

21 21世纪法学系列教材

中国商法总论

第二版

GENERAL PROVISIONS OF CHINA COMMERCIAL LAW

樊 涛 著

非
外
借

21

law textbook

法学阶梯
INSTITUTIONES



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



21 世纪法学系列教材

中国商法总论

General Provisions of China Commercial Law

| 第二版 |

樊 涛 著



法律出版社

始创于 1954 年

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

中国商法总论 / 樊涛著. -- 2 版. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3007 - 9

I. ①中… II. ①樊… III. ①商法—中国—教材
IV. ①D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 001001 号

中国商法总论(第二版)

ZHONGGUO SHANGFA ZONGLUN(DI-ER BAN)

樊涛著

责任编辑 陈慧

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 21.5

字数 360 千

版本 2019 年 1 月第 2 版

印次 2019 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-3007-9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

法律出版社作为中国历史最悠久、品牌积淀最深厚的法律专业出版社，素来重视法学教育图书之出版。

原“21 世纪法学规划教材”系列作为本社法学教育出版的重心，延续至今已有十余年。该系列一直以打造新世纪新经典教材为己任，遍揽名家新秀，因其卓越品质而颇受瞩目并广受肯定。当前，根据法学教育发展变化的客观需要，本社将原有教材系列调整重组，形成新编“21 世纪法学系列教材”，以便更好地为法学师生服务。

中国的法学教育正面临深刻变革，未来的法学教育势必以培养高素质法律人才为目标，以知识教育与应用教育相结合、职业教育与素质教育相结合、精英教育与大众教育相结合为导向，法学教育图书的编写与出版也将由此进入变革与创新的时代。

为顺应未来法学教育的改革方向和发展趋势，本社将应时而动，为不同学科、不同层次、不同阶段、不同需求的法学师生量身打造法学教材及教学辅助用书。在教材方面，将推出课堂教学系列、实训课程系列、通识课程系列、简明本系列、双语教学系列等；在教学辅助用书方面，将推出案例教程系列、法规教程系列、练习与测验系列、法学讲座系列、专业培训系列等。或革新，或全新，以厚基础、宽口径、多元化、开放性为基调，力求从品种、内容和形式上呈现崭新风采，为法学师生提供更好教本与读本，同享规划教材之盛。

“好书，同好老师和好学生分享”。本社在法学教育图书出版上必将继往开来，以精益求精的专业态度，打造全新“21 世纪法学系列教材”，传播法学知识，传承法学理念，辅拂法律教育事业，积累法律教育财富，服务于万千法学师生和明日法治英才。

作者简介

樊 涛

男,1974年生,河南兰考人。中国人民大学民商法博士,河南大学法学院副教授、河南大学民商法学科带头人、河南大学民商法专业硕士研究生导师组组长、河南大学公司法研究中心副主任、河南大学破产法研究中心副主任,台湾中正大学法学院高级访问学者。主要社会兼职包括中国民法学研究会理事、中国商法学研究会理事、河南省民法学研究会副会长、河南省商法学研究会副会长、河南省破产法学研究会秘书长、河南省人大常委会立法咨询专家、河南省“七五”普法讲师团成员、河南省委法律专家库成员、开封市人民政府法律顾问、兼职律师等。主要研究方向为民商法基础理论、公司法、合同法。

主持并完成省及校级项目四项;撰写出版《中国商法总论》《中国商法渊源的识别与适用》《商法总论》《公司法》《商法学》《合同法》等著作与教材六部;先后在《法商研究》《法律适用》《法学杂志》等法学核心期刊发表有关商法学的论文三十余篇;获得省、厅级科研成果奖十余项。

前 言

全球化、信息化、分享经济时代的经济发展,需要建构符合创新时代需要的商法体系和商法制度。与此同时,当代各国为了重塑自身的经济竞争实力,均依据全球化、信息化时代的要求在调整自身的商法体系。

当今全国各大法学院的商法总论课程和研究大都以西方的传统商法为主,坊间的商法总论教材或著作也均以西方的传统商法为主,而置我国商法的立法和现实于不顾。本书跳出“法律是普适的,可以完全独立于经验和时空”的“唯西方商法是从”的桎梏,采取一种新型的、紧贴我国商法实践的即“接地气”的中国商法总论。本书目的在于探寻能够适应我国“民商合一”民法典的模式,适应“大众创业、万众创新”“分享经济”“优化营商环境”时代需要的、融合中西和编纂中的《民法典分编》的中国商法总论,并阐释中国商法总论在全世界的法学和法律中应有的地位。

在研究方法上,本书运用案例分析的方法,从理论和实践的结合上把握中国的商法总论制度。通过分析真实、典型的商事案例,从中探究我国现行商法规范在我国商事司法中的适用情况以及存在的问题,并总结出解决问题的方法。

在研究内容上,本书引用我国最新的民商事立法与司法研究成果,内容上涵盖了我国商法渊源、商事主体、商行为、企业名称、商业登记、商事责任与商事诉讼、商事立法等内容,以期建立适合我国国情的、全景式的中国商法总论。

著者自2000年7月在河南大学法学院工作伊始,一直从事商法总论的教学与科研工作。总结多年来商法总论教学与研究的心得,形成了《中国商法总论》(第二版)。囿于著者的能力有限,书中一定还存有多方面的不足,恳请学界与读者批评赐教。

樊 涛

2018年10月8日于河南大学

目 录

第一章 商法概说	(1)
第一节 商法的概念、特征及分类	(1)
第二节 商法的对象	(8)
第三节 商法的渊源	(11)
第四节 商法的基本原则	(14)
第五节 商法与邻近法律部门的关系	(18)
第六节 商事法律关系的概念与分类	(23)
第二章 商事主体	(28)
第一节 商事主体的概念及特征	(28)
第二节 商主体的规制	(31)
第三节 商事能力	(39)
第四节 传统商主体的分类	(50)
第五节 我国的商个人制度	(52)
第六节 商合伙	(58)
第七节 商法人	(62)
第八节 商事辅助人	(65)
第九节 我国商主体法律制度的评判与重构	(79)
第三章 商事企业与营业权	(85)
第一节 商事企业概述	(85)
第二节 我国的营业权制度	(99)
第四章 企业名称	(106)
第一节 企业名称概述	(106)
第二节 企业名称的构成和使用	(108)

第三节	我国法律关于企业名称选用的规定	(111)
第四节	企业名称权	(113)
第五章	商事登记制度	(131)
第一节	商事登记概述	(131)
第二节	商事登记的机关、对象和登记事项	(136)
第三节	商事登记的种类	(146)
第四节	商事登记的程序	(152)
第五节	商事登记的法律后果和效力	(163)
第六章	商事行为	(171)
第一节	商事行为概述	(171)
第二节	商事行为与民事法律行为理论	(180)
第三节	商事行为的特殊规则	(192)
第四节	我国《民法典分编》中的商行为制度	(215)
第五节	我国的商行为立法	(246)
第七章	商事责任	(251)
第一节	商事责任的法理探析	(251)
第二节	商事合同	(266)
第三节	商事侵权	(279)
第八章	商事诉讼与商事审判	(284)
第一节	商事诉讼法理与我国的制度创新	(284)
第二节	我国的商事审判制度	(300)
第三节	商事审判中的裁判思维	(311)
主要参考文献		(321)

第一章 商法概说

第一节 商法的概念、特征及分类

一、商法的概念

民法自罗马法以来,一直具有相对的稳定性,因此,学理上对民法的界定没有多大分歧,具有极强的统一性。比较而言,商事生活则变动不居,而各个国家商事立法采用的标准不尽相同,同时学者的立足点又各异,对商法的理解不尽相同,表现出来的结果是商法概念的非统一性。

在英美法系国家,商法(business law 或 commercial law)一词很早就得以使用,但一直限于学说理论层面。在英国,权威商法学家认为,所谓商法是指“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”。^[1]也有学者认为,business law“是一个内涵很不确定的术语;它只是一种简单扼要地表述,并不代表一个国家中独立的法律部门或法律分支。主要用于学校学习商业或从事商业的人开设和课程名称或教科书名称”。^[2]而另一个商法词汇 commercial law 也不被看好,commercial law 在英美法中也是“一个相当含混的一般性术语,用来指与商业有关的各种法律……主要用来指合同法和财产法中与企业和商业惯例有关的那些内容”。^[3]在一般情况下它与 business law 同义。

欧陆学者主要从商法立法的标准出发来为商法下定义:法国属于客观主义或商行为主义法系,因此,法国学者一般认为商法是关于商行为的特别法;德国属于主观主义或商人主义法系,因此,德国学者普遍认为商法是适

[1] Peter De Cruz, *A Modern Approach to Comparative Law*, Kluwer law and Taxation Publishers, 1993, p. 43.

[2] [英]戴维·M.沃克编:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1988年版,第120页。

[3] [英]戴维·M.沃克编:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1988年版,第180页。

用于商人的特别私法。^{〔4〕} 由于两国的立法标准并非绝对的和唯一的,因此,这种简单化的概念其实并不准确。

日本学者主要从商法渊源的角度出发来给商法下定义:日本学者认为,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。^{〔5〕} 或者干脆称为商法典。^{〔6〕} 从实质意义上来看,商法是有关商的特别私法。从这个意义上讲,不仅是商法典,而且商习惯法、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都被纳入商法的范围之内。这种概念的好处是成就了两个概念,即形式意义的商法与实质意义的商法。形式意义的商法固然可以从直观上彰显商法的独立性,实质意义的商法也不能否认商法的部门法性。日本也有人认为基于商的企业关系的性质,商法被认为是调整企业关系的特有的法律的总称。^{〔7〕} 这主要是因为日本的立法标准虽然兼顾主观主义与客观主义,但是日本商法在本质上仍然更靠近主观主义,而主观主义标准的基础是以企业为基础的条件主义。

台湾学界一般称商法为商事法,是指关于商事之法律。^{〔8〕} 由于没有独立的商法典,因此,商事通常被认为是民事的一部分。只因为商事偏重于经济生活方面,所以对于民事而言其具有特殊性,基于民事与商事之间的一般与特殊的关系,也就认为商法是民法的特殊法。^{〔9〕} 我国商法学界持此种观点的学者很多。“民法是对私人法律关系做出规定的一般法,商事法是对其商事法律关系做出规定的特别法,两者是一般法和特别法的关系。”^{〔10〕}

二、商法的特征

(一) 特殊性

关于民法和商法的关系,无论民商分立抑或民商合一,大陆法系通说认为:“民法是一般法,商法是特别法。”为了维护私法体系的统一性,避免不必要的重复,商法中仅对商事领域中的特殊问题或者有特殊要求的规则加以规定,与民法共通的规则规定于民法。所以,商法并非商事活动完整的、自

〔4〕 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第15页。

〔5〕 [日] 尤田节等编著:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社1983年版,第1页。

〔6〕 [日] 我妻荣等编:《新法律学大辞典》,董璠舆等译,中国政法大学出版社1991年版,第500页。

〔7〕 [日] 我妻荣等编:《新法律学大辞典》,董璠舆等译,中国政法大学出版社1991年版,第500页。

〔8〕 林咏荣:《商事法新论》,五南图书出版公司1985年再版,第3页。

〔9〕 林咏荣:《商事法新论》,五南图书出版公司1985年再版,第15页。

〔10〕 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第11~12页。

成一体规则,事实上是民法的特别法,商法仅具有补充或者修正民法上一般规定的功能,须与民法相结合才能够适用。商事司法中,商法规范在法官审理商事案件时,大都须借助于民法规范。例如,在买卖标的物瑕疵的场合,德国的商事法官首先要根据《德国民法典》判断各构成要件是否成立,而后才能依据《德国商法典》第377条提出损失赔偿请求。^[11]可以说,几乎任何一起商事案件都可能涉及民法规定的适用。“……我国立法秉持民商合一的传统,通过编纂民法典。完善我国民商事领域的基本规则,为民商事活动提供基本遵循……”^[12]因此,我国《民法总则》也视商法为私法的特别法,强调其特殊性。我国《民法总则》第11条规定:“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”

(二) 普遍性

在当前世界各国均奉行改革开放、发展经济的背景下,特别是我国奉行“一带一路”的战略,当下的商法更体现出“普遍性”“全球性”等特征。在当下全球化的世界中,商人就跨国情形所制定的规则经常取代国家立法,因为国家法无法调整全球维度下的商事交易,因而只得由各国商人的私人“立法”来满足现实中社会对于商事规范的需求。^[13]

1. 商法的普遍性是商人营利超出国界的表现,是营利性扩张的必然结果。西方谚语有云:“哪里有市场,哪里就有商人的足迹”,西方社会人们普遍认为:“交易中不存在任何国界,正如个人主义只承认世界公民和世界市场一样”。^[14]哈耶克所提出的自发扩展秩序就是建立在该种基础之上的。这里我们可以看到:至少在营利活动方面,商人都是“国际人”而少有民族性,因此,商法较之于民法而言,不受各国风俗习惯之影响,有世界统一法性。

早在古罗马以及后来的中世纪,商法就被称为“万民法”与“自然法”。他们是在世界各地通用的法律,可以适用于一切人。威廉·米歇尔在论述商法的普遍性时指出:“每一个国家,甚至还可以说每一个城镇,都有它自己

[11] [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第7页。

[12] 李建国:《关于〈中华人民共和国民法总则〉(草案)的说明》,2017年3月8日第十二届全国人民代表大会第五次会议。

[13] [德]弗里茨·里特纳、迈因哈德·德雷埃尔:《欧洲与德国经济法》,张学哲译,法律出版社2016年版,第280页。

[14] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第73页。

的一种商法,但所有这些商法都不过是同一种类的各个分支而已。在每个地方,商法的主要原则和最重要的规则都是一样的,或者说是趋于同一的。”^[15]现代商法更是显出它的趋同性的一面,例如,德国商法历经百年而未变动,但是在欧盟的驱动下,为了实现更为广泛的世界接轨,为了本国商人的利益,才出台了1998年的《商法改革法》,对商法进行了前所未有的改动,该种改革就是商法国际化的一个体现。

2. 商法普遍性源于商事领域对政府的拒绝,是国际商人互动的结果。早在古罗马时代,由于贸易需要,罗马帝国允许并鼓励各国商人之间进行交易。在此基础上,万民法得以产生,这是商法之国际性的较早体现。中世纪商人法由于缺少国家管制的因素,更是彻头彻尾的国际法。近代民族国家成文法运动从形式上中止了商法的国际性,但近代的各国立法莫不从既有的商人法中汲取大量规则。1560年与1563年法国的弗朗索瓦二世和查理九世颁布敕令禁止商人法庭的活动,并将其整合进国家司法机构之中。原商人法庭的成员被吸收进国家法庭作陪审法官;而颁布的商事法令从先前的商人法中吸收了许多内容。^[16]基于各国的吸收与传承,各国之商法无不具有共通性,现代各国的商法与国际商法更趋于统一。曼斯菲尔爵士在审理皮里诉皇家外汇保险公司一案时指出:“商法在全世界都是相同的,因为从同样的前提出发,从推理与正义所得出的结论也应是相同的。”^[17]我国在制定《合同法》时,同样借鉴了许多西方国家以及国际交易规则,使传统商法的精神被吸收进来,也使我国的商事交易规则具有了一定的国际法色彩。

3. 商法普遍性还在于其以人性为基础,反映了交易者在交易中的底线规则意识。商法的国际性在历史上固然有殖民传播与大国强迫的因素,但不可否认的是更有各国商人基于互通有无而对别国商事规则的自愿继受。不管是由何种原因所引起,只要这种规则能够得以保持,就有其存在的基础,这个基础在很大程度上源于人性的共同点。商法一直被认为具有自然法之特点。而从法学理论的历史发展来看,自然法一直被认为是源于人性,是人们之间合意与共识的必然结果。

4. 商法的普遍性只是相对而言,并非绝对统一。比较而言,商行为法较商主体法更能实现规则的统一性。主体法中的公司法由于受各国社会经济

[15] [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第417页。

[16] [美]贾恩弗兰科·波齐:《近代国家的发展》,沈汉译,商务印书馆1997年版,第78页。

[17] [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

状况的影响而难趋于统一化。首先,各国公司法中规定的可设定的公司形态各异,例如,我国《公司法》明定可设立的公司只限于有限责任公司与股份有限公司两种,而其他国家除了上述两种公司以外,还会有无限责任公司以及两合公司等。其次,各个国家对于每种公司的具体规定也并未能达成一致。虽然商行为法较为容易实现统一,但各国政府与民间组织的努力也并未达成商行为法的绝对统一。以票据法为例,各国目前关于票据种类的规定不同,英美法认为票据分为汇票和本票,支票包含在汇票之中,是汇票的一种特殊形式;大陆法认为票据包括汇票和本票两种,支票为另一种证券;我国票据法规定,票据包括汇票、本票和支票。为了世界各国商业的互通有无,商法的国际性还需要各个国家的大力推动。但也有学者对这种法律“全球化”提出质疑,认为任何法律制度都有其民族性蕴含其中,正如美国法学家霍姆斯所说的那样:“事实上,法律总是日趋接近,但永远也不会完全统一。一方面,它总是要采纳现实生活中出现的新的原则;另一方面,也总是要保留那些历史上尚未被同化或抛弃的旧原则”^[18] 尤其是发展中国家,认为商法的国际性是一种变相的“文化侵略”。

(三) 公法性

商事领域,为追求交易快捷与交易秩序的稳定,各国的商事立法均在运用民法基本调整方法的基础上,辅以公法规范贯彻国家干预原则,此乃商法的公法性。商法的公法性从一种宏观的角度,保障着社会公共利益的兼容性。^[19] 另外,商法中的公法性规范存在的理由还有经济学的解释,即对商事活动负外部性的规制。商人从事商行为的目的是追求利益,通过契约安排彼此的权利义务。但是,在当事人的行为过程中,可能产生一些后果由第三人承担,这些后果可能使第三人获利,也可能使第三人利益受到损害。所谓的第三人利益受到的侵害,就是负外部性。为了调整负外部性,需要规则约束,^[20] 而约束的规则大都体现为公法规范。从立法技术上,目前法典编撰以便宜性为根本原则,因此商事立法往往结合公法性规范,以充分发挥集合优势进行商事关系的综合调整。因此,从商法是企业的私法角度观察,还

[18] [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第63页。

[19] [德]弗里茨·里特纳、迈因哈德·德雷埃尔:《欧洲与德国经济法》,张学哲译,法律出版社2016年版,第241页。

[20] 王艳华:《非商法思维的入侵以及商法的回应》,载王保树主编:《中国商法年刊》(2013),法律出版社2013年版,第123页。

应将商法扩张至消费者权益保护法以及反不正当竞争法。之所以将消费者权益保护法纳入其中,在于该等法律乃是处理营业中与相对的消费者之间的关系,反不正当竞争法在于处理营业中与其他企业之间的关系。

国家任务的扩大不仅改变了公法的内涵,同时也促使私法与公法的功能发生了变化。就私法来说,特别是本应由商法主体自行承担的制度成本及交易成本,往往因商事交易的规模过大,商法制度捉襟见肘而必须借助于公法规范,例如,借助于行政处罚乃至刑事处罚的方式来降低公司制度、票据交易制度、证券交易制度等商事交易的防范成本。公法从而成为商法的工具。此种例子不胜枚举,如商人事先须取得营业执照、企业合并需要申报或经主管机关许可、特定产品进出口需要事先取得配额等。但是,值得注意的是,对于商法借助公法进行综合调整的深度、尺度、方法等诸多方面立法要谨慎为之。换言之,两者的关系假若处理得当,对于公私法无疑可以发挥巨大的调和作用。反之,如果操作不当,则将使公法介入商法不是超出立法规划,就是过于保守而抵销了应有的政策效果。^[21]

值得注意的是,在当下的分享经济时代,融合性新业态大量出现,突破了传统的监管模式,致使许多分享经济模式均有“违法”嫌疑,都面临着随时被叫停的风险。因此,面对分享经济新型的商业模式、经营模式等与传统商事交易的不同,我国的商事监管部门不能削足适履,强迫新的商事交易符合旧的商事监管模式框架,我国应当因地制宜地调整商事监管模式,及时清理阻碍新的商事交易发展的不合理商事规章制度,促进分享经济模式下的商事新业态。^[22]但是,在鼓励创新的同时,也应当对分享经济的负面性进行规制,以保护消费者、公共利益和交易秩序。^[23]

因此,我国需要构建以信用为核心的新型的商事监管制度,体现为政府部门应当对利用自身权力监管分享经济市场秩序的克制性,同时,政府应当积极推动市场声誉机制的建立,应当充分利用市场自律对分享经济市场秩序进行更为及时和有效的监管。

三、商法的分类

商法的分类,既关涉对商法结构体系的了解,又关涉对商法形式渊源分

[21] 苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第258页。

[22] 马化腾等:《分享经济》,中信出版集团2016年版,前言。

[23] 蒋大兴、王首杰:《共享经济的法律规制》,载《中国社会科学》2017年第9期。

布的认识,更关涉对商法规范效力差异的把握。关于商法的分类,为立法与理论甚为看重的大体可作如下几个方面的罗列:

1. 形式商法与实质商法。形式商法指已成形之商法典;实质商法指无统一的商法典,但有诸如公司法、海商法、保险法、票据法等。我国奉行民商合一,我国有实质商法,无形式商法。商法学者自然关注商法问题,而多数民法学者却回避对商法问题的讨论。

此分类的意义,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。

2. 商业组织法与商人行为法。商业组织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,都属于商业组织法的范畴。商业组织法是商法中最为特殊的部分,企业维持即为商业组织法的原则,却未必适用于商业行为法部分。在当今中国,商业组织法初步成型,涵盖了个人独资企业、合伙企业以及公司,在观念和原则上,最大的误解和误会似乎是无限责任投资者是否为商人、是否有必要提出营业自由的原则、如何完善各类企业之间的关系。

商人行为法又称商事行为制度,指以商事经营行为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。商事行为法在形式上与民事法律行为牵涉最大,甚至被视为对民事法律行为的重述,或者对民法关于民事法律行为的规定提出的除外规定。然而,行为法部分不同于民事法律行为者,在于它将数量众多的非表意行为纳入其中,亦将各种自主行为纳入其中。如此混乱地组合在一起,目的在于体现商业活动的特殊性。另外,民事法律行为抽象于合同、遗嘱等,却不涉及所有权的自主行使。商法在此方面规定了营业以及营业转让、企业经营方式等制度,以补充民法之不足。

3. 商事特别法、商事普通法与商事习惯法。商事特别法,指对于生活意义重大,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,即优先适用商事特别法,其次适用商事普通法,最后适用商事习惯法。受制于“民商合一”的立法体制,我国目前缺乏商事普通法,即商事一般条款。

第二节 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。似乎多数学者都倾向于这样的看法,商法内部分为两个部分,即商人组织法与商人行为法。两者贯彻的原则和体现的精神不太一样,这不仅说明无法从中总结出适合整个商法领域的原则,也无法用过度抽象的方法研究商法。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。基于对商法体系的理解,商法应当包括以下组成部分:

一、商法的总论

商法的总论包含商人、营业、营业资产及其转让、账簿等,此部分与商行为有关,却不限于商行为。商人、商行为、营业、营业资产、商业登记等构成的独特概念群,有助于捍卫商法学科和法律体系的独特性。

“商法作为独立的学科,有独立的研究对象和知识体系,不赞成将商法作为民法的特别法,商法应独立发展;在社会主义市场经济法律体系中,民法典与商法典是鸟之两翼、车之双轮的关系。今后的商法学研究要集中于构建商法学独立的知识体系、理论体系与话语体系。”^[24]

二、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:

1. 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,商人是依据商法的创制才得以产生的法律上的主体。

[24] 我国著名的法学家张文显教授在中国商法学会2015年年会的发言。

2. 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”一词客观含义的帮助,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。

3. 以企业而为商人人格的核心性依托,从积极角度讲,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,但是经商与博弈更是同一机理,为了促使所有的商场之人既能够“赢得起”更能够“输得起”,仍有必要以企业而为商人人格的核心性依托。

三、商事营业关系

“营业”一词产生的历史久远,它在近代商法中的地位至关重要。在历史上,商法带有交易法和习惯法的色彩,加之早期商人多以个人独资和合伙企业为主,不存在公司及类似企业,也就不存在组织法意义上的营业。在近代商法中,公司企业的作用日渐提升,组织法在商法中的地位提升,营业已不限于交易行为,而是涵盖了组织法上的营业。

1. 主要作用

在商人法和商行为法体系下,营业的作用不尽相同。在总体上,商法在抽象意义上规定“营业”,主要是确定商人身份的工具,而不是为了全面调整各种营业。如果能够找到确定商法适用范围的其他方法,商法中未必要采用营业的一般范畴。然而,多数国家都是采用营业来界定商人身份的,我国在确认企业身份时,主要采用登记标准,而不是营业标准。

(1) 在商人法(主观主义商法)中,营业是定义商人的直接和核心要素,进而间接成为确定商法适用的主要标准。德国商法采用“商人法主义”或称“主观主义体系”,商人资格是确定商法应否适用的主要标准。在德国商法典中,营业成为“商人”的定义要素。《德国商法典》第1条规定:“(1)本法典所称的商人,指经营商事营利事业的人;(2)商事营利事业指任何营业事业经营,但企业依照性质或者规模不需要以商人方式所设置的营业经营的,不在此限。”由此而来,只有了解了营业,才能了解商人的含义。

(2) 在采用“商行为法”(或称客观主义商法)体系中,营业不再是商人资格的认定标准,却依然是确定商法应否适用的主要标准。换言之,营业成为商法适用的直接标准,而无须借助商人的认定再确定商法的适用。其实,