

徐金海 / 著

商法源流论

以商法结构变迁为视角

THE EVOLUTION OF COMMERCIAL LAW: A PERSPECTIVE OF STRUCTURE CHANGES IN COMMERCIAL LAW



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

徐金海 / 著

商法源流论

以商法结构变迁为视角

THE EVOLUTION OF COMMERCIAL LAW: A PERSPECTIVE OF STRUCTURE CHANGES IN COMMERCIAL LAW



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

商法源流论：以商法结构变迁为视角/徐金海著

北京：中国经济出版社，2011.12

ISBN 978-7-5136-1367-5

I. ①商… II. ①徐… III. ①商法—法制史 IV. ①D913.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 282649 号

责任编辑 聂无逸
责任审读 霍宏涛
责任印制 常毅
封面设计 华子图文

出版发行 中国经济出版社
印刷者 北京金华印刷有限公司
经销者 各地新华书店
开本 710mm×1000mm 1/16
印张 17.5
字数 270千字
版次 2011年12月第1版
印次 2011年12月第1次
书号 ISBN 978-7-5136-1367-5/D·490
定价 43.00元

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街3号 邮编 100037
本版图书如存在印装质量问题,请与本社发行中心联系调换(联系电话:010-68319116)

版权所有 盗版必究(举报电话:010-68359418 010-68319282)

国家版权局反盗版举报中心(举报电话:12390)

服务热线:010-68344225 88386794

本书获河海大学中央高校基本科研业务费专项资金项目资助(2009B2861)。

本书封面图片引自: William R. Shepherd, "Medieval Commerce (Europe)", *Historical Atlas*. New York, Henry Holt and Company, 1926.

序

“一个社会每当发现自己处于危机之中,就会本能地转眼回顾它的起源并在那里寻找症结。”^①这一论断可以很好地为当代商法理论研究和商事立法所面临的困境和问题作出注释。中国商法制度的建立对于当代中国经济乃至政治制度都产生了深刻的影响,但是禁锢商法发展的重大理论问题仍然没有取得突破,例如为什么现代商业社会更需要商法、商法在现代法律体系中的地位、商事立法的模式与法典化等等,均有待理论研究创新与发展。近年来,我们在商法理论研究中注重“开来”,忽略了对“继往”的探索,从而导致了商法理论和商事立法缺乏对商法规律的探索和历史实证的支持。

中国商法部门的建立和商法体系的构造,应该从中国商事交易活动的实际出发,在借鉴它国成功经验、吸取失误教训基础之上建立起来。由此,要找到适合中国国情的商法制度,必须对域外商法发展历史有所了解,梳理商法发展过程,寻找商法理论与实践问题形成的历史原因,探讨影响商法生成与发展的政治、经济、社会、宗教及地理因素,为构建适应当代中国社会特点特点的商法理论与制度寻找历史依据。徐金海博士的著作《商法源流论:以商法结构变迁为视角》正是定位于此。本书从商法结构出发,将商法置于特定的经济社会和制度变迁的历史背景下,以文献资料和统计数据为依据,以历史商法源流(商法产生与发展的内在规律)、形式商法源流(商事立法与构造的历史逻辑)、价值商法源流(商法理念与原则的发展凝练)和中国商法

^① Octavio Paz, Reflections: Mexico and the United States, The New Yorker, September 17, 1979, pp. 138, 53. 转引自[美]哈罗德·伯尔曼著:《法律与革命》,中国大百科全书出版社1993年版,第686页。塔维奥·帕斯(Octavio Paz)是诺贝尔文学奖得主,墨西哥诗人。

源流(百年中国商法的述评与展望)为纲领,较为系统地论证了中世纪商法的客观性、近代商法在私法体系中的地位、形式商法与商法法典化的法理、英美商法的发展及商法现代化趋势、百年中国商法的制度理性及其结构驱动等理论和制度问题。作为基础理论研究成果,本书关于商法起源、商法结构和商法规律等问题的探讨,对充实商法理论研究与促进商事立法具有一定的理论和实践意义。

徐金海博士是我指导的硕士生和博士生,研究生毕业后一直在高校从事商法的教学和研究工作,具有较为扎实的理论基础和研究能力,其商法实践经验也为其思考商法理论和商法制度等宏观问题提供了知识储备。希望徐金海博士以此研究为起点,在该领域继续深入探索,为繁荣商法基础理论研究做出应有的努力和贡献。

是为序。

范 健

2011年12月于南京

CONTENTS

目 录

第一章 导论

商法源流与结构变迁

一、商法生长的历史逻辑	3
(一) 揭开商人的历史面纱	3
(二) 历史商法的特征	8
(三) 历史商法的源与流	11
二、商法的结构与变迁	14
(一) 商法的时空结构: 从中世纪商人法到现代商人法	14
(二) 商法的制度结构: 商事立法的形式与构造变迁	16
(三) 商法的价值结构: 自由与自治的历史诉求	19
三、研究基础与研究任务	21
(一) 文献综述	21
(二) 本书结构	24
(三) 研究目标	26
(四) 研究方法	27



第二章 历史商法源流

商法产生与发展的内在规律

第一节 中世纪商法的发展	31
一、中世纪商法的语境	31
二、中世纪商法的论争	44
三、中世纪商法的遗产：习惯法的历史贡献	49
第二节 民法法系商法的发达	56
一、法律传统与商法兴起	56
二、民法法典化：罗马法拜物教的证成	60
三、民商分立论：罗马法拜物教的证否	64
四、商法法典化：罗马法的原教旨主义	67
第三节 普通法系商法的演进	69
一、商品经济与法律传统：一个实质比较方法	69
二、英美法系商法与商品经济商法：扬弃法律传统	70
三、英美法系商法与大陆法系商法：回归法律传统	75
第四节 商法的现代化转型	79
一、商法现代化的内涵	79
二、商法现代化的功能：迈向效率商法	81

第三章 形式商法源流

商事立法与构造的历史逻辑

第一节 商法的立法脉络	91
一、中世纪商法制度概览	91
二、近代商事立法的发达	99

三、现代美国商法的发展	102
四、商法的规则探轶	105
第二节 商事立法的结构变迁	112
一、权威法的内容:习惯法与制定法	112
二、中世纪商法渊源的习惯性	123
三、近代商法权威的形式化	131
第三节 商法构造的制度演进	135
一、商事理性:从行会到国家	135
二、商事主体:从身份到契约	141
三、商事行为:从德国到法国	145

第四章 价值商法源流

商法理念与原则的发展凝练

第一节 商法价值的生成	157
一、商法价值的结构	157
二、商法价值的表达	160
第二节 营业自由的脉络	166
一、营业自由的含义	166
二、营业自由的本质	172
三、营业自由的表达	178
四、营业自由的边际	185
第三节 商法自治的进路	191
一、私法的品格	191
二、商法自治的逻辑	196
三、商法自治的内容	202



第五章 中国商法源流

百年中国商法的述评与展望

第一节 百年中国商法简史:1904—2009年	213
一、《钦定大清商律》与清末商事立法	213
二、民国时期商事立法的背景与成就	219
三、当代中国商事立法现状	231
第二节 中国商法发展展望:商法塑造与结构变迁	234
一、商法源流与商法塑造	234
二、结构变迁与中国商法:代结语	237
参考文献	251
后 记	269

第一章 导论

——商法源流与结构变迁

“在很大程度上,对法律的理性研究仍然是历史研究。历史必须是研究的一部分,因为没有它我们就不能知道规则的精确范围,而这种知识正是我们的职业。(历史)是理性研究的一部分,因为它是通往开明怀疑主义的第一步,也就是对这些规则的价值进行审慎重考的第一步。”

——[美]奥利弗·温德尔·霍姆斯^①

^① [美]奥利弗·温德尔·霍姆斯著,张千帆、杨春福等译:《法律的道路》,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第14页。

一、商法生长的历史逻辑

20世纪90年代兴起的比较政治经济学派认为,法律制度的分析,需要从政治、社会、历史以及文化的视角来展开,各国的法律制度是镶嵌在该国的社会政治经济文化制度框架内。^①美国最高法院大法官霍姆斯强调:“在很大程度上,对法律的理性研究仍然是历史研究。历史必须是研究的一部分,因为没有它我们就不能知道规则的精确范围,而这种知识正是我们的职业。(历史)是理性研究的一部分,因为它是通往开明怀疑主义的第一步,也就是对这些规则的价值进行审慎重考的第一步。”^②因此,对商法历史的研究,是商法理论和制度研究的基础工程。探究商法生长的历史逻辑,就是要认知商法不仅是体系化的规则制度,也是社会生活中的文化价值,还是社会体系中的功能结构。探究商法源流中的结构变迁,就是要放宽视野看商法,聚焦商法制度的历史景深,锁定商法生长的结构焦点,摄取商法变迁的内在逻辑。

(一) 揭开商人的历史面纱

15世纪,威尼斯有位商人叫安东尼奥(Antonio),他与放高利贷的犹太商人夏洛克(Shylock)结有矛盾。某日,安东尼奥向夏洛克借款,夏洛克为了报复以前安东尼奥借钱不要利息而影响自己的生意,与安东尼奥订下了奇特的契约:若届时无法还钱,要割下一磅肉。不料,安东尼奥的商船在海上遇险,他也无法按期偿还借款。在法院,夏洛克准备好了刀子以兑现契约。这时,假扮律师的朴西亚(Portia)要求割下的肉要正好是一磅并且不能流血,否则夏洛克就必须用自己的血“找零钱”给安东尼奥。于是,朴西亚粉碎了夏洛克的阴谋。夏洛克几乎失去了一切,而安东尼奥重新得到了自己的财产。^③

^① 参见施晓红:《公司治理的比较政治经济学研究述评》,载《经济学动态》2008年第9期,第110页。

^② [美]奥利弗·温德尔·霍姆斯著,张千帆、杨春福等译:《法律的道路》,载《南京大学法律评论》2000年秋季号,第14页。

^③ 参见[英]威廉·莎士比亚著,朱生豪译:《威尼斯商人》,大众文艺出版社2008年版。



《威尼斯商人》是莎翁的四大喜剧之一。在《威尼斯商人》中，莎翁展现了对比鲜明的两位商人形象：安东尼奥被认为是慷慨助人、见义勇为、重情重义的商业道德和人文精神的代表，而夏洛克是冷酷、吝啬、残忍、贪婪、狡诈的化身。作品也展现了当时社会中商业文明与道德价值的冲突：爱情与正义伟大，自私与贪婪渺小。时过境迁，威尼斯商人被赋予新的内涵：莎士比亚剧本中描绘的仗义疏财、热心助人的安东尼奥却被解读为广交朋友和道德感模糊，而夏洛克被认为是政治、宗教和宗族利益交织的受害者，被莎翁斥责的高利贷也在现代商业社会中大兴其道。为什么会产生这种差异？参照伽达默尔的经典问题：“理解怎样得以可能？”^①伽达默尔认为，理解应该是主体与对象之间的双向互动交流。这意味着，理解不再是主体对对象单方面的投射，而是一种广泛意义上的对话，即便是我们在观赏一幅艺术作品，阅读、理解文献材料，在伽达默尔的意义学上仍然是“你”与“我”的对话，这里的“你”是一个简单的人称代词，它实际上涵盖了包括文献、艺术品、历史、文化传统，乃至整个世界等一切理解的对象。^②对威尼斯商人的差异理解同样可以从伽达默尔的哲学诠释理论出发：正因为财物、财富、黄金、暴风雨以及音乐交织在安东尼奥和夏洛克两位商人身上，因此他们的意义和价值随着时代变迁不断被赋予新的内涵，这也导致承载两位主角价值的“商人”身份不断刷新新的理论内涵、道德标准和价值取向。因此，“商人”的内涵与安东尼奥和夏洛克的社会评价联系在一起，需要在一定的政治、经济、文化和宗教的大背景下予以判定。威尼斯商人身上承载的并不仅是一部文学作品中莎翁高超的人物刻画，而且是深深根植于故事发生的那个时代——欧洲中世纪——的政治、经济、宗教和商业制度及其实践。这同时也启示我们：“商人”是随着社会经济的发展和变迁而演进和更新。

无独有偶，商人文化变迁的历程在中国古代社会得到同样印证。“商人”在中国历史上有着丰富的历史内涵和社会意义。历史传说中认为，“商”与商王朝联系在一起。“商”是一个擅长做生意的部落名称，后来商部落建立起了商王朝，在商王朝衰落后，商族后裔继续以经商为生，后人便将以买卖货物获利为业的群体称为“商族人”，并简化为后来的“商人”。

① [德]伽达默尔著，洪汉鼎译：《真理与方法》，上海译文出版社1999年版，第6页。

② 参见潘德荣：《伽达默尔的哲学遗产》，载《二十一世纪》2002年4月号，第65-68页。



公元前一千多年,黄河下游居住着一个古老的部落,他们的祖先叫契。由于契在大禹治水时有功,被封为商,这便是古代的商族。契的六世孙王亥聪明多谋很会做生意,经常率领很多奴隶,驾着牛车到黄河北岸去做买卖。一天,王亥在贩运货物途中,突然遭到狄族易氏的袭击,抢走了货物和随从的奴隶,并杀死了王亥。王亥有个儿子叫甲微,听到父亲被害的消息后,便兴兵伐易。最后终于灭了易氏,商的势力也从此扩展到易水流域。到了孙汤商族后裔,商族的手工业已相当发达,特别是纺织业,花色品种优于其他各族。孙汤为了削弱夏的国力,便组织妇女织布纺纱,换取夏的粮食和财富,把贸易作为政治斗争的武器,最后灭了夏代的统治者夏桀,建立了商朝。商朝农业上定居耕种,手工业等也相当发达。周朝建立后,商族人由统治者一下变成了周朝的种族奴隶。过惯了奢侈生活的商族贵族,每况愈下。商族人为了过上更好的日子,便纷纷重操旧业,到处去跑买卖。久而久之,便在周族人的心目中形成了一个概念,即跑买卖的人都是商族人。后来,慢慢地“族”字也去掉了,简呼为商人了。这些称呼一直沿袭至今。^①

野史无法考证,但这段传说也揭示了商人的世俗内涵,即通过货物买卖获得利润。《战国策·赵三》中记载:“所贵于天下之士者,为人排患释难,解纷乱而无所取也。即有所取者,是商贾之人也。”因此,商人,乃“买卖货物求利的人。”^②中国古代又将商人分为“商”和“贾”,行者为“商”,坐者为“贾”,即所谓的“行商”和“坐商”。行商有三种含义:一是获准贩卖粮食的商人,称为行商(háng shāng);二是经营商业的行商(xíng shāng),如宋朝张世南所著《游宦纪闻》卷八:“仕宦之身,天涯海畔;行商之身,南州北县。”三是外出经营的流动商人,与坐商相对,如宋朝范成大《题南塘客舍》:“君看坐贾行商辈,谁复从容唱《渭城》?”随着经营活动的发展,商人发展成为一种主要的社会阶层和职业,《左传》记载:“商农工贾,不败其业。”

商人的足迹不仅限于地中海文明和东方中国,其社会活动可以上溯到

^① 参见金达迈:《“商人”起源》,载《知识窗》2004年第11期;《“商人”的籍贯和来历》,http://blog.sina.com.cn/s/blog_4984fb4f0100cshq.html ~ type = v5_one&label = rela_prevarticle (访问日期:2008年6月10日)。

^② 参见《辞源》,商务印书馆1988年版,第281页。



公元前第八千年,空间范围遍及人类文明的全部区域。^①

表 1-1 商人纪年表(公元前八千年至公元 19 世纪)

时 间	重要事项
公元前第八千年	商人前往土耳其的 CATAL HOYUK 购买黑曜石,以做镰刀之用
公元前第六千年	泥版和楔形文字用于计算货物
公元前第四千年	亚述商人 PUSU - KEN 前往安纳托利亚经商寻利
	印度和两河流域之间的贸易发展起来
公元前第三千年	腓尼基商人从地中海西部地区到埃及建立起广阔的贸易网络
公元前第一千年	希腊商人在地中海东部地区建立贸易殖民地
公元前 7 世纪	雅典金币成为通行货币
公元前 6 世纪	新型骆驼的发明使骆驼使用扩展
公元前 3 世纪	“丝绸之路”贸易连接中国与地中海地区
	希腊铸币和腓尼基铸币形成地中海地区两个主要货币区
公元前 1 世纪	印度国王向罗马派出贸易使团
	意大利仿冒的希腊葡萄酒被输往印度
公元 1 世纪	据希腊海员的记述,季风为人们发现,印度洋贸易得到促进
公元 2 世纪	罗马与印度之间的香料贸易旺盛
公元 4 世纪	佛教信仰的传播促进中亚的丝绸贸易
公元 5 世纪	罗马和拜占庭的金币银币成为国际法定货币
公元 7 世纪	唐朝进口中亚马匹,出口丝绸
	来自印度的棉花传到伊拉克和中东
公元 8 世纪	中国铸币和物产传到东非
	大量亚洲(包括阿拉伯)和欧洲的贸易移民居住于广州
公元 9 世纪	巴格达成为东西方贸易的终点
	波斯的锡拉弗港成为印度、中国与非洲之间贸易的重要集散地
公元 11 世纪	涉及非洲象牙和印度工匠的一套供应链生产体系形成
公元 12 世纪	非洲奴隶在中国被贩卖
公元 13 世纪	热那亚经阿拉伯商人中转得到了中国货物
	蒙古人采用兼具护照与信用卡功能的工具
	舵和罗盘的发明推动了与欧洲的常年贸易
	以开罗为基地的犹太商人在印度开展制造与贸易业务
公元 14 世纪	中国开始大规模棉花生产
公元 15 世纪	俄国商人尼基丁前往印度
	马六甲港兴起为东南亚的威尼斯
	汇票等金融工具推动欧洲贸易

^① 参见纳扬·昌达著,刘波译:《绑在一起》,中信出版社 2008 年版,第 257 - 263 页。



续表

时 间	重要事项
公元 16 世纪	古吉拉特的穆斯林商人扩散到东南亚
	里斯本开设中国瓷器店
	荷兰人建造的快速平底船使远途贸易加速
公元 17 世纪	英属与荷属东印度公司成为最早的跨国公司
	新大陆的白银繁荣了欧洲与亚洲的贸易
	欧洲的第一家咖啡馆在牛津开设
	法国人与荷兰人用印度织物交换东南亚香料和非洲奴隶
公元 18 世纪	荷兰人将咖啡传到爪哇
	法国人将咖啡带到加勒比海地区
	非洲的金矿得到开采
	巴西为葡萄牙人进口的亚洲奢侈品付钱
	英国工人抗议进口的印度纺织品
	惠特尼发明的轧棉机给美国的棉花贸易带来革命性的变化
公元 19 世纪	佩里将军打开日本的贸易门户
	路透社信鸽传递的股票信息由于电报的发明而得到升级
	证券报价机发明
	跨大西洋股票报价电缆铺设
	汽船发明降低航运成本
	英国人将橡胶树种从巴西偷运出境
	第一艘冷藏船下水
	石油被发现,带来了一场交通革命

(资料来源:根据纳扬·昌达著《绑在一起》有关资料整理。)

威尼斯商人的地位及其价值,显然在历史变迁中发生了巨大的调整,而中国商人的形成历史,充满了浓厚的神秘主义与浪漫色彩。有一种观点认为,全球化是商人与传教士、冒险家和武夫共同促成的。^①而在泰格看来,商人是近代西方法律体系形成的重要力量,是资本主义兴起的主要推手。^②在中国,两千年传统政治的基本趋势之一,就是“中国传统政治上节制资本的政策,从汉到清,都沿袭着”。^③“集权”和“抑商”的二元博弈与衡平成为中国传统政治和社会生活的主体结构。^④商人活跃在这个世界的每一个角落,他们成为经典作品中演绎的对象,成为历史传说中追溯的主体,成为政治经济活动的主要构造者,成为主导现代社会发展和文明进步的关键力量。商

① 参见纳扬·昌达著,刘波译:《绑在一起》,中信出版社2008年版。

② 参见[美]泰格、利维著,纪琨译:《法律与资本主义的兴起》,学林出版社1996年版。

③ 参见钱穆:《中国历代政治得失》,北京三联书店2001年版,第170-171页。

④ 参见吴晓波:《中国历史上的政商博弈》,载英国《金融时报》中文网,2011年7月6日。