

域外法治

## 法典化与《法国商法典》的最新发展

聂卫锋

(中国政法大学, 北京 100088)

**摘要:**《法国商法典》虽然继续在商法教材或著作中不断地讨论和引用,但国内文献中对《法国商法典》的介绍,已经与现行新法典意义上的《法国商法典》产生时空上的巨大隔阂,并在一定程度上形成误导。新的《法国商法典》反映了法国立法者或法学家在商法、私法法典化方面的思考和探索,也是法国开创的民商分立模式的继续和发展。法国新商法典的结构、立法技术以及商行为、商人的规范设计等,以及《法国商法典》200余年的法典变迁史,对于仍处于民商合一与民商分立的立法模式之争的中国民事法典化而言,有相当重要的借鉴或参考价值。

**关键词:** 法国商法典 法典化 立法框架 商行为 商人

**中图分类号:** D923.99

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1004-9428 (2013) 02-0158-19

在中国大陆地区轰轰烈烈的法典化过程中,商法规范是否以独立且具有整体性的法典加以整合,即是否在立法例上对私法采取形式上的民商分立模式,学术界争议颇多。民法学者大都坚持民商合一的立场,认为是世界法典化的趋势,商法没有必要作为独立的法典存在,而商法学者则普遍认为商事活动、商法与民事活动、民法有相当的差异,一体化的单一私法典,难以满足商业领域的规范需求,民商分立才是现代社会法典化得以继续的理想模式。<sup>(1)</sup>稍微温和一点的意见认为,即便把民事、商事的共通规则放入到统一的民法典之中,也不能忽视纯粹属于商事领域的一些特殊原则,因此至少应该制定商事通则。<sup>(2)</sup>进一步而言,即便决定采取独立的商法典模式或商事通则+商事单行法模式,如何设计商法典或商事通则的整体结构、框架以及准确表达相对微观的制度,也未能在中国商法学界达成一致。<sup>(3)</sup>

作为世界上最早以(民商分立意义上)独立的商法典姿态出现在世人面前的《法国商法典》,

**作者简介:** 聂卫锋,中国政法大学博士后研究人员。

(1) 此类文献数量众多,集中性的整理分析,参见王明锁《中国民商法体系哲学研究》[M],中国政法大学2011年版;王建文《中国商法立法体系:批判与建构》[M],法律出版社2005年版。

(2) 参见:王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》[J],《法学研究》2005年第1期;曾大鹏《商法通则:扬弃民商分立与民商合一》[J],《法学杂志》2008年第6期;赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》[J],《吉林大学社会科学学报》2008年第2期;任尔昕《我国商事立法模式之选择——兼论〈商事通则〉的制定》[J],《现代法学》2004年第1期;苗延波《商法通则立法研究》[M],知识产权出版社2005年版。

(3) 参见任尔昕《商法的体系构建与制度完善》[M],高等教育出版社2011年版,以及前注[1]、[2]相关文献。

从1807年制定生效至今,已经度过了200余年。虽然其影响力远不及几乎同时制定的、声名卓著的《法国民法典》,但在200年中经历的变化、积累的经验,值得后法典化国家学习、借鉴或参考——尤其是在“民商合一”的大旗强劲挥舞的中国。目前国内研究材料和翻译文献中所介绍的《法国商法典》,已经与现行有效的《法国商法典》出现相当的出入。<sup>(4)</sup>对最新的《法国商法典》做一宏观解读,以为国内的商法研究提供些许有用之信息,确有必要。

## 一、《法国商法典》变动的200年

《法国商法典》于1807年制定,1808年1月1日生效,而且自生效之日起,之前所有关于商业事务的法律被废止。<sup>(5)</sup>立法者(包括拿破仑)制定商法典的目的,简单而言,就是为了在法国境内(含当时拿破仑攻占并划归法兰西帝国的领土)统一商事法律,避免地方性或习惯性商事法律的差异对于流动性或地域性增强的商业活动造成的负面影响,并针对商业实践中的商业道德沦落、法律规范的缺失导致的问题加以解决。尽管立法者有相当的野心,希望制定威望和影响不亚于《拿破仑民法典》的商法典,甚至成为欧洲范围之内商业领域的“普通法”,但商业实践和法律的快速发展,并未能使得《法国商法典》可以成为恒久不变的经典。且不说后来200年之内,德国商法典在结构设计和规范技术方面的不同尝试,甚至瑞士、意大利、荷兰等国实现形式上的民商合一,即便《法国商法典》本身,也总处于变动不居的状态。

1841年出版的一本商法学教学参考用书,<sup>(6)</sup>汇编了历史上以及当时法国商法相关的规范性文件。截止到该书出版之时,关于《法国商法典》本身,已经有了几次重要的变动,涉及到商法典多个卷册——票据、倒闭与破产、商事法院等等,以至于该书甚至有必要重新呈现仅当时有效的商法典条文。如果说仅仅是《法国商法典》在30年之内自身的些许变化,或许只能反映出法律发展的一面,而不至于上升到贬损《法国商法典》地位的程度。但事实并非如此,在该书的第三部分,编著者呈现了数量庞大的关于商法的补充性立法(Législation supplémentaire),其中相当多的法律(Loi)、法令(Décret)、决定(Arrêté)、命令(Ordonnance)、意见(Avis)、指令(Instruction)、

(4) 国内以“法国商法”为题的汉语研究文献,按照笔者掌握的材料,有[法]伊夫·居荣的《法国商法》(第1卷)(罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版)和沈达明编著的《法国商法引论》(对外经济贸易大学出版社2001年版)。法国学者克洛德·商波(C. Chempaud)的《商法》(刘庆余译,商务印书馆1998年版),也应当属于此类。除此之外,还有若干篇论文。这些文献中的绝大多数,之所以与现行法国《商法典》有相当的出入,主要是由于《法国商法典》在2000年之后,有了重大的结构性调整,而此后10多年间的变化更是层出不穷,但居荣的《法国商法》(第1卷)法语版是1998年版,克洛德·商波的《商法》的中文版就是1998年版,法语版更是早在1991年。沈达明教授的《法国商法引论》虽然完成于2000年10月,但该书并没有反映最新的法典变化,并且该书中所引用的主要参考书目更早在1950、60年代。

在法典方面,《法国商法典》在国内唯一的译本是2000年金邦贵先生的译本(法律出版社2000年11月版),该译稿的截止时间是“2000年盛夏”(参见该书“译者的话”)。但2000年9月,《法国商法典》在结构上即发生了重大的调整,所以该译本在出版之际,已经只能算是历史研究参考资料了。

国内商法教材及著作中涉及到《法国商法典》的内容大多也明显滞后。

(5) 1807年9月15日,拿破仑和其他相关政府首脑,共同发布法令(Décret),规定了《法国商法典》的生效日期,以及对之前商事法律的废止事项等。Loi Du 15 Septembre, 1807. Qui fixe l' époque a laquelle le Code de Commerce sera exécutoire.

(6) M. Thieriet. *Corps de droit commercial français, ou Recueil méthodique des lois et autres actes et documents*. Paris, GH. Hingray, Éditeur, Rue de seine, 10. 1841.

通函 (Circulaire) 是在《法国商法典》制定之后陆续制定的<sup>(7)</sup>，内容包括：商业与农业部的命令；对商法典条文的解释；小商人和公共商人；专利；职员和工人，商业警察，手工制造业和工厂；商业账簿；公司 (Sociétés)；商业交易所，股票经纪人和经纪人；集市 (Foire)，市场 (Marchés) 和商场 (Halles)；库存贷款 (Prêts sur dépôt) 或抵押贷款，运输代理商，公共车辆 (Voitures publiques) 的运输者和承包商；重量与度量 (Poids et mesures)；汇票和其他流通票据，异地交付 (Remise d'un lieu sur un autre)；金钱利息；海商法；倒闭与破产；商事裁判；人身拘禁；劳资调解委员会。

该书所列举的补充性商事立法，也引用了法国的民法典、刑法典以及民事诉讼法典中的相关条文，这至少证明《法国商法典》在制定之时，并未实现所有与商事法律有关的规范的形式一体化，而《法国商法典》制定之后的众多规范性文件，足以说明拿破仑时期对商事法的法典化，并未能长久应对商事活动规范需求的持续性增长，商法的剧烈变化程度也远非立法者可以预料。

详细跟踪《法国商法典》的条文变化，以及周边法律、法规、命令等内容的变迁，非一时可以完成。据学者介绍，截止到2000年夏天，《法国商法典》制定之初的648个条文，“绝大多数的条款已被废除或修改，继续有效的仅有140条，其中只有约30个条款保留1807年的行文”，“大量的商事立法，包括在上述这些商法典已涉及方面的立法，以及有关商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券、商事租约、营业资产等方面的法律，均未正式编入商法典。”<sup>(8)</sup>

但《法国商法典》的变化，并没有停留在2000年夏天时的状态，立法者一直在酝酿对法典本身的改革，以继续当年法典化的宏大目标。正因为如此，尽管200年之内《法国商法典》有如此剧烈的变化，甚至在形式上遭废止，在《法国商法典》制定200周年的2007年，法国政府还是举行了盛大的纪念活动，理论界和实务界也举行了相当规模的活动，但更多地以务实的态度批判地看待《法国商法典》走过的200年艰辛道路，着眼于关注包括修改后的《法国商法典》在内的商法规范，如何服务于商业实践，如何法典化，即回望历史，又凝望未来。

## 二、现行《法国商法典》的立法过程、动机和理由

### (一) 作为“新法典”的现行《法国商法典》的立法过程

关于《法国商法典》的结构性修改，早在1993年，时任参议员 Michel Rufin 就以参议院法律委员会的名义提交了一个系统性的草案 (Projet de loi relatif au code de commerce (partie législative), n° 443 (1992 - 1993))，Michel Rufin 先生还负责提交了草案的报告 (Rapport n° 18 (1993 - 1994))，拟对1807年的版本进行法典化意义上的更新。该草案在参议院被讨论通过，然后以参议院通过的法律草案的名义提交到国民大会法律委员会。但令人遗憾的是，该报告并没有顺利地走到最后的表决程序，成为第十一届国民大会失败的草案。<sup>(9)</sup>

正所谓好事多磨，尽管商法修改的初次经历遭遇了挫折，但在《法国商法典》本身支离破碎、

(7) 按照该书编辑者的列举，大致有100个左右新颁布或新修改的法律文本与商事法有关联。

(8) 前引金邦贵译《法国商法典》，译者的话。

(9) 此段商法典修法史的简单信息，参见：<http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/codification.asp>。2012年1月8日访问。

法典之外商事单行法争奇斗艳的背景下，商事领域法规范再法典化的呼吁却愈发高涨，而对 Michel Rufin 而言，幸运地在其任期之内见证了这一修法时刻的到来。1999 年 12 月 16 日，在经过参议院、国民大会和宪法委员会的立法准备和法定程序之后，法国总统发布法律正式开始对《法国商法典》进行大刀阔斧的修改。按照立法规划的要求，《法国商法典》应该在修改命令发布之日起 9 个月之内完成，2000 年 9 月 18 日，形式上 1807 年《法国商法典》被废除，整合了数部法律、法规<sup>(10)</sup>的新《法国商法典》被颁布。新颁布时的《法国商法典》有超过 1800 个条文<sup>(11)</sup>，在规范内容和结构布局方面，也发生重大的变化，拿破仑时代的《法国商法典》实际上已没有能力承其名。

## (二) 现行《法国商法典》的立法动机和理由

正如上文所述，1807 年版本的《法国商法典》在经历了 200 年左右的风风雨雨之后，其原初的内容大多数已经被废止或修改，框架结构也几乎被掏空，所以其最终被废止，应该是不得不承受的后果。这样的认识，显然也为立法者所认可。在提交给总统的关于现行《法国商法典》草案的最后报告中<sup>(12)</sup>，报告人首先陈述了新商法典的立法动机。

报告陈述道，1807 年的法典文本的相当大部分实质内容，已随着时间越来越多地被掏空，截止到报告时只有不到 50% 左右的实质内容继续存在。<sup>(13)</sup> 而这样的情形，应该归因于经久地、持续的“去法典化”（décodification）过程：许多商事法律逐渐脱离商法典，独居一处。比如最初规定在第一卷第三编的公司，早在 1867 年修订关于公司的法律时，就不是被加入到法典当中，而是作为独立的文本，最终到了 1966 年，该编简单纯粹地被完全废止。除此之外，在原初法典内容之外陆续产生的法律也未被加入到法典当中，如 1909 年、1935 年制定的商业资产方面的法律，1953 年制定的商业租赁方面的法律，以及 1986 年制定的关于竞争自由和价格自由方面的法律。此种状况已经引起立法者的注意，1993 年 Michel Rufin 负责的商法典修改计划，即是积极的反映，修改的目的就是制定一部新的商法典，整合所有的商事立法。

但旧法典需要被大规模修改，并不能作为解释新法典出台的全部原因，更不用说新法典的具体框架和内容，所以报告接着阐述了更为具体的立法理由。

上述 1993 年的商法典修法进程虽以失败告终，但当时提交的草案内容相对于 1807 年的版本，已经增加为八卷，包括：商事总则、商业公司和经济利益集团、销售与排他性条款、竞争、商业票据与担保、企业困境、商业组织以及商事裁判等八卷。<sup>(14)</sup> 这样的修改幅度和基本的框架设计，尽管在立法程序上无果而终，但显然得到了相当多数人的认同，所以本次修改（即 2000 年修改）仍

(10) 主要包括：la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce（商业资产）；le décret du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux（商业租赁）；la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales（商业公司）；les lois du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire, certains articles de la loi du 1er mars 1984 ainsi que du décret du 27 décembre 1985（破产管理和司法清算）。参见 [http://lexinter.net/JF/code\\_de\\_commerce.htm](http://lexinter.net/JF/code_de_commerce.htm). 2011-12-30 访问，下文对立法理由的说明也可参照。

(11) 从颁布之日起至今，已经过 11 年有余，相当多条文已经被修改，或被废止，也新增了不少条文。

(12) Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000 relatif à l'ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000766906>. 本节对于立法理由的介绍内容，除了有特别说明之外，皆来自于该报告，但并非逐字翻译。

(13) 前引金邦贵教授在 2000 年译本中对 1807 年《法国商法典》的描述，不一定与此处的总结矛盾，因为立法报告强调的是“实质内容”。

(14) 具体信息，请访问：<http://www.senat.fr/rap/193-18/193-18.html>. 2012 年 1 月 7 日访问。

基于1993年草案的范围和结构,除了有两卷的变动:即已经被整合到司法组织法中的商事裁判,<sup>(15)</sup>以及适用于海外的单独一卷内容。

在具体的法典编撰方面,遵照法典高级编纂委员会指引的原则(即立法批准和恒定法编纂,见下文),以及根据修改法令第一条规定的“恒定法”(droit constant)方法,新法典的制定主要是通过“尊重规范等级”(le respect de la hiérarchie des normes)、“文本编撰的结构性”(la cohérence rédactionnelle des textes)、“法律的协调”(l'harmonisation de l'état du droit)三个标准,对现行有效的法律进行法典化,而不包括其他修改。

基于“尊重规范等级”,重新分类形式上是法规而实质上是立法的规定,比如1984年5月30日法令中关于商业和公司登记的规定,1967年3月23日法令关于商业公司和1985年12月27日法令中关于企业复习和司法清算的规定,都被分别放置到新法典不同卷章。与此相反,一些形式上是立法而实质上是法规的规定,被重新分类整理到法典的法规部分。

基于“文本编撰的结构性”,法典被要求提供不影响根基的、适应不时的纯粹形式化修改的法典化布局,和被要求更新设置报告所提及的许多法律或今后会被法典化的条款。

基于“法律的协调”,强迫法律现代化甚至废除已显得过时的规定。比如,关于股票经纪人,从1988年起已经被废止并被证券公司取代,该分类本身也在1966年被更大的概念投资服务提供商吸收。法典必须现代化过时的术语,废除已与现在法国新的法律状况不相容的规定。同时,“法律的协调”还体现在对于商法典文本与新的刑事立法原则和条文的协调。

由上可见,新的《法国商法典》从具体规范内容上讲,在立法当时立法者并未对既定的规范进行大规模的实质性变动,而仅仅是在原初法典文本被经久的“去法典化”过程之后,进行的“再法典化”尝试。这紧接着就带来一个问题,即在法律尤其是商事法律变化如此之快的时代,法典化是否对法国还是一个最佳的选择?法国的立法者,对此问题有清晰的认识。

早在1999年国民大会法律委员会关于发布修改商法典命令的那部法律的草案报告中<sup>(16)</sup>, M. Alain Vidalies 作为被指派的报告人,首先陈述了法国法典化的历史,最早从亨利三世开始,一直演变到20世纪,法国都是个与普通法系不同的法典化国家,其间立法部门在不同的时代曾经设立了数个专门的机构对法律规范进行持续的法典化。之所以持续法典化的动因在于,特别是进入20世纪后半期之后,随着社会关系越来越复杂,各类法律文件(包括立法、法规等在内)越来越多,其规范也越来越技术性、越来越复杂、越来越不稳定,直至最后可能贬低或减损共和国规则的威严,也使得市民们怀疑法律不再是试图保护他们,而是他们必须面对的威胁!借用法国国务院(le Conseil d'Etat)1991年报告中的话表达,或许更为形象——如果一不小心,明天将会有两类市民:一类市民有钱支付给法律服务者使得法律为了他们的利益产生微妙的偏离,而另一类市民,则基于法治的需要,被永远遗弃在法律的迷宫里面。

上文提及的法典编纂高级委员会,则是1989年成立一个官方的法典化方面的组织机构,在它之前本来就有类似的机构,1999—2000年间《法国商法典》的再法典化,仅仅是法国至少数十年

(15) 在最新的《法国商法典》当中,商事裁判已经回归,位于第七卷。参见下文。

(16) 即 Rapport de M. Alain Vidalies, au nom de la commission des lois, no 1917. 法语全名是: Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, par M. ALAIN VIDALIES, député.

来规模宏大法典化工程的一部分。法典编纂委员会（包括其前身）在最初设置时，主要以整理和重新法典化已有的法律规范为主要任务，但考虑到整理和法典化过程中不可避免地涉及对某些条文规范的修改、分类、术语选择等——即其工作任务的立法性质，以及在法律编纂方面遇到的参议院和国民大会立法权甚至行政机关在行政法规、规章方面的分工协调、时间配合等问题，该委员会制定了法典编纂方面的两个基本原则，即立法批准和恒定法编纂。这两个原则强调了委员会的工作重心在于对既有规范的整理和重新法典化，但考虑到编纂成果或多或少会对一些规范产生变化，所以在颁布生效方面，还必须经过立法程序的审查。这就解释了现行《法国商法典》最终提及给总统的报告中，报告人所陈述立法理由背后的主要原因。如果再考虑到上文所介绍的法国立法部门和政府的持续性努力，那么现行《法国商法典》真正的立法动机和立法理由，其实都源于法律规范持续膨胀之下的“再法典化”要求。

### 三、《法国商法典》的立法框架——历史性梳理

#### （一）1807 年的版本

##### 1. 1801 年《法国商法典》草案

在最终的《法国商法典》出台之前，当时的立法者曾经于共和 9 年（1801 年）霜月推出一个由商法典起草委员会拟定的商法典草案（Projet）<sup>(17)</sup>，该草案分为三卷，第一卷“商事交易”，第二卷“海上交易”，第三卷“倒闭和商事法庭”。具体框架如下（仅具体到编，下同）：

##### 第一卷 商事交易

第一编，总则（含商事权利能力、商行为的标准——引者）；第二编，商业会计（或账簿）；第三编，公司（Sociétés）；第四编，（夫妻）财产分有制；第五编，股票经纪人和经纪人；第六编，商业交易所；第七编，代理商、车辆运输和内海运输的代理商、运输者；第八编，购买和销售；第九编，有息贷款；第十编，汇票、准备金、承兑、到期、背书、连带责任、付款、参加付款、持票人的权利和义务、拒绝证书、签发反汇票、本票和家付票据（billets à domicile）、时效。

##### 第二卷 海上交易

第一编，海船和其他海上船只；第二编，海船的扣押与销售；第三编，海船所有人；第四编，船长；第五编，水手的雇佣和报酬；第六编，租船或出租船（Des chartes - parties, affrètements ou nolisements.）；第七编，提单；第八编，运费和租金；第九编，船货抵押贷款合同（Des contrats à la grosse）；第十编，保险；第十一编，海损；第十二编，抛弃与分摊（Du jet et de la contribution）；第十三编，时效和拒绝受理。

##### 第三卷 倒闭和商事法庭

第一编，倒闭；第二编，倒闭中的程序、销售不动产；第三编，财产让与；第四编，复兴；第五编，推定破产；第六编，在起诉破产刑事案件中保护债权人民事权益的程序；第七编，破产；第八编，商事法庭；第九编，一审法院、政府审计员、公证人、诉讼代理人和执达员；第十编，上诉法庭；第十一编，商事法庭的管辖权；第十二编，一审前的程序、传唤、预审；第十三编，裁判和执行、上诉；第十四编，上诉审之前的程序；第十五编，人身拘禁。

(17) Projet de code du commerce, présenté par la commission nommée par le gouvernement le 13 Germinal an IX. 该草案的框架基础，来源于著名的《1673 年陆上商事敕令》和《1681 年海上商事敕令》。

草案公布之后,并没有立即被司法界、商业界和理论界接受,在一个决定<sup>(18)</sup>的支持之下,实务界对草案进行了充分细致的讨论,对于原来的草案提出了相当多的意见,一半以上的条文被修改或废弃,并提出了一个修改版的草案,<sup>(19)</sup>但法典的基本框架并没有发生变化。

## 2. 正式版本

1807年正式通过的《法国商法典》,并没有完全采取上述草案的布局,总共分为四卷,第一卷“商事总则”,第二卷“海商”,第三卷“倒闭与破产”,第四卷“商事裁判”。具体框架如下:

### 第一卷 商事总则

第一编,商人;第二编,商业会计(或账簿);第三编,公司;第四编,(夫妻)财产分有制;第五编,商业交易所、股票经纪人和经纪人;第六编,代理商;第七编,购买和销售;第八编,汇票、本票和时效。

### 第二卷 海商

第一编,海船和其他海上船只;第二编,海船的扣押与销售;第三编,海船所有人;第四编,船长;第五编,水手和其他海员的雇佣与报酬;第六编,租船或出租船(Des chartes - parties, affrètements ou nolisements);第七编,提单;第八编,运费和租金;第九编,船货抵押贷款合同(Des contrats à la grosse);第十编,保险;第十一编 海损;第十二编,抛弃与分摊(Du jet et de la contribution);第十三编,时效;第十四编,拒绝受理。

### 第三卷 倒闭与破产

总则;第一编,倒闭;第二编,财产让与;第三编,取回权;第四编,破产;第五编,复兴。

### 第四卷 商事裁判

第一编,商事庭的组织;第二编,商事法庭的管辖权;第三编,商事法庭的诉讼程序;第四编,上诉法院的诉讼程序。

当前中国学者比较关注的关于商行为的规范,已经从草案第一卷的第一编,挪到最终版本第四卷的第二编“商事法院的管辖权”,明确作为商事法院受理案件的标准。

## (二) 2000年夏天的状况

时光穿梭至2000年夏天(即大规模改革之前),《法国商法典》非但绝大多数条文被废止或修改,其框架实质上也已发生了重大的变化。虽然形式上仍然保持了四卷,但第二卷、第三卷基本上已经名存实亡:<sup>(20)</sup>

### 第一卷 商事总则

第一编,商人;第二编,商人会计;第三编,公司;第四编,商业注册;第五编,商品交易所、证券经纪人和居间商;第六编,质押和行纪商;第七编,商行为的证据;第八编,汇票和本票;第九编,时效。

### 第二卷 海商

第十三编,时效;其他编形式上已废止。

第三卷 破产和司法清理,复权和破产的轻罪行为及其他有关破产的犯罪行为(形式上已废止)

(18) Arrêté des consuls, de 14 frimaire an 10.

(19) Revision du projet de Code de commerce.

(20) 此处借用了金邦贵译本的内容,包括术语的翻译在内。

#### 第四卷 商事法院

第一编，商事法院的组织；第二编，商事法庭的管辖权；第三编，商事法庭的诉讼程序；第四编，皇室（上诉）法院的诉讼程序。

在颇为重要的第一卷中，商业注册、商行为的证据和时效都单独成为一编，1807 年版本中的财产分有制方面的规定被历史淘汰，对于商人而言比较重要的“购买和销售”在总论中也失去了位置。

#### （三）现行《法国商法典》的框架

《法国商法典》如果停留在 2000 年夏天被修改前的状态，那么 200 年的历史实际上只能证明当初的法典化基本上完全失败，或者说，商事领域的规范是不应该被法典化的。<sup>(21)</sup> 但法国的立法者显然不会接受法典化的失败，况且《法国民法典》的世界范围之内的持续影响，他们的祖先、前辈的丰功伟绩，也在鼓舞着商法领域实现更高标准的再法典化。

但是，现代社会的商业实践，已经远非 200 年前拿破仑时代的初级商业化所能相比。非但出现了新兴的、更新速度飞快的交易形态、交易对象，国家、市场、商人以及社会之间的相互关系也发生了重大的变化，商事法必须面对更多更复杂的规范需求。与此同时，法国的欧盟成员国地位，也决定了法国的商事立法必然要受到欧盟商事立法、指令等的影响。在当今法国，按照学者们的理解，传统以商法典为核心的商法（droit commercial），似乎更应该让位于商务法（droit des affaires），甚至经济法（droit économique）或企业法（droit de l'entreprise）。<sup>(22)</sup> 这样的认识，显然不限于法国学术界，2000 年 9 月份重新颁布的现行《法国商法典》规范内容<sup>(23)</sup> 即是此类认识和各方面压力下的法典化表达。

现行《法国商法典》分为九卷，即第一卷“商事总则”，第二卷“商业公司和经济利益集团”，第三卷“某些销售形式和排他性条款”，第四卷“价格和竞争自由”，第五卷“商业票据和担保”，第六卷“企业困境”（Des difficultés des entreprises.），第七卷“商事裁判和商业组织”，第八卷“某些被规制的职业”，第九卷“适用于海外的规定”。具体框架如下：<sup>(24)</sup>

#### 立法部分

##### 第一卷 商事总则

第一编，商行为；第二编，商人；第三编，经纪人、代理商、运输商、商业代理人和独立销售商；<sup>(25)</sup> 第四编，商业资产。

##### 第二卷 商业公司和经济利益集团

(21) 参见前引金邦贵译本“译者的话”对《法国商法典》支离破碎的描述。

(22) 参见前引居荣《法国商法》（第 1 卷），第 1 页。商波教授的前引著作也反映了这样的观点，只是可能由于翻译的原因，书中的有些用语似乎正好与此处的表达相反。参见商波《商法》引言和第一章中的表述。

(23) 自新的《法国商法典》颁布之日起至今，不管是在具体规范，还是在框架结构方面都有或多或少的变化，本文主要反映写作时有效的版本信息，所以不对 11 年间的变化进行全面地描述。旧的 Code de commerce 被废止的日期是 2000 年 9 月 18 日，新的法典于当日颁布生效，但官方网站没有对应时间的版本。但 2000 年 9 月 21 日的版本，应该最接近（或就是）原始版本。请访问 <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20000921>。

(24) 现行《法国商法典》由于采取特殊的法典过渡技术，有不同的效力版本。笔者此处对框架的介绍，对照了已公布的效力版本中最远时间内（2017 年 1 月 1 日）的版本。

(25) 独立销售商在现行商法典 2000 年的最初文本之中并不存在，经由 2008 年的一则法律才加入到商法典之中。参见 LOI n°2008 - 776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie。

第一编，初步规定；第二编，不同商业公司的特别规定；第三编，不同商业公司的共同规定；第四编，刑法规定；第五编，经济利益集团。

### 第三卷 某些销售形式和排他性条款

第一编，清盘、摊售、削价销售和工厂仓库销售；第二编，公开拍卖；第三编，排他性条款。

### 第四卷 价格自由和竞争自由

第一编，一般规定；第二编，反竞争行为；第三编，经济聚合；第四编，透明度、限制竞争的行为和其他被禁止的行为；第五编，调查权；第六编，竞争委员会；第七编，不同的规定。

### 第五卷 商业票据和担保

第一编，商业票据；第二编，担保。

### 第六卷 企业困境<sup>(26)</sup>

第一编，企业困境的预防；第二编，保护；第三编，司法接管；第四编，司法清算；第五编，责任与惩罚；第六编，程序的一般规定；第七编，适用于摩泽尔省、下莱茵省和上莱茵省的特别例外规定；第八编，有限责任个人企业主的特别规定。

### 第七卷 商事裁判和商业组织<sup>(27)</sup>

第一编，工商业公会系统；第二编，商事法庭；第三编，特别商事裁判；第四编，商事法庭的书记室；第五编，商业整治 (De l'aménagement commercial)；第六编，国家利益市场和商业展示 (Des marchés d'intérêt national et des manifestations commerciales)。

### 第八卷 某些被规制的职业<sup>(28)</sup>

第一编，司法管理人、司法代理人和企业诊断专家；第二编，会计监察员。

### 第九卷 适用于海外的规定 (内容略)

在这九卷之中，除了第九卷处理特殊事项之外，其他几卷实现了传统商法典与部分商事单行法的再整合：<sup>(29)</sup>

(26) 在现行《法国商法典》2000年的最初版本中，本卷分为以下四编：第一编“预防和和解解决企业困境（有效至2006年1月1日）”[(en vigueur jusqu'au 1er janvier 2006)]，第一编“预防和和解解决企业困境”(De la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises)，第二编“公司接管和司法清算”[Du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises (en vigueur jusqu'au 1er janvier 2006)]，第二编“公司接管和司法清算”(Du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises)。其中有效期至2006初的两编可以视为过渡性法律，但即使如此，也与目前有效的版本在框架上不同。新《法国商法典》的过渡，前引立法报告中已有说明，而法典编纂高级委员会所确立的“恒定法编纂”原则也决定了会存在过渡性规定。

(27) 在现行《法国商法典》2000年的最初版本中，并没有商事裁判的内容，该编仅仅为“商业组织”(De l'organisation du commerce)，下设三编：第一编“工商业公会”(Des chambres de commerce et d'industrie)，第二编“商业设施”，第三编“国家利益市场”(Des marchés d'intérêt national)。

(28) 在现行《法国商法典》2000年的最初版本中，只有一编“独一编”(Titre unique)，即“司法管理人，企业清算司法代理人和企业诊断专家”(Des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise)。

(29) 在现行《法国商法典》之外，还有相对多的商事单行法，如保险法、民用航空法、运输法等，以及银行、证券、信托、期货等金融领域的商事规范，商事法规或规章、命令、决定等，更是数不胜数，所以只能是商事法律在形式上的部分整合。

组织形态出现的商主体（公司）<sup>(30)</sup> 摆脱孤寂，重新回归到商法典当中，并且成为单独的一卷；特别规范一些对市场活动比较重要的职业，以及把比较重要的商事买卖形态典型化；商法典之中第一次出现了单独的担保制度；<sup>(31)</sup> 海商法在商法典中的形式意义也不复存在，<sup>(32)</sup> 而与此同时，最初的关于破产的一卷，不单单实现了形式意义上的回归，而且被现代意义上的破产法规则加以充实。

特别需要注意的是，法典中加入了更多经济法的内容，使得《法国商法典》具有了更多地公私法交融的特点，也使得《法国商法典》不再仅仅是传统狭义商事活动的规范，而趋向于成为经济活动的普通法。

在商法典化方面比较重视的第一卷“商事总则”，对比于1807年的草案和正式版本，以及2000年夏天被修改前的版本，在现行《法国商法典》之中，商行为规范重新回归商事总则，商业资产在现代商业实践中的重要性使其得以成为商事总则的规范内容，票据已独立成为单独的一卷，商业注册、商人会计降格为该卷第二编“商人”的内容，或者基于规范的“重新类型化”，被移至法典的法规部分。

单就立法框架而言，现行《法国商法典》与传统版本相比，变化如此之大，称之为“新商法典”，<sup>(33)</sup> 绝对不过分——前文1807年的《法国商法典》确实被专门的法律废止。

## 四、现行《法国商法典》的立法技术

### （一）新的法典编排技术

对于法典化而言，恰当的编排技术是保证一部法典即能够包容更多的内容，同时又可以使得法典各组成部分之间不至于发生冲突的重要支持。现行《法国商法典》除了前文已介绍的分为九卷之外，有着更为丰富的层级结构。

在每卷（Livre）当中，又分为若干篇（Titre），篇之下则为章（Chapitre），章之下为节（Section），节之后还有段（Paragraphe），最后才是具体条文（Article）。<sup>(34)</sup> 这并不意味着全部，在某些章，又有复章（Chapitre bis）的设计；在许多节，则有分节（Sous-section）的设计。而在《法国商法典》的法规部分中，段（Paragraphe）之下还有分段（Sous-paragraphe），甚至分分段（Sous-sous-paragraphe）。<sup>(35)</sup>

(30) 商人（commerçant）在《法国商法典》的历史上，从来就仅指自然人，所以笔者在此处用“商主体”作为商人的上位概念。法国法上商人与法人之间的关系，参见前引居荣《法国商法》（第1卷），第34页。商人的自然人属性，下文也有介绍。

(31) 1807的版本中并不存在担保制度，参见上文的内容框架介绍，而从立法史上考察，1807年《法国商法典》的构建理论基础，在很大程度上与当时对担保制度的认识有密切关联，笔者在其他文章中有专门论述。

(32) 但并不意味着海商相关的规则，已经完全脱离了《法国商法典》，参见下文引用的第L110-2条的内容。

(33) 就形式上而言，通常理解的《法国商法典》文本本身，不是现行《法国商法典》的全部内容，更不是商法的内容。在法国立法部门的官方网站（<http://www.legifrance.gouv.fr>）上，在《法国商法典》项下，分为三个部分，即立法部分，法规部分，决定部分，与法规部分相关的，还有一个法规部分附件。在中国学者习惯上关注的《法国商法典》，仅是其中的立法部分，而法国的官方部门则把其他两个部分都视为《法国商法典》的组成部分。本文对于《法国商法典》的使用，除非有特别说明，仅指立法部分。

(34) 本文使用的卷、编、章、节等法典编排用语，出于方便国内读者对比阅读的原因，参照了金邦贵先生的译本，该译本中没有的用语，由笔者选定。

(35) 现行《法国商法典》的决定部分也有类似的编排。

在条文排序方面,现行商法典完全跳出了原有的思维框架,以更准确、更新颖的方式加以排序和定位。形象一点表达,现行商法典的条文以类似于软件编码程序的方式进行组装。在某种意义上,已经很难说是从整个法典的角度上进行排序,而更多是定位——类似于坐标定位的方式。

以具体的条文为例,可以清楚地展现这种条文编排技术。比如 Article L141-1,指的是《法国商法典》之立法部分(Partie législative)第一卷第四编第一章的第一条。其中的字母“L”代表该条文属于Partie législative,“141”中的第一个“1”代表着第一卷,“4”代表第四编,后面的“1”代表着第一章,而破折号之后的“1”才是通常意义上讲的条文号。这就意味着,现行《法国商法典》的条文表达,已经关照到了具体的部分、卷、篇和章,仅有节没有显现在法条之中。

正如前文注释中提到的,在当前的法国,《法国商法典》不仅仅意味着中国学者习以为常的传统商法典文本,还包括若干组成部分,其他部分的条文的编排,也是在整体意义进行设计。比如 Articles R141-1,指的是商法典之法规部分第一卷第四编第一章的第一条。区别与上文的 Article L141-1,关键就在于其中的字母“R”,单从“141-1”已经找不到确定的条文。

传统的《法国商法典》,不管是在最初的草案,还是正式公布的版本,直至2000年夏天的版本,虽然条文废止或修改颇多,某些篇章也发生不小的变化,但条文序号都是从法典的第一条一直延续到最后一条。<sup>[36]</sup>这就导致有些条文在已经被废止的情况下,在重新公布整个法典的时候,还必须标注相应的条文号,哪怕以括号的形式注明已被废止,而这样的形式,多少是对法典化的一个嘲讽。

《法国商法典》的实践效果,在没有实践材料支持的情况下,很难加以评价。仅就法典化技术而言,目前的编排技术可以更容易使得法典保持相对的稳定,同时使得具体的条文定位准确,更方便查找,应该是一个理想的发展方向。<sup>[37]</sup>与此同时,分卷分编分章编排条文顺序的立法技术,是不是意味着法典化的整体性在另外一种程度上削减呢?

## (二) 新的总则、分则格局

在还未能实现私法的完全法典化之前,中国学者不管是对于民法还是商法,都有着法典化的理想或冲动。而法典化,不是纯粹的法条堆积,除了上面提及的形式上的编排技术之外,总则、分则的布局,乃是法典化的重要特征。但什么内容才能构成商法典的总则,在《法国商法典》的历史上,可谓几经波折。

在最初的商法典草案中,并没用后来的总则编,最多在各卷中有该卷的总则性或一般性规定。1807年的正式文本中,第一卷专门规定“商事总则”,但“商事总则”中的内容,是否足以总体适用于后面的几卷“海商”、“倒闭与破产”以及“商事裁判”,确实值得商榷。

到了2000年夏天时,第一卷“商事总则”内容发生演变,除了像(夫妻)财产分有制已被历史所淘汰之外,新增加了两编,即商业注册、商行为的证据,时效在形式上成为单独的一编。商业注册似乎仅与商人身份的取得有关,而商行为的证据放入到“商事总则”当中成为单独一卷,则显得颇为牵强。总则卷独立成为一编的时效,虽然内容具有普遍适用性,但在篇幅上相当的名不副

[36] 旧《法国商法典》条文在后来的修改过程中,增加的次条文号,比如2000年夏天版本中的第108-1条相关的立法技术,暂不考虑。

[37] 法典化意义上的条文相互援引的技术优势,本文不作讨论。只是《法国商法典》中同样有条文相互援引技术的应用,所以在此条文表述格式之下,一些条文的变动,仍然会导致一些技术性难题。

实：该编只有一个条文，即第 189 乙条。<sup>(38)</sup> 但由于商法典的分则只剩下商事裁判的部分内容，总则分则的规范结构实际上在那个时点已经失去了意义。

现行《法国商法典》在总则、分则关系方面，有了新的突破。第一卷“商事总则”仅有四编：商行为；商人；经纪人、代理商、运输商和商业代理人；商业资产。正如前文分析，商行为时隔近 200 年后重新回归到总则部分——在最初的立法草案中，虽没有“商事总则”卷，但商行为判断标准相关的规范位居整个法典的第 3 条，接近于现在总则的位置。商人注册、商业会计、商业账簿成为“商人”之下的内容（该编第三章），不再成为单独一编，而“经纪人、代理商、运输商和商业代理人”也可以视为商人的组成部分。商业资产的整体性价值，以及对商业资产的各种运作、经营方式，需要进行一般性规定。公司和其他经济团体组织，由于在现代商业社会中扮演着举足轻重的作用，且相关内容颇为庞杂，放在总则当中，即在篇幅对比上不太适宜，也会使总则的总体适用价值降低，故成为单独的一卷。在总则卷之外，其他几卷，甚至第七卷（尤其是商事组织的部分），在某种意义上都是商人（商主体）、商行为在现代商业实践中的发展，尽管商人、商行为的概念还停留在原处。

因而整体上而言，现行《法国商法典》“商事总则”的部分，以商行为、商人和商业资产为基本内容，去除了一些不具有总则属性的内容（比如票据），对商事法规范进行了重新的整合。当然，目前的商事总则内容，与其他几卷（除了第九卷“商业公司和经济利益集团”、“某些销售形式和排他性条款”、“价格和竞争自由”、“商业票据和担保”、“企业困境”、“商事裁判和商事组织”和“某些被规制的职业”，是否已经形成了法典化意义上最佳的“总分格局”，很难断定。但相比于之前诸时期或阶段的版本，现行商事总则的内容，体现了更多的抽象性和普遍适用性的特征。<sup>(39)</sup>

### （三）法典过渡技术

还有一种特殊的技术，不是《法国商法典》独有的特点，但确实与本文所关注的法典化的新颖性有关，故有必要特别介绍。

虽然法律的稳定性是立法者的追求，也应该保护法律适用者的预期，但任何法律都不可避免地发生变化，即便是法典化的表达模式。在笔者的资料查询过程中，留意到《法国商法典》在未来几年之内都会有变化，所以法国的政府部门，在官方的网站上，公布有不同时段的版本。比如，在官方网站<sup>(40)</sup> 查询 Code de commerce，网站会提供几个版本：Version en vigueur au 28 décembre 2011；Version à venir au 1 janvier 2012；Version à venir au 1 mars 2012；Version à venir au 1 juin 2012；Version à venir au 1 janvier 2013；Version à venir au 1 janvier 2017；Version à venir au：date non précise.

如“Version en vigueur au 28 décembre 2011”表示“2011 年 12 月 28 日有效的版本”，访问时间的不同，有效版本的日期就会发生变化。“Version à venir au 31 décembre 2015”表示“将要于 2015 年 12 月 31 日生效的版本”等。这样的版本，前提是某些法律条文已经被制定出来，但生效日期还未到，或者有些条文即将被废止，但废止日期还未到。如此设计法律的过渡，为法律适用者提供了

(38) 条文内容如下：（1977 年 1 月 3 日第 77—4 号法律）商人之间或商人与非商人之间，因其商务所发生之债，如不受更短的特别时效期间约束，其诉讼时效期间为 10 年。参见前引金邦贵译《法国商法典》，第 69 页。1807 年版本第一卷第八编“汇票、本票和时效”中，关于时效，也仅有一条（第 189 条），并且仅适用于票据领域。

(39) 《法国商法典》总则方面的深入介绍和评析，参见聂卫锋《〈法国商法典〉总则述评——历史与当下》[J]，《比较法研究》2012 年第 3 期。

(40) <http://www.legifrance.gouv.fr>。该网站属于法国法律规范公布的官方网站。

一定的准备适应期或者调整期,对于以稳定性为特征的法典化而言,或许是法典在面对日益快速的动态化商业需求时,不得已而采取的策略,而法典版本在官方媒介的不断更新确实为法律适用者提供了足够及时、准确的信息,这也或许是现代法国法法典化的特点之一。

上述理解,并非空穴来风。在关于废止1807年《法国商法典》的命令中,<sup>[41]</sup>除了明确废止原来的商法典以及其他41个法律或命令之外,还有另外两类预期废止模式,值得于此作为论据加以说明。该命令第4条规定:

1. (以下法律) 被废止……

2. 1996年7月34日关于商业公司的第66-537号法律第357-8-1条第2项自2003年1月1日起废止。

3. (以下法律) 自编入现行商法典立法部分之日起被废止……

而第4条第3项提到的“编入现行商法典立法部分”,则是由2003年的一部专门的法律完成。<sup>[42]</sup>这就意味着对于某些法律而言,虽然确定要失效,但失效的时间并未确定,而立法者则实际上为法律适用者发布了“预警”式的提醒。

比较有意思的是,关于《法国商法典》,“legifrance”还提供了一个“将于不确定时间生效的版本”。该版本的目的,是否是所谓的“终极版本”,还是目前立法者并没有修改、增加或废止的决议,只是作为相对静止状态的版本尚不得而知。于此只是强调法国立法者对于法典过渡的重视,或许也是尤其是对于法律变化相当快的商事法领域而言,此种过渡技术应该会有值得欣喜的实践效果,值得中国立法者借鉴。

#### (四) 本部分小结

琢磨上文介绍的现行《法国商法典》的立法动机和立法理由,特别是关键性的“尊重规范等级”、“文本编撰的结构性”、“法律的协调”的内容以及“恒定法”的编纂方法,法典编排技术的创新性和法律规范内容的相对“保守性”(此处非贬义)就很容易理解。法典编排技术和法典过渡技术,非常典型地迎合了“文本编撰的结构性”的要求——提供不影响根基的、适应不时的纯粹形式化修改的法典化布局,和被要求更新设置报告所提及的许多法律或今后会被法典化的条款。

## 五、法典化意义上的关键性内容——商行为与商主体

中国大陆地区如果要对商事法规范进行法典化,不管是制定商法典,抑或商事通则,也都必然会参照世界各国(地区)历史上或当前的商法典,而其中商行为与商主体的概念确定、规范内容以及结构设计,是商法法典化中的重心之一。

### (一) 最初的草案与1807年的版本

在最初的草案中,商人和商行为并没有被突显出来作为某一卷的单独一编加以规范,这或许是由于草案没有“商事总则”卷的缘故。虽然如此,但第一卷“商事交易”的第一编“总则”中,还是对商人和商行为的相关内容做了规定。草案第1条规定:所有人在法国有从事商业的权利。行使这项权利由特别的法律确保和调整。草案第2条规定:众所周知地从事商业的未成年人,在为从事商业而订立契约方面,被视为成年人。

[41] 即 Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

[42] 即 LOI n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce.

草案第3条规定：（它们）被视为是商事件：所有关于运输和批发食品与货物的行为，视为商事件（fait de commerce）；所有制造业，代理买卖业，陆上和水上运输业，建筑业，运送和运输业；所有汇兑交易和银行业务；所有在汇票、本票和家付票据（Billet à domicile）上的签名。

可能是当时基于自由、平等思潮的影响，《法国商法典》明确规定所有的法国人除了行为能力方面的限制外，都可以从事商业，<sup>(43)</sup> 在此观念支配之下，商人的特殊身份性就失去了意义，所以商法典草案最初并没有专门对商人加以定义。但草案中，并非没有使用商人（commerçant）的术语，在第三卷“倒闭和商事法庭”第一编下的第345条第1款，即规定：所有停止或推迟支付的商人，即处于倒闭的状态。（Tout commerçant qui cesse ou suspend ses paiements, est en état de faillite.）

至于商事件，则在确定商事法庭方面发挥了作用，位于第三卷“倒闭和商事法庭”第八编“商事法庭”下的第422条规定：所有产生于商事件的争议，由特别法庭裁决。这些法庭被称为商事法庭。在同一卷第九编“商事法庭的管辖权”之下的第447条第1款规定：商事法庭的管辖权由争议中的事件决定。

由上可以看出，虽然在权利平等的意义上，每个人都可以从事商业，但至少破产法规并非适用到所有的民事主体，因此，商人概念及其内涵，在立法上有其存在的价值。商行为的规范，在当时看来，立法者认为在实质内容上或已经相当丰富，或有些内容应被统一规定在同时起草制定的民法典之中。<sup>(44)</sup> 前文提到的修改版的商法典草案，虽然原来草案的第1条、第2条、第3条做了一定的变动，但对于商人概念的必要性，以及商行为术语的准确性方面，并没有特别的重视。

但1807年的最终立法文本，则对商人和商行为的内容、术语以及结构位置，做了很大的调整。首先需要注意的是，《法国商法典》在形式上有了单独的总则卷，即第一卷“商事总则”，该卷第一编即为“商人”，其中第1条对商人明确进行定义：从事商行为并以其作为经常性职业者，为商人（Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle.）。<sup>(45)</sup> 在定义了商人之后，《法国商法典》其他条文中关于权利义务的设置就有了明确的承载者。比如第一卷第二章“商业账簿”下的第8条对于商人备置账簿的要求<sup>(46)</sup>，以及第三卷“倒闭与破产”之总则下的第437条<sup>(47)</sup>、第438条<sup>(48)</sup>关于倒闭、破产状态的认定。

关于商行为的规范内容，并没有被放置在“商事总则”之中，而是被放在了第四卷“商事裁判”第二编“商事法庭的管辖权”之下。其中第631条，概括了商事法庭的管辖范围，其中也使用了“商行为”（acte de commerce）的术语：商事法庭审理：1. 所有与批发商、小商贩和

(43) 1801年商法典草案第1条、第2条。

(44) 当时的立法材料确实反映了这个认识，同时这个问题也涉及到法国私法民商分立模式的理解。

(45) 类似翻译，参见前引金邦贵译本——“从事商活动并以其为经常性职业者，为商人。”笔者特意把“acte de commerce”译为“商行为”，而非“商活动”，一是遵从现代的普遍译法，并方便以“商行为”进行论述，二是对比与上文提到的商事件“fait de commerce”，以突显二者的不同。

(46) 所有商人都要准备一个日记帐，每天记载他们的资产和负债，他们的商事业务……

(47) 所有停止支付的商人，即处于倒闭的状态。

(48) 所有发现处于当前法律预定的严重错误或者欺诈境况中的商人，即处于破产的状态。

银行之间的契约和交易相关的争执；2. 所有人之间与商行为有关的争执。著名的第632条对于商行为并没有采取类似于商人的定义策略，而采用列举方法加以描述。法律认为是商行为：所有为了转卖而购买实物形态、已通过加工和处理的食品和货物的行为，或者甚至为了简单的租用；所有建筑业、代理业、陆上或海上运输业；所有供应业，代理商、商业代办处、拍卖行的事业，公开演出业；所有汇兑、银行和经纪业务；所有公众银行的业务；所有批发商、商贩和银行间的债务；所有人之间的汇票或金钱的异地支付。紧接着的第633条，则列举了“法律同样认为是商行为”的行为类型：所有造船事业，所有购买、销售和转卖国内外海上运输用的船舶；所有的海上运送；所有购买和销售帆具、船具和船上给养；所有承租船或出租船、船货抵押借款或贷款；所有保险和其他有关海商的契约；所有关于薪水和船员工资的协议和约定；所有服务于商船的海员的雇佣。

如果说第632条的内容是从相对宽泛意义上描述了商行为的类型或范围，那么第633条则实际上是对海商法领域相关商行为的一种抽象，但这两个条文列举的商行为，并未成为商事法庭管辖权的唯一判断标准。除了第1条第1款已从商主体（批发商、小商贩和银行）的角度，涵盖了一些可能不属于第632条、第633条列举的商行为的争执之外，同一编的第634-641条，也属于商事法庭管辖权的范围之内。<sup>[49]</sup>

由上可见，虽然商人和商行为都属于《法国商法典》1807年颁布中的重要术语，但商行为显然更为重要，因为商人的定义标准在很大程度上取决于商行为的内容，此或许是《法国商法典》被后人认定为商行为主义或客观主义的主要原因。<sup>[50]</sup>但商人和商行为并没有成为界限非常明确的术语，商行为并非商事法庭裁判的唯一标准，商人的定义在商行为之外，还有经常性职业的要求。因此，商法典化在抽象表达方面，并非尽善尽美。<sup>[51]</sup>

## （二）2000年夏天被废止前的版本

2000年夏天被废止前的《法国商法典》，商人和商行为的规范内容已经发生了很大的变化，比如最初的第2-7条除了修改后的第2条和第4条之外，其他几条都已被废止，而主要描述商行为的第632条、第633条，第633条保持原样，<sup>[52]</sup>第632条已经发生了一定的变化：下列行为，法律视为商行为：旨在以原状或加工并交付使用后重新出售的动产购买行为；旨在重新出售的不动产购买行为，但买受人目的在于建造一座或若干座楼房并整体或分块出售的行为除外；购买、认购或出售不动产、营业资产、房地产公司的股份或份额的中介活动；动产租赁企业；制造企业、行纪代理企业、陆上或海上运输企业；供货企业、代理行、商务代办处、拍卖机构、公开演出机构；汇兑、

[49] 比如第639条规定：商事法庭终审：1. 所有价值不超过1000法郎的诉讼请求；2. 所有由这些法庭审判的，穷尽了他们的权利的当事人，需要宣布接受确定的裁判并且不上诉。

[50] 这似乎为通说所接受，在前文引注的商法著作之中，但凡提及法国商法典的特征，就有此表述。但这种观点，从当时法典起草委员会的材料来看，似乎并不能成立，至少太过于狭窄——实际上当时商法典以及民法典的主要立法文献恰恰是表达了相反的立场，相比较于商行为而言，商人才被认为是商法典得以独立存在并设立相关制度的主要考虑因素，商行为虽然成为商人概念的构成部分，但商行为的地位并没有后人想象的那么高。囿于篇幅，不作详细论述，笔者此处仅采纳时下的通说，对争议将有专文论述。

[51] 此处从类似于德国概念法学的角度加以评判，但并非指一切商法典都应当符合德国概念法学的标准，法典化或许本来就不应该仅局限在概念法学的视野之内。

[52] 参见前引金邦贵译本相关条文。

银行及居间业务；共有银行的业务；批发商、零售商和银行经营者之间的债；各种人之间的汇票。<sup>(53)</sup>

对比于 1807 年版本的第 632 条，会发现 2000 年夏天时候的版本中，商行为的类型已经有了适当的改变<sup>(54)</sup> 改变的趋势显然是扩充了商行为内容的外延，满足现代商业实践中新的（比如不动产）交易类型的规范需求。

但商人、商行为术语在《法国商法典》中的指引性或技术性价值并没有发生太大的改变，商人仍然是“商人会计”义务的主要承载者<sup>(55)</sup> 商行为仍然作为商事法庭管辖权的重要标准，也仍然是商人定义的支撑性条件。<sup>(56)</sup> 与此同时，商人、商行为在界限不清以及功能受限等方面的不足，继续存在，尤其在第四卷第二编“商事法庭的管辖权”的几个条文基本上都发生重大变化的背景下。<sup>(57)</sup>

### （三）现行《法国商法典》

正如上文所述，现行的《法国商法典》在内容编排上，有了颠覆性的变化，而就第一卷“商事总则”而言，商行为和商人已并列成为单独的一编。

关于商行为，第一卷第一编“商行为”有四个条文，其中第 L110-1 条对应了 1807 年版的第 632 条，而实际内容则与 2000 年夏天时的版本完全一致；第 L110-2 条的规定，除了在格式上做了技术性处理，内容方面则与 1807 年版的第 633 条完全保持一致。由此可见，《法国商法典》虽然有了结构性的调整，在商行为的规范内容上，并不是与历史完全剥离，或许这也正是现行《法国商法典》仍然可以庆祝 200 周年的原因——法国立法者这次大规模修复，仅仅是调整《法国商法典》的结构，重新编排整合商法规范，而不是对商业规则的完全创新。<sup>(58)</sup>

但“商行为”一编所包含的内容，不限于继承于传统的两个条文，还有另外两个条文：

第 L110-3 条 对于商人，除非有其他法律的不同处置，商行为能够被所有的证据证明。

第 L110-4 条

I. 产生于商人或商人与非商人间的债务，如果没有被遵从更短的特别时效期间，适用 5 年的消灭时效。

II. 所有付款诉讼请求基于时效而消灭：

1. 基于船长的命令为水手们供应食物，交货后 1 年；
2. 为了供应船舶制造、装备和给养的原材料和其他必需品，提供后 1 年；
3. 关于加工物，接受工作物后 1 年；

III. 支付官员、水手和其他船员薪水的诉讼请求，消灭时效是 5 年。

第 L110-3 条属于商行为的证据规范，而第 L110-4 条应该属于适用于整个《法国商法典》的

(53) 条文的汉语译文，借用了前引金邦贵译本中的条文，所以有些术语的选择和文字的表达，与本文其他地方不太一致。

(54) 改变的法律依据，参见前引金邦贵译《法国商法典》，第 73-74 页。

(55) 倒闭和破产规范早已被废除或被单行法取代，因此在形式上，商人在商法典之中不再指向倒闭或破产。参见前引金邦贵译《法国商法典》，第 71 页。

(56) 第 1 条并没有发生改变。但由于第 632 条的内容已经被修改，所以 2000 年夏天时候的商人已经与 1807 年时的商人，在范围上有一定的不同。参见前引金邦贵译《法国商法典》，第 73-74 页第 632 条的内容。

(57) 参见前引金邦贵译《法国商法典》，第 73-75 页诸条文的内容。

(58) 当然，如果从纵向的历史看，200 多年间商业规则已经发生相对多变化。此处强调的非创新性，仅指新的《法国商法典》在立法者制定之时，并不试图改变当下的商业规则。

时效规范。在修改之前的2000年夏天的版本中,这两类规范分别作为单独的一编在“商事总则”中加以规范(参见前文),但在修改后的版本中,形式上被降格成为“商行为”的一部分,<sup>(59)</sup>尽管时效的内容也发生了变化。<sup>(60)</sup>

与此同时,商行为的规范功能得以保留,继续作为商人身份取得的重要参考标准;继续作为商事法庭管辖权的受案标准。但由于200年来商行为、商人观念的变化,以及纠纷解决途径、机制的变化,相比较于1807年的版本,作用已今非昔比,<sup>(61)</sup>尽管最初就并非唯一的标准。如果考虑总则卷之外的第三卷、第四卷、第五卷,则商行为的规范非但在总则中得以抽象,现代多重、多种规范层面意义的具体商行为也得细化,从而实现了商行为规范的全面和纵深角度的双向整合。

关于商人,第一卷第二编“商人”有多达九章的内容,具体包括:

#### 第一章 定义与地位

第一节 商人的资格; 第二节 在家族事业中工作的事业负责人或合作者的配偶,与事业负责人一起承担连带责任。

#### 第二章 外国商人

#### 第三章 商人的一般义务

第一节 商业和公司登记; 第二节 商人会计; 第三节 商业活动和流动手工业。<sup>(62)</sup>

#### 第四章 零售商的合作协会

#### 第五章 独立商人的集体商店

第一节 集体商店的组建; 第二节 集体商店的管理; 第三节 批准和开除; 第四节 解散。

#### 第六章 互助担保公司

第七章 为了开始或复苏一项经济活动的事业规划契约<sup>(63)</sup>

#### 第八章 禁止经营的国家数据库<sup>(64)</sup>

#### 第九章 事业中的薪金监护

1807年的立法版本中,第一卷第一编“商人”,除了第1条关于商人的定义之外,其他诸条文都是对于未成年人和妇女从事商业或取得商人身份的规定(尽管有不断的修改和删减)。但现行的“商人”章,已经涵盖了更为广泛的内容,吸收了本来与“商人”章并行的商人会计、商人账簿或

(59) 这或许可以看作现行《法国商法典》在法典化技术上的一个提升——商行为的证据以及诉讼时效,本来就仅与商行为有关,以“商行为”尽量统领更多相关规范,具有当然的合理性。

(60) 相对于2000年夏天修改前的版本,一般的诉讼时效从10年降低为5年,并增加了更短时效期间和特殊事项时效的规定。

(61) 在现行《法国商法典》中,关于这方面的规定,体现在第七卷第二编“商事法庭”第一章“管辖权的设定”第L721-3条、第L721-4条、第L721-5条、第L721-6条和第L721-7条。除了商行为仍然起到确定作用之外,商人身份、纠纷当事人的约定、商事法庭负责人的命令以及法定的其他一些非传统原因,都属于商事法庭管辖权确定的基础。与新的管辖权规定内容类似的研究材料,参见居荣教授在学理上的历史性梳理,前引伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),第854-855页。

(62) 在现行《法国商法典》2000年的最初版本中,没有这一节。

(63) 在现行《法国商法典》2000年的最初版本中,没有这一章。

(64) 在现行《法国商法典》2000年的最初版本中,本来也没有这一章,是经由最新的法令加入。参见LOI n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives. 最初这一章为“无能力从事一项商业或工业事业”,2008年该章内容被废止。参见LOI n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (1)。

商人注册等内容，并增加了一些商人组织和对商人救助方面的内容。在“商人”章中最为重要的“商人”的定义，现行《法国商法典》仍然遵循了1807年版本中的表述（L121-1），只是由于商行为的内容相对于以往，已经发生了相当大的变化，所以现时段的法国商人内容和类型已经更加丰富。

需注意的是，在第一卷第一编“商人”中，虽然商人（Commerçant）仍然是最重要的权利义务承载者，但法国立法者把适用于商人的规则，进行了拓展，适用到更多的“人”（personnes）之上，并做了统一性规范。“商人”编第三章“商人的一般义务”的第一节内容是“商业登记和公司登记”，其中关于法律主体的术语使用，除了“商人”（Commerçant）包括了“人”（personnes）、“个人”（personnes physiques）、“法人”（personnes morales）、“公司”（sociétés）、“公共部门”（établissements publics）、“商务代表”（représentations commerciales）、“销售办事处”（agences commerciales）等等。由此可见，就商人（Commerçant）而言，现行的《法国商法典》仍然遵循了200年来的传统，以自然人作为定义的对象，<sup>(65)</sup>但适用于商人的义务性规定，对于其他商主体而言，具有同样的适用性，所以被一体规定。<sup>(66)</sup>

#### （四）小结

从上面的梳理可以看出，商人与商行为一直是《法国商法典》规范框架和内容设计的主要脉络。如果说1807年的版本可以勉强地被认定是商行为主义或客观主义，200年之后的《法国商法典》，不但商行为类型越来越丰富，商行为规范越来越细致，而且商主体也不再仅仅是自然人，组织化商主体（公司、经济利益集团）甚至已成为独立的一卷。如果再考虑到《法国商法典》的众多类型的规范内容（从各卷标题即可看出），已经很难讲是以商人还是商行为作为规范的原点。<sup>(67)</sup>

## 五、结 语

200年的《法国商法典》，不单在具体的规范内容上有翻天覆地的变化，在法典本身的框架结构、编排技术方面，也经历了重大的调整。这些变化和调整，虽然还处于动态化过程当中，并未形成一个新的、固定的范式，但如此丰富多彩的立法作品显然不纯粹是法学家们在书斋当中冥思苦想出来的，商业实践和商事裁判才是《法国商法典》内容得以不断更新的最终和直接推动力，立法者

(65) 否则，上面提到的诸多关于法律主体的术语，就成为多余，仅用“商人”（commerçants）就足以表达。历史上的版本，在“商人”编内容中，也仅以自然人为限，其中的妻子经商、未成年人经商的规定更具有代表性。可参见金邦贵的译本，以及前引伊夫·居荣《法国商法》（第1卷），第34-86页的描述。

(66) 在金邦贵的译本所附录的当时的商事单行法中，有自然人商人和法人商人的用语（第11页、第15页），但关于商人的定义200年未有变化，该定义也只能从自然人的角度去理解。所以笔者目前仍然坚持正文中的观点。商人的范围是否应该等同于商主体，以及商主体与商人规范模式的不同，本文暂不讨论。

(67) 同样的认识，参见前引伊夫·居荣《法国商法》（第1卷），第85页。单就术语而言，在现行《法国商法典》中，商行为（acte de commerce）出现的次数，全部统计结果也就是10次左右，而商人（commerçant）出现的频率高达100余次，10倍于商行为（2012年1月3日统计的结果）。此统计结果虽然不具有绝对的评判价值，但至少证明对于《法国商法典》商行为主义或客观主义的传统认识，应该到了需要调整的时候。

仅仅是试图满足这一需求而已。而立法者可以主动作为的,就是对于日趋多元、复杂、技术性更强的、庞杂的商事规范进行再法典化,以使得商主体不至于迷失于商法的迷宫之中,进而危及法国的商业发展。

现行《法国商法典》与传统印象中的法典版本相比,加入了更多的公法、经济法(竞争法、工商业公会、商业整治等)甚至社会法(薪金监护)的成分,这反映了现时代商业领域承载社会关系的复杂性,也是现代商业实践中规范类型的较为全面展现。对国内民商法学者而言,如果关于法国商法的观念,仍停留在200余年前的法典文本,或法典修订之前的2000年夏天版本(即金邦贵先生的译本)的基础之上,就显然是过于忽视了法国法律界同仁们在商法法典化方面的持续性努力——尤其是考虑到法国民法典近十年来持续地进行法典化改造的宏观背景<sup>(68)</sup>,新的《法国商法典》似乎并没有被所谓的民商合一洪流冲垮,反倒是在规模上实现了大幅度的扩张,法典规范内容也丰富了许多。

对于追求法典化的中国民商事立法而言,不管最后立法者是采取民商合一的“大民法典”体例或民商分立的独立商法典模式,还是采取折衷的商事通则模式,《法国商法典》200年的历史实践和立法经验,足以贡献相当的教益,而新《法国商法典》发展变化的主要内容及其内在动因(经济的、政治的或法典化意义上的),更为当下立法模式的选择和立法技术的完备,提供了新鲜的给养。

(责任编辑:杨会新)

---

(68) 《法国民法典》近年来的主要变化,除了人法、家庭法、继承法等领域外,时效法、担保法的结构性改革已经完成,信托法被也被明确引入到民法典之中,债法(包括合同、侵权)改革正在进行过程中。国内已有中文文献介绍相关改革,参见秦立巍《〈法国民法典〉合同制度改革之争》[J],《环球法律评论》2011年第2期;李世刚《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》[J],《中国社会科学》2009年第4期;李世刚《法国担保法改革》[M],法律出版社2011年版。