

编纂《中国商法典》前瞻性思考^{*}

范 健

[摘 要] 在编纂《中国民法典》的同时,中国需要编纂一部《商法典》,这是维护国内经济秩序与社会秩序稳定并有序发展、保持我国的国际竞争力和提升国际地位的创新工程,也是保证我国实现《民法典》编纂价值目标的关键。编纂《中国商法典》是一项循序渐进的系统工程,其路径是:制定总括商法原则及一般规则的《商事通则》;全面展开现有商事法律制度的整理汇编,即完成《商事法律汇编》;在条件成熟时编纂一部与《民法典》相呼应的《中国商法典》。

[关键词] 商法 民法典 商法典 编纂 商法通则 商事行为

[中图分类号] D923.99 [文献标识码] A [文章编号] 1000-114X(2018)03-0219-09

在编纂《中国民法典》的同时,中国需要编纂一部《商法典》,这不仅仅是当下中国社会政治经济与法制进步的需要,更是倡导“一带一路”的中国走向世界的需要。

商可兴邦,亦可毁国;商可提升人类的创新动力,亦可激发人们的贪婪欲望;商是社会繁荣的基石,亦是社会动荡的本源。可以说,人类社会的历史,无论政治、经济、科技,甚至战争,很大程度上都反映在商的盛兴与衰落的跌荡起伏之中。

商可带来繁荣,自从有了远古贸易,人们就充分认识到了商的这种独特功能,无论古希腊罗马、中国春秋战国,还是古伊斯兰沙漠商队城、古印度孔雀王朝,奴隶社会的繁荣都是建立在商业繁荣基础之上的。商同样可以导致人们道德堕落和社会动荡,由此,整个封建社会,无论东方和西方,大一统的封建帝国,都依赖禁商抑商维持其政治统治,同时也导致社会陷入长达千年的停滞不前。近现代资本主义的成功,很大程度上归功于合理地运用了商的特殊社会发展功能,这就是:张扬商的社会积极功能、抑制商的社会消极功能;将商纳入法制的轨道,运用商事法制培育现代商人精神,规范商人行为。正如法制是人类文明的阶梯,现代商法是现代商事文明的阶梯。

^{*} 本文是范健主持的2017年国家社科基金项目“民法典编纂后的商事立法研究”(项目号17BFX008)的中期研究成果。本文写作中,南京大学法学院博士生丁风玲帮助收集整理了主要资料。

中国是一个缺乏商人精神和商法传统的国度。改革开放四十年来，我们在经济领域取得了巨大成就，我们的商业活动也出现了前所未有的繁荣，但在社会道德、信用、公正、信仰等方面，我们出现了较为明显的问题，资本主义早中期发展中的各种积弊在我们社会中有所表现；我们积极推行法治，但社会的违法行为和违法案件不是减少而是增加；我们崇尚正义和法制精神，但社会民众的价值判断更崇尚利益；我们在全社会推行商品经济，但商人营利演变成了全民逐利。这些现象的出现，不能不令我们思考商业繁荣背后的制度缺憾，不能不令我们反思和重新评估我们现行法律制度构建方面的问题：因为我们民商不分，缺乏商事基本法，商人创新精神缺乏商事基本制度保护，商人唯利是图的本性也缺少商事基本法律制约；商人没有自己的品格和精神目标，无法建立自己的精神家园，更多的商人只是短视的逐利工具，缺失长远的社会责任；国家倡导的企业家精神，即中国商人精神，在全社会的眼中可能只是一个模糊不清的概念。因此，当下的中国，需要制定规范和引导商人和商行为的商事基本法典，使《商法典》成为构建中国企业家精神的坐标。

世界历史所展示的共同智慧和当下中国经济强劲发展及社会变革的现实需求，使法典化的呼声自中国商法研究起步起就不绝于耳。然而与之相伴，去法典化呼吁也在法学界此起彼伏，并且就中国商法立法历程来看，后者更占主流，其理由基本就是民国时期《民商合一提案审查报告书》所列八大理由。鉴于日本著名学者我妻荣已经对该八大理由逐一展开了批驳论证^①，且本文持赞同意见，故不再赘述。

笔者认为，面对中国经济进入结构性转型和世界经济进入深度竞争与冲突的格局，商法典的制定是维护国内经济秩序与社会秩序稳定有序发展、保持我国的国际竞争力和提升国际地位的创新工程。不论是世界大国崛起的历史还是世界战争的启示，不论是富民强国定国安邦，还是消除积弊铲除乱象，都要求我国在编纂《民法典》的同时，尽快制定颁布《商法典》。

一、编纂《中国商法典》的价值和意义

（一）商法典是世界列强兴起的制度基础

在世界历史上，商法典不仅早于民法典创制，是推动民法典制定的重要因素，更为世界主要大国的崛起提供了坚实的制度基础。近现代大国的崛起几乎全部建立在商业文明基础之上，而近代商业文明又以商法文明为根基，商法的精神铸造了商人精神，建立在现代商法原则之上的商人与商人的关系、商人与政府的关系、商人与官员的关系、商人与宗教的关系、商人与社会的关系、商人与公民的关系等等，构建了现代社会的商业文明，构建了商业文明时代社会的公平、正义、法制的基础，奠定了国家和民族的基本价值观和现代精神。

以法国为例，法国的崛起很大程度上基于商法典的助力。法国于1673年颁布的《路上商事敕令》实际上是最早的《商法典》，该法典作为当时立法的杰作，促进了法国民族市场的形成，进而推动了民族经济的迅猛发展，社会由农业本位走向工商本位，发展工商业成为社会的主旋律。^②此后，法国实现政治统一，1807年颁布了近代意义上独立、完整的统一商法典——《法国商法典》，该法典的出台使法国的经济发展远超邻国，一跃成为欧洲大陆经济大国，此后，各国纷纷效仿甚至直接移植法国商法典制定本国商法典，进而形成了法国商法法系，更是让法国成为“法律大国”，国际地位赫然耸立。

德国在统一之前，邦国林立，政治分化，为了改变该格局，普鲁士首先统一商事法律制度，

出台了1727年《普鲁士海商法》、1751年《普鲁士票据法》、1776年《普鲁士保险法》等商事法律，极大地扫清了阻碍城邦间商事贸易的法律障碍。1794年出台的《普鲁士普通邦法》更是几乎包含了所有商事领域的基本规则，1847年的《德意志统一汇票和本票》使德意志各邦国商事法律的统一取得实质性进展，各邦国商人在此中间因为贸易联系的不断增强而迅速团结，出现了在德国政治统一之前各邦国率先在经济上实现了统一的局面。1861年《德意志普通商法典》的出台则真正使各邦国之间逐渐凝聚，为德国政治统一大业奠定了坚实的社会基础。俾斯麦采取商事法律制度先行的作法，不但加快了德国政治统一的步伐，更使统一后的德国经济迅猛发展，位居世界前列。

在二十世纪之前崛起的西方大国，无论西班牙、葡萄牙、意大利、日本，还是其他大国，无一不是借助商法典提升国家商事竞争力。二十世纪中叶美国战后商业经济的崛起乃至成为全球经济的领导者和贸易规则的制订者，《美国统一商法典》同样具有不可磨灭的贡献。

因此，商法典的积极作用不仅在于调整商事法律关系发展一国商业，更在于提升一国的国际地位，促使一国走向世界经济强国乃至政治大国。

（二）商法典是防止商业无休止扩张的标尺

虽然商业发展可以带动社会进步，增强国家竞争力，提升一国的国际地位，但是，以利益为导向的商业具有无休止扩张的内在倾向，所以我们需要能够引导和促进商业健康发展的商法典。

没有良知的商业一定是野蛮的，从古代社会至欧洲中世纪的历史以及15、16世纪后的所有战争已经说明了该事实。作为欧洲中世纪社会行为准则的宗教伦理没能发挥禁商的作用，反而使商业冲破禁锢迅猛发展，宗教伦理对商业的排斥使商业伦理一度失去束缚，犹如脱缰的野马迅猛前行。十五、十六世纪的商人一味地追求利益、追逐财富，唯利是图的商人本性弥漫整个欧洲，商业开始无休止的竞争，资本主义的掠夺使社会贫富快速拉开差距，任何能够创造财富的方式，商人都企图尝试，一时之间，人体器官买卖等冲击世俗伦理的行为也被商人所实施，开拓市场获取资源更是成为商人的利益诉求。于是乎本国的商业开始超越国界，商业贸易扩张带来了15世纪新航线的开通，此后，西班牙和葡萄牙等早期商业大国，率先成为殖民掠夺的领跑者，世界列强的殖民统治无一不是商业无限度扩张的结果，乃至发生于上个世纪上半叶的二次世界大战，同样因列强为了重新瓜分世界市场分配资源而掀起。因此，商业的无限度扩张，小至危害一国社会稳定，大到引起世界格局动荡。

而扭转欧洲各国境内十五、十六世纪商业无限扩张局面的便是古罗马法的复兴所带来的市民伦理的构建以及商法典的制定所更新的商业伦理观，系统、独立、完整并且带有强制性的商法典通过特权与限权规则的制定取代了纯粹利益追求的商人自治规则，民法典和商法典的共同作用将商业的发展限制在合理的范围内。

所以，一国增强实力需要发展商业，但商业又有内在的无序性，此时要保证商业的健康发展，既需要维护市民伦理的民法典，更需要保障和规范商业活力的商法典。

（三）商法典是改变我国社会乱象的突破口

长期以来，我国社会出现的诸多乱象都与我国缺乏商事基本法，缺乏商法典有关。马克思的社会分工理论指出“一个民族的生产力发展的水平，最明显地表现在该民族分工的发展程度上。”^③马克思理论的社会分工既包括部门、行业的分工，也包括企业内部的分工。根据马克思的理论，社会分工是国家生产力发展的重要因素，该分工在经济学上是不同行业的配合，在法学上

则是不同部门法制度的建设，既包括行政法、刑法等公法制度的完善，也包括民法、商法等私法体系的健全。所以，要以社会分工推动国家生产力的发展，在法学领域需要构建全面的制度。目前而言，虽然我国总体上建立了相对健全的法律制度体系，但是，商事法律基本制度仍没有得到应有的对待，一直处于被忽视的状态。

我国没有真正独立的商事法律基本制度，只有简单的商事单行法，在立法空白时往往只能求助于民法。正是该民商不分的立法理念使我国商事领域没有准确的分工，大量的经营行为被政府官员、百姓、事业单位等认为是民事行为，整个社会出现了全民经商，营利与非营利行为区分模糊与混乱，更使犯罪现象大量出现，权力腐败比比皆是。与此同时，商业伦理观正在侵蚀我国的市民伦理，使社会伦理发生重大偏差。改革开放近 40 年来，我国的经济总量不断上升，但商人的素质却不断下降，由于商事规范的缺乏、社会分工的模糊性，使得我国出现学校、医院等公益机构加入了营利的大潮，上市公司、金融机构等社会大企业无休止地恶性经营，中小企业、个体商人唯利是图，社会出现大量假冒伪劣产品，商业欺诈与犯罪频发等严重偏离社会伦理导向的现象。更有甚者，承担公共服务职能的事业单位也加入逐利的商人队伍，通过商事经营弥补财政收入。

现阶段的整个中国掀起了经商的狂潮，商业正在悄然的无序扩张，导致全民逐利。而这一切都与我国没有独立的商事法律制度，欠缺规范商人行为的法律，以至于无法形成明确的国家分工有关，因此，扭转该局面的突破口便是商法典的制定与出台，使得商法能够脱离于民法，并通过制度的健全保障商业领域社会分工的发展，进而促进国家生产力的健康前行。

（四）商法典是我国实现“一带一路”倡议目标的重要保障

除了国内商业发展的需要，商法典的制定还是我国推行国际经济合作战略的制度基础。

我国“一带一路”倡议致力于推动国际经贸合作，该战略横跨亚、非、欧 65 个国家，各个国家之间的经济政治发展水平大相径庭，法律制度又各有差异，要保证该倡议的顺利推行，我们离不开法律制度的保驾护航，这是近现代大国崛起公开的秘密。不论是殖民时代的西班牙、葡萄牙、英国、法国，还是二战后成为超级大国的美国，他们在对外开展经贸合作时，都以法律制度的输出作为保障。不过，上述国家依赖于卓越的经济实力或军事实力，实行的都是法律的强制输出，现阶段我国只能通过商事法律的国际趋同，以国内商事法律制度的健全与完善获取域外国家的认同，进而激发外国对我国法律的自主趋同，最终实现法律制度的输出，这是和平与发展时代我国构建国际经贸合作保障体系的必然选择。

要使我国的商事法律制度获得域外认同，我国所提出的规则必须在洞悉市场法律、了解国际贸易现实的基础上契合国际背景，符合当代商事法律特征。当代主要发达国家都以商法典作为调整商事关系的重要法律，而采取民商合一立法体例的国家则数量有限并主要是地域小、人口少的国家，因此，若我国以民商合一的法典作为调整商事法律的基本法规并以此推向世界，不但不符合我国地广人多的国情，还可能无法获得“一带一路”沿线国家，尤其是市场经济发达强国的认可，最终阻碍我国“一带一路”经贸合作战略保障制度的构建。所以，制定具有时代特征的商法典并以此作为中国走向世界的法律桥梁，是保障我国实现“一带一路”倡议目标的核心工程。

（五）、商法典是保证我国《民法典》编纂实现价值目标的关键

我国正在编纂的《民法典》如果忽视商法的独特作用，刻意回避民商事立法体例问题，将

无法凸显民法伦理观与商法伦理观之间的重大差异，乃至出现商业伦理对世俗伦理的渗透，进而重蹈欧洲中世纪中后期的覆辙。

在世界历史上，商法法典化远早于民法典的创制，更有甚者，源流于欧洲中世纪的近代商法就是中世纪后期罗马法复兴并走向法典化的重要原因。

于古罗马时期就获得成文法地位的民法，在西罗马帝国灭亡欧洲进入中世纪时走向了“没落”，彼时的社会行为准则是以禁欲、禁商为特征的宗教伦理。宗教伦理得以取代民法成为世俗社会的基本规则源于日耳曼人的入侵，政权的更替抑制了古罗马民法的延续，但却为商法走向系统化、体系化提供了政治基础。西罗马帝国被日耳曼人灭亡使原先的罗马帝国领土相继出现了一批蛮族国家，整个欧洲逐渐形成了城邦国家林立的政治生态，城邦间的商人自行开展商事交易，创建商业城市，发展海上贸易，商业城市自治法和海上贸易习惯法应运而生，在禁商宗教伦理的统治下，商业活动因为城邦林立的政治格局非但没有被抑制，反而不断发展并形成并行于宗教教义的一整套习惯法和成文法。该情形延续了整个中世纪中期，到了中世纪后期，随着商业的扩张，一方面以推崇营利为核心的商业伦理和以禁欲、安贫为精髓的宗教伦理的冲突逐渐加剧，宗教伦理逐渐成为限制生产力发展的桎梏；另一方面，商人对利益的不断追求使商业陷入无休止的竞争状态，唯利是图的价值导向使商人成为社会最危险的群体。该现实迫使人们开始寻找能够替代宗教伦理，维护社会伦理价值以平衡商业伦理冲击的道路，为此古罗马法的复兴运动水到渠成，法国和德国相继出台了民法典。

所以，诞生于十九世纪的民法典是宗教伦理与商业伦理冲突的产物，民法典以构建工业社会之市民伦理为己任，是新兴现代国家为解决世俗伦理，对抗日益堕落的商业伦理而创造的规则，在这里，商法自身无限制的发展是民法典创制的历史原因与现实需求。并且，十九世纪欧洲各君主国出台民法典之际都试图用民法典调整商人关系，但是也都走向了失败，拿破仑颁布《民法典》之后就认识到了保障社会经济活力仍然需要《商法典》，德国同样放弃以《民法典》取代《商法典》的做法，采取了民商分立并同时分别制定民、商两部法典。

欧洲大陆法国家于十九世纪末完成的民商法分立体制及新商法典的制定，结束了长达几个世纪商业行为的无休止恶性竞争和商业道德的日益堕落，为构建商业领域公平竞争秩序奠定了理念与制度的基础。欧洲商法史的经验与教训，对于没有商业传统、刚刚步入商业社会时间不长的当下中国具有重要的历史借鉴意义。

综上，从世界历史来看，商法典是成功编撰、实施民法典的关键，也是世界主要大国兴起的坚实基础，还是防止商业无休止扩张和保障经济健康发展的标尺；从我国的国情来看，国内社会乱象需要商法典的制定，国际经济战略的推行更要求商法典的出台，因此，我国制定商法典具有重要的价值和意义。

二、编纂《中国商法典》面临的理论与实务问题

（一）从传统商法到中国特色社会主义商法

传统商法诞生于资本主义发展初期。在文艺复兴运动和启蒙运动的影响下，反对公权干预，倡导天赋人权成为当时社会最响亮的口号，私有财产制度也获得了有史以来更加广泛的正当性及其道德论证。^④但是，当下中国面临的国情与两百多年前的西方各国存在巨大的差异。中国商事主体和商事财产公、私并存的社会现实意味着我国的商事立法不可能简单模仿西方。作为中国的

商事立法，中国商法典必须根植于中国的政治制度和经济体制，创立适合中国社会发展的、与社会主义市场经济体制相适应的商事基本制度，并在此基础上最大可能地促进中国商事制度与世界制度的融合。

传统商法以法国商法、德国商法和英美商法为代表。就共同点来看，传统商法具有两个特征。第一，强调个人主义。个人被赋予不可侵犯的财产权和契约订立权。对此，英国哲学家斯宾塞曾说过“保证文明、进步和大多数人最大幸福的唯一途径就是让企业家和企业享有尽可能多的活动自由，最大范围实现个人主义。”^⑤第二，强调对私有财产的绝对保护。美国斯托里法官在哈佛大学法学院的演讲中曾说过“财产权神圣不可侵犯，如果他们得不到保护，其他所有权利都将变得毫无价值”。^⑥在传统商法视角里，如何保障私有财产权的行使是民商事法律制度的主要内容。

不同于西方各国，社会主义制度下的中国面临着独特的社会现实。从主体制度上来看，公主体在商事经营活动中掌握国家经济命脉，是商事活动中的重要主体。2015年中共中央、国务院发布的《关于深化国有企业改革的指导意见》依然明确表示全民所有的国有企业是“推进人民公共利益的重要力量”，要“坚定不移做强做优做大国有企业”。从财产制度上来看，我国最大的独特性就在于公、私财产并存并且公有财产具有显著的地位。我国宪法规定了公有制经济的主体地位，并始终强调国有经济是国民经济中的主导力量。在此经济基础上，我国商事财产中公有财产具有显著的地位。这都是我们在商法典立法中不能回避的问题。

商法的发展是一个与时俱进、与时创新的过程，谁的创新性强，谁就占据主导地位。^⑦新时期下的中国，必须探索出适合中国国情的良好的商事法律制度来回应中国的社会现实。回应实践、解决问题是中国特色社会主义商法典应当承担的历史使命。改革开放三十年，中国取得了显著的成就，商事活动为此贡献了重要的力量，商法典作为商事活动的基本法，需要总结过去以展望未来。第一，作为商事基本立法，中国商法典必须根植于中国的政治制度和经济体制，创立适合中国社会发展的、与社会主义市场经济体制相适应的商事基本制度，并在此基础上最大可能地促进中国商事制度与世界制度的融合。第二，作为现代的商事立法，中国商法典既要关注商法的私法属性，更要看到商法的强制性，以商业伦理为出发点维护商事交易中的公平正义，平等保障参与商事交易的各方主体的权利义务，维护经营者利益的同时，关注消费者利益，彰显国家利益和社会公共利益。第三，作为具有时代性的商事立法，中国商法典应当最大程度地激励和保护商事主体的创新力和创造力，在确保商事创新活动有法可依、有章可循的同时，消除妨碍商事交易秩序健康运行和发展的非法交易行为。第四，中国商法典需要从当下中国产权制度的现实出发，在肯定公、私商主体并存的同时，建立商主体独立、平等、公平的规则体系和竞争体系，尤其需要从中国实际出发，构建公有商主体、现代企业制度中二权分离这一商法基本规则，防止重蹈传统社会主义国家将企业沦为政府的工具或附庸，进而导致政企不分、政商不分的复辙。

（二）《中国商法典》立法体系构建面临的理论与实践难题

编纂《中国商法典》的需要不是人为的，而是在商法与实践的互动中显现出来的，它产生于生动活泼的商事实践，即现实迫切需要商法典填补民法和已有商事单行法律之间的空白。^⑧尽管编纂《中国商法典》是商事实践活动的现实需要，但是基于中国社会独特的矛盾，制定商法典首先在体系构建上面临着众多理论和实践问题，需要有成熟的商法理念和理论贯穿于商法典的各个部分，贯穿于整个商法典。

第一，商法典的立法原则和指导思想。作为现代的商事立法，商法典既要关注商法的私法属性，更要看到商法的强制性。既要以商业伦理为出发点维护商事交易中的公平正义，平等保障参与商事交易的各方主体的权利义务，又要关注消费者利益，彰显国家利益和社会公共利益。各方关系的平衡背后应当采取何种立法原则和指导思想是商法典立法面临的第一个问题。这一问题反映在立法体系上，集中表现在商法典是一部纯私法还是兼容私法与公法；是一部仅调整平权关系的法律还是既调整平权关系，又调整监管关系的法律。这一问题在大陆系国家商法体系中始终存在争议，主要表现在是否将反不正当竞争、反垄断、消费者保护等单行法纳入商法典的争论之中。

第二，商事主体制度构建。中国的商事主体制度以活跃的公法主体和庞大的私法主体为存在，国有控股企业、国有独资企业、民营和外资控股、参股及独资企业、个体工商户、农村承包经营户等多元主体并存，这一商事主体格局在世界范围内独树一帜。但是这背后也面临大量的问题。一方面，国有企业效率低下，行政性垄断和不正当竞争尾大不掉；另一方面私主体经营的法律保护不健全，创新能力有待进一步释放，规范经营行为难度大；同时，公主体又需要不同于私主体的特殊规则设计。这些都是中国商法典立法面临的难点。

第三，商事人格制度构建。与自然人的人格不同，商事主体的人格具有财产要素；与其他商事主体的人格不同，企业的人格还凝结了信用要素，由此引申的商事人格保护就需要层次性的制度设计，而商事人格在现有商法典的国家中又较少涉及，商誉更是英美法系的产物，因此对商事人格制度的安排将是中国商法典不得不面临的制度创新。

第四，商事财产制度构建。与民事财产用于生活消费以稳定为特征不同，商事财产作为经营性财产以风险为基本属性、以增值为目的，由此引申出不同于民事财产制度的商事财产制度构建。不仅如此，在公有主体大量存在的现实体制之下，公有商事财产的保护也是商法典不能回避的问题。公有商事财产使用除了受该公主体内部治理结构商事判断的影响外，还受国家有关管理部门的监督。公私并存的商事财产制度的构建亦是在商法典制定历史上面临的一个新的问题。与此同时，传统商事财产标的物主要是农产品、工业品，现代商事财产标的物扩展到了知识产品、金融产品、数字产品等，商事交易标的物的非实物形态更趋普遍，这同样构成了现代商法与传统商法规则在法典化方面的巨大差异。

第五，商事行为制度构建。商事行为制度作为商法的核心，随着商法历史的演变而变化。商事行为法是传统交易与新型交易并存的交易法。在建构现代商事行为制度时，需要对传统商事行为的商品及服务与现代商事行为的商品及服务作出区分，认识到现代商事行为的复合性，对加入了金融产品、数字产品这类标的物，以及加入的大量的商事服务后的商事行为制度如何正确调整，如何安排相关制度，依然存在很多问题。

第六，商事责任和商事纠纷解决制度构建。商事交易安全的价值取向要求商事责任具有法定性与强制性，商事交易效率的价值取向又要求商事责任具有契约性与任意性。因此商法典所构建的商事责任制度既要确立严格的法定责任，更要在尊重商事交易自由的前提下，肯定商事主体在法律框架下创设商事责任的合法性。二者的平衡是制度构建的难点。同时，在商事责任纠纷解决制度上，商法典应建立商事纠纷多元化解决机制，以商法理念和思维为指导裁判商事案件。建立独立的商事审判庭，并强化仲裁、调解等诉讼外纠纷解决方式的运用。这些制度如何安排，安排的必要性等都是我们需要解决的问题。

总之，中国商法典体系的构建应当立足于中国改革开放以来的商事活动实践，以创立适合中国社会发展的商事制度。在这一过程中必然面对诸多问题和商法制度创新的挑战。

三、编纂《中国商法典》的路径

当代中国，就商主体与商行为已经颁布有大量的单行法规，这些单行法规缺乏统一的商事立法原则和指导思想。从宏观上而言，对社会关系和经济活动的调整缺乏清晰的方向性指引，相反很大程度上造成了社会关系的混乱。从微观上而言，规范重复设置彼此冲突，不严谨、不协调，造成商事交易与商事司法的困境，因此，编纂商法典首先要构建中国的商法体系。

构建中国商法体系的路径，至少应当包含三个重要的步骤，即制定总括商法原则及一般规则的《商事通则》，完成现有商事法律制度的整理汇编，进而在条件成熟时编纂一部与《民法典》相呼应的《商法典》。

（一）制定《商事通则》是编纂中国商法典的基础工作

法典化是形式商法的一种选择，制定成商法体系的商事单行法，以及制定总纲性商法加单行法都可以是形式商法的实现路径。中国当下商事立法的最佳路径选择是以总纲性的商法通则加商事单行法的方式逐步过渡到商法典。

首先，历史经验表明对于中国现阶段爆发的社会矛盾，走向商法典是一条可行的出路，但是与历史特定条件不同的是，不论法国、德国还是后来的美国，其商法典制定时期，各主要商事单行法都未体系化。^⑨而中国当下公司法、证券法、保险法、海商法、破产法、反不正当竞争法、反垄断法等商事单行法都已有多年历史，甚至新兴领域的电子商务法等也在孕育当中，并且上述法律由不同的部门制定，法理念、法目的乃至法原则都或多或少存在差异。因此，在当下中国制定一部包罗主要商事单行法的商法典，至少需要面临立法技术上的统合难度。解决该难题障碍重重，需要一定程度的经验积累，会导致商法典编纂的时间延迟。

其次，当人们从立法与实践的互动上观察问题时会发现，仅完善现有以不同商事领域为规范对象的法律还不能达到完善商法的目的。商事实践还需要一些对分别以不同商事领域为规范对象的法律有统率意义，或虽无明显统率意义但具有个别领域特征的单行商事法律所不能包括的规范，而这正是我国商事立法中的重大空白。填补这一空白的可行路径便是制定中国的《商事通则》。

再次，从立法的紧迫性来看中国商事活动和司法实践急需《商事通则》。从法律体系来看中国商事部门法较为完备，但是诸如贯彻商主体法定原则的商事登记、保护商事人格的商事字号规定、彰显商事信用的商事会计账簿、体现商事客体性的营业资产等立法规则都付之阙如。尽管可以单行法化，但是在立法尚属空白，法体系性又较强的情况下，将之凝结于商法一般性规定中，凝结于总纲性商事法律中，既能避免出现单行法因部门立法而相互冲突的情形，又能在商事一般法的框架下健全中国商法体系，是较优的立法选择。

因此，《商事通则》是当下中国商法回望过去，镜鉴当下、连接未来的有效选择。

（二）完成《商事法律汇编》

《商事法律汇编》是在遵循一般法律汇编原则的基础上，对商事法律的体系和规范进行有条理的整合与汇总，形成我国独有的以《商事通则》为核心的商事法律体系。以《商事通则》加商事单行法的方式完成商事法律汇编是走向商法典的必要工程，汇编的主体为立法机关，由全国

人大常委会成立专门的商事法律汇编委员会。汇编的主要工作由解释商事单行法之间的矛盾与冲突开始，以构建体系化的商事法律为目标。除了传统意义上的商事法律，商事监管法和商事竞争法也都应纳入商事法律汇编体系中，构建以商事通则—商事单行法—商事监管法—商事争议解决法为框架的商事法律体系。

（三）编纂《商法典》

法典化的系统编纂是商法最高层次的形式理性，商事法律汇编仅是将我国的商事单行法模式过渡到商法典模式的中间路径，一旦我国通过商事法律汇编形成较为系统的商事法律框架体系，社会商业伦理秩序趋于稳定，我国仍然应当制定《商法典》。通过保障基本权利的《民法典》和规范商业秩序的《商法典》的共同作用，实现社会关系和经济活动的长远发展。

不过，值得注意的是，为了体现时代的特色，扭转我国现阶段营利与非营利模糊不清的格局以及应对当下商业发展的新要求，较之于早前的德国、法国《商法典》，我国的《商法典》必须在构建新时代背景下商主体和商行为理论的基础上展开具体规则的设计，从而使该法典反应二十一世纪时代特征的同时，为世界多数国家所认可并自发趋同。

① [日] 我妻荣 《中国民法债编总论》，洪锡恒译，北京：中国政法大学出版社，2003年，“序论”。

②⑦任先行 《商法原论》，北京：知识产权出版社，2015年，第573~577、638页。

③《马克思恩格斯文集》（第1卷），北京：人民出版社，2009年，第520页。

④张文喜 《马克思所有权批判及其相关的公平正义观》，北京 《中国社会科学》，2016年第8期，第13页。

⑤何勤华、李秀清主编 《外国商法》，上海：复旦大学出版社，2015年，第13页。

⑥ [美] 伯纳德·施瓦茨 《美国法律史》，王军等译，北京：中国政法大学出版社，1989年，第91页。

⑧王保树 《商事通则：超越民商合一与民商分立》，北京 《法学研究》，2005年第1期，第36页。

⑨王建文 《中国商法立法体系批判与建构》，北京：法律出版社，2005年，第85页。

参考文献：

[1] 范健、王建文 《商法基础理论专题研究》，北京：高等教育出版社，2005年。

[2] 谢怀栻 《外国商法精要》，北京：法律出版社，2014年。

[3] 张民安 《商法总则制度研究》，北京：法律出版社，2007年。

[4] [意] F. 卡尔卡诺 《商法史》，贾婉婷译，北京：商务印书馆，2017年。

[5] [日] 穗积陈重 《法典论》，李求轶译，北京：商务印书馆，2014年。

[6] [法] 伊夫·居荣 《法国商法》，罗杰珍译，北京：法律出版社，2004年。

[7] [比利时] 亨利·皮朗 《中世纪欧洲经济社会史》，乐文译，上海：上海人民出版社，2014年。

[8] [美] 伯尔曼 《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方、高鸿钧、夏勇、张志铭译，北京：法律出版社，2012年。

[9] [美] 赛缪斯·鲍尔斯、赫伯特·金蒂斯 《民主与资本主义》，韩水法译，北京：商务印书馆，2013年。

作者简介：范 健，南京大学法学院教授，澳门科技大学特聘教授、博士生导师。

南京 210093

[责任编辑 周联合]

folk literature, comparative literature and their methodology. However, the evaluation of academic achievements always ignores the staged and monographic research. Thus, monographic research's diversification should be encouraged. Interdisciplinary research should not take a few strict and unified definitions as standard. Works with specific character are likely to be more original and enlightening. Therefore, they shouldn't be judged too harshly through whether they conform to some explicit definition in an individual discipline, and it is improper to rename the study which combines the existing finds and some new ideas. The review of academic history can not be separated from the discussion of concrete academic works. A work having a significant impact in a historical context is not necessary with great originality in academic history. It is necessary to summarize the phenomenology of literature, the application of literature research method, and the academic research history.

(7) An Institutional Analysis of the Intergenerational Occupational Mobility

Lu Xianxiang, Yin Yulin·185·

Intergenerational social mobility marks the overall state of social development and progress, and it is an indicator of changes in social stratification. This article mainly uses multinomial logit model to measure the impact of different factors on children's career mobility. Moreover, the study attempts to explain the characteristics and influence mechanisms of intergenerational occupational mobility and intergenerational occupational inheritance by using North's "personalized transactions" and "limited access order" theory. The empirical results show that personalized transactions lead to unequal intergenerational occupational mobility. As the institutions experienced changes, compared with the intergenerational occupational inheritance, the probability of the intergenerational downward mobility of rural children is higher than that of urban children, the probability of upward mobility of rural children is lower than that of urban children. Limited access order inhibits social mobility.

(8) Prospective Thoughts on Compiling the Chinese Commercial Code

Fan Jian·219·

It is necessary to compile a Commercial Code in China when compiling the Chinese Civil Code. This is an innovation project for China to maintain the stability and orderly development of its domestic economic and social order, and to retain its global competitive edge and enhance its international status. It is also crucial to ensuring that the value goal of compiling the Civil Code will be achieved. The compilation of the Chinese Commercial Code is a systematic work, which is to be approached step by step: (i) to stipulate the general principles of commercial law which include the commercial law principles and the general rules; (ii) to collate and assemble the existing legal institutions for commercial affairs, i. e., to complete the compilation of laws for commercial affairs; (iii) to compile the Chinese Commercial Code in corresponding to the Civil Code when the time is ripe.