

SHANGFA YUANLUN

任先行 著

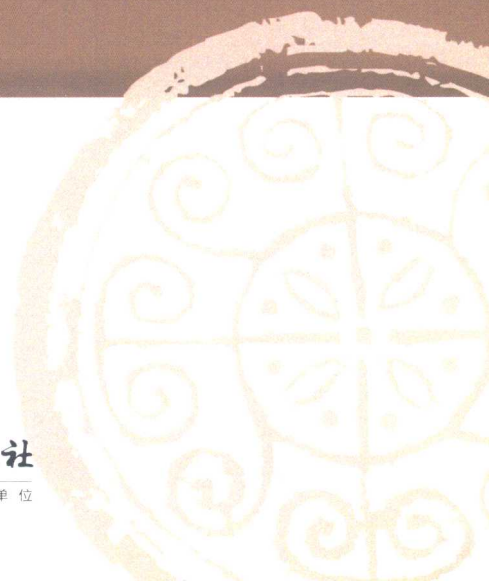
商法原论

上



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



SHANGFA YUANLUN

任先行 著

商法原论

上



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

商法原论 (上下册) /任先行著. —北京: 知识产权出版社, 2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3339 - 8

I. ①商… II. ①任… III. ①商法—研究 IV. ①D913. 990. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 019208 号

责任编辑: 彭小华

特约编辑: 程 飞 王一惠

责任校对: 董志英

责任出版: 孙婷婷

商法原论 (上)

任先行 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 8115

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京中献拓方科技发展有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2015 年 2 月第 1 版

总 字 数: 1180 千字

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

总 印 张: 65.75

印 次: 2015 年 2 月第 1 次印刷

总 定 价: 165.00 元 (上下册)

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3339 - 8

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

导 言

一、轻商误国，重商兴邦

“轻商误国，重商兴邦”，为富民强国和兴商兴市呐喊是撰写本书的主旨。中华民族伟大复兴之梦，其核心价值追求是富民强国，各级地方政府都要以富民兴省、富民兴县为己任。所谓富民，就是要把过去的无产者变为有产者，而且要从法律上、制度上防止新的无产者的滋生，要使多数人都能成为中产阶层，过上富裕生活，走共同富裕之路。所谓强国，主要是使国家的综合实力尽快赶上并超过发达国家。要实现这一伟大理想之路，不是搞乌托邦式的平均主义，也不是单靠政府的免税和救济，而是要大力兴商兴市。兴商，不单指兴买卖业或商品流通业，这是狭义上的小商，兴商的具体内容主要包括：兴商品经济，兴商人阶层，兴商业资本，兴各类商务事业，兴商学，兴商法，兴商道，兴重商主义国策。兴市，主要是大兴市场经济，大兴各类市场，大兴城市，让民众都能到市场去淘金，给民众广开致富之路，并使多数农民变为市民。治国理政，要厘清本末，民是本，官是末，水是本，舟是末，只有水满，舟才能自由航行。国，只有民富，而后经兴、教兴、军兴、民主兴、法治兴，最后才能通向文明富强。富民之道，才是真正的强国之道。在此思想支配下，本书着力从重商与轻商之分野的角度对商法进行新的探索。历史和现实充分说明，轻商歧商思想不除，则商难兴、市难兴，民富国强终是空话，商法也会成为无本之木。

当代法律上所称的商，主要是指以营利为目的或以营业方式所进行的一切事业，并非单指狭义上通财鬻货的流通业，而是广义上的大商，既含买卖商，又含制造商、金融商、各类运输商和各种服务商。这已为各国商法典和一些重要国际文献所公认。兴商实际是大兴一切生财营生之业，只有这种大商法才堪称市场经济的大宪章。

马克思说：“在文明社会中，每个人都是商人，而社会则是商业社会。”^①又说：“一个社会不能没有商人，近现代社会则更是如此。商人商品和商业资本是推动社会发展的积极因素。”^② 这些论述应是研究商法和发展商贸事业的指导思想和理论基础。

中国自以商鞅、韩非为代表的法家变法以来，大力推行轻商、抑商、反商的国策，坚持以农为本的政治经济路线和政策，阻碍了商品经济的发展和文明进步，最终致使民贫国弱。中国在战国以前一直以重商政策为主，所以是当时东方乃至世界最富裕、最强盛的国家。相反，西方许多国家如古希腊、古罗马等都是轻商的。但西方人比中国人觉悟得早，他们自15世纪以来，经文艺复兴运动、宗教革命、民族国家的建立、新大陆的发现、城市的兴起，到18世纪的三百多年里，紧紧围绕“航海、贸易、殖民”三大主题，大力推行重商主义国策，使思想大解放、观念大转变，由出世苦行转向入世苦行，以富为荣，逐渐民富国强，从而由世界的追赶者变为世界的领跑者。在这些国家中，以葡萄牙、西班牙、荷兰、英国、法国、德国、意大利、美国为代表。尤其是英国，从弹丸之地一跃成为“日不落帝国”，可谓“重商兴邦”的典范。

中国自秦汉以来的两千多年，重商与轻商的斗争跌宕起伏，到唐宋时期商品经济得到较大发展。唐代实行“通商惠农”新政，人均粮食已达到900市斤，与四十多个国家有贸易往来，成就了历史上有名的“贞观之治”；宋代商品经济得到进一步发展，并开始使用纸币，这在世界上是首创。在宋代，我国商人阶层正式开始形成，工商税首次超过农业税，城市人口已达人口总数的20%以上，许多学者认为宋代是中国近代化的开端。明清时期，以徽商、洞庭商、闽商、晋商为代表的各种商帮和洋行在各地兴起，使商业资本得到发展，商人阶层日益壮大，商业交易法律制度也得到相应发展。

古代中国也积累起了不少有影响的商贸理论，如管仲的“轻重论”，范蠡的“治生之学”，白圭的“循环说”，司马迁的“善因论”，傅玄的“士农工商并重论”，王安石的“摧抑兼并”，李觏的“富国策”，郑观应的“商战论”等。

在商事史籍方面，重要的商事典籍大量涌现，如《周礼》、《管子》、《史记·货殖列传》、《盐铁论》、《汉书·食货志》、《通典·食货门》、《清朝·食

① [德] 马克思：《1844年经济学——哲学手稿》，人民出版社2000年版，第104页。

② [德] 马克思：《资本论》（第3卷），人民出版社2002年版，第416页。

货典》、清代魏源的《海国图志》、郑观应的《盛世危言》以及《中国商业史》等，而且还涌现出大批的商业政要和杰出的商业实业家。

但从整体上看，在中国两千多年的封建社会里，统治者治国理财的主流思想始终以“重农抑商”为本位，如不许商人入仕，对商人实行“市籍制”的另册管制，对商人实行戍边迁徙、服饰乘车等方面的限制，重税盘剥，重要商品由政府专卖，还对商人实行卖官鬻爵超经济的压榨，到明清又实行海禁和矿禁等，甚至对商人进行集体屠杀。尤其是在商鞅时代，统治者从政策和法律上把商业定为“末业”，把商人定为“贱民”，韩非更是把商人列为社会“五蠹”之一加以惩罚。从商鞅主张“耕战”为本到曾国藩主张“耕读”为本，可见“重农抑商”在整个封建社会里一脉相承，“农耕”思想始终作为治国安邦的基本国策。中国历史上从来不缺少商业，但从来没有产生过商业本位的政治实体。中国从来也不缺少城市、市井、市肆，但是中国的城市、市井、市肆从来都是在皇朝的控制之下，是皇朝的摇钱树，皇朝绝不会允许商业本位的城市、城邦的产生。^①同时，中国商人阶层由于在封建制度的多重压榨下，不但天生患上“软骨症”，政治上也从未获得自治权。与此相比，伦敦商人在内战中（17世纪）起过巨大作用，甚至在滑铁卢战役中也是军队的骨干。14世纪末，伦敦市长还只能从商业行会中遴选。到18世纪资本主义政权兴起时，商人阶层已正式登上政治舞台。“在中国，谁要是听到商团要打天下、成大事，那就是天大的笑话了。”

但遗憾的是，中国学术思想领域存在一种悖理，即轻商的不是法家，而是儒家。其唯一的依据就是孔子所说的“君子喻于义，小人喻于利”。过去笔者早已撰文说过，^②这是对此言错误的诠释所致。在当时的社会，人主要分为圣人、君子和小人三大阶层。君子主要是指有文化的“士大夫”阶层，他们是劳心者，也是治人者，他们的天职就是治国平天下，所以孔子说君子应通晓（喻）他们的责任和义务，就是专心致意于治国安邦的政务，以维护社会的礼、义为己任，不应经商求利，这才是君子之本。小人在当时主要是指无文化的普通民众，是劳力者（不是指无道德的人），经商求利之事，应让普通老百姓去做。其实质精神是强调“官”“商”分离。而当今世界各国法律也普遍禁止官

① 顾准：《顾准文集》，贵州人民出版社1994年版，第315页。

② 任先行：“对道德的经济分析”，载王凤显主编：《德观论要》，甘肃人民出版社2002年版，第63～77页。

员经商，不许与民争利。所以，孔子的说法不仅不是反利反商，反而是重利重商的制度创新。由于对“义”“利”的错误理解，以后儒家学派中轻商与重商的斗争，就主要集中在“义”“利”之争上。除此之外，再也找不到孔子有如商鞅、韩非那样公开露骨的反商言论。相反，他一再表明，“富与贵是人之所欲也，不以其道得之，不处也”。他只是强调生财有道。孔子还说：“富而可求也，虽执鞭之士，吾亦为之。”马夫都愿干，可见经商致富他更不反对。孔子的弟子子贡经商致富，而且成为一位“国际大商人”，他大加夸奖。孔子与子贡对话时还说，如果经商致富，又能周济大众，这样的人不仅是仁，而且也是圣贤。孔子不仅自己有强烈的致富欲，他还主张让天下普通老百姓（小人）都能富。最有力的例证是，孔子适卫（到卫国考察），冉有仆（他的学生冉有给他赶车当随从）。到卫国后，孔子感慨地说：“庶（人口众多）矣哉！”冉有便问孔子：“既庶矣，又何加焉（人口既然多了，该怎么办）？”孔子马上回答说：“富之（要尽快让他们富起来）。”冉有又问：“既富矣，又何加焉？”孔子回答说：“教之（要让他们受教育）。”这被后人称为孔子治国安邦的“庶、富、教”思想，完全是一种富民强国理念。

后来子思和孟子进一步弘扬了孔子的福利观。孟子提出“夫仁政，必自经界始”，并提出著名的恒产论，“有恒产者，始有恒心”，强调要让老百姓享有永远的产权，并提出要大力发展交换事业。管子也早就提出“衣食足而后礼义兴”的著名论断，这些思想在当时世界范围内都是罕见的。

值得一提的是，司马迁在《史记》中撰写《货殖列传》专卷为商人讴歌，并指出，“天下熙熙皆为利来，天下攘攘皆为利往”，并据此提出著名的“善因论”，教导人们对逐利经商之人，首先是善者因之，其次是利导之、教诲之，再次是整齐之，最下者是与民争之。这种自由主义经济思想是相当超前的。遗憾的是，历代统治者都未被孔子、孟子和司马迁从轻商的迷梦中彻底喊醒，甚至反其道而行之，生活在农耕社会鸡犬相闻、老死不相往来的田园美梦之中。

但儒学不是“圣经”，世界上没有绝对正确、放之四海皆准的真理。儒学虽不公开反商，但其“安贫乐道”的中庸之道，“劳心者治人，劳力者治于人”的不平等的政治观，“万般皆下品，唯有读书高”的人生哲理，“君君臣臣父父子子”等级森严的封建礼教，重政务轻技艺、重官场轻市场、重虚轻实、重礼轻法等思想，与发展商品经济和工商文明及民主法治也是不相适应的。只是儒学不公开反商，这一点与法家思想是有区别的。

轻商思想在中国长期存在，有其深刻的经济、政治、文化思想根源。封建

土地制度是轻商思想也是重农思想赖以存在的经济基础。封建社会中，人们占有土地的多少是决定其身份等级、地位高低的重要条件，土地也是封建政府赋税的主要来源，更是地主阶级地租的唯一财源，同时农民又是政府兵源的储备库，所以离开农业，封建统治阶级将无法生存。从财富观来看，在农耕社会里，人们始终认为土地是财富之母，劳动是财富之父，只有农业劳动才能创造财富；认为商贾是技巧之徒，他们不从事生产劳动，是不创造财富的。从文化思想层面来看，在农耕社会中，由于生产力低下，物资匮乏，加之“民以食为天”观念的客观存在，重农思想更有市场，更易笼络人心。从政治层面来看，因封建宗法等级制的存在，整个社会的组织体系和伦理道德观念都以农业为依托，人都固定在阶级、宗法家族、职业、身份等级之中，都是义务主体，没有独立的人格，人的劳动和资本自然也就不可能自由流动。若以重商思想为本位，让工商业自由发展，让城市自治，让劳力和资本自由流动，使商品经济和货币经济关系自由发展，无疑会成为摧毁封建等级特权制度的定时炸弹。封建统治阶级只知重战场、重考场、重官场，而轻商场、轻市场、反工商，是由他们的特权思想和封建制度所决定的。

中国封建社会如此，古罗马帝国也如此。罗马人之所以只具民法天赋，而成为商法的“弱智儿”，也是因为古罗马社会以农耕为本位，商品经济不发达，所以只能建立起以个体家庭财产关系为基础的民事私法制度。另一重要原因是，在文化思想层面上，中国社会“学在官府”，而罗马社会“学在宗教”。早期罗马的文化教育都被基督教会严格控制，立法、法律解释和著述都在教会的控制之下，而早期教会所信奉的原则是信教就不能经商，经商就不能信教，富人进天堂比骆驼穿过针孔还难。在这种社会环境下，商业、商人、商法都被视为异己力量而被歧视和排挤，轻商思想也是由当时的社会经济、宗教文化本质所决定的。可以说，罗马帝国的垮台，轻商是重要原因之一。

同时还应看到，在封建制度下的“重农抑商”，实际是“抑商有余”，而重农只是“挂羊头卖狗肉”的骗局。农业无工业、商业的支持，只能是越兴越衰。

就重商与抑商来说，实际也是封建阶级内部促进派与守旧派的斗争，就算是主张农工商并重，也只是使商业依附于农业。即使有些地主阶级转为商人，也是为“力耕治贾”。中国的重商思想不同于西方的重商主义，西方的重商主义最终成为封建体制外的异己力量，而中国的重商思想始终是在封建体制内的一种不同的理财思路。所以，在封建体制下，虽然商品经济和商人阶级也获得

了一定的发展,但始终不可能建立起商业本位的经济政治实体。布罗代尔曾明确无误地指出:“中国的国家政权从来都毫不懈怠地反对资本主义的自由伸展,每当资本主义在有利的条件下成长之时,它最终总是要被可以称为集权主义的国家所制服。”^① 这些就是轻商思想长期存在的阶级、经济、社会、文化的根源。其最终后果是丧失财富、丧失文明、丧失世界,民贫国弱,受外强欺辱。我们要防止其重演,使富民强国的伟大理想早日实现!而研究商法更应把与轻商思想作斗争作为义不容辞的责任,轻商思想不除,商业、商人、商法将无复兴之日,富民兴国也是一句空话。要使商法的研究与现实经济社会的发展联系得更加紧密,从而使商法更具现实意义。

二、 商法在本质上反映的是人类的交换史

商法在本质上反映的是人类的交换史,它经历了物物交换($W-W$)、简单商品交换($W-G-W$)和商人参与下的发达的商品交换($G-W-G'$),也经历了从古代、中世纪、近代、现代和当代的发展演变过程。孟德斯鸠早就说过,学法律要从历史中学,当然也包括商法。历史是最值得敬重的老师,学习历史不仅能了解人类社会的进步,更能认识现在,还能面向未来。可以说,不了解历史就不了解法律,所以本书专设史论篇。人类的交换史是商法最丰富的博物馆。交换与生产一样,是社会发展的必然,也是社会分工自然的逻辑结果。社会分工、交换的存在和发展,造就了商人、商业、货币、市场、银行、保险、航海、贸易、合伙、公司、票据、证券、买卖、契约、各种交易习惯及相关法律制度。甚至史学界认为,阿拉伯数字、会计记账制度、天文制度、度量衡制度、货币制度、信用制度、各种有价证券的使用,都是为了满足人类交换的需要,是商人们在长期交换实践中经验的结晶。所以商业不是制造人类纠纷的源泉,而是培育社会新制度的摇篮。西美尔在《货币哲学》一书中说,“交换……是把公正与产权变更结合在一起的第一种手段”,它以社会分工为前提,在社会再生产中虽属中介地位,但与生产处于同等地位,从而使流通当事人与生产当事人一样必要。交换的媒介职能是商业最原始、最本质、最主要的职能。在现代市场经济社会中,交换是一种最普遍的社会关系,尤其当劳动力成为商品自由交换的时候,社会的财富源泉才真正打开,这是现代交换的本质。交换虽也

^① [法] 费尔南·布罗代尔:《资本主义论丛》,顾良、张慧君译,中央文献出版社1997年版,第98页。

存在许多矛盾，但它反映的是一种经济规律，是使人类协调一致的经济力量，它是连接全人类互利合作的纽带，它强制人们在相互交换中获得自身幸福的同时，促使他人的幸福。^① 商法的全部学问——它的价值理念追求、理论的建立、组织制度的构建、行为模式的选择，以及各种权利义务的配置，都从交换的胚胎中生根萌芽。

几次大的商业革命和重要的商事法律制度的变革都与交换的发展紧密相连。例如，人类第三次社会分工，促进了商业和商人阶层的形成，如货币的兴起，给交换带来了革命性的变革；商业信用制度的建立，使无钱无货也能进行买卖；公司制度的建立，使商人组织日益现代化、规模化，而且使生产社会化与生产资料私人占有之间的基本矛盾得到缓和；票据、保险制度的建立，使交换风险减弱；证券市场的兴起，使虚拟经济日益发展壮大；交易的国际化，使人类经济活动日益全球化等，都与交换的发展密不可分。商法也正是随着这些革命性的变革而日益完善和趋同。

就商法的理论来说，不论是重商主义理论、自由贸易理论、马克思主义流通理论、现代市场经济理论，还是我国的轻重论、治生论、恒产论、善因论、农工商并重论、富国策等，都与交换、流通紧密相连，也都要从人类交换史中去寻求。就商法的基本原则来说，经商自由原则、交易方式便捷原则、交易安全原则、公平竞争原则、商业信用原则、严格责任原则等，都是对交换行为最基本的维护和规范。尤其是英美法系国家，他们的商法都以买卖法、交易法为中心进行构建，这更说明交换制度是商法的灵魂。

经济由生存型为主导向消费型为主导的转变，必然使人们的生活日益对商业和交换产生依赖，这也将是商业的黄金时代。商法是现实的法，因为世界是由现实的人、现实的物、现实的贸易、现实的利益关系所构成。油盐酱醋、衣食住行，这些是最基本的生存问题。在当今社会，国与国、民族与民族、地区与地区之间，都离不开相互的贸易交换关系。商业交往正深情地谱写着“无情中的有情”，这也正是提倡亲商、重商深刻的现实义理。

三、 商法有一以贯之的理论和制度体系

有人认为，商法无一以贯之的理论和制度体系，不能成为独立的部门法。

^① [德] 赫尔曼·海因里希·戈森：《人类交换规律与人类行为准则的发展》，陈秀山、王辅民译，商务印书馆1997年版，第8页。

本书已开宗明义地指出了商法的内在逻辑结构及人本主义思想理论。

商法的核心内容是商人制度和商行为制度。商人制度是以商人概念为核心而建立起来的人格化制度，商人是商业在法律上的“人格化”，是商业的基础；而商业是商人的“经济化装”，是商人行为的综合。^① 商人是个法律概念，它不单是指商人个体，而是代表整个商人阶层。研究商法，不仅要研究商人的各项生存制度，更要注重研究商人阶层的产生和发展。我国有学者称，中国目前不存在商人阶层，所以也无立商法的必要。对这种言论应给予有理有据的反驳。在商事立法上，更要坚定不移地确立起商人的法定概念。而有些地区的立法虽然使用了“企业主”的概念，但其实质内容仍然是以商人概念为基础的。

当代商人多以各类公司和企业的组织形式组建。兴商兴市必然要兴办各类企业，这标志着社会已由农耕文明向工商文明转型。企业是现代社会人与人合作的新产物。有人说，当你有一杯水的时候，只能供自己喝，当你有一桶水的时候，也只能供一家人喝，当你有一条河的时候，你就要与众人合作开发利用。企业就是由众多的资本流组织起来的专门从事以营利为目的的活动的人间大河，是一条致富之河，是多数人的命运共同体。所以，兴商兴市把社会众多的人组织到各类企业公司里从事生产经营活动，是实现共同富裕的重要途径。商法的重要使命，就是要把这条共同富裕的大河的航行秩序维持好，使它畅通无阻。

商行为法要以买卖法为重心，甚至整个商事立法都要以买卖法为核心，因为买卖业从古至今都是商业的主业。离开买卖业就无商业可言，离开买卖法也无商法可言。《美国统一商法典》是以买卖法为核心内容进行立法的当代商法的样板。英国也以独立的《货物买卖法》作为商法的骨干法。国际统一私法协会从1928年成立以来，制定了一系列关于国际货物买卖的公约由于只在少数西欧国家之间生效，1980年联合国国际贸易法委员会在其基础上制定了《联合国国际货物销售合同公约》，以减少国际贸易的法律障碍。我国也参加制定和签字承认（除保留部分），并正式加入。

商法正是以公司法、合伙企业法、独资企业法等组织法，把广大商人阶层安置在这些新型市场广厦中，共谋生计、共创财富、共同富裕、安居乐业，并通过商业登记、商号、商业账簿、商事营业所四大生存支柱把这一美好大厦牢牢地支撑起来，让它不停地运转，给社会源源不断地提供财富。商人们还通过一些特殊行为法——买卖法、票据法、证券法、期货法、商业银行法、海商法、

① 黄国雄、曾厚昌：《现代商学通论》，人民日报出版社1997年版，第13页。

国际贸易法等形成广泛的市场交易网络，把五光十色的商品和应有的服务送到千家万户，以充分满足各类人群消费，在利己的同时利他利群。为了保障投资者、经营者、消费者的安全，还专门设置了保险法、担保法、消费者权益保护法、破产法等防范各种交易风险。为了调纠纷，还建立起独特的仲裁法和商事法庭及法院以保障诉讼权利。从上观之，商法既有以交换和市场为基础的，并贯穿全体的独立的社会本位理论，又有独立的、系统的组织法、行为法和司法制度体系，其作为独立的部门法。

四、兴商兴市是民族复兴的伟大工程

我国近代商法随着清末、民国和当今改革开放三次社会大转型产生了三次大发展。清末主要是在维新变法和洋务运动的影响下，率先确定商法为独立的部门法，并使其得到优先发展。北洋政府时期仍然坚持商法独立并优先发展的方针。但从1928年起，国民政府在“民商划一”国策下进行了“新折腾”，将不能合并者分立单行法规，保持了商事单行法的独立性，而且制定了一系列新型商事单行法，在“折腾中”有进有退。新中国成立后，由于实行计划经济体制，商品经济被排斥，受苏联法影响，商法全部被废除，商法学被禁讲，私营商业被改造掉。改革开放以来，我国在商事领域立法最多。据不完全统计，各种商事性的法律、法规、规章有上千件之多。这个时期，可以说是我国商法大发展的黄金时代。随着城市化的发展、国际贸易的发展以及经济的转型，商法还将有新的发展机遇。但我们也必须清醒地认识到，虽然已存在数以千计的商事法律法规，但这并不意味着轻商思想就随之烟消云散，更不意味着我国已确立起了以重商主义为本位的治国理念。我国在法治观念上始终未摆脱以罗马法为基础的大陆法思维的束缚，大陆法“民主商辅”，认为“商法是民法的特别法”。不抛弃这种强化的旧思维，商法永无翻身之日。我国法制建设在顶层设计上的一大弱点是只重视立法，而对法治观念的培育和转型不够重视，如官商勾结充斥市场、霸占资源的现象至今存在。更为甚者，有些法在形式与内容方面与国外法基本趋同，但实际执行效果却有很大差别。法治建设既要重视立法之硬功，又要重视法治观念培育之软功，使法律被信仰，才能起到事半功倍的效果。商法的研究，既要注重应用研究和基础研究，更要重视战略研究。战略选择失误会带来巨大的灾难。

中华民族是世界上善于经商的民族之一，中国的复兴梦，其中重要的内容

是“商”的复兴和“市”的复兴。在当今社会经济日益商业化、全球化的大背景下，世界市场正面临新的“瓜分”。商战如此激烈，怎样迎接新的挑战是必须解决的问题。兵战必须有强大的海陆空军；参加奥运会比赛必须有一批能夺金摘银的体育健儿；参加商战也必须培养出能产能销、会买会卖、既懂实体经济又懂虚拟经济、既通内贸又通外贸，尤其是能创造名优品牌产品、能创新经营模式、懂经营会管理的优秀企业家，既要有强大的国家队，又要有地区特色的地方军。如今，我国像沃尔玛、麦当劳那样的商业巨星还很少，金融领域的竞争还是我们的弱项，全方位通晓内外商贸、具有战略水平的领军人才还相当少。商法在商战中要发挥主力军的作用，要使法条变为“金条”，使法律成为创造 GDP 的重要力量。必须明确“商兴则民富国强，商衰则民贫国弱”的理念，这是历史和现实留给我们治国理政的宝贵经验。

兴商兴市，必须要大力发展企业精神。企业精神（实际也是商人精神），主要是资本精神、竞争精神、创新精神、契约精神、奉献精神等。资本精神最为重要，因为企业的全部学问就是要使资本不断增值，通俗地讲就是要使所养的鸡会下蛋，而且要下金蛋。尽管资本的每个毛孔都流着鲜血，但婴儿总是出生在血泊之中。现代社会，资本始终是企业乃至社会的动力机制，是打开企业和商人心灵的一把钥匙。因此，要转变观念，用资本为社会创造财富。从法律层面上讲，《公司法》、《证券法》、《商业银行法》等法律，都融入了资本精神。

经营好企业，要靠优秀的企业家。中国传统观念由于受轻商思想支配，树立起来的都是文治武功的“士大夫”精神，善于理财经商的人凤毛麟角。在现代社会，相比文官武将，中国更缺优秀的企业家。商科院校应是培养企业家最好的摇篮，遗憾的是，有的商业院校想方设法要换上一顶与“官”相亲的“红帽子”，显然不识时务。

现在有人提出要搞“持剑经商”，这是殖民主义的思维，既不符合我国和平崛起的方略，也不符合当代商战的要求。当代商战是“持牌经商”或“持法经商”，取胜主要靠的是品牌和经营模式的创新，走合作、互惠、共赢之路。品牌是现代市场竞争的新“宗教”。

商法作为一门独立的部门法，是一部调整一切以营利为目的的事业之法，是一部利益法、富民法、开放法、创新法。从古代的习惯法到中世纪的商人自治法，再到近现代的权利法，商法作为一种职业法，保存至今，它并非历史的残余物，而是具有其他法律领域难以匹敌的更新能力和应变能力的法，它不断被交易生活反复充实，进而丰富了整个私法秩序，始终扮演着开拓者和急先锋

的角色。^① 随着我国改革开放的深入发展,“经济市场化、政治民主化、国家法治化、社会福利化、文化人本化、环境宜人化”日益深化,也日益使每个个体“人格独立、思想自由、精神振奋”,进一步促进了权利公平、机会公平、规则公平、竞争公平。在自由民主法治的环境下,商业和商法必将获得更加理性的发展。自古以来,人类一直依靠商业改变自己的经济命运,我们应该把得自商业的利益看作了解人类经济的基础。尤其在当今时代,国与国、地区与地区的经济文化交往日益密切,商业虽有利益冲突,但它不应成为纠纷的制造者,而应成为相互合作、互利共赢的桥梁。既然选择了拥抱商业社会和市场经济,就应建立起以商为本的相关法律制度和经济制度。商法更应成为人民致富之法,人类福祉之法,民族复兴之法。

总之,商贸事业越发展,市场经济越发展,商法成为市场经济的大宪章已是历史发展的大趋势。在此,笔者深感在中国树立重商思想,比立一百部商法还重要。尽管轻商思想的幽灵还在空中游荡,但坚信“子规夜半犹啼血,不信东风唤不回”。一代之兴,即有一代之治;一代之治,即有一代之法;一代之法,即有一代之书。正本此信念,呕此拙作。读吾书者即吾友也,评吾书者即吾师焉。既愿友多,也望师众。

最后赋小诗一首,以寄撰思:求生图营四海忙,丝路驼铃关市响。轻商误国歧驿旅,重贾兴邦舞汪洋。沉睡千载桃园梦,醒悟一时博贸觞。劝君熟读《货殖》史,神舟圆梦靠兴商。

任先行

二零一二年九月

于黄河之滨——兰州

① [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》,朱健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第87页。

目 录

第一篇 理论篇

第一章 商道论	5
第一节 商法的内在逻辑结构假设	5
第二节 商法与商的论说	30
第三节 商法的核心价值理念	51
第四节 商法的独立性	62
第二章 原 论	74
第一节 寻寻觅觅的概念追踪	74
第二节 从特别法与例外法看商法的形式与实质	89
第三节 似是而非的调整对象	94
第四节 纷争失本的基本原则	110
第五节 兴商兴市与抑商抑市在立法模式上的分野	143
第六节 以商事习惯法为主导的多元化商法渊源体系	161
第七节 失魂缺主的商法体系	174
第八节 以“道并行而不相悖，万物并育而不相损”的思想为指导 建立与相邻法的睦邻友好关系	179
第九节 东西方商人的价值观、法律观差异及其融合推动商事 法律制度日益趋同	193
第三章 商法的基本理论探索	208
第一节 西方国家主要流通理论	208
第二节 马克思商业流通理论对商法的重大影响	227
第三节 市场经济的风风雨雨（商法是市场经济的大宪章）	234
第四节 我国在重商与轻商的斗争中形成的商业思想和理论	245

第二篇 史论篇

第四章 商法史的理性史观	270
第一节 商法史的分类方法	270
第二节 商法的起源	273
第三节 商法的发展过程	289
第五章 古代东方国家发达的商业和领先的商事法律制度	299
第一节 古埃及商业贸易及其商事习惯法律制度	300
第二节 以巴比伦为代表的西亚地区商业及其商事习惯制度	310
第三节 以《塔木德经》为主导的犹太人的商贸事业及其特殊的商事法律制度	329
第四节 以伊斯兰教为主导的阿拉伯人商业贸易的兴起及其商事法律制度	344
第五节 以种姓制为基础的古印度商法概略	353
第六章 古希腊古罗马商事法律制度刍议	362
第一节 古希腊对东方商事文明制度的借鉴与发展	362
第二节 罗马人的民法天才与商法的弱智	378
第七章 中国重商与轻商斗争演变史略	401
第一节 夏、商、周时期光辉的重商史页	401
第二节 秦汉时期的贱商劣迹及轻商与重商的斗争	419
第三节 唐宋时期时轻时重在摇摆中不断发展	428
第四节 明清以来由轻商向重商发展的大趋势	457
第五节 民国时期有退有进的新折腾	485
第六节 中华人民共和国建立后由轻商迈向全面重商的新转型	490
第八章 中世纪商人法（中世纪是商法发展的里程碑时代）	494
第一节 中世纪历史时期概述	494
第二节 中世纪商人法得到大力发展的历史社会背景	498
第三节 中世纪商人法的主要内容	518
第四节 中世纪的商事法院	565

第九章 近代、现代、当代商法	571
第一节 近代商业法（近代是商法独立化、成文化、法典化的重要时期）	571
第二节 现代商法	610
第三节 当代商法	615
第四节 当代商法以《美国统一商法典》为代表	638

第三篇 商人篇

第十章 有关商人诸问题的探索	686
第一节 关于商人概念的存废	686
第二节 商人的诸多称谓及其核心内涵	687
第三节 中国商人的分类	707
第四节 商人阶层的形成是商法存在的社会、经济基础	716
第五节 发展壮大商人阶层是建设小康社会的必由之路	722
第六节 弘扬商人精神，积极参与全球“商战”	727
第十一章 商人生存发展的基本制度	736
第一节 商事登记制度要与时俱进进行改革	736
第二节 商业名称制度重在创品牌树商誉	761
第三节 商业账簿制度的灵魂是真实——不做假账	781
第四节 商事营业是商人和商行为人格化和经济化的化身	810

第四篇 商行为篇

第十二章 商行为本论	839
第一节 商行为的概念、条件和特征	839
第二节 商行为的性质和基本理论	846
第三节 商行为的分类	849
第四节 商行为与民事行为的区分	857
第十三章 买卖法是商法的核心内容	867
第一节 现代商事立法应以买卖法为中心	867
第二节 商法中的特殊买卖是商法的奇花异朵	877