

《商法研究》文丛

商法研究

Studies on
Commercial Law

2017
年卷

吕来明◎主编

 中国政法大学出版社

卷外篇

商 法 研 究

2017
年卷

Studies on
Commercial Law

吕来明◎主编

学术顾问：（以姓氏笔画为序）

王家福 石少侠 刘俊海

李仁玉 赵旭东 谢安平

执行主编：董 彪



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

商法研究. 2017 年卷/吕来明主编. —北京：中国政法大学出版社，2018. 5
ISBN 978-7-5620-8316-0

I. ①商… II. ①吕… III. ①商法—研究 IV. ①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 124756 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	北京朝阳印刷厂有限责任公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	22.5
字 数	360 千字
版 次	2018 年 5 月第 1 版
印 次	2018 年 5 月第 1 次印刷
定 价	69.00 元

序

2017年是我国商事法律制度改革攻坚克难和承上启下的一年。首先，商法学者在《民法总则》的制定过程中贡献了智慧与知识，增强了《民法总则》的商法品性。《民法总则》的颁布又翻开了研究与完善商事法律制度的新篇章。民法与商法的关系如何？怎样在未来民法典中安排商事法律规范？商法通则的立法设计是否必要和可能？这些问题成为《民法总则》颁布之后民商法学界关注的重点，在民法典出台之前将被持续关注和研究。

其次，如火如荼的电子商务迫切需要一部专门以电子商务为调整对象的法律。近年来商法学界持续关注电子商务立法，取得了丰硕的成果。经过法学理论和实务界人士的共同努力，《电子商务法（草案）》通过了全国人民代表大会常务委员会二审，为未来规范电子商务行为，引领世界立法潮流提供了基础。如何从立法技术、价值、规范设计等方面完善《电子商务法（草案）》成为下一步商法学研究的重点。

最后，在全面推进依法治国的战略目标下，我国商法法律制度改革取得了显著的成效。市场在资源配置中的决定性作用显现、营商环境持续改善、企业财产权保护的力度增强。如何进一步深化商事制度改革，通过制度设计激发市场活力、引领创新成为新时代商法学研究的新课题。

《商法研究（2017年卷）》主要围绕上述论题展开。本卷继续以弘扬商法理念、反映商法理论和实践成果、促进商法理论研究和制度建设为宗旨，设置民法典体系与商法规范专题、互联网法治专题、企业制度改革、热点问题评析、案例研习、会议综述等栏目。

《商法研究》丛书由北京工商大学法学院和商法研究中心主办。感谢北京

工商大学科技处为本卷出版提供资金支持。感谢中国政法大学出版社魏星编辑所付出的辛劳。

商事活动的繁荣以及“互联网+”“大数据”“人工智能”等新型社会现象的出现,为创新商事法律制度带来了前所未有的新机遇。在习近平新时代中国特色社会主义思想的指引下,商事法律制度改革与完善必将取得新的辉煌成绩。躬逢盛世,《商法研究》丛书编辑部愿与各位同仁戮力同心,为商法学理论和实务研究添砖加瓦。

《商法研究》编辑部

2018年3月16日

序	1
---------	---

■ 民法典体系与商法规范专题

民法典的商事涵养——从商事规范立法体系化设计

说起 / 刘经靖 王 佳	1
--------------------	---

私法体系化视角下利益第三人合同规则探讨 / 董 彪	13
---------------------------------	----

■ 互联网法治专题

“互联网+”背景下我国法律电商发展的困境与

对策 / 张世君 刘 源	27
--------------------	----

大数据背景下商业贿赂犯罪新探 / 谢安平 阮宇婷	40
--------------------------------	----

大数据时代个人信息权的保护 / 俞 亮 贾秋颖	46
-------------------------------	----

“大数据”背景下个人信息的法律保护——以“微博诉脉脉案”

和“领英案”为例 / 马擎宇 刘芃铎	53
--------------------------	----

首都地区互联网保险市场法律规制研究 / 秦小寒	64
-------------------------------	----

消费者信息权的互联网保护——以支付宝年账单案

件为例 / 张 龙 姚思婧	74
---------------------	----

与网络有关的不正当竞争行为规制分析 / 熊 英	83
-------------------------------	----

在线短租行业监管问题研究 / 高传杰 罗 琛	92
------------------------------	----

■ 企业制度改革专题

公司经营者激励机制：问题与出路 / 段 威 林 杉	102
论上市公司私有化的法律规制——以中小股东权益保护 为视角 / 恽力达 常 健	114
国有企业集团中国有股代表人制度的构建 / 白慧林	137

■ 热点问题评析

美国金融控股公司客户金融隐私权保护制度评价 / 颜 苏	146
中国主要商业银行个人理财合同文本的分析 / 周 沁	156
出租人通知义务制度探究——以《合同法》第 230 条 为核心 / 侯雪梅 谭志华	170
收费权质押的法律问题探讨 / 刘 影 袁晓北	184
股权众筹平台的法律地位与责任 / 郑国华	192
诉讼财产保全责任保险研究 / 周 楠	201
企业并购中的反垄断问题研究 / 李可书	240
审判权行使中的策略行为 ——以法经济学为视角 / 田 峰	250

■ 案例研习

商品房销售广告的性质与效力分析 ——以甲公司与吴某房屋买卖合同纠纷案为例 / 李仁玉	264
混合共同担保中债权人与担保人的脱保约定之效力研究 ——以小微合作社诉郭某、唐某和东云公司追偿权纠纷 案为例 / 张 翼	271
责任保险索赔时效的起算 ——谢某某诉某财产保险股份有限公司财产保险 合同纠纷案 / 余香成	281

主车与挂车出险赔偿案例研究 / 王海龙	291
交强险中车上人员与第三者身份转化案例研究 / 李革革	314
从三起司法判例看域名混淆的认定原则及案件办理注意 事项 / 高建州 沈小秀	337

■ 会议综述

现代商法论坛 2017 年会暨《互联网时代的商人自治与市场规制》 学术研讨会会议综述 / 吕来明 王慧诚	342
---	-----

民法典的商事涵养

——从商事规范立法体系化设计说起

刘经靖 王 佳*

说起民法典的商事涵养，重点自然落在商事规范的基本立法上面。学界针对此问题讨论的观点不论种类多少，其核心一定是结合相关民法典的规则立法，最终达成的学术共识虽具有不同意义，但大抵跟“民商合一”与“民商分立”差不到哪里去，只不过由于见解不同，学者们对于《民法总则》的具体规则设计以及之后的商事立法规则设计作出了针锋相对的价值决断。^{〔1〕}在民法典编纂的背景下探讨商法体系，属于立法技术问题的争论。一部好的民法典若想要时刻准备应对社会复杂性，势必应当将社会的复杂性随时转变为法律系统内部的复杂性并适时更新，保持这一良好转变的前提则是法律内部应当妥善安置各项价值决断及其附属因素，目的在于裁判者方便寻找法律

* 刘经靖，烟台大学法学院教授；王佳，烟台大学法学院硕士研究生。

〔1〕 关于该问题的文献，主要有：王利明：“民商合一体例下我国民法典总则的制定”，载《法商研究》2015年第4期；蒋大兴：“论民法典（民法总则）对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性”，载《比较法研究》2015年第4期；徐强胜：“民商合一下民法典中商行为规则设置的比较研究”，载《法学杂志》2015年第6期；赵万一、赵吟：“论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用”，载《现代法学》2012年第4期；赵旭东：“《商法通则》立法的法理基础与现实根据”，载《吉林大学社会科学学报》2008年第2期；王保树：“商事通则：超越民商合一与民商分立”，载《法学研究》2005年第1期。

依据。立法技术没有对错之分,仅有适应性差异之别,一如“民商合一”与“民商分立”的争论,两者均诞生于多重社会历史环境之下,丝毫不存在绝对正误之分,关键在于是否适合中国国情。^[1]纵观各个基本法律部门,尚没有比民法与商法联系更为紧密、关系纠葛更为特别的两个法律部门,尤其当民法与商法统称为民商法的时候,两者分属还是合二为一的问题相当模糊,无法解答。现如今民法典工程浩荡,商事立法问题自然由此浮出水面,《民法总则》制定时,便产生了诸多“民法总则的商法意义”“民法总则体现商事规范”“商法通则的制定、必要和可行性”等论断。^[2]商法地位以及《民法总则》出台之后商事法律规范体系的安排等成为立法者审慎思考和学者们高度关注的问题。

一、从民商关系看《民法总则》

尽管商法学者对于“民商合一”持不同看法,但当下民法学界乃至最高立法机关都或多或少地偏向该立场。从立法形式上看,我国虽普遍遵循“民商合一”立场,但民商分离的呼声从未熄落,立法者的态度是:“我国民事立法秉持民商合一的传统,通过编纂民法典,完善我国民商事领域的基本规则,为民商事活动提供基本遵循。”^[3]鲜明可见,《民法总则》是“民商合一”的开篇之作,施行之后的诸多问题都值得注意。从民商关系的角度入手对《民法总则》进行问题阐述,以期为之后的商事立法申述一二。

(一) 关于“民事主体”

《民法总则》中民事主体的基本架构大部分来自于《公司法》以及其它商事主体法。民事主体可被扩大解释为私法主体,由此会包括商事主体,即

[1] 杨振山:“中国民法典的立法展望”,载《中国法律》2000年第3期。

[2] 相关文献研究主要包括:周林彬:“民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿‘一般规定’条款的修改意见为例”,载《社会科学战线》2015年第12期;李建伟:“民法总则设置商法规范的限度及其理论解释”,载《中国法学》2016年第4期;刘斌:“论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角”,载《当代法学》2016年第3期;范健、丁凤玲:“中国商人制度与民事主体立法——写在《民法总则》创立时的思考”,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2017年第3期;许中缘:“商法的独特性与民法典总则编纂”,载《中国社会科学》2016年第12期。

[3] 值得注意的是,《中华人民共和国民法总则(草案)》“说明部分”已明确指出:“我国民事立法秉持民商合一的传统,通过编纂民法典,完善我国民商事领域的基本规则,为民商事活动提供基本遵循,就是要健全市场秩序,维护交易安全,促进社会主义市场经济健康发展。”

“自然人”一章的个体工商户、“法人”一章的营利法人以及“非法人组织”一章的合伙企业。那么狭义的民事主体与商事主体有何关联？商法学者反对在《民法总则》中引入商事主体的概念，^{〔1〕}学界通说认为，商事主体可作为特殊民事主体对待，民事主体范围较商事主体更广泛，商事主体设立程序和要求较民事主体更为严格。^{〔2〕}《民法总则》实施之后，主体问题避免不了一番争论，商法学者似乎认为商事主体并非狭义民事主体，商事主体和狭义民事主体的关系为非此即彼等，略荒谬些。《民法总则》以营利法人与非营利法人来设计法人基本类型，将个人独资企业、合伙企业等规定为非法人组织，实为亮点，营利法人（可等同于企业法人）可视为对《民法通则》的创新和发展，受到学界尤其是商法学者的一致赞颂。由此，商事主体略可看作是商事规范得以适用的法律上的基本连接点。私法主体范围甚广，其是否一定为商事主体标准不甚明确。甚至出现与民事主体相关的模糊概念：“商事主体是指那些具有商事权利能力、商事行为能力的私法主体”，此概念完全是民事主体的照本宣科，各项商事权利能力与商事行为能力亦是照葫芦画瓢。诸判断标准：设权性商事登记（如小规模经营者欲成为商事主体）、商事法律组织形式（资合公司为形式商人，不问其是否从事商业经营行为）等涉及多元，而通常判断的标准在于私法主体从事营业之经营的商事行为。商事主体可在某一类上同时作为狭义的民事主体来进行定义，但绝不能反其道而行将任何民事主体同时定义为商事主体。德国商法理论讲个体工商户是个体商人（Einzelkaufmann），而在中国，个体工商户却在大多数情况下以个体商人的面貌出现，《民法总则》规定了个体工商户涉及以家庭财产承担责任的情形，但并未明确此时的个体工商户性质如何，个体商人？合伙商人？为民事主体上的自然人？还是非法人组织？如果是个体经营，则势必用个人财产承担责任；若是家庭经营，则可以家庭财产承担，但是家庭经营不仅仅意味着是一个自然人，可能会涉及合伙，应当慎重对待。

再来看农村承包户，它并非商户，与个体工商户相比亦有差别。在法律规定上，农村承包户也是按照《宪法》《物权法》《土地承包法》的相关规定

〔1〕 经营者自身概念强调经营行为的营利性。王建文：“我国《民法典》中商法核心范畴的立法构想”，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2016年第2期。

〔2〕 范健：《商法》（第三版），高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第31页。

成立,而与商事法律规范关系不大,是对农村集体所有的农地进行发包、承包的分散经营的形式。在农村集体农用地进行发包、承包之际,只有取得该集体内经济组织成员资格才能够获得经营权。承包合同并非单个运行,即并非是非单个成员主体分别签订,承包经营权亦并非由单个成员单独获得,而是将该集体区域组织内部依照血缘关系、共同生活关系结成多个共同体组织,由各个共同体进行承包合同的商榷与签订,继而取得农地承包经营权。各个共同体称之为农村承包户,农村承包经营权由共同体内的成员共同共有。如此一来,既克服了因成员个人原因引发的个人利用土地面积增减的风险,也保障了农村土地利用的秩序,利于农村经济的发展。可见,共同体掌握农地承包经营权,农村承包户实为农林业者,而非工商业者,与个体工商户亦存在根本区别,根本不是商事主体。

(二) 关于“契约原则”

契约原则并不是《民法总则》中的明文规定,其由来源自《民法总则》第5条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则,按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”关于这条规定的理解有众多说法:自愿原则、自由原则、私人自治原则等。民事法律关系必是双方乃至多方的权利义务关系的综合体现,任何一方不能将自己的单方面意思凌驾于另一方之上,任何一方也不能滥用自由法权。只有据此将契约原则突出,不孤立、不片面强调任何一方的意思表示,才可体现私法自治理念。也就是说,在对《民法总则》第5条的理解与适用上,应当强调契约原则,并注重契约原则与自愿原则的关联互通,这也是民法典“民商合一”体现的要求。民事主体经常所为的负担行为、处分行为等均以契约为常态。商事主体从事的经营之营业行为由各项契约组成,而对其经营规模的大小、主副营业务的区别在所不问,仅仅在于经营契约的不同类型。比如商业银行中的主营业务一般是与储户订立存款或贷款契约,再者便是接受某客户代理代为进行商业转账结算则为委托契约抑或是代理商契约;保险公司主营业务是保险代理人与投保人订立保单(保险契约内容),或者是与相应代理人签订各式各样的保单,例如财产保险、人寿保险、保证保险等。

商事交易中的契约是作为交易必须要件进行处分,缺少契约则不完整。而在一个多元的商事交易过程当中,一份契约远远不够,各成分契约之间相互联系,相互作用,同为经济目的最大化,才能显现出契约的根本构成作用。

换言之,商事交易对商事契约存在很大依赖性,另考虑到商业成本中各项操作流程须得规范统一标准的需要,格式条款衍生而出,这对于大众化的交易模式来说显得尤为重要。缺少商事契约便无法理解商事营业的基本构造,无法熟练运用格式条款。强调契约原则另外一个重要的原因在于其不可替代性。与单方行为相比较而言,法律上所允许的单方行为均可以用契约加以取代,但是法律上要求使用契约原则所做出的行为却不可用单方行为替代,除外原则便是当事人自由约定,此为后话。但《民法总则》第5条没有提及契约,没有强调契约原则,而在《法国民法典》第1134条、《德国民法典》第305条和《俄罗斯民法典》第1条中对契约作了说明,这起码是法律明文规定,我国在此尚缺乏足够认识。

(三) 关于“代理”

这里的代理主要指“消极代理”和“职务代理”。《民法总则》中关于代理的规定主要指第161条第1款:“民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。”该条规定所说代理仅指主动、积极代理,代理人代为意思表示,为被代理人做成法律行为,并没有提及消极代理的有关内容。

消极代理一般指相对人对被代理人作出一个意思表示,被代理人通过其代理人去受领该意思表示。《民法总则》以及我国其他法律并没有明文规定消极代理,将之放在商业实践中无法完全重合,存在一定问题。例如,合伙组织内部多个合伙人对内共同执行合伙事务,对外共同代理的情况下(商业实践中有此情况),消极代理仅需一个合伙人行为即可,但是消极代理并未存在明确法律规定,处理此问题甚为棘手。

另外便是《民法总则》第170条规定的职务代理,早先江平教授在《民法通则》问世之后,将其中的第43条作为职务代理的法律根据。如今《民法总则》在“委托代理”之下规定职务代理,指出职务代理的本质实为意定代理,并且不限于企业法人,非法人组织当中也可存在。

二、民商事立法体系化

一国民法典的制定、出台不可能凭空出现,必定会与当时独特的经济、历史、文化条件有着极为密切的关系。立法者所要做的便是从众多混乱复杂的社会关系中总结经验,挑选并归纳出客观科学性的规则依据,再去响应社

会条件。^{〔1〕}

（一）《民法总则》中民商法体系化不足

民法典最终出现的形式不得而知，但是都必须借此从根本上处理好民法与商法的关系，完成民商法体系化工作，法典化本身就是对于法律体系的升华，是实现私法系统化的方法。《民法总则》作为民法典的开篇之作，势必要坚持体系化的趋向。体系化意味着：整合所有经过分析的逻辑清晰、相得益彰的法学命题，使其成为原则上没有漏洞的规则体系。这样的体系要求所有可以预见的事实状况全都合乎逻辑地涵括于某一规范之下，以免事实的秩序缺乏法律的保障。从反向上看，体系化的任务是通过逻辑的手段，让各种得到承认适用的法的规则，结合成为抽象的法律原则的一种本身毫无矛盾的相互联系，并使之理性化。^{〔2〕}商事规范并不具备严密的逻辑体系，《民法总则》虽带有稍许商法规范，但是各主体、客体、法律行为制度等依旧是在传统民法的范围内展开，并没有完成民法与商法提取公因式的立法任务^{〔3〕}。

（二）考虑商法规则的特殊性

我国一直未对民法与商法进行法典立法，民商事立法也采取着单行法的立法方式，即就着民法和商法的各个具体制度进行单独立法，学理上的“民商合一”“民商分立”仅是论断之争，商法大多作为民法的特别法存在，两者在基本原理、基本制度等多个方面比较相通。而目前民法典的编纂工程的启动，无可避免地将我国民商事立法带到了一个必须选择的立场。王轶教授在2011年国务院白皮书发布之后谈到：“民法与商法不必水火不容，商法应当遵循民法基本原则，但同时应当贯彻商法本身的基本原则，譬如商事自由、等价交换、交易便捷的市场经济精神。商事主体在市场经济的运行中承担着诸多角色，也推动着民事规则的发展。关于商事登记进入《民法总则》等问题，应当归类于立法技术，交由商法学界处理。”^{〔4〕}民法典立法应当根据商事活动

〔1〕 苏永钦：“现代民法典的体系定位与建构规则——为中国大陆的民法典工程进一言”，载《交大法学》2010年第1期。

〔2〕 [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷），林荣远译，商务印书馆1997年版，第18页。

〔3〕 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”，载《北方法学》2017年第3期。

〔4〕 王轶：“中国民法典：技术框架、民族特色与时代使命”，载浙江大学光华法学院网站，http://www.ghlS.zju.edu.cn/chinese/redir.php?catalog_id=54675&object_id=297156，最后访问日期：2017年12月5日。

的整体需要,实现民法与商法相得益彰的体系化,而这必须由商法规则的特殊性决定。

商法的适用范围具备特殊性。商法不仅仅适用于在市场经济社会叱咤的商人群体,它更是调整整个商业活动的法律,涉及商事纠纷的司法裁判也包括在内,甚至加入了民商分合之争。商事经营之营业行为的首要特征便是其营利性,这较民事规则是更具备效率性的卓越表现之一。商事主体规则具备特殊性,早期德国商法一直持有的论调便是商法即商人法,商法规则仅仅适用于商事主体之间的商事营业活动,对商主体适用。但是,如今仅针对某类主体的法律规则明显不合时宜并且落后,又不能将民事主体等同于商事主体,营业行为必须符合法定条件、履行法律程序,民事主体无法轻易为之。商事主体相较于民事主体具备极大特殊性。商事规则具备特殊性,一般民事法律行为会以相对人意思表示为核心,注重意思表示真实性,行为结果也跟意思表示的效力息息相关。商事主体身处瞬息万变的市场经济环境当中,追求交易的大众化、效率化成为常态,注重商事行为外观,注重盈利目的等,核心代表是票据行为。商事主体承担责任具备特殊性。民事法律倡导平等、诚实守信,一般来讲与自身相关,即“种瓜得瓜,种豆得豆”“自己行为自己负责”的行为规范模式。商法规则不同于此,典型代表是“有限责任”,并且商主体种类繁多,公司股东、个体工商户、商事合伙人等,不同的主体责任规则亦有不同,比如商事合伙中区分普通合伙与有限合伙,普通合伙人要承担无限责任,而有限合伙人便只承担有限责任。

我国将构建法治经济纳入市场经济发展战略中来,“具备合理完善的法律制度是市场有效发挥作用的前提,法律的调整范围包括社会经济活动中各个主体的权利与义务,拥有明确的规范和严整的秩序才能保障市场经济的正常运行”。^{〔1〕}商法独特的营利性质更注重对商事经营活动的确认和保护,因而形成了商法特殊的商事法律原则和法律机制,确认和保护营利、促进交易简便快捷、维护交易公平、保障交易安全、主体法定、公式主义、外观主义与严格责任等串联、映照并高度契合市场经济活动,服务于经济发展。可见,市场经济的法治化发展必须依靠商事立法和商事法治。“计划经济向市场经济转

〔1〕 赵万一、赵吟:“论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用”,载《现代法学》2012年第4期。

轨的过程中,中国商法与其近代西方前辈一样,扮演着先锋与冲刺者的角色,其对当代中国司法发展所做出的贡献并不逊色于民事立法,其重要性不应当被忽视或者低估”。^[1]

(三) 商事法律规范应与时俱进

商事经营活动日新月异,各式各样的商事组织、商主体如雨后春笋般聚集而上,与此同时,各商事法规亦顺势而出、推陈出新,通过近来电子商务与网络金融的发展可见一斑。但是,法制更新的速度根本无法企及商业模式发展的速度,事实上,市场经济的发展不仅推进商事组织的多元化,也促使商业模式推陈出新。人工智能、移动互联网、工业4.0等新概念的出现,新事物、新能源、新技术前赴后继进入大众视野,影响社会生活,这不仅预示着社会经济的大变样,也冲击了传统商业模式根基,^[2]迫使商业经营不断吐故纳新。例如,人工智能的火爆,谷歌提供的服务中已有超过2700项使用人工智能引擎,云计算明显降低了网络的运营成本,自动驾驶的商业应用近在眼前。因互联网技术出现的新兴领域——“互联网金融”,即第三方支付平台融合众筹融资、小额信贷、网络货币等,真正实现了“互联网+”。这些新型的互联网营销模式能够降低传统银行贷款所必须投入的成本,可以发挥零散资金的最大优势,故而被具备前瞻性的商事主体看中,改革传统商业模式,带来发展机遇。

不可否认,迎合商事新兴领域需求而发展出的经营模式,会带来法律无法预料到的纠纷以及文本形式,商事合同、商事组织等新的商事形态会超出民法原本的预设规定和司法审判的预想境地,量体适合的商事法律规范隐隐跃出。如果依靠民法规定,适用一般性规则,不免会对商事经营带来限制,阻碍市场创新发展。因此,以商事单行法为代表的商事法律规范应当与时俱进、推陈出新。我国台湾地区有例:因商业主体多元化态势发展,故而在传统公司形态之外通过“有限合伙法”“公司法”等商事新规定,明文提供多样化的商业组织可能性;通过“电子支付机构管理条例”作为第三方支付规

[1] 王建文:“中国现行商法体系的缺陷及其补救思路”,载《南京社会科学》2009年第3期。

[2] 以传统媒体举例,2017年继《京华时报》《东方早报》停刊之后,一波一波的传统媒体集中倒在互联网新闻的冲击之下。

范成为电子商务法律发展之里程碑。^{〔1〕}而目前大部分的情况是,商事法律制度在我国的法律体系中最为短缺和不足,较之民法,商事法律的缺陷尤其明显。我国民法典编纂已经启动,《民法总则》统领整个民事法律。而商法却是各个单行商事法大行其道,“总纲性法律极为欠缺,无法形成合理的体系,缺少一部类似于民法总则的系统性法律文件,商事部门法因为总纲性商法规范的缺失而无法形成有效的商法理念与原则,从而未能在商法中形成有效的弥补成文法漏洞的法律机制”。^{〔2〕}整个商事立法处于极度零散碎片化的状态,不符合我国部门法体系化、科学化的制度要求。我国社会主义法律体系已经基本建成,各个主要的法律部门已经具备了建成、完善相应法律的前提,有个别的法律有待制定,而总纲性的商事立法尤为迫切,对比民法、刑法、诉讼法等几大并立的部门法,商法的确缺少统领性的一般立法。因此,为加强市场经济法律制度建设,实现民法典编纂的根本初衷和立法目的,应当对商事立法给予特别的重视和科学的布局安排。

三、商事规范立法体系设计

(一) 未来我国商法结构的品格展现

有学者曾经指出:民法与商法根植于相同且现实的社会经济条件,随之进化过程当中,二者得到了明确的独立区分定位……对于坚持民商合一的学者来说,退守商法的阵地也是务实之举。^{〔3〕}商法体系的构建应当以社会需要和社会现实为基准,而不是以理论为据,更非学界臆想。以往我们各种部门法的制定乃至逐项法律的出台等,莫不是以所谓时机成熟为考量标准,早先民法典试图编纂时,就争论过“民法典的编纂时机是否成熟”。然而,民法典编纂克尽诸多障碍实施开来,摒弃以往“成熟后制定”中立法凝重滞后的缺陷,更加强调法律创制的与时俱进与前瞻性,更加注重法律的引导与塑造功能。从立法技术上看,准确把握超前立法度量,使立法建立在科学、客观的前瞻性基础上,采用以法律原则为主导的柔性相对大的规范,以便为将来法

〔1〕 王文字:“从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制”,载《清华法学》2015年第6期。

〔2〕 王建文:“中国现行商法体系的缺陷及其补救思路”,载《南京社会科学》2009年第3期。

〔3〕 刘道远:“中国商法制度体系构建的现实性和超越性——基于共同进化特征的考察”,载《政法论坛》2009年第5期。