

我国商法体系缺陷的补救:民商区分

王建文

内容提要:在我国“民商不分的混合立法模式”下,由混合于民法规范的商法规范与单行商法构成的商法规范体系存在着明显缺陷。为克服我国现行商法体系缺陷,应推动我国总纲性商法规范的立法化,实现民商区分的立法要求。在具体立法形式上,目前最现实的方案是制定《商法通则》,但不排除制定《商法典》的可能性。所谓民商区分,就是要对民事关系和商事关系区分对待,分别适用不同法律或者根据不同法律理念适用相同法律规范。因此,民商区分的关键问题就在于确定民事关系与商事关系的判断标准。在民商分立国家的商法典中,是以商人身份作为适用商法的依据,而商人身份又涉及商行为的判断问题。易言之,商人与商行为既是商法的核心范畴,也是确定商事关系的判断标准。但我国总纲性商法规范的核心范畴可确定为经营者与经营行为,并将其确定为民商区分的判断标准。至于营业制度,则不必纳入基本商法基本范畴,而将其作为总纲性商法规范的重要内容即可。

关键词:总纲性商法规范 民商区分 经营者 经营行为 营业制度

王建文,南京航空航天大学人文与社会科学学院教授。

一 我国现行商法体系的缺陷

成文法一经制定就固化了,往往很难适应瞬息万变的社会实践,因而不可避免地会出现法律漏洞。^[1]德国学者伯恩·魏德士认为,所谓的法律漏洞在司法实践中与其说是例外,还不如说是通例。^[2]在我国,商法规范尚不完善,商事关系复杂多变,导致商事审判与仲裁中法律漏洞普遍存在,使我国商事法官和仲裁员们常常面临着“无法可用”的司法困境。

[1] 参见[德]H. 科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第222-223页。

[2] 参见[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第353页。

不过,在我国各种商事单行法已较为完备的背景下,“无法可用”的现象已大为降低。我国司法实践中的商法适用困境主要表现为,在“民商合一”或“民商不分”的立法模式下,^[3]不少民法规范都不宜直接适用于商事法律关系,从而导致“有法不宜用”的司法困境。^[4]

在我国,商法规范体系由单行商法与民法中的商法规范构成。这一“民商不分的混合立法模式”下的商法体系表现出以下缺陷:第一,在民事立法中为体现商事关系法律调整的特别要求,设置了大量具有商法规范性质的规范,甚至使民法规范体系呈现出商化过度的现象。但即便如此,民法规范体系中的商法规范毕竟不是基于商事立法理念设置,仍不可避免地呈现出商化不足的问题。第二,我国虽颁布了较为完整的商事单行法,使其能够基本满足市场经济的法律调整需求,但这些商事单行法都是在民法框架下制定,缺乏总纲性商法规范,也未确定商法理念与原则,从而难以在商事审判与仲裁中产生有效的弥补缺成文法漏洞的功能。第三,在《公司法》、《证券法》、《企业破产法》等商事部门法中虽分别针对各种法律部门规定了部分一般性规范,但总纲性商法规范因缺乏立法载体仍基本上处于空白状态,使得各商事部门法缺乏必要的上位法指引和支持。

因成文法不可避免的局限性,我国商事司法实践中的法律适用困境普遍存在于各个法律部门中,但在商法领域中表现得更为严峻。为此,既应推动我国总纲性商法规范的立法工作,还应在立法工作完成之前,通过法律解释、漏洞填补等手段积极寻求司法实践中法律适用困境的应对方案。^[5]我国商法学界针对《商法通则》立法已展开了较长时间的基础研究,普遍认为应将其作为总纲性商法规范的法律文件,还有一些学者认为未来可在《商法通则》的基础上制定《商法典》。令人遗憾的是,这些研究虽然旷日持久,但基本上停留于宏观层面与法律条文的设计,而未能针对立法要求展开体系化研究,并形成最大限度地凝聚商法学界共识且公开发表的立法建议稿。这些基础研究的缺失,导致总纲性商法规范的存在价值未能被商法学界外的其他法学界人士所广泛接受,从而使《商法通则》立法难以获得学界支持。在学界尚且未能充分认识总纲性商法规范的立法价值的背景下,要想获得立法机关的支持就更加困难。鉴于我国总纲性商法规范的系统性立法还遥遥无期,为解决商事司法实践中的法律适用困境,商法学界应积极研究法律解释与漏洞填补方法在商事司法中的应用,为法官和仲裁员提供必要的理论支持。更为重要的是,商法学界应对商事审判实践中已较为广泛地获得应用的商法理念与商法思维展开系统研究,并对商法理念与商法思维的应用案例展开实证研究。藉此,一方面可为商事司法提供理论支持,另一方面可为总纲性商法规范的立法提供实证研究的支撑。

综上所述,我国商法学界应立足于我国商事司法实践中表现出来的法律适用困境

[3] 我国采取的民商法既分立又混合的立法模式,已超越了传统民商法立法模式,可将其称为“民商不分的混合立法模式”。参见王建文:《中国现行商法体系的缺陷及其补救思路》,《南京社会科学》2009年第3期,第113页。

[4] 参见王建文:《中国商事司法实践中的法律适用:困境与出路》,《现代法学》2010年第5期,第141-144页。

[5] 法律解释与法律漏洞补充乃法学方法论的重要内容,国内外相关文献也颇为丰富,其中被我国法学界广泛援引的代表性著作有:[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版;[德]H.科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版;[德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版;黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版。

的化解,梳理出商事法律关系特别规范的逻辑起点,并基于此展开总纲性商法规范的制定及商事审判理念的理论构造。

二 我国总纲性商法规范的立法定位

在论证我国总纲性商法规范的立法定位时,固然应立足于我国法律体系及司法实践需求,但也应从比较法角度对域外立法经验加以总结。事实上,上文所述我国商法体系缺陷所引发的问题同样存在于其他国家和地区。即使是在德国、法国、日本等民商分立国家,虽然有包括商法典在内的完整的商法体系,但因商法典先天不足,而商法现代化又未能真正完成,故商法体系缺陷所引发的问题也或多或少存在。在这些国家,商法典关于商人的规定原本建立在自然人人格基础上,但实践中已基本实现了从商人到企业的转变,^[6]商法典关于商行为类型的界定也无法适应现代商事交易实践的法律调整要求。这就使得商法体系的基础严重动摇,尤其是总纲性商法规范因不适应时代要求而无法成为商事部门法的一般规范。在意大利、瑞士等采行民商合一立法例的国家,虽然商法规范失去了立法层面的独立性,但其民法典不仅对商法规范作了详细规定,而且作了较为集中的规定,商法规范的数量与类型都颇为丰富。不过,即便如此,因形式商法的缺失,商法规范只能由一般民法规范统率,缺乏体现商法理念与原则的商法一般规范,使得民商区分的法律适用要求无法体现。总之,鉴于大陆法系国家的商法体系普遍存在不同类型的缺陷,故我国总纲性商法规范立法都不能直接以其为蓝本。

在英美法系国家,包括制定了统一商法典的美国,虽然未规定总纲性商法规范,也未确立商法理念与原则,但可运用灵活的衡平法原则,通过判例法实现商法调整的特殊需要。我国实行的是成文法体系,但与大陆法系国家普遍重视判例作用相同,判例的有限适用正成为我国克服法律不确定性解决方法之一。为此,我国理论界与法院系统采取了一种折中方案,将案例指导制度确定为克服成文法局限性的方案之一。需要说明的是,我国实行的案例指导制度固然有重要意义,但其本身并非法律渊源,且其确定程序过于繁琐也未必科学。因此,案例指导制度无法替代我国总纲性商法规范的立法。

既然大陆法系和英美法系的商法规范体系都无法成为我国总纲性商法规范的立法蓝本或解决方案,那么我国究竟应如何定位亟待确立的总纲性商法规范体系呢?笔者认为,所谓总纲性商法规范体系,既不能等同于民商分立国家商法典总则部分的规范体系,也不能与民法典中总则部分简单类比,而是指作为商事部门法一般性规范的商法规范体系。笔者所谓总纲性商法规范与民商分立国家商法典总则明显不同。事实上,各国商法典总则部分的内容具有较大差异,而总纲性商法规范的内容则大体相当。例如,《德国商法典》总则性的第一编“商人的身份”未将商业账簿与商行为纳入其中,日本、韩国商法典未将商行为制度纳入总则范畴。不过,《法国商法典》第一卷“商事总则”包含了较为完整的总纲性商法规范,具体包括商事行为、商人、居间商、行纪商、承运人、商业代理人与独立的

[6] 参见王建文:《从商人到企业:商人制度变革的依据与取向》,《法律科学》2009年第5期,第100页。

上门销售人、营业资产。^{〔7〕}

正如民法典中总纲性规范也存在多种形式,总纲性商法规范的立法形式也不必拘泥于民商分立国家商法典的立法体例,而应立足于我国实践,确定符合市场经济体系内在要求的创新型商法体系。

三 我国总纲性商法规范立法模式的理论分析

总纲性商法规范立法无外乎两种模式:第一,制定《商法通则》或《商法典》等形式商法,前者以总纲性商法规范为主要内容,后者包含总纲性商法全部内容;第二,制定《民法典》,将全部或部分总纲性商法规范涵括其中。第一种立法模式为民商分立模式,第二种立法模式为民商合一模式。

(一)民商分立立法模式分析

自从法国在1804年与1807年先后制定《法国民法典》与《法国商法典》以来,民商分立的立法模式就逐渐在绝大多数欧洲大陆国家以及其他大陆法系国家确立起来。民商分立的立法模式几乎成为受法、德影响深远的大陆法系国家的一种理所当然的制度选择。那么,在欧洲大陆法系国家,为何会在近代法典化进程中出现民商分立现象呢?这固然有特定的历史原因,但通过对民商分立的背景和根源的考察,可以发现,商法存在的根本原因在于其调整的商事关系的特殊性以及与此相适应的商法规范的实质独立性。

法国在制订民法典时,并未将商事、海事等方面的规范包容进去,从而给日后商法典的制定留下了有利空间。尽管法国商法典的制定较为仓促,但其仍属当时特定历史背景下立法者的理性选择。事实上,早在路易十四时期的1673年与1681年,在柯尔贝主义的影响之下,法国就分别颁布了计12章112条的《陆上商事法令》(简称《商事法令》,又称《商事敕令》)与5编的《海商法令》。而此时的法国,民法领域尚未实现成文法化,民事关系仍适用罗马法与习惯法。^{〔8〕}因此,在此历史传统下,将渊源于罗马法的民法与渊源于中世纪商人习惯法的商法分别立法,也就成了当时立法者理所当然的选择。

从当今世界商事立法的现实来看,大陆法系国家的主导立法模式是民商分立而非民商合一。这些国家采行民商分立立法模式固然有多种原因,且不能说明民商分立的当然合理性,但至少说明了民商分立仍具有较为坚实的实践基础。就国外立法例而言,《法国商法典》所经历的“去法典化”与“再法典化”颇值深思。《法国商法典》曾因时代变迁经历了“去法典化”的历史浪潮,立法机关在《法国商法典》之外制定了大量的商事单行法,使得《法国商法典》仅剩下一个“一个被掏空的框架”。但法国并未放弃商法典,而是经过十多年的努力,在2009年推出了最终定稿的《法国商法典》,从而实现了“再法典化”。^{〔9〕}

(二)民商合一立法模式分析

应当承认,欧洲大陆私法二元化结构的形成确实有其内在原因,但这并不能说明商法

〔7〕 参见《法国商法典》(上册),罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第3-183页。

〔8〕 参见[法]克洛德·商波著:《商法》,刘庆余译,商务印书馆1998年版,第8页。

〔9〕 参见《法国商法典》(上册),罗结珍译,北京大学出版社2015年版,译者序,第10-13页。

就必须独立于民法。即便是民商分立仍在当今世界占据支配地位,也并不能说明民法二元化结构就是必然的与必要的。^[10]事实上,早在1847年,意大利学者摩坦尼利(Motanelli)就“逆流而动”率先提出了民法统一论,即民法与商法合而为一论。可谓一石激起千层浪,该说在大陆法系产生了广泛影响。在法学界,这一观点迅速得到了不少学者的支持。法国、德国、巴西、瑞士、荷兰、意大利等国都出现了力主民商合一的代表人物,其中较有影响的学者有意大利学者维域提、尼帕德、阿奎尼斯以及日本学者松本丞治等人。从1865年起,加拿大魁北克省在制定民法典时就放弃了在民法典之外另行制定商法典的立法方案,而是在《魁北克民法典》中对某些商事规范作了规定。1991年重新颁布的《魁北克民法典》,进一步强化了民商合一的立法模式。1881年,瑞士由于宪法上的原因,未制定统一的民法典,而制定了债法典。但债法典中既包括了民事规范,又包括了商事规范。荷兰虽从1838年起即实行了民商分立的立法模式,但从1934年起实现了民法与商法的实质上的统一,规定商法典适用于所有的人与行为,并明确废除了“商人”和“商行为”的概念。在1992年《荷兰民法典》颁布后,更是在形式上实现了民商合一,相关商法总纲性规范及公司法、保险法等具体商法规范都被纳入到民法典之中。1942年《意大利民法典》则采取彻底的民商一元化的立法模式,法典将多数商法规范都涵括于其中。以前苏联为代表的社会主义国家无一例外地摈弃了商法,仅制定了民法典,且民法典中未包括商法规范。俄罗斯在1994年与1996年分两次颁布的《俄罗斯联邦民法典》明确将商事关系作为其调整对象,并规定了大量商法规范,坚持了民商合一的立法模式。1992年《乌克兰民法典》也采纳了民商合一的立法模式,明确将商事关系纳入民法典的调整对象。^[11]

受1929年开始的民商合一立法传统的影响,我国民法学界绝大多数学者都主张应采取民商合一的立法模式,并有不少学者对其理由作了详细阐述。^[12]这些观点基本上与1929年《民商合一提案审查报告书》所持理由一脉相承,虽有一定的合理性,但大多显得比较片面,^[13]缺乏对商法体系的全面认识。^[14]

不过,我国当代主张采取民商合一立法模式的民法学者以及商法学者,实际上是在一种新的意义上理解民商合一立法模式的,并不主张将所有的商法规范均规定于民法典之中,仍然肯定公司法、证券法等商事特别法单独立法的价值,只是否认商法典独立立法的必要性。^[15]与早期的民商合一论相比,这种理解已有了实质性的变化。很明显,至今仍在我国台湾地区施行的1929-1930年的中华民国“民法典”,其所采行的民商合一立法

[10] 有学者就民商分立的理论依据,在商事交易与民事交易之比较的角度上作了详细探讨,列举了商事交易的特殊性。参见王有志、石少侠:《民商关系论》,载中国法学会商法学研究会编:《中国商法年刊》(创刊号),上海人民出版社2002年版,第93-94页。

[11] 参见王利明著:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第261-264页。

[12] 参见王利明著:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第272-278页;郭明瑞主编:《民法》,高等教育出版社2003年版,第10页;梁慧星主编:《民法总论》,法律出版社2001年版,第2-15页;江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2000年版,第56-57页。

[13] 日本近代著名民法学家我妻荣教授曾对《民商合一提案审查报告书》所持理由逐条批判,参见[日]我妻荣著:《中国民法债编总论》,洪锡恒译,中国政法大学出版社2003年版,“序论”部分。

[14] 参见王建文著:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版,第42-44页。

[15] 参见郭明瑞主编:《民法》,高等教育出版社2003年版,第9页。

模式,并未将商法规范完全合并于民法典之中,而是在民法典之外另行制定了公司法、证券法、保险法以及商事登记法等商事特别法。因此,从这种意义上讲,所谓民商合一只不过仅仅排斥了商法典的制定而已。有学者将这种立法模式称为“‘分’‘合’折中立法体制”,认为其与民商合一与民商分立均有区别,构成了一种类型独立的立法体制。^[16]我国主张民商合一的学者都是在此意义上理解民商合一立法模式的含义。

事实上,尽管我国民法学界普遍否认商法的独立法律部门地位,但并不否认在民商合一前提下,商法在法律体系中仍具有相对独立的地位。^[17]例如,王利明教授在否认制定商法典或商法通则等形式商法必要性的同时,仍明确提出,实行民商合一必须整合民法和商法的价值理念,商法的外观主义、效率价值等原则和精神应被民法所采用。^[18]依此,我国民商合一论者给“民商合一”赋予了新的含义:民商合一并非简单地将商法规范完整并入民法之中,也不是将商法规范完全融入民法之中,而是将商事法律关系与民事法律关系予以区分的前提下,认为民法乃商法的一般法,对商法的在特殊性仍予肯定。

(三) 商法立法模式的理论总结

随着商事交易实践的发展,现代商法规范体系已明显超越了传统商法典的体系,无论采用民商合一还是民商分立的立法模式,绝大多数大陆法系国家都在民法典或商法典之外,大量制定了各种商事单行法。因此,就立法实践而言,如今既不存在严格意义上的民商合一,也不存在传统意义上的民商分立,而是朝着一种折中的方向发展。例如,2005年,日本将原分散于商法典及单行法中的公司法规规范法典化,制定了全新的《日本公司法典》。但日本并未将商法典废除,而只是针对市场经济实践的变化作了相应的修改与完善。商法典得以保留的主要原因就在于商法规范的实质独立性决定了总纲性商法规范的必要性,而总纲性商法规范乃商法典的核心内容。尽管对传统商法体系并不满意,民商分立国家仍基本上选择了维持商法典独立存在的立法模式。

应当说,基于商法的变动性及体系上的庞杂性,我国民法学界关于否认商法典立法必要性的观点,确有其理论与现实合理性。同样基于这一原因,我国商法学界也普遍放弃了制定商法典的立法构想,转而提出了一种折中主义的方案——制定《商法通则》。这种认识分歧貌似仍不可调和,实则已非常细微:商法学界已普遍认同商法乃特别私法的定性,其所主张的《商法通则》也基本上限于总纲性商法规范。因此,我国民商学界长期争论不休的民商事立法模式问题,完全可以按照以下逻辑简单化处理:其一,通过商事司法实践中典型案例的实证研究,确定制定总纲性商法规范的必要性;其二,通过对各种涉及民商区分的法律规范的梳理,确定总纲性商法规范的数量与类型;其三,确定总纲性商法规范的立法模式,即研究总纲性商法规范是否可充分融汇于民法典或民事单行法之中,若不能或不便完全融于民法体系,则研究针对这些规范特别立法的必要性及其具体模式。

[16] 参见高在敏著:《商法的理念与理念的商法》,陕西人民出版社2000年版,第148页。

[17] 参见马俊驹、余延满著:《民法原论》(上),法律出版社1998年版,第21页。

[18] 参见王利明著:《民法典体系研究》,中国人民大学出版社2008年版,第284页。

四 我国总纲性商法规范的立法模式

(一) 我国总纲性商法规范的立法模式

从理论上讲,以民法典中商法编的方式解决商法规范的立法需求,似乎未尝不可。但这种观点基本未被认可,不仅商法学界普遍不认可,而且民法学界也毫无此意。例如,我国民法学界的代表人物王利明教授认为,不宜在民法总则之外另行制定商法总则,而应通过民法典总则统一规定有关的商事一般规则。^[19]从正在制定之中的《民法总则(草案)》来看,显然没有计划将总纲性商法规范纳入其中。因此,我国立法机关及民法学界虽然主张由《民法典》解决商法规范的立法需要,但根本就没有在《民法典》中规定完整的总纲性商法规范的立法计划。对此,有学者指出:“民法总则将秉持民商合一的传统,总则的制定将为各项商事特别法提供基本的法律依据,构建一个民商统一、和谐一致的私法秩序。”^[20]事实上,即使立法机关及民法学界打算修正其立法方案,将总纲性商法规范完整地纳入民法典之中,也会因为立法技术与观念问题而无法实现。就《民法总则(草案)》的内容及其所反映的立法思路来看,我国民法典客观上已基本不可能担负起涵括总纲性商法规范的立法使命。

在否定了以民法典的形式涵括总纲性商法规范的前提下,若基于总纲性商法规范立法必要性的认识,就只能采取制定形式商法的立法模式了。笔者曾基于民商分立国家商法典所存在的天然缺陷及我国制定商法典时机尚不成熟的考虑,主张我国形式商法虽不排除制定商法典的可能性,但制定《商法通则》乃基于我国市场经济建设实践的最具可行性的现实选择。^[21]时至今日,不仅笔者仍坚持这一判断,而且商法学界也普遍持此观点。^[22]当然,我国总纲性商法规范立法模式的确定固然重要,但其具体立法形式并非问题的关键,商法学界的当务之急是解决民商区分的标准及具体方案。

(二) 我国民商区分标准的关键问题:商事关系的确定依据

所谓民商区分,就是要对民事关系和商事关系区分对待,分别适用不同法律或者根据不同法律理念适用相同法律规范。因此,民商区分的关键问题就在于确定民事关系与商事关系的判断标准。在民商分立国家的商法典中,是以商人身份作为适用商法的依据,而商人身份又涉及商行为的判断问题。因此,商人与商行为既是商法的核心范畴,也是确定商事关系的判断标准。基于商主体性质与类型的变迁以及现代商法中商主体制度所进行的变革与应有的创新方向,事实上不必在我国总纲性商法规范中确立抽象的商主体概念,也不宜简单地以企业概念取代商人概念,而应根据我国经济实践及立法体系,采用经营者概念,并将其界定为经营行为的实施人。我国《消费者权益保护法》、《反垄断法》和《侵权

[19] 参见王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》2015年第4期,第6-7页。

[20] 王利明:《关于制定民法总则的几点思考》,《法学家》2016年第5期,第3页。

[21] 参见王建文著:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版,第48-49页。

[22] 参见范健:《中国需要一部什么样的民法典》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2016年第1期,第50页。

责任法》等法律都采用了经营者概念,部分法律还对经营者概念作了界定。尽管这些法律对经营者概念的界定或认识不尽相同,但不妨碍将经营者概念作为现成的立法资源予以利用。笔者认为,我国商法将经营者概念作为商人概念的替代性概念乃我国商事立法的现实选择。在笔者所构建的理论体系中,商法中的经营者,强调的是其所从事经营行为的营利性,至于其本身是否存在以营利为目的、持续地从事经营行为(主观意义上的营业)、办理工商登记等理论界在界定商主体或经营者概念时所普遍强调的因素,均在所不问。^[23]

另外,我国应以经营行为概念替代商行为概念。企业所实施的行为原则上均应界定为经营行为,一般民事主体实施的、以营利为主要目的的行为也应界定为经营行为。也就是说,不仅应强调经营行为的营利性目的,而且应强调经营行为必须“以营利为主要目的”。^[24]

基于笔者对经营者与经营行为概念的界定可知,这一立法构想与民商分立国家的立法模式均有明显区别。在笔者构建的理论体系中,经营者与经营行为之间的关系为:因经营行为而发生的商事关系受商法调整,经营行为的实施者即为经营者;企业作为从事营业性经营活动的特殊经营者,其所实施的行为一般可推定为经营行为,但明显不以营利为目的的行为除外。显然,在该理论体系中,经营者因其实施的经营行为而获得商事关系中的特定身份,但该身份仅存在于该商事关系之中,属于个案认定的临时性身份;只有企业这类依法设立的以营利为目的的组织体才是拥有固定经营者身份的主体。

(三)我国民商区分标准的补充问题:营业制度的立法定位

受大陆法系传统商法的影响,我国不少商法学者都主张商法应建立营业制度,^[25]或虽未明示建立营业制度的态度,但将营业制度作为商法体系的重要组成部分。^[26]因此,有必要对营业制度的立法定位予以确认。

民商分立的大陆法系国家商法典中都对营业制度作了不同程度的规定,但关于主观意义上的营业仅用于对商人或商行为的界定,未涉及具体制度,营业制度规定于关于客观意义上的营业(即营业资产制度)的相关规范之中。因此,所谓营业制度,特指关于营业转让、继承等营业资产制度。法国商法引入营业资产概念后,对营业资产制度作了全面规定,其他法国法系国家商法典也大多作了类似规定,但德国、日本等国商法典均仅作了较为粗略的规定,而未对营业资产相关问题作全面规定。易言之,营业资产制度虽然不同程度地普遍存在于民商分立国家的理论与实践之中,但普遍未全面存在于商法典中。

[23] 参见王建文:《我国商法引入经营者概念的理论构造》,《法学家》2014年第3期,第46页。

[24] 参见王建文:《论我国〈民法典〉立法背景下商行为的立法定位》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2016年第1期,第58-60页。

[25] 参见刘小勇:《营业转让与股东大会的决议——日本法对我国的启示》,《清华法学》2010年第5期;王艳华:《以营业为视角解释商法体系》,《河北法学》2010年第5期;刘文科:《营业:商法上的特殊客体》,《政法论坛》2010年第5期;张如海:《试论我国营业转让法律制度之构建》,《法学杂志》2010年第10期;樊涛、王延川著:《商事责任与追诉机制研究——以商法的独立性为考察基础》,法律出版社2008年版,第177-188页;宁金成:《〈商事通则〉的立法体系与基本原则》,《国家检察官学院学报》2008年第1期;杨继:《商法通则统一立法的必要性和可行性》,《法学》2006年第2期。

[26] 参见王保树著:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第185-188页;任先行主编:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业大学出版社2007年版,第258-277页;张民安著:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第344-367页。

如前所述,笔者认为我国应以经营者和经营行为作为核心范畴,民商区分的判断标准就是以经营者与经营行为作为确定依据的商事关系,而不必将主观意义上的营业(即营业活动)确定为商法的核心概念。事实上,在传统商法中,营业也仅作为界定商人或商行为的辅助概念,并非商法的核心概念。不过,客观意义上的营业所对应的制度确实具有重要意义,而我国商事实践中也因营业转让等营业制度的缺失而存在诸多问题,因而我国应借鉴《法国商法典》及《日本公司法典》,确立完整的营业资产制度。营业资产制度的核心内容为营业转让制度。笔者认为,尽管不宜将营业界定为我国商法的基本范畴,但以营业转让制度为代表的营业资产制度应成为我国总纲性商法规范的重要内容。此外,我国总纲性商法规范中营业资产制度还应包括营业继承、营业资产的质押、营业资产的租赁经营、商业租约等重要内容。

[本文为国家社科基金一般项目“公司章程防御性条款法律效力研究”(14BFX077)的研究成果。]

[**Abstract**] Under the “mixed legislative mode that does not distinguish between commercial law and civil law” in China, there are obvious defects in the commercial law system, which is made up of commercial law norms mixed in civil law norms and separate commercial laws. To remedy these defects, China should promote the adoption of the general principles of commercial law and realize the separation of commercial law from civil law. As for the concrete form of legislation, currently the most realistic plan is to adopt the General Principles of Commercial Law, while not ruling out the possibility of adopting the Commercial Code. Separation of commercial law from civil law means to treat differently and apply different laws, or the same legal norms according to different legal ideas, to civil relations and commercial relations. Therefore, the key to the separation of commercial from civil law is to establish different criteria for the determination of civil relations and commercial relations. In countries that distinguish between civil and commercial law, the commercial code takes the merchant’s identity as the basis of application of commercial law norms, and the merchant’s identity involves the determination of commercial act. In other words, merchant and commercial act are at the core of commercial law and serve as the criteria for the determination of commercial relations. However, China can identify business operators and business operation as the core of “General Principles of Commercial Law” as well as the criteria for the determination of commercial law relations. As for the system of business operation, it can be regarded not as a basic content, but only as an important content, of General Principles of Commercial Law.

(责任编辑:姚佳)