

民法典的编纂与商事立法的协调

钱玉林, 郭 晓

(扬州大学法学院, 江苏 扬州 225127)

摘 要:民法总则专家建议稿确立的民商合一体例源于这些年合一理念的深入人心,但这一相对式的民商合一并不能解决“商特殊需求”的问题,这不仅体现在原则方面,也表现在具体的规则设计上。对于需要商法特殊调整的内容,不能通过但书的方式在民法典中规定,因为其与民法之间是彼此独立的平行关系。基于民商二法既有重叠又各自存在特别调整范围的实际情况,对于商事立法的选择,采用重叠部分适用民法规定,特殊部分单独列出形成一部商事通则实为最佳选择。

关键词:民法总则;民法典;商事立法

中图分类号:DF 5

文献标识码:A

文章编号:1000-260X(2016)03-0106-06

自党的十八届四中全会做出了“编纂民法典”的决定之后,在我国学界和业界掀起了围绕这一问题展开的各项激烈研讨,一时间引发了民法造典运动的学术高潮。在此之前,我国也曾有过四次编纂民法典的运动,但最终均不了了之。其中前两次夭折的主要原因是因为受当时动荡政治时局的影响,1956年制定的《民法草案》败于“反右派”和“大跃进”,1964年形成的《民法草案(试拟稿)》毁于“文化大革命”运动。第三次1982年的民法造典运动是伴随着改革开放的春风被吹起,历经三年虽磕绊形成《民法典第四稿》,但最终还是考虑到我国尚处于改革初期,各项制度建设尚需“摸着石头过河”,此时制定民法典不免有些操之过急,转而采取了“舍法典而以单行法先行”的立法模式。第四次则更为可惜,2002年在已经形成《民法典草案》并经由全国人大常委会审议的情况下,最终应各方学术分歧巨大而再度被搁置。

纵观我国前四次民法典编纂工作的失败,“流产”的原因固然来源于政治、时局等多方因素,但其中最核心的问题还在于民法典编纂本身的困境——

对于立法中出现的理论和实践问题如何解决?而在这其中,民法典的编纂与商事立法的协调就是一个困扰学界许久的难题。

一、民商合一体例下的民法总则

对于民法典的编纂与商事立法的协调,向来有分立与合一这两大观点。具体说来又演化为4种立法模式:模式一,绝对的民商分立,即在民法典外单独编纂一部商法典;模式二,绝对的民商合一,即用一部民法典吸收民商二法全部内容;模式三,相对的民商分立,即商法学者主推的于民法典外另行制定一部商事通则;模式四,相对的民商合一,即民法学者倡导的通过民法典对民商事原则和规则予以一体化规定,同时设立商事单行法对特殊商事活动予以调整。

传统模式下的绝对民商分立或合一逐渐体现出明显弊端,模式一和模式二这两种极端化的思维方式无论是仁者还是智者都很难接受,在我国学界对于这类观点的支持者也越来越少。当下,民法学者和

收稿日期:2015-12-06

基金项目:江苏省第四期“333工程”科研资助项目(BRA2015335)

作者简介:钱玉林,扬州大学法学院院长、教授,博士生导师,从事民商法学研究;郭晓,扬州大学法学硕士研究生,从事民商法学研究。

商法学者主要的争议焦点在于是采取模式三还是模式四?2015年4月伴随着《中华人民共和国·民法总则专家建议稿》(下文简称《民总建议稿》)的出台,似乎对这一问题初步有了结论,即采取民商合一的体例制定民法典总则,当然这也并没有出乎学界预料。这些年,民商合一的理念之所以能不断深入人心,是因为民商二法一直存在一种“剪不断,理还乱”的景象:民中有商,商中有民,同一行为和关系既可能适用民法,又可能适用商法。而造成这一景象的缘由无外乎来自以下三点:

第一,作为一般私法的民法,其基本原理确实有部分同样适用于商法,这使得民法在私法中的一般性地位坚如磐石。民法规定的平等、诚实信用等原则对于商法就同样适用,其有关合同、物权、债权的许多具体规则也涵盖了商法的一些内容,商事活动虽有其特殊性,但却并非完全脱离民事活动而存在;商法虽然是特殊私法,但其毕竟还是私法,既然是私法就必然会有大量内容要适用私法的一般性原则、规则。同时,就商法和民法产生顺序来看,各国都是先出现民法而后出现商法,因此只有可能是商法从民法中剥离开来,让商法去适用民法的一般性规定。

第二,民法在其发展过程中体现出了强大的包容性和开放性,形成了一个“万金油”的体系,这种包容性使得其不断扩充外延。物权和债权作为民法的两大内容,可以延展到社会关系的各个方面,无所不包,所以倘若不作仔细区分,包括商法、知识产权中有关财产权利的规定都可以笼统地被其吸收^[1]。此外,商法的某些先前适用于商事活动的特殊规定,会随着社会发展转化为一般的民法规定,比如现行民法中的很多规定也都体现了其越来越重视对信赖利益和交易安全的保护。

第三,20世纪80年代,民法与经济法进行了激烈的学界论战,民法依靠其强有力的武器,即民法调整的对象是商品经济关系的观点,彻底将经济法打败。但从那过后,民法开始强势入驻商品经济领域,从宏观的原则到具体的规则各种渗透到商品经济法律关系之中,不断扩张其民法帝国的版图。与此同时,由于商法在我国起步相对较晚,且没有民法那等坚实的基础和高深的理论,所以未能动摇民法的霸权地位,反而是一步步丧失本该属于自身的领土。以《合同法》为例,商这一行为说穿了就是商品交换的过程,而商品交换表现为合同或者契约,所以《合同法》理应划分在商法之中,事实上我国的这部《合同法》也更多是一部调整商事活动的法律,但民法却硬

生生的将其纳入自己的范围。

鉴于以上三点重要原因,民商二法联系越发紧密,交融不断增强,但能否就据此认为两者已无实质差异?民商合一的《民总建议稿》真能解决所有问题么?

二、《民总建议稿》对商法指导的局限性

《民总建议稿》试图通过一部民法总则规定民商法的共同原则和普遍规则,同时以商事单行法的方式对特殊商事活动予以调整,在此模式之下民法为精神领袖,统筹各商事特别法,这样既能做到协调民法和商法两者关系,又能达到填补现行商法总纲性空缺的效果,最终实现一典两用的美好愿景。这一观点听起来是如此美妙,不仅获得了民法学者的和声众众,就连部分商法学者也转投其下,纷纷为其建言献策,更有学者们进一步通过“但书说”的方式来完善这一模式,以求让其做到无懈可击。然而这一模式当真是最佳选择么?事实上,在此模式下仍然有很多矛盾难以协调,有很多漏洞难以填补。这不仅体现在宏观的原则方面,也表现在具体的规则设计上。

首先,《民总建议稿》确立的基本原则仅是民法的全部,远不能涵盖整个商法原则,这会导致以下三个问题无法协调:

第一,有些原则虽然表面上为民商法所共用,但基于民商二法调整社会关系的不同,民法和商法各自对这些原则的解读是不一样的,同一原则在民法与商法中倡导的价值甚至大相径庭,所以这会带来一部法典中同样的文字有两种以上不同理解,而这种情况还是发生在已经很抽象的法律原则中。比如,公平原则虽为民商法所共有,但商法思维下的公平原则侧重的是主观的、动态的公平;而民法思维下的公平原则偏重的是客观的、静态的公平。《民总建议稿》在第五条规定了公平原则——“民事主体从事民事活动应当遵循公平原则”,并且通过其第一百四十七条“显失公平”条款与之相呼应,进一步明确了这里所说的公平原则的具体含义——“一方依靠优势或利用对方无经验,导致明显利益不均衡”,同时在司法实践中还将未达市场价70%和高于市场价30%的定价认定为显失公平^①。因此,《民总建议稿》中的公平原则是站在民法立场上确立的,民法采取的这一极其客观化的“三七标准”本意是为了救济处于弱势一方的当事人,但如果用这一绝对的、静态的

公平原则来衡量商事中的股权转让定价便不妥当了。首先,这一制度缺乏理性,比如拿“三七标准”来解释企业破产中的股权转让或重组定价问题,就显得说不通。其次,这种看似客观的公平实际上是一种排除商业风险下的绝对公平,而实践中商主体对于商品交易价值的判断,常常是基于“商事思维”作出的主观公平。很多时候即便存在着明显的市场价格参照,但是基于营业自由原则,交易风险计算、自身急切需求、接管后管理成本分析等因素,对于公平与否,不同的商主体都有自身单独的判断,所以商主体对于股权转让价格的公平,其实要的是一种“主观性公平”的保护,正如克里斯汀·马休斯所言“价值是相对的,坚持以公平价格进行交易就是干涉当事人的判断”^[2]。救济产生的价值远不是静态价格可以估量和计算的,在商事法律关系中,只要双方意思表示真实有效、没有信息不对称情形、不存在欺诈或者胁迫的情形,就应当接受这种基于动态公平作出的个别定价。因此,对于商事主观公平原则与民事客观公平原则不同,如果不将其在基本原则中做特殊说明,那么很有可能基于现行规定的侧重强调民法思维的公平原则,对股权转让定价作撤销决定,这将会给商主体在商事活动的预期利益带来极大风险,增加商事交易的不稳定性。而如果民法总则中公平原则分别规定了民事、商事两种不同情况,这会导致同样文字有两种不同解释,且不说在以后法典有关公平问题上都要做民法还是商法的区别说明,产生文字臃肿的问题,单是商事公平的这种特殊思维就与民法精神不完全符合。

第二,有些民法原则不适合作为商法的基本原则,例如《民总建议稿》第七条确立的公序良俗原则,它实际上是民事主体在追求利益的过程中,为了兼顾社会利益而在个人和国家之间划出的一条平衡线。公序良俗原则作为民法的基本原则毫无异议,但这一原则是否理应作为商法的基本原则呢?笔者认为至少值得商榷。民法和商法的起源不同,民法起源于社会伦理道德,因此理应将公序良俗作为一项基本原则;而商法最初形成于商人之间的交易习惯,只要不违反法律的强制性规定或给社会公共利益带来明显损害,便无所谓对错。比如,对于一直在效力上存有争议的私募对赌条款,依照民法上的公序良俗原则就很容易被认定无效,认为这一方式是在诱发或促进赌博、破坏公平、有损社会公德;可在商主体看来这仅是商事活动中,为了防范风险或者在深入考察成本过高的情形下而采用的估值办法,符合商

主体对于交易信赖的特别需要。公序良俗原则大致等同于一些学者提出的社会责任,他们认为商主体不能只追求个人利益,而对社会利益漠然置之。笔者对此也并不反对,只不过是在盈利性和社会责任“谁主谁次”、“谁根谁辅”的问题上,认为不能把公序良俗上升到商法基本原则的高度。商主体存在的根本目的是谋利,任何商事法律关系的建立也是源自这一目的,而将社会责任上升为商法基本原则会有悖于商主体的盈利性,造成商主体性质的含混和异化。所以,倘若保留公序良俗原则会导致商事活动的效率和预期利益受到影响,而不保留又会导致民法基本原则的不完整。

第三,有些商法原则也不宜放在民法典中,现阶段对于商法有哪些基本原则学界尚未达成共识,但几乎都认为盈利性原则应是商法最基本的原则,盈利性既是商法的灵魂和本源,也是其较之民法最为显著的标志。“任何一种商事关系都反映了商主体盈利性的动机”,“商事关系只可能在商事主体为了实现这一目的之中建立”^[3]。但是盈利性原则却与民法根本精神不相符合,不能安置在民法总则的基本原则之中,所以这里会再次出现前文所讲的“放或不放”的两难困境。

其次,民商合一下的《民总建议稿》也无法构建起民商共同性规则,不能兼顾商事活动的特殊性,商法某些需要特殊安排的规则在民法中也无法找到依据。

民法和商法虽同属于私法的范畴,但民法系一般私法,商法为特殊私法^②。因此,将一般私法性质的民法规则适用于特殊的商事活动,必然只能起到一个基础性调整,而无法达到充足性的效果。商法存在两个前提性的基本假设:其一,就商事主体而言,假设其较之于普通人更理性、更精明、更有经验,因此在法律规则设定上不需给予额外的保护,相反更加关注其本身的意思自治;其二,就商事行为而言,假设商事交易应该更加关注安全与迅捷,因此其对预期保障、便捷性、灵活性等方面都提出了更高的要求^[4]。商法的这两个基本假设与商主体旨在从事持续的经营性行为,与谋求盈利性的目的息息相关,所以商事活动比民事活动应更彻底地贯彻主体本身的意思自治,通常情形下法律应当不轻易否决商主体的意思表示。此外,较之于民法中单个主体之间、次数较少形成的交易,商事交易通常都表现为团体性、反复性,为此更应以尊重保护外观主义为常态,变更为例外,设计一系列配套法律规则来体现商法的特殊需要,而民商合一体例下的《民总建议稿》却

不能实现这一目标。

以商事法律行为效力为例,商事交易活动对效率提出了更高的要求,因此在交易中,对商事主体的意思表示往往不会进行过于细致的审查,更多的是基于商事外观主义而表示出对他方的信任。《民总建议稿》中在法律行为效力和意思表示这个问题上,就没有对商事法律行为做特殊规定——尊重商事外观主义。《民总建议稿》从第一百三十九条到一百四十七条详细地规定了真实意思表示的各项规则,但事实上这种对于意思表示真实性的严苛追求却并不完全适合强调外观主义的商事法律行为效力的认定。因为,从事商事法律关系的商主体通常情况下都是富有经验、精明老练的,所以很多时候为了提升商事活动交易效率和保障商主体的预期利益,对于意思表示的保护会退居次要方面,像票据法中规定的票据无因性和票据行为独立性、证券法中证券交易的效力恒定原则、公司瑕疵设立等问题都体现了这一点。而对于以上问题,民法只能起到一个基础关系的指导,商法自身的规则难以从民法典中找到依据和支持,而若是将这部分内容生拉硬拽地强加进来,又会和《民总建议稿》中规定的真意追求的内容相冲突、不协调。比如,对于沉默能否作为回应对方邀约的承诺方式的问题,基于民事法律行为效力认定的有关规定,民法学者认为在缺乏当事人事先合意的情形下,由于当事人未作出明确的意思表示,所以沉默不能视为当事人作出承诺。但纵观德^[5]、日^[6]、韩^[7]三国的商法典,都强制性地规定了在某些情况下商人的沉默视为做出了承诺。《民总建议稿》由于未对商事法律行为作特别安排,其有关法律行为中真实意思表示的规定,导致了在将近十多种的情况下商行为的效力可能会被认定为无效。笔者不禁发出感叹,如此规定怎会不影响到商事活动的效率和预期利益?

《民总建议稿》对于上述原则和规则存在的问题采取的措施更多是回避,就是将凡是需要特别规定的特殊商事内容不规定或者弱化为一般民法规定,那么这在实践中就会导致商事思维的外观主义、严格责任等意识不能被法官所重视,甚至于将商事案件等同于民事案件来裁判,产生“同案不同判”的恶果,严重损害司法权威。

三、制定商事通则的法学意义

(一)“但书”能够解决问题么?

对于上文提到的一些商事内容需要特别规定的

问题,有学者也试图在民商合一的体例下提出解决方案,即在一般的民事规定之后通过但书的方式对商法做特别调整,从而既能调整一般民事活动,又能满足特别商事需求。从表面上看这一观点是如此的无缝天衣,但若是认真地思考一下,就会发现这种“但书说”存在的前提就是错误的。

但书作为一种特别的法律规范,它的特别之处主要表现为其与主文之间关系。这里的主文指的是但书之前的部分,它既是但书特别规定的对象又是但书存在的前提。但书与主文两者之间的关系可概括为以下3个方面:第一,但书和主文在规定的方面是特殊和一般的关系,但书是对主文的特别说明,这种特别说明表现为设置限制、填补漏洞、附加条件等;第二,主文是但书的存在基础,但书是在主文确立的范围下的但书,离开了主文,但书自身不能独立存在;第三,若主文离开了但书,那么主文的一般性规定在实施的过程中就会存在漏洞,失之片面^[8]。所以,基于但书和主文两者之间的关系我们可以形成一个是否适用但书的标准:若是对某一法律规定需要做特殊说明,则可采用但书这一方式,否则便不需采用;若是主文和但书彼此能离开对方独立存在,两者之间并非依附关系,则不能且不应采用但书。

通过上文从法理层面对但书成立条件的分析,此时若再来看民法学者提出的“但书说”,则不免让人觉得荒谬。民法和商法共同构建私法的两大支柱,民法系一般私法,商法系特殊私法。笔者认为只有商法中那些依靠一般私法规定就能调整、与民法重叠的部分,当发生了需要做特别说明的时候才能适用但书;而对于原本就属于商法特殊调整的范围则不能适用,因为其于民法之间不能形成但书与主文那样的附属条件,相反彼此之间是相互独立的平行关系。在这种情况下,商法规定不是存在于民法之内的特殊规定,而是与民法平行的调整商事特殊领域的规定。此时,商法规定不是对民法的一般性规定的特别说明,相反在很多情形下还是对民法一般规定的变更。比如,就有关商事代理与民事代理两者的差异安排,依民法学者的主张可以采用以下一种“但书”的方式补救:“在民事活动中适用本法规定的代理制度,但商事代理另有规定的依照其特殊规定。”然而,我们能认为这是一种但书的表达么?基于上文的分析,显然是不能的。民事代理建立于双方信赖的基础上,因此基于信赖利益,双发当事人均可随时解除代理关系;同时由于民事代理实际上就是代理方为被代理方从事劳动、提供服务,然后在这一过程中收取

劳动报酬,所以若是发生了解约的情形,赔偿责任便应以花费和损失为限。而对于商事代理,一方当事人大多是专门从事代理服务的公司,而且商事代理也并非简单的物质花费、劳动雇佣花费,大多涉及“商事定价”问题——往往依据其法定的资格、提供的商业信息、控制的市场、完成的交易定价收费,比如股票和期货市场中的佣金就是比例性、浮动性的,纯粹的劳动力付出在其中不占多大比重,所以一旦发生解约情形,就不是以花费和损失为限了,而应以预期利益为限^[9]。因此,民事代理和商事代理完全是两种并行的制度,分别调整民事和商事活动,商事代理对于预期利益的保护不仅不属于民事代理对信赖利益保护的特殊情况,相反却是对这一一般规定的更改。此外,由于商事一般规范本身也存在但书,若是让这些但书的主文部分再成为民法的但书,也会增加法律适用的繁琐。

(二)制定商事通则的意义

通过上文的分析,民商二法既有融合,又各具特色。商法的确有部分一般性规定适用民法调整即可,所以若民商分立,便违背了两者相互融合的事实,而不论是绝对的民商合一还是《民总建议稿》下相对的民商合一,均不能兼顾商法特殊性安排的需要。与理论界民商合一或民商分立的论战不同,我国实务界在这一问题上表现得极为实在,多年来颁行的一系列民商事法律独立存在,相互适用,形成了自然的特色。那么有人不禁会问,为何无法典没有问题,有法典反倒产生问题呢?笔者认为,这或许和商法自身的特点有关。

法典通常被称作是充满“形式上理性”,讲究内容规范充实、结构环环相扣、体系严谨缜密,最终能一揽子适用于某一性质的全部法律关系。然而,这种周密、系统的模式只能适应那些调整的社会关系稳定、不常变化的部门法,并不适合商法这类充满变化、创新的部门法。而域外立法的实践也表明,各国商法典的发展逐渐呈现出“去法典化”的趋势。由于商事活动瞬息万变、各种新的商事行为层现叠出,而商法典却要保持相对稳定性,于是各国陆续将商事特别法从商法典中剥离出来,比如德国商法典在制定时就没有编入保险、票据的内容,有关股份公司的规定也于1937年另行制定了;日本商法典也曾想通过增加规范层次的方式,试图在商法典体系下规范公司法,但最终公司法还是在2005年剥离出去了。经过实践的洗礼,现行各国的商法典实际上已经演

化为一个调整全部商事法律关系的通则。

“最好的法典模式不是学者设计出来的,而是从实践中创立而成的。”在民法典的编纂与商法协调的问题上应实事求是:作为特殊私法的商法,确有部分内容仅需通过一般私法的民法调整即可,这决定了我们无需将这重叠的部分再次单独列出;而对于重叠之外的那部分,即属于商事活动自身特性的内容,决定了其只能适用商法来调整。因此,立足于民商二法既有重叠部分又有各自特殊部分的实际情况,将重叠部分划分于民法典之中,特殊部分单独列出形成一部商事通则实为最佳选择。而就制定商法通则的指导思想而言,笔者十分赞同已故王保树教授提出的“通、统、补”的观点^[10]。市场经济的快速发展对商事领域法律关系的协调提出了更高要求,不仅要做到每个单行商事领域内部的协调,还要做到各单行领域与市场经济整体领域之间的协调。而“通、统”解决的是对每个单行领域中商事活动一般性、共同性的问题,是每个单行法律内部统筹性、体系性的问题。至于“补”主要针对的是单行领域和整体领域之间的关系,对于那些在单行领域没有规定、或者难以规定的内容,通过商事通则正好可以弥补空缺,做到两者之间的有机衔接。综上所述,立足于实际情况制定商事通则,能解决很多商事一般规定难以在民法典中进行规定的难题,起到填补总纲性商法空白,协调弥补各商事单行法不足,优化商法与民法关系一举三得的作用,营造与世界第一贸易大国相匹配的重商、尊商、兴商和护商的法律环境。

注:

- ① 对这对概念的区分,德国学者体现的尤为严谨,民法一词在德语中表述为“Zivilrecht”或“Der bürgerlichen”,在此意义上使用民法概念便一般不包括商法。而私法一词表述为“Privatrecht”,德国学者在基本概念上就严谨区别了商法是私法的特别法而不是民法的特别法,这点尤为称道。参见:[德]布洛克斯(Blox)《商法和有价证券法》(Handels- und Wertpapierecht),贝克出版社2004年版,第1—3页。
- ② 由民法学者主导编纂的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》中规定:对于合同法第七十四条规定的“明显不合理的低价”,人民法院应当以交易当地一般经营者的判断,并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价,结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的,一般可以视为明显不合理的低价;对转让价格高于当地指导价或者市场交易价百分之三十的,一般可以视为明显不合理的高价。

债务人以明显不合理的高价收购他人财产,人民法院可以根据债权人的申请,参照合同法第七十四条的规定予以撤销。同时《买卖合同解释》第45条规定:股权转让可以参照适用有关买卖合同的规定,因此股权转让在实践中适用的是上述司法解释第19条的客观定价规则。

参考文献:

- [1] 施天涛.民法典能够实现民商合一吗? [J].中国法律评论, 2015,(4):24-25.
- [2] 詹姆斯·戈德雷.现代合同理论的哲学起源[M].张家勇译.北京:法律出版社,2006.250.
- [3] 王保树.商事法的理念与理念上的商事法[A].王保树主编.商事法论集[C].北京:法律出版社,1997.
- [4] 钱玉林.商法的价值、功能及其定位[J].中国法学,2001,(5): 34.
- [5] 卡纳里斯.德国商法[M].杨继译.北京:法律出版社,2006.667.
- [6] 松波仁一郎.日本商法论[M].秦瑞玠等译.北京:中国政法人学出版社,2005.176.
- [7] 张玲.韩国商法.[M].吴日焕译.北京:中国政法人学出版社, 1999.89.
- [8] 周旺生.论法律但书[J].中国法学,1991,(4):55-56.
- [9] 蒋大兴.论民法典(民法总则)对商行为之调整[J].比较法研究,2015,(4):18-19.
- [10] 王保树.商事通则:超越民商合一与民商分立[J].法学研究, 2005,(1):38-39.

【责任编辑:张西山】

Coordination between Compilation of Civil Code and Commercial Legislation

QIAN Yu-lin, GUO Xiao

(Law School of Yangzhou University, Yangzhou, Jiangsu, 225127)

Abstract: Syncretism of civil law and commercial law established in the expert suggestion on general principles of civil law results from the notion of unity which has been popular over the years. But this kind of combination is not a solution to the issue of “merchants’ special needs” both in principles and rule design. What particularly requires commercial law cannot be regulated in civil law in the form of provisos as it is parallel with civil law and they are independent from each other. Considering the fact that civil law and criminal law are overlapped and each has its specific scope of regulation, it would be the best choice to apply civil law in overlapped areas and to single out specific parts to formulate general principles of commercial law.

Key words: general principles of civil law; civil code; commercial legislation