

商事通则：超越民商合一与民商分立

王保树*

内容提要：我国的商事立法一直采用颁布单行法的模式。但实践表明，仅有具有个别领域特征的单行商事法律不足以适应调整商事关系的需要，还需要具有一般性调整特征的商事法律，即商事通则，规定调整商事关系的共同性规则。商事通则与其他单行商事法律都是民法的特别法，但其在商事法领域具有一般法的性质。无论是内容还是形式，商事通则均不应追求商法典结构。

关键词：商事通则 商事通则定位 商事通则结构

一、引言

为什么要讨论商事通则？这恐怕不能从纯理性的推导中寻找答案。因为理性的答案归根到底是从实践中产生的。如果没有实践的基础，理性的答案将是不可靠的。中国商事立法的实践是，目前没有商法典，也没有商法典的编纂计划，而只有一个个单行的商事法律。在这一立法模式面前，完善商法无疑需要通过完善单行商事法律实现。但当人们从立法与实践的互动上观察问题时又会发现，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。商事实践还需要一些对分别以不同商事领域为规范对象的法律有统率意义，或虽无明显统率意义但具有个别领域特征的单行商事法律所不能包括的规范。换言之，我国的商法不应仅由具有个别领域特征的商事法律构成，而应由具有个别领域特征的单行商事法律和具有一般性调整特征的商事法律构成。显然，后者是我国商事立法中的重大空白。讨论商事通则的目的在于解决如何认识这一重大空白和如何填补这一重大空白的问题。无疑，解决商事通则及相关的问题，需要切实有效的理论方案。因此，讨论商事通则，探讨其深层次问题，也是进一步提升和完善商法理论的过程。

商事通则是最近几年提出的一个问题。它实际是作为一种立法模式而引起注意的。近年，学者提出的我国可选择的商事立法模式有三种：其一，制定商法典，调整所有商事关系。倡导此种立法模式的学者认为，“只有民法、商法分别立法，才能对‘进一步完善民商法律’有准确理解。把‘进一步完善民商法律’硬要解释为民法包括商法或合一立法，至少是一个不该有的语义上的错误”，^{〔1〕}不赞成

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 徐学鹿：《论“进一步完善民商法律”》，吉林大学法学理论研究中心网站，第199502期。

“商法作为民法的特别法”和“商事法律没有规定的适用民法”的观点;^[2]其二,制定民法典,统一调整民商事关系,将调整部分商事关系的规范分别编纂为单行的商事法律。持此观点者认为“商法独立于民法的基础已经不复存在”;^[3]其三,制定民法典,调整商事关系的法律规范分别编纂为单行商事法律;同时,制定商事通则(或商法通则)。有的学者称此种主张是折衷主义学派的观点。^[4]前两种立法模式,均可以找到大陆法系国家的立法例。第三种立法模式,境外无立法例可供直接借鉴,需要总结我国自己的实践和理论。

(一)上世纪末期深圳经济特区的立法实践和商法学界的探讨。

1997年8月,在纪念全国人大授予深圳经济特区立法权五周年座谈会上,深圳人大常委会领导接受了“关于制定深圳经济特区商人条例”^[5]的建议,它的内容涉及了商人、商行为及其相关制度,实际包括了商事条例的内容。1998年2月,深圳人大常委会主任会议上通过了关于深圳人大法工委和中国社会科学院法学研究所合作草拟《商人条例》的方案,并由当时的中国社会科学院商法研究中心承办。^[6]同年3月,商法研究中心提出了较详细的起草大纲,并在对深圳经济特区、珠海经济特区认真调查的基础上,形成了1998年8月的《深圳经济特区商人条例(讨论稿)》。该讨论稿包括总则、商人、商人登记、商号与营业、经理和其他商业雇员、代理商和商行为(一般规定),共7章51条。实际上,它已是一个“商人条例”为名的“商事条例”。深圳市人大法工委征求各方面意见,修改后于1999年1月14日将《深圳经济特区商人条例(草案)》(后改为《深圳经济特区商事条例(草案)》)提交深圳人大常委会审议。1999年6月30日,《深圳经济特区商事条例》正式颁布。该条例被深圳经济特区作为很重要的法规对待,2004年4月16日深圳市第三届人民代表大会常务委员会第三十一次会议又对该条例进行了修改。无疑,《深圳经济特区商事条例》的起草过程也是一个商事通则的研究过程。深圳经济特区制定商事条例的经验值得重视。

如何对待通则性的商事法律?江平教授于1998年的一篇文章中明确指出“认识民法与商法的关系必须坚持两点论:一是民商融合是趋势;二是民商仍有划分必要。就立法体例而言,形式上将已经颁布的诸如公司法、票据法、海商法、保险法再统一到一部商法典中确无必要,因此,让它们依然按照商事单行法的模式继续存在自然是顺理成章的。就商法总则而言,有两种模式:一是民法典中规定,完全实行民商合一;二是在民法典之外另立一部商事通则,依照当初《民法通则》的模式,将有关商事总则的内容加以规定。我个人认为采取第二种模式更为简便可行,如把它们放在民法典中会显得过分累赘,不能突出商法的特征。”^[7]我在《商事法论集》第3卷(1999年)刊载的《商法的实践和实践中的商法》一文中对包括商人法的内容和形式意义的商人法的问题进行了讨论,问题涵盖了商人资格、商行为、经理、经理权和其他雇员、商号与营业、代理商,这实际是《深圳经济特区商事条例》探讨的延续。其后,我在2000年1月4日法制日报上发表的《带入21世纪的中国商法课题》中又提出,“还应有对商事主体作出规定的一般规则。它相对民法的主体规则而言,属于特别法的性质。而相对商事主体形态法律规范而言,它属于一般法的性质。与此相适应,其功能具有多重性:一方面,它可以为商人资格和地位的确定提供一般规则,发挥对商事主体形态法律规范的指导作用,填补民法主体规则和商事主体形态法律规范之间的空白,弥补商事主体形态法律规范过于具体而疏于一般之不足;另一方面,它提供了民法所没有的特别规则,实现了商事主体形态法律规范所需的一般性和民法主体规则

[2] 徐学鹿:《我在学习商法中碰到的几个问题》,载《什么是现代商法》,中国法制出版社2003年版,第10页。

[3] 王利明:《中国民法典的体系》,《现代法学》2001年第4期。

[4] 郭锋:《商法演进及其在中国的命运》,见中国民商法律网2004年4月7日。

[5] 作者在参加纪念全国人大授予深圳经济特区立法权五周年座谈会(1997年8月)上,提出了“关于制定深圳经济特区商人条例”的建议。

[6] 白有忠:《关于〈深圳经济特区商人条例(草案)〉的起草说明》(1999年1月14日)。

[7] 江平:《关于制定民法典的几点意见》,《法律科学》1998年第3期。

所需的特殊性的统一”。

(二)本世纪初商法学界对商事通则的进一步探讨。

《法学》2002年第2期刊登了江平教授的《中国民法典制定的宏观思考》，认为“有关商法总则的立法可以有两种模式可循：一是在民法典中规定商法总则，完全实行民商合一。从我们翻译完的意大利民法典和现行的俄罗斯民法典来看，它们就是采取这一模式的，即把商事主体、商事行为、商事代理、商事权利归纳到了民法典相应各篇章中。二是在民法典外另立一部商事通则，依照当初民法通则的模式，将商事活动原则、商事权利(包括商业名称、商业信用、商业秘密等)、商事主体以及商事企业的基本形式、关联企业、连锁企业等、商业帐簿、商事行为、商业代理(包括内部经理人代理以及外部各种销售代理，如独家代理等)加以规定。上述这些内容正是我国经营活动中亟待明确加以规定的地方。把它们都放在民法典中会显得过份累赘，不能突出商法的特征。”《法制与社会发展》2003年第5期刊登的石少侠的《我国应实行实质商法主义的民商分立》一文明确提出，“我国应实行以《商法通则》为统率的实质商法主义的民商分立”。《现代法学》2004年第1期登载的任而昕的《我国商事立法模式之选择》一文也认为，“只有在制定民法典的同时制定一部《商事通则》，用以规范基本的商事法律关系，才是立足现实和着眼未来的最佳选择。”这些论文都对我国制定商事通则问题进行了实质性的论证。

目前，商事通则的探讨大多集中在宏观层次上，“未曾就‘商事通则’与实施单行法之间的协调问题作出深入研究”，^{〔8〕}缺乏在商事关系调整对一般规则需求点上的深入考察，对一般规则的“抽象”度也缺少必要的探讨。需要解决的问题是，商事通则如何定位，它与其他单行商事法律的关系如何，它与商法典有何不同，商事通则的可行性如何等。

二、方法论的选择：商事通则的需要出自实践

完善商法，从根本上说，乃是一个商法规范的编纂问题。而商法规范的编纂采用不同的方法，就会出现不同的商法。就这一意义而言，商法也是特定商法编纂方法论的产物。因此，我们不能不重视完善商法的方法论。而编纂商法的方法论，大而有二：

其一，系统编纂方法论。

法律规范的系统编纂方法，实质就是法典编纂方法。在我国，也是一种理想主义方法。当人们重视或推崇某个法律部门时，往往会主张对该法律部门的规范采用法典编纂的形式。而“法典一直被定义为‘对特定主题之主导性法律规则(leading rules of law)的有序和权威性表述。’”“有序或许是法典形式最为重要的属性，同时它也是法典最独特的特征之一。有序意味着要将某一法律领域的全部规则缩编为一个完整的体系，它要求对原则和规则进行有序安排，并保持该主题领域内各制定法条文间的一致性。”^{〔9〕}

显然，法典的上述特征以及与其相适应的系统编纂方法，并不是适应所有法律部门的。它只适应于那些调整稳定的社会关系的法律部门。同时，系统编纂方法与法典化并不是在任何国家或国家的任何历史阶段都适应的。一般地说，它更适应的是那些经济体制较稳定的国家。19世纪费尔德领导的美国法典化运动，被人们认为“既太迟了又太早了”，因而其种种努力归于失败，甚至被人戏称：宁可要体现在普通法当中的“纯粹的人类理性”，也不要“全新的被人挂在嘴边上的法典”所包含的“巨大变

〔8〕 范健等：《商法的价值、源流及本体》，中国人民大学出版社2004年版，第289页。

〔9〕 约翰·L·戈蒂德：《〈统一商法典〉的方法论：现实主义地看待〈商法典〉》，徐涤宇等译，见清华法学网。

革”。^[10]然而,20世纪却出现了具有美国特色的“私人编纂法典”的奇特形式。^[11]同时应特别注意的是,法典并不以“重要性”为特征,被认为重要的法律部门并不必须采用系统编纂方法。

其二,现实主义编纂方法论。

现实主义方法论对商法编纂产生影响的典型应是美国商法典。我们不必评价美国商法典的优劣,但考察对该法典产生影响的现实主义方法论,或许是有益的。美国现实主义法学是20世纪30年代兴起的。人们一般将其特点概括为:“强调法的社会目的性;强调法和社会的不断变化;强调必须将‘实然’和‘应然’分开,以利于研究;强调对法学家提出的一切正统的假设保持怀疑;特别强调有必要用更切实可行的范畴代替现代法学家的一般推论和概念。”其中,他们特别重视“关于法规的不确定性和事实的不确定性的见解”,^[12]

、反对19世纪关于法律是由一整套对称的、自足的一般教义或命题所组成的观念。“坚持认为法律是引起变化的动力,并反映社会现实。因此,随着社会的变化,法律也将改变,任何在现存法律与社会现实之间达成的平衡都只是暂时的。”^[13]

运用现实主义方法于商法典并作出重大贡献者应是卢埃林,他对商法的现实主义路径值得我们关注。卢埃林赞成法典化,但他的方法是实用主义的,他将法典编纂视为在特定历史时期解决特定问题的工具。他认为法律在商业实践中是“基于自身存在的”,倘法律原则不紧随商业实践而变化,则法律将不符合时代要求,并会很快成为商业活动的绊脚石,而非促进、加速商业发展的工具。他坚信商业考虑、商业习惯以及行业惯例是商法所固有的主要渊源之一。^[14]在他的现实主义方法论的指导下,美国的商法典不同于大陆法系国家的商法典,它不求其全,但求其满足实践需要,解决实践中提出的其他商事制定法所没有解决的问题。

其实,卢埃林对待商法编纂的现实主义,与我们对待商法的从实际出发的原则是不谋而合的。当我们讨论商法规范的编纂之时,我们不得不在商法与实践的互动上认真考察我国商事立法的现状,商法对商事关系的调整需求满足了哪些,实践提出的问题还有哪些没有解决。在这种考察中,我们固然可以去在实践中发现商业习惯、行业惯例,但也可以发现许多没有商法规则而不能不出现交易秩序混乱的领域。后者归纳起来,主要有两点:

(一)现行商事法律缺少关于“商人”制度的规定。我国历史上奉行“重农抑商”,计划经济时代商品经济不发达。而我国一提出实行经济体制的改革,却又出现了“全民经商”。因此,党中央、国务院在整顿市场秩序中多次发布文件,禁止政府机关、司法机关、军事机关经商。这表明,民事主体不可能都成为商事主体,并非由于商人不是一个特殊阶层就否定商人的地位。何为“商人”?无疑,“有实际之商人而法律不认者,也有法律上之商人而实际不称者。然商法之适用,则以法律上所称之商人为断。何者为商人,何者非商人,此虽仅由各国立法者任意断制限制划,而其意义,要不可不于商法上以明文规定之。”^[15]实践中凸现出的对商人规则的需求,既注意了商人与一般民事主体的联系,又注意了商人与一般民事主体的区别。前者,坚持了权利能力的平等;后者,尊重了客观上存在的行为能力的差别。而这种差别,突出地体现在营业能力及如何获得这种能力上。当然,关于“商人”的规定不止于“商人”概念的规定,还应包括商人能力、营业辅助、代理商等相关规则的规定。

(二)现行商事法律缺少关于“商行为”制度的规定。实践中由于没有对“商行为”作出界定,“商行为”的目的性也常被人们误解,以至社会生活中经常出现自相矛盾的笑话。如文化系统提出了“文化

[10] [美]施瓦茨:《美国法律史》,中国政法大学出版社1990年版,第86页。

[11] 同上书,第231页。

[12] 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第135页。

[13][14] 前引[9],约翰·L·戈蒂德文。

[15] 张家镇等编:《中国商事习惯与商事立法理由书》,中国政法大学出版社2003年版,第2页。

产业”,文化部在《关于支持和促进文化产业发展的若干意见》(2004年6月11日)中指出,文化产业是指从事文化产品生产和提供文化服务的经营性行业。但同时又指出,社会主义文化产业要求把社会效益放在首位,努力通过市场实现文化产品和文化服务的经济价值。今年年初,北京市推出一个文化产业的样板——北京市儿童艺术剧院股份有限公司,并提出了“一业为主,多种业态经营”的目标。这一实践和以前的所谓事业单位的“企业化经营”的实践都向我们表明:既然它是经营性的,又怎么能不以营利为目的?而这种行为的“商”性质是显而易见的,它又怎么可能将社会效益放在首位呢?这种矛盾的出现,无疑是法律没有界定商行为的一个后果。实践要求法律对商行为作出规定,显然不是主观地为了“特殊”而人为地在私法行为中划出一块,而是注意到商行为在客观上已经表现出“营利”的特殊性和这种行为所采用的营业形式。当然,商行为法律制度不仅包括对商行为的定性规定,还包括辅助认识商行为的列举规定,以及营业、营业转让、商代理、商事留置等的规定。

现行商事法律的上述缺陷,加之其他相关商事法律制度的缺失,使我们感到实践对商事一般性规则的需求。如果将对实践的考察转化为对立法论的讨论,则会更加彰显对《商事通则》的需要。主要是:

第一,需要填补民法和已有商事单行法律之间的空白。

商事关系和一般民事关系的共同性,在于它们都是平等主体之间发生的社会关系。但是,商事关系的营利性特征使它区别于一般民事关系,也已成为人们的一种共识。所以,我国调整商事关系的法律结构与其他大陆法系国家或地区一样,是由调整私关系(平等主体之间的社会关系)的一般民法与调整商事关系的特别法商法构成的。按照上述调整商事关系的商法优先适用,民法一般适用、补充适用的原则,民法一般适用、补充适用所提供的法律规则只能着眼于商事关系与民事关系的共性,而着眼于商事关系特性、为其提供调整规则的只能是商法。然而,我国适应后者需要所提供的法律规则均表现于单行的商事法律中。这些单行的商事法律是分别制定的,而且仅仅考虑了它所调整的具体的个别领域的需求,没有考虑具有营利性特征的商事关系的共性和一般性需求,因而缺少着眼于商事关系调整共性的一般性规则,需要商事通则填补。

第二,需要统率商事单行法律的规则。

我国已颁布的商事单行法律,已经使各个商事领域的法律调整基本做到了有法可依。但是,在商事法律适用的许多场合,缺少统一把握的原则与理念。譬如,在公司、合伙企业、独资企业中都遇到经理问题,但经理权应有的统一内涵与经理的义务却没有统一的规则作出规定。又如公司、合伙企业等都涉及到代理关系,合同法中虽有规定,但远没有揭示商事代理的内涵及其应有的特殊规则。这些统率单行商事法律适用的规则,不可能在已颁布的单行商事法律中制定,而需要在它们之外单独制定。

第三,需要创设民法和其他单行商事法律所没有的规则。

在我国商事法律的发展中,还遇到许多这样的问题,不仅民法没有也不可能提供规则,而且现有的单行商事法律也不可能提供必要的规则。譬如营业转让,它虽涉及到财产,但与一般财产不同,它是有组织并有综合效益机能的财产。而且,在转让时不仅涉及财产,还涉及在营业上发生的债权、债务的转移。又如商业帐簿,民法和已有单行商事法律没有也不可能作出规定。虽然已有会计方面的法律、法规、规章作出规定,但大多仅具有公法的性质,作为与此相关的私法本身特有的规范,也应由商法创设。但关于商业帐簿的共同规则又不可能在已有单行商事法律中提供存在空间。诸如这些民法和其他单行商事法律所没有的规则,需要商事通则创设。

以上表明,商事通则的需要不是人为的,而是在商法与实践的互动中显现出来的,它产生于生动活泼的商事实践。

三、商事通则的定位

本文所称商事通则,是指调整商事关系的一般性规则。它指导其他单行商事法律,如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法等适用,同时又区别于这些单行法律,可以单独适用。

(一)商事通则是商法中具有一般法意义的商事法律。

就法典与单行法的区别而言,商事通则与公司法、合伙企业法、独资企业法、证券法、票据法、保险法、商业银行法、破产法、海商法一样,也是一种单行商事法律,并不是由全面系统调整商事关系的规则缩编而成的法律文件,但它与其他单行商事法律的功能不同。其他商事单行法律仅调整某一商事领域的商事关系,如公司法仅调整公司设立、变更、终止关系及其他对内对外关系。商事通则则涉及整个商事领域,它对商事关系的调整虽不具有全面性,但调整商事关系的触角可以伸向不同的商事领域,强调其调整的一般性。并且,对其他商事单行法律的调整有统率或补充的作用。换言之,它所提供的商事法律规则,是其他单行商事法律未曾提供而又非常必要的一般性规则。正由于商事通则在商法中具有一般法的意义,它与强调其调整特殊性的其他单行商事法律不会出现重叠、交叉。

(二)商事立法中的商事通则:非民商分立,也非民商合一。

当今大陆法系国家或地区,在商事法律规范的编纂上有两种体制。一是民商分立,在民法典之外制定商法典,两者并行;一是民商合一,即在民法典之外不制定商法典,商事法律规范或编入民法典(如荷兰、意大利、泰国),或颁行商事单行法律(如我国台湾)。无疑,商事通则将注意这两种体制的经验与教训。它尊重中国商事立法的现实,又可成为中国商法改革的加速器。它不漠视已经颁布并行之有效的单行商事法律,也不代替单行商事法律的完善和发挥作用,更不以商事法律领域的全部规则缩编为一个完整的体系为自己的目标。因此,它不可能定位为商法典。同时,商事通则的出现也拒绝了商法自身只有具有个别领域特征的单行法而没有一般性规则的发展思路,显然,这也不是典型的民商合一。应该肯定地说,商事通则既非民商分立的标志,也非民商合一的典型表现。前者,因为它不是法典;后者,因为它不仅有调整个别领域的单行法,而且还有调整商事关系的一般规则。换言之,商事通则注意到商法典虽有调整商事关系的一般规则,但缺少灵活性,有僵化的缺陷;也注意到民商合一下的单行法模式具有明显的灵活性,适应市场经济发展的要求,但存在缺少一般性规则的缺陷。从这一意义而言,它吸收了民商合一与民商分立的优点,克服了民商合一、民商分立的缺陷,是区别于民商合一、民商分立并超越民商合一与民商分立的另一种模式。

(三)商事通则不取代民法在私法领域中的一般法地位。

在大陆法系国家和地区,民法与商法是同属于私法的两个法律部门。但由于商法调整商事关系的特殊性,民法与商法的关系是一般法与特别法的关系。无论采用民商分立的体制,还是采用民商合一的体制,都是如此。这一点已成为境内外学术界和实务界的一种共识。实践中,由于商法的特别法的地位,凡商事事项,商法优先适用,民法一般适用、补充适用。这一结论,即使有商法典的大陆法系国家的学者也一直在坚持,未见被否定的迹象。我国有学者认为,将民法与商法的关系视为一般法与特别法的关系,这是近代商法研究得出的结论。“进入现代,商法与民法截然分开,商法调整市场交易关系,民法调整家庭关系。”^[16]然而,这种判断还有待许多论据去证实。如果否定民法与商法的关系是一般法与特别法的关系,那势必将一些最为一般的问题,诸如诚信原则、法人等,也要由商事法律做出规定。而这样做,势必造成立法上的浪费和法律规则间的不必要的冲突。既然商事通则是调整商事关系的共同性规则,它是否代替民法的一般法的功能呢?回答是否定的。因为民法和商法的关系

[16] 徐学鹿:《商法与相邻部门法的关系》,见前引[2]书,第213页。

是就整个民法和整个商法而言的。作为商事共同性或一般性规则,仅是就商法领域本身而言的,它当然包含于商法之中,而不是在商法之外。因此,商事通则的出现,不会改变民法与商法的关系,也不会产生与民法的交叉和边界不清的问题。

四、制定商事通则的指导思想与其基本结构

制定商事通则应当坚持以下指导思想:

第一,坚持从中国社会主义市场经济发展的实际出发。

我国社会主义市场经济的发展对调整商事关系提出了越来越高的要求,它不仅需要调整每个商事领域商事关系的法律规则,还需要解决商事关系整体调整和各个商事领域商事关系调整的一致与协调。这就是中国社会主义市场经济发展的实际。

从实际出发制定商事通则,应满足“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,譬如,实践不仅要求商事法律提供公司、合伙企业、个人独资企业、工商个体户成为商人而经商的规则,还要求商事法律提供“商人”的一般规定,以便明确商人资格和它特有的营业能力,确定商人的权利、义务,保护商人的合法权益。所谓“统”,即满足商事关系调整的统率性规则的要求,如前已述及的营业、商号、商誉、经理权、商事代理的内容,需要统一的规则,以统率相关单行商事法律的实施,避免法律适用中的不协调。所谓“补”,即弥补其他单行商事法律规则的缺漏。按照“缺什么补什么”的精神,凡是调整商事关系需要的规则,都应制定出来。但这些规则,有的可以通过完善已有的单行商事法律或将制定的以个别商事领域为规范对象的单行商事法律中解决,不需要归入商事通则;有些不可能在完善已有单行商事法律或将制定的以个别商事领域为规范对象的单行商事法律中解决,则应在制定商事通则中解决。这里,必须突出商事通则的一般规则的特性。在应制定的一般规则中,不必追求“一步到位”,现在需要并具备制定规则的成熟条件的,可先行在商事通则中规定下来。现在条件不成熟或虽有需要但认识不尽一致,可留待以后解决,根据需要逐步完善。

第二,不追求商法典模式。

制定商事通则是为了满足调整商事关系的需要,并不是一个纯理性的追求,因而不仅在“形”上而且在“神”上,都不必模仿商法典的模式。这不仅是因为中国在商事立法的实践中已采用颁布单行法的形式,也由于国外的“民商分立”已不那么绝对,在一些素有“民商分立”传统的国家,正在突破商法典的框架,采用颁布单行商事法律的方式完善商法。德国的股份法、法国商事公司法的颁布和在此基础上修改,已广为人知。其中,法国商法典颁布时共648条,但经过多年的废除、修改和剥离,现在继续有效的仅有140条,其中只有约30个条款保留了1807年的行文。^[17]2003年10月22日发布的日本公司法现代化纲要草案表明,日本也将跳出商法典框架寻求公司法的完善与现代化。但是,他们都一直重视商法典中总则与一般性规则的适用。民商合一的国家也寻找机会制定商事一般性规则,以适应调整商事关系的要求。如荷兰,可称为民商合一高度集中的国家,但它们还制定“商号名称法”等一般性规则,满足调整相关商事关系的一般需要。

商事通则的任务是为商事关系的调整提供一般性规则和以个别领域调整为特征的单行商事法律所没有的规则即填补空白,而不像国外商法典为整个商事关系的调整提供较完整、系统的规则,因而商事通则不必要有商法典那样的结构。商事通则也不可能如国外商法典的“总则”那样。商法典的总则并不能解决我国调整商事关系一般规则的要求。从实践的需要考量,商事通则不仅需要规定如国外商法典“总则”那样的内容,还应根据需要规定单行的商事法律没有规定但应作出规定的一般规则。正因为如此,商事通则不必追求系统性和逻辑结构的严密,应充分体现形式服从内容的精神。

[17] 《法国商法典》,金邦贵译,“译者的话”,中国法制出版社2000年版。

第三,遵循处理民法与商法关系的原则。

在调整商事关系中,民法是一般法,商法是特别法。调整商事关系的一般规则,无疑会在对平等主体社会关系的共性上给予关注的民法中得到相当程度的满足。属于这类规则的完善,仍应在民法中实现。譬如法人一般制度的完善、诚实信用原则等,都应在民法典中解决,商事通则不必过问。相反,商事通则只解决在从民法一般法到以个别领域调整为特征的单行商事法律之间的桥梁,有关民法一般法的问题不应列为制定商事通则的任务。制定商事通则只是解决商法自身完善的问题,即解决商法内部缺少一般性规则的问题,它不应也不可能引起商法与民法的领域之争。

根据上述指导思想,商事通则的结构应以总则为基础,以商人与商行为两个基本概念^[18]为核心,分别规定商人基础制度及其相关制度、商行为基础制度及其相关制度,并对法律责任作出规定。主要内容是:

(一)总则。包括商事通则的目的条款、商事通则的适用范围、商事通则所采用的原则,以及调整商事关系的规范的适用顺序。

在中华人民共和国境内登记设立的商人和在中华人民共和国境内发生的商行为,都应适用商事通则。

商事通则应实行的原则是:1.商人从事商行为应遵守法律、法规,其合法权益受法律保护;2.商人行使权利应遵循公平、诚实信用和权利滥用禁止的原则;3.商人从事商行为,不得侵害其他商人和消费者的合法权益,不得损害社会公共利益。

法律适用的原则是:自治法先于法律适用、特别法先于一般法。商人的章程属于自治法范畴。民法是一般法,商法是特别法;在商法内部,商事通则是一般法,其他单行商事法律是特别法。对于商事事项,法律规范的适用顺序是:章程——其他单行商事法律——商事通则——民法。

(二)商人。包括商人概念、商人资格与分类。结合中国的商事实践,应对可以成为商人的条件作出规定。商人必须有营业财产,无营业财产者不能成为商人。这或许对于商自然人并不重要,但对于商法人就显得十分重要。如此要求商人,并不是将商人视为特别阶层,恰恰相反,凡依法具有营业财产的民事主体,依法经工商行政管理机关登记,均可成为商人。除商人的基本制度外,与商人相关的制度也应作出规定:

1.商事登记。包括商人设立登记、变更登记、注销登记以及登记与公告的效力。当然,商事通则中的商事登记仅限于一般性规则,它不代替商业登记法的详细规定。

2.商号。包括商号、商号选用原则、商号的转让、商号权保护等。

3.营业转让。包括营业转让当事人义务及其转让效力。

4.商业帐簿。包括商业帐簿制作的义务、商业帐簿的保管等。

5.经理和其他商业雇员。包括经理权及经理、其他商业雇员与第三人关系。

6.代理商。包括代理商的义务及与第三人关系。

(三)商行为。包括商行为性质、分类、商事代理、商事留置、商事保证等。应强调营利性和虽无明显营利性但采用营业形式对商行为质的规定性的影响。

五、结 语

民法与以个别领域调整为特征的单行商事法律之间的空白为制定商事通则留下了存在的空间。以上表明,在采用颁布单行商事法律模式的我国,先天地存在着调整商事关系一般规则不足的问题。无疑,民法已注意到调整平等主体之间社会关系的一般性需求。就这一意义而言,它在相当程度上满

[18] [日]上柳克郎等:《商法总则·商行为法》,有斐阁股份有限公司1993年版,第8页。

足了调整商事关系的一般规则的需要。但这种满足,是不论采取民商合一还是采取民商分立的体制下都已存在的。而我国商法采用颁布单行法的形式,前述满足只能是部分的。其余满足调整商事关系特殊要求的一般规则的任务,无法在我国民法的体系中全面实现。这样,就使得在民法和以个别领域调整为特征的单行商事法律之间,制定一部商事通则,以满足调整商事关系的一般规则的需求成为可能。

国外商法普遍重视商事一般性规则的存在与适用。民商合一与民商分立的界限正在被打破。这表明,调整商事关系的一般性规则的存在具有规律性。换言之,国外的实践表明,在商法的发展中,法典不一定是必须的,但对商事一般性规则的需求却是普遍的。因此,借鉴国外经验,制定我国商法中的商事通则,既是可能的,也是可行的。

我国有着制定商事通用规则的经验。早在清末光绪 29 年就曾颁布《商人通例》9 条,对商人的概念、经商权利、商号选择、商业帐簿等作出规定。宣统 2 年编成《商事总则》,分 7 章 84 条,未及审议。民国 3 年,将《商事总则》改为《商人通例》颁布实施,共 7 章 73 条。^[19] 这表明,中国自有商法以来,对商事通用规则的需要都是存在的,并能够制定出来且能实施。我国经济特区的立法为商事通则的制定提供了范例。深圳经济特区不仅是市场经济的试验田,在市场经济的许多方面先于各省、直辖市、自治区,而且在商事立法方面,也取得了突出的成就。该特区于 1999 年 6 月 30 日第二届人大常委会第三十三次会议上通过了《深圳经济特区商事条例》,共 65 条。^[20] 深圳经济特区制定和实施《深圳经济特区商事条例》的实践表明,为了有效地调整商事关系,在其他单行商事法律、法规之外,制定全国性的旨在规定商事一般规则的商事通则,不仅可能而且可行。

以上表明,讨论商事通则既有客观的需要,也有理性的追求。前者,如市场经济发展的需要,填补法律空白的需要。后者,如在理论上考虑,商法既应有个性强的规则,也应有一般性规则。但是,两者相比,实践需要还是胜于理性追求。一方面,人们的任何行动都不能藐视实践的需求,藐视实践需求者只能失败。另一方面,理性的追求也来源于实践,完全离开实践的理性追求没有任何意义。显然,在理论与实践的互动中,两者是统一的。但是,实践表现出的需求,总是居主导地位的。因此,必须尊重实践对商事通则的需求。

与已有的商事法律相比,商事通则的特点在于统率性、一般性和补缺性。^[21] 所谓统率性,指它的相当一部分规则对其他商事法律具有统率意义。换言之,它在认识和适用商法中具有标准功能和统辖功能。前者,它可以被用以衡量其他单行商事法律规则的价值和效力,控制其适用,具有其他单行商事法律适用上的裁量性;^[22] 后者,它是其他单行商事法律产生和发展的规则。所谓一般性,指它与其他单行商事法律相比,具有一般法的意义。在法律适用上具有一般适用和补充适用的功能。所谓补缺性,指虽不具有一般性与统率性,但是其他单行商事法律没有规定的规则。在确定商事通则的边界时,必须使它严格地符合上述特点。凡在商法中属于统率性、一般性的规则,均应规定在商事通则中;虽不属于统率性、一般性的规则但却是其他现行单行商事法律和将要制定的单行商事法律中不可能规定的规则,也应规定在商事通则中。相反,凡属于其他现行单行商事法律和将要制定的单行商事法律中能够规定的规则,商事通则不应规定。相对于民法,商事通则仍属于特别法的性质。凡属于私法的一般规定应由民法解决,凡属于商事事项的特别规则应由商事通则规定,并且,商事通则可以创设特殊规定,诸如商事代理、商事留置、商业帐簿、商号、商誉等。这就是商事通则的边界所至。

商事通则的存在价值在于它特有的目的。通过上述探讨不难看出,商事通则的目的性不同于其

[19] 谢振民编著:《中华民国立法史》下册,中国政法大学出版社 2000 年版,第 802 页以下。

[20] 《深圳经济特区法规汇编》(1999),海天出版社 2000 年版,第 111 页。

[21] 王保树:《商法的实践与实践中的商法》,载《商事法论集》第 3 卷,法律出版社 1999 年版。

[22] 王保树主编:《经济法原理》,社科文献出版社 2004 年版,第 33 页。

他单行商事法律,这种区别性恰恰是它存在的价值所在。商事通则的目的是:

1. 明确商事通则的任务是确认商人资格和规范商行为。从理论到实践,我们必须注意两点:一是一些经济法律(如反不正当竞争法、消费者权益保护法)已规定从事营利性经济活动的人以特别义务,这充分注意到了他们是区别于一般民事主体的商人;二是已在单行商事法律中规定,公司、合伙企业、独资企业、工商个体户等可以从事商事活动。这些,凸现了规定商人资格的必要。因此,商事通则必须将规定作为商事主体的商人的资格,规范商行为,作为自己的任务。其中,特别应规定取得商人资格的实体要件与程序要件,包括要求其具有营业财产和将商业登记作为资格取得要件。如前述,这里不是将商人规定为特别阶层,而是规定经商者必须具备的条件。

2. 规定商法的法益目标。任何一个法律部门都有它的法益目标,商法作为一个独立的法律部门,其法益目标应是保护商人的合法权益。这里的核心是,在不违反强行性法律规范的前提下,商人通过实施商行为而营利。鉴于商事通则的一般法性质,应由它明确规定“保护商人的合法权益”。

3. 规定商法的最终目的是促进商事交易,保障交易安全,维护社会主义市场经济秩序。显然,“维护社会主义市场经济秩序”不是商法独有的任务。不同的法律可以通过不同的途径实现这一目的,商法的特殊性在于通过“促进商事交易,保障交易安全”实现该目的。换言之,保障快速商事交易和商事交易安全,是其他法律部门所很难实现的。因此,应将其规定为商法的最终目的。但由于我国没有商法典,将其规定为商事通则的最终目的是必要的。

在现行立法体制下,商法的完善离不开商事通则。如果有人问,中国商法最缺少什么?应该说,最缺少商事通则。所谓最缺少商事通则,并非仅缺少商事通则。显然,就当前而言,中国商法的完善需要健全以个别领域调整为特征的单行商事法律。但从重要性而言,无疑最需要商事通则。没有它,商事关系的法律调整缺少足够的规则,尤其是其他单行商事法律的适用缺乏统一的理念与原则。中国商法的完善,是中国社会主义市场经济体制完善的重要基础之一。没有商法的完善,仅采用“头痛医头、脚痛医脚”的手段整顿市场秩序,将永远是“治病不除病”、治标不治本的混乱市场秩序。相反,完善商法,是建立稳定的市场秩序的长远大计。而商事通则的制定,将是完善中国商法的一个标志性成果。就此而言,商事通则在完善社会主义市场经济体制中的地位是不言而喻的。但是,从提出商事通则到制定出商事通则,还需要进行更深入的理论研究,以解决其中遇到的许多深层次问题,创造其问世的更充分的条件。

Abstract: Chinese commercial law adopts a model of specific regulations. Practice shows that specific regulations with different character in each area do not meet the need of regulating the commercial legal relation. Commercial Law with general principles that stipulate common rules about commercial relation is necessary. Neither content nor form of the Commercial Law is the same as Commercial Code.

Key words: general principles of commercial law, orientation of the general principles of commercial law, structure of general principles of commercial law
