

清华大学商法研究中心·编

朱慈蕴·主编

总第28卷

Commercial Law

商事法

Review 论集

Volume. 28

商法的科学化与民法典的编纂 刘文科

区分与融合并存的民商合一

——透过类型思维考察我国民法典的立法模式选择 贝金欣

商事主体登记事项法律问题研究 武胤

员工持股计划的法律制度研究

——兼评《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》

朱大明 孙慧

公司资本维持概念的界析 沈钦滔

论股权代持的公司法品格

——基于股权信托理论的反思与建构 杨祥

从比较法的视角论金融消费者客户分类机制 陈静芳

对证券市场价格重大影响之主客观标准 林振东

外资并购的反垄断审查制度研究

——可口可乐收购汇源事件的再思考 陈宇

论做市商的权利与义务

——以美国场外交易市场为研究视角 孟令星

“安全港规则”研究

——以有限合伙制私募股权基金治理为视角 陈翔

德国支票法 王峙焯 译



法律出版社
LAW PRESS CHINA

总第28卷

Commercial Law 商事法 Review 论集

Volume. 28

清华大学商法研究中心·编

朱慈蕴·主编

汤欣·副主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集·第28卷/朱慈蕴主编. —北京:法律出版社,2016.6

ISBN 978-7-5118-9590-5

I. ①商… II. ①朱… III. ①商法—世界—文集
IV. ①D912.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第122989号

商事法论集·第28卷

朱慈蕴 主编

责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16
版本 2016年6月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 11.5 字数 259千
印次 2016年6月第1次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9590-5

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

- 1 商法的科学化与民法典的编纂
刘文科
- 12 区分与融合并存的民商合一
——透过类型思维考察我国民法典的立法模式选择
贝金欣
- 24 商事主体登记事项法律问题研究
武胤
- 38 员工持股计划的法律制度研究
——兼评《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》
朱大明 孙慧
- 55 公司资本维持概念的界析
沈钦滔
- 76 论股权代持的公司法品格
——基于股权信托理论的反思与建构
杨祥
- 93 从比较法的视角论金融消费者客户分类机制
陈静芳
- 101 对证券市场价格重大影响之主客观标准
林振东
- 115 外资并购的反垄断审查制度研究
——可口可乐收购汇源事件的再思考
陈宇
- 127 证券场外交易场所的法律界定
郑春玉

153 论做市商的权利与义务

——以美国场外交易市场为研究视角

孟令星

164 “安全港规则”研究

——以有限合伙制私募股权基金治理为视角

陈翔

171 德国支票法

王峙焯 译

商法的科学化与民法典的编纂

刘文科*

引言

商法是私法的特别法,民法是私法的一般法。商法以民法为基础,或补充与变更民法的规定、或具体化民法的规定,并且在法律适用上优先于民法的规定。从这个角度而言,商法的科学化离不开民法的科学化。商法必须依赖于一个能够包容它的民法,换句话说,民法必须能够起到一般法的作用。本文通过对若干具体制度的研究,阐明民法典编纂的过程中,应当如何考虑商法的规范,并进而使民法成为私法的一般法。

一、作为私法一般法的民法

(一)民法的一般法地位

民法是私法的一般法,其含义是,就私法的有关问题,只要没有特别法,民法便具有正当性。^①民法规定的是私法中的一般规范,包括主体、法律行为、代理、物权、债权、侵权责任、婚姻、继承等。这些民法规范是整个私法体系的基础,是一般法。卡尔·拉伦茨认为,“民法调整那些原则上每一个‘市民’(Bürger, civis, citoyen)都可参与的法律关系,它是关系到全体人的法”。^②

民法的重要意义,除了作为一般法之外,还具有基本法的性质。日本学者山本敬三认为,民法中的规定,有用以构成私法关系的基本框架,和用以解决那般构成之问题的基本观点。从这个意义上说,民法具有私法基本法的性质。^③换句话说,民法的重要作用不仅是在法律适用上充当一般法,而且也作为其他特别法所发展出来的特别规则的基础而存在。诚如卡尔·拉伦茨所说:“民法是私法的核心部分……私法中其他领域的规定都是以这些一般的规则和

* 法学博士,法律出版社财经分社社长助理,副编审。

① [日]山本敬三:《民法讲义I:总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第8页。

② [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社2003年版,第9页。

③ [日]山本敬三:《民法讲义I:总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第8页。

制度为基础建立来的。”^④

(二)民法与商法在本质上的共通性

德国学者卡尔·拉伦茨认为:“私法是整个法律制度的一个组成部分,它以个人与个人之间的平等和自决(意思自治)为基础,规定个人与个人之间的关系。与私法相对,公法是法律制度中的另外一个部分,它规定国家同其他被赋予公权的团体相互之间、它们同它们的成员之间的关系以及这些团体的组织结构。国家以及被赋予公权的团体同它们的成员之间的关系,不是一种平等关系,而是一种隶属关系。”^⑤虽然说平等关系与隶属关系的标准并不能完全准确地划分公法与私法,^⑥但是,“以平等和自决为基础”却揭示了私法的真实意义。在平等的基础上,通常通过意思表示缔结契约来建立法律关系。而在不平等的基础上,往往不能通过契约来建立法律关系。私法的真实意义在于,平等的主体之间可以通过意思自治建立法律关系,进而对自己的事务按照符合自己利益的方式进行安排。

(三)我国学者有关民法与商法立法模式的观点

民法和商法之间存在一般法与特别法的关系,以及民法与商法在本质上具有共通性,从而导致民法和商法在立法模式上存在分歧。但目前我国学界的主流观点是民商合一的立法模式,即在民法典之外不再单独制定商法典,将民法的各单行法编纂为民法典,而商法以商事单行法的形式存在。^⑦有关这一点,民法学界和商法学界是有共识的。但是,在何为民商合一这一重大问题上,仍然存在分歧。

已故中国商法学研究会会长王保树教授曾提出制定“商事通则”的设想。他认为,“商事通则”不取代民法在私法领域中的一般法地位。“商事通则”需要填补民法和已有商事单行法律之间的空白;需要统率商事单行法律的规则;需要创设民法和其他单行商事法律所没有的规则。^⑧中国民法学研究会会长王利明教授则在其著作《民法典体系研究》(第2版)^⑨中表示“对制定商事通则的可行性仍然持怀疑态度”。他认为,“民商合一是指民法和商法不能成为两个独立的法律部分,在我国法律体系中只存在着民法部门,所谓商法不过是民法的组成部分”。^⑩在王利明教授看来,“我国需要通过完善的民法典总则来涵盖传统商法的内容”。^⑪

由于以上见解上的不同,直接导致了学者对立法模式的不同意见。王保树教授带领“‘商事通则’调研小组”,制定了《“商事通则”建议稿》。这部建议稿共分10章92条。第一章“总则”;第二章“商人”;第三章“商事登记”;第四章“商号”;第五章“营业转让”;第六章“商业账簿”;第七章“经理权与其他商事代理权”;第八章“代理商”;第九章“商行为”;第十章“附

④ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,谢怀拭校,法律出版社2003年版,第10页。

⑤ 同上书,第3页。

⑥ 例如,家庭关系中存在隶属关系,而某些平级的公法人之间也属于平等关系。诚如拉伦茨所说:“我们充其量只能说,原则上,私法中主要是平等关系,公法中主要是隶属关系。”参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,谢怀拭校,法律出版社2003年版,第5页。

⑦ 中国法学会张文显副会长曾极力主张制定商法典,并强调民法典与商法典是市场经济的车之两轮、鸟之两翼。

⑧ 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。

⑨ 王利明:《民法典体系研究》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第193页。

⑩ 同上书,第169页。

⑪ 同上书,第201页。

则”。而王利明教授则率领中国民法学研究会制定了《“民法总则”建议稿》，并按照他的见解，将“传统商法的内容”点缀其中。

二、商法的民法根基

商法并不能脱离民法而单独适用。因为商法作为特别私法，其适用需要以民法为基础。德国学者卡纳里斯指出：“商法规范在解决案例中——无论是教学、考试还是在实务中都是如此——很少单独适用，而往往是和民法规范所有原则相结合的。”商法的科学化，首先需要有一个作为其根基的民法，否则商法也无从适用。下文将以若干制度为例具体分析。

（一）非公司制企业的主体资格问题

通说认为，权利能力是指民事主体享有权利、承担义务资格。权利能力与主体资格是密不可分的范畴。权利能力既是具有主体的资格前提，又是其一种基本能力。^⑫但是，民法中的非法人团体，因其不具有主体地位，而常被否认其具有权利能力，也正因此又被称为无权利能力社团。

按照民法的基本原理，合伙企业在我国并不是一个法律上的主体，没有权利能力。德国学者指出，之所以否定无限公司（我国的合伙企业）这样的商事主体在民法上的人格，其理论基础是股东对无限公司的债务向第三人承担个人责任。^⑬但是法律上的规定并不是这样绝对。例如，第一，合伙企业有自己的财产和相关财产机制。我国《合伙企业法》第20条规定：“合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙企业的财产。”第8条规定：“合伙企业及其合伙人的合法财产及其权益受法律保护。”第21条规定：“合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产。”第41条规定：“合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。”从以上规定来看，合伙企业有独立于合伙人的财产。第二，合伙企业有团体运营机制，包括作出决定、执行业务、代表企业的机制。第三，合伙企业有自己的名称，具备区别标志。合伙企业有自己的名称是其设立的条件，不仅如此，合伙企业还以其名义享有权利、承担义务，并在商事活动中区别于合伙人和其他商人。第四，合伙企业的合伙人的变动，适用入伙、退伙的规定，而不是简单地适用合同法的合同解除、终止的规定。第五，合伙企业的解散、清算与公司等企业法人的解散、清算类似。综合以上分析，合伙企业虽然不是法人，但是它同样有作为团体的维系机制。这些机制使合伙企业作为团体而持续存在。^⑭再如，我国《个人独资企业法》的规定也有类似的问题。第一，个人独资企业有不受他人侵害的权利。《个人独资企业法》第25条规定，任何单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，以任何方式强制个人独资企业提供财力、物力、人力；对于违法强制提供财力、物力、人力的行为，个人独资企业有权拒绝。第二，个人独资企业可以依法申请贷款、取得土地使用权，并享有法

^⑫ 参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第188页。

^⑬ [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第188页。

^⑭ 王保树：《商法总论》，清华大学出版社2007年版，第123～124页。

律、行政法规规定的其他权利。第三,个人独资企业可以设立分支机构,分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。第四,个人独资企业从事经营活动必须遵守法律、行政法规,遵守诚实信用原则,不得损害社会公共利益。个人独资企业应当依法履行纳税义务。第五,个人独资企业可以招用职工,并应当依法与职工签订劳动合同,保障职工的劳动安全,按时、足额发放职工工资。个人独资企业应当按照国家规定参加社会保险,为职工缴纳社会保险费。第六,个人独资企业应当依法设置会计账簿,进行会计核算。上述的权利享有、义务承担,其主体都不是投资者,而是个人独资企业。这些说明,个人独资企业可以作为区别于投资者的主体单独行使权利、承担义务。^⑮

因而,权利能力的原理无法解释上述非公司制企业的相对独立性。

(二)董事与公司的关系问题

在我国,董事与公司之间究竟是何种法律关系,《公司法》中并没有明确的规定,理论中的明确表述也不多。

在日本,其《公司法》第330条规定,董事(以及监事、财务顾问、审计等)与公司之间是委托的法律关系,适用有关委托的法律规定。《日本民法典》第644条规定:“受托人有义务按照委托的本义,以善良管理人的注意处理受托事务。”委托合同中的这一义务被称为“善管注意义务”。

日本的公司实务,从董事的善管注意义务中引申并被判例与学说承认的还有两个重要的义务,即董事的监事义务及“体制”构建与运用义务。第一,根据判例,董事有义务监事其他董事的行为是否遵守法令和章程、是否合法且适当。^⑯第二,所谓“体制”构建与运用义务,是指在一定规模的公司中,为保障健全的公司经营,有必要根据其经营事业的规模、特性等构建风险管理体制[管理体制りすく,即公司法上的内部控制体系(内部統制システム)]并加以运用。^⑰

除此之外,在我国,除了董事与公司之间的关系如何,经理与公司的关系如何等问题,都是需要通过商法的规定而回归到民法中。这些问题首先需要在民法中找到基础性的定位,并采取适用民法的一般规定抑或是适用商法的特别规定的立法政策。

(三)董事对第三人的责任

一般来说,董事作为公司的高级管理人员,其行为归属于公司。但是在特定情形下,董事需要直接对第三人承担责任。

例如,在日本的实务与学说上,均认可董事对第三人的责任,既可以依据民法的规定,也可以依据公司法的规定。《日本民法典》第709条规定:“故意或过失侵害他人权利或受法律保护的利益的行为人对其产生的损害承担赔偿责任。”这是日本侵权法的一般条款,同样也适用于经营事业的董事,即董事对于因“故意或过失”侵害公司以外的第三人的“权利或法律上

^⑮ 王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第159页。

^⑯ 最判昭和48年5月22日民集27卷5号655页;最判昭和55年3月18日判时971号。

^⑰ 神田秀树:「会社法」<第14版>、弘文堂、2012、頁211。

保护的利益”时,对所产生的损害承担赔偿责任。而日本《公司法》第429条第1款规定:“公司负责人等就履行其职务有恶意或重大过失时,该公司负责人等承担由此给第三人造成损害的责任。”通说和判例认为,该条规定的旨趣以及适用范围是,公司董事的任务本来是对公司负有责任。对于第三人的责任,不构成民法有关侵权责任的规定要件的话不适用民法的规定。而公司法中规定的恶意或是重大过失(排除轻过失)违反公司任务的情况下,不问是否造成第三人权利的侵害以及故意过失的问题,都应承担赔偿责任。^⑧

由此可见,在日本,董事对公司以外的第三人承担责任问题,首先依据民法承担责任。但是为了更好地保护第三人的利益,在民法之外,承担商法上的特例法的责任。这实际上也符合商法的加重责任原则的本义。

三、民法典编纂的再审视

通过对以上三个特别问题的研究,我们可以看出,商法的存在需要民法的根基。而实现这个根基,就需要对民法典编纂再审视一番。这里,首先要综合考察民商合一立法模式下如何统筹安排民法规范与商法规范。接下来要审视如何通过扩大民法自身的容量而成为商法的根基。

(一)民商合一立法模式下的民法规范与商法规范

商法是私法的先锋。因为商法要因商事活动的变迁,随时做出调整。也正因如此,商法在建构上缺乏体系性,同时也在其自身的基础问题上,存在不科学的地方。例如,前文所述董事与公司的关系问题上,就没有考虑这一问题在民法上的基础。民法作为私法的一般法,其自身的体系性不能仅从民事关系去考虑,而应当从整个私的社会关系去考察。

1. 民事和商事统一规则

在我国民商合一的立法体制下,许多具体的制度不区分民事和商事,对于这些制度,则需要充分考虑商事活动的特点,统一作出规定。

以留置为例。民法上的留置权产生于罗马法上的恶意抗辩,商事留置权起源于中世纪的意大利城市的事业习惯。我国关于留置权的规定主要集中在《物权法》第18章和《担保法》。《物权法》第230条规定:“债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿。”为了区别民事留置权和商事留置权,《物权法》第231条规定:“债权人留置的动产,应当与债权属于同一法律关系,但企业之间留置的除外。”

对于商事留置权的意义,学者也有不同的评价。有德国学者认为,对商事留置权的实际意义,其价值评价不可太高。因为,对于一般法律行为来说,可以适用民法中的有关规定。关于留置权的形成,他们认为,民法中虽然规定了基于同一法律关系,但并未明示基于同一契约所产生的法律关系,因而留置权形成的前提条件不排除民法规定扩大解释的可能性,从而扩大商法所规定的部分内容。同时,对于留置标的物清偿来说,由于需要一种合法的执行名义,

^⑧ 神田秀樹:『会社法』<第14版>、弘文堂、2012、頁208。

因而并不能迅速行使留置权。相反,留置权人可以同样有效地行使他的债权,基于支付的理由而对其被留置标的物实施强制执行。在这方面,他同样可以部分地适用民法中的有关规定。^①由此可见,民事留置权和商事留置权的区别意义已经不大,完全可以作出统一的规定。

2. 民事和商事的区分规则

部分商事制度,则有其独立存在的价值,如果不加区分地制定统一的规则,将不仅会丧失民法的特点,也丧失商法的特点。

以违约金为例。民法中的违约金,在功能上包含两个方面:一是督促债务人履行债务;二是在债务人违约时提供一种简便的赔偿方式。故而,民法中的违约金以赔偿性违约金为主。与之相对应的是惩罚性违约金。惩罚性违约金要求债务人不仅要支付违约金,还应当承担因违约而产生的损害赔偿赔偿责任。是否进一步在法律上承认惩罚性违约金,实属立法政策问题,取决于立法者的基本价值取向究竟是侧重私法自治(合同自由)还是侧重实质公平(合同正义)。^②我国《合同法》第114条规定的违约金也属于赔偿性违约金。但是我国《合同法》并不禁止惩罚性违约金。排除惩罚性违约金的典型立法例是法国。《法国民法典》第1229条规定:“违约金条款是对债权人因主债务不履行所受到的损害赔偿的补偿。”在该条第2款规定,除了单纯债的迟延履行违约金外,不得同时请求履行主债务与违约金。既然民法中的违约金在性质上应当以赔偿性为主,故而,如果违约金超出了这一意义便超越了民法的界限。例如,《德国民法典》第343条第1款第1句:“已发生失权的违约金数额过巨的,可以根据债务人的申请,以判决减少至适当数额。”这便是民法对违约金的司法调整的规定。民法之所以有此规定,其原因在于,过分地合同自由也会带来不适当的结果,不应完全放任。违约金的数额与损失额应大体一致,是合同正义的内容之一,是合同法追求的理想之一。^③我国《合同法》第114条第2款也有类似的规定。

商事活动的营利目的毫无疑问是人的理性行动的结果。而人的理性活动的原动力就是人的意志。商事交易关系中,人的意思自治的尊重,这种合乎理性的活动予以保障的情况下,商事交易获得最合理的进行。^④因而商法在一定程度上扩大了意思自治的范围。例如,《德国商法典》第348条规定:“一个商人在自己的商事营业经营中所允诺的违约金,不得依《民法典》第343条的规定减少。”此项规定排除了依照《德国民法典》第343条对违约金的减少,只要它是商人于它的商事营业经营中所约定的。商法扩大意思自治的理由首先是商事交易对于灵活性和形式多样性的更强烈需要;其次是商人自身保护的能力更强以及他们对保护的必要性也因此降低,特别是考虑到他们的交易和法律的经验和。所以,对于商人来说要避免私法自治强加过分的限制,这也是立法技术的要求。^⑤

3. 以民事活动为基础的规则

民法典中有的制度是以民事活动为基础进行抽象的,对于这些制度,应当限缩在民事活动的领域内。

^① 范健:《德国商法》,中国大百科全书出版社1993年版,第226页。

^② 韩世远:《违约金散考》,载《清华大学学报》(哲学社会科学版)2003年第4期。

^③ 韩世远:《合同法总论》(第2版),法律出版社2008年版,第592页。

^④ 我妻荣:「民法案内1 私法の道しるべ」<第2版>,远藤浩・川井健補訂,劲草書房,2013,頁87。

^⑤ [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第589页。

以表见代理制度为例。民法中的表见代理制度来自外观法理。虽然外观法理有着不同的称谓,但是归结起来有一点是相同的,即由于将权利的外观赋予真正的权利的效力。虽然是以保护第三人为出发点,但是却以呈现外观的人的可归责性为必要。换句话说,对于外观的呈现,本人是有责任的。我国《合同法》第49条规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。”我国的表见代理制度并不要求被代理人的过失或是可归责性,而只是要求相对人有理由相信行为人有代理权。相比较来说,我国关于表见代理的构成要件是比较宽松的,被代理人的主观方面不予考虑,而只是考虑第三人的主观认识。仅就这一点来说,我国《合同法》更倾向于保护第三人的利益。但这也使我国《合同法》中的表见代理制度超越了民法的界限而颇具商法的味道了。

从民法的本意上而言,在表见代理的各种形态中,虽然说存在保护善意第三人的倾向,但也仍然不能否认本人对权利外观发生责任。这也是和民法的过错责任原则相吻合的。在本人完全不知情的情况下,如果代理人全然没有代理权,就是对社会中所有的人来说都被认为拥有真实的代理权,表见代理也不能成立。这是为了本人的安全的保护的最少限度的条件。^③因此,如果在这种情况下仍然保护善意第三人的利益,则会明显地侵害本人的利益。作为以平等为基本精神的民法,是断然不可能这样做的。

商法中的表见商事代理权,并不直接依赖于本人的责任。表见商事代理权存在的实质理由在于外部第三人对于企业内部的权限分配常常不能得知,而商人原则上应被认为对相关的经营组织风险可被归责。所以,表见商事代理权作为商法上的制度,通常被用来设定商人的负担。^④

由此可见,我国《合同法》作为我国未来民法典的一部分,应当将其表见代理制度限缩在民法的范围之内。而对于其他一些过于保护善意第三人,或者说是保护交易安全的制度,则应完全交给商法来完成。

4. 以商事活动为基础的规则

随着时代的变迁,民法典中的一些制度在民事活动的适用逐渐减少,而在商事活动中逐渐增多。

以委托合同为例。我国《合同法》中规定了5种不同类型的委托合同。这些委托合同既包括大陆法系商法中的辅助商人合同,也包括英美法系中的商事代理合同。第一,一般委

^③ [日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第343页。

^④ [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第404页。

托。^② 第二,隐名代理。^③ 第三,不公开本人的代理。^④ 第四,行纪。^⑤ 第五,居间。^⑥ 除第一种外,其余4种都是典型的代理商合同。仅就典型意义的代理商合同而言,我国目前还不存在关于代理商的代理权范围的一般规定。

以接受特定商人的长期委托并以该商人的名义缔结契约的缔约代理商为例,他的代理权限来自商人的授予,从这一点来说与民事代理是一样的,即缔约代理商的行为应当在被代理人所授权的范围内。但如果超越代理权或是代理权欠缺,商事代理则不同于民事代理。为了保护与代理商订约的第三人的利益,如果缔约代理商的行为超出被代理人的授权,受权利外观责任的保护,对于第三人来说,缔约代理商具有与从事此项交易通常的权限。例如,《德国商法典》第55条规定,对于代理商而言,关于代办权的规定仍然适用。也就是《德国商法典》第54条的规定也适用于代理商。^⑦ 这是商法上的外观主义原则的又一体现。按照该条规定,缔约代理商的代理权范围虽然依其为概括代理、种类代理及特别代理而有不同,然其代理权均及于该等营业、该特定种类之营业或个别之法律行为时通常相伴而生之所有交易及法律上行为,^⑧除非该第三人知悉或者应当知悉缔约代理商所受到的限制。这一规定与企业内部职员之代办权是相同的,对于缔约第三人来说,无论该人是隶属于企业的内部职员,还是独立于企业的缔约代理商,都因其被委托交易而产生代理权的权利外观,第三人可以凭借该外观推断代理权的存在。

再以接受特定商人的委托并为特定商人提供缔约媒介的媒介代理商为例。媒介代理商并不通过代理直接与第三人缔结契约,因而不具有代理权。但是商法规定媒介代理商在特定事项上具有拟制的代理权。^⑨ 除此之外,为了保护第三人的利益,在媒介代理商存在具有代理权的外观,作为委托人的特定商人又不予以及时否认时,法律拟制媒介代理商拥有代理权。^⑩

在欠缺代理权的情况下,代理商所实施的代理行为,其效力如何,德国商法是给予正面规定的,即拥有与此项交易通常相伴而生的权限。这是从商事交易的角度出发的商法思维的结

^② 《合同法》第396条规定:“委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。”第397条规定:“委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务,也可以概括委托受托人处理一切事务。”

^③ 《合同法》第402条规定:“受托人以自己的名义,在委托人的授权范围内与第三人订立的合同,第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

^④ 《合同法》第403条规定:“受托人以自己的名义与第三人订立合同时,第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的,受托人因第三人的原因对委托人不履行义务,受托人应当向委托人披露第三人,委托人因此可以行使受托人对第三人的权利,但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人。委托人行使受托人对第三人的权利的,第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的,委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。”

^⑤ 《合同法》第414条规定:“行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动,委托人支付报酬的合同。”

^⑥ 《合同法》第424条规定:“居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。”

^⑦ 《德国商法典》第54条第1款规定:“某人不经授予经理权而被授权经营一项商事营利事业,或者实施属于一项商事营利事业的一定种类的行为,或者实施属于一项商事营利事业的个别行为的,代理权(代办权)扩及于由经营此种类的商事营利事业或者实施此种类的行为通常所产生的一切行为和法律行为。”

^⑧ 陈自强:《整合中之契约法》,北京大学出版社2012年版,第115页。

^⑨ 例如,《德国商法典》第91条第2款规定:“一个代理商即使未被授予订立交易的代理权,仍然被视作为有权受领货物瑕疵的通知,有权受领货物已经交付于处分的意思表示,以及有权受领类似的、使第三人因瑕疵给付而主张或者保留自己权利的意思表示;代理商可以主张经营者享有的保全证据的权利。对这些权利进行限制的,第三人仅在自己知情或者应当知情时,始需要承受此种限制。”

^⑩ 《德国商法典》第91a条第1款规定:“一个仅受托媒介交易的代理商,以经营者的名义订立交易,并且第三人不知道欠缺代理权的,在经营者于收到代理商或者第三人关于订立交易和实质性内容的通知之后,没有不迟延地向第三人拒绝该交易时,该交易视为已经被经营者承认。”

果。而我国《合同法》则是通过表见代理来解决这个问题,但这是从民事活动角度出发的民法思维的结果,因为这是一种事后规制的做法。因而,这些典型的商事合同,应当逐渐脱离民法的体系,逐步按照商法思维进行规范。

(二) 民法典编纂的体系性与商法:以民法总则为例

民法典是作为私法一般法的民法的法典化形态,它除了要考虑民法自身的体系之外,不能忽视作为特别私法的商法的存在。民法总则中的主体制度与商人制度密不可分。客体制度则必须考虑营业财产的特殊性。法律行为制度也应考虑到商行为的特点。民法物权编同样与营业财产制度有着密切的关联。债权总则编则与有价证券、商行为等关系密切。合同法编目前就包含了诸多具体商行为,同时也是公司与董事之间法律关系的基础。侵权责任编对于商事责任制度也同样具有基础性的地位。即便是婚姻家庭编与继承编,毫无疑问与公司股权等诸多商法上的制度有着不同程度的联系。因而,整个私法是一个体系,民法不能置身于外。下文将以民法总则中的主体制度与客体制度为例进行考察。

1. 主体制度与营业能力

如上文所述,通说认为,权利能力是指民事主体享有权利、承担义务的资格。权利能力与主体是密不可分的范畴。权利能力既是权利主体的前提,又是其一种基本能力。^⑤但是,民法中的非法人团体,因其不具有主体地位,而常被否认其具有权利能力,也因此又被称为无权利能力社团。但学说与实务上又认为非法人团体具有部分权利能力。这一问题一直是民法中的难题。德国的无限公司(我国的普通合伙企业)在法律交往中是以公司自己的商号出现的,以商号的名义取得权利和承担义务,取得土地所有权和其他物权,能在法院起诉和被诉。但是无限公司在民法上依然是一个无权利能力社团。上述这些规定被认为仅仅是让无限公司的股东在法律交易和诉讼中作为一个统一体而出现。在这里,权利应归全体股东“共同共有”,债务也是由全体股东负连带责任,共同承担。^⑥之所以否定无限公司这样的商事主体在民法上的人格,其理论基础是股东对公司的债务向第三人承担个人责任。^⑦换句话说,在民法上,法人的本质是能够独立地承担责任,而不是可以成为权利与义务的主体。只要是需要由组成它的成员承担责任,它就无法独立地成为一个主体。但是,无论是德国法上的无限公司的股东,还是我国的合伙企业的合伙人,他们都不是债权人的直接债务人。只是当无限公司或是合伙企业的自身财产无法完全偿还债务时,才会承担连带责任。这与连带债务人的直接责任还是有区别的。

除此之外,还存在行为能力的问题。民法上的行为能力是抽象的,它以人的判断能力为基础。按照私法自治的理念,人无论其地位与理智高低,均被认为抽象地平等,因而具有同等的判断能力。而判断能力的有无与大小,仅与年龄和精神状态有关。因而,依据年龄和精神状态,区别行为能力为完全行为能力、限制行为能力和无行为能力。民法之所以做出这样的制度设计,一是为了保护无行为能力人和限制行为能力人的利益,二是为了保护与之交往的

^⑤ 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第188页。

^⑥ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第188页。

^⑦ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第188页。

相对人的利益。从自然人的行为能力为出发点,民法设计了法人的行为能力。但是这种类推出现了法人超越其目的的行为是否有效的问题,或者说法人的行为能力是否存在限制的问题。

关于非法人团体的权利能力和非自然人主体的行为能力问题,实际上属于商法的问题即商人的营业能力问题。商人具有不同于民法人的特殊能力。这种能力被概括为营业能力。营业能力不是一般的民事能力,而是为了一定的营利目的,采用一定的营业形式,运用有组织的财产进行商业活动的能力。营业能力不是偶尔的个别进行的交易的能力,而是反复的、不间断的、有计划的进行营业活动的能力。^⑧ 具体而言,营业能力包括商人的权利能力和行为能力。第一,营业能力使商人成为法律主体,并以自己的名义营业。“以自己的名义”意味着行为人从事的活动所产生的权利和义务的归属主体是商人本人。^⑨ 商事主体在本质上具有法律拟制性。而作为一般民事主体的自然人,其成为法律主体更多的是因为因自然人的“自然”资格,法律只不过确认了这一点。而作为拟制的主体,商事主体从其成立、运营及终止,都是有法律加以规范的。^⑩ 总之,营业能力使商人获得权利主体和义务主体的权利能力。第二,营业能力是具体的行为能力。依据法定的营业准入条件,商人取得不同的营业能力,并在各自的营业能力范围内营业。

民法总则的制定应当统筹民事权利能力、民事行为能力与商事营业能力者三种能力,作出综合性的规定。

2. 客体制度与营业财产

在商法上,商人是主体意义上的概念,营业是客体意义上的概念。^⑪ 在客体意义上所称的营业,亦称为营业财产。各国商法对营业的范围界定并不相同,但是仍然能够了解其大致的范围和立法的旨趣。一般来说,客观意义上的营业包括积极财产和消极财产。积极财产包括物(动产和不动产)、权利(物权、债权、有价证券、专利权、商标权、著作权、商号权等)和商业秘密、商誉、地理条件、客户关系和其他无形财产等;消极财产包括营业上的各种债务形成的财产。^⑫ 在法国,关于商事营业资产(本文所谓的客观意义上的营业)的组成,伊夫·居荣认为包括无形构件与有形构件。前者包括租约权、顾客群体、商号、商业招牌、工业产权、行政批准书等,后者包括物资设备、工具与商品。^⑬ 不动产被排除在商法之外,^⑭ 商事营业资产也不包括债权和债务。^⑮ 在日本,客观意义上的营业包括各种有形物与无形物,有形物如商品、机械、土地、楼宇、工厂等动产和不动产,无形物如物权、债权、有价证券、无形财产权等财产权利,此外还有经营秘密、主顾、商誉、特殊的区位等具有财产价值的事实等。债务作为消极财产也是客

⑧ 王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第93页。

⑨ 近藤光男:「商法総則・商行為法」〈第6版〉,有斐閣,2006,頁19。

⑩ 徐强胜:《商法导论》,法律出版社2013年版,第179页。

⑪ 閔俊彦:「商法総論総則」,有斐閣,2003,頁107。

⑫ 王保树:《商法总论》,清华大学出版社2007年版,第184页。

⑬ [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),法律出版社2004年版,第703、745~752页。

⑭ [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),法律出版社2004年版,第704页;另参见沈达明编著:《法国商法引论》,对外经济贸易出版社2001年版,第51页;张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第329页。

⑮ [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),法律出版社2004年版,第753页;另参见沈达明编著:《法国商法引论》,对外经济贸易出版社2001年版,第49页;张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第327~328页。

观意义上的营业的组成部分。^{④6}

营业作为一项特殊的客体,其范围难以用现有的民法体系来解释,也难以用现有的民法规则来调整。但是,民法学者也曾经尝试用现有的民法体系来解释这一特殊的法律概念。日本学者我妻荣教授指出,物的本质,是法律上为可排他性支配的生活资料。今天的法律理论考虑的是,法律上构成一体的集合物,在法律上也承认其为一体的是适合其目的的。^{④7}起初,为了达到将营业作为一个整体来看待的目的,许多有体物及无体物被看作营业中主物的从物,进而按照从物随主物移转的规则,使营业上的财产逐渐整体化。^{④8}

商法将有体物、无体物、事实关系结合在一起,作为一个整体,不仅反映了商法的营利性的特点,也促进了将营业作为一个整体转让、租赁。它比单纯地在民法框架下的单独地出卖,具有制度优势。因而,民法应当突破以往的观念,将营业财产拟制为一个所有权客体,并在总则中作出规定。

结 语

虽然说目前学界主流的观点是民商合一的民法典编纂体制,但是,民法学者似乎又不希望在民法典中过多地去涉及商事制度,只是将一些零散的制度点缀于各种学者建议稿中。这种立法模式下的民法典,从某种程度上说,相当于造就了民商分立的局面,而没有实现民法典作为民法和商法之共同一般法的地位。商法的具体制度,需要在民法中特别是民法总则中寻找“根基”。这不仅需要我们发现商法的科学化所缺少的民法根基,而且需要我们以整个私法的视野统筹安排民法规范与私法规范,并进而改进民法,使民法能够真正容下商法。

^{④6} 吴建斌:《现代日本商法研究》,人民出版社2003年版,第90~91页。

^{④7} [日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第193页。

^{④8} 参见[日]我妻荣:《债权在近代法中的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第122页。

区分与融合并存的民商合一

——透过类型思维考察我国民法典的立法模式选择

贝金欣*

在民法典起草过程中,如何正确认识和构建民法与商法的关系,引起了广泛讨论。大部分学者总体上赞同“应当按照民商合一的体例进行整体设计和构建”^①这一观点。但是,对民商合一的体例却存在不同观点:一是建议维持现有的立法模式。对现行立法模式又有两种理解:有的主张坚持以民法统率商法制定民商合一的民法典;有的主张坚持分裂后的民法与商法。二是建议在民法总则的基础上单独制定商法通则。这些观点莫衷一是,根本原因在于对民法与商法关系的认识不同。本文试图通过类型思维,从民商事关系的本质出发,解析民法与商法之间的关系实质,并以此为基础提出民法典较优的立法模式。

一、类型思维概述

卡尔·拉伦茨指出,在很多情况,法律利用“类型”,而非全是由概念来描绘案件事实的特征。^②所谓类型,系在一定评价观点下,归结出合乎该评价观点的事物本质,并以此事物本质为基准,将合乎该事物本质的事物予以吸纳,该吸纳过程可说是事物特征与既存事物本质的比较。^③因此,类型的归属取决于典型的要素在数量及强度上的结合程度,是否足以使该案件事实“整体看来”符合类型的“整体形象”,而促成要素成为统一的整体因素则是“中心价值”。^④类型学的思考总是维持其与指导性价值观点的联系,因为所有被考量的特征都取向于这个——促成整体类型的——中心价值。^⑤从以上关于类型的论述中,我们可以清晰地看到法律类型的基本模型:类型的核心是“中心价值”,类型的表征是“构成要素”,“中心价值”和“构成要素”共同构成了类型的“整体形象”。类型与概念的不同之处在于,在同一类型中,构成要素并不完全相同,在要素的数量、要素的组合方式等方面都可以有所差别,但是不变的是

* 清华大学法学院 2015 级商法学博士研究生。

① 王利明:《民法总则的立法思路》,载《求是学刊》2015 年第 5 期,第 82 页。

② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 95 页。

③ 黄建辉:《法律阐释与类型思维》,载《月旦法学杂志》1995 年第 5 期,第 66 页。

④ 此处的“中心价值”与前述的“评价观点”是意义相同,均体现类型的价值导向。参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 100~101 页。

⑤ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 101 页。