

商法典、商法理论与商法思维

——卢埃林的当代启示

王绍喜

摘要：我国将来是否应当制定商法典，制定商法典需要什么样的理论基础，需要何种商法思维，这是我国商法研究需要认真思考的问题。美国《统一商法典》独具一格：在立法理念上采用现实主义的理念、实用主义思想和价值中立的法律观，在立法技术方面采用原则性规定、官方评论、程序控制以及区分商人和非商人的做法，在理论上强调在历史基础之上的革新、对商人和商事实践的关注以及对社会的回应。美国《统一商法典》在商法典立法理念、立法技术和理论基础方面可以为我国商法研究提供一些启发。我国商法研究应从关注立法修法转向关注商事实践，并塑造独特的商法思维，以促进商法与商事实践的发展。

关键词：商法典制定；统一商法典；商法思维；现实主义法学

〔中图分类号〕D923.99 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180 (2024) 03-0099-19

引言

自改革开放以来，随着我国商事单行立法的相继颁布，我国商法理论研究获得了迅速的发展，成为我国法学领域中最年轻又最为迅速繁荣的学科。^{〔1〕}但是，我国商法研究存在重部门法轻基础理论的特征。尽管也有一些商法基础理论的研究，但它们很少能引起商法学者的兴趣，关于商事通则/商法典制定的理论探讨是一个例外。制定商事通则的想法始于王保树教授，他的论文《商事通则：超越民商合一和民商分立》对商事通则的制定产生了很大的影响。

尽管今天仍有学者探讨制定商法典的可能性，而且笔者也认为不应排除这个选项，但从整体上看，我国学者对商法典的研究侧重于法、德、日等国家的法律，而对美国《统一商法典》的研究并不多。系统考察《统一商法典》制定的背景、过程、立法理念、立法技术以及其理论基础，可以为我国是否需要制定商法典以及如何制定商法典提供有益的启发，并对商事法律规则的适用

〔作者简介〕王绍喜，法学博士，天津大学法学院副教授。

〔基金项目〕天津大学自主创新基金项目“商事指导性案例高质量发展研究”（项目批准号：2023XS-0164）。

〔1〕陈甦主编：《当代中国法学研究》，中国社会科学出版社2009年版，第369页。

提供理论上的解释助力。

笔者通过梳理《统一商法典》的立法理念、立法技术及其理论基础，就商法的法典化这一课题提供一些参考。不仅如此，笔者认为有必要基于《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）对我国商法研究提出一些思考。这些思考对于推动我国商法研究或许能提供一个不同的视角。笔者认为我国商法研究应从关注立法修法转向关注商事实践，并塑造独特的商法思维，促进商法的研究和我国营商环境的改善。

一、美国《统一商法典》立法的理念与技术

如今来看，美国《统一商法典》是比较成功的，当然，对此也存在不少的争论。《统一商法典》的制定并非一帆风顺。事实上，可以说《统一商法典》的制定是一个偶然的事件，但这一偶然中也包含着必然。在《统一商法典》制定之前，美国统一州法全国委员会（下称统一州法委员会）已经制定了一系列的成文法，包括影响力较大的《票据法》《统一买卖法》《统一信托收据法》等法律。当在 1940 年被问到能否制定出一部统一的法典时，卢埃林作出了肯定的回答。随后，卢埃林被委托担任该法典的主报告人。卢埃林在《统一商法典》上投入了巨大的精力，他说自己为该法典工作了 17 年。⁽²⁾ 他的老师科宾认为，可能是因为法典的工作强度过大，导致卢埃林早逝。⁽³⁾ 在该法典的制定过程中，卢埃林既面临着法学同行的各种质疑，在转化为各州立法时又受到各州相关立法机构的批评，尤其是纽约州的反对。鉴于卢埃林对该法典的重要影响，有人将该法典称为“卢埃林法典”。⁽⁴⁾ 以下先对《统一商法典》的制定背景、必要性、相关的理论争论以及立法理念和立法技术进行梳理。

（一）商法典的制定历程与争论

在《统一商法典》制定之前，美国只有两个州有制定法典的做法，故法典对于美国人而言是陌生的。那么，《统一商法典》的制定经历了怎样的过程以及在制定过程中产生了哪些争论，值得探讨。如果《统一商法典》的制定具有偶然性，那么我国是否有必要制定商法典，如果有必要，应在立法理念、立法技术上如何作出回应，《统一商法典》的经验或许可以给我们带来一些启发或思考。

1. 制定历程

在 19 世纪末 20 世纪初，美国成文法开始增多。在 1896 年，美国统一州法全国委员会制定了《票据法》，取得了很大的成功，到 1940 年为所有的州所采纳；随后，制定了《统一信托收据法》《统一买卖法》《统一提单法》《统一证券转让法》《统一附条件买卖法》等法律。由于这些法律是

(2) K. N. Llewellyn, *Why We Need the Uniform Commercial Code*, 10 University of Florida Law Review 367, 373 (1957).

(3) Arthur L. Corbin, *A Tribute to Karl Llewellyn*, 71 Yale Law Journal 805, 807 (1962).

(4) James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 Yale Law Journal 156, 157 (1987).

在不同时期由不同的人起草、不同的委员会成员推动通过的，不同法律之间的不一致以及因社会发展而导致有些规定不能符合实际需要，使得对其进行修正成为必要。但由于各州通过法律之后对统一州法委员会的修订草案不关心甚至是不予理睬，促使统一州法委员会主席考虑制定一部内容广泛的商法典。⁽⁵⁾

1940年，在制定商法典的提议被确认之后，统一州法委员会开始进行商法典制定的准备工作：一是找到在哥伦比亚大学任教的卢埃林教授，咨询他制定商法典是否有可能性，得到了卢埃林的肯定答复。卢埃林当时是统一州法委员会商法分部主席。1942年修订《统一买卖法》的相关工作开始启动，卢埃林成为该项目第一部分的报告人，后来成为整个《统一商法典》的主报告人。⁽⁶⁾卢埃林之所以被选定为主报告人，据当时统一州法委员会主席说，是因为他是那种不了解商事实践誓不罢休的教授，而且他主张从商业世界的实际情况而不是从法律和案例的角度来起草商法典。⁽⁷⁾1941年，经过两个月高强度的工作，卢埃林提交了一份288页的草案，为《统一商法典》的制定奠定了重要的基础。⁽⁸⁾二是筹备资金。统一州法委员会是非营利性机构，它要推动商法典编纂，就需要有相应的资金。为了筹备资金，统一州法委员会找到美国法学会，双方联合成为该法典的主办方。《统一商法典》原定于1950年5月最终通过，但由于各方存在不同意见，该法典编委会举行相关听证，到1951年9月才最终公布该法典的官方文本。1953年，宾夕法尼亚州的立法机构通过《统一商法典》，使得该州成为第一个通过该法典的州。到1967年，除了路易斯安那州，美国其他各州均通过了该法典。⁽⁹⁾

2. 理论争论

在美国《统一商法典》制定的过程中，产生了几次争论，既有理论上的，也有实践上的。本文主要介绍理论方面的争论。理论方面的争论，既包括是否有必要制定商法典，也包括商法典存在的理论缺陷。反对制定商法典的学者主要有两个人：一是哈佛大学法学院的威利斯顿教授，二是内布拉斯加大学的比特尔教授。

需要指出的是，从20世纪30年代开始，卢埃林就对威利斯顿的合同理论提出批评。当时，威利斯顿不仅出版了权威的、有广泛影响的合同法/买卖法教科书，而且是美国《合同法重述》的报告人，也是《统一买卖法》的报告人。威利斯顿反对制定商法典，从整体上和细节上对《统一商法典》草案提出了批评。他认为，该草案存在整体上的缺陷：其一，在合同解释上，该草案采

(5) William A. Schander, *A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code*, 22 University of Miami Law Review 1, 1-2 (1967).

(6) Robert Braucher, *Legislative History of the Uniform Commercial Code*, 58 Columbia Law Review 798, 799-800 (1958).

(7) William A. Schander, *A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code*, 22 University of Miami Law Review 1, 4 (1967).

(8) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 288.

(9) William A. Schander, *A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code*, 22 University of Miami Law Review 1, 5, 10 (1967).

用了新奇的表述以取代以往的司法解释。这样带来的后果是，要通过大量的诉讼来确定特定用语的含义。其二，由于采用新奇的、激进的表述，这将使各州之间产生严重的冲突，损害现有法律已有的一致性。其三，《统一买卖法》借鉴了英国的《货物买卖法》，后者在很多普通法系国家得到接受，该草案采用的新奇表述将带来国际贸易方面的不便和麻烦。其四，该草案第二篇“买卖”完全抛弃现有立法的用语和做法是不明智的，它没有考虑现有成文法、普通法和法院的实践。⁽¹⁰⁾

在细节方面，威利斯顿指出，首先，该草案通过合意来确定所有权的转移，弱化该概念的作用，是难以令人满意的，这只会带来混淆。例如，它无法与破产法相衔接。其次，在界定上会带来法律适用的难题。例如，就商法典规定适用于商人的特别规则而言，它是否对非商人适用是不确定的。第 1-106 (1) 条采用的买卖合同包括现货买卖和期货买卖，与现有法律不一致。对占有 (appropriation) 的使用也是没有必要的。再次，该草案对防止欺诈法所作的更改也是存在问题的。最后，该草案对合同成立、合同义务、履行和风险负担以及救济方面的创新，要么是有缺陷的，要么是可以修改现有法律而得到解决的。总之，在威利斯顿看来，对现有法律作如此重大和不明智的变更是存在很大问题的，他最后的结论是，“至少法典的第二篇不应当被制定”。⁽¹¹⁾

比特尔教授也对《统一商法典》草案提出批评。他认为：第一，该法典使用的语言过于技术化、新奇和不确定，例如，对价值、购买、银行等用语的使用。第二，对术语的使用没有与相关的法律一致。作为例子，他指出“价值”在该法典中至少有四种含义，“善意”具有三种不同的含义，而它在现有法律中的界定是明确的。第三，该法典不是一部法典，而是不具有可行性的法律汇编。第四，该法典相关规则解释和适用规则是不实际的，尤其在涉及跨州贸易而其中有的州未采纳该法典时。第五，该法典实质条款的质量不高，无法为取代现有相关统一法提供正当性。他指出，该法典的质量是不均匀的，第二、三、七篇只是复制了现有多数州通过的法律。⁽¹²⁾

3. 对争论的回应

对于应否制定《统一商法典》，科宾教授进行了回应。有意思的是，尽管科宾在注释中说他撰写此文不是针对威利斯顿的批评，但从论文涉及的内容来看，它实质上是对威利斯顿批评的直接回应。科宾指出，商法典是一个集体的产品，不是报告人的个人产品，它经过了多轮的批评和修改，与个人的意见不能等同。

对于反对商法典制定的观点，科宾一一进行了回应：第一，关于商法。科宾指出，商法的发展经历了一个过程，商法的革新者穆雷和曼斯菲尔德法官被其继任者认为是危险的，但是正是通过他们的努力，以商事习惯和习俗为基础的商法规则才得以形成。《统一商法典》的做法就是发展

(10) Samuel Williston, *The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code*, 63 Harvard Law Review 561, 562-565 (1950).

(11) Samuel Williston, *The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code*, 63 Harvard Law Review, 561, 566-569, 572-588 (1950).

(12) Frederick K. Beutel, *The Proposed Uniform? Commercial Code Should Not Be Adopted*, 61 Yale Law Journal 334, 337-342, 348, 350-53 (1952).

这一实践。无论人们是否认识到商法的存在，商法引发的问题已经迫在眉睫，商法典的制定有助于缓解这些问题。第二，关于所有权问题。科宾指出，对于所有权的立法，可以采用三种不同的方案：一是完全避免其使用，而使用通常的概念，例如所有权（ownership）、财产、财产权益；二是采用类似紧身衣形式的多少有些冗长的法律定义，同时包含不同的用语；三是欣然地使用它，既不畏惧，也不指责（reproach）。科宾认为，美国《财产法重述》采用第一种做法。科宾通过对美国《统一买卖法》进行解读，认为它采用的是第三种做法。在此点上，《统一商法典》的做法是与《统一买卖法》相一致的，不同之处在于，前者更强调适用的事实，而不是未经界定的“所有权”概念。第三，关于不可撤销的要约。科宾认为，《统一商法典》的规定不仅确认了不断增加的惯例，而且背离了之前的法律，与《合同法重述》的处理是一致的。第四，关于防止欺诈法。科宾认为，其目的在于使得正式的要求更加确定、更容易适用，使得解除真正的合同更不容易实现，并且不会提高实现欺诈的可能性，《统一商法典》的规定体现了法院的实践，不会增加法律解释的难度或法律的不确定性。科宾认为，《统一商法典》是合理地建立在《统一买卖法》的基础之上的，反映了过去 50 年的法院实践和商事惯例，比之前的立法更好地提供了未来法律发展的方法和原则，应当制定新的商法典。^{〔13〕}对于比特尔的批评，吉尔莫等学者作出了回应。^{〔14〕}

（二）为什么要制定商法典

商法典的起草人需要对该法典的必要性进行说明。对于制定商法典的必要性，卢埃林认为主要有四个方面。

第一，以往的立法积累了经验。卢埃林指出，在《统一商法典》制定之前已经制定了一系列的商事成文法，例如 1897 年的《票据法》、1906 年的《统一买卖法》、1910 年的《统一提单法》和《统一证券转让法》、1918 年的《统一附条件买卖法》以及 1933 年的《统一信托收据法》等法律。其中，《票据法》的经验表明，制定成文法是可行的，有助于提供可预见性。^{〔15〕}

第二，以往的立法存在不一致，需要根据时代发展进行调整。以往这些立法是由不同的制定机关在不同的情况下制定的，相互之间存在一些不一致。卢埃林指出，《统一买卖法》自身存在一些不一致，这些不一致需要被纠正；而且，该法太过于强调针对法律职业群体，对商人考虑不够，新的商法典应当尽量使用外行人能读懂的语言；同时，随着社会经济的发展，现有的法律需要修订，例如《票据法》的制定以简单的商业汇票作为调整对象，没有考虑债券具有投资证券特性的一面。^{〔16〕}

第三，制定《统一商法典》有助于法律专业人士和法律外行获取和使用它。卢埃林多次指出，制定一个具有现代化的、可预见的商法典对于法律专业人士和法律外行同样重要，它将提供可预见性和灵活性。就法律专业人士而言，他们需要获得比现有法律更具有可预见性的资料，《统一商法典》

〔13〕 Arthur Linton Corbin, *The Uniform Commercial Code-Sales: Should It Be Enacted*, 59 Yale Law Journal 821, 822–834, 836 (1950).

〔14〕 Grant Gilmore, *The Uniform Commercial Code: A Reply to Professor Beutel*, 61 Yale Law Journal 364, 365–378 (1952).

〔15〕 K. N. Llewellyn, *Why We Need the Uniform Commercial Code*, 10 University of Florida Law Review 367, 368–369 (1957).

〔16〕 K. N. Llewellyn, *Why We Need the Uniform Commercial Code*, 10 University of Florida Law Review 367, 371–372 (1957).

将不同的商法领域资料汇总到一起，方便他们获得，使得他们不用四处寻找适用的法律。对于法律外行而言，也是如此。⁽¹⁷⁾ 卢埃林的理想是，即使是不具有法律背景的商人也能阅读和使用商法典。

第四，制定商法典是可行的。一方面是以往成功的立法经验，另一方面是有组织机关的保障。卢埃林指出，统一州法委员会拥有包括制定《票据法》《统一买卖法》等法律的成功立法经验，而共同组织法典制定的美国法学会也拥有专家和业界人士支持的优势，具备制定《合同法重述》的经验，两者的强强联合将会保证《统一商法典》编纂的成功。⁽¹⁸⁾

基于以上理由，卢埃林认为，制定《统一商法典》是必然的，是符合美国社会经济发展的实际需要的。

（三）如何制定商法典

在明确了商法典制定的必要性之后，最为关键的是如何制定商法典。这涉及《统一商法典》的立法理念和立法技术。

1. 立法理念

正如科宾在前文所说的，美国《统一商法典》不是起草人个人的作品，但它的确鲜明地打上了卢埃林个人的印记。例如，批评者威利斯顿教授认为该法典的语言风格和表述过于新奇、不确定，与当时法律的表述不相符。《统一商法典》（1952年版本）第1-102（2）条提出，对商事交易法律规则进行简化和现代化，提升其准确性和确定性，维护商事交易的灵活性，通过习惯、惯例和当事人约定继续扩展商事实践，以使不同法域的法律得以统一。这一目的体现了卢埃林的法理思想：简化法律规则，意味着之前的法律是复杂的，不易为商人所理解；对法律规则进行现代化，意味着之前的法律没能跟上技术、商事实践等方面的发展；对准确性和确定性的提升，意味着之前的法律无法给相关方提供足够的指引。⁽¹⁹⁾ 解决这些存在的问题可以说是卢埃林教授一直孜孜以求的。

归纳起来，卢埃林关于制定商法典的理念主要有三点。

其一，《统一商法典》采用了现实主义的理念。卢埃林极其强调商事的现实性。在他看来，《统一商法典》是为商事交易服务的。很少有人像他那样强调商事实践的变动性和复杂性，也很少有人像他那样注重商事交易需要的灵活性和确定性。卢埃林对合同订立方式的灵活态度和对以往买卖合同中对所有权概念的倚重所作出的改变，均表明了他对商业现实的关注。在起草《统一商法典》第二篇时，卢埃林寻求同时融入商业现实，坚持商事交易的“更好规则”，以促进更好的商业现实。⁽²⁰⁾ 有观点指出，《统一商法典》不同于一般的立法文件，它不仅语言独特，而且其理念也

(17) Karl N. Llewellyn, *The Keynote Memorandum*, in William Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 580–581.

(18) Karl N. Llewellyn, *Statement to the Law Revision Commission dated August 16, 1954*, in William Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 588–589.

(19) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 303–304.

(20) Zipporah Batshaw Wiseman, *Limit of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 Harvard Law Review 465, 495 (1987).

非常特殊。它秉承的是一种内在法的视角，注重的是法律的发现，而不是法律的创制。由于认为法院在商法典的适用中发挥更大的作用，它主张通过适当的程序将诸多问题留给法院去解决。^{〔21〕}此种观点准确地认识到了卢埃林对于《统一商法典》的立法理念。实际上，卢埃林对于该法典法官解释权的规定，对于商人和非商人的区分，都与卢埃林所倡导的司法判决的“宏大风格”有关，即卢埃林希望通过赋予法官一定的权力去适应和发展商事实践，借此克服传统商法典存在的僵化、过时的弊端。

其二，《统一商法典》的编纂采用了实用主义的做法。从一开始，卢埃林想要制定的，并不是另一部《法国商法典》或者《德国商法典》。大陆法系的商法典以系统性著称，而卢埃林对“原理”恰恰是保持警惕的，《统一商法典》缺乏前者的系统性。正是在这一点上，比特尔教授认为《统一商法典》不是系统性编纂，而只是法律的汇编。在一定程度上，比特尔教授的批评是有道理的。但是，他没有看到卢埃林拒绝系统性编纂的原因所在。在卢埃林看来，《统一商法典》的编纂要考虑两类人：一类是受到法典影响的人，另一类是根据它来裁判的人。法典的编纂者要意识到其认识和前见的局限性，应当信任法律的消费者和裁判者在正常情况下会善意地、理性地作为。基于此，卢埃林对《统一商法典》的设想是实用主义的。法典化的优势和不足对他没有吸引力，他对是否存在模范的商法典也不感兴趣。在他看来，《统一商法典》是为了解决历史特定阶段特定问题而制定的。^{〔22〕}这一观点准确地阐释了现实主义法学的哲学观——实用主义思想。从《统一商法典》各篇的结构来看，该法典围绕买卖和买卖的相关环节来展开，是现实主义法学功能主义的具体体现。

其三，《统一商法典》体现了价值中立的法律观。其坚持技术中立的路线，不对实体价值或政治问题作评判，反映了现实主义法学的基本立场。尽管《统一商法典》在多处使用了“善意”“诚信”等概念，但卢埃林起草该法典时秉持政治中立的立场。卢埃林将商法主要作为促进某类经济活动的工具，在这一领域他没有自己的政治或意识形态上的热衷话题。^{〔23〕}在卢埃林看来，他所要做的，是通过各种技术实现法典所设定的目的和政策。这种方法与我国台湾地区苏永钦教授所主张的民法典编纂的技术中立立场颇为类似。卢埃林之所以秉持此种立场，与他所倡导的现实主义法学具有紧密的关系。现实主义法学不关注价值，而强调对于法律实践持续的、仔细的观察。卢埃林指出，他不是忽视价值，而是希望通过对事实的观察和描述得出完善法律的办法。^{〔24〕}

2. 立法技术

（1）原则性概念的使用。卢埃林认识到，法典无法囊括社会的方方面面，要避免其滞后、僵

〔21〕 Richard Danzig, *A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, 27 Stanford Law Review 621, 622–623 (1975).

〔22〕 William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 309–311.

〔23〕 William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 307.

〔24〕 Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, 1960, p. 16.

硬的不足就需要一些弹性的概念。《统一商法典》采用了一些实质性概念如“诚信”和“商业合理性”，这些概念不仅规定在第一篇的一般条款中，还规定在其他八篇实质性条款中。这些概念贯穿了整个商法典，在赋予个别行动自由的同时保护粗心大意者避免遭受意外和陷阱。⁽²⁵⁾《统一商法典》（1952 年）第 1-201 条将诚信作为“事实上的诚实”。最初《统一商法典》草案借鉴《修正统一买卖法》草案规定，“诚信包括一方遵守其从事的商业或贸易的合理商业标准”，但因为美国律师协会认为其过于模糊而提出反对，最后被修改为“事实上的诚实”。在第 1-203 条，原先规定合同履行适用诚信原则，后因受到反对而将合同履行扩大为“对本法内的合同或义务施加了履行义务或强制执行的义务”。⁽²⁶⁾ 原则性概念为《统一商法典》的发展提供了一定的灵活性。

（2）功能性的体系编排。如何对商法典进行编排，这是卢埃林在制定商法典时需要考虑的问题。与大陆法系的商法典编纂不同，卢埃林对于体系化没有太多的兴趣。如上文所述，他反对威利斯顿式的一般抽象表述，认为它无法反映商业现实。与现实主义法学共享的信念相应，卢埃林采用的是功能主义的方式，即根据买卖中涉及的各种行为来编排商法典。商法典的一个主要的成就，是将各种杂乱之物放进一个简化、统一的功能性体系。⁽²⁷⁾ 它以买卖作为商法典的中心，对担保交易、商业汇票、银行存款和收账、信用证作出规定，尽管其因政策或争议而无法涵盖保险和商业代理，但其编排体现了以货物流动来组织的特征，遵循的是实用主义的功能主义，而不是教条的功能主义。⁽²⁸⁾ 换言之，它是通过销售和铁路附属服务、仓储人员、银行家和金融公司形式进行的以货物流动为中心的私法的法典化，主要强调货物流动的功能一致性，而不是概念一致性。⁽²⁹⁾

（3）程序控制。《统一商法典》使用了很多模糊的概念，例如善意、合理的时间、合理的理由等。有学者对此提出批评，认为其太过于不确定。实际上，卢埃林对这些用语的使用与其商法理论紧密相关，与他对于法律和社会生活之间关系的理解相关。与自上而下的立法不同，卢埃林主张内在的法，在他看来，对这些概念的理解需要借助法院来确定。例如，《统一商法典》最初的草案对于合同履行的保障，如一方有合理理由认为另一方不履行合同，他可以要求对方提供保证，在提供保证之前可以中止己方的履行。在这里，实际上是告诉法院运用当前的商业标准来进行判断，而不是遵照以往判决确定的标准。也就是说，该法典第二篇是作为确定方法的手段，促使法院根据情景——理由来进行判决。⁽³⁰⁾

（4）官方评注。在《统一商法典》之前的立法中，只有《统一买卖法》附有简要的注释。《统一商法典》的最初草案即附有评注，评注是阐释和解释法典政策的主要工具。对于评注的作用，

(25) Soia Mentschikoff, *Highlights of the Uniform Commercial Code*, 27 Modern Law Review 167, 168 (1964).

(26) Robert Braucher, *Legislative History of the Uniform Commercial Code*, 58 Columbia Law Review 798, 812–814 (1958).

(27) K. N. Llewellyn, *Why We Need the Uniform Commercial Code*, 10 University of Florida Law Review 367, 371 (1957).

(28) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 330–331.

(29) Soia Mentschikoff, *Highlights of the Uniform Commercial Code*, 27 Modern Law Review 167, 168 (1964).

(30) Richard Danzig, *A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*, 27 Stanford Law Review 621, 626, 632 (1975).

卢埃林作了解释,他认为评注对于展示各篇的背景和政策非常有用,对于展示具体内容和政策并入整体的方法非常有用。⁽³¹⁾卢埃林认为,官方评注的目的是对条文的目的、效果以及其与之前立法的关系作直接的解释。⁽³²⁾通过增加合理完整的表明其目的的评注,与法典的其他条文相互参照,法律条文和评注可以为从未见过该法典的人提供进行有效工作的资料。⁽³³⁾由于对评注的作用有争议,评注一度曾被删除⁽³⁴⁾,但后来的版本仍保留了官方评注这种形式。官方评注可能会扩大或限制法律条文。在实践中,大多数法院会遵循官方评注,但也有的州法院没有遵守评注。⁽³⁵⁾

(5) 商人和非商人的区分。《统一商法典》第2-104(1)条规定了商人的定义,对于商人的权利义务则在第三篇作了规定。尽管《统一商法典》对商人作了定义,但该法典不仅适用于商人,也适用于从事商行为的自然人,如果有事实证明其从事的是商行为。据此,无论个体户、农民或其他人是否是商人,《统一商法典》对其仍然可能是适用的。在早期的商法典草案中,卢埃林曾对适用于商人的规则作了众多规定,但因为反对意见,只有部分条款得以保留。⁽³⁶⁾这涉及区分商人和非商人的理论争论。批评的观点认为,商人和非商人的区分存在很大的问题,因为要判断一个非商人在何时构成商人是困难的。⁽³⁷⁾但赞同者则认为,区分商人和非商人是有必要的,因为它有两方面的目的:一方面,那些具有特定知识和技巧的人不需要形式上的保护;另一方面,不应允许他们去占那些缺乏这方面知识和技巧的人的便宜。⁽³⁸⁾即使对此不作规定,两者的不同是客观存在的,与其对此沉默,不如赋予法院权力,根据社会事实进行认定。

(6) 商事法庭。在卢埃林最初提交的商法典草案中,曾经有关于设置商事法庭的设想和法律条文。按照卢埃林的设想,可以邀请商人专家来法院参与案件的审理,以认定真正的事实。商人专家不是作为当事人的代表,而是特殊的宣过誓的专家。提交给商人陪审团的问题不仅包括实质违约问题,也包括合同条款涉及的商事惯例的效力问题。卢埃林之所以主张设置商事法庭,是因为他认为商事纠纷涉及的问题需要快速和可靠的处理,而法院对于这些问题并无专业的技能。⁽³⁹⁾卢埃林关于商事法庭设置的观点与他对英国商事实践的考察有关,他指出,是曼斯菲尔德法官使得商事实践转化为英格兰法,并成为实际上的普通法。⁽⁴⁰⁾不过,在《统一商法典》制定的过程中,有关商事法庭的条文被删除,卢埃林希望通过设置商事法庭对事实问题作出裁决的设想没有实现。后来,卢埃林评价《统一商法典》时说,他试图将很多对法律有益的美好的想法放入该法典中,

(31) K. N. Llewellyn, *Why We Need the Uniform Commercial Code*, 10 University of Florida Law Review 367, 375 (1957).

(32) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 327.

(33) Karl Llewellyn, *Why a Commercial Code*, 22 Tennessee Law Review 779, 782 (1953).

(34) Robert Braucher, *Legislative History of the Uniform Commercial Code*, 58 Columbia Law Review 798, 809 (1958).

(35) James J. White & Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 3rd ed., West Publishing Co., 1988, p. 13-14.

(36) Zipporah Batshaw Wiseman, *Limit of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 Harvard Law Review 465, 524 (1987).

(37) Samuel Williston, *The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code*, 63 Harvard Law Review 561, 572-573 (1950).

(38) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 325.

(39) Zipporah Batshaw Wiseman, *Limit of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 Harvard Law Review 465, 512-513 (1987).

(40) K. N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 Harvard Law Review 725, 745-746 (1939).

但最终被否决了。⁽⁴¹⁾ 这些美好的想法，就有可能包括卢埃林关于商事法庭的设置。

基于以上，我们可以看出《统一商法典》具有诸多的创新：一是在立法理念上强调现实主义、实用主义以及价值中立，实质上是现实主义法学思想的法典化呈现；二是在立法技术上采用了原则性规定、程序控制、官方评注以及区分商人和非商人的做法。这些立法理念和立法技术解释了该法典取得成功的原因、借鉴价值。

二、美国《统一商法典》的理论基础

在理解美国《统一商法典》立法理念与立法技术之后，我们还要探讨其理论基础。由于卢埃林深度参与起草和主持该法典的制定，它留有卢埃林的思想烙印。尽管认识到此种从个人思想去理解《统一商法典》整体思想所存在的局限性⁽⁴²⁾，但如上所见，卢埃林对该法典产生了重要的影响。由于卢埃林不仅是商法学家，也是法理学家，卢埃林肯定希望该法典能体现自己的特定思想。因此，本部分从卢埃林关于法律与历史、法律与商业以及法律与社会相互之间的关系出发，探讨该法典的理论基础。

（一）法律与历史

卢埃林重视对法律史尤其是商法史的研究。卢埃林强调历史的重要性。就买卖法而言，卢埃林对于合同质量保证的历史变迁进行了阐述。不仅如此，卢埃林还对对商法有重要贡献的两位法官进行了研究：一是曼斯菲尔德，他是现代商法之父。卢埃林认为，在 *Pillans v. Van Mierop* 案中，他将质量问题作为合同法问题，奠定了下一个世纪的整个法律的基础。⁽⁴³⁾ 曼斯菲尔德的最大贡献是将商法作为普通法的一部分。不过，受社会发展限制，曼斯菲尔德在买卖法上的贡献很少。二是斯克鲁顿，卢埃林对他赞誉有加。卢埃林认为他是比曼斯菲尔德更伟大的法官。卢埃林认为，斯克鲁顿的职业生涯设定了人们对英国法和美国法、法律与法院、买卖法以及这些事宜与生活的关系的想象力。⁽⁴⁴⁾

在讨论合同法规则时，卢埃林指出存在不同的归纳，这些归纳之间是相互竞争的。为了考察竞争性规则的归纳是否为未来案件提供准确的指引，考察以往案件的结果是必要的，这是判例法发展的道路。对于作为判例的案件事实历史的了解，对于预测其将来的影响是重要的，因为它通常导致对案件规则的重新描述或变化。⁽⁴⁵⁾ 有学者指出，在草拟《统一商法典》的官方评注时，卢埃林希望通过普通法的司法宏大风格赋予法官解释法典目的的权力，这反映了卢埃林对理想的普

(41) Karl Llewellyn, *Why a Commercial Code*, 22 Tennessee Law Review 779, 784 (1953).

(42) 这里受到日本学者沟口雄三研究的启发，参见[日]沟口雄三：《中国前近代思想的曲折与展开》，龚颖译，生活·读书·新知三联书店2011年版，第107-110页。

(43) K. N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 Harvard Law Review 725, 742, 746 (1939).

(44) K. N. Llewellyn, *On Warranty of Quality, and Society*, 36 Columbia Law Review 699, 701-702, 711-712 (1936).

(45) K. N. Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract*, 47 Yale Law Journal 1243, 1254 (1938).

通法的尊重。⁽⁴⁶⁾但是在考察历史时，卢埃林指出要认识到过去不是全部，以往的判决也不是全部。⁽⁴⁷⁾换言之，历史只是一种参考。卢埃林之所以对历史的作用持谨慎的态度，是因为历史是模糊不清的，对有关概念的历史解释一旦形成共识，便被当作真理，而这些归纳可能是错误的。

卢埃林指出，关于约因的观点，仅仅因为是霍姆斯说的，人们便认为是正确的。事实上，并非如此。正如卢埃林所指出的，“……历史不再是分类的主要依据，除非特定的历史性区分为当前的发展提供线索。没有时间通过历史来对每个学科进行解释”。⁽⁴⁸⁾对于美国合同法的理论研究，卢埃林提出了批评，认为他们的研究造成了误导，将不是法律的东西看作法律，其原因在于兰德尔的理论从英国伊丽莎白时代的合同案件开始，没有意识到该时期思潮的独特性，也没有认识到自 1870 年至今的美国已非当年的英国可相比。⁽⁴⁹⁾卢埃林强调美国本土现实的情况，这在他的研究中多次出现。例如，在他编写的合同法教科书中，他指出通过单个所有权概念理解英国早期判例对后来的买卖法所加的限制是必要的，但仅此而已。因此，在他选取的案例中，美国判例有 665 个，而英国判例只有 106 个。⁽⁵⁰⁾在卢埃林看来，由于社会的情况发生了变化，英国的普通法已不足为美国的法律实践提供指导。

（二）法律与商业

卢埃林对法律和商业的观点，既体现在宏观层面，也体现在微观层面。在宏观层面，卢埃林关注的是法律和商业之间的关系问题。卢埃林指出，他考察的是整个法律制度与商业的关系，就此而言，除了公司法和破产法，商法在过去一百年对于商业的发展贡献甚少。就整体法律而言，大部分法律很少对经济产生直接的影响。但是，在另一方面，法律在协助和推动商业的发展方面作出了很大的贡献。⁽⁵¹⁾在卢埃林看来，正是商业的需求推动了法律的发展。卢埃林指出，法官在裁决时，既存在着需求和机会，也存在着危险。“至关重要是需求，因为需求要求我们对‘法律’的整个概念结构（即法律概念、规则、原则）重新作出表述，以便将前工业时期的思想体系调整为与工业文明相适应的思想体系。”⁽⁵²⁾正因为如此，卢埃林对兰德尔的法律原则观提出批判，主张关注商事交易和商事实践，主张法律要根据实际情况作出调整。

在微观层面，卢埃林特别强调商法和商人的重要性。就前者而言，卢埃林认为，商法能为商事交易提供可预见性和确定性。以《统一商法典》为例，其充分考虑到商法对商业交易所起的重要作用，一方面卢埃林主张在了解商业需求的基础上制定便于商人使用的立法。在卢埃林看来，这是该法典的目标之一。卢埃林认为，如果商法规则过于复杂、晦涩，则商人可能弃之不用。另

(46) Zipporah Batshaw Wiseman, *Limit of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 *Harvard Law Review* 465, 499–503 (1987).

(47) K. N. Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract*, 47 *Yale Law Journal* 1243, 1258, 1259 (1938).

(48) Karl Llewellyn, *Cases and Materials on the Law of Sales*, Callaghan and Co., 1930, Xiii.

(49) K. N. Llewellyn, *The Rule of Law in Our Case-Law of Contract*, 47 *Yale Law Journal* 1243, 1269 (1938).

(50) Karl Llewellyn, *Cases and Materials on the Law of Sales*, Callaghan and Co., 1930, Xiii.

(51) K. N. Llewellyn, *On Law and Our Commerce*, 102 *Wisconsin Law Review* 625, 627, 631 (1949).

(52) [美] 卡尔·卢埃林：《荆棘丛：我们的法律与法学》，王绍喜译，中国民主法制出版社 2020 年版，第 265 页。

一方面，卢埃林强调商事交易变化很快，因此需要针对复杂的商业情况提出灵活的调整方法，包括运用原则性概念、赋予法官一定自由裁量权等方式，以便更好地服务于社会经济的发展。对于后者，卢埃林认为应当尊重和保护商人。在制定《统一商法典》时，卢埃林指出为商人提供合理的确定性是一个重要的目标。卢埃林所希望的是，不具有法律背景的商人也能够阅读和理解该法典的相关条款，并能加以运用。在卢埃林看来，《统一买卖法》那种专门为法律职业人士服务的立法是不可取的，这也是他在设计《统一商法典》时特别加以考虑的，为此他还将商人和非商人的区分以及商业惯例写进该法典中，甚至还提出设置由商人对商事交易事实作出裁定的商事法庭的设想。

那么，对商事实践的强调是否会导致对法律作用的忽视？并非如此。卢埃林指出，实践的做法并不总是正确的，商人善于运用规则为自己谋取利益。但是无论如何，法律要反映实践。如果实践已经发生变化，则需要根据实践的情况来调整法律规则。换言之，通过对于事实持续的观察，发现存在的问题并找到合理的解决办法，有助于完善法律。庞德在批评现实主义法学时，就指出它只看重商业目的，而没有关注到社会的一般利益。⁽⁵³⁾ 对此，卢埃林并不只是停留在商业层面，而是强调认识实践对法律理解和运用的重要性，因此庞德的指责是不公平的。对于法律与社会的关系，将在下文进行探讨。

（三）法律与社会

卢埃林很早就开始思考法律与社会的关系。例如，他在 1939 年发表了《马背上的买卖》一文，他指出该文是基于他在哥伦比亚大学的《社会中的买卖和法律》的讲座所作。⁽⁵⁴⁾ 由于英年早逝，卢埃林没有完成《社会中的法律》这部著作。特文宁教授认为，它是现存的卢埃林尚未出版的著作，如果编辑得好，可能是卢埃林最为重要的著作。⁽⁵⁵⁾ 综合各种资料，我们基本上能得出卢埃林对法律与社会关系的论断。

卢埃林主张将法律放在更为广泛的社会背景下，并从理论和实践两方面对其进行考察。从理论上讲，法律制度是社会制度的一个组成部分，对法律制度的考察需要放在这个背景之下进行。卢埃林认为，无论是法律规则、法律技艺、实践还是理念以及相关的人，都是法律整体（即法律工作）的一个部分，而将关注从法律规则转向行为，将规则放在更为宽广的社会背景下，有助于使法律规则更加正确、有效。⁽⁵⁶⁾ 换言之，只有对法律进行恰当的定位，才能对其基本的作用有正确的认识。从长期来看，社会的理想图景和社会条件的压力会促成某种观念的产生。所有权是前工业时代的关键概念，但以动产所有权的地点来确定所有权的做法无法适用于现代社会。⁽⁵⁷⁾ 在法

(53) Roscoe Pound, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 Harvard Law Review 697, 708 (1931).

(54) K. N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 Harvard Law Review 725, footnote (1939).

(55) William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2012, p. 439.

(56) Karl Llewellyn, *My Philosophy of Law*, in *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Law Book Co., 1941, p. 183.

(57) K. N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 Harvard Law Review 725, 734 (1939).

律实践层面，卢埃林强调社会因素对于法律实践的影响。他指出：“打算执业的律师不仅要知道法律规则，要知道这些法律规则在预测法官所作所为方面的含义，还要知道社会生活、客户的需求和法律实践的情况。总之，他要知道其要塑造的工作情景和在塑造该情境时所参照的法律，否则就执不了业。”卢埃林认为，就法律与社会的关系而言，法律在社会中不是那么重要，法律没有创造社会的基本秩序，基本的秩序来自教育，法律更像社会的安全阀，法律使得秩序明确化。⁽⁵⁸⁾对于此点，有学者有不同意见，认为卢埃林太过于强调社会的作用，法律与社会的关系是两者相互起作用 and 反作用，任何一个都不是决定性的。⁽⁵⁹⁾

卢埃林在商法方面的论述更值得引起注意。对于买卖法，卢埃林指出它的发展经历了不同的阶段。在这些不同阶段，买卖法在社会中的作用是不同的。在原始社会，买卖法强调的是现货交易，与此相应，财产转让的概念得到直观的确认，这是法律适应简单社会的结果。用卢埃林的话来说，“总之，以动产‘财产’的地点作为确定[所有权]问题关键的参照……适合于农民社会”。但是，在商业社会中，情况截然不同，因为“财产”不是静止的而是处于变动之中，很多人对财产都拥有权利，财产是分散的、分割的。⁽⁶⁰⁾如上文所述，将所有权与风险、请求支付货款、适用法律、计算损失的时间和地点捆绑在一起，带来了混乱。卢埃林对质量保证制度发展的描述同样反映了法律与社会的关系。早期以现货交易为主，因此买方如对卖方出售的货物不放心，可以要求卖方作出质量保证，但在远程交易为主的现代社会，区分交易双方是商人还是涉及消费者就更加具有灵活性。前文已经提到，此处不再赘述。卢埃林指出，从社会发展来看，从商品资本主义到工业资本主义，再到金融资本主义，买卖法的相对重要性在衰落，但买卖法仍然是历史的记录。⁽⁶¹⁾

三、《民法典》时代的商法研究与商法思维

上文对美国《统一商法典》的立法理念和立法技术以及其理论基础进行了梳理，这一梳理可能带来两种不同的效果：一是在理论上我国制定商法典仍然是可能的，只是理论准备不够，时机还不成熟；二是制定商法典的可能性太小了，不如考虑其他方式。笔者认为，尽管关于商法典或商事通则的理论探讨是有意义的，但也要认识到其意义可能没有想象中的那么大。与其就此问题进行争论，不如探讨美国《统一商法典》的立法理念、立法技术和理论基础对我国当下商法研究的借鉴意义，并基于我国商法研究的现状强调从商事立法修法转向商事实践以及倡扬商法思维的独特性。本部分所要讨论的就是此问题。

(58) [美] 卡尔·卢埃林：《荆棘丛：我们的法律与法学》，王绍喜译，中国民主法制出版社 2020 年版，第 58—59、185、189、199 页。

(59) L. L. Fuller, *American Legal Realism*, 82 University of Pennsylvania Law Review 429, 451—453 (1934).

(60) K. N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 Harvard Law Review 725, 732 (1939).

(61) K. N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 Harvard Law Review 725, 726 (1939).

（一）《统一商法典》对我国商法研究的启示

任何一部法典都有其产生的环境。与法国、德国等国家制定商法典的环境不同，美国《统一商法典》的制定有一定的偶然性，但此种偶然性是对美国当时经济发展到特定阶段的一个回应，就此而言，它又具有很大的必然性。如今，即使我国要制定商法典，也不能简单地搬用包括《统一商法典》在内的任何商法典，这是可以断定的。但是，《统一商法典》的立法理念和立法技术是有一定借鉴意义的。这是上文对此进行探讨的原因。与此同时，对《统一商法典》的研究不应过于关注其法典化的形式，而要分析其实质和精神。笔者认为，一方面，在商法典制定问题上，《统一商法典》的一些做法值得关注；另一方面，在我国《民法典》的背景下，讨论该商法典对我国商法研究和法律适用启发更大。

第一，商法典的立法理念和立法技术。假如我国制定商法典，该商法典应当持有什么样的立法理念，这是值得思考的问题。在我国制定民法典时，有学者就指出立法理念的重要性：“我国民法典要成为社会主义法治建设的一个典范，就必须在其形成过程中就张扬其理念与精神。”^{〔62〕}商法典的制定，显然需要具有自己的立法理念。如何形成商法典的立法理念，值得研究。有的学者从中国的本土特色去进行解释，认为未来的商法典要反映我国社会财产公有制的特点，并据此来建立商法典的体系。^{〔63〕}也有学者从商法的精神或特征去解释，认为我国商法典的立法理念包括强化私法自治、经营自由、保护营利、加重责任和注重效率，并认为基于立法技术的考虑，对强化私法自治和注重效率不宜作出明确规定。^{〔64〕}笔者认为，这些研究虽然在一定程度上涉及商法典的立法理念，但它们表明我国学者对商法典的立法理念提炼得不够。如上所见，《统一商法典》的立法理念包括现实主义、实用主义和价值中立。这些立法理念对我国制定商法典仍有启发意义。笔者认为，我国商法典的立法理念包括坚持从中国特色社会主义市场经济的实际情况出发（现实主义），确认和深化市场经济体制改革（实用主义），以及商事经营自由；在商法典的立法技术上，《统一商法典》关于诚信原则的规定、程序控制和官方评注等做法，均对我国有一定的借鉴意义。

第二，商法典的理论基础。如上所述，在理论基础方面，《统一商法典》强调法律与历史、法律与商业以及法律与社会相互之间的关系。尽管这一理论基础具有较强的卢埃林个人色彩，但将商法和历史、商业和社会相关联却是一条颇有建设性的思路。在我国的商法研究中，在论证商法典制定之必要性时，学者通常援引法国、德国、日本等国家商法典制定的历史。^{〔65〕}然而，这些历史背景是与这些国家紧密关联的，在逻辑上并不能直接得出我国也应制定商法典的结论。就法律与商业的关系来看，我国学者普遍强调法律对商业的保护或促进作用，但对商事实践的创新也缺

〔62〕 陈甦：《论民法典形成机制的时代性与科学性》，载《法学杂志》2015年第6期，第2页。

〔63〕 范健：《当代中国商法的理论渊源、制度特色与前景展望》，载《法制与社会发展》2018年第5期，第63—64页。

〔64〕 王建文：《商法总论研究》，中国人民大学出版社2021年版，第112—125页。

〔65〕 夏小雄：《商法“法典化”：历史考察和体系分析——以十九世纪西欧国家商法典立法为核心》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2018年第6期，第110—111页。

乏足够的关注和了解,基于商事实践的理论提炼仍有待进一步提升。例如,对于实践中出现的 VIE (新浪结构)、对赌协议和自由贸易区的负面准入清单等商业创新,商法学者并没有发挥商法的“急先锋”作用,及时进行关注和研究。由于侧重于法律条文的解释,学者对于商法与社会的相互影响也研究不多。这些表明,我国学者对商法典理论基础的研究和思考仍有待深入。

第三,商法的法律适用。我国《民法典》采用民商合一的立法模式,《民法典》包含相当多的商事规则。由于立法上没有区分民事和商事,也没有区分商人和非商人,《民法典》的法律适用存在一些问题,大体上可以将这些问题划分为两类:第一类是同时适用于民事和商事的法律规则。例如,就买卖交易而言,与《德国民法典》的做法不同,我国《民法典》的相关规定既适用于民事买卖,也适用于商事买卖,而两者的立法理念和适用对象是不同的。在司法实践中,我们既可以看到在买卖合同中对消费者权利保护的强调⁽⁶⁶⁾,也看到在商事买卖中对商业交易维持的考量。⁽⁶⁷⁾类似地,民事租赁和商事租赁在合同解除和违约赔偿金方面都存在很大的不同,但《民法典》对此没有作出区分,这就需要通过商法思维来进行解释和适用。第二类是适用于《民法典》规定的主要涉及商事的法律规则。例如,《民法典》第 388 条关于非典型担保的规定引发了很多的讨论。在这些讨论中,学者们指出了《民法典》相关规定的不完善和适用上存在的问题。例如,《民法典》物权编未单独规定对消费品买受人保护的规则,因此对其权益进行担保登记不具有可行性,将正常交易中的买受人规则适用于消费者将引发大量的纠纷。⁽⁶⁸⁾正如有的学者所指出的,所有权保留、应收账款和让与担保等制度的立法借鉴了美国《统一商法典》⁽⁶⁹⁾,因此在对非典型担保相关条文进行解释时,就有必要借鉴后者的立法规定和理论研究作出妥适的解释。

整体上看,我国商法学者更关注法律制定或修改,更关注具体制度或法律条文的理论阐释,对商事实践关注得不够。基于我国商法研究的现状,笔者认为,一方面要转移商法研究的中心,从关注立法修法转向关注商事实践;另一方面要重视商法理论,塑造独特的商法思维。以下就略陈管见。

(二) 商法研究要从关注立法修法转向关注商事实践

我国的商法研究呈现出强烈的理论性。与此同时,实践的重要性已经引起了一些商法学者的关注,如有学者通过案例的理论分析对法律适用中的问题进行阐释或评论。但整体上看,我国商法的研究仍然以立法的制定或修订或法律规则为中心。这种趋向不仅不利于商法研究的深入开展,也无法满足国家对商法理论研究提出的要求。笔者认为,从关注立法到转向实践,需要考虑以下问题。

(66) 例如,最高人民法院指导性案例第 23 号(第六批)。

(67) 例如,最高人民法院指导性案例第 67 号(第十四批)。

(68) 王乐兵:《动产担保优先顺位的立法构造与适用解释》,载《法学家》2022 年第 2 期,第 85 页。

(69) 纪海龙:《民法典动产与权利担保制度的体系展开》,载《法学家》2021 年第 1 期,第 41 页。

首先，商法研究应响应国家政策的号召，为我国涉外法治建设作出贡献。商法作为调整市场主体行为的基本法律，与我国社会主义市场经济的发展具有密切的联系。我国政府已经作出了建设涉外法治的战略部署，商法学者应能发挥重要的作用：一方面，商法学者应立足于全球视角，考虑我国商法的涉外适用等问题，并为此提供理论支撑，商法学者应当为“一带一路”国家法律建设以及我国各个国际商事仲裁中心的建设发展发挥更大的作用；另一方面，商法研究应当为我国营商环境的改善、自由贸易（港）区提供可行的建议。这些都是商法研究从立法转向实践的例子。当然，需要说明的是，以上所列事项不是穷尽性的。

其次，商法研究应当从重视法律制度或法律条文转向重视法律的实践和实施效果。如果说我国商法理论研究有什么独特之处，那么可以说整体而言商法研究主要是围绕着具体的法律制度或法律条文进行的。这种研究思路的价值不能否定，但商法学者应当注意到，在我国现阶段商法研究的重点是法律实践及其实施效果。正如有的学者所指出的，在某种程度上，以往我国的立法是有学习和借鉴其他国家的理论的，此种做法在今天已经难以自足，而应当转向中国问题中心主义。⁽⁷⁰⁾ 商法研究应考虑从事法律实证研究。事实上，在国外，有的破产法学者所作的破产实践的实证研究推动了法律改革。⁽⁷¹⁾ 此种做法值得借鉴。

最后，商法研究应当重视司法案例研究，尤其是商事指导性案例。自我国指导性案例制度设立之时起，最高人民法院总共发布了 39 批指导性案例，总数为 230 个。在这些案例中，按照严格的商法分类⁽⁷²⁾，商事指导性案例非常少，只有 20 个，占比为 8.7%。尽管一些商法学者对商事指导性案例进行了研究，但无论是在研究数量还是在研究质量上都有很大的提升空间。例如，对于商事指导性案例的形成机制和退出机制，商法学者很少进行研究。在实践中，存在着商事指导性案例的供给不足、选取案件的典型性不够以及与司法解释存在不一致等问题，这些问题需要商法学者积极提供对策，以促进我国指导性案例制度的发展。不仅如此，商法学者还应当对我国不同地区的商事案例进行研究。这不仅是为了丰富教学内容，而且有助于指导司法实践。

（三）商法研究需要塑造独特的商法思维

我国商法学者的研究基本上涵盖民法和商法，民法学者也与此类似，只不过相比之下同时研究民法的民法学者数量要少一些。由于研究者的这一背景，从事民商法研究的学者普遍认识到民法的重要性，但对商法的特殊性重视不够。正如有的学者所言，不懂民法就不懂商法⁽⁷³⁾，但是懂民法并不意味着就懂商法。由于立法上采用民商合一的模式，即使是一些商法学者，也倾向于认同民法学者的观点，而不是强调商法的自身特征，更不用说是商法思维。正如有的学者对《中华人民共和国民法总则》（已废止，下称《民法总则》）所评论的：“《民法总则》对商事关系的态度依

(70) 陈甦：《体系前研究到体系后研究的范式转型》，载《法学研究》2011 年第 5 期，第 15—16 页。

(71) 王绍喜：《道格拉斯与现实主义法学的遗产》，载《中国政法大学学报》2024 年第 1 期，第 32 页。

(72) 这里的严格标准指涉及传统商法各个部门法的案例，包括公司法、保险法、破产法、海商法和票据法。

(73) [法] 居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社 2004 年版，第 7 页。

然采取的是民法思维、民法逻辑和民法方法，而商法思维、商法逻辑和商法未予充分体现或者根本未予体现。”⁽⁷⁴⁾虽然一些商法学者提到商法与民法的不同，但对商法思维和民法思维的区分重视不够，关于商事思维的相关研究也显得单薄。在司法实践中，存在法官以民法思维去处理商事案件的情况，导致就同一案件不同地区的法官作出截然不同的判决结果。因此，我国商法研究应当致力于塑造独特的商法思维。

第一，商法思维强调回应现实的需要。在各个部门法中，可能没有比商法对现实更能直接产生影响的法律了。商法是一种导向满足实际需要的具体的法。⁽⁷⁵⁾商法对现实的回应既可能是直接的，例如商事主体依据法律法规的规定设立企业、从事经营，或是在经营资不抵债时清算、破产；也可能是间接的，即商事主体可能希望并在实践中回避国家对商事经营的各种限制。与商法思维的此种特点相应，商法学者应当关注现实的需要，及时了解商事实践中存在的难题，并为其解决提供指导方案。另外，商法研究应根据现实的发展进行更新。例如，尽管如今商品买卖交易仍然是基本的交易方式，但金融法律关系已经越来越重要，“因此，当今商法应该将其主要精力从传统商事关系的调整转移到对金融商事关系的调整，并以此作为当今商法的基本定位”。⁽⁷⁶⁾此种观点值得赞同。

第二，商法思维尊重商事交易的创新。商事交易的一个重要特征是它的营利性，对营利的追求是商事交易的本质特征之一。正因为如此，商事主体会不断寻找新的投资机会，通过创设先前没有的交易模式或交易结构去达成自己的商业目的。在一定程度上，商事交易的创新是通过不同的交易结构或安排来实现的，这些交易结构或安排可能是在法律的框架之内进行，甚至是依据法律来进行的；然而，也有一些交易结构或安排恰恰是利用法律没有规定的情况去实现的，或者是在法律框架之外进行的，这就涉及商事交易创新的合法性问题。正如有学者所指出的：“在金融创新实践中，出于商业利益、规避监管或者法律的需要，存在人为地模糊并复杂化交易关系的情况，因此，在实践中很容易对其性质甚至合法性出现争议。”⁽⁷⁷⁾商法思维要求尽可能地尊重商事交易的创新：一方面，不能因为法律没有规定就否定商事交易的创新性，恰恰相反，只要法律没有作出否定评价，就应肯定其法律效力。“只要商人营业不违反法律、行政法规的规定，就可以自由地进行。尤其是新出现的交易类型，在没有具体法律规则下，原则上应予以尊重。”⁽⁷⁸⁾另一方面，即使这些创新与法律不一致，也不轻易否定其合法性，而需要基于对具体情形的了解和当事人的目的加以综合考虑。这是因为商业的活力在于创新，法律应当鼓励创新，商法作为促进商事主体交易的法律，应当尽可能地尊重商业交易的创新。事实上，我国一些创新的交易结构至少在其初

(74) 施天涛：《商事关系的重新发现与当今商法的使命》，载《清华法学》2017年第6期，第137页。

(75) [法]居荣：《法国商法》，罗结珍、赵海峰译，法律出版社2004年版，第2页。

(76) 施天涛：《商事关系的重新发现与当今商法的使命》，载《清华法学》2017年第6期，第155页。

(77) 马荣伟：《以商法思维应对金融创新》，载《中国金融》2016年第20期，第82页。

(78) 王保树：《尊重商法的特殊思维》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2011年第2期，第29页。

期是获得法院的支持的。

第三，商法思维重视商事交易的维持。商事交易一方面强调创新，另一方面却又注重交易的维持。在商事交易中，无论是对要式性、无因性抑或商业外观主义的强调，都是为了商事交易的维持。有学者将此称为“保护交易结果”，“对于商事交易的‘保护交易结果’原则是商法思维的首要逻辑，商事纠纷解决规则的侧重点可能并不在于是否因为对于参与主体单个个体的公平而撤销交易，而是在保护交易结果逻辑下对于利益受损的特定商事主体在‘利益平衡’原则下以其它的救济途径平衡保护当事人的受损利益”。⁽⁷⁹⁾ 这既是考虑到商事交易的特点在于商人对于秩序所提供的预期的保护，也是因为商事交易涉及方方面面，如果采用民法上的撤销，其后果将带来很大的不利影响。例如，对于交易所特定交易的撤销将波及从事证券交易的千千万万的投资者。对商事交易的维持体现在最高人民法院发布的指导性案例第 67 号上。在该案中，法院维持了当事人之间进行的商事交易，正是考虑到商事交易的特点。然而，一些商法学者从法教义学上进行论证，认为该案件的法律适用存在错误，这恰恰是没有充分注意到商事交易维持的重要意义。

四、结语

笔者对美国《统一商法典》的立法理念和立法技术进行了梳理，并就该法典的理论基础进行了探讨，认为《统一商法典》不仅对于我国是否制定和如何制定商法典可以提供启发，而且对于我国商法研究和《民法典》相关条文的解释适用也有助益。我国商法研究存在过于重视立法或修法和未能充分考虑商事实践等问题，笔者主张，我国商法研究应从关注立法修法转向关注商事实践，塑造独特的商法思维。客观地说，我国商法研究的时间还不够长，理论沉淀不够，存在一些不足是难以避免的。在构建中国自主学术理论体系的背景下，我国商法研究应关注商事实践，重视商法理论创新，塑造独特的商法思维，以有效地回应中国特色社会主义法治对商法提出的要求。

Commercial Code, Commercial Law Theory and Commercial Law Thinking

—Contemporary Teaching of Karl Llewellyn

WANG Shaoxi

Abstract: The issues whether China should have a commercial code in future, what kinds of theoretical basis of such code and what kinds of commercial law thinking are needed required to be

(79) 郑成：《民法逻辑、商法思维与法律适用》，载《法学评论》2018 年第 4 期，第 90 页。

thought seriously. The UCC is unique in that it adopts the realism, pragmatism and the legal view of neutral values in terms of the legislation ideals, it adopts the principle of good faith, process control, official comments and different treatment of a merchant and a non-merchant method in terms of the legislation methods, and it emphasizes history continuity and innovation, the importance of merchants and commercial practice and responses to the society. The UCC shed some light on the enactment of a commercial code in China and commercial law researches. Commercial law researches should turn to commercial practice from legislation and a unique commercial law thinking should be cultivated so as to foster commercial law researches and commercial practices.

Keywords: Enactment of the Commercial Code; UCC; Commercial Law Thinking; Legal Realism

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)