

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

刘 斌*

内容提要：当前民法总则编纂中民法与商法关系的立法争议，在技术层面上体现为商事规范的抽象化程度及其在民法总则中体现形式的问题。在民法总则的抽象标准得以确定的前提下，民法总则对商事规范的抽象能力不取决于民法典本身，而取决于可供抽象化的商事规范素材。民法总则在立法上应当以提取公因式为其基本方法，与低度抽象的通则式立法存在明显差异。基于民法总则的抽象化标准对商事规范素材进行衡量，唯有商事主体制度存在进入民法总则的较大必要性，商事代理制度存在进入民法总则的较小必要性，商法本体、法律原则、法律行为、时效、权利的行使与保护等制度的进入应当受到限制。

关键词：民法总则；商事规范；提取公因式；抽象标准

2014年10月23日，《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”^{〔1〕}。尽管存在民法典编纂“几步走”的争议，但编纂民法总则是立法机关与其他起草者的一般共识，切中当下的实乃民法总则的立法技术及其内容设置问题。传统意义上，民商分立与民商合一的分界线在于民法典之外是否有独立的商法典，系采法典形式标准。^{〔2〕}按照该标准，我国当前的立法模式当属民商合一。按照我国民法学者的设计，我国未来的民法典模式应当是民商合一的。^{〔3〕}即使按照我国商法学者的主张，我国应然的法律体系中应当包括商法通则（或商事通则）而非独立的商法典。^{〔4〕}根据中国商法学研究会的建议，民法典对商法通则的安排有四种可能——“其一，分立式，即在民法典之外制定商法通则，同时在民法典中对商法的关系与适用作出接口性的链接规定；其二，独立成编式，即在民法典之内制定商法通则，将其独立成编，与民法总则、物权法、债权法、侵权责任法、亲属法等并列；其三，独立成章式，即在民法典的总则部分独立设章，统一规定商法通则的内容；其四，融合式，即将

* 河南财经政法大学民商经济法学院讲师，法学博士。本文系作者主持的2015年国家社科基金青年项目“独立担保的商事法理构造及法律制度构建研究”（15CFX044）的阶段性成果之一。

〔1〕《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过）。

〔2〕国内大多数学者都将有无商法典作为民商分立与民商合一的区分标准。参见王保树主编《商法学》，北京大学出版社2014年版，第14页；赵旭东主编《商法学》，高等教育出版社2007年版，第11页。

〔3〕参见王利明《民商合一体例下我国民法总则的制定》，《法商研究》2015年第4期，第3页；王轶《我国民法典编纂应处理好三组关系》，《中国党政干部论坛》2015年第7期，第68页；崔建远《编纂民法典必须摆正几对关系》，《清华法学》2014年第6期，第43页。

〔4〕参见江平《中国民法典制定的宏观思考》，《法学》2002年第2期，第41页；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，第32页；赵旭东《制定商法通则的五大理由》，载王保树主编《中国商法年刊》（2007），北京大学出版社2007年版，第3页；范建《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》，《清华法学》2008年第4期，第24页；杨继《商法通则统一立法的必要性和可行性》，《法学》2006年第2期，第72页。

商法通则的内容全部分解，设定具体条款融入到民法典的各个章节之中。”⁽⁵⁾ 因此，简单地将二者的区分禁锢在有无法典的形式性争论上，并无实益。法典意义上的民商合一学说和实质意义上的民商分立学说基于各自价值所展开的论证，多少带有“关公战秦琼”的错乱。王轶教授指出，民商合一并不是要将所有调整商事关系的规则都纳入民法典，而是将民商事关系中具有一体适用效力的规则写进民法典。⁽⁶⁾ 作为贯穿整个法典之灵魂，民法总则如何合理地吸收商事规范中的抽象因子，选取“具有一体适用效力”的规范类型，取决于民法总则的抽象技术和商事规范体系的自体资源。

一、民法总则对商事规范的抽象能力及其决定因素

通过民法典实现民商法律的体系化，为解决我国现行民商事法律中最为突出的体系性缺失问题提供了良机。⁽⁷⁾ 然而，体系的科学性作为价值判断问题，在学者间有着广泛的争议。在价值取向多元化的社会里，讨论者由于社会阅历、教育背景以及个人偏好的不同，而持守不同的价值取向。⁽⁸⁾ 然而，任何假设的论证前提都不可避免地影响我们的论证过程以及论点选择。在迈向民法典科学立法的道路上，并不存在摆脱起草者价值影响的可能。基于这样的价值逻辑，学术探讨在以下层面更加具有妥当性：其一，尽量在立法技术层面探讨民法与商法关系，以降低主观价值的藩篱。比如，探讨民法与商法的共同规则，而非合一价值。其二，在不可避免的情况下，将价值判断的正当性探讨限制在逻辑论证的范围内。比如，否定商法缺乏独立性是一种价值判断，但是否定商法的独立性之后是否必然导致民商合一则是有待质疑的。基于此，本文的研究着力于立法技术层面，而非多元价值冲突之间的协调。

（一）民法总则对商事规范的抽象能力

商法犹如冰川，在其上部不断创造出新的原理，而在其下部又不断地融入民法原理。⁽⁹⁾ 民法与商法之间的划界本来就缺少一种必要的、体系上的理由，商法独立存续的原因可能在于历史因素。⁽¹⁰⁾ 在我国，恰恰缺乏的是商法独立成典的传统。清末修律，我国虽然曾经制定了《钦定大清商律》，但并未形成历史传承，及至民国，以民法为基本法、商事单行法为特别法的民商合一模式得以确立。然则，清末以降被我国奉为私法蓝本的德国法恰恰采取了民商分立的模式，导致我国目前所面临的问题在世界范围内可谓独一无二。就民法典中商事规范的地位而言，我国历史上形成的民商合一传统构成了规则设置的现实基础，商法与民法共同遵循的私法自治提供了商法规范进入民法的通道。

民法典的编纂更多体现的是形式理性，是对既有规范体系的整合和抽象，而非重新创造。在民法总则中，可以在多大程度上纳入商事规范，取决于其本身对商事规范的抽象提取能力。以《德国民法典》的抽象技术为例，其提取公因式的立法技术建立在对各分则部分的归纳基础之上。尽管如此，《德国民法典》总则编仍然呈现出了明显的自上而下的演绎痕迹，括号之外的公因式元素的覆盖能力受到了学者的严厉质疑。⁽¹¹⁾ 在我国民法总则制定的过程中，立法者应当遵

(5) 《中国商法学研究会关于民法典编纂中统筹规划商事立法的建议》(2015年6月13日)。

(6) 参见前引〔3〕，王轶文，第68页。

(7) 参见柳经纬《民商事法律体系化及其路径选择》，《河南财经政法大学学报》2014年第6期，第38页。

(8) 参见王轶《民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》，《中国社会科学》2004年第6期，第104页。

(9) 参见〔日〕我妻荣《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第5页。

(10) 参见〔德〕梅迪库斯《民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第17~18页。

(11) 参见Siegfried Schönbach, Willenserklärung und Rechtsgeschäft: Kritisches und Dogmengeschichtliches, 1907, S. 65 ff. 转引自朱庆育《民法总则》，北京大学出版社2013年版，第26页。

循从个别到一般的归纳式立法进路,以避免总则编的名实不符。由此,民法总则对商事规范的抽象能力并非是一个先验的确定概念,而应当由民法总则所面对的各具体规范所决定。

在法律适用的层面上,民法是商法的一般法,抽象化程度较高的民法对商法具有总括的适用价值。《德国商法典》中的许多规定,只有根据《德国民法典》所确立的一般性原则才能理解,而《德国商法典》的作用就是对这些一般性原则加以变更、补充或排除。^[12] 比如,德国商法典中关于商事保证的规定,就是在民法典关于保证的规定中予以部分排除。因此,民法之于商法的意义是一般的、概括的,也是可以被商法排除和限制适用的。如果制定单独的商法总则,属于对商事规范的中度抽象,即形成“民法规范——商法总则或商法通则——具体商法或单行商法”的规范体系。其中,民法总则的抽象是更为一般化的抽象,应当具有民商事规范体系上的总体涵括效力;商法总则介于民法总则与通则之间,可以涵盖民法总则未能一般化的商事规范;如果选择商事通则的立法形式,则可以更多地纳入立法剩余所致的商事规范。从这三个抽象化层次来看,如果否定作为第二层次的商事通则立法存在抽象化的理由,那么,民法总则对商法总则或商事通则的抽象将更加缺乏逻辑基础。

(二) 民法总则抽象能力的决定因素

从立法技术层面考量,民法总则应当涵盖哪些商事制度取决于民法总则对商事规范体系的抽象能力,而这一抽象能力又取决于以下三个方面:其一,民法总则的立法追求;其二,抽象化标准的选取;其三,可供抽象化的商事规范素材。这三方面的范畴之间存在相应的互动关系。一方面,民法总则的立法追求与抽象化标准存在互动关系,相互影响:民法总则的立法追求将影响到抽象化标准的选取,而抽象化标准又对民法总则的形成起着重要的决定作用。此二者属于典型的民法学问题。另一方面,抽象化标准的选取与可供抽象化的商事规范素材之间亦存在互动关系,相互影响。在可供抽象化的素材特定的前提下,抽象化标准将决定抽象化之后所得的规范,具体而言,较为严格的抽象化标准将导致较少的规范进入到民法总则中,较为宽松的抽象化标准则可以使得较多的规范进入到民法总则中。在抽象化标准特定的前提下,民法总则对民法分则乃至商法体系的抽象体量实际上取决于作为抽象化对象的商法因素。其中,可供抽象化的商事规范素材实则为商法学探讨之对象。

第一,就民法总则的立法追求而言,存在有总则与无总则两种立法例。有总则式立法以德国法为著例,为日本、韩国等国家所承继。^[13] 无民法总则亦可成为民法典,法国、瑞士等国家的民法典亦为立法史上之里程碑,并无高度抽象化的民法总则,亦不妨碍其民事立法的科学性。一国立法之中是否应当采取民法总则,取决于多种因素,比如立法者主观偏好、抽象理念等等,在作出技术取舍之前,还应当先就规范内容本身,一一观察各项候选公因元素。^[14] 就我国目前而言,在民法典草案起草机关主张制定民法总则的共识之下,总则编的存续不生异议,但应当涵盖哪些内容应当为我们所关注。^[15]

第二,就立法技术而言,民法总则的内容多寡和抽象程度取决于抽象化标准的宽严。以《德国民法典》为代表的民法体例,以“提取公因式”作为民法总则立法的基本方法。虽然总则

[12] 参见[德]罗伯特·霍恩等《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第239页。[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2013年版,第10页。

[13] 参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第19页。

[14] 参见前引[11],朱庆育书,第24页。

[15] 以当前公布的民法总则草稿观之,均采特定逻辑体系构建起了规范体系。全国人大常委会法工委民法室的《民法总则》(室内稿)共设九章,分别规定了一般规定、自然人、法人、其他组织、法律行为、代理、民事权利的行使和保护、期间和时效、附则等九部分。中国法学会的《民法总则》(专家建议稿)则采取十章编排,除民事主体分类与法工委的室内稿不同之外,还增设了民事权利客体一章。中国社会科学院起草的《民法总则》(建议稿)亦采十章编排。从前述草稿来看,民法总则的存续显无争议,甚至其涵盖内容也大同小异,惟在抽象化程度上略有差异。

式立法存在例外较多、理解上的困难、教学上的困难等问题，然则这些问题在一定程度上的可克服性，使得其并未对民法典的体系构成影响。⁽¹⁶⁾ 《德国民法典》的起草者凭借法律效力（Rechtswirkung）与构成事实（Tatsache）的双重标准，形成了包括人、物、法律行为、期间与期日、消灭时效、权利的行使、自卫与自助、担保之提供等章节。⁽¹⁷⁾ 然而，这些因素是否真正具备公因式因素，引起了后续学者的不断反思。比如，总则部分内容中存在抽象化不足和抽象化过度之嫌。⁽¹⁸⁾ 与提取公因式相对应，基于我国编纂民法典的现实背景，民事单行法中未臻规定却又无暇修改的部分，能否通过“立法技术剩余”的方式进入到民法总则中，学者持不同见解。李永军教授指出，在以抽象方式提取公因式为立法技术决定的民法总则，必须对总则以下各编具有普适性，能够作为整个民法典的灵魂而统领整个民法典，不能将一种概念或者不相干的制度生硬地塞入民法总则。⁽¹⁹⁾ 在中国法学会组织起草的《民法总则专家建议稿（提交稿）》（以下称“专家建议稿”）⁽²⁰⁾ 中，总则的外衣之下既有抽象不足的部分，也有过度抽象的部分。从体例设置来看，基本贯穿了提取公因式的基本方法，兼采了“立法技术剩余”的方式。比如，在专家建议稿中第八章时效部分，第二节“诉讼时效”部分条款、第三节“取得时效”、第五节“或有期间”等条文与提取公因式的立法技术都不吻合，其正当性基础更多地依赖立法技术剩余。就立法技术而言，“提取公因式”的立法技术与民法总则的抽象定位更为契合。“立法技术剩余”作为一种现实的妥协选择，不应当损害民法总则作为分则一般化抽象的基础。

第三，从可供抽象化的商事规范素材来看，迄今为止，商法学界尚未形成理论共识。从商法学理论体系来看，我国目前的商法教材对商事单行法收纳不一，这种体系上的残缺产生了许多问题。比如赵旭东教授指出的，为什么商法中有保险法而无银行法？为什么有海商法而无公路法、铁路法乃至航空法？为什么有票据而无信用证？⁽²¹⁾ 这一点与民法规整的逻辑体系形成了鲜明的对比。鉴于商法学理论界探讨已久，本文不再执着于对商法范畴进行界定这一更为宏大的叙事。为了更为准确地探讨本文的主旨，笔者选取了2015年《中国商法年刊》中涵盖的部门法作为考察对象，包括公司法、证券法、破产法、票据法、银行法、信托法、保险法、商事仲裁法、电子商务法等商法子学科。⁽²²⁾

二、商事规范抽象化的困难及其必要性

日本学者志田钾太郎指出，商法典缺少可谓法典大要件之组织，统一可一贯全编之原则极少，因之，所谓总则者，其实并无总则之价值。⁽²³⁾ 为了寻求商法自成体系的法律特质，商法学者付出了大量的努力。比如，广为推崇的德国商法学者黑克教授认为，商法是调整大批量从事的法律行为的法律，然而，卡纳里斯教授却并不认同这一标准。⁽²⁴⁾ 虽然尚未被发现的真理并非是不存在的，但与民法学说中广为认同的核心概念和原则相比，截至目前商法学说在发现真理的过

(16) 参见李永军《民法总则的立法技术及由此决定的内容思考》，《比较法研究》2015年第3期，第3-4页。

(17) 参见前引〔11〕，朱庆育书，第26页。

(18) 民事立法中抽象化不足的例证，比如《德国民法典》对物的界定，被视为“一般化失败的典型”；抽象化过度的例证，比如诉讼时效、权利担保、自力救济等债法本位的规则。参见前引〔10〕，朱庆育书，第26-34页。

(19) 参见前引〔16〕，李永军文，第13页。

(20) 参见《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》，<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?30198>，2016年3月10日访问。

(21) 参见赵旭东《商法困惑与思考》，《政法论坛》2002年第1期，第102页。

(22) 参见王保树主编《中国商法年刊》（2015），法律出版社2015年版，第1-7页。

(23) 参见〔日〕志田钾太郎《商法总则》，熊元楷编，上海人民出版社2013年版，第10页。

(24) 参见〔德〕卡纳里斯《德国商法》，杨继译，法律出版社2006年版，第8页。

程中已度过了相当长的岁月。事实上,商法学说所提出的与民法区分的核心理论往往难以贯彻整个商法体系,匮乏的理论解释力与商法规范的自身特征密切相关。

(一) 商事规范抽象化的困难

面对庞杂的商事规范体系,商法学者提出了多种学说予以统合,这些理论上的努力反映了对商事规范体系进行抽象化的尝试。比如,叶林教授注意到了“商法企业法化”的现象,提出采用企业或主体性企业的概念范畴,而非传统的商人和商行为概念,以构建符合我国国情的新型商法模式。⁽²⁵⁾ 范健教授提出借助商法概念进行体系化,通过商事法律关系来构建完整的形式商法体系。⁽²⁶⁾ 就理论通说而言,营利性被视为商事关系的本质属性,也是建构商法体系的基石。⁽²⁷⁾ 传统商事营利性理论认为,所谓营利性包含三层含义:一是追求营利,二是通过营业活动获取,三是分配给组织成员。营利性理论被视为商法得以自成一体并建构自我体系的主要根据,在商法各部分均有体现。然而,随着民事主体的普遍商化以及商行为类型的不断扩张,这一理论不断经受着来自内部和外部的冲击和诘问,由此也产生了变革和发展的需求。

第一,就追求营利的目标而言,商事交易过程中是否伴随营利目的并不必然,特别是伴随着企业社会责任理论的兴起,企业行为并不必然贯彻营利目的。企业成功的典范效应使得其越来越成为社会经济发展的一股巨大推动力量,一些原本没有营利企图的经济组织也采取了企业运作方式,易言之,企业的内涵与功能正在向非营利企图的经济组织扩张。⁽²⁸⁾ 包括合作社、经营性事业单位、民办事业单位和公用企业等主体虽然直接从事商业经营,但其法律地位与营利性目的理论存在诸多不周延之处。⁽²⁹⁾ 在德国商法上,营利性目的理论也伴随着不同观点的争执。卡纳里斯教授指出,如果有违背报酬规律参与经济生活的,亦不应仅由于他放弃利润,而被以不同于其他商事交易主体的方式对待。⁽³⁰⁾ 营利目标虽然在实践中是典型的营业概念和商人身份的特征,但在法律上没有必要使它成为一个必要条件。⁽³¹⁾ 就商主体设置的法定性角度来说,在商事营利性理论框架内,并不能得到完全的阐释。诸如从事投资或者经营活动的事业单位,其并不能充分契合商事营利性理论的构成性要素。因此,扩张营利目的理论成为了商法理论阐释的必要途径。

第二,就营业行为而言,其是否构成商事关系所必要存在争议,其并不总是具备理论上所强调的反复性、不间断性和计划性特点。譬如,商法中的固有商从事证券交易、票据交易、商品交易等行为,即使不作为营业而只进行一次也属于商行为。日本学者指出,由于该种行为具有强烈的营利性特点,无论何人从事该种行为都当然是商行为的行为。⁽³²⁾ 对于固有商行为而言,其绝对性、客观性和法定性的特征,弱化了其对营业的要求,放弃了反复性、不间断性和计划性的特征。不仅固有商如此,即使作为典型要式商人的公司,如果其不从事商营业,甚至根本不从事任何营业时,也适用商法的规范。⁽³³⁾ 营业商人和法定商人的区分,反映了商法上单纯主观主义立法和客观主义立法在逻辑上的不周延之处,嗣后修改的《德国商法典》对客观主义立法的吸纳实际上也是对营利理论的修补。

总之,传统商事营利性理论在解释上存在欠缺,“营业”一词的核心作用欠缺,导致了现阶段

(25) 参见叶林《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》,《中国法学》2012年第4期,第88页。

(26) 范健《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》,《清华法学》2008年第4期,第35页。

(27) 参见前引〔2〕,赵旭东书,第5页。

(28) 参见郑景元《商事营利性理论的新发展——从传统到现代》,《比较法研究》2013年第1期,第55页。

(29) 参见前引〔28〕,郑景元文,第56页。

(30) 参见前引〔24〕,卡纳里斯书,第35页。

(31) 参见前引〔24〕,卡纳里斯书,第35页。

(32) 参见〔日〕岸田雅雄:《ゼミナール商法総則・商行為法入門》,东京日本经济新闻社2003年版,第29页。

(33) 参见前引〔24〕,卡纳里斯书,第35页。

段商事立法中的部分制度受到了扭曲，又制约或阻滞了商事活动的效率和安全，亟需发展和扩张。⁽³⁴⁾ 易言之，营利性理论对商事规则体系进行抽象化的努力难谓成功，体现出了对复杂商事关系进行抽象化存在的困难。当然，营利性理论的不周延并不代表其毫无意义，该理论的发展，向我们昭示了营利性是商事关系的一项特征而非构成性要素，这一点与自治在法律行为中的构成要素地位显然不同。⁽³⁵⁾ 比较而言，在商法规范体系中，基于私法自治的商事自由原则仍然构成了商事规范体系的基石；营利性理论，则是在私法自治的基础之上区分了调整不同利益关系所藉由的方法与价值取向。随着传统商事营利性理论的转型和扩张，其仍然有存在的必要性。

（二）商事规范抽象化的必要性低

与民法相比，商法对私法自治的追求有过之而无不及。然而，与意思自治在民法规范体系中的贯穿不同，商法体系中的自治因素已经形成了各部分之间的区隔，并且在单行商法之间形成了相互独立的体系。“在近代资本主义之下，商事交易被集团性、反复性地实施，其结果发展为丧失个性的定型化。与此同时，公司、票据、运输、保险这样的特殊制度被发明出来，作为其结果，规制这些商事制度与交易的法，与其说是在考虑各场合下当事人的立场的基础上去实现具体的妥当性，毋宁说是从一般性立场出发，以尊重合理的意思，划一地处理事务为其指导原理。”⁽³⁶⁾ 民法中通过逻辑规整的权利和法律行为规则，能够打破物法、债法乃至身份法的区隔，统一规定权利基础和法律效力。然而，在商法中，并不存在能够贯穿证券、保险、信托、票据等不同行为方式的一般化效力规则。以美国《统一商法典》为例，其第一编的规定也仅仅规定了法律的简称、解释、适用、一般定义和解释原则等一般性内容，并未形成后续商事行为的一般效力规范，《统一商法典》后续的编章实际上都可自成一体。

在我国，自光绪二十九年清政府颁行《大清商律》，纳入了商人通例（9条）、公司律（131条）以来，并未形成统一的一般性商法规范。国民政府时期，广泛采取的商事单行法模式属于形式上的民商合一。单行的“公司法”、“票据法”、“证券交易法”、“保险法”、“银行法”等法律各自独立，自成一体。改革开放以来，我国的商事立法也采取了单独立法的模式，《公司法》、《证券法》、《保险法》、《信托法》、《破产法》等单行立法与民国时期的立法如出一辙。除了这些法律之间的有限关联（比如证券法修改与公司法修改之间的联动）之外，商事单行法的体系需求并不强烈。

从商事单行法之间业已形成的区隔来看，进行一般化的抽象存在巨大的难度。以保险合同为例，虽然其在一定程度上遵循合同（或者法律行为）的一般规范，但其效力不但系于意思表示一致，也系于保险利益等特别要素。法律行为的有效、无效、可撤销、效力待定等情形已经具体化为保险合同法的具体规范，法律行为的效力理论处于次第的适用顺位。在证券法上，证券的发行和交易行为采外观法理，法律行为的效力规则只能有限适用。再加上公司法、票据法、海商法等不同技术特征的单行法，抽象出一般构成要素的方法困难重重。这在一定程度上也解释了现在通行理论中的商事营利性是描述性的，而不是构成性的要素。对已经形成区隔的商事单行法进行一般抽象化，不仅存在极大的难度，其必要性也甚微。对于商事单行法的抽象，应当停留在那些符合民法总则抽象化标准的规范层面，否则将造成抽象过度，成为一般化失败的典型。

就立法论而言，制定民商合一的民法典，其导致的必然结果是：民法总则对民法典分则的抽象化标准，同样是整个商法规范体系的抽象化标准。由此，不符合民法总则抽象化标准的商事规

(34) 参见谭津龙《营业：商法典的公因式——兼评我国商事立法中营业概念的缺失》，《商事法论集》2012年第2期，第31页。

(35) 参见董彪、李建华《我国民法典总则中法律行为构成要素的立法设计——以权利本位为视角》，《当代法学》2015年第5期，第62页。

(36) 参见前引〔9〕，我妻荣书，第5页。

范，不能够进入到民法总则之中。从一体适用的角度观察，民商合一的民法总则固然需要反映商法的基本原则和内涵，但更要顾及民法典分则各部分的价值本位。换言之，总则部分之内容应是各编的公因式这样的逻辑之下，总则方能够作为整个民法典的灵魂而统领整个民法典。⁽³⁷⁾ 过多地将商法的规范以具体的方式纳入民法分则，将会破坏民法总则的逻辑体系。如果民法分则的编数过多，民法总则的重要性将大大降低，更遑论顾及到规模庞大的商事法律体系。

三、民法总则对商事规范进行抽象的具体衡量

民法总则中容括的商事规范类型取决于其立法技术的选取，若按照“一体适用”的抽象标准，民法分则中无法适用的抽象规范不应当纳入到民法总则之中。就目前中国社会科学院、中国法学会和全国人大法工委分别起草的民法总则建议稿观之，在体系上均可大体视为《德国民法典》总则的本土化版本。基于此，笔者拟就民法总则对相应商事制度的抽象可能性进行逐一衡量。由于中国法学会组织起草的专家建议稿经过广泛征求意见得以修订完善，若无特别说明，下文探讨皆以专家建议稿为基础范本。

（一）民法本体对商法本体部分之抽象可能

就目前专家建议稿中的一般规定来看，其涵盖了立法目的、调整对象、基本原则、法律渊源、法院不得拒绝处理民事纠纷、基本原则与具体规则的关系、普通法与特别法的关系、溯及效力等条款。此外，民法本体的规定还散布在第十章附则部分，包括相关用语的含义、新法与旧法的关系、施行日期。这些条款大多是与民法典本身密切相关的规范，可称之为民法本体的规范条文，不能适用于商事规范。再者，虽然民法典中的各基本原则在商事规范中的适用呈现出了不同程度的紧张关系，但其仍然可以贯彻至整个私法领域。比如，在独立担保领域，在主债权即便无效的情况下独立担保的担保人仍然要承担责任，这一点便与保证截然不同，体现出了不同的公平价值，也体现出了意思自治原则在商法领域的扩张。⁽³⁸⁾ 就商法的基本原则而言，诸如商主体法定、营利性、促进交易简便快捷、维护交易公平、保护交易安全等原则，对民法分则各部分无指导价值，无需进入民法总则之中。因此，在该部分中，商法本体部分难以为民法总则所抽象，民法典的基本原则可以为民商事法律关系所一体适用，但商法的基本原则并无进入民法总则之必要。

（二）民事主体制度对商事主体之抽象可能

民事主体制度是法律关系构建的基础，也是法律行为的逻辑起点。在民商合一的背景下，如果缺乏统一的民商事主体制度，那么民商合一只能是空谈。在专家建议稿中，民事主体制度采自然人、法人、其他组织的三分法，体现出了统一民商事主体制度的努力。就商事理论中的商事主体而言，包括商个人（商自然人）、商法人与商合伙。就自然人制度而言，除权利能力和行为能力概念具有抽象化因子之外，监护、宣告失踪和宣告死亡、住所等制度对分则都仅有有限的适用意义。同时，将个体工商户、农村承包经营户等典型的商个人纳入到自然人的框架中，却失之不全，未能考虑到包括小商人等在内的其他商人类型。就法人制度而言，专家建议稿采社团法人与财团法人的分类，并且概括规定了法人的权利能力和行为能力制度，对民商事关系具有一体的适用价值。然而，商事登记、营利性社团法人等制度仅为商法的特有规则，对民法分则诸部分实无一体适用价值，似予以剔除为妥。再者，就其他组织而言，专家建议稿规定了概括意义上的不具备法人资格的组织，包括合伙、集体经济组织等。同样，其他组织的法律地位问题具有一体适用

(37) 参见前引〔16〕，李永军文，第1页。

(38) 参见刘斌《独立担保：一个概念的界定》，《清华法学》2016年第1期，第137页。

的效力，但是，个人合伙的财产和管理等具体规则实际上并不具备此效力。总之，搭建合理的民事主体制度框架，能够合理地对商事主体范畴进行抽象，构建统一的民商事主体制度。但由于商事主体的具体规则仍然有待单行法的特别规定，民事主体制度不应纳入过多的具体规范，应仅限于确定主体地位的规范之列。

（三）民事权利客体对商事关系客体之抽象可能

在专家建议稿第五章中，设三节分别规定了物、有价证券、其他民事权利客体。就该部分而言，民事客体制度在民法典中仅能有限适用，物与权利等在《物权法》中予以规定即可，实在缺乏与债法等部门的共同抽象因素，并无在总则部分构建之必要。与民事权利客体相对应，商事关系的客体为客观意义上的营业，或曰营业财产，其在财产形态与客体构成上更趋于复杂，在民法总则的客体部分无需予以再次抽象。

（四）法律行为制度对商行为之抽象可能

法律行为作为私法自治之核心制度，基于其构建的法律行为解释、法律行为效力、附条件、附期限等制度都是贯穿整部民法典的核心要素。专家建议稿分别规定了法律行为的一般规定、意思表示、意思表示的解释、法律行为的效力、条件和期限。与法律行为相比，商法在贯彻私法自治的同时，更加注重商事外观法理。具体而言，法律行为的成立、生效、解释等尚可在商事规范中具有一般适用价值，法律行为的效力制度却因不同的商行为类型而差别甚大。比如，在保险合同中，法律行为的效力制度尚可发挥一般作用，在证券交易、票据行为、信托行为等场合存在较大限制。总之，法律行为制度对于商事行为而言仍然具有概括的适用价值，但囿于商事特别法的自身特征，无需对商事规范体系进行抽象，商行为制度也无需在民法典中再度抽象。

（五）民事代理制度对商事代理之抽象可能

代理制度实为法律行为之扩张。专家建议稿对代理的规定分为五节，分别是一般规定、委托代理、无权代理、表见代理、代理关系的终止。自从1999年《合同法》实施以来，我国立法上对商事代理即采统一规定的方式，专家建议稿实为一种延续。然而，在商事代理制度中，商事代理权的授予、限制、表见效力等具体规则多有区别。⁽³⁹⁾如此种种，民法总则中的代理制度不应过度抽象，以确立一般的代理规则为妥，具体商事规范中的特别规定，宜遵守商事组织法与商事行为法之规则。

（六）民事时效对商事时效之抽象可能

专家建议稿对时效的规定分为六节，分别是一般规定、诉讼时效、取得时效、除斥期间、或有期间。在商事领域，除却另有规定的时效之外，可在一般范畴上适用民事时效制度，商事领域中的时效制度无须进入到民法总则部分。

（七）民事权利行使与保护制度对商事权利行使与保护之抽象可能

专家建议稿第九章规定了民事权利的行使和保护，包括民事权利的举证责任、民事权利不得滥用、及时充分补偿、自助行为、民事权利的限制、容忍义务等。在民事权利的行使和保护领域，商法作为特别法，若无特别规范可适用该部分的规范，商法中权利的特别保护方法也无需在民法总则中进行特别抽象。

总之，基于民法总则抽象化的一般标准，民法总则对商事规范所进行的特别抽象，唯在民事法律主体领域有较大可能性与必要性，在代理制度领域存在较小的可能性与必要性。在包括法律本体、法律原则、法律行为、时效、权利的行使与保护等领域，民法总则仅需对民法典分则部分进行抽象即可，无需对商事规范进行特别抽象。这是由民法总则所应采纳的抽象化标准所决定的，也是由作为被抽象化素材的商事规范特征所决定的。因此，追求民法总则对商法规范体系的

⁽³⁹⁾参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》，北京大学出版社2008年版，第151页。

广泛抽象是不现实的做法。我们应当重新审视商法规范体系的立法定位：其具备私法的精神气质，却又长着不同的私法面孔。正如拉伦茨教授所言，商法属于私法，但不属于民法，商法是适用于商人的特别法；但同时又指出，民法是私法的核心部分，一些贯穿整个私法的原则在民法中体现得最为明显，虽然它们贯穿的程度是有所不同的。^{〔40〕}事实上，基于意思自治原则，民法总则的光芒就可以放射到整个私法体系。

前述民法总则与商事规范的抽象关系可参见下表：

项目	民法总则	商事规范	抽象必要
法律本体	民法本体	商法本体	无
法律原则	民法基本原则	商法基本原则	无
法律主体	民事主体（自然人、法人、其他组织）	商事主体（商个人、商法人、商合伙）	大
权利客体	物、权利	营业财产	无
法律行为	法律行为	商行为	无
代理制度	民事代理	商事代理	小
时效	民事时效	商事时效	无
权利行使与保护	民事权利的行使与保护	商事权利的行使与保护	无

四、结 论

在当前民商合一的背景下，民法总则与商法规范体系的关系在技术层面体现为商事规范抽象化程度选择及其在民法总则中体现形式的问题。在民法总则的抽象标准得以确定的前提下，民法总则对商事规范的抽象能力不取决于民法典本身，而取决于可供抽象化的商事规范素材。民法总则在立法上应当以提取公因式为其基本方法，与低度抽象的通则式立法存在明显差异。在我国，由于商法体系的自身特征，商事单行法之间已经形成相对独立的区隔和疏离，提高了抽象的难度，降低了抽象的必要性。总之，在民法总则中，不能罔顾这种区别进行过度抽象，过度融化的冰川将带来民法河流的满溢乃至溃堤。

责任编辑：王国柱

〔40〕参见前引〔12〕，卡尔·拉伦茨书，第9页。

• 108 •