



21世纪普通高等学校（本科）法学精品教材

主 编 彭 虹 孙光焰

商法学

Commercial Law

Commercial Law



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS



21世纪普通高等学校（本科）法学精品教材

商法学

Commercial Law

主 编 彭 虹 孙光焰



暨南大学出版社
JINAN UNIVERSITY PRESS

中国·广州

图书在版编目 (CIP) 数据

商法学 / 彭虹, 孙光焰主编. —广州: 暨南大学出版社, 2009. 4
(21 世纪普通高等学校 (本科) 法学精品教材)
ISBN 978-7-81135-196-5

I. 商… II. ①彭… ②孙… III. 商法—法的理论—中国—高等学校—教材
IV. D923.991

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 025036 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601

营销部 (8620) 85225284 85228291 85220693 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 广州市星辰文化发展部照排中心

印 刷: 广州市官侨彩印有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 22.25

字 数: 528 千

版 次: 2009 年 4 月第 1 版

印 次: 2009 年 4 月第 1 次

印 数: 1—3000 册

定 价: 43.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

商法学编委会

主 任 彭 虹 孙光焰

编委会成员 (以编写章节先后为序)

彭 虹 杨 悦 董占军 孙光焰

赵 玲 肖 敏 曹新华 黄善文

符 琪 龚小川 段小红

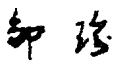
总 序

胡锦涛总书记在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告中指出：“最广泛地动员和组织人民依法管理国家事务和社会事务，管理经济和文化事业；坚持依法治国基本方略，树立社会主义法治理念，实现国家各项工作法治化，保障公民合法权益；坚持社会主义政治制度的特点和优势，推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化，为党和国家长治久安提供政治和法律制度保障。”依法治国是社会主义民主政治的基本要求，要全面落实依法治国的基本方略，建设社会主义法治国家，必备的法律知识应当成为人们尤其是普通高等学校学生知识结构的重要组成部分；熟悉和掌握法律法规，对于弘扬法治精神，形成自觉学法、守法、用法的社会氛围具有重大意义。

当前，党和国家致力于完善中国特色社会主义法律体系，建设公正、高效、权威的社会主义司法制度。这对培养法律高级专门人才的高等学校法学教育提出了更新、更高的期望和要求。我国法学专业的教材建设正处在一个高速发展的过程中，这为普通高等学校法学教育的具体实施提供了一定程度的保障。但从严格意义上来说，制约普通高等学校法学教育发展的教材问题依然存在，主要表现为法学教材理论与实际结合的程度不够，尤其表现在高职高专法学教材中。

为了适应法学教育发展的新形势，积极探索和总结高等法学教育教学改革的方法和经验，针对当前绝大多数法学教材理论脱离实际的倾向，暨南大学出版社组织了全国几十所大学共同编写了“21 世纪普通高等学校法学精品教材”。这套教材分为本科和高职高专两个系列，内容涵盖了法学的全部学科，系统性强；囊括了最新立法成果、相关领域的理论研究成果和前沿热点问题，贴近时代发展，做到了理论性与实用性的较好结合。这两套系列教材堪称系统工程，其规模之大、覆盖面之广，在法学教材建设中首屈一指；在知识系统的完整性、理论观点的稳妥性、引用资料和法规的准确性以及文字表达的规范性和可读性等方面都达到了较高的水平。

教材是教学之本，好的教材对提高教学质量、提升科研水平有着重要的作用。组织编写和出版一套高质量的教材，殊非易事，由全国相关院校的专家学者认真编写的这套系列教材必将对全国法学高等教育起到积极的推动作用。衷心希望更多的高校学者和教师为建设适应新世纪法学教学和实践需要的教材继续贡献力量。是为序。

中华人民共和国司法部原部长 

2008 年 3 月 3 日

前 言

作为编写人员，我们衷心感谢大家选用这本教材。

中国的经济体制改革和经济建设推动着中国商法的建立与发展，同时，商事立法的发展也极大地促进了商法学科的建立、成熟与完善。中国商法作为新兴的法律部门，虽然创设较晚，但其发展速度是其他法律部门难以比拟的。在现代市场经济国家，商法是维系市场经济秩序的主要法律手段，也是重要的法律部门之一。

商法学是法学体系中基本的、独立的学科，也是高等教育法学专业的 14 门主干课程之一，这门课程的重要性，是由商法学科的地位和作用决定的。课程设置的任务是便于学生了解和掌握商法学的基本概念、基本理论、基本知识，熟悉有关商事立法，提高应用所学的专业理论知识分析和解决商事法律问题的能力，为建立和完善社会主义市场经济体制、发展国民经济提供法律服务。

本教材是根据教育部高等教育法学专业课程教学的基本要求，结合法学教育的需要和现状而编写的。在编写体系结构上试图超越法典式教材模式，在借鉴大陆法系和英美法系商法内容的基础上重新整合，形成特有的篇章结构；在内容上力求反映中国商事立法和司法的现有经验成果并提炼出商法的一般性规则，充分阐释现代商法的基本原理和发展趋势。

全书共分 16 章，包括商法的概念、特征和基本原则，商法的演进，商法的地位和体系，商事合同，商事代理，商号，商事登记，公司法，商合伙法，证券法，商业银行法，信托法，票据法，保险法，破产法和担保法等内容。

与其他同类教材相比，本教材在编写上有以下主要特点：

第一，语言简洁。教材不同于专著，教材以通说为主，涵盖最基础的内容而不作过多的扩展，因此，在本教材编写中，参编者用简洁的语言，着力压缩教材的内容，将繁杂的商法内容浓缩为 50 多万字。

第二，涵盖全面。基于法学教育一贯强调基本知识、基本理论、基本立法的特点，参编者本着理论与实践、法理与法条、法律与法案相结合的原则，通过提炼学者观点、跟踪学科前沿，在追求教材内容满足知识表达系统性与结构安排完整性的同时，又力求及时对最新的商事立法作精确阐释，反映立法动态。

第三，实践应用。在本教材编写中，参编者根据法学教育的特点，在相关章节后面增加了案例分析的内容，提出司法实践中所遇到的疑难问题，阐述应用法律规定解决问题的思路和方法，以适应学生对司法应用的训练需求。

本教材的编写体例，包括导学（含重点、难点、学术热点）——正文——案例分析等项内容。首先应仔细阅读导学部分，它是本章的内容提要 and 重点提示，以便读者对本章内容有一个简略的了解。正文后的案例分析部分主要解决两个问题：一是帮助学生分



析和解决本章在司法实践中可能遇到的实际问题，从而提高其分析和解决实际问题的能力；二是帮助学生正确区分容易混淆的一些法律制度和法律概念，以便更好地理解本章的基本内容。

本教材由彭虹教授和孙光焰副教授任主编、全国普通高校具有丰富教学实践经验的教师参加编写，具体撰写分工如下（按编写顺序排列）：

第一章，广东商学院彭虹；第二章、第三章，广东商学院杨悦；第四章，内蒙古财经学院董占军；第五章、第六章、第七章，中南民族大学孙光焰；第八章，对外经济贸易大学赵玲；第九章，南昌航空大学肖敏；第十章，河南大学曹新华；第十一章、第十四章、第十六章，广东金融学院黄善文；第十二章，中国计量学院符琪；第十三章，武汉理工大学龚小川；第十五章，中南民族大学段小红。

全书由彭虹教授统一修改定稿。我们期待本书能够给商法的学习者带来有益的帮助。由于商法内容繁杂，错漏之处在所难免，敬请读者批评指正。

编者

2009年1月

目 录

总 序 / 1

前 言 / 1

第一章 商法的概念、特征和基本原则 / 1

第一节 商法的概念 / 1

第二节 商法的特征 / 10

第三节 商法的基本原则 / 12

第二章 商法的演进 / 21

第一节 欧洲早期的商事立法 / 21

第二节 现代商法 / 26

第三节 中国商事立法 / 32

第三章 商法的地位和体系 / 40

第一节 私法体系中的商法 / 40

第二节 商法与相关法律部门的关系 / 46

第三节 商法的体系 / 50

第四章 商事合同 / 57

第一节 商事合同的概念和特征 / 57

第二节 商事合同的立法体例 / 59

第三节 商事合同类型 / 60



第五章 商事代理 / 71

- 第一节 商事代理概述 / 71
- 第二节 商事代理的类型 / 76
- 第三节 商业辅助人 / 79
- 第四节 代理商 / 81
- 第五节 居间商 / 85
- 第六节 行纪商 / 87
- 第七节 特许经营商 / 90

第六章 商号 / 94

- 第一节 商号的概念与意义 / 94
- 第二节 商号的选用与取得 / 96
- 第三节 商号权 / 100
- 第四节 商号权与相关权利的冲突与解决 / 102

第七章 商事登记 / 113

- 第一节 商事登记概述 / 113
- 第二节 商事登记立法原则 / 116
- 第三节 商事登记对象与登记管理机关 / 118
- 第四节 商事登记的种类和程序 / 119
- 第五节 商事登记的效力 / 124
- 第六节 商事登记的监管 / 128

第八章 公司法 / 131

- 第一节 公司和公司法概述 / 131
- 第二节 公司内部组织机构 / 136
- 第三节 公司股票和债券 / 142
- 第四节 公司合并、分立和终止 / 145
- 第五节 外国公司分支机构 / 148

第九章 商合伙法 / 154

- 第一节 商合伙概述 / 154
- 第二节 合伙企业 / 156

第十章 证券法 / 167

- 第一节 证券与证券法 / 167



- 第二节 证券发行 / 170
- 第三节 证券交易 / 174
- 第四节 上市公司收购 / 180
- 第五节 证券交易所及其交易规则 / 183
- 第六节 证券公司及其业务 / 184
- 第七节 证券登记结算与服务机构 / 187
- 第八节 证券监督管理 / 189

第十一章 商业银行法 / 192

- 第一节 商业银行概述 / 192
- 第二节 商业银行业务概述 / 198

第十二章 信托法 / 211

- 第一节 信托基本原理 / 211
- 第二节 信托法概述 / 218
- 第三节 信托的设立、变更与终止 / 219
- 第四节 信托财产 / 224
- 第五节 信托当事人 / 226
- 第六节 公益信托 / 232

第十三章 票据法 / 237

- 第一节 票据概述 / 237
- 第二节 票据法概述 / 240
- 第三节 票据关系及其基础关系 / 241
- 第四节 票据行为 / 243
- 第五节 票据权利 / 246
- 第六节 票据抗辩 / 248
- 第七节 失票救济 / 250
- 第八节 汇票 / 252
- 第九节 本票 / 261
- 第十节 支票 / 261

第十四章 保险法 / 264

- 第一节 保险法概述 / 264
- 第二节 保险合同 / 269
- 第三节 财产保险 / 275
- 第四节 人身保险 / 278



第五节 保险业及其监督管理 / 281

第十五章 破产法 / 289

第一节 破产法概述 / 289

第二节 破产程序的开始 / 293

第三节 破产宣告 / 296

第四节 破产法上的机构 / 298

第五节 破产债权 / 302

第六节 破产费用与共益债务 / 303

第七节 债务人财产和破产财产 / 304

第八节 破产程序中的别除权、抵销权、取回权与撤销权 / 306

第九节 破产财产的管理与分配 / 309

第十节 破产程序的终结及法律后果 / 310

第十一节 和解制度 / 311

第十二节 重整程序 / 312

第十六章 担保法 / 316

第一节 担保法概述 / 316

第二节 保证 / 323

第三节 抵押 / 329

第四节 质押 / 336

第五节 留置与定金 / 339

参考文献 / 342

第一章 商法的概念、特征和基本原则

本章重点是对商法概念的准确把握和基本理解。商法的概念有广义与狭义之别，又有形式意义上的商法和实质意义上的商法之分。通过对商法的概念、特征、基本原则等基础知识的阐述，加深学生对商法的调整对象、商法的私法性质以及商法的学科地位的理解。本章是学习商法理论的基础。

本章难点是对于商法内涵与外延的准确定位。既然民法与商法构成了私法的基本架构，那么，民法所调整的民事关系与商法所调整的商事关系究竟具有何种关联性呢？应从历史发展的视角理解中国商法概念的形成及特点，同时，从商事活动的特点理解商法基本原则的内涵。

本章的学术热点是关于商法概念及性质的探讨。有学者认为商法在形成之初就带有国际性特征，后来又发展成为带有国际性的国内法，而现代商法又表现出明显的国际统一性趋势，商法的发展呈现出国际性回归。有学者从商法历史的演变、商法理念以及商法产生和发展的社会经济条件的变化中考察商法的性质，认为现代商法应从民法特别法的固有理念中摆脱出来，成为独立的法律部门。还有学者认为，应当从商法作为独立法律部门的基础出发，即从商法的适用对象出发来探讨商法的概念。

第一节 商法的概念

一、商法的概念

（一）商法概念的一般表述

对于“商法”的概念，目前并没有一个统一的表述。一般意义上，商法又称商事法，是指调整商事关系的法律规范的总称。商事关系包括商事组织关系和商事行为关系。故商法的内容通常包括两大部分：一是关于商主体的规定；二是关于商行为的规定。

商法的概念有广义与狭义之别。所谓广义的商法是指调整各种商事关系的国际商法



规范、国内商法规范、商公法规范和商私法规范的总称。而狭义的商法则仅指调整国内商事关系的商事私法，即国内商法中的商事私法。从现代各国商法的内容来看，商法日益表现出国际性规范与国内规范相融合、公法规范与私法规范相融合的趋势。要严格区分国际商法与国内商法、商事公法与商事私法已十分困难。

商法的概念又有形式意义上的商法和实质意义上的商法之分。形式意义上的商法是指以商法为名称制定的商法典，是民商分立国家在民法典之外制定的以“商法”命名的法典，内容通常包括商法一般规则、公司、保险、破产、票据、海商等基本制度。在大陆法系国家中，德国、法国、日本、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙等国均制定有专门的商法典。实质意义上的商法，则是指一切调整商事关系的法律规范的总称。其形式包括各种有关商事的专业法规，散见于民法、行政法和其他法律中有关商事的规定，以及有关的判例规则等。由此，无论是大陆法系国家还是英美法系国家，无论是采取民商分立体例的国家还是采取民商合一体例的国家，均存在有实质意义上的商法。

在大陆法系国家，商法还可分为商事普通法、商事特别法和商事习惯法。商事普通法是指调整商事基本关系的一般规则的总称，其内容包括有关商法的原则、商主体、商行为、商业登记、商业名称、商业账簿、对商行为的一般控制制度等。商事普通法在民商合一国家中表现为统一的商法典，而在民商分立国家中则多表现为民法中的特别规则或单行法，但无论采取何种形式，它们均对各种类型的商事法律关系具有普遍适用性。商事特别法又称商部门法，它是指调整某一特定范围的商事关系的商法规范的总称。如大陆法系各国存在的公司法、保险法、商事破产法、票据法、海商法、仲裁法等均属该范畴。商事特别法是对特定商事关系的专门调整，一定的商事特别法仅适用于特定范围的商事法律关系，对其他的商事关系不具有普遍适用性。按照大陆法系国家民商法的一般原则，商事特别法对于特定的商事关系应优先于商事普通法而适用，只有在商事特别法未加规定的情况下，方适用商事普通法的普遍性规定。商事习惯法则是指在社会商事实践中自发形成并经国家认可的调整商事关系的习惯规则，它通常具有非成文性和行业性规则的形式。按照各国司法实践，商事习惯法对于成文法仅具有补充适用意义。

英美法系国家在“商法”概念上有不同理解，虽然商法学者将《美国统一商法典》视为现代商法的典范，但《美国统一商法典》话语下的商法与在大陆法系框架下探讨的商法概念大相径庭。有学者指出：“事实表明，概念如不统一，各说各话，就难以开展讨论，或者说讨论的意义就要大打折扣。”^①还有学者认为：“统一商法典规定的是以买卖为中心的商业规范，与欧洲大陆国家的商法典的概念是截然不同的。”^②由此，应注意到两大法系在商法这一概念上的语境的差别。然而，对商法概念的探讨不能因此而仅局限在大陆法系的单一语境中。民商的分立与合一固然是大陆法系所特有的现象，但由于两大法系在商法领域的互渗，英美法系的商法不应排除在研究的视野之外。

（二）我国商法的概念及内容

我国虽然没有形式意义上的商法，但随着市场经济体制的建立，我国立法机关采取

① 史际春，陈岳琴. 论商法. 中国法学，2001. 4

② 郭锋. 商法演进及其在中国的命运. 中国民商法律网. <http://www.civillaw.com.cn/2008-07-29>



了非常务实的立法态度,实质意义上的商法已经大量颁行,主要表现为数目众多的商事单行立法。我国先后颁布了海商法(1992年颁布)、公司法(1993年颁布,2005年修订)、票据法(1995年颁布,2004年修正)、保险法(1995年颁布,2002年修正)、商业银行法(1995年颁布,2003年修正)、担保法(1995年颁布)、证券法(1998年颁布,2004年修正,2005年修订)、信托法(2001年颁布)和证券投资基金法(2003年颁布)等。同时,我国还存在着大量对商事主体和商事活动实施特别调控的行政法规,所涉遍及工商登记、商业税收、公司企业结算管理、证券票据、商业账簿、经济合同、海商保险、不正当竞争、消费者保护等各个领域。应当说,我国不仅存在着实质意义上的商事法,而且其中的某些商事特别法还相当具体。但由于对商法缺乏法理准备和合理的界定,我国颁行的各种单行商事立法具有一定的应急性,而在系统性、科学性、前瞻性和国际性方面存在不足,而且单行商事立法之间缺乏相应的协调性和统一性。

无论是从历史根源还是从制度根源,我国商法都有着不同于大陆法系国家传统商法的独立的形成发展过程,它是伴随我国市场经济体制建设及法制建设过程呈现的法律现象。这一独特路径决定了我国商法与传统商法本质与功能上的一定区别与细微差异。由此,对我国商法概念的把握,应从商法历史的演变、商法理念以及商法产生和发展的社会经济条件的变化中考察。

1. 我国商法产生于我国私法制度始创的过程

自我国改革开放开始建立私法制度时起,民法和商法的界限就不甚清楚。我国自1980年就开始了有关商事交易规则的创制,但当时尚未真正认识到商法在我国的存在。1980年我国颁布的经济合同法规定了买卖、仓储、保险等多种交易制度,特别是该法所规定的“买卖”、“保险”,本质上属于传统意义上的“商行为”。1985年我国颁布涉外经济合同法,其所规定的内容也是“商行为法”。但立法者将原本应当属于商法规范的交易制度,诸如货物买卖、保险等,通过以民法通则为核心的民事立法来调整,促使民法的影响力几乎包容着所有的民商法制度。自1990年后,随着有中国特色的社会主义市场经济体制的建立,我国加快了商事领域的立法步伐,《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)、《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)、《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》)、《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)、《中华人民共和国商业银行法》(以下简称《商业银行法》)、《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)、《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)、《中华人民共和国信托法》(以下简称《信托法》)和《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称《证券投资基金法》)等法律在这一时期相继出台。随着我国颁布的有关商事活动的法律增多,人们习惯性地 will 海商法、公司法、票据法、保险法、证券法、信托法等称为“商法”,并开始重新审视商法有别于民法的调整对象、内在本质特征和外部清晰边界等基本理念以及商法独特的调整机制、法律属性、价值取向、基本原则、构成体系等问题。

然而,即使我国沿用大陆法系国家的商法概念,商事立法内容也似乎等同于大陆法系国家所称的“商法”,二者仍然不具等同的含义。大陆法系的商法是由于历史的原因而形成的,而我国欠缺商法的传统和历史,更缺乏商法的理论准备。我国虽然颁行了海



商、公司、票据、保险、证券、银行、信托和证券投资基金等单行商事立法，但有关商法的内涵与外延以及商法与民法的界限仍不是十分清晰。

2. 我国商法脱胎于我国市场经济的法律调整的过程

我国商法脱胎于我国市场经济体制的构建过程。这个时期的最大特点是我国的经济环境处于由计划经济向市场经济转轨的过程中，使得我国的商事立法或多或少存在或者遗留着计划经济的痕迹。

我国商事立法包含了许多不规则的国家公权力积极干预商事活动的公法内容。就大陆法系国家而言，商法的公法化是商法能够脱离民法发展的一个理由，甚至被学者誉为现代商法发展的趋势。在很大程度上，私法公法化表现在商法领域，使商事立法越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志，越来越多地体现调节个人、政府和社会间的经济关系，越来越多地体现维护社会公共利益的内容。商法借助国家公法规范，对商主体资格施加更严格的控制，形成了商主体类型法定、商主体内容法定以及商主体公示法定的原则，有效地维护了商事交易的安全。

然而，应当注意到的是，虽然商法公法化根源于它所调整的社会关系的自身属性，但我国商法包含的公法内容有着与大陆法系国家商法公法化全然不同的历史路径。我国商法是通过商事单行法的方式获得发展的，这些单行法并不仅仅限于对商事主体、商事交易和商事秩序的调整，有些法律更是关注国家公权力对商事活动的干预，规定了政府监管商事活动的大量内容。当然，有关商事主体和商事交易、商事秩序的单行法规定国家公权力积极干预商事活动的内容，若法律的结构、内容、体系和逻辑安排较为合理与科学，在立法技术上说并非不妥。但国家公权力对商事活动的积极干预，本不属于传统的大陆法系商法的固有内容，因为国家公权力的积极干预改变了商法作为私法的属性，而不仅仅是商法的公法化。

国家公权力对商事活动积极介入的规定，混淆了我国商事立法的性质。我国在建立市场经济法律的过程中，在构建商法的结构和内容方面并没有足够的法理准备，商事立法普遍规定国家公权力积极干预商事活动的“公法”内容，导致商法内容的泛公法化，其内涵和外延与经济法的界限模糊不清。

由此，我国商法概念需要不断地修正与锤炼，一方面，应从民法、经济法的固有理念中摆脱出来，使商法成为独立的法律部门，另一方面，应从商法调整的社会关系的独特性出发探讨商法自身的内容和体系。

二、商法以商事关系为调整对象

商法就其一般意义而言是关于商事法律，因而商法中一系列概念、规则和制度的建立均不能脱离对于商事的特定理解。然而，从现实法制状况来看，当代各国的商法均未对商事加以明确而统一的法律概括，许多国家的商法往往避免对商事作一般性抽象定义，有些国家的法律则仅仅试图采用列举的方式明确商事的外延。



（一）商与商事的概念

汉语中的“商”一词，英语为“commerce”，德语为“handels”，拉丁语为“commerium”，日语为“商”。

在古代汉语中，“商”是一种计时单位，一刻称为一商。我国古代对于“商”或“商事”的认识近于各国古代社会对于简单商品变换活动的理解。例如《汉书》中称：“通财鬻货曰商”；《白虎通》中谓：“商其远近，度其有无，通四方之物故谓商”；《书经》中则称“懋迁有无化居”，即互通有无、交易居积之意。我国古代这些对“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，“商”一词被引入经济生活，最初是与贸易活动联系在一起的。

随着人类社会经济和文化的演进、发展，人们对“商”的认识也随之拓展。在现代社会，人们常常在不同层次上使用“商”一词，“商”的概念已逐渐发展成社会学、经济学、法学等多学科、多层次的概念。

社会观念中所称的“商”或“商事”是一个极为含混的用语。它依不同的社会条件和历史条件而有不同的内容。英文中对于商事的解释也反映了近代以前的社会对于商品直接交易活动的一般认识。例如，按照《韦氏新国际辞典》的解释：商事系指“商品交换行为或买卖行为”；《布赖克法律辞典》也认定：商是指“货物、生产品或任何种类的财物之交换”；《拉威尼当代商法》则认为：“商事一词是对各种物品的交易或交换之总括”。^①不同国家语源中对于商和商事的上述解释实际上反映了以往时代对于商事活动的一般社会认识，而这些认识仍然影响着现今时代甚至被作为现代经济学理论和商法理论中分析商事概念的基础，由此反映了社会观念滞后于社会经济生活并对社会运动具有制约作用的一般规律。^②值得提及的是，现代许多商法学者均注意到了不同层次的概念形态中对于商事概念不同理解的问题，并且主张将一般社会观念中的商与经济学意义上的商以及法律学中的商加以区别，认为它们应当具有不同的含义。^③

经济学意义的商实际上是对现代社会生产过程中某一部分经济活动（即商品流通过动）的理论概括。按照学者们的解释：经济学上所理解的商事是指“以营利为目的的各种商品交换行为”。“经济学上所谓商，乃指以营利为目的，直接媒介财货交易之行为，换言之，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，而从中获取利润之行为。”^④这些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”、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”的观念影响有着内在的联系。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，在这限度内，交换本身是包含在生产之中的行为。”不仅如此，正是此种统一的社会生产过程以及由其引起的社会生产关系才构成“整个历史的基础”。

① 张国键. 商事法论. 台北：三民书局，1980. 7

② 董安生. 中国商法总论. 长春：吉林人民出版社，1994. 24

③ 梁慧星，王利明. 经济法的理论问题. 北京：中国政法大学出版社，1986. 9

④ 张国键. 商事法论. 台北：三民书局，1980. 4



随着现代社会中商品经济关系的长足发展,传统意义上的商品概念日益得到扩展,以营利为目的的经济活动的范围日益得到扩大,制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业的实质性差别越来越趋于模糊,这就要求经济学理论对于商事的概念作出更富于弹性和现实性的概括。

法学上的商事概念实质上是在对商事习惯和不同时期商事实践的法律概括的基础上逐步形成的。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,传统的直接商品交换行为也丧失了其概括性含义,而成为所谓“固有商”;随着现代社会经济的发达、交通工具的进步,商事的范围和种类正愈衍愈广,愈衍愈繁,形成所谓“无业不商”之局面。概括地说,现代商法上所称的商事是指营利性主体所从事的一切营利性营业活动和事业。这就是说,商事是对营利性主体从事的各种活动的概括;商事是对各种持续性营利行为的概括;商事是对各种营利性营业的概括。正是基于商事的这些概念,对于社会生活具有决定性作用的社会生产经营活动及由其引起的社会生产关系被独立出来。在我国法学理论与实践,尽管对于商事的概念缺乏统一的认识和集中的研究,但是与商事概念类同或具有共同性质的范畴其实是颇受关注的。例如,我国经济合同法中关于“经济活动”的概括,我国民法中关于“营业行为”和“企业活动”的表述,我国工商管理法中关于“经营活动”和“经营范围”的规定,等等。这些概括的共同意义在于使营利性主体的营利性活动与非营利性主体的非营业性活动区别开,从而实际上起到了对商事概念的法律界定作用。^①

(二) 商法中商事的概念

显然,法学上的“商”范围非常广泛,而且随着社会经济的发达越来越宽泛。一些国家或地区的商法正是基于这种理念而界定其“商”的范围的,但不同国家对于这一概念的理解是颇有差异的。多数大陆法系国家更趋向于以法律列举方式概括商事活动或商业的基本范围,并以营利性营业标准或商业登记制度确定具体主体的商事营业性质。例如,《法国商法典》采用列举主义规定:法律上认为买卖之业,为任何出售商品,或制造出售商品,或因租赁而买入商品之事,或制造、保险、水路运输之业,物品的供给、行纪、居间、竞买之业,金银汇兑、银行之业,一切营造船舶和船具及其买卖之业,海上保险,海上贸易等。又如,《瑞士债务法》采用概括主义规定:凡经营商业、工厂或其他依商人方法作为营业而进行登记的,都视其为商业。1998年以前的《德国商法典》采用列举主义规定:商人从事的动产或有价证券的购置和转让,为他人承担加工、处理,保险业,银行和货币兑换业,从事货物或旅客海上、陆上、水内运输业,行纪仓储业,居间代理业,出版、图书及艺术品交易业。再如,《日本商法典》采用概括和列举相结合的原则,规定对动产、不动产及有价证券的转让,在交易所的交易、出租、为他人进行的加工制造、供应电气煤气、出版、印刷、保险寄托、居间代理等行为皆属于商事经营。^②可见,“商”的具体范围,只能依各国民商法的规定而定。我国有

^① 董安生.中国商法总论.长春:吉林人民出版社,1994.7~8

^② 叶林,黎建飞.商法学原理与案例教程.北京:中国人民大学出版社,2007.9