

商法入典标准与民法典的立法选择

——以三类商法规范如何配置为视角

周林彬

(中山大学法学院, 广州 510275)

摘要: 编纂民法典是新时代我国市场法律制度体系完善的第一立法要务, 商法入典对完成此要务举足轻重。基于民商关系的新解读, 将商法规范类型化为替代型、补充型和冲突型三大类型, 据此提出商法入典^①标准是: 替代型商法规范宜全部入典, 补充型规范可多数入典, 冲突型规范尽量少入典。商法入典的立法技术是: 替代型商法规范以隐名形式入典, 补充型及冲突型商法规范以显名形式或混合性规范形式加入。由此对民法典总则与分则中商法入典的得失和取舍进行了立法选择分析与建议, 并瞻望指出, 我国进入民法典新时代后市场经济立法体系完善的一个重要思路是, 对未入典之“商事立法剩余”进行“剩余商事立法”, 从而构建多元的、不断臻善的商事立法体系。

关键词: 民法典; 商法规范类型; 入典标准; 立法选择

中图分类号: DF59 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2019.06.05 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



引言: 认真对待商法入典

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)将民法典编纂作为完善我国市场经济法律体系的第一立法要务^②。民法典“开篇之作”的《民法总则》明确“我国秉

收稿日期: 2019-10-16

基金项目: 2017年国家社科基金重点课题“民法总则制定后我国商事立法完善研究”(17AFX021)

作者简介: 周林彬(1959), 男, 湖北恩施人, 中山大学法学院教授, 法学博士。

致谢: 华南理工大学法学院官欣荣教授和中山大学法学院博士生王睿、吴劲文及美国加州大学伯克利分校法学院研究生黄志成同学, 作为上述国家社科基金重点课题组主要成员, 对本文写作与资料提供了许多直接与重要的帮助, 向他们表示衷心感谢!

^① 本文提及的“商法入典”指商法规范加入民法典。对商法规范之理解, 本文偏向于制度或规范群即广义商法规范概念, 既涉及形式意义上的商法规范, 也涉及实质意义上的商法规范。

^② 研读《决定》有关民法典编纂的“前言后语”, 发现市场经济法律体系完善的任务还包括与市场交易关系密切的商事立法、经济立法等。

持民商合一的传统”^[1]。由于《决定》提出完善市场经济法律体系的立法任务,更多由与市场交易关系密切的商事立法具体完成。因此,商法规范应当加入民法典,从而商法入典成为民法典编纂背景下中国市场经济立法的一个显著特征。

笔者注意到,《民法总则》在商法入典方面有所进展(如营利法人和交易安全条款的加入)。但是,由于民法典编纂的立法工作者“稳中求进”的立法态度^①,且商法入典标准尚未明确与统一,故《民法总则》出现商法入典“不足”和“过度”问题(容后详述),被学者谓之民法典编纂中的“高难度”立法问题^②,且此问题在后续民法典编纂“收关之作”的《民法分则》起草中可能依然存在。于是,作为“旁观者清”的商法学界,针对商法入典“不足”和“过度”问题,展开了作为商事基本法的商法通则(下简称商法通则)立法论证及“院外活动”^③,认为制定商法通则是符合中国特色市场经济立法规律的一个现实立法选择^[2]。

笔者认为,商法入典看似为一个商法规范在民法典编纂中如何立法选择的“小问题”,而实质是一个如何落实有中国特色民商合一立法体例之“大问题”,更是一个如何高质量完成民法典编纂所肩负的新使命(暨《决定》所提出的新时代市场经济法律体系完善之首要任务)之“重大问题”。鉴于此,必须认真对待商法入典,以避免民法典编纂“因小失大”之错误。市场经济发达的现实需求和《民法典》预期出台的紧迫性,使得商法入典不能停留在民商合一抑或分立的宏大叙事中,而应搁置分歧,造典于细。为此,本文基于民商关系的“公因式”提取的不同程度,将商法规范分为替代型、补充型和冲突型三大类,从微观层面探讨商法入典标准,由此提出三类商法规范如何入典、尤其是如何加入民法典分则的立法选择思路与对策。

一、基于民商关系的商法规范类型化:逻辑与历史

基于民商关系的商法规范类型化的研究,可从逻辑与历史两个维度阐述。前者是借助微观经济学上商品分类表述^④阐释何为替代型、补充型和冲突型三类商法规范,并为三类商法规范之区分设定一个二阶判断标准,对其成因做简要说明。后者是对三类商法规范做一历史考察,发掘其商法规范分类及发展规律,据此指导当下商法入典与未来商事立法。

(一) 基本涵义

替代型商法规范是指与民法规范“公因式”关系强的商法规范(以下简称替代型商法规范)^⑤,既调整民事关系,亦调整商事关系且调整方法相同的商法规范群,民商区分度几乎为零。以数学上

^① 如全国人大常委会法制工作委员会民法室原主任贾东明提出的“立法要坚决贯彻落实中央精神……对于争议较大的问题,要反复斟酌,不急于下结论”的观点,反映了编纂民法典立法工作者通过减少立法争议问题,以期少犯或不犯立法错误的立法政策选择。(参见:贾东明.民法总则中的立法思维[EB/OL].[2019-05-19].<http://www.law.ruc.edu.cn/article/54974.html>.)

^② 苏永钦教授指出“对于民法典增纳的商法,与部门化的民事法一样,这些内容更复杂的单行法在进入民法典的时候也需要进行“净身”,排除非民事基础关系的部分,困难度比合同法、物权法等要大很多”。

^③ 如中国商法学研究会几次涉及商法通则的研讨都邀请了全国人大宪法与法律委员会、法制工作委员会有关领导参会发言,并通过苏、粤、吉、川、冀全国人大代表或全国政协委员联名提出制定“商法通则”的代表团议案和建议,为推动“商法通则”早日列入国家立法规划起到积极沟通、宣传效果。

^④ 微观经济学中按消费者需求及偏好将市场供给的商品分有替代品、补充品、独立品之类型;民商法律产品市场中,基于民商亲缘关系商法制度供给上亦可类似作替代型、补充型和冲突型三类商法规范的划分。

^⑤ 有学者从“公因式”关系程度讨论了民法对商法抽象程度对私法体系构建的影响。(参见:李建伟.民法总则设置商法规范之限度及其理论解释[J].中国法学,2016(4).)

集合关系喻之, 此类规范调整民事关系与商事关系的集合相等, 如诚实信用、公序良俗原则为民商法共同适用的原则, 属于替代型商法规范。

补充型商法规范是指与民法规范“公因式”关系弱且调整方法上与民法存在补充关系的商法规范群。以集合而论, 此类规范调整的民事、商事关系为包含或存在交集, 民商区分度偏低。如补充民法意思自治原则的商法营业自由原则, 以及补充民事代理合同任意解除规范的商事代理合同限制解除规范等。

冲突型规范是指与民法规范不存在“公因式”关系的商法规范群。以集合而论, 此类规范仅调整商事关系且与其他民事关系的集合关系为互不相交。如不同于民法真意表示、强调信赖保护的商行为外观规则。又如船舶抵押权、票据保证等已经脱离物权法, 成为单行法的构成部分, 亦属于冲突型规范。

(二) 二阶判断标准

上述商法规范分类还可采二阶判断标准进行。一阶判断是, 依据此商法规范所调整的社会关系, 判断其有无民商区分之现实需求, 若无, 此类商法规范实属替代型规范; 二阶判断则是, 若有民商区分之必要, 则进一步分析其民商区分度是高度抑或低度。若为高度, 则脱离民法而成为独立的商法规范, 归类为冲突型商法规范; 若仅要求低度的民商区分, 则此规范与民法规范有较高的关联性, 则从属于民事规范, 故属于补充型商法规范。

例如法人人格否认规范, 针对股东对法人有限责任滥用而设, 有民商区分的必要, 不属于替代型商法规范。第二阶判断是, 例如由于营利法人主体类型属性差异明显, 决定了营利法人人格否认规范在民法法人制度上提取“公因式”程度低(民商区分度高), 故该规范属于冲突型商法规范。又如《合同法》有关“仓储合同”的规定, 因其没有完全脱离民事保管合同规范, 故属补充型商法规范^①。

上述三类商法规范之生成原因各异。其中, 替代型商法规范主要归因于民商合一立法体例支配下民事基本法的“公因式”立法抽象技术。这包括两类情形, 第一种是替代型规范之出现, 是由于“民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件”^②, 在商品经济社会, 民法是一般交易规则, 商法是具体交易规则, 所以民法可以被理解为同时适用于民事与商事活动。而第二种情形则是先有一套民事规范, 后有一套对应商事规范, 甚至并无相应民事规范之出现, 但是在社会生活不断商化之趋势下, 原本只调整商事关系的商法规范, 转为具有普遍性的民法规范。此所谓民法商法化之趋势^③。补充型和冲突型商法规范的成因主要在于商法演进过程中的独特性不断被强化, 此一被强化的商法独特性可被概述为对民法的二重背离。“商法之双重结构, 表现在其兼具‘管制面’及‘交易面’。”^[3] 一是商法较民法拥有更多的自治, 体现在商行为法(交易面)上, 如基于促进交易、风险自负理念, 赋予商人在违约金条款、利息设定上的自由, 进而对民事合同构成补充型商法规范; 二是商法较之民法被赋予更多的强制性, 如体现在商事组织法上的强制性公示、登记行为规范和公司监事会、独立董事之法定设立的强制性规范, 有利于市场秩序、社会利益等价值的实现^[4]。这些冲突

① 如《合同法》第395条规定:“(仓储合同)本章没有规定的,适用保管合同的有关规定。”

② 参见:马克思恩格斯选集:第4卷[M].北京:人民出版社,1972:249.

③ 所谓“民法商法化”,一是由商事交易及商法上所形成之思想或制度,为民法逐渐采用;二是原属民法上的制度或法律关系,后渐归商法所支配。(参见:赵万一.论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路[J].法学论坛,2005(4):32.)

型规范群 往往散落于商事单行法(公司法)的规定当中。

(三) 历史演进

商法规范源于商,成于史。通说认为罗马法有万民法和市民法之分,自然无所谓商法^[5]。但从民商关系的规范类型来看,与其称罗马法不存在商法,毋宁称罗马法时代的商法以替代型规范为主。因为古罗马的商业实践的需求并不复杂,规范罗马本族人与外族人贸易关系的万民法和规范罗马市民社会市民财产关系与人身关系的市民法,可以满足古罗马商业活动对商法规范的需求。当然,古罗马也存在冲突型商法规范,如承继罗德岛的海商法和商品买卖法的专门规则等。只是这些冲突型商法规范尚处萌芽阶段、数量较少,故曰罗马法时代以替代商法规范的民法规范为主。

11世纪晚期以来,生产方式变革推动了剩余产品交换,继而导致集市交易、海上贸易的繁荣,以地中海沿岸习惯法为核心的中世纪商人法应运而生^[6]。中世纪商人法中冲突型商法规范取替代型商法规范占据主导地位^①。因为商人法又是商人仅为自己立法之产物^②,由此产生的商法规范是脱离于民法的冲突型商法规范,商法规范从民商关系类型化中替代型规范占主导这一端走到了冲突型商法规范为中心这一端。

近代欧洲大陆法典化前期,冲突型商法规范继续占据主导。在前法典时期,重商主义提供了商法发展的初始条件(典型如法国的《商事条例》与《海事条例》颁行),一方面以国家法形态统一起来的商法瓦解了中世纪商人法仅服务于特定阶层、特定职业的特性;另一方面,又吸收了中世纪商人法之成果,在重商主义影响下发展了公司、证券、票据、海商、保险和运输等商法内容,进一步开拓了商法的独特性^③。因此,冲突型商法规范的主导局面一直持续至法典化前期。

在近代欧洲法典化时期,各国纷纷制定商法典,出现了客观主义的商行为立法(如法国商法典)、主观主义的商主体立法模式(如德国商法典)以及日本折衷主义立法模式,形成与民法典并立之格局。这种商法的体系化形成仍然以冲突型商法规范为主流。这延续了前法典时期的商法发展逻辑,加之国家对商事活动的干预,强化了商法的独特性。商法独立的法典化时期聚拢于典的冲突型商法规范占了主导地位。一方面,需要对同一社会关系给出差异的调整方法,以满足商业对效率、自由的需求^④;另一方面,基于民法典和商法典的一般法和特别法关系原理,替代型和补充型商法规范往往栖于民法典中被补充适用。

19世纪中期以后,工业革命推动社会的全面商化,导致民法的商法化,替代型和补充型商法规范由此兴起。商业交易越发普遍,私人自治理念日益流行,商人从特殊主体被一般化为社会普通人^⑤,民法将冲突型商法规范转化为替代型和补充型商法规范。如瑞士民商合一法典的出现和民商

^① 如罗马法延续下来的民事合伙制度不能适应中世纪地中海沿岸新的商业流通需要,商事合伙遂应运而生赋予每个合伙人独自处理合伙事务的权力,并承担无限连带责任。

^② 中世纪的商人法以商人协会为立法中心,有独立的法官选任、司法、执行的程序,而与封建法、教会法泾渭分明,以商人自治去政治化。当然,去政治化的中世纪商法本质上仍是一种政治安排。(参见:迈克尔·E·泰格.法律与资本主义的兴起[M].纪琨,译.上海:学林出版社,1996:54.)

^③ 中世纪以后,国家成文法、法典法对商人法的干预不应被全然否定。(参见:徐学鹿.商法的轨迹——从传统到现代[M].北京:法律出版社,2013:62.)

^④ 以意大利为例,1865年民法典与1882年商法典都对债务和合同一般规则进行了规定,且内容几乎完全不同。类似的情况还出现在买卖合同、委托与合伙等方面。(参见:夏小雄.商法“独立性”特征之再辨析[J].北方法学,2016(5):87-89.)

^⑤ 这一时期替代型规范体现有:特定物买卖主导地位让位于种类物买卖,情势变更条款以及受商事习惯影响检查、通知义务等。(参见:施鸿鹏.民法与商法二元格局的演变与形成[J].法学研究,2017(2):81-82.)

分立国家民法典的商化,是替代型和补充型商法规范兴起的体现^①。

现代社会经济全球化、信息化潮流席卷下商法规范的发展出现民商融合与分野的双向运动^[7]。一方面,传统商法尤其在民法债编中,继续着民法商法化的进程,替代型和补充型商法规范不断涌入民法“母体”^[8];另一方面,商事登记、商事代理等商法总则性内容和企业商法、金融商法和网络商法等异军崛起,维持着其冲突型商法的形态,没有出现向替代型和补充型商法规范转化的趋势。至此,商法规范的格局相对稳定,传统民法典中的财产法部分在市场经济条件下继续商法化,甚至具有人身权性质的部分也有商法化之趋势(如人格权的商业化利用产生的商事人格权问题),而部分商法规范(新兴金融商法)更是发展迅速,不断地生成着新的冲突型商法规范(如资产证券化交易规范)需要在民法之外找到恰当的立法表达。

以史为鉴,上述从民商规范关系对商法历史视角的分析,在于考察商法不同时期的三类商法规范之主次与兴衰,给出民商规范相互关系及其发展的具有新意的回答。当然,这种分析不可作绝对理解,而是“借今喻古”做出相对理想类型的分析,还应结合国情因时因地做出具体分析。因为不同历史时期,替代型、补充型和冲突型商法规范的演化,取决于不同时期社会经济之发展与变化。同时,必须因时因地合理安排三类商法规范。其中,对于替代型商法规范所不能覆盖的内容,宜创设补充型和冲突型商法规范满足商业实践之亟需^②。在规定替代型商法规范的同时,亦需要仔细考察民商关系具体类型,避免对商法不当限制或者民法过分商化。因此,提倡一种商法规范制定与实施的多元主义,认为商法规范是一种多法源的法律规范,并在内容上具有丰富性,应当多元发展,不可偏废。

二、基于三类商法规范的“分类入典”:标准、技术与意义

上述商法产生与发展过程中三类商法规范之演进历史说明,应对不同类型的商法入典做出符合社会经济发展实际的合理安排,这既是一个重点,又是一个难点,其症结缘于没有一个相对客观、统一的商法入典标准。

(一) 分类入典标准

商法入典的核心是“分类加入”,一个框架性的商法入典标准是:替代型商法规范全部入典,补充型商法规范多数入典,冲突型商法规范尽量少地选择性入典。

这是因为,替代型商法规范因其无民商区分之必要,所以通过替代型商法规范对民商事关系进行统一调整。因为民商法的发展如“人字”型走向^③,商法规整的事项越具体,与“民”差别就越大,独特性和独立性越显著,提取公因式的难度增大,反之则小。因此“替代型”商法规范尽可“入典”,如通过民法典基本原则如诚实信用、公序良俗、禁止权利滥用原则的立法,起到“替代”或统领商法一般条款的作用;补充型商法规范无高度独立性,往往是民法制度的补充、变更规定,与民法关系最

^① 如原本规定只适用于商人的善意取得制度被规定在1900年《德国民法典》中。(参见:罗士安.善意取得、间接占有与《德国民法典》的设计者[M].张双根,译.北京:北京大学出版社,2006.)

^② 例如,中世纪教会法本有替代型规范的利息禁令之颁行,商业革命兴起后,商业借贷被视为高利贷法的例外存在,通过创设冲突型规范满足商业对有借借贷之需。(参见:徐浩.从高利贷禁令到例外原则——论中世纪西欧消费借贷的差别化管理[J].中国人民大学学报,2017(2).)

^③ 有学者指出,“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。”(参见:钱玉林.商法漏洞的特别法属性及其填补规则[J].中国社会科学,2018(12).)

为密切。如商法的情势变更原则、社会责任原则、加重责任原则与民法的诚实信用、公序良俗原则、过错责任原则存在填补、衍生关系,所以,无论是为了成文法的体系化构建,还是服务于法律适用中找法、用法的便利,补充型商法规范应多数入典。而冲突型商法规范所调整的商事领域较具体、与“民法”排斥性关系明显^①,因有高度民商区分的必要,不似补充型商法规范对民法有依赖性,原则上不入典。如“商事人格权”(对人格的商业利用)对传统民法人格权的冲击,商法外观原则对民事法律行为要件(真意表示)的突破,票据无因性原则对民事基础交易关系的脱离等,此类规范不宜“入典”。出于节省立法成本、合理布局商事法律体系之需要,冲突型商法规范依据其类型,应有四种安排。由此形成两层级的分类入典,其一是商法规范总体上分类入典,其二是冲突型规范第二层次的分入典。

进言之,其一,本身复杂且高度体系化,抑或是属于体系一部分的冲突型商法规范,应组成独立的部门法规范,前者如公司法、海商法、保险法和证券法规范等,而后者如公司对外担保、船舶抵押,其虽为担保法之内容,但分别与公司决议、公司章程等公司组织性规则、船舶登记、船舶所有权分割、船舶优先权等海商法规则关系紧密,故应纳入商事单行法。又如特许经营等商事合同类型,可类似旅游合同纳入旅游法一样,以商业特许经营法的单行法做出规定。其二,未纳入商事单行法的冲突型商法规范,体现商法共通性的内容者,如商事代理、营业制度和商事登记等,则应当加入具有商事基本法性质的商法通则。其三,不属于商事基本法性质且相对稳定、成熟又为市场亟需的少量冲突型商法规范(如融资租赁合同)可加入民法典。其四,零散的商事规范且不稳定、不成熟者则暂不宜入典。诸如智能合约尚处讨论阶段,远未臻至系统、成文水平,先以司法判例、商人习惯法、合同解释等方式处理。如此,不同商法规范,依据其规范类型和具体内容,可分别进入民法典、商法通则、商事单行法、商法判例和商人自治法等不同法源,既实现商法的多元立法发展趋势,又符合三类商法规范合理安排的原理。

应当指出的是,根据“替代、补充、冲突”类型提出的商法规范入典标准之理论范式不能作绝对化“对号入座”,还应考虑“尊重法制传统”与“满足市场殷切需求”、依据不同国情的立法政策取向等制度变革的参数变量^②。而且,在商法入典上,依据民法典内部结构的差异,三类商法规范入典各有不同,有必要结合各编特色,因“编”制宜地加入商法规范。总则与分则之间,分则内部各有差异。后文将依照商法入典标准,对分则各编的商法入典思路逐次论述。

(二) 分类入典技术

商法入典包括“显名”和“隐名”两种立法技术,这以是否贴上“商法标识”为准^③。商法显名入典,包括两类情形。第一类情形下,此规范仅仅是转介性条款,指示民法典以外的商法规范适用。而第二类情形中,规范不属于转介性条款,则不属于替代型的商法入典规范,而是补充型或冲突型商法规范。更多时候,商法规范以隐名的方式入典的,此时,商法规范究竟属于替代型、补充型抑或冲突型商法规范,皆有可能。

商法规范隐名入典同样包括两类情形:第一类情形是替代型规范的隐名入典,由于其同时调整

^① 如《德国商法典》出台后,又颁行《德国商法施行法》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。”

^② 如关于违约金调整规定在《德国商法典》中(第348条)表现为冲突型商法规范,在《意大利民法典》中(第1384条)则表现为替代型商法规范,在我国则采取了民、商兼顾的混合性规范性形式。

^③ 尽管党中央和国务院关于商事制度改革的文件中多次已经出现“商事”概念,法院与仲裁中广泛使用“商事审判与商事仲裁”的专业术语,但因我国“民商合一”立法传统下的大民事思维定势影响至深,“商事”立法用语在民事立法中普遍缺失。

民事活动和商事活动,故并无显名入典之必要;如替代型商事担保规范因其无差别化地共用于民商事担保,可直接“隐名”加入,即无需显示任何“商法标识”,以降低交易成本为目标,在适应市场经济和商事交易实践的需求上实现创新,增强物权法的商事适用性。

第二类情形则是补充型或冲突型规范隐名入典,又可再细分为三个亚类。

首先,形式上属于隐名入典,但实际上为补充型或冲突型商法规范,往往借助其他法律和法规形式将其补充性或冲突性显现。例如,《合同法》上建筑工程承包合同的规定属于为补充型商事合同规范,但其并无贴上商事标签,似乎民事主体亦能成为建筑承包合同的主体。实际上,尚有《建筑法》第26条^①在《合同法》之外,为建筑承包合同贴上了商事标签,或许可以将此类隐名入典理解为形式上的隐名,因为其并非真的隐名而是借助了民法以外的法律实现显名。另一个例子是企业间借贷的规定。借助《合同法》第52条第五项和第三项引致规定的功能,企业间借贷被认为违反了《贷款通则》《银行业监督管理法》而无效^[9]。但在合同法上,却并无对贷款人资质的限定,借款合同上的民商区分仅体现于自然人间借款的利率与合同生效。私法上的引致规定与行政法相结合,构成了对商事借贷的特殊规定。

其次,商法规范隐名入典虽无法律形式的专门设计,但实际适用中大多以冲突性或补充性商法规范形式体现出来。因为实践中某些民商规范区别的客观存在,决定了该规范主要服务于商业需求。如合同编草案规定的利用互联网技术实现的合同成立规则,主要服务于电子商务经营者,但是对于个别民事主体以此发出要约、做出承诺,也予以适用,合同成立无疑。又如合同履行后的旧物回收义务,虽然未明示义务主体,但其生活现实中更多指向商事主体。

最后,补充型和冲突型商法规范借助“混合性规范”入典。“混合性规范”是指同一个条文同时调整民事和商事两种关系,因而在同一规范上存在两个层次意涵^[10]。如《合同法》第114条违约金规定就同时包含民事规范和补充型商法规范两个层次,商事合同违约金仍然归属于违约金规范,只是相较于民事合同的违约规范,限制较少。混合性商法规范隐名入典,需待个案适用时,在民事案件中解释为纯粹民事规范,在商事案件中解释为商法规范。

除了构建商法入典标准,基于民商关系的类型化研究还有法律适用之价值。一般认为,基于民法和商法之间一般法与特别法的原理,商法之适用应遵循“特别法有规定的,适用特别法”和“特别法未做规定的,适用一般法”。但是,由于未认识到民法和商法关系的复杂层次结构,民法和商法各自异质化的构成,一般法与特别法的原理并未能恰当解决商法的适用问题。

一方面,对于替代型商法规范而言,其本身就是一般法,直接适用即可。例如《民法总则》就第61条、第62条对法定代表人的代表行为、后果及其职务侵权行为所为之规定,属于公司法未规定之事项。如此法人层面的替代型规范,特别法人、营利法人(公司法人)自当适用。另一方面,就补充型和冲突型商法规范而言,其属于特别法,无论有无一般法之规定,都应当适用特别法之规定,殆无疑问。问题在于,当存在法律漏洞时,可否将“特别法未做规定的,适用一般法”统一运用至三类规范之中?一般性的分析结论是,从替代型商法规范漏洞到补充型商法规范再至冲突型商法规范之漏洞,应当如一个光谱,逐步偏离“特别法未做规定的,适用一般法”之漏洞填补方法。这意味着,补充型与冲突型商法规范之漏洞,相较于替代型商法规范,应以商法原则、当事人意思解释、商事习惯法和商法规范的类推等方式填补,而不应直接或类推适用民法规范或民法原则。冲突型商法规范

^① 《中华人民共和国建筑法》第26条明确规定“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”

漏洞填补的错用例证是最高法释[2011]3号判例,其忽视股权与物权性质之差异、股东名册、工商登记与不动产登记之区别,而将股权转让规范漏洞误以民法物权中善意取得原则填补,为学者所诟病^[11]。一般而言,补充型商法规范较冲突型商法规范更有适用民法规范之空间,如《合同法》第287条^①和前文提及的第395条为典型例证。

(三) 分类入典的意义

首先,分类入典有利于确立民法典作为市场经济基本法的地位,并与我国民商合一之传统相契合。鉴于我国民法典采民商合一+德国民法典编制模式“在比较法上无先例可循”^[12],从不同体例(民商合一或分立)的法源视角对商法规范进行“宏大叙事”式的比较法考察,还不足以从“真理的学校”完全扩充和充实“解决办法的仓库”^[13],面向商法规范三大类型及法律技术视角的中/微观探讨,超越了“民商合一抑或分立”的“非此即彼”理论纠结,在实践上更具契合中国国情的立法指导价值。

其次,分类入典有利于把握民商立法当分则分的“度”在哪里?在设计统一管辖民事商事规范的替代型规范之时,既不可“过度商化”(如我国信托法有用商事信托替代民事信托之嫌^②),亦不可“商化不足”(如我国代理制度有用民事代理替代商事代理之嫌^③)。在民商合一立法体例下基于民商关系程度的民商区分标准即主要以补充型和冲突型商法规范作为民商区分标准,较之民商分立立法体例下排除民事主体与行为标准的商主体标准(如是否是商人)与商行为标准(如是否是营利行为),更符合我国民商立法与司法“合而有分”的实际,且具有实务操作性。例如,民法典合同编草案二审稿第552条第2款将借款合同之利息约定不明统一视为无利息,如此设计为替代型规范不当,因为忽视了商人借款合同即使无约定亦应推定可得合理利息的效益价值诉求,应设计“经营性借款除外”的补充型规范为宜。

再次,“分类入典”可以提高民法典中商法规范的储法、用法便利。于此我国已有成功立法经验可取,既可以是但书规定(如物权法关于企业间留置的但书规定)或“一般规定+特殊约定”的设置方式(如自然人之间的借款合同),亦可以是转介立法安排(如先承揽合同后建筑工程合同、先保管合同后仓储合同,这样的一般到特殊的制度结构)。而且在商法优先适用、民法补充适用的一般规律作用下,防止民商规范在法律适用中因互相“逃逸”导致的民商法律规范的相互误用^④,以利于民法典商法规范的正确适用。

此外,“分类入典”为民法典无法兼容的商法规范留下了立法空间,如商事登记、商业帐簿等此类与民法规范存在冲突关系的商事规范通过商法通则加以“汇总成篇”,可有效发挥“统、通、补”^⑤功能。并且,按照“多元化商法法源”的思路,将冲突型商法规范进行“典外安排”,不致破坏法典的体系和谐性。

^① 该条规定(建设工程承包合同)本章没有规定的,适用承揽合同的有关规定。

^② 我国信托法以营利为目的且以信托公司特许经营为特征的商事信托规则,对有关非营利为目的且不以信托公司为特许经营的民事信托规则的替代,是我国信托法“商化过度”的一个例证。

^③ 我国民法典总则关于民事代理中代理人对代理权单方解除规则对商事代理中代理人对代理权单方解除的限制替代,是我国代理规则商化不足的一个例证。

^④ 如民事案件本应适用民法一般规范而错误适用商法特别规范和商事案件本应适用商法特别规范而错误适用民法一般规范的“相互逃逸”行为,导致该行为的一个重要原因是民商法律适用中间民商不分,其典型表现是为民商法学界与实务界普遍诟病的民事案件法律适用中适用合同法的“过度商化”与商事案件法律适用中适用公司法的“商化不足”。

^⑤ 《商法通则》对民法典而言是特殊法;对各商事单行法而言,具有“通、统、补”的一般法性质。(参见:王保树,商事通则:超越民商合一与民商分立[J].法学研究,2005(1):38.)

三、基于商法入典标准的民法典立法选择:总则“得失”与分则“取舍”

基于商法入典标准,对已经公布实施《民法总则》在商法入典方面之“得失”可以概括分析如下。

《民法总则》在商法入典方面之“得”,主要在于提供了一些基础性的替代型商法规范,如平等保护、诚实信用、保护生态环境等统一调整民商事关系的基本原则,尤其以提取公因式技术在民事主体和行为基础制度上,将营利法人、非法人组织和决议行为的商事主体与行为内容涵盖其中。如《民法总则》第135条相较《民法通则》第56条兜底性一般条款规定更全面,添加了“行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的,应当采用特定形式”之内容,为商事主体(含商自然人)的权利外观和要式商行为交易的效果认定提供了更多依据。又如,在商事代理行为规范方面,《民法总则》采取了“隐名加入”技术,第170条对“职务代理”做了一般规定,该条所规定的“执行组织工作任务的人员”,解释上可涵盖商法中狭义商业辅助人。在没有特别规定的情况下,有关商事代理可适用《民法总则》职务代理规则^[14]。

《民法总则》之“失”一方面表现为“加入不足”。如一些替代或互补商法规范,本宜“显名加入”而实际上没有加入。如商人自主经营与民法自愿原则存在“补充”关系,本可“显名加入”,减少立法链接成本,而《民法总则》似有落空。又如交易安全原则和社会责任原则为营利性法人有关章节之设计规范,对其他商事主体是否适用犹存疑窦,期待从立法或司法解释上予以完善。另一方面,《民法总则》之“失”表现为“加入过度”,典型例证如营利法人规范设计中不适当地从作为民法特别法的《公司法》中提取了若干一般条款,例如,《民法总则》第三章“法人”专辟第二节“营利法人”的立法安排,有些制度设计统摄不足,反成过度抽取公因式之败笔。如第82条将《公司法》上的“法人人格否认”规范(冲突型商法规范)上升为《民法总则》规范,如此“高难度”的司法适用条款(最高法院至今对“法人人格否认”条款难以制定司法解释)忽视了营利法人多样性、差异性并因此被学界评价为“复印公司法”“加入过度”之重复立法,并妨碍了《公司法》的法律适用,违反了冲突型商法规范少量选择入典之商法入典标准^[15]。

上述《民法总则》之“失”的一个主要原因,在于未能根据三类商法规范“分类入典”。为此,依据“分类入典”的商法入典标准,下文重点针对由全国人大法工委民法室起草并向社会各界公开征求意见的《民法分则》物权编、合同编、人格权编、侵权编草案(以下简称草案^①)中商法入典的取舍问题,提出若干具体的立法选择思路与对策。

(一) 物权编中商法入典宜“少进多退”

物权法之生成源于大陆国家“物债二分”的体系,于财产归属之方面,受制于所有制限制和物权平等保护与物权法定原则,物权法一般不需要特别区分民事和商事而各配置特殊财产规则^[16]。以三类商法规范分析框架的视角分析物权法规范中的商事物权规范^②,发现“替代型”规范占比较多,主要为财产归属安全的所有权制度(如物权法总则、物权变动与不同类型所有权等条文)。以“二阶标准”进一步分析,又发现担保物权规范中虽然大部分都属于民商共通适用的“替代型”规范(如其总则及各具体担保类型中无差别地适用于民商事担保的一般规定在担保物权规范中占据多数),而

^① 该四编与商法入典关系密切,行文中法条序号未特别注明者以全国人大法工委民法室发布民法分则二审稿为准。

^② 该概念及其规范体系源自德国商法,指商行为所涉及的物权或者商事交易领域中存在的物权。(参见:曾大鹏,《商事物权与商事债权制度研究》[M],北京:中国法制出版社,2012:1.)

“补充型”规范群(如用益物权和担保物权规则中日益商化的土地经营权、抵押物流通规则等)多于“冲突型”规范(如为金融担保创新脱离传统民法的部分担保物权规则——流质、流押规则)。

但是,随着市场经济发展对扩大投融资的需要,新生融资型用益物权、担保物权种类的多样性和开放性对物权法定原则提出了挑战。现代物权法以“静态安全”为主的所有权制度完善重点,向以“动态安全”为主的用益物权和担保物权制度完善重点转移。原以“替代型”规范为主的商事物权规范制度完善重点,朝着“替代型”+“补充型”+“冲突型”规范并存发展的制度完善重点转移。鉴于此,物权编中商法入典宜采“少进多退”的立法选择思路,即为适应上述制度完善重点转移的需要,现行物权法应重点完善“替代型”和“补充型”商事物权规范,且通过概括性条款、但书性、转介性一般条款^①的立法技术,加入少量“冲突型”商法规范(主要为商事担保规范^②),而多数“冲突型”商法规范置于典外立法(如韩国《动产债权担保法》^③)。

从物权编草案来看,体现了“少进多退”思路,做到“既不推倒重来,又不照单接收”,在现行《物权法》之基础之上进行了适当创新,但也有不足。

第一,以物权编草案中替代型商法规范为例,如为了增强物权法的商事适用性,草案对添附制度作了新规定,即第117条明确了“按物的效用以及保护无过错的当事人原则确定物的归属”;又如允许抵押物自由转让(第197条)以实现最大化利用,以及为贯彻商法的外观主义规则进一步明确担保物权受偿顺序,确定了动产登记与交付具有同等效力等。

但是,草案中也有替代型商法规范滞后于商业实践。如现有“物权法定原则”的规定,在回应商事实践中新出现的非典型担保物权发展要求明显不足;再如草案将担保物权的法定实现程序之规定未尽完善;动产担保物权公示制度中登记、交付和占有之外对“其他方式”规定付诸阙如^④。

第二,以物权编草案中补充型商法规范为例,如有利于落实党中央农地“三权分置”改革政策的土地经营权一般规定,以及有利于企业海洋经济开发和生态保护的“海域使用权”新规定等,是对传统用益物权制度的补充与创新。此外,草案中动产浮动抵押、权利质权规则的日益商化有别于民事担保物权规范而又未脱离民事担保物权体系的特殊规范,也是对补充型商法规范的创新。

但是,草案中“补充型”商法规范的“商化”设计方面还有待优化。如草案设立了适用于不动产和动产、自物权和他物权的善意取得规范,但善意取得适用的民商事标的物不同,善意取得适用要件大相径庭^⑤,草案中“参照适用前两款的规定”之表述流于含糊。

第三,以物权编草案中冲突型商法规范为例,如为适应新型交易模式需求,草案第207条新设价款抵押权一般规定,属于担保制度中一般优先顺位的例外条款^⑥,体现了立法对互联网金融时代信

^① 俄罗斯《民法典》是通过转介性一般条款技术对其另作安排,在第3编“债法总则”第23章“债务履行的担保”之358条“典当物的抵押”第6款规定,“典当行在公民以其所有物抵押情况下向公民贷款的规则,由法律按照本法典另行规定。”俄罗斯颁行了《小额信贷和小额信贷机构联邦法律》将典当行作为小额信贷机构的一类加以规制。

^② “民商合一”语境下的商事担保:商事主体以营利为目的提供的担保或为商行为提供的担保,以及一般民事主体以营利为目的为商行为提供的担保或为绝对商行为提供的担保。

^③ 当然,也有法典内独立成编(如法国2006年《民法典》打破了三编制,增设了担保编、“物权编”内设分编模式、“物权编”设章模式(如德国《民法典》)可供选择。

^④ 如日本为了适应商业社会财产类型发展需要除了登记、交付和占有外,还规定了登录、标识等其他方式达到公示效果,而美国《统一商法典》第九章则针对投资储蓄账户、信用证权利或者电子担保债权凭证之上所设担保物权,规定了登记、占有和控制等公示方式。

^⑤ 商事实践中的善意取得的典型者如股权,在性质上其与传统的物权、债权自不相同,且其常涉及登记要件问题之争,指示其善意取得之标准与要件与一般标的物有较大区别。

^⑥ 主要为平衡浮动抵押环境下“登记优先”规则所致的权利失衡,规定了价款担保权在宽限期内(10天)进行登记可获得优先于除留置权之外的其他担保权利的优先顺位,

用消费方式的回应。

物权法草案在旨在优化营商环境所需企业信贷支持的担保物权规则方面有所创新,但仍显不足^①。如物权编草案禁止流押(质)的过于守成思路,忽视了商事主体违约时的惯例做法^②,有碍企业融资担保效率化机制的构建与完善。

综上所述,依据商法入典标准,物权编草案可作如下优化:

第一,对于物权编草案中的“替代型”商法规范而言,如可在担保物权领域予以突破、革新“物权法定原则”,即借鉴东亚国家(如日本、韩国)及我国台湾地区缓和“物权法定原则”立法经验,通过引入商事习惯的概括性规定,在物权编草案第16章“担保物权一般规定”之第178条增加一款规定,“经营中依交易习惯设立的担保物权形式,应予确认有效”^[17]。又如统一规定担保物权人可通过非诉程序实现担保物权,规定担保物权的一般非诉程序性规则,担保权人可向法院申请拍卖、变卖标的物(包括网络拍卖),或采取强制管理的方式以其所得收益清偿债权(如针对土地承包经营权、宅基地使用权抵押后抵押权通过强制管理方式实现,可使农户既不失权又可增加融资途径)。

第二,对于物权编草案中的“补充型”商法规范优化而言,如消解有价证券善意取得的适用困扰,将物权编草案第106条第3款表述为,“当事人善意取得其他物权的,可以依其物权性质参照适用前两款规定,法律另有规定的从其规定”,从而可依物权性质决定是否参照适用^③,而缀加转介性条款“法律另有规定的从其规定”可为有价证券(股票、债券)^④、合伙份额/股权^⑤的商事营业财产的善意取得特别规定留下制度接口。又如可将《物权法》第231条“但书”规定的“企业”改为“营利性法人和其他经营者”(草案第64条将《物权法》第68条中的“企业法人”已更为“营利法人”,草案第187条抵押规定中亦宜相应修改),消除商事留置权适用分歧。

第三,冲突型商法规范对担保物权立法创新至关重要。因此,一方面,以但书创设流押(质)的规范。物权法完全放开流押(质)条款的方案^[18]和完全禁止的做法都有失偏颇,较为可行的方案是,仿《物权法》第231条但书技术,总结司法经验^⑥,对流押(质)条款予以松绑规定“担保权人和担保人不得约定在债务履行期届满担保人未受清偿时,担保物所有权转移为债权人所有或者担保财产权利让与债权人,但营利性法人、合伙企业或者其他经营者按交易习惯另有约定的除外”。另一方面,属于冲突型商法规范的营业质权/典权规范^⑦,宜采典外模式另行安排,如将现行《典当管理办法》升级为《典当行业管理条例》即可。

(二) 合同编中的商法入典宜“多进少出”

^① 罗培新教授认为,数据显示,“获得信贷”指标近三年呈现连年下滑趋势,为提升我国在世行营商环境评估指标中“获得信贷”的排名,建议将担保物权法律做更多修改。具体可参见《经济参考报》2019年4月9日第二版《加快法律修订,提升营商环境排名》一文。

^② 如质押式证券回购中基于交易连续性和对交易方的保护要求,赋予证券商在客户违约时可直接将质押债券拍卖、出售并充抵债务的权利。

^③ 建设用地使用权、宅基地使用权等因用益物权的专属性予以排除适用。

^④ 2009年日本《公司债、股份等账户划拨法》规定,如果投资者申请账户划拨后,其电子账户有增额记录,投资者又无恶意或重大过失,则取得该增值部分对应的权利,以确保证券清算交收的不可撤销。(参见:曾大鹏,商法上的善意取得制度研究——比较法启示与中国法完善[J].时代法学,2011(5).)

^⑤ 2008年德国修改了《有限责任公司法》首创善意取得制度,强调以股东名册确认权利主体。(参见:张双根,德国法上股权善意取得制度之评析[J].环球法律评论,2014(2).)

^⑥ 如最高院指导案例53号案中针对不宜折价、拍卖或变卖的特许经营权的收益权,法院判令将收益权的应收账款优先支付质权人,实质上为特许经营权的收益权之类应收账款的“流质”开了绿灯。

^⑦ 所谓营业质权是指当铺营业人以约定期限和利息向借款人发放款项,在借款人不能偿还本息时可以直接取得标的物所有权。故又被曰为“典权”,有学者主张将其纳入担保物权分编。(参见:高圣平,民法典担保物权法编纂:问题与展望[J].清华法学,2018(2).)

虽然《合同法》的民商合一思路贯彻得较为彻底^①,但“商化过度”、民商规则区分不明的弊害仍是民法典合同编待解决的问题。随着民商规范的双向运动^[19],二者通约规范不断累积^②,且当下所有民事主体都或多或少从事一些传统的商事行为,例如货物买卖、融资担保等,部分民商规则之间模糊化、一体化适用的需求显著,已无区别适用的必要性和可行性。而因立法未予更新,大量商事合同类型和交易规则或处于立法空白,或寄篱于司法解释,此中趋于稳定成型者应以补充型商法规范形式入典。此外,随着合同自治限制理论的发展,部分具有管控性、技术性 or 行业性特征的商事合同交易规则脱离了合同编总则的统摄,应划入冲突型商法规范而克制加入,以免动摇民法典之体系逻辑。

从合同编草案来看,在贴近市场脉搏、因循民商合一路径依赖与民商事行为规范渐趋统一的潮流席卷下,内容较多革新:一是合同编草案中替代型商法规范加入亮点突出,使民商规则力求简明和统一,例如将民事合伙与商事合伙^[20]“公因式”的合伙合同置入了草案第27章,充实了《民法总则》在继受过程中未加关注的自然人、法人和非法人组织之间合伙的商事组织形式,同时也为民事合伙提供了一般规定。二是合同编草案中充实了补充型商法规范,促进民商事合同体系整合,例如草案第283条明确了经济往来“签订确认书”及网络化交易中提交电子订单等合同成立规则,回应了电子商务发展。另如草案第375条改进了《合同法》第114条的违约金增减规则,摒弃了法释[2009]5号第29条中法院或者仲裁机构根据当事人请求应当予以增减过低或过高违约金的命令性规范,改为授权性规范,为法官选择民事公平思维介入还是尊重商事意思自治留足了自由裁量空间。三是合同编草案增加部分冲突型商法规范,凸显商法规范管制性、行业性发展倾向,如添设了保理合同类型,其虽与其他典型合同类型从规范保护目的至具体规则方面更多存在着差异,但因实践所需故择其相对重要且稳定部分加入。

修法贵乎上,合同编的国际吸引力和竞争力如何很大程度上取决于商事合同的科学立法水平,进而影响我国法治化、国际化营商环境的排行。目前合同编尚有遗珠之憾,基于此,草案还可作如下优化:

1. 合同编草案中替代型商法规范设计还需解决“商化不足”之虞

首先,草案第287条将商业活动中仅用于咨询和协商的意向书认定为预约合同,实则意向书本身未表示双方当事人就其权利义务安排达成合意,这一立法设计也有悖国际商业惯例^③。一方面将增加发出意向书一方的期望成本,降低当事人通过意向书尽全面协商确定合同待商榷内容的需求,最终增加交易双方纠纷可能和司法解决难度^④,因此,对于意向书宜通过但书条款构建“除非明确约定具有法律约束力,否则不构成预约合同”的默认规则。

其次,草案中格式条款的相关规则对于商事合同的排除适用考虑不周,例如一些不与公序良俗

^① 虽然我国《合同法》没有显名为商事合同,但其内容主要为商事合同制度,为学界与实务界共识。

^② 参见: Boris Kozolchyk. The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law [J]. *La. L. Rev.* 1979(40): 41-46.

^③ 关于意向书(letter of intent)在英美法系的性质认定,参见: Gregory Klass. Intent to Contract [J]. *Va. L. Rev.* 2009(95): 1443-1499.

^④ 参见: Ronald J. Gilson, Charles F. Sabel, Robert E. Scott. Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design [J]. *Cornell L. Rev.* 2014(100): 23-29.

相抵、符合商业惯例的格式条款不宜一律排除^①, 应尊重行业惯例特性, 类似“特价机票不得退改”条款等具备商业理性的规则, 无需僵化地代消费者权益保护法作“愚而弱”的主体假设而侵及商业秩序, 不妨增补但书条款“依交易习惯另有规定的除外”。

最后, 现代商事交易大都依赖系列合同^②, 例如银团贷款系列合同, 表面上分立的多份合同都服务于同一个交易目的, 在交易结构上更是环环相扣, 草案未对系列合同的违约、解除和解释等做出特殊安排。系列合同中的任一环被司法中断其合同效力, 将会影响交易链条上利益相关者的交易安全, 因此草案针对系列合同应明确其整体解释规则^[21], 推此及彼, 在违约、解除等方面都应明确“系列合同整体应被视为单个合同”的要求。

2. 合同编草案中对补充型商法规范设计还需继续精益求精

第一, 草案对重大误解规则的设计亦显粗糙, 没有考量重大误解的撤销需在商事领域应受到限制^③。针对重大误解规则, 应区分民事合同与商事合同的不同规范目的, 默认排除商主体一方的重大误解撤销权, 仅在另一方对被误解事实存在过错时才可撤销, 使之符合风险与收益相匹配之商业逻辑。

第二, 草案删去了《合同法》第 51 条的无权处分合同原则无效规则, 转而肯认法释 [2012] 7 号第 3 条的无权处分合同有效规则, 尝试终结学术界和实务界的纷争。这一问题的讨论宜脱离出采纳德国模式(无权处分合同有效) 抑或法国模式(无权处分合同相对无效) 的“路径依赖”分歧, 而应回归丹宁勋爵理解无权处分问题所用的“保护财产权人权利”和“保护商业交易”法理基础^④。现代商业货物交易以高速流转性和标的非特定性为普遍特征, 认定无权处分合同有效有利于鼓励货物流通交易, 有助于实现继续要求当事人交付相同性质、种类的货物。但与此同时, 英美法认为重大交易合同, 例如不动产买卖合同, 如果出让方不拥有标的物的财产权, 则买受方可直接解除合同, 亦可事先约定自动解除合同^[22], 因为其不具有商事特征。因此, 如草案主张无权处分有效, 也应对于民事领域不动产买卖中的无权处分, 赋予守约方无条件解除合同的权利。

第三, 对重交易长期性的商事合同类型, 诸如建设工程施工合同、商事委托合同, 其任意解除权往往应受到更多限制^⑤, 需做出特别规定而立法未予关注^⑥, 因此草案宜规定交易长期性的商事合同解除之一般规定, “营利性法人所订立合同, 依诚信原则或交易习惯对合同解除做出限制的从其限定; 因

^① 有学者认为对于格式商业性合同, 或只用民商法的一般缔约理论, 或基于商业惯例等适用直接订入合同, 参见: 崔建远. 合同法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2014: 43 - 44. 另有学者主张对要区分消费者保护和商事交易两个角度, 辩证地看待格式合同规则的利与弊并基于此做出立法安排。(参见: 张谷. 民商合一体制对民法典合同编的要求 [J]. 北航法律评论, 2016.)

^② 学者称这类合同为“合同联立”。(参见: 陆青. 合同联立问题研究 [J]. 政治与法律, 2014(5).)

^③ 有学者认为我国重大误解规则在立法继受过程中对其构成要件和解释方法都有所忽略, 导致司法中法官大都仅凭对“误解”一词的字面理解断案, 较为混乱。(参见: 王天凡. 民法“重大误解”继受之反思——兼以台湾“民法”第 88 条第 1 款为例 [J]. 华东政法大学学报, 2017(2).)

^④ 参见: Bishopgate Motor Finance Corp Ltd v. Transport Brakes Ltd [1949] 1 KB 322.

^⑤ 以委托合同为例, 我国目前立法中并未对委托合同任意解除权有例外规定, 有学者主张委托合同当事人的任意解除权规则应区分民商关系。(参见: 谢鸿飞. 民法典合同编总则的立法技术与制度安排 [J]. 河南社会科学, 2017(6); 吕巧珍. 委托合同中任意解除权的限制 [J]. 法学, 2006(9).)

^⑥ 像《意大利民法典》第 1616 条、第 1623 条解除权, 生产经营中变更合同或解除合同即以行业规范、惯例、行业规则作了例外规定。(参见: 费安玲, 等. 译. 意大利民法典 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 390 - 391.)

解除合同给对方造成损失的,应当赔偿损失”。

第四,草案第476条将保证方式没有约定或约定不明的推定改为“按一般保证承担保证责任”,实对商事保证制度的构建有懈怠之嫌,因此需予改良,回归一审稿民商分流思路,规定“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任,但自然人之间的保证合同除外”。

3. 合同编草案中冲突型商法规范应紧追市场经济实践需要

首先,对于市民生活和商业实践中的常见合同类型,未明确统一的入典思路。学界对有名合同“入典”标准提出不同看法,如重要且必要性标准、典型性标准、新型合同标准、商事合同标准等,但究竟哪些(商事)合同类型有名化、应扩容到哪种程度,边界、标准仍为模糊^[23]。笔者认为,对冲突型商法规范的“入典”选择应运用二阶判断,区别对待,例如大量的金融衍生交易合同、网络金融合同等更重视风险防范和公法管制的商事合同类型与其他有名合同类型的共性少,且本身具有一定的独立体系,可效仿保险合同在《保险法》、旅游合同在《旅游法》之安排,留待商事单行法处理。

其次,草案第472条仍将保证合同的从属性奉为圭臬,置最高法院法释[2016]24号所认可、商业实践中所常见的独立保函(证)于不顾。为满足市场交易需求,应在第472条基础上增加一款对商人间独立保函(证)做出规定,以便具有独立性的商事保证(合同)其合法性得到法典确认。

(三) 人格权编中的商法入典宜“舍中有取”

经济高度的市场化、全球化,使得传统的不具有财产性的人格利益可以作为一种稀缺资源进入市场^[24]。传统民法领域虽未对“商事人格权”达成一致,但对“人格权商品化”“人格标识”“人格权的积极权能”等人格权与市场经济交集的问题有较多著述^[26]。人格权独立成编,是民法典“对经济社会生活中出现的新情况、新问题做出有针对性规定”^[26]的体现,为商事人格权^①的立法完善提供了新的制度发展契机。然而,人格权“乃是现代社会人的伦理价值范围扩张以及支配需要的结果”^[27],其强烈的伦理性注定商事人格权的立法必须谨慎有限度,切不可因商品化利用侵蚀人的自由和尊严的保护。

商事人格权包括人格权的商品化利用与商事主体的人格利益。其中,人格权的商品化利用由两部分规则构成,一部分是替代型规范,这部分规则是民事人格权与人格权商业利用所共通的;另一部分是补充型规范,其以财产性质为主而不同于传统人格权侧重尊严保障,但是两类权利都立足于同一的人格要素。而商事主体的商号、商誉和商事信用等人格利益则脱离于传统人格权的逻辑,完全属于市场竞争中形成的具有人格属性的经济利益,故为冲突型规范,留给商事基本法/单行法规定为宜。

综上,民法典人格权编中的商法入典规范选择是“舍中有取”。即在人格权单独成编的条文设计中,与“民事人格权保护”冲突性明显的商事人格权规范应予“舍弃”,置之典外另行立法安排为宜;而为了民商合一体制下人格权传统与现代立法的协调要求,除了规定人格权责任赔偿范围、责

^① 所谓商事人格权是指自然人和商事主体,以及其他民事主体为维护其具有商业价值的人格利益而享有的新型人格权利。(参见:程合红.商事人格权论:人格权的经济利益内涵及其实现与保护[M].北京:中国人民大学出版社,2002:46-48.)也有学者提出了狭义说,专指“经法律确认而以商事人格利益为客体的商主体之商事法律人格所必备的基本权利”。本文赞同广义说。

任承担形式的“替代型”商事人格权规范之外,有条件地对自然人人格权的财产权利属性(积极利用性及可转让性、可继承性)予以确认,适当加入补充型的自然人商事人格权规范。

从人格权编草案来看,其吸收和升华了立法与司法经验以及学界成果,在承接《民法总则》三个条文(第109、110、111条)基础上作了较丰富的拓展^①,为解决人格权保护问题消除理论歧见提供了中国智慧和方案。就民法典人格权编中的间接或直接加入商事人格权规范来说,亮点较多:

第一,人格权编草案中“替代型”的商法规范,体现为人格权商品化利用的基本规则及新型人格利益的一般规定,于民、商皆无差异。一是人格权编草案对第766条对人格权益(肖像、姓名、名称等)商事利用(许可他人使用)做了间接性规定,同时通过第803条实际上确立了人格权商品化利用的一般规则^②;二是第779条第2项规定了认定侵害人格权的民事责任的“行为人和受害人的职业、社会身份、社会影响范围等”物质性强于精神性的因素都纳入了法官裁判的考量范畴^[28];三是第779条、第800条之(五)、第816条之(四)规定了行为人对部分人格利益的合理使用原则;四是对个人信用及个人信息两种互联网时代愈发受到重视的人格权益的收集、使用、维护、保护进行了规定。

第二,人格权编草案中“补充型”商法规范,主要是对实践中“商化”程度较高的名称权及肖像权进行有别于其他具体人格权的特殊安排。一是人格权编草案第三章“姓名权和名称权”对非自然人的名称权及其各项权能(决定、使用、变更、转让或者许可他人使用)做了丰富(第792条),并将网名、简称、字号等纳入规范范畴(第797条),顺应市场实践进行扩张保护;二是对肖像权以“可识别标准”进行扩张保护,并规定肖像许可使用合同应当做出有利于肖像权人解释及基于正当理由的合同解除权,在财产权与人格权产生冲突时坚持人格利益之本质。

第三,人格权编草案中“冲突型”商法规范扩展了商事人格权的边界。一是运用“转介性”条款(第776条后半段规定“法律另有规定的除外”)为冲突型商事人格权益转让继承制度开了绿灯;二是第782条规定了违约精神损害赔偿,突破了合同违约责任的可预见规则,为合同违约的相对人提供更全面的保护。

人格权制度皈依重在全面保护人格尊严价值,但人格权商业化的合理利用与救济不可忽视,新型人格权亟待立法的进一步明确,如何在“量”上赋能又在“质”上取胜,引领21世纪人格权现代化立法潮流,殊为不易。其中,市场经济条件下反映人格权商业利用特点和规律的规范取舍堪为重心之一,此亦为界分侵权法救济规范,支撑人格权单独成编的立法理由之一^③。就此而言,草案“舍中有取”的安排亦有不足,仍需依商事规范入典之标准进一步思量。

首先,“替代型”规范的“商化”仍不彻底,如草案将信用作为名誉权项下的一项人格利益,仅赋予民事主体对信用查询、异议、更正、删除的救济措施,未能充分考虑信用权与名誉权在侵权方式和

^① 学界提出了三种思路选择:(1)通过《民法总则》入典之际完善修订人格权条款。(2)通过“侵权责任法”的救济规则解决人格权问题。(3)通过独立成编的方式来予完成。(参见:江平.人格权立法与民法典编纂体例[J].北京航空航天大学学报,2018(1).)

^② 草案第803条规定:“其他人格权的许可使用,参照本章的有关规定。”相关论述参见:王利明.民法典人格权编草案的亮点及完善[J].中国法律评论,2019(1).

^③ 单纯的侵权责任编无法涵盖人格权防御性权利的积极化发展趋势。(参见:王利明.论人格权编与侵权责任编的区分与衔接[J].比较法研究,2018(2).)

保护方式上的差异和其对民商事主体巨大的财产价值^①,又如个人信息未成独立权利,且与隐私权同为一章,界限不清,其趋同于欧美国家“知情——同意”模式,对大数据时代信息作为公共产品之事实未考虑周全^[29]。而为实现对人格权全面保护的同时促进人格权商业化利用的目标,应通过“替代型”商法规范将信用权确认为一种新型人格权,以提供独立的请求权基础,有效解决信用信息权益保护力度不够问题,促进信息时代对个人信用的维护 and 商业化合理利用。同时,个人信息亦应作为独立之权利进行确定,并厘清其与隐私权之差异,而为应大数据时代之发展,宜在后续针对大数据的个人信息利用进行专门立法,民法典中不宜加以过多限制。

其次,“补充型”规范的立法安排“守成有余,创新不足”。主要反映在本可运用“商化”显示度较高的“补充型”规范却采“替代型”规范之设计,导致商事人格权规定较难识别与适用,如第776条对人格权益许可使用的规范,又如第801条规定肖像许可使用合同应当做出有利于肖像权人解释虽益于人格尊严之维护,却未顾及“约定不明确”的合同漏洞应当依合同解释之基本原理进行,为商事活动带来不可预期性^[30]。因此,可将人格权权益许可使用以“补充型”商法规范改良设计,明确“民商有别”,如将第776条表述为“民事主体有权有偿或无偿许可他人使用其姓名、名称、肖像,但有损公序良俗、或依照法律规定或根据其性质无法使用的除外。”同时,自然人的商事人格权与民事主体一般人格权的内容及救济机制不同,难以以为替代型条款所覆盖,有必要加入商事人格权救济规范,不妨补充规定,“对他人姓名、肖像等人格权益的商业价值不当占有,或未经许可或违约以商业目的使用的,应承担相应的民事责任”。

最后,草案未能运用转介性规范为“冲突型”商事人格权立法预留足够的发展空间。如葡萄牙1995年《工业产权法典》明确对企业徽标权做了专门规定^[31]。由于营利性法人等商事主体与自然人享有的商事人格权之内容发展、价值评估、救济标准殊大于同,诸如商誉权、商号权商事信用和商事秘密^②的立法阙如,所以留下制度接口为宜,如设定“本编未规定的其他商事人格权,依照其他法律另行规定”。

(四) 侵权责任法编中的商法入典宜“取中有舍”

目前在我国商事侵权领域^③,侵犯消费者权益、破坏生态环境、产品食品药品质量安全事件、不正当利用个人信息侵犯隐私权和财产权等案例呈现增长趋势,企业成为侵权活动中愈发常见的主体。商事侵权具有影响广泛性和后果严重性的特点以及更高注意义务、严格责任和惩罚性赔偿的主要标志,其规则因此也与传统民事侵权规则渐行渐远^[32]。从一阶判断标准分析,在侵权构成四要件理论已深刻影响了《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称“侵权责任法”)并完整延续至民法典侵权责任编之背景下,部分商事侵权规则为达到不良商业秩序之整顿目标,对传统四要件理论应有突破并足以形成独立构成要件框架。运用二阶判断标准,基于成熟性和体系性之虞,民法典对补充

① 关于信用权的财产属性学界提出由来已久,参见:吴汉东.论信用权[J].法学,2001(1).

② 以商号为例,商号既是商人区分于其他商人的识别标志,商号之上承载着商人的信誉。属于可以流转的财产权。在商号制度中,应该规定商号种类、登记、废止、变更、出借与转让等内容。

③ 学界对商事侵权界定标准争论不一,主要有(1)经营利益损害说;(2)商事主体侵权说;(3)商事主体侵害消费者权益说;(4)商事主体侵权和经营利益侵害合并说;(5)商法责任说。(参见:刘言浩.中国商事侵权责任法的构建[J].上海商学院学报,2013(1).)笔者认为(4)+(5)综合说持之全面,指有别于民事侵权构成要件的发生于商业领域的一切侵权行为。由此将互联网侵权理当涵盖在内。

型商法规范,例如产品责任、损害生态环境责任,以“取”为上;而对冲突型商法规范,例如证券侵权责任、垄断、不正当竞争,不合则“舍”。

《侵权责任法》具有糅合民事侵权和商事侵权的鲜明立法特色,民法典侵权责任编草案更体现了侵权法民商合一立法技术的精进和完善:一是在替代型商法规范上,例如草案第943条、第946条分别替代了《侵权责任法》第2条受保护权利客体、第15条侵权行为所致不同责任类型的列举式规定,有利于藉由司法能动对新兴商事权利做出动态调整。二是在补充型商法规范的设计上,例如针对网络侵权,草案第970条至第972条以网络服务提供者这一网络商事主体为识别标准,将规制其以互联网空间为载体的相关侵权行为。另如在生态环境侵权方面,草案第1004条明确了生态损害侵权为严格责任,并新增了第1010条生态环境修复的特殊责任承担形式,旨在对大规模生态环境侵权之最常见责任主体——企业予以更严苛的规制。再如草案规定了知识产权、生态环境和产品责任三方面的惩罚性加重赔偿情形,以补充型商法规范发挥商法的公法管制效果^[33]。三是在冲突型商法规范方面,如草案第955条规定了“本法和其他法律对不承担责任或者减轻责任的情形另有规定的,依照其规定”,为商事侵权的减责免责制度留了衔接口。

但总体而言,商法规范加入民法典侵权责任编的立法安排仍“行百里半九十”。就商事侵权领域商法规范“入典”而言,可做如下优化:

1. 侵权责任编草案中替代型商法规范应解决保守和粗糙问题

首先,草案未能厘定侵权责任编的不同保护客体而对应设置不同的保护模式。对于不断发展的商事侵权手段,立法应面向未来,回应商事主体之间、商事主体与民事主体交易交往所产生的新型利益保护诉求,区分权利、利益并予以区别保护。其次,草案第946条仍保留了不应置于侵权责任编的绝对权请求权,又将应置于侵权责任编的恢复名誉、赔礼道歉规则“误放”在人格权编。立法应明文彰显本权请求权与基于本权而生之损害赔偿请求权的差异,清理侵权责任编中绝对权请求权的内容,并将恢复名誉、赔礼道歉从人格权编安排至侵权责任编。由于恢复名誉、赔礼道歉不可强制执行^[34],人格权编的替代承担方式值得赞同,侵权责任编应当一并吸收。

2. 侵权责任编草案中补充型及少量商法规范需强化商法思维、使其识别标准清晰化

首先,草案对网络侵权回应不够。可以个别商事主体作为识别标准,在网络商事侵权等领域,设置举证责任倒置规则,让占据优势的侵权人如网络金融企业,承担证明未予侵害或已尽保护之责,以扫清因信息不对称、受害人数字化知识匮乏、电子举证困难带来的维权障碍。在网络商事侵权责任的主体认定上,可对网络平台企业进一步细分,网络媒介平台侵权可适用的避风港原则,无法对诸如网络交易平台、网络借贷平台、网络交友平台的侵权统一适用,为此可规定“网络交易平台、网络融资平台、网络借贷平台的经营者在其经营服务活动中未尽到安全保障或诚信服务义务,造成他人损害的,应当承担民事责任”。此外,对于网约车在运营过程中侵害他方权益,网约车平台应以承担连带责任为原则,仅网约车驾驶员故意或重大过失致人损害才可减免责任,实现网约车平台权责相匹配。

其次,草案规定惩罚性赔偿责任的适用情形过于局限^①。在惩罚性赔偿制度发达的美国,惩罚是为“遏制未来的违法行为”才是此制度的价值所在^[35],草案将其适用限缩于特定领域不利于实现其立法目标。可在主体营业性和加重责任之间搭建逻辑关联,将惩罚性赔偿的法理基础回归至对商事主体产生负外部性社会效应的内部化^[36]。因此,或沿用《民法总则》的“营利性法人”概念,或另行设计以营业性为标识的一般商事主体概念^②,增设“营利性法人(或一般商事主体)故意侵权的,法院可以判令其承担惩罚性赔偿责任”。

最后,草案对生态环境侵权的责任归属一味适用严格责任有失偏颇。生态环境侵权损害相关的“国家规定”涉及法律、行政法规、部门规章以及众多国家标准,体系庞杂,“多头立法”特征明显,一刀切式以“国家规定”直接链接最严苛惩罚,难称恰当。草案后续可以商行为作为识别标准,参考《欧盟环境责任指令》将环境侵害责任区分为无过错责任与过错责任两类,前者仅限于附件3中明文列举的破坏自然资源情形^[37],有必要对生态损害行为做出区分,再予分层归责。

3. 冲突型商法规范群宜尽量典外立法

对于商事侵权类型,无论是发生于商事主体之间平等的交易还是发生于商事主体与消费者之间有违强势平等^[38]的交易,绝大多数因其侵权责任要件、损害赔偿范围和计算方法都明显具有特殊性,可自成体系,同时相较于民法典的稳定性要求,更需要随着科技创新、商业实践发展和顶层设计改革而与时俱进,因此留待编外特别法处理更为适宜,此类立法方案可见《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国食品安全法》《中华人民共和国反不正当竞争法》以及《中华人民共和国反垄断法》等,亦可选择借鉴以色列1999年专设的《商业侵权法》^③,统一容纳冲突型商法规范。

结语与展望: 从商法入典到构建多元商事立法体系

商法入典的完成将致民商立法分合的边界较为定型化、明晰化的同时,会产生“商事立法剩余”^④。这里的“剩余”是相较于民法典和商事单行法,以及还未开展的商事立法工作而言,即有哪些商法规范还未入典。而“剩余商事立法”则是通过对“商事立法剩余”进行拾遗补缺,以期完善商事立法体系。

在“商事立法剩余”上,存在总则性/分则性、实体性/程序性、组织法/行为法、传统商法/新兴商法等多种立法规范内容,在“剩余商事立法”的问题上,则有国家法/民间法、国内法/国际法、成文法/判例法等立法形式。

^① 有学者认为,仿之美国法和欧洲大陆法系的法律实践,对实际损害数额不确定的侵权行为可科以惩罚性赔偿责任,而对于实际损害数额不确定的惩罚性赔偿适用需严格限制,只得法律明文特定才可。(参见:张新宝.侵权责任编起草的主要问题探讨[J].中国法律评论,2019(1);张新宝.民法分则侵权责任编立法研究[J].中国法学,2017(3).)

^② 营业性要件可借鉴《德国商法典》上所用的“商事营利事业”要件之定义。(参见:C. W. 卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006:36.)

^③ 例如:以色列《商业侵权法》对不正当竞争(分为虚假陈述、不当侵扰窃取)和窃取商业秘密两大类商事侵权行为及相应司法救济机制问题做了较细规定。

^④ 《民法总则》第11条立下了制度接口。

与“商事立法剩余”问题相较,商法学界对“剩余商事立法”问题缺少共识。如对于如何区分总则性与分则性的商法一般条款,并将前者全部归入商法通则,将后者归入单行法与商法通则之中,在商法学界存在一定共识。但在“剩余立法”上,在法源之间的优劣、法源适用的优先级等问题上存在争议,这主要基于不同法源间天然存在竞争关系。

“商事立法剩余”因民商区分关系而存在,商法在内容上拥有相对于民法的独特性已为民商法学界之共识。同时,“商事立法剩余”又是一个特殊性的问题,受诸多因素影响,例如一国社会经济观念所决定之民法商法化的界限、立法者的认识和经济全球化下国际商法对国内商法之冲击。但影响最为直接者,则是民法和商法分别存在的形式,两者修订更新的先后顺序等因素亦可能影响“商事立法剩余”的实质内容与体量大小。而“剩余商事立法”是一种立法思维,强调系统化立法,要妥当处理进行时的立法、将来时的立法和未来时的立法三者的关系,从而使用恰当的法源、层级、体例和技术将“立法剩余”吸收。“商事立法剩余”的客观存在又决定了“商事剩余立法”的必要,而“剩余商事立法”则可以将“商事立法剩余”全面、适当地覆盖。

依据商法入典标准,一个规范性的“剩余商事立法”安排是,商法入典完成后,由于替代型规范已尽数入典和补充型规范已多数入典,主要尚待处理的“商事立法剩余”以冲突型为主,以补充型商法规范为辅。而冲突型商法规范中,不属于商法总则且又相对成熟、为市场亟需的零散规范(如商事留置和商事流质规范)少量加入民法典。因此,主要的“商事立法剩余”中的冲突型商法规范表现为以下三类:第一,如调整公司关系、证券关系的冲突型商法规范,宜加入独立的商事单行法予以体系化,在持续优化营商环境的推动下与时俱进不断完善。第二,又如商事登记、营业等未能加入商事单行法的冲突型商法规范,则加入商法通则。第三,再如非总则性且内容松散的冲突型商法规范中不稳定、不成熟者,则先以司法解释或指导案例或商人习惯法等方式形成商法规范。

以上是依据商法入典标准做出的规范性层次的“剩余商事立法”。但应然与实然并不总是对应,一个应然性的“剩余商事立法”也许并不能落实、兑现。此时,就应当赋予《商法通则》“不可承受之重”,将未能入典的商法规范尽可能装入商法通则这个“口袋”中。这是对“剩余商事立法”的实然层次的理解。

实然理解之下,尚不宜成文立法的不稳定商法规范和适宜单行立法商法规范,不宜加入商法通则的口袋中。如若民法典不当规定了适宜单行立法的体系化商法规范,干扰了商事单行法的适用,而该单行立法又尚未提上立法议程的,不妨暂且放弃体系的追求,在商法通则之中予以安排。类似的,对于未能入典的冲突型商法规范或补充型商法规范,也应当循此逻辑,将适宜加入的商法规范加入商法通则,以弥补商法入典标准未能完全贯彻之弊。

总之,依据商法入典标准,在民法典分则通过之后,有必要从形式、内容上对民法总则和单行法进行法律整理,删去重复规定、冲突规定。届时,我国市场经济法律体系基础格局由“民法典+商法通则+商事单行法+其他法源”的法律框架组成。而瞻望“剩余商事立法”,其中最重要者是制定商法通则。商法通则将不再重复民法典既有规定,并与民法典各编统筹协调,做到有的放矢、查漏补缺。下面,主要针对前述民法总则和民法分则(草案)已经或将要产生的“商事立法剩余”,参考商法

通则立法研究报告,举例说明商法通则这一重要“剩余商事立法”的立法重点^①:

第一 将“商事主体法定、确认和保护营利原则、营业自由、商事交易便捷、商事交易安全、商事外观主义、公平竞争、社会责任”这些被民法总则立法所致剩余的“冲突型”或“补充型”商法规范,在“商法通则”中作为商法基本原则逐条规定。这是对大陆法系国家有商法原则理论无条文立法的“历史缺憾”之一大突破^②。

第二 将商事基本法(商法通则)和单行法与商事习惯优先适用民事基本法的商法优位规则,这些被民法总则立法疏漏的“冲突型”或“补充型”商法规范,在“商法通则”中加以细化规定,既有益弥补民法总则二阶法源条款的封闭性^[39],又成功实现了民商区分。

第三 将商事主体定义与分类(商事组织和商个人)、特殊商事主体(如未经商事登记的个体摊点、流动商贩、营利性的专业服务机构)、商事登记、商业账簿,这些在商法入典中主要被民法总则立法所致剩余的“冲突型”或“补充型”商法规范,在“商法通则”中逐条规定,以更好弥补民法总则与商事单行法之间的断层。

第四 将商事行为的定义与分类、商事行为的法律适用、商事代理、商事营业与转让这些在商法入典中主要被民法分则合同编(草案)立法所致剩余的“冲突型”或“补充型”商法规范,在“商法通则”中逐条规定。这样在商事行为一般规定立法完善的框架下,构建好“营业转让”制度、“交互结算”规则^③,以及会展、商事担保(商事流质、商事留置等)等商行为特殊性规范群,从而更好发挥体系化效益。

第五 将商事人格权的定义与分类、商事主体商号权、信用权、商业形象权这些在商法入典中主要被民法分则人格权编(草案)立法所致剩余的“冲突型”或“补充型”商法规范,在“商法通则”中逐条规定,以提供剩余商事权利确认、保护的正面激励机制。

此外,前述商法入典中被民法分则侵权责任法编(草案)和人格权法(草案)立法剩余的商法规范即商事侵权规范,诸如商事侵权定义与类型(如证券侵权)、侵权责任的特殊责任形式(如纯经济损失赔偿)主要为冲突型商法规范,这些规范因与竞争法有包容关系,既不宜加入民法典,也不宜加入商法通则,宜主要加入反不正当竞争法这类作为商法特别法的商事单行法中^④。

2020年是立法者为中国民法典的出台所设立的时间刻度,而一百二十年前,则是《德国民法典》

^① 有关条文及说明,详见中国政法大学课题组《商法通则立法课题研究报告》(课题负责人:中国政法大学赵旭东教授)。

^② 国外商法学界对商法原则的理论阐述较为丰富,如强调商事组织法定原则(参见:卡纳里斯 C. W.,《德国商法》[M],杨继,译,北京:法律出版社,2006:253.);还提出了(1)确保交易迅速成立、清算的原则;(2)信赖保护与交易安全保护原则;(3)交易的有偿性原则;(4)高度私法自治、自我负责原则(参见:施鸿鹏,《民法与商法二元格局的演变与形成》[J],《法学研究》,2017(2).);但国外商法典上并未明文化的商法基本原则之规定。

^③ 我国台湾地区“民法”第400条到第405条规定相形简陋,而《德国商法典》第355条至第357条、《日本商法典》第529条至第534条、“澳门商法典”第820至830条所作规定相对丰富;本文赞同尾崎安央等主流之见(参见:尾崎安央,《日本商法典的“解构”与日本民法的“商法化”现象》[J],张杨,译,《中国政法大学学报》,2018(1).),在“商法通则”中确立交互计算合同,如规定“交互计算利息有约定从约定外,无约定,从交易习惯,无习惯,按法定利率计付;决算期限若无约定或习惯,每半年决算一次”。

^④ 在我国,竞争法具有经济法的部门法属性并作为市场监管法的重要内容。但是,从商法的公法性特点分析,竞争法作为商事管理法的重要内容并具有商法的部门法性质也属正当。美国商法教材和德国民商法教材将竞争法作为商法的重要内容就是例证。(参见:安德森,《商法与法律环境》[M],北京:清华大学出版社,2008.;罗伯特·霍恩,等,《德国民商法导论》[M],北京:中国大百科全书出版社,1996.)

的颁行之年。再将历史回拨近一百年,则宣告法国民法典时代的到来。那么,一百年后,中国民法典又会得到什么样的评价?显然,相较于“一个历史现实的审慎终结”,人们更加期待中国民法典成为“一个新的未来的果敢开端”。这开端,是新时期中国大国形象的开端,是新时期中国国家治理现代化的开端,更是新时期中国市场经济法治新纪元之开端。商法是新时代市场经济法治建设的必要甚至是最重要的一环。正因此,本文强调,必须认真对待商法入典,这绝不是一个编纂民法典立法技术上的“小问题”,而是关系中国市场经济法律体系完善的“大问题”。

综上,本文基于民商关系的三类商法规范新视角,提出了商法分类入典的新标准,即替代型商法规范全部入典,补充型商法规范多数入典,冲突型商法规范少数入典,由此造成的“商事立法剩余”加入商法通则或其他法源,在组织法/行为法与程序法/实体法、国内法/国际法、民间法/国家法、判例法/成文法领域“齐头并进”,构建起一个民法典新时代多元化、体系化且符合市场经济规律,优化营商环境和推进“一带一路”国家战略有效实施的商事立法体系,不负民法典新时代完善中国市场经济法律体系的伟大使命! ■

参考文献:

- [1] 李建国. 民法总则(草案)说明[N]. 法制日报 2017-03-09(003).
- [2] 赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学 2016(4): 40-54.
- [3] 王文宇. 从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一[J]. 清华法学 2015(6): 64.
- [4] 蒋大兴. 公司法中的合同空间: 从契约法到组织法的逻辑[J]. 法学 2017(4): 141.
- [5] 张谷. 商法这只寄居蟹——兼论商法独立性及其特点[J]. 清华法治论衡 2005(2): 3.
- [6] 伯尔曼. 法律与革命[M]. 贺卫方, 等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 424.
- [7] 夏小雄. 民商合一民法典和商法典的生存空间——以巴西商法典草案为核心[C]// 北大第二届《商法通则》立法研究学术研讨会.
- [8] 王延川. 商法双向运动与现代商法的生成逻辑[J]. 西北大学学报 2015(1): 60-61.
- [9] 汪君. 企业间借款合同效力认定研究[J]. 法律科学 2018(3): 171-178.
- [10] 王轶. 民法典规范配置——以《合同法》规范配置为中心[J]. 烟台大学学报 2005(3): 276-282.
- [11] 余佳楠. 我国有限公司股权善意取得制度的缺陷与建构——基于权利外观原理的视角[J]. 清华法学 2015(4): 109-124.
- [12] 王利明. 民商合一体例下我国民法典总则的制定[J]. 法商研究 2015(4): 3-9.
- [13] K·茨威格特 H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 等译. 北京: 法律出版社 2003: 28.
- [14] 郑泰安 钟凯. 民法总则与商事立法: 共识问题及选项[J]. 现代法学 2018(2): 77.
- [15] 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]. 比较法研究 2017(4): 64-69.
- [16] 楼建波. 我国《物权法》的商事适用性[J]. 法学杂志 2010(1): 68-72.
- [17] 谢哲胜. 民法典物权编通则章立法建议[J]. 财经法学 2017(4): 5-16.
- [18] 陈华彬. 我国民法典《物权编(草案)》的构造、创新与完善[J]. 比较法研究 2018(2): 39-51.
- [19] 赵万一. 论民法的商法化与商法的民法化——兼谈我国民法典编纂的基本理念和思路[J]. 法学论坛 2005(4): 28-33.
- [20] 江平 龙卫球. 合伙的多种形式和合伙立法[J]. 中国法学 1996(3): 44-53.
- [21] 崔建远. 先签合同与后续合同的关系及其解释[J]. 法学研究 2018(4): 65-82.
- [22] 高富平 吴一鸣. 英美不动产法: 兼与大陆法比较[M]. 北京: 清华大学出版社 2007: 421.
- [23] 李建伟. 我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究[J]. 政治与法律 2017, 17(7): 14-24.
- [24] 郭明瑞. 为什么要制定人格权法[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版) 2018(5): 81-86, 191-192.

- [25] 杨立新. 论人格标识商品化及其民法保护[J]. 福州师范大学(哲社版) 2006(1): 74-80.
- [26] 李建国. 民法总则(草案)说明[EB/OL]. [2019-10-15]. (2016-07-05). <http://www.npc.gov.cn/npc/CB196/201607/f3ff9e32f83b4dba4ff737675fd>.
- [27] 马俊驹. 人格权的理论基础及其立法体例[J]. 法学研究 2004(6): 46-57.
- [28] 石佳友. 守成与创新的务实结合《中华人民共和国民法人格权编(草案)》评析[J]. 比较法研究 2018(2): 12-23.
- [29] 刘迎霜. 大数据时代个人信息保护再思考——以大数据产业发展之公共福利为视角[J]. 社会科学 2019(3): 100-109.
- [30] 温世扬. 民法典人格权编草案评议[J]. 政治与法律 2019(3): 2-12.
- [31] 乔治·曼努埃尔·高迪纽德·阿布莱乌. 商法教程[M]. 北京: 法律出版社 2017: 293.
- [32] 刘道远. 商事侵权责任对侵权责任法的挑战及其对策[J]. 法商研究 2010(1): 74-84.
- [33] 张强. 商法强制性规范的历史流变[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版) 2011(1): 36-42.
- [34] 葛云松. 民法上的赔礼道歉责任及其强制执行[J]. 法学研究 2011(2): 113-129.
- [35] 李友根. 惩罚性赔偿制度的中国模式研究[J]. 法制与社会发展 2015(6): 109-126.
- [36] 奥利弗·E. 威廉姆森. 资本主义经济制度: 论企业签约与市场签约[M]. 北京: 商务印书馆 2011: 455-456.
- [37] 唐飞, 李玲. 欧盟环境责任制度的立法建构及借鉴意义[J]. 环境保护 2013(8): 70-72.
- [38] 王利明. 民法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2015: 50.
- [39] 于飞. 民法总则法源条款的缺失与补充[J]. 法学研究 2018(1): 36-51.

The Law-making Options for the Incorporation of Commercial Law into Civil Code: From the Perspective of Configuring Three Types of Commercial Law Norms

ZHOU Lin-bin

(School of Law, Sun Yat-sen University, Guangzhou 510006, China)

Abstract: Compiling the Civil Code is the first legislative priority for the perfection of our market legal system in the New Era, and the incorporation of Commercial Law into the Civil Code is of great importance to the completion of this important task. Based on the new interpretation of the relationship between civil and commercial law, commercial law norms are classified into three types: substitution type, complementary type and conflict type. Accordingly, it is proposed that commercial law norms of substitution type should be all incorporated, while complementary type norms can be mostly incorporated, and conflict type norms are seldom incorporated. The legislative technology of commercial law codification is that substitute commercial law norms are codified in the form of anonymity, while complementary/conflict commercial law norms are added in the form of anonymity or mixed norms. This paper makes an analysis and suggestion on the legislative gains and losses of the General Provisions of Civil Code and the trade-offs of the incorporation of Commercial Law in sub-provisions of the Civil Code, and points out that an important way to improve the market economy legislation system in the New Era of the Civil Code is to carry out “residual commercial legislation” for the “residual commercial legislation” which is to establish a pluralistic commercial legislation system.

Key Words: Civil Code; classification of commercial law norms; incorporation Standard; legislative choice

本文责任编辑: 周玉芹