

论商主体资格之取得要件及其表现形式

刘凯湘 赵心泽

[提要] 商法原理中需要抽象出商事主体的特质，以区别商事主体和普通民事主体，此亦构建一般商法体系之必需。通说中以“商事能力”作为商事主体资格确认之标准，实存疑惑。“商事能力”并未获得独立于民事能力的特殊性，作为取得“商事能力”前提的商事登记只是商事主体资格取得的程序要件，“商事能力”对于其所要解决的商主体界定问题并无实际意义。我国可引入德国商法中“营业之经营”概念，将其作为商事主体资格取得的实质要件，同时，为明晰“营业之经营”概念，需将其具化为三个表现形式，即商号之使用、商事账簿之使用和经理权之授予，其在不同的商主体类型中有不同的适用情形。

[关键词] 商主体 资格 商事能力 权利能力 行为能力 营业之经营

[中图分类号] D923.99 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1000-114X(2014)02-0214-15

自20世纪90年代以来，我国商事立法取得了很大的成就，先后制定了一系列商事单行法律，然而我国尚没有一部在商法领域起到基本法作用的通则性规范。有学者指出，由于现在的《民法通则》和将来的《民法典》与商事特别法之间有大量立法空白存在，而且商法通则部分的大量制度不适合制定分散的单行法律，有必要将商法通则部分统一立法，作为商法领域的一般法。欲构建区别于民法的一般商法体系，首先要对商事主体进行明确定义，以区别商事主体和普通民事主体。关于商事主体的资格确认，我国存在以“商事能力”作为商事主体资格确认标准的通说。^①而所谓的“商事能力”，实则是从民法学说与立法中借鉴而来。对此我们应当思考，商法中是否存在商事权利能力、商事行为能力及商事责任能力之概念？从民法中借鉴这些概念的目的到底何在？这些概念对于商事主体资格的逻辑阐释与功能说明是否真的有价值？

在学理上，对于该问题我国学界存在不同观点。部分学者完全否定商事权利能力、商事行为能力的存在，认为“自近代以来所确定的商业自由原则，业已成为现代商事主体法的基础，而自然人固有的民事权利能力与行为能力，正是其在商事领域承担这种自由的法律技术载体。”^②部分学者承认商事权利能力和商事行为能力的存在，但他们的观点又有细微差别，有的将其作为民

事能力的一种附加，有的只是参照民事权利能力、民事行为能力相关制度仿制了相关商法中的制度。对于商事责任能力的讨论则更少，大部分教材并没有涉及，仅有部分学者对这一议题予以关注。

商事权利能力、商事行为能力、商事责任能力（以下简称“商事三能力”）概念存在与否、价值有无是商主体制度范围内的问题。肯定“商事三能力”的观点将这三个概念的创设以民法上的权利能力、行为能力、责任能力（以下简称“民事三能力”）为参照，因此探讨这三个概念的存在与否、价值有无首先须探讨其制度之必要性及所要解决之问题，其次须以民法上相关制度为依托，探讨两者关系及区别，再次应判定该制度是否具有存在价值及其方法之有效性。

一、商主体制度之立法例及其理论

（一）商主体之界定

各国关于商主体概念的界定标准大致可分为“主观主义”、“客观主义”与“折中主义”三种。主观主义体系以德国为代表。1900年生效的《德国商法典》以商人作为构建整个商法之中心概念，《德国商法典》第1条的规定，“本法典所称的商人，指经营营业的人”。^③客观主义体系以法国为代表，1807年《法国商法典》在平权政治观念的影响下，以商行为作为构建商法体系的中心概念，《法国商法典》第1条规定“从事商活动并以其作为经常性职业者，为商人。”^④折中主义体系以日本为代表。《日本商法》第4条规定“本法所称商人，指以自己名义，以实施商行为为业者。以店铺或其他类似设施出售物品为业者，或经营矿业者，虽然不以实施商行为为业，也视为商人。”第503条规定“商人为其营业实施的行为，为商行为。商人的行为推定为为其营业实施的行为。”即因取得商人身份或因实施商行为都可成为商主体。^⑤尽管各国商法均以商主体与商行为作为商法规范的基础，但商主体的具体构成上却差异甚巨。^⑥为便于表述，并为下文进一步讨论构建概念基础，本文所指商主体，指具有特殊资质的并经商事立法所承认的主体。^⑦

（二）商主体独立性之理论

随着商品经济的发展，商业职能与生产职能密切结合，社会普遍商化，商人概念的法律价值日益显现，各国商法典都将商人的法律概念固定下来。^⑧事实上，商主体独立化的主要原因，乃在于其所实施的营业行为的特殊性，要求以特殊的组织形式、行为规范以及责任承担方式等区别于一般民事主体而存在与运作。法律通过对商行为市场准入限定以及对商主体更加严格的要求，对商主体设置较民事主体更加严格的限制。^⑨

商主体制度的设立除技术原因以外，还有其特殊的价值追求。近代民法所追求的形式平等，对一切民事主体作抽象的对待，造成经济上的强者在实质上获得了支配地位，这反过来动摇了民法的平等基础。因此民法典在维持关于抽象人格规定的同时，又分化出若干具体人格，针对不同类型的商主体具体情况，设置不同的组织与行为规范，从而实现民商主体实质意义上的平等，实现对现代商主体在其营业活动中安全、效率、秩序的价值追求。^⑩

与民事主体以公平正义为追求目标不同，商人的行为往往以效率为原则，以营利为目的。商法中关于商事登记、公司、证券、保险、票据、海商等的规范都从各个方面体现了确认和保护营利的原则。因此，商法必须贯彻确认和保护营利的原则，从而调动商事主体的积极性，一方面可以使商事主体获得利益，另一方面可以促进整个社会经济的进步与发展。

商主体具有明显不同于一般民事主体的法律特征，主要体现在：其一，从本质上说，商主体是一种法律拟制的主体，实行主体法定的原则，须经过登记核准取得经营资格后才能进行经营活动，以维护市场秩序。其二，商主体是从事以营利为目的的营业活动的主体，商主体能力的存在与其所实施的营业活动密切相联。^⑪商主体的营利性目标要求调整它的行为规范能够促进交易的功能，如交易迅捷原则、交易简便原则、短期时效原则、定型化交易原则以及外观主义原则等都是为了适应资本尽快地增值的需要；国家通过商法公法化手段对商主体的行为进行规制，实行商主体组织与活动法定化、强制化，而对于一般民事主体的行为，国家更多的是尊重主体的行为自由；商法为商主体规定了更为严格的责任，以保障交易安全，如公司法上对公司发起人的严格责任的规定。^⑫

由于商主体具有特殊价值追求，且具有不同于民事主体的法律特征，因此商主体存在区别于民事主体的独立性。对商主体进行特别规制，对其设立更高市场准入要求，对商主体组织、活动法定化，严格其相关义务与责任，是商法必须作出的制度选择。

（三）立法上规制商主体制度之目的

商主体具备有别于民事主体的独立性，在立法上存在单独规制商主体制度的必要性。实际上，规制商主体制度的目的，最终在于规制商主体的外在行为或外在营业活动。具体而言，立法上规制商主体制度的目的主要有：

其一，解决权利义务之担当者的资格问题。如同民事主体制度一样，商主体制度首要的功能，在于使商主体成为商法所规定权利与义务的承受者，即能够以自己的名义，参与法律关系，享受权利，履行义务，承担责任。对此国内不同学者有不同表述，但大体精神是一致的。^⑬

其二，具有商法体系构建之意义。在商法规范设计或商法规范适用的逻辑上，商人概念成为商法规范体系上的核心联结点或聚散地。只有界定清楚何为商人，才可能确定商法规范（主要是关于商行为的规范）是否具有可适用性。商主体制度具有超越于民事主体制度的技术意义，即对商法体系构建之意义。

二、“民事三能力”与“商事三能力”之比较分析

商主体制度为商事立法提供了以商主体为中心的必要联结因素。而论者借“商事三能力”所欲表达者，究其实，不外乎取得商人资格或者说商人成立所应具备的要件（其最重要者，乃下述之“营业之经营”），类如民法上的法人之成立要件。^⑭由此观之，商事权利能力、商事行为能力、商事责任能力^⑮所要解决的问题，即商主体成立要件问题，对于构建商主体制度非常必要。然而，“商事能力”作为商事主体资格取得之要件的方法是否可行？商主体是否真的具有区别于民事主体的独立的“商事能力”？是否有其他标准作为商事主体资格之取得要件，才能真正体现商事主体的本质特性？

本文认为，将权利能力与行为能力掺和在一起来概括“商事/营业能力”之要件，实则曲解了权利能力与行为能力这两个概念的不同制度价值。若要具体判定“商事/营业能力”之存在价值及方法有效性，须以民法上权利能力、行为能力、责任能力为依托，探讨权利能力、行为能力、责任能力的制度价值，分析“商事能力”能否为民事主体固有的权利能力和行为能力所涵盖，亦或其获得了超越于民事能力之外的独立性。

（一）商事权利能力无独立于民事权利能力之必要

在法律上，权利能力是指一个人作为法律关系主体的能力，也即是作为权利的享有者和法律义务的承担者的能力。^⑩法律赋予人以所谓的权利能力，原以维持该个人独立自主为目的。^⑪也即权利能力的创立是为确立一个人得以具有民法上之独立的平等的主体资格。自然人的权利能力在逻辑上是生物人通向法律人的法律桥梁，其法哲学意义在于承担着何种生物人可得成为法律人的判断。

权利能力平等是一种抽象的平等而非具体平等，是一种资格或者说是一种取得权利的可能性的平等，而非具体权利的平等^⑫，它仅仅是自然人可得享有权利、承担义务的资格，而并不会直接导致权利的享有与义务的承担。基于自然人人格平等的伦理属性和民事主体地位平等之民法原则，这种权利能力也是完全平等的，权利能力与可能享有的现实具体之权利范围与权利类型也应该不存在任何关系。由于商事行为、商事活动与民事行为、民事活动一样均属于私人权益的范畴，从事商事行为所需要的特殊资格其实首先来源于民法中的一般意义上的权利能力，权利能力这一语词的外延不但应该包含一般民事权利能力，也自然包含商事权利能力，区分商事权利能力和民事权利能力并无必要。若论及主体的营业能力与营业范围，则应在行为能力范围内讨论。

（二）商事行为能力无独立于民事行为能力之必要

行为能力，是指人们依法行使权利和承担义务的能力。^⑬各国民法中关于行为能力一般采唯智主义的行为能力制度，即把行为能力理解为足龄和心智健全导致的智力和意志的无缺陷状态。对于自然人来说，民事行为能力是针对特定个人的心智水平而言的。逻辑上而言，无法对自然人实施民事行为与商事行为的意思能力作出泾渭分明的区分，适用不同的意思能力标准。有学者从行为能力与权利能力的同步性角度，来概括商事行为能力的独特之处，认为权利能力是民事主体之必备要件，而行为能力为非必备要件。商法对商主体有特别规定，要求两者必须同时具备，有权利能力而无行为能力者不得从事商行为。^⑭由这一观点出发，商事行为能力的独特之处，在于两个方面：一是商事行为能力是商行为之实施所必须的；二是商事行为能力是商事主体的主体性构成要件。

对此本文不能认同。就上述第一个方面而言，商事经营行为的本质，是以契约行为作为核心表现形式的法律行为，因而其自应受到民法关于法律行为、契约行为的行为能力的要求。换言之，商事经营行为的实施应当具有行为能力的判断，本来就是行为能力制度的应有之义。就上述第二个方面而言，如前所述，自然人的主体性要件，系植根于无差别的人类的伦理属性，因而具体的人彼此间的个体差异，一律被排斥于主体性要件之外。相应的，自然人的主体性要件，乃是由其权利能力享有一切权利的可能性为表述方式的，而与其行为能力通过实施法律行为从而现实地取得权利无关。这就意味着，不具有完全行为能力的自然人所欠缺的仅仅是实施商事经营行为的能力，而与其可得能否成为商自然人无关。自然人的商事能力不需要法律来另行加以确认或者拟制，将商业登记界定为自然人商事能力之确认的观点是不正确的。

虽然权利能力、行为能力以及责任能力三要素之构造，仅在自然人中具有其典型性意义，但民法中亦存在自然人之外的主体，其典型者如法人，合伙等。^⑮就此等民事主体，在学理上亦偶见“法人能力”或“合伙能力”之表述，但即便将其内容包括权利能力、行为能力几项，其所指仍各有针对，如同描述自然人能力之思路，决无法人或合伙欲取得其主体资格须同时具备权利能力与行为能力的论断。

行为能力除说明行为主体须具有“令人重视的行为意思”的资质外，另有其他意义。“商法

乃强者之法”，“其一，商人精通和熟悉交易业务，因此对商人应提出更高的要求；其二，商事交易在更高的程度上要求灵活性、快速性、简便性和法律稳定性。”^②在立法规定上，有些商事活动完全排除行为能力欠缺者从事商行为，例如票据行为人要求具备完全行为能力、商主体之管理人员亦须为完全行为能力人等。此种设计特性由商法保障交易安全之功能和任务决定。商法对第三人的保护优先于对无能力人的保护。为了保障交易安全，商主体必须具备特别条件，即“核心营业能力”，包括商号之使用、商事账簿之使用、经理权之授予等要素，本文将之归纳为“营业之经营”。

（三）商事责任能力无独立于民事责任能力之必要

民事责任能力，指民事主体据以独立承担民事责任的法律地位或法律资格。^③有学者提出应单独设置“商事责任能力”以区别于“民事责任能力”。^④主要依据在于：其一，民事责任能力与商事责任能力的判断标准不同。民事责任能力制度体现了民法的伦理性，与过错有着密切联系，规定行为人以行为时有识别能力为限承担责任。与此相对应的是，商事责任能力体现了商法的技术性，与伦理性无关，它以商主体是否具有独立财产，能够独立承担法律后果为判断标准。其二，商法上的责任制度比起民法上的责任制度有其特殊性。^⑤商事责任的特殊性首先表现在加重责任，许多国家的商法都实行严格责任原则，主要是为了充分维护和确保交易安全。其次，它的特殊性也体现在减轻责任，从事高风险的商主体在获取高额利润的同时，也使国民从中受益，促进整个社会的进步。所以，各国商法均创设了相关制度，例如：有限责任制度、商业判断原则、商主体的破产救济制度等。

本文以为，首先，尽管享有独立的财产是主体具备责任能力的基础，但是将其作为商事领域中所独有的特点则有不妥。由我国《民法通则》第133条规定可知，在被监护人致人损害时，被监护人有财产的，首先以被监护人的财产赔偿，不足部分，由监护人适当赔偿。这就是说，无行为能力人或限制行为能力人并非根本不承担民事责任，如其有财产，则照样承担民事责任不误。^⑥因此，责任能力以财产为基础非商事领域所独有。

其次，不可否认商事责任具有一定特殊性，包括更普遍地适用严格责任、减轻责任等制度。但是民法中本来就有无过错责任，且若不单独规定商事责任能力，是否真会导致与应承担的商事责任相对应的那部分权利缺乏法律救济途径呢？事实上，此种法律风险并不存在，因为现行民事法律规定已经将商事责任纳入其中。例如，《侵权责任法》第二条对该法的适用范围的规定。我国《侵权责任法》在制定时受“民商合一”思想的影响，没有刻意区分“商事责任”和“民事责任”，对于“侵权责任”的概念我们应作广义理解，它不仅包括一般的民事侵权责任，也应包括商事侵权责任。事实上，由于我国“民商合一”的立法体制，我国《民法通则》、《合同法》、《担保法》等民事立法在民事责任承担上，同样未区分民事主体与商事主体，而实际已将商事责任纳入其中规制。因此，没有必要创设一个新的概念和制度来规制它，亦没有必要另行规定商事责任能力。

（四）“商事三能力”难以解决商主体资格之必备要件问题

从“三种能力”在民法学中的内涵与价值进行考察，权利能力主要指一种主体资格或抽象人格，它解决了在法律关系中权利与义务的担当与承受问题，使具备权利能力的主体成为法律关系中权利与义务的聚散地；行为能力则受意思表示能力的制约，其作为民事行为的前提问题，强调由具备意思表示能力的主体自主地去建立法律关系（包括行使权利和承担义务），因此现实性

地获得了权利与义务的担当者或承受者资格；责任能力作为民事行为与商事行为的事后判断问题，解决由主体所引发损害的风险分担问题，即损害出现后在个案中风险如何承担的问题，它以一般财产为基础，划定责任承担的范围（责任限制），且与行为主体的主观状态密切联系。权利能力解决了静态的权利、义务担当问题；行为能力、责任能力解决了动态的权利、义务担当问题。由上文分析可知，“三种能力”在我国民事法律规定中已具完备，而所谓商事能力并无独立于民事能力之必要。商事权利能力已为民事权利能力所涵盖，而行为能力、责任能力亦关乎意思能力与主观状态，无法解决商主体的静态资格问题，其主要解决的是商主体以商号名义从事商业活动时的责任承担问题。关于商主体资格之必备要件，本文借鉴德国商法理论，以“营业之经营”作为商事领域中权利与义务的连接点。

三、商主体资格取得的要件分析

（一）商主体资格取得的实质要件

本文借鉴德国商法“营业之经营”概念，作为商主体资格取得的实质要件。^{②7}

1、营业的概念。营业（德语 Gewerbe），应当具备下述实质性特征：其一，相关活动应具备独立性，即经营者基本上可以自由支配其活动并决定其工作时间。其二，相关活动应具备有偿性。这一点，也是《商法典》对于商人活动的要求。有偿性的特点决定了营业活动是通过法律行为的成立而进行的，从而须有“获取报酬之目的”。其三，相关活动原则上指向不确定的大量行为，即有计划性、组织性、时间过程性、重复性。“偶然商人”，被排除在商人范畴之外。^{②8}其四，营业活动必须具有对外显示性。其五，还需满足一个消极性条件，即相关活动不能是艺术或科学活动，或其成果主要是与人身有关的自由职业。^{②9}关于复合行为的问题，一般的原则是判断哪一个组成部分最为显著。^{③0}

关于营业的次要性特征，主要引向几个较有争议的问题：营业是否必须为公法所允许？《德国商法典》第7条对此明确规定“营利事业经营的权限依公法规定而被排除，或者受到一定要件制约的，本法典关于商人规定的适用不因此而受到妨碍。”营业是否必须具有营利的目的性？德国学界颇有争论，然诚如卡纳里斯所言，“营利目标虽然在实际中（de facto）是典型的营业概念和商人身份的特征，但在法律上（de jure）没有必要使它成为一个必要要件”。一个企业是否以营利为目的，纯属内部问题；认为非此即不可受商事登记簿条款的约束、失去任命经理人的权力、不得组成普通商事合伙和有限商事合伙的理由，均不成立。卡纳里斯将营业定义为“一种独立的、有偿的、包括不特定之多数行为的、向外公示的行为，但艺术、科学活动，或其成果主要是与人身有关的自由职业活动不包括在内”。

2、经营的概念。所谓经营者，是指在有关商事营业的范围内成立的行为效力所及之人，具体而言：其一，在代理场合，被代理人而非代理人为商人。在法定代理的场合，无行为能力人或限制行为能力人本人，而非其法定代理人，应被视为商人。但独立的代理商属于商事辅助人，为商人。其二，以自己名义从事商行为者，行为者即为商人，如商人企业之用益承租人、自己继续经营企业的用益权人、企业之信托受托人均均为商人；遗嘱执行人以自己名义者为商人；支付不能程序之管理人非为商人。其三，商事组织之成员是否具有商人之资格，学界对此有争议。《德国商法典》第124条授予了普通商事合伙和有限商事合伙近似于法人的法律地位，故应仅以该商事组织本身经营营业者作为商人；但通说却承认普通商事合伙的合伙人和有限商事合伙的无限合

伙人应具备商人资格。对此,有学者指出,这一规定是合理的,因为其需要承担的是无限连带责任,任何与商事组织有关的行为也将作用于其个人。^④

(二) 商主体资格取得的程序要件: 登记

根据我国《企业法人登记管理条例》第3条第2款和《无照经营查处取缔办法》第2条的规定,在我国,无论是自然人还是法人以及其他的商组织,要想从事商事活动或营业活动,均须依法核准登记。登记为商主体资格取得的程序性要件。具体的法律法规规定散见于各个单行的商事立法中。

对于上述立法规定,存有疑问的是:这种商事登记的强制性原则,是否会窒碍商事活动之自由,乃至有违“营业自由”原则?本文认为,这需要对不同的商主体进行区别分析。

就商法人而言,因法人乃法律创造之产物,故对于法人的设立,当今学界通说都认可准则设立主义,即法律对于法人之设立,预先规定一定的条件,可遵照该条件设立,无需先经行政机关许可,依照法定条件设立后,需向登记机关办理登记,法人即可设立。^⑤这也是各国通行的原则。^⑥对于商合伙而言,其与商法人最大的不同在于,商合伙本质是一个以合伙合同为纽带、基于合伙人的出资而形成的合伙人的联合体。因此,合伙组织的客观存在,以“合伙协议”与“出资”的事实作为条件,而与商业登记无关。^⑦故而,即使未经登记,商合伙仍然可以依据一般的民法规则与他人进行交易。^⑧但登记对于商合伙的设立仍是有意义的,主要的即在于对于一些普通民事合伙所不具有的特征的宣示性,如确立有限合伙人的有限责任,执行事务合伙人等。对于商个人而言,登记的问题就更具特殊性。首先,自然人的权利能力乃是与生俱来的,不需要经过任何法律的赋予。其次,从事商事营业的权利为宪法所赋予自然人的一项基本权利。^⑨而对于基本权利的任何限制或曰细化的规定,都难免侵犯基本权利之嫌。故而,就商个人的登记而言,其在私法上的作用颇值得推敲,正因如此,有学者指出“商事登记的意义在于确认商个人的营业资格,排除由于公务人员身份等原因不得从事营业的人,向公众公示其经营信息,为社会公众提供最低限度的保护。”^⑩

由上述的分析可以得知,从商法人到商合伙,随着组织性的特征愈发减弱,登记的必要性也愈发受到动摇。但上述分析主要都是从民法的角度进行的。按照常识性的观点,似乎商个人的商人特性要弱于商合伙,商合伙又弱于商法人。而在商法的角度下,同样都符合了所谓“营业之经营”的特点,何以不同的商人之间存在若千的区别,以至于产生了这样的一种差别理解?换言之,“营业之经营”是否可以具化为若千更为细致的要求或体现?在这些要求中,可以体现不同商人的不同要求标准?

(三) “营业之经营”概念具化的必要性与可行性分析

1、“营业之经营”概念具化的必要性分析。如前所述,“营业之经营”本身并非我国法上所固有的理论,而是来源于《德国商法典》“ein Handelsgewerbe betreibt”一语。“营业之经营”这一概念在1998年修正之前的《德国商法典》中本有列举,而在1998年修正后,这一列举式规定被删除,“营业之经营”的要件构成是经过德国学者的归纳和分析才形成的,正因为如此,不同的学者就这一概念产生不同的理解。^⑪不过,由于有相应的规范作为接引,而且法解释学极为发达,“营业之经营”的概念虽然抽象,但还是可以得到比较完备的解决。^⑫

但在将“营业之经营”的概念引入中国时,需要注意如下两点:一则,作为一个抽象的法律概念,尽管这些语词在日常生活中被人们所广泛使用,但是在法律上,我国尚没有相关的法律

制度与之相衔接；二则，我国的法解释学尚没有发展到比较完备的境地，国内法上的很多概念在国内学界尚未取得共识，就更遑论引入的域外法概念。这就使得“营业之经营”的概念需要经过更进一步的具化，甚至需要在我国现行法下找到相应的体现，才能使之真正成为我国商法体系中商主体资格取得的要件。

2、“营业之经营”概念具化的可行性分析。“在法典中使用的商事经营的概念基于一个经营的概念，这个概念在法典中没有定义，而使用了优先的、在经济生活中运用的概念。”^⑩故而，尽管“营业之经营”并非我国法上的固有概念，但由于“营业之经营”概念本身来源于经济生活，故只要是存在较为成熟的市场经济和商事活动的国家，就必然会存在这一概念所对应的行为或其特征，只不过没有将之抽象成“营业之经营”的概念。本文将在我国法律和实践中寻找可以与“营业之经营”对应或将之具化的体现所在。^⑪

（四）“营业之经营”概念具化之一——商号之使用

1、商号之使用对于标示商人身份之意义。商号，又称商事名称，是商事经营主体在从事商行为时所使用的名称，即商主体在商事交易中为法律行为时，用以署名，或让他的代理人用其与他人进行商事交往的名称。^⑫商号之使用，是标示商人身份的重要体现，也是“营业之经营”的重要表征。

2、我国法上“商号”概念的辨析。我国法上，与“商号”可能产生混淆的概念有“字号”、“企业名称”等。字号是我国立法上一个经常出现的概念，我国《民法通则》第26条、第33条等均有涉及。归根溯源，字号属于我国古代商事生活实践中就已经形成的概念，我国宋代的书籍中就有了与字号相关的记载。^⑬我国现行立法已经采纳了“字号”与“商号”等同的观点，“字号”与“商号”是可以等同使用的概念。^⑭企业名称与商号的字面区别首先在于，前者限定了使用相关名称的主体为“企业”，而商号可以为所有商人所使用，具有商人身份的主体，却并不限于企业。^⑮《企业名称登记管理规定》第7条第1款规定“企业名称应当由以下部分依次组成：字号（或者商号，下同）、行业或者经营特点、组织形式。”这一规定体现了企业名称与商号的实质区别所在，即企业名称中包含了商号，但除了商号外，企业名称还应当包括行业或者经营特点和组织形式。由于企业名称中包含的行业或者经营特点和组织形式并不是专属于每个商人个体的，而是某一类商人都所共同具备的，^⑯故而，在企业名称中，商号居于核心的地位，实际起到了区别不同商人，并表彰其营业的作用；同时，由于商号在我国立法中被包含在企业名称中，故而下文对于设置商号的主体类别的分析，就企业的部分，将转而分析其使用企业名称的规定，而不再将商号单独列出。

3、我国法上应当或允许设置商号的主体类别。（1）公司。根据我国《公司法》第23条、第25条、第77条、第82条和《公司登记管理条例》第9条规定可知，在我国，公司作为典型的商法人，具有设置商号的强制性义务。不设立商号的，无法注册成为公司法人。

（2）合伙企业。根据我国《合伙企业法》第14条、第15条、第18条、第56条、第62条、第94条和《合伙企业登记管理办法》第6条规定可知，在我国，合伙企业作为典型的商合伙，具有设置商号的强制性义务。不设立商号的，无法注册成为合伙企业。同时，合伙企业因其成员需要对合伙企业的债务承担无限连带责任，故而，为表彰商合伙的性质，使之区别于商法人，在商号的设置上，法律还有强制性的规定。

（3）个人独资企业。根据我国《个人独资企业法》第8条、第11条、第34条和《个人独

资企业登记管理办法》第6条、第8条规定可知,在我国,个人独资企业具有设置商号的强制性义务。不设立商号的,无法注册成为个人独资企业。同时,个人独资企业因其企业主需要对企业的债务承担无限连带责任,故而,为表彰个人独资企业的性质,使之区别于商法人,在商号的设置上,法律还有强制性的规定。在商号的设置上,可以反映出个人独资企业典型的商人特征。

(4) 个体工商户。个体工商户由于没有企业形式,故而没有“企业名称”之称谓,与之相对应,根据2011年颁布的《个体工商户条例》第8条第2款和《个体工商户名称登记管理办法》第2条规定可知,在我国,个体工商户没有设置商号的强制性义务,即个体工商户可以自由决定是否使用名称或商号,但是选择使用名称的,名称属于登记事项,并应当符合《个体工商户名称登记管理办法》的规定,即与个人独资企业等商人类似的,都必须表彰该商人的营业并与其他商人相区别。由于个体工商户允许使用商号以使之在营业中与其本身的民法自然人人格相区别,故而应当认为,在商号之设置上,可以反映出个体工商户典型的商人特征。

(五) “营业之经营”概念具化之二——商事账簿之使用

1、商事账簿之使用对于标示商人身份之意义。商事账簿,是指商人为了明确记载营业上的财产和盈亏状况而制作的在法律上负有义务的账簿。^④对于商事账簿与商人的关系,德国、法国等国家都规定了商人的商事账簿设置义务。《德国商法典》在其第三编(drittes Buch)专门规定了商事账簿(Handelsbücher),该编起始的第238条规定“任何一个商人均负有记载账簿以及依通常的簿记原则在账簿中记载自己的商行为和自己财产状况的义务。”

对商人本身而言,商事账簿制度的功能表现在:首先,商事账簿制度是商人准确地了解自己商事经营状况的重要手段,为商人作出正确的决策提供根据;其次,商事账簿制度也是商人监督商事辅助人是否忠实和全面地履行自己职责的重要根据,是商人判断商事辅助人的业绩的基础;再次,商事账簿制度是社会公众和第三人了解商人经济状况和财务状况的重要手段,为与商人或者将要与商人从事商事交易的第三人了解商人的经营状态尤其是财产状态,并因此作出是否与商人从事交易的决定提供了基础。

就商事账簿与“营业之经营”的关系,根据前述“营业”的定义,正是由于“营业”的相关活动指向不确定的大量行为,即有计划性、组织性、时间过程性、重复性,故而才有商事账簿存在的可能,因为偶然的从事交易行为,没有专门设置账簿的需要。而与之相对应的,营业活动一经开展,由于其持续性的特点,商人为了了解自己经营之状况,便有设立商事账簿的必要;为了更好地规划自己的营业活动,商人也需要从既有的商事交易记录中寻求帮助,而这一商事交易记录的最佳方式,亦是商事账簿。因此,一方面商人有设立商事账簿的义务,另一方面非商人没有设立商事账簿的必要。商事账簿之使用,是标示商人身份的重要体现,可以将之作为“营业之经营”的一个具化表现。

2、我国法上应当或允许设置商事账簿的主体类别。(1) 公司。我国《公司法》第八章专门规定了“公司财务、会计”,包括第164条、第165条、第172条等规定。同时,为体现股东对公司的监督,《公司法》第34条第2款规定了股东对于账簿的查阅权。为了体现商事账簿对债权人了解商人经营状况的作用,我国《证券法》第64条对上市公司还作了公开财务会计报告的规定。对于不设置或不按照规定设置商事账簿的,我国《会计法》第42条规定了相应的法律责任。由上述规定可知,在我国,公司有设置商事账簿的强制性义务。此充分反映了公司典型的商人特征。

(2) 合伙企业。我国《合伙企业法》并未如《公司法》那样,对合伙企业的财务会计制度作出详尽规定,仅在第36条规定“合伙企业应当依照法律、行政法规的规定建立企业财务、会计制度。”虽然《合伙企业法》这一规定本身略显简单而缺乏可操作性,但是鉴于合伙企业也属于我国《会计法》的规制对象⁴⁸,也应当建立符合《会计法》要求的商事账簿,故而,我国对于合伙企业的商事账簿建立,也有详尽的规范要求。《合伙企业法》第28条第2款规定“合伙人为了了解合伙企业的经营状况和财务状况,有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。”这一规定体现了商事账簿的一项重要功能:商事账簿可为商人判断商事辅助人的业绩提供基础。由上述规定可知,在我国,作为典型的商合伙,合伙企业有设置商事账簿的强制性义务,此充分反映了合伙企业典型的商人特征。

(3) 个人独资企业。与《合伙企业法》一样,《个人独资企业法》也没有对个人独资企业的财务会计制度作出详尽的规定,而只在第21条规定“个人独资企业应当依法设置会计帐簿,进行会计核算。”由于个人独资企业与合伙企业一样,也属于我国《会计法》的规制对象,故而,应当认为我国对于个人独资企业的商事账簿建立,也有详尽的规范要求。商事账簿设置的强制义务,也可以充分反映个人独资企业典型的商人特征。

(4) 个体工商户。2011年颁布的《个体工商户条例》并未对个体工商户的商事账簿问题予以规定,同时《会计法》第51条明确规定“个体工商户会计管理的具体办法,由国务院财政部门根据本法的原则另行规定。”故而,个体工商户不属于《会计法》的规制对象。但国家税务总局2006年发布的《个体工商户建账管理暂行办法》第2条规定“凡从事生产、经营并有固定生产、经营场所的个体工商户,都应当按照法律、行政法规和本办法的规定设置、使用和保管账簿及凭证,并根据合法、有效凭证记账核算。”该《暂行办法》还将个体工商户分为设置复式账的个体工商户、设置简易账的个体工商户和无需建账的个体工商户三类。但该《暂行办法》以及按照该办法进行的分类,其商法上的意义值得继续探讨。制定该《暂行办法》的主体国家税务总局为国家税收征收机关,其主要职责并非引导和监督普通商事活动,而且,制定《暂行办法》的目的,正如该办法第1条所规定的,为“规范和加强个体工商户税收征收管理,促进个体工商户加强经济核算”,即主要还是局限在税收征管领域。同时,根据该《暂行办法》第1条的规定,制定该办法的主要法律依据,也是与税收征管相关的法律或行政法规,即《中华人民共和国税收征收管理法》及其实施细则和《国务院关于批转国家税务总局加强个体私营经济税收征管强化查账征收工作意见的通知》。故而,应当认为,该《暂行办法》对于个体工商户商事账簿设置的规定,主要是出于税收征纳的要求,而没有涉及或很少涉及商事账簿的商法意义。由上述规定可知,在我国,虽然部分个体工商户也有设置商事账簿的义务,但由于此种规定更多地是出于税收征管的公法要求,而非商法意义上的商事账簿,故而,在商事账簿的设置上,不能反映个体工商户的商人特征。

(六) “营业之经营”概念具化之三——经理权之授予

1、经理权之授予对于标示商人身份之意义。我国法中虽然在公司的机构设置中有“经理”的概念,但并未明确使用“经理权”的概念;同时,我国《公司法》中使用的“经理”概念与此处的“经理权”亦有不同之处。“经理权”(Prokura)这一成文法下的概念,来源于《德国商法典》第48条以下的规定⁴⁹,其所解决的主要问题在于:某一具体自然人对外为法律行为,其效力为何可以归于其背后的商人,以及该种对外为法律行为的权限,应当或可以在何种程度上受到

来自商人自己的限制。就经理权解决的问题而言，与民法上的代理（主要是意定代理）有极大的相似性^⑤，故而，经理权制度与民法上的代理制度有密切的联系。但同时，作为商法中的特别制度，经理权制度与代理制度又有本质的区别，而这一本质区别体现了商法与民法的重大区别所在，也是标示商人身份的重要表征。

民法上之代理制度产生之根源，就意定代理而言，主要在扩张私法自治的范围，以满足社会生活的需要。就法定代理而言，则在于补充私法自治，为使未成年人及精神病人亦得参与社会活动，法律特设法定代理，由法定代理人代位意思表示，并代受意思表示，直接对本人发生效力，俾收权利能力的实效。^⑥

但经理权产生之根源，则与之不同，就功能上而言，如果认为意定代理为扩张私法自治的范围，以满足社会生活的需要，那么意定代理权对于自然人之生活而言，一开始只为“锦上添花”式的制度，其不可或缺性并不紧迫。但就经理权而言，其对商人而言，则为必不可少之制度。商人为一组织体的形式，而在对外为法律行为时，必须有具体的个体自然人来进行，这一特点决定了经理权在商事交易中的必要性及其与民事代理权的本质区别。经理权系为使企业经营活动成为可能，经理权制度之旨趣在于交易的可能性与安全性，第三人对经理权之信赖保护成为法律规范之重心。具体而言，由于商事辅助人居于经理人之地位，故而此种地位授予之本身，即产生了在“营业之经营”的全部必要范围内，经理人均有代理权之外观，第三人对于此种代理权之享有及其范围的信赖，属于合理的信赖；而与之相反的，如果相对人明知与其交易之人有经理之身份，仍需就其代理权之有无和范围探询商人本人，则此种经理权，将与一般的民事意定代理权殊无差别，也违反商法重视交易迅速确实，维护交易便捷的目的。由这一制度目的出发，引发了一般的民事意定代理权与经理权在立法规定上的重大区别。即，经理权为概括性的权利，且其权利范围由法律直接规定，当事人之间的约定不得对抗善意第三人。^⑦这一理论，也为各国民商法立法所采纳。《德国商法典》第49条第1款规定“经理权授权实施由营利事业经营产生的一切种类的诉讼上的和诉讼外的行为和法律行为。”^⑧

如前所述，经理权之授予，为商人从事“营业之经营”所必须，为满足此种要求，经理人应当享有经理权，且此种经理权应为概括性的权利，其权利范围由法律直接规定，当事人之间的约定不得对抗善意第三人。故设立此种意义上的经理权，便成为了具化“营业之经营”，标示商人身份的重要参照。

2、我国法上应当或允许授予经理权的主体类别。(1) 公司。我国《公司法》对于公司的组织机构设立进行了规范要求，提出了股东会（股东大会）、董事会、监事会和经理的设置要求。但其中，董事会（董事）、监事会（监事）和经理的职权范围中，都没有“对外代表公司进行签名”这一规定^⑨，究其原因，在于我国《公司法》中规定了另外一个对外代表公司的机构，即公司的法定代表人。我国“法定代表人”的制度，在民法中最早出现在1986年的《民法通则》中，其第38条规定“依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。”由这一规定可知，法定代表人为代表法人的人，该种代表应当认为只在对外时有其意义，因为在对内的问题上，纯粹是内部管理的问题，属于法人自治的范畴，法律无需过多干涉。故而，有权对外代表法人为法律行为者，为法定代表人。对于此种代理权是否为商法意义上的经理权，即其行使权限的问题，虽然《公司法》未作出规定，但《合同法》第50条规定：“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其

超越权限的以外，该代表行为有效。”我国《公司法》等规定我国公司有设置法定代表人并将之登记的强制性义务。由这一规定推知，我国《公司法》上规定的“法定代表人”所享有的代理权，为一项概括性的权利，且当事人之间关于权利范围的约定，不得对抗善意第三人。第三人只需知悉该法定代表人所处之地位，即可善意信赖该法定代表人在“营业之经营”的全部必要范围内，均有代理公司为法律行为之权限，为使第三人知悉，公司有设置法定代表人的强制义务，故此种权限，属于商法意义上的经理权。此种经理权授予的要求，反应了公司典型的商人特征。

(2) 合伙企业。根据我国《合伙企业法》第26条规定可知，我国《合伙企业法》明确表示了执行事务合伙人对外代表合伙企业的权限，此种权限，属于典型的代理权，就该权利的范围和限制而言，我国《合伙企业法》对于执行事务合伙人对外代表合伙企业的权限采取法定的原则，认为该项权利为一项概括性的权利，且当事人之间关于权利范围的约定，不得对抗善意第三人。第三人只需知悉该执行事务合伙人所处之地位，即可善意信赖该执行事务合伙人在“营业之经营”的全部必要范围内，均有权限。故而，此种权限，属于商法意义上的经理权。如果设立了执行事务合伙人，该事项属于应登记事项，不登记的，视为全体合伙人均有对外代表合伙企业的权限。综上，合伙企业有权决定由一个或多个合伙人作为商事辅助人，执行合伙事务，此种合伙事务执行人，为典型的商事辅助人，享有的实际上为商法意义上的经理权，此种经理权授予的允许，反应了合伙企业典型的商人特征。^⑤

(3) 个人独资企业。我国《个人独资企业法》第19条第1款规定“个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。”事务管理，应当是指“控制和协调个人独资企业生产经营活动的行为，包括个人独资企业的生产经营管理以及个人独资企业对内对外事务的处理”，^⑥即包括了对外代表个人独资企业的权限，此种对外代表合伙企业的权限，为典型的代理权。就该种代理权的权利性质和权限范围，《个人独资企业法》第19条第4款规定“投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人。”由此可知，我国《个人独资企业法》对于受托人或者被聘用人员的权利，采取概括规定的形式，虽允许以当事人之意思自治定之，但仍规定此种当事人之间关于权利范围的约定，不得对抗善意第三人。第三人只需知悉该受托人或者被聘用的人员所处之地位，即可善意信赖该受托人或者被聘用的人员在“营业之经营”的全部必要范围内，均有权限。故而，此种权限，属于商法意义上的经理权。此种经理权的授予，反应了个人独资企业典型的商人特征。

(4) 个体工商户。《个体工商户条例》第20条规定了个体工商户可以招用从业人员，但该条对于此种从业人员所处之私法意义上的地位，未予详述。对于此种从业人员得享有之代理之权限，也未作规定。我国目前也无其他法律法规对个体工商户聘用经营管理人员作出规定，故而，就经理权的授予，不能反应个体工商户的商人特征。

①可参见王保树主编《商法》，北京：北京大学出版社，2002年，第45页；赵中孚主编《商法总论》（第四版）北京：中国人民大学出版社，2009年，第119页；范健、王建文《商法论》，北京：高等教育出版社，2003年，第282页；施天涛《商法学》，北京：法律出版社，2003年，第56页；赵旭东《商法学》，北京：高等教育出版社，2006年，第37页；叶林、黎建飞《商法学原理与案例教程》，北京：中国人民大学出版社，2006年，第

58 页。

② 张翔 《伦理、理性与自由——论自然人的民事能力在商业经营中的基础地位》，石家庄 《河北法学》，2009 年第 5 期。

③ 具体规定可参见《德国商法典》，杜景林、卢谌译，北京：法律出版社，2010 年。本文所引《德国商法典》中文条文，均引自该版本，下文引述时不再说明。该法典原有四篇：商事、商事公司及隐名合伙、商行为、海商。现行《德国商法典》已有较大改变，不仅其体系结构，而且其商人中心主义都有所突破。

④ 具体规定可参见《法国商法典》，金邦贵译，北京：中国法制出版社，2000 年。本文所引《法国商法典》条文，均引自该版本，下文引述时不再说明。该法典有四篇：通则、海商、破产、商事法院。

⑤ 具体规定可参见《日本国商法》，付黎旭、吴民译，北京：法律出版社，2000 年。本文所引《日本商法》条文，均引自该版本，下文引述时不再说明。该法典共四篇：总则、公司、商行为、海商。

⑥ 明确商主体，应明确法律用语中商的含义及范围。在法律用语中，商是一种特指的经营行为，而非一般的贸易活动。从法律上理解商，重点不在于商的方式，即是否处于流通和生产，而在于理解商的目的，即是否属于营利性活动，以及商的主体资格，即从事这种营利性活动的行为人是否具有法律上所赋予的能力。

⑦ 此定义体现了立法上规制商主体制度的目的，即商主体制度在立法上，并不具有或极少具有伦理价值，而仅具有技术意义。即通过商主体制度之媒介，在立法上较确定地规制商主体外在行为，见下文分析。本文下面将把商人与商主体视为同一概念使用。

⑧ 叶林、黎建飞 《商法学原理与案例教程》，北京：中国人民大学出版社，2006 年，第 55 页。这一时期创造了世界三大商法法系，即法国商法法系、德国商法法系、英美商法法系。这种商法体系上的分流至今影响犹在。

⑨⑩ 范健、王建文 《商法的价值、源流及本体（第二版）》，北京：中国人民大学出版社，2007 年，第 223、195 页。

⑩ 参见范健、王建文 《商法的价值、源流及本体》，北京：中国人民大学出版社，2004 年，第 191 页。

⑫ “法律加以商主体的注意义务要严于一般的民事主

体。对市场管理方面的法律作些考察就不难发现，法律关于商主体注意义务的要求普遍高于消费者。这样做，不仅仅是保护消费者；更重要的是，商主体是一个特别的群体，他们以从事商行为为业，应该具有对其行为更加审慎注意的能力。因此，注意到商主体的特殊性，进一步健全其有关法律规范，是十分必要的。”见王保树 《商法的实践和实践中的商法》，《商事法论集》（第 3 卷），北京：法律出版社，1999 年。

⑬ 参见王保树主编 《商法》，北京：北京大学出版社，2011 年，第 39 页；范健 《商法》，北京：高等教育出版社，2000 年，第 22 页。

⑭ 具体包括：（1）依法成立（2）有必要的财产和经费（3）有自己的名称、组织机构和场所（4）能够独立承担民事责任。

⑮ 为论述方便，以下再将“商事权利能力、商事行为能力、商事责任能力”统称为“商事能力”。

⑯ [德] 卡尔·拉伦茨著 《德国民法通论》，王晓晔、邵建东等译，北京：法律出版社，2003 年，第 119~120 页。

⑰ 郑玉波 《民法总则》，北京：三民书局，1984 年，第 72 页。

⑱ 李永军 《论权利能力的本质》，北京 《比较法研究》2005 年第 2 期。

⑲ 周枬 《罗马法原论》，北京：商务印书馆，2001 年，第 131 页。

⑳ 赵万一 《商法》，北京：中国人民大学出版社，2003 年，第 23 页。

㉑ 德国民法理论对于民事主体的划分，除自然人、法人外，另归纳出“有权利能力的社团”、“无权利能力的社团”、“有权利能力的财团”几种类型。参见 [德] 迪特尔·梅迪库斯 《德国民法总论》，邵建东译，北京：法律出版社，2006 年，第 826~869 页。

㉒ 沃尔夫冈·塞勒特 《从德国商法典编纂历史看德国商法的关系》，范健等主编 《中德法律继受与法典编纂》，北京：法律出版社，2000 年，第 2 页。

㉓ 梁慧星 《民法总论》，北京：法律出版社，2001 年，第 74 页。

㉔ 樊涛 《商事能力制度初探》，北京 《法学杂志》2010 年第 4 期。

㉕ 樊涛、王延川 《商事责任与追诉机制研究——以商法的独立性为考察基础》，北京：法律出版社，

2008年,第82~86页。

②⑥尹田 《自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析》,郑州 《河南省政法管理干部学院学报》,2001年第6期。

②⑦下文对于“营业之经营”的分析,主要参考[德]C. W. 卡纳里斯 《德国商法》,杨继译,北京:法律出版社,2006年,第30页以下。

②⑧相关的例子为,《德国商法点》第406条第1款规定,“偶然行纪人”仅在其本来已系商人的情况下才适用有关行纪的规定。

②⑨如律师、公证人等,已为德国法律明定不属于营业;对其他诸如建筑师、画家等,依习惯法传统,同样为自由职业。

③⑩如开办疗养院或者敬老院属于营业,尽管其中会有一些医疗指导;相反,开办医院不属于营业,因为住宿和花费的提供与医疗相比在这里只是次要的。

③⑪参见前注②⑦书,第38页。

③⑫参见梁慧星 《民法总论》,北京:法律出版社,2011年,第135页。胡长清教授更是明确无误地指出“法人之权利能力,应始于登记,盖无可疑。”胡长清 《中国民法总论》,北京:中国政法大学出版社,1997年,第106页。

③⑬如《德国商法典》第29条中规定,凡是要取得商法典第1条所规定的商人资格,“每位商人都负有义务将他的商号、营业所的地址在营业所所在法院商事登记簿上注册,他必须在法院签署他的商号以作保存。”

③⑭参见张翔 《商业登记与营业自由——商业登记的功能、技术及其价值基础分析》,上海 《政治与法律》2008年第2期,第92页。

③⑮也正是基于这一原因,在美国法上,对于合伙并没有采取强制登记主义。在美国《统一合伙法》上,“二人或二人以上联合,以共同所有人的身份,以盈利为目的,运行一商业组织,则他们的关系自动定义为合伙”,“合伙的成立相当简单,并不需要特别的程序。对于合伙人来说,只要求其有缔约行为能力,除此并无特别的资格要求”。参见苏号朋主编 《美国商法——制度、判例与问题》,北京:中国法制出版社,2000年,第445页。

③⑯关于营业权作为一项基本权利的发展和进入宪法的历史,中文文献可参见肖海军 《论营业权入宪——

比较宪法视野下的营业权》,西安 《法律科学(西北政法学院学报)》,2005年第2期。不过,这一点本身也是不无争议的,营业权在德国是通过最高法院判例的形式确立的,德国联邦最高法院也一直倾向于把营业权作为一种民法上的权利而予以保护,并由此将侵犯营业权的问题纳入到侵权法的范畴内。与此相关的文献,可参见[德]克雷斯蒂安·冯·巴尔 《欧洲比较侵权法》(上卷),张新宝译,北京:法律出版社,2001年,第67页以下;樊涛 《我国营业权制度的评析与重构》,兰州 《甘肃社会科学》,2008年第4期。

③⑰李建伟 《对我国商个人立法的分析与反思》,北京 《政法论坛》,2009年第5期,第68页。

③⑱如莱赛尔教授强调以盈利为目的,这一点本身与前述卡纳里斯的定义有巨大的区别。参见[德]托马斯·莱赛尔 《德国商法典的最新变革》,常宏斌等译,北京 《法学家》1998年第4期,第108页。

③⑲对于这一问题,至少卡斯滕·施密特教授持比较乐观的态度。参见[德]卡斯滕·施密特 《德国商法改革法》,王彦明等译,长春 《法制与社会发展》1999年第6期,第21页以下。

④⑩同前注③⑱文,第108页。

④⑪本文主要将“营业之经营”的概念具化为“商号之使用”、“商事账簿之使用”、和“经理权之授予”三个部分进行分析,就这三个特点对于标示商人身份的意义,下文会予以详述。这三者的选取,也主要参考了《德国商法典》第一编“商人的身份”中的规定,但除此以外,是否还有其他可以标示商人身份的表征,本文作者水平所限,未能考虑到其他的具化表征。

④⑫参见范健 《德国商法——传统框架与新规则》,北京:法律出版社,2003年,第238页;这一定义,也基本为学界所公认。类似定义,可参见张国健 《商事法论》,台北:三民书局,1986年,第96页;[德]罗伯特·霍恩 《德国商法导论》,楚建译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第241页。

④⑬宋朝魏泰《东轩笔录》中记载“京师置杂物,置内所需之物,而内东门复有字号,经下诸行市场,以供禁中。”参见魏泰 《东轩笔录》,李裕民点校,北京:中华书局,1983年,第82页。再,《周礼·春官大祝》有语“辨六号。”注曰“号,谓尊其名,更

为美称焉。”

④类似观点，可参见赵中孚主编《商法总论》，北京：中国人民大学出版社，2006年，第189页以下；王保树主编《中国商法》，北京：人民法院出版社，2010年，第57页。

⑤在这一问题上，使用“商业名称”的概念明显比使用“企业名称”的概念更具优势。如下文所要提到的，在个体工商户的名称使用上，由于个体工商户不具有企业形式，故而我国法律只能使用“名称”一词，而明显体现出了我国使用“企业名称”这一概念的不足之处。与之相对比，我国台湾地区的“商业登记法”也采取了“商业名称”的概念。

⑥正如有学者指出的，“只有商号才是企业真正的标记，其余三个因素则往往是在一定行政区域内与其他众多的企业所共同使用的因素，它们既不为其任何一个企业所拥有，也不为这些相关的企业所共有。”参见王建文《中国商法立法体系——批判与建构》，北京：法律出版社，2009年，第238页。

⑦参见王保树主编《中国商法》，北京：人民法院出版社，2010年，第80页。这一定义，为我国商法学界所认同，其他类似定义，可参见韩长印主编《商法教程》，北京：高等教育出版社，2007年，第75页。

⑧《会计法》第2条规定“国家机关、社会团体、公司、企业、事业单位和其他组织（以下统称单位）必须依照本法办理会计事务。”作为企业的一种，合伙企业也属于《会计法》规制的对象，也应当依照《会计法》的要求办理会计事务。

⑨《德国商法典》第一编第五章（第48条—第58条）规定了经理权和代办权（Prokura und Handlungsvollmacht）。

⑩如卡纳里斯认为经理权实际上是《德国民法典》167条意义上的代理全权（Vollmacht）之特殊形式。

⑪参见王泽鉴《民法总则》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第442页。

⑫这一点，为民事代理权与经理权在法律规定上的重要分野。当然，也有学者在这一问题上走得更远，认为经理权的产生，乃是基于经理本身职务所决定，认为商人除了在决定经理权的授予对象上，对于经理权

及其行使不得有任何控制。参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》，北京：北京大学出版社，2008年，第127页以下。

⑬与之相类似的，《德国有限责任公司法》第37条第2款规定“对经理代表公司的权限所作的限制，对第三人不发生法律效力。此点特别适用于下述几种情况：仅将代表权的行使限制在某一或某些特定业务范围内；规定仅在一定情况，一定时间或一定地点行使代表权；规定个别行为需经股东或公司某一机关的同意。”

⑭与之相对比的，我国台湾地区“民法”第27条规定“董事就法人一切事务，对外代表法人。董事有数人者，除章程另有规定外，各董事均得代表法人。对于董事代表权所加之限制，不得对抗善意第三人。”此种权限，为典型的经理权。《德国有限责任公司法》规定了经理的经理权。对德国有限责任公司经理所享有之经理权的相关介绍，参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》，高旭军等译，北京：法律出版社，2005年，第529页以下。

⑮当然，根据我国《合伙企业法》的规定，合伙企业也可以雇佣经营管理人员，但《合伙企业法》第35条规定“被聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职务。被聘任的合伙企业的经营管理人员，超越合伙企业授权范围履行职务，或者在履行职务过程中因故意或者重大过失给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。”故而，对于雇佣的经营管理人员，其没有法定的对外代理权，代理权的授予与范围均为意定，也无法登记获得公示效力。因此合伙企业中的经营管理人员不享有经理权，而仅能享有一般的代理权。

⑯卞耀武主编《中华人民共和国个人独资企业法释义》，北京：法律出版社，2000年，第69页。

作者简介：刘凯湘，北京大学法学院教授、博士生导师；赵心泽，北京大学法学院博士生。北京 100871

[责任编辑 周联合]