

[主题研讨：商事立法的必要性与可行性]

《民法总则》制定后完善我国商事立法的 必要性与可行性

周林彬^{*}

[摘要] 市场法律制度的完善，在编纂民法典之外，更多交由与市场交易关系最密切的商事立法具体完成。《民法总则》对商法规范的加入存在“加入不足”和“过度加入”的问题，为完善商事立法留下了较大空间。解决这种《民法总则》加入商法规范存在问题的一个思路，是将《民法总则》的“立法剩余”交由《民法总则》制定后的商事立法完成。制定商事基本法，是《民法总则》制定后我国商事立法完善的主要思路。而商事立法完善和商事基本法立法的核心问题之一，在于商法一般条款如何进行立法完善。就《民法总则》制定后我国商法一般条款立法完善而言，应尊重民商分工逻辑，在商事基本法中完成商法特有原则、商事主体、商事行为、商事权利、商事严格责任等商法一般条款的“剩余加入”。此种“剩余加入”可以不全部采取国家立法形式，而是通过示范性的商事通则和商事自治规范等立法形式加以完善。

[关键词] 民法典 商事立法 商事基本法 一般条款

《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）的制定迈出了民法典编纂进程的第一步。《民法总则》加入商法规范的成功与不足、以及《民法总则》制定后商事立法的完善，值得深入探讨。笔者认为，《民法总则》制定后，完善商事立法是进一步完善我国市场经济立法体系的一个主要思路，而商事立法完善的关键，在于是否有必要制定商事基本法，其核心是商法一般条款如何进行立法完善。故笔者对《民法总则》制定后完善我国商事立法的必要性和可行性思路进行探讨，以期把握我国商事立法完善问

^{*} [作者简介] 周林彬，中山大学法学院教授、博士研究生导师；中国商法学研究会副会长，广东省民商法学研究会会长。

[基金项目] 本文系作者主持2017年度国家社会科学基金重点课题“《民法总则》制定后我国商法一般条款的立法完善研究”的中期研究成果之一。

题的核心。

一、《民法总则》制定后我国市场经济立法体系完善的一个主要思路：完善商事立法

《民法总则》制定后，通过完善商事立法来进一步完善市场经济立法体系，符合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》（以下简称《决定》）的要求。

这是因为，《决定》将编纂民法典作为我国市场经济法律体系完善的第一要务。第十二届全国人大第五次会议高票通过了《民法总则》，由于我国实行相对意义的民商合一立法体例，民法仅提供市场交易的基础性条件、前置性规范，市场经济法律体系完善的立法任务，更多交由与市场交易关系最密切的商事立法具体完成。研读《决定》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“市场经济就是法治经济”；而民法典编纂的一系列重要“后语”，则包括制定有关市场主体、市场交易、宏观调控、市场管理、资源保护等经济法律。显然，《决定》提出市场法律制度建设的顶层设计方案，不单指民法典编纂，还包括商法制度与经济法制度的立法完善。《民法总则》的出台，确立了民商相对合一的立法模式，但《民法总则》对商法规范的加入存在“加入不足”和“过度加入”的问题，由此也为完善商事立法留下了较大空间。

相比民法通则，《民法总则》用提取公因式方法完善了民事单行法共同适用的民法基本规则，第11条关于“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定”的条文，为“特别规定”的商事立法留下了较多立法空间，而且为了增强民法的“经济性”以确立民法作为市场经济基本法的地位，《民法总则》在加入商法规范方面做了新规定。比如，《民法总则》关于营利法人和非营利法人的分类，不仅突破了大陆法系国家财团法人和社团法人的传统分类模式，又在《民法通则》关于“企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人”分类框架基础上有所提炼。特别是第76条第1款对“营利法人”做了界定后，^①在第76条第2款又运用兜底性一般条款技术规定了“营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等”，此款规定为网络平台之类商业创新形态预留了空间，具有鲜明的商法规范价值。

就加入商法规范立法技术而言，《民法总则》主要采用“显名加入”（贴上商法标签的条款）和“不显名（隐名）加入”（不贴商法标签的条款）两种模式。换言之，若将“显名加入”界定为“直接加入”，“不显名（隐名）加入”界定为“间接加入”，那么，《民法总则》采用了“间接加入”为主、“直接加入”为辅的立法技术。因为，坚持民商合一立场的立法工作者（如全国人大常委会法制工作委员会民法室的立法工作者），出于对民法专业知识的偏好（这既是优点也是缺点），在《民法总则》制定中有意无意回

^① 《民法总则》第76条规定，“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人”。

避了“商事”这个概念，其有利之处是节约了立法资源并为商事特别法留下较大立法余地，其弊端是在《民法总则》制定中商法规范“加入不足”或“过度加入”的立法缺陷并存。如一些与民法规范具有共性的商法规范，本应采取“直接加入”《民法总则》的模式而没有加入，^①因此产生“加入不足”，而一些与民法规范缺乏共性甚至互相冲突的商法规范却采取了“直接加入”从而引致“过度加入”。

就“加入不足”而言，一些与《民法总则》规范具有共性的商法总则规范，本应采取“直接加入”《民法总则》而没有加入，因此产生“加入不足”（如商事关系、商法原则、商法法渊、商法适用、商事权利、商事责任规范等商法总则规范的加入不足）。比如，《民法总则》第10条首次以基本法形式明确了习惯的补充法渊地位，但对不同于民俗习惯的交易习惯（包括国际商事惯例）优先适用民法，这一各国通行的商法适用一般立法例没有规定，显属不当。

就“过度加入”而言，一些与民法规范缺乏共性甚至互相冲突的商法分则规范却采取了“直接加入”，并由此产生“过度加入”。

比如，《民法总则》第82条将公司法上的“法人人格否认”制度上升为民法总则性规范，该条规定“滥用法人独立地位和出资人有限责任”的判断标准“不明确、未界定”^②，殆属“法律事实构成要件”模糊、抽象的一般条款无疑，但将“法人人格否认”一般条款写入《民法总则》，会导致新的一般法与旧的特别法适用冲突的概率大增。在公司法司法裁判中，“法人人格否认”的法律适用问题复杂且需在完善相关特别规定与政策的前提下慎用，如此公司法上“高难度”适用的一般条款，被《民法总则》“复制”提升为适用所有营利法人的一般条款，忽视了营利法人的多样性、差异性，显属“加入过度”。

上述《民法总则》对商法规范的加入不当，使“有所为有所不为”的立法初衷带来了“该加入的没加入（例如营业自由、商事人格权），不该加入的却加入了（例如法人人格否认）”这一不科学的“立法剩余”效应。解决这种《民法总则》加入商法规范所存在问题的一个思路，是将《民法总则》的“立法剩余”由《民法总则》制定后的商事立法解决。

^① 在商业活动中意思自治体现为营业自由原则。此种与民法自愿原则存在“互补”“贯彻”关系的营业自由一般条款本可采取“直接加入”的立法技术，如《越南民法典总则》第50条规定个人享有自由经营权（《越南社会主义共和国民法典》，吴远富译，厦门大学出版社2007年版，第11页）。

^② 《民法总则》第82条规定：“营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益。法人的出资人滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的，应当依法承担民事责任。营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人债权人的利益。法人的出资人滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任。”

二、《民法总则》制定后我国商事立法完善的主要思路： 商事基本法（商法通则）的立法

关于《民法总则》制定后我国商事立法完善问题，国内民商法学界与实务界有以下不同主张：①主张《民法总则》制定后，不再制定商事基本法（商法典或商事通则），主要通过民法分则续添部分商法规范，并制定（修改）商事单行法予以完善。②主张《民法总则》制定后，在制定民法分则时续添部分商法规范，其余商事规范再通过制定商事基本法（商事通则）和制定（修改）商事单行法予以完善。③主张《民法总则》制定后，通过制定“商事通则”及在此基础上编纂商法典予以完善。④主张“去法典化”，主要通过制定（修改）商事单行法予以完善。^①可见，上述不同主张的核心争点，不在于《民法总则》制定后是否通过制定（修改）商事单行法完善商事立法，而在于是否通过制定商事基本法（如商事通则或商法典）完善商事立法。

从比较商法的历史维度来看，商法最早可溯至罗马法中的万民法规范，罗马法虽有“商品生产者社会的第一个世界性法律”之称，但诸法规范杂然混合，商事法律难言自立。中世纪时期随着罗马法复兴和国际贸易的发展，具有独立实体法和程序法性质的商法规范体系初具雏形，是由通过商人自治规约发展起来的商事习惯法汇编而成。到了近代，在民族国家主权统一、重商主义国策影响下，欧洲大陆法系国家掀起了法典化运动，商事立法主要通过民法典之外制定商法典予以完善。迨至现代，为适应市场复杂多变的需要，一度涌现商事单行法（如公司法）脱离法典的“去法典化”潮流，之后复现通过再法典化完善商事立法的发展趋势。其中，实行“民商分立”的法、德、日等大多数大陆法系国家，主要通过“商法典+商事单行法”和援用民法典模式完善商事立法；实行“民商合一”的少数大陆法系国家如瑞士、意大利等国，主要通过“融入民法典+商事单行法”模式完善商事立法；英美法系国家则主要通过“判例法+示范商法典或商事单行法”模式完善商事立法。上述国外商事立法中不同的理论与实践，其核心争点亦不在于是否通过商事单行法完善商事立法，而在于是否有必要通过商事基本法（商法典）完善商事立法。

在成文法国家，作为部门法的基本法的立法特别是法典化立法，是部门法立法体系完善的重要标志，所以作为民法基本法之一的《民法总则》出台后，作为民法特别法的商事立法体系完善的一个重要标志，是商事基本法立法。

^① 以上观点主要参考以下文献：王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》，《法商研究》2015年第4期，第3—9页；柳经纬《编纂一部商事品格的民法典》，《比较法研究》2016年第1期，第162—163页；赵旭东《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016年第4期，第40—54页；赵万一《中国究竟需要一部怎样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系》，《现代法学》2015年第6期，第41—58页；夏小雄《民法典编纂背景下商事规范的“法典化”表达》，《法学》2016年第12期，第41—49页；赵磊《民法典编纂中的立法模式悖论——基于商法规范如何安排的视角》，《北方法学》2017年第3期，第38—45页；樊涛《我国民法典的制定与商事规范的构建》，《法学杂志》2016年11期，第115—121页；彭真明《论现代民商合一体制下民法典对商事规范的统摄》，《社会科学》2017年第3期，第92—100页；等等。

笔者赞同中国政法大学“商法通则立法可行性研究课题组”从完善市场经济法律体系的、深化商事登记制度改革、优化营商环境、增加大众创业和万众创新的有效制度供给、推进一带一路经济发展新倡议、构建中国特色的民商法律体系诸方面，论证在民法典编纂背景下制定我国商事基本法的宏观政治、经济、法律三方面的必要性。这里进一步分析立法必要性的一个具体问题，是民法基本制度的立法能否代替商法基本制度立法的问题。

前述关于《民法总则》制定后我国商事立法完善的第一种主张，即《民法总则》制定后，不再制定商事基本法，主要通过民法分则加入部分商法规范，并制定（修改）商事单行法予以完善的主张。换言之，该主张认为有关商法基本制度的规定可以“一分为二”地立法，即一部分商法基本制度（主要表现为民商法共用的基本制度）在《民法总则》与民法分则中予以规定，另一部分商法基本制度（主要表现为商法特有制度）在商事单行法中予以规定，故没有必要进行重复性商法基本制度的立法即制定商法通则。

笔者认为，一方面，现代市场经济发展作用下的“传统民法和现代商法”分立立法和司法趋势的日益明显，使商法较之民法在现代市场交易（如金融交易）方面的制度特性大于制度共性，以致民事基本法不能全面和准确地反映商法特有制度与原则。前述《民法总则》对商法规范的“加入不足”与“过度加入”就是例证。“加入不足”和“过度加入”的一个重要原因，是立法者对何类和何种商法规范可以加入民事基本法的标准不明确，由此出现“该加入的没有加入”和“不该加入的加入”的不当加入，而制定商法通则可以为商法规范加入民事基本法提供了一个标准，即将不能直接加入民法，而且不能在商事单行法加以规定的商法基本制度，如商人制度、商行为制度等纳入商法通则的立法范围，有利于针对《民法总则》对商法规范的立法不足有的放矢地进行剩余立法安排，有利于克服民法分则制定中对商法规范的“加入不足”或“过度加入”的立法缺陷，充分发挥商法通则查漏补缺、协同创新的功能，并据此通过商事基本法的制定，超越民商合一与民商分立的传统市场法律体制，建立具有中国特色的市场法律体制，并据此优化我国的营商环境和提高我国市场制度的国际竞争力。

另一方面，即使一些商法基本制度（如商主体、商行为、商事代理、商事物权、商事侵权）与相关民法基本制度有许多相似之处，但这些商法基本制度是对民法基本制度在具体适用方面的补充与完善，如同民法分则是对《民法总则》基本制度具体化一样的道理，为什么不能通过商法通则对《民法总则》与民法分则有关商法的一般规定加以具体规定（民事基本法不应理解为商法基本法的制度替代，更不能将基本法误解为法律部门的“垄断立法形式”）？而且，面对《民法总则》和商事单行法，因民商合一立法体例约束，而对一些商法基本制度“立法不能”产生的市场基本制度“无法可依”和“有法不能依”，特别是面对绝大多数市场经济国家因民商分立而有较健全的商法基本制度的“商事营商环境法治化与国际化”趋势，笔者认为，作为民事基本法的《民法总则》和民法分则的立法不能替代、更不能妨碍作为商法通则的立法。

因此,《民法总则》制定后虽然有利于民事立法体系完善,但《民法总则》制定后商事立法碎片化格局没有改变,所以出台发挥商事法律领域“通、统、补”调整作用的商事基本法,^①对于解决数目上剧增、规章上膨胀的现代商事立法“拼盘化”“碎片化”的弊症,消除商事各法的重复与冲突、实现商法的统一与整合以及条文的简约节制与体系的完美构造,很有必要。

三、《民法总则》制定后我国商法通则立法的具体思路与对策： 商法一般条款的立法安排

应该强调,近现代市场经济法治进程中,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,无论是民商合一国家还是民商分立国家,是否通过商事基本法完善商事立法,是各国市场经济立法完善进程中面临的共性问题。由于部门法中一般条款的现代化、科学化立法,是部门法内容体系臻善、编纂技术昌明、法条设计简约的标志,所以作为民法一般条款重要立法安排的《民法总则》出台后,我国商事立法完善的核心问题之一,是商法一般条款如何进行立法完善。

笔者也赞同中国政法大学“商法通则立法可行性研究课题组”从商事单行法的立法数量、商法理论研究的积累、民法典编纂三个宏观方面论证商法通则的立法可行性。但笔者注意到,《民法总则》制定后,民法学界与实务界反对制定商法通则的一个“现实理由”是,《民法总则》正式确立了我国民商合一的立法体例,而民商合一主要表现为民法基本制度与商法基本制度的合二为一,不同于民法基本制度的商法特有制度的立法,可以通过《民法总则》与民法分则及商事单行法立法中的一般条款立法解决,作为商法通则立法不具有立法可行性。因此,商法一般条款是否存在及是否可以采取商法通则的单独立法形式,是商法通则立法面临的一个重要的立法可行性问题。

所谓一般条款,比较流行的定义是指“在成文法中具有基础性地位的、能够概括法律关系共通属性的、具有普遍指导意义的条款,具有规范性、抽象性、开放性、包容性、价值性、普适性和补充性等特点”^②。本文的商法一般条款,是指商事法律领域提供商法价值指引、构成要件,或者法律后果不太明确、留待商事裁判法官进行具体化解释、适用的抽象条款。

一般条款立法价值大于司法价值,强调“一般条款的真正意义在于立法技术领域”。而在我国,关于一般条款的研究多在《民法总则》、侵权法、反不正当竞争法,乃至刑

^① 王保树教授认为,商事通则是指调整商事关系的一般性规则;在功能上,通则对于单行法律具有“通”“统”“补”的作用,即商事通则中的一般性规则应当是调整商事关系的共同性、统率性的规则,并弥补其他单行商事法律规则的缺漏。参见王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期,第32—41页。商事通则中一般条款无疑属于一般性规则的重要组成部分,更富有“通”“统”“补”的功能。

^② 张新宝:《侵权责任法的一般条款》,《法学研究》2001年第4期,第42—54页;王利明:《法律解释导论》,法律出版社2009年版,第430页;周叶中:《论基本法一般条款的功能和适用》,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》,2014年第1期,第84—91页。

法、行政法领域展开，商法一般条款的立法问题因其似属编纂技术性“小”问题而被“民商合一抑或分立”立法体例之争的“大”问题所遮蔽，进而为学界与实务界所冷落甚至疏忽了。

商法法源的多元化，商法一般条款的存在形式多样化，既可以是基本法形式（在民商分立的国家主要表现为商法典总则性一般条款，在民商合一的国家则寄居于民法典中），也可以是单行法形式（如公司法中的一般条款）；既可以是国家法形式（如证券法中的一般条款），也可以是民间法形式（如证券交易所交易规则一般条款）。

就《民法总则》制定后我国商法一般条款立法完善而言，应尊重民商分工逻辑，特别是应在传统继承中有所创新。具体到商法一般条款“剩余加入”商法通则的立法对策，建议如下：

（1）《民法总则》除了对民商共享的最基本的私法原则（如私法自治、主体平等、诚信原则、禁止权利滥用、公序良俗原则、绿色原则）及狭义民法上的公平原则做规定外，商法特有原则（主体法定、营业自由、交易便捷、交易安全原则、企业社会责任原则等）留给商事基本法解决。

（2）运用一般条款的立法技术对商事主体、商事行为做出科学规定，为民、商事主体，民、商事行为的划分及适用规则提供一法律判断标准。1998年德国新版《商法典》第1条第2款即运用了一般条款立法技术予以规定，^①“商事营业指的是任何营业，但是企业依其性质或者规模不需要以商人方式进行经营的除外”，由此对于商人身份的判断，不再是直接对照是否从事了法定的基本商事营业，而是依据新版德国《商法典》第1条第2款在司法实践中和商法理论上加以具体化。又如，西班牙《商法典》第3条规定，“一经利用函件、报刊、海报、广告栏或使用其他形式向公众发布具有商业目的的公告，即被依法推定为该个人或组织在从事商业活动”^②。该条以“使用其他形式”的兜底式一般条款的规定颇具远识地为当今现代商业行为（网络交易、微商）统摄到商法调整范围埋下了伏笔。我们在进行商事通则立法时不妨引以为鉴。

（3）在商事权利制度方面，除了商人报酬请求权、商事承租人续租权（乃至转租权）、商事买卖中卖方拍卖权（自助出售权）、商事流质权、商事留置权等结合我国商人诉求，设计具体规则、补齐制度“短板”、提供请求权基础外，虑及商事人格权的“可转让、继承”的财产属性非传统民事人格权所能涵盖，还应设计“商事权利保护的一般条款”，为一般商事权利（抽象商事人格权及具体商事人格权，诸如商誉权、商号权）救济、授权法官根据商事权利经济赔偿标准进行自由裁量扫清立法障碍。

（4）与保障商人依法营利的赋权相匹配，对商人还要进行适度约束和限权，苛以更高注意义务、严格责任，除了商事单行法设计了具体的注意义务及责任外，在通则中以

^① 新修《商法典》的第1条第2款在卡斯滕·施密特那里称为“一般条款”，参见卡斯滕·施密特、王秀明、涂长风《德国商法改革法》，《法制与社会发展》1999年第6期，第21—29页。

^② 参见《西班牙商法典》，潘灯、高远译，中国政法大学出版社2009年版，第3页。

一般条款形式对“商事严格责任”做出规定，“除非另有约定和法律特别规定，在商事交易中，商事主体应承担较民事主体更严格的义务和责任，对方当事人是否有错，均所不问”。唯其如此，一般条款规范模式要求不仅在责任构成部分规定统一的构成要件，^①还应对责任承担方式做体系化和系统化规定。

结 语

《民法总则》制定后商法一般条款的立法完善研究抓住了我国商事立法完善问题的“核心”，较以往偏重商人、商行为、营业等概念入手构建商法理论与实践体系，富有打通商事立法与司法“任督二脉”、另辟蹊径的深远意义。在笔者看来，商法一般条款可以不全部采取国家立法形式而是分类加入，有的采用国家立法，有的采取民间法形式，如针对商事通则国家立法启动难的立法困难，通过启动示范性的商事通则（如由中国商法学研究会与全国商会组织牵头）推出加以完善和商事自治规范的民间立法加以完善。

^① 参见《西班牙商法典》，潘灯、高远译，中国政法大学出版社2009年版，第3页。

The Necessity and Feasibility of Perfecting Commercial Legislation after Enactment of *the General Principles of Civil Law*

Zhou Linbin

[Abstract] The perfection of the market legal system, in addition to compiling the Civil Code, is more concretely accomplished by the commercial legislation closely related to the market transactions. *The General Principles of Civil Law* has the problem of “under-joining” and “over-joining” to the incorporation of the commercial law norms, leaving ample room for perfecting commercial legislation. An idea to solve this problem is to complete the “Legislative Residuals” in commercial legislation after the enactment of *the General Principles of Civil Law*. The formulation of the General Principles of Commercial Law is the main way of perfecting commercial legislation after the enactment of *the General Principles of Civil Law*. One of the core issues in the perfecting of commercial legislation and in the formulation of the General Principles of Commercial Law lies in how to perfect the general provisions of commercial law. For perfecting the general provisions of commercial law, we should respect the division of labor between commercial law and civil law and stipulate the unique principles of commercial law, commercial subject, commercial act, commercial rights and strict liability in the General Principles of Commercial Law. Such works may not be fully adopted in the form of national legislation but will be perfected through such forms of civil legislation as exemplary commercial rules and commercial self-government norms.

[Key Words] Civil Code, commercial legislation, general principles of commercial law, general clauses

责任编辑：董淳锸