

民法商法关系论

——以民法典编纂为背景

王 轶¹ 关淑芳²

(1. 中国人民大学法学院, 北京 100872; 2. 中国青年政治学院法学院, 北京 100089)

摘要: 在民法典编纂的背景下讨论民法与商法的关系, 主要就是讨论民法典的立法体例问题, 学界就存在“民商合一”与“民商分立”的意见对立。这一问题属于民法问题中的立法技术问题, 本身虽无真假、对错之分, 但有优劣之别。我国迄今为止的民事立法, 皆采用民商合一的立法体例, 此次民法典编纂, 如无足够充分且正当的理由, 应当坚持这一法律传统。在民商合一的立法体例之下, 混合型规范需要受到足够重视。

关键词: 民法典编纂; 立法技术; 民商合一; 民商分立; 混合性规范

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2016) 04-0188-06

问题类型与讨论方法

在民法典编纂的背景下讨论民法和商法的关系, 关注的核心自然是从立法论角度出发, 如何确定民法典立法体例的问题。学界就此问题无论观点如何, 其结论一定与民法典的规则设计直接相关, 这一问题属于典型的民法问题。尽管讨论者常常并不是在完全相同的意义上使用“民商合一”和“民商分立”这两个术语, 而且距离形成最终的学术共识也还有不短的距离, 但迄今为止的讨论, 鲜见讨论者因为在不同的意义上使用“民商合一”和“民商分立”, 或者因为对“民商合一”抑或“民商分立”持不同的见解, 导致对具体的民法规则或者商法规则的设计持不同的价值判断结论。可见, 学界有关民法典立法体例的争论, 属于民法问题中立法技术问题的争论。^①

如何在一部法典中妥善容纳诸多价值判断结论及其附属因素是立法技术问题。就立法技术问题的讨论而言, 妥当的立法技术, 应当是便于裁判者寻找法律依据的立法技术, 应当是遵循了“立法美学”, 力求简明、便捷, 避免法律规则重复、繁琐的立法技术。必须指出的是, 立法技术本身并无真假、对错之分,^② 但却存在优劣之别, 唯有结合特定的法律传统, 才能做出何种立法技术更具适应性

基金项目: 国家社会科学基金重大项目 (14ZDC017)。

作者简介: 王轶, 中国人民大学法学院教授, 研究方向: 民法学; 关淑芳, 中国青年政治学院法学院副教授, 研究方向: 民法学。

^① 这一领域的文献很多, 如王利明 《民法总则的立法思路》, 《求是学刊》2015年第5期; 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; 费安玲 《论我国民法典编纂活动中的四个关系》, 《法制与社会发展》2015年第5期; 蒋大兴 《论民法典(民法总则)对商行为之调整》, 《比较法研究》2015年第4期; 徐强胜 《民商合一与民法典中商行为规则设置的比较研究》, 《法学杂志》2015年第6期; 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; 赵万一: 《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》, 《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依据》, 《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》, 《法学研究》2005年第1期; 江平 《中国民法典制订的宏观思考》, 《法学》2002年第2期等。

^② 杨振山教授曾言“无论民商分立、还是民商合一, 都是历史的产物, 并没有如何深刻的理论存于其间。其不存在绝对的正确之分, 关键在于是否适合中国国情。”参见杨振山: 《中国民法典的立法展望》, 《中国法学》2000年第6期。

的判断。具有较高适应性的立法技术即属较优的立法技术。^①与纯粹民法学问题^②有关的立法技术问题及其讨论方法详细一些的论述,^③仅仅是学界讨论的对象不同而已。民法问题,无论属于何种类型,都既是学界讨论的对象,离不开讨论者彼此间的“论证”与“说服”;也是有权机关依照法律规定的权限和程序作出决断的对象,离不开参与决策者彼此间的“论证”与“征服”。在民法典编纂的背景下,从立法论角度出发关注民法与商法的关系,无论是作为学术讨论的对象,还是作为权力决断的对象,都不能忽视有权机关以往在这一问题领域内已作出的决断。因为编纂民法典,不同于制定民法典,前者是在既有民事立法和法律共识的基础上继往开来,完善发展;后者则可以推陈出新,推倒重来。因此,在民法典编纂的背景下关注民法和商法之间的关系,梳理现行立法围绕这一问题的既有判断,是一项基础性的工作,也是一项决定性的因素。

现行立法的既有判断

作为此次民法典编纂基础的,首推1986年4月12日颁布、1987年1月1日施行的《中华人民共和国民法通则》,迄今为止围绕民法典编纂出现的大小争议问题,大多发端于此。这是一部民商合一的民事基本法。国务院新闻办2011年10月27日发表的《中国特色社会主义法律体系》白皮书明确指出:“中国制定了民法通则,对民事商事活动应当遵循的基本规则作出规定,明确了民法的调整对象、基本原则以及民事主体、民事行为、民事权利和民事责任制度。”就立法背景而言,这部民事基本法在改革开放初期得以出台,佟柔先生等前辈民法学家提出并予以全面阐述的“商品经济的民法观”是主要的理论依据。“商品经济的民法观”强调民法是调整商品经济关系的基本法,民法的本质是商品经济的法律条件。民法的骨干是主体、所有权和债三大制度,它们都与商品经济有关。主体不过是商品交换的主体;所有权是对商品的所有权;债,尤其是合同,是商品交换的法律形式。^④在这一理论背景下出台的《民法通则》,自然采用民商合一的立法体例。除此以外,得出这一判断尚有如下实体法上的具体依据:其一,该法第2条开宗明义,宣示民法的调整对象是平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。依据学界通说,这里所谓财产关系,在当时的背景下,其实主要就是商品经济关系。^⑤其二,该法第3—7条,在列举民法基本原则时,不仅列举了平等、公平、自愿、诚实信用、公序良俗,还将等价有偿这一主要在商事主体间适用的原则,也确认为一项民法的基本原则。其三,该法第2章公民(自然人),专设第4节规定个体工商户、农村承包经营户,设第5节规定个人合伙。其中个体工商户是在法律允许的范围内,依法经核准登记从事工商业经营的公民。农村承包经营户是在法律允许的范围内,按照承包合同规定从事商品经营的农村集体经济组织的成员。个人合伙是指两个以上的公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动。无论个体工商户、农村承包经营户还是个人合伙,都是地地道道的商事主体。其四,该法第3章法人,除去第3节机关、事业单位和社会团体法人,其他有关企业法人和联营的规定,都是有关商事主体的规定。其五,该法第4章民事法律行为和代理,除了第59条第1款第2项

^① 有关立法技术问题及其讨论方法稍微详细一些的论述,参见王轶《论侵权责任承担方式》,《中国人民大学学报》2009年第3期。

^② 有关纯粹民法学问题及其讨论方法稍微详细一些的论述,参看王轶《论民事法律事实的类型区分》,《中国法学》2013年第1期。

^③ 参看王轶《论侵权责任承担方式》,《中国人民大学学报》2009年第3期。

^④ 有关“商品经济的民法观”的详细论述参见佟柔《论我国民法的调整对象及与经济法的关系》,载《佟柔文集》,北京:中国政法大学出版社,1996年;江平《新中国民法的发展与佟柔先生》,载《佟柔文集》,北京:中国政法大学出版社,1996年;王利明《新中国民法学的奠基人——纪念佟柔教授诞辰75周年》,载《佟柔文集》,北京:中国政法大学出版社,1996年。

^⑤ 施天涛教授即主张,民法与商法调整的社会关系是同一的,都是商品经济关系,将其共同部分规定在民法典中,而将其特殊事项另法规定。参见施天涛《论建立和完善我国商法制度》,《法律科学》1992年第2期。

有关显失公平的民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销外，^①其他规定都可适用于商事关系。其六，该法第5章民事权利，除了第77条有关社会团体包括宗教团体合法财产的规定，第98条有关公民生命健康权的规定，第99条第1款有关公民姓名权的规定，第103条有关公民婚姻自主权的规定，第104条有关保护婚姻、家庭、老人、母亲和儿童、残疾人的规定，第105条有关男女平等的规定，其余诸条都可适用于商事关系。其七，该法第6章民事责任和第7章诉讼时效，条条皆可适用于商事关系。其八，该法第8章涉外民事关系的法律适用，除了第147条有关涉外婚姻关系的法律适用、第148条有关涉外抚养关系的法律适用，其余各条都可适用于商事关系。

其次，是1999年3月15日颁布、同年10月1日施行的《中华人民共和国合同法》，这是一部民商合一的合同法。^②从立法背景看，这部统一合同法的出台，是为了解决改革开放初期形成的“三足鼎立”的合同法格局，即由《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国合同法》对合同关系进行调整的局面。这三部专门的合同立法，都是典型的商事合同法，仅对商事主体之间的交易关系发挥调整作用。试图整合三部专门的合同立法，并力图对所有平等主体之间的合同关系进行法律调整的《中华人民共和国合同法》，采取了民商合一的立法体例。该法不仅在第1条宣示：“为了保护合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设，制定本法。”还在第2条第1款明确规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”这部合同法的总则部分，以对买卖合同进行的法律调整为原型，又广泛吸收借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》（CISG）以及《国际商事合同通则》（PICC）的有关内容。买卖合同无论是发生在生产经营领域，还是存在于生活消费领域，都是典型的双务有偿合同，针对买卖合同确立的法律调整规则，自然适用于以双务有偿为原则的商事合同。《联合国国际货物销售合同公约》第1条第3款宣称：“在确定本公约的适用时，当事人的国籍和当事人或合同的民事或商业性质，应不予考虑。”第2条第1项又确认，本公约不适用于“购供私人、家人或家庭使用的货物的销售，除非卖方在订立合同前任何时候或订立合同时不知道而且没有理由知道这些货物是购供任何这种使用”。可见，其总体是一部调整商事买卖合同的公约。《国际商事合同通则》以其名称就宣示了这是一部仅适用于商事合同的国际示范法，旨在为国际商事合同制定一般规则。因此，《中华人民共和国合同法》的总则部分商事法律色彩浓厚。这部合同法的分则，更是民商合一的典型例证。其中既有典型的商事合同，如融资租赁合同、技术合同、仓储合同、行纪合同、居间合同等，也有典型的民事合同，如保管合同等，还有既可以是商事，也可以是民事的合同，如买卖合同，供用电、水、气、热力合同，赠与合同，借款合同，租赁合同，承揽合同，建设工程合同，运输合同，委托合同等。

再次，是2007年3月16日颁布、同年10月1日施行的《中华人民共和国物权法》，这是一部民商合一的物权法。该法不仅在第1条宣示：“为了维护国家基本经济制度，维护社会主义市场经济秩序，明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权，根据宪法，制定本法。”还在第2条第1款明确规定：“因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法。”这部物权法的总则编、所有权编和占有编，对于商事关系和民事关系一体适用。其用益物权编，土地承包经营权是典型商事领域内的物权；建设用地使用权的设定既可以服务于生产经营目的，也可以服务于生活消费目的，地役权的设定也是如此。唯有宅基地使用权的设定是纯粹服务于生活消费的目的。至于担保物权编，对于商事交易或民事交易都可发生担保功能。

^① 依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第72条，《民法通则》第59条第1款第2项适用的前提条件是“一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的”。考虑到现行民商立法和民商事裁判鲜有支持商事主体以“对方利用优势”或者“自己没有经验”作为理由来维护自己利益的情形，《民法通则》的该项规定通常不适用于商事主体之间的民事交往。

^② 参见房绍坤《我国民事立法的反思与前瞻》，《中州学刊》2009年第5期。

还有2009年12月26日颁布、2010年7月1日施行的《中华人民共和国侵权责任法》，这是一部民商合一的侵权责任法。该法不仅在第1条宣示：“为保护民事主体的合法权益，明确侵权责任，预防并制裁侵权行为，促进社会和谐稳定，制定本法。”还在该法第2条第2款规定：“本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”第1条所谓民事主体，既包括商事主体，也包括狭义的民事主体。第2条第2款中的民事权益，既包括商事主体的民事权益，也包括狭义的民事主体的民事权益。

以前述现行立法采取的立法体例为基础，国务院新闻办公室2011年10月27日发表的《中国特色社会主义法律体系》白皮书，总结了此前形成的法律传统，表达了由此推动的法律共识，就有关民法和商法的关系，特别强调“民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范，遵循民事主体地位平等、意思自治、公平、诚实信用等基本原则。商法调整商事主体之间的商事关系，遵循民法的基本原则，同时秉承保障商事交易自由、等价有偿、便捷安全等原则。”不难看出，在中国特色社会主义法律体系中，商法是民法的特别法，民法是商法的一般法，在单行商事立法未作出特别规定的背景下，商事关系的法律调整应遵循民事一般法确立的规则。以这一立法传统和法律共识为基础，在《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国破产法》等商事特别法未设特别规定的前提下，《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国侵权责任法》等构成了人民法院和仲裁机构裁断民商事纠纷共同的裁判依据来源。

综上，我国民法典编纂应当选择民商合一的立法体例，因为民商合一的立法体例已成为我国民事立法的组成部分，成为裁判者民法思考的组成部分，成为我国民法传统的组成部分。对于法律传统的保留与舍弃问题，讨论者应当遵守这样的论辩规则：如果没有足够充分且正当的理由要求我们去改变传统，保持传统就是唯一的选择。因为从一般意义上讲，传统的通常就是合理的，因为传统意味着互动中的妥协，传统意味着秩序和法治的积累。这一论辩规则包含着一项论证责任的分配规则，即“诉诸既存之实务者，无须证成，只有改变者才需要证成”^①。在奥利斯·阿尔尼奥（Aulis Aarnio）提出的证明责任的程序规则中，第一个规则就是：证明责任归于批评通行状况并企图有所变化的人。这种变化必须被证立。继佩雷尔曼之后，阿尔尼奥认为，理智的社会生活的基础在于连续性。然而，连续性的出发点不是助长保守主义或保持现状的规则，而是关于证明责任的规则。^②事实上，在佩雷尔曼和阿尔尼奥之前，早有先贤表达过类似的看法，亚里士多德曾经论及，“轻易地改变法律，另制新法的作风，实为一种削弱法律根本性质的方法”^③。法律史上还存在着尊重法律传统的极端事例：如居住在意大利半岛边缘多里安的洛克里斯人是希腊人中最早制定成文法典的，任何提议修改法律的人必须于提议之时把绳子套上脖子，一旦他的提议被否决，这绳子就要收紧。雅典的立法程序也充满令人生畏的障碍。任何意欲提出新法律的人必须首先提起对新法律将取而代之的旧法律的诉讼，如果他忽略了特定的程序要求或他的提议被认为有违某一基本价值，他就可能因自己的“违宪行为”而有被起诉之虞。^④

^① 这就是佩雷尔曼提出的“惯性原理”，参见罗伯特·阿历克西《法律论证理论》，舒国滢译，北京：中国法制出版社，2002年，译者序。

^② 伊芙琳·T·菲特丽丝《法律论证原理》，张其山、焦宝乾、夏贞鹏译，戚渊校，北京：商务印书馆，2005年，第133页。

^③ 刁荣荣主编《中西法律思想论集》，北京：汉林出版社，1984年，第165页。

^④ J. M. 凯利《西方法律思想简史》，王笑红译，汪庆华校，北京：法律出版社，2002年，第10页。

民商合一立法体例对规范配置的影响

在民商合一立法体例之下,所谓民事主体,既包括商事主体,又包括狭义的民事主体;既有处于强势地位的民事主体,又有处于弱势地位的民事主体。与此相应,我国未来民法典中某些法律条文确立的法律规则所协调的利益关系,就会处于双重状态:即有时涉及交易关系背景下民事主体与民事主体之间的利益关系,有时则涉及交易关系背景下民事主体的利益与公共利益之间的关系,这些法律规则对应的就是混合性规范。所谓混合性规范,即有时发挥补充性任意性规范的功能,有时发挥强制性规范功能的法律规范。之所以存在混合性规范,一方面与民商合一的立法体例之下,我国未来民法典将一体调整民事关系和商事关系有关;另一方面与我国未来民法典在坚持强势意义上平等对待的同时,要兼顾弱势意义上的平等对待,以特别保护弱势群体的利益有关。

未来民法典中的混合性规范应主要包括两种类型:其一,同一项法律规定,在商事交易关系中,其是属于补充性任意性规范,允许商事主体在平等协商的基础上,排除其适用。但在民事交易关系中,该项法律规定属于强制性规范,就要体现侧重保护消费者或劳动者等弱势群体利益的公共政策,承担着维护社会公共利益和使命,绝对不允许民事交易关系的当事人作出不同于法律规定的约定。一旦当事人作出约定,排除该项强制性规范的适用,该约定即因违反效力性强制性规范而绝对无效。其二,某一项仅适用于民事交易关系的法律规定,体现了保护消费者或劳动者等弱势群体利益的公共政策,并借此发挥着保护社会公共利益的功能。如果当事人在交易中所作出的约定,与现行法的规定相比较,更加有利于消费者或劳动者等弱势群体利益的保护,自然允许该项规定就对应着补充性任意性规范;如果当事人的约定与现行法的规定相比较,不利于对消费者或劳动者等弱势群体利益的保护,该约定属于排除强制性规范适用的约定,自当禁止。该项规定就对应着强制性规范。

仅以惩罚性违约金条款的效力判断为例进行说明,在民法中,法律通常不会授权平等主体的当事人一方对另一方施加惩罚,但这并不意味着法律就会一般性地禁止平等主体的当事人约定一方对另一方施加惩罚。依据我国《合同法》第4条的规定,“当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干涉”。同时依据对我国《合同法》第40、52、53条的体系解释、目的解释以及目的性限缩,结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第14条,可以看出,法律绝对否认当事人约定的法律效力其实只发生在两种情形:其一,当事人的约定违反法律、行政法规效力性的强制性规定;其二,虽然没有违反法律、行政法规效力性的强制性规定,但当事人的约定存在其他损害公共利益的情形。

以此为前提,当事人通过惩罚性违约金条款,约定一方对另一方施加惩罚,只要没有违反法律、行政法规效力性的强制性规定,且不存在其他损害公共利益的情形,就有生效的可能。例如交易实力、交易经验大致相当的商事主体之间,在平等协商、自主决定的基础上,达成一方违约,就需向守约方支付惩罚性违约金的约定,仅仅关涉商事主体间私人利益关系的安排,就没有动用国家公权力进行干涉的足够充分且正当的理由,该约定当属生效约定;再如交易实力强、交易经验丰富的经营者向消费者承诺,如果经营者违约,就向消费者承担支付惩罚性违约金的责任。此时经由当事人之间的约定,相较于对消费者利益进行特殊保护的《中华人民共和国消费者权益保护法》,提升了对消费者利益的保护水平,也属有效约定。但考虑到《中华人民共和国消费者权益保护法》的颁行,伴随着一个重要的价值判断结论的作出:即相对应于经营者,消费者已沦为弱势群体,其利益业已被法律作为社会公共利益的一种来对待。因此,法律禁止这样的约定:经营者与消费者约定,一旦消费者违约,即需向经营者承担支付惩罚性违约金的责任。此类约定属于其他损害公共利益的约定,应认定为绝对无效的约定。

结 语

民商分立的渊源可以追溯到中世纪晚期，而民商合一的源流则可以追溯到罗马私法。^①我国改革开放以来的民事立法一贯坚持民商合一的立法体例，形成了民商合一的法律共识，民法典编纂理应遵从。我们必须认识到现代社会商人群体与非商人群体之间并不存在着不可逾越的界限。互联网时代，网上开店几成潮流，商自然人大量涌现。据统计，截至2014年6月，我国网民规模已达6.32亿，手机网络用户为5亿，互联网普及率为46.9%。2014年我国的网络购物市场交易规模为6287.6亿元，雄踞全球首位；我国互联网金融规模已近10万亿元，位列全球之冠。^②自然人上网为“商”，下网为“民”，或者在网络世界“亦商亦民”，并不罕见，独立的商人阶层在这一领域不复存在，民法典编纂必须反映这一时代潮流。

但就比较法上的经验而言，无论是采用民商分立还是民商合一立法体例的国家和地区，处理民法与商法关系的具体手法多样，因此，对民商分立与民商合一的理解均不能绝对化。由于民法的商事化，商法的民事化，已经使得民商法关系愈加密切。^③就我国民法典的编纂而言，首先必须认识到商人群体自出现以来，就是财产关系领域最为活跃的群体，是财产关系领域时代精神的创造者和引领者，因此民法典编纂应充分重视商事立法和商法研究的最新进展，并将其反映到民法典的规则设计中，没有融合商法精神的民法典，不会是站在时代前列的民法典，也不可能是引领21世纪潮流的民法典。其次必须认识到商法作为民事特别法的特殊之处，^④即商法调整商事主体之间的商事关系，商法除了遵循民法的基本原则，同时还要秉承保障商事交易自由、等价有偿、便捷安全等原则。因此，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，而是将对民商事关系具有一体适用效力的规则写进民法典。这样就可以实现以民法统一调整平等主体之间的人身关系和财产关系，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时，相关的纠纷仍应适用民法典一般规则的目标。^⑤再次必须认识到由于民法典编纂应当采取民商合一的立法体例，我国立法机关已没有必要另行起草一部独立的商法典。^⑥即使立法机关未来能够启动商事通则的起草工作，^⑦仍会有一些纯粹的商事法律制度作为立法技术的剩余^⑧得以进入民法典。

责任编辑：朱志峰

① 郭锋 《民商分立与民商合一的理论评析》，《中国法学》1996年第5期。

② 王利明 《民法典的时代特征与编纂步骤》，《清华法学》2014年第6期。

③ 郭锋 《民商分立与民商合一的理论评析》，《中国法学》1996年第5期。

④ 有关商法特殊性的论述，还可参见范健 《商事担保的构成与责任特殊性》，《法学》2013年第3期；叶林 《外观主义的商法意义》，《河南大学学报》（社会科学版）2008年第3期；叶林 《营业资产法律制度研究》，《甘肃政法学院学报》2007年第1期；刘凯湘 《论商法的性质、依据和特征》，《现代法学》1997年第5期；徐学鹿 《析“民法商法化”与“商法民法化”》，《法制与社会发展》1996年第6期。

⑤ 王利明 《民法总则的制定应体现民商合一体制》，《法制日报》2015年5月27日；梁慧星 《社会主义市场经济与民事立法》，《中南政法学院学报》1993年第1期。

⑥ 张新宝教授主张，只制定一部民法典，而不制定商法典；但是将公司法、票据法、保险法、海商法、破产法等法律制定为单行法，作为隶属于民法典的“特别法”。参见张新宝 《中国民法和民法学的现状与展望》，《法学评论》2011年第3期。

⑦ 有关起草商事通则或商法通则的讨论还可参见赵磊 《反思商事通则立法》，《法律科学》2013年第4期；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；宁金成 《〈商事通则〉的立法体系与基本原则》，《国家检察官学院学报》2008年第1期；赵旭东 《制定商法通则的五大理由》，载《中国商法年刊2007》，北京：北京大学出版社，2008年；李政辉 《析“商事通则”之必要与可能》，载《中国商法年刊2007》，北京：北京大学出版社，2007年；石少侠 《我国应实行实质商法主义的民商分立》，《法制与社会发展》2003年第5期；李永军 《论商法的传统与理性基础》，《法制与社会发展》2002年第2期。

⑧ 此处所谓立法技术的剩余，是指基于立法技术的考虑，将一些并非适用于所有民事主体的法律规则纳入民法典中。