

民法总则制定中商法总则内容的加入

——以民法总则专家建议稿“一般规定”条款的修改意见为例

周林彬

(中山大学 法学院, 广东 广州 510275)

摘要: 作为我国《民法典》编纂重要内容的民法总则制定中不能忽视与市场经济密切相关的商法总则内容的加入。从我国民法与商法的立法体例实际出发,民法总则制定中商法总则内容的有效加入主要表现在立法目的、调整对象、基本原则、法律适用等“一般条款”制定中商法总则内容的加入,这一加入虽然不是最优或次优的立法方案,却是必要和可行的现实立法选择方案。

关键词: 民法典; 民法总则; 商法总则; 加入; 立法方案

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2015) 12-0205-10

一、我国民法总则的制定不能忽视商法总则内容的加入

自《中共中央十八届四中全会决定》(以下简称《决定》)提出将《民法典》编纂作为我国市场法律制度建设首要任务之一的顶层设计方案后,我国一度似曾放缓的《民法典》编纂工作的相关立法理论与实务研究又开始升温。作为《民法典》编纂工作重要组成部分的《中华人民共和国民法总则(专家建议稿)》(以下简称专家建议稿)先后由中国法学会民法研究会和中国社会科学院法学研究所通过网络信息平台向社会发布。^①我国于1949年建立社会主义新中国至今,先后四次启动《民法典》编纂工作未果,与《民法典》编纂的社会基础——市民社会不健全、《民法典》编纂的经济基础——市场经济不健全,以及《民法典》编纂的法律基础——民商事基本法的不健全有着直接的因果关系。^②笔者注意到,在编纂《民法典》的必要性问题上,学界与实务界已达成共识;在编纂《民法典》的可行性上,学界与实务界没有达成共识,如在《民法典》的构成方面(如人格权是否独立成编)有着不同观点。^③但是,在已有合同法、物权法、侵权法的基础上,针对现行民法通则的立

作者简介:周林彬,中山大学法学院教授,研究方向:商法。

^① 详见《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿征求意见稿全文》(中国民法学研究会会长王利明教授负责的民法典起草小组于2015年4月29日通过中国法学创新网发布,下简称《法学会建议稿》)和《中华人民共和国民法典总则编全文》(中国社科院梁慧星教授负责的民法典起草小组于2015年4月23日通过中国法学创新网发布,下简称《社科院建议稿》)。

^② 我国曾于1954年、1962年、1979年三次启动民法典的制定,但为当时的历史条件所限,始终未能完成。2002年12月,全国人大常委会首次审议民法典草案,但鉴于民法典内容复杂、体系庞大、学术观点有分歧,全国人大常委会决定先制定物权法、侵权责任法等单行法,在条件成熟后再以此为基础研究制定一部完整的民法典。

^③ 如《法学会专家建议稿》主张人格权在民法典中单独设编,而《社科院专家建议稿》主张人格权作为人身权的内容在民法总则中规定即可。

法缺陷,尽快制定民法总则作为编纂《民法典》的第一步,成为当前学界与实务界的共识。^①

我国编纂《民法典》因《决定》而再度升温,且被具体负责《民法典》编纂工作的全国人大常委会法律工作委员会视为一个重要的“政治任务”^②,彰显了党的政策与立法者的政治态度对《民法典》编纂的重要作用。因此,《民法典》的编纂不能脱离政治家的政治选择。而研读《决定》中有关《民法典》编纂的“前言后语”,发现《民法典》编纂的一个重要“前言”是“法治经济”,而《决定》关于《民法典》编纂的一系列重要“话语”,是制定有关市场主体、市场交易、宏观调控、市场管理、资源保护等方面的市场经济法律。^③显然,《决定》将《民法典》编纂打上了强烈的“市场经济”烙印。《决定》对《民法典》编纂赋予市场经济的政治判断与众多学者(如法理学者和民法学者)对民法作为我国市场经济基本法的专业判断,不谋而合。^④由于《决定》提出加强市场法律制度建设的顶层设计方案,不单指《民法典》编纂,还包括与市场经济密切相关的商法制度(如有关市场主体的公司法制度)与经济法制度(如有关市场管理的竞争法制度)的立法完善,加之我国民事立法采取单行法的立法方式即未制定统一的民法典,也未制定统一的商法典,以及现行民事单行法中(如合同法、物权法)既有民法规范也有商法规范的特点,^⑤所以民法学界切不可视《民法典》编纂为“自家游戏”,商法与经济法学界也不能视《民法典》编纂“与己无关”。

特别应该指出,由于我国沿用了相对意义的民商合一立法模式,^⑥加之与市场经济关系最直接、最密切的民法制度,更多表现为民法特别法的商法制度(如公司法、保险法、海商法、票据法),所以商法学界有必要也有可能将民法典的编纂作为责无旁贷的“自家游戏”,并采取与民法学界同样的热情和责任心对待民法典的编纂,使《民法典》编纂工作更加贴近中国市场经济的实际。

但是,研读了《法学会建议稿》和《社科院建议稿》,笔者认为,虽然两份专家建议稿(特别是《社科院建议稿》)按传统大陆法系民法逻辑(尤其是德国民法逻辑)和秉承“重法律逻辑、轻经济思维”的纯粹民法传统,设计出符合传统大陆法系国家(尤其是德、法、日)民法总则法律逻辑结构的制度与规范。但一个明显缺陷是,体现市场经济特点的民法总则制度与规范缺失。

从比较民商法角度分析,无论是实行民商合一立法体例还是实行民商分立立法体例的现代市场经济国家,商法都是优先适用于民法的特别法,而且体现市场经济特点的民法总则的制度与规范,更多表现为商法总则的制度与规范(如作为商主体的公司、合伙企业、个体工商户,作为商行为的商事合同、商事代理行为)。从当下我国民商立法的实际出发,这种“商法体现”既可以表现为有关民商

^① 据全国人大常委会法律工作委员会民法室负责人在北京杏林山庄2015年6月13日召开的《民法典编纂与商事立法》研讨会上的发言介绍,民法总则草案拟于明年下半年完成起草并首次提交全国人大常委会进行讨论,争取2017年完成三读。

^② 全国人大常委会法律工作委员会民法室负责人在北京杏林山庄召开的《民法典编纂与商事立法》研讨会上的发言中明确表示,全国人大常委会法工委领导要求民法室将《民法典》编纂视为一个必须认真完成的重要“政治任务”。

^③ 《决定》提出,“社会主义市场经济是法治经济……加强市场法律制度建设,编纂民法典,制定和完善发展规划、投资管理、土地管理、能源和矿产资源、农业、财政税收、金融等方面法律法规,促进商品和要素自由流动、公平交易、平等使用”。

^④ 国内学者关于私法与我国法治社会和市场经济的一些重要观点是:完善私法制度,是完善我国市场经济法治建设的重要内容。市场经济是法治经济,由于私法和市场机制存在内在的互补关系,所以法治经济的核心内容是私法经济。

^⑤ 全国人大常委会法律委员会负责人在2013年5月向全国人大常委会委员所做的“关于中国特色社会主义法律体系的构成、特征和内容”的讲座内容中,将商法解释为“民法中的一个特殊部分,是在传统民法基础上为适应现代商事交易迅速便捷的需要而发展起来的一个新的民法部门”。因此,我国统一合同法总则与分则设立了许多有关商事合同规则,我国统一物权法中设定了有关企业留置和浮动担保的商事物权规则。

^⑥ 《中国商法学研究会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议》(内部稿,由中国政法大学赵旭东教授主持撰写)指出,“虽然中国内地的立法者及其工作机构倾向于中国内地实行民商合一立法模式且民法学界也主张民商合一立法模式,但商法学界的主流观点认为中国内地实行的不是绝对对民商合一也不是绝对对民商分立,而是有分有合、民法法典化和商法单行化的折中模式,所谓的分,就是民法与商法分别立法、商法通则与各个商事单行法分别立法,不再制定一部无所不包的民法典和包罗所有商法规范的商法典。所谓的合,就是在某些领域将商法规范与民法规范融为一体,如商事合同与民事合同融于统一的合同法之中,商事信托与民事信托融入统一信托法之中。统一的民法典和单行的商事法共同构成民商立法的基本体例,这样的立法体例其实正是我国目前已经和将要形成的立法模式”。

事单行法律（如合同法、公司法）的立法安排，也可以表现为有关民商事单行法的司法解释（如合同法、公司法的司法解释）的司法安排，但是通过全国人民代表大会制定总则性质的民商事基本法（如制定民法总则或商事通则），来体现商法总则制度和规范，则是包括《民法典》编纂在内的我国市场法律制度立法完善的一个当务之急。概言之，目前我国学界对商事基本法（特别指商法总则或商法一般条款）的立法与司法安排主要有四种主张：其一，在《民法典》中纳入商事基本法制度与规范。^①其二，在商事单行法中设定商事基本法制度与规范。^②其三，在单独制定的商事通则中设立商事基本法制度与规范。^③其四，商事基本法制度与规范既可以立法安排，也可以司法安排即所谓“立法与司法并重”。^④其中第三种意见，即制定一部商事通则是商法学界的主流观点；而第一种是民法学界的主流意见。上述几种主张虽无定论，但是，借《民法典》编纂之东风，尤其是乘民法总则制定的“快船”，加快商事基本法的立法，也是我国商法学界当下的一个主流观点。^⑤具体而言，要求立法者打破部门法尤其是民商法的部门法界限，将更多体现市场经济一般规律和特点的商法总则规范内容纳入民法总则制定的规范内容中。据此，本文主要针对民法学界专家为主起草的专家建议稿，并对比商法学界专家为主起草的《商事通则》的总则条款，^⑥提出对专家建议稿有关民法总则的“一般条款”中商法内容加入的几点修改意见及理由。

二、我国民法总则“立法目的”条款中商法内容的加入

比较分析两份专家建议稿关于民法总则“立法目的”条款，比较赞同《法学会专家建议稿》关于立法目的条款。但是，建议将《法学会专家建议稿》第1条修改为：为了保障民事主体的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，维护自然人、法人和非法人的人格尊严，正确适用法律，促进经济社会和人的全面发展，根据宪法，制定本法。提出上述民法总则“立法目的”条款修改意见的主要理由如下：

第一，《决定》将《民法典》编纂作为我国法治经济中市场法律制度建设的首要任务，所以对于我国而言，民法作为市场经济基本法的现代意义，大于民法作为市民社会基本法的历史意义。由于市民社会赖以生存的经济基础是商品经济关系，市场经济关系是商品经济关系进一步发展的结果，所以

^① 主张将商法基本法制度与规范纳入《民法典》中的主要理由有三，其一是维护了我国民商合一的历史传统；其二，在形式上推动了私法的统一；其三，在形式上协调了两大私法部门的关系。该主张的主要问题是，只看到了民法和商法的联系与共同点，而忽视了民法与商法的区别和不同点。

^② 主张在商事单行法中设定的主要理由是立法难度小、立法成本低且与我国现行的民商法体系结构不发生冲突。该主张的主要问题在于，商事单行法各有特点，如果在商事单行法中设定的一般条款足以概括所有商事单行法，那么就不如制定法律位阶更高的商事通则去统率商事单行法；如果不足以概括所有商事单行法，那么就起不到一般条款的作用——而结果很可能是如此，甚至会造成更多的单行法之间的冲突和适用障碍。

^③ 主张在商事通则中设立商法基本法制度与规范的主要理由，是充分尊重了民商合一的传统，也照顾到了商事法律关系的特殊性。该主张存在的主要问题是立法技术不足，具体表现为有先例可以参考但没有先例可以如德国民法典一样照搬，如何从纷繁复杂的商事单行法中抽象出最小公因式、如何保障商事通则内容对日新月异的商业现象有足够的预见力（弹性）、如何避免与民法和经济法的部门法交集冲突等。

^④ “立法与司法并重”的主要理由是司法改善与立法改善并行不悖，且商事审判事实上获取了部分的剩余立法权，在弥补法律的滞后性和法律漏洞方面发挥着不可或缺的作用。尤其实际上承担起了“规则生成，界定产权”的功能。司法改善与立法改善并行不悖，商事审判事实上获取了部分的剩余立法权，在弥补法律的滞后性和法律漏洞方面发挥着不可或缺的作用。主要问题是破坏了我国成文法传统且容易助长司法替代立法的司法侵权行为。

^⑤ 中国商法研究会近期向全国人大法律工作委员会及中国法学会提出的“中国商法学会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议”中明确指出“为贯彻落实《决定》，为实现《民法典》有关‘加强市场法律制度建设’的立法初衷和主要目的，加强市场法律制度建设而编纂民法典，不能不对商事立法给予充分的重视和应有的安排。”

^⑥ 2009年受中国商法学会委托，由笔者和吉林大学徐卫东教授作为课题组负责人组成的《商事通则（总则部分）》立法调研组，就我国《商事通则（总则部分）》立法可行性与必要性进行了立法调研，形成了调研报告，有关报告内容在王保树教授主编的《商事法论集》中发表。

主张“民法是商品经济的基本法，本身与市场经济无涉”的观点^①，不仅割裂商品经济与市场经济之间的内在逻辑联系，而且割裂了市民社会与市场经济的内在联系。一方面，古代民法（如罗马法）被经典作家恩格斯谓之“商品社会第一个世界性法律”，表明民法产生之初强烈的经济性，这种经济性因近现代社会商品经济进一步发展为市场经济而进一步加强，并因此使民法由古代社会商品经济基本法发展为近现代社会市场经济的基本法，其基本法形式和内容不仅表现为民法基本规则，而且表现为作为民法基本规则特别规则的商法规则。另一方面，发展的市场经济构成了发展的市民社会的经济基础，所以民法作为现代市民社会基本法的形式与内容，又因民法作为市场经济基本法的地位与作用而变得形式多样与内容翔实，其结果之一是作为民法特别法的商法更多、更直接地体现了民法作为市场经济基本法的具体内容。更为现实的原因在于，《决定》在“法治经济”制度建设部分而不是在“法治社会”制度建设部分提出《民法典》的编纂，表明将民法定位为我国市场经济基本法，符合我国“先经济改革、后社会改革”的渐进改革规律。因此，笔者不赞同《社科院专家建议稿》中民法总则立法目的条款中只字不提“市场经济”的立法条文设计（这种“只字不提”，与《社科院专家建议稿》主要起草者对现代政治与经济低调处理的纯粹民法思维有关），建议将《法学会专家建议稿》关于“维护社会经济秩序”的立法目的文字改为“社会主义市场经济秩序”的立法目的文字，以充分体现民法作为市场经济基本法的时代特征。

第二，重视民事主体人格权的保护，是现代民法的一个发展趋势，即“人格权优先于财产权”的发展趋势，也反映了当下我国在全面建设小康社会过程中将人权保护重点由保护人的生存利益向保护人的精神利益转移的发展趋势。体现上述发展的一个重要立法趋势是，有关民事主体权利的分类愈来愈细，以便从形式和内容上更好地体现民法对民事主体权益的“终极关怀”。由于人身权分为人格权与身份权两个基本类型，而且人格权因现代科学技术的发展成为人身权领域相对活跃、相对更有财产利用价值且相对容易受到侵害的人身权，“一方面新型民事权利大多产生、发展于人格权领域，人格权成为民事权利体系最重要的增长点；另一方面，在人格权类型中，有关权利如隐私权等在整个民事权利体系中的地位也日益上升”^②。因此，笔者赞同《法学会专家建议稿》将维护自然人人格权作为民法总则的立法目的，不赞同《社科院专家建议稿》中民法总则立法目的只字不提保护人格尊严的立法条文设计。

由于现代民事主体包括自然人、法人和非法人组织（或其他社会组织），所以民事主体人格权也应包括自然人、法人和非法人组织的人格权。虽然自然人的人格权与法人、非法人组织的人格权不能等同，但正如自然人具有不同于法人、非法人组织的主体特征，并不影响民法将法人、非法人组织作为自然人并列的一类民事主体加以规定一样，民法确认作为民事主体重要类型的自然人人格权的同时，应当也必须确认作为民事主体重要类型的法人、非法人组织的人格权，否则会导致民事主体制度体系的不完善。^③

更重要的理由在于，现代市场经济社会，法人（如公司）和非法人（如合伙企业）的人格权，更多表现为与市场交易密切相关且不同于自然人人格权和知识产权的商事人格权（如商号、商誉、商业信用等）。这种商事人格权反映了现代市场经济社会中广泛出现的自然人与法人、非法人组织的人格权商业化利用特点和规律，是对传统民法自然人人身权制度的发展，这种发展不仅表现在从传统

^① 参见赵万一《如何协调商事立法与民法典制定的关系》一文，该文刊登在第五届两岸商法论坛研讨会的会议论文集中心。

^② 王利明《再论人格权的独立成编》，《法商研究》2012年第1期。

^③ 虽然历史上的民法以自然人为主要民事主体且以个人本位为其主体法的价值取向，但历史上的民法仍不排除将社会组织（尤其是商业组织）作为拟制的人并确定为民事主体。而且，现代民事立法从重视自然人的个人本位立法重点向重视法人及非法人组织的团体本位的立法重点转变，表明现代民法不仅要完善自然人法律地位的制度与规范，而且要完善法人及非法人组织法律地位的制度与规范，而完善法人及其他社会组织法律地位的制度与规范的一个重要内容，是建立与完善法人及非法人组织人格权法律地位的制度与规范。

民法自然人人身权中分离出来自然人、法人与非法人人格权的发展,而且表现在人格权保护方法由传统“重自然人人身权的非财产保护”向现代“重自然人与法人、非法人人格权的财产保护”的发展,发展的重要结果之一就是商事人格权制度的建立。因此,建议将《法学会专家建议稿》中关于民法总则“维护自然人人格尊严”的立法目的文字改为“维护自然人、法人和非法人组织的人格尊严”,这样不仅符合现代民法人格权制度的发展趋势,而且符合现代市场经济主体的发展规律。

第三,民法主要是裁判法,而裁判法的重点是法律适用。无论在民商合一立法体制中还是在民商分立的立法体制中,商法相对独立于民法理论与实践的价值,在于“特别法优先适用于基本法”的法律适用价值,所以民法总则确定商法规范“优先适用”于民法规范的一般条款亦即商法总则有关商法规范适用的一般规则,十分必要。由于专家建议稿在法律适用条文中均有民事特别法(主要表现为单行商事法律)优先适用民事基本法的条文,以及包括商事交易习惯在内的习惯法渊源地位及适用规则条文,^①所以不赞同专家建议稿中关于民法总则立法目的条款中只字不提“法律适用”的立法条文设计,建议将“正确适用法律”(这里的“正确适用法律”特别意指制定优先适用民法总则一般条款的商法总则一般条款)作为民法总则的立法目的之一。

三、我国民法总则“调整对象”条款中商法内容的加入

两份专家建议稿关于民法调整对象的立法条文表述均采取了“调整××关系”的条文设计思路,且条文内容与现行民法通则关于民法调整对象的条文内容基本一致。^②但是,建议将《法学会专家建议稿》第2条修改为:本法调整自然人、法人和非法人团体之间的人身关系和财产关系。因自然人、法人和非法人团体实施营利行为而发生的财产关系,适用本法,其他法律另有规定的除外。提出上述民法总则调整对象条款修改意见的主要理由如下:

第一,在市场经济社会,作为民法调整重要对象之一的财产关系,有必要也有可能区分为非营利性质的财产关系和营利性质的财产关系两个基本类型,其中营利性质的财产关系直接体现了市场交易关系。如前述,我国民法作为市场经济基本法且民法总则的立法目的之一是“维护社会主义市场经济秩序”,所以民法总则调整具有市场交易关系性质的营利性财产关系,当属民法调整对象的题中之义。而且,专家建议稿中有关法人的立法条文中均有“营利法人”(实为商法人)的立法条文,^③以及自然人也有营利与非营利自然人之分(如作为非营利性质的自然人与作为营利性质的自然人即个体工商户),所以有必要也有可能以是否营利为标准(我国商事立法特别是商事审判实践证明,非营利财产关系与营利民财产关系有不同的法律适用规则^④),将民法调整对象区分为非营利财产关系与营利财产关系(实为商事关系)。

第二,营利性财产关系主要为商事关系并成为特别民法——商法的调整对象并由民法总则确立,对于从调整对象角度确立商事基本法制度体系举足轻重。因为受我国相对意义上的民商合一立法体制的制约,并适应全民投资创业和放松市场主体准入监管的我国商事制度改革的需要,以及从我国各级

^① 参见《法学会建议稿》第1章第2节“法律适用的一般规则”中第9条至第13条,《社科院建议稿》第1章第3节“民法适用”中第9条至第10条。

^② 参见《法学会建议稿》第1章第1节“一般规定”中第2条,《社科院建议稿》第1章第1节“一般规定”中第2条。

^③ 《法学会建议稿》第3章第2节第70条关于营利法人的定义和《社科院建议稿》第3章第2节第70条营利法人的定义基本一致。

^④ 如物权法关于企业留置与非企业留置的不同规则,又如民间借贷利息的计算标准有经营性借贷标准(4倍利率标准)和生活性借贷标准(定期存款标准)的不同裁判标准。

法院主要“以行为的营利性”作为区分民事案件和商事案件的案由标准的商事审判实际出发^①将自然人、法人和非法人团体实施营利行为而发生的财产关系纳入民法调整对象,并采取“特别法优先普通法适用”的法律适用技术,规定“因自然人、法人和非法人团体实施营利行为而发生的财产关系,适用本法,其他法律另有规定除外”^②,不仅有利于从调整对象这一基础法律关系的角度依法明确与统一民法与商法的概念与适用范围,而且有利于克服现行民法通则及民事基本法(如合同法、物权法、侵权法)和商事单行法(如公司法、保险法、票据法)的法律适用中,因缺失商法调整对象的一般条款导致非营利财产关系与营利财产关系(商事关系)法律适用规则的缺陷^③以及从基本法角度确立商事特别法优先适用于民事基本法的一般条款。

四、我国民法总则“基本原则”条款中商法内容的加入

基本原则既集中体现民法的性质和宗旨,又是对民法具体规范的抽象和概括,因而成为民法立法、司法以及民事活动所必须遵循的基本依据。因此,赞同两份专家建议稿以大陆法系国家法典化与基本法的民事立法传统,将平等原则、公平原则、意思自治原则、诚实信用原则、公序良俗原则作为民法基本原则。也赞同《社科院专家建议稿》将禁止权力滥用作为民法基本原则,以及赞同《法学会专家建议稿》将反映现代社会发展规律与特点的人与自然和谐发展作为民法基本原则。^④但是,建议将反映现代市场经济特点与规律的商法原则即“从商自由原则”、“交易安全及便捷原则”纳入民法总则“基本原则”的相关条文中。

第一,建议将法学会专家建议稿第4条修改为:(意思自治与营业自由)民事主体根据自己的意愿从事民事活动,不受任何组织和个人的非法干预。国家保护民事主体的营业自由,但法律、行政法规禁止的营业除外。

提出上述基本原则条款修改意见的主要理由如下:虽然营业自由体现了意思自治,但是意思自治原则不能替代营业自由原则。如同意思自治原则不能代替合同法契约自由原则一样,营业自由因其特定的含义和作用不能被意思自治原则所替代。既然法学会专家建议稿规定了反映现代市场经济特点的商事主体登记制度,加之放松营业管制是我国市场化改革中商事制度改革的大势所趋,而且体现营业自由的“负面清单”、“权责清单”等政府经济管理体制改革具体措施,实为“法无明文禁止皆可为之”的私法逻辑,所以民法总则规定营业自由原则,不仅具有市场化改革的必要性,而且具有私法

^① 从商事审判的情况看,目前各地法院也开始逐步强化了“以行为的营利性”作为区分民事案件和商事案件的标准意识,而不是仅仅以案件当事人是否属于严格意义上的“商主体”(即经过商事登记)为标准。如在东莞中院调研时,当地法官曾介绍了该院判决的一个关于中央电视台《经济与法》栏目报道过的案例。根据该案的法律事实,法官需要对“家用面包车临时载客”的案例,该案需对当事人的“临时载客行为”是否属于“营运行为”作出明确判断,因为这关系到当事人是否可以获得保险理赔的问题。东莞中院经审理,最后作出二审判决认定该类临时性的营利行为也属于商法意义上的“营运行为”。

^② “除外规定”,目的是解决诸如自然人从事营利活动、民办学校、医院、文化、体育产业等主体的法律适用问题。非营利组织或自然人从事营利活动发生的社会关系,具有商事性质的,应该适用民法,但是其他法律(法律和行政法规)另有规定的除外。比如民办学校的投资办学活动《民办教育促进法》作了规定的,仍适用其规定。

^③ 现任全国人大法律委员会主任委员乔晓阳在给12届全国人大常委会组成人员第一次履职学习专题讲座(题为“关于中国特色社会主义法律体系的构成、特征和内容”)中指出:商法是民法中的一个特殊部分,是在传统民法基础上为适应现代商事交易迅速便捷的需要而发展起来的一个新的民法部门。商法调整的是自然人、法人之间的商事关系,主要包括公司、破产、证券、期货、保险、票据、海商等方面的法律。说明我国最高立法机关对商法的“官方解释”,是从商事关系的角度解释商法是民法的特别法,但没有进一步解释商事关系及其界定标准;虽然最高法院发布的《民事案件案由规定》中认为“民事案件应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定”,而且将具有商事案件性质的“与公司、证券、保险、票据有关的民事纠纷”单列,但至今没有商事法律关系及其界定标准的权威解释;虽然我国仲裁法理论和实务界依据仲裁法的有关规定,将非商人(企业)之间的民事纠纷和劳动、行政纠纷排除在仲裁之外,并因此将平等主体之间的合同纠纷与财产纠纷的仲裁谓之商事仲裁,但是至今也没有对商事仲裁中商事法律关系及其界定标准的权威解释。

^④ 参见《法学会建议稿》第1章第1节“基本原则”,《社科院建议稿》第1章第2节“基本原则”。

实现“市场配置资源”的必要性与可行性。

我国2004年宪法修正案中较为完整地规定了私有财产保护制度,但未像一些西方国家那样把“公民有营业自由的权利”作为人权(经济人权)载入宪法。营业自由是广义的职业自由的一个重要组成部分。市场经济社会,营业不仅是公民谋生的方式,也是公民健全人格、实现理想的重要路径,更是鼓励全民创业、万众投资的必由之路。由于“营业自由”在我国入宪的立法成本较高,可在民法总则中明确规定,“国家保障商人营业自由的权利,但法律、行政法规禁止的除外”,不仅具有符合私法逻辑方面的合法性,而且具有符合市场逻辑方面的合理性。

营业自由原则的本质是贯彻法无禁止皆可为之的私法逻辑。按照这一私法逻辑和中国大陆各级法院中对合同无效限制性解释方面业已形成的裁判规则,即原则上推定不违反禁止性规范(如表现为效力规范的负面清单中的禁止性规定)合同行为有效的裁判规则。因此,民法总则在规定营业自由原则的同时,有必要设计该原则的“但书”条款即“国家保护民事主体的营业自由,但法律、行政法规禁止的营业除外”。由于民事主体从事营业活动方面的意思自治程度小于民事主体从事非营业活动方面的意思自治程度^①所以在将意思自治原则与条款营业自由原则及其但书条款在同一条文中规定且列为不同项的立法技术,不仅有利于将契约自由的合同法原则上升为民法总则的意思自治原则,而且有利于建立意思自治原则与营业自由原则的本质联系,且有利于区别意思自治原则在营业性民事活动领域(实务商事领域)与非营业性民事活动领域的不同特点与规律。比如,营业自由原则意味着营业行为不因形式要件瑕疵(如未办理登记手续)而完全无效;营业自由原则意味着对待违反法律、法规强制性规范的营业行为不能简单适用“无效”的规定;营业自由原则还意味着对国家、社会公共利益的从严解释方面,除非涉及重大国家利益与公共利益,否则应尽量尊重营业自由。

第二,建议将《法学会专家建议稿》第4条之后增加1条为:(交易安全、便捷原则)民事主体从事营利活动中的交易安全与便捷受法律保护。

提出上述基本原则条款修改意见的主要理由如下:也如前述,营利性财产关系是民法调整对象,而且营业自由也是营利性民事活动的基本原则,所以基于民事主体从事营利活动的特点,以及考虑到我国因商事基本法缺失而导致现有民事基本法对民事主体的营业行为(实为商行为)安全与便捷规则的缺失,有必要对民事主体从事营利活动的安全性和便捷性作出原则规定,并以此作为专家建议稿设计的有关民事主体从事营利活动所必需的“商事登记”(《法学会建议稿》有此条款)^②、“法律行为中信赖利益”(专家建议稿均有此条款)^③、“表见代理的外观规则”(专家建议稿均有此条款)^④、短期时效(专家建议稿均规定了较详细的时效规划,但未结合营业活动的特点规定与交易便于相适应的短期时效条款,仍是民法总则立法条文设计的一大缺陷)等体现市场交易特点和规律之民法总则条款设定的原则依据。

五、我国民法总则“法律适用”条款中商法内容的加入

两份专家建议稿关于“法律适用”的立法条文大体相同。赞同两份专家建议稿将法律及法律解释、行政法规、地方法规、自治条例及单行法规作为民法渊源并将习惯作为补充法律渊源的立法条

^① 由于现代社会生产经营的社会性与私人性同等重要,所以现代国家法律对民事主体从事非营业活动(日常生活)的法律要求显然小于对民事主体从事营业活动(日常经营)的法律要求,由此国家法律因社会公共利益和市场缺陷而对民事主体私人生产经营活动的必要干预基础上产生的商法的公法性特征,是商法区别于民法的重要特征之一。

^② 参见《法学会建议稿》第3章第2节“社团法人”的条文。

^③ 参见《法学会建议稿》第6章第4节“法律行为效力”,《社科院建议稿》第5章第1节“法律行为一般规定”的条文。

^④ 参见《法学会建议稿》第7章第4节“表见代理”,《社科院建议稿》第6章第3节“间接代理”的条文。

文。^①也赞同《社科院建议稿》将法理作为补充法律渊源的立法条文(灵活的法渊,有利于适应商事关系之商法调整时效性、灵活性的规律)^②。但是,不赞同专家建议稿不区分民俗习惯和交易惯例的立法条文。对《法学会专家建议稿》第9条的修改条文如下:第9条(法律渊源),民事活动,应依照法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或单行条例、司法解释。法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或单行条例、司法解释没有规定的,依照习惯。

商事自治规范(行业规范、企业章程、交易习惯)在调整民事主体的营业关系中优先于民事法律和行政法规、自治条例或单行条例、司法解释的适用。前两款的习惯与商事自治行业规范,不得违反法律和行政法规中的强制性规定,不得违背社会公德,损害公共利益。提出上述“法律适用”及其条款修改意见的主要理由如下:

第一,民法意义上的民俗习惯与商法意义上的行业规范、企业章程、交易惯例即商事自治规范最大的不同在于法律适用不同。比如,物权法规定处理相邻关系的法律适用规则是有法律依法律,没有法律依习惯。《合同法》规定的“交易习惯”,性质上应属于“事实上的习惯”,而不是法律上的“习惯”。而且,仅仅在《合同法》的分则当中针对具体情形来规定交易习惯的适用,无法满足商事审判和仲裁实践的需要。^③应该由民法总则规定交易习惯。当事人可以约定商事自治规范优先适用于法律或排除法律的适用,而且按照各国商法的一般立法惯例,作为商事自治规范的交易习惯、行业规范、企业章程,具有优先适用于民事基本法的地位。

第二,交易习惯、行业规范、企业章程优先适用于民事基本法律,符合“约定大于法定”的私法适用规律,符合“法无禁止皆可为之”的现代市场经济规律要求,有利于防止政府部门利用行政法规不当干预市场主体经营活动,所以将调整民事主体营业关系的商事自治规范置于优先适用于民事法律和行政法规、自治条例或单行条例、司法解释的地位,并设立限制优先适用的条款,符合市场经济及私法规律的要求,符合民商合一的实际和各国商法的一般立法惯例。^④虽然国际商事惯例也是商事自治规范,但因其国际性的特点,使国际商事惯例的法律适用与前述国内性的商事惯例有不同的法律适用规律。而且,《民法通则》的相关规定不完善,加上实践中运用国际商事惯例解决纠纷的情形越来越多,是未来发展趋势,有必要以专项立法的形式予以规范。

因此,不赞同两份专家建议稿不设立国际惯例选择适用立法条文的思路。建议在《法学会建议稿》“法律适用一般规则”的条文中单设如下条文:涉外民事关系的当事人可以在合同中选择适用国际贸易惯例,但不得违反法律的强制性规定。当事人选择适用国际贸易惯例应当采用书面形式。国际贸易惯例的查明,可以由当事人、商会或行业组织、政府相关部门或者专家提供。提出上述法律适用条款修改意见的主要理由如下:第一,虽然《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》没有对国际条约的适用和国际惯例的适用作出规定,但是《中华人民共和国民法通则》第142条、《中华人民共和国票据法》第95条、《中华人民共和国海商法》第200、184条均曾对国际条约、国际惯例的适用分两款作出规定,内容相似。在此民事实体法已有规定的基础上,进一步明确与细化国际贸易惯例的优先适用规则,特别是在已有民法通则相关规定基础上,通过民法总则进一步明确与细化国际贸易惯例的优先适用规则,符合市场经济全球化和商法国际化的规律。第二,对于何谓国际惯例及国际

^① 参见《法学会建议稿》第1章第2节“法律适用的一般规则”,《社科院建议稿》第5章第3节“民法的适用”的条文。

^② 参见《社科院建议稿》第1章第3节“民法的适用”中的第9条。

^③ 在我国,因长期重农抑商,商事交易不发达,缺乏商事习惯充分发展的社会基础。直至晚清商会的崛起,商事习惯逐渐得以重视并利用,如清末民初时期官方就十分重视商事习惯的地位、作用,开展过大规模的习俗调查运动,并在民国时期法官屡屡借助商会组织对商业惯例进行查明,由此在案件事实中发现法律。相较而言,我国商事立法与司法中对待商事习惯存在“法渊倒退”的现象,远不如民国时期那么重视商事习惯的作用。

^④ 我国在民法总则规定商事习惯适用顺序时,不宜采用我国台湾地区 and 瑞士的做法,即把国家商事法律和民事法律放在首位和次位,而将商事习惯放在两者的补充地位。应借日本法的模式,商事习惯后于商事制定法适用,但优先于民事制定法适用。

惯例应当通过何种途径进行查明的问题,现行法也没有相关规定,这就使得涉外民事活动中广泛适用国际惯例的规定存在操作性不强的隐患,加之实践中运用国际惯例解决纠纷的情形越来越多,以及国际贸易需要更多实体法性质的国际贸易惯例的实际,有必要以民法总则立法的形式对国际贸易惯例的适用一般规则予以规定,以弥补现行民法通则和涉外民事关系适用法的不足。

六、我国民法总则制定中如何加入商法总则内容

如前所述,民法总则制定中加入商法总则内容,符合民法作为市场经济基本法的法治经济建设需求,符合我国民法典编纂“先总则、后分则”的立法现实需求,符合商法作为民法特别法的法律适用需求。因此,前文以民法总则专家建议稿“一般规定”为例,提出了民法总则“一般规定”加入相关商法总则条款的具体建议及理由。虽然这种建议及理由是以商法作为民法特别法为论证前提的,但是由于我国至今没有民商事基本法的现实,所以从立法技术角度,并就民法总则制定中如何加入商法总则的内容,结合中国商法研究会近期向全国人大法律工作委员会及中国法学会提出的“中国商法学会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议”,提出如下具体对策:

第一,在我国商法典短期内(至少20年内)难以出台的条件下和适应当代大陆法系国家(如德国、法国、日本)的民商立法“去法典”特别是商法典去分则化的发展趋势^①,在民法典之内制定商法总则,将其独立成编,与民法总则、物权法、债权法、侵权责任法、亲属法等并列,并在此基础上编纂民法典,此方案谓之“商法总则独立成编”方案。此“商法总则独立成编”,有利于在具有可行性的民法典中编纂中补缺现行民商立法缺失的商法总则,不仅具有从民商基本法层面完善我国市场法律体系的必要性与可行性,而且具有创新当今世界民商法典编纂模式的比较法价值。

就必要性而言,主要针对我国民法总则尤其是商法总则的立法缺失而导致市场经济基础法律规则的不完善与缺失,并通过制定具有总则性质的我国民商事基本法(如民法总则和商法总则)以期完善我国市场法律体系的必要性。就可行性而言,主要指在我国现行民法通则和民商单行法体系基本建立基础上,在分步骤地编纂《民法典》的过程中,用3至5年的时间制定《中华人民共和国民法总则》(3年)与《中华人民共和国商法总则》(5年),并作为5年后正式编纂《中华人民共和国民法典》的第1编(民法总则编)和第2编(商法总则编)是可行的。

就比较法价值而言,既不同于采用民商合一立法体例国家在民法典中只有民法总则而无商法总则的一般立法例,也不同于采用民法分立立法体例国家在民法典中编入民法总则在商法典中编入商法总则的一般立法例,而是在民法典中分别编入民法总则和商法总则的特殊立法例——该立法例不仅有利于克服民商合一立法体例国家缺失商法总则的立法缺陷,而且适应民商分立立法体例国家商法典去分则化的发展趋势,是具有中国特色的民商法典编纂模式。此“商法总则独立成编”方案为我国民法典编纂中商法内容加入的第一选择方案,且可能是我国商法学界与实务界拍手称快的最优方案。

第二,在“商法总则独立成编”不能实现的条件下,可在先制定的民法总则中独立设章,统一规定商法总则的内容,并在其后编纂民法典的过程中,依据商法总则的一般条款,修改相关的物权法、债权法、侵权法,并在此基础上编纂民法典。此方案谓之“商法总则独立成章”方案。此“商法总则独立成章”方案虽然使商法总则在民法典中的结构安排由“编”减少到“章”且不利于充分反映商法总则的制度和规范,但该方案仍具有前述从民商基本法层面完善我国市场法律体系的必要性

^① 我国立法机关此前无商法通则的立法规划,民法典的编纂恰好可以将商法通则作为民法典的特别部分作出特别立法安排。20世纪70年代以来,以法国、德国、日本为代表的主要大陆法系国家开始进入民法典解构时期。主要表现为不断制定的单行法规对原有商法典内容的“蚕食”。这一趋势在之后的几十年中扩散到多数大陆法系国家。如日本保留了商法典,但主流思潮顺着大陆法系商法解构潮流而行,商法典大量内容被删除并交由单行法调整,虽然商法一般条款还在商法典中,但难以起到统领商事单行法的作用,其商法典已经名存实亡。葡萄牙、阿根廷等国也属于这种情况。

与可行性,以及对当今世界民商法典编纂模式进行创新的比较法价值。此“商法总则独立成章”方案为我国民法典编纂中商法内容加入的第二立法选择方案,且可能是我国商法学界与实务界能够接受的次优方案。

第三,在“商法总则独立成章”方案难以被主导民法典编纂且具有民商合一思维的立法者和民法学者接受的条件下,可将商法总则的内容全部分解,设定具体条款并采取条、款、“但书规定”的立法技术,尽可能将商法总则的具体条款融入民法总则各个章节之中。此方案是“商法总则独立成条”方案。

虽然“商法总则独立成条”方案不利于民法总则和商法总则立法的各自立法系统性和完整性,并被商法学界与实务界谓之为“两伤其美、都不讨好”的立法安排,但“商法总则独立成条”方案实属“有比没有好”的一个商法总则加入民法总则的权宜之计,符合我国渐进市场改革中市场法律改革的国情,一定意义上,笔者认为该方案也具有从民商基本法层面完善我国市场法律体系的必要性与可行性,以及对当今世界民法典编纂模式进行创新的比较法价值,且可能谓之为我国商法学界与实务界的权宜之计方案。

上述对两份专家建议稿有关民法总则“一般条款”中商法内容加入的几点修改意见及理由,就是本方案具有可行性与操作性的具体内容。当然,为了防止该方案与未来制定的完整商法总则与民法总则的内容重合和冲突,以及导致对未来的商法基本法的立法形成客观障碍,可考虑在民法总则“一般条款”中加入商法总则“一般条款”的思路,采取条、款、“但书规定”的立法技术,重点在立法目的、调整对象、基本原则、法律渊源及适用几个方面设立“名为民法、实为商法”的“一般条款”,并为以后商法总则的具体制度与规范(如商主体和商行为的特殊制度与规范)在民法典编纂中单独成编或单独成章埋下伏笔或设下立法“接口”(笔者认为,在民法总则“一般条款”中纳入商法总则的“一般条款”,是最佳的立法“接口”)。虽然这种“商法总则独立成条”方案不是商法基本法的最优或次优选择,但可行且是防止我国商事基本法立法因追求完美而另搞一套(如在《民法典》编纂之外再另行制定商法典或商事通则)而被《民法典》编纂之主流观点“边缘化”的现实立法选择。

责任编辑:朱志峰