

# 法学研究

国家社科基金资助期刊

CHINESE JOURNAL OF LAW

中国社会科学院法学研究所 主办

**《法学研究》** 主 编 陈 甦  
副主编 张广兴 周汉华  
责任编辑 谢海定 冯 珏 熊秋红 李 强 张 辉 王帅一

《法学研究》系中国社会科学院主管、中国社会科学院法学研究所主办的法学理论双月刊,由法学研究编辑部编辑,法学研究杂志社出版,单月 23 日出刊。国内统一刊号: CN11—1162/D, 国际标准刊号: ISSN1002—896X。国内定价全年 360 元。

国内发行: 北京市报刊发行局, 征订代号: 2—528

国外发行: 中国国际图书贸易总公司(北京 399 信箱), 征订代号: Bm164

印 刷: 北京季蜂印刷有限公司

本刊地址: 北京市东城区沙滩北街 15 号, 邮政编码: 100720

电 话: 8610-64035471

网 址: [www.faxueyanjiu.com](http://www.faxueyanjiu.com)

《法学研究》欢迎海内外来稿。投稿请登陆本刊网站稿件采编系统,或以书面方式寄至本刊编辑部。注释体例请见本刊网站“投稿指南”栏目。本刊所载文章中的观点均属于作者本人,并不必然反映编辑部或其他机构、个人的观点。本刊版权属于法学研究杂志社。本刊所载文章,均已由其作者授予自发表之日起一年的专有使用权,任何转载、摘登、翻译、结集出版均须事先得到法学研究杂志社的书面许可。

*Chinese Journal of Law* is a bimonthly journal sponsored by Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences (CASS), and edited by the Editorial Office of the journal. The opinions of the authors do not represent the position of the journal.

All copyrights are reserved, specifically those of translation, reprinting, re-publication in corpus, and storage in data bases.

*Chinese Journal of Law* invites the submissions of manuscripts in Chinese. All correspondence can be submitted to our on-line editorial system at [www.faxueyanjiu.com](http://www.faxueyanjiu.com), or be sent to:

Editorial Office

*Chinese Journal of Law*

15 Shatan Beijie

Beijing 100720, China

For overseas subscription, please contact China International Book Trading Corporation, P. O. Box 399, Beijing 100044, China.

本刊不以任何形式收取版面费(举报电话:8610 - 63094651)。

**法学研究杂志社**

出版期刊 《法学研究》  
《环球法律评论》  
*China Law Review*

社 长 张广兴

**编委会委员**

陈 甦	陈泽宪	李步云	李 林	李明德
梁慧星	刘海年	刘楠来	莫纪宏	沈 涓
孙宪忠	王家福	王敏远	王晓晔	杨一凡
张广兴	张庆福	周汉华	邹海林	

法治国的宪法内涵 ——迈向功能分化社会的宪法观·····	李忠夏 (3)
公法上警察概念的变迁·····	陈鹏 (24)
被误解和被高估的动态体系论·····	解 亘 班天可 (41)
表见代理中的被代理人可归责性·····	朱 虎 (58)
民法与商法二元格局的演变与形成·····	施鸿鹏 (75)
劳动力市场灵活性与劳动合同法的修改·····	谢增毅 (95)
民事诉讼中的程序异议权研究·····	占善刚 (113)
行贿罪之“谋取不正当利益”的法理内涵 ·····	车 浩 (132)
刑事印证证明新探·····	龙宗智 (149)
刑事诉讼中变更公诉的限度·····	周长军 (168)
《大清新刑律》编纂过程中的立法权之争···	陈新宇 (190)

封面题字：吴应武

# CHINESE JOURNAL OF LAW

(Bimonthly)

Vol. 39, No. 2, March 2017

## CONTENTS

Normative Connotation of the Constitutional Principle of “Rule-of-Law State (Rechtsstaat)” .....	<i>Li Zhongxia</i>	( 3 )
Evolution of the Concept of “Police” in Public Law .....	<i>Chen Peng</i>	(24)
Misunderstood and Overestimated of Flexible System Approach .....	<i>Xie Gen, etc.</i>	(41)
Imputability of the Principal in Apparent Agency .....	<i>Zhu Hu</i>	(58)
Formation of the Dichotomy Between Civil Law and Commercial Law .....	<i>Shi Hongpeng</i>	(75)
Flexibility of Labor Market and Revision of Labor Contract Law in China ...	<i>Xie Zengyi</i>	(95)
Study on the Right of Procedural Objection in Civil Proceedings .....	<i>Zhan Shangang</i>	(113)
Jurisprudential Connotation of “Seeking Illicit Interests” in the Crime of Bribery .....	<i>Che Hao</i>	(132)
New Probe into the Concept of Corroboration .....	<i>Long Zongzhi</i>	(149)
Limitation of Prosecution Modification in Criminal Procedure Law .....	<i>Zhou Changjun</i>	(168)
Struggle for Legislative Power during the Compilation of <i>New Criminal Law of the Qing Dynasty</i> .....	<i>Chen Xinyu</i>	(190)

# 民法与商法二元格局的演变与形成

施鸿鹏<sup>\*</sup>

---

---

**内容提要：**民法相对于商法的备位性问题应当重返两者在私法体系中的相对关系加以理解。近代早期之前，商法经历了体系性缺位、商人法形成和国家化三个阶段，而同时期的民法则稳定地以地方习惯法、罗马法与教会法为主要渊源。其中，罗马法阶段的私法状态奠定了后世民法与商法二元格局的历史基础。中世纪以来，商人法以其超越国家法的特质完全隔绝于民法之外，而在近代早期，民法的迟滞则使其与商法的二元格局更为固化。现代意义上民法与商法的二元格局始于19世纪。近代以来民法的进步使得商法的外在独立性有所削弱，就此欧洲私法领域形成了民商关系的“相对性理论”，并对19世纪晚期的商事立法产生重要影响，但该理论的有效性其实以时间、制度内容等方面的限制为前提。商法规范独立性的消亡将导致其内在独立性失去意义。就狭义商法而言，其作为特别法在本质上是以特定主体为对象加以建构的，企业经营组织作为主体性要素为狭义商法奠定了制度基础，商法规制目的及商业事实基础上的商法原则确保了规范层面外在独立性的存续。从目的论体系角度看，民法与商法承担着截然不同的建构目的，两者的二元格局在今日仍得到维持。这种二元格局的认识具有体系意义与实践意义。

**关键词：**民商法 二元格局 企业经营组织 独立性

---

---

## 引言

实证法的存在形态在很大程度上影响了人们对法律部门所持有的观念和相应法律部门的教义学建构。譬如，在以德国为典型的传统大陆法系私法体系中，民法与商法的关系常常以一般私法与特别私法来表达；<sup>〔1〕</sup>但在英国，普通法以“救济”为核心而展开，私法体

---

<sup>\*</sup> 浙江大学光华法学院博士研究生。

本文的写作得到梁上上、张谷、郑观、李剑、刘颖、韩宁等师友的指教，特致谢忱。感谢国家留学基金委的资助。

〔1〕 Vgl. Wolf/Neuner, AT des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2012, § 6 Rn. 6ff.; Oetker, Handelsrecht, 7. Aufl. 2015, § 1 Rn. 1ff.; Brox/Henssler, Handelsrecht, 22. Aufl. 2016, Rn. 1; Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 1 vor Rn. 1.

系意义上的民商关系则并未受到重视。<sup>〔2〕</sup>前者无疑受到了民商分立立法体例的鼓舞,相比之下,在民商合一的立法体例下探讨民商关系则有其自身的私法体系建构与法律适用等问题意识。诚然,倘若民法与商法的关系能被化约为民法与商事特别法(公司法、票据法、海商法、保险法等)的关系,民、商区分的命题则相对比较清晰,但如果我们追问,在行纪、运输、融资租赁等逻辑上以商主体的参与为适用前提的规范之外,商事主体从事对外交易时是否应有特别法则,如商业保证是否仍需恪守一般法中保证契约之从属性规则,<sup>〔3〕</sup>则生疑窦。倘若对此持肯定见解并在统一的民事立法中基本厘清商事规范的界限,则仍需进一步追问,在商事特别规范与民事规范的法律适用关系上,是否单纯遵循特别法——一般法的法则,于特别法阙如之时径诉一般法规范,抑或首先参酌商法自身的特征与法源进行法律续造以补充商法规范的漏洞?上列法律适用问题根本上所涉及的均是,民法与商法是否因各自思想基础的不同而形成二元格局,以及倘若实证法上的私法一元论尚不足以消弭实质上的私法的二元格局,则该二元格局究竟如何存续的问题。

不过,征诸商法史籍即可看出,商法的内容与边界从未在历史上的某一个时点定型,<sup>〔4〕</sup>因此,民法与商法的关系或者说本文所主张的二元格局的具体表现形式从来都不是一成不变的。这种历史性从19世纪民法的进步史中已可见端倪。<sup>〔5〕</sup>民法与商法区分的历史可以追溯至罗马法时代,但它们是否体现为相对性的关系,即私法体系对商法的需求取决于民事法律对商业活动的包容性,从而通过民法商法化或商法民法化使民法与商法的关系从区分走向统一,则需要重返商法的历史中才能找到根源与解答。而法律适用所面对的则是当代的立法与法体系,因此,在商法史分析破除了实质意义上的民法与商法的一元论之后,我们仍然需要进一步探索、确立当代商法独立的法理基础。

谈论民、商区分,势难回避商法的定义问题。<sup>〔6〕</sup>举凡法律概念之界定,除受到实证法及因实证法的变动性而产生的概念本身的历史性限制之外,亦必有目的考量因素的影响。民法与商法二元格局作为论题的教义学意义很大程度上在于揭示,民法作为一般私法对于商法而言所具备的有效性及其限度。换言之,只要在商法总论之外,我们仍强调特别商法作为民法的特别法,从而有民法的备位性(或者补充)适用,则在现行法秩序中建立于民法基础之上的广义的商法部门,均应在探讨的范围之内——只不过这种分野在19世纪之后

〔2〕 See Geoffrey Samuel, *Civil and Commercial Law: A Distinction Worth Making?*, 102 L. Q. R. 584 (1986).

〔3〕 相关争讼案件参见王文宇:《商事契约的解释 模拟推理与经济分析》,《中外法学》2014年第5期,第1283页。

〔4〕 参见张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,《清华法治论衡》2005年第2期,第24页; Karsten Schmidt, *Handelsrecht; Unternehmensrecht I*, 6. Aufl. 2014, § 2 Rn. 1.

〔5〕 对于民法在19世纪因营业自由、结社自由背景下的商业活动的驱动而发生的法制发展,可参见 Justus Wilhelm Hedemann, *Die Fortschritt des Zivilrechts im 19. Jahrhundert; Ein überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich Frankreich und der Schweiz*, 1968, S. 3ff.

〔6〕 德国商法学所用“Handelsrecht”概念,汉译“商法”固非谬误,但其内涵和外延却与我国商法学界通常使用之“商法”概念存有抵牾。惯常语用中的“Handelsrecht”,实指狭义的商法(Handelsrecht im engeren Sinn),它以德国商法典为基础,而实质内容不过商主体法与商行为法而已。会社法(Gesellschaftsrecht)、有价证券法等基本上属于广义的商法(Handelsrecht im weiteren Sinn)。参见前引〔1〕,Canaris书,第1章,边码6-7。在我国,商法通常指的是调整商事关系的法律规范的总称。参见施天涛:《商法学》,法律出版社2010年版,第3页;赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第6页;赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社2006年版,第6页。不同观点可参见王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第15页。我国并无形式意义上的商法,仅有实质意义上的商法。德国商法学语境中的“商法”,在我国商法学体系中基本对应于商法总论,它构成了实质商法的一部分,并与各特别商法一道构成我国商法学语境下的广义商法。

才出现。

## 一、近代早期之前商法与民法的隔绝作为二元格局的历史渊源

19世纪以来民法与商法的关系，相比近代早期之前的格局而言，固然处于不同的历史背景和问题意识之下，然而，对许多大陆法系国家而言，〔7〕当代民法与商法二元格局的端倪自中世纪早期便已出现：一方面，商法的发展深受社会经济发展条件的影响，一旦条件成就，商法便以自治为工具呈现出爆炸式的增长，至今步履不停；另一方面，民法的核心组成部分则体现出“温吞”的性格，非政治革命与改良及社会运动不足以促使其产生大规模变革。而民法与商法的步调不一致滥觞于罗马法，并在很大程度上预定了后世两者关系的基本基因：近代早期之前，通过后世注释法学派的兴起与潘德克吞法学的现代应用，罗马法构成了欧陆各国民法的重要法律史渊源，而这一阶段的商人法则要么尚未产生，要么与之隔绝；近代早期之后，民法虽然经历了不同程度的“商法化”，以至于在瑞士、意大利等国家，民商合一在技术上成为可能。〔8〕但总体而言，建立于罗马法传统基础上的体系束缚使这些国家的民法未能像英国法那样系统、彻底地吸纳来自商人法的制度。

### （一）罗马法时代体系化商法的缺乏

罗马法时代是否存在商法，素有争议。〔9〕抛开习惯不说，如果我们把存在于一定商事往来基础之上的相应规则称为“商法”的话，则罗马法时代无疑是存在商法的：其一，古罗马的海商法大量继受了罗德岛法（lex Rhodia）的内容，包括货船上货主风险共同体（Gefahrengemeinschaft der Befrachter eines Schiffes）的规定以及发生货物共同海损时损失共担的规则。〔10〕其二，在海外贸易领域，通过城邦之间的条约（Staatsverträge），逐渐形成了与市民法相对的万民法（ius gentium），这种万民法多少带有后来的“商人法”（lex mercatoria）的内容。其三，罗马法本身就发展出了高度复杂、技术化的交易法，并影响至今，如在商业领域，通过代理人实施法律行为就取代了罗马法原本保守的规定。〔11〕

〔7〕 换言之，假如影响我国私法的主导因素是英美法，则我们大可不必将问题的叙述追溯至罗马法时代。这是因为，作为英美法系基础的英国法的发展并不是通过外来法律体系与当地固有风俗的融合来完成，而是通过司法机关对普通法规则的形塑与发展来完成的。在这一过程中，罗马法的影响并不突出，其对英美法自身体系的影响更是无足轻重。

〔8〕 实证法上民法与商法的合一并不意味着二者实质上的合一。瑞士虽然存在民商合一的民法典（Zivilgesetzbuch），但依然有学者认为，瑞士民法典无法消除法典内部所存在的民法与商法的对立，因此在私法统一问题上，瑞士民法典并不比法国法走得更远。Vgl. Franz Bydlinski, Handels-oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht, 1990, S. 10; Denis Tallon, *Civil Law and Commercial Law*, in R. David et al (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VIII, Chap. 2, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1983, p. 57. 与此类似，意大利虽然也采民商合一的立法体例，但其私法学理上仍然有关于商业、企业及其他经济现象的独立描述需求。

〔9〕 德国商法学通说否认罗马法时代存在商法。Vgl. Levin Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1891, S. 37.

〔10〕 Dig. 14. 2. 0, de lege Rhodia de iactu (engl. Concerning the Rhodian Law of Jettison), 参见 Omini Nostris Sacratissimi Principis Iustiniani Iuris Enucleati Ex Omni Vetere Iure Collecti Digestorum Seu Pandectarum, <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest14.shtml>, 2017年3月7日最后访问；英文版参见 [http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14\\_Scott.htm#II](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14_Scott.htm#II), 2017年3月7日最后访问。对此种继受的否定见解，参见 Robert D. Benedict, *The Historical Position of the Rhodian Law*, 18 Yale L. J. 223 (1909).

〔11〕 Vgl. Heymann/ Horn, HGB, Einleitung VI, Rn. 1, 2.

不过, 纵然我们将罗马法视为现代民法的起源, 但古罗马商业的复杂程度却不容过度高估。<sup>[12]</sup>受制于彼时的生产力水平, 商业活动仅存在于十分有限的领域, 甚至从中未能产生出一般性的“商业”概念; 相应地, 一般性的“商人”阶层也不存在, 只有船员、旅店主、银行家和店铺经营者 (Unternehmer der tabernae) 等有限的商人性职业形态。<sup>[13]</sup>这种社会事实在规范层面的写照就是, 由于不存在大规模需要特别规制的商业关系, 市民法与万民法大体上足以满足这种贸易法律需求, 而不存在系统的商人阶层的独立法律或者商人的特别私法。何况, 随着罗马帝国的扩张, 市民法与万民法的边界也越来越模糊。难怪戈德施密特 (Goldschmidt) 认为, 古罗马没有针对商业的特别法, 是因为罗马法对于古代的商事交易而言已经足够。<sup>[14]</sup>不过, 准确的结论应该是, 古罗马存在非体系化、非独立化的个别性商事法律制度, 体系性的商法法律部门显然是不存在的。相对于民法——假如我们认定市民法与万民法属于民法——而言, 这种碎片化的“商法”并未取得实质上、形式上与学科上的独立性, 这些所谓商事制度实则民法的组成部分。因此, 在“商法”的存在本身就具有可疑性的情况下, 吾人如若在此附会而奢谈罗马法中民法与商法的二元区分——纵然结论是否定的——也在很大程度上过度拔高了罗马法中“商法”的地位。

## (二) 中世纪商人法与民法的隔绝

中世纪商法之渊源, 绝不仅仅在于商人习惯法一端, 而是由城市法、商人行会的法规、商人法院和海事法院的判决、地区性和跨地区性的习惯法、国王或领主的法律以及教会法律 (如禁止利息) 共同组成。<sup>[15]</sup>倘若将世俗政权与教会的法律抽取之后, 认定其余部分为“商人法” (lex mercatoria, law merchant, Kaufmannsrecht), 则由上文已知, 缺乏体系性商法的罗马法尚无法为这种商人法的形成提供制度上的渊源, 但商人法也不可能在 11 世纪突然降临——历史的发展是一个不断演变的过程, 在交易关系出现之初, 占支配性地位的必然是习惯, 而非国家法 (成文法或者判例)。<sup>[16]</sup>然而, 习惯并非唯一的商法渊源, 中世纪商法渊源的多元性也可以从商人习惯与国家法的互动中得到印证: 商人习惯 (法) 的渐进演变, 至少可以追溯到公元 3 世纪或者更早, 而罗德岛法以及后续 9 世纪的巴西尔法典 (Basilica),<sup>[17]</sup>总体上来看都可以算作对商人实践的法律化<sup>[18]</sup>——虽然这一阶段远未形成统一的商人法。

所以, 所谓“商人法”, 可能更接近于一种指称在中世纪以商人阶层为适用主体, 依托

[12] 有关古罗马的工业和商业, 可参见 Tenney Frank, *An Economic History of Rome*, 2d ed., New York: Cosimo, Inc., 2004, pp. 108-126. 此外, 弗兰克·威廉·沃尔班克在描述西罗马帝国晚期的贸易与工业时也曾说道: “基本上来说——整个古代均是如此——无论是对乡村还是城市和城镇的居民而言, 农业一直是最重要的经济活动。据估计, 农业对社会财富的贡献大约是贸易和工业的 20 倍。”由此亦可管窥古罗马的社会经济概况。参见 [英] M. M. 波斯坦等主编: 《剑桥欧洲经济史》第 2 卷, 王春法主译, 经济科学出版社 2004 年版, 第 62 页。

[13] Vgl. Andrés Fögen, Eine alternative Annäherungsweise; Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt, RIDA 48 (2001), 76, 89.

[14] 参见前引 [9], Goldschmidt 书, 第 78 页以下。

[15] 同上书, 第 151 页以下; Vgl. auch Hansjörg Pohlmann, Die Quellen des Handelsrechts, in: Coing (hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 1973, S. 801ff.

[16] 对此, 亦可参见 Leon E. Trakman, *The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage*, 12 J. Mar. L. & Com. 3 (1980).

[17] 另译“教会法”, 参见 [美] 约翰·亨利·梅利曼: 《大陆法系》, 顾培东、禄正平译, 法律出版社 2004 年版, 第 8 页。1453 年君士坦丁堡陷落后, 巴西尔法典一直是东罗马帝国的主要法律之一。

[18] 参见前引 [16], Trakman 文, 第 4 页。

于商人行会组织，以商人习惯法为主要内容，并得到中世纪欧洲世俗政权的认可与支持但同时又超越（而非脱离）国家法的实体与程序法。这种商人法的真正形成始于中世纪城市的兴起与自治，<sup>[19]</sup> 继而，在十字军东征等因素的影响下，<sup>[20]</sup> 跨区域贸易进一步发展壮大，贸易中心城市地区的习惯由此上升为跨区域的支配性交易习惯。随后，在 12 至 13 世纪，这种跨区域的交易习惯最终成长为统一商人法。<sup>[21]</sup> 统一商人法的经济基础在于，商人的贸易利益、市民的消费需求与国王的财政需求同时得到满足，在这一基础上，法院同样被要求以符合商人利益的方式加以审判，<sup>[22]</sup> 甚至商人出任了商事法庭（commercial court）的法官并解释、适用商法，<sup>[23]</sup> 以吸引商人到来。

无论如何评价商人法的存在性与独立程度，<sup>[24]</sup> 相对于实质意义上的民法而言，商人法一方面因适用主体的特定化而实现了与市民法的分离，另一方面商人之间的法律关系在很大程度上以商人的交易实践为基础，不仅实现了商事规则的特殊化，也实现了法源创设上的独立性。最终的格局便是，对于商人而言，他们可以不知民法为何物，而径行适用统一的商人法。从这个意义上讲，民法与商法又是彻底分离的：一方面是实证法层面的分离，商法（商人法）构成了相对于民法而言独立的规范群；另一方面是内容上的隔离，商人法形成了大量与民法没有关联的法律制度。<sup>[25]</sup> 从根本上讲，商法与民法的这种分离与市民生活的商业化程度过低以及民法的相应落后不无关系。由此亦可看出未来民法与商法相互纠缠、影响的端倪：一方面，市民生活的商业化程度终将随着商业革命和工业革命的进行而不断提高，市民阶层的政治与法律地位也得到提高；另一方面，商人阶层的特权终将被占据民族国家支配地位的市民阶层所褫夺，由此导致民法与商法在实证法和内容上的绝对二元的藩篱逐渐被打破。

### （三）近代早期商法的国家化及其与民法的再隔绝

从政治上看，在 11 世纪商人法兴起的时代，商业往来中已不乏国家的身影；中世纪晚

[19] 在政治上，中世纪城市的自治与兴起源于 10 世纪以来国王与市民联合对抗领主。在这个过程中，市民被赋予了自由的权利，城市自治也初见雏形。因此，城市自治与自由市民（包括自由商人）总是相伴而生的。参见 [英] 亚当·斯密：《国富论》，郭大力、王亚南译，商务印书馆 2015 年版，第 379 页。

[20] 参见前引 [17]，梅利曼书，第 12 页。

[21] 参见前引 [16]，Trakman 文，第 4 页。

[22] See Thayer, *Comparative Law and the Law Merchant*, 6 Brook L. Rev. 141 - 142 (1936).

[23] 参见前引 [4]，张谷文，第 3 页；John Henry Merryman/Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3<sup>rd</sup> ed., Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 13; Roy Goode, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> ed., London: LexisNexis UK and Penguin Books, 2004, p. 3. 不过，事实上，以荷兰和比利时的商人为例，他们在中世纪和近代早期都不是单纯依赖于仲裁或者准私权性质的法院，而是混合使用公、私法律工具。See Oscar Gelderblom, *The Resolution of Commercial Conflicts in Bruges, Antwerp, and Amsterdam (1250 - 1650)*, in Bebin Ma & Jan Luiten Van Zanden (eds.), *Law and Long-Term Economic Change*, Stanford: Stanford University Press, 2011, p. 255.

[24] 基于确定的事实而无法就商人法是否存在的问题达成共识，说明该问题涉及的并非事实问题，而是理论视角的问题。正如学者指出，“从过去到现在，商人法的存在本身并非关键问题。关键在于商人法的理论可能性问题，在于它能否被评价为是法律的问题。” See Ralf Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, 14 Indiana Journal of Global Legal Studies 449 (2007).

[25] 如商人行会对其成员的注册、组织关系的信息、经理权、商业和货物标识等内容进行登记的制度，市场督查（Marktpolizei）和迅捷的市场管辖权（Marktgerichtsbarkeit）制度，关于买卖合同中风险移转的规定，善意取得的规定，有关居间商的规定，海事保险的规定等。此外，会社法也已逐渐兴起。参见前引 [11]，Heymann/Horn 书，导论第 6 节，边码 8 以下。

期之后,近代领土国家(Territorialstaat)<sup>[26]</sup>通过国家权力的不断集中始而兴起,商业活动所能带来的收益促使国家在商业领域进行全面的立法、司法活动。<sup>[27]</sup> 伴随而来的是商人法作为独立的法源走向消亡,同时原本属于商人法的规则不断被吸收入国家法之中。在英国,这种消亡首先通过司法权的转移,继之以普通法对商人法的吸收而完成;<sup>[28]</sup> 在欧陆,则是通过重商主义影响下的国家立法来完成,典型如法国的《商事条例》(Ordonnance sur le commerce, 1673)和《海事条例》(Ordonnance sur la marine, 1681)。

依笔者见解,这一时期,民法与商法的关系不是接近了,而是更为疏离了:第一,两者在法律渊源上存在巨大差异——众所周知,在近代早期,欧陆民法仍以习惯法、罗马法和教会法为主要渊源,而与此同时,在重商主义思潮之下,商法却在商人法的基础上明显出现了国家化的倾向。第二,民法在近代早期近乎停滞,但这一时期的商法却迅猛发展,不断拉开了两者的关系。其经济与政治上的原因乃在于,市民社会在中世纪晚期并未出现重大的经济上的革新,同时政治上的普遍解放也远未到来,诸多现代私法的理念既不必要也不可能出现在近代早期的欧陆出现。

## 二、近代以来民法的进步及民商相对关系之批判

当代法教义学意义上所说的民法与商法二元格局的真正形成始于19世纪。商人法形成至19世纪之前民法与商法所形成的二元格局,“与后来的私法二元论中的商业法的独立性问题的历史时期不同,参照系不同,背景不同,问题意识也不同”。<sup>[29]</sup> 进一步讲,第一,19世纪之前民法与商法(主要是商人法)所形成的古典简单二元格局,是以中世纪封建经济与政治(如农业在国民经济中的重要地位以及商业行会制度与封建领主制度)为基础的民法与商法基本隔离的历史性的私法格局。在此格局中,民法与商法之间始终缺乏共同对话的平台,人们既不需要考虑两者在立法上的统一或分立问题,也无需担忧其间的民、商事法律适用的取材问题。第二,在理解商人法与19世纪商法的区分时,尤其应当重视两者在法律适用领域的差异。前者主要适用对象是海上贸易,后者则同时适用于内陆贸易与海上贸易。从法源上看,前者以商人习惯与习惯法为主要渊源,后者不仅包括国际性商人习惯与习惯法,同时包括在欧洲大陆久已存在的罗马法——就德国商法而言,其渊源还包括日耳曼法。<sup>[30]</sup> 第三,从19世纪的立法活动来看,无论是法国商法典还是德国一般商法典(ADHGB)之后的德国商法典,它们都不再被赋予对私法进行全面立法的任务,从而形

[26] 领土国家不同于民族国家,后者作为一种历史类型是在法国大革命和美国资产阶级革命之后形成的。

[27] 参见前引[11], Heymann/Horn书, 导论第6节, 边码16以下。

[28] 在司法权转移方面,原先特别的商事法庭让位于普通法院;在法律适用上,普通法院一开始将商法视为需待证明的商人习惯或者在必要时借用商人法的某些规范,后来则扩张商人法的适用对象,使之成为普通法的组成部分,并直接通过经验丰富的陪审团认定商事习惯的司法效力,而无需商人证明,由此完成了普通法对商法的吸收。See Ernst von Caemmerer, *The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of the Commercial Law in the Civil Law Countries*, in Clive M. Schmitthoff (ed.), *The Sources of the Law of International Trade*, London: Stevens & Sons, 1964, p. 89; 前引[23], Goode书, 第6页; 前引[8], Tallon文, 第8页。

[29] 前引[4], 张谷文, 第4页。

[30] Vgl. Jacob Riesser, *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, 1894, S. 6ff.

成实证法上民法与商法的分离。这些 19 世纪所产生的独立的商法典形态被不少学者归咎为历史偶然,进而导致法律改革、学说与司法过程中民法与商法之间的界分出现复杂争议。其他采纳民商合一立法体例的国家虽然在立法上摆脱了历史维度的影响,但是商法依然作为民法典下独立的法律体系,或者至少作为独立的学科而出现(如意大利),界分民法与商法的争议仍然存在。<sup>[31]</sup>不过,纵然民法对商法出现一定程度的接近,民法与商法界分的模糊地带也主要集中于契约法与物权法领域,侵权法、亲属与继承法相对而言受商法的影响较小。<sup>[32]</sup>民法与商法制度边界的模糊化与商法自治的争议的出现,总体上以民法在 19 世纪的进步为前提。

#### (一) 民法在 19 世纪的进步及商法相对于民法的外在独立性的削弱

相比近代早期,19 世纪商法除了法典化形式以及所秉承的时代精神有所不同之外,其内在的独立性依然得到延续并加以强化。不过,民法在 19 世纪的进步仍然极大地侵蚀了商法的外在独立性:<sup>[33]</sup>在制度构造上,商法依然垄断大部分商事规范,但民法规范对部分共通的财产法制度同样具备了表达能力,民商合一得以成为一种立法选择。从根本上来看,私法的这种变迁源于 19 世纪 20、30 年代以来工业革命在欧洲大陆扩展之后所引起的经济社会关系变迁:一方面,工业革命导致工商业人口不断增长,市场交易相应取代了自给自足的农业生产;<sup>[34]</sup>另一方面,工业的生产效率高干农业,因此,一种有利于工业的经济结构变化势必导致人均收入的提高,财富与工商业品的同步增长为市民社会的商业化提供了可能。

这种商法外在独立性的削弱在私法领域的适用前提包括:第一,民法与商法的适用主体具有政治与法律上的平等性。19 世纪所发生的政治革命与改良使个人的人格得到私法上的尊重,由此关于契约自由、处分自由、结社自由的原则与制度得到确立。<sup>[35]</sup>在商法领域,行会强制制度、就地采购制度(Bannrecht)因君主的诏书或法律而走向消亡,<sup>[36]</sup>同时经营自由、迁徙自由成为基本价值,这使得商人不再是相对独立的阶层。由此,商法原先所具备的超越国家的特色荡然无存,从此与民法一起形成国家法的重要内容。第二,民、商事经济生活中共通的法律行为性的往来(rechtsgeschäftlicher Verkehr)进入实证法中,即就基本法律制度而言,民法与商法开始共享基本的制度组件,这其中尤其以私法自治与意

[31] Vgl. Peter Raisch, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, 1962, S. 2ff.

[32] 类似观点可参见前引[4],张谷文,第17页。

[33] 笔者所称的“外在独立性”,不仅涉及法典层面的商法形式独立性,也包括具体制度层面商法规范相对于民法规范的独立存在价值(规范独立性)。而所谓“内在独立性”,强调的更是一种法体系意义上的独立性。在契约成立、物权取得等规范领域,存在广泛的商法规范独立性的削弱甚至部分丧失。

[34] 例如,到1850年前后,法国的农业人口只占其全国人口的一半或者一半多一点;1871年,德国的农业人口只占当年人口总数的45%,到1895年则进一步下降至35.5%。参见[英]H.J.哈巴库克等主编:《欧洲剑桥经济史》第6卷,王春法等译,经济科学出版社2002年版,第576页。

[35] 对此可参见前引[5],Hedemann书,第4页以下。

[36] 欧陆对行会制度的废除,早在法国大革命之前(1776年3月12日)就已经在法国开始了。当时杜尔哥(Anne Robert Jacques Turgot)为增加财政收入而颁行了废除行会的改革法令,该法令虽曾因杜尔哥下台而一度中辍,但其基本内容仍于1791年得到最终确立:“任何人均有从事营业及选择职业之自由。”(Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.)在德国,普鲁士1810年法令(Edikt)和1845年营业法规(Gewerbeordnung)中的移动自由(Bewegungsfreiheit)和营业自由内容都对其他各邦产生了深远影响,并最终促成了北德意志诸邦营业法规在1869年的出台。对此可参见前引[5],Hedemann书,第4页以下。

思表示为重。<sup>[37]</sup>第三,市民社会不断商业化,市民新的法律形象甚至以商人为原型加以塑造。<sup>[38]</sup>由此,商业活动重塑了整个市民社会及其法制,譬如特定物买卖的主导地位让位于种类物买卖,对教会法上利息禁令的破除,一般交易条件的盛行,受让财产时继受该财产上的负担(此项尤可服务于营业转让),债务承诺和债务承担的非要式性,会社的财产权(而非将会社财产诉诸债之关系),情势变更条款以及受商事习惯影响的检查、通知义务等制度。<sup>[39]</sup>当这些前提条件在19世纪成就之后,私法究竟应当一元抑或二元的争议就真正产生了。

## (二) 民商关系的相对性理论的形成及其反思

以商法规范外在独立性的削弱事实为契机,商法的形式独立性开始遭到质疑。瑞士学者蒙钦格(Munzinger)就认为,民法与商法的具体界分是无解的,因此,在1864年瑞士商法草案的起草过程中,他就计划在商法的标签下尽量统合共同债法的内容,商法实际上被作为债法的一部分来加以处理。<sup>[40]</sup>1864年瑞士商法草案是1871年瑞士债务法草案的基础,由此私法统一调整的转向在欧陆出现了。不过,蒙钦格的质疑本质上并没有逾越商法外在独立性削弱的范畴,因此,瑞士债务法中仍然存在大量属于商法的内容。相形之下,欧陆商法学者所提出的针对商法独立性的整体质疑则殊值探讨。这种质疑被德国商法学者概括为民商关系的“相对性理论”(relative Theorie)。

### 1. 民商关系的相对性理论

如果从历史事实的角度观察商事实证法在19世纪的演进,我们的确会发现,民法与商法的关系并没有因为法秩序的建立而固化,相反,民法处于商法的持续影响之下。面对民法继受商法的这一历史过程,谁都无法忽视民法与商法所形成的直观的相对关系。19世纪的商法学家身处其中,更难抗拒这种相对性关系理论:民法与商法的边界是相对的,这种边界的划定取决于一般民事交易法对商业活动的适应性。<sup>[41]</sup>

在德国,商法学者戈德施密特和安德曼(Endemann)是这方面的代表。前者针对民商关系提出了著名的“冰川理论”,认为商法是新的法律规范的襁褓,然后犹如冰川融化,源源不断地进入民法之中,商法由此成了民法的青春之源。<sup>[42]</sup>在他看来,私法体系对商法的需求取决于民法的交易友好性(Verkehrsfreundlichkeit),而这种交易友好性就是罗马法中没有特别的商法的原因。<sup>[43]</sup>与此类似,安德曼也认为,在一个区域或社会中,如果商业表现活跃,则将进步的商法纳入民法之中的需求就越大,而民法如果拒绝对这种商事往来与社会变化做出反应,则对商法的需求就越明显。<sup>[44]</sup>这也可以从商法史中得到印证:在中世纪,与商业活

[37] 正如海德曼(Hedemann)指出,“现代的交易生活(Verkehrsleben)建立在契约自由、处分自由和结社自由之上”。参见前引[5], Hedemann书,第3页。

[38] 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律上的人》,载《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第144页。

[39] 对此可参见Eduard Wahl, Der Handelsverkehr als Schrittmacher des Zivilrechts, besonders bei der Einschränkung des Vertragsprinzips, in: FS für Wolfgang Hefermehl (70. Gebtg.), 1976, S. 1ff.; 前引[5], Hedemann书,第15页以下。

[40] Vgl. Peter Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, S. 73.

[41] 参见前引[31], Raisch书,第13页。

[42] 参见前引[40], Raisch书,第57页。

[43] 参见前引[31], Raisch书,第13页。

[44] Vgl. W. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1881, S. 16.

动不兼容的教条在经济生活中常常引起冲突，迫使商人自我立法，形成独立的商人法。<sup>[45]</sup>

正是在这一历史、实证的观察维度下，商法作为民法的“先锋队”<sup>[46]</sup>的经验结论才被提出并深入人心；同样在这一观察之下，“民法商法化”的议题应运而生，并不断拷问着商法的存在价值。<sup>[47]</sup>以民法与商法的“相对性关系”理论为基础，安德曼最终否认了商法在教义学上的独立价值：商法终究只是一个过渡方案，等到民法对商事往来的诸多内容做出反应之时，其历史使命就告终结了。<sup>[48]</sup>安德曼的思想在当时未居德国商法学之主流，却通过维万蒂（Vivante）等人的努力，在意大利开花结果，成为1942年意大利民法典民商合一立法体例的思想渊源之一。后者从历史角度分析认为，商事法院的管辖范围一直处于扩张状态，商法典适用范围的扩大也从未停止，因此立法者也能够扩张商法的适用范围，实现法律主体在私法上的平等性。<sup>[49]</sup>与此类似，在荷兰学者莫伦格拉夫（Molengraaff）看来，民商分立的原因无非在于，民法因追求稳定而忽略了经济往来在这一时代的需求，因此民法的革新足可形成民法与商法的融合。<sup>[50]</sup>

民商关系相对性理论的本质其实在于否定商法的内在独立性，独立商法典形式（商法的形式独立性）的式微则不过是这种内在独立性丧失的必然结论而已。该学说的源流在19及20世纪的深远影响是不争的事实，<sup>[51]</sup>但其合理性则仍待检讨。

## 2. 民商关系相对性理论之历史、实证法反思

民商关系的相对性既是历史事实，也是解释理论。以此推论，民法与商法的二元格局终将走向崩溃而代之以兼容民法与商法的一元的私法（Zivilrecht 或者 Privatrecht）与私法法典。相对性理论以历史与实证的观察为基础，无疑有其正确性；同时促使我们不断反思商法在多大程度上能够被一般化，或者说，具体的商法规范在何时应当转变为或理解为民法规范。在司法实践过程中，民法与商法的相互渗透则形成了值得认真对待的规范适用问题。不过，相对性理论的正确性仍应加以诸多前提与限定：第一，在时间上，19世纪商法作为民法的先驱，在很大程度上也可以解释成是因为民法的过度落后，换言之，民法的商法化

[45] 参见前引 [31]，Raisch 书，第 13 页。

[46] Christoph Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge: Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht, 2009, S. 70. 与此类似，德国商法学者瓦尔（Wahl）将商事往来称作“民法的先驱者”（Schrittmacher des Zivilrechts）。参见前引 [39]，Wahl 文，第 1 页以下。不过，在中国的商法史上，这种先锋队作用则呈现出另一种状态。大一统王朝对商业活动的抑制使得商人法无以形成。晚近百年，我们同样处于“无需言商”和“不敢言商”的漩涡之中。但是，改革开放之后，民事法律的铺陈最先也是出于商业交往的需要，商业往来最初虽然无法在具体制度上对民法提供供给，却在观念上强化了私权保护的纲要。稍晚的合同法则明显在很大程度上受到作为商事法律的《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）的影响。

[47] “民法商法化”亦应与“民法典商法化”做出区分。采纳民商合一体例，以呼应“现代化市场经济条件下的所谓‘民法的商法化’”者（梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2011 年版，第 13 页），实际上是“民法典商法化”，并不影响实质意义上民事规范的价值取向。

[48] 参见前引 [46]，Reymann 书，第 71 页。

[49] 参见前引 [40]，Raisch 书，第 150 页。不过，维万蒂的思想并非意大利民法典的唯一渊源，法典中保留若干针对企业的特别规范的思想则来自于莫萨（Mossa）。

[50] 同上书，第 144 页。

[51] 比如，德国商法学者维奎多·艾伦伯格（Victor Ehrenberg）也赞同“相对性理论”，认为只存在“当时的商法”（jeweiliges Handelsrecht）。Vgl. Victor Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts: mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, 1913, S. 18.

现象可能会从历史的某一个时点起迅速放缓——20世纪70年代以来，高举“法学发展先锋队”旗帜的，就是消费者保护运动的兴起。<sup>[52]</sup>就商法的“先锋队”角色而言，债法与动产物权法的大厦早已经建设完成，纵然在民商合一的民法典立法体例下，面对传统民法的余绪，法学家也只需修饰这座大厦，以新的有名契约类型加以补充完善就可以了。第二，基于实证法历史观察的相对关系理论存在先天误判：民法商法化的原因可能是这些所谓商法规范本就属于民法的范畴，<sup>[53]</sup>只是出于法典编纂的历史偶然性而出现于商法典之中，这就使得民法商法化的规模在一定程度上被放大。第三，对于核心的商法领域，如商号法、商事登记法、经理权、商事代理权以及商事性的居间、行纪等，仍无法被一般化——即便在民商合一的瑞士债务法中，也仍然存在民法与商法明显的“结构对立”。<sup>[54]</sup>第四，民法中有关自然人、亲属与继承部分，盖难商化。

就当下的商法而言，戈德施密特的“冰川理论”比喻或许应当做一修正才显正确：商法如同冰川之上游，新的积雪依然在形成，惟其下游冰川消融的速度却大大地放缓了。即便法学家们以新的商事契约类型（如保理合同）补充私法法典，并冠之以“民法”之名，也无损其商法制度的性质。由此，我们从理论上否决了以民法商法化为历史依据的民商关系相对性理论的绝对正确性，从而否定了商法在未来“成建制”地消亡并完全融入民法的可能性。

但是，民法与商法二元格局的消失逻辑上也可能以“商法民法化”的姿态出现。<sup>[55]</sup>如学者所言，“商法民法化”终将宣告商法的死刑，尤其是商法赖以生存与发展的规范创制与争议解决机制上的自治将被剥夺。<sup>[56]</sup>不过，有意识的商法民法化既未在历史上真正出现，也不可能在未来大规模上演：<sup>[57]</sup>第一，民法的商法化是以民法的落后为背景的，如果民主法治国家的立法机关进行民法化的商事立法或立法改革，则其立法活动的正确性只能在于商法的相对落后，而这种前提在现在社会是不具备的。第二，民法与商法逐渐各司其事，民法既无能力也无意图救济或侵入商法。第三，市民与商人阶层的对立早已消失，对营业自由的普遍性需求也终将抵制对商法的无端仇视。

[52] 在欧陆，则间接通过欧盟消费者立法指令而转化，从而在契约法领域形成一般契约法、消费者契约法和商事契约法三足鼎立的局面。

[53] 参见前引〔31〕，Raisch书，第24页。

[54] 参见前引〔8〕，Bydlinski书，第10页。

[55] 民法典的商法化有时也会被看作“商法民法化”的一种表征，即在某一时点，业已成熟的商事制度“在可能的范围内，脱离商法，被民法接纳”，从而使民法时刻承受因商法规范的革新而产生的改革压力。参见前引〔4〕，张谷文，第20页。其实，法典意义上的商法民法化名不副实。因为进入民法典体系之中的商法规范，既以商人或者商行为为主要适用对象与客体，则其性质上仍属商法。真正意义上的商法民法化，应概括为以现有民法规范（适用于所有法律主体的一般私法规范）规制商人与商行为，从而使商法规范原有的规范特质与规范内容事实上趋于消亡的法律现象。

[56] 参见前引〔4〕，张谷文，第21页。

[57] 也有学者从商法强调“公正与可预见性”与“商事制度与公平的友善标准”（the brotherly standard of fairness and commercial institutions）角度出发，论证“商法民法化”的存在。See Boris Kozolchyk, *The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law*, 40 La. L. Rev. 41-46 (1979). 但前者正如英国曼斯菲尔德大法官（Lord Mansfield）在 *Vallejo v. Wheeler* 一案的判词中所说，“对商事往来而言，确定性应是重要的目标”。See *Vallejo v. Wheeler* (1774) 1 Cowp 143, 153. 后者本质上不过涉及对早期绝对化的契约自由思想的限制，本身就是商事制度要求更加注重信赖保护的体现。换言之，这些变化仍在商法制度的自身变革与商业社会的内在逻辑范畴之内，与“民法化”关系不大。不过，因立法与法学的薄弱，商事案件在司法实践中以民事制度加以裁判却是不争事实，这一因民商关系混沌不清而导致的弊端，恰是本文的问题意识之一。

由此可见,从19世纪以来的商法历史与实证法角度看,私法的二元格局并未受到动摇。不过,取道于历史与实证法事实上仅涉及一种面向实然的向后的思维,历史的偶然性与实证法的不稳定性时刻影响着上述判断的正确性。民法与商法的二元格局本质上涉及的是私法认识论意义上的价值判断,因此,如果我们的目标在于完善私法体系的认识与建构,进而辅助于司法实践,则势必需要在超越历史与实证法论证思维的基础上,继续寻找我们时代私法二元格局的法理基础。

### 三、现代商法的独立性基础及其证成

从实证法角度看,19世纪晚期开始涌现的民商合一潮流在20世纪继续传播,并影响了包括当时中国在内的许多法律继受国家。不过,从上述有关瑞士、意大利民法的分析中可知,实证法上的民商合一并未彻底消弭商法继续存在的事实。因此可以说,20世纪以来的民商关系较之19世纪并未发生根本变动。我们仍可接续上文论述,完成现代商法的独立性基础探寻与体系定位。

#### (一) 商法独立性的面向及论证起点

对于商法内在独立性的基础,长期以来未能有完全令人满意的解答。如果认定(广义)商法是适用于商人的法,那么这一标准立即会在适用于一切主体的票据法面前碰壁。如果认同黑克(Heck)的看法,认为大规模重复交易产生商事规范需求,<sup>[58]</sup>则同样无法否认的是,一方面商法规范同样适用于那些小规模的交易(如艺术品交易),另一方面大规模交易也未必全然适用商法(如非现金结算的诸多支付往来)。<sup>[59]</sup>其实,试图通过单一的超实证法概念实现对当代民法与商法二元格局的解释,是难以取得成功的。民法与商法的二元格局涉及的其实是更为理论层面的体系分殊问题。

笔者在上文中已将商法的独立性划分成商法的内在独立性和外在独立性两部分。其中,外在独立性又涉及商法的形式独立性与商法的规范独立性问题。商法的规范独立性的削弱所引起的民商关系相对性理论其实隐含着一种担忧,即商法的规范独立性若不断削弱以致消亡,则其内在独立性也将失去意义,因为前者意味着所有商法规范可以在民法中得到表达。从历史与实证法角度观察而得出的相对性理论固然可以重返历史及实证法进行批判,但是应然层面的论证仍付之阙如。广义商法包括狭义商法(商法总论)与商事特别法。就后者而言,实证法在功能与规范内容上的独特性使人们忽视了其背后潜藏的体系定位问题;就前者而言,数百年来商法独立性之争多源于此。下文将阐明,民法与商法的二元格局乃出于私法目的论体系的分殊而得出的结论。但狭义商法领域仍需首先论证其外在独立性之存续,方能为其体系独立提供讨论的意义基础。在此基础上,我们将进一步在法体系的层面上对民法与商法的二元格局进行论证。

#### (二) 狭义商法外在独立性的存续作为内在独立性的意义基础

形式的商法典是商事往来系统整合的集中表现,包含了狭义商法体系的诸多要素,因

[58] Vgl. Heck, Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht?, AcP 92 (1902), 456.

[59] 参见前引[1], Canaris书,第1章,边码6。

此, 针对比较法上的重要商法典进行基础要素的分析可以作为狭义商法独立性论证的第一步。当然, 狭义商法外在独立性的论证不能脱离其法教义学上的建构意义, 因此, 我国的现有私法秩序可以在一种反映社会经济现状的“自然存在”意义上对比较法中的商法秩序进行历史反思, 以发现商法的历史基础和现实教义学基础。为论述简便起见, 本小节所称“商法”原则上指“狭义商法”。

1. 外在独立性的制度基础: 企业经营组织作为主体性要素对商法特别制度构成的意义

法律作为社会规范, 其有效性基础在于“基于有关价值的共识或基于相互理解的一种主体间承认”。<sup>[60]</sup> 从起源上看, 商法是一种经由商业活动形成的自发秩序,<sup>[61]</sup> 虽然在19世纪以商事制定法的身份出现, 但国家法确认这项通过议会民主制而产生的新的合法性王冠并不改变其自发秩序的内核。<sup>[62]</sup> 因此, 行之有效的商法典其实隐含着商事主体间的制度共识与承认。从商事制度特别于民事制度的角度看, 主体的特殊性起着基础性的作用。换言之, 商法作为特别法, 在本质上的确是以商人为对象加以建构的。这也可以从实证法上得到印证:<sup>[63]</sup> 现代意义上之形式商法典, 独采主观体系或客观体系者盖少, 兼采而成混合体系者则多。<sup>[64]</sup> 单一的立法体系向混合体系转变的过程中, 其进路是截然不同的: 客观体系中引入主观因素, 除了利用“商人”概念的法教义学建构能力之外, 还因为诸多法律后果唯有与特定主体相连才显合理。<sup>[65]</sup> 而主观体系中引入客观因素, 主要是为了克服因严守商人身份之前提而在个别情形中所导致的法律适用范围过窄的不足。<sup>[66]</sup>

不过, 对于我国目前的私法秩序而言, 将商法理解成“商人的特别私法”有其局限性: 其一, 商法的定义着眼于“商人”, 而未能关注商人具体形态在20世纪以来出现的新转变。

[60] Jürgen Habermas, *On the Pragmatics of Social Interaction*, translated by Barbara Fultner, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2001, p. 12.

[61] “自发秩序”具有戈德施密特所说的“自然法”的意味。在他看来, 正是这种处于自然法状态下的商法(相对于作为成文法的商法), 才具有强大的法律续造能力。参见前引[9], Goldschmidt书, 第12页。

[62] 例如, 股份公司制的形成就是殖民主义与工业革命之后的经济产物, 但股份制的形成反而早于股份公司法的立法。Vgl. Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, S. 758 - 759.

[63] 此外, 以商人为核心建构商法体系的见解同样符合商法的历史渊源和商法教义学上的妥当性。类似观点参见前引[31], Raisch书, 第21页。

[64] 法国商法典原采客观体系, 但商法典经过改革之后, 仅仅存在商行为并不足以直接导致商法典的适用, 还同时要求职业化、经常性地从事(profession habituelle)商活动, 即引入了主观要素。尤其是, 第L110-1条第9款规定, 商人之间的行为原则上是商行为, 更是明显地与主观因素相连接。Vgl. Andreas Heinemann, *Handelsrecht im System des Privatrechts: Zur Reform des deutschen Handelsgesetzbuchs*, in: FS für Wolfgang Fikentscher (70. Gebtg.), 1998, S. 349ff.

[65] 如前述法国商法典第L110-1条第9款的规定。再如, 西班牙商法典常常被认为是客观主义立法模式之典型, 但其商法典在建立客观标准(商行为)的同时不得不考虑主观标准: 一方面, 大量契约(行纪、保管、借贷运输、保险)的商事属性的认定需以商人的参与为前提; 另一方面, 西班牙商法学家也认为, 有必要规定类似于德国商法典第343条那样的关于商行为的推定规则。参见前引[8], Tallon文, 第21页。

[66] 举例而言, 德国商法典第345条规定, 单方商行为若无相反规定亦得适用商法典。这被视为主观体系向客观体系接近的例证。参见前引[1], Canaris书, 第1章, 边码3。但是, 这一条文的适用范围其实并不宽, 仅限于第352条第2款(商人利息)、第355条和第357条(往来账户)、第358条至第361条(履行的时间和方式)、第363条至第365条(商人指示证券)和第366条(善意取得)而已。Vgl. MünchKommHGB/ Karsten Schmidt § 345 RN. 4. 对于这些条文, 学说上亦不乏争议。奥地利学者比德林斯基就认为, 这些规范都是历史的产物, 虽在之后的岁月里得到幸存, 但是它们仍然没有得到合理化。S. Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996, S. 435. 因此, 上述规范若涉及不当加重非商人一方的负担, 则在适用之时应予限缩。

其二，该定义将关注的重点置于商法与一般私法之间的连结上，使民法常常作为商法规范欠缺时的补充性法律渊源，同时倾向于将商法看作民法主旋律的变奏曲，商法的法律续造常常受到民法思维的影响——在商事实证法表达不充分的我国，这种影响尤为明显。其三，对我国的私法秩序而言，“商人”概念在实证法上的阙如使得以此为基础的商法教义学常常得不到完整表达：<sup>[67]</sup>在商法学中，商事特别法占据了主要话语权；属于狭义商法的内容（或冠之以“商法总论”之名），一方面要承受来自民法学科的侵蚀，如在商事契约法领域，商事有名契约构成统一合同法学的组成部分；另一方面诸多以商人为基础的商事制度（如商行为通则）若无民事立法的支持，则不得不转而以商事特别法为重要知识来源。<sup>[68]</sup>

其实，商人作为商法的法理基础，只能在商法与经济社会史中得到证成，也将因历史条件的改变而得到检讨。事实上，欧陆19世纪的商事立法大多建立于当时占商业经济参与形式核心地位的“交换商”的基础之上，如德国商法中的商主体制度就是以中世纪的交换商人为蓝本进行法典编纂的。<sup>[69]</sup>英国作为第二次产业革命的先驱，体现中世纪特色的“负贩商人”（packman merchant）<sup>[70]</sup>在1825年才告绝迹。而在欧陆，这种中世纪商人退场的进度则可能稍晚。然而不可忽略的是，19世纪同时是科技革命迅速推广、经济参与形式急剧变化的时代——手工工业的退场、生产部门的规模化、有限责任公司与股份公司制度的确立与发展，都是19世纪社会经济形态变革的产物。因此，寻找商事法构造的前提需要承认一种在社会层面早已发生的范式转换。然而，西欧国家缓慢发生的这种范式转换在我国则表现为急剧转型——时至今日，改革开放初期广泛存在的类似于“负贩商人”的自然人商主体形态显然已经不再是社会典型形态，取而代之的则是大规模兴起的商业化组织体，即企业经营组织。规模庞大、部门繁多的企业组织法（如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、外资企业法……）从上层建筑层面反映了这一社会事实。

毫无疑问，作为客体的“企业经济组织”是无法独立于作为法律主体的商人（或曰“企业经营者”）而存在的。<sup>[71]</sup>强调企业经济组织的重要性本质上不过涉及观察视角的转变，并不排斥商法作为特别法仅适用于小范围私法主体的判断。因此，“商人”作为商主体在法体系上的不可或缺性与“商人”概念在大陆法系私法体系和中国商法学中所呈现出的不足需要，可以通过与之密切相关的“企业经营组织”概念进行调和。进一步讲，这涉及

[67] 就商主体法而言，“商人”概念属商事规范适用的连接点，关涉大量商事规范适用与否的基础问题。因此，采民商分立立法体例国家的商事立法对此无不慎重，乃至不得不因时代变迁而几易其法。在我国，若从实证法出发，将取得法定形式之个体工商户（商个人）、公司（商法人）、合伙企业（商合伙）认定为商人，大量未取得法定形式而从事商业活动的组织、团体将被排除在外，则显然极大地缩小了商人的外延。

[68] “商人”概念的缺失也使得围绕商人展开的制度在很长时间内没有得到充分的理论阐释，商号、商事代理以及营业转让等制度也是在最近几年才得到较为充分的研究（如梁上上、李国毫：《商号法律制度研究》，法律出版社2014年版；刘文科：《商事代理法律制度论》，法律出版社2013年版）。

[69] 参见前引[40]，Raisch书，第17页。

[70] 通常是由他们在制造业区域买进普遍需要的廉价纺织品、刀具和其他货物，用马队或骡队“从一个城镇运达另一个城镇；然后在一个客栈里把他们的货物卖给当地的小店主”。参见[英]克拉潘：《现代英国经济史》上卷，姚曾虞译，商务印书馆1964年版，第280页。

[71] 商法学语境中的“企业经营组织”（Unternehmen）概念应当在客体的意义上进行理解，即经济和法律统一体。它应当区别于作为法律主体的“企业经营者”（Unternehmensträger），后者可能以自然人、法人或者共同共有共同体（如我国商法中的合伙企业）的形态出现，构成了私法活动中权利与义务最终的承载主体。对此可参见前引[4]，Schmidt书，第105页以下。

法律制度及体系建构对社会中典型形态的选取问题：诚然，商法所面临的商事主体的形态总是多样的，但商法规范惟有根据商事主体的普遍类型来确立方显其妥当性，而企业经营组织恰好符合我们时代商法存在的典型社会实存。商法的历史变迁反映着商业社会的结构变迁，当代商法密切关注着营业转让（及租赁）、商号、商事代理（商事代理权、经理权）、商行为等商法制度，以及持续性商业往来（*die laufende Geschäftsverbindung*）等准契约关系。而这些商法制度与法律关系，或在逻辑上以企业经营组织的存在为前提，或在经济生活中典型地适用于有企业经营组织存在之情形。<sup>[72]</sup> 这些制度虽然在实证法上通过立法技术可以融入民商合一的民法典之中，但是它们依然因其制度构成上与民法体系之间的不兼容性而构成独立于民法的实质商法。比较法上亦可见此端倪：意大利民法典在采纳了维万蒂的民商合一理念的同时，也融合了莫萨有关企业的思想，从而保留了若干针对企业的特别规范。

明确商法制度基础从商人到企业经营组织的转变除了类型学上的正当性，还具有商法教义学上的衍生功能与启发意义。商法固然是“商人的特别私法”，但如果我们重返事务的本质和交易需求，则更为妥善的定义应该是“企业经营组织的外部私法”（*Außenprivatrecht des Unternehmens*）。<sup>[73]</sup> 这意味着在商法总论的论述体系中，原本作为整体的商主体的内部结构被打开并展示出了它所包含的外部私法意义上的客体面向。由此，我国的商法总论在欠缺完整法典支撑的基础上所打开的美丽新世界将取得超实证法的观察视角和论述主线，同时对诸多具体商法制度的论述也可经此变得更具有可理解性：譬如，商事代理权与其说与商人有关，毋宁说是建立在营业的基础之上，因此，具体的商事代理权是否消灭，端视营业之存续而定；<sup>[74]</sup> 商号虽然是商主体的名称，但考虑到企业经营组织的识别，其转让就不应与企业经营组织相分离。

## 2. 外在独立性的评价基础：独立的商法原则作为商法规范区别于民法规范的伦理保障

上文已经揭示，现代商法的基础在于企业经营组织，这不仅体现为诸多商法制度以企业经营组织为前提而存在，同样体现为诸多商法制度以企业经营组织的参与为典型。企业经营组织在商法体系上的辐射效果一方面在于，许多商法制度，如商号、营业转让等，均围绕企业经营组织而展开，另一方面则在于商行为法（包括与商行为有密切关联的商事代理等制度），并由此造成商法在规范特质上异于民法的事实。

商法规范总体上具有与民法不同的特质。譬如，商法规范表现为更强的跨国性，商法在国际间的一体化和趋同化倾向更为明显，商法规范更追求简便、迅捷的商业往来并进一步拓展私法自治的空间，商法规范更追求商事往来的明晰性、公开性和信赖保护（涉及商事账簿、商事登记等制度），商法对注意义务提出更严格的要求等。<sup>[75]</sup> 虽然学界习惯以

[72] 对此，需要认识到类型学作为法律思考工具的重要性。在商法的视野中，固然存在非企业性的个体商人，如艺术品买卖商，但实质的商法制度的建立须依赖于生活中最为典型的商主体存在形态方有其正当性。至于实证化的商法如何将非典型的商主体形态纳入适用范围，在民商分立国家，是实证法上商法适用连接点设置的法技术问题，在民商合一国家，则是商法教义学的解释问题。

[73] 对于后者的观点，可参见前引〔40〕，Raisch书，第179页以下；前引〔4〕，Schmidt书，第7页以下。而其理论渊源，最早应可追溯至商法学者维兰德（Wieland）。

[74] 参见前引〔6〕，王保树书，第250页。

[75] 参见前引〔4〕，Schmidt书，第41页以下；前引〔66〕，Bydliniski书，第445页；前引〔1〕，Canaris书，第1章，边码14以下。

“商法的特征”名之，但上述特征的性质、位阶、意义与适用性却仍待解释、填补。其一，商法具有国际一体化、趋同化倾向，这所描述的是商法总体立法与改革的法政策渊源，与具体的规范特质没有直接关联。它具有总体法律改革上的指导意义。作为内国法的商法如果拒斥国际间的法律趋同，则会有损商法的现实合理性，虽然通过准据法和国际公约（CISG等）的适用同样能够确保跨国贸易的正常展开，但势必会在商法制度落后的国家产生法律市场流失与交易成本上升的现实问题。此外，若非与交易习惯相关联，该特征不具备司法实践上的评价意义。其二，除此之外的特征具有对商法规范的司法评价功能，它们事实上蕴含着商法的诸原则（Grundsätze）。不过，商法的规范特征总归属于一种事实，而原则则无疑属于价值，事实到价值的鸿沟如何跨越，尚待进一步阐释。

商法的规范特征本质上是对商法中部分相关规范取向的学理概括与抽象，而循着这些个别规范再往前追溯其渊源，则是以企业经营组织、大规模交易、商事主体的经验等商业社会的基本构成为内容。只是不同的规范中，这些事实得到了不同程度的反映。因此我们也可以说，这些彼此之间难以通约的商法规范特质共同以商业社会的事实为基础，服务于商法目的的达成，即确保以大规模交易为典型的商业往来的有效运作，并因商事主体在资质、经验、职业灵活性等方面的优越性而将相应的法律要求落实于其行为领域。<sup>[76]</sup>

假如在商法领域全面革除这些规范特征，则商法民法化的现象就随之产生，此时商法势必僵而不死，并与商业生活的本质背道而驰。例如，商事买卖中买受人的检验、通知义务（合同法第157条、第158条），其中的“及时检验”与“合理期间”如与民事买卖做同样解释，则势必延长结算时间，从而有违商人谙于交易、富于经验、追求效率的生活事实。诚然，规范特征作为事实应当与价值做出区分，但两者却不是断然分离的。上位价值与一定的事实相结合，可以产生下位的价值。在市场经济条件下，商法所欲实现之上开基本目的无疑应予固守——由此我们已得到一个应然命题（价值）。我们的推理再往前一步，使商法的基本目的与商业社会的事实构成（商事主体及其企业经营组织和典型性的大规模交易等类型化事实构成以及交易习惯等规范性事实构成）相结合，则商法的诸多原则（作为下位命题）便应运而生：（1）确保交易迅速成立、清算的原则；（2）信赖保护与交易安全保护原则；（3）交易的有偿性原则；（4）高度私法自治、自我负责原则。<sup>[77]</sup>

换言之，商法规范的大部分所谓“特质”，绝非单纯的现象描述，而是蕴含了商法秩序中具有规范意义的商法原则。商法原则的存在无需仰赖于成文化，<sup>[78]</sup>但却能通过具体商法规则来加以实现；同时它未必具有直接的可适用性，但却可以作为商法的内在体系与原则论据而存在。商法原则在结构上不像商法规则（属于“确定性命令”）那样具有明确的构成

[76] 参见前引〔66〕，Bydlinski书，第445页。

[77] 同上书，第445页以下。

[78] 与此类似，民法诸多基本原则（Prinzipien）的存在同样不依赖于成文化。参见于飞：《民法基本原则：理论反思与法典表达》，《法学研究》2016年第3期，第92页。即便没有法典化的表述，这些民法基本原则与商法原则的存在也可以通过法的外在体系而得到明确贯彻，同时又因法的外在体系的建构需要避免矛盾的价值判断，以原则为基础建构的内在价值体系就显得不可或缺。因此，对一个妥善的法秩序而言，纵然缺乏对原则的直接表述，也不应否认它们的理性存在。在此基础上，民法基本原则与商法诸原则未经具体化又难以在司法实践中得到直接适用，因此也无直接规定之必要。

要件,从而以涵摄为主要适用方法,其属于“最佳化命令”。〔79〕但其重要性却不能被低估。它们不仅对司法实践具有指示意义,对商法相对于民法的独立性而言也有支柱意义——以商法在基本目的与事实构成上的独特性为基础,商法在规范层面上的建构取得了自身的原则与自治的基础,从而与民法形成对比。例如,在信赖保护与交易安全的原则之下,明晰性、公开性要求又能在具体的商事规范中得到落实与体现。商号真实、公开的合目的性就体现于,它不仅确保商事主体自身的识别利益,同时确保其他市场参与者的利益和公共利益(如市场的有序竞争和消费者保护)。〔80〕再如,商法对信赖保护的要求可以体现于商事善意取得制度之中——在行纪等商行为之下,买受人主观上善意的对象由所有权扩张为包括处分权,则是因为此类商行为的固有要求就是所有权与处分权的分离。

诚然,诸多商事制度与规范因其规制事项的相似性而常常能在民法中找到相应的制度与规范,商法的原则也能在民法中找到对应的内容。前者如商事代理之于民事代理,商事担保之于民事担保,商事留置权之于民法上的留置权,商法中的商号之于民法中的姓名权;后者如民商事法律中共同的私法自治原则、信赖保护原则、自我负责原则……由此,商法又常常被看成“民法主旋律的变奏曲”。〔81〕但是,民、商事法律制度与原则的相互对应不能与相互同一相混淆。于前者,其差异及区分实益上文已有论述;于后者,亦应得出相同结论。法律原则作为最佳化命题,重要的不在于“有”或“无”的判断,而在于各原则的实现程度——这取决于民事社会与商业社会在目的与事实构成上的差异(如前述商事善意取得)。不可否认,历史、政治、地理等因素都会影响商法这支变奏曲的编排,〔82〕从而个别音符可能会因为与民法主旋律在主题上的接近性而在实证法上被忽略、同化。譬如,我国合同法就规定了民商合一的买卖法,居间合同也未区分民事居间与商事居间,但是我们不能因为制定法的实然状态而否认这些民事合同与商事合同在实践与学理上的区分意义。〔83〕因此,即便我们钟情“变奏曲”的比喻,也应当时刻把握这段变奏曲在对位、节奏上常常都有自己的编排基础,以至于产生了对民法主旋律入侵的免疫性。

〔79〕从最佳化命令的角度讲,原则也是一种规范(Normen),“它要求某事在相对于法律与事实的可能范围内以尽可能高的程度被实现”。Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 120. 中译本参见〔德〕罗伯·阿列西:《法概念与法效力》,王鹏翔译,台湾五南图书出版股份有限公司2013年版,第110页。此外,有的学者否认原则的规范属性。S. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl. 1983, S. 57. 这一差异系因将规范在语用上等同于规则,与阿列西的见解并无本质矛盾。

〔80〕Vgl. Stefan Weber, *Das Prinzip der Firmenwahrheit im HGB und die Bekämpfung irreführender Firmen nach dem UWG*, 1985, S. 27ff. .

〔81〕参见前引〔1〕, Canaris书,第1章,边码45。

〔82〕S. Wolfram Müller-Freienfels, *Zur „Selbständigkeit“ des Handelsrechts*, in: *FS für Ernst von Caemmerer (70. Gebtg.)*, 1978, S. 589.

〔83〕此处再举合同法第425条(居间合同)与第224条(租赁合同)之例以明之。合同法第425条第2款规定:居间人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,损害委托人利益的,不得要求支付报酬并应当承担损害赔偿责任。该条文的设置以民事居间为典型而展开,只涉及居间人的如实报告义务,却未涉及其注意义务,因此难以涵盖商事实践中所存在的问题。与此相关的争讼可参见“李彦东诉上海汉宇房地产顾问有限公司居间合同纠纷案”(《最高人民法院公报》2015年第2期)。合同法第224条第1款规定,租赁物之转租须经出租人同意。在商事租赁契约领域,出租人的同意权是否应当与民事租赁做相同解释,从而予以绝对保护,抑或应当着眼于商事租赁制度的营利性而做目的性限缩,则诚值探讨。对此可参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,《中国法学》2012年第4期,第75页。

### （三）商法内在独立性的体系证成：私法目的论体系的分殊化基础

实证法固然是我们所面对的最重要的法律素材，但它并非机械地、静止地存在于法律生活之中，而是处于完整的“法”或者整个法秩序之中。因此，实证法虽然提供了法律适用的论证基础，但针对“法”所蕴含的价值或目的的省思事实上构成了法律适用的最终基础。具体法秩序的意义整体则构成了法体系，因此，即便我们已不再承认法体系作为法教义学知识的唯一正确性来源，但只要承认前述具体法秩序意义整体的存在，则其作为一种合乎科学逻辑的思维形态仍将存在于大陆法系的法学思考之中（典型如体系解释）。同样，以实证法形态存在的具体法秩序也无法等同于法体系。因此，私法的体系建构最终关涉商法法源与法律获取问题，带有目的性的商法独立性主张，自然应当在法体系学的意义上予以证成。进而言之，商法独立于民法的意义与证立基础，从根本上并不取决于外在独立性，而取决于对法律适用而言有最终基础意义的内在独立性——商法体系相对于民法体系的独立性。体系的建构具有开放性与历史性，商法的体系建构因而也是商法学所面临的永恒挑战。就此而言，商法的体系独立性或者说私法的二元格局则是后续体系建构必要的“前理解”。

当涉及教义学体系时，“体系”仍可根据不同的要素采撷而有多种建构可能性。但无论如何，大陆法系所追求的体系思考的目的在于获致评价的结果正确性与法秩序的内部统一性，且体系本身的特征中就应当包含（逻辑、公理及目的论上的）无矛盾性要求。<sup>[84]</sup>卡纳里斯（Canaris）的体系论主张，“一般法律原则的伦理或目的论秩序”属于法的内在体系，<sup>[85]</sup>其在克服外在体系意义空洞化，彰显超越个别规范的总体法律思想及评价标准的同时，却面临原则本身需待解释以及将一贯性（Einheit）作为体系结果加以处理而产生的单向度性问题。<sup>[86]</sup>

不过，体系要素的选择涉及的是体系的具体建构问题，因此仍可通过对所谓“一般法律原则”进行进一步确定来加以解决。如果这种一般法律原则属于康德的道德命令范畴，作为其正当性基础的主体间承认在主体范围上就应当具有无限性。这并不合乎前文关于商法的正当性在于特定主体的判断。其实，现代商法涉及的是国家对社会的形塑义务，已不能单纯从私法领域个人自决的角度来理解。因此，在商法领域厥有意义的法律原则毋宁是上文所讨论的商法的（实用）原则，即高于技术规则的“准则”，相比道德原则，它的技术性面向更为突出。但是，纵然如此，以此类原则为要素建构商法的体系观的合理性却仍未得到证成：大量商法规则仍然无法回归于少数几条商法原则，至少大量所谓“法律技术性的”规整无法纳入前述商法的内在体系之中，而不得不继续求助于商法的外在体系。<sup>[87]</sup>

但是，正如上文已经提到，商法的诸原则实际上不过是商法规整的基本目的结合商业社会的事实之后所形成的价值。对于承载着系统整合与社会形塑目的的商法而言，其立法行为无不涉及对社会行为的调控，商事规范的设置（价值形成）亦无不在于实现此种目的。

[84] Vgl. Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 263; Franz-Joseph Peine, Das Recht als System, 1983, S. 99.

[85] 参见前引〔79〕，Canaris书，第157页。

[86] 类似批评可参见前引〔84〕，Peine书，第76页，第110页。

[87] 参见前引〔84〕，Larenz/Canaris书，第317页。

由此可见,规范、价值与实现一定目的的手段之间具有抽象的等值性。进而言之,商法的体系就可以理解成一种由“目的——手段”的链条所形成的目的论体系。在该体系中,商法原则相对于具体的外部交易法而言具有目的属性,但其本身也构成上位目的的一部分。同时,在“目的——手段”的视野下,商事特别法作为商法体系的一部分就变得顺理成章。此外,在这种目的论体系形成的过程中,目的或价值的形成并非通过单纯的逻辑演绎,而是通过结合事实认知的经验判断来完成。据此,它一方面与单向度的演绎式价值体系形成区别,另一方面因目的的广泛性而能够实现对商法规范的包容性。

在法体系的划分问题上,德国学者派纳(Peine)適切地指出,“当法典的主要目的是更高目的的手段,且下位目的构成为前述主要目的或其他目的的手段时,该法典是体系的一部分;当法典中只存在一个作为更高目的的手段的目的,或者所有的下位目的构成该法典自身目的——该目的本身又是更高目的的手段——的手段时,该法典构成(封闭)的子体系。”<sup>[88]</sup>民法作为一般私法,承载着对市民社会的建构功能。虽然晚近以来,“解法典化”现象的出现使得作为一般私法基本表现形式的民法典不断被边缘化,同时民法典的价值立场也未必全然符合近代以来的立宪主义精神,但是通过适用于一切私法主体的民法典,完成其社会统合的“准宪法性功能”,<sup>[89]</sup>则是市民社会不可或缺的立法手段。从国家保护义务方面讲,民法以私法自治为内在价值续写宪政国家的法秩序,完成宪法所赋予公民的人格自由、营业自由、结社自由等基本权利;<sup>[90]</sup>从市民社会方面讲,法典化的民法也意味着社会与经济上的一致价值观的实证化。<sup>[91]</sup>不过,同样是社会建构,民法的赋权行为的目的在于完成对自治市民社会的建构,因此,除家庭法领域存在明显的社会形塑取向,中立的自治法仍是其基本定位;而商法自始以确保以大规模交易为典型的商业往来的有效运作为目标,追求的是商业社会的工具性效率,自治反倒成了一种手段,规范的具体塑造也可以因应商业社会的变化而不断演进。可见,民法与商法各自的目的论体系不具备可通约性,二者均属于以社会建构为目的的私法的子体系。此时,纵然两者的体系要素有时在形式上面临相同的意向对象(如同时涉及诚实信用),但基于不同的体系立场,其意象内容仍是不同的,由此需要不同的类型化路径,并形成不同的教义学结论。

不过,从国家——社会互动的角度看,民法的一般私法地位有其宪法正当性和民主正当性。也正因为此,民法作为一般私法便有其历史性和近代国族法秩序上的必然性。或许正是考虑到这种正当性与必然性,德国商法典筹备委员会面对民、商法典的法律素材问题时才会谈到,“只有进一步根据民法典定稿之后才能确定何为这些法律规范的当然例外”。<sup>[92]</sup>但是,德意志一般商法典同样包含大量有关法律行为与债法总论的内容,构成今日一般商法制度的规范大量委身于商法名下——我们固然可以将此归咎于民法典的缺失,以至于商法典不得不以自治心态全面解决商业活动带来的制度需求,但是吾人若置身于彼时的立法环

[88] 前引[84], Peine书,第112页。

[89] 参见林来梵:《民法典编纂的宪法学透析》,《法学研究》2016年第4期,第108页以下。

[90] 当然,就形式化的民法典而言,其功能又不限于此。对此可参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第35页以下。

[91] 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》下册,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第443页。

[92] Levin Goldschmidt, Die Codifikation des Deutschen bürgerlichen und handels-Recht, ZHR, 20 (1874), 140.

境之中，以一般商法典立法者之姿态端视前述制度，则我们显然仍会将其看成商法制度的组成部分，而不仅是未来一般私法的内容。

换言之，抛开实证法的定见不谈，仅从法律部门的固有内容的角度看，涉及债法与物权法的大量内容同时属于民法与商法的体系，只是出于民法（及其载体民法典）全面立法的宪法正当性和民主正当性，此类规范才被纳入民法典的范畴，并在实证法上被视为一般私法的内容。同时为避免私法制度叠床架屋，在采民商分立体例的国家，相应内容自不应在商法典中重现；在采民商合一体例的情况下，当然更无需重复规定。然而，实定法的现状终究只涉及局部领域、规范层面的外部独立性削弱，对于商法的内在独立性及民法与商法久已形成的二元格局，则并无影响。

### 结语：二元格局的体系意义与实践意义

行文至此，民法与商法二元格局的体系意义已至为明显：从法体系的角度看，刻板地以一般私法与特别私法来描述民法与商法的关系并无明显的教义学上的建构意义。因为这种体系认知的目的不过在于有序描述法律素材的外部体系，对于体系所应发挥的避免评价矛盾及法律获取功能则力有未逮。就此而言，私法的体系首先应当划分成民法与商法两个子体系，除了部分共同规范通过民法得到表达之外，不存在彼体系对此体系的支配关系。在此基础上，商法又可进一步划分成由狭义商法及企业法等商事特别法所共同构成的商法局部体系。

据此，民商合一的民事立法虽然可以在规范层面一定程度上消除商法作为规范群的自治性，却无法消除商法在体系上的自治性。因此，名义上追求“民法典”而实际上追求“私法法典”的立法活动应当兼蓄、包容无法被民法通约的商法内容：不仅在法源层面应当考虑到商法的特殊性，在具体制度的设计上也应把握商法所具有的建构商业社会的目的性，从而以商业社会的事实为经验基础，对商事活动进行灵活规制，而无需受制于自治法定位的民法原则与规则。

就司法实践而言，将商法描述成“特别私法”不仅显得缺乏实益，反而一方面会在个别制度层面时刻暗含着商事制度民法化的危险，即民法制度作为商法制度在商事案件中得到适用，因为在规范的适用上，欠缺特别规定则适用补充性的民法规范，这至少具有逻辑上的正当性；另一方面则面临商法被矮化的风险，尤其是，狭义商法的体系建构因欠缺实体法的直接支撑而难以趋于稳定。因此，如果说本文第三部分的论述仅涉及民法与商法的二元格局在体系上的可行性，则其必要性就在于对我国商事立法背景下商事司法实践与商法体系论述的视角转换：商法本身就是独立于民法的法体系，因此，除涉及民法与商法的共通规范外，民法规则相对于商事案件而言就不具备直接的可适用性。进一步讲，在采民商合一立法体例的我国，商事案件的法律适用面临三类规范选择：第一类，商事规范（如有关商事留置权的特别规定），得直接适用于商事案件。第二类，民法与商法的共通规范（如意思表示规则），亦得直接适用于商事案件。第三类，民法规范，需通过商法体系内的有效性论证之后方得适用。因为第三类规范的适用事实上已属于商法法律续造的一部分，单纯“一般法——特别法”的逻辑适用规则其实粗暴地排斥了法律续造的经验判断属性。

此时应当摒弃以往“向民法逃逸”的倾向，除应遵循漏洞填补的一般法则（如商事交易的需求、事物的本质等）之外，应当首先诉诸商法自身的渊源、商业习惯、立法计划（涉及法律内的法律续造）和商法原则（涉及超越法律的法律续造）。

然而，民法与商法规范的具体界分殊非易事，何况其边界在不同的历史阶段亦存在一定程度的变动性，因此，如何界定上开三类规范，则属商法体系具体建构所面临的任务之一。不过，对商法规范的识别与描述活动所涉及的是商法外部体系的建构，本身并不是对规范的性质进行评价的标准，而是结果。因此，商法体系建构的首要任务在于建立包含此类评价标准且以目的——手段思考方式为基础的目的论体系。就商法教义学而言，商事特别法在实证法的支撑下已获得相对而言长足的发展，而狭义商法学的体系建构则方兴未艾，尚待吾人在体系判断的基础上继轨耕耘。

---

**Abstract:** Compared with commercial law, civil law is in the subsidiary position. To understand this relationship between the two laws, it is necessary to go back to their correlation in the realm of private law. Before the early modern period, commercial law had gone through three stages of development: systematical *in absentia*, the formation of law merchant and state law, while civil law had been steadily consisted of customary law, Roman law and canon law. The legal conditions of Roman law laid the foundation of the dichotomy between civil and commercial laws in later times. Since the Middle Ages, the law of merchants has been beyond the realm of state law and consequently isolated from civil law. However, since the early modern times, civil law has not been able to keep up with commercial law, leading to the further solidification of the dichotomy between the two laws. The modern dichotomy of private law, or the dichotomy between civil law and commercial law, began in the 19<sup>th</sup> century. Since modern times, the progress of civil law has weakened the external independence of commercial law, leading to the prosperity of “relative theory” and significantly influencing the codifications of commercial law in the late 19<sup>th</sup> century. However, the validity of the “relative theory” presupposes temporal and institutional restrictions. If the independence of commercial legal norms disappears, the internal independence of commercial law will also lose its relevance. As to the commercial law in narrow sense, as a special law, it is built upon specified subjects. Enterprises, which are defined as the most important subject element, lay the foundation of legal institutions of commercial law. The regulating purpose of commercial law and the principles of commercial law, which are based on business reality, make the existence of the normative external independence of commercial law necessary. From the point of view of teleological legal system, civil and commercial laws are constructed in different ways, which vindicates today’s dichotomy of private law. Such a dichotomy is both systematically and practically meaningful.

**Key Words:** civil and commercial law, dichotomy, enterprises, independence

---