

商法的时代性与时代商法

——创制一部反映时代需求的《中国商法通则》

范 健

[摘要] 商法的价值在于商法的时代性,时代性是商法的基本品格,时代性使商法区别于民法,更使商法成为推动商业繁荣的助力器。从商法自身发展规律来看,维护商业可持续性和坚持营利保护理念决定了商法必须具有时代性。因此,《中国商法通则》的制定应该具有时代特征,需要解决中国经济与社会面临的现实问题。具体包括实现国有企业竞争中立,商事主体法律身份同一、地位平等与产权恒久保护,回应信息时代的商业模式创新,维护社会公平与正义理念,解决人工智能时代的劳动力就业问题,形成社会正确的伦理导向,关注民法调整功能历史与对象范畴局限性等。此外,从国际视野出发,《中国商法通则》还应该结合中国“一带一路”倡议背景,在充分研究与分析域外国家和地区商事立法以及商事交易习惯的基础上着力构建有利于推进“一带一路”建设发展的法律规则体系,从而使《中国商法通则》在世界范围内形成制度竞争优势,最终以制度融合的方式化解“一带一路”沿线国家经贸合作可能引发的法律规范冲突。

[关键词] 《中国商法通则》;时代性;民法;商事立法

[作者简介] 范健,南京大学、澳门科技大学法学院教授,博士生导师,江苏 南京 210093

[中图分类号] D923.99

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2019)01-0001-07

DOI:10.16524/j.45-1002.2019.01.001

中国法学会商法学研究会于2017年向全国人大常委会提出制定《中国商法通则》的建议,这一建议受到了全国人大相关部门的重视。中国法学者提出创制《中国商法通则》的构想已经有20多年^①,并为此展开了大量的基础性研究。据粗略统计,

至今在中文核心期刊上发表以制定《中国商法通则》为主题的学术论文有130多篇。在编纂《中国民法典》的同时制定一部《中国商法通则》已经成为当下中国商法学界的共识^②。目前商法学者已经提出了至少有五个版本的《中国商法通则(草案)》^③,总

[基金项目] 国家社科基金重大项目“把社会主义核心价值观融入法治建设”(18VHJ002);国家社科基金一般项目“民法典编纂后的商事立法研究”(17BFX008)

①从可考证的资料看,江平教授最早提出我国“民法典+商事通则”的商事立法模式,也即在民法典之外另立一部商事通则。见江平:《制订民法典的几点宏观思考》,《政法论坛》,1997年第3期。

②主要商法学者对《中国商法通则》的制定持支持态度,2017—2018年商法学界主要学者发表的相关学术论文有蒋大兴:《〈商法通则〉/〈商法典〉的可能空间?——再论商法与民法规范内容的差异性》,《比较法研究》,2018年第5期;于海涌:《分解融合是民法典编纂中民商合一的现实路径选择——以〈商法通则〉的立法建议为中心》,《法治研究》,2018年第4期;赵旭东,石少侠,李建伟,梁上上,于莹:《〈商法通则〉立法大家谈》,《国家检察官学院学报》,2018年第3期;李建伟:《民商合一立法体例的中国模式》,《社会科学研究》,2018年第3期;赵旭东:《商法通则立法必要性和可行性研究》,《地方立法研究》,2018年第2期;范健,丁凤玲:《中国商人制度与民事主体立法——写在〈民法总则〉创立时的思考》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》,2017年第3期;范健:《民法典编纂背景下商事立法体系与商法通则立法研究》,《中国法律评论》,2017年第1期;石少侠:《编纂民法典应当正确处理民商法关系》,《中国检察官》,2017年第1期等。

③目前我国学者提出并且公布的《商法通则》立法建议稿共四个版本,此外还有《深圳经济特区商事条例》作为《中国商法通则》制定的地方性尝试。《深圳经济特区商事条例》经1999年6月30日深圳市二届人大常委会第33次会议通过,2004年4月16日深圳市三届人大常委会第31次会议修正,自1999年10月1日起施行。2013年12月25日,深圳市五届人大常委会第26次会议通过《深圳市人民代表大会常务委员会关于废止〈深圳经济特区商事条例〉的决定,废止〈深圳经济特区商事条例〉》。其他四个建议稿均为学者建议稿,分别是樊涛《商法通则》建议稿、苗延波《商法通则》草案建议稿、王保树教授主持的《中华人民共和国商事通则建议稿》、国家工商总局研究项目《商法通则》立法建议稿。见樊涛:《商法通则:中国商事立法的应然选择(附:〈中华人民共和国商法通则〉建议稿)》,《河南大学学报(社会科学版)》,2008年第3期;苗延波:《论中国“商法通则”的体系结构——附:中华人民共和国商法通则草案建议稿》,《当代法学论坛》,2008年第3辑;《商事通则》调研组:《〈中华人民共和国商事通则〉建议稿》,《商事法论集(2011)》,2011(1)。

体而言,这些草案基本上沿袭了传统大陆法系国家《商法典》的体系框架和内容要素,然而,当下提出制定《中国商法通则》,必须回答中国需要一部怎样的《商法通则》?《商法通则》为解决什么问题而立?中国社会面临着哪些问题必需通过创立《商法通则》才能解决?《民法典》和其他配套法律法规面对这些问题存在哪些无法逾越的制度缺陷?

创制《中国商法通则》并非商法学者追求法律形式完美的一厢情愿,而是回应中国社会的真实需求^[1]。然而,从商法学界现有的研究成果来看,我们的理论还停留在对传统大陆法系《商法典》的结构、制度和理念的研究阶段,对当下中国和世界商事发展的划时代变革带来的商事制度需求,对中国《民法典》立法已经显现出的大量的与当代商事法律发展不适应、不协调和规则滥用与不足的问题,对于已经制定的众多的商事部门或单行法中显现出的规则和制度的零乱、碎片化和相互冲突问题,通过《商法通则》予以系统弥补与解决,这方面的理论研究与创新远远不够。倘若要突破现有认识,制定符合中国乃至当代世界经济社会发展规律的《商法通则》,必须重塑立法理念,回归商法制度本身的规律,充分认识商法建立在创新基础之上的时代性特征,制定一部反映新时代需求的《中国商法通则》。

一、商法的价值在于商法的时代性

(一)时代性是商法的基本品格

法的时代性是法的基本特征,更是衡量法制进步的标志。当社会变革到来时,法的前瞻性可以推动历史进程的加速,而法的滞后性常常成为妨碍时代进步的障碍,所以,我们常常以法律对时代进步的作用评价法的正义与非正义、善法与恶法^[2]。从原始社会的商业习惯和惯例到现代商事制度,商法是推动人类法制进步的先行者,更是文明法制的开创者。每一次社会制度的重大变革都是以法制变革为标志,而每一次法制变革都是以商事创新和商法变革为先导。商法是最具有时代敏锐度的法律。

法律本身应具有时代性,但商法的时代性与法律的时代性有一定的区别,商法的时代性尤其鲜明。法律的时代性往往在比较大的时间跨度内才能够得以体现,在社会基本生产关系不变的情况下,法律一般不会发生根本性变化。因为除了时代性,法律还具有连续性、持久性与稳定性等特点。稳定性要求法律在较大的时间跨度内基本保持不变,所以在时代性与稳定性的张力之间,只有基本生产关系发生重大变革,时代性才能突破稳定性,使法律发生重大的转变。东西方社会的历史发展过程充分

展示了法律时代性与稳定性之间的关系。从奴隶社会进入封建社会后,由于生产关系稳定,中国的封建法律制度延续了几千年,直到封建生产关系被打破,封建法律制度才发生根本性变更。西方社会当下延续了几百年的资本主义法律制度,在宗教统治下的生产关系发生变革之前,一直都是宗教法律制度占据统治地位。

商法的时代性虽然也根植于社会生产关系,但它更取决于社会商业的存在与发展,其时代性随着社会商业发展模式的变化而变化^[3]。只要社会商业发展的模式发生变化,商法就会发生变化。社会商业发展模式是社会生产关系的一部分,与社会生产关系的相对稳定相比,社会商业发展模式不仅在不同社会生产关系时期,尤其在同一社会生产关系中也经常发生变化,这是由商事行为的竞争与创新本质特征决定的,由此导致了商法规范的时代性变迁比任何其他规范都更为频繁。以中国为例,封建社会的早期是自然经济,剩余物品的交换对应的是简单的农产品交换惯例,手工制品和对农产品加工的出现,推动了以贸易市场为中心的建立在集市基础之上的早期城市的形成,出现了城市商业管理,如度量工具的使用,形成了交易惯例与地方监管相配合的商法制度的早期形态,春秋战国时期奴隶制贸易就是建立在这种商业制度早期形态基础之上。秦汉时期货币的使用推动了自然经济向商贸经济的转变,到唐朝时期出现的“飞钱制度”^[4]和货币经营,则是在同一社会生产关系中商业法制发生时代性变革的一个典型例证。纵观历史,商法是推动历史进步的重要阶梯,商法的时代性不是法学家的美妙构想,而是商事创新的必然结果。

从法的存在与发展规律来看,法律是调整社会关系的规则,一部法律如果不能很好地、有效地调整社会关系,该法律就不能很好地、有效地调整社会关系。商法制定如果没有反映真实的社会需求,其功能就会大受质疑。只有符合社会客观规律,反映社会真实生产状况,满足社会商业客观需求,商法才能彰显其价值,才能在社会变革中存续和发展。作为回应商业发展需求的商法,具有与其他法律相区别的鲜明的时代性特征,时代性要求商法根据商业活动的变化而不断更新,以适应商业发展的需求。因此,商法必须保持时代性品格。

(二)时代性使商法区别于民法

商法鲜明的时代性特征使商法区别于民法。时代性是商法的价值所在,在时代性的驱动下,商法以“更新”“未来”“复合”为独特属性。

与商法的“更新”相对的是民法的“稳定”。公平与正义是民法和商法共同追求的价值理念。民法所

调整的人身和财产关系属于相对稳定的社会关系,因此为了实现法律的公平与正义,民法的规则以维护市民人身与财产权利的圆满状态为目标,强调规则的稳定性,使行为人可以预测其行为的结果^[5]。商法所调整的商事关系则因商业发展模式的变化而变化,其具有一定的变动性,所以,同样是追求公平与正义,商法的规则以适应商事关系客观需要、适应商事创新为目标,为了使变化发展的商业活动在法律框架下进行,商事规则重在更新,重在基于相对成熟的新型交易模式对原有规则的及时更新。“更新”是商法时代性的衍生品。

与商法的“未来”相对立的是民法的“现实”。同样是关于主体与行为的规则,民法主要调节人们现实的社会生活关系,平衡现实的权利和利益。商法的时代性则要求商法不仅仅调节已经出现的现实关系,更应关注未来商业,关注新技术、新工艺、新信息的使用可能带来的商业变革,带来的制度需求,为商业活动的创新留下法律空间。

与商法的“复合”相对立的是民法的“单一”。民法自诞生起就是关于个体的法律,强调个体行为,关注个体意识,因此民法关于人的概念、关于物的设定、关于权利和义务、关于意思表示、关于法律行为等等,其理念构建基本上是以个体,或便于以单一指代为基础的^[6]。现代商法主要是关于复合体的法律,其组织是复合体,其行为是共同行为,其意思是多重内涵与外延,尤其是主体与客体的重合、权利与义务的迭加,构成了商事规则的“复合”性特征。

在商法的时代性要求下,民法和商法从主体到行为所假设的法律运行环境都不相同。因此,时代性使商法区别于民法。同样是法律,民法更多的是在凸显法律的稳定性和继承性,商法则张扬法律的创新性和时代性。

(三)时代性使商法成就商业繁荣

时代性是商法无法缺失的品格,一部具有时代性的商法能够促进社会商业的繁荣,一部仅关注继承与移植的商法可能会成为社会商业发展的屏障。中国商法自身发展的历史证明了商法的时代性价值。新中国成立之初移植照搬苏联的商业制度,该制度移植因欠考虑中国的时代背景,致使中国社会的商业发展陷入了前所未有的危机,导致商业基本被灭绝^[7]。直到党的十一届三中全会召开,该移植所造成的不良影响才逐渐褪去。当代中国经济所取得的成就,事实上起于改革开放,根本上则源于对法律制度时代性的正确把握与理解。世界具有代表性的《商法典》国家,也都以时代性取胜。常被作为考

察对象的德国、法国、日本商法典均具有鲜明的时代性。法国强调权利平等,率先创造了客观主义的《商法典》立法模式;德国关注商人身份,采取了主观主义的《商法典》立法模式;日本以“为我所用”为宗旨,在借鉴德国和法国的基础上开创了折中主义的《商法典》立法模式^[8]。三个国家的商业都在其反映了商业活动发展需求的《商法典》下快速发展。

其实,在大陆法国家近代《商法典》诞生之前,欧洲中世纪乃至近代,颁布了大量的商事法律法规,形成了较为系统的商事惯例^[9]。这些早期商法从形式到内容与近现代欧洲大陆商法存在一定差异,这种差异就是由商法的时代性决定的。欧洲进入中世纪之后很长一段时期商业的主要方式是海上贸易,由此导致了海商法的诞生^[10]。中世纪中期,随着欧洲商业城市,即商阜的出现,由此促进了城市商法的形成,城市商法除了传统的贸易习惯和惯例,增加了市政长官对交易的管理。近代西班牙、葡萄牙、法国商法典首先是将城市商法与海商法融合,同时针对现代商业和制造业的分工细化和规模扩张这一时代特点,创造了多种类型的商行为,创造了以商行为为立法重心的商法典^[11];而在《法国商法典》之后一百年修订的《德国商法典》,则根据当时社会商主体创新,尤其面对各类公司形态的普及,采用了以主体为中心的立法原则^[12]。欧洲大陆商法的发展史及不同时期不同国家创制的商法典从原则到规则的差异,充分展现了商法的时代性特点。正是这些充满各自时代性特点的商法,伴随、保障和推动了近代欧洲大陆法国家近代商业的繁荣成长。

时代性商法对商业繁荣的作用在英美国家同样彰显其魅力。19世纪50年代,完成了工业革命的英国,制造业蓬勃发展、商贸交易日趋频繁,时代迫切需要新商事制度的保驾护航,由此,制定商事成文法呼声日益高涨,伴随着商事“法典化运动”在英国兴起,19世纪下半叶英国一改判例法传统,先后创制了《汇票法》《货物买卖法》等^[13]。这些法律因商品贸易向金融贸易转变的时代特征而诞生,同时,它及时地将金融与贸易结合,极大地助推了英国贸易的全球扩张。《美国统一商法典》的诞生是20世纪最具有时代意义立法成功典范。如果说英国统一法的编纂主要是为了解决商事交易中的金融支付面临的困境,通过商事金融规则的统一促进贸易的效率,《美国统一商法典》的制定首先是为了解决当时美国分割的几十个州之间商事发展中面临的制度不统一问题,其次是为了解决美国现代

贸易中的金融与贸易规则问题,再次是为了面对 20 世纪商业发展的新需求。因此,《美国统一商法典》在立法体例、立法重心、规则内容等诸多方面都与英国商事成文法的创制不一样,更加适应美国当时面临的时代需求^[14]。同时,更加展现其时代性特点的是,起草人卢埃林教授长期留学德国,研究并讲授大陆法系民法与商法,但他在领导《美国统一商法典》创制过程中,深刻认识到当时美国所处的时代与德国、法国民法典与商法典创制所处的时代完全不一样,虽然德国民法的立法方法和规则理念可以被美国借鉴,但美国不需要德国那样的《民法典》,而需要一部反映时代需求的《商法典》。正是这部法律,不仅促进了 20 世纪下半叶美国经济的繁荣,更加奠定了二战之后美国在国际商事规则创制中的话语权基础。

作为商法价值之所在,时代性使商法区别于民法,成为促进商业繁荣的法律存在。不过,时代性既是商事立法具有主观能动性和创造性的追求,也是商事立法遵循商法自身发展规律的结果。

二、商法自身发展规律决定了商法的时代性

时代性是商法的基本品格,也是商法自身发展规律所导出的必然结果。不论是为了维护商业可持续性,还是为了坚守营利保护理念,商法的规则设计都需要时代性。所以,除非违背客观规律,否则商法均以时代性为其存在标志。

(一) 维护商业可持续性 是商法的发展方向

商业经济发展史表明,人类始终在寻找商事发展不同时期各个节点上的可行的制度,以实现商业在阶段性发展中的可持续性,其结果表现为商法具有时代性。

人类社会自从有了利益的交换,就频繁出现因利益交换而引起的冲突。人们也一直在寻求平衡这种冲突的方法,以减小冲突对社会的破坏。在商事交往中,单方面的意思不可能维系商事交往的持续开展,人们普遍寻求获得较多共识的规则,这种规则主要分为二类:一类是标准性工具和方法的创造和使用,创造了商事交易中的客观规则,如度量衡、货币、数字、会计学、统计学甚至微积分等,这一类工具和方法,很大程度上是随着人类商事的发展和进步而不断创新和提升,它们的诞生,大大提升了商事交易的效率,人们对这类工具和方法使用的共同认知的接受,构成了客观规则的约定俗成,使其成为商事惯例的重要组成部分;另一类就是达成共识从而具有普遍约束力的商事规则,其创造了商事

交易中的主观规则,如意思表示、契约、合意、格式合同、商行为、商事代理、商事票据、商事财产、商事侵权、商事责任等。商事主观规则形成了不同时期独具特色的商法规则和制度,使商法具有时代性。正是因为商事规则的创造和出现,才使商业发展呈现出可持续性的特征。维护商业的可持续性 是商法发展的方向,该目标又使商法必须展现其时代性。以具体海商制度为例,为了保护航海贸易的发展,人类社会创造了海商法。为了满足大规模、跨区域的大宗远洋贸易需求,信用证制度应运而生。为了减少海上贸易的风险,海上保险制度相继出台,并衍生了后来的人寿保险等制度。此类例子不胜枚举,例如商号制度也是在商铺鳞次栉比下,为了防止商人混淆才出现的制度;投资法也是因为产业创立及输出而发展出来的商事规则;电子商务法更是服务于利用信息工具牟利的商人而制定的规则。不论是海商法、信用证、海上保险制度、商号制度、投资法还是电子商务法,这类商事法律都是商法为了维护商业的可持续发展而出台的制度,并使商法成为特定时代的产物,具有鲜明的时代性。因此,商法的时代性与商法自身发展规律有关;商法维护商业可持续性的目标决定了商法具有时代性。

(二) 坚守营利保护理念 是商法发展的动力

除了维护商业可持续性,坚持营利保护的理念也使商法具有时代性,并成为商法发展的动力。营利是商的本质,营利保护是商法规则设计的基础,是商法规则得到商人尊重与遵守的前提,更是商法规则激活商业创新性的原因。由于商人的营利以追求不确定性,更准确地说以追求风险为实现路径,所以商业总是以冒险来实现营利,该冒险主要表现为各种形式的商业创新。这类商业创新可能在法律框架下进行,也可能在法律规定外尝试,商法如果不对其作出回应,或者使社会不得不承受商业在冒险中转嫁的风险,或者使商业发展在既定法下因违法而停滞不前,并使商法的营利保护理念落空。因此,在商业冒险本质的驱动下,如果要实现营利保护,商法只能回应商业的创新与发展,成为一部具有时代性品格的商法。中国商法就是在营利保护理念的驱动下发展成为时代性商法的。对于中国改革开放 40 年的总结,有学者就犀利地指出,“中国改革开放,所有改革都是从违法开始的”^[15]。在商业领域,中国商业的发展也是从违法开始的,许多商人都为此付出了代价。傻子瓜子的创始人年广久在 20 世纪 60 年代经商被以“投机倒把罪”判入监狱,20 世纪 80 年代其创新性的有奖销售经营策略因中央叫停而血本无归,20 世纪 90 年代其又因与政府联营而卷入刑事纠纷^[16]。如果不是以邓小平为代

表的中国共产党人坚持营利保护理念,着力发展商业,力排众议变革商事制度,保护以年广久这样的商人探索性的商业实践活动,中国的经济成就可能无法达到今天的程度。改革开放40年经历亦表明,如果商法没有走向时代性,商人可能会被贴上违法的标签,失去冒险与创新的积极性。因此,面对商业的创新,应在营利保护理念的指引下,将营利保护作为商法的理念使商法具有时代性。

时代性是商法应当具备的基本品格,是商法价值之所在,更是商法自身发展的客观规律,创制《中国商法通则》需要准确把握当代中国商业发展的客观需要。

三、《中国商法通则》面临的时代问题

展现《中国商法通则》时代性特征的核心内容是如何用商法制度解决当下中国经济发展中面临的现实问题,这些问题主要有:实现国有企业竞争中立,回应信息时代的商业模式创新,抑制社会财富快速向少数人集中,维护社会财富创造、增长和分配的正义,解决人工智能发展引发的劳动力就业问题,解决电商时代商主体及行为法律地位,引导社会形成正确的伦理导向,关注民法调整功能的历史局限性,等等。

(一)实现国有企业竞争中立

如何消除国有企业与民营企业在竞争中的不平等地位,实现国有企业竞争中立是商法的任务^[17]。中国当前的现状是公有商事财产占有较高的比例,如何消除公有商事财产直接或间接导致的市场商主体的不公平竞争,利用商法规则平衡产权制度,利用《商法通则》解决所有制冲突,利用商法精神逐步取消国有企业因政治因素而具有的优势竞争或垄断地位,减少非市场因素对商业竞争健康发展的影响,这些是《中国商法通则》需要解决的重要问题。在此过程中,应当充分认识到,一部《中国商法通则》应当平等保护的是整个社会的商业形态,是全体民众的利益,是所有商主体的利益,是国家整体的全面的利益,而不能仅保护少数或某一部分经营者或产权人的利益。在当下中国现行法律体系中,只有《商法通则》才能较好地规范上述内容,清晰系统地设定国有企业竞争中立规则;只有《商法通则》才能从制度上消除国企民企观念对立造成的社会意识形态冲突;只有《商法通则》才能从平等出发使市场主体公平竞争,从根本上保护民众和国家利益;也只有《商法通则》才能填补市场经济法律体系的缺憾,构建具有中国特色又能被世界认同的市场经济秩序。

(二)回应信息时代的商业模式创新

信息时代高科技、大数据的运用使商业模式发生了巨大的变化,网络平台交易等已成为制度不稳定的主要载体^[18],个人信息、个人数据等正在重塑法律权利的基本要素。这类由信息时代所产生的新的法律关系亟需法律制度的解决。如何通过《商法通则》的制定,使我们传统的实体产业有一个健康发展的空间,同时让金融产业、高科技产业及大数据的运用,能够保持社会商业生态的平衡,而不至于使一个新的技术或者手段工具的发明导致整个商业发生动荡,这是当前中国商事立法需要关注的重要问题。与此同时,如何在信息时代通过《商法通则》的制定,克服资本主义商业自由及其无序竞争导致的规律性经济危机,在有效防止不断发生的经济危机的同时,促进社会商业和金融的高速发展,也是当代商法所面临的问题。

在信息时代,创制《中国商法通则》面对的社会问题还包括技术与资本的高度集中所加剧的贫富差距。科技和金融发展的结果使资本更快向极少数社会科技精英和投机人集中,《中国商法通则》既要肯定资本合法集中这一客观存在,更要化解其可能引发的社会冲突和社会风险。因此,《中国商法通则》的任务是:第一,创造现代商事规则,使资本集中符合法律的程序,符合公平与竞争的基本原则;第二,创造现代商事规则,通过商主体、商行为、商事财产、商事权利义务等制度设计,化解或调整合法基础上所形成的巨大贫富差距,在保障商事创新和竞争的同时,创造平衡和协调商事利益与社会利益的机制。

(三)维护商事正义消除商事风险

是否维护商事交易中的正义原则是评价《中国商法通则》好坏的决定性因素。商人是特殊的社会阶层,是特殊的社会群体,是社会财富最大的创造者,同时也是社会风险最大的制造者。商事正义就是平衡利益与风险,不仅仅是个体的利益与风险,也包括社会整体的利益与风险。为了维护商事正义,《中国商法通则》立法重心除了关注传统商法的主体与行为,还应当关注责任制度的构建。充分考虑信息时代商主体的权利与义务,以风险与收益相平衡为基础设计商事责任体系,在商法特殊性的基础上平衡社会各方利益,通过责任制度的构建,消除商事主体享受“有收益,无责任”的投机特权,抑制商业自由的投机与过度冒险,这是《中国商法通则》化解当前中国商事制度风险的重要途径,也是《中国商法通则》的时代任务。

(四)解决人工智能时代就业相关的发展难题

人工智能在提高生产效率与效益的同时,也使

机器人成为普通劳动者的生存竞争对手。一旦人工智能被大量运用到商业领域,大规模的失业潮可能会席卷社会。关注生产与就业的关系,是现代商法社会责任的一个重要方面,创制《中国商法通则》需要预见科技发展给中国商业生态可能带来的问题,尊重与鼓励商主体多元化,一方面肯定大规模商业组织体的存在,另一方面鼓励小商人的发展,将劳动者生存保障作为立法需要关注的重点之一。如果我们没有大规模的商业组织体和经营场所,就不可能容纳大量的就业人员;如果我们没有星罗棋布的小商人,就无法解决中国庞大人口的就业。商业的发展应当考虑就业的平衡,亚洲人口密度很高的国家或地区,不论是日本、韩国、马来西亚、菲律宾还是中国香港特别行政区与台湾地区,都十分重视商业主体的多元化。为了防止大规模商业组织体侵蚀中小零售业,日本就曾在1973年颁布《关于调整大规模零售业活动的法律》(简称《大店法》),规定商店面积500平方米以上的晚上8点必须关门,全年必须有24天停业,以给从事零售业的中小商人一个生存的空间^[19]。虽然该法目前已被废止,但是保护商主体多元化的理念依然被日本《大规模零售店立地法》(简称《大店立地法》)所延续。现代国家将社会责任融入商事立法的经验应该为我们借鉴。因此,《中国商法通则》必须对如何平衡人工智能时代商业的发展与就业问题作出积极回应,把该问题作为立法的重要方向之一。

(五) 形成社会正确的伦理导向

当前中国社会出现了民法主导下的全民经商伦理,该伦理观有利于社会商业活力的增长,活跃社会商事竞争,但是如果以该商业伦理去处理社会各类事务,就会使社会道德出现整体上的倒退,社会发展会陷入一种恶性循环。《中国商法通则》应当重点关注商业伦理,以区别于民法应当重点关注社会伦理。商业伦理是在保护公平、自由竞争之上形成的营利至上的伦理观,鼓励风险、冒险以及竞争^[20]。比起公平,商业伦理更加关注诚实信用,强调营业过程的诚信。社会伦理应以维护公平,尤其是结果的公平为重点,强调对每个自然人的保护,是一种人权至上的伦理观。不论是商业伦理套在社会伦理上设计民法规则,还是将社会伦理套在商业伦理上设计商法规则,将这两类伦理错乱形成的规则运用到现实社会中都只会有害无益。《中国商法通则》应当在解决当代社会的伦理问题上发挥一定的作用,矫正错位的伦理价值观。

(六) 关注民法调整的历史局限性

改革开放40年来,我们一直推崇民法帝国主义的思维,然而,无论《民法典》立不立,《民法通则》以来的现行民事制度已在那里,民法的成就已在那

里,民法思维下的商事秩序混乱现状也已在那里;无论民法是否走向法典化,单纯民法思维已经无法解决深入骨髓的市场秩序和商业道德的堕落。因此,《中国商法通则》的制定应当致力于解决《民法典》在制定过程中从理论到具体制度上的不足。《中国商法通则》应当规定商人的种类,规定商人与非商人的界限,规定经营者的主体资格和能力,突破现行《民法总则》的局限性;应当建立商事原则、商事权利、商事行为、商事财产、商事责任等等的特别规则体系。以商事自然人主体为例:《民法总则》关于主体制度的规定十分混乱。1986年我国起草《民法通则》时,规定个体户、农村承包经营户是自然人,现行《民法总则》也将这两类主体规定为自然人^[21]。然而,1986年制定《民法通则》的背景和现在制定《民法总则》的背景完全不一样。1986年我们理论上仍然固守传统社会主义理论,不承认自然人商人的合法地位,即便当时有外商独资企业,法律也只承认国有企业、集体企业、外商独资企业可以作为经商主体,中国的自然人不能独立办企业。当时认为,个人独立办企业就是资本家,资本家是剥削阶级,被我国《宪法》所禁止。因此个体户和农户不被认为是商人。制定《民法通则》时的理论认识障碍如今已经消失,但《民法总则》制定过程中显然没有意识到该问题。这一制度设计的缺陷在于,自然人的家庭生活财产与家庭成员经营者的经营财产在法律上无法区分,加大了大量的社会普通公民的商业风险,增加了社会不稳定因素。《民法总则》中的大量规则与商事交易的现实需求是相冲突的,《中国商法通则》的制定需要对其作出系统梳理与修补,以解决民法调整商事行为的局限性问题。

《中国商法通则》需要解决的问题关乎中国经济的发展,更关系中国社会的长期稳定,只有提出上述问题的解决方案,《中国商法通则》的制定才能真正契合当今时代的需求。

四、“一带一路”国际合作需要《中国商法通则》创造时代特色

创制《中国商法通则》还需要具有世界性战略目光;《中国商法通则》的时代特色应当在中国大力推行的“一带一路”倡议下形成。

(一) 推进商事法律实现制度融合

“一带一路”倡议如果仅仅是简单的经济贸易交往,非但很难保持长久的稳定,还可能造成大规模的国际冲突。要避免这种冲突,就要考虑制度的融合,在制度体系内进行经济贸易的交往,使双方遵守一致的规则。中国应当用什么制度与“一带一

路”沿线国家进行融合?与经济贸易直接相关的商事法律可能是最优,也是最被需要的选择。在商事规则上达成共识,可以避免大量的经济冲突。如何在《中国商法通则》的制定中结合“一带一路”倡议下中国提出的人类命运共同体目标,使《中国商法通则》的制定符合中国经济国际化的制度需求,是当前中国商事立法交给商法学者的时代任务^[22]。

为了实现“一带一路”国家商事法律的制度融合,《中国商法通则》立法研究需要完成几项工作:第一,考察世界主要国家的商事法律体系,既包括“一带一路”沿线国家的商事法律制度,也包括世界经济大国的商事法律体系,为中国商事法律的制定提供制度蓝本;第二,研究与国际贸易有关的国际交易规则、习惯等,充分发挥商法的国际性,突破《中国商法通则》的民族局限性,结合国际视野与国内情势制定《中国商法通则》;第三,提出以《中国商法通则》实现制度融合推动“一带一路”倡议的方法论,完成《中国商法通则》制定与中国经济国际化的衔接。

(二)推进制定《中国商法通则》,形成制度竞争优势比较优势

要以《中国商法通则》实现制度融合,并以制度融合的方式化解中国“一带一路”经贸合作的冲突,前提是《中国商法通则》具有制度竞争优势。在日益激烈的国际竞争中,如果《中国商法通则》缺乏吸引力,那么制度融合将无从谈起,或者成为中国商事制度融合于他国的制度,其结果是规则话语权的丧失。

当今时代,《中国商法通则》的制度竞争优势将取决于其风险分配是否合理。进入21世纪后,现代化的发展使社会步入了风险社会,除了自然灾害,新近的风险诸如核污染、化学污染、食品污染、文明疾病等都“完全脱离了人的直接感知能力”^[23],全球范围内财富的增长伴随着风险的增加。过去我们关心财富的分配,现在风险的分配已经成为不容忽视的问题。风险的分配有许多方式,最应当引起重视的是制度对风险的分配。《中国商法通则》不能忽视现代社会的风险问题,是否对风险进行了合理的分配将直接决定《中国商法通则》能否形成制度竞争优势。从权利规则,到义务设定,再到责任安排,《中国商法通则》应当充分考虑风险分配规则,在符合社会公平正义理念的基础上,完善中国的营商环境。通过《中国商法通则》的制定使中国从法律到社会环境都成为主动吸引资本投资,引起域外立法重视的对象,以域外国家主动学习与借鉴中国商事法律的方式实现制度融合。

《中国商法通则》的制定应当成为全社会关注的话题。商业发展模式的时代变化在呼唤《中国商法通则》的制定出台,中国经济国际化的需求在等待《中国商法通则》的颁布。然而,现实的需要与理论研究的薄弱仍存在巨大的矛盾,当前中国需要研究的已不是商法的独立性,而是如何在符合商法时代性的命题下完成商事一般法的制定。着眼于当前中国经济与社会中的问题,为《中国商法通则》的条文设计提出建设性意见,是所有商法学者应当共同努力的方向。

[参考文献]

- [1]蒋大兴.《商法通则》/《商法典》的可能空间?——再论商法与民法规范内容的差异性[J].比较法研究,2018(5).
- [2]E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1998:339-340.
- [3][7]范健,王建文.商法学[M].北京:法律出版社,2015:7,21.
- [4][10][14]任先行.商法原论(上)[M].北京:知识产权出版社,2015:442,539-540,640-645.
- [5]赵万一.中国究竟需要一部什么样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系[J].现代法学,2015(6).
- [6]吴飞飞.论中国民法典的公共精神向度[J].法商研究,2018(4).
- [8]范健,王建文.商法基础理论专题研究[M].北京:高等教育出版社,2005:47-53.
- [9][12]张民安.商法总则制度研究[M].北京:法律出版社,2007:29,103.
- [11]肖海军.商法学[M].北京:法律出版社,2009:19.
- [13]覃有土.商法学[M].北京:高等教育出版社,2011:17-18.
- [15][16]吴晓波.激荡三十年[M].北京:中信出版社,2017:12,55-60.
- [17]范健,李欢,丁凤玲.试论传统“官商”体制镜鉴下的中国国有企业改革[J].扬州大学学报(人文社会科学版),2018(6).
- [18]Julie E. Cohen, Law for the Platform Economy[M]. 51 U. C.D. L. Rev. 133, 2017:204.
- [19]朱桦.日本零售大店政策的沿革与内容[J].江苏商论,2008(3).
- [20]范健.中国需要一部什么样的民法典[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2016(1).
- [21]李建伟.民法典编纂背景下商个人制度结构的立法表达[J].政法论坛,2018(6).
- [22]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(2).
- [23]乌尔里希·贝克.风险社会 新的现代性之路[M].张文杰,何博闻,译.南京:译林出版社,2018:14.

[责任编辑:周 青]