



商事关系的重新发现与当今商法的使命

施天涛*

目次

- 一、《民法总则》：民商合一的失败尝试
- 二、商事关系的再认识
- 三、商事关系的商法调整
- 四、结语：当今商法的使命

摘要 我国《民法总则》采取了民商合一的立法体例，但其效果却有负期待。无论是立法原则对商事关系本身规律的忽视，还是立法技术对商事关系的粗糙处理，均表明《民法总则》没有认真对待商法。本文研究表明：商事关系是一种经营关系，由营利、营业、商人三大要素构成，民事关系难以包容商事关系。对商事关系进一步地类型化分析揭示：商事关系具有自身独立存在的精神教义和特有的调整方法，商事关系在逻辑上和实在意义上是独立存在的。民事关系与商事关系同属于私人关系；商法不是民法的特别法，它们同属于私法。鉴于民商关系的交融和民商合一思想的泛滥之现实，商事关系的法律调整并非由商法独立完成。普通商事关系由商法和民法共治，特殊商事关系是商法的边际调整，只有金融商事关系才是商法发挥主导作用的领域。因此，当今商法新的使命是从传统商事关系的调整转移到对金融商事关系的调整，并以此作为其基本定位。

关键词 金融商事关系 商法的精神教义 商法的调整方法

* 清华大学法学院教授，法学博士，中国法学会证券法学研究会常务副会长。

本文是作者根据本学期给 2017 级博士生两次授课内容整理而成。写作过程中，就商事关系的无因性和商事行为的独立性问题请教了崔建远教授。崔建远教授给予了我热情的帮助并提出了中肯的意见。在后文中，我特意将他的“批注”原样复制出来，以表示我的诚挚谢意。我的博士生刘东辉、李游二位同学协助我补充资料，校对文字，规范格式。在此，一并致谢。

一、《民法总则》：民商合一的失败尝试

已于2017年10月1日施行的《民法总则》是一次世界范围内民商合一立法模式的最新尝试。尽管这一尝试是在中国主流学界的共识推动下完成的，但其实际效果与其热烈期待并不完全对称。⁽¹⁾ 这可以从二方面来验证：

其一，《民法总则》未能提供同时规范民商事关系的共同性原则和规则。

《民法总则》第4~9条规定的平等、自愿、公平、诚信原则，甚至包括“绿色原则”，固然适用于商事活动，但却难以反映商事活动的整体需求。商人以追求财富最大化为己任，交易效率是商人的生命。同时，商事关系也大多事关公共利益，交易安全的保障至为重要。然而，作为一部实行民商合一的民法典总则，其基本原则未能提供商事关系的效率和安全价值需求。相应地，商法中大量存在的强制性或管制性规范，商事关系的无因性与商事行为的独立性，商法中的外观主义等，都无法寻求《民法总则》基本原则的支持。

再就《民法总则》整体观之，虽然实行的是民商合一⁽²⁾，但却仅具圈地意义，并没有认真对待商事关系。譬如，《民法总则》关于商事权利、商事行为、商事责任等重要制度的规定基本上处于敷衍态度。对于诸如代理商、经纪商这样的商事代理则直接忽视。诸如此类，不一而足。这说明，《民法总则》对商事关系的态度依然采取的是民法思维、民法逻辑和民法方法，而商法思维、商法逻辑和商法方法未予充分体现或者根本未予体现。《民法总则》的这种态度固然没错，或者说本应如此。但既然是民商合一，总要给予商法应有的尊重，反映商法的一般规律和基本精神。与其民商合一的巨大热情相比，《民法总则》明白地显现出叶公好龙的意味。

其二，《民法总则》关于法人的规定被视为民商合一的典型标志，但法人章节的这种安排恰恰反证了所谓“民商合一”的失败。依循既定的民商合一思想，本文并不追究《民法总则》关于法人分类本身的功过是非⁽³⁾，仅从立法技术上讨论其存在的缺陷。《民法总则》简单地复制

(1) 郭锋教授认为“民法完全包含商法的现象已经不复存在，因此民商法在事实上很难合一”。参见郭锋“民商分立与民商合一的理论评析”，《中国法学》1996年第5期，第49页。赵旭东教授认为“民商合一既无必要也无可能”；“放眼世界各国，迄今还没有哪一个国家制定出堪称成功范例的民商合一的民法典”。参见赵旭东“民法典编纂与商事立法”，《中国法学》2016年第4期，第44页。刘凯湘教授认为“就法律之于一国经济与社会发展所起的作用而言，用相对客观的现实与现状去衡量，高低可见一斑”；“商法对社会经济尤其是对商业的发展所起到的推进作用是已经被证实了的……采用民商合一体例的国家，没有一个成为当时或者今天在世界范围内市场经济中具有领先优势与地位的国家”。参见刘凯湘“剪不断，理还乱：民法典制定中民法与商法关系的再思考”，《环球法律评论》2016年第6期，第111、117页。

(2) 这也可从官方组织编写的民法总则释义进一步印证。“我国民事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。”参见李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第2~3页。

(3) 《民法总则》关于营利法人和非营利法人的分类实际上是继承了《民法通则》的做法：其“营利法人”就是《民法通则》的“企业法人”，其“非营利法人”就是《民法通则》的机关、事业单位和社会团体法人的扩展。这其实是值得赞许的。因为任何立法都需要尊重本国的法律传统。我国的法律传统在废除“六法全书”后造成了法制史的断裂，尽管最近30多年形成的法律体系为时尚短，但终究也是在改革开放实践中摸索出来的经验和办法，不能轻言抛弃，不断否定自己。况且《民法通则》的法律实践和学理解释已经对“企业法人”达成了“营利法人”的共识。在我国，“财团法人”从未获得立法认可，一直采取的是以“基金会”的形式行使财团法人的使命。



抄袭下位法律的具体条文，未作任何抽象归纳工作。这种做法往好处说是偷懒，往坏处说，损伤了中国民法典的体面，未能向世人展示出我国民法典起草者应有的水准。

首先，《民法总则》直接抽取部门法条款，侵略下位法领地，法条设置重复紊乱，造成法律不协调、不和谐。在《民法总则》中形成了“缩版企业法”或者“缩版公司法”的法人章节，^{〔4〕}致使《民法总则》臃肿不堪，破坏了民法典的身段平衡。

其次，《民法总则》深入到具体法律部门，将阻碍部门法的创新和发展。譬如，《民法总则》第63条规定“法人以其主要办事机构为住所”，显然沿袭了《民法通则》的规定。但是，将住所物化为“办事机构”，实践中进一步外化为“经营场所”，为企业的设立制造了障碍，因而成为改革的对象。在《民法总则》起草过程中，商事登记制度已在改革，商事登记将主体登记与营业登记分开，住所的登记归入主体登记，办事机构或者经营场所归入营业登记或营业监管。^{〔5〕}然而，《民法总则》的规定却未顾及于此，依然自行其是。再如，《民法总则》第80、81、82条关于公司治理结构的规定，显然不能一律适用于国有独资公司、一人公司以及包含家族企业在内的封闭型企业。^{〔6〕}此外，《民法总则》要求公司章程须由权力机构制定和修改。就今后公司法的发展变革而言，董事会也有可能直接修改一些章程中的非重要事项，这样的改革既可以节省公司运作成本，又不至于损害股东权利。^{〔7〕}

最后，《民法总则》将第83、84、85条对人格否认、关联交易和公司决议这样的部门具体规定现成地提升到总则地位，但这些条文却不具有一般规范指导意义，甚至像人格否认（又称为“揭开公司面纱”）这样的规则即便在公司法上也仅属于例外适用。更何况《民法总则》第132条关于不得滥用权利的规定足以涵盖第83、84条；退而言之，第85条公司决议及其撤销即便要规定，也应该将其视为法律行为的特别规则，而不是在法人中。更加难以理解的是，《民法总则》将公司设立人责任这样的公司法司法解释中的规则也复制到法典中，更何况司法解释关于该种情形的规定本身也是存在问题的。^{〔8〕}

以上检讨的本意不在于评判《民法总则》立法本身的功过是非，而在于揭示当下究竟该如何理解商事关系以及如何定位当今商法目标。主流学界坚持商法是民法的特别法^{〔9〕}必然导致忽视商事关系本身的规律，自觉不自觉地运用民法方法处理商事关系，不仅不能有效地规范商事关系，而且使民法自身也受到了伤害。根本原因在于主观上没有认识到或者情感上不愿意承认商事关系及其调整方法与民事关系及其调整方法存在着实质性差异。

〔4〕 蒋大兴教授亦持此看法，并称之为“小公司法再版”，同时采取对比的方式详细列举了所复制的条文。参见蒋大兴“《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心”，《比较法研究》2017年第4期，第64页。

〔5〕 参见施天涛“构建我国商事登记制度的基本思路”，《工商管理研究》2013年第8期，第33页。

〔6〕 蒋大兴教授亦持此看法。参见前注〔4〕，蒋大兴文，第67页。

〔7〕 参见施天涛《公司法论》，法律出版社2014年版，第561~562页。

〔8〕 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《公司法司法解释三》”）第2、3条。对该种规定的评论，参见前注〔7〕，施天涛书，第120~121页。

〔9〕 本文作者原先亦误认为商法是民法的特别法，现予以改正，参见施天涛《商法学》，法律出版社2003年版，第5页。李建伟教授持相似观点。他认为“商法是私法的特别法，不是民法的特别法”；“商法与民法的关系简单化约为特别法与一般法的关系，如果不是不恰当的，至少也是不准确的”。参见李建伟“民法总则设置商法规范的限度及其理论解释”，《中国法学》2016年第4期，第77页。

关于民商关系及至于民商法的关系问题，长期以来一直未能得到解决，不仅在中国没有解决，即使在同时存在民法（典）概念和商法（典）概念的大陆法系国家亦然。就我国而言，商法研究总是不能证明商事关系和商法的独立存在。主要原因在于我国的商法研究进入了路径误区，即始终不能从商法典国家的“商人法”或者“商行为法”的巢穴跳脱出来。产生于数百年前的法国商法典和德国商法典托体于中世纪商人法，其在方法论上始终陷入商人主义或商行为主义的逻辑循环，⁽¹⁰⁾ 从历史看，当时相对简单的商事关系自然不能为现代商法提供制度原料和养分。因此，本文意欲绕开过时的商人法或商行为法路径，⁽¹¹⁾ 通过对现代商事关系的观察和分析，试图归纳和提炼出当今商法在逻辑和实质意义上的独立存在以及商法应如何应对现实需求。

二、商事关系的再认识

（一）私人社会的二元结构

在法观念上，人类社会被功能化地区分为公共部门和私人部门。公共部门主要由国家、行政和司法体系构成，负责执行国家、政府和社会的公共职能；私人部门则主要由个人和企业以及其他私人部门构成，它们之间的私人事务主要由其自己管理。⁽¹²⁾ 相应地，社会整体由公共关系和私人关系构成；同时，规范不同社会关系的法律被切割为公法和私法。⁽¹³⁾ 当然，在现代社会中，私人事务在相当程度上受到公共部门的干扰。因此，私法与公法亦相互交融。⁽¹⁴⁾

私法所调整的私人关系包括民事关系和商事关系。《民法总则》第1条明确规定了它调整的是“民事关系”，其第3条进一步将民事关系的主客体界定为“民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益”。我们无法根据这样的规定直接从文义上解释出民事关系包涵了商事关系，

(10) 《法国商法典》采取的是具有客观实质主义的商行为法。该法第1条规定“从事商业活动并以其作为经常性职业者，为商人”（《法国商法典》，金邦贵译，中国法制出版社2000年版，第1页）。《德国商法典》采取的是具有主观形式主义的商人法。该法第1条规定“商人是指经营营业的人”（杜景林、卢谔译《德国商法典》，中国政法大学出版社2000年版，第3页）。《日本商法典》采取的是以客观的行为主义为基础兼采主观的商人主义为辅助的折中主义。该法第4条规定“商人，指以自己名义，以实施商行为为业者”（王书江、殷建平译《日本商法典》，中国法制出版社2000年版，第3页）。

(11) 赵旭东教授认为“传统商法体系的形成，既是历史的产物，也多少算得上是一个历史的误会，至少传统的商行为法本来是可以没有的”。参见赵旭东“商法的困惑与思考”，《政法论坛》2002年第1期，第105页。

(12) 历史上，这种私人社会被称为“市民社会”。“市民社会是一种以利益、权利和契约为纽带的自治社会”。参见马长山《国家、市民社会与法治》，商务印书馆2002年版，第280页。

(13) 尽管公私法的二元划分标准并不统一，但是其作为法律的基本分类所呈现出的基本原则、理念仍具有不可替代的导向作用。关于“公法”与“私法”划分标准，理论上存有不同认识。其一，“利益说”，认为二者区分标准在于所涉为公共利益或者私人利益；其二，“隶属说”，认为区分标准在于二者是上下隶属关系或平等关系；其三，“主体说”，认为二者区分在于是否有公权力机关作为法律关系主体；其四，“自由决策说”，二者是为受约束的决策的法还是自由决策的法。具体介绍，参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第11~14页。也有学者将此归纳为“利益说”“从属规范说”“主体说”“特别法规说”。参见王泽鉴《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第10页。

(14) “市民社会意味着一种非强迫的社会秩序，但它并不是自足的，就像国家是公共权威的代表，但却不能自足一样。因此，才形成了国家与市民社会的双向互动关系。”参见前注〔12〕，马长山书，第283页。



也无法从这样的规定中直接从文义上解释出民事主体包涵了商事主体。⁽¹⁵⁾相反,从《民法总则》对民事关系的具体规定来看,恰恰证明了《民法总则》本身的基调与定位仍然是民事关系,商事关系仅仅是作为附庸关系来处理的。

民事人身关系是指自然人基于人的自由、尊严、身份所享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权以及自然人因婚姻、家庭关系等产生的人身权利。《民法总则》第109~112条对此予以明确规定。很显然,人身关系不是商事关系。尽管《民法总则》第110条第2款规定了“法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利”,但法人、非自然人的这些人身关系并不是商事关系,本质上是一种民事关系,由民法调整。商法之所以不调整人身关系,是因为商法所调整的商事关系是一种经营关系,具有营利性目的,人身关系不具有营利性特征。⁽¹⁶⁾

民事财产关系是指物权关系、债权关系、继承与亲属关系。物权关系是指对物或财产的占有、使用、收益和处分关系,并由此形成所有权关系和他物权关系。尽管由物权衍生出来的他物权将物权的触角延伸到了物或财产的使用或利用,但物权法本质上仍是以所有权为中心,其基本功能是确定物或财产的归属和利用,⁽¹⁷⁾而不是物或财产的经营与管理。债权关系针对的是物或财产的流转关系,包括合同关系、无因管理关系、不当得利关系,以及侵权关系。⁽¹⁸⁾在这些关系中,无因管理、不当得利、侵权行为均属于民事关系。继承关系是指财产的传承关系。婚姻家庭财产关系属于民事关系,自不待言。这些财产关系均为民法所调整的固有民事关系。

作为债权关系主要内容的合同关系包括民事合同和商事合同。区别在于是否以营利为目的。民事合同主要发生在个人之间,通常情形表现为无偿,如赠与、使用借贷、委任、寄托、保证,尽管诸多情形也为有偿,但并非以营利为目的;商事合同主要发生在商人之间的营利性交易。我国《合同法》实行的是民商合一,⁽¹⁹⁾并以规范商事合同为基调,甚至以商法方法规制民事关系,对民事主体的权利保护实为不利。

《民法总则》第125条所称“股权和其他投资性权利”属于商事权利,但在民商合一思想主导下,仅仅捎带地被纳入了“民事权利”体系内。至于其他一系列商事权利,则缺乏一般性归拢和提炼。

综上所述,民事关系难以包容商事关系,《民法总则》也无意认真对待商事关系。同时,商事关系也并非民事关系派生出来的特殊关系,而是产生于商品经济社会独立存在的经营关系。既然如此,为什么《民法总则》还要勉强牵连商事关系呢?对于这样的固执,确实破费思量。希望建立一个由民法典同时统领民事关系和商事关系的民法帝国的梦想固然是美好的,然而,这是违背事物本质的,既违反民法规律,也违反商法规律。民事关系与商事关系共同构成私人社会关系,民法与商法共同构成私法,共同作用于私人社会。虽然彼此为同一家族成员,但相互之间并行存在,不应存在从属关系。强行统一的效果只能是相互伤害、导致法律对社会的规整失去平衡。

(15) 官方组织编写的总则释义对此的解读也是局限于民事关系。参见前注〔2〕,李适时主编书,第12页。

(16) 参见前注〔9〕,施天涛书,第4页。

(17) 参见崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2014年版,第1页。

(18) 参见崔建远《债法总论》,法律出版社2013年版,第24~25页。

(19) 崔建远教授指出“我国原本的法律及其理论区分……商事合同与民事合同……。《合同法》不再作如此分类,统称为合同,对它们统一规制”。参见崔建远《合同法》,北京大学出版社2013年版,第1页。

(二) 商事关系的三要素

商法调整的商事关系是商人以追求利润为目的从事特定营业所形成的经营关系。简单地说,商事关系是一种经营关系。⁽²⁰⁾ 这种关系由如下三个核心要素构成: 营利、营业、商人。⁽²¹⁾

1. 营利

营利是商事关系的本质特征。民事关系是为了满足民事主体的物质和精神需求而发生的关系,不具有营利性特征。所谓营利,是指以金钱、财物、劳务等为资本而获取经济上的利益。譬如,投资关系,是投资者为了追求资本的再生而利用其财产所形成的一种财产关系,实际上是一个财产的资本化过程。在信托关系中,委托人将财产委托给受托人经营管理,其目的是使信托财产保值增值。保险公司承保各类保险业务显然是为了取得保费收入,而保险公司对其资产负债的管理同样也是为了使保险资金保值增值。在存款关系中,存款人将现金存入银行是为了获取利息收益,银行则可以将该存款以高于存款的利息信贷出去,从中获取利息差价收益。商业银行还可以开发其他中介业务,提供有偿服务;也可以从事特定的投资理财业务赚取收入。在这些关系中,所有的活动都体现为一种经营性活动,其目的都在于追求利润。

2. 营业

我们可以从多维角度来认识营业。首先,营业表现为一定的组织形式,主要由特定的财产,如机器、设备、厂房和场所等构成。当然也包括一定的人员,如店员、佣工、管理者等。在此意义上,营业是发生经营关系的依托和载体。营业的初级形式表现为店铺,如楼、堂、馆、所。在更加规模化和组织化意义上,现代企业就是营业的最高形式。其次,营业表现为特定经营活动,它是营业主运用其营业财产从事经营的行为,该种行为应是反复不间断的连续性行为,偶尔所为的行为,尽管其目的也可能在于营利,但却不应属于营业行为。在此意义上,营业即为

⁽²⁰⁾ 范健、王建文二位教授主张商法即企业法。他们认为“企业,是商法中的主体和商法的调整对象,应处于商法的核心地位。由此,商法的任务就是调整企业在一定社会中的经营活动,即以企业的形态、企业的成立与消灭、企业的运营与管理、企业的资金筹措、企业的会计与决算、企业的交易等为调整内容”。参见范健、王建文《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2002年版,第156页。同时参见王建文“从商人到企业:商人制度变革的依据与取向”,《法律科学》2009年第5期,第94页。叶林教授支持这种观点,但他对企业概念进行了梳理,将企业区分为“客体性企业”、“主体性企业”、“营业或营业资产”。他认为“以‘主体性企业’为核心整合我国商法,缓和了商法是商人法的传统色彩,照顾了我国立法现状,也合乎公众情感,不失为整合我国商法规范的有益思路”。参见叶林“企业的商法意义及‘企业进入商法’的新趋势”,《中国法学》2014年第2期,第97页。但这一观点也遇到了反弹。甘培忠教授认为:企业,“从严格的学术角度讲,是一个经济学领域的概念,而非法学概念”。参见甘培忠《企业与公司法学》,北京大学出版社2014年版,第1页。赵旭东教授认为商法是主体法,“商法即商人法”。但他声明:他的商人法“并非原始商法面目的复原”。参见前注〔11〕,赵旭东文,第105页。蒋大兴教授亦支持商人法观点,并认为“‘商人’概念具有宪政结构上的意义”。参见蒋大兴“商人,抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问”,《清华法学》2008年第4期,第55页。无论“企业说”还是“商人说”,实质上均承认企业或商人的“经营性”或“营利性”,只不过进入商法的路径不同。本文进入商法的路径是商事关系。限于篇幅,本文不对“企业说”和“商人说”的具体区别予以评论,读者可参阅上述引著文。

⁽²¹⁾ 关于商事关系及其要素,商法学界已有一定认识和研究,蒋大兴教授做了详细整理。蒋教授本人从主体角度研究了商事关系。他的核心观点是,主体的营利性虽然是商事关系的本质,但并不一定发生在平等主体之间,也不一定发生在持续性营业中。参见蒋大兴“商事关系法律调整之研究——类型化路径与法体系分工”,《中国法学》2005年第3期,第98页。



经营行为,具有持续性或职业性特征。这一特征对于商事关系的认定很重要。譬如,我国司法实践原来对于企业之间的借贷行为一律按无效处理,但实际上这是错误的。因为企业之间的借贷如果是偶尔的,并非持续性的职业行为,它只是一种民间借贷,属于民事关系,不构成商事关系,为什么不允许呢?反之,如果企业借贷为持续性或职业性经营活动,则必须获经主管机关的许可,否则,就是违法经营借贷业务。^[22]最后,营业表现为一定的营业资产。这种营业资产既包括上面所说的财产构成,也包括在此营业财产基础上发生的增值,如利润、商号与商标权益等,甚至包括在营业活动中形成的无形财产——商誉。在此意义上,营业又是经营活动的客体。营业资产可以买卖或转让、抵押或质押、租赁或承包。^[23]

3. 商人

从历史上看,商法最初的发展在很大程度上是由商人自身完成的。^[24]当下商事关系亦是如此,须有商人因素的介入。商人是经营关系的灵魂和统领,它对营业组织、营业行为和营业资产进行有机地统筹以实现其营利目的。这里所说的商人与商人法意义上的“商人”不同,也与欧洲中世纪作为特殊存在的“商人阶级”没有牵连。之所以这里称之为“商人”,在于凸显商事主体的营利性经营行为这一特性,并与民事主体相区别。商人要从事商事经营活动需要满足“商人方式”的要求,如需要进行登记注册,当然也有不需登记的商事主体,如对小商人实行豁免登记。从事特殊营业的,还需要获得业务许可。再者,凡是以从事经营活动为职业的商人必须设置商业账簿。^[25]同样,小商人也可以豁免这一义务。^[26]民事主体不是商人,无须满足登记和设置账户的义务。

依据上述商事关系的营利、营业和商人三个核心要素构成,严格意义上,民事主体是无法参加商事关系的。“民商合一”现象实际上是民法对商事领域的侵扰,“民法商化”^[27]既破坏了

[22] 这种做法现在已经得到纠正。参见《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》[法释(2015)18号]。

[23] 叶林教授认为,“营业财产具有整体性和有机性特征,明显区别于传统民法上的单一财产形式”;“营业资产及转让具有特殊的成立要件和法律效力,不宜直接援用民法规则调整营业资产及转让”。参见叶林“营业资产法律制度研究”,《甘肃政法学院学报》2007年第1期,第7页。朱慈蕴教授对主观主义的营业和客观主义的营业以及营业资格、营业活动、营业自由和营业变动以及营业管制诸问题进行了深入讨论。她认为,“鉴于营业规制的一般规则性质,应规定在学者正在讨论的商事通则之中”。参见朱慈蕴“营业规制在商法中的地位”,《清华法学》2008年第4期,第7页。本文对营业的讨论仅限于作为商事关系的构成要素。

[24] 有趣的是,历史似乎也印证了这一点。“无论是重新发现的罗马市民法,还是仅仅残存的罗马习惯法,包括万民法,都不足以应对在11世纪晚期和12世纪出现的各种国内和国际的商业问题”;“作为那个时期的特征,商法最初的发展在很大程度上——虽然不是全部——是由商人自身完成的:他们组织国际集市和国际市场,组建商事法院,并向雨后春笋般出现于整个西欧的新兴城市社区中建立商业事务所”;“商法支配着在特定地方(集市、市场和海港)的特定的一群人(商人);它也支配城市和城镇中的各种商业关系”。参见〔美〕哈罗德·J.伯尔曼《法律与革命》(第1卷),贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,法律出版社2008年版,第333~334页。

[25] 现代社会商人的账簿设置只是沿用了传统的概念,实际上已经是商人依据财务会计法律对商事经营中的财务和营业信息予以记载,并且已经逐渐实现电子化了。

[26] 我国法律并未明确规定,但可从域外规定观之。《日本商法典》第8条“本法关于商业登记、商号及商业账簿的规定,不适用于小商人”。参见前注〔10〕,《日本商法典》,第4页。

[27] 关于民法商法化与商法民法化,参见前注〔1〕,郭峰文,第48~49页。

商事关系法律调整的严肃性，也不利于民事关系法律调整的正确性。

（三）商事关系的行业解剖

通过以下类型化分析，对商事关系的历史演进、法律调整方式以及内在逻辑结构的考察，可以更加清楚地观察到商事关系的外貌和内在特性。

1. 传统商事关系与金融商事关系

传统商事关系，是指从事商品的生产、制造、销售以及服务等经营活动所形成的关系。商事关系体现为特定形态的商业活动。这里所谓“商业”，其范围极其广泛，现代社会可以说“无业不商”。从历史角度考察，传统的商事关系主要涉及如下行业：制造业、加工业、建筑业、运输业、水电煤气业、买卖业、出租业、仓储业、承揽业、打捞业、出版业、印刷业、广告业、传媒业、娱乐业、饮食业、行纪业、居间业、代办业、典当业、服务业、担保业以及农业、林业、牧业、渔业、矿业等领域。根据这些行业发展大致顺序，可进一步归纳为如下几类：买卖关系，是指直接沟通生产经营者与消费者之间的购销关系，即通常所说的“固有商事关系”，属于最为原始的商事关系。辅助关系，是指沟通商品交换的媒介行为，如仓储、保管、运送、居间、行纪、代办、代理等中介、中转行为形成的次级商事关系。生产关系，是指与商品买卖有着密切联系并为之提供交易物的商品的生产、制造、加工、印刷等商业活动形成的关系，属于第三种商事关系。服务关系，是指为商品生产和交易提供服务，如旅馆、旅游、饮食、娱乐以及信息广告等营业行为形成的关系，属于第四种商事关系。⁽²⁸⁾ 农林牧副渔矿关系，是指基于农业、林业、牧业、副业、渔业、矿业等生产、买卖、运输、服务等经营活动发生的关系。若从经营活动范围来看，其涵盖了前面四类所有的行为，但传统商法往往将其单独对待，因为这些行业属于非典型商事关系，但可以准用商法规则。

金融商事关系，是指以营利为目的从事投资或融资并提供金融交易服务而发生的商事关系，涉及投资、融资、信贷、信托、保险、证券、期货等领域，覆盖了银行业、证券业、期货业、信托业、投资基金业、保险业等行业。这类商事关系性质上也属于服务性商事关系，只不过它提供的是一种金融服务。根据此类商事关系的行业特征，可以进一步划分为：企业关系、证券关系、期货关系、基金关系、商业银行关系、票据关系、保险关系、融资租赁关系等。因此，本文所谓金融商事关系属于广义的金融关系，其范畴涉及资本市场和狭义金融市场。

企业关系之企业包括公司、合伙、独资等形式。⁽²⁹⁾ 在企业关系中，投资与融资是事物的一体二面：就投资关系而言，投资人将资金投入企业从事特定项目并进行经营管理，以期获得投资回报；就融资关系而言，企业通过筹资行为，包括企业资本融资（股权融资）和债权融资（公司或企业债券、借款），获得企业生产经营所需资金。基于这种投融资活动进而形成企业设立关系、治理关系、并购关系、清算关系、破产关系等。就企业产权关系而言，在公司企业，产权关系体现为公司所有权与股东股权；在合伙企业，产权关系体现为合伙人共有关系；在独资企业，产权关系体现为业主个人所有权。

证券关系主要是指基于股份公司公开发行股票并在公开市场进行交易发生的发行关系、交易关系和服务关系。证券的交易方式主要为集中竞价交易，典型者为在交易所上市交易或其他

(28) 上述第1~4种商分类的提法，参见张国建《商事法论》，（台湾地区）三民印书馆1970年版，第4~6页。

(29) 在我国，还存在着全民所有制企业和集体所有制企业以及合作制企业等多种形式。参见前注〔20〕，甘培忠书，第9页。



交易场所交易（传统上如柜台交易，或者我国的新三板交易）。证券关系之“证券”，不仅包括股票，还包括公司债券、基金份额以及金融衍生品和其他投资性产品。

期货关系是指在期货交易所进行的期货与期权交易关系，包括期货合约与期货选择权交易。期货交易的目的并不在于期货的交割，而在于转移价格风险或赚取风险利润。

基金关系是一种集合投资关系。投资基金形成于分散的公众资金，即众多的公众投资者将资金交由专业的管理公司来管理和运作资金。如其投资对象为证券，则为证券投资基金，如其投资对象为实业，则为产业投资基金。

信托关系是一种财产管理关系。委托人将其财产交付给受托人并由受托人为其财产的保值增值而管理运营该财产。传统信托关系主要体现为民事信托，现代信托关系主要是信托公司主动经营的金融关系。

商业银行关系以存贷款关系为主，同时也包括中介关系，如结算关系和其他诸如代收款项、代理买卖等关系。

票据关系是一种支付关系，无论是汇票、本票或支票，其基本功能是支付。票据关系实际上是一种经营中介关系，出票人签发票据实质上是对取得他人财产的一种对价支付，它服务于经营活动。在国外，个人也可以使用票据，但票据的广泛使用还是在商业领域。我国票据的使用主要是将其作为银行的结算手段。

保险关系为投保人缴纳保险费作为对价获得保险人承保的合同关系。保险公司运用该保费收入进行投资以实现资产增值。

2. 普通商事关系与特许商事关系

普通商事关系能够较为充分地体现“营业自由”。也就是说，在这些领域，市场准入门槛较低，法律管制较为宽松。一般而言，大多数传统商事关系均为普通商事关系，商人能够自由进入这些行业，无须获得特别经营许可。

特许商事关系包括二类：一是由于某些行业和业务的经营，“或者涉及社会公共利益，或者涉及自然资源统筹调配，或者涉及国家公共安全，因而需要对之施加必要的市场准入管制”。⁽³⁰⁾譬如，金融、文化、能源、矿产以及军工等产业领域的进入就需要获经主管机构的许可。金融商事关系、非竞争性垄断商事关系以及公用商事关系即属此类。二是专营专卖商事关系，主要是在商品流通领域特定物品须由国家主管部门确定的机构进行专营专卖，主要涉及食盐、烟草以及其他限制性物品，如化肥、农药、种子、棉花以及易燃易爆物品等。对这些商品或者实行许可证制度，或者是对重要的生产资料和紧俏物品在一定时期实行限制性经营。⁽³¹⁾

(30) 施天涛 “公司资本制度改革：解读与辨析”，《清华法学》2014年第5期，第131页。

(31) 专营专卖不同于商业特许经营。商业特许经营，是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业（以下称特许人），以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者（以下称被特许人）使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。特许经营是一种市场行为，是市场主体的自愿行为。但特许经营仍然需要具备一定资格和条件，并接受商业主管部门监管。譬如，特许人从事特许经营活动应当拥有成熟的经营模式，并具备为被特许人持续提供经营指导、技术支持和业务培训等服务的能力，同时应当拥有至少2个直营店，并且经营时间超过1年。特许经营合同应当采用书面形式，并向国务院商务主管部门备案。特许经营的产品或者服务的质量、标准应当符合法律、行政法规和国家有关规定的要求。特许人应当依照规定建立并实行完备的信息披露制度，等等。参见《商业特许经营管理条例》（国务院令 第485号，2007年5月1日施行）。

3. 竞争性商事关系与垄断性商事关系

所谓竞争性商事关系，是指在相关经济领域市场主体可以自由进入或退出，不存在法律准入管制，营业比较自由。一般来说，前面所述普通商事关系就属于竞争商事关系，大多数传统商事关系属于竞争商事关系。

垄断性商事关系本质上仍然是私人关系，只不过在垄断性商事领域，不存在充分的竞争性，或者其竞争性较弱，市场主体进入这些领域有着严格的资质和条件限制。这些领域往往由国家或者公共部门或者国有企业实行垄断经营，如电力、能源、矿产、军工等。但应注意的是，在我国，垄断性行业在不断变化，随着改革的推进，市场化程度越来越高，许多原先的垄断行业逐渐蜕化为竞争性行业。

4. 私营商事关系与公用商事关系

私营商事关系，是指由私人从事的经营活动形成的关系。商事关系本质上属于私人关系。因此，私营商事关系是商事关系的基础和主体。在我国，由于经由国有企业改制的股份制企业的产权已经实现了多元化，故广义上，私营商事关系也应包含混合所有制的商事关系。即便此类企业存在着国有股份，甚至国有股份占比成分较大，只要其经营管理服从市场规律并遵循商法上的企业治理要求，就属于私营性质。

公用事业主要包括环境卫生、安全事业（如垃圾清除、污水处理、防洪、消防等）、交通运输事业（主要是公共旅客运输，如地下铁道、电车、公共汽车、出租汽车、停车场、索道、道路、桥梁等）和自来水、电力、煤气、热力的生产、分配和供应以及其他公共日常服务（如文化体育场所、娱乐场所、公园、房屋修缮、邮政通讯、火葬场、墓地等）。这些领域具有公共性，即经营垄断性、价格管制性（政府定价或政府指导价）。⁽³²⁾

（四）商事关系的法律合成

上述商事关系可以概括为普通商事关系、特殊商事关系和金融商事关系。

普通商事关系涵盖大多数情形的传统商事关系，具有较强的竞争性。因而，竞争性商事关系自然可归入普通商事关系。同时，普通商事关系的参与者主要是私人经营者，普通商事关系也就主要体现为私营商事关系。普通商事关系是传统商法的固有领域。在这一领域，企业自治、交易自由、行业自律获得了充分彰显。

特殊商事关系包括特许商事关系、垄断商事关系和公用商事关系。与普通商事关系相对应，这类商事关系体现了很强的政府和国家意志。在我国，甚至可以将此类企业称之为“政府企业”。尽管这类商事关系在我国国民经济中占据了非常重要的地位，但其作为私人性质的商事关系并不具有普遍代表意义，因为调整此类商事关系的公法性很强，私法性较弱。

金融商事关系，虽然也体现了监管机构的监管意志和立法者的强制态度，但其本质上依然属于常态私人社会关系。只不过金融关系具有较高的风险性，为了保障金融关系的安全性，对金融关系实施一定的监管也是必要的。这也是金融商事关系与传统商事关系的不同，但这种监

(32) 有学者主张，我国应将国有企业作为“公共企业”或“公益企业”对待。参见蒋大兴“国企应从公司法中撤退——从‘商事公司’向‘公共企业’演变”，《中国工商管理》2013年第13期，第24页；缪因之：“从国企到公共企业的法律调整与所有制调整”，《交大法学》2017年第3期，第137页；顾功耘、胡改蓉“国企改革政府定位及制度重构”，《现代法学》2014年第3期，第81页；胡改蓉“论公共企业的法律属性”，《中国法学》2017年第3期，第142页。上述“公用企业”或“公益企业”与本文所谓公用企业有所不同，实际上他们所说的这类国企主要是指国有控股企业或国有独资企业，与本文所说的垄断企业更接近一些。



管又不同于特殊商事关系的管制。因为金融监管更多地体现为对金融关系的指导与规范,绝大多数监管规则其实就是交易规则。就管制性的强弱程度来看,政府对特殊商事关系的管制强于对金融关系的管制,这种管制具有直接性、命令性。

现代金融关系在当今私人社会关系的地位已然举足轻重。在现代社会中,金融关系广泛地影响着人们的生活。⁽³³⁾可以说,人们都生活在金融关系中。正是由于金融商事关系的私人性质决定了商法在这一领域的充分适用,商法几乎就是现代金融商事关系的历史准备。

(五) 商事关系的逻辑结构

以上各类商事关系在逻辑结构上可以进一步提炼为管理型商事关系与交易型商事关系。

商人的经营活动是一种有组织的活动。因此,在商事关系结构中,管理型商事关系无处不在,如企业设立关系、治理关系、清算关系。管理型商事关系具有内部性,商法上对这种内部关系采取自治方式,通常由公司章程、合伙协议规定。这种自治性章程、协议原则上不具有对外效力。与此同时,管理型商事关系是商事关系的基础,法律原则较为强调公平与安全,法律规则较多体现强制或管制性规范。

交易型商事关系如证券交易、期货交易、基金交易、保险业务、信托业务、银行业务等。企业并购是一种特殊的交易形态,当然,商事合同是最基础的商事关系。交易关系具有外部性,法律原则较为强调自由和效率,法律规则较多体现为任意性规范。

管理型商事关系与交易型商事关系只是一种逻辑结构,并不意味着某一商事法律就是管理法,某一商事法律就是交易法。当然,倾向性也是明显的。譬如,公司法的基调是管理法,但公司法中的交易规则也随处可见,如股份发行、股权与股份转让,并购交易等;证券法的基调是交易法,但关于证券公司、交易所、证券登记清算、中介服务机构、证券业协会等规定,又具有管理法性质。因此,立法模式不能混同于逻辑分析。

三、商事关系的商法调整

(一) 商法的三大精神教义

商法调整的是营运中的财产关系。这是一种动态中的经营关系,一种财产的变动状态。因而,商法是财富法,是促进财富增长的法律,这一特质反映在整个商法中。与民法上所有权不可侵犯、合同自由、过错责任三大教条⁽³⁴⁾相对应,商法形成了自身的三大教条:产权分离、交易自由、责任有限。⁽³⁵⁾商法的这种基本教义与民法的基本教义价值取向不同,难以共融一体。

1. 财富增长与所有权分离

在民法的物权规则中,原则上所有权的占有、使用、收益、处分权能是统一的,一个物上只能存在一个所有权。即使从民法上的自物权中能够分离出他物权,这种分离也是有限度的,并且最终控制在所有权人手中。在商法中,财产的所有权与经营权或者控制权在常态下是完全

(33) 如金融可以帮助我们在越来越宽广的社会阶层中广泛地分配财富。参见(美)罗伯特·希勒《金融与好的社会》,束宇译,中信出版社2012年版,第13页。

(34) 随着社会经济的发展,现代市场经济出现了劳动者、消费者保护问题以及风险社会化的需要,等等现象,民法的三大教义有所松动,出现越来越多的例外情形。但整体而言,这三大教义仍然是民法的基石。

(35) 参见前注〔9〕,施天涛书,第6~7页。

分离的。

一个典型的例子是在公司财产关系中，投资者将资金或者其他财产投入公司后即在整体上形成公司财产，属于公司所有；而投资人的身份则转换为股东，仅对其投资入股的资金和财产享有股权。⁽³⁶⁾ 这不仅存在于普通公司中，也存在于特殊公司中，如商业银行、信托公司、证券公司、保险公司、租赁公司等等，概莫如是。另一个典型的例子是在信托财产关系中，委托人将财产转移给受托人后，受托人获得对信托财产的所有权，⁽³⁷⁾ 受益人则享有对信托财产的受益权。⁽³⁸⁾ 在银行存款关系中，存款人将资金存入银行，所有权转移给银行，存款人仅对银行享有债权。银行存款账户是存款人享有债权的凭证。在保险关系中，投保人将保费交纳给保险公司，被保险人或受益人获得保险金给付之债权，保险公司取得对保费的所有权，从而使得保险公司对主要由保费形成的保险资金享有自主决定投资用途的权利。在基金关系中，投资者认购基金享有受益权，基金公司作为受托人和基金的所有人统一运用基金资金进行投资管理。

商法中之所以存在权利分离现象，根本原因无非是因为商事关系是一种经营关系，其目的在于营利。商法上，为了使财产最大限度地发生增值，而不惜牺牲所有权的统一性而分裂之，以实现财富最大化。在上述例子中，赋予公司和受托人以所有权，公司和受托人将获得极大的经营自主权，从而必然将会像所有人那样去经营管理财产。很明显，以所有人的身份去经营管理他人财产较之于单纯地利用他人财产（如民法上的他物权）所产生的激励是完全不一样的。其他情形也是如此，如果存款人不基于金钱“占有即所有”规则将所有权让渡给银行，银行则无权进行放贷业务；如果保险公司不能取得主要由保费形成的保险资金的所有权，保险公司无权利用保险资金进行投资。总的来说，民法上物权制度的基本功能只在于确认权利的归属。而商法上的产权关系则在于最大限度地扩张财富。二者目的和功能各不相同。

2. 财富增长与转让自由

在民法上的权利转让规则中，一般体现为实物转让，而实物转让受到诸多限制，如须取得债权人同意。如商法也采用这一规则，将会给商事交易带来极大麻烦。所以商法使权利证券化，实现无障碍转让。因此，商事交易的自由程度得以最大化提升。⁽³⁹⁾

一个典型的例子是商法将投资者权利证券化，证券的转让依照背书或者仅依交付即可，同时配合以专门的证券交易场所，如交易所交易方式或者柜台交易方式，形成有效的证券市场，使证券的转让和交易极为方便。另一个典型的例子是商法将支付手段票据化，并且使票据关系具有无因性，突破了民法上关于权利转让的限制，使票据行为独立存在。这些措施无疑大大加强了票据的流通性。

(36) 这种公司财产独立于股东财产而独立存续的情形，具有资产与风险隔离的效果，能够降低交易成本。

(37) 我国信托法似乎不太愿意承认这一点，其使用的术语为“委托给”，而非“转移给”。因而，我国信托法得信托之名，无信托之神。参见《信托法》第2条。同时参见周小明《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社2012年版，第40~43页。

(38) 在信托的原产地英国法中，受托人所有权称为 common title，受益权称为 equitable title。该二种权利分别归属于普通法和衡平法调整，即前者是普通法上的所有权，后者是衡平法上的受益权。这主要是受到早先普通法和衡平法二元司法架构的影响。See Alastair Hudson, *Equity & Trust*, Covendish Publish Limited, 2001, pp. 9 ~ 13.

(39) 当然，这只是相对而言。如股份有限公司的股权转让就比有限责任公司的股权转让要自由得多。而股票交易和票据交易则使交易自由得以最大化。



商法中使权利证券化以及因此所采取的一系列措施无非是为了加速财产的流通,使财产在流通中发生增值。

3. 财富增长与有限责任

商法在对待投资责任问题上采取的是以有限责任为原则,无限责任为辅助。商法中存在的投资者无限责任主要表现在合伙人对合伙债务的责任,个人独资业主对独资企业的债务责任,以及在有些国家和地区立法还规定无限责任公司的情况下,公司股东尚须对公司债务承担无限连带责任。⁽⁴⁰⁾但从商法的基本价值取向来看,商法以有限责任为主导已成为现代商法发展的显著特征和趋势。⁽⁴¹⁾

一个典型的例子是公司中股东只以其投资额为限对公司债权人承担责任。投资人有限责任的采用无非是为了刺激投资者的积极性,如果投资者对其投资承担无限责任,势必阻吓投资者裹足不前,这将不利于企业筹集资本,尤其是不利于高风险企业的筹资。商业活动以营利为目的,如果筹集不到足够资本,经营事业无法启动。另一个典型的例子就是破产制度的采用。当企业发生资不抵债的情形时,可以由企业自己或者利害关系人,如股东、债权人,申请破产。在企业破产的情况下,企业只以其现有实际财产对债务人承担责任,对债务超过部分不承担责任。在这种意义上,可以说破产制度是有限责任的必然延伸和逻辑结论。

无论是股东有限责任制度还是企业破产制度,实质上都是以牺牲债权人利益为其存在前提。在企业破产的情况下,股东只在其投资的限度内承担责任,企业只在其现有实际财产范围内承担责任,那么,债务超过部分的责任由谁承担呢?当然是债权人自己承担。这意味着债权人承担了一部分投资风险责任,投资者的投资积极性得到最大限度的激发。如果投资者的企业债务得不到清偿,投资者的包袱不能解脱。在有限责任和破产制度的配合下,即使一个企业破产了,投资者还可以东山再起,再行投资别的企业。财富由此繁衍,生生不息。反之,在无限责任制度框架下,投资者势必瞻前顾后,尤其是对于高风险投资,必将乏人问津。如此,财富不能增长,社会不能进步。可见,在采用无限责任的情形下,虽然商业信用增加了,但却抑制投资;在采用有限责任的情形下,虽然债权人的风险增加了,但却刺激投资。⁽⁴²⁾

(二) 商法的八种调整方法

对于商事关系的法律调整,因同为私人关系之故,商法与民法分享共同调整方法,如平等、自愿、公平、诚信这样一些基本原则,甚至包括《民法总则》规定的“绿色原则”。除此之外,商法还具有自己独特的调整方法,或者说,这些方法在商法中体现得更加充分。归纳起来,商法特有的调整方法如下:

1. 强制与管制方法的运用

商法固然属于私法,但却是私法中最具有公法化倾向的法律。一方面,商法为了实现财富最大化,奉行管理自治与交易自由;另一方面,商事关系参加者往往具有公众性,商法为了维持公众利益并保护其交易安全,往往采用强制与管制措施对商事关系进行干预。于是,商法凸

(40) 如大陆法系国家和地区包括法国、德国以及我国台湾地区等。

(41) 美国公司法完全实现了股东有限责任,包括各州的普通商事公司法和有限责任公司法(LLC)。我国公司法也实行的是完全有限责任,包括有限责任公司和股份有限公司。

(42) 伊斯特布鲁克和费希尔二位教授运用法经济方法分析后认为:有限责任可以减低监管成本,刺激管理者有效管理,使市场价格更加真实反映企业价值,有利于投资组合多元化及投资决策最优化。See Frank. H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1998, pp. 41 ~ 44.

显出自由与强制“双重结构”⁽⁴³⁾形态。这与民法对民事关系的调整方法完全不同。

强制是立法者将其干预的意思通过法律间接地表示出来，其规范特征为强制性规则。商法的强制性在管理关系中体现的较为突出，如公司组织机构的职权、会议规则、章程必须记载事项等。这种管理关系同时具有内部性，对于这些内部事务，法律允许通过公司章程、公司决议、股东协议、合伙协议实现自我管理，法律体现为任意性规范。因此，在管理型关系中，商法的“双重结构”体现得更为明显。

管制则是市场监管者主要通过行政法规形式将其干预的意思直接表示出来。因此，广义上讲，金融关系还包括监管机构或者主管部门对市场的管制关系，如市场准入与退出、投资者资格、从业人员资质、业务许可与交易行为的合规与审查等等。金融商事关系、特许商事关系、垄断商事关系以及公用商事关系基本上都是通过监管规则实施其调整和规范目的，这些行业都有对应的监管部门。但是，如前所述，金融监管与特殊商事关系的管制还是有所区别的。尽管二者都是管制，但强弱程度不同。金融监管法是以行政法规形式出现的，但却很难将其认定为纯粹的行政法，因为这样的监管法实际上是商事关系法律调整的监管表述。也就是说，对本质上属于私法的金融商事关系的法律调整是借助监管形式来实现的。特殊商事关系的管制则往往是通过行政法规的形式直接要求市场主体服从其规则。强势的行政监管不仅仅是中国商法的特色，而且是现代商法越来越明显的特点，它确实构成了商法不可分割的内容。⁽⁴⁴⁾

随着市场经济的进一步发展，自由化要求越来越高，金融管制逐步获得放松，强制与管制的方法则需要弱化，以满足金融创新的要求。譬如，目前正在推行的商事登记制度改革和证券发行的注册制改革就是因应社会的发展变化而做出的法律变革。

2. 无因性与独立性方法的运用

为了更好地促进财产流通和交易迅捷，保护权利人，商法将商事关系与民事基础关系隔离开，使某些商事关系具有无因性；同时将商行为与民事原因行为隔离开，使商行为具有独立性。例如，根据《票据法》规定，一旦票据关系成立生效，则不受票据基础关系的影响，即使基础关系发生无效，也不能阻止票据权利人行使权利。⁽⁴⁵⁾而票据行为的独立性则意味着一旦票据行为有效成立，即脱离其原因关系。同时，如果同一商事关系有数个行为，每个行为分别独立，一行为无效不影响他行为的效力。这种商行为的独立性同样典型的体现在票据法中。又如，根据《证券法》规定，按照证券交易规则进行的交易，不得改变其交易结果。⁽⁴⁶⁾至于票据基础关系和原因关系以及证券交易中的违约违规者应负的民事责任则按民法方法处理，也可能发生行政责任和刑事责任。

商事关系具有无因性和商行为具有独立性恐怕是商法与民法最为显著的区分。⁽⁴⁷⁾由于我国

(43) 王文宇 “从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制”，《清华法学》2015年第6期，第65~66页。

(44) 参见施天涛 “民法典能够实现民商合一吗”，《中国法律评论》2015年第4期，第27页。

(45) 我国票据法不承认票据关系的独立性，主要是因为我国票据立法深受计划经济影响，其基本的考虑是将票据作为一种银行结算手段使用。参见《票据法》第10、21、74、82条。

(46) 参见《证券法》第120条。

(47) 崔建远教授批注 “民法有独立性甚至无因性的例子，如代理权授与和债权让与。甚至有人认为这两者还具有无因性。”作者以为，这正是民与商纠缠的地方，代理权授与和债权让与，民乎？商乎？在与崔建远教授的交流中，他一直强调商法很重要，然究其本心，无非是因为民法需要商法打“补丁”。在作者看来，如果代理权授予和债权让与的无因性与独立性成立的话，恐怕其意义还是更多地体现在商事关系中。



商法深受民法影响和行政干扰,商事关系的无因性与商行为的独立性方法的运用在商法中远未得到充分和普遍贯彻。譬如,在股权转让中,是否可以考虑将股权转让协议认定为股权取得的基础关系和原因行为,使股权关系具有无因性、股权的过户登记具有独立性。⁽⁴⁸⁾又如,在出资关系中,投资人将资金投入公司且转换为公司财产,如因为所投资财产合法性出现问题致使该出资行为无效,其所产生的影响不仅会涉及出资人,还会波及公司、其他股东和第三人。⁽⁴⁹⁾我国相关法律、行政法规多有强调交易财产来源的合法性,⁽⁵⁰⁾但是,在面对一些公众交易时,如果因为交易财产来源出现问题而使交易无效,必然严重伤害众多无辜公众投资者,如信托计划投资者、基金投资者。如对上述交易实行无因性和独立性隔离处理,对洗钱者另行实施民法、行政法、刑法处理,则更加有利于商事关系的安全保障和商事纠纷的迅速解决。

3. 外观方法的运用

法律行为的核心要素是意思表示。但在认定法律行为的效果时,商法方法与民法方法各有侧重。简而言之,民法侧重探究当事人内心真实意思,商法侧重当事人的外观形式表示。这就是所谓的商法外观主义,⁽⁵¹⁾即以交易当事人行为的外观为准来认定其行为所发生的效果。如票据法上关于票据的文义性与要式性、背书连续性的证明力等规定都是外观主义的体现。外观主义的采用主要是为了谋求交易的安全而赋予行为外观效力上的优先性。商事交易频繁迅速,一般都不会对相对人进行详细调查,而只信赖外部表象。如公司任命法定代表人,一经公示第三人即可合理依赖,即使是错误登记公司也不得主张相反的事实成立。反之,未经登记公示,则不产生外观效果,如基于受让取得的股权,未经公司登记,不得对抗公司和股东;未经工商登记,不得对抗第三人。此外,公司章程或者合伙协议对管理人的权利或权力的限制属于内部关系,不得对抗第三人。⁽⁵²⁾

(48) 崔建远教授批注“股权协议无效,有时不影响股权的受让结果,但大多要影响。你如此设计有配套措施吗?若无,如此设计就只能属于哲学层面的异想,不符合部门法须有具体规则和内部自治的要求”。对此,作者的回应是,在公司法上,股权的取得须经二个步骤:一是转让协议;二是受让股权的过户登记,即需要完成在公司股东名册上的记载。这可能牵涉如下四个问题:一是股东名册上的记载在性质上属于事实行为还是法律行为?二是股权的取得并非仅仅转让人与受让人二方当事人的事情,还需要其他股东的同意和优先购买权的行使(参见《公司法》第71条),即便将来随着法律的自由化改革废除了这种限制,是否依然存在着公司和其他股东同意的隐含意思?三是股权虽然与物权不同,但二者极为类似。物权法上有物权行为理论和法例,公司法是否就不能对股权的取得赋予无因性和独立性效果呢?四是股东名册上记载的股权具有股权取得的推定效果(参见《公司法》第33条)。固然,现行的做法可因转让协议的无效推翻这种推定,但权衡股权利益保护与转让协议无效后之救济的利弊得失,法律是前进一小步还是后退一大步?对于上述四个问题,作者现在还没有想明白,以后有机会另行研究。不过,作者本意确实也是希望跳出民法思维,试用商法语言和方法重新表述商事关系。

(49) 《公司法司法解释三》第7条第2款,以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的,对违法犯罪行为予以追究、处罚时,应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权。尽管这一规定尚未采取无因性和独立性,但较之于以前以赃物的名义直接从公司取走财产或划拨资金,已经前进了一大步。

(50) 参见《信托法》第7条。

(51) 在大陆法系法制中,如德国,称外观主义或者权利外观责任。参见〔德〕C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第9页。类似制度在英美称为允诺禁反言(estoppel by representation)。参见杨楦《英美契约法论》,北京大学出版社2007年版,第124~125页。

(52) 参见《公司法》第33条第3款规定和《合伙企业法》第37条规定。

外观主义是商法的一个重要标签，是调整商事关系中的重要方法。我国商法虽有体现，但却没有足够重视，甚至远不能满足实际的需要。如我国信托登记问题迄今尚未得到妥善解决，导致实践中和司法中不承认信托契约的效力。⁽⁵³⁾

4. 定型方法的运用

为提高交易效率，商事交易通常采用格式条款和权利证券化方式。譬如保险格式合同、公司股份、债券、基金份额、金融衍生品或者其他投资性合同证券化。再如，商法对于大批量交易往往采取规格、标准统一的商品化交易方式，从而更有利于商事交易的便捷。

5. 技术方法的运用

商事关系结构复杂，往往涉及数学上及统计上的定律及原理的运用。如公司股份发行和累积表决规则⁽⁵⁴⁾、证券交易的损害赔偿规则⁽⁵⁵⁾、票据权利行使规则、保险理赔、索赔与保险金支付规则⁽⁵⁶⁾等均为建立在缜密的计算之上。商法运用技术方法进行定量分析并在此基础上构建相应规则解决复杂交易。

6. 程序方法的运用

为了保障实体权利的实现，商法中存在着大量的程序性规则。商法中的程序规范有诉讼程序规范和非诉讼程序规范之分。⁽⁵⁷⁾

就诉讼程序而言，其主要目的是为了适应商事关系的特殊性而限缩民法和民事诉讼法的适用。譬如，公司法专门就公司决议瑕疵诉讼进行专门规定⁽⁵⁸⁾，因为民法上关于法律行为效力的一般规则不能应对公司决议团体法律行为的特殊性。又如，如果对股东派生诉讼适用民法的一般规则，则容易导致派生诉讼的滥诉，妨害公司的正常经营管理。再如《破产法》对破产程序的专门规定，其缘由在于，如果适用普通民事诉讼程序，难以保障债权人的公平受偿。

由于证券欺诈所引起的民事损害赔偿诉讼的原告往往人数众多，所以这类诉讼常常采取集团诉讼的方式，若依照普通诉讼程序，不仅无法及时善了，而且导致诉讼成本大为提高。所以，

(53) 我国银监会虽然颁布了《信托登记管理办法》，但能否解决信托行为的外观问题尚存在疑问：一则该办法位阶过低；二则该办法也未对登记效力予以明确。该办法更多的意义似乎在于营业监管，而不是登记公示。参见《信托登记管理办法》[银监发(2017)47号]。

(54) 累计表决权因为其统计和计算的复杂性，通常适用于封闭公司。我国《公司法》反其道而行之，恰恰是在上市公司中采用累积投票制。主要是因为我国立法者将其作为改善上市公司治理和保护少数股东的一种手段。参见《公司法》第105条。

(55) 参见施天涛、周伦军《美国证券欺诈经典案例：内幕交易与虚假陈述》，法律出版社2015年版，第4页。另外，在复杂的金融商法领域，经济学与金融学的假设与模型对建构商事规则与处理商事纠纷具有重要影响，如金融学中的“有效市场假说”是虚假陈述等证券欺诈中判定因果关系的重要理论基础。参见樊健：“我国证券市场虚假陈述交易上因果关系的新问题”，《中外法学》2016年第6期，第1498~1502页。

(56) 典型者如精算学和大数法则的运用。精算数学是“为了计算出人寿保险合同中保费支出的预期贴现值，需要假定未来的利息率和死亡率”。参见(挪威)卡尔·H.博尔奇《保险经济学》，虞国柱、王国军、丁少群、王锋译，商务印书馆1999年版，第321~330页。大数法则是在随机危险的大量重复出现中显现的必然规律。运用大数法则可以将个别危险单位损失的不确定性变成多数危险单位损失的可预知性。参见袁宗蔚《保险学：危险与保险》，首都经济贸易大学出版社2000年版，第84~86页。

(57) 参见施天涛《商法学》，法律出版社2010年版，第12页。

(58) 参见《公司法》第22条《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》[法释(2017)16号]，第1~7条。



证券法往往对这种集团诉讼程序予以专门规定。⁽⁵⁹⁾ 此外, 票据法中关于票据丧失后的救济也涉及诉讼程序规则。

就非诉程序而言, 可以说在商法中, 实体规范与程序规范并重, 几乎每一个实体权利就会跟进相应的程序保障。商法中的非诉程序规范随处可见。譬如, 公司设立程序、公司会议程序、分立与合并程序、解散与清算程序等; 证券发行与交易程序等; 票据承兑、见票、付款、追索程序等; 保险索赔与理赔程序等; 商业银行存贷款、结算及中介业务程序以及账户的查询、冻结、扣划程序等。

商法之所以如此重视程序性要求, 无非在于强化风险控制、权利的正当行使, 确保当事人权利的实现。如果没有这些程序规则作为保障, 商法上所规定的实体权利有可能会落空。⁽⁶⁰⁾ 同时, 商法的实体法规则也非常注重程序方法的运用。由于商事关系的复杂性, 对当事人行为与责任的认定异常困难, 尤其是对行为人主观心态是否存在过错的认定, 更是捉襟见肘。于是, 商法运用程序方法对实质认定方法的不足予以弥补, 在行为和责任认定上凸显出程序化倾向。譬如, 对于公司董事、高管的决策是否尽到了注意义务, 商法上采取商业判断规则进行程序化审查;⁽⁶¹⁾ 对于关联交易是否公平合理, 商法上同样采取了程序化处理。⁽⁶²⁾ 这种方法的运用实际上是“程序正义原则”在商法中的体现。

我国商法中程序方法的运用还是比较充分的, 改进之处主要是需要对包含在非诉程序中的不合理行政干预因素加以剔除。同时, 实体规则的程序化则需要予以进一步重视。

7. 严格责任主义

商法特别地运用加重责任方法使交易行为当事人承担较为严格的责任。此所谓严格责任主义。⁽⁶³⁾ 商事关系是一种经营关系, 多数情况下都是当事人将其财产或资金委托给他人经营管理。因此, 商法中的严格责任首先意味着作为经营管理他人财产的代理人的责任。⁽⁶⁴⁾ 如在公司

(59) 我国目前尚未采取集团诉讼, 而采取的是代表人诉讼制度。但从证券诉讼的特性来看, 则应当采取集团诉讼更为合适。汤欣教授对证券集团诉讼有着广泛深入的研究。他认为我国资本市场应当引进证券集团诉讼制度, 并应当设计适宜的激励机制, 以克服可能出现的原告动力不足的问题。参见汤欣“私人诉讼与证券执法”, 《清华法学》2007年第3期, 第92页。考虑到集团诉讼机制近期内难以建立, 汤欣教授同时建议考虑集团诉讼的替代性机制, 并建议借鉴德国的证券投资者示范诉讼和我国台湾地区以非营利组织主导的证券团体诉讼。参见汤欣“证券集团诉讼的替代性机制——比较法角度的初步考察”, 《证券法苑》(第四卷), 法律出版社2011年版, 第174~200页。

(60) 虽然程序方法在民法中也较为重要, 但却远未得到重视。崔建远教授很早就呼吁“民法必须高度重视程序所起的巨大作用”。参见崔建远“民法, 给程序以应有的地位”, 《政治与法律》1998年第2期, 第1页。

(61) 参见前注〔7〕, 施天涛书, 第417~421页。

(62) 参见施天涛、杜晶“我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本”, 《中国法学》2007年第6期, 第133页。

(63) 应当说明的是, 这里所谓的严格责任主义不同于英美法上作为一种归责原则的“严格责任”(strict liability)。前者是指商事法律在总体立法上的一种政策考量, 后者仅是作为一种归责原则。

(64) 商法上的委托代理理论认为, 股东所有权与对企业的经营管理权的分离导致了对企业的集中管理。股东通过选择专门的管理者来进行管理, 企业的管理权旁落于专门的管理层并产生代理成本。该理论由詹森和麦考林二位教授提出。See Michael C. Jensen and William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics*, October, 1976, V. 3, No. 4, pp. 305~360.

法中，公司董事、高管对公司及其股东负有受信义务，⁽⁶⁵⁾ 包括设立中公司发起人的受信义务，公司治理和公司并购中董事、高管的受信义务，公司清算中清算人对清算中公司的受信义务。合伙企业的合伙人往往承担着管理责任，因此他们也须对其他合伙人承担受信义务。在信托和基金关系中，存在着双重受信义务：第一层是信托公司与基金公司本身作为受托人须对委托人或者投资者承担受信义务；第二层是基金公司的董事、高管对信托公司或基金公司及其股东的受信义务。在商事代理关系中，代理人对被代理人负有受信义务。受信义务一般适用于负有经营管理责任的人，不适用于普通投资者。但是，在特殊情形下，可能要求公司控股股东和实际控制人承担受信义务，如在关联交易⁽⁶⁶⁾和金融控股⁽⁶⁷⁾情形。

自 20 世纪 30 年代以来兴起的企业社会责任思潮和运动⁽⁶⁸⁾对传统法律产生了深刻影响，因而导致传统法律发生了重大变革。⁽⁶⁹⁾ 这一影响和变革表现在：企业管理者（如董事、高管）不仅仅是为股东利润最大化服务，而且需对企业雇员、供应商、债权人、消费者、社区等“利益相关者”承担责任；不仅要承担私法上的民事责任，还须承担公法上的环境责任以及社会法上的社会福利和公益责任等。⁽⁷⁰⁾ 企业社会责任无疑加重了管理者的责任负担，使企业管理者承担了“双重责任”或“多元责任”。

商法原则上对商事关系的普通投资者赋予有限责任保护，如本文前述。但是，如果存在权利滥用情形，无论是普通股东还是控股股东，都可能导致民事责任的适用，尤其是人格否认规则的适用。⁽⁷¹⁾ 破产法的适用虽然一方面对经营者提供了保护，但又何尝不是对经营者的终极惩罚。此外，合伙企业合伙人与个人独资企业业主不能享受有限责任特权保护，须对合伙债务和独资债务承担无限或连带责任。商法加重责任方法的运用还体现在归责原则的推定适用。如在证券虚假陈述案件中，发行人、上市公司的董事、监事、高管和其他责任人员以及保荐人、承销商、证券服务机构须承担连带责任，并采取过错推定。⁽⁷²⁾ 证券法采取这种方法无非是因为证券交易涉及公众投资者，交易主体及中介机构须负有更高的勤勉、谨慎、注意和忠诚。

商法的加重责任还体现在行政责任的介入或者行政因素的影响。由于商法本身具有很强的

(65) 应注意的是，作为加重责任的受信义务并非绝对，如公司法对积极作为的注意义务采取的是重大过失标准，即采取“商业判断规则”予以隔离和保护；对于消极不作为的注意义务和忠实义务采取的是普通过失标准。参见前注〔7〕，施天涛书，第 408、419~421 页。

(66) 参见《公司法》第 21、216 条。

(67) 在金融集团内部，如果其关联公司出现清偿不能，甚或破产清算，控股公司应对子公司债务承担连带责任。或者在子公司资本不足的情形下，控股公司承担补充出资责任。这种加重责任是为了克服控股公司的道德责任，也是对公司有限责任的突破。

(68) See C. A. Harwells, *The Cycles of Corporate Responsibility: A Historical Retrospective for the Twenty-First Century*, *University of Kansas Law Review*, 51 (2002), pp. 77 ~ 140.

(69) 如，自 1983 年美国宾夕法尼亚州第一个采用了“利益相关者法律”之后，美国相继有 30 个左右州仿效之。See Stephen M. Bainbridge, *Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes*, *Pepperdine Law Review*, 19 (1991), pp. 971 ~ 1026; Also see Richard B. Tyler, *Other Constituency Statutes*, *Missouri Law Review*, 59 (1994), pp. 373 ~ 426. 我国《公司法》第 5 条也规定了“公司从事经营活动……承担社会责任”。

(70) 同上，Stephen M. Bainbridge 文，第 971 ~ 1026 页；同上，Richard B. Tyler 文，第 373 ~ 426 页。

(71) 参见《公司法》第 20 条。

(72) 参见《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称“《虚假陈述司法解释》”）〔法释（2003）2 号〕。



管制性,许多商事纠纷,尤其是在金融商事领域,基本上都是采取行政处罚措施予以解决。⁽⁷³⁾即使是通过民事诉讼途径,也往往设置了行政处罚的前置程序。如在我国,投资者提起虚假陈述民事诉讼须以该虚假陈述行为经过行政处罚或者法院刑事判决为前提。⁽⁷⁴⁾

我国商法尚未建立起自己的责任制度,一般都是沿用民事责任一般性规则。譬如,对于前述管理者责任之受信义务,除信托法的规定相对充分一些,公司法对注意义务的规定仅有“勤勉义务”四字宣示而已,⁽⁷⁵⁾并无具体适用标准。又如,关于证券欺诈的民事责任,目前仅有最高人民法院于虚假陈述的司法解释,而内幕交易和操纵市场尚未建立起可操作的司法审查标准。但是,证券交易所的交易并非传统的面对面交易,而是一种非人格化交易,严格适用民法上尤其是侵权责任法上的一般责任构成要件,将造成投资者几乎难以证明因果关系、损失数额。因此,有必要在证券欺诈等领域建立商法自己的责任制度,对构成要件进行适当调整。

8. 时效短期化

商法规定的时效较之于民法要短一些,如票据时效,其目的在于促使当事人尽快处理和了结商事关系,以谋求交易的迅捷。

由于《民法通则》规定的二年时效期间依然短暂,所以在一般性商事关系中同时适用民法时效规则。只有个别商事关系适用更短一些的特殊时效。《民法总则》将普通时效从二年延长至三年,虽有延长,但依然不足够处理民事纠纷。民事纠纷往往涉及家庭关系、婚姻关系、亲戚关系、朋友关系,迁延费时,给予更长一些时间更有利于保护当事人利益;商事活动追求的就是时间效率,往往涉及众多社会公众或陌生人,当应迅速了断。虽然《民法总则》第188条规定“法律另有规定的,依照其规定”,但由于民法的一般诉讼时效也仅为三年,所以,实际上将会导致商事关系的一般时效适用其实也就是民法的三年时效。从商事纠纷与民事纠纷各自的特性来看,民法诉讼时效五年、商法诉讼时效二年较为妥当,特殊情形可以更短一些。商法时效短期化的另一体现就是许多情形规定了除权期间,即要求当事人在规定的更短时间内行使权利,否则该权利即行消灭。⁽⁷⁶⁾

四、结语: 当今商法的使命

商事关系在逻辑上和实在意义上的独立存在并非意味着全部商事关系均由商法调整。理论上固然应该各司其职,但现实却非如此。这主要是历史的影响造成的。这种历史影响既有外国民商合一思想输入的影响,也有中国自己的原因。在中国,民法一开始就将其自己定位于商品经济的法律。⁽⁷⁷⁾这是致命的。一旦民法介入商品经济或市场经济,就注定了商法的命运。

普通商事关系反映的是自由竞争关系,其经营活动主要由普通市场私主体参与完成。在这一领域,法律奉行的是“营业自由”,弱化管制。因此,民法的价值和原则渗透更容易一些,更多一些,更强烈一些。随着民法大肆侵入商事关系,导致民法商法化,这种情形在民商合一思想影响下越来越严重,民法呈现出一种过度商化现象。这一现象可能或者已经引发的问题是,运用民法方法解决商事问题不能满足商事关系的要求;另一方面,运用商法方法解决民事问题

(73) 如公司法和证券法等商事法律规定的罚款、罚金等公法性惩罚方式。参见《公司法》第12章、《证券法》第11章。

(74) 参见《虚假陈述司法解释》第6条。

(75) 参见《公司法》第147条。

(76) 如《公司法》第22条规定,股东请求撤销公司决议权利的行使期间是60日内。

(77) 参见前注〔44〕,施天涛文,第24页。

又会造成过度理性化或过度规制。这典型的体现在合同法领域。在我国，合同法是民商合一的一个重要领域。在这一体制下，商事合同被纳入了统一合同法之中，并在概念体系上属于民法范畴。但从统一合同法的规则内容来看，其在绝大多数情况下，都反映的是商事交易的要求，恰恰对民事关系及其相应地民法规则不重视，甚至忽略。⁽⁷⁸⁾ 面对这种实际状态，尤其是在我国《民法总则》已经采取民商合一的情况下，绝大多数传统的商业领域均为民法与合同法所吸收，⁽⁷⁹⁾ 普通商事关系早已不再专属于商法，而是形成了与民法共治的局面。

特殊商事关系本质上仍然是商事关系，其基本层面的法律调整当然适用商法，也包括民法的适用。所不同的是，在这些领域，更多地反映了非竞争性、专营性、垄断性及公共性。因此，法律上体现了较强的管制性和公法性，民法的渗透要弱得多，适用空间有限。相比较而言，商法的适用则要强一些。但是，这些特殊领域不具有人们基本生活的常态形式而无法成为商事关系的主流构成，只能成为商法的边际调整对象。

早期社会商事关系相对简单，商法主要局限于商品的制造、加工、贸易等传统商业领域。由于社会的进步与发展，现代社会商事关系主要表现为金融关系，因此，现代商法更加专注于资本市场与金融市场的投资和交易活动。几乎可以说，现代商法就是关于资本与金融的法律。⁽⁸⁰⁾ 这说明，现代商法确实已经将其注意力转移到了资本与金融领域。尽管民法原则和方法依然会发生作用，但在金融商事关系中，商法的原则和方法将起到主导作用。

因此，当今商法应该将其主要精力从传统商事关系的调整转移到对金融商事关系的调整，并以此作为当今商法的基本定位。至于普通商事关系的法律调整，则由商法与民法共同完成；特殊商事关系的法律调整则属于商法的边际调整。有鉴于此，商法的使命就是在金融商事领域重新塑造自己并以金融商法⁽⁸¹⁾ 的面目立足于当今法律体系之中。重塑的方法就是遵循金融关系的逻辑结构尽可能最大化地发挥商法特有方法的调整功能。⁽⁸²⁾ 如此，商法这只“寄居蟹”才能真正找到自己的“居留地”。⁽⁸³⁾

[责任编辑：汤欣]

(78) 参见张谷“中国民法商法化举隅”，《金融法苑》2005年第1期，第74~80页。

(79) 刘凯湘教授指出“《合同法》的确是我国目前民事立法中最能体现民商合一特色的”；“其他民事法律对商事关系的调整均不如《合同法》范围广，程度深”。参见前注〔1〕，刘凯湘文，第116页。

(80) 美国《统一商法典》(UCC)反映了大量的有关金融业务规则(参见美国法学会(ALI)、美国统一州法委员会(NCCUSL)合著《〈统一商法典〉及其正式评述》，孙新强译，中国人民大学出版社2004年版)。一些国家已经专门制定了资本与金融市场方面的法律，并对金融商品等重要法律概念作出界定，如日本的《金融商品交易法》(参见杨东《金融服务统合法论》，法律出版社2013年版，第78~90页)、韩国的《资本市场法》(参见董新义译《韩国资本市场法》，知识产权出版社2011年版)。尽管此类金融法典(主要是规范本文所谓的金融交易关系)与本文所谓金融商法(本文所谓金融商事关系还包括了以企业关系为主要内容的管理关系)并不完全吻合，但金融与商法的联姻已是大势所趋。

(81) 楼建波教授在其新出版的专著《金融商法的逻辑：现代金融交易对商法的冲击与改造》(中国法制出版社2017年版)明确提出了“金融商法”这一概念。尽管楼教授所说的“金融商法”仅专注于证券及其衍生市场，但这一概念的提出本身即具有革新意义。

(82) 这也说明了商法的担当品格，“它经常成为法律发展的开拓者”。参见前注〔51〕，〔德〕C. W. 卡纳里斯书，第9~10页。

(83) 张谷教授的著名语录。参见张谷“商法，这只寄居蟹”——兼论商法的独立性及其特点，《清华法律论衡》2005年第6辑，第1~148页。