

论现代商法的基点、形式与我国商法的体系化建构

郭富青

[摘要] 现代商法应当是以商事企业和典型商事交易为立法基点,以单行法为表现形式,沿着企业与典型商事交易方向发展的商法规范体系。无论是“民商分立”的商法典,还是“民商合一”大一统的民法典,均无法成为我国构建私法体例的蓝本,制定《商法通则》既不可行亦无必要。我国民法典既不能囊括现有众多的商事单行法,也不能无视其存在,应采取民商实质合一,形式统分结合,民法典与商事单行法并存的体例。这种体例既能克服民法典大而全、内容庞杂、有失严谨之弊病,又能使众多的商事单行法之间遥相呼应和协调。为消除各商事单行法之间规范交叉重叠、矛盾冲突的现象,应及早制定并实施修法规划,最终建构形散神聚、和谐统一的商法体系。

[关键词] 商法基点;民法典;商法典;商法体系化;商法通则

[作者简介] 郭富青,西北政法大学民商法学院教授,博士生导师,中国商法学研究会常务理事,陕西西安 710063

[中图分类号] D923.99

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2019)01-0023-15

DOI:10.16524/j.45-1002.2019.01.004

从近代商法产生以来,人类社会已由简单商品经济社会进入了高度发达的市场经济时代,以电子、航天、生物工程等高新技术为标志的知识经济,促使现代商事活动的内容和交易形式发生了前所未有的嬗变。鉴于此,近代商法是以商人、商行为或二者兼备为基点所衍生的概念、原则和规范体系是否能够容纳新生的商事关系?近代商事立法的基点能否支撑现代市场经济的高速运转?我国市场经济自确立至今虽然仍处在初级阶段,但已取得令世人瞩目的成就。我国经济在融入世界经济一体化的进程中,对世界经济的稳定和快速发展起到了推动作用。为了适应改革和发展的实际需要,填补因经济迅速高涨出现的法律调整空白,我国制定了一系列的商事单行法。但由于缺乏整体的商法理念与体系化的商法营造思路,我国现行各个分散的商事单行法不可避免地缺乏和谐统一性。为此,我国商事立法必须现代化。那么,完善我国商事立法体系,我们应当将基点选定在哪里?什么样的立法体例和表现形式才是我国商事立法不断更新和完善的理想模式?本文将对这些问题逐一展开探究。

一、从中世纪到现代商事立法基点的变迁及重新定位

“历史乃是立法科学有形的实验室。”^[1]讨论商事法律确立和发展的基点必须把握其历史演变的轨迹。

(一)商人阶层是商事习惯与商事习惯法的基础

“商”最初只是剩余产品的交换活动,其功能是互通有无,调节余缺。“商”和“商人”的产生和发展均属历史范畴。商产生于原始社会末期,氏族之间劳动剩余产品的交换,其内涵和外延在不同社会经济形态中随着生产力的不断发展,日益丰富。私有制、社会分工和生产力发展是商业发展不可缺少的因素。商人和商人阶层的出现是第三次社会大分工的结果,商事活动的职业化和商人作为社会独立的阶层存在,必然要求商业活动具备营利的特征。贸易活动的活跃及其所产生的贸易精神必然要求有与之相适应的法律和秩序。正如拉丁语格言所揭示的“哪里有贸易,哪里就有法律”。11至12世纪的商人希望自己所从事的活动有牢固的法律依据,便将他们当时的各种要求以及后来赢得的胜利都以特

许状和条约的形式体现出来,实际上是为他们在封建秩序中创造了一种地位^[2]。中世纪的欧洲随着商贸繁荣,形成许多商品集散地,并发展成为自治城市。由于封建法、领主法和教会法均不能适应商品交易迅速发展和商人谋求独立地位及经济利益的要求,于是在商事活动中便自发形成了许多交易习惯。城市商人和各类手工业者为了保护自身的既得利益和长远利益,在协议和联盟基础上,纷纷组建行会。“商人行会是城市商人为集体自卫并垄断一地商业的组织”^[3],商人行会不但定有约束成员行为严密而繁细的内部行规,同时也对商人在商事交易活动中创制的分散的商事习惯进行整理、汇编,使之成为系统的商人法,用以规范和保护商人的商业活动。例如,产生于地中海沿岸各国的康索拉度法,大西洋沿岸的奥内隆法,波罗的海及北海沿岸的维斯比法,就是当时三个有名的海商法汇编。为了解决商人在经营活动中发生纠纷,商人行会还自设法庭审判商事案件。15世纪英国的“风险商人公会”有权自设法庭适用商人法审理商人纠纷^[4]。商人亲自参与商事纠纷的裁判不仅有助于单个商事案件的公正解决,而且也有助于使商法与教会的、王室的甚至城市的控制相隔离,并维护商人的特权^[5]。这一时期,从商事习惯到商事习惯法,完成了由行为模式到行为规范的运动。商人法的各种概念、原则、规范、制度和程序已形成较为完整的体系。商人法的客观性、普遍性、权利互惠性、整体性、发展性和商事裁判的公共性特征日趋明显。商人法不仅确立了诚信的一般原则、债务人破产制度,而且票据、债权的担保、合伙经营在商业活动中已十分普遍,尤其是海上合伙和陆上合伙已成为十分发达的商业组织形式。

中世纪商人法存在的客观基础是当时欧洲社会中商人已从其他社会成员中分化出来,成为一个独立的社会阶层。商人法是商人为争取社会地位和特殊经济利益,在商人业务活动过程中形成的自治规则。通常采取属人立场,其大部分规则仅适用于商人之间,许多情况下往往仅适用于行会内部商人之间,将商人以外的其他人排除在适用范围之外。但随着商人习惯法在社会实践中的发展,其中许多有关商人的规则也被适用于商人与非商人。可见,商人法产生的出发点和归宿,始终都是为维护商人阶层的特权服务的。因此,它在适用范围上必然是一个排斥商人之外的其他社会成员利益的封闭体系。

(二)近代商法立法基点之检讨

欧洲大陆各国早期的商事成文法,实际上仅仅是对中世纪商人习惯法的确认和模仿。这导致这一

时期的商事成文法深深地打上了商人法或属人法的烙印。

1.客观主义原则,又称实质主义原则。其先明确商行为的概念,然后从商行为的概念中推导出商人的概念,并在此基础上建立商法典的结构体系。商法主要调整属于商行为的一定范围的法定交易,而不管从事交易的人的身份如何。着眼于商行为自身的商性质,并将实施商行为的主体确定为商事主体。“客观主义的内涵,在于重视商行为概念的基础作用,以商行为概念揭示商事主体的范围,强调商事主体资格对商行为的依存。”^[6]1807制定的《法国商法典》首开客观主义之先河。该法典共有四篇:通则、海商、破产、商事法院,共648条。该法典第1条规定:“从事商事活动并以其作为经常性职业者,为商人。”然而,始终坚持和发展客观主义的商法典是1885年的《西班牙商法典》。该法典第2条第1款对商事交易规定为:无论从事交易的人有无商人身份,无论经营活动中进行的交易是否是偶尔进行的交易,一律适用商法。客观主义原则使商法从商人法转变为关于商事的特别法。法国国会1789年,铲除教、俗封建主在法律上的一切特权。1791年取消了“一切专业特权”,废除封建行会。《法国商法典》放弃1673年商事条例中商人主义的编纂体例改采商行为作为立法的基点,是法国大革命的成果。新兴资产阶级在立法上不承认商人是一个特权阶层,但是,《法国商法典》的主导思想仍然是商人是区别于其他国民的一个阶层,因而应在单独的法律秩序中生存。据此,只有受商法支配的人们才能提出其请求权项的各种证据,才能被宣告破产^[7]。客观主义不是以人的“身份”标准而是以“行为”标准划分民商法,“即凡规定由一般法律行为发生的私法关系的法为民法,规定由营利的法律行为发生的私法关系的法为商法”^[8]。这一原则的确立受法国大革命的影响,它力图在观念上废除封建特权的同时,废除商人在立法上的特权,“但是结果还是离不开商人的身份,很难从根本上跳出属人主义的框框”^[9]。

2.主观主义原则,又称“形式主义原则”。其先确定商人的概念,并从商人的概念推导出商行为,从而构建商法典的结构体系。《德国商法典》是主观主义立法模式的典范。该法典有五篇:商人的身份、商事公司及隐名合伙、商业账簿、商行为、海商。它以商人的概念作为立法的基点,第一编的标题就是“商人”的身份。第1条规定:“为本法所规定之目的,而从事商事经营活动的人都是商人。”商法是适用于商人及商行为的法律。“商法规范的主体,是以个人主义的典型商人为形象,根据商人纯粹追逐

利润和自私自利的特性而刻画的。”^[10]《德国商法典》是采用商行为、商业登记、商业组织形式、业务规模等因素来界定商人的。它把哪些人本身就是商人,哪些人应到商业注册机关注册为商人,哪些人可以注册为商人等,都作了详细的规定。这种界定方式产生了十分奇特的结果。例如,按照《德国商法典》规定联邦银行具有商人资格,而其他营业额庞大公营机构,如联邦铁路局和联邦邮政局,却因服务的公益性质则不具备商人资格。医生不属于商人,但却可通过商业登记或选择商业组织形式而取得商人资格。尽管旅客运输属于法定的商行为范围,但是个体的出租车经营者却不具备商人资格;然而,如果是经营出租车规模较大的公司则具有商人资格。旅店的经营只有在提供膳食和饮料服务时,才属于商人。当法院判断某项业务在性质和范围上,是否应采取某种商业组织形式,总是考虑该业务的复杂程度和对商业组织的需要程度;而商会则倾向根据营业额多寡加以考虑。

3.折衷主义原则。依据该原则,商法典在设定商事规范的结构体系及其适用范围时,将商人和商行为的概念同时作为基础,从两个方面加以界定。既注意商行为的客观性,又着眼于商行为的形式。《日本商法典》是采用这一体例的代表,现行《法国商法典》也改采这一原则。如《日本商法典》第4条规定:本法所称的商人,指以自己名义,以实施商行为为业者;公司或依店铺或其他类似设施,以出卖物品为业者,或经营矿业者,也视为商人。该法于“商行为”编规定了4种绝对商行为和12种营业商行为。值得注意的是,采主观主义和客观主义立法的国家,从来都不曾把二者对立起来,使之绝对化。“实际上有商法典的国家,在规定商法适用范围时都结合人和行为两个标准。”^[11]例如,《德国商法典》第1条第2款列举了9种商行为,并规定凡从事这些商业活动者,都将毫无例外地被赋予商人身份。《法国商法典》也未忽略对商人的定义。正因为如此,施莱辛格正确地指出:“多数欧洲和拉丁美洲商法典的起草者都试图把主观标准与客观标准融为一体。然而,这些混合制度相互之间也有很大的差别。即便在单一的司法管辖范围内,也极易产生迷惑不解和模棱两可,表现为各教科书作者之间的论争和相互抵触的司法判决。”^[12]

从以上三种商法典立法体例中,我们不难得出以下几点结论:

第一,近代商法建立的思想基础是腐朽落后的封建等级特权思想。“商法应编纂为单独法典的思

想,归根结底建立在商人构成单独一个社会阶层的概念的基础上。这种看法无疑已经过时。”^[13]《德国商法典》的制定者以商人概念作为出发点,是因为他们持有一种十分陈旧的观点,即一个社会的不同职业构成了相互独立的身份集团,而每一个集团都有其专门的法律^[14]。按照主观主义原则,商人是商法的中心,同一行为商人为之,适用商法,非商人为之适用民法或其他法律。也就是说,商法即商人之法。“商法是基于个人主义的私法本质,为那些精于识别自己的利益并且毫无顾忌地追求自身利益的极端自私和聪明的人而设计的。”^[15]《法国商法典》虽然竭力避免商人主义,但最终未能摆脱商人身份的困境。然而现实社会生活中,商人并不是商品交易活动的唯一参与者,商人并不拒绝与非商人进行交易。就一般意义而言,商人作为商品的供应者离开了最终用户和消费者根本就无法进行市场交易活动;具体而言,市场上的零售商如果离开了用户和消费者势必无法生存。因此,以商人为出发点的商法决不可能排除对非商人参与的商品交易关系的调整。商人在社会生活中,其活动区域包括民事和商事两个领域,其民事行为受民法调整,而商事行为则适用商法。然而,现实生活中第三人很难对商人的行为是属于民事或商事行为作出准确的区分。为此,《德国商法典》第344条规定,如无相反规定,商人的法律行为推定商行为;第345条规定,交易双方当事人中有一方的行为属于商行为者,对双方均适用关于商行为的规定。由此可见,德国现行商法典对商人中心已有所突破。《日本商法典》第503条规定:商人为其营业实施的行为,为商行为。商人的行为推定为为其营业实施的行为,其第3条规定:当事人一方实施商行为时,本法适用于双方。当事人一方有数人,其中一人实施商行为时,本法适用于全体。这些规定显然是社会要求商法必须切合商事关系的实际状况所作出的积极反映,而不是固守僵化和死板的商人或商行为的概念,使商法丧失生命力。但是,它也暴露出传统商法的基点存在先天缺陷,导致商法确定调整对象,因违背“同一律”和“排中律”而不周延。

第二,传统商法关于商人和商行为概念的界定,使现实生活中本来简单明了的商事关系人为地变得异常复杂。无论是主观主义还是客观主义方法,原则上都不能令人满意,它们都属于学究式方法,过于咬文嚼字且晦涩难解^[16]。如《德国商法典》除了从一般意义上给商人下定义外,它还把商人区分为商个人、商法人、商合伙,法定商人、注册商人、

任意商人、完备商人、小商人、固有商人、拟制商人、表见商人、形式商人与非形式商人等等。难怪有学者感叹道：“德国商法典与主体结下了不解之缘，但它对商人的定义这样一个极其简单的问题至今一筹莫展。”^①至于商行为则被划分为主观商行为、客观商行为、固有商行为、绝对商行为、营业商行为、基础商行为、附属商行、辅助商行为、准商行为、单方商行为、双方商行为、一般商行为与特殊商行为等等。这种复杂繁琐的分类，令人摸不着头绪，陷入概念的迷宫难以自拔。

第三，商人阶层的消失使商人已演化为一个缺乏实质内容的抽象概念，近代商法存在只重视概念而忽视生活的弊端。第二次世界大战以后，传统商法概念的不足之处已明显地暴露出来。这一法学分支变得陈旧乏味，已成为“法学家的法”，丧失了来自实践的灵感与商业现实的联系^[17]。商人这一概念，原本仅指从事商事交易活动的自然人，后随着股份有限公司的出现扩大适用于商法人。然而，随着科学技术革命不断地推进，商的范围日益扩大，新的投资形式和新的商事交易方法层出不穷，出现了人的商化和商化的人趋势。中世纪的商人阶层实际上已经不存在，商法制度实际上已适用于一般的人。人的普遍商化，使商法所规定的商人已很难与民法的自然人和法人相区别。人的商化促使民事主体与商事主体相互融合。以主体标准建立的商法体系，很难对商人作出明确的定义。许多国家的商法为此已把小商人排除在商法的适用范围之外，而仅调整大商人的商事活动。而大商人实际上就是具有独立人格的公司企业。这种缺乏生物人性的拟制人格，用商人一词表述，并不能揭示其本质特征。在现实商事活动中，人们难以用商人去指称公司和其他企业，甚至无法将二者联系起来。因此，商法不能只对传统概念有反映，而对现实生活麻木不仁。

第四，无论是从商人的概念或是从商行为的概念出发或将二者结合起来，均难以明确商法的调整对象，划定和分清商法作用的范围。主观主义从商人的概念出发，认为商法是商人之法，只调整商人之间的交易关系，而商人之间的交易关系仅仅是商事关系的一部分。如果商法仅以此为调整对象，不但会使现实社会之中的商事关系被人为地割裂开来，而且也无法满足现实生活对商法的需求。客观主义从商行为出发，认为商法是适用于商行为的法律，这样势必造成商法对单方商行为或当事人一方

有数人，其中有人实施非商行为时，出现法律适用的困难。当商人和商行为在现实交易活动中均难以加以区分时，折衷主义也会出现适用法律的困难。为此，只好信赖法律将某种行为推定为商行为，但是这种推定难免与客观事实相背离，有失公允。无论是以商人抑或是以商行为作为立法的基点，都是在全部市场交易关系中框定商法适用的区域，都难免会出现以偏概全，割裂商事交易关系的后果。近代商法典从特定的主体和特定的行为出发，人为地将社会主体区分为商人与非商人，将社会交易活动区分为商事行为和民事行为，造成商事立法在私法领域的割据状态，同时也酿成了民、商法适用上的“剪不断，理还乱”，长期困扰着法官和商法学人。从历史的沿革考察，一开始，商法作为商会的自治规则，将商人以外的其他人排除在商法的适用范围之外，后来是近代国家人为地“把商业经营圈定在一个法律隔离体内”^[18]。因为现实社会中的商事交易追求自由、平等，既不问交易参与者的动机和目的，也不问其身份地位。为了满足各种现实需要，在商事主体之间、商事主体与非商事主体之间、非商事主体之间均可发生交易。尽管主体不同目的各异，只要交易的内容、方式和程序相同，就没有理由适用不同的法律规则。

(三)现代商法立法基点的重新定位

在立法方面把受某一个国家的一般法律管辖的人与受特殊法典管辖的人区别开来，已经过时，而且不符合现代潮流^[19]。现代商法不再是仅适用于商人的特殊法律规范，而是适用于所有从事商事交易的人。在人类社会形态演进的过程中，随着科学技术不断进步，社会生产力日益提高，生产关系也必将日新月异。在自由、平等和私权神圣理念的感召下，极大地促进了商品经济的发展与繁荣，商人个体经营的方式已完全被以先进机器为物质技术手段的社会化大生产和公司化的商业组织经营形式所取代。随着资本主义经济的发展和生产的社会化，一方面，生产职能与商业职能相互渗透和融合；另一方面，自然人和法人已普遍商化。商法的个人主义私法特征则将每一个人都视为商人，甚至工人也被作为劳动商品的出卖人。马克思把这种商化概括为“三重过渡”：第一，商人直接成为工业家，商人企业化而进入生产领域；第二，商人把小老板变成自己的中间人或直接向独立的生产者购买；第三，生产者成为商人，各种生产要素都作为他自己买来

^①德国 1998 年 6 月 22 日颁布的《商法改革法》，已经不再区分法定商人、注册商人、任意商人以及完备商人、小商人，从而创设了一个统一的商人概念。

的商品进入生产过程,并直接为商业进行大规模的生产。现代商法依托于高度发达的市场经济,而市场经济与近代商法所依赖的简单商品经济,以及商品经济的初级阶段相比,无论是参与经济交易活动的主体或是交易的对象、形式、技术和手段,均不可同日而语。交易的主体更加多元化,其主角已经由自然人变为企业,在企业组织形式中尤以股份公司居于主导地位;交易的对象非常广泛,交易形式除了传统的商品市场外,还有技术市场和发达股票市场和期货市场;高新技术的广泛应用和交易方式不断创新,使交易更加频繁和迅捷。当今依托互联网、云计算、大数据、区块链和人工智能等技术而兴起的电子商务及其类似的交易形式,已经突破时空限制,无论是交易区域、规模、速度和频率,还是参与交易者的广泛性均亘古未有。市场机制成为社会资源配置的基础手段,对人、财、物的供需都必须通过市场才能实现,人们无论是获取生产资料还是生活资料,都必须从事商事交易活动。人人有从事交易活动的自由,而且商事交易活动已成为人们日常生活的不可缺少的一部分。

这就客观地要求商法不仅适用于传统的商事主体,而且必须普遍适用于一般主体。商人的外延在近代商法已扩大至商法人及商事组织。随着人的商化和商化的人,则导致商自然人与民法上的自然人再无区别。为了满足持续的大批量的商品生产和交易活动,多个人以企业的名义从事生产营业活动,该企业在主体地位上与它的创设人相分离,并且较之创设人永久存续。“当众多的人加入交易行为之中的时候,个人就完全在交易中消失了。因而,商法进一步的使命,是以多种多样的公司形式规范商业活动的众多参与者。”^[20]由于自然人完全可以凭借一般的民事人格参与商事活动,或者以投资企业、受雇于企业的方式经营商业。因此笔者认为,现代商法已不能再以商人的概念作为基石,而应重新选择企业和典型商行为作为商法规范的方向。日本法学界一般认为,“实质上的商法就是企业关系特有的法律的总体。也就是说,企业的组织活动,和一般市民的生活有不同的特殊的一面,适应这种需要的法律就被称为商法”^[21]。在德国商法颁布 100 周年之际,联邦政府提出的修正案认为,现行商法典是 19 世纪末经济生活的反映,历史实践表明该法 1—4 条的规定已远远不能适应现实生活的需要。民、商法的衔接必须恰当,才能在二者之间找到一个确切的界限。商人的概念必须适应经济生活和发

展的现状和需要,符合经济领域从业人员的想法。1998 年 6 月 22 日,《商法改革法案》得以颁布,其中对商人身份的界定只提供了两个独立标准:第一,必须存在一个经营性的企业;第二,这个企业在方法和范围上满足以商人方式建立业务活动的需要。每个经营性企业都被当作商人来对待,除非它能证明没有满足以商人方式建立业务活动。该法案虽然保留商人的概念,但实际上已成为商事企业的代名词。《土耳其商法》已经将“商事企业”作为商事立法的基础概念和出发点。1999 年颁行的《澳门商法典》更是将商事企业作为基本概念,并以此建立了商业活动的整套新规则^①。

此外,典型的商事交易行为在交易主体、对象、方法和程序上均与一般的民事交易具有显著的不同和特殊性,例如,证券集中竞价交易、期货交易、票据交易、拍卖、招投标,以及近年来兴起互联网平台交易等,均必须由专门的商事法律规范加以调整,才能符合知识经济时代的需要,并促进知识经济时代的发展。

我国历史上未曾经历商品经济充分发展的阶段,商人在历史上也从未形成一个社会阶层,商人在我国始终不是一个法律概念。商人一词在现实生活中通常指做买卖的人或投资经营企业的人。这与大陆法系采民商分立体例的国家对商人概念的法律界定在内涵上大相径庭。经过 40 年的经济改革,随着现代企业的建立和发展,我国企业的活力和竞争力得到了前所未有的提升,企业的概念已经深入人心;另外,各种典型的商事交易形式,如证券交易、期货交易、拍卖、招投标乃至最新型的电子商务,均在中国市场出现了繁荣景象。但是,在法律和现实生活中却始终没有确立商行为的抽象概念。可见,我国无论从历史传统还是现实认识的角度,均难以引入大陆法系国家商法典中的商人与商行为的概念,并作为立法的基点。因此,我国现代商法体系的发展应继续坚持“商事企业”与“典型的商事交易行为”立法的基点。

二、现代商法表现形式的趋向:商法典的解构与单行法的兴盛

大陆法系采取民商分立体例的国家,在民法典之外均制定了商法典。法国 1804 年制定了民法典,1807 年又制定了商法典。此后,19 世纪进行民法典编纂的国家,德国、日本、西班牙、葡萄牙、荷兰和比

^①见第 40/99/M 号《澳门政府法令》。

利时等大约 40 多个国家,均仿效这一私法体例,分别制定了民法典和商法典^[22]。民商分立体例的形成有其历史的渊源。中世纪欧洲的商人习惯法,仅适用商人阶层而非适用于整个社会民众,因而造成了中世纪以来西方民法与商法分立的长期存在,商法从来不是民法的一部分。可见,民商法分立不是理性选择而只是一个历史传统。在近代各国制定、颁布民法典之前,民商分立、并立实际上已经是一种客观现实和历史存在了^[23]。另外,民事与商事存在着许多重大的区别:其一,民事生活是人人都要过的生活,而商事活动只是极少数商人从事的职业;其二,商法所预设的商人是精明能干、信息充分、经营逐利之人,而民法所预设的市民充其量是平均理性的经济人、普通人。因此,必须区分民事行为和商行为^[24]。此外,大陆法系对法的形式理性的追求形成了法典化传统,因法典化的传统,使民法典之外的商事规则也自然地成为法典化的对象,于是形成了民法典与商法典并立的格局。

然而,大陆法系各国的商法典,在形式理性上远远不如民法典完美。无论在措词还是规范质量上,都远远不及民法典。它无法像民法典那样,建立起一个逻辑严谨、结构合理、井然有序的规范体系。它只能表现为像拼图那样,把不同领域的商法规范汇编在一起。正如学者形象地总结,从商法典形成的历史因素来看,商事规则本来就是民法的“弃儿”,商法典是对游离于民法之外的“散兵游勇”的收容,故其内在联系性远远不如民法。虽然商事立法也遵循一定的脉络,如以商人或商行为主线,或兼而有之,并以之贯穿其基本概念,却难以抽象出共同的原则,致使其保险、票据、破产、证券等具体制度之间的内在联系性令人生疑^[25]。由于不同领域的商法规范带有极强的特殊性,个性张扬,使立法者无法抽象、概括出贯穿和统领各个商法部门的总则,也无法建立它们之间的必然逻辑联系,结果致使商法典的规范体系神散形离。例如,《法国商法典》在编排体例上分为四卷: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”。法国学者指出,该法典其实是因为军火商供货屡出麻烦,拿破仑一怒之下颁行的,它起草仓促、杂乱无章^[26]。又如,1838 年旧的《荷兰商法典》包括三

编:第 1 编为“商业登记、合伙、商业代理、证券交易所、票据、保险”等内容;第 2 编为“海商法和内河航运法”;第 3 编为“无力清偿债务”。从中不难看出,这种将不同领域的特有商事规范聚合、拼凑起来的商法典,无论三编之间还是每一编中各具体制度之间很难形成密切而清晰的内在逻辑关系。

1807 年的《法国商法典》自颁布实施以来,随着商品经济的发展发生了很大的变化。在新法典制定之时,这部法典中的绝大部分条款已经被废除或修改,继续有效的仅 140 条,其中只有 30 个条款保留了 1807 年的行文。现存条款涉及商人、商业会计、商品交易所、居间商、质押与行纪商、商行为证据、汇票与本票、商业时效及商业法庭,已远不能适应实践的需要^①。为了弥补该法典的不足,在商法典之外颁布了一系列单行立法。包括 1865 年的《支票法》,1930 年的《保险契约法》,1966 年的《法国商事公司法》,1967 年的《关于司法清理、财产清算、个人破产和破产犯罪的法律》(已废止),1984 年的《关于商事及公司登记的法令》《企业困境预防与和解清理法》,1985 年的《法国期货交易法》《困境企业司法重整和司法清算法》,1988 年的《法国证券交易所法》,等等。由此可见,法国商法现代化之路是在商法典框架体系之外另辟蹊径,而不是在商法典之内修改完善商法的体系,致使商法典中的“海商”“破产”和“商事法院”等内容已经先后被不同的单行法废除或取代。商法典解体和离散,几乎沦落为一空架子,其调整功能日渐式微,已经难当法典定位之重任。

商事单行法的兴盛使商法典分化瓦解,变得支离破碎,如何重新定位商法典一直困扰着法国。作为一个有着悠久法典化历史的国家,法国主流学者及立法机关难舍法典化的情节。1999 年着手商法典复活的编纂活动,2000 年 9 月 18 日颁布新的《法国商法典》^②。这种再法典化不是逻辑体系严谨、合理的法典编纂,而是通过汇编的方式将众多的原本逃离商法典牢笼的商事单行,重新囚禁于商法典之中。它除了借商法典的形式继续肯定了商事规范法典化的价值外,实质上不过是各商事单行法的乌合之众,其中混杂着经济法、诉讼法和职业法的内容,难以成为一部规范体系协调统一的法典。

① 见《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社,2000 年版,“译者的话”。

② 现行《法国商法典》整合了数部法律、法规,共分为九卷。分别是: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”;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”。其有超过 1800 个条文,在规范内容和结构布局方面,也发生重大的变化。新的《法国商法典》自颁布之日起至今,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,另外,由于采取特殊的法典过渡技术,有不同的效力版本。此处对框架的介绍,依据的是 2017 年 1 月 1 日才有效力的版本。

法国商法的再法典化只是世界范围商法典解构潮流中翻不起浪花的逆流。就其他国家考察,商法典分化的洪流依然滚滚向前,涤荡尽商法典的陈迹。1900年生效的《德国商法典》并未将先前单独存在的合作社法(1889年)、有限责任公司法(1892年)、股票交易法(1896年)、票据法和支票法纳入该法典。1937年股份法又脱离商法典,另立山头。此外,运输法、银行法和许多新的合同方面的立法也单独存立于商法典之外。1865年智利颁布商法典之后,其中第四编和最后一编关于破产的规定,在1929年被新颁布的单行法取代而废止。此外,在商法典之外,智利还颁布了保留所有权的分期付款买卖,商业抵押,有限责任公司,一人有限责任公司、隐名合伙、消费者保护、银行账户以及支票,债券,保险,等等大量的特别法^[27]。1899年日本颁布实施了新商法典,共有五编,即第一编“总则”;第二编“公司”;第三编“商行为”;第四编“票据”;第五编“海商”。商法是日本大型法律中修改、补充次数最多的法律^[28]。为了避免在商法典内不断地大量修改、增补新的商法规范破坏其结构并使其内容过于庞杂,日本在商法典之外陆续颁布了30余件商事单行法,其中1932年、1933年分别颁布票据法和支票法取代并废除了商法第四编“票据”;1938年制定《有限责任公司法》《与股份公司的监查等相关的商法的特例法》;1948年制定《证券交易法》(2006年修改更名为《金融商品交易法》),1998年制定《投资事业有限合伙法》,2005年制定《公司法典》,同年还颁布了《有限责任合伙法》。这部《公司法典》堪称鸿篇巨制,共8编,34章979条,比原商法典还多出158条。它的生效实施致使公司法规范脱离商法典,使日本商法典的条文锐减三分之二^[29]。

综上考察,我们发现在制定商法典的国家内,商法典内部受到要求独立自主的法律部门的攻击,其结果是在很多国家出现法律渊源分散化的趋向。日本学者松波仁一郎面对私法二元体制国家的商法典结构中的商行为规范渐渐吸收于民法,海商、破产法律规范应排除于商法之外,票据法从未入于德国商法典这种窘境,早在100年之前就曾断言:“是则商法至于分解消灭,而多数之规定入于民法。其特殊之者,则为公司法、票据法、海商法、保险法等而存在,此于将来殆可为预测者。”^[30]商法随后的发展境况不幸被其言中。前面德国商法演变的考察,我们已经看到,德国100多年的商法历史,事实就是一部商法典衰败的历史。在这一过程中我们能够发现一份被视为商法典衰败的证据的“损失表”。商法的改革不是来自商法典本身的完善,而是来自

法典以外的单行立法^[31]。“商法典失去它的大部分内容,出现一些构成小法典的重要法律部门。”^[32]历史事实告诉我们,法典化对商事法律规范却不是最佳的载体或表现形式。一方面,无论是采取何种主义或标准,就商法的调整对象和范围均难以像民法典那样,建构一部逻辑严谨、有机和谐、协调统一的商法典。最突出的现实表现是各国商法典调整的范围和内容规定极不统一,许多规范与民法典的规定重复、交叉,界限不清,造成法律适用的困难^[33]。另一方面,在商法典实施以后,商法典的结构体系难以在保持稳定性基础上进行不断地发展和完善。随着社会生活发展节奏的快速化、复杂化和立法的大量增加,商法典已不堪重负,难以承载商法规范之全部。此外,因商法典“船大难调头”,无法及时地回应市场经济飞速发展对商法更新的渴求,致使大多数国家商法典的内容不是在原有的架构内与社会经济同步革新,而是一些制度纷纷“逃出”商法典,在商法典体外循环。因此,商法典一直处在被解构的过程中,去法典化成为商法现代化的潮流。其结果是,商法典满目疮痍,苟延残喘,而独立或逃离商法典的商事单行法却生机勃勃。

商法是市场经济关系的法律表现,而市场经济关系是社会关系最活跃、最易变动的关系,这决定了商法与时而变、与时俱进。加上商法规范属于技术性法律规范,不为伦理道德和民族文化所羁绊,因而它往往成为法律现代化的先锋。正如法国学者感叹的那样,“商法进行着越来越迅速与深刻的演变。学界几乎赶不上立法者快捷的步伐”^[34]。商法的这种进步性和先进性,只有单行法才能堪当大任。因为单行商事立法的内容和方法可以灵活选择,程序简便易行,对市场经济不断发展变化有极强的应变力。例如,英美的私法领域不存在商事与民事的区别,在判例法之外不存在形式意义上的商法,但是却存在各个领域的商事单行法,如公司法、商业银行法、票据法、证券法、破产法、保险法等。美国在公司、合伙、证券法领域的创新,使其成为这一领域法制最为健全的国家,不但公司、合伙的经营活力充满,而且拥有世界最活跃的证券市场。美国这种商法表达方式,使商法的原则与弹性和灵活性有机地结合,切合了商事企业及其经营交易活动日新月异,不断发展变化的实际需要,为激发和保持经济活力,促进创新、创业,营造了良好的法治环境。再者,我国改革开放以来,颁布的一系列适应市场经济需要的商事单行法,促进了我国经济飞速发展,取得举世瞩目的巨大成就,充分证明了我国采用商事单行法的形式是适合我国国情的正确选择。

三、我国现有商法体系形成的特征及其检讨

2011年1月中国特色社会主义法律体系已经形成,这一法律体系以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成。我国经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现了有法可依。这一宣告也意味着我国商法体系已经基本形成。

(一)我国商法体系的结构

1.我国商法规范的内容体系。法律体系就是法律规范体系^[35],我国商事实体规范包括:(1)企业法律规范。主要有以公司、合伙企业、个人独资企业、国有企业、集体企业和农民专业合作社等种类为对象制定的企业组织法群。(2)商事行为法律规范。包括有形的商品交易规范,无形的知识产权交易规范,银行、保险和信托等金融产品交易规范,以及票据、股票、债券、基金券和期货等交易规范。另外,还就现代商事交易方式创立了融资租赁、招投标和拍卖等法律规范。(3)商事监管法律规范。第一,对商事主体设立和营业实行许可和登记制度;第二,对涉及社会公共利益的产品质量、广告、不正当竞争与垄断行为、金融与资本市场的重大交易等实行审查批准或检查制度。(4)商事组织和行为宏观调控法律规范。主要是指为促进乡镇企业、中小企业、对外贸易和循环经济的发展,分别出台的引导、推动、扶持、激励与约束相结合的法律政策措施。(5)商事法律责任规范。包括商事主体的严格责任和连带责任规范。第三,我国商事立法中设置了许多非诉讼性质的商事程序规范。一是各类企业的设立、变更、终止和破产程序;二是商事交易程序,例如,公司股票、债券的发行和上市交易程序,公司并购程序,票据转让和交易程序,拍卖和招投标程序,等等。

2.我国商法的层级结构与形式体系。在民法典制定之前,我国商法体例和表现形式立足于经济改革急需法律供给的国情,选择了单行法形式,按照立法权限分层次地建构商法的体系。第一层级,全国人大常委会制定的商事单行法。主要有《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国全民所有工业企业法》《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国

合伙企业法》《中华人民共和国个人独资企业法》《中华人民共和国农民专业合作社法》《中华人民共和国企业破产法》《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国证券投资基金法》《中华人民共和国拍卖法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国信托法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》《中华人民共和国海商法》等。第二层级,国务院就商事领域制定的行政法规以及最高人民法院就商事单行法所作的司法解释。可以概括为三类。一是授权先行制定的商事法规。例如,《中华人民共和国城乡个体工商户管理暂行条例》《中华人民共和国私营企业暂行条例》《中华人民共和国劳动就业服务企业管理规定》《中华人民共和国关于鼓励华侨和香港同胞投资的规定》《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》等均属于此类。二是为实施商事单行法而制定的配套法规。例如,《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》《中华人民共和国外资企业法实施细则》《中华人民共和国企业法人登记管理条例》《中华人民共和国全民所有制工业企业转换经营机制条例》《中华人民共和国公司登记管理条例》等。三是最高法院针对商事单行法适用问题所作的司法解释。如《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》《关于适用〈合同法〉若干问题的解释》《关于适用〈公司法〉若干问题的解释》等。第三层级,省级人大及其常委会、经济特区和较大城市人大及其常委会制定的地方性商事法规。例如,《深圳经济特区商事条例》《陕西省股份合作企业条例》等。地方性商事法规通常是在没有全国性立法和行政法规的情形下,为了规范本地商事活动的发展,由地方立法机关制定的具有拾遗补缺性的法律。

3.我国商法的功能结构体系。商法功能一般说来是指商法对商事组织关系和交易关系的调控作用和效果。商法功能结构由许可、鼓励、推动、促进、限制、禁止和矫正等功能构成。各项调整功能健全、协调统一,发挥整合效用,是商法功能结构合理和完善的标志。20世纪80年代至90年代初期,我国商事活动领域曾出现“一放就乱、一管就死”的怪圈,说明商法的促进功能与约束功能未能实现有机结合和统一。经过40多年的商事法制建设,现今我国商法调控的功能基本齐备,并能够实现自治与强制、激励与约束、保护与制裁机制的协调统一。

我国商法体系形成于经济体制改革转型时期。

经济改革使我国从农业社会走向现代工业社会,社会生产方式、生活方式发生了翻天覆地的变化,社会秩序的调整和转型,必然伴随着现代化商法体系的形成和制度建设。首先,市场主体、社会阶层多元化,多种所有制形式并存、共同发展;其次,科学技术日新月异,生产力得到很大的提高,生产资料和生活资料充分涌流,经营创新、新商品、新交换方式层出不穷,社会稳定繁荣;最后,社会财富分配方式多样化,人民收入和生活水平有了前所未有的提高。经济基础的更新发展必然要求上层建筑与之相适应,尤其要求商法及其体系保护改革开放的成果。为此,我国在商法领域围绕各项重大经济改革,陆续相应地制定了一系列商事法律、法规,商法架构体系基本形成。我国商体系的形成与经济改革开放的进程具有同步性。经济改革开放造就了我国商法体系,商法律体系的形成及调整功能的发挥,同时也促使经济改革开放的成功。

(二)我国商法体系的建构特点

如果我们把商法体系的形成,放在改革开放和社会主义现代化建设的宏伟大事业中审视,放在依法治国、建设社会主义法治国家的历史进程中审视,放在人类法治文明发展进步的世界潮流中审视,可以发现其有以下几方面的特色。

1.借鉴与创新相结合。我国是商法后发型国家,使我国能够充分借鉴商法先进国家成功的立法经验和行之有效的制度,并结合我国的实际情况进行制度创新,以致较短的时间迅速完成了商法体系的构建。例如,在商主体方面,我国的个体工商户、个人独资企业、合伙企业、国有独资公司和农民专业合作社等制度都具有显著的特色。

2.经济改革与商事立法的互动性。经济改革产生新的经济关系,从中发现或提出商事立法的对象和宗旨;商事立法则将经济改革纳入法制的轨道,保护、促进其发展和深化。二者的互动关系,不仅需要先发展后规范,也需要先规范后发展,而不是单一的互动模式。

3.商法体系具有渐变性、过渡性和开放性。我国商法体系的形成,无论是观念的转变还是制度的构建,都是在不断摸索、不断总结、不断推进中逐步形成的。商法体系的过渡性表现为其结构的二元性:带有计划经济色彩与反映市场经济要求的立法并存;体现所有制与企业组织形式分类标准,以及反映城乡二元结构的企业立法并存。因此,转轨时期商事单行法之间的矛盾冲突在所难免。

(三)我国商法体系存在的缺陷

我国现行商法体系建构方式在体例上没有采

用制定商法典的形式,而是以单行商事法律、法规为载体。因此,整个商事法律规范的表现形式是一种分散立法模式。这种旨在突出不同阶段经济改革重点,创立商事单行法,逐渐扩展而成的商法体系,呈现出缺乏灵魂的疏散状态。以下,将进行全方位地审视。

1.商法体系仍然不完备。首先,商法体系还存在立法空白点。随着我国现代企业制度的建立,企业作为独立的市场主体,以自律为宗旨组建自治组织,如行业、职业和专业的协会、商会如雨后春笋,蓬勃发展。从1990年起我国相继开展了粮食、金属商品、金融和股指期货交易,依托互联网建立平台或门户网站进行商品交易或提供服务的商务活动迅速崛起,异常活跃。然而,时至今日,我国的行业协会法、期货法、电子商务法尚未出台,严重地制约着这些领域的发展。此外,金融消费者保护、银行卡和融资租赁业监管等也需要法律规制。

其次,商法体系存在着结构性缺失。我国商法体系中针对特定领域制定的特别法律规范已经基本齐备,但是缺少处于上位的一般法律规范,致使没有一般商法统领各单行商事法,难以形成逻辑联系紧密、结构严谨的体系,各商事单行法则处于离散状态。各个商事单行法特定的调整对象和范围无法彰显商法的一般价值理念、上位概念和基本原则,而特殊商法规范中的具体概念、规则和制度的商事法理基础薄弱;在适用过程中无法回归到一般法,进行目的和体系解释,造成商事单行法的适用性被削弱。如各类企业制度中尽管对经理或厂长的职权进行了列举式规定,但是商法体系却没有经理概念及经理权的一般规定。

最后,还有一些商法规范存在配套性缺失。我国许多商事单行法中就一些特别事项规定了授权国务院制定相关行政法规的条款,但是存在着有授权却未及时出台相应法规的现象。由此产生的立法盲点使单行法的相关规定无法发挥现实作用。2007年实施的《中华人民共和国合伙企业法》第五十九条规定:特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金,用于偿付合伙人执业活动造成的债务,具体管理办法由国务院规定。《中华人民共和国企业破产法》第一百三十四条授权国务院可以依据本法和其他有关法律的规定制定金融机构破产实施办法。以上授权行政立法至今尚未落实。

2.商法体系性不统一、不协调。首先,规范内容交叉重复。最突出的是关于商事主体登记的行政法规和规章,这方面由国务院和国家工商行政管理局分别制定的条例、规定、办法和意见等规范性文件

多达 20 多项^①。由于对商事主体登记事项和程序共性的特征没有进行高度概括性提炼,而基本上是按照一企业制定一套登记规范,这种“滚雪球式”立法模式,不但造成规范内容上的重复和交叉,而且加大了立法和执法的成本。另外,企业组织法方面也存在重复和交叉的立法现象,例如有限责任公司除了《中华人民共和国公司法》外,在《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》《中华人民共和国私营企业暂行条例》中均有规定。一方面,大量的内容重复、交叉;另一方面,不是出于实现特殊立法目的的需要,却对本质属性相同的构成要素作出不一致的规定,也与法理不合。

其次,规范之间有矛盾冲突。第一,我国现行商法体系的过渡性表现为其结构的二元性,带有计划经济色彩的商事单行法与以市场经济为理念制定的商事单行法之间,势必存在立法理念、制度设计和适用上的矛盾和冲突。第二,对同一对象作出不同的法律规定,产生的规范矛盾和冲突。例如,《中华人民共和国公司法》第十五条规定公司“除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人”。而《中华人民共和国合伙企业法》第三条则规定:“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。”二者关于公司能否成为普通合伙人的规定显然不一致。

商法体系存在这些缺陷的主要原因是我国商法体系以单行商法调整的各特定对象作为分类标准,然后分别立法构建而成,从而将商法典内在的规范体系,外在化为单行商事法律规定之间的体系。虽然我们不能说该体系杂乱无章,缺乏最基本的逻辑联系,但是不得不承认商事单行法形成的体系,由于不是同时体系化思维的结果,时间跨度大,在社会变迁的过程中,立法观念随之改变,客观上新旧法律规范难以前后照应,做到统一和协调。

3.商法体系的功能性不统一、不协调。我国商法体系虽然已经形成了综合调整的功能结构,但是其协调统一的整合效用仍然存在某些不足。

首先,稳定性与变动性。法律既要维持现有的

经济秩序又要推动经济变革,这是一对矛盾,是守成与创新的对立统一。我国商法体系形成于经济改革过程,注定了其随着改革的发展而变动不居。虽然这是商法与时俱进及其先进性特点的表现,但也往往因新旧商事规范交替和衔接,造成商事交易行为的不确定性和不可预期性,频繁变更的成本高昂。这也许是我国社会转型期商法体系难以避免的局限性。然而随着我国商法体系业已形成,今后商法体系的完善必须在保持其相对稳定性与适时发展的先进性之间进行协调统一。

其次,借鉴与本土化。我国商法体系中一些引进的制度未能实现与国情有机结合,从而导致有效调整功能难以发挥的现象。例如,我国引入信托制度近 20 年,但是由于未能成功地完成本土化发展,至今社会大众依然缺乏信托意识和观念;再如,在上市公司引进独立董事与我国监事会制度亦未能产生协调统一、优势互补的效应。

再次,层级错位。我国商法体系按照立法权限划分和要求,应当形成以商事单行法为主,辅之以行政法规、司法解释和地方性法规的层级结构。这一要求虽已基本做到,但是层级错位现象依然存在。一是一些商事单行立法过于简单、粗糙,缺乏可操作性,实施过程中几乎被相关的行政法规或司法解释取而代之,损害了法律的权威性;二是行政法规和司法解释僭越上位商法的立法本意和原则的现象时有发生;三是一些商事行政法规已经实施多年未能及时上升为单行法律,影响了其升级完善。

最后,立法语言表达不统一。例如,企业解散负责清理债权、债务和财产分配的组织,在《中华人民共和国公司法》中使用的词语为“清算组”,《中华人民共和国合伙企业法》为“清算人”,《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》为“清算委员会”^②,同一概念使用不同词语表达不仅不符合立法语言统一、严谨的要求,而且势必对法律的理解和适用带来困难。

4.商事法律规范粗略,可操作性差。我国已经颁布实施的商事单行法几乎都存在规范较粗糙或简陋的现象。为数不少的商法律规范属于宣示性规范,难以作为裁判依据;还有一些商法规范不完全

①主要有一般性规定:《企业法人登记管理条例》《企业法人登记管理条例施行细则》《企业登记程序规定》等。专门规定:《城乡个体工商户管理暂行条例》《公司登记管理条例》《合伙企业登记管理办法》《个人独资企业登记管理办法》《农民专业合作社登记管理条例》《关于外商投资企业登记管理适用公司登记管理法规有关问题的执行意见》《关于外商投资企业违反登记管理法规的行为进行处罚的权限和程序的规定》《企业名称登记管理规定》《企业法人登记公告管理办法》《企业集团登记管理暂行规定》《乡镇企业登记备案规定》《企业经营范围登记管理规定》《外国企业常驻代表机构登记管理条例》等,约 30 个规范性文件。

②见《中华人民共和国公司法》第一百八十四条,《中华人民共和国合伙企业法》第八十六条,《中华人民共和国个人独资企业法》第二十七条,《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第九十一条。

规范,其逻辑结构中仅有行为模式,缺少法律后果,不具有可操作性,由此造成商法体系中存在一些无用或缺乏实效的条文。更有甚者,一些商事立法由于规定过于简单扼要,徒法难行,不得不又制定实施细则辅助其实施。此外,一些商事法律规范存在缺漏,应当规定的内容或事项没有规定,形成立法空白点和法律漏洞。例如,企业的住所是企业得以成为法律主体必要的构成要素,也是确定企业法律文书送达、司法与行政管辖的依据,但是,《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国全民所有制工业企业法》《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》《中华人民共和国合伙企业法》的条文中却对其住所的设置没有任何规定。这不仅造成了企业实体法律规范与注册登记的程序规定难以衔接和配套,而且也给执法和司法带来不便和困扰。出现以上现象的主要原因是经济改革急需法律快速出台,解决无法可依的问题,因此,立法奉行“宜粗不宜细”的原则,仓促立法,急于求成,填补空白,不可能精益求精地缜密立法。此外,我国的立法水平和技术也未达到能够在立法领域精耕细作的程度。

四、我国制定民商合一的民法典与商法体系化建构之路径

(一)民商合一体例的具体立法模式与我国民法典的选择

1.民商合一大而全的民法典。1865年加拿大的魁北克省在其民法典中规定了商事规范,首开这一体例的先河。按照民商合一的理念,力求构建囊括所有民商事法律规范,堪称私法大全式的民法典。自法典编纂盛行于世以来,就有人主张法典的目的是综览同种法的全部,并收录于一部法律之中。然而,时至今日也未能编纂出真正意义上的这种法典^[36]。现实存在的所谓民商合一的民法典也不过是将民法绝大部分规范与一部分商事规范通过编纂、排列,统合于民法典之中而已。《意大利民法典》就是这样的法典,根本不可能编纂一部囊括并穷尽一切民商事规范的民法典。这种大一统的民法典结构宏大,内容庞杂,鸿篇巨制,其弊端在于,难以做到结构合理、逻辑自恰,修订困难,影响法律现代化。

2.商实质合一、形式分立的模式。民商观念上的合一也即实质上合一。这种模式认为无论私法规范存在形式如何,并不存在性质上的不同,在适用

主体上没有身份区别。私法规范体系化的主要内容应当以民法典的形式存在,特别的内容则以其他法典、单行法或其他表现形式存在,以辅助民法典共同完成私法领域的调整任务。“其实,民商合一不在于将民商法规定在同一部法典之中,而在于两者精神相通,可以相互补充援引。”^[37]1881年瑞士制定债务法融民法传统之债与商法特殊之债于一体,商法的大部分内容,如公司、合作社、商事登记、商号、商业账簿及有价证券被分别规定在《瑞士债法》的第三分编至第五分编中。至1911年《瑞士债法》在整体上又被作为《瑞士民法典》的第五编,并采取单独编序的立法形式,将《瑞士债法》整体纳入民法典的体系之中。荷兰从1934年起发展成为这种模式的典型代表,其旧《荷兰商法典》第1条规定:除了明确指示的情形外,民法典适用于商法典调整的所有问题。法律几乎废止了在私法中商人和非商人之间的区别,商法典的条款同样适用于所有的人,不论是商人还是非商人,从而实现了民法与商法的实质上的统一。国民政府时期,《民商法划一提案审查报告书》确立了“将民商订为统一法典,其不能合并者则分别立单行法规”的原则。1929年11月5日国民政府立法院按民商合一体制完成《民法债权编》把商法总则中的经理人、代办商,商行为中的买卖、交互计算、行经、居间、仓库、运送营业及承揽运送订入债权编。与此同时,国民政府立法院商法委员会等机构开始起草各商事单行法,陆续颁布公司法、海商法、票据法和保险法等作为民事特别法。

可见,观念上的民商合一不强求法典形式意义上的合一,而是对传统的民法表现出更多的尊重,对传统的商法表现出相当的宽容,对法典形式意义上的合一表现出务实的理性,主张在观念上应将一切单行的商事法都视为民法的特别法,并不刻意追求民法对商法内容的包容^[38]。

3.我国民法典的选择:民商实质合一,形式统分结合。我国正在制定民法典,其中《中华人民共和国民法总则》已于2017年3月15日由第十二届全国人民代表大会第五次会议通过,分则各编正处于编纂的过程之中。编纂民法典是对现行民事法律规范进行科学地整理,修改过时的规定,并针对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出新规定。这必然会引起我国现有民商事法律规范的重构。《民法总则》采取“民商合一”的体例,创新性地规定了商法规范适用、营利法人、决议等大量涉及商事关系的法律规范。该法第七章系统地规定了代理的一般规范。由于财产关系是民、商法共同调整的领

域,在民法总则出台以后,物权和债权必将作为一般性规定纳入相应的商法分则编。然而,现存的大量商事法律规范,仍将以单行法的形式保留于民法典之外。

我国民法典采用这种“民商实质合一,形式统分结合”的立法模式,将民事生活和整个市场所适用的基本概念、共同规则和共同制度集中规定于民法典,作为私法领域的基本法。私法生活领域中的一些特殊关系、特殊市场的特殊规则和制度,则在各单行法中规定,尤其是在相应的商事单行法中加以规定,作为民法典的特别法。这种私法体例有以下比较优势。第一,它以民法典为基础,以民商事单行法为补充,构建一个完整的私法体系。民法典的基本原则和一般规范对单行法起着指导和统率作用,单行法对民法典起补充、协助和配合等作用。第二,它兼顾了私法的安定性和进步性,化解了民法与商法现代化进程的非同步性引发的紧张关系。第三,民法典与民商事单行法之间完全能够实现相互开放、协调、呼应和配套。

(二)民法典制备后商法体系化完善的路径及争鸣

《中华人民共和国民法总则》尽管确立了民事主体和法律行为的一般规则,将商事主体和商事行为具有共性的规范采取提取公因式的方法加以吸收,正在编纂的“合同编”和“物权编”也会将具有普遍性的商事财产权规范提升为一般规范,进行统一规定。但是,《民法典》并不能消除众多的商事单行法,存在民法典之外分散化、碎片化,难以协调统一的状况。因此,商法如何体系化仍是未竟的事业,对此,商法学界主张各异。概括起来,主要有以下几种路径或模式选择。

1.“民法典+商事单行法”模式。该模式认为理论上坚持“民商合一”,立法体例上采取类似我国台湾地区私法一元化的做法,制定民法典将商法具有共同性的一般规范纳入民法典,不宜纳入民法典的商事规范则以单行法律的形式存在。这样一来,便可以用民法典统领商事单行法,二者之间形成一般法与特别法关系和体系结构。其优点是既可维持商事单行立法的现状,又能节约立法成本^[39]。

2.制定商法典的路径。早期,有主张制定商法典的学者认为,我国既不同于大陆法系,也不同于

英美法系,而应选择符合社会主义市场经济的第三条道路。在编纂模式上,应把交易实践放在第一位,把系统化放在第二位,通过编纂商法典实现商事法律的统一化和现代化^[40]。面对我国商品经济迅速发展的现实致使“民商合一”的模式下,民法的调整力不从心,从而出现法律调整的许多空白状态,制定独立的商法典势在必行。认为商法体系具体可表现为:“商法典+商事单行法”的复合模式^①。此时,制定商法典仅是个别学者观点,未受商法学界重视。及至2014年,张文显教授在河南郑州召开的商法学研究会年会上提出:“我们要制定‘民法典’,为什么不能再制定一部商法典呢?”对此,商法学界倍受鼓舞。2017年12月30日,北京大学法学院主办了“制定商法——商法典编纂的全球印象”的研讨会。在这次会议上,北京大学刘凯湘教授以《反对商法典的理由辩驳》为题发言,积极主张制定一部“商法典”。他认为,私法的二元结构需要制定商法典,商法是民法的特别法;我国从来不曾采取真正意义上的民商合一,只是实质的民商分立;大陆法系有商法典的国家存在着去法典化的倾向,也有再法典化例子,但均未放弃商法典;现代商法不是为商人特殊阶层设计的,而是为社会发展而设计的;商法典存在着基本的共同规范和内容,可以抽象制定总则,分则也存在商事组织法与行为法之间内在的逻辑体系;商法的公法化倾向,正是民法典所不能代替商法典的原因之一;虽然可以先行制定商法通则,但是商法通则不能完成商法典的功能和任务。王涌教授主张,如果“民法典”无法包容商法总则的事项,可以直接制定“商法典”,而非“商事通则”。中国的商法不应采取德国的民商强度分立的模式,而是应采用中度分立模式。先制定重要的商事单行法,扩充合同法,再制定商法典,这才是现实主义的选择。在未来的商法典中,无须设立繁复的商行为总则^[41]。

3.“商法通则+商事单行法”模式。这一模式倡导者认为,我国现行商法未形成严密的内在体系,且内容庞杂而难以有效地逻辑化、体系化的根本原因,在于缺少体现效益与安全统一的法律原则,缺少一般商主体和抽象商行为规则。因此,在我国现阶段不可能也没有必要制定所谓的商法典,将来也不必制定商法典。真正有必要的是制定一部类似于

①任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社,2000年,第81页;苏惠祥:《中国商法概念》,吉林人民出版社,1996年,第101-110页;李功国、朱沛智:《商事立法及其责任制度》,《科技·经济·社会》,1994年第4期;范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社,2005年,第138页。

民法通则的商事基本法——“商法通则”,使群龙无首的众多商事单行法形成一个科学、和谐、完整的体系。这一主张首先由江平教授提出,并得到商法学界的响应^[42],2004年中国商法学研究会曾在哈尔滨召开年会,对制定《商法通则》进行了专门研讨。王保树教授曾指出:由于《民法典》与商事特别法之间有大量的立法空白存在,而且商法通则的大量制度不适合制定分散的单行法,有必要统一立法。这一法律可称作《商法通则》(或《商事通则》),它不追求《商法典》式的卷帙浩繁、规模庞大,但是与各别单行法相比,它居于商法领域一般法的地位^[43]。赵旭东教授进一步认为,民商合一既无必要也无可能,民商分立也并不可取,民商立法体例的理性选择应该是民法法典化与商法单行法并行的折中体例,此属真正本土化的中国创制。商法通则的制定不仅有充分的法理基础与现实根据,还将使商法的中国特色表现得更为鲜明、超越民商合一与民商分立模式的两难选择,并与我国民商立法以解决问题为导向的指导思想和现实格局高度契合^[44]。

笔者认为,以上三种模式中,第一种模式具有可行性,也是我国民法典编纂既定的方针^①,按照该方针已经完成了总则的制定,各分则仍在编纂过程中。这种模式兼顾了民法、商法的共性与特殊性,将私法的一般性规范以民法典的形式系统地作出规定,而将极富特殊性的商事规范以单行法的形式存在于民法典之外。按照这一模式建构的我国私法体系,客观上形成一般与特殊结构关系,相互配合、协调一致地完成对社会经济关系的调整。第二、第三种路径皆走不通。无论是从理论依据、历史经验还是从我国的现实情况来看,均缺乏可行性。采用民商分立的体例制定商法典,在200多年前的法国和德国,只不过是民法典制备之后,对之前早已存在的商事法律规范和习惯法按照法典化的偏好汇编成典。因此,民商分立只不过是一个历史事实,而非深思熟虑的理性选择,缺乏科学理论依据。由于商事规范具有鲜明的个性和特殊性,不同国家商事法制状况千差万别,致使商法典缺乏科学、合理、严谨的逻辑结构体系,并且各国已有商法典的结构体系也存在很大的差异,甚至找不到一个可以借鉴的范例。200多年历史事实证明,商法典始终伴随着结构不稳定,不断解构甚至去法典的趋势,致使

多数国家的商法典结构松动,支离破碎,已经失去法典的功能和意义。与此同时,民商合一成为一种历史潮流,民法典之外的民商事单行法极具生命力,欣欣向荣,生机盎然。由此可知,我国如果制定商法典无异于重蹈商法典失败的覆辙。

“民商合一”的体例是我国民法典编纂的既定方针,民法总则已经出台,各分则正在紧锣密鼓地编纂之中。对此不予接受和承认,认为我国从来就不是真正“民商合一”,而是实质的民商分离,这是对“民商合一”的误解,以为“民商合一”的民法典只能是将一切私法规范囊括无遗、大而全的民法典。这种民法典只能在观念中存在,不具有现实性。实践中存在的“民商合一”的民法典有两种模式:一种是尽可能多地将民商规范集中于民法典之中,即大一统的民法典;另一种是将民事一般规范、共有规范和主要制度在民法典中体系化,而将民商事特殊的规范以单行法的形式立于民法典之处,统分结合、合理处理民商法之间的关系,科学地进行规范体系的安排和布局。可见,制定“民商合一”的法典,既不是也不可能将一切民商事规范毫无保留地纳入一个法律文本,也不是要取消商法,只是在民法典之外不再另立商法典,不仅实质意义上的商法毫发未损,而且特殊商事单行法依然可以立于民法典之外。

我国在民法典制定之前,主张制定商法典者寥若晨星。但是,为何在民法典制定过程中,主张制定商法典者却争鸣于世。笔者猜度这其中的缘由,可能是因为民法典的编纂在处理民商法的关系上超出商法学界的预期,未能反映商法学人的心声和期盼。制定商法典也许不失为争取和增加立法话语权的上好策略和方法,然而笔者认为,正当我国编纂“民商合一”的民法典之时,我商法学人虽出于健全商法之动机,拍案而起,反其道而行之,恐难以获得民法学界的理解和认同,也难以获得立法机关的支持。冲动是魔鬼,切不可感情用事,我们需要冷静地思考和理性地反思,否则就贻笑大方了。

《商法通则》实质上是《商法典》缩略版,由于《商法通则》旨在确立商法的基本理念、价值和基本原则,抽象商法一般的规范,为单行法的统一贯彻奠定了基础。这必然要确立商法的基本范畴,即商人或商事主体和商行为的概念,并以之为基点演

①“我国民事立法秉持民商合一的传统,通过编纂民法典,完善我国民商事领域的基本规则,为民商事活动提供基本遵循,就是要健全市场秩序,维护交易安全,促进社会主义市场经济健康发展。”全国人民代表大会常务委员会副委员长李建国:见《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》(2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上)。

绎其结构体系。这从我国学者对《商法通则》结构体系的设想中便可略见一斑^①。这样一来,必然发生“民商合一”与“民商分立”体例的冲突,造成商法典与民法典上下位级基本概念、范畴和制度的矛盾抵触。因为民商合一的民法典在确立民事主体和民事行为制度必然会拒绝承认和排斥商事主体和商行为的概念,同时在法律适用上也会陷入商人与非商人、民事行为与商事行为纠缠不清,妨碍司法效力的境地。这种模式会形成“民法典”“商事通则”与“商事单行法”的私法三元化结构,私法关系变得更加复杂。此外,在民法典与商事单行法之间再抽象概括出一般的商事规范十分困难,即使是能高度抽象和概括出一般原则和规范,必然会脱离现实经济生活,无法发挥上承《民法典》下统商事单行法的功能。

(三) 民法典制备后商法体系化完善之我见

我国商法体系完善的当务之急是使商事单行法和谐共处,填补现有的法律空白。完成这一使命依靠制定《商法典》或《商事通则》不仅无法实现,反而会徒增法律的复杂性及适用性之困扰。因此,仍然应当回到“民商合一”的轨道,实现民法典+商事单行法的构想。

首先,坚守“民商合一”的理念,用民法典中的基本概念和原则,民商共有的一般规范和制度去统领众多的商事单行法,商事单行法则作为民法典调整特殊领域的补充和完善。因此,形成商法体系的基本结构:民法典+各商事单行法,即一般与特殊法律的逻辑体系,从而形成形散神聚,或形散神不散,规范齐备,统一协调,功能健全,切实高效的有中国特色的商法体系。

其次,《民法典》出台之后,我国的商法体系主要表现为实质意义上的商事法律体系。为了司法和行政执法机关从整体上领会商事法律制度,准确适用法律,为了方便商法学习、遵守和研究,笔者认为应当由权威性的立法机关对现在的商事单行法做好汇编工作。这样既可以克服实质意义的商法体系缺乏可综览性的弊端,也便于对商事活动的后果进

行预测,并有助于发现体系性缺陷和有待完善之处,为以后的完善奠定基础。

最后,制定商事单行法的立法和修改规划,对商事单行法进行有计划,分步骤地修订,消除单行法之间重复、矛盾和冲突的弊端,使之与上位法保持统一性。商事单行法之间则遥相呼应,相互配套、协调统一。清理带有计划经济残余的商事立法,已经过时的应予以废止或制定新法取而代之。针对商法体系中的空白点进行立法,完备商法规范体系。例如,我国尚须制定的法律包括《电子商务法》《商事企业登记法》《行业协会法》《期货法》《融资租赁法》《银行卡法》《金融消费者保护法》《产业政策法》等。另外,强化“精品”意识,走精细化立法之路,提高商事立法的质量,是今后完善商事法律体系的重要任务。

五、结 论

无论是“民商分立”还是“民商合一”,由于商事交易形式、方法和程序的特殊性,要求其法律规范内容及其表现形式也具有特殊性,这就决定了商法规范的相对独立性。现代民商法体例无论是采取分立还是合一,只是一个立法技术或方法选择问题。“民商合一”模式是适合我国私法传统和现实需要的选择。中国特色的商法体系在经济体制改革开放中已经孕育成型,但还不健全和成熟,存在结构松散,空白疏漏,规范重复交叉,笼统粗糙,以及不协调、不统一的缺陷。因此,在今后社会经济发展过程中,应以企业与典型商事交易方式为立法基点,填补商法的空白和漏洞,消除规范的矛盾冲突,强化配套协调性,不断地完善商法体系,使之日趋健全和成熟。

[参考文献]

- [1][2][4] 泰格,利维.法律与资本主义的兴起[M].纪琨,译.上海:学林出版社,1996:223,275,214.
- [3] 许涤新.政治经济学辞典[M].北京:人民出版社,1980:285.

^①关于《商法通则》体系结构的讨论,可谓仁者见仁,智者见智。有学者认为《商事通则》的适用应以《民法典》为基础和补充,它只应调整那些传统民法难以或不便调整的以营利为目的的社会关系。其目的是制定一部指导、协调和规范各商事单行法的一个总纲性的法律,这部法律应该是一个龙头而非整条龙。因此,它的体系应确定为基本原则、商事主体、商事行为与代理、商号、商业登记、商事责任的一般规定、附则等七章。见赵旭东:《制定〈商法通则〉论纲》,http://s.yingle.com/w/mf/239687.html,2018年7月9日。也有学者主张《商事通则》应由八章构成:第一章“一般规定”;第二章“商事主体”;第三章“商行为”;第五章“商事责任”;第六章“诉讼时效”;第七章“涉外商事关系的适用”;第八章“附则”。见刘永光:《论我国〈商法通则〉的原则及体系结构的构建》,载《中国商法年刊》(2004年第四卷),黑龙江人民出版社,2005年,第96页。还有学者主张,在我国一些类型的商行为已经由单行法加以调整,因此,《通则》中不再规定,《通则》体系主要明确界定商事主体与商行为这两个核心概念。见陈雪萍:《论商法通则的体系》,《中国商法年刊》(2004年第四卷),黑龙江人民出版社,2005年,第108页。

- [5] 哈罗德·J·伯尔曼.法律与革命——西方法律传统的形成[M].贺卫方,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:424.
- [6] 覃有土.商法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999:16.
- [7][12][13][16][17][19] 施米托夫.国际贸易法文选[M].赵秀文,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:110,114,113,114,70,59.
- [8][11] 谢怀栻.外国民商法精要[M].北京:法律出版社,2002:223,223.
- [9] 范健.商法[M].北京:北京大学出版社,2000:18.
- [10][15][20] 拉德布鲁赫.法学导论[M].米健,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:72,72,74.
- [14] 罗伯特·霍恩.德国民商法导论[M].楚建,译.北京:中国大百科全书出版社,1996:232.
- [18][26] 克洛德·商波.商法[M].刘庆余,译.北京:商务印书馆,1998:11,10-11.
- [21] 龙田节.商法略说[M].谢次昌,译.兰州:甘肃人民出版社,1985:2.
- [22] 郭锋.民商分立与民商合一的理论评析[J].中国法学,1996(5).
- [23] 魏建国.近代西方民商法分立的中世纪根源[J].山东社会科学,2006(4).
- [24][36] 车传波.论民法典的外部关系[J].社会科学研究,2014(4).
- [25] 李永军.论商法的传统与理论基础——历史传统与形式立法对民商分立的影响[J].法制与社会发展,2002(6).
- [27] 古兹曼.关于智利民法典重新编纂的一些思考[J].薛军译,中外法学,2004(6).
- [28] 神田秀树.公司法的理念[M].朱大明,译.北京:法律出版社,2013:3.
- [29] 吴建斌.日本公司法的本国化、现代化与法典化演进[A].日本公司法典[C].北京:中国法制出版社,2006:1-31.
- [30] 松本仁一郎.日本商法论[M].秦瑞玠,等,译.北京:中国政法大学出版社,2005:12.
- [31] 范健.德国商法[M].北京:大百科全书出版社,1993:93.
- [32] 沈达明.法国商法引论[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2001:6.
- [33] 王明锁.论中国民商立法及其模式选择[J].法律科学,1999(5).
- [34] 伊夫·居荣.法国商法:第1卷[M].罗结珍,等,译.北京:法律出版社,2004:1.
- [35] 李其瑞,杨宗科.法理学[M].北京:中国民主法制出版社,1996:65.
- [37] 穗积陈重.法典论[M].李求轶,译.北京:商务印书馆,2014:87.
- [38][41] 石少侠.我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式[J].法制与社会发展,2003(5).
- [39] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1999:9.
- [40] 徐学鹿.商法总论[M].北京:人民法院出版社,1999:180-186.
- [42] 王涌.商事立法的困境与《商事通则》[EB/OL].<http://www.cclys.com/z559750.html>,2018-08-12.
- [43] 王保树.商事通则:超越民商合一与民商分立[J].法学研究,2005(1).
- [44] 赵旭东.民法典的编纂与商事立法[J].中国法学,2016(4).

[责任编辑:周 青]