

商事一般条款进入民法典的路径选择

——基于比较法律经济学的视角

马恩斯

[摘要] 制定商事一般条款既对完善社会主义市场经济具有重要意义,也有利于实现商事单行法之间的“行阵和睦”,进而达到“通、统、补”之效果。在我国民法典编纂如火如荼的今天,学界对商事一般条款是否应进入民法典及其进入民法典的路径一直呈热议的态势。从比较法律经济学的角度来看,这一热论的实质是法律渊源的制度争议问题。本文从比较法律经济学的视角研究商事一般条款进入民法典的理论渊源及其现实必要性,阐述了进入民法典的路径,以期为我国商事一般条款进入民法典提供立法路径范式。

[关键词] 商法一般条款;民法典;比较法律经济学;立法路径

[作者简介] 马恩斯,中山大学法学院法学博士研究生,广东 广州 510275

[中图分类号] D923

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2017)04-0078-05

DOI:10.16524/j.45-1002.2017.04.013

党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“加强市场法律制度建设,编纂民法典”。由此民法典编纂工作自我国建国以来被第五次提上日程。2017年3月15日《民法总则》正式颁布,标志着我国民法典编纂进入高潮期。鉴于中国大陆秉承中华民国于二十世纪初确立的民商合一的立法传统,在民法典、民法分则编纂工作过程中,众多民法与商法的有识之士在思考如何利用这一契机实现民法与商法的更加紧密衔接的问题,尤其是通过此次编纂、制定商法一般条款以解决因我国市场经济起步晚、商事立法经验技术不足,导致商事单行法在配合不断复杂化的商事法律关系过程中出现的法律冲突、逻辑割裂以及漏洞频繁等问题^①。对于如何制定商法一般条款以及商法一般条款与民法典、民法分则的关系,商法学界有四种不同的观点:其一,认为应当在商事单行法中设定一般条款;其二,认为应当在商事通则中设立一般条款;其三,认为应当将商法总则纳入到民法典之中;其四,认为应当立法完善与司法完善并重。

一、商事一般条款的立法与研究现状

(一) 境外研究概述

各国(地区)制定商事一般条款的情况大相径庭。从20世纪70年代以来,以法国、德国为代表的主要

大陆法系国家(地区)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”^②。这一趋势在之后的几十年中扩散到大多数大陆法系国家(地区)。在处理民法典与商事一般条款关系的问题上,各国(地区)呈现出五种不同模式。

1. 形散神亦散式。商法典不断解体成零散的商事单行法,商事一般条款难以发挥应有作用,日本就是这种模式的典型代表。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,虽然商事一般条款还在商法典中,但已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^③。

2. 神散形不散式。形式上虽然维持了商法典的表面完整形式,但商事一般条款与具体条款的关系在逐步被削弱法,法国就是这种模式的代表性国家。法国为了保留商法典,逆大陆法系商法解构潮流而行,使得商事一般条款和商事单行法之间呈现出“两张皮”的状态,即商法一般条款并不是从纷繁复杂又多变的商事单行法中高度抽象出来的,自然也难以起到作为商法一般条款应有的作用^④。

3. 形散神不散式。没有独立于民法典之外的商法典,也没有独立的商事一般条款,商法一般条款被内化、散在于民法典之中,我国台湾地区就是这种模式的典型代表。台湾地区有民法典也有商事

单行法,但是没有制定商法典,也没有制定单章、单行法形式的“商事一般条款”,认为这是一件不必要的事情^[5]。

4. 形神皆不散式。有完整的民法典、商法典,商法一般条款在商法典中发挥着应有作用,中国澳门地区、美国路易斯安那州就是这种模式的典型代表。我国澳门地区奉行实质上的民商分立,既有民法典也有独立于民法典的商法典,商事一般条款在商法典中统率着商事单行法;美国的路易斯安那州既有一部包含总则和分则的完整民法典,也适用《美国统一商法典》(UCC)中的商事总则部分,也属于这一情况。

5. 形神皆萌动式。立法技术较弱或欠发达国家的法典编纂,大都没有给予商事一般条款以足够重视,无论是商法典籍还是商事一般条款,皆处于萌芽或萌动期。新兴独立国家虽然大都呈现出编纂民法典的倾向,但是前景并不明朗,商法一般条款问题尚属编纂民法典的后续问题^[6]。

(二)国内研究概述

目前学界对商法一般条款和民法典之间关系的看法主要分为四种:其一是主张将商法总则条款纳入民法典中;其二是在商事单行法中设定一般条款;其三是在商事通则中设立一般条款;其四是主张既可以立法完善也可以司法完善。其中第三种意见,即制定一部商事通则是目前商法学界的主流观点,而第一种是民法学界的主流意见。

主张将商法总则条款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;其二是在形式上推动了私法的统一;其三是在形式上协调了两大私法部门的关系。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^[7]。

主张在商事单行法中设定一般条款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。主要问题是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帅商事单行法。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^[8]。

主张在商事通则中设立一般条款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。主要问题是立法技术不足,这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大体照搬、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(制度弹性)、如何避免与民法和经济法的部门法交集冲突等^[9]。

主张立法完善与司法完善并重的主要理由是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,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,尤其实际上承担起了“规则生成,界定产权”的功能^[10]。

二、制定商法一般条款的必要性

制定商法一般条款对完善社会主义市场经济,发挥市场在配置资源中的决定性作用意义重大。这主要是因为民法是市民社会的基本法而商法是市场经济的基本法,市场经济的最小因子是商人从事商行为形成的商事法律关系,故而以在商事法律起统率作用的商事一般条款实质上部分起到了市场经济基石的作用。

制定商法一般条款对完善商事法律体系的意义更为突出。王保树教授曾将其概括成“通、统、补”^[11],此说在商法学界得到广泛认同。所谓“通”和“统”是商事一般条款要解决商事单行法之间的共性问题、协调性缺乏问题;所谓“补”是商事一般条款要弥补商事单行法规定的缺失与漏洞。现实中确实需要从“通、统、补”三方面来解决问题。

关于“通”,例如“公司转投资的问题”就需要以“通”的方式来解决。《公司法》在第十五条规定了“公司不得成为所投资企业的债务承担连带责任的出资人”,此规定与《合伙企业法》第三条矛盾,致使前者的规定被架空^[10]。诸如此类问题有待商事一般条款通过“通”加以协调。

关于“统”,例如“商事公告的问题”就需要以“统”的方式来解决。商事公共广泛存在于各商事单行法之中,而商事公告的具体程序、公告效力等则存在着含糊不清甚至是彼此矛盾的情况。这样的问题需要商事一般条款加以统合、捋顺。

关于“补”,例如“营业转让制度的问题”就需要以“补”的方式来解决”。我国目前对于营业转让的法律规制尚仅存在于国务院规范性文件的法律位阶,虽然部分规定了国有资产的转让问题,多种所有制资产的转让、商号转让、债权债务关系转让、劳务关系继受问题、竞业禁止义务问题等都少有规制。而同属大陆法系的代表性国家和地区如日本、

德国、法国、我国澳门地区等,都已对上述问题在商法中作出了详细规定。此类问题需要商事一般条款加以补正和完善,使其更加规范。

综上所述,商事一般条款的制定具有协调商事单行法之间矛盾冲突、统合与捋顺商事法律关系以及补正商事漏洞的现实意义,也由此在民法典制定的大逻辑下引起了学界对其制定路径选择或者说是是否要独立于民法典之外的激烈争论,而国内外的立法活动以及学术研究成果为后续分析和研究提供了很好的借鉴。

三、商事一般条款进入民法典的比较法律经济分析

商事一般条款不应独立于民法典之外,应通过合理的路径进入民法典。综观商事一般条款的五种国外立法例以及四种国内学术观点,探讨我国当下商事一般条款的制定是否应当独立于民法典之外,从比较法律经济学来看其本质是一个关于法律渊源的制度竞争问题,也即通过比较法视角来看,如何“安置”商事一般条款更有效率。这一问题可以通过宏观分析与微观分析相结合的方法来阐述。

(一)宏观分析

宏观分析可以从前述制度的交易成本高低、法律市场消费者剩余大小以及制度的额外成本两个角度展开分析比较。

1. 制度交易成本分析。从比较法律经济学的视角来看,法律传统是私法改革中的一种交易成本。在商事一般条款是否应该独立于民法典之外的问题上,我国存在两种主要的法律传统:第一种传统是潘得克吞立法模式;第二种传统是民商合一主义。自20世纪初进行法制改革,选择、移植了大陆法系的德国法模式后,德国法的这套概念、原则、制度和理论体系已经成为中国法律文化的有机组成部分。

新中国建立后,宣布废除民国政府制定的“六法”,转而接受了苏联的立法和理论,但苏联的民法也是继受德国法,由此决定了中国仍属于大陆法系中的德国法系。改革开放以来的民事立法,以《民法通则》和《合同法》为代表,基本仍然是德国法系的立法模式。这足以说明,从德国继受而来的这套概念、原则、制度和理论体系,已经融入中国社会之中,成为中国立法、司法、教学和研究的理论基础,成为中国法律传统和法律文化的重要组成部分。

根据科斯定理,只要财产权是明确的,并且交易成本为零或者很小,那么,无论在开始时将财产权赋予谁,市场均衡的最终结果都是有效率的,实

现资源配置的帕累托最优。而法律传统或者说法律的路径依赖会导致交易成本高起,导致与传统不符的路径选择因交易成本过高而不能进行法律变迁、移植。这里所说的交易成本与产权配置,可以认为是在法律市场中商法一般条款的既定立法权分配问题。如果备选的四条路径彼此之间不存在交易成本,那么选择任何一种路径作为商法一般条款的法律渊源都是有效率的。但是由于法律传统的存在,导致四种路径之间的交易成本存在差异。所以在立法过程中也即分配这一项立法权时需要选择交易成本最小的制度并赋予其立法权也即制度竞争与制度选择。

具体说来,由于民商合一与潘德克顿体系在我国私法领域已成传统文化,如果按照商事单行法的方式制定商事一般条款则有违潘得克吞法律体系的“总则一分则”结构而形成“分则一总则”结构。如果制定商事通则,则看似是尊重了民商实质统一的传统,实际上独立于民法典的商法总则仍破坏了民法作为私法基本法的逻辑完整性。而司法实现与立法实现并重在交易成本分析的框架内并没有违反、冲击到我国民商法的法律传统。上述四种路径之中只有将商法总则置于民法典之中、立法完善与司法完善并重这两种制度的安排,以期充分尊重了法律传统而交易成本较低,从制度效率的角度来讲应该被选择。

2. 法律市场消费者剩余大小以及制度的额外成本分析。比较法律经济学认为,在制度竞争中进行选择一定程度取决于一种制度安排或一种法律体系的法律规则是否比另一制度、规则或多或少更有效率。所谓效率,其中一种理解就是任何法律市场消费者认为较好的事^[13]。微观经济学称之为“消费者剩余”。

在商事一般条款的立法完善问题中对四种路径进行比较可以发现,商事一般条款的生产者在前三种路径中都是立法机关,而在第四种路径中还包括了司法机关。而相对于生产者而言的法律消费者则包括律师、法官、法学研究人员以及学生等。就我国法学教育而言,教学所采取的教材,其一整套概念、原则、制度和理论的体系都是德国式的。法律判决案件,律师从事法律事务,主要采取的是德国式的三段论的方法而不是判例与判例的推理方法。这说明,德国法的这套概念和逻辑体系,已经成为司法实务中进行思维和推理的基本框架。就民事立法而言,以《民法通则》和《合同法》为例,所使用的概念和制度,诸如权利能力、行为能力、法律行为、代理、时效、物权、债券、支配权、请求权、抗辩权、代位

权、撤销权都是德国式的^[12],也即遵循传统大陆法系的潘得克吞体系与民商合一主义。

在此情况下这一法律市场的消费者剩余取决于消费者消费商法一般条款愿意支付的最高价格与商法一般条款在法律市场的实际价格的差额。其中法律市场消费者的消费意愿取决于包括但不限于三个要素,其一是适用频率,其二是消费偏好,其三是预期收益。也就是当商法的一般条款越经常被援引、学习或者是研究,亦或适用的收益较高时,则消费者剩余等式的被减数可以尽可能地增大。而商法一般条款在法律市场的实际价格主要指的是商法一般条款的获取难度也即援引难度,这一方面取决于其内容是否涵盖的是发生频繁的法律现象,另一方面取决于其内容的抽象性,一般来说,法律条文的抽象程度越高则援引难度越高,也即在法律市场的价格越高。为了最大化法律市场的消费者剩余,在消费者剩余等式的被减数尽可能地增大同时,还要求等式的减数也即商法一般条款在法律市场中的价格尽可能地降低,也就是要求商法一般条款的内容要降低抽象性、增加涵盖面。

在这样的前提之下对商法一般条款的四种备选路径进行考察,若将商法总则置于民法典之中,则由于我国民法教育的传统为德国式,法律共同体对于民法典的具有消费偏好;且民法典在可以预见的未来必将成为私法工作者的主要研究、参考以及适用对象,将商法总则置于民法典中有利于提高适用频率;同时由于整合入民法典的商法总则可以推断将契合整部民法典的潘得克吞体系,从而具有高度的逻辑性、完整性和稳定性,其预期收益的获取可以被更好地确信,所以预期收益方面也具有优势。另外,若商法总则置于民法典中,按照王保树教授的观点,其初始立法动机主要是为了“通、统、补”,可以预见商事一般条款的内容涵盖广度也将是可观的。而在内容的抽象性问题中,对于潘得克吞体系的民法典是否能够被很简便地适用,一方面我国民事立法一贯保持着在坚持内在逻辑统一性的基础之上尽可能简化语言表达,所以不会因为抽象性而影响适用。另外民法典的主要适用者是长期接受潘得克吞体系教育的法律人,也并不存在明显的抽象性过高问题。反观以商事单行法形式制定的商事一般条款则存在违反消费偏好、适用范围相对狭隘的问题。商事通则也存在上述问题,而其最严重的问题也不是在于消费剩余的不足,是在于其抽象“法律核心”工作的难度过高且结果并不可靠。但是需要说明的是司法实现与立法实现并重这一路径由于与前三种路径具有逻辑上和实际上天然的

补充性,可以同时在前三种路径的前提下添附或舍弃,所以不影响前述结论的得出。

(二)微观分析

从具体制度上进行比较法律经济学分析,探讨商事一般条款进入民法典的问题以及路径选择问题,不妨以前述的营业转让制度为例。

1. 营业转让制度的国内立法现状。我国现行法对营业转让的规定以单行法的形式散见于《公司法》《企业破产法》《反垄断法》以及一些部门规章之中。比如《公司法》第七十五、一百零五条以及第一百二十二条将公司转让与重大资产、主要财产转让相互区别,其公司转让类似国外所称公司营业整体转让;《企业破产法》第六十九条是第一个明确规定转让营业的法律;《反垄断法》第四十八条是作为一种排除措施使用“限期营业转让”;《中华人民共和国营业税暂行条例》第一条界定了“营业”的内涵,《营业性演出管理条例》第二条也对“营业”作出了补充规定;《企业国有产权转让管理暂行办法》对国有企业产权转让标的进行了界定。

这些规定存在的主要问题有三。其一是企业国有产权转让规则有这浓厚的所有制划分标准,在当下“大众创业,万众创新”和“使市场在资源配置中发挥决定性作用”的战略考量下,显得过于狭隘,实践中亟需更具一般意义、共同意义、视野广泛的法律规定;其二是现行法将营业转让视为一般合同法规则,对大量合同之外问题的解决没有或很少关注,导致漠视了营业转让规则因解决特殊问题而具有的特殊性^[13],比如债权债务安排不可能依赖仅约束当事人的营业转让合同解决;转让人的竞业禁止义务也很难仅作为合同义务;其三是对于营业财产本质的把握过于局限于一般财产权利的买卖,而营业财产转让的灵魂是要继续经营,这种在一般财产权利买卖中无需特别考虑法的特殊义务和竞业禁止义务在营业转让制度中尤为重要。总而言之,现行营业转让制度的法律性质与其说是私法性的,不如说是公法性的。

由现状观之,我国在没有以法律形式建构起营业转让制度的情况之下采用了“营业转让”的概念^[14],这样的做法没有回答营业转让制度是什么和营业转让制度如何运转,却留下了一些显著的缺陷,同时直观说明了实践对于营业转让的制度需求之迫切。

2. 营业转让制度的国外立法经验。国外关于营业转让的经验丰富,在对于债权人保护的做法上,德国商法典第二十五条(1)规定:以原商号、附加或者不附加表示继任关系的字样继续生前所取得的营业的人,对原所有人在营业中设定的一切债

务负责。原所有人或其继承人已同意继续使用商号的,对于债务而言,在营业中设定的债权视为已移转于取得人。日本商法典第17条、日本公司法第22条、韩国商法典第42条等都有类似的规定。

在对债务人保护上,日本商法典第17条规定,营业受让人继续使用转让人商号的,就因转让人的营业所产生的债权向受让人清偿,该债务人为善意且无重大过失的,其清偿有效。日本公司法第22条第4款也持此立场。另外,关于转让人移转营业的义务、转让人的竞业禁止义务、营业上原有劳动关系的处理等问题,大陆法系国家大都在商法典或者公司法中进行了规定。

3. 营业转让制度应纳入民法典的比较法律经济分析。制度效率最大化的实现也即使得制度总剩余最大化的配置方案。换句话说,制度应该由能够以最低价格进行制度供给的一方进行创设,也应该能满足最广泛的制度需求。这个所谓的“价格”在经济学中一般指情况不变时获取某种商品的难度,在比较法经济学层面意味着制度适用的难度。

营业转让制度包含了债权人保护、债务人保护、竞业禁止、劳动关系承继等具体项目,如果如德国、日本和韩国一样规制在商法典中,其路径对应的是我国商法学者所称的“商事通则”路径。在此路径中的主要制度成本有三:其一是需要制定商事通则;其二是需要另行立法衔接“商事通则”与民法典;其三是要解决商事通则的制度弹性问题,即其固态化的一般条款是否能够对日新月异的商事活动产生足够的适应性。

如果将营业转让制度规定在民法典中,置于《中华人民共和国民法典民法分则·合同编》的附则部分,则可以大幅降低制度成本。其一是无需重打锣鼓另开张制定商事通则;其二是将营业转让纳入到民法典中产生制度替代效率、省却了重复立法以实现衔接民商法律之效;其三是在作为私法基本法的民法典中规定营业转让制度其经济学性质在于提供了一种可以无差别重复使用的公共物品,使得后续法律规定可以在此基础上展开规定以使得法律制度富有弹性(替代性),而同时也维持了民法典中的营业转让基本条款缺乏弹性(具有稳定性)。

从营业转让条款加入民法典的进路反思商事一般条款民法典化的一般路径,笔者认为存在四个标准:第一是紧迫性,即由于缺乏一般规范而对当前社会福利最大化的实现造成恶劣影响的情况下方可考虑加入民法典;第二是必要性,即以商事单行法或者司法裁判无法实现制度最优而必须采取

商事一般条款的情况下方可考虑加入民法典;第三是完整性,即从立法技术的角度,不会影响原有民法典的立法逻辑与体系完整性、科学性的情况下方可考虑加入;第四是衔接性,即由于商事一般条款加入民法典的总量势必有限,在不阻碍后续《商事通则》制定的情况下方可考虑加入。

综上所述,从比较法律经济学的视角对商事一般条款的立法完善的四种路径带来的法律渊源竞争可以发现,不应支持商事一般条款独立于民法典编纂,而应将商事一般条款置于民法典编纂过程中,使之成为民法典的一部分,一方面可以尽可能降低交易成本,另一方面可以尽可能地提高法律市场的消费者剩余。相较于商事单行法路径与商事通则路径具有更高的效率。而立法完善与司法完善并重则应当同时认为是有效率的路径选择,应当与商法总则进入民法典同时适用。

[参考文献]

- [1] 王保树.商事通则:超越民商合一与民商分立[J].法学研究,2005(1).
- [2] 刘斌,雷兴虎.现代公司法总则的功能变迁与体系发展[J].法学评论,2014(3).
- [3] Oda, Hiroshi. Japanese Law [J]. Oxford University Press, 2009(3).
- [4] Petri Mäntysaari, Organising the Firm Theories of Commercial Law[J].Corporate Governance and Corporate Law, 2012.
- [5] Chen T One hundred years of Taiwanese civil law [J]. Hokkaido law review, 2010(3).
- [6] Péter Cserne, The Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe [J].National Legal Systems and Globalization, 2013(4).
- [7] 赵旭东.《商法通则》立法的法理基础与现实根据[J].吉林大学社会科学学报,2008(2).
- [8] 余能斌,余立力.制定“民商法律总纲”完善民商法律体系[J].武汉大学学报,2002(6).
- [9] 范健.德国商法的历史命运[J].南京大学法律评论,2002(2).
- [10] 周林彬,黄健梅.法律在中国经济增长中的作用:基于改革的实践[J].学习与探索,2010(3).
- [11] 乌戈·马太.比较法律经济学[M].北京:北京大学出版社,2005:145.
- [12] 郭富青.论我国商法体系的建构技术[J].法律科学:西北政法学院学报,2008(2).
- [13] 滕晓春.营业转让制度研究[D].中国政法大学,2008.
- [14] 朱慈蕴.营业转让的法律规则需求[J].扬州大学学报:人文社会科学版,2011(2).

[责任编辑:周青]