

比较法学丛书

原国内贸易部科研项目

任先行
周林彬

著

比较商法导论

Introduction to
Comparative Study
of Commercial Law

北京大学出版社

比较商法导论

Introduction to Comparative
Study of Commercial Law

任先行 周林彬 著

北京大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较商法导论/任先行, 周林彬著. - 北京: 北京大学出版社, 2000. 10
ISBN 7-301-04741-X/D·497

I. 比… II. ①任… ②周… III. 比较商法-理论 IV. D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 71345 号

书 名: 比较商法导论

著作责任者: 任先行 周林彬

责任编辑: 张晓秦 刘延寿

封面设计: 张 虹

标准书号: ISBN 7-301-04741-X/D·497

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京艺海打字服务社

印 刷 者: 北京大学印刷厂印刷

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

B5 开本 43.25 印张 830 千字

2000 年 10 月第 1 版 2000 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

凡购买北京大学出版社图书, 如有缺页、倒页、脱页等
质量问题, 请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

前 言

商事活动自有商品经济以来就恒存于人类社会。但是自它腾空出世以来，就在义与利、德与财、公与私的是是非非中展开了人性的大厮杀和商道的大厮杀。在这场厮杀中，褒者有之，贬者有之；流血者有之，非流血者有之。厮杀的结果，时至今日是非基本清楚。客观地讲，西方社会在这场厮杀中觉醒较早。尤其经过文艺复兴、宗教改革和商业革命后，使商业、商人、商法取得合法地位，而且获得良好的革命效果。最直接的效果是资本主义的经济制度得以建立，资本主义的民主法治得到发展，人们的价值观和教义观也由出世苦行转为入世致富。上帝的脾气也由原来只有“穷”才能争做上帝的宠儿，变为只有“富”才能争当上帝的选民，而且创造出新的上帝就是商品和金钱。在此历史社会背景之下，商法也彻底打了翻身仗。一种新的法学为按照秩序、正义、效率的新概念把各种商事关系制度化和系统化，从而形成一种新的法律框架和体系。因此，“商业革命有助于造就商法，商法也有助于造就商业革命”^①。

从商法的理念和商业社会的实践经验考察，商法所凸现出的法律义理，它所体现的宗旨和最大的社会功能在于兴商、兴市、兴德、兴国。这是本书所提供的的一个导读性的刍荛之见。

商品经济的发展和商人阶级的出现是商法产生的前提条件，宗教改革和商业革命是商法产生的思想因素和政治因素。商法在作为一种法律体系形成之后，它对促进商业交易、商业公司、商业银行、流通票据、保险、海上贸易、运输、商业服务、商事习惯的改造、商事法院、商事仲裁以及市场经济的建立和发展起着重要的作用。尤其西方近代经济制度的形成，更是首先从兴商开始的，最终才形成资本主义制度。可以说，商法产生后，在推动资本的积累和集中，商业经营形态和业态的发展，自由竞争机制的形成和开拓国内外市场等方面，发挥了全方位的作用。所以，商法是兴商之法。

商事活动总是要依托城市和市场才有安生立命之地。历史证明，没有发达的城市就没有发达的商业，相反，没有现代化的商业，也不可能现代化的城市。同时商业更离不开市场和市场经济。市场经济在本质上是交换经济，所以发展市场经济必然要大力发展商业。而现代化的大商业、大流通、大市场，也必然要大力发展城市 and 市场经济。所以，商法又是兴市之法。

商法的兴德功能更是深含义理。可以想象，在完全没有商业交易的情况

^① [美] 伯尔曼：《法律与革命：西方法律传统的形式》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 409 页。

下，取得他人财产就会发生抢劫。但商业精神在人们心目中是一种公道观念，它与抢劫是势不两立的。商业交易信奉和崇尚的是财产的取得，应是以公平、等价和有偿的方式取得，反对以欺诈、盗窃或武力的方式去骗取、窃取或抢劫、掠夺他人或他国的财产。尤其现代商事活动是建立在高度信用的基础之上，它必须以诚信为本。所以“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”。这几乎是一条普遍的规律。“贸易的法律使风俗纯良”，“贸易的自然结果是和平”^①。这是商业精神的灵魂，也是商道（人道）的本质所在。商法的许多内容都是这种经济道德在法律上的反映。所以商法是兴德之法。

商业发展的结果，必然是民富国兴。世界上哪一个经济发达的国家不是如此？！资本主义的兴起，首先靠的是商业资本的原始积累，没有这一积累过程，产业资本不可能很快发展起来。当今经济越发达的国家，越离不开商业贸易活动。无商不富，已成为政治家们的治国观。所以商法是兴国之法，这是我们学习研究商法的基本出发点，也是我们写作此书最基本的出发点。

我国改革开放以来，社会最大的变化是普遍商化。随着市场经济的发展，这种商化将更加普及和深入。这实际上是在我国发生的一场悄悄的“商业革命”。这场革命也促使我国法律制度大变革。随着这种变革，一批“异己力量”，一批“狼”进来了。过去被认为只适用于资本主义市场经济的商法这只狼也撞入了我国的法苑。不过，这只“狼”或这群“狼”进来了并不可怕。也许它会产生“鲶鱼效应”，可使过去长期闭关自守、安贫乐道和浸透中庸之道温和的“鹿”和自命不凡的“龙”，尽快醒悟过来，此时人间已不是鸡犬相闻，老死不相往来的“桃花源”了，要尽快从虽不是正式信奉，但却实际实践着禁欲苦行的出世超然，回到真正的人间奉行入世超然，去学会竞争，去参与竞争，到世界市场一比高低。这是市场经济条件下的必然选择。

法律——不论是作为一个部门法，一种学科，一种社会现象，都是由许多要素组成的。这些要素主要有：经济、立法、理论基础、法律、法学体系，基本原则、范畴，分支学科，法学教育，法学研究，权利保护制度等。商法不论是作为一个部门法或一个独立的学科，这些要素都已具备。尤其随着商品经济的发展，市场经济体制的建立，商法在现实生活中的地位和作用愈来愈显得重要。它与经济法、民法共同形成支撑市场经济的三大法律支柱。现在专门从事商法研究的人日益增多，有关商法方面的论著已百花齐放，开满法学之林。本书是想在此百花园中再添一点新景，从比较法的角度对商法进行了特别是商法的基础理论的一点初探。

^① [法] 孟德斯鸠著：《论法的精神》（下册），商务印书馆 1985 年版，第 14 页。

比较法学自 20 世纪兴起以来，在国内外不断获得发展，我国现在各种比较法方面的论著日益增多。尤其在立法方面，每制定一项新的法律时，广泛收集国外有关立法资料，进行比较，博采众长，中西融合，以求既符合中国国情，又能顺应国际潮流与国际间相互接轨。比较法学的任务就是研究若干法律秩序的相互关系，通过比较研究，寻找出解决问题的“最好解决办法”。

比较法有宏观与微观的比较之分。商法与整个法律体系相比，它属微观领域。但就商法自身整体而言，它与各商事特别法相比，又具有宏观性。本书着重以商法精神、立法模式以及商事主体和商行为等进行商法基础理论比较，至于一些特殊商事法待以后在分论中再去研究。

我们在对商法比较研究时，采取代表比较方法，即着重对大陆法和英美法国家中有代表性的商法进行比较。如法国、德国、日本、意大利、美国、英国以及俄罗斯、南斯拉夫、匈牙利、韩国等国的商法。同时在各法系内部由于受主权论的支配和宗教习惯的影响，各国之间的商事法律制度也有所不同，如大陆法系中法国商法与德国商法就有所不同，并在大陆法内部形成不同的商法体系。就是英美法国家各自的商法制度也有所不同。为此我们采用功能比较的方法，对其他一些在整个商法或某些制度方面有特点的国家也作为比较的对象。另外，在比较方法上我们除适当进行了一些历史比较外，侧重采用横向综合方法——如实然法、应然法和经济分析及案例分析方法对有关国家的现行商事立法、判例和学说进行比较，以便使读者能较全面的了解有关国家商法的历史和现状。

比较商法不是对各国商法条文简单的排比，它是研究商事法的一般规律和特点，并主要是对商事法及其理论的现状进行比较并加以评议，对商事法与商事活动在未来的协调发展趋势给予预测。为此应将比较研究的重点置于具有商法基础理论范畴的比较结论部分，并据此指导相关的立法和司法改革，以及具体的商事活动。虽然在写作中未能达到这种预想，但它始终是我们写作此书的目标追求。

商法在我国不论是立法和理论研究，都还处于起步阶段。但随着商品经济的大发展、西部的大开发、市场经济体制的日益完善、城市化进程的加快，尤其我国在加入世贸组织后，社会将更加商化，商法的重要性将更加突出，传统民法也将更加商法化。我们期望中国在 21 世纪的经济现代化的过程中能造就出既具有中国特色又具有世界意义的新的中国商法体系。中国商法学的研究，尤其加强比较商法的研究，更负有任重而道远的历史使命。

作者

2000 年 5 月于北京

目 录

第一编 原理篇

第一章 本体论	(1)
第一节 商事法的概念和特点.....	(1)
第二节 商事法的调整对象.....	(25)
第三节 商事法的理论基础.....	(44)
第四节 商事法的立法形式.....	(66)
第五节 商事法的基本原则.....	(81)
第六节 商事法的渊源.....	(99)
第七节 商事法与相邻法律的关系.....	(111)
第八节 商事法的体系.....	(119)
第九节 中西方商人的价值观和法律观.....	(124)
第十节 商事法学的研究方法.....	(135)
第二章 商事法的历史	(141)
第一节 古代商事法概述.....	(141)
第二节 中世纪的商事法.....	(147)
第三节 商业革命和宗教改革对商法发展的推动.....	(152)
第四节 近现代商事法.....	(157)
第五节 我国商事法.....	(186)
第六节 当代商法的发展趋势.....	(194)

第二编 商人篇

第三章 商人	(213)
第一节 商人的概念.....	(213)
第二节 商人的分类.....	(223)
第三节 弘扬商人精神.....	(231)
第四章 商人的基本制度	(236)
第一节 商业登记.....	(236)
第二节 商业名称.....	(246)
第三节 商业账簿.....	(259)

第五章 商事组织法	(282)
第一节 商事组织的概念.....	(282)
第二节 独资企业.....	(291)
第三节 合伙企业.....	(300)
第四节 公司.....	(315)
第六章 连锁经营	(338)
第一节 连锁经营的概念.....	(338)
第二节 连锁经营的类型.....	(343)
第三节 连锁经营的理论问题.....	(354)
第四节 连锁经营的法律规制.....	(360)
第五节 一些主要国家的连锁经营模式.....	(362)

第三编 商行为篇

第七章 商行为本论	(381)
第一节 商行为的概念.....	(381)
第二节 不同商法法系确定商行为的标准及理论.....	(385)
第三节 商行为的分类.....	(386)
第八章 商事代理	(391)
第一节 代理制度的二元模式.....	(391)
第二节 大陆法和英美法的代理制度.....	(403)
第三节 代理法律关系中的权利和义务.....	(422)
第四节 几种主要的商事代理制度.....	(427)
第五节 国际代理法公约制度.....	(441)
第六节 我国的商事代理制度.....	(449)
第九章 商业买卖法	(454)
第一节 商业买卖法的体例和概念.....	(454)
第二节 商业买卖合同的成立.....	(464)
第三节 合同的主要条款.....	(485)
第四节 买卖双方的权利和义务.....	(538)
第五节 违约责任及其补救方法.....	(543)
第六节 货物买卖中所有权和风险的转移.....	(554)
第十章 特殊买卖	(561)
第一节 期货买卖.....	(561)
第二节 拍卖.....	(593)

第三节	分期付款买卖	(601)
第四节	招标、投标买卖	(608)
第十一章	商业秘密	(623)
第一节	商业秘密的概念、特征及其理论	(623)
第二节	一些经济发达国家和地区对商业秘密法律保护的 基本情况	(630)
第三节	侵犯商业秘密的行为和主要保护方式	(637)
附：	案例	(641)
第十二章	国际商务惯例	(648)
第一节	基本原理	(648)
第二节	国际贸易术语	(654)
第三节	跟单信用证	(661)
第四节	托收	(668)
主要参考书目		(674)
后 记		(678)

Table of Contents

I PRINCIPLES

Chapter 1	Ontology	(1)
Section 1	Concept and Features of Commercial Law	(1)
Section 2	Object of Commercial Law	(25)
Section 3	Fundamentals of Commercial Law Theory	(44)
Section 4	Legislative Patterns of Commercial Law	(66)
Section 5	Basic Principles of Commercial Law	(81)
Section 6	Sources of Commercial Law	(99)
Section 7	Relationship Between Commercial Law and Related Laws	(111)
Section 8	System of Commercial Law	(119)
Section 9	Values and Legal opinions in Merchants' Eyes	(124)
Section 10	Methodology of Commercial Law Study	(135)
Chapter 2	History of Commercial Law	(141)
Section 1	Ancient Commercial Law: In General	(141)
Section 2	Commercial Law in middle Ages	(147)
Section 3	Impact from Commercial and Religious Reform Revolution	(152)
Section 4	Modern Commercial Law	(157)
Section 5	Chinese Commercial Law	(186)
Section 6	Trends of Commercial Law	(194)

II MERCHANT

Chapter 3	Merchant	(213)
Section 1	Concept of Merchant	(213)
Section 2	Classification of Merchant	(223)
Section 3	Spirit of Merchant	(231)
Chapter 4	Basic institution	(236)
Section 1	Commercial Registration	(236)

Section 2 Commercial Name	(246)
Section 3 Commercial Accountbook	(259)
Chapter 5 Business Organization	(282)
Section 1 Concept of the Business Organization	(282)
Section 2 Sole Proprietorship	(291)
Section 3 Partnership	(300)
Section 4 Corporation	(315)
Chapter 6 Interlocking Mechanism	(338)
Section 1 Concept of Interlocking Mechanism	(338)
Section 2 Forms of Interlocking Mechanism	(343)
Section 3 Theory of Interlocking Mechanism	(354)
Section 4 Regulations of Interlocking Mechanism	(360)
Section 5 Main Patterns of Interlocking Mechanism	(362)
III COMMERCIAL CONDUCT	
Chapter 7 Commercial Conduct in General	(381)
Section 1 Concept of Commercial Conduct	(381)
Section 2 Criteria and Theories of Commercial Conduct Definition	(385)
Section 3 Classification of Commercial Conduct	(386)
Chapter 8 Commercial Agency	(391)
Section 1 Duality of Agency	(391)
Section 2 Agency in Common Law and Civil Law system	(403)
Section 3 Right and Duty of Agency	(422)
Section 4 Major Commercial Agency	(427)
Section 5 International Conventional Agency	(441)
Section 6 Chinese Commercial Agency	(449)
Chapter 9 Sales	(454)
Section 1 Patterns and Concept	(454)
Section 2 Creation of Sales Contract	(464)
Section 3 Main Clauses of Contract	(485)
Section 4 Rights and Duties of Buyer and Seller	(538)
Section 5 Liability of Breach and Remedy	(543)
Section 6 Transfer of Title and Risk of Goods	(554)

Chapter 10 Particular Trade	(561)
Section 1 Futures Trading	(561)
Section 2 Auction	(593)
Section 3 Installment Trading Trading	(601)
Section 4 Bid Trading	(608)
Chapter 11 Commercial Secret	(623)
Section 1 Concepts, Futures and Theories	(623)
Section 2 Legal Protection to Commercial Secret in Developed Countries and Regions	(630)
Section 3 Infringing Conducts to Commercial Secret and main Protective System	(637)
Chapter 12 International Commercial Customs	(648)
Section 1 Fundamental principles	(648)
Section 2 Terms of International Trade	(654)
Section 3 Letter of Credit	(661)
Section 4 Collection	(668)
Bibliography	(674)
Final Remarks	(678)

第一编 原理篇

第一章 本体论

在诸多国内外商法论著中，商法的第一章往往都定名为“绪论”或“总论”，其核心问题是商法是什么和为什么的问题。但是，本章将商法“绪论”或“总论”定名为“本体论”，意欲从哲学的本体论上去探索商法的本源及其所追求的最终性的价值取向。本章主要是阐明商法质的规定性和量的规定性，商法的基本理论和原则，商法的过去、现在和未来，以及它在整个法律体系中的地位 and 作用等根本问题。这些问题集中说明商法是什么和商法为什么，它是商法学的核心和脊梁，所以把它定名为商法的“本体论”。本体谓之规律，而比较法研究的基本目的，是通过比较研究揭示法之发展规律，并以此规律指导立法和司法，所以本体论不仅是有商法基础理论的含义，更具有商法的比较法之义。

第一节 商事法的概念和特点

一、商法概念的多元性

(一) 概念的不确定性

当人们对一个复杂事物的认识达到理性主义认识的程度时，就要对它作出概括性的说明，即它是什么的问题。关于什么是商法，由于各国所采用的法学观念和价值取向不同，以及对商事活动范围的认识和对商法调整范围的界定不同，因此，各国学者对商法的定义各不相同。如日本学者，有的从法律形式意义上给商法下定义，认为商法被确认为一个法律部门的时候，则被认为是以商法典为中心的有关法律部门的总称^①；也有人从法律实质意义上去认定，认为

^① [日] 尤田 节编，谢次昌译：《商法略说》，甘肃人民出版社 1983 年版，第 1 页。

商法就是企业关系上特有的法律的总称^①，因为企业的组织和活动与一般市民的生活有特殊关系的一面，为适应这种需要而制定的法律就被称为商法；还有的从方法上去认识，认为商法这个概念也指买卖的方法；还有的日本学者认为，商法是指有关商事特别法规。再如，法国的学者认为，商法是关于商行为的特别法，这是以商行为为本位给商法下定义。而德国学者认为商法是适用于商人的特别私法，是以商人为本位给商法下定义。此外，英国学者认为“商法是指与商业有关的法律……主要用来指合同法和财产法中与企业和商业惯例有关的那些内容，是一个概括性的概念”^②。美国学者对商法的认识也不一致，有的定义为“商法是调整商事法律关系全部法律制度的总称”；有的定义为“商法是与商人有关的法律”；但也有人认为，根据美国宪法的规定，商法应该是“商业交易”的法律，而不是单纯的商人的法律。英国学者认为“商法概念在联合王国被理解为是对传统商法的现代发展”^③。在我国，有的学者认为，“商法传统上是指与民法并列并与之互为补充的部门法，即是调整市场经济关系中商人、商业组织和商业活动法律规范的总称”^④。

从商法立法上来看，虽然美国及许多大陆法系国家（如日本、法国等）都有独立的商法典，但没有一个国家的商法典对商法作出定义，因此，商法并不是一个法定概念，而是法学概念。在这一点上，与民法有着很大的不同，对于民法的概念，有许多国家都在其法律中明确界定，如我国《民法通则》对民法概念有明确规定^⑤。可见，商法概念的非法定性，是商法概念不确定性的另一表现。

综上所述，商法是一个很不一致的概念，甚至是一个内涵很不确定的术语，从而使得对商法概念的研究，不仅在于概念本身的表述，更重要的是对体现商法的调整范围和商法体系的确定，以及商法的基本理论、制度和一系列基本概念在比较研究基础上的准确理解和把握。

（二）概念的多元性

商法是什么——我们提出的这个问题，涉及的范围非常广泛。由于这个问题太大，它就始终未予确定。“由于它未被确定，我们就可以从许多完全不同的角度去处理它。”这就导致了商法概念多元的问题。从以上论述中可以看出，商法不是一个单元的概念，而是多元概念。它既关联形式意义上的商法，如各国商法典；又关联实质意义上的商法，如各种商事特别法；既关系到国际商

① [日] 我妻荣主编：《新法律学大辞典》，第 500 页。

② [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大词典》（中译本），光明日报出版社 1988 年版，第 180 页。

③ [英] 施米托夫：《货物买卖》中关于“商法与行政管理”，伦敦 1951 年版，第 274 页。

④ 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 505 页。

⑤ 《中华人民共和国民法通则》第 2 条。

法，又关系到国内商法；既包括商事公法，又包含商事私法，前者指公法中关于商事的规定，如宪法、行政法中有关商事的规定，后者指私法中关于商事的法规；既有广义商法，又有狭义商法之分，后者仅指国内法中的国内商法而言。立法制度既有民商合一，又有民商分立；在商事立法理论上，有的以商人主义为基础，也有的以商行为主义为基础。同时，在当今世界，有的学者已提出“现代商人法”概念，并认为现代商人法属“跨国法”等新思想、新概念。联合国国际贸易委员会也正在为制定“国际统一商法”而努力奋斗。因此，对商法的观念不同，对其规范的对象不同，其价值取向不同，自然所下的定义也就不同。从当今情况来看，很难有一个被多数人公认的权威性的商法定义。这一多元化现象为商法概念的比较研究提供了丰富的素材，可以博采众长，为我所用，因为比较法研究本身就是一种开放式多元化研究。这同时说明当今商事活动，商事法制建设及商事法理论愈来愈呈现出繁荣发达的景象。

在我国，由于还没有独立的商法典，所以商法还只能是学理上的阐述。有关商法的国内学者著述中，有坚持民商合一立场的，认为商法是民事特别法的观点；又有坚持民商分立观点的。而后者对商法所下的概念又有所不同，既有计划经济条件下的概念，又有市场经济条件下的商法概念等等，商法概念的多元化现象更为明显，至今没有一个明确的统一概念。而商法学研究的一个主要目的，就在于从这种多元概念进行概括、抽象，以形成比较统一的商法概念。这就更需要用新的理论对当今商事实践活动和商事立法实践活动进行深入研究，使商法理论和法制实践更符合时代要求，使商法概念更加理性化。

二、商法与商的关系

商法，总的讲是调整商业经济关系的法律。因此，它总是与商业经济关系紧密相联系。可以说，没有商业经济活动也就没有商法。但什么是商，在辞义学、经济学和法学及文化上的解释各不相同。

（一）辞义学上的解释

在我国古代《后汉书》里讲，“通财鬻货曰商”。而在《考工记》里讲，“商其远近，度其有无，通四方之珍异以资之谓之商。”在我国古代字书《说文解字》里也讲，“阜通货，贿注行曰商”，并说“商”字从内从外，最初是用于度量衡的一种单位。总之，从我国古书有关“商”字的释意中可以看到，“商”字含有商品交换和货物买卖的内容。这是商字在中文里的一般解释。以外文字意上解释，“商”之一词，英文为“commerce”，德文为“Handel”，法文为“commerce”，俄文为“торговля”，日文为“商业”。又根据许多权威性的外文词典的解释，“商”字也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》解释“商”，是指货物、生产

品或任何种类财物的交换。总之，在英语和其他外语中，“商”一般均指关于货物的交易或买卖。可见，“商”在英语或其他外语中与中文的解释大体相近。这正是由于“商”所表现的作为社会经济现象存在的商品交易具有的一般和普遍的规律且存在于各种社会形态中的国家，可见，各国有关商的含义往往十分相近。作为辞义学上的解释，“商”这一特定文字符号所传递的特定定义，为我们商法意义上的“商”具体限定了文字内涵和外延，是我们比较商法研究上“商”的意义的起点。

(二) 经济学上的解释

经济学上是把“商”作为社会再生产过程中一个不可或缺的流通环节和流通部门加以研究的。它既体现“商业的一般”，又体现“商业的特殊”。在商品生产社会里，当货币出现之后，各种商品的交换及形态的变化就由货币充当媒介了。一个生产者的商品(W)售出后变成了货币(G)，他再用这个货币(G)去购买其他商品(W')，这样它就完成了一个交换过程，达到了买和卖的统一。这个交换过程构成一个循环。各个商品循环的总体构成商品流通。不过，这仅是“商品流通的一般”。因为在这种商品流通中，当事人只有生产者和消费者。而在发达的商品流通中，在生产者和消费者之间还介入了起联接和纽带作用的第三者——商人。商人介入商品流通后，使商品流通变为从货币(G)——商品(W)——货币(G')的过程。这就成了特殊的经济领域，在经济学上称为“固有商”或“第一种商”。可以说，经济学上的商是研究商品流通一般和特殊的经济规律、本质、形态及职能等问题。

商法与商业紧密联系，欲了解商法，首先应了解商业。但商业本质属性究竟是什么？经济理论界众说纷纭，举其要者有：

1. 交换说。交换与生产虽有紧密的联系，但它不是对生产的简单依附，它有自身独立的职能和特殊的运动规律。交换是社会分工发展的结果。凡是存在社会规模分工的地方，单独的劳动过程就变成相互独立的，尤其是产品贸易一旦离开生产本身而独立起来，它就会循着本身的运动方向运行，这一运动总的说来是受生产运动支配的。但是在单个的情况下和在这个总的隶属关系以内，这个运动有它自己的阶段，并且也反过来对生产运动起作用。交换有它自己的历史，它经历过不同的阶段。从最初的物物交换(W—W)，到以后的简单商品交换(W—G—W)，参与交换的不仅是剩余产品，而且包括一切产品，整个工业活动都处在商业范围内，当时一切生产完全取决于交换。这样就迫使一部分人从生产中分离出来，去专门从事商品交换活动，正如恩格斯指出的，于是就创造了一个不从事生产只从事商品交换的阶级——商人。这个阶级虽不参与生产，但完全夺取了生产的领导权，并在经济上使生产都服从自己。在现代社会，交换更出现了新的与过去（只传授不交换，只赠送不出卖，只取得不

收买)不同的东西。现在商品家族的成员不断扩大,一切精神或物质的东西都变成了交换价值,并到市场上去寻找最符合它的真正价值的评价时机。

与商品交换发展阶段相适应的商事法律制度,也可以说经历了不同的阶段,在古代以物易物的时代,交易规则主要是一些交易习惯和惯例。这在中西方国家中可以说都是如此。后来到简单商品经济时代,在欧洲反映私有制商品生产和商品交换最完备、最典型的法律制度是罗马法和一些教会法、判例法。在东方,除继续使用习惯和惯例外,这时也增加了许多市场管理规则和交易规则。后来到发达的商品交换时期,开始有了商事成文法。关于交换的各种规则,直接构成了商法的内容,因此,对交换本质的探讨,也就构成了商法内涵和外延及其基本规律的前提基础。有关这方面的情况在历史篇中再详细论述。

我们认为,交换说的最大不足之处,是认为商业只是个别经济主体的行为,否认商业是社会存在的一个独立方面。而且,交换说不注重各个交换所形成的流通总体,这就意味着交换只是单纯的使用价值的交换,就排除了在交换过程中商人买卖这个特殊形态。交换说可以说是商业概念的朴素理论。在古代或近代社会初期解释商业以及确立商事法律制度基本上是在交换说的理论基础之上的。在交换说的商法框架中,交换只是使用价值的交换,而并不注重价值的增值,商的个性特征无从表现,将商事交换等同于民事交换。在这种情况下,民法中关于交换的各种规则已足以规范这种行为,商法的独立也就失去了其存在的理论前提。

2. 再销售买卖说。即认为单纯的销售或单纯的购买不是商业。这种观点又可以细分为以下不同的主张:

(1) 认为只要是“再销售一般”就是商业。这种观点认为,只要将销售和为销售的购买二者结合起来,便是商业。因此,以个人消费为目的的购买不是商业;但如购进原料再加工并生产出新的产品出售则属商业。这样除商人商业外,工厂生产商、手工业者都可以是商业。

(2) 认为凡是再销售的购买都是商业。但必须以没有经过再加工为条件。这一观点以法国学者赛伊(J. B. Say)为代表。他认为:“除搬运和分装外,只要商品同购买时没有任何质的变化,并在消费者需要的时候能得到必要的供应,所有为此而进行的劳动都是商业。”^①

(3) 商人商业说。认为只有职业商人以营利为目的,有组织地连续进行的销售购买,才算是商业。如德国菲利鲍维奇(E. F. Philippovich)说:“商业是通过把购进的财物在使其发生性质变化的情况下出售来追求利润的营利行为,

^① [法] J. B. 赛伊:《系统商业经济学讲义》,1922年巴黎版本,第102页。