

《商法通则》的设计理念

——营商环境与交易规则孰重？

□ 余 斌

摘 要:中国经济发展和商业文明迫切需要一部法律来促进商事交易,保护商人权益,保护商事产权,保障交易自由、简便、迅捷、安全,形成良好营商环境,增加国民财富。中国商法的起源和发展受制于政府的压制和干预,商人地位低下,营业自由与商事产权未能从商法的形式条文中获得良好预期。商法部门法公法性日益明显,商事交易过程中政府的干预控制增强,成为影响商事产权实现的重要原因,如果缺乏对目前商法体系结构性缺陷的审视而把精力放置在穷极商法区别于民法的特殊性来制定商事交易规则,并不能达到商法存续的目的。根据构建良好营商环境的客观需要,将政府职权边界与市场规则以《商法通则》一般条款的形式表达和纳入商法体系中,形成一种制度化的商事文明,是当前《商法通则》设计的主要思路和设计理念。

关键词:商法通则 营商环境 商事产权 政府 市场

中图分类号:DF59 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-5675(2018)01-069-06

一、问题镜像

十九大报告提出要“深化商事制度改革,打破行政性垄断,防止市场垄断,加快要素价格市场化改革,放宽服务业准入限制,完善市场监管体制”。《民法总则》制定后《商法通则》的编纂再次成为学界争论的焦点,大部分商法学者认为由于《民法总则》在制定过程对商法理念把握生硬,导致商事活动和商事裁判的不便利和不合理性,因此需要单独

制定《商法通则》并在时机成熟时制定《商法典》。然而关于《商法通则》要解决什么问题、性质为何,众学者解释不一。概括起来主要有两大板块,第一板块学者认为《商法通则》应是一部规定商事交易规则一般性条款的法律;把立法模式的选择集中在民商分立还是民商合一或者超越民商合一分立的折中体例,^①把立法总体布局的精力集中在突出商法区别于民法的特殊性,^②如某种商事权利的民商差异,^③以民法的精神进行处理和以商法的精神进

基金项目:中国法学会2017年度部级法学研究课题青年调研项目“商事通则编纂实证研究”(编号:2017y19)。

作者简介:余斌,中山大学法学院副研究员,广东广州510275。

① 朱大明.从公司法的历史沿革探索我国民商法立法模式的选择[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2017,54(03):52-59+158-159.赵旭东.民法典的编纂与商事立法[J].中国法学,2016(04):40-54.许中缘,颜克云.商法的独特性与民法典总则编纂[J].中国社会科学,2016(12):127-145+207.

② 赵旭东.民法典的编纂与商事立法[J].中国法学,2016(04):40-54.李建伟.民法总则设置商法规范的限度及其理论解释[J].中国法学,2016(04):73-91.

③ 刘凯湘.比较法视角下的商事留置权制度[J].暨南学报(哲学社会科学版),2015,37(08):1-10+164.

行处理的不同结果^①或是《民法总则》对商事关系调整不足之处^②,把商法性质定义为私法范畴^③;第二板块学者认为商法的公法属性日益增强,“商事法的立法和司法必须充分考虑宪法价值的贯彻和宪法原则的遵循,特别是宪法中财产权条款、营业自由条款必须得以充分尊重,同时必须考虑平等原则的要求”;^④“根据商法的宗旨及其机制有效运行的需要,将政府职责与市场规则予以规范化制度化而有机地纳入商法的体系结构中”;^⑤商法兼具管制与交易的双重结构;^⑥既主张商法的设计不仅要考虑私法的交易规则方面,也要从政府监管交易的权限的角度来设计商法,以使商法可以最大限度的促进交易保护商事产权。从这个角度出发,《商法通则》的制定首先要明确最重要的目的是什么?是对商事产权的保护抑或是对商事交易规则特殊性的归纳。为了回答这个问题,本文首先分析商事部门法修改对企业经营的影响,再次分析商事活动的特殊环境和商法制定的性质定位,最后提出《商法通则》的设计理念。

二、商事部门法的修改优化营商环境

我国目前提出的营造良好营商环境和保护产权政策,是对商事文明的历史重构。根据构建良好营商环境的客观需要,将政府职权边界与市场规则以《商法通则》一般条款的形式表达出来纳入商法体系中,形成一种制度化的商事文明,是商法立法设计的关键,关系中国能否在第四次工业革命中取胜。商法的设计不仅是一门法学工作还是一门社会学工作,需要考查商法的性质、发生作用的配套法规和国情。

(一) 三部门法历史沿革体现政府对商事管制的松紧

三部门法历史沿革体现修法的部分主要是政府管制部分而不是交易规则。

《公司法》经历了管制到逐渐放宽管制的过程。1993年的《公司法》确立了现代公司制度,同时规定“公司在国家宏观调控下,按照市场需求自主组织生产经营,以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的”,给国家的宏观调控提供了立法依据,同时限制公司向其他公司投资的比例,要求有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。2006《公司法》进行了发展,不仅减少了对公司资本的束缚,还限制了登记机关权利增加了义务。2014年《公司法》对资本制度进行了松绑,《公司法》的三次修订实现资本制从实缴到认缴再到认缴的过程。^⑦

《证券法》的修改反映了政府对证券市场的调控,证券法的两个主要内容第一是证券部门的职责,第二是公司的权利和义务。从1998年《证券法》的颁布到经历2005年、2014年两次修改,可以看出政府一方面给予公司更多的自主空间,另一方面让交易过程更加透明化,如从核准或审批改为核准,把原来的要约收购须先向国务院证券监督管理机构报送上市公司收购报告书改为公告;另一方面,《证券法》也从赋予证监部门更多职权来强化对市场的监督。从《证券法》的角度而言,政府的监管力度和深度是提高了。《保险法》的发展路径与《证券法》大致相同,在合同有效性方面放松了约束,但提高了对整个保险业的监管力度,监管措施

① 郭志京. 中国公司对外担保规则特殊性研究——兼论民法商法思维方式的对立统一[J]. 当代法学, 2014, 28(05): 97-108.

② 蒋大兴. 《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心[J]. 比较法研究, 2017, (04): 53-74. 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[J]. 比较法研究, 2015(04): 1-23.

③ 王利明. 民商合一体例下我国民法典总则的制定[J]. 法商研究, 2015, 32(04): 3-9. 赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学, 2016(04): 40-54. 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[J]. 中国法律评论, 2017, (01): 71-91. 李建伟. 制定商法通则的缘起及其立法价值的再认识[J]. 社会科学战线, 2015(12): 222-230. 文章认为: 借编纂民法典带来的历史机遇, 通过制定商法通则来推动商事法律制度的科学化、体系化之完成, 乃是一项重要的私法立法模式选择。

④ 夏小雄. 商法“独立性”特征之再辨析——基于历史视角的考察[J]. 北方法学, 2016, 10(05): 83-93.

⑤ 陈甦. 商法机制中政府与市场的功能定位[J]. 中国法学, 2014(05): 41-59.

⑥ 王文宇. 从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制[J]. 清华法学, 2015, 9(06): 62-78. 文章认为商法兼具公法之管制面而与民法分道而驰, 不论解释方法或立法政策上皆有与民法迥异之处。

⑦ 刘燕. 公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察[J]. 法学研究, 2014, 36(05): 32-56; 罗培新. 公司法强制性与任意性边界之厘定: 一个法理分析框架[J]. 中国法学, 2007(04): 69-84; 施天涛. 公司法的自由主义及其法律政策——兼论我国《公司法》的修改[J]. 环球法律评论, 2005(01): 81-88.

越来越细致化,增强了保监部门的监管力度。然而《证券法》与《保险法》发挥职能的显著特点还体现在存在大量的规章和其他规范性文件,这些法律文件的法律位阶低,但于投资者而言与部门法律发挥同样级别的作用,交易过程如不遵循或将前功尽弃。

(二) 世行报告凸显营商环境要义

从世界银行每年出台《营商环境报告》(以下简称报告)中可以看出中国营商环境排名不断提升,报告中关于营商环境的指标最重要的是设立一个企业的便捷度,第二是获得贷款的难易度,而这些是跟商法的改革紧密相关的。由于我国《公司法》的修改对设立企业登记、验资、最低注册资本门槛的降低,使得我国营商环境大幅度改良。通过以上对商法三部门法设置条款和沿革的分析,可见商法部门法是市场机制与政府职能交织的制度,商法部门法的历史沿革反映了一定的规律,是政府对商主体资格、商事登记和商事交易监管的进一步放权,总的来说是市场机制与政府职能你进我退的博弈过程,这个规律可为《商法通则》设计提供理论依据。目前而言,商法不能做到纯粹的“商人之间的法律”,而且现代商事交易的区域广泛性需要第三方的监督,因此商法的条文设计不可避免出现政府的监控。如果能够通过立法的精密设计,引导政府在进行调控可以尊重市场规律,合理合法放宽市场准入、最大限度地鼓励、便利企业交易,使企业根据已有法律可以预测投资将来,将会使我国的营商环境迈上一个实质性的新高度,实现真正意义的对接国际规则。因此,《商法通则》的设计不可避免要涉及如何规范政府对市场的调控条款,保护商事产权,所以《商法通则》的设计不仅是简单的商人交易规则的公因式。如果忽略了商法部门法的主要性质和功能,而把《商法通则》定性为商人交易规则的一般条款将影响本法作用和价值的发挥。

三、中国制定《商法通则》的特殊商业环境辨析

把商事活动根据部门法划分或者说从事交易

的主体性质可以划分为以下几个部分,证券交易、保险交易、银行业务、公司间的交易和公司内部治理等,《公司法》给予了公司间的交易和公司治理较大空间,即使在受法律规定较多的场域如股份回购、或者因民法与商法指导思想不同而受影响的商事担保等,当事人之间可以用合同的形式迂回,而其他三类主体受政府部门政策影响较大,“对于我国的证券法、保险法、商业银行法、银行业监督管理法来说,其真正特点不仅是作为适用范围的市场或行业有特殊性,而且是政府监管体制也有特殊性,比如其中包含大量的政府做商业判断超过法律判断的权限安排。尽管在当前的政府职能转变中,政府干预市场经济的审批权限已经大幅度消减,但是在商法机制中,政府调控市场的直接性却依然明显存在。”^①

法律不是也不能保证每一笔交易安全,只能控制总体安全;但目前立法设计的逻辑起点是以高成本来保护形式上的交易安全。如证监会批准证券交易所实施的中国股票市场熔断机制;保监会《中国保监会关于进一步加强保险资金股票投资监管有关事项的通知》规定,“保险机构股票投资已存在不符合本通知规定情形的,应当及时报告并进行整改”这种溯及既往的形式有可能挫败投资者的投资积极性;再如登记机关对强制登记的限度把握不准衍生出越界审查,妨碍商人主体资格的正常取得^②。

四、商法的性质考量

有学者认为商法是私法。商法,是指调整因经营行为而形成的商事法律关系的法律规范的总称。^③然而商法的部门法是公私兼具的法律,如果把商法定义为私法,那么如何来统帅公私兼具的部门法?我国目前的法律配套措施并不完善,如果仅是规定交易规则,能否起到保护商行为的作用?

《商法通则》作为可以指引商法部门法的一般性条款,起指导、统率作用,是阐明商法价值、弥补成文法规则缺陷、指引法官自由裁量的商法规范。

① 陈甦.商法机制中政府与市场的功能定位[J].中国法学,2014(05):41-59.

② 季奎明.商人主体资格的形成机制—以民法典中商人强制设立登记的存废为中心“中国商法学会研究会年会”论文集[C].南京:2017.

③ 范健,王建文.商法学[M].北京:法律出版社,2015:5.

《商法通则》不仅应规定交易规则而且应规定行政机关权力。从这个角度分析商法不是纯私法,商法的发展过程也证成是一个政府不断放松管制的过程。

西方商法的产生源于商人阶层的形成。商人阶层在交易过程中形成的习惯、纠纷的裁决、树立的价值以成文确立下来并受到商人的共同遵循,形成指导商事实践,定分止争的“宪章”。起初这种自治规则只是在商人间贸易时默认适用,后来逐渐上升成为具有普遍约束力的国家商事法规。16世纪中后期后,西欧推行海外拓展和重商主义,国家参与经济活动但并未影响营业与交易自由,而是鼓励商业发展。^①商事规则的透明与稳定给予商人投资交易的妥当预期,从而促进经济的发展。

与西方商法的发展过程迥异,我国商法经历由上往下,从公法性质逐步向私法过渡的过程。要保证这个过程,目前《商法通则》的制定需要是一个限权的法律,即不能仅是交易规则。另外,值得深思的是,既然商法部门的修订部分主要是放松政府管制,那么作为商法一般条款的《商法通则》是否应该把放松政府管制作为主要目标?在这样一种逻辑前提下,《商法通则》是公私法性质兼具的法律,这种性质定位将指导本次的设计理念。

五、《商法通则》的设计理念

商事行为发展日新月异,互联网金融、互联网实体、投行、地产的创新理念冲击着传统的立法思想,互联网下的经济全球化使资本成为数字穿越光纤突破了国别,监管不足将导致金融危机,而监管过头将导致资本外流,强国富民的美好愿望将无法实现,商法立法的问题已然不是交易规则和民商合一或民商分立可以概括的,而是需要从宏观上考虑如何合理、有效地回应上述巨大变化。因此《商法通则》的起草,“不是‘法律研究’的问题,是要做‘社会研究’,立法参与者要准确把握我们生活的社会到底发生了什么变化,其中,哪些变化需要编纂

商法通则予以回应?”^②立足于考察和分析,我认为,编纂商法通则应当贯穿以下基本理念。

(一) 立法主体多元化

主张立法主体多元化,是为了避免在“商法公私法性质兼具”的名义下,或借口“商法公法化发展大趋势”,而出现行政权力过多地介入商事领域,或商事主管部门的利益法制化。“需依赖政府大度同意的自觉性,特别是对超越部门利益的客观认识的坦然承认,以及能够主动放弃部门权力的社会责任操守。”^③因此,商法的制定是一个多部门联动的过程。为此,应当参照《民法总则》的立法模式,由全国人大常委会法制工作委员会牵头,国务院法制办、最高人民法院、最高人民检察院、商务部、国家工商总局、证监会、银监会、保监会、中国法学会、中国社会科学院等部门参与。这种模式,既体现《商法通则》作为商法基本法由立法机关主导的基本原则,发挥商事活动主管部门和司法机关的积极作用,又体现了依靠专家科学立法、民主立法的基本原则。

值得提及的是,最近几年,部分省级人大、地方党委针对营商环境的突出问题,已经联合有关部门积极筹划制定有关改善营商环境的地方性法规、行政规章,其中有相当一部分内容与《商法通则》的目标一致。^④虽然,以地方性法规或行政规章来调整商事关系与法治经济的要求越来越不相称,并可能影响商事法制的统一性,但是,地方创造的商事立法经验,特别是由多部门共同起草商事法规或规章的经验值得借鉴。

(二) 刚性划定政府职权活动的边界或红线

可以这样说,无论是把商法作为私法还是把它视作公私兼具的部门法,商法通则必须解决好政府、社会与市场的关系,确保市场作为资源配置的决定性作用的发挥,确保社会主体商事自治、营商自由,确保公平正义、充满活力的商业秩序。这里,关键是明确政府即国家行政机关、特别是直接主管

① 邹海林,张辉.商法基础理论研究但新发展[M].北京:中国社会科学出版社,2013:9-10;夏小雄.商法“独立性”特征之再辨析——基于历史视角的考察[J].北方法学,2016,10(05):83-93.

② 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[J].比较法研究,2015(4):1-23.

③ 陈甦.商法机制中政府与市场的功能定位[J].中国法学,2014(5):41-59.

④ 以广东为例。

部门在商事领域的职能与职权,为政府监管划定刚性的边界,也可以说是划出一道红线。

国内外商事法治的历史和现实充分证明,以商法一般条款或基本法的形式为政府设定权力边界至关重要。但是,中国商业的发展一直处于政治权力的干预之下,致使中国从未真正出现商事自治和商业自由。即使在力推社会主义市场经济体制的背景下,商事活动有时仍然受到行政权力的不当干预,“抑商”的痕迹仍然处处存在。例如,中国的公司制并不彻底,处于一种半公司制状态,国企享有各种“隐形”特权,甚至出现政府与民争利,这些严重违背市场规律和公平原则的现象依然存在。要克服这些现象,必须运用法律杠杆,以保证商业公正为价值导向,理清政府与商业社会和市场的关系,把商事监管部门的权力“关进制度的笼子里”,防御公权力对私人主体的任意侵犯,进而确保公民的商事财产权利得到确实的保障,为开展各类营业活动奠定法治基础。当然,营业自由也非绝对自由,绝对的自由必然导致市场秩序的败坏,目前,我国某些“上市公司、金融机构无休止地恶性竞争,某些中小企业、个体商人唯利是图,某些国有企业僵化与垄断,证券市场成为某些利益集团圈钱的‘跑马场’。在这种官商不分、民商不分的体制下,商人的资格与身份被滥用,商事特权与限权失范,商业利益与政治权力的勾兑导致了严重的社会腐败。常常出现这一怪象:一种商主体或商行为的引入或创新随机伴生一场波及面甚广的商业欺诈与犯罪”^①。因此,在维护社会公共利益的基本前提下可以对这些商事活动加以适度限制,但是必须遵循严格条件,例如目标的正当性、适合性、比例原则、符合平等原则等,同时严格区分经济纠纷与经济犯罪。

可以借鉴发达国家的做法,例如,“法国的宪法委员会对国有化法律是否构成对于营业自由的限制讨论;德国宪法法院围绕所谓的股权财产权作出判决,将股权的保护纳入到基本法第14条的解释框架下,对限制股东知情权、排除股东资格等法律的合宪性进行了审查;意大利宪法法院也对‘营业

自由权利’进行了司法解释和监督。”^②西方商法的发展史展示了商人阶级的崛起,从政府放权到重商主义再到刚性的违宪审查,因此即使商法里只是规定了纯粹的商事交易规则,但其背后有着强大的相关配套法律体系支撑商事营业自由和保护商人利益,而我国这些法律背景和商法的配套实施法律体系尚未完善,因此在商法中加入对行政机关的限权措施、完善违宪审查机制至关重要。

(三) 科学设计《商法通则》的宗旨

编纂《商法通则》,最根本的是科学设计《商法通则》和整个商事立法的宗旨。我认为,商事立法的宗旨在于:

第一,促进交易。《商法通则》,特别是其中基本原则的规定要解决的第一个根本问题,就是如何最大限度地促进交易和市场准入。如何鼓励诸如携程、美团等代购的网商的发展,同时又打压不良黄牛党的存在。在促进交易方面,要贯彻对市场主体“负面清单”制,即有限度的“法无禁止则自由”、对行政机关“法无授权不得为”的原则。

第二,鼓励创新。鼓励商业创新,包括经营模式的创新、商事规则的创新、跨国经营理念的创新等,是中国商法基本功能所在。应当看到,在商业创新方面,我国企业、特别是民企有相当出色的表现,支付宝、微信支付、跨境电商、手机一键通等走在世界的前列,具有这些领域规则制定权。《商法通则》应当大力支持和鼓励这些创新。同时,《商法通则》还要为新模式、新规则的出现留有足够的制度空间。

第三,保护投资。保护投资包括两个方面的含义,便利投资和保护财产,既要营造良好营商环境吸引投资者,更要使投资者的产权可以得到法律的妥善保护。

以上三个原则在商法的不同领域具有不同的诠释。在统帅公司经营方面,要形成负面清单准入规则,便利交易,减少区别于《民法总则》特殊性的描述;在统帅证券、保险、银行业等方面,可以从规范政府职权的角度入手,既方便政府部门在执法和

① 范健.走向《民法典》时代的民商分立体制探索[J].法学,2016(12):21-27.

② 夏小雄.商法“独立性”特征之再辨析——基于历史视角的考察[J].北方法学,2016,10(05):83-93.

出台文件时具有上位法的依据,又方便司法部门在裁判时如果没有直接的法条可以适用时援引《商法通则》的条款,更重要的是让投资者一方面遵纪守法进行投资交易,另一方面不让商事产权受到侵犯。

(四) 兼顾一般交易规则与具体交易规则

商法的重要性“在于它对营利性的商业模式与商业交易的鼓励、保障与规制”,《商法通则》不仅要解决商主体的资格、准入、权利变动、保障等问题,还要形成一种对营商环境的切实保护的“法律圈”。^①这就涉及如何处理到一般规则与具体规则的关系,用句通俗的话说就是做到“抓大放小”。

抓大,就是《商法通则》要着眼于凝练当代商法的普遍原理、一般原则、通适规则,为商事法律体系筑起四梁八柱;跳出“商法是民法特别法”的泥潭,建筑起商法独立的统领大厦。如果商法通则的起草只是着重于交易规则,将有可能跋扈弄尾。

放小,不是不管具体问题、具体规则,而是把具体问题和具体规则置于商法体系中统领性问题和原则之下,具体规则是从统领规则中派生出来的,且与统领性规则协调一致。

除了原则和规则之外,《商法通则》还要学习制定《民法总则》的经验,把概念问题作为立法的始终关照。概念与原则、规则共同为法律要素。在法律及其实施中,法律概念具有表达、认识、提高法律合理化程度三大功能。^②包括我国《民法总则》在内的世界主要法典,都用大量篇幅(条文)提出概念、解读概念、界定概念,用概念凝聚共识。编纂《商法通则》也必然要遇到大量概念问题,也要强化概念意识,梳理工商法律活动的概念体系,以明晰的概念体系构建商法通则和商法体系。

(五) 认真对待商事产权保护

市场经济“需要建立财产权利体系,明确财产的归属,禁止他人对财产的非占有,允许所有者依法对财产的自由处分。所以,商品经济所需要并由它决定的法律规则体系的逻辑起点是权利主体

制度和所有权制度。”^③鉴于产权明晰、财产安全是商事活动的前提,商法通则应包括商事财产权的一般性规则,把妥善保护商事产权作为政府的重要责任,同时作为全社会的基本义务。

商法通则还要提高商事主体的法律地位和社会地位,“当代中国既没有充分赋予商人特权的完备商法制度,也缺乏严格限制商人滥用经营权的系统规则”,“社会需要商法创新,以激发经济的创造力”,^④因此要创制一部赋予商人权利的商法通则,激发商人创造活力的商法通则,保护商人利益的商法通则。

结语

《商法通则》的起草“不敢暴虎,不敢冯河”。从商法发展的历史来看,商法是商品经济和市场经济的促进法,商法精神的弘扬助推经济繁荣和社会进步,企业家阶层的崛起关乎国家的雄大和强盛,因此,商法通则的起草和商事法律体系的构建要立意高远、视野开阔。西方的商法经历了一个从自治规范到商人特权再到国家调节和支持,最后形成普通法律的过程,这个过程不仅是调整商行为的过程,更是政府放权、尊重商事活动、努力营造良好营商环境的过程。我国的商法经历了重农抑商、计划经济、国企经济的过程,目前深入推进以市场化为导向的经济改革,提出“加快建设法治经济和法治社会,把经济社会发展纳入法治轨道”,着力完善社会主义市场经济法律制度,营造公平竞争、规范有序的经济环境,打造法治化、国际化、便利化可预期的营商环境。这些为编纂商法通则、创新和完善商法体系提供了难得的历史机遇,我们要抢抓机遇,转变理念,理清思路,解决问题,凝聚共识,以商法学界的集体智慧起草一部理念先进、技术规范、符合国情、融通国际的《商法通则》,为建设社会主义现代化强国贡献我们的力量。

责任编辑:刘峰

① 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(06):107-125.

② 张文显.法理学[M].北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2011:67-68.

③ 张文显.中国步入法治社会的必由之路[J].中国社会科学,1989(02):181-194.

④ 范健.走向《民法典》时代的民商分立体制探索[J].法学,2016(12):21-27.