

论《民法典》背景下的商法体系构造

林跃琴

宁波大学, 浙江 宁波

Email: lin.yueqin@foxmail.com

收稿日期: 2020年9月30日; 录用日期: 2020年10月19日; 发布日期: 2020年10月26日

摘要

随着“一带一路”战略的实施,中国的经济对世界影响之深不言而喻,强化商法制度输出,共创商事法律合作,才能引领全球经济。我国的立法机构一直遵循着实用主义的立法思维,对于商事立法本身并未有较为体系的规划,而往往是根据经济社会发展需要采取渐进式立法的策略模式。本文试图明确制定商事通则的必要性与可行性,通过“提取公因式”方式构建商事通则的内部体系,解决商事单行法律群龙无首、互不协调的窘境,尽可能地在民法与商法之间建立通畅的互补关系,提高商法的适用效益,完善我国的私法法治体系。

关键词

民法典, 商法体系, 商事通则

On the Construction of Commercial Law System under the Background of Civil Code

Yueqin Lin

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Email: lin.yueqin@foxmail.com

Received: Sep. 30th, 2020; accepted: Oct. 19th, 2020; published: Oct. 26th, 2020

Abstract

With the implementation of the Belt and Road strategy, the economic impact of China on the world is self-evident. Only by strengthening the export of commercial law and building cooperation in commercial law between countries can we lead the global economy. Because of the pragmatic thinking, we've always had the progressive model according to the needs of economic and social development. It's difficult to form a systematic commercial legislation. This article tries to make

clear the necessity and feasibility of general commercial law, by extracting common factors to build the internal system of the general commercial law. By aggregating single laws, it's possible to build complementary relationships between civil law and commercial law. Improving the application of commercial law helps to perfect the private law system.

Keywords

Civil Code, Commercial Law System, General Commercial Law

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 《民法典》背景下商法体例路径探索

中国共产党第十八届中央委员会第四次会议审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出了加强重点领域的立法要求：“加强市场法律制度建设，编纂民法典”，编纂民法典成为首要的立法任务。但是同时，编纂民法典的目的“加强市场法制建设”也是不容忽视的。不得不说，商事法律制度与市场经济的联系，比起民事法律制度有过之而无不及。现代化的市场经济不可能离开商法的规制与调整，而现代商法和商法典更是市场经济和商业实践的最重要规则。恰如学者所言：“市场经济繁荣离不开商法，商法根植于市场经济的土壤，由此，当一个国家在走上市场经济道路时，就有必要从本国的实际出发，建立自己的商法。” [1]

在当代法律中，也确实没有哪一个法律像商法这样，在不同国家的法律体系中的地位存在着如此巨大的差异[2]。对于德国、法国为代表的民商分立体例，学者认为“民法总则之外不能另行制定一部商法总则来统辖商事特别法”，因为独立的商法总则将“人为造成民事制度的分裂”，“难以提出周延的法律概念”，“难以概括出商事特别法的共同规则”，“导致法律规则的叠加、重复，增加法律适用的难度”，“商法规则也随之变动” [3]；对于以瑞士、意大利为代表的民商合一体例，商法学者也普遍认为民法总则在“吸纳”商事规范层面存在“功能限度”，不能突出商法规则在理论基础和制度构造两个层面的特殊性，进而也会影响到商法独立性功能的实现[4]；对于以俄罗斯、日本为代表的折中体例，在民法典之外另行制定大量的单行商法规范。有学者认为由于没有统领这些庞大、庞杂的法律法规规章的总则性或通则性法律文件，使得这些商事单行法之间不仅缺乏一以贯之的立法主线，甚至相互之间抵牾掣肘[5]。至此学者们认为民法典的编纂和商法总则的制定应当放弃完全民商合一、完全民商分立的理想化追求，因为民法体系不能全面涵盖商法体系；制定统一的《商法总则》又实非易事。仅完善现有以不同商事领域为规范对象的法律还不能达到完善商法的目的[6]。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[7]。

2. 商事通则立法的必要性和可行性研究

江平教授较早提出我国“民法典 + 商事通则”的商事立法模式构想。江平教授认为有关商法总则的立法可以有两种立法模式依循：一是在民法典规定商事总则，实行民商合一；二是在民法典之外另立一部商事通则，依照当初民法总则的模式，将商事活动原则、商事权利、商事主体以及商事企业基本形式、关联企业、连锁企业等，以及商业账簿、商事行为和商事代理加以规定。明显可以看出，《民法通则》立法模式影响着“商事通则”的构思。

虽然商事通则的立法作业还未提上日程，但是这并不妨碍学者们对商事通则的立法形态提出诸多设想，总结下来可归纳为以下四种模式：其一，独立成编式。在民法典体系内与《民法总则》、物权编、债权编等并列，独立成为一编；其二，独立成章式。在《民法总则》内，独立成章，统一规定商法通则内容；其三，分解融合式。把商法通则的内容拆解，分开融入《民法总则》的各个章节当中；其四，完全分立式。在民法典之外单独设立商法通则，并在民法典体系内有关民法与商法通则的联系与适用做相关的接口性的链接规定[8]。在前三种立法模式均未被采纳的情况下，我们有理由期待第四种模式的落实。

2.1. 商事通则立法的必要性

2.1.1. 为商事纠纷提供独立且清晰的解决路径

与带有更多伦理性色彩的民事不同，商法以竞争自由为其基本原则。但是商事交易行为的特殊性未能在实践中得到足够的重视，司法实践人员总是惯性使用民事思维处理商事纠纷，错误使用民事法律行为处理商事争议。例如在“外滩地王案”中法院认为受让项目公司股东的股权交易行为是“以合法行为掩盖非法目的”，带有主观上的恶意。法官形成这一认知的原因就是因为缺乏对现实中商业交易行为模式的合理认识；例如在“免费自助寄存柜纠纷案”中，双方律师在思想交锋时，已经不自觉将自动寄存行为归在合同的框架里，于是陷入了民事合同的泥淖中，困于民法调整机制之不足。制定商事通则，强调商事规范体系的独立性，为解决商事纠纷提供一条独立且清晰的路径，这是制定商事通则的一个重要意义。

2.1.2. 为厘清重要商法制度、概念提供可能

我国虽然已有大量的商事单行法，例如《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《保险法》、《票据法》等等，但不可否认的是这些单行法缺乏统一的立法理念，使用过程中容易产生矛盾。例如《公司法》第15条规定：公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。但除《合伙企业法》第三条规定的国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位外，任何法人都可以成为普通合伙人。尽管《公司法》第15条规定有但书，但是所谓的“除法律另有规定外”主要甚至可以说唯一的情况就是《合伙企业法》第三条的内容，从这个意义上说，《公司法》第15条的规定失去了存在的意义；例如《公司法》使用的是“清算人”概念，但是在《个人独资法》和《公司法》中使用的都是“清算组织”的概念，这两个概念之间有何联系或者区别，以上法律却都没有作出规定。由此可见，不同的单行法适用商法中某一制度时会产生不必要的分歧。

2.1.3. 为创新性经济提供新启发

“一带一路”倡议的提出给沿线国家的经济社会发展带来了巨大的商机，同时风险也相伴而至。例如国际商事纠纷数量增多、类型复杂，国内出现许多创新交易模式，例如股权众筹、p2p、集合股投资计划等。传统的商法规范体系未能及时提供相应的解决路径。在此背景下，需要对既有商事法律规范进行理论化重构，重新强化对于商法基础理论的理解和认知，并且在此基础上对中国的传统商法制度进行调整，使得理论界和实务界对于商法体系的构建能够形成共识[9]。通过制定商事通则构建出符合创新时代需要的商法体系和商法制度。

2.2. 商事通则立法的可行性

2.2.1. 商事单行法提供较为成熟的立法条件

制定《民法通则》时期，相对成熟的法律历历可数，这可以说是制定《民法通则》面临的巨大挑战之一。但是从目前的商事领域立法来看，立法环境更加适宜。我国已经颁布了一定数量的商事单行法，例如《公司法》、《证券法》、《票据法》、《保险法》、《破产法》、《海商法》等，重要商事部门法的立法工作任务已经完成。现在缺乏的不是商事领域的基本法律规范，而是统领整个商事法律领域的

总纲。有学者将缺乏一部一般性的商事法律规范来统领的整个商事法律体系比喻为缺乏大脑中枢而徒有四肢的一个人。成熟的商事单行法为制定商事通则营造了成熟的立法环境，也为商事通则的制定奠定了坚实的立法基础

2.2.2. 市场经济转型需要的务实选择

借用德国法学卡拉里斯的表述来说，商事制度体系并非静态的，而是动态的，它也有历史性的结构[10]。从某种程度上来说，中国从计划经济向市场经济的转型过程已经基本完成，但是市场经济的发展依然面临较多障碍与约束。商法体系的重构必须适应市场经济体制深化发展的客观需要，通过有效制度建构消除影响市场经济体制功能发挥的挑战因素[11]；结合“大众创新、万众创业”的背景，良好的营商环境是各国商人进行投资评估的重要指标，健全和完善的法治无疑是保障良好的营商环境的前提。制定一部统率商事单行法的商事通则对当下的中国来说应当是一种更为务实、可行的方案，既能克服民商分立和制定大一统民法典体例的弊端，又能吸收成熟单行法所带来的立法优势。

3. 商事通则的中国本土化建设

2004年召开的中国商法研究会对制定《商法通则》进行了专门研究。有学者认为《商法通则》应由八章构成：第一章，总则；第二章，商人；第三章，商行为；第四章，商业登记；第五章，商业名称；第六章，商业账簿；第七章，有价证券的一般性规定；第八章，商业竞争之一般规定；第九章，附则[12]。但也有学者提出《商事通则》主要需要界定商事主体和商行为这两个概念，因此应由三章构成：第一章，总则；第二章，经营商业企业；第三章，商事行为[13]；王保树教授则认为所谓商事通则仅仅是一部关于商事主体一般规则的法律。2008年前后中国商法学研究会组织专家起草了《中华人民共和国商事通则(立法建议稿)》及其立法解释书，掀起了探索商法通则之模式的热浪。该《立法建议稿》共10章91条，包括总则、商人、商行为、商事登记、商号、营业转让、商业账簿、经理与其他商业雇员、代理商、附则的内容。到目前为止，学界基本达成了如下5个关于商事通则的体系与内容方面的共识：第一章，一般规定；第二章，商主体制度；第三章，商行为制度；第四章，商事责任制度；第五章，商事争端解决制度。关于商事通则内部体系具体内容的看法可谓是仁者见仁，智者见智，同时也激发我们的思考，如何制定一部内部更加协调、适用更加有效的商法通则。

3.1. 商事通则内部体系的营造理念

作为商事立法的原则性规定，商事通则不仅应包括总则的一般性规定，还应包含分则中具有共性需要提炼概括的内容。商事通则需要将商法的基本理念、价值和基本原则以适当的方式加以提炼出来，并使之固定化、成文化。既然商事通则具有公因式地位，首先需要追问的就是：此等公因式依据何种标准而提取[13]。法律概念的位阶性安排是法律规范体系化的基础[14]。法律概念的位阶性安排是法律规范体系化的基础[5]。法律概念运用逻辑的方法，根据其抽象化的程度使概念与法律规范之间构成上下位阶关系，以此作为法律的规范体系化基础。

商事通则的内部体系是一个金字塔结构。位于金字塔顶端的无疑是最高概念，舍弃各商事单行法中的客体所具有的个性，而后抽象概括出来的一般概念；往下是将各种个性化特征塑造成不同抽象程序的下位概念。

3.2. 我国的实践以及各国商法典带来的启示

早在1999年深圳市出台了一部《深圳经济特区商事条例》，并在2004年进行了修改。该条例分为8章共65条，包括：第一章，总则；第二章，商人；第三章，商事登记；第四章，商人的名称与营业转让；第五章，商事账簿；第六章，商业雇员；第七章，代理商；第八章，附则。这从结构与内容上来看

就是一部商事通则，是我国商事立法的一次有益探索。但质疑声也纷至沓来，例如《深圳商事条例》第六章对商事代理的规定与我国《民法通则》关于代理的规定和《合同法》关于委托合同、行纪合同、居间合同的规定基本上没有出入；《深圳商事条例》也没有对时效制度做出规定，而只能依据其第四条的规定，“本条例和国家的商事条例未规定的事项，适用商人章程或合伙协议，商人章程或合伙协议未作规定的，适用民事法律”。因此认为商事通则有浪费现有立法资源之嫌疑，可见在商事通则内容方面还需进一步思考。

《德国商法典》分为五编：第一编为商人的身份，第二编为公司和隐名合伙，第三编为商业账簿，第四编为商行为，第五编为海商。《法国商法典》的内容涉及商人、商人会计、商品交易所、居间商、质押和行纪商、商行为的证据、汇票和本票、商业时效以及商事法庭^[15]。《德国商法典》与《法国商法典》分别带有浓烈的主观主义色彩与客观主义色彩。但事实上，绝对且纯粹的主观主义或客观主义是不存在的，例如《德国商法典》规定《支票法》、《汇票、本票法》以及《海商法》仅需要支票、汇票、本票或海商行为存在即可适用，无需商人身份；《法国民法典》也保留了许多主观主义体系的规定。单一的“商主体”或“商行为”作为编纂的唯一主线并不理想，需要将主观主义和客观主义相结合，实现互补。但是二者何者为轻何者为重，就需要结合商法的价值目标来分析。对于我国来说，主体制度主要体现的价值取向是维护交易安全，尤其是维护交易相对人的安全，相应制度例如资本维持原则、合伙中合伙人责任连带制度等等。但是追逐利益必须依靠商行为才得以实现，若是过度保护交易安全，交易效率与投资自由将在一定程度上被限制。也就是说，当维护交易安全与提高交易效率这两个价值有冲突时，应当以提高交易效率价值为优位。这一价值冲突对应到商事通则体系中就应当是以商行为规则为主，以商主体规则为辅。

中国的商事通则不能完全仿照德、法，不仅因为行商环境的改善、商业模式的多样、立法技术的提高等因素，还因为上述商法典也经过了无数次的修改，是适合该国国情的相应修改，但我们还是能够从这些立法例中汲取经验和教训，为我国的商事通则制定提供理论支撑。

比较《德国商法典》和《法国商法典》我们可以看到，《德国商法典》没有像《法国商法典》那样的总则编，但也只是没有名义上的总则编而已，除了第二编公司和隐名合伙与第五编海商以外的另三编其实都是关于商事总则的内容。采用客观主义模式的《法国商法典》未对商行为进行抽象而得出一般性的条款描述，而是列举了10种主要的商行为，这种明列举的方式难以穷尽所有的商行为模式，我国制定商事通则时应当克服这点，在列举商行为类型时采用列举加兜底条款的模式，以适用快速发展的经济现状；《德国商法典》在商行为编规定了商行为的定义，特殊处理易于民法发生混淆的行为，我国制定商事通则时也需要额外注意民商交叉问题，防止在司法实践中出现混淆民事行为和商事行为的错误。

4. 结论

我国当前正处于深化改革的阶段，随着高新技术的日益发展，各种创新交易模式的不断出现，国内、国际经济市场的不断扩大，我国商法在与之相适应过程中，必须不断和及时地提升商法规则的现代化，超越民法合一和民法分一的商事通则模式无疑是更好的选择。商法不是民法的特别法，而是私法的特别法，制定商事通则，完善商事法律体系，加快开展商事通则立法工作，我国的私法二元结构在形式上更加完善，也为我国社会主义市场经济的发展开启绿色通道。这样一种立法构造，也是我国对于世界商法立法体系的一大贡献。

参考文献

- [1] 范健, 王建文. 商法的价值、源流及本体[M]. 第二版. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 128.
- [2] 范健. 当代主要商法体系论纲[J]. 法律科学, 1992(6): 43.

- [3] 王利明. 民商合一体例下我国民法总则的制定[J]. 法商研究, 2015(4): 3-9.
- [4] 李建伟. 民法总则设置商法规范的程度及其理论解释[J]. 中国法学, 2016(4): 73-91.
- [5] 刘凯湘. 剪不断, 理还乱: 民法典制定中民法与商法关系的再思考[J]. 环球法律评论, 2016, 38(6): 107-125.
- [6] 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): 32-41.
- [7] 赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学, 2016(4): 40-54.
- [8] 赵旭东. 商法通则立法必要性和可行性研究[J]. 地方立法研究, 2018, 3(2): 10-22.
- [9] 夏小雄. 民法典编纂背景下商事规范的“法典化”表达[J]. 法学, 2016(12): 41-49.
- [10] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2015: 359.
- [11] 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[J]. 现代法学, 2012, 34(4): 60-73.
- [12] 王瑞龙, 林蕾. 制定《商法通则》之利弊分析——兼论《商法通则》的体例安排[J]. 河北法学, 2004(10): 20-24.
- [13] 朱庆育. 民法(第1版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 25.
- [14] 郭富青. 论我国商法体系的建构技术[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2008(2): 80-88.
- [15] 刘保玉, 陈龙业. 析商事通则与民法一般规则的关系——商事通则立法的可行性悖议[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2005(4): 69-77.