

《商法通则》/《商法典》总则的可能体系

——为什么我们认为“七编制”是合适的

蒋大兴

[摘要] 虽然《商法通则》/《商法典》的制定还是“八字都还没有一撇”的事,但理论的研究始终应当走在实务/立法前面。在商法学界集体推动《商法通则》制定出台之时,我们有必要对《商法通则》甚至《商法典》总则的体系进行“提前讨论”。我们主张《商法通则》应当采用“七编制”,该七编的主要内容和应凸显的规范特点有:其一,在商主体规制上,应采“商人”概念,凸显“商号保护”及商人的“权利保护”,此乃符合中国当下社会实践和商事习惯的选择;其二,在商行为规制上,应采“营业行为”替代“商行为”概念,区分民事财产与商事营业财产,对营业资产的变动——营业转让作出特别规制,对营业性代理作出不同于普通民事代理的安排(尤其是主张对组织性代理行为的外部效力作出规定),对金融商行为、电子营业行为、营业账簿进行规制,等等;其三,在商事登记/备案方面,应突破传统商事登记立法过分关注“主体性登记”,忽略“行为性登记”的问题,对登记行为尤其是其公示行为的效力进行专门安排,同时应对各种“备案行为”及其“公示效力”进行专门规定;其四,在不当交易规制上,考虑到中国商事营业领域不当交易行为的普遍性和易变性,应对不当交易进行原则性规制,满足对不当交易行为进行弹性规制的需求;其五,应凸显商事纠纷之解决机制,在实体法部分规定商事调解、商事仲裁及商事法院/法庭的一般规则,强调民事纠纷解决程序优先,强调商事犯罪的界定应尊重私法关系的安排,以适应商事纠纷解决对证据规则、纠纷解决柔性及效率的需求。

[关键词] 商法通则;《商法典》总则;商人;营业行为;商事登记;商事纠纷

[作者简介] 蒋大兴,北京大学法学院教授,博士生导师,教育部2016年度“长江学者奖励计划”青年学者,北京100871

[中图分类号] D923.99

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2019)01-0038-17

DOI:10.16524/j.45-1002.2019.01.005

无论是制定《商法典》还是《商法通则》,都需要解决商法典化的体系问题。尽管对当下是否应当制定以及如何制定《商法通则》/《商法典》^①,甚至对所谓《商法通则》是否为《商法典》之总则,理论上仍然存在争议^[1],但笔者认为,如果中国未来可能制定《商法典》,则今日所谓《商法通则》的主要内容,无疑将成为《商法典》总则部分的核心。因此,本文所谓《商法通则》的体系,在功能意义上也就是《商法典》总则部分之体系。本文也正是在此种意义上讨论《商法通则》体系之设计。为此,我们认为,最适合中国的《商法通则》体系是“七编制”。笔者曾在《商法典/商法通则的可能空间》一文中初步论证我们为什么需要七编制的理由^[2]。本文旨在从民法典与商法典的分工以及商法通则所欲解决的“规范

核心”角度,进一步论证《商法通则》采取七编制为何是合理的。通过这样的讨论,可以进一步证明,中国未来为什么需要以及需要何种《商法典》/《商法通则》。

一、缘起:什么是《商法通则》的“七编制”?

(一)众说纷纭的《商法通则》的编章体系

周林彬教授认为,《中华人民共和国民法总则》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《中华人民共和国民法总则》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

① 见赵万一:《中国究竟需要一部什么样的民法典——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;范健:《编纂〈中国商法典〉前瞻性思考》,《广东社会科学》,2018年第3期;范健:《中国需要一部什么样的民法典》,《党政视野》,2016年第5期;[德]彼得·A·温德尔:《我们需要商法典吗?》,黄松茂译,《财经法学》,2017年第6期。

余”交由《民法总则》制定后的商事立法完成^①。然而,在主张制定《商法通则》的学者眼里,对于《商法通则》的可能体系从来就没有达成一致。有主张十一编/章制的,也有主张七编/章制的,还有主张五编制的,而且即便在主张分编/章相同的学者观点里,其主张的具体规范的编章内容,也存在诸多不一致现象。

1.十一编/章制。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九十二条: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^②。赵旭东教授主持起草的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》,在体系上延续了十一章的基本结构,包括第一章一般规定(1-12条)、第二章商事主体(13-21条)、第三章商事登记(22条-39条)、第四章商业名称与字号(40-57条)、第五章商事公示与商事信用(58-73条)、第六章商事会计账簿与审计(74-83条)、第七章商事行为(84-99条)、第八章商事代理(100-116条)、第九章商事营业与转让(117-129条)、第十章一般商事权利与义务(130-140条)、第十一章商事争议解决(141-147条)^③。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一百零三条^④。

2.七编/章制。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一百四十六条: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^⑤。王明锁教授则以《民法典通则》的形式,提出了以下七章制:第一章原则与适用;第二章民商主体(第一节自然人、第二节法人、第三节非法人企业、第四节国家、第五节代理人);第三章民商客体;第四章民商权利;第五章民商行为(第一节一般规定、第二节原因行为、第三节权利行为和义务行为、第四节违法行为);第六章民商责任(第一节责任的方式与适用、第二节当事人责任分担);第七章民商责任时效(第一节责任时效与责任时效期间、第二节责任时效期间的起算、第三节责任时效期间的中止与中断、第四节最长责任时效期间及其延长、第五节超过责任时效期间的法律后果)^⑥。在笔者此前的论文

中,也主张另一种七编制(详见后文)^⑦。

3.五编/章制。范健教授在其论文中,主张《商法通则》应包括五编,其中,第一编总则(规定《商法通则》的立法目的、调整对象、法律原则、法律渊源以及法律冲突或法律空白下的法律适用问题);第二编商事主体(其中商事登记、商号、商事账簿、雇员、代理商等与商人有关的制度,都属于本编的内容);第三编商行为(分为两章:第一章为一般规定,规定商行为的概念、分类等,第二章则对具有特殊性的商行为作出规定。只需要对不同于一般民事行为又无特殊规制的商行为进行规定,如商事物权行为、代理行为、交互计算行为等);第四编商事责任(本编也需要分为两章,第一章是商事责任的一般规定,即商事责任的承担主体,商事责任的承担情形以及无需承担商事责任的情形;除此之外,还应当包括商事责任向刑事法律责任的转换的规定,即如果行为人的商行为违反了刑法的规定,则需要承担刑事责任);第五编商事诉讼(本编应当对商事审判的司法管辖、商事法庭作出详细规定。商事审判应当实行单独的司法管辖,还需在法院系统中设立独立的商事法庭,确保商事纠纷能够在商事理念、精神,也要求商事纠纷的审理程序、诉讼时效等与诉讼程序有关的规则区别于民事规则。对此,《商法通则》作为商事领域的基本法律应当赋予商事单行法,就诉讼时效作出特别规定的权限)^⑧。

4.其他理论演习。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^⑨。范健教授侧重从法律关系的角度构造《商法通则》的体系,他认为,在商事法律关系体系中,实际上贯穿着两条主线:一是以商事法律关系的主体、客体和内容建立的静态的商事法律关系体系;二是通过商事法律关系变动以及商事法律事实建立的动态的商事法律关系体系。商法规则便是对这两条主线的融合和描述,从而形成了完整的形式商法体系。静态的商事法律关系体系主要是指商主体法,由商主体总则和分则组成,总则部分具体包括商主体的法律人格要素及其资格条件、商主体的内部组织结构及相应责任、商号及商誉等商事人格权、商主体的注册登记、商主体的账簿等;分则部分具体包括从事商业银行、证券、保险、信托等特定商行为的商主体的特殊形态及其特殊规则。动态的商事法律关系体系主要是指商行为法,同样应当由商行为总则和分则组成,总则部分主要是规定抽象商行为的构成要

①见周林彬:《〈民法总则〉制定后完善我国商事立法的必要性与可行性》,《地方立法研究》,2018年第2期;周林彬:《民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿“一般规定”条款的修改意见为例》,《社会科学战线》,2015年第12期。

②见《商事通则》调研组:《中华人民共和国商事通则(建议稿)》。

③见《中华人民共和国商法通则(建议稿)》(赵旭东教授主持课题组完成)目录部分。

④见樊涛:《商法通则:中国商事立法的应然选择(附:〈中华人民共和国商法通则〉建议稿)》,《河南大学学报》(哲学社会科学版),2008年第3期。

素、性质、特征及其相应的法律后果,并应当对商事物权行为、商事债权行为、交互计算以及具有普遍意义的商事代理行为做出界定;分则部分则是对各种具体商行为内容和法律后果的规定,包括商事买卖行为、商事行纪行为、商事居间行为、商事运输行为、商事仓储行为、商事租赁行为、融资租赁行为,以及与证券、保险、银行、票据、破产、海商等相关的

商行为。此外,为统领商主体法和商行为法,应当将两者的一些共同内容抽出来立为商法总则,着重规定商法的适用范围和基本原则等一般性问题^[8]。

(二)什么是我们的“七编制”

在《商法典/商法通则的可能空间》一文中,我们认为,未来中国的《商法通则》应采取“七编制”,该七编之内容初拟如表 1^[9]。

表 1 《商法通则》七编制的基本构成

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、商人的权利规范等)
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、金融商行为、电子营业行为、商业账簿等特别商行为进行规则等)
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、登记行为的效力等)
第五编 不当交易规制(涉及不正当竞争、反垄断、企业合规等商事交易规制等)
第六编 纠纷解决(涉及商事调解、商事仲裁及商事法院/法庭的一般规则等)
第七编 附则(涉及商法通则的生效及解释等规范)

我们主张的七编制,具有以下鲜明的特点:第一,在商主体规制上,主张采“商人”的概念,凸显“商号保护”及商人的“权利保护”,这是符合中国当下社会实践和商事习惯的选择。第二,在商行为规制上,采“营业行为”替代“商行为”的概念,区分普通营业财产与商业营业财产,对营业资产的变动——营业转让作出特别规制,对营业性代理作出不同于普通民事代理的安排(尤其是主张对组织性代理行为的外部效力作出规定),对金融商行为、电子营业行为、营业账簿进行规制,等等。在商行为的规制上,既符合传统商法体系性的需求,又兼顾中国对营业行为的实践理解,同时兼顾营业行为的现代发展,对金融营业行为、电子营业行为等特别营业行为进行原则性规制。第三,在商事登记/备案等方面,突破传统商事登记过分关注主体性登记,忽略行为性登记——营业登记的局限,特别强调登记行为的多样性,同时,对登记行为的效力——尤其是其公示效力进行专门安排。而且,在规范登记行为及其效力的同时,对各种备案行为的公示效力进行

专门规定。第四,在不当交易规制上,考虑到中国商事营业领域不当交易行为的普遍性和易变性,对不当交易进行原则性规制,使不正当竞争、反垄断等商事交易调整规则进入《商法通则》,形成一般条款,从而能够适应对复杂多变的不当交易行为进行弹性规制的需求。第五,凸显商事纠纷之解决机制,在实体法部分规定商事调解、商事仲裁及商事法院/法庭的一般规则,以适应商事纠纷解决的证据规则、纠纷解决柔性及效率的需求。第六,通过附则之设计,对商事规范之解释规则等进行专门安排。凸显商法教义学的重要意义及操作程式、逻辑。

可见,我们主张的七编制实际上是以“功能主义”为导向的,贯彻了“目的—主体—行为—规制”的立场(表 2)。此种编章安排,并未凸显权利与责任的设计,这并非不重视商人权利与责任的安排,而是因为,权利与责任可以包容在主体与规制内容之中,商人的权利条款虽然非常重要,但在《商法通则》中,以编的形式安排商人权利,可能并不需要设计那么多的总则性的权利条款。商事责任

表 2 《商法通则》七编制的体系逻辑

目的/功能原则	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
主体	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)
行为	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、金融商行为、电子营业行为、商业账簿等特别商行为进行规则)
规制	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)
	不当交易规制(涉及不正当竞争、反垄断、企业合规等商事交易规制)
	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)
附则	涉及商法通则的生效及解释等规范

虽然极为特殊,但总则性条款同样不多,可以安排在规制部分的纠纷解决中,而且大部分有关商事责任的内容,都会体现在商事部门法,例如公司法、票据法、保险法中,似乎没有必要在《商法通则》中单独成编。

二、为什么“七编制”是适合的:比较法的依据

(一)比较法上的体系:地方性及多元的结构

在所能查找到的商法典中;我们统计发现各国(地区)对于商法典/商业法以及“类商法通则”的体例安排有着部分的“多元性”和“地方性”。

1. 亚洲国家(地区)

(1)《越南商法》(2005)第一章一般规定;第二章货物买卖;第三章服务条款(Provision of Services);第四章商业促进 Commercial Enhancement;第五章商业中介行为(Internediary Commercial Activities);第六章其他一些具体商行为(A Number of other Specific Commercial Activities);第七章商业补救措施及商业纠纷解决;第八章对违反商法行为之处理;第九章实施条款。

(2)《韩国商法典》2011年修订版共六部分。第一部分一般规定;第二部分商行为/商业活动;第三部分公司;第四部分保险;第五部分海商;第六部分航空。

(3)《澳门商法典》共分4卷。第一卷经营商业企业之一般规则;第二卷合营企业之经营及企业经营之合作;第三卷企业外部活动;第四卷债权证券。其中,若将第一卷类比为“商事通则”的话,其第一卷具体安排如下:第一编商业企业主、商业企业及商行为;第二编商业名称;第三编商业登记;第四编登记;第五编账目之提交;第六编经营企业之代理;第七编因经营企业而承担之责任;第八编商业企业之民事责任;第九编商业企业;第十编企业主之间竞争规则。

这足以见即使在具有类似“文化基因”和历史背景的东方,各国(地区)商法典/商事立法安排并不相同。究其原因可能来自对一国(地区)经济现实的回应;如韩国海商和航空专门成编的原因可能在于二者对于韩国经济颇为重要,故独立成编专门规制。

2. 欧洲国家

《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。

除了老牌的欧洲国家以外,比较典型的是《爱沙尼亚商法典》。《爱沙尼亚商法典》之篇章安排可

谓中规中矩,共分11编,分别为:第一编一般规定;第二编商事登记;第三编独资企业;第四编一般合伙;第五编有限合伙;第六编有限责任公司;第七编上市公司;第八编分支机构;第九编合并、分立及形态转换;第十编责任;第十一编法典之实施。

3. 拉丁美洲国家

(1)《乌拉圭商法典》共分三册,分别为:第一册商主体(第一编商人、第二编所有从事商业活动的人负有共同的义务、第三编商业中介结构);第二册商事合同;第三册航运权利及义务(DE LOS DE-RECHOS Y OBLIGACIONES QUE RESULTAN DE LA NAVEGACIÓN);第四册破产编(DEL CONCORDATO PREVENTIVO Y DE LAS QUIEBRAS)。

(2)巴布亚新几内亚1952年《商业法》:第一章一般规定;第二章进出口检验;第三章进口和销售;第四章出口;第五章杂项(本部分多与责任和救济相关)。

(3)玻利维亚1977《商法典》篇章安排:初始章为一般规定;第一册商人及其义务;第二册商品证券市场及其他;第三册合同和商业义务;第四册特别程序。

(4)洪都拉斯1970《商法典》之安排:初始章为一般规定;第一册商人及其辅助商;第二册商业活动(DE LAS COSAS MERCANTILES)。

4. 非洲国家

(1)莫桑比克2005《商法典》之体例。第一章一般规定;第二章商事能力、企业家及义务;第三章营业场所;第四章商业设立。其中一般规定共分8节,分别为商法目的、商人、商事企业、商业活动、商业活动的规则、法律适用、附属法、管理与外国人进行商事活动的规则。

(2)马耳他2009年商法典之体例,共分四个主要部分和一个时间表。其中第一部分是商业行为之一般规定;第二部分海上贸易及航行;第三部分破产;第四部分诉讼时效及某些商业事项的不受理、商事案件管辖及费用。

(3)毛里塔尼亚2000年《商法典》体例。第一编一般商事规定;第二编商业公司及经济利益集团;第三编商业的效果;第四编商业合同;第五编价格及竞争的自由;第六编破产。

(4)在非洲最新商法统一运动中,非洲17国一般商法统一法之体例。非洲17国一般商法统一法是最新商法典的最新立法活动之一,统观整部法律,其共分为预备性章节+九编之体例框架,具体为:预备性章节;第一编商人和企业主身份;第二编商业和担保登记;第三编国家登记处之规定;第四编区域登记处;第五编电子化的商事和担保登记,国家和地区注册;第六编专业性租赁和营业资产租赁;

第七编商业中介;第八编商事买卖;第九编过渡性条款和最终条款。

5.小结:多元的结构

从以上各国(地区)商法典的篇章体例特点来看,可以总结如下:第一,商法典商事立法的编目具有多元性。各国(地区)章节安排有九章、四章、五章、六章、十编、十一编、三册、四册、预备性章节+九编等多种类型。第二,商法典编目安排具有地方性。如韩国将海商、航空独立成编可能在于二者在韩国经济中的重要作用。再如马耳他作为临海国家,海运/航运对其十分重要,故在马耳他2009年《商法典》中第二部分是“海上贸易及航行”。与此类似的还包括巴布亚新几内亚。第三,最新商法典编目安排还可能具有“行政推动”性。如非洲17国一般商法统一法中“国家登记处”和“区域登记处”实质为借助商法典对17国行政机构的约束。

(二)《商法典》的核心:若干问题的梳理

1.商法典的立法目的。梳理各国商法典的立法目的,比较其与民法典的立法目的的差异,可以看出商法典的规整范围,并能进一步观察商法与民法在法典体系上的分工。法典的目的条款一般体现在法典的第一条当中,《日本民法典》和《日本商法典》分别规范了其立法目的。其中《日本民法典》的立法目的,旨在维护个人的尊严和两性平等,此种目的的基本是纯粹的“民事目的”;而《日本商法典》的立法目的旨在框定其适用范围——适用于关于商人的营业、商行为和其他商事。并且,《日本商法典》第一条还规定了“法源秩序”,凸显了商事习惯优先于民法适用的规则,即“关于商事,这部法律没有规定的事项将遵从商事习惯,没有商事习惯时,遵从民法的规定”。

然而,在有商法典的国家,未必都在法典中规定了《商法典》的立法目的。例如在德国,其民法典中并没有专门法条对立法目的作出规定(法典的第一条为对自然人权利之始期的规定)。文献认为,“非商人所实施的行为则属于一般性的民事活动,由其形成的社会关系为一般性的民事关系,直接由民法调整”^①。可见,其民法典的立法目的可能为调整一般性的民事活动。同样,在德国,其商法典中也没有专门法条对立法目的作出规定(法典的第一条为对商人的定义)。文献认为,“中世纪以后,因海运及商业之发展,海事法、商事法组建发达,构成与私法(即民法)不同之指导原理,即所谓商法”^②,”凡

商人(商主体)所从事的活动,均为商行为,由此产生的社会关系为商事关系”^③。可见,其商法典的立法目的可能为调整民法不适合调整的商事关系。德国为商人法主义,即以规制商人这个主体为主,规制商行为为辅^④。

再如,在法国,其民法典中也没有专门法条对立法目的作出规定(法典的第一条为生效时间)。文献认为,“凡是解释,适用法律者不再受特别法,即例外法的限制时,就应该回到民法”^⑤。可见,其民法具有一般适用的补充作用。《法国商法典》中也没有专门法条对立法目的作出规定(法典的第一条为对商事行为的列举)。文献认为,“《法国商法典》是为商法的利益对民法作出的各种例外规则的汇编”^⑥。可见,《法国商法典》是调整商事利益的特别法,旨在填补民法之不足。

《美国统一商法典》明确规定了其立法目的,该法典第1-102条宗旨;解释原则;通过协议改变本法条款的效力。(1)本法应作灵活的解释和适用,以促进本法之基本宗旨的实现。(2)本法之基本宗旨为:a.使调整商业交易的法律更加简洁、明确并适应现代要求;b.使商业作法能够通过习惯、行业惯例和当事方协议不断获得发展;c.使各州调整商业交易的法律归于统一。(3)在本法没有相反规定的情况下,本法各条款的效力可以通过当事方的协议加以改变。本法规定的善意、勤勉、合理和注意的义务,不得通过协议加以排除,但是当事方可以通过协议确定履行这些义务的标准,所确定的标准不得明显不合理^⑦。

可见,在欧洲大陆早期法典立法中,并未很明确地凸显其法典的目的,这可能是因为实用主义哲学的影响,早期法典对目的条款并不是十分重视。另外,值得注意的是,大陆法系国家与英美法系国家在法典化的目的上还是存在一些差异。大陆法系国家主要是基于商法和民法之不同而制定商法典的。比如说,在日本,商法意义的中心命题,即证明商法是区别于民法且由首尾贯彻一致的概念构成的一个独立的法系统这一命题的中看出(实质意义上的商法)^⑧。而英美法系,则不出于该逻辑来制定商法典。比如说,美国的统一商法典就是为了便于修订与商法相关的诸旧法和将各法联系起来,从而使诸规定现代化、简单化和明朗化等理由从而制定的^⑨。

2.商法典的原则。在商法典的原则部分,即便已有商法典的国家,也很少在其法典中明确规定商

①见《美国统一商法典》第1-102条,1912年3月1日颁布,1912年3月1日实施。

②[日]落合誠一、大塚龍兒、山下友信:《商法1總則·商行為》,有斐閣,2013年,第11页。在日本学界,将商法意义分为了实质意义上的商法和形式意义上的商法,形式意义上的商法指的是由商法命名的法律,即商法典。

③见孙新强:《美国〈统一商法典〉及其正式评述》,中国人民大学出版社,2004年,第13页。Kamp, Allen R., Downtown Code: A History of the Uniform Commercial Code 1949-1954 (May 27, 2016). Buffalo Law Review Vol. 49, 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2785631>.

法的原则。例如,日本、德国、法国等有商法典的大陆法系国家,都未在其商法典中明确规定商法应实行何种具体原则(表3),有关商法的原则基本都是学者在其论述中总结出来的。

表3 商法中的顶级原则及其区分基础

区分基础/提炼角度	商法中的顶级原则	
侧重行为描述	交易自由原则	交易规制原则
侧重功能描述	交易效率原则	交易安全原则

日本民法典第一条:(1)私权必须符合公共福祉;(2)权利的行使及义务的履行必须服从信义,诚实地行使;(3)权利的滥用是不被允许的。但《日本商法典》中并没有专门法条作出规定,只是在法典相关部分体现了商法原则:(1)法典第509条(诺否通知义务)和522条(商事消灭时效)可体现日本商法典注重商事效率;(2)法典第9条1项(商业登记制度)、504条(商事代理)、510条(物品保管义务)和511条(商事债务的连带债务性)等条文体现了对交易安全的重视。

德国民法学者认为:“德国民法系以意思自治、私有财产制度、过失主义、自己责任制原则为支柱”^[16],从而以学理的方式整理了德国民法的基本原则。同时,按照C.W.卡纳里斯的观点,德国商法有以下特征:(1)“商法扩大了私法自治的范围”。比如《德国商法典》348条规定,一个商人在自己的商事营利事业的经营中允诺的违约金,不得依《民法典》343条的规定减少。这体现了商法的特征,即商人需要法律特别保护程度低且商事交易应最大限度减少束缚。(2)“对交易保护和信赖保护的较高要求”。如“《德国商法典》366条,不仅保护民法典规定的善意取得,还保护处分权的善意取得”。(3)“商人的特别注意义务和职责的规定”。如《德国商法典》377条对商事买卖中监督和异议义务的规定^[17]。其中,第二个的特点和第三个特点可以体现商法的交易效率和交易规制原则。

《法国民法典》第5条规定:“禁止法官采用确定规则的一般处分对其审理的案件作出宣告。”第六条规定:“任何人不得以特别约定违反涉及公共秩序和善良风俗的法律。”这些规定可以视为民法基本原则的内容,但其商法典没有对商法的原则作出特别规定。有学者认为,法国民法和商法对“无能人”的规制体现了对交易安全的重视^[18],进而体现了交易规制原则。

3.商法典规制的主体。各国或地区在其商法典中对商法典的规制主体的法律表现形式/称呼也明

显不同,一些国家使用“商人”的概念,还有一些国家或地区使用“企业”的概念。其中,使用“商人”的国家,主要有日本、法国、德国、西班牙、韩国;使用“企业”的国家或地区主要有奥地利、中国澳门、澳大利亚^①。

4.商法典规制的行为。我们可以通过比较各国关于商行为的概念,分析营业行为是否更优越,以及观察各国对民事财产与营业财产的区分规制逻辑,尤其是是否存在对电子商营业、金融商营业的特别规制。通过比较可以发现,各国关于商行为的规制并不十分一致,商法典很少对电商营业、金融商营业等新型营业行为进行规制。

《日本商法典》并没有商行为进行专门的定义,而是对商行为进行分类,对各类商行为进行了定义:(1)第一类为绝对的商行为(501条),指的是那些就算是非商人且仅实施了一次的行为也应该被认作是商行为的行为;(2)第二类为营业的商行为(502条),指的是那些反复进行的营业为目的而反复实施的行为(但不包括为获得工资而实施的劳务行为);(3)第三类为附属的商行为,指的是商人为了其营业而实施的行为(503条,比如开业准备行为)^②。

《德国商法典》第343条规定,商行为是一个商人实施的、属于其商事营利事业经营的一切行为。《德国商法典》并没有对营业财产进行界定,“营业在德国仍仅从主观意义上理解,即营业只是一种持续性的商事活动,而不是一项财产。之所以出现该现象,根本原因就在于,《德国商法典》从商法的特征解释和规制营业,即商法上的营业以具有活动的独立性”^[19]。

《法国商法典》并没有对商行为的概念作出定义(进行了列举)。根据文献,“商事行为(act de commerce),也称商行为”“在法国商法里,商事行为是指因其‘性质’或‘形式’以及(或者)因‘行为本身’的(身份)资格’而应当适用商法的行为”,即“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”。商事行为可以分成三类:(1)固有商事行为,指的是商人作为独立职业经常性实施的行为;(2)形式上的商业行为,任何人之间的汇票及商事公司的行为;(3)从属性商事行为,商人在从事商业活动中完成的所有的商业行为^[20]。营业资产的概念,“法院判例与学理认为:营业资产是‘商人用于从事某项经营活动的全部动产’,由有形动产和无形动产组成,前者主要包括待出售的商品、从事经营活动所需的设备和器材,诸如货架、货柜等;后主要是指顾客群体、经营场地的

①Siems, Mathias, The Divergence of Austrian and German Commercial Law – What Kind of Commercial Law Do We Need in a Globalised Economy? International Company and Commercial Law Review, pp. 273–278, 2004. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=853844>.

②近藤光男:《日本商法总论·商行为法》,梁爽译,法律出版社,2016年,第20–27页。

租约权、商业名称、招牌,还可能包括商标品牌、专利权或专有技术,以及从事特定职业的资质证书、营业执照或许可证等。”^[21]至于民事资产与营业资产之区别,“法国法律没有‘民事资产’但有‘民事顾客群体’的概念,与‘商业群体’相比,前者更强调和重视经营活动主体本人的人格(资质、信誉)”^[22]。法学家里佩尔说:“顾客群体即是营业资产本身。”^[23]基于营业资产和民事资产的不同,在法国,营业资产在转让、买卖等制度上与民事资产的规制有所不同。比如说,营业资产的买卖,不适用于《民法典》的“对于动产,占有即等于所有权证书”之规定(因为营业资产包含无形动产);营业资产的转让,需要非商人的受让人去商事法院注册登记,取得商人资格^[24]。

5.商法典规制的登记行为/备案行为。比较各国有关商事登记行为可以发现,存在“主体性登记”和“行为性登记”的区分,而且各国对商事登记的主体、登记类型及登记效力均存在一些不同的安排,尤其是在法国,“行为性登记”遍布法典的各处。

在日本,商事登记的主体包括商业使用人(经理)、未成年人及其监护人、股份公司、合名公司、合资公司、合同公司、外国公司;《日本商法典》里面的登记,可以区分为主体性登记和行为性登记,其中主体性登记有9种(日本商业登记法第6条):(1)商号登记簿;(2)未成年人登记簿;(3)监护人登记簿;(4)商业使用人(经理)登记簿;(5)股份公司登记簿;(6)合名公司登记簿;(7)合资公司登记簿;(8)合同公司;(9)外国公司登记簿。行为性登记主要有《日本商业登记法》33条规定的商号废除或变更登记。不作登记会产生除了不能对抗善意第三人以外的不良后果(被注销登记)。《日本商法典》9条第1款:应当登记事项未经登记不可对抗善意第三人。登记后,第三人由于正当的理由不知道该登记的除外。此处的正当理由指的是台风自然灾害导致无法到登记机关之类的原因,第三人自己住院不属于正当理由。另外和表见代理的关系:9条1项的适用范围的问题,不适用民法上的表见代理^①。对于正当理由的高要求可看出鼓励明确登记。

在德国,“能够履行商事登记的行为人必须拥有自己的商号,必须为完全商人”^[25]。在《德国商法典》中,“对于在商事登记簿上登记的法律事实的可登记性问题,法律并没有明确规定”^[26]。因此,对于登记之类型,并无特别明确的主体性登记和行为性

登记之区分,但《德国商法典》的53条经理权的授予和消灭应能定义为行为性登记。《德国商法典》第15条第1、2款对登记的效力作了明确规定:(1)在一个应被登入商事登记簿的事实未被登记和公告期间,在其事务上应当对此项事实登记的人,不得以此项事实对抗第三人,但此项事实为第三人所知悉的,不在此限;(2)此项已被登记和公告的,第三人必须承担此项事实的效力。

《法国商法典》第L123-1条:具有商人身份的自然人、公司、经济联合组织、法国公立机构、外国国家、外国地方行政部门或公立机构的商务代表机构或商务代表处等是商事登记的主体。《法国商法典》中同样存在主体性登记和行为性登记的区分,例如,前述《法国商法典》第L123-1条为主体性登记,而行为性登记则遍布全法典。至于商事登记之效力,则根据登记事项之不同,有设权性登记,也有对抗性登记的效力。例如,《法国商法典》第L123-7条:凡是在“商事及公司注册登记簿”上进行了注册登记的自然人,推定其具有商人资格;但是对于提出相反证据的第三人与行政部门,此种推定不具有对抗效力;第三人与行政部门如知道进行了注册登记的人不是商人,不准主张此种推定。

6.商法典规制的不当交易行为。不当交易的规制一般被视为经济法的内容,但因为很少存在经济法典,一些国家(地区)以商法典规范不正当交易。透过比较我们发现,法国、中国澳门、土耳其等在其商法典中对不正当交易行为进行了规制。

《法国商法典》的第四卷(价格与竞争自由)为商法典对不正当交易行为之规制,包括以下内容:第一编一般规定;第二编各种反竞争行为;第三编经济集中;第四编透明度、限制竞争的行为与其他受禁止行为;第五编调查权力;第六编竞争主管机关;第七编其他规定。其中第四编的内容可以看作对非垄断公司的不正当交易之规制^②。实际上,《法国商法典》规制的主要为竞争法(L420.1-L420.7, L430.1-430.10)的内容而非不正当竞争的内容。在法国,不正当竞争的内容主要由《法国民法典》中的侵权条款来进行规制(1240条)。不正当竞争和竞争法的区别在于,不正当竞争由侵权条款进行规制,其自身保护的是私人经济自由(交易的自由和开业的自由);竞争法则由国家公权力来保证,其必须与公共经济自由这种特殊的认识联系在一起(竞争法在法国一开始设置的目的便不是为了保护自由竞争,而

①[日]近藤光男:《商法総則·商行為法》,有斐閣2013版,第45-46页;[日]近藤光男:《日本商法总则·商行為法》,梁爽译,法律出版社,2016年,第32-33页。

②Feteira, Lúcio Tomé, On Free and Fair Competition: Some Comparative Notes on the Interplay between Unfair Competition and Competition Law (2017). Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL Ano XVIII - n.º 33 - 2017/Ano XIX - edição especial n.º 6 - 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3244570> (20页)。

是为了作为控制价格政治需要而设置的)^①。

2012年土耳其《商法典》的54~63条中对不正当竞争进行规定,主要包括:(1)不正当交易规制的原则和目标(54条);(2)不正当规则的类型(55条);(3)违反者的罚则和禁止条款。土耳其关于不正当竞争的法律主要规制在其商法典之中。其与土耳其竞争法(Law NO.4054)的关系为,土耳其竞争法从宏观的角度来调整了自由竞争,而不正当竞争条款则从微观的角度来完成同样的任务,即土耳其竞争法监督的是市场,不正当竞争则监督的是不正当交易^②。

我国澳门地区的《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。

2000年毛里塔尼亚的《商法典》中“挤入”了竞争规则,吸收传统属于价格调控的规则,其第5编主要内容为价格及竞争自由。第一章一般性规定;第二章价格自由;第三章透明度和市场自由度;第四章监督和保护市场的运作;第五章监督和保护市场的运作;第六章杂项。

7.商法典规制的商事法院。在《商法典》中对商事法院进行了规制的代表性国家有法国,其主要内容包括:(1)商事法院的设置和管辖权限;(2)商事法院的组织与运作;(3)商事法官的选举;(4)商事法官的纪律;(5)特别商事法院等内容^[27]。而设置商事法院的必要性在于商事争议快速、不公开解决的

需要。商事法院的特殊性可从《法国商法典》规定的条文中充分地体现出来(比如说,商事法官的选举等)^[28]。

三、为什么“七编制”是适合的:法理的说明

(一)《商法通则》中的“一级原则”:交易效率/自由与交易安全/规制原则

原则或多或少地直接指向——事实上,原则通常很难区别于——各种价值、利益、权利、政策和目的,它们本身是具有道德属性的,假设我们正在探究道德原则。所以拉兹认为,原则就是那些从道德中提取出来的普遍的第一位阶理由(和那些基于自利的理由相对立)^[29]。按照拉兹的观点,原则是第一位阶的行动理由,规则是第二位阶的行动理由^③。因此,在适用性方面,原则具有优先性,这是因为原则负载有道德价值,所以原则并非价值无涉,恰好是价值相涉的内容。然而,学术界对商法原则的讨论存在巨大分歧。如同范健教授所言,商法学界对于商法的基本原则没有形成较为统一的认识^[30]。最少的为两原则说,即认为商法的原则是保障交易便捷原则和维护交易安全原则^[31];最多的为九原则说,即认为商法的原则有利润最大化原则、诚实信用原则、磋商调节原则、互惠原则、简便敏捷原则、安全原则、经营自主原则、强化企业组织原则与社会责任原则^[32];而学者对商法的基本原则讨论最多的则是商主体严格法定、维护交易安全和保障交易便捷等几个原则^[33]。

对于《商法通则》应采何种原则,理论上有所不同设计。例如,赵旭东教授在其主持起草的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》中,设计了以下七大原则:商事主体法定原则、确认和保护营利原则、营业自由原则、商事交易便捷原则、商事交易安全原则、公平竞争原则、社会责任原则^④。

^①Feteira, Lúcio Tomé, On Free and Fair Competition: Some Comparative Notes on the Interplay between Unfair Competition and Competition Law (2017). Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL Ano XVIII - n.º 33 - 2017/Ano XIX - edição especial n.º 6 - 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3244570> (17页)。

^②Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR & Dr. Elif Cemre HAZIROĞLU, Roles of unfair competition and protection of competition rules in the attainment of social market economy in Turkey, TFM 2017; 3(2), s. 101-102, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/394225>

^③See Joseph Raz, Practical Reason and Norm, 2ded. 1990, pp. 36-37, pp. 58-59; See also Joseph Raz, The Authority of Law, 1979, pp. 16-19 (hereinafter Raz, Authority); Joseph Raz, The Morality of Freedom, 1986, pp. 41-42, 57-59 (hereinafter Raz, Freedom). 转引自斯蒂芬·佩里:《法律原则的两种模型》, 张晓笑、陈林林译,《厦门大学法律评论》2012年下半年卷, 厦门大学出版社, 2012年, 第69-70页。

^④见《中华人民共和国商法通则(建议稿)》第三条【商事主体法定原则】商事主体的类型、设立条件和程序由法律规定,任何组织和个人不得任意创设商事主体的类型。第四条【确认和保护营利原则】法律确认和保护商事主体的营利目的和营利行为,任何组织和个人不得侵害商事主体依法经营取得的收益。第五条【营业自由原则】商事主体的营业自由受法律保护,非依法律、行政法规规定不得限制。第六条【商事交易便捷原则】调整和规范商事活动的法律法规,应当保障商事活动的效率,促进商事交易的简便、快捷。第七条【商事交易安全原则】法律维护和保障商事交易的安全。商事活动中,当事人基于交易对方的行为外观所产生的信赖利益受法律保护。但法律、行政法规另有规定的除外。第八条【公平竞争原则】商事主体应当遵循公平竞争的原则,不得以不正当的手段从事商事活动,损害其他经营者的合法权益、扰乱市场秩序。第九条【社会责任原则】商事主体从事商事活动应当遵守法律、行政法规,遵守商业道德,承担社会责任,不得损害公共利益和他人合法权益。

我们认为,法律原则是一种“次第的存在”。商法中的原则有“位阶”之分,即存在所谓“一级原则”“二级原则”“三级原则”之分。所谓“一级原则”,是指适用于商事主体法及行为法全部领域的原则,也是商法原则中的“顶级原则”。例如,“交易效率/自由”与“交易规制/安全”原则,可以同时适用于商事主体法及商事行为法领域^①。其中,“交易自由”主要相对于“交易规制”而言,是主要侧重从“行为描述”的角度提炼出来的商法原则;而“交易效率”则主要相对于“交易安全”而言,是主要侧重从功能/目标角度描述提炼出来的商法原则(表3)。“一级原则”是商法中的“基础原则”,也是商法中最高级的原则,或称“帝王原则”;而“二级原则”“三级原则”属于次级原则,主要体现在商事主体法或商行为法的某些领域。例如,商事主体法定原则主要适用于主体法领域,包括公司法、合伙企业法、独资企业法等各主体法领域,应属二级原则;而《公司法》中的股权平等原则仅适用于商主体的公司法领域,属三级原则(表4)。当商法的各项原则发

表4 商法中的原则位阶

原则级别	适用领域	原则 1	原则 2
顶级原则	主体法	交易效率/自由	交易安全/规制原则
	行为法	原则	
二级原则	主体法	企业设立自由原则	主体法定原则
	行为法	营业自由原则	正当/公平竞争原则
三级原则	主体法	股权平等/股东有限责任原则	外观主义原则
		商号自由原则	商号限制原则
	行为法	合同自由	禁止交易欺诈原则
		保险利益原则	保险最大诚信原则
		票据无因性原则	破产法上的利益平衡原则

①见蒋大兴:《〈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》,《比较法研究》,2018年第5期。范健教授较早注意到了商法各原则之间的层级关系,只是他用商法理念统辖具体的商法原则,认为基于“效益”理念的商法原则包括“商事自由原则”和“商事便捷原则”;基于“安全”理念的商法原则包括“法定强制原则”和“公示外观原则”。见范健:《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》,《清华法学》,2008年第4期。

②例如,《中华人民共和国商法通则(建议稿)》第十三条【商事主体的定义】商事主体是指经依法登记,取得营业资格,能以自己的名义从事营利性活动,享有权利并承担义务的个人和组织。第十四条【商事主体的分类】本法所称商事主体包括商事组织和商个人。商事组织是指个人独资企业、合伙企业、公司企业、商事主体分支机构、合作社和其他营利性组织。商个人是指依法在商事登记机关进行登记的个体工商户。第十五条【特殊商事主体的规定】未经商事登记的个体摊点、流动商贩、农村承包经营户和营利性的专业服务机构,从事商事活动时,视为商事主体,适用本法。法律、行政法规另有规定的,从其规定。

③例如,王建文教授认为:“传统商法以商人为核心理论体系存在明显缺陷,应当对商事主体制度进行反思与重构。我国商法应根据我国经济实践及立法体系,在总纲性商法规范中采用经营者概念,将其界定为经营行为的实施人。”见王建文:《我国商法引入经营者概念的理论构造》,《法学家》,2014年第3期。

生冲突时,顶级原则具有优先适用的效力。

《商法通则》不需要规范所有领域的商法原则,主要规范商法领域的顶级原则,因此,“交易效率”与“交易规制”是《商法通则》应当呈现的两大顶级原则,在这两大顶级原则之下体现的分项/次级原则,是否一定需要在《商法通则》中得到体现,则不无疑问/争议。

(二)《商法通则》如何规范商主体:商人及其权利安排逻辑

1.“商人”为什么比“企业”概念更优越?对商主体的规范而言,存在的主要焦点是《商法通则》应使用何种核心概念来描述商主体?在赵旭东教授主持的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》文本中,交替使用了“商事主体”“商事组织”“商个人”等概念^②,赵旭东教授在其主编的教材中解释道:“商人的概念带有旧时代的痕迹。由于旧时代我国商法不发达,商人往往被误解为从事商事经营的自然人,并且由于我国传统上已倾向于采用民商合一的立法体例,因此将商法上的权利义务的归属者表述为‘商事主体’概念,更为准确。”^[34]也有学者主张直接用“企业”^[35]“经营者”^③的概念代替商事主体。

我们认为,《商法通则》应使用“商人”这一概念来描述商事主体^[36]。这是因为:第一,“商事主体”“商事组织”“商个人”都是比较“学理化”的概念,直接将其转移为立法概念,在实践中容易产生理解/解释的困难;第二,“商人”是比“企业”更具包容性的用语,商人不仅包括商事组织,还包括个体工商户等自然人商人,而在现行《中华人民共和国民法总则》中,此类自然人商人仍被视为自然人作为民事主体的特殊形式,《中华人民共和国民法总则》并未用“企业”这一概念涵括个体工商户;第三,“商人”是在社会生活中被广泛接受,且不会产生太大理解困难的概念。如同学者所言:“商人”的提法更易令人理解商人的职业身份性,因而“商人法”单行立法之必要性也更易被理解和接受,为平息“民商合一”与“民商分立”之争提供一条新的路

径^①;第四,因为历史上“商人造反”的问题,“商人”概念本身可能隐藏有更多权利的意蕴^[37]。正是因为以上理由,即便“商人”这一概念已经逐渐退出了《商法典》的立法舞台,德国等国家都主张以“企业”取代“商人”作为商法典的基础概念,我们仍主张中国应使用“商人”的概念作为《商法通则》的基础概念。

2.商人权利的体系设计:权利—义务如何配置?《商法通则》应如何设计商人的权利体系?在赵旭东教授主持的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》中,采取分散规制的方式,在《商法通则》的总则部分和第十章商事主体的“一般商事权利与义务”部分均规范了商人的权利。其中,总则部分提到了“商事人格权”“一般商事权利与义务”;部分提到了五项权利——第一百三十条【商业名称权】、第一百三十一条【商事信用权】、第一百三十二条【商事营业权】、第一百三十三条【商业秘密权】、第一百三十四条【公平交易权】。同时,该建议稿还系统规定了商人的基本义务,即第一百三十五条【合法经营义务】、第一百三十六条【诚信经营义务】、第一百三十七条【正当竞争义务】、第一百三十八条【依法纳税义务】、第一百三十九条【接受监管义务】、第一百四十条【履行社会责任的义务】。上述权利体系的设计既不全面,也未遵循合理逻辑。例如,商业秘密权属于商业营业权的范畴,二者能否对立?商业名称权与商事营业权之间也存在交叉,未必能够等量并列。再者,权利与义务是一体两面,何时将某种行为设计为权利,何时设计为义务,也是根据实践需求,以及规制的目的而定。例如,公平竞争可能设计为义务而非权利更为妥当,否则就会存在公平交易权与正当竞争义务两者之间难以解释的关系。

因此,《商法通则》对商人权利体系的安排,应考虑到实践的需要,同时考虑到权利—义务之间的均衡。若现有商事交易实践表明,对某项行为规制是主旋律,则应将其设置为义务。例如,在现有商人信用不佳的情况下,商事信用未必适宜设计为“权利”。我们认为,商人的权利最为重要的是营业自由,无论是商事名称权、营业权、商业秘密权、公平交易权等均归属于营业自由之中。在当下中国,最不能得到保障的也是营业自由。因此,《商法通则》应当重点规范和保障“营业自由权”,至于在营业自由下衍生出来的各种子项权利,则可在部门商法中分别予以落实,是否有必要以“商事权利”的方式进入《商法通则》,则是值得商榷的。

(三)《商法通则》如何规范营业行为

1.为什么“营业行为”比“商行为”概念更优越?王保树教授认为:“营业是有不同意义的。其中,从规范的需求而言,它至少有两个方面:一是将营业作为商人的营利活动,又称为活动的营业;二是将营业作为实现一定的营利目的而运用的有机能的财产,又称为组织的营业,或直接称为营业财产。”^②朱慈蕴教授也认同这一观点^[38]。营业行为所谓营业,是指活动的营业而言,商行为是大陆法系国家通用的描述持续经营行为的概念,但商行为同样属于理论化程度非常高也难以理解的概念,而营业行为则是普通民众比较容易接受和理解的概念,同时,也能传达出商行为所欲传达的内涵。因此,我们在《商法通则》中,应当用“营业行为”取代“商行为”,以使法典能够更为便利地适应中国文化和实践的需要。同时,商法中此种营业行为并不完全等同于法律行为,因为营业行为并不都是法律行为,还可能包括非属法律行为的“事实行为”。

2.区分民事财产与营业财产:妥善规制家庭商行为。法律上的财产根据其主要的用途,可以区分为民事财产与商事财产——营业财产。当财产之取得主要旨在满足个人/家庭生活需要,例如,取得不动产用于家庭成员居住,则其为民事财产。当财产之取得主要旨在满足营业所需,则该财产为营业财产,例如,当事人购买用于开办公司的不动产。因为功能的差异,民事财产与商事财产无论在规制原则、规制目标、规制手段/方式等方面都存在极大差别^[39]。最为典型的是《中华人民共和国城镇土地使用权出让条例》根据土地的用途将土地区分为居住、工业、教科文卫体、商业等,分别确定土地使用权出让的最高年限。例如,该法第十二条规定:“土地使用权出让最高年限按下列用途确定:(一)居住用地七十年;(二)工业用地五十年;(三)教育、科技、文化、卫生、体育用地五十年;(四)商业、旅游、娱乐用地四十年;(五)综合或者其他用地五十年。”这是因为民事财产注重“安定性”,而商业财产注重“流动性”,是故二者在最长出让年限、出让费用、转让税收等方面均存在不同的安排。民事财产法律注意保障其稳定性;而商事财产则法律应注重保护其“可交易性”,才能实现财产的快速流动和增值。因此,民事财产主要注重静态保护——如何确定财产权的归属是民事财产的主要保护方式;商事财产主要应注重动态保护——如何促进财产权的流动是营业财产的主要保护方式。由此,《商法通则》要

^①见朱庆:《“商人”本质的反思:一个身份的视角——兼论我国制定“商事通则”的必要性》,中国法学会商法学研究会:《中国商法年刊(2007):和谐社会构建中的商法建设》,2007年会议论文集。

^②见王保树:《寻求规制营业的“根”与“本”》,中国法学会商法学研究会:《中国商法年刊(2007):和谐社会构建中的商法建设》,2007年会议论文集。

重视营业转让之规制,要为营业财产的流动创造便利,减少障碍,要特别重视营业财产的流动规制。

尤其在中国,家庭商行为是非常常见的营业行为,因此,对满足民事生活需要的家庭财产与满足商事经营需要的营业财产应采取区分规制的做法。对民事/营业财产的处分/继承都要采取不同规则,例如法律应当明确,何种情形下应以何种方式对民事财产进行分割,以切开民事财产与营业财产的边界。简言之,对于共有之民事财产,应坚持“共同同意规则”,以确保家庭成员的民事利益不会受到损害;而对于共有之营业财产,则应坚持“外观主义规则”,由财产的外观权利主体单方同意即可处分。民事财产与营业财产之继承,在是否需要考量第三人利益(例如,公司或者其他股东)等方面,也存在明显不同。民事财产之继承不需要考虑商事组织中其他股东的优先购买权,而商事财产的继承,则基于商事组织的人合性,需要同时考虑其他股东的优先购买权。现行《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(四)》显然未能注意到民事继承与商事继承之差异,在解决股东死亡时的继承问题时,未保护其他股东的优先购买权,忽略了其他股东商业利益的均衡^①。

3.区分普通营业与特别营业:金融营业、电商营业。《商法通则》还应注意区分普通营业与特别营业,对普通营业主要采取营业自由原则,甚至可以采取直接登记营业制。而对于特别营业,例如金融营业、电商营业在推进交易自由的同时,应侧重进行规制。

第一,对于金融营业,应坚持特许原则,未取得金融牌照不得从事该类营业。那种认为应当取消金融牌照特许制的观点是未能充分考虑金融对公共利益的影响,不应予以接受^②。

第二,对于电商营业,应坚持从严规制原则,对电子交易的成立及原则进行规范,尤其是如何保障电子交易的安全性。《电子商务法》对电子商务的有关问题,例如交易登记及责任已经作了明确规定,则在《商法通则》中主要作原则性安排。又如,电子交易应以登记为原则,在现有电商交易混乱、侵权行为不断的时刻,若不进行主体登记,则一旦发生产品侵权行为,则势必无法找到违法主体。所以,

《电子商务法》第十条规定:“电子商务经营者应当依法办理市场主体登记。但是,个人销售自产农副产品、家庭手工业产品,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和零星小额交易活动,以及依照法律、行政法规不需要进行登记的除外。”再如,要严格规范电商的交易责任。例如,《电子商务法》第二十条规定:“电子商务经营者应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务,并承担商品运输中的风险和责任。但是,消费者另行选择快递物流服务提供者的除外。”再如,该法第三十八条规定:“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求,或者有其他侵害消费者合法权益行为,未采取必要措施的,依法与该平台内经营者承担连带责任。对关系消费者生命健康的商品或者服务,电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务,或者对消费者未尽到安全保障义务,造成消费者损害的,依法承担相应的责任。”

4.明确内部决议行为在营业上的外部效力。现有各种版本的《商法通则》建议稿都未能充分关注到组织内部代理行为可能产生的外部效力。传统上,我们也一直用民法上的经验去理解内部决议的效力——长期将公司组织等内部决议行为理解为“内部行为/内部生效”。唯有内部决议经由公司组织的代表人/代理人对外实施“表示行为”,方能形成与法人组织的外部交易合同。

此种内部决议仅有内部效力,不构成法人/组织的意思表示的观点,不能适应实践的需要^③。因此,在《商法通则》中,要明确此种组织内部的代理行为可能具有外部效力,这是组织法上的代理之特殊性,以解决在一些特定交易中(例如,对外担保、对外转投资、借贷、重大资产转让等)公司意思表示的生成问题。

5.明确营业转让的集中规制与等值规制的关系。营业法律制度是一个特色鲜明的商法制度。营业在揭示商人本质上有着无可替代的作用^[40]。法律对营业转让行为之规制有两种基本逻辑:一为集中/直接规制;二为分散/间接规制。所谓集中/直接规制,主要是在商法中对营业及营业转让专门设计

^①例如,《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(四)》第十六条规定:“有限责任公司的自然人股东因继承发生变化时,其他股东主张依据公司法第七十一条第三款规定行使优先购买权的,人民法院不予支持,但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。”

^②例如,浙江大学李有星教授在2015年中国证券法学研究会杭州年会上曾经提出了这样的观点。

^③对此,可以见蒋大兴:《公司组织意思表示之特殊构造——不完全代表/代理与公司内部决议之外部效力》(海南大学2017年商法冬季论坛提交论文,未刊稿);蒋大兴:《公司/组织法与合同法的交叉——重构公司组织合同法上表示行为的法律逻辑》(海南大学2018年商法冬季论坛提交论文,未刊稿);蒋大兴:《论公司章程的效力范围——基于组织法与交易法的区分逻辑》(吉林大学2018年商法论坛提交论文,未刊稿)。

相应规范进行调整,如《日本商法》。所谓分散/间接规制,则主要通过企业名称转让、股权转让、资产转让、企业出售等功能等值制度,起到对营业转让综合调整的效果。从功能主义角度而言,对营业转让的分散规制与营业转让的集中规制具有功能等值的效果^[41]。

尽管对于营业到底能否包容在商行为部分,或者说对于营业行为与商行为之间的关系,还存在不同理解^[42],但中国现行立法对营业的规制基本处于零散状态^[43],对何为“营业”亦无十分明确界定,《中华人民共和国民法总则》只是间接性明确了“营利”的概念^[44],《商法通则》必须对商法的基础范畴“营业”的概念及其构成作出规定,如此,则势必需要对营业转让作出安排,从而改变我国现行立法对营业转让进行分别规制的问题,这可能会使营业转让的规制更趋直接和理性^[45]。

(四)《商法通则》如何规范商事登记行为

1.区分主体性登记与行为性登记:外国企业直接注册。私法上的登记制度,按照其存在领域、功能目的之差异,可区分为“民事登记”与“商事登记”。而商事登记,按照其功能目的之不同,可区分为“主体性登记”和“行为性登记”,所谓“主体性登记”,是指旨在通过登记取得主体资格的登记行为,企业设立登记即是;所谓“行为性登记”,是指对具体的商事交易行为进行登记,不动产交易登记、股权转让合同登记、公司章程登记、股权质押登记、公司对外担保登记、公司名称转让登记、营业转让登记、经理权登记即是。从功能意义而言,“主体性登记”旨在确定主体资格,而“行为性登记”旨在公示交易行为——该类登记并不直接产生新的交易主体,只是公示各种交易行为/授权行为。例如,经理权登记,旨在公示授予经理权之行为。

商法在传统上重视“主体性登记”,却忽视“行为性登记”^[46],现有各种关于《商法通则》的建议稿,在论及商事登记时,也多关注“主体性登记”及其效力,对现实生活中存在的大量“行为性登记”需求重视不够。而且,我国现有登记规范体系偏重“民事登记”(例如,不动产登记、婚姻登记、户籍登记),却轻视“商事登记”(例如,现有商事登记制度混杂,缺乏统一的登记规范,统一商事登记法千呼万唤不出来,即是明证)。因此,《商法通则》在设计“主体性登记”规则的同时,还应系统地设计各种行为性登记规则,并对登记之交易行为效力予以明确规定,透过登记公示强化特定交易行为之外部效力,帮助交易第三人控制风险。

“行为性登记”之必要性还体现在外国企业直接注册的制度建构上。海南自由贸易试验区正在探讨设计外国企业直接注册制度,可是,在中国所有与外国企业营业相关的登记制度都是“主体性登记”,外国企业只有在中国设立某种企业实体(外国企业分支机构、三资企业、代表处)才能在中国从事营业或者营业宣传,按照中国现行立法,所有外国企业若在中国境内未设立实体,则无法在中国境内从事持续营业。海南省工商局拟推进外国企业在海南自贸区的直接登记制度,若许可不设立实体而进行直接注册登记,则实质上属“营业行为登记”而非“主体性登记”,这就意味着外国企业从此在中国境内无须设立实体即可直接营业,类似于欧盟体系内的欧洲公司,这相当于中国在全球范围内重造一个“超级欧盟”,这虽然有助于中国低成本地参与全球的外资引入竞争,但也相当于我们对外资引入政策从“主体性登记”转向“行为性登记”,这无疑是中国外资法的根本性变革——目前所有关于外商投资的负面清单及行政审批制度将全部因此而寿终正寝,全国所有外资(尤其是无须实体生产基地的外资企业)将重新向海南自贸区转移,引入该制而产生的社会适应成本需要仔细核算。然而,对于此种“行为性登记”,我们国内并无上位法依据,亦无成功的登记实践可资借鉴,《商法通则》是否有必要系统考量,透过完善“行为性登记”制度对外国企业的直接营业注册予以认可,值得研究。

2.对商事备案行为进行规范:自愿备案如何获得公示效果。在现行登记实践中,与商事登记并行的还有“商事备案”制度。按照备案事项提交的自愿性程度不同,可将备案事项区分为强制备案与自愿备案事项。所谓强制备案事项,即法律规定,特定的商事行为需予以备案。例如,公司章程中的非登记事项的修改^①,公司董事、经理的变动^②等都需要进行强制登记备案。自愿备案事项,是指虽无法律规定,但当事人自愿提交登记机关予以备案之事项。自愿备案事项是当事人自己决定予以公开之事项,在现行行政体制下,若该事项之备案无明确法律依据,则估计备案机关很难接受无法定依据的自愿备案,唯有法律依据的自愿备案方可能得到备案机关认同。

然而,虽然在实践中存在商事备案行为,但法律并未对登记备案事项的性质,及备案将产生何种效果进行特别规定,因此有必要在《商法通则》中对备案事项的公示效力予以明确规定。同时,为促使企业进行自愿性的备案披露,《商法通则》同时也应

^①例如,《中华人民共和国公司登记管理条例》第三十六条规定:“公司章程修改未涉及登记事项的,公司应当将修改后的公司章程或者公司章程修正案送原公司登记机关备案。”

^②例如,《中华人民共和国公司登记管理条例》第三十七条规定:“公司董事、监事、经理发生变动的,应当向原公司登记机关备案。”

对自愿备案事项赋予类似于强制备案事项同样/相当的公示效力。

3.明确登记/备案行为的公示效力。现行立法同时规定了“登记”与“公示”两类不同性质的行为,二者既相互联系,又相互区别。商事登记可能是商事公示的前提,登记事项必须公示,但公示事项却未必都需登记。因此,登记事项与公示事项并不完全一致。以公司登记及信息公示为例,其中,公司登记事项仅涉及公司名称、住所、注册资本、法定代表人姓名、公司类型、经营范围、营业期限等八项^①,这些事项主要与公司法人格之取得相关。但企业公示事项则包括工商部门公示事项、其他政府部门公示事项以及企业公示事项,远超出登记事项范围,主要与企业营业动态、营业信用相关。以企业公示事项为例,包括企业年度报告及其他公示事项。其中,企业年度报告公示内容涉及:(1)企业通信地址、邮政编码、联系电话、电子邮箱等信息;(2)企业开业、歇业、清算等存续状态信息;(3)企业投资设立企业、购买股权信息;(4)企业为有限责任公司或者股份有限公司的,其股东或者发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息;(5)有限责任公司股东股权转让等股权变更信息;(6)企业网站以及从事网络经营的网店的名称、网址等信息;(7)企业从业人数、资产总额、负债总额、对外提供保证担保、所有者权益合计、营业总收入、主营业务收入、利润总额、净利润、纳税总额信息。其中,第1项至第6项规定的信息应当向社会公示,第7项规定的信息由企业选择是否向社会公示。经企业同意,公民、法人或者其他组织可以查询企业选择不公示的信息^②。其他企业公示事项包括:(1)有限责任公司股东或者股份有限公司发起人认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式等信息;(2)有限责任公司股东股权转让等股权变更信息;(3)行政许可取得、变更、延续信息;(4)知识产权出质登记信息;(5)受到行政处罚的信息;(6)其他依法应当公示的信息。工商行政管理部门发现企业未依照前款规定履行公示义务的,应当责令其限期履行^③。可见,企业登记事项与公示事项并不相同,其中,登记事项是满足公司取得法人格需要,而公示事项涉及

公司法人格变化或重要财产/经营状况变化的信息,二者设计目的、所欲实现的功能并不完全一样。

现行立法虽然区分了“登记”与“公示”两种行为,但《公司法》仅部分规定了登记行为的效力——“股权变动未登记不得对抗第三人”^④,但对于非属登记的企业公示事项将产生何种效力——是否也是不得对抗第三人的效力?并无任何明确规定。因为制度设计不明朗,在实践中出现了大量隐名交易,最终又通过法院裁判的方式,使隐名交易事实上得到鼓励,公开交易徒有虚名,如何通过公示制度的设计,使得公开交易相对于隐名交易具有优先效力,从而提升商事交易的透明度和预期,应为当下十分重要的问题。因此,在《商法通则》中,还有必要协调、确定“登记”与“公示”行为之性质、效力上有什么不同,存在何种差异。

在赵旭东教授主持的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》中,明确区分了商事登记与商事公示的不同,并设专章规定了商事公示的有关内容,认为商事公示包括商事公示内容的规定,包括主体公示、行为公示、事实公示、通知公示、更正公示、提示公示六大公示内容^⑤。并且,对商事公示的效力作了区别规制,建议稿第六十二条【商事公示的效力】规定:“商事公示的法律效力根据法律法规的规定和不同的公示事项的性质和公示要求确定;依照法律规定,依法公示的事实,产生推定第三人知晓的法律效力;依照法律规定,以公示为生效要件的,该事项依法公示后生效;依照法律规定,以公示为对抗要件的,未经公示不得对抗善意第三人;依照法律规定,依公示决定法律效力的,自公示之日起发生相应法律效果;依照法律规定,依公示作为送达方式的,自公示之日起发生送达的法律效果;商事主体未依相关法律法规的规定不得自行确定公示方式。”此种区分公示行为之类型而分别设定其效力的安排注意到了公示行为的多样性,但在立法模式上,公示行为之效力认定均需借助其他法律而定,略微欠缺规制的透明度,若能在《商法总则》中,根据法律设定的公示行为类型直接设定其法效果,似乎可以产生节约立法成本的效果。而且,该建议稿是将商事登记与商事公示分别隔离在不同章节

①《中华人民共和国公司登记管理条例》第九条规定:“公司的登记事项包括:(一)名称;(二)住所;(三)法定代表人姓名;(四)注册资本;(五)公司类型;(六)经营范围;(七)营业期限;(八)有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称。”

②《企业信息公示暂行条例》第九条。

③《企业信息公示暂行条例》第十条。

④《中华人民共和国公司法》第三十二条。

⑤《中华人民共和国商法通则(建议稿)》第六十一条【商事公示的内容】商事公示内容由法律、法规或章程约定,包括但不限于:(一)商事主体的设立、变更和终止等组织事项;(二)商事主体的商事行为;(三)已经存在的事实,并且该事实可能对第三人的利益产生影响;(四)程序性的通知公示事项;(五)对以往公示内容的更正;(六)提示商事主体履行某项义务;(七)警示某种风险;(八)法律、法规和章程另有规定的其他公示内容。

中进行安排,在体系结构的设计上似乎过于隔离了“登记”与“公示”行为,鉴于二者的紧密关联度,我们建议,应在同一篇章中前后衔接地规定“登记”与“公示”的相关内容,可能更便于执行和理解。如此改进,似乎既照顾到了登记与公示之间的关系,又明确了公示行为的法效果,使公示真正具有提升交易效率,促进交易安全法律意义,应属两全之策。

(五)《商法通则》如何规范不正当交易行为

法律对商人权利的保护通常采取两种方式:一种是正向规制的方式,即通过赋予商人各种“法定权利”的方式实现;另一种是负向规制,即通过约束商人的各种“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,例如《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国反垄断法》的方式出现。但从法规适用的便利性和提升对商行为的规制效率角度而言,将对商人的负向规制规则统一置于《商法典》/《商法通则》中不失为明智之举^[47]。因此,《商法通则》应撇除学术领域的偏见,统一规制正当竞争及非正当竞争行为。

问题是,《商法通则》如何规制不当交易行为?在《商法通则》与竞争法单行法之间,如何进行规制分工?从现行各国(地区)立法来看,有采取具体规制逻辑的,例如,我国澳门地区商法典即具体规制了各种不正当竞争行为^[48]。我们认为,《商法通则》对不正当交易行为的规制,应采取原则性、体系性、弹性规制的方式。主要应采取原则性条款,应凸显正当竞争、公平的原则,建立正当营业的标准——不损害其他经营者/消费者的合法权益。若将来有机会制定《商法典》,则除了总则部分的原则规定之外,还应将现行《反不正当竞争法》《反垄断法》的规范文本汇入统一的《商法典》之中,单独成章,以实现对不正当竞争行为的一体规制。

(六)《商法通则》如何规范交易纠纷之公平/快速解决

在实体法与程序法分工调整之当代,纠纷解决程序的内容通常在程序法中得到处理,但一些国家的商法典也添加了不少程序法内容,以促进对商事纠纷之解决。中国现今商人权利保护最大的问题来自于交易纠纷解决程序不畅,商人可以随意入刑,仲裁、司法成本高昂,而且程序法对商事纠纷的特别解决机制供给不足。因此,如何通过《商法通则》的颁行,在实体法中设计程序规则,以填补现行程序法对商事纠纷解决关注不足的问题,乃为当务之急。对此,我们认为,应从以下三个方面解决问题:明确规定非经商事诉讼/仲裁不得进入刑事程序;明确规定商事犯罪的界定要符合私法的基础安排;建立单独的商事法院系统,实现商事法院的独立化。

1.非经商事诉讼/仲裁不得入罪。业界有人说,“今日之商人,不是在监狱,就是在去监狱的路上”,这表明商人遭遇的刑事风险十分巨大。在《刑法》中,涉及商事交易的犯罪亦十分广泛,遍及商事主体及商事行为的诸多领域。我国现行刑法在刑法分则的第三章,专门规定了“破坏社会主义市场经济秩序罪”,刑法对商事交易的规制集中在“破坏社会主义市场经济秩序罪”中。“破坏社会主义市场经济秩序罪”共包括90余个罪名,涵盖“生产销售伪劣商品罪”“走私罪”“妨害对公司企业的管理秩序罪”“破坏金融管理秩序罪”“金融诈骗罪”“危害税收征管罪”“侵犯知识产权罪”“扰乱市场秩序罪”七大类。七大类犯罪当中,“走私罪”和“危害税收征管罪”的犯罪客体在于国家的关税和税收征收管理秩序,其他犯罪客体均与商事交易及其环境密切相关。其中,“扰乱市场秩序罪”的中许多罪名如“非法经营罪”“合同诈骗罪”和“强迫交易罪”,具有一般罪名的性质(表5)^[49]。

表5 我国当前刑法规制商事交易的犯罪体系表

规制途径	直接规制法律规范	规制目的	典型罪名
规制 商事 主体	违反商法中的公司法和 企业法规范	贯彻商事主体类型 法定原则	“违规披露、不披露重要信息罪”“妨害清算罪”“虚 假破产罪”
	违反行政法中的营业准入 或营业禁止类规范	贯彻商事主体权能 法定原则	“非法经营罪”“擅自设立金融机构罪”“高利转贷 罪”“非法吸收公众存款罪”“擅自发行公司企业股 票债券罪”“组织领导传销活动罪”
规制 商事 行为	违反合同法的平等自愿交 易规范	贯彻交易自由原则	“强迫交易罪”
	违反合同法的诚实信用交 易规范	贯彻诚实信用原则	“合同诈骗罪”、“金融诈骗罪”(包括集资诈骗罪,票 据诈骗罪,信用卡诈骗罪,保险诈骗罪等)、“骗取贷 款、票据承兑、金融票证罪”、“欺诈发行股票、债券 罪”、“诱骗投资者买卖证券、期货合约罪”

(续表)

规制途径	直接规制法律规范	规制目的	典型罪名
规制 商事 行为	违反产品质量法、流通物品 管理法规、消费者权益保护 法等经济法规范	贯彻标的合法原则	“销售伪劣商品罪”(销售伪劣产品罪,销售假药罪, 销售劣药罪,销售不符合安全标准的食品罪,销售 有毒、有害食品罪等)、“非法出售发票罪”、“倒卖车 票、船票罪”、“倒卖土地使用权罪”等
	违反反不正当竞争法、反垄 断法等经济法规范	贯彻正当竞争原则	“损害商业信誉、商品信誉罪”“串通投标罪”“内幕 交易罪”“操纵证券、期货市场罪”

注:罪名仅为典型罪名,未完全涵盖。

如此繁杂的刑法之网,使中国商人很易触犯刑法警戒,动辄入罪。为了逃避刑事制裁,在中国出现了犯错商人外逃/跑路大潮,尤其在商事经营失当之情形,各国多以破产解决问题,但在中国还存在“虚假破产罪”,逼迫商人不敢随意破产,这也是为何中国推进破产困难的重要原因——商人宁愿跑路,不愿破产,在很大程度上,是因为担心破产有刑事风险。众所周知,管理资源是当今商事社会的稀缺财产,“易于入刑”进一步加大了管理资源的稀缺性。商人以谈判为解决问题的主要方式,“易于入刑”在某种程度上与商业的本质不符。在商业实践中,一些能调动国家资源的商人甚至雇佣警察权力参与商事竞争,不仅破坏了竞争规则,也导致权力寻租,最终影响营商环境的优化,这也是公安部“三令五申”禁止公安机关介入经济纠纷的原因。因此,在刑法繁杂、入罪极易的刑事实体法过于扩张的时代,应采取程序限制的方式,避免对商人的过度刑事追究——换言之,对于因商事交易而产生的犯罪,应采取民事程序先行规则,只有在民事纠纷不能解决之情形,方有入罪之可能。为此,应当修改宪法及刑事诉讼法,明确规定商事纠纷非经普通民事程序/仲裁程序解决,不得以刑事程序追究,从而将商事纠纷的解决框定在“和谈”的范畴之内,柔性地解决商人纠纷,保护管理资源,塑造宽松的营商环境。

2.商事犯罪的界定要尊重私法关系。另一个重要的问题是,商事领域罪与非罪的界分,要充分尊重私法关系——即私法规范对该类行为的具体规定。例如,若存在合法有效的借贷关系,就不宜认定为构成侵占罪或者诈骗罪,一旦合法有效的借贷关系被法院支持,就不宜认定当事人构成刑事犯罪,要限制刑事司法实践中“实质主义”逻辑的扩张;又如,对于侵占罪中所谓“公司财产”的界定,要充分尊重私法本身的规范立场,如在信托关系中,公司

受托管的财产,按照信托法的有关规定,不能视为公司的固有财产,若公司为国有公司,信托关系的委托人为私人,则侵占该种财产的违法行为,就不宜认定为构成贪污罪——可是,在刑事司法实践中,普遍不会考虑信托法的上述特别规定,排除了该类财产作为国有财产的可能;再如,在认定某些组织是否构成非法经营犯罪时,对于彩票发行、销售等非营利组织的行为,按照目前彩票发行销售管理的有关规定,其本身不是经营行为,就不能以非法经营定罪^①;又再如,在认定是否构成法人犯罪时,要充分尊重私法关于法定代表人的行为何时归属于法人、以及能否构成法人犯罪的问题;等等。诸如此类个案表明,刑法必须尊重私法对私法关系的安排,商事领域刑事犯罪的界分应尊重私法的基础,刑法必须有私法的基础——对于刑法上的那些辅助认定犯罪构成的基本范畴,例如法人、自然人、财产权、合同、欺诈、占有、转让、营业、经营等,所有这些刑法在认定犯罪构成时可能使用的“基础概念”,应当与私法保持一致,或者其含义界定应当来源于私法。这是法体系一致性的要求,也是体系解释的要求。在“治乱世用重典”而导致的“刑法实质主义”过于扩张的今日,刑法应秉持其谦抑性立场,尊重私法已有安排,保持其对私法关系进行“二次调整”的本原,商事交易犯罪构成的认定,应尊重商事法关于法律关系的基础认定,《商法通则》在其总则部分,应明确规定,对商事交易的刑事制裁,应尊重商法对交易关系的基础安排,“易于入刑”的规制立场应予以调整。

3.尽快形成独立的商事法院系统。自20世纪90年代中期以来,美国等发达国家呈现了商事法院复兴的运动。商事法院不是什么新生事物,很多国家都有其商事法庭。James R. Munson 教授认为,商事审判可追溯到16世纪的法国,法国的商谈性法官(juges-consuls)发展了其自身的法律原则和法

^①见《互联网销售彩票是否涉及非法经营?专家这样说》,https://baijiahao.baidu.com/s?id=1620809287933392785&wfr=spider&for=pc,2019年1月2日。

四、结 语

律程序^①。法国商事法院(commercial courts)甚至延续了法国大革命。在商事法庭中发生的另一个历史性需求反应的例子,是建立在147年前的哥本哈根海事和商事法院(Copenhagen's Maritime and Commercial Court)。在法国,现在有135个商事法庭^②。由于商事纠纷的特殊性,以更为柔性、专门的商事法院、更为快捷地处理纠纷可能是最佳的选择。在中国历史上,曾经存在经济庭的存废之争,法院的庭室结构实际上已经认同了商事审判庭的独立和分离,中国未来应进一步推进商事法院的独立化,以独立的商事法院、不同的审判组织及独特的商事纠纷解决程序,快速解决商事纠纷,以满足商事交易快捷性之需求。

在今日中国,无论是商事仲裁,还是商事法院都面临窘境。首先,商事仲裁因其“一裁终局”,法院只负责程序监督而导致实体公正丧失时难以纠正,仲裁欠缺实体公正性难以纠正,这是目前商事仲裁遭遇的巨大问题——这也是一些企业面对可能发生的大额纠纷不愿/不敢选择仲裁的重要原因。其次,首席仲裁员具有巨大决定权但缺乏足够监督。尤其在一些利益冲突巨大的个案当中,首席仲裁员(尤其在律师担任首席仲裁员,又缺乏充分的利益冲突识别机制之情形)擅断但没有足够的监督措施,极大地影响了仲裁的公正性。再次,仲裁机构干预具体案件的“内核机制”/“专家委员会”存在固有缺陷,若内核人员/专家遴选程序腐败,使得仲裁员独立办案受到极大影响,这在一些仲裁机构中已经表现明显,内核机制甚至专家委员会形式给仲裁机构管理者提供了干预具体案件的“合法借口”,从而影响了商事裁判的公正性。最后,因为仲裁缺乏刚性、仲裁员缺乏足够的保护,在一些利益纠葛巨大的案件中,经常发生当事人威胁仲裁员、逼迫仲裁员退出仲裁程序的现象,这也影响了商事仲裁的公正。

解决商事纠纷的法院存在其固有问题——司法成本高昂。例如,一些商事纠纷长拖不决,严重影响了商事交易的效率;一些商事纠纷因为适用普通民事诉讼程序处理,无论在审判组织的组成还是程序规则柔性化等方面,均未考虑到商事诉讼的不同,影响了商事纠纷解决的效率;等等^[50]。因此,在确保裁判刚性的同时,如何吸引仲裁机制的优越性,建立中国的商事法院系统,可能是未来中国走向全球竞争,改善营商环境的重要环节。为此,《商法通则》可以在其纠纷解决机制一章,形成中国独立的商事法院系统。

虽然《商法通则》/《商法典》的制定是“八字都还没有一撇”的事,但理论的研究始终应当走在实务/立法的前面。在商法学界以“集体行动”推动《商法通则》出台之时,我们有必要对《商法通则》甚至《商法典》总则的体系进行“提前讨论”。我们主张《商法通则》应当采行“七编制”,该七编的主要内容和应凸显的规范特点有:其一,在商主体规制上,应采“商人”概念,凸显“商号保护”及商人的“权利保护”,此乃符合中国当下社会实践和商事习惯的选择;其二,在商行为规制上,采“营业行为”替代“商行为”的概念,区分普通财产与商事营业财产,对营业资产的变动——营业转让作出特别规制,对营业性代理作出不同于普通民事代理的安排(尤其是主张对组织性代理行为的外部效力作出规定),对金融商行为、电子营业行为、营业账簿进行规制;其三,在商事登记/备案等方面,应突破传统商事登记过分关注“主体性登记”,忽略“行为性登记”的问题,同时,对登记行为——尤其是其公示行为的效力进行专门安排,与此同时,对各种“备案行为”的“公示效力”进行专门规定;其四,在不当交易规制上,考虑到中国商事营业领域不当交易行为的普遍性和易变性,应突破商法—经济法的学科界限,对不当交易进行原则性规制,满足对不当交易行为进行弹性规制的需求;其五,应凸显商事纠纷之解决机制,在实体法部分规定商事调解、商事仲裁及商事法院/法庭的一般规则,强调民事纠纷解决程序优先,强调商事犯罪的界定应尊重私法关系的安排,以适应商事纠纷解决的证据规则、纠纷解决柔性及效率的需求。《商法通则》/《商法典》的出台在中国毫无疑问会遭遇巨大的外部压力,但不积跬步无以至千里,不进行细致的体系化研究,商法学界也无法承担编撰法典的任务,但笔者始终坚信中国《商法典》的时代一定会到来。

(感谢北京大学法学院2016级博士生薛前强、2018级博士生郭远为本文第二部分整理了部分文献资料)

[参考文献]

[1][2][5][9][39][47][48]蒋大兴.《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[J].比较法研究,2018(5).

^①James R. Munson, Business Courts and the Business Ethos in Revolutionary France, Society for French Historical Studies Annual Meeting, 1993, Chico, California. Cf. Lee Applebaum, Some Observations on Modern Business Courts and the Bar's Role in Their Development.

^②Who is the Court Registrar? What are the Court Registrar's functions? <http://www.greffe-tc-paris.fr/anglais/index.htm>, 2010年8月6日。

- [3]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[J].当代法学论坛,2008(3).
- [4]王明锁.中国民法典编纂的重大疑难问题——附《中华人民共和国民法典“通则编”草案建议稿》(黄河版)[J].晋阳学刊,2016(3).
- [6]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[J].中国法律评论,2017(1).
- [7]石少侠.编纂民法典应当正确处理民法关系[J].中国检察官,2017(1).
- [8]范健.论我国商事立法的体系化——制定《商法通则》之理论思考[J].清华法学,2008(4).
- [10][12]杜景林,卢谌.德国商法典[M].北京:法律出版社,2010:1,1.
- [11][16]德国民法典[M].台湾大学法律学院,编译.北京:北京大学出版社,2016:3,3.
- [13]落合誠一,大塚龍兎,山下友信.商法1 總則·商行為[M].有斐閣,2013:11.
- [14][15]沈达明.法国商法引论[M].北京:外经济贸易大学出版社,2015:7,7.
- [17][26]C.W.卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006:8-9,72.
- [18]伊夫·居荣.法国商法[M].北京:法律出版社,2004:5.
- [19]丁凤玲,范健.中国商法语境下的“营业”概念考[J].国家检察院学院学报,2018(5).
- [20][21][22][23][24][27][28]法国商法典(上册)[M].罗结珍,译.北京:北京大学出版社,2015:3,82,81,83,84-85,1482-1496,850-856.
- [25]范健.德国商法[M].北京:中国大百科全书出版社,1993:134.
- [29]斯蒂芬·佩里.法律原则的两种模型[A].张晓笑,陈林林,译[C].厦门大学法律评论(2012下半年卷)厦门:厦门大学出版社,2012:69.
- [30][33]范健.论我国商事立法的体系化——制定《商法通则》之理论思考[J].清华法学,2008(4).
- [31]赵中孚.商法总论[M].北京:中国人民大学出版社,1999:23.
- [32]任先行,周林彬.比较商法导论[M].北京:北京大学出版社,2000:82~96.
- [34]赵旭东.商法学[M].北京:高等教育出版社,2009:29.
- [35]叶林.企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势[J].中国法学,2012(4).
- [36][37]蒋大兴.商人,抑或企业?——制定《商法通则》的前提性疑问[J].清华法学,2008(4).
- [38]朱慈蕴.营业规制在商法中的地位[J].清华法学,2008(4).
- [40][42][43][45]朱慈蕴.营业规制在商法中的地位[J].清华法学,2008(4).
- [41]蒋大兴.营业转让的规制模型:直接规制与功能等值[J].清华法学,2015(9).
- [44]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[J].比较法究,2017(4).
- [46]蒋大兴.商事登记制度的结构性改革[J].中国工商管理研究,2013(7).
- [49]张耀军.商事交易的刑法规制——从价值、规范到实证[D].北京大学法律硕士学位论文,2016.
- [50]蒋大兴.审判何须对抗——商事审判“柔性”的一面[J].中国法学,2007(4).

[责任编辑:周青]