

商事一般法若干基本问题研究

刘文科*

摘要: 本文所谓商事一般法,即商法中起一般法作用的法律规范,其与商事特别法共同构成商法,并且共同作为私法中的特别法,与民法相对。本文分演进论、关系论、界线论、路径论四个部分研究商事一般法。在演进论中回顾商法的法典化、解法典化与再法典化的历史演进,并指出商法典的核心规则为营业制度,以及商人法向企业法的发展趋势。在关系论中,梳理了商事一般法与商事特别法、民法和经济法的关系。在界线论中,提出了商事一般法与商事特别法和民法之间的立法界限。在路径论中,本文在强调推进商事通则立法的同时,指出民法典在制定过程中所存在的疏漏。

关键词: 商事一般法 商事特别法 营业 商事通则

一、演进论:商事一般法的比较法考察

(一) 商法的法典化、解法典化、再法典化

商法起源于中世纪的商人法。彼时,商人在城市中掌握着商品生产与流通的特权。因而,中世纪的商人法实际上成为了商人的特权法。而19世纪初法国在法典化的过程中,商法放弃了所谓的“主观体系”即商法仅适用于那些登记为商人的人,而采取了“客观体系”即商法适用于任何人(包括非商人)所从事的商行为。在法典化中的这个过程反映了一项更为普遍的特征,即不承认个体间的阶级差异以及与之相伴的阶级特别法。法律的客观化与民族国家的形成相对应,在这一过程中国家被确立为相对于各种特别秩序的最高权力并产生了所有公民一律平等的原则,这一原则与不同主体

适用不同的法律的做法不相容。^①

在欧陆其他国家法典化的过程中,逐渐形成了一个民法典与商法典二元并立的立法体例,同时,私法中民法与商法也开始逐步形成两个相对独立的体系,商法典逐步成为一个完整且体系性的商事法律总成。《法国商法典》颁布于1807年,颁布时共648条,分为四卷:第一卷商事总则;第二卷海商;第三卷破产;第四卷商事法院。《西班牙商法典》颁布于1885年,共计955条,分为四卷:第一卷商人及总则;第二卷商事特别合同;第三卷海商;第四卷无力支付、破产和时效。《德国商法典》颁布于1897年,共计905条,分为五编:第一编商人的身份;第二编公司和隐名合伙;第三编商业账簿;第四编商行为;第五编海商。亚洲的日本在近代化的过程中,也分别制定了民法典和商法典。

* 作者简介:刘文科,法律出版社副编审,法学博士。

① [意]F.卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆2017年版,第89页。

日本共编纂过两版商法典,即1890年旧商法典和1899年新商法典。新《日本商法典》共计689条,分为五编:第一编总则;第二编公司;第三编商行为;第四编票据;第五编海商。

众所周知,20世纪是人类社会发展最为迅速的一个世纪,无论是政治的深刻变革还是经济的高速发展,都超越了人类的想象,也都超越了理性主义与法典化时期的预期。与之相伴的就是商法典的解法典化。20世纪末,已经将近200岁的法国商法典,绝大部分条文已经被修改或废除,继续有效的仅有140条,其中只有30余条保留了最初的行文。^②1966年法国的《商事公司法》废除了原商法典第一卷第三编公司的相关规定;第四编商业注册也于1958年被废除并被取代。在德国,1937年制定了独立的《股份法》,商法典中商事簿记的部分本来在第一编第四章,而目前被编制为法典的第三编。^③在日本,1933年由于《票据法》和《支票法》的出台,使商法典中原第四编票据全部被废止,原第五编海商法改为第四编。而2005年《日本公司法》的颁布,又废止了商法典第二编公司。2008年《日本保险法》颁布,2010年废止了商法典第三编商行为第十章有关保险的规定。^④

当然,随着商法典的不断支离破碎,各国也经历了实质商法不断扩大和商法典的再法典化过程。所谓再法典化主要包括三个方向。第一,商法典中内容不断更新与现代化。例如,2005年之前的《日本商法典》中的公司编,在扩大范围和增加条文方面变化最大。第二次世界大战后,除了1950年的大修订外,还经历了十余次局部修订。其中,既有条文的废除,也有不少条文新增,整体而言,条文数量呈“肥胖”化。此外,1938年制定了具有实质商法性质的《有限公司法》。在德国,1998年颁布了《商法改革法》,创设了统一的商人制度。第二,商法典中的内容被剥离的同时再整合为一部单行的

商事法典。例如,日本于2005年制定《公司法》时,有关公司的规定实质上都被《公司法》这部法典统一规制,可以认为《公司法》的内容之一是“实质商法”的立法化。^⑤同时,商法总则中的重要内容也被规定进了公司法,这意味着,作为企业法的公司法,吸收了商法总则的重要内容,形成了自身的体系化。第三,商法典的现代化重塑。最为典型的代表就是法国2009年推出的全新版本的商法典,其共计1800多个条文,分为九卷:第一卷商事总则;第二卷公司及经济利益组织;第三卷特定形式的买卖与排他性条款;第四卷价格与竞争;第五卷商业票据与担保;第六卷企业困境;第七卷商事组织;第八卷有规范的职业;第九卷适用于海外省与海外领土的规定。

从两个世纪前的商法法典化开始,到上个世纪面对资本主义企业与交易不断蓬勃发展的解法典化,再到世纪之交的再法典化,商法典面目已经发生了根本性的变化。尽管如此,我们仍然可以看出,在法典化的过程中,各国商法典并没有统一的编纂体例,但基本上都包括商人法和商行为法两大部分,其中商人法是以规定商自然人为基本出发点,商法典中只包括少量简单的商事组织法。而在解法典化的过程中,商事组织法中最重要的组成部分——公司法——都被单独立法,形成单独的法典,许多重要的商行为法,如票据法、保险法等,也被单独立法。商法典的再法典化过程,并不是追求系统的、完整的商法规范体系,而是面对大规模企业与大规模商事交易的特点,将商事法律规范汇编重整。

然而,无论是如何解构与再造的商法典,都没有将其最重要的问题,即商人的营业问题划约掉。因而,通过对上面商法史的简单回顾,并且在考察代表性国家现行商法典的基础上,我们可以看出商法典中最核心的规则是有关营业的规定。

^② 《法国商法典》,金邦贵译,中国法制出版社2000年版,“译者的话”。

^③ [德]C.W.卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第25页。

^④ 此外,日本近期还拟修订商法典中的“运输、海商”方面的内容。其背景是,该规定明显落后于运输等的实务发展,因此有必要抓紧修订。此外,还有一个立法目的,是将迄今为止从实务中发展出来的新制度等予以立法化,制定具有世界一流水平的《运输合同法》。目前,法制审议会(法务大臣的咨询机构)已于2016年就《关于商法(运输、海商相关)等的修订纲要》向法务大臣进行了报告。参见[日]尾崎安央:《日本商法典的“解构”与日本民法的“商法化”现象》,张杨译,载《中国政法大学学报》2018年第1期。

^⑤ 参见[日]尾崎安央:《日本商法典的“解构”与日本民法的“商法化”现象》,张杨译,载《中国政法大学学报》2018年第1期。

(二) 商法典的核心规则: 营业

商法典中的核心概念是商人和商行为,但是,随着研究的深入,人们逐渐认识到,营业与商人、商行为有着不可分的联系,没有营业很难确定商人的地位和商行为的范围。^⑥更为重要的是,营业本身也在商法典中具有举足轻重的地位。

首先,在商法典中,营业是商人概念的核心要素。《德国商法典》第1条规定:“本法典所称的商人是指经营营业的人。”德国学者指出,营业的特征在于,其活动如同人们通常认为的,系有计划地进行,即要有一个相当的过程。^⑦《法国商法典》第L121-1条规定:“实施商行为并以其为业经常性职业的人是商人。”法国学者也认为,普通个人也可以偶然完成商事行为,但却不会因此而成为商人。按照商法的规定,只有作为职业经常性实施商事行为的人,才能取得商人资格。^⑧《日本商法典》第4条第1项规定:“本法所称商人,是指以自己的名义,以实施商行为为业者。”日本学界通说认为,以“实施商行为为业”,是指进行集团性的、计划性的、同种类的行为。^⑨这种“以实施商行为为业”,是以营利为目的,但并不排除加入政治的、公益的和宗教的目的。营利的目的,简单来说就是增加收支差额的目的,但实际上是否获得利益以及持续时间多少并不是问题。^⑩在我国,王保树教授也指出:“商人是指依照商法的规定,取得营业资格的人。换言之,商人是指参加商事法律关系,并以商为业者。”^⑪

其次,在商法典中,营业与商行为概念密不可分。例如,《日本商法典》第502条规定了以商人营业为标准的12种主观意义上的商行为,^⑫这12种情形,如果非商人所为,或者非营业行为,则不认为是商行为。这里所谓的营业,是指以营利的目的反复地、持续地进行。^⑬在法国商法学理中,上述营业的商行为被称为“企业的商行为”。“企业”的外在特征有两个,即企业行为的重复性和为实施此种行为而设立的组织的存在。而所谓的重复性即多次进行、反复进行。^⑭

最后,商法典中的重要内容,尤其是被解法典化之后商法典中剩下的内容,则属于调整营业主体、营业活动与营业资产的规则,即以营业为核心展开的规则体系。营业主体,即商人制度;营业活动,即商行为制度;营业资产,即实体化的客观意义上的营业制度。对于这部分内容,将在下文详述。

(三) 商法从商人法向企业法发展

早期关于商法的学说是固有的商、辅助的商和第三种商。所谓固有的商,就是经济意义上的商业,是物品的生产者与流通者之间的流通过程的财货转换者的营利行为。而固有的商之后则是辅助的商,是指代理、运输、仓库、保险、银行等。此后又出现了第三种商,譬如旅客运输等商品运输以外的运输、商品买卖的代理以外的代理,人身保险等。^⑮而当代日本有诸多学者认为,商法是为应对企业活动的特殊需要而形成的与企业相关的法律。^⑯企

⑥ 朱慈蕴:《营业规制在商法中的地位》,载《清华法学》2008年第4期。

⑦ 同注②,第32页。

⑧ [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第63页。

⑨ [日]近藤光男:《商法总则·商行为法》(修订第5版),有斐阁2008年版,第19页。

⑩ [日]落河诚一·大冢龙儿·山下信友:《商法1总则·商行为》(第4版),有斐阁2009年版,第31页。

⑪ 王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第91页。

⑫ 包括:第一,以租赁的意思,有偿取得或承租动产或不动产的行为,或者以出租其取得物或承租物为目的的行为;第二,为他人实施的制造或加工行为;第三,供应电或煤气的行为;第四,运输行为;第五,作业或劳务的承揽;第六,出版、印刷或摄影行为;第七,以招揽顾客为目的所实施的场所交易;第八,兑换及其他银行交易;第九,保险;第十,寄托的承受;第十一,居间或代办行为;第十二,商行为的代理承受。

⑬ [日]关俊彦:《商法总论总则》,有斐阁2003年版,第116页。

⑭ 张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第299页。

⑮ 同注⑬。

⑯ [日]西原宽一:《日本商法论集》(第2版),日本评论社1950年版,第25页;[日]大隅健一郎:《商法总则》(新版),有斐阁1978年版,第36页;[日]服部荣三:《商法总则》(第3版),青林书院社1983年版,第8页;[日]鸿常夫:《商法总则》(新订第2版),弘文堂1999年版,第6页。

业说也可以解释商的历史。早期固有的“商”之所以能成为商法的中心,是因为“商”是作为企业的起源而出现的。商法同样适用在辅助的商,它不是因为辅助了“商”,而是因为辅助商的行为也被视为企业。由此,企业的范围明显扩大了,以至于波及与固有的商无关的第三种商。^{①⑦}日本学者在考察了企业存在的社会经济环境变迁后认为,一部分企业资本力量的巨大化、多数企业与市民社会有了广泛接触、个人投资资产的增加以及企业和市民紧密相连的现代企业社会的到来,使得现代企业法中的特征,是17世纪英国、荷兰的东印度公司时代以及法国商法典时代所不具备的。现代企业法不仅具有传统商法中对资本的聚集与增值的肯定、对资本运动法则的支持与支援等商人社会的秩序的维持的方向;同时也具有反向的,关系者的利益及社会利益的保护、资本聚集与增值的阻止、资本运动法则相反的外部利益的守护等现代性的规定。现代企业法的范畴已经不止于商法,反垄断法、消费者保护法等都是企业法的座上宾。^{①⑧}因而,商法只是企业法的一部分。在法律适用上,无论主体是企业还是普通人,民法都适用于两者共通的法律事实。而企业关系中特有的现象被认为是商法的对象。^{①⑨}

在德国法体系中,商法典之外的其他许多法律都采用了“企业”这一概念。如《反限制竞争法》第1条、第14条、第16条、第19条以下和第35条对卡特尔的规定;《股份法》第15条以下对康采恩的规定,《金融业法》第1条有关银行监管的规定等。德国学者卡斯滕·施密特认为,在面对非商人型企业时,商法典中的商人概念过于狭窄,也就是德国的主观主义体系中商法典的规范对象不足,商法应当向企业外部私法延伸。在法律政策上企业概念和营业概念的扩张并无不同。用企业外部私法取代商人法有其充足的理论基础。企业外部私法的

主要任务是,在教义学上将属于企业的权利和义务和企业自身联系起来,亦即企业经营者,而非企业,拥有权利能力,享有企业债权,负担企业债务。^{②①}

企业活动法律概念的一次转折发生在1942年《意大利民法典》中,被认为是生产者的企业主取代了被认为是投机者的商人。《意大利商法典》第2082条规定:“以生产、交换或服务为目的的、从事有组织的职业经济活动的人,是企业主。”种属关系也发生了变化,企业主不再因是对劳动进行投机之人而作为商人这一属概念之下的种概念;相反,商业活动由于通过它们在消费市场的流通提高了既有财产的效率,因而商人成为了企业主这一属概念之下的种概念。^{②②}

《奥地利企业法典》(政府草案)的立法理由书中指出,以专业性商业交易中的组织法和实体法问题为主要内容的商法典,绝非仅适用于商法典第1条以下意义上的商人,而且也适用于每一个独立的、以专业方式在市场上有偿提供经济上有价值的服务的主体。因而,商法典规定的商人概念已脱离本质上也应使用商人法律后果的群体。草案建议以《消费者保护法》第1条中的经营者为范本的统一且全面的基础事实构成取代商法典的商人事实构成,同时兼顾自由职业者和农林业者的特殊地位。这里的经营者是指,经营企业——一个为独立从事经济活动而设立的持续性组织——之人。^{②③}

总体而言,在面对19世纪以个体商人为模型建构的商法典越来越无法完成对现代作为主要商事活动参与者的企业这一历史发展的过程中,西方国家商法,无论在理论上还是在立法上,都倾向于采取企业主或企业经营者的概念,以取代落后的商人概念。然而,作为客体的“企业”是无法独立于作为法律主体的商人(或曰“企业经营者”)而存在的,强调企业经济组织的重要性本质上不

^{①⑦} [日]西原宽一:《日本商法论集》(第2版),日本评论社1950年版,第33页。

^{①⑧} 同注^{①⑦},第24~29页。

^{①⑨} [日]田边光正:《商法总则·商行为法》(第3版),新世社2007年版,第6页。

^{②①} [德]卡斯滕·施密特:《从商法到企业私法?》,严城译,载《中德私法研究(15):民商合一与分立》,北京大学出版社2017年版,第90页。

^{②②} 同注^{①⑦},第185页。

^{②③} 《〈奥地利企业法典〉政府草案立法理由书节译》,葛平亮译,载《中德私法研究(15):民商合一与分立》,北京大学出版社2017年版,第116~120页。

过涉及观察视角的转变,“商人”作为商主体在法体系上的不可或缺性,以及与“商人”概念在大陆法系私法体系和中国商法学中所呈现出的不足需要,可以通过与之密切相关的“企业经营组织”概念进行调和。^⑳

二、关系论:法体系中的商事一般法

商法并非一孤立存在的法律部门,它与相关各法的关系可谓错综复杂。尤其是,当我们分析各法律部门在法体系中的关系与位置时,容易忽略所谓一部门法,包括实质意义的与形式意义的两种范畴。例如,在有的国家,形式意义的商法和实质意义的商法基本上是一致的,典型的如法国,《法国商法典》几乎囊括了法国商法的大部分内容;另有一些国家,实质意义的商法,其范围要大于形式意义的商法,典型的如日本,《日本商法典》之外,还有公司法等在形式上不称为“商法”但实质上属于商法的单行立法。还有一些国家,实质意义的商法包含在形式意义的民法中,典型的如意大利,其民法典包含了民法规范与商法规范。总体而言,在研究商事一般法在法体系中的位置时,既要研究它的形式意义,也要研究它的实质意义。本部分重点研究实质意义上的商事一般法。本文第四部分将进一步研究形式意义上的商事一般法。

(一)与商事特别法的关系

商事一般法,不是商法体系之外的另一特殊法律,而是存在于商法之中。换句话说,商事一般法,并非脱离公司法、证券法、保险法等法律而存在,而是与其一体,共同构成商法。具体举例来说,从实质意义上讲,商事一般法中的经理制度、代理商制度等,其本质上仍然是商法制度,而不是其他。有一种观点认为,各个商事单行法应当以民法总则为

统领,这是值得商榷的。固然商法无法脱离民法而存在,就像公司制度依赖于民法总则中的法人制度,但是民法中的法人制度只是对法人作为法律上的主体作出了规定,并规定了法人的权利能力和行为能力等主体性的问题,但是公司法律关系中的权利义务,^㉑并不完全是以民法为基础建构的。

实际上,“商事一般法”这一概念应该是中国所特有的。因为在中国目前并没有独立于民法典的体系化的商法典,而且还大量存在以单独立法形式出现的商事单行法,故而,我们目前着力研究,并且在实践中最为缺乏的,是商事一般法。商事一般法与公司法、证券法、保险法等商事特别法的关系,顾名思义,应当是一般法与特别法的关系。一方面,一般法与特别法主要涉及法律适用的问题,即在特别法有规定的情况下,优先适用特别法,在特别法没有规定的情况下,一般法补充适用。这也意味着,在商事特别法出现“未规定”的情况下,如果是商法规范的缺失,其所填补漏洞的规则也仍然是作为商法的特别法规范;^㉒单纯“一般法——特别法”的逻辑适用规则其实粗暴地排斥了法律续造的经验判断属性。^㉓另一方面,商事一般法中也涉及商人、商行为、营业等具有独立规范意义的一般法,这些规范一般在商事特别法中并没有明确的规定,是可以独立适用的。^㉔

(二)与民法的关系

商法与民法都属于私法。德国学者卡尔·拉伦茨认为:“私法是整个法律制度的一个组成部分,它以个人与个人之间的平等和自决(意思自治)为基础,规定个人与个人之间的关系。”^㉕这是商法与民法有关理念上的共性。但是二者又存在相当大的差异。在起源上,如前文所述,活跃于中世纪城市中的商人阶层,垄断了商品的生产与销售,因而商人法也是一种特权法。在法典化运动中,19世纪首

^⑳ 施鸿鹏:《民法与商法二元格局的演变与形成》,载《法学研究》2017年第2期。

^㉑ 公司法是团体法,它要求在设计公司制度、分析公司法规范时须以公司关系为基础,以团体稳定和相关主体关系、利益协调为己任。参见徐强胜:《论公司关系:公司法规范的分析基础》,载《法学》2018年第9期。

^㉒ 参见钱玉林:《商法漏洞的特别法规范及其填补规则》,载《中国社会科学》2018年第12期。

^㉓ 同注^㉒。

^㉔ 这些规范就像民法总则中关于自然人失踪等规定,其并不是作为总则性质的规定,而是对自然人进行的具体问题的规定,可以单独适用,并且有专门的法律程序来进行。

^㉕ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社2003年版,第3页。

先是在法国,随后是在整个欧洲,私法被划分为两部法典——民法典与商法典。法典的二元主义反映了资产阶级内部的划分:在当时,民法典在根本上是地主资产阶级的法典,是从城市土地和农村土地中获得收入的阶级(包括幸存的以及新形成的地主贵族)的法典;而商法典则是商业资产阶级以及新兴工业资产阶级的法典。民法典“不知企业,只知所有权”。^②民法与商法的分立,有其深刻的社会经济背景。

在现代私法体系中,商事一般法与民法的关系,就像商法本身与民法的关系一样,应当是特别法与一般法的关系,按照法律适用上的规则,作为特别法的商事一般法优先于作为普通法的民法而适用。德国学者卡纳里斯指出:“作为私法,商法和民法有最亲近的关系。不过商法作为特别私法确优先于民法;《商法典施行法》第2条规定,在商事活动中,《民法典》仅在《商法典》未作其他规定时方可适用。”^③具体举例而言,《德国民法典》第343条第1款第1句:“已发生失权的违约金数额过巨的,可以根据债务人的申请,以判决减少至适当数额。”此规定即为民法中对违约金的司法调整的规定。而《德国商法典》第348条规定:“一个商人在自己的商事营利事业的经营中所允诺的违约金,不得依《民法典》第343条的规定减少。”由此可见,关于同一问题,商法和民法有不同的规定。在法律适用上,如果做出违约金允诺的是商人,则应当优先适用商法,排除民法关于违约金司法调整规定的适用。国外商法之所以作出如此的规定,是因为商人一般被认为具有更高的理性,足以判断过高或是过低的违约金对其利益的影响,法律尊重商人的意思自治,对其约定不做过多的干涉。

总体而言,商法所调整的生活场景有别于民法。其基本的差别是,民法是关于个人的生活场景,而商法是关于企业的生活场景。商法在一开始是作为一项法律创新被引入经济关系的调整体系之中,

即在不同历史时期由商人阶级直接创立或请求国家授予的所有特殊商事规则的总称。^④

(三)与经济法的关系

一般认为,经济法是调整发生在政府、政府经济管理机关和经济组织、公民个人之间的以社会公共性为根本特征的经济管理关系的法律规范的总和。^⑤商法和经济法的关系需要在考察两者的实态中把握两者的关系。首先,商法和经济法都是规范有关企业经济活动的法律,企业经济活动既需要接受商法的规范,也需要接受经济法的规范。但是,经济法调整经济生活,包括维护市场秩序和对国民经济进行宏观调控,均需借助国家公权力,就其根本意义而言,经济法属于公法的性质。^⑥因而,商法和经济法虽然在适用对象上有交叉的地方,但是在调整对象上还是有清晰的界限的,商法调整的是商事活动,而经济法调整的是经济生活,商事活动着眼于商事主体的个人,而经济生活着眼于社会的共同体。

三、界线论:商事一般法的边界

所谓商事一般法的边界,是指商事一般法应当包含什么内容,它与商事特别法、民法应当做出怎样的分工。因此,我们需要为商事一般法划出一条清晰的边界。这个边界,既是人为的制定法意义上的边界,又是实质的,即法律本质上的边界。

(一)商事一般法与商事特别法的边界:营业主体法

1. 营业主体的含义

营业主体即商人,这是一个在商法中最为根本的概念。日本商法学的奠基人田中耕太郎认为:“所谓商人,是人格持有者所持有的一个性格,因为其性格,仅仅依据有关‘法律人’的私法生活的一般规定——民法——是不够的,而要适用商法这样的特别法。……人所具有的自然的认为色彩

^② 同注①,第84页。

^③ 同注③,第6页。

^④ 同注①,第3页。

^⑤ 王保树主编:《经济法原理》,社会科学文献出版社2004年版,第20页。

^⑥ 同注①,第30页。

完全被无视,人,作为一个赤裸裸的‘经济人’和其他相同者相对立。……在商人之间,有同样的财产信用的人被看作同样的,个人具有的个性完全被无视。”^④

一般而言,各国商法典都会用法律条文来定义商人。《德国商法典》第1条规定:“(1)本法典所称的商人,指经营商事营利事业的人。……”《日本商法典》第4条规定:“本法中‘商人’,指以自己名义从事商行为并以此为业者。”《法国商法典》第L121-1条规定:“实施商行为并以其为业经常性职业的人是商人。”上述各国关于商人的定义,实际上都隐含了一个意思,即商人是营业的经营者。“经营”这一概念可以判断对于何人能够发生特定的商事法律后果。人们普遍把经营者看作有关商事营业范围内成立的行为之效力所及之人。^⑤另有德国学者认为,将商法典由商人特别私法转而定义为企业的对外私法的尝试很流行。这一观点的核心是“企业经营者”(Unternehmensträger),并将它看作商法规范的承担者。^⑥

2. 与营业主体相对应的营业客体

在逻辑上,主体是与客体相对应的一个范畴。在商法上,商人是主体意义上的概念,营业是客体意义上的概念。^⑦我国《澳门商法典》中,则直接采用“营业主”来代替“商人”。而在《意大利民法典》中,“企业主”与“企业”则是一组对应的概念,其第2555条规定:“企业是企业主为企业的经营而组织的全部财产的总和。”一般情况下,商人(或称企业主、企业经营者)作为营业主体,是作为营业客体的企业的所有者,除此之外,也会出现通过租赁关系而实现的企业的用户。广义的企业是指“由数人构成的组织”,它有独立的决策机构和行动机构,它可以以自己的名义生产产品,并为人类提供产品和服务,在市场经济中,它可以与其他企业进行竞争。而狭义的企业则是指“一种具有物质性的统一体”,它是一种实业,因而它可以成为人们继

承、转让和出租的对象,它也是一个法律客体,可以为商人和公司所有。^⑧由此可以看出,企业在对外交往中,具有市场经济主体的含义;而在与商人的关系中,则属于商法上的权利客体。

从市场经济主体的角度看,各种组织形式(公司、合伙、独资企业等)的企业以及各种所有制(国有、集体、民营、混合)的企业,作为经济单位,并没有什么本质的不同。现实生活中,一家大型超市可能是一个集体所有制企业,一家大酒店可能是个人独资企业,如果不去查看它们的营业执照,从外表上看并没有什么区别。然而,它们都会包含人的因素与物的因素,即企业的管理者与劳动者以及企业的各种有形与无形的财产。但是,在商法上,如果站在企业是商人所有权客体的角度,则需要具体分析各种不同的情况。首先,在公司制企业中,公司是企业的所有权主体,换句话说,公司拥有企业。公司作为法人,是一个拟制的主体,公司有自己的名称、住所,这一点就像自然人一样。公司有自己的机关,通过各种决议产生自己的意志,这一点又有类似于自然人的地方。如果将公司法人看作一个人的话,这个人所拥有的财产就是它的企业。当然,公司也可能不拥有企业,只拥有货币、股权等财产,从这个意义上说,企业与货币、股权等没有差异,都属于客体意义上的财产。其次,在合伙企业中,合伙人共同成为企业的所有权主体,换句话说,合伙人共同共有合伙企业。从这个意义上说,尽管合伙企业可以被认为是商事组织,抑或是非法人组织,它们具有近似于法人的独立地位,但是普通合伙中的合伙人以及有限合伙中的承担无限责任的普通合伙人应具有商人资格,因为任何与合伙企业这个商事组织有关的行为同时也将作用于他们,即便这个合伙人自己并没有实际经营也是如此,因为他将经营营业全权委托给了他人。^⑨再次,在个人独资企业中,我国立法上所称的投资人是企业的所有权主体,换句话说,投资人拥有个

^④ [日]田中耕太郎:「法律学における‘经济人’としての商人」、『田中耕太郎論文集·第7巻』。

^⑤ 同注③,第36页。

^⑥ 同注③,第11~14页。

^⑦ 同注③,第107页。

^⑧ 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》(第3版),高旭军等译,法律出版社2005年版,第30页。

人独资企业。最后,从本质上讲,公司制企业、合伙企业、个人独资企业,这三类企业并没有区别。合伙企业可以直接整体卖给公司,公司制企业也可以直接卖给个人,作为交易客体的企业并没有变化。有变化的只是拥有他们的主体,即公司、合伙企业的合伙人以及个人独资企业的投资人。

作为所有权客体的企业,其范围并不是一成不变的,而是时刻变化的。最显著的例子就是资产的变化。例如,从事商事买卖的企业,先买进产品再卖出,资产就会出现增值。对此,我们通常表述为“企业的财产增加”。实际上,这样表述并不准确,增加的不是企业的财产,因为企业本身也是财产。而是企业作为财产的增加,增加的是公司或是合伙人的财产。不仅有形的资产,无形的资产以及对企业未来财富增长的预估,都会直接影响作为财产的企业价值。

3. 商事一般法是对营业主体相关制度作出的规定

如上所述,营业主体是一个可以抽象出的、与营业客体相对应的法律概念。营业主体这一抽象的法律概念,可以具体化为商事公司、商事合伙以及商个人。在我国,商事公司、商事合伙以及商个人,都是以商事特别法的形式,即《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》形式进行规定的。与此相对应,商事一般法则应当对抽象的营业主体作出相应的规定。

与商事特别法不同,商事一般法具有属人法的特征,即商事一般法本质上是对营业主体作出的属人法性质的法律调整。国外商法典之所以要对“商人”或“营业主”的概念作出严格的界定,是因为关乎法律适用的问题。商法学上所称的主观主义立法体例,是指以商人为规范的逻辑起点的商法典。《德国商法典》就是典型的主观主义的商人法立法体例。《德国商法典》通过界定何为“商人”,再来界定其他商法概念。^③通过对“商人”的严格界定,《德国商法典》与其他商事法律也进行了区分。

换句话说,不需要以商人身份从事的行为,则不被纳入商法典中,如票据行为。除此之外,公司法也不属于商人法的范畴。尽管商事公司属于商法典意义上的商人,但是公司法作为组织法本身却不属于商人法。因而,只有在商事公司需要在商人的层面进行调整时,才由商法典调整,而公司本身的事务则由公司法调整。

以商人区分商事一般法与商事特别法,同样适用于我国的现实。在我国,目前只存在以单行法形式立法的各个商事特别法,如公司法、证券法、保险法、海商法等。但是这些法律并不包含调整其一般规则的法律,即营业主体法,包括商人的定义、商号、商事登记、商事账簿、商事代理、代理商等具体的制度。

综上,商事特别法是规定了某一特定商事领域的组织法与营业法的特别法律,而商事一般法则规定了各种营业主体的一般共性的问题。

4. 商事一般法兼及对营业客体的规定

如前文所述,在商法上,营业客体作为一个整体,以企业的形式成为营业主体的所有权客体。不仅在公司,而且在合伙企业、个人独资企业中都存在作为营业主体的所有权客体的企业。因而,商事一般法在整体上对企业进行规定。这些规定主要包括以下几个方面。

第一,企业的范围。日本学者指出,这是法律理论中所谓的“物权关系客体的结合”,即将构成一个企业的众多物的权利使用关系与事实关系结合起来,构成作为财产的企业,试图将其视为一个物权的客体予以处理。^④一般来说,作为企业的客观意义上的营业包括积极财产和消极财产。积极财产包括物(动产和不动产)、权利(物权、债权、有价证券、专利权、商标权、著作权、商号权等)和商业秘密、商誉、地理条件、客户关系和其他无形财产等;消极财产包括营业上的各种债务形成的财产。^⑤从这个角度而言,以上积极财产与消极财产构成的总体,就是营业主体的营业财产,即企业的范围。

^③ 同注③,第37~38页。

^④ 例如,《德国商法典》第17条规定:“(1)商人的商号是指商人一起进行营业和进行签名的名称。”

^⑤ [日]我妻荣,有泉亨补订:《新订物权法》,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第6页。

^⑥ 同注①,第184页。

但是,这个范围并不能一概而论。对于公司的情况下,公司只拥有用于营业的财产,即公司所拥有的企业就是营业财产;而在商个人(个人独资企业)与商合伙(合伙企业)的情况下,尽管商人的所有财产都是对债权人的担保,而并不区分商事债权与私人债权,但是在将营业作为整体转让时,则应当区别个人财产与作为营业的财产,在这种情况下可以称为营业的特别财产。^⑬

第二,企业的转让与租赁。如果将企业作为一个有机的整体,则可以将其整体作为一项财产所有权的客体进行转让。在民法上,构成营业的各种物都可以成为主体的权利客体。有体物是所有权的客体,无体物是知识产权的客体。而各种事实关系则在民法上找不到相应的规则,也无从说归属关系。但是,商法的特殊规则解决了这个问题。商法将“营业”作为一个整体来规制,适用不同的规则。法律规制的思路是,注重于其整体性和作为整体的运用价值,而忽略其个别性特征。^⑭

第三,企业的商号。尽管商号的所有人是营业主体,但是商号属于企业的一部分。脱离了企业,商号则毫无意义。考察国外立法,商号与企业密不可分。例如,《德国商法典》第17条第1款规定:“商人的商号是指商人以其进行营业和进行签名的名称。”但是,按照第23条规定,“商号不得与使用此商号的营业相分离而出让”。尤其是“以原商号、附加或不附加表示继任关系的字样,继续一项以生前行为所取得的营业的人,对原所有人在营业经营中所成立的全部债务负责”。类似的情形,在《日本商法典》《意大利民法典》中也有类似的规定。

第四,企业的代理人。企业的经理等代理人,

并非自身经营营业,他们自身不是商人,^⑮而是代理人。与商号的问题类似,尽管在商事代理的法律关系中,营业主体是委托人,但是经理人等商事代理人,商法上更加强调其是企业的代理人,而并不关注其与委托人之间的关系。例如,《德国商法典》第49条规定:“经理权授权实施由营利事业经营产生的一切种类的诉讼上的诉讼外的行为和法律效力。”也就是说,经理的代理权,以经营企业为基础,被法律赋予广泛的权限,而非委托人的授予。并且,“对经理权的范围所施加的限制,对于第三人不发生效力”。(第50条)除此之外,“经理权不因营业所有人的死亡而消灭”。(第51条)

(二)商事一般法与民法的边界:商行为法

1. 商法典对商行为的界定

一般而言,在民商分立立法体例下的商法典,一般都会对一项重要的内容进行规定,这就是商行为。如前所述,在中世纪,商法是只适用于商人阶级的特权法。近代法律国家化席卷商法的进程中,诞生了著名的《法国商法典》。在1807年审查商法典草案的立法会议中,发言者马雷指出,“从事商业的权利取决于自身的意愿”,“商业也成为了大量法国公民的职业”。^⑯《法国商法典》确立了商业自由与工业自由的原则,任何人都可以从事商业与工业活动。因而,《法国商法典》将它的调整对象,由过去的商人阶级转变为客观的商事行为。二百年后经过再法典化的《法国商法典》仍然将商事行为作为法典的基础。^⑰

在《法国商法典》的客观主义体例下,商行为由法典列举;而在《德国商法典》的主观主义体例下,商行为则通过商人身份界定。《德国商法典》第343条规定:“商行为是指一个商人所实施的、

^⑬ 同注⑩,第47页。

^⑭ 同注⑥。

^⑮ 同注③,第36页。

^⑯ 同注①,第82页。

^⑰ 《法国商法典》第L110-1条规定,法律视以下所列商事行为:“1.任何为再卖而买进动产,不论是按实物原状卖出还是经制作与加工之后再卖出;2.任何为再卖出而买进不动产,但买受人是为了建造一幢或多幢建筑物并将其整体或区分再卖出而实施的行为,不在此限;3.为买进、认购或卖出不动产、营业资产、不动产公司的股票或股份而进行的各种中介活动;4.各种动产租赁业;5.各种制造业、行纪业、陆路或水路运输业;6.各种供货、代理、商业事务所、拍卖机构、公众演出业务;7.各种汇兑、银行与居间业务,电子货币发行与管理活动以及所有的支付服务活动;8.公立银行的各种业务;9.批发商、零售商和银行业者之间的各种债权债务关系;10.任何人之间的汇票。”

属于其商事营利事业经营的一切行为。”在自然人的情况下,本条规定区分了个人的营业行为与私生活的行为,但是第344条推定了某商人所从事的法律行为视为系经营其商事营业。按照第6条,有关商人的条款适用于商事组织,故而,因其没有“私人生活”,不存在区分的问题,对它们所为的法律行为即可以视作商行为。^④

然而,无论采取哪一种界定的方式,都会存在两类基本类型的商行为:第一种类型是基于商人身份而被认定为商行为的行为。这种行为尽管在民法典中也会被规定,但是因商人身份而由商法予以调整。典型的例子如商事买卖。无论是在《法国商法典》,还是在《德国商法典》,抑或是在《日本商法典》中,都有关于商事买卖的规定,而且这些规定不同于民法典——在详细考察了关于商事买卖的规定之后,出于历史传统的原因,我们会发现商法侧重于保护出卖人的利益。^⑤还有另外一些行为,虽然并没有在商法典中作为商事合同进行特别规定,但是由于其发生在商人之间,故而,商法典在法律行为的层面(而非合同法)对其进行规定。第二种类型是基于该类行为的商事活动的本质而被规定在商法中。这种类型的典型代表就是行纪合同。行纪合同一般不会发生在普通的市民之间,而只是有作为商人的行纪商进行。这类行为一般也被称为商事合同。

2. 商事一般法调整以商人身份认定的商行为

如前文所述,在我们考虑商法与民法的关系时,既要考虑到形式意义上的商法与民法的关系,

也要考虑到实质意义上的商法与民法的关系。因而,上面两类商事行为,第一种是形式意义上的界线,第二种是实质意义上的界线。^⑥

首先,以商人身份为认定标准的商行为,是形式意义上的商行为的界线。这就意味着,以商人身份为认定标准的商行为,在法律技术上,需要首先以商人身份为前提,因为这些行为的实施主体不同,会导致适用不同的法律。同样是买卖,商人实施的将会被商法典认定为商行为,从而适用商法;普通人实施的将会被商法典排除,从而适用民法。商事一般法的属人法的特征,将商人作为调整对象,并进而调整其所实施的商行为。这条界线划清了同一类行为是否应当适用不同于民法的法律规范,即是否适用商事一般法的问题。例如,《德国商法典》第354条第1款规定:“在从事自己的商事营利事业时,为另外一个人处理事务或者提供服务的人,即使无约定,仍然可以按照在该地点为通常的率值,为此请求佣金,并且在涉及保管时,请求仓储费用。”在这种情形中,商法基于对商人身份的认定,将本条所涉及的委托、保管等认定为商行为,从而排除了民法上委托、保管等推定为无偿的规定。针对相同的问题,如果缺乏一般性的商事规范,则完全只能由民法调整。例如,我国《民法总则》第140条第2款规定:“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示。”^⑦尽管这是符合民事法律行为的本旨的,但是商法会作出特别的规定。例如,《日本商法典》第362条:“商人收到与其存在

^④ 同注③,第535页。

^⑤ 例如,《德国商法典》第377条规定:“(1)买卖对于双方当事人均为商行为的,买受人应当在出卖人交付之后,不迟延地检查货物……并且在出现瑕疵时,不迟延地向出卖人做出通知。(2)买受人不进行此项通知的,货物视为被承认……”这一传统来自于中世纪的商人法。彼时,尽管买卖商人既可以是出卖人也可以是买受人,但是商人作为买受人时与原材料供应商从事买卖,处于强势地位,因而商人可以凭借其经济与政治优势保护其利益。而商法做出对出卖人——债权人有利的规定促进了资本主义的积累,它在商人从生产者那里获得价值转化为金钱的过程中发挥了有利于商人的作用。参见[意]F.卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆2017年版,第35页。

^⑥ 此处所说的实质意义上界线抑或是形式意义上的界限,并不是商行为的形式与实质,而只是在法典编纂意义上而言。无论是实质意义上,还是形式意义上,商行为在本质上都不同于民事行为。换句话说,无论商行为被规定在民法典中还是被规定在商法典中,它们的本质都是商行为。

^⑦ 在我国,有代表性的法律规定,如《合同法》第171条:“试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物,也可以拒绝购买。试用期间届满,买受人对是否购买标的物未作表示的,视为购买。”又如《公司法》第71条第2款:“股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的,视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的,不同意的股东应当购买该转让的股权;不购买的,视为同意转让。”

经常性交易关系的交易方所提出的属于其营业部类的合同要约时,必须及时发出对合同要约承诺与否的通知。商人怠于发出前款规定的通知时,视为该商人承诺前款指要约。”这是因为,在经常性交易关系的交易方所提出的属于其营业部类的合同要约时,要约被承诺的可能性很大,并且接受了要约的商人的沉默,会使发出要约人认为受要约人已经承诺的期待,为了保护这种期待以及促进商人之间交易的快捷,商法作出了这样的特别规定。^⑤商法区别于民法的特殊性是普遍存在的,这一点并不因为民商合一或是民商分立而有所区别,即便是在民商合一的《意大利民法典》中,也存在只适用于企业主的不同于民法的特别规范。^⑥

其次,基于商事活动的本质而被认定为商行为的,尽管其在本质上属于商事合同的范畴,但是在立法体例上,已经被大量纳入了民法典或是其他民事立法中。例如,民商合一立法体例的《意大利民法典》,就将商事合同纳入其中。^⑦而我国的《合同法》中,也存在大量的商事合同,如融资租赁合同、建设工程合同、仓储合同、行纪合同、居间合同等。在我国,立法者并未区分民事合同与商事合同,而是将其统一编纂,在未来我国的民法典合同编中,情况也将如此。值得一提的是,作为商事合同的上位规则,即合同法总则或民法总则,会因为商事合同的存在而出现规则错位。^⑧当然,诸如行纪合同等这些典型的商事合同,无论被规定在民法典中,还是被规定在商法典中,都不会改变其商事合同的本质,因而,第二种类型的商行为,只是在实质意义上的界线,在法典编纂中,也就是在形式意义上,无法提供一条清晰的界限。

综上所述,商事一般法作为民法的特别法,将提供与民法不同的制度供给。而这些制度,往往适

用于民法和商法的调整会有交叉重叠的地方。除了在民法典层面继续完善实质性的商行为规则之外,还必须进一步提炼出商行为的一般性规则,以及针对民法典所未能覆盖调整的特殊商行为确立针对性规范。^⑨因而,商事一般法就会按照主体身份来区别民事行为和商事行为,并将商事行为作为自己的调整对象。按照主体身份认定的商行为,只是商行为中的一部分,这一部分将由商事一般法来调整,其余的部分(即不需要以主体身份认定的商行为)则可以仍然由合同法或是民法典来调整。故而,基于主体身份来认定的商行为,就是商事一般法和民法之间的一条界线。

四、路径论:商事一般法的立法问题

(一)立法表达:通则

王保树教授指出,应当从实际出发制定商事通则,满足“通、统、补”的要求。所谓“通”,即满足商事关系调整的共同性规则的要求;所谓“统”,即满足商事关系调整的统率性规则的要求;所谓“补”,即弥补其他单行商事法律规则的缺漏。^⑩“通、统、补”的方针,决定了商事通则不同于国外的商法典总则,它是一种非常具有中国特色的民商事立法体例。

首先,商事通则不同于商法总则。提到总则,一般就会有分则的存在,总则与分则是一对“总与分”的逻辑关系。例如,民法总则,对应的是各个民法分则,如物权法、债权法、婚姻家庭法、继承法等。商法总则与分则,追求的是法典化这个背景中的体系化。但是,在上个世纪各国商法典的解法典化过程也可以看出,总则与分则的商法规范体系,已经逐渐被瓦解了。除此之外,商法典总则在国外

^⑤ 同注⑩,第141页。

^⑥ 《意大利民法典》第1330条规定:“企业主在经营自己的企业时发出了要约或者承诺,在契约成立之前企业主死亡或者丧失能力的,要约或者承诺的效力不受影响……”。

^⑦ 参见《意大利民法典》第四编“债”之第三章“各类契约”。

^⑧ 罗马法传统的民法规则,将合同理解为取得或处分所有权的手段之一,其目的在于保护作为缔约人的处分自己之物的所有权利人的利益。商法则将合同与所有权分离,合同成为交易,成为投机行为。参见[意]F.卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆2017年版,第31~32页。

^⑨ 夏小雄:《商行为的体系定位和结构转换》,载《环球法律评论》2017年第1期。

^⑩ 王保树:《商事通则:超越民商分立与民商合一》,载《法学研究》2005年第2期。

也并没有一定的共识。例如,《日本商法典》的总则包括八个章节,除第八章“杂则”外,分别为“通则”“商人”“商业登记”“商号”“商业账簿”“商业雇员”“代理商”。《德国商法典》并无总则,《日本商法典》中的总则对应于《德国商法典》中的第一编“商人身份”和第三编“商业账簿”。《法国商法典》第一卷“商事总则”包括第一编“商事行为”,第二编“商人”,第三编“居间商、行纪商、承运人、商业代理人与独立的上门销售人”,第四编“营业资产”。而《法国商法典》“商事总则”中的第一编“商事行为”,分别对应着《德国商法典》第四编“商行为”和《日本商法典》第二编“商行为”。由此可见,仅仅是这三个国家的商法典,就各不相同。因而,国外商法典中所谓的总则,并不是我们所说的商事通则。

其次,商事通则的体例是在总结国外立法经验与我国商事活动的实践的基础上得出来的。国外商法的发展已经表明,公司法、证券法、票据法、保险法等这些曾经被规定在商法典中的内容,由于其自身规则体系日益庞杂,已经无法再由商法典承载,而需要单独立法。随着知识经济、科技革命、网络时代的到来,各国商法典越来越受到急剧变化的社会经济生活的挑战和人们对其系统性、科学性、先进性的合理质疑。^⑤而除去这些商事单行法之后商法典中剩下的内容,就是我们所谓的商事通则的规定。这些通则性质的规范,既无法纳入各个商事单行法之中,也无法被取消掉,《德国商法典》《日本商法典》等,实际上已经是我们所说的商事通则的样子。而在中国的商法实践中,人们逐渐发现除了现有的商事法律规范之外,还有一些重要的制度并没有在实体法中出现。这些制度产生于商事活动的实践,形成于商事惯例,并为研究者所发

现。随着研究的不断深入,这些制度经过了理性的思维,逐渐在人们的理念中变得清晰,尤其是有关商人与商行为的制度与惯例。^⑥

最后,不将商事通则定位为商法总则,尽管不强调商事通则在商法体系中的总则的地位,但是商事通则作为商法中的一般法,自身应当具有一定的抽象性与体系性。有学者指出,商法的研究多是专注于实践前沿的具体性问题,对于商法体系的整体性反思往往需要在“法典化”过程中加以有效贯彻。^⑦商事通则也可以认为是对商事一般法的法典化,这就是前文所说的,以营业为核心概念,构建起商事一般法的体系,并且在商事通则立法中予以贯彻。对于这一点,应当说是中国商法的特色,也是中国商法的一个创造。

(二) 商事通则抑或商法通则

有观点认为,“商事通则”较之“商法通则”,虽学界较为熟悉,但普通大众较为陌生。而以“商法通则”命名,与《民法通则》相对应,给人一种同属法律范畴的直观感受,有利于法治的宣传和大众的理解与接受。^⑧分析起来,采用“商法通则”的学者,更倾向于将其定位为商法总则。例如,有观点认为,“《商法通则》作为商事领域的基本法律,可以通过总则性的规定统帅各个商事单行法,形成一个以《商法通则》为基础、以商事单行法为支撑和派生的商法体系。”^⑨

对于名称的选择,尽管并不是本质性的问题,但是细究起来,还是有值得商榷的地方。首先,如前所述,作为商事一般法,其对商事关系的调整不具有全面性,换句话说,它并不涉及商法中的所有问题,只是对商事关系中的部分问题进行调整,因而称“商事通则”更容易表达这一特性。其次,“商法通则”会很容易使人将其与《民法通则》联系在

^⑤ 雷兴虎:《〈商事通则〉:中国商事立法的基本形式》,载《湖南社会科学》2004年第6期。

^⑥ 王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,载《法学研究》2005年第1期。

^⑦ 夏小雄:《民法典编纂背景下商事规范的“法典化”表达》,载《法学》2016年第12期。

^⑧ 赵旭东:《制定“商法通则”的五大理由》,载《中国商法年刊》(2017)。类似的观点还有“从技巧性角度衡量,《商事通则》也许是更不容易引起争论的概念,但基于与《民法通则》立法习惯保持一致的考虑,本文仍使用《商法通则》的说法。”参见蒋大兴:《商人,抑或企业?——制定〈商法通则〉的前提性疑问》,载《清华法学》2008年第4期。

^⑨ 范健:《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》,载《清华法学》2008年第4期。类似的观点还有“所谓《商法通则》,是指关于商法的一般规则,或称‘商法中的总则性规范’‘关于商事的通则性规范’。”参见蒋大兴:《商人,抑或企业?——制定〈商法通则〉的前提性疑问》,载《清华法学》2008年第4期。

一起。然而《民法通则》是完全不同的立法体例，它产生于“宜粗不宜细”的立法时代，旨在对民事领域的基本问题作出规定，因而几乎涵盖了民事的所有领域，堪称“小民法典”。而商事通则却并没有希望成为“小商法典”，它不会对商事单行法作出概括性的规定，^⑥而只是针对若干单行法作出共通性的规定。^⑦

（三）与民法典的互动关系

民法是私法的一般法，其含义是，就私法的有关问题，只要没有特别法，民法便具有正当性。^⑧民法规定的是私法中的一般规范，包括主体、法律行为、代理、物权、债权、侵权责任、婚姻、继承等。这些民法规范是整个私法体系的基础，是一般法。民法调整那些原则上每一个“市民”都可参与的法律关系，它是关系到全体人的法。^⑨从这个意义上来说，作为形式意义上的民法，即民法典，毫无疑问将与商法（商事一般法和各个商事单行法）构成一般法与特别法的关系。

有观点认为，“民商合一是指民法和商法不能成为两个独立的法律部分，在我国法律体系中只存在着民法部门，所谓商法不过是民法的组成部分”“我国需要通过完善的民法典总则来涵盖传统商法的内容”。^⑩本文虽然不赞成民法吸收商法的观点，但是对于完善民法典及其总则，却有必要再稍加讨论。本文恰恰认为，民法典对商法的涵盖，不是太多了，而是太少了。换句话说，民法典的制定过程中，并没有考虑到自己作为私法中的一般法的地位，只是在总则中增加了若干商法的规范。民法典及其总则目前还不足以作为商法的一般法，它只能在民法的范围内独立地运行。举例来说，在

我国，董事与公司之间究竟是何种法律关系，《公司法》中并没有明确的规定。同样的问题，《日本公司法》第330条明确规定，董事（以及监事、财务顾问、审计等）与公司之间是委托的法律关系，适用有关委托的法律规定。于是，公司法中的问题就回到了民法中，在民法中找到了基础。关于委托关系，《日本民法典》第644条规定：“受托人有义务按照委托的本义，以善良管理人的注意处理受托事务。”委托关系中的这一义务被称为“善管注意义务”。以民法为基础，日本的公司实务中，从董事的善管注意义务中引申并被判例与学说承认的还有两个重要的义务，即董事的监事义务及“体制”构建与运用义务。第一，根据判例，董事有义务监督其他董事的行为是否遵守法令和章程，是否合法且适当。^⑪第二，所谓“体制”构建与运用义务，是指在一定规模的公司中，为保障健全的公司经营，有必要根据其经营事业的规模、特性等构建风险管理体制（管理体制りすく，即公司法上的内部控制体系（内部统制システム）并加以运用。^⑫由此可以看出，尽管日本采取的是民商分立的立法体制，但是民法典和商法典关于董事义务的规定却浑然一体，逻辑清晰。这种做法才能称得上民法涵盖商法。

在目前这种所谓的“民商合一”立法模式下的民法典，从某种程度上说，相当于造就了民商分立的局面，而没有实现民法典作为民法和商法之共同一般法的地位。商法的具体制度，需要在民法中找到“根基”。这不仅需要我们发现商法的科学化所缺少的民法根基，而且需要我们以整个私法的视野统筹安排民法规范与私法规范，并进而改进民法，使民法能够真正容下商法。

^③ 现行《民法总则》有关营利法人的规定，就是对《公司法》作出的概括性规定，即将《公司法》中的条文，套用在营利法人相关规定中，作为公司制度的上位制度。这种概括性的规定，显然是超出了《民法总则》应有的范围。

^④ 所谓共通性规定，是指像经理制度这种既会出现在公司中，又会出现在合伙企业与个人独资企业中，但是《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》中又没有对其进行规定的制度。

^⑤ [日]山本敬三：《民法讲义I：总则》（第3版），解亘译，北京大学出版社2012年版，第8页。

^⑥ 同注^⑤，第9页。

^⑦ 王利明：《民法典体系研究》（第2版），中国人民大学出版社2012年版，第169、201页。

^⑧ 最判昭和48年5月22日民集27卷5号655；最判昭和55年3月18日判时971号。

^⑨ [日]神田秀树：《会社法》（第14版），弘文堂2012年版，第211页。