为的多样性使得人们难以总结其客观性。于是, 人们将营业也引入商行为。作为行为的客观性的营利性如果是商行为的必要条件, 那么营业性就是商行为的充分条件。

(2) 营业在商人概念形成过程中处于关键地位。营业专属于商人, 能否取得营业资格是能否成为商人的关键, 只有商人才能从事营业。商事主体, 是指参加商事法律关系并为权利、义务归属者。商事主体的范围大于商人的范围。商人是商事主体的一个重要元素。这样看来, 商人与其他商事主体有共同性。然而, 商人的特殊性也是存在的, 那就是营业资格的拥有。其他商事主体则并不具备这一性质。法律不要求所有商事主体从事商行为或者以商为业, 仅要求商事主体以自己名义参加商事法律关系。所以, “营业”被引入商人概念。商事主体包含两个方面。一是是否从事营业的商行为。有些商事主体依法参加商事法律关系, 享有权利, 承担义务, 并与商人一样从事商行为。但是, 他们不采用营业的形式。二是是否从事商行为。有些商事主体不从事商行为, 他们以自己的名义在商事法律关系中享有权利, 承担义务, 参加商事法律关系并非都是因为从事商行为。可见, 是否从事商行为并不是成为商事主体的先决条件。商人和从事商行为的非商人是基于营利目的参加商事法律关系, 但非从事商行为者参加商事法律关系完全没有营利的目的。

四、商法的特征

(一) 发展性

商法是整个私法的引领者, 是许多私法制度形成的源泉, 如