

中国法学会商法学研究会2016年年会会议实录

第一分会场

【分会场主题】

民法典编纂与商事立法的独立性研究

【第一单元】

主持人：

- 1、刘凯湘（北京大学法学院教授）
- 2、郑新俭（最高人民检察院民事行政检察厅厅长）

【主题报告】

1. 中国民商分立立法理念初探，范健（南京大学法学院教授）
2. 论 2005 日本公司法修订与即将实施的民法大修，尾崎安央（日本早稻田达成法学院教授）
3. 民商分立：民法典总则制定体例的理性选择，童列春（浙江工商大学法学院教授）
4. 现代商法的特征与中国民法典的编纂，纪海龙（华东政法大学国际金融法律学院副教授）
5. 商法的方法，樊涛（河南大学法学院副教授）
6. 商法公法性之商榷，张保红（广东韶关学院法学院教授）

与谈人：

1. 吴建斌（南京大学法学院教授）
2. 朱岩（中国人民大学法学院教授）
3. 曹兴权（西南政法大学民商法学院教授）
4. 姜一春（烟台大学法学院教授）

自由发言

【分会场主题报告】

一、中国民商分立立法理念初探

范健（南京大学法学院教授）



这次参加会议，我提供的是一篇小文章，把我主要的观点和大家进行一次交流。民法典之后参加几次的研讨会，明我国整个理论研究和环境基础是不成熟的。一部法律如果制订好，可以给社会带来积极的作用，但如果制定的不理想，也就是我们制度设计出现缺陷，对社会产生的负面作用 and 影响也是很巨大的。

所以从这一点来看，民法典怎么起草，尤其是我们社会对商法理念的认识至

关重要，中国所出现的问题，在非洲都很少出现。我们的医院、学校都以钱进行考量，这在国外是很少见的，我们在过去两年多的时间里设计的金融制度、金融改革的措施，导致的结果是什么呢？全国 10 多万亿的资产化为乌有。还有我们法院作出的一系列的司法解释，我们仔细去分析的话就会发现，某些制度的设计产生了大量的社会成本。核心的问题就是我们在整个关于经济活动中基本立法的思路出了问题。这个问题是什么？民法的起草将近 30 年，我们用商业的伦理取代社会的伦理，造成整个社会伦理的丧失。什么是商业，赋予商人权利，我们怎么限制他们的权利，我们立法不清晰，所以产生一系列的问题。

第二，民法是在什么背景产生的，我们看到，西方国家先有民法、才有商法。欧洲是先有商法，从 11 世纪有一系列的商学法律。后来赋予商人很多的特权，变成了商业伦理影响了社会伦理。商业伦理战胜了宗教的伦理和传统的道德，这样的背景之下，导致整个社会以商业唯利是图的状态，所以在 18 世纪出现很多的批评文学。

在这样的背景下，老百姓需要什么样的伦理，就是原来宗教的伦理在法律落实，变成一种自然的财产伦理。于是商人是商人，自然是自然人，你们的财产是不一样的。从西方国家起草民法典的历程来看，哪些人可以是商人，哪些不可以是商人是明确界限的，医生不能是商人，律师不能是商人。我们以金融为例，过去 2000 年我们不允许放高利贷，为什么过去 2000 年在东方都是禁商？因为商业伦理如果解决不好，就会使整个社会的伦理倒退。所以，随着资本社会的商业越来越繁荣，开始用商法伦理代替普通伦理。然而我们对历史过程却没有深刻的体会、了解。

第三，商业对社会产生的正面、负面作用都是巨大的。现在商业巨大的特点跟自然人不一样，1892 年德国人对有限责任公司的创造，改变了世界。如果没有这样一个形式，就不会有过去 100 年社会的发展，那个组织把商人的组织形式、个人的意识完全分离开，在现在社会起决定性作用。这种组织体作用，第一个强化资本的功能，1914 年第一次世界大战前，市场不规则，导致一些战争，二战之后总结了很多教训，二战以后国家发展比较好，就是研究治理结构，把商人组织跟其他分开的。

我们现在在民法典制定中，对这个观念是模糊的。在这样的思维下，我们对

民法总则起草，商业伦理取代我们的社会伦理，实际上民法总则就是围绕商品经济发展的法律，并没有考虑什么人可以经商，什么人不可以经商，如果经商受到什么限制，这就是我们现在面临比较大的问题。

另外就是商法国际化的问题，一个最简单的例子，欧洲统一私法是典型的商人法律，把个人财产剔除在外，为什么治理这个，就是对商人统一的规范，亚洲国家也在推动商法的统一，这是确实跟自然人不一样的现实。

这都表明了商法独立性的趋势。中国的商法如何独立，商人跟其他人不一样，享受权利，也有义务。商人是特别的，只要有营利性的都涉及到商法。中国现阶段必须形成以商法总则为主导的商法体系，只有在这样的体系之下，我们的社会才能把政权行为约束在一定的范围之内，才能改变一些格局。所以商法能不能独立，很大程度影响社会能不能良性的循环。

二、论 2005 日本公司法修订与即将实施的民法大修订

尾崎安央（日本早稻田大学法学院教授）



今天要给大家报告的内容是“日本商法典的今天与明天”。

第一部分我想给大家报告的是关于日本公司法的修订。日本在 2005 年修订了公司法，这个公司法的制订不是突发奇想的，日本在 1950 年全面修订了商法，但是商法与社会实际情况不协调，最后导致商法典的补丁太多，非常累赘，有必要做这个修订。1974 年，日本法制审议会公布了一份有关公司法立法的报告，关于公司法修订的问题点，以这个报告为起点，公司法的彻底修订进入了实际性的阶段。日本公司法的修订是长达 30 年公司法构想的实现。2005 年公司法的修改，见证了一个法律彻底修订需要多么漫长的积累和研究。

这个公司法的修订为什么这么慢，有几个原因，主要原因是为了应对当时的社会出现的突发情况，只能对商法止步于部分的修订。为什么制订公司法，在日本国内除了对打满补丁的商法做彻底修订这个共识外，还有原来的条文非常文言化，且使用旧体的片假名非常有必要改成现代化。还有，放宽规制是当时日本政府、经济界的共识。20 世纪末期欧美出现的企业丑闻，促进了各国公司法的现代化和整个的国家的法律向国际标准看齐。2005 年的日本公司法的制订采取了独立的法典形式，从商法删除了公司编之后，商法典只剩下了商法准则，还有商法行为内容。围绕公司法的制订所做的讨论重新审视了 100 多年的旧的商法制度，在允许、禁止性规定的设计方面可以说是很好的范例。

第二部分我想简单说一下日本的民法修订的构想。现在的民法典是 19 世纪末制订的，从立法以来，只对总则、物权、债权做了部分的修订，所以法律界一直有一个声音，就是对商法做的全面修订。鉴于商法典有自身的规则，所以如何处理债权法与商法典的关系一直是被广泛讨论的话题。改变用特别法的形式规定的习惯，直接在民法典里规定，这个当时设想的，所以债权法的提案也相当的广泛。但是后来由于一直存在强烈的反对意见，所以在本次修订里面有好几个构想最终被搁置了。对日本在债权法的修订，进一步讲对民法的修订，在民法、商法的关系上有很多的经验、教训。

日本的商法典曾经有很多编组成，现在就剩下两个，即商法总则和商行为法。公司编、票据、破产、陆运相继从商法典中独立出来。此外关于商法典里面货物运输海商法相关的部分也要修订。所以说预计在不久的将来，商法典只剩下商法

准则、抽出部分规定后残留的商行为的内容。

民商一元论是不是合理，这个在学者中间进行了很多的讨论，在日本，对 B2C 型交易不是在民法规定，而是用特别法规定。民法学者对这个很感兴趣，B2C、B2B，到底属于民法还是商法的范畴没有明显的分界线，至少 B2B 应该有符合专业主体间交易活动的特殊性的规定。而到底在特别法里规定，还是在民法中设置一块儿特别规则规定，这种形式上的差别并不是特别重要。重要的是无论用哪种形式规定，都需要我们攻克一个课题，就是如何从民法角度阐述、释明商行为法的特殊性。

B2C 这种交易近年来增加，一方是企业，一方是民众，日本制订了特别法来做规制，总体来说这种法的特点是都有加重企业的责任、并保护消费者的意向。对此用传统的民法理论解释似乎有不少的问题。这种 B2B、B2C 是单的商行为。B2C 可以用商法规制，也可以用民法规制，至于用什么法规制是恰当的，没有定论。刚才提到了日本对 B2C 的规则，加重商家的责任，保护消费者。B2C 这种交易很常见，因此对它做初始设定、任意规定是有意义的。这一点请参考论文的脚注。用什么样的规定，都是备选的方式。无论采取什么方式，都有必要对 B2C 交易做一个理论上的识别。

我想再举个例子，就是格式条款，在这次民法的规定上，格式条款的问题颇受争论，格式条款往往对一方当事人有利的，这些大都是企业做的，可能对企业有利，损害消费者的利益。所以在日本法里面，为了应对这个问题，在若干的法规里面，采取事先批准的制度。在这种行业里面，如果不事先审批则该条款没有法律上的约束力。类似相关的案例也有类似解释，通过判例解释的方式，来解除 B2C 交易中，B 与 C 之间的能力差别的问题。

最后总结一下我以上讲的这些，立法的模式多样的，各个国家都有自己的背景，哪种模式、不能一概而论哪种立法模式恰当，但如何做学术研究是明确的，即谋求细节、理论整合性，还有交易风险和商法共同关注的问题。在公示制度里面什么是重要信息、信息的更新是非常重要的课题。

有一种在日本的商法典叫交互计算的制度，这个在成本、风险的角度是不可或缺，这种制度是上市交易特殊领域才有重要性的。这种交互结算、三方更改也是日本的制度，这种放在民法里面，因为民法是司法领域一般法，所以在民法

是一般性的稳定，比如说债务承担、抵消。商法在民法规定不是不可以，一句话为了法律的精致化，有一些是恰当，放在一两个法典里面，我觉得这个是次要的。

三、民商合一是不可行的

童列春（浙江工商大学法学院教授）



制订民法典的立法体例，是坚持民商分立还是民商合一？我的基本观点应该是民商分立。民商合一的民法典总则是不可行的。为什么不可行？

第一个理由：民法、商法从精神理念、价值原则、和制度规范构成都是不同的。应该说民法调整市民社会关系，首先是确定人在市民社会中的主体地位，民法中遵循公平优先。而商法调整市场关系，是市场关系的技术性规则，商法的理念是效率优先，任何制度规则只要在效率上没有优势，这个制度规则就要被淘汰。

民法、商法都是私法的基本原则，有一些原则字面上一样的，意思上不一样

的，比如说平等、自愿、公平，在民法、商法上内容是有区别的。我认为在商法上只能讲到信用层次，不会讲到诚实层次，商法里面的效率优先在民法中很难用到。从民法、商法的规范构成来看，民法中奉行价值理性，是调整日常生活的规则，当事人可以意思自治、自决，以任意性规范为主。但是，在商法中我们要注意一个问题，商法是市场经济的技术性的规则，它奉行工具理性。我们在商法中是先设立一个制度目标，然后进行制度设计，以实现制度功能，所以商事制度规范突出特点就是它的技术性，在商法中，大量的规范都是技术性强制规范。统计分析也可以看到，商事法律规范大量是强制性的规范。

第二理由：民法在自有的制度逻辑许可范围内回应商法领域的变化，是事后的、跟随性的。商事领域和商法是变化最快的领域。这些变化发生之后，会改变市民社会的结构，民法必须对这些领域做出回应，但民法的回应是事后的。商事关系变化在前，商事制度规则设计在前，而民事法律对它进行回应在后。但是，民法这种跟随和回应仅仅是以自己的视角、自己的逻辑进行的。比如说我们在商事关系中间形成大量的组织体，在民法中搞出来一个法人制度。这个法人实际上就是将一个组织体赋予人格，与一个自然人放在同一个民事主体的平台上，但是，这个东西仅仅是符合民法的制度逻辑。把这个组织体与自然人同等对待，这个对商法没有意义；把组织体、自然人平等对待，在民法领域也是有问题的，导致自然人伦理价值的贬低。

第三个理由：民商合一从来没有成功。我们德国、法国的模式是民商分立。搞民商合一的是意大利、瑞士这种国家。意大利搞这种所谓的民商合一是在 1942 年，是在法西斯执政时代，不能说它就是法西斯思想的结果，但还是有嫌疑，就像我们文革搞出来的文革产品。实际上，民商合一是反对商人特权，追求理想化的人人平等社会思潮的极端化的结果。从立法技术上，民商合一能不能搞成民商合一的总则？这个意大利、瑞士的立法都做不到。所谓的民商合一，只是在一个民法典里面把一些商法制度规范也放在里面。把鸡和兔子放在一个笼子里面，叫不叫“鸡兔合一”呢？

我们国家实际上是跟随当时世界上的一种误解，在民国的时候，制订中华民国民法典的时候，我们做了中国的民商合一的八条理由。今天看来这八条理由没有一条能站住的，每一条都有漏洞。从民法立法实践看，民国时立法实际上没有

做到，今天制订民法典也不可能做到。

第四个理由：民商合一观点在我们国家实际上带来了混乱。在民法领域带来混乱，在商法领域也带来混乱。我们看这个合同法，实际上对商事合同法贴了一个民商合一的标签。物权法中的所有权、担保物权、用益物权这些基本范畴，在商法中间没有基本范畴的地位。商法思维在民法里面同样带来混乱，比如说婚姻法司法解释三，主要是运用商法交易规则解释婚姻家庭中的财产关系领域的问题，这些显然是背离民法逻辑的。西方在中世纪的时候，就有商事法律、商事法庭，跟农业社会的寺庙法、普通法体系及相关法庭并存，为什么到工商业发达之后，我们商事法律、法庭反而消失了？我们国家叫民二庭，作为国家的权威机构，商事法庭不能以自己的真实名义面世，这是很荒唐的事情，我把民二庭看做“披着羊皮的猪”。

四、现代商法的特征与中国民法典的编纂

纪海龙（华东政法大学国际金融法律学院副教授）



目前我们面对民法典制订的任务，商法如何安置，有几种方案，我不一一列举，我想大家都比较熟悉。我将这几种方案归纳为三类，第一个是民法典，第二个是制订商法典、商事通则，第三个在民法典中制订商法编、商法章，还有把商法规范纳入到民法典中。

我整个文章的观点是，我们目前正在进行的中国民法典编纂应该采取小合一的形式。

这里对我在文章中的术语做一点解释。所谓“大分立”，就是民法典外制订商法典的二元法典模式。所谓“大合一”就是民法典中包括商事组织法如公司法，也就是荷兰、意大利、巴西模式。而“小合一”指在民法典中不包括商事组织法，也不包括已经自成体系的商行为法，只包括商事合同和其他一些零散的商行为特别规范，比如说商人确认书的规定，可以规定在合同成立部分，商事留置的特别规定，可规定在留置权部分。

首先对“小合一”这个观点进行一下补充说明：小合一这种模式，和民商二元法典模式，和民法典+商事通则+商事特别法模式，以及和民法典+商事特别法模式，均不冲突，可以和它们兼容。其次，小合一的模式可以有两种作法，一个是以民事规则作为一般法，附加商事特殊规则；一个是以商事规则为一般法，附加民事特殊规则。后一种作法其实在现行法中就存在。例如《合同法》关于借款合同的规定，就是将商事借款合同作为一般规则规定（合同法第 196 条借款合同带利息），将民事借款合同作为特别规定（合同法第 211 条民事借贷不约定视为无利息）。

主张“小合一”主要有三个理由。

第一个理由是法典化在当今社会中的功能，法典化运动有几百年的历史，在历史上法典化发挥多个功能，我总结了六个功能，我这里不一一叙述，具体可参见我的文章。但在当今社会，我认为六个功能中的前五个都不复存在。唯一剩下的功能，就是法律材料的体系化。体系化是法典化在当今社会的唯一功能。在这个法典化功能的指引下，我将商法大体分为三部分：商事组织法、已成体系的商行为法例如票据法、海商法等、不成体系的商行为法。商事组织法独立性非常强，现代商法的一大特征是公司以及公司法的勃兴，带来了公司治理和公司融资等新

兴的法律领域，随之而来的是商法的强行性和公法色彩变浓，商事组织法已经大大不同于民法。已成体系的商行为法独立性也非常强。独立性强或弱的标准，主要看是否存在自己独立的原则，以及在漏洞补充的过程中，是否更倾向于直接适用民法一般规定。例如票据法中票据行为的效力，直接适用民事法律行为效力的相关规定，会很有问题。但有名商事合同无规定时，一般应直接适用民法规定，如仓储对保管、建筑合同对承揽合同、行纪合同对委托合同。在法典的功能只在于体系化这个视角的映照下，将商事组织法和已成体系的商行为法放在民法典会非常不协调，会形成民法典中的肿块。而不成体系的商行为法，也就是有名的商事合同和零散的商行为规定，独立性相对较弱，应整合进民法典中。以上是“小合一”的第一个理由，即法典化的体系化功能。

第二个理由是商法在现代的趋势和特征。现代商法还具有如下两个特征：（零散的）商行为法在形式上的民法化以及民法规则在实质上的商法化。很多人谈商法的民法化和民法的商法化。我认为准确的应是（零散的）商行为法在“形式上的”民法化以及民法规则在“实质上的”商法化。

首先说前者。我本人搜集了 1992 年荷兰民法典以来，世界范围内十八个新的民法典，在这十八个国家中，我统计下来，采取小合一的是十五个，大合一是两个（荷兰、巴西），大分立的只有一个（越南）。值得重视的是放弃大分立的国家。从大分立改弦更张为小合一的有四个，从大分立改弦更张为大合一的有一个。却没有国家从合一改为分立。英美法实质上也是合一的模式。即便是 UCC，实际专门适用于商人的规则也只有 10 多条，实际上也可以适用于普通人间的买卖。PICC、PECL、DCFR 也是如此。德国法十几年来来的立法中，民法典中有两个条文值得重视（德民 310 条第 1 款以及 1259 条）。在这两个条文里，德国立法者把只适用于经营者（国内有时被翻译为企业主）的规则，竟然没有放在商法典，反而放在民法典里面，这可能也是体现了小合一的趋势。奥地利 2008 年的企业法典，之所以还是保留了原来商法典的框架，按照企业法典立法理由书显示，是因为时间、财力的限制，导致不可能对奥地利原来的商法典做大规模的手术，只能做小规模的手术。日本也存在小合一的观点，这个刚刚日本学者已经介绍了。可以说，小合一构成了世界的趋势。

关于民法的商法化，能够找出太多的例证。例如民法中的善意取得制度、表

见代理制度、寄送买卖风险移转规则等，其实都是来自于商法。中国民法商法化的例子也非常多，例如连带保证、买方瑕疵通知、提存、借款有偿等等。从而，现代民法也并非完全不适应商事交易的特殊性。

第三个理由是中国百年来尤其是改革开放以来的既有传统。例如中国的合同法是典型小合一的合同法。推翻既有路径的成本不能被忽视。

另外，除了以上纯粹学术上的理由外，小合一模式或许是一个无论对于民法学者、商法学者还是立法者，都更容易接受的方案，是一个比较现实的方案。

最后想强调的是，我们在面对民法典制订时，体系争论是非常重要的。但我认为，规范在立法体系中的位置虽然不是不重要，不过相比而言更重要的是妥当的具体规则。发展、促进妥当的具体商事规则，是摆在我们学者面前的长远任务。

五、商法的方法

樊涛（河南大学法学院副教授）



商法的方法有三个特点，一是商法渊源的多元性，商法的渊源强调非政治渊源，包括国家政策在商事法律规范的作用；二是强调法律规避的正当性，商事交易的制订性、还有变化性是矛盾的。作为商事法官应该鼓励、保护这种商事创新，鼓励商事交易；三是关于这个方法论应该重提论题学的方法，这是德国法学家 1953 年写的专著。传统民法三大论，我个人认为都有致命的弱点，过于强调这个逻辑，过于强调人的理性，过于强调法定的功能。

再谈一下我们目前立法、司法的现状，首先很高兴我们政府从官方开始使用商事制度，我们立法是民商合一，私法是大民事，没有专门的商务法定，这使我们的私法现在不容乐观。另外，谈一下商法的方法、民法的方法。第一，商法应该具有相对独立解释的规则，效率规则。我们民法解释方法有很多种，比如说解释合同类型，已经不符合商人交易，商人交易不看符合合同法，主要是追求一种营利。商人不能照搬照抄民法。但是退过来讲，我们不能切断跟民法的联系。

2011 年 10 月 7 号发布了一个白皮书，在这个白皮书强调了民法作为普通私法的普通私用，同一个问题需要民法、商法的方法。比如说股权转让，合同的效益要依靠合同法，还有股东变革要利用公司法，两种方法要和平共处。民法的这种不能说不完全废除，不能完全适用商事。因为民事法官的任务是“找法”，“寻找”的“找”。商事是“造法”、“创造”的“造”，不一样。所以传统的民事方法不能完全适用。很多法官立案去搬这个案由，没有这个不予立案，这个是法院做司法统计，不能说我这个纠纷没有，你就不立，商事法官一定要鼓励创新。

最后一点，就是商法定论的到来。我们国内目前有一种现象很不正常。包括理论界这些，至少目前有一个现象，各国已经进入了商事社会，交易已经成为一种常态。商法的时代已经到来了。我们国家提出了大众创业、万众创新，这都是我们商法发展绝佳的时机。我们不要争商法通则、民法分立，我们只追求实质上，文字上叫民法典，但你的内容只要体现商就可以了。

我建议民法价值增加效率、安全。民事主体，绝对不能以法人为主，应该是以企业、消费者为主。民事行为应该以商行为为主。几个专家也讲了，司法实践中这种合同啊，你可以做一个统计。一百个合同，90 个以上需要有商人的介入，要不就企业对企业、要不企业对个人，纯粹个人对个人，不到 5%。如果农业这种，一颁布就 OUT 了。要把商事作为民法典的主条款。

比如说我们的 19 条，没有约定是连带，有约定是可以推翻。比如说民事行为人现在不用登记就可以从事商事活动，比如说微商。自然人也可以商事活动。另外今后这种民事行为人应该像商人一样生活。比如说我们合同法规定的，商法时代来了，从指导思想、行为都要像商人一样生活。你没有办法区分，都不一样，也没有办法区分这个行为是民事行为，还是商事行为。最后我倡导商法独立。

六、商法公法性之商榷

张保红（广东韶关学院法学院教授）



商品经济孕育了市民社会，而市民社会孕育了私法。商法公法化之论述严重干扰了商法的私法性质，进而为公权进入私域提供了堂而皇之的借口。这里意在正本清源，从而扫除商法健康发展之障碍。

一、商法公法化的论述

商法的确有许多不同于民法的地方。第一，商事法律文件中有很多强制性规范。第二，商事法律文件基本上都有法律责任部分。第三，各商事法律文件还有一些监管条款。学者一般认为，这些公法条款的出现，反映了公法对经济生活的干预。进而，许多商法学者认为，商法尽管是私法，但兼具有公法性。我认为，商法既没有公法化也不具有公法性。

二、商法私法性的价值

（一）公法私法区分的价值

“公法与私法的区别，是今日整个法秩序的基础。”其一，私法给每个人提供了必要的发展其人格的可能性。西方社会的成功某种意义上是公、私法区分的结果。其二，公法私法的区分主要在于界定公权活动的范围，把公权关进公法这个牢笼里去，以避免其损害私人权利。其三，人们思维是有局限性的。如果公法和私法规范混合，可能人们就不容易区分规范的私法性或公法性，就会导致法律规范适用上最终偏离其价值。

（二）商法私法性的价值

商法定性为私法，可以理直气壮地把公权力尽量排除在商业活动之外，这对于构造自由平等的市场关系是十分必要的。第一，公权干预私域已经反复被证明不是一个好的办法。政府的本职工作应当是向市场提供规则，当好仲裁者。第二，我国从管制经济体制走来，当前主要是要减少干预而不是加强干预。即使干预，商法是私法，也不是国家干预经济的最好方式。干预经济主要是经济法、行政法的职责范围。

三、商法公法性排除理由之一：强制性规范的私法性

（一）商法中的强制性规范是私法性的

商事法律文件（不是商法）多有强制法规范，但这些规范大部分其实并非公法规范。我认为，判断一个条款性质的关键是其调整的目的和手段。

第一，公法条款，应当反映公共利益；而私法条款，则应当反映个体利益。这是区分公法与私法条款的内在根据。商法中的大量的强制性条款的性质要具体问题具体分析。例如，《公司法》第 32 条规定即属于私法规范。尽管该条规定“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当

办理变更登记”，属于强制性规定，但是该条规定并未涉及公共利益，法律并非要以公权力去干预股东的转让。法律的强行规定，只不过是交易习惯的法定化，登记机关被赋予登记职责，目的也是服务而非干预。

第二，公法条款，必须是以行政处罚等公法手段予以调整；私法条款，则是以无效、损害赔偿等手段否定私法主体间的法律行为、侵权行为等效果。例如，上述《公司法》第32条则规定了其私法效果：“未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”易言之，未经登记，主体的法律行为可能达不到预期的法律效果。这里只是可能，反映私法的特征，私法对经济生活的介入则是间接的，即往往“民不告，官不理”。一个行为无效，如果主体之间一直相安无事，那么私法和司法机关也不应当主动去干预。而公法条款则是令行禁止，“违法必究”。

为了保护商事主体的权利和维护经济秩序，商事法律文件规定了大量的法律责任条款，这些的确是公法性条款，但这些公法条款本不属于商法的范畴。理由是，民法中的民事权利往往也需要公法甚至刑法条款的保护，但这些公法甚至刑法条款既不被列入民事法律文件之中，也不会被认为是私法条款。

（二）商法中的强制性规范是对意思表示内容的替代

商法中的强制性规范是对意思表示内容的替代，因此，可以说强制性规范是符合意思自治原则的，是意思自治的另一种表现形式。商法更注重意思的趋同化，从而提高交易的效率。但商法不可能将意思自治完全限制。如果那样做的话，商法就不是私法了。例如，买卖合同中，商法不可能限制标的、标的价格和数量，而只能限制这之外的影响效率的因素。因此，只有那些需要特别强调交易效率和交易安全的并不能归入民法调整的商事关系，才需要受到商法的特别调整（这些调整也需要民法的帮忙）。例如证券交易，票据，保险、破产等。

四、商法公法性排除理由之二：商法价值的私法性

商法的价值表明商法只能是私法。商法是交易法。商法伴随商品交易出现而出现的。商品交易的目的是追求财富。追求财富需要交易更有效率和更加安全。商法的价值是效率和安全。效率和安全主要是具体的效率和安全，是交易双方的效率和安全。这与国家利用公权力维护的公共效率和公共安全不同。例如，国家通过刑法保护商人的私人财产不受侵犯，即是一种公共安全，国家拆除贸易壁垒，也是为了提供公共效率。

五、商法私法性的维护

应当说，商法和商事法律文件的确受到了公法和公法法律规范的污染。这对于实现商法的价值不无阻碍。我认为：

（一）将公法规范驱逐出商法立法

最重要的是将法律责任这一部分单独立法。要制定单独的商事处罚法，不但要规定处罚的理由和标准，还要规定行政处罚的程序。

（二）将公法理论驱逐出商法理论

【与谈人发言】

1.吴建斌（南京大学法学院教授）：



刚才听了那么多的教授、学者的发言，绝大部分主张民商分立，均各有道理。

联想到上午新任会长赵旭东教授在大会致辞时谈到商法学界有个中国梦，梦想早日制定商法通则甚至商法典，深受感动。不过，本人有几点想法，可能是微弱的不同声音，供同仁参考。

第一，讨论民法典编纂与商事立法独立性，实际需要解决民商事法律之间的关系。记得赵旭东教授曾在《政法论坛》2002年第1期发表过《商法的困惑与思考》一文，应当是国内探讨商法基础理论方面最好的论文之一，思路清楚，言简意赅，结论也干脆利落：商事关系就是特殊的民事关系，本人深以为然。建议大家回头读一下该文，我每学期均要向学生推荐，读过此文，其他类似文献无需再读。不知赵教授有无修正原先的观点，如有修正，是何理由；如没有，商事立法独立性的中国梦如何能做？有梦并非坏事，做不醒则会贻害无穷。据此，本次会议第一个主题似可缓和一下，改为“民法典编纂与商事立法的关系”似更合适。

第二，放眼全球，民商事法律之间的关系大体上有大陆法系中的民商合一和民商分立，以及英美法系并无严格部门划分的体例。三者本无明显的优劣之分，刚才日本早稻田大学尾崎安央教授也有同样看法。但有一点值得注意，就是经济学上有个路径依赖理论，林毅夫对此曾有长文专门论述，很有道理。由于诸多复杂的原因，中国古代诸法合一，清末以后曾试图民商分立，民国编纂六法全书时已经作了选择，不仅施行于台湾地区，大陆法例浸润已深，不大容易颠覆。不说影响远大于商法学界的民法学界的坎就过不去，就是现有法律体系本身的调整就非易事。刚才童老师认为民国民商合一八大理由无一成立，奇怪的是当时的民法典在台湾地区仍在施行。而台湾地区法制完善程度优于大陆是个不争的事实，实践才能检验真理，不顾事实说的再多再绝对都无济于事。

第三，本人虽然也讲授商法，还出版过日本商法的专著，但兴趣不在商法基础理论，对本单元讨论的主题没有多大发言权，只是头脑中的疑惑多多。我去过日本、台湾几次，与两边的教授交流不少，曾经多次询问日本民商分立体例和台湾民商合一体例在适用中有没有混淆不清的情形，几乎无人告诉存在这个问题。日本的民商分立体例在实践当中有没有问题，没有；台湾民商合一体例在实践当中有没有问题，也没有。大陆法制现代化的事件事实上也是走的民商合一之路，起码在民法学界对此已有共识，单凭商法学界的力量如何能够扭转？因此，非不想为，而是不能为也。

第四，记得已故王保树老师曾经带领他的团队花了很多心血为深圳经济特区起草商事条例，并于1999年正式通过，2004年还修改过一次。但最新传出确切的消息：《深圳市经济特区商事条例》已经在2015年年底被正式废止，原因是该条例已经失去存在价值。实际上不止如此，该条例自生效以来有无发挥实际效应也有疑问。我没有做过实证研究，故无法确切地罗列该条例在深圳市两级法院裁判文书中援用的数据，是否在废止前就已成为废法，但作用不会太大，否则深圳市立法机关也不会特地废止它。深圳如此，全国性的商法通则是否会重蹈覆辙？

第五，民商合一体例会否导致某些商事特征显著的制度无所适从？愚见以为未必。尾崎安央教授就担心如将交互计算这样的制度纳入民法典，就不合适。不过，台湾地区民法典就恰恰规定了交互计算制度，甚至还规定了指示证券和无记名证券制度，但并无妨碍制定单独的证券交易法。

第六，刚才有的教授发言时担心民商合一，一部民法典难以容纳名目繁多、规则庞杂的商事规则，如公司法、证券法等规则。这是事实，但不能成为民商分立的有力论据。民商分立的诸多国家，也存在同样或者类似的问题，且大多将原来包含在商法典中的商法分支独立出来，日本就是典型，日本商法典几乎被肢解成了商事通则了，而商法总则部分的内容，在公司法典总则中几乎全部重复规定了，造成立法资源的极大浪费。我们不能重蹈覆辙。

最后，一些不宜纳入民法典的规则，完全可以制定单行法，如公司法、票据法、保险法、海商法、证券法等；还有一些不宜成文化的规则，也可留待司法实践酌情裁判解决。无论民法典怎么完善，完善都是相对的。我们不要想制定天衣无缝的东西，不可能。实际上全国各级法院法官这么多，几十万上百万的法官，拥有大量聪明才智，也已经形成诸多极好的裁判，不断积累、日渐丰富，到一定事后加以成文化，促进法典逐步完善。这方面的例子很多，在此不赘。

总之，商法学界更为现实的考量也许是，不与民法学界在法典分立上分庭抗礼，而是设法更多地在民法典中融入具有商法特色的条款或者特别规定，这样的思路看似退了一步，实则对大陆私法制度的完善贡献更大。

2. 曹兴权（西南政法大学民商法学院教授）



民法与商法的关系，是商法学界关注的焦点。就我有限的见闻看，从商法学研究会成立起至今的 10 多年间，该问题的讨论可以分为三个波段：一是学会成立之时曾经旋起一股的研究风潮；接着，单独召开商事审判引发的商事理念的研究；再就是现在，民法典制定再次引发的争论。关于民法与商法的关系，理论上似乎没有解。因为无解，也成就商法研究的繁荣。

虽然理论分歧是继续研究存在的必要条件，也是繁荣商法学的一个前提。但是，因为商法与民法的关系，最终关乎法律实践问题，我们必须寻求共识。

研读几位教授的大作，有很多感想和启发，也找到了一些惊艳的共识。但感

觉，为了有限的共识，我们面前还有很长的路。为了共识，我们需要去解决哪些问题？遵从何种思维？就我个人的感悟而言，言及商法的发展或者理性，或者民法典编撰的理性，可能从技术-政策-法律这几个维度去考虑。

就技术而言，涉及商法的特殊性到底在哪里？要找商法的特殊性，首先需要找到交易的技术本质或者特殊性在哪里？或许，关注商法从习惯到法律的演变过程能够得到一点启示，习惯是探求交易规律，找到事实的重要参考。习惯，能够在某种意义上宣示出技术规律或者特殊的社会事实。发现习惯无疑是一种重要的路径。

当然，除习惯之外，我们还需要借助于其他很多方面的技术性工具。法律实践，需要法律理论给予帮助，否则很有问题。证券法、保险法、票据法中的很多表述有问题，就是例证。或许，借助于法律关系理论是比较好的选择。我们可以从主体、客体、权利义务关系的内容、法律事实等这些要素出发，去考察商业活动到底有哪些特殊性。几位教授的大作，在这些方面有深入研究。我们还可以做得更深入、更全面、更精细。

第二，我们所有的立法活动、司法活动都涉及政策问题。对此，需要考虑三个方面的问题。首先，所有立法都是政治家改变世界的一种重要方式。民法典制定的决议以及任务，提到了该问题。在制定民法典、商法时，我们必须考虑政治家要干什么。虽然我们要去改造商事法律制度的空间少，但事实上也是存在的。通过法律去改造世界，是实用主义的。这涉及理念、政策取舍与贯彻的问题。立法者不会放弃自己的努力，我们也要尊重立法者的选择。比如，在我国习惯为什么难以作为法律渊源来对待，根源在改造社会的政治判断。樊教授大作提到商法法源的多元，认为习惯法是一个法源。理论上的确如此，但如果考虑到改造世界的政治预期，我国是不可能坚持这种立场的，不可能直接将习惯处理为法。很多国家也是如此。

其次，我们基于何种立场去制定法律：是立法者的法典、法官的法典、民众的法典，还是学者的法典。这些立场的选择，设计到立法的风格，包括体例、各法律之间的关系、语言风格等。

商人从事市场交易活动，与一般人从事交易活动，应当有所区别。尊敬的范健教授提出，商法需要特别的理念。对此我高度赞同。商业交易的主体，必须承

担在公法上、私法上特别的义务。在现代社会，我们不能比权利，我们应当比责任。这涉及立法的另外一种特别理念问题。

问题是，从理念到法律，是一个严肃的法律实践问题也是理论课题。这是其三。某个特殊理念一定要走向法律？某个理念一定要变成一个法律问题吗？这本身是一个严肃的问题。解决该问题，确定理念要转化为法律问题之后，接着的问题是：是不是所有的特殊理念，都必须通过立法在表现？如果不能通过其他途径来表现，就存在立法特殊安排的必要。我们必须回答的问题是，社会需要商业活动主体必须承担的特殊义务此类理念，是不是一定通过立法来表达？或者说，哪些在司法中不能够实现的内容？商法的技术性、理念，存在哪些特殊性，以至于必须通过立法分立的方式来处理？只有回答了这个问题后，对于立法上坚持民商分立的立场才能够得到充分的论证。

如果必须利用立法来实现特殊理念，那么接着的问题是，如何表达？比如，在民法总则与还是民法分则，是在商法总则，还是在商法特别法？如果民法商法合一，民法典怎么处理？如果分立，民法典又如何处理？其他法律怎么处理？如果模糊处理，又怎么处理？童教授的演讲，我得到很多启示。或许，我们要罗列出具体意见，或者写出具体的建议稿，才能够形成共识。如果仅抽象的理论研究，则很难形成基础共识。

因此，找到商法的特性，包括规范对象的特殊性、规范的特殊性、法律理念或者政策的特殊性，才是问题的核心。这些特殊性，抛开什么民商关系，怎么表达，怎么实现，反而是次要的问题。因此，立法上民商关系，是次要的问题。对此，日本学者、纪教授的大作有论及。本人对此赞同。

最后，引用纪教授的话来结尾：既要有主义又要有问题。不过，个人将其颠倒过来，先谈问题，后谈主义。期待我们去探讨最核心的问题：1、商事交易的特殊性在哪？对此，需要考察：有哪些特殊的市场交易现象？这些特殊交易现象是如何运作的？存在着哪些事实上的规则。2、如何归纳商法规范的特殊性？传统理论，特别是一些教材的归纳结论可能值得推敲。比如，赞同张教授的观点，商法规范的强制性不等于商法的公法化。3、最后才是，如何在法律实践中贯彻这些特殊性？如何实践？如何表达？

3. 姜一春（烟台大学法学院教授）



客套话就不说了，直奔主题。

先谈尾崎安央教授的发言。日本学界对于民商合一，还是分立，以及民法商法化、商法民法化，商事色彩等问题已经争论了数十年，但也就是局限于学术争论，并未涉及法典化问题。从商法的立法和修改过程看，日本的商法典迄今为止，一直在减肥、瘦身，形象化说吧，以前商法典很肥胖，为了瘦身，从2005年开始，商法典中的公司、票据、破产法都分离出来，独立成单行法，2016年，货物运输、海上货运等内容也计划单独分离出来。这样看来，商法典就剩下商法总论和商行为法了，特别是商行为法基本被掏空了。也就是说商法典中除了商法总论，已经没有实质内容，从日本的商事法律的修改情况看，以后商行为法也没有什么实质内容，可以说是商法典名存实亡，已经形骸化了。但是按照尾崎安央教

授的说法，商法典瘦身，并不等于日本在走向民商合一，日本商法在民法化。如尾崎安央教授提到了 B2B 的例子，一些商事特殊的交易活动，今后虽然不能从商法典角度去规范，也不能够从民法的角度规范，因为民法的规范很难适用于一些特殊的商行为，而是应该由单独的商事特别法加以规范，单方面的商行为如果从民事调整，从这个角度也不合适，可以说在当今谈民商合一，不符合市场发展规律，民法不能够包罗万象，这就是他的观点。尾崎安央的发言比较务实，我想起毛主席在延安整风时讲到，我们研究问题不可以从理论到理论，研究一些问题，要跟实际结合起来。我可以明确感受到他不赞成民商合一的。

另外对于纪教授的发言，发言内容和他的文章不是太一致的。从发言内容看比较折中，对民商的结构框架研究很到位，分类较细，如大合一、小合一的结构，也考察一些历史上欧洲很多国家的商事法律的演变，他认为意大利是民商合一比较典型的国家，民商合一的理论基础来源于法西斯主义。纪教授的观点跟樊涛教授的观点结论是基本一致的，一个是主张来源于纳粹主义，樊涛教授主张是帝国主义。樊涛教授个性比较直接，我们非常赞成他的治学态度。

还有其他人的一些观点，如范健教授的讲话，我就不评论太多了，范老师的观点是从另外新的角度，从欧洲的商事法律的发展历史上，提出商人伦理的颓废，宗教伦理的弱化，才出现民事法律的规范。应该是商事法发展在先。民法是后来才出现的。从商法国际化看也一样，商事法律的独特性也是比较典型的，并不能够从民商合一角度解决这些争议问题。

【自由发言】

范健（南京大学法学院教授）

只有商人享用这个法律，一般老百姓不能盈利，只有商人做事情的时候，商人自己的团体做一个规则，我们可以高利贷借钱。当时一开始就是商人，老百姓都是自己调整。第二个情况，当年拿破仑时期，既然商人可以挣钱，老百姓不能挣钱，我让老百姓一起挣钱，发现法典出来之后，这个还不行，老百姓跟商人还不一样，后来制定了商法典。1807 年制订民法典之后，商法典诞生了，当时情况是什么呢，为什么提出来，个人、商人都享受这么一个同等的权利，主要是原来最激进的以贸易为主，慢慢的走向生产。大家获得利益，都可以挣钱，为什么

不可以了。这个是在 19 世纪在商法、民法需要不需要平权，在政策利益取消商人特权。所以德国商法典起草之前，都有一种批评的，商人规定的法律都是一种特权。为什么意大利时期的纳税，实际上一种激进的事情，有法律特权，这种在欧洲上世纪一直主导。中国 20 年代民法典起草也是受这种影响。

我们所有的产品都是以物为主，你个人一个人生产的，你几个人合起来生产的，我们都生产一个东西，为什么有差异。现代社会面对重大的生产方式的转变。原来我们以生产转变为主的，现在我们把金钱作为标的物。第二类，全世界面临技术革命、产业革命，接下来网络形成特殊的载体，已经超过了我们自然人的想象。这个机器人出现，带来不可操控性，这是一种特殊的组织形式。这样的背景下，我们社会是以营利为主的组织体。

举个最简单的例子，我们现在 P2P，很短的时间内，一千多家 P2P 破产，一年多全国有几百亿、几千亿资金被销掉了，我们根本没有遇到金融公司怎么监管，老百姓钱怎么来做的，老百姓生活的钱，进行营利的钱怎么区别。原来的社会一个是劳动产生的收入，第二个我们换工厂产生的资本盈利，第三个通过钱赚钱，第四个赌博，赌产一开始是监管的。后面谈了为什么 100 年商法一层层的剥落，不是商人理念不需要，而是面对社会的变革。原来立法跟不上时代的发展。德国商法典面对一个有限公司，法典要不要写进去，然后合伙企业法出来了，商人起草这个法律，遇到不可预定性。现在就是商法这种特殊的发展超出了一般法律的预见性，所以它的发展变化，今天我们很少完整的体系，按这个理念构建一种发展的体系。

(以上部分发言未经发言人本人审阅)