

民法典的编纂与商事立法

赵旭东^{*}

内容提要 民法与商法的固有联系决定了商事立法在民法典编纂中的特殊地位,为完善市场经济法律体系而编纂民法典的立法定位突显了商事立法的重大使命。民商合一既无必要也无可能,民商分立也并不可取,民商立法体例的理性选择应该是民法法典化与商法单行法并行的折中体例,此属真正本土化的中国创制。商法通则的制定不仅有充分的法理基础与现实根据,还将使商法的中国特色表现得更为鲜明、超越民商合一与民商分立模式的两难选择、并与我国民商立法以解决问题为导向的指导思想和现实格局高度契合。

关键词 民法典立法 商事立法 商法通则 民商合一 民商分立

民法典的编纂撩动着商事立法的神经,不仅唤起了人们对几年前商事立法研究的回忆,也再次掀起了学界商事立法研究的热潮。在基本法律部门之中,除民法和商法外,再也没有联结如此紧密、关系如此特别的两个法律部门,尤其当民法与商法经常被统称为民商法时,其究竟是分属两个法律部门还是同归一个法律部门,都是相当模糊、令人疑惑的问题。由此,当中国民法典编纂成为国家重大立法决策并全面启动时,商事立法问题自然随之浮出水面,商法的地位及其在民法典编纂中的安排遂成立法者和学者高度关注和审慎思考的重大立法布局和决策问题。

一、商事立法在民法典编纂中的特殊地位

民法典对商事立法的牵动缘于二者之间极为特别的固有联系。在整个法律体系中,民法与商法关系最为特殊,虽然它们分属私法两个不同的法律部门和领域,但联系却极为密切。尽管近年来我国学者对各国民商立法体例和模式的分类概括有不同主张,但就整个立法布局 and 安排而言,按照民法与商法是否分别制定法典,通常将各国的立法体例分为民商分立与民商合一两种基本模式。民商分立模式下分别制定统一的民法典和统一的商法典,典型的国家如法国、德国、日本等。民商合一模式下只制定民法

^{*} 中国政法大学民商经济法学院教授,博士生导师。

典,将商法规范融入民法典之中,不再单独制定商法典,典型的国家如瑞士、意大利、荷兰等。

同时,在学理上,不论是民商合一,还是民商分立,商法多被认为是民法的特别法,并非脱离民法而完全独立存在。由此,商法与民法在基本原理、基本制度方面相通。例如民法关于自然人能力、法人、法律行为、侵权责任的规定,都适用于商法,商法不需要对此另作特别规定。在法律适用上,依照特别法优先于一般法适用的原则,凡涉及商事的事项,当商法有规定时,优先适用商法,当商法无规定时,则适用民法有关规定。

我国一直未对民法与商法进行法典立法,既未制定统一的民法典,也未制定统一的商法典,我国民商事立法一直采取单行法的立法方式,分别就民法和商法的各个具体制度进行单独立法,包括民法的民法通则、物权法、侵权行为法、继承法等,商法的公司法、证券法、票据法、保险法、破产法等。其中1986年制定的《民法通则》、1996年制定的《合同法》和1995年制定的《担保法》既是作为民法单行法的立法,也包含了关于商事关系、商事合同和商事担保的法律规范。因此,对于我国现行立法体例究属民商分立还是民商合一,实际上很难进行严格定性和清晰归类。但从《民法通则》的内容看,其虽然不是严格意义上的法典化文件,但所涉及的范围却是较为接近民法典中民法总则的立法。《合同法》、《担保法》并未区分民事合同和商事合同、民事担保与商事担保,基本上统一适用于所有民事和商事合同与担保。由此,在学理上多认为,我国的立法体例更接近于民商合一。民法与商法固有的紧密联系决定了商事立法在民法典制定中的特殊地位和意义,在此意义上,民法典的立法或编纂其实也涵盖着商法的立法,民法典的体例布局和内容安排不能不统筹和协调与商事立法的关系。

民法典编纂对商事立法的牵动更为现实的内在原因是商法与民法同为我国市场经济法律制度的重要组成部分,且商法对市场经济的作用尤为直接而突出。制定民法典是《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》)中所确定的立法任务,《决定》在加强重点领域立法的部分写到“加强市场法律制度建设,编纂民法典。”这表明,制定民法典这一重大立法决策的主要出发点和目的是为了加强市场经济法律制度建设,完善社会主义市场经济法律制度体系。把民法典定性为市场经济的基本法律,而非只是传统意义上的普通民事立法,这其中显然包含了对商事法律制度的迫切需求。就市场经济法律而言,联系最为直接和紧密的恰好是商事法律制度。加强市场经济法律制度建设,十分重要的方向和任务是要加强商事立法。

社会主义市场经济本质上是法治经济,“市场有效发挥作用的前提是必须具备合理而完善的法律制度,从而将社会经济活动中各个主体的权利、义务都纳入法律的调整范围,并通过明确的规范和严整的秩序切实保障市场经济的正常运行”。^①民法所调整的民事财产关系和商法所调整的商事关系都是市场经济活动中形成的法律关系,民法和商法通过各自的调整机制和法律规则,规范市场活动,维护市场秩序,协调市场主体的

① 赵万一、赵吟《论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用》载《现代法学》2012年第4期。

利益冲突,保护市场主体的合法权益。与民法比较,商法以营利性的商事关系为调整对象,更注重和强调对经营性活动的确认和保护,因而也形成和贯穿着一系列富有特色的商事法律原则和法律机制,包括确认和保护营利、促进交易简便快捷、维护交易公平、保护交易安全、主体法定、公示主义、外观主义、严格责任等。这些原则和机制以及由此形成的具体法律规范与市场经济活动高度契合,直接而具体地服务于市场经济的发展。由此,法律对市场经济的调整或市场经济的法治化相当重要的部分是通过商事立法和商事法治实现的。“在由计划经济体制向市场经济体制转轨的过程中,中国商法与其近代西方“前辈”一样,同样扮演着‘开拓者和急先锋’的角色,其对当代中国私法发展所做出的贡献并不逊色于民事立法,其重要性不应被忽视或者低估”。^②

然而,在我国目前的法律体系中,制度供给最为短缺和不足的正是商事法律制度,与民法相比,商事立法的缺陷极其明显。尽管我国尚无统一的民法典,但至少还有一部统领整个民事法律的民法通则,民法通则虽然在体系和内容上与民法典不同,但至少可以发挥民法总则的功能。而商法迄今为止,陆续颁布的都是各个单行商事法,“但总纲性商法规则极为欠缺,更无法形成合理的体系”,缺少一部类似民法通则、规定一般商事法律制度、统领整个商法领域立法的系统性法律文件,“商事部门法因总纲性商法规范的缺失而无法形成有效的商法理念与原则,从而未能在商法中形成有效的弥补成文法漏洞的法律机制。”^③整个商事立法处于完全的零散化、碎片化状态,与部门法应有的体系化、科学化的要求相距甚远。根据全国人大对我国法制建设和立法工作的总体判断,我国社会主义法律体系已经基本建成,这意味着我国法律体系中主要法律部门都已颁布了相应的法律,但并没有完全建成或齐备,尚有个别重要法律有待制定,其中应该当选的最突出的法律也许就是总纲性商事立法,对比大陆法传统的法典化体系构成,在刑法、民法、行政法、诉讼法等几大并立的部门法中,也只有商法缺少统领性的一般立法。由此,为贯彻落实《决定》,为实现民法典的立法初衷和主要目的,为加强市场经济法律制度建设而编纂的民法典,不能不对商事立法给予特别的重视和科学的布局与安排。

二、民法典编纂与商事立法的总体布局

基于民法与商法之间特殊的紧密关系和我国民法典编纂的立法决策与商法通则的现实立法需要,民法典编纂需作出的重大决策是如何统筹和协调其与商事立法的关系,是明确确立并实行民商合一的立法体例,还是依某些论者的理想另行制定商法典,实行民商分立?抑或采取有分有合、法典化与单行法并立的折中安排?这一跨越历史和国家的百年主题本是我们可以绕开的难题,但民法典的编纂却无可回避地把我国民商立法带到了一个何去何从、必须选择的十字路口。

^② 柳经纬:《当代中国私法进程中的商事立法》,载《暨南学报》2012年第11期。

^③ 王建文:《中国现行商法体系的缺陷及其补救思路》,载《南京社会科学》2009年第3期。

(一) 民商合一: 既无必要也无可能

显而易见,在我国民商事立法已经十分丰富和完善的现实情况下,要实行完全的民商合一,是既无必要也近无可能的立法安排。在传统民商合一体例之下,将所有的民商事法律全部囊括于一个统一的法典之内,其中既包括民法总则、物权法、债权法、侵权行为法、亲属法等民法的各个部分,也包括公司法、破产法、保险法、票据法、海商法等商法的各个部分,这样的法典体系已经十分庞大。在传统民商法发展早期,各个部分法律规则尚不充实和丰富、法条数量规模尚可控制的情况下,其还有一定的合理性和可行性,但在社会经济快速发展、民商事关系十分丰富、法律规范也高度膨胀之后,再制定这样无所不包的法典,既超出了一部法典文件正常的容量,也有违法典化本身的合理性,更有悖于民商事立法体例安排的逻辑理性,甚至“智识、经验和立法技术的欠缺”都会成为难以克服的障碍。^④ 这里必须正视的客观现实是,作为应用性的法律部门,民法和商法都是跟随社会经济发展而不断更新的法律体系,无论是在民法领域还是在商法领域,不仅原有的各个组成部分都有大量因应现实法律调整需要而形成的新的法律规范和制度,而且还有一些新的法律领域不断孕育和形成,民法较之商法,虽然体系相对稳定,但仍然有合同法、知识产权法这样的法律领域先后发展独立成为与物权法、侵权行为法并立的组成部分。商法体系则表现出鲜明的开放性和扩充性,“体现出与市场经济运行的高度契合。正是商法的价值理性和技术理性使商法在保持相对稳定性的基础上,具有适时而变、不断创新的品质,从而使商法成为市场经济中最为活跃的法律。”^⑤。在这一部门,新的法律领域层出不穷,其中包括证券法、投资基金法、信托法、期货法、银行法、运输法等。随着新的业态和产业的不断创新和发展,相应的商法领域也在逐渐形成,如正在蓬勃发展的电子商务关系及正在制定的电子商务法,商法越来越成为一个不断扩充和发展的开放体系。面对民法和商法发展的现实状态和未来趋势,制定一部包含全部民法规范的民法典也许有其现实的必要性和可行性,也属法典化立法力所能及的范围,但要制定一部囊括所有商法规范的商法典,其可行性就令人怀疑,其必要性更不易证明。而要将纳入商法典都感困难的所有商法规范再都并入统一的民法典,则近乎不可能和难以想象。这样的民商合一除了追求形式上法律文件的合一和消耗宝贵的立法力量和资源并徒增法律适用的烦累,已经不具有法典化的实质功能和价值,如此的立法文件如其说是法典,不如说是法律汇编。

世界各国中民商合一的典型是意大利和瑞士的民法典,它们的确是民商合一的代表,这两个国家既无统一的商法典,也无单独的公司法、破产法等单行商事法,其相应的规范被规定在民法典之中。但是,传统商法的另外三个部分即保险法、票据法和海商法却并未囊括其中。同时即使公司法和破产法规定其中,也远未达到单行商事法系统化和细密化的程度。对比单独制定的公司法和破产法,其给人明显的感受是公司法和破

^④ 参见任尔昕《我国商事立法模式之选择》,载《现代法学》2004年第1期。

^⑤ 前引②,赵万一、赵吟文。

产法在民法体系内的蜷缩,显示的是法律制度无法充分伸展和正常生长的压抑和束缚。至于商法部门后来形成的证券法、银行法、投资基金法等新兴领域的单行法在这两部法典中则完全不见踪影。由此观之,意大利和瑞士所谓的民商合一不过是残缺不全和粗浅简单的合一。而尽管如此,这两部法典的部头和规模已经十分庞大,分别达到2969条和2163条。如果按传统商法典的构成,将目前我国已颁布的《公司法》(219条)、《破产法》(136条)、《保险法》(187条)、《票据法》(110条)、《海商法》(278条)这几部单行商事法都纳入其中并达到我国单行商事法的规范程度和深度,这两部法典的条款可能还要再加上近千条,否则它们也只能是名不副实的民商合一的民法典。就此而言,意大利和瑞士民法典虽然是民商合一的典型代表,但却难称是成功的代表,或许可以说是有些失败的代表。^⑥而放眼世界各国,迄今还没有哪一个国家制定出堪称成功范例的民商合一的民法典。说到瑞士民法典,其将商法规范的纳入,与其说是理性的立法创造,不如说是其特殊立法过程的被动接受,从《瑞士法上民商合一立法模式的形成》^⑦一文所揭示的历史过程来看,要不是因早先商法规范被写入瑞士债法,以及后来瑞士债法向民法典的整体转移,商法规范可能是不会被放进民法典之中的,尤其是将商业组织和商事登记等商事主体的规范置于相当于民法分则的债法之中,这无论如何都难以体现出法典化应有的立法理性和逻辑。

(二) 民商分立: 并不可取的立法选择

按照传统民商分立的模式,在民法典之外制定统一的商法典,也是难以决策的立法选择。如前所述,在体量规模和立法技术上,不具必要性和可行性的不只是囊括全部商法规范的民法典,囊括所有商法规范的商法典的必要性和可行性也同样令人怀疑。更为重要的是,法典化的目标究竟为何?是仅为法律形式上的完美,还是为法律结构上的完整和法律功能上的恰适?

形式上的完美当然是法典化的目标,但却不是最重要的目标。即便如此,也难说将所有商法规范合为一体就能达到商法立法形式上的完美。对于法条体量有限的民法,统一的法典可以呈现出体系完整、布局合理、逻辑严谨的完美法律形式,而对于规范体量巨大、无边界的商法,统一的法典则未必会呈现形式的美感,相反也许会现出大而无当、繁杂凌乱、缺少逻辑的负面形象。民法成典可使民法的躯体显得丰满,而商法成典则会过于肥胖和臃肿,商法虽不成法典,但不失其美,以独立的单行法形式存在的商法在形式上也许更具法律文件的完美效果。

法律体系结构上的完整是法典化的又一目标,此项追求对于民法可谓水到渠成,而对商法却是刻舟求剑。由于民法各个组成部分的十分成熟和高度稳定,民法的结构已经形成了基本稳定和封闭的体系,自民法典诞生以来的几百年间,民法体系的构成组合几无变化,除了知识产权逐渐成长为相对独立的领域外,其他部分基本处于传承延续的

^⑥ 参见[日]田中耕太郎《商法总则概论》,有裴阁1940年版,第40页。

^⑦ 参见殷安军《瑞士法上民商合一立法模式的形成》,载《中外法学》2014年第6期。

状态。在这样的法律领域进行法典化的建设,不过是在既有立法范围内对分散立法的系统化整合,是对现有法律规则的凝炼提纯,法典化的格局与民法制度的演进基本不发生碰撞和冲突。

而对于商法,这是一个以不断发展创新为鲜明特质的法律领域,无论在整个商法体系的构成组合上,还是在公司法、证券法等各个部分的具体制度规则上,它都表现出逐渐成熟但却总难定型、趋于稳定但却总在变动的状态。首先,古往今来世界各国的商法从未形成统一、确定的构成组合,不仅在没有商法典的国家,就是法国、德国这样商法法典化国家,商法的构成组合也从没有统一过和完全定型。法国商法典包括通则、海商、破产和商事法院四章,商法中最重要的公司法基本未在商法典中体现。德国商法典则分为商人、商事公司及隐名合伙、商事行为、和海商四章。日本的商法典虽然在体例上与德国商法典十分接近,也分总则、公司、商行为、海商四章,但其内容亦将票据法和破产法包含其中。其次,各国商法的体系进出分合,几乎始终处于动荡和变化之中。德国1861年的旧商法本来分为商人地位、商事公司、合伙、商行为和海商五编,1897年则改成了四编。日本1890年的旧商法本来分为通则、海商、破产三编,后来又改为现在的四编。^⑧其三,更为重要的是,现代商法的发展呈现出明显的法律分拆、法典解构的逆法典化趋势,本来应归属商法部门的一些新兴立法如证券法、银行法、运输法等不仅未纳入商法典之中而单独颁布,就连原在商法典之内的法律部门也在不断地脱身和独立,成为单行法。日本是为这种逆法典化的典型,本来日本1899年商法典已将公司法、票据法、破产法规定其中,但其后日本却先后另行颁布多个单行商事法规,包括票据法、支票法、有限公司法、商业登记法、商法特别法、公司更生法、附担保公司债信托法、国际海商物品运送法等。这些陆续颁行的单行法与商法典所调整的商事关系完全重合,且其内容更为细密、具体和更具操作性,其结果自然取代商法典内已过时和陈旧的规范,在被单行法不断掏空和蚕食之后,传统商法典在某种程度上已被虚置、架空,甚至已经成为法律的古籍文献,对商事关系进行法律调整的主要任务实际上已经让位于生机勃勃的商事单行法。论者对传统商法典的衰败曾有过生动形象的描述:“以德国为例,100多年的商法典的历史,事实上就是一部商法典衰败的历史,在这一过程中,我们能够发现一份被视为商法衰败证据的商法典‘损失表’,法国的情况也差不多,法国商法典颁布时共648条,但到目前为止绝大多数的条款已被废除或修改,继续有效的仅有140条,其中只有约30个条款保留1807年的行文。”^⑨此外,商事关系本身的活跃和发展,决定了商法规范更为频繁的更新和变动,数年一小改,十几年一大改,几成各国商事法律改革修订的常态,“商业活动具有演进性、创新性,商法规则比民法规则更容易老化,商法法典化的结果,要么是很快就过时,要么是被众多的单行法架空”。^⑩

⑧ 参见赵旭东主编《商法学》(第1版),高等教育出版社2007年3月版,第22-23页。

⑨ 前引④,任尔昕文。

⑩ 张谷《商法这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载《清华法治论衡》第6辑,清华大学出版社2005年版。

现代中国商法的表现尤其如此,本来中国商法就没有自己固有、稳定的体系,最早清末制定的《大清商律》是中国第一部商法,其体例效仿日本,内容则采德国商法。民国时期制定了《中华民国商律》,但同时又颁布了《公司条例》和《商人通例》,后来随着民法典制定,该《商律》中的部分内容进入民法典,其他则分别形成为各个单行法,包括《公司法》、《票据法》、《海商法》、《保险法》、《商业登记条例》等。新中国成立后,在废除旧的“六法全书”之后,整个商事法律也处于虚无状态。直到20世纪70年代末改革开放之后,中国开始了广泛的商事立法,先后出台了《中外合资经营企业法》、《企业法人登记管理条例》、《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》、《破产法》、《证券法》、《商业银行法》、《信托法》等一系列单行商事法律法规,但却一直未制定统一的商法典。由此,现代中国的商法体系如何,是由哪些部分有机构成,是一个并不确定、相当模糊、甚至令人疑惑的问题。迄今为止,中国商法的体系结构只是教科书上理论原理的安排,而没有立法上的明确界定,而教科书对商法体系的安排又差异甚大并呈现出不断变化。

顾功耘和范健分别主编的《商法教程》和《商法》将其分为公司法、证券法、票据法、破产法、保险法、海商法六个部分,可称为六分法,^⑪而覃有土主编的《商法学》则将海商法剔除在外,可称为五分法,^⑫王保树主编的《中国商事法》则还将破产法也剔除在外,可称为四分法。^⑬同时,有的教材增设了信托法,^⑭有的还增设了企业法或合伙企业法。^⑮有的已完全突破传统商法体系,将期货法、银行法、企业法、信托法、房地产法等包括在内,^⑯还有的甚至走得更远,将商事代理法、合同法、买卖法、期货法、担保法、信托法、融资租赁法、商事仲裁与诉讼等全部纳入。^⑰这些教材所建构商法体系的差异既有作者见解不同的缘故,更有商事立法自身发展的客观原因。四分法、五分法的商法体系主要是沿袭传统商法典的结构,六分法及以上的商法体系则在不同程度上折射和对应着不断颁行的现代商事立法,如证券法、信托法、期货法、银行法等。同时,试图将传统大陆法的商法部门与英美法的商事立法融合集成,也是造成商法体系差异的重要原因。

中外商法百年演进的历史表明,商法体系构造的大门不应也不可能关闭,商法始终表现为一个渐进的、阶段性结构,也许它永远都无法形成一个终极的完整体系。

法律功能上的恰适应是法典化最核心的追求,而此项追求对于商法的价值要远逊于民法,甚至难言有明显的价值。包括法典在内的任何一个法律文件其实都是以不同

⑪ 参见顾功耘主编《商法教程》,上海人民出版社2001年版;范健主编《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版。

⑫ 参见覃有土主编《商法学》,中国政法大学出版社1999年版。

⑬ 参见王保树主编《中国商事法》,人民法院出版社1996年版。

⑭ 参见赵万一主编《商法学》,中国法制出版社1999年版。

⑮ 参见雷兴虎主编《商法学教程》,中国政法大学出版社1999年版;王卫国主编《商法概论》,中国政法大学出版社2000年版。

⑯ 参见刘心稳、管晓峰主编《商法教学案例》,中国政法大学出版社1999年版。

⑰ 参见徐学鹿主编《商法系列丛书》,人民法院出版社1999年版。

层次的法律规范为要素组成的规范系统,法律的法典化最适于以系统方法进行观察和分析。在系统论看来,系统是由若干相互联系、相互作用的要素所组成的具有一定功能的有机整体。系统的整体性原理则认为系统的每个要素都有其独特的功能,系统本身则具有整体功能,系统的要素一旦组成系统整体,就具有独立要素所不具有的性质和功能,形成了新的系统的质的规定性。^⑮法律法典化的重要价值正在于通过相关法律群体的整合形成单个法律所不具有的整体功能,实现法律规范间的功能衔接和互补。与民法体系的稳定性和封闭性相对应,民法的各个构成部分之间有着极其紧密的链接关系,客观上要求法律规则之间形成功能上的互补和内在的协调一致,而这种内在紧密联系的基础则是民法所指向的民事法律关系本身的一体性,民法的各个部分不过是分别从不同的侧面和角度共同调整同一的民事法律关系。比如债权法上的负担行为和处分行为通常必须建立在物权法中财产权利的基础上,而物权法对财产权利的界定和限制又会直接决定和影响债权行为的法律效力,同时,物权法中的各种财产权利的实现和保障必须依赖侵权责任法提供的救济途径和手段。实质上,正是在这样一个体系相对封闭和稳定、法律功能链接非常紧密的民法领域,法典化在实现民法各个部分法律结构上的完整和法律功能上的恰适方面才会真正形成整体性的功能和预期的立法效果。而在商法,不仅大多数国家的商法呈现出散落分布的实然状态,而且,就实质内容观察,各商法单行法所调整的具体商事关系或商事行为都具有相当的独立性,每个单行法都是一个基本独立的规范系统,他们自生自长,虽然血缘同根,但却各成体系。公司法、票据法、破产法、海商法、保险法这几个传统商法的部分,相互之间除公司法与破产法有些内在关联外,其他基本没有什么直接联系,而后来陆续添加进入的证券法、期货法和信托法也只有证券法与公司法关系密切。总体而言,各个商法单行法之间并不存在如民法各部分般相互依存、不可分割的机体联系,分散立法不会招致相互间的对立冲突和破坏商法体系的和谐,集合成典在整体功能上也不会产生明显的生成、提升和优化效果。如果说民法成典是民法各部分的水乳交融,那么商法成典可能是不同商法规范的水油混合或者貌合神离。

(三) 民法法典化与商法单行法

既不能实行完全的民商合一,也不能采取传统的民商分立,由此,民商立法体例的理性选择应该是有分有合、法典化与单行法并行的折中体例,这是民商立法的第三条路线或第三种模式。所谓的分,就是民法典与商法分别立法、商法通则与各个商事单行法分别立法,不制定一部无所不包的民法典和包罗所有商法规范的商法典。所谓的合,就是在某些领域不分民商,将商法规范与民法规范融为一体,如商事合同与民事合同融于统一的合同法之中,商事信托与民事信托融入统一信托法之中。于此,统一的民法典和单行的商事法共同构成民商立法的基本格局。这样的立法体例其实正是我国目前已经和将要形成的立法格局。商法的单行化早已成为我国的立法现实,民法的法典化则是

^⑮ 参见魏宏森、曾国屏《试论系统的整体性原理》,载《清华大学学报》(社会科学版)1994年第3期。

即将实现的目标。

这样的立法模式并非对现实的简单迁就,亦非对“现实的就是合理的”的哲学逻辑的迎合服从,而是法律体系建构的理性选择和中国民商立法反映出的发展规律。如前所述,无论完全的民商合一,还是传统的民商分立,都很难与中国现代民商法的发展需求相容,不再是科学建构民商法体系的合理选项,商法从民法中的分离以及商法各部门的单行立法是最为科学的立法选择。需要进一步说明的是,在此折中体例之下,合同法与信托法的民商合一有其较为充分的历史和现实根据,同时亦不排除未来随社会发展出现新的类似合同法和信托法的单行法。就其规范的内容来看,合同法和信托法都是典型的行为法,是以合同行为和信托行为作为其调整对象,虽然就其性质分析,合同可分为民事合同和商事合同,信托也可分为民事信托和商事信托,但作为行为规范,除少量条款有所差异外,民事合同规范与商事合同规范、民事信托规范与商事信托规范之间既不根本对立,也无太多不同,如果说“传统商事行为与一般民事行为确有根本性的差别的话,那么,到今天‘人已商化’或‘商化的人’的时代,商事行为的规则与民事行为的规则已无根本的不同,可以说商人和非商人都在同样的行为规则和市场规则下进行活动,传统商事行为与民事行为的界限已经和正在消失”,^①尤其在中国现有法律规则下,这种差别除非人为地制造,在现实中是少有存在的。由此,用一部统一的合同法和信托法同时调整两种合同和信托,既符合制度经济学的效率要求,也满足法律制度公平合理的价值取向。反之,如果硬是拆分制定出单独的民事合同法和商事合同法、民事信托法和商事信托法,可以想见其法律规则必是全面地重复或重合,如此笨拙和不堪的立法技术根本不应为国家立法所接受。其实,在法国、德国的商法典中,已经可以清楚地发现这样的立法窘态,一方面商法典要对某种商事合同作出规定,但又不可能予以全面规定,只能是规定几条特有的规则,而这样的规则数量自然极少,置于商法典中尚可,但要成为一个独立的合同法则绝无可能。

法典化与单行法并立的立法体系难说是中国立法者和研究者的精心设计和刻意追求,而主要是我国民商立法顺乎自然、水到渠成的发展结果。其实,从20世纪80年代开始,我国民商立法就在“既为必要、又有可能”、“成熟一个、制定一个”的道路上前行,此与“摸着石头过河”的经济改革路径如出一辙,立法者从未对我国民商立法形成明确的总体规划和长远布局,不时出台的民商事法律都是基于经济改革的需要和跟随市场经济发展的步伐。也因于此,无论是这些法律的位阶和作用,还是其制定颁布的时间,都难看出其立法安排有何科学、清晰和严谨的逻辑。按照从宏观到微观、从总则到分则、从高到低的立法逻辑,本应先立民法再立商法,先民法总则再民法分则、先一般公司立法再特别公司立法,但实际的立法进程却完全打乱。在制定民法通则(1986年)之前,经济合同法却先颁行(1982年),在一般公司法制定之前,中外合资企业法、私营企业条例等一系列商事立法早已完成。从立法先后的轨迹中,能够看出当时法律出台的

^① 赵旭东《商法的困惑与思考》,载《政法论坛》2002年第1期。

缓急,却不易判断法律本身的轻重。社会主义法律体系基本形成的今天,民法典的制定不过是水到渠成、瓜熟蒂落之举,将民法各个部分聚集整合再加以完善补充,法典编纂之大功即告成。而继续坚持商事立法的开放性和机动性,在保持各个商事单行法的独立运行的同时,针对特定商事领域适时制定新的单行法,包括尽快制定统一的商法通则等,亦为尊重实践、顺势而为的明智之举。如此,“既可矫正追求形式商法主义的偏颇,又可实现商法体系的完善,同时又不根本改变我国采用单行商事法律的立法模式,这种一举三得的立法动议,理应得到我国立法机关的采纳”。^②

由民法典和单行商事法构成的统分结合的民商立法是在中国土地上土生土长形成的立法体系,属于真正本土化的中国创制,彰显出鲜明的中国特色。它不同于法国、德国、日本等的民商分立,也不同于意大利、瑞士、荷兰等的民商合一,当然更不同于根本没有民法典的英美法国家。纵览世界各国民商法制,尚未发现有与此相同或雷同的体例模式,这一体系的造就当然深受各国法律传统和现实的影响,但却主要为中国自身的需求和实践所牵引和主导,是跳出传统藩篱、摆脱法系束缚、不受框框限制、融大陆法与英美法于一体、博采各国立法体例之长的法律创制。这一深具中国特色的立法体系及其具体规则的制度优势已通过其为之服务的中国几十年经济改革和发展的巨大成功和得以佐证,已经不必再担心和纠结以欧陆传统为评价坐标对我国民商法体系的品头论足,也没有理由再对我们自己的制度创制妄自菲薄,相反我们有足够的理由获得和坚持对我国民商事法制的制度自信。

三、制定我国商法通则的必要性和迫切性

学界普遍认为,在我国抓紧制定一部一般性、统领性的《商事通则》,不仅是商事法律制度自身体系化、科学化的需要,更是健全和完善社会主义市场经济法律体系的迫切要求;不仅在理论和实践上十分必要,而且在立法技术上也完全可行。制定商事通则的确有着充分的法理基础与现实根据。

首先,制定《商法通则》是建立一般商事法律制度、实现商法制度自身体系化、科学化的必然要求。一般商事法律制度不同于公司法等商事单行法,它是关于商事主体和商事活动的一般法律规定,是适用于所有商事法律领域和所有商事活动的共同性法律规则,如商人、商事登记、商事公示、商行为、商事权利义务、营业与营业转让、商事代理、商事责任、短期时效、商事账簿等。市场经济的发展,不仅需要调整每个商事领域商事关系的法律规则,还需要满足商事关系整体调整和各个商事领域商事关系个别调整的一致与协调。尽管我国已经制定了公司法、票据法、证券法、保险法、海商法、破产法等商事单行法,各商事部门法的立法任务已经基本完成,但迄今未制定一部关于一般商事法律制度、类似于民法通则的商事通则。

^② 参见石少侠《我国应实行实质商法主义的民商分立》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

商事立法虽然应该放弃法典化的模式,但不意味否定其法律体系的系统性和完整性。“从商法自身的结构而言,在一定程度上它同样要求遵从形式理性与体系化的要求。从既有的商事法律制度来看,虽然各单行商事法各有侧重、各不相同。但它们都遵循相同的法律原则,……”。^{②①}作为独立的法律部门,商法同样有其从总则到分则、从立法目的、基本原则到各种具体制度和行为规则等的科学体系。总则为其纲,分则为其目,纲举而目张,才能形成其内在统合运行之机制。没有总则或通则的商法,如同一个人徒有四肢而无大脑,只能是残缺不全、缺少灵魂和中枢的商法,由于缺少一部统领性的法律进行协调,各商事单行法无法形成商法体系应有的内在联系,而是彼此孤立、杂乱无章、不成体系。柳经纬教授对我国整个民商法体系化缺失所进行的分析同时也完全适用我国商事立法本身。^{②②}背离法律部门体系构成的科学化要求,亦不利于我国市场经济关系的统一规制和对单行商事法律原则、制度、规则的统一理解和贯彻实施。

其次,制定《商法通则》是填补我国商事法律规定不足,协调和消除相关法律制度之间矛盾与冲突的重要途径。目前,一方面,我国单行商事立法取得了丰富的成果,另一方面,一些基本商法制度和基础性规则却处于空白和漏缺状态。例如商事主体的商事能力和法定类型是一个国家最基本的商法制度,像国家公务员可否经商、个人、组织或地方政府可否自行创制经营组织(如股份合作企业和两合公司)等这样一些商事实践中的问题都是商事主体制度要解决的,但我国统一完整的商事主体制度却尚未建立。又如营商是否自然人的基本权利,是否需经法定程序方能取得营业资格,是否应继续坚持对无照经营活动的取缔等,同样是商事主体制度要回答的问题,而由于缺少明确的商事主体规则,常常导致相关的立法迷失方向,行政执法行为饱受争议或遭到抵制。如目前关于电子商务市场准入的法定条件和法定程序的设定。再如,营业转让是十分普遍的商事活动,许多国家对此都有较为完善的立法。反观我国,除了国务院的两个规范性文件对国有资产的转让有所涉及外,商事法律根本没有进行规制,甚至在认识上还存在严重的误解,错误地认为企业收购、公司合并、债权债务转让以及合同法的一些相关规定等可以替代营业转让制度,甚至笼统地将其归为企业改制问题而以临时性的政策性规定和司法解释仓促应对。此外,西方国家早已成形之商事代理、商事会计与审计等其他基本商法制度在我国也都处于无法可依的状态。伴随现代市场经济和商事活动日新月异的发展,需由商法予以统一规制的法律问题也在不断凸显,如电子商务的经营主体与经营形式、商事信用或企业信用的公示和保护等,这些新兴的商事活动和新型经营形式更是经常显露出我国一般商法制度的缺陷。

制定《商事通则》的另一个重要功能是实现现行相关法律制度之间的协调,消除它们相互间的矛盾和冲突。我国现行商事法律是采取单行法模式制定的,在制定时,由于各单行法多是由不同国家机关分别提出草案并在此基础上制定,彼此之间缺少必要的

^{②①} 于莹《中国特色的社会主义商法学理论研究》,载《当代法学》2013年第4期。

^{②②} 参见柳经纬《民商事法律体系化及其路径选择》,载《河南财经政法大学学报》2014年第6期。

协调和沟通,这就使得一些相关制度和规范出现了不应有的彼此割裂和相互冲突。例如对于商事主体的立法,在《民法通则》已经规定了个体工商户的情况下,《私营企业条例》又规定了与其法律性质相同的独资企业,从而形成了几十年来两种法律主体一直界限不清、法律适用不明的尴尬局面。又如《合伙企业法》第3条的规定,完全改变了《公司法》第15条关于“公司不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人”的规定,致使《公司法》第15条几乎完全失去了存在的意义。再如《公司法》与《外商投资法》关于公司组织机构的规定明显不同,前者规定有限公司应设股东会和监事会,但后者只规定了董事会的设置,究竟如何理解和适用二者的不同,存有相当的困惑和疑问。虽然公司法制定时为协调二者的关系已做特别的努力,但孤立的分别立法之下二者之间已经形成的内在矛盾和冲突,却难以完全消除和解决。

最后,制定《商法通则》,可以合理提升商法规范应有立法位阶,确保商事法律应有的法律效力和权威。依据我国《立法法》的规定,民事基本制度只能制定法律;尚未制定法律的,全国人大及其常委会可以授权国务院先行制定行政法规。民法与商法同属宪法之下的部门法和基本法律制度,商事关系和民事关系具有同质性,都是市场经济关系在法律上的反映。民法调整平等主体间财产关系与人身关系,商法调整平等主体之间基于营利性活动所形成的财产关系,商事关系是广义上的民事关系的一部分,商法是民法的特别法。因此,商事法律制度也只能以制定法律的形式来加以确立。

然而,我国目前的一些重要的商事基本制度,却多以行政法规、地方性法规甚至是部门规章的形式存在。例如,作为商法基本制度的商事登记制度,目前虽然有许多立法文件,但基本上都是在行政法规或部门规章位阶上进行的立法。其中包括《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《合伙企业登记管理办法》、《个人独资企业登记管理办法》、《企业名称登记管理规定》、《企业经营范围登记管理规定》、《公司注册资本登记管理规定》等。又如关于党政机关及其工作人员是否可以从事商事活动的问题,这样关涉商事主体权利能力和行为能力的重大法律问题,应该也只能在国家法律的层面加以统一规定,但长期以来它居然只是由中共中央和国务院的有关政策文件加以规定,而一直没有纳入法律调整的范围。

地方性立法、包括特区立法本来只是解决一些地方的特殊问题,但在缺少统一商法立法的情况下,一些地方为了应对经济活动的需要,也不同程度地进行了某些商事制度的立法,如北京曾出台了关于两合公司的立法,江苏曾就股份合作企业进行过立法。这些涉及商事主体法律类型的基本问题,理所当然应由全国人大通过全国性的统一立法来调整,不可由各个地方各行其是,但由于商事立法的缺位,都落到了地方立法的层面。

尽管在立法时机暂不成熟、立法资源紧张的情况下,全国人大及其常委会可以依据实际需要授权国务院先行制定行政法规对一些基本商事制度进行调整和规范,但是伴随着我国市场经济的快速发展,以位阶较低的行政法规或规章来调整商事关系,已与法治经济的要求越来越不相称,其负面的影响和效果也日愈显露,包括商事立法的科学性、民主性不足、部门和地方利益对商事立法的不当影响、政出多门的法律冲突等。因

此,尽快制定一部整合现有商事法规、条例等规范、提升商事立法位阶和层次的《商法通则》,已是我国市场经济立法的必由之路和科学选择。

商法通则的制定其实有先例可循,民法通则是个直接的提示和范例。地方立法也有可贵的探索和尝试,如1999年《深圳经济特区商事条例》的制定。该条例是迄今为止我国唯一的一部具有商事基本法性质的地方立法,它从商法的立法宗旨到商人和商行为,再到商事登记、商人名称与营业转让、商业账簿、商业雇员、代理商等基本的商法制度都作了系统的规定。

以上分析已充分表明,商法通则的制定已成我国民商法制发展的当务之需和之急,如果说民法典编纂对民事立法是锦上添花,那么商法通则的制定对商事立法就是雪中送炭。同时,我国民商立法体系最富创新的立法安排和突出特色之一恰是商法通则的制定。放眼世界,的确尚无其他国家有这样的立法,商法通则的制定将使商事立法的中国特色表现的更为突出和鲜明,它超越了百多年来西方国家民商合一与民商分立模式的两难选择,又填补了我国目前商事立法的空白和缺陷,与我国几十年来民商立法以解决问题为导向的指导思想和现实格局高度契合,并可有效实现国家立法体系的传承和基本稳定。

四、民法典的体例设计与商事通则的安排

在民法法典化与商法单行法的基本立法格局之下,对商法通则进行单独立法本是题中之意和当然逻辑,然而,由于商法通则立法迄今只是学界理论上的论证建议,尚未列入国家立法规划,并且各方的认识和主张也不统一,而民法典的编纂已正式启动,适逢此时,是制定一部囊括商法通则的民法典,还是另行单独制定商法通则?无疑,包含商法通则的民法典与将其除外的民法典在实质内容和体例结构上都会有截然的区别。中国民商法制度历经几十年的发展,今天走到了一个何去何从的十字路口,尽快对此作出立法抉择已成为目前民法典编纂的当务之急。

近一年来,近乎炙热鼎沸的民法典研究也将民法典体例安排与商法通则立法的探讨推向了高潮,纵观众说纷纭的主张和意见,可以将其归结为以下四种可能的方案:一是完全分立式。即在民法典体系之外制定单独的商法通则,同时在民法典中对民法与商法通则的关系与适用作出接口性的链接规定;二是独立成编式。即在民法典体系之内制定商法通则,将其独立成编,与民法总则、物权法、债权法、侵权责任法、亲属法等并列;三是独立成章式。即在民法典的民法总则中独立设章,统一规定商法通则的内容;四是分解融合式。即将商法通则的内容全部分解,设定具体条款融入到民法总则各个章节之中。

立场决定态度,上述不同意见的形成与提出主张者对中国民商法是采民商合一还是民商分立的总体立场有直接的关联,即使放弃民商完全合一或完全分立的固有立场,在具体确定商法通则的立法安排时,依然会显露出不同主张者的初衷和深层意识。显

而易见,民商合一的主张者显露的是尽可能扩大和强化民法典对商法的吸纳和覆盖的意识而更倾向于第四或第三种方案,而民商分立的主张者显露的则是尽可能实现和保持商法的独立和完整的主张而更倾向于第一种或第二种方案。

持民商合一论者最易认同和主张的方案是分解融合式,原因极为明显,既然民商合一,就不仅是将商法体系置于民法体系之中,而且还应尽可能地将商事规范融合于民事规范之中。尽可能地淡化和消解商法的特色并放弃任何可能显现其独立性的形式,是其追求的极致目标,也是最彻底、最实质的民商合一。然而,这样的立法安排却是两伤其美,既破坏民法总则的科学结构又危及商法通则完整立法的最下策的立法安排。

第一,融合式立法会完全改变民法总则应有的规范构成,破坏其科学的逻辑体系。作为最为成熟的法典化文件,传统民法总则从基本原则到民事主体、从客体物到民事行为、从代理制度到诉讼时效,每种制度都紧紧围绕基本的民事关系而设计和展开,其法律规范都是适用于所有民事关系和民事行为的一般性规范,而非只适用于商事关系的特殊规范。而作为调整商事关系和民事行为的一般性立法,商法通则实际上接近于商法典的总则,其本身亦自成体系,有其特有的内容和规则、完整的结构和合理的逻辑体系。尤需强调的是,商法规范自有其异于民法规范的质的规定性,商法因其组织法与行为法结合、公法与私法结合、强制性与任意性结合的性质与特点并奉行保护营利、追求效率、交易安全、公平竞争等基本原则,而与基本性质上属于私法、行为法和任意法并强调意思表示真实、公平正义的民法在核心理念、规范构成以及具体行为规则上都有显著的差异,由此亦形成商法往民法典中融入的先天局限和相当大的难度。“从立法体系上看,将全部的商事关系的法律纳入一个统一的民法典是不现实的,在立法技术上也是不科学的。而且,试图将有别于普通人参与的商事关系规则等同于普通人之间的民事关系,以达到所谓的民商法的平等理念与原则的观念和做法,无疑只会加剧实质的不平等而损害民商法的精神。”^{②③}而一味坚持形式上的民商合一、刻意追求民商规范融合的结果,又会形成民事规范与商事规范间削足适履式的无原则的相互迁就,导致民事规范和商事规范的异化扭曲,并形成民商混合体系内商法规范商化不足和民法规范过度商化的畸形状态。^{②④}

虽然就条款数量而言,商法通则远低于民法总则,但其亦有相当的规模。在民法典概念清晰、规范精确、内容纯净、结构紧凑、逻辑严密的科学体系内,给商法栖身和立足的空间将极其有限,能够并入或兼容的商法规范不可能太多,难以奢望将本应规定于商法通则中的商法规范全部都移植到民法总则之中。如果不管不顾、硬塞其中,则势必使民法总则适中的规模变得异常臃肿庞杂,紧凑严密的体系结构变得松散、破碎和混乱,同时也极可能导致民事一般规范与商事特殊规范的相互穿插交错和混淆不清,甚至对立冲突,由此传统的民法总则将面目全非和部分异化,这对追求体系纯净、视逻辑理性

^{②③} 徐强胜《商事关系内容的建构》,载《河南财经政法大学学报》2014年第1期。

^{②④} 参见前引^{①⑩}张谷文。

为生命的民法典无疑是严重的伤害。本应通过编纂民法典而实现民事立法体系更为完整、结构更为合理、逻辑更为严谨的立法任务将会落空,以追求逻辑理性为目标的法典化立法反倒丧失了其基本的理性。

第二,分解融合式立法亦会形成制定商法通则的障碍,阻断商事立法的进程。如前所析,将商法通则完全植入民法总则是既不理性又近无可能的安排,而贴近现实的目标是在民法总则中尽可能地反映和体现商事立法的要求,添加商法因素,扩大商法份量,但无论如何,充其量能把商法通则中与民法总则联系最为紧密的一部分规范加以吸收。由此可能形成的一个结局则是商法通则中的部分内容被抽取融入进了民法总则,本来完整的立法架构被肢解,本来统一的法律体系被割裂,如果日后再进行系统的商法通则立法,则势必形成与民法总则的内容重合或冲突,如果不再制定商法通则,则未被民法总则吸收的商法规范将无所依归和流离失所,永久失去立法的机会。由此,分解融合式立法的结果是将商法通则置于不上不下的尴尬境地和半生不熟的夹生状态。这样的立法安排与其说是兼顾和统筹了商事立法,不如说是制造了商法通则未来立法的客观障碍,阻断了商事立法的前路。这无疑是一个两伤其美、都不讨好的下策安排,它不会是主张分解融合式立法者的本意,但却可能产生始料不及的消极结果。因此,放弃前述在民法典内制定商法通则的第二、三种方案,尤其是放弃分解融合式的第四种方案,而在民法典之外制定单独的商法通则,既是本文论证研究、利弊权衡的最终结论,也应是中国民商立法最为理性的选择和最为科学的安排。

Abstract: The inherent connection between civil law and commercial law determines the special status of commercial legislation in the compilation of civil code. Compiling civil code in order to complete the market economic law system shows the important mission of the commercial legislation. It is unnecessary and impossible to unify the civil law and commercial law, but the civil and commercial law should not be separately legislated. The rational choice of civil and commercial legislation style is to conduct the codification of civil law and commercial single law concurrently, which is the real localized innovation of China. The formation of general rules of commercial law not only has the adequate legal basis and realistic grounds, but also shows more distinctive Chinese features, overcomes the dilemma of unification and separation of civil and commercial law and totally conforms to the problem solving oriented guiding thought and actual pattern of China's civil and commercial legislation.

(责任编辑:王莉萍)