

# 论商法通则立法的缘起及时代价值

雷兴虎,薛波

[摘要] 我国《商法通则》的立法实践源远流长,当前制定《商法通则》的历史基础和理论依据已经坚实、充分。《民法总则》虽然确立了“民商合一”立法体例,但是在基本原则、民事主体法人、法律行为、代理等部分基本没有关照到对商事关系的调整问题,为《商法通则》立法预留了充足的空间和可能。制定《商法通则》是对民法典的必要补充和完善,是固化商事登记制度改革成果的最佳方式,是优化营商环境的重要举措,是完善中国特色社会主义法律体系的现实需要,亦是推进国家治理体系和治理能力现代化的题中之义。

[关键词] 商法通则;民法总则;立法不足;时代价值

[作者简介] 雷兴虎,中南财经政法大学法学院教授,博士生导师,中国法学会商法学研究会副会长,湖北武汉 430073;薛波,深圳大学法学院助理教授,法学博士,广东深圳 518061

[中图分类号] D923.99 [文献标识码] A [文章编号] 1004-4434(2019)01-0008-08

DOI:10.16524/j.45-1002.2019.01.018

当前,民法典各分编编纂正在紧锣密鼓地推进当中<sup>①</sup>。民商两法的关系是影响民法典编纂进程和质量的重重大疑题,商法的地位及其在民法典中的位置已引起了社会各界的高度关注。在日前召开的两会上,全国人大代表朱列玉提交了《关于制定商法通则的议案》<sup>②</sup>,指出《商法通则》应当涵盖商事基本原则、商主体、商事登记、商号、营业转让、商事账簿、经理权及其他商事代理制度等 11 项内容<sup>③</sup>。同时,全国政协委员、致公党四川省委副主任郑钰在接受记者采访时亦表示,我国现在缺乏解决国际商事争议的法律法规,建议制定《商法通则》,为“一带一路”倡议构建营商环境基础<sup>④</sup>。可以说,制定一部《商法通则》已迫在眉睫。

## 一、商法通则立法命题的历史演进

我国商法通则的立法实践最早可以追溯至清

末,清光绪二十九年(1903年)颁布的《商人通例》对商人的概念、商事权利、商号、商业账簿等问题作了明确规定;宣统二年(1910年),又编制了总计 7 章 84 条的《商事总则》,但未经审议;民国三年(1914年),将《商事总则》改为《商人通例》颁布实施,总计 7 章 73 条<sup>⑤</sup>。及至现在,随着后续民法典的历次起草<sup>⑥</sup>,制定《商事通则》的呼声一直未曾间断。1998年,江平教授提出制定《商事通则》构想,他从民法典制定的宏观视角分析认为,民商关系应当坚持两点论:一是民商融合的趋势;二是民法和商法的划分仍然有必要<sup>⑦</sup>。因此,应当对二者的范围作出界定,没有界定就谈不上融合,有必要按照《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)的模式,另立一部《商事通则》<sup>⑧</sup>。江平教授关于民商关系的观点引起了学界的广泛关注。1999年6月30日,由深圳人大法工委和中国社会科学院法学研究所合作草拟的《深圳经济特区商事条例》颁布,系新

[基金项目] 国家社科基金项目“双创背景下商事登记制度改革研究”(17CFX029)

<sup>①</sup> 民法典各分编 2018 年下半年提请全国人大常委会审议,预计 2020 年一并提请全国人民代表大会会议审议通过,从而与《民法总则》一起形成一个统一的民法典。

<sup>②</sup> 我国商法学界有称《商事通则》,亦有称《商法通则》,并有人对这两者认真作了区分。如赵旭东教授认为,“商事”一词较之于“商法”除学界较为熟悉之外,普通大众较为陌生。以《商法通则》命名,与《民法通则》相对应,给人一种同属法律范畴的直观感受,更符合法律概念的逻辑和大众的理解和接受。本文不作这种术语区分,文中可能会交替使用二者。

<sup>③</sup> 新中国成立以来,我国分别在 1954、1962、1979、2002 年四次启动民法典编纂工作,但均因历史条件所限,始终未能完成。见梁慧星:《新中国第三次民法起草亲历记》,《武汉文史资料》,2015 年第 9 期,第 4-9 页。

中国成立以来《商事通则》立法的首次尝试。该条例在2004年4月16日深圳市第三届人民代表大会常务委员第三次一次会议又进一步修改,可谓是《商事通则》从理论走向实践的标志<sup>①</sup>。之后,中国法学会商法学研究会前会长王保树教授从现实主义立场出发,全面系统的阐述了他关于制定《商事通则》的方法论、定位、指导思想和基本结构<sup>②</sup>。2004年中国法学会商法学研究会以《商事通则》立法问题为年会中心议题,提出要尽快完成《商事通则》建议稿的工作;2007年商法学年会上,商法学界围绕“和谐社会构建中的商法建设”这一主题再次探讨商法的完善及《商事通则》的制定问题;2008年商法学研究会在宁波成立了《商事通则》调研组,最终在2010年形成了包含10章92条的《中华人民共和国商事通则》建议稿<sup>③</sup>。自2010年之后,随着具有中国特色的社会主义法律体系的正式形成,学界虽然有零星制定《商事通则》的声音,但在全国人大的立法规划里,一直未出现过制定《商事通则》的计划。《商事通则》似乎已沦落为理论界自说自话的命题,离现实渐行渐远。

正所谓“面壁十年图破壁”,在沉寂数年之后,随着2015年民法典编纂工作的强势重启,民法典编纂的学术热潮显然激发了商法学界对《商事通则》进行新一轮评估和思考,《商事通则》的制定工作再现曙光,近两年来屡次成为商法学界争讨的焦点话题。2015年9月,在河南召开中国法学会商法学研究会年会上,时任中国法学会副会长的张文显教授明确指出,民法典和商法典是“鸟之两翼、车之两轮”的关系,商法学界要有意识地推动商事立法工作,要在已有的商事通则草案的基础之上继续推进<sup>④</sup>。之后他又进一步强调,社会主义市场经济法律体系更多要通过商法体现,商法学研究会应当早日向立法部门提交商法通则建议稿,推动《商事通则》立法工作<sup>⑤</sup>。张文显教授的系列发言推高了《商事通则》立法研究的热潮。2017年商法学界频频发力,展开了对《商事通则》新一轮的研究。2017年4月15日,河南财经政法大学召开了“第二届民法与商法的对话学术研讨会”;9月10日,中国商法学研究会邀请全国人大法工委主任沈春耀同志,专题

汇报与研讨“商事制度改革与商事立法中的《商事通则》立法相关问题”;9月16日,吉林大学举办“首届吉大商法高端论坛”,集中研讨《商事通则》的立法体例问题;10月13日,南京大学商法研究中心举办“商法通则与中国商事立法体系的构建”研讨会;10月14—15日,2017年中国法学会商法学研究会年会热议制定《商事通则》的可行性和必要性;11月17日,中山大学举办“国家工商总局《商事通则》立法研究”项目结项暨商法通则制定必要性与可行性研讨会;12月30日,北京大学举行“制定商法典——商法典编纂的全球印象学术研讨会”;2018年初,在北京召开的商法学研究会会长会议审议与研讨“商法通则专家建议稿”的定稿。《商事通则》的研究热度可谓一时两无,俨然已成为商法学界的“重头戏”。

在前后历经近20年的研究之后,在由王保树教授和赵旭东教授领衔的两代商法学人的不断开拓和努力进取下,在商法学界和实务界甚至行政机关的长期呼吁下,制定《商事通则》再一次重新回归于立法机关的视野之中。当前,民法典编纂正在全面推进民事立法的“体系化”和“科学化”,商法学界对《商事通则》的理论研究已经相当的系统和深入,制定《商事通则》的历史时机也已经成熟。商法不能也没有理由继续“沦落”为民法典之外的“散兵游勇”或“可有可无的注脚”<sup>⑥</sup>。商法必须认真、理性地面对自身的“体系化”和“科学化”及其统一的法源体系建构问题,尽早推动《商事通则》进入立法规划。这是民法典时代的商事立法、司法和理论必须面对的重大课题,亦是商法学人责无旁贷的历史使命。

## 二、商法通则立法的现实空间与可能

如果说,商法学界的理论研究为《商事通则》的制定提供了理论基础和历史依据的话,那么,《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)在商事关系处置上的欠缺和失当,则进一步为《商事通则》立法预留下了充足的现实空间和可能。在民法典编纂伊始,受限于既有的立法传统和现实因素等

<sup>①</sup>2013年12月25日,深圳市第五届人大常委会第26次会议通过《深圳市人民代表大会常务委员会关于废止〈深圳经济特区商事条例〉的决定》,废止了《深圳经济特区商事条例》。但这不能抹杀其实践价值及效用。我国学界有观点称《深圳经济特区商事条例》从制定伊始就一直处于“闲置”状态。笔者曾借在深圳工作之机,向深圳市工商局电话咨询过该条例的实施情况,事实上并非如此,该条例在1999—2013年一直发挥着重要作用。否定意见见樊涛:《我国民法典的制定与商事规范的构建》,《法学杂志》,2016年第11期。

<sup>②</sup>另外还有两个学者建议稿,分别为苗延波先生完成的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》,樊涛、王延川先生完成的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》。

<sup>③</sup>当然,这不等于要制定一部统一的民商法典,或者在民法典之外单独制定商法典。目前商法学界大部分学者均不赞同制定商法典或民商法典。

方面的考量,立法机关果断地作出决断,确立了“民商合一”的立法体例<sup>①</sup>。但是,“民商合一”该如何合,在哪些地方合,合的范围、程度及方式又如何等问题,学界并未达成共识。最终《民法总则》虽然在民事主体、民事权利、决议行为、代理等章节部分关照到商事关系,但并未完全反映商法的精神、理念、原则和制度<sup>②</sup>。《民法总则》对商事关系的调整存在重大欠缺和不足。

第一,《民法总则》未涵盖商法的基本原则。《民法总则》虽然确立了平等、自愿、公平、诚实信用、公序良俗、保护生态环境六大原则<sup>③</sup>,但是除去保护生态环境原则,其他原则都是在《民法通则》第三条、四条、七条规定基础上的承袭和沿用。尽管有学者从学理解释的角度,将这些原则也一概解释为商事活动的基本原则,并认为是《民法总则》对“民商合一”体例的立法创新<sup>④</sup>,但这似乎略显牵强。如果《民法总则》旨在规定统一适用于民事商事活动的基本原则,为何不对商事营业自由、商事交易简便、迅捷等具有鲜明商法特色之原则作出明确的规定?最让人难以理解的是,《民法总则》忽视了调整商事关系最重要的原则——外观主义原则。众所周知,外观主义原则主要适用于商事活动,真正体现了商法的特点,是商法得以部门化和独立化的根本皈依,亦是商法各单行法中不同制度、规范得以统一的指导性原则<sup>⑤</sup>。尽管《中华人民共和国民法总则(草案)》和《中华人民共和国民法总则(草案)》一审稿第六条第二款曾出现过外观主义原则的身影,但最终颁布的《民法总则》删除了该条规定,不得不说是个重大的立法遗憾。总之,从《民法总则》基本原则部分的规定观察,很难说《民法总则》全面贯彻了“民商合一”的立法体制。《民法总则》对商法原则规定的不完整和忽视是既定的客观事实。

第二,《民法总则》“法人章”存在“复印”《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的痕迹。《民法总则》民事主体“法人章”的条文构造,基本上可谓是《公司法》的“微缩版”(或缩简版)。尤其是“营利法人”一节几乎是《公司法》“核心规则”的复制。据笔者总结,《民法总则》“法人章”共计有 11 处复制了《公司法》12 个条文。如《民法总则》“法人章”之“一般规定”第六十七条法人的合并分立是《公司法》第一百七十四条、第一百七十六条的复

制,第六十九条法人的解散情形是《公司法》第一百八十条的复制,第七十条法人清算组的组成、清算义务人责任是《公司法》第一百八十三条的复制。《民法总则》“法人章”之“营利法人”第八十五条有关决议效力的规定是《公司法》第二十二条的改造,第八十六条规定的营利法人的社会责任是《公司法》第五条的沿用,第八十四条关联关系的规制是《公司法》第二十一条的复制。从我国民法典编纂的过程与法技术选择上考量,制定《民法总则》系对改革开放以来民事领域法律规范及司法解释的系统化整理和总结,法律继受的成分居多。因此,采用这种“复印”技术具有一定的现实性和合理性。但是,这种“复印”技术的运用必须掌握好限度,否则会造成体系上的混乱和适用上的难题。举例来说,《民法总则》第八十三条第二款将《公司法》第二十条第三款规定的公司法人格否认制度,直接“提升”至一般法规定,适用于所有的营利法人。但这一做法会带来两个明显的问题。(1) 规制范围过宽。我国目前的营利法人包括公司营利法人和非公司营利法人,在非公司营利法人中,国有企业和集体企业的独立性在法律上存在显著差异。在改革开放过程中,为了明晰产权绝大部分国有企业和集体企业已改制为公司,已改制为公司的国有企业可以适用法人格否认制度;对于未改制的传统国有企业,作为出资人的“国家”这一抽象主体,恐怕难以适用法人格否认制度。传统集体企业的出资人不明,同样存在无法适用法人格否认的问题。但是《民法总则》第八十三条第二款在适用对象上却未作区分,径直将法人格否认制度扩展适用于所有“营利法人”,显然与实践不符。(2) 适用空间有限。《民法总则》第八十三条第二款与《公司法》第二十条第三款、第六十三条在适用时,还可能存在适用重叠的问题。尽管依“特别法优先于一般法”适用之法理,公司法人格否认纠纷应当优先适用《公司法》第二十条第三款和第六十三条,但法律文本上的重叠却是客观存在的。《民法总则》“法人章”的条文构造采取“复印”《公司法》的立法技术,可谓是《民法总则》在商事关系处置问题上最大的欠缺和不足。

第三,《民法总则》“民事法律行为章”商法规范缺失。民法的核心是私法自治,私法自治经由法律行为(尤其是契约)而实践,法律行为乃践行私法自

① 见《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》(2016年6月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议),第3页。

② 赵旭东教授旗帜鲜明地指出:“《民法总则》对商法不作规定或者少作规定,就是最好的规定,不作设计,就是最好的统筹、最理性的安排,它给下一步商事立法留出了足够的机会和空间,由此也期待《民法总则》颁布后,商事立法也能够进入立法机关的立法日程。”参见《民法总则是对民法分则编纂的指导》,http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2017-03/22/content\_7063049.htm,2017年7月23日。

③ 见《民法总则》第四条、五条、六条、七条、八条、九条。



治的主要工具<sup>[11]</sup>。私法自治系借法律行为而践行,法律行为则以意思表示为要素<sup>[12]</sup>。因此,法律行为部分实乃《民法总则》的关键和核心。如果《民法总则》要彻底实现“民商合一”的目标,就应当在法律行为部分对商事关系作出周延的调整。遗憾的是,通观《民法总则》第六章“民事法律行为”四节28个条文,除第一百三十四条法律行为的成立将法律行为的类型区分为单方、双方、多方和“决议行为”实现了法律行为分类理论的重大突破之外,其他规定均是按照民事主体之间意思表示(主要是双方意思表示)为纽带构建起来的。除去第一节“一般规定”之外,有关意思表示(第二节)、法律行为的效力(第三节)以及法律行为的附条件和附期限(第四节),在《民法通则》《合同法》法律行为规定的基础上作了极大的补充、完善和发展,建立了以“意思表示”为核心的民事法律行为制度,在彰显意思自治原则上迈出了关键一步,是我国民事立法一个质的飞越<sup>[13]</sup>。例如,《民法总则》第六章第二节“意思表示”的规定系《民法通则》所没有。《民法通则》仅在第五十五条关于民事法律行为的有效条件使用了“意思表示”一词,其他条文中均未出现过“意思表示”一词。《民法总则》第一百三十七条规定了对话和非对话情形下意思表示生效时间,第一百三十八条规定了无相对人的意思表示生效时间,第一百三十九条规定了公告方式意思表示生效时间,第一百四十条规定了意思表示的方式以及沉默视为意思表示的要求,第一百四十一条、第一百四十二条规定了意思表示的撤回和意思表示解释规则,这些规定对于引导行为人在民事活动中作出意思表示以及在民事裁判中判定意思表示的效力具有重大价值<sup>[14]</sup>。再如,在表意瑕疵及其救济问题上<sup>①</sup>,《民法总则》第一百四十七条规定的重大误解时行为人的撤销权和第一百五十一条显示公平时受损害方的撤销权,系《民法通则》第五十九条规定之沿用。《民法总则》第一百四十八条、一百五十条则修正了《民法通则》第五十八条第三款受欺诈、受胁迫、乘人之危情形下的救济规则。原《民法通则》第五十八条第三款规定一方以欺诈、胁迫和乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的行为无效。但《民法总则》第一百四十八条、一百五十条规定为可撤销。这两种思路反映了两种不同的立法价值取向。无效论虽然也为当事人提供了救济,但彰显的是国家意志和家长主义价值观;撤销论则将表意不自由行为的效力

交由表意人意思自治决定,行为有效或无效端赖表意人是否行使撤销权而定,充分尊重了表意人的自由意志,彰显了意思自治原则。总之,《民法总则》“民事法律行为”一章主要是以意思表示为基础来设置相应规则的,属于典型的民法思维的产物。

众所周知,民、商法在规制模式上存在显著差异。民法以双方法律行为(主要是合同)为主轴,以保障和尊重民事主体内心效果意思的实现为其核心和遵循,从而践行私法自治的理念和精神。商法作为民法的特别法,虽然也遵循私法自治的理念,如在分析股权转让(质押)等交易时,不可避免地要论及意思表示。但商事关系甚为复杂多变,其不仅牵涉商主体双方的利益关系,而且往往也涉及第三人。保护第三人,实际上就是以客观公正的标准,保护正常的经济秩序<sup>[15]</sup>。在商事权利主体—商事权利义务—商事义务主体的思维链条上,第三人权利和利益之保护在商法规范设计时居于中心位置。商法为了追求其效率、迅捷的价值取向,一般不关注当事人的内心效果意思,往往以客观的、可以识别的外部标识,来确保商事交易的进行。如商事登记、公司决议外部效力、票据的签字签章等规定均是上述原理的体现<sup>[16]</sup>。正因如此,有学者指出,在有些情况下商法规范排除了意思表示的适用,明显地提升了外观法理和形式主义的地位<sup>[17]</sup>。《民法总则》如果要对商事关系周延的调整,就应当在民事法律行为部分,彻底摒弃传统民法思维指导下的以意思表示为核心的一元规制模式改采二元规制模式。只有融贯表意行为(意思表示为核心)和非表意行为(外观事实为基准)的法律行为规制模式,才可能周延地照顾到对商事关系的调整。但是《民法总则》“民事法律行为”章的规范设计,明显采取的是意思表示为核心的一元规制模式。从“民商合一”的视角来审视《民法总则》“民事法律行为章”之规定,基本没有关照到对商事关系的调整。

第四,《民法总则》对商事登记制度未作统一安排。凡商事组织的设立和运作均需商事登记规范,商事登记贯穿了绝大多数商事单行法,在商人制度中有着不可忽视的意义<sup>[18]</sup>。我国商事登记法律制度主要散见于《公司法》《证券法》《合伙企业法》《保险法》《商业银行法》《企业法人登记管理条例》《公司登记管理条例》《合伙企业登记管理办法》《个人独资企业登记管理办法》《企业法人登记公告管理办法》《企业登记条例》等相关法律、条例和规定之中。

<sup>①</sup>表意瑕疵行为包括欺诈、胁迫、乘人之危、显失公平、重大误解等情形,本质是行为人的表意不自由,之所以要对表意不自由的行为人提供救济,旨在维护意思自治原则。

商事登记立法形式分散<sup>①</sup>,内容重叠<sup>②</sup>,缺乏统一的立法理念和规划<sup>③</sup>。立法形式的分散和立法体系的混乱严重妨碍了商事登记制度有机体系的构建,也妨碍了商事登记制度功能的发挥<sup>④</sup>。长期以来,尽管商法学界极力呼吁制定一部统一的商事登记法,但一直尚付阙如。2013年2月中共十八届二中全会决定改革工商登记制度。随后,国务院和国家工商总局开始大刀阔斧地推进商事登记制度的改革。商事登记制度改革虽然在消减行政审批事项,降低市场准入门槛,鼓励市场投资,促进经济发展等方面取得了巨大成效<sup>⑤</sup>,但均是对行政法规和部门规章的制定或修改,行政化色彩较浓,效力层次也比较低。目前,我国商事登记仍然采用分散立法模式,商事登记立法混乱的局面仍未得到根本改变。实行“民商合一”体例的《民法总则》对商事登记制度的设计和安排,可谓是一个绕不过去的重大难题。《民法总则》如果要肩负起构建整个私法法源体系的重任,成为民商法规范的“一般性、总纲性、统率性”的法律文件,就应当在《民法总则》中设专章规定商事登记制度。但是,通观《民法总则》11章206个条文,却未对适用于所有商事组织的商事登记制度作哪怕一丁点的规定。

第五,《民法总则》对商事代理的特殊性关照不足。《民法通则》将民事法律行为和代理合并为一章,《民法总则》将代理与民事法律行为分开各单列一章,以凸显代理不同于法律行为的特殊性及其重要价值,但是《民法总则》对商事代理的特殊性关照明显不足。首先,《民法总则》第一百六十二条沿袭《民法通则》第六十三条第二款之规定,要求“以被代理人的名义实施民事法律行为”,坚持显明主义原则。但是,商事代理和民事代理存在明显的不同,商事代理仅限于委托代理,不包括法定代理和指定代理,不以显明为必要。其次,《民法总则》第一百七十三条第二款规定委托人或代理人可以随时解除代理关系。民事主体之间建立委托代理关系具有一定的人身信任属性,任意解除权适用于民事代理具有一定的合理性。但如果允许任意解除权无限制地适

用于商事代理,则可能会破坏商事活动的连续性以及商事代理人合理的经济预期。尤其对于有固定期限的商事代理合同,当事人双方均不得享有任意解除权。最后,商事代理系属持续性、职业性的营业行为,与个别性、一时性的民事代理判然有别。《民法总则》第七章代理之规定,旨在调整一般性的个别代理,对于代理商所从事的持续性、长期性的经营行为基本未作规制,最典型的例子就是经理权。在公司、合伙企业、个人独资企业中都存在经理问题,但经理权统一的内涵及经理的义务长期缺乏一般性的规定。缺少统一的经理制度,被学者认为是我国商法的体系性空白<sup>⑥</sup>。《民法总则》第一百七十条虽然规定了职务代理,但过于笼统和概括。没有在职务代理的范畴内对经理权、代办权作明确的规定,会影响到商人对代理工具的选择和使用。

此外,《民法总则》对营业转让、商业辅助人、商业账簿、商号等也未作规定。这些涉及绝大部分商事单行法的共通事项和补充规则,在接下来的物权编和合同编编纂也很难进行全面、系统的规定。

综上,《民法总则》虽然宣称坚持“民商合一”的立法体例,但是在内容安排上却忽略商法的特殊性不予体现,逻辑上存在明显的悖论<sup>⑦</sup>。《民法总则》在商事关系调整上存在的缺陷和不足,为《商法通则》立法预留下了充足的现实空间和可能。

### 三、商法通则立法的时代价值解读

一方面,制定《商法通则》的历史基础和理论依据已经较为坚实、充分;另一方面,《民法总则》对商事关系的调整存在着重大的欠缺和不足。应当说,当前制定一部“一般性、统率性和补充性”的《商法通则》可谓水到渠成。《商法通则》立法具有重大的现实效用和时代价值。

第一,《商法通则》是对民法典的必要补充和完善。尽管在《民法总则》制定时就有学者呼吁,应当制定一部具有“商法品格”的民法典<sup>⑧</sup>。但是从《民法总则》的内容设计观之,最终显然偏离了这一预

①我国商事登记的法律文件针对企业法人登记的一般性法律文件,如《中华人民共和国企业法人登记管理条例》;有专门针对公司、合伙企业登记法规,如《中华人民共和国公司登记管理条例》;有针对外商投资企业的专门规定,如《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》;还有专门针对企业登记中某一环节制定的法律文件,如《企业名称登记管理规定》。

②突出地表现在实体法和程序法之间的重叠。如《公司法》第十二章“法律责任”规定的许多内容在《中华人民共和国公司登记管理条例》“法律责任”章中重复出现。《公司法》一百九十八条公司违法登记责任和《中华人民共和国公司登记管理条例》第六十八、六十九条重复;《公司法》一百九十九条股东(发起人)出资违法责任和《中华人民共和国公司登记管理条例》第七十条重复;《公司法》一百九十九条股东(发起人)抽逃出资责任和《中华人民共和国公司登记管理条例》第七十条重复,等等,种种违例不胜枚举。

③2016年3月16日上午,国务院总理李克强在回答第十二届全国人大四次会议记者提问时表示,我国国务院各部门原有行政审批1700多项,现在已经削减近600余项目,本届政府减少1/3行政审批目标已经实现。[http://www.china.com.cn/lianghui/news/2016-03/16/content\\_38038808](http://www.china.com.cn/lianghui/news/2016-03/16/content_38038808),2017年10月27日。



期目标。《民法总则》未能实现对商事关系的有效调整,除立法技术运用上的失当,以及《民法总则》体系构造、自身容量等因素所致之外,更深层的原因恐怕还在于,民商法思维模式和思维方法上存在显著的差异,以及因这种差异所导致的民商事裁判技术上的分离甚至分立。当前,学界有一种声音,认为制定《商法通则》等同于《民法总则》,终极目的仍然是为了制定一部独立的商法典,实行彻底的民商分立。这种做法是对我国“民商合一”立法体例明显的“背离”甚至“叛变”,笔者对此不敢苟同。制定《商法通则》并非是对民法典的“背离”或“叛变”,反而恰恰是民法典的有益“补充”和“完善”。应当承认,我国商法学界在该点认识上存在重大的缺陷和不足。有相当部分的商法学者认为,《商法通则》应类似于《商法总则》,乃要对各商事单行法规范起到“一般性、统率性、贯彻性”的功能。其实这种观点只关注到了《商法通则》的部分功能,还不够客观和全面。《商法通则》还要发挥“查漏补缺”的功能,即对各商事单行法疏漏或不完整作“补缺性”的规定,这才是《商法通则》的核心价值和实际效用所在。恰如王保树教授所言,《商法通则》不是各商事单行法的一般法和上位法,而是和《公司法》《证券法》《合伙企业法》等商事单行法并列的单行法,它不漠视已经颁布并行之有效的单行商事法律,亦不替代单行商事法的完善和发挥作用,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<sup>[24]</sup>。所以,它不会取代《民法总则》一般私法的地位。《商法通则》既不是民商合一也不是民商分立,而是在尊重我国商事立法实践基础上对二者的超越<sup>[25]</sup>。笔者认为,这一认识相当精准并且与我国商事立法实践高度契合。自改革开放以来,我国商事立法就一直遵循单行法的立法形式,这种立法形式对于促进社会经济转型变革,保持商法的现代性和开放性等方面功不可没,其优越性已经得到了充分验证。我国民法典和商事单行法并存的私法体例,既能克服民商分立和制定大一统民法典的弊端,又能兼收法典和单行法之利<sup>[26]</sup>。因此,我们完全没有必要制定商法总则或商法典。正是因为对《商法通则》功能定位认识的偏差,导致制定《商法通则》的主张一直遭到

了来自民法学界的强烈反对<sup>[27]</sup>。有关《商法通则》的立法建议亦迟迟未能引起立法机关的注意。应当说,商法学界对这一问题的认识错位以及解释力的不足负有不可推卸的责任。

民法和商法是一般法和特别法的关系<sup>①</sup>,《商法通则》并非法典总则性质的立法,而是民法典的特别法和下位法<sup>②</sup>。它不取代《民法总则》一般私法的地位,通过制定《商法通则》以补充和完善《民法总则》规定的疏漏和不足。从法律适用的角度而言,制定《商事通则》必须注意和《民法总则》规则的衔接和协调问题。拟定的《商法通则》条文,不能和《民法总则》出现体系违反和规范冲突情况,并且应当以保障《民法总则》相关条文的落地实施为己任。

第二,《商法通则》是固化商事制度改革成果的最佳方式。2013年2月28日,中共十八届二中全会决定改革工商登记制度,商事制度改革在全国范围启动。据统计,2014年以后国务院和国家工商总局先后出台、修订了310多部法律文件,其中包括《注册资本登记制度改革方案》(2014.2.7)、《公司登记管理条例》(2014.2.9)、《公司注册资本登记管理规定》(2014.2.20)、《企业信息公示暂行条例》(2014.8.7)等,国家工商行政管理总局局务会议审议通过的《企业公示信息抽查暂行办法》(2014.8.19)、《工商行政管理行政处罚信息公示暂行规定》(2014.8.19)、《企业经营异常名录管理暂行办法》(2014.8.19)、《个体工商户年度报告暂行办法》(2014.8.19)、《农民专业合作社年度报告公示暂行办法》(2014.8.19)等一系列配套性的行政法规、部门规章。2015年6月29日国务院办公厅又印发了《关于加快推进“三证合一”登记制度改革的意见》,将原来企业设立程序中分别由工商行政部门、质量技术监督部门、税务部门核发的“注册证号”“组织机构代码”“税务登记证”改为工商行政管理部门一次收件,质检、国税或地税部门联并审批,工商行政部门统一核发加载有统一的企业注册码和社会信用代码的营业执照,实行“一照一证”。浙江省更是在2015年7月1日实行“五证合一”,将原来由社保部门、统计部门核发的社会保险登记证号、统计登记证号,全部统一到企业信用代码并加载于企业

①对商法是私法的特别法抑或民法的特别法的争论过去就一直存在,近期表现得更为明显。2017年12月30日在北京大学法学院召开的“制定商法典——商法典编纂的全球印象”学术研讨会上,施天涛教授认为,过去他认为商法是民法的特别法,现在对这一观点作出修正。商法不是民法的特别法而是私法的特别法,这是持明显的私法二元论。笔者在和雷兴虎教授的交流中,他也持同样的观点。王保树教授则认为,民法和商法是一般法和特殊法的关系,如果否定民法和商法是一般法和特别法的关系,那势必将一些最一般的问题,诸如诚信原则、法人等也由商事法律作出规定,这势必会造成立法资源的浪费以及法律规则间不必要的冲突。李建伟教授、钱玉林教授也持此论。笔者同意第二种意见,私法二元论对于认识商法的特殊性具有一定价值,但民法的一般规则仍然适用商法,商法是民法的特别法。

②苗延波对《商法通则》的内容、性质、地位及其和《民法典》的关系作了详尽的论述。见苗延波:《论中国商法的立法模式——兼论〈商法通则〉的立法问题》(下),《法学评论》,2008年第2期。

营业执照。2015年11月3日国务院还发布了《国务院关于“先照后证”改革后加强事中事后监管的意见》。这些行政法规和部门规章的颁布实施,对于进一步简政放权、释放市场活力、推动投资兴业和经济发展取得了十分显著的成效<sup>①</sup>。但是均为行政法规和部门规章的形式,效力层级比较低,与法制经济的要求和期待明显不相称,并且负面效果和影响比较多。制定《商法通则》能够及时、合理地提升商法规范应有的位阶和层次,确保其应有的法律权威和法律效力,是固化商事制度改革成果的最佳方式。

第三,《商法通则》是优化营商环境的重要举措。按照党的十九大和中央经济工作会议精神,进一步优化营商环境,是建设现代化的经济体系、促进高质量发展的重要基础,也是政府提供公共服务的重要内容。为此,上海、广东、浙江、河北、辽宁、陕西等地纷纷出台了优化营商环境新举措。广东率先在全国推行商事制度改革,实行注册资本登记完全认缴制,将企业年检改为年报,并出台了《广东省商事登记条例》(2015.12.3)、《广东省市场监管条例》(2016.7.28),借鉴国际营商环境评价通则,对标国际开展开办企业便利度评估和排名。随后,全国各地纷纷出台各种方案、条例,如《上海市着力优化营商环境加快构建开放型经济新体制行动方案》(2017.12.24)、《辽宁省优化营商环境条例》(2017.2.17)、《河北省优化营商环境条例》(2017.12.1)、《陕西省优化营商环境条例》(草案)(2017.9.26)、《浙江省优化营商环境条例》(草案)(2018.2.23)。陕西省更是将2018年确定为“营商环境提升年”,对标世界银行《全球营商环境报告》核心评价指标<sup>②</sup>,提出了全面实施优化提升营商环境的“十大行动”<sup>③</sup>。这些改革措施对于改善营商环境、激发经济活力起到了重要作用。通过制定《商法通则》及时总结和固化这些改革成果和手段,是完善这些举措的法制化途径之一。尤其值得一提的是,随着“一带一路”倡议的推进实施,“一带一路”沿线国家之间的商务活动和贸易往来正日益频繁。从促

进沿线国家商法发展的角度出发,也应当及时对我国现行的商事法律法规和司法解释进行评估,在尊重交易习惯和交易习俗的基础上,制定一部能够适用于“一带一路”区域各国的《商法通则》示范法。《商法通则》是构建“一带一路”法治化营商环境的基础和保障,能够有效地消减“一带一路”沿线各国商事当事人国际商务往来中的疑虑和顾忌,降低贸易投资的制度成本和交易风险,提升经济活动的可预期性和透明度,促进区域经济的深度融合和快速发展。

第四,《商法通则》是完善中国特色社会主义法律体系的现实需要。党的十五大提出了依法治国的方略,建设社会主义法治国家首先必须要有完备的法律体系。2011年3月10日十一届全国人大四次会议上,全国人大常委会委员长吴邦国郑重宣布,中国特色法律体系已经建设完成,其中明确将民法商法并列为七大主干法律部门之一,肯定了商法在我国社会主义法律体系中的独立地位,突出了商法在社会主义市场经济建设中的重要作用<sup>[28]</sup>。党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》又进一步提出,全面推进依法治国要形成完备的法律规范体系,要加强科学立法、民主立法。按照“科学立法”的部署和要求,我国民法典分编的编纂正在推进当中。通过编纂民法典实现民法立法的“体系化”和“科学化”并进而为民事裁判提供统一、权威法源依据的目标指日可待<sup>[29]</sup>。作为和民法并列的独立的法律部门的商法,也应当趁着民法典编纂的契机,及时对改革开放以来我国商事单行法及其规模庞大的司法解释群体进行系统化的清理、整顿和总结,制定一部《商法通则》。制定《商法通则》并非纯粹满足形而上的理论化的偏好,商法根植于市场经济生活土壤的特质,决定了商法的发展与市场经济之间是相互依存和相互促进的关系。制定《商法通则》是我国商事立法实践发展的逻辑结果和必然产物,符合科学立法的目标要求,更是进一步完善中国特色社会主义法律体系的现实需要。

<sup>①</sup>据国家工商总局官网2015年1月—9月的统计数据,全国新登记市场主体1065.5万户,比上年同期增长15.8%;注册资本(金)20.7万亿元,增长40.9%。其中,企业315.9万户,增长19.3%;注册资本(金)19.4万亿元,增长44.3%。个体工商户731.2万户,增长16.0%,资金数额0.9万亿元,增长40.1%。农民专业合作社18.4万户,下降26.2%,出资总额0.4万亿元,下降29.9%。截至9月底,全国实有各类市场主体7511.3万户,比2014年底增长8.4%,注册资本(金)162.6万亿元,增长25.8%。见[http://www.saic.gov.cn/xw/xwfbh/201510/t20151015\\_188](http://www.saic.gov.cn/xw/xwfbh/201510/t20151015_188),2015年12月26日。

<sup>②</sup>《全球营商环境报告》是世界银行2001年成立的Doing Business小组创建的一套评估各国私营部门发展环境的一套指标体系。评估对象涉及190个国家(地区),内容涵盖企业生命周期的10个领域:开办企业、办理施工许可、获得电力、登记财产、获得信贷、保护投资者、纳税、跨境贸易、执行合同和办理破产。

<sup>③</sup>包括开办企业、办理施工许可、接入水电气暖、办理不动产登记、信贷、纳税、跨境贸易和投资便利化、降成本等8个方面和营商环境监测评价以及强化督查考核2个方面,对营商环境建设提出明确的量化目标和实现目标的措施及办法。

第五,《商法通则》是推进国家治理体系和治理能力现代化的题中之义。党的十八届三中全会指出,要推进国家治理体系和治理能力现代化。推进国家治理体系和治理能力现代化,就是要彻底改革当前不适应实践发展要求的机制和体制,实现治理规范化、法治化、民主化、效率化和协调性的目标<sup>[30]</sup>。其中,法制现代化可谓是国家治理现代化的基本表征和核心要求<sup>[31]</sup>,推进国家治理体系和治理能力现代化的关键在于法律制度建设。商法作为市场经济的“大宪章”和基础性的法律,肩负着弘扬企业家精神、树立产权观念,保护商人利益,营造良好的营商环境的任务和使命。在当前市场经济建设向深水区迈进的现实之下,在国家治理和社会治理局面日趋复杂的情况之下,推进国家治理体系和治理能力现代化迫切需要一部《商法通则》保驾护航。通过制定《商法通则》为整个商事立法提供一个名副其实的“一般法、统率法和补充法”,从而形成结构合理、逻辑严谨、内容丰富的高质量商事立法体系和实施体系,是国家治理现代化的重要表征,亦是推进国家治理体系和治理能力现代化的题中之义。

#### 四、结 语

商法始终闪耀着一种时代的精神<sup>[32]</sup>,公元前100多年前商人在西欧出现时,就被形象地称为“泥腿子”<sup>①</sup>。商事规则因此能够跨越城市国家之间的藩篱作为商人阶级的同业规则扩张到世界的任何角落<sup>[33]</sup>。所以商法能够“犹如产生它的商业”一样“庞大而广泛”<sup>[34]</sup>。在民法典分编编纂正紧锣密鼓推进的背景下,商法学界务必要高度重视《商法通则》的立法问题并尽快采取行动,以无愧于历史交付的重担和时代的期盼。《商法通则》的制定亦必将有助于产权保护、平等交易及有效监管等市场经济目标的实现,充分发挥其市场经济建设“大宪章”的作用。

#### [参考文献]

[1]朱列玉.制定商法通则,披露失信“黑名单”[EB/OL].http://www.sohu.com/a/225038361\_117916,2018-06-10.  
[2]郑钰.制定商法通则,构建营商法治环境[EB/OL].http://news.sina.com.cn/c/2018-03-11/doc-ifyseacc3368902.shtml,2018-06-20.  
[3]谢振民.中华民国立法史(下册)[M].北京:中国政法大学出版社,2009:802.  
[4][5]江平,马俊驹.民法典:建设社会主义法治国家的基石——专家学者谈民法典的制定[J].法律科学,1998(3).

[6][24][25]王保树.商事通则:超越民商分立和民商合一[J].法学研究,2005(1).  
[7]张文显副会长出席中国商法学研究会2015年年会并致辞[EB/OL].http://www.mzyfz.com/cms/xuehuigongzuo/html/1535/2015-09-30/content-1151360.html,2018-06-18.  
[8]鲍绍坤,张文显副会长听取中国法学会商法学研究会工作汇报[EB/OL].https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column\_View.aspx?ColumnID=921&InfoI,2018-06-21.  
[9]许中缘.我国民法总则对民商合一体例的立法创新[J].法学,2007(7).  
[10][16]薛波.论公司法改革中商法思维的引入和运用[J].北方法学,2017(1).  
[11]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东译,北京:法律出版社,2000:142.  
[12]王泽鉴.民法概要[M].北京:北京大学出版社,2009:66.  
[13][14]柳经纬.迈向意思自治的民事法律行为制度——评《中华人民共和国民法总则》第六章“民事法律行为”[J].贵州省委党校学报,2017(3).  
[15]孙宪忠.中国物权法总论[M].北京:法律出版社,2009:172.  
[17]叶林.商行为的性质[J].清华法学,2008(4).  
[18]王保树.商法总论[J].北京:清华大学出版社,2007:103.  
[19][20]朱慈蕴.我国商事登记立法的改革与完善[J].国家检察官学院学报,2004(6).  
[21]刘文科.商事代理法律制度论[M].北京:法律出版社,2013:64.  
[22]赵磊.民法典编纂中的立法模式悖论——基于商法规范如何安排的视角[J].北方法学,2017(3).  
[23]柳经纬.编纂一部商事品格的民法典[J].比较法研究,2016(1).王涌.中国需要一部具有商法品格的民法典[J].中国法律评论,2015(4).  
[26]郭富青.论民法典的体例对商法现代化的影响[J].财经法学,2017(2).  
[27]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(4).  
[28]赵万一,赵吟.论商法在社会主义市场经济法律体系中的地位和作用[J].现代法学,2012(4).  
[29]薛军.中国民法典编纂:观念、愿景与思路[J].中国法学,2015(4).  
[30]俞可平.推进国家治理体系和治理能力现代化[J].理论参考,2014(2).  
[31]张文显.法治与国家治理现代化[J].中国检察官,2014(12).  
[32]范健.略论中国商法的时代价值[J].南京大学学报(哲社版),2002(3).  
[33][34]F.卡尔卡诺.商法史[M].贾婉婷,译.北京:商务印书馆,2017:1,1.

[责任编辑:周 青]

①因为商人们常常带着货物徒步或骑马四处奔波,风尘仆仆,从这个城镇到那个城镇,从这个集市到那个集市,一路售卖货物,所以被形象地称为“泥腿子”。参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社,1993年,第427页。