

我在学习商法中碰到的几个问题^①

几千年的我国法制史和法律思想史，是一部从排斥商法到承认商法的历史。因此，改革开放商法被提出来后，对我国来说商法是一个新问题。对待新问题惟一的途径就是学习。本文仅就我在学习商法中碰到的几个问题，谈点粗浅的体会。

第一，商法的时代划分问题。

在相当长的一段时间里存在着对近代商法与现代商法的混淆。我在 1986 年出版的《商法概论》中，对商法的演进没有作时代划分；1991 年出版的《商法》，只划分到近代商法。1996 年 3 月寇志新教授主编的《商法学》，是法律出版社出版的，在商法的演进一章中将近、现代商法作为一节，没有具体加以界定。我在 1998 年出版的《商法学》中，对近代商法与现代商法作出了区分，明确地指出：近代商法是国家制定的商法典，或者是单行的商事法律。现代商法 is 市场交易的基本法，20 世纪 50 年代诞生的《美国统一商法典》，确立了体现现代市场交易关系的新的普通法与特别法的关系^②。我们学习商法学要从近代商法与现代商法的混淆中解脱出来。首先，要有时间概念。近代商法是特指中世纪，即 5—15 世纪以后，两次世界大战之前这一时期的商法。这是时间界限。但是不是两次世界大战之后产生的所有的商

^① 2000 年 6 月 19 日与北京大学法学院开商法课的应届同学见面时的讲话稿，发表时略作了增删。

^② 徐学鹿主编：《商法学》中国财政经济出版社 1998 年版，第 4 页。

法都是现代商法，我们说不一定。现代商法有现代商法的内涵。如果说时间界限是现代商法的第一条界限的话；现代商法的内涵是现代商法的第二条界限。这就是我在《商法学》中对美国法时代商法及世界贸易法时代的商法及其特征的分析^①，以及后来我在《商法总论》中提出的研究现代商法标准时列举的 10 对方式变项^②。如果不符合第二条界限，即使是两次世界大战之后颁布的商法，也不能认为是现代商法。例如，《澳门商法典》是 1999 年 8 月 3 日澳门政府以第 40/99/M 号法令公布，1999 年 10 月 1 日开始生效。法典第 4 条规定：“本法典未规定之情况……适用……《民法典》中与商法之原则不相抵触之规定规范。”^③说明《澳门商法典》仍然是特别法，仍然是近代商法。但是，作为近代商法的《澳门商法典》，正在向现代商法演进。正如澳门政府法令所指出的，他们已注意到“商法之规定在国际层面上亦日趋统一”，注意到“有人提倡新商事惯例”，并且他们正试图“体现出此趋势”，表现在“法典将商业企业确定为基本概念，并以此建立商业活动之整套新规则”，凡此种种表明澳门商法正在由近代商法向现代商法演进，并且迈出了坚实的步伐。

为什么会发生两个不同时代商法并存的这种局面呢？我们必须考察商法的两条不同的演进历程，一条是罗马法从本质上说是排斥商法的简单商品生产完善法的历程；一条是希腊及其他海港城市通过交易实践自主发展商法的历程。“只有大海，才是希腊文明的摇篮和归宿，而且历久不变”^④。大陆法系国家继受罗马法，接受了中世纪商法及英美法系的某些影响，逐渐演进为大陆法系的近代商法。英美法系经过中世纪商法，被称为旧的商人习

① 《商法学》第 35—36 页。

徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社 1999 年版，第 170—172 页。

③ 《澳门商法典》中国人民大学出版社 1999 年版，第 16 页。

余秋雨：《千年一叹》，作家出版社 2000 年版，第 19 页。

惯法，通过不断发展的交易实践，逐渐演进成为现代商法，即新的商人习惯法。因此，凡是坚持简单商品生产完善法的理念，自然经济长期占统治地位、封建统治有漫长历史的国家，以及采取高度集中计划经济体制的国家，都自觉不自觉地排斥商法。凡是实行对外开放，发展海外贸易，市场交易发达的国家，都特别重视商法。

我们学习商法，必须划清时代界限，分清是近代商法，还是现代商法。我们学习的商法应当是适应经济全球化的世界通用的现代商法，而不是受陈旧、落后、繁琐、狭隘的大陆法系旧理念约束的近代商法。

第二，商法的自主发展问题。

我们要摆脱近代商法的思维，最有效的途径就是树立商法自主发展的观念。商法的自主发展是全方位的。这种全方位性，我们可以概括为七点：一是模式自主。此前或此后的法律，其产生的模式一般是皇帝（君主、帝王）加御用学者制造出来的，或多或少带有主观性，或多或少违背客观规律性。在交易实践中产生的商人习惯法，是市场交易的实际操作规则，这些规则体现的宝贵精神、原则、制度、程序，如权利互惠原则、诚信原则、多种信用形式、有限责任的组织、自治机制等，形成了崭新的商法体系。二是方式自主。表现为商法是一种从习俗（行为模型）意义上的习惯到更为细致地加以界定的习惯法（行为规范）的运动，商法的这种产生方式是完全由商人自主进行的。三是内容自主。根据市场交易的实际需要，商人创造了各种商法制度，从交易组织形式、交易行为到救济规则，都是自主创立的。例如，产生了类似于股份公司的康孟达，每个投资者的责任仅限于他投资的数额；与复杂的商业信用体系的存在相适应，产生了破产制度；产生了汇票、本票、提单和其他运输单据；创立了动产抵押权、未获支付的卖主的留置权，以及其他保证财产利益的权利等。内容

自主内在地要求商法适应市场交易的日新月异不断地创新，创新是商法自主发展的同义语。四是约束自主。商人是商人共同体的成员，在商法问题的自主权表现为要严格服从商法，自我约束表现为权利互惠、诚实信用履约等观念，表现为正式制度与非正式制度的完全融合，作为市场交易规则的商法在商人心目中有绝对的权威，是每个商人在市场交易中的行为准则。五是实施自主。表现为解决商人之间因交易发生的纠纷，是商人自己组成的商人法庭。商事法院包括市场法院、集市法院、商人行会法院和城市法院。市场法院和集市法院，法官是由市场或集市的商人从他们的成员中选出来的。行会法院由行会首脑或其代表组成，在审理商事案件中选择 2—3 名行会的商人成员担任陪审员。城市商事法院由商人们选举的商人组成。六是救济自主。不仅表现为救济方式的多样性，如协商、调解、仲裁、审理等多种形式，而且表现为救济内容的多样性，如违约救济、动产抵押权、未获支付的卖主留置权、票据追索权等。七是发展自主。商法是一种开放的、不断发展的体系，“商法的客观性、它的规范的专门性以及它的概念的准确性也都与时俱增；它的普遍性和一般性、它的一致性日益克服各种地方差异；权利的互惠性随着契约机会的增多而变得日益重要；对商事纠纷的裁判也越来越规范化；它的整体性程度也不断提高”^①。“因此，整个商法体系都处在一种演化的过程之中，这一过程表现为在数个世纪中不断地把过去展现于未来，表现为一种自主的发展”^②。

商法的自主发展，要求我们要用自主的思维探索、创新、发现、研究商法。牢牢掌握商法自主发展的宝贵精神，是我们打开

^① [美] 哈罗德·J. 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 431—432 页。

^② 同上，第 433 页。

商法科学之门的一把金钥匙。

第三，商法的理论基础问题。

商法的理论基础是什么？过去有人说是民法。如果民法是商法的理论基础，第一，必然混淆近代商法和现代商法的界限，不可能树立鲜明的、牢固的现代商法的观念；第二，商法只能依附民法理论的发展而发展，不可能树立鲜明的、牢固的商法自主发展的观念。由于理论上的误导，在商法学习和研究中，产生了种种困惑。例如，为什么对于市场经济的市场交易一些人却仍然坚持要适用简单商品生产完善的法^①；市场是交易关系的总和，为什么长期以来却让作为交易规则总和的市场经济的市场交易基本法缺位；市场交易是一个日新月异的领域，市场交易的法律观念、体系、规则、制度为什么不崇尚创新，而坚持保守、狭隘、陈旧、落后的罗马法相承下来的观念、体系、规则、制度等等。造成此种局面的原因是多方面的，一个重要的问题是对商法的理论基础缺乏明确的认识和深入的研究。例如，对于商法的起源、性质、地位、作用、形式、概念等这些根本性的问题的研究、讨论，不是从马克思主义经典著作的理论宝库中找根据、找答案，而是舍近求远、旁征博引、长篇累牍、不厌其烦，反复论述，不是越说越令人费解，就是肆意加以歪曲，而对于我们手头的马克思主义的经典论述“先有交易，后来才由交易发展为法律……这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式”^②却缺乏认真的研究，深刻的领会。这一经典论述虽然不足 50 字，却如此精辟，如此准确地回答了商法这些根本性问题。这一经典论述既揭示了商法产生的必然性、产生的客观规律性，使商法的起源这个被大陆法系坚持简单商品生产完善法

① 《马克思恩格斯全集》第 36 卷，人民出版社 1974 年版，第 169 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社 1963 年版，第 423 页。

观念的某些学者弄得极为混乱而复杂的问题，明确而又科学地得到了回答，即商法产生于市场交易实践，并随着市场交易实践的不断发展和创新而不断发展和创新。这一经典论述也揭示了商法的性质和地位，交易既然是法律产生的总根源，市场交易关系的法律调整必然成为法制的核心，这表明交易关系不是从属于家庭关系和其他社会关系，商法在法制建设中、在整个法律体系中具有极为重要的地位；这一经典论述同时也说明了商法的性质，因为交易在发展为法律的过程中，首先必须满足对交换和在交换中产生的实际关系的调整。因此，商法的产生、性质、地位及形式的定性，则必然是调整市场交易关系的基本法律，商法的概念则必然界定为是市场交易的基本行为准则，或者简化为商法是市场交易的规则。通过商法的规制，市场交易推动着商业革命，推动着商法从古代、中世纪、近代向现代商法演进，推动着整个社会的文明和进步。为了充分发挥商法的作用，使商法调整的交易关系不致陷于抽象而不可捉摸的境地，马克思主义的经典结论还明确地指出了调整市场交易关系的具体途径和形式，即通过“契约这样的法的形式”。市场交易的实现需要有载体，有表现，有保证，契约（合同）则是市场交易的法律形式。不管什么形式的市场交易，都是“让渡自己的商品，占有别人的商品”，都是“具有契约形式的（不管这种契约是不是用法律固定下来的）法的关系”^①。随着实物支付“成为例外，各种涉及使用信用手段的新的商业契约急剧增加”^②，“产生了汇票和本票这样的商业票据，它们转变为所谓的无因契约，其中票据不只是一个附属契约的根据，而且其本身还包含或就是一种契约，并可以独立地提起诉讼

马克思：《资本论》第 1 卷，中国社会科学出版社 1983 年版，第 64 页。

^② 《法律与革命》第 426 页。

求^①。诸如保险契约或者货币兑换契约、代理契约、租船契约等，在市场交易实践中被创造出来了^②。契约有多种多样，市场交易契约是最重要的、最核心的契约。商法调整的市场交易关系，具体地说就是调整各种商事契约的签订、履行、变更和解除的关系。“商法与合同法的联系如此密切，不能、也不应该把它们分开”^③。这是人们经过总结大陆法系在市场交易与契约（合同）关系的深刻教训后，所得出的正确结论。因此，它促使国际立法机构及时地推出了《国际商事合同通则》^④。实践证明，商法的理论基础是马克思主义，马克思主义关于交易与法律、交换与契约（合同）关系的经典论述，是商法的理论基础。而按照马克思的基本理论，商法的理论基础只能是日新月异的市场交易实践。我们对商法的学习、研究、发展、创新，须臾也不能离开这一理论基础，它是破除我国实现商法现代化各种障碍的理论武器。我们用这一科学的方法论学习、研究商法，有利于推动商法领域的思想解放，摆脱种种误导，可以节省学习、研究商法的成本。

第四，商法学习、研究中的理论陷阱问题。

商法在我国的学习和研究，有一些基本问题亟待深入，但为什么深入不下去。除了以上提到的三个问题外，就目前发现的一是人们有意识的设计理论陷阱；二是从传统承继下来的对商法的排斥情绪。首先，深入不下去的表现是多方面的，集中表现为近几年来出版的一些商法方面的教材和著作，有积极的一面，说明人们感觉到了商法在市场经济中的地位，成了法学领域的前沿和

① 《法律与革命》第 425 页。

② 《商法总论》第 294—302 页。

[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 113 页。

④ 《国际商事合同通则》周晓燕等译 法律出版社 1996 年版。

热门。但也有令人担忧的一面，主要是人们对这些商法著作和教材的评价，认为从总体上看并未超出我国台湾省一些学者若干年前的商法教材或著作的水平，是一种低层次上的重复。其次，深入不下去的直接原因是对一些商法的基本理论问题缺乏认真的、严肃的思考，有关方面本应积极引导和推动这种思考，但却反其道而行之，精心设计了一个理论陷阱，把人们的注意力引入了“民商分立”和“民商合一”的无休止的争论。这就是说中国商法本来先天不足，改革、开放后商法一被提出来，又陷入“合一”、“分立”的纷争，从而使设计者取得了这一理论陷阱的预期效果，使商法的基础理论裹足不前，表现为商法在我国发展的后天乏力，使商法的学习、研究变得陈旧乏味，缺乏生气。因此，我们要深入学习、研究商法，必须跳出“民商合一”与“民商分立”的理论陷阱，牢牢抓住大陆法系近代商法是民法特别法这一本质问题，全方位地对商法是民法的特别法进行分析、思考。例如分析这种思想、理论、立法模式产生的经济、政治根源；分析这种构想在简单商品生产条件下有一定的合理性、科学性，在经济全球化、知识经济时代，这种构想的反科学、反时代性；联系我国的经济、历史条件，分析我国接受这种“简单商品生产完善的法”的构想的“天然性”、“习惯性”，进而分析认识并清除这种构想的影响需要高度自觉的必要性。总之，要把商法学习、研究引向深入，时刻也不要放松对商法是民法特别法这种大陆法系构想的分析、研究。对这一问题的科学结论，将使“民商合一”与“民商分立”的争论迎刃而解。这一问题的科学结论，也是为我国商法由近代商法向现代商法演进提供的一条具体的通道。再次，克服自觉不自觉地排斥商法的情绪，需要逐渐培养对商法满腔热情的感情。商法有没有缺陷，像任何事物一样，总是一分为二的，总是会有缺陷的，问题在于我们怎样对待商法的缺陷。从刊物上我们很难看到正面介绍、阐释商法，特别是有关商法基础

理论的论著，偶尔看到一两篇，不是为“民商合一”出谋划策的，就是指责商法的文章。一篇本来有利于我国商法基础理论构建的论著，也被“价值缺陷”的醒目标题淹没得黯然失色^①。因此，在我国引深商法的学习、研究，既需要健康、严肃的批评和自我批评，更需要对商法的深厚感情和公正的立场。

第五，在商法现代化中我国怎样才能充分享受后发性利益的问题。

所谓后发性利益，就是善于吸取别人成功的经验，善于接受别人失败的教训，采取切实可行的措施，从而实现后来居上的利益。要做到这一点，即把别人成功的经验经过消化后变成自己的实际行动，不再重复别人失败的做法，少交学费，不走弯路，就要处理好以上我们提到的四个问题。在实践中发生的种种问题，都同这四个问题有关，同时也影响了我们实现享受后来居上的利益。例如，我们实行市场经济，长期以来却没有一部市场交易领域的基本法。1983年底当时的国家商业部，曾组织了一次论证会，北大刘芮云老师参加了，会上有两种意见，一种认为我国改革、开放，应当制定商法；另一种意见认为我们是社会主义国家，应当制定商业法，理由是商法是资本主义的。1984年7月17日拿出了《中华人民共和国商业法草案》征求意见稿，以后一稿又一稿地修改，始终也没有完全摆脱计划体制的思维。邓小平南方讲话后，由国家经贸委与内贸部联合召开过一次制定商行为法的研讨会，江平教授出席了这次会，一致认为应当制定，但后来两个会议主持单位没有达成一致意见，内贸部继续修改《商业法》，直到最后暂停起草。我认为这一立法暂停的原因：一是在我国缺少市场经济的市场交易实践；二是缺乏与市场交易法相

^① 《中国法学》，1999年第2期。

适应的科学、先进的理论支撑^①。

再如，在法理学界和商法学界的力争下，在教育部门的支持下，将商法作为法学专业的 14 门核心课程之一。1998 年 4 月 10 日—12 日在南京大学由国家教委组织召开了《商法学教学指导纲要》的审稿会。会上发生了激烈的争论，主要是区别现代商法和近代商法，要不要把商事合同法纳入商法教学内容的分歧。由于上面谈到的 4 个问题的原因，最后表现为 1998 年由高教出版社出版的“面向 21 世纪课程教材”、“法学专业核心课程教学基本要求”，仍然认为“商法作为民事特别法”^②。

第三件事，关于《深圳经济特区商事条例》。1999 年 4 月 19 日深圳市人大常委会负责同志主持在北京召开了论证会，会上提供讨论的是《深圳经济特区商人条例》，经过研讨、修改，1999 年 6 月 30 日见报的《条例》，总的来说没有摆脱大陆法系近代商法的思维，1999 年 10 月 1 日生效的这一《条例》第 4 条规定：“本条例……未规定的事项……适用民事法律。”尽管这一条例颁布在新世纪即将到来之时，仍然没有摆脱近代商法的归属。

第四件事，1999 年 12 月 15 日国家工商局在北京召开了一次讨论我国商事登记法的论证会，2000 年 5 月 9 日起草了《商事登记条例》（第三稿），又在较大范围组织了论证。这个条例有两个明显的特点，一是消除了过去企业法人登记管理条例近代商法的倾向，注意体现了现代商法的要求；二是制定条例的目的很明确，就是要统一目前所有的企业登记，包括公司、合伙、独资以及外国企业。说明现代商法的时代趋势，已开始为我国有关部门在立法中关注。但是，应当指出我国过去颁布的商法方面的法

① 《商法总论》前言。

② 《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》，高等教育出版社 1998 年版，第 100 页。

律、法规，人们指出的这样那样的问题，有些法律和法规正准备修改，从微观上对一些具体问题研究和如何修改是必要的，量变会引起质变；但是，如果不从宏观上作导向性的研究，我国商法很难摆脱从总体上尚属近代商法的范畴。我国即将加入 WTO，任何国家或地区加入 WTO，都意味着对 WTO 提供的市场交易规则的认同。但是，在实现商法全球统一中，WTO 提供的市场交易规则，仅是全球商法统一的一个组成部分，国内商法向现代商法演进是商法全球统一的更为重要的组成部分。因此，加快我国商法向现代商法演进的步伐，既是加入 WTO 的需要，也是我国在商法领域享受后发性利益，实现后来居上的需要。在商法问题上我们虽然起步较晚，但我们不像大陆法系有些国家那样背着一个沉重的法律包袱。我们要充分享受后发性利益，一是要有高度警惕，防止背上大陆法系有些国家那样的沉重的法律包袱；二是在白纸上一定要画最新最美的图画，防止制作赝品。因此，我们一定要认真分析妨碍画最新最美图画的诸因素。我们一定要防止约翰——布侃对我们的嘲笑，他说：“你有没有想过中国的例子？中国有数以百万计的好头脑，却被空洞花哨的玩意弄得创意殆尽，他们没有方向，也没有驱策的力量，因此所有努力加起来全是一场空，全世界都因此耻笑他们。”^① 例如，《德国民法典》前三编^② 就是为追求“体系完美”而捏造的体系，对这种“空洞花哨的玩意”，如果至今仍被人们奉为至宝，不肯抛弃，不仅不可能充分享受后发性利益，也必将逃脱不了被耻笑者的命运。

总之，我们学习、研究商法：第一，要有历史的观点，商法是一个开放的不断发展的体系，大陆法系近代商法已经成为历史，对历史我们要善于总结和汲取它的经验和教训。第二，要有

转引自余秋雨：《千年一叹》，第 457 页。

② 《德国民法典》前三编，即总则编、债编、物权编。

实践的观点，交易实践产生商法，商法是一个自主发展的体系。第三，要有科学的观点，马克思主义的科学理论是商法的理论基础。坚持这些观点，我们才能在商法的学习、研究中，在国家商法法制建设上，充分享受后发性利益，实现后来居上，实现中华民族的伟大复兴。

(原载中国法制出版社 2000 年出版的
《民商法纵论》及法律出版社 2002 年
出版的《复旦民商法学评论》)

论商法的概念

商法学作为一门科学，首先必须准确界定商法的概念，即什么是商法。从商法的历史演进、交易实践、商法的本质属性、商法在现实中的定位等，作全方位的考察，对什么是商法的通俗的、明确的、科学的、反映客观实际的回答是：商法是市场交易的基本行为准则。本文仅就此谈点浅见。

最初的市场交易行为准则是习惯

人类社会的发展产生了分工，分工产生了市场交易，交易推进了以交易为目的的港口和城市的建立与发展。要解决交易中发生的矛盾、冲突，要使交易连续不断、反复地进行，就必须建立交易所必须的市场交易秩序。“一种显见的秩序并非人的智慧预先设计的产物”^①，“自发秩序起源于它们要遵循一定的规则”^②。这种市场交易的规则最初表现为市场交易的习惯。正如马克思所指出的：“这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”^③ 在市场交易中产生的市场交易规则，表现为从习惯到习惯法的演进。“商法体系中存在着一种从习俗（行为模型）意义上的习惯到更为细致地加以界定的习惯法（行为规范）的运动”，习惯法与后

哈耶克：《自由秩序原理》（上册），三联书店 1997 年版，第 67 页。

^② Hayek, Law, Legidstion and Libetty Vol, The Unversaty of Chicago press, 1973.P.43.

^③ 《马克思恩格斯选集》第 2 卷，第 539 页。

来法律区别的根本之点在于：“它是为所有王国和联合体的权威所认可的习惯法，而不是由任何君王的王权所确立的法律。”^①这种由交易习俗逐渐演变成为交易习惯法，作为最初的市场交易准则，所具有的特征是：

第一，内容十分丰富、广泛。既有海上贸易的交易规则，也有陆上贸易的交易规则。作为这时市场交易准则的“商法不仅包括集市和市场的习惯法，而且包括有关贸易的海事习惯，最后还包括城市和城镇本身的商法”，“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”^②。在交易实践中各种新的信用手段、流通信用票据、动产抵押、提单及其他运输单据、以船舶本身的股份作为担保的冒险借贷以及破产等交易手段和形式，都是有相应的交易规则作为保证的。例如，在希腊港口贸易中通行的票据规则、《罗得海法》；在意大利的比萨、威尼斯出现的《比萨习惯法》、《威尼斯航海条例》法国的《蒙特皮列习惯法》、《马赛习惯法》和《奥内隆规则》；西班牙的《巴塞罗那海上习惯法》等，其内容主要涉及交易中的支付、关于船舶、运输管理、港口章程、船货装载、船舶遇难弃货、海上保险、船舶碰撞等。

第二，产生具有自主性。商法作为市场交易的准则，一开始就“表现为一种自主的发展”，被认为是“事实上支配那些往返于商业交易所在的文明世界的港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则”^③。这种自主性表现为，保护商人自身利益的商人行会组织——商人基尔特，相继在意大利、西班牙、

〔美〕哈罗德·J·帕尔曼：《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 415—416 页。

② 《法律与革命》 415—416 页。

③ 〔英〕施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文选译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 5 页。

英格兰、荷兰等许多城市出现。商人行会组织通过认可和接纳商人，制定和编纂交易规则或习惯规则，组织商事法庭和行使商事裁判权，逐渐形成了较为系统的商人习惯法。商人习惯法实际上是商人这个阶层普遍适用的习惯做法，又被人们称为商人法。商人法即商人自己制定或编纂的交易规约或习惯规则，适用于商人的各种市场交易行为，由商人自己组织商事法庭和行使商事裁判权，充分说明其自主发展的特性。

第三，集中保护交易自由。交易表现为商人们能自愿让渡商品，即交易的自由。为了使交易自由“不是去做不理性、愚蠢、错误之事的自由”^①，在市场交易中不仅产生了自由交易的规则——交易规约或习惯规则，并逐渐演变为商人习惯法。正如马克思所指出的：“先有交易，后来才由交易发展为法律。”^②而且提供了自由交易的形式——契约（合同），“这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式”^③。所有的交易行为，均表现为各种各样的市场交易契约。交易自由表现为契约自由^④，契约自由的原则不是法学家头脑的产物，而是交易自由的表现。但是“人们的自由要有效，就必须承认某些相互的限制”，“每一种自由都依靠一种相应的控制”^⑤。这种限制、控制除了商法所提供的一整套交易规则外，还包括商法所蕴含的一系列原则。例如，交易自由所表现的契约自由，必须以诚实信用原则作为基础。脱离诚信原则的“限制”和“控制”，契约自由就会异化为交易中欺诈的自由。商法诚信原则所限制和控制的是交易自由中欺诈的自由，“通常的人当他可以为所欲为时就信

柏林：《自由四论》，联经出版事业公司 1986 年版，第 263 页。

② 《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社 1963 年版，第 423 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 19 卷，人民出版社 1963 年版，第 423 页。

徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社 1999 年版，第 290 页。

霍布豪斯：《自由主义》，商务印书馆 1996 年版，第 28、75 页。

以为自己是自由的，但他的不自由恰好就在任性中^①。英国商人卢卡斯买了德国商人的货未付钱就偷偷地跑了，卢卡斯的“任性”使英国商人付出了沉重的代价——失去了自由交易赖以存在的基础信用，异国商人从此拒绝同英国商人进行交易，因为失去信用就不“可能使即刻支付的价值与晚些日子支付的价值相比量”^②，为了恢复信用，迫使英国商人不得不把“任性”的卢卡斯关进伦敦塔^③。从这一意义上讲，商法同其他法律一样，“不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由”的市场交易规则^④。并且商法的诚信原则是对严法行为的否定，是对诚信行为的肯定。所谓严法行为，是指法律行为的效力完全取决于行为的方式、言词或套语。交易订约时，双方当事人都必须用一定的言词、术语和规定的形式，要到神前宣誓^⑤，例如，“曾支配日耳曼民俗法的宣誓的形式主义”^⑥。这种规则既是对契约自由的限制，也是对市场交易自由的限制，是陈旧的、落后的、野蛮的行为规则。但是，诚实信用作为市场交易的原则，只能产生在市场交易的实践中，是保护市场交易自由的、进步的、文明的、科学的市场交易规则。商法作为保护市场交易自由，除了契约自由、诚实信用原则，还包括权利互惠性原则，即公平交易原则。因此，权利互惠性原则“在程序上，必须公平地参与交换，即不存在强迫、欺诈或其他滥用任何一方意愿或认识的行为。在实体上，即使是自愿和故意参与的交换，也不得使任何一方承受与他所获得的利益极不相称的代价；这样的交换也不能不正当地损害

黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆 1979 年版，第 27 页。

② 《法律与革命》第 427 页。

③ 《法律与革命》第 418 页。

洛克：《政府论》下篇，商务印书馆 1983 年版，第 36 页。

⑤ 《商法总论》第 267 页。

⑥ 《法律与革命》第 419 页。

第三方的利益或一般的社会利益”^①。商人在市场交易中创造的交易规则，不仅表现为当事人双方要公平交易，从程序上表现为参加交易者意思表示要真实，从实体上不能一方对一方显失公平，而且保护善意第三人的利益和社会利益。充分说明：“法就是作为理念的自由”，“法是自由的定在”^②。为后世商法的发展、完善、创新，提供了极为珍贵的理念、原则及具体制度。

第四，体系具有完整性，理论具有科学性。从交易习俗向交易习惯法的演进中，日积月累到 11 世纪晚期，商法作为市场交易准则逐渐构成了区别于其他法律门类的独特的、完整的体系。作为市场交易规则不仅调控严格意义上的销售活动，而且还调控市场交易的其他方面，包括商人的各种组织，如合伙、类似于股份公司的联营（康美达），商业票据（汇票、本票），对商业契约和非商业契约的区分，运输、保险、破产、资金筹措、商事裁判等，构成了结合市场交易的各种原则、概念、规则、程序的完整体系。理论的科学性表现为商法作为市场交易的行为准则，这一体系是一种开放的体系，不断用市场交易的实践校正其交易的规则。“假如没有诸如流通汇票和有限合伙这样一些新的法律设计，没有对已经陈旧过时的以往的商业习惯的改造，没有商事法院和商事立法，那么，要求变化的其他社会经济压力就找不到出路”^③。这种科学性还表现在商法的革命性上，革以土地为中心、保守的农业文明的命；革教会不许投机和按利息出借（高利贷）的各种禁令的命，在教会法中确立了“建立在高尚信念基础上的合法贸易有别于建立在贪婪基础上的非法贸易；建立在满足合法需求基础上的贸易有别于建立在纯粹自私自利或欺诈的基础

① 《法律与革命》第 419 页。

黑格尔：《法哲学原理》，第 36 页。

③ 《法律与革命》第 409 页。