

思想

Articles

# 民法典编纂背景下商事立法体系 与商法通则立法研究<sup>\*</sup>

范 健<sup>\*\*</sup>

**内容提要：**民商分立立法体例既有历史传统，更有现实需求。正值中国民法典编纂之际，国家最高立法机关需要同步规划中国商事立法的体系化、法典化。实现中国商事立法的这一目标，现实路径是：首先制定中国《商法通则》，逐步完成中国《商事法律汇编》，最终实现中国商法典编纂。统筹考虑建立完备的商法制度，更有利于中国民法典编纂的科学性、实用性。

**关键词：**民法典 民商分立 商法通则 商事法律汇编 商法典

## 目 次

### 一、民法典编纂价值取向与民商制度立法安排

(一) 民法对社会关系分类调整功能与民法规范制度设计的相对性

(二) 民法的社会伦理导向功能与商法功能的差异

(三) 民法与商法不同历史走向与民商法的时代定位

(四) 商事立法国际趋同与商法独立性

(五) 民法总则及民法典中的商法制度安排

1. 大民法典与民商法典

2. 小民法典与商法典

### 二、商事立法体系

(一) 商事立法体系的历史回应——“法典化”的上升趋势

(二) 商事立法体系的现实回应——“法典化”的困境解读

(三) 商事立法体系的中国式探索——“法典化”与法律汇编

### 三、商事立法体系的中间路径——商事法律汇编

(一) 商事法律汇编的基本范畴

(二) 商事法律汇编的结构体例——商事通则与具体规范

1. 商事法律汇编的汇编基础需要得到考量

2. 商事法律汇编的结构安排

3. 商事法律汇编的特殊问题

### 四、《商法通则》立法

(一) 《商法通则》制定的理性基础

(二) 《商法通则》的理论构建及体例结构设计

### 五、结语

民法和商法同属私法领域，民法典编纂绕不开民商关系问题。在编纂民法典之际，我们既要探讨民法和商法的立法体例，更要加强商法的研究，探索出商事立法的科学路径，以此促成民法典编纂的科学化，使我国私法领域的立法在部门法的相互作用下，更加系统和完善。

### 一、民法典编纂价值取向与民商制度立法安排

民法典编纂价值取向决定了立法机关能否在符合国情及实践需求的背景下制定出民法典，关系到编纂的民法典能否与国家整体法律制度有机相融。前者是提出民法典编纂任务的基础，后者则直接涉及国家法律体系中部门法的分工效率，两者都要求民法典编纂在科学、正确的价值取向下进行。本文将着重探讨在部门法划分的背景下，尤以民商法制度安排为核心，我国民法典编纂所应确立的价值取向。本文认为，该价值取向应当以民商分立为终极目标。

#### (一) 民法对社会关系分类调整功能与民法规范制度设计的相对性

民法是调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律。<sup>1</sup>大陆法系国家的民法典，基于不同的社会关系将民法典调整的内容予以分类。以德国为例，根据潘德克顿体系，采用统分结构，将民法典分为总则、债权法、物权法、亲属法、继承法五编；除总则之外的四编彼此之间相互独立，分别调整与之相关的社会关系，但在总则的协调和引领下实现有机统一。总则部分规定了人法和物法的共有规则，如主体、客体、法律行为等，分则部分则调整具体的社会关系。民法规则体系构建的基础是社会关系的合理分类，由此，民法规范的适用应当满足争议法律关系属于民法社会关系所辐射的范围这一基本前提。

\* 本文写作中，南京大学法学院研究生丁风玲同学帮助收集整理主要资料，研究生王冬冬、王林帅、周秀婷等同学参与了资料收集和问题研讨。

\*\* 南京大学法学院教授。

1 参见魏振瀛主编：《民法》（第四版），北京大学出版社·高等教育出版社2010年版，第9页。

虽然各国民法典对民法社会关系的分类不尽相同,但在理论界,“民法调整的是市民社会生活关系,包括亲属关系、继承关系、物权关系和债权关系。”这一基本认识则得到广泛的认同。<sup>2</sup>因此,民法对社会关系的分类调整功能,落实到具体的社会关系,体现为亲属、继承、物权和债权四类。此时,若我国民法典的编纂选择民商合一的价值理念,则商事关系必然需要在民法对社会关系的四种分类中找到栖息地,对此,可能涉及商事关系的只有债权关系部分。然而,民法对债权关系的调整主要集中在合同领域,对其他商事关系,如投资行为、票据行为、决议行为、营业行为、附属商行为等所形成的法律关系则超出了民法所能回应的范围。因此,在既有的民法社会关系分类下,民商合一的立法模式是无法实现的。

当然,民商合一的实现有多种方式,根据学者的总结,民法对商事关系的包容可以选择独立成编、独立成章、独立成条、完全融合四种模式。<sup>3</sup>其中,独立成章、独立成条、完全融合都要求商事关系能在既有的民事关系分类下,获得归属地,所以探讨的必要不大。需要分析的是独立成编模式。选择该模式,则必须重构整个民法体系;因为若商事关系独立成编,则商事关系将获得与亲属、继承、物权、债权等相同的独立地位。这意味着,采取统分结构的民法典,其总则部分也应当全部适用于商事关系;根据该逻辑推演,民法总则关于主体的规定应当适用于商主体,关于法律行为的规定也应当适用于商行为领域,这显然不切实际。因为,以商主体为例,商法出于限权理念对商事主体设置了较高的义务标准;用民事主体替代商事主体,要么使商主体的义务减轻,导致实质不公,要么使民事主体义务加重,导致

普遍违法。所以,独立成编模式虽然解决了民法对社会关系分类调整背景下,商事关系无法分类的尴尬,却面临重整民法体系乃至商法体系的困境;从法典编纂效率来看,完全不足取。因此,基于民法的分类调整功能,我国的民法典编纂应当选择民商分立的价值理念。

不过,民法对社会关系进行分类调整只是直观表现,从根本上说,民法调整的是人与人之间的关系。亲属、继承、物权和债权都涉及民法对人和物的确认,但民法最终还是以调整人与人之间的关系为目的,人本性是民法的核心价值。作为民法典的代表性国家,不论是德国还是法国,其民法典都崇尚“理性、自由、尊严、人人平等”等伦理价值观;即便是财产关系,民法的最终落脚也是处理人的关系,人格尊严、人格平等被贯彻在所有民事领域中。而商法对社会关系的调整,则落脚于财产关系,自然人“人格”理念在商事领域被淡化(商事人格关注的是身份与资格,与民法所强调的人格权观念相去甚远)。商人以营利为最终目的,在该价值理念下,民法所关注的人格利益让位于财产利益;更有甚者,人格利益在不具有商业价值的背景下,是可以被忽视的。这点从企业作为商主体,既可以是主体也可以是客体就可以得出。因此,表面上,民商分立价值理念的选择是民法对社会关系的分类调整功能决定的;事实上,该价值理念是民法的人本性与商法营利性之间冲突所导致的。

此外,当我们强调民法对社会关系的分类调整功能时,所谓“民法帝国主义”、民法万能论的观点也就失去了科学性。民法不等于私法,民法仅涉及私法的一部分平等关系;其内在制度逻辑决定了,民法规范制度设计必然具有相对性,

2 徐国栋:《民法调整对象理论比较研究——兼论〈民法通则〉第2条的理论坐标和修改方向》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期。

3 雷兴虎、薛波:《〈民法总则〉包容商事关系模式研究》,载《中国商法学会2016年年会论文集》。

只能调整相应的私法关系。因此，从民法的调整手段到民法的具体规范设计，都指明民法无法包容商事关系，民商分立的价值理念才是民法典编纂的科学选择。

## （二）民法的社会伦理导向功能与商法功能的差异

自罗马法以来，私法被认为是涉及个人利益的法律，是任意的；对当事人而言，协议就是法律。<sup>4</sup>民法和商法同属私法范畴，调整平等主体之间的社会关系，但两者在理论上具有显著性差异：民法以社会（市民）伦理为导向，商法以商业伦理为基础。

民法作为私法的支柱，主要关注人的本体，罗马私法最大的贡献就是将人的伦理精神通过民法形式上升为成文法律制度；罗马私法基于自然伦理法则所构建的私法体系，也成为后人制定民法典的精髓。<sup>5</sup>因此可以说，起源于古罗马法的成文民法以伦理为精髓，中世纪罗马法复兴后相继出台的《法国民法典》《德国民法典》，都是在信奉人类自然伦理理性的基础上编纂的。对此，现代民法学者也普遍认为民法是社会文明的产物，民法体现一国的文明程度，以维持市民社会的伦理秩序为己任。<sup>6</sup>民法对于伦理的维护，既是其具有部门法地位的基础，也是其本身赖以存在的根本。民法具有伦理性，从民法诞生之际就已经确认。

民法所崇尚的是什么伦理精神呢？通常认为“伦理”是人与人相处应当遵守的道德准则。<sup>7</sup>而民法的伦理精神源于人人平等的自然伦理法则，罗马法在此基础上提炼的人格概念，包含“理性、自由、尊严”等为自然伦理法则所倡导的伦理价值观。因此，民法所遵循的伦理应当是以人的平

等、自由、尊严为核心的伦理精神，其中，人人平等所延伸的抽象法律人格是民法的理论基础。

与民法的伦理观相对应，商法也有自身的伦理导向，不过两者具有不同的内涵。商法调整的是经营行为，以推动经济发展获得经济效益为导向，营利是商业伦理的精髓，私人利益的追求在商事领域得到最大限度的释放；营利目的优位于人人平等，在极端的商业扩张中，人甚至可以成为交易对象。因此，商事领域中的伦理追求的是经济效益，主体之间以是否能营利为相处准则。

历史经验表明，民法的社会伦理和商法的商业伦理一直处于动态的对立统一状态：商事伦理对社会的发展有积极意义，也有消极作用。当商事伦理的扩张严重冲击社会伦理时，民法需要发挥调整功能以此消除商法的负面性，此情形主要发生于商事规范空白的情况下；而当商事伦理成为社会公众的普遍认知时，民法应当对其予以确认并吸收。不过，不论是前者还是后者，民法对商事领域的介入仍然以社会伦理导向为基础。民法在市民社会中始终以调整伦理秩序为己任，民法对市场经济中相关社会关系的调整，客观上可以推动经济建设的发展，但是主观上国家的经济建设任务不可能成为民法的任务；以社会伦理为导向的民法，反映的是一国的道德思想水平，是一国经济社会生活条件的抽象化表达。<sup>8</sup>将商事伦理导入民法，不仅会导致整体社会伦理道德水平的下降，也会使国家的文明走向倒退，出现“全民争利”的局面，使人与人之间的关系陷入紧张与不信任的状态中。对此，有学者例举我国《婚姻法司法解释（三）》就错误地以商事伦理来取代民法伦理，背离了传统的家庭伦理情感。<sup>9</sup>

因此，民法和商法的伦理观存在根本性差异，

4 参见胡骏：《论公私法划分起源于古希腊法》，载《法学杂志》2014年第6期。

5 范健：《中国需要一部什么样的民法典》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2016年第1期。

6 参见屈茂辉、粟瑜：《论民法的社会功能》，载《湖南师范大学社会科学学报》2006年第5期。

7 参见何新主编：《中外文化知识辞典》，黑龙江人民出版社1989年版，第49页。

8 范健：《中国需要一部什么样的民法典》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2016年第1期。

9 参见童列春：《民商分立：民法典总则制定体例的理性选择》，载《中国商法学会2016年年会论文汇编》。

以民法的社会伦理导向为精髓，则商事交易推动经济发展的先锋作用将受到抑制；以商法的商事伦理导向为核心，则社会的整体文明将不断倒退，引发社会信用灾难。在同一部法典中兼容两种伦理观，将会使私法失去应有的秩序功能。所以，民商分立的价值理念是民法和商法不同功能以及伦理价值观的必然逻辑结果。

### （三）民法与商法不同历史走向与民商法的时代定位

民法源远流长，在罗马法时期获得成文法地位；商法也具有悠久的历史，然而，通说认为近代意义上的商法直到欧洲中世纪才出现。因此，从渊源来看，民法和商法的分化昭然若揭。民法和商法不同历史走向，以欧洲中世纪为研究对象，可以得到深刻的解读。

欧洲中世纪主要是指西罗马帝国灭亡到英国资产阶级革命时期，彼时，民法经历了从古罗马时期的官方成文法地位到被日耳曼人的习惯法取代，再到中世纪末期复兴的两个阶段。而商法则经历了从商人习惯法到成文法的飞跃，并在中世纪晚期以法国1673年的《陆上商事敕令》为标志进入了近代商法典时期。中世纪早期是民法某种程度上的“没落”，却是商法不断兴起的时期；中世纪晚期古罗马法的复兴更是源于商事伦理与宗教伦理冲突，源于社会构建新的伦理秩序的需求。可以说，先有商法的发展，才有民法的复兴。

民法在中世纪的“没落”，以宗教伦理成为社会行为准则为表现。日耳曼人征服西罗马帝国后，统治了西欧社会，并将自己的法律推行于领土范围内的所有地区；至此，日耳曼人的习惯法取代了古罗马成文法成为统治阶级的法律。统治者为了推广法律的适用，将习惯成文化，从而形成了所谓的“蛮族法典”<sup>10</sup>。该类法典具有迷

信色彩，古罗马法所创作的“人格”在该法中荡然无存，一时间社会的文明急剧倒退，古罗马私法在推崇人格尊严方面的成果消失殆尽。不过，民法早自古代西亚地区就已经以习惯法的形式发端，苏美尔人、巴比伦人、亚述人、赫梯人以及希伯来人所共同缔造的古代西亚民事规范，对基督教的《圣经》产生了深刻的影响，人本性等伦理价值被《圣经》所传承，以宗教信仰的形式成为信徒的行为守则。<sup>11</sup>而日耳曼人在前基督教时期信仰多神教，征服罗马帝国后，为了解决宗教纷争、维护国家统一，日耳曼人通过渐进的方式也逐步实现了基督教化，《圣经》所倡导的宗教伦理成为了日耳曼人的行为准则。因此，虽然该时期国家的官方法律是“蛮族法典”，但宗教伦理所塑造的行为标准也成为人们自觉遵守的信条，从而在一定程度上维系了社会的文明。不过，该时期的伦理标准采用的是宗教伦理，古罗马法所确定的社会伦理价值观，只在有限的范围内反映于宗教当中；宗教伦理成为中世纪的道德伦理标杆，民法只存于宗教法的个别规则当中。

与民法的“夕阳”处境相反的是，在欧洲中世纪时期，商法犹如黎明前的破晓，从零散、杂乱的习惯法，发展成为具有系统性、体系化的成文法。中世纪中后期，商业逐渐复兴，城市逐渐兴起，商人根据自己的规则进行贸易活动，在商事交往中逐渐发展出商事习惯法。<sup>12</sup>商业扩张为城市的发展提供了经济基础，统治者纷纷采取重商主义政策，进一步推动商业贸易的发展，15世纪新航线的开通就是统治者对商人进行商业贸易扩张需求的回应。重商主义政策改变了商人在市民阶层中的低贱地位，英国的苏格兰就曾经规定只有商人才能当市长。<sup>13</sup>商事习惯成为中世纪城市法的重要组成部分，随着商业贸易的繁荣而逐

10 参见任先行：《商法原论》（上），知识产权出版社2015年版，第496页。

11 参见魏琼：《民法的起源——对古代西亚地区民事规范的解读》，华东政法大学2006年博士学位论文。

12 参见杨柱平、杨静：《商法与民法的历史及差异分析》，载《重庆科技学院学报（社会科学版）》2013年第12期。

13 参见任先行：《商法原论》（上），知识产权出版社2015年版，第534页。

步获得成文法地位。法国 1673 年的《陆上商事敕令》就是对商事习惯法规则的总结，是商法规则走向体系化的里程碑；同时也是中世纪商事贸易高度发展的标志，拉开了近代商法的历史帷幕。

在整个欧洲中世纪民商的互动关系上，民法从没落走向复兴，商法是重要的推动因素。中世纪商业的繁荣，不仅使商法成文化，还推动了宗教改革以及民法的复兴。商法推崇以营利为核心的商业伦理，追求现世生活，而中世纪的宗教伦理则奉行禁欲、安贫、出世苦行，反对经商致富。因此，随着商业的扩张，商业伦理和宗教伦理的冲突逐渐加剧，宗教伦理成为限制生产力发展的桎梏；进而引发了寻找替代宗教伦理、维护社会伦理价值、平衡商业伦理冲击的需求，并在此间，催生了古罗马法的复兴运动，意图实现农业社会宗教伦理向工业市民社会伦理的转变。<sup>14</sup> 因此，民法的复兴，就是商业发展推动的结果，但无论如何，从历史发展来看，民法和商法相互关联又各自独立，民商分立的价值理念具有深厚的历史基础。

此外，在时代定位上民法和商法也有所差异。民法具有民族性，往往产生于一国统一安定后；作为文明社会构建的手段，它调整市民社会生活的伦理秩序，是一国文明程度的标尺，也是国家实现统治的工具。而商法则可以超越国家的疆域甚至是国际性的概念，既可成为统一国内经济行为的有效手段，也可成为一国与他国经济交往与话语沟通的规则基础。同样是促进国家统一的中坚力量，民法与商法具有不同的时代定位。欧洲中世纪后期掀起的罗马法复兴运动，使《法国民法典》和《德国民法典》应运而生。然而，不论是法国还是德国，在民法典出台前，都先制定了商法典，其中德国的商法典更是直接促进了德国领土统一的进程。

德国在统一之前，邦国林立，法律混乱，极大地阻碍了商事交易的发展。为了改变该格局，普鲁士积极推动商事成文法的制定，出台了 1727 年的《普鲁士海商法》、1751 年的《普鲁士票据法》、1776 年的《普鲁士保险法》等商事法律，致力于为商事贸易扫清法律障碍，满足商业发展的需求；1794 年出台的《普鲁士普通邦法》更是几乎包含了所有商事领域的基本规则，作为统一商事立法的先锋模范。以上法律的出台，尤其是《普鲁士普通邦法》对于改善法律的混乱局面起了重要的作用。此后，普鲁士在推动商事法律统一的事业上更加积极，1819 年普鲁士推行关税同盟，在其倡导下，德意志国民大会于 1847 年通过了帝国法律《德意志统一汇票和本票》，使德意志各邦国商事法律的统一取得实质性进展；并于 1848 年设立了专门制定《德意志普通商法典》的专业委员会，该委员会根据普鲁士邦和奥地利的建议稿出台了有关草案，最终通过了 1861 年的统一法典，实现了全国商事法律的统一，真正清除了商事交往的障碍。《德意志普通商法典》施行后，商事交易的发展，使商人超越邦国迅速团结，在政治统一之前率先实现了经济统一，为德意志邦国政治统一奠定了坚实的经济基础。

因此，我们可以看到，商法不仅在一国安定后具有保障本国经济秩序稳定的功能，还能成为促进国家实现政治统一的基石。究其原因，正在于商事规范的共通性，商人营利的同质性，商业伦理有别于民事伦理，具有超越国家意识形态的抽象统一性。而该商法所具有的特性，正是体现民族性的民法所无法具备的；民商分立的价值理念不仅是民法和商法具有不同的历史走向所决定的，也是发挥商法独特作用的前提。

#### （四）商事立法国际趋同与商法独立性

德国商法的统一，有政治因素，也有商人推

14 范健：《中国需要一部什么样的民法典》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2016 年第 1 期。

动的社会因素，这与20世纪中叶美国商法的统一有相似之处。德国和美国的经历，只是涉及商法在一国发展中的积极作用，仍然是商法在国内法层面的特性所延伸的商法独立性。事实上，商法的统一，可以在一国领域内实现，也可以在地区乃至世界范围内达成；商法不仅具有国内性，也具有国际趋同性。而该趋同性不仅是现代国家发展的核心问题，也是现代商法独立性之价值所在。

商法的国际趋同性结果，是商法历史发展所致，也是国家努力的方向。法律的趋同，以国内法律的创立和运作过程越来越多地吸纳国际社会的普遍实践与国家惯例，并积极参与国家法律统一活动为表现；指的是不同国家的法律随着社会发展的需要，在国家交往日益发展的基础上，逐渐互相吸收、渗透，从而趋于接近甚至一致的现象。<sup>15</sup>

从商法的发展历程来看，商法经历了“国际法—国内法—国际法”的发展循环，<sup>16</sup>世界商法目前正处于再次国际化的阶段。在近代商法形成之前，欧洲早期的商事立法呈现为国际法性质的商人习惯法。11—12世纪近代城市的兴起，农业改造、城邦经济的发展等因素，使商人阶层迅速壮大。由于当时的欧洲城邦林立，政治上封建割据，陆路交通不便，城市间的贸易主要通过海上运输，从而促成了海上贸易的迅速发展，使商业活动通过海上运输，超越一个地区、城市，甚至是国家，形成了共同的海商习惯准则。<sup>17</sup>此外，商人阶层之间联系密切，共同利益促使其自发地组建了商人基尔特等商人团体，用于协调共同利益，进一步促成了商业以及商人习惯法的发展和完善。15—17世纪的一系列地理大发现，某种程度上就是商业扩张的结果。随着欧洲商人将贸易活动从地中海沿岸扩展到大西洋、太平洋及世界

各地，世界范围内掀起了海外贸易发展的又一轮狂潮，原本适用于欧洲地中海沿岸的海上贸易习惯法，被欧洲带向了全球；彼时的商法虽然主要是商人习惯法，但在世界范围内具有一定程度上的共通性，有国际法的性质。

不过，到了近代民族国家形成时期，自然经济瓦解、资本主义发展、宗教势力衰弱，原先分散于自治城邦和商业团体的立法权逐渐归集于中央集权的统一国家；为了促进贸易的进一步发展，统一后的国家纷纷基于本国国情，制定了商事成文法，商法进入国内法化阶段。19世纪初到第一次世界大战，是近代商法的形成与发展时期，也是商法的国内法化时期。这一时期创造了世界三大商法体系，分别是以客观主义为特征的法国商法法系、以主观主义为特征的德国商法法系、以习惯法、判例法、成文法并存的特征的英美商法法系。然而，即便在这个时期，商法的国际性痕迹依然存在，商人对商业扩张的需求并没有减弱，对国际性商法的渴望只增不减。国际经济法、国际商法、海商法也都在这个时期出现并迅速成长。

因此，商法虽然随着近代民族国家的兴起而走向国内化，但20世纪尤其是第二次世界大战结束后，经济全球化迅猛发展，许多国际组织出现并开始关注私法尤其是商法的统一，商法又走向了国际趋同。正如学者指出的那样：“这一阶段是旧的商人习惯法特征的国际主义概念的复归，我们正在开始重新发现商法的国际性，国际法—国内法—国际法这个发展圈子已经完成，各地商法发展的总趋势是摆脱国内法的限制，朝着国际贸易这个普遍和国际性的概念发展。”<sup>18</sup>现代商法的国际性是商法发展历程的必然走向，也是各国、各地区组织、国际组织推动的结果。

15 李双元：《中国与当代国际社会法律的趋同化问题》，载《走向21世纪的国际私法：国际私法与法律的趋同化（中国法学家自选集）》，法律出版社1999年版。

16 参见〔英〕施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第10—11页。

17 参见范健、王建文：《商法基础理论与专题研究》，高等教育出版社2005年版，第34页。

18 参见〔英〕施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第10—11页。

当今社会，以联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）、国际商会（ICC）、国际海事组织（IMO）、国际统一私法学会（UNIDROIT）、国际法律协会（ILA）等为代表的、与商法有关的国际组织日趋增多。与商事贸易有关的国际公约涉及国际货物买卖、国际贸易术语、国际票据、跨国公司、国际技术转让、国际融资、国际私人投资、国际工程承包等诸多领域。世界商业贸易的日趋紧密和发展，使商法进入了新的历史发展阶段，原本服务于本国商业贸易的国内商法不得不吸收国际商事贸易实践所发展的规则，已使本国的企业在走向国际的道路上保有商业竞争力。现代社会商事立法的国际趋同，不仅是国际组织积极参与的结果，更是各国积极努力的方向。具有超国家性质组织体的欧盟，以实现区域内经济共同发展为目标之一，在该背景下推动商法的区域性趋同一直是欧盟努力的方向。欧盟2009年推出的《欧洲私法的原则、定义与示范规则：共同框架草案》以建立内部共同市场和保护消费者为目标，只调整财产关系，而不涉及人身关系；就具体制度构建而言，事实上就是一部商事法律。此外，非洲各国也积极推动商法的统一，非洲商法协调组织（OHADA）就以创立一套能增进商事交易的可预见性的法律制度为唯一目标，该组织现已通过9部统一商法，内容涉及商业交易，以及商业组织从其成立至解散的全面规定；亚洲各国目前也在努力消除商法差异与冲突，积极推进商法趋同。可以说，商事立法的国际趋同性是现在世界各国、地区、组织的共同目标。

因此，在该背景下，我国现阶段的商事立法若背离商法的国际趋同性而仍坚持民族主义，不但可能会出现我国商法规则脱离世界立法的情形，还会极大地削弱我国商人在国际交往中的竞争力。而民商合一的立法体例，虽然表面上看只是民商事立法的一种形式选择，但在民法典以民族性、伦理性为根基的背景下，民商合一的体例，要么会使民法的民族性要求侵蚀商法的国际性，要么会使商法的国际性削弱民法维系民族伦理的

功能。而两者都会使立法设计背离我们的初衷，事实上，在民法坚持民族性、商法要求国际立法趋同的背景下，通过同一部法典的形式整合实现私法立法的统一，在根本上就不可能；因为民商法不同的理念，势必会在规则的具体设计上产生冲突。所以，我国现阶段的民法典立法，不必追求与商事规则的统一，而应当在顺应商事立法国际趋同的背景下，尊重商法的独立。

### （五）民法总则及民法典中的商法制度安排

既然我国民法典的编纂应当坚持民商分立的立法理念，那么应当如何实现民商分立呢？对此，在民法和商法同属私法领域的背景下，撇开商法谈民法典的编纂，只能产生不尽人意的法典；因此，即便坚定了民商分立的立场，不论是民法典还是商法典的编纂，都必须率先回答该问题。总的来说，在民法典编纂的背景下，我们实现民商分立有两种方式：一是制定大民法典，将民法典定位为私法典，囊括民、商法典；二是制定小民法典，将民法典的范围限缩在民事领域，并出台与之并列的商法典。

#### 1. 大民法典与民商法典

如果立法制定大民法典，则在法典的称谓上，我国“民法典的编纂”应当表述为“私法典的编纂”。对此，综观世界各国立法，并无先例。因为，我们是在民商分立的基础上制定私法典，相比之下，瑞士、意大利、荷兰等国家基于民商合一立法态度所制定的民法典并非真正意义上的私法典，尤其是《意大利民法典》关于商事立法的安排寥寥无几。所以，我国如果采取制定私法典的方式，将开启民商事立法的历史先河。

不过，该做法是否可取，值得探究。首先，当法典的制定以民商分立为价值取向时，我们所制定的私法典采取何种立法体系，就会成为立法的难题。因为，若我们在民商事部分都坚持德国的潘德克顿体系，则两大领域都需要统分的立法结构。此时，在民商分立的基础上，我们会分别产生制定民法总则和商法总则需要；而该总则只能分别引领民事或商事领域，无法上升到私法

总则的地位。此时我们又需要抽象民法和商法的共同规则，而民商法的共同规则一直存有争议，并且在民法和商法总则已经分别对民、商事条款进行抽象的基础上，该私法总则所需要的二次抽象，是否能达到总则所应有的体例篇幅，不无疑问。所以，私法典的立法方式，很可能会使立法面临无法完成的任务。其次，暂且不论该私法总则是否能完成，事实上，民商分立的价值理念，已经决定了该私法典总体上只能是民事规则和商事规则的汇编，而民法和商法都属于大部门法。因此，该法典最终所需要的篇幅可能难以想象。所以，总的来说，采取“大民法典”的方式完成民商分立并不可取。

## 2. 小民法典与商法典

小民法典的制定则只要求立法在民法典的编纂过程中，完成民事法律规则的系统性构建。对此，在我们坚持民商分立的价值取向的基础上，该做法是较为妥当的选择。

首先，世界各国民法典均采用小民法典的方式，这为我国民法典的编纂提供了丰富的经验教训，有利于保障我国民法典的成熟度。其次，小民法典的立法方法也可以减轻立法机关的负担，使立法机关免去一次性汇编民商事法律的艰巨任务，进而在单位时间里，获得更多的精力谨慎对待民事制度的构建。另外，小民法典也有利于提升司法机关理解并适用法律的效率。总之，在民商分立的实现方式上，小民法典和与之并列的商法典的立法方式在立法、司法、执法上都是最优方案。

## 二、商事立法体系

在民商分立的理念下，商法的独立性与统一性要通过自身的体系和架构得到主张。商法的体系或表现为商法典，或表现为分散的商事单行立法。实质意义上的商法对商事法的内涵和商事法

的形式都寄予了整体性的要求。这种整体性的第一个层次是指商法规则在制定上都需要贯彻商事法内在的价值与原则，达到立法精神上的契合；第二个层次是指商事单行法在制定之初和制定完成的整个过程都要考虑商事部门法之间的融合与联系，避免冲突，达到规范形式上的互洽。这种整体性也反映出“实质商法”与“形式商法”的有机结合：“实质商法”是“形式商法”的源泉，“形式商法”是“实质商法”的制度化表述，两者有着密切的关联。<sup>19</sup>但是，以“整体性”的视角观察我国现行立法，就会发现，我国商事立法中的随意性、政策性内因明显，规范与规范之间在精神上的冲突，部门法与部门法在条文上的重叠，无一不在侵蚀着商事法的统一性。面对这样一种商事立法的窘迫困境，商事立法体系是采德、法等国的“法典化”还是借鉴美国“实用主义”取向下的《统一商法典》模式，抑或探索出一条新的路径，这亟待商法学者来回答。

### （一）商事立法体系的历史回应——“法典化”的上升趋势

考察以“民商分立”为导向的商事立法模式，多数国家何以走上了“法典化”的道路，制定了统一的商法典？这里面，既有历史的偶然性，也有特定背景下的必然性。无论是《德国商法典》《法国商法典》《日本商法典》，抑或是《美国统一商法典》在法典化时期都很好地完成了国家经济的复苏，商业的流通使得区域联系更加频繁，进一步促进了内部市场的统一。

以大陆法系的德国商事立法过程为例，商事立法历经了“习惯法—成文法—法典化”的阶段。早期的商人和商业活动受到抑制，商业的生存空间狭窄，商业的“营利”伦理与教会倡导的“保守、奉献”等精神相冲突，遭到了教廷的不断打压。此时，商人的活动难以受到成文法的调整和规范，所以形成了诸多行业的商业习惯。但是随

19 范健：《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》，载《清华法学》2008年第4期。

着中世纪海外贸易的拓展，商人的经营范围从国内领域逐渐延伸到海外。传统教廷的约束越来越难以发挥作用。商业经营带来的巨额利润也使得宗教国家认识到商业存在的必要性和重要性，此时，“抑商主义”逐渐被“重商主义”所取代；商人阶层不但获得商事习惯的汇编法，而且通过自身的奋斗获得自己的司法裁判权，成立了专门的商事法庭。这些规则开始仅包括商业习惯，后来慢慢将行业公会、不同城市的城市法、法律汇编、案例汇编中的一些规则吸收其中。<sup>20</sup>商业业态的不断发展，商人对商事规则的统一存在急切的渴求，呼唤商事成文法的出现。同时，为了消除法律分裂对商事领域造成的障碍，尤其是经历了多年战争的德意志亟需通过商业的繁荣来恢复经济，所以在这一阶段制定了一些商事独立的单行法，包括商标法、票据法、保险法以及海商法等。1794年颁布的《普鲁士邦普通法》是德意志土地上第一部含有经整理的商法和营业法规范的法律，<sup>21</sup>但是，《普鲁士邦普通法》因为德意志分裂的政治格局并没有得到很好的贯彻与实施。这更加刺激了商人阶层的神经，国家的政治层面也认识到法律统一的重要性；法律的统一不但在于促进经济，而且对于稳定德意志联邦的政治局面，形成商人团体的团结具有极大的积极作用。再加上此时有关制定《德国民法典》的声音处于争议的局面，难以开展，所以，德国商法领域率先迈出历史的脚步，于1857年至1861年制定出了《普通德国商法典》（草案），这可以认为是德国商法“法典化”的初期尝试。自此，德国商法在“法典化”的道路上一路前进，并最终形成了我们熟知的1900年《德国商法典》。可以说，德国商法的发展历程从“习惯”到“成文法”，

最终形成法典，这里面的历史因素和政治因素发挥了重要的作用，这是一个特定商事法发展阶段的历史选择问题。简言之，在处于法律分裂、政治不稳的德国商法时期，“法典化”并非法律统一的唯一路径，但确实是当时最佳的途径。

而对于法国来说，虽然其商事法典化的进程早于德国，但是相同的历史和政治背景使得二者遵循了几乎同源的商业统一路径。“古代法兰西王国南北不同地区并无统一的制定法。16世纪，商事领域的立法活动在习惯法规则的基础上开始启动”<sup>22</sup>；如1563年“海商敕令”，这部敕令规定在若干商业城市设立“商事裁判所”，负责处理普通商事案件。及至1807年《法国商法典》的颁布，法国成为大陆法系国家第一个在民商分立模式下采取商法法典的先锋。在这一法典化过程中，受到资产阶级革命思想的极大影响，“理性主义”成为法典编纂重要的思想支撑。“法国，理性法也是现代国家及其法秩序的精神依据。然而，尽管自然法在18世纪既已对法国私法产生重大影响，但直至法国大革命后的法典化运动，理性主义才真正取得胜利。”<sup>23</sup>

自法国、德国在商事领域走上法典化的道路之后，在商事领域制定商法典便成为大多数商法国家进行商事法律统一的理想追求。史实告诉我们这一观念有着相当的市场。自《法国商法典》颁布之后，除了原法国在非洲的殖民地国家以外，比利时、荷兰、希腊、土耳其等国家的商法典都是以其为蓝本<sup>24</sup>，而《德国商法典》也深刻地影响了日本商法典的制定。这些实行商法典的国家，除了外生因素的影响之外，商法典与国家政治、法律情况的结合成为商法典能延续下去并持续发挥作用的重要基础。传统上的大陆法系国家，遵

20 赵守政：《19世纪德国商法法典化历史考察》，载《中国商法学会2016年年会论文汇编》。

21 [德]C.W.卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第24页。

22 [英]哈罗德·J.伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧等译，法律出版社2008年版，第334页。

23 王建文：《法国商法：法典化、去法典化与再法典化》，载《西部法律评论》2008年第2期。

24 《法国商法典》（上册），罗结珍译，北京大学出版社2015年版，第7页。

循“形式理性”的理念指引，在思维上崇尚“演绎推理”，立法哲学更注重概念、逻辑、推理，法律适用上的“三段论”成为司法裁判抑或法律应用的基本公式。这一系列特征使得大陆法系国家在选择立法模式时常采用同样的“理想主义”立场，追求法律体系的严谨与完整，在法律制定和法律适用时尽可能地周延和细化，杜绝了立法机关之外的法官造法。

反观英美法系的早期商事立法，则又呈现出不一样的模式。以“判例法”为司法传统的普通法系决定了英美商法体系表现为商事习惯法、判例法以及少量的商事成文法并存的局面。英美商法以一般商事习惯和判例为基础，同时受到普通法和衡平法的支配。<sup>25</sup>随着商事活动的不断发展，法律传统的不断融合，英美法也相继出现以制定法为形式的商事法。比如英国1882年《票据法》、1885年《载货证券法》、1890年《合伙法》以及1907年《有限责任公司法》等。而美国因为各州独立的商事立法权，造成了商事立法内容的不统一，极大地影响了区域间的商事交往。自19世纪末，美国开始着手制定统一的商事法规，如1896年《统一流通票据法》、1906年《统一买卖法》、1909年《统一股票转让法》等。之后美国于1952年在众多商事成文的基础上制定了《美国统一商法典》，从而使本国的商事立法呈现“法典化”的特征；但是《美国统一商法典》是以商事交易为主的统一法，并非严格意义上的商法典，在统一商法典之外，商事活动中的行为也由独立的单行法进行调整。

与大陆法系国家存在的商法典不同的是，《美国统一商法典》并非严格按照德国“主观主义”或者法国“客观主义”抑或日本“折衷主义”为出发点制定的法典。因为，《美国统一商法典》是在没有大陆法系民法典的背景下编纂的，所以

其中包含了大量大陆法系国家民法典尤其是合同法中的内容，并非纯粹意义上的商法典。<sup>26</sup>法典起草者卢埃林是“实用主义”思潮的领导者，在卢埃林领导下编纂的商法典并没有固守传统商法典的稳定性、保守型特征；他认为，“法律只是实现社会目的的手段，其功能在于引导人们的行为。由于社会变化快于法律的变化，因此，为了实现指引和再指引功能，同时维持对社会转向作出反应所必需的灵活性，成文法有必要留有充分的余地以便能适应人们日益变化的关于正义的观念”<sup>27</sup>。所以卢埃林反对在法典中制定过多的严格规则，而且也不相信这种规则在实际生活中会产生人们所预想的结果。当时美国的法律起草者在充分研究大陆法国家民商法典的基础之上，打破传统民商并列的立法体例，仅选择制定商法典，这不仅因为他们已经认识到传统民法典的历史局限性和当时美国社会与传统欧洲大陆国家的差异需求，更因为他们力图创造制度捷径助推美国将担当起引领世界经济的重担。实践证明，《美国统一商法典》的立法成为美国后来主导制定《联合国国际货物买卖合同公约》和多个国际商事法律制定的重要基础。

## （二）商事立法体系的现实回应——“法典化”的困境解读

纵横一个多世纪的商法典进程在现代面临诸多挑战，诸多现实问题被逐渐提起并成为否定商事法律法典化的理由。商法典在商事法统一方面的功能逐渐被“实用主义”或“现实主义”思潮下的商事法“形式破局”所掩盖，商法典在一片唏嘘声中走入衰落。笔者对商法典的困境并不持否定态度，质疑在于这是否能成为我们抛弃“法典化”的理由。

历史上，商法典发挥的作用并不局限于法律统一，从法国、德国的商法典进程中可以发现，“法

25 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第40页。

26 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第40页。

27 孙新强：《论美国〈统一商法典〉的立法特点》，载《比较法研究》2007年第1期。

典化”不仅被作为法律统一的选择，更承载着联系民族国家、稳定商人阶层、恢复国民经济的重要使命。换言之，大陆法系的法典化传统是近代民族国家从政治统一走向法律统一<sup>28</sup>，进而巩固政治统一的产物。美国学者艾伦·沃森指出，“既然这些法典是官方所需要的，那么，他们势必要取得相应的政治上的支持，或至少要取得政治上的许可。因此，对于法典编纂而言，政治因素是重要的，并且当法典问世之时，也必定有适当的政治环境。”<sup>29</sup>而现代意义上的商事立法，在面临“解法典化”的侵蚀时，人们不再关注法典化带来的制度价值，而把眼光局限在了简单的法律适用上。简言之，现代的商事立法，人们看不到法律制定与政治、经济之间的联系，而是固守在狭隘的法律领域。但是即便是对于单纯的商事立法来讲，法典化目前面临的困境并不能抽象成公理一般的绝对性，这是因为我们对商法典的困境并没有一个清晰的认识。

法国、德国商法典是建立在资产阶级革命成功之后制定的，可以说，此时的现代商事才刚刚起步，它所规定的内容不可避免地呈现出范围狭窄的特征。商事基本法律范畴并没有形成，所以商法典只能是在现存和能预见到的范围内进行规定。随着商业贸易和商事业态的不断发展，商事法的调整范围理应得到扩张。在1807年和1900年制定的《法国商法典》和《德国商法典》尽管相差了一个世纪，但是对于当时现存的商事来讲，虽然有所进步，却并没有真正遇到科技革命和资本金融带给商事的彻底变革；所以对于法典的内容来讲，稳定的内容与扩张的内容之间存在诸多可以预知的联系。但是当商事步入20世纪，商事领域的范围朝着人们难以预计的领域内拓展，商法典的作用日渐式微，便出现了诸多的商事单行

法，传统商法典的内在结构受到了破坏。许多学者由此否定商法典的价值，但是这种割裂性的认知一样是有缺陷的。商事法与商事的完美契合是不存在的，商事基础是物质经济条件；商事法应当以商事为基础反映商事活动的调整，并在一定范围内对未来商事事实进行理性概括。但是，希望商事法的内容无限超前是不切实际的，商法典理应具有相对稳定性和适当变动性的特征。现代商事立法多在商法典之外制定单行法，而并没有将其内容纳入原有法典中，一个很重要的原因是，既存的商法典已经在长达一个多世纪的历史中沉淀了商事法的精神与理念，商事单行立法的“和”或“散”已经不再影响这个商事法的统一。商事单行法在没有稳定之前仓促的纳入法典之中，也会带来内部结构的不协调；换言之，目前的商事单行立法模式或许会长时间存在，但是这种存在性会在一定的时间节点积累出当代商事法的稳定性，这种稳定性将作为“再法典化”的前提。

### （三）商事立法体系的中国式探索——“法典化”与法律汇编

法典化的系统编纂，是商法最高形式的形式理性。<sup>30</sup>商事立法并非要排斥法典化，关键在于寻找法典化的恰当时机。正如前文所言，目前的社会经济处在不断发展阶段，原有的法典内容过于陈旧，现有的商事部门又正在更新，并没有形成稳定的结构。这些特点决定了如果现在采取商事法的法典编纂，将会重复《法国商法典》和《德国商法典》在后期的历史状况。但是，商事法的统一又在不断地呼唤商事法体系的构建，现实的矛盾与理想的追求之间存在很远的距离，这要求我们在现阶段寻找出一条中间路径，过渡商事单行法模式和商法典模式。这条中间路径的立法模式，不仅应兼顾商法共同原则，还要能覆盖商事

28 董茂云：《法典法，判例法与中国的法典化道路》，载《比较法研究》1997年第4期。

29 [美]艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第130页。转引自董茂云：《法典法，判例法与中国的法典化道路》，载《比较法研究》1997年第4期。

30 范健：《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》，载《清华法学》2008年第4期。

具体规范。笔者的建议是，建立以《商法通则》为核心的商事法律汇编。

### 三、商事立法体系的中间路径——商事法律汇编

笔者之所以将“商事法律汇编”作为商事单行法向商法典过渡的形式，理由基于以下几点：第一，商法的统一需要两个“理性基点”，分别为“最高程度的形式理性”和“最低限度的实质理性”。具体含义为：商法典应该是商法统一的高端表现形式，在此之外，商事单行法抑或欧美法系的判例法、普通法等都不能有效地建构起商事法部门之间的密切联系。对于追求形式统一的商事法体系来讲，商法典应该是“最高程度”的，但是这种“最高程度的形式理性”在短期内是难以达到的，具体表现为商事单行法的扩张与修补。由于在相当长的阶段内不具备制定商法典的条件，那么商事法内部之间应当具有“最低限度的实质理性”，实质理性是对商事法基本概念、基本原则、基本调整范畴的整合；这些应当作为商事法体系的最基本内容，商事法的发展与扩张最终应该回归到这些基本内容上。可以说，“最高程度的形式理性”指向未来，“最低限度的实质理性”指向现在。“最低限度”的落脚点应该放在制定商事通则上，商事通则内容的构建也要承担起这个使命，在商事通则引领下的商事法律汇编则在形式层面为“形式理性”作广泛且深厚的制度积累。第二，商法典作为一个整体的法律文件，应该避免规范之间的冲突。规避冲突的方法是，要么进行规范之间的整合对比，要么进行法律的重构。后者极易造成商事立法成本的浪费，并且在相当程度上会造成立法理念和立法内容上的规范脱节。前者作为系统的法规整理与研读，能够尽可能发现冲突、解释冲突，为单行法的修订提供理论和实践的指引，商事单行法的完善则成为商法典制定的有利准备。而这一步骤便能够很好地纳入商事法律汇编中，关键在于对商事法律汇编的理念进行重构，改变简单堆砌式的模式。

第三，商事法的统一不仅取决于商法典的制定，而且取决于民法与商法的关系。这种关系不仅表现在立法上，更应该表现在司法上。法律形式上的民商分立如果不触及法律思维上的分离，商法思维如果不能独立于民法思维，那么商事法律的统一也只是成为“无源之水”。形成商法思维的一个重要条件就是，促进商事法理念的统一，推动商事法的实践运用。然而，商事法之间的冲突以及商法附着于民法的传统观念影响着诸多法律从业人员。进行商事法律汇编就是在解决冲突，发现商事法的独立价值，推动商事法的真正运用。

#### （一）商事法律汇编的基本范畴

商事法律汇编是指在遵循一般法律汇编原则的基础上，对商事法律的体系和规范进行有条理的整合与汇总，形成商事法律的统一文本。它是商事单行法与商法典之间有效的过渡。同时，商事法律汇编又应该脱离原有法律汇编理论机械的堆砌和叠加模式，进行一定意义上的重构。这包括：

（1）《商法通则》的制定；（2）商事单行法的逻辑汇编；（3）商事汇编的系统解释；（4）商事法律汇编的实践等。现阶段，法律汇编具有几个明显特征：第一，法律汇编不改变原有法律文件的实质性内容。这一特征也是法律汇编的基础性规定，因为汇编并不等同于法典编纂，编纂的过程必然涉及对旧有规范的更新以及对现有规范的发展。汇编则是在一定意义上带有“原教旨主义”色彩。第二，法律汇编的基本功能在于整合法律，发现矛盾，消解冲突，减少不确定性。第三，法律汇编处于不断变化和补充中。法律汇编区别于法典的一个重要特征就是它能够适应实体法的不断修订和变化，而不需要顾虑因法典化而需要的稳定性。但是，法律汇编应该具有相对稳定性，这种“相对”性是针对实体部分法的修订和完善而言的。

商事法律汇编应该抛弃原有的“集中式、堆砌式”内涵理念，进行重新命题；商事法律汇编应该是在以“商法通则”为核心统领下的商事特别法的有机组合。所以，它应该具有两个不同层

次的含义。第一层就是通过商事通则的制定,对商事法理论的基本构成因子进行抽象,概括出一般准则,包括商主体归类、商事法律行为归类、商事共同原则归类、商事统一概念归类、商事统一适用行为的归类等。第二层就是通过商事通则的涵射,对现有的商事特别法按照一定原则进行汇编。从整体上看,它依然是汇编下的商事法统一,只不过它为汇编预设了一个重要前提,即进行商事通则的制定。商事法律汇编在承担起商法统一的基础上,更具有实践导向性。这种导向体现在:商事法律汇编应该成为商事法律学习的模本文本,因而具有准确性和明晰性;商事法律汇编应该成为商法应用实践的规范来源,因而具有综合性;商事法律汇编应该是商事规范的有机组合,因而具有层次性。

笔者认为,在我国进行商事法律汇编应当体现“权威性”的特点。汇编主体应当由立法机关主持,具体来讲应当由全国人大常委会成立专门的商事法律汇编委员会,以立法机关为主导,商法学者、司法机关、商事法律实践从业人员深入参加的形式。另外,中国式的商事法律汇编要承担的一个重要使命就是解释法律。在学术组织的组织下开展的法律汇编,天然带有学理性,其法律解释并不具有法律效力,也难以得到广泛认同,更难以达到商法统一的目标。德国学者德恩指出,“商法是一切法律中最为自由的,同时也是最为严格的”<sup>31</sup>。在商事法律汇编委员会的组织下,一项重要的工作便是对汇编文本进行适当和必要情况下的法律解释,而法律解释也要尊重商事法律既自由又严格的精神。从解释的效力和权威上分析,商事法律汇编委员会作为立法组织,其对于商事法律汇编文本进行的解释应该属于“立法解释”,这在一定程度上可以弥补我国法律实施中“立法解释缺位”的现状。所以,针对一个部

门法的汇编,会存在“重复解释”的问题。以《公司法》为例,目前尚未有针对《公司法》实施的立法解释,存在三个司法解释,《公司法司法解释(四)》(草案)已经在征求意见稿阶段,学理解释因不具有法律效力,所以不在考虑之列。法律汇编委员会在对《公司法》及其相关法律规范、司法解释进行整合的基础上,会根据法律实施情况对《公司法》进行相关条文的解释。所以会出现“立法解释”和“司法解释”并存的情况。“人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的,应当先援引法律,后援引司法解释”。根据该规定的精神,法律在法律效力上高于司法解释,又因为立法解释在效力上等同于法律,所以立法解释应当优先于司法解释得到适用。

## (二) 商事法律汇编的结构体例——商事通则与具体规范

在商事法律汇编中分别安排商法通则和具体规范汇编两部分,是为了在规范的基础上体现商事法的理念与取向,达到商事立法“理想主义”和“现实主义”的有效衔接。商法通则作为商法理论的表达与重述,在汇编文本中起到基础的作用,它是指导商事立法、解释商事立法、完善商事立法的理论来源。具体的法律文件虽然在汇编文本中不改变实质内容,但是应当根据商法通则确立的商法原则和思维进行解释和适用。就商事法律汇编的功能来讲,它应该是“现实主义”导向的。

商事法律汇编的第一个部门是商法通则的制定,它牵涉到许多理论问题,笔者放在下文讨论,这里主要研究商事法律汇编的具体规范安排。

### 1. 商事法律汇编的汇编基础需要得到考量

商事法律汇编规范基础的确定应该有不同层面的考量。第一,商事法律汇编是否是单纯的商事主体法和商事行为法汇编,商事监管法以及商

31 周林彬、官欣荣:《我国商法总则理论与实践的再思考——法律适用的视角》,法律出版社2015年版,第83页。

事竞争法可否纳入其中? 第二, 商事法律汇编是否应当纳入原属其他部门法的内容, 比如知识产权法的内容? 第三, 商事法律汇编如何处理与民法规范的关系, 是否将传统的《合同法》《担保法》等既具有民事法律一般性特征又能体现商事活动特殊性的法律纳入其中?

以上几个疑问, 笔者认为, 应当作具体的利益衡量。首先, 商事法律汇编的导向是实用性的。它不必体现“商法典”的纯“商事规范”特征, 商事主体依据商事法律汇编的规范指引进行商事活动, 应当明确经营自由的范围与界限, 商事监管法和商事竞争法提供的框架性限制能够指导商事主体和商事行为在不触犯法律的规定的基础上合理开展商事活动, 所以商事监管法和商事竞争法纳入商事法律汇编中有很重要的意义和功能。其次, 传统知识产权法的构建是以“无形财产”为基础的财产部门法。它的关注点在于诸如商标权、著作权、专利权等知识产权的权利特征、权利属性以及权利的合理使用等, 并不突出反映权利人的属性区别, 但随着商业化的不断扩张, 商标权和专利权的权利人属性越来越趋向具有实体组织性的企业, 这些权利也成为商事主体重要的财产权利, 这些权利成为商事主体参与商事活动、开展商事竞争的重要基础凭借。所以, 商标权和专利权纳入商事法律汇编中也具有相当合理性, 同时也会和商事通则的“商事权利”一章进行呼应。至于著作权, 其人身属性强, 虽然目前商事主体可以通过协议转让、授权等获得或使用著作权的权利内容, 但是这种归属关系毕竟具有间接性, 所以《著作权法》不需要纳入商事法律汇编中。最后, 商事法律汇编不能回避商法与民法之间的关系问题, 因为商事法律汇编的一个重要功能就是通过实体法的整合与研究推动民商分立, 但是这并不意味着商法规范就盲目的排斥民法规范。具体而言, 《合同法》虽然通常在部门法属性上被认为是民事单行法, 但是该法的内容却带有浓

重的“商事合同法”特征, 其文本中的有名合同类型都反复的体现在商事交易中, 所以将《合同法》纳入商事法律汇编中没有理论上的障碍。《担保法》作为民事担保和商事担保的集合规范, 则具有民商混合性。如前文所述, 有关商事担保的规定, 可以放在商事通则中作一定的安排, 而无需将《担保法》放在商事汇编文本中。其他的可以继续作此种利益的衡量。

## 2. 商事法律汇编的结构安排

传统的商事部门法种类可以追溯到《法国商法典》和《德国商法典》规范时期。1807年的《法国商法典》共分为4卷, 包含商人、商人会计、公司、商事注册、商品交易所、证券交易所和居间商、质押和行纪商、商事行为的证据、汇票和本票、海商、破产和破产欺诈罪、商事法院等章节。至2009年《法国商法典》修订再次推出, 已变成9卷, 包含商事总则, 公司及经济利益组织, 特定形式的买卖与排他性条款、价格与竞争、商业票据与担保、企业困境、商事组织、有规范的职业、适用海外省与海外领土的规定。可以看出, 法典化下的部门法安排依然可以寻找出“商事主体—商事行为—商事监管和裁判”的逻辑, 但是企业、证券、票据等内容一直存在, 只不过在结构安排上发生变化。1900年的《德国商法典》共4编, 包含商事、商事公司及隐名合伙、商行为和海商法。颁布至今, 已被频繁修改并分立出多个单行法规。现行《德国商法典》共5编, 包含商事总则、公司和隐名合伙、商事账簿、商行为、海商。伴随着修改, 商事单行法的种类在一步步地增加, 商事法律调整的范围也在不断扩张。两部商法典虽然在编纂理念和结构安排上不同, 但是基础的商事单行法种类却具有一致性: 公司及合伙组织、票据、海商、商事运输等成为商事法不可分割的部分。

我国目前的商事部门法发展态势良好, 新型的商事法也不断出现。传统上的商事部门法领域

可以大体分为商事主体法和商事行为法。<sup>32</sup> 商事主体法包括公司、合伙企业、三资企业、个体工商户、独资企业、证券公司、保险公司、商业银行等各种商事主体法；商事行为法包括商事运输、特许经营、连锁经营、信托、保险、证券、票据、海商等。随着商事法理论的纵深发展，破产、商事登记、商事账簿等成为商事法的重要组成部分，另外新型的商事模式的出现，也出现新的商事部门法要求，如电子商务、电子支付等。所以，需要对商事部门法的内容进行重新界定和安排。

笔者认为，商事法律应当包括三个部分：商事主体法—商事行为法—商事监管法及争议解决法。商事主体法应当包括商事主体的组织法和商事主体的财产法，具体为：（1）商事主体的组织法：商事企业法，商事登记法、商事账簿法、商事破产法等与商事主体的成立、存续以及终止有关的法律。（2）商事主体的财产法：商事主体出资（如股权）法，商事企业资产法、商标法、商誉权法、专利法等具有商事财产属性的法律。商事行为法包括商事行为的一般法和商事行为的特别法，具体为：（1）商事行为的一般法：合同法、商事代理、商事担保、特许经营、连锁经营等具有商事活动一般特征的法律。（2）商事活动的特别法：信托法、保险法、商业银行等金融法、证券法、期货法、投资基金法、商事运输法、票据法、信托法、电子商务法、电子支付法、海商法等具有行业性、专业性的商事行为特别法。商事监管法及商事争议解决法包括商事监管的一般法和商事争议的特别解决法，具体为：（1）商事监管的一般法：反不正当竞争法、反垄断法等具有商事监管性质的法律。（2）商事争议的解决法：商事仲裁法、商事法院法等具有商事争议解决机制的法律。

### 3. 商事法律汇编的特殊问题

以上三大部分的分类，是商事法律汇编遵循

的一般结构体例，在这个基础上，还应当注意几个问题：（1）商事领域中，商事监管法的内容大多穿插在商事行为法或商事主体法之中，诸如证券法律体系中的监管内容、商业银行法律体系中的监管内容等。笔者认为在具体文本整理中，不宜将其抽取而统一放在商事监管法的体系中，原因在于这些法律中的监管内容与特殊主体和特殊商事活动具有密切联系，强行分割不但破坏商事特别法的结构内洽，而且对于整个商事法律的理解和适用也会造成障碍。（2）上文提出的商事法律汇编是以国内法为基础进行的，但无论是商事活动还是商事法律都带有越来越明显的国际化趋势，传统的诸多商事规则也是由国际商事贸易规则发展和借鉴而来，所以，在保证国内法律完整和科学的整理汇编的基础上，将对我国发生效力的商事国际条约、公约等具有普遍约束力的商事国际规则纳入商事法律汇编中也是必要和应当的。（3）不同商事领域的部门法发展阶段不一，这里面呈现“多层次、不均衡”特点。“多层次”体现为各个领域的商事法体系从“法律”到“行政法规”再到“部门规章”，数量不一；“不均衡”体现为并非每个商事领域都存在“法律”，有的部门只存在国务院临时或者暂行的“条例”或者“部门规章”，没有最高层级的“法律”。这一特点也决定了商事法律汇编在文本整理中会出现部门与部门之间的差异，所以要求汇编的参与者根据不同商事部门的特点进行合理安排与调整。

## 四、《商法通则》立法

《商法通则》加商事部门法形成的商法汇编体系是我国现阶段实现商法体系化的最佳模式。而实现该体系化最核心的部分就是《商法通则》的制定。然而，就立法模式而言，我国制定《商法通则》可谓无先例可寻，因此，要出台一部科学的《商法通则》，我们需要自己探寻正确的方法，

32 笔者在下文对部门法进行叙述时，采用的诸如商事账簿法、商事登记法等具有“法”字后缀的用语，并不代表在该商事活动或商事主体领域存在狭义意义上的法律。

并在此基础上展开法律的制定。

### （一）《商法通则》制定的理性基础

就我国形成商法汇编体系而言,《商法通则》作为商事领域的基本法律,必须具备三大属性,分别是抽象性、互动性以及优先性。首先,作为商事领域的基本法律,《商法通则》本身需要具有一定程度上的抽象性,其抽象程度应当满足商事法律规范能够基本覆盖商事活动各个领域的基本条件。这是我国形成商法汇编体系所要求的、一个具有体系的形式商法所应当具备的条件。其次,《商法通则》的核心在于统一商法精神和价值,以基本原则为基础建立整个商法规范体系。它与商事单行法之间是指导与被指导、补充与被补充的关系。因此,《商法通则》与商事单行法之间必须存在互动性,在规定商事关系调整的共同性规则的同时,统率商事单行法的实施,消除法律的冲突与不协调,并弥补商事单行法存在的漏洞。<sup>33</sup>最后,《商法通则》作为商事规范的基本性法律,在法律适用上,必须回答民法与商法的关系问题,明确商法对商事事项法律适用的优先性以及民法的兜底性。

就《商法通则》立法的技术而言,我国制定《商法通则》应当注意几大问题:首先是类型化的思想。类型在商法体系的建构中具有重要的意义,建立商法类型可以直接从现实生活的商事活动中抽象,也可以在裁剪或整合商事活动的基础上进行,还可以通过学者创设的逻辑构建,以及参考国外商事法律类型进行建构。<sup>34</sup>类型是抽象商事规则的基础,也是实现《商法通则》对商事活动各个领域基本覆盖的前提,不过类型化思想无法穷尽所有类型,其克服商事立法体系封闭化的方式是“趋近调整”,但在法律因类型不全而产生

完全空白的情况下,我们也需要寻求商法基本原则等基础性规范的指导。其次是商法概念的建构。长期以来,我国无法形成系统的商法体系与商事领域缺乏基本性法律有关,也与商事单行法对商法术语概念使用的混乱有关。因此,要实现商法的体系化,要求我们在建构《商法通则》时注意整合概念,既需要确定抽象概念,如商主体、商行为、商事人格权等概念的具体含义,形成《商法通则》乃至我国整个商事法律汇编体系的基本框架,也需要确定商事领域的功能性概念<sup>35</sup>,如票据法上的“无因性”概念,实现商法的理念和价值。在商法思维下,以商法概念的体系化推动商法规范体系化的实现。

就《商法通则》的立法体系而言,尽管《商法通则》立法是一项开创性工作,但在立法体系上我们仍然可以借鉴世界主要国家的做法。世界主要商法典的立法体例包括主观主义立法体系、客观主义立法体系与折衷主义立法体系。从表面上看,三大体系各有利弊,难以抉择,但实际上三者并无本质差别。因为采取主观主义立法体系的国家,虽然以商人为商行为的唯一主体,但是司法机关往往会扩大解释商人的范围,从而扩大商法的适用领域;而在客观主义立法体系的国家,虽然将商行为视为适用商法的前提,但是对商行为的限定又十分宽松;折衷主义立法体系国家综合了以上两大立法体系的做法,兼以商人与商行为为中心加以规制,解决了主观主义立法例下应当适用商法的行为因为主体不适格而难以适用商法的尴尬,也解决了客观主义难以界定商行为的弊端。<sup>36</sup>世界上较晚制定商法的国家多采用折衷主义的立法体系,对此,我国也应当采取折衷主义的立法体系。因为,商法的立法体系与商法的

33 参见王保树:《商法经济法的动与静》,法律出版社2015年版,第13页。

34 参见范健:《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》,载《清华法学》2008年第4期。

35 功能性概念是取向规范的目的,实现规范的价值,直接依附于法律原则的概念。参见范健:《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》,载《清华法学》2008年第4期。

36 参见范健:《我国〈商法通则〉立法中的几个问题》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2009年第1期。

调整对象相关，而商法应当以商事法律关系为调整对象；商事法律关系是商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系，其主体既包括商主体，也包括商主体商事交易相对人但其行为非属商行为的一般民事主体，还包括从事了商行为的一般民事主体。<sup>37</sup>所以，商行为的实施者并非限于商主体，商法亦需要调整某些民事主体实施的行为，我国《商法通则》应当采取折衷主义的立法体系。

不过，我国《商法通则》的折衷主义立法体系与传统的折衷主义立法体系并不相同。<sup>38</sup>传统的折衷主义立法体系多以类型化商行为的方式，使非商主体的行为纳入商行为范畴，在综合主观主义和客观主义立法体系的程度上，仍然较为保守和谨慎。事实上，在现代商法中商主体已经以商事组织体为主，商自然人的形态已经逐渐弱化，基于对自然人的民事和商事分类所延伸的商主体，在现代商法中已经不具有重要的意义，现代商法是以企业为中心的法律。在此背景下，自然人在商事领域从事的行为，在不具备商人身份并无法通过类型化的商行为纳入商法时，将无法获得商法的保护。因此，为了顺应现代商人以商组织体为核心的特征，我国《商法通则》的折衷主义立法体系也应当对传统理论有所发展。具体而言，《商法通则》应当以商行为为中心，商事法律关系变动的商法意义上的原因只能是商行为。商行为的实施主体可以是商主体，也可以是一般的民事主体；主体不是行为是否适用商法的前提，应当以商行为为标准，确定《商法通则》的调整范围。不过，《商法通则》仍然需要确定商主体的范畴，因为不管商人是体现为商事组织体还是商自然人，商人存在的意义除了获得经营上的特权之外，还包括对商人加强义务、责任的需要；

以商行为为中心确定商法的适用范围，只是将自然人的商行为纳入商法的调整范围，并非就此否认商法对商主体所应当设置的特殊规则。因此，现代商法下，我国《商法通则》所采取的折衷主义立法体系是将商行为确定为商法的调整对象，但法律仍然就商主体的特殊性规则展开组织法意义上的规定，是一种全新的立法体系。

就《商法通则》的调整对象而言，承上所述，《商法通则》调整的是商事法律关系。商事法律关系是通过商法规则对商事关系的调整形成的一个结构，具体包括权利、权能、义务和责任等多种要素。虽然本文认为《商法通则》应当以商行为为中心，但是商事法律关系仍然贯穿着两条主线，分别是以商事法律关系的主体、客体和内容建立的静态的商事法律关系体系，以及以商事法律关系变动和商事法律事实建立的动态的商事法律关系体系，两条主线相融形成了完整的商法体系。静态的商事法律关系体系主要是商主体法，《商法通则》需要对商主体的法律人格要素、资格条件、内部组织结构及相应的责任、商事人格权、商主体的注册登记、账簿等作出规定<sup>39</sup>；动态的商事法律关系体系主要是商行为法部分，对此，《商法通则》应当规定抽象商行为的构成要素、性质、特征以及相应的法律后果，对商事物权、债券、交互计算、代理行为等内容作出规定，具体的商行为内容和法律后果则由商事单行法调整。

## （二）《商法通则》的理论构建及体例结构设计

在确定《商法通则》制定的基础理论性问题后，就是如何构建《商法通则》的问题了。对此，本文认为我国的《商法通则》虽然不必追求商法典完整的体例结构，但是在法律的制定过程中也应当遵循一定程度的体系性：以商主体和商行为

37 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第29页。

38 范健：《我国〈商法通则〉立法中的几个问题》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2009年第1期。

39 参见范健：《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》，载《清华法学》2008年第4期。

为两大阵营，再抽象商主体和商行为的共同规则作为《商法通则》的总则，辅之以商事责任和商事诉讼的基本规定，形成总则—商主体—商行为—商事责任—商事诉讼五编。

第一编总则，规定《商法通则》的立法目的、调整对象、法律原则、法律渊源以及法律冲突或法律空白下的法律适用问题。

《商法通则》的立法目的是保障商主体的合法权益，正确调整商事关系，维护社会主义市场经济秩序，总结商事活动的实践经验，制定本法。调整对象为因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系。

《商法通则》的基本原则应当是商主体严格法定原则，企业维持原则，保障交易自由、简便、迅捷原则和维护交易安全原则。这四项基本原则基本包含了商法的精神、理念与商法的基本内容及具体制度，需要在总则部分进行统一规定。<sup>40</sup>

(1) 商主体严格法定原则包括商主体类型法定、内容法定、公示法定三方面的要求，对此要求商主体的创设、变更只能严格依照法律预定的主体类型和标准进行；商主体的财产关系和组织关系需尊重法律的规定，当事人不得创设或经变更形成具有非规范性财产关系与组织关系的商主体；商主体的成立必须按照法定程序公示，未经法定公示不得对抗善意第三人。<sup>41</sup>(2) 企业维持原则：应当确保商主体得以稳定、协调和健康发展，尽力维持商主体的存续。(3) 商事活动遵循交易简便、快捷的基本原则。(4) 充分保障商事交易活动中交易对方对其行为内容的充分提示，维护交易安全。(5) 商主体的合法权益受法律保护，任何组织和个人都不得侵犯。(6) 商事活动应当遵循社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。

法律渊源应当是有商事制定法、商事判例法、商事习惯法、商事自治法。商事自治法是商法领

域特有的法律渊源，在传统商法中，商事组织形式较为单一，商自然人通过个人意思所形成的约定，无法上升到与法律具有同等效力的法律渊源，没有形成体系化的商事自治法。随着经济的发展，商人从传统的贸易领域走向生产，逐渐形成大资本结构，资本和金融向商组织体集中，形成了以商组织体为主的商人群体；伴随着商组织体规模的扩大，经济组织内部制度日益健全，商人对内对外交易手段也日趋多样化，商事自治法逐渐走向体系化，演变成为商法重要的法律渊源。

法律空白下的法律适用：对于《商法通则》和商事单行法都未规定的事项，应当优先适用商人的章程、合伙协议等商人自治规则；章程、协议没有规定的，在遵循商法基本原则的背景下，适用商事习惯法；不存在商事习惯法的，适用与商法理念、精神、原则不相抵触的民法规范；商法、民法均无规定的，适用最高人民法院颁布的商事判例；不存在判例的，由法官根据商法的理念、精神、原则作出裁判。法律冲突下的法律适用：《商法通则》与商事单行法冲突的，在不违背《商法通则》基本原理的背景下，属于商事单行法的特殊规定的适用商事单行法；《商法通则》与民事法律相冲突的，适用《商法通则》。

第二编商主体，其中商事登记、商号、商事账簿、雇员、代理商等与商人有关的制度，都属于本编的内容。

商主体一编需要具体分为两章，第一章是关于商主体的一般规定，包括商主体的含义、商主体资格的取得、变更与消灭；第二章是与商主体有关的制度，分为五节。

第一章关于商主体的一般规定，明确商主体是指能够依据商法规定以自己名义直接从事商行为，享受权利与承担义务的主体。这里会涉及商主体类型的划分，就此我们需要对现有的商事组织进行抽象，明确可以成为商人的主体以及禁止

40 范健：《我国〈商法通则〉立法中的几个问题》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2009年第1期。

41 范健：《“商法通则”关于商法基本原则的界定及其立法安排》，载《中国商法年刊（2007）》。

成为商人的主体，如党机关、政府官员应当被排除在商主体的范畴之外。关于商人资格的取得、变更、消灭要求必须经过商事登记程序。

第二章第一节商事登记。商事登记是商人身份取得和丧失的重要程序，是国家机关对商人实行管理的重要手段，与此同时，根据信息披露效力，商事登记也是交易者获取信息作出决策的重要依据。商事登记包括设立登记、变更登记、注销登记以及登记与公告的效力。<sup>42</sup> 具体而言，商事登记一节应当对商事登记的主体、内容、程序、效力作出详细规定：明确需要登记的主体范围以及商事登记的管理机关；确定商事需要登记的事项包括名称登记、出资人登记、住所登记、法定代表人登记、注册资金登记、经营范围登记、变更登记以及注销登记等；具体程序为申请、受理、审查、核准发照以及公告。商事登记对第三人的效力以及监督管理，包括登记并公告后对商主体以及第三人的保护；应登记而未登记或者应登记但是未公告等特殊情况下如何实现善意第三人的信赖利益保护需要进行明确规定。除此之外，商事登记的监督也需要《商法通则》予以规定，立法应当规定公民有查阅商事登记相关资料与信息的权利；同时登记主管机关对商事登记有权进行监督管理，对于违反商事登记有关规定的主体有权进行处罚。

第二章第二节商事人格权。商事人格权是商人重要的权利，指的是“商主体所特有的经法律确认而以商事人格利益为客体的商主体之商事法律人格所必备的基本权利。”<sup>43</sup> 商事人格权的种类主要包括商号权、商誉权、商业秘密权等。关于商号权，《商法通则》需要规定商号的取得，包括选定以及选定商号的限制条件、商号的登记以及废止；商号权的内容，包括商号使用权、商号转让权、商号独占权、商号变更权以及商号出

借权；商号权冲突解决机制，包括商号权之间的冲突，商号权与商标权之间的冲突、商号权与域名的冲突以及商号权与通用网址之间的冲突等。关于商誉权，《商法通则》需要确定商誉以及商誉权的法律概念，着重于商誉侵权救济规则的设计，包括商誉侵权行为的认定、违法损害赔偿等。至于商业秘密权，由于商业秘密往往关涉商主体的生死存亡，具有极大的经济利益，所以《商法通则》需要对有关商业秘密的问题作出细致规定，保护商主体的合法权益。

第二章第三节商事账簿。世界上采取商法典制定模式的国家，都无一例外地规定了商事账簿。<sup>44</sup> 而我国关于该问题并没有明确的规定，因此，作为具有普遍适用意义的问题，应当在《商事通则》中一并确认。对此，立法应当将商事账簿的制作明确规定为商主体的法定义务，要求商主体客观、真实、及时制作商事账簿，并详细规定商事账簿的种类、制作时间、方式、商事账簿的形式、内容、保管，以及利害关系人查看商事账簿的有关规定。

第二章第四节营业转让与营业租赁。营业转让是将作为企业财产有机组合体的营业资产作为标的物的转让行为，而营业租赁则是将作为企业财产有机组合体的营业资产作为标的物的租赁行为。大多数国家的商法典都对营业转让、租赁作出了规定，营业转让和租赁与商主体的存续相关联，需要设置相应的特殊规则。对此，我国《商法通则》应当对营业转让和租赁予以肯定性评价，明确营业转让和租赁的立法概念与实现方式，对转让、租赁合同的一般规定作出立法安排，对转让人的权利义务与受让人的权利义务作框架性规定，并对出租人和承租人的权利义务设置相应的规则。

第二章第五节商事中间人与商事辅助人。商中间人是指商事登记中明确规定为从事中介商

42 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。

43 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社2005年版，第236页。

44 参见杨继：《商法通则统一立法的必要性和可行性》，载《法学》2006年第2期。

行为的商主体,即中间商。商中间人制度主要包含了代理商、居间商以及行纪商,《商法通则》应当对商中间人的权利与义务分配进行明确的规定。商辅助人是指在商事交易过程中,从属于商主体,受商主体委任或支配,辅助商主体开展商事经营活动的人<sup>45</sup>;商辅助人主要包括了经理人、代办人、雇员等主体,《商法通则》需要对这类主体的权利义务进行一般性的规定。

第三编商行为。商行为部分也需要分为两章:第一章为一般规定,规定商行为的概念、分类等;第二章则对具有特殊性的商行为作出规定。不过,这里不需要将商事单行法已经作出详细规定的商行为也纳入其中,只需要对不同于一般民事行为,又无特殊规制的商行为进行规定,如商事物权行为、代理行为、交互计算行为等。

第一章商行为的一般规定,包括要约是否承诺的通知义务、对要约附送货物的保管义务、严格的注意义务、商主体的报酬请求权、商事法定利率、商事保证的连带责任、往来账规则。

第二章则对具体商行为的内容以及权利义务分配进行具体规定,包括商事买卖、商事代理、商事行纪、商事居间、商事信托、融资租赁、商事仓储以及商事货运等。

第四编商事责任。商事责任是对违法行为人所应当承担的法律后果的具体规定。本编也需要分为两章,第一章是商事责任的一般规定,即商事责任的承担主体,商事责任的承担情形以及无需承担商事责任的情形;除此之外,还应当包括商事责任向刑事法律责任的转换的规定,即如果行为人的商行为违反了刑法的规定,则需要承担刑事责任。

第二章主要规定商事责任的种类以及相应的归责原则。正如《民法通则》中规定了停止侵害、返还财产、恢复原状、赔偿损失、消除影响等责任形式,《商法通则》在商事责任一章同样需要规定商事责任的责任形式。需要注意的是,商事

责任应当遵循加重责任以及外观主义。加重责任在商事责任中最重要的体现是,举证责任的加重。民事侵权行为中,行为人的过错需要交易相对人进行举证,因此行为人的举证责任较轻;但是商事交易中,商主体若想要免责,则需要承担更重的举证责任。外观主义的内容包括外观事实的存在、相对人的合理信赖、本人的可归责性;因此责任人承担相应的商事责任时不探究行为人的真实意思,而只是根据其行为的外观判断其意思表示,从而提高交易效率。

第五编商事诉讼。商事诉讼与民事诉讼存在显著的区别,本编应当对商事审判的司法管辖、商事法庭作出详细规定。商事审判不仅应当实行单独的司法管辖,还需要在法院系统中设立独立的商事法庭,确保商事纠纷能够在商事理念、精神、原则的指导下,依据商法规则公正判决。此外,商事领域的简便、快捷原则,也要求商事纠纷的审理程序、诉讼时效等与诉讼程序有关的规则区别于民事规则。对此,《商法通则》作为商事领域的基本法律应当赋予商事单行法,就诉讼时效作出特别规定的权限。

## 五、结语

总之,在民法典编纂的背景下,我国应当先通过制定《商法通则》的方式,形成以《商法通则》引领商事部门法的商法汇编立法体系。通过商法汇编形成体系化的形式商法,并最终完成具有现代商法特征、符合商事交易发展规律的商法典,以《商法通则》作为过渡,最终实现具有法形式最高阶段的商法典的编纂。然而,在我国商事单行法盛行、商事一般法缺位的当下,要实现我国特有的商法汇编立法体系,乃至商法典的制定,我们仍然有很长的时间以及很长的路要走。对此,商法学者应当更加专注于商法基础理论的研究,以《商法通则》的制定为起点,逐步构建我国体系化、系统化的商法。<sup>[11]</sup>

45 参见范健、王建文:《商法学》,法律出版社2015年版,第41页。