



中国商法体系研究

The Study of Chinese Commercial Law System



苗延波◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国商法体系研究

The Study of Chinese Commercial Law System

张双根等著

中国政法大学出版社

中国商法体系研究

The Study of Chinese Commercial Law System

苗延波◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国商法体系研究/苗延波著. —北京:法律出版社,2007.9

ISBN 978-7-5036-7657-4

I. 中… II. 苗… III. 商法—研究—中国 IV. D923.994

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第134048号

© 法律出版社·中国

中国商法体系研究

苗延波 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 汪奇峰

开本 787毫米×960毫米 1/16

版本 2007年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 28 字数 560千

印次 2007年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995*

书号:ISBN 978-7-5036-7657-4

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国商法体系研究》序

苗延波同志的新作《中国商法体系研究》即将由法律出版社出版,延波同志请我为该书写一篇序。我认为,该书有以下几个特点:

一是全书立足于中国的实际,对于目前国内法学界比较敏感的问题,诸如关于商法是否是民法的特别法的问题、商法与民法的关系问题、商法立法模式是采民商分立还是民商合一、商事主体是否应包括自由商贩、我国是否应制定一部独立的《商法通则》等,作者都进行了正面的、毫不回避的、明确的论述,并且阐明了自己的观点。

二是在分析一些问题的时候,为了更加有力地论述自己的观点,有的放矢地、巧妙地、有机地结合国外相关国家的法律文化背景,为阐释自己的观点提供有利的佐证。如在论述民商分立问题时就通过对德国、法国、日本、俄罗斯等国商法立法模式的特点的分析,为自己的论述做铺垫。

三是本书用较大的篇幅对中国古代和近代的商业发展和商事法律规范的基本情况进行了较为详细、概括、归纳和理论性的论述,此为目前商法理论专著中极少涉及的内容。这对于厘清我国商法发展的脉络,总结我国商法立法的特点与模式是有益的。

四是全书语言平实、内容覆盖面广、重点突出、论述有力,可读性较强。

五是论述内容较新,几乎涵盖了目前我国商法总则研究领域的主要领域,有一定的学术价值,有的部分(如关于中国商法发达史部分)还有一定的历史资料价值,值得民商法学者和一切关心中国商法发展的读者一读。

六是在每一章后,都有一个“本章结论”,将本章中作者的主要结论用言简意赅的几句话予以概括性的叙述,使得读者能够对于各章作者的主要论点一目了然。

延波同志在承担着《法学杂志》的繁重的编辑工作之余,完全利用业余时间对商法研究领域众多争论问题坦述个人研究心得和见解,并且完成了这部论著,他的刻苦钻研精神令我深表敬佩。在本书即将出版之际,我在此向作者表示衷心地祝贺。祝愿延波同志能够在今后学习、研究中取得更多成果。也祝我国商法学研究结出更多丰硕的成果来!



2007年6月于北京

前言

一、本书写作的动意

本书写作动意的形成,应当追溯到2005年秋季。那是在与几个商界和法学界朋友的一次聚会中,大家本属漫无目的地清谈。在闲谈中,有商界朋友有感而发地提起商人在中国的地位和国人对商业、商人的看法这个百年话题。我当时并没有认真地涉猎过这些问题,只是从一个曾经经过商的国人的角度,想听听朋友们对这些问题的看法。清谈的结果自然没有得出什么可贵的结论,但是却促使我突发对于商法的兴趣。于是就有了2006年发表在《法学家》的那篇“中国一人公司立法特点”文章,本来那篇文章有三万余字,后为了发表的需要删改为一万余字。在写作那篇文章的过程中,我渐渐开始深入中国商法的腹地,开始翻阅大量的有关商法的文章和书籍。在翻阅中我发现,中国学者对中国商法的研究大多关注单行商事法,而对于中国商法的基础理论问题却研究得较少。特别是对一些比较重大的问题,诸如民法与商法的关系、商法的立法模式、中国商法的体系、中国商法的调整范围、中国商法的基本原则等关乎商法的最基本的一些问题,不仅学者间的观点大相径庭,而且有些学者在探讨这些问题时,似乎都在回避着什么,要么轻描淡写,要么似是而非。大家所热衷的似乎不是这些基础理论问题,而是单行法或者具体的商法制度。开始我对此现象大惑不解,但在翻阅了一些商法教材和研究专著,并在与一些法学界和商界的朋友深入交谈之后,我才发现,在中国民商法学界存在着一个普遍的观点,即民法与商法同属一个部门法内,且商法应当隶属于民法,民法的一些基本理论和制度已经足以解决商法总则应当规定的内容,因此,无须再对商法的基本理论问题投入更大的精力了。我对民商法学界这种普遍承认的观点持保留态度。但是,我一时又找不出具体的理论根据来反驳这种观点。记得我90年代中期出国以前,中国法学界还没有出现商法这个概念,更谈不上所谓民商法合称的问题。但是,我2000年回国以后才发现,商法不仅在中国已经立足,而且已经与民法合称民商法了。这可能与那些年中国经济的飞速发展密切相关,人们已经开始意识到商对中国经济发展的重大作用。但是,可能是受到国民党民商合一理论和立法模式,以及中国传统文化中所缺乏的完整的商意识的直接影响,几十年来,学术理论界对于商和商法的概念讳莫如深,极少有人涉足。虽然改革开放二三十年来,国人的意识和思想已经发生了翻天覆地的变化,但在一些人的头脑中仍然存在着诸如“无奸不商”、“经商即是投机倒把”、“经商即不务正业”、“人不被逼到绝路何以经商”等观念,

而且随着社会上黑心商人坑蒙拐骗、以次充好,甚至伤天害理地销售假酒、假烟、伪劣商品,致人伤亡的恶劣案件的层出不穷,更加剧了国人对商人和商行为的憎恶和不理解。但我始终认为,社会对商人和商事行为的憎恶和不理解,以及少数商人利欲熏心、见利忘义、背信弃义的行为,恐怕皆与中国自古缺乏完整、理性的商意识和独立的商事规范,以及没有形成真正的市民社会密切相关。因此,极有必要在今天重塑中国的商精神和商意识,完善中国的商事规范体系,从商和商法的角度去审视和规范、制裁、预防、制止我们当今社会中所出现的一些不法的、丑陋的商事行为,创造一个美好的、和谐的商事环境。当然,笔者也深深明白,欲实现这个目标仅靠法律界和法学界的努力是远远不够的,它需要全社会的全体成员共同努力,而法学在其间所能起到的作用就是——研究商法基础理论,唤起国人商法意识,维护国家的商事利益,为构建国人获得平等、公正的商事利益的和谐法律体系而作出自己的努力和贡献。

具体而言,本书写作的动因可以归结为以下几点:

1. 中国商法的飞速发展对商法理论的客观要求。

近年来,商事立法获得飞速的发展,新法和修正案层出不穷,仅2005年和2006年就先后颁布了《公司法》(修正)、《证券法》(修正)、《合伙企业法》(修正)、《破产法》等几部十分重要的商事大法。同时,自20世纪80年代以来,中国已经出台了数十部由全国人大及其常委会制定的商事法律,如《全民所有制工业企业法》、《城镇集体所有制企业条例》、《公司法》、《票据法》、《证券法》、《拍卖法》、《招标投标法》、《合同法》、《合伙企业法》、《破产法》、《商业银行法》、《个人独资企业法》、《海商法》、《信托法》等,应当说,中国的商法体系已经基本建立起来。因而,是否制定商法总则、民法典与商法总则的关系等问题也被直接地提出来,而目前商法学界和立法机关以及民商法学界内部对于这些问题的看法也从未统一过,似乎还出现了一种明显地轻商(法)重民(法)的现象,而此现象与中国飞速发展的商事单行法的情况又极不协调,造成了理论上的混乱,特别是随着民法典的制定逐步完成,这种不协调就更加突出。因此,加强商法基础理论的研究,乃中国当今刻不容缓的任务。这正是本书写作的主要动因。

2. 商法学基础理论研究不够充分,研究力量明显不足。

近几年来,法学理论界对商法基本理论的研究缺乏突破性进展,基本上还处于侧重对于单行法和具体制度的研究的层面上,与民法的研究相比较,对于商法基础性理论问题的研究缺乏深入化和系统化,甚至有倒退之虞,所出版的高水平的、能够涉及商法基础理论的深层次、全面问题研究的专著太少(目前主要是一些教材类的著作),对一些基本理论性问题缺乏认真、系统的研究。对于有些问题,甚至出现了无人涉猎或者少有人涉猎的局面。

3. 民法与商法长期混在一起,造成了商法研究依附于民法研究的现象,严重影响了商业和商法的发展。

由于受到长期轻商观念的影响,致使在法学界也同样出现了“重民轻商”的现象,或者叫做重具体制度轻基本理论研究的趋势,致使一些商法基础理论问题长期得不到

解决,大学里的学生甚至不知道商法的真正含义,只知道民商合一,而不知道商法的真谛,使得中国目前在实践中大量存在仅靠民法而无法解决的问题,诸如对于商事主体的界定、分类,个体商贩的保护,商法通则的制定等问题,一直争论不休,没有结论,严重影响了中国商法的发展前景。由于长期没有建立起商法的精神和理念,也使得中国的商业和商人的地位一直未能得到“正名”,社会上轻商、蔑商现象导致一些商人对社会的不信任感,因而出现了经商获得的利润大量流往国外的现象。此外,商人的违法现象也与我们对中国商法理念和基本原则缺乏系统研究,没有在社会上树立商法意识和理念密切相关。

4. 目前,中国正处在商业飞速发展的阶段,商业的发展自然要求商法的调整和保护,而加强对于商法基本理论问题的研究正是这种形势下的客观要求。

二、本书的基本内容

本书系有关中国商法基本理论问题的研究专著。全书共14章,49万字。从理论和实践相结合的角度论述了商法的概念、商法的调整范围、商法的特征、中国商法的历史沿革、商法的基本原则、商法的渊源、商法的独立性、商法的立法模式、中国商法的体系、商事主体、商事人格权、商事行为、商业账簿和商事登记法等涉及中国商法的一些基本理论问题,提出了以下较新的学术理论观点:

1. 法学上的“商”已经不再是以“直接媒介财货交易的行为”为核心的行为体系,而是以企业的组织、经营行为为核心的组织与行为的综合性体系结构。

2. 商法是指调整因商事主体所从事的商事行为而形成的社会关系,即商事关系的法律规范的总称。

3. 商法调整的对象可以具体概括为:一切与商事财产活动有关的行为,包括商事法人、商事个体、商事合伙等商事主体所从事的证券交易行为、票据行为、信托行为、海商行为、居间行为、行纪行为、担保行为、拍卖行为、招投标行为、仓储行为、存贷款行为、运输行为、投保行为、特许经营行为等。这些调整对象也基本上构成了现代商法体系及其所包含的主要内容。

4. 公法与私法的二元性的结合、实体性与程序性的结合、商事行为的营利性、商行为法中的技术性和可操作性越来越国际化的倾向、进步性与发展性的结合体构成了商法的基本特征的主要内容。

5. 从中国历史发展的脉络和渊源来看,在中国古代确实存在着“重农抑商”的思想意识,但并没有绝对地禁止商业的发展,几千年来,商业的发展始终没有停滞过,甚至在一些朝代,中国的商业发展到了顶峰时期,远远超出了同时代世界各国的商业发达水平,如唐宋时期和明代中后期。

6. 综观中国古代社会的商事规范,其中不仅不乏大量的行之有效的所谓商法规范,而且这些规范自成系统,甚至已经形成了具有中国特色的古代商法体系。清末的商事立法是我国近代商事立法的开端。它破除了中国几千年来以公法为中心的旧的立法体系,改变了“诸法合体”的法律编纂模式,开始了中国商事法律近代化的进程,使

人们认识到作为私法范畴的商法在整个法律体系中的重要地位,启发了近代中国人的私法观念,为随后的民国商事立法提供了有益的参考。国民政府时期的商事立法,是中国商事近代化进程中的重要阶段。该时期建成了中国商法的基本体系,基本实现了中国商事立法的近代化过程。1992年以来,新中国商事立法驶入快速的直通道,相继颁发了一系列有关商事单行法律,一个适应社会主义市场经济发展需要的中国现代商法体系已经初具规模。

7. 中国商法基本原则应包括:商事主体法定原则、促进交易自由的原则、维护交易公平的原则、促进交易便捷原则与维护交易安全原则。

8. 中国商法的渊源分为直接渊源和间接渊源。前者包括:商事制定法,即由全国人大及其常委会通过的法律、由国务院颁布的具有商事法律性质的行政法规、最高人民法院的司法解释和大量存在的地方性法规中有关商事关系调整的法规。后者包括:商事习惯法、商事自治法、商事判例、国际条约、惯例和商法原理、学说。

9. 在对商法与其他相关部门法的相互关系进行一番梳理之后,我们应当将中国商法定位为:中国商法是完全独立于经济法、刑法、诉讼法、劳动法、行政法等其他部门法,而仅相对地独立于民法的部门法。因此,在立法中应当具有其独立的地位和体系。

10. 中国在民法典之外不另立独立之商法典,制定《商法通则》,建立一个《商法通则》加商事单行法的立法模式。

11. 中国的商法体系由商法领域之基本法——《商法通则》加商事单行法构成。

12. 中国商事主体包括商事法人、商事合伙与商事个人三种基本类型。商事法人包括:国有商事法人、集体商事法人、合营或合资商事法人、私营商事法人、外商投资商事法人和其他形式的商事法人。商事合伙包括:个人合伙、合伙型联营、合伙企业。商事个人包括:个体工商户、私营独资企业、农村承包经营户和自由商贩。此外,中国的商事主体还应包括商事辅助人。

13. 商事人格权的范围包括商号权、商誉权和商业形象权。商事人格权作为一种独立的商事实体权利,在《商法通则》中应予以明确规定。

14. 商事行为具有不能为一般法律行为制度所包含的特殊性,即由于商事行为规则不能为一般法律行为规则所包容,因此,只能在一般法律行为之外另行设立独立的商事行为法律制度,方能科学地调整基于商事行为而发生的商事法律关系。而这种商事法律关系从广义上说应该仍属于民事法律关系的范畴。未来的《商法通则》中的商事行为法编可以包括总则部分、分则部分。

15. 商事登记在本质上是一种私法行为。商事登记法是指规范商事登记行为,确定商事登记主管机关、登记内容、登记程序等事项,调整商事登记关系的法律规范的总称。商事登记分为开业登记、变更登记、注销登记和企业分支机构登记。商业登记一般分为申请、审查、登记和公告4项主要程序。中国未来的商事登记法的基本框架应该包括:总则、商事登记机关、商事登记事项、商事主体的设立登记、变更登记、注销登记、更正登记、商事主体分支机构的登记、登记程序、商事主体的年度检验、证照与档案

管理、争讼和处理与法律责任、附则。

三、本书的特点

1. 高度重视理论与实践的结合,在论述的过程中紧紧围绕中国现行的商法规范,既详细地论述了中国现行的商法体系和规范,同时也提出了完善中国商法体系和规范的具体设想和制度构建。

2. 对于中国理论和实务界争论较多的一些焦点性问题进行了详细的、理性的、充分的论述,如商法的独立性问题、民法与商法的关系问题、商法立法模式问题、中国商法体系问题、商事人格权问题、商事主体的范畴问题、《商法通则》的立法结构问题、《商事登记法》的立法结构问题等。

3. 在对目前商法理论研究中各个主要观点进行了逐一评析和甄别的基础上,提出了自己的观点。

4. 全书立足于中国,兼顾国外,在对具体制度和规范进行论述的时候,能够有机地结合国外的相关立法进行深入的对比、剖析。

5. 本书用较大的篇幅对中国古代和近代的商业发展和商事法律规范的基本情况进行了较为详细、概括、归纳和理论性的论述,此为目前中国商法理论专著中极少涉及的内容。

6. 本书的很多内容和观点是较少有人涉猎的内容,如关于商法是否是民法的特别法的问题、商法与民法的关系问题、商法立法模式是采民商分立还是民商合一、商事主体是否应包括自由商贩问题等,均为法学界似已有定论,但实际上存在着许多误区,需要进一步认真的研究和甄别。本书恰恰就这些问题进行了正面的、毫不回避的、明确的论述,并且阐述了自己的观点。

7. 本书在每一章后都有一个“本章结论”,将本章中作者的主要结论用几句话予以概括性叙述,使得读者能够对于各章作者的主要论点一目了然。

四、本书的读者群和适用对象

本书的读者群主要包括:大专院校的民商法专业的教师、研究生、本科生;法学科研机构的研究人员;研究中国民商法的外国学者和商人;中国立法机关的相关立法工作人员;关心中国民商法发展的所有中国公民;中国律师界人士;中国各级人民法院民庭审判人员和研究室人员;中国各个层次的商界人士;中国政府行政机关的工作人员。

本书可以作为大专院校的教材使用,也可作为民商法教师和科研人员的教学和研究参考用书,更可以成为关心中国商法发展的所有人的普通读物。

五、作者及本书写作情况简介

本书作者80年代后期到90年代中期在中国最高立法机关——全国人大常委会法制工作委员会工作,熟悉中国立法的基本情况,并且在国外留学的6年期间也始终关注中国商法的立法和研究状况。2000年回国后在大学里教授中国民法和商法课程,2003年调至《法学杂志》工作至今。自80年代后期以来,先后发表法学学术论文近二百篇,出版过《外国民商经济法选粹》、《刑法学》等法学著作。近几年来,主要从事物权

法、侵权责任法的研究,自2005年开始恢复中国商法的研究,并于2006年11月开始本书的写作工作。其实,本书写作的准备时间应当追溯到2005年,自从那时起,我就开始了本书写作的资料收集和思考工作。在思考、写作的过程中,曾经与中国人民大学法学院、清华大学法学院、中央财经大学法学院、西北政法大学、中国人民银行、中国农业银行、北京市高级人民法院、北京市工商行政管理局、北京市建设委员会、北京市商务局等单位的相关人士,深入地探讨过与中国商法相关的主要热点问题,从中获得了不少的启示。虽然在探讨过程中,我们对某些问题的观点不尽相同,但有一点是共通的,那就是——深感中国商法研究的薄弱,急需有更多的人参与到其中来,为中国商法的发展奠定理论基础。大家一致认为,中国欲赶超世界发达国家的水平,商业发展是一个必不可少的因素,而调整和促进商业发展的商法体系的完善,则又是商业发展的基础。因此,他们都鼓励我尽快完成本书的写作。经过四个多月的艰苦努力,该书稿终于完成,了却了我数年以来的一桩心愿。

书稿完成后,我将书稿送给中国人民大学法学院的赵中孚教授审阅,并且他专门为该书稿撰写了序言。在此,我由衷地表示感谢!

本书是作者第一部研究中国商法的专著,由于学识所限,其中的错误和不足之处在所难免,希望得到法学界、法律界和社会各界人士的批评、指正。

苗延波

2007年3月16日于北京

目 录

第一章 商法的概念	(1)
第一节 “商”语义的考辨	(1)
第二节 商法概念界定	(5)
第二章 商法的调整对象	(9)
第一节 我国商法学界对商法调整对象的不同认识	(9)
第二节 商法的调整对象是商事财产关系	(10)
第三章 商法的特征	(14)
第一节 公法与私法的二元性的结合	(14)
第二节 实体性与程序性的结合	(16)
第三节 商事行为的营利性	(17)
第四节 商行为法中的技术性和可操作性	(18)
第五节 越来越国际化的倾向	(19)
第六节 进步性与发展性的结合体	(20)
第四章 中国商法的历史沿革	(23)
第一节 中国古代商法概述	(23)
第二节 中国近代商法发展史	(51)
第三节 新中国商事立法的回顾	(85)
第五章 商法的基本原则	(87)
第一节 商法基本原则概述	(87)
第二节 商法基本原则的内容	(90)
第六章 商法的渊源	(101)
第一节 商法渊源的含义	(101)
第二节 中国商法的直接渊源	(103)
第三节 中国商法的间接渊源	(105)

第七章 商法的独立性	(107)
第一节 世界各国关于商法独立性的理论与实践	(107)
第二节 商法与民法的关系	(115)
第三节 商法与经济法的关系	(126)
第四节 商法与企业法的关系	(129)
第八章 商法的立法模式	(132)
第一节 商法立法模式研究价值	(132)
第二节 世界各国商法立法模式之比较	(134)
第三节 中国近代立法史上关于商法立法模式之论争	(141)
第四节 中国商法立法模式之构建	(150)
第九章 商法的体系	(168)
第一节 商法体系的含义	(168)
第二节 商法体系的结构	(171)
第三节 商法的立法体例考察	(174)
第四节 中国商法体系研究现状	(175)
第五节 中国商法体系的构建	(177)
第十章 商事主体	(186)
第一节 商事主体的概念	(186)
第二节 商事法人	(202)
第三节 商事合伙	(282)
第四节 商事个人	(297)
第五节 商事辅助人	(315)
第十一章 商事人格权研究	(319)
第一节 人格权的理论考察	(319)
第二节 商事人格权的界定	(323)
第三节 商事人格权的具体类型	(325)
第四节 商事人格权的法律属性	(347)
第十二章 商事行为	(350)
第一节 商事行为概论	(350)
第二节 商事行为的独立性	(365)
第三节 中国商事行为立法模式的构建	(370)
第十三章 商业账簿	(383)
第一节 商业账簿的概念	(383)
第二节 设置商业账簿的原则	(383)
第三节 商业账簿的种类	(384)

第四节	商业账簿的记载方法	(386)
第五节	商业账簿的保管	(387)
第六节	财务报告的审计及法律责任	(388)
第七节	商业账簿的编制	(388)
第十四章	商事登记法	(391)
第一节	商事登记概述	(391)
第二节	商事登记立法	(397)
第三节	商事登记管理机关	(400)
第四节	商事登记的范围和种类	(402)
第五节	商事登记的程序	(406)
第六节	商事登记的效力	(409)
第七节	商事登记的监督管理	(411)
第八节	对完善中国现行商事登记制度的思考	(413)
第九节	中国未来的商事登记法的框架结构	(428)
参考书目		(430)

第一章 商法的概念

第一节 “商”语义的考辨

“商”是一个古老的用语,同时在现代社会中,在不同的学科中,其含义又有不同的解释。为了明确“商”的确切含义,我们有必要从辞义学、经济学与法学的角度对于“商”的不同解释予以简单地考察。

一、辞义学上的解释

中文字义上的“商”,从词源上考察,其内涵经历了一个逐渐演变的过程。在古代汉语中,商是一种计时单位,一刻称为一商。^[1]商又被用来指“估量”、“推测”,“商,从外知内也。”^[2]后来,商发展为与量合用,称为“商量”,进而引申为协商之义。有时人们还在“经常”、“赏赐”等意义上使用商一词。《新华词典》对“商”这一词条作了六种解释:(1)商量;(2)商业;(3)商人;(4)除法所得的结果;(5)朝代名;(6)古代五音。^[3]

人们最初是在相互交换和互通有无这一意义上将“商”一词引入经济生活,并使用其概念,它与贸易活动密切联系在一起。在人类社会早期,古老的商事活动主要是物与物的交换,以互通有无、满足简单生活需要以维持生存为其最基本的目的。当时,交易的标的是简单的生活必需品,交易的标准只是一般的价值标准,并无营利的目的。如《史记》卷二《夏本纪》记载,禹在治理洪水时,有的地方由于水患严重,“食少”,禹便“调有余补不足”,解决民食问题。《尚书·皋陶谟》记载着皋陶与禹的一段对话,禹说:“暨稷播,奏庶艰食鲜食。懋迁有无,化居。烝民乃粒,万邦作”,意即以其多余的产品,易其所无的产品,以教民播种百谷,给人民提供粮食和肉食,又发展贸易以通有无,人民才能得以安居乐业,天下才能得以治理。可见,在上古时代,人们交易的目的只是为了维持简单的生活需要,而不是为了营利。中国古代汉语中反映周朝以前关于“商”的解释和内容大多都从这一角度出发。中国第一部字典《说文解字》讲“阜通货,贿注行曰商”,可以作为理解这一概念的起点。后来又演化为讨价还价,《后汉书》有如“通财

[1] 《集韵·阳韵》。

[2] 《说文·内部》。

[3] 《新华词典》,商务印书馆2001年修订第3版,第859页。

鬻货曰商”〔1〕

据《尚书·酒诰》载,周初朝歌一带的商代遗民,“肇牵车牛远服贾,用孝养厥父母”。后来,随着商品贸易的发展,交易规模的扩大,尤其是在货币出现之后,一个以从事交易活动为职业,并从中获取一定利益的阶层出现了,此即为商人阶层。这时,商逐步演变成一种以营利为目的的活动。这样,“商”一词就丰富了原有的内涵,不仅非营利的交换活动为商,而且以营利为目的的交易活动也为商;商不仅指一种交易行为,有时也特指从事这一行为的人,出现了商即商人的概念,即所谓“商贾何谓也?商之为言商也,商其远近,设其有亡,通四方之物,故谓之商也。贾之为言固也,固其有用之物,以待民来,以求其利者也。行曰商,止曰贾”〔2〕

在《周礼·天官·太宰》中载有“六曰商贾,阜通货贿”之说,据郑玄注:“行者为商、坐者为贾。”《商君书·垦令》载:“商欲农,则草必垦矣。”这些“商”皆指“贩卖货物之人”。据《汉书·食货志》(上)载:“士农工商,四民有业。学以居位曰士,辟土殖谷曰农,作巧成器曰工,通财鬻货曰商。”《东京梦华录·民俗》载:“其士农工商,诸行百户,衣装各有本色,不敢越外。”都是将“商”视为与农业、工业相对的商业之义。在中国古代汉语中,这些对商的最初解释,反映了当时社会对于商品交易和流通活动的基本认识。

在外文中,英语和法语的“commerce”、德语的“das Handel”、拉丁语的“commerium”、波兰语的“handel”,皆指商、商业,是指商品交换或买卖行为,以及泛指货物、产品或任何种类财物的交易。如美国《布莱克法律辞典》对“商”作了极为详细的解释,其第一项解释即为:“商是指货物或服务的交易,尤指涉及城市、州、国家之间运输的大规模交易。”〔3〕《韦斯特新国际辞典》说,“商品交换或买卖之行为”是为商。《牛津大辞典》说,商是“商品交换和与商品交换有关的一切活动”。

可见,在外文中,对“商”的含义的理解与汉语大体相当,均将商界定为属于买卖商的行业之列,根本不能涵盖现代商的迅猛发展所带来的多样化的状态。

但无论如何,辞义学上对“商”的含义解释,是我们研究商法之“商”的意义的基点和依据。

二、经济学上的解释

经济学意义上的“商”是对现代社会生产过程中某一部分经济活动(即商品流通活动)的理论概括。理论界一般认为,经济学上所理解的“商”是指以营利为目的的各种商品交换行为,即以营利为目的,直接媒介财货交易的行为,“商”即介于农业、工业等

〔1〕《汉书·食货志》(下)。

〔2〕《白虎通义·商贾篇》。

〔3〕Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co. 1999, Seventh Edition, p. 263. 转引自范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第22页。

生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润的行为。^{〔1〕}在经济学上,“商”也常与“商业”通称,是指“专门从事商品流通活动的独立的经济部门。其主要职能是从事商品的收购、销售、调运和储存”。^{〔2〕}

但是,在对“商”或“商业”的含义进行理解的同时,我们不仅要关注其传统意义上的含义,更要关注其在现代经济社会中所应当赋予的新的内涵。按照马克思主义的经济学理论,生产以及由生产决定的交换和流通,不过是统一社会生产过程中的不同环节,只要产品交换是用来制造供直接消费的成品的手段,则在这个限度内,交换本身就是包含在生产之中的行为。特别是随着现代社会中商品经济关系的巨大发展,传统意义上的商品概念日益扩展,以营利为目的的经济活动范围也日益扩大,服务、信息、技术等早已成为交易对象,制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业之间的实质性差异已经日益模糊。经济学意义上使用的“商”的概念,只具有“商”的最传统的意义,通常称之为“买卖商”,也就是一般学者所称“固有商”。这一概念不仅要比法学上“商”的范围狭窄得多,而且明显滞后于市场经济发展的实践。因此,若从经济学的发展角度看,“商”或“商业”的含义应当包括现代社会出现的一切与交易、服务、生产等领域相关的经济活动,其中既包括传统意义上的交换和流通,也应当包括当代社会中出现的大量的服务、生产类的经济活动。因为,现今的生产活动往往与销售、流通活动分不开,生产活动的数量和质量的要求取决于产品的销售活动,随着竞争的日益激烈和市场份额的相对萎缩,已经很难找到一家仅仅为了生产而生产的厂家,产与销早已成为一个密切相关的统一体,也就是说,流通与生产领域已经越来越密不可分,可以说,生产的过程同时也是流通的过程,没有流通的生产是不存在和不现实的。因此,作为规范现代商事活动商法,其调整对象和适用范围已经不能局限于传统经济学所界定的范畴,而应当将其所调整的领域扩大至现代社会的各个角落,而不能局限于传统的几个领域,应该说,只要出现了新的商业领域,现代商法就应当将其纳入调整的范围之内,而不论传统的理论能否给予所谓“科学”、“合理”的解释。

三、法学上的解释

法学上的“商”也称为“商事”,其概念是在社会不断发展的基础上逐步演进、发展而来的。随着古典商业时代的结束,早期资本主义贸易范围的扩大,传统的直接媒介商品交换行为也丧失了其原有的活力,而成为所谓“固有商”;特别是随着现代社会经济的高速发展,商事的范围和种类正愈衍愈广,以致形成了所谓“无业不商”的局面,使商业范围得到空前的拓展。由此,在法律用语中,“商”也具有了比经济学上的理解宽泛得多的含义,以营利为目的、从事媒介交易的行为,皆可成为法律意义上的“商”。也就是说,法学中所说的“商”,不仅包括流通领域,更包括生产领域,属于广义上的解释。

〔1〕 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页;苏惠祥主编:《中国商事法概论》,吉林人民出版社1996年版,第3页。

〔2〕 《现代经济词典》,凤凰出版社、江苏人民出版社2005年版,第882页。