

《法学概论》学习指南

主 编	吴祖谋	李双元
撰稿人	倪健民	杨泽主
	于沛霖	漆国生
	毛信庄	公丕祥
	赵长生	

法 律 出 版 社

· 写在卷首 ·

本书是《商事法论集》第2卷（1997年号）。

本卷的编写要旨仍与第1卷相同：立足中国商事法的发展与完善，广泛借鉴和吸收国外商事立法的经验和判例学说，追踪国外商事法的发展趋势，推动商事法专题的研究，促进商事法学的学科建设，进而为商事立法和商事审判实践提供理论上的服务。

商事法基础理论的研究，在整个商事法研究中起着统帅的作用。因此，本论集将力图使“商事法基础理论”成为一个永久性的栏目。此次该栏编入的李功国的《商人精神与商法》，是一篇研究商法文化的力作。作者着眼于商人精神与商法的因应关系的文化历史分析，可使人们进一步认识商法的深刻的精神内涵，丰富人们对商法文化的理解。

“专题研究”仍是本论集的核心部分。本卷的专题研究编入了三篇论文：正在挪威进行学术交流的刘俊海寄来了《强化公司的社会责任——建立我国现代企业制度的一项重要内容》，他以翔实的资料系统研究了公司的社会责任，填补了公司法研究中的一个空白。他同时将公司的营利目标与社会责任目标提到人们面前，也很值得学术界和实务界重视。设立中公司的地位及其权利义务的归属一向为人们所忽视，但确是公司法理论与实践中的一个重要问题。对此，范健的《论设立中公司及其法律责任研究》作了很好的说明，可解除人们在这个问题上的困惑。近几年，人们对“公司法人格否认”已多有议论，但它的价值目标是什么，它与公司法人制度的关系如何，却较少分析。针对此问题，朱慈蕴的《论公司法人格否认法理的价

值取向》进行了深入的研究，并作了有价值的回答。

本卷增加了“研究报告”一栏，旨在推动商事法的理论与实践的结合。该栏编入的顾功耘等的《关于证券交易所监督上市公司的研究报告》，就是这方面一个很有意义的探索，报告中提出的一些问题很值得人们思考。

“外国商事法”栏编入了周剑龙的《日本的股东代表诉讼制度》、张舫的《英、美对目标公司反收购行为的规制》和张开平的《英、美公司法上的董事注意义务研究》三篇论文，他们带来了最新或较新的学术信息，其所论及的理论与相关的国外作法的借鉴意义是不言而喻的。

本卷设置了“竞争法研究”栏目。其所编入的王晓晔的《欧盟反倾销法与我国对欧盟的出口贸易》及其所译的《欧共同体理事会关于抵制非欧共同体成员国倾销进口的规则》都涉及到深入研究经济法理论的问题。她的论文告诉我们：反倾销法作为维护市场秩序的法律措施，我国应很好地借鉴；反倾销法作为西方发达国家抵制发展中国家进口的贸易壁垒措施，我国必须认真加以研究，采取切实的对策措施。两者都是不可忽视的。

“硕士学位论文”编入了两篇论文，即梁上上的《股份有限公司发起人责任研究》、文学国的《可转换公司债法律制度研究》。这两篇论文虽出于年轻人之手，但其理论深度和所提出的问题是值得人们注意的。他们向我们表明，商法学界是后继有人的，商法学的繁荣是有希望的。

本卷的编辑也有缺陷，即编入的论文所涉及的范围不够宽，公司法的论文多了些，其他领域的论文相对少了些。无疑，这一缺陷首先要由编者努力去弥补。同时，也希望有更多的佳作来填补本论集中尚很少有人问津的空白。

王保树

1997年7月30日

· 目 录 ·

· 商事法基础理论 ·

商人精神与商法 李功国 (1)

· 专题研究 ·

强化公司的社会责任——建立我国现代企业制度的

一项重要内容 刘俊海 (55)

设立中公司及其法律责任研究 范 健 (133)

论公司法人格否认法理的价值取向 朱慈蕴 (168)

· 研究报告 ·

关于证券交易所监督上市公司的研究报告

..... 顾功耘 徐明 杨静 殷洁 (215)

· 外国商事法 ·

日本的股东代表诉讼制度 周剑龙 (261)

英、美对目标公司反收购行为的规制 张 舫 (280)

英、美公司法上的董事注意义务研究 张开平 (342)

· 竞争法研究 ·

欧盟反倾销法与我国对欧盟的出口贸易 王晓晔 (403)

附：欧共同体理事会关于抵制非欧共同体成员国倾销

进口的规则 王晓晔译 (428)

· 硕士学位论文 ·

股份有限公司发起人责任研究 梁上上 (467)

可转换公司债法律制度研究 文学国 (542)

· 商事法基础理论 ·

· 商人精神与商法 ·

李功国*

目 次

- 一、引言
- 二、商
- 三、商人精神
- 四、商人精神与商法的历史因应
- 五、融注商人精神的商法基本原则
- 六、中国商人精神与商法

一、引言

商事活动是人类生活的一个重要领域。在商人的商事活动中,形成了独特的心理样态和行为模式,反映出商人的基本理念、内心愿望和价值追求,表现为有自性的精神文化气质,即可称之为商人精

* 兰州大学法律系教授。

图书在版编目 (CIP) 数据

商事法论集 第2卷/王保树主编; 中国社会科学院法学研究所商事法研究中心编. —北京: 法律出版社, 1997. 11
ISBN 7-5036-2247-4

I. 商… II. ①王… ②中… III. 商法-文集 IV. D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 21677 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/19.75 字数/485 千

版本/1997 年 11 月第 1 版 1997 年 11 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂内 (100073)

电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN7-5036-2247-4/D·1867

定价: 29.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

· 商事法基础理论 ·

· 商人精神与商法 ·

李功国*

目 次

- 一、引言
- 二、商
- 三、商人精神
- 四、商人精神与商法的历史因应
- 五、融注商人精神的商法基本原则
- 六、中国商人精神与商法

一、引言

商事活动是人类生活的一个重要领域。在商人的商事活动中,形成了独特的心理样态和行为模式,反映出商人的基本理念、内心愿望和价值追求,表现为有自性的精神文化气质,即可称之为商人精

* 兰州大学法律系教授。

神。商人、商事、商行为、商关系要接受商法的规范与调整；商法的立法思想、指导原则和条款的适用，则应体现、发扬商人精神及其价值体系。这是商法的支柱与灵魂，是商法建设的核心。

按照唯物史观，商法是一定历史条件下商品经济关系的法律表述；但商法并不仅仅是被物质条件所决定的，而是有着自身的思想文化渊源。本文侧重于商人精神与商法因应关系的文化历史分析，无非是想进一步认识商法的深刻精神内涵，以丰富我们对商法的文化理解。

二、商

把商人精神与商法的对应关系作为研究范畴，首先要分清一般意义的“商”与商法意义的“商”，以及“商”概念的经济文化蕴含。

(一) 一般意义的商及其经济文化蕴含

在人类社会生活和经济生活史上，由物物交换过渡到以货币为媒介和以商业为中介的商品交换，使社会上逐渐形成了一部分固定从事专业性商业活动的人，即被称之为商人，他们所从事的行业被称为商业或商事。由于商事活动是很悠久的事业，几乎与人类的生存活动共起始，因而商的概念既非常古老并有相对稳定的内涵，又有历史嬗变的过程性、发展性、丰富性。我国《左传》、《商君书》、《战国策》等早期文献，释“商”为买卖货物求利的人。后来《汉书》释为“通财鬻货曰商”。《白虎通》则更具体化为“商其远近，度其有无，通四方之物，故为之商。”这是我国古代商之初期，反映物物(W-W)交换的商概念；后来币制创立，商业渐盛，遂以货币作媒介，实行财货交换(W-G-W)，而且商品买卖活动不再是在生产者与消费者之间直接进行，而是由二者之间第三人——商人来进行，于是出现了以商人和商业为中介的商品交换形式。商的概念中增添了货币媒介和商业中介等内容，西方一些权威性辞书和著作把“商”(Commerce)解释为“商品交换或买卖之行为”，或者“货物、生产

品或任何种类财物之交换。”马克思也指出：“商业，即通过买和卖来交换商品。”^①正是对这一时期商业本质的概括；迄于近现代，社会化大生产与社会分工导致商品经济、市场经济的巨大发展，使整个人类生活由谋求基本生存条件为主向优化资源配置，追求财富的增殖和生活的高需求发展，“商”的内涵随之极度扩充，而且具有了现代的意义。这时的商品流通形式已由过去的货币为媒介转变为以商品为媒介（G-W-G），即商品变货币的发达形式。货币成为出发点和归宿，商品流通的最终目的不再是生产者为了购买自身需要的另一种商品而出卖自己的产品（为买而卖），而是商人用货币买进商品再卖出去（为卖而买），从而获得超出原投入货币价值的货币（G-W-G'），实现货币增殖。马克思指出：“这个G-W-G'作为商人资本的具有特征的运动，不同于W-G-W，即生产者本身之间的商品交易。”^②于是，马克思进一步对“商”作出解释，认为商是“商品交换的发达形式。”^③这是对现代意义的“商”的最新概括。

商业形成市场，首先是商品市场，随着商品范围的扩大，分工的明确，市场的类型不断延伸，交易的内容不断细化。但商品市场的经营者的经济活动都是为了赚取一买一卖之间的差额，都在追求自己的利益和得失，都在听凭供求定律这只“看不见的手”在那里摆布，于是出现了争夺市场的竞争。由此，现代企业成为市场主体；赚钱获利成为竞争和市场活动的根本动力；价值规律成为其根本规律；等价交换成为其基本原则。人类社会就这样逐渐地由原始经济、自然经济进入商品经济、市场经济形态。商业吞并了工业，人与人之间的一切关系（个人或国家的）都被归结为商业关系。至此，广

① 《马克思恩格斯全集》，人民出版社1974年版，第25卷，第364页。

② 《马克思恩格斯全集》，第25卷，第365页。

③ 《马克思恩格斯全集》，第23卷，第182页。

义的“商”概念，已经与商品经济、市场经济联系在一起。

对“商”的认识，除了纯经济的分析之外，还有着深刻的文化历史内容。文化是人类为了生存、发展而在共同生产、生活中创造出来的人为环境和自身心理状态及行为方式，反映着人类的“类”本质，又是人类社会的象征，蕴含着人类文明史的全部丰富性和历史的、时代的、民族的、地域的不同特点。具有世界性广泛影响的德国著名学者马克斯·韦伯(Max·Weber)，把现代商业社会与他所称的“资本主义”连结起来，作为人类历史上的一种文化现象，用他所构建的“资本主义精神”这个“理想类型”作为概念工具，对世界各民族加以比较分析，证明近代西方资本主义是由近代西方社会所拥有的精神文化气质所造就的，是18世纪以来西方科学、政治、经济、法律、宗教等方面占支配地位的理性主义精神发展的结果。他认为，获利的欲望，对营利、金钱的追求，存在于并且一直存在于所有人的身上，侍者、车夫、艺术家、妓女、贪官、士兵、贵族、十字军战士、赌徒、乞丐均不例外。因此，对财富的贪欲和商人的商业活动乃是古已有之，并且遍布世界各地。但是，西方现代商业是一种极其不同的“资本主义”形式，这就是自由劳动之理性的资本主义组织方式。他对“资本主义”下的定义是：“资本主义确实等同于靠持续的、理性的、资本主义方式的企业活动来追求利润并且是不断再生的利润。”而资本主义的经济行为则是“依赖于利用交换机会来谋取利润的行为”，“即使通常所谓的商业化、交换等等一类东西也是与之联系着的。”^①韦伯在这里所定义的“理性资本主义”和资本主义的“经济行为”，实际上就是文化意义上的现代商与商行为。他的学说运用“韦伯思路”这一文化历史分析方式，揭示出作为文化现象的现代商业的伦理精神，并把这种精神追溯到与清教伦理的

^① 马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，三联书店1987年版，第10—12页。

历史联系，这对于我们认识“商”概念的文化蕴含，具有重要启迪价值。

在此之前的黑格尔，已经对商业活动及其赖以存在的市民社会作过深刻的文化分析。认为在市民社会中，每个人都以自身为目的，但是，如果他不同其他人发生关系，他就不能达到他的全部目的，因此，其他人便成为特殊的人达到目的的手段。“特殊目的通过同他人的关系就取得了普遍性的形式，并且在满足他人福利的同时，满足自己。”所以，“整个市民社会是中介的基地；在这一基地上，一切癖性、一切秉赋、一切有关出生和幸运的偶然性都自由地活跃着；又在这—基础上，一切激情的巨浪，汹涌澎湃，它们仅仅受到向他们放射光芒的理性节制。”^①也正是在这一基地上，商品、资本、各种生产要素、人与人的不同才能和差别相互流动、交换和利用，并通过司法对所有权加以保护，通过警察和同业公会把特殊利益作为共同利益加以关怀。于是，在劳动和满足需要的依赖性及相互关系中，每个人在为自己取得、生产和享受的同时，也正是为了其他一切人的享受而生产和取得。在这里，黑格尔非常生动地把市民社会和商业活动与劳动和满足需要的依赖性、相互关系性联系了起来，从而触及了商业的本质。

马克思更是在经济分析的基础上，从哲学文化的高度，对“商”的本质、规律、功能和历史发展进行了全面与科学的分析。指出商业交换关系——放弃一些东西，作为取得一些东西的代价，是所有人类行为中最常见的，无处不在的社会行为。完全离开商品交换的社会行为是不存在的，社会上的每个人无论是生理上还是心理上，都离不开与他人的交往，整个人类要维持正常的生活更离不开这种相互关系。人类不可能处于绝对的相互不协助的自私之中，作

^① 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第197页。

为社会成员的每个个体不可能脱离与社会的联系,也不能脱离其他人而生活。正是在这种生产和交往中,直接发展出市民社会,它是在生产、交换和消费发展的一定阶段上产生的社会组织和制度的总和。市民社会的基础是自然人个人对自然生存利益的关注,为了实现生存利益,市民间必然要通过物质交往和交换以达到互惠的目的。交往和交换就成为市民社会的运作方式和表现形式。所以,“在文明状态中,每个人都是商人,而社会则是商业社会。”^① 马克思的这些论述,从人的生存利益,从个人与他人的交往和互惠关系上,从交往、交换作为市民社会运作和表现形式的基本分析上,从商品交换的精神特征上,深刻地揭示了“商”的本质。“商”实际上是人的一种基本生存方式。这种分析既是社会经济的,更是文化的,哲学的,是对“商”的综合分析、本质分析。它使我们进一步认识到,“商”概念的社会经济和文化历史的蕴含是十分丰富深刻而且不断向前推演的。“商”几乎与商品生产交换的全部经济活动甚至整个现代社会文明联系了起来,这就使得对“商”的研究范畴越来越宽泛化、复杂化,几乎失去了“商”的自身规定性。

但是,在历史和现实的经济生活中,即使是一般意义的“商”,仍有其相对稳定的内涵。虽然在市场条件下一部分商品生产者也可直接兼营商品交换,但以职业商人和商业为媒介的商品交换,始终是社会商品流通的基本形式。正如马克思所说,商业“是以商人的活动,即以商人的买卖行为为媒介的,于是这种活动就形成一种特别的、与产业资本的其它职能分离的、因而是独立存在的业务。这是社会分工的一种特殊形式,结果是,一部分本来要在资本再生产过程的一个特殊阶段(在这里就是流通阶段)中完成的职能,现在表

① 马克思:《1844年经济学——哲学手稿》,第104页。

现作为一种和生产者不同的、特别的流通当事人的专门职能。”^① 这就是说，以商人的买卖行为为媒介的商品的交换与流通，企业与个人的营利性经营活动，仍然属于一个有独立运行机制和表现形式的经济活动领域，它与生产活动一起，构成人类社会的基本生存条件。这一领域已不完全是严格意义和传统意义上的“商事”了，但它们在添充着、丰富着、发展着“商”的内容的同时，并不曾从根本上动摇“商”的自身属性。商所固有的以买卖的媒介交易为主要类型，以平等主体之间的商品交换关系为内容，以营利性经营为特征的基本涵义仍然是明确的。

（二）商法意义的商及其规定性

作为商法和商法学中的“商”概念，自然有着不同于一般意义上商的特定范畴。对商法和商法学中商概念的理解，既不能过分宽泛抽象而失去其质的规定性；又不宜过分狭窄与传统，从而脱离历史演进中商的本质变化及现代经济文化生活所赋予的丰富内容。从这个意义上讲，我国一些商法学者关于“商”的定义是大体适中的。梁慧星、王利明把“商”定义为“以营利为目的的各种商品交换行为。”^② 近来苏惠祥等对“商”的定义是“以买卖方式使商品流通的经济活动。”^③ 或是认为“商事概念本质上是对社会生活中生产经营活动性质之概括；在现代社会经济条件下，它是对营利性主体从事的营利性营业活动之性质概括。”^④ 王书江等从“商”的范围上，指出经济学或日常生活中把商理解为沟通生产与消费的媒介行为；而法律上仅把这种媒介行为看作是商的一种，即固有商或买卖商，此

① 《马克思恩格斯全集》，第25卷，第303页。

② 梁慧星、王利明：《经济法的理论问题》，第11页。

③ 苏惠祥主编：《中国商法概论》，第3页。

④ 董安生等：《中国商法总论》，第9页。

外还有其他许多商行为且其范围日益扩大,出现“无业不商”的情况。他们还认为“商人”是个过时的概念,应以企业替代之。^①王保树在对“商”进行考察的基础上,对商的性质、范围和特点作了全面分析,认为“在近代经济发展中,人们已将营利视为‘商’的本质。这种行为不仅表现在买卖之中,也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、损害保险业等。并且,发展到与商业没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。”这种“广义的营利行为才是商法上的商。”^②他还通过分析商事关系的特点和评介不同学说,进一步阐发了对商法上“商”的理解。徐学鹿也不同意把商人仅仅局限于从事商业的商人,认为“现代商人,除了经销商以外,还包括制造商、证券商、保险商、运输商(含海商)、广告商、代理商等。因此,“完善的现代商人制度,就是经济学上的现代企业制度的法律用语。”^③

我国台湾商法学者对“商”或“商业”也有类似解释。刘清波依台湾商业登记法之规定,认为“商业”是指独资或合资经营各种业务之营利事业,包含“营利”与“营业”两种要素^④。张国键对“商”的定义则是:“凡属以营利为目的,从事媒介交易之行为,皆称之为商。”^⑤这一解释标明了现代商的营利性、媒介交易性和商行为的客观性等基本理念,揭示了商的本质特征。张国键认为,随着商业的发达和商业种类的愈衍愈繁,法律学上所谓“商”乃基于法律上的认定,逐渐扩大范围,除“固有商”以外,还包括“辅助

① 王书江主编:《中国商法》,第34页。

② 王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第4页。

③ 徐学鹿:《商法是市场经济的内在要求》,载《南京大学法学评论》,1995年。

④ 刘清波:《商事法》,台湾商务印书馆1986年版,第13页。

⑤ 张国键:《商事法论》,三民书局印行,第3页。

商”（亦称第二种商）和“第三种商”、“第四种商”。对“商”之意义，应采广义上的解释，法学上究竟何者为“商”，则须视各国商事法律所规定的“商”的范围而定之。这就为法学上的“商”，在大体指明一种趋势和范围的同时，确定了一个立法的标准。

法学和法律上的商概念，的确是在商事习惯和不同国家在长期商事实践的法律概括基础上逐步形成的。在各国立法例中，对商或商事的规定，或采取概括主义，或采取列举主义，或兼采二者而为折衷主义。我国台湾商业会计法第二条规定：“本法所称商业，谓以营利为目的之事业，其范围依商业登记法及公司法之规定。”而现行商业登记法列举了 32 种商业形式并规定了概括和限制性条款。《德国商法典》规定：凡以商业方法与范围为营业，办理商业登记者，即视为商业，并规定了 9 种方式的企业活动属于商事经营。从事这 9 种基本经营活动的人即为商人。德国商法把行为、商人、经营属性作为商的基本要素，将商行为分为基本商行为、辅助商行为和附属商行为三类，并对经营属性的概念、范围、种类的划分及经营属性的确定方法，作出了规定^①。《瑞士债务法》规定：凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业，而进行商业登记的，也视为商业。日本商法则把投机购买、出卖、交易所交易、票据等行为规定为 4 种绝对商行为，另把借贷、加工、制造、运送、银行交易等 12 种行为规定为相对商行为。这些立法规定均从“经过登记的商主体”，“以营利为目的”，“以商业方法作为营业”，“从事规定范围内的事业”诸要素上，确立商或商业的立法解释。由此也可以概括式地将商法意义上的商或商事理解为：“商”是经商业登记的商主体，在法律规定的范围内，所从事的一切营利性营业活动。这种理解与经济和文化观念上对商的解释，在实质意义上是相通的。商主体的营利性营业

^① 范健：《德国商法》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 51 页。

活动使普遍意义上的交易与商品交换更具有职业性特征,对商主体资格和商行为范围的规定,更使商具有了法律上的确定性、规范性和适用性。反映了不同于经济和文化历史分析的独特法学思维与法学智慧。

从以上对商的经济分析、文化分析和法学分析中可以看出:对商的经济学分析侧重于功利和成本效益;法学分析侧重于法的规定性;而文化哲学分析则更加涉足于商的价值理性和本原意义的形而上界域。人是在世存在,必然有生存利益与交往交换的需求,必然与现实世界、与他人及自然发生关系,这就是“商”的定位依据。只满足于对“商”的经济的、法律的现实操作,就会失去理性光芒的照耀;过分沉溺于文化哲学思考,也不能切实解决人的现实生活问题。所以,对“商”的诠释,应当是综合的。

三、商人精神

对“商”的文化分析必然要深入到商人精神中,从商人自身的观念与追求中,发展商法的精神文化依据。商人精神以商人的心态、观念、愿望、价值追求、行为模式和历史传统为内容,并通过综合评价,形成独特的商文化或商业文明的基本要素。

商人精神首先涉及到商的道义评价,同时又突出地表现在商人伦理及经商之道即“商道”上。前者揭示着商的本质、商人的价值追求及社会的道义评价;后者反映出商人的伦理与职业特征及方法、技巧。这也就是韦伯所讲的包括价值理性和工具理性的现代商业“理性精神”。

(一) 商人精神的道义基础

整个一部人类商事史,是充满了血与火、善与恶、利与义、理性与非理性的长期抗争史,没有哪一项事业较之商事在文化、伦理、价值评价上更具歧义的了!这从根本上涉及到了商的本质及其价值体系和道义基础。