

我国民商合一背景下一般商事规则的欠缺

——以保证方式推定规则的演变为视角

摘要：《民法典》对保证方式推定规则的修改，使商事保证制度的法律适用陷入矛盾局面，也从侧面反映出制定一般商事规则的重要性。一般商事规则是完善我国商事法律体系、推动商事活动繁荣发展的重要规范基础。但《民法典》并未考虑到商事规范的特殊性，这也进一步压缩了一般商事规则的生存空间。在后民法典时代，立法者亟需理顺民商法领域立法理念，为一般商事规则入法做好准备。

关键词：一般商事规则 民商合一 民法典 保证制度

一、商事活动法律适用的矛盾处境——以商事保证为例

（一）《民法典》的修改与商事保证的适用矛盾

《民法典》在将已有的单行民事法律进行体系化整合的同时，也对原先各民事单行法中不合时宜的规定进行了修改。其中，在《民法典·合同编》的保证合同部分，立法者将先前《合同法》中“未约定保证方式即推定为连带责任保证”的规定修改为“推定为一般保证”。经此修改，民事活动中提供“人保”的债务人一方在未约定保证方式时，不必遭受极易承担连带保证责任的风险。考虑到普通民众对法律上两种保证方式的区分不甚了解，其在合同中所约定的内容也不一定能够被认定为一般保证，在法律上将保证方式默认为一般保证从而使得债务人享有先诉抗辩权，不失为一种符合正常民事交往逻辑的做法。

然而这一变动将商事保证行为置于尴尬境地。这一规定意味着，在当前我国民商事法律体系下，商事主体在商事活动中若未约定保证形式，也需要按照一般保证的方式实现保证责任。这样一来，履行了商事合同的一方当事人在对方未能依约履行时，无法在第一时间请求债务人承担连带保证责任，而是需要经过对保证人提起诉讼或仲裁并就其全部财产执行仍不能清偿债务的漫长过程后，才得向债务人主张由其继续承担剩余责任。这与商事活动的营利性、快捷性需要产生了矛盾。

（二）商事保证规则适用矛盾的背后体现民商事法律的差异

推定一般保证之规则是否为具体当事人接受在所不论，仅该条文所反映出的

民法上避免一方承担过重责任之精神，就与商事活动的目的存在出入。商事活动以营利为主要目的。基于这一特点，商主体倾向于追求风险的合理分担。¹由此，商事规则倾向于通过连带责任制度确保责任方更好地按照约定承担商事责任，避免守约一方的不当损失。在这一特点的驱动下，商法还会通过奉行专业主义、简便快捷、外观主义、严格责任等精神²的规则为商法活动营利目的的实现保驾护航。

而由这种营利性特点所催生的诸多商法典型规则（国外主流立法例）与民法典型规则存在相当程度的冲突。譬如，上述商事保证规则以连带责任保证为默认方式，就是出于对商主体专业性和风险分担的考量而设计的。由于商主体长期从事交易活动，对责任承担的不同形式有了足够了解，商事规则的制定者不必担心过度加重商事活动中一方的责任。在此基础上，出于风险分担与控制的需要，商事规则往往以连带责任为默认责任形式。但在民法领域，基于责任独立性和民事主体非专业性的考量，民事法律则不会以连带责任为默认责任形式。

诸如此类的民商规则差异之实例在民商法律世界中大量存在。然而从保证责任的规定来看，《民法典》并没有很好地关注到商事活动的这种独特性，因而也就没有单独制定商事保证规则。而商事保证规则的缺失，则是我国民商法领域一般商事规则缺失的冰山一角。正是由于立法者在制定《民法典》过程中没有刻意为一一般商事规则留出空间，保证制度的相关规定才没有对民事保证和商事保证作出明确区分，从而导致了这种缺失。这种缺失所造成的法律适用之困境，也凸显了一般商事规则的必要性。

二、制定一般商事规则的必要性与现实困境

（一）制定一般商事规则的必要性

1. 商事单行法不足以构成商事立法的完整体系

由商事交易习惯发展而来，商事活动逐渐形成了不同于民事活动的独特规则。这些规则的其中一部分，在我国目前主要通过《保险法》《海事法》《票据法》等商事单行法加以确立。但相较于单行法而言，基础性的一般规则所承载的统领性意义对法律体系的构建更为重要。商事法律体系缺少了一般商事规则，就缺少了

¹ 参见许中缘、颜克云：《商法的独特性与民法典总则编纂》，《中国社会科学》2016年第12期，第131页。

² 参见赵旭东：《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016年第4期，第42页。

统领各部单行法的基本原则与通用性规定。数部单行法“各行其是”，相互之间难以协调统一。

2. 一般商事规则相较于商事单行法的优势

相较于林立的商事单行法而言，一般商事规则能够为商事活动的开展奠定系统完整的制度基础，填补商事单行法“各行其是”所无法覆盖的法律漏洞。

首先，一般商事规则的制定，能够为商事活动基本原则的实证化提供规则环境。通过制定一般商事规则，商主体在商事活动中所信奉的各项基本原则能够以法律条文的形式被载入成文法，而不是仅游荡在专家学者的论著之中。由此，商事活动基本原则能够贯穿商事法律体系始终，成为该体系中一般与特别规则所共同奉行的价值准则。而根据法律规则与法律原则之关系，在我国现行商事法律体系仍不完善的情况下，成文性的商事法律基本原则能够起到引导商事行为、填补规则漏洞、作为自由裁量规范基础之功能。

其次，商事合同、商事保证等一般商事规则的制定，能够将商事活动的法律适用从民事法律中相对性地解放出来。各商事单行法虽然在具体商事领域完善了保险、票据等各项小型规则体系，但无法提供各个具体领域之外商事活动所需要的一般规则资源。同时，鉴于商事活动在发展过程中所形成的相较于民事活动的独特差异，在民商重合制度上一味地适用基于民事活动特点而设计的规则，将会阻碍商事活动的顺利进行，最终影响商事交往的正常发展。仍就商事保证制度为例。无论是在《民法典》中区分民事和商事保证，还是在部分学者所主张的“商法通则”中加以单独规定，只要有专属于商事保证制度的规则存在，就能够解决商事保证被迫适用民事保证推定规则的矛盾局面。

最后，一般商事规则的制定，能够提升商事法律体系的整体性。在缺少一般商事规则的情况下，商事法律体系需要由《民法典》所提供的规范资源与商事单行法共同组成。尽管《民法典》中也存在诸如间接代理等适用于商事活动的规则，但现阶段看，由于《民法典》未能体现商法规范的特殊性安排，其仍然无法为商事活动提供充分的商事规范资源。因此，现有《民法典》和商事单行法所组成的商事法律规则群很难称得上“体系”二字。而一般商事规则可以填补各商事单行法无法触及的上位制度空缺，缓解商事单行法林立所造成的商事法律体系支离破碎的局面。

3. 商事主体专业性不能否定一般商事规则存在的必要性

商事主体的专业性不是拒绝制定一般商事规则的恰当理由。诚然，频繁从事商事活动的商主体对法律规定的了解比民事主体更为深入。譬如，相较于民事主体而言，商事主体对两种保证方式的差异往往有明确认识，也倾向于主动约定保证方式。但若仅因这种经验事实就否定独立的商事保证兜底条款存在的法律意义，是一种以事实判断否定法律价值判断的思维。法律虽然需要适用于具体事实，但其又相对独立于社会事实而存在。这种相对独立性的意义，就是以符合特定领域的一般规律和主流精神为前提，对该领域的交往活动进行恰当而不失边界的调整。

（二）《民法典》的颁布与一般商事规则生存空间的再压缩

民商合一的立法思路决定了不存在制定单独商法典的可能性。同时，由于商法自身难以实现自洽，在很多制度上需要向民法典寻求相关规范资源。³此时，在《民法典》中规定一般商事规则的重要性不言而喻。十八届四中全会《决定》提出“制定民法典”后，学界关于在《民法典》中制定一般商事规则的讨论热度达到了高峰。这种现象从侧面反映出，在相当一部分学者看来，受我国民商合一立法取向的影响，《民法典》是一般商事规则安身立命之地的较优选择。

但《民法典》的颁布打破了学者的上述构想。由于《民法典》未践行民商相对区分的立法思路，立法者在民商重合的各项制度中倾向于仅确立民事制度而忽略商事制度，没有为一般商事规则留出专门空间。这意味着在不存在一部独立商法典的情形下，除非制定一部“商法通则”，否则一般商事规则的制定将变得更加困难。而就“商法通则”的制定而言，目前学界深度参与立法建议的主流学者对其持否定态度⁴，这也将对立法者的态度产生重要影响。由此一来，制定一般商事规则的剩余理论可能也变得微乎其微。

《民法典》的颁布表明了立法者对一般商事规则的回避态度，这也意味着一般商事规则的生存空间被进一步严重压缩。

三、制定一般商事规则的前提与可能路径

（一）前提：民商法领域立法理念亟待进一步理顺

《民法典》所体现的上述立法者态度，是长久以来民商法领域立法理念不能

³ 参见许中缘、颜克云：《商法的独特性与民法典总则编纂》，《中国社会科学》2016年第12期，第128页。

⁴ 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页

适应现实需要的又一例证。国内主流观点认为，商法是民法的特别法。从商法脱胎于民法的发展历程来看，这样的结论在学理上仍然成立。但该理论对立法和司法活动产生了如下影响：在法律体系尚不完善之时，民法作为一般法，其制定优先于商法；在没有商法规范可供适用时，适用民法规范。以代理制度为例，直接和间接代理都是构成代理制度不可或缺的重要部分，且间接代理更是商事领域常见的代理方式。但直接代理制度被规定在《民法典·总则编》，而间接代理制度则被规定在《民法典·合同编》。体系地位的不同，反映出立法者对民事和商事活动重要性认识的不同。而在这种“民高商低”立法理念的影响下，当民事保证制度被置于《民法典·合同编》时，商事保证制度已经没有更低位置的容身之处。

一般商事规则制定俨然已经受到上述立法理念的阻碍。笔者不否认民商合一的合理性，也不否认商法作为民法特别法的地位。只是当下所谓的民商合一立法思路中，“商”往往成为“民”的依附物，有时甚至被“民”直接吞并。就商事保证制度为例。旧《合同法》推定为连带责任保证的规定的确不适用于一般民事活动，有纠正之必要。但在“民高商低”立法理念的影响下，适合于民事保证的推定规则直接取代了原有规定，商事保证活动的法律适用问题根本没有被立法者纳入到考虑范围中。可见，一般商事规则的制定作为民商合一立法模式所要处理的核心问题，在我国民事法律规范的制定过程中却被一再回避。笔者认为，只有将民商合一的理念真正贯彻到立法实践中，在构建民事法律规范时一同考虑并行的部分商事规范，一般商事规则才有生存空间。

（二）制定一般商事规范的可能路径

当下，制定一般商事规范存在两条路径：《民法典》与“商法通则”。但两条路径各有其现实困境。

在《民法典》颁布之后，由《民法典》在各项重合制度中进行民商二分式立法的前景变得更为艰难。出于法律安定性的需要，加之《民法典》本身的法典化属性，目前对《民法典》条文再次进行批量修改从而加入一般商事规则的可能性极低。但考虑到一般商事规则自身难以形成类似《民法典·总则编》的完整体系，将“承认商事习惯”等商事活动基本原则载入总则编，再将数量有限的一般商事规则附合于相应民事规则并作出区分式规定，是现阶段较为合理的处理方式。这也同时意味着，一般商事规则的制定需要经过相当一段时间的等待。

而在《民法典》将一般商事规则拒之门外后，制定一部独立“商法通则”的可能性逐渐提高。但正如前文所述，笔者认为，一般商事规则有限的数目尚不足以支撑起一部完整的“通则”之规模。再行制定一部高质量的“商法通则”，不但会产生因完善独立规则体系而出现的与《民法典》重复的基础条款，其所需花费的时间和精力也不亚于等待《民法典》的下一次修改。因此，在《民法典》诸如保证、代理等民商领域发生重合的制度范围内，区分民商两类制度并进行分别规定，以更好地适应商事活动的需要，仍然是民法典时代立法者需要着力解决的问题。

四、结语

“法治是最好的营商环境”一语虽然表明，能够提供稳定交易预期的法治体系是商事主体开展交易的良好制度基础，但也容易使人忽视其内在含义。从本文分析来看，并非有了《民法典》或者是其他商事单行法，法治体系就能够为营商环境创造良好环境。只有“法治”这一体系中的具体法律制度符合商事活动的实际需要，“最好的”营商环境才能够产生。而现阶段，加快商事保证制度等一般商事规则的制定，才能够为营商环境的优化提供良好规范资源，消除商事活动开展所面临的制度障碍。

参考文献

1. 李建伟：《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》，《中国法学》2016年第4期。
2. 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。
3. 刘凯湘：《剪不断，理还乱：民法典制定中民法与商法关系的再思考》，《环球法律评论》2016年第6期。
4. 崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，《清华法学》2016年第8期。
5. 许中缘、颜克云：《商法的独特性与民法典总则编纂》，《中国社会科学》2016年第12期。
6. 赵旭东：《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016年第4期，第42页。
7. 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。