

商法“独立性”特征之再辨析

——基于历史视角的考察

夏小雄

摘 要：若想充分理解商法的“独立性”特征，不仅应当从体系维度加以分析，更需从历史维度加以阐释。具有“独立性”特征的商法体系建构于中世纪后期，其发展初期具有“自治法”的特征。进入到君主国时代之后，商法的独立性特征得到维持，但已从“自治法”变为“国家法”。商法法典化之后在形式上具有最强的独立性，但调整重心已从“商主体”转化为“商行为”，具有较强的“客观性”。“私法商法化”之后商法在形式上失去独立性，但是实质性的独立地位依然得到维持。法律秩序的宪法化和经济发展的全球化对于商法的“独立性”地位也有影响。商法“独立性”特征的历史考察对于我国民商法关系的重构和民法典的制定具有重要参考价值。

关键词：商法典 自治法 私法商法化 民商合一

中图分类号：DF59 **文献标识码：**A **文章编号：**1673-8330(2016)05-0083-11

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2016.05.008

引 言

在民法典即将制定的时代背景下，如何处理民法典编纂和商法的关系成为近年来学术界热议的话题。^①当前民法典编纂工作始于“民法总则”的制定，但无论是全国人大法工委民法室拟定的草案稿，还是学术研究机构提供的建议稿，均不能充分反映当下经济社会关系已经“商事化”的要求。^②为此，学者们对于民法总则草案如何更好兼容商法内容提出了各种完善方案。^③与此同时，学

〔作者简介〕夏小雄，中国社会科学院法学研究所助理研究员，法学博士。

① 典型的文章如王涌《中国需要一部具有商法品格的民法典》，载《中国法律评论》2015年第4期；蒋大兴《论民法典对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》，载《比较法研究》2015年第4期；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》，载《现代法学》2015年第6期等。

② 2015年中国商法学会针对民法总则草案组织了多次研讨，重点讨论了商事法律关系、商主体、商行为等内容如何纳入到民法总则之中，而在既有的草案之中这些问题并没有得到应有的重视。

③ 例如王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，载《法商研究》2015年第4期；周林彬《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条款的修改意见为例》，载《社会科学战线》2015年第12期；蒋大兴、王首杰《论民法总则对商事代理的调整——比较法与规范分析的逻辑》，载《广东社会科学》2016年第1期。

界特别是商法学者对于民法典体例下民法与商法的关系走向也进行了深入的探析,其中主流学说意见认为应当在民法典之外制定“商法通则”并继续完善商事特别立法。^④

本文无意于去全面检讨上述问题,而是选择将商法的“独立性”特征作为思考基点,并试图以此为基础“另辟蹊径”探求解决上述问题的可能方案。对于商法独立性的理论基础和制度构造,我国商法学者已有较为深入的研究。^⑤但是,从制度变迁维度来看,商法的“独立性”特征在不同历史时期具有不同的表现形式,对于这些不同阶段差异性特征的把握有助于更好理解商法体系的多元性、开放性、发展性等基本属性。遵循这一问题意识,本文主要考察商法在不同历史阶段“独立性”的制度特征体现以及相应体系建构,并在此基础上试图为理解当下中国法语境下商法的“独立性”特征及其体系建构选择提供参照建议。

一、中世纪商法“独立性”之建构及其表现

尽管存在学理上的争议,但学界通说普遍认为商法起源于11世纪晚期和12世纪地中海沿岸城市共和国。之所以有此结论,是因为在此阶段商法已经逐渐形成了自身的独特特征,相对于罗马法、教会法、封建法而言已经发展出了具有“独立性”的法律规则体系。^⑥

中世纪商法是新兴商人阶级创设的“自治法”。从12世纪初期开始,地中海沿岸城市聚集了越来越多的手工业者和贸易商人,跨区域商业贸易也逐渐繁荣起来。为了更好规范城市贸易的发展,各个领域的行业协会也得以大量成立。在此基础上,商人们创造了大量关于商业贸易的成文规范用于调整商人之间的交易活动、行会内部的各类争议。这些自治规则的丰富发展并未受到政治权力的干预,纯粹是由商人们根据实践需要加以创设,并且主要用于确认商人的特殊权利和相关义务,仅适用于从事商业贸易的商人主体之间。在某种程度上可以说,中世纪商法的适用范围具有狭隘性,仅是商人阶层的特殊性法律而非城邦社会的普遍性法律。在有些学者看来,中世纪商法的形成本身是一种伟大的“法律拟制”,商人通过这种特殊的法律技术建构自身权利的做法是人类立法史上的一次伟大尝试。^⑦

从法源构成来说,中世纪商法的法律渊源具有“多样性”特征。为了有效规范商业贸易发展,各个地方行业协会的章程对于商人资格的获得、商业贸易的开展、商业合同的签订、商事争议的处理、行会内部的管理等事项确立了较为详尽的规则。例如佛罗伦萨、比萨、帕尔玛、罗马、维罗纳、米兰等地的行会均制定了较为完善的章程,对于商事交易的各个方面提供了丰富的法律规则;^⑧在长期的商业贸易实践中,商人之间通过不断完善契约条款,也发展出了较为完善的习惯法规则。这些习惯法规则得到整理之后形成书面形式的规则汇编,也成为了调整规范商人行为和商业

④ 这一思路是尊敬的王保树老师最先提出并积极倡导的,这一倡议得到了商法学界很多学者的赞同。对于《商事通则》的理论阐释,参见王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》,载《法学研究》2005年第1期;赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

⑤ 典型的文献如张谷《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载《清华法治评论》2005年第2期;赵万一:《商法的独立性与商事审判的独立化》,载《法律科学》2012年第1期;王煜宇《商法的独立性刍议》,载《西南政法大学学报》2005年第5期;周晖国《商法市场本位论——兼论商法的独立性》,载《南京大学学报》2006年第5期;苗延波:《论商法的独立性》,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第1期;熊进光《论商法的独立性》,载《江西社会科学》2003年第6期。

⑥ 例如,德国著名商法学者 Levin. Goldschmidt 和意大利著名商法学家 Cesare Vivante 都认同这一结论并做了详细论证。Goldschmidt Levin, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino 1902, p. 83ss; Vivante, Cesare, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1902, p. 2.

⑦ 前引⑥Vivante, Cesare 书, p. 5.

⑧ Statuto dell'arte della lana di Firenze 1301, Breve Mercatorum di Pisa del 1316, Statuti dei mercanti di Parma 1215, Picacenza 1263, Brescia 1313, Roma 1301.

贸易的重要规范。例如,热内亚、比萨、米兰等地的商人们就组织编写了习惯法规则汇编,成为规范商业经营行为的重要基础;^⑨商人法庭在长期的裁判实践中也对于上述习惯法规则和行会章程所确定的成文规则进行了充分解释适用,使得这些规则得以体系化发展,从而完善了既有商事交易制度和商法规则体系。

从规范内容来说,中世纪商法规则主要与商业贸易有关,并建构了一系列具有特色的法律规则。这些法律规则与罗马法规则有所不同,旨在保护商人阶层的利益,进而实现促进交易效率、保护交易安全等目的。上述特点在合同法、物权法、合伙法等领域表现得尤为明显。

在合同法领域,合同不再被视为取得财产特别是不动产的方式,而是被视为营利的“工具”,商人们通过不断缔结合同“购买”“出售”商品进而获取利润。合同的成立不再受到罗马法严格形式要件的约束,商人可以选择灵活的方式缔结合同,他们之间的合意成为了合同效力的来源。为了促进商业交易,合同法领域确立了有利于债权人的相关规则,这些新规则已经突破了罗马法有利于债务人的传统制度框架。^⑩例如,Galgano教授就总结了以下几点商法创新规则:基于合同而生的支付必须立即进行,不允许债务人从法官处再获得履行宽限期;债务人必须以金钱进行支付,否定了罗马法中的必要替代制度;债务人对于自身延迟支付的行为必须承担相应法定利息。^⑪

在物权法领域,与罗马法强调静态归属关系保护不同,中世纪商法特别重视财产流转过程中对于交易关系的维护、交易安全的保障。如果受让人是从公共商人处以合理价格取得盗赃物,被盗物所有人不能通过所有权返还之诉获得保护,受让人可以获得盗赃物的所有权。值得注意的是,这一制度并非强调保护受让人的善意信赖利益,因为相对于所有人而言,受让人所享有的法益并无绝对优先性。中世纪商法确立这一制度在于强调商人利益的保护,旨在防止各种形式的返还之诉破坏商事交易的稳定性,使得商人从事的各项交易能够快速进行。^⑫此外,中世纪商人法在不动产租赁等领域也确立了有利于商人的法律规则。例如,佛罗伦萨的商人阶层就在同传统贵族的斗争中取得了优势地位,确立了防止租金任意提高的规则。^⑬

在合伙法领域,中世纪商法更是取得了突破性的进步。在罗马法时代,虽然也存在合伙契约制度,但是相关法律规则只是用于调整合伙人之间的关系,对于合伙财产、外部关系等欠缺完善的规范。中世纪商业贸易特别是海上贸易的兴起使得合伙制度得到了快速发展,商人们通过运用合伙制度筹集了更多风险资本,进而可以更好地开展各类商业活动。对于合伙的债务,中世纪商法改变了传统罗马法的规则,要求所有的合伙人均需承担无限连带责任,这种制度模式对于与合伙进行交易的第三人而言构成更为有效的保障,有利于促进商业交易的进行。同时,对于合伙事务的执行,不再需要遵循合伙人一致同意原则,任意一个合伙人都可以行使执行合伙事务的权限,同时也均会导致所有合伙人对于合伙债务的无限连带责任。^⑭中世纪商法确立的这些规则旨在促进商业活动的顺利开展,从整体上保障商人利益的实现和交易安全的维护。这些规则构成了中世纪商法的典型特征,也是商法“独立性”的主要体现。

值得注意的是,中世纪商法体系独立性的建构也和商法学者对于商法规则的体系梳理密不可分

^⑨ Consuetudines di Genova 1056, Constitutum usus di Pisa 1161, Liber consuetudinum di Milano 1216.

^⑩ Lopez, Robert Sabatino, *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Einaudi, 1975, p. 94.

^⑪ Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*, Il mulino, 2001, p. 45.

^⑫ L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1968, p. 33ss.

^⑬ 前引⑪, p. 46.

^⑭ 韦伯的博士论文主要讨论中世纪商业合伙制度。传统的韦伯研究对于这一著作缺乏足够的关注,使其学术价值没有得到应有重视。事实上,韦伯博士论文指导老师是德国19世纪末期著名商法学家 Goldschmidt, 韦伯写作此书很大程度上是受其导师影响,试图通过对于中世纪地中海沿岸城市合伙的研究证明商法起源于12世纪。韦伯的这一博士论文已经翻译成中文,参见[德] 马克斯·韦伯《中世纪商业合伙史》,陶永新译,东方出版中心2010年版。

分。由于这一阶段商法法源形式以习惯法、裁判法为主,在体系性、科学性方面难免存在缺陷。为了便利商法规则的适用,从14世纪初就有学者开始尝试整理商事实践中应用的商法规则,例如弗朗切斯科·巴尔杜齐·佩格罗蒂就曾编纂了一本《商业实践》(Pratica della mercatura),但这种整理还仅是简单的汇编、而非系统的整合。直至16世纪中期斯特卡拉完成《论商业》一书之后,商事法规则才得到初步体系化的整合。^⑮ 该书的论述框架相对而言已经较为成熟,具体包括以下八个部分:商业一般原理、商人义务、经营商业的必要条件、商业形式、商人合同、海洋贸易、商业活动的中止、商人法院程序。斯特卡拉充分运用了其所掌握的罗马法理论知识和研究方法,对于繁杂的商事习惯法规则进行了研究重构,基本奠定了现代商法的体系基础。^⑯

二、君主国时代商法“独立性”之变化:从“自治法”到“国家法”

16世纪中期之后,随着现代民族国家的逐渐形成发展,不同新兴国家之间的经济商业竞争也日趋激烈。特别是随着新大陆的发现和海洋贸易的发展,商业中心也逐渐从地中海沿岸城市转移到大西洋沿岸的西班牙、葡萄牙、荷兰、法国、英国等国家。为了获得竞争优势和增加国家财富,部分重视商业贸易发展的国王逐渐介入到商业活动中来,对于商业贸易持鼓励支持的态度并积极推行“重商主义”政策。^⑰ 商法的发展也日益受到国家权力的影响。尽管商法的独立性依然得到维持,但是已经具有了同中世纪商法不一样的新特征。

国家权力首先介入了商法律规则创制领域。与此前商法自生自发的法源建构机制有所不同,君主国时代的国王试图通过立法加强对商业活动的控制。商人创造的交易规则和商事习惯不能直接作为调整商业贸易的法律规则,而是必须立法确认之后才能正式成为商事法律规则。商人行会也不再是商人之间的有效自治组织和规则制定机构,而是被纳入了政府行政管理体系,在一定程度上变成了国家管制商业贸易的机构。经过此种调整,商法在一定程度上逐渐转变成为“国家法”。例如,法兰西国王查理九世在1563年就制定了规范商人法庭的规则,使得商事审判权力从“商人”手中收回到“国家”手中。更为典型的则是路易十四在1673年制定的《商事条例》,将既有商事法律规则通过成文立法形式体系化加以呈现,全面而深入地介入到商业活动的管制。例如,强制要求商人进行登记,强制要求商人保存会计账簿,对于商人缔结的合同要求采取书面形式和履行登记手续,对于欺诈性破产给予死刑处罚。^⑱ 在法国当时的著名法学家多玛看来,商法已经具有强烈的主权属性,其内容取决于国王的意志而不再遵循自然法规则。^⑲

国家权力对于商事立法的干预使得商事法律规则的建构不再遵循“自生自发”的原则,商法法源体系的“多元性”特征逐渐受到削弱,成文立法的地位和功能变得日益重要。随着商事成文立法的渐趋成熟,商事法律规则体系也不断完善,特别是随着《商事条例》的制定,法兰西境内的商事法律规则已经初步实现统一。在当时多种法律并存的情况下,商事法领域率先实现了法律规则的统一,这不仅有利于商业贸易的发展、商事争议的解决,而且对于后来通过法典化方法统一法律规则也存在影响。值得注意的是,法国民法典制定之后民法法律规则才得以初步统一,但是商法规则的统一性建构在17世纪已经基本完成。

在这一时期,商法在内容上也存在很多创新之处,进一步适应了商业贸易发展需要。其中,特

^⑮ Ascarelli, Tullio, *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, 1962, p. 10.

^⑯ A. Lattes, *Lo Stracca giureconsulto*, in *Rivista di diritto commerciale*, volume VII, 1909, p. 624ss.

^⑰ Luzzatto, Gino, *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, Cedam, 1955, p. 295.

^⑱ 前引^⑮, pp. 27—34.

^⑲ Tarello, Giovanni, *Sistemazione e ideologia nelle “Loix Civiles” di Jean Domat*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1972), pp. 136—157.

别值得注意的是以下几个方面的内容:

一是股份公司的出现。为了开拓海洋贸易,荷兰、英国、法国在此时期纷纷成立了股份制的“东印度公司”,其中1602年的荷兰东印度公司是世界上第一家股份制公司。这些公司虽然均为特权公司,其设立均需要获得国王的特别授权,但都具有独立的法人格,旨在筹集资本用于拓展海外贸易。这些殖民地股份公司的财产独立于股东的财产,对外承担责任的财产范围也仅限于公司财产。所有股东仅以认购股份为限对于公司债务承担责任,无需再以个人财产承担连带清偿责任或补充清偿责任。股东持有的股份具有流动性,股东可以将其转让给其他主体。在当时的情况下,商人们可以通过认购股份的形式参与到更多投资活动,进而享受到更多投资收益。股份制公司的出现使得社会财富股票化,这也进一步促进了商业贸易的发展和商人阶层的壮大。^{②①}

二是股票市场的建构。随着股份制公司逐渐增多,商人们转让手中所持有股票的需求也日益兴盛。随着股票转让交易的繁荣,股票交易市场也得以发展起来。根据学者们的考证,股票市场最初形成于比利时的布吕赫和安特卫普,最终在阿姆斯特丹形成了较为规范的股票交易市场,此后在伦敦和巴黎也形成了较大规模的股票交易场所。经过长期的实践,股票交易规则也逐步得以完善。^{②②}

三是汇票制度的发展。16世纪时在佛罗伦萨已经出现了票据转让的现象,17世纪时票据转让在法国、意大利等地区已经较为普遍,票据的背书转让已经成为债权转让的重要工具。在此基础上,通过法国《商事条例》等成文立法的制定为票据转让确立了一系列实体法和程序法规范,重点解决了追索、承兑、背书等实践争议问题。

值得注意的是,虽然此阶段商法已从“自治法”转变为“国家法”,但是商法的“主观法”属性并未得以消除。商法依然是只适用于商人阶层,依然属于商人阶层的特殊性法律。即使商人法庭已被纳入到国家权力管制范畴,法官却通常是由经验丰富的商人担任。此外,即便这一时期各国国王强化对于商事贸易的干预,但是这种干预并未从根本上影响到商人的营业自由。与之相反,在重商主义政策的影响下,商人的营业活动得到了更多的支持和鼓励,商人营业自由的深度和广度反而得到进一步扩展。在此背景下,可以说商法的“独立性”特征的表现形式虽然存在一些变化,但在国家权力的影响下却得以进一步强化。

三、法典化时代商法“独立性”之强化:从“主观法”到“客观法”

进入到19世纪之后,商法的独立性得到进一步强化,各个国家通过制定商法典的形式使得商法的独立性获得最为彻底的表达。1806年法国制定了世界上第一部商法典,确认了商法和民法分立的“双轨”法律体系,并且进一步发展完善了商事法律规则。在此体系下,民法主要被视为保护各类财产特别是不动产的法律,其中并不包含商业活动的规范。商法则被视为传统商人阶层和新兴工业资产阶级的法律。^{②③}此后,欧洲其他国家也纷纷制定商法典。例如,1829年西班牙商法典、1833年葡萄牙商法典、1861年德国一般商法典、1865年意大利商法典等均堪称商法发展历史中的经典立法。这些商法典的制定本身就是民族国家发展壮大的产物,较为典型地体现了启蒙主义立法理念。在当时流行的社会思潮下,立法权是主权的重要组成部分,立法者在立法过程中必须保障主权的统一性和完整性。因此,必须通过法典化的立法确保主权领土范围内法律规则的一致性,同时使得所有人的自由、平等、独立等原则能够得到实现,在商事交易领域这些要求也必须加以贯彻。通过商法典的制定,主权国家立法机构实质上已经垄断了商事法律规则的制定权,使得商人阶层和

^{②①} 前引①, pp. 83—85.

^{②②} 前引①, pp. 38—39.

^{②③} G. Montanelli, *Introduzione filosofica allo studio diritto commerciale positivo*, Pisa, 1847, p. 80.

商业贸易均被纳入到国家主权规制范围之内。

尽管如此,商人的经营活动并未受到严格限制。与之相反,商法的法典化进一步发展强化了营业自由原则。以法国为例,大革命使得传统行业协会的力量受到极大削弱,开展营业活动的诸多外在约束障碍均被清除。任何人均可以开展营业活动,政府原则上不干预商人的经营活动,营业自由的原则得以初步确立。这种根本性变革反映了当时经济自由主义思潮的要求,适应了商人阶层开展工业化生产的需要。从另外一个角度来看,这种转变也体现了商人阶层成为主导政治力量之后的一种政治表达,商法典的制定本身就是商人阶层政治诉求的体现。^{②③}

值得注意的是,由于这一时期的立法思潮强调平等原则的贯彻,主权国家的立法对于任何社会阶层都必须平等加以适用。在此背景下,商法也不再视为商人阶层的“特权法律”,而是转变成为调整商行为的普通法律。换言之,商法已经从“主观法”向“客观法”加以转化。以法国商法典为代表的各国商法典不再以主体特征作为适用标准,而是强调对于商行为的规范和调整。商法典的体系构造也转变为以“商行为”为核心,各种类型的商行为成为了主要规范内容。首先,商法典必须明确商行为的基本特征,以便判断特定行为是否属于商行为。例如《法国商法典》就通过第632条和第633条明确列举了14种商行为类型,界定了商行为的外延范畴;其次,明确商事法院的案件受理标准为与商行为有关的争议,而不再以争议主体是否为商人作为案件受理依据,这就使得一方主体为商人的争议也可以进入到商事法院进行裁判。

在此背景下,法典化时代的商法与此前的商法已经呈现出一定的“断裂状态”,虽然依然具有较强的独立性,但是理念基础和制度体系已经存在显著变化。商法与民法的关系也发生了变化,在具体适用过程中需要遵循“一般法”和“特别法”的逻辑。商法规范,无论成文法规则,还是习惯法规则,原则上优先于民法规则加以适用。

就此阶段商法的“根本性发展”而言,主要包括以下几个方面:

一是完善股份公司法律制度。《法国商法典》第一次明确了股份公司的法律地位,并且围绕股份公司的经营管理建构了一系列规范制度(如股东会制度)。在《法国商法典》立法之时,股份公司的成立依然需要经过政府的批准。经过1863年和1867年的改革之后,股份公司的股东无需履行批准程序,而是可以在满足法定条件的情况下自由设立股份公司。股份公司制度可以为大工业生产的推进充分筹集资金,同时也能使得投资人借助有限责任机制分散投资风险。同时期其他国家的商法典也均确认了股份公司制度并且逐步取消了股份公司成立的审核制度。这一新型商事组织的广泛运用极大推动了工业化的开展。

二是确立了票据无因性原则。为了便利债权的流转和促进票据的使用,这一时期的法学家在总结票据流转实践经验的基础上,进一步发展完善了票据转让制度。其中,特别值得一提的是,德国法学家 Einert 对于票据的无因性原则进行了深入的阐释,这一理论研究成果也影响到了1848年德国票据法的制定。^{②④}

三是完善了证券法律制度。随着股份公司的大量设立,股票的转让交易也日益活跃。为了防止股票交易欺诈、操纵等不当行为的发生,同时更好地保护股票投资者,现代意义上的证券法也得以初步发展并略具雏形。一些保护投资者利益的制度措施得以确立,比如,中小股东可以针对股东会决议提起诉讼;限制大股东的投票权,在一定程度上突破“一股一票原则”的限制(例如1882年《意大利商法典》第157条规定:持股数量在5股以下的股东享有一个投票权,持股数量在5股以上100股以下的股东每5股享有一个投票权,持股数量在100股以上的股东每25股享有一个投票

^{②③} 前引①, pp. 93—99.

^{②④} 前引①, p. 56.

权)。概而言之,法典化时代商法的根本变化在于其“客观化”特征的建构。但是,从“主观法”到“客观法”的特征转变并未影响商法的“独立性”特征,反而在一定程度上使之得到强化。

四、“私法商法化”及其对商法独立性的影响

随着工业化大生产的推进,传统的经济社会生活形态发生了根本性的变化:许多贸易商人逐渐转变为工厂主,商业资本转化为工业资本,工业生产而非商业贸易成为财富积累的主要途径;进入工厂的劳动者越来越多,他们和工厂的依存关系越来越深;工业化大生产使得商品日益丰富,商品交易的范围、频次也逐渐增多;传统的农业经济领域超越了自给自足的封闭经济形态,逐渐融入到工业经济发展大潮之中。

在此背景下,整个社会经济生活就朝向商业社会、工业社会、资本社会进行转变,工业革命的不断深入、资本主义的发展对于法律制度体系提出了“整体性”变革要求。私法法律体系必须根据经济社会发展需要作出根本性调整,原来专属于商法领域的法律规则(如促进合同成立、优待债权人、保护善意信赖等)被应用于整个私法领域,商法规则的适用空间得到极大扩展。法国 Ripert 教授将这种过程概括为“私人法律关系的商法化”或者“私法商法化”。^⑤在当时的学者看来,私法的商法化是社会变迁的必然结果,回应了大工业化生产时代的需要。商法规则的扩展适用可以弥补既有法律体系的漏洞,使得实践中发生的各类争议能够得到更为妥当的解决,也能更好地促进各类交易的高效开展。私法商法化使得传统民法领域引入了很多商法规则,传统商法规则也扩展适用到了非商人之间的法律关系。例如,《德国民法典》制定过程中就参照《德国一般商法典》第306条引入了第932条关于动产善意取得的规则。私法商法化使得交易效率、交易安全等法律价值得到更多强调,善意信赖、财产流转等传统商法所侧重的要素得到了更多的重视。^⑥

商法超越了传统的狭隘适用范围而获得了“普遍性”适用,似乎也在一定程度上失去了其“独立性”,因为商法规则和民法规则已在一定程度上趋于统一,商法典似乎也没有再继续存在的必要性。特别是在债法领域,民法规则和商法规则的刻意区分已经不再适应时代的需要,传统民法典中的大部分合同法律规则都应当被商法典中的合同法律规则所代替。这一问题也引起了学者们的深入讨论。以意大利为例,Cesare Vivante 教授认为商法和民法的分立本身就是人为的,在私法关系已经商法化的背景下如果继续延续此种分立格局,必然会危及法律的确定性。商法法典化事实上已在一定程度上造成新的“法律特权主义”,如果对于非商人也适用这些旨在保护商人利益的法律规则,可能造成新的不平等现象出现。在此基础上,他提出意大利应向瑞士学习进而制定统一的债法典,以便消除两个法典并存造成的冲突,并使得平等原则能在私法关系领域得到有效贯彻。^⑦

当然,也有很多学者认为商法形式上的独立地位依然需要维持,因为商法有其独立的法源体系和特殊的适用范围。对于商法的扩张适用,他们提供了多种理论进行解释:有人认为应对商法规范进行进一步类型化区分。部分法律规范属于从民法规范发展而来,与民法规范具有共同性,将其扩展到民法争议本无问题。部分法律规范则“背离”了民法一般原则,具有自己的特殊适用领域,这些规范恰恰是商法构成“自治法”的决定性依据;^⑧有人认为商法应当属于一般法和特别法之外的“第三种法(tertium genus)”,因而不受特别法适用逻辑的约束,可以广泛地进行类推适用。^⑨

^⑤ Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1951.

^⑥ 前引①, p. 126.

^⑦ 前引⑥ Vivante, Cesare 书, p. 14ss.

^⑧ Navarrini, U, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, Torino, 1913, p. 55.

^⑨ Vidari, Ercole, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1900, p. 93.

随着学术论争的逐渐深入,主张民商合一的立法思路最终占据了主流地位。这种立法思路充分反映了“私法商法化”的理念构想和体系逻辑,最终反映在具体民商法立法上则体现为以下两种模式:一是在局部领域实现民法规则和商法规则的统一,如制定具有民商合一特征的债法。^{③①} 1881年瑞士债法即是这种模式的典范;二是制定统一民法典,将民法内容和商法内容统一规定在民法典当中。这一模式的代表便是1942年意大利的统一民法典。^{③②}

当然,在经历上述体系调整之后,学者们对于商法“独立性”的争论并未“终结”。以意大利为例,在1942年统一民法典制定之后,部分学者认为尽管传统商法典内容已被纳入到民法典之中,但商法的“独立性”并未受到影响,只不过商法体系的建构不是以“商行为”为核心,而是转而以“企业”概念为基础。^{③③} 另外一些学者也认为商法的独立性依然存在,但论证基础在于商法规范的特殊性,包括例外性、特别性、商事性等特征。这些特征的存在使得商法规范虽然内在于民法典之中,但依然具有“自治性”和“特殊性”的特征。^{③④} 当然,也有部分学者认为商法的“独立性”地位不能继续维系,因为民法典中的商法规范只是在调整对象上具有特殊性,在解释、适用等方面则与民法典中的其他规范没有差异,不具有实质意义上的独立特征。^{③⑤} 时至今日,这一问题依然受到商法学者的热烈讨论,有学者基于商事交易实践发展需要提出了将商法“再商法化”的主张。^{③⑥}

在强调“私法商法化”特征的同时,也需要注意此阶段逐渐出现的“商法碎片化”现象。^{③⑦} 随着商事法律制度的渐趋成熟,越来越多的商事单行立法得以制定,其中最为重要的便是公司法、票据法、海商法、保险法等特别法在一定程度上已经“掏空”商法典的内容。此外,一些国际性条约的制定(如票据国际公约、工业产权国际公约)也进一步加剧了商法的碎片化程度。

除此之外,随着政府管制在经济领域的逐步深入,商法也逐渐出现了“公法化”的倾向。国家对于商事主体、商事交易、商事争议的干预也越来越多,公共规制已经成为商法理论研究和实务适用不得不重视的新课题。国家兴办的各类公共企业也参与到经济运行过程之中,对于经济发展的影响也日益重要,它们的设立、治理、运营、责任等问题也都需要传统商法加以积极应对。

值得注意的是,这些现象的出现并没有完全否定商法的独立性。商法在法律体系中的表现形式虽然有所变化,但是民商合一立法的出现、商事特别立法的形成、商法管制主义的渗透并不能影响商法实质性层面“独立性”特征的存续。

五、宪法化时代、全球化时代商法“独立性”之再讨论

(一) 法律秩序宪法化对于商法独立性的影响

如同上文所述,随着私法关系的逐步商法化,大多数国家在进行民事立法时都会选择民商合一的体系,也即民法典的规范内容不限于传统的民事法内容,而是对于私法法律关系做一体化的调整,但与此同时又制定了较多的商事特别法。更多国家采取了这种较为实用的立法模式,单独制定商法典的国家在20世纪是较为少见的。在此背景下,商法貌似在形式上失去了能够完全体现其独立性的载体,但是在实质上的独立性地位依然得到维持。

实际上,这种观察始终是站在部门法视角,或者说站在民法和商法的对立关系视角。而在20

^{③①} 对瑞士债法的详尽介绍,参见殷安军《瑞士法上民商合一理念的形成兼评单一法典理念》,载《中外法学》2014年第6期。

^{③②} Levi, Giulio, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Giuffrè, 1996.

^{③③} Asquini, A, *Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, Riv. dir. comm. (1941): 429.

^{③④} Valeri, Giuseppe, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, Vita e pensiero, 1943, p. 31ss.

^{③⑤} Ferri, G, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, Riv. dir. comm. (1945): 96—102.

^{③⑥} Portale, Giuseppe Benedetto, *Tra responsabilità della banca e ricommercializzazione del diritto commerciale*, Vita e pensiero, 1981.

^{③⑦} 前引^{③⑥}, p. 117.

世纪中叶之后,随着刚性宪法观念的传播,人们更多侧重从宪法秩序视角来思考法律体系的整体建构问题。在此视角之下,商法的独立性问题似乎就成为了一个“假问题”。不管形式意义上,还是实质意义上,对于商法体系问题的思考都必须纳入到宪法整体秩序中来。当然,这种视角的理解必须和二战之后宪法权利文明的成熟、违宪审查制度的发展联系起来。

与19世纪的宪法有所不同,20世纪各国宪法开始引入经济社会权利条款,其中魏玛宪法是此种创新的先行者。二战之后西欧国家新制定的宪法进一步发展完善了经济社会权利条款,经济宪政理论得到发展成熟,其中财产权利条款和营业自由权利条款对于商法发展的影响尤其值得注意。^{③7}

从宪法视角来看,商法中所涉及的股权、保险受益权、票据权利、信托受益权等均属于财产权的保障范围,尽管这些商事权利不是纯粹意义上的实物财产权。立法机构必须通过积极立法促进这些新形态的财产权利得到充分保障,不仅需要防止私人主体的不当侵害,而且应当防御公权力的任意侵犯,进而确保公民的商事财产权利得到确实的保障,为开展各类营业活动奠定财产上的基础。营业自由在商法典化时代就被宪法所确认,但一直被视为一种“宣示性”权利,对于商法的发展并未产生直接影响。在刚性宪法观念的背景下,宪法上的营业自由条款得到了普遍的重视和深入的研究,对于这一条款的解释影响到了商法体系的发展。当然,从宪法秩序视角来看,这些权利也非绝对的,在维护社会公共利益的基本前提下可以对这些权利加以适度限制,但是必须遵循严格条件(例如目标的正当性、适合性、比例原则、符合平等原则)。在此背景下,商事法的立法和司法必须充分考虑宪法价值的贯彻和宪法原则的遵循,特别是宪法中财产权条款、营业自由条款必须得以充分尊重,同时必须考虑平等原则的要求。

在第二次世界大战结束之后,各个国家重新制定宪法的同时大都引入了违宪审查制度,宪法法院的合宪性控制实践使得宪法规范的解释也深刻影响到了商法的发展。上文所述的平等原则条款、财产权利条款、营业自由条款的解释对于商法的体系建构和制度发展尤其有着重要的影响。例如,德国宪法法院围绕所谓的股权财产权作出了一系列判决,将股权的保护纳入到基本法第14条的解释框架之下,对限制股东知情权、排除股东资格等法律的合宪性进行了审查;^{③8}法国的宪法委员会则对国有化法律是否构成对于营业自由的限制进行了深入讨论;^{③9}意大利宪法法院也对营业自由权利的主体范围、表现形式、限制条件等具体问题进行了解释,使得这一宪法条款的内涵更为明确。^{④0}当然,由于财产权、营业自由等权利相对于生命权、人身权、自由权等基本权利的价值位阶较低,因而合宪性审查机构在审查相关商事立法是否构成违宪时往往采纳较为宽松的审查基准。

(二) 法律秩序全球化对于商法独立性的影响

从20世纪后半期开始,随着全球经济联系的更加紧密化,国际化的商事交易得到了更为快速的发展,商品、资本、服务、人力在全球范围内的流动更为频繁。现代金融业也得到了快速的发展,社会财富日益向证券化方向发展,以复杂合同机制为基础的各类创新金融产品不断出现,金融资本在全球经济发展过程中也发挥了越来越大的作用。大型的跨国公司也逐渐得以成长发展,这种新型的商事组织超越了传统企业在地域上的局限性,而将生产运营扩展到世界上不同地域,以便更好地利用全球不同地域的经济资源和市场需求。进入21世纪后,随着互联网技术的发展,全球化

^{③7} 对于经济宪政理论的介绍,参见黄卉:《宪法经济制度条款的法律适用:从德国经济宪法之争谈起》,载《中外法学》2009年第4期。

^{③8} 参见陈霄:《德国宪法上的财产权保障与股东权利》,载《华东政法大学学报》2016年第1期。

^{③9} 资料来源于法国宪法委员会网站: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/libent.pdf,最后访问时间:2016年1月12日。

^{④0} 对于相关判例的介绍,参见Treccani网络百科全书上对于营业自由权利条款的介绍,资料来源于<http://www.treccani.it/enciclopedia/liberta-di-iniziativa-economica-privata>,最后访问时间:2016年1月12日。

进程得以进一步推进,国际化商事交易在广度和深度上进一步得以拓展,例如基于全球资源整合战略下的并购重组活动日益增多。这种全球化的商事贸易发展对于商法的独立性也提出了挑战。^①

传统意义上对商法“独立性”的理解始终是建立在国内法的基础之上。特别是从法典化时代开始,商法典和特别商事法的制定都是视为国家主权意志的体现。对于国际间的商事贸易,始终缺乏较为完善的法律规则加以调整。如果忽视经济全球化对于传统商法体系提出的挑战,依然停留在国内法视角思考商事交易的规制问题,全球化时代跨越国界的商事交易可能就无法得到有效规范,在出现争议之时往往也难以找到合适的裁判依据。为了解决这一困境,必须寻求到全新的法律规范体系和争议解决机制。在此背景下,除了《联合国国际货物销售合同公约》等国际性条约、区域性条约得以制定之外,以商人自治为基础、与国别立法无涉的“新商人法”得以形成。

“新商人法”基于国际商事交易惯例加以建构,并逐渐形成《国际商事合同通则》等成文化的商事自治法律规则。同时,与之相伴的国际商事仲裁争议解决机制也得以发展完善。商人们在从事国际商事贸易时可以选择上述自治法律规则作为合同适用法律,也可以选择相应的商事争议解决机制。“新商人法”的形成在一定程度上挑战了传统国内商法的独立性地位,消除了各国差异性商事法对于国际性商事交易的不利影响,使得全球化时代的商事法律规则体系得到丰富和发展,商事交易也获得了更为稳定的预期。^②

此外,第二次世界大战之后人权观念得到普遍的弘扬,以《联合国宪章》《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会、文化权利公约》《欧洲人权公约》等为核心内容的各类人权国际条约得以缔结。这些国际人权条约对于各个缔约国构成约束,成员国必须确保这些国际条约得到尊重和实施。就商法的发展而言,这些条约也是各个国家建构商法体系时不可逾越的“界限”。立法机构在制定具体法律时必须考虑人权的普遍约束义务,不能通过立法侵害或限制公民的基本人权,特别是经济社会权利。以意大利为例,意大利宪法法院就曾按照国际人权公约中关于财产权保护的要求宣告了部分国内征收立法的无效,强调征收过程中必须按照市场价值标准对被征收者给予补偿。^③就此而言,商法的“独立性”地位在一定程度上也受到了限制。对于商法的体系性思考不能仅局限于实证法秩序的视角,在一定程度上必须回归到自然法思潮的领域,从基本人权视角思考具体商事立法对于财产权利、营业自由的保障和限制是否具有“合理性”。

结 论

从上文的分析可以看出,商法的独立性在不同的历史阶段具有不同的表现形式,全面认识商法在各个发展阶段的基本特征对于我们研究商法基本理论问题具有价值。

在当下讨论中国商法的独立性问题,首先不能忽略我国宪法中对于基本经济制度(如社会主义市场经济条款)的基本界定,以及相应的财产权利、营业自由的保护条款。此前理论界和实务界在一定程度上忽视了宪法规范解释对于商法发展的影响。从宪法整体秩序的视角出发,商法的独立性是具有相对性的。立法者必须基于私法秩序整体视角考察商事法律关系的最佳调整模式,在强化私人自治的同时又为商事交易效率的提升、安全的保障建构合理规范体系。

当下民法典的制定对于公民私权利的保护具有至关重要的意义。但是,不能再将民法典单纯视为民事法律关系的法典。在私法关系已经商法化的当下,民法典必须具有开放性,能够包容传统商

^① Galgano, Francesco, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, *Politica del diritto* 40.2 (2009): 177—192.

^② David, R, *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria*, *Rivista di diritto civile* 1 (1976): 577—90.

^③ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

法内容。具体到民法总则的制定而言,民法总则应当成为私法总则,其关于主体、行为、权利、义务等内容的条款应该能够统摄所有的私法关系。换言之,传统商法中的商主体、商行为等内容也应被吸纳进入到民法典总则,否则其体系内容就是不完善的。当然,处理好这些问题必须具有高超的立法技术,立法者必须充分运用原则性条款、概括性条款使得相应规范具有最大程度的包容性和开放性。

即便如此,我们不能否认商法的特殊性和独立性。尤其是在经济社会高度分化的当下,商事交易变得日益复杂,在商事主体、商事行为、商事担保、商事支付、商事争议等方面必须确立更为具体的规则才能迎合商事实践发展的需要。在此背景下,商事特别法的制定依然具有必然性,商法的独立性需要通过特别法这种载体形式加以维持。

Reconsiderations on the “Independence” Feature of Commercial Law —A Historic Perspective

XIA Xiao - xiong

Abstract: The “independence” feature of commercial law should be analyzed from systemic perspective and be interpreted historically so as to be better understood. Originated in the latter part of the Middle Age, the “independence” feature of commercial law indicated the feature of “self - governance law” during its early development. Since the monarchy times, the independence feature of commercial laws has been maintained yet has transformed from “self - governance” law to “national law”. Upon codification, the commercial law has the most complete independent feature in form, but the core of regulations has transformed from “commercial subject” to “commercial conducts” with more “objectivity”. Since the “private law oriented to commercial law” is developed, commercial law has lost independence in form, but the independence in substance has still been maintained. The constitutionalizing legal orders and globalization of economic development have also affected the “independence” status of commercial law. The historic research on the “independence” feature of commercial laws has great reference value to reconstruction of relations between civil law and commercial law as well as the formulation of civil code.

Key words: commercial code self - governance law private law oriented to commercial law unification of civil law and commercial law