

|| 法学学科新发展丛书 ||
New Development of Legal Studies ||

中国商法的发展研究



邹海林 \ 主编

New Development of Legal Studies

中国社会科学出版社

|| 法学学科新发展丛书 ||
New Development of Legal Studies ||

中国商法的发展研究

New Development of Legal Studies

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国商法的发展研究/邹海林主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 10

(法学学科新发展丛书)

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7214 - 8

I. 中… II. 邹… III. 商法 - 研究 - 中国 IV. D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 143819 号

出版策划 任 明
责任编辑 王半牧
责任校对 周 昊
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 10 月第 1 版 印 次 2008 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 21.75 插 页 2

字 数 376 千字

定 价 36.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

总 序

景山东麓，红楼旧址。五四精神，源远流长。

中国社会科学院法学研究所位于新文化运动发源地——北京大学地质馆旧址。在这所饱经沧桑的小院里，法学研究所迎来了她的五十华诞。

法学研究所成立于1958年，时属中国科学院哲学社会科学学部，1978年改属中国社会科学院。五十年来，尤其是进入改革开放新时期以来，法学研究所高度重视法学基础理论研究，倡导法学研究与中国民主法治建设实践紧密结合，积极参与国家的立法、执法、司法和法律监督等决策研究，服务国家政治经济社会发展大局。改革开放初期，法学研究所发起或参与探讨法律面前人人平等、法的阶级性与社会性、人治与法治、人权与公民权、无罪推定、法律体系协调发展等重要法学理论问题，为推动解放思想、拨乱反正发挥了重要作用。20世纪90年代以后，伴随改革开放与现代化建设的步伐，法学研究所率先开展人权理论与对策研究，积极参与国际人权斗争和人权对话，为中国人权事业的发展作出了重要贡献；积极参与我国社会主义市场经济法治建设，弘扬法治精神和依法治国的理念，为把依法治国正式确立为党领导人民治国理政的基本方略，作出了重要理论贡献。进入新世纪以来，法学研究所根据中国民主法治建设的新形势和新特点，按照中国社会科学院的新定位和新要求，愈加重视中国特色社会主义民主自由人权问题的基本理论研究，愈加重视全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的战略研究，愈加重视在新的起点上推进社会主义法治全面协调科学发展的重大理论与实践问题研究，愈加重视对中国法治国情的实证调查和理论研究，愈加重视马克思主义法学和中国法学学科新发展的相关问题研究……

五十年弹指一挥间。在这不平凡的五十年里，法学所人秉持正直精邃理念，弘扬民主法治精神，推动法学创新发展，为新中国的法治建设和法学繁荣作出了应有贡献。

法学研究所的五十年，见证了中国法学研究事业的繁荣与发展；法学研究所的五十年，见证了中国特色社会主义民主法治建设的进步与完善；法学研究所的五十年，见证了中国改革开放与现代化建设事业的成就与辉煌。

今天的法学研究所，拥有多元互补的学术背景、宽容和谐的学术氛围、兼收并蓄的学术传统、正直精邃的学术追求、老中青梯次配备的学术队伍。在这里，老一辈学者老骥伏枥，桑榆非晚，把舵导航；中年一代学者中流砥柱，立足前沿，引领理论发展；青年一代学者后生可畏，崭露头角，蓄势待发。所有的这一切，为的是追求理论创新、学术繁荣，为的是推动法治发展、社会进步，为的是实现公平正义、人民福祉。

在新的历史起点上，我们解放思想，高扬改革开放的大旗，更要关注世界法学发展的新问题、新学说和新趋势，更要总结当代中国法学的新成就、新观点和新发展，更要深入研究具有全局性、前瞻性和战略性的法治课题，更要致力于构建中国特色社会主义法学理论创新体系。

为纪念中国社会科学院法学研究所建所五十周年，纪念中国改革开放三十周年，我们汇全所之智、聚众人之力而成的这套法学学科新发展丛书，或选取部门法学基础理论视角，或切入法治热点难点问题，将我们对法学理论和法治建设的新观察、新分析和新思考，呈现给学界，呈现给世人，呈现给社会，并藉此体现法学所人的襟怀与器识，反映法学所人的抱负与宏愿。

五十风雨劲，法苑耕耘勤。正直精邃在，前景必胜今。

中国社会科学院法学研究所所长李林 谨识

二〇〇八年九月

目 录

第一章 商法基础理论	(1)
第一节 商法的理念	(1)
一、商法的存在形式	(1)
二、西方人的商法观	(3)
三、商法与民法的关系	(6)
四、商法的基本原则	(10)
五、商法学的理论模型	(16)
第二节 商法的公法化	(18)
一、商法的公法化	(18)
二、商法的公法化边界	(20)
第三节 商法的法典化	(24)
一、我国商法的立法形式	(24)
二、我国商法的法典化选项之一：商法典	(25)
三、我国商法的法典化选项之二：商事通则	(31)
四、我国商法的法典化任务	(34)
第二章 公司法的发展	(38)
第一节 我国公司法发展的回顾	(38)
一、初创时期	(38)
二、形成规模时期	(39)
三、深入发展时期	(39)
第二节 公司的设立制度	(40)
一、股东的人数和资格	(40)
二、法定注册资本最低限额	(43)
三、股东的出资方式	(44)
四、公司的设立原则和设立方式	(49)
第三节 一人公司	(51)

一、一人有限公司设立的特别规定	(51)
二、一人有限公司机关的特别规定	(52)
三、保护债权人的特别规定	(52)
第四节 公司治理结构	(53)
一、董事会制度	(53)
二、监事会的地位和作用	(55)
三、关于有限公司治理结构的修订	(56)
四、上市公司治理的特别规定	(59)
五、董事、监事、高管人员的义务	(60)
第五节 股东的资格和权利	(61)
一、股东资格的确认	(61)
二、股东权益的保护	(66)
三、有限公司的股权转让	(70)
第六节 公司法上的其他问题	(72)
一、公司自治	(72)
二、公司担保	(73)
三、公司的社会责任	(74)
第三章 合伙企业法的发展	(76)
第一节 合伙企业的发展趋势	(76)
一、合伙制度与合伙企业	(76)
二、法律丰满：社会成熟的体现	(77)
第二节 合伙的性质	(80)
一、集合说理论	(80)
二、实体说理论	(80)
第三节 普通合伙制度的新发展	(82)
一、合伙人资格的扩展	(82)
二、合伙财产制度的新发展	(86)
三、入伙与退伙的新规定	(92)
第四节 特殊的普通合伙制度	(98)
一、特殊的普通合伙制度产生的背景	(98)
二、特殊的普通合伙人的责任范围	(100)
三、债权人利益保护制度	(102)

四、特殊的普通合伙企业的设立与合并	(104)
五、特殊的普通合伙债务的清偿顺序	(106)
六、特殊的普通合伙人对合伙亏损的分摊	(107)
七、特殊的普通合伙下合伙人的监督责任	(108)
第五节 有限合伙制度	(110)
一、有限合伙企业的内涵及特征	(110)
二、有限合伙与隐名合伙的差异	(112)
三、有限合伙制度的产生背景	(113)
四、有限合伙的设立与管理	(115)
第六节 合伙企业法的其他重要问题	(120)
一、合伙企业的社会责任	(120)
二、合伙企业的破产问题	(123)
第四章 企业破产法的发展	(124)
第一节 我国企业破产制度的回顾	(124)
第二节 企业破产法的制度创新	(126)
一、企业破产法的制度创新要点	(126)
二、破产程序的模式结构选择	(127)
三、当事人自治主导型的破产程序	(137)
四、企业破产法的主导价值目标	(138)
五、劳动者权益优先受保护的问题	(140)
第三节 管理人中心主义	(143)
一、破产程序与管理人中心主义	(143)
二、管理人的法律地位	(147)
三、管理人的产生	(150)
四、管理人的职责	(157)
五、管理人中心主义的局限性及其克服	(163)
第四节 破产程序中的债权人自治	(165)
一、破产立法上的债权人自治	(165)
二、债权人自治的基本形式	(168)
三、债权人自治的空间	(171)
四、债权人自治的方式	(176)
五、债权人自治的司法干预	(179)

(40) 六、债权人委员会的自治功能	(182)
(41) 第五节 企业再生程序的制度构造	(186)
(70) 一、以企业再生为主导目标的破产程序	(186)
(80) 二、企业破产法规定的企业再生程序结构	(190)
(60) 三、企业再生程序的专有制度	(194)
(10) 四、我国企业再生制度的设计检讨	(203)
(51)	
第五章 证券法的发展	(207)
(61) 第一节 我国证券法学发展的新机遇	(207)
(82) 一、经济基础的变化	(207)
(02) 二、制度环境的变迁	(208)
(2) 第二节 多层次资本市场的法律建构	(210)
一、我国资本市场体系的结构性矛盾	(211)
(42) 二、证券法对我国多层次资本市场的法律支持	(213)
(42) 三、我国资本市场层次性的主要制度完善	(216)
(4) 第三节 证券衍生品种的法律规制	(220)
(82) 一、证券衍生品种的法律地位	(221)
(72) 二、我国权证制度设计存在的问题	(223)
(72) 三、我国权证制度的完善	(227)
(4) 第四节 公募、私募的界定与监管	(229)
(04) 一、我国有关证券公募的立法与实践	(230)
(84) 二、我国证券私募制度的完善	(233)
(4) 第五节 证券公司的规范与发展	(237)
(74) 一、证券法对证券公司的全面规范	(238)
(02) 二、证券公司实际运行中面临的问题	(240)
(72) 三、证券公司规范发展的若干思考	(241)
(4) 第六节 证券交易所的改制与自律	(245)
(24) 一、证券交易所的性质	(245)
(24) 二、证券交易所的监管功能定位	(247)
(24) 三、证券交易所组织结构的变革	(248)
(14) 四、证券交易所的自律功能与行政监管的协调	(250)
(4) 第七节 证券监管的目标定位与功能实现	(255)
(07) 一、我国证券市场监管目标与理念的转变	(256)

二、我国证券监管机构的职能设置	(259)
三、我国证券监管的替代性纠纷解决机制	(263)
第八节 证券民事赔偿制度的建立与完善	(265)
一、证券民事责任的界定	(265)
二、虚假陈述的民事赔偿责任	(268)
三、内幕交易的民事赔偿责任	(275)
四、操纵市场的民事赔偿责任	(278)
五、行政主导的证券民事赔偿机制之建立	(280)
第六章 保险法的发展	(284)
第一节 我国保险法治的回顾	(284)
一、保险法学与保险法治	(284)
二、保险法之前的保险法治	(284)
三、保险法的颁布及其修改	(285)
四、我国保险法修改的评价	(286)
第二节 我国保险法的立法体例	(291)
一、保险法的立法体例之争	(291)
二、保险法的立法结构调整	(292)
第三节 保险合同法的基本原则	(294)
一、诚实信用原则	(294)
二、保险利益原则	(300)
第四节 保险合同的效力及其维持	(302)
一、保险合同的成立与生效的法律事实	(302)
二、保险合同无效的边界	(303)
三、保险合同的失效制度	(304)
第五节 道德危险的控制	(305)
一、道德危险与除外责任	(305)
二、道德危险防范的双向性问题	(306)
三、道德危险的担当者范围	(306)
四、被保险人“自杀”	(307)
五、被保险人的“故意犯罪”行为	(308)
第六节 保险分业经营与组织形式	(309)
一、保险分业经营	(309)

二、保险公司的组织形式 (310)

第七节 分期付款保证保险 (311)

一、分期付款保证保险：问题的产生 (311)

二、保证保险的性质 (312)

三、保证保险合同的法律适用 (314)

第八节 机动车交通事故责任强制保险 (315)

一、交强险的性质 (316)

二、交强险的强制性 (320)

三、交通事故受害人的直接请求权 (325)

四、交强险特有的低廉保障机制 (328)

五、保险公司拒绝给付的抗辩权制度 (331)

六、保险公司给付后的追偿权制度 (334)

..... (334)

..... (335)

..... (336)

..... (337)

..... (338)

..... (339)

..... (340)

..... (341)

..... (342)

..... (343)

..... (344)

..... (345)

..... (346)

..... (347)

..... (348)

..... (349)

..... (350)

..... (351)

..... (352)

..... (353)

..... (354)

..... (355)

..... (356)

..... (357)

..... (358)

..... (359)

..... (360)

..... (361)

..... (362)

..... (363)

..... (364)

..... (365)

..... (366)

..... (367)

..... (368)

..... (369)

..... (370)

..... (371)

..... (372)

..... (373)

..... (374)

..... (375)

..... (376)

..... (377)

..... (378)

..... (379)

..... (380)

第一章 商法基础理论

第一节 商法的理念

一、商法的存在形式

商法以何种形式存在，似乎不应当成为问题。例如，在大陆法国家，德国、法国、日本等均制定有商法典，并在商法典之外另行制定有诸多涉及商法典规范事项的特别法，商法的存在形式即为商法典及其商事特别法。但是，商法的存在形式在我国至今仍然是个理论和实践问题。因为在我国，商法的存在形式或者说商法存在的状态并不十分清楚；而且，作为商法的学科以及制度存在体系，长期以来也被笼罩在民法的理念、范畴以及制度框架内。商法以何种形式存在，不能不存疑问。

我国自1949年后，通过对私有财产的社会主义改造，逐步建立了国家所有和集体所有的社会主义公有制。以社会主义公有制为基础，我国实行高度集中的计划经济体制。高度集中的计划经济体制，排斥商品的流通和市场的竞争，有关商品的流通和市场的竞争的规则没有存在的空间，以民商法为核心的私法制度，难以融合到以计划经济为基础的社会生活中来。我国在计划经济时代，若论及商法，那简直是无的放矢；在计划经济时代，不仅没有适用商法的需要，而且连商法的观念都被遗忘了。自我国改革开放开始建立私法制度时起，我们所能看到的现象是，民法和商法的区分十分模糊，区分民法和商法的正当性理由长期以来并没有获得广泛认可；在我国曾发生激烈和广泛的民法与经济法之争，在这个争论过程中，商法一直被人们所忽视。有学者对于我国商法制度在改革开放初期的状况曾经有过中肯的描述。“我国从有大清商律开始，商法的历史至今将近一个世纪。但人们对商法的研究却没有这么长时间。以商法制度支撑的商法研究，由于商法历史在我国的中断，也不得不留下历史的空白。”^①

^① 王保树：《带入21世纪的我国商法课题》，《法制日报》2000年1月2日。

我国自1980年就开始了商事交易规则的创制，只不过这个时候人们还没有真正认识到商法在我国的存在。1980年，我国颁布经济合同法，该法规定有买卖、加工承揽、仓储、运输、保险等多种市场交易行为，若在该法规范的内容上视其为商事交易的法律，一点也不过分；特别是该法所规定的“购销”（买卖）、“仓储”、“运输”、“保险”等交易行为和制度，更属传统意义（大陆法系商法典规定）的“商行为”。1985年，我国颁布涉外经济合同法，则更进一步彰显了国际经济交往的商业需求，其所规定的内容也应当是名副其实的传统意义“商行为法”。但是，我们却很少称经济合同法和涉外经济合同法为“商法”，因为它们在我国当时的法律理论和制度建设上太不像“商法”而更像“民法”。甚至，在当时经济法理论开始建立和发展的时期，经济合同法和涉外经济合同法因为涉及“微观经济因素”，还被包括在“经济法”的理念和制度体系内。甚至在相当长的时期内，研究经济法的学者将公司法、票据法、保险法、海商法、破产法等纳入经济法的研究领域。显然，在我国的市场经济法律体系建立之初，民法固有的理念、原则和制度支配着我国民商法的制度建设和发展，并几乎包容了我国民商事立法的所有内容。在制度层面以及学术层面，商法并非我国改革开放后的私法制度和私法理念重生的自然组成部分。

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（参与市场交易的诸环节）的立法步伐，先后颁布了海商法（1992年）、公司法（1993年）、票据法（1995年）、保险法（1995年）、证券法（1998年）、合伙企业法（1997年）、个人独资企业法（1999年）、信托法（2001年）和投资基金法（2003年）等。另外，我国在1986年还颁布有《企业破产法》，该法适用于国有企业（从事商事交易的国有企业）法人。我国有关海商、公司、票据、保险、证券、信托和投资基金等内容的法律所包含的原则，已经建立或者试图建立的制度，具有明显不同于我国以“民法通则”所建构的民法原则和制度的特点，甚至有些制度的差异导致民法原则和制度在商事活动领域的“不适用”。这些法律在内容上似乎无异于大陆法系国家所称的“商法”，它们的客观存在是否能够成为我国存在“商法”的理论上的事实依据？若仅仅因为我国有在内容上等同于大陆法系国家商法的法律，就断言我国存在商法，显然没有说服力。大陆法系的商法是因为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，仅仅依靠几部法律在形式和内容上与大陆法系的传统“商法”雷同是难以说明我国存在“商法”的。这些法律在理论上虽然不能

提供我国存在“商法”的事实依据，但如果我们不再用当今的我国“商法”与西方国家的传统商法进行类比，并抛弃害怕商法被民法所包容的成见，海商法、公司法、票据法、保险法、证券法、信托法、投资基金法等作为民法的特别法，仍然不会丧失其独立存在的价值或地位，何以担心我国不存在“商法”呢？如果我们再从容一点，我们借用“商法”这个词汇来描述我国存在的海商法、公司法、票据法、保险法、证券法、信托法、投资基金法，并将之上升为商法科学，又有什么不可以的呢？我国并不存在名为“商法”的法律，这是无人否认的事实；只是因为商法学科的迫切需求以及我国改革开放后逐年颁布的有关“商事主体”、“商事活动”的单行法律多了，人们才习惯性地将海商法、公司法、破产法、票据法、保险法、证券法、信托法等商事单行法称为“商法”。^①

可以说，我们所能够感知和谈论的“商法”，纯粹是随着我国的市场经济体制建设过程而逐步发展起来的一种法律解释现象。

二、西方人的商法观

在我国的商法理论上，人们很习惯用西方人因为历史的原因而形成的商法观来对待我国的商法。这里所谓“西方人的商法观”，实际上就是大陆法系国家因为历史的原因而在创制和实践“商法典”过程中形成的有关商法的定规或范畴，其核心部分则为成文的商法典、以“商人”和“商行为”为基础的制度架构。在英美法上，是不存在以“商人”和“商行为”为制度基础的商法观的，“在英国，商法已被普通法所吸收，以致二者的界限难以分辨，而且英国的法律家几乎从不在乎这种区分”。^②大陆法系诸国对商法的描述虽有不同，但因为商法典以及“商人”制度和“商行为”制度的存在，大陆法系诸国的商法被限定在一个人们能够接受的范畴内：商法为有关特定“商行为”的法律或者适用于“商人”的法律。

西方人的商法观对于我国理论上如何解读“商法”，影响极为深刻。在涉及什么是商法这个议题时，我国学者几乎不假思考地用“调整因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系即商事法律关系的法律规范的

^① 见邹海林：《我国商法发展过程中的若干问题》，载《中日民法研究》（第3卷），法律出版社2005年版。

^② [法] 勒内·达维：《英国法与法国法：一种实质性比较》，潘华坊等译，清华大学出版社2002年版，第163页。

总称”来定义商法。^①

但是，这样的定义在我国究竟有无意义呢？暂且不说，已经处于21世纪的我国，是否真的有必要承认存在一个所谓的“商人”阶层，并有必要为这个“商人”阶层制定专门的法律？仅从这个定义本身而言，它就不能适用于我国。

商法作为调整“商事法律关系的法律规范的总称”，存在形式意义和实质意义两种形态^②；从商法的形式意义上说，该定义只能说是一种理论上的虚构，因为我国并不存在形式意义上的“商法”；若从实质意义上说，即商法是“一切调整商事关系的法律规范的总称”^③，在我国则更是不着边际，且不说我国是否真的存在有别于或者独立于我国法律上存在的“民事关系”的商事关系，商事关系存在的方式以及范围本身就是想回答但却无法回答清楚的假设“命题”。所以，用西方人的商法观来解读我国作为一种法律现象存在的“商法”，事实上本身就犯了方法论上的错误。

用西方人的商法观来解读我国商法，导致我国商法理论的幼稚和混乱。有学者对我国商法曾经提出这样的批评，“商法的基础在当代已不复存在，‘商法’在中国是一个误区”，^④并非完全没有道理。有学者对我国的商法做出过如下的中肯评价。“商法的内容是朦胧的，商法的边界是模糊的。在中国20年的法学史上，这样的情况的确少见：一方面我们在念叨着商法，但却不定商法为何物，一方面我们在呼喊着商法的理论和学说，但却说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法，商法的位置在哪里？我们教着商法，我们写着商法，我们眼观商法的兴旺和繁荣，我们热衷商法的事业和发展，同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去，但我们却说不清它的现在，也看不透它的未来，我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中，我们感到难以名状的困惑。我们困惑的问题之一是商法调整的对象到底是什么？通说认为商法调整的对象就是商事关系，但商事关系又是什么？商事关系与民事关系的相互关系又如何？将商事关系定义为商人之间因商行为而形成的法律关系，是最精确和安全的，但却未能解决全部的问题，何为商人，何为商行为，本身又是需要加以定义的问题，正是在此问题上，产生了商法上的客观

^① 我国学者有关商法的定义的概括和评述，见范健、王建文：《商法论》，高等教育出版社2003年版，第33—41页。

^② 张国键：《商事法论》，（台北）三民书局1980年版，第7页。

^③ 范健、王建文：《商法论》，高等教育出版社2003年版，第38页。

^④ 史际春、陈岳琴：《论商法》，《中国法学》2001年第4期。

主义、主观主义和折中主义的立法原则。……困惑的第二个问题是到底什么是商事行为，商事行为与民事行为的关系如何？在商行为的界定上，同样存在着客观主义和主观主义的两种方式，但二者也都有着先天的缺陷。……困惑的第三个问题是商事行为应否作为商法的调整对象，是否应建立单独的商事行为法的规范体系？……自有商法以来，买卖、票据、行纪、承揽、运送、保险、海商等即被作为主要的商行为规定在商法之中，由此构成了商法中的商业活动法。……传统商法规定的商行为不过是营利性的民事行为，撇开行为者的主观意图，这种商行为与民事行为并无差别，因此这种商行为法存在的必要性就需要检讨了。既然民法早有对各种民事行为从一般原则到具体内容的全面规定，既然这种商行为的客观内容与民事行为并无差别，既然商法应该抛弃以商人确定其适用范围的商人法传统，那么还有什么必要制定这样的商行为法呢？……传统的商事行为并未形成不同于民事行为的统一特点，商法规范也从未建立起一套与民法规范完全不同的行为规则。学者所谓的商法特点不过是某些或个别商事行为所表现出的特殊性，学者们所观察到的不过是商法规范的零散、无序的表象。……困惑的问题之四是商法的范围和内容如何，商法究竟由哪些部分组成？公司、票据、破产、保险、海商是不是就是商法的固有范围？保险法为商法，为何银行法不为商法？海商法既为商法，航空、铁路等运输法为何不为商法？票据既为商法所调整，信用证为何不为商法？”^①

商人和商行为制度为大陆法系国家的商法典所建构的核心制度，离开商人和商行为制度，当然不能很好地理解大陆法系国家的商法。近代商法直接源自于中世纪的商人法，而商人法是专门调整商人所从事的商业贸易活动的法律或惯例。大陆法系在选择民法典的规范内容时，并没有将涉及并发展了几个世纪的“商人法”所代表的特殊利益关系纳入民法典，使得“商人法”的法定化得以另立门户。“法国在制定民法典时，未将商事、海事等方面的规范包括进去，因此给日后的商法典的制定留下了十分有利的空间和机会。”^②可以想象，大陆法系国家的商法所建构的商人和商行为制度，形成的前提条件是当时存在不能为民法典所涵盖的商人及其传统。在概念法学的体系框架内，若没有商人和商行为制度的解释和应用，商法（典）也就不复存在了，更不能人为地割裂商人和商行为制度与商法（典）的关系。

^① 赵旭东：《商法的困惑与思考》，《政法论坛》2002年第1期。

^② 何勤华、魏琼主编：《西方商法史》，北京大学出版社2007年版，第341页。

我国本身就不存在西方人的商法观所建构的“商人”和“商行为”制度，商人和商行为只不过是学者借用大陆法系国家商法的“术语”研究我国商法的工具。在我国，商人的特殊地位因为作为商人的特殊阶层的消失而不复存在了，商人的存在及其交易行为已经被我国日益发展和成熟的民商法制度包容，是否有必要将作为学术研究的“工具”当作社会存在而加以承认，并将我国的商法与到西方人的商法观“接轨”？恐怕没有这样的必要性。当资本主义生产关系得以普遍确立并获得发展后，商人的特殊地位被日益发展的社会关系融合并逐渐消失，基于商人和商行为而建构制度的“商法典”的存在基础丧失，西方人的商法观自身也受到了挑战。这就是我们看到的20世纪30年代开始的意大利民法典的创制，其内容不仅包括了大陆法系国家传统意义上的“民法典”和“商法典”的内容，更是取消了意大利传统意义上的“商法典”，以商法典作为基础的商人制度和商行为制度最终被民法制度吸收。当我们在商法理论上太过于强调商人和商行为制度的存在，并将我国的商法纳入到西方人的商法观中，将进一步加剧我国商法的幼稚和混乱局面。“法学家们如果把理论的满足置于现实之上，虚拟出一个实在的商法，除可能对现实造成损害之外，没有根基的楼阁更终究会倒塌的。”^①在这里，我们不否认我国存在商法并有发展商法的必要，但不主张用西方人的商法观来解读我国商法。

三、商法与民法的关系

我国商法基于民法的理念、原则和制度获得发展，商法是否应当或者已经独立于民法而存在呢？学者对于商法和民法的关系问题产生了众多的争议。这些争议产生的原因，相当程度上可归结于一个属于历史的，但又被人们反复提及的论争：“民商合一”与“民商分立”的对立。

民商法是实行“民商合一”还是“民商分立”，成为判断民法和商法的关系问题的出发点；“民商合一”与“民商分立”的对立，在我国的民商法理论上始终有着相当的分量。产生于大陆法系国家近代法典化的“民商合一”或者“民商分立”理论，相当程度上制约着我国商法制度和商法学理论体系的生存和发展空间。尤其是，“民商合一”论在我国是很有市场的。民法理论通说认为，我国实行“民商合一”的制度；在立法上，立法者不分商事和民事，通过颁布法律建立保护民事权利和维护私权利秩序的统一

^① 史际春、陈岳琴：《论商法》，《中国法学》2001年第4期。