

“中国特色”民法典编纂方法及其对 商事立法的镜鉴^{〔*〕}

薛 波¹, 雷兴虎²

(1. 深圳大学 法学院, 广东 深圳 518000;

2. 中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

〔摘要〕回顾改革开放 40 多年中国民事立法的变迁,“摸着石头过河”应当是中国《民法典》独一无二、独具特色的编纂方法。这种编纂方法是中国特色社会主义市场经济建设方法论在民法领域的具体贯彻和生动运用,其形成存在哲学、经济、政治、学术、实践等多重诱因。“摸着石头过河”亦是我国商事立法的方法。我国商事立法有必要借鉴民法典编纂方法,加快商法通则立法建设,推动商事立法的体系化和科学化。

〔关键词〕民法典编纂方法;摸着石头过河;商事立法;镜鉴

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2020.10.015

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)已于十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过。《民法典》颁布后及时总结民法典编纂的经验、特色和创新,是法学界责无旁贷的历史使命。本文拟立足于民法典编纂的宏观视角,提炼和阐释“中国特色”的民法典编纂方法。

一、“中国特色”民法典编纂方法的意涵

方法由“方”和“法”两部分组成。《汉语大词典》对“方法”的解释是:(1)测定方形之法;(2)办法,门径;(3)方术,法术;(4)法则。^{〔1〕}《现

代汉语词典》将其解释为:关于解决思想、说话、行动等问题的门路、程序等。^{〔2〕}从法学角度看,方法,即在给定条件之下,为实现特定目标所采取的途径、路径、步骤、方式、手段、措施等。^{〔3〕}方法包含两个基本要素:一是某个有待实现目标的确定;二是为实现目标选择的推进办法和推进途径。任何选择目标的设定和实现,都必须依赖一定的方法。

民法典的编纂方法,即为实现编纂民法典目标所采用的途径、路径、步骤、方式、方案、手段、措施。和编纂方法相近似的概念是编纂技术,我

作者简介:薛波,深圳经济特区立法中心研究员,深圳大学法学院助理教授、硕士生导师,法学博士,研究方向为商法学;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,研究方向为商法学。

〔*〕本文系国家社科基金青年项目“公司减资对债权人通知义务研究”(19CFX049)的阶段性成果。

国学术界通常对二者不加区分、混淆使用,实际上二者是有所区别的。编纂技术是从“静态”视角即民法典的编制体例和内容构造入手来观察的;编纂方法是从“动态”视角即民法典的形成过程来看待的。编纂方法既不关乎民法典的立法技术,亦和民法典内容无涉。犹如建造一栋房屋,编纂技术指建房的框架结构和材料选用问题;编纂方法指从形成过程来观察房子采用何种方式搭建起来的。

从世界范围内来看,主要包括“法学阶梯”和“学说汇纂”两种经典的编纂技术,代表者为1804年的《法国民法典》和1896年的《德国民法典》。《法国民法典》在继承公元533年古罗马皇帝优士丁尼颁布的《法学阶梯》人、物、诉讼三分法的基础上稍加调整,分为人、财产及对于所有权的各种限制、取得财产的各种方法三编。《德国民法典》系继承历史法学派的精神编纂而成。深受康德哲学影响的萨维尼及继受者普赫塔、海塞、耶林、温德沙伊德等人,通过对罗马法律素材长期的系统整理和概念化努力,仿效《学说汇纂》打造出总则、债务关系法、物权法、亲属法、继承法五编制的民法典。我国《民法典》采总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任七编制体例。有观点认为,我国《民法典》的编制体例是《德国民法典》的翻版和改造;亦有观点认为,我国《民法典》在潘德克吞体例基础上融入了英美法元素,体现出鲜明的中国特色。

尽管编纂技术、体例对认识我国《民法典》特色和创新具有十分重要的意义,但其并非我国《民法典》最大的特色和创新。按照马克斯·韦伯“形式理性”和“实质理性”的区分思想,欧洲法律具备逻辑性和“形式理性”的特征。^[4]自罗马法以降,民法即为践行“形式理性”之典范。公元6世纪罗马皇帝优士丁尼一世完成的《优士丁尼法典》《法学阶梯》《学说汇纂》(Codex, Digesta, Institutiones)三部法律法规的汇编也被称为“Codici”,最终确定了在罗马法系中法律术语的含义为“法典”。^[5]19世纪末,法国、德国、奥地

利、瑞士等资本主义国家掀起的近代“民法法典化”运动,在全面继受和发展罗马私法体系的基础上形成了所谓的“民法法系”或者“大陆法系”。^[6]“民法法典化”运动使民法的“形式理性”特征得到了集中呈现,通过对民法典的体例编排、概括条款、术语表达等一系列设计,体现出强烈的精确性、可计算性和可复制性,最终使民法典能够跨时空、跨地域的传播。因此师承《德国民法典》《法国民法典》等大陆法系经典民法典的国家,在各自民法典的体例选择上实则多形“异”实“同”。正如萨维尼所言,法律作为历史上形成的文化现象,它萌生于特定民族的灵魂深处并在那里经过长期的历史进程而孕育成熟,只有从该国的历史中才能发现该国的民族精神。^[7]

受制于各国政治、经济、社会、历史、文化基础等因素之不同,域外民法典编纂方法亦大异其趣。19世纪的《法国民法典》是法国大革命的产物,亦是第一部资本主义国家民法典。在制定民法典前,法国是一个单一国家,虽然全国各地施行的法律各不相同,但不存在地区性的法典,制定《法国民法典》可谓是白手起家,^[8]它采取一次性编纂方式。20世纪的《德国民法典》是自由主义时代法律思想的产物,它忠实反映了当时俾斯麦帝国的社会关系。^[9]《德国民法典》编纂之初,虽然有《巴伐利亚民法典》《普鲁士国家的普通邦法》《奥地利普通民法典》《撒克逊王国民法典》以及1848年制定的《德国普通票据法》和1861年制定的《德国普通商法典》等邦(王国、公国等)法存在,但是也是一次性完成的。作为有志于成为21世纪世界民法典标杆和典范的中国《民法典》,在编纂方法上具有独创性和特殊性。本文言指的民法典编纂方法,并非指民法典编纂的技术方法、编纂体例,而是指在民法典形成过程中所采取的方式、依据和路线图。如果从这一视角切入,我国的民法典编纂方法可以归之于“摸着石头过河”这一方法。

回顾改革开放40多年民事立法的变迁,我国民事立法一直采取“成熟一个、制定一个”的

指导方针,立法机关根据不同时期政治、经济、社会发展的需要陆续颁布了众多民商事单行法,同时为保障单行法实施,最高人民法院还陆续颁布了规模庞大的民商事司法解释及司法解释性质文件群体。《民法典》正是立足于这些民事单行法和司法解释基础上完成的。我们是成熟一编就制定一编,另外一部分成熟再制定第二编,第二编成熟后制定第三编……经过不断地摸索、积累、试错、总结,最后合拢为统一民法典。这种先逐一制定民事单行法和相关联的司法解释及司法解释性质文件,再在此基础上编订纂修合拢成统一民法典,是改革开放后采用“摸着石头过河”的方法摸索形成的,在世界范围内无先例可寻。它深嵌在中国改革开放经济发展史中,扎根于中国土壤和中国司法实践,洋溢着浓郁的中国元素和本土化色彩。

尽管早在民法典编纂之前,有学者在总结改革开放40多年中国民事立法历史经验时,已经提到了“摸着石头过河”的方法,但只是作为我国民事立法的“经验”或“特色”对待,^[10]未提升至中国民事立法“方法论”和“认识论”的高度。在《民法典》颁布这一历史性时刻,回顾中国民事立法40多年的变迁浮沉,提炼中国民法典编纂的方法论,无疑,“摸着石头过河”应当属于中国《民法典》独树一帜、独一无二的编纂方法。

二、“中国特色”民法典编纂方法的形成

(一)形成历史

“摸着石头过河”是指在经验不足的情况下,必须大胆试验、积极探索、摸清规律、稳步前进,通过反复尝试、不断摸索、不断调整、不断总结经验,以达到最终的目标。^[11]这一方法具有四方面的特征:(1)目标的明确性。“摸”石头最终目标是到达对岸的“河”。(2)内容的实践性。通过一边做一边总结,以提高认识、获知规律。(3)方法的探索性。在不断试错、反复尝试中摸索前进。(4)过程的曲折性。它是一个实践、认识、再实践、再认识的迂回过程。

这一方法最早由刘伯承提出。新中国成立初期,受命去组建军事院校的张爱萍临行前向刘伯承请教,刘伯承说:“我送你六个字,可要牢牢记住,这就是摸着石头过河。”^[12]但率先将这一方法运用到经济工作领域的却是陈云。1950年4月,陈云在政务院第27次会议中提到:“物价涨不好,跌亦对生产不好。要‘摸着石头过河’,稳当点为好。”1954年5月17日,针对如何在进行社会主义改造的同时又能充分发挥资本主义工商业的积极作用,陈云提出,应当采用“加工订货、统购包销”的具体方式,并再次强调了“摸着石头过河”的指导思想。^[13]1980年12月16日,在中央工作会议上作《关于经济形势与经验教训》讲话时,陈云再次论述了改革开放应当采取“摸着石头过河”的方法。随后,在12月25日的闭幕会议上邓小平表示赞同。他指出:“陈云同志的这个讲话在一系列问题上正确总结了我国31年来经济工作的经验教训,是我们今后长期的指导方针。”^[14]自邓小平讲话后,“摸着石头过河”正式跃升成为我党工作的方法论和认识论。之后在不同场合,邓小平多次全面、系统阐释了这一工作方法的要求和内涵。他指出:“改革开放的胆子要大一些,敢于试验,不能像小脚女人一样。看准了的,就大胆地试,大胆地闯。没有一点闯的精神,没有点‘冒’的精神,……就走不出一条好路,……就干不出新的事业。”^[15]“我们现在做的事都是一个试验。对我们来说,都是新事物,所以要摸索前进。”^[16]进入新世纪后,2017年12月习近平总书记在十八届中共中央政治局第二次集体学习时在强调全面深化改革时亦指出:“摸着石头过河,是富有中国特色、符合中国国情的改革方法。摸着石头过河就是摸规律,从实践中获得真知。摸着石头过河和加强顶层设计是辩证统一的。”^[17]毋庸置疑,新中国成立以来,尤其改革开放40多年来中国特色社会主义经济发展过程中,“摸着石头过河”的思想和工作方法发挥着指南作用,是中国特色社会主义事业取得伟大胜利的方法论基础。

《民法典》作为市场经济建设的基本法,回顾新中国成立70多年来民法典的编纂史,本质就是中国特色社会主义市场经济建设实践在私法领域的体现和表达,亦是“摸着石头过河”这一工作思想和工作方法在民事立法领域的生动运用和具体贯彻。

1949年后,中共中央明令废止“中华民国民法”在内的国民政府“六法全书”,全国人大常委会于1954年组建以法制委员会主任王明领衔的领导班子,参酌1922年《苏俄民法典》起草民法典,1956年12月完成了《民法典(草案)》的草拟工作。该草案包括总则、所有权、债、继承四编,总计525条,但是随着“整风”和“反右”运动的到来,此次民法典编纂戛然而止。1962年全国人大常委会组织第二次起草民法典,1964年11月1日定稿完成了《民法典草案(试拟稿)》,该草案包括总则、财产的所有、财产的流转三编,总计24章262条。但是由于1964年在全国开始的“社会主义教育运动”和1966年的“文化大革命”,中国民事立法自此进入了长达十年的“停滞期”。1979年11月在时任全国人大常委会副委员长彭真的领导下再次成立民法典起草小组,至1982年5月完成了《民法典草案(第四稿)》,包括民法任务和基本原则、民事主体、财产所有权、合同、智力成果权、财产继承权、民事责任和其他规定,总计8编43章465条。但因时值改革开放初期,经济体制改革方向未定,加之1979至1985年民法和经济法论战甚嚣尘上,民法的独立地位受到严重质疑。制定民法典的时机和条件均不成熟,第三次民法典编纂亦折戟沉沙。

随后中国民事立法方针彻底从“批发”转向“零售”。1980年颁布《婚姻法》,1985年颁布《继承法》。1986年在彭真同志力推之下颁布《民法通则》,《民法通则》总计9章156条,对基本原则、民事主体、民事权利、民事责任、诉讼时效作了周详的规定,实际上是一个“小”(微缩/缩编)民法典。《民法通则》的颁布拉开了我国民事立法的序幕,20世纪80年代又先后制定

《经济合同法》(1981)、《涉外经济合同法》(1985)、《技术合同法》(1987),合同立法呈现“三足鼎立”的局面。1991年制定《收养法》,1995年制定《担保法》,1999年《合同法》的颁布结束了合同立法“三足鼎立”的局面。2002年制定《农村土地承包法》。

虽然期间有过编纂民法典的尝试,但仅是昙花一现。2002年12月23日立法机关曾向全国人大常委会提交过一个九编制的《民法典(草案)》。由于该草案只是对现行生效法律的“汇编”而非“编纂”,内容矛盾重复,立法质量不高。初次审议后便无下文,民法典立法实际处于休眠状态。^[18]立法机关继续单行立法的思路,2007年颁布《物权法》,2009年颁布《侵权责任法》,2010年10月28日通过《涉外民事关系法律适用法》。2011年3月10日时任全国人大常委会委员长吴邦国庄严宣布,中国特色社会主义法律体系已经形成。

就在有学者悲观预言,民法典已经渐行渐远之际,^[19]2014年10月28日,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“加强市场法律制度建设,编纂民法典。”决定的出台使宣判“死刑”的民法典得以“复生”。立法机关旋即拟定了“两步走”的编纂策略:第一步修订《民法通则》为《民法总则》,第二步整合其他民事法律为民法典各分编。2016年6月第十二届全国人大常委会法制委员会将制定《民法总则》列入年度立法计划。2016年7月《民法总则(草案)》提请全国人大常委会第一次审议,历经4次审议后,2017年3月15日以2782票赞成、30票反对、21票弃权顺利通过。^[20]2018年8月27日民法典各分编草案开始审议,全部草案历经二审,其中争议较大的人格权编、婚姻家庭编、侵权责任编历经三审。2019年12月《民法总则》和民法典分编草案“合体”,草案整体提请第十三届全国人大常委会第十五次会议审议。2020年5月28日《民法典》以2879票赞成、2票反对、5票弃权高票表

决通过,包括总则编、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编及附则,总计7编1260条106600字。新中国第一部《民法典》重磅登场。

爬梳新中国成立70多年来民法典编纂的历史变迁,可以窥见,新中国民法典编纂历经坎坷,浮浮沉沉,而非一蹴而就。在前三次尝试一次性编纂民法典无果后,中国民事立法转而改采“摸着石头过河”的方法,先“成熟一个、制定一个”逐步完善各领域的民事单行法,为民法典立法奠定了良好的法律素材和实践基础,然后再对现行有效的民事单行法规进行科学的整理,对已经不适应现实情况的规定进行修改完善并对社会生活中的新情况、新问题作出有针对性的新规定。^[21]最后,在这两方面基础上形成统一的民法典。

(二)形成诱因

1. 哲学层面:受经验主义哲学的影响。经验主义哲学和先验主义哲学、超验主义哲学相对应,它滥觞于英国,代表人物有培根、杜威等。不同于建立在超验主义哲学基础之上的神启法,亦有别于先验哲学基础上的法典式制定法,^[22]经验主义哲学是指人们在同客观事物直接接触过程中通过感觉器官获得的关于客观事物的现象和外部联系的认识。^[23]它以实践经验为基础,不是以概念、逻辑、推理、论证为基础的思维活动和思维方式。“摸着石头过河”的方法是典型经验主义哲学的产物,它裹挟在中国特色社会主义市场经济建设实践过程中,是我们在民法典编纂过程中不断试错、不断摸索、不断总结、不断改进最终形成的。

2. 经济层面:市场经济条件不具备。民法作为调整市民社会财产关系和人身关系的基本法,其生存的经济基础只能是市场而非计划经济。新中国成立以来,我国多次尝试一次性编纂民法典均无疾而终,后来改采“摸着石头过河”的编纂方法,根本原因在于编纂民法典的经济条件不具备。1956年、1964年、1979年编纂民法典实行的是计划经济体制,计划经济主要通过行政指示

和行政命令来组织和安排生产、交换、流通、消费活动。最极端例证莫过于1964年民法典草案,该草案第三编“财产的流转”将经济行政关系作为财产流转的核心,没有自然人、法人、物权、债权、法律行为、合同等民法基本内容,^[24]集中反映了计划经济体制的特点。

3. 政治层面:政治环境不允许。编纂民法典是一项规模浩大的政治工程,必须要有与之相适应的政治环境和条件,1954年、1964年民法典编纂失败主要受国际环境和国内政治运动的冲击,1979年民法典编纂时全国正在进行真理标准问题大讨论,民法典编纂所需的政治环境也不具备。这是三次尝试民法典编纂无果后改采“摸着石头过河”编纂方法的重要原因。

4. 学术层面:民法典编纂的技艺欠缺。新中国成立初期,面对资本主义国家全面封锁采取“一边倒”的外交政策,我国民法理论全盘继承了苏联国家主义法学,聘请苏联专家,派遣留学生赴苏联学习,组织翻译了大批苏联民法著作。1954年起草民法典的范本是1922年的《苏俄民法典》,1979年参考了《苏联民事立法纲要》和1964年的《苏俄民法典》。^[25]历次民法典编纂莫不受苏联民法的影响,直到2014年民法典编纂还有学者呼吁应当肃清苏联民法对我国民法典编纂的影响。^[26]苏联民法在研究方法上长于阶级分析和政治分析,忽视法教义学方法的运用。编纂技艺欠缺是改采“摸着石头过河”方法的学术动因。

5. 实践层面:编纂民法典的司法土壤贫瘠。1957年最高人民法院全年共审理案件2573件,其中刑事案件2545件,民事案件全年仅28件。全国共结案2203件,其中刑事案件2184件,民事仅19件。最高人民法院1957年的工作报告也指出,在实行农业合作化之后土地归集体所有,私人间的耕地纠纷基本消失。^[27]这表明当时民事纠纷非常稀少。改革开放后推行的复转军人进法院、社会招干、机关分流政策,使我国法院系统混杂有大量“半路子”出身的法官,这些法

官的法律思维和审判素养比较欠缺。民商事案件审判长期依靠国家政策、党和国家颁布的有关民商事方面的政策性文件、司法解释性质的文件甚至领导人的批复、批示、指示、指令等,缺少民法典编纂所匹配的司法土壤。

概言之,受多重因素的影响和制约,最终使民法典改采“摸着石头过河”这一编纂方法。尽管这种方法不是源于立法者事先的理性设计,亦非法学家逻辑构建的结果,而是中国特色社会主义经济实践尤其是改革开放以来市场经济建设“自生自发秩序”的产物。^[28]但是在《民法典》颁布这一万众瞩目的历史性时刻,回顾我国民法典编纂史,这一方法却显得极为特殊,值得学界认真对待和反思。

三、商事立法对“中国特色”民法典编纂方法的借鉴

(一)借鉴的现实性和可行性

虽然我国民法典编纂秉持“民商合一”的立法传统,但是基于商事关系的特殊性,及现代商事关系发展已经从传统商品生产、制造、加工、销售、服务等经营活动形成的商事关系的调整转移到了资本和金融领域的金融商事关系的事实,^[29]《民法典》对商事关系的容纳极为有限。《民法典》颁布后,《公司法》《证券法》《合伙企业法》《破产法》《保险法》《票据法》《海商法》等商事单行法将游离于《民法典》外存在。

目前,中国特色社会主义商事立法已经基本备齐和健全,商事执法司法经验亦相当丰富,但商事立法体系化和科学化进程却相当迟缓,这主要受多重因素的制约:(1)抑商的文化基因。中国传统文化“深层结构”具有静态的“目的”意向性,意在“镇止民心,使之少知寡欲而不乱”。^[30]公元前1000多年商人在西欧出现时,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,被形象地称为“Pies poudreuv”(“泥腿子”)。^[31]商人这种“好动”“冒险”形象和中国传统文化格格不入。(2)贬商的社会政策。中国

封建社会历来推行“重农抑商”政策,在“士农工商”的排位中,商人始终叨陪末座。“君子喻于义,小人喻于利”“商人重利轻别离”之说盛行,商人被认为是投机取巧之徒。这些观念根深蒂固,严重制约了商人地位的提升。(3)排商的思维抵制。我国学界长期存在“排商”“抑商”的“沙文主义”思潮,忽视商法的特殊性和特殊的高法思维。(4)商法规则形式理性之欠缺。现行商事单行法颁布于不同时期,各自均独立存在,结构都有总则、分则、法律责任和附则,内容都有立法宗旨、调整对象、调整范围条款,无法形成一个逻辑一致、圆融自洽的系统。(5)商事立法起步较晚。新中国成立后的前30年我国商事立法基本上处于“停滞”状态。1992年党的十四大确立市场经济体制改革目标后才步入快车道,至今亦不过20多年时间。起步较晚亦是阻碍商事立法体系化和科学化进程的现实原因。

正如学者所言,民法和商法是“车之两轮、鸟之两翼”的关系,^[32]都是市场经济建设的基本法。如果商事立法不能和民事立法协同推进的话,那么社会主义市场经济建设的法治保障便存在重大“缺陷”和“短板”。《民法典》实施后我国商法学界有必要学习和借鉴民法典编纂方法,推进商事立法的体系化和科学化。

改革开放40多年来,商事立法和民事立法始终相互交织、交互影响、相互吸收、齐头并进、共同发展,二者在立法路径上具有高度的一致性、统一性、协调性。民法典编纂所采用“摸着石头过河”的方法又何尝不是我国商事立法的方法!我国1979年颁布《中外合资经营企业法》,1986年颁布《外资企业法》,1988年颁布《中外合作经营企业法》,1988年颁布《全民所有制工业企业法》,1992年颁布《海商法》,1993年颁布《公司法》,1995年颁布《票据法》《保险法》《商业银行法》,1997年颁布《合伙企业法》,1998年颁布《证券法》,1999年颁布《个人独资企业法》,2001年颁布《信托法》,2003年颁布《证券投资基金法》,2006年颁布《企业破产法》。这些主要

商事单行法亦是伴随中国特色社会主义市场经济建设发展的现实需要采用“摸着石头过河”的方法“成熟一个、制定一个”完成的。商事立法和民事立法在立法方法上的一致性、统一性、协调性,为商事立法体系化和科学化奠定了可行性基础。

(二) 商事立法借鉴民法典编纂方法之展开

既然民事立法和商事立法在方法上具有高度一致性、统一性、协调性,是否意味着民法典颁布后有必要另立一部商法典?笔者认为,商事立法对民法典编纂方法的借鉴应当有所取舍,不宜盲目照搬,目前应坚持两点论:(1) 无需制定独立的《商法典》。在《民法典》秉持“民商合一”立法体例的前提下再制定一部独立的商法典显得不合时宜,商事立法应当在《民法典》确立的统一私法框架下推进。(2) 商事立法体系化和科学化仍有必要。我国商事立法采用“摸着石头过河”的方法成熟一个、制定一个,导致各商事单行法之间各自为政,影响了立法的和谐统一,目前亟需通过体系化努力,消弭各单行法的龃龉和矛盾、填补商事一般规范空白。这两点应当是民法典颁布后我国商事立法的指导思想,亦是我国商法学界坚持的方向和目标。

早在《民法总则》立法的过程中,商事立法一直是缠绕在民商学界的“悬疑”问题。最高立法机关为此组织过多次研讨会、论证会、听证会和实地调研,形成了在《民法典》内独立成编、独立成章、独立成条、分解融合四种模式。^[33]《民法总则》最终选择了“分解融合”模式,将商法规则分散融合,逐一规定在相应的章、节、条、款、项中,《民法典》各分编亦沿袭了这一做法。但实证显示这一处置模式难谓成功。《民法总则》实施后,学术界对民商关系处置褒贬不一。支持者认为,《民法总则》创新地规定了“民商合一”的基本原则、商主体的类型和标准、商事权利体系、商行为类型以及商事责任类型,彰显了中国特色;^[34]批评者认为,《民法总则》对商事权利、商行为、商事责任等重要制度的规定基本处于敷衍

状态,对诸如代理商、经纪商这样的商事代理直接忽视,^[35]尤其“法人章”采用大规模援引《公司法》规定的做法,造成上位法和下位法的冲突。^[36]《民法总则》虽然实行“民商合一”,实际仅具“圈地”意义,并未认真对待商事关系。

无论如何评判《民法总则》对民商关系处置模式之成败得失,亦无论实行“民商合一”抑或“民商分立”,其实不过是一个立法选择和外部形式问题,纯粹属于理论之争和地盘之辩,商法的独立地位和独特商法思维不会因为民法典立法的完成而终结和消弭。法学作为一门充满实践理性的学科,其魅力主要不在于坐而论道,构建价值,其核心要解决的是法适用命题。^[37]德国、法国“民商分立”和意大利“民商合一”形成史已经表明,“民商合一”或者“民商分立”纯粹属于历史的产物而非理性选择的结果。《法国民法典》对商法的疏漏是因为法国大革命对商业阶层的敌视,以至于《法国民法典》制定时根本没有把“商法”当成“民法”来看待。在民法典制定时商法已经形成了自己独特的传统,它没有明显的与罗马法关联的祖先。优士丁尼的《法学阶梯》里没有它,法国法理论里也没有它。这一原因同样解释《德国民法典》和《奥地利民法典》里为什么疏漏了商法。^[38]在我国《民法典》立法秉持“民商合一”体例的前提下,学界应当抛弃“民商合一”和“民商分立”的无谓争论,立足于我国商事立法实践推动商事立法的体系化和科学化。

那么何谓商事立法体系化和科学化路径的最佳选择呢?经过商法学界 20 多年的深入研究,已经形成了相当一致的看法,即中国商事立法应当尊重中国自己的商事立法、司法、执法实践和商务创新,我们没有必要采用大而全的单一商法典或民法典/民商法典模式,应当采用《民法典》+ 商事(法)通则 + 商事单行法相结合的立法模式。^[39]这种由《民法典》+ 商事单行法^[40]构成的“统分结合、有分有合”的立法模式,是扎根于中国土壤形成的商事立法模式,属于真正本土化的中国创新。它符合渐进经济体制改革中的

商事立法、执法和司法实践,亦是我国理论和实务界长期探索和理性思考的结晶。

为加快推进商法通则立法工作,有必要做好三方面工作:第一,夯实商法通则的立法基础。关于商法通则立法的可行性、必要性的论证已经相当的坚实、充分,需要进一步补强的是商法通则的实质内容。除可以从各商事单行法中撷取应当规定在商法通则的部分内容外,尤为重要的是应当注意对商业习惯、惯例的提取和吸收。因为没有任何领域比商法更能清楚地观察到经济事实是如何转化成法律关系的。只要不与强行法相悖,商人往往可以根据自己的力量,按照自己的需要以合意的交易条件和方式设定他的法律关系。^[41]商事习惯对于商事交易和商行为的解释具有支柱性意义。我国学界和实务界对此的重视程度还远远不够。鉴于商事习惯、惯例之于商事立法的重要性及特殊价值,有必要成立专职负责商事习惯、惯例调查工作的委员会、调查小组,在全国范围内开展大规模的商事习惯调查、搜集、整理和汇编工作。关于委员会、调查小组人员的构成,建议由全国人大常委会法工委牵头,会同最高人民法院和中国法学会商法学研究会的骨干力量,在全国各级人民法院、仲裁机构、律师事务所、商业行会、商务企业展开大规模的商事习惯、惯例调查工作。在反复筛选、甄别、过滤、萃取的基础上,对我国商事实践中已经发展成熟但还未上升至成文法或者司法解释规定的,由委员会、调查小组出具代表独立意见的专家意见书。专家意见书应当详细载明待纳入商事习惯的类型、适用范围和纳入理由,以给商法通则立法做好充分的理论准备和资料参照。

第二,整合商事单行法及司法解释。我国民商立法历来存在“无法不解释”的现象,商事司法解释对商事审判的影响甚至要高于立法。据统计,1979年至2011年间我国共颁布了469件民商事司法解释。2014年后几乎每出台一部重要的商事单行法,一年内就会颁布与之相配套的司法解释。虽然司法解释对于细化法律、保证法

律适用以及发展和完善法律发挥了十分重要的作用,但是这种大规模颁布抽象性司法解释的做法却严重模糊了立法权和司法权的边界,使立法存在被司法解释“架空”之危险。民法典编纂已经充分注意到了对司法解释的统合吸收问题。商事立法亦有必要借鉴民法典编纂方法,强化立法对司法解释的吸收,以廓清立法权和司法权之边界,维护立法权之权威。

第三,推进商法通则进入立法规划。在做好前两方面工作的同时,当前更为紧迫的任务是推动商法通则早日列入全国人大常委会的立法规划。虽然学界就商法通则立法已经召开了多次学术研讨会、论证会并且出台了数份高质量的商法通则立法学者建议稿,有多位全国人大代表和全国政协委员提交了关于商法通则立法的议案。但截至目前,商法通则立法依然止步于理论准备和社会呼吁阶段,在全国人大常委会的年度立法规划里,迟迟未出现过商法通则的立法计划。正如学者所言:“民法典的竣工之时,就是我国商事立法启航之日。”^[42]《民法典》的颁布为商法通则立法提供了良好机遇和契机。趁民法典编纂之余热,有必要发动学术界、实务界、商务界等一切可能力量,通过立法论证会、听证会、研讨会、代表议案等多种方式和途径,督促立法机关尽早将商法通则列入立法规划。

注释:

[1]《汉语大词典》(第1卷),上海:汉语大词典出版社,1990年,第1560页。

[2]《现代汉语词典》,北京:商务印书馆,1983年,第306页。

[3]葛洪义:《法律方法讲义》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第4页。

[4][德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,北京:中国大百科全书出版社,1998年,第61、62页。

[5]魏巍杰、王明锁:《民法法典化、法典解构化及法典重构化——二百年法典发展历程述评》,《私法》第5辑第2卷,第59页。

[6]周桐:《罗马法原论》(上册),北京:商务印书馆,2014年,第18页。

[7][德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,北京:中国法制出版社,2017年,第262页。

- [8]谢怀斌:《外国民商法精要》,北京:法律出版社,2014年,第66页。
- [9][德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,北京:法律出版社,2003年,第117页。
- [10]王利明:《回顾与展望:中国民法立法四十年》,《法学》2018年第6期;房绍坤:《新中国民事立法的基本经验及其评析》,载何勤华主编:《曲折、磨难、追求——首届中国法学名家论坛学术论文集(下)》,北京:北京大学出版社,2011年,第557页。
- [11][17]韩振峰:《“摸着石头过河”改革方法的来龙去脉》,人民网,http://dangshi.people.com.cn/n/2014/0409/c85037-24858259.html。
- [12]陈振家:《邓小平的智源》,北京:中国社会科学出版社,2003年,第219页。
- [13]王曦、舒元:《“摸着石头过河”:理论反思》,《世界经济》2011年第11期。
- [14]《邓小平文选》(第二卷),北京:人民出版社,1994年,第394页。
- [15][16]《邓小平文选》(第三卷),北京:人民出版社,1993年,第372、174页。
- [18]王卫国主编:《中国民法典论坛(2002—2005)》,北京:中国政法大学出版社,2006年,“序言”。
- [19]柳经纬:《渐行渐远的民法典》,《比较法研究》2012年第1期。
- [20]张鸣起:《〈中华人民共和国民法总则〉的制定》,《中国法学》2017年第2期。
- [21]《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm。
- [22]谢晖:《经验哲学之兴衰与中国判例法的命运》,《法律科学》2000年第4期。
- [23]《中国大百科全书·哲学1》,北京:中国大百科全书出版社,1987年,第372页。
- [24]郝铁川:《中国民法典起草的历史(下)》,《法制日报》2016年7月13日。
- [25]梁慧星:《中国民法学的历史回顾与展望》,《望江法学》2007年冬季号(总第1期)。
- [26]杨立新:《编纂民法典必须肃清前苏联民法的影响》,《法制与社会发展》2016年第2期。
- [27]孙宪忠、谢鸿飞:《中国民法学六十年:1949—2009年》,《私法研究》2010年第1期。
- [28][英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社,2000年,第55页。
- [29][35]施天涛:《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,《清华法学》2017年第6期。
- [30]孙隆基:《中国文化的深层结构》,北京:中信出版集团,2015年,第10页。
- [31][美]迈克尔·E.泰格:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,上海:上海辞书出版社,2014年,第4页。
- [32]《张文显副会长出席中国商法学研究会2015年年会并致辞》,民主与法制网,http://www.mzyfz.com/index.php/cms/item-view-id-1151360。
- [33]雷兴虎、薛波:《民法总则包容商事关系模式研究》,《甘肃政法学院学报》2017年第1期。
- [34]许中缘:《我国〈民法总则〉对民商合一体例的立法创新》,《法学》2017年第7期。
- [36]薛波:《公司法人格否认制度“入典”的正当性质疑——兼评〈民法总则〉“法人章”的立法技术》,《法律科学》2018年第4期。
- [37][德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,北京:法律出版社,2013年,“译后小记”。
- [38][美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,北京:中国法制出版社,2005年,第160、161页。
- [39]该模式最早由江平教授提出,王保树教授、赵旭东教授均进行过充分论证。2015年9月在河南召开的中国法学会商法学研究会年会上张文显教授表示支持,并勉励商法学界要有意识推进商法通则工作。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来体现,商法学研究会应当早日向立法机关提交商法通则建议稿,推动商法通则立法。参见《中国法学会商法学研究会向中国法学会汇报工作》,中国法学会网,https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/17602/cid/54.html。
- [40]有观点认为,商法通则类似于“总则”或“总纲”性质的法律文件,终极目标仍然是制定商法典。实际上商法通则不能等同于商法“总则”或者“总纲”,还发挥着对商事单行法查漏补缺“补充”和“兜底”作用,仍属“单行法”范畴。详见王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。
- [41][德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健译,北京:商务印书馆,2013年,第111、112页。
- [42]赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期。

[责任编辑:邹秋淑]