

私法商法化:体系重构及制度调整

夏 小 雄^{*}

摘要:民法典的编纂必须充分考虑当下的经济社会发展状况,特别是私法法律关系已经全面“商事化”的现实情况。在此基础上,民法典的编纂必须适应“私法商法化”的历史趋势。“私法商法化”是大陆法系私法发展过程中的一个重要阶段,19世纪末和20世纪各国均按照实践需求重构私法体系、调整私法制度。部分国家选择建构完全民商合一的体制,部分国家在保留民商分立立法例的前提下变革既有私法法律制度。这种调整适应了私法关系商事化的发展趋势,有效促进了经济发展和社会进步。我国民法典的编纂有必要借鉴欧陆国家“私法商法化”的经验并在自身国情基础上建构具有中国特色的私法体系。

关键词:私法商法化 债法统一化 民商合一 民商分立 体系效应

在我国民法典正在编纂的当下,民法和商法的关系再度成为学界讨论的热门话题。特别是在《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)出台前后,围绕这一问题的争论愈发热烈。在商法学者看来,《民法总则》存在商事化不足的弊端,不仅在逻辑体系上未能全面兼容既有商法制度,而且也无法有效回应当下市场经济深化发展的需要。^①在强调民法典特别是《民法总则》应当兼具商法品性的同时,商法学界也进一步提出了完善商事立法(制定《商法通则》或商法典)的学术主张,并且围绕这一问题展开了深入的学理论证和制度分析。^②

这种论争对我国私法体系的优化、民法典的制定、商法制度的完善无疑具有重要的意义。但是,就目前的学术研究现状而言,学术界仍然未就民法典体系下商法的规范表达和制度安排形成“共识”,特别是民法学者和商法学者之间在此问题上依然存在较多的争论。^③形成这种局面的原因是多方面的,本文在此不进行全面的探讨。其中特别值得关注的的一个问题是:在私法法律关系已经普遍“商事化”的当下,构建怎样的私法法律体系才能回应市场经济深化发展的需要?

任何法律制度的构建、法律体系的选择都需要考虑其经济社会基础条件。今日中国民法典的编纂、私法法律体系的构建也必须充分反思改革开放40年来经济社会发展变迁情况,并最终依据当下社会主义市场经济内在需要选择合理的私法制度模式。在笔者看来,随着改革开放的日益深入和社会主义市场经济机制的逐步完善,我国私法层面的法律关系已经具有较强的“商事化”属性,私法法律体系特别是民法典的编纂必须相应具有“商法化”的特征,而不能再以农业经济时代或工业经济时代的他国民法典作为唯一借鉴对象。至于当下我国私法法律关系“商事化”的趋势到底表现在哪些方面,既有的私法法律体系又在哪些方面

^{*} 中国社会科学院法学研究所副研究员

^① 参见蒋大兴:《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,《比较法研究》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》,《社会科学战线》2015年第12期;王涌:《中国需要一部具有商法品格的民法典》,《中国法律评论》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》,《现代法学》2015年第6期,等等。

^② 参见赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期;范健:《民法体例中商法规则的编内与编外安排》,《环球法律评论》2016年第6期,等等。

^③ 民法学界更倾向于贯彻民商合一的立法思路。参见王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015年第4期;王轶、关淑芳:《民法商法关系论——以民法典编纂为背景》,《社会科学战线》2016年第4期,等等。

面呈现出“商化不足”的弊端,未来我国私法法律体系完善特别是民法典的制定需要从哪些方面提升“商法化”纯度,这些问题均有待于进一步的理论考察。

实际上,“私法商法化”并非一个新话题,在19世纪末20世纪初欧陆国家的私法发展过程中曾经面临过同样的问题。在第二次工业革命的推动下,欧洲大陆法系国家如法国、德国、意大利、瑞士等国的私法法律关系都呈现出“商事化”的倾向,以至于传统民商分立的私法制度体系无法适应此种变化而不得不作出调整。例如,当时各国法院将商法典的适用范围加以扩展,不再局限于商行为、商主体的传统范畴,一些传统意义上不属于商法典调整范围的争议类型也被纳入商法典的规范领域。传统民法典则在一定程度上呈现出“规范不足”或“体系漏洞”的局面,对工业化大生产引发的新型法律关系无法提供有效调整规范。在学者们的推动下,一些国家选择变革既有私法法律体系,依据经济社会发展内在需要统一债法制度或者制定民商合一的民法典。^①实际上,欧陆国家私法法律体系因应“私法关系商事化”的调整对我国当下私法法律体系的完善具有借鉴意义。笔者也将依据这一问题意识,旨在介绍欧陆国家“私法商法化”的社会环境、理念基础、体系重构、制度调整等问题,并在此基础上对我国私法法律体系的构建特别是民法典编纂背景下民商法关系的再处理进行讨论。

一、“私法商法化”的社会基础

(一)历史背景

依据法律制度演进的基本逻辑,法律体系调整的基础在于经济社会的发展变迁,社会生产方式的调整、社会关系结构的变化、社会治理模式的重构决定了法律秩序的整体性变革。在观察私法法律体系的结构变迁问题时,也必须秉持这种思考逻辑。

在19世纪中期以前,虽然第一次工业革命已在英国轰轰烈烈进行,但欧洲大陆的工业发展水平相对而言依然较为落后,以法国为代表的欧陆国家依然处于农业经济时代。这种经济社会发展状态也决定了私法法律体系构建的“农业经济文明”制度特征。欧陆国家多采纳了民商分立的立法模式,同时制定民法典和商法典。民法典主要是规范民事法律关系,特别是以不动产为核心的归属利用关系。民法典也被视为维护土地贵族利益的法典;商法典主要规范商事法律关系,特别是各种类型的商行为,旨在维护传统贸易商人和新兴工业资产阶级的利益。

以法国为例,虽然《法国民法典》和《法国商法典》是19世纪上半期较为成功的立法典范,但它们依然属于农业经济文明的产物。在这种民商分立立法模式之下,民法典强调以财产的归属为核心内容,无论是结构的安排还是制度的设计,均是围绕这一核心主题加以展开。例如,《法国民法典》的规范重心在于第二编的“物法”,包含了所有权及其他类型物权的详尽规则。合同则被视为取得各类财产的“工具”,被规定在第三编“取得财产的不同方式”之中。^②民法典立法者并未充分考虑新兴工业革命对经济社会生活的冲击影响,他们的关注焦点在于各类财产特别是土地、房屋等不动产的归属及取得问题。^③《法国商法典》尽管也引入了商行为、股份公司等新型制度,并强调动产价值的利用,但受制于当时的商业经济环境,还是以调整各类传统贸易型“商行为”为重心的,对企业的经济活动也是纳入传统商行为的范畴,而没有单独给予规范的空间。可以说,《法国商法典》在很多方面与此前路易十四时期制定的商事条例并无太大差异,基本上还是反映了传统贸易商人商业模式下的规范需求。此种民商分立的立法模式对西班牙、葡萄牙、荷兰、意大利、德国等国随后的私法立法也产生了重要影响,这些国家的民法典和商法典在很多方面也均追随了法国的私法立法范式。

这种民商分立的立法模式以及相应的制度安排,与19世纪上半期的经济发展状况是相适应的。从调

^① Cfr. Levi.G, La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione. Giuffrè, 1996; Ripert.G, Aspects juridiques du capitalisme moderne, Paris, 1951.

^② Cfr. Solari.G, Individualismo e diritto privato, Giappichelli, 1959, p.193.

^③ Cfr. Ripert.G, Aspects juridiques du capitalisme moderne, cit., pp.15 ss.

整社会关系、解决法律争议的角度来看,这一阶段私法立法所提供的法律规范也基本上能够符合社会关系调整的规范需求。但是,随着 19 世纪下半期第二次工业革命的深入开展,以工业化大生产为主要特征的经济发展模式彻底改变了人类的社会生活状态,传统的农业经济逐渐向工业经济进行转型,商业贸易的深度和广度也得到了拓展。在此背景下,适应传统农业文明和商业贸易精神的私法法律体系就逐渐不能适应经济社会发展需要,面临越来越多的理论难题和实务挑战。

(二)社会变革

在 19 世纪后半期,随着机器在工业生产中的普遍应用,工业生产的效率得到很大提高,新型工厂得以大量设立,进入工厂担任工人的劳动者也越来越多,企业逐渐成为经济社会生活的中心。工业化大生产使得工厂和劳动者逐渐向城市聚集,欧洲大陆国家的城市化进程在此阶段也逐渐加快,城市商品经济得到快速发展。

新兴生产方式的变化使得社会资本构成也发生了变化,传统意义上占据主导地位的商业资本逐渐向工业资本转化,贸易商人和土地贵族开始开设工厂开展经营活动。人类的财富形态也从土地、房屋等不动产转变为货币、股票、债券等有偿证券形态,围绕这些新财富形式的创新交易也日益增多,资本的流动也在加速,越来越多的商人主体在此过程中获得财富的保值和增值。^①

在这些因素的影响下,私法法律关系的构造也逐渐发生了变化。私法法律关系的主导性主体不再是自然人,各种类型的企业逐渐占据支配地位,企业的生产活动和营业活动已经成为主导性经济活动,以企业为核心的法律关系则变成了支配性的法律关系类型。法律关系主体也逐渐分化出企业家、劳动者、消费者等类型,不同类型主体在交易中的“潜在地位”和“谈判力量”渐趋失衡。在私法法律关系的发生、变更、终止过程中,必须注意到交易主体之间“地位失衡”可能带来的影响。同时,工业化大生产导致了法律关系的复杂化,任何民商事交易的影响往往不限于交易主体之间,而是需要在一定程度上考虑其社会效果。为了确保工业化大生产的高效进行,对任何交易都必须考虑到效率的提升和安全的保障,原则上不能任意使之无效或撤销。

为了鼓励人们充分利用股份公司形式募集发展工业所需资金,各国纷纷取消了股份公司设立的严格限制条件,设立股份公司不再需要经过政府的审批或国王的特许。例如,法国经过 1863 年和 1867 年的公司法改革之后,股份公司的股东无须履行批准程序就可设立股份公司。英国、德国等国也在这一时期通过了类似的法律。在此背景下,19 世纪下半期股份公司的数量大量增加,成了推动资本主义经济发展最为有力的工具。与此同时,围绕股份公司财产构成、管理权限、外部交易的争议也越来越多。然而遗憾的是,19 世纪下半期的商事立法并未对股份公司提供更为详尽、更为具体的法律规范,这就使得实践中出现了较多理论难题和实务争议。

概而言之,19 世纪下半期的经济社会关系同 19 世纪上半期《法国商法典》《西班牙商法典》《葡萄牙商法典》《荷兰商法典》制定时的情况已经大为不同,整个社会已经趋于“商事化”,以企业生产和企业交易为核心的经济社会关系已在很大程度上被加以重构。

(三)法律挑战

社会化大工业生产促进了经济社会发展的模式转型,从根本上改变了社会关系的存在模式,造成了私法主体的类型分化和地位失衡,对私法法律关系的结构也产生了重要的影响。这种转型对既有私法法律体系也提出了很多挑战。具体而言:

首先,传统的民法典体系已经不能适应商事化社会的需要。传统的民法典偏向于调整静态的法律关系,以主体平等为假设前提,以财产归属为核心内容,对商事交易没有给予充分关注。但是,随着工业化生产的推进和企业的大量出现,商事交易不断创新且日益重要,债权的流转比物权的归属更受到人们的关注。在传统的财产、婚姻、家庭、继承等领域,民法典虽然能够发挥重要调整作用,但在面对已经商事化的

^① Cfr. Dobb, M.H., Problemi di storia del capitalismo, Editori riuniti, 1958, pp.33, ss.

私法法律关系时则没有足够的规则加以规制。如同法国著名商法学者里佩特评论所说:“商业精神已经主导民事生活”“现代世界已经商事化”,^①对这些现象传统民法典已经缺乏足够的回应调整能力。

其次,传统商法典的适用范围需要得到扩张。19世纪的商事立法以商行为为核心,但对商行为的外延范围并未加以明确界定,多数国家商法典都采取了“列举式”处理这一问题。商法典对商行为的类型列举毕竟较为有限,无法有效涵盖社会化大生产带来的各类新型交易行为(如不动产的商业买卖)。各国学者们都主张突破商法典对商行为的类型限制,根据实践需要增加“附属商行为”的种类。^②在此背景下,法官也有必要扩张适用商法典规范处理相应争议问题。例如,各国商法典中的商行为法律规则被普遍用来处理民事生活中的合同争议;善意取得条款在民事生活领域也得到了普遍化适用,法官将其用来处理非商人之间的物权归属争议。^③

最后,传统私法法律体系同经济发展的内在需求日益“脱节”。特别是就商事交易的法律调整而言,在传统的“商人法”时代,商人们能够根据商业发展的需要不断调整商法制度体系,使其具有较好的“适应性”。在法典化时代,现代民族国家垄断商事立法权之后,商法典的修订需要履行严格的修法程序,商法规则就不能根据实践需要及时加以调整。此外,民法典和商法典的存在使得法学家们都成了法典的注释家,而不再是商事交易普遍性规则的“总结者”或“发现者”,这也导致了“法学”同“经济学”理论的最终分离,后者逐渐成了探寻商业交易、经济生产普遍性规律的学问。^④

二、“私法商法化”的理论阐释

对私法关系商事化由此带来的理论挑战和实务争议,当时的学者们也给予了深入的关注,并就“私法商法化”改造的理论基础、体系调整、制度构建、司法回应等问题展开了深入的探讨。

(一)戈德施密特:商法的特殊化

进入19世纪后半期之后,一些德国商法学者就意识到了以商行为为核心的商法制度体系已经同商事交易实践存在“脱节”的情况。在他们看来,商法的法典化从根本上导致了商法制度体系的“去历史化”,而这一特征恰恰使其失去了良好的“适应性”功能,不能根据实践需要及时调整制度构成。如果想改变这种不利局面,必须回到历史视角重新理解商法的独特特征。在这些学者当中,德国著名商法学家戈德施密特对商法的历史考证及特征研究尤其值得注意。

在戈德施密特看来,私法关系的商法化确实给传统私法法律体系带来了挑战,立法机构必须对既有私法法律体系加以有效调整进而解决理论争议和实践难题。商法因其本身调整对象的特殊性,相对于民法而言具有更强的动态性,在体系构造、制度安排等方面也具有更强的灵活性。从商法的发展历史可以看出,商法的规则体系始终处于持续变化过程之中,必须以开放的眼光去看待商法的规则变迁。在此背景下,他强调应当深化对商法历史的研究,把商事交易实践中发展出来的新规则和新制度加以“提炼”“改造”进而形成新的商法规范,但同时也应注意私法关系商事化背景下这些规则和制度如何扩展适用到民事领域。基于上述理由,戈德施密特认为应当维持传统的民法商法二元分立体系,并对商法加以体系性改造,既强化民法规则作为私法一般性规则的重要性,又注重商法规则的特殊性和动态性,使得整个私法法律体系的构造能够回应经济社会发展之需要。^⑤

当然,对戈德施密特突出强调商法独立性的观点,也有很多学者提出了批判意见。在他们看来,首先,商法规则与民法规则的分立实际上只体现在合伙、买卖、运输、借贷等有限领域,不能过于夸大民法规则和商法规则的对立。其次,到底哪些商法规则已经扩展适用到了民事领域,尚有待深入的研究。对私法法律

① Ripert,G, Aspects juridiques du capitalisme moderne, cit.,p.331.

② Cfr. Mazzarella F. La construcción de la noción de empresa en la cultura jurídica de la Europa industrial. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 2016 (27).

③ Cfr. Galgano,F. Lex mercatoria.cit., pp.125—126.

④ Cfr. Migliorino,F. Mysteria concursus: Itinerari premoderni del diritto commerciale, Milano 1999, p. 53.

⑤ Cfr. Goldschmidt,L. Storia universale del diritto commerciale. Unione tipografico—editrice torinese, 1913.

体系重构过程中如何将商法规则扩展到民法体系当中,也欠缺较为明确的标准。最后,在从商事交易实践中提炼商法一般性规则的时候,也可能出现不够严谨或者任意提炼的情况,这可能会影响商法体系的稳定性和科学性。在此基础上,各国学者(如恩德曼、蒙钦格、莫伦格拉夫、维万德等)主张推行民商合一立法,力求实现民法规则和商法规则的统一。当然,这种统一也区分为“弱形式”和“强形式”两种类型,前者指在私法法律体系局部领域(如债法/合同法领域)实现民法规则和商法规则的统一,后者则是在私法法律体系整体层面实现法律规则的统一。^①其中,意大利的维万德教授更是因其民商合一主张成了世界范围内具有影响力的学者,同时也对意大利统一民法典的制定产生了重要影响。

(二)维万德:私法的统一化

如同上文所述,意大利在统一之后也效仿法国分别制定了民法典和商法典。其中,在1865年商法典生效后不久,意大利又在1882年修订颁布了新的商法典。该商法典依然是以《法国商法典》为借鉴对象,以商行为作为调整核心,并对商行为的类型进行了较为全面的列举(共24种),在当时各国商事立法中对商行为的类型归纳是最全面的。就其立法技术和体系内容而言,这部商法典在19世纪末期不失为一部优秀的法典。^②

但是,随着第二次工业革命的深入开展,维万德逐渐意识到了这种分立立法模式的弊端。首先,1882年商法典对商行为的界定采取的是列举的方式,但这种立法模式始终具有一定的局限性,不能穷尽现实生活中的所有商行为种类,特别是在私法关系商事化背景下一些创新商事交易可能无法纳入商行为范畴。这就在一定程度上影响了商法典对商事交易的回应性调整能力。其次,民事债务和商事债务的刻意区分并无太大的理论价值和实务意义,反倒在实践中造成了规则适用的混乱,特别是在识别管辖法院、适用裁判规范时容易给当事人和法官带来困惑。当时比较法上的最新发展趋势是消除民事债务和商事债务的区分,逐步实现私法的统一化。因此意大利也必须仿效瑞士统一债法体系,使得债法法律规则能够实现统一,对民事债务和商事债务进行一体化调整。最后,商法典的存在在一定程度上已经成为保护商人阶层特权利益的“工具”,对消费者、劳动者等弱势群体的利益反而不能够加以有效保护。因为对这些主体与商人主体之间的商事交易,也就是1861年《德国商法典》第277条和1882年《意大利商法典》第54条规定的混合商行为(单方商行为),也必须适用商法典规范加以调整,实际上这些规范往往以提升交易效率、保护交易安全为目的,更有利于商人利益的保护,对消费者、劳动者的利益可能会造成一定的损害。^③

在对当时瑞士和英国的私法立法进行考察之后,维万德认为私法研究不能再采取注释商法典的方式,传统的商法典已在一定程度上滞后于商业实践的需要,应根据经济社会发展的实际情况特别是大工业化生产要求重新审视私法法律体系构成并尝试进行改革。在他看来,法必须源自事物本身,私法的法律体系构建也必须遵守这一逻辑。在私法关系商事化的背景下,必须构建民商合一的私法法律体系才能回应实践之需要。在此问题意识的指导下,维万德开始大量“著书立说”,将其观点加以进一步的阐释论证,以期得到理论界和实务界的普遍认同。在1893年开始出版的系列商法典评注中,他就开始依据这种理念逻辑构建私法的理想结构体系。^④维万德的学说得到了同时期欧洲大陆法学家的大力支持,其他国家的学者也纷纷加入了民商合一的学说论证阵营之中(如西班牙的商法学家维森特、葛拉、鲁比奥、孔德、加里格斯等)。

(三)理论视角的评述

以上只是对两位代表性学者的学术观点进行了简要总结。从表面上看来,两位学者在很多方面存在分歧,但为了更好地理解两位学者的基本立场,除了需要对他们的观点差异给予充分的认知,还必须注意

① Cfr. Vargas.Vasserot,C, La evolución histórica del Derecho mercantil y su concepto. 2012, pp.79—80.

② Cfr. Vidari.E, Corso di diritto commerciale, Milano. 1893,pp. 87—92.

③ Cfr. Vivante.C, Per un codice unico delle obbligazioni. Tipografia Fava e Garagnani, 1888.

④ Cfr. Vivante.C, Istituzioni di diritto commerciale, Editore—Librajo dell Real Casa, 1894; Vivante.C, Trattato di diritto commerciale, Torino 1893—1901.

到两位学者理念分歧背后所存在的共同因素。具体而言,两位学者在以下几个方面的学术关怀具有一致性:一是他们对私法关系商事化给既有私法制度体系带来的挑战表示了深切的关注,都强调法律制度的安排、法律体系的构建必须从根本上回应经济社会发展的需求。这是两位学者思考私法法律体系重构问题的基本出发点。二是他们对既有私法法律体系结构都持有强烈的批判态度。在他们看来,既有民法典和商法典并存的民商分立立法模式存在一定的弊端,不管在理论层面还是在制度层面,都不能切实有效地回应商事化社会的规范需求。对既有私法法律体系必须进行变革,特别是顺应私法关系商事化的要求提升整个私法法律体系的商法品格。三是对改造既有民法典均不持异议,他们均强调既有的民法典法律规则在一定程度上滞后于时代发展,必须实现彻底的商法化改造。当然,对民法典是否应当吸纳所有的商法规则,民法典之外是否还需要制定商法典,两位学者存在根本性的理解分歧。

上述分歧的存在,根源在于两位学者对商法特征及其功能的认知存在立场差异。戈德施密特始终坚持的是一种历史主义的立场,也就是说侧重从历史发展的视角观察商法的发展变迁及其社会功能。这种视角的观察思考会突出商法的自身独特特征,并侧重强调商法相对于民法的制度性差异。维万德则是坚持一种功能主义的视角,侧重考察既有的民商分立立法模式在实践运作中所存在的弊端,特别是其受到了社会主义思潮的影响,更容易把商法视为维护工商业资产阶级利益的工具,因而强调将私法的法律规则加以统一,进而消除因为商法差异性制度安排所形成的阶级特权。^① 由于认知立场的差异,两位学者对私法立法理想模式的构想也有所不同。对戈德施密特而言,必须顺应历史主义的基本理念,继续强化对商法发展机制的理论认知,并通过法典化立法加以全面的表达;对维万德而言,必须坚持功能主义的私法法律体系构建思路,通过统一性立法去消除私法法律体系内部所存在的制度差异因素,进而实现实质化的平等正义和社会团结。

三、“私法商法化”的体系效应

(一)立法模式调整

从立法技术的角度来说,私法关系商事化要求立法者对传统的私法法律规则进行商法化改造,以提升私法法律规则的商法化程度。如果继续坚持民商分立的立法模式,就不仅要求立法者对商法典进行体系重构和制度调整,而且也需要对民法典进行商事化改造,以使得它们能够对商事化的私法关系进行回应性调整。但是,如同上文所提到的,如果对同一个法律关系,既有民法规则调整,也有商法规则规范,有可能会造成法律规范的重复和冲突,从节省立法成本、提高规制效率的角度来看,可以选择用一套商法化的法律规则进行统一调整。在前文所述法学家的影响下,促成民法规则和商法规则的统一成了19世纪末20世纪初私法学界的主流意见。理论界的研究成果对立法机构的具体立法也产生了重要影响,一些国家开始尝试推出民商合一模式的立法。

1881年通过的《瑞士债法典》是世界范围内民商合一立法的首要尝试。在债法领域率先实现商法规则与民法规则的统一,在很大程度上也是为了回应大工业化生产时代私法关系商事化的实践需要。该法典吸纳了同时期民法典的一般债法规则和商法典中商行为的一般性规则,还针对各种具体合同(商行为)类型提供了较为详尽的规范。除此之外,与商事活动密切相关的企业公司、有价证券、商事登记、商业账簿等法律规则也被纳入债法典之中。在1912年《瑞士民法典》颁布之时,债法典的内容被纳入民法典之中并独立成编。^② 受到这一部债法典的影响,法国和意大利学者在1927年也联合提交了一份《法国—意大利统一债法典草案》,对后来《意大利民法典》在债法领域实现民商合一产生了重要影响。^③

① Cfr. Vivante, C., Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale, *Monitore dei Tribunali*, 1894, pp. 729—731; Vivante, C., La penetrazione del socialismo nel diritto privato, *Critica sociale*, 1902, 22, pp. 345—351.

② 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》,《中外法学》2014年第6期。

③ Cfr. Alpa, G., Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927): un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione, Giuffrè editore, 2007.

1942年制定的《意大利民法典》则是在整体意义上实现民商合一的立法典范。民法典的立法者把1865年民法典和1882年商法典的内容进行了体系性整合,并且结合经济社会发展需要进行了制度性改造。在新的民法典体系下,债法规则实现了统一,1882年商法典中的大部分商行为法律规则被“植入”民法典之中,成了调整合同法律关系的主导性规则;^①与商事营业相关的企业、竞争、劳动、专利等制度则被纳入第五编“劳动”下,成了民法典中最富特色的一部分,充分反映了私法商法化时代社会生产关系以“企业”为中心的规则需求。^②

值得注意的是,在意大利统一民法典制定之后,关于商法是否保持独立性以及是否应当改变私法统一立法的结构现状,成了意大利学术界争论的一个焦点问题。部分商法学者(如莫萨、卢米亚)认为统一民法典的制定并不削弱或者影响商法的独立性,商法在原则层面和方法层面依然具有独立性。但是,对绝大多数民法学者(也包括很多商法学者)来说,这一观念已经有点过时。统一民法典的制定,看上去已经是不可逆转的历史事实,对商法学者和民法学者而言,必须共同努力构建新的统一私法法律体系,特别是能够涵盖民法规则和商法规则的共同原则以及共性方法。关于后一种观念,表达最为充分的是法学家费里。在他看来,私法规则的统一已经是一个已经完成的历史事实并且已经被普遍接受,通过这一过程实现了私法规范的现代化(也就是私法的商法化);但私法规则的统一会在一定程度上导致理论界和实务界忽视不同类型经济社会关系的差异性,特别对企业及其活动的规范忽视其特殊性。对商法学者而言,应当把这些立法者所忽视的差异重新加以发现,并通过解释性路径去探索相应的解决方法,使得商法的规制能够符合客观实践需要。^③

在《瑞士债法典》《意大利民法典》的影响下,越来越多的国家采用了民商合一的立法体例,通过制定统一民法典的方式回应私法关系商事化的需要。例如,1906年《突尼斯民法典》、1912年《摩洛哥民法典》、1926年《土耳其民法典》、1934年《黎巴嫩民法典》、1934年《波兰民法典》、1966年《马达加斯加民法典》、1967年《塞内加尔民法典》、1984年《秘鲁民法典》、1987年《巴拉圭民法典》、1988年《古巴民法典》、1992年《荷兰民法典》、1994年《蒙古民法典》、1994年《俄罗斯联邦民法典》、1995年《越南民法典》、1998年《阿根廷民法典》、2002年《巴西民法典》等均构建了一体化的私法法律规则。

值得注意的是,在主流的民商合一立法模式之外,也存在维持民商分立立法模式的“异向思维”,德国即是这种立法模式的实践者。在其他国家纷纷推行民商合一立法之时,德国却选择了维持商法典和民法典并存的立法模式。在德国的立法者看来,在私法关系商事化的时代背景下民商合一立法虽是主流,但德国在构建私法法律体系时必须充分考量自身的经济发展状况。与英国相比,19世纪末期德国的资本主义发展水平依然较为落后,私法立法的统一化可能不利于德国资本主义的发展特别是工商业的海外扩张。因此,在民法典应当按照“私法商法化”要求吸纳部分商法规范之外,德国还有必要制定单独的商法典进而为德国工商业发展扩张提供普适性的、国际化的统一规则,尽量消除这些商法规则可能对工商业发展扩张构成限制的国别性、民族性特征。^④因此,相对于1861年《德国一般商法典》而言,1900年《德国商法典》在内容上进行了限缩,旧商法典中的很多内容被“移转”到此前制定的民法典之中;同时,为了尽量提高商法典的规范能力,立法者对商法典的适用范围也进行了调整,将商法典的适用范围界定为从事营业活动的商人,使得不同类型商人主体从事的交易行为均被纳入商法典的规范范围,特别是各式各样的企业经营活动均能得到有效调整。经过这种体系调整,德国商法体系在一定程度上实现了从“客观法”到“主观法”的回归,商法相对于民法而言也被视为调整特定商事主体之特定商事行为的私法“特别法”。^⑤

① Cfr. Grandi, D. Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile; Riproduzione anastatica della GU del 4 aprile 1942 a cura del Consiglio Nazionale Forense, Roma: Lstituto Poligrafico e Zecca dello Stato— Libreria dello Stato, 2009.

② Cfr. Asquini, A., Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione, Riv. dir. comm., 1941: 429.

③ Cfr. Ferri, G., Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale, Riv. dir. comm., 1945, pp. 96—102.

④ Cfr. Galgano, F., Lex mercatoria, cit., pp. 129—130.

⑤ Cfr. Girón, T. J., El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado, Anuario de Derecho Civil, 1954, pp. 754—757.

通过上述立法改造,传统商法典规则的适用范围得到了较大程度的扩张,同时传统民法典在体系规范上的不足也得到了弥补。在一定程度上可以说,传统商法典规则在很大程度上“填补”和“覆盖”了传统民法典的规范调整空间。表面上看来,民法典变得更为重要,商法典已经“消亡”或“隐匿”,实际上商法典的规则已经完全融入了民商合一的民法典之中,民法典已经彻底“浸润”了商法的原则和精神。在私法商法化的改革过程中,商法实际上取得了重大的胜利,商法规则的调整广度和调整深度得到了全面扩张。

(二)内部体系效应

当然,上述各个国家私法立法体系的变化只是形式层面的。从某种意义上而言,对私法法律体系形式层面的变化本身很难做出评判,无论是民商合一立法模式还是民商分立立法模式,本身也是各有优劣。更为重要的是如何在实质层面评价这些立法模式是否真正适应了私法关系商事化的规则需求,而回答这一问题还需要观察私法的内部体系调整。

私法的内部体系通常是指具体私法法律规则背后法律原则构成的整体。不同的法律原则相互组合构成了特定私法法律体系背后的“基石性要素”,往往能够决定私法的基本精神气质和整体结构特征,对具体私法法律规范的解释适用也能产生重要影响。对任何私法法律体系的理解,离不开对背后法律原则的认知。^① 私法商法化改造从根本上改变了既有私法法律体系背后的法律原则结构。私法关系商事化意味着对法律关系的理解必须从动态的而非静态的角度入手,法律制度构造的重点应当从财产归属转向财产流转,法律体系规制的重心应当转变为交易效率的提升和交易安全的保障。具体到私法法律原则而言,必须更加注重债权法规则的优化,必须更加强调债权人利益的保护,必须突出善意信赖的保护和交易安全的维护。当然,也必须注意到商事化私法关系的主体结构呈现的根本性变化,因为主导性交易主体已从自然人转换为企业。

在“商法化”之后的私法法律体系下,商事层面的各类交易得到了更多的关注,债权法规则在私法法律体系下的地位变得更为重要,在一定程度上已经“优越”于物权法规则。在工业经济时代,围绕大工业化生产发生的各类交易非常频繁,恰是通过各类合同的缔结使得社会经济运转得以有效组织,社会财富得以大量创造,债权法规则恰恰能够有效保障财富的流转和创造。例如,在《法国民法典》中并无独立的债权编,而在19世纪末期和20世纪初期的私法立法中(如1881年《瑞士债法典》和1942年《意大利民法典》),债权法规则已经基本独立成编,在私法法律体系中也发挥着更为重要的规范作用。

在债法体系之下,债权人的地位受到了更高层次的重视。为了促进商事交易的发展,各国私法法律体系下引入了更多有利于债权人的法律规则,如突出连带责任的重要性、要求金钱之债在债权人住所地清偿、不允许法官给予债务人履行宽限期、完善债务利息制度,这些改革措施的引入使得债权人的利益能够得到更为周全的保障。同时,为了促进交易效率、保障交易安全,权利外观、信赖保护、善意取得、短期时效、有偿推定等原则和制度得到了进一步的强调。动产善意购买人取得动产所有权这一商法规则被扩展适用到其他类型的私法关系之中,^②如1900年《德国民法典》就借鉴了1861年《德国一般商法典》第306条的规定,引入了善意取得规则。

在19世纪的商法体系之下,商行为占据着核心地位,商法体系建构始终围绕商行为加以展开。在私法关系逐步商事化的背景之下,企业已经取代商行为成了私法法律体系下商事体系建构的基础概念,企业事实上也成了私法主体制度中最为重要的组成部分。在此背景下,维护企业的独立性、强化企业成员团体意思的重要性、保护企业投资人的权益也成了私法法律体系建构的重要原则性内容。在新的私法法律体系下,如何通过合理的制度安排保障企业有组织的社会化生产是立法机构所面临的重要任务。^③ 商法学术研究也不再以个体商人间的商业交易为研究重点,而是转向以企业为核心的、稳定有组织商品交易和服务提供作为重点研究对象。商事活动的主导性主体从“贸易商人”变为“各类企业”,商事活动的中心从

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第348~355页。

② Cfr. Galgano, F., *Lex mercatoria*, cit., p.128.

③ Cfr. Rocco, A., *Principi di diritto commerciale*, Unione tip—ed., 1928, p.43.

“贸易”转为“生产”。

此外,商法的经济模式逻辑也必须根据实践需要进行调整。商法的生存土壤应当从传统的“市场经济”转向新型的“社会市场经济”。在原来的市场经济体系下,国家基本上是一个中立的裁判者,不会干预经济生活;而新的经济体系下,国家在一定程度上可以介入并干预经济的发展,同时私人企业也要承担一定的社会职能。国家对私人交易的干预实际上也为私法的发展提出了新命题,政府干预如何证明自身的正当性和合理性、个人财产和私人企业社会性功能职责的承担有无影响私法自治的精义等均需要理论层面的深入讨论及制度层面的合理建构。

(三)制度规范调整

经历了“私法商法化”的体系调整之后,传统意义上的多数商法规则已经转化为一般意义上的私法规则,原则上可以普遍适用于一切私法关系,而不是限定于商人之间或者商人与非商人之间的法律关系。从这个角度来讲,私法规范体系在一定程度上已经实现“减负”,这种“减负”不仅意味着私法法律规范在数量上的缩减,同时在处理具体争议案例的时候也不会再面临选择适用民法规则还是商法规则、由民事法院管辖还是商事法院管辖的困惑。

如同前文所述,在19世纪民商分立立法的时代,各国的民法典和商法典中均有独立的合同/商行为法律规则。与民法典相比,商法典中的合同/商行为法律规则在合同成立、合同解释、违约金、代理、利息计算、债权让与、诉讼时效、买卖、合伙、委托等方面有很大的不同。这在1807年《法国商法典》、1861年《德国一般商法典》、1882年《意大利商法典》中体现得尤为明显。但是,经历了“私法商法化”的改造之后,民法典和商法典在债法/合同法方面的“规则对立”状态就得以消除,多数国家在吸纳商法典规则的基础上实现了债法的统一。以促进合同成立、保护债权人利益、保护善意信赖、促进财产流转等目的的商法规则转变为一般性私法规则,并且普遍适用于私人主体之间。以意大利为例,1942年《意大利民法典》第4编中的债法规则基本上源自1882年的《意大利商法典》。商法典中关于合同缔结、金钱债务、债务利息、可选择债务、连带债务、代理、合同解除、强制执行、出卖他人之物、买卖、保管、互易等法律规则几乎“原封不动”的被吸纳到民法典当中。^①当然,这种层面的统一主要体现于债法规则领域。传统的商行为规范转变为一般债法规范并不意味着商行为规则的可有可无或者不甚重要,与之相反,这是从根本上适应了私法关系商事化的基本要求,也充分体现了此前商法典在商行为立法层面所作出的积极贡献。

私法的商法化改造特别是在债法规则领域的统一,并不意味着传统商法规范的消亡。恰如我们所知,私法关系的商事化本质上是由工业化大生产所引发的,也就是说以企业生产和经营为核心的法律关系已经占据了社会经济关系的主导地位。在传统的商事交易规则都已经纳入民法典之中的情况下,必须根据工业化大生产时代的需要完善以企业内部关系规则和外部关系规则为核心的商法法律规则。换句话说,私法关系的商法化从根本上要求商法体系重构必须另起炉灶,重新调整自身的理论基础和制度构成。实际上,在20世纪各国商法体系的重构过程中,不管是采用民商合一体例还是民商分立体例,都是顺应了这种需求,以企业概念取代商行为概念并将其作为商法体系建构的基础。

在传统的商法典体系下,企业并未得到应有的重视。在《法国商法典》中,其第632条和第633条在界定商行为的范围时才提到了“制造企业”“运输企业”等具体企业形态,并把它们所从事的行为视为商行为。在此制度框架之下,“企业”概念的范畴较为有限,主要存在于工业领域,进而区别于农业领域、商业领域的其他企业组织形态。随着大工业化生产的发展,工业企业的数量得到了快速增长,在经济生活中逐渐取得支配地位。围绕企业发生的内部关系和外部关系也变得日益复杂,这就需要调整法律体系进而对其加以更好规制。对这些现实挑战问题,不同国家的学者(如德国的威兰、黑克,意大利的莫萨、阿斯奎尼,西班牙的波罗等)对企业的法律地位及由其引发的体系效应进行了深入研究,并提出了应以“企业”取代“商行为”

^① Cfr. Galgano, F., *Lex mercatoria*.cit., pp.132—133.

并将其作为商法体系核心概念的建议。^①

在1942年《意大利民法典》中,上述学者的想法得到了完美的实现。《意大利民法典》第5编名为“劳动编”,以企业概念为核心(第2082条),主要调整各类职业性营业活动,各类公司、互助社、合作社以及在这些企业相关的竞争、专利等活动均被纳入这一编的规范范围。传统意义上农业企业、工业企业、商业企业、银行、保险等从事经营活动的主体都纳入“企业”的范畴之下,“商人”的概念则被“企业主”的概念所取代。在民商合一体例之下虽然不存在形式意义上的商法立法,但实质意义上的商法规范体系却是转而以“企业”为核心概念,以企业为中心的组织性经济生产活动成了民法典体系下商法规范加以调整的重要内容。^②

此外,在原来民商分立立法体例下,对商事争议而言商法规则具有优先适用的地位。在欠缺明确商法规则的情况下,可以优先适用商事习惯法规则。只有在上述两种法源形式均欠缺的情况下,才存在适用民法规则的可能性。^③在私法法律体系重构特别是民商合一立法实现之后,成文立法规则具有了优先适用的地位,习惯法规则的重要性则相对下降。在处理商事争议时,法官首先尽量“搜寻”私法法律体系内的成文法律规范,不管这一规范是商法性规则或民法性规则。只有无法找到妥当裁判规范的情况下才能借助习惯法规则进行裁判。

四、“私法商法化”的历史评价

必须承认,19世纪末20世纪初各国对私法法律体系的调整使其适应了私法关系商法化的实践需要。无论是民商合一的体系重构还是对传统民法典和商法典的“改造升级”,均使得传统私法法律体系能够充分回应大工业化生产时代经济社会发展的需要。“私法商法化”的体系改造本身值得从历史维度予以充分肯定。^④

但是,不能将民商合一的立法等同于私法的商法化,也就是说不能把制定统一的民法典作为私法商法化体系改造的唯一路径。实际上,私法商法化的体系改造,并不排斥民商分立的立法完善路径。从德国强化商法典独立性的历史经验来看,在大工业化生产时代推行民商分立立法也并非毫无合理性,商法典立法可以针对商事主体、商事合同、商事融资、商事争议等方面的特殊性构建区分性规则。只要采用了合理立法技术,这种立法安排既能适应民商合一的制度逻辑,又能强化商事立法的开放性和适应性。

从当下视角进行审视,私法商法化背景下统一私法立法的体系建构也有其弊端。对实行民商合一立法的国家而言,民事法律关系和商事法律关系都通过民法典加以统一调整,但法典自身必然的封闭性可能会使得它不能有效地回应调整各类新型法律关系。尤其是随着商事交易创新的推进,民商合一的民法典就不能及时地提供法律规则对之加以规制。立法机构不得不另行制定特别法,各种特别立法在整个私法法律体系当中占据着越来越重要的地位,对民法典构成重要的规则补充和功能填补,民法典在一定程度上呈现出“空洞化”的趋势。对实质商法而言,完全民商合一的民法典立法对商法的发展在一定程度上构成了桎梏,商法的更新调整必须寻找新的突破路径。在20世纪中期之后,随着第三次工业革命的深化发展和经济全球化时代的到来,各国的私法制度体系就逐渐面临各种理论挑战和实务难题。在此背景下,各国不得不对既有私法法律体系加以调整,主要的手段包括特别法的制定、旧法典的修订、国际性条约的缔结和新商人法的发展。通过这些变革,试图使得民商合一立法体例“掩盖”下的商法规则得以“再商法化”,进而可以更好地适应全球化时代商事交易的需求。

同样以意大利为例,1942年《意大利民法典》堪称民商合一立法的典范,在其颁布之时其对私法法律关系的规范调整是较为全面的。但是,随着社会经济的发展,各类新型法律关系的出现特别是商事交易的

① Cfr. Vargas.Vasserot.C, La evolución histórica del Derecho mercantil y su concepto. 2012, pp.99—106.

② Cfr. Levi.G, La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione, cit., pp.65—83.

③ Cfr. Paolo.S, Diritto commerciale: parte generale, CEDAM, p.18.

④ Cfr. Ripert.G, Aspects juridiques du capitalisme moderne, cit., pp.329—348.

创新也要求立法机构在民法典体系内外作出相应调整。例如,民法典中的公司法律制度逐渐不能适应时代发展之需要,也滞后于国际公司法制发展趋势。在此背景下,意大利组织了专家学者对民法典中的公司法规范进行体系性重构,并最终在2004年通过了民法典修正案,形成了全新的公司法律制度;^①为了强化商业化时代对消费者的保护,2005年意大利在民法典之外制定了专门的《消费法典》。^②在民法典体系之外还建构了破产法、票据法、海商法、资本市场法等多样化的单行法,大量特别商事立法的制定也使得商法体系的发展出现了所谓的“碎片化”现象。^③此外,随着欧盟整合的加速和全球化进程的推进,越来越多的区域性条约和国际性条约得以制定,商事交易特别是国际性商事交易也受到这些条约的规范调整。

而在意大利的学者们看来,必须“复兴”商法独立性的讨论,他们再度分析商法规范的特殊性,尤其是相对于民法规范或者说私法一般性规范而言的理论区隔和制度差异,在此基础上强调商法与民法在私法法律体系下的结构性区分。学者们主要从三个维度讨论了商法的独特性:

一是认为商法作为企业法和市场法,具有自身的规范独立性和体系自治性。主张这一观点的学者认为,应当区分企业性法律关系和个人性法律关系,对两类法律关系应当适用不同的保护原则和规制策略。在赋予商法规范自治性价值的同时,也赋予其真正的建构性价值。统一民法典中法律规范的解释必须根据其调整的法律关系类型(企业性的或个人性的),适用不同的原则和方法,贯彻不同的利益衡量逻辑和法益保护路径。商法相对于私法一般法而言是特别法,但其特殊程度较高,以至于具备自身独立的解释原则和解释方法(如类推解释的灵活运用),特别是企业法在意大利民法典体系下已经具备了一定的自治性。在此背景下,学者们对与企业有关的合同法、侵权法等规则进行了深入研究,强调了这些规范的特殊性。^④

二是将商法视为企业法,商法体系建构或调整应当聚焦于市场活动的体系化而非市场主体的体系化。主张这一观点的学者同样确认了商法的自治性,并从新的角度诠释了商法(企业法)在体系构造和规范解释方面的特殊性。传统的民法规则强调财产的归属,侧重从权利主体、主观权利、权利客体的维度去理解私法法律关系并解释法律规范的行为要件和法律效果,但这种范式在面对商法规则(企业法规则)时有一定程度的缺陷。商法研究应当转变视角,从行为的角度、从交易的角度去理解商法规范。实际上,企业的活动都是有组织性的,很多活动并不能归属于特定主体。企业的组织需要很多客观性规范,不需要绝对考虑任何企业组织成员的主观意志。对商法(企业法)的理解不能采用传统的“主体范式”,应当转向采用“行为范式”。在这些学者看来,虽然1942年《意大利民法典》已经采纳了以企业概念为核心建构商法规范体系,但当时的商法学术研究和商法规范适用并没有采用新的方法去解释这些企业法规则,必须对民法典中的企业法规范进行独立性解释。具体来说,不能简单套用个人性财产所有权的解释规则,而应当根据商法(企业法)的特殊性发展出新的自治性解释规则,不仅要落实在企业交易层面,而且应贯彻到企业组织层面。这些学者的建设性努力实际上促成了对民法典中企业法规范的解释性重构。特别值得一提的是,在此过程中学者们还引入了行政法的一些基本规则来处理企业内部和外部法律关系,如权力运用合法原则、正当程序约束原则、自由裁量限制原则,等等。^⑤

三是重新发现新商人法,并使商法的法律渊源体系动态化和弹性化。在研究新商人法方面最为著名的学者是意大利加尔加诺教授。他通过对商法史的深入研究,强化了对商法自发性建构特征的认知,强调商法主要通过商人实践得以形成,商法的法律渊源包括商人习惯、商法裁判、自治规则等,而并不限于国家立法。这一理解和之前学术界的看法有所不同。基于上述认知,他从全球化、国际化的视角发现并论证了新商人法的重要性,否定了国家权力对商法法律渊源创造的垄断性,赋予了商人习惯法、商事裁判法、商人

① Cfr. Alpa, G., La riforma del diritto societario, Percorsi di lettura, Economia e diritto del terziario, 2003.

② Cfr. Rossi, C.L., Alpa, G., Codice del consumo, Commentario, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

③ Cfr. Ascarelli, T., Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa, Giuffrè, 1962, p.117.

④ Cfr. Portale, G., Tra responsabilità della banca e ricommercializzazione del diritto commerciale, Vita e pensiero, 1968.

⑤ Cfr. Libertini, V.M., Diritto amministrativo e diritto commerciale, In Cassese, Sabino, Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo, Il mulino, 2008.

契约法作为法律渊源的重要功能。^①

从以上的分析可以看出,基于大工业生产时代进行的“私法商法化”调整本身需要予以客观看待。强形式的民商合一、弱形式的民商合一以及传统的民商分立模式本身都是可以视为对“私法关系商事化”的回应性调整模式,它们之间的任何一种模式都不具有绝对意义上的“正确性”。因此,在面对社会经济变革对私法法律体系发展带来挑战时,立法机构最为重要的工作是根据“周遭环境”制约因素寻求最为合理的规制模式和立法模式。

五、代结语:中国法语境下“私法商法化”的逻辑展开

由于历史传统的影响,我国改革开放以来的私法法律体系建构基本上采取了“民商合一+特别立法”的模式。这种立法模式本身是40年改革开放经验的总结,较好地促进了经济社会的发展。但是,由于立法准备的不够充分和理论研究的不够深入,在剧烈的社会转型格局之下我国既有私法法律体系已经逐渐不能适应市场经济深化发展之需要,特别是经济社会关系进一步商事化的客观现实。

具体而言,随着改革开放以来市场经济机制的不断完善,市场主体数量不断增加、类型日益多元,商事交易方式渐趋多样、效率大为提高,市场经济发展同金融资本制度之间的内在联系也日益紧密。随着互联网技术的发展,市场经济的运行也具有越来越强的信息化、科技化属性。在此背景下,对商事法律关系的调整也面临着越来越多的理论挑战和实务难题,立法机构和监管机构必须不断调整更新规制理念和调整方法。^②如同有的学者所指出的,私法法律体系的调整特别是民法典的制定必须具有整体的社会进步观,要能回应社会高度商事化、金融化、信息化、全球化以及伦理规则缺失的需求。^③

然而遗憾的是,就目前我国私法法律体系建构而言,在回应“私法商法化”的需求方面依然存在很多缺陷。主要表现为:(1)合同法虽然采民商合一立法例,但在商事化程度上依然存在不足,对实践中广泛存在的商事交易(银行合同、服务合同、旅游合同、电子合同)尚欠缺充分的合同规范供给;^④(2)农村土地法律制度的“商事化”构造存在明显缺陷,农村土地不能有效发挥其商业价值进而为农民提供经营上和融资上的便利,直至最近推行的“三权分置”改革才在一定程度上缓解了这一矛盾;^⑤(3)担保法律制度拘泥于传统的制度框架,对新型的商事担保方式缺乏足够的回应能力,导致实践中围绕创新类型商事担保方式发生了较多的理论争议;^⑥(4)对商事融资而言,我国既有的资本市场法制并未依据商事实践的要求确立完善的市场体系和法律规范,在一定程度上“抑制”了商事融资的正常开展,导致大量中小企业难以获得及时的融资。

从私法法律体系重构和民法典编纂的角度来看,必须顺应“私法商法化”的历史趋势和现实需求提升私法制度体系的商事化程度,使得私法法律体系能够充分回应市场经济深化发展需要。从上文的比较法分析可以看出,私法商法化的体系改造并不必然要求采纳完全的民商合一立法体例,民商分立立法体例也能通过适当的制度调整适应其要求。因此,在民法典正在编纂的当下,不能只在立法形式层面讨论民商合一或民商分立孰是孰非的问题,更为重要的是探讨私法法律体系重构如何能够反映私法关系商事化的规范要求。

对民法典编纂而言,无论是总则的制定还是物权编、债权编等分则的建构,原则上均应充分反映私法关系商事化的规范需求,如在法律主体层面尽量确认各类新兴商事主体的合法性,从私法基本法的层面承

① Cfr. Galgano, F. *Lex mercatoria*, cit., pp.239—256.

② 参见施天涛:《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,《清华法学》2017年第6期。

③ 参见蒋大兴:《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,《比较法研究》2015年第4期。

④ 参见崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,《清华法学》2014年第6期。

⑤ 参见孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第9期;王利明、周友军:《论我国农村土地权利制度的完善》,《中国法学》2012年第1期;高飞:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期。

⑥ 参见曾大鹏:《商事担保立法理念的重塑》,《法学》2013年第3期。

认这些主体的法定地位;^①在债权法规则层面尽量涵盖各类新型商事合同,并在具体规则设计上突出商事合同适用规则的特殊性(如在合同成立、合同形式、合同解释、合同解除、合同效力、代理、违约金、诉讼时效等方面的特殊性);^②在物权法规则层面也进一步完善用益物权制度和担保物权制度,使得不同种类财产的处分更为便捷、利用更为高效。简而言之,必须提升民法典的商事化程度和商法品格,确保其能够反映新时期商事化社会的基本规范需求。^③就目前的民法典编纂,对商法学界而言,其任务就如陈甦教授所言:“要能够提供适度的实质商法在民法典中的表达方案,既能使中国的民法典更加完美,也能使中国的商法体系更为妥当”。^④

当然,限于体系约束和规范限度,民法典即使具有完美的“商法品格”,也不能涵盖所有的商事法律规则。^⑤从法律主体的角度来看,民法典的基本功能在于确认各类主体的法律地位,不能为它们特别是各类商事主体提供完善的内部关系和外部关系规则,公司、合伙、信托、个人独资企业等商事主体的体系性调整规范需要通过商事特别立法或商法典的形式加以呈现;对证券、票据、保险、信托等特殊领域的商事交易,也必须通过特别商事立法才能有效加以规范,民法典的债法编也难以提供全面的法律规则。^⑥因此,私法关系的商法化对商事立法也提出了更为严格的要求,在民法典“吸纳”部分传统商法规则之后,立法机构必须运用高超的立法技术进一步完善商事立法体系。当然,这一任务任重而道远,需要理论界和实务界进行更为深入的理论研究。

在此背景下,对商法学者而言,更为重要的任务或许是寻找适应“私法商法化”要求的商法立法模式。如同前文所述,民法典的商法化改造是必然的,这就意味着在物权法、合同法甚至侵权责任法领域必须对传统的民法规则进行进一步的商事化调整。从某种程度上而言,这确实会“压缩”或者“限制”商法规范的独立生存空间,特别是传统商法典体系下的商行为规范将会大量纳入民法典的债法/合同法规则当中。但需要注意的是,现代商法的发展趋势已经证明了商法不再是以“商人”或“商行为”为核心,而是以“企业”概念作为体系建构的基础,将企业的内部关系和外部关系作为商法典的核心规范内容。在此意义上,我国的商事立法机构必须顺应工业化生产、信息化社会的实践需求,以“企业”概念为核心,对既有的商法规则进行体系化重构,实现商法规则的体系化和科学化。^⑦为了实现上述历史任务,必须借助适当的立法形式,而从立法技术考量和商法立法传统的角度来看,商法典依然是实现商法规则完善、商法体系优化的最佳工具。换言之,私法商法化的体系改造并不排除商法典的独立生存空间,只是这里所指商法典的理论基础和体系结构与19世纪的商法典有所不同,在中国法语境下它的具体构造和实现路径也需要进一步的研讨。

责任编辑 翟中鞠

① 参见肖海军:《民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择》,《中国法学》2016年第4期。

② 参见张谷:《民商合一体制对民法典合同编的要求》,载李昊、明辉主编:《北航法律评论》2016年第1辑,法律出版社2017年版,第83~86页。

③ 参见王轶:《融合商法精神的民法典才能引领时代》,《经济参考报》2017年5月2日;柳经纬:《编纂一部商事品格的民法典》,《比较法研究》2016年第1期。

④ 陈甦:《当前商法研究应把握的几个范畴》,http://www.iolaw.org.cn/showArticle.aspx?id=4382,2017-11-27。

⑤ 参见李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期。

⑥ 参见叶林:《民法总则背景下的商法前景》,《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2018年第1期。

⑦ 参见叶林:《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》,《中国法学》2012年第4期。