

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 450

## 再论商法

史际春、姚海放 (中国人民大学法学院教授、博士生导师) (中国人民大学法学院博士研究生)

### 一、问题的提出

《中国法学》2001年第4期发表了史际春与陈岳琴合写的《论商法》一文。作者按照历史和逻辑的统一,认为在泛商化和经济民主化的社会条件下,传统的大陆法系商法日益与民法重合、回归民法,这与学者们在上世纪四、五十年代就已论证的“民法商法化”实属同一现象;而在私法公法化趋势中,被公法化的私法主要是商法,公法化了的商法则变性成为经济法。随即该刊又于第5期登载了《商法的价值、功能及其定位》一文(简称“商权文章”),与《论商法》提出的观点商榷,认为商法随着商事关系的发展不断变迁、革新,商法与经济法有着不同的理念,商法中被公法化的部分不能够划归经济法,商事主体和商行为是商法的基本范畴和商事法律体系的核心内容。

争鸣是好事,惜《中国法学》杂志限于版面资源,未能将此讨论继续下去,只是给读者留下了一个判断的空间。笔者意犹未尽,拟就此再作些思考,就教于各位热心的同仁。

首先,争鸣的两篇文章并非截然对立,二者在某些方面存在的共识,可以作为进一步探讨的基础。如两文都认为,现代商法的起点或者说对近代商事立法产生重大影响的,是中世纪欧洲地中海沿岸诸城市的习惯法,这种习惯法出现的原因在于中世纪封建法和教会法不可能为商人提供法律规则和救济措施,由地理大发现与工商业互动的客观要求以及相应的商人自治运动催生的商“法”不能纳入当时的政权法律体系,只能以民间法的样态存在。同时,欧洲中世纪商人无疑从罗马法暨万民法中吸取了有益的制度,因为那是完备、天然的“商法”,商人们藉地利天时将它信手拈来,形成商人法,进而发展为作为国法的商法。由此,无论商法在现代社会中的定位如何,也不能切断它与罗马法暨万民法的历史渊源,所谓“商法从一开始就与民法毫无关系”[1]的论点是不能成立的。

其次,讨论商法,需要对有关商法的概念有统一的理解。对“商法”、“商人法”、“商事法”、“商业法”、“商贸法”、Law Merchant、Business Law、Commercial Law等概念的辨析,有助于我们在同一个语境下交流思想和意见,阐述观点、探求真理。这在两文特别是《论商法》中已有详尽阐述,兹不赘述。但是要细辨这些概念着实不易。例如在商权文章中提到的英美法系国家“广泛承认公司法、合伙法、买卖法、票据法、证券法、破产法、海商法、保险法等为商事法”,[2]其实是对商贸法(日本称为经营法)、也即英文Business Law的误解。此外有学者在提及美国《统一商法典》(the Uni form Commercial Code)时,也称其为“商法”,并且将其作为商法法典化的例证。[3]其实这些与我们在大陆法系的框架下探讨的商法大相径庭。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。

再次,两篇文章的争议主要在于对商法发展趋势的理解,也就是在现代社会当中商法究竟如何定位的问题。这是一个大方向问题,非同小可,不容忽视,本文正是希望在这方面作进一步的探讨。

法律作为上层建筑受制于经济基础,同时受到社会历史和现实的深刻影响。我们普遍承认这样一个命题:法律的变革,必然与经济、社会的变迁相关;经济、社会的变动也必然导致法律的变革。同时,作为

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

意识形态的法学，既直接受制于法律上层建筑，又取决于人们对一定的经济、社会、法和历史的认识及其世界观、价值观，并受到已有的上层建筑、社会关系和文化的历史影响。法的部门划分是主客观的统一，如果说在法学研究中还要有意无意地恪守大陆法系原本就不大清楚的部门法划分的话，则这种划分的应然性和实然性之源泉就在于社会的历史和现实本身。因此对商法产生的社会条件的考察，有助于我们对商法的理解。

## 二、历史地考察商法产生的社会基础

如两文所述，近现代商法发轫于11~12世纪地中海沿岸的商人法，因此我们先把关注焦点移到这上面来。

### （一）商人法产生的社会基础

欧洲大陆在罗马帝国衰亡以后，进入了封建的中世纪。中世纪在“本质上是农业社会”，[4]而且农业社会的结构直接导致了封建制度的建立。与中国的封建制度不同的是，欧洲的封建制度是一种以城邦为中心的的分封制度，尽管在名义上存在着国家，实际上很多国家就是几个城邦的联盟。除了城市以外，国家权力没有渗透到每一个角落。罗马的城市还继续存在，因为它们是教区行政的中心……不过，这些罗马城市已经失去了经济的重要性与市区行政的意义。[5]所以可以这样认为，欧洲中世纪的封建制度建立在星星点点的教会城市周边，在此外的广袤农村，国家除了税收以外，其统治是薄弱和鞭长莫及的。

同时，教会不仅是道德的权威，而且是一支可观的经济力量：一方面，教会拥有大量的地产；另一方面，在农业社会中，商人的隐退使教会的力量凸显出来，教会可以用信徒和香客的施舍在歉收的时候向穷人贷款，也只有教会中的人才拥有商业知识。教会一方面是商业的垄断者，另一方面禁止非教会成员经商，教会法排斥世俗社会的商业行为，禁止牟利行为。

世俗世界的封建法也反对商业行为。因为商业交易与封建的人身依附是格格不入的，商的发展不利于封建制度和农业社会的稳定；更重要的是，教会严厉地控制着世俗国家，世俗的法律也必然要反映教会反商业的道德观。

然而，工商业的发展只服从经济规律，经济的客观要求和由此带来的巨大商业诱惑，是任何主观力量所无法抵挡的。尽管教会法和封建法容不得“商”，商人在经商时会受到良心上的谴责，这些对商业的发展有所阻碍，但是“商”终究顽强地存在着，伺机萌芽、生长、蔓延。可想而知，历史事实也是如此，商业一定会在封建统治和教会势力比较薄弱的地方首先发展起来。中世纪欧洲的一大特色，就是出现了许多自治的、商业的城市，这些城市“既不起源于伯爵的城堡，也不起源于大教区管辖的中心。从地理位置上讲，他们建立在商业贸易的交接点上，出现在封建关系最薄弱、封建统治鞭长莫及或权力真空的地带。例如，中世纪德国的城市，最初是一些商人从伯爵领地中借来的‘城堡防效区’或公用土地，用栅栏围起来，作为临时售货点或居住地。”[6]创建这些城市的人，主要是逃脱了人身依附的农奴，他们无所牵挂，愿意闯荡冒险，将商业冒险作为谋生的手段，未料想竟描绘出了今日世界的基本轮廓和精神。从商人到有钱无权的第三等级再到掌权的资产阶级，他们越做越大，一发不可收拾。由此大致可以理解，在中国长时期内以宗法关系为基础的大一统封建统治下，几乎不可能存在“天高皇帝远”的商业贸易中心，中国历史上的商人何以不那么纯粹，赚了钱就要买地捐官修家谱，未从中发展出资产阶级和资本主义社会来。

封建法和教会法当然不可能给商人以必要的帮助，商人之间的纠纷无法在当时当地的法庭寻求合理的救济，按工商业的内在要求加以解决。因此商人们自己组织起来，成立自治团体（商人特尔基），承担协调维权职能。商人特尔基拥有自治权和裁判权，依照其商事生活习惯，订立自治规约，久而久之就成为商人法。[7]

总之，欧洲中世纪商人法是在国家权力和教会势力真空或者薄弱的缝隙中产生的，它适应商人作为一个阶层或阶级从事工商业活动的需要，提供了解决商事纷争的规则和方法，恢复了已中断几百年的私法传统——源自万民法的罗马法的平等、公平、自治的规则和精神。但是由于商人法游离于封建国家政权及其权力之外，所以它只是习惯或惯例，并不是严格意义上的法，是习惯“法”而非国法。

### （二）近代以来西方国家的商法实践

而即使在封建社会中，一旦工商业普遍发展起来，商人“做大”了，统治者就不能再对它视而不见，鸵鸟心态就行不通了。从商人法到作为国法的商事条例等再到《法国商法典》，其过程不必赘述。可是很

明显也值得强调的一点是，商法与民法分立，完全是由于历史的原因，而不存在任何客观必然性。民法本是对商品经济、商事交易一般条件的反映，但在封建社会中，“民事”与宗法、身份、依附相联系，“商”的要求未普遍融入其中，故而只能对商人阶层适用反映交易要求的民法——以源自万民法的罗马法为基础的私法，在当时只能称为商法。等到资产阶级革命成功，自由、平等成为社会、经济的主旋律，民法便理直气壮地弘扬勃兴于万民法的平等精神，对包括商事在内的私人生活关系作一体调整。纵观详尽、细致、平易近人的《法国民法典》，实不难体会这种精神和立法的意图、宗旨。财产权神圣、契约自由、过失责任这三大原则，显然不可能只针对“商”以外的其他“民事”关系。资产阶级靠经商起家，调整其私人生活关系的法怎能排“商”排除在外呢？然而，对封建特权和压迫犹有余悸的资产阶级，害怕阶级和组织的特权，在民法典中对商事有所回避，如对商的一般要求和法人便刻意未作规定。由于民法典在商法的调整方面留下了一些缺口，本不拟再为商人制定特别法的拿破仑，据说有一次震怒于军火商供应军火不及时，遂匆匆找了七名专家，赶制出一部《法国商法典》。这就是民商分立的正式形成。然而，从商法典的条文即可看出其十分粗糙，处处留有“赶工”的痕迹；又从该法典的适用看，其多数条文并不适宜于商事关系的调整，商事关系基本上、主要地还是由《法国民法典》进行调整的。所以，近现代大陆法系的民商分立是历史的、偶然的、没有实质意义的，即使在民商分立的国家，仍主要由民法来调整商事关系。

随即由于生产力被资产阶级革命所解放，导致社会经济发生了出乎任何人意料的迅速变迁。泛商化、人人皆可经商做老板（资本家）的民主化，令到民商法重合，彻底丧失了将二者分立的必要性、可行性和实际意义。商法产生时的那种社会条件不存在了，所谓皮之不存，毛将焉附？正如Tallon所说：“19世纪三部重要法典，即法国、西班牙和德国的法典，并不象过去那样起启发作用。其原因就是在这些国家商法无法找到一个没有争议的基础。”[8]可以这样说，民商合一是一种客观要求，相关学说和法制并非杜撰，只是对现实的一种不尽扭曲的反映而已。瑞士、意大利、荷兰的民商合一实践，果断地告别了商法带来的种种人为的麻烦和困扰，使得民商事关系的法律调整更为便捷有效，无疑代表着私法暨“商事”法律调整的趋势和方向。

还有一点，就是由于社会经济关系的复杂多变性，自《法国民法典》问世之日，对“商”的调整就以纳入商法典，呈现出不断脱离商法典的倾向，不可逆转。商法本以商法典规定的主体或行为的特殊性为基础，对诸多经济关系的调整之所以不能纳入商法典，主要在于其调整不以此特殊性为基础或者超越了该特殊性，因此就很难说那些商法典之外的种种单行法或专门法还是商法，视之为民事特别法或经济法往往更合乎其特质，更符合“商”及其法律调整的实际。

### （三）中国历史上的“商法”

中国自古以来也有“商”，有过宋时的国际性商业大都市开封，发行过世界上最早的钞票，还有徽商、晋商的辉煌，似乎很难说华夏古时商业的发展就一定亚于万民法至帝国时代的罗马以及中世纪地中海沿岸的商业城市，甚至有学者认为直到1800年中国始终是世界经济的中心——“中国，而不是欧洲，是当时世界的中心。”[9]但是我国历史上至清末以前确实没有产生商法，民间的商事或商人惯例仍处于如帮会手势、咒符、暗语般低级状态，在彰显规律、成体系和规模方面较之商人法、万民法相距甚远。何以如此？对照商人法和万民法产生的背景、条件，也就不难理解，其原因，就在于中国历史上的“商”始终未能冲破血缘宗法关系和专制政权统治的束缚，既未有过像罗马政权鞭长莫及之下众多民族之间自由地互通有无和经商牟利的场景，也从没出现过西欧中世纪自治城市那样摆脱了人身依附和封建统治的商人乐园。继续追问，中国传统的“商”何以终未能做到与宗法势力和封建统治平起平坐的地步？笔者曾探讨过这个问题，结论是中国历史上在石器时代的低下生产力下，因治水的客观需求导致国家政权过早地产生，从而把血缘宗法关系和以此为基础的统治凝固、维持下来，阻碍了生产力和“商”的发展，兹不赘述。这已超出本文范围，而且其原因如何并不重要，因为社会发展和生物进化一样，是不平衡和多样化的，条件、环境不同，结果就不一样。西方确实在“商”的发展中造就了商法、资产阶级和现代国家，中国则没有，明确这一点就够了。

及至近现代，列强带来了资本主义的“商”，中国传统的私商、官商都不可避免地要接受资本主义的洗礼和改造，新的资本主义工商业也逐渐发展起来，同时产生出相应的法制需求。但是中国近现代法制的过程和结果不是民商分立，而是民商合一，至今仍是如此。之所以如此，除了已经提到的“商”和民商法自身规律以及后发国家得以跟踪发达国家法制的动态、把握趋势和个性规律外，在此愿进一步探求其原因。那就是在商法的发源地，在商法产生过程中，先商后民，当商法出现时，普通的民事法还是封建法，远不是我们今天所谓调整平等主体关系的法。“商”和商法的发展导致社会革命、民事革命——人生而平等、天赋人权，从而产生出民法。民商发展两条线、双轨制，加之商为民（我们今天所理解的民事、民法之“民”）之本，商和商法对于真正的（也即平等主体的）民事、民法形成的功劳太大了，于是由于历史的惯性，不得不在民之中给商留下一个活动空间，这些都是可以理解、情有可原的。而从中国的情况看，民商事的发展是同步的，商一直与官、封建土地剥削和宗法缠绕在一起，未能摆脱其束缚，不用说把商所要求的平等和自由普及、宏扬至整个社会，就连商本身也还在黑暗中苦苦挣扎，在此情况下，有“商”无

“民”或有“民”无“商”都是不可能的。商法不可能在还没有从身份到契约的社会中存在，而一旦社会进化到了真正的民事和民法，还需要商法做什么呢？也就是说，中国历史上没有出现过西欧中世纪那种令“商”和商法得以脱颖而出的社会条件，“商”没有发展到推动、引发平等民事的程度，相反往往要通过民事的进步来促进“商”的发展——只有冲破自古以来的思想和社会桎梏，确立人皆可经商、皆有权拥有奇器珍宝和生产资料、私人也可投资经营重要的经济社会事业等观念和社会法制环境，“商”暨经济才得以无拘束地快速发展。改革开放以来的实践印证了这个道理，清末在没有（真正）民法的条件下搞的商法有名无实，原因也莫过于此。民商事混同、平行一致地发展，商不可能脱离一般民事环境独自发展，当社会上的平等观念和制度（institution）导致民法真正形成，商法也就包含其中了。民国时期在中国历史上第一次确立现代法制的框架，就采民商合一的体例，正是对客观要求的一种正确反映。

#### （四）小结

《法国商法典》开民商正式分立的先河，法国在当时民法已可反映平等、自由的政经要求，对包括商事在内的私人生活进行调整的情况下，阴差阳错，沿袭、固化中世纪的做法，本身就是一种错误。经过近二百年的实践，问题越来越突出，导致了民商合一、统一的趋势。在以商法典为代表的商法难以为继，大陆法系发达国家的学者和立法者正在设法走出历史的误区时，我们还疾呼制定商法典，即使不考虑中国是否真正需要制定这样的法典，单从立法的趋势看它就是逆潮流而动的。

### 三、我国现阶段社会结构与商法

当然，我国是否要商法暨商法典，并不取决于外国的法例，这仅是参考因素；关键还在于我国是否存在商法的要求和基础。钱穆先生曾经说过：“政治建基在社会上，社会建基在文化上。”[10]与政治同为上层建筑的法律制度也需要建基于相应的社会制度之上，只有能够满足客观社会需求的法制，才真正有用，否则不过是一堆废纸或稍纵即逝的彩虹而已。对商法的考察也应秉承这样的理念、原则和方法。在商法的框架中，商主体和商行为是最重要的两个概念，以此构建起整个商法的体系，我们不妨就此对商法进行一番考察。

#### （一）商主体考察

在商法孕育的中世纪，商人的职业或身份是辨别商（人）法的标准，只有商人之间的交易才需要及能够适用商（人）法。因此是否为商人和如何认定商人，成为商（人）法适用的前提条件。尽管从《法国商法典》开始，采取了商行为的立法标准，晚近《德国商法典》也摒弃繁琐的商人分类，改为谁从商谁就是商人，但从民商分立国家的商法实践及其基本理念来看，认为社会上有一个商人团体也即商主体的存在，这是商法的一项重要假定。从我国现有的商法研究来看，学者们也热衷于通过确立商事主体，来构建商法的理论体系。因此，关于商事主体能否成立或者为商事者是否就是商主体的问题，便成为构建商法首先需要解决的一个问题。

考察商人法和欧洲中世纪的商法，我们发现其背景总体上是农业社会，商人与其他社会成员的差别很大，易于辨认。当时，众多的农业人口被土地固定在一个个狭小的范围内；少数贵族、地主、武士等不需劳作，养尊处优，处于社会上层；夹在中间的工商人口则崇尚自由、放荡不羁、有钱无势、只认金钱面前人人平等，无论是坐商、沿一定的商业路线行动还是四处游荡的商人，人们都可以容易地认定其身份。而且在社会等级森严的情况下，任何人都隶属于一定的身份，商人就是商人，他要牟利、要平等，就给他商法吧，商人和商法与他人无涉。

反观在现代社会中，套在“商”和商人头上的妖魔化、神秘化、神圣化的色彩已被揭去，使之处于平实和中性状态，认定商人身份的必要性大减。人们在观念上已经确立了商事活动的正当、合法性，以平常心来对待它，不再认为从事牟利的经营活动是对灵魂的亵渎，封建的官商特权和计划经济对商的排斥也在道德上和实践中被否定，因此交易日益频繁，规模日增。专事贸易者固然一如既往，而从事农、工、交通运输、各种服务、传媒、文化、体育等各业者也不妨直接从事所需的投资和交易，乃至兼做与本专业无关的生意，甚至公权力主体也无所顾忌地插上一脚，以种种名义参与投资经营和交易等“商”的活动。其中最匪夷所思的，是农民和政府（国家）也成了社会中日常的交易主体，而且人人（从最高领导人到最底层的乞丐，从知识分子到蓝领人士，从雇员到经商失利、企业破产或洗手不干了老板）皆可随时成为自己劳动力的交易主体。在这样的社会结构下，借助现代的交通和通讯，人口的流动性越来越大，人们不再被禁锢或局限在某些区域内，流动性亦不复为商人的专利。一言以蔽之，现代社会找不到任何标准来区分商人和非商人，各业皆商，就行业特殊性而言也无必要且无法区分商人、进而为商人特殊立法。

更重要的是，人人平等的观念在现代社会中广泛确立，封建等级制度和职业的藩篱正在消亡。如同人人皆可能、可以出卖劳动力一样，人人也皆可经商，人的权利能力平等，商人也是公民，普通公民与商人的身份随时可能、可以转换，今天是官员、工人、农民、教授，明天不妨下海经商，下岗员工把握机遇经营企业成功摇身变为千万、亿万富翁的也时有所闻，反之亦然。这也是经济自由、民主的题中应有之义吧。因此划分商人从公民权利和政治层面看也是存在问题的。

近期有一项产生了重大社会影响的调研报告称，改革开放以来，我国的社会结构发生了较重大的变化，原先将社会成员分为工人阶级、农民阶级和知识分子阶层的做法已不合时宜，现根据社会成员对组织资源、经济资源和文化资源的占有量，可将其划分为十大阶层，变化较大的是产生了经理人员阶层和私营企业主阶层。[11]这或许成为建立商法观点的基础，认为至少可以将这两类人作为商主体。但是只要稍加分析，就会得到相反的结论。

首先，社会阶级和阶层的划分，与法的调整是否采取主体标准之间没有必然联系。过去没有工人法、农民法和知识分子法，新的划分也未必需要某种主体法。经理人员本来就不是商人，私营企业主则不过是自己经营或不经营的投资者（老板或股东），古今中外也未曾有过经理法和老板（投资者、股东）法。现代社会中为投资经营和交易行为的主体主要是个人、企业和政府，如前所述，实际上无法从中区分出特定的商主体来。

其次，商主体不符合法律上对某类特殊主体专门立法的宗旨和规律。现代法遵循现代社会的平等观，除非针对某些主体除外适用或者为某类主体特殊立法，法律原则上一体适用于从事某种活动的各种主体。针对特殊主体的立法有两种情况：一是该类主体执行特殊的社会职能；二是对该类主体须赋予特殊权利（力）或给予特殊保护。前者如律师法、法官法、检察官法等；后者如妇女儿童保护法、消费者法、中小企业法等。也即为了特殊职能、特殊需要和弱势群体保护而特殊立法，并非有多少阶层就有多少针对特定阶层的法。具体到私营企业主和经理人员阶层，首先他们并非社会的弱者，相反还处于优势地位，“在中国社会结构较上层的部分或者说居于优势位置的社会阶层中，掌握或直接运作经济资源的阶层正在兴起和壮大。在这类阶层中，除了国家和社会管理者外，还有私营企业主和经理人员。”[12]此外，从事“商”活动的主体繁杂，事业繁多，不可能将其抽象出来普遍立法，赋予特权或予特殊保护。即使需要从强调保护私人财产权、改善投资环境的角度制定私人投资保护法，该法也不是规范企业形式和经营行为，依辨认商法的标准它并非“商法”，而是与中小企业法、外商投资法、台胞投资保护法等一样，属于（产业、社会经济）政策法的范畴。

总之，当代社会发展的现状和趋势表明，要在法律上确定商主体的内涵和外延是不可行的，我国在市场经济发展中出现的私营企业主和经理人员阶层则不是弱者，即使为其立法也不是商法，如果一定要在法律上搞出商主体的概念来，则对经济关系的法律调整和生产力发展肯定不会有任何好处，反而会添乱、促退。

## （二）商行为考察

《法国商法典》“打破了商法在中世纪只适用于商人阶层的传统而采取商行为主义，不愧是一部划时代的法典。”[13]但其“划时代”在于用法典的形式将民商分立，而不在于商行为主义有多少科学性和好的实践效果。该法典将营利性作为认定商行为的标准，认为任何主体从事的以营利为目的的行为或者活动都是商行为。此后营利性就成了“商”的醒目标志，即或采主体与行为折衷主义的，也将其奉为圭臬，认为任何主体从事的营利性活动以及商主体（也即营利性主体）从事的任何营业性活动为商行为。

问题在于，以此标准很难说商行为与民事法律行为有何区别，以及某行为是否适用商法、为何不适用民法。《法国商法典》“第632条列举的商事行为本身并不具有商事性。只有当他具备某些条件时才成为商事行为。商事性是以具备两种相反的协议，即实际的和潜在的‘取得’和‘让与’构成的。目的是促使出现两者的成本与效益之间的差价，即利润。”[14]对于一项交易，要考察当事人的行为是否以营利为目的，需从其具体外形和内容上加以判断，这会给交易带来麻烦，也无益于法的便利、有效适用。可见，确认商行为基本上没有可操作性。在商行为的理论构建中，除了增加营利性目的外，其余与民事法律行为没有区别，从本质上讲两者是同一事物，民事法律行为主要就是从交易、合同、商事中概括出来的，并适用于它们，如果强行对二者进行区分，必然是分不清，且令法的适用摇摆不定，不能产生可预见的后果。与商主体一样，对商行为也不可能、不必要作一般的抽象，但对某些具体交易如同对某些具体主体一样也不妨有专门的法，如票据、海商等，是票据行为就适用票据法，海商法范围的行为就适用海商法，这就够了，过度地追求理论、体系的满足何益之有。

进一步而言，行为和主体不能因其营利性而脱离民事，相反民事法律行为之意思表示及其真实、适法、自治的基本品性，恰是商的关系和交易所赋予它的。而且，现代的经营和交易已远非营利性所能涵

盖，除了营利性外，至少还有两性——政策性、公益性。政策性的经营和交易有政策性银行的贷款和担保、国有的资产管理公司和投资公司等的资产经营行为、政府采购等；公益性的经营和交易有公用事业的普遍服务、公益广告、经济适用房的建设、销售或租赁等。在市场经济条件下，竞争性领域的国有企业、公司须确立其营利性，但鉴于其资本或控制资本的全民性，当其营利性与公共利益发生冲突的非常时刻，营利性往往还是要知趣地退居其次、甘拜下风的。此外也不能忽视合作制企业、组织在现代市场经济社会中的存在，其经营的营利性要服从互助合作性或互益性，如社区合作组织、股份合作制企业、合作社等及其投资或控制的企业、公司。这些都是现代市场经济的有机组成部分，它们也追求流动、便捷、安全，要求摒弃传统的官商作风和特权、尽可能引进竞争机制，凡违法、舞弊的也要依法承担民事、行政或刑事责任。如此之“商”，需要将公、私结合，通过诸如国有财产法，国有企业和公司法，有关公用事业法，中央银行法，政策性银行等政策性企业、组织法，政府采购法，反垄断法，金融、证券及市场监管法，反倾销法，反补贴法和保障措施法等，不拘一格地对其进行法律调整。所以，对商行为作一般抽象是没有任何价值和意义的。现代社会的民商重合和泛商化，已导致商行为作为商法理论支柱的坍塌。

明知不可为而为之，只能是徒劳，又浪费法学和法的资源。商人法本是求真务实的产物，这些老祖宗商人们若九泉之下有知，听闻后人已把商法变成了纯粹而无益的概念、学问，恐怕无论如何是不能瞑目的。

\* \* \* \* \*

商主体和商行为不能承受商法大厦之重，并非在于思辨和学问的能力、水平如何，根本问题是社会现实暨法的基础变了。当代社会的经济关系及其法的调整高度分化、高度整合：同样的事或关系如“商”事和交易、合同，发展蔓延至性质迥异的各社会活动领域；在同一事业或社会活动领域中，则存在着种种各不相同的社会关系和法律关系，如在一个企业或行业的投资经营中，既有财政关系、公共管理关系、公共产品的生产和交易、私人的投资和交易、纯粹的市场交易和有公权力介入的交易、反垄断和反不正当竞争、消费者保护等关系，又有民事责任、行政责任、刑事责任等法律责任关系。在此条件下，应当说英美法及其思维是有优势的，他们只有对法的大致分类，无所谓法的部门划分，对任何事的法律调整，均不拘泥于本本和律条，而以有效调整和公平正义为优先及最终考虑，需要何种手段就采何种手段。中国固然已陷于古典大陆法的教条而难以自拔，但是我们可以借鉴英美法这种符合社会关系及其法律调整客观要求的精神，来改造已不合时宜的传统的法律部门划分，这需要另文探讨。[15]不得不指出的是，无论依照传统大陆法系的法律部门划分理论，还是借鉴英美法实事求是、不拘一格的精神，都可以发现，商法的社会基础在现代社会中业已丧失殆尽了。

（原载于《首都师范大学学报》2003年第1期）

[1] 徐学鹿：《商法总论》，人民法院出版社1999年版，第177页。转引自程宗璋：《经济领域的法的新构架与商法的复兴——评徐学鹿著〈商法总论〉》，《山西大学师范学院学报》2000年第4期，第36页。

[2] 钱玉林：《商法的价值、功能及其定位——兼与史际春、陈岳琴商榷》，《中国法学》2001年第5期，第38页。

[3] 参见刘凯湘：《论商法的性质、依据与特征》，载《现代法学》1997年第5期。

[4] [比]亨利·皮朗，乐文译，《中世纪欧洲经济社会史》，上海人民出版社1964年版，第53页。

[5] 见前引《中世纪欧洲经济社会史》，第4-5页。

[6] 金观涛、唐若昕：《西方社会结构的演变》，四川人民出版社1985年版，第174页。

[7] 参见张国键：《商事法论》，台北三民书局1980年第19版，第11页。

[8] 沈达明：《法国商法引论》，对外经济贸易出版社2001年版，第5-6页。

[9] [德]贡德·弗兰克，刘北成译，《白银资本：重视经济全球化中的东方》，中央编译出版社2001年版，第168页。

[10] 钱穆著：《国史新论》，三联书店2001年版，第36页。

[11] 陆学艺主编：《当代中国社会阶层研究报告》，社会科学文献出版社2002年版，第6-17页。

[12] 前引《当代中国社会阶层研究报告》，第50页。

[13] 林榕年主编：《外国法律制度史》，中国人民公安大学出版社1992年版，第272页。

[14] 沈达明：《法国商法引论》，对外经济贸易出版社2001年版，第13页。

[15] 参见史际春：《经济法的地位问题与传统法律部门划分理论批判》，《当代法学》1992年第3、4期连载；史际春、孙虹：《论“大民事”》，载《经济法学评论》第二卷（2001），中国法制出版社2002年版。

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)