

民商合一体制之困境思考

赵万一

(西南政法大学市场交易法律制度研究中心 重庆 400031)

内容提要:从民商关系的发展进路来看,民商合一并不是民商分立进化的必然结果,而是民商分立的一种变异形态。民法商法化作为民商合一的主要实现方式,其实质是以牺牲民法的人本主义精神为代价满足经济发展的要求,不仅不利于充分发挥商法的独特作用,而且由于其事实上泯灭了民法的权利法属性,因而也不利于民法自身的发展。研究表明,一国经济的发展水平与其对商法的重视程度呈现出明显的正相关关系,实行绝对民商合一的国家由于无法有效利用商法的特殊构造服务于市场交易活动,因此无法真正充分发挥法律对经济的促进作用,倒是重视商法制度建设的国家在为社会提供市场交易规则和引领世界经济的发展。我国在后民法典时代所应实行的民商合一不应以抹杀民商区别为标志的绝对民商合一或民商混同,而应以承认商法独立性为基础的相对民商合一或有限民商合一,其基本建构思路应该是“以民为宗,以商为本,分合有度,协调配合”,即在有效界分民商法不同作用方式和作用领域的条件下,以民法典作为整个私法理念和原则的供给基础,以商法作为市场经济的基本调整手段,通过对商事基本法和商事单行法的提炼和完善,实现对市场经济关系的精准调整。

关键词:民商合一 商法独立 模式选择 法律实现

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.10.005

如何处理商法和民法之间的关系既是一个复杂的理论问题,更是一个重要的立法和司法实务问题。实际上民商合一立法例既不是理论上的不刊之论,也并非实践上的最佳选择,特别是以否定商法独立存在价值为特点的绝对民商合一体制并未对社会经济发展带来有效促进作用,反而是实行民商分立的国家在引领世界经济的发展。因此在对待民商关系的处理上,我们既不能人云亦云,把外国似是而非的理论推断作为指导我们立法的圭臬,也不能盲人摸

象,把外国经过实践证明是不成功的立法模式作为我们的效仿对象,不加辨别地照搬照抄所谓的外国经验,而应在充分评估不同立法例优劣的基础上,严格遵循客观立法规律和社会实践需要做出真正符合自己国情的理性选择。

一、民商合一法律实践的先天不足

一般认为民商合一是一个近现代的概念,是与民商分立相对应的一种法学理论和法律实践。其特点是强调民事与商事共同性和不可分割性,在立法例上将商事和民事统合起来进

作者简介:赵万一(1963—),男,汉族,山东巨野人,西南政法大学市场交易法律制度研究中心教授。

行立法,只制定民法典而不另订商法典,或虽有专门的商事单行法,但在性质上仍强调这些单行法的民法属性,即仍将其视为民法的组成部分。^①民商分立虽然定型于法国拿破仑时代,但却肇端于中世纪,其产生原因是随着商品经济的发展和市场的扩大,面对纷繁复杂的社会经济关系,以民法为主体的罗马法开始有捉襟见肘之感。因此,以调整商人活动为内容的现代商法雏形——商人法开始脱离民法而得到快速发展。中世纪末,特别是16世纪以后,随着市场经济的蔓延,欧洲大陆的政治经济生活发生深刻变化,统一民族国家逐步形成,多元化的政治团体逐步为民族国家所取代,封建势力渐趋衰落,占统治地位的寺院法开始被废弃,以市民为代表的议会开始介入商事活动,^②传统的以商人自治为核心的商人习惯法逐步过渡到以国家为后盾的商事成文法。作为其表现,法国于1673年颁布了具有商法典性质的《路上商事敕令》,又于1807年颁布了第一部现代意义上的商法典,不仅在形式上而且也在实质上奠定了民商分立模式。此后卢森堡、西班牙、葡萄牙、希腊、荷兰、比利时、意大利、德国等国也相继于1817年至1900年间分别颁布自己的商法典,从而形成了影响至今的民商分立模式。不过,从这一模式产生之初,在理论上就颇受非议,即使作为样板的《法国商法典》也存在诸多理论上的不周延,观念上的不连贯等缺陷,其所秉持的商人优先主义理念不仅严重背离了自由、平等、博爱等基本社会价值观念,而且有害于市民生活的基本准则,^③加之其结构上的无序散漫,制度上的舛漏繁复,导致其无论在理论上

还是司法实务上都与民法纠缠不清。正因为民商分立存在这些固有缺陷,因此意大利学者摩坦尼利(Motanelli)于1847年首倡“民商二法统一论”的观点,提出应对民法和商法重新进行统合立法,民商合一论由此产生。就立法实践来看,瑞士是首采民商合一立法例的国家。1911年3月30日,瑞士通过颁布统一《债务法典》的方式,实现了民事关系和商事关系的统一调整。1936年瑞士又对该《债务法典》进行了修改并于次年将其并入1912年颁布的《瑞士民法典》中并成为其第五编,从而标志着民商合一立法例的正式形成。此后泰国、土耳其、匈牙利、南斯拉夫、俄罗斯等国均接受瑞士的民商合一体例相继颁布了自己的统一民法典。实行民商合一的另一代表性国家是意大利。该国于1942年抛弃了之前采用的民商分立体制,将原属商法内容的公司、合作社、康采恩等制度纳入新制定的民法典的劳动编中,将企业合同(包括承包合同、保险合同、银行合同、供应合同、承揽运送合同)、票据、特种买卖等制度并入债编,从而实现了从形式到内容的民商合一。意大利的倒戈不但被视为民商合一的重大胜利,而且直接影响到20世纪中后期一些国家民法典的制定,包括1992年的《荷兰民法典》^④和自1994年起陆续颁布的《俄罗斯民法典》以及2002年的《新巴西民法典》等。^⑤

二、民商合一的理论困境——不周延的概念与非自治的理论

民商合一模式虽然在某些国家得到了立法确认,并且实际运行了一个多世纪,但其从产生伊始就伴随着各种争议,其最受非议的地方是

① 曾庆敏主编《法学大辞典》,上海辞书出版社1998年版,第389页。

② [日]我妻荣《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第185页。

③ [法]克洛德·商波《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第17页。

④ 荷兰情况比较特殊,如果单纯从形式上说荷兰采取的是民商分立体制,但从实质上说应属民商合一,其表现是虽然《荷兰商法典》并没被废止,但其空洞化现象已非常严重,目前仍保留在商法典中的仅限于合伙、居间、票据和船舶运输的部分条文,其他内容均已归并入统一的《荷兰民法典》中。

⑤ 除以上国家外,在20世纪末新制定了民法典的国家还有《蒙古民法典》(1994)、《越南民法典》(1996)、《哈萨克斯坦民法典》(1996)、《吉尔吉斯斯坦民法典》(1996)、《土库曼斯坦民法典》(1998)等。

理论上的自治性差,实践效果难尽人意。其理论上的先天不足主要源于民法的属人法性质和其所承载的经济使命之间的非匹配性。民法就其本质来说是商品经济的产物,且是以商品关系作为调整对象,按照马克思主义的观点“民法不过是所有制发展的一定阶段,即生产发展的一定阶段的表现”,^⑥其制度设计的直接目的是为了保障商品交换的正常进行,间接则是为了保证人的生存权及其目的性价值来的实现。由于在民法产生之初从事商品经济活动的主体全部是自然人,因此,民法从一开始就将自然人作为制度设计的基础,将自然人从出生到死亡的活动轨迹作为民法制度的作用内容,并因此衍生出与出生和成长有关的出生事实认定、姓名权、未出生胎儿保护,与自然人生存相关的婚姻家庭制度、财产权制度、合同制度、人格权制度、侵权制度、监护制度、代理制度,与死亡相关的继承制度、宣告失踪与宣告死亡制度等各种具体制度。到了资本主义社会,由于将人的解放作为主要目标,因此,作为对革命成果进行确认的法律工具,民法也相应地把人本主义、人文主义和人道主义作为制度设计的目标和依据。在这一思想指导下,人作为社会的最高价值和最终目的成为民法制度设计的原点和核心,并最终表现为“在民法慈母般的眼里,每一个个人就是整个的国家。”^⑦后来,随着社会经济的发展,从事社会经济活动的主体开始由自然人为主转变为以公司等各种类型的组织体为主,为了适应这一变化,民法在主体设计上开始突破自然人的限制,创制了法人这一概念,其最终演化结果是,在民商合一体制下民法对法人

制度的关注已远远高于对自然人的关注。但对于法人为何能作为民事主体,“法人否认说”自然无法给出合理解释,即便是“法人拟制说”或“法人实在说”也仍然无法给出令人满意的答案。法人实在说则建立在团体人格基础之上,而这种团体人格又建构在组织体具有独立于其成员的特殊组织结构之上的,虽然解决了团体和成员之间的人格区分问题,但却没有回答组织体为什么能够具备以自我意识和自我控制能力为核心的人格表征这一根本问题。从立法层面来说,法律创制法人的目的无非是给组织体一个从事民事活动的身份或名份,但却并没考虑由此带来的法律体系构造的非自治性问题,即总则的内容是否都是对自然人与法人性质和特征的抽象,总则的规定是否能够对所有分则内容都进行贯穿适用。典型的如民法总则中的法律行为制度、监护制度、宣告失踪和宣告死亡制度,分则中的婚姻家庭继承制度、民事拘留制度、无因管理制度、侵权责任制度等,就其设计初衷来说都是针对自然人的,理论上是无法将其推及到法人的,如果强行将其应用到法人领域,难免会产生尴尬生硬顾此失彼之感。^⑧实际上,如何定位法人在民法中的地位不仅关系到民法的调整范围,而且也直接关系到民法的设计理念和作用方式。因为自然人和法人无论就其存在形式还是其行为目的乃至行为方式都有很大不同。因此,对自然人至关重要是关乎其名誉、隐私的社会评价,而对法人来说至关重要的则是基于信用和信任所产生的商业信誉;自然人的主要行为目的是为了生存和发展,而法人的主要存在目的是为了实利;自然人

⑥ 马克思《哲学的贫困》载《马克思恩格斯全集》(第4卷),人民出版社1958年版,第87页。

⑦ [法]孟德斯鸠《论法的精神(下册)》,张雁深译,商务印书馆1997年版,第190页。

⑧ 典型的如根据我国《侵权责任法》第18条第1款规定“被侵权人死亡的,其近亲属有权请求侵权人承担侵权责任。被侵权人为单位,该单位分立、合并的,承继权利的单位有权请求侵权人承担侵权责任。”实际上作为被侵权人的自然人死亡与作为被侵权人的单位分立、合并不但在概念上并不对等,而且在性质上也并不完全一样,将其规定在一起无论在逻辑上还是在立法技术上都是有问题的。而根据该条第2款的规定“被侵权人死亡的,支付被侵权人医疗费、丧葬费等合理费用的人有权请求侵权人赔偿费用,但侵权人已支付该费用的除外。”这款规定的内容显然只能适用于自然人而不能适用于单位。

的理性具有不完全性、不周延性、不准确性等特点,而法人则通过设置程序性要求而被假定为完全理性的主体。由此可见并不能简单地将法律对自然人的假定直接类推到法人组织,也不能将自然人的合法主体基础作为法人具有民事主体资格的理由和依据。如果不能从理论上对法人的民事主体资格给予充分的说明,那么由民法对法人进行调整难免有名不正言不顺之感。虽然许多人认为《德国民法典》已经完成了从单一自然人主体向自然人与法人双主体的转变,但实际上《德国民法典》并没真正赋予法人与自然人相同的法律地位,而只是引入这一概念,法人制度的具体构造实际上是通过商法典和公司法、合伙法等商事单行法加以完成的,民法制度构造仍是以自然人为主线而展开的。正是因为这一原因,有学者评价说,和《法国民法典》一样,作为现代民法集大成的《德国民法典》仍是“一部经典意义上的‘市民的’民法典,一部体现市民自由主义时代精神的民法典。”^⑨不仅如此,为了实现民法所尊崇的自由平等理念,民法在立法价值取向上必须采取公平优先的基本理念,而这种理念与市场经济所要求的效益优先要求就其本质来说是不兼容的。这点早在19世纪就为民商分立国家所觉察,典型的如德国在讨论民法典中应不应当包含商法内容时,当时的民法典立法委员会就认为“私法中被称为商法的那部分内容,应予以特别的处理……,应在民法典之外保持其迄今为止独立的地位”“其理由在于,商法中存在某些为商业所特有的制度和法律原则,它们相互之间存在着内在的和历史的联系,因此不能简单地根据体系方面的要求归入到民法中去。”^⑩其结果是德国最终放弃了民商合一的企图转而采取民商分立模式,并将商法的调整对象界定为以公司为代表的商人及其之间的交易行为。

民商合一论还有一个支撑观点是随着社会主体的普遍商化,商人作为一个独立阶层将不复存在,商法也将因调整对象的消失而失去其独立存在价值,并引用亚当·斯密的观点加以佐证,即在市场经济社会“一切人都要依赖交换而生活,或者说,在一定程度上,一切人都成为商人,而社会本身,严格的说,也成为商业社会。”^⑪这种说法虽然有一定道理,但并不充分。在商品经济高度发达的阶段,大多数社会主体的确会主动或被动地卷入市场交易活动,但这并不能推导出人人都已成为商人的结论,因为大多数人从事交易的目的主要是为了生存或改善生活需要的手段,而非是以营利为目的。也就是说营利主体和非营利主体之间的界限还是很清晰的,更何况普通社会主体要想成为营利主体(商人)在大多数国家都必须具备一定的条件和履行一定的程序(如登记)。因此,并不存在商法主体和民事主体完全混同的问题。

民商合一能否有效救治民商分立所存在的商人特权固化和利益保护优位问题。对此,我们首先要分析一下民商分立是否会出现这些问题。的确,在《法国商法典》时代,为了保护商人从事营利活动的积极性,并通过繁荣贸易活动促进社会经济的发展,有些国家确实采取了一些对商人利益进行倾斜保护的做法。但这仅是少数国家的立法理由和做法,并没有成为民商分立国家的普遍做法。况且法国采取这一做法也有特定的历史原因,即主要是为了医治轻商抑商的沉珂,恢复商人的应有地位,虽有矫枉过正之嫌,但确属不得已而为之。因此,对商人身份的强化和商人利益的适当倾斜保护就是为扭转商人的弱势地位而进行的拨乱反正,更是为了恢复商人的应有地位。至于现代国家对商人所采取的营利性行为独占制度,就更不属于

⑨ [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第65-66页。

⑩ [德]沃尔夫岗·塞勒特《从德国商法典编纂历史看德国商法之间的关系》,载范健等主编《中德法律继受与法典编纂》,法律出版社2000年版,第8页。

⑪ [英]亚当·斯密《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),郭大力、王亚南译,商务印书馆2002年版,第20页。

对商人的倾斜性保护了,因为商人在享受这些法律优惠的同时是以牺牲部分财产自由、行为自由和信息隐私利益为代价的,并没有违反权利和义务相均衡的原则。更何况限制或剥夺非商人从事特定商行为能力的做法(典型的如合格投资者制度),其目的主要不是为了剥夺其获取盈利的权利,而是为了控制其行为风险。因为根据风险与盈利相一致的原则,获益的可能性与风险的大小是成正比的。由于非商人通常既无从事高盈利行为所需要的专门知识,同时也无承受因此所带来的高风险的能力,因此对其商行为能力进行必要限制,在某种程度上更是对其所采取的一种保护措施。而民商合一由于不区分民事主体和商事主体,而是将非专业的普通人和具有专业素养的商人进行同台竞争,其结果虽然从形式上看似乎体现了平等保护的要求,但实质上是以损害普通民事主体的理性竞争权为代价的。这点在我国现实生活中也有充分体现,正是由于没有商法独立的意识,也没有从法律上对普通民事主体的从商行为进行必要限制,由此导致大量普通民众涌入本属商人专营的高风险领域(典型的如P2P借贷,购买理财产品,参与证券私募等),并因此屡屡遭受惨重损失。

三、民商合一的立法实践困境——民法体系无法完全涵摄商法内容

先于民商合一而出现并成为世界主流形态的民商分立绝非是部分国家头脑发热的产物,而是基于客观现实理性抉择的结果。换句话说,商法之所以在“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”,以及“在《奥地利民法典》和《德国民法典》里为什么疏漏了商法”的原因,主要在于其不仅“形成了自己独特的法律传统”,^⑫而且更是因为传统的民法理论和民法制度无法对新型社会关系作出有效回应。以开创民商分立模式的法国为例,

其之所以采取这种立法体例首先是和立法者对民法作用和性质的认识有很大关系。法国民法典作为启蒙运动和理性主义法学思想相混合的产物,一开始就是建立在否定旧传统和旧习惯的基础之上的。在法国资产阶级革命之前,法国主要施行的是以罗马法为代表的习惯法,但在大革命时期,无论是罗马法还是习惯法都被视为旧制度的产物与落后的代名词,从而成为人们仇视的对象,立法机关希图制定的是一部源于理性的“简单的、民主的,并适用每一个公民的”^⑬民法典,由此促成了世界第一部以自由平等为基础的充满理性和人本主义精神的现代民法典的诞生。其带来的负面效用是,由于这种观念指导下的民法将关注的重点放在对人自身的解放和对人自身权利的保护上,因此自然无法对不符合人本主义精神要求的社会经济活动给予过多考虑,即使从体系的完整性上不得不对与人相关的经济活动作出规定,但其规定内容仍限于与实现人的需求相关联的内容,即人格化的财产关系,而并没有把财产关系作为可以游离于人身关系的独立存在。换句话说,由于以人本主义为基础的民法不可能对非人格化的财产关系特别是越来越多的新型市场经济关系作出有效调整,因此亟需一部以市场经济活动为核心的法律制度进行补充,因此,与民法典相并列的独立商法典则应运而生。表现在立法上,几乎在民法典同时,法国就开始了商法典的起草工作,并为商法设计了独立的调整范围和判断标准。正如法国著名民法学家沃森所言“民法典里没有商法的简单原因是商法没有被当成民法来看待,商法已形成它独特的法律传统,它没有明显的与罗马法有关联的祖先。”^⑭就其实施后果来说,1807年颁布实施的《法国商法典》不但吸收了早期的习惯法和成文法,而且还被作为“拿破仑法典的重要组成

⑫ [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年版,第166页。

⑬ 何勤华、李秀清主编《外国商法》,复旦大学出版社2015年版,第197-198页。

⑭ [美]艾伦·沃森《民法法系的演变及形式》,李静冰等译,中国政法大学出版社1992年版,第150页。

部分之一,它集中反映了法国大革命的政治观点与哲学,充分体现了合同自由与私有财产神圣不可侵犯的精神,被认为是商人和自由职业者的胜利。”^⑮换句话说,现代商法典从产生之初就遵循了与民法不同的建构基础和技术路径,民商之间也有明确的分工标准。其后,德国、奥地利等国也基本遵循了和法国相同的思路而制定了独立于民法典之外的商法典。

民商合一体制虽然部分解决了商法基础理论的不周延、调整对象不确定、建构基础薄弱等问题,但却既无法有效弥合民法的人本主义要求和商法的物本主义要求之间的矛盾,更无法解决法律的稳定性和自由市场经济高速变动性之间的脱节问题。为了解决民法对经济关系的调整不力问题,民商合一国家普遍采取了两种做法:一是频繁地对民法典进行修改,其后果是民法的稳定性越来越差,民事主体的行为预期越来越低;二是在民法中引入越来越多的商法规则,其代价是民法的营利性色彩越来越浓,人本主义精神越来越稀薄。对此我们可以将奉为民商合一典范的意大利民法典加以说明。在墨索里尼执政的1942年,意大利通过新修订的《意大利民法典》摒弃了民商分立模式,转而采取民商合一体例。这种民商一元化的体制不但在形式上“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”,^⑯而且从产生伊始就面临法典内容与社会需要相脱节的问题。为了使民法典能跟上社会经济发展的需要,一方面饮鸩止渴般地频繁对民法典进行修改,在主文中增加了几十个附加条款。这些条款有些是涉及婚姻家庭和消费者权益保护,但大部分是关于公司方面的内容,包括公司设立、公司自有股份、控股公司股票转让的限制、可转换公司债、董事的权利、公司清算人、公司

的合并与分立等。这些规定不但造成商主体对传统民事主体的侵蚀现象愈演愈烈,并进一步加深了自然人与公司之间在主体权利与行为之间的鸿沟,而且严重破坏了民法规则之间的严谨性和自治性。由于单纯对民法典进行修改仍不能有效解决商法制度供给的严重不足问题,因此不得不在民法典之外通过制定越来越多商事单行法的方式进行弥补。这些单行法包括1942年的《破产、预防性协议、控制性管理和强制性管理清算条例》,1947年的《合作规章》,1958年的《中介职业条例》,1971年的《贸易条例》,1992年的《合作社团的新规则》和《证券出售的公开报价、签字、取得和兑换条例》等,^⑰而这些单行法不但在内容设计上而且在法律理念上都与民法典表现出了明显的差异性,因此其无论在形式还是在实质上都是很难归入传统的民法中。由此可见,即使是意大利这样最典型民商合一国家也仅仅实行形式上的民商合一和有限的民商合一,也没有完全抹杀商法的独立存在价值。也正是基于这一原因,所以,著名的比较法学家勒内·达维德才断言“某些国家提倡或实现了民商合一,在我们看来其重要性同样是有限的”,“民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。”^⑱由此可见,民商合一并不是民商分立的自然进化结果,而只是民商分立的一种变异形态或者说是一种特殊表现形式。

四、民商合一的实施效果验证——一种并不成功的社会尝试

由于各国所信奉的法律理念不同,所遵循的法律传统和社会传统不同,由此导致对民法和商法作用性质及其相互关系理解各异,并因此形成了界线分明的民商合一与民商分立两个

^⑮ 单文华《国际贸易惯例基本理论问题研究》载梁慧星主编《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第625页。

^⑯ 王书江《外国商法》,中国政法大学出版社1987年版,第8页。

^⑰ 费安玲《1942年意大利民法典的产生及特点》载《比较法研究》1998年第1期。

^⑱ [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。

阵营。根据《国际比较法百科全书》^①的研究,截止到上个世纪末,在其统计的107个国家中,制定了商法典的国家有59个,^②约占被统计国家的55%,且涵盖了大多数发达国家;另外48个国家没有制定统一商法典。但我们并不能简单地说55%的国家是民商分立国家,45%的国家是民商合一国家。有商法典的国家由于具备了民商分立的形式要求,从理论上说无疑都应属于民商分立国家,但对没有制定商法典的情况则比较复杂,并不能简单地推断其为民商合一国家。因此,判断一个国家究竟是采取的民商合一还是民商分立体例,既要看形式上是否有民法典和商法典,同时也要看其对民法的态度以及商法在其法律体系中的地位和比重,即要具体情况具体分析。根据以上标准,我们可以将这些国家分为两大类:一类是既无商法典,也无商事单行法的20个国家,^③这些国家无疑是典型的民商合一国家且实行的是绝对的民商合一(当然更确切地说是民商混同或民商不分)。但需要强调的是,这些国家无一例外都是世界上最不发达的国家。另一类是虽无商法典但有商事单行法的28个国家,^④这些国家情况则比较复杂,主要分为三种情况:一类是在立法时就强调民法的私法唯一性特点,即有意识地选择采取民商合一模式的大陆法国家,如意大利、瑞士以及受其影响的保加利亚、圭亚那、牙买加、老挝、泰国、以色列、越南、中国、赤道几内亚、加纳、肯尼亚、马拉维、尼日利亚、坦桑尼

亚、中非等国,这些国家也是我们证明民商合一例合理性时通常列举的国家。二是囿于法律传统无法进行民商立法模式界分的英美法系国家,如英国、新西兰、澳大利亚、加拿大、印度、缅甸、马来西亚等国(当然还应当包括前面未统计在内的巴基斯坦、孟加拉、新加坡等国),这些国家由于没有严格意义上的民法与商法概念和体系,因此通常不对其进行民商合一与民商分立的区分。但值得一说的是,虽然英美法系国家在传统民法领域实行的是以判例法为主的非成文法立法例,但在商法领域却制定了大量的以市场经济活动作为调整对象的商事单行法,由此表明国家对民事关系和商事关系在法律上是做了区别对待的;加之民法和商法的产生机制不同,即民法主要靠司法审判来完成规则创制,而商法则主要靠商人之间的自治性活动来推动,因此从某种意义上说,英美法系国家与其说是民商合一国家毋宁说是民商分立国家更为恰当。三是斯堪的纳维亚法系的挪威、芬兰、丹麦、冰岛(当然还应包括瑞典)等国,虽然这些国家在法系分类上属于大陆法国家,但由于其对民法和商法均采取的是非法典化的单行法模式,因而同样很难对其作民商合一和民商分立的区分。但有一点是肯定的,即由于这些国家的私法没有民法典作统领,因而并没有进行民商统合立法的制度基础,从而至少在形式上是很难将其归为民商合一的模式,况且在立法和司法实务中其民事和商事的区分还是很

^① 本部分及其以下统计资料均来源于[捷]维克托·纳普主编《国际比较法百科全书》(第1卷)之《各国法律制度概况》,高绍先、夏登峻等译,法律出版社2002年版。

^② 这些国家是:欧洲的爱尔兰、奥地利、比利时、德国、法国、荷兰、列支敦士登、卢森堡、马耳他、希腊、葡萄牙、西班牙、土耳其;美洲大洋州的阿根廷、巴巴多斯、巴西、玻利维亚、多米尼加、厄瓜多尔、哥伦比亚、哥斯达黎加、古巴、海地、洪都拉斯、美国、墨西哥、尼加拉瓜、危地马拉、委内瑞拉、乌拉圭、智利、秘鲁;亚洲的韩国、科威特、黎巴嫩、尼泊尔、日本、印度尼西亚、约旦;非洲的阿尔及利亚、埃及、埃塞俄比亚、苏丹、多哥、刚果、加蓬、喀麦隆、利比亚、卢旺达、马达加斯加、毛里求斯、马里、毛里塔尼亚、摩洛哥、尼日尔、津巴布韦、突尼斯、纳米比亚、扎伊尔。

^③ 这些国家是:欧洲的安道尔和阿尔巴尼亚;美洲大洋州无;亚洲的阿富汗、阿联酋、也门、阿曼、巴林、朝鲜、柬埔寨、蒙古、伊拉克;非洲的博茨瓦纳、布隆迪、冈比亚、几内亚、科摩罗、莱索托、乌干达、赞比亚、乍得。

^④ 这些国家是:欧洲的冰岛、丹麦、芬兰、挪威、意大利、英国、瑞士、保加利亚;美洲大洋州的圭亚那、加拿大、牙买加、澳大利亚、新西兰;亚洲的老挝、马来西亚、缅甸、泰国、以色列、印度、越南、中国;非洲的赤道几内亚、加纳、肯尼亚、马拉维、尼日利亚、坦桑尼亚、中非。

明确的,因而可以推断这些国家在实质上采取的仍是民商分立模式。如果以上推论成立的话,那么实行民商合一(包括民商混同)的国家最多只有37个,约占被统计国家的1/3。更进一步说,即使是以上37个也并不一定是真正的民商合一国家,因为这些国家并不一定全部制定了民法典。根据统计,截至到本世纪初世界上制定民法典的国家只有113个^②(其中欧洲国家32个,拉丁美洲国家24个,非洲国家34个,亚洲国家23个),约占世界国家和地区的半数左右^③,由于这些国家与我们上述所统计的107个国家并不完全重合,至少英美法国家和斯堪的纳维亚法系国家是排除在民法典制定之外的。由此可以得出的基本结论是:不但民商合一不是一种世界发展趋势,而且民法典也并不是一种历史的必然选择;即便按照梅因的观点,民法也仅与社会进步有关,而并非是促进经济发展的手段。对此我们可以通过对各国民法典制定原因及其效果的分析加以佐证。各国民法典的制定大体基于以下五种原因:一是为了用明晰的制度巩固革命成果(其中以《拿破仑法典》为典型);二是为了用体系化的制度弘扬本国的民族精神、民族文化,推动国家和民族的统一(其中以《德国民法典》为典型);三是将其作为体现国家政治制度的正确性并与旧制度、旧法统进行切割的标志(典型的如1923年的《苏俄民法典》和1994年的《俄罗斯民法典》,一些前东欧国家的民法典,原独联体成员国如土库曼斯坦、哈萨克斯坦等国的民法典,基于独立运动而成立的一些亚非拉国家的民法典);四是从众心理,即认为由于被学习的国家有民法典,所以自己也应当制定(典型的如《日本民法》,部分亚非拉国家的民法典制定均属此

类);五是希望利用民法典改变国家的法治水平和经济发展水平(其中以非洲国家最为典型)。但就其实际运行效果来看,民法典的有无和社会经济发展之间并没有必然联系:一方面,不制定民法典也并不一定会妨碍经济的发展,典型的如在欧洲43国中,有11个国家并没有民法典,其中就包括经济较为发达的英国、瑞典、芬兰、挪威、丹麦、冰岛等国,在20国集团中至少有7个国家(美国、英国、加拿大、澳大利亚、印度、沙特阿拉伯、南非)并没有民法典。另一方面,制定了民法典的国家有些也没有因此而促进其经济发展或改变其人权状况,作为其例证是在非洲55个国家中,有34个国家制定了民法典,远高于亚洲、大洋洲的比例,几乎接近欧洲的水平,但仍没有改变非洲拥有世界上最多最不发达国家的现实。其中最具典型意义的是埃塞俄比亚,其作为世界上最发达的国家之一曾于1955年邀请世界著名的比较法学家勒内·达维德帮助制定了号称世界上最先进的民法典,即《埃塞俄比亚民法典》,该法典不但结构合理,逻辑严密,而且内容丰富,有多达3367个条文,远多于《德国民法典》的2385个和被称为民法典之冠的《意大利民法典》的2969个条文,而且充分吸收了法国、瑞士、以色列、葡萄牙、南斯拉夫、英国、希腊、埃及等诸多国家民法典或民法制度中的优良因素和先进经验^④,特别是吸收了法国自《拿破仑法典》颁布以来150多年的立法经验、判例和学说的精华^⑤。

该法典虽于1960年就已实施,但由于其过分超前,且并不适合埃塞俄比亚国情,其结果不但没有刺激经济发展,而且在一定程度上打乱了传统的社会结构,破坏了社会稳定发展的秩

② 梁慧星《当前关于民法典编纂的三条思路》载《律师世界》2003年第4期,第5页。

③ 对于世界上现有国家的数量至今并没有非常一致的看法。联合国现有成员国192个,但有些主权国家并非联合国成员国(如巴勒斯坦)。另根据中国地图出版社2015年出版的《世界知识地图册》的介绍,世界上为我国所承认的国家共有197个,其中亚洲国家48个、欧洲43个、非洲57个、北美洲23个、南美洲12个、大洋洲14个。

④ 徐国栋《埃塞俄比亚民法典:两股改革热情碰撞的结晶》载《法律科学》2002年第2期。

⑤ 夏新华《勒内·达维德与〈埃塞俄比亚民法典〉》载《西亚非洲》2008年第1期。

序和习惯,因此直至今日埃塞俄比亚仍属世界上最不发达国家之一。相反,那些重视商法制度建设的国家无论是大陆法系国家的德、法、荷、比、卢,还是英美法系的美、英、加、澳、新,无论是亚洲的日本、韩国、新加坡,还是非洲的埃及、南非、阿尔及利亚,都是经济不较发达和相对发达的国家。由此可见,民法典和社会经济发展之间并无直接的联系,与社会经济发展之间直接发生因果关系的实际上是商法。因此从这种意义上说,以牺牲商法独立为条件的绝对民商合一既无理论上的正当性,也无实践上的合理性。

五、对民商合一立法体制的思考

通过以上初步考察我们基本上可以得出以下几个简单结论:

1. 采取民商合一立法体例既非世界各国在处理民商关系时的通行做法,也非世界发展的潮流或趋势。如果说民商分立的立法体制主要肇端并定型于十九世纪的话,那么真正意义的民商合一也仅存在于二十世纪中叶以前的少部分国家中。二十世纪中叶以后所出现的代表性民法典,包括被许多中国学者奉为圭臬《荷兰民法典》,在处理民商关系时基本上都不再奉行严格的民商合一理念或立法例,而是摒弃了民商合一与民商分立之间的森严壁垒,转而采取实用主义态度,根据本国的国情和特定社会发展阶段的时代需要对传统的民商法律制度和体系进行解构、重构或改造。从这个意义上说典型纯粹的民商合一更多存在于理论的归纳中而不是存在于现实的立法语境中。

2. 民商合一并非是处理民商关系的最佳解决方案。民商合一立法体制看似有效满足了社会经济发展和个人权利保障的双重需要,但实际上很难达到鱼和熊掌兼得的目的。其原因在于,作为商法调整对象的市场主体(经济人或公司)和作为民法保护对象的自然人无论行为目的、行为实现方式还是对其行为效力判断都有明显不同,因此相关法律制度设计事实上是很难合理兼顾两者差异巨大的需求的。换言之,

作为传统商法调整内容的市场经济关系就其本质来说具有非伦理性而非人本性的特点,因此为了促进市场经济的发展不得不将人有条件地作为手段而非目的。而民法一旦丧失了对人本身的尊重和敬畏,丧失了人文主义和人本主义的精神和要义,就从根本上动摇了民法的存在基础,而这是大多数国家在制定民法典时所不能容忍和极力避免发生的。从这个意义上说,任何国家的民法典都不可能为了屈就市场经济的发展需要而故意牺牲人的尊严和价值。因此典型意义上的民商合一与其说是为了适应市场经济发展的需要而进行的一种与时俱进的探索,毋宁说是以牺牲民法精神为代价,无视民商差异而进行的一种顾此失彼的轻率尝试。正因为民商合一从一开始就缺乏充分的理论准备和科学的实践验证,决定了这种尝试只能是一种不成功的尝试,各国的法律实践已充分证明了这一点。

3. 中国采取所谓的民商合一立法体制既非是对国外民商立法经验的总结和借鉴,也不是对中国传统法律文化和立法例的吸收和继承。中国民商合一观念和实践均来自二十世纪二三十年代的《六法全书》编纂。面对动荡的社会关系和缭乱的外国法律体系,当时的南京国民政府立法机关在未做充分理论准备和法律应用环境调查的基础上,武断地否定了民商分立的可能性,逆潮流选择了民商合一的立法例。由于这种立法例将关注的重点放在对社会财产关系的调整上,既忽视了对人的解放和尊重,也忽视了对传统文化和传统习惯的尊重,因此虽然其概念和制度给社会带来了强烈的冲击,也给封闭的中国播撒了现代法治的火种,但并没有给中国的社会经济发展和人权保障带来实质性的推动。从这个意义上说,中国民国时期的民商合一实践虽然给中国引进了现代民法的形式,但就其实施果来看给社会带来更多的可能还是负资产。当然,也给今天民商合一体制下商法独立的可能性及其实现留下了探讨的空间。

Thinking about the Systematic Predicament of Integrating Civil and Commercial Activities

Zhao Wanyi

Abstract: The development of the civil and commercial relationship as well as the independent development of civil and commercial codes do not lead to the combination of the civil and commercial codes. Rather, the combination is a distortion of the separate development of the two. The combination is realized through the commercialization of the civil code. However, requirements of economic developments are compromising the humanism principle of the civil code, and the commercialization of the civil code not only impedes the functioning of the commercial code but also dissipates the rights and obligations set by the civil code. Numerous empirical studies have demonstrated that the economic development of a country is closely related to its attention paid to the commercial code. Countries which carry out an absolute combination of the civil and commercial codes cannot effectively utilize the unique structuring of the commercial code to serve transactions in market, and consequently fail to promote economic development through legal means. In contrast, countries which carry out the separation of the civil and commercial codes or limited combination of the two set rules for the transactions in market and lead the global economic development. With the establishment of the civil code in China, the combination of the civil and commercial codes in China should not be an absolute combination or confusion of the two that obliterates their distinctive features. What to be promoted should be a relative or limited combination of the two that admits the unique features of the commercial code. The relative or limited combination of the civil and commercial codes relies on 'setting the civil code as the prerequisite and the commercial code as the foundation, the reasonable separation and combination of the two, and coordination of the two'. It more specifically refers to an effective distinction between the civil and commercial codes in terms of their different means and scopes of functioning. The civil code should be the prerequisite for it provides the concepts and principles of private laws to the relative combination of the civil and commercial codes. The commercial code should be the foundation for the regulation of market economy. Moreover, it is suggested that the basic laws and specific laws for commercial issues should be developed so as to provide precise adjustment of the economic relationships in market.

Keywords: the combination of the civil and commercial codes; the independence of the commercial code; choice of models; legal realizations

(责任编辑:付强)