

· 全面依法治国研究 ·

当代中国商法的理论渊源、制度特色与前景展望

范 健*

摘 要: 中国社会主义商法理论渊源于马克思主义及其中国化的理论成果,以公有和私有混合的商事主体制度、公有和私有属性并存的商事财产制度、核心领域的国有垄断与一般领域的市场竞争并存的商事秩序安排、生产及贸易与金融等新型商事活动并重的商事行为制度、法律监管和行政监管兼容的商事法律规则体系、以国家经济政策为引导的商事立法模式等为特色。中国社会主义商法开创性地创造了独具中国特色的商法制度,构建了具有中国特色的社会主义市场经济体制。但是,中国社会主义商法存在缺乏预见性、碎片性、法律规范冲突、商法理论薄弱、商事一般法缺位等问题。为了巩固中国社会主义商法的制度创新成果,中国需要增强商事法律的稳定性,推动商事法律走向系统化,以法律规则取代行政决策,形成全社会尊重商人、保护商人的正确风气,培育良好的营商法制环境。

关键词: 社会主义商法; 理论渊源; 商事制度

中国商法充分借鉴和吸收了传统的商法理论、制度与规则,更多结合了中国的现实需求,创造性地建立了一套适合当下中国国情的规则体系和制度。中国商法的这一成长模式,与商法的特征及其历史演变相吻合,即商法永远不是简单的历史传承,而是承载着紧随时代经济步伐的制度创新。

研究中国商法制度的特殊性及其存在的必然性、合理性,深刻分析其缺陷与不足,对于构建中国商法的理论与制度体系,对于推动和完善商事一般法和商事特别法的制定,对于创造与构建社会主义体制下的商法制度,都具有重要的理论与实践意义。

然而,截至目前,中国特色社会主义商法不论在国内还是在海外,都没有受到应有的关注。从商法维度总结我国社会主义市场经济建设的成就、经验、教训以及制度创新的理论成果寥若晨星,关于中国特色社会主义商法理论内涵、渊源的理论研究也是门可罗雀。为了巩

* 南京大学法学院教授,澳门科技大学特聘教授、博士生导师。

本文系国家社会科学基金项目“民法典编纂后的商事立法研究”(17BFX008)的阶段性成果。

在本文的写作过程中,南京大学法学院博士研究生丁凤玲同学帮助收集、整理了主要资料。

固中国经济体制改革的创新成果，当代中国亟需总结经验和教训，全面认识中国特色社会主义商法，充分认清当代中国商法理论与制度的优势与不足，处理好政府与商人、官员与商人、非商人与商人、商人与商人、商行为与非商行为等之间的关系，从而为经济制度建设提供理论依据。

一、中国社会主义商法的理论渊源：马克思主义中国化的理论成果

当代中国商法与传统商法在制度设计上存在着根本性的差异。传统商法以私人产权为核心，以商人自治为基本原则；而当代中国商法，则以混合产权为主导，以维护社会公共利益为首要原则。这些展现在制度层面的差异，反映了理论渊源的不同。独具特色的中国社会主义商法理论渊源于马克思主义，更渊源于马克思主义中国化的理论成果，即中国特色的社会主义理论。

（一）决定中国社会主义商法的物质生活生产方式在马克思主义理论的指导下发生变革

马克思指出“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反它们根源于物质的生活关系。……物质生活的生产方式制约整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。”^① 所以，理解中国社会主义商法需要回到物质生活的生产方式上。

当代中国生产方式发生的根本性变革经历了两大阶段。第一个阶段是新民主主义革命时期。在该时期，中国共产党运用马克思在《关于费尔巴哈的提纲》中所提出的“以实践为基础”的新世界观，以马克思历史观上的“阶级斗争理论”为指导，引导无产阶级进行革命，为中国生产方式的变革奠定了基础。第二个阶段是新中国成立以后的社会主义革命时期。在该时期，中国对所有权和资产阶级生产关系实行强制性干涉，开始全面变革生产方式，实行了由马克思所提出的生产方式变革措施，即“最先进的国家几乎都可以采取下面的措施：剥夺地产，把地租用于国家支出；征收高额累进税；……通过拥有国家资本和独享垄断权的国家银行，把信贷集中在国家手里；把运输业集中在国家手里；按照共同的计划增加国家工厂和生产工具，开垦荒地和改良土壤；把农业和工业结合起来，促使城乡对立逐步消灭……”^② 由此成功地建立了社会主义制度。在社会主义改造完成后，中国借鉴了苏联模式，突破了马克思所提出的“只有创造了所必需的大量生产资料之后，才能废除私有制”的观点^③ 直接在经济落后的情况下消灭私有制，压抑私权、禁止商品交换^④ 完全否定了商事交易、否定了商事主体、否定了商法制度，建立了全民和集体所有的单一所有制经济，使中国的经济发展陷入停滞和倒退。但是，1978年12月，十一届三中全会的召开扭转了上述格局。在邓小平同志的带领下，中国在坚持马克思主义实践观的基础上，结合本国国情，采取了包括实施改革开放，允许个体经济发展，进行国有、集体企业改革等在内的诸多措施，

① 《马克思恩格斯文集》（第2卷），人民出版社2011年版，第591页。

② 《马克思恩格斯选集》（第2卷），人民出版社2011年版，第52页。

③ 参见《马克思恩格斯文集》（第1卷），人民出版社2011年版，第685页。

④ 参见刘道远《再论商法在市场经济建设中的地位——基于中国特色社会主义法律体系形成后商法地位之思考》，《政法论丛》2011年第4期，第15页。

形成了以公有制为主体、多种所有制经济并存的经济基础。商事交易、商人身份开始获得社会认同。在这一背景下，商法也在经济基础的变革中，从新中国成立之初的空白，走向了改革开放后的逐步创制。

应当认为，当代中国商法根植于当下中国特色的社会主义生产方式，该生产方式是在将马克思主义一般原理运用于中国实践且经过变革与创新的基础上而产生的，如果没有将马克思主义的一般原理与中国实践相结合而产生的马克思主义中国化的理论成果，当代中国商法就不可能诞生。

（二）中国社会主义商法具体制度的建构根植于马克思主义中国化的理论成果

马克思主义中国化的理论成果在具体的商法制度层面，主要从两个方面对中国社会主义商法产生指导作用：一是在法律移植的过程中指导商法制度的改造，二是在法律创制的过程中指导中国特色商法制度的形成。

1. 对移植的商法制度进行改造

不论是在最早以法律形式确立有限责任公司的德国还是在其他国家，公司制都是服务于私有制的，破产制度也是私有主体的专属产品。然而，中国是在针对国有企业进行现代企业改革的背景下引入公司制度和破产制度的，其目的就是将服务于私有主体的商事主体制度运用于公有主体之上。在1993年的《公司法》中，中国独创性地规定了国有股份，并将国有控股和国有独资作为国家出资形式。其结果就是，中国以经营权和所有权两权分离的模式开创了国有公司制度，使国有公司成为了独立的市场竞争主体。该商法制度的成功改造，得益于马克思主义中国化过程中的重大理论创新和突破。

在马克思主义理论中，共产主义社会制度将消灭竞争。马克思认为“竞争不过是单个私有者经营工业的一种方式。”^⑤ 根据该理论，作为公有主体的国有企业不会进入竞争领域，无产阶级要把社会的全部资本，包括全部农业、工业、运输业都集中到国家手里，“由整个社会共同地和有计划地来经营工业”。^⑥ 然而，仅将国有企业设定为产品供给部门，中国所面临的是国有企业效率低下、腐败严重的现实。于是，党的十一届三中全会提出，“让地方和工农业企业在国家统一计划的指导下有更多的经营管理自主权”，从而拉开了国有企业从产品供给部门向商事经营主体转变的帷幕。在这一思想的指导下，国务院围绕“放权让利”的目标，颁布了一系列针对国有企业改革的文件^⑦ 并以服务于国有企业改革为目标，对移植于域外的商事私有主体制度进行了改造，制定了只适用于国有企业的《企业破产法（试行）》，出台了规定国有股份的《公司法》。

中国以马克思主义中国化的理论成果为指导，对所移植的商法制度进行了本土化改造。除了改革开放初商法制度的创立时期外，在其后整个商法制度的不断发展时期，中国始终坚持从实际出发，借鉴、吸收、改造传统商法，突破传统社会主义理论的框框，破除教条，从实践中探索适合中国国情和未来社会发展趋势的商法制度。

^⑤ 同注③，第683页。

^⑥ 同注③，第686-689页。

^⑦ 这一系列文件包括《关于国营企业实行利润留成的规定》、《关于提高国营工业企业固定资产折旧率和改进折旧费使用办法的暂行规定》、《关于国营工业企业实行资金信贷的暂行规定》、《关于扩大国营工业企业经营管理自主权的若干规定》等。

2. 创建适合中国国情的商法制度

当代中国商法最具特色的制度是公有主体和私有主体并存的商事主体制度，以及个体工商户制度等。公有、私有混合所有主导下的商事主体制度将在下文详细论证，这里主要讨论个体工商户制度。个体工商户是在马克思主义中国化理论成果——邓小平理论——的指导下产生的，这是中国独有的制度设计。1978年，中国东南沿海一带出现了许多小作坊。为了缓解城市的就业压力，中共中央在《关于全国工商管理局长会议的报告》中指出，应“批准一些有正式户口的闲散劳动力从事修理、服务和手工业者个体劳动”，并在1981年的十一届六中全会上通过的《关于建国以来党的若干历史问题的决议》中表明，“一定范围内的劳动者个体经济是公有制经济的必要补充”。邓小平领导下的党中央作出的《报告》和《决议》，突破了马克思消灭私有制的一贯主张，但又没有移植域外国家的小商人制度，而是开创性地设立了个体工商户制度，这是马克思主义中国化理论成果的实践，其在解决城市就业压力的同时，还开创了社会主义国家利用私营经济建设社会主义的先河。

总之，当代中国商法从诞生到具体制度的构建，再到具有特色的商法制度体系的形成，都是马克思主义中国化理论指导的结果，是当代中国社会主义实践的产物。

二、公有私有混合所有主导下的商事主体制度

从历史比较的角度来看，中国商法中商事主体制度的创设既不同于传统社会主义国家，也区别于西方资本主义国家。中国商法既肯定了公有主体投资商事经营的资格，也赋予了私有主体在商事主体中的地位。

与传统社会主义国家相比，中国的商事主体制度以发达的私有主体之存在为特色。苏联是传统的社会主义大国，自斯大林时期始，以苏联为代表的传统社会主义国家排斥商品经济，在公有制基础上实行所有权和经营权统一的管理体制，国家直接管理企业。在这一体制中，没有私有主体，并且在产品经济背景下，公有主体的经营活动也没有营利。^⑧ 斯大林逝世后，赫鲁晓夫时期、勃列日涅夫时期的苏联在工业部门推行“经济改革”，物质刺激原则使追求利润成为经济活动的指导原则，资本主义生产关系的复辟也使得国营企业成为商事活动的重要主体。但是，改革并没有突破高度集中的计划经济体制，国有制仍然一统天下，私有主体在商事领域还是不发达。^⑨ 因此，不论是改革前还是改革后，苏联的商事主体制度都不同于兼容公有主体和私有主体的中国商事主体制度。只不过，与传统社会主义国家相比，中国商事主体制度的特色更多体现为私有主体的商事主体地位。

与传统西方资本主义国家相比，中国商事主体制度的特色则更多表现为公有主体在商事活动中的主体资格。与社会主义国家的发展轨迹不同，西方国家从封建社会进入资本主义社会之前经历了文艺复兴时期，自由、民主、平等思想的传播使得从封建社会中解放出来的西方社会更加关注个人的发展。基于此，生产资料私有制成为资本主义制度的基础，私有化和

^⑧ 参见赵曜 《从中国模式和苏联模式的比较中正确评价中国模式》，《科学社会主义》2010年第5期，第9页。

^⑨ 参见周尚文 《赫鲁晓夫改革的合理性及其局限性——与张喜德先生商榷》，《探索与争鸣》2010年第4期，第20页。

贸易自由被视为西方市场经济的灵魂，私有主体几乎占据了商事经营活动的全部。以国有企业为代表的公有主体在历史上虽然可以追溯到资本主义萌芽时期，但是，西方主流一直有意无意地淡化公有主体在商事经营中的地位。^⑩ 所以，公有主体在早期西方国家的商事法律中并未受到关注。在西方国家中，现代意义上的国有企业出现在两次世界大战期间^⑪ 并在二战后获得了快速发展。凯恩斯理论成为当时国有企业发展的重要理论基础，但正如凯恩斯没有将国有制作为资本主义经济的组成部分一样，西方国有企业的发展态势也并没有持续太久。在 20 世纪 60 年代下半期，随着通货膨胀与经济危机的频繁发生，国有企业饱受批评；到了 70 年代末 80 年代初，西方国家纷纷掀起了国有企业私有化的浪潮，至此，国有企业等公有主体再次回归到原先不占优势的地位。在国际社会一度掀起国有化的高潮时，作为资本主义国家的美国却对国有企业的发展一直采取限制政策，二战后，其更是积极推动国有企业的私有化。^⑫ 因此，即便西方资本主义国家在商事领域也存在公有主体，但该主体在商事活动中的地位同以公有制为基础的中国相比，其主体地位不可同日而语。

所以，中国商法兼容公有和私有的商事主体制度既区别于以公有主体为重的社会主义国家，也不同于以私有主体为核心的西方资本主义国家，是具有包容性的中国特色的商事主体制度。

中国兼容公有和私有主体的商事主体制度衍生出了多元的企业组织形式。在商事主体方面，我国没有像包括苏联在内的东欧国家一样，通过改革完全抛弃了国有企业；相反，我国以新加坡为借鉴，有步骤、按计划地改造国有企业和集体企业。我国以国有和集体企业的优化为基础，实行由国家出资的企业组织掌握国家经济命脉、生产社会公共产品的模式，独创性地在《公司法》中规定国有股份，将国有控股和国有独资作为国家出资的两种形式，从而形成了中国特色的商事公有主体制度。

在商事私有主体上，除了从域外引进的公司、合伙企业、独资企业等主体外，我国还开创性地设置了个体工商户和农村承包经营户等私有主体。尽管个体工商户因为与个人独资企业存在一定程度上的交叉重合而备受质疑，但是，个体工商户仍是具有中国特色的自然人经营的形态之一。其中，农村承包经营户是家庭联产责任制承包制的产物，是农民对私有财产权权益的利用。农村承包经营户作为实现农民“耕者有其田”的制度设计，是具有中国特色的农商共存形式。个体工商户则是我国发展个体经济的产物。在党的十一届三中全会之后，中国曾在一段时期内对个体经济仍然采取限制发展的政策，即除退休职工外，只有具备城镇正式户口并属于待业的青壮年，才可以从事个体经营。正是该政策为个体经济开了个“口子”，从而使个体工商户作为由个人或家庭投资经营的企业组织形式在此背景下应运而生。此后，个体工商户和农村承包经营户迅速发展，截至 2016 年 5 月，我国的个体工商户数量已经突

^⑩ 参见朱艳圣 《西方国家资本主义的历史与现状》，《国外理论动态》2013 年第 3 期，第 24 页。

^⑪ 参见纪玉山、张跃文 《西方国有企业发展与改革历程及其对我国的借鉴意义》，《东北亚论坛》2004 年第 1 期，第 47 页。

^⑫ 参见胡岳岷、任春良 《西方市场经济国家的国有企业：一个演化视角的分析》，《中央财经大学学报》2005 年第 7 期，第 61 页。

破了 5500 万户^⑬ 并成为中国商事私有主体的中坚力量。

由此，以兼具公有和私有主体为特色的中国商事主体制度，衍生出了由国有控股企业，国有独资企业，民营和外资控股、参股及独资企业，个体工商户，农村承包经营户等形成的多元主体创设的企业组织形式。相应地，也正是中国多元主体创设的企业组织形式，才支撑了中国特色商事主体制度的延续。

三、公有与私有属性并存的商事财产制度

根据传统的商法理论与制度，商事财产作为一种为实现营利目的的经营性财产，只能或主要是私有财产。中国商事领域中公有财产和私人财产并存的商事财产制度安排，具有商法理论与制度上的开创性意义。

当代法学理论中的财产制度大致可以分为公共财产、公有财产、私人财产三种。其中，公共财产指的是公众无需许可即可自由使用的物；公有财产是指国家财产，是政府代表国家治理下的公众共同所有的财产；私人财产则归私人所有。中国商法财产制度的特色在于，政府治理下的国家财产属于全民或集体所有即公有。由此，公有财产和私人财产并存的商事财产制度便具有了现实意义。

我国的商法理论多受德国、法国影响，然而，不管是 100 年前的德国还是 200 年前的法国，都是绝对的私权社会，除了空气、水等自然资源被视为公共财产外，即便是归国王或君主所有的政府财产，也不是共有财产，而是国王或君主的私人财产。受资本主义以私人所有为基础的经济制度的影响，当代西方国家的国家财产依然不被视为共有或公有财产。同时，这种财产一般不得列入可从事营利性经营的商事财产。相应地，中国商事领域的财产制度不同于资本主义国家财产制度的关键就在于，占据中国社会商事领域的可从事营利性活动的财产有相当部分是具有全民或集体共有属性的公有财产即国家财产。

与其他社会主义国家相比，中国商事财产制度的特色不在于公有财产即国家财产，而在于生产资料的私人所有。具体表现为，私人财产可以成为社会的经营性财产，可以用于实现以营利为目的的商事经营活动。传统社会主义国家实行纯粹的公有制，社会只有“全民”和“集体”两种所有制形式，只有“全民”和“集体”的财富才可以用于财富再创造。因此，私人财产用于营利活动的路径几乎被完全杜绝和取缔。虽然社会主义国家在不同程度上承认和允许过私人财产的存在，但是，私人财产仍然没有上升为国家财产制度的组成部分。因此，与过去的社会主义国家相比，中国将私人财产认定为商事财产的制度同样具有中国的时代特色。

综上，兼顾具有共有属性的公有财产和具有私有特征的私人财产，便是中国特色的商事财产制度。

^⑬ 参见《工商总局：全国个体工商户突破 5500 万户》，<http://finance.sina.com.cn/roll/2016-05-12/doc-ifxseh-vu8792551.shtml>，2017 年 7 月 15 日访问。

四、核心领域的国有垄断与一般领域的市场竞争并存的商事秩序安排

传统西方国家建立在私权基础上的商法，以反垄断原则为构建商事秩序的原则，从而实现市场领域的充分竞争。中国商法建立在国家对经济命脉完全掌控的体制之上，其以国家对主要经济领域实行国有垄断或控制为主导，在国有或国有控股的多元体制内部实行一定程度的有限竞争，对非核心经济领域实行市场充分竞争。这一规则设计，构成了独具中国特色的商事秩序格局。

以金融领域为例。在计划经济时期，金融领域完全由国家掌控，国民储蓄几乎都由国家拥有，当时的中国人民银行是中国唯一的金融机构，这一情形为国家经济的发展提供了财政基础。1978年以后，随着私人财产权的重新生长，居民开始分解国家在储蓄结构中的比重，从而导致国家通过财政进行经济控制和资源配置的能力被极大削弱。当时，计划经济体制仍在延续，国家仍然需要财力以支撑体制内经济的发展，即便1992年党的十四大提出建立社会主义市场经济体制，但财政也一直是国家进行宏观调控以及发展国有企业的重要保证，金融改革只不过是在保持国有垄断与走向市场竞争之间的不断博弈。

为了推动金融走向市场，吸引居民的个人储蓄，中国开始扩张国有金融的产权边界，将中国人民银行上升为中央银行，分设中国银行，新设中国工商银行，重建中国农业银行和中国建设银行，从而形成了国有垄断金融的产权结构。此外，中国还恢复了国内保险业务，建立了中国人民保险公司，进而扩张金融业务，实现了金融机构的多元化，巩固了国有垄断金融制度。

由于受金融调控、金融监管、金融风险控制等思维的影响，我国长期以来都对金融业采取严控政策。时至今日，在市场掀起金融创新、互联网金融迅猛发展的势头下，我国的金融严控政策仍然“屹立不倒”，国家垄断金融制度依然存续。该制度是我国改革开放后应对国内外经济环境的制度创新，其虽然带来了金融资源配置效率低下等弊端，但也是中国长期以来维持经济稳步发展的钥匙。

在国家对金融、能源、交通、特种资源、经济开发区等核心经济领域的商事行为实行国有垄断或国有主导的同时，其又对传统的生产或贸易商行为实行充分的市场竞争。这种制度安排，使中国商法的发展既符合世界发展的一般趋势，又尊重了当下的中国国情，从而构成了中国商法中交易秩序与竞争秩序安排的又一制度特色。

五、传统与现代经济行为并重的商事行为制度

商事行为制度作为商法的核心，随着商法历史的演变而变化。中世纪的商法，因“农业革命”和农场经济的发展以及城市的兴起等因素而产生，彼时的商事行为主要是交易剩余农产品、手工业品等。然而，随着商品贸易的繁荣，商人通过自治机制创造了一系列的商事信用制度。15世纪以后，随着中世纪后期资本主义经济的兴起和商品贸易的繁荣，以贸易为重心的商事行为成为近代各民族国家商事立法的焦点。不论是《法国商法典》还是《德国商法典》，贸易都是商事立法的主要内容，商主体制度围绕贸易主体展开设计，商事行为制

度也是关于货物、商品买卖的规则体系。一言以蔽之，在中世纪商法和近代商法时期，商事行为主要是指流通领域和生产领域的经营行为，它归属于贸易活动，商事行为制度以买卖为中心。

现代商法，于英美法系国家而言，商事行为依然以买卖为中心。英国商法的骨干是《货物买卖法》（后更名为《英国商品买卖法》），美国商法的核心《美国统一商法典》更是一部“买卖法律大全”。^⑭ 大陆法系国家的《商法典》也延续了近代商法时期的商法典，仍以贸易交易为商事立法的重心。^⑮ 然而，随着市场经济的发展，金融资本和智力劳动逐渐成为商事活动的主要部分，虽然大陆法系国家的《商法典》并未关注金融资本和智力劳动，但《美国统一商法典》仍或多或少涉略了金融行为，“投资证券”一编就是对金融规则的设计。如今，商业的发展正在迫使各国正视金融资本、智力劳动与互联网信息产业，一系列金融规则也逐渐在各国以单行法的形式出台，在这一背景下，商法的重心在世界范围内出现了向金融倾斜的趋势。

与德国、法国、英国乃至美国等拥有深远商法历史传统的国家不同，中国的商法长期以来处于缺位状态。正是因为商法传统的缺失，以买卖法为重心的商事立法传统在中国并未延续太久。应该说，在中国商法的形成时期，随着商行为的重心由商品贸易向资本投资倾斜，中国商法很快就进入了以资本投资为主的规制状态，金融资本、智力劳动、互联网信息产业、电子商务等成为中国商法所关注的对象。因此，与大陆法系和英美法系国家的商事行为制度“先重买卖行为后关注金融交易”的历史发展相区别，中国商法的商事行为制度从一开始就关注货物、商品买卖，并重视金融资本、智力劳动、电子商务、人工智能，从而形成了独具特色的商事行为制度。

六、法律监管与行政监管兼容的法律规则体系

受新中国成立后长期实行计划经济的影响，中国在商事领域坚持市场第一性的同时，也积极发挥着政府的宏观调控职能，该做法直接形成的结果便是，中国商法长期以来偏重行政监管。在中国商法中，除了调整商事活动的法律之外，依据行政法规、规章以及其他规范性文件而实施的行政监管也是确保商事活动高效、有序的重要手段。虽然实践表明，行政监管具有行政权力滥用的负面影响，但行政监管在维持商事活动秩序方面所具有的高效率也不可忽视。行政监管虽然具有历史局限性，但也在一定程度上符合历史发展的必然规律，它有助于国家利用公权力调节商事活动，化解经济风险。

与中国商法规则体系同时注重法律监管和行政监管不同，西方商法自始就未重视过依赖于政府的行政监管。中世纪之前，古代社会并未出现近现代意义上的商法，但商事活动已经存在，那时的商人贸易活动由商事习惯支配，未有行政监管的参与。中世纪时期，商法仍由商人间的习惯构成，只不过该习惯法因“获得所有国王和联合体的权威认可”，^⑯ 而被视为

^⑭ 参见任先行《商法原论》（下），知识产权出版社2015年版，第868页。

^⑮ 参见陈醇《商法原理重述》，法律出版社2010年版，第2页。

^⑯ [美] 哈罗德·J·伯尔曼《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第415-516页。

自然法，从而成为商人自治的最高原则。并且，此时的商人纠纷也由商人自己组成的商人法庭裁决，行政监管在商事活动中同样未有存在的空间。近代民族国家时期，商法由软商法走向硬商法，国家依靠《商法典》和其他商事法律在一定程度上对商人实施监管，其所实行的仍然是法律监管。

直到现在，西方国家对商事活动的调整依然主要依赖法律监管，行政监管手段较弱，不仅商事纠纷由法院处理，而且对商事主体的调节也由司法机关依法律进行。尽管西方国家也认为“商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的，需要国家以社会名义进行整体调节”，^{①⑦}即一定程度主张政府应当干预商事活动。但是，西方国家并没有选择依赖于行政机关主动履行职能的方式实现国家对商事主体的干预，而是选择通过由商事主体主动启动程序请求司法机关履行职能的方式来实现国家干预与监督。因此，西方国家在商事领域的监管手段与我国行政与法律并重的监督方式大相径庭，商事领域对行政监管的偏重也是我国商事制度的特色。

以金融领域的行政监管制度为例。金融领域的行政监管制度作为中国特色的创新制度，尤其能够突出中国法律监管和行政监管并重的商事制度特色。我国过去长期实行的金融监管体制是“一行三会”的分业监管模式（现已被调整为“一委一行两会”的模式）。“一行”是指中央银行，中央银行是最高金融主管机关，其在监管银行业的同时，也指导证券业和保险业的监管工作。“三会”是指银监会、证监会和保监会，分别负责对银行业、证券市场、保险市场的监管。简单来说，过去的“一行三会”都是行政机关实行的监管，违规行为都由行政机关直接作出处罚，甚至个别违法行为也要求以行政机关作出行政处罚为司法诉讼的前置程序。由此可见，该制度体现的正是我国法律监管和行政监管并重的法律规则体系。

行政监管模式虽然可能引发权力滥用、寻租等问题，但是，它在缓解司法压力、解决纠纷方面也具有积极作用。我国因计划经济而形成的对行政监管的偏重独具中国特色，法律与行政监管并重的法律规则体系也是契合当下中国国情的一种制度设计。

七、以国家经济政策为主导的商事立法模式

与传统大陆法系国家制定商法典不同，中国商法所遵循的是商事特别法先行的立法模式。中国一系列的商事单行法，不仅是在缺乏商法总则的背景下为应对商事活动实践的需求而出台的，而且还是在中国商法理论尚未成熟的前提下，借鉴和吸收西方国家商事单行法的体例、规则体系、基本概念和范畴而制定的。尽管中国现行的商事法律多渊源于西方国家，但是，中国商法仍然与西方国家商法存在区别，该区别与中国的特殊国情有关，更与中国商事法律的制定是以国家一系列宏观、微观的经济政策为指导和引导相关。正是因为统一的商事一般法的缺失，我国商事法律的制定除了参考西方国家的立法经验外，为了统一商事立法的思路，避免商事立法间的矛盾、冲突、重复，我国还将国家宏观和微观经济政策作为确定商事法律立法原则和立法方向的重要依据。从这个角度出发，中国商法除了在主体制度、行

^{①⑦} 王保树《商事法的理念与理念上的商事法》，载王保树主编《商事法论集》（第一卷），法律出版社1997年版，第7页。

为制度、财产制度以及法律规则体系上独具特色外，以国家经济政策引导商事立法也是中国商法的特色之所在。

以商事破产制度的建立为例。在兼容公有和私有属性的财产制度下，我国推行了开创性的破产制度。我国的破产制度具有中国特色，这需要从历史的角度进行解读。撇开破产制度的具体内容，仅就破产主体而言就与其他国家不同。我国最初颁布的《企业破产法》（1986年）只允许全民所有制企业破产，当时的集体企业、外资企业、私营企业等都不被允许破产。全民所有制企业即国有企业的财产在中国属于全民共有财产，当时在中国计划经济体制下既是国家财政的来源，又是国民经济乃至国民生活水平的保障。为了提高经济效益，改善国有企业的经营状况，1986年的《企业破产法》应运而生。可以认为，这部破产法是为适应国有企业改革的政策需要而制定的。至于集体企业、外资企业以及其他企业法人，则是在中国“以公有制为主体，多种所有制经济共同发展”的经济制度确立后，在其他共有和私有财产组织迅猛发展之后，于2006年《企业破产法》中才成为适格的破产主体。但是，西方发达国家的个人破产制度至今仍未被中国法律所接受。

事实上，即便企业法人于2006年之后都可通过破产法实现破产，但受各种因素的影响，司法审结的破产案件数量一直屈指可数。这与我国在破产制度上长期实行先“点”后“面”的政策方案有关，也与我国各个地区经济发展状况不一的实践现状紧密联系，但最关键的因素是，因为破产结果直接影响到职工安置和社会稳定，即它不仅仅是债权人和债务人双方的权利义务，而且更会对社会产生影响，所以，法律的制定和实施在很大程度上受到经济和社会政策的影响。

再以具有中国特色的经济特区制度为例。中国的经济特区制度是在借鉴西方商事规则体系的基础上，以国家经济政策为引导而设立的创新型商事法律制度。1980年，我国在深圳、珠海、厦门设立了经济特区；1981年，汕头也成为了经济特区；2010年和2014年，我国又分别在新疆维吾尔自治区的喀什和霍尔果斯设立了新的经济特区。如今，经济特区被实践证明是成功的制度，但其在创设之初也饱受质疑。例如，我国在1980年推行经济特区制度时，国内仍是计划经济体制，但经济特区制度却要求在特区引进外资，实行市场经济的运作方式。在经济特区内实行的商事法律制度，虽然大量借鉴了域外先进的商法规则体系、基本概念和范畴，但却又紧密联系了中国和特区的实际情况，果断抛弃了法典化的形式理性式立法模式，转而以地区商事单行法先行立法的方式来完成经济特区商事法律规则的体系化。该制度既是中国经济健康发展的保障，更是中国特色社会主义商法的重要组成部分。

就大陆法系国家而言，德国、法国乃至此后从民商分立走向民商合一的意大利、荷兰等国家的商事立法，都以商法典作为商事一般法，以此为基础制定商事单行法，从而实现商事法律的体系化。所以，这些国家的商事单行法不仅有成熟的商法理论作为依托，而且更有系统的商事一般法作为指引。至于英美法系国家，美国制定的《统一商法典》虽然采取实用主义的立法技术，但是，该法典作为商事法律、习惯的汇编，其立法原则、方向仍然遵循美国长期以来的判例法思维，这与中国作为大陆法系国家依赖国家经济政策来引导商事立法的实践相去甚远。

所以，中国缺失商法传统而导致商事一般法缺位、依赖政策实现商事单行法先行的商事立法模式有别于域外国家的商事立法实践，而以国家经济政策为主导的商事立法模式，也是

当下中国社会主义商法的又一特色。

综上，具有包容性的中国社会主义商法以中国的基本国情为灵魂，以吸收借鉴域外国家商事立法方面的精华作为血液，以兼容公有主体和私有主体的商事主体制度、兼具公有属性和私有属性的商事财产制度、国有垄断与市场竞争并存的商事秩序格局、兼顾传统与现代经济活动并行的商事行为制度、并重法律监管和行政监管的法律规则体系、以国家经济政策为导向的商事立法模式为特色，是现代世界商法体系的重要组成部分，也是当下中国经济健康发展的重要基础。

八、中国社会主义商法的问题及前景展望

几千年来，商事关系的法律调整一直是社会稳定与发展的核心制度。过去的近 40 年中，中国突破了传统西方国家以私权为核心的商法制度，构建了适合中国国情的新型商法制度，进而构建了具有中国特色的社会主义市场经济体制。始终结合我国基本国情而形成的中国社会主义商法，以及其在商事领域创建的新型制度，帮助中国在经济转型时期度过了许多经济风险，实现了经济的腾飞。但是，因商法的碎片化与易变性，伴生了经济体制创立中的诸多问题，诸如商主体资格混乱，商人道德日益低下，国有垄断商主体效率低下，大量的新型商事行为游离于法律灰色地带等，严重影响了市场经济的健康发展。因此，我们亟需总结改革开放以来中国商法存在的问题，以应对商事活动实践爆发出的新问题，厘清中国商法发展的方向，通过完善商法制度以维持中国特色市场经济体制的良性循环。

（一）当下中国商法存在的问题

第一，商事一般法缺位，从而导致商事法律存在空白。作为大陆法系国家，我国没有制定《商法典》，虽然法典只是立法模式的选择，然而我国在抛弃法典化模式的同时，也忽视了商事一般法的立法，该做法产生了诸多问题。首先是导致中国缺失商法理念与基本原则，进而使得民商区分的标准迟迟无法确立。其次是使商事部门法衔接困难。由于缺乏商事一般法对商事主体的标准作出规定，因而商事部门法对商事主体的界定存在差异。例如，《公司法》只确定了有限责任公司和股份有限公司两种类型，但是，2012 年 9 月，中国证监会却参考英美法的界定方式，审议通过了《非上市公众公司监督管理办法》，在上市公司外又提出了《公司法》规定之外的公众公司。最后，商事一般法的缺位还使商法缺失诸多基本规则，如商事主体和商事行为的基本规则，以及营业转让规则、商事代理、商事居间、商事经纪等均无法通过商事单行立法而确立的相关基本规则。

第二，商事法律缺乏可预见性。尽管中国社会主义商法以现实需求为导向进行立法，但商事交易日新月异，商法难免存在滞后性，更何况我国作为商法的后起国家，一直缺乏商法传统，该情形导致了中国以现实需求为导向的立法往往难以满足所有商事活动的调整需求，具体的例子不胜枚举。例如，阿里巴巴等新兴科技企业设计的双重股权结构，由于突破了《公司法》“一股一权”的规定而无法在中国上市，最终只能远赴美国。再比如，为了避免资产价值的不确定性，《公司法》禁止以劳务等出资，而司法实践却已经接受了劳务出资。^⑮

^⑮ 参见朱锦清 《公司法学》（上），清华大学出版社 2017 年版，第 85 页。

上述例子表面上都是商事活动违反了法律规定，实际上却是商事法律缺乏可预见性的表现，其规定无法满足商事活动发展的需要，最终被实践所突破。

第三，商事法律存在碎片化现象。受商事一般法缺位的影响，再加上我国商事法律以国家经济政策为引导、以现实需求为导向，我国的商事法律缺乏系统化与体系化，从而呈现出碎片化。最为典型的是关于商物流的规定。商物流集仓储、运输、包装、流通加工、回收等法律关系于一体，通常以一个合同或合同束出现，合同条款联系紧密。然而，我国并没有对商物流专门立法，有关商物流的规则散见于《民法总则》、《合同法》、《邮政法》、《铁路法》等法律法规之中。法律的碎片化导致统一的立法指导思想与立法理念缺位，内容重叠、规则冲突的问题在商物流规则中十分突出。关于第三方物流的工商、税务、海关等相关单证彼此不相配套，甚至出现重复计税的现象。^{①⑨}

（二）中国社会主义商法的前景展望

为了巩固中国社会主义商法的制度创新成果，当代中国需要在总结过去经验和教训的基础上，走向中国社会主义商法的成熟化。为此，针对中国社会主义商法当前存在的问题，需对其加以完善。

首先，需要增强商事法律的可预见性，并保持商事法律的灵活性和弹性。商事活动作为社会经济发展的源泉，创新性是其前进的动力，缺乏灵活性的商事法律非但无法推动社会发展，还会抑制商事活动的正常开展。

其次，需要推动商法走向系统化、体系化。以《商事通则》的形式制定并出台商事一般法，同时利用法律汇编手段对现行商事单行法进行汇编，整合重复的法律规则并消除矛盾的法律规范，从而形成以商事一般法统领商事特别法的中国社会主义商法体系，以解决商事统一立法原则和指导思想缺位、规范重复设置等问题。

再次，中国商法要逐渐用法律规则取代行政决策。虽然行政监管和法律监管是中国社会主义商法的特色，但行政监管并不等同于行政决策。行政决策是行政机关根据一定情况和条件针对某一具体问题而作出的决定，其具有易变性和较强的实时性；而行政监管则要求行政机关根据能够被行政相对人预见的行政法规、规章以及规范性文件等进行监管，它要求稳定性，所以两者存在本质区别。在商事活动领域，以缺乏可预见性和稳定性的规则规范交易活动，容易滋生权力腐败，阻碍交易活动的健康发展，因此，中国必需以法律规则为基础来调整商事活动。

最后，中国商法要推动全社会形成尊重商人、保护商人的正确风气，创造良好的营商环境。尽管商人因以营利为目的而给人唯利是图的印象，但是，就商人的创新而言，无论是团体人格的创立还是商业伦理观的建立，以及责任能力和组织形式的创新，都给世界带来了无法磨灭的贡献。^{②⑩}现阶段，中国要改变商事活动中粗制滥造、违背信用等亚健康发展的生态，要正确引导商人树立正确的商业伦理观，提高商人素质。与此同时，中国还需要加大宣传，提高全社会对“商”的客观认识。但是，该客观认识并非要推动全民经商，而是通过社

^{①⑨} 参见彭建安《第三方物流法律体系构建刍议》，《中共中央党校学报》2013年第2期，第106页。

^{②⑩} 参见范健、丁凤玲《中国商人制度与民事主体立法——写在〈民法总则〉创立时的思考》，《南京大学学报》2017年第3期，第43页。

会对商人职业的重新认识推动尊重商人、保护商人风气的形成。

总之，为了增强商事法律的可预见性、系统化、体系化，形成全社会尊重商人的局面，推动商业的良性发展，中国除了需要提高立法水平，提高商事司法水平，以完善的商人制度和司法救济手段实现中国社会主义商法的完善外，还需要在思维习惯、社会伦理等方面全方位地建设商法，以推动具有中国特色的社会主义商法走向成熟。

Abstract: The theory of Chinese socialist commercial law originates from the theoretical achievements of Marx doctrine and its sinicization. Its characteristics are as follows: (1) the commercial subject mixed by public and private ownership; (2) the commercial property containing both public and private components; (3) state-owned monopoly in core industries and competition in others; (4) the commercial conduct laying equal stress on production, trade and financial innovation; (5) the system of commercial law embedding both legal supervision and administrative supervision; (6) commercial legislation guided by national economic policies, and so on. Chinese socialist commercial law has created the unique system of commercial law and constructed the socialist market economy system with Chinese characteristics. But Chinese socialist commercial law still faces problems such as unpredictability, fragmentation, conflicts of legal norms, weak theoretic foundation and lack of general commercial law. In order to consolidate Chinese socialist commercial law innovation results, we need to strive for the followings: (1) enhancing the stability of commercial law; (2) promoting the systematization of commercial law; (3) replacing administrative decisions with legal rules; (4) forming a social atmosphere of respecting and protecting businessmen; (5) fostering a positive legal environment for business.

Key Words: Socialist Commercial law; Theoretical Origin; Commercial System

[责任编辑: 孟 融]