

论商法的独立性

——以商事主体(商人)为中心

张诗伟*

摘要:笔者从商人(商事主体)的角度,就商人(商事主体)的几个主要问题,运用历史和逻辑的方法对商法的特质进行了剖析。尤其是详细分析了中世纪商人法的形成背景和具体内容构成,并通过和民法的比较,阐明了商法所具有的特质,从而认为商法在中世纪起便是一个独立的法律体系,由此形成的一套独特的商法传统为后世商法所继承并延绵不绝和生生不息,从而雄辩地说明了商法的独立性。而且,现代社会商品经济和商事活动的不断拓展使人们对商事活动的特殊性和规律有了更深的认识,商法也因此而更趋发达,商法的独立性由此表现得更为明显,所谓民商合一的体例及其所负载的功能已难以适应时代的需求。具有独立地位和形式的商法在价值和逻辑上都有其合理性,但在现代私法框架下,商法独立也具有有限性和相对性,即使在其取得了独立的最高形式——商法典时也不例外。就我国而言,承认商法的独立性,在立法层面上至少制定以商事主体为中心的商事基本法应是我国商事立法的合理的选择。这既是适应对商事经济活动进行规范、保障和促进的需要,也是完善我国私法体系和促进商法发展的重要条件。

关键词:商法 民商合一 中世纪商人法 独立性 商法通则

一、范畴界定与选题理由:为何要以商主体(商人)为中心?

商事活动作为人类活动的特殊领域,何时实现从人类一般活动的分离?如果这种分离是经济活动规律的客观要求,商法所谓的特殊调整对象就绝不完全是学者的臆想。因此,在本部分,笔者试图对下列商法的某些基本范畴作简单介绍,同时,也对本文的选题理由作简单说明。

商,在汉语里,源于殷商文明时期的祭祖,后扩大指称为商王祭祖之邑,再扩大为指

* 北京市中伦律师事务所合伙人。本文修订过程中得到邹学庚先生的宝贵意见,特表感谢。

在商邑祭祖之统治王朝。^①可见,商的本初含义仅指地名而根本不具有经济含义,而后才逐渐衍生出了经济含义。在其初期,也仅指买卖且仅限于简单的物物交换行为,而且,这种交换行为也是由生产者自己完成的,即生产者兼有交换者的双重身份。这反映了商品交换的早期形态:没有货币的介入,也没有商人。按照马克思经典作家的观点来看,商人、商业乃是奴隶制社会商品生产交换进一步发展的结果。在该时期产生形成了第三次社会大分工,^②即商业实现了同农业生产的分离而成为连结生产和消费的专门从事商品交换的经济部门。与此同时,出现了专门的“为卖而买”和“为再买而卖”的集团——商人,其职能是“专门对商品交换起中介作用”。学界一般认为,在中国,到了西周才有商业的发达和商人的出现,所谓“六曰商贾,阜通货贿”(《周礼·天官·大宰》)、“通财鬻货曰商”[《汉书·食货志(下)》],以及“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓商”(《白虎通义》)。而商业作为基本经济部门自产生后就始终存在于国民经济之中。这点可以从现代经济学对商业的界定反映出:所谓“商业经济部门”亦称“贸易,指从事商品流通的国民经济部门”^③或指“介于生产者和消费者之间直接从事商品买卖并从中获取利润的行业,亦称贸易流通行业”。可见,贸易也有商的含义。实际上,贸易一贯是买卖的代名词。在古语里,就有“以物相贸易”(《史记·货殖列传》)的说法。而在现代的国民经济范畴之内,商业一般对内称商业(国内商业),对外称贸易(对外贸易)。

由上可见,商业作为人类活动的一个特殊、独立的领域在奴隶社会时期便形成了与一般活动的分离,这一点在经济学那里最早得到了承认。而且,从经济学对商的界定也不难瞥见商的营利性本质。^④而进入资本主义社会后,商业所指称的范畴更是进一步得到了扩大。在这个社会里,“商业吞并了工业……人与人之间的一切关系都被归结为商业关系”,^⑤直至今天,无业不商的说法仍广为流传,虽然商业在经济学上作为基本经济部门的划分类型仍然存在。这种变化反映在法律上,就是随着现代社会中商品经济关系的发展和形态的多样化,不仅与商业贸易有关的金融、信息等服务行业纳入了商的范畴,与贸易无关的生产、制造的加工等行业也纳入了商的范畴,商人业已不仅局限于从事商业的人。可见,法律意义上的“商”较诸经济意义上的含义更广,实际上涵盖了一切营利性行业即所有经济产业范畴。也正因如此,商法意义上的商人,除了指称商业流通领域上的经销商以外,还包括制造业、加工业、矿业、水电煤气业、渔业、林业、建筑业、证券

① 参见张光直:《商名试释》,载《中国青铜时代》,生活·读书·新知三联书店(北京)1999年版,第285页。

② 参见马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1962年版,第162页。

③ 郭今吾主编:《经济大辞典·商业经济卷》,上海辞书出版社1986年版,第1页。按现代经济部门的划分,第一产业为农林牧副渔;第二产业为工业、建筑业等完成由原料到成品加工过程的部门;第三产业为各种服务性行业的总称。见该书第24页。当然这个划分不是绝对的,各国的划分也不尽相同。而且随着经济部门之间的交错发展,还出现了一些交叉的产业如信息产业,其中的基础电信业务属于第二产业,而其中的增值电信业务则属于第三产业。

④ 参见张国键:《商事法论》,台北,三民书局股份有限公司1980年版,第4页。

⑤ 马克思、恩格斯:《马克思、恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1962年版,第292页。

业、保险业、运输业(含海商)、广告业、代理业、信息服务业等。因此,法律上的商人实际上涵盖了一切企业,而不仅限于商业企业,因此一切企业的营业活动都可纳入商的范畴,而不仅限于商业活动。就此而言,以直接媒介财货交易的固有商为中心来界定商法意义上的商显然失之过窄了。^①

尽管“一切定义在法学上都是危险的”,^②但不可否认的是,定义其中的科学成分和基本分析工具的价值。而且,在更科学的定义出现之前,运用已有的通行定义无疑可以实现分析价值的最优。也为论述方便,本文在下述通行意义上使用下列语汇:商法,是指调整商事组织和交易关系规范的总称;商事主体,即“商法上的人”或简称为商人,为商法上商事权利和义务独立的承担者,其不仅包括商自然人,也包括商事组织如商合伙和商法人,而日常语言所指之商人仅指个体商人。^③因此,本文所谓之商人,与日常语言所称的商人有较大差异。除非特别指出,本文一般在同一意义上使用“商事主体”和“商人”二词。

二、后世商法的先祖——中世纪商人法:商法独立性的历史基础

私法包括民法与商法。其中,民法源于大陆法系最古老部分的罗马私法,一般认为,罗马私法是指从罗马奴隶制时期国家的全部法律,即从公元前5世纪的《十二表法》到公元6世纪的查士丁尼编撰的《民法大全》时期的法律。而后者则代表了罗马法的最高成就而成为罗马法的代名词。罗马法的主要内容有人法、物法、债法及诉讼四个方面,它构成了大陆法系私法制度的基础。^④而商法却有着与民法不同的历史基础,这个基础就是中世纪商人法。对中世纪商人法形成背景和内容的考察可以看出,中世纪商人法确乎形成了一套与民法从构成元素到精神气质都迥然有别的法律体系。它完全是为了适应商事活动的特殊需要的产物。而考察中世纪商人法与后世商法的关系,不难看出后者对前者无论是在框架还是在基本内容方面的继受。在这个意义上说,中世纪商人法形成了商法的历史传统从而也构成了商法的历史基础。而如果我们承认,构成商法历史基础的中世纪商人法几乎完全出自商人们对商业实践特殊需要的总结和创造,因而与罗马私法、市民法并无多少关联,我们很难说民法与商法存在所谓的源泉和派生的关系或所谓

^① 学界有所谓四种商界定:(1)买卖商,亦称固有商、第一种商;(2)间接以媒介财货交易为目的的营业活动,其乃辅助固有商的营业得以实现,亦称第二种商;(3)虽不具有间接或直接媒介货物交易之行为目的但其行为性质与固有商或辅助商密切相关或为其提供商业条件的营业,如制造加工业;(4)仅与辅助商或与第三种商有牵连关系的营业,如广告、保险、饮食、娱乐、旅店、信息咨询等服务行业。参见董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第7~8页。

^② 拉丁文为:“Omnis definitio in jure civili periculosa est”。D. 50, 17, 202。

^③ 中国著名民商法学者谢怀栻先生也指出,随着商业指称范围的扩大,其实际上已等同于营业,而在人的方面,相应的变化是,最初的商人只限于个体商人,而后扩充到一切营业组织,如合伙、公司,因此也有用商业主体代替商人。参见谢怀栻:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第223页。但正如前文指出,鉴于商业具有的严格经济学含义,为减少和避免不必要的歧义和争论,采用商事主体的叫法似乎更为恰当。

^④ 参见[日]远藤浩等主编:《民法(1)·总则》(第3版),有斐阁1987年版,第3页。转引自易继明:《私法精神与制度选择》,中国政法大学出版社2003年版,第129页。

商法乃脱胎于民法。^① 而如果这么一套商法又存在很多与民法特质根本不同的规范,我们更难说,民法可以包容商法。因此,追寻商法的历史脉络,对于我们今天正确理解商法的性质和地位无疑有着相当重要的意义。

(一)中世纪商人法的形成

商法的历史虽然最早可以追溯到公元前300年希腊时期的腓尼基人的罗得岛法(Lex Rhodia)或公元前15世纪的《赫梯法典》,甚至是公元前18世纪的《汉谟拉比法典》。但学界一般认为,真正流传下来并构成后世商法基础的是中世纪形成的商人习惯法(Lex Mercatoria),即罗马帝国崩溃后中世纪尤其是其中晚期由西欧的商人阶层创造而形成的自治法。只有它才构成了商法的真正先祖并为后世继承和发扬光大。^② 该说颇值赞同。在笔者看来,一种法律要成为后世法律的基础,其必然已具有一定的精神气质和构成要素,而相关构成要素又因为具备相同的精神气质而聚合成一定整体,从而才能形成一套可为后世法律辨识和传承的传统。简言之,这种法律应是自成一派的,因而也是与后世商法一脉相承的。而对于商法而言,这些我们只有在中世纪商人法里才能找到。^③ 罗马法作为“简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”,^④ 在古罗马时代(特别是罗马帝国中后期),随着贸易的发展,虽然确实也出现了专门调整贸易关系的商事法律规范,如罗马法后期中万民法有关代理、冒险借贷、海运赔偿的调整规范,但由于贸易的规模和发展程度所限,这些法律规范也仅是涉及商事活动的一些具体规范而已,远未到形成一套较完整的法律体系的地步。因此,可以说罗马法本身“从未发育出独立的高法或类似的法律体系”。^⑤ 而再考虑到罗马法“诸法合一、民商不分”的法律存在形式,这个判断就更足以成立了。

① 谢怀栻先生正确地指出,那种认为商法是从民法中分化出来的观点是完全与史实不符的。参见谢怀栻:《外国商法精要》,法律出版社2002年版,第57页。

② 该说为大多数学者接受。参见江平主编:《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社1984年版,第505页;梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第112页;江平主编:《西方商法概要》,法律出版社1984年版,第243页;王书江:《外国商法》,中国政法大学出版社1987年版,第14页;王保树:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第25页;张国键:《商事法论》,台北,三民书局股份有限公司1980年版,第11页。当然,这么说也并不否认古代商法对中世纪商人法的影响,其理甚为显明,恕略。

③ 在罗得岛法,其只是以航海为生的腓尼基人而创造出调整航海贸易和海上保险的规范,因而只具有现代所谓海商法的性质。而在《赫梯法典》,其只是有关商品价格管理的规定。在《汉谟拉比法典》,当时较为发达的奴隶制商品经济已经出现了专门从事商业活动的人,其中还专门规定了商人的种类,即“塔木卡”(拥有相当资本的坐庄商人)和“沙乌鲁”(普通行商)以及两种商人之间合伙经营的详细规定,在此意义上,宽泛地说,其可谓为最早的商人法。但由于三者都不具备上述商法整体化的特征,也均未能形成后世商法可遵循的传统,故均非后世商法之先祖。以上二法典内容详见法学教材编辑部《外国法制史》编写组编:《外国法制史资料选编》(上册),北京大学出版社1982年版。

④ 马克思、恩格斯:《马克思恩格斯全集》(第36卷),人民出版社1974年版,第169页。

⑤ 尽管罗马法包含有适用于达成各类契约的规则,但没有被自觉地概念化,在商业契约和非商业契约之间没有任何自觉的区分,所有的契约都被当作民事契约。参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第413页。

据学者考证,早在公元1000年前后商人已经在西欧开始出现,因为他们带货物徒步或骑马四处奔波,一路售卖货物,因而被人们称为“pies poudreux”(泥腿子),当时商人社会地位很低,谋取利润被普遍视为一种不道德的行为,而且其货物、钱款还常常遭到贵族们的掠夺。

大历史学家亨利·皮朗指出,在中世纪,商人与市民是同义语。商人是构成中世纪城市市民等级的基本力量。^①诚然,商人确为市民的同义语,然而,要说商人构成中世纪城市市民等级的基本力量,这还是中世纪中后期才有的事情。在这个时期,随着贸易、殖民主义的发展,商人阶层的不断壮大,在一些城邦国家,商人阶级已成为一个独立的社会集团而日益成为社会经济政治生活的重要力量。在贸易发展和封建法制尖锐冲突的背景下,他们首先争取到了城市自治权从而使所控制的城市成为一种独立的自治实体,并通过向政府争取到各种特许经营权而成立了各种商人行会组织即基尔特。该组织最初的目的旨在联合保护商人自身利益,反抗封建法制的束缚,后逐渐担负起制定编纂规约或习惯规则等多种职责。这些行业规则、规约、商人惯例几百年间被商人行会因袭沿用,而随着信用制度、定期集市制度、商人自治组织的成熟,终于形成了较为系统的商人习惯法,从而有了商法的早期发展。

当然,各地商人习惯法是极不统一的,于是商人们首先谋求对各地商事习惯进行协调和统一而首先形成了所谓的共同商事习惯法,如流行于地中海沿岸各国的康索拉度法(Lex Consolato),流行于大西洋沿岸的奥列隆法(Lex Oleron),流行于北海和波罗的海的威斯匹法(Laws of Wisby),这些都是当时的海事习惯法规汇编和海事判例汇集。而又随着主流社会因商人阶层日益强大而对商业、商人、牟利态度也发生了日益改变,^②以及一些城邦国家基于推行商业本位政策的立场而对这些共同商法的承认。于是,在经历了数个世纪的发展以后,商人法由习惯法逐渐发展成为被封建政权承认的法律,获得了在王室法庭、教会法庭及封建领主法庭适用的资格,从而使商法的发展和统一走到了一个新的阶段。

以上事实表明,构成后世商法基础的商人习惯法的产生完全是为了满足商事活动特殊需要的产物,而无法从罗马法里找到根据。几乎所有有关工商的法律技术都是商人们自己发明的:如公司与商业公司、营业资产的概念、集体解决破产商人债务的规则程序。正是他们播下的种子,才生长出今天的商法。^③

对于商人经营活动的开展而言,当然最重要的莫过于商业信用制度了。商人信用是商业交易的基础,而中世纪商人创造的一系列商人信用制度直接构成了整个中世纪商法的基

① 参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第47~48页。

② 根据Norman J. G. Pounds的估计,在1050年,西欧商人阶级数量达到几千人,而到1200年,它的数量竟达到几十万人。参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第408页。

③ 参见[法]克洛德·商波:《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第7页。

基础性制度,“一系列商法制度如买卖、票据、有价证券、租赁、信托、保险、破产正是通过商人信用制度而连成一有机整体”。在中世纪的农业时代,商业仅偶然时断时续地存在,而到了中世纪中晚期,因为有了稳定的职业商人阶级,“商业信用才有了发展的可能”。^① 首当其冲的就是保险和票据制度。在这些制度的基础之上,商人在交易实践中,创造了与信用票据制度相联系的各种法律制度。如改变古老的货物交货方式,采取移交货物单据或其他单据来转移所有权,因而产生了提单和运输单据;形成了适当的和适销的默示保证制度;适应复杂商业信用的要求,商人还创造了有利于商人共同体维护的破产法。

在中世纪初期,商人的来源只是摆脱了人身依附而又失去土地或由于其他原因而离开农村的农民。而由于农民离开了土地进入城市成为市民后又无法再以地谋生,营业与贸易自由由此便成为市民的第一需要。^② 而对于商人而言,首当其冲的又恰恰是这个营业自由或所谓营业资格的问题。而营业自由(权利)的取得却是商人们奋斗争取的结果。当然,这个营业自由(权利)还是由行会把持着的。各行业行会把持着不同行业的经商权。只有在加入行会并获得行会的特许之后才能获得经商的资格,亦即以自己名义从事特定营业并以此获取利润的权利。在这个意义上,说经商权是属于商人的特权当可成立。但是,这种特权也仅为所谓特许权利而已而非始终固定于一个封闭的身份世袭阶层。换言之,所谓的特权的取得具有开放性。只要符合行会规定的条件经行会特许即可取得相应的商人资格而从事相关的营业。就这一点而言,商人乃指称获得商事资格的人而与现代商法意义上的商人并无根本差异,不同之处只在于获得程序而已。也在这个阶段产生了商号权。这种权利既作为标表商人形象而专属于商人自身的人格权利而存在,商人具有对商号的独占使用权并享有排除他人妨害自己使用商号的权利。当然,有关商号权的纠纷也是在行会内部解决的。

随着中世纪贸易的发展,商事主体也开始由个体商向普通合伙,由普通合伙再到有限合伙,由有限合伙进而再到股份公司转变。^③ 不难看出,这是一个资本不断扩大而风险不断分散的过程。首先是个体商向普通合伙形态的转变。中世纪的意大利及地中海沿岸城市中出现的家族经营团体便是这一阶段普通合伙的典型形态。不过,家族经营团体的产生说到底是很强自然因素的事件而不是商人有意识的创造的产物。这种组织形式在资本筹集和经营管理上都具有相当的封闭性和局限性,因而也并不能很好地满足商人投资营利的需要。于是商人们有意识创造了其他商业组织形式。一般的合伙组织自不用论,很重要的就是作为有限合伙早期形式的康孟达。^④ 它完全是商人们为满足营

① [比]亨利·皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》,乐文译,上海人民出版社1964年版,第110页。

② 同上书,第47~48页。

③ 其实,合伙本身也被认为可当作公司(原始意义上的),但它与现代意义上的公司相距甚远。参见黄速建:《公司论》,中国人民大学出版社1989年版,第25~27页。

④ 一般认为,康孟达是后期货物和两合公司的原始形态。这种形式随后被纳入1673年法国的《商事条例》,而后又传入美国。参见 Frederick G. Kempin, *Historical Introduction to Anglo-American Law* (影印本), 法律出版社2001年版,第300~301页。

利的需要而规避教会法禁止放贷取利法令的创造。聪明的商人巧妙地发明了逃避该禁令的办法,这就是康孟达(Commenda)。它实际上是借贷和合伙的交结的产物。^①这种经营方式的新形式尤其适应了中世纪海上贸易尤其是远洋贸易高风险的投资需要。航海贸易是当时风险最大但也是利润丰厚的贸易,有足够资本的投资者既希望能投资获得这高额的利润,又不愿承担高风险带来的无限责任,而船主虽然有专门的航海和商业技艺但又苦于缺乏足够的资金来造船、贸易。而商人创造的康孟达合伙组织形式正能完满地解决这个矛盾:资本所有者以分享企业利润为条件,将资本委付给船舶所有者由他们去经营而资本所有者仅对委付的这部分负有限责任。可谓是资本与知本合作的极佳形式。^②康孟达这样一种新型的商业经营方式的产生过程正突出地反映了商法的实践性品格而绝不是抽象构思的产物。^③

而后在中世纪晚期,为适应商业经营需要,在有限合伙的基础上产生了更高级的商事组织形态——股份有限公司。其最早也是作为一种规避禁止高利贷规定的商业经营方式而在意大利出现的。^④而后,在十字军东征时期,真正意义上的股份公司开始出现。在热那亚,它一开始被称为“海上协会”以区别于那些经营陆上贸易的内地商行,这种公司是发售股票、分配利润并分担风险的。每只商船上带有一个管货员或代理人来代表投

^① See L. L. B. Gower, *The Principles of Modern Company law*, 4th edition, London, Stevens & Sons limited, 1979, p. 23.

^② 这种合作方式显然还分散和减少了风险并增加了信息流量,从而增加了可以盈利的对外冒险经营的机会。参见[美]道格拉斯·诺思、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社1988年版,第59页。

^③ 诚然,在古罗马也存在经营特定业务的合伙,这种合伙也具有相当的稳定性,可以说是商事组织形态意义上的合伙即商合伙了,然而这种合伙形式毕竟没有发达出有限责任这个对后世商事组织发达起了最关键作用的东西。有关古罗马的合伙情况请见[罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1996年版,第179~181页。有学者更认为,“没有商人习惯法创造的有限责任这一奇特的法律制度,就不可能有后来出现的股份有限公司和有限责任公司”,参见徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社1999年版,第24页。

^④ 参见[美]詹姆斯·W. 汤姆逊:《中世纪经济社会史》(上),耿淡如译,商务印书馆1961年版,第534页;[美]詹姆斯·W. 汤姆逊:《中世纪晚期欧洲经济社会史》,徐家玲等译,商务印书馆1992年版,第602页。这可能与通说有异,故在此稍予详述。一般认为,最早的股份有限公司是于1600年成立的英国东印度公司和1602年成立的荷兰东印度公司,它们具有以下特征:(1)公司的成立需得到英王室的特许状。(2)公司被赋予法人地位,股份公司在法律上被看作一个实体,它具有独立于任何出资人的法律人格。公司对出资人投入公司的财产拥有完全的财产所有权并在公司章程中加以明确规定。如:“任何货物都不能当作企业中的某一股份接运。”(3)公司将总股本等额均分为若干股份,并加以出售。(4)公司的股东实行有限责任制度。英国东印度公司的上述四大特征,除第一点后来改为按国家的法令设立外,其余均被作为现代股份公司的基本特点而完整地保留下来了。显然,与汤姆逊所说的股份公司相比,东印度公司更近于完整意义上的股份有限公司。更有学者认为,在古罗马的时期就已存在股份有限公司的形式,它向公众出售股票,以便履行为支持战争而签订的政府合同。政府只允许股份公司履行政府的合同而不得从事其他任何活动。而当时被禁止经商的罗马元老则是这些公司的匿名股东。参见[美]丹尼尔·A. 雷恩:《管理思想的演变》,李柱流等译,中国社会科学出版社1997年版,第22~23页;[美]詹姆斯·W. 汤姆逊:《中世纪经济社会史》(上),耿淡如译,商务印书馆1997年版,第2页。显然,与汤姆逊的观点相比,这种观点尚欠缺足够的论据支持。

资人利益。这种公司是一个真正的股份公司。它的组织形式是热那亚在商业史上的一个重要贡献,因而到了中世纪后期便流传出了各式各样的股份公司。^①在这种组织形式里,资本筹集获得了社会化的形式因而大大扩大了资本的联合。与此同时,组织的成员也不承担由经营带来的无限责任。虽然它们与现代意义上的股份公司还是略有区别:现代股份公司由股票组成,每股金额是固定的。而在当时的股份并不具有实体形式,因而是一种“虚无缥缈的单位”;现代股份公司股息是有涨有落的,而当时股份的股息在理论上是固定不变的,^②但就公司资本的股份化和成员的有限责任这两个股份公司的基本特征看,汤姆逊的观点无疑还是足以成立的。

商事簿记和商事登记制度也被认为源于这个时期。最能体现商法技术性特征的莫过于商事簿记制度了。^③早在10世纪,往返于地中海的商船就开始对自己所从事的商务活动进行文字记载,对经营货物进行记账,许多商船还设专人作“书记”。据学者考证,此即为商事簿记制度的最初形态。为适应商事活动的需要商人们又进一步发明了复式簿记制度,而这在传统民法里更是不可能找到任何踪迹的。而在商事登记制度,一般认为,其起源古罗马之行政官署所令商店登记公示其营业状况之“看板”“贴札”“引札”,然而作为定型之商事登记制度却是11世纪时之意大利商人同业行会编制之会员名簿。此种名簿,除了商业名称,即商号外,还包括合伙人之间的关系、经理权、贸易和货物标记、补助者及徒弟均应记载之。而后到了13世纪,关于经理权、公司及其名称之登记,更是专门置备登记簿,于是此项登记在私法上开始具有公证之效力。^④

需要注意的是,在中世纪,商人们主要是通过商人行会等这种组织形式实行自治而创制出这么一套不受封建庄园法支配的规则体系的。意大利作为中世纪欧洲商业和法律生活的中心,商人具有相当的自由来组织管理机构,出现了商人执政官,而商人行会组织经常发布调整商业活动的规则。另外,为适应解决商事纠纷的需要,商人自己组建的商事法院通过对商事纠纷的解决而实现了对原有零散的商人习惯的革新。^⑤

由此,一套为适应商人商事活动的特殊需要而由商人自己创造一套自给自足的法律体系在中世纪即已蔚然成型,在这个时期,商事主体制度和商事行为制度的商法二元格

① 参见[美]詹姆斯·W. 汤姆逊:《中世纪经济社会史》(下),耿淡如译,商务印书馆1963年版,第17~18页;[美]詹姆斯·W. 汤姆逊:《中世纪晚期欧洲经济社会史》,徐家玲等译,商务印书馆1992年版,第600页。

② 参见[美]詹姆斯·W. 汤姆逊:《中世纪晚期欧洲经济社会史》,徐家玲等译,商务印书馆1992年版,第612页。

③ 商事簿记即今日之所谓商事账簿(德语为“Handelsbuecher”,法语为“Tenues Livres”,英语为“Bookkeeping”)。现代意义上商事账簿制度指商号经营商业时,记载其营业状况之书类。参见曾如柏:《商事法大纲》,台北,正中书局1972年版,第205页。可见,现代商事账簿与中世纪商事账簿在实质上几乎无任何更易。

④ 参见[德]戈比德·施密特:《商法通史》第1卷,第230页。转引自范健:《德国商法》,中国大百科全书出版社1993年版,第36页;林咏荣:《商事法新论》,台北,五南图书出版有限公司1984年版,第68页。

⑤ 需要注意的是,此所谓法院与今日所谓国家审判机构之法院不可同日而语。其实质仍为民间自治性质的商人仲裁组织。

局业已基本奠定。就后者而言,有代理制度、权利证券化制度、票据制度等。就前者而言,有营业权(商人资格)、商事主体类型、商事主体信用、商事登记与商事账簿及商人间商事纠纷解决等制度,从中更可见商人法在商事主体方面的体系性。对此,伯尔曼正确地总结到:“正是在那时,近代西方商法的基本概念和制度才得以形成,更为重要的是,也正是在那时,商法在西方才第一次逐渐被人们看作是一种完整的、不断发展的体系,看作是一种法律体系。”^①

(二)中世纪商人法与罗马法相比所具有的不同特质

如前所述,在中世纪,商人法既已成为一套独特的法律体系因而也在当时的法律框架中取得了完全独立的地位。商法一时成为与日耳曼法、罗马法、教会法并驾齐驱的西欧中世纪四大法律体系之一。商法的独立性的表现在此间可谓臻至极致,而这样一套法律体系的出现却根本不是商人事先系统的理性设计而完全是适应商业实践需要客观的结果。就此而言,极致的获得可谓是全在不经意间。也如前述,这样一套法律体系显然是在罗马法之外独立发展起来的,无论是从形式还是从内容上看,其都与罗马法迥然有异。

总结这段商人法形成的过程,至少可以得出以下三点结论:第一,商人阶层、城市自治的出现是中世纪商人法形成的社会和政治前提;第二,发达商事活动调整的特殊需要是商法形成的经济根据;第三,由上述两点决定,商人法的产生和形成只能由专门从事商事活动的商人们自己来完成,因此,中世纪商人法完全是商人自己的创造。确实,作为特殊活动领域的参与者,也只有商人自己才最了解商事活动的特殊需要。

需要指出,在中世纪,商人均隶属于职业行会,因此,在商业领域中,适用特殊的交易习惯和分别裁判制,为此,商人们创制了新的法律制度以调整相互之间的关系。这样,商法作为服务于商人——这一区别于他人的特殊利益集团的专门规则发展了起来。如此视之,商人法采用的当然是属人主义的立场,即其规则只适用于商人之间,故称“商人法”。但是这并不意味着该商人法就全然是“人法”,其实,究其实质,该商法的特质并不是因为它规范隶属于商业行会的商人的阶层身份特权事宜,而在于对隶属于商人行会的商人之间商业贸易活动进行调整,因而其更偏重于“事法”。因此,“商人法”并不是“商人们的特殊规范”而是“商人之间商业贸易的特殊规范”。^②前文对商人法构成较为详尽的分析也清楚地显示了这点。

综上所述,在商法的形成阶段,其即已表现出了与罗马民法的诸多重要方面殊异的特质:

第一,调整对象与定位的不同。罗马民法只调整普通市民之间的人身和财产关系,

^① [美]H. J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第406页。

^② Frederic Pollock, Frederic W. Maitland, "The History of English Law", (Cambridge, 1978), Vol. 1, p. 467. 转引自钱玉林:《商法的价值、功能和定位》,载《中国法学》2001年第5期。相同的观点亦参见[意]桑德罗·斯奇巴尼:《法典化及其立法手段》(上),丁玫译,载《中外法学》2002年第1期。

是确认和保障市民权利的法律。而商人法的调整对象是商人资格(营业权)取得和商人之间营业关系以及营业组织内部管理关系,因而也可以说是确认和保障商事主体营业权利的法律。

第二,内容体系的不同。按盖尤斯在《法学阶梯》里的编制,罗马民法的体系在当时当然是遵循人法、物法、诉讼法三分的体例。而商法主要为有关商事主体和活动习惯的集成并在客观上形成了一套较为完整的体系,该套体系的构成乃完全适应商人商业活动实践需要的产物而并非出自事先的系统理性设计。

第三,精神气质和基本原则的不同。罗马民法恪守私法自治的理念,坚持平等自愿的原则,具有较纯粹的私法性和保守性;而商人习惯法不仅具有管理规范从而具有公法性的一面,更有适应商人活动快捷需要的一面,讲究实用灵活以保障和促进商人营利最大化的目标。

第四,规范构成性质不同。商法以技术性规范为主而民法具有较强的伦理色彩。商人既以营利为最高本旨,商法必然要满足商人该要求的实现从而具有强烈的实践性,反映在商人习惯法的独特表现就是大量的技术性规范,如当时已经具有票据的无因性、海商法中关于船舶碰撞、海损理算的规则无不是技术性的规则。商业组织的管理规则如交互计算、复式簿记更鲜明地体现了这个特点。

第五,纠纷解决方式的不同。在罗马民法,民事纠纷主要是诉讼方式解决,而在中世纪商事纠纷,适应纠纷技术性和高效性的要求,其多由商人自治法庭的仲裁解决。

最后一点但绝不是最不重要的是,罗马法里民商既然未有区分,其也不可能单独发展出营业权制度,其时简单商品经济的状况也不存在这种必要。而营业权可以说是商法的一个基础概念或制度。在中世纪,营业权的取得及其获得国家法律的正式承认完全是中世纪商人及其后资产阶级奋斗和争取的结果。正因如此,营业权构成了商法区别于民法的一个关键之点。

综上所述,商法区别于民法的最大特点就在于其并非出自抽象理性的构思而纯粹是商人商业实践需要的产物。如果罗马民法还带有哈耶克所说的人为建构的理性秩序特征,那么,商法无疑更具有其所说的自生自发秩序的特质。

(三)商人法在近世国家化的过程中其特质是否发生了变化?

15世纪,地中海沿岸的商业城市开始衰落。16世纪西欧各国开始确立中央集权的民族统一国家后,商人团体的自治地位丧失,商事立法权也随之归于国家。商法开始了近代化的历程,首先便是进入了所谓民族化、国家化(nationization)的阶段。在这个时期,资本主义商品经济关系步入了全面成熟和发展的阶段,这时不仅需要加强对商事活动的各个方面加强立法,而且需要对商法的一些基本原则加以抽象、概括,对商事关系所具有的共性加以总结。商法典的制定,使商事立法在体系上更加完整,在逻辑上更加严谨。它不仅有利于消除商事单行立法所产生的立法重叠、冲突和空白现象,而且克服了单行立法法律体系松散、结构不严谨的弊端。在这一背景下,以法、德为代表的大陆法国家,

纷纷编纂了商法典。^①然而这个商人法的国家化过程并没有导致商法在国内法律体系中的消亡。相反,商人法在新的历史形势下获得了新生,商人法的历史传统得到了传承和光大,这一点可以从以下的分析清晰地看出。

首先,这一套较系统和完整的商法体系构成了后世商法立法实践的基础,虽然其在具体内容和局部形式上有所更易,然而总体上一直遵循该中世纪商人法的框架而未能从根本上突破,如学者指出的那样,“商法大部分出色而有效的法律规定并不是来自罗马法,而是源于中世纪法”。^②

其次,无论是在普通法系还是在大陆法系的立法实践中,都“贯彻了商人法的理念”。^③这典型地表现在:(1)在国际合同领域,无论是普通法系还是大陆法系,都一致规定,支配合同的法律应是当事人在他们订立的合同中选择的法律;(2)国内法院应根据国际商事习惯和惯例来解释合同;(3)国内法院应把商人法的原则、概念和制度纳入自己的法律体系之中,把中世纪的商事裁判法引入商事仲裁中。

由此可见,由商法适应商事活动特殊需要的特质决定了所谓近世的商法国家化也只不过是以前国家立法或吸收的形式而对既有的商人习惯法的既有内容进行承认而已。当然,这也包括对不适应时代的内容予以剔除而加以新的反映新的商业需要的内容的过程。但无论怎么说,都是为了更好地满足商事活动发展的特殊需要,因此,商法的内容实质未发生根本变化。可以说,商法即使在纳入了国家法的轨道的时候,它仍然最大程度保持了自己的特质。

诚然,由于当时罗马法复兴带来的强大影响力,后世商事立法不可能不受到其影响。而且,同样作为私法活动的一种,商事活动毕竟与一般的民事活动还是有共通之处。考虑到近世以来私法的一般性规定都规定民法典中的事实,我们更难说商法的运作能完全脱离民法的影响。但是,我们不能由此得出商法就被民法吸收而泯灭了自己的特质继而成为民法的一部分的结论。那种认为欧陆各国商法典与罗马法存在历史渊源的观点实为“后注释法学派的人为建立起的联系”,而实际情况是这些商法典“发源于中世纪欧洲的习惯”在被整个欧洲接受后,又同“民法一起为归属于罗马日耳曼法系的国家所接受”,从而得以在“举凡有关商事法的规定上实现结构的统一”。^④可以说,在民法具有的强大的形式理性的包容力之下商法即使在形式上被纳入其中然而其实体特质并未因此而泯灭。而商法有自己一套不同于民法的规范和原则,正是其中奥妙之所在。而商法归

① 主要有1807年《法国商法典》、1817年《卢森堡商法典》、1829年《西班牙商法典》、1888年《葡萄牙商法典》、1838年《希腊商法典》、1838年《荷兰商法典》、1850年《比利时商法典》、1865年和1883年《意大利商法典》、1900年《德国商法典》等。

② [美]格伦顿、戈登、奥萨魁:《比较法律传统》,米健、贺卫方、高鸿钧译,中国政法大学出版社1993年版,第14页。

③ 郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版,第214页。

④ [法]勒内·达维德:《当代法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第78~79页。

根结底与形式主义是不相容的。^①民法从罗马法开始,一向具有形式主义的特点,而商法总是摆脱形式的束缚。这具体表现在它的规范上,经常不断地完善商行为,要求迅速顺利地实施商行为。因此,试图将二者合二为一即民法包容商法的努力更是注定要失败的。历史上也并非没有这样失败的先例。在1804年拿破仑颁布《法国民法典》时,其初衷本是要“包容”一切,追求“不朽”和“永恒”,但是“君主们在任何时候都不得不服从经济条件”,于是在其“圣匣”问世3年后,也不得不颁布《法国商法典》。

(四) 余论:商法为何至今仍独立存活于人间?

毫无疑问,法国民法典和德国民法典是受罗马法影响的产物。如果我们认为民法与商法存在相同的渊源,而愿意承认“现代民法典在结构上和内容安排上都直接与查士丁尼的《法学阶梯》一脉相承”的话,那么显然我们根本无法从《法学阶梯》里找到后世商法同样的脉络。而同样的脉络却可以在中世纪商人法里找到。以较为晚近的1899年《日本商法典》为例,该商法典从内容到形式完全都来自直接继受商人习惯法的《德国商法典》,这更反证了商法确有其产生发展的独立传统,而在其国家化之后,也未被民法所吞食,仍保有自己的生命而延绵不绝,尽管其在某种程度上可能加强了与民法的贯通和联系。对此,美国著名法学家艾伦·沃森正确地评价到,为何“优士丁尼的《法学阶梯》里没有它,而在法国民法理论里也没有它。同样的原因也能解释为何在《奥地利民法典》和《德国民法典》里为什么疏漏了商法”,其原因正在于商法“并没有被当作民法来看待,它形成了自己独特的法律传统”。^②不过,在笔者看来,沃森先生的疏漏之说是很难成立的,毕竟在这样重大的立法出现这么大的疏漏是不可想象的,与其说是疏漏,不如说是对商法自身独立性的理性肯认。

从这个传统传承的角度我们还可以追问,商人法为何未被罗马法复兴背景下的民法法典化浪潮所吞没而仍得以留存,有的甚至进一步发扬光大而也获得了法典化的形式?诚然,特殊的历史因缘(如独立的商人阶层和城市自治的社会政治因素)对商法的独立形成有着重要的作用,然而这种观点却无法解释在这些特殊的历史因缘都消失了之后,商法为何未随之湮灭?本文开头题记中拉德布鲁赫的话已暗示了解开该问题的线索:答案只能从经济根据上找。在笔者看来,那就是商法与发达商品经济的共生关系。

如果商人法的形成因某些历史因缘而具有其特殊性和偶然性,那么,商人法内容反映的发达商事活动调整需要却具有其一般性和必然性。^③也正因如此,商法的特质从根本上得以被塑造,商法自身一套具有特殊气质的传统亦因此而得以铸就并进一步为后世商法所传承和光大,商法其独立的生命也得以存续而至今延绵不息。可以说,只要发达

① 参见[苏]纳雷什金娜:《资本主义国家商法》(上册),刘家辉等译,中国政法大学1989年版,第6页。

② [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变与形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1997年,第166页。

③ 在这个意义上,商法与其说是对商人阶层的特殊保护,不如说是对发达商品经济的特殊保护。由此可见所谓商人法为商人阶层身份特权法观点之谬。

(一)商事主体资格:营业能力

1. 商事能力与民事能力的分野

按照商法二元结构的观点,不仅应有作为前提而存在的民法主体规则,包括自然人、法人和合伙的有关规定,其功能为商事主体资格、地位的确定提供前提和基础性条件;应有商事主体形态法律规范,如公司法、合伙企业法、个人独资企业法等,其功能在为商事主体提供特别法依据。其实,在所述二者之间,还应有商事主体的专门、一般规定的规则。与此相适应,商事主体的一般规则之功能在于:它可以为商人资格和地位的确定提供一般规则,发挥对商事主体形态法律规范的指导作用,填补民法主体规则和商事主体形态法律规范之间的空白,弥补商事主体形态法律规范过于具体而疏于一般之不足之缺漏。^①在这一套一般规则中,最重要就是营业能力制度。

营业能力是商事主体的基础性制度和概念。它决定了商事主体地位和商事主体各项合法权益的保障等诸多事宜。商法要实现商事活动的特殊调整,首要的就是对商事主体地位进行规范和调整,其前提就是确认商事主体的营业能力和营业资格,在此基础上,才能进一步确立商事活动的具体规则。营业能力由此被称为“商人资格的核心”。

区别于一般民事能力,营业能力的特殊之处在于,其专指“从事营业活动的能力”,从而突出地表现出以下的特点:^②

(1) 营业上的能力。这种营业能力不是一般的民事能力,而是为了一定的营业目的,运用组织财产进行活动的的能力。它不是偶尔地、个别地进行交易的能力,而是反复地不间断地有计划进行营业活动的商事能力。

(2) 营业能力须经公示。这是出于交易安全保护的要求,这样,一个主体有无营业能通过登记公示的情况即可加以判断。在我国所有的公司、企业都必须进行登记才能活动营业执照,从而才具有营业能力。这表明,营业能力的公示是我国“商人法”一直采取的

^① 当然,商法以调整营利性主体的营利活动为中心并不意味着非营利主体就根本不能从事营利性活动。其实,商人的营利性更在于以“谋取超出投资的利益,并将它按其团体成员进行分配”为典型。参见[日]龙田节:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社1985年版,第3页。如在我国事业单位虽然不是营业主体但经批准也可以从事营业活动,但不可否认,它们并不构成商事活动的主要内容。美国学者亨利·汉斯曼也指出,营利性主体(如商事公司、合伙企业、合作社和互助公司)与非营利性主体的区别并不在此。非营利性最根本的特点是这类组织的控制人——包括它的成员、董事及其他高级职员——不得参与企业净收益的分配,但这并不意味着禁止非营利性企业从事营利性活动,而只是禁止它们向企业的控制人分配利润,从概念上说,非营利性企业是无所有人的企业,参见[美]亨利·汉斯曼:《企业所有权论》,于静译,中国政法大学出版社2001年版,第22页。

^② 参见王保树:《商法的实践与实践中的商法》,载《商事法论集》(第3卷),法律出版社1999年版,第16页。细心的读者可能发现,我并未区分权利能力与行为能力。在我看来,就商事主体而言,区分二者并无实益。而且,即使在一般民法范畴,此种划分在晚近以来也受到很大攻击。但由于这涉及问题太大,容于另文再述。

原则。^①而且,营业能力的一个重要内容就是营业能力范围,由此决定了营业能力公示的益处在于:一是为了便于商事主体投资人的利益保障而使其知悉商事主体的目的事业从而判断决定投资事宜;二是为了保护同商事主体进行交易的第三人的利益,使他们知道该商事主体所享有的权利范围及履约能力,从而保障交易安全;三是为了国家管理如宏观调控的需要。^②

2. 商事主体的特殊构成要件

尽管各国对商人的界定多有不同,但从中都不难瞥见营业能力在其中的核心地位。如《意大利民法典》规定:“凡以生产或交换商品、服务为目的,以组织经济活动为职业的人,(经登记)者为商人”;《日本商法典》第4条规定:“本法所称的商人,是指以自己的名义,以从事商业行为为业者”;修订后的《德国商法典》第1条规定:“本法所称之商人是指以实施商业行为为业者”;^③《法国商法典》在第1条也明确规定:“商人是以实施商行为作为其经常职业的人”;^④《美国统一商法典》第2-104条规定:“商人是指经营这类货物或其他按职业提出对业务或对交易所涉及的货物具有特殊知识或技能的人”。由此又可进一步得知,获得营业能力和商事主体资格必须具备以下条件:第一,实施商行为;第二,以实施商行为作为其经常性职业;第三,以自己的名义实施商行为。由上,可将商事主体定义为:又称商人,指依照商法的规定,具有营业能力,能够以自己的名义参加商事活动,享有商事权利,承担商事义务的自然人或组织。^⑤试结合上述论述及商法原理,进一步将商事主体资格的取得要件概括如下。

① 但对于小企业,各国则一般规定都不要求进行登记。如《意大利民法典》第2202条规定:小型企业主不必在企业登记簿上进行登记。参见《意大利民法典》,费安玲、丁玫译,中国政法大学出版社1997年版。《日本商法典》第8条也规定,小商人一般不适用“有关商业登记、商号及商业账簿的规定”。参见《日本商法典》,王书江译,中国法制出版社2000年版。

② 概括而言,法律对营业范围规制可分为以下四类:一是绝对禁止类的,如对有害于公序良俗的活动如毒品、淫秽、武器等营业活动完全禁止;二是相对禁止类的,主要是实行国家垄断经营的营业,如邮政、电报、电话及各种专卖事业等;三是法律并不禁止但需要特别审批的营业,但从事这种营业的人应该事先报告或登记,这主要是特种行业(营业)种类的许可,如文化、医药等行业的许可;四是法律完全实行准则主义的营业种类,即只要企业具备一定条件经注册登记而无须经审批即可营业。当然,这种分类也并非绝对和一成不变的,如在第二类与第三类之间就存在交叉。又如,原来国家只允许国有银行,而现在允许民营银行,但需要进行特批,如民生银行。

③ 需要说明的是,德国法上分要式商人与任意商人,要式商人以商事登记作为成立要件,其是从主体的角度界定商人,要式商人即使实施的不是商行为亦视同商行为,享有和承担商人的权利与义务;任意商人则无须登记,只要实施商行为为业,即成为商人。

④ 法国法采实质商人说,从商行为的角度界定商人,但是同时有“反正推翻规则”,即对于未商事登记的商人,若证明其实施的不是商行为,则其不享有商人权利(如短期时效),但须承担商人义务。

⑤ 我国《深圳经济特区商事条例》(1999年6月30日深圳市人大常委会通过,1999年10月1日起施行,2004年4月16日修正)第5条第1款规定:商人是经依法登记,以营利为目的、用自己的名义从事商行为且作为经常性职业的自然人、法人和其他经济组织。

(1) 积极要件

① 必须有自己的名称、独立的财产、特定的营业场所,并且享有相应的商事权利并承担商事义务的能力;

② 必须从事某种特定营业;

③ 一般的,商事主体需要进行注册和登记依法取得法定资格,领取营业执照。^①

(2) 消极条件

① 不具备完全民事行为能力的自然人,如未成年人或禁治产人一般不能成为商事自然人。^② 法律作此限定的理由在于商事活动比一般民事活动复杂和特殊,故非心智成熟之完全民事行为能力者难以胜任。如我国合伙企业法规定合伙人应具有完全民事行为能力。1974年《法国商法典》第2条、第487条予以修改,明确规定未满18岁的未成年人即使获得自治,也不能成为商人。《深圳经济特区商事条例》第7条就规定,未满16周岁的未成年人不得设立商人,不得从事商行为。未成年人以及其他不具有完全民事行为能力的人不得成为合伙人。

此外,一些国家由于受婚姻、财产制度及法律传统的影响,对已婚妇女的商事能力予以了限制。德国妇女必须将其丈夫的姓名并列使用才能作为商号使用,且对商业财产的处分尚须遵从有关财产制度的约束。法国商法典规定已婚妇女取得某些范围的商事能力须经其丈夫许可。

② 具有特殊身份的自然人也不得成为商事主体,典型的如公职人员。禁止公职人员成为商人的理由在于防止利益冲突以及不平等竞争。因为公职人员的身份决定其必须服务于公共利益,从事商事活动显然与该本旨相悖。而且公职人员在资源和信息的拥有方面常居于优势地位,允许其进入市场竞争显然会明显地造成一般商事主体在商事活动

① 作为国家管理经济事务的一种手段,这种注册和登记显然是市场准入机制的体现(当然也不是无限的,如对小商人就属例外)。尤其是在行政许可而获得设立登记的营业体现得更为明显。根据行政法理论,行政许可为“国家行政机关通过行政赋权性行政行为而使相对一方的个人、组织获得以前没有的某种权利和权能的行为”,故其实质为对符合条件的对象限制或禁止的解禁。参见马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第222~223页。可见,营业许可正突出体现了对商人的素质要求。而这点在中国则被不适当地推向了极端而且这种过度管制的做法至今缺乏应有的检讨。在中国,对商人资格的取得一概实行法定的登记注册制度而一概不承认未登记商人的资格。即使是小商小贩也要依照《城乡个体工商户管理暂行条例》及其实施细则在办理工商登记后才能营业。任何未获工商登记许可而从事营业活动的都视为非法而会受到工商行政处罚。而这,完全与世界各国各地的普遍采取对于小商人实行登记豁免以体恤民生的做法相悖。

② 但也有例外而允许未成年人成为商人,如《日本商法典》就允许未成年人成为商人(该法典第5条,参见王书江、殷建平译本,中国法制出版社2000年版),韩国商法也允许未成年人或限制行为能力人成为商人,但其要求经其法定代理人同意并经登记(该法第6条,参见吴日焕译本,中国政法大学出版社1999年版)。

中的劣势地位。^①

③国家机关和完全依靠国家预算拨款维持经费支出的单位也不能成为商事主体。特殊主体主要是指国家机关如行政机关、审判机关、检察机关、军事机关等。由于这些机关本身为公法人,其目的事业乃是为了公共利益,因此从事商事活动与其本旨相背。而法律承认其在参与民事活动中具有的民事主体资格也已经完全能够满足其私法活动的需要。

④对外国法人在特定商事活动领域内也不赋予商事能力,如根据对等原则各国的禁止性规定。

结合上述论述,很容易发现商事主体与民事主体至少存在以下不同:

第一,取得依据不同。只有依(实质或形式上的)商法规范才能取得商事主体资格,在依民法取得的只是民事主体资格而不是商事主体资格。因此,民事主体并非当然的商事主体,其理至为显明。

第二,取得人的范围不同。最典型的如各国法律一般都禁止国家机关经营商业。此点亦可参见第一点。

第三,取得与消灭的要件不同。在一般的民事主体,如自然人其即民事主体资格的取得基于出生,其消灭基于死亡,而与主管官署无涉,也无须以财产为要件。而商事主体不然,商事主体资格一般都需要相关财产条件及相关机构的确认和登记程序才能取得。在特种行业,还需要经政府有关主管部门的特别许可才能取得商事主体资格。商事主体资格的消灭也止于其注销登记。

第四,能力范围不同。商事主体具有商事主体资格,但也只是局限于营业方面即商事活动领域而不及于政治、婚姻、家庭生活能力方面。而对民事主体如自然人则不存在这些方面的限制。

第五,基本原则不同。商主体必须依据商事登记所核定的范围独立地从事特定的商事活动,而受到国家经济政策的种种限制。各商主体经核准登记的经营范围相差很大。而在民事主体,既以私人平等和自治为核心,因此,自然人乃以人人权利能力平等和完全为基本原则。

3. 小结:对两个观点的辩正

(1)所谓“人的普遍商化”之辩正。由上述论述可以发现,在法律上,由于商人一般皆以具备营业能力并以此为业和取得营业资格为要件,除此之外的民事主体并无从成为

^① 在我国如国家明令禁止党和国家机关的在职人员到公司(企业)兼职,并禁止党和国家的退休干部兴办商业性企业,不得到此类企业任职,但允许其原所在机关主管的行业和企业任职,但应在办理退休手续满两年以后。参见中共中央、国务院《关于清理整顿公司的决定》(1988年10月3日),中共中央办公厅、国务院办公厅《关于县以上党和国家退(离)休干部经商办企业问题的若干规定》(1988年10月)。而《深圳经济特区商事条例》的规定则更为系统和明确,权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关、政府投资的中小学校不得设立商人,不得从事商行为。法律、法规另有规定的,从其规定。上列机构中在职的工作人员和国有企业中的管理人员不得设立商人,不得从事商行为(该条例第6条)。

商人。因此,并不是所有的民事主体都能成为商人,更不能说任何一个普通人偶尔从事一下谋利活动就称得上是商人。在需要特批程序才能从事的营业(典型的如金融业)更是消除了绝大多数民事主体成为这种商事主体的可能。所谓现代市场经济极大发展而导致人的普遍商化,“商法与所规定的商人已很难与民法上的自然人和法人相区别。人的商化导致了民事主体和商事主体的融合”,以此为由而认为“商法独立存在的依据正在逐渐丧失”^①的观点实有失严谨。那种认为“人的普遍商化导致无法将商人与民法规定的公民和法人相区别的观点”^②更可以说是大谬不然。

(2)商人法是否意味着中世纪阶层身份特权法的复活?有的观点认为,近代社会以来,身份等级的观念和制度已得到彻底的清洗,因此在今天再制定商人法有违主体平等的精神。笔者认为这种观点并不正确。这种观点的致命之处在于其未注意到“现代意义上的商人法与原始意义的商人法相比已有质的革新”。^③在今天,商人法关注的是经济活动主体即商事主体的设立(资格的取得)、构造、变更、解散等事宜而根本与维护某一阶级身份特权无涉。因此,各国的商法典里无不确立商事主体资格要求,只要符合一定条件(素质),法律即赋予营业能力而成为商事主体。在此意义上,“人人得而为商”正是主体平等精神的鲜明体现。再者,法律提倡主体平等并不反对正当的区别对待,因而也并不反对职业、行业准入机制的立法。不同职业、不同行业有着不同的要求,只有具备一定的条件才能享有相应的资格,也在此意义上,任何合法的区别对待都可以说是一种正当的特权。因此,这种合法正当的区别对待当然也并不构成所谓的等级身份特权或特殊保护。而非要说营业权是一种特权的话,那只能说它是为法律认可的特殊权利类型。进言之,按前述所谓商人立法有违主体平等的观点推论,具备营业资格的民事主体自然可以说构成了对不具备营业资格的民事主体的特权和身份歧视;公务员法是对非公务员的身份特权和歧视,教师法就构成了对非教师的歧视,律师法就构成了对非律师的歧视,公司法就构成对非公司企业的歧视……可见此种观点之谬。

如果说,规定商人的法律就是意味着因身份特权而立法,则毋宁是在说,今天存在商法的国家都仍然存在封建等级制度。因为作为商法二元结构的重要组成部分,各国商法里都有商事主体法的成分。说到底,这种观点还是因为未能将日常语言里的商人与法律意义上的商人区分的结果。如果我们将商人法理解为商事主体法即以商事主体法或商事组织法的话,我们会发现,所谓今天制定商人法意味着对因身份阶层而立法的说法完全是一个虚假命题,^④以此为由而反对制定商事主体法,当然也因为前提虚假也无法

① 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1987年版,第117页。

② 史际春、陈岳琴:《论商法》,载《中国法学》2001年第4期。在作者看来,人的普遍商化是很笼统的说法。是可以成为所有种类的商人还只是某一类种类的商人?显然,在任何一种意义上,这种说法都无法成立。而以这种笼统的说法作为法理论证的根据就更是失严谨了。

③ 赵旭东:《企业法律形态论》,中国方正出版社1996年版,第26~28页。

④ 平常所谓身份、阶层乃指人们在社会生活中所处的较为固定的层次和地位,其当然是指自然人而言,而企业、法人等商事组织又如何构成一个特殊的社会阶层?

成立。

(二)从商事主体的商事人格权看民法调整的缺陷

商事人格权作为商事主体最基本的权利,乃是商事主体对其商事人格利益而享有的一种商事权利。^① 它也是满足商事主体营利最大化而最终为法律肯认的权利,这种人格权的性质已与传统民法里的人格权的规定大相径庭而也无法在传统民法里找到支持。而且在保护方式上,传统民法也因存在重大缺陷而无法对商事主体的商事人格权提供应有的保护。

1. 传统民法上的人格权

依据传统民法理论,人格权是为人所固有的、以维护主体的独立人格所必备的生命健康、人格尊严、人身自由以及姓名、肖像、名誉、隐私等各种权利,它与身份权共同构成人身权的下位属概念而与财产权对称,从而与其具有以下根本不同:

第一,人格权是非财产性权利,人格权的客体即人格利益不能作为商品也不能作为财产加以消费、分割或有偿转让。人格利益也不能以金钱来计算其价值。

第二,人格权具有专属性,它只能为权利人所享有,而不能转让和继承。

第三,人格权具有普遍性和平等性。它为主体普遍享有,每个人所享有的人格权是共同的,由此表现了主体人格的平等性。^②

显然,这里说的主要都是自然人的的人格权范畴。而在这个传统民法的理论基础上,传统民法也建立了以自然人人格权为中心的人格权体系。

从民法立法实践看,无论是在大陆法系民法还是在英美法系民法里,皆以除去妨害为人格权的主要保护方法,即使是运用所谓损害赔偿之债的方式对人格权进行保护,也只是限于所谓精神损害赔偿方面,法律对这种救济方式的运用更规定了限定的范围和数额。^③ 因为按传统民法理论,民法上损害分为财产上损害和非财产损害。^④ 在前者,指赔偿权利人财产上所发生之损害,凡一切财产上不利的变动均属之,无论是财产之积极减少还是消极不增加。而非财产上损害,指赔偿权利人财产外所受之损害。因此,所谓利益评价仅适用于财产上损害而不适用于非财产损害。可见,传统民法人格权的范畴因为具有严格的人身专属性,对其损害的救济限定在非财产赔偿的范畴也就属理所当然了。

^① 中国著名法学家江平先生针对这种人格权与财产权兼容、人格权适应商业需要而商事化的权利现象,首次提出了“商事人格权”的概念。参见江平、程合红:《论信用——从罗马法到现代社会》,载江平主编:《江平文集》,中国政法大学出版社2000年版,第528页。本处商事人格权的界定参考了程合红先生的论述,请参见程合红:《商事人格权论——人格权的经济利益内涵及其实现与保护》,中国人民大学出版社2002年版,第13页。但与程合红先生不同的是,作者乃是专从商事主体的角度所作的界定。

^② 参见王利明、杨立新:《人格权法》,法律出版社1997年版,第13页。

^③ 参见程合红:《商事人格权论——人格权的经济利益内涵及其实现与保护》,中国人民大学出版社2002年版,第22页。

^④ 参见曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第132页。

在中国,现行的法律体系也是以自然人人格权为中心而建立起了人格权体系。^①我国《宪法》确立的有关保护公民的人格尊严、人身自由的规范(见该法第37条、第38条)是自然人的一般人格权。在我国《民法通则》里,规定了若干具体人格权:生命健康权(该法第98条)、姓名和名称权(该法第99条)、肖像权(该法第100条)、名誉权(该法第101条)、婚姻自主权(该法第103条)。^②根据我国《民法通则》第120条的规定,我国民法同样以除去侵害请求权为人格权的主要救济方法。此除去侵害救济请求权包括:要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。对于自然人的生命身体健康的所谓物质人格权是适用财产损害赔偿的。而对于其他人格权的损害赔偿也只是限于精神损害赔偿方面,而且定有相当的额度限制。^③

2. 商事主体人格权特质与救济方式上的变异

随着社会商品化的发展和商业利用的需要,人格的经济价值越来越凸显,从而在很大程度上又兼具财产权的属性,如其具有财产价值,可以转让、继承以及适用财产损害赔偿保护方式等特征。

因此,商事主体的人格权较传统民法人格权在性质上已有所变异,传统民法人格权的概念已难以彻底提示和充分保护商事人格权。尤其是对商事主体而言,其商事人格权中的经济利益不仅需要维护更需要得到充分利用。如果严格恪守传统民法理论、拘泥于现行法律制度,人格商品化等以人格为对象的商业活动及人格权的商业利用必然会受到限制和阻碍,相关当事人的合法权益也得不到充分保护。因此,承认商事主体的商事人格权是适应人格商品化等市场经济活动的需要而作出的科学安排。

正是在这种社会、经济背景下,商事人格利益中那种非财产性的、专属性极强的人格利益被淡化,而非专属性的经济利益内涵则占据主要地位,因此使人格权的转让在一定情况下成为必要与可能。

在救济方式上,商事主体的商事人格权在受到侵害时按财产损害赔偿的方式而不是按传统人格权的以非财产上损害的救济方式进行救济。而在商事人格权,由于其具有精神利益型的人格利益^④和包括经济利益型的人格利益,并且以后者为主,故按传统民法人格权救济方式显然是无法对之进行充分、有效保护。而在商事人格权,由于承认人格权的财产权属性,在救济上采用财产上损害赔偿的方式也就顺理成章了,如将受害人因其商事人格权受侵害而遭受的经济利益损失或侵权人的所得纳入赔偿范围。显然,也只有这样才能够实现对该类人格权的充分保护。

① 诚然,我国民事立法上也有法人的人格权的具体规定,但仅限于法人的名称权和名誉权两种,而且仅是附属在所谓公民的人格权下的规定,这种模式显然也使它们在受侵害时的救济上受到很大的限制。

② 此外,相关法条见《民法总则》第109条、第110条。

③ 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第115页。

④ 就此也不无争议。

(三) 商事主体的两项基本制度: 商事登记与商事账簿制度

增加交易安全、降低交易成本是商事主体在商事活动中的永恒追求。由于商事交易的日益非人格化, 商事关系主体日趋复杂, 商事关系中权利及其客体日趋抽象, 凭借交易当事人之间熟悉而建立起的人身信赖日益减弱, 商事主体之间的相互熟悉程度降低, 大量的商事活动发生在彼此并不知熟悉的陌生商事主体之间, 这显然增加了商事活动的风险。为此, 商法形成了“以保护商事活动交易安全的商事法理念并作为一项基本原则规定下来”,^① 商法特设民法所没有的商事登记制度和商事账簿制度以最大限度降低商事交易风险, 保障商事交易安全。通过该二项制度, 人们也得以了解该固化的信息而据以判断对方商事主体的信用, 这是一种以制度化的信用取代人身信赖的手段, 显然, 该二制度也具有降低商业交易成本的功能。综合而言, 二者都便利了商事主体营业活动的扩大和发达, 因而当然也具有辅助商事主体营利性的性质。^②

二者都作为商法上所谓公示主义的重要内容。^③ 而公示主义可分为对公众公开和对特定关系人公开两种。前者, 如商事登记, 为商主体依法将其设立、变更、解散以及其他重大事项载于主管官署登记簿从而将企业主要情况公布于外的一种方法, 该制度的目的在于一方面使国家对商主体便于监督管理, 另一方面使利害关系人便于查证企业有关情况从而降低交易成本。此外, 商事登记也可作商事主体经营决策时的判断依据, 如依据登记中有关经营范围的内容而维护自己的法定的商事权利。此外, 在设立登记, 还是商事主体资格取得的成立要件。因此, 商事登记可谓是商事主体营业活动的前置性条件, 从而更体现了其从属于商事主体法范畴的特征。后者, 即商事账簿, 是商人依商法制作的反映其经营活动、财产状况的簿册, 其编制具有很强的技术性, 是为与民法的又一重大不同。商事账簿的意义在于“对于设立者而言, 乃了解自己营业情况、财产状况并计算盈余的依据; 对于其他商人而言, 是了解对方重要的信用状况的信息, 并以为交易的凭据; 对于主管机关而言, 乃审查核实其营业状况的依据并以为征税的依据”。^④ 而且, 商法赋予利害关系人(在公司如投资者、在合伙企业如合伙人)以账簿查阅权, 而因该权利乃基于商事主体而产生并发生在相关私法主体之间, 故该权的性质实为私权, 这正体现了商事账簿制度的辅助主体的营利性, 在这个意义上, 当然可以说它是私法制度。

① 郑玉波:《商事法之基本理论》,载台湾大学法学丛书编辑委员会编辑:《民商法问题研究》(二),1980年。

② 诚然,商业登记与商事账簿制度为商事管理规定,其中有行政权的介入,而且一般也并不适用小商人(各国对小商人一般都实行免除进行商业登记和置备商事账簿的义务,以免给之造成过重的义务),但该两制度对于一般的商事主体还是适用的,而且它们乃是调整具体交易活动而存在,将这一块剥离出商法领域,显然会导致商法体系的重大残缺。

③ 在商法上,围绕公示主义,也建立起了一套系统的公示制度。如在商事主体的注册登记、证券法上的上市发行股票、募集债券公告、上市公司的信息披露、船舶登记的公示。这些制度也具有私法性,典型如上市公司信息披露制度。在上市公司违反该制度时,法律课之以对公众的法定的民事赔偿责任。

④ 江平:《西方国家商法概要》,法律出版社1984年版,第219页。

商事登记的效力实行所谓商法上的外观主义,即登记具有外观上的公信力,一切应经登记而未登记的事项,不得对抗第三人,而法律对第三人基于该不实登记产生的信赖而实施的私法行为的效力仍予以承认和保护。此即所谓外观主义的外部效力。^①而这种外观主义的外部效力也会产生内部效力。^②

四、从现代私法框架看商法的独立性:兼论民商合一与民商分立

学者批判或否定商法独立性的观点常以商法没有一套完整体系为据。确实,商法要获得其独立的地位,只具备自己的特质还是远远不够,更要看这种特质是否强烈到使商法各构成元素能组合成一有机的整体,不然商法相对于民法的地位也只是独而难立。但在笔者看来,这些观点或是局限于特别商法的层次,^③或是拘泥于商行为法的角度,而未能上升到商事基本法的高度或是未能从商事主体法的角度发现商法的体系性,殊为憾事。

确实,这些观点未注意到,仅就商事主体角度而言,商法或创设民法所不具备的基本制度或范畴,如营业能力、代理商、商事使用人、商事登记、商事账簿等规定,或突破了民法的基本范畴,典型的就如前述的商事人格权。商法也形成了自己一套独具特色的基本原则。而这些基本原则、范畴和制度业已形成了一个内容较为完整、符合逻辑要求、便于条款安排的立法结构。而这种结构性安排完全在形式逻辑上也是自成一体而并不需要依赖民法体系而存在。更为重要的是,此点在立法实践上也得到了较广泛的承认。从各国现有商法典体系来看,无论各国规定相差多大,在商事主体方面均已形成一个较为成熟和稳定的体系,主要都包括以下内容:商事主体资格及法律形态^④、商事登记、商号、商业使用人、代理商、商事账簿。从中不难看出其间存在的内在逻辑关联,即商事主体的资格取得、商事主体的基本权利、商事主体的辅助设施(在内部为商业使用人;在外部为代理商)、商事主体的基本信息及信用记载制度。

商法在商事主体方面形成的一个较为成熟和稳定的体系更鲜明地表现了商法的独

^① 如《意大利民法典》第2193条规定:“依法须登记的企业行为未办理登记的,不得以未进行登记的企业行为对抗第三人,能证明第三人知晓的情况除外。自完成登记之时起,第三人不得再以不知晓依法必须登记的事项为由提出异议。”(参见费安玲、丁玫译本,中国政法大学出版社1997年版。)此外,需要指出的是,不可将登记效力的理解绝对化。登记说到底是一种推定的效力而已,而推定当然是可以被反证推翻的。

^② 现在一般认为,商事登记的内部效力劣后于内部协议、决议,如法定代表人、住所的变更,对外仍以商事登记为准,对内以决议为准,变更的效力以决议为准。即商事登记的效力并非绝对的对抗效力,非善意的第三人(如内部知情人)不得主张商事登记的外观主义效力,因为外观主义的目的在于保护善意第三人的信赖利益,而非善意第三人不具有信赖利益,不属于保护的對象。

^③ 其实,对于任何部门法而言,仅停留在各具体特别法的层次观察是不可能发现任何法律部门的体系性的。就如民法而言,停留在其各特别法的层次如物权法、合同法、婚姻法、收养法、继承法,又如何发现民法的体系性!可见,以此而攻击商法不具备体系性、独立性的观点其技术之拙劣!

^④ 受制于不同的经济发展阶段,各国商法规定的商事主体法律形式相差较大,故本文未将各国这方面的规定列入考察的对象。虽然可以肯定,现代商事主体的主要法律形式不过公司、商合伙和个体商几种,但即就其中的公司、合伙而言,各国法律承认的法律形式又相差很大,故此处不赘述。

立性在立法上也臻成熟。在这里,我们更看到,且无论其具体内容,现代商法在商事主体法方面就几乎完全继承了中世纪商人法的传统框架,且几乎未有任何更易,这也雄辩地说明了商法传统之所以能保有其独立的生命并生生不息,其原因也在于其已形成与罗马法类似而符合商事活动规律和特殊性要求的形式理性。如果说,在当代各国民法典里我们看到了罗马法的强大生命力,那么,也可以说,在当代各国商法典里,我们也同样看到了中世纪商人法所具有的强大生命力。无疑,这也给我国的商事立法以极大的启示,以及参考意义。

以上论述已充分表明,商法从历史到现实,从理论到实证都有其内在的独立性,与民法存在重大的区别,在某些方面甚至存在根本区别。及至现代社会,随着商事经济活动的日益发达,商法亦更趋发达,其独立性亦由此更为强烈。其在商事主体方面已形成一套较为成熟的制度和理论就是明证。在这套制度和理论中,其或是对民法制度的具体化,或是对民法制度的突破,或是创设民法没有的制度。这使商法日益难为民法所完全包容,所谓民商合一的体例所负载的功能已难以适应时代需求。民商分立,即在民法典之外制定独立的商法典可谓是对这种独立性需求在立法上最高形式的回应。依照这种模式而建立的私法框架在价值和逻辑上都具有相当的合理性。但不可否认的是,由于私法的最一般基础一直是确立在民法之中,只要我们承认商法是私法框架下的一个分支,我们就无法认为商法能够脱离民法提供的这个私法的一般基础而独立存在,也就必须承认商法与民法始终存在某种无法割断的基础性关联。正是与民法存在的这种无法割舍的基础性关联决定了现代私法框架下商法独立的有限性和相对性,而使其并不能成为与私法另一元——民法独立、平行发展的法律部门,因而也无法与之等量齐观,更谈不上对民法在大陆私法中的核心和基础地位构成冲击,即使在其获得了独立的最高形式即商法典时也不例外。再考虑到商法始终欠缺民法那样高度成熟和坚实的理论和支持,这也决定了纵是民商分立也不能对商法独立的有限性实现突破。

(一)从商事主体的角度看现代私法框架下商法独立的有限性

如前所述,中世纪商人法在当时的法律框架下是处于一种完全独立的地位的。而在那种认为在现代私法框架下,商法是与民法完全平行发展的法律部门的观点看来,商法当然也可以说是处于一种完全独立的地位的。依此,将前述笔者对商法在现代私法框架下的定位称作是相对独立应该说是十分恰当的。^① 试申言之。

就广泛意义而言,普通的民事主体既包含法律直接规定的普通主体,还包括进一步依商法而取得营业资格的特殊主体——“商事主体”,如公司、合伙企业、独资企业等;民事关系同商事关系均以平等主体之间的关系为基本特征,以平等互利、意思自治为基本原则;民事活动的范围既包括营业活动,也包括非营业活动。商法也没有完全独立的调整方法,构成商法的一些基本的构成元素如权利、法律关系、诚实信用原则、契约自由原

^① 显然,此所谓“相对独立”是指地位、属性,而不是表现形式,其后缀定位二字已鲜明表现了此点。此为读者不可不察。

则、法律行为制度归根结底也都还是民法的。^① 表现在实际法律运行的机制上,就是一个民法在商事上存在某种程度上的一般适用和补充适用的问题。这种法律适用机制也使商法与民法建立起了某种程度的实质意义上的关联。诚然,在商事方面,商法规范适用优先于民法规范而适用,如公司的设立运营公司法适用就优先于民法法人制度,但无可否认的是,公司作为营利性法人当然也离不开法人制度的一般规定,而有关法人制度的一般规定(如法人条件和能力制度、设立、变更与终止制度)却是直接确立在民法里的。就此而言,民法对商法存在某种基础性支撑的作用。又如,设立公司的行为尤其是招股、认股等行为都适用有关民事行为的制度。公司发起人之间关系以及无限公司股东间关系均适用民法的合伙制度。^② 试以《德国商法典》为例。《德国商法典》中有关无限公司的规定,其中有些是对民法典关于民事合伙的补充,有的则是完全脱离民法典的规定,甚至对民法典的规定是根本的突破,然而《德国民法典》里关于民事合伙的规定,仍有相当部分可适用于无限公司。《德国商法典》中无限公司一章头条(第105条)即明确宣示,对于无限公司,以本章无其他规定为限,适用《德国民法典》。可见,至少在商事主体方面,某些商事关系的处理是无法完全脱离民法的某些支撑而在商法自身体系内而获得解决的。正是在这个意义上说,商法在现代私法框架下其独立具有有限性和相对性,即使在其获得了商法典的形式时也不例外。^③

(二)从民商合一的内在缺陷看民商分立的合理性

需要指出,并非民法的所有一般性规范都构成了私法的核心和基础,因此也并非所有的民法一般规定都能适用于商事,商法的诸多规定就变更了民法的一般性规定从而排除了民法的适用,典型的如人格权方面。就此而言,所谓基础性关联也具有相当的有限性,而亦非完全意义上的。但是民法的某些规则对商法的适用远远未到导致商法在法律地位、形式体系上完全依存于民法或所谓合商于民的地步。在相当程度上,商法还是能够完全独立地发挥对商事的调整作用的。易言之,商法的独立性并不因为与民法存在的这种基础性关联而丧失。而且,在笔者看来,应为这种独立性提供更大的空间,在立法上的表现就是实行民商分立或制定独立形式的商法典。

按照民商分立、民商合一的通行含义,它们是指民法典之外是否另立商法典的不同

^① 即便如此,这也不表明商法就是无限制地接受了这些基本的元素。如对于意思表示,商法上的外观主义基本上就排除了因错误、欺诈、胁迫而导致意思表示无效或可撤销的适用余地。

^② 参见江平主编、方流芳副主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第6~7页。

^③ 这还是仅就商事主体方面所做的考察,而如果还承认商行为法,在商事行为方面,商法在商事法律关系处理上对民法的依存性就更明显了。如其仍然要适用民法典中的合同一般规范,以解决合同的成立、效力、履行和违约责任效果的确定等基本问题。如在商业买卖,《德国商法典》虽然有许多不同于民法的诸多规定,然而在上述诸多方面和一些商法典未有规定的具体事项上还是须由民法典调整。又如,购买货物的商人必须就货物的差错和瑕疵及时通知出卖人(《德国商法典》第377条、第378条),这些规范也必须适用民法中关于出卖人的瑕疵责任的规定(《德国民法典》第459条及以下各条)。

立法体例的问题。^①所谓民商合一,当然是指商合于民中而不是相反。其隐含的前提是商法没有形成一套可以与民法相区别的独特精神面貌,没有性质相异的规范,因此,在民法(典)的框架下是完全可以而且能够包容商法的。而进一步的分析表明,这个前提是不成立的。在笔者看来,合一更因为过于注重形式而陷入了形式主义的谬误之中。试详述之。

毫无疑问,传统民法典是以个人为中心(本位)而构建的制度体系,在这种制度体系里,民法形成了独特的精神气质或所谓人文精神,那就是始终以个人为终极关怀。也如我们所见,这种独特的精神气质表现在民法典的具体制度设计上,就是“私有财产权、契约自由都是个人的”。而这种制度设计的实践前提为“经济活动的基本主体被法典设计为个人。由此,法律领域内只有两个主体:即国家和个人。国家在公法范围内活动,个人在私法领域中行事”。^②而如果这种判断在19世纪还可以勉强成立,在今天则是远远落后于社会生活的实践了。现代社会已远非以传统民法设想的个人为本位的社会,而已是一个公司、企业等商事组织日益在社会经济生活中占主导地位的社会。此种巨大社会变迁的情势使民法已不能完全、充分和有效地实现对社会经济生活的调整任务,是以商法应运而生,商法自己特殊的性格亦因此而得以塑造成型。无疑,商法典的形式尤其能更好地满足社会经济生活的需要。

在这个意义上,“民商分立”更是人们对经济活动,尤其是对商事活动的规律、特点有更深刻认识的结果。如果民法是以确认和保障个人私权为本位,价值取向在社会公众民事权益的和谐和协调的法律,那么商法无疑就是以确认和保障商事组织营业权为本位,价值取向在维护和促进商事组织企业的营利最大化的法律。因此,民法、商法二者各有其不同的本位而根本不能混同。^③由此也决定了二者在精神气质、构成质素和特征上的相当的差异。在民法,其立足于调整一般的社会关系而具有相当的抽象性和概括性,因此一经制定即具有相当的稳定性,修改不易。而商法作为一套法律专门为“企业的经济、社会目的而服务的一种管理和组织技术”^④而“尤不能不随着时代潮流与社会经济发展之趋势,而力求其进步”,^⑤因而其总是灵敏地反映经济生活的要求,更突出技术性、进步性和变动性的气质与特征。而现代经济生活边际的不断扩大又使商法因此而具有世界

① 不过要真是严格说来,按最早提倡“民商合一”的意大利学者摩坦尼利(Motanelli)的观点,所有的商法规范都应一并归入民法典中,而实现私法的统一。此可谓民商合一的本初含义。依此,别说商法典,就是单行的商事立法都是“民商合一”体例所不允许的。显然,在这个意义上,“民商合一”其实从来就没有成功过。

② [英]梅里曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,西南政法学院1984年印行,第105~106页。

③ 有观点可能会争辩,以个人为依归和终极关怀的民法也跟上时代了云云,即其在能做到以个人为本位同时,又能做到兼以公司企业为本位。还有所谓民法乃以个人为本位,兼以社会为本位的观点。在笔者看来,这些观点是很荒谬的。本位者,归属、定位之谓也,一个事物怎么可能同时有两个归属、定位或者说可以在两个所谓的本位之间游离不定,这岂非构成了对本位的自我否定。

④ [法]克洛德·商波:《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第68页。

⑤ 张国键:《商事法论》,台北,三民书局股份有限公司1980年版,第25页。

统一化的倾向。^①

这些质素上的重大差异在商事主体方面就具体表现为其在成立条件、基本权利、基本原则、构成制度等若干基本方面均大不同于民事主体,因此,即使将商法置于民法的框架里也是无法适用民法的一般规则的,有的甚至与民法的一般规则是相抵触的。即以二者在对主体的人格权界定方面的差异为例。在商法,商事人格权是具有财产性和可转让性的,这无疑极大地实现了商法保障和促进商事主体营利性的功能,因而是商法为满足经济生活发达的需要的结果。而在民法的人格权范畴里,商事人格权的上述特质是与之在逻辑上完全不相容的。

如此而言,商法与民法可谓是貌合神离,商事主体与民事主体也可谓理一分殊。^②而无视商事主体与民事主体、商法与民法的这样的重大差异甚至悖逆,而强纳商法于民法之中就如同要商法穿着民法的长袍去跳现代舞一样不仅滑稽而且有些残忍。我们无法否认,合一必然是以商法的独特的个性消损于民法大框架之下为代价的。^③试想,在民法的框架下,如何又能将以利为先的营利性原则肯认为基本原则!又如何去肯认人格权的可转让性!因此,恪守在这样的一个框架里必然会对商法的生长和商事活动的发展形成双重遏制。

而合一模式对民法自身的存在和发展其实是不利的。将貌合神离的商法纳入本来内容就极为庞杂的民法,民法将变得更为臃肿、零乱,更致命的是其更导致了民法自身内容上的自相矛盾而大大损害了民法的体系和谐。而法的和谐本来是法的生命。

确实,商事活动与一般民事活动存在的重大区别以及由此决定的对商事活动进行特殊调整的客观需要,乃是任何国家在进行民商立法时都无法抹杀的事实,而实行民商合一显然在某种程度上回避或抹杀了这个事实。这正是实行民商合一的国家又不得不在民法典之外颁布大量零散的商法的规定而弥补这个立法缺陷原因之所在,而这些零散的商法规定由于实际上存在内在的逻辑关联而本来是可以订为一体的。考虑到这点,所谓合一模式的合理性就更令人怀疑了。

尤其令人怀疑的是,即使是在实行所谓民商合一的国家,所谓的民商合一也未能做到有机统一,商事规则在其中仍有相当独立的位置和体系,合一至多只具有形式的意义,实际上是包而不容、合而不一,因此“合一”主张因为过于注重形式而自觉不自觉陷入了形式主义的谬误之中。即以民商合一最为典型的瑞士和意大利为例。在前者,《瑞士债务法典》虽然并入《瑞士民法典》而成为其第五编,但从该债务法的内容上看,包括:契约

① 参见[日]龙田节:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社1985年版,第3页。

② 严格说起来,其实貌也未必契合。

③ 另外,有许多学者在坚持民法与商法为一般法和特别法的关系同时,也坚持民法包容商法的立场,在笔者看来,这种观点在逻辑上是难以说通的;试想,一般又如何能将特殊合于其中?民法与商法是否就是一般法与特别法的关系,笔者看来更成问题。如果我们承认私法之下分为民法与商法两个法律部门,那么把一个独立的法律部门说成是另一个独立的法律部门的特别法,这在逻辑上更是说不通的。

总则、各种契约、公司、商号、商业账簿、汇票、本票、支票等规定,其主要部分当然是法德各国中属于商法典的内容。因此学者所谓瑞士商法规范在被纳入民法典的时候,仍然保留了其规范的特殊性并非虚言。^① 因此,与其称之为债务法典不如称为商法典倒更名副其实,又何必如此遮遮掩掩!如果我们再考虑到《瑞士债务法典》“本来可以称为商法典”而只是“为了与宪法的规定相一致,而称为《瑞士债务法典》”^②的背景,这种所谓合一模式的机械性更是可见一斑了。在《意大利民法典》,其也是民法、商法、劳动法三部分的拼凑组合。正因如此,有学者正确地评价到,该法典“其中商法虽不为独立法律,似也应称为形式意义上的商法”。^③ 对此,法国比较法学家达维德所指出的:“某些国家提倡或实现了民商合一,但其重要性同样是有限的”,“民法与商法在立法上统一几乎只有形式上的意义”。^④ 更有学者一针见血地指出:“从实践看,实行民商一元化的国家,也只是把民法规范与商法规范形式地罗列在一起,形成一种水与油的结合形态。此外,这些国家也不得不制定民法所不能包含的单行商事法规。”^⑤民法与商法这种合而不一、形合实不合,甚至连形合都不彻底的状况,恰恰说明了商法独立的必要性及民商分立的合理性,从而在立法上真实再现民商事实上的相对独立状态,进而充分彰显商事主体与民事主体在若干方面上的重大区别,从而做到了形式与实际的统一。笔者认为,这应是民商分立的一个最充分的理由也是它被大陆法系多数国家立法所采纳的一个重要原因。

其实,按照私法划分的理论,私法由作为一般私法的民法和商法共同构成。在前者,调整的是那些“原则上每一个市民都可以参与的关系”,因而它是“关系到全体人的法”;而在后者,其“属于私法,但并不属于民法,它是适用商人的特别法”。^⑥ 依此,只有在私法架构下才谈得上包容商法的问题而谈不上所谓民法包容商法的问题。正因如此,应该说,在二元组成的私法架构之下,独立形式的商法典是完全允许的。考虑到民商合一具有的上述种种弊端,独立形式的商法典也就更显得合宜了。

在笔者看来,以民商分立为模式而建立的私法架构至少具有以下三个优点:

第一,架构的体系性和完整性。由于商法是与民法相对应的独立法律体系,二者各

① 参见[苏]纳雷什金娜:《资本主义国家商法》(上册),刘家辉等译,中国政法大学出版社1989年版,第60页。

② 瑞士曾在1881年6月14日颁布单行的《债务法》,属于商法规范,但1911年3月30日,在民商合一观念影响下,抛弃了二元论的做法,通过了统一的《瑞士债务法典》,并于1936年修改后,次年并入1912年《瑞士民法典》。意大利的情况是其原先也采用民商分立制,但1942年制定了一部包括商法在内的综合性的新民法典。

③ 王书江:《中国商法》,中国经济出版社1994年版,第3页。

④ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1986年版,第84~85页。

⑤ 王书江:《外国商法》,中国政法大学出版社1987年版,第8页。

⑥ [德]卡尔·拉伦兹:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第9页。郑玉波也表达过类似观点,详见郑玉波:《民法总则》,台北,三民书局股份有限公司1959年版,第8页。可以认为,在中国这种观点也得到了承认。在两版《中国大百科全书·法学卷》(1984年版与2000年光盘版)条目商法中,均将商法界定为“传统上与民法并列、并相互补充的部门法”。

有一套殊异的原则、规则体系和内在的逻辑根据,将各具特质的民法、商法各订法典最大限度地实现了私法架构的完整性,也使它们在私法架构下各得其所。这不仅有利于民法保持其自身体系和谐与纯粹性,而且有利于给商法生长发达足够的空间,从而让商法更好地抵制民法的不适当扩张而充分地捍卫商法的独立性。这样,于二者的存在和发展而言未尝不是幸事。否则大量其实存在内在逻辑关联的商事关系、商事法律文件因为无所依凭而处于漂泊游离的状态,使它们寄身于民法之下又恰恰破坏了民法自身的体系和谐,进而当然也破坏了私法架构的体系和谐。

第二,架构的开放性和包容性。建立商法典的模式可以更好地容纳随现代社会发展而产生的各种新的商事关系以充分地实现对之的调整功能。考虑到现代经济生活日趋复杂和发达和由此带来的商法一元日益发达和发达的背景以及更好地实现私法对商事经济活动规范、保障和促进作用的需要,实行民商分立就更为必要了。同时,这种架构还更有利于在民法、商法之间形成良性互动:基于与民法仍然存在的基础性关联,商法仍然可以从民法中汲取私法一般元素的营养,而商法基于其“具有其他法律领域难以匹敌的更新能力和应变能力,不断为生活反复充实,进而丰富了整个私法秩序”而始终充当的私法“开拓者和急先锋的角色”,从而反过来又形成对民法及整个私法进步的推动作用。在这个意义上,通过民商分立而彰显出的私法架构的开放性正是私法旺盛生命力之所系。

第三,架构的实用性。商法典建立起的各种商事原则、规则、体系可以直接为法官提供处理商事案件具体适用的标准和依据,从而也有助于商事案件的正确处理。这样就保证了商事经济活动的发达。同时,这还有助于专业人士和一般大众商法意识的培养,进而在此基础之上形成商法文化。

德国著名法学家基尔克曾言,公民法划分是近代以来整个法秩序的基础,那么,在现代意义上,更可以说,民商分立是现代整个私法秩序的基础。

(三)民商分立是否意味着对商法独立有限性的突破?

在当下中国法学界,人们一提民商分立似乎就意味着商法就要取得与民法并驾齐驱的地位,而在笔者看来,这是对民商分立、合一的误认、误用和曲解的结果。如前所述,按照民商分立、民商合一的通行含义仅是指称立法体例意义上的而并不指称民法、商法在私法框架下的相互关系和地位问题。^①也正如前述,民法典始终构成了私法的核心和基础,而实行民商分立也从来不否认商法与民法存在实质意义上的某种基础性的关联,从而也不意味着商法可不依赖于民法而完全独立存在,甚至达到与民法完全并驾齐驱的地步。民法典的一些基本范畴对商法的统制作用和前述法律适用规则的存在都决定了商法典独立有限性。就此而言,民商分立也不可能使商法对其独立有限性实现突破。再考

^① 当然不同的立法体例确实也彰显着不同的法律地位,但在笔者看来,这种地位的不同也只是程度上的而不是性质上的。就如国内有学者提倡侵权行为法独立于债法一样,这种独立也是指立法体例上的而不是指根本法律地位上的。参见王利明:《合久必分:侵权行为法和债法的关系》,载《法学前沿》(第1辑),法律出版社1997年版。

虑到商法始终欠缺民法那样深厚的理论和学说以及由此形成的高度成熟和坚实的传统支持,这就决定了民商分立更不能使商法在私法框架下实现对其独立有限性的根本突破了。而且,迄今为止,私法的核心和基础始终是确立在民法典里的,世界上也没有一部商法典能够成功到和民法典并驾齐驱的地步,也没有任何迹象表明这种状况会有所改变。在私法框架下,两个法律部门、两个法典的地位始终是不可同日而语的。因此,那种担心实行民商分立会使商法完全独立于民法以及动摇民法的基础性地位的想法其实是不必要的。从浅层看,这种观点是过高估计了制定独立形式的商法典的地位和意义,而其深层原因则在于对民商分立的误认和误用。

(四)附论:评所谓民商合一潮流

学界有观点认为,自1872年瑞士开民商合一之先河以来,^①泰国、土耳其、匈牙利、南斯拉夫、俄国、荷兰、意大利等国从之,由此世界私法立法方面已出现所谓“民商合一潮流”云云。然而仔细考究,此说亦应为学者的误认。主张所谓潮流的学者们没有看到,民商合一的模式只是在少数国家或地区出现,其实并不占主流。真从数量考虑的话,采用民商分立体例的国家还大大多于民商合一的国家,尤其是在大陆法系更是如此。^②主张“民商合一潮流”的学者没有看到,自欧洲大陆兴起商法典编纂热潮以来,该热潮进一步席卷世界,一大批商法典蔚为壮观而屹立于世界法典之林。不仅欧洲主要国家如法、德、意、荷、西、葡、比、卢、希等均是实行民商分立的,亚洲的日、韩等国,拉美的墨、秘、阿、乌等国,非洲的埃及等国也莫不如此。第二次世界大战以后,不少国家也只是越来越加强了对商法典的修订而对民商分立之体例一仍其旧。不仅如此,英美法系国家也还有新制订了商法典的。如美国于1952年颁布的《统一商法典》。^③

无疑,这并不是立法者一时冲动或盲目的萧规曹随,确乎是他们对社会经济变迁合理化需要的理智回应。而且,在这些国家的主流学者看来,毕竟从制度发展的动机来看,分立仍是必要的。^④笔者认为,这也正是法国、日本等实行民商分立的大陆法系国家在所谓“民商合一的潮流”面前依然故我原因之所在。

① 参见谢怀拭:《外国商法精要》,法律出版社2002年版,第110页。

② 据不完全统计,世界目前有60多个国家制定有独立的商法典。而实行民商合一的国家多为一些小国家和商品经济不发达的国家。参见任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第69~81页。

③ 当然,英美诸国本无民法典,本就谈不上民商合一或民商分立。诚如有的学者指出,如果仅就法律运行机制而言,将英美国家归入民商分立其实更为恰当。因为其不存在独立的民法典,但都不仅存在单行的商事立法,也存在众多的民事立法。在后者有:亲属法、继承法、财产法、侵权法等;在前者有:公司法、合伙法、票据法、破产法、证券法、保险法、海商法、买卖法等。而《统一商法典》更被认为是“西方世界最先进的商法”。参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文、郭寿康译,中国大百科全书出版社1993年版,第107页。虽然其是否为大陆法系意义上的商法典尚有较大争议,然而从其内容看,其确为以商事为核心内容并以买卖为核心而构建了商事规范体系。在这意义上,其仍可谓真正意义上的商法典。参见曲可伸主编:《世界十大著名法典评介》,湖北人民出版社1990年版,第268页及以下。

④ 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第26页。

五、简评中国商事立法及其模式选择:代结语

当今世界的竞争主要是经济的竞争,而所谓经济竞争归根结底是各国商事主体之间的竞争,而决定各国商事主体竞争力强弱的,正是其背后的法律制度因素。近世以来,在西方,人们依据洛克、孟德斯鸠的分权制衡的政治哲学和亚当·斯密的自由市场的经济原则而进行的一整套制度设计落实到人类社会生活实践之中,从而建立起一套人类历史上从未有过的物质文明和政治文明。商人在其中作为社会进步的主体地位至为显明,可以毫不夸张地说,西方近代文明就是在以工商阶层为主导的力量推动下而产生并发达的。基于对人性自利及营利本性的肯认,在民主宪政、自由市场的制度架构下对营业自由的保护,资本主义,至少在物质文明方面,发达到人类难以想象的高度。从事工商合法致富也被人们当作引以为荣的事情,甚至是人们一生中最大的骄傲。^①

而这在民国以前的中国却是个气象完全相反的景观。几千年来,传统中国一直欠缺对这个系统的正确理解和看待。中国传统的社会是讲究身份人伦等级秩序,重义轻利、以均平为最高理念的社会,是一个以自然经济为基础,“崇本抑末”“重农抑商”的政策总居于压倒性优势的社会,是一个以官为唯一正统,国家介入甚至垄断主要营利性活动的社会。这样的社会既然排斥营利性的工商活动,私利的合法性和正当性在制度和文化上都没有其生存的空间,所谓“私法上的人”及“商法上的人”的制度设计当然也无从谈起,自由、平等、竞争、营利的观念以及营业、商事组织、管理技术当然也无由发达。在这种情势之下,商人没有其应有的法律和社会地位,独立的商人阶层和自治的商事法律体系的无从形成应该说是很自然的事情。中华文明至近代以来之所以落后来想与这些因素很难说没有重大关系。

历史的车轮缓缓地驶到了近代。禁闭的中国大门被蛮夷船坚炮利强行轰开,盲目自大的中国人从天朝上国的旧梦中跌醒,他们看到了一个更为真实和更为强大的世界。先进的中国人在思索,他们终于发现和意识到大兴工商、实行民主的益处。于是有了变法,几千年的法律传统亦欲为之一变。而所谓变法亦即引进西法,最早考虑的也就是商法。1911年制定《大清民法草案》的同时已制定《商人通例》,而《商人通例》的主要内容也不出前述商人资格、商事能力、商号、商事账簿的商事主体法体系的范畴。而后清政府又先后颁行了《公司例》《破产例》《大清商律草案》。此种立法例系模仿德国“民商分立”的模式,但未经颁行。再到1929~1931年国民党政府制定民法时,又确立“民商合一”制,决定在民法典之外,不另立商法典。其理由如中央政府中央政治会议(1929年)第183次会议决议关于“民商法划一提案审查报告书”中所述,“历史上将商人视为一个特殊阶

^① 有学者指出,人的价值意义最早是由商业行为发现的,所以一种简单的推理便轻易地构成了西方人价值观的核心——钱赚得越多,个人价值便实现得越彻底。参见江山:《互助与自足——法与经济的历史逻辑通论》,中国政法大学出版社1994年版,第208~209页。也如寻常所见,在美国,最优秀的人才往往不是从政而是从商。

层,而在民法之外,另立商法,这是不能将人民平等看待的旧习”。^①其方法为:将以前的《商人通例》中之经理人、代办商及商行为中之交互计息、行纪、仓库、运送营业、承揽运送等编入民法典债编之中。并以此为基础,另将公司、票据、海商、保险以及商事登记法等订为单行法规。^②

及至中华人民共和国成立以来,长期高度集中的计划经济体制和一大二公的公有制经济制度又从根本上取消了民商法生存的社会经济基础。因为在该种体制下,政府对国民经济的宏观管理和政府对国有企业的经营管理是结合进行的。由于政府实行垄断经营,没有真正意义上的商事主体,也就没有真正意义上的商事交易。商事主体和商事关系都未能获得独立的地位,适应对商事关系进行专门调整需求的商法当然也无从产生,商法的独立地位更无从谈起了。商法的发展历史又出现了巨大的断裂。直到20世纪80年代中期,商品经济的提法终于得到最高层的肯认,并于1984年党的十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》得到郑重确认,一种特殊的社会关系,即营利性主体在营业行为中产生的商事关系开始大量涌现,民商法的巨大的生存空间才被释放出来。1986年《民法通则》的颁布似乎表明了民商立法模式上我国采取的是民商合一的立场。而再到了1992年党的十四大明确指出建立市场经济的决定更是带来了民商立法的春天,商事关系和商事立法更是以迅猛的速度不断向广度和深度拓展。在党的十四届三中全会关于建立社会主义市场经济法律体制的决议中,加快民商立法的要求被明确提出,近几年立法实践中《公司法》《票据法》《保险法》《企业破产法》《商业银行法》等大量的商事单行法不断涌现,已成为现代意义上民商分立的一种形式。但是,发达的商事关系的存在和发展迫切需要建立对其进行一般性调整的法律规则。而这些特殊规则无论从形式上还是从实际意义上,都难以在传统民法的形式框架内找到足够的根据和动力,还是需要以独立立法的形式来完成。这个独立的法律当然就是商法。而考虑到上述历史传统因素,在中国承认商法的独立性意义和制定独立形式的商法可能更为重大。^③它对于人们树立并强化私法观念,完善我国的私法体系,提高对商法性质、地位、意义、作用的认识,培养有利于与市场经济相适应的商法观念、商法文化,从而维护和促进市场经济的发达无疑将起着巨大的推动作用。

从我国目前商事主体立法的实际来看,尽管我国不存在以商法典或以商法命名的形

^① 显然,这还是头脑里把法律上的商人与日常观念中的商人相混淆的意识在作怪。当然,由民商分立复归民商合一的立法体例其深层原因更在于在与经济合理性的较量中,传统的力量最终还是占了上风。但笔者还认为,除去前述传统历史因素以外,高度完善的民法理论、极其强大的民法传统以及由此深入人心的民法理念实际上也构成了在中国阻止民商分立、实行民商合一的传统因素。

^② 正因如此,谢怀拭先生认为,该民商立法“名为合一但又不是完全合一”,参见谢怀拭:《外国民商法精要》,法律出版社2002年版,第58页。

^③ 李永军教授认为,在中国实行民商合一是合乎我国的历史传统的,因此,在中国讨论民商合一分立的意义不是太大。参见李永军:《商法的传统与理性基础》,载《法制与社会发展》2002年第2期。显然,这正与笔者的观点相反对。

式意义上的商法,但却存在规范营利性主体的营利活动、调整由其产生的商事关系的实质意义上的商法,主要就是商事主体方面的特别法,而商事主体方面的基本法尚付阙如。因此,尽管实践中大量的商事特别法提供了具体的商人形态,包括商法人(如公司)、商合伙(合伙企业)、商自然人(个体工商户、承包经营户和个人独资企业),但对商事主体资格、商号、经理人地位、商事账簿、商事登记和公告等商事主体法的主要内容方面却一直缺少系统而明确的一般性规范。这种零散、粗陋的立法状态显然影响了人们对商事主体形成正确的认识和妨碍了商事活动的开展,从而也无法充分实现商法对市场经济工商活动专门的基本保障和促进作用。这显然是与我国建立发达市场经济的目标极不相称的。而至今仍未得到完全解决的党政机关经商、政企不分、内外(资)有别和所有制歧视等问题也无不涉及商事主体的范畴。^① 鉴于此,至少,专门制定一部以商事主体法为中心的商事基本法以实现商事主体基本规则最大限度的明确和统一是极有必要的,至于是否一定要名之为“典”倒在其次了。^②

① 在这方面,《深圳经济特区商事条例》的规定具有的开创性意义不可低估,虽然其为地方性法规。

② 在笔者看来,其实名之为“典”的东西未必具有“典”的实质。而不名之为“典”也并不妨碍其成为实质意义上的“典”,在这个意义上说,是否称“典”并不重要。就如我国宪法、刑法等诸多法律虽都未冠以典的名头,然而都并不妨碍人们仍认之为“典”一样。由此更可推论,即将出台的民法典不冠以“典”的名头而直接名之为“中华人民共和国民法”亦无不可。