

21世纪高等教育法学教材

商法总论

(第二版)

樊涛 王延川 著

本书作者结合自身多年的教学实践,从基础理论篇、制度实践篇、商事责任与商事审判篇、商事立法篇四个部分,全面系统地梳理了商法学理论;同时比较分析了大量国内外的商事理论与实践经验,可以为阅读者提供比较法的学习视角。

本书结构完整清晰,语言流畅凝练,又有较强的教学针对性,适合作为高等院校民商法学相关专业的课程教材,也可以作为相关领域的理论研究人员和实践工作者的参考用书。

SHANGFA ZONGLUN

知识产权出版社

要数容内

本教材是根据教育部《法学教育专业类教学质量标准》和《法学专业类教学质量标准》的要求，结合我国法学教育的实际情况，在充分吸收国内外法学教育成果的基础上，经过反复论证和修改，最终形成的。教材力求做到概念清晰、重点突出、由浅入深、循序渐进，力求做到科学性、系统性和可读性的统一。

21 世纪高等教育法学教材

主编：樊涛

副主编：王延川

商法总论

副主编：王延川

(第二版)

樊涛 王延川 著

(第二版) 商法总论

樊涛 王延川 著

出版发行：知识产权出版社

社址：北京市西城区德胜门内大街

网 址：<http://www.ipcpress.com>

发行电话：010-2300860 转 2101

编辑部电话：010-8300889

印 刷：北京市昌平印刷厂

开 本：720mm×960mm 1/16

版 次：2010年10月第1版

字 数：441千字

ISBN 978-7-313-07130-1/D · 1087 (3130)

知识产权出版社

出版发行：知识产权出版社

如有印刷质量问题，本社负责调换。

002070

.com

国图章

印 次：2010年10月第一次印刷

定 价：38.00元

内容提要

本书作者结合自身多年的教学实践,从基础理论篇、制度实践篇、商事责任与商事审判篇、商事立法篇四个部分,全面系统地梳理了商法学理论;同时比较分析了大量国内外的商事理论与实践经验,可以为阅读者提供比较法的学习视角。

本书结构完整清晰,语言流畅凝练,又有较强的教学针对性,适合作为高等院校民商法学相关专业的课程教材,也可以作为相关领域的理论研究人员和实践工作者的参考用书。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

执行编辑:徐施峰

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

商法总论/樊涛,王延川著.—2版.—北京:知识产权出版社,2010.9
ISBN 978-7-5130-0186-1

I. ①商… II. ①樊…②王… III. ①商法-中国- IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第181252号

商法总论(第二版)

樊涛 王延川 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网址: <http://www.cnipr.com>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000889

印刷:北京市兴怀印刷厂

开本:720mm×960mm 1/16

版次:2010年10月第二版

字数:441千字

ISBN 978-7-5130-0186-1/D·1087 (3130)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000893/82005070

责编邮箱:pengxiaohua@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:21

印 次:2010年10月第一次印刷

定 价:38.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

目 录

第一部分 基础理论篇	(1)
第一章 商法概念的诠释	(3)
第一节 对几个相关词汇的界分与辨析	(3)
第二节 商法的概念辨析	(10)
第三节 商法的品质分析	(15)
第二章 现代商法的建构与解构	(28)
第一节 现代商法文化基础与技术构建	(28)
第二节 现代商法的当代发展	(36)
第三章 传统商法的价值	(43)
第一节 营业自由及其限制	(43)
第二节 交易安全及其制度保障	(53)
第四章 公司社会责任及其实现机制	(66)
第一节 公司社会责任的正当性与源流考察	(66)
第二节 公司社会责任的实现机制	(79)
第二部分 制度实践篇	(87)
第五章 商主体的基本构架	(89)
第一节 商主体的概念及特征	(89)
第二节 商主体的规制	(90)
第三节 商主体的商事能力	(98)
第四节 传统商主体的分类	(106)
第五节 我国的商个人制度	(109)
第六节 商合伙	(113)
第七节 商法人	(116)
第八节 我国商主体法律制度的评判与重构	(118)
第六章 商事企业与营业权	(128)
第一节 商事企业制度	(128)
第二节 我国的营业权制度	(134)
第七章 商事名称制度及其最新发展	(144)
第一节 商事名称概述	(144)



第二节 商事名称的构成和使用	(145)
第三节 我国法律关于商事名称选用的规定	(148)
第四节 商事名称权	(150)
第八章 商业账簿制度研究	(159)
第一节 商业账簿概述	(159)
第二节 商业账簿的设置及核算	(166)
第三节 商业账簿的种类及构成	(171)
第九章 商事登记制度新探	(176)
第一节 商事登记概述	(176)
第二节 商事登记的机关、对象和登记事项	(180)
第三节 商事登记的种类	(185)
第四节 商事登记的程序	(189)
第五节 商事登记的法律后果和效力	(195)
第十章 商事行为机理与我国制度实践	(201)
第一节 商事行为概述	(201)
第二节 商事行为与民事法律行为理论	(206)
第三节 商事行为的特殊规则	(213)
第四节 我国《合同法》中的商行为制度	(219)
第五节 我国的商行为立法	(243)
第三部分 商事责任与商事审判篇	(249)
第十一章 商事责任之法理探析与制度表现	(251)
第一节 商事责任之法理探析	(251)
第二节 商事合同	(265)
第三节 商事侵权	(274)
第十二章 商事诉讼与商事审判	(277)
第一节 商事诉讼法理与我国的制度创新	(277)
第二节 我国的商事审判制度	(292)
第四部分 商事立法篇	(301)
第十三章 我国的商事立法	(303)
第一节 《商法通则》：我国商事立法模式的应然选择	(303)
第二节 《中华人民共和国商法通则》草案建议稿	(314)
主要参考文献	(324)

第一部分 基础理论篇

第一章 商法概念的诠释

第一节 对几个相关词汇的界分与辨析

商法这个概念在中国的用语非常混乱：流行的论著将古代与近代以来的大陆法系以及英美法系的商法用语诸如“law merchant”、“commercial law”、“business law”等不同概念混用的情形随处可见，而现实生活中则有商法、商事法、商业法、企业法及营业法等诸多提法。因此，在为商法下定义之前，有必要对商、商事、商业、营业作一个简要说明，以厘清诸多概念之间的联系与区别，从而更好地理解商法的本质。

一、商

对商法概念界定的首要问题是弄清什么是商，商的含义是理解商法的第一步。因此，先要对商进行全方位的解释。

(一) 语汇学意义之商的解释

在中国古汉语中，商首先是一种度量衡单位，这可以从“商量”、“商度”一类的用法上获知。中国第一部字典《说文解字》讲“阜通货，贿注行曰商”，可以作为理解这一概念的起点。后来又演化为讨价还价，《后汉书》有“通财鬻货曰商”，《白虎通》称“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”。总之，古代汉语中的商含有商品交换和货物买卖的内容。

西方社会也是如此理解商的，美国《布莱克法律词典》解释商是指“货物、生产品或任何种类货物的交换”，《韦斯特新国际辞典》说“商品交换或买卖之行为”为商，《牛津大辞典》说商是指“商品交换和与商品交换有关的一切活动”。^①

不管中国与西方国家，对商的理解都比较狭义，只是将商界定为属于买卖商的行业之列，根本不能涵盖现代商的迅猛发展所带来的多样化的状态。

(二) 经济学上与法学上的商之内涵的分析

就经济学意义而言，商是一个极具扩张性的概念。从历史发展来看，开始它

① 张国键：《商事法论》，三民书局1984年第21版，第3~4页。又参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，北京大学出版社2000年版，第3~4页。



只局限于财货交易，随着社会的发展，它的范围越来越广，而其中几乎所有部分都被纳入到法律范围成为法律事实。

在现代社会，商的外延有如下几类：（1）固有商，即买卖商，指直接沟通生产者与消费者的媒介性财货交易经营活动；（2）辅助商，也称第二种商，指的是连接货物交易经营的中转、中介性经营活动，如仓储、保管、运送、居间、行记、代办等；（3）第三种商，指的是与交易密切相关的生产制造、承揽加工，以及便利交易资金的融通和周转的经营活动；（4）第四种商，指的是与固有商有某种关联甚至无关系，而与第二种商、第三种商有一定联系的信息广告传播业和旅馆、保险、饮食、娱乐等活动。

以往的教科书对于商的理解都非常狭隘，认为只有固有商才会带来直接的利益增殖，因此，经济学意义上的商只是指固有商，而不包括第二种商、第三种商与第四种商。法学上的商包括上述四种类型的商。^①此种观点有待商榷。我们并不否认直接的商品交换，即财货交易的重要性，但是，不能说其他商的类型就不重要。首先，没有生产加工，财货交易从何而来？没有保管与运送等作为配套，交易何以进行？其次，法律以社会事实为其对象，试想如果经济事实中都没有第二种商、第三种商与第四种商，商法中怎么会有这几种呢？因此，这种对于经济学上与法学上的商的分立的解释是违反生活常识的。其实生产、制造活动在很长的一段时期一直都是经济学家研究的重要领域，直到马克思的“剩余价值”理论的出现，才使经济学家对于经济重心的理解开始转向交易方面。^②

（三）学说上的商的解释*

从学说上而言，商是一个弹性很大的概念，在不同的时代与国家里，商表现出不同的含义。但总体上是将商理解为商事、商行为或主观营业，三者之不同既具有形式意义，也表现了立法标准的差异。

1. 主体主义的商

主体主义的商以主体来说明商的意义，因此，所谓商是指商人之行为。中世纪商人法时代与1897年以来的德国采用此说。

2. 目的主义的商

目的主义的商，也称为主观主义的商，是以主观目的而为商之内涵的界定，因此，所谓商是指以营利为目的的行为。法国法曾采用此说，但由于营利目的很难界定，故现代社会各国很少再采用此说。

① 张国键：《商事法论》，三民书局1984年第21版，第4~6页。

② [美] 迈克尔·佩雷曼：《经济学的终结》，吴小英译，经济科学出版社2000年版，第6页。

* [日] 松波仁一郎口授、陈汉编译：《商法总则》，丙午社1907年版，第3页。



3. 客体主义的商

客体主义的商,又称为客观主义的商,是以客观行为来界定商的本质,因此,所谓商者,是指转换货物的行为。该种意义与固有商相同,将商理解得非常狭隘。

4. 折中主义的商

折中主义的商是以上述三种学说共同来对商进行解释,因此,所谓商者,是以营利为目的的转换货物行为、商人的营利行为或者介于生产者与消费者之间而转换货物的行为。

二、商业

(一) 概述

商业这个词的英文名称是 business,与经济学中的“企业”颇为类似。主观主义的代表国家德国将商法称为商业法,这是沿用了中世纪以来的传统,将社会人等划分为等级,因此,一直以来都是人们批驳的对象。“商业法是主观法,有时是特权法,有时是嫌疑法,但一直是阶级法。”^①

我国台湾地区学者刘甲一在其教科书中就将商个人与商合伙称为商业,与公司形成对比。“商业虽无社团法人资格,但亦具有主体性,因而有‘商号名称’。”^②这与我国台湾地区“商业登记法”有关,“商业登记法”第2条对商业是这样界定的:所谓商业,系指经营以营利为目的之独资或合伙事业。也就是说,商业主要指商个人与商合伙。商业一般要经过登记方能成立,而在登记过程中,最主要的是看财产即企业是否符合条件,因此,商业这个词具有强烈的主观主义倾向。^③但对于独资与合伙型商主体经营之业务是否能叫做商业,在台湾学界有所存疑。^④

(二) 商业的界定

对于商业的界定从来就未曾有过一致的看法。各个国家和地区均从其自身历史以及习惯给商业以不同的解释。概括而言,主要有以下三种。

1. 事业论

该观点认为凡是以营利为目的的事业皆属商业。从事商业者即为商人,商人在其商业范围内所行为是商行为。此种对商业认定的代表者是1897年《德

① [法] 克洛德·商波:《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第23页。

② 刘甲一:《商事法论(修订版)》,五南出版公司1980年版,第38页。

③ 同上书,第38页。

④ 同上书,第44页。



国商法典》。我国台湾地区也采用的是事业论学说,比如台湾地区“商业登记法”及“商业会计法”。台湾地区“商业会计法”第2条规定:“本法所称商业,谓以营利为目的之事业。其范围依商业登记法、公司法及其他法律之规定。”“商业登记法”第2条规定:“具体而言,(商业)指经营以营利为目的之独资或合伙事业。”

2. 行为论

先从性质上界定商行为之内涵,以商行为为目的之营业即为商业。简单而言,所谓商业,即以商行为为目的之营业。此种对商业认定的代表是1807年《法国商法典》。

3. 混合论

列举与概括相结合,代表为《日本商法典》。

(三) 商业的分类

按照我国台湾地区学者的观点,商业可以分为两类,即实质意义的商业与形式意义的商业。前者是指依商业所实施和经营的内容而取得营业资格者,这种商业一般在商法或商业登记法中进行列举;后者是指依登记而取得营业资格者。^①日本学者将商业划分为以下四种:^②

(1) 以目的为标准,可以将商业区分为居间业、仓储业、行纪业以及运输业等。这种分类方法导致商业可以被分为众多职能不同的门类,法律一般会对典型的商业门类进行列举。

(2) 以商业运行的地域为标准,可以将商业区分为陆上商业与海上商业。

(3) 以是否为自己经营为标准,可以将商业区分为为自己之商业与为他人之商业。后者是一种辅助或代理性质的商业。

(4) 以商业规模为标准,可以将商业区分为大商业与小商业。为保护小商业的发展,商法规定小商业可以不适用商法人格法定原则的诸多规定,比如商业名称、商人账簿、商业登记等制度。

三、商 事

(一) 概述

按照通说,商事具有客观主义倾向,因此,客观主义的代表国家法国一般将商法称为商事法。但是,就商法法理而言,商事这个概念具有更为宽泛的含义。

^① 林咏荣:《商事法新论》,五南图书出版公司1985年版,第39、43页。

^② [日]松波仁一郎口授、陈汉编译:《商法总则》,丙午社1907年版,第93~96页。



(二) 商事界定

1. 法定定义

原《日本商法典》第3条对商事有明确的概念界定：商事者，为商行为及规定于其他商法之事项。

2. 学理定义

德国新旧商法与日本新商法中也都使用商事一词，但并未对其作明确的定义解释，学理上解释为有关商的法律事实，具体而言，就是能够引发商事权利、义务的发生、移转、变更、消灭的各种法律事实。^①概括地讲，现代商法理论中所称的商事，指的是营利性主体的产生、变化、消灭以及该主体所从事的一切营利性营业活动和事业的总称。它既包括一切商事交易活动，如商事主体、商行为；又包括与实现商事交易有关的各种事宜，如商业申请、登记等。

通过以上分析，我们认为商构成了商事的一部分，两者是包容的关系。但大多数学者将商事理解为与商同义，缩小了商事的范围。^②这种见解导致的后果是商事关系一直被当做狭义的商来理解，狭义的商事所导致的商事关系被理解为“由营利性主体从事营业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”。^③此种商事关系又被具体细分为以下四类：（1）由直接生产者与经营活动所引起的经济关系；（2）由商品交易营业活动所引起的经济关系；（3）媒介社会生产经营各阶段而间接创造价值的营利性活动所引起的经济关系；（4）服务于社会生产和流通的一切营利性营业活动所引起的社会关系。^④可以看到，这种对商事关系的理解致使商事关系中很大并且是基础的一块，即商主体的变动关系被漏掉了。这样认识的后果是商事领域的一部分失去商法的规制，同时也使商事营业关系成为无源之水，因为，没有商主体的先行存在，商行为从何而来？缺乏商人人格的真实与确定的要求与规范，商事营业关系的运行就不能得到适法的保障，又如何避免营业中的失范现象的发生以及对受损者的救济？

(三) 商事的内容

商事的内容客观上可以概括为两部分，即关于商人的事实和关于商行为的事实。前者主要指的是围绕商人的产生、变更与消灭而存在的基本事实，比如，设立商主体的设立人的出资、制定章程、设置账簿、进行商业登记的事实等；后者指商事营业过程中所表现的事实，比如买卖、租赁、行纪等活动。

① [日] 松波仁一郎口授、陈汉编译：《商法总则》，丙午社1907年版，第5~6页。

② 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第3页。

③ 同上书，第30页。

④ 同上。



四、营 业

(一) 概述

在商事立法和理论中,“营业”概念的首次出现是在《德国商法典》第1条“必然商人”中,该条规定:(1)该法典所称的商人是指经营营业的人;(2)营业指任何营利事业,但企业依种类或范围不要求以商人方式进行营业的,不在此限。但总体上而言,德国商法中商人身份的获得不在于营业,而在于商事人格的事实成就。因此,营业在德国商法中并未成为核心概念。

日本将商行为的界定建立在商业又称营业的基础上。营业在日本商法中是一个基本概念,它是构筑日本商法的基础。国内较晚近的一本商法学著作的总则部分即是由营业作为理论底色来构建的。^①

日本学者认为法国商法中的商行为也是建立在营业的基础上的。日本还有学者从较深层次来把握营业的概念,认为营业是用常业这个词来界定的,而常业又是由职业与常惯两词加起来理解,但是用常业理解营业是“以疑决疑是也”,^②因为职业与常惯的意义有不明之嫌。日本旧商法的起草者是法国人雷司立,他将营业界定为“一独立之状态”。日本人依然遇到了法国人遇到的同样的困难,即对营业作何理解。志田钾太郎博士认为营业应作如下之解释:其一,以一种商行为为业;其二,以自己之名而为之。^③

在当代日本商法学理上,通说认为营业有主观与客观之分,客观上的营业是指“以提供特定营业目的的综合性财产组织体,即企业组织体”;主观上的营业是指当事人所实施的“持续性的同种营利行为”。^④客观的营业是商事企业的因素,主观的营业是商事行为的要素,它们共同构成推导商事关系的前提。前者倾向于德国的新商人主义标准,它在日本商法中的表现主要有:(1)《日本商法典》第4条第2款规定:“依店铺或其他类似设施,以出卖物品为业者,或经营矿业者,虽不以实施商行为为业,也视为商人。”(2)《日本商法典》第52条第2款规定:“依本编规定设立的以营利为目的的社团,虽不以实施商行为为业,也视为公司。”(3)《日本商法典》第503条对于附属商行为作出规定,“(一)商人为其营业实施的行为,为商行为;(二)商人的行为推定为其营业实施的行为”。(4)《日本

① 吴建斌:《现代日本商法研究》,人民出版社2003年版,第82~150页、第201~241页。

② [日]松波仁一郎口授、陈汉编译:《商法总论》,丙午社1907年版,第91页。

③ 同上书,第91~92页。

④ [日]我妻荣等编:《新法律学辞典》,董璠舆等译,中国政法大学出版社1991年版,第46页。又参见[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22~23页。



商法典》第523条有关准商行为的规定。后者倾向于法国的商行为主义标准，它在日本商法中的表现为：(1)《日本商法典》第4条第1款规定，“本法所称商人，指以自己名义，以实施商行为为业者”；(2)《日本商法典》第52条第1款规定，“本法所称公司，谓以实施商行为为目的而设立的社团”；(3)《日本商法典》第684条第1款规定，“本法所称船舶，指以实施商行为为目的而供航海用的船舶”。

我国台湾地区学界认为营业是指商业经营之一定范围、一定场所和相当设施的总和，^①一般通过登记得以彰显，以此与超出核定范围的经营与无场所及设施的小规模商业区别开来。这里的营业主要还是停留在客观意义的营业之上。

营业与商业之间的区别是比较明显的：营业是动态的，而商业是静态的；商业的范围经常是由营业的发展状况来确定的。

营业与企业之间是一种包容的关系，营业的基础是企业。在商法里，企业与营业在意义上区别不大。“企业”一词相当于客观上的营业，^②客观上的营业（企业）是由动产、不动产、债权和债务等构成，为营业目的而结合起来，而且也包括在经营中积累的营业秘诀和主顾之间的事实关系，即指既作为商事主体商事人格依托，同时又作为商事营业物质条件与基础的综合性财产组织体。各个国家和地区的商法多用营业一词来替代企业。

营业是商行为的一种表现形式，但是商行为并非完全由营业来表现，比如，绝对商行为只要从事一次也被认定为商行为。营业与商行为在以下几个方面区别很大：(1) 营业具有持续性，表现为商主体持续地从事同一性质的商行为的状态，偶然从事一次则不能称为营业；(2) 营业具体与特定化，表现为商主体的经营范围；(3) 营业具有职业性，表现为商主体须以该特定的商行为为其职业；(4) 营业一般应建立在企业性经营的基础之上。

营业与商事的概念比较靠近，但二者的角度不同：营业主要是就事实的层面而言，商事主要是指社会关系；营业是商事的前提，而商事是营业的结果。

（二）营业的意义

1. 营业概念的社会意义

对于营业的强调可以起到彰显自由与保护交易安全的双重作用。营业的实施是商事关系目标实现的最根本手段，保证营业自由始成为商法之根本，唯此方能促使交易之便捷，进而在使交易人获利的同时促进社会效益的最大化。同时也应看到，这是因为，营业是一把“双刃剑”。它一方面可以为个人带来利益、为社

① 林咏荣：《商事法新论（修订版）》，五南图书出版公司1980年版，第44页。

② 谢怀栻：《外国民商法精要》，法律出版社2002年版，第237页。



会带来繁荣；另一方面，在市场不规范的情况下，又可以导致商业失范现象的衍生，给社会带来灾难。为防止此种现象之发生，客观上需要商法之规制，在所有商法措施中，首要的是对商人人格的规范化要求，即营业的正当实施要建立在商人人格的基础之上，商人人格的真实与确定是营业顺利及适法实施的保障。另外，对于营业行为本身也应作一定程度的规范，以保护交易秩序。

2. 营业概念对于商法学构建的意义

营业概念的引入奠定了以德国为代表的新商人主义标准的基础。因为营业概念当中包含行为的界定，这使得新商人主义标准立法与中世纪的原始商人主义标准立法划清了界限，具有浓厚的商行为底色。同时，通过对商行为内涵进行一般性概括，避免了像法国商法那样对具体商行为的罗列。但是，营业真正发挥其作用是在构建《日本商法典》的体系时，以高度抽象性，使《日本商法典》的总则一分则体系得以形成，且使日本商法体系显得非常清晰；同时，由于营业是一个二元因素，因而它在一定意义上扬弃了客观主义与主观主义标准，更具合理性。

第二节 商法的概念辨析

对商法概念的界定是研究商法的起点，对商法概念的准确界定有助于对商事法律制度的深入理解。所谓商法的学习与研究，在一定程度上是对商法概念的认识与把握。与英美法系国家不同，大陆法系的法学尤其是德国法学被称为“概念法学”，整个法学理论和实践都建立在法学家有意识地抽象和提炼出来的一系列概念的基础之上。因此，比较法学家才会说：“与普通法系相对而言，民法法系对于哲学影响格外开放。”^①大陆法系是法学家的法，而概念本身就是法学家最主要的法律分析工具。

一、传统的商法概念

虽然许多大陆法系国家都有独立的商法典，英美国家也有称之为商法的法律甚至商法典，但是没有一个国家的法典对商法作出概念方面的解释。如果要问原因，那么这可能是罗马法以来的传统。古罗马的《学说汇纂》中有一段话：“所有的概念都是危险的，因为这种定义很少不被推翻。”因此，商法像其他许多法律一样，没有法定概念，而只有理论上的概念。商法概念本身蕴涵着一定的法律

^① [美] 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第120页。



意义,从不同法学家或者法学流派的概念中就可以看出不同的立法价值与倾向。

在英美法系国家,商法(business law 或 commercial law)一词很早就得以使用,但一直限定于学说理论层面。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。主要用于学校为学习商业或从事商业的人开设的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与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用于商人的特别私法。^④由于两国的立法标准并非是绝对的和唯一的,因此这种简单化的概念其实并不准确。

日本学者非常聪明,他们避开了主观主义与客观主义之争,而主要是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中。这种概念的好处是成就了两个概念,即形式意义上的商法与实质意义上的商法。形式意义上的商法固然可以从直观上彰显商法的独立性,而实质意义上的商法也不能否认商法的部门法性。日本也有人认为基于

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 同上书,第180页。

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》,董瑀等译,中国政法大学出版社1991年版,第500页。



商的企业关系的性质，因此，商法被认为是调整企业关系的特有的法律的总称。^①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。

我国台湾地区学界一般称商法为商事法，是指关于商事之法律。^②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。由于商事偏重于经济生活方面，因而其对于民事而言具有特殊性，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。^③我国商法学界持此种观点的学者很多，其主张“民法是对私人法律关系作出规定的一般法，商事法是对商事法律关系作出规定的特别法，两者是一般法和特别法的关系”。^④

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，而各个国家和地区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。有学者指出，商法概念的不确定和多元，至少表明两方面的问题：其一，商法理论中仍有必要深化对于商事的理解和归纳，这是商法概念理论化的基本前提；其二，现代商法实践对于商事的外延理解仍处于扩展和变化之中，这就要求商法理论研究应进一步采取更接近于法律实践和时代脉搏的立场。^⑤

二、从适用对象及适用方法的角度来探讨商法的概念

要使商法的定义具有实证性，就应从商法作为独立法律部门的基础出发，即从商法的适用对象与适用方法入手来进行必要的探讨。我国商法学者多沿着这个思路来认识商法的本质规定性。比如，较早流行的一本教科书中为商法下的定义是：商法是规制营利性主体的经营性活动，调整由其所生的商事关系的法律规范的总称。^⑥现在使用的规划教材也从商事关系角度来界定商法：商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事关系的法律规范的总称。^⑦

① [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。

② 林咏荣：《商事法新论》，五南图书出版公司1985年版，第3页。

③ 同上书，第15页。

④ 王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社1996年版，第11~12页。

⑤ 任先行、周林彬：《比较商法导论》，北京大学出版社2000年版，第1~3页。

⑥ 董安生等编著：《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第23页。

⑦ 范健主编：《商法（第2版）》，高等教育出版社、北京大学出版社2002年版，第5页。