

21

21世纪法学规划教材

商法总论

GENERAL INTRODUCTION TO BUSINESS LAW

范健 王建文 著



法律出版社

21 世纪法学规划教材

商法总论

General Introduction To Business Law

范 健 王建文 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

商法总论 / 范健, 王建文著. — 北京: 法律出版社, 2011. 2

21 世纪法学规划教材

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1764 - 8

I. ①商… II. ①范…②王… III. ①商法—中国—高等学校—教材 IV. ①D923. 99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 014440 号

© 法律出版社·中国

责任编辑 / 吴 昉

装帧设计 / 汪奇峰

出版 / 法律出版社
总发行 / 中国法律图书有限公司
印刷 / 北京外文印刷厂

编辑统筹 / 法律教育出版分社
经销 / 新华书店
责任印制 / 张宇东

开本 / 787 × 960 毫米 1/16
版本 / 2011 年 3 月第 1 版

印张 / 20.75 字数 / 380 千
印次 / 2011 年 3 月第 1 次印刷

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

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636

北京分公司 / 010 - 62534456

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1764 - 8

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入 21 世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在 21 世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21 世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21 世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育发展服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社

作者简介

范 健 江苏省南通市人。南京大学法学院教授、博士生导师；首届中国十大杰出青年法学家(1995年)；中国法学会商法学研究会副会长。主要研究领域为商法、经济法、国际商法。发表学术论文一百七十余篇，出版独著、合著及主编教材近三十部，主要有：《证券法》(第二版)(21世纪法学规划教材,2010年,合著)、《商法学》(第二版)(21世纪法学规划教材,2009年,合著)、《破产法》(21世纪法学规划教材,2009年,合著)、《公司法》(第二版)(普通高等教育“十一五”国家级规划教材,2008年,合著)、《商法案例分析》(全国高等学校法学专业课程案例分析教材,2008年,主编)、《商法》(第三版)(面向21世纪课程教材、普通高等教育“十一五”国家级规划教材,2007年,主编)、《商法》(第三版)(教育部高等教育司组编、全国成人高等教育规划教材,2007年,主编)、《商法的价值、源流及本体》(第二版)(21世纪法学研究生参考书系列,2007年,合著)、《商法基础理论专题研究》(教育部高等教育司推荐“研究生教学用书”,2005年,合著)、《德国商法:传统框架与新规则》(2004年,独著)、《商法论》(2003年,合著)、《公司法论》(上卷)(1997年,合著)、《中国经济法》(1995年,主编)、《反倾销法研究》(1995年,独著)、《德国商法》(1993年,独著)等。

王建文 安徽省望江县人。河海大学法学院副院长、教授,河海大学商法研究所所长,中国人民大学法学院博士后研究人员。中国法学会商法学研究会破产法专业委员会副主任。江苏省高校“青蓝工程”中青年学术带头人(2010年入选),江苏省高校“青蓝工程”优秀青年骨干教师(2004年入选)。江苏省优秀研究生课程《商法专题研究》负责人。曾获第二届全国法学教材与科研成果奖三等奖(2006年)、江苏省第十届哲学社会科学优秀成果奖三等奖(2007年)。先后毕业于西北政法学院经济法系(本科)、南京大学法学院(硕士、博士)。主要研究领域为商法。发表学术论文四十余篇,其中多篇被人大复印资料全文复印。出版著作及参编统编教材二十余部,主要有:《中国商法立法体系:批判与建构》(商法研究文丛,2009年,独著)、《商法教程》(21世纪中国高校法学系列教材,2009年,独著)、《证券法》(第二版)(21世纪法学规划教材,2010年,合著)、《商法学》(第二版)(21世纪法学规划教材,2009年,合著)、《破产法》(21世纪法学规划教材,2009年,合著)、《公司法》(第二版)(普通高等教育“十一五”国家级规划教材,2008年,合著)、《商法》(第三版)(面向21世纪课程教材、普通高等教育“十一五”国家级规划教材,

2007年,参编)、《商法的价值、源流及本体》(第二版)(21世纪法学研究生参考书系列,2007年,合著)、《商法基础理论专题研究》(教育部高等教育司推荐“研究生教学用书”,2005年,合著)、《商法》(第二版)(教育部高等教育司组编、全国成人高等教育规划教材,2005年,合著)、《商法论》(2003年,合著)等。

前 言

我曾受教育部高等教育司委托,起草了全国法学十四门核心课程《商法教学大纲》(本科)、全国成教法学规划教材《商法教学大纲》(成教),并分别担任这两部统编教材(初版于1999年)的主编。尽管这些教材提出的商法总论体系被我国商法学界广泛采纳,但我深知这种理论体系其实存在严重缺陷。因此,在商法研究过程中,我一直为如何构建我国商法理论体系而倍感煎熬。

2001年以后,我与建文开始共同研究商法,并对商法基础理论及各商事部门法展开了全景式的研究。其中,代表性的合著成果主要包括:《商法论》(高等教育出版社2003年版);《商法的价值、源流及本体》(中国人民大学出版社2004年初版、2007年第二版);《商法基础理论专题研究》(高等教育出版社2005年版,教育部学位管理与研究生教育司推荐“研究生教学用书”);《公司法》(法律出版社2006年初版、2008年第二版,普通高等教育“十一五”国家级规划教材);《证券法》(法律出版社2007年初版、2010年第二版);《商法学》(法律出版社2007年初版、2009年第二版);《破产法》(法律出版社2009年版)。这种经年累月的系统研究,固然耗费精力巨大并对身体造成了重大损耗,但更让我们在收获知识的同时感受到了无法名状的快乐!

在共同研究商法的近十年期间,我们曾多次启动《商法总论》的写作,以便尽早完成在法律出版社出版系列专著式商法教科书的计划。然而,虑及我国商法学界在商法总论研究方面尚未达成必要的共识,难以就面向本科生的《商法总论》教科书确定共识性理论框架,一直拖延下来。面对这种困境,我们在关于中国模式的研究过程中,日益强烈地认识到,有必要重新建构中国商法体系及中国商法总论的理论体系,以便为建立在中国市场经济制度与实践基础上的中国商事立法体系提供全新的理论指引。为此,我们展开了关于中国商法体系的系统研究,并形成了一系列新的研究成果。

为验证我们所提出的商法体系的合理性,我们曾以不同方式作了专门研讨。在确认这一体系可以作为一个初步的成果后,我们终于以此为基础,完成了本书的写作。当然,虽经努力,但毕竟学有未逮且尚处探索之中,不足之处还祈学界惠予批评指正!

范 健

2010年12月于南京大学

目 录

第一章 商法的概念与特征	(1)
第一节 “商”的概念	(1)
一、词义学上的解释	(1)
二、经济学上的解释	(3)
三、法学上的解释	(3)
第二节 商法的概念	(5)
一、商法的概念选择与定义要求	(5)
二、境外商法学界对商法概念的学理界定	(6)
三、我国商法学界对商法概念的学理界定	(7)
四、本书对商法概念的界定	(9)
第三节 商法的类型	(10)
一、形式意义上的商法与实质意义上的商法	(11)
二、广义的商法与狭义的商法	(11)
三、英美法系商法与大陆法系商法	(12)
四、我国商法的类型	(13)
第四节 商法的特征	(13)
一、商主体与商行为具有营利性特征	(13)
二、商法规范具有较强的技术性	(14)
三、商法是兼具公法属性的私法	(15)
四、商法是兼具程序法内容的实体法	(15)
五、商法是兼具国际性的国内法	(16)
六、商法具有发展性与变动性	(17)
第二章 商法的地位	(18)
第一节 商法与其他法律部门的关系	(19)
一、商法与民法	(19)
二、商法与经济法	(20)
三、商法与行政法	(21)

第二节 商法的独立性	(22)
一、商法独立地位的研究视角	(22)
二、商法独立性问题论点辨析	(23)
三、“民法商法化”与“商法民法化”对商法独立性的影响	(25)
四、商法独立性的特殊视角:商法何以成为民法的特别法	(29)
第三章 商法的产生与发展	(33)
第一节 商法的萌芽与早期发展	(34)
一、商法的萌芽:专门调整机制的缺失	(34)
二、中世纪商法:独立生长的法律体系	(38)
三、欧洲早期的商事立法:逻辑化与体系化的缺失	(41)
第二节 近现代商法的形成与发展	(46)
一、近代商法:商法法典化及主要商法法系的形成	(46)
二、现代商法与商法的现代化	(48)
三、商法的趋同化	(50)
第三节 中国商法的变迁与展望	(53)
一、近现代中国商法体系	(53)
二、大陆法系商法对中国商法的历史影响	(54)
三、中国制定统一的商法面临的难点和问题	(56)
第四章 商法的价值、理念与原则	(58)
第一节 商法的价值	(58)
一、法律价值体系的界定	(58)
二、商法价值体系的界定	(60)
三、中国商法核心价值的重新定位	(62)
第二节 商法的理念	(64)
一、法律理念的界定	(64)
二、商法基本理念的界定	(68)
三、强化私法自治	(69)
四、经营自由	(74)
五、保护营利	(79)
六、加重责任	(81)
七、注重效率	(86)
第三节 商法的原则	(87)
一、法律原则的界定	(87)
二、商法原则与商法基本原则的界定	(90)
三、企业法定原则	(90)

四、企业维持原则	(93)
五、保障交易简便、快捷原则	(94)
六、维护交易安全原则	(95)
七、商法基本原则的功能	(97)
第五章 商法的渊源	(103)
第一节 商法渊源的内涵与外延界定	(103)
一、商法渊源的内涵	(103)
二、商法渊源的外延	(105)
第二节 商事习惯法与商事习惯	(107)
一、商事习惯法与商事习惯的内涵	(107)
二、商事习惯法及商事习惯的效力	(109)
第三节 商事判例	(111)
一、大陆法系国家判例的法律效力	(111)
二、我国司法实践中判例的效力	(113)
三、中国对商事判例效力的立法政策选择	(115)
第四节 商事自治规则与法理	(117)
一、商事自治规则	(117)
二、法理	(119)
第六章 商法的体系与立法模式	(122)
第一节 商法的体系	(123)
一、商法体系的含义	(123)
二、商法体系的研究价值	(124)
三、我国商法体系的学术观点	(124)
第二节 我国商法体系的缺陷及其补救思路	(126)
一、我国现行商法体系的缺陷	(126)
二、我国现行商法体系缺陷的补救思路:制定总纲性商法规范	(128)
第三节 商法的立法模式	(130)
一、民商分立立法模式分析	(130)
二、民商合一立法模式分析	(131)
三、中国商法立法模式的理论构建	(134)
第四节 商法的立法体例考察与理论构建	(137)
一、世界主要商法典立法体例考察	(137)
二、我国《商法通则》立法体例的现实选择	(138)
第五节 我国商法体系的理论构建	(139)
一、《商法通则》立法体系的整体定位	(139)

二、《商法通则》中“一般规定”的基本架构与立法构想	(140)
三、关于营业制度的立法定位	(142)
四、关于商事账簿制度的立法定位	(143)
五、关于商事法律责任制度的立法定位	(144)
六、关于商事审判程序的立法定位	(145)
第七章 商主体通论	(147)
第一节 传统商法中的商人	(148)
一、传统商法中商人的内涵	(148)
二、传统商法中商人的外延	(149)
三、传统商法中商人制度的缺陷	(149)
第二节 商主体性质与形态的变迁:历史线索与发展规律	(150)
一、早期商人及商事组织的性质与形态	(150)
二、中世纪商事组织的产生与发展	(153)
三、公司的产生与发展:性质与形态变迁	(154)
四、商人性质与形态变迁的规律与启示	(157)
第三节 商主体制度的变革与创新	(157)
一、商人结构变迁的结果:公司商人化	(157)
二、公司商人化缺陷的纠正:企业人格化	(160)
三、现代商主体制度的创新:商人企业化	(164)
第四节 我国《商法通则》立法中商主体制度的立法选择	(166)
一、我国《商法通则》中对商主体概念的立法选择	(166)
二、“企业主”及企业“经营者”的立法选择与定位	(168)
第八章 企业通论	(170)
第一节 企业的概念	(171)
一、企业概念的一般分析	(171)
二、企业概念法律界定的一般考察	(174)
三、企业的法律含义	(178)
第二节 企业的特征	(179)
一、企业是组织体	(179)
二、企业是独立从事经营活动的经济组织	(181)
三、企业设立的目的具有营利性	(182)
四、企业必须依法成立并具备一定的法律形式	(183)
第三节 企业的类型	(184)
一、企业的基本类型	(184)
二、法人企业	(187)

三、合伙企业	(198)
四、个人独资企业	(200)
五、企业基本形态补充说明	(203)
第九章 商行为通论	(206)
第一节 商行为的概念界定	(207)
一、商行为概念界定标准考察	(207)
二、我国商法之商行为概念界定	(209)
第二节 商行为的特征	(212)
一、传统商法中商行为的特征	(212)
二、我国商法中商行为的特征	(215)
第三节 商行为的类型	(217)
一、传统商法中商行为的类型	(217)
二、我国商法中商行为的类型	(220)
第四节 商行为的独立性与立法模式	(226)
一、传统商法中商行为的独立性	(226)
二、传统商法中商行为的立法模式	(229)
三、我国商法中商行为立法模式的理论构建	(233)
第五节 具体商行为	(235)
一、具体商行为概述	(235)
二、具体商行为的种类	(235)
第十章 商事登记制度	(240)
第一节 商事登记的概念与特征	(241)
一、商事登记的概念	(241)
二、商事登记的特征	(242)
第二节 商事登记立法	(243)
一、商事登记的立法体例	(243)
二、商事登记制度的立法原则	(244)
三、商事登记的限制	(247)
四、商事登记管理机关	(248)
第三节 商事登记的种类	(249)
一、开业登记	(250)
二、变更登记	(251)
三、注销登记	(251)
四、企业分支机构登记	(252)
第四节 商事登记的程序	(253)

一、申请	(254)
二、审查与受理	(255)
三、决定	(256)
四、登记公示、公开	(258)
五、我国商事登记程序的完善	(259)
第五节 商事登记的效力	(260)
一、商事登记对企业本身的法律效力	(260)
二、商事登记的对外法律效力	(261)
三、商事登记的特殊效力	(262)
四、情况不实的登记的效力	(263)
第六节 商事登记的监督管理	(264)
一、商事登记监督管理的含义	(264)
二、商事登记主管机关的义务	(264)
三、企业年度检验制度	(265)
四、企业证照管理	(266)
五、企业登记档案管理	(267)
第七节 我国现行商事登记制度的缺陷及立法思路	(267)
一、我国现行商事登记制度的缺陷	(267)
二、我国商事登记制度立法安排的基本思路	(270)
第十一章 商号制度	(275)
第一节 商号权内涵界定	(276)
一、商号权的概念	(276)
二、商号与商号权的法律特征	(277)
三、商号权的法律属性	(278)
四、商号与其他商事标记的区别	(280)
五、商号的起源	(282)
第二节 商号权的取得与废除	(283)
一、商号的选定	(283)
二、商号选定的限制	(284)
三、商号的登记	(284)
四、商号权的取得方式	(285)
五、商号的废止	(287)
第三节 商号权的内容	(287)
一、商号使用权	(287)
二、商号转让权	(288)

三、商号独占权	(289)
四、商号变更权	(289)
五、商号出借权	(290)
第四节 商号权的冲突与法律保护	(290)
一、商号权的冲突	(290)
二、商号权的法律保护	(292)
第五节 我国商号制度存在的主要问题及其完善	(296)
一、我国现行商号制度的缺陷	(296)
二、商号法律保护机制的完善方案	(297)
主要参考文献	(302)

第一章 商法的概念与特征

本章导读

- 为使读者能够对“商”的概念形成清晰的认识,有必要对其从词义学、经济学、法学等不同角度进行解释。
- 商法概念还存在“商事法”、“商人法”等不同称谓,而这些概念又被赋予了不同含义,但“商法”一词是与境外商事立法相符且与相关法律部门相呼应的概念,应为我国商法的最佳选择。
- 本书将商法定义为:商法是指调整因经营行为而形成的商事法律关系的法律规范的总称。该定义将商行为替换为经营行为,未对经营行为的实施主体作任何限制,意味着凡法律未禁止从事经营行为的法律主体均可成为商事法律关系的主体。
- 大体上可根据不同标准,对商法做以下三种类型的划分:形式意义上的商法和实质意义上的商法;广义的商法与狭义的商法;英美法系商法与大陆法系商法。
- 商法具有以下特征:商主体与商行为具有营利性特征;商法规范具有较强的技术性;商法是兼具公法属性的私法;商法是兼具程序法内容的实体法;商法是兼具国际性的国内法;商法具有发展性与变动性。

第一节 “商”的概念

现代汉语中“商”一词,在英语中表述为“commerce”,在德语中表述为“der Handel”,在法语中表述为“droit commercial”,在拉丁语中表述为“commerium”,在日语中表述为“商业”。“商”是一个古老的用语,同时现代社会中,它又是一个被多个学科在不同含义上使用的词汇。为明确“商”的确切含义,我们特对商在辞义学、经济学与法学上的不同解释予以简单考察。

一、词义学上的解释

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。古

代汉语中,商是一种计时单位,一刻称为一商,古语有谓“商,刻也”。〔1〕商又被用指“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。

“商”一词被引入经济生活,人们最初是在相互交换和互通有无这一意义上使用其概念的,它与贸易活动联系在一起。从历史考证中可以看到,在人类社会早期,古老的商事活动主要是物的交换,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,交易的标的仅仅是有形物,并且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。我国古代汉语中关于商的解释便大多立足于这一角度。如“通财鬻货曰商”;〔3〕“商贾何谓也?商之为言,商其远近,度其有亡,通四方之物,故谓之商也……行曰商,止曰贾。”〔4〕“商欲农,则草必垦矣”。〔5〕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,如中国古代汉语中的“布商”、“客商”等。

我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,并近似于各国古代社会对于简单商品交换活动的理解。根据许多权威性的外文词典的解释可以知道,在外文中“商”字指的是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。如美国出版的极具权威性的《布莱克法律辞典》对“商”即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。”〔6〕《拉威尼(Lavine)当代商法》则认为“商”是指“对各种物品的交易或交换之总括。”〔7〕总之,在外文中,“商”一般均指关于货物的交易或买卖,其含义与汉语中的解释大体相当。作为辞义学上的解释,“商”的特定含义为我们在商法意义上的“商”具体限定了文字内涵与外延,构成了我们研究商法之“商”的意义的基点。

〔1〕《集韵·阳韵》。

〔2〕《说文·内部》。

〔3〕《汉书·食货志》(下)。

〔4〕《白虎通·商贾》。

〔5〕《商君书·垦令》。

〔6〕 See Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co. 1999, Seventh Edition, p. 263.

〔7〕 转引自张国键:《商事法论》,台湾三民书局1980年版,第4页。

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(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。易言之,“商”即介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润的行为。^{〔8〕}这种认识显然与古典经济学中将经济活动区分为“生产活动”与“非生产活动”以及现代经济学中将社会生产区分为“直接生产过程”与“商品流通过程”的观念有着内在的联系。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。并且,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,因而制造业、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。这就要求经济学理论适时修订其关于“商”的界定。然而,很明显,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。这就要求经济学理论适时修订其关于“商”的界定。

三、法学上的解释

法学上的“商”也称为“商事”,其概念是在对商事习惯和不同时期商事实践的法律概括基础上逐步形成的。随着古典商业时代的结束,传统的商人交易行为逐渐丧失了其概括性含义,而成为所谓“主观意义上的商”;随着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概括性含义,而成为所谓“固有商”;而随着现代社会经济的高速发展,商事的范围和种类正越衍越广,越衍越繁,形成所谓“无业不商”之局面,使商业范围得到空前的拓展。^{〔9〕}基于此,在法律用语中,“商”具有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”。具体来说,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。但是,它也并非指所有的生产和流通行为,只有生产和流通与营业联系在一起,即生产和流通是为了一定的营利目的而持续进行时,这种行为方可视为法律意义上的商。也就是说,法律意义上的商,是一种特指的营业活动,而非一般的贸易活动。从法律上理解商,重点不在

〔8〕 参见张国键:《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。

〔9〕 参见赵万一主编:《商法学》,法律出版社2001年版,第17页。