

民法总则设置商法规范的限度及其理论解释

李建伟^{*}

内容提要 如何建构民商法二元结构的统一私法体系,主要存在“民法典+单行商事法”与“民法典+商法通则+单行商事法”两种范式主张。其中前者力主“在民商合一体例下制定民法典总则”,这一立法设想可行与否,涉及到民法总则设置商法规范的限度及其模式等问题。无论从构建统一私法体系的形式理性立场,抑或从商事立法体系化的现实主义立场,“民法典+单行商事法”范式都难称最优,“在民商合一体例下制定民法典总则”的范式应受质疑,民法总则制定应该果决放弃民商合一的理想化追求,剥离难以承载的提供商法规范之重任,循“民法典+商法通则+单行商事法”范式构建统一私法体系,藉由实现商事立法的体系化,是符合中国民商事立法现实的理性立法选择。

关键词 民法总则 商法独立性 商事立法体系化 提取公因式 立法抽象

引言

在民法与商法构成的二元化结构的私法体系下,如采民商合一立法体例,商法规范的设置是民法典编纂的核心问题之一,首当其冲者乃是民法总则中的商法规范设置。“民法总则的制定首先涉及民法与商法的关系,即是制定一部调整所有民商事关系的民法总则还是在民法总则之外单独制定一部商法总则?这是民法典总则制定过程中的重大疑难问题。”^①民法学者一般认为,“民商合一体例的重要特点就在于强调民法典总则统一适用于所有民商事关系,统辖合伙法、公司法、保险法、破产法、票据法、证券法等商事特别法”,或者说,“民商合一体例在很大程度上就是以一部民法总则统辖各个民商事法律,而不能在民法典总则之外另行制定商法总则(商事通则)”,也即民商合一下的民法典总则完全可以统一规定有关商法的一般性规范,以对所有的民商事关系“一体适用”,故而“应当在民商合一体例下制定民法典总则”,在民商法之间构建“统一的基本

^{*} 中国政法大学民商经济法学院教授。本文是中国政法大学校级人文社科项目“民法总则制定中的商事主体立法研究”(项目批准号:15ZFZ82007)阶段性成果。

^① 王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期。

原则”、“统一的主体制度”、“统一的法律行为制度”、“统一的时效制度”。^② 商法学界则多数认为,民法总则不可能也不宜规定商法一般性规范,在法律行为部分确立统一的民商事行为规则也被证明是不成功的,还有一些商法特有的共通制度既不能由民法典提供也不宜出现在单行商事法,适宜基于立法剩余技术另定的商法通则来规定。基于民法总则的制定乃是编纂民法典的先行步骤,以及其对民法典的内容与结构的强大型塑功能,究竟应否“在民商合一体例下制定民法典总则”,乃是制定民法总则及编纂民法典首先应予回答的问题,需要在民法典编纂展开之际深入讨论,否则相关的立法工作无法有效推进,无法形成合理的民法典编纂方案,民法总则的制定也会陷入争议之中。

在编纂民法典作为既定决策的前提下,从实现商事立法的体系化之视角,上述两种主张可以总结为,民法学界多主张以“民法典+单行商事法”范式构筑之,商法学界多主张以“民法典+商法通则+单行商事法”范式构筑之。应该说,此间的共识是主要的:编纂民法典,不制定商法典,实行形式上的民商合一(商法通则不破坏形式上的民商合一),单行法为商法的主要存在形式等。其直接分歧是,在民法典与单行商事法之间有无必要制定一部商法通则?民法学界多持否定论,商法学界则力主其可行性、必要性与重要性。这一分歧的背后,是商法基本规范(包括商法的一般性规范和不能为民法典提供、又无法为单行商事法规定的商法领域特有的共通制度规范)的立法路径选择问题,核心则是民商合一体例下制定的民法总则设置商法基本规范的限度问题。既然存在着两种选择的可能性,关于两种范式进行制度优劣比较的理论探讨不仅是必要的,也是重要的。对此,我们可以从民商立法体例选择的法理依据、立法技术以及立法实践等三个不同的视角来展开理论探讨,来发现究竟哪一种立法范式更具科学性与可行性。

一、民商合一的真相与民商分立的创新

(一) 民商合一的真相

作为历史概念的民商分立与民商合一,主要用于描述欧陆国家在19世纪法典化运动中所选择的两种不同的民商法立法体例,后人概以民法典与商法典的并立与否而作的形式化分类,但不能作绝对化的逻辑推理,^③一方面,民商分立并不意味着两部法典的绝对并存,另一方面,即使不存在商法典,民商合一也不等于否定商法的独立存在。时至今日,民商法立法已很难简单套用民商分立与合一的“二分法”进行简单的阵营划分。一方面,现代意义上的民商分立早已超越了传统范畴,并不意味着一定制定一部鸿篇巨制的商法典,商法通过大量的商事单行法而获得了新的存在与发展;另一方面,不应过高估计传统民商合一体制的优越性,民商合一的本来含义是商法规范包容在民法典之中,但随着大量单行商事法的颁布,民法典完全包含商法的现象早已不复存在,民商法

^② 前引①,王利明文。

^③ 参见郭锋《民商分立与民商合一的理论评析》,载《中国法学》1996年第5期。

在事实上不可能完全合一。对照当代民商法立法现实,尽管民商分立与合一的概念仍不失理论价值,但实事求是地说,“民商合一和民商分立的传统含义已经过时,不能用两者的传统含义来界定包括民商法规范的现代私法体系”故而,“在构建我国的民商立法体系时,既不能模仿传统的民商分立体制,也不能一概借鉴传统的民商合一体制。”^④立足于上述民商法的法理关系而论,民商法不可能完全合一,精确地说应该是说二者在什么程度上结合,是形式上的合一还是制度上的合一,还是一般规则和特殊规则的关系。^⑤当然在另一方面,也不存在完全的民商分立。即使商法典鼎足而立,但内容上仍要以民法典的概念、原则为基础,民商分立只是立法的外在体系,实际上内在层面上二者难以分离。

在我国编纂民法典的过程中,民法学者极力倡导民商合一,为此需要理性研判民商合一的理论主张、法理依据与立法选择。在二元化结构的私法体系中,民法与商法具有同质性,我们不能否认民法与商法的相互渗透与同化,这主要表明两者的内容相互交叉和接近,两者调整社会经济关系的差别日益缩小,功能上也日益趋同;但另一方面,这并不是说民法与商法已全然融为一体,彼此不再独立存在,实际上二者在法律表现形式、调整对象、价值理念等方面仍各具独立性。正如有学者指出的,“不应过高估计传统民商合一体制的优越性”,比较法学者勒内·达维德的警告则更具警示价值,“法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。”^⑥反之,不论有无必要制定商法典,都“应当看到基本理念与基本原则都明显不同于民法的商法或实质意义上的商法独立于民法而存在的价值”。^⑦多数所谓民商合一的国家(地区),实际上仅是没有一部形式上商法(商法典)而已,大量的单行商法从未被“合一”而成为民法典的组成部分。更重要的是,就其法律适用而言,也不存在民商合一论者所鼓吹的便捷与统一之效。达维德早就指出,“某些国家提倡或者实现了民商法合一,在我们看来其重要性同样的有限”。^⑧有本土学者关于我国台湾地区“民法典”在代理、有限合伙、社团、法人、商事保证等多个制度上的民商合一立法所产生的民商规范不分或者难分的流弊分析,在此处可以引为合适的例证。^⑨

王利明教授认为,民商合一体例的重要特点就在于强调民法典总则统一适用于所有民商事关系,统辖各商事特别法,但同时他又指出,“在民商合一体例下如何制定一部系统完善的民法总则,使其有效涵盖民商事交易规则,是一个世界性难题”,因为即使在意大利、荷兰及瑞士等采用民商合一体例的民法典,都没有如德国那样设置系统、完整的民法典总则,所以“在民商合一体例下构建系统完整的民法典总则体系,在比较法上

④ 前引③,郭锋文。

⑤ 参见朱广新在2015年3月17日北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范:问题与出路”上的发言,载赵旭东主编《公司法评论》(总第25辑),人民法院出版社2015年版,第194-195页。

⑥ [法]勒内·达维德《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第84页。

⑦ 苗延波《论我国商法的立法模式(下)》,载《法学评论》2008年第2期。

⑧ 前引⑥,第85页。

⑨ 参见王文宇《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》,载《清华法学》2015年第6期。

没有先例可循。”^⑩由此可以看出,所谓“民商合一体例的重要特点就在于强调民法典总则统一适用于所有民商事关系,统辖各商事特别法”,更像是一种主观判断,而非实定法上的结论,更无比较法上的例证,因为民商合一下的民法典总则统一适用于所有民商事关系、有效涵盖民商事交易规则,尚无成功的先例。事实上,民法典关于商主体与商行为的规范在立法技术与司法适用上往往存在尴尬。比如,《瑞士民法典》与《瑞士债法典》都设有条文规定普通民事主体与商主体的不同标准(前者第895条,后者第331条),但未解决商主体认定的统一标准,造成了理解与适用上的双重困难。关于商行为的规范,《瑞士债法典》关于民法内容方面的规定(第1条至第551条),无论条理清晰、结构合理与用语简明等方面都不逊于《德国民法典》,受到学者的称赞,^⑪但在第552条之后的商法部分,不仅条理性大不如前,这些内容究竟适合出现在《债法典》中都深受质疑,诸如商事登记、商号、商事账簿以及商事组织内部组织制度等为何被纳入债法之中,确实缺乏理论依据与体系价值。

(二) 民商分立的创新

早期民商分立的国家都选择了另定单独的商法典,在国家数量上取得了绝对的优势。但是随着现代社会经济的发展,人们更加淡化藉由民、商法典分立而确立形式上商法独立的必要性与重要性,而更加注重商法体系上的独立性,这标志着民商分立论由形式商法独立主义向实质商法独立主义的转变。体现在立法上,传统商法典发生了一定程度上的“解商法典”现象,一部鸿篇巨制的商法典非为必要,商法通过大量单行商事法而存在成为民商分立的新形式。反映在法理学上说,就有了民商强度分立、民商中度分立与民商弱度分立之说。^⑫在坚持二分化结构的统一私法体系下之前提下,民商分立有了多项选择,除了传统的两部法典并立这种强度分立体制之外,尚有其他选择。我国学界热议中的“民法典+商法通则+单行商事法”体例,从形式意义上讲就是民商合一的新形态,从实质意义上讲则可谓为民商分立的新形态。

最近十多年来,商法学界对商法通则的立法可行性、重要性与必要性多有论证,据其要点:这是符合中国民商法立法实际,且是超越民商合一与民商分立争议的务实立法选择;是商事法律制度自身体系化、科学化的必然要求;是有利于填补当前商事法律规定之不足、消除相关法律制度之间的矛盾与冲突的必然路径;是提升有关商事制度的立法层次,加强商事法律关系的法律调整的必要之举,等等。^⑬所有这些论证的基调,一言以蔽之,就是藉由商法通则来实现商事立法的体系化的方案,相对于在民商合一下制定民法总则来提供商法规范方案,无论在制度建构的意义上还是从法律规范数量的统

^⑩ 前引①,王利明文。

^⑪ 《瑞士债法典》,吴兆祥等译,法律出版社2002年版,“译者的话”。

^⑫ 参见王涌《中国需要一部具有商法品格的民法典》,载《中国法律评论》2015年第4期。

^⑬ 参见赵旭东《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第2期;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;赵磊《反思商事通则立法——从商法的形式理性出发》,载《法律科学》2013年第4期;杨继《商法通则统一立法的必要性和可行性》,载《法学》2006年第2期。

计学意义上,都具有比较优势。

有趣的是,无论我国选择民商合一下制定民法典总则,还是在民法典之外另定商法通则,都将是前无古人的立法体例创新。通过一部完善的民法典总则来有效地含括商法基本规范,并无先例可循,实行民商合一的意大利、荷兰、瑞士诸国都没有设置德国式的民法典总则。民法典总则由德国民法典首创,但德国民法是按照民商分立体例建构的。在坚持形式上民商合一的前提下,民法典之外另行制定商法通则,当然更是一项崭新的事业。

(三) 民商分立的法理支撑: 实质商法的独立性

选择民商合一抑或分立,背后的法理支撑是关于商法与民法关系的学理认知,该学理认知直接影响民商立法体制的选择。学理认知的核心争点是,民法与商法属于一般法与特别法的关系吗? 笔者有四个基本的判断。

1. 商法是私法的特别法,不是民法的特别法。关于民法与商法的关系概括,最流行的是一般法与特别法之关系说,不仅常见于我国的民法教材,也见于商法教材,在民商合一立法体系下更视为当然,反映在法律适用上,就是当商法(特别法)并无规定时,回归民法(一般法)的适用。^⑭ 笔者认为,“商法是民法的特别法”与“商法是私法的特别法”表述之间存在着不可忽视的差异。拉伦茨说,“商法属于私法,但不属于民法。”^⑮ 在德国,德语中的“民法”为 bürgerliches Recht 或者 Zivilrecht,此种意义上的民法不包括商法;而私法对应 Privatrecht,德国学者认为商法是特别私法,但并不将商法界定为特别的民法。^⑯ 德国人在此处严格区分使用“民法”与“私法”,不无启迪。但在很多场合下,我们并不严格区分之,于是有了“商事法律在性质上属于民事特别法”^⑰及类似的表述。对此见解,有学者提出两点质疑,一是在理论体系上言之,“商法具有管制面与交易面的双重结构,各种商事单行法又揭橥有独特之政策理念与管制特色”,“若仅以特别法与普通法之观念理解,恐略显粗糙,无法顾及商法立法目的及内部法规范逻辑之一贯”;二是在法律规范适用上,也应该参酌商法规范目的及其法理,独立处理商事关系,而不宜任意回归民法,罔顾商事关系与商法之特性。^⑱ 质言之,商事关系的法律适用,有商事单行法规定的,首先适用之;商事单行法有所不备的,并非直接适用民法的规定,而是适用商法典(商法通则)规定的商法一般性规定;如不存在商法一般性规定的,尚可优先参酌商事惯例。^⑲ 总之,无论从理论体系抑或法律适用言之,商法与民法的关系简单化约为特别法与一般法的关系,如果不是不恰当的,至少也是不精确的。

^⑭ 参见郑玉波《民法总则》,台湾三民书局2003年版,第10页。

^⑮ [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2013年版,第9页。

^⑯ 参见^⑬ 杨继文。

^⑰ 前引^① 王利明文。

^⑱ 前引^⑨ 王文宇文。

^⑲ 参见赵万一、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,第60-73页。商事关系的法律适用的上述顺位,有实证法的支持,如《日本商法典》第1条“关于商事,本法无规定者,适用商事习惯法,无商事习惯者,适用民法典”《韩国商法典》第1条也如是规定。

2. 商法的民事化与民法的商事化现象,从不意味着商法独立性的丧失。从民商法的发展历史看,商法担任了“法律发展的开路者”^{②0}角色,持续不停地创制出新的法律原则、规范与制度,而后又不断地渗透于民法,促成二者之间渐趋融合。^{②1}尤其在当代社会中,民商事关系更加渗透与交融,民法日积月累吸收了很多的商法规则与惯例,并随之将其扩充到民事领域,使得商法规范也同时具有了民法规范的特征,于是“民法的商事化”、“商法的民事化”提法不胫而走。有学者以为,“商法的民事化,正好反映了商法规范被民法所同化和吸纳的趋势。”^{②2}但是,民法对于商法的吸收并不意味着商行为规则特殊性的消失,而恰恰在不断发展并持续丰富着民法,同时也不意味着民法逐渐发展出调整商事关系的规范,从而取代商法,更不意味着规范商人(企业)的商法在民法体系中占据了主导地位,从而导致用商法规则修正民法原理。^{②3}实际上,民商法的近现代发展史,是商法之于民法的一种长期涓滴效应过程中发生的溶合关系史。“溶合”意味着二者不存在泾渭分明的界限,同时也意味着划分的必要性。“民法的商事化”、“商法的民事化”现象存在是事实,这一概念提法亦有价值,但不能陷入概念与理论的误区,对民商法关系及其立法发展趋势作出误判,掩盖民商法的实质性差异。

3. 商法之实质区别于民法之处,在于对私法自治原则的双重背离。商法与民法的规范对象虽有重合之处,但重要区别点在于商法独特的双重结构。“商法之双重结构,表现在其兼具管制面与交易面。管制面及交易面的交织,显示出商法所涉及者不仅是私人间单纯之民事有名契约,更是包含经济、贸易、交易安排以及金融秩序范畴等较复杂层面之商事契约,是故其立法密度、立法目的之考虑,自与作为基本私法原则之民法迥然不同,尤其具有侧重于管制面向而不时呈现公法色彩的相异之处”^{②4}。进言之,商法兼具行为法与组织法之双重层面,两个层面的法律性质与规范结构不尽一致,且在两个层面上都体现出对于民法上私法自治原则的双重背离。行为法层面的商法,体现出交易法也即契约法本色,以私法规范为主,较少体现国家管制,商法比民法强调更充分的私法自治。关于此点,可以违约金调整与否、格式条款的效力差异、借贷利息高限的容忍度差异等为例证,限于篇幅,不拟展开。组织法层面的商法,体现出较明显的强制法色彩,设有较多的强制性规范乃至公法规范,比民法受到更多的干预,私法自治空间被限缩。正如学者所观察的,“举凡关于经理人董事之消极资格规定、董事会董事人数、独立董事资格、员工奖励制度相关规定、股东之股份收买请求权等,则皆因公司法有保障股东权益、提升公司治理、维护交易秩序等立法目的,而表现其不同于民法的管制面。”^{②5}此外,如果某项商行为兼受商行为法与组织法的调整,则会遭遇更为复杂的商事交易法

②0 语出卡纳里斯。参见[德]卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社年版,第9-10页。

②1 参见前引①4,郑玉波书,第32-33页。

②2 前引③,郭锋文。

②3 参见[日]四宫和夫《日本民法总则》,唐晖、钱梦珊译,台北五南图书出版公司1995年版,第21页。

②4 前引⑨,王文宇文。

②5 前引⑨,王文宇文。

上的契约自由与组织法上的强制性管制的双重问题。^{②⑥}

4. 实质商法的独立是一个客观事实,不是一项价值判断。商法的独立性原本是一个事实判断,但考诸理论争议,愈加更像一个价值判断。有人提出,要制定一部科学的、体系化的民法典,通过民法典实现民事法律的体系化,为解决我国现行民商事法律中最为突出的体系性缺失问题提供了良机。^{②⑦}也有人提出,民法典固然可以实现民事法律的体系化,但商事法律体系化自有他途,无需也不可能通过民法典来获得实现。这表明,民商事法律的体系化追求可能没有争议,但体系的科学性作为价值判断在学术上则存在争议。摒除政策因素,在价值取向多元化的社会,不同学者基于个人理论偏好的不同而持守不同价值取向是正常的,但在其间作出立法选择却是一道智慧难题。对此,有两个基本点需要强调,一是尽量在事实层面来探讨民商法关系,以尽力降低主观价值的藩篱,比如多探讨民商法的共同规则,而少谈共同价值与理念;二是如果价值判断不可避免,那么需要将价值判断的正当性争议限制在逻辑论证的范围内,比如否定商法独立性是一种价值判断,但否定商法独立性之后是否必然导致民商合一立法体例,则存在逻辑的跳跃。

综上,如从学理上描述民法与商法的关系,江平先生早年提出的“两点论”仍须坚持:一是民商法的溶合关系,二是民法与商法的划分仍有必要,“就像公法和私法确有划分的必要那样”,^{②⑧}没有界分就谈不上溶合,此乃一体两面。民商法的实质区分反映在立法体例上,就是实质商法的独立立法。即使民商合一的国家也没有将所有商法规范囊括于民法典之中的,我国《民法总则》诸草稿也仅将个别商法规范含括其中。“应当说,民法典之所以未将商法规范囊括于中,并非不愿,而是不能。原因何在?在于‘实质商法’的独立性!”^{②⑨}

二、民法总则对商事规范的抽象能力及其限度

(一) 民法总则对商事规范的抽象能力

无论何种意义上的民商合一,都不是指将所有调整商事关系的规范一体纳入民法典,至于哪些纳入,取决于民商合一(或分立)的强度。民法学者一般认为,中国民法典编纂所追求的民商合一是将民商事关系“具有一体适用效力”的规范写进民法典。^{③⑩}如是,民法典编纂系于成败的就是民法总则如何合理吸收商事规范中的抽象因子,选取“具有一体适用效力”的规范类型。这取决于民法总则的抽象技术,以及可被抽象的商

^{②⑥} 此处的例证,以我国《公司法》第16条规定的基于有效力瑕疵的决议而订立的关联担保合同效力及其责任承担最为典型,民商法学者在此问题上呈现出整体上的观点对垒。

^{②⑦} 参见柳经纬《民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。

^{②⑧} 江平《中国民法典制订的宏观思考》,载《法学》2002年第2期。

^{②⑨} 范健《论我国商事立法的体系化》,载《清华法学》2008年第4期。

^{③⑩} 参见王轶《我国民法典编纂应处理好三组关系》,载《中国党政干部论坛》2015年第7期。

法规范资源。一方面,民法总则的制定欲采用德国潘德克顿式的抽象技术也即提取公因式,这要求在对分则各部分进行归纳的基础上进而抽取共通内容。那么,民法总则的立法者当遵循从个别到一般的归纳式立法进路,以避免总则编得名实不符,或者总分则两张皮。另一方面,汇编式民法典编纂所追求的立法形式理性主要是对于既有民法规范体系的整合与抽象,而非重新创造,那么如何以及在多大程度上对既有商法规范进行形式理性的整合,则是一个“创造性”的立法课题,这也是民商法学界争议的焦点。如在民商合一体例下制定涵盖民商事法律关系的民法总则,必然要求在设计民法总则条款、提取公因式的过程中对公司法、证券法、保险法、票据法等单行商事法与民法典分则各部分等同看待,在对其一一归纳之基础上抽取其与民法典分则各部分的共通内容。由此,民法总则对商法的抽象能力就不是一个先验的确定概念,而由民法总则所面对的所有具体规范来决定。

“民法典+单行商事法”抑或“民法典+商法通则+单行商事法”两范式的实质差异在于抽象程度的不同。如由民法总则提供商法基本规范,属于抽象化程度较高的范式选择,对于商法具有总括意义的适用价值。需要申明,无论民商合一或分立,都不否认民法对商法总括意义上的适用价值。如奉行民商分立的德国商法典的许多规定,只有根据民法典所确立的一般性原则才能理解,商法典的作用就是对这些一般性原则加以变更、补充与或排除。^{③①} 一个明显的例子,德国商法典关于商事保证的规定,是在民法典关于保证的规定中予以部分排除适用,就此在最一般意义上讲,虽然民法规则未必能直接适用于商事情景,但其基本原则和一般规则对于整个私法领域都具有指导意义。故拉伦茨说,“不了解民法的基本原则和一般规则,也就无法理解私法的特别领域”,这是因为私法中其他领域的规定都是以民法典所规定的“一般规则和制度为基础而建立起来的”。^{③②} 问题是,民法总则能够对商法规范抽象到什么程度?

如选择另定商法通则,则属于对商法规范次级程度抽象化的立法范式,藉此以形成“民法规范(一般性私法规范)+商法通则(基本商法规范)+单行特别商法规范”的完整商法规范体系。可见,这一立法范式不反对民法典对于商事关系提供一般意义上的私法规范,只是强调范式内含的三个有机层次共同构成一个更具科学性的商法规范体系。其中,民法典及其总则的抽象是更一般化的抽象,对于私法领域具有总体的涵括效力,商法通则提供处于次级抽象的一般性商法规范,以及基于立法剩余所致的商法基本规范,具体商事领域的特别规范则由单行商事法提供。从这三个抽象化层次来看,如否定作为第二层次的商法通则抽象化的理由,那么民法总则对商法一般规范的抽象岂不是更加缺乏逻辑基础!进言之,如不存在商法一般性规范,就没有另定商法通则之必要,那么民法总则提供的所谓涵盖民商事关系一体适用的一般性规定也就同样不存在;

^{③①} 参见[德]罗伯特·霍恩等《德国国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第239页;前引^{①⑤}拉伦茨书,第10页。

^{③②} 前引^{①⑤}拉伦茨书,第9、10页。

如存在商法一般性规范,由商法通则进行次级抽象与民法总则进行更高层次的抽象,理论上都是可行的。既然存在两种可行性范式,那就存在优劣之比。孰优孰劣,尽可从形式理性与现实主义的两种视角比较。

(二) 决定民法总则抽象能力的因素

民法典存在有总则与无总则两种模式,两种模式下各有经典立法巨作,并无优劣之分。就目前选择而言,制定民法总则已然成为我国民法典的选项,那么,作为立法偏好存在的民法总则应该涵盖哪些内容自然成为关注的重点。就立法技术而言,民法总则内容的多寡取决于抽象化程度,抽象化程度则由抽象化标准的宽严决定。较为严格的抽象化标准将导致较少的规范进入民法总则,反之,会有较多的规范进入。在抽象标准既定之前提下,民法总则的抽象体量还将取决于作为抽象化对象的民法典分则与商法规范资源。关于民法总则对于民法分则各部分的抽象,不在本文讨论之中,但关于可供抽象化的商法规范资源及其被抽象的困难性,亟待研究。对此,笔者有三个基本判断。

1. 恪守“具有一体适用效力”的普适性标准,决定了商法规范进入民法总则的体量相当有限。从比较法的视角来看,德国民法典凭借德意志民族特有的抽象化能力与概念体系的思维方式,以提取公因式法作为民法总则的基本方法,利用法律效力与构成事实的双重标准形成了对于人、物、法律行为、期间与期日、消灭时效、权力行使等章节,可谓将抽象化做到了某种意义上的极致。尽管如此,这些制度是否真的具备公因式因素,留给后人反思不断,受到抽象化过度与抽象化不足的双重质疑。^③我国有学者强调,以抽象方式提取公因式为立法技术,必须对民法分则各编具有普适性,拒绝将一些概念或者不相干的制度生硬地塞进民法总则。^④以此标准观之,民法总则对于民法典分则的抽象化标准,同样一体适用于进入民法典的商法规范。进言之,不符合民法总则抽象化标准的商事规范,不进入民法总则。比如,关于民事主体制度的设计,商事登记、营利性社团法人、个人合伙财产与管理等制度仅为商法的特有规则,对民法分则各部分实无一体适用价值,至于商业账簿之类的制度则完全与民事主体绝缘,所以抽象化的民事主体制度可以包含商事主体制度以统一私法主体制度,但由于商事主体的某些具体规则有待单行商事法的特别规定,或者仅能在商事领域作较低程度的抽象,民法总则限于确立民事商事主体地位的规范层次,如贸然纳入过多的商事主体具体规范,将有违提取公因式之标准与初衷,不仅破坏民法总则的逻辑体系,导致总则的重要性降低,而且庞杂而异质性强的诸内容将导致抽象性与涵盖性的下降,终归得不偿失。

2. 立法技术剩余的辅助使用,凸显了商法通则的优势。截至目前,虽然《民法总则》各草稿的章节编排有所差异,但就其包含的主要内容板块大同小异,不少制度规则都不符合提取公因式的技术标准,在总则外衣之下不免受到抽象不足与抽象过多的双重质疑,一些出现在总则中的制度只能依赖立法技术剩余获得正当性基础。必须的立

^③ 参见朱庆育《民法总则》,北京大学出版社2013年版,第26-34页。

^④ 参见李永军《民法总则的立法技术及由此决定的内容思考》,载《比较法研究》2015年第3期。

法技术剩余是可以的,但其作为一种现实立法的妥协选择,仅为提取公因式的补充而存在,如充当了主角,无疑会损害民法总则作为分则一般性、抽象化之根基。

力主制定民商合一式民法总则的民法学者多拿民法总则与商法总则相比较,凸显由前者提供商法基本规范之优势,^⑤而商法学界的主流主张是制定一部商法通则而非商法总则。何谓商法通则?1986年《民法通则》作为当时的一部民事基本法,之所以叫“通则”,当时的学理解释认为有三层意思,一则,“通者”,贯通总则分则也;二则,“通者”,通用于民事基本法、民事单行法与相关附属法也;三则,“通者”,原则性、一般性规定之谓也。^⑥后有学者解读为,“通则之通,主要意思是指规定的原则性。”^⑦我们可以循此“通则”的含义来尝试理解商法通则。所谓“商法通则”,就是商法中不属于公司、合伙企业、个人独资企业、证券、票据、保险、信托、破产等各单行商事法的特殊规定,而对于商法一般性问题加以规定的规范总和。由此,商法通则提供了商法的基本规范,包括传统商法典总则部分中一般性规范,以及单行商事法没有或无法规定、基于立法技术剩余的特有的商事领域共通规范。可见,商法通则与商法总则不是同一概念,前者的内容更为宽泛。

3. 商法规范适合较低程度的抽象化立法,民法总则不宜过度抽象之。整体上,相对于民法的规范严整、体系完备与逻辑规整,商法在以上方面确有相形见绌之处。日本学者志田钾太郎曾谓,商法典缺乏可谓法典大要件之组织,同一可一贯全编之原则极少,因之,所谓总则者,其实并无总则之价值。^⑧在我国,由于缺乏商法典(总则)之故,无论立法论上的抑或理论学说上的商法体系都显得残缺不齐,以至于到底商法应该包含哪些部门法还未达成共识。^⑨近年来,商法学者围绕构建独立的商法学科与独立的商法体系而展开关于商法基本原则、理念、精神、思维方式及商事审判原则等总则意义上的课题研究,提出了营利性原则、营业自由(更彻底的私法自治)原则、外观主义原则、加重责任等商法基本原则,力图提炼出与民法相区分的商法自成体系的法律特质。^⑩但细致考量,这些核心概念体系仍难以贯彻商法的整个体系。商法学理论之所以长期表现出对于商法的理论解释乏力,并非学者理论抽象能力的匮乏,乃是受困于商法规范体系化与抽象化的客观困难性。如不少学者提出,营利性应被视为商事关系的本质属性也是构建商法体系的基石,或者营业应成为商法的核心概念,是商法典的公因式,^⑪但实际上营利性更像是商事关系的一项特征而非构成性要素,其在商行为中的地位与意思自

⑤ 参见前引①,王利明文。

⑥ 参见中国政法大学民法教研室编《中华人民共和国民法通则讲话》,中国政法大学出版社1986年版,第7-8页。

⑦ 张谷《对当前民法典编纂的反思》,载《华东政法大学学报》2016年第1期。

⑧ 参见[日]志田钾太郎《商法总则》,熊元楷编,上海人民出版社2013年版,第10页。

⑨ 详细的分析参见赵旭东《商法的困惑与思考》,载《政法论坛》2002年第1期。

⑩ 这些论文集中收录在王保树主编《中国商法年刊》(2013,法律出版社2013年版)。

⑪ 参见王建文《论我国〈民法典〉立法背景下商行为的立法定位》,载《南京大学学报》(人文社科版)2016年第1期;谭津龙《营业:商法典的公因式》,载王保树主编《商事法论集》2012年第2辑;法律出版社2012年版;郑景元《商事营利性理论的新发展》,载《比较法研究》2013年第1期。

治作为法律行为之构成要素的地位,尚不能等同并论。^⑫若说商事关系的构成性要素,毋宁说“更彻底的(与民法相较而言)私法自治原则”也即营业自由原则,营利性原则是在营业自由基础之上区分了调整利益关系的不同而藉由的价值取向(仍与民法相较而言)。还要申明,此处被强调的内蕴“更彻底的私法自治原则”含义的营业自由原则,主要是就商交易行为法的领域而言的,在商组织法领域仍难以贯彻到底。

商法规范抽象化困难的背后,是商法规范抽象化的必要性较低。自德国民法典颁行以来,现代民法通过逻辑规整的权利体系和法律行为规则,确立一整套概念体系来成功打破了债法、物权法乃至身份法的区隔,统一规定各项民事权利基础和各项法律行为效力。但在商法中并不存在能够贯穿公司、合伙、证券、保险、票据、信托、基金等领域的权利概念体系和行为的一般化效力规则。如保险法上的保险合同效力规则不能适用于公司法上的发起人协议,公司法上的决议效力规则也难以全部适用于合伙企业的决议。貌似能够贯通商法各领域上的营利性、外观主义、加重责任等原则,实际上也被各领域有所区隔,在各单行商事法之间形成互为独立的体系。我妻荣说,“在近代资本主义之下,商事交易被集团性、反复性地实施,其结果发展为丧失个性的定型化。与此同时,公司、票据、运输、保险这样的特殊制度被发明出来,作为其结果,规制这些商事制度与交易的法,与其说是在考虑各场合下当事人的立场的基础上去实现具体的妥当性,毋宁说是从一般性立场出发,以尊重合理的意思,划一地处理事务为其指导原理”,^⑬可视为对这一现象的确切描述。表明对于已形成区隔的单行商事法进行一般化抽象,暂不论难度如何,其必要性都是值得质疑的。

(三) 商法规范不宜被民法总则过度抽象的例证

各单行商事法之间形成区隔的事实表明,对其进行任何意义上的抽象都存在一定的难度。当然,难度究竟多大还取决于抽象化的程度。如民法总则那样确立涵盖整个民商事关系的规范体系,就是一般性的抽象化,自然难度更大,如要商法通则那样仅立足于商行为领域的抽象,就是相对较低程度的抽象化,难度自然降低。以决议为例,虽然其在一定程度上遵循法律行为的一般规范,但其成立、生效与效力体系不仅系于参与者的意思表示,也系于商组织法的多数决规则与正当程序等特别要素,法律行为的成立、生效与效力类型等诸事项各自具体化为商组织法上的具体规范,法律行为的规范体系处于次第的适用顺位。如再考虑公司法、合伙企业法、合作社法等不同技术特征的单行法,抽象出决议的一般构成要素的方法已属不易,如果再抽象出涵盖决议的法律行为的一般构成要素,立法技术上恐难实现。总之,如确实存在对商法规范抽象化的必要,进行较低程度的抽象更为适宜。为了例证此点,下文以上述《民法总则》各草稿设定的五项制度为对象,逐一分析。

1. 关于民商法的基本原则。平等、意思自治、禁止权利滥用、诚实信用、公序良俗等

^⑫ 参见董彪、李建华《我国民法典总则中法律行为构成要素的立法设计》,载《当代法学》2015年第5期。

^⑬ [日]我妻荣《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第5页。

民法基本原则,为民商事关系所一体适用,理应入民法总则,自不待言,各草稿的规定几无区别。但对仅适用于商法领域的商事主体法定、保护营利、营业自由、外观主义、维护交易公平与安全等原则,属于对商法规范进行较低程度的抽象化产物,仅适用于商事关系,如要立法化表述,进入商法通则(总则)更适宜,由于对民法分则部分并无适用价值,无需被民法总则抽象。有人认为,商法诸原则其实也为民法基本原则所容括,无需另起炉灶再作较低层级的抽象。对此需要指出,部分基本原则在民法、商法上的含义未尽相同,甚至存在“同名不同义”的现象。比如意思自治,在商法上体现为营业自由,其内涵无法为民法上的意思自治(自愿)所容括,在商事交易法领域毋宁用“更彻底的私法自治”来描述商人比民事主体应该享有的更大自治空间。又如对于商法上的外观主义,民法学者往往强调民法也奉行之,比如对于意思表示的解释由意思主义转变到折衷主义(以表示主义为主、意思主义为辅)乃至表示主义,即为明证,善意取得等物权制度也是外观主义的体现。但实际上,外观主义在民法、商法上的内涵与司法适用政策均有重大不同。^⑭

2. 关于民商事主体。主体制度是法律关系的第一要素,如缺乏统一的主体制度,民商合一立法体例也就轰然倒塌。《民法总则》各草稿均规定了自然人、法人与其他组织等三元结构的民事主体,体现了统一民商事主体的努力。进一步分析具体规定则不难发现,主要内容都聚焦于商事主体,包括个体工商户、农村承包经营户、合伙与营利性法人等。虽然各方学者不反对民法总则明确民商事主体地位,但从抽象化与周延性的角度看,仍存在三个问题。(1)既然统一规定民商事主体,就不能有所遗漏,所以应该纳入包括小商人(未经登记的个体摊贩)等,明确其民商事主体地位。(2)对于商事登记等商法特有制度,对民法分则部分并无一体适用价值,不应入民法总则。(3)民法总则对于民商事主体制度的抽象化程度,应该限于“确定主体地位”,以构建统一民商事主体制度为已足,对于商事主体的个性化规范,留待商法通则作进一步抽象化,或留待单行商事法具体规定。

3. 关于民事权利的客体。通过民法总则规定统一的权利客体且尽可能涵括殆尽,也是构建民商合一立法体例的重要步骤。《民法总则》各草稿规定的权利客体包括物、权利、有价证券、营业等。将客观意义上的营业(指营业财产)列入权利客体,乃是起草者追求民商合一的良苦用心所在,但作为商事关系客体的营业,其在财产形态、客体构成等方面异常复杂,转让规则更属于商法特殊制度,宜为商法通则作具体规范,在民法总则的权利客体部分无需作再次抽象,否则,勉强抽象的规范价值将是有限的,除了将营业列为民法的调整对象之宣示价值之外。就立法的现实需求而言,商事领域的众多新型权利及客体究竟哪些进入民法总则,确实难以厘清,除了营业资产及其转让外,商事领域的商誉及商誉权、信用及信用权、股权、合伙份额与基金份额等是否进入民法总

^⑭ 参见郭富青《商法外观主义与商事裁判思维》,石旭雯《外观主义在商事裁判中的适用》,载王保树主编《中国商法年刊》(2013),法律出版社2013年版,第274-285页。

则,抽象化标准未有定论。一旦列入民法总则的权利客体,对于立法者而言,可能为涵盖该类商事关系而长舒一口气,但在商事实践者看来,这样聊胜于无的规定根本算不上回应商法的关切,更遑论满足商法的立法诉求。实际上,自德国民法典以降,将权利作为基本价值概念而建立的潘德克顿民法体系,失去了描述与容纳现代商事财产关系的能力,权利思维决定了民法只能立足于相对静态、简单的可以在结果上权利化的关系,而无法容纳动态的、复杂的现代商业行为体系及其追求事功的商业模式创新过程。关于客体范围,民法立足于农业时代的财产观念将民法典的概念基础建立在“物”上,其后虽然经历了有形物……无形物……抽象权利的转变,但这种关于财产的物的实体化思维成为其天然内置程序,渐次失去传统法典化意义上的对于全部财产关系的统领意义,民法典成为关于物权、债权、人身权的规范群,对丰富、灵动的商事关系缺少想象力、解释力,迄今未有突破之迹象。商法在财产关系上早已实现了由抽象权利……行为本位的转变,且自我扩展仍在独立的持续中,即便民法将营业列入民事权利的客体,藉由宣示对于商事关系的调整主权,也仅具象征意义。

4. 关于法律行为与商行为。这是决定民法总则究竟能否实现民商合一的决定性环节,涉及重大立法问题的选择,需要另文讨论。此处仅指出一点,整体上,法律行为对于商行为的概括性适用价值毋庸置疑,其成立、生效、意思表示的构成与解释等规则,对于商行为亦有一体适用价值,但是法律行为的效力规范体系如适用于各类商行为,就有较大的差异性,这不仅体现在证券、信托、票据、保险等各类商交易行为的区隔上,更体现在决议等商组织行为与商交易行为的区分上,不拟展开。可以肯定的是,针对各类商行为的效力性规范无需民法总则进行抽象化,如需要商法通则(总则)进行较低程度的抽象化,此后更无需民法总则的再度抽象。

5. 关于民事代理与商事代理。代理乃法律行为的延伸,基本的类型化是分为民事代理与商事代理。1986年《民法通则》仅规定民事代理,1999年《合同法》确立民事代理不分的体例,《民法总则》各草稿多延续此例,受到来自民法、商法学界的共同批评。在学理上,商事代理在代理权的授予、行使、与限制等诸方面,尤其在表见效力等具体规则已与民事代理大异其趣。在立法例上,商事代理涵括间接代理、表见代理、经理权、代办权等具体情形,已经巍然形成一个规范群。^⑤凡此种种,民法总则宜于确立代理的一般规则为佳,如欲统一规定民事代理与商事代理尤其提供后者的详细规范,不仅违背“一体适用”提取公因式的抽象化原则,也将破坏自身的和谐体系与简约身段。关于商事代理的具体规范,宜付诸商法通则。

要之,民法总则对于商法规范的抽象化成就不仅取决于提取公因式的抽象化标准与立法技术,更取决于可被抽象化的商法规范资源。在二元结构的私法体系下,民法作为私法基本法的地位毋庸置疑,凭借私法自治原则即足以将其基本精神、理念与原则统摄到包括商法在内的私法全领域。但是,就基于“一体适用”为目的的提取公因式与抽

^⑤ 详细的论证,参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,元照出版公司2006年版。

象化标准而论,民法总则的抽象化主要针对民法分则部分,对商事规范的特别抽象在多数时候既不必要也不可行;个别存有必要性的,比如民事主体之于商事主体、法律行为之于商行为,也不宜进行过度的一般性抽象,否则将导致民法总则失去应有的规范价值,损害自身的体系和谐,更遑论简约立法之定位,兼还破坏了商事规范体系化的空间,此乃“双输”之结局。相比之下,立足于针对商事关系较低程度抽象化与立法技术剩余的商法通则,拥有双重优势:一方面,较低程度的抽象化立法适应了商事规范抽象化的困难性与抽象必要性较低的客观现实,形成更具科学性的商法总则部分的内容;另一方面,立法剩余技术使得商法通则可在民法典与单行商事法之间从容地填补立法空隙,确立商法特有的共通制度,发挥其在“民法典+商法通则+单行商事法”这一范式中的“立法夹层”的应有作用。

三、从立法现状看民法总则涵括商法规范的困难与立法出路

(一)《民法总则》立法草稿的现实选择

按照民商分立与合一的形式分类标准,我国当前立法体例类于民商合一,如考虑到尚无民法典,更可谓之为民商不分,^{④⑥}按照民法典的立法体例设计,未来应该是民商合一的。^{④⑦}如前所述,私法上一些基本原则在民、商法上的含义不尽相同,甚至出现同名不同义的现象。商法学界较为公认的保护营利、营业自由、外观主义、加重责任等商法基本原则,其法理内涵与司法适用标准都与民法具有极大的不同。^{④⑧}至于民、商法在法律行为、合同领域的具体制度差异,近年来被学者接龙式的一一发掘,形成一份长长的名单:商事代理(包括表见代理、间接代理、经理权与代办权)的特殊规则;被代理人死亡导致代理关系终止与否的民商区别、流质禁止的商事法例外、商事留置特则、连带保证推定的民商区分、违约责任归责原则的民商区分、违约金调整与否的民商事合同区分、沉默在缔约效力上的民商事合同区分、借贷利息的民商事区分、格式条款在民商事合同领域的不同效力体系;委托合同在佣金与单方解约权的民商事区分,以及以下合同类型的民商区分:运输合同、寄存(保管)合同、租赁合同、委托合同、行纪合同、居间合同、信托合同等。^{④⑨}尽管如此,上列名单可能并非民法具有实质性差异的全部。检讨这份名单将发现,具有民商事实质差异的具体制度已不是民法学者所称的个别的零星的,而是具有相当的数量规模,其中在商行为领域由点到线,构成了具有某种共通性的商法特殊制度群,甚而需要从独立的商法基本原则予以整体上的解释,呈现出“从规则到原则”区分

^{④⑥} 参见范健在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范:问题与出路”上的发言,载赵旭东主编《公司法评论》(总第25辑),人民法院出版社2015年版,第182-183页、第196-197页。

^{④⑦} 参见前引①,王利明文;崔建远《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期。

^{④⑧} 参见前引②,范健文。

^{④⑨} 参见前引⑬,杨继文;前引④①,王建文文;前引②⑨,范健文;赵万一:《如何协调商事立法与民法典制定的关系》,载《第五届两岸商法论坛学术研讨会论文集》2015年6月;前引④②,王涌文。

性。

长期以来,民事立法上的民商不分,导致其包含的一些商行为规范零乱而难成体系,且重“合”忽视“分”,本应“合而不同”的商行为规则的特殊性没有得到应有的体现,甚至出现本属于特殊商行为规范制度适用于普通人(如《担保法》第12条规定的连带保证责任推定制度),或者将普通民事制度简单适用于商人(如《合同法》第410条规定的委托合同的单方任意解约权),出现双向意义上的民商事规则混乱。究其原因,是在名为民商合一、实为民商不分的立法体例下,“无论是立法还是司法实践中都没有所谓商人和商行为规则的概念,相应制度设计均是按照民事主体和一般民事行为的基本理论和要求进行的”,^{⑤①}这一貌似“商法的民事化”的立法现象存在于担保法、合同法、物权法等多部民事立法,恰与真正奉行民商合一的意大利、荷兰、瑞士民法典以及欧盟民法典草案的“民法的商事化”的规则设计方向相反。民事立法“民商不分”的结果,一方面导致实质意义商法的独立性遭忽视与抹杀,另一方面所致的实质性商法规范的缺乏,带给商事裁判规范依据的大面积缺位,致使商人(企业)与普通民众之间形式上平等但实质不平等或者符合实质正义但又明显违背现行法条文规定的不恰当裁判,商事裁判的实质不公平问题突出。^{⑤②}

有鉴于此,学者呼吁民法典编纂要摆正民法与商法的关系,明确区分商行为规范与规范普通人的行为规则。^{⑤③}但截至目前,上述民法典、民法总则各草稿尽管宣称遵循民商合一体例,商法规范依然少见。需要正视者,对于民商法上同一制度的实质性规范差异,即便民事立法注意到了一些现象从而规定散见于多处的个别规则,仍难以有效化解问题。有学者对此不无揶揄地写道:“从立法上看,中国的立法者客观上已经在为制定一部统一的商事总则性质的法律铺垫了道路。”^{⑤④}无论如何,这些立法草稿与实行民商合一的意大利、瑞士民法典并不相同,其总则部分对经理权、商号、商事登记、商事账簿等主要商法制度未作规定或少有规定,在物权、债权(合同)编中也基本没有顾及到商法制度,仅在合同分则部分承继《合同法》规定了行纪、仓储等少量商事合同类型,这可以说事实上放弃了民商合一立法体例。尽管如此,这或许并非起草者的初衷。重要的是,哪些商法规定需要或者不需要入民法典,貌似并无明显的标准,反有随意之感。这不能不引发对未来民法典及总则的商法规范的挂一漏万之忧。如是,则给后来的商事立法留下一个“烂尾楼”工程:民法典及总则提供的少量商法规范,自身难成一个体系化的规范群落,但其存在大大减损了单独制定商事基本法的必要性,给今后商事立法体系化带来障碍。这一点,恰是力主另定商法通则的学者最为担忧的。

(二) 汇编式民法典编纂的选择

商法规范能够在多大程度上(从统计学的意义上讲)入民法典,还与民法典编纂模

^{⑤①} 徐强胜《民商合一下民法典中商行为规范设置的比较研究》,载《法学杂志》2015年第6期。

^{⑤②} 这些研究文献主要见于王保树主编《中国商法年刊》(2013),法律出版社2013年版。

^{⑤③} 参见前引④,崔建远文。

^{⑤④} 前引⑦,苗延波文。

式息息相关。从如何对待既有的民事单行法、各类法律法规中的民法规范以及民事司法解释的角度,民法典制定面临两种模式的选择,一是呈现出更多的对现行民事法律体系的革新与改造,进行严格意义上原创性的法典编纂,强调民法典从形式到内容上的严格的体系化追求,姑称之为体系化民法典编纂;二是很大程度上体现出对现行民事法律体制的有效整合与维持,呈现出更多的汇编式、重述性的特征,可称之为汇编式民法典编纂。两个模式的不同选择,意味着未来民法典体系性特征上的重大差异。如为前者,民法典将被定位为一个基本法典,限于提供一些基础性的、抽象性的规则,法典内容将是一种纲要性的,需要与法典之外的民事规范的配合(包括参照、转致等)以实现民事关系的调整。如是后者,将会出台一部体量较大、规则相对细密、更多地着眼于规则的可适用性的民法典。^{⑤4}显然,前一种模式下,内容具体且具有特殊性的商法规范更难以纳入民法典。当然,两种模式的划分并不绝对,现实选择体现为以何种模式为主而已,因为任何一种模式都不放弃对民事立法从经验主义走向理性主义的追求。^{⑤5}目前而论,汇编式民法典编纂可能为现实的立法选择。汇编式民法典编纂的目的,主要为了提高法律规范的确定性,通过整合现有民事法律、整理法律行政法规中的民法规范与清理民事司法解释,消除其间的重复、矛盾与不协调之处,消除“碎片化”立法带给民众、法官的找法与适法之困苦,保障裁判依据的统一。体系化是法典存在的价值,虽然汇编式民法典编纂并不全然放弃对于体系化的追求,但体系化并非首要的必须满足的目标,反之,为了法律规范的可操作性与完整性,可以在一定程度上牺牲体系化。

体系化在民法典编纂中的实现,还依赖于规范体系设计及其结构,首先解决哪些规范内容能够进入的前提性问题,而后解决入围规范的内容与逻辑体系的安排。目前的争议是,如民法典在传统意义上的民法(物权、债权、侵权、继承与亲属等)小范围内的体系化,并借此消除其内部的冲突与不协调,较为容易实现。反之,如贪大求全,则可能导致体系的混乱乃至民法大坝的溃堤。这正是很多人呼吁民法典“瘦身”、“轻装上阵”的缘故。汇编式民法典编纂还意味着,应该将民法典定位于一个较为纯粹的、服务于民事主体行为指引与民事司法实务的文本,将其承载的多元化功能予以纯化,“减负”方能瘦身,尔后轻装上阵。目前来看,民法典瘦身与轻装上阵的最大威胁源自民商合一体例下的民法典容括过度的商法规范。民法典自身的属性决定了商法规范不能占据过度的空间,商法规范只能得到象征性体现,以避免冲淡民法典的主体色彩甚至于喧宾夺主。

(三) 两种立法范式的相对优势比较

王利明教授提出,“在民商合一体例下制定民法典总则”就是反对在民法典之外另定商法通则(总则),应由民法总则提供统一调整所有民商事关系的一般规范,这样做的主要理由有五:(1)民法典总则是私法的基本法,应当普遍适用于所有平等主体之间的关系;(2)民法典总则可以有效地指导商事特别法;(3)商事特别法缺乏独特的原则、价

^{⑤4} 参见薛军《中国民法典编纂:观念、愿景与思路》,载《中国法学》2015年第4期。

^{⑤5} 参见朱广新《超越经验主义——编纂民法典》,载《中外法学》2014年第6期。

值、方法和规则体系,难以真正实现与民法的分立;(4)商事活动的特殊性不能否定民法总则对商事特别法的指导意义;(5)传统商法所可能具有的独立价值,因其影响而逐渐被民法所借鉴和吸收。^{⑤⑥}应当说,上述五点理由不无一定道理,有的理由本身还具有相当的深刻性,但即便如此,笔者依然认为,以上述五点理由来证明“应由民法总则提供统一调整所有民商事关系的一般规范”的立论,至少在论证逻辑上仍然可以商榷。在此,我们不妨以两种主张的关键分歧——是否另行制定商法通则为中心来研判该论证逻辑的缺陷。

第一,上述第(1)、(4)理由均从立法论立论,实为一回事,也即强调民法总则可以也应该适用于商事关系的调整。关于此点,众所周知,另定商法通则论者从未否认,在“民法典+商法通则+单行商事法”范式中,民法典总则对于商事关系的指导性与适用性毋庸置疑。从比较法的视野看,无论民商合一抑或分立的国家在统一私法体下都不否认民法为私法一般法、民法总则性规范为私法基本法之定位。即使民商分立的日本,前引《商法典》第1条关于商法的法源也明确规定凡商法典、商习惯没有规定的,得适用民法典。在此意义上,上述第(1)、(4)理由本身没有错,但用来反对商法通则的制定,则不存在逻辑关联性。

第二,上述第(3)、(5)理由均从学理体系而论,实为一体两面,论者立足于现代“民法的商法化”现象认为商法缺乏与民法的实质区别,故而不具有独立性,所以民商的真正分立不存在。此立论成立与否,可以见仁见智,基于前文的分析需要申明,在立法论上,无论民商分立还是合一都仅是立法体例上的形式化区分,实质意义上来讲都是民商分立的;在学理体系上,商法不是民法的特别法而是私法的特别法,商法相对于民法的独立性,是立法上民商实质分立的法理之基。

第三,真正值得讨论也是实质分歧之处是上述第(2)理由。民法总则究竟能否“可以有效地指导商事特别法”,是一个重大的立法判断,如回答肯定,第(2)理由是上述五点理由中唯一成立的(抑或最有力的)立论依据。王利明教授肯定民法总则“可以有效地指导商事特别法”的主要理由有二:一是“通过民法总则的指导,使各商事特别法与民法典共同构成统一的民商法体系,有利于实现民商事立法的体系化”;二是“通过民法典统一调整民商事活动可以节约立法成本,无须另行制定独立的商法总则”。就此,笔者简要回应有三。其一,商法学界多数主张制定商法通则而非商法总则,二者在立法对象与规范功能上都存在相当大的区别。其二,既然论到“可以有效地指导商事特别法”,此处关注的应该是效率而非成本,至于是否“可以节约立法成本”,则需要比较“民法典+单行商事法”与“民法典+商法通则+单行商事法”不同范式的成本高低,方能得出结论。其三,至于哪一种立法范式更有利于实现统一私法体系及商事立法体系化,也需要相对优势比较之后才能下结论,这需要审慎考察两范式的最大区别——“商法通则”的立法功能而定。

^{⑤⑥} 参见前引①,王利明文。

(四) 商法通则: 理性而现实的立法选择

两种范式关于在民法典总则之外另定商法通则与否的分歧背后,是法理上的歧见。前文已经论证的,基于营利性特性所决定,商事关系与民事关系除了共性之外,还有不容忽视的特殊性与独立性,这些特殊性与独立性不仅为单行商事法所体现与表达,而且在某些商事领域形成了相当程度上的“共性的特殊性与独立性”,需要在立法上得到恰当的表达,且适宜于在局限于商法领域作较低程度的抽象化立法。还有一些商法领域的独特制度,不属于民事法律关系的范畴,不为民法典所关注,但也无法为单行商事法所规范,适宜于商法通则提供立法剩余技术规范。无论商事领域所形成的相当程度上的“共性的特殊性与独立性”规范群,还是商法领域既不为民法典所关注、也无法为单行商事法所规范的独特制度,都属于商法通则的规范对象。从我国立法者历来重视的立法调整对象的这一角度言之,商法通则的立法功能恰是无法替代的。实际上,反对商法通则者很大程度上缺少对于该立法方案的认真聆听。总之,无论从追求统一私法体系与商法规范体系的立法形式理性,还是从我国民商事立法的实际出发,商法通则都不失为一种符合理性主义与现实主义的立法选择。当然,肯定商法通则不可替代的立法优势,并不排斥民法总则作为整个私法领域一般性规定之地位与功用。事实上,在另定商法通则的预设前提下,民法总则之于商法的基础性规范功能,体现在两个方面。一是明确民法的调整关系涵盖民商事关系,未来民法总则关于民法典调整对象的规定上,可以继续沿用《民法通则》第2条的规定,明确“中华人民共和国民法调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系”。二是明确商事关系的法源及其顺位,在此可以借鉴日本、韩国商法典的规定,明确商法规定、商事惯例与民法规定之于商事关系的法源地位及先后顺位。只是需要强调,民法典总则之于商法规范体系的规范功能,也仅仅体现在以上两个方面即为已足。

结 论

一个基本结论是,民商合一的民法总则如欲追求将民商事关系“具有一体适用效力”的规范统统写入,不仅技术上窒碍难行,也损害商法体系化的立法诉求。由于现代社会民商法无法真正分割的客观现实,以及统一私法体系下民商法的实质同质性,民法典不能不对商法的立法诉求予以回应。借助于民法典编纂这一契机而将商法基本规范融入到这个基本法典之中,为商法的后续发展奠定立法根基,似乎不失为一种理想模式选择,不仅为民法学者所寄托,也为不少商法学者所期盼。但随着民法典、民法总则各草稿的出台,人们发现民法典可能难以满足商法最低限式的立法诉求。即便相对充满理想主义情怀的民法典、民法总则多版本专家建议稿,入法的商法基本规范也是寥寥,具有商法气质或者品格的民法典更无从谈起,所谓“通过完善的民法总则来调整传统的商法内容”这一口号已然落空。到了立法机关的民法总则草案,连几笔寥寥规定也几被删除殆尽。

即使从最终挤入民法总则草案的几个条款来看,貌似遵循了民商合一体例的立法思路,从而实现了基于提取公因式与一般抽象化的方法来奠定民法典的私法基本法之地位。但从商法的立场看,这种立法方法并未真正回应商法的关切与立法诉求,反而阉割了商法精神与制度价值,阻碍了商法自身的体系化进程。既然民法典难以回应商法的关切与满足商法的立法诉求,那就只能在民法典之外另寻商法的存在价值与体系化之路。商法自身的体系化,最终留待商法基本法来解决。“最好的立法模式不是学者设计出来的,而是法律实践创立的。”^{⑤7}商法的生命活力在于实践中灵动丰富的经验与智慧,让一个追求相对稳定的法典去阉割与控制一个富有创新活力的商业社会,不仅得不偿失,甚至后果难以想象。在民法典编纂上追求形式上的民商统一仍是法典化思维的反映,民法典封闭、自恰的体系容纳不了商法规范的大量存在,即使在民事权利部分进行宣示也不可能,因为商事关系体现的商业逻辑和行为体系无法通过民事权利终端得到实质反映。即便民法典愿意作出妥协,增加多处的“其他法律另有规定的,适用其规定”,不仅有碍观瞻,亦无实用价值。长期民商不分的立法局面已经人为造成了我国法律适用混乱等积弊,现在到了终结的时候。如果民法典编纂能够专心于民事规则的科学性设计,藉由立法者的理性建构一个精致的民事规则框架,实现民事规范的体系化,则善莫大焉;反之,如逾越到商法领域而不能果断剥离难以承载的商法重任,不仅无法实现民商合一之理想,恐将进一步加剧民商不分之混杂。此为编纂民法典之前提性决策,思虑需慎重,选择要果决。

Abstract: There are mainly two norms of building the unified private law system of dual structure of civil and commercial laws: the first one is “civil code plus single commercial law” and the second one is “civil code plus general rules of commercial law plus single commercial law”, among which the former advocates to “formulate general rules of civil code under the style of unification of civil and commercial law” and it concerns with the limits and patterns of formulating commercial law norms in the general rules of civil code. No matter on the rational stance of building a unified private law system or the realistic stance of systematization of commercial legislation, “civil code plus single commercial law” norm is the best one and the norm of “formulating general rules of civil code under the style of unification of civil and commercial law” should be questioned. The formulation of the general rules of civil law should decisively abandon the ideal pursuit of unifying the civil and commercial law and be freed from the unbearable responsibility of providing commercial law norms. The rational legislation choice of Chinese civil and commercial legislation is to establish a unified private law system follows the norm of “civil code plus general rules of commercial law plus single commercial law” and thus realize the systematization of the commercial law legislation.

(责任编辑:朱广新)

^{⑤7} 施天涛《民法典能够实现民商合一吗?》载《中国法律评论》2015年第4期。