

# 中國商法統一的可選方案

蔣軍洲\*

## 一、引言

現代商事交易的實踐表明現代市場經濟是一個開放的體系，它已經打破國家和地區的界限日益呈現出全球化、全球化、一體化的趨勢。國際經濟的一體化既表現為國家和地區間商品的自由流通，也表現為其中人員、資本、勞務的自由流動，於是，人們在締結商事關係時對法律規則有了統一的要求，迫切需要商法的國際化和統一。

換言之，之所以商法具有國際性的特徵從而具有統一商事交易規則的要求，是因為商事交易具有國際性。基於商事交易的此種特徵，商法在形成和制定的過程中，就不得不考慮跨國或跨地區的商事交易需要以及其他國家或地區的商事立法和慣例。

中國內地現在正在熱烈討論商法在法律體系中的地位問題以及其有無獨立性。在此討論過程中，諸多學者談論到商法典或商法通則的制定設想，但關於商法的統一問題被忽視了。

從制度領域看，中國有內地、港、澳、台四個法域。其中，香港受英美法系影響，存在商法的概念與理念，澳門頒佈有《澳門商法典》，台灣有着實質意義上的商法。商法現狀紛繁無比。從社會經濟現實領域看，如下事實絕對不容忽視：在香港、澳門回歸以後，隨着內地與特區經濟交往的日益頻繁，涉及特區的民商事糾紛不斷增加，特別是在內地與香港、澳門特區政府分別簽署了內地與香港、澳門《關於建立更緊密經貿關係的安排》(CEPA)以後，不同法域的經貿往來、人員交流以及其他各項事務能夠在統一的商法法制環境下順利運作已成為人們的急切要求。

面對如此現狀，中國在探討商法時必須強調統一商法的必要性。從統一商法的意義的角度看，誠如徐學鹿教授所言，商法的統一有利於維護中國國家主

權，有利於從法制上實施“一國兩制”的工程，有利於市場交易法律制度的真正完善。<sup>1</sup>

現在的問題是，在思想上明白統一中國商法的必要性之後，我們究竟該怎樣實現之？

## 二、中國四法域中的商法現狀

### (一) 內地商法現狀

在中國內地，就法律形式而言，沒有所謂的商法，即沒有形式意義的商法，但關於商事的法律仍然存在，除編入《民法通則》的以外，中國內地採取單行商事法規的立法方式，分別制定了《公司法》、《合夥企業法》、《個人獨資企業法》、《破產法》、《票據法》、《證券法》、《海商法》、《保險法》、《拍賣法》、《信託法》等法律，以及有關商事登記等方面的法規。基於此種立法格局，中國內地實際上已經基本構建了實質意義上的商法體系。

目前中國正在制定民法典。在制定民法典的過程中，如何處理好民法與商法的關係成為學界熱烈爭論的問題。關於民商合一與民商分立孰優孰劣，從形式上看，難以判斷。從某種意義上說，民商合一或民商分立的立法體例之別，僅僅限於是否應將規制營利性主體營業行為的基本商法規則納入獨立的商法典。對於實質意義上商法特別法的存在，大陸法理論與實踐中不存在爭議，均肯定之。換言之，民商合一體例從來不意味着否定實質意義的商事特別法，離開了商事特別法的存在這一前提，就無所謂民商分合。<sup>2</sup>

歷史地看，民法與商法的分立是歷史發展的結果。之所以有獨立商法典的存在，最重要的原因是商法與民法的發展軌跡不同。現代商法起源於商人自己形成的商事習慣，爾後經主權者採用，立法成為民族

\* 河南工業大學法學院講師、法學博士

國家法律體系的一部分；一開始，商法是“商人法”，乃以支配商人階級的法律形態出現，其後逐漸擴及於與非商人之交易的現象。<sup>3</sup> 在中國這樣一個沒有民商分立傳統的國家，中國的商事立法應走甚麼樣的道路？中國商法在中國的法律體系中應處於甚麼樣的地位？毫無疑問，對這些問題的回答同樣需要考慮到中國的法律傳統和社會現實。

從法律傳統看，中國自民國以來一直放棄制定商法典的模式已經深入人心。<sup>4</sup> 1929年，民國中央政治會議決定制定民商統一的法典。新中國成立後，民商合一的體例也沒有動搖和改變。中國當時在政治、經濟和法律等制度方面受蘇聯體系影響很大。當時蘇聯在設計民法時，經濟體制方面長期高度集中，實行計劃經濟，各類企業、合作社等均無經濟自主權，這種情形的存在，不可能允許適用於商人的商法存在，也就沒有了另行設計商法的可能性。蘇聯的民商合一體例，對新中國成立後數次民法的起草不無影響。

從中國的社會現實看，中國現在法官的素質參差不齊，在民法、商法分立的情形，由於特定主體民事身份或商事身份難以確定，民事行為與商事行為難以區分，民法與商法的重疊與矛盾必會產生司法中找法、用法的困難。

正是基於歷史與現實的各種因素考慮，中國內地的主流學說肯定了民商合一的立法體例。比如趙中孚教授在其主編的《商法總論》教材中提出關於民法和商法的關係，在立法體例上，要採取在制定民法典的同時在民法典之外另訂商事法規的方法；在立法內容上，民法典規範一般的經濟活動，商事法規規範具體確定的經濟活動；在法律適用效力上，商事法規有優先於民法適用的效力。<sup>5</sup> 主張民商合一並不意味着否定商法的獨立性。比如中國內地制定的《合同法》就很好地處理了民法與商法的關係，既採用了民商合一，又突出了商事合同與民事合同的不同。比如在寄託合同中區分了保管合同、倉儲合同。

在考慮如何統一中國多法域的商法時，內地的商法現狀需要慎重思考。

## （二）港澳台商法現狀

### 1. 香港

香港屬於英美法系，沒有形式意義上的商法典，但有具體的商事法。比如香港立法機關制定的一些成文法，像《售賣貨品條例》、《合夥經營條例》、《有限責任合夥經營條例》、《公司條例》、《商業登記條例》、《破產條例》、《票據條例》、《海上保險條例》、《第三

者（追討保險人之權益）條例》、《汽車保險（第三者意外）條例》、《保險公司條例》等等。由於香港屬於英美法系，香港自身形成的判例法，甚至予以保留的香港回歸前的普通法、衡平法均是其商事法的淵源。

如果將合同法看作重要的商事行為法，我們可以簡單地以合同法為例說明香港法突出的英美法屬性。追隨英國法的香港合同法要求，合同必須符合法定的方式，合同形式依不同的合同種類有不同的要求。香港的合同分為簡單合同和特種合同。只要成文法無特殊要求，簡單合同可以口頭、書面、默示等形式訂立。特種合同的訂立必須採用書面形式，並滿足簽名、蓋章、送交的要件才能成立。按照英國法例，公司的組織大綱和章程、超過三年的土地租賃、轉讓船舶、轉讓土地、抵押和合夥合同等必須以正式合同的形式訂立。在合同的有效要件、影響合同效力的因素等方面，其迥異於大陸法的特徵同樣明顯。<sup>6</sup>

### 2. 澳門

澳門現行的法律模式主要是以葡萄牙法為藍本而建立起來的，以法典法為主。從整體上看，在1999年《澳門商法典》頒佈以前，澳門商法基本上是葡萄牙商法在澳門的延伸，該法律體系以1888年《葡萄牙商法典》為核心，以1901年《葡萄牙有限公司法》和澳門地區立法機關制定的單行商事法規為補充，這種狀況一直持續到20世紀90年代。

進入20世紀90年代以後，澳門立法機關開始以澳門本地社會為立法背景着手對澳門商法進行修訂。經過近10年努力，澳門新的商法典終於出台。1999年8月3日，澳門政府第40號法令頒佈，自此，澳門擁有了第一部自己的商法典。該新商法典以澳門社會為立法背景，借鑒了現代西方國家，尤其是大陸法系國家如德國、法國的一些新的立法思想，增加了許多新的法律理論，並且吸收了英美法系有關商事立法的經驗。<sup>7</sup>

與香港法不同，澳門法屬於大陸法系。在民商分立和民商合一的立法模式選擇問題上，《澳門商法典》採取了民商分立。實際上，正如該法典在其前三條依序規定了商業企業主、商業企業與商行為所表明的那樣，此法典採取了商人法主義的民商分立。

《澳門商法典》共四卷。第一卷為經營商業企業之一般規則。包括了商業企業主、商業企業及商行為；商業名稱；商業記載；登記；賬目之提交；經營企業之代理；因經營企業而承擔之責任；商業企業主之民事責任；商業企業；競爭規則共十編內容。第二卷為合營企業之經營及企業運營之合作。該卷包括了對公

司、經濟利益集團、合作經營合同、隱名合夥四類企業形式的具體規則。第三卷為企業外部活動。其中，第一編規定了各種商業債務的共同點，第二編規定了17類商事合同。第四卷為“債券證券”。其中，第一編規定了無記名式證券、指示式證券、記名式證券這些一般債權證券；第二編規定了滙票、本票及支票這些特別債權證券。

《澳門商法典》的內容表明了商法通常的規範群：商主體與商行為。非但如此，從其具體規定看，該法典還體現了它對周邊地區法律的借鑒。大陸、台灣、香港的商事法律都對澳門商法產生了或大或小的影響。由於臨近香港，在商業交往中，澳門商法受香港商法影響極大，比如在銀行、票據和外貿等方面。<sup>8</sup>

### 3. 台灣

如前所述，1929年國民黨中央政治會議決議訂立民商統一的民法典。因此，在立法體例上，當時的立法者將本應屬商法總則及商行為中的若干內容併入民法債編，不能併入民法者，分別制定各單行商事法，陸續公佈了公司法、票據法、海商法、保險法等單行商事法規。所以可以說，因台灣採民商合一的立法體例，無形式意義的商法，而有實質意義上的商法或商事法。

據稱，在台灣，許多命名為商事法的教科書，多直接闡述公司法、票據法、海商法、保險法的內容。<sup>9</sup>但一般認為，台灣商事法不限於傳統上的前述四法，還包括破產法、銀行法、投資法、貿易法、公平交易法、消費者保護法等法律。在這些單行法之中，台灣的公司法、票據法、海商法均延續了舊中國時期的法律而歷經修改。保險法則是1963年公佈並付諸實施。而有關其他一些單行法，台灣根據其經濟發展實際均建立了一套比較務實的法規體系。比如關於投資法，台灣建立了一個內容完備、實用可行、配套成龍的投資法規體系，其中既有關於吸收僑外資金的法規，也有關於獎勵投資方面的法規，還有關於出口加工區和科學工業園區管理的法規。

總體上看，台灣商法開始是以大陸法系為楷模制定的，後來台灣在發展經濟尤其是開展對外貿易中，工商企業發展較快，受英美法特別是美國法的影響日益加深，商法也隨之漸漸轉向英美法系。因此，台灣商事法在原有大陸法系商法的基礎上，又吸收了許多英美法系的內容和長處，並使之融合，形成了自己的特色。目前，隨着島內經濟的不斷發展，台灣立法機關除了加大既有商事法的修正力度外，還在不斷增加新的商法規範的立法工作，商事法律、法規的數量日

益增多，內容更加充實，體系逐步趨於完備。<sup>10</sup>

## 三、中國商法統一的可行性路徑

### (一) 可行性路徑的選擇

面對中國內地與港澳台分別不同的商法現狀，在將來的民法典制定或單行商事法規的制定過程中，必須認真考慮商法的統一問題。為切實實現商法的統一，一種可以考慮的選擇項是，中國內地在制定實質意義上的商法時，綜合考慮其他法域中的商事交易規則，遴選出符合現代商事交易特點的、具有共同性的規則加以規定。比如制定統一的票據法、統一的合同法。但此種方案面臨着諸多難題。有如由於分屬不同的法系，或由於各自不同的法律傳統，各法域根據自身情況認定了不同的商主體類型——例如澳門商法典認可無限公司與兩合公司，內地卻只有有限責任公司與股份有限公司兩種公司形式；又比如關於公司的組織結構、破產等內容四法域均有不同規定。特別是，由於台灣尚未回歸祖國懷抱，香港、澳門根據其各自的特別行政區基本法，享有高度的自治權，均具有獨立的立法權、司法權和終審權，中國統一商法的前述路徑選擇顯得十分艱難。

事實上，上述因素使得在現階段通過全國統一的立法模式來實現區際實體商法的統一的條件尚不具備。就中國目前的情況而言，法律的統一只能是長期和漸進的過程。這就為示範法留下了巨大的適用空間。正因此，有學者認為，基於前述政治因素的考慮，我們只能從多樣性的商法中選擇具有典型性的，設計出示範法。

如果果真如此，那就正如徐學鹿教授所報道的那樣，在這方面美國統一各州市場交易規則的經驗非常值得我們借鑒。美國《統一商法典》明確規定，其基本宗旨為“使各州調整商業交易的法律歸於統一”，其示範性集中體現在該法“各條款的效力可以通過當事方的協議加以改變”，並且使商業做法能夠通過協議獲得發展。顯然，通過示範法科學地統一不同法域的市場交易規則，建立適應“一國兩制”條件下新的市場交易秩序，可以使不同法域的商人在市場交易中具有更多的可預見性、安全感，減少和避免市場交易的法律糾紛，促進相互間的市場交易更加緊密。<sup>11</sup>

事實上，根據有關學者的研究，示範法的靈活性與開放性正切合了中國解決區際法律衝突之急需。就中國的區際法律衝突而言，體現出十分複雜的特徵：

此法律衝突是單一國家內享有獨立的司法權和終審權的法域之間的法律衝突；此法律衝突既有奉行兩種社會制度的法域之間的法律衝突，也有奉行一種社會制度的法域之間的法律衝突；此法律衝突既包括不同法系的各法域的法律衝突，也包括屬於同一法系的法域的法律衝突；此法律衝突既有處於相對平等地位的中央法域和地方域的法律衝突，又有處於完全平等的地方域和地方域之間的法律衝突。

面對這種複雜局面，具有開放性的示範法則可以考慮到各個法域經濟、文化、法制本身的交流和漸進融合，可以針對不同的階段，不斷進行修正和補充，以一種“活”的立法形式與不斷變化中的區際民商事法律交流融合現狀。更為重要的是，示範法的客觀公允的示範性，增加了其被接受的可能性。依中國學者的提議，在制定示範法之時，可以借鑒美國的示範法經驗，中國各法域可以合作共建法律協商和協調機制，比如“全國法律協商和協調委員會”。基於特別行政區基本法，該委員會可以考慮作為全國人民代表大會常務委員會下的一個獨立工作委員會，也可以考慮作為一個得到各法域官方支持的獨立的官方工作委員會。甚至也可以像美國一樣，作為一個民間機構。該委員會的委員應由各法域選派的立法機關工作人員、法官、律師、法學教授以及其他法律專家組成。

無疑，以該協商、協調機構作為草擬示範法的主體，有利於消除各法域間因法律文化和法律制度的差異而產生的互不信任，也避免了四個法域各自立法時以我為主的偏向。此種機制使示範法得以客觀公允的方式獲得各法域的認同，並最終易為各法域立法採納，從而達成區際法律的逐步統一。<sup>12</sup>

如此看來，制定商法示範法就成為商法統一的一個最佳選擇方案。但這不是說內地的商法在修訂完善之時對商法的統一不得完全無所為。相反，針對目前中國內地的民法典制定而言，在涉及到商法的規則設計時，提前做好各法域商事交易規則的梳理、比較、整合則會為示範法的制定提供一個基礎甚至範例。在這方面，歐洲的比較法學者在歐洲的統一私法運動中積極展開比較法研究的做法就十分值得借鑒。

按照有關學者的研究，歐洲一體化的進程為歐盟私法統一提供了可能性，這種現實基礎與歐洲比較法學的歷史傳統交匯起來，迅速促生了《歐洲民法典》運動。歐洲民法學者紛紛以比較法研究為依託，展開形式多樣的學術工作，積極推動共同歐洲私法的實現，終於使一項烏托邦式的學術構思發展成爲一種不可阻擋的趨勢。<sup>13</sup> 在中國的商法研究中，學術界深入

開展中國不同法域商法的比較法研究無疑是目前急需的。只要學界通過功能比較的方法，力從現行不同法域的法律中抽象出具有普遍性的規則，就很有可能以其內在的合理性和相對的優越性最終贏得合法地位。

## (二) 過渡時期的過渡方案

現在的問題是，即便我們採納了制定商法示範法這一方案，即便內地在修訂完善商法時努力做好基礎資料的整理工作，我們也避免不了商法領域的現實的區際法律衝突。因此，在制定出商法示範法之前，務實的做法是尋找到一種切合實際的過渡方案，務虛的做法是通過法學研究和法學教育循序漸進地締造共同的法律文化。在後一種情形，實現將來商法統一的途徑就不是政治性的“自上而下”的，而轉為文化性的“自下而上”的。也就是說通過促進統一商法的廣泛的可接受性，以此逐漸確立其合法性。為實現這一目的，需要四法域的學術界在法學研究、教育領域做足工作。但這一務虛做法需要做的工作長期而又艱巨。

接下來談務實的做法。鑒於商法領域的實體法衝突最終體現在法院判決或仲裁裁決上，在目前的情形，能否實現不同法域的法院對它法域判決或裁決的認可就顯得十分重要。在這一方面，內地與港澳所簽署的一系列司法協助文件起到了良好的表率作用。

為加強內地與香港、澳門的司法交流與合作，最高法院現已簽署相互認可和執行民商事判決以及仲裁裁決等有關司法協助的文件6件。比如2006年2月28日簽署的《內地與澳門特別行政區關於相互認可和執行民商事判決的安排》、2006年7月14日簽署的《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人協議管轄的民商事案件判決的安排》。無疑，這些文件的簽署順應了香港、澳門回歸後內地與港澳相互對判決認可機制的需求，填補了內地人民法院執行港澳特區民商事判決依據的空白，為內地人民法院認可和執行港澳特區法院作出的當事人協議管轄的民商事案件的判決提供了法律依據。

所以可以說，在制定出商法示範法之前，不同法域之間本着實事求是的精神，務實地選擇相互認可它法域的判決或裁決，不失是一條解決涉外性商事糾紛的良好途徑。正如最高法院方面評價如上《安排》時所認為的那樣，此種司法協助可消除投資方對訴訟和執行相脫節的疑慮，並可增強跨區域投資、貿易的信心，促進兩地經貿往來、人員交流以及其他各項事務在良好的法制環境下順利運作。

拓展一步而言，由於內地與港澳三地從法域的角度

度來說是平等的，各法域的立法機關都無權獨自制定適用於它法域的法律，因此只能通過區際協議的形式調整商法衝突，而各法域之間的法律地位為區際協議的訂立提供了可能的法律依據。事實上，CEPA 是區際協議的最好例證。

CEPA 的成功制定和實施為中國區際商法衝突的暫時解決提供了一個切實可行的借鑒模式。顯然，中

國四法域之間就商事法從區際民商事訴訟和商事仲裁領域繼續進行訂立相應的區際協議的實踐，是中國在實體法領域實現最終統一的可靠過渡方案。可喜的是，內地與台灣就兩岸簽署經濟合作框架協議(ECFA)已開始正式協商，這讓我們似乎看到了兩岸在商事法領域展開法律衝突對話的曙光。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 徐學鹿：《論商法的統一》，載於《國家檢察官學院學報》，第4期，2004年，第82頁。
- <sup>2</sup> 趙中孚主編：《商法總論》(第四版)，北京：中國人民大學出版社，2009年，第39頁。
- <sup>3</sup> 陳自強：《代理權與經理權之間——民商合一與民商分立》，北京：北京大學出版社，2008年，第201頁。
- <sup>4</sup> 楊繼：《商法通則統一立法的必要性和可行性》，載於《法學》，第2期，2006年，第75頁。
- <sup>5</sup> 同註2，第42頁。
- <sup>6</sup> 王小能、劉德恒：《中國內地與香港兩法域私法衝突與應對》，載於《北大法律評論》，第3卷，第2輯，2000年，第233頁及以次。
- <sup>7</sup> 李研：《葡萄牙商法的歷史淵源》，載於《國際經貿探索》，第2期，2005年，第66-67頁。
- <sup>8</sup> 同上註，第67頁。
- <sup>9</sup> 同註3，第217頁。
- <sup>10</sup> 余先予主編：《台灣民商法與衝突法》，南京：東南大學出版社，2001年，第560、575頁。
- <sup>11</sup> 同註1。
- <sup>12</sup> 曾濤：《論示範法的理論基礎及其在中國的運用》，載於《法商研究》，第3期，2002年，第73頁。
- <sup>13</sup> 朱淑麗：《比較法學者對“共同歐洲私法”的推動》，載於《華東政法大學學報》，第2期，2008年，第75頁。