

社会与文化

# 民商合一民法典和商法典的生存空间<sup>\*</sup>

## ——以巴西私法立法结构变迁为例

夏小雄

**内容提要：**在中国民法典编纂过程中，学界关于立法层面如何处理民商关系存在较多争议。对于民商合一民法典之外是否还有商法典的生存空间，理论界和实务界更是未能达成一致意见。巴西在2002年制定了民商合一的民法典，此后在学者主导下又拟定了商法典草案提交立法机构审议。虽然民商合一的民法典实现了商法规范的体系重构，但由于其中的“企业法编”较为有限的立法篇幅，使其在规范商事法律关系方面存在不足，需要通过商法典立法提供更为完善的商法规范体系，实现商法相对于经济社会发展的回应性调整。巴西商法典的制定以推动商事制度现代化、增强商法适用稳定性及改善营商投资环境为目的，对商法体系和商法制度进行了全面优化和完善，不仅能够弥补统一民法典的不足和漏洞，而且能为巴西商法制度现代化、营商投资环境优化创造条件。巴西私法立法经验表明民商合一民法典和商法典的制定并不矛盾；商法典立法需要具有现代性品格，应以“企业”概念为核心建构商法制度体系。对巴西私法立法改革经验的研究可以为中国私法体系完善提供一定参考经验。

**关键词：**民商合一 民法典 商法典 私法立法体系

**作者简介：**夏小雄，法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员。

**中图分类号：**D923 **文献标识码：**A

**文章编号：**1002-6649(2020)05-0082-20

<sup>\*</sup> 本文是2019年度国家社科基金课题“公司双重股权结构司法审查标准研究”(编号:19BFX132)和2018年度司法部国家法治与法学理论研究课题“公司治理改革与公司法完善——以股票投票权差异化安排为核心”(编号:18SFB2035)的阶段性成果。

在民法典编纂过程中,关于民商关系的立法结构走向,理论界和实务界依然存在较多争议。在民法学者看来,需要制定一部完全民商合一的民法典,对民事法律关系和商事法律关系加以一体化调整。在完全民商合一的立法体例下,没有商法典或商法通则的存在空间。在某种意义上而言,民法学者们所推崇的私法立法范例是1942年意大利民法典、1992年荷兰民法典以及2002年巴西民法典。<sup>①</sup>在商法学者看来,民法学者的观点有待商榷,私法关系的整体商化虽然要求民法典具有更强的商法品格,但是民法典并不能吸纳所有的商法规则,也不会影响商法的自治性特征以及商法典的独立生存空间。从比较法经验来看,采取完全民商合一的国家毕竟是少数,更多国家仍然坚持了民商分立的立法模式。特别是通过商法典的制定,可以针对商事关系制定更有针对性和适应性的法律规则,有利于商事法律关系的调整和商事法律争议的解决。<sup>②</sup>可以说,双方争论的焦点问题可以归结为:民商合一的民法典之外是否还有商法典的生存空间?从这个角度来说,意大利、荷兰、巴西等国采纳民商合一的民法典之后,理论界和实务界是如何看待商法的独立性、民法典的功能限度、商法典的必要性等问题,就值得特别关注。

以巴西为例,在2002年制定民商合一的统一民法典之后,理论界和实务界并不认为关于私法立法模式的讨论已经终结。在很多学者看来,虽然2002年民法典具有划时代的重要意义,实现了私法规则的整体现代化,但是民商合一的民法典立法依然具有很多不足,特别是对商事法律关系的调整仍然存在缺陷。在此背景下,经过长期的准备,巴西的立法机构在法学家的支持下又准备了新的商法典草案,并于2011年提交给了众议院进行审议,此后又在2013年提交给了参议院审议。虽然该商法典草案尚未正式通过,但可以看到,民商合一的民法典之外依然有商法典的生存空间。巴西为何要在民商合一的民法典之外另行制定商法典?这部商法典草案具有怎样的结构特色和制度创新?从私法立法模式来看,这一商法典草案对于当下各国的私法体系完善具有怎样的启发意义?这些问题都值得深入研究,特别是对于思考当下中国民

<sup>①</sup> 参见王利明:《民商一体例下我国民法典总则的制定》,载《法商研究》,2015年第4期,第3-9页;孟强:《经由编纂民法典实现民商合一——兼评(民法总则专家建议稿)与(商事通则立法建议稿)》,载《社会科学战线》,2015年第12期,第219-221页。

<sup>②</sup> 参见蒋大兴:《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,载《比较法研究》,2015年第4期,第8-11页;蒋大兴:《(民法总则)的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,载《比较法研究》,2017年第3期,第54页。

法典编纂和商法体系完善问题具有重要的参考价值。

基于上述问题意识,本文拟对巴西私法立法模式变迁进行个案考察,分析民商合一的民法典立法和独立商法典立法之间的内在关系。本文的讨论主要围绕巴西商法典草案展开,但在讨论这一问题之前,有必要简要介绍巴西的私法立法结构是如何从民商分立走向民商合一,民商合一的民法典立法又存在怎样的制度缺陷。最后,还需要简要探讨巴西私法立法改革探索的经验对于中国私法体系完善可能具有的参照借鉴意义。

## 一 从民商分立到民商合一:巴西私法立法体例格局演变

在19世纪欧洲大陆民商分立立法思潮的影响下,巴西在1850年和1916年分别制定了商法典和民法典,确立了民商分立的私法立法体例。而在20世纪“私法商法化”理论和实践的影响下,巴西私法学界又逐步接受了民商合一的立法理念,立法机构在2002年制定了统一民法典,推动了私法立法结构向民商合一的转型。民商合一民法典的制定有其积极意义,但对商法的发展也带来了诸多挑战。

### (一) 民商分立格局的形成

巴西法典化的历史可以追溯到1822年巴西帝国建国之初。<sup>①</sup>在巴西独立之后法学家们就有了将商事法律法典化的想法。特别是在欧洲法律文化的影响下,1827年在圣保罗和奥林达就建立了传授法律知识(特别是法国法理论)的专门教学机构。与此同时,葡萄牙的法律在巴西帝国内也具有法律效力。根据当时的特别法规定,在出现法律漏洞的时候,法院可以适用其他国家关于经济、商业和海商的法律,例如佩德罗一世当政时以“皇帝敕令”形式明确在巴西法律未能立法之处可以适用包括葡萄牙法在内的外国法。

从1832年开始,巴西帝国立法机构就开始着手编纂商法典,国王佩德罗一世组建了由资深商人、法学家构成的起草委员会负责草拟草案。经过多年的准备之后,1850年巴西商法典得以正式颁布。这一商法典受到了法国商法典、荷兰商法典、西班牙商法典、葡萄牙商法典等欧陆国家商法典的影响,

<sup>①</sup> 巴西在1822年建立帝国体制之后,建国者佩德罗一世以及他的儿子一直统治到1889年。1889年巴西从帝国体制转变为共和国体制,在1937—1945年期间实行专政统治,随后又返回了民主体制。在1964—1985年期间巴西曾由军政府统治,但之后又建立了民主政治体制并一直维持到当下。

尤其是在体系结构和制度安排方面，如以保护营业自由为基本原则，以“商行为”概念为核心并采取客观主义的商法立法模式，存在专门的商事法院制度。<sup>①</sup>就其具体结构而言，第一编是商业法一般规则，包含了商事债务的一般规则和不同类型商行为的法律规则，还有少部分关于股份公司的规范<sup>②</sup>；第二编包括了海商法律规则，这部分立法受到了美国法律文献的影响；关于破产的法律规则被安排在第三编，主要整理了本地化的一些法律规则。值得注意的是，商法典中若干条款也处理了商法的法源构成问题，例如第121条规定了关于合同的民法规范原则上也可适用于商事合同；商事习惯和商业实践也构成商法典之外的辅助性法源，可以作为解释商事合同的一般标准（主要是第130条和第131条的规定）。1850年11月25日，巴西立法机构还发布了两个特别商事法律，主要涉及商事审判程序和商事破产程序的内容。巴西的商法典后来也被1859年阿根廷商法典、1865年乌拉圭商法典、1902年巴拉圭商法典等所效仿。<sup>③</sup>

但是，受制于当时的经济状况和立法技术，这部商法典并非十分完善。随着商事实践创新的推进，商法典的规范漏洞越来越多。为了弥补商法典的缺陷，立法机构不得不不断调整商法典的规定，还陆续制定了一些商事特别立法，比如关于银行、票据、有价证券、知识产权、海商的商事特别法，还有一些比较特殊的国际法规则也得以采纳。特别是在1889年之后，在商事法律体系出现漏洞的时候，司法实践甚至开始采纳其他国家的法律规范作为裁判依据，比如法国、德国、美国和意大利的先进商事法律。此外，欧陆国家的商法理论在巴西也有广泛的影响，巴西的法学家们对于欧洲前沿法学研究和司法实践有比较深入的研究，这也给予了法官、律师以及立法者充分的“灵感”。特别是20世纪上半期意大利的法学家对于巴西的法学理论研究和立

<sup>①</sup> Cássio Cavalli, *Direito Comercial: Passado, Presente e Futuro*, Elsevier Brasil, 2011, pp. 65-79.

<sup>②</sup> “第一编 商业法一般规则”共包括18章。第一章：商人（第1—31条）；第二章：交易场所（第32—34条）；第三章：商业辅助代理人（第35—118条）；第四章：银行家（第119—120条）；第五章：商业合同和商业债务一般规则（第121—139条）；第六章：商事委托（第140—164条）；第七章：商事居间（第165—190条）；第八章：商事买卖（第191—220条）；第九章：商事互换（第221—225条）；第十章：商事租赁（第226—246条）；第十一章：商事借贷和交换（第247—254条）；第十二章：保证和债权凭证（第255—264条）；第十三章：抵押和商事优先权（第265—279条）；第十四章：商事保管（第280—286条）；第十五章：商事公司和一般公司基本规则（第287—353条）；第十六章：汇票、支票、商业证券（第354—427条）；第十七章：商事债务的履行和消灭（第428—440条）；第十八章：诉讼时效（第441—456条）。

<sup>③</sup> Lorenza Acquarone, *Sistemi Giuridici nel Mondo*, G Giappichelli Editore, 2012, pp. 43-45.

法司法活动都产生了重要的影响，这主要是因为20世纪30年代以阿斯卡雷利（Ascarelli）、利布曼（Liebmann）、卡内鲁蒂（Carnelutti）为代表的意大利法学家在巴西流亡期间把欧洲最前沿的债法、公司法、有价证券法等理论知识带到了巴西。在此背景下，巴西法学家们也不断尝试提出完善商法典的制度方案，例如1911年以达丰塞卡（Marechal Hermes da Fonseca）为代表、1936年以卡内罗（Levi Carneiro）和费雷拉（Waldemar Ferreira）为代表、1950年以杜特拉（Marechal Eurico Gaspar Dutra）为代表的法学家分别提出了新的商法典草案。<sup>①</sup>

巴西的民法典立法在一定程度上滞后于商法典立法。德弗雷塔斯（Augusto Teixeira de Freitas）作为著名的法学家和国会议员，从1857年开始就致力于统一民法立法。他所设计的民法典草案在1858年得到了巴西帝国的批准，遗憾的是，这部草案从来没有真正转换为正式的法律。在实践中，这一草案被认为具有法律效力，在司法审判中也被视为裁判法源。1860年德弗雷塔斯又提交了一部民法典草案。这一草案主要受到了德国潘德克顿学说体系的影响<sup>②</sup>，同时也考虑到了所有已经生效的法律规则，以致致力于为巴西建构统一的民法典，就此而言这部草案非常现代化。但是，它同时涵盖了所有的民法规则和商法规则，还有部分劳动法规则，总共有4908条法律规范，从规范构成角度来说显得非常“臃肿”，因而最终也没有正式转换为民法典。在19世纪末期，民法典的编纂工作又得以启动，贝维拉瓜（Clovis Bevilacqua）经过长期准备之后也提交了一份草案，并在内容上进行了精简，使得民法典全部法律规范只有1807条。这一草案最终在1916年正式通过，它的结构体系与德国民法典较为相似，其中的规范内容主要来源于德弗雷塔斯的草案，也包括巴西此前的私法立法以及德国民法典、法国民法典、葡萄牙民法典、意大利民法典、西班牙民法典的相关规范。<sup>③</sup>

为了解释适用民法典以及其他民事特别法，特别是在夫妻平等、收养、国际私法、知识产权等方面的法律，巴西的法学家继续学习外国法的先进模

<sup>①</sup> Ayrton Sanches Garcia, “Noções Históricas de Direito Comercial”, 28 de fevereiro de 2001. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-4/nocoes-historicas-de-direito-comercial/>. [2019-10-15]

<sup>②</sup> 比如草案的第一编为“一般规则”，按照潘德克顿体系的理论建构了大量的私法一般法规则，包括人、物、法律关系的法律规范。

<sup>③</sup> 参见徐国栋：《从〈巴西民法汇编〉到〈新巴西民法典〉》，载《华东政法大学学报》，2009年第3期，第74-79页；Amalia Diurni（ed.），*Percorsi Mondiali di Diritto Privato e Comparato*，Giuffrè Editore，2008，pp. 71-74.



式，尤其是寻找合理的和最优的调整模式。法院也经常引用外国法的法律规范和司法判决，包括欧洲国家的最新法学学说理论，这些“资源”都被视为辅助性的法源形式，以弥补民法典的规制漏洞。在民法典生效后的很长一段时期内，其他的民事特别法律也不断得以制定和修订，比如1990年消费者法的制定，1994年竞争法的修订（主要是基于欧盟指令的影响）。

通过上述法学家以及立法机构的努力，巴西最终形成了民商分立的立法体例模式，并且在20世纪不断得到强化。可以看出，这种民商分立体例的形成具有一定的历史偶然性。在19世纪欧洲法律文化的影响下，法典化立法成为主导思潮，巴西帝国率先在商法领域制定法典，但是民法典长期未能得以制定，到20世纪初期才最终确立了民商分立的立法格局。当然，巴西民商分立立法模式的形成主要是因为受到了同时期欧洲民商分立立法模式的影响。在这种立法模式之下，商事法律关系被认为具有充分的特殊性，因此也需要特别的规范加以调整，这些规范的整体构成了一个自治的法律领域。从促进经济发展、规范商业贸易的角度来看，商法典立法具有更强的必然性和紧迫性，这也是巴西商法典早于民法典出现的原因。

## （二）民商合一体例的建构及其不足

由于越来越多民事特别立法和商事特别立法的存在，加之国际条约对于私法法律关系的调整也变得日益重要，这就使得巴西有必要对既有民法规则和商法规则加以系统性的整合，建构更为全面而有效的私法规范体系。而在20世纪上半期，随着意大利流亡法学家的到来，民商合一的立法理念也随之传播到了巴西，这也为民商合一立法体例的建构提供了重要的思想资源。

巴西新民法典的制定起源于20世纪60年代，当时由雷尔（Miguel Reale）领导的委员会草拟了新的民法典草案。在经过30多年的努力工作之后，这一草案才最终得以完成。从结构上来看，它有所创新，并没有遵循1916年民法典的结构体系，而是采取了五编制的新结构，特别是效仿1942年意大利民法典增设了“企业编”。民法典草案尝试把民事法律关系和商事法律关系加以一体化调整，消除传统意义上民商分立的立法格局。

巴西立法机构在2002年通过了新的民法典（2003年正式生效）。这一立法把传统的民法典规则和商法典规则统一起来，就如1912年瑞士民法典、1942年意大利民法典和1992年荷兰民法典所采纳的立法体例一样。巴西民法典包括了2045条规范，规范内容较为全面，法律规则较为完善，并注入一些新的“元素”，如增加了新的伦理性价值规范，允许法官将抽象条款、一般条

款加以具体化,对不确定的概念加以确定化(比如第422条对“客观诚信”、第187条对“权利滥用”的界定);试图超越个人主义的私法理念,建构了一种更加强调社会义务和促进社会团结的私法结构新范式(比如在第421条规定了合同的社会功能,第1228条规定了财产的社会功能,并且还强调合同履行过程当中合同主体经济利益的平衡,尤其是对债务人和债权人加以平等对待,这主要体现在合同的解除和更新规则当中,特别是第317条、第478条、第479条);同时也加强了对民事主体基本权利的保护,强调民事活动对于公共秩序的维护,要求确保合同和财产社会功能的有效发挥(第2035条)。在某种意义上说,巴西新民法典使得巴西私法体系从“个人主义理念”占据绝对主导地位转向了强调“社会功能主义”的贯彻落实,特别是突出强调了财产法的社会化。<sup>①</sup>

整部民法典的语言比较简洁明了,便于理解。就体系结构而言,第一部分“一般规则”具有非常强的学术性,对于私法制度(人、物、法律关系)的一般概念和基本制度进行了详尽的规定。在此之后是具体规则部分,分别包括了债法编、企业编、物权编、家庭编和继承编。特别值得一提的是,新民法典把传统意义上的商法规则也纳入其中,除了在债法编把民事合同和商事合同加以一体化规制之外<sup>②</sup>,还把传统意义上的商法规范归入“企业编”(共229条法律规范)。<sup>③</sup>

巴西统一民法典对于商法体系发展的功绩在于:根据商法比较法发展趋势,采取了以“企业”概念为核心建构商法制度体系,不再以“商人”或“商行为”概念作为判断商法规范适用的标准,进而有效扩展了商法规则的适用空间,使得实践中出现的新型商事法律关系都能得到有效调整。<sup>④</sup>商法不再是商人法或者商行为法,而是把它视为规范“以生产商品或提供服务而从事的有组织经济活动”的法律,也可以说是“企业法”或者“企业主法”。由

<sup>①</sup> Miguel Reale, “Visão Geral do Novo Código Civil”, em *Revista de Direito Privado*, Vol. 9, No. 9, 2002, pp. 9-17.

<sup>②</sup> Carl Friedrich Nordmeier, “O Novo Direito das Obrigações no Código Civil Alemão - a Reforma de 2002”, em *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS*, No. 1, 2004, pp. 203-236.

<sup>③</sup> Newton de Lucca, “A Atividade Empresarial no Âmbito do Projeto de Código Civil”, em Adalberto Simão Filho e Newton de Lucca (ed.), *Direito Empresarial Contemporâneo*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pp. 29-83.

<sup>④</sup> Sérgio Campinho, *O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

于新民法典对于“企业”理论的采纳，使得以“商行为”为核心概念建构而来的破产法律制度也不得不加以修正。这种关联性调整在一定程度上促成了巴西商法制度体系的现代化。<sup>①</sup>

但是，在商事法律关系的规范方面，由于“企业法编”的有限篇幅，这部民法典也有较大的缺陷，比如：并没有调整到所有的商事主体（比如职业公司），对于商事租赁、商业代理、特许经营、商事许可等商事合同类型没有提供相应的法律规则，对于实践中的重要商事合同类型缺乏应有的重视，对于破产和重组并未纳入规制调整范畴，对于特殊类型的有价证券并无充分的规范，对于股份公司的调整规范较为简略，对于工业财产也欠缺相应的保护规则。在商事实践中，不得不大量适用原有的商事特别立法，例如1976年股份公司法、1966年票据法、1985年支票法、1996年不正当竞争法。新民法典在规制商事法律关系层面的不足受到了学者们的广泛批判。当然，在部分学者看来，新民法典并未完全纳入所有的商事法律制度可能也说明了现代商法的“碎片化”特征，因为商事交易的动态性特征决定了大量商事特别法的存在，商法规则“提炼”采纳的是“归纳法”而非“演绎法”，将所有的商法规则都纳入民法典可能并不利于商事法律关系的回应性调整。

此外，民法典中部分商法规范的构造也存在问题。如债法编关于有价证券的一般性规定与票据特别立法规范相冲突，并未有效协调好与特别法规范的关系；企业编第966条对于“企业主”的定义虽然吸收了境外比较法的最新发展经验，但是对于提供专业服务的职业机构或个人（牙医、医生、律师、工程师等）却欠缺相应的规定，对于小企业主欠缺注册豁免等规定，对于农业企业主则规定了较为严格的义务。<sup>②</sup>

另外一个值得争议的问题是：民商合一的新民法典是否损害了商法的独立性存在，是否危及了商法的未来发展空间。在部分巴西学者看来，民商合一民法典的制定显然已经影响到了商法自治性的有效贯彻，至少从形式上“消减”了商法的独立性表达。而在另外一部分学者看来，传统商法规则纳入到民法典当中并未损害商法的独立存在或自治空间，商法具有自己独特的规范空间，也有自身独立的法律原则和适用方法。巴西商法的独立性存在在巴

<sup>①</sup> Moema Augusta Soares de Castro, “A Teoria da Empresa no Código Civil de 2002”, em *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Vol. 42, 2002, pp. 165 - 189.

<sup>②</sup> Marcelo Gazzzi Taddei, “O Direito Comercial e o Novo Código Civil Brasileiro”, *Jus Navigandi*, Julho de 2002. <https://jus.com.br/artigos/3004/o-direito-comercial-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>. [2019 - 10 - 18]



西宪法中有其规范根基（第22条），不会因为统一民法典的制定而受到任何影响。如果不给予商法规则独特的规范表达空间，商法的独立性和自治性势必会被“侵蚀”或“损害”，这在司法实践中已经有较为明显的体现。例如，民法典中部分规范对于财产、合同、企业“社会义务”的突出强调已经在一定程度上影响了商事交易的效率性和安全性，不利于商法规范独立性品格的彰显。<sup>①</sup>

## 二 民商合一民法典和商法典的制定：巴西私法立法结构的再发展

在意识到统一民法典的诸多不足之后，特别是在规范商事法律关系层面的种种缺陷，巴西着手制定新的商法典。经过多年准备之后，商法典草案得以提交给立法机构审议。巴西开启了在民商合一民法典之外另行制定商法典的“先河”，这对于私法立法模式发展提出了一系列新问题，值得从理论维度进行深入关注。

### （一）立法进程及目的

从2003年开始，在法学家们的推动下，尤其是科埃略（Fabio Ulhoa Coelho）教授的领导下，新商法典的起草工作得以稳步推进。2012年巴西还成立了新商法典特别委员会，以兰迪姆（Paes Landim）为代表的商法典立法专家不断更新商法典草案的条款，特别是听取社会大众的意见对于草案规范加以修订完善。

在巴西理论界和实务界人士看来，之所以要推动新商法典的制定，主要原因有两个：一是巴西经济的发展相对滞后，需要制订一部新的商法典来促进经济发展；二是通过制订新的商法典，重新在立法层面确认商法的独立性和自治性，重构商法的规范体系，并在商法学术理论层面建构独特的理论体系。新的商法典草案包含了商法的基本原则，也包括了各个商事部门法领域的基本原则和具体法律规则。2011年，商法典草案以第1572号法案的形式提交众议院，该草案包括670条。2013年则以第487号法令的形式提交参议院，最终草案变成了1103条。

<sup>①</sup> Viviane Perez, “Função Social da Empresa. Uma Proposta de Sistematização do Conceito”, em Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Temas de Direito Civil-Empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 197-221.

根据商法典草案起草者的阐释，商法典立法旨在实现以下几个目的。一是增强商法的确定性，通过商法典的制定使得商法的原则和规范能够更加明确，进而对商事法律关系加以全面而充分的调整，特别是涉及企业的商事交易、商事合同、商业网络保护等相关的法律规则得到更为具体的规定。二是推动商事法律制度的现代化，特别是通过采用最新科技工具推动商法体系的技术转型，提升商事制度构成的科技化含量，促进商事交易效率的提升和商事交易成本的降低，比如推动商事文件、公司行为以及有价证券的电子化。三是强化商事习惯和商业自律规范的价值，使得它们能够更好发挥规范商事交易的制度功能。这符合商法的历史传统，并且能够给予商人之间的自治以充分的尊重，使得商人之间已经形成的习惯法规则能够得到确认。四是对于企业运营规则的各个方面加以简化或者“去官僚化”，消除一些不合理的制度安排，删除一些不合时宜的规范要求。在巴西立法者看来，需要简化有限责任公司的法律规则，去除一些不必要的公司类型规定，超越民法和商法对于公司类型所做的严格区分。五是改善巴西商业法律环境，使得相关商事法律规则能够跟国际规则保持一致，有效地改善巴西商业投资制度，使得法律规则的国际化程度得到进一步提升，特别是在具体的制度构建方面得以完善，比如增设一人有限责任公司，增设公司僵局制度，强调商事司法程序的可商谈性，强化企业管理人员的法律责任等。<sup>①</sup>

## （二）体系选择

就体系结构而言，整部商法典草案分为三个部分：总则、分则和补充细则。总则部分分为四编，即商法一般规则、企业主、企业财产和企业活动、营业法律关系。分则部分分为五编，即公司法、企业债务法、农业法、海商法、企业程序法。

从体系构造的角度来说，巴西商法典草案在以下几个方面具有重要的创新意义。

一是对于“企业主”的界定采取了混合标准。这是处理商法典调整范围的关键问题。前文已经提到，不管是巴西旧商法典采纳的“商人”概念，还是2002年巴西民法典第966条所采纳的“企业主”概念，在界定商法规则适用范围这一问题上均采取了“实质主义标准”，因为都要归结到是否开展了

<sup>①</sup> Comissão de Juristas para Elaboração de Anteprojeto de Código Comercial no Âmbito do Senado Federal. <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232146&disposition=inl>. [2019-10-10]

“商行为”或“有组织经济活动”<sup>①</sup>，但这种判断标准的采纳往往会给法官带来比较大的负担。从比较法维度来讲，各国在处理这一问题时通常也是两种思路：一种是采纳形式主义标准，即所有进行了企业登记的商事主体都应适用商法规范；一种是采纳实质主义标准，即以是否开展了“商行为”或“有组织经济活动”作为判断商法规范适用的基础，但是很多国家也对“实质主义标准”加以限制，在一定程度上引入“形式主义标准”内容，原则上只要是公司的活动都可视为商行为或营业行为。巴西立法者为了解决这一“基础性”问题，参照比较法经验对商法典草案进行了一些制度创新，采取了一种“混合”方案（第49—50条）。根据这一种解决方案，自然人企业主的识别采取实质主义标准，只要开展了企业/营业活动就应当适用商法规则加以规制；组织型企业主的判断则遵循形式主义标准，只要企业组织形式符合商法典第184条所列举的公司类型形式，就可以判断其是商法典意义上的“企业主”，其所开展的活动就需要遵循商法典的相应法律规则。

二是对于商法的基本原则进行了详尽的规定。立法机构对于商法基本原则（第5—9条）、公司法基本原则（第10—16条）、企业合同法基本原则（第17—21条）、有价证券法基本原则（第22—25条）、农业交易基本原则（第26—31条）、企业破产重整基本原则（第32—36条）、海事法基本原则（第37—43条）、企业程序基本原则（第44—48条）等进行了详尽的规定。<sup>②</sup>在巴西传统法律文化中，此前对于法律原则的思考主要是与法律文化的本质、法律秩序的基础等相联系的。法律原则被视为是一般法律价值的规范表达，它们建构了对于法律秩序基本方向和发展路径的理解，是适用法律规范、阐释法律规则的基础。实际上，法律基本原则也是法律规范的一种，是形成法律体系的重要基础，但在实践中这一功能并没有得到充分的重视。在当下巴西法律体系之下，法律原则占据着越来越重要的地位，特别是在法律论证过程当中。与一般的法律规范不一样，法律原则的适用并非采取“全有或全无”的模式。法律原则作为一般性和抽象性的规范命令，彼此之间可能存在冲突和矛盾。在具体场景或实践案例中不同法律原则相互作用、彼此协调，从争

<sup>①</sup> Daniel Carneiro Machado, “O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa”, Belo Horizont, 2003. <https://www.academia.edu/310313>. [2019-11-02]

<sup>②</sup> Marcelo Barbaresco, “O Projeto de Código Comercial e o Princípio Enquanto Norma Jurídica na Teoria Pura do Direito: A Segurança Jurídica”, em *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Vol. 12, No. 2, 2017, pp. 245-268.

议处理角度来看需要找出适用于个案的法律原则“组合结构”。换言之，必须寻找到符合个案正义的法律原则动态体系。

商法具有自身的独特原则体系，这些法律原则是商法的核心法律规则，在司法案件特别是疑难案件处理过程中，特别需要注重不同法律原则的“调和”，寻找到能够指导争议案件解决的法律原则动态结构体系。但因多种原因，在2002年统一民法典制定之后，商法原则就没有再得到足够的重视，在商法领域的司法实践中更是出现了一些不够严谨的判决，只拘泥于法律规则的机械解释，却忽视了法律原则的重要功能，注重了形式推理逻辑的贯彻却忽视了实质正义理念的实现，这对于商事交易主体的法律确定预期带来了严重的挑战。因此，从完善实证法律秩序的角度来讲，引入商法基本原则对于增强法律适用的确定性是非常必要的。实际上，在所有的商法部门法领域，都有商法原则的适用空间。通过商法原则性规范的引入，可以弥补商事法律规则“过于刚性”的弊端，确保商法规制调整的回应性和适应性，保证商事法律司法适用的可预期性，特别是通过原则性论证的应用可以消除所谓的“体系内漏洞”，确保不同类型的商事法律关系都能得到规范调整。当然，为了防止所谓的“原则爆炸论”，商法典草案的起草者也对商法原则的运用进行了适当的限定。<sup>①</sup>

三是对于自治法的重视。现代商法就是起源于中世纪商人之间的自治法规则，虽然随后国家权力介入了商法的发展过程，但是商法的自治法属性始终没有改变，商人之间通过商事交易形成的自治规范、习惯规则始终是商法的重要法源形式。在全球化深入发展的背景下，巴西商法典草案起草者也意识到了强化商法自治属性的重要性，特别是对企业主之间发展的自治规则、习惯规则需要加以高度重视。在商法典草案关于商法法源形式的条款中，充分肯定了企业主自治法的重要性（第4条）。

四是公司法规则的简化和统一。随着2003年民法典的生效，公司交易（转换、合并、兼并和分拆）受到两种不同范式法律规则的调整，这取决于是否有股份公司的参与。除了对分拆规则的遗漏之外，民法典的规则也未充分考虑相关规范与传统公司法规范的协调。在权威学术理论的影响下，商法典草案就公司法的规则进行了简化和统一，力求为所有的公司类型提供一套法

<sup>①</sup> Fábio Ulhoa Coelho, “Os Princípios do Direito Comercial no Projeto do Código Comercial”, em *Reflexões Sobre o Projeto de Código Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 101 - 116.

律规则，而非按照民法典那样针对特定类型公司提供不同的法律规则（第178—213条，第336—380条）。商法典草案以股份公司为蓝本拟定了相关的法律规则，以期消除当下双轨制带来的规则适用混乱。

五是对于两合公司和简单合伙的限制。法学家委员会之间争论的一个问题是对少数公司类型的取舍。有些学者认为由于实践中采用无限公司、两合公司组织类型的公司很少，最好利用制定新商法典的机会来完全“限缩”或“取消”它们；对于部分学者来说，对于公司类型的调整应当更为谨慎，保留这些公司类型可以给企业家和投资者更多的商事组织形式选择。在商法典草案草拟过程中，最终采纳了折中的立场：也就是调整简单两合公司和股份两合公司的制度构成；同时，增加了无限公司作为法人实体的可能性。关于无限公司的制度重构，法学家委员会认为必须超越当下民法典和商法典对于无限公司类型的绝对区分，根据经济发展的要求统一登记制度、消除法律规则层面的差异。商法典草案规定：任何公司，无论其目的或类型如何，必须到企业登记处进行登记。唯一的例外是，提供专业智力服务的专业公司可以由特别立法另行规定。<sup>①</sup>

六是强调对电子商务的规制。在全球经济活动中，电子商务、互联网交易已经越来越重要，电子商务平台已经拥有重要的影响。但是，电子商务在巴西的法律体系当中并没有得到应有的重视。<sup>②</sup> 商法典起草者建议通过立法填补这些空白，明确企业与企业（B2B）利用互联网缔结合同或者进行谈判时所应承担的义务和责任，要求使用互联网进行电子商务活动时必须公布隐私政策，强化对于隐私的保护和不当行为的规制。但是，商法典草案并没有规制企业与消费者之间（B2C）的电子商务法律关系，在立法机构看来这一类型的交易应当由消费者权益保护法律加以规范调整。

### （三）制度创新

除了在体系构造方面的创新之外，商法典草案在一些具体制度上也有重要改革。

#### 1. 企业法部分

一是简化有限责任公司规则。根据2005年巴西企业登记部门的统计数

<sup>①</sup> Danilo Borges dos Santos Gomes Araujo, “Empresa e Desenvolvimento: Importam as Estruturas Jurídico-organizativas à Disposição dos Agentes para o Exercício de Atividades Empresariais”, 2009. <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2834>. [2019-10-10]

<sup>②</sup> Maria Eugênia Reis Finkelstein, *Direito do Comércio Eletrônico*, Elsevier Brasil, 2011.



据，巴西全国范围内有 246722 家有限责任公司，1800 家股份有限公司，1297 家合作社，413 家其他类型的公司（包括简单无限公司、简单两合公司和股份两合公司）。根据圣保罗州的统计数据，2013 年圣保罗州有 81606 家有限责任公司，918 家股份有限公司，90 家合作社，278 家其他类型公司。可以看出，有限责任公司在商事组织体系中具有重要的地位。在统一民法典出台之前，有限责任公司主要受第 3.708 / 19 (26) 号法令的约束，该法令赋予其法人格的同时，也确认了其合同性属性，使其法律规定具有较大程度的“不稳定性”。统一民法典的制定则使得这类公司的法律规则更加复杂，使其制度架构更接近股份公司。<sup>①</sup>但在实践中，商业人士并不认可统一民法典对于有限责任公司的法律制度改造。对于有限责任公司法制的重构可以视为商法典草案最重要的贡献之一，因为实践中 95% 的注册公司都采用了有限责任公司的组织形式。商法典草案认为，有限责任公司法制必须具有与该类型组织相适应的灵活性和兼容性，既可适用于微型公司和小型公司，也可用于外商独资或合资企业的组织形式。基于这一考虑，商法典草案大大简化了有限责任公司的法律规则构成，祛除了一些不必要的形式要求。商法典草案的另一项重要创新是增加了由于股东的除名、死亡或退出而对股权份额进行清算的法律规则（第 276—288 条）。这一问题在绝大多数司法程序中主要与有限责任公司有关。对于股权份额清算的问题，商法典草案中确立了一个合理的经验法则，反映了目前实践中判例法对于这一问题的理解，并可以作为法官和律师处理清算股权份额问题的操作指南。

二是完善法人格否认规则。法人格否认理论的形成旨在完善公司财产自治机制，防止公司股东欺诈性地操纵公司资产从而损害债权人权利。在公司股东存在上述行为的情况下，必须要求其对公司的债务承担连带责任。法人格否认理论通过暂时中止股东有限责任机制的有效性来保护债权人的利益，但实际上它并不否认公司法人格和资产分割理论的重要性。然而，法人格否认理论在巴西的应用产生了令人遗憾的扭曲现象，例如，税务法庭和劳动法庭利用法人格否认制度任意“冻结”公司及其股东资产，而没有给予被冻结资产对象足够的“抗辩”权利，这往往使得公司的正常运营受到影响。商法典草案详细地处理了这个问题（第 196—199 条），正是为了有效克服实践中

<sup>①</sup> 系统的阐释参见 Fábio Ulhoa Coelho, *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*, Editora Saraiva, 2003.

存在的这些“扭曲”现象。商法典草案特别规定了公司财产不能清偿债务不足以作为否认公司法人格的充分条件，此外还必须考虑宪法权利保护、正当程序原则、充分防卫原则等要素，特别是充分重视公司的“抗辩权利”。值得注意的是，商法典草案并没有偏向于主观主义理论（强调主观层面的欺诈和滥用）或客观主义理论（强调客观层面的财产混同）的任何一方，而是确立了一个更为复杂的类型化认定标准，在一定程度上限缩了法人格否认制度的适用范围。<sup>①</sup>

三是优化专业公司规则。商法典草案考虑了公司法领域另一个未受充分重视的领域，即专业公司的制度调整（第324—335条）。专业公司是由从事智力活动的人员注册成立的公司，例如医生、律师、会计师、工程师、心理师、艺术家、设计师、计算机技术人员等设立的旨在提供相关专业服务的公司。当然，在巴西既有法律体系下，对于这些主体提供服务的规制，有的行业存在较为完善的规则，有的行业尚未制定明确的规范机制。根据商法典草案的规定，专业人士可以在公司章程中明确公司的性质，如果选择为“专业公司”则适用专业公司的法律规范，如果选择为“企业公司”则适用企业公司的相关法律规范，也就是更为一般性的公司法规范。专业公司并不是一种新型的公司。商法典草案规定，它可以选择第184条规定的四种公司类型的任意一种，只要特定行业监管法规没有其他特别规定。但是，专业公司需要适用一些比较特殊的法律规则。比如公司决议按照人数计算而非资本计算，可以以专业技术或劳务出资，实施特殊的管理以及监督制度，具有特殊的解散清算安排等。

## 2. 商行为法律制度

基本规则。商法典草案起草者充分注意到了商事法律行为和民事法律行为的区别，强调在它们的效力评价上应当遵循不同的标准。需要承认，商事法律行为的特殊性在商法研究传统中已经得到承认，但是并未在法律体系之下得到明确的规定。经过长期理论反思，理论界和实务界认为在商事法律行为规制方面需要确立特殊的规则，尤其是涉及公司法律行为的效力。例如对于公司决议的效力判断，就不能简单适用民事法律行为效力规则。此外，商法典草案还为商事法律行为的解释提供了一些特别规则，特别强调了习惯和

<sup>①</sup> Alessandra Lignani de Miranda Starling, et al., “A Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Novos Institutos: Novo Código Comercial (em Tramitação) e Novo Código de Processo Civil”, em *Jures*, Vol. 7, No. 15, 2019.

自治规则在解释过程中的重要意义（第166—170条）。对于商事法律行为的效力，商法典草案确立了一些较为特殊的规则（第156—165条）：除非当事人另有约定，撤销判决和无效判决不具有追溯力；如果没有损害或者只有微小损害，不能认定商事法律行为无效；公司设立行为的无效或撤销将导致公司的解散；即便是撤销之诉已经开始进行，无效之诉也可以随时被受理；随着时间推移，无效可以被修复或被修正；公司集体决议过程当中投票的无效或者撤销，如果对公司投票结果不会产生实质影响，不得任意改变投票结果。<sup>①</sup>

合同自由干预机制的调整。商业合同通常具有经济学家所说的“外部性效应”，这意味着理解商事合同必须将其纳入商事合同“交易网络”。商业合同的经济后果往往超出当事人的利益范围，这种后果通常会最终影响产品价格和服务价格，从而对消费者造成不利影响。在这种背景下，合同所需要承担的社会义务或社会功能得到强调，合同自治甚至在一些情形下要受到“限制”。特别是随着新民法典的生效，合同的社会功能得到了重视，法官对于合同关系的司法干预日益强化，在一定程度上扭曲了合同自由的实现，影响了合同关系的平衡和契约自治的贯彻。商法典草案根据营业自由这一宪法原则的要求，调整了法官对于合同自由的干预机制，弱化了法官对于契约自治的不当影响，在一定程度上限制了合同社会责任条款的适用性，并基于这一理念对商事合同的原则和规范进行了实质性调整。

买卖合同。近年来巴西加入了《国际货物销售合同公约》（CISG），该公约在2014年4月1日在巴西境内开始生效。《国际货物销售合同公约》主要基于盎格鲁—撒克逊法和商人法规则发展而来。巴西此前的合同法律规则主要源自于日耳曼法—罗马法体系，这些传统规则和《国际货物销售合同公约》中的法律规则有一定差异。例如，关于货物瑕疵、风险转移的法律规则就有很大的不同。为了克服上述差异，在买卖合同的规范调整方面，商法典草案尽量采取了与《国际货物销售合同公约》相同或相近的法律规则，以尽可能实现同国际规则的接轨。

新的合同类型。众所周知，企业活动的创新使得商事实践中产生了许多新类型合同。商法典草案并非想“囊括”所有类型的商事合同，从立法技术

<sup>①</sup> João Carlos Leal Júnior e Francisco Emílio Baleotti, “Acesso à Justiça e Os Impactos da Morosidade Judicial nos Negócios Jurídicos Empresariais”, em *Revista Espaço Acadêmico*, No. 134, 2012, pp. 73–81.

角度来说,这确实存在较大的困难。但是,对一些在实践中已经广泛采用的合同进行规制是恰当的。商法典草案对于供应合同(第447—448条)、直销合同(第504—506条)、仓储合同(第507—527条)、共同投资合同(第537—539条)、信托合同(第540—553条)、保理合同(第554—560条)、农业工业一体化合同(第693—700条)、容量运输合同(第841—842条)、船舶拖曳合同(第843—847条)等新合同类型进行了规定,确保了这些新型合同法律关系能够得到充分调整,当事人之间的权利义务关系可以得到合理的界定。

有价证券。商法典草案确立了商事证券转让的电子登记制度,承认电子登记的效力,也认可纸质证券向电子证券转化的效力。商法典草案对票据规范也提供了较为详尽的规则,在一定程度上对民法典票据法规则进行了修正完善,弥补了民法典在票据规制方面的不足和缺陷。

### 3. 其他部分

农业综合企业。虽然农业活动主要集中在农村地区,但作为巴西经济的重要组成部分,农业生产实际上包括了更广泛的范畴,其中许多活动也发生在城市地区。农业生产涉及一系列的企业,通常完整涵盖了农业、工业、服务业三个经济部门。商法典草案对于农业综合企业的内外活动设置了全面的规范(第681—776条),特别是针对农业领域的合同和证券制定了全面的法律规则,主要目的在于保护农业生产商业网络,有效平衡企业主利益和社会利益,促进农业经营活动的开展。

海商法。巴西的海洋货物运输占有非常重要的地位,但规范海洋运输和海洋贸易的法律依然较为陈旧,主要法律规则依然是帝国时代的海商法。船东、进口商、出口商、集装箱码头、货运代理商、承运人、船东和集装箱之间的复杂法律关系,在巴西现行法律中没有得到全面充分的调整。可以说,原有的海商法规范已经滞后于海事贸易的客观需要。商法典草案对于海商法规则进行了系统重构(第777—947条),特别是对于此前被巴西立法者忽视的海商法规范漏洞进行了补充完善,使其在一定程度上得以实现现代化。

破产程序。商法的一个特别特征在于其不仅涵盖实体法的原则和规则,还包括程序性的原则和规则。然而遗憾的是,巴西法律体系下商事程序法律规则较为陈旧,已经在一定程度上滞后于实践需要,特别是破产程序规则和企业程序规则。商法典草案第五编对企业程序规则进行了体系重构(第948—1081条),采纳了更为国际化的法律规范体系。例如在证据采集、信息披露、

专家证人等领域采纳了更为现代化的规则<sup>①</sup>，这有利于改善巴西投资环境和吸引外国投资者投资。商法典草案对海事程序也进行了完善，例如在船舶抵押、货物执行、责任限制等方面调整了相应的制度构成。此外，对于跨国破产程序也进行了完善，试图建立跨国司法合作机制，这在全球化时代对于商业活动的开展和商事争议的解决具有重要的意义。

#### （四）学界争议

商法典草案发布之后，在巴西国内也引发了热烈的讨论。在反对者看来，商法典并没有太多实质性的创新，依然是“新瓶装旧酒”，在一些疑难性问题上，商法典草案并没有提供具有说服力的解决方案。商法典草案虽然试图提炼总结商法的一般原则以及各个领域的基本原则，但这些原则是否真实存在、它们如何在司法实践中发挥应有功能等问题都值得进一步讨论。在部分学者看来，商法原则条款会赋予法官过于宽泛的自由裁量权，不利于给予企业家稳定的法律预期。<sup>②</sup>巴西商业法律环境不佳是多个原因造成的，除了法律因素之外，还受到其他政治、经济、文化、伦理层面因素的影响，因此不能对商法典抱有过的期望。此外，商事交易实践总是不断创新，商事法律规则也在快速调整，法典化的立法并不利于商法对于动态经济现实的回应性调整。<sup>③</sup>

在支持者看来，商法发展和法典化是可以“兼容”的，商法法典化的方案并非不可行，不仅巴西具有商法典立法的历史传统，其他很多国家也有商法典，商法发展也出现了“再商法化”和“再法典化”的趋势；商法典草案并非反对者所宣称的那样没有任何创新，与之相反，在很多方面进行了大胆的制度改革。商法典草案推动了商法规则的现代化和体系化，有助于改善巴西法律环境和监管体系，促进投资环境优化和外国投资增长<sup>④</sup>；商法典的实施也不会影响商事法律稳定性，商法典在起草时已经充分考虑了与现有商法规则之间的协调，在“设计”具体规范时尽量“复制”了既有商事法律规范

<sup>①</sup> Fábio Ulhoa Coelho e Tiago Asfor Rocha Lima, *Reflexões Sobre o Projeto de Código Comercial*, Editora Saraiva, 2013, pp. 671 – 688.

<sup>②</sup> Haroldo Malheiros Duclerc Vercosa, “Crítica à Concepção do Projeto do Novo Código Comercial Sobre o Direito Societário”, 1 de março de 2012. <https://www.migalhas.com.br/depeso/150848>. [2019 – 10 – 18]

<sup>③</sup> Nadialice Francischini, “Um Novo Código Comercial na Pós – Modernidade”, 11 de junho de 2012. [http://revistadireito.com/artigos-direito\\_empresarial-3](http://revistadireito.com/artigos-direito_empresarial-3). [2019 – 10 – 16]

<sup>④</sup> Paulo Frank Coelho da Rocha e Andréia Cristina Bezerra Casquet, “O Projeto do Novo Código Comercial e as Atuais Tendências do Direito Comercial”, em *Revista de Direito Empresarial*, Vol. 2, No. 3, maio/ junio 2014, pp. 59 – 70.



(特别是股份公司法律规则); 巴西商法典并不会带来企业交易成本的上升, 而是会促进交易效率的提升和交易成本的降低。当然, 批评者的声音对于巴西商法典的制度改进、体系完善也具有重要意义。<sup>①</sup>

### 三 巴西私法立法模式重构的启示

本文通过对巴西私法立法体系变迁的考察, 尤其是对民商合一民法典之后商法典立法的分析, 丰富了学界对于私法立法模式多样性的认识, 更新了当代社会图景下对民商合一、民商分立学术争论的认识。从现代化私法体系建构的视角来看, 以下几点更是值得理论界和实务界深入反思。

第一, 民商一体例的民法典并不排斥商法典的存在。私法关系的整体商化决定了民法典立法需要采纳民商合一的体例, 特别是在对合同法律关系的规制方面, 基本上可以用传统的商行为规范加以调整, 也就是将传统的商行为法律规范纳入民法典债法编。但是, 这并不意味着所有类型的商事法律关系都可以通过民法典加以规范调整, 事实上民法典自身也无法完成这一艰巨的任务。在民法典之外有必要通过商法典立法对于商法规则加以体系化和科学化的整理, 使得商事法律关系能够得到更为全面充分的调整。

第二, 现代商法的发展趋势是以“企业”概念为核心来建构商法制度体系。从巴西私法立法经验可以看出, 现代商法的基本特征是不再以传统的“商人”概念或“商行为”概念作为基础来区分商法规范的调整范围, 而是强调以生产商品、提供服务为内容且有组织的经济活动作为商法的规范对象, “企业”和“企业主”概念成为现代商法体系下的核心概念。在传统的商行为规范被纳入民商合一民法典的债法编之后, 现代商法体系也需要实现体系转型和制度发展, 以“企业”概念作为建构现代商法体系的基础。

第三, 商法典依然是实现商法规则体系化的最佳工具。尽管在 20 世纪商法发展出现了“解法典化”“碎片化”等趋势, 但不可否认的是, 在 20 世纪末 21 世纪初, 商法发展再度出现了“再法典化”的趋势。<sup>②</sup> 巴西商法典立法

<sup>①</sup> Fábio Ulhoa Coelho, “Contraponto às Críticas ao Projeto de Código Comercial”, 2016. <https://www.migalhas.com.br/depeso/242840>. [2019 - 10 - 16]

<sup>②</sup> Giuseppe B. Portale, “Dal Codice Civile del 1942 Alle (ri) Codificazioni: La Ricerca Di un Nuovo Diritto Commerciale”, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Vol. 117, No. 1, 2019, p. 6.

可以视为这种趋势的最新体现。通过商法典的制定，立法机构希望促成商法规则的体系化和科学化，进而创造有利于商业发展和投资增长的制度环境。

巴西私法立法经验的考察对于中国私法体系的完善也有一定参考价值。中国已经制定的民法典采纳了民商合一的立法体例，总则编、物权编、合同编、侵权责任编的很多法律规范均具有浓厚的商事化品格。但是，民商合一民法典也有其体系不足和功能限度，其不可能吸纳全部的商法规则，也难以实现对商事法律关系的全方位、精细化调整。民商合一民法典之外必须充分考虑商事法律关系规范调整及其立法表达的特殊性，未来商事立法也应充分彰显商法理念和商法规则的特殊存在价值。<sup>①</sup>

对于中国商法体系的完善而言，尽管学界在“维持特别法模式”和“制定商法典模式”之间存有争议，但从巴西立法经验可以看出，商法典立法是实现商法规则体系化和科学化的最佳工具，其制度功能、体系地位绝非任何一个特别商事立法所能取代，制定商法典依然是促成商法体系现代化的重要路径。需要承认，当下中国商法在外在规范层面不够全面，在内在此体系层面存在不足，理论界和实务界对于商法的内在原则、价值体系、利益结构仍缺乏共识性理解，对于部分商法规范的适用和商法制度的认识也存在争议，以至于司法实践中依然存在较多难以解决的问题。在社会主义市场经济体制不断深化改革的当下，对既有商法规则加以再体系化已经成为共识。<sup>②</sup>通过商法典的制定，可以加强既有商法规则的体系化，消除商法规范层面的冲突和矛盾，弥补商法体系维度的漏洞和不足，澄清商法适用视角的分歧和争议。因此，如同巴西一样，在尊重既有民商合一民法典体系结构的基础上，基于中国国情并参照比较法经验适时推出以“企业”概念为核心的商法典对于中国特色社会主义商法体系的完善和市场经济的发展具有至关重要的意义。<sup>③</sup>

（责任编辑 黄念）

<sup>①</sup> 赵万一、赵舒窈：《后民法典时代民商关系的立法反思》，载《湖北社会科学》，2019年第10期，第117页。

<sup>②</sup> 范健：《论我国商事立法的体系化——制定“商法通则”之理论基础》，载《清华法学》，2008年第4期，第24-39页；郭富青：《论我国商法体系的建构技术》，载《法律科学》，2008年第2期，第80-88页；张辉、叶林：《论商法的体系化》，载《国家检察官学院学报》，2004年第5期，第72-79页。

<sup>③</sup> 范健：《当代中国商法的理论渊源、制度特色与前景展望》，载《法制与社会发展》，2018年第5期，第72-73页。