

## 《德国商法典》： 解构抑或重构

卢 湛

**摘 要：**在《德国商法典》的形式规制内容中，第二编“非独资的商事企业和隐名合伙”、第三编“商事账簿”和第五编“海商”，不属于严格意义的商法；在实质规制内容方面，代办权、商号法、交互计算、商事代理人、行纪人、承运人、仓库营业人、让与禁止不生效力、善意取得、商事留置权、利息规定和定期商事买卖等，不属于严格意义的商法，应当被归置于民法典；余存的规制内容不存在特殊法典化的必要。在法典体系重构方面，存在两个方案：一是建立企业外部私法；二是区分主体所从事的活动。但无论何种方案，其主旨都是维持既存的商法典。妥当并正确的做法在于，彻底废除商法典，具体就是将其中的主体内容全部归置于民法典之内。

**关键词：**《德国商法典》； 体系重构； 企业外部私法； 解构

**作者简介：**对外经济贸易大学 外语学院 教授 北京 100029

**中图分类号：**D902； D951.639.9

**文献标识码：**A

**文章编号：**1005-4871(2014)02-0045-10

一个国家的法典编纂在体例上可以有两种完全不同的表现形态：一是采取民商分立主义，即分别制定民法典和商法典，以德国和法国为典型；二是实行民商合一主义，即制定统一的民法典，而不再分别编纂民法典和商法典，意大利和瑞士为

此中著例。我国清末本采民商分立主义,至民国政府制定法律,改采民商合一主义。但另外一个、也是常常被人忽略的方面在于,德国虽然一向采取民商分立的立法,而且时至今日仍然没有改变这一法律状况,但无论从《德国商法典》的形式表现(各编)上看,还是从实质视角(内容)考察,《德国商法典》都已经名不副其实,也就是其实体上的存在仅是一种近乎虚无的存在,不再具有正当化的独立存在理由,而应当并入《德国民法典》之内,最终走向民商合一的立法层面。本文拟从《德国商法典》的篇章设置和内容着手,论证《德国商法典》已经丧失其自身的独立性,以至于没有独立存在的必要。

### 一、时间维度:规制内容的历史变迁

《德国商法典》中的商法,在法律属性上属于特别私法,而且按照毋庸置疑的立法认识,属于商人的特别私法,也就是适用于商人这一特殊职业阶层的私法。此项将商法设计成为商人特别法的主观规制做法,在德意志的土壤上,可以一直追溯到1794年的《普鲁士国家普通邦法》,其将作为交易主体的商人,定义为从事商品和票据交易的人。<sup>①</sup> 在此之后制定的、并且内容同样广泛的《一般德意志商法典》,则首先在北德意志邦联获得适用,而后作为帝国法律,自1871年开始起,适用于整个德意志帝国的领域。此法典在规制体系上采混合体系,也就是既采主观体系又采客观体系,因为一方面,其将商人作为规制的出发点,并且为其设置特别规范;另外一方面,也将非商人之间订立的某些行为置于商法的适用范围之下。

直到德国统一民法的到来,具体就是1896年《德国民法典》的创设,给此前适用的《一般德意志商法典》带来了根本性的修正和改造。这是因为一方面,其中所包含的大量民法规范,如关于一般给付障碍法的规制做法,全部被移入到民法典之内;另外一方面,其中尚存在的规范还需要与民事法典的规则做出协调,以防出现价值判断上的矛盾。由剩余规范构成的1897年《德国商法典》,仍然实行《一般德意志商法典》无所不包的广泛性立法方案,其不仅包含狭义上的商法内容,而且在此之外,还利用巨大的篇幅(两编)来规制合伙法和公司法的内容。<sup>②</sup>

《德国商法典》现代意义上的根本性意旨变迁,要归结于1998年的《商法改革法》和《运输法改革法》。这两项法律带来的变动主要涉及商人概念和商号

<sup>①</sup> 采客观体系、也就是以法律行为作为规制连结点的1807年《法国商法典》,在德意志的土壤上也产生过影响,其在德意志西部地区,一直适用至19世纪中叶。

<sup>②</sup> 其中的股份公司内容于1937年被移出法典而获得独立化,由此空出的位置由商事账簿的内容予以填充。

法。<sup>①</sup> 其在规制做法上,只是变更了商人资格的取得条件,具体就是摒弃了旧法的列举主义,改采营利事业的商人资格标准,也就是继续实行以权利主体为取向的主观体系;但另外一方面,在商行为法的范围内,德国商法改革者规定,商行为法原则上也适用于一方当事人为商人的情形,从而使改革后的商法呈现出客观体系的特征,由此,新商法采取的是主观与客观相混合的体系。2002年的《德国债法现代化法》未对商事法典产生广泛影响,尤其不涉及现行商事法典的规制体系,这意味着商事法典继续以商人作为规制的出发点,即原则上继续实行商人法主义。<sup>②</sup>

## 二、形式维度:规制内容与体系归属

在法学领域之内,究竟哪些内容应当被归入“商法”之内,在认定上并非容易之事。若纯粹以形式上的表现作为考察出发点,即以法典化的形态作为考察出发点,则《德国商法典》涵盖下述五编内容:第一编“商人身份”;第二编“非独资的商事企业与隐名合伙”;第三编“商事账簿”;第四编“商行为”;第五编“海商”。从体系的视角来考察和看待的话,这些法律规定并不构成同质性质的规定,而为异质性质的规定,其只是被立法者法典化于商事法典之内而已。真正构成德国商法基础的内容,只有法典第一编的部分内容和第四编。

在第一编“商人身份”之内,即存在着不属于商法、而应当归入其他法律领域的内容。典型示例为关于商业辅助人的规定,<sup>③</sup>以受雇人的雇用关系为内容,这意味着,其具有劳动法的法律属性,因此应当被归入劳动法领域之内,而不应当归入商法。立法者的此项决定或许基于下述考虑,即当初在法典化之时,尚不存在一般的劳动合同法;又或者纯系出于历史的偶然,而非拥有真正妥当的理由。但无论如何,此等内容都不应当被归入商法典之内;在商法典的框架下,其为“体系异类物”(ein systematischer Fremdkörper),<sup>④</sup>构成“体系违反”。

第二编“非独资的商事企业与隐名合伙”,<sup>⑤</sup>涉及普通合伙、有限合伙以及隐名合伙。这些内容被法典化于商事法典之内,有其正当化理由。这是因为在历史考察的视角之下,商法同样包括合伙法和公司法;而合作社由于不被归属于商

---

① 商号法改革的主旨在于,使商号自由化,即只要求所起的商号具有标识力和区别力。此项改革不涉及本文的实质内容。

② 债法现代化给商法典带来的影响,主要表现在商事买卖的特殊规则方面,因为新债法对民法典中的买卖法规则做出了全方位的重新设计。

③ 详见《德国商法典》第59条至第83条。

④ 参见 Hartmut Oetker, *Handelsrecht*, Heidelberg: Springer Verlag, 2010, S. 1, Rn. 1.

⑤ 相对于商“个人”而言,其为商“集体”或者商“组织”。