

# 《商法通则》/《商法典》的可能空间?

## ——再论商法与民法规范内容的差异性

蒋大兴\*<sup>1</sup>

摘要:在我国民法典编纂正处如火如荼的当代,主张制定《商法通则》/《商法典》无疑成为一种干扰正常立法工作的杂音。尤其是当日本、德国等国家都在消解商法总则或商法典的内容——商法在传统大陆法系国家仿佛已成“走向没落的法律贵族”。然而,通过观察法国、韩国、我国澳门等国家和地区商法典的总则部分,可以发现虽然现代民法呈现出“商化扩张”的一面,但仍有部分属传统商总的内容游离在民法之外。这些未被民法吸纳的内容,形成《商法通则》的可能空间。有学者认为,以《民法总则》统摄商事特别法是最佳模式,制定《商法通则》会导致民法基本制度的分裂、导致法律规则的叠加、重复,增加法律适用难度;且民事商事难以区分,商事特别法缺乏共性规则等,这些理由均不足以否定《商法通则》的存在意义。中国之所以需要独立的《商法通则》/《商法典》是因为实践的需求——无论是商事交易实践,还是商事规制、商事裁判实践都充分证明:民商混合的思维带来了极大不便,影响了商事关系的优化调整,甚至影响了法院的妥当裁判,损害了商人的交易预期。己所不欲,勿施于人。法典化之可能在于单行法已具备相当规模,《民法总则》/《民法典》的制定逻辑如此,《商法通则》/《商法典》的制定逻辑同样也当如此——正是因为中国有了丰富、零散的民法/民事规范,才需要统一的《民法总则》/《民法典》去统摄;可是,中国现已储备了相当丰富的商法规范,为什么我们不能编纂《商法通则》甚至《商法典》?

关键词:民法 商法 民法总则 商法通则

己所不欲,勿施于人。

——《论语》

商法学界的主流观点一直主张制定《商法通则》/《商事通则》<sup>(1)</sup>(以下若无特别说明,统称《商法

\* 北京大学法学院教授,法学博士。本文是国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制”(项目号:14ZDC019)的阶段性研究成果。

(1) 从可查文献来看,最早提出制定《商事通则》的似乎是江平教授。参见江平《关于制定民法典的几点意见》,载《法律科学》1998年第3期。其他类似文献,还可参见雷兴虎《商事通则:中国商事立法的基本形式》,载《湖南社会科学》2004年第6期;王保树《商事通则:超越民商合一与民商分立》,载《法学研究》2005年第1期;杨继《商法通则统一立法的必要性和可行性》,载《法学》2006年第4期;宁金成《〈商事通则〉的立法体系与基本原则》,载《国家检察官学院学报》2008年第1期;赵旭东《制定“商法通则”的五大理由》,载《中国商法年刊(2007)》;赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第2期,等等。

通则》<sup>(2)</sup>), 为此, 还形成了若干《商法通则》的建议稿。<sup>(3)</sup> 但也有人对此提出明确反对意见, 认为制定《商法通则》的条件并不成熟;<sup>(4)</sup> 民法学界一些学者还认为, 商法没有什么太多特殊的制度需用一部专门法律去囊括。例如, 王利明教授认为“民法典总则可以有效地指导商事特别法。民商合一体例的核心在于强调以民法总则统一适用于所有民商事关系, 统辖商事特别法, ……这就需要极大地充实和完善民法典总则的内容。这也意味着, 我们不宜制定商法总则以统辖各商事法律, 而主要应当通过完善的民法典总则来调整传统商法的内容。……通过民法典统一调整民商事活动可以节约立法成本, 无须另行制定独立的商法总则。”<sup>(5)</sup>

因此, 商法学界若要证明《商法通则》是有意义的, 就需要说明《民法总则》以及《民法典》不能涵括的商法内容有哪些? 也即, 若《商法通则》是可行的, 其制度空间到底有多大? 传统商法总则的内容, 哪些遗落在《民法总则》及《民法典》之外需以《商法通则》/《商法典》去补充规范? 本文拟从文本比较及裁判/社会需求角度, 解释《商法通则》的可能空间及必要性, 为将来中国制订《商法通则》甚至《商法典》提供理论依据。<sup>(6)</sup>

## 一、传统商法总则的空间体系

学者认为, 在形式意义民商分立的大陆法系国家(地区), 《商法通则》的内容一般规定于《商法典》之中, 主要涉及商事主体(商人)身份、商事登记、商号、商事簿记、商事代理及经理权、商事辅助人(如代理商、经销商、行纪商等)、商行为的一般规定和特别商行为等。<sup>(7)</sup> 事实上, 即便在有形式意义《商法典》的国家(地区), 是否具有商法总则以及传统商法总则的规范体系之宽窄并不完全一致, 以下选择法国、韩国以及我国澳门等若干国家和地区的立法进行分析。

### (一) 法国

法国《商法典》第一卷为“商事总则”, 共分四编, 包括: 商事行为、商人的一般规定, 以及居间商、行纪商、承运人、商业代理人及独立的上门销售人、营业资产等内容。在法国, “商事行为”(acte de commerce) 也称“商行为”, 与“民事行为”(acte civil) 相对应, 是法律行为在商法中的体现。在法国商

(2) 赵旭东教授专门解释了《商法通则》的称呼为何更优。因为, “商事”一词较之于“商法”, 除学界较为熟悉外, 普通大众较为陌生。而以《商法通则》命名, 与《民法通则》相对应, 给人一种同属法律范畴的直观感受, 更符合法律概念的逻辑和大众的理解与接受, 本人也认同这样的解释。

(3) 例如, 2003年3月, 王填等33名人大代表提出: 2005年流通业将履行人世承诺, 全面对外开放, 但目前国内流通业存在商业网点重复建设、布局散乱、行业发展无序等问题, 建议制定商法通则, 规范流通秩序。参见《关于制定商法通则的议案》, 载中国人大新闻网, <http://www.chinaelections.org/NewsInfo.asp?NewsID=29053>, 访问时间: 2018年5月27日。其后, 早在2008年, 王保树教授就组织起草了《中华人民共和国商事通则》(建议稿), 其后, 又有若干类似学者建议稿出台。例如, 苗延波草拟了《中华人民共和国商法通则草案建议稿》(参见苗延波《论中国“商法通则”的体系结构——附: 中华人民共和国商法通则草案建议稿》, 载《当代法学论坛》2008年第3辑); 樊涛草拟了《中华人民共和国商法通则》(建议稿) [参见樊涛《商法通则: 中国商事立法的应然选择》, 载《河南大学学报》(哲学社会科学版) 2008年第3期], 等等。

(4) 例如, 有人指出, 单独制定商法典缺乏很多条件, 例如, 缺乏关键性条件——政治支持; 缺乏重要条件——商法基础理论薄弱, 自身问题众多; 以及缺乏根源性条件——没有商事法律发展的历史。因此, 反对制定单独的商法典。参见张永强《论我国商法典单独制定欠缺的条件》, 载《法制博览》2016年第15期。

(5) 参见王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》, 载《法商研究》2015年第4期。还有人认为, 制定《商法典》既不符合实际状况, 也不符合时代潮流。制定《商事通则》欠缺智识、立法技术与政治意愿。参见董翠香、魏振华《商事行为在民法总则中的契合与展开》, 载《烟台大学学报》(哲学社会科学版) 2017年第1期。

(6) 笔者一直坚持认为, 中国对商事关系最佳的法典化调控模式是制定商法典, 《商法通则》只是其中的过渡状态。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; 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。

(7) 杨继, 同注1引文。

法里,商事行为是指因其“性质”或“形式”以及(或者)因“行为人本身的(身份)资格”而应当适用商法的行为。“商事行为”的概念反映了法国商事立法的中心原则:任何主体(即使非商人)从事的以“获取利润”(营利)为目的的行为,均构成商事行为。<sup>(8)</sup>而商人则被视为“实施商行为并以其为经常职业的人”。在法国法上,农业、手工业、教学活动、保证行为不属于商事行为(但如保证人,不论其是否有商人身份,对清偿受担保的债务有财产利益,则另当别论,即使其并不直接或间接参与债务人的活动)。<sup>(9)</sup>

总则编名称	分章内容	分节内容
第一编 商事行为	列举了10种商事行为	为再卖而买进动产;为再卖而买进不动产;为买进、认购或卖出不动产、营业资产、不动产公司的股票或股份而进行的任何中介活动;各种动产租赁业;各种制造业、行纪业、陆路或水路运输业;各种供货、代理、商业事务所、拍卖机构、公众演出业务;各种汇兑、银行与居间业务、电子货币发行与管理活动以及所有的支付服务活动;公立银行的各种业务;批发商、零售商和银行业者之间的各种债权债务关系;任何人之间的汇票
第二编 商人	第一章 商人定义及地位	第一节 商人资格 第二节 在家庭企业里工作的企业主的配偶或与企业主订立“紧密关系民事协议”的伙伴
	第二章 外国商人	
	第三章 商人的一般义务	第一节 商事及公司注册登记簿 第二节 商人的财会制度
	第四章 零售商合作社	
	第五章 独立商人同名商店	第一节 同名商店的开设 第二节 同名商店的行政管理 第三节 成员的认可与开除 第四节 独立商人同名商店的解散
	第六章 合作担保公司	
	第七章 对创业或回复经济活动的企业计划提供扶持的合同	
	第八章 全国被禁止担任管理职务的人员的信息检索系统	
第三编 居间商、行纪商、承运人、商业代理人与独立的上门销售人	第一章 居间商	第一节 居间商总则 第二节 经宣誓的商品居间商
	第二章 行纪商	第一节 行纪商通则 第二节 运输行纪商
	第三章 承运人	
	第四章 商业代理人	
	第五章 独立的上门销售人	

(8) 参见《法国商法典》(上册)罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第3页。

(9) 同注8引书,第8-10页。

第四编 营业资产	第一章 营业资产的买卖	第一节 买卖文书 第二节 出卖人的优先权 第三节 用工人不到 50 人的企业里 在转让营业资产的情况下, 为薪金雇员设置的提出要约的期限
	第二章 营业资产的设质	
	第三章 营业资产的买卖与质押的共同规定	
	第四章 营业资产的租赁经营	
	第五章 商业租约	第一节 适用范围 第二节 商业租约的期限 第三节 租约的延展 第四节 拒绝延展租约 第五节 转租 第六节 租金 第七节 场所的状态、租赁负担与税收 第八节 租约的解除 第九节 承租人经营活动的非专业化 第十节 诉讼程序
	第六章 委托经营管理人	

从法国《商法典》中“商事总则”部分的设计安排来看,主要旨在描述《商法典》的适用范围。为此,需要明确商行为及商人的含义及范畴。可见,法国《商法典》总则的主要功能是确定其适用范围,故对商主体(商人)、商行为等基本范畴予以界定,但居间商、行纪商、承运人、商业代理人等在法国既做商主体进行规范,又做商行为进行规范。而且,有意思的是,其“商事总则”部分还专门设立一编,规范“营业资产”,根据资产的运动空间不同(在商事交易中运动,还是在普通民事生活中运动),分别适用不同的法律规范,凸显商事营业对资产/物的特别要求。

## (二) 中国澳门

我国澳门《商法典》第一卷为“经营商业企业之一般规则”,基本上相当于该法典的总则部分。该部分共设十编,分别涉及商业企业主、商业企业及商行为;商业名称;商业记账;登记;经营企业之代理;因经营企业而承担之责任;商业企业主之民事责任;商业企业;企业主之间的竞争规则等内容。同样,笔者列表如下:

总则编名称	分章的内容	分节的内容
第一编 商业企业主、商业企业及商行为	第一章 一般规定 第二章 商事能力 第三章 经营商业企业之障碍及抵触 第四章 已婚商业企业主之正当性 第五章 商业企业主之义务	
第二编 商业名称	第一章 一般规定 第二章 特别规定 第三章 商业名称之取消	

总则编名称	分章的内容	分节的内容
第三编 商业记账	第一章 一般规定 第二章 记账方式 第三章 年度账目或营业年度账目	
第四编 登记		
第五编 账目之提交		
第六编 经营企业之代理	第一章 经理 第二章 企业主之辅助人员	
第七编 因经营企业而承担之责任		
第八编 商业企业主之民事责任		
第九编 商业企业	第一章 一般规定	
	第二章 与商业企业有关之法律行为	第一节 一般规定 第二节 商业企业之转让 第三节 商业企业之租赁
	第三章 企业之用益权	
	第四章 企业质权	
第十编 企业主之间之竞争规则	第一章 企业主之间竞争之一般规则	
	第二章 不正当竞争	

我国澳门《商法典》基本是以“企业”为中心构造的法典,其总则部分主要以企业为逻辑展开,如同其商法典本身载明的那样,即“本法典将商业企业确定为基本概念,并以此建立商业活动之整套新规则。除商业企业外,商业企业主此概念亦占有特别重要之地位。就重要性而言,此两概念所扮演之角色与1888年之《商法典》之商行为及商人概念相同。在新法典中虽然仍存有商行为及商人概念,但该等概念已处于次要之层次。新法典在此方面亦跟随了最现代之比较法之趋势,从而使本地区立足于最现代化之商法体系之列”<sup>(10)</sup>。因为以企业为中心,我国澳门《商法典》十分突出企业名称的规定,大约以24个条文规范企业名称的构成及其商业流转,充分凸显了主体标识在商事经营中的重要意义。而且,特别有意思的是,该《商法典》还以两章内容规范企业的竞争行为,这在传统上被视为经济法的领域。可见,法典编纂以“便于适用”的实用主义思维为核心,在以企业为中心的逻辑下,法典包含竞争法的规则是明智的,具有极高的便利性。

### (三) 韩国

韩国《商法典》专设总则部分,规范商法的通则内容。其总则部分共45个条文,分别涉及通则、商人、商业使用人、商号、商业账簿、商业登记及营业转让等7章内容。与其他国家不同,韩国将商行为作为与总则并列的内容单独规定,以大约123条的内容对买卖、抵销、匿名合伙、代理商、居间、行纪、运输代办业、运输业、公共接待业、仓储业等各种商行为进行规制,这些商行为其实从某种意义上

(10) 赵秉志《澳门商法典》,中国人民大学出版社1999年版,第2页。

来说,也可以理解为商主体的内容。但在韩国《商法典》中是作为商行为进行规制的。可见,商法对商人行为之规范是可以采取“主体模式”和“行为模式”两种不同的规范路径的。同样,为便于理解,可以将上述基本内容列表如下:

总则编名称	分章内容
第一编 总则	第一章 通则;第二章 商人;第三章 商业使用人;第四章 商号;第五章 商业账簿;第六章 商业登记;第七章 营业的转让
第二编 商行为	第一章 通则;第二章 买卖;第三章 抵销;第四章 匿名合伙;第五章 代理商;第六章 居间;第七章 行纪;第八章 运输代办业;第九章 运输业(第一节 货物运输;第二节 旅客运输);第十章 公共接待业;第十一章 仓储业

## 二、《民法总则》/《民法典》未解决的商法总则内容

传统商法总则所调整的内容,确实有些在现代民事立法中已经解决,对于民法已收编的内容,是承认现实让其留在民法的怀抱,还是坚持更理性的逻辑,让其回归《商法通则》?鉴于民法学界目前强大的立法影响力,以及商法学界参与民法典制定发声力量之弱小,答案是明显的。因此,从实用主义维度,如果存在独立的《商法通则》,主要也是发挥其“补缺功能”——对于《民法总则》/《民法典》未能充分关注之内容,以《商法通则》进行必要的“体系性填补”。从法典规整的完备性而言,这种体系性填补同样是不可或缺的,是在民法规整之外,追求“法典完美”之必由途径。如同多年前王保树教授提及的那样,制定商法通则应满足“通、统、补”的要求。<sup>(11)</sup>

### (一) 民法已规整的商法总则内容

以前述法国、韩国及我国澳门地区商法总则内容为例,我们发现,确实现代民法已经解决了部分商法总则曾经调整/解决的问题。按照“补缺式”《商法通则》的逻辑,这些民法已经调整/解决的内容,似无必要也很难在《商法通则》中予以安排。例如,居间、行纪、承运在各国(地区)商法典中,有些是以商人方式进行调整的,还有些是以商行为方式进行调整的,在我国《合同法》中也有相应规定——基本类似商行为的调整逻辑。虽然以“合同法方式”调整该类行为未必最为合理,但从制度供给来说,已提供了相应的裁判规范或行为规范,至于在何种法典当中以何种形式予以具体安排,其对商事交易实践的影响可能并不像我们想象的那么大。再如,商事代理的规则在《民法总则》中也有部分安排,虽其未能充分凸显商事活动对代理的需求<sup>(12)</sup>——尤其是未注意独立代理商及组织性代理的特殊性,对与商事代理相关的“商业使用人”等,在现行立法中地位也并不十分清晰,但退求其次,也算已有类似规范可用。只是,对民法规整不足之部分,似仍可在未来的民法规范修正中或者在《商法通则》中以补缺方式完善。

### (二) 民法未及规整的商法总则内容

即使在《民法总则》/《民法典》已出台之情形,仍会遗留一些属于《商法总则》的内容未能及时规

(11) 王保树,同注1引文。

(12) 参见蒋大兴《〈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。

整,这些内容需以《商法通则》予以及时填补,以避免商事关系法律调整漏洞之产生。如同石少侠教授所言“民法不可能涵盖商法的全部内容,亦不可能完全无视商法与民法的共通性。因此,在编纂民法典时,应当将商法规范与民法规范融为一体的,就应当合为一体,如合同法;不宜融为一体的,就应当给商事立法预留空间,用商事立法来为民法拾遗补缺。”<sup>(13)</sup>

但对这些“未被规整”的内容到底包括哪些?如何形成《商法通则》的规范体系?学者之间存在明显的认识差异。例如,王保树教授组织起草的《中华人民共和国商事通则》(建议稿)主张,《商事通则》的体系包括以下十章共92条:第一章总则;第二章商人;第三章商事登记;第四章商号;第五章营业转让;第六章商业账簿;第七章经理权与其他商事代理权;第八章代理商;第九章商行为;第十章附则。在苗延波起草的《中华人民共和国商法通则》(建议稿)中,《商法通则》的体系被设计为以下七章共146条:第一章总则;第二章商主体;第三章商行为;第四章商业登记;第五章商业账簿;第六章商事责任;第七章附则。<sup>(14)</sup>在樊涛起草的《中华人民共和国商法通则》(建议稿)中,《商法通则》的体系包括十一章共103条。<sup>(15)</sup>此外,在理论上,还有一些学者对《商法通则》的体系进行了理论设计。<sup>(16)</sup>这些探讨见仁见智,仍将继续下去。但笔者认为,根据对民法规整的补缺规则,初步考虑,《商法通则》在体系结构上,至少应当包括以下七编内容:

#### 商法通则的建议体系(七编制)

第一编 立法目的及原则(涉及商法通则的立法目的、商事交易效率原则及交易规制原则等)

第二编 商人及商号(涉及商主体的一般条款及商号、商人的权利规范)

第三编 营业行为(涉及商行为的一般条款及营业、营业行为的界定;以及特别营业资产的运用——不动产租赁、企业租赁、营业转让,以及组织性代理、代理商等特别商行为规则)

第四编 商事登记/备案(包括主体性登记、行为性登记及特定商事主体及交易行为的备案制度,涉及登记机关、登记行为类型、登记行为的效力)

第五编 不正当交易规制(涉及不正当竞争、反垄断等商事交易规制)

第六编 纠纷解决(涉及商事调解、商事仲裁及商事法院/法庭的一般规则)

第七编 附则(涉及商法通则的生效及解释等规范)

以下针对上述商法通则体系中的具体内容,诸如商法的特别原则、商主体的一般条款、商行为的

(13) 例如,石少侠教授认为,商法通则应当包括以下八章内容:第一,商事活动的基本原则。针对商事活动的特点,应当突出规定主体类型法定原则、营业自由原则、交易公平原则、交易敏捷原则和交易安全原则。第二,商事主体制度。应当明确规定主体类型法定,应当确认商法人、商合伙、商个人以及商业中间人和商业辅助人的概念,进一步明确各类主体的权利义务。第三,商事代理制度。明确商事代理与民事代理的不同,以及代理商的法律地位与法律责任。同时,将我国外贸代理制度进一步法制化。第四,商行为制度。除引进商行为的一般规则外,还应采用列举式方法,明定应受通则调整的范围。第五,商业登记制度。建议除对特殊主体适用严格准则原则外,对一般商事主体的登记应一律实行准则原则。第六,商号制度。明确规定商号的种类、商号的取得与废除、商号的登记、商号的转让以及对商号权的保护。第七,商业账簿制度。确定商业账簿的设置、种类、记载、效力及保管,以及违反商业账簿制作义务的法律后果。第八,商业秘密制度。明定商业秘密的构成和保护,以及违反商业秘密义务的法律后果等。参见石少侠《编纂民法典应当正确处理民法关系》,载《中国检察官》2017年第1期。再如,范健教授认为:我国的《商法通则》虽然不必追求商法典完整的体例结构,但是在法律的制定过程中也应当遵循一定程度的体系性:以商主体和商行为为两大阵营,再抽象商主体和商行为的共同规则作为《商法通则》的总则,辅之以商事责任和商事诉讼的基本规定,形成总则—商主体—商行为—商事责任—商事诉讼五编。

(14) 苗延波,同注3引文。

(15) 参见樊涛《商法通则:中国商事立法的应然选择》,载《河南大学学报》(哲学社会科学版)2008年第3期。

(16) 石少侠,同注13引文。

一般条款、特别商行为的有关内容等无法为《民法总则》所包容的规范略作解释。

### 1. 商法的特别原则

商法学界对商法原则的研究很不统一。笔者认为,《商法通则》所需规范的“商法的特别原则”(也即商法的原则)是相对于普通私法原则而言的,指规范商主体及商行为的、不同于一般私法要求的特别原则条款/弹性规范,是规范商事关系主导方向、核心内容的基本规则。虽然,商法基本原则在范围上仍属于民法基本原则的范畴,<sup>(17)</sup>但商法的特别原则更具体地体现为交易效率(自由)与交易规制(安全)原则,这些原则可能体现在主体法领域,也可能体现在行为法领域,但在商主体及商行为的不同区域,商法特别原则的表现重心可能存在差异。

首先,在主体法领域,交易效率与交易安全原则虽然都有具体体现,但二者可能在不同区域的表现侧重不同,商主体法领域的规制色彩明显重于效率色彩。虽然促进营业自由/企业设立自由的规范体现了交易效率原则,但商主体/企业形态法定、企业维持则体现了交易规制原则的要求,二者分别规范商主体的不同领域,体现商主体在不同区域的设立/存续自由度的差异,但很明显交易规制不仅存在于商主体设立过程中,还存在于商主体存续、解散过程中。这是因为,营利事业是一项关涉众多利益主体的事业,法律在支持市场自由的同时,会考虑营利主体的负面影响,规制因此成为主体法的重要内容,这与法律对待非营利主体通常有更为宽容的态度不同。虽然《民法总则》也规范法人制度,但其主要是从法人设立、组织管理等一般维度进行规范/设计一般条款,此种设计不仅要关照营利法人的需求,还要关照非营利法人的需求,并不能专门/特别考虑营利法人的特别需要及规制差异,由此,这些商法原则的内容,在普通民事立法中很难成为规范之重点。

其次,在商行为法领域,交易效率与交易安全原则也有体现,但该领域中促进交易效率的色彩要重于规制的色彩。例如,在商行为法领域通常要贯彻交易自由原则,但却无交易行为法定原则,交易行为的规制主要体现为交易公平、信息公开的要求,但此二者其实也旨在实现交易效率——规制也是为了实现效率,这是商行为法领域的特殊性。商行为法领域的这些原则虽也可能溯源到民法原则,例如,交易自由与合同自由/鼓励交易。但《合同法》上的合同自由、鼓励交易本身是民法规范的商化表现,传统民事行为仍然有众多不自由之安排,最典型的就是民法上对家庭行为、无对价赠与行为、物权行为的强迫干预,使其少有自由空间。而且,民法上的合同自由等效率原则的设计重心、设计目的可能与商法存在差异。例如,民法可能从主体地位平等此种一般维度出发考虑交易自由问题,但商法则更直接地从商人的营利需求角度考虑该等特别原则的规范。商法的交易效率/交易规制原则主要服务于商人的营利行为,旨在促进商人的营业自由、营业维持;同时,避免商事交易对竞争对手的不公平影响。这种原则的规范内容、规范重心相较于民法上的相关原则而言,其规范对象、规范目的更为直接、具体。

### 2. 商人/商主体的一般条款

商主体的一般条款是对商人的界定。<sup>(18)</sup>我国《民法总则》虽然采用了“营利—非营利”的法人区

(17) 参见孟强《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。

(18) 虽然对《商法通则》的主体条款设计应当是以商人中心还是以企业为中心存在争议,但在《商法通则》中应当设计商主体的一般条款,在商法学界争议不大。是有关争议可参见蒋大兴《商人抑或企业?——制定〈商法通则〉的前提性疑问》,载《清华法学》2008年第3期;王建文《从商人到企业:商人制度变革的依据与取向》,载《法律科学》2009年第5期。

分标准,从而第一次以基本法的形式明确了商法的核心范畴——营利,但不能完全取代商法对商人/商主体/企业的一般条款的需求,尤其是对从事营业行为的商自然人的规范以及对公共商行为的规范明显不足。

首先,我国《民法总则》对个体工商户的规范极为简略,导致实践中对个体工商户法律地位的确立产生争议——该类主体到底是企业还是自然人,是商主体还是普通民事主体?需要重新以条例方式予以补充安排。例如,《民法总则》在其民事主体“自然人部分”对个体工商户进行规范,该法第54条规定“自然人从事工商业经营,经依法登记,为个体工商户。个体工商户可以起字号”。个体工商户并未被安置在非法人组织部分,可见,立法者并不将其视为非法人组织(包括独资企业)。《个体工商户条例》(修订草案)第2条规定“有经营能力的自然人,依照本条例规定经工商行政管理部门登记,从事工商业经营的,为个体工商户。”在实践中,又如何判断某自然人是否有经营能力?个体工商户本质上就是个体商人或自然人商人——是指以个人或者家庭名义、持续从事营业行为的自然人。可是,由于我们缺乏关于商主体/商人的一般条款,使得立法对商人的规范呈现出“半条腿”的不完备现象。我们需要在每一部涉及商人的法律规范中,去单独界定该类商人的概念。例如,在《个体工商户条例》中需要界定个体商人的概念,在各种不同类型的企业法中,需要界定该类特殊企业的概念,而这些界定的标准又不统一,未充分凸显商人最主要的本质——持续营业的特点,而在其他有商法典的国家,这样的问题可以相对轻松地予以解决。例如,韩国《商法典》第4条规定,商人,是指以自己的名义从事商行为的人。由此,建立了“商人”的一般标准,为商人适用商法设定了一般规则,无论该商人是自然人商人,还是组织体商人。这样的问题,显然是我国《民法总则》所无法也未予解决的。

其次,我国《民法总则》未能考虑对公法主体的商行为单独规范的问题。例如,公法人从事商行为时,是否属于商主体,如何适用法律?是优先适用公法,还是商法或者民法?《民法总则》根本未予考虑。而一些国家则建立了“特别法优先规则”。例如,《韩国商法》第2条规定“关于公法人的商行为,只有在法令中另无规定时,可适用本法。”可见,对公法人的商行为原则上可能不适用商法典的规定,对此,民法不可能予以规定。事实上,在我国《民法总则》制定的过程中,公法人也完全被排除在法人的一级分类之中,而是以“特别法人”的形式予以简单规范。例如,《民法总则》第97条规定“有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有机关法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动。”第98条规定“机关法人被撤销的,法人终止,其民事权利和义务由继任的机关法人享有和承担;没有继任的机关法人的,由作出撤销决定的机关法人享有和承担。”从上述简略安排来看,《民法总则》并未对公法人的商行为予以特别调整,没有关注到公法人商行为在法律适用上优先适用其他法令的特殊之处。我国现行《民法总则》等规范显然并不能解决这些问题。

在实践中,广泛存在的招商引资合同性质的争论就与此相关,该类合同在属性上到底属于行政合同、民事合同抑或公共商事合同?实务中并无一致认识,最高人民法院在一些判决中将招商合同视为民事合同,认为其内容系当事人真实意思表示,未违反法律和行政法规的禁止性规定,应为有效。<sup>(19)</sup>但在另一些判决中,最高人民法院又将招商合同理解为行政合同,认为将其视为民事协议不妥。因为,该类合同不属于平等民事主体之间具有民事权利义务内容的法律纠纷,不属于人民法院民

(19) 例如,在自贡大象电子科技有限公司与自贡市大安区人民政府合同纠纷再审案((2014)民申字第799号)以及日照国晖电子科技有限公司诉山东日照高新技术开发区管理委员会招商合同纠纷再审案((2011)民提字第45号)中,最高人民法院均将其视为民事合同。

商事案件受案范围。<sup>(20)</sup> 而此种类似问题在《韩国商法》等国家商法典中有明确规定,即公法人的商行为,原则上不适用普通商法,采取特别法令优先原则处理。因此,由于欠缺一般商主体条款,偶尔从事商行为的公法人是否属于商主体进而令其受商法的管辖就存在空白,这需要商法另行作出规范。现行立法对公共商事行为规制欠缺调整的思维导致商事合同经常被行政化,以行政手段去决定其是否或如何履行,契约严守的原则受到很大影响。而且,因司法立场不统一,也产生了大量错判、误判,引发了集中“矫正司法”的怪象。例如,最高人民法院在《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》(法发〔2016〕28号)中特别指出“依法妥善处理与政府行为有关的产权申诉案件。甄别和再审产权案件时,对于在招商引资、政府与社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各类合同,因政府换届、领导人员更替而违约毁约侵犯投资主体合法权益的,或者因法定事由改变政府承诺和合同约定,对投资主体受到的财产损失没有依法补偿的,人民法院应当依法再审和改判。”<sup>(21)</sup>可见,公共商事合同行政化的直接后果,是导致政府不尊重其参与订立的契约之履行,公共商事合同中的商事基因被抽离——当事人地位平等、等价有偿、契约严守等原则都被打破,公共商事合同完全只凸显其公共性的一面,甚至直接异化为行政合同。凡此种种,都与立法对公法主体的公共商行为规范不足有关。

### 3. 商行为的一般条款: 营业/营利行为

商行为的一般条款也是《商法通则》通常规范之内容,虽商行为属民事行为之范畴(严格来说应是私法行为之范畴),但民事行为未必能全部涵括商行为之特殊内容。尤其是,对创新性商行为,需要设置一般条款将其囊括在商法的调整之内,然而,我国《民法总则》等民法规范并不能满足此种需求。<sup>(22)</sup> 商行为的一般条款在中国语境下,可以转化为有关“营业”或者“营利”行为的一般条款。

首先,虽然我国《民法总则》建立了“营利”这一商法的核心范畴,但并未进一步对“营业”此种“持续性营利行为”进行界定。这涉及商人、营业转让、营业租赁等具体制度的规范基础,也给《商法通则》留下了很大的想象空间。例如,因“营业”范畴的缺失,导致我们对何谓营业行为以及如何规制营业行为存在模糊认识。比较典型的是“如何管理小商人的营业行为”,尤其是在中国当下,城管与小商人的矛盾、无照无证经营泛滥,都反映了营业自由与营业管制的紧张关系。这与缺乏《商法通则》,缺乏对营业行为的一般规制有密切关系。其中最核心的问题是,“营业”是否需要固定经营场所? 无固定经营场所的持续营利行为,是否构成营业? 或者当其构成营业时,是否需要与有固定经营场所之持续营利行为“等同规制”? 例如,是否需要进行工商登记、领取营业执照并进行企业信息年度公示,甚至是否减免税收? 等等,这些问题是中国当下的核心问题,但因为欠缺营业的基本范畴,在法政策上一一直徘徊不前。我们一直未能开放走街串巷的小商人的营业自由,未予一般性地认可不需固定经营场所的营业行为的合法性,从而引发了巨大的社会矛盾。我国《民法总则》在论及个体工商户时,也对其是否需要固定经营场所保持沉默。

其次,欠缺商行为一般条款的另一个问题是,不能及时规范创新性商行为。当创新性商行为及与此相关的商业模式出现时,法律无法及时应对,甚至无法确认其是否属于营业行为。例如,对目前

(20) 例如,深圳市尚昆投资发展有限公司与河南省卫辉市人民政府管辖权异议纠纷二审案〔(2012)民二终字第126号〕、大庆市振富房地产开发有限公司与大庆市人民政府债务纠纷二审案〔(2006)民一终字第47号〕、香港斯托尔实业(集团)有限公司诉泰州市人民政府等招商引资协议再审查〔(2017)最高法行再99号行政裁定书〕。

(21) 参见《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》(法发〔2016〕28号)。

(22) 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。

广泛存在的无固定经营场所的微商营销,其是否属于营业行为并应进行营业规制包括税法规制,法律上欠缺明确的依据,实务中是否需对其进行规制以及如何规制产生了较大争议。<sup>(23)</sup>再如,各种共享经济形式,例如,共享房屋、共享单车、共享车辆等,是否属于营业行为?并如同传统商行为一样应受法律规制?因为欠缺商行为的一般条款,也存在众说纷纭的问题,这些因立法态度不明而产生的规制模糊状态,直接影响了商人的交易预期,阻碍了商行为的创新,甚至还产生了合法性风险,例如,在上海发生了擅自经营短租房屋被警察拘留的个案。<sup>(24)</sup>此外,对于广泛存在的未登记的农家乐餐饮、民宿客栈等创新商业形式,是否需要如同法律对待农产品销售一样,采取适当区分的营业规制政策?等等,因为欠缺商行为的一般条款及豁免规则,在实践中若采取等同规制的政策,就与国务院有关鼓励发展政策发生冲突,<sup>(25)</sup>民生与营业如何协调?这已经成为中国现时代的重大问题,但很显然民法规范对此考量不足。

再次,商行为的一般条款设计还要贯彻权利观念。今日之中国缺乏商法观念,也导致商事权利观念的不发达,在现实生活中不重视商人的财产保护,尤其是私有财产的保护,类似侵权案例比比皆是,<sup>(26)</sup>甚至促使中共中央、国务院以及最高人民法院出台专门文件予以保护。<sup>(27)</sup>同时,还有形形色色的各种以公共利益/公共政策之名实施的“限购、限产政策”,对商人的营业自由/营业权产生了巨大影响,却无任何补偿性机制予以平衡。商人是最需法律保护以对抗政治权力的非法/随意剥夺的。若我们不能通过设置商行为的一般条款,形成商人的权利观念,以抵抗某些政治权力、他人权力的不当或随意干预,则不可能形成良善的营商环境。因此,在民法规范却步之时,《商法通则》应通过设置商行为的一般条款,形成商人之权利行为与义务行为的基本规则,赋予其抵抗政府等非法侵扰商事权利/商事利益的武器,以形成正常的商事交易规制秩序。

#### 4. 商行为的特别规范

除此以外,还存在一些特别的商行为,例如,不动产商事租赁、企业租赁、营业转让、企业商号等,要么在民法规范中有所涉及,但未能凸显商事特性;要么在民法规范中尚属空白,需以《商法通则》补充规整。当然,这些特别的商行为未来若能在民法典中全部收编,或能修改相应的民法规范,凸显其对商行为的特别考量,则其可能未必需要重新进入《商法通则》,但其中有些内容,例如企业商号等,可能很难在民法典当中予以充分调整,若通过各单行企业法进行调整,又难免造成立法重复,浪费资

(23) 参见《国家工商总局出台微商法律法规,微商是否正式合法化?》,微商世界网,http://www.weishangshijie.com/newsh/3774.html,访问时间:2017年10月6日。另可参见《微商,你的代理商品合法吗?》,商务部网站,http://news.hexun.com/2015-03-18/174162203.html,访问时间:2017年10月6日。南冥一鲨《微商:非法传销还是电商颠覆者》,网易财经,http://money.163.com/14/1010/07/A868L9K3002551G6.html,访问时间:2017年10月6日。贾敬华《微商:披着合法外衣的传销骗局》,http://baijia.baidu.com/s?old\_id=51641,访问时间:2017年10月6日。

(24) 参见劲旅网的博客《一个被拘留短租业者的迷茫:房屋共享经济到底合不合法?》,http://blog.sina.com.cn/s/blog\_71958c670102z6s4.html,访问时间:2017年10月6日。

(25) 例如,2015年,国务院办公厅印发的《关于加快发展生活性服务业促进消费结构升级的指导意见》中提出:积极发展绿色饭店、主题饭店、客栈民宿、短租公寓、长租公寓、有机餐饮、快餐团餐、特色餐饮、农家乐等满足广大人民群众消费需求的细分业态。

(26) 例如,新华社报道指出“当前我国产权保护状况仍不乐观,特别是不同所有制经济产权保护不够同等,公权力侵害私有产权、民营企业资产被违规查封扣押冻结等现象时有发生,公有产权受侵犯、国有资产流失现象依然存在,侵犯知识产权的行为易发多发。这些现象都对经济社会发展造成不利影响,亟待解决。”参见陈炜伟、安蓓、林晖《中央为何如此重视产权保护?》,http://www.gov.cn/xinwen/2016-11/27/content\_5138554.htm,访问时间:2017年9月16日。

(27) 例如,中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》(2016年11月4日);《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》、《最高人民法院关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》(法发〔2016〕28号)。

源,似仍有必要以集中的商法规范予以专门调整。

### (1) 不动产商事租赁

不动产的民事租赁与商事租赁存在巨大差别。在法国,对不动产的民事租赁与商事租赁采取不同的规则予以规范:视租赁房屋供居住之用还是做商业用途,法律规定了两种不同的规则。<sup>(28)</sup>我国现行《合同法》关于不动产租赁的规定,主要是民事租赁的思维,欠缺对不动产商事租赁的规定。这些欠缺主要体现在以下方面:

其一,承租人使用租赁场所的自由度欠缺。在民事租赁中,承租人往往是为了居住而租赁不动产,需要按照不动产的通常用途使用,但商事租赁以营业为目的,基于营业自由原则,承租人对不动产的使用灵活度要更高。在法国,订立民事租赁合同,要考虑承租人的个人人格,原则上,承租人不得变更其承租场所的用途。若承租人承租房屋的唯一旨在居住,则不得在该场所内从事职业性活动。相反,商事租赁承租人则可在其主要活动之外附带从事其他辅助性或补充性活动。例如,面包店可以同时是糕点店,书店可以出售纸张,等等。而且,在某些情况下,商用场所承租人还可完全改变其所从事的活动,并不需事先得到出租人的同意。<sup>(29)</sup>可是,在我国《合同法》中,对租赁合同承租人的不动产使用权有严格限制,承租人自由使用的空间很小。例如,我国《合同法》第217条规定“承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,应当按照租赁物的性质使用。”

其二,承租人延展租约的权限不够。在民事租赁中,租赁合同到期,出租人可以拒绝续签房屋租赁合同,且不需承担任何赔偿责任。因此,承租人的权利是有时间界限的临时性权利。但商事租赁租约到期后,承租人享有租约延展权,或者若出租人拒绝延展,其有权要求给予补偿,以弥补其由于迁移商业资产而带来顾客流失的损失。因此,商事租赁承租人享有一定程度上的“永久性权利”,可以据此无限期地占有、使用商业不动产。这在法国甚至被称为“商业所有权”,因此,使承租人的权利带有“准物权”性质。<sup>(30)</sup>这种准物权赋予商事租赁承租人几乎如同其本人就是该场所所有权人一样重要的特权。这是为了保障商人营业安定性所需。我国《合同法》完全没有考虑商事租赁的此种永久性保有经营场所的需求。租赁合同到期,法律强制要求承租人返还租赁物,<sup>(31)</sup>虽然,允许承租人继续单方决定不定期租赁,<sup>(32)</sup>但没有明确规定出租人拒绝续签合同时,承租人是否拥有赔偿请求权。而且,该法还对过长的租赁期限约定,作了强制无效的处理。<sup>(33)</sup>这显然不利于商事营业的稳定性。

### (2) 企业租赁

民事租赁以不动产为主要规整对象,因此,商法总则部分的企业租赁,在我国《合同法》有关租赁部分基本未予考虑,而企业租赁涉及很多具体/特别的问题,是现行民事立法所不能包容的。

(28) 参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第4页。

(29) 同注28引书,第4页。

(30) 同注28引书,第4-5页。

(31) 例如,《合同法》第235条规定“租赁期间届满,承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或者租赁物的性质使用后的状态。”

(32) 例如,《合同法》第236条规定“租赁期间届满,承租人继续使用租赁物,出租人没有提出异议的,原租赁合同继续有效,但租赁期限为不定期。”

(33) 例如,《合同法》第214条规定“租赁期限不得超过20年。超过20年的,超过部分无效。租赁期间届满,当事人可以续订租赁合同,但约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。”

以我国澳门地区《商法典》为例,其总则部分所规范的商业企业的租赁涉及18条,完全不能为民法所涵括。根据该法,所谓商业企业租赁,系指一方有义务将其商业企业之全部或部分供他方暂时享益而收取回报之合同。<sup>(34)</sup>我国澳门地区《商法典》有关企业租赁规范的内容包括:企业租赁的期间;民法候补适用制度;经营商业企业之义务(承租人必须按照善良管理人规则经营商业企业,不改变其所营事业,以维持组织之有效运作;非属不可抗力,承租人不得以关闭或终止企业之经营);承租人的权力(承租人享有在经营有关种类之商业企业方面固有之技术及经济上的自由裁量权);承租人对企业财产之处分及设定负担之行为控制;承租人的竞业禁止义务;合同期满返还出租企业的义务;出租人的交付义务;出租人的不竞业义务;租赁企业债权人请求立即清偿债务的权利;出租人对承租人经营企业而发生的债务承担连带责任;法院指定管理人的责任;租赁企业的让与限制(除非另有约定,未经出租人许可,承租人不得将企业转租,亦不得将其合同地位让与第三人或以任何方式容许第三人完全或部分享受有关企业利益);企业租赁合同的继受、终止及终止事宜的登记公开,等等。

上述内容,在我国《合同法》有关租赁合同部分没有任何规定,其直接后果是导致企业实践中租赁经营无章可循,企业租赁经营市场因此也不发达,这种法律反应的迟钝,给企业多元化重组、去产能的中央政策、破产重整法的实施带来直接障碍,增加了合同谈判的成本。

### (3) 企业商号

另一个《民法总则》/《民法典》可能未能充分调整的是商号制度。各国(地区)关于商号法的规定大多采取两种模式:其一,在《商法典》部分对商人的商号制度进行规定,例如,法国、韩国、我国澳门地区等均是如此;其二,在《公司法》部分对公司商号予以进一步的特别规范;还有一些国家制定专门的商号法予以规定。我国澳门地区《商法典》有关商业名称的规定比较详尽,该法典在其商法相当于总则的部分,对商业名称专设一编予以规定,共24条。分别涉及商业名称的强制使用(第14条);名称真实原则(第15条);名称新颖原则(第16条);葡文及中文的强制使用(第17条);商业名称的其他要件(第18条,例如,不得违背公共道德及善良风俗;必须尊重历史、科学、机构、文化方面的原因或其他值得考虑的原因而其名称或意义应予保护之本地区徽号、人士、时期或机构;不得使用任何表示特点或优点而贬抑他人之语);本地区以外登记的商业名称的规制(第19条);商业名称的专用权(第20条);商业名称的违法使用(第21条);商业名称的组成(第22条到第30条);商业名称的移转(第31条);股东或社员退出或死亡时商业名称的使用(第32条);商业名称的取消(第33条到第37条,包括商业名称的无效、撤销、失效、失效宣告、商业名称的放弃等)。

我国《民法总则》关于法人及非法人组织名称的规定仅有简略的两条,<sup>(35)</sup>《公司法》部分关于公司名称的规定也基本缺失,仅在行政法规和规章中有关于公司名称的集中规定,<sup>(36)</sup>这导致公司名称的立法安排层级很低。我国《语言文字法》第14条关于企业名称用语用字的安排,还在坚持“语言主

(34) 参见我国澳门地区《商法典》第114条。

(35) 例如,《民法总则》第58条第2款规定“法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。法人成立的具体条件和程序,依照法律、行政法规的规定。”第110条规定“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。”

(36) 例如,《企业名称登记管理规定》(国务院令628号);《企业名称登记管理实施办法》(国家工商行政管理总局令10号);工商总局关于印发《企业名称禁限用规则》《企业名称相同相近比对规则》的通知(工商企注字(2017)133号);《工商总局关于开放企业名称库有序推进企业名称登记管理改革的指导意见》(工商企注字(2016)203号);《国家工商行政管理局关于进一步清理企业名称中不良文化现象的通知》(工商企字(1996)第301号)。

权”的陈旧逻辑,忽略了语言作为交流工具的基本意义。

在商事交往中,相对人一般根据企业名称和产品/服务的商标来识别交易主体/交易对象,我们有发达的商标法与系统的商标争议处理机制,但却缺乏基本的企业名称的法律规定,这导致实践中重视商标等客体识别标识,而人为淡化了企业名称/商号等主体识别标识。这就如同一个自然人,你是根据其名字来识别该自然人,还是根据其身体特征来识别更为容易?显然因为名称标志比身体特征标志简单,根据前者识别要相对容易一些,识别成本也相对较低。尤其对企业来说,还存在企业名称唯一原则以及企业名称冲突规则,在同一登记机关辖区内,禁止同行业的企业名称相同或者近似,这不同于商标的复数性。因此,根据企业名称去识别主体、产品及服务,可能比根据客体标识去识别主体、产品及服务要更好。但遗憾的是,正是因为企业名称制度基本法的缺失,导致我国企业主体标识制度不发达,这还直接影响到企业名称的流转及财产性利用。

#### (4) 竞争性规制

所谓竞争性规制,是指商人参与商事竞争的负向规制。法律对商人权利的保护通常采取两种方式:一种是正向规制,通过赋予商人法定权利的方式实现;另一种是负向规制,即通过约束商人的不正当竞争行为,从反面实现对商人的权利授予。在学理上,这通常被视为“经济法”的范畴,且多以单行法的形式出现。但从对商行为的规制效率而言,将对商人的负向规制规则统一置于《商法典》/《商法通则》中是明智之举——更便于该类规范的适用,同时,此种“法典妥当性”的考量或主张并不意味着要否定经济法的“学科独立性”。以商法典调整竞争关系的立法典范是我国澳门地区《商法典》与《法国商法典》,这是一种极有实践理性的法典化技术,但在学术研究中却常常被忽略。

我国澳门地区《商法典》在其总则部分第十编“企业主之间之竞争规则”中专设两章“企业主之间竞争之一般规则”与“不正当竞争”分别对竞争行为之“法定限制”、“合同限制”、“订立合同之义务”以及不正当竞争行为的“适用客体范围”、“适用之主体范围”、“一般条款”、“混淆行为”、“欺骗行为”、“馈赠”、“诋毁行为”、“比较行为”、“模仿行为”、“他人声誉之利用”、“侵犯秘密”、“促使他人违反合同及利用他人对合同之违反”、“依赖关系之利用”、“亏本出售”、“不正当竞争之诉讼”、“制裁”、“损害赔偿”等进行了全面规制,包括几乎所有不正当竞争行为的规范内容,充分体现了其“以企业为中心的”法律设计宗旨。

《法国商法典》则在其分则部分对竞争行为的规制作了规定,《法国商法典》第四卷为“价格与竞争自由”,分别以七编规范了竞争行为。包括“一般规定”、“各种反竞争行为”、“经济集中”、“透明度、限制竞争的行为与其他受禁止的行为”、“调查权力”、“竞争主管机关”、“其他规定”等内容。与我国澳门地区不同,《法国商法典》还对各种集中垄断行为进行了规制,而我国澳门地区《商法典》则重在规范不正当竞争行为。但无论如何,我们不难看出,将竞争规则置于商法典中是最合逻辑安排的设计,充分体现了商法的双重规制结构——正向规制与负向规制相结合,也是商法公法化、私法公法化的法典反应。这些内容,同样是民法不感兴趣以及事实上并未予以重点规范的内容。

如果需要继续列举,我们还能举出若干立法例,表明我国现行《民法总则》以及其他民事立法并不能涵括所有商法的规则。例如,商事登记、商业特许(连锁)经营、营业转让、金融商法、非给付性担保行为,等等,这些内容在我国现行《民法总则》中,没有也不可能充分表达,民法学者没有足够的兴趣和能力去设计相关领域的规则——无论如何说民法现代化、民法商化,我们都没有在相关民事规范中找到足够的裁判依据和行为规范,这也就意味着,《商法通则》或商法典作为“补缺规范”,本身有其独

立存在的价值。

### 三、《商法通则》为何可能: 实践与理论的回应

很显然,如果实践有需求,《民法总则》/《民法典》不能完全容纳商事关系法律调整的需求,就应当允许《商法通则》的独立存在——但商法的独特性,是否已经强大到需要独立的《商法通则》,目前仍然存在不同的声音,<sup>(37)</sup>本部分拟从实践的维度观察《商法通则》独立化的意义,兼及回应理论界的不同声音,以证明《商法通则》单独立法的重要意义,发现中国独立制定《商法通则》之必要与可能。

#### (一)《商法通则》之必要: 回应实践需求

立法只是社会生活需求的表达。中国需要制定《商法通则》,这既非我国居于第二大经济体进行国际经济交往“守住脸面”的需求,也非商法学者为抢夺学术地盘、实现商法理论完整性的刻意需求,而是商业实践本身的客观需求——此乃中国制定《商法通则》的根本所在,也是《商法通则》的生命力所在。所谓商业实践的需求,体现为固化商事制度改革成果的需要、适应法院的裁判的需要、当事人从事商事交易的需要,以及维护健康的商事交易秩序所需。《商法通则》的制定有助于法院形成统一的裁判规范,有助于当事人形成妥当的行为规范,最终有助于形成良好的商事交易秩序。商业实践对《商法通则》的需求,体现在以下诸方面:

#### 1. 商事交易的维度

商人从事商事交易的实践表明,亟需形成独立的商法思维,制定《商法通则》,填补商事交易的制度需求。对此,可举两例说明如下。

首先,民事代理的法律构造不足以满足商事交易实践的需求。民法中的代理多是个别化代理、单层次的代理行为,我国《民法总则》及其他民法规范对集团化、多层次的商事代理欠缺规范。<sup>(38)</sup>而商事代理,通常有两种基本类型:一是外部的独立性代理,比较典型的是代理商。代理商拥有相当独立的代理权,甚至可以以自己的名义直接实施代理行为,代理商是商事代理独立化,甚至成为营业的直接结果;二是与商事主体相关的内部组织性代理,该种代理大量属于“不完全代理”,即代理人并不拥有完整的代理权,其代理实施交易行为往往受到法律或章程限制。如,总经理对外的签约代理权,往往保留了董事会的最终决定方能生效,部门经理对外的职业代理签约权也多受到限制;再如,国有资产交易,往往需作为股东/出资人的主体同意,草签的交易契约才能最终生效。这两种代理尤其是“不完全代理”,在实务中容易引发纠纷,内部行为限制如何产生外部效力。例如,如何确定某一行为是否构成公司行为?如何确定公司违反章程限制的行为之效力,包括违反《公司法》第16条的对外担保行为的效果如何?等等,这几乎是商事公司法的核心构造,但除了《公司法》第16条在学界引发了巨大争议外,“不完全代理”的基本范畴、其构成要件、在意思表示上所产生的法效果如何,等等问题尚未引起学界足够的关注,既有研究仍多坚持传统的民法思维,主要回到《合同法》第52条及第50条、《民法通则》第48条等,按照是否属于效力性强制规范、是否构成表见代理的逻辑展开讨论,少有从更原初的意思表示本身的形成过程方面进行探讨。不完全代理的存在意味着在商事代理中,大量的代

(37) 参见魏振瀛《中国的民事立法与法典化》载《中外法学》1995年第3期。

(38) 参见蒋大兴、王首杰《论民法总则对商事代理的调整——比较法与规范分析的逻辑》,载《广东社会科学》2016年第1期。

理行为之授权是不完整的、初步的、需要经过最终确认的。不完全代理是商人旨在实现交易效率,又关注风险控制而创设出来的交易安全保障方式。这是民法在讨论代理问题时不会过多关注的。民法特别注意委托人和代理人作为不同主体的独立性,这是以个人主义/原子主义方式设计代理制度的结果。然而,现代商人的重要组织形式是公司,在公司体制下,职务代理行为的非独立性呈现出新的特点,这是传统及现代民法欠缺足够关注的一面。

其次,新型商事活动欠缺总括性的商事规范供给。一种观点认为,《商法通则》的制订会阻碍商人的创新。例如,王利明教授认为“商业活动要求不断创新,这导致商法规则也随之变动。而制定商法总则需要对商业活动的规则进行抽象性规定,可能难以适应商事交易规则的变动,其规则很可能被单行法架空。因此,独立的商法总则将制约商法规范的新发展。相比较而言,单行商法立法模式便于及时作出修正,也能够更好地适应商事交易规则频繁变化的特点。”<sup>(39)</sup>

《商法通则》是否会阻碍创新,取决于我们用什么样的规范技术去应对日新月异的创新性商行为。实际上,恰好相反,正是由于欠缺总括性的商事规范,而商业行为又经常居于创新过程中,这就导致对商业创新行为的规制,经常出现“制度供给短缺”的现象——这就意味着我们需要弹性的、总括性的商法规则。<sup>(40)</sup> 彰显创新性商业实践需求《商法通则》的典型事例是电子交易的发展对传统民法规制带来的挑战。电子交易使得传统商事关系、商法规范逻辑/规范重点发生了重大变化,这对现行法律提出了新的挑战。例如,电商、电子交易以及电子联系方式的流行,使传统民法中法人登记制度、法人及非法人的住所构成及其法律意义发生了明显变化,现行法律(包括《民法总则》)明显呈现出一种反应迟滞的现象,未能完全因应此种变化需求。<sup>(41)</sup> 此种不能因应电子交易需求的现象是普遍的。例如,最近国家工商行政管理总局关于“失联企业”的定义,就是一种非常陈旧的界定逻辑,根本未考虑现代电子联系方式对失联企业界定的影响,用传统邮件寄送方式(专用信函)确定企业是否失联,<sup>(42)</sup> 结果导致大量“虚假失联”企业存在,不能实现法律规制失联企业的原初目的;再如,电子化缔约对合同缔结及其履行产生了全方位的影响——电子代理人、电子合同的订立、电子结算体系及支付方式等均发生了巨大变化,但民法仍然遵循比较传统的住所规则,坚持比较传统的“意思表示”规则,甚至对电子交易主体的注册登记的意义与功能仍存巨大争议,缺乏立法的及时表态。我国《合同法》关于电子合同订立的简单规则明显不能满足电子交易的需要,不能因应商事交易电子化发展的规范需求。

## 2. 商事规制的维度

近年来,在国务院统一部署下,国家工商行政管理总局进行了涉及资本认缴制、三证(多证)合一、先照后证、公司住所、公司名称、全程电子化等诸多商事制度改革。改革实践表明:营商环境得到了巨大改善,商事组织的设立效率得到根本提升,市场主体的数量极大丰富,我国市场主体的总数已接近1亿户。然而,如此复杂、规模庞大的改革都是以政策、规章方式推行,改革成果亟需立法予

(39) 王利明,同注5引文。

(40) 参见注22引文。

(41) 参见注12引文。

(42) 例如,《企业经营异常名录管理暂行办法》(2014年8月19日国家工商行政管理总局令第68号公布)第9条规定“工商行政管理部门在依法履职过程中通过登记的住所或者经营场所无法与企业取得联系的,应当自查实之日起10个工作日内作出将其列入经营异常名录的决定,并予以公示。工商行政管理部门可以通过邮寄专用信函的方式与企业联系。经向企业登记的住所或者经营场所两次邮寄无人签收的,视为通过登记的住所或者经营场所无法取得联系。两次邮寄间隔时间不得少于15日,不得超过30日。”

以固化,避免改革成果“行政化”、“短期化”、“偶然化”、“非法治化”的倾向。然而,我们也发现,以民法典为核心的市场调整规范并不能完全满足商业实践的需求。尤其是,经过近期商事制度改革,如此多元复杂的市场主体规模,同时还存在大量需退出市场的僵尸企业,总体上“偏于静态”的民法显然无法适应商事规制的动态要求,众多的单行商事立法也存在挂一漏万、无法解决一般制度供给不足的问题,因此,需尽快以专门的通则立法方式予以补充调整。可以说,商事主体数量的极大丰富,以及因此而导致商事行为的复杂性,是商事立法需求的现实基础,也是我们之所以需要《商法通则》的重要原因。

### 3. 商事裁判的维度

法院实践中反映,商法规范的欠缺以及由此导致的商事审判思维的欠缺,或者民商事审判思维的混乱,已经导致很严重的问题。兹举数例说明如下。

#### (1) 金融商法纠纷之裁判局限

金融商法因其复杂、变化极快的状况,在中国已形成复杂规范系统,但却缺乏基本的逻辑,规制思维发达,交易思维不昌。尤其是,金融商法的基础规则直接援用民法规范,忽略其商法上的特殊性——例如,交易外观主义的贯彻不彻底、商人(金融)机构的严格义务设计不足,其直接的反应是有关金融合同的研究、金融交易的成立、金融法律行为的效力等规范不足,不能体现对金融消费者的充分保护,金融商法的制订未能充分凸显对交易客户的保护。

例如,最近几年银行广泛存在的“飞单”问题<sup>(43)</sup>可能与商事代理观念不发达、不重视外观法理的运用,片面考虑金融机构的真实意思有关。银行工作人员接受业务订单并将订单打飞以后,银行是否应作为被代理人承担相应责任?这涉及银行工作人员的法律地位和行为性质——是商事辅助人,还是职务代理人?这样的问题,单纯依靠民法规则去解决,显得比较困难。《韩国商法》第17条“商业使用人的义务”中规定“1. 商业使用人未经业主的同意,不得为自己或者为第三人进行属于业主营业领域内的交易;或者不得担任公司的无限责任股东、董事或者其他商人的使用人。2. 商业使用人违反前款之规定进行交易时,若该交易属于为自己作出的交易时,业主可以将其视为是为业主进行的交易;若该交易属于为第三人进行的交易时,业主可以请求使用人返还其利益。3. 前款之规定不影响业主对使用人的解约或者损害赔偿的请求。”<sup>(44)</sup>

再如,银行设计的理财产品中随意确定“预期收益率”、“年化率”而产生的欺诈交易或交易引诱,设计理财产品的金融机构是否需要承担某种责任?这显然单独以民法中的“平等原则”无法解释和调整,若任其存在,则最终将导致对消费者利益的损害。法院在审判实践中若要“加重金融机构责任”<sup>(45)</sup>又缺乏十分明确的依据,仅有《合同法》中的“格式合同规则”可用,可按照该规则,也只能否

(43) 所谓飞单,是指销售业务员拿到订单后,不将订单交由自己公司做,却将订单放在别的公司做。就银行的“飞单”简单说,就是银行工作人员利用投资者对银行的信任,卖不属于银行自己的理财产品,从中获得高额的佣金提成。对于客户来说,资金失去了银行严格风控的保护就很容易“打水漂”。参见百度词条“飞单”,<https://baike.baidu.com/item/飞单/411847?fr=aladdin>,访问时间:2017年9月11日。

(44) 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第5-6页。

(45) 例如,最高人民法院在《商事审判工作会议纪要》(草稿)(2016年10月18日)中曾试图规范金融机构的此种责任,该会议纪要草稿规定“金融商品的销售服务业者因违反金融消费者适格审查、信息披露及风险揭示义务所应承担的赔偿责任,应当以实际损失为基础,根据过错程度、公平原则和诚实信用原则予以确定。金融消费者的实际损失为其为获取该金融商品或服务而支付的对价总额扣除已收回部分的剩余金额。但金融商品的销售服务业者在广告宣传或者合同文本中明确载明了预期收益率,而未对不能按照预期收益率偿付的风险作出足以引起金融消费者注意的显著提示及充分说明,金融消费者请求按照预期收益率的计息标准赔偿损失的,人民法院可以以预期收益为基础,根据各方当事人的过错程度,确定损失赔偿金额。”

定格式合同效力,并不能彻底解决赔偿问题,既有法律工具似明显不足。因此,仅仅依托“民法商事化”的思维去解决商事关系的调整,存在显然的“规范短缺”问题,而商法上的严格责任原则,可能为现行规范的改进以及裁判方向提供思路或支持。

### (2) 公司内部纠纷之裁判局限

公司法是商法理念集中体现的领域,但因为欠缺独立的商法思维,公司法司法解释呈现出很多“民法思维”,这直接影响到公司治理及股东权利的有效展开,这方面的例证是非常多的。

首先,公司法纠纷裁判不太重视外观法理的贯彻,这直接导致保障商事交易效率与安全的制度基石被打破。比较典型的是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第25条、第26条关于商事外观主义贯彻的不彻底。

其次,法院裁判过程中,对公司内部治理中的程序正义坚持不彻底。对此,除涉及《公司法》第16条所引发的不重视公司内部程序正义的争论外,比较典型的还有对公司内部决议程序效力的要求,微小的决议程序瑕疵是否应影响公司决议行为的效力?从民法理念来看,比较关注决议结果是否会受影响,但对决议程序的意义关注相对较少。而从商法角度而言,可能恰好是“程序重于结果”——程序正义是判断商行为是否妥当的重要依据,也是关于商业决策是否免责(运用商业判断原则)的重要依据——这就导致民法学者与商法学者在看待微小程序瑕疵是否属于可撤销决议方面,可能存在明显的立场差异。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第4条规定:“股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议,符合公司法第22条第2款规定的,人民法院应当予以支持,但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵,且对决议未产生实质影响的,人民法院不予支持。”这样的解释规则虽然有比较法上的依据(例如,日本、韩国公司法上都有类似的安排),但其内涵的“实质重于形式”/“结果重于程序”的理念,可能未必吻合公司内部治理对程序意义的特别倚重,按此逻辑,当某公司存在“一股独大”之情形,公司会议通知程序将因此变得无足轻重,甚至直接导致公司内部集体决议程序的废止——从规范构造的必要来说,这可能是荒谬的。

再次,滥用弱者保护制度,对债权人存在保护过度,忽略公司及股东正当权益维护的现象。受民法平等主义及弱者保护思维的影响,法院在公司法案件审理过程中,有意无意地援引弱者保护政策,忽略公司法将公司利益排在首位的立法安排,从而对个别债权人利益存在保护过度倾向。例如,在公司清算过程中,对股东怠于履行义务的责任安排,完全基于对公司外部债权人的优越/特殊保护政策,对未控制公司、从而无权利可滥用、无义务可怠于履行的小股东的权利保护十分不利——这是民法思维对弱者保护理念的过度滥用,罔顾公司法对小股东利益予以特别保护的基本政策而造成的。这也提示了,公司法上的弱者与合同法上的弱者保护之间到底应如何平衡?如果维持目前此种对债权人不加区分的特别保护政策,则可能对社会上的公正交易秩序造成更为严重的影响。

### (3) 夫妻单独/共同商行为之裁判局限

虽然中国历史上一直存在男主外、女主内的传统。但很有意思的是,可能是现代妇女解放了,越来越多的商行为表现为“夫唱妇随”。夫妻商行为始终是现代中国商事行为中非常重要的类型——这当然也可能与民法上已经建立的“户”的概念,并以此作为有限资源分配的工具有关。实务当中,夫妻商行为主要表现为共同设立公司、夫妻股东互为代理参与公司治理、夫妻股权之转让、离婚股权分割等多种法律形式。在这些法律形式中,尖锐地产生了夫妻共同财产与商法外观主义、家事代理与商事代理、股权转让与无权处分等问题的纠结,坚持民法的思维,这主要表现为公平原则、真实意思、弱者

保护等,就可能与商法上的财产权、交易效力等产生直接冲突,民法学者与商法学者讨论类似问题,存在明显的“鸡同鸭讲”、“各说各话”等问题,双方都觉得无法理解对方的观点,这种理论理解的差异已经直接影响到司法裁判,在法院实务中产生了重大争议。

首先,夫妻共同设立公司,股权比例的约定是否直接构成夫妻对投资行为/股权的个别财产制的证据?国家工商行政管理总局曾经要求,夫妻设立公司应当提交分割共同财产的书面证明,但何者构成该书面证明?公司章程、股东名册或工商登记中的股权比例约定,是否已经足以构成证明?民事审判实践中,对此存在不同见解,侧重于保护女方利益的民事法官往往倾向于忽视工商登记、公司章程、股东名册上的上述单独约定,这直接挑战了商法上关于股东资格的认定规则。例如,北京市高级人民法院出台的《关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第22规定:“……上述有限责任公司工商登记中注明的夫妻双方股权份额不构成夫妻间财产约定;但如设立公司时根据相关规定提交财产分割书面证明或协议的,构成财产约定。”

其次,夫妻共同设立的公司,能否以家事代理权解释一方对另一方参与公司治理等行为的授权?商事行为,尤其是身份性商事行为,是否有家事代理的空间?法院经常习惯以民法思维中的家事代理权,扩张解释夫妻之间商事代理行为的有效性——轻易认定夫或妻之瑕疵代理行为对第三人成立表见代理,以此软化公司内部治理规则,从而实质上影响到另一方商事权利的独立性,甚至直接影响公司治理体制,经常引发纠纷。例如,在“干峰与宁波市凤凰谷旅游开发有限公司股东会决议效力确认纠纷上诉案”中,一审法院认为“因干峰与凤凰谷公司的执行董事陈飞系夫妻关系,该公司原系干峰夫妻所投资设立的公司,夫妻作为公司的股东,夫妻之间口头通知召开股东会理属正常,干峰称凤凰谷公司未正式书面通知干峰召开股东会的意见显然不符合常理;虽然双方确认是陈飞代表干峰在股东会决议上签字表示同意,对于事先是否征得干峰同意双方存在争议,但所加盖的干峰私章确实是干峰所有的,干峰称自2006年开始未再使用,无相关证据印证,从该股东会决议的形式判断,有干峰的签名及盖章,与公司成立时干峰的签名及盖章相符,即使陈飞确实未征得干峰同意,基于陈飞与干峰之间的特殊关系即夫妻之间的家事代理关系,仍构成表见代理。”<sup>(46)</sup>

与此相关的还有,夫妻一方所持股权之转让,是否需如同一方所持不动产之转让那样,按夫妻共同财产对待,须经配偶一方同意?实务中一些法院持肯定见解。如此,事实上导致公司法上的股权认定规则/外观主义彻底被打破,股权之转让自由、交易效率原则也被事实废弃,这显然不利于商法的健康发展。但非常庆幸的是,最高人民法院似乎开始举起商法独立的大旗。例如,在关于艾某、张某某与刘某某股权转让纠纷上诉案中,最高人民法院作出(2014)民二终字第48号判决书,驳回艾某、张某某的上诉,维持原判。即张某某与艾某认为的“张某某将婚后取得的股权在未经配偶艾某同意的情况下转让给刘某某应当是无效的”观点没有得到最高人民法院的支持。在该案中,最高人民法院认为:“股权作为一项特殊的财产权,除其具有的财产权益内容外,还具有与股东个人的社会属性及其特质、品格密不可分的人格权、身份权等内容。如无特别约定,对于自然人股东而言,股权仍属于商法规范内的私权范畴,其各项具体权能应由股东本人独立行使,不受他人干涉。在股权流转方面,我国《公司法》确认的合法转让主体也是股东本人,而不是其所在的家庭。本案中,张新田因转让其持有的工贸

(46) 参见宁波市鄞州区人民法院(2009)甬鄞商初字第493号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2009)浙甬商终字第491号民事判决书。

公司的股权事宜,与刘小平签订了股权转让协议,双方从事该项民事交易活动,其民事主体适格,意思表示真实、明确,协议内容不违反我国《合同法》、《公司法》的强制性规定,该股权转让协议应认定有效。艾梅、张新田的该项上诉理由没有法律依据,本院不予支持。”<sup>(47)</sup>但这样的观点并非没有争议,对该案的批评一直不绝于耳。<sup>(48)</sup>

再次,还有夫妻离婚时的股权分割,如何平衡民法中的公平原则以及商法的促进企业维持、促进商事经营效率的原则?夫妻离婚时的财产分割,如何考虑生产经营的需要?尤其是,当夫或妻一方为上市公司的实际控制人,而采取均分原则可能影响到上市公司控制权的稳定性以及经营政策的稳定性时,是以公平原则为主导优先考虑财产均分,还是以企业维持原则为主导优先考虑公司稳定,在实务中经常发生争议。因离婚案件为民事案件,在民事审判庭,法官更容易倾向于均分处理。在北京市高级人民法院《关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》中,对于夫妻双方均为公司股东、双方都主张股权且对股权分割无法协商一致时,采取按比例分割股权的方法进行处理,<sup>(49)</sup>何为按比例分割——实务中多理解为均分——这可能主要考虑了财产分配的公平性,未侧重考虑如何分配有助于公司稳定经营,比较偏重民法思维而忽略商法思维。

#### (4) 对商人自治之裁判局限

商事裁判中对商人自治思维之支持不足几乎是全面的,诸如博彩性交易的法律效力、隐名出资的股东效力、违约金的调整权、行政行为对商事交易效力的影响,等等。

首先,法院对博彩性交易的法律效力认识存在偏差。对博彩性商事交易行为,民法通常会以违反“善良风俗”原则予以否定,但在商事交易中,博彩性安排可能是一种风险控制措施。比较典型的是“对赌协议”法律效力的判断,商事交易始终伴随风险,可以说二者是孪生兄弟,所以,我们经常说商场如战场,竞争、风险是商事交易的核心。换言之,这使得商事交易天生具有博彩性,最典型的是证券交易,交易的投机性得到法律确认,吴敬琏先生将其称为赌场。如果不能理解商人之间交易行为的博彩性,我们就无法将其与传统赌博行为予以区分。事实上,现在越来越多的仲裁机构和法院开始理解商人以赌博作为风险控制的策略,很多案件法院最终都逐渐支持了。这实际上是对商法自治思维的重新认识。

其次,法院对隐名出资行为之股东效力保护过度。对商人自治思维之裁判支持不足,还表现在对各种违规隐名出资行为的裁判规制上,不能简单地套用民法规则予以处理,若不区分其商法上与民法上的效力,就会从基础上摧毁商法的制度,最终会损害正当交易秩序的形成。但遗憾的是,目前《公司法司法解释三》的若干条款均未能很好地协调商人自治与国家强制的关系。常以民法上的自治思维打破公司法上的外观强制,对商事交易的外观预期产生了非常不好的影响。

再次,法院对违约金的司法调整权运用不当。商事自治思维还体现在违约金的安排方面,学界对此已有很多讨论,商人基于其自身理性,对其约定的违约金,没有必要如同对待普通民事关系一样,进行过高或者过低的调整。<sup>(50)</sup>

(47) 参见最高人民法院(2014)民二终字第48号民事判决书。

(48) 参见《婚后取得股权仍为个人财产?——被误解的最高人民法院“48号案件”》,http://www.360doc.com/content/16/0605/00/29351598\_565114754.shtml,访问时间:2017年9月16日。

(49) 参见《北京市高级人民法院关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第22条、第23条、第24条。

(50) 参见注22引文。

最后,法院对行政行为的商法效力判断不妥。商法自治思维之不足,还体现在如何评价诸多行政行为的商法效力上,即如何评价行政行为对商事交易行为效力的影响。<sup>(51)</sup>在商事交易纠纷处理中,法院经常面临如何判断行政行为对交易效力的影响的问题。例如,如何识别影响合同效力的与行政权相关的强制性规范之类型;再如,如何处理商事交易法与税法的冲突——商法以外观主义为原则,商人在此基础上设计交易结构,而税法坚持“实质课税”原则,从根本上打破商法上的外观主义,这使商法上精心设计的交易结构通常难以得到税务机关的认同,直接影响商人在交易过程中的心理及利益预期。尤其是,在商事审判过程中,商事法庭是否需要以及是否能够对税收问题(计税及征税合法性)进行表态?还包括,商事法庭如何在商事案件审理过程中对涉及其他行政行为效力判断的问题进行表态。例如,法庭能否直接评价商事登记机关的登记行为的效力,抑或需要另行以行政诉讼程序予以解决该效力问题?以及,出资人在行政解散程序过程中的对公承诺,能否以及如何有公开的效力,是单方允诺还是推定的强制缔约?等等,这些问题都涉及商事自治与公共强制之间的关系,显然,很难轻易地从现有的民法规范中找到答案。

总之,商事裁判的种种纷争表明,我们需要设定专门的商事法院,一体化地解决商事纠纷问题,这也是处于创新转型过程中的中国发展商法规范、高效调整商事关系、妥当处理商事纠纷的最佳途径。

#### 4. 良性社会竞争秩序的维度

商事交易缺乏统一的规则,导致模糊地带欠缺裁判规则,直接影响商人预期,影响社会竞争秩序。目前,商事制度放松的改革如火如荼,但立法跟进非常缓慢,国家工商行政管理总局规范制定权有限,导致大量的改革措施以“政策方式推行”,欠缺对改革效果的公开与固化,商事立法滞后,也直接导致社会秩序混乱,部门事中事后监管权限不清,甚至存在相互推诿的现象发生。例如,对“先照后证”改革过程中存在的无证企业,如何协同监管?牌照具有何种法律意义和功能?等等,这些问题,都缺乏理论上和规范上的跟进。

民法主要对市场社会进行正向调整、原子化调整。例如,民法以权利思维为主导,重在宣誓各种权利。而商业实践要求建立各种竞争规则,存在诸多负向/消极的调整规范,这与以宣誓权利为核心的民法规范存在明显不同。如前所述,一些国家和地区商法典明确将“企业竞争规则”作为其商法典的核心内容,例如,我国澳门地区《商法典》第十编规定了“企业主之间之竞争规则”,以商法典统一竞争法的规范,即表明了商法的此种“负向规制”思维。为建立正常的交易秩序,商法需要以“否定规制”——“规制负面清单”的方式划定正当竞争权的范畴。相反,民法仍是比较关注静态权利的调整,对权利的动态流转关注不若商法迫切,正向权利授予模式实际上压缩了“私法自治—交易创新”的空间,自然而然会影响到商事交易的创新以及商业增值行为的拓展。

如果中国未来有可能制订商法典,竞争法/反垄断法都必须进入《商法典》,在法典化方面,现行的经济法将作为商法典的核心内容。商法典不调整商人之间的竞争规则,这是很难想象的。事实上,竞争法/反垄断法进入商法典是传统商法理论所谓“商法公法化”的重要表现,是商法的“现代性重生”。

#### (二) 制定《商法通则》之可能: 回应个别理论质疑

商业实践的需求,只是宣示了对商事关系进行及时调整的意义,但具体以何种规范方式予以调整,

(51) 参见蔡立东《行政审批与权利转让合同的效力》,载《中国法学》2013年第1期。

仍取决于一国国内法之安排。换言之,若商业实践之立法需求已通过制定《民法总则》及发展其他民法规范得以满足,则《商法通则》亦无独立存在之意义——若修改/补充民法规范能满足商业实践之需求,反而是一种低成本的“法律回应”方式,故无必要单独制定《商法通则》。除非该种法律回应产生了极不便利的后果,需重新编纂法典以改进立法调整的效果。从我国现有《民法总则》的规范内容及民法典分则的设计来看,商业实践的客观需求并未得到完整回应,《商法通则》仍有其独立存在的意义。

### 1. 质疑之一:《民法总则》已足以导引商事特别法

一种反对独立制定《商法通则》的观点认为,民商合一体例的核心在于强调以《民法总则》统一适用于所有民商事关系,统辖商事特别法,我们不宜制定商法总则以统辖各商事法律,而主要应当通过完善的民法典总则来调整传统商法的内容。<sup>(52)</sup>一方面,通过《民法总则》的指导,使各商事特别法与民法典共同构成统一的民商法体系,有利于实现民商事立法的体系化。另一方面,通过民法典统一调整民商事活动可以节约立法成本,无须另行制定独立的商法总则。例如,民法的主体制度是对商品经济活动的主体资格的一般规定,公司只是民法中典型的法人形式,自应适用法人制度的具体规定。<sup>(53)</sup>问题是,如果确有完善的《民法总则》/《民法典》充分考虑了商事特别法的调整需求,那么,从法律适用的角度,独立制订《商法通则》的意义确实不大。可事实上《民法总则》只是举起了“民商合一”的旗帜,并未设计出妥当的合一规范,如前所述,《民法总则》对商人及商行为之调整极为不足,并不能发挥对商事特别法的导引功能。

以商事主体法为例,我国现行《民法总则》虽采取大量“复制公司法”的立法技术,强化了对营利法人之调整,尤其是建立了商法的核心范畴——首次以立法确认了“营利”的概念。但《民法总则》乃采凸显民事权利的调整思维,在主体部分,并未建立“商人/企业”的一般范畴,营利标准的运用也未拓展到非法人组织,缺乏关于商人的一般条款;<sup>(54)</sup>在法律行为部分,也缺乏对营利行为/商行为的一般调整规则,以民事权利方式规整商事权利显得捉襟见肘——一些创新性商事行为,尚未形成为权利范畴,难以用《民法总则》进行规整。而且,《民法总则》有关法律行为效力的规定存在过多的否定情形,不利于保护商人确定的预期、维护商事交易的稳定。<sup>(55)</sup>这在很大程度上是因为,《民法总则》的制定过程虽已进行了“商事关注”,但仍显“商事关注不足”。因此,似不能乐观地认为《民法总则》已经能有效地指导商事特别法,从而当然排除《商法通则》甚至商法典制定之可能。

### 2. 质疑之二:独立的《商法通则》会分裂民法的基本制度

还有人担心《商法通则》的制定会分裂现有民法的基本制度,进而对现行民法体系造成伤害,这是对《商法通则》功能的误解。其实,制定独立的《商法通则》,并非要人为地割裂基本的民事制度,更非要抛弃《民法总则》而予以单独适用。相反,即便在制定了独立商法典的国家,也并未完全否定民法典对商事关系补充适用之可能,虽然对此在理论上还存在或激进或温和的争议。

《商法通则》只是采取“补缺技术”,对《民法总则》并未也不能完全关注到的“商事一般问题”予以补缺,以满足在民法安排沉默时,完善商事关系法律调整之迫切需求。事实上,因民事与商事目的所存在的根本差异,民事关系与商事关系在现实生活中的确存在明显不同,忽略此种不同,统一以“不

(52) 魏振瀛,同注37引文。

(53) 王利明,同注5引文。

(54) 参见注12引文。

(55) 参见注12引文。

加区分”的民法制度予以调整,只是形式上维持了“民法体系”的完整性,却未必有利于社会关系的有效调整。以代理为例,如果为了维持民法调整代理关系之特权而放弃对商事代理特殊性之填补,则可能难以满足商事实践的需求。因为《民法总则》虽然规范了部分商事代理行为,但却并未充分注意到商事代理与民事代理之不同,诸多制度设计并不符合商事代理之需求。<sup>(56)</sup>此时,是追求维护民法传统体系的完整性更重要,还是对商事关系进行妥当调整/改造更重要?答案可能不言自明。

所以,制定《商法通则》,只是实事求是地认可普通民事交易与商事交易所存在的实质差别,以在《民法总则》应接不暇之现实情况下,实现对社会关系特殊点之有效调整。例如,对商人/商行为课以更严格的义务,对商人的违约行为,严格实行约定违约金制度,不允许以违约金过高予以调减。从而,有助于形成更诚信的商业社会。所以,《商法通则》不是扼杀民法基本制度的敌人,而是补充民法基本制度不足之兄弟。

### 3. 质疑之三: 民商事区分困难无法制定《商法通则》

否定《商法通则》单独立法的另一项理由是很难区分民事与商事关系,因此,单独立法会带来很大的“区分困难”。例如,王利明教授认为“民商分立体例强调形成民法和商法两套不同的法律规则和制度。而问题是,在判断某一法律规则究竟应属于民事规则还是商事规则时存在困难。因为在现代社会,每个人都可能参与市场交易,这就使得区分商人和非商人、商事行为和民事行为、商事代理和民事代理、商法上的时效与民法上的时效变得越来越困难。民商分立的立法模式将调整平等主体关系的法律规则人为地区分为两套规则,这就难免导致民法与商法在内容上的矛盾和重叠,并增加法律适用上的困难。而同样一种交易行为,因交易当事人的身份和交易的动机不同而适用不同的法律,显然是不妥当的。”<sup>(57)</sup>可见,“若制定商法总则,就要对商行为及其构成要素、特征和法律后果作出规定。然而,抽象的商行为究竟如何定义,其在性质上是否为法律行为,是否以意思表示为构成要素,如何产生特定的法律效果,与民法的法律行为如何区分等,都是立法和司法实践中一直没有厘清的问题。……商业活动丰富多彩,商行为的表现形式复杂多样,商法总则很难从这些具体的商行为中抽象出商行为的一般规则”。<sup>(58)</sup>由此认为,商法很难形成不同于民法的基本范畴,因此制定《商法通则》无疑存在明显的“技术困难”。

虽然现代社会有些国家确因民事与商事“区分困难”,而最终放弃独立商法典的模式,采取民商统一立法,但“区分困难”不应是拒绝《商法通则》的充分理由。相反,正是因为我国现行立法中缺乏《商法通则》,未对营利行为/商行为/商人/企业等基本概念在立法中作出明确界定,才导致法律适用出现困难。最为典型的是,因立法欠缺,我们难以准确区分基于“生活需要”而进行的农产品销售等民事行为,与“经营需要”以持续营利(营业)方式进行的商事行为的不同。这在《无证无照经营查处办法》中表现为明显,也是长期以来,我们无法解决走街串巷、无证无照经营的小商贩的管理问题的重要原因。其实,商事与民事并非没有区别,二者的最大区分在于“是否以营业方式”持续从事营利行为。偶尔为之的营利行为,虽可能形成商事关系,但商法不必专门予以调整,可让其停留在民法的怀抱之中;只有持续地以营业方式进行的营利行为,商法才有调整必要。在一些有商法典的国家,商法总则部分对小商人有豁免规定。例如,《韩国商法》第9条规定“本法中有关经理、商号、商业账簿及

(56) 蒋大兴、王首杰,同注38引文。

(57) 参见注12引文。

(58) 参见注12引文。

商业登记的规定,不适用于小商人。”我国《无证无照经营查处办法》第2条规定“任何单位或者个人不得违反法律、法规、国务院决定的规定,从事无证无照经营。”第3条规定“下列经营活动,不属于无证无照经营:(一)在县级以上地方人民政府指定的场所和时间,销售农副产品、日常生活用品,或者个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动;(二)依照法律、行政法规、国务院决定的规定,从事无须取得许可或者办理注册登记的经营活动。”《无证无照经营查处办法》对部分无证无照经营行为的查处豁免。例如,在指定场所、固定时间销售农副产品、日常生活用品,或者个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动,均不需要取得证照,这基本类似于所谓“小商人豁免”制度,实际上是豁免该类商行为的商法调整,因其“谋生需求”转由民法调整,或者根本不将其视为商行为,或者无需工商登记,仅仅进行备案登记。但是,因为缺乏统一的《商法通则》,对此类小商人问题,在《民法总则》及其分则中根本无从进行处理。

可见,民事商事难以区分,根本不是否定《商法通则》的理由,而是尤其需要《商法通则》予以明确的理由。

#### 4. 质疑之四:独立的《商法通则》存在法技术上的困难

还有一种观点认为,独立的商法总则难以概括出商事特别法的共同规则,很难在总则中安排统一适用于各分则的“总则内容”,商事特别法是对商法各领域进行具体规定的法规集合,很难在商法总则概括出这些特别法的共同规则。因此,所谓商法总则存在过于抽象而难以完全适用所有商事领域的问题。即使强行制定商法总则,其主要也是一些松散的规范的集合,而欠缺内在的体系性与完整性,难以有效协调各商事特别法之间的关系。制定商法总则将导致法律规则的叠加、重复,增加法律适用的难度。<sup>(59)</sup> 例如,孟强教授认为“商法本身难以抽象出共同规则……随着商事交易专业化与分工细化发展,商事法律内部彼此间的差异越来越大而共性越来越少。例如一般的商法学者对于海商法知识往往知之甚少,而研究公司法为主的学者对于保险法和票据法也知之不多。商事法律内部差异性过大导致的一个后果,就是在整个商法领域能够进行理论抽象、形成通则性规定的内容极少,即很难有足够的、总则性的规定能够普遍适用于公司、合伙、破产、证券、票据、海商等各个商事部门法领域”。<sup>(60)</sup> 王利明教授认为:商法总则难以概括出商事特别法的共同规则。从具体制度来看,商法总则的共性规则主要是有关商主体、商誉、商事登记、商业账簿、商行为、商事代理等的规则。但事实上,《民法通则》和《公司法》、《合伙企业法》等民事特别法律已经对这些内容作了一些规定。在这一背景下,若仍制定商法总则,必将引发总则性规定与这些商事规则之间的矛盾。相对于民法而言,商事特别法的许多特殊规则缺乏抽象性和概括性,商事特别法大都是就商事领域中的特殊问题所作的规定,其个性远远大于共性,很难适用一般的总则性规定。<sup>(61)</sup> 例如,“商业账簿”主要在公司法中有较大的适用余地,而在票据法、保险法和海商法中则很难适用。再如,要制定一个商法总则,势必要规定所谓商主体的设立规则和运行制度,但是,不同企业的设立条件和运作模式存在巨大的差异,要想抽象出统一的规则是十分困难的。这些规则只能由公司法、合伙企业法等商事特别法分别作出规定。如保险、证券、海商等具有自己特殊的规范,在这种情况下,无法归纳出商事领域的一般通则。<sup>(62)</sup>

(59) 王利明,同注5引文。

(60) 同注17引文。

(61) 王利明,同注5引文。

(62) 王利明,同注5引文。

对《商法通则》独立性的上述怀疑,显然不能否定《商法通则》独立立法的价值和意义。上述质疑的逻辑在是否需要以及能否需要《民法总则》的过程中同样存在。

首先,如前所述,各国(地区)商事立法的实践表明,在有独立商法典的国家(地区),基本都存在类似《商法通则》的内容。这些立法例本身也表明,商事特别法能够概括出其统一的规则。例如,交易效率与交易安全原则或多或少地适用于所有商事部门法领域。赵旭东教授也指出:“从既有的商事法律制度来看,虽然各单行商事法各有偏重、各不相同,但它们毕竟都遵循相同的法律原则,如效率原则、交易安全原则、交易公平原则等;共享一些基本的概念,如商人、商行为、商事权利义务、商事责任等;也适用一些基本的交易规则,如登记、公告、短期时效、设立会计账簿等。这些内容将构成《商法通则》的一般性规定。”<sup>(63)</sup>因此,体系化难度不应成为否定《商法通则》的主要理由。民法本身也存在体系化困难,在任何一个国家或地区民法典制定的过程中,民法学者对民法典应当如何编排布局、人格权应否独立成编,甚至是否需要总则部分等,都曾产生过争议。但这种体系化的难度似乎并未成为否定单独制定《民法总则》的理由,恰恰相反,这是民法法典化过程中的正常状态。

其次,《商法通则》的内容是否需要适用于全部商事特别法?答案是否定的。这就如同《民法总则》中的内容,未必一体适用于所有分则内容一样。例如,《民法总则》中的法人制度,主要适用于民事主体法部分,其适用于合同法、婚姻法、物权法、继承法、侵权责任法等分则编的可能空间并不大,此种情形并不意味着《民法总则》对法人制度无规定必要,更不意味着制定《民法总则》没有可能。因此,不能以《商法通则》中某些内容,例如“商业账簿”不能适用于所有商事特别法,进而否定对其进行“总则化处理”之可能。再则,也不能以“不同企业的设立条件和运作模式存在巨大的差异,要想抽象出统一的规则是十分困难的”来否定《商法通则》对商主体进行规制的可能,如果这样的逻辑是正确的,也同样意味着《民法总则》没有必要,也不可能对不同企业类型进行统一规范,而事实上《民法总则》甚至更早的《民法通则》早已对此进行了法典化的尝试。各国商法典对商人的规定也基本印证了这一判断。

再次,担心《商法通则》的法典化会导致法律规则的叠加、重复,增加法律适用的难度,并以此作为否定《商法通则》的理由,说服力也不是十分充分。任何法典的总则作为统摄分则的内容,都有可能在实质内容上与分则产生所谓“叠加、重复”,但是否因此增加了法律适用的难度,则是仁智各见的问题。例如,《民法总则》甚至采取“复印公司法”的方式设计其法人章,<sup>(64)</sup>由此导致的法律规则的叠加、重复在中国民事立法上是史无前例的。若按上述逻辑,《民法总则》的制定是否也是一个错误?法典总则的存在是否会导致法律规则的叠加、重复,取决于在法技术上如何安排总则之内容——总则并非分则的简单重复,而是提取公因式,是一种在法的精神上统领分则、规范上相对独立的存在。对此,恐怕刑法总则的设定技术更值得我们研究和借鉴。而且,《商法通则》的最大意义,在于通过设定商法的核心范畴(营利、营业、企业、商人、交易等)规范商法的原则、设计商主体及商行为的一般条款,面对创新性商行为/商事交易/商事主体,以及法院处理的前所未见的疑案/难案,发挥其弹性规制的作用,从而统一商事纠纷的裁判准据、尺度,提升商人的交易预期。这不是增加了法律适用的难度,而是降低了法律适用的难度,提升了裁判行为、商事规制的透明度。

总之,任何法典的制定都可能存在某方面立法技术上的困难,因此,法技术困难不应当成为否定

(63) 赵旭东,同注1引文。

(64) 参见注12引文。

《商法通则》独立立法的理由。《商法通则》的制定是否会导致法律规则的叠加、重复,取决于采用何种总则制定技术。换言之,《商法通则》的制定未必一定会导致上述叠加、重复现象的发生。而且,《商法通则》的制定有助于规范商事创新行为,有助于法院处理相应疑难案件,也有助于提升商人的交易预期,由此,势必增加法律适用的便利性。因此,以总则出台会增加法律适用的难度进而否定总则的存在价值,是可以商榷的。

#### 四、结论

若要否定单独制定《商法通则》的意义,我们可以找出很多理由来支持。这些理由可能涉及国外,例如,日本、德国等国家都在消解商法总则或商法典的内容——商法在传统大陆法系国家已经或者正在/即将成为历史,是已经或正在/即将走向没落的法律贵族。这些理由也可能来自于国内,例如,在全民经商及法律面前人人平等的时代,商人作为一种特殊阶层,已丧失其独立存在的意义和价值;商法作为特权法,也已失去其历史功能和意义。又或者,商法没有完全不同于民法的价值、原则和制度,商事特别法没有特别到需要《商法通则》/《商法典》的程度,因为,《民法总则》/《民法典》已能独立导引商事特别法,商事特别法很难通过抽象出共同的、统一的规则形成《商法通则》;或者《商法通则》会分裂民法的基本制度;甚至会导致法律规则的叠加、重复,增加法律适用的难度,等等,不一而足。

然而,通过观察法国、韩国、我国澳门等国家和地区商法典的总则部分,我们可以发现,纷繁复杂的商事特别法并非不可形成总则/通则,传统大陆法系国家商法典总则部分的安排虽存在差异,但多涉及商人、商行为、商号、企业租赁、竞争规则等难以为普通民法所涵盖的内容。虽然,现代民法的发展呈现出商化的一面,传统商法总则中的部分内容已经被现代民法所包容,但仍有部分属传统商法总则的内容游离在现代民法的规整之外。这些未被现代民法所规整的内容,形成未来《商法通则》的可能空间。这些内容涉及商法的原则、商主体及商行为的一般条款及不动产商事租赁、商号、企业租赁、商事竞争规则,等等。商法家族的这些流亡贵族目前的散落立法状态不利于对商事关系的统一调整,也不利于实现法典化所追求的“法典完美”目标。

一些学者主张,以《民法总则》统摄商事特别法是最佳模式,制定《商法通则》会导致民法基本制度的分裂、导致法律规则的叠加、重复,增加法律适用难度;而且,民事商事难以区分,以及商事特别法的共性提炼困难,等等,这些均难以成为否定《商法通则》独立存在的理由。无论理论上反对《商法通则》的声音有多么强烈、理由多么充分,都无法否定以下基本事实:中国现行商事实践需要我们制定统一、独立的《商法通则》甚至《商法典》。法典虽是精巧的理论设计,但法典的生命力来自于实践,商事实践的需求才是我们需要商法法典化,需要《商法通则》的主要理由。无论是商事交易实践还是商事规制、商事裁判实践都充分证明,民商混合的思维带来了极大不便,影响了商事关系的优化调整,甚至影响了法院的妥当裁判。凡此种种,最终都损害了商人的交易预期,影响了“商事国家”的形成。除此之外,我们也不应忘记另一个事实:法典化之可能在于相关单行法已具备相当规模,《民法总则》/《民法总则》甚至《民法典》的制定逻辑如此,《商法通则》甚至《商法典》的制定逻辑同样也应如此。“己所不欲,勿施于人”,只要我们回想一下民法典在中国是如何形成的,我们就不会在讨论《商法通则》或者《商法典》时轻易地举起反对的大旗。正是因为经过长期立法及司法实践积累,中国已有了丰富、零散

的民法/民事规范,才需要统一的《民法总则》甚至《民法典》去统摄。同理,没有人会否认中国今天已经存在丰富的商法规范,为何我们不能编纂《商法通则》甚至《商法典》?

**The Possible Space for the General Rules of Commercial Law / Commercial Code:  
Reanalysis on the Difference of Norm Content between Commercial Law and Civil Law**

Jiang Daxing

**Abstract:** In the modern era of the codification of the Civil Code, advocating the enactment of General Rules of Commercial Law/Commercial Code has undoubtedly become a kind of noise that interferes with normal legislative work. Especially when Japan, Germany and other countries are in the process of eliminating the content of General Principles of Commercial Law or Commercial Code – Commercial Law in the traditional continental law system has emerged as a “declining legal aristocracy.” However, by observing the general part of the Commercial Code of France, Korea, Macao and other countries, it can be found that although the modern civil law presents the “commercial expansion” phenomena, there are still contents in general parts of the traditional commercial law floating outside the civil law. There is possibility that for those content not absorbed by civil law, can be included in the General Rules of Commercial Law. Some scholars believe that letting the General Provisions of the Civil Law govern the special law of business is the best model, and the enactment of the General Rules of Commercial Law will lead to the division of the basic system of civil law, the superposition and repetition of legal rules, and the difficulty of legal application. Besides, because of the difficulties in distinguishing civil law and commercial law, the lack of common rules in commercial special law, etc., the existence of the General Rules of Commercial Law cannot be denied. The reason why China needs independent General Rules of Commercial Law/Commercial Code is the demand of practice – whether it be the practice of commercial transactions, commercial regulation, or commercial adjudication, it sufficiently proves that the methodology mixing the civil law and commercial law has brought great inconvenience, affected the optimization of the adjustment of commercial relations, and even affected the proper adjudication of the Court, and undermined the businessman’s expectations. Do unto others. The condition precedent of codification is that the amount of separate statutes has already been in considerable scale. The enactment logic of General Provisions of the Civil Law/the Civil Code is such, so is the enactment logic of the General Rules of Commercial Law/Commercial Code – precisely because China has a rich, fragmented civil statutes/civil norms, it is necessary to have the unitary General Provisions of the Civil Law/the Civil Code. Now that China today has already reserved a wide array of commercial law norms, why can’t it be possible to promulgate the General Rules of Commercial Law, even the Commercial Code?

**Keywords:** civil law; commercial law; the General Provisions of the Civil Law; the General Rules of Commercial Law

(责任编辑:倪鑫煜)