

制定商法通则的缘起及其立法价值的再认识

李建伟

(中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100088)

摘要: 在顺应民商合一模式下的单一化法典与同时坚持商法独特性之前提下, 制定商法通则不仅由商法自身发展规律所决定, 也是完善商法体系及完善我国民商立法体系的务实选择。在商事法律体系内部, 需要加紧研究商法通则与各单行商事部门法的总分关系, 据此确立商法通则的框架体系与规范内容范围。借编纂民法典带来的历史机遇, 通过制定商法通则来推动商事法律制度的科学化、体系化之完成, 乃是一项重要的私法立法模式选择。

关键词: 民法典; 商法通则; 商法现代化; 民商合一; 民商分立

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2015) 12-0222-09

引言

考察大陆法系民商法的发展历史可以看出, 各国无论采用民商分立或民商合一体例, 都是根据历史传统、结合立法的时代特征所作的理性选择。^① 民商分立与民商合一两种模式形式各异、实质相近, 并无优劣高下之分, 至于商法典的出现本身, 也并非仅为商法体系形式理性的必然结果,^② 更多的是各国的历史选择结果。从 20 世纪 50 年代以来的数次民法典起草一直坚持了民商合一模式, 数个草案都难觅商法规范的身影, 同时民法典的结构体系都选择了民商分立模式下的民法典作为范本。在此背景下, 无论民法典以何种形态呈现, 都必须借此完成民商法体系化的工作。换言之, 民法典是实现私法系统化的一个形式理性的完美方案。^③ 这样, 民法典必须处理好与商事立法的关系。越来越多的民法学者注意到了这一问题, 提出民法典应该尽量反映商事交易的规则。^④ 需要进一步指出, 民法典立法不仅仅是要适当增加商法规则的问题, 而是要根据商事活动的需要实现民商法的体系化。否则, 如将来出台的“中国民法典”不能涵盖体系化的商法规则, 那就是实质上的民商分立。一旦这种情况发生, 就需要重新思考有无必要制定“中国商法典”或者“商法通则”。商法通则的立法命题就是在此背景下被提出的。就学界而言, 民法学者鲜有赞同制定中国商法典者, 对于商法通则的制定也持非常谨慎的态度,^⑤ 商法学者则多赞同制定商法通则而非商法典。那么, 商法通则在立法论上被提出的命题含义为何, 与民法典立法之间有何逻辑关系, 对于商事法律制度的体系化、科学化又有着

作者简介: 李建伟, 中国政法大学民商经济法学院教授, 研究方向: 民商法。

① 郭锋 《民商分立与民商合一的理论评析》, 《中国法学》1996 年第 5 期。

② 赵磊 《反思商事通则立法——从商法的形式理性出发》, 《法律科学》2013 年第 4 期。

③ 王利明 《法律体系形成后的民法典制定》, 《广东社会科学》2012 年第 1 期。

④ 王轶 《中国民法典: 技术框架、民族特色与时代使命》, <http://www.ghls.zju.edu.cn/chinese/redir.php?catalog.Id=297156>, 2015 年 6 月 10 日。

⑤ 王轶 《我国民法典编纂应处理好三组关系》, 《改革纵横》2015 年 7 月。

怎样的立法价值,本文意欲梳理与回答这些问题。

一、商法通则立法命题的缘起

在我国的民商法理论研究中,民商立法模式的选择长期以来就是学术研究的热点,关于民商合一、民商分立的争论一直不绝。^①在立法论上,商事立法的体例问题一直伴随着我国民法典的制定而被提出、讨论。商法通则的立法构想最初出自民法典的起草者,江平教授最早提出了我国商事立法模式可设计为“民法典+商事通则”的模式,也即在民法典之外另立一部商事通则,依照当初《民法通则》的模式将有关商事总则的内容加以规定。^②在最近十几年的两次民法典起草活动中,商法通则一直作为一种备选模式得到讨论,^③从而在民商立法模式上,除了传统的民商合一、民商分立之外,多了一种处于中间地带的选择。较多的商法学者参与论证了商法通则的可行性与可能性,^④提出此为我国商事立法模式的最优或曰较佳选择,^⑤也为妥善处理民法、商法的立法关系设计了一条新路径,^⑥因为此举是在“实行实质商法主义的民商分立体制下制定商法通则,既可矫正追求形式商法主义的偏颇又可实现商法体系的完善,同时又不根本性地改变我国采用单行商事法律的立法模式”^⑦。

在加强理论论证的同时,商法学界主流也一直在推动商法通则的起草工作。中国商法学研究会2004年年会的议题是“商事通则及其应用研究”,与会学者认为中国市场经济的发展不仅需要以调整个别领域商事关系为特征的商事法,而且需要具有一般性调整特征的商事法,后者正是我国商事立法中的重大空白,商事通则的目的就在于填补这一空白。^⑧此后王保树教授发文提出制定“超越民商合一与民商分立”的商法通则立法模式,认为《深圳经济特区商事条例》的地区立法实践为商法通则的制定积累了有益的经验。^⑨在3年后的2007年年会上,商法学界围绕“和谐社会构建中的商法建设”这个主题再次探讨了商法通则的制定与商法完善等问题。^⑩会议提出,以单行法的模式编纂商法规范是符合中国国情的,但同时需要制定规范商事一般规则和共同规则的商法通则,不能将商事通则搞成变形的“商法典”或“民法通则”那种形式,而是定位为调整商事关系的一般性规则,既指导其他单行商事法律,又区别于这些单行法律,可以单独适用。^⑪此后,商法学者开始逐步深入探讨商事通则的立法技术与内容构造的问题。^⑫2008年前后中国商法学研究会组织专家起草了《中华人民共和国商事通则(立法建议稿)》及其立法解释书,该立法建议稿共10章91条,内容包括总则、商主体、商行为、商事登记、商号、营业转让、商业账簿、经理与其他商业雇员、代理商与附则等。在其后几年间,有关商法通则的理论论证与立法论研究一直是商法学研究的关注点。^⑬

① 高晋康、廖振中《商法学研究综述(2002年9月—2003年8月)》,《中国商法年刊》2003年第6页。

② 江平《制定民法典的几点宏观思考》,《政法论坛》1997年第3期;江平《中国民法典制订的宏观思考》,《法学》2002年第2期。

③ 参见葛英豪《中国法学会民法学经济法学研究会2000年年会综述》,《中国法学》2000年第6期;刘静《当前民商法研究的热点理论问题——中国法学会民法经济法学研究会2000年年会综述》,《法律适用》2000年第11期。

④ 李政辉《析“商事通则”之必要与可能》,《中国商法年刊(2007)》,第68页。

⑤ 任尔昕《我国商事立法模式之选择——兼论〈商事通则〉的制定》,《现代法学》2004年第1期。

⑥ 彭正雄《再论〈商事通则〉的制定》,《法制与社会》2014年第2期。

⑦ 石少侠《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,《法制与社会发展》2003年第5期。

⑧ 孙毅《中国法学会商法学研究会2004年年会综述》,《中国法学》2004年第5期。

⑨ 王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

⑩ 王佩佩、方斯远《中国法学会商法学研究会2007年研讨会综述》,《中国商法年刊(2007)》,第781-785页。

⑪ 王保树、朱慈蕴《寻找商法学发展的足迹——关于2007年商法学研究的研究》,《中国法学》2008年第2期。

⑫ 刘云升《商事通则构造》,《河北法学》2007年第4期;赵万一、龙柯宇《市场经济与法治伦理的契合:商法伦理机制论纲》,《河北法学》2007年第7期。

⑬ 林懿欣、朱莉、魏国君《2009年商法学研究动态综述》,载《中国商法年刊(2010)》;文宁《2012—2013年商法基础理论研究综述》,载《中国商法年刊(2013)》。

当然,对于商法通则的制定一直也存在着质疑乃至反对的强大声音,这不仅来自商法学界的内部,更主要来自民法学界。商法与民法的两者关系究竟如何,多年来无论理论层面还是立法层面一直都是我国民法学界的重大争议课题。这些理论争议与立法争议在2015年进入高峰。2014年年底中共十八届四中全会提出全面推进依法治国,决定编纂民法典,随后立法机关决定从民法总则开始,并在2015年4月20日面向全社会公布了《中华人民共和国民法典·民法总则草案(专家建议稿)》。在此情况下,如何在民商合一的旧瓶中装入新酒,编纂出与时俱进、兼容并蓄的民法典,同时确立未来的商法立法模式,无疑是一项巨大挑战。民法典编纂的重要任务之一是统筹规划与其他相关法律部门的关系,其中特别是与商法部门的统筹与规划,备受学术界与立法界关注。在整个法律体系中,民法与商法的关系最为特殊也最为密切,在学理上,不论是民商合一还是民商分立,商法都被认为是民法的特别法。这一固有的紧密联系决定了商事立法在民法典立法中的特殊位置,民法典的立法在广泛和实质的意义上都应该包括商法,民法典的体例布局和内容安排不能不统筹和协调与商事立法的关系。^①尤其考虑到,我国在民法典立法思路上坚持民商合一的模式,却同时选择了民商分立模式下的民法典作为范本,在逻辑上已存悖论,所以在中国民法典制定中一个不可避免的问题是将商事法律置于何种位置?这一问题解决的妥当与否,不仅直接关系到民法典的立法权威与成败,而且关系到商事立法的发展命运,尤其是将来作为民法典第1编的“民法总则”的立法格局与框架结构,将在很大程度上决定我国商事立法模式。对此,尽管学者间的认识不尽相同,但对于中国民法典编纂必须处理好民法与商法的关系这一点,是存在学术共识的。^②问题的关键是,如何处理二者的关系。

二、单一法典化背景下的民法典制定与商事立法的关系

1. 民法典如何体现商法规范

法典是指有机地规范某一领域的全部内容的法律。民、商法典则分别系民事或商事生活领域或全部私法领域的系统性表达形式。民法所调整的社会经济关系的多样化、复杂化,必然要求其规范系统化、法典化。但在整个私法领域,除了一般的民事法律规范外,还存在着相对独立的特殊商事法律规范,私法领域究竟采用何种立法体例和表达形式,仅在大陆法系内部自近代以降就有“民商分立”与“民商合一”两种典型模式,以及介乎其间的其他折中模式。对于私法应采取何种立法体例的纷争及现有立法实践的评价,也即民商合一与民商分立模式孰优孰劣的研究,汗牛充栋,无须再老生常谈。在我国,以制定民法典尤其新近颁布《民法总则草案(专家意见稿)》为契机,从商法现代化的视角,现有商事法是否以及如何纳入民法典中,还是独立自处以及如何实现自身的科学化、体系化的课题,亟须人们作出回答。无论学术上的主张还是立法者的选择,我国都不大可能再制定一部单独的商法典,也就是我国选择了形式上的民商合一模式,仅制定一部民法典。那么,在单一法典化背景下整个私法体系如何实现体系化、科学化,或者说商法的内容如何体现在民法典中,就是制定我国民法典必须回答的问题。

单一法典化背景下的民法典必须具有高度的科学性和内容的完备性,这也是民法典编纂的主要意义之所在。众所周知,民法所调整的社会关系十分庞杂,各国基于历史传统和现实需要的立法选择导致各国的民法典立法体系和具体规范内容上存在明显差异,具体到我国民法典规范内容的范围,民法学界内部也有很大的争论,显然无法将现有民事单独立法的内容都统一整合在民法典中,因为这种大而全的民法典模式不仅造成民法典的体例杂乱无章,且其内容也会因过于庞杂而不堪重负,与民法典

① 崔建远 《编纂民法典必须摆正几对关系》,《清华法学》2014年第6期。

② 2015年6月13日,民、商法学者联袂在北京召开“民法典编纂与商事立法研讨会”,集中讨论民法典立法与商事立法的关系问题。参见王轶 《我国民法典编纂应处理好三组关系》,《改革纵横》2015年7月。

所固有的传统私法气质及概念化、法典化技术也不完全相融。^①但如果仅将部分单独立法纳入民法典,其间的选择标准与依据却并不容易确定。除去民法自身的各个组成部分入法与否的争论之外,民法典多大程度上体现商法的内容也是民法典立法过程中的焦点问题。在单一法典化背景下民法典被定位为所有私法的基本法,因此从理论上说所有私人之间关系的处理都能够从民法典中找到法律依据,或者得到法典所确立的理念和原则的支撑。与此相适应,民法典的内容构造应该最大限度容纳民商事单行法中具有较大普通适用性的原则和制度。比如有学者建议,民法典应该包含商法三个方面的内容:一是体现商法的理念,由民法总则体现商法的两项理念:效益原则,目的是为了促进社会财富的增加和资源的有效利用;利益均衡理念,目的是为了平衡商事主体之间的利益冲突,促进和谐社会的构建。二是规定商法的基本原则,包括交易安全原则;最大诚信原则(在民法诚信原则的基础上,强调在保险行为、证券行为中当事人应遵循最大诚信要求);营业自由原则(在民法意思自治的基础上强调商事主体的营业自由权);商行为效力的外观原则;经营判断优先原则(或曰法律判断不能代替经营判断原则)。三是体现商法的基本制度。究竟哪些具体的商法制度体现在民法典中,应以重大性、基础性、普遍性为依据,如企业制度(规定在法人制度中)、主体资格取得制度(民事主体登记制度)、营业制度、经理人(经理权)制度(可以和法定代表人制度合并)、商事代理制度(融入代理制度中)、商事担保制度(融入担保制度中)、金融商品交易制度(规定基本制度,不规定具体内容)、信托制度、主体消灭制度(含清算、破产制度,只抽象规定企业主体消灭可以基于清算、破产等原因,不涉及具体内容)。^②

2. 商法的逃离法典化运动: 商法现代化的理性选择

稳定性是法典的内在要求和基本属性之一,因为法典是一种明确、肯定、普遍的法律形式,必须在一定时期内保持自己的稳定性,如朝令夕改将使得人们无所适从,法典的严肃性和权威性就会丧失殆尽。^③但是,法典的庞大体系、普遍性与稳定性和法律必须随着社会经济的发展与时俱进的现代化之间存在某种紧张关系,其往往不能因特定领域的经济关系及其对法律需求的变化及时作出废、改、立、增与删等调整活动。因而只有那些不因特定或者个别经济关系的变化而改变,或者变化较少的普遍性和稳定性的法律规范,才适宜法典的形式,那些特殊领域的、随时易变的法律规范则不宜采用法典的形式。^④作为调整市场经济关系中最活跃的交易关系的商法规范,从其诞生之日起,运动就是绝对的,静止则是相对的,法律的安定性一直让位于法律的适应性,发展变革是其存在的本质要求。^⑤众所周知,商法变革的速度要远快于民法的变革。所以,面对庞杂的私法关系,民法、商法的调整领域必须有所分工。一般认为,民法典对法人、物权与债权作出一般性规定,商法则对商人、商事组织、商事财产、商行为作出特别规定。换言之,在民商(形式的抑或实质的)分立体制下,商法作为民法的特别法,是作为经济组织与商事往来的特别私法。^⑥商法调整市场经济关系中最活跃、最易变动的社会关系,决定了商法时时与时而变、与时俱进。此外,商法规范大多属于技术性法律规范,不为伦理道德和民族文化所羁绊,也造就了其成为所有法律中的现代化先锋。难怪有人感叹,“商法进行着越来越迅速与深刻的演变。学界几乎赶不上立法者快捷的步伐”^⑦。举例言之,颁布于1807年的《法国商法典》,到了200年后的今日,绝大部分条款已经被废止、修订,继续有效者仅有140

① 赵红梅 《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》,《中国法学》2008年第6期。

② 参见赵万一 《如何协调商事立法与民法典制定的关系》,第五届两岸商法论坛学术研讨会提交论文,台湾成功大学,2015年,第27-28页。

③ 焦富民、盛敏 《论荷兰民法典的开放性、融和性与现代性——兼及对中国制定民法典的启示》,《法学家》2005年第5期。

④ 对此,日本早期的民法学者穗积陈重有详细论述。参见穗积陈重 《法典论》,李求秩译,北京:商务印书馆,2014年,第86-87页。

⑤ 范健、王建文 《商法论》,北京:高等教育出版社,2003年,第51页。

⑥ 托马斯·莱塞尔 《德国商法典的最新变革》,常鸿宾、刘懿彤译,《法学家》1998年第4期。

⑦ 伊夫·居荣 《法国商法》,罗结珍等译,北京:法律出版社,2004年,“前言”部分。

条,其中仅30个条款保留了1807年的行文。法国商法现代化之路在过去200年来的选择,并非在商法典之内修改完善,而是在商法典框架体系之外另辟蹊径,不断地有单行商法部门从商法典中逃离,这导致了商法典的解体和离散。虽然主流学者与立法机关主张固守商法典的阵地,并在2000年颁布了新的法国商法典,但这一再法典化不是将原来的商法典保留下来的条款与各自成体系的公司法、破产法等单行法按照新体系与逻辑顺序重新汇编。当代立法者努力将这些已经独立出去的单行法再次纳入商法典,再法典化的立法努力只是保留了商法典的躯壳与形式。法国商法典在过去200余年的变迁,可视为所有大陆法系商法典的历史遭遇的一个隐喻与缩影,在日本、韩国、德国、智利等国的情形都与此极为类似。商法典内容不断受到要求独立自主的法律部门的背叛与逃离,商法典失去了其大部分阵地,出现了诸如公司法等构成小法典的重要商法部门,^①它们在商法典之外各自循环,活得悠然自得。法典化,无论是民法典化抑或商法典化,对于商事法律部门似乎不再是最佳的载体与表现形式。

商法现代化的实践历史告诉我们,商事法律规范无论是纳入民法典还是以商法典而自立,法典化的形式均难以适应商法现代化的需要,甚至会妨碍或延缓商法现代化的步伐。一些领域的商事法律规范以单行法形式纷纷逃离民法典或商法典,这场逃离法典的商法现代化运动,表明订立法典可能并非商事立法的理性选择。回到我国商事法律的发展现实,在过去的30多年间,为顺应社会经济快速发展与变化的法律需求,我国以单行法形式先后颁行40余部商法规范,不仅对于推动我国市场经济的飞速发展作用巨大,而且能够随着经济社会的快速变化而及时地修改增订,体现了极强的适应性、应变能力和强大的生命力。因此,现有的众多商事单行法既无须纳入将要制定的民法典,更没有必要将这些单行法收拢于商法典。所谓“只要法律处于生机勃勃的进步状态,则无须制定法典”,^②可谓一语中的。

3. 一个现实的选择:制定商法通则

(1) 民法典规定商法基本规范的可能模式

既然我国立法机关并无制定一部商法典的计划,未来的中国民法典至少在形式上选择了民商合一,实行单一化法典模式。当然,对此有不同的学术意见,从我国现行立法存在来看,民商立法的基本体例既不是完全的民商合一也不是完全的民商分立,而是有分有合、民法法典化和商法单行化的折中模式,也可以说是民商立法的第三种模式。所谓的分,就是民法典与商法分别立法、部分民事单行法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,就是对某些领域将商法规范与民法规范融为一体,如商事主体与民事主体融于统一的民法总则之中,如商事合同与民事合同融于统一合同法之中,商事信托与民事信托融入统一信托法之中。在单一化法典模式下,民法典和单行的商事法共同构成民商立法的基本体例,这样的立法体例可能就是我国目前已经和将要形成的立法模式。这样的民商立法安排既反映了民法典立法以解决问题为导向的现实主义指导思想,同时填补了商事立法的空白又富有创新,超越了大陆法系民商合一与民商分立的传统模式,展现出鲜明的中国特色,与我国几十年来已经形成的民商立法的现实格局亦高度契合,保持了我国社会主义市场经济法律体系的传承和基本稳定。

那么,在承认公司法、保险法、票据法等商事单行立法继续独立存在的立法格局之下,如何合理安排未来民法典和商法基本规范的立法布局,纵观各种学术主张,民法典对商法基本规范的安排可能会有五种模式。一是完全分立式,即在民法典之外另立商法典,两大法典并立。二是不完全分立式,即在民法典之外制定“商法通则”,为商事关系提供一般规则。三是独立成编式。即在民法典之内制定商法通则,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。四是独立成章式。即在民法典的民法总则中独立设章,统一提供商法通则的基本内容。五是分散融合式,也即

① 沈达明《法国商法引论》,北京:对外经济贸易大学出版社,2001年,第6页。

② 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼《论立法法与法学的当代使命》,许章润译,北京:中国法制出版社,2001年,第26页。

将所有需要进入民法典的商法基本规则的内容按其内容全部分解,设定具体条款分别融入民法总则、分则的各个章节的相应具体规范之中。其中,如采第一、第二模式,需要同时在民法典中对商事关系的规范适用上设定引致性规范,例如可以考虑在民法典第一条“民法法源”中规定商事关系法律适用的法源特殊性,如表述为“商事关系,商法有特别规定的,适用之,商法没有规定的,适用商事习惯,没有商事习惯的,适用本法。”

就以上五种模式,站在商法学者的立场,一般认为第一种模式既不必要也不现实,最为理想和可取的是第二种模式。至于其余各种模式,抛开其立法体系的科学性与否不说,单就其立法技术的可行性而言,都是几乎不可能完成的任务。比如貌似可行的第五种模式,按照民法典自身的合理结构,其能够容纳商法基本规范的空间和范围都是有限的,多数甚至绝大多数的商法基本规范将无法融入民法总则、分则之中。而且,如硬将所有或者过多的商法基本规范的内容均加以吸收,势必使民法典异常庞杂,破坏其应有的科学结构与规范逻辑;另一方面,如只是纳入部分或少部分商法规范,则又肢解了统一的商法规范体系,破坏了商法立法的系统性和完整性。这无疑是一个两伤其美、都不讨好的安排。而且,商法学者普遍的担心是,该方式更大的一个消极后果则是对未来的商法通则立法方案形成客观障碍,一旦把商法通则的部分内容抽取融入民法典,未来制定的完整商法通则必将与民法总则的内容重合和冲突,反过来成为商法通则的窒息性立法障碍。因此,商法学界较为强烈的建议是采取第二种模式——在民法典体系外,制定单行的商法通则,以此分别建构起相互独立而又具有深刻逻辑联系的民法、商法的科学化、体系化立法规范。但是,从目前的发展态势看,最有可能的恰恰是不完全实施的第五种模式,且立法者会面临在所谓的过多吸纳商法基本规范与吸纳少部分商法基本规范这两个极端之间,被迫作出首鼠两端的艰难选择。

(2) 商法通则制定与实现商事法律制度的体系化、科学化的关系

商法作为独立的法律部门,虽然其独立发展并不取决于有无商法典,商法之功能与作用也不以统一商法典的存在为必要,但是作为一个独立的法律部门,商法本身仍要遵循体系化、科学化规律的内在要求。^①毋庸讳言,法律的形式理性仍是制定《商法通则》也即实现我国商事法律制度体系化、科学化要求的有利注脚。马克斯·韦伯说,形式理性是法所追求的最高层次的合理性,即逻辑形式的合理性,法律发展的最后阶段就是专业法学家在文献与形式逻辑培训的基础上进行的系统立法,正是这种专业性、逻辑性和系统性,使立法与司法的技术趋于合理。^②尽管历史上人们曾经对大陆法系各国制定出来的商法典在形式理性上的成就充满质疑,尤其在和各国同时期制定出来的民法典所取得的形式理性上的巨大成就相比更是相形见绌,但这样的质疑却并不适用于《商法通则》的制定。的确,由于传统商法的各个组成部分相互之间缺乏内在的逻辑联系,多数商法典只是将业已颁布的单行商事法汇编为一部法典,这样的法典无论其形式理性成就甚至其自身编纂的必要性都存在疑问。但我们此处所讨论的《商法通则》并非法典总则性质的规定,而仅是商法体系的内部根据商法领域自身体系化的要求而进行的商事共同性的立法,“单从商法自身的结构而言,在一定程度上它同样要遵从形式理性与体系化的要求,而《商法通则》的制定,即是这种要求的反映”^③。具言之,从既有的商事单行法及商事法律制度而言,虽然各个单行法各有侧重也各有不同表述,但毕竟都要遵循共同的内在法律原则,如效率原则、交易安全原则、交易公平原则等,还共享一些基本概念,如商人、商行为、商事权利义务、商事严格责任等,也适用一些基本的交易规则,如商事登记、商事公告、短期时效、设立会计账簿等,不同程度的信息披露制度等。所有这些内容将共同构成《商法通则》的一般规定。

如果以立法的体系化、科学化和形式理性的理念检视我国现有的商事法律体系,可以看出公司

① 赵旭东 《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

② 马克斯·韦伯 《经济与社会》上卷,林荣远译,北京:商务印书馆,1998年,第201页。

③ 赵旭东 《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

法、票据法、保险法、海商法、证券法等各主要商事部门法的立法任务业已完成,但如同一个人徒有四肢而缺乏大脑中枢一般,整个商法仍缺少一部统领性的法律来协调、统领各个商事单行法。正由于缺乏统领与协调,各单行商事法之间无法形成应有的联系,不仅彼此孤立,不成体系,而且在不少领域还有空白,以及低层级立法文件暂且充任的局面。这一局面,显然不利于我国统一市场经济关系的法律规制,亦不利于单行商事法律的贯彻实施。^① 总之,在坚持民商合一体制之前提下,为适度区分民商法,商法学者提出拟采商法通则,可谓立意良善,制定商法通则是符合我国商事法律制度体系化、科学化要求的理性选择。民法与商法二者的关系是一种“共生关系”,商法没有民法固然寸步难行,但民法缺失了商法也将威力大减。至于我国历史上从民初以来形成的民商合一模式究竟是路径依赖,还是洞烛先机,或是历史机缘巧合,已不可考。目前紧要的是,民商合一模式下如民法典与商法的立法规范规划与设计得当,仍属一个合理可行的制度选择。如民法典之制定遵循精简务实、合作分工、开放玉成(给予商法适度独立发展的充分空间)的立法原则,则不仅将制定出合宜的民法典,同时也会促进商法自身立法的科学化、体系化之完成,并最终形成一个臻于尽善境界的私法体系。

三、商法通则的立法功能与具体内容

1. 具有中国特色与时代使命的立法功能

王保树教授曾经建设性地提出,制定商法通则应满足“通、统、补”的要求。^② 所谓“通”,即满足商事关系调整的共同性规则的要求,如市场实践不仅要求商事法律提供公司、合伙企业、个人独资企业、个体工商户成为商人而经商的规则,还要求提供“商人”的一般规定,以便明确商人资格及其特有的营业能力,确定商人的权利义务,保护商人的合法权益;所谓“统”,即满足商事关系调整的统率性规则的要求,如营业、商号、商誉、经理权、商事代理的内容都需要统一的规则,以统率相关单行商事法律的实施,避免法律适用中的不协调。因为此前的商事法律制度采用单行法模式制定,由于各单行法立法多是不同部门分别提出草案并在此基础上制定的,彼此之间缺少必要的协调与沟通,这就难免在一些相关制度的规定上出现分散化的概念、措辞不一甚至于内容上彼此矛盾的问题。如商事公告,几乎所有的商事单行法都有所规定,但关于公告的具体方式、公告的法律效力等,要么语焉不详,要么彼此冲突。这种分散式立法所产生的矛盾或者冲突应该通过商法通则的制定得以消除。^③ 所谓“补”,即弥补其他单行商事法律规则的缺漏。按照“缺什么补什么”的实用主义立法原则与立法剩余技术,凡是调整商事关系需要的规则都应提供殆尽,但凡不可能在已有单行商事法或将制定的以个别商事领域为规范对象的单行商事法中解决的问题,都应在制定商事通则中解决,例如营业转让制度。

我认为,制定商法通则还有另外两个功能。其中第四个功能是“提”。所谓“提”,就是商事领域立法文件的层级提升问题。依据《立法法》第8条规定,民事基本制度只能制定法律。从立法的立场而言,商事关系与民事关系具有同质性,“商事仅是民事之一部分,偏重于经济生活方面,故商事对民事具有特殊性”^④。既然商事法律制度属于民事基本制度的范畴,因此根据《立法法》规定,商事法律制度自然地也只能以法律(狭义)的形式加以规范。但检视一下我国目前的一些重要商事法律制度,以行政法规、地方性法规甚至部门规章形式存在者众。如关于商事登记的规范性立法即有8部之多,包括《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》、《个

① 石少侠 《我国应实行实质意义的民商分立》,《法制与社会发展》2003年第5期。

② 王保树 《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

③ 赵旭东 《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

④ 林咏荣 《商事法新论》,台北:五南图书出版公司,1990年,第3页。

人独资企业登记管理办法》、《农民专业合作社登记管理条例》、《个体工商户条例》、《个体工商户登记程序规定》等。以至于因为《公司法》的修订与国务院《注册资本登记改革方案》的推行,需要连带废止、修改与此相关的8部登记法规,^①一时蔚为奇观。这些登记法规文件不仅彼此重复、分散、冲突,且在立法层次上无一例外地是以条例、办法、规定等形式存在的行政法规、部门规章。伴随着我国市场经济的快速发展,对法律调整的要求也越来越高,长期以来依靠效力层次较低、立法技术相对粗糙、立法程序未经过民意机关表决通过的行政法规、规章来调整商事关系的立法局面已显得越来越不相称,亟须根本改观。

第五个功能是“转”。所谓“转”,就是实现商事法律领域许多部门立法的性质由偏重于公法规范(行政管理法)到私法规范(商事法)的转变。再以商事登记为例,各类商事主体的商事登记行为,其实质为私法行为,^②其立法规范的本性应该定位于私法,但长期以来的各类登记立法都冠以“××登记管理条例(办法)”之名,其条款几乎都是行政管理规范而少有私法规范,此即私法关系基本依靠公法调整的变异现象,亟须纠正。

2. 关于具体规范内容的可行性方案

综合多数学者的意见,商法通则的主要规范内容可以分为以下十个部分:^③

第1章 总则。规定商事通则的立法宗旨、商法的适用范围、基本原则和适用规则等。其中关于立法宗旨,要明确民法典之外另设商法通则,以使商事单行法在一般性规范上有所归依。关于商法的适用规则是:特别商法有规定的,适用特别商法规定;特别商法没有规定的,适用本法规定;本法没有规定的,适用商事惯例;没有商事惯例的,适用民法的规定。

第2章 商主体。规定商主体的基本形式和种类,包括商人的概念、资格与分类,商事能力及其限制,以及原则性规定商人团体包括商会、行业协会等的性质、职权和职责等。对于成为商人的条件可以规定为,商人必须有营业财产,无营业财产者不能成为商人,确立商事主体法定主义原则,确立以企业为中心的商主体立法。需要申明,商法通则中的“商主体法”的主导内容不应为“商事组织法”,而是一种以商人为连接点的准据法,商人在这个体系中的意义仅仅在于:借助商法通则中规定的商人身份网罗各个私法部门中的商法规范,也即“商人”的核心功能就是识别商事法律规范的适用。

第3章 商事登记与公告。要借此实现商事登记的统一立法,包括商事登记机关、登记范围、登记程序、登记效力、商事公告的类型与效力等内容。

第4章 商号。包括商号的选用原则、取得、变更、转让、丧失、种类、商号权保护等内容。

第5章 商业账簿。包括商事账簿的种类、内容、制作、保管、置备与一系列法律效力等。

^① 2014年2月19日国务院公布的《关于废止和修改部分行政法规的决定》(国务院令 第648号)指出:依据2013年12月28日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过的修改公司法的决定,落实《注册资本登记制度改革方案》的内容,国务院对涉及的行政法规进行了清理,经过清理,决定废止和修改《公司登记管理条例》等8部法规。

^② 李建伟《公司法》,北京:中国人民大学出版社,2014年,第91页。

^③ 参见赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期;王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期;江平《中国民法典制定的宏观思考》,《法学》2002年第2期;苗延波:《商法通则三大基本制度研究》,《河北法学》2009年第5期;宁金成《商事通则的立法体系与基本原则》,《中国商法年刊(2007)》,第108页;雷兴虎《〈商事通则〉:中国商事立法的基本形式》,《湖南社会科学》2004年第6期;郑曙光《论商法通则创制的价值理性与实践理性》,载《中国商法年刊(2007)》,第130页;任尔昕《制定〈商事通则〉论纲——以总体思路、体系结构为研究内容》,《甘肃政法学院学报》2004年第4期;王瑞龙、林蕾《制定〈商法通则〉之利弊分析——兼论〈商法通则〉的体例安排》,《河北法学》2004年第10期;杨继《商法通则统一立法的必要性和可行性》,《法学》2006年第2期;刘云升《商事通则构造论》,《河北法学》2007年第4期。

第6章 商行为。包括商事行为的构成、一般商事行为和特殊商事行为、^① 商事契约与商事担保的基本规则,其中应强调营利性和虽无明显营利性但采用营业形式对商行为质的规定性的影响。最后,要确立营业与营业转让规则,包括营业转让当事人义务及其转让效力。唯需说明者,有关单行商行为法对相应商行为已作出周详的规定,只是在立法上商行为的制度缺乏体系化,加之商行为的内容非常复杂,全部集中规定于商法通则中会造成其体系庞杂。所以为了贯彻立法经济原则,同时注重法律体系之间的协调,商法通则仅对商行为制度作一般性规定即可,明确其法律属性和法律适用问题,将具体规范交由各商事单行法具体规定。

第7章 商事代理、代理商、经理人与其他商业雇员。包括商事代理的构成、代理商、加盟店与各层次经理人、经理权、经理的义务与责任等,以及经理人、其他商业雇员与第三人关系等。这一章的主要立法任务是系统提炼出“销售中间人”也即商事辅助人的一般规则。商事辅助人包括内部辅助人和外部辅助人,前者也称商业使用人,主要是指经理人与店员、学徒等,后者主要包括代理商、经纪人、经销商、特许经营商、居间商等。对经理人的规定涉及经理权的授予和撤销、经理权的范围和限制、经理人的注意义务和忠实义务、经理人的责任、表见经理权等。关于店员、学徒等使用人,也是商法上代理商制度一个重要组成部分。代理商的主要内容包括代理商合同的强制性规定、代理商的各项权利(如佣金请求权、补偿请求权)和义务(主要有利益维护义务、勤勉义务、竞业禁止义务和特殊情况下的保付责任)、企业主的各项权利和义务(与代理商的义务和权利对应,以及支持义务、结算支付义务等从义务)、对各类型代理商的一些补充性规定等。经纪人、经销商、特许经营商、居间商已经成为当前商事交易中的重要参与者,他们的出现给主流商事主体(企业主)带来巨大的收益和便利,使得行业分工更加细化,远距离交易更加方便、快捷。基于此,商法通则应该对这些新兴的商事辅助人提供基本的规范。^②

第8章 特殊商事诉讼时效。包括一些特殊的短期诉讼时效的适用范围、诉讼时效期间起算、中断、终止和延长及届满后的法律后果等。

第9章 商事责任及商事权利救济。包括商事责任的种类和承担方式,明确商事严格责任的适用范围,规定商事纠纷的特殊解决途径,商事法庭的设置及商事诉讼的特殊规则设计等。

第10章 附则。包括商事部门法的范围及其制定、有关术语的含义、生效时间等。

综上所述,在承认与尊重形式意义上的民商合一立法模式之前提下,尚需要坚持商法的独特性与独立性。现代民商法之关系发展趋势,一是民商的融合,二是民法与商法的划分仍有必要,这就如公法与私法确有划分的必要一样。^③ 在单一化法典模式与同时坚持商法独特性之前提下,制定商法通则不仅由商法自身发展规律所决定,也是完善商法体系及完善我国民商立法体系的务实选择。在商事法律体系内部,需要加紧研究商法通则与各单行商事部门法的总分关系,据此确立商法通则的框架体系与规范内容范围。借编纂民法典带来的历史机遇,通过制定商法通则来推动商事法律制度的科学化、体系化之完成,乃是一项重要的私法立法模式选择。

责任编辑:朱志峰

^① 如特许经营、连锁经营、默示承诺、电子商务合同、交互计算(往来账)、票据结算、信用证结算等,又比如沉默对商行为的意义、商行为对内容自由和形式自由的一些扩展(属于法律行为制度)、特别善意取得制度、流质许可制度、特别留置权制度(属于物权制度),以及对佣金、保证形式、利息、债权让与等的特殊规定(属于一般债法制度)等。

^② 杨继 《商法通则统一立法的必要性和可行性》,《法学》2006年第2期。

^③ 江平 《中国民法典制定的宏观思考》,《法学》2002年第2期。