

范 健◎主编

# 商事法律报告

第一卷

## REPORT ON COMMERCIAL LAW

理论建构：商法的立法模式研究

商事司法：成法对中国法官裁决案件的实际影响

案件透视：宇通集团国有股司法拍卖案的法理反思

热点问题——《公司法》修订：股东大会决议瑕疵的救济

商事部门法：“外商证券投资”的法理解构

域外商法：团体的交易（日本）

美国国际贸易案件司法审查标准之变迁

美国破产立法的历史演变及发展趋势



中 信 出 版 社  
CITIC PUBLISHING HOUSE

# 商事法律报告

(第一卷)

主 编            范 健  
副主编            王建文  
本卷执行编委    解 亘 孙 雯 曾 洋

中 信 出 版 社  
CITIC PUBLISHING HOUSE

**图书在版编目 (CIP) 数据**

商事法律报告. 第1卷 / 范健主编. —北京: 中信出版社, 2004.9

ISBN 7-5086-0256-0

I. 商… II. 范… III. 商法-中国-文集 IV. D922.294-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 073316 号

**商事法律报告 (第1卷)**

SHANGSHI FALÜ BAOGAO

---

**主 编:** 范健

**责任编辑:** 谢清平

**出 版 者:** 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路14号塔园外交办公大楼 邮编 100600)

**经 销 者:** 中信联合发行有限责任公司

**承 印 者:** 北京忠信诚胶印厂

**开 本:** 787mm×1092mm 1/16 **印 张:** 23 **字 数:** 300千字

**版 次:** 2004年9月第1版 **印 次:** 2004年9月第1次印刷

**书 号:** ISBN 7-5086-0256-0/D·187

**定 价:** 48.00 元

---

**版权所有·侵权必究**

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-85322521

E-mail: sales@citicpub.com

010-85322522

商法是一个国家特定时期经济活动方式与交易习惯的产物。她同时也奠定了该国经济秩序的制度基础。处在经济体制变革历史转折点的中国，能否顺应时代的需要，创建适应时代变迁的商法制度，对未来中国经济及政治制度走向的深远影响不言而喻。

所谓创建适应时代变迁的商法制度，笔者认为，当代中国商法应该超越传统商法框架的束缚，更充分地反映调整现代经济行为方式和交易习惯之规范要求，在中国经济体制和生产交易方式的变革中不断研究、探索和创造新规范、新制度。这是因为商法是一个极具实践性的法律部门，它在制度运作与规则生成方面，确实存在着许多较之于民法、刑法等法律部门的区别。

首先，我国商法制度是在相关市场体制完备之前，在缺乏相应市场交易实践基础的背景下建立起来的。即所谓“规则先于事实”。这一点，雷同于清末修律，在完全缺乏相关实践的情况下，郑重其事地制定了“破产律”、“交易所规则”之类的律令。基于我国自上而下的改革需要，这种立法模式虽难谓理想，但也确实可谓无奈之举。于是，介绍、引进西方商事法律制度，基于法律制度的横向比较构建我国商事法律制度，也就理所当然地成为商法研究者的要务。但制度框架基本形成之后，立法当转而以制度完善为中心，理论研究当然也应超越于简单的制度介绍与引进，而立足于商事实践对原有制度作适时而适宜的补充与修正。

其次，渊源于中世纪商人法的商法，迄今固然早已发展成为超越于习惯法而以制定法为主体或核心的法律部门，但其由商事实践推动制度演进的性格并未移易。虽然法律均可谓由生活实践所推动，但商法则无疑最为显著地表现出由生活实践推动而形成与演进的特色。它由习惯（包括交易习惯与审判习惯）而演进为一般规则（包括商主体基于对交易习惯认同而形成的习惯法与法官基于对成案的认同而形成的商事裁判之商事示范法效力）并最终发展成为商事法律制度。

基于上述认识，我们认为我国的商法研究应该能够很好地起到沟通立法与司法并直接推动立法与司法进步的作用。但要达到这一目标殊属不易，需要包括立法、司法在内的全体商事法律工作者的共同努力。其

中最为重要的当然是处于媒介作用的商法研究者了。具体来说,商法研究首先应当从商事实践尤其是商事司法实践中发现问题,在理论研究中有的放矢地解决实践层面上迫切需要解答的疑虑,并为相应制度的形成作理论构建。其次,商法研究者还应当在立法缺乏大量必要的实践调查的背景下,为立法者传达实践部门的真实信息,努力使有限的立法资源配置于最需要的法律领域。在此过程之中,商法研究还应当积极推动商事司法人员加入到商法研究者的队伍之中,使其作为商法制度、理论与实践的直接沟通者,自觉而积极地起到制度创新与规则整理的作用。这一切都需要一个能为各方共同接受与认可的媒介,使得不同领域的研究者能够共享经验与研究成果,从而使原本不同领域之间甚至在同一领域内部不同程度地存在着的相对封闭得以有效打破。

正是基于以上理念,我们创办了不定期出版以书代刊的《商事法律报告》,希望能够为沟通与媒介我国商法建设起到一定的作用!当然,限于时间与理论研究的现状,我们的首批稿件未必与这一理念完全吻合,但上述理念无疑会成为我们举办本刊的一贯宗旨。而该宗旨的实践无疑离不开理论界、司法部门、立法者以及其他实践部门的积极支持,因此非常希冀各界对本刊的关爱!

范 健

二〇〇四年六月于南京

# 目 录

## CONTENTS

### 理论构建

#### 商法的立法模式研究

范 健

1

##### 一、商法立法模式的研究基点

##### 二、商法独立性的一般认识

- (一)问题引入
- (二)主要观点辨析
- (三)“民法的商业化”与“商法的民事化”之于商法独立性影响辨析

##### 三、商法立法模式的观点评述

- (一)商法立法模式的主要观点
- (二)民商合一论介评
- (三)民商分立论介评

##### 四、中国商法立法模式的理论构建

#### 论营业自由—— 商法价值的展开

肖海军

39

##### 一、商法的本质属性是实现财富 增进的法律

- (一)营业行为的目的就是追求财富增进的迅捷和交易效益的最大
- (二)商法的实质是实现财富增进的法律

##### 二、商法价值的内涵与结构

- (一)商法价值的内涵
- (二)商法价值的形态与序列
- (三)商法诸价值的功能与选择

##### 三、营业自由价值的属性及具体内涵

- (一)营业自由价值的界定及基本属性
- (二)营业自由价值的具体内涵

##### 四、营业自由价值的制度功能



## 商事司法

### 商法思维与商事审判

李后龙

71

### 成案对中国法官裁决 案件的 实际影响 ——一份来自上海法院 实证调查的报告

丁文联 胡孝红

余冬爱 等

88

- (一)营业自由是构建商事权利的逻辑起点
- (二)营业自由是确定商法本位的基点
- (三)营业自由是实现效益目标价值的权源保障
- (四)营业自由是商事制度和商事关系构建的价值向导

#### 五、营业自由的保护及限制

- (一)营业自由的保护
- (二)营业自由的限制

#### 结 语

#### 一、商事审判定位

#### 二、树立商法意识

#### 三、拓展审判领域

#### 四、强化司法导向

#### 导言

#### 一、调查内容、方法与过程

- (一)调查内容
- (二)调查方法与调查过程

#### 二、调查结果

- (一)问卷调查
- (二)法官访谈
- (三)法院内部规范性文件调查

#### 三、调查结论

- (一)“判例”是否存在
- (二)成案影响法官裁判案件的形式
- (三)成案对法官裁决的作用
- (四)法官参考成案裁决的动机
- (五)不同成案裁决对法官影响力的差异
- (六)法官对于成案的关注程度
- (七)法官获知成案的途径

- (八) 法官对新类型案件的处理方式
- (九) 成案与规范性文件的关系
- (十) 法官对判例、判例制度、判例法制度态度的态度

#### 四、对于成案对中国法官裁决案件实际影响的评价

#### 五、判例在中国司法运作中的存在空间与制度建议

- (一) 判例在中国司法运作中的存在空间
- (二) 判例作用制度化运作的若干建议

#### 附录 1

- 关于成案对中国法官裁决案件实际影响的调查问卷

#### 附录 2

- “关于成案对中国法官裁决案件实际影响”的问卷调查统计

### 公司案件审判之法理

#### 脉络

姜鸿鲁

141

#### 一、引言：问题的提出

#### 二、有限责任公司股东的认定

#### 三、公司内部关系之审判研究

- (一) 公司与股东间纠纷处置
- (二) 公司与董事、监事、经理之间的纠纷
- (三) 股东与股东之间的纠纷
- (四) 其他纠纷

#### 四、公司外部关系之审判研究

- (一) 公司设立中的民事责任认定
- (二) 出资不实或抽逃出资的股东对公司债务的清偿责任
- (三) 公司解散后的清算主体与清算责任
- (四) 股权转让
- (五) 关于公司法第六十条第三款的理解与适用问题



## 案件透视

国有股司法拍卖对中国商法的特殊制度价值  
——宇通集团国有股司法拍卖案的法理反思

王建文

167

热点问题——  
《公司法》修订

公司资本概念之网  
——以公司法修订为目标的观察

傅穹

193

一、宇通集团国有股司法拍卖案案情及其背景介绍

- (一)宇通客车公司简介
- (二)宇通集团国有股司法拍卖的背景:宇通客车“MBO”的争议
- (三)宇通集团国有股司法拍卖案及其争议

二、宇通集团国有股司法拍卖案的法理反思

- (一)宇通集团国有股司法拍卖案所折射出的制度缺陷
- (二)国有股司法拍卖:规范缺失与政策混沌时的制度反叛与替代解决方案
- (三)国有股司法拍卖现状、问题
- (四)国有股司法拍卖的法律规制

一、公司资本概念的法律视角

- (一)公司资本概念的法律内涵
- (二)公司资本概念的法律之网

二、以法定资本为核心的概念之网

- (一)法定资本
- (二)盈余
- (三)票面价值与无票面价值
- (四)库藏股份

三、以授权资本为核心的概念之网

- (一)授权股本
- (二)发行股本
- (三)催缴股本
- (四)实缴股本

四、我国法定资本制度下的注册资本

股东大会决议瑕疵的  
救济  
——兼对中国《公司法》  
第 111 条的检讨

钱玉林

213

商事部门法

“外商证券投资”  
的法理解构

曾 洋

235

一、瑕疵决议的效力：“二分法”与“三分法”之争

- (一)“二分法”:缺陷分析
- (二)“三分法”:法律行为理论的引入

二、决议瑕疵的治愈

- (一)决议程序瑕疵的豁免:全体股东的同意
- (二)无效决议的治愈:德国法的经验
- (三)瑕疵的补救:决议的撤回与追认

三、瑕疵决议的诉讼

- (一)裁判方式及其效力
- (二)撤销之诉滥用的防止:对裁量驳回制度的省思

四、对中国《公司法》第 111 条的检讨

- (一)问题点
- (二)改革思路

一、关于“外商投资”的法学理论分析

- (一)“外商直接投资”法学理论的回顾和评价
- (二)外商的“间接投资”与“直接投资”理论比较

二、“证券投资”若干要素的法律分析

- (一)证券及有价证券
- (二)“资本证券”重述

三、证券投资的法律形态

- (一)证券市场
- (二)证券市场的类型和功能
- (三)证券投资的具体形式

四、我国“外商证券投资”的现状和法律调控框架概要

- (一)人民币特种股(B股)市场及其法律规范
- (二)境外上市外资股市场及其法律规范

|                                    |                                                                                                                                                        |
|------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                    | • (三)人民币普通股(A股)市场及其法律规范                                                                                                                                |
| 票据行为无因性理论<br>及其延伸<br>于莹<br>266     | 一、问题的提出<br>二、票据行为的无因性<br>三、票据无因性理论的发展——票据行为的形式性和独立性<br>四、票据无因性理论的延伸——票据抗辩切断制度                                                                          |
| 域外商法                               |                                                                                                                                                        |
| 团体的交易<br>新美育文 著<br>夏芸 译<br>279     | 一、存在的问题<br>二、判例和学说<br>• (一)社团法人<br>• (二)合伙<br>• (三)无权利能力社团<br>三、讨论<br>• (一)作为团体的意思决定<br>• (二)关于以团体名义进行交易<br>• (三)关于代表人或代理人的权限<br>• (四)关于第三人的认识<br>四、结论 |
| 美国国际贸易案件司<br>法审查标准之变迁<br>孙雯<br>298 | 引言<br>一、司法审查制度的历史与理论<br>二、美国国际贸易法院与联邦巡回上诉法院的设立背景<br>三、美国国际贸易案件司法审查的标准<br>• (一)对事实裁定的司法审查标准<br>• (二)对法律问题的审查<br>四、我国国际贸易行政案件司法审查制度的反思与重构                |
| 美国破产立法的历史<br>演变及发展趋势               | 一、美国破产立法的历史沿革                                                                                                                                          |

韩长印 殷慧芬

310

- (一)美国破产法的起源
- (二)1978年之前的破产立法
- (三)1978年之后的破产立法

## 二、美国现行破产法的程序设置及主要内容

- (一)第7章的清算程序
- (二)第11章的重整程序
- (三)第13章的个人债务调整程序
- (四)第12章的家庭农场主债务调整程序

## 三、美国破产法的演变特点及其成因

- (一)美国破产法的立法权属于美国联邦
- (二)从经济萧条时的权宜之计到法律体系的重要分支
- (三)从强制破产到自愿破产、再到策略性破产的变异
- (四)从债权的总括执行程序到债务人的救济程序

## 四、美国破产立法的发展趋势

- (一)防止消费者对破产程序的滥用
- (二)加强对诚实消费者的破产保护
- (三)简化小型企业重整程序
- (四)加强对破产程序的管理力度

台湾地区银行对客户

秘密保护之研究

郑正忠

340

## 一、引言

## 二、银行与客户之法律关系

- (一)重要的受信业务
- (二)重要的授信业务

## 三、银行对客户存(放)款保密之意义

## 四、银行对客户存(放)款保密之法理依据

## 五、银行对客户存(放)款保密之范围

## 六、银行存款保密义务之免除

## 七、银行违反存(放)款保密义务之责任

## 八、结论

## 商法的立法模式研究

范 健<sup>\*</sup>

---

### 一、商法立法模式的研究基点

### 二、商法独立性的一般认识

#### (一) 问题引入

#### (二) 主要观点辨析

#### (三) “民法的商事化”与“商法的民事化”之于商法独立性影响辨析

### 三、商法立法模式的观点评述

#### (一) 商法立法模式的主要观点

#### (二) 民商合一论介评

#### (三) 民商分立论介评

### 四、中国商法立法模式的理论构建

---

## 一、商法立法模式的研究基点

关于商法的立法模式，在我国似乎已成为一个早有定论的问题。但这种所谓定论却并不统一，而是形成了相互歧异的多种学说。且不说这些令人莫衷一是的观点的是非如何，就商法理论研究而言，面对纷繁复杂亟待解决的诸多重大理论问题，在商法研究力量极其有限的情况下，倒是要考虑商法立法模式的研究价值问题。在民法典草案经正式讨论后，学术界似乎更是将商法典的立法问题置之一边了。尤其在民法学界，学者对民法典的体系、结构等重大问题进行了热烈探讨，但该草案

---

\* 作者系南京大学法学院教授，博士生导师。



事实上并未能包含商法总则性规定,许多重要商法精神也未能在相关内容中体现出来。因此,在此背景下,商法学界也开始了对制定商法总则的重视,在2003年召开的中国法学会商法学年会上,商法通则的立法问题就被确定为2004年年会的议题。由此可见,商法学界还是对商法的独立立法问题给予了高度重视。这种关注无疑是重要的。在围绕商法通则的立法问题的诸多理论研究中,笔者认为,为了使立法者及法学界尤其是民法学界能够对此问题予以重视,并且能够足以使其认识到这是一个关系到我国民法典科学性的重大理论与制度问题,商法学界真正需要关注的不是其是否能够独立立法,而是其是否必须独立立法。因此,我们所要做的工作便在于认真考察商法作为一个独立的法律部门,其独立立法的现实价值。

我们知道,大陆法系在将全部法律体系划分为公法与私法这两大基本法律部门之后,又将其细分为诸如民法、刑法、行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等主要法律部门,在民商分立国家还将商法作为一个独立的法律部门,并依据这种细分的法律部门制定相关法典或其他法律文件。随着社会经济生活的日益复杂,调整复杂的社会经济关系的各法律部门之间愈加明显地相互交融,法律部门的划分已经只具有相对的意义,并在某种程度上存在着一定的甚至是难以克服的缺陷,譬如20世纪以来,随着基本法典已制定完备,各国普遍制定单行法,而这时的立法也已突破了传统的公私法划分、部门法划分等基本理论;但是,实践证明至少就目前而言法律部门的划分仍具有非常重要的价值。或者说,相对于依法律部门的划分而建构起来的法律体系,其意义还是要明显大于其弊端的。或许,也正因为此,在两大法系日益融合的情况下,大陆法系仍然坚持了其传统的依法律部门的划分而立法的模式。并且,即便是在英美法系,除了理论上早已存在法律部门的划分外,其日益增多的制定法也有许多依法律部门的划分而制定,如《美国统一商法典》。

就中国的实际情况而言,法律部门的划分以及依法律部门划分理论而立法的公知性问题,无须在此赘述。重要的是,依商法乃独立于民法的法律部门这一基本认识,制定出一部商法典或其他形式意义上的商法,究竟具有怎样的价值?对此,很多人可能又会采用类比的方法,试图用所谓“民商合一乃当今世界立法趋势”的“铁的事实”来说明,如果在本未制定形式意义上的商法的我国,却违背这一立法潮流去制定形式意义上的商法将是多么的可笑。并且,有人还会提出,即便是传统的民商分立国家,在这一立法潮流之下,也纷纷改采民商合一的立法模



式,可见制定形式意义上的商法并无实际价值。关于这些观点的片面性,我们将在下文详细论述。我们所要强调的是,就我国目前以及将来相当长的一段时间内,制定一部形式意义上的商法,使商法在立法上也成为一个独立的法律部门,究竟有无必要,其实践价值如何?尽管自清末变律以来,我国只是颁布了一个未及施行的《大清商律草案》,从未制定过一部商法典或类似的立法文件,但这一现实并不意味着就是非常合理并非常适合于我国当前经济建设实践的需要。既然即便是主张民商合一的学者也承认制定出一部包罗万象的民法典事实上是不可能的,更多的学者则认为应在民法典之外独立制定一系列的单行商事法,那么,问题就在于是否有必要将这些事实上已经或必然要独立于民法典的商法通过法典编纂技术制定出一部商法典或其他形式意义上的商法。我们知道我国自古即无商法传统,也严重缺乏商法所需要以及商法所蕴涵的商法精神与理念,这在自然经济与计划经济条件下倒也并无大碍,但在市场经济体制已经较为完备的今天,所有问题就逐渐凸显出来,成为市场经济发展过程中的必须割除的“毒瘤”。因此,我们可以设想,如果我们以法典的编纂技术与要求将商法基本规范集中制定于一部商法典之中,将会对我国现存的许多传统上既长期存在而与市场经济体制格格不入的习惯、观念、精神乃至制度的革新以及法律适用上产生何种影响?关于形式意义上的商法对于弘扬商法精神与理念的作用,我已在其他著作中论及<sup>①</sup>,在此我仅对制定一部商法典对于商法的适用或者说商事法律关系的调整所产生的影响加以评述。在我国绝大多数学者都认为商法主要包括商事组织法与商事行为法。依此,以民法典为一般规定与补充规定,以诸如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、保险法、商业银行法、海商法、破产法等商事部门法为商法具体规范,似乎就足以调整商事法律关系,而无须另行制定一部“企图”包容这些内容的商法典。然而,如果我们透过这一看似极为严密的商法体系,就会发现这样一种立法模式必然存在如下缺陷:其一,这些明显超越于民法精神与理念的商事部门法,其相互之间的协调问题如何解决,在现行体制下尚缺乏有效的制度安排。其二,当这些商事部门法尚存在缺乏调整某些特定问题的规范时,尤其是当包含于某部商事部门法之中的商法原则仍不足以解决这一问题时,如何适用法律,如何补充法律的漏洞,在民法基本原则缺乏针对性的情况下,这一问题势难解决。其三,由于民

<sup>①</sup> 参见范健、王建文:《商法论》,导语:“商法基础理论研究动因与价值”,高等教育出版社2003版。

法、刑法等基本法律部门都已经或将要制定相应的法典,在本无商法传统、匮乏商法精神与商法理念的中国,如果不制定商法典,更加可能形成淡化商法的部门法性质与价值的观念,并进一步威胁到实质商法的存在,使得立法者、司法者以及广大的商事交易当事人,在可谓根深蒂固的民法观念的影响之下,难以在商法精神的指引下规范商法的立法、司法与守法的行为。这些问题的存在,就足以说明制定一部商法典之于中国市场经济体制建设的实践价值是何等重大!

在法典编纂的立法模式日益受到怀疑的今天,内容极其繁杂而基础理论研究又较为落后的商法,即便是肯定了制定商法典或其他形式意义上的商法的必要性,在其可能性上也确实面临着许多考验。但是,不管在商法典的立法技术上存在着怎样的难题,在对商法基础理论问题——作出回答以后,就不可能是一个不可克服的问题。

## 二、商法独立性的一般认识

### (一) 问题引入

综上所述,作为共同具有中世纪欧洲商人习惯法传统的商法,加之其调整的是具有共同规律的市场交易关系,各国商法似乎应当理念相通、制度相近,其实则不然,各国商法基本理念与制度事实上差异极大。在商法的独立性问题,各国理解也并不一致。不管在商法的具体范畴上理解与规定如何,在民商分立国家商法固然具有独立性,在民商合一国家商法也具有相对的独立性。同时,商法也都依赖于民法而存在,只不过其程度与范围不同而已。除此之外,在界定商法独立性时,必须明确各国商法的特定含义,将其在本国的不同发展阶段所理解的商法含义区分开来,否则只能是以讹传讹,难以得出令人信服的结论。这一点,在法国商法中表现得非常明显。因此,我们在判断商法的独立性问题时,不能仅仅站在某一个国家商法甚至单单其商法典的立场上,这样只见树木不见森林的研究方法必然难以得出科学的结论。实际上,尽管商法渊源甚久,但即使是在诸如法国、德国这样的大陆法系代表性的国家,商法理论及制度与民法理论及制度相比也显得极不成熟。各国商法即使是在几经修订之后仍然少有成熟者,因而根本不能妄断哪一种制度及其相应理论更加科学,而各国商法又各各不同,更加增添了商法地位的判断难度,因为我们处于一个没有任何标准或者相对得到公认的制度与理论作为一般指导的状态之中。

在当代法律中,也确实没有哪一个法律部门像商法这样,在不同国家的法律体系中的地位存在着如此巨大的差异。<sup>①</sup>因此,在讨论商法的地位时,我们不能拘泥于民商合一或者民商分立的立法模式而作一般分析,而应该透过这种表面现象,考察商法究竟是否有其独立存在的依据。多年来,学者们在分析商法的地位时,往往通过对西方国家民商分立或民商合一立法例形成的时代背景、内容体系以及立法沿革予以比较分析而得出结论。无疑,这种分析是必要的,但若据此得出结论,则显得过于草率。在立法上,商法应如何安排,应当在经过深刻而缜密的理性思考后,才能得出结论,而不应站在各自学科的角度,妄下不尽负责任的结论。从理论与实践的关系来看,民商法关系的论争已远远落后于民商立法实践。在世界范围的民商立法中,民法的商事化,商法的民事化已形成一种普遍现象,这种现象使民商法的实质内容出现了水乳交融的关系,民商法的实际关系并不因为学者们的“分立”或“合一”主张而改变。另外,商事法律规范既可以在传统商法典中表现,也可以在商法典之外以单行法的形式表现,这就是说,现代商法规范的存在形式已经具有了多样性。这些情况表明,现代民商法的关系已进入一个新的阶段。<sup>②</sup>因此,我们不能以传统的眼光审视现代民商法之间的关系。基于此,我们在评判商法独立性时,只有跳出这些既有的制度规范与理论认识,根据市场经济发展的一般规律与发展要求,尤其是结合我国市场经济建设实践对调整市场交易关系法律的一般要求,重新审视民法与商法间的相互关系,从而得出一个为我国民商立法与民商法理论发展具有重大价值的结论。

## (二) 主要观点辨析

在我国,多数学者主张,商法是民法的特别法,但同时又具有独立性;<sup>③</sup>另有一些学者则主张,商法在某种意义上可视为民法的特别法,但并不具有部门法上的独立性。<sup>④</sup>或认为商法还是存在的,只是不构成一个独立的法律部门,商法和民法共同构成私法,商法是私法的一个分

---

① 参见范健:《当代主要商法体系论纲》,载于《法律科学》,1992年第6期。

② 参见郭锋:《民商分立与民商合一的理论评析》,载于《中国法学》,1996年第5期。

③ 参见沈宗灵:《再论当代中国的法律体系》,载于《法学研究》,1994年第1期。

④ 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年出版,第63页。