

# 论民法典的体例对商法现代化的影响

## On the Style of the Civil Code Impact on Commercial Law Modernization

郭富青

GUO Fu-qing

**【摘要】** 民法与商法本质上均属于私法，但是，商法极富个性和特殊的秉性，致使两者存在明显的差异。我国以制定民法典作为民法现代化的必由之路，但民法典却难以承载我国商法现代化的重任。我国民法典实行民商合一体例，既不宜囊括现有的商事单行法，亦不能对其全然不顾。切实可行的方法是，将现有民事单行法与商法应有的一般性规范融合，编入民法典，商事单行法则仍然在民法典之外存续，作为特殊民事规范以补充完善民法典。这种民商实质上合一，形式上统分结合的体例，既能使私法的一般原则和规范体系化，统领商事单行法，又能兼收民法典的安定性与商事单行法的先进性之利，各扬其长，避其短。

**【关键词】** 民法典 体例 民商合一 民商分立 商法现代化

**【中图分类号】** DF5 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 02-0044-19

**Abstract:** The civil law and the commercial law essentially are the private law. However, the commercial law which has distinctly character of individual and particularity is different from the civil law. The only way of our civil law achieving modernization is to formulate civil code, however, the civil code can not make the commercial law modernization come true in our country. China's civil code take unity style of civil commercial law, which shouldn't include all existing separate commercial law, and can't be regardless of them. It is practicable to make existing separate civil law and general provisions which commercial law should contain included into civil code, special commercial law still continue to exist outside of the civil code as a special civil norms in order to complement the civil code. The pattern that civil and business are unification in essence, combination of unification and separation in the form, can not only make civil law's general principles and provisions form system, to guide special commercial law, but also take advantages of both stability of the civil code and the advanced nature of separation commercial law, raise their long, avoid their short.

**Key words:** Civil code Pattern Combination of civil commercial law Discrete of civil commercial law Commercial law modernization

**【收稿日期】** 2016-12-23

**【作者简介】** 郭富青，男，1962年11月生，西北政法大学经济法学院教授，博士生导师，法学博士，中国商法学研究会常务理事，研究方向为民商法。

在整个私法领域除了一般的民事法律规范外,还存在着相对独立的特殊商事法律规范。私法领域究竟应当采用何种立法体例和表达形式,英美法系和大陆法系的法律传统各异,前者私法蕴含于法官的判例之中,称之为判例法;后者则见诸法律文本之中,是为成文法。仅就大陆法系内部而言,私法的体例和表现形式自近代以降就有“民商分立”与“民商合一”两种典型的模式,以及其他折中的模式。对于私法应采取何种立法体例的纷争及现有立法实践的评价,以前曾有过大量的研究,无须再老生常谈。本文将以我国正在制定民法典为契机,从私法现代化的视角,讨论私法体例与私法现代化的关系,尤其是对商法进步性的影响。换言之,为商法现代化计,须澄清我国现有商事单行法是全部纳入民法典中还是独立自处,更加适应和满足社会经济急剧发展的需要。

## 一、私法法典化与私法现代化

### (一) 私法法典化与现代化的目标与路径

在现代社会,法典是指有机地规范某一领域的全部内容的法律。<sup>〔1〕</sup>依此而言,民、商法典则分别系民事或商事生活领域全部法律的系统性的表达形式。现代化则通常用来概括人类社会近期发展进程中急剧转变的过程。<sup>〔2〕</sup>法律现代化则是法律不断地适应社会经济变化需要的,与社会经济的发展共同进步的过程。就其基本性质看,它是一个从人治社会向现代法治社会的转型过程。既包括法律制度的现代化,又包括法律观念的现代化,而这两个层面都离不开人的现代化。法律现代化的过程,首先是从事现代化的人从传统法律观念向现代法律意识转变,并因此由传统行为模式向现代行为模式转变的过程。<sup>〔3〕</sup>私法法典化在历史上曾经是一些国家私法处于渊源、形式多样化,内容混杂不统一的时期,实现私法现代化的必由之路。私法的大型编纂活动作为高度政治化的工具,其意义在于它们总是追求着推动国内统一的目标。法国在1804年之前,民事法律规范源流和形式众多,其中有罗马法、敕令、普通惯例、地方惯例、诸裁判厅之定例和规则等,1804年制定民法典的主要目的就是实现这些民事法律的统一。这使它最终成为法国革命的皇冠。第一部《意大利民法典》保佑了意大利的统一运动;《奥地利民法典》迅速将奥地利和匈牙利连在了一起;希腊则通过制定自己的民法典确立了民族同一性。<sup>〔4〕</sup>德意志联邦在19世纪,民事法律繁多庞杂,甚至有人坦言,在1899年之前,只要在德国旅行100公里,就很难不进入另一个不同的私法体系。可见其私法极不统一,仅巴伐利亚邦国就有62种民法并行。故而,巴伐利亚一直致力于以制定民法典促成民法统一,虽经50余年努力奋斗,最终无果而终。在1848年革命之际,德国起草的《宪法草案》第13条明文规定:“帝国主权应制定民法、商法、汇兑法、刑法、诉讼法,以期促进德国国民的法律统一”。直至1873年德国修改宪法将全体民事立法权赋予议

〔1〕 参见〔意大利〕比扬卡:“关于欧洲民法典编纂的短论”,薛军译,《中外法学》2004年第6期,第648页。

〔2〕 参见陈柳钦:“现代化的内涵及其理论演进”,《经济参考》2011年第44期,第15页。

〔3〕 参见公丕祥:“法制现代化的概念架构”,《法律科学》1998年第4期,第10页。

〔4〕 参见〔德〕克里斯蒂·冯·巴尔:“欧洲:多部民法典的大陆,或者走向单一民法典的大陆?”,张小义译,《法学家》2004年第2期,第15页。

会，翌年设立民法起草委员会开始起草民法，历经13年4个月，终于在1887年完成《民法草案》。<sup>〔5〕</sup>中国大陆也不例外，大陆民法学界经过数年的探索，已达成共识：民法法典化是中国民法走向现代化的最佳选择。<sup>〔6〕</sup>

私法法典化之后的私法现代化之路通常有两条：一是在法典的体系架构之内，随着社会经济发展的要求废除陈旧过时的规范，修改不合理的规定，增补新的条款，不断地完善和健全法典内容体系；二是在法典之外制定新的单行法。因为法典内部已经无法满足私法现代化的需求，或在法典内实现私法现代化有损于法典的结构体系，或成本高效率低。《日本民法典》于1898年实施以来，在民法典之外为了补充其不足就陆续颁布了众多的单行法，其中以法命名的共有40多件。例如，《不动产登记法》（1899年）、《遗失物法》（1989年）、《工场抵押法》（1905年）、《户籍法》（1947年）、《利息限制法》（1954年）、《汽车损害赔偿保障法》（1955年）、《企业担保法》（1958年）、《建筑物区分所有法》（1962年）、《假登记担保契约法》（1977年）、《借地借房法》（1991年）、《信托法》（1922年）和《制造物责任法》（1994年）等。<sup>〔7〕</sup>

## （二）私法现代化的理论依据

### 1. 社会经济决定论

私法现代化的动因必须从其赖以存在的物质生产关系去追寻。法的关系既不能从它们本身来理解，也不能从人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系，即生产关系。生产力决定生产关系，生产关系必须与生产力发展的要求相适应。人类社会的发展变化是在生产力与生产关系之间的适应、矛盾和交替运动过程中完成的。随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革。因此，社会生产经济条件的变革和现代化决定着法律的变革和现代化。<sup>〔8〕</sup>“如果说国家和国家法是由经济关系决定的，那么很明显，民法也应该是如此的。因为民法的作用，在本质上就是确认个人与个人之间现在的、即在现实情况下是正常的经济关系。……民法的准则只是社会生活的经济条件在法律上的表现，……”<sup>〔9〕</sup>当社会经济条件及其形态已经发生改变，其在法律上的表现也必然随之有所改变。经济决定论同时也没有忽视法律对社会经济发展的反作用，即过时陈旧的法律会阻碍社会经济进步的进程，符合时代要求的法律，必将促进社会经济的快速发展。因此，社会经济现代化决定着私法的现代化，而私法的现代化又会反过来加快社会经济现代化的步伐。为了防止认识出现偏差的危险，伯尔曼在研究商法体系形成的历史时，强调应将社会发展看作是经济与法律两大因素交互作用的进程。他指出，在11、12世纪，随着农业生产迅速扩展，城市的规模和数量急剧扩大和增加，商人作为一个新的职业阶层出现，并在城乡从事大规模的商业交易活动。正是为了满足新的商人阶级的需要，才形成了一种新的商法体系。然而，假如没有诸如流通汇票和有限合伙这样一些新的法律设计，没有对已经陈旧过时的以往的商业习惯的改

〔5〕 参见〔日〕穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆2014年版，第35、38、40、46页。

〔6〕 参见焦富民、盛敏：“论荷兰民法典的开放性、融和性与现代性——兼及对制定民法典的启示”，《法学家》2005年第5期，第142页。

〔7〕 参见王书江：“译者序”，载《日本民法典》，王书江译，中国法制出版社2000年版。

〔8〕 参见马克思：“政治经济学批判序言”，载《马克思恩格斯全集》（第13卷），人民出版社1962年版，第8~9页。

〔9〕 恩格斯：《费尔巴哈与德国古典哲学的终结》，人民出版社1959年版，第43页。

造,没有商事法院和商事立法,那么,要求变化的其他社会经济压力就找不到出路。因此,商业革命有助于造就商法,商法也有助于造就商业革命。<sup>〔10〕</sup>

当今,经济发达国家的私法现代化处于以知识经济形态为背景和基础的进程之中。知识经济是一种以现代科技知识为基础、以信息产业为核心的经济类型,是继农业经济、工业经济之后新的经济形态。它以世界经济一体化、全球化为背景,以信息、生物、新材料、新能源、空间和海洋等高新技术领域的迅速发展为基础。尤其是基因工程、蛋白质工程、光电子技术、人工智能、超导材料、人工定向设计、核能技术、太阳能技术、航天飞机、永久太空站、深海采掘和海水利用技术,标志着知识经济时代的生产力发展水平。这必然要求生产方式和生产关系发生巨大而深刻的变化才能与之相适应。首先,人与自然协调、可持续发展理念成为社会经济发展的共识,指导着人们科学、合理、综合、高效地利用和开发资源。其次,崇尚知识,尊重人才已经成为普世的价值观,生产资料以土地、资金和资源等物质资产所有为主让位于知识、技艺和知识产权等无形资产的持有为主。知识产权等无形财产成为投入和交易的主要标的,同时按知识分配已经成为一种新的利益分配形式。目前美国许多高技术企业的无形资产已超过了总资产的60%。再次,经济社会发展以知识决策为导向,科学决策的宏观调控作用日渐增强。如欧盟国家已经通过法律规定联合禁止克隆人。最后,新的社会组织形式、新的经营方式、新的交易对象、新的交易方式层出不穷。例如,科技工业园区、网络公司、电子商务、电子货币等新生事物,以及跨国公司已开始形成既互相合作又彼此竞争的新局面。这一切推动着社会经济飞速发展和空前繁荣。总之,知识经济与工业经济相比在生产、分配、交换和消费等诸多环节和领域均发生了前所未有的深刻变化和进步。这必然要求各国私法适应知识经济发展的客观需要进行现代化变革。

## 2. 内容决定形式论

在内容和形式这对哲学范畴的关系中,首先,内容决定形式,形式必须适合内容。通常而言,特定的内容必然有特定的形式与之相适应;内容的变化决定着形式或迟或早总要发生变化。一定形式只有以一定的内容为基础,适宜该内容的需要,才能生成。然而,不能将内容决定形式机械、僵化地理解。同一内容可以有多种形式;同一形式也可以适合不同甚至完全相反的内容;新事物可以借助旧形式而发展,旧事物也可能采取新形式而复活。也就是说,既可以旧瓶装新酒,也可以新瓶装旧酒。其次,形式反作用于内容。形式使内容现实地成为某一特定事物的内容;形式还能够促进或阻碍内容的发展。私法的实质内容是必须记载和反映经济关系的要求,即保护私人的合法权益,促进意思自治,为人民谋取更多的福利。私法法典化是指私法除了以习惯、判例和单行法的形式存在之外,以一定的体例,采用严谨的逻辑、论理结构对私法规范进行系统化编纂而存在的一种私法表现形式。社会经济关系的多样化、复杂化必然要求私法规范系统化、法典化。法律的实质是法律的精神,而形式是法律的躯体。良法贵在兼备实质的善和形体的完美。法徒有完备之形体,而无实质之善良,则必生严律峻法之恶;反之,其形式不完备,体例不适宜,文义不简明,则会使法难以理解和掌握,令人疑窦丛生,争讼不休。<sup>〔11〕</sup>

〔10〕 参见〔美〕哈罗德·J·伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第407、409页。

〔11〕 参见前注〔5〕,穗积陈重书,第5页。

私法的存在形式对私法内容的发展和完善具有促进或阻碍作用,因而私法的形式对私法的现代化具有重大的影响。不成文的习惯法往往会随着社会变迁和进步移风易俗,判例法则由法官根据当前司法审判的需要加以取舍,以法官造法的方法推进法律适应社会关系的更新。唯成文法不同,立法者要么依据预测超前立法,要么社会已经发展前行,旧法却仍滞留其后。单行法尚且不能避免此病,更何况形体庞大的法典。法典一经编纂而成,其法律的形体就固结,不能顺应社会的变迁而进步,与所调整的社会关系逐日相远,原因是法典首尾贯通,其法规是一条紧连着一条,前后相接。如果忽然将其中一部分进行变动,则必会影响到整部法典的构造。故而即使存在不必要的法则,也要依然让其存在,即使有必要增补修改法条,而因唯恐紊乱整体之秩序,最后也不了了之。由此看来,法典已经不具备生育发达的活力。法典扼杀了法律的弹力,法律每每被编入法典之中,就丧失了伴随社会需要进行伸缩之力量。<sup>[12]</sup>由此可知,法典编纂艰难,修改完善法典亦十分不易。法典是根据今天和昨天的“现实”制定的,却要适用于未来;法典是根据法官、法学家的有限的认识制定的,却要适用于无限复杂的社会;法典一经制定出来就被固定化,而它要适用的对象却永远是活泼的、变动不居的。因此,如何使法典既详尽具体便于适用,又灵活开放稳定长久,就成为法典编纂者所面临的艰难课题。<sup>[13]</sup>稳定性是法典的内在要求和基本属性之一。法典是一种明确、肯定、普遍的法律形式,它必须在一定时期内保持自己的稳定性,不能朝令夕改,否则人们就会无所适从,法典的严肃性和权威性就会丧失殆尽。<sup>[14]</sup>由此可见,法典的庞大体系、普遍性和稳定性与法律必须随着社会经济的发展与时俱进的现代化之间存在某种紧张关系。它往往不能因特定领域的经济关系及其对法律需求的变化及时地做出立、改、废、增和补方面的修改和调整。因此,只有那些不因特定或个别经济关系的变化而改变,或者变化较少的普遍性和稳定性的法律规范,才适宜法典的形式;那些特殊领域的、随时易变的法律规范则不宜采用法典的形式。

### (三) 民法与商法现代化的非同步性

法律作为社会上层建筑的组成部分必须与决定其存在的经济基础相适应。凡法律均必须随着社会经济进步而发展进步,不断地完成现代化的历史使命。但是,不同领域的法律规范对社会经济发展变化反应的快慢,以及能否通过法律的改进及时做出回应,是截然不同的。民法是调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律规范的总称。其中,关于自然人、婚姻、继承、收养和监护等涉及人身关系的法律规范往往是一个国家和民族的风俗习惯、历史、文化和传统长期发展的结晶。这些法律规范具有相对的稳定性,尽管这些规范也会随着社会经济的发展而逐渐改变,但是其演化十分缓慢。民法中的物权和债权法律规范相对于人身方面的法律规范对社会经济随机应变的能力要快得多。因为随着社会经济不断发展,物的范围、物权的类型、表现方式、债权的标的、债权的缔结和流转方式等均会发展变化,必然促使财产权关系早晚发生改变。此外,民法作为私法基础,其人身和财产关系的规范往往着重于概括性、原则性和一般性规定,因而具有很强的弹性、包容性和前瞻性,通常无须因特殊或个别的经济关系的变化而修改或调整。然而,商法是调整商事组织、商个人以营利为目的,从事商事营业和交易关

[12] 同上,第17~18页。

[13] 参见前注〔6〕,焦富民、盛敏文,第148页。

[14] 同上,第146页。

系的法律规范的总称。商法随着商品交换而产生,是商品生产和交换条件在法律上的表现。商品经济的日新月异使新商品层出不穷,交易方式不断地推陈出新,市场行情随之瞬息万变,这一切决定着商法必须随之更新,及时地与市场经济的需要相适应。因而,对于商法来说,从其产生之日起,静止是相对的,运动是绝对的,法律的安定性应让位于法律的适应性,发展进步是其存在的本质要求。<sup>[15]</sup>相比较而言,民事关系比商事关系发展变化迟缓,商事法律规范能够对市场经济关系的发展变化做出灵敏的反应。换句话说,商法现代化的步子要比民法现代化的步子快得多!

## 二、民法典、商法典分立与商法现代化

所谓民商分立,是指在民法典之外,再制定一部商法典。以私法法典化的形式率先确立民商分立体例的国家是法国,其在1804年制定民法典,1807年制定商法典。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。<sup>[16]</sup>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。在近代各国制订、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。<sup>[17]</sup>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。<sup>[18]</sup>此外,大陆法系对法的形式理性的追求形成了法典化传统,法典化的传统使民法典之外的高商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。

民法典与商法典是如何划分调整范围并形成各自的规范体系的呢?德意志帝国民法编纂委员会的准则第2条曾议定民法典的范围,商法、海洋法、汇兑法、邮政法、山林法、矿山法、专利法、外观设计法、版权法、商标法等均被排除在外。因此,除了涉及自然人和人身关系的规范是民法典的专属领地外,民法典还要为物权和债权设定一般和具体的规范。由于法人、财产关系是民、商法共同调整的领域,两者须有分工。两者调整范围的一般划分为:民法典对法人、物权和债权进行一般性规定,商法典则对商人、商事组织、商事财产、商行为做出特别规定。因此,在民商分立的体例下,商法典为民法的特别法,即作为经济组织和商务往来的特别私法。<sup>[19]</sup>德国民商法学者认为,《德国商法典》中的许多规定,只有根据《德国民法典》所确立的一般原则才能理解;而《德

[15] 参见范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第51页。

[16] 参见郭锋:“民商分立与民商合一的理论评析”,《中国法学》1996年第5期,第43页。

[17] 参见魏建国:“近代西方民商法分立的中世纪根源”,《山东社会科学》2006年第4期,第118页。

[18] 参见车传波:“论民法典的外部关系”,《社会科学研究》2014年第3期,第82页。

[19] 参见〔德〕托马斯·莱塞尔:“德国商法典的最新变革”,常鸿宾、刘懿彤译,《法学家》1998年第4期,第105页。

国商法典》的作用就是对这些一般性的原则加以变更、补充和排除。此外，它也规定了一些独有的制度。<sup>〔20〕</sup>

构建商法典的规范体系，在体例上有客观主义、主观主义和折中主义之分。客观主义首先确立商行为的概念，将商法界定为“调整商行为的法律，即商法是在民法之外，专门规范大多数生产、销售与服务活动的一个私法分支”<sup>〔21〕</sup>。然后，从商行为的概念出发延伸、发展、形成商法典的规范体系。法国商法典是客观主义的典型代表。主观主义则从商人的概念出发，首先界定商人的内涵与外延，认为商法是商人之法。然后，以此为基点演绎出整个商法的制度体系。德国商法典属于主观主义。日本商法典则采用折中主义。《日本商法典》第4条规定：本法所称的商人，指以自己的名义，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。如果认真、仔细地考察各国商法典对其调整范围的界定，我们会发现纯粹的客观主义或主观主义是不存在的。无论是客观主义还是主观主义只是确定商法典调整对象时对商行为或商人各有所侧重而已。“实际上有商法典的国家，在规定商法的适用范围时都结合人和行为两个标准。”<sup>〔22〕</sup>商法典的编纂无论采取何种主义均是为了在民法典调整的范围之外，划定一个特定的区域由商法典调整，并使商事法律规范体系化。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。无论在措辞还是在规范的质量上，都远远不及民法典。它无法像民法典那样，建立一个逻辑严谨、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。正如有学者形象地总结，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。<sup>〔23〕</sup>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，从而致使商法典的规范体系神散形离。例如，1807年的《法国商法典》，在编排体例上总共分为四卷，第一卷“商事总则”，第二卷“海商”，第三卷“倒闭与破产”，第四卷“商事裁判”，共648条。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，人为地把商事活动圈定在一个“法律隔离区”内。<sup>〔24〕</sup>又如，1838年旧的《荷兰商法典》包括三编：第一编为商业登记、合伙、商业代理、证券交易所、票据、保险等内容；第二编为海商法和内河航运法；第三编为无力清偿债务。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

〔20〕 参见〔德〕罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞：《德国民商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版，第239页。

〔21〕 〔法〕伊夫·居荣：《法国商法》（第1卷），罗结珍等译，法律出版社2004年版，第1页。

〔22〕 谢怀栻：《外国商法精要》，法律出版社2002年版，第223页。

〔23〕 参见李永军：“论商法的传统与理论基础——历史传统与形式理性对民商分立的影响”，《法制与社会发展》2002年第6期，第84页。

〔24〕 参见〔法〕克洛德·商波：《商法》，刘庆余译，商务印书馆1998年版，第10~11页。

逻辑关系。

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中最活跃、最易变动的关系，这决定了商法的与时而变、与时俱进。再有，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，因此，它往往是所有法律中现代化的先锋。难怪法国学者感叹，“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。”〔25〕

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。现在条款涉及商人、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。〔26〕为此，在《商法典》之外，为了弥补该法典的不足，对该法典已有笼统规定或未涉及的商事领域颁布了一系列单行立法。其中包括1865年的《支票法》，1930年的《保险契约法》（共4编86条），1966年的《法国商事公司法》（共509条），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。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》第二卷“海商”（除第433条），第三卷“破产”，第四卷“商事法院”（除第二编“商事法庭的管辖权”第631—641条）已经先后被不同法律文件废除或取代。这实际上导致了《商法典》的解体和离散，几乎已被适应时代要求陆续制定的商事立法架空，其调整功能日渐式微，已经难当法典之重任。

《商法典》被分化瓦解，支离破碎，而商事单行法却争奇斗艳，这使《商法典》的定位一直困扰着法国。然而，法典化传统思想在大陆法系根深蒂固，法国又是一个有着悠久法典化历史的国家，所以，主流学者及立法机关仍主张固守《法国商法典》的阵地。1999年12月16日，在经过参议院、国民大会和宪法委员会的立法准备和法定程序之后，法国总统发布法律正式启动《法国商法典》的修改。按照立法规划的要求，应在修改命令发布之日起9个月之内完成，即到2000年9月18日，颁布新的《法国商法典》，标志着1807年的《法国商法典》在形式上被废除。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”。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。〔27〕法国商法的再法典化虽然是按照“尊重等级规范”、“文本编撰的结构性”、“法律的协调性”的标准对现有商法法典化，然而这

〔25〕 前注〔21〕，伊夫·居荣书，“前言”。

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

〔27〕 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更多的变化，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。

种再法典化不是将原来《商法典》保留下来的条款与各自已经体系化的《公司法》、《破产法》等单行法，按照新的体系与逻辑顺序重新编纂，而是通过汇编的方式将这些单行法纳入了商法典之中。因此，法国商法的再法典化除了继续肯定法典的价值外，它只是保留了商法典的形式，实质上它不可能使不同领域的商事法律规范有机地结合成为一部逻辑结构严谨、体系布局合理、规范协调统一的法典，其结构体系中已经混杂着经济法、诉讼法和职业法的内容。

1900年《德国商法典》生效之前，早已单独存在《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》也未纳入该法典。1937年《股份法》也脱离了《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都存立于《商法典》之外。1986年《商法典》第三编增加了100多条关于记账和公布账目的规定；1998年6月22日通过了《商法改革法》，修改商法和公司法对商人法和商号进行重新规定，废除了“法定商人”、“注册商人”的概念以及“物名商号”与“人名商号”的划分，并对商事登记进行现代化改革。这使商法更加注重实用性，一扫令人窒息的污浊之气。<sup>[28]</sup>

1865年智利颁布《商法典》，其中关于“海商法”的第三编在1988年被完全重新修改，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，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。<sup>[29]</sup>

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”。该法典实施116年以来，社会经济不断发展，商法亦随之不断地现代化，截至2000年已经过35次修改，特别是在急剧变化的企业环境中，修改更加频繁，自1999年以后，每年都会修改。因此，商法是日本大型法律中修改、补充次数最多的法律。<sup>[30]</sup>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《商法典》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》，共有条文978条，同年还颁布了《有限责任合伙法》。

以上通过商法现代化的考察，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的现象，商法失去了它的大部分内容，出现了构成小法典的重要法律部门。<sup>[31]</sup>这就形成了一种有趣的

[28] 参见〔德〕卡斯滕·施密特：“德国商法改革”，王彦明、涂长风译，《法制与社会发展》1999年第6期，第21、28页。

[29] 参见〔智利〕古兹曼：“关于智利民法典重新编纂的一些思考”，薛军译，《中外法学》2004年第6期，第690~691页。

[30] 参见王书江、殷建平：“日本商法的沿革”（译者序），载《日本商法典》，王书江、殷建平译，中国法制出版社2000年版，第3页；〔日〕神田秀树：《公司法的理念》，朱大明译，法律出版社2013年版，第3页。

[31] 参见沈达明：《法国商法引论》，对外经济贸易大学出版社2001年版，第6页。

现象：“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”〔32〕。历史事实告诉我们，虽然有许多国家通过法典化实现了民事法律规范的统一和现代化，并出现了像《法国民法典》、《德国民法典》和《瑞士民法典》那样具有世界性影响的伟大法典，但是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，建构一部规范体系逻辑严谨、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，造成法律适用困难。〔33〕另一方面，在商法典实施以后的现代化过程中，商法典的结构体系难以在保持稳定性基础上进行不断发展和完善。具体地说，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，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。正因为如此，在《法国商法典》200周年之际，法国政府虽然为它举行了盛大的纪念活动，但是，回首这部法典的历史地位、作用和发展轨迹，理论和实务界并不满意，因而引发更多的是对它的批评和反思。

### 三、民商合一法典与商法现代化

1847年意大利学者摩坦尼利率先提出，将传统上属于民法和商法的内容合并为一部民法典。从某种意义上来说，摩坦尼利是这一新的法典编纂模式的先驱。瑞士在1881年通过旧《债法》时，将商法的内容纳入其中，开创了民商合一的立法模式。20世纪进行民法典编纂的国家多采取民商合一体例，遂成为私法法典化的潮流。1942年的《意大利民法典》是这一体例的典型代表。另外，泰国、俄罗斯、匈牙利、荷兰等民法典均属于该种体例。民商合一的主要依据是：其一，近代商法典的前身是中世纪欧洲商人团体的习惯法，即商人法。但是，当今社会商人这个特殊的阶层已不存在，随着商品经济的不断扩大并且进入发达的市场经济阶段，科学技术、生产方式和交易手段的快速发展，出现人的普遍商化，每个人的生活和工作需要均离不开市场交易活动。例如，票据制度、保险制度等，过去是仅有商人才利用的制度，现今已普及于社会生活的各个方面，成为人们社会生活不可缺少的一部分。其二，即使在民商分立的国家，也难以确立划分民事行为与商事行为的界限，有的国家只是以民事法庭和商事法庭的管辖来划分，有很大的任意性，因此，民法典与商法典的并存反而会导致法律适用上的困难和混乱。

民商合一制定单一法典的新理念，只是主张不需要在民法典之外再另立商法典，而不是要取消商法。这意味着，作为商事生活所需要的特别规则可以在单一法典之内或之

〔32〕 《外国民法论文选》（第二辑），中国人民大学法律系民法教研室1985年编印，第28页。

〔33〕 参见王明锁：“论中国民商立法及其模式选择”，《法律科学》1999年第5期。

外存在。<sup>[34]</sup>因此,实际存在的民商合一可以概括为两种类型:第一种类型是民商观念上的合一,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,因此在适用主体上没有身份区别。私法规范体系化的基本和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(包括商法典)、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。我国台湾地区的私法体系可谓这一类型的典型代表。“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。”<sup>[35]</sup>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《债法》的第三分编至第五分编中。至1911年《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《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。可见,观念上的民商合一不强求法典形式意义上的合一,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。<sup>[36]</sup>此处,对这一类型的民商合一的优越性先存而不论,待到第四部分再加以专门论述。

第二种类型是制定民商“形”、“实”合一的大一统的民法典。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。这种模式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。<sup>[37]</sup>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体系编纂、排列统合于民法典之中而已,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。因此,制定民商大一统的民法典,只是一种理想而不是现实。例如,《意大利民法典》的结构体系为:序编,一般规定;第一编,人与家庭;第二编,继承;第三编,所有权;第四编,债;第五编,劳动;第六编,权利保护。法典总共2969条。该法典第四编“债”之中第三章“各类契约”规定了买卖、附返还证券的转让、承揽、运送、代理契约、居间、寄存、借贷、往来账户、银行契约、保险、信托和有价证券等商行为;第五编“劳动”之中第五章“公司”,规定了合伙与各类组织形态的公司,第六章“合作社和相互保险社”,第七章“参股”,第八章“企业”。该法典在私法统一的框架之下,将商法分别纳入第四编“债”和第五编“劳动”之中,目的是突破商人之间的形式平等,以实质平等

[34] 参见殷安军:“瑞士法上民商合一立法模式的形成兼评‘单一法典’理念”,《中外法学》2014年第6期,第1479页。

[35] 前注〔18〕,车传波文,第82页。

[36] 参见石少侠:“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”,《法制与社会发展》2003年第5期,第81~82页。

[37] 参见前注〔5〕,穗积陈重书,第87页。

为基础,强调“有利于债务人原则”,以保护合同中处于弱者地位的劳动者。<sup>[38]</sup>又如,《俄罗斯联邦民法典》第一部分(1994年10月21日通过,1995年1月1日生效),第一编“总则”;第二分编“人”,其中第四章“法人”之下规定了商合伙与商业公司、生产合作社、单一制企业;第三分编“民事权利的客体”,其中第七章规定了“有价证券”。第二部分(1996年1月26日通过,1996年3月1日生效)第四编“债的种类”规定了买卖、互易、不动产与动产租赁、承揽、运送、运输代办、借贷与信贷、银行存款及账户、保管、保险、行纪、代办和商业特许等商事契约。

这种大一统的民法典,贯穿民商,对私法的覆盖面极广,结构复杂,体系庞大,鸿篇巨制,其言至约,其体至备,完整无缺,以为绝大部分民商事行为及其纠纷解决提供私法依据,从而避免或防止多头立法和表现形式多元化,引起私法交叉、重复、混乱和矛盾,致使私法复杂化,扑朔迷离,深不可知,无法预期。结果是降低了私法的威信,破坏私法的公平、正义等价值。一些有钱支付律师费用的人会使法律为了他们的利益产生微妙的偏离,而另一些人则会被永远地遗弃在法律的迷宫里面。

然而,大一统的民法典囊括商事法律规范,对商法的现代化而言,不仅不利反而会妨碍其进程。其原因是,民法与商法现代化不具有同步性,此其一;其二,体系庞大的民法典不易随着社会经济的变化及时修改。首先,网罗和包揽民事与商事规范于一体、结构宏大的法典体系是一个有机统一的整体,有其逻辑和论理上的自恰性。因此,若根据局部的经济变化修改某一规范往往牵一发而动全身,使规范的排列和相互关系发生不协调或混乱,甚至需要调整法典的结构。其次,大一统的民法典立法规格高,修改程序复杂,往往耗费时日,不能迅速地反映社会经济发展对法律供给的需求。对此,早有学者指出,民法具有稳定性,商法却要因时制变,如以商法并入民法,会妨害商法的随时修订。<sup>[39]</sup>例如,1942年的《意大利民法典》因其覆盖面极广,所以其只能渐进式地修改和完善,尤其是在法典原有的概念、原则和制度系统之内,通过增订个别新的条款并取代原有条款的方法,进行逐步的修改和完善。为了克服《民法典》修改的困难,只好在《民法典》之外借助于单行法对《民法典》进行修改,即被修改的内容以单独法令的形式予以公布,替代《民法典》中的相应条文。比如,调整城市不动产租赁的1978年第392号法律和调整乡村土地租赁的1982年第203号法律。随着《民法典》之外的立法逐渐增多,引起了“非法典化”问题的讨论,致使这部法典面临一定程度的危机。<sup>[40]</sup>然而,在1997年至2003年底期间,与《意大利民法典》有关的单行法的修改却有增无减,总共近60次。除此而外,对《民法典》整章整节的修改却为数不多。其中对《民法典》第五章“公司法”部分的修改始于20世纪70年代,完成于2002年,历经30余年的孕育和酝酿,于2004年1月1日生效。这是自《意大利民法典》1942年生效以来60年以来最为巨大的变革。<sup>[41]</sup>由此可见,商法束缚于民法典之中,除了挣脱民法典的怀抱以单行的形式实现现代化外,若要在民法典体内实现现代化,注定是步履

[38] 参见桑德罗·斯奇巴尼:“1997年版前言”,载《意大利民法典》,费安玲、丁玫、张宓译,中国政法大学出版社2004年版,第6页。

[39] 参见李圻:“商法之沿革及其系统”,《法学会杂志》,1922年第5期。

[40] 参见前注[38],第8页。

[41] 参见费安玲等:“2004年版译者序”,载《意大利民法典》,中国政法大学出版社2004年版,第2页。

维艰!

大一统民法典制定的初衷本是为了克服单行法分散混乱的弊端,但是在其运作过程中又不得不演变为民法典与单行法并存的格局。这也许应验了个别学者的以下主张:采用一部法典来统一地规范许多的私法制度,这本身就是不合适的,因为这些制度本来就需要通过特别法来做出规范。<sup>[42]</sup> 社会千变万化,颁布法典后,新生事物层出不穷,自然就要颁布新法令。故而,在任何国家,在法典编纂之后,都会颁布多部单行成文法,规定社会的新事物。<sup>[43]</sup> 再者,法典与单行法并行,被称为法典简明法律的优点将丧失其效力。<sup>[44]</sup> 这显然是法典挥之不去的缺憾与无可奈何的宿命!

#### 四、民法典与民、商单行法并存及商法现代化

“商法通过大量的商事单行法而存在是当代商事立法的重要表现形式,也是民商分立的新形式。”<sup>[45]</sup> 民、商都是私法,二者本无实质上的区别。<sup>[46]</sup> 民法典、民商事单行法并存的私法体系,实际上是民、商实质合一,形式分立的立法表现形式之一。现代社会商人阶层的消失,科学技术尤其信息技术在生产和交易领域的广泛运用,使得过去依靠大公司才能实施的复杂的商品生产和交易活动,在当今的小微企业甚至单个的人就可以完成;商事交易的方式也更加多样化,更加便利和迅捷,如互联网交易。这一切促使人的普遍商化,无须从意识形态层面区分民事主体和商事主体,民事行为和商事行为,并施以不同的法律调整。因为现如今这种做法既不可能也无必要。民商的合与分,更多的是出于风俗习惯、立法技术和便于适用等方面的考虑,而不是孰优孰劣、孰高孰低的问题,也没有更多的学理之争。一些主张民商合一的民法学者总是怀有一些大民法观念,企图采取“大而全的民法模式”。他们没有看到法律的发展趋势不是“诸法合体”而是“诸法分立”,甚至私法现代化的过程形成了非法典化趋势,所以才有那么多单行法规的出现。<sup>[47]</sup> 因此,现代民商法无论是采取分立还是合一的体例,只是一个立法技术或方法选择问题。此外,无论是民商分立还是民商合一,由于商事交易领域、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。在民商分立的私法体例中,商法典与民法典并立,或是民法典与商事单行法并存;在商事规范纳入民法典的民商合一模式中,商法规范在民法典内往往以专门章节的形式相对独立地存在。这是因为民商法尽管无实质上差异,但是仍然存在规范设置的目的、构成要件、调整对象以及技术或表现形式上的区别,表现在:(1)民法注重为各种具体的合同分别设置规范,商法则把这些合同作为更加复杂机制中的部件,使用框架合同、格式合同;(2)对法律关系的成立和生效民法着重于当事人意思判断标准,而商法则着重于当事人的外观表征;(3)民法崇尚静态安全、个人自足,不欠他人任何债务,而商法基于营业的持续性和交易的广泛性须强调交易安全的保护,关注

[42] 参见前注〔1〕,比扬卡文,第649页。

[43] 参见前注〔5〕,穗积陈重书,第21页。

[44] 同上,第76页。

[45] 前注〔16〕,郭锋文,第49页。

[46] 参见史际春、陈岳琴:“论商法”,《中国法学》2001年第4期,第92页。

[47] 参见前注〔18〕,车传波文,第82页。

群体利益和第三人的利益；(4)民法重视不动产，认为债和合同仅仅是取得这些财产的方式，商法则以所有权、财产服务于交易，重视动产和无形财产权。<sup>〔48〕</sup>另外，法典的编纂凡以便利行事为指导思想，而无须将一种法律的全部编入一个法典之中。日本法学家穗积陈重认为，不可编入法典之中的法律，种类繁多，并对应当排除于法典之外的各类法律，举其要者如下：(1)需要屡屡变更的法律；(2)具有实施期限的法律；(3)需要特别细密规定的法律；(4)在一个地方只对一个民族实施的特别法。并据此认为商业法、农业法、森林法、海洋法等均属于需要特别规定的法律。<sup>〔49〕</sup>因为商法规范正好属于以上列举的第一和第三类别的法律，不仅需要随时事变化不断地变更，而且对其所在的领域也需要加以特别周详的规定。据此可知，将商事法律规范纳入民法典之中易于造成民法体系庞杂，而将商事法律规范汇总于商法典却难以建立结构严谨、合理的规范体系，综观历史和当今各国的商法典，竟然找不到成功的范例。前述已经阐明，商事法律规范无论是纳入民法典还是以商法典自立，其法典化的形式均难以适应商法现代化的需要，甚至会妨碍或延缓商法现代化的步伐。因为商法现代化的实践表明，多数国家选择了非法典化的路径，一些领域的商事规范以单行法的形式纷纷逃离民法典或商法典。虽然法国通过再法典化将逃离商法典的商事单行法一一捕获，重新囚禁于商法典的牢笼，但是，这种仅仅出于无法割舍法典化的情结，却违拗商法个性且与商法现代化的潮流相逆的做法，难免事与愿违！

我国清末法制改革虽有民商分立的观念和立法实践，但昙花一现。国民政府时期，1929年6月5日，胡汉民、林森提出的《民商合一提案》经审查后由中央政治会议第183次会议决定交付立法院，经立法院审议通过了《民商法合一提案审查报告书》，最终确立了“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。其明示的理由是：第一，西方民商分立是因为历史上商人是一特殊阶级，而我国自汉初弛商贾之律后，四民共受治于一法，商人本非特殊之阶级；第二，编定民商合一法典并不妨碍商法注重进步的性质；第三，民商合一法典与商法之国际性并不矛盾；第四，民商合一已成为世界立法之新趋势，我国何可独与相反；第五，人民在法律上应平等，不能因职业或行为不同即特别订立单独法典，这不仅是因为职业种类繁多不能遍及，而且与平等原则不合；第六，商行为标准难定；第七，商法规定事项本列一定范围，无法以总则贯穿其全体；第八，民法商法关系密切，民商分立在适用上不便。<sup>〔50〕</sup>1929年至1930年先后颁布“民法总则”、“债”、“物权”、“亲属”、“继承”五编，其中1929年11月5日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，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。1992年生效的新《荷兰民法典》也采取这种民商合一的立法模式，集中规定了民事活动与整个市场经济所适用的共同规则与制度。具体做法是，将原《商法典》第一编中“商业登记、合伙、商业代理、证券交易所、票据、保险”等主要内容纳入《民法典》第二编“法人”之中；《商法典》第二编中“海商法和内河航运法”的内容则被整合到第八编“运输法”之中。至于那些仅适用于

〔48〕 参见前注〔31〕，沈达明书，第9~10页。

〔49〕 参见前注〔5〕，穗积陈重书，第86~87页。

〔50〕 参见《民商法合一提案审查报告书》。

局部领域或个别市场的规则,则作为“例外”仍然保留在各个民事特别法中,或根据需要制定新的单行法。新《荷兰民法典》反映了现代民法追求实质正义的要求,较为突出地体现了民法典的开放性、融和性与现代性之特征。<sup>[51]</sup>

这种民法典所采用的体例应准确地表述为“民商实质合一,形式统分结合”。民法典集中规定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,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。这种私法体例具有的比较优势,可概括归纳以下几点: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。即受民族性、伦理性和传统性因素深刻影响的家事法和作为一般性规范的债权、物权以民法典为载体,能保持其相对稳定;而商法规范调整变动不居的市场关系须随机应变、与时俱进,宜以单行法的形式而存在。因为单行成文法伴随社会的进步,可以较容易地进行变更修改。<sup>[52]</sup>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。当社会经济的发展致使民法典某一领域规范的特殊性凸显,则有必要将其从民法典分离出去制定单行法;反之当某一民商事单行法调整的领域成为普遍的社会经济关系,则可以将其纳入民法典使之成为一般法律规范。

## 五、我国民法典体例的选择与商法现代化的现实路径

经过前文的考察我们已经确知,民商分立、民法典与商法典并立是历史和传统使然,尤其是,订立商法典并非理性的选择,也非商法形式理性研究发展、积累和孕育成熟的结果。我国历史上,既不存在因商人曾经是独立的社会阶层使民商分立的传统,也没有体现形式理性的法典化传统,从民国政府开始就实行民商合一,因此,大陆私法法典化选择民商合一的体例不存在任何障碍。谢怀栻先生曾指出,从旧中国到新中国,我国的民事立法都是在“民商合一”的大原则之下进行的。<sup>[53]</sup>绝大多数民商法学者历来认同民商合一的私法理念<sup>[54]</sup>,认为民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则和共同制度集中规定于民法典,而将适用于局部市场或个别市场的规则规定于各民事特别法。民商合一并非轻视商法,它所反映的正好是现代市场经济条件下民法与

[51] 参见前注〔6〕,焦富民、盛敏文,第144页。

[52] 参见前注〔5〕,穗积陈重书,第17页。

[53] 参见谢怀栻:“大陆法国家民法典研究——第四节:瑞士民法典”,《外国法译评》1995年第2期。

[54] 我国民商法学界主张“民商分立”,制定并行的民法典与商法典的声音十分微弱,几乎无人响应。只有个别学者认为我国“在立法体例上,民法与商法均应以法典化的形式为主要立法模式,民法典与商法典的制订应并行不悖”,其进一步将我国商法典构想为由总则与分则两部分组成。在总则中规定商人资格的取得、商业登记、商业账簿、商事代理及商行为的基本范围与种类等一些原则性的制度;在分则中系统地规定公司、票据、海商、破产、保险及经济生活中一些已定型化的、专门化较强的交易行为。参见徐学鹿、吕来明:“民商分立模式是我国市场经济立法模式的最佳选择”,《现代法学》1993年第2期,第18~23页。

商法的融合,即学者所谓“民法的商化”。因此,制定民法典应继续坚持民商合一的立法体例。<sup>[55]</sup> 民法典应当将社会生活中具有普遍适用性、稳定性、基本性的实体交易规则和制度作为重点加以规定,而那些仅在个别的、局部的范围内适用,且具有易变性、技术性、程序性和公法渗透性的规范,则不应当由民法典规定,而应当由单行法加以规定。<sup>[56]</sup> 新中国的立法理念一直奉行民商合一的体例,无论是《民法通则》、《合同法》、《物权法》,还是《侵权责任法》均为典型的民商合一的立法。《破产法》、《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》等,均属民事特别法。坚持民商实质合一,以民法典为基本法,以一系列商事单行法为特别法,无疑应是我国私法形式的理性选择。这种体例既能够保证民法典的相对稳定性和原则性,又能适应商法变动性的要求,保证商法的相对灵活性、具体性和开放性,从而使民商立法体系达到稳定与灵活、原则与具体的统一。<sup>[57]</sup> 笔者主张大陆制定民法典应当以民商实质合一,形式上统分结合为指导思想。即在理念上承认无论是民法还是商法本质上均属于以意思自治为核心的私法规范;而在立法实践上,将逻辑关系密切,适宜体系化建构的一般的民事生活规则和商事活动共同的规则,统一制定法典,而将特殊的民商规范分别制定单行法。具体立法体例的选择应当是:民法典与民商单行法并存。大陆当前私法现代化的路径应当是:将各民事单行法通过制定民法典实现体系化和现代化的历史使命;商法仍然以单行法的形式继续存在,提高立法质量,不断地完善和变革创新,使商事单行法更加符合知识经济时代的需要,与时俱进地推动商法现代化的进程。

### (一) 民法典与民、商单行法并存是我国民法典编纂的现实选择

2011年是新中国成立以来特别是改革开放30多年来,立法工作取得举世瞩目的巨大成就的一年。其标志是一个以《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的中国特色社会主义法律体系已经形成。在民事立法方面陆续颁行了《婚姻法》、《继承法》、《民法通则》、《收养法》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》等单行法;商法方面前后颁行的法律包括:《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》、《全民所有制工业企业法》、《海商法》、《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《企业破产法》、《证券法》、《证券投资基金法》、《拍卖法》、《招标投标法》、《票据法》、《信托法》、《商业银行法》、《保险法》等40多部单行法。以上民商事方面的立法是我国当前编纂民法典的依据和现实基础。虽然我国民法学界和立法机关均认同民商合一的立法体例,但是民商合一法典化的实践又有具体的模式,这一点前文已经论及。如果采用大一统的民法典编纂模式,将已有的如此众多的民商事单行法全部纳入其中,法典编纂的难度可想而知,必将付出高昂的成本。尤其是,大一统的民法典要囊括已有的众多商事单行法,商事规范的独特性和异质性必定会造成法典结构、层次复杂,体系杂乱,难以做到民、商法律规范的合理安排。这正如梅利曼所言:“特别立法篇幅

[55] 参见梁慧星:“当前关于民法典编纂的三条思路”,《中外法学》2001年第1期,第113~114页。

[56] 参见王利明:“试论我国民法典体系”,《政法论坛》2003年第1期,第20~21页。

[57] 参见赵万一:“论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的影响”,《法学论坛》2003年第6期,第20~21页。

巨大，将其纳入法典将使法典膨胀而成为难以掌控的鸿篇巨制。”<sup>〔58〕</sup>此外，因为商法对社会经济变化的灵敏度远高于民法，所以商法进步快于民法。因此，必定暴露出大一统的民法典的另一弊端，即它会妨碍商法的现代化。这一点前文已经详论，这里不再赘述。正因为如此，2002年12月23日，提交九届全国人大常委会第三十一次会议进行初审的《民法（草案）》，并未采纳大一统的民法典编纂思路，而是采取了民法典与单行民商法并存的体例。《全国人大常委会2015年立法工作计划》已正式启动新一轮的民法典的编纂工作，笔者认为应当坚守这一体例，继续走民商实质合一，统分结合之路。

就“统”而言，有三层意思：第一，是实现原有民事单行法的体系化统一。即将《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》、《侵权责任法》等已有的民事单行法统合到民法典中。第二，将商事组织和活动的一般规范融入民法典相应的规范体系中，为商事单行法提供上位的共同法律规范，即梁慧星先生所谓的“整个市场所适用的共同规则”。将商事共同规范纳入民法典，一方面可以避免商事单行立法因其为特殊领域而无法涉及一般，因其局部性难以顾及全局性，以至于造成全部由单行法构成的商法体系中一般性规范的缺失。另一方面防止或减少各单行法对本应抽象为一般性的规范，仅从自身的角度和层面各取所需，做出片面规定，造成同类规范之间的矛盾冲突、交叉重复。这不仅会造成立法资源的浪费而且法律适用也会出现困难。例如，我国《民法通则》第四节规定的“联营”，其中“法人型联营”<sup>〔59〕</sup>与《公司法》规定的有限责任公司，“非法人型联营”<sup>〔60〕</sup>与《合伙企业法》规定的普通合伙企业，本质上均为相同的组织体；又如，我国企业登记规范众多，<sup>〔61〕</sup>却缺乏企业登记的一般定义、类型和效力的一般规范。因此，概括、抽象商法的一般性规范规定于民法典，既能填补以往分散立法出现的缺少商法一般规范的漏洞，又能消除法律冲突，还能用民法典中的一般商事规范辐射商事单行法，并为商事单行法规范的解释提供高位级的法律依据。笔者认为商事组织中共有的经理人及经理权、代办人及代办权应纳入民法典“总则编”关于“职务代理”的规范之中；至于商事登记可以在民法典中设专章对商号、登记的类型、程序和效力进行适用于所有商事组织的统一规定。然而，最近，中国民法学研究会发布了《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》，笔者研读该建议稿后发现，其对作为“整个市场所适用的共同规则”，即商法的一般共同规范没有给予足够的重视。首先，它对凡商事组织设立和运作均必需的商事登记规范并未作为一般性条款加以专门规定，而是在第三章“法人”之下第二节“社团法人”中仅针对“营利性社团法人”设置了七个条文，这七个条文全部属于有关登记的程序性规范，对营利性

〔58〕〔美〕约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东等译，法律出版社2004版，第161页。

〔59〕参见《中华人民共和国民法通则》第51条。

〔60〕参见《中华人民共和国民法通则》第52条。

〔61〕国务院和相关部委陆续制定和颁布了《中华人民共和国企业法人登记管理条例》、《中华人民共和国公司登记管理条例》、《中华人民共和国合伙企业登记管理办法》、《个人独资企业登记管理办法》、《个体工商户登记管理办法》、《农民专业合作社登记管理条例》、《外国企业常驻代表机构登记管理条例》、《企业名称登记管理规定》、《企业经营范围登记管理规定》、《企业登记程序规定》等等，约30个规范文件。

社团法人的性质、地位和权利义务没有设定任何实体规范。<sup>[62]</sup> 这些特定商事规范，显然无法适用同为商事组织的合伙企业、个人独资企业、个体工商户，甚至具备法人资格的全资性国有企业、集体企业和一人公司也不能适用，因为这些企业虽是营利性法人但不是“社团法人”。其次，只就职务代理做了笼统和概括性规定，<sup>[63]</sup> 没有在职务代理范畴中对经理人及经理权、代办人及代办权做出明文规定。我国已经颁布的多部企业法中均涉及特定经理人的个别规定，但是，缺少经理概念的定义和经理权产生、行使、变更、终止及其法律效力的一般法律规定。因此，这种对职务代理过于笼统的规定，对我国亟需经理人包括代办人一般规范现状，毫无建树可言。总之，如果我国未来出台的民法典不能为商事活动提供上位的一般性法律规范，不仅会使“民商合一”失去现实的法律依据，只能沦为学者自娱自乐的空谈，而且会导致民法典功能大为衰减，甚至会失去市场经济基本法的地位。第三，值得强调的是，我国《合同法》中规定的有名合同绝大部分属于商事合同，随着《合同法》纳入民法典，商事合同规范就自然而然地统一于民法典之中。

就分而言，已有学者提醒，在我国民商合一的立法体例下，需要重点思量民法商法化与商法民法化的限度，有意识区分民事规范与商事规范，原则是民法应以普通人及其生活为出发点。<sup>[64]</sup> “在构建现代私法体系时，民商合一并不否认商法以单行法规的形式独立存在”。<sup>[65]</sup> 我国改革开放近40年来陆续颁行了《公司法》、《证券法》、《票据法》、《破产法》、《海商法》等为数众多的商事单行法。由于这些商事单行法是适用特殊人和企业的特殊规范，不宜纳入民法典，笔者主张应在民法典之外以单行特别法的形式继续独立存在。商事单行法形式简单，对立法对象的适用性极强，它既可以就特定的商事主体、商事交易行为设置规范，也可以就一类商事主体或商行为制定单行法，甚至可以就特定事项进行专门立法；另外，其立法规格低，立法程序简便，能够节约立法成本。这一切决定了商事单行法能灵活及时地适应市场经济不断发展的需要，始终保持与社会经济发展同步，与时俱进地实现现代化变革。我国改革开放过程中颁布实施的一系列商事单行法对促进经济社会变革转型、飞速发展并取得举世瞩目的巨大成就，功不可没，其优越性已经得到了充分的验证。

这种民商实质上合一，形式上统分结合的体例，能够确保私法基础规范以民法典为载体，体系化地存在，并且保持稳定性；同时特殊和极富个性的商法规范又能以单行法的形式与时俱进，保持现代性。以民法典规定的基本原则、一般规范和私法领域共同的制度为基础，统帅、指导民商单行法；而民商单行法则在民法典之外，遥相呼应，发挥配合、补充的调整功能。如此，我国民法典与民商单行法并存的私法体例就拥有了扬长

[62] 《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》第二节“社团法人”共有七个条文，其条目分别是：第73条“营利性社团法人的设立”；第74条“营利性社团法人的登记”；第75条“信息公开”；第76条“商事登记公信力”；第77条“商事登记簿与营业执照的效力关系”；第78条“商事登记簿变更登记”；第79条“营利性社团法人注销登记”。

[63] 《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿（征求意见稿）》第七章“代理”第二节“委托代理”第165条“职务代理”规定：“法人或者其他组织的成员就其职权范围内的事项，无须特别授权，就得以法人或者其他组织名义实施法律行为，其法律后果由法人或者其他组织承受。除非法律另有规定，法人或者其他组织对其成员职权范围的限制，不得对抗善意第三人。”

[64] 参见谢鸿飞：“民法典与特别民法关系的建构”，《中国社会科学》2013年第2期，第115页。

[65] 前注〔16〕，郭锋文，第50页。

避短的优越性，既能克服民商分立和制定大一统民法典体例的弊端，又能兼收法典与单行法之利。

## （二）民法典与民、商单行法并存是我国商法现代化的客观要求

我国大陆私法现代化的动因具有内源性与外源性紧密结合的特点。一方面，我国自20世纪70年代末80年代初实行的改革开放政策，推动了生产力水平迅速提高，生产关系适应生产力的要求发生了巨大变化。2001年我国加入世界贸易组织，迅速融入世界经济一体化和全球化的潮流之中，扩大了对外开放的范围，也极大地促进了我国对外贸易的增长，到2006年中国已经成为出口大国之一。改革开放以来在经济建设方面取得的举世瞩目的成就，使我国一跃成为世界第二大经济实体，这是我国商法现代化具有决定性的历史背景。另一方面，为了适应世界经济一体化新的变化，自20世纪以来个别国家已着手商法现代化改革，21世纪已出现世界性商法现代化改革的浪潮。在信息技术革命推动世界经济加速全球化、一体化的背景下，各国都期望通过商法现代化融入国际社会，提高本国公司参与国际市场的竞争实力。日益激烈和加剧的经济竞争已经逐渐延伸到商事立法层面，最终演变为一场声势浩大的商法制度的竞赛。这对我国商法现代化形成倒逼之势。

我国自实施改革开放以来，因经济发展变化的需要以单行法的形式颁行了一系列商法规范。这些立法不仅对推动我国市场经济的飞速发展发挥了积极、有效的调整作用，而且能够随着经济迅速的发展变化而及时地修改增订，体现了极强的适应性、应变能力和强大的生命力。对于这些现有的商事单行法既无须纳入将要制定的民法典，更没有必要将其收拢于商法典。“只要法律处于生机勃勃的进步状态，则无须制定法典。”<sup>〔66〕</sup>萨维尼氏的告诫应该让我们增强对我国商事单行法具有优越性的信心。我国当前正处于深化改革的阶段，随着高新技术的日益发展，国内、国际经济的不断扩大和市场竞争的加剧，我国商法在与之相适应过程中，必须不断和及时地现代化。例如，由于信息技术的发展和广泛运用，一些国家和地区广泛推广电子货币、股票的无纸化发行和交易、电子商务、网上股东大会等，而我国商法对这些领域的立法仍然处于滞后状态；再如，我国企业集团发展迅速，国际上前500强的跨国公司已经陆续进入我国市场，我国大型公司也已经跨出国门开辟国外市场，但是，我国关于公司集团的立法供给却严重不足。这一切均表明，我国商法还肩负进一步快速现代化的重任，能够胜任这一重任的法律形式非单行法莫属。

## 参考文献

- 〔1〕〔意大利〕比扬卡·关于欧洲民法典编纂的短论〔J〕. 薛军译. 中外法学, 2004(6).
- 〔2〕陈柳钦. 现代化的内涵及其理论演进〔J〕. 经济参考, 2011(44).
- 〔3〕公丕祥. 法制现代化的概念架构〔J〕. 法律科学, 1998(4).
- 〔4〕〔德〕克里斯蒂·冯·巴尔. 欧洲：多部民法典的大陆，或者走向单一民法典的大陆？〔J〕. 张小义译. 法学家, 2004(2).
- 〔5〕〔日〕穗积陈重. 法典论〔M〕. 李求轶译. 北京：商务印书馆, 2014.

（责任编辑：朱晓峰 赵建蕊）

〔66〕〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社2001年版，第26页。