

民法典编纂背景下商事规范的“法典化”表达

●夏小雄*

【内容摘要】 在编纂民法典的背景下,仍需要反思民法典体系下商事立法的体系性建构方向,商法的“法典化”是一种可行的立法思路。理论界和实务界对于商法的“法典化”预设了若干功能,对于这些功能预设需要进行深入分析。在此基础上,有必要回到中国法语境下讨论商法“法典化”的建构逻辑和完善路径,考察经济社会发展、宪法秩序结构、私法体系选择、法治发展创新等因素对于商事立法的影响,进而形成商法“法典化”的可行方案。

【关键词】 商事规范 法典化 制度功能 建构逻辑

一、商事规范“法典化”表达的必要性

在民法典正在编纂的背景下,学界对于民法典体系下商事立法的结构性走向进行了深入探讨。依据民法学界的主流意见,民法典编纂应当继续坚持民商合一的私法立法体例,在体系结构和制度内容上实现民事法律关系和商事法律关系的一体化调整。特别是就民法总则的制定而言,更应按照民商合一立法思路的要求建构统一的主体、法律行为、代理、时效等制度。在民商合一的法典体例下,商事特别法的存在依然有必要性,但是它们应当由民法总则加以统率,因为“商事特别法缺乏独特的原则、价值、方式和规则体系”。“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”,难以适应商业创新之需要。^[1]需要承认,在私法关系整体“商化”的背景下,强调私法关系的一体化调整进而建构民商合一的立法体例有一定程度的合理性。这种立法思路也符合我国的私法立法传统,有利于对既有的民商事立法进行体系化和科学化的整理、重构。

但是,恰如王利明教授指出的那样,“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”,^[2]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。^[3]在商法学者们看来,民法典的编纂和民法总则的制定应当放弃完全民商合一的理想化追求,因为民法典本身难以承载供给商法规范之重任,商事立法的体系化应当寻求适合中国国情的

* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。本文系作者主持的中国法学会 2016 年度部级法学研究课题《民法典编纂与商事通则立法:基于商法“法典化”的视角》(课题编号:CLS2016C25)之阶段性成果。

[1] 王利明:《民商合一体例下我国民法总则的制定》,《法商研究》2015 年第 4 期;王轶、关淑芳:《民法商法关系论——以民法典编纂为背景》,《社会科学战线》2016 年第 4 期。

[2] 同上注,王利明文。

[3] 李建伟:《民法总则设置商法规则的限度及其理论解释》,《中国法学》2016 年第 4 期。

合理表达形式。^[4]

至于中国法语境下商事规范如何通过适当的立法形式加以“表达”,商法学界目前也存有争议。多数学者认为我国应当制定《商法通则》,对于商人、商号、商行为、商事登记、商事账簿、商事争议解决等问题单独进行规定,除此之外继续维持公司法、破产法、保险法、票据法等商事特别法“单独立法”的局面。^[5]与此同时,也有部分学者认为我国应当制定独立的商法典,将既有的商事法律规则进行体系化整合、科学化重构,使得商法体系能够更符合市场经济发展和社会深化改革的要求。^[6]实际上,无论制定商法通则,还是制定独立商法典,均可视为商法“法典化”的具体表现形式。^[7]它们虽然在形式的完备性上存有差异,但对于商事立法的体系完善均具有至关重要的意义。

当然,对于商法学界所主张的商法“法典化”,也存在较多的批评声音。在批评者看来,商法的法典化已经不是主流的商业立法模式,既难以有效回应商事交易快速发展变迁的需要,又不符合商法自身多变性、开放性、多元性等特征。在本文看来,虽然当下我国经济社会发展要求我国民法典的编纂体现一定的“商法品格”,^[8]但是商事规范是很难也不可能被民法典所完全吸纳的,民法典编纂背景下商事规范自身依然需要适当的“法典化”表达形式。商事规范的“法典化”表达有两层含义:其一,商事规范在民法典中要有所体现,但其表达应有限度,以体系承接为主要目的;其二,商事规范自身应该根据社会经济的实际情况,逐步实现“法典化”。下文拟从历史和体系的视角论证商事规范第二层意义上的“法典化”本身的制度功能,并突出强调这些制度功能对于我国商法体系完善的意义和价值。在此基础上,对民法典编纂背景下中国商事规范的“法典化”表达进行理论分析并提出完善建议。需要说明的是,下文所述的商法“法典化”或“商法典”既包括形式完备的独立商法典编纂,也包括形式不够完备的“商法总则+商事特别法”模式。本文侧重从整体意义上讨论商法“法典化”的功能机制和建构逻辑,并不拘泥于商法“法典化”的具体形式问题。

二、商事规范“法典化”的功能意义

商事规范的“法典化”表达不仅有形式维度的意义,更有实质层面的价值。在提出制定商法通则或编纂商法典的建议时,学者们在论述商事规范法典化必要性的同时,实际上也对其预设了很多功能。对于商事规范“法典化”的“功能预设”或“功能想象”也会影响到商法“法典化”的体系结构和制度建构,因此有必要对商法“法典化”本身的功能意义加以分析。

(一) 独立性强化

强化商法的“独立性”特征是商事规范“法典化”的首要功能预设。在商法的发展历程中,商法的独立性原本不是一个争议问题。在中世纪后期,随着商业贸易的发展,中世纪商人们通过行会章程、交易惯例、商事合同、法庭裁判逐渐发展出了独立于罗马法、教会法、庄园法的商法体系。商法作为商人的自治法、特权法的地位在很长时期内得到维持。在君主国时代,虽然国家权力逐渐介入到商事立法和商事司法,但是商法的独立地位并未受到实质性影响。进入到十九世纪之后,现代民族国家纷纷将商法加以法典化,使得商法的独立性获得最为完美的呈现。以法国《商法典》为代表的各国商法典将此前多元化的商法规则加以统一化,突出了商主体、商行为、商事审判等商法规则相对于民法规则的特殊性,从而

[4] 参见赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期;蒋大兴:《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,《比较法研究》2015年第4期。

[5] 参见王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期;赵旭东:《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

[6] 在2015年中国商法学研究会年会上,中国法学会副会长张文显教授在其发言中也认为中国应当制定商法典,刘凯湘教授等学者提出了中国应当制定商法典的观点并进行了论证。

[7] 参见邹海林主编:《中国商法的发展研究》,中国社会科学出版社2008年版,第24~37页。

[8] 王涌:《中国需要一部具有商法品格的民法典》,《中国法律评论》2015年第4期。

进一步强化了商法的独立性。^[9]

但是,随着大工业化生产的推进,私法关系逐渐呈现出商法化的倾向。^[10]在此背景下,很多国家对私法体系进行了重构,有的选择在局部领域实现民商合一(如瑞士通过1881年债法典的制定,率先在债法领域实现法律规则统一),有的国家则是制定了完全民商合一的法典(如1942年意大利民法典)。这种调整在一定程度上适应了经济社会发展的需要,但是却给商法的“独立性”带来了挑战。从形式上来看,采纳民商合一的立法体例之后,商法典已经不复存在,商主体、商行为、商事审判等方面的特殊性不再得到充分强调。至少从外在形式来看,商法的“独立性”已经受到影响。在此背景下,学者们围绕商法是否依然具有独立性、如何将商法“再法典化”等问题展开了讨论。^[11]例如,意大利学者在1942年民法典制定之后围绕这一问题曾有较多争议,主流观点认为商法虽然失去了形式意义上的独立性,但实质意义上的独立性依然得以维系。民法典起草者Asquini教授就认为,民商合一立法体系下商法依然具有自治性和独立性,只不过其不再以商行为为核心,而是围绕企业概念重构了商法制度体系。^[12]

自清末移植西方法制以来,民商合一成为了私法立法的主导思路,^[13]这种立法思维一直影响到了改革开放以来的私法体系建构。此模式本身有一定的合理性,但在体系结构、规范构成、司法适用等方面依然存在较大完善空间,其中最为重要的一个方面便是商法的特殊性和独立性没有得到认真对待。例如,在立法层面缺乏规范商号、营业、商行为、商事登记、商事账簿、商事代理等内容的“总则性规范”,对于独立担保、让与担保、商事留置等内容没有明确的规范基础,对于商事审判也未建构独立机制;在司法层面,商事交易行为的特殊性没有得到充分重视,法官在处理相关问题时往往沿用民法思维“简单化”对待商事争议,而忽略了交易安全的保障和商人自治的维护。例如,在“海富投资诉甘肃世恒”案中对赌协议的商事交易安排还曾被地方高院认定为“名为投资、实为借贷”,而从根本上忽视了估值调整机制在私募投资中的合理性价值;^[14]在“外滩地王案”中受让项目公司股东之股权的交易曾被认定具有“主观恶意”且为“以合法形式掩盖非法目的”,法官对于实践中的商业交易形态缺乏充分的尊重。^[15]

在商法学界看来,在私法关系整体商化的背景下,民法典的编纂特别是民法总则的制定应当适度吸纳商法制度规范。但是,这种“吸纳”机制本身有其功能限度,不能在实质意义上和形式意义上否认商法的独立性存在。^[16]就立法形式而言,通过商事规范的“法典化”可以充分强化商事法律规则的特殊性,特别是在商法原则、商法法源、商主体、商行为、商代理、商事时效、商事责任等方面建构具有独立性的法律规范体系,使得商事交易能够得到全面的规范和引导。商法的“法典化”可以使得商事规范体系在形式层面和实质层面的独立性得到充分强调,这对于理论界和实务界商法思维的培育也具有积极意义,进而也能促使商事规范的解释和适用遵循自身的独立性路径。^[17]

(二)体系性整合

通过“法典化”对于分散的商法规则进行体系性整合是另外一个重要功能。这种立法思路起源于

[9] Ascarelli, T. Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa. Giuffrè, 1962, pp.27-60. 中文文献可参见张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,《清华法治评论》2005年第2期。

[10] Levi, G. La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione. Dott. A. Giuffrè, 1996.

[11] 对于商法独立性在不同历史阶段受到的挑战,笔者也曾撰文加以分析。参见夏小雄:《商法“独立性”特征之再辨析——基于历史视角的考察》,《北方法学》2016年第5期。

[12] Asquini, A. Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione. Riv. dir. comm, 1941, 429.

[13] 聂卫锋:《中国民商立法体例历史考——从晚清到民国的立法政策与学说争论》,《政法论坛》2014年第1期。

[14] 参见甘肃省高级人民法院(2011)甘民二终字第92号判决书。相应的学理分析参见潘林:《“对赌协议第一案”的法律经济学分析》,《法制与社会发展》2014年第4期。

[15] 参见上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民四(商)初字第23号判决书。对于此案的批判分析参见彭冰:《股东优先购买权和间接收购的利益衡量》,《清华法学》2016年第1期。

[16] 同前注[3],李建伟文;刘斌:《论我国民法总则对商事规范的抽象限度》,《当代法学》2016年第3期。

[17] 赵万一:《商法的独立性与商事审判的独立化》,《法律科学》2012年第1期。

法国路易十四时期的商事立法,1673年制定的《商事条例》和1681年制定的《海事条例》就是以“法典化”的方法将此前多元化、分散化的法律规则加以体系性整合。十九世纪欧洲各国的商法典立法沿袭了《商事条例》和《海事条例》的立法思路,主要也承担了对境内不同类型的商法规则加以系统化梳理的任务,并最终将商法典形式建构出统一化、体系化、成文化的商事规范体系。^[18]

在改革开放以来的商法体系建构过程中,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。例如,在改革开放之初,出于吸引外资的需要,在缺乏基本商事组织立法的情形下先行制定了“三资企业法”;随着市场经济地位的正式确立,1993年才制定了第一部统一意义上的公司法;合同立法的情况也较为类似,在改革开放早期也是依据实践需要先制定了经济合同法、技术合同法、涉外经济合同法,直至1999年才制定了统一的合同法。这种立法模式在一定程度上适应了计划经济向市场经济转轨过程中的法制发展需要,但是也为我国商法的体系完善和解释适用带来了一系列的难题。^[19]

由于商事立法的实用主义逻辑,具体商事立法之间难以形成较为完善的体系逻辑,而且难免会出现规范重叠或规范冲突的状况。基于此种立法思路建构而来的商法制度体系也可能出现体系漏洞的情况,对于商事实践中亟待调整的创新交易模式不能提供有效规范,这也必然会影响到商法体系对于经济社会变迁的回应能力。比如,在商事组织立法层面,公司法实际上同“三资企业法”在很多方面存在规范重叠的状况,不同商事组织立法之间的体系关系尚缺乏充分的认识;^[20]对于资本市场立法而言,现行证券法依然存在较多结构性制度缺陷,对于私募融资尚缺乏有效的规制,债券市场的法律规则依然没有统一的体系,证券领域法律责任制度体系尚有待完善;^[21]对于商行为的规制也没有针对性的法律规范,民商合一意义上的合同法立法则存在“商化不足”或“商化过度”的弊端。^[22]

与此同时,由于中国经济社会发展处于剧烈的转型期,在过去三十年间商事交易的发展非常迅速,成文化的商事立法在司法实践中不断遭遇新的理论挑战和实务难题。除了立法机关不断制定、修订法律之外,人民法院也通过自身的司法实践活动丰富、发展了商事法律规则体系。其中,最高人民法院制定的司法解释、发布的指导判例对于既有商事立法而言构成重要的补充,在商事司法实践中成为了重要的法律渊源,很大程度上弥补了商事立法的体系漏洞。从完善商事规范体系的目的来说,这些经由司法解释、指导判例提炼而来的商法规则也亟需经过体系化梳理,最终纳入到商法规范体系里。在此过程中,对于商法领域司法解释、指导判例的建构逻辑、体系构成、效力机制等要素也可以做深入检讨。^[23]

因此,当下的商事法律体系在表面形式上虽然较为完备,但无论外在体系的构造,还是内在体系的逻辑,均存在进一步优化完善的空间。特别是针对商法规则过于分散、不成体系的弊端而言,有必要通过适当的法典化技术对既有商法规则进行体系化梳理,把现有的商事单行立法、司法解释、判例规则等进行“再整合”,优化规范结构、消除规范冲突、弥补体系漏洞,使得商法规范的体系性、科学性得到进一步提升。在此背景下,商法的“法典化”是完成上述任务的一种妥当模式。

(三)理论性重构

从商法发展历史来看,商法的“法典化”是重构商法理论体系的最佳时机。在既有的商法规则体系不足以适应经济社会发展的情况下,立法机构可以利用“法典化”的机会更新理论体系、调整制度构成,使得商法规范体系能够更好促进商业经济发展、契合社会伦理观念。例如,1807年法国《商法典》为了适应启蒙主义平等理念要求,将商法从“商人法”改造为“商行为法”,以“商行为”为核心重塑商法制度

[18] Galgano, F. *Lex mercatoria. Il mulino*, 2001, pp.77-125.

[19] 柳经纬:《当代中国私法进程中的商事立法》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第11期。

[20] 叶林:《转型中的外商投资企业法》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2012年第3期。

[21] 徐聪:《论转轨背景下证券法治逻辑与制度的现代化——兼评〈证券法(修订草案)〉一读稿》,《法学评论》2016年第2期。

[22] 张谷:《中国民法商法化举隅》,《金融法苑》(总第60辑)2005年第1期。

[23] 陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,《法学研究》2012年第2期。

体系,使得商法不再是商人的特权法。^[24]十九世纪下半期被称为第二代商法典代表的1861年德国《一般商法典》和1882年意大利《商法典》则是继续发展、完善了“商行为”制度,大范围扩展了商行为的具体类型,甚至在商法典中确立了单独的“商行为”编,这种体系改造适应了十九世纪下半期大工业化生产发展对于商行为规制的需求。在十九世纪末期,当以“商行为”为核心的商法制度体系逐渐不能适应实践需要时,1897年的德国《商法典》重新选择回归到以“商人”概念为核心建构制度体系,在一定程度上舍弃客观法体系、重归主观法体系,在德国民法典已经“商化”的背景下重新调整制度构成。为了适应私法关系商法化、商业运营企业化的社会发展趋势,后来其他国家的私法法典化立法(比如采纳完全民商合一立法例的1942年意大利民法典、2002年巴西民法典)则是选择以“企业”概念为核心建构实质意义上的商法制度体系,就理论维度而言也是彻底颠覆了既有的传统制度框架。^[25]

如同上文所述,尽管我国的商事法律体系已经初步得以建构,在一定程度上适应了经济社会发展的需要,但从内在体系的视角加以观察,既有商法体系并未呈现出“十全十美”的状态,尤其在理论基础方面尚不够成熟。在欠缺“总则性立法”的情形下,学界对于商法体系建构的基础概念还存在较多争论,对于“商人”、“商行为”、“企业”、“营业”等制度的地位功能和体系构造还未形成共识;^[26]对于商法体系中一些重要规范的理解和应用也存在分歧,时至今日依然无法形成具有解释力的“通说”理论。例如,对于公司担保效力问题、公司资本制度改革问题、有限责任公司股权对外转让、证券发行注册制改革问题等依然存在多种争论;对于实践中出现的新型商事法律关系及相应争议,例如股权众筹、P2P、集合投资计划、让与担保等,尚未从理论角度作出充分的回应性研究,也没有从商法制度体系维度提出完善的规制方案。这些现象的存在,说明了商法基础理论的研究和具体制度的建构依然存在较多需要解决的问题,而传统的商法规范体系并没有提供相应的理论性解决方案。在此背景下,需要对既有商事法律规则进行理论化重构,重新强化对于商法基础理论的理解和认知,并且在此基础上对于中国商法制度体系进行更新调整,使得理论界和实务界对于商法体系的建构能够形成共识。通常来说,商法的研究多是专注于实践前沿的具体性问题,对于商法体系的整体性反思往往需要在“法典化”过程中加以有效贯彻。

具体而言,至少有几个问题值得从理论维度加以深入探讨:一是当下的经济社会发展状况特别是商事交易实践要求我国建构什么样的商法体系。这是一种法律现象学层面的思考,能够让我们从根本上摆脱“立法中心主义”或者“法律移植主义”观念的束缚,真正思考当下需要建构且契合国情的“回应性”商事规范体系。二是明确商法的体系建构到底以“商人”、“商行为”、“企业”、“营业”中的哪个概念作为基础,并以此为核心建构逻辑自洽、体系完整的商法制度群。当下理论界和实务界对于这一问题尚存在较多争议,而通过商法的“法典化”建构可以促使形成对于这一问题的共识;三是根据全球化、信息化、互联网化时代的“规则”需求更新对于商事实践和商法规制的理解,在商法的“法典化”时根据实践需要建构出符合创新时代需要的商法体系和商法制度。

(四)司法性优化

在民法典和商法典并存且存在商事法院的年代,商法典的制度功能之一便是有效界定商事法院的受案范围并明确应当适用的法律规则。在十九世纪各国的商法典立法中,如何使得商事规范便利法官解释适用,也是立法机构所追求的重要目标。例如,法国《商法典》在第631条和第632条对商事法院的受案范围及商行为的具体类型进行了界定,这就使得法官在判断具体争议是否应当由商事法院受理的问题时有了明确的依据。^[27]法国《商法典》在此前《商事条例》和《海事条例》的基础上对于买卖等

[24] Ascarelli, T. Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa. cit., p.59.

[25] Spada P. Diritto commerciale. Cedam, 2009.pp.25-32.

[26] 蒋大兴:《商人,抑或企业——制定〈商法通则〉的前提性疑问》,《清华法学》2008年第4期;王建文:《从商人到企业:商人制度变革的依据与取向》,《法律科学》2009年第5期;叶林:《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》,《中国法学》2012年第4期。

[27] Galgano, F. Lex mercatoria. cit, p.102.

商行为、破产、海商等领域的法律规则进行了体系化发展,法官在处理相关案件时可以得到更为具体的指引。当然,随着部分国家商事法院的消亡(例如意大利、荷兰、葡萄牙、巴西等国均取消商事法院制度),商法典界定商事法院受案范围的功能也不复存在。但是,通过商法典立法为司法者提供全面而完善的裁判规范,依然是商法“法典化”一个不可忽视的功能。

从司法适用的角度来看,我国既有的商法规范体系也存在很多缺陷和不足。在司法实践中,法官在解释、适用商事规范的过程中可能经常会遇到如下问题:一是由于法律规范本身的构造不够完善,法官们在适用同一法律规范时会出现分歧性解释,例如目前司法实践中对于《公司法》第16条各个条款规范性质的理解就不尽一致,由此也导致不同裁判立场的出现;二是由于商事法律的体系性不够完善,法官在处理具体争议时往往难以把握好不同法律规范之间的体系性关联,例如法官在裁判对赌协议、收益权信托等创新商事交易安排的法律效力时,往往只会注意到部分法律规范的评价要素,而未能从整体视角考察其多个法律规范建构的效力评价体系;三是法官也会经常遇到法律漏洞的情形,无法找到具体案件的裁判规范,必须基于法伦理原则进行法律续造,例如《公司法》对于公司章程能否改变治理机制要求就没有明确加以规范,法官需要根据公司治理结构规范的立法目的、公司类型、关联主体、所涉利益等作出合法性和合理性的评价。^[28]

商法的“法典化”在一定程度上可以促使既有商事规范得到结构性优化,进而方便这些规范在司法过程中的解释、适用,这也是当下提倡商法“法典化”的另外一个重要理由。就司法适用的“需求端”而言,商法“法典化”改革应当使商事规范全面、充分,对于既有的商事法律关系能够有效加以调整,尽量减少体系漏洞的出现和规范冲突的情形。就具体法律规范的构造而言,具体商事规范的行为要件和法律效果必须尽量加以明晰界定,对于内涵不够确定的要件内容要尽量发展出类型化的判断标准。此外,还应通过“立法理由书”等方式充分说明规范背后所涉及的法律价值、保护法益、规制目的等要素。^[29]

(五)本土性型塑

任何一个国家的“商法典”必然会带有一定程度的“国家特色”或“民族特色”。对于中国商法体系重构而言,可以通过商法的“法典化”在现有商事规范基础之上继续强化商事立法的“中国特色”。强调商法体系建构“本土性”的塑造并非要走向“封闭”或固守“传统”,而恰恰是要求实现“创新”和突破“约束”。在过去三十年中,我国的商事法律体系建构多是考虑移植异域制度和参照他国经验,对于我国经济社会发展和法治体系环境的考虑则是不够充分的。在商法体系重构之际,也可以通过“法典化”强化商事法律体系的本土性,使其能够充分体现转型国家、社会主义、创新时代的相关特征。

商法体系的建构需要充分考虑转型国家的背景。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,但是受制于传统因素的影响,市场经济的发展依然面临较多障碍性因素和制度性约束。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;^[30]商法体系的建构需要充分考虑社会主义的特色。对于商法体系建构而言,这是一个被普遍忽视的课题。事实上社会主义市场经济体制具有自身的特点,对于商事规范体系的建构也提出了很多新要求。只有充分理解了中国特色社会主义市场经济体制的理念和逻辑,才能真正寻找到建构中国特色商法制度体系的关键点;^[31]商法体系的建构需要充分考虑创新时代的特征。在大众创新、万众创业的背景下,中国商法制度体系必须作出适应性调整,使自身能够为商业创新实践的开展提供便利条件。同时,对于各类“借创新之名、为不法之事”的主体及其所从事的行为,“商法典”应能有效加以规制,进而确保高效创新的制度环境得以维系。

[28] 王健文:《中国商事司法实践中的法律适用:困境与出路》,《现代法学》2010年第5期。

[29] 张楚:《论我国商法规范的二元结构及其价值缺陷》,《中国法学》1999年第2期。

[30] 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》,《现代法学》2012年第4期。

[31] 于莹:《中国特色的社会主义商法学研究》,《当代法学》2013年第4期。

三、商事规范“法典化”的建构逻辑

对于商事规范的“法典化”表达而言,需要考虑的可能不只是它的功能意义,还应当包括它须要遵循怎样的建构逻辑。商事规范的“法典化”如何回应经济社会发展,如何遵从宪法原则约束,如何保持体系结构开放,如何实现制度规范创新,对于这些问题的深入思考对于商事规范的“法典化”具有至关重要的意义。

(一)直面社会生活

需要承认,经过三十多年的改革开放,我国的经济社会发展已经取得较大成绩,市场经济体制得以基本确立,商法制度体系得以逐步健全。但是,我国市场经济深化发展的障碍性因素依然较多,存在较多严重影响市场经济机制功能发挥的深层次问题。这些问题的出现,既有商法制度体系本身不够完善的原因,又和经济社会制度环境密切相关,例如市场结构失衡、行政监管不力、司法治理滞后、社会伦理失序等等。要想解决这些问题,必须通过深化法治改革来消除这些障碍性因素,商法体系的改革重构是其中重要的一个方面。^[32]

在经济发展方面,我国从计划经济向市场经济的转型任务基本得以完成,经济领域已经实现较高度度的市场化。无论是传统的农业和工业,还是新近得到快速发展的第三产业(特别是金融服务业),各个产业领域的商事化程度得到加强。例如,近年来农村土地流转改革加速,围绕土地资源利用的商法机制亟待确立;^[33]金融改革创新深化推进,各类新型的金融产品和金融交易不断出现,对此也亟需确立更为完善的商事规范机制。^[34]这些社会领域高度商事化的发展状态要求商法机制的适当介入,既为各类商事交易创新提供合法性支持,又对它们加以合理规范引导。而从既有商法制度体系构成来看,对于社会关系整体商化的“回应性”调整尚存在较多不足。在此背景下,我国商事法律体系必须加以重构完善,以期更好地规范这些领域的各类创新交易,并为各个产业领域的深化发展提供良好的制度环境。

与此同时,全球化和信息化的进程不断加速,全球资源的整合正在不断加速,基于互联网技术的商业运营对于传统商法体系也提出了较多的挑战。其他国家和地区为了重塑自身的经济竞争实力,都依据全球化和信息化时代的要求在调整自身的商法体系。对于互联网经济高速发展且在世界经济发展中日益占据主导地位的中国而言,必须通过重构商法制度体系有效规范并充分引导全球化和信息化背景下新型商事交易的发展。^[35]

概而言之,如果立法者意欲通过制定“商法典”的方式更好地完善商法体系、规范商事交易,那就必须从根本上直面当下中国的经济社会生活。决定我国未来“商法典”精神气质和制度结构的是当下中国的经济社会发展状况,而非异域的商法典。中国商法的“法典化”必须奠基于其所赖以生存的社会图景之中,充分反映这一社会图景的内在需求。

(二)遵从宪法约束

在强化宪法效力、重视宪法实施的时代,立法权的行使需要纳入到合宪性控制的体系框架。换言之,任何立法不仅需要满足《宪法》、《立法法》等宪法性法律确立的程序性要求,而且应当在实质内容上符合宪法规范体系的原则性约束。立法者应当尊重宪法本身确立的价值体系和社会结构,并且通过具体立法将宪法的原则性要求加以具体化和实质化。实际上,在有合宪性控制制度的国家,从宪法维度审视商事立法是“商法宪法化”的一个重要方面。在中国商法体系重构过程中,也需要反思商法“法典化”受

[32] 对于深化市场经济改革过程中如何运用商法机制重塑市场和政府关系的深入论述参见陈魁:《商法机制中政府和市场的功能定位》,《中国法学》2014年第5期。

[33] 近年来实践中争议较多的便是农地信托流转问题,参见高圣平:《农地信托流转的法律构造》,《法商研究》2014年第2期。

[34] 杨东:《市场型间接金融:集合投资计划统合规制论》,《中国法学》2013年第2期。

[35] 周汉华:《论互联网法》,《中国法学》2015年第3期;唐清利:《专车类共享经济的规制路径》,《中国法学》2015年第4期。

到的宪法性约束。^[36]

商事法律关系就其本质而言从属于私法法律关系,按照宪法对于私人秩序领域预设的基本价值原则,私法立法必须充分贯彻自由原则和平等原则,以及注重私有财产的保障。对于商事立法而言,私人自治、主体平等、财产保障也是需要加以有效贯彻的根本性原则。^[37]但是,商事法律关系又是特殊的私法法律关系,商事立法必须充分考虑商事交易规制的特殊地位和制度功能。在成熟的市场经济体系下,商事交易对于经济的繁荣和社会的发展具有至关重要的意义,营业自由保障、商业财产保护、市场竞争维护等宪法性原则需要通过特别商事立法确立特殊法律规则加以具体化和实质化。^[38]

在中国法语境下,虽然在宪法中不像西方国家宪法那样存在明确的营业自由保护条款,但是立法者在商法“法典化”过程中必须充分重视《宪法》第六条关于社会主义经济制度、第十一条关于非公有制经济、第十三条关于私有财产保护、第十五条关于社会主义市场经济、第十八条关于外资投资企业保护对于商事立法提出的特殊要求,确保这些宪法条款确立的原则精神能够在具体商事立法中得到充分贯彻。^[39]事实上,这些宪法规范所体现的经济宪法原则本身就是改革开放三十年以来经济转型发展成功经验的总结概括,事实上也对未来我国市场经济体制及相应商法体系的完善建构了框架性图景。

在此背景下,“商法典”立法既需要贯彻私法领域一般性的宪法原则,又需要针对商事法律关系的特殊性提供差异性规范。这就需要立法者运用高超的立法技术,既不至于造成规范的重叠或体系的冲突,又能够充分体现商法规制的特殊性。特别是在采纳可能剥夺或限制营业自由、私有财产、自由竞争等商事基本权利的立法规制措施之时,立法者必须进行充分的利益衡量和制度论证,确保相关“限定”或“约束”处于合理性界限之内,不致于构成对于公民上述基本权利的不当侵犯。商法“法典化”的立法者必须意识到自身受到的上述根本性约束,切实按照合宪性原则的要求设计“商法典”体系,拟定“商法典”规范。在强化宪法实施的机制下,如果商法规范在解释适用过程中被发现存在违宪的可能,特定的宪法实施监督机构就可对相应规范是否合宪进行审查,如果确实存在违宪情形则应宣布相应条款无效。

(三) 体系结构开放

在商法“法典化”的批判者看来,法典模式最大的弊端在于其可能造成商法制度体系的封闭,因而不能适应经济社会发展的需要,无法作出及时的回应性调整变革。^[40]需要承认,“商法典”规范的修订必须履行严格的程序要件,而且“商法典”的频繁修订也不符合法典立法哲学的初衷。但是,这种不足并不意味着“商法典”必然是封闭的。事实上,即使是采纳完全的独立法典化模式,也必须保持商法典体系结构的开放性。“法典化”的立法技术和“商法典”体系的开放性之间并不存在矛盾。

“商法典”体系的开放性是商事法律关系的本质特征所决定的。商事交易本身需要根据经济社会发展的需要不断创新结构模式,与之相应的商事规范体系也必须不断加以更新调整。商法本质上是商人的权利法,在实践中商人的权利保护总会面临各种新型疑难问题,从充分确认和保障商人权利的目的出发,商法也必须不断根据实践需要调整规范构成、完善制度体系,进而更好地实现其权利保障功能。借用德国法学家卡拉里斯的表述来说,作为商事交易秩序的规范意义整体,商法制度体系并非静态的、而是动态的,它也具有历史性的结构。^[41]

[36] 从宪法秩序视角审视私法制度是近年来学界较为关注的话题,但从宪法角度审视商法制度的建构,商法学界则是关注不多,蒋大兴教授在此方面率先作出了一些前沿性研究。参见蒋大兴:《合宪视角下混合所有制的法律途径》,《法学》2015年第5期以及前注[4],蒋大兴文。

[37] Paladini, L. Costituzione, preleggi e codice civile, in AA. VV. Il codice civile, Roma 1994, pp. 88-89.

[38] Arroyo, C.L. Constitucionalización del Derecho Mercantil. THEMIS: Revista de Derecho 2015(67): pp. 191-204.

[39] 参见潘昀:《论宪法上的“社会主义市场经济”》,《政治与法律》2015年第5期;李响:《我国宪法经济制度的重新审视》,《法学家》2016年第2期。

[40] 参见彭真明、江华:《商法法典化的反思——以制定〈商事通则〉为中心》,《浙江师范大学学报》2005年第1期。

[41] [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2015年版,第359页。

当然,“商法典”体系的开放需要通过合理的立法技术加以实现。从规范配置的技术来讲,除了必要的强制性规范以外,“商法典”中应当多配置任意性规范和授权性规范,允许商事主体通过合意改变或排除特定商事规范的适用,由此扩大商事主体的自治空间。此外,立法者可以适当采用原则性条款或一般性条款的方式对于相关规制事项作出规定,确立调整规范具体事项的价值标准和评价要素,至于如何适用这些规范去处理具体案例则交由司法者作出更为具体化和实质化的裁量判断。事实上,“商法典”中的规范类型配置和规范内容设计在根本上取决于支撑商法制度的各类法律原则(商人自治、保护信赖、交易安全、促进效率、诚实信用等)和各种功能性概念(法人格否认、信义义务、严格责任等)。不同法律原则的组合和功能性概念的引入确立了商法“开放性”的内部体系,这些原则和概念本身需要经过不断的具化才能获得更为确定的内涵,而对于它们的理解需要根据商事实践发展不断加以更新。^[42]

实际上,更为重要的是承认商事主体的“自我造法能力”。商法规则就其本源而言更多源自商人的创造,而非国家的拟制。这一点已被商法的发展历史所印证。商法的“法典化”本质上只是把商人们已经创造的法律规则加以体系化整理,“法典化”并不意味着国家垄断了商法规则的建构权力,商人们自我造法的权力依然需要得到承认。只要经过商人们反复实践形成的交易惯例,原则上可以认可它们对于商事主体的约束力,在“商法典”中有必要对商事习惯的法源地位加以明确确认。^[43]

(四) 制度规范创新

“商法典”的制定不仅需要更新结构形式,从形式层面确立商法的独立性规范体系,而且更需要适应当下经济社会发展的要求创新制度内容,建构具有创新特性、适应中国国情的商法“制度群”。从某种程度上来说,“商法典”的制定是创新商法制度体系的最佳良机,通过这种改革尝试可以使得商法制度体系具有更好的社会回应性,特别是大众创新、万众创业提出的新要求。商法制度创新是我国市场经济深化发展的内在要求,也是打造我国经济发展国际竞争优势的必要条件。^[44]

举例而言,依据当下我国市场经济深化改革要求以及商法固有制度体系的不足,在通过“法典化”重构商法体系的过程中,立法机构可以在以下几个方面实现制度创新:在商事主体方面,有必要以“企业”概念为核心重构商事组织法体系,对大型企业和中小企业、公开公司和封闭公司分别提供差异化的制度体系,^[45]同时也为国有企业、外资企业、合资企业等预留“例外性规范”。就内在精神而言,商事组织法制应当更好贯彻商人自治精神,尽量减少不必要的行政管制,原则上应当尊重商事主体对于商事组织治理结构和资本结构的事项安排。^[46]在商事融资方面,应当进一步完善资本市场法制,发展多层次、多样态的资本市场体系,使得不同类型的商事主体均能便利获得商业运营所需资金。同时,行政监管机关在减少事前管制的同时应当强化事中、事后的监管,为资本市场创新提供有效制度支持,强化规范引导。在商事行为方面,应当更好地贯彻商人自治原则,尊重商事主体的各类创新交易安排,通过“商法典”立法确认商行为在效力认定、外在形式、履行要求、违约损害、诉讼时效等方面的特殊性,使得商行为的特殊属性能够得到突出强调。在商事担保方面,应当在完善既有担保制度之外,承认各类新型担保方式的效力,并就这些新型担保方式的构成要件、法律效果、实现方式等要素作出更为明确的规定。^[47]在商事争端解决方面,应当突出强调商事争议自身的特殊性,并逐步完善多元化的商事争议解决机制,建立专门化、弹性化的商事审判制度,实现商事审判机制的结构创新。

(特约编辑:季奎明)

[42] Canaris, C.W. *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*. Ed. Giovanni Varanese. Edizioni scientifiche italiane, 2009. pp. 70-82.

[43] 对于当代商人习惯法的理论综述参见姜世波:《当代商人习惯法理论的发展评述》,《时代法学》2011年第2期。

[44] 徐学鹿:《创新商法的思考》,《东方法学》2007年第3期。

[45] 李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构改革》,《财经法学》2015年第5期。

[46] 赵万一、赵吟:《中国自治型公司法的理论证成及制度实现》,《中国社会科学》2015年第12期。

[47] 曾大鹏:《商事担保立法理念的重塑》,《法学》2013年第3期。