

《民法典》之后中国商法理论与 与实践面临的问题与思考

范 健

(南京大学法学院 江苏南京 100025)

内容提要:商法制度的创新造就了商品经济社会,推动了商品经济向现代市场经济的转型,推动了现代民主与法制国家的形成与发展。《民法典》之后,中国需要重新认识现代商法的制度价值,需要在客观评价现行商法制度贡献与缺失的基础上,针对商事交易、商事立法和商事司法实践中出现的问题,完善中国商法体系,解决商事纠纷,构建商主体制度,区分商行为与民事行为,从而促进整个社会经济健康有序发展,以商法思维推动商事基本法的创制和商事法律的法典化编纂。

关键词:民法典 商法 商法体系

《民法典》的编纂对当代中国社会的影响,其观念效果比制度效果更大。一方面,我们的相关文件中将民法定位为市场经济的基本法,^①《民法典》所形成的民法观念不仅对民法本身,而且对商法、经济法、行政法、刑事法律都将产生重大影响。另一方面,《民法典》开天辟地对中国

作者简介:范 健(1957—),男,汉族,江苏南通人,南京大学、澳门科技大学法学院教授、博士生导师。

本文为作者主持的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”(项目编号:18VHJ002)、国家社科基金一般项目“民法典编纂后的商事立法研究”(项目编号:17BFX008)的阶段性研究成果。

^① 全国人大常委会副委员长王晨于2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会上作题为《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》讲话时指出,“编纂民法典是坚持和完善社会主义基本经济制度、推动经济高质量发展的客观要求”。

公民的权利保护以法典的形式在私法领域予以落实,其观念意义是巨大而深远的。由此全社会对民法的推崇与兴奋不言而喻。

中国至今仍然在探索市场经济的规律,力求构建适应时代需求的制度体系,编纂《民法典》仅仅是迈出了第一步。^②应该客观地认识到,大陆法系的私法体系是以《民法典》和《商法典》两部法典共同为基础构成的。但是100多年来,中国引进、借鉴、移植以《德国民法典》为代表的大陆法系民法制度,对包括《德国商法典》在内的大陆法系商法制度关注不够,以对《民法典》的局部认知取代了对民商法典共同构成的整个私法制度的认知。当代中国《民法典》的编纂同样没能摆脱这种认知局限。民事权利不等同于商事权利,对自然人权利的绝对保护和对商人权利的绝对限制,是现代市场经济法治需要确立的一项基本原则,是《民法典》难以兼容的一对矛盾。营利性主体和非营利性主体混同、商行为结果的不可预见性、运动式执法、运动式治理和运动式经济行为^③已经成为当下市场经济的一种新常态,大量与投资、证券、金融、大数据、国际商务相关的现代商事立法、司法理念凌乱,缺乏统一的基本法引导。

一、重新认识《民法典》之后现代商法的制度价值

中国《民法典》颁行并不能结束民商法律制度价值差异之争,相反,由于《民法典》规则的法律表达已经具体明确,民法规范的结构和功能已经确立,民法的理念和价值导向已经清晰浮现,凡此种种直接导致了在商事适用中,民法规范及原则的制度供给不足,概念、原理和理念的时代局限等所导致的制度弊端更加具体、更加系统地被逐渐呈现出来。由此,对现代商法制度价值的探寻,不仅没有随着《民法典》的颁布而淡化或消失,相反却变得更加必要和迫切。从历史与现实中探索现代商法的制度价值,已经成为《民法典》之后完善中国市场经济法治理念和法律体制的一项重要理论任务。

其一,从民商法演变的历史得失认知商法的制度价值。自辛亥革命以来,中国人在反封建的法制大道上,政治上追寻宪法,经济上追寻民法,用宪法保护人的政治自由,用民法保护人的财产自由,冀望借助宪法和民法实现人权保障。但是,我们在引进移植民法制度的过程中,简单地混同民商关系,对近现代民商法律形成了从观念到制度的认知缺失。^④

② 中国共产党中央委员会发布的《法治中国建设规划(2020—2025年)》指出,“加强同民法典相关联、相配套的法律制度建设”。中共中央《关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》指出:“通过宪法修正案,制定民法典……等法律……加快完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系。”

③ “传统行政执法奉行‘问题化策略’和‘运动式执法’的执法思路。”参见孟鸿志:《民法典时代行政执法的变革与创新》,载《比较法研究》2021年第6期。“特别是21世纪以来,‘运动式’经济社会体制改革……等问题引起了学界的普遍关注。”参见李晓燕:《社会治理现代化的必由之路:从运动式治理走向法治——党的十八届四中全会精神的解读》,载《理论探讨》2015年第1期。

④ 自清末变法起,我国就开始进行民法典编纂工作。南京国民政府时期制定的“民法典”是我国第一部正式生效的民法典,自1929年5月至1930年12月分编施行。中华人民共和国成立后,中共中央于1949年发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》,自此,作为“六法全书”组成部分的“民法典”于中国大陆失去效力。1986年4月,全国人民代表大会通过《中华人民共和国民法通则》,此乃我国民事立法的重要里程碑。

中国古代社会没有商法传统,从未编撰商律。^⑤自春秋以来,近三千年的中国社会,对商业的认知始终存在着肯定与否定两个极端,以否定为主导;形成了商业治理中的放纵与扼杀两种对立的偏激措施,以禁商抑商为主流。^⑥时至今日,我们一定程度体验到了扼杀商业的不良后果,对商业促进社会进步的积极作用似乎也感受到了。但是,如何科学引导商业的发展,保障商业的良性循环,抑制商业的恶性扩张,我们还没有形成科学的认知和理念,没有找到规律,更没能建立有效的制度。商业是一柄双刃剑,其直接或间接的社会破坏作用我们并没有真正领略过,对商业制度的规律性特征我们更没有机会去探索,没有能够区分建立在商法基础上的商业和传统商业的本质性差异,更没能构建出能够促进商业发展的独立制度体系。反观几千年西方文明史,实质上是一部商业与世俗博弈的历史,是商业导演人类灾难的历史,更是商业不断洗新变革与成长的历史。可以说,商法史伴随了西方商业文明和整个社会的文明成长,是商法的一次次变革,创造了私法的制度需求,规范了商人的行为,划分了商人和其他社会主体的界限,促进商业与文明同行,也正是商法的一次次变革促进了商人与世俗、与社会的融合,推动了服务于市民社会的民法之诞生。人类社会几千年历史始终处在围绕商业存续、创新、发展为焦点的社会稳定与社会变革的博弈之中。

其二,从商法的本质特征认知现代商法的制度价值。商法在传统的自然人和客观物之外,构建了一个主观上的人、主观上的财产,构建了一种主观上的人基于主观上的财产而产生的独特的行为方式或行为模式,构建了超越民法的法律要素,突破了民法的范畴,对传统私法下的民事规则体系予以否定、改造和再创造。商法创造了商主体、商行为、商事财产,设定了商事权利的范围。商法的创造基础与民法不一样,民法制度基于人和物的自然状态,商法制度基于人的理性创造。

商法规范与民法规范的功能不一样。民法的作用在于约束和调整自然状态的人和物;商法的作用在于创造一个超越于自然的理性人格、拟制财产及范式行为,它是商事人格财产及行为的内在构造要素。民法所调整的自然人和自然物的功能与生俱来、进展缓慢,甚至亘古不变;商法所调整的商事人格、行为及财产的状态和功能则随着社会变革不断演变、推陈出新,甚至颠覆变革。商法是对传统民法理念和制度的根本突破。商法本质上是一种自律的法,是限权和特权的法律设定;^⑦通过自律构成了法律主体、法律客体存在的形态;法律本身就是主体和客体存在的方式,如主体中的商人、法人、公司,客体中的资本、股权、信用、营业等。民法是社会发​​展规律的产物,被认为是权利确认和权利保障的法律。在民法中,传统的主体和客体,即人和物都是一种自然状态。商法中的商人主体和客体是一种法律状态,这种法律状态的设置类似于人和物的自然状态本能。脱离了人和物的自然状态本能不称其为人和物,同样,脱离了

^⑤ 例如,《唐律疏议》是中华法系的代表性法典,主要内容为定罪量刑。此外,以《大明律》为蓝本制定的《大清律例》,在篇目结构上呈现为“吏律”“户律”“礼律”“兵律”“刑律”“工律”等篇。

^⑥ 参见范健:《中国需要一部什么样的民法典》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2016年第1期;陈小葵:《中国古代“抑商”政策考辨》,载《求索》2008年第4期。

^⑦ 参见范健:《走向〈民法典〉时代的民商分立体制探索》,载《法学》2016年第12期。

法律状态的商人不称其为商人。最近世界营商环境和公司治理推介的“企业合规措施”受到国内学界和实务界推崇,其实质是认知商人的本质,重构商人的形态,寻找商事的规律。

近代商法不是源于传统的社会伦理,而是源于不断变革的商业习惯,是生产力变革的结果,并以科技和产业革命为变革的根本动力。近代商法典的诞生源自对几百年延绵不断的商业对交易习惯的积累和规律的总结。相反,民法源于传统的社会伦理,是生产关系变革的结果,以社会革命为根本动力。近代《民法典》更多的是社会大革命的产物,尤以法国大革命推动法国《民法典》的诞生为主要标志。

其三,从民商法典的历史演变认知现代商法的制度价值。民商法的制度价值争议,从《民法典》和《商法典》诞生之日起就从未停止。法国经历了数百年的商事立法积累,在推动《商法典》制定的过程中发生了社会大革命,《民法典》编纂被突然提上了议事日程,形成了民商法典制度价值的争议,最终选择了两部法典同时编纂,共同适用。法国之后欧洲又一强盛崛起的国家是德国。但在整整100年中,德国很长一段时间一直否定《民法典》的制度价值,最先于1861年完成了《商法典》的编纂。在《商法典》诞生近40年之后,也主要是由于社会革命推动了《民法典》的编纂,形成了民商分立的立法体系。《德国民法典》与《德国商法典》是基于两种不同的权利理论而建立的规范体系。《商法典》之后编撰的《民法典》并没有吸收商法中的股权、资本、经营权、营业权等独特的商事权利制度,对《商法典》中已经形成的代理权、委托权、经理权、行纪权、居间权、代办权等作了民法上的例外规制。《德国民法典》维系了商法独立存在的空间,这为德国向市场经济转型过程中一系列新型社会关系的法律制度构建,奠定了营利性与非营利性行业区分、私权与公权区分的制度基础。不仅维护了市场经济时期社会的商业伦理,更维护了社会伦理和政治伦理。美国自1776年立国之后一直力求借鉴大陆法系国家的立法经验,通过统一立法推动国家统一,对《民法典》编纂的实践探索延续了将近120年,但随着商业的发展和科技产业革命新时代的出现,美国抛弃了编纂《民法典》的夙愿,选择了编纂《商法典》。100多年来的各国民商立法经验反映出这样一个规律:一种是更多追求社会政治理念,另一种是更多追求社会经济发展的规律;一种更多以社会革命为导向,另一种更多以产业革命为导向。

其四,从市场经济的风险规律认知现代商法的制度价值。商是营利的,商业科技越发达,商事金融越繁荣。如果缺失法律的合理调整,商永远是强势者的游戏,会导致社会严重的不公平和冲突。财富越向少数人集中,社会贫富差距就越大。

商的发展应当建在规则基础之上。缺乏商事特殊规则,没有一个社会的商业能够真正持续繁荣发展;短暂的商业繁荣招致的结果是商业被垄断、被消灭,这就是商的历史。现代的商,与其说是商人的能动行为,不如说是社会法律的理性行为。商法就是商业的社会理性。没有商法的社会,就没有真正的商业理性和商业文明,就不能实现商业秩序的建立。缺失商法理念的市场经济,将市场行为等同于营利性行为,将市场主体等同于民事主体,形成民商不分、国家经济行为和商业营利行为不分的市场格局,必然会导致国内市场和国际市场的差异,进而形成巨大的经济体制形态分割。

其五,从当代中国社会主义市场经济的本质特征和制度需求认识现代商法的制度价值。中国特色社会主义制度和市场经济体制的终极目标是实现人权,通过宪法和《民法典》共同实现对人的政治权利和经济权利的全面保障,这一政治方向是清晰的。但是,如何科学认识社会主义市场经济下的经济权利,尤其是商业权利的建立保障与实现,理论上依然存在较大的困惑。商业是社会的一种生产方式或存在方式,它可以积极服务于人类的共同目标,更可能破坏社会的均衡发展,这是商业的特有现象和规律。商业如何发展,很大程度上依赖于社会对发展商业的价值导向。它既包括财产的所有权,也包括财产的使用权、投资权、经营权和收益权。这些权利的制度表现形式是现代民法和商法。没有民商法所确立的现代社会财产制度,就没有真正的市场经济,更没有真正的宪法和人权。然而在民商法的选择中,长期以来我们更倾向于肯定民法的功能,忽视商法的制度价值与作用,以至于我们一直将制定《民法典》视为市场经济体制的立法重心,没有充分认识到完善现代商法制度才是实现市场经济目标的关键。的确,民法创造了物权概念,确立了财产的所有权,奠定了私法自治的权利基础;民法还创造了债权概念,确立了财产取得和交易的平等权,奠定了私法自治的原则。然而,民法是建立在传统商品交易习惯基础之上的一个具有悠久历史传统的法律制度,而商品交易是一个随着社会的变迁不断发展和变化的行为方式,是社会财产关系变革的主要推动力,民法完成了旧制度下的财产安排,却无法独立实现新制度下的财产目标。

考察总结近现代发达国家经济的发展,不难发现,没有商法制度创新,就没有近代商品经济和现代市场经济,更无法实现现代民主与法制。首先,现代商法突破了传统民法物权与债权、绝对权与相对权两大理论的束缚,创造了有限责任、股权、信托权等特殊概念,创造了商人组织体的两权分离原则,建立了个人、团体和社会资产向资本转变的法理基础。其次,传统的物权理论缺乏建立在团体人格理论基础上的商人团体人格权及其财产人格权理论基础,将财产包括社会经营性财产都视为个体财产。市民个体或国家,即国王的个体财产、民间闲散财产不能在法律上有效聚集,不能创造财产的资本价值。现代商法创造了商事团体人格理论,创造了人合团体和资合团体制度,创造了承载现代资本的组织体制度,现代商法给传统财产制度带来了根本性变革,将封建社会的二元财产关系,即国家或地主与农民的财产关系,分解为资本主义社会的多元财产关系,创造了一个能与国家,即国王抗衡,超越了普通地主财产能力的,由社会众多财产权利人共同聚合的财产团体——商人,由商人所展示的新型财产关系缔造了社会多元财产结构,并推动了社会政治主体的多元结构。最后,传统的民法物权将财产权视为一种绝对权,即便在经营领域,财产所有人同时也是财产经营者,更是经营结果的责任人。现代商法创造的商人团体人格,创造了财产所有权与经营权分离理论,创造了有限责任理论,创造了既不属物权,也不属债权的股权理论。基于传统民法物权及债权理论基础之上的财富再创造及再积累活动,主要由财产权利人自行为之,建立在现代商法基础之上的财富再创造与再积累,则主要由专门经营者为之。前者存在的制度基础是权属关系,后者存在的制度基础是信用关系。封建社会,财产越垄断,权力越稳固;现代社会,信用越发达,社会越繁荣。正是基于信用基础的社会产权关系,商法创造了经营者、经理人这一特定社会群体,使商业活动,乃至整个

社会经济活动更加专业化、专门化和科学化,大大提高了现代社会经济发展的效率。传统民法制度强化的是公民个人财产权和国家财产权,在封建或专制社会则是国王或国家的财产权,商法制度强化的是公民个人财产权、商人组织财产权、社会非营利组织财产权,一定程度上弱化了国家和政府的财产权,尤其限制了政府和国家直接从事以营利为目的的财产增值活动,将公共财产进入商业领域实现营利活动纳入严格的法律监管,尤其限制公共权力在营利活动中的滥用,进而促进公共财产的公益性功能的社会普及和认同,促进了在营利性商人之外的非营利组织的发展,使社会的经济行为走出了唯利是图的陷阱,步入了促进社会共同富裕这一正常发展的轨道。

如果说民法奠定了传统社会财产权利的基础,那么商法则创造了现代民主与法治社会财产权利的实现机制。正如《民法典》是人类社会文明的阶梯,商法是人类商业文明的标志,《商法典》是商业文明最忠实的记载。重新认识《民法典》之后现代商法的制度价值,对于我们正确认识民商法的不同制度功能、构建中国特色市场经济体制具有重要意义。

二、《民法典》无法解决商事交易实践中的问题

第十一届全国人大结束时,全国人大委员长宣布中国特色社会主义法律体系已经基本形成,^⑧这一宣告是对我国改革开放三十年法制成就的基本总结,同时更预示着一个创建更高质量法制的新时代的开启。编纂《民法典》就是我们对已经建成的民事法律体系认知的升华,但是这种认知升华并没能同时反映在商法领域。在商法领域,虽然我国已经制定并颁布了大量的法律法规,从形式上看,商法体系也已经基本建成,但究其实质,商法理念与商事部门法规则之间存在严重的不协调或冲突。我们不难发现,我国商事交易实践中出现的大量交易行为,缺乏相应的商法予以调整;商事法律彼此之间缺乏统一的指导思想和理念;商事部门立法更多地仅仅停留在对外国商法,尤其传统大陆商法和英美商法的继承和移植上,没能根据中国商事交易发展的实际需求与时俱进。中国商事立法与商事交易实践之间存在着比较严重的不协调甚至脱节现象。

我国30多年来颁行的《民法通则》和现行《民法典》是以社会一般民事主体为对象设计法律原则、体系和规则的,需要遵循主体平等、公平、无差异原则,而现实生活中,非营利自然人与商人、非营利组织与商人、政府与商人之间存在着重大差异。民法坚守规则的稳定性,商法追求规则的时代性。^⑨商法是现代法律体系中发展变化最快的一个法律部门,这一特性是由商事交易模式的易变性决定的。自二十世纪八十年代始,我国先后出现了企业产权制度变革、金融体系变革、国企与政府职能变革,以及二十一世纪以来的电子商务、互联网经济等一系列重大商事交易模式的变革。面对商事交易实践的变革,我国商事立法滞后性相当明显,商事立法远远落后于商事交易实践,相当一部分商行为至今没有法律调整,而原有法律对新型商行为调整没有起到促进经济发展的作用,有些甚至还妨碍了经济的改革与发展。例如,二十世纪九十年

^⑧ 参见第十一届全国人民代表大会第四次会议,全国人大常委会吴邦国委员长报告。

^⑨ 参见范健:《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〉》,载《学术论坛》2019年第1期。

代我国公司立法确立了国有企业在公司法中的特殊地位,随后在形式上完成了国有企业的公司化改造。但走向公司制后的国有企业出资人地位、公司治理结构、出资主体的组织形式,国有经营性资产与非经营性资产的区分与界定,如何保证国有企业同股同权、平等竞争、企业职能与政府职能真正分离、通过市场竞争消除垄断与不公平竞争,这诸多方面相应的商事立法始终没有出台,远远不能满足国有企业改革的需要。又如,从二十世纪九十年代初开始,中国金融体制改革的目标是金融更加市场化,更加有利于公平竞争。我们颁布实施了商业银行法、证券法、保险法、信托法、基金法等一系列商事金融法律法规,但是与中国企业生存密切相关的规范金融市场中主体地位平等、机会平等、权利平等的法律法规却没有出台。以民企集资为例,企业自发生产性融资,不仅面临高成本的财务风险,更面临金融违法的刑事风险。对民间融资的合法性界限,现行法律没有提供明确的标准,只是政府文件中出现了“鼓励”“引导”“支持”等模糊用语,缺乏明确的行为规范。^⑩再如,企业社会责任的内容界定与类型化设置,需充分考虑商人的营利性等商事因素、关注民商事规制原理的差异,^⑪我国商事法律中缺少对企业社会责任的相关规定,不少企业忽视消费者的生命财产安全、缺乏环境保护意识,发生了一系列恶劣的食品安全与环境破坏事件。由于商事立法的不完善,商法领域存在许多空白或灰色地带,商人的违法成本奇高或奇低,商事纠纷解决随意性太大,法律适用标准难以统一,这种现状与商事立法、商事交易实践之间的严重脱节有直接的因果联系。上述现象反映了商事伦理与民事伦理、商事责任与民事责任的区别,需要不同的制度和规范予以分别调整。

三、《民法典》无法解决商事司法实践中的问题

与传统的民事纠纷解决方式不同,商事纠纷的解决途径较多选择商事仲裁,逐渐形成了法院审判与仲裁裁决双管齐下的局面。然而,当代中国商事纠纷救济机制处于相当程度不清晰状态:首先,我国法院没有商事法庭,转而由民二庭和民一庭审理公司、保险、证券、期货、票据、破产、担保纠纷和企业之间的商事纠纷,而商事法律是一个专业性和技术性非常强的领域,若没有法官的专攻,诉讼程序上专业律师和专业人员缺乏可行的制度补缺和独特安排,即便已经出台的商事法律也很难在司法实践中实现其效果;^⑫其次,中国商事仲裁机构很大程度上延续着行政仲裁的习惯,过度依赖政府,行政化倾向严重,^⑬尤其是一些地方仲裁机构甚至成为地方政府和官员上演司法保护的工具,违背了商事仲裁的独立与公正精神;最后,中国国际贸易促进委员会只是协会性质,权威性不足,无法充分发挥其应有的功能。在商事审判制度远远落后于商事司法裁判需求的情况下,不仅商事案件的审理屡屡陷入困境,而且导致案件审理的结果

^⑩ 例如:《国务院关于落实〈政府工作报告〉重点工作部门分工的意见》(国发〔2012〕13号)提出,需“规范各类借贷行为,引导民间融资健康发展”;《国务院关于进一步做好防范和处置非法集资工作的意见》国发〔2015〕59号提出,需“完善民间融资制度,合理引导和规范民间金融发展”;《最高人民法院关于人民法院为防范化解金融风险 and 推进金融改革发展提供司法保障的指导意见》(法发〔2012〕3号)提出,“要依法保护合法的借贷利息……规范和引导民间融资健康发展”。

^⑪ 参见李建伟、李亚超:《企业社会责任原则的商法逻辑》,载《求是学刊》2021年第5期。

^⑫ 参见范健:《商事审判独立性研究》,载《南京师大学报(社会科学版)》2013年第3期。

^⑬ 参见吴如巧、李震:《从国家到社会:中国商事仲裁制度的反思与完善》,载《社会科学战线》2020年第7期。

很大程度上背离了社会公众的普遍价值观和社会商行为的普通习惯和规则。具有特殊财产能力和特殊生存环境需求的商人与普通自然人和非商人组织承担同等的义务和责任,造成了实质的不公平。这些现象产生的一个重要原因是当代商事立法与商事司法实践之间存在着制度设计和安排上的脱节。近年来,法院推行商事审判机构改革,创设了金融法院、电子商务法院、铁路法院、知识产权法院、国际商事法院等,虽然不同法院审理的案件多数属于相关领域中的营利性行为案件,但是,由于缺乏商事基本法和商法理念,用民法思维审理此类案件与审理其他经济案件并没有实质性区别,所以这类机构的设立并未能解决案件审理标准的统一问题,相反还造成了规则的凌乱性、分散性和随意性。这类现象并不会因《民法典》的制定而有所改观,它需要商法的创新。

商事司法实践需要运用商事思维。商事思维是指以营利为目的并承担相应社会责任的商事思想和方法,是一种商事思想以及运用商事思想处理商事活动的方法统称。^⑭相较于民事行为,以营利为目的的商事行为最重要的特性,同时表现为批量交易、系列交易和集团交易的行为特点,强调行为的竞争性和风险性,偏重交易的安全、迅捷和可靠。因此可以从营利、效益和安全的角度来诠释现代商事思维。在“营利”这一商事思维指引下,商法强调主体法定、权利平等、崇尚盈利等原则,尊重和保护商人的合法所得,引导商人承担更多社会责任;在“效益”这一商事思维的指引下,商法遵循商事自由和商事便捷的原则,运用大量的任意性规范来激发商事主体的创造力;在“安全”这一商事思维的指引下,商法遵循法定强制和公示外观的原则,并运用适当的强制性规范以维护商事交易和社会经济的安全。^⑮

在司法领域,司法者往往在尊重立法原意的基础上,根据法律的精神和目的来处理案件,因此司法者本身的法律思维在很大程度上影响着司法裁判的结果。换言之,制定法中并没有解决具体问题的现成方案,它只是规定了法律人思考问题的原则和出发点。因此,司法者的商事思维,对商事案件裁判结果起着举足轻重的作用。然而,在商事司法裁判领域,商事思维并未被广泛运用以解决商事纠纷。具体表现在司法者忽略商事规范与民事规范的差别,忽视商事营利特质,运用民法思维进行商事案件的审判,这样的做法往往使商事案件的判决结果与商法精神大相径庭。需要特别强调的是,商事审判应当区别于一般的民事审判,我国商事司法裁判与商事思维之间的严重脱节,导致我国商事司法实践远远落后于商事交易实践的需求。我国商事司法需要提倡的是:法官确立商事审判对交易效益和安全的价值追求;确立商事审判在适用法律程序上的特殊要求;^⑯对法律没有明确规定的商行为采取积极慎重的原则,在充分尊重当事人意思表示自由的基础上,对商事领域的一些特殊做法进行认可(如格式条款),避免法官陷入以传统民事裁判取代商事判断的怪圈,换言之,即确认将商事思维引入商事司法实践中,以发挥商事裁判的独立社会功能,保护市场经济的有序进行,促进我国社会主义法治理念的发展。长期以来,我国推行民商不分的法律理念,各级法院普遍用民法思维审理商事案件,

^⑭ 参见范健:《试论商事思维及其价值》,载《中国商法年刊(2013)》。

^⑮ 同注⑭。

^⑯ 参见赵万一:《商法的独立性与商事审判的独立化》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第1期。

导致商事纠纷的判决结果与社会追求的商事创新背道而驰,越走越远。《民法典》并不能解决商法理念问题,相反可能会导致我国商事纠纷在一段时期内新的理念混乱,造成商事纠纷解决的恶性循环。

四、民商事主体区分的理论研究和立法不足

《民法典》之后,中国商事主体理论与实践面临两个方面的问题:其一,民商事主体区分的现代意义与价值;其二,民商主体区分的制度安排。

商事主体在各国立法和学理上以商人、市场主体、交易主体、商事主体、商主体等多种称谓存在,它是商法上权利义务的享有者和承担者。分析我国现状,不发达的商人制度与活跃的商人活动之间存在极大的不协调。具体表现在,虽然我国现代商事领域存在一系列的组织形式:如合伙企业、个人独资企业、个体工商户等,但相应的《民法典》《合伙企业法》《个人独资企业法》等法律法规缺乏对商人的实质保护与对商人的特别制约,使得商人制度远远落后于商人活动的变化。在经理人制度中,投资人与经营者之间的职、权、利划分不清。投资人难以在社会上找到值得信任的经营者,而经营者在法律上的职权利定位并不清晰、法律制约力不足,经营过程中直接或间接将企业财产侵吞占为己有的情况时有发生。

我国对于作为商法核心理论之一的商主体问题,尽管不乏关于公司、合伙、个体工商户等具体商主体的研究,但是抽象意义上的商主体基本理论研究明显不够。商主体的独立性及其制度价值、商主体的基本素质要求与法律人格要素无不需要深入研究。在商主体外延的判断上,需要基于商主体内涵与各国立法例以及当今世界商主体的发展趋势,根据我国实际情况作出科学的制度选择。^① 具体而言,虽然《民法典》总则编中有关于自然人、法人和合伙的规定,为商主体资格、地位的确定提供了一般规则,同时《公司法》《合伙企业法》《个人独资企业法》等也对商主体具体形态作出了规定,然而,仍然缺乏对商主体作出具体规定的一般规则,这使得商人在具体的商事活动中缺乏法律特定的保护与制约。因此,商主体制度的构建迫在眉睫。首先,在现代社会中,何者可以经商,经商者必须具备哪些条件,经商者的权利义务如何以及应当承担怎样的社会责任,这些都是与商主体相关的基本问题,并通过商主体的确立而确定。其次,国家、政府、社会对经济活动的调控、干预、引导,主要是通过对商主体的调整来实现的。商主体是实现国家参与经济活动的中介,是建立社会经济秩序的主体性基础。最后,商主体的界定是实现政企分开,区别营利部门和非营利部门、营利行为和非营利行为的法律依据。因此,如果商主体界定不清,商主体制度不完善,国家就无法实现对社会经济活动的有力调整,一个社会的市场经济秩序就无法建立起来。

现阶段我国一些法规中普遍使用市场主体这一概念。^② 此概念的内涵和外延极不清晰,尤其缺乏对于市场中营利性主体和非营利性主体的区分。在现代市场经济体制下,市场中从事

^① 参见范健、王建文:《商主体论纲》,载《南京大学法律评论》2003年春季刊。

^② 在“北大法宝”检索网站中以“市场主体”进行全文搜索可见,我国目前有64部法律使用了“市场主体”的概念,包括《民法典》《证券法》《电子商务法》等,最后检索时间为2022年1月30日。此外,我国于2021年7月27日颁布了《市场主体登记管理条例》。

经营活动的主体,并非都是从事营利性活动的主体;公益性经营、非营利性经营是社会生活的一个重要方面,并且是一个基础性领域。由于我国缺乏商事基本法,对经营活动的概念界定不清晰,没有作出营利性与非营利性经营的区分,因而在主体方面,难以构建相应的制度规则,导致许多经济组织在建立之初对自己经营活动的方向缺乏可预见性,因滥用商业行为,造成了难以弥补的损失。

五、商行为立法缺失

在我国,商行为(又称商事行为)并非法定概念,而是商法理论研究中使用的概念。笔者认为商行为的概念大致可以界定为:商主体实施的营业行为以及一般民事主体实施的营业行为与投资行为。商行为立法上的缺失导致商行为在理论层面的划分与定位上存在困难,具体表现在商行为与民事行为的区分,商事个人行为与组织行为理论的模糊性等方面。

关于商行为与民事行为之间的区分问题。所谓民事行为即平等主体之间,基于真实的意思表示设立、变更、终止民事权利和民事义务的行为;而对于商行为,无须考虑当事人的意思表示要素而仅根据行为外观即可推定该行为的法律效果,换言之,商行为应当是一种法律明确规定的行为,实施该行为的法律效果也是法定的,商行为的推定法律效果甚至可以完全排除当事人之间的合意空间。也正因如此,商行为规则中包括了较多的强制性因子。然而,法律不可能将所有的商行为及其法律效果进行规定,现实的做法是提取不同类型商行为的最大公因式,将典型的商行为及所有商行为的“共性”内容予以规定。因此,这就导致商行为是高度概括出来的。由于形式商法的缺失,我国并没有一个统摄性的商行为概念,这使得散落于各部门法中的商行为规则表现出一定的模糊性,规则与规则之间也因缺乏严密的逻辑关联性造成了司法实践中较为严重的商事法律适用问题,进而导致交易行为的不确定,有损商人的交易预期。值得注意的是,对于法律没有明确规定的商行为,基于私法自治的精神,法院不宜轻易否定新型商行为的效力。然而,在司法审判中,面对创新的商行为,不同法院甚至会得出该商行为“有效”和“无效”两种截然相反的结论,^①损害了商事秩序的稳定。

关于商事个人行为与组织行为划分理论的模糊性问题。我国商事个人行为与组织行为的立法早已发展起来,在商事个人立法上,我国相继颁布了《城乡个体工商户管理暂行条例》(已废止)、《个体工商户登记程序规定》(已废止)、《个体工商户条例》(已废止)、《个体工商户登记管理办法》(已废止)、《农村土地承包法》和《个人独资企业法》等一系列规则,典型的商事组织法也有《公司法》《合伙企业法》等。然而商事个人行为与组织行为的划分界限、划分原则和标准等理论尚未跟上立法的步伐,如大量出现的个人股票投资、基金份额投资、有限公司和合伙、合作企业的投资、银行非保本息存款性质的理财投资以及电子商务平台交易等,这些行为是否属于商行为,如何规范行为一方主体和行为双方主体,我们都缺乏法律划分基本理论,而

^① 例如,司法审判并未对“对赌协议”(估值调整协议)的法律效力形成共识。观察部分典型“对赌”案例可见,在判定对赌协议法律效力问题上,无论是有效判决还是无效判决,均是基本均以“不违反法律、行政法规的强制性规定”“非效力性强制性规定”或者“因违反《中华人民共和国公司法》强制性规定无效”等支撑结论。参见潘林:《重新认识“合同”与“公司”基于“对赌协议”类案的中美比较研究》,载《中外法学》2017年第1期。

划分理论的缺失一定程度上导致商事个人行为与商事组织行为在认定上的混淆与模糊。进一步来说,商事个人行为与组织行为划分理论的确立和完善有助于完善商行为立法。但是,当下生效的《民法典》所奉行的行为理论与商行为理论存在极大的差异性,简单适用民事行为理论处理商事活动已经造成相当程度的交易秩序混乱,亟须通过商行为立法构建商行为规则来弥补《民法典》之后的制度漏洞。

六、《民法典》的稳定性无法适应商业经济活动的变化性

民法的相对稳定性与商法的及时变化性是私法的基本规律。民法是几千年来人们生活经历、经验和规律的总结,规则稳定是民法的基本特征。商法既包括传统的交易习惯的归类与延续,更是伴随着因科技进步和产业变革而导致的商业经济活动方式不断创新、不断更新、不断变化的结果,规则变更、规则创新、规则改造是商法的基本特征。《民法典》的编纂需要充分考虑规则和制度的稳定、延续、持久,但这一理念不宜用于商事立法,商法需要在规则稳定的同时,充分兼顾规则和制度的创新性、及时性和时代性,需要适应商事发展而及时修订。现代商事活动日益多样化和复杂化,证券、信托、基金等金融产品不断更新换代;互联网技术革新更使得商业模式发生重大变化,同时也促进商行为的多样化和商主体的丰富化与多元化。当前电子商务、O2O线上线下对接、移动互联网商业交易、商事金融行为、商事数据行为等新型商业营利模式在世界范围内蓬勃开展,不仅企业在经常性地实施商行为、从事经常性营业的传统商人在继续实施商行为,甚至非从事经常性营业的新型“商人”在以营利为目的进行交易时也在实施商行为。现代商法的适用对象已经不再局限于传统商人和企业,而以调整复杂多变的市场交易关系为己任,简言之,无论是传统商人、企业还是进行营利活动的“准商人”,均有为商法所调整的可能性,只要在某一具体商事关系中,至少一方当事人的行为存在营利性,即为了追求经济利益的最大化而交易。^②世界范围内网络购物的迅速发展使商业交易成本变低,也使“商人”这一群体的准入门槛变低,商人群体在结构上发生重大变化并更加壮大;立法对企业设立条件的降低使企业的设立更加便利,科技革新促进企业交易行为模式的多元化。尽管商法的调整对象仍然主要是企业行为和商人行为,但随着企业营利行为的创新化、多样化和商人群体的多元化,商法的调整对象亦随之扩大。

在商事活动中,商人为了追求更高的商业利益,不断创设新的交易模式,这些模式常常无法被纳入现有法律规范的调整范围,为解决由此产生的新问题,通常需要创制或修订现行商事法律规范。例如,1900年生效的《德国商法典》至今已经过近百次的修订,而几乎同时期制定的《德国民法典》的修改次数则相对寥寥。中国虽然没有商法典,但颁布有大量的商事单行法。一些商事法律法规的修订频率较之其他法律相对较高,如《公司法》自1993年制定以来已经历了5次较大的修改,引入了大量的国际商事立法经验与规则。但是其他商事单行法修改次数相对较少,远远落后于国际商事立法进程。尤其近年来,为了适应金融资本市场的蓬勃发展,

^② 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。

面对市场经济发展过程中不断出现的新问题,商法制度也应当处于变化之中,因此商事法律法规的制定与修订频率应当加快,以符合商法本身所具有的变化性质以及满足现代商业环境日益变革的需求。

当然,现代社会的一个普遍现象是商法的修订永远跟不上商事交易创新。面对不断创新的商行为,法律适用的基本方法是:在没有制定出相应商法规范时,适用商法的一般原则,并用商法理念指导法律适用。因此,区别于民法的商法理念与商法一般原则是现代商行为创新获得法律确认的重要制度保障。

七、商法应当法典化

我国现今商法体系所采用的是“民商不分的混合立法模式”,原先的《民法通则》《民法总则》《合同法》《物权法》《担保法》等法律法规,尤其是现行《民法典》中包含了大量的商法规则,此外,还制定有一大批商事部门法律法规,如《公司法》《证券法》《保险法》《票据法》《企业破产法》《信托法》《证券投资基金法》《海商法》《电子商务法》等。在我国并未制定任何形式商法典的现状下,“混合立法”是一种现实选择。但是,这种立法模式必然导致民法规范与商法规范一定程度的融合,却无法有效区分,进而导致民事部门法中出现了本应坚守传统民法规则的领域向商法规则领域过渡,而本应体现商法理念的规则却依然体现的是民法思维。例如,《民法典》“委托人支付报酬条款”源于《合同法》相应条款,^①据此,我国委托合同原则上为有偿合同,受托人有权取得报酬。事实上,“有偿性”是商行为的特性,“有偿”相对应的规则是义务强化和责任严格。当年《合同法》创立时,该条规定将委托行为推定为商事委托,是为了满足商事营利性的要求。但是,在委托合同的消灭事由上,原《合同法》无法基于商事委托之有偿特性将严格责任理念贯彻始终,简单地采取了无偿委托之成例,规定委托人或者受托人可以随时解除合同,^②这就造成了规范性质的模糊以及民法规则商法化的问题。^③面对学界就此民商不分、规则混乱的批评,此次《民法典》编纂对此进行了修订,提出了“无偿委托”和“有偿委托”责任的不同归属,^④但是,这一修订又与《民法典》第928条确立的委托合同的商事属性产生了实质性冲突,同时还引发委托合同“有偿”与“无偿”属性的划分原则、认定方法等一系列理论和实践问题,必然导致法律适用中对其解释的不统一,甚至混乱。又如,关于民商事“担保方式”,原《担保法》规定:“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。”^⑤该条规定显然也是商事保证泛化的结果。面对学界和实务界的一致批评,《民法典》编纂对这一条款做了实质性修订,规定:“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任。”^⑥但这一修改的结果却没有考虑商事交易的特殊需求,忽视了商事担

① 参见《民法典》第928条,原《合同法》第405条。

② 参见原《合同法》第410条。

③ 参见王建文:《中国商法立法体系批判与建构》,法律出版社2009年版,第25页。

④ 参见《民法典》第933条。

⑤ 参见原《担保法》第19条。

⑥ 参见《民法典》第686条第2款。

保的严格责任原则,同样陷入民商不分、顾此失彼的窘境,同样会引发司法实践中适用法律的混乱。另外,在部门法中也出现商行为规范体现不足的现象。例如,我国《信托法》对信托设立的条件作了以下规定:设立信托,必须有合法的信托目的;设立信托,必须有确定的信托财产,并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产;设立信托,应当采取书面形式;设立信托,其书面文件应当载明规定的事项。^{②7}由此可见,我国信托类型单一,《信托法》仅就明示信托作了规定,并未承认其他类型信托的法律地位。然而,面对实践中越来越多的委托理财现象,尤其商主体参与的委托理财行为,如果仅以不具备信托行为的形式要件而否认当事人之间的信托关系,代之以委托关系,当事人的权益恐难得到有效保护,信托制度亦难以健全和发展。因此,现行信托行为形式要件的规定扼杀了商行为推定规则的适用空间。此亦为民法规则与商法规则融合后带来商化不足的问题。

“判断一个法律部门是否具有不可替代的地位,主要取决于其是否具有独特的价值和作用,唯有符合此项条件才能彰显其存在的意义。”^{②8}正是由于商法具有独特的价值和功能,它才具有成为独立的法律部门的充分条件。从世界各国民法典和商法典发展的历史和私法进化的历史来看,传统私法主要建立在贸易基础之上,主要为商人而制定;从古巴比伦到古希腊雅典,再到罗马法及中世纪的商法,私法主要是商人法,主要规则基于商人的交易行为而创设。拿破仑开创了近代民法典的先河,但是,无论法国民法典,还是德国、日本民法典,近代大陆法系国家创制民法典所遵循的原则是将商法中成熟的、可以被市民普遍接受的规则汇入民法典之中,商人特有的不宜被全社会适用的规则仍然保留在商法典之中,这就是法国、德国、日本等国在编纂民法典的同时编纂或修订商法典,保持二部法典并驾齐驱的原因。尤其是“二战”以后,全球经济一体化和各国之间的贸易往来逐渐活跃,各国对于民法典的制定或修订相对较少,相反在商事领域,各国为了应对经济的迅猛发展,纷纷出台了林林总总的商事法规及法典。比如,美国没有统一的民法典,却在1952年颁布了《统一商法典》。英国没有统一的民法典,却在2000年将信用合作社法、保险公司法、金融服务法、建筑融资协会法、银行法、互助协会法等金融法规整合,出台了《金融服务与市场法》。因此在民商法混合立法与商法规则商化不足的情况下,我国应当重视商事法律汇编与法典编纂。

在中国式现代化的语境下,我们更需要客观认识《民法典》的制度价值与功能局限,更科学地认识商法的制度功能与价值。回顾商法的起源与发展,我们不难发现商事制度具有独特的发展轨迹与制度功能,然而随着社会经济生活的日益复杂化,加上互联网金融的飞速发展,商法固有的具体规则逐渐无法满足商事活动不断变化的需要,只有在不断创新与变化的商事实践活动中把握商法的独立性,及时创制与《民法典》相配套的商事一般法,积极推动中国《商法通则》或《商法典》的创制,将独特的商事思维运用到立法、司法与守法领域,才能不断完善商事法律制度、维护商事交易活动,从而促进整个社会经济朝着有序快速的方向发展。

^{②7} 参见《信托法》第6、7、8、9条。

^{②8} 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。

Problems and Reflections on the Theory and Practice of Chinese Commercial Law After the Promulgation of the Civil Code

Fan Jian

Abstract: The innovation of the commercial law system has created a commodity economy society, promoted the social transformation from commodity economy to modern market economy, and facilitated the formation and development of a modern democratic and law – based state. After the promulgation of the “Civil Code”, China needs to recognize the institutional value of the modern commercial law system and objectively evaluate the contributions and shortcomings of the current commercial law system. In response to the problems arising from commercial transactions, commercial legislation and commercial judicial practice, it is necessary for China to improve the Chinese commercial law system, resolve commercial disputes, build the commercial subject system, distinguish between commercial and civil acts, so as to promote the healthy and orderly development of the whole society and economy, and to promote the innovation of the basic commercial law and the codification of commercial law with commercial law thinking.

Keywords: Civil Code; commercial law; commercial law system

(责任编辑:杨志航)