

商法通则立法必要性和可行性研究

赵旭东*

[摘要] 民法典的编纂为商法通则的制定提供了历史性的机遇。商事立法应当为民法典的编纂做出特殊贡献，其并非民法典编纂之外的立法任务，是对民法典立法及法律实施的跟进。商法通则的制定不仅是社会主义市场经济法律体系完善的内在需求，同时也是营商环境法治化建设的关键环节，而且为“大众创业、万众创新”提供商事法律保障，更有利于为“一带一路”倡议提供制度资源。

[关键词] 商法通则 商事立法 民法典 营商环境

民法与商法的固有联系决定了商事立法在民法典编纂中的特殊地位，为完善社会主义市场经济的法律体系而编纂民法典，这其中包含对商事立法的迫切需求。在编纂民法典之际，既要探讨民法和商法的立法体例，更要加强商法的研究，探索出商事立法的科学路径。随着我国多部商事单行法的出台，实务与理论界就商事立法模式逐渐取得基本共识，即我国亟需制定一部一般性的、统领性的商法通则。

一、民法典编纂背景下的商法通则立法

(一) 商事立法在民法典立法中的特殊地位

商法是与民法紧密联系的重要法律部门，在整个法律体系中，民法与商法的关系最为特殊，是联系最为密切的两个法律部门。在学理上，不论是民商合一，还是民商分立，商法都被认为是民法的特别法。我国的民商事立法一直采取单行法的立法方式，既未制定统一的民法典，也未制定统一的商法典，对于我国现行立法体例是民商分立还是民商合一，实际上很难进行清晰归类和严格定性。民法与商法固有的紧密联系决定了商事立法在民法典立法中的特殊意义，民法典的立法在广泛和实质的意义上也包括商法的立法，民法典的体例布局和内容安排不能不统筹和协调与商事立法的关系。

商法与民法同为我国社会主义市场经济法律制度的重要组成部分，商法对市场经济

* [作者简介] 赵旭东，中国政法大学民商经济法学院教授、博士研究生导师，中国商法学研究会会长。

的作用尤为突出。编纂民法典是《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）中所确定的立法任务，《决定》在加强重点领域立法的部分写道：“加强市场法律制度建设，编纂民法典。”这表明，编纂民法典这一重大立法的主要出发点和目的是为了加强市场经济法律制度建设，完善社会主义市场经济法律制度体系。也即《决定》是把民法典定性为市场经济的基本法律，而非只是狭义的普通民事立法。就市场经济法律而言，与之联系最为直接和紧密的恰好是商事法律制度。加强市场经济法律制度建设，重要的内容是要加强商事法律制度建设。

然而，在我国目前的法律体系中，最为短缺和不足的正是商事法律制度，与民法相比，商事立法的缺陷十分明显。尽管我国尚无统一的民法典，但至少还有一部统领整个民事法律的《民法通则》。而迄今为止，商法只有各个单行商事法，缺少一部类似《民法通则》、规定一般商事法律制度、统领整个商法领域立法的系统性法律文件，整个商事立法处于完全零散化、碎片化的状态，与部门法应有的体系化、科学化的要求相距甚远。根据全国人大对我国法制建设和立法工作的总结，我国社会主义法律体系已经基本建成，这意味着我国法律体系中主要的法律部门都已颁布了相应的法律，但并没有完全建成或齐备，尚有一些重要的法律有待制定，其中最突出的就包括商事的一般立法，在传统法典化的体系中，作为相对独立的部门法，只有商法等少数部门缺少统领性的一般立法。

由此，为贯彻落实《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，为实现民法典的立法初衷和主要目的，为加强社会主义市场经济法律制度建设而编纂民法典时，不能不对商事立法给予充分的重视和应有的安排。

（二）商法通则立法与民法典编纂的关系

我国民法典的编纂正在进行之中，目前民法总则已经颁布，民法分则各编的立法正在全面推进。是制定一部囊括商法通则的民法典，还是单独制定商法通则，是民法典立法最为重要的立法抉择，这种抉择将直接决定民法典的体系结构和内容取舍。对此，在民法典编纂开始，学界和社会各方曾有过广泛的研讨，也有过各种主张和建议。从目前已经颁布的《民法总则》来看，并未包含和涉及商法通则的制度和规范，因此，商法通则的立法任务需要在民法典编纂的整个立法工作中予以专门的筹划和安排，应尽快就此形成明确的立法思路和工作部署。对此，我们认为：

首先，应明确肯定我国民商立法的基本体例既不是完全的民商合一，也不是完全的民商分立，而是有分有合、民法法典化和商法单行化的折中模式，也可以说是民商立法的第三种模式。所谓的分，就是民法典与商法分别立法、商法通则与各个商事单行法分别立法，不再制定一部无所不包的民法典和包罗所有商法规范的商法典。所谓的合，就是在某些领域将商法规范与民法规范融为一体，如商事合同与民事合同融于统一的合同法之中，商事信托与民事信托融入统一的信托法之中。统一的民法典和单行的商事法共同构成民商立法的基本体例，这样的立法体例其实正是我国目前已经和将要形成的立法模式。

这样的民商立法安排既反映了民法典立法以解决问题为导向的指导思想，填补了商事立法的空白；又富有创新，超越了西方国家民商合一与民商分立的传统模式。同时也表现出鲜明的中国特色，与我国几十年来已经形成的民商立法的现实格局高度契合，保持了国家立法体系的传承和基本稳定。

其次，应对商法通则进行相对独立的立法，保持其完整、系统的体系和全面的内容。与《民法总则》一样，应制定的商法通则实际上相当于商法典的总则，它也有其自身的制度体系和丰富的规范结构，我国立法规划都应尽可能地维持商法通则的合理体系结构和内容的完整，以充分地实现其立法目的。

需要说明的是，制定商法通则并非民法典编纂之外的立法任务，由民法与商法之间一般法与特别法的紧密联系所决定，广泛和实质意义上的民法典立法也应包括商法的立法。《决定》不仅确定编纂民法典，还指出要制定和完善加强社会主义市场经济法律制度建设等其他方面的法律法规，无论是从民法典角度还是从其他法律法规角度，都应该将商法通则纳入其中。我国立法机关此前虽无商法通则的立法规划，但民法典的编纂恰好可以将商法通则作为民法典的特别部分做出特别的立法安排。

二、商法通则立法的必要性和重大意义

（一）市场经济法律体系完善的内在需求

2014年10月20日，党的十八届四中全会审议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，指出“社会主义市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，完善社会主义市场经济法律制度”。《决定》强调了法治在社会主义市场经济建设中的基础性地位与决定性作用。在社会主义市场经济的发展过程中，由于与市场交易关系相伴而生并逐渐占据主导地位，因而，商法作为规范市场交易关系的基本法，在庞大的社会主义市场经济法律体系中发挥着不可替代的作用。

1. 商法产生于市场经济的需求

商法规则是市场经济的原则、基本内容及基本操作方式在法律层面的制度落实，是商事实践与商事习惯的总结与升华。从商法的发展轨迹而言，商法是市场经济发展的必然产物。现代意义上的商法形成于欧洲中世纪，商业复兴，商人的社会影响力逐渐加强，得以根据自己的规则进行贸易活动，在商事交往中逐渐发展出商事习惯，并经反复适用形成商事习惯法。商法的发展历程表明，与其说商法是立法者的理论构造，不如说商法源于市场经济，是对市场运行规则的权威确认。

2. 商法调整与规范市场经济的发展

商法直接服务于市场经济，商法的发展促进市场经济的良性循环。一方面，市场经济以经济效益为导向，强调投入与产出之比，市场参与者的主要目的在于以最低的成本

实现利益最大化，而商业谈判存在交易费用，为避免市场参与者在每一次商业贸易中重新就贸易规则进行谈判，商法对作为商事交往过程中所形成规则的确认，旨在降低谈判交易费用，提高商业贸易的效率。另一方面，市场经济以一种促进社会总体经济福利的方式配置市场资源，而市场经济效用的有效发挥则依赖于完善的配套法律制度，规范市场参与者的行为，明确各自的权利义务边界。商法作为与市场经济联系最为紧密的法律部门，其产生于市场经济，通过对市场运行规律的总结，服务于市场经济。

（二）商事法律基本价值与理念的深化与弘扬

从本质而言，民法以调整人与人之间的关系为目的，自然伦理精神是民法的核心，“自由、平等”是其追求的价值。而商法对社会关系的调整则落脚于财产关系，商业伦理中的“效率、安全”是其核心理念，商法的独特之处在于其以鼓励营利和维护市场秩序为己任。

一方面，商事制度遵循“理性经济人”的人性假设，即市场主体基于自利原则首先考虑的是如何实现自身利益的最大化，并以此设计具体的行为规范，充分尊重商主体的自由和利益的基础。另一方面，市场经济通过优胜劣汰实现社会资源的合理配置，竞争是市场经济的一大表现，为避免盲目的自利行为导致经济关系的破坏，商事法律贯彻“安全”的价值取向，通过对商行为的调整将市场竞争规范于法律框架内。

商事法律基本价值“效率、安全”是民法典无法直接表述，而散见于我国商事单行法之中的。制定商法通则，实现对商事基本价值的重述与整合，有利于加强商事法律制度对市场经济的调整，促进市场经济的发展。

（三）超越民商立法体例争议的现实选择

商法作为市场经济的基本法，在市场经济中发挥着不可替代的作用。但就我国目前的商事法律制度而言，商法暴露出诸多问题，特别是民法与商法之间的关系问题，商法的立法模式等，我国的商事立法依然任重道远。正如张文显于2016年在中国商法学研究会年会上所言，“民法和商法同时发挥着引领和保障市场经济的作用，可以说是市场经济的鸟之两翼、车之两轮”，正值民法典编撰之际，谨慎处理民法与商法的关系显得尤为必要，事关民法典编纂的科学化与商法体系的完备性。民法与商法的关系存在民商分立、民商合一之说，二者并无体例上的优劣之分。但在当下中国，相较于二者的论争，商法通则的制定是超越民商分立、民商合一而存在的务实立法选择。

传统的民商合一立法模式既无必要也无可能。在传统民商合一体例之下，将所有的民商事法律全部囊括于一个统一的法典之内，其中既包括民法的各个部分，也包括商法的各个部分。这样的法典体系十分臃肿，既超出了一部法典文件正常的容量，有违法典化本身的合理性，同时也不符合民商事立法体例安排的逻辑性。另外，民商分立的立法模式并不可取，区别于民法体系的相对稳定性，商法体系则表现出鲜明的开放性与扩充性。商法的价值理性和技术理性使商法在保持相对稳定性的基础上，具有适时而变、不断创新的品质，从而使商法成为市场经济中最为活跃的法律。在这一部门，新的商法法

律领域层出不穷。从这个意义上而言,制定一部囊括所有商法规范的统一的商法典并无可能。

民法与商法作为私法的两个法律部门,属于一般法与特别法的关系,凡商事事项,商法优先适用,民法一般适用、补充适用,这一点已成为国内外法学界和实务界的一般共识。江平指出,“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”^①。我们在承认和尊重民商融合的中国立法趋势的基础上,应当坚持商法的特性与独立性。目前我国正在进行民法典的编纂,而商事法律制度又亟须一部一般性、统领性的规则作为引导,商法通则是完善商法自身体系的务实的立法选择。

(四) 商事制度改革逐渐深入的自主驱动

随着商法制度不断发展、完善,制定商法通则是商法制度自身体系化、科学化的现实选择。正如马克斯·韦伯所说,形式理性是法所追求的最高层次的合理性,即逻辑形式的合理性,法律发展的最后阶段就是专业法学家在文献与形式逻辑培训的基础上进行的系统立法,正是这种专业性、逻辑性和系统性,使立法与司法的技术趋于合理。商法作为一个独立的法律部门,其本身应遵循形式理性的要求。制定商法通则,实现对商法基本概念、基本原则、基本制度的整合,协调商事单行法之间的冲突,是当下中国对商法形式理性的最佳回应。

首先,制定商法通则是建立一般商事法律制度、实现商法制度自身体系化的必然要求。就我国立法现状而言,证券法、票据法、保险法、海商法、破产法等主要商事部门法的立法任务业已完成,但如同一个人徒有四肢而缺乏大脑中枢一般,整个商事法律体系缺乏一部一般性的商事法律规范来统领。一般商事法律制度不同于商事单行法,它是关于商事主体和商事活动的一般法律规定,是适用于所有商事法律领域和所有商事活动的共同性法律规则。

其次,制定商法通则是协调和消除相关商事法律制度之间矛盾与冲突的重要途径。我国现已发行的商事单行法,如证券法、票据法、破产法、保险法及部分商事条例与司法解释存在冲突,无法有效解决实务争议。而商法通则的立法定位既为商事法律规定提供统一的一般性规则,又实现了相关法律制度之间的协调。

再次,制定商法通则,可以合理提升商法规范应有立法位阶,确保商事法律应有的法律效力和权威。民法与商法同属宪法之下的部门法和基本法律制度,商事关系和民事关系具有同质性,都是市场经济关系在法律上的反映。民法调整平等主体间财产关系与人身关系,商法调整平等主体之间基于营利性活动所形成的商事关系。因此,商事法律制度也应以制定法律的形式来加以确立。然而,我国目前一些重要的商事基本制度,却多以行政法规、地方性法规甚至是部门规章的形式存在,对商事法律关系的调整产生障碍,商法通则的制定正是基于统一商法规范的立法位阶的需求。

最后,通过制定商事通则可以肯定和固化商事制度改革的成果,实现商事制度改革

^① 江平:《中国民法典制定的宏观思考》,《政法论坛》1977年第3期。

的系统化设计和制度化建设。市场经济的发展，不仅需要调整每个商事领域商事关系的法律规则，还需要满足商事关系整体调整和各个商事领域商事关系个别调整的一致与协调。商法通则作为商法法律关系的一般性规定，统筹协调各商事单行法，彰显着商事法律制度的完整性与系统性，是商事制度改革的深化、指导和引领。

（五）营商环境法治化建设的关键环节

营商环境的重要内容是法治环境，建设法治化营商环境是完善现代市场体系的重要环节。商事法治环境是法治环境的主要表现，而系统、完备的商事法律制度则是商事法治环境的核心所在。加强商事立法将在以下方面对营商法治环境产生直接的重要作用：

（1）树立商事法治理念，营造商事法治文化，加快形成以商事主体为中心，以平等、自治、效率、安全、公平、和谐、诚信、创新、开放为价值导向，主要依靠法律和规则健康运行的营商环境。

（2）健全和完善商法规范，保持强制性规范与任意性规范的合理布局，尊重商事惯例和交易习俗，建设有法可依、有规可循、宽严适度的营商法律环境。建立商事规范的评估、修订和清理机制，保持商法制度与营商需求之间的适应性和协调性。

（3）简政放权，放松行政管制，强化当事人自治，正确处理营商自由与市场监管的关系，以最少和必要为原则，建立适度监管机制。依法监管营商秩序，提供营商公共服务，规范执法行为，减少执法随意性、不确定性和选择性执法。

（4）依法赋予不同商事主体平等从业资格和权利能力，鼓励投资行为，保护营商自由，尊重经营自主。实行营商活动实体条件和程序安排法定化，确立“法无明文禁止即可为”原则，统一市场准入和退出条件，禁止对营商活动设置法外障碍和施加法外负担，切实维护商事主体合法权益。

（5）培育和强化商事主体的权利意识、义务意识、责任意识、诚信意识和风险意识，创造守法营商、公平竞争、诚实信用和交易安全的法治环境和秩序。给予各种商事主体平等对待，消除对民营主体的不当限制和歧视。规范优惠政策，消除市场垄断，打破地区壁垒，禁止地方保护，净化营商环境。

高度重视商业诚信建设，实行公示公信原则，倡导商事主体自治和自律，培育契约精神，弘扬商业诚信和道德。完善社会征信体系，建立违法者和失信者黑名单制度，加强违法失信行为查处和惩戒力度，增大违法失信成本。树立法律风险意识，有效防控法律风险，建立多元化、高效便捷的商事纠纷解决机制，改革和完善商事诉讼和商事仲裁制度和规则。

（六）为“大众创业、万众创新”提供商事法律保障

立足于中国特色社会主义社会实践，商法通则的制定不仅能加强社会主义市场经济法律制度建设，而且还是“大众创业、万众创新”的制度保障。在第十二届全国人大第三次会议上，国务院总理李克强做政府工作报告时，正式提出了经济发展“双引

擎”，一个是增加公共产品和服务供给，另一个就是“大众创业、万众创新”。随后，在2015年6月16日，国务院出台了《国务院关于大力推进大众创业万众创新若干政策措施的意见》（以下简称《意见》），指明了“大众创业、万众创新”政策的实施意义以及施行路径。其中，“大众创业、万众创新”的配套措施中提到了“深化商事制度改革”以及与之相关的其他内容，并对此做出了详细解读。不得不注意的是，“深化商事制度改革”不仅需要政策上的支持，更需要法律规范上的配套，此时，在政治和经济的大环境下，商法通则的出台是具有重大意义的，这也是制定商法通则的历史机遇之一。但需注意的是，对于商事制度改革不能过于狭隘地理解为仅仅是商事单行法的改革，从商事法律制度体系化的角度思量，商事制度改革也包含商事基本制度建设，甚至，商法通则作为商事一般制度、指导单行法制定的一般原则，其更应是商事制度改革的重头戏。

详细说来，“深化商事制度改革”所对应的实际上是为商法通则所规范的内容（见表1）。

表1 “深化商事制度改革”与商法通则相对应的内容

商事制度改革	商法通则
建立市场准入等负面清单，破除不合理的行业准入限制	商事主体、商事基本原则
支持各地结合实际放宽新注册企业场所登记条件限制，推动“一址多照”、集群注册等住所登记改革，为创业创新提供便利的工商登记服务	商事登记
建立和规范企业信用信息公示发布制度，制定严重违法企业名单管理办法，把创业主体信用与市场准入、享受优惠政策挂钩，完善以信用管理为基础的创业创新监管模式。依托企业信用信息公示系统建立小微企业名录，增强创业企业信息透明度	商事信用

从表1可以看出，商法通则中的商事主体、商事基本原则、商事登记、商事信用部分基本涵盖了《意见》中关于商事制度改革以及相关内容。其中，在商事制度改革中尤为重要是商事主体的改革，如将注册资本实缴登记制改为认缴登记制、放宽注册资本登记条件，降低商事主体创办企业的条件，使大众创业成为现实。但此改革主要体现在公司法上，而从事商业的主体参加商事活动，不仅包括创办公司、成为公司股东，还包括创办合伙企业等其他商事活动。因此，真正要使“大众创业、万众创新”更加接地气、更具有可行性，则需要商法通则对商事活动进行更深层次的指导，使商事主体在遵循商法通则的一般规定的同时，积极创业、创新，让一切创造社会财富的源泉充分涌流。

此外，仅仅凭借《意见》的行政规范效力无法很好地促进“大众创业、万众创新”制度的发展。必须指出的是，法律对市场经济的调整或市场经济的法治化相当重要的部

分是通过商事立法和商事法治实现的，促进“大众创业、万众创新”，必须依靠商法通则所具有的法律效力，以商法通则本身所具有的稳定性、对于商事领域一般制度提取公因式般的规定，调节“大众创业、万众创新”中关于创业创新的商事法律关系，以此达到法律适用正确，维护社会主义市场经济秩序的有序运行。

综上所述，商法通则的制定并不是偶然事件，实际上，其具有必然性。首先，由民法学者江平提出另立商法通则的构思，^①后由商法学者不断加以论证直至《中华人民共和国商事通则（立法建议稿）》以及立法解释书的出台，如今，民法典编纂更是促进更多商法学者投身商法通则的理论研究当中。其次，在民法典编纂无法容纳商法通则的内容时，商法通则只能单独立法，但这并不是逆民法典编纂而行，而是与民法典一道，共同促进社会主义法律制度发展与完善，推动社会主义市场经济前进，另外，民商学者共同研究商法问题也为商法通则打下坚实的理论基础。再次，虽然我国现今已经颁布了一定数量的商事单行法，但是仍然无法解决商事领域的一般制度问题。如今看来，商事单行法已具有成熟的立法条件，也为商法通则的制定奠定了坚实的立法基础和营造了成熟的立法环境。更何况商事单行法之间还存在冲突的现象，因此要解决矛盾，完善商法体系，必须依靠商法通则。最后，“大众创业、万众创新”是社会主义市场经济环境下新的经济政策，其有效运行需要商法通则等配套措施，而商法通则的出台也将有力地促进社会主义市场经济的快速稳定发展。

因此，商法通则不仅对于商法体系，甚至对于社会主义市场经济的发展都是十分重要、不可或缺的。在民法典编纂以及“大众创业、万众创新”等有利的社会背景下，我国立法机关应抓住眼前的历史机遇，着力制定和推出商法通则。

（七）为“一带一路”倡议提供商事制度资源

习近平主席在出访中亚和东南亚国家期间，先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”（以下简称“一带一路”）的重大倡议。“一带一路”倡议是中国国家顶层战略，它“既是中国扩大和深化对外开放的需要，也是加强和亚欧非及世界各国互利合作的需要”。全国人大常委会委员、全国人大法律委员会副主任委员、中国法学会副会长张鸣起指出：“顺利实现‘一带一路’战略，必须走法治化道路。要更加注重‘一带一路’对外开放面临的新情况和新特点，将国际经济贸易规则的新发展与新内容吸收进相关的国内立法中，为各国法律协调和趋同奠定基础，减少将来可能的法律冲突或法律障碍，努力打造一个稳定、公平、透明、可预期的营商环境。”^②

中国作为“一带一路”倡议的发起国，将责无旁贷地担起“一带一路”倡议法治化资源的供给。在商事制度供给上，可借鉴和吸收“一带一路”沿线国家的经贸合作规则，结合中国实际，制定出一部具有共通性、国际性的商事法律制度。中国商事法律制

^① 参见江平、梁慧星、王利明《中国民法典的立法思路和立法体例》，北大法律信息网：<http://article.chinalawinfo.com/Article Html/Article 21630.shtml>，最后访问时间：2018年1月27日。

^② 张鸣起：《“一带一路”战略亟须完善涉外法律体系》，人民网：<http://opinion.people.com.cn/n1/2015/1224/c159301-27968752.html>，最后访问时间：2018年1月27日。

度发展较晚,但发展质量高、速度快。适逢“一带一路”倡议蓬勃发展,商法通则的立法,应抓住历史机遇、借助后发优势,吸收沿线国家经贸规则优秀理念和规则,对接中国国内商事法律制度,为“一带一路”倡议提供商事制度资源。

(八) 中国商法国际化进程的必由之路

法律的趋同是指不同国家的法律随着社会发展的需要,在国家交往日益发展的基础上,逐渐互相吸收、渗透,从而趋于接近甚至一致的现象。从商法的发展历程来看,商法历经了国际法—国内法—国际法的轨迹,随着经济全球化的进一步加深,世界商法目前正处于再次国际化的阶段。中国商法在调整国内商事活动的同时,以国际贸易为代表的纷繁复杂的跨国商业活动及与此相关的其他关系,对中国商法的国际化提出了更高的要求。

在国际商业合作和争端如此频繁的今天,需要在充分借鉴国际商事制度理念和规则的基础上,结合我国国情,总结出一套兼具民族性与国际性的商事法律规范,实现中国商法国际化。商法通则的立法在借鉴和吸收国际商事条约和国际习惯的基础上,立足中国市场经济建设与商事立法的实践,是实现中国商事法律体系国际趋同性的良好机遇。

三、商法通则立法的可行性与有利条件

(一) 制定商法通则的立法基础

商事登记法的立法规划。作为商法通则主要组成部分的商事登记法早已两次列入立法规划。虽然商事登记法还没有出台,但是其两次被列入第九届和第十届全国人大常委会立法规划,一方面,体现出国家对于商事登记法的重视;另一方面,更体现了商事登记法的立法环境是十分成熟的,其中包括立法的条件成熟、是具有立法的可行性以及必要性的。必须指出的是,商法通则是由各个商事单行法的共同规则所组成的,此时商事单行法如商事登记法又已具备成熟的立法条件,因此对商事单行法“提取公因式”,制定商法通则也具有了坚实的立法基础(见表2)。

然而,商事登记法仅仅是商法通则的其中一部分,只反映了商事领域的登记问题,并没有覆盖商法通则所应规定的所有内容。商法通则的其余部分,如总则、商人、商行为、商号、营业转让等内容急需商法通则来统筹规定。具体来说,这些问题尚未被民法典所吸收和解决,也尚未有成熟的单行法出台,许多内容仍处于立法空白的状态。基于商法体系化和商法制度一般性的要求,把这些问题以及商法领域中的其他一般规律总结成一般制度,将之规定在商法通则中,这也是商法通则制定的历史机遇之一。

表 2 第九届至第十二届全国人大常委会立法规划

第九届全国人大常委会关于民商法的立法规划	第十届全国人大常委会关于民商法的立法规划	第十一届全国人大常委会关于民商法的立法规划	第十二届全国人大常委会关于民商法的立法规划
合同法	物权法	保险法（修改）	商标法（修改）
独资企业法	侵权责任法	消费者权益保护法（修改）	专利法（修改）
证券法	涉外民事关系的法律适用法	专利法（修改）	著作权法（修改）
信托法	商事登记法	商标法（修改）	证券法（修改）
商事登记法	企业破产法	侵权责任法	商业银行法（修改）
商标法（修改）	证券投资基金法	涉外民事关系法律适用法	期货法
专利法（修改）	公司法（修订）	—	电子商务法
著作权法（修改）	合伙企业法（修订）	—	中外合资经营企业法、外资企业法、中外合作经营企业法（修改）
收养法（修改）	商业银行法（修订）	—	—
公司法（修改）	证券法（修订）	—	—

（二）制定商法通则的理论准备

党的十八大做出编纂民法典的立法决策之后，积极参与民法典编纂和推动商事立法研究，就成为商法研究会的工作重心。我国立法机关全面启动民法典的编纂工作之后，中国法学会根据立法机关的部署安排，组织相关学科领域的专家学者开始了民法典的立法研究。民法典编纂的重要任务之一是统筹规划与其他相关法律部门的关系，其中特别是与商法部门的统筹与规划。

根据中国法学会民法典编纂研究项目领导小组的部署，商法学研究会就民法典立法中如何统筹商事立法和对《民法典专家建议稿》提出修改建议两项工作做了具体的分工安排，将不同专题的研究任务分别交由各个副会长和常务理事所在高校和研究机构分工承担，提出初步意见。此后又汇总各分工高校和单位的研 究结果，就其中一些重要的问题进行了更进一步的研讨，并就这些问题达成了初步的共识和意见。最后形成了《关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议》，并于 2015 年 6 月底呈送给了中国法学会民法典编纂项目领导小组，为民法典的编纂贡献了商法学界的力量和智慧。

关于商法通则的立法研究已有 10 余年的积累。几年来，围绕民法典编纂和商事立法，中国商法学研究会组织了一系列的专题研讨和学术论坛，开展了广泛、深入的研究活动。其中，2015 年在北京召开了“民法典编纂与商事立法研讨会”；2015 年在郑州召开的年会，确定的唯一主题就是“商法的现代化与民法典的编纂”；2016 年在北京召开

的年会，再一次把“民法典编纂与商事立法的独立性研究”列为年会的第一个主题。近期，吉林大学法学院和南京大学法学院也都分别主办了关于商法通则立法的专题研讨会。2017年的中国商法学年会也将商法通则的立法列为年会的主题之一。

商法学研究会这一工作的重视和研究得到了中国法学会的充分肯定和支持。中国法学会副会长张文显提出，在社会主义市场经济法律体系中，民法典与商法典是鸟之两翼、车之双轮的关系，商法学界应有强烈的意识，积极参与民法典编纂工作，推动商法通则等商事单独立法的进展。^① 2017年6月13日在商法学研究会工作汇报会上，张文显又再次强调，社会主义市场经济法律体系更多需要通过商法体现，应该举商法研究会全会之力争取早日向立法部门提交商法通则的建议稿，推动商法通则的立法工作。^②

商事立法与近年来我国商事制度的改革紧密联系，国家工商总局对商事立法和商法通则的立法研究也给予高度重视，2016年国家工商总局将商法通则立法研究列为总局研究课题，并由中国政法大学课题组具体承担，目前，该课题的研究基本完成，已经形成了商法通则的立法研究报告和立法建议稿及其立法理由书。

（三）制定商法通则的历史机遇

在中国，民法和商法的关系既不是典型的民商合一，也不是典型的民商分立，实际上民法与商法在不同领域呈现有分有合的态势。就现行法而言，现行民法领域主要为“《民法通则》+其他民事单行法”的模式，商法领域主要以商事单行法的模式呈现。商法通则的存在是否必要和具有正当性，以及商法通则与2017年3月出台的《民法总则》的关系，不仅仅关乎商法通则的立法形态以及内容组成，而且事关社会主义市场经济发展，但无可否认的是，商法通则的编纂是契合历史机遇的，有其历史上的必然性。

1. 追本溯源

最早提出制定商法通则的是民法学者江平教授，他在《制定民法典的几点宏观思考》中阐述了对于商法通则的构想：依照民法通则的体例，“在民法典之外另立商法通则”^③。后来，商法学界接过讨论与论证商法通则正当性及其内容的大旗，通过2004年召开的商法学年会关于“商事通则及其应用研究”的议题讨论、2007年商法学年会关于“和谐社会构建中的商法建设”的主题探究，形成了大量关于商法通则基本体例、专题内容、比较法上的经验总结等研究成果。在对于商法通则的研究态势呈现井喷式之时，2008年前后中国商法学研究会组织专家起草了《中华人民共和国商事通则（立法建议稿）》（以下简称《立法建议稿》）及其立法解释书，形成了摸索商法通则模式的第一次高潮。

该《立法建议稿》共10章91条，包括总则、商人、商行为、商事登记、商号、营

^① 参见张文星《2015年中国商法学研究会年会致辞》，法制网：http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2015-10/09/content_6297355.htm，最后访问时间：2018年1月27日。

^② 参见张文星《2017年中国法学会商法学研究会工作汇报会的发言》，民主与法制网，见：<http://www.mzyfz.com/cms/xuehuigongzuo/html/1535/2017-06-20/content-1275875.html>，最后访问时间：2018年1月27日。

^③ 江平：《中国民法典制定的宏观思考》，《政法论坛》1977年第3期。

业转让、商业账簿、经理与其他商业雇员、代理商、附则的内容，涵盖了商事领域基本制度，聚集了众多商法学者的智慧结晶。甚至可以说，《立法建立稿》的面世意味着商法通则的内容已经基本成型，商法学者已经基本达成一致共识，商法通则是与民法通则不同的关于商事领域的总则性立法。

自2008年《立法建议稿》形成到2014年，期间对于商法通则的立法研究高潮慢慢平息下来，如细水长流般，不时涌现出学者对于商法通则的新的观点以及专著。到了2014年10月23日，中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，其中明确提到了“加强市场法律制度建设，编纂民法典”，之后，民法学界掀起了民法典立法研究的热潮。

在民法典编纂的大背景下以及商法通则的制定显露曙光之时，商法学者再次集中投入到商法通则的研究中，涌现出大量有关于制定以及如何制定商法通则的优秀研究成果，形成了商法通则立法研究的第二次高潮。

2. 民法典编纂为商法通则的制定提供立法的契机

(1) 商法通则单独立法具有现实可行性。

虽然，商法通则仍未提上立法日程，但是对于商法通则的立法形态，总结持有民商合一以及民商分立等不同主张的学者的观点，可以分为四种立法模式：其一，独立成编式。在民法典体系内与《民法总则》、物权编、债权编等并列，独立成为一编；其二，独立成章式。在《民法总则》内，独立成章，统一规定商法通则内容；其三，分解融合式。把商法通则的内容拆解，分开融入《民法总则》的各个章节当中；其四，完全分立式。在民法典之外单独设立商法通则，并在民法典体系内有关民法与商法通则的联系与适用做相关的接口性的链接规定。

适逢此时，仔细探究《民法总则》的内容组成以及与商法通则四种立法模式的比较，能成为商法通则制定的依据。

第一，商法通则独立成编的模式并没有列入民法典编纂的立法计划中；第二，《民法总则》中并没有商法通则这一章的立法安排；第三，根据《民法总则》的具体内容，基本没有涉及商法通则的内容，商法通则中的内容并没有完全融入《民法总则》。

因此，在前三种立法模式皆没有实现的前提下，可以推导出第四种完全分立式的商法通则立法模式是比较可行的。再有，在民法与商法联系紧密的领域如合同、担保、信托等领域，虽然我国现行立法仍没有严格区分民事合同与商事合同、民事担保与商事担保、民事信托与商事信托，但是在这些领域中所体现的民法与商法固有的紧密联系，决定了商事立法在民法典制定中是具有特殊地位和意义的。在此意义上，民法典的编纂实际上涵盖着商事立法，民法典的体例布局和内容安排不能不统筹和协调与商事立法的关系。

(2) 商法通则的制定适应市场经济的需要。

经济基础决定上层建筑，而法律作为上层建筑的一种，理应为社会主义市场经济服务，而在市场法律制度建设，不仅需要民法典的存在，同时也需要商法通则的出台，两者相辅相成，各自作用于民事领域与商事领域，至此，才能为市场经济的发展保驾

护航。

(3) 民法典编纂为商法通则的制定奠定理论基础。

由于商法通则理论基础比较薄弱，没有形成系统理论，导致了商法通则的制定一直处于酝酿的阶段。而在民法典编纂当中，不少学者虽然不是直接研究商法通则的相关理论，但其对于民法与商法的关系或对特定商法问题有了新的理解，对原有商法理论进行了不同程度的深化，夯实了制定商法通则的理论基础。

中国商法学研究会 2017 年年会的核心议题“学民法典分则各编编纂与商事法律制度建设”，就是希望将民法典分则编纂与商事立法有机结合，为商事通则的制定打下坚实的基础。

因此，制定商法通则，既搭乘了民法典编纂的顺风车，也有利于与民法典并驾齐驱，为我国社会主义市场经济发展开启法律的绿色通道；不仅有政策文件的支持，而且有理论基础的积淀。总而言之，民法典编纂为商法通则的制定提供了历史性机遇，商法通则的立法成为社会的期盼。

Research on the Necessity and Feasibility of Making the “General Rules of Commercial Law”

Zhao Xudong

[Abstract] The codification of “Civil Code” provides historical opportunities for the formulation of the “General Rules of Commercial Law”. Commercial legislation makes a special contribution to the codification of the “Civil Code”. It is not a legislative task other than the codification of the “Civil Code”, which is a follow-up to the legislation and implementation of the “Civil Code”. The enactment of the “General Rules of Commercial Law” is not only the inherent demand of perfecting the legal system of market economy, but also it is the key link in the legislation of the business environment. It also provides commercial legal guarantees for “public entrepreneurship and innovation” and is more conducive to providing institutional resources for the “One Belt One Road”.

[Key Words] general rules of commercial Law, commercial legislation, Civil Code, business environment

责任编辑：高 镜