

▶ SHANGFA XINLUN

商法新论

张保红 / 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

▶ SHANGFA XINLUN

商法新论

张保红 / 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

商法新论/张保红著. —北京: 知识产权出版社, 2014. 8

ISBN 978-7-5130-2969-8

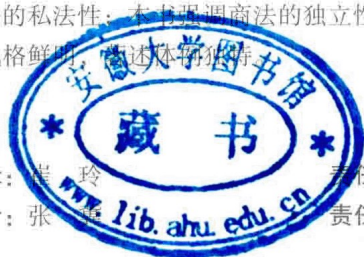
I. ①商… II. ①张… III. ①商法-研究-中国 IV. ①D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 201104 号

内容提要

本书致力于发掘商法的基本原理, 致力于商法的体系化建构。整个商法是以效率、安全的价值和规范、外观和严格责任原则为中心展开。商人法的任务是塑造强而智的商人人格, 商行为法则以法定主义为手段, 促进交易效率和保障交易安全。本书批判了商法公法化的观点, 强调商法的私法性; 本书强调商法的独立性, 厘清了商法与民法、经济法等法律部门的关系。本书风格鲜明, 表述通俗易懂。

责任编辑: 崔玲
装帧设计: 张



责任校对: 董志英
责任出版: 刘译文

商法新论

SHANGFA XINLUN

张保红 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

责编电话: 010-82000860 转 8121

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印刷: 北京科信印刷有限公司

开本: 720mm×960mm 1/16

版次: 2014年8月第1版

字数: 340千字

ISBN 978-7-5130-2969-8

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: cuiling@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网络书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 18.25

印 次: 2014年8月第1次印刷

定 价: 56.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

自序

法国著名商法学家伊夫·居荣曾言,“在这个商法变化多端之时期,比起试图了解那些往往昙花一现之技术细节来说,还是更应尽力探求制定基本规则之理由,而那些条文细节只要查询数据库即可轻而易举地掌握。”^①诚哉斯言!

我国商法理论基础之薄弱人所共知。著名学者赵旭东教授感叹:“商法一般原理与各具体法律部门之间的体系结构上的失衡显而易见,商法教学一直面临的尴尬局面是缺少成形的、系统化的、富有理论和实际价值的商法总论,除了对商法基本概念和特点的阐释和对商法历史沿革及各国立法情况的介绍外,几乎再无可资讲授的内容。”^②没有系统而又精深的理论支撑,商法学何以自立于法学学科之林?何以指导商法的立法和司法实践?

商法不应当是没有理论底蕴的技术性法律领域。商法作为一个独立的法律部门必然蕴含着独特学理,只是这些学理未被我们认识到而已。商法学者理应对浩若烟海的商法条款进行法理的加工和提炼,这样做并不是出于理论的偏好,而是因为学理上的总结必将对商事立法和司法起到重要的指导意义。

本书着力于商法理论的条理化和体系化。为此,需要重聚商法的价值。本书认为,商法的价值,不外乎对交易效率和交易安全的追求。为了实现这两大价值,商法则以规范、外观和严格责任为三大原则,统率商法总则、商主体法和商行为法的全体商法规范。本书倡导商法的私法性回归,商法中的公权应当受到驱赶。我们应当时时避免公权对私域的入侵,时时谨记作为必要罪恶的国家这枚“自由主义剃刀”。

本书主张商法具有独立性。我国商法独立性的理由不同于法国、德国。法国、德国有悠久的商法传统,有独立的商事法庭,商人亦曾为社会的独立阶层。我国没有这样的历史和传统,但是我国商法独立性的条件依然存在:商法精神和商法规则都无法与民法共存。商法重效率和安全,而民法重自愿和公平;商法规则具有技术性,而民法规则具有任意性。

① [法]伊夫·居荣.法国商法[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004:2.

② 赵旭东.商法的困惑与思考[J].政法论坛,2002(1):106.

本书希望能够对立法与司法实践有所裨益。本书阐述的法理、商法思维,希望能够运用于立法与实践工作之中。本书强调区分商主体与其他私法主体;对商主体应当采用严格主义,而对于其他主体则适用宽容主义。

著述虽倾千日,然心有余而力不逮。书成之时,惴惴不自安。

是为序。

目 录

第一部分 导 论

引 言	魂兮归来——论商法价值的变迁和重塑	(1)
第一章	商和商法	(9)
	第一节 商	(9)
	第二节 商法概述	(10)
	第三节 商法和其他部门法	(18)
第二章	商法的历史与模式	(30)
	第一节 商法的历史	(30)
	第二节 民商的合一与分立	(36)
	第三节 中国商法的立法模式	(43)
第三章	商法的本质和特点	(49)
	第一节 商法的私法性	(49)
	第二节 商法的特别性与独立性	(62)
	第三节 商法的特征	(65)
第四章	商法的价值和原则	(69)
	第一节 商法的价值和原则概述	(69)
	第二节 规范原则	(74)
	第三节 外观原则	(78)
	第四节 严格责任	(81)

第二部分 商人法

引 言	商法上的人	(84)
第一章	商人导论	(88)
	第一节 商人的内涵	(88)
	第二节 商人能力与经营范围	(97)
	第三节 商人法原则	(110)

	第四节 商法定定的商人类型	(114)
	第五节 经理、代办和中间商	(121)
第二章	商人人格的法律塑造	(129)
	第一节 人格与人格塑造	(129)
	第二节 商人人格塑造之理由	(134)
	第三节 商人人格元素塑造之一:名称	(145)
	第四节 商人人格元素塑造之二:财产	(154)
	第五节 商人人格元素塑造之三:责任	(159)
	第六节 商人人格元素塑造之四:治理	(162)
	第七节 商人人格塑造的法律技术	(170)
第三章	商业登记	(174)
	第一节 商业登记概述	(174)
	第二节 商事登记机关和登记对象	(176)
	第三节 登记事项	(178)
	第四节 登记种类和登记程序	(182)
	第五节 商业登记的效力	(185)
第四章	商业簿记	(189)
	第一节 商业簿记概述	(189)
	第二节 商业簿记的基本原理	(194)
	第三节 商业簿记的内容	(203)

第三部分 商行为法

引言	商法上的行为	(206)
第一章	商行为的一般原理	(207)
	第一节 商行为的特征与判定	(207)
	第二节 商行为的性质	(209)
	第三节 商行为的类别	(213)
第二章	商行为的法律控制	(217)
	第一节 法律调整商行为的模式	(217)
	第二节 双方商行为的法律控制	(222)
	第三节 单方商行为的法律控制	(226)
第三章	商事交易制度初论	(232)
	第一节 交易市场	(232)

第二节	交易类型	(234)
第三节	交易制度	(239)
第四章	商特别交易法	(245)
第一节	证券法	(245)
第二节	票据法	(260)
第三节	保险法	(269)
参考文献	(280)
后 记	(283)

► 第一部分 导论

引言 魂兮归来

——论商法价值的变迁和重塑

商法是文明的产物。^①“哪里有善良的风俗,哪里就有商业。哪里有商业,哪里就有善良的风俗”。“贸易的自然结果就是和平”。^②的确,在一个丛林世界里,不会有商业。诚然,商人不是天使,但也绝不是“冷酷、吝啬、残忍、贪婪、狡诈的化身”。^③商人进行交易的终极目标是追求财富。如何能够更快、更好地追求财富?这需要交易更有效率和更加安全。商法就是追求交易效率和交易安全的法律。易言之,商法的价值是效率和安全。

按经济学的观点,交易能使每个人的状况变好。^④交易可以创造财富。交易使人们的劳动变得有价值,劳动产品在交易中实现从产品到财富的转变。财富只能当其有用,才能被称为财富。而交易正是使财富成为财富的工具。交易越便捷,财富创造也就越快越多,整个社会福利也会随之增加。^⑤相反,交易效率低,往往意味着交易成本高,人们的交易欲望也低,抑制了交易,从而抑制财富的创造。

交易所需要的效率是有安全保证的效率。没有安全保证的效率是不可持久的。2008年美国金融危机充分证明了这一点。安全有了保障,效率才是健康的

① [法]克洛德·商波.商法[M].刘庆余,译.北京:商务印书馆,1998:4.

② [法]孟德斯鸠.论法的精神(下册)[M].张雁深,译.北京:商务印书馆,1997:14.商业与诚信有关,但论及善良风俗,则有些过于名誉化。

③ 徐金海.商法源流论[M].北京:中国经济出版社,2011:3.过度美化或贬低商人都是不对的。在《威尼斯商人》中,商人是魔鬼的化身。但这不过是特权阶层对商人的丑化。相比而言,安东尼奥借钱不要利息的做法违背了商业规律,同时也违背了正当竞争原则。

④ [美]曼昆.经济学原理[M].2版.梁小民,译.北京:北京大学出版社,2001:9.

⑤ 休谟论述道:一般公认,国家的昌盛,黎民百姓的幸福,都同商业有着密切难分的关系。而且,只要私人经商和私有财产得到社会权力机构的较大保障,社会本身就会随着私人商业的繁荣发达而相应强盛起来。[英]休谟.休谟经济论文选[M].陈玮,译.北京:商务印书馆,1984:5.

效率。效率有时与安全是相反的,效率越快,往往风险越大,此时必须管控风险,注重效率与安全的平衡。

对效率和安全的追求可能会限制自由。自由有时可以促进效率。自由是创造的源泉,阻遏了创造,效率将变得没有意义。然而,过于自由以及那些不妨碍创造的自由,有时会抑制效率。效率需要整齐划一,商法可以把自由留给民法,自己则追求效率和安全,从而完成对原始自由的超越,实现更高层次的自由。或许这就像德国学者德恩所说的那样:商法是一切法律中最为自由的,同时又是最为严格的。^①

近代商法早于近代民法。^② 近代商法塑造了近代私法的价值和特性。

商法发源于中世纪意大利地中海沿海的城邦。^③ 商法原本是商人的法,仅适用于商人之间。商法是商人之间交易的习惯化、规则化。“商人们自发聚集到一起,制订共同的游戏规则。商业法律由此诞生,它没有得到国家的承认,完全是自发产生、自行裁决并强制实施,就像一个俱乐部的规章制度一样”。^④ 可见,“哪里有贸易,哪里就有法律”。商法的形成,更多的来自于实践,其系统化过程不是由于学者的传播,也不是由于其推行者的努力。^⑤

追溯商法起源的年代,当时的社会经济和宗教环境并不需要商法。第一,农业社会的静态现实不需要商法。中世纪是典型的农业社会时期,衡量当时社会财富的标准是土地。土地主要用来经营农业,为维持农业的发展,立法倾向于维持土地的静止不动,因为变动不居的土地是很难获得持续的农业收益的。因此,民事立法以土地为中心,其核心在于维护地主对土地的稳定拥有。那些复杂的交易

① 张国键.商事法论[M].台北:三民书局,1980:24.

② 即便从成文法算起,近代商法也早于近代民法。法国路易十四于1673年和1681年分别颁布了12章111条的《陆上商事条例》与五编《海上商事条例》。而此时法国法律尚未完成成文化,普通民事关系尚适用罗马法与习惯法。标志民法产生的《法国民法典》到100多年以后才诞生。范健,王建文.商法的价值、源流及本体[M].北京:中国人民大学出版社,2004:37.

③ 商法起源于中世纪末期的意大利地中海沿岸是有其历史和地理背景的。那片土地有先民贸易文化的浸润,有古希腊、古罗马先民的贸易基因,且濒临平静的地中海,贸易有着天然的条件。“古代世界的一切文明都是围绕着这个伟大的内海而诞生的。它们凭借地中海相互沟通并且四处传播自己的思想与商业……”[比利时]亨利·皮郎.中世纪欧洲经济社会史[M].乐文,译.上海:上海人民出版社,2001:1.

④ [美]麦特·里德雷.美德的起源:人类本能与协作的进化[M].刘珩,译.北京:中央编译出版社,2004:221.

⑤ 丹尼斯·特伦语.中国大百科全书(法学卷)[M].北京:中国大百科全书出版社,1985:505.

形式和善意取得迟迟未在民法设立,即是基于这些原因。^① 商业并不占据中世纪社会舞台的中心,占据中心的是农业和土地。因此,很难指望国家对商业立法。第二,基督教思想鄙视商业。教会“对商业的态度,不只是消极,而是积极的仇恨。”^②“商人很少能使上帝高兴,甚至永远都不能使上帝愉悦。”^③在这种氛围之下,期待国家立法规范商业行为是不现实的。

商法的形成是商人自身争取的结果。社会、政府和教会对商业的压抑反而激起了商人反抗和自治的欲望。他们自发组织起来,组成商人基尔特(Merchant Guild)团体,制定各种商业法规。这些法规源自长期商业实践形成的商业习惯,被称为商人法(Lex Mercatoria/Law of Merchant)。同时,商人自己组成交易市场、商事法院和行会组织,实行商人自治。商人行会组织通过认可和接纳商人,在这一特定和相对独立的人群中建立了属于商人自己的王国。这个王国中的法庭和法官制度,审判和强制执行程序,都不是当时刑事、民事或教会等官方司法制度的一部分,即其是与政治当局相脱离的、相独立的。^④ 商法的出现是一场法律革命,它与当时深入发展的商业革命相互影响。“商业革命有助于造就商法,商法也有助于成就商业革命。实际上,所发生的不仅是商业的革命性转变,而且还是整个社会的变迁。在这种整体变迁中,商法也像封建法和庄园法一样,有它自身的各种渊源,并且像它们一样,从这种变迁中获得了自己的特性。”^⑤

商法不但争取到了私法的独立,也塑造了近代私法的价值和性格。一方面,私法是自治的。商法的形成反映了商业活动的内在规律。商业活动的本身特点要求其必然是自治的。商业的复杂性决定了其发展早期主要是靠习惯而不是立法来规范商业活动。因此,立法者无法洞悉商业规则,也无法预测商业发展的方向。商法只能尊重商业规律,从商人的无数实践中提炼规则,而不是相反,否则,将是徒劳的。另一方面,商法追求有诺必守的商业和私法精神。我们可能只看到《威尼斯商人》中的夏洛克的唯利是图、冷酷无情,但忘记了其为商人对契约精神的追求。不仅如此,包括法官、安东尼奥、律师等也都不敢直接否定已经成立有效

① 德国学者卡纳里斯论述道:善意取得制度的建立也要感谢商事交易中提出的强烈需要,外观权利制度更是完全应该在商法中寻找它的起源。[德]C.W.卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006:10.

② [比]亨利·皮郎.中世纪欧洲经济社会史[M].乐文,译.上海:上海人民出版社,2001:46.

③ [美]哈罗德·J.伯尔曼.法律与革命[M].贺卫方,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:410.

④ [英]梅里曼.大陆法系[M].顾培东,禄正平,译.北京:知识出版社,1984:116.

⑤ [美]哈罗德·J.伯尔曼.法律与革命[M].贺卫方,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:409.

的契约。契约精神在这里得到淋漓尽致的体现。^①

商业的本质是自由和平等,这正是近代启蒙思想的三大口号之一;商人势力的强大,使得商人不断争取更大的自治权力,以至于到后来建立了许多以商人为主体的共和国。这反过来也促进了商法和商业的发展。商法不仅仅出色地完成了在商业领域中的使命,而且对于塑造近代私法的性格和整个社会的、国家的性格都功不可没。

三

曾几何时,商法一度迷失了自己的价值。“商法的内容是朦胧的,商法的边界是模糊的,商法的位置在哪里?我们教着商法,写着商法,眼观商法的兴旺和繁荣,我们热衷商法的事业和发展,同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去,但却说不清它的现在,也看不透它的未来,我们似乎被笼罩在商法的烟雾中。”^②商法原本的价值是营业自由^③和契约自由。营业自由肇始于中世纪的商人法。作为大陆法系的三大历史渊源之一,商人法深刻影响了近代大陆私法。其重要程度不亚于“言必称罗马”的罗马法。^④商法经常成为私法发展的开路者。例如,近代民法的最重要根基是意思自治,而意思自治最重要的组成部分,即契约自由则主要是由商人实践出来的。“历史地观察,商法是合同自由的积极领路人”。^⑤“传统的法律,程序拘泥而狭隘,仍使用神判法、司法决斗,其法官是从农村居民中选拔出来的,这种法律只是一些逐渐形成的惯例,其作用是处理以耕种土地或以土地所有权为生的人们的关系,这种法律不能适应以工商业为生计的人们。需要一种更为灵活的法律,一种更为迅速、更不依赖偶然性的证明方法,需要熟悉受审者的职业情况,能够凭借对案情的知识迅速结束争论的法官。”^⑥商法的出现则改变了这些落后封闭的封建法、神判法。其时,罗马法尚未复兴。商法使私法从神

① 商法的巨大影响,一度使“商人的行为举止、待人态度和生活方式潜移默化地成为大多数法国人的行为举止、待人态度和生活方式”。[法]克洛德·商波.商法[M].刘庆余,译.北京:商务印书馆,1998,15.这种影响一部分是负面的。商人的世界总是冷冰冰的,即使诚信也是基于利益的算计。正因如此,法律上更应当区分民事行为与商行为,让纯朴止于商业活动。

② 赵旭东.商法的困惑与思考[J].政法论坛,2002(1):102.

③ 有学者依旧将营业自由作为商法的基本原则(叶林.商法学原理与案例教程[M].北京:中国人民大学出版社,2006:15.)是值得商榷的。自由是民法的理念,商法强调营业自由不过是商法意思自治原则的重申。商法如何不能与民法的理念有所区别之,商法无法取得立足之地。

④ 商法有独特的法律传统,“它没有明显的与罗马法有关联的祖先”。[美]艾伦·沃森.民法法系的演变及形成[M].李静冰,等,译.北京:中国政法大学出版社,1992:166.

⑤ [德]C.W.卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006:8.

⑥ [比利时]亨利·皮郎.中世纪欧洲经济社会史[M].乐文,译.上海:上海人民出版社,2001:49.

决走向自决。

然而,随着人人平等观念的倡导和社会生活的普遍商化,商法的领域不断被民法侵蚀。民法以“帝国主义”^①的姿态,先摄取商法的灵魂,即营业自由和契约自由的价值,这些价值轻易被民法包装成意思自治原则;^②再掠食商法的精华,将商法的商事合同拿走,法人制度拿走,等等。当然,民法在第一次商化过程中,不愿意全盘接受商法,它只愿意摄取商法的灵魂,享受商法的精华,至于商法的残肢剩体,则任凭其散落一地。^③更让商法苦恼的是,这种掠取还一直在持续中。商业活动总会源源不断汇聚一些法律原则和规则,当它们经过商法的梳理,并稍作停留之后,就会被民法所掠取。“商法是一块试验园地,可以对各种新技术进行检测,然后推而广之。”^④民法不断从商法中获取营养以维持生长。

这在民法商化的进程中分两次进行:第一次商化,包括价值的商化和制度的商化,民法全盘接受商法的自由价值和主体制度,吸收的制度和价值基本是统一的。此次商化的背景是民法典与商法典的相继制定,形成民商分立局势。第二次商化,民商合一时期,以《瑞士债务法》和旧中国民法典为代表,将商事合同纳入民法。第二次商化主要是制度上的,对效率和安全的价值有所抵制。但显然,民法也受到了这些价值的影响,如时效短期化等。第二次商化还在持续中。

商法成为民法养分供给的源泉并不是那么自愿的,但它在对抗民法的战斗中总是节节失利,轻松被击败。一是追求“个体自由的田园牧歌式的民法”总能引起人们的共鸣。人们总是对商人抱有不满意之情。^⑤正如亚当·斯密感慨的那样:“在野蛮时代,鄙视交换的心理达到了极点;即使在文明社会,这种心理还未完全

① “民法帝国主义”的主张最初为徐国栋教授所提出。徐国栋.民法帝国主义——民法到底是什么?,转引自苗连营,程雪阳.民法帝国主义的虚幻与宪法学的迷思——第三只眼看“根据宪法,制定本法”的争论[J].四川大学学报:哲学社会科学版,2008(2):129.

② 法国1791年以法律的形式宣布“工商自由原则”,并制定《勒沙佩里耶法》(loi Le Chapelier)重申行会的消灭。此后,人人皆商的理论深入人心,商人也不再得到行会的保护。[法]伊夫·居荣.法国商法[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004:17.张国键认为,商法首创自由主义,“即契约自由,与方式自由。自19世纪时期,法、德、奥、瑞士诸国,对从前所加于契约自由的各种限制,都先在商事方面,予以废除”。张国键.商事法概要[M].台北:三民书局,1986:7.

③ 民法学者通常极力否认商法的独立,在吸去商法灵魂和精华之后,却任商法的其余骨架和皮肉散落一地。

④ [法]伊夫·居荣.法国商法[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004:11.

⑤ 樊涛,王延川.商法总论[M].北京:知识产权出版社,2010:38.

消灭”。^①二是民法的正统性^②、普适性^③和理论性^④总能引起立法者好感。三是商法无法摆脱社会生活普遍商化后自己无法应对的窘境。商法之所以能够继续存在,在于民法不愿也不能吞下整个商法。正如学者所言,商法“与其说它被真正接受了,不如说是被容忍了。”^⑤

商法的价值被民法摄取后,商法规范无处依归,商法各部分继续不断面临其他法律部门掠食的境地。民法商法化后,商法只能给出一些配方,却没有提出一般理论。^⑥正因为基本价值和一般理论的缺失,长期以来,公司法、票据法、破产法等原本属于商法的内容成为经济法争夺的对象。商法的价值是灵魂,原则是骨架,规范则是皮肉。如果没有灵魂和骨架,商法规范这些皮肉也将无法依存。

商法的价值一日不重建,商法就一日得不到在私法体系中应有的地位。商法在面对别人的蚕食时,也只能且战且退。商法面临如此窘境不单纯是商法的悲哀,也是市场经济的悲哀。因为,民法和经济法不仅蚕食商法的精华,也蚕食着市场的特色和自主。因此,商法的价值重塑不仅是商法自己的需要,也是市场经济的需要。

然而,商法应当与民法争夺营业自由和契约自由此等价值吗?不,失去的不用再找回,失去的也无需再留恋。何况,民法夺走这些理念价值也不无有其合理之处。社会生活的商化使得普通生活与一般商务难以区分,给了民法席卷商法价值的机会。^⑦显然,商法不可能去介入大众生活,而民法却可以堂而皇之地介入经济领域。因此,商法应当在营业自由和契约自由之外寻求新的价值。商法只能再从市场中寻找其价值。今天市场经济的深化和精细化给了商法再次重聚理念的机会。市场的目标是逐利的,只要这个目标不变,它就会越来越趋向于分工精细化,越来越依赖于法律技术规范对各种具体的商事关系进行精巧的设计和规

① [英]坎南·亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲[M].陈福生,陈振骅,译.北京:商务印书馆,1992:241.

② 近现代民法是继承了《法学阶梯》或《学说汇纂》的罗马法嫡传弟子。

③ 平等、自由本来是商人的追求,但当平等扩大至所有人时,商法已难以抗衡民法的步步紧逼。

④ 民法的抽象能力无与伦比,令无数法学研究者着迷。例如,源于古罗马、形成于德国的物权和债权制度,几乎具有概括所有的财产权利的能力;而法律行为概念,更是德国私法学的巅峰之作,“几乎可以包容人世间任何性质的行为和交易关系。”施天涛.商法学[M].3版.北京:法律出版社,2006:46.之所以如此,乃是其“积淀了数世纪法学家的学术评价、注释和发展,已形成了深厚的民法传统。”钱玉林.商法的价值、功能及其定位[J].中国法学,2001(5):37.但商法并没有这一传统,官方与学术上往往将其视为异端。

⑤ [法]克洛德·商波.商法[M].刘庆余,译.北京:商务印书馆,1998:16.

⑥ [法]伊夫·居荣.法国商法[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004:12.

⑦ 随着民族国家的独立,商法也不可避免的民族化和国家化,国家也不可避免掌控着商法的立法权。

范。在民事生活中,人们不会每天订一份婚约或购买一份房产。因此,人们面临此等合同,总有充裕的时间综合考量,以制订一份对于自己可谓是“量体裁衣”的契约。但在商业活动中,时间就是金钱,商事交易迅速而又大量重复,交易人没有时间也没有必要去思考交易细节。交易人也不在乎交易是否能够满足个人生活需要,只要交易能够带来财富。在此种情形下,交易人只有信任已经建立起来的交易机制。^①这种交易机制必然建立,无论它是基于法律、习惯,还是个人不断的实践,因为它是市场的内在规律和商人的内在需要。当然,最好的结果是基于法律规范,因为法律规范更值得信赖。

商法上的这些技术规范背后的理念不是管制,而是对效率和安全的追求。效率和安全的追求即是新时期下,商法的价值。此种商法价值,是市场经济深化后独有的价值,是市场内在需要,是不能被民法和经济法所掠夺的价值。民法无论如何,也不能只讲效率和安全的追求,而忽视对万千生活的规范。尽管效率和安全的追求是自由,但很难完全等同于自由。商法在价值上,完成了对民法的又一次超越。商法价值和规范的形成依赖于自治,这种自治不同于民法,民法是一种特别任意的自治,而商法则是一种规则自治。商法中对效率和安全的追求实际上是商主体自治的结果,商法规则也多是商人实践中的习惯法编撰所致。经济法也难以撼动商法的价值。经济法难以抛弃公权力这有形之手。只要经济法不放弃公权力这有形之手,那就应该将其从私法中驱赶出去。

商法或许永远无法像民法那样有精美的体系和缜密的理性。但这未必是商法的缺点。诚如罗科斯·庞德所言:“就抽象体系而言,普通法略逊一筹。但若考察单个纠纷的实际解决,普通法却总占上风。”^②商法借助其形式灵活、身段柔软,可以大量吸引商业习惯以补充成文法的不足,从而达到与普通法类似的效果。同时,商法做到价值重聚之后,形散而神不散,使得商法骨架和皮肉立即有了灵魂;有了灵魂,也就有了生气;有了生气,商法同样也可以很性感。

四

人的终极目的是什么,是人格的发展和完善,这需要自由和财富的支撑。自

① [法]伊夫·居荣.法国商法[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004:11.

② [美]罗科斯·庞德.普通法的精神[M].北京:法律出版社,2001:3.

由和逐利同样是人的本性。法律把自由更多的留给民法,把逐利留给了商法。^①“天下熙熙,皆为利来。天下攘攘,皆为利往”。^②通过商业给自我带来财富,在追求财富的过程中,我们需要遵守各种规则的约束以提高效率和安全。当我们通过商业争取到足够的财富的时候,我们需要自由的挥洒。这就是民法留给我们的天地,它从不禁锢自由,它需要自由去创造一切美丽事物,作为我们人格的饰品,以发展我们的人格。^③

① 日本有学者认为,“民法不特别考虑‘赚钱’,而商法却是彻头彻尾地追求‘营利’。”[日]LEC·东京法思株式会社.怎样避开商海中的陷阱——商法活用[M].上海:复旦大学出版社,1995:5.此外,我国有学者认为,民法在于保障人的基本生存权利,而商法的价值在于对“快乐人格”之倡扬。高在敏.商法的理念与理念的商法[M].西安:陕西人民出版社,2000:41-52.还有学者认为,商法“以法鼓励人们去追求利益,从而生活得更加美好,以达人生快乐之境界。可以说,民法与商法,是对人权概念中生存权与发展权的精要诠释之一”。李康宁.论民法与商法的理性品格[J].理论与现代化,2003(1):61.对此,笔者不能赞同。人生快乐需要借助民法而不是借助商法追求,或许对于专以营利和商业为乐的人例外。

② 见司马迁著《史记·货殖列传》。

③ 民法主要面对的是生活,而商法面对的是交易。生活的追求是多样性、多维度的,这样的追求需要民法制度给人们提供多样化的自由的选择。而交易的追求是财富,财富的取得需要效率和安全。

第一章 商和商法

第一节 商

商并不是法律专用术语,人们在不同领域使用商的概念。

一、语义学沿革

商,拉丁语表述为“Commerium”;英语和法语中,商表述为“Commerce”;德语为“der Handel”;汉语中,商本意为时间的计量单位,“商,刻也”^①。后主要引申出两种意思:一是计算、估量,“商,从外知内也”;^②二是商量,“商,度也”。^③上述二义发展为商业活动和商人之义。商人之义很早,《易·复》便有“商旅不行”的说法。^④《汉书·食货志》中称:“作巧成器曰工,通财鬻货曰商。”《白虎通》中谓:“商其远近,度其有无,通四方之物故谓商。”《左传·僖公三十三年》则记载“郑商人弦高将市于周。”现代日常用语中,人们把买卖或交易称为商。此与国外的含义基本相同。例如,《布莱克法律词典》认为商,是指货物、生产品或任何种类货物的交换;《牛津大辞典》说“商品交换和与商品交换有关的一切活动”。

二、经济学用语

在经济学中,商指以营利为目的,交换财货的行为。详言之,商是指介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易、调剂供需,而从中谋利的行为。^⑤经济学中的商仅指流通领域,这个范围比生活中的商概念内涵要广一些。

三、法学用语

法学上的商远远要比日常用语中商的概念的内涵大。有学者认为,以现代商法的观念视之,商不再局限于传统行业分类中的商业,“凡属以营利为目的,从事

① 见《集韵》《广韵》。

② 见许慎著《说文》。

③ 见《广雅》。

④ 关于商人的来历还有说法,即商人为周所灭后,周造商人于洛阳,商人地少而经商。当时社会经商的多为商国人,商人重贾,故将这一类人称为商人。李全根,中国最早的商人和商人称谓的历史考证[J],南京经济学院学报,1996(3):21-22.由于商人为亡国之人,加之商本义有计算、揣度之意,故商人为贱称之义。这也是我国自古重农抑商的真实写照。

⑤ 张国健,商事法论[M].台北:三民书局,1980:4.