



研究生教学指导用书

# 商法总论

## (修订版)

徐学鹿 梁鹏 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

商法总论 (修订版) /徐学鹿, 梁鹏著.  
北京: 中国人民大学出版社, 2009  
(研究生教学指导用书)  
ISBN 978-7-300-11101-8

- I. 商…
- II. ①徐…②梁…
- III. 商法-中国-高等学校-教材
- IV. D923.99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 145728 号

研究生教学指导用书  
**商法总论 (修订版)**  
徐学鹿 梁鹏 著

---

<b>出版发行</b>	中国人民大学出版社		
<b>社 址</b>	北京中关村大街 31 号	<b>邮政编码</b>	100080
<b>电 话</b>	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
<b>网 址</b>	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a> <a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)		
<b>经 销</b>	新华书店		
<b>印 刷</b>	涿州星河印刷有限公司		
<b>规 格</b>	170mm×228mm 16开本	<b>版 次</b>	2009年8月第1版
<b>印 张</b>	27.25	<b>印 次</b>	2009年8月第1次印刷
<b>字 数</b>	491 000	<b>定 价</b>	42.00元

---

**版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换**

## | 修订说明 |

《商法总论》1999年出版，至今已10年。改革开放反复证明了一个颠扑不破的真理：发展是硬道理。在我国，商法（贸易法）要发展、要进步，就要坚持解放思想。解放思想需要勇气，姓“资”姓“社”的争论中，人们勇往直前，敢于冲破禁区，坚持解放思想，才有可能明确提出——要制定我国的商法，并取得各方面的共识，从而付诸法制实践；思想解放的深入，其基本路径是发现差距，人们从近代商法中找到了思想、理论、制度、原则、规则的诸多差距，推动了我国已经颁行的诸多商法一次又一次的修改，促进了我国商法从近代向现代商法范式的转化；解放思想的目的是实事求是，其基本“实事”是我国选择了社会主义市场经济，我国已经成为世界贸易组织的成员，从这一实际出发，才有可能体现商法的强制性统一与示范性统一的规律性，从而转变发展方式，商法的科学发展才能落到实处；解放思想需要营造良好的学术氛围，浮躁、投机取巧、封杀不同学术观点、压制创新思维……是解放思想的阻力，也是商法健康发展的障碍。新中国成立60年来，我国商法从无到有，得益于解放思想。今后，商法要科学发展，还必须坚持继续解放思想。本书在修订中，只是在继续解放思想上做了一些肤浅的探索。如果它能在商法领域内继续解放思想上起到一石激起千层浪的作用，我们将感到无比的欣慰。

《商法总论》是20世纪90年代中期原内贸部下发的“社会主义市场经济的商法调整”课题中期成果调研报告基础上形成的最终成果。课题组的成员有徐学鹿、刘凯湘、徐康平、王治宇、吕来明、傅琳、孙喜来。课题成书前，北京商学院商法研究所的有关教师、商法理论与实务方向的硕士研究生以及田少波、徐冰、罗钧、徐虹、王辉、徐霞等，参加了有关问题的研究、讨论、资料收集和有关组织工作。修订中参考并吸收了北京工商大学法学院商法理论与实务方向研究生曹慧、

傅琳、孙喜来、关军、严巧敏、迟平、伍红、胡新华、游杰、杨璐、闫秀华、胡嘉荣、辛丽燕、梁鹏、孟志强、李军、孔志明、胡冰子、于甜甜、任建涛、阎锐梅在校期间的读书笔记、毕业论文中的一些观点。对修订后书中仍然存在的不足与错误，敬请批评指正。

作者

2009年3月

## | 前 言 |

在市场经济条件下，我国应不应当有一部市场交易领域内的基本法，回答是肯定的，我们认为应当有一部这方面的基本法。但是，为什么至今还没有呢？甚至连要制定这方面的基本法的动向也不明显呢？原因是多方面的。但是主要有两方面的原因：一是长期以来我们没有进行市场经济的建设，现在虽然采取了市场经济的体制，但刚刚起步，还很不成熟，因此，缺少市场交易法赖以脱颖而出的市场经济的市场交易实践。二是缺乏与市场交易法相适应的科学、先进的理论支撑。其表现之一一是研究的方法跟不上我国市场经济发展的步伐，长期以来习惯于用陈旧的、简单的商品经济的思维，来对待社会主义市场经济的市场交易的法律；重公司、票据、海商、保险等各个分支领域的所谓“实务”研究，往往陷于对法条的注释性的解说，而缺乏系统的、从市场交易客观规律的高度抽象出市场交易实践中的一般理论。表现之二是研究观念的落后，集中表现为缺乏主体意识，习惯以特别法的观念研究“特别法”的主张居于主导地位，这就无法摆脱特别法的思维定式，只能在近代商法的框架内游移、徘徊，难于迎头跨入现代商法的新时代。表现之三是我国由排斥到承认商法的历史发展轨迹，甚至也表现在这方面早期的学术论文和著作的发表与出版大多均在非法律专业或非权威的期刊与出版社上。这些商法学术论文和著作后来反而被人们遗忘、淡化，没有受到应有的重视。这种商法在发展中割断历史的现象，将使人们很难发现商法在我国发展的内在规律性。表现之四是研究的成本巨大，从违约规则的过错原则到严格责任原则；从不安抗辩到预期违约；从所有权风险不分离到二者的分离等等的转变，不知耗费了多少的人力、物力，虽然最终科学的、先进的法律制度、理念也在我国被认可了，但是否应当考虑其中所付出的巨大代价。如何了解这种不惜反复花费“学费”的状况，适应国家提出的“两个根本转变”，在市场交易法律上从总体上来一个彻底改变，使我萌生了对商法基础理论的兴趣。我

们学校原来是商业部（内贸部）的直属院校，商业部（内贸部）在改革开放初期曾着手起草过一部市场交易领域的基本法，有关人员做了大量工作，但由于上述的缺乏市场经济的市场交易实践和科学的、明确的理论支撑等原因，这一立法起草工作最终暂停下来，但它为今后立法开了一个头。为了总结市场交易立法起草工作的经验，我们承担了国内贸易部 20 世纪 90 年代中期下达的“社会主义市场经济的商法调整”的课题，课题组的成员有徐学鹿、刘凯湘、徐康平、王治宇、吕来明、傅琳、孙喜来，历经一年多的调研，1997 年形成的中期成果是一份十余万字的调研报告。这本《商法总论》吸收了这一调研报告的有关内容，也可以说是“社会主义市场经济的商法调整”课题的最终成果。我们希望这一成果能在解决我国市场经济的市场交易法的理论方面起到它应起的作用。另外，不少年轻的学者和立法、司法的实际工作者对商法基本理论产生了兴趣，希望此书的一些浅见能抛砖引玉，引起他们对问题的深入研究。还有不少普通高等学校在法学本科、研究生中开设了商法总论课程，这一成果可作为教材或参考书，还可以作为经济、管理等非专业的本科及其他层次的教材或参考书，也可作为立法、司法、法律服务、行政、经济、企业管理界人士研究或自学商法理论与实务的读物。

这一成果从立项、申报到出版得到了原国内贸易部教育司及有关部门、北京商学院领导及其科研处的有关领导、专家、工作人员的关怀和支持，中国人民大学法学院范明辛、刘文华以及北京商学院李仁玉教授，在课题中期成果评审中对其作了充分肯定，认为“这是一部很有启迪性和价值的论著，也是作者多年来研究及其主张系统化的力作”，同时也提出了中肯宝贵的意见，作为课题组的牵头人在此一并表示感谢。

课题成果在成书以前，北京商学院商法研究所的有关教师及商法理论与实务方向的硕士研究生曹慧、傅琳、孙喜来、关军、严巧敏、迟平、伍红、胡新华、游杰、杨璐、闫秀华、胡嘉荣，以及田少波、徐冰、罗钧、徐虹、王辉、徐霞等，参加了有关问题的研究、讨论、资料收集和有关组织工作。

徐学鹿

于北京商学院商法研究所

1999 年 3 月

## | 目 录 |

第一章 商法本体论 .....	1
第二章 商法的性质和地位 .....	47
第三章 原生态商法——软商法 .....	90
第四章 商会（行业协会） .....	141
第五章 商法的演进 .....	175
第六章 现代商法——《美国统一商法典》 .....	211
第七章 我国商法的历史与发展 .....	259
第八章 市场主体 .....	296
第九章 市场行为 .....	338
第十章 商人权利救济 .....	389



# | 目 录 |

<b>第一章 商法本体论</b> .....	1
<b>第一节 市场、商人和交易：商法的三个基础性概念</b> .....	1
一、市场 .....	1
二、商人 .....	4
三、交易 .....	5
四、商法中的“商”就是市场交易 .....	8
五、“交易”贯穿于“市场”、“商人”和“商法”三个概念之中 .....	11
<b>第二节 商法的概念</b> .....	14
一、最初的市场交易行为准则是习惯 .....	14
二、近代的市场交易准则是国家立法 .....	19
三、现代商法是市场交易的基本行为准则 .....	24
<b>第三节 论商法的调整对象</b> .....	28
一、商法原本调整的对象就是市场交易关系 .....	28
二、“商事关系”是民法“形式理性”的产物 .....	30
三、现代商法的调整对象是现代市场交易关系 .....	35
四、我国应当建立科学的调整市场交易关系的现代商法体系 .....	42
<b>第二章 商法的性质和地位</b> .....	47
<b>第一节 商法是自然法</b> .....	47
一、自然法的本质是规律：对“自然”一词含义的探索 .....	47
二、商法是市场交易规律的反映 .....	51
三、自然法精神在商法中的贯彻 .....	55
<b>第二节 商法是发现法</b> .....	61

一、法律生成路径的两种理论：建构论唯理主义与进化论理性主义	61
二、商法发现路径的三种理论解释	63
三、商法的发现：商人市场交易实践中的发现	69
四、商法作为发现法的意义：克服商法制定法的弱点	71
<b>第三节 商法的体系</b>	74
一、硬商法	75
二、软商法	78
<b>第四节 商法是市场经济的基本法</b>	81
一、市场经济解析	81
二、商法理念与市场经济	84
三、商法是市场经济的基本法	86
<b>第三章 原生态商法——软商法</b>	90
<b>第一节 软法：软商法的理论思维领域</b>	90
一、软法是什么：传统教科书法律概念的颠覆	90
二、软法的特征	104
三、软法与其他相似概念的区别	107
<b>第二节 软商法：我国商法研究的前沿领域</b>	109
一、软商法的概念界定	109
二、软商法的法理基础	120
三、软商法的价值	126
四、软商法何以实施	131
<b>第四章 商会（行业协会）</b>	141
<b>第一节 商会自律的目标：增进行业整体利益</b>	141
<b>第二节 商会缘何自律：克服市场失灵与政府失灵的第三条道路</b>	144
一、逐利行为导致的市场失灵	144
二、信息不对称导致的政府失灵	145
三、商会自律作为第三条道路	147
<b>第三节 商会何以自律：自定规则与处罚权</b>	148
一、自定规则	148

二、商会处罚权 .....	149
第四节 商会失灵：商会自律目的滥用之限制 .....	152
第五节 商会制定软商法的权利：以保险行业协会为例 .....	156
一、引言：事起“重庆保险行业协会涉嫌价格垄断”案 .....	156
二、保险行业协会有权制定规则吗 .....	157
三、保险行业协会规则制定权来源于何处 .....	158
四、保险行业协会规则制定权的边界何在 .....	160
五、谁来监督保险行业协会的规则制定权 .....	163
第六节 区域经济一体化的通道：商会 .....	165
第七节 整合我国的商会 .....	171
<b>第五章 商法的演进 .....</b>	<b>175</b>
第一节 家商一体的古代商法 .....	175
第二节 以商人交易习惯为行为规范的中世纪商法 .....	179
第三节 民族化、国家化的近代商法 .....	185
第四节 趋向世界统一的现代商法 .....	197
第五节 商会对商法演进的影响 .....	206
<b>第六章 现代商法——《美国统一商法典》 .....</b>	<b>211</b>
第一节 《美国统一商法典》产生的历史背景 .....	211
第二节 《美国统一商法典》的特征 .....	217
第三节 《美国统一商法典》的原则 .....	223
第四节 《美国统一商法典》的体系、结构 .....	238
第五节 《美国统一商法典》的主要内容 .....	242
<b>第七章 我国商法的历史与发展 .....</b>	<b>259</b>
第一节 我国商法的历史 .....	259
第二节 影响我国商法发展的历史原因 .....	275
第三节 我国商法现代化中的理论陷阱 .....	280
第四节 我国商法现代化道路的选择 .....	289
第五节 我国商法典的编纂 .....	291

<b>第八章 市场主体</b> .....	296
<b>第一节 市场主体的沿革</b> .....	296
一、作为一个阶层的古代和中世纪商法中的商人 .....	296
二、近代商法中的商人作为一种特殊身份 .....	300
三、现代商人是素质商人 .....	302
<b>第二节 市场主体的范围和分类</b> .....	306
<b>第三节 市场主体资格的取得</b> .....	318
<b>第四节 代理商</b> .....	326
<b>第九章 市场行为</b> .....	338
<b>第一节 市场行为的演进</b> .....	338
<b>第二节 我国建立市场行为法律制度的必要性</b> .....	342
<b>第三节 市场行为法律制度的特征</b> .....	350
<b>第四节 市场行为的形式和内容</b> .....	354
<b>第五节 商务合同</b> .....	371
<b>第十章 商人权利救济</b> .....	389
<b>第一节 商人权利救济的演进</b> .....	389
<b>第二节 非诉讼争端解决机制</b> .....	394
一、为什么商人乐于选择非诉讼纠纷解决机制 .....	394
二、非诉讼争端解决机制的类型 .....	399
<b>第三节 仲裁是解决商务纠纷的主要方法</b> .....	404
一、仲裁的性质：契约性与自治性 .....	404
二、仲裁的优点：商务纠纷为何选择仲裁 .....	409
三、仲裁事项：为何多为商务纠纷 .....	414
四、仲裁的发展趋势 .....	418
<b>参考文献</b> .....	422

# | 第一章 |

## 商法本体论

### 第一节 市场、商人和交易：商法的三个基础性概念

研究商法（贸易法），首先应该研究什么是商法，而在研究什么是商法之前，我们必须研究关于商法的几个基础性概念：市场、商人和交易。这三个概念，是商法赖以存在的基础性概念。其中，“交易”一词最为重要，正是因为存在交易，才会存在市场和商人；正是因为存在交易，才会存在规范交易的法律，也就是商法。中国古代文献《周易》载：“日中而市，致天下之民，聚天下之货，交易而退，各得其所”<sup>①</sup>，至少包括了市场交易的四个要素：交易时间、交易地点、交易人物和交易行为，交易时间为“日中”，地点为“市”，人物为“天下之民”，行为为“交易”，正是关于商法的几个基础性概念的描述。最初的交易有确定的时间，人们在交易日的中午进行交易。但是，随着历史的发展，人们可能在任何时间进行交易，因此，交易时间的概念逐渐淡出，交易中的关键概念只剩下地点、人物和行为，也就是本书所讲的几个基础性概念：市场、商人和交易。

#### 一、市场

##### （一）市场的起源

社会分工和交换是市场产生的基础。“哪里有社会分工和商品生产，哪里就有

---

<sup>①</sup> 《周易·系辞下》。

‘市场’”<sup>①</sup>。原始社会早期，由于生产力极其低下，人们生产的物品仅仅用于个人或家庭消费，没有剩余物品用以交换，因此，不需要有交换的场所，也就无所谓市场。随着生产力的发展，出现了剩余物品，人们开始利用剩余物品进行交换。“在野蛮时代低级阶段，人们只是直接为了自身的消费而生产，间或发生的交换行为也是个别的，只限于偶然的剩余物”。在这种偶然的交换中，市场逐渐产生了。交换首先是家庭或氏族之间的交换。交换的地点，或者在氏族部落的居住地进行，或者在自然形成的区域的中间地带进行。<sup>②</sup> 这可能是萌芽状态的市场。随后，生产力进一步发展，个人开始参与交换，不仅不同部落的个人之间存在交换关系，而且本部落的个人之间也有了交换关系。个人之间的交换需要一定的场所，原始人将这种交换场地选在自己的集会场地。<sup>③</sup> 在这里，物物交换的买者比较容易找到恰当的卖者，或者卖者比较容易找到买者，渐渐形成了“集会集市”。后来，进行交换的“集市”与进行其他活动的“集会”开始分离，形成所谓的“集场”，这种“集场”就是一种初级市场<sup>④</sup>，现代意义的市场，正是从这样的初级市场发展而来的。

## （二）市场的本质

《新华词典》对市场的解释是：第一，是指商品买卖集中的场所，如百货商场等。第二，泛指商品交换的领域，如国际市场、国内市场等。<sup>⑤</sup> 而《辞海》对市场的解释是：一是指商品买卖的场所；二是指一定地区内商品或劳务等供给和有支付能力需求的关系。<sup>⑥</sup> 从这两个定义来看，市场首先是指商品交换的场所，但随着生产和交换的发展，市场概念的外延逐渐扩大，“交换场所”一词难以包含市场的全部含义，人们将市场理解为商品交换的领域，甚至理解为由商品交换产生的关系。经济学家马歇尔曾经引用另外两名经济学家对市场的看法阐明这一现象：古诺说“经济学家所说的市场，并不是指任何一个特定的货物交易场所，而是指任何地区的全部。在这个地区中，买主与卖主彼此之间的往来是如此自由，以至相同的商品的价格有迅速相当的趋势”。杰

① 《列宁全集》，2版，第1卷，79页，北京，人民出版社，1995。

② 转引自龙建民：《市场起源论——从彝族集会到十二世纪日集场考察市场的起源》，185页，昆明，云南人民出版社，1988。

③ 原始氏族部落均有自己的集会和集会场地，氏族部落定期或不定期地在这里举行集会，处理氏族内部的公共事务和协调氏族部落之间的关系。这里也成为交换最频繁的地点。

④ 中国古代有以“井”为市的说法，即在井的附近进行交易，井的周围就成为一个初级市场，所以后市才将“市场”与“井”联系起来，称为“市井”。

⑤ 参见《新华词典》，818页，北京，商务印书馆，1994。

⑥ 参见《辞海》，914页，上海，上海辞书出版社，1989。

文斯也认为，“起初，市场是城中出售粮食和其他物品的一个公共场所，但是这个字的含义曾被推广，从而指任何一群商业上有密切关系并进行大量交易的人。一个大城市有多少重要行业，就可以有多少个市场，而这些市场可以有也可以没有固定场所。市场的中心是交易所、市集或售卖所，商人们都约定在那里相会和进行交易”<sup>①</sup>。

如此看来，市场是一个历史范畴，具有明显的历史性质。市场的本质随着历史的发展而发展，“它不以社会形态的更迭为转移，而只同生产力发展状况和一定的生产方式有关，并且在不同的生产力发展水平下，保持着与一定的生产活动方式相适应的交换方式”<sup>②</sup>。有学者根据历史发展的自然线索，将市场形态划分为：“（一）发生在原始社会时期的、处于萌芽之中的、偶然的产品交换，我们把这一市场称为原始市场；（二）以物物交换为主要特征的简单商品交换，我们把这一时期的市场称之为简单商品市场；（三）以一般等价物和货币作为交换媒介的商品交换，其市场形态表现为一般商品市场；（四）以广泛的信用为基础、以发达的商品流通为主要特征的现代市场”<sup>③</sup>。从另外一个方面看，市场早期交换的是产品或商品，后来扩大到劳务和服务，再后来，技术、信息和资本成为交易对象，市场的范围随历史和生产力的发展不断发展，市场从集贸市场发展到区域市场、全国性市场、国际市场，从现货市场发展到期货市场，从商品市场发展 to 资本市场、劳动力市场、技术市场、信息市场等生产要素市场，从有形市场发展到无形市场。<sup>④</sup>

想要给市场下一个定义非常困难，因为市场有许多层面。在物质技术层面，市场是人类交换商品、配置资源的一种方式；从历史横断面作静态考察，市场是整个商品生产和实现的一个环节和结点；从动态角度看，市场是一个功能逐渐放大的社会资源配置机制和方式；而在社会内容方面，市场是人类交往和利益实现的一种文明方式。<sup>⑤</sup>给市场下一个定义虽然困难，并不等于我们应当对此无所作为，至少，我们可以提出市场的几个要素。笔者认为，作为市场，应该具备三个方面的要素：其一，市场的主体。市场中必须有从事交易的主体，这种主体，可以是集合主体或者自然人，没有主体，交易将无法进行。其二，市场的客体，也就是用于交换的对象或标的物。市场主体必须掌握有一定的交换对象，才可以与他人进行交换。这种交换对象，可以采取商

① [英] 马歇尔著，朱泰志译：《经济学原理》（下卷），18页，北京，商务印书馆，1997。

② 张建城：《市场论》，31页，北京，红旗出版社，2002。

③ 张建城：《市场论》，41页，北京，红旗出版社，2002。

④ 参见徐学鹿：《商法总论》，14页，北京，人民法院出版社，1999。

⑤ 参见魏成元：《市场规则论》，49页，武汉，武汉大学出版社，2003。

品、服务、技术、信息等多种形式。其三，市场行为，即交换或交易行为。主体拥有交易对象，如果不进行交易，只是自己使用或消费，市场也难以存在。因此，对市场我们可以从具体和抽象两个方面理解：前者，市场是交易的场所；后者，市场是交易关系的总和。<sup>①</sup>

## 二、商人

第一次社会大分工将游牧部落同其他人群区分开来，即游牧业与原始农业开始分离。这次社会大分工使得交换成为经常化，但是，并没有出现专门的以交换为职业的人群。同样，作为第二次社会大分工的手工业与农业的分离，虽然促进了直接以交换为目的的生产，但商人作为一个阶层并没有随之出现。在社会经历了第三次社会大分工之后，商人阶层才作为一个新的阶层出现了。商人阶层出现的原因，除了生产工具的进步以外，最重要的应该是市场交换的作用，人们在多次的交换活动中，逐渐意识到，通过交换获得的利益可能大于通过生产获得的利益，交换促进商品生产者之间的交流，使得他们生产的商品能够高效地转让出去，进一步提高生产效率。因此，商人阶层的出现，是生产力发展的一个必然趋势。商人阶层的出现，也进一步推动了生产力的发展。“商人阶层的出现，推动了商品生产和商品交换的进一步发展，作为商品的金属货币即铸币也被发现了，从而使商人阶级获得了统治生产者及其生产的新手段”<sup>②</sup>。从此，商人以社会一个独立而重要的阶层出现在历史舞台上。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 参见徐学鹿：《经济法概论》，282~283页，北京，中国商业出版社，1987。

<sup>②</sup> 转引自汪永祥、李德良、徐吉升编著：《〈家庭、私有制和国家的起源〉讲解》，291页，北京，中国人民大学出版社，1986。

<sup>③</sup> 历史传说，在五六千年之前，在众多的氏族部落中，有一个叫做商的部落，据说居住在现在河南的商丘一带。由于这里自然条件优越，并且这个部落又主要以畜牧为主，它生产的东西，除供本部落消费以外，还有一些剩余，诸如牛马、猪羊、毛皮、兽骨等，商部落就用这些剩余产品同其他部落进行交换。由于牲畜的流动性很大，就为商部落进行交换提供了交通运输的条件，因此，这个部落总是主动地同其他部落进行交换。所以，后来的人都把同这个部落进行交换称为“商”，而把从这个部落来的人称为“商人”，相传沿袭，后来的人们则习惯上把做买卖的人都称为“商人”。参见张建城：《市场论》，41页，北京，红旗出版社，2002。亦有人认为，“商人”一词来自周灭商后的商代遗民。商遗民因为顽固被称为“顽民”，被强迫集中在洛阳进行强制性的管理。他们既无政治权利，又失去了土地，无法过日子，只好东跑西跑做买卖，以此为业。这一行业周的贵族不屑做，庶民百姓要种地也不能做，但又为社会所需要，时间久了，商业就成为商遗民的主要行业。参见张岱年主编：《中国文史百科》，337~338页，杭州，浙江人民出版社，1998。不过，这些传说都不足以从理论上界定“商人”一词的缘起。我们认为，商人的真正起源在于社会第三次大分工，专门交易人群的出现导致商人的产生，至于为什么把专门的交易人群称为商人并不重要。



从商人的历史来源可知，商人阶层是专为市场交易而生的一个阶层，或者说，由于市场交易的需要，自然出现的一群以市场交易为职业的人。对这个阶层中的个体来说，他们通过贩卖商品、提供劳务等赚取利润，以满足自己生活的需要，并积累资本以便进一步扩大经营。因此，《现代汉语常用词词典》对商人的定义是：“旧社会贩卖商品从中谋利的人；现泛指从事商品经营活动的人”<sup>①</sup>。这个定义针对的就是商人个体。

不过，上述商人的定义属于经济学范畴。我国商法学界的一些学者将经济学上的商人概念与法学上的商人概念区别对待，认为在经济生活中，商人主要是指从事货物交易的人。在法律上，商人主要是指从事商业经营或为商事法律行为的主体。一般来说，商人中的“商”是指它的职业属性。“人”是指从事商业活动的权利主体。<sup>②</sup>事实上，经济学上的“商人”与法学上的“商人”概念不应当分离，法律中对商人的调整，应该是经济学上所认定的商人。上述将经济学与法学商人相分离的定义，事实上也没有做到分离。法学中商人的概念，是指从事商业营业的主体，经济学上将商人的概念界定为“从事商业营业的人”也未尝不可。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。<sup>③</sup>不过，现代商法更注重的是商人的专门知识和技能，《美国统一商法典》对商人的定义是：“是指经营某种货物的人，或者其职业表明他对交易所涉及的惯例或者货物具有专门知识或者技能的人，或者他因雇用其职业表明具有此种专门知识或技能的代理人、经纪人或其他中间人而被视为具有此种专门知识或者技能的人”。关于商人的概念及其他方面的问题，我们还要在下文中讨论，在此不再赘述。

### 三、交易

如果“交易”一词采通常的意义，即与交换同义，则交易的发生最迟可以上溯到原始社会末期剩余产品出现之时，剩余产品的出现是导致人们之间相互交换的最主要的因素之一。西方有关交换的记载以腓尼基人为最早。腓尼基人在绕过好望角航行的过程中，常与预先置兽皮、犀角、贝壳等于海岸的非洲土著进行交换，在取

<sup>①</sup> 张清源主编：《现代汉语常用词词典》，329页，成都，四川人民出版社，1992。

<sup>②</sup> 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，213页，北京，北京大学出版社，2000。

<sup>③</sup> 参见徐学鹿：《商法是市场经济的内在要求》，载《南京大学法学评论》，1995年秋季号。

走岸上预置物品的同时留下船上所携物品。这便是古老、朴实的物物交换。马林诺夫斯基曾对新几内亚群岛原始部落人进行考察，结果表明在原始社会已有交易，而且交易方式呈多种样态。中国古代亦有关于交易的记载，《易经·系辞下》中的“日中为市，致天下之民，聚天下之货，交易而退，各得其所”，《史记·平准书》中也提到：“农工商交易之路通，而龟贝金钱刀布之币兴焉。”这些都是我国关于交易的记载。

“交易”一词，自其产生之日起，就同“交换”有着割不断的联系。在古汉语中，由于“易”即是“换”，故交易与交换在意义上始终是等同的。只是在现代汉语中，随着词义的演进，二者才有所区别。《新华辞典》解释交易为“原指物物交换，后为买卖的通称”。解释交换为：彼此互换（东西）或人们互相交换活动或劳动产品的过程。<sup>①</sup>二者已有一定区别，但并不能截然分开。倒是英语中的“exchange”（交换）和“transaction”（交易）区别明显，值得借鉴，前者指不存在货币作为交换媒介和价值尺度的交换。后者指在货币为媒介，个人或组织之间的物品、劳务或权能之间的让渡。此种交易的概念，实际上是将物物交换排除在交易之外，非有货币参与流通者不为“交易”。饶是如此，“交易”的范围依然很大。

近世对“交易”讨论和运用较多的学科是经济学。然而经济学流派纷呈，对“交易”一词的理解也各有不同，大致有如下三种：其一仍将交易与交换等同，交易不过是复杂化的交换。<sup>②</sup>其二，交易与生产相对，非生产性的活动均为交易。<sup>③</sup>其三，交易是以物品和劳务为载体关于未来收益的权利的自愿转让。<sup>④</sup>此三种观点各自针对不同对象，自有其合理性，固在经济学领域难于强分优劣。

本书之交易是指商法中的交易，商法中的交易是商主体间的一种经济行为，所以在内涵和外延上需借鉴经济学关于交易的概念，但并不完全等同于经济学中的交易。上述第一种观点仍将交换和交易等同，第二种观点将交易行为与生产行为相对，其交易范围对商法来说均显得不太准确。唯有第三种观点的交易概念较为适中，更接近于我们平常所说的商法的交易。我们不妨借鉴这一概念，辅之以商法交易的特质，对商法的交易下一个初步的定义，那就是：交易是以市场为依托、以资本增值

<sup>①</sup> 参见《新华辞典》，441页，北京，商务印书馆，1989。

<sup>②</sup> 参见宋刚：《交换经济论》，25页，北京，中国审计出版社，2001。

<sup>③</sup> 参见[美]康芒斯著，于树生译：《制度经济学》，74页，北京，商务印书馆，1997。康芒斯将交易分为买卖的交易（市场上人们之间平等的交换关系）、管理的交易（表现为上下级之间的不平等交易）、限额的交易（政府与公众的经济关系）。

<sup>④</sup> 参见易宪容：《交易行为与合约选择》，18页，北京，经济科学出版社，1998。