

## 剪不断,理还乱:民法典制定中民法与 商法关系的再思考

刘凯湘

**内容提要:**民商分立或民商合一只能是形式意义上的划分,而非实质意义上的划分。就实质意义上的划分而言,无论是大陆法系还是英美法系均不存在真正意义上的民商合一立法例,而只有民商分立的立法例。不同的立法例各有千秋,利弊互见,但就法律之于一国经济与社会发展所起的作用而言,仍然可得出孰优孰劣的判断。大陆法系民法典的制定有罗马法的基础,其形式理性都有相对确定的历史借鉴与传承依据,而商法典不同,它仅仅是社会现实需求的产物,是法律因应和解决社会问题的自然结果,而不是理性考量与逻辑推理的结果。迄今为止我国的立法机关并未明确采纳何种立法例,而已有的立法现象和事实并不能得出我国属于民商合一的立法例。尽快制定我国商事通则的目的在于解决商事单行法律群龙无首、互不协调的窘境,尽可能地在民法与商法之间建立通畅的互补关系,进而科学地、理性地区分民法与商法,提高商法的适用效率与效益,完善我国的私法法治体系。

**关键词:**民商分立 民商合一 商事通则 立法目的 法律体系

刘凯湘,北京大学法学院教授。

在所有的法律部门中,恐怕没有哪两个法律部门之间的关系能够像民法和商法这样错综复杂,你中有我,我中有你,说不清,道不明。它们有时像兄弟俩,旁人很难分清楚谁是兄谁是弟;它们有时像父子,尽管很多的时候法律圈内的人可能认为民法是父,商法是子,或者用行内话说类似于民法是一般法,商法是特别法,但是如果仔细辨认,有时候你又很可能觉得这“儿子”跟他“父亲”相差也太远了,就算是亲子鉴定结论是肯定的,你也仍然可能持怀疑态度;有时它们也像夫妻,在旁人看来它们如影随形,难分彼此,恩爱有加,但旁人分明也看得出它们很多的时候貌合神离,或者干脆相互指责,水火不容。

商法与民法关系如此复杂主要是因为商法的地位和立法体例在不同国家的表现差异太大而导致的,就像有的学者指出的那样,“在当代法律中,也确实没有哪一个法律像商

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>而商法与民法关系的核心在于商法能否独立于民法而存在,恰如有的学者所追问的:“在有商法典的国家,商法与民法是一种什么样的关系(即商法内容上、精神实质上的独立性。或曰内在独立性)?”并进一步指出:“专门的高法典之存在,充其量只能证明商法在形式上有可能独立存在(即商法的形式上的独立性,或曰外在独立性),至于能否证明商法在内容上、基本特征上也可以舍民法而自主自足,尚有未足。”<sup>[2]</sup>

民法与另一个法律部门经济法在很多年以前(主要是20世纪80年代初期和中期)也有过错综复杂的关系,但与商法之间的这种错综复杂的关系的本质是不一样的,民法与经济法之间既无可能是兄弟,也无可能是父子,更无可能是夫妻。它们压根就不是一家人,至多是关系较为密切的邻居。

民法与商法的关系素来众说纷纭,学者间各持己见,而自从2014年民法典的制定被再一次正式列入我国的立法议程以来,民法与商法的关系很自然又一次被热烈、深入地讨论。而且,至少民法学者和商法学者在这一点上达成了共识:在民法典起草与制定过程中,必须处理好民法与商法的关系。这一关系已经被学者看做我国民法典编纂得失成败的最为关键的因素之一。<sup>[3]</sup>问题在于:如何才能(或者说才算是)摆正了民法与商法的关系呢?在民法典编纂工作启动之后的这两年,民法学界和商法学界都进行了广泛讨论,其中商法学界的讨论最为热烈和严肃,中国商法学会2015年年会的主题即为“商法的现代化与民法典的编纂”,2016年年会主题继续深入且更为鲜明:“民法典编纂与商事立法的独立性”。

当然,学术探讨是学者的本分工作,观点很难说对与错,就算将来民法典采纳了某一观点或主张而舍弃了某一观点或主张,被舍弃一方的学者可能会依然坚持己见,继续为自己的学术主张辩护与鼓吹。惟其如此,民法与商法才能借此次民法典立法之机而获得共同的进步。

## 一 纠缠不休且必将长久存在的争论: 民商合一与民商分立的考量因素

此乃民法与商法关系中最关键性和本质性的争论。尽管至少暂时还不可能形成共识,但下列问题需要在不断的争论中逐渐得到澄清:

### (一) 民商合一与民商分立的判断标准是什么?

通说认为,在民法与商法两个法律部门的立法体例上,大陆法系存在两种基本的模

[1] 参见范健:《当代主要商法体系论纲》,《法律科学》1992年第6期,第43页。

[2] 参见张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,《清华法治论衡》第6期,第4页。

[3] 相关观点可集中参见赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期,第40-54页;崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,《清华法学》2014年第6期,第43-53页;赵万一:《中国究竟需要一部什么样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系》,《现代法学》2015年第6期,第41-57页等文章。

式,即民商合一和民商分立。<sup>[4]</sup>当然,第三种体例也是存在的,即折中的体例,但如何折中,差别仍然是存在的。其实,进一步而言,即便是民商合一体例,如何“合”也存在差别;即便是民商分立体例,如何“分”也存在差别。

### 1. 以法国、德国为代表的民商分立体例

法国于1804年颁布《法国民法典》,1807年颁布《法国商法典》。众所周知,法国是欧洲大陆法典化运动的鼻祖,包括刑法、刑事诉讼法在内的主要法律门类在19世纪初期的法国都进行了法典化。在私法领域,作为法典化运动的先驱,法国开创了在私法领域同时分别制定民法典和商法典的立法例。

德国的情形大体相似,尽管法典的起草过程有很大的不同,民法典花费了几十年的时间,商法典仅用了几年时间,但《德国民法典》和《德国商法典》同时于1900年颁布。当然,《德国商法典》的制定其实是以1861年的《普通商法典》为基础的,或者说它就是《普通商法典》的修订版,所以《德国商法典》的制定时间事实上也用了几十年的时间,并不比民法典制定的时间短。<sup>[5]</sup>

法国和德国尽管都对商法进行了法典化,采取了民法与商法分别法典化即民商分立的立法例,但具体到法典的体例和内容上,两部商法典存在较大的差别。《法国商法典》由通则、海商、破产和商事法院四章组成,《德国商法典》则分为商人、商事公司及隐名合伙、商行为、海商四章。必须指出,法国商法典与德国商法典在体例与内容方面的较大差异不能被解读为商法法典化的困难或者不成功,因为非常类似的是,《法国民法典》与《德国民法典》同样在体例与内容方面存在较大甚至更大的差异:《法国民法典》分为三编(卷),即第一卷人、第二卷财产以及所有权的各种变更,第三卷取得财产的各种方式,得罗马法《法学阶梯》真谛,<sup>[6]</sup>而《德国民法典》则为自创的潘德克吞体系,分为五编,即第一编总则,第二编债务关系法,第三编物权,第四编亲属,第五编继承,传罗马法《学说汇纂》衣钵。它们都是成功和优秀的民法典。<sup>[7]</sup>

### 2. 以瑞士、意大利为代表的民商合一体例

通说认为,瑞士在大陆法系首开民商合一之先河,因为之前尚未有此立法例。所谓民商合一之先河,是指瑞士在私法领域仅制定了民法典,没有单独另行制定商法典。

步瑞士之后尘,意大利于1942年制定并颁布《意大利民法典》,未再另行制定商法典。商法的主要内容包含在民法典的劳动编之中,包括企业、公司、合作社等,此外债编也包含有一些商法的内容。

### 3. 以俄罗斯为代表的折中体例

折中体例的最典型代表是1926年的《苏俄民法典》,1995年1月1日施行的《俄罗斯

[4] 参见王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第36-40页;范健主编:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第18页;周林彬、任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第69-81页;施天涛:《商法学》,法律出版社2006年版,第33-36页;赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第45-52页;梁宇贤:《商事法论》,中国人民大学出版社2003年版,第9-10页。

[5] 参见赵守政:《19世纪德国商法法典化历史考察》,载《中国商法学研究会2016年年会论文集》(上册),2016年5月北京印刷,第167页。

[6] 参见罗结珍译:《法国民法典》(上册、下册),法律出版社2005年版。

[7] 参见陈卫佐译:《德国民法典》(第四版),法律出版社2015年版。

联邦民法典》沿袭了此种立法例,其特征是仅制定民法典,不另行制定商法典,但是民法典中并不像瑞士、意大利民法典那样含有大量的商法规范,而只有民法的内容,在民法典之外另行制定大量的单行商法规范,如公司法、破产法、海商法、保险法、证券法等。<sup>[8]</sup>

上述三种处理民法与商法立法安排的体例,后来被学者归纳为民商合一体例、民商分立体例和折中体例。其最重要的判断标准是在民法典之外有无单独的商法典,若有,则称之为民商分立;若无,则称之为民商合一。所以,如果仅以是否单独制定商法典为依据进行判断,折中立法例仍然属于民商合一,因为它没有独立的商法典,只有民法典。

但是,首先,折中的立法例尽管没有单独的商法典,但其民法典中也没有商事规范或者只有少量的商法规范,商法并没有真正完全融合或者合并到民法中去,相反,商法规范大部分是独立于民法典而存在的,它只是没有形式意义上或者法典意义上的商法而已,实质意义上的商法显然是独立存在的。例如,《俄罗斯联邦民法典》中只有关于商合伙与商业公司的简单规定,公司法的实体性规范只能另行制定单行法,俄罗斯联邦分别颁布了《俄罗斯联邦有限责任公司法》和《俄罗斯联邦股份公司法》。<sup>[9]</sup>

其次,即使是在民商合一体例的国家,民法典也没有包含全部的甚至是主要的商法规范,不少商法规范仍然是单独颁布的,独立存在的。例如,作为《瑞士民法典》组成部分的《瑞士债法典》,尽管规定了公司(第三编)、商事登记、公司名称与商业账簿(第四编)、有价证券(第五编),但是破产、海商、保险等重要的商法规范并不在该法典中。<sup>[10]</sup>再如在意大利,由于民法典中的商法规范集中在公司、合作社等商事主体领域,有关破产、海商、证券等商法规范也没有包含在民法典中。<sup>[11]</sup>换言之,形式意义上或者法典意义上的民商合一,其实是不彻底的合一,无法做到真正的合一。就实质规范而言,仍然是分立的,或者是以分立为主的,只有部分或者少部分的合一。

由是观之,民商分立与民商合一的判断标准只能是私法法典化的模式,即民法与商法是否分别单独制定法典,若是,即为民商分立,若否,即为民商合一。以此为标准,所谓民商分立或民商合一只能是形式意义上的划分,而非实质意义上的划分。就实质意义上的划分而言,无论是大陆法系还是英美法系均不存在真正意义上的民商合一立法例,而只有民商分立的立法例。但在民商分立体例之中,事实上存在彻底的分立、相对彻底的分立、形式合一的分立三种情形。彻底的分立就是分别制定民法典和商法典,法国、德国、日本等大多数大陆法系国家如是;相对不彻底的分立就是仅制定民法典,不制定商法典,但民

[8] 参见黄道秀译:《俄罗斯联邦民法典》,北京大学出版社2007年版。该法典涉及商法规范的内容主要是第一编“总则”中第四章“法人”中的商合伙与商业公司、第七章“有价证券”,第四编“债的种类”中关于借贷与信贷、保险、行纪、代办、商业特许、普通合伙等,但诸如海商、破产等内容并不在法典中,商业公司的内容也比较简单,有关公司、证券、票据等方面的规定都有单行的商法规范。

[9] 参见王志华著:《俄罗斯联邦公司法》,北京大学出版社2008年版。

[10] 参见吴兆祥、石佳友、孙淑妍译:《瑞士债法典》,法律出版社2002年版。

[11] 参见陈国柱译《意大利民法典》,中国人民大学出版社2010年版;费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社1997年版。根据上述两个译本的《意大利民法典》,特别是后者,《意大利民法典》真正关于商法规范的内容主要是第四编“债务关系”中的“第三章”之第十七节“银行契约”、第十八节“永久年金”、第十九节“终身年金”、第二十节“保险”、第二十三节“信托”,第五章“有价证券”,第五编“劳动”中的第五章“公司(合伙)”、第六章“合作社与保险合作社”、第七章“入股”、第八章“企业”、第十一章“对公司与康采恩的处罚”等。

法典中并不含有商法规范的内容或者仅含有极少的商法规范内容,绝大部分商法规范另行制定单行法,俄罗斯、中国大陆、中国台湾地区等少数国家或地区如是,此种情形其实并不能称之为民商合一,而是实质意义的民商分立<sup>[12]</sup>;形式合一的分立就是只制定民法典,不制定商法典,商法规范尽可能包含在民法典之中,但仍有相当部分的商法规范通过颁布单行法的方式实施,瑞士、意大利等少数国家如是。

## (二)民商合一与民商分立有无优劣之分?

法国、德国、日本、奥地利、西班牙、葡萄牙等主要大陆法系国家都是采民商分立的立法例,此种立法例从19世纪初期开始形成,逐渐被很多其他国家所采纳,采纳此种立法例的国家,就私法之于一国经济、社会发展所起的作用而言,几乎可以肯定地说,将商法典加以单独制定、突出商法的重要性及其与民法的不同之处、对商事交易关系和民事关系适用不同的原则与规则,这种立法例极大地促进了一国经济尤其是商业的发展与发达,增强了一国商业与经济创新的能力,提高了社会资源与财产的利用效率,加快了财富的创造与积累,同时也推进了商法本身的现代化。法国、德国、日本等在19世纪中后期和20世纪初中期的快速发展并成为商业、经济强国继而成为军事、政治大国,私法包括民法和商法的作用功不可没,而民商分立的立法例的优势尤为突显。相反,采民商合一体例的瑞士、意大利等国尽管19世纪以后也在经济、商业、军事等方面取得了长足的发展,但是显然无法与法国、德国、日本等比肩。二战以后直至现在的情况也能或者更能佐证这一点。

英美法系本无民法的传统与观念,立法例上并不存在民商合一或者民商分立之体例,但若论实质意义上的法律规范,并且与大陆法系相对应的法律规范进行分析,并进一步参照大陆法系的标准进行分类判断的话,则英美法系只能归入民商分立。例如在英国,除判例法外,就制定法而言,对应大陆法系的民法规范如财产法、契约法、侵权法、亲属法、继承法等与对应大陆法系的商法规范如公司法、海商法、保险法、信托法、证券法、合伙法、票据法等,都是分别以单行法律规范的形式颁布的,亦即民商分立。而在美国,甚至制定了著名的《统一商法典》。

不同的立法例其实各有千秋,利弊互见,优劣并存。或者,如有的学者指出的,这两种立法例都不是最好的选择。<sup>[13]</sup>当然,从每个人包括每个学者的角度去观察和判断,自然会得出不同的结论,此所谓见仁见智。以笔者之见,就法律之于一国经济与社会发展所起的作用而言,用相对客观的现实与现状去衡量,高低可见一斑。有的学者明确指出:民商合一体例没有成功的先例,<sup>[14]</sup>至少,不能过高估计民商合一体制的优越性。<sup>[15]</sup>

## (三)民商合一与民商分立体例的形成背景是什么?

在大陆法系的不同国家,是采民商合一还是民商分立的立法例,其实既有必然的因

[12] 参见石少侠:《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,《法制与社会发展》2003年第5期,第81-82页。

[13] 王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第37页;施天涛:《商法学》,法律出版社2006年版,第42-46页。

[14] 参见赵旭东:《民法典编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期,第53页;童列春:《民商分立:民法典总则制定体例的理性选择》,载《中国商法学研究会2016年年会论文集》(上册),2016年5月北京印刷,第28-30页。

[15] 郭锋:《民商分立与民商合一的理论评析》,《中国法学》1996年第5期,第49页。

素,也有偶然的因素。法律的内容与形式都与制定法律当时的一国历史与现实情况密切相关。对大陆法系主要国家私法典化的历史考察和理性评析,对于我们进行民法典制定时如何处理好民法与商法的关系应当是裨益的。就民法典与商法典的关系而言,我们通常习惯于说“是否在民法典之外另行制定商法典”,但是,就法典的起草或者制定的立法程序和顺序上考察,其实欧洲大陆的法典化运动时往往都是先有了商法典草案,再准备民法典草案。与其说是在民法典之外另行制定商法典,不如说是在商法典之外另行制定民法典,或者,至少应当说,是同时制定民法典和商法典的。

法国在制定民法典之前已经有成文法形式的商法了,以1673年的《陆上商事条例》和1681年的《海事条例》为代表。<sup>[16]</sup>这也是欧洲大陆最早的一批商法规范,并且成为后来法国制定商法典的主要依据。在商法规范已经成文化甚至法典化时,民法并没有进入成文法阶段,而是适用罗马法及习惯法。<sup>[17]</sup>后来开始起草民法典,1793年出现了第一份民法典草案。<sup>[18]</sup>1804年《法国民法典》颁布,1807年《法国商法典》颁布。《法国商法典》当时的主要内容涉及到公司、破产、海商、票据、保险、商事法院等,尽管很不完善,但首次正式确立了民商分立的立法例,并且奠定了近现代商法典的基本结构与规范内容,正如学者指出的,《法国商法典》“不仅在形式上而且更在实质上奠定了民商分立的基础。法典确立了以调整商事组织和商行为为主要对象的现代商法体系”。<sup>[19]</sup>

德国商法典的制定过程如同德国民法典的制定过程一样充满争论。1861年德国联邦议会通过了德国历史上的第一部《普通商法典》,此时民法典的制定仍处于激烈的争论之中。除了民法本身的争论特别是蒂堡与萨维尼之间关于民法的民族精神性问题的争论,现在又加入了民法典与商法典关系问题的争论,这一争论集中在两个层面:一个是法教义学或法学学科方法论层面,商法是否可以作为一个独立于民法学建构其独立的适用范围与学科体系,另一个是立法政策的考量,即在法政策方面是否有必要制定独立的商法典。民法典起草进入关键阶段后,主张民商合一的学者与主张民商分立的学者几乎势均力敌,但主张民商分立的学者戈尔德斯密特法官成功地说服了民法典立法筹备委员会,后者对民商法争论的答复是“商法作为私法的一部分将被单独做立法规划,最终也以制定一部和《民法典》并行并保持其目前独立性的通行法律即商法典为目的”。<sup>[20]</sup>

瑞士民法典制定的过程比较特殊。瑞士联邦体制于1848年确立,但联邦议会当时仅有起草和制定民法典的权力,未被赋予制定商法典的权力。1874年以后才被赋予制定商法典的权力,但民法典的起草工作已经开始,并且是从债务关系法开始起草的,即《瑞士联邦债法典》。由于之前立法机构没有制定商法典的权力,所以起草者在《瑞士联邦债法典》中加入了大量的有关商事方面的规范,而债法典后来又被统一到《瑞士民法典》,于是

[16] 施天涛著:《商法学》,法律出版社2006年版,第34页。

[17] [法]克洛德·商波著:《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第8-9页。

[18] 参见罗结珍译:《法国民法典》(上册),法律出版社2005年版,第7页。

[19] 范健、王建文著:《商法的价值、源流及本体》(第二版),中国人民大学出版社2007年版,第94页。

[20] 参见赵守政:《19世纪德国商法典化历史考察》,载《中国商法学研究会2016年年会论文集》(上册),2016年5月北京印刷,第169-171页。

使得瑞士没有必要再单独制定商法典,商法规范直接进入了民法典,民商合一体例得以创立。<sup>[21]</sup>

意大利在 1865 年即制定了《意大利民法典》,由于民法典中并没有多少关于商事方面的规范,对商事活动和商事法律关系不敷使用,于是 1882 年又制定了《意大利商法典》,形成了与法国、德国一样的民商分立格局,而且这一民商分立的格局早于法国、德国形成。但是,到了二战期间的 1942 年,意大利立法机构决定废除《意大利商法典》并将商法典的内容统一纳入到《意大利民法典》中,由典型的民商分立体例转变为民商合一模式。<sup>[22]</sup>

日本的私法法典化受法国、德国影响,采民商分立体例,同时起草民法典和商法典,1890 年先制定出商法典,但“由于受到实务界过渡模仿外国立法而无视本国习惯的指责以及学界提出的该法典内容与颁布施行的民法典存在冲突等原因,法典的大部分内容被延期施行”,并于 1899 年由议会通过了新的商法典取代之前的旧商法典。新商法典基本上效法《德国商法典》,由总则、公司、商行为、票据和海商五编组成。<sup>[23]</sup>

1949 年之前的中国,清末受域外影响而进行变法,集中体现在法典化进程,起草了一批法律草案,其中就民法与商法的法典化关系,清政府决定采法、德、日等国的体例,即民商分立模式,分别起草了《大清民律草案》和《大清商律草案》,但均未及颁行。北洋政府继承了清政府的民商分立体例,但亦未及正式颁布法典。至中华民国,一改之前的立法例,转而采民商合一模式,于 1929 年开始制定和颁布民法典,将商法的部分内容规定在民法典中,但同时制定和颁布了大量的商事单行法规,包括公司法、票据法、海商法、保险法、银行法、证券交易法等。此一体例至今在我国台湾地区有效实行。

上述大陆法系主要国家商法典的制定与形成背景告诉我们:商法典的制定与民法典的制定背景存在着极大的不同,由于有罗马法的精神传统和规则样本,民法典从欧陆法典化运动伊始就打上了罗马法的深深烙印,形式理性、逻辑、体系成为法典的基本要求,而民族精神、文化传承、意思自治成为法典使命。商法典却不同,商事立法包括商法典才产生纯粹是由于现实的需要,是由于商业发展的需要,是以商人们在商事交易实践中自我发现和创造的商事习惯为基础的,它基本上不是体系与逻辑的结果,它基本上不需要所谓的体系与逻辑,甚至体系和逻辑极可能扼杀它的价值和生命力。诚如有的学者指出的:“针对商法,人们交易的规则是从交易实践中得来的,没有交易实践,就不可能发现交易的规则”;“商法的发现方式是交易实践”。<sup>[24]</sup> 商法包括商法典形成的这一根基,到今天依旧如此,今天现代化的市场经济更不可能离开商法的规制与调整,而现代商法和商法典更是市场经济和商业实践的最重要规则,恰如学者所言:“市场经济繁荣离不开商法,商法根植于市场经济的土壤,由此,当一个国家在走上市场经济道路时,就有必要从本国的实际

[21] 范健、王建文著:《商法的价值、源流及本体》(第二版),中国人民大学出版社 2007 年版,第 97-98 页。

[22] 费安玲、丁玫译:《意大利民法典》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 3 页。

[23] 刘成杰译注、柳经纬审校:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 4-5 页。

[24] 徐学鹿、梁鹏著:《商法总论》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 56、第 70 页。

出发,建立自己的商法。”<sup>[25]</sup>

#### (四) 未来的立法趋势是民商合一还是民商分立?

就大陆法系而言,采民商分立立法例的国家明显属于多数。法国、德国、日本、韩国、奥地利、比利时、荷兰、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、土耳其、埃及、巴西、智利、阿根廷等,遍及欧洲、亚洲、拉丁美洲、非洲。采民商合一立法例的国家也不少,包括意大利、瑞士、北欧五国等,但从数量上而言绝对少于采民商分立体例的国家。有学者统计,欧洲有20多个国家实行民商分立,南北美洲和大洋洲有20多个国家有独立的商法,非洲有20多个国家采民商分立体例。<sup>[26]</sup>显然,仅就数量而言,民商分立的体例明显占优,代表着民法与商法立法体例的基本趋势。<sup>[27]</sup>

值得注意的是,民商分立国家的商法典一直处在变动、修订之中。其实,民法典也在不断修订之中,但相比于商法典,民法典的修订规模和程度小于商法典,商法典的变动起伏很大。以《日本商法典》为例,旧商法典颁布不到十年就被新商法典完全取代,而新商法典自1899年至今也是屡屡修订,先是1934年票据法整体被移出了商法典,接下来2005年公司法编被删除,以单行的公司法取而代之,2010年商行为编中的保险法又被废止,现在的《日本商法典》只剩下商法总则、商行为和海商法,商法的实体内容包括公司、破产、票据、保险、海商等均不再在商法典当中。<sup>[28]</sup>但即使这样,日本并没有宣布废除商法典,商法典从形式上仍然保留了下来,仍然属于法律体系的独立组成部分。事实上,自二战以降,大陆法系采民商分立体例的国家并没有任何一个宣布废除商法典,尽管商法典一直在修订当中。

同样,《法国商法典》、《德国商法典》从颁布到现在也都经过了多次的修改,但商法典并没有因此被废除,并没有像意大利、瑞士等少数国家那样把商法并入民法典。“二战以后,不少国家越来越加强了对商法典的修订,而并未找出理由改变民商分立之体例,民商分立的态势依然。”<sup>[29]</sup>

大陆法系将来关于民法典与商法典的立法体例会走向何方?这是很难预料的事情,一国立法例的取舍本身就带有很大的偶然性,但是基本上可以得出结论的是:第一,彻底的、形式意义上的民商合一是几乎不可能的,民商合一体例的国家必须通过颁布大量的独立的商事单行法以应对社会需要。第二,已经实行民商分立体例的国家,商法典一直会被保留下来,但是商法典的内容有两种走向,一种是越来越被解构,被去法典化,商法典越来越“瘦身”,如日本商法典;另一种则相反,商法典只会在原有结构框架内进行修订,其内容(条款)可能越来越多,很多新的商事法律会进入到商法典中,如法国商法典。第三,即使在最为完善、条款与内容最多的商法典国家,也依然需要在商法典之外颁布大量的商事单行法,这与民事法律有很大的不同,民事法律的绝大部分都会进入民法典,商法典则难

[25] 范健、王建文著:《商法的价值、源流及本体》(第二版),中国人民大学出版社2007年版,第128页。

[26] 周林彬、任先行著:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第72页。

[27] 范健著:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第5-6页。

[28] 刘成杰译注、柳经纬审校:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社2012年版,第7页。

[29] 刘凯湘:《论商法的性质、依据与特征》,《现代法学》1997年第5期,第27页。



以做到这一点,这是由民法的相对稳定性和商法的动态性、灵活性、发展性决定的,也是商法与民法的不同之处。

#### (五)我国目前的状态到底是民商合一还是民商分立?

很多学者认为我国目前的立法例属于民商合一,这几乎成为了定论,但笔者认为,其现在对我国作出是民商合一还是民商分立的结论还为时过早,因为立法的现状还不能提供准确、全面的信息以作出肯定性的判断。

持我国属于民商合一立法例的观点所依赖的主要依据,笔者归纳为如下几条:第一,《民法通则》作为最主要的私法规范,包含了商法规范,或对商事关系进行调整的规范,体现了立法者民商合一的选择;第二,《合同法》没有区分民事合同与商事合同,而且在分则中规定了商事合同色彩很浓的合同类型,如行纪合同、仓储合同、居间合同、货物运输合同、融资租赁合同、间接代理制度等,是典型的民商合一体例;第三,其他的一些民事单行法也有关于对商事关系调整的规定,例如《物权法》第二百三十一条规定的企业之间的留置权不受与其所担保的债权属于同一法律关系的限制,即属于商事留置权的规定;第四,民法典的起草正式列入了立法机关的立法规划并且一直在进行之中,包括1979年的民法三稿、1982年的民法典起草、1984年的民法通则起草并颁布、1998年民法典起草并于2002年公布立法草案以征求意见、2014年“编纂民法典”被写入中共中央十八届四中全会的决定并由立法机关再次正式启动民法典的制定,而商法典从未被列入立法机关的立法规划。

上述理由或依据,有其一定的合理性和说服力,但更值得质疑:

第一,《民法通则》起草的时候,学界和立法机关讨论和考虑的重点是民法与经济法的关系问题,如何确立民法作为调整平等主体之间的财产关系、商品经济关系的基本法地位问题,彼时经济法的呼声颇为高涨,更有人提出中国不需要制定民法典而应当制定经济法典或者经济法纲要,商法的概念还极少有人提及,立法者也根本无从考虑民法与商法的关系问题,更遑论采纳民商合一还是民商分立的立法例,何以认为《民法通则》体现了立法者对民商合一体例的选择?

至于《民法通则》的具体内容,则更难谓体现了民商合一。笔者选择与商法关系最为密切的几项规定说明之:第一,《民法通则》第四条将“等价有偿”与自愿、公平、诚实信用并列作为一项基本原则加以规定,容易与商法的营利性原则混淆,继而得出对商事关系调整的结论,但一则该条并未明确提出营利性的概念,二则当时主要是为了解决对国有企业的财产无偿进行调拨的行政作法,三则是为了鼓励有偿性的交易。等价有偿其实也不应当是民法的基本原则。第二,《民法通则》将个体工商户、农村承包经营户、个人合伙统一规定于公民(自然人)一章,并未将此三种主体作为不同于一般公民(自然人)的民事主体加以规定,更未特别规定此种主体参与商事活动的规则,无法体现民商合一的思路。第三,《民法通则》在民事法律行为中没有任何关于营利性行为的特别规定,没有任何对商事行为的规制。第四,《民法通则》第九十一条规定:“合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人的,应当取得合同另一方的同意,并不得牟利。”此规定不仅仅反映了当时的立法者对商品经济、市场经济的错误认知,而且明显地揭示出营利性的商事行

为是为民法所禁止的,这种与商法理念完全相悖的规定怎么可能被解释为是民法与商法的合二为一呢?第五,《民法通则》在代理制度的规则中,不仅没有关于间接代理的规定,也没有关于表见代理的规定,这种具有外观主义功能的商法规则没有被规定于民法典中,也说明《民法通则》不可能是民商合一的体例,它也没有向外宣示中国将采民商合一立法例的立法指导思想。第六,《民法通则》在诉讼时效制度中仅规定了适用于民事权利的一般诉讼时效,没有针对商事行为、商事法律关系的特殊时效制度,其第一百三十六条规定的四种短期时效也是针对一般民事法律关系设计的。

第二,《合同法》的确是我们目前民事立法中最能体现民商合一特色的,这不仅表现在其分则部分有大量的以营利性为目的的商事合同的规定,如融资租赁合同、仓储合同、行纪合同等,而且在其总则部分也有能够体现调整商事法律关系的普适性规则,包括鼓励交易的原则(第六条)、合同履行规则(第六十一、六十二条等)、合同解释规则(第一百二十五条)、违约损害赔偿的范围(第一百一十三条)等。但是,即便如此,仍然难谓中国选择了民商合一的体例。因为其一,《合同法》只是民事法律体系的一个组成部分而非全部,不能认为《合同法》中含有较多的商事规范就认为整个商法被融合到了民法典中,就得出民商合一的结论;其二,合同关系本身就难以区分民事合同与商事合同,相互交织缠绕,已有的大陆法系的《商法典》也都没有把合同纳入商法典中加以规定,个别的也只是从商行为的角度对与合同有关的商行为进行规定而已,说明即使是在民商分立的体例下合同法律仍然是主要由民法典来进行调整,而不由商法典进行规定;其三,很多新型的商事合同如电子商务合同、金融消费合同、动产担保交易等,通常仍然需要以制定单行法的方法予以解决,而不可能在民法典中统一解决。所以,不能以我国《合同法》的内容安排得出民商合一的结论。

第三,其他民事法律对商事关系调整的规定,均不及《合同法》范围广、程度深,而且也不可能再把范围拓广、把程度加深,例如《物权法》关于企业之间留置权的例外规定,仅有一句话的简单表述,它恰恰说明,商事留置权是无法在民法典中加以详细规定的,而应当通过商事立法加以规定,由此进一步说明了民商合一体例的不足与民商分立体例的长处。

第四,自改革开放以来的数次民法典起草,包括这一次的民法典编纂,立法机关并没有在任何正式的立法文件或者其他官方文件或者声明中,或者通过其他正式的渠道,来向社会说明中国将来只制定民法典,不会制定商法典。民法典的制定历来得到立法机关的重视,除了民法典本身的重要性使然,还有一个重要原因就是商法不像民法那样发达与完善,大陆法系都存在要不要单独制定商法典的争论,再加上我国现代市场经济尚处于初级阶段,计划经济刚刚退出,真正意义上的商业制度、商业文化、商人阶层等处于初始发育当中,立法机关还难以专门考虑民法与商法的关系问题,无从对此给出肯定性或者否定性的判断与结论,此属正常,大陆法系国家基本上都走过这个过程。将来到底是民商合一还是民商分立,其实现在只能说是未知数。

上述对民商合一与民商分立的历史考察与理论分析,可以形成如下基本的判断:

首先,在大陆法系,存在形式上的民商分立、形式上的民商合一、形式上的民商合一而

实质上的民商分立三种主要的立法例。其中,采第一种体例的国家数量最多。同时,即使是形式上民商合一的国家,也不同程度地存在商事单行法。实质意义的民商合一基本上是不存在的。《意大利民法典》是相对比较纯正的民商合一,但仍然没有做到彻底的民商合一,仍然存在一定程度的民商分立。形式意义上的民商合一而完全实质意义上的民商分立的最典型代表其实就是至今仍然施行于我国台湾地区的“中华民国民法”及其系列单行商事立法的立法体例。

其次,大陆法系民法典的制定有罗马法的基础,其形式理性都有相对确定的历史借鉴依据,而商法典不同,它完全仅仅是社会现实需求的产物,是法律因应和解决社会问题的自然结果,而不是理性考量与逻辑思维的结果。

再次,采民商分立的国家,其商法对社会经济尤其是对商业的发展所起到的推进作用是已被事实充分证明了的,特别是德国、法国、日本等国。而采民商一体例的国家,没有一个成为当时或者今天在世界范围内市场经济中具有领先优势与地位的国家,意大利也好,瑞士也罢,其在国际范围内市场经济中的地位显然是无法与德国、法国、日本等比肩的。

最后,迄今为止我国的立法机关并未明确采纳何种立法例,而已有的立法现象和事实并不能得出我国属于民商合一的立法例,将来会作出何种选择是难以预料的。

## 二 商事通则:立法目的与参照物的选择

### (一) 商事通则能够解决什么问题?

不少商法学者意识到:既然目前不可能制定商法典,那么先制定商事通则或者商法通则是理智的选择。<sup>[30]</sup>

然而,商事通则呼吁了这么多年,《商事通则》的立法建议稿也已经公开很多年了,似乎并没有引起法律界多大的反响,更没有引起立法机关的重视。个中缘由,恐非简单,既有来自民法学界的不同意见,也有商法理论自身的欠缺,还有立法机关的过度审慎。但是,有一点可能是原因之一:我们没有完全说清楚为什么要制定商事通则,商事通则到底能够解决什么问题。

笔者以为,在目前的情境下,尽快制定商事通则可以解决以下问题:

第一,解决商事单行法律法规林立却群龙无首、互不协调的窘境。自改革开放以来,全国人大及其常委会、国务院颁布了大量的商事单行法律法规,举其要者,如《公司法》、《破产法》、《合伙企业法》、《海商法》、《票据法》、《证券法》、《信托法》、《保险法》、《证券投资基金管理法》、《个人投资公司法》等,国务院相关主管部门包括商务部、中国证监会、工商总局、交通运输部、中国保监会、中国银监会等颁布的商事部门规章则数量更为众多。这些法律法规、部门规章尽管各自有自己的规范范围,但都属于对营利性为主的商

[30] 参见王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2003年第1期,第32-34页;赵旭东:《商法通则立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期,第80页。

业投资交易及与之相关的商事活动的法律规制,由于没有统领这些庞大、庞杂的法律法规规章的总则性或通则性法律文件,使得这些商事单行法之间不仅缺乏一以贯之的立法主线,甚至相互之间抵牾掣肘。例如,《公司法》第十五条规定:“公司可以向其他企业投资;但是,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人”,而根据《合伙企业法》第二条的规定,任何法人都可以成为普通合伙企业的合伙人(除第三条规定的国有独资公司、国有企业、上市公司、公益性的事业单位和社会团体外),尽管《公司法》第十五条后半句附加了适用条件即“法律另有规定外”,但是《合伙企业法》已经明确了任何企业都可以成为普通合伙企业的合伙人,而所谓的“法律另有规定外”主要甚至唯一的就是指《合伙企业法》所规定的公司向普通合伙企业投资,因此《公司法》第十五条的规定完全成了毫无意义的无害条款。

如同民法,现在单行的民事法律法规也是非常庞杂,《合同法》、《物权法》、《婚姻法》、《继承法》、《侵权责任法》、《担保法》等等,需要一个统领性的法律文件,相互之间也有逻辑上或者适用上的冲突,《民法通则》已经无法担当起这种统领作用,所以迫切需要制定民法典。商法的情形也一样,只是商法现在还没有达到制定商法典的成熟时机,但制定商事通则的时机是完全成熟的,有的商事单行法已经实施了二十多年了。当年《民法通则》制定时还只是颁布了《婚姻法》、《继承法》、《经济合同法》等少数几部重要的民事法律,而现在商法的情形大不一样了,商事立法比起当年《民法通则》制定时的民事立法已经不知成熟了多少倍。

第二,通过商事通则的制定,尽可能地在民法与商法之间建立通畅的互补关系,完善我国的私法法治体系,科学地、理性地区分民法与商法。民法与商法一方面具有极强的共性与互通性,共同构成完整的私法体系,缺少商法的私法体系绝对是残缺不全的,是无法担负起保障私权的私法及法律制度的终极目的的。商法和民法都是关于私权(民事权利)、私人利益(民事主体的利益)的法律,而私权、私人利益是一切法律制度乃至政治制度得以存在的唯一正当性依据,民法和商法共同担负着这一法律制度的使命。同时,商法与民法又是各不相同的,不能相互取代的。民法不可能包含商法的理念与原则,《民法典》不可能把商法的规则规定进去,那样只会徒增民法典内部的不协调,降低民法适用的效率与效益,混淆民法与商法的客观存在的界限与区别,最终使得民法与商法两败俱伤。以《意大利民法典》和《瑞士民法典》比之于《法国民法典》和《德国民法典》,孰优孰劣,是无需论辩的。

第三,通过商事通则完善商法体系,提高商法的适用效率与效益,促进我国市场经济的进一步发展。现代市场经济中的商业模式可谓日新月异,互联网、大数据时代的交易方式也快速地推陈出新,这些具体的商业模式与交易方式的规则随时可能更新,创新规则本身就是创新商业发展,而这些商业模式与交易方式的规则绝大部分集中在商法规范的领域,如P2P网贷、B2C交易、股权众筹、第三方交易平台、各种信托计划、新型的保险产品、企业重组与破产、各种证券投资基金、风险投资与估价调整协议等,只有不断调整和完善相关的商事交易规则,才能促进我国新型商业模式与交易方式的不断创新,而制定能够统领整个商事法律规范的商事通则或商法通则,是完善我国商事法律体系和商事交易规则

的不可或缺的环节,这就如同制定民法典是完善我国民事法律体系和市民社会规则不可或缺的环节一样。

第四,通过制定商事通则,对所有商事法律规范、不同商法分支进行梳理,发现其共同性或共通性的制度理念与规则,再进行抽象与归纳,从而使商法的内在逻辑体系逐渐趋于严谨,形成既有商事通则又有各种商事单行法、既有普遍适用于各个商事交易领域的共同制度又有分门别类的具体商法分支领域的专门性规则、既有体现商法理念与商法价值的原则性规范又有极具操作性与灵活性的具体性规范的商法体系结构。

## (二)如何对商事法律制度进行抽象?

要制定一部相对科学和实用的商事通则,如何对所有的商事法律规范和各个商法分支领域进行抽象是关键。是否可以借鉴潘德克吞体系的思路,在商事通则中抽象出《德国民法典》那样的总则编来?商事通则是否就是相当于民法典的总则编(或者,如果有可能的话,就是未来商法典的总则编)?还是像《民法通则》那样的准法典,既有通过提取公因式而形成的普适性规则又有各个领域的具体制度?

笔者以为,目前制定商事通则进行立法抽象时需要考虑一下几个因素:

第一,商事通则不能仿照大陆法系民法总则的思路进行编纂。尽管我们将商事通则定位于商法领域中共同性或共通性的、具有一般或普遍适用性的法律,而大陆法系民法典中的总则编尤其是潘德克吞体系下的民法典总则编正是这种内容安排与立法抽象,但是,它们与我们设想中的商事通则都不是一回事,并且,法国法系的民法典与德国法系的民法典在总则编的编纂上也存在极大的差别。以《法国民法典》为例,严格来说它没有总则编,它的“总则编”被称为“序编”,一共只有六个条文,内容只是关于“法律颁布、效力与适用之通则”,并没有任何实体法律制度的条文。<sup>[31]</sup>而《德国民法典》大异其趣,创造了复杂的总则编,条文多达240条,主要包括权利主体、权利客体、法律行为和其他规定。

中国的商事通则当然不可能像《法国民法典》的总则编那样只有六个条文,但也不可能像《德国民法典》的总则编那样。潘德克吞体系下的民法典总则编是概念法学的产物,它试图抽象出整个民法的普适性规则,也确实取得了较大的成功,但存在晦涩难懂的弊端,与商事通则担负的使命并不一致。其实,有的德国民法学者对其很不以为然,梅迪库斯就指出:“对于总则编的内容,不可能作出积极的评价。一方面,总则编没有对一些重要的内容作出调整,……另一方面,总则编中的有些规定被人为地从它们所属的特别的联系中割裂开来,最后变成了纯粹的概念解释或立法技术。”<sup>[32]</sup>

商事通则不能仿照潘德克吞体系下民法典总则编的模式的最主要原因,在于商事通则是要解决公司、合伙等商事主体从营利性行为时的主体资格、特殊资质准入、对外公示、行为的营利性判断因素、权利的特殊变动因素、商业信誉的保障等问题与规则,而不是对整个商事法律规范进行逻辑与概念层面的抽象。商法的生命力和价值不在于法律逻辑与概念体系,而在于它对营利性的商业模式与商业交易的鼓励、保障与规制。

[31] 参见罗结珍译:《法国民法典》(上册),法律出版社2005年版,第1-40页。

[32] [德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第28页。

第二,商事通则不能以大陆法系的商法典的总则或通则编为仿照对象。众所周知,大陆法系的商法典存在以《法国商法典》为代表的客观主义(或商行为主义)模式和以《德国商法典》为代表的主观主义(或商人主义)模式,差异巨大。中国的商事通则是在上述商法典经过了一百多年后制定,商业环境、商业模式、交易方式、立法技术等方面已经有极大的发展与超越,而上述商法典也经过了无数次的修改,难以成为效仿的对象。当然,应当承认,中国的商事通则可以从上述商法典的总则编或通则编中进行适当的借鉴。具体到制度层面,如何从大陆法系典型的商法典中汲取有益的成分,作为我国商事通则的立法借鉴,下文将详加论述。

第三,商事通则不能参照《民法通则》的体例。如前所述,《民法通则》其实是一部准法典,既有通过提取公因式而形成的普适性规则,又有各个领域的具体制度,尽管对这些制度的规定极其简单。商事通则不是准法典,它不会涉及商法各个分支领域的内容,即便是极其简单的规范也不会。《民法通则》的准法典结构是与制定这部法律当时的历史条件密切相关的,当时在物权法、债权法、人身权法、亲属法等领域缺少基本的法律规范调整,只有《经济合同法》、《婚姻法》、《继承法》等少数几部法律。而今天的商事法律完全不可同日而语,商事领域的绝大部分都已经颁布了相应的法律规范,现在缺乏的不是商事领域的基本法律规范,而是统领整个商事法律领域的灵魂与总纲。商事通则或商法通则与《民法通则》不是一回事。

### (三)典型商法典对于商事通则体例与内容的借鉴意义

第一,《法国商法典》对商事通则可能存在的借鉴意义。

作为世界上第一部独立的商法典,《法国商法典》具有真正划时代的意义,因为它不仅标志着民商分立的立法体系的确立,而且确立了以商事行为与商事组织为主要调整对象的商法体系。<sup>[33]</sup> 根据罗结珍教授的最新《法国商法典》译本,2009年最终推出的《法国商法典》并未废除1807年的《商法典》,而是对旧法典的改革,它的第一卷仍然是总则(即商事总则),由四编组成,分别是:第一编:商事行为。第二编:商人。包括以下各章:第一章商人定义及地位,第二章外国商人;第三章商人的一般义务,第四章零售商合作社,第五章独立商人同名商店,第六章合作担保公司,第七章对创业或恢复经济活动的企业计划提供扶持的合同,第八章全国被禁止担任管理职务的人员的信息检索系统,第九章有报酬的企业监管制度。第三编:居间商、行纪商、承运人、商业代理人与独立的上门销售人。第四编:营业资产。<sup>[34]</sup>

《法国商法典》总则卷的上述内容,至少可以为我国的商事通则的制定提供以下有价值的考虑因素:

首先,总则涉及到了商法中最为重要的商主体制度、商行为制度和营业资产制度,这是整个商事法律制度存在的根基,我国的商事通则也应当主要围绕此三项主要制度进行规范。

[33] 罗结珍译:《法国商法典》,上册,北京大学出版社2015年版,译者序第6页。

[34] 参见罗结珍译:《法国商法典》,上册,北京大学出版社2015年版,第1-202页。

其次,对于商行为,该法典采用列举式的体例,其中第一条列举了10种主要商行为,第二条列举了7种与海事、海商有关的商行为,涉及动产与不动产的买卖、动产租赁、制造业、行纪业、运输业、代理业、银行业、票据行为、海运业等。法典未对商行为进行抽象进而得出一般性的条款表述,是一种缺陷,直接列举难以穷尽所有的商行为类型。建议我国商事通则采取一般性条款表述加列举的方式,对商行为作出界定。

再次,学理上一般认为《法国商法典》是商行为法模式,即客观主义模式,但实际上该法典也对商主体即商人进行了详细的规定,包括商人的定义与地位、商人的一般义务、不同类型的商事组织等,甚至规定了那些不能担任商事组织的管理人员的全国信息检索系统,这对于反商业欺诈与商业贿赂以及保障商事行为的合法性与有效性具有积极意义,值得我们借鉴,尽管在我国实行这种制度可能有太多的困难,但至少可以作为将来努力的方向。

最后,该法典在总则中设立“营业资产”编,颇有启发意义。尽管该法典并未对营业资产的定义作出规定,但其性质是明显区别于企业资产的,法典对营业资产的买卖或转让、质押、租赁经营、委托管理等作出了完善的规定。营业资产及其商业运营不同于公司、合伙、破产、票据、保险、证券、海商等商法体系中的内容,无法将其纳入上述各部分,而它又不像保险、票据、证券、海商那样构成独立的商业领域,而是可以普遍性地发生于任何商事主体之间,进而成为一般性的商行为,同时营业资产之于任何商事主体都是不可或缺的基础性条件,故而将营业资产作为商法典总则的内容予以规定反映了商法随着商业发展而进行调整与改良的进步性,<sup>[35]</sup>同时又适应并促进了营业资产的运营效益。

第二,《德国商法典》对于商事通则可能存在的借鉴意义。

《德国商法典》与《法国商法典》在体例与内容上存在较大的差异。根据杜景林、卢湛教授最新的2010年译本的《德国商法典》,该法典不像《法国商法典》那样有一个统揽全法典的总则编,其第一编即为“商人身份”,接下来第二编为“非独资的商业企业与隐名合伙”,实质是关于普通合伙、有限合伙及隐名合伙这种商事主体的规定,但是,再接下来,第三编为商业账簿,第四编为商行为。最后一编为海商。<sup>[36]</sup>

细究《德国商法典》的上述体例与内容,于我国商事通则有借鉴之处可能存在于:

首先,尽管《德国商法典》没有像《法国商法典》那样的总则编,其实它只是没有被冠以“总则”或“商事总则”名义的编目而已,并非没有关于商法典总则或商法一般性规定的内容。除了第二编商事合伙与第五编海商外,法典的另外三编其实都是关于商事总则的规定。而其第一编“商人身份”,其实已经是符合法典总则编的立法体例。所以,《德国商法典》与《法国商法典》一样告诉我们,商法与民法一样,有统领全部法律体系的普适性规则,能够抽象出商事法律规范的共性,而并非众多单行法的拼凑,尽管其普适性的共性规范不如民法那样繁多而严谨。

其次,与《法国商法典》创立的商行为模式不同,该法典确立了新的商主体模式,即以

[35] 1807年的《法国商法典》的总则编并没有营业资产的规定,这是《法国商法典》总则编最大的变化。

[36] 参见杜景林、卢湛译:《德国商法典》,法律出版社2010年版,第1-4页。

商人身份作为判断交易关系是否由商法调整的标准。该法典关于商人身份的规定不仅确立了商法的调整对象与范围,而且非常系统地对商人的概念、商人资格的取得、商事登记、商业账簿、经理权与代办权等与商人身份相关的制度进行了规定,对商业辅助人、商业代理人、商业居间人等商主体也给予了规定。

再次,尽管《德国商法典》开创了商人主义的立法模式,但法典同样有对商行为的规定,且在第四编专设一编规定商行为,这与商行为模式的《法国商法典》专设一编规定商人有异曲同工之妙。《德国商法典》关于商行为规定的内容与体例均值得我国商事通则借鉴,而其关于商行为的定义又紧密地与商人联系在一起,并且从有利于扩大商法典对交易行为适用的标准与目的解释有争议的行为,其第343条规定:“商行为是指一个商人所实施的、属于其商事营利事业经营的一切行为。”第344条接着规定:“由一个商人所实施的法律行为,在有疑义时,视为属于其商事营利事业经营。”<sup>[37]</sup>商行为编最为特殊之处是作出了对商行为的一般规定,不仅对商行为进行了立法定义,而且对与民法容易发生关联与混淆的重要制度在一般规定中作出了特别处理,突出了商事规则与民事规则的不同,例如违约金的绝对性、法定利率、无佣金与费用及利息约定时的请求权、允诺方式的自由、金钱债权转让的效力、继续性计算与交互计算的适用条件与效果、担保与继续性计算的关系、给付时间仅限于营业时间的特别规定、对要约的沉默之肯定性推定、质物变卖的期间、商事留置权的成立与行使等等。我国商事通则也应当对民事与商事交叉的领域与制度进行梳理,对应当适用商法的特殊规则给出明确的规定,防止在司法实践中混淆民法上的法律行为与商事行为,以期达致更好的法律适用效果。

最后,《德国商法典》创设了专门的商业账簿编,这是《法国商法典》所没有的新制度。该编既有关于商业账簿的一般规定,即第一章“对所有商人的规定”,又有对几种主要的商事主体的商业账簿的特别规定,包括公司、商事合伙、合作社、特定营业的企业(金融机构、保险公司、养老基金)等。商法以营利性为原则,商事组织以营利为宗旨,而商业账簿既关乎商事组织自身的经营状况与财务状况,又涉及到交易相对方对商事组织资信能力的了解,还涉及到国家税收和交易安全,故其应当成为商事通则中的重要内容。由于我国制定有专门的《会计法》,该法具有形式意义上的商业账簿法的地位,<sup>[38]</sup>还有针对企业的《企业会计准则》,商事通则中仅需要对商业账簿的设置原则、设置主体、法律效力、制作与保管、信息查阅、违反商业账簿规定的法律后果等作出规定。

第三,《日本商法典》对商事通则可能存在的借鉴意义

《日本商法典》自1899年实施后,至2010年,中间经过数十次的修订,第四编票据首先分离出去成为单独的立法,特别是2005年第二编公司移出法典成为单独的立法,该法典只剩下第一编总则、第二编商行为和第三编海商。<sup>[39]</sup>

细究《日本商法典》,几乎可以认为,它俨然已经就是一部商事通则。除去海商,另外

[37] 杜景林、卢湛译:《德国商法典》,法律出版社2010年版,第211页。

[38] 范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第87页。

[39] 刘成杰译注、柳经纬审校:《日本最新商法典译注》,中国政法大学出版社2012年版,第4-6页。



两编总则和商行为,都是关于商法普适性和共性规则的规范。《日本商法典》的总则编和商行为编比较好地借鉴了《法国商法典》和《德国商法典》的合理内容,结合了二者的优点,兼顾了商行为主义和商人主义两种立法模式的各自优劣长短,是比较成功的折中与协调。有的学者甚至认为,《日本商法典》具有“体系科学、内容翔实、协调性好,可操作性强”的优点,“是一部具有高度科学性的法律。”<sup>[40]</sup>

《日本商法典》的第一编总则,由八章组成,分别是:通则;商人;商业登记;商号;商业账簿;商业雇员;代理商;杂则。《德国商法典》第一编由九章构成,分别是:商人;商事登记簿与企业登记簿;商号;商事账簿;经理权与代办权;商业辅助人和商业学徒;商事代理人;商事居间人;罚则。对比这两部商法典,可以发现:首先,商人、商事登记、商业账簿、商号、商事代理、商业辅助人与商业雇员(仅在表述略有不同)等内容成为商法典总则编的共同规则,并且由此奠定了经典的大陆法系商法典总则编的立法例。其次,商行为都是在总则编之外独立成编,并且基本体例都是由一般规定加具体的列举方式(《日本商法典》列举了买卖、往来账、隐名合伙、居间营业、行纪营业、货运行纪营业、运输营业、保管和保险,《德国商法典》列举了商事买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业和仓库营业)。再次,总则编的规则大都体现了商事规范与民事规范的不同之处,商事规范优先于民事规范适用,既反映了商法与民法的渊源关系和二者均属于私法的共同属性,又体现了商法不同于民法的独立部门法属性以及二者在价值追求、法律理念、规制对象、规制方式等方面的差异。

#### (四) 商事通则的内容与体例建构及其与民法典的关系

在我国,即使是完全否定商法独立性的学者,也都清楚商法的分支法律部门如公司法、票据法、保险法、证券法、海商法等不可能进入民法典,但是,商法总则或商事通则部分的内容与民法典总则编存在可能的交叉或重叠,民法典分则部分特别是合同法又与商事通则中的商行为存在交叉关系,而且民法典总则编涉及到如何宣示民法与商法之间关系的重大问题,故在起草民法典尤其是民法典的总则编时,需要立法者高瞻远瞩,统筹兼顾,防止因为民法典的制定阻碍商法的发展或是制造二者在法律适用上的矛盾。为此,笔者有如下粗略的建议:

第一,就调整范围与规制对象而言,民法典是市民社会人身关系和财产关系(经济关系)的基本法,市民社会中的人身关系悉由民法调整,但市民社会中的财产关系(经济关系)具有多样化的特征,并非所有的财产关系都有民法调整。商法形成的历史告诉我们,市民社会中的经济关系主要地可以区分为两种:一种是满足民事主体基本生存、生活、工作、生产经营等需要的经济关系,如消费品的生产、销售,民间借贷,建筑物的工程建造,雇佣,旅游服务,住房租赁,动产租赁,公用服务品的供应,等等。另一种则是为了获得额外经济利益、以营利为目的的经济交往关系,以及为了实现此种营利性经济活动而发生的相关财产关系,前者如企业的融资租赁行为,商业银行的借贷关系,旅客与货物的承运行为,仓储行为,支付佣金的中介服务活动包括行纪、居间等,职业代理行为,后者如公司行为包

[40] 任先行、周林彬著:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第166页。

括公司设立行为、公司治理行为等,商业目的的合伙关系,票据关系,保险关系,信托关系,证券发行与交易关系,海商海事活动,等等。对于此种为了获得额外经济利益、以营利为目的的经济交往关系,其规则的产生不同于传统民法规范,它们主要是通过商人自治规约、商业惯例而逐渐形成的,是完全根植于商业交易活动和商品经济、市场经济的环境的,民法典难以对上述两种经济关系采用相同的理念与方法进行调整。所以,笔者主张在民法典中最好不要规定商法总则的内容,甚至最好不要涉及商法总则的内容。例如,有的学者建议,在民法典总则编关于民法调整对象的条文中加入如下内容:“本法调整自然人、法人和非法人团体之间的人身关系和财产关系。因自然人、法人和非法人团体实施营利行为而发生的财产关系,适用本法,其他法律另有规定的除外。”<sup>[41]</sup>这种观点尽管有其一定的合理性,为商法的适用预留空间,但将营利行为作为民法的调整对象,商法只是在民法没有相关规定时的补充适用规则,殊值商榷。因营利行为发生的财产关系应当均由商法调整与规制,民法典中不应当规定商事主体之间的营利行为规则。

第二,就法律原则而言,民法典应当规定民法的基本原则,包括平等、诚实信用、公序良俗、禁止权利滥用等,但商法也有其作为独立法律部门的基本原则,这些基本原则不应当规定于民法典中,例如商法的营利性原则、营业自由原则、鼓励交易与效率原则、交易安全原则等。平等原则、诚实信用原则、禁止权利滥用原则其实也是商法的基本原则,但其更主要的是民法的基本原则,并不体现商法的特性。因此,商法的原则应当将来由商事通则加以规定,不应当规定于民法典之中。例如,有的学者建议在民法典总则编基本原则中加入“国家保护民事主体的营业自由”的条款,<sup>[42]</sup>笔者认为,在民法典规定“营业自由”的原则并且作为民法的基本原则,与民法的价值追求与内在逻辑并不契合,最好还是不要规定在民法典中。

第三,就法律渊源而言,民法典和商事通则应当如何分别作出规定,需要进行立法协调。这里需要处理好两个方面的关系:一是,民法典中不要规定商法的渊源,不要把商法的渊源作为民法的渊源加以规定,不要把民法规范规定为商事关系和商事活动的依据,商事关系和商事活动应当适用商法;二是,在商事通则中,应当规定:对于商事关系和商事活动,商法有规定的适用商法的规定,商法没有规定的应当适用商事惯例,没有商事惯例的应当适用商法原理,而不应当规定商法没有规定时适用民法规范。只有这样,才能分清楚民法与商法,才能让民法和商法各司其职,各负其责,才能有利于司法实践中法律的准确适用,才能使民法和商法共同实现对市民社会财产关系的调整,共同实现保护私人合法权利和利益的目的。

第四,如前所述,商事通则的主要立法目的是要解决公司、合伙等商事主体从营利性行为时的主体资格、特殊资质准入、对外公示、行为的营利性判断因素、权利的特殊变动因素、商业信誉的保障、商事纠纷的特别解决程序等问题与规则,而不是对整个商事法律规

[41] 代表性的观点可以参见周林彬:《我国民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿一般规定立法条款的修改意见为例》,载《中国商法年刊(2015年)》,法律出版社2015年版,第215页。

[42] 代表性的观点仍可参见周林彬:《我国民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿一般规定立法条款的修改意见为例》,载《中国商法年刊(2015年)》,法律出版社2015年版,第216页。

范进行逻辑与概念层面的抽象。换言之,“它是关于商事主体和商事活动的一般法律规定,是适用于所有商事法律领域和所有商事活动的共同性法律规则。”<sup>[43]</sup> 根据此一认识,结合最近二十多年来我国商法学者在学理上达成的基本共识,商事通则的大体结构与内容应当如下:(1)关于商事主体资格、特殊资质准入的规定,包括公司、合伙、个人独资企业、个体工商户等商主体的资格制度以及从事特殊商事行为如证券、期货、保险、信托等需要的特殊资质制度,商法中主体资格法定原则的确立制度,商事登记制度,商号等;(2)关于商行为的规定,包括商行为的判断标准,商行为的类型化,商行为效力等制度;(3)关于商事代理的规定;(4)关于营业与营业转让的规定,包括营业自由原则的确立,营业的性质,营业的范围,营业的类型,营业的转让等制度;(5)关于商事账簿与商事救济的规定;(6)关于特殊的商事诉讼时效的规定;(7)关于商事纠纷解决的制度,包括商事法院、商事仲裁、替代性纠纷解决机制等方面的规定;(8)商法的适用,包括商法的适用规则,商法的渊源,商法规范的解释规则等制度。

中国的民法典已然处于呼之欲出之势,这是中国法治进程中的具有里程碑式的重大事件;而商事法律体系的完善尤其是商事通则的尽早出台,将无疑使我国的私法二元结构得以在形式上达致协调之境界,更将在实质意义上促进中国市民社会的发育与现代市场经济的进步,可谓民商二法比翼齐飞,相得益彰,则吾辈幸矣,法治幸矣!

---

---

[ **Abstract** ] The division of legislative modes into the separation and unification of civil law and commercial law could only be a division in the formal sense, rather than a division in the substantive sense. In the substantive sense, there is only one legislative mode, namely that of the separation of civil law and commercial law. Although each legislation mode has its own merits, it is still possible to make a judgment on the superiority or inferiority a legislative mode on the basis of the role played the law in economic and social development in a country. The civil code in continental law system was formulated on the basis of Roman law, whereas the commercial code is only a product of the practical needs of commerce. China should formulate the General Principles of Commerce as soon as possible, so as to realize the harmony between civil law and commercial law.

---

---

(责任编辑:姚 佳)

---

[43] 赵旭东:《民法典编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期,第49页。