

商法漏洞的特别法属性 及其填补规则^{*}

钱 玉 林

摘 要：传统上，在处理民法与商法的适用关系时，依“特别法优先”的法律适用原则，商法有特别规定的优先适用，商法未作特别规定的，适用民法的一般规定。这种做法忽略了商法未作特别规定的，尚应区分为“无需作出特别规定”和“应当作出特别规定而未作特别规定”两种情形。对该两种情形的处理有着截然不同的规则。商法无需作出特别规定的情形，适用民法的一般规定；而商法应当作出特别规定而未作特别规定的，则构成商法的漏洞，应以法律漏洞填补的方法予以补充。填补商法漏洞而形成的规范本质上仍属于商事特别法的范畴，如果对商法未作特别规定的情形，不加区分地均适用民法的一般规定，无疑抹杀了商法漏洞的特别法属性，导致特定事项缺失规范的目的性和正当性。我国编纂中的民法典采民商合一一体例，虽部分解决了商事特别法的规则，但商法漏洞仍不可避免，而民法总则引入的法律适用条款对解决商法的漏洞尚显制度供给不足，应通过法律解释和完善法律漏洞填补规则的路径，协调好民法和商法漏洞填补的一般性规则。整理商事立法和判例的资料，提出关于商法的解释、商事习惯法的认知以及商法学理的探究等方面的见解，并形成公认的商事法理，是商法学的当代使命。

关键词：商法 民法 法律漏洞 法源条款 法学方法论

作者钱玉林，华东政法大学经济法学院教授（上海 200042）。

民法与商法的关系是一般法与特别法的关系。这一点已成为境内外学术界和实务界的一种共识。^① 商法作为特别法，虽然尚未进化到能够建立一套完全独立的规范体系的地步，但特别法的意义究竟是什么，尚有深入研究的必要。有学者指出：“商事法律在性质上属于民事特别法，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时相

* 本文为国家社会科学基金项目“民法总则对公司法的补充适用研究”（18BFX127）阶段性成果。

① 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。

关纠纷适用民事基本法的一般规则。”^① 依照“特别法优先”的法律适用原则，这一表述在逻辑上似乎是能够自洽的，长期以来也是民法与商法关系在法律适用上的一种经典表达。但问题是，商事特别法的立法计划真的圆满吗？商事法律没有就相关问题作出特别规定时，是否一律适用民事基本法的一般规则呢？换言之，是否存在某一事项商事法律应当作特别规定而未作特别规定的情形呢？

民法典不能解决所有的法律问题，法典化必然存在不可避免的法律漏洞，这是一个不争的事实，因为“漏洞概念与追求广泛的、整体法秩序的法典化密切相关”。^② 我国正致力于编纂民法典，在立法体例上采民商合一模式，已经颁布的《民法总则》“统一适用于所有民商事关系，统辖合伙法、公司法、保险法、破产法、票据法、证券法等商事特别法”。^③ 尽管《民法总则》充分考虑了商事活动特殊性的需求，吸纳了商事特别法的规则，但商事活动充满活力并最具创新性，规定为商事特别法的事项“常与商界习惯有关，而商界习惯，又常有变易”，^④ 法典化的民法无法穷尽商事特别法应当规定的全部内容，商事法律漏洞同样不可避免。这就提出了一个问题：当出现商事特别法漏洞时，是适用民事基本法的一般规则，还是作为商事法上的漏洞去填补？这一问题常常被忽略，因为多数情况下当某一事项商法没有作出特别规定时适用民法的规定，是民法作为一般法的应有之义。但当某一事项应当由商法作出特别规定，因为立法者的原因疏于规定时，显然不能简单地依照适用法的原则去适用民法的一般规定，而应当在方法论的指导下去填补该商事法律的漏洞。《民法总则》尽管意识到了未来民法典漏洞不可避免，专门引入了法律适用条款为法官填补漏洞提供方法论，但该条款是否也能为法官填补商法漏洞提供足够的支持，颇有疑问。商事法律漏洞的填补，本质上是站在立法者的地位填补缺失的商事特别法规则，这就需要研究诸如商事法的学说、判例、一般条款等填补商法漏洞的方法论基础，以求填补的法律规范不失商事特别法的法意。

一、“民商合一”体例下如何看待商法体系

所谓“民商分立”和“民商合一”，是大陆法系国家在民法、商法法典化的过程中形成的两种立法体例。最初，大陆法系国家并不存在立法体例上的争议，对于民法和商法无一例外地采取了分别法典化的路径，即“民商分立”的体例。这一立法体例所造成的“民商法对立之理由，完全由于历史相沿、积习使然”，^⑤ “在理论上

① 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。

② 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第250页。

③ 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。

④ 史尚宽：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第63页。

⑤ 约翰·爱斯嘉拉：《中国私法之修订》，《法学会杂志》1922年第8期。

殊无根据之可言”。^① 19世纪大陆法国家民法典的编纂工作，从根本上说是沿袭6世纪时罗马法《学说汇纂》的产物，^② 各国对民法典之所以倍加青睐，是因为它不仅继承了优士丁尼《法学阶梯》的正宗血统，而且也积淀了数世纪法学家的学术评价、注释和发展，已形成了深厚的民法传统。而商法则不同，“商人向来是最富冒险与创新精神的社会群体，在国家没有以立法形式确认商法地位的情况下，商人只能以其共同认可的习惯或者惯例来调整相互间的交易关系。”^③ 在商人法形成之前，法学家并没有将商事习惯、惯例纳入研究的视野，因为商人在中世纪属于社会的异己力量，官方不可能将商人习惯法钦定为正统的学术，因此，“优士丁尼的《法学阶梯》里没有它，从而法国民法理论里也没有它。”^④ “整个商法体系都处于一种演化的进程之中，这一过程表现在数个世纪中不断地把过去展现于未来，表现为一种自主的发展。”^⑤ 这也解释了为什么在民法法典化的初期对于立法体例无人问津的部分理由。但是，民商分立的事实并不意味着商法独立于民法有了理论或历史的根据，“商法在实质性内容上和民法没有深刻的不同”，^⑥ 在民法和商法现代化的过程中，便出现了瑞士、意大利、荷兰、俄罗斯、泰国等国家将商法融入民法典的做法，这就是所谓的“民商合一”体例。

民商合一体例的本来含义是指商法规范被整合在形式意义上的民法典之中，但自20世纪以来，大量商事单行法的颁布，民法典已经难以包容全部商法内容。如果人为地将商事单行法纳入民法典中，不仅使民法典显得臃肿、冗长，而且也会破坏民法典的体系和结构。以《意大利民法典》为例，该法典除了传统民法和商法内容外，还将劳动法、商标法、著作权法、专利法、竞争规则甚至证据等也纳入了民法典之中。如此，民法典的一般原则如何得以贯彻始终？正如比较法学家达维德所指出的：“某些国家提倡或实现了民商合一，在我们看来其重要性同样是有限的”，“民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。”^⑦ 当代各国法律和法学理论发展至今，人们基于实践经验的总结，不再将“民商合一”简单地理解为商法包含于民法典之中，而是在民法典之外颁布商事单行法。这或许是一条比较现实的法典化之

① 史尚宽：《民法总论》，第61页。

② 参见海恩茨·休布纳：《德国民法中编纂法典的基本问题和当前的趋势》，法学教材编辑部民法原理资料组编：《外国民法资料选编》，北京：法律出版社，1983年，第74页。

③ 张辉、叶林：《论商法的体系化》，《国家检察官学院学报》2004年第5期。

④ 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰等译，北京：中国政法大学出版社，1992年，第166页。

⑤ 哈罗德·J.伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，北京：中国大百科全书出版社，1993年，第433页。

⑥ C.W.卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，北京：法律出版社，2006年，第11页。

⑦ 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海：上海译文出版社，1984年，第84—85页。

路。民法的法典化不等于整个民法的体系化，更非整个私法的体系化。“民法所规定者，不过为私法关系之原则，并非私法之全部，于私法之中，复有特别私法，其最重要者，即关于商事之特别法规，与民法立于普通法与特别法之关系。”^①在目前采取民商合一体例的国家中，没有一部民法典包容了商事法的全部内容。如果不讲究法典的体系化和内在逻辑，不要说编纂民法典，哪怕是编纂私法典，甚至编纂更为宏大的法律大典，也是完全可以做到的。但这样的法典，忽视了法学理论研究的成果，脱离了法律实践的经验总结，纯粹为了法典而汇编成法典，既无原理渗透其中，也无立法技术可言，与古代诸法合体形式仅存在程度上的差异，并无实质上的不同。这种罔顾理论发展和法治进步的法典编纂是不值得称道的。对此，有的学者也十分清晰地认识到了这一点，认为，“如果把商事特别法都汇编到民法典中，民法典的体系就无从谈起。”^②

事实上，“人们既不能从私法一元化的理论，也不能从民商分立理论中发现至关重要的原理，各持己见的学者都是适应于本国的体制，忽视了这一体制所存在的缺点”。^③无论是民商合一还是民商分立，都属于立法体制和编纂模式问题，不能以此来论证民法与商法实质上的关系。民商合一或民商分立的前提是民法与商法的并存。无商法，则民商何以依存？反过来，有商法，也不能否认商法的私法本质与民法有同质的一面。试图以形式意义上的民商合一之民法典，来论证商法已经民法化，或者民法的商法化；或者试图以形式意义上民商分立之民法典、商法典，而强调商法完全独立于民法的观点，都很难找到令人信服的论据。^④立法体例上民商可以分立，也可以合一，但并不影响民法与商法既有共性也有异质的两面性关系。例如，民商分立之德国，尽管1874年的立法委员会认为，“私法中被称为商法的那部分内容，应予以特别的处理……应在民法典之外保持其迄今为止独立的地位”，“其理由在于，商法中存在某些为商业所特有的制度和法律原则，它们相互之间存在着内在的和历史的联系，因此不能简单地根据体系方面的要求归入到民法中去”，^⑤但在其后颁布的《德国商法施行法》中规定：“在商事案件中，仅于商法未作相反规定时，民法典的规定始可适用。”可见，所谓民商分立，对立的只是法的存在形式，而不是法的本质。如英美法系虽无民商分立之说，但广泛承认公司法、合伙法、买卖法、票据法、

① 李宜琛：《民法总则》，北京：中国方正出版社，2004年，第5页。

② 王利明主编：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，北京：法律出版社，2005年，第8页。

③ 丹尼斯·特伦：《民商分立的沿革》，《外国民法论文选》第2辑（内部资料），北京：中国人民大学法律系民法教研室，1986年，第39页。

④ 参见钱玉林：《商法的价值、功能及其定位》，《中国法学》2001年第5期。

⑤ 沃尔夫岗·塞勒特：《从德国商法典编纂历史看德国民商法之间的关系》，范健等主编：《中德法律继受与法典编纂》，北京：法律出版社，2000年，第8页。

证券法、破产法、海商法、保险法等为商事法，瑞士、意大利、荷兰等民商合一国家则在民法典之外大量颁布商事单行法等。在私法体系中，商法客观地存在着并按照自身的逻辑不断发展和发达。

正因为民商的分与合大都是基于立法形式层面的考量，所以日本学者率先提出了商法存在着形式意义上的商法和实质意义上的商法两个层面。前者是指商法存在的形式，如商法典；后者是指商法的各个组成部分。^① 这一观点得到了我国绝大多数商法学者的认同。有的学者就主张我国应实行实质商法主义的民商分立，也即相对于以制定独立商法典为基础的形式商法主义而言，实质商法主义的民商分立则不以制定独立的商法典作为民商分立的基础，只是主张要承认商法的相对独立性，要促进我国商法的体系化进程，使之成为一个有特定的规范对象和适用范围的法律体系和法律部门。^② 显然，从商法的相对独立性讲商法的体系化，并不是主张商法完全独立于民法，只是强调了商法作为私法的特别法，也存在一个相对独立的体系。这一观点符合立法实际和司法需求，是可取的。

在私法体系中，民法与商法的关系犹如“人”字结构，左边一撇视为民法的话，右边一捺即为商法，两者既有重合又分别自成体系。上部重合部分可以理解为民法作为私法基本法的部分，对商法同样适用。这个“人”字结构形象地说明了民法和商法共同支撑起整个私法体系，其中，民法主要对一般社会生活的原则作出规定，而商法则主要对特殊社会生活的技术作出规定。^③ 民法与商法为一般法与特别法的关系，但不能简单地将商法一概视为民法的例外法。^④ 民法规范中的例外，通常指的就是“但书”规定，“是对法律条文中主文的一般规定作出特别规定，用以规定例外、限制、附加等内容，与主文相反相成，以‘但’或‘但是’所引导的一种特殊法律规范。”^⑤ 从立法技术上讲，某些个别的商事规范的确可以“但书”的方式作为民法的例外法，比如作为商事留置的企业留置，物权法就采取了这种做法。^⑥ 但大量的商事规范是难以通过“但书”的规定来加以表达的，民法的规定并不能成为

① 参见小室金之助、加贺謙治：《商法要论》，东京：第一法规出版株式会社，1987年，第4页。

② 参见石少侠：《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。

③ 参见李宜琛：《民法总则》，第5页。

④ 近代就有学者提出，“民法者，商法之基础也。然民法与商法非主从关系，亦非本则与例外关系。商事虽由普通民事而生，而商法对于民法可云特别法，不得谓为例外法。”（陈武、刘泽熙：《商法》，东京：日本东京并木活版所，1905年，第3页）

⑤ 周旺生：《论法律但书》，《中国法学》1991年第4期。

⑥ 《物权法》第231条规定：“债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。”当然，也有学者提出质疑，认为物权法的这一规定，是“大民法”观念在作祟，事实上是商法在填补民法的漏洞，而不是民法对商法的拾遗补缺。参见施天涛：《民法典能够实现民商合一吗？》，《中国法律评论》2015年第4期。

商事特别法的一般规定，商事特别法的规定与民法的规定不能形成“相反相成”，而是两套独立的规则共同构成完整的私法规范。这就是商法体系所具有的相对独立性。

商法的相对独立性在理论上不断地被阐释并趋于成熟，“不管是否有必要制定商法典，都不应过高地估计传统民商合一体制的优越性，而应当看到基本理念与基本原则都明显不同于民法的商法或实质意义上的商法独立于民法而存在的价值。”^①在商法的规范结构和内容上，商法的独立性表现为商法内在构成的独立性，包括商法基本原则的独立性、商法调整对象的独立性、商法制度设计上的独立性等。^②商法曾被认为缺乏脉络一贯的总则而难以法典化，^③但也不能因此认为商法不能成为有系统的法典。^④虽然商法不可能效仿民法典那样追求潘德克顿式的体系安排，但是，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，从既有的商事法律制度来看，虽然各单行商事法各具独立的状态，“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。”^⑤自《民法通则》采取民商合一体例以来，并不妨碍立法机关和司法审判机关承认商法相对独立的体系和商事审判独特的思维，^⑥倒是理论层面对商法体系的认识和研究尚需进一步地加强。

① 苗延波：《论中国商法的立法模式（下）》，《法学评论》2008年第2期。

② 参见赵万一：《商法的独立性与商事审判的独立化》，《法律科学》2012年第1期。

③ 参见《民商法划一提案审查报告书》，《立法院公报》1929年第7期；李忻：《商法专攻忻记》，《法学会杂志》1922年第7—8期；王去非：《商律法典存废之将来观》，《法律评论》总第109期，1925年；赵中孚主编：《商法总论》，北京：中国人民大学出版社，1999年，第7页；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。

④ 我妻荣：《中国民法债编总则论》，洪锡恒译，北京：中国政法大学出版社，2003年，“序言”。

⑤ 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。

⑥ 2011年10月27日国务院新闻办公室发表了《中国特色社会主义法律体系》白皮书，指出：“中国特色社会主义法律体系，是以宪法为统帅，以法律为主干，以行政法规、地方性法规为重要组成部分，由宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等多个法律部门组成的有机统一整体。”最高人民法院民二庭负责人就《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》（法释〔2014〕2号）答记者问中指出：“按照商法规律正确解决一些在实践中长期存在分歧的问题，依法引导各级法院树立商法意识，强化商法理念，妥善审理公司诉讼案件。”（《人民法院报》2011年2月16日，第3版）

二、商法体系是否完美

在民法典编纂之际，为何“首应解决者，即民商两法是否合一之问题”^① 一个中缘由主要是法典化必然对民法与商法在适用法上产生影响，造成民法与商法的紧张关系。一般法和特别法在法律适用上理应贯彻“特别法优先”的原则，按照通常的理解，该原则是指：特别法对某一事项有规定的，优先适用；特别法对某一事项没有规定的，则适用一般法的规定。这样的解释几乎成为所有教科书上的基本常识，很少有人提出质疑。的确，从逻辑上讲，这一解释似乎没有什么矛盾可言。但深入研究，我们不难发现，这个解释如果要成立的话，必须有个前提，即特别法的立法是十分完美的，不存在任何法律漏洞。换言之，特别法对应当规定的事项都已经充分地纳入了立法计划，实现了立法计划的完美无缺性或圆满性。只有满足了这一条件，当特别法对某一事项没有规定时，才能当然地适用一般法的规定，否则，“特别法无规定时适用一般法的规定”将沦为一个逻辑的陷阱。

遗憾的是，任何采取形式理性的法律都不可能做到没有漏洞。作为一般法的民法典有漏洞，作为特别法的商事单行法同样也有漏洞。法律漏洞是由社会发展的无限多样性和人类认识的局限性所决定的，尽管不同法学流派基于对法的认识的不同，故而对是否存在法律漏洞有不同的见解，但从法典化的立场，法律漏洞是不可避免的。在某种意义上，商法的漏洞更是难以避免。现代市场经济和技术革命的迅猛发展，无论是商品市场还是资本市场，都在日新月异、改革创新，商事活动日趋现代化和复杂化，商法需要以不断革新的面孔适应现代商事关系发展的需要。“没有任何领域能比商法更能使人清楚地观察到经济事实是如何转化为法律关系”，^② 商法的不断更新固然体现了商法的进步性，但也容易导致立法者难以充分认识经济事实的客观变化和未来动向，使商事法律规范与经济事实之间出现裂隙，从而形成规范缺失的现象。

由于我国商法的历史较短，加上立法上采取民商合一体制，当司法实践中出现商法规范缺失时往往意识不到是法律漏洞，便直接、当然地援引民法规定予以补充适用。这种做法在大多数情况下确实并没有什么不当，但果真出现需要商法作出特别规定而立法上暂付阙如时，如果不把这种现象视为商法的漏洞，而直接援引民法的规定，定会陷入法理不明的困境。例如，关于名义股东和实际出资人问题，我国公司法没有任何规定。如何认定实际出资人和名义股东订立的投资合同的效力、实际出资人的股东资格，以及名义股东处分登记于其名下的股权行为的效力等，这些

① 胡长清：《中国民法总论》，北京：中国政法大学出版社，1997年，第25页。

② 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，北京：中国大百科全书出版社，1997年，第74页。

问题无疑是公司法规范缺失的部分，这种情况究竟是认定为商法的漏洞，还是适用民法的一般规定，的确是需要认真对待的。最高人民法院在公司法司法解释中，一方面认为实际出资人要成为股东应经公司其他股东半数以上同意，另一方面又认为实际出资人是真实的股权人。^① 这一前后矛盾的解释难免产生法律体系背反，成为“不可化解的规范矛盾”。^② 这其中的根本问题在于民法的一般规定并不能解决名义股东处分股权的行为，应将此情形认定为商法的漏洞，回到公司法中才能找到答案。^③

法律漏洞主要表现为法律体系上违反立法计划的不圆满性，^④ 其种类繁多，依不同的标准可以分为不同的类型，其中，以制定法对系争问题是否设有规范为标准，可分为明显漏洞与隐藏漏洞。^⑤ 该分类标准对解释商事法律的漏洞具有较强的法学意义。依照这一标准，“如果法律对依规范的意旨应予规范的案型，未加规范，那么法律便有‘明显的漏洞’存在；如果法律对应予规范之案型虽已加规范，但却未对该案型之特别情形在规范上加以考虑，并相应地以一个特别规定加以处理，则这种应有之特别规定，亦即对一般规定之限制规定的欠缺便构成这里所称之‘隐藏的漏洞’。”^⑥ 就民法与商法的关系而言，商法的功能在于对民法个别规定的补充、变更以及创设具有商事理念的特殊法律制度。^⑦ 这也是商事特别法的意义所在。正是商法的特别法地位，决定了商法是以民法的特别规定组成的体系，也决定了商法的漏洞是以特别法的形态加以呈现的：一是相对于民法体系而言，当民事立法上欠缺对商事特别情形在规范上加以考虑时，便形成了商法的漏洞。这一漏洞对于民法而言，是隐藏的漏洞；对于商法而言则是明显的漏洞。二是从商法自身体系而言，虽然民事立法上对商事特别情形予以了规范，并由这些规范组成了作为民事特别法的商法体系，但这些特别法规范自身也存在应予限制的特别情形，由于立法者的疏忽而未予规范，从而形成商法上的漏洞。这一漏洞发生于商法规范自身，属于隐藏的漏洞。因此，商法上明显的漏

① 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的决定（三）》（法释〔2014〕2号）第24、25条。

② 德国学者提出，数个不同的法律规范对同一法律事实加以规范，并赋予不同的法律效果的情况下产生规范矛盾。能依竞合理论圆满解决的矛盾，一般称为可化解的规范矛盾，反之，则为不可化解的规范矛盾。规范矛盾如果不能被化解，那么这个矛盾所牵涉到的法条便会相互把对方废止，于是便形成法律漏洞，这个漏洞只能依法律补充的一般原则来填补。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第312页。

③ 参见钱玉林：《民法与商法适用关系的方法论诠释——以公司法解释（三）第24、25条为例》，《法学》2017年第2期。

④ 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，第249—258页。

⑤ 黄建辉：《法律漏洞·类推适用》，台北：蔚理法律出版社，1988年，第59页。

⑥ 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，第341—342页。

⑦ 钱玉林：《商法的价值、功能及其定位》，《中国法学》2001年第5期。

洞是相对于民法而言的，商法上隐藏的漏洞则是针对商法自身的。只要将民法与商法的关系视为一般法与特别法的关系，就应当正确认识商法漏洞的存在及其表现形式。

商法上明显的漏洞，如商事委托合同的解除权，《合同法》第410条对委托合同的解除权作出了规定，但没有区分民事委托和商事委托，概括规定了委托人的任意解除权，如果受托人为了委托事项专门成立了公司，这时赋予委托人随时可以解除的权利，无疑会给商事委托合同中的受托人带来负面的结果，因此，商事委托合同应不承认当事人的任意解除权。^①再如商事格式合同的解释，《合同法》第39条至第41条对格式合同及其解释作出了规定，但如果适用于商事合同，就会阻碍正常的恰当分配商业风险的交易，因为合同主体均为商人，都具有相当的经营经验及知识，有足够的注意能力和交涉能力，无需立法政策向任何一方倾斜，无需法律的特别保护。^②董事以公司名义实施民事法律行为的问题也是如此。《民法总则》以“代表行为”和“职务代理”两种规则，来规范以法人名义实施的民事法律行为。^③其中，对法定代表人规定了代表行为；对法定代表人以外的其他工作人员规定了职务代理。依此规定，董事以公司名义实施民事法律行为似乎只能适用职务代理的规定，但在比较法上，德国、日本、瑞士等国民法典均规定，董事就一切事务代表法人。^④“代表与代理不同，代理人所为之行为，对于本人发生效力，代表所为之行为，即为法人之行为。……董事代表法人，凡属法人目的事务范围内之行为，无论其为诉讼上之行为或诉讼外之行为，为法律行为或事实行为，均得代表法人为之，称为代表权。”^⑤故董事在公司法上应与法定代表人地位一样，是代表法人而非以法人代理人的身份从事经营活动。^⑥《民法总则》未将董事区别于公司其他工作人员，并对董事以公司名义实施的民事法律行为作出特别规定，无疑构成了法律

① 参见崔建远：《合同解除的疑问与释答》，《法学》2005年第9期。

② 参见崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，《清华法学》2014年第6期。

③ 参见《民法总则》第61、170条。

④ 参见《德国民法典》第26条，杜景林、卢谔译，北京：法律出版社，2011年，第12页；《日本民法典》第53条，王书江译，北京：中国政法大学出版社，2000年，第13页；《瑞士民法典》第69条，殷生根、王燕译，北京：中国政法大学出版社，1999年，第21页。

⑤ 史尚宽：《民法总论》，第177—178页。

⑥ 在立法上，《民法总则》第61条和第170条脱胎于民法通则第43条之规定，即“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任”。最高人民法院于贯彻执行民法通则司法解释的起草者认为，“条文中所述的‘其他工作人员’包括两部分人：（一）除法定代表人以外的，能够代表法人对外从事经营活动的法人机关的成员，如公司的董事、总经理。（二）非法人机关成员的工作人员。他们因法人机关授予职务或委托，以法人代理人的身份代理法人从事经营活动。”（梁书文主编：《民法通则贯彻意见诠释》，北京：中国法制出版社，2001年，第41页）

漏洞，需要予以填补。^① 上述列举的这些事项在民法建构相应规则时原本应当作为民法的特别情形加以考虑和规范，或者从另一个角度，在民法未作特别规定时，商事特别法原本也应当予以规范，但由于立法者的疏忽，对这些事项并未予以特别处理，从而成为商法上明显的漏洞。

商法上隐藏的漏洞，如关联公司人格混同的处理，依照《公司法》第 20 条规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益时，方可适用公司人格否认制度。按照文义解释，非股东的关联公司人格混同并不在此条涵摄的范围之内，不能适用人格否认制度，但这显然严重损害了债权人的利益，因此，最高人民法院公布的指导性案例 15 号对《公司法》第 20 条作出了扩张性解释，认为关联公司人员、业务、财务混同以及人格混同的行为属于滥用公司法人独立地位的行为，适用《公司法》第 20 条的规定，判决关联公司承担连带责任，从而填补了《公司法》第 20 条的漏洞。^② 又如有限责任公司股东的除名，公司法仅规定了股东的认缴出资义务，但对于股东未履行出资义务或出资后又抽逃全部出资的，公司能否解除该股东的股东资格，公司法未置可否。这一漏洞无法从民法的一般规则加以解决，唯有根据公司法有关股东义务与股东资格的一般性规则，来填补公司法上的这一漏洞。^③ 另外，《公司法》关于股东代表诉讼的第 151 条，同样存在着隐藏的漏洞，如该条第 3 款中的规定“他人”，从文义上理解，将其解释为除公司董事、监事和高级管理人员以外的任何第三人，并无不当，但这显然违背了股东代表诉讼制度的本质，因此，必须采取目的性限缩的方法，将与公司无控制关系的“他人”排除在外，才能贯彻股东代表诉讼的立法目的。^④ 以上所列举的这些事项商事特别法都作出了规范，只是规范的不完全或不完整导致漏洞的产生。

因此，商事特别法存在漏洞也是不争的事实，商法体系难以完美到可以解决商事一切问题的地步。认识到商法同样存在漏洞，具有两个方面的意义：一是在立法上应斟酌某一事项究竟是一般法还是特别法应当予以规范的对象，以遵循不同的事理应为不同的法理之原理；二是在法律适用上应甄别待决商事案件的事实究竟是对民法一般规定的补充适用还是作为商法漏洞予以填补，以贯彻事理与法理相一致的法治要求。

三、“商法未规定”的规范属性

正是因为商事特别法同样存在漏洞，故已经熟稔的“特别法优先”原则被赋予

^① 参见钱玉林：《民法总则与公司法的适用关系论》，《法学研究》2018 年第 3 期。

^② 参见《最高人民法院关于发布第四批指导性案例的通知》（法〔2013〕24 号）。

^③ 参见《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）》（法释〔2014〕2 号）第 17 条。

^④ 参见钱玉林：《公司法第 151 条的漏洞及其填补》，《现代法学》2015 年第 3 期。

了更为深刻的内涵。所谓的商事特别法“有规定”或者“没有规定”，不能仅仅从形式意义上的法律规范进行辨识，而应当从实质意义上的法律规范加以判断。在形式意义上商事特别法所表现出来的“有规定”或者“没有规定”，囿于立法者的认知能力，不可避免地沦为带有法律漏洞的实然的商事特别法；而真正合乎目的的商事特别法应当是克服法律漏洞的应然的商事特别法，即商事特别法真正的“没有规定”，是排除了法律漏洞存在可能的没有规定。也只有在这种情形下，“特别法有规定的，适用特别法的规定；特别法没有规定的，适用一般法的规定”，才具有普遍的意义。毋庸置疑，应然的商事特别法终究难以实现，但发现商事法律漏洞并积极予以填补，是追求商事实然法向应然法无限靠拢的一个永恒的追求。从法制史上观察，其实这也是任何法律体系不断发展和发达的原动力。

对于民法与商法的适用关系而言，贯彻特别法优先的法律适用原则，首先应厘清何种情形才是商法真正没有规定的情形。与一般意义上的法律漏洞一样，商法应当规定而未规定的，构成了商法上的漏洞，这种情形不同于商法无需作出特别规定的情形，因此并不属于商法真正没有规定的情形。对于商法上的漏洞，在适用法上，不是向民法的一般规定逃避，而是站在立法者的角度采取一定的方法填补法律漏洞。经漏洞填补后所建立的规则，本质上如同商事立法一样，仍然属于商事特别法的范畴。对这一点的认知显得尤为重要。

传统上，由于没有充分认识到商法有可能存在的漏洞，所以对于“商法有特别规定的，优先适用；商法没有特别规定的，适用民法的规定”这一法律适用原则中的“商法”，被简单地理解为形式意义上的商法。这样理解，忽略了商法漏洞的填补与民法一般规定的补充适用之间的差异，对商事审判实践中如何正确适用法律也产生了消极的影响。例如，登记在夫妻一方名下的股权，其转让是否需要征得配偶的同意。对于这一问题，在司法裁判中存在着两种对立的观点：一种观点认为股权为夫妻共同财产，股权转让应适用婚姻及其财产关系的法律规定；^① 另一种观点则认为，股权是一项特殊的财产权，具有人身权属性，股权转让应适用合同法和公司法的有关规定，婚姻及其财产关系的法律规定没有适用的余地。^② 之所以产生裁判上的分歧，原因在于以夫妻共同财产出资而形成的股权，究竟是由登记名下的一方单独行使还是由夫妻双方共同行使。婚姻法并没有规定股权为夫妻共同财产，公司法也未规定以夫妻共同财产出资形成的股权应由夫妻双方共同行使。在处理这一问题上，上述第一种观点显然遵循了特别法未规定的，适用民法一般规定的裁判思路，而第二种观点尽管意识到了不能简单地适用民法的一般规定，但也没有完全依照商

① 参见“彭丽静诉梁喜平、王保山、河北金海岸房地产开发有限公司股权转让纠纷”，最高人民法院（2007）民二终字第219号民事判决书。

② 参见“艾梅、张新田与刘小平、王鲜、武丕雄、张宏珍、折奋刚股权转让纠纷”一案，最高人民法院（2014）民二终字第48号民事判决书。

法漏洞的填补方式来处理这一问题。事实上,这种情形已经构成了公司法上的漏洞,否则用民法的一般规定来补充适用只会造成法律体系的背反。因为如果适用民法的一般规定,股权由夫妻双方共同行使,那么,参与公司重大决策和选择管理者等股东权利,当然也应当由夫妻双方共同行使。这必将颠覆现行公司法所建立的秩序,诸如股东会决议的效力、公司章程的制定与修改等涉及股东权行使的法律制度体系必将崩溃,公司法立法目的也最终难以得到落实,因此,必须将这一问题纳入公司法的规范体系中去考虑,承认这是公司法上的一个漏洞,而不能简单地认为凡特别法未规定的,当然适用民法的一般规定来加以处理。

职是之故,从规范的层面,所谓“商法未规定”可分为两种情形:一是适用民法的一般规定,而无需商法作出特别规定的;二是商法原本应当作出特别规定,由于立法者的疏忽或未预见而未作出特别规定的,即商法的漏洞。无需商法作出特别规定的,当然仍属于民事一般法规范的范围,适用民法的一般规定即可;而商法应规定而未规定构成商法漏洞的部分,需要填补该项漏洞,经填补漏洞形成的规范,在性质上则属于商事特别法。如前所述,对于实际出资人和名义股东之间的关系问题,其中有关实际出资人和名义股东之间的合同,具有合同法定义下的合同属性,不存在特别的事项需要公司法作出特别的规定,适用合同法的一般规定完全可以解决该合同的全部问题,而关于股东资格的确认,公司法仅仅规定了股东名册的记载对抗公司,工商登记对抗第三人,^①这些规则只能解决一般出资人的股东资格问题,但并不能解决实际出资人的股东资格问题。当实际出资人请求确认股东资格时,立法上并没有提供据以作出裁判的规范基础,但这一事项并不属民事一般法规范的范围,应当作为公司法上的漏洞对待,用法律漏洞填补的方法予以补充。最高人民法院在公司法司法解释中规定,“实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。”^②换言之,经公司其他股东半数以上同意,才能确认实际出资人的股东资格。该项规定虽然以司法解释的形式出现,但已经超越了司法解释的范畴,^③具有了创制法律的功能,实际上应理解为法律漏洞的填补。解

① 《公司法》第32条第2款规定:“记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。”第3款规定:“未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”

② 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的决定(三)》(法释[2014]2号)第24条第3款。

③ 根据《立法法》、《人民法院组织法》以及1981年《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》和2007年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》(法发[2007]12号)的规定,在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院作出司法解释;对法律的规定需要进一步明确具体含义的,或者法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的,由全国人大常委会作出解释。可见,立法上已经明确了司法解释和立法解释的界限。

释者认为，实际出资人请求确认股东资格，“对于公司和其他股东而言，这类似于发生了股权的对外转让。……应当参照《公司法》有关股权外部转让的规则。”^①可见，公司法司法解释的该项规定，实际上是以类推适用的方法填补法律漏洞的结果，仍归属于旨在建立公司法秩序的规范体系之内。

作为法律漏洞的“商法未规定”，是由待决案件所涉事项的商事属性决定的，也即具有商事属性的事理应与商事法理相吻合。如果对具有商事属性的事项不按照特别法加以处理，必然会造成商法体系的不合逻辑性，也将难以充分圆满地实现商法所追求的价值。例如，对于证券交易所上市证券交易，证券法和合同法对证券交易合同都缺失相应规则。由于证券交易的清算和交收是由证券登记结算机构（即中央对手方）完成的，所有交易双方的合同都被买卖双方分别与中央对手方形成的合同替代，完全不同于一般的买卖合同，因此，应当将证券交易作为特殊的买卖合同作出特别法的处理，否则，依照合同法有关买卖合同的一般规定加以适用，将丧失证券法所欲追求的保护交易安全的价值目标。

从形式理性的角度，作为法律漏洞的“商法未规定”，本质上是一种规范的缺失。这种缺失的规范，仍在商事立法者原本的计划、目的范围之内，符合整体的商法秩序，是实质意义上商事法律体系的组成部分。既然是法律漏洞，它必然以实质意义上的规范方式表现出来。而之所以要强调商法的漏洞及其填补实质意义上的商法规范，主要是基于商法作为特别法所具有的规范意义。既然商法是民法的特别法，那么填补商法漏洞而形成的规范当然也是民法的特别法，同样也是对民法一般规定的变更、补充或排除，甚至是创设民法中所没有的新的规则。所以对于民法与商法而言，特别法优先的法律适用原则绝不是一个简简单单的逻辑表达，只有明晰商法未规定的事项究竟是属于一般法的内容还是特别法的内容，才能使该法律适用原则在处理商事案件中得以全面、正确的贯彻。毋庸置疑，“商法未规定”这一表述具有了丰富的法学意义。在面对“商法未规定”的问题时，首先应检讨一下有无存在商法漏洞的可能，否则一味地适用民法的一般规定就会丧失裁判的正当性。

四、商法漏洞的填补规则

既然法律漏洞表现为立法计划的不圆满性，那么，修正法律无疑是填补法律漏洞最有效的路径。在民法典编纂之际，立法者也认识到了这一点，提出“编纂民法典的任务是，对现行民事法律规范进行系统、全面整合，编纂一部内容协调一致、

^① 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于公司法解释（三）、清算纪要理解与适用》，北京：人民法院出版社，2011年，第371页。

结构严谨科学的法典”。^① 编纂中的民法典在贯彻民商合一体例的基础上，考虑到了商事的特殊性，吸收了部分学说和司法裁判见解，作出了区别于一般民事的特殊规范。这里，需要特别指出的是，自《民法通则》以来的现行民事法律规范体系，对民事与商事的差异性已经有了一定的认识，并在立法上作出了相应的处理，因此，编纂中的民法典与其说是对民商事关系的建构，莫如说是对既有民商事法律规范的继承与发展。

根据全国人大法工委发布的《民法典各分编（草案）》征求意见稿（以下简称“草案”），民法典分编包括物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编和侵权责任编等六编，其中体现民商合一的部分主要包括物权编和合同编，尤其是合同编。草案对于民商事的处理，有的沿袭了原有的规定，有的作了增订，还有的作了调整等。如在物权编中，对企业留置保留了原有物权法的规定，确立了不同于一般留置的特殊规则，以维护商事交易安全；在合同编中，除了沿用原有对商事合同的特殊规定外，对某些特殊事项增加了特别法的规范，如融资租赁合同、物业服务合同和合伙合同等；对某些事项原有规定并不区分民事与商事，草案对此作了相应调整，如保证合同对保证方式没有约定或约定不明确的，现行法下一概推定为连带责任保证，草案调整为自然人之间的保证合同除外；又如解除委托合同的损失赔偿范围，现行法并不区分民事委托与商事委托的差异性，而草案加大了解除有偿委托合同的责任；等等。不过，草案对处理商事特别法规范的立法技术似乎并没有任何突破。以合同编为例，现行合同法对合同差异性的处理主要有两种方法：一种方法是在种类合同中对某一属合同需要加以特别规定时，采取设专章的办法对该属合同作出专门性的规定。如在承揽合同章之外专设建设工程合同章、在保管合同章之外专设仓储合同章，以及在委托合同章之外专设行纪合同章等。草案对融资租赁合同和物业服务合同的规定即采取了这种方法。另一种方法是，在种类合同中对某一事项需要作出特别规定时，采取例外规定的方式予以解决。比如关于自然人之间的借款合同，在合同的生效和利息的约定两个事项上，合同法作出了特殊性的规则。^② 草案有关保证方式、解除有偿委托合同的损失赔偿范围等规定采取了该方法。在前一种方法中，表面上某一属合同具有商事合同的属性，而且种类合同的规则与该属合同的规则形成了一般法与特别法的关系，但这并不意味着种类合同与该属合同是民事合同与商事合同的关系。比如除行纪合同外，委托合同中仍存在民事委托合同与商事委托合同的不同情形。而在后一种方法中，通过例外规定的确可以满足某些商事合同对特殊性规则的需求，但如前所述，大量的商事特别法是难以借助于例外法

① 参见2016年6月27日全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在第十二届全国人民代表大会常务委员第二十一次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》。

② 参见《合同法》第210、211条。

来表达的。这就需要针对不同情况采取不同的立法技术来应对民事合同与商事合同的差异性。比如,关于民事买卖合同与商事买卖合同,由于两者之间存在类型化的可能,所以有学者建议可以分设一般规定、商事买卖合同、消费者买卖合同以及特种买卖合同等节来处理民事与商事的关系。^①立法技术有时不单纯是一种技术,还包含了立法的理念、态度和价值,如何在民法典中协调、安排好商事特别法规范,也需要在立法技术上下一番功夫。

从草案的规定来看,仍有大量的商事并未被作为特别法予以对待和处理。例如,草案对格式条款的规制和解释仍是从一般消费者的立场出发,不加区分地统一适用于民事合同与商事合同,忽视了商人的认知能力和风险偏好,导致了实质上的不公平;还有诸如对流质条款仍坚持民、商事不分,一概否认其效力的规定,未考虑买卖合同中检验期间和通知义务的特殊性、商事租赁合同承租人的优先续租权、商事合同中违约金数额调整的例外规定,以及商事委托合同委托人解除权的限制等。如此,未来民法典仍不可避免地存在商法上的漏洞,需要司法裁判者加以面对和解决。虽然法学方法论为法律漏洞的填补提供了较为成熟的理论和方法,如对法内漏洞,可以采取类推适用、目的性限缩、目的性扩张以及反对解释等方法予以填补,而对法外漏洞则可由法官根据法律生活的需要、事理、优位之法律伦理性原则等进行造法活动,^②但是如何确保法官造法的正当性,以及防止造法的恣意妄为,法典化国家往往通过明文的规则协调法官与造法的关系,以求法典在体系化和开放性之间保持平衡,同时也为与时俱进的司法促进法律的发展创造一种机制。^③

《民法总则》借鉴了国外立法经验,在该法第10条中引入了法律适用条款,并以此确立法律漏洞的填补规则。该条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”该条无疑是具有一般法意义的法律漏洞填补规则,对于填补民法的漏洞,该条所确立的法源顺位并不存在任何问题,但对于商法漏洞的填补规则,尚需结合《民法总则》第11条的规定,即“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定”予以确立。根据该两条规定,商法漏洞的填补规则可以概括为:对于商事,优先适用商法的规定;商法无特别规定时,适用民法的规定;民法没有规定时,适用习惯。尽管商事特别法取得了优先适用的第一顺位,但商事习惯法处于民法之后,作为最后补充的法源,对商法漏洞的填补

① 参见韩世远:《买卖法的再法典化:区别对待消费者买卖与商事买卖》,《交大法学》2017年第1期。

② 黄建辉:《法律漏洞·类推适用》,第77—85页。

③ 近代大陆法系国家制定民法典时,很多国家如奥地利、德国、意大利、日本、瑞士等,认识到了民法典并不能解决所有的民事问题,为克服法典化的局限,在民事立法中引入了法律漏洞填补规则,对法官填补法律漏洞予以正当化并提供方法论上的指导。详细论述参见钱玉林:《民法总则与公司法的适用关系论》,《法学研究》2018年第3期。

看起来优美但却未必正确。主要的问题在于,如果按照这一规则,商事习惯法并没有取得优先于民法适用的地位,这样做的结果将使商事习惯法被排除在商事特别法的范畴之外,对商事案件的法律适用必然产生负面的影响。

采取民商分立体例的日、韩等国商法典明文规定了商法漏洞的填补规则。如《日本商法典》第1条规定:“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法典。”《韩国商法典》第1条也作出了类似规定:“关于商事,本法无规定时,适用商事习惯法;无商事习惯法时,适用民法。”也就是说,在确立商法优先适用地位的基础上,商事习惯法优先于民法适用,只有当没有商事习惯法时,才补充适用民法的一般规定。日、韩等国商法典上的这一规定,符合商事习惯法的属性,也与商法的形成和发展史高度吻合。因为“商法的形成实际上来自于实践”,^①商法在演变为成文法以前,是以商人的习惯法形态存在的,商事习惯始终是商法成长与发达的强大动力,因此,在规范层面商事习惯法与商法应具有相同的意义。

与《民法总则》确立的商法漏洞填补规则相比,日、韩等国商法典的规定值得肯定。“承认商事习惯的法律渊源地位不仅为法官裁量提供依据,还可以搭起沟通民法典总则和商事特别法之间的桥梁,也有利于实现商法和民法的接轨”。^②商事习惯法优先于民法适用,体现了商事习惯法本质上仍属于商事特别法的范畴,这符合对商法漏洞的填补不能失去商事特别法法意的要求。由于商事主体的职业性、专业性,商事交易形式的定期性、稳定性,为实现交易的快速与便捷,商事习惯比民法中的任意性规范更具有强制力,否则会遏制商事交易的发展,^③因此,应当充分认识到商事案件在法律适用方面的特殊性,“轻易放过有针对性的商事习惯,反而将普遍性的民法规范‘僭越’地适用于商事纠纷,这样的做法并不妥当”。^④事实上,在商事审判实践中已有法院认可了商事习惯在适用法上的优先地位。^⑤

鉴于此,在民商合一体例下,《民法总则》所确立的法律漏洞填补规则,应当作为法例的构成部分,^⑥成为整个私法的一般性规范。就此意义上而言,瑞士民法第

① 《中国大百科全书·法学卷》,北京:中国大百科全书出版社,1985年,第505页。

② 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。

③ 参见许中缘、颜克云:《商法的独特性与民法典总则编纂》,《中国社会科学》2016年第12期。

④ 张谷:《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,《中国应用法学》2017年第4期。

⑤ 例如,石家庄东方信联通信设备有限公司与闵富宁损害公司利益责任纠纷,河北省石家庄市中级人民法院(2017)冀01民终2586号民事判决书;上海广万东建筑设计咨询有限公司与万谷健志损害公司利益责任纠纷,上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初20934号民事判决书;何河与何家宝原石买卖合同纠纷,广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终13835号民事判决书;等等。

⑥ “法例者,民法适用之通例也。……不特于全部民法,可以适用,即民法法典以外之各种民事特别法规,亦应受其支配。”(梅仲协:《民法要义》,北京:中国政法大学出版社,

一条对适用于整个私法的兜底性补充规范，以济民法和商事特别法之穷，具有十分重要的参考价值。《瑞士民法典》第1条规定：“无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判；如无习惯法时，依据自己如作为立法者应提出的规则裁判”，“在前一款的情况下，法官应依据公认的学理和惯例。”^①该条创设的漏洞填补规则完美地协调了法官与造法的关系，“赋予法官在发现法律的漏洞时，立于立法者的地位造法的正当性；同时也对法官造法的‘补充性’作一警示，算是在法典主义与自由主义之间找出一个适当的平衡点。”^②该条因其具有内在的合理性，“在私法法典化的诸国家中，几乎没有一个立法者不在其新的民法典制定过程中（如意大利和希腊）或在其现行法的改革中在许多具体问题上利用了瑞士的经验。”^③事实上，瑞士民法第一条关于法官造法的表达，与我国的司法实际有一定的契合度，对提炼适合于我国商事法律体系的法律漏洞填补规则同样具有方法论的意义。

瑞士民法第一条草案原本将学理和实务惯例规定为法源，但最后它们只是法官填补漏洞的辅助手段，而非独立的法源，“瑞士的立法者刻意降低了学说与实务惯例（主要即判例）对法官的拘束力”，^④目的在于“营造一个在漏洞填补领域尽可能合理和可行的司法程序”。^⑤在我国，学理和判例并不能成为法官裁判的依据，但在法律适用过程中，学理和判例事实上对法官的裁判产生了很大的影响。如最高人民法院在制定司法解释的过程中，对学说愈加重视，很多司法解释都是学者参与讨论的，比如公司法司法解释（三），最高人民法院认为该解释是“着眼审判实践的需要、根据既有的立法规定、结合成熟的学说观点”制定的。^⑥对于判例，最高人民法院近年来发布的指导性案例“对人民法院审理类似案件、作出裁判具有指导作用，即在根据法律、有关司法解释作出裁判的同时，各级人民法院在审判类似案件时应当参照，并可以作为裁判文书的说理依据加以引用”。^⑦因此，瑞士民法第一条规定法官在填补漏洞时应参酌学理和判例，这种方法在我国也有一定的司法经验基础，对填

1998年，第49页）在立法形式上表现为民法典的首编，有的把它称之为序编，内容包括法律效力、法律渊源、法律解释、裁判规则、证据规则、基本原则和期间期日等。参见陈小君：《我国民法典：序编还是总则》，《法学研究》2004年第6期。

① 《瑞士民法典》，第3页。

② 苏永钦：《私法自治中的经济理性》，北京：中国人民大学出版社，2003年，第3页。

③ 参见K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：法律出版社，2003年，第264页。

④ 苏永钦：《私法自治中的经济理性》，第3页。

⑤ 艾姆尼格：《〈瑞士民法典〉之法官与法律的关系》，《法律科学》2013年第3期。

⑥ 《规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》，《人民法院报》2011年2月16日，第3版。

⑦ 张先明：《用好用活指导性案例 努力实现司法公正——最高人民法院研究室负责人就案例指导制度答记者问》，《人民法院报》2011年12月21日，第3版。

补民商事法律漏洞有借鉴意义。

代结语：立法任务与商法学的当代使命

虽然民法典不能解决一切民事问题，但在内容上尽可能的完美是各国民法典共同的追求。^①我国民法典的编纂也不例外。已经颁布实施的《民法总则》较好地抽象出了统辖所有民商事共同性规则，对于民法典分则编的内容安排，出于法典内在体系化的要求，诸如公司法、证券法、票据法、保险法、破产法等商事特别法仍将以单行法的形式存在。这就意味着，民法典编纂完成之日，恰是商事法律应当重新整合之时。

以公司法为例，《民法总则》有关营利法人的一般性规则，基本上是移植了公司法总则的大部分规定和提取了公司法中有关有限责任公司和股份有限公司组织机构设立的共同性规定。其中，有关营利法人的成立、营利法人人格否认、关联交易、营利法人决议的效力以及营利法人的社会责任等规定，纯粹是公司法总则相关规定移植的结果。被《民法总则》提取公因式后的公司法总则功能式微，整个公司法呈现碎片化现象，需要重述和整合。同时，商事特别法本身所形成的相当数量的一般规则和共同规则，如营业规则、商事登记、商业账簿、经理权与其他商事代理权、代理商等，在《民法总则》中难以找到恰当的位置去作充分地表达，也需要研究以什么方式进行补充和完善。

有学者提出，“适宜于在局限于商法领域作较低程度的抽象化立法”，^②比如制定《商事通则》或《商法通则》，^③来解决商法急需但《民法总则》难以解决的商法特有的一般规则或共同规则问题。尽管商事通则不是要取代民法在私法领域中的一般法地位，主要是满足对商事共同性规则“通、统、补”的要求，^④但不容忽视的

① 例如在《德国民法典》编纂前，尽管萨维尼与蒂堡对于是否制定法典的时机和条件展开了论战，表达了各自不同的观点，但对于法典内容的要求，两者却表达了一致的见解。萨维尼认为，“最为重要而困难的部分乃是法典的全面与完美”。（弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《论立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17页）蒂堡也认为，“对于每一项立法，我们都能够且必须提出两点要求，即该立法在形式上和实质上都要完全。”（安东·弗里德里希·尤斯图斯·蒂堡：《论制定一部德意志统一民法典之必要性》，傅广宇译，北京：商务印书馆，2016年，第13页）

② 李建伟：《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》，《中国法学》2016年第4期。

③ 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；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；范健：《民法典编纂背景下商事立法体系与商法通则立法研究》，《中国法律评论》2017年第1期。

④ 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。

是，当下商法学基础理论的研究仍显薄弱，对商法共通性规则的抽象把握尚不够精准，诸如商法的基本范畴、原则、理念和一般性规定等方面的研究不够透彻，是否有能力抽象出商法独特的一般性规则，不免心存疑虑。

客观地说，我国民法典采民商合一体例，无疑给商法学者深度参与民法典的编纂和推动商法学基础理论的研究提供了一个良好的机遇。中国商法学经过 30 多年的发展，在某些领域已经形成了一些较为成熟的理论和学说，商事审判实践中法官的商事法律思维也落实到了具体的实践，并积累了一些经验和较为成熟的裁判规则，民法典的编纂应当充分吸收商法学理论和实践的成果。法制史表明，法学是法典的首要创造者。^① 譬如，德国民法典所创立的体系，毫无疑问就是 19 世纪德国大学中发展起来的潘德克顿法学的最直接的表达。因此，编纂法典需要理论的强大支撑和学说的杰出贡献，反过来，一部法典也是检验理论和学说是否成熟的试金石。在民商合一体例下，处理好整个私法体系内民法与商法的关系，需要法学家的努力，尤其是民法学者和商法学者共同的努力。

“如果人们不把法典编纂当作一种形式，而看成是对某种思想的表示并试图理解这种思想，从而弄清它为什么要通过法典形式表示出来，那么人们就能了解比较法所提到的法典的意义。”^② 与大陆法各国民法典一样，中国的民法典同样不能没有思想，《民法总则》中法律漏洞的填补规则正是民法思想的一种体现，因此，整理商事立法和判例的资料，提出关于商法的解释、商事习惯法的认知以及商法学理的探究等方面的见解，并形成公认的商事法理，是商法学的当代使命。为完成自己的使命，“今后的商法学研究要集中于构建商法学独立的知识体系、理论体系与话语体系”。^③ 只有在理论上对商事特别法的意义阐释清楚，才能真正了解商法是民法特别法的内涵，才能正确处理商法与民法的关系，才能使民商合一体例并非徒具形骸而充满实质精神。唯有如此，中国民法典才真正有了思想和意义。

〔责任编辑：李树民〕

① 参见桑德罗·斯奇巴尼：《法学家：法的创立者》，《比较法研究》2004 年第 3 期。

② 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，北京：法律出版社，2004 年，第 26—27 页。

③ 参见张文显教授在中国商法学研究会 2015 年年会上的讲话。《中国商法学研究会 2015 年年会成功举办》，2015 年 9 月 29 日，https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=82&InfoID=16839，2018 年 3 月 16 日。

association. Our findings show that financial markets in Chinese mainland are net importers of risk spillovers and that systemic financial risk has a clear cross-market contagion effect due to a global volatility spillover scale of 64 percent. To maintain the stability and security of China's financial markets, consideration should be given to the regulatory precept of "too connected to fail" in establishing macro-prudential risk prevention mechanisms.

(5) Lacunae in the Special Law Attributes of Commercial Law and Rules for Remediation *Qian Yulin* • 91 •

The relationship between the applicability of civil and commercial law has traditionally been handled in accordance with the legal principle of the "priority of special law." Commercial law has priority application when special provisions are involved, but the general provisions of civil law apply where no special commercial law provisions exist. However, this practice ignores cases in which commercial law has no special provisions. It is necessary to distinguish between situations where "no special provisions are required" and "special provisions should exist but do not." The rules for handling the two situations are totally different. Where commercial law does not need special provisions, the general provisions of the civil law should be applied; but where commercial law ought to have special provisions but none exist, that constitutes a lacuna that should be remedied through the appropriate means. The norms formed by remedying gaps in commercial law still essentially fall into the category of special commercial law. If the general provisions of civil law are applied indiscriminately whenever commercial law lacks special provisions, this will undoubtedly obliterate the special law character of the gaps in commercial law, resulting in a lack of normative purposiveness and legitimacy for specific items. The fact that the civil law drawn up in China integrates civil and commercial law has partially solved the problem of rules for special commercial law, but lacunae in commercial law are still unavoidable, and the clause on the application of law introduced under the general rules of civil law lacks the institutional supply that could remedy these lacunae. Legal interpretations and improved rules for remedying such gaps should be used to harmonize the general rules of civil law and remedy lacunae in commercial law. The contemporary mission of commercial law is to sort out information on commercial legislation and jurisprudence; to provide insights into the interpretation of commercial law and the cognition of customary commercial law; explore the principles of commercial law; and form a recognized body of legal principles for commercial affairs.

(6) The Rise and Influence of Financial Capitalism—A Sociological Analysis of a New Form of Capitalism *Yang Dian and Ouyang Xuanyu* • 110 •

Compared with the first "great transformation" proposed by Karl Polanyi, the

• 201 •