

我国商法引入经营者概念的理论构造

王建文

摘要 传统商法以商人为核心的理论体系存在明显缺陷，应当对商主体制度进行反思与重构。我国商法应根据我国经济实践及立法体系，在总纲性商法规范中采用经营者概念，将其界定为经营行为的实施人。经营行为则可界定为以营利为主要目的而实施的行为。经营者与经营行为之间的关系可概括为：因经营行为而发生的法律关系均受商法调整，经营行为的实施者即为经营者；企业实施的行为一般可推定为经营行为，但明显不以营利为目的的行为除外。

关键词 商人 经营者 经营行为 营利

作者王建文，法学博士，河海大学法学院教授。

问题的提出：传统商法中商人制度的缺陷与发展趋势

（一）传统商法中商人制度的缺陷

传统商法中，无论奉行主观主义、客观主义还是折中主义，商人始终是商行为的主体，并构成商法调整的核心对象，商法也因此被人们视为商人法。商人在商法中处于核心地位。然而，随着社会经济生活的发展，这种状态日益演变为商法的弱点。正因为如此，传统商法的独立地位与价值，从其诞生之日起就倍受挞伐，其原本能够正常发挥的经济与社会功能也受到削弱，影响了其适应经济发展所应有的完善。

传统商法以商人主体所导致的理论缺陷主要表现在以下两个方面：

第一，传统商法中的商人是由自然人所派生的法律人格，在表现形式、权利属性等方面含有许多自然人的特征，基本上忽略了企业的法律地位。随着现代经济的发展和经济规模的扩大，以自然人形态出现的市场主体已不再是主流。现代经营主体，如公司、合伙企业、其他企业等，不再是一个个单个的权利人，而大多是多个权利人的集合体。即便是个人独资企业，其商号、财产、商业账

* 本文系教育部人文社会科学研究项目青年项目“公司高管重大经营决策失误民事责任研究”（项目编号：09JYC820026）及江苏省社会科学一般项目“江苏中小企业法律风险防范机制研究”（项目编号：10FXB005）的阶段性成果。

簿等独立，其生产经营也往往需要借助雇佣劳动，企业也因此与其成员本人区别开来。这些组织体是一种具有法律人格的组织形式，现实中的经济主体与法律上的商人人格之间的差异和矛盾日益显现。

第二，传统商法视公司为商人，虽然解决了公司的商人资格问题，但忽略了股东及高级管理人员的特殊地位。在此模式下，仅公司本身具有商人资格，公司的股东则不因投资于公司而取得商人资格。公司内部的经营管理人员，则按照商业辅助人或商业使用人处理。事实上，现代公司法都普遍对控制股东及公司高级管理人员予以特别规制，赋予其特殊的义务与责任。例如，公司法规定控制股东负有诚信义务或信托义务，董事、高级管理人员负有忠实义务，董事、监事、高级管理人员负有勤勉义务。^①此外，在发生公司人格被滥用的情形下，还可依法人否认制度直接追究股东的无限连带责任。由此可见，将公司视为商人的做法，只是解决了公司本身在商事法律关系中的主体地位问题，而未能基于公司治理结构对股东及董事等作区别对待。事实上，在现代社会，公司作为资本运营的工具，理想状态下的公司独立人格只是一个表象，真正从事经营行为的乃是操纵公司的控制股东。在此情形下，仅确立公司的商人地位，无法适应综合调整公司不同主体利益关系的时代要求。这就需要反思简单地将公司拟制为商人的做法，具体考虑公司内部复杂的利益关系与控制关系。^②

（二）传统商法中商人制度的发展趋势

进入现代社会后，随着企业的发展，商自然人虽仍然数量众多，但在社会经济生活中则早已退居次要地位。因此，传统商法中的商人概念，无论是其内涵还是外延，都难以适应现代市场经济的现实需要。至于企业概念能否取代商人概念，则应建立在对企业内涵与外延的正确认识基础上。

企业制度在漫长的演进过程中，先后有独资企业、合伙企业与公司企业等三种形态在不同历史时期占据主导地位。这三种企业形态依次递进，表现为两个相互区别又相互联系的过程。从企业规模来看，表现为企业不断将市场交易活动内化，企业规模也因此而从小到大发展；从企业制度来看，则表现为各种基本生产要素的所有权不断外化，企业资本日益社会化。企业组织形式的发展、变迁与生产力发展紧密相联。随着生产力和商品经济的发展，各个历史时期占主导地位的企业组织形式相应地发生变化。某一企业组织形式本身也随着生产力和商品经济的发展而发展变化，其内涵往往处于变动之中。不过，尽管不同企业形式在不同时期占据主导地位，但各种企业形式却都有其特有的适应性，仍然共同存在于当今世界。正因为如此，不仅独资企业与合伙企业继续焕发生机，而且现代社会还创设了一些新的企业组织形式，这在美国表现得尤为明显。

事实上，不仅在经济生活实践中，而且在许多国家或地区的立法上，以商自然人为商法体系基础的传统认识与制度设计，已让位于以属于集合体性质的企业（哪怕是独资企业）为体系构建基础的现代认识了。^③当然，受传统商法体系的影响，各国（地区）商法典还未明确以企业概念取代商人概念。这是因为，各国（地区）商法典中还普遍确认了从事商事经营活动的自然人的商人资格。因此，在确立企业的商主体地位的同时，还应研究不能为企业所涵盖的从事经营活动的自然人及依法可从事营利活动的非营利组织的主体定性。

^① 参见范健、王建文：《公司法》，法律出版社2008年版，第415-422页。

^② 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100-101页。

^③ 参见范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社2007年版，第210-215页。

现代商法必须对商主体制度进行反思，通过从商人到企业的演进与变革，探寻现代商法之商主体制度的创新。为此，还应通过商行为制度的反思，在重构商行为制度的基础上，重构商主体与商行为之间的关系。

一、我国商法中商主体概念的检讨与选择：经营者概念的引入

（一）我国商法中商主体概念的检讨：应弃用商人等概念

在我国，商主体、商人等均非法定概念，而多数学者都在学理上将传统商法中的“商人”称为“商主体”，并往往在不同语境中混用这两个概念。^④ 商事法律关系的主体并不限于商主体，应当将商主体与商事法律关系的主体区别开来。也有学者将传统商法中的“商人”称为“商事主体”，从而使“商事主体”成为不同于商事法律关系主体但容易与后者混淆的概念。^⑤ 还有学者在直接使用“商人”的同时，还采用了“商事主体”，并将其作为等同于商事法律关系主体的概念。^⑥

基于传统商法中商人概念的缺陷以及商主体内涵的变化，在不存在形式商法立法传统的我国，不必在总纲性商法立法时采用这一采行民商分立立法例的大陆法系国家商法中的法律术语。在我国长期以来形成的社会观念中，商人的含义往往等同于从事各种经营活动的个人，与商主体意义上的商人含义相去甚远，因此，在立法中使用商人概念易引起非专业人士的误解。

与商人概念具有相同含义的“商主体”或“商事主体”概念，既反映了商法特性，也体现了作为商事法律关系主要发动者的内在含义，因而可作为现代商法理论中的学理概念。不过，这两个概念虽避免了与我国社会观念中关于商人概念的固有含义相混淆的问题，但仍存在容易与商事法律关系主体混淆的问题。此外，在我国立法体系中，包括自然人（公民）、法人、其他组织等法律主体概念，均采用了具体类型的概念，因而不宜将具有浓厚学术色彩的“商主体”或“商事主体”概念确立为法定术语。

综上，我国商法学界使用的各种商主体概念，都不宜作为我国总纲性商法规范中的法定概念。正是基于对上述反思，笔者与范健教授曾明确提出以企业概念（在法律主体意义上使用）替代传统商法中的商人概念，并以此为基础构建我国商法体系。^⑦ 对此，为数不多的反响意见不一。例如，蒋大兴教授认为，不宜将不周延且不清晰的企业概念确立为立法上的概念，并站在法技术和宪政观念的立场上，坚持我国商法应沿用“商人”术语。^⑧ 叶林教授则认为，在主体化企业的范畴下整合我国商法，是实现我国商法体系化的简便方法，不仅符合我国文化传统，还符合商法渐进式的发展规律，我国商法不太可能回到以“商人”整合商法的道路上；应该抓紧制定《商业登记法》或

^④ 参见范健主编：《商法》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第33页；范健、王建文：《商法学》，法律出版社2009年版，第25页；任先行主编：《商法总论》，北京大学出版社、中国林业大学出版社2007年版，第109页；朱翌轶：《商法学——原理·图解·实例》，北京大学出版社2006年版，第28页；高在敏、王延川、程淑娟：《商法》，法律出版社2006年版，第56页。

^⑤ 参见赵中孚主编：《商法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第144页；李永军主编：《商法学》，中国政法大学出版社2007年版，第23页；施天涛：《商法学》，法律出版社2006年版，第49页；官欣荣主编：《商法原理》，中国检察出版社2004年版，第66页；雷兴虎主编：《商法学》，人民法院出版社、中国人民公安大学出版社2003年版，第25页。

^⑥ 参见王保树：《商法总论》，清华大学出版社2007年版，第95页。

^⑦ 参见范健、王建文：《商法论》，高等教育出版社2003年版，第384页；范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第159页；王建文：《中国商法立法体系：批判与建构》，法律出版社2009年版，第233页。

^⑧ 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63-70页。

《企业登记法》，借鉴境外商法发展经验，将营业、营业活动和营业资产等概念引入商法体系，构成独特的商法语言系统。^⑨ 蒋大兴与叶林教授的观点虽有差异，但两者都立足于商法理论体系进行分析，提出了重构我国商主体概念的命题。

（二）我国商法中商主体概念的选择：经营者概念的引入

由上，笔者认为，不必在我国总纲性商法规范中确立抽象的商主体概念，也不宜简单地以企业概念取代商人概念，而应根据我国经济实践及立法体系，在总纲性商法规范中采用经营者概念，并将其界定为经营行为的实施人。^⑩ 这一立法构想的依据包括以下三点：

第一，将经营者确立为商主体的法定概念，与笔者关于我国总纲性商法规范中将经营行为确立为商行为法定概念的立法构想相协调，从而使商主体（经营者）与商行为（经营行为）的逻辑关系得以清晰。当然，这一问题的解决还有赖于对经营行为的界定。

第二，在我国，《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《价格法》、《产品质量法》、《反垄断法》、《食品安全法》、《侵权责任法》等法律已明确采用了经营者概念，部分法律还对经营者概念作了界定。尽管这些法律对经营者概念的界定或认识不尽相同，但不妨碍将经营者概念作为现成的立法资源予以利用，只不过需要通过对经营者概念作全面梳理，才能对其在我国商法及整个法律体系内的内涵与外延予以确定。

第三，随着2002年1月1日德国《债法现代化法》的施行，《德国民法典》正式引入了消费者（Verbraucher）和经营者（Untemehmer）概念，并对其内涵与外延都作了界定，“经营者”已成为比较法上的立法资源。该法第14条第1款规定：“经营者是指在缔结法律行为时，在从事营利活动或者独立的职业活动中实施行为的自然人或者法人或者有权利能力的合伙。”^⑪ 应当说，《德国民法典》将消费者、经营者作为与自然人并列的民事主体类型，不仅丰富了民事主体的内涵，而且对民商法中的主体制度具有革命性影响。需要说明的是，我国法学界对Untemehmer一词的中译还有不同：有人将其译为“经营者”，^⑫ 另有人将其译为“企业主”。^⑬ 不过，在《德国民法典》中，Untemehmer与Verbraucher之间具有对应关系，而我国一直将“经营者”作为“消费者”的对称概念，且在汉语中“企业主”有特定含义，明显不同于“经营者”，因此，将Untemehmer译为“经营者”更为合适。日本国会于2000年通过并于2001年4月1日起施行的《日本消费者合同法》第2条第2款也对“经营者”作了界定：“本法所称经营者，谓法人、其他团体及作为经营或为经营而处于充任合同当事人情形下的个人。”^⑭

综上所述，我国总纲性商法规范中采用经营者概念，既具有现行法及比较法上的立法资源，又能够与经营行为概念形成严密的逻辑关系，因而可谓商事立法的现实选择。不过，由于我国相关法律是在不同语境中使用经营者概念，其内涵与外延不够明确且不尽相同，因此，应立足于整个法律体系对经营者概念重新定位。例如，《食品安全法》基本上采用的是“食品生产经营者”，只是在

^⑨ 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》2012年第4期，第96-97页。

^⑩ 关于经营行为的概念选择及其内涵界定，将于下文详述。

^⑪ 《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2004年版，第5页。

^⑫ 参见注⑩，第5页；吴越：《德国民法典之债法改革对中国未来民法典的启示》，《法学家》2003年第2期，第113页。

^⑬ 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒：《德国公司法》，殷盛译，法律出版社2010年版，第326页；肖怡：《〈德国民法典〉中的消费者保护制度》，《德国研究》2004年第4期，第60页；《德国债法现代化法》，邵建东、孟翰、牛怡文译，中国政法大学出版社2002年版，第49页。

^⑭ 转引自韩世远：《医疗服务合同的不完全履行及其救济》，《法学研究》2005年第6期，第94页。

食品流通环节采用了“食品经营者”概念。依此，“食品经营者”被限定于食品流通领域。《消费者权益保护法》将“经营者”作为“消费者”的对应概念，是指直接面向消费者的商品和服务的提供者，但其内涵与外延都不够明确。与此不同，《反不正当竞争法》、《价格法》、《反垄断法》则对经营者概念作了明确界定。例如，《反不正当竞争法》第2条第3款规定：“本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。”《价格法》第3条第3款规定：“本法所称经营者是指从事生产、经营商品或者提供有偿服务的法人、其他组织和个人。”《反垄断法》第12条第1款规定：“本法所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”上述界定大同小异，可将其概括为：所谓经营者，是指从事商品生产、经营或者营利性服务的自然人、法人和其他组织。这一界定尽管已较为清晰，但理论界与实务界的认识仍然存在较大分歧。例如，在我国司法实践中，关于作家、学校、医院、律师事务所、行业协会等个人和组织是否属于《反不正当竞争法》中的“经营者”，不同法院所作判决差异较大甚至完全相反。^⑮再如，关于医院是否属于《消费者权益保护法》中的“经营者”也存在较大认识分歧，从而导致法律适用存在明显差异，^⑯梁慧星教授认为医院不是经营者，医院与患者之间的医疗服务合同不属于消费者合同；^⑰王利明教授则认为，在市场经济条件下，医院也具有某种经营者身份，医院与患者之间的关系也越来越具有消费关系的特点。^⑱

显然，经营者内涵的界定，其关键问题为“从事商品生产、经营或者营利性服务”的界定方法。而所谓“从事商品生产、经营或者营利性服务”，从现代商法的角度来看，可界定为商行为，亦即本文所称“经营行为”。由此可见，经营者的界定，强调的是其所从事经营行为的营利性，至于其本身是否以营利为目的、是否持续地从事经营行为、是否办理工商登记等理论界在界定商主体或经营者概念时普遍强调的因素，均在所不问。

二、特殊的经营者：企业及其“所有人”的立法选择与定位

（一）企业的立法选择与定位

在我国，企业是从事营业性活动的经营者，此点为理论界的基本共识。但关于企业外延的界定，还有一定认识分歧。对此，笔者认为，可将需要进行商事登记的经营活动的范围作如下限定：投资者从事营业性经营活动，^⑲应按照相关企业组织形式的要求依法办理工商登记手续，未经企业登记主管机关核准登记注册，不得从事经营活动，但依性质和规模不需要采取企业形式经营的除外。若确立以上企业登记制度，企业外延界定的问题即可有效解决。依此，不管是以网络方式还是以实体方式从事经营活动，都是基于经营自由理念的合法权利，但若其营业性质及经营规模达到需要采取企业形式经营的，都必须依法办理工商登记，否则就是非法经营。

（二）企业“所有人”的立法选择与定位

企业与其“所有人”之间的关系虽属企业内部组织关系，但又不同于企业与其职工之间的关

^⑮ 参见李友根：《论经济法视野中的经营者——基于不正当竞争案判例的整理与研究》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2007年第3期，第56-59页。

^⑯ 参见韩世远：《医疗服务合同的不完全履行及其救济》，《法学研究》2005年第6期，第93-95页。

^⑰ 参见梁慧星：《为中国民法典而斗争》，法律出版社2002年7月版，第214页。

^⑱ 参见王利明：《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》，《政治与法律》2002年第2期，第11页。

^⑲ 此处所谓营业性经营活动，是指投资者所实施的具有反复性、不间断性与计划性的经营行为。

系。这种关系一方面具备维系企业的成立与存续功能，另一方面又对企业的外部活动关系产生直接影响。因而，现代商法学界普遍将企业“所有人”视为“利益相关者”而予以特别关注。我国总纲性商法立法中即面临对企业“所有人”法律地位的界定问题。就此，《澳门商法典》的规定值得我们思考。该法典没有规定商人概念，而直接规定了商业企业与商业企业主的概念。此举一定程度上缓解了传统商法中商人与商行为循环定义的逻辑矛盾，使企业主的界定不必依赖于商行为。但该法所谓企业主，仍是传统商法中商人概念的延续，只是将其限定于“以自己名义，自行或透过第三人经营商业之一切自然人或法人”，同时明确规定公司为企业主。事实上，《澳门商法典》中的企业主概念界定与前述《德国民法典》第14条第1款关于经营者的界定颇为类似：两者都定位于特定行为的实施者，并明确将自然人与法人都直接纳入相应主体范畴。两者的区别在于：前者实施的行为限于“经营商业”，排除了非以营利为目的的行为；后者实施的行为则不仅包括“营利活动”，还包括“独立的职业活动”，从而使得依照传统观念不被界定为营利活动的职业活动的实施者也被纳入该主体范畴。由此可见，《澳门商法典》对商业企业主的概念界定方式与功能，与传统商法中的商人概念并无本质差异。申言之，在企业的主体地位日益明确且商人日益企业化的时代背景下，《澳门商法典》关于企业及企业主的界定未能充分回应当代商主体形式与性质变革的时代要求，而且还使其在中文语境中易与企业“所有人”意义上的“企业主”概念混淆不清。

当然，尽管在中文语境中企业主的概念明显不同于《澳门商法典》中商业企业主及《德国民法典》中的经营者，但作为企业“所有人”的企业主确需受商法调整。在现代企业日益大型化与开放化的背景下，企业“所有人”实际上已转变成为所有投资者的集合体，而非传统商法意义上的以自然人为中心的单一主体。因此，在不同类型的企业中，企业“所有人”具有本质差异。例如，在公司企业中，企业主表现为全体股东，但一般由股东会行使其职权，只有在一人公司中才直接由股东行使股东会职权；在合伙企业中，企业主表现为为合伙人，但不同类型的合伙人又具有本质差异；只有在个人独资企业中，企业主才符合传统商法意义上的企业“所有人”的涵义。由此可见，在中文语境中，企业主概念不够贴切，并且在不同企业中具有本质区别，无法对其作出统一的抽象规定。因此，笔者认为，我国总纲性商法规范应舍弃企业主概念，而将对其特别规制的任务交由各个企业法分别规定。对此，我国《个人独资企业法》与《合伙企业法》已分别就个人独资企业的投资人与合伙人的职责作了规定，《公司法》与《证券法》中还对股东及控股股东、实际控制人的职责作了具体规定。

在排除企业主概念的立法选择下，需要明确我国总纲性商法规范是否及应当如何界定企业“所有人”的法律地位。对此，应将其纳入经营者的范畴予以调整，规定公司股东、合伙企业的合伙人、个人独资企业的投资人及个体工商户的出资人均均为经营者，使其依照商法之加重责任理念承担较一般民事主体更为严格的注意义务与法律责任。这一制度构想的最大价值，在于可以解决公司股东法律地位不确定的问题。在传统商法中，合伙企业的合伙人、个人独资企业的投资人及个体工商户的出资人均已被纳入商人范畴，从而其权利义务均受商法规制，但公司股东仅在直接参与了公司经营时被视为表见商人，这就使得公司股东大多数情况下都游离于商法的规制之外。事实上，现代公司法日益强化对股东的规制，为股东设置了许多体现加重责任理念的特别制度，如资本充实责任、公司人格否认制度、清算责任等。将公司股东确定为经营者后，根据公司组织的特殊性，将加重责任理念适用于股东就获得了法理依据。

结语：基于商主体理论重构的立法构想及其司法应用

就我国商法立法体例的理论构建而言，尽管学理上尚未形成共识，相关论述还存在较大分歧，但就其实质而言，实际上采取的都是不同形式的折中主义。概而言之，我国商法学界普遍认为，商行为的实施者不限于商主体，一般民事主体实施的行为亦可纳入商行为范畴而受到商法调整。^{②③}

本文关于经营者及经营行为所采立法体例大体上也是折中主义。^{②④} 具体来说，经营者与经营行为之间的关系为：因经营行为发生的法律关系均受商法调整，经营行为的实施者即为经营者；企业作为从事经营活动的经营者，其实施的行为一般可推定为经营行为，但明显不以营利为目的的除外。

当然，本文构建的折中主义立法例与传统的折中主义立法例具有明显差异。依本文界定，经营者并非特定的身份，而是基于其实施的经营行为而获得的仅存在于特定法律关系中的称谓，故一般民事主体甚至非营利组织均可因经营行为而在特定法律关系中成为经营者。在日本、韩国等国，虽然商行为的实施者不限于商人，但商行为的实施者仅因其实施了“绝对的商行为”、“营业的商行为”或“基本的商行为”等行为而受商法调整，^{②⑤} 并不因该行为而取得商人身份。

将经营者及经营行为的概念入法，不仅可使我国商法的核心范畴成为法定概念，从而使商事法律关系的内涵得以确定，可使我国商法摆脱大陆法系国家商法的理论与制度缺陷，从而使其立足于现代市场经济实践而实现商法的现代化。经营者与经营行为概念的立法将使我国总纲性商法规范中的核心规范得以确立，可推动我国商法理论体系趋于统一，更为重要的是，将推动商法理念在商事纠纷裁判中得到合理运用，从而化解我国司法实践中商法适用所存在的困境。^{②⑥}

【主要参考文献】

1. 王利明：《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》，《政治与法律》2002年第2期。
2. 范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社2007年版。
3. 王保树：《商法总论》，清华大学出版社2007年版。
4. 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。
5. 叶林：《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》，《中国法学》2012年第4期。

(责任编辑：高圣平)

^{②③} 参见注⑦，第183页以下。

^{②④} 世界主要商法典的立法体例可分为主观主义立法例、客观主义立法例与折中主义立法例。从表面上看，上述立法体例差异甚大，但从其实质来看，并无本质区别，尤其是主观主义立法例与折中主义立法例之间的区别几乎可以忽略不计。主观主义立法例虽以商人为商行为的惟一主体，但基于法律调整的实践需要，往往通过司法解释扩大商人范围。客观主义立法例以商行为为立法中心，而商行为的限定极为宽松，从而使得只要从事营利性活动并予以之作为经常性职业者均可适用商法。折中主义立法例则兼以商人与商行为为中心加以规制，解决了主观主义立法例下某一行为应界定为商行为但其主体却不属于商人，从而难以适用商法的尴尬，又使客观主义立法例下商行为难以界定的问题得以解决。很明显，客观主义立法例具有难以界定商行为的弊端，主观主义立法例与折中主义立法例则克服了这一弊端。同时，折中主义立法例吸收了主观主义立法例的优点，又克服了其局限于商人而使商法的适用受到不合理限制的缺陷。

^{②⑤} 《日本商法典》第501条规定了4项“绝对的商行为”，第502条规定了12项“营业的商行为”；《韩国商法》第46条规定了21项“基本的商行为”。这些商行为的实施主体并不限于商人，但均直接适用商法。

^{②⑥} 参见王建文：《中国商事司法实践中的法律适用：困境与出路》，《现代法学》2010年第5期，第147-148页。