

## 走向《民法典》时代的民商分立体制探索

● 范 健\*

**【内容摘要】** 民法与商法有着不同的历史源流,商法法典化远远早于民法典的创制。诞生于十九世纪的民法典是宗教伦理与商业伦理冲突的产物,她促进了商法的进步。民商分立既有历史传统,更有现实需求。中国《民法典》编纂需要给商法制度创新留有空间,需要兼顾与日渐成熟的商法体系的协调,需要考虑商法规范的编内与编外安排。

**【关键词】** 民法典 民商分立 商法通则 商法汇编 商法典

当前中国民法典的编纂工作采取了“民商合一”的体例,但是形式上的“民商合一”不等于民商不分,“民商合一”也不是理想的模式选择。民法典的编纂需要给商法的制度创新留有空间,国家最高立法机关需要考虑同步起草《商法通则》、汇编中国商法,最终完成中国《商法典》的编纂。民商分立的体制更有利于“轻装”完成《民法典》编纂,更有利于社会关系的准确调整,更有利于建设法制强国,更有利于实现“一带一路”的国际战略目标。

### 一、民法典的历史贡献与时代局限

肇始于十九世纪的欧洲民法典与宪法制度,共同奠定了现代文明国家的政治基础和社会基础,促进了人类社会的商业行为从野蛮成长走向有序竞争。整个二十世纪,西方社会之所以能够逐渐消除此前几个世纪连绵不绝的资本主义制度积弊,将日益堕落的商业行为和泛滥的商人特权纳入社会正常的伦理轨道,民法典所建立的新时代伦理规则功不可没,它预示着人类逾越野蛮走向文明。<sup>[1]</sup>民法走向法典化之后,民法并不等同于商法,民法没有取代商法;相反,民法改造了商法,促进了商法的进步。

民法是什么,民法从哪里来,十九世纪的欧洲大陆国家为什么会走向民法法典化?从 1804 年《法国民法典》诞生至今,民法典只有二百年的历史,在此之前,欧洲社会的民事关系主要由宗教教义和民事习惯法调整。与此同时,在宗教教义和民事习惯法之外,存在着一种商人规则,它已有千年历史,“独立于罗马法体系而由商事习惯发展而来”。<sup>[2]</sup>了解民法典诞生前的这一历史背景,有助于我们更清晰地从历史源流上把握民法与商法的关系,客观认识民法典的历史价值与时代局限,理性认知民法与商法在促进社会经济变革中的不同制度价值与功能,理解当下中国为什么在编纂《民法典》时需要同步完成商事法律的体系构建和法律制定。

\* 作者单位:南京大学法学院。研究生丁凤玲同学为本文的写作收集整理了部分资料。

[1] 参见封丽霞:《法典编纂论》,清华大学出版社 2002 年版,第 38 页。

[2] 王健文:《论我国〈民法典〉立法背景下商行为的立法定位》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2016 年第 1 期。

民法是人权法,是欧洲大革命民主自由思想胜利的产物,是天赋人权理论的成就。<sup>[3]</sup>欧洲大革命推出的宪法,落实了人的政治权利,而民法落实了人的物质权利,它从物质角度强调人生而享有的对财产的平等权利神圣不可侵犯,非经法律程序不可被剥夺。正是政治权利与物质权利的结合,即宪法(公权)与民法(私权)的结合才真正实现了人权的法律保障。民法是伦理法,它用契约(合意)、自由、平等、公正、等价有偿等新时代的伦理观取代了禁欲主义的宗教伦理和唯利是图的商业伦理。民法是内国的世俗法,以世俗社会国家为基础,取代宗教教义普遍地适用于教徒,取代商事习惯跨国界地适用于商人。民法是当时推动欧洲国家统一的利器。也正是基于这一特定价值,统一后的法兰西和德意志及其它欧洲君主国家都很快选择推动民法的法典化。民法是平权法,它以经济行为中私权主体的权利平等为核心,以平权规则对抗既已存在的封建特权和商人特权。正因为这样,在激进的平权思潮之下,从民法典诞生之日起,用民法取代商法,消灭商人特权的呼声就不绝于耳。

基于上述特性,诞生于十九世纪后半叶的欧洲民法典,有着时代使命所镌刻的特殊烙印:它是特定时代局限下的财产权利法,只有物权和债权,不能预见其后财产形态的变化与发展;它是市民生活的伦理法,可以抑制和改造商业伦理,却无力取代商业伦理;它是保障以自然人为核心的各类主体财产权利的法律,却不能改变商人创造财产、增加财富的习惯,不能取代商人营利性行为的规则。

## 二、商法的源流与民商分立的历史趋势

民法在欧洲的复兴,进而走向法典化,并不是为了促进商业行为的自由发展和刺激经济的腾飞,相反是为了抑制自由商品经济的无序竞争,为了平衡商人特权,通过重构经济伦理和社会伦理,推动统一后的国家的商业秩序和经济秩序的重建。

了解世界商业文明的进程和商法的源流,必须关注宗教的历史作用,了解宗教影响之下商业的命运。宗教思想是西方法律传统形成的关键,<sup>[4]</sup>而古代罗马法在中世纪衰落后,相当一部分被教会法吸收改造,罗马法的成文法形式也一并被继受,令教会法渐趋法典化,这种传统后来深刻影响了欧洲大陆民法法系的形成,并使民法法系分野于普通法系。<sup>[5]</sup>在世界三大宗教国家和地区及信奉儒教的中国古代社会,只有基督教统治的欧洲才出现了真正的商业文明,最终进入了工业化时代,原因何在?在人类过去的历史上,几乎所有宗教都禁商,宗教统治下的社会都竭力抑制商业的发展,压制商人的地位。即便曾经有过春秋战国商业繁荣经历的古代中国,自秦汉一统之后,商人便被列入三教九流,从商者如果没有显赫官爵,则属于社会品行低劣的下等人,甚至会被推定为社会的不安定因素。商人的这一历史地位是由商人行为固有的营利特性决定的,这一行为特性反映在伦理上则是唯利是图的本性,它与宗教教义所推崇的禁欲主义格格不入。商业活动鼓励与激发人们创造与获取财富的欲望,宗教教义却视这种欲望为人性罪恶的根源。几千年来,也正是强大的宗教力量,几乎在世界所有的其它地区,破灭了人们力图通过商业创新发展社会经济的一次又一次尝试。在中世纪的欧洲,宗教伦理是社会行为准则。日耳曼人征服西罗马帝国并统治西欧之后,将自己的习惯法成文化,形成了“蛮族法典”。<sup>[6]</sup>该类法典本质上源于《圣经》,《圣经》所倡导的宗教伦理由此成为了中世纪欧洲基督教统治地区的行为准则。中世纪的欧洲能够突破基督教统治,走上工业化道路,与特定的政治与地理条件密切相关。

由于政教并存的政治格局,欧洲中世纪中期形成了城邦国家林立的政治生态,皇权与王权共存。在王权日益强盛的态势下,相对独立的城邦与城邦之间的商人们因商事交易的便利,在商品集散地或自由

[3] 参见[法]阿·布瓦斯泰尔《法国民法典与法哲学》,钟继军译,载徐国栋主编《罗马法与现代民法》第2卷,中国法制出版社2001年版,第290页。

[4] 参见[美]哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版1993年版,第415页。

[5] 参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰等译,中国法制出版社2005年版,第37页。

[6] 参见任先行:《商法原论(上)》,知识产权出版社2015年版,第496页。

市场的基础之上创建了商埠,即商业城市,形成了最早的商人习惯法,颁布了最早的商业城市自治法。同时,由于特殊地理条件所致,在地中海、黑海等沿海地区,与居民生存密切相关的海上贸易从未断绝,至中世纪中期,其规模不断拓展,海上贸易的习惯法与成文法在此过程中也获得了极大的丰富和发展。可见,基督教统治下的中世纪欧洲始终未能全面实现禁商目的,相反,随着商事交易规模不断增长,商业地盘日益拓展,商人队伍日益壮大,商事管理日益系统化、体系化,尤其是商人获得了需要财富支持的王室的宽容,甚至王室直接加入商人行列。在宗教教义之外,商人逐渐形成了自己的行为规则,形成了一整套习惯法和成文法,并行于宗教教义。

与古罗马帝国“遗产”民法的“夕阳”处境相反,在中世纪的欧洲部分地区,商法犹如黎明前的破晓,从零散、杂乱的习惯法发展成为具有系统性、体系化的成文法。商法的发达,为商业扩张及城市的发展提供了经济基础,经济上日益强大的王权统治者纷纷采取重商主义政策,将商业贸易从内陆及沿海地区扩张到远海地区,十五世纪新航线的开通便是明显标志。重商主义政策改变了商人在市民阶层中的低贱地位,英国的苏格兰就曾经规定只有商人才能当市长。<sup>[7]</sup>商事习惯也成为中世纪城市法的重要组成部分,随着商业贸易的繁荣而逐步获得成文法地位,中世纪欧洲的海商法和商业城市法是商事习惯法的集大成,如公元900年编纂的海商法《巴本尔法典》(共60卷)、公元11世纪编纂的《阿马尔非法典》,都标志着当时商法已经高度发达,而流行于欧洲内陆城市商埠的特许状法、行会规约、城市法典等直接推动了十七世纪法国《陆上商事敕令》(1673年)这一类商法典的诞生,<sup>[8]</sup>是商法规则走向体系化的里程碑,同时也是中世纪商事贸易高度发展的标志,开启了近代商法的历史帷幕。

在民商的互动关系上,民法能够在中世纪的欧洲从没落走向复兴,商法是重要的推动因素。中世纪商业的繁荣不仅促使商法成文法化,还推动了宗教改革。商法推崇以营利为核心的商业伦理,追求现世生活,而中世纪的宗教伦理则奉行禁欲、安贫、出世苦行,反对经商致富。因此,随着商业的扩张,商业伦理和宗教伦理的冲突逐渐加剧,宗教伦理成为限制生产力发展的桎梏。然而,当商人们力图用商业伦理取代宗教伦理时,资本主义早期原始积累表现出的累累罪恶,导致了社会对商业伦理的强烈反弹。商人对利益的不断追求和创造,推动了社会经济的变革,使欧洲跨入工业革命的洪流。然而,没有良知,商业一定是野蛮的;如果商业行为屡屡突破人性的底线,社会溃败就会从这里开始。创造财富、追求利益、唯利是图的商业伦理在十五、十六世纪之后开始弥漫欧洲,商人们在大革命后的平权思潮鼓动下,按照自治规则和商业习惯无休止地竞争,在创造财富的同时也凸显了资本主义的罪恶,他们已经成为社会最危险的一个群体。在此期间,人们开始寻找能替代宗教伦理的规范,维护社会伦理价值,以平衡商业伦理的冲击,进而催生了古罗马法的复兴运动,意图实现农业社会之宗教伦理向工业社会之市民伦理的转变。<sup>[9]</sup>可见,民法的复兴是商业发展推动的结果。

到十九世纪,统一后的欧洲各君主国纷纷主张用新法律即民法典来调整商人关系,取代传统的商事法律,试图将商人与普通人同等适用一部法律,以消除商人特权造成的社会矛盾。法国在被拿破仑统一之后,是第一个尝试此做法的国家,但是失败了。拿破仑颁布法国《民法典》之后,发现仍然需要一部调整商人行为的法律,否则难以保障社会经济的活力,随即颁布了《商法典》,最终采取民商分立。当然,《民法典》之后的《商法典》与传统商法相比已经有了较大变革,开始强化对商人及其行为的监管。德国在十九世纪中叶颁布了旧《商法典》,俾斯麦统一德国之后,部分德国的法学家也试图制定一部民法典取代《商法典》,这一努力也以失败告终。十九世纪末,德国在颁布《民法典》的同时颁布了新的《商法典》,同样奉行民商分立的体制。

从某种意义上说,《民法典》首先是一部调整市民社会中人与人、人与财产之关系的伦理法,是当时

[7] 同前注[6],任先行书,第534页。

[8] 同前注[6],任先行书,第518-545页。

[9] 参见范健:《中国需要一部什么样的民法典》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2016年第1期。

欧洲大陆国家面对商事领域无休止的赤裸裸的竞争,面对宗教帝国的瓦解和宗教教义逐渐被世俗习惯抛弃,新兴现代国家为解决世俗伦理,对抗日益堕落的商业伦理而创造的规则。正是《民法典》的诞生使现代商法走向成熟,构建了现代商事伦理,从而使商人更好地融入市民社会。

整个二十世纪,世界经济的发展首先应归功于商人的制度创新,如公司制、有限责任制、证券制度、保险制度等等。而商业发展能够有序进行,又应归功于民法确立的社会伦理与商法确定的商业伦理所起到的互补作用。但欧洲民法典创制时的商事关系相对简单,即便民法所确立的债权、物权理论及基本原则可以解释当时大多数的商法现象,随着二十世纪商事主体与行为的发展,民商之间也必然会出现更大的分野。民法的一些重要原则,已无法解释各种新型商事行为。相反,商法创造力强的国家常常引领世界经济和科技创新。当代世界进入了金融和网络的时代,新型商事行为已经远远突破传统观念和规则,甚至全世界都在寻求新规则。过去一百年,商事规则制定者引领了世界,未来同样如此,谁能创造新时代的商事规则,制定出能被广泛接受的商法,谁就可能真正成为世界经济的领导者。

### 三、商法创新的时代需求与法典编纂中确立民商分立理念的意义

稳定性是民法规则的特征,易变与创新是商法不变的规律。科技创新如果没有商事规则创新的制度保障,难以验证“科技是生产力”这一命题。每次技术革命都是通过商事规则创新而推动社会经济变革之目标。

十五、十六世纪欧洲工业革命的兴起很大程度上依赖于商事人格的创造,即商自然人、商事合伙、商事公司等组织形式的创新。商事人格的建立是当时法律制度的一次伟大革命。按照宗教教义,只有上帝创造的生灵才能具有现实法律人格,因此商人创造出一个虚拟的人格,商人有自己的名称、权利能力和行为能力,这是对宗教教义的背叛。然而,正是商法上的创造奠定了随后几百年欧洲工业革命的经济组织基础,为近代工业的产业化、规模化提供了组织机制。可以说,商事人格即现代商人概念的创造不亚于科技革命对历史进程的贡献。同样,整个二十世纪人类经济飞跃式发展,也要归功于商人创造于十九世纪末的有限责任制度,归功于商法对传统民法中权利义务一致原则的背叛。自商事人格成为法律创造之后,公司这一特定的组织形式在欧洲获得了普遍的发展,极大地推动了欧洲社会变革。最初出现的是无限公司、独资公司、两合公司形式,后来创造了有限公司和股份公司形式。至十九世纪九十年代,现实商事交易中已经出现了有限责任约定,但一直没有成文法予以确认,直到1892年德国率先颁布了世界上第一部《有限责任公司法》。根据这部法律,股东作为投资人,可以享受投资后的无限收益,却只承担约定投资额内的有限责任。这种付出与收益、权利与责任不对等的制度安排是对民法所确立的权利义务一致的公平原则的严重背离。德国《有限责任公司法》创造性地肯定了有限责任的合法性,赋予商人特权,同时也首次构建了公司的治理结构,即股东会、董事会、监事会及经理人制度,强制要求股东出资后让渡经营权,以实现有限责任之下的权利与义务的平衡。正是有限公司制度的建立,保证了二十世纪公司组织的内部平衡与外部公平,缔造了以有限责任公司为载体的资本新时代。今天的世界,又一次处在由科技革命推动经济变革的历史转折点,证券与金融资本的普及,互联网的广泛应用等等正在迅猛改变财富获取、财富运营、财富分配的传统方式,民法典制定时代所形成的劳动关系、权利关系,人对人以及人对社会经济组织、政府组织、公共组织的依赖性与当前的现状已经相差甚远。迅速崛起的具有极强垄断性的商人组织,以及具备浓重扩张性的金融商行为、互联网商行为,正在摧毁传统的商行为模式,已经构成了对传统社会运行模式的严峻挑战。全世界都面临新型商业怪物的威胁,亟需创造新时代的商事规则,实现对商事变革的规制与调整。

长期以来,我们没有能正确理解民法的内在价值和社会价值,以及民法与商法价值之间的差异,这与我们对部门法的认识误区相关。改革开放初期,为了发展经济和建设法制,我们创造了中国特色的“经济法”概念,颁布了经济合同法、涉外经济合同法,走过了一段中国合同法制的误区。八十年代初,我们

为了发展商品经济,调动全社会的积极性,颁布了《民法通则》,提出将民法作为商品经济的基本法,进而推动了全民经商,甚至党政机关及军队都曾一度卷入经商大潮,为此国家付出过沉重的代价。今天,民商不分同样正引发着一系列社会问题。

民法的稳定性、商法的创新性,民法的伦理性、商法的营利性始终是一对矛盾。社会需要商法创新,以激发经济的创造力;社会更需要民法伦理,抑制唯利是图的传统恶习。这是两类性质不同的规范,需要借助不同的法律规范体系予以调整。人之本性是民法的核心价值,人格尊严、人格平等被贯彻在所有民事领域中;而商法对社会关系的调整,则落脚于财产关系。自然人的人格理念在商事领域被淡化,商事人格关注的身份和资格,与民法所强调的人格权相去甚远;商人以营利为最终目的,在该价值理念下,民法所关注的人格利益让位于财产利益,甚至人格利益在不具有商业价值的背景下是可以被忽视的。因此,民法的人本性与商法的营利性是民、商法律价值理念之间的根本性冲突。同样,在主体领域,商法出于限权理念,对商事主体设置了较高的义务、标准,如果简单地认为商事主体就是民事主体,要么使商主体的义务减轻,导致实质不公,要么使民事主体义务加重,导致普遍违法。

在我国走向《民法典》的时刻,为了处理好以实现社会正义为目标的公平原则与以实现商事正义为目标的“特权与限权统一”的衡平原则二者之间的关系,保障《民法典》规范的纯洁性和实用价值,重申民商分立的立法原则,比以往任何时期都更具有现实意义。

#### 四、当代中国的经济格局与社会变革呼唤完备的商法制度

中国需要一部《民法典》在私权领域保障各类社会主体的基本权利,同时也需要完备的商法制度,以实现社会财富创造、获取、利用及分配中的相对公平与正义,保障商事创新与财富增长,同步促进社会文明,而不是放任社会堕落。

商法是特权法与限权法的统一。当代中国既没有充分赋予商人创新特权的完备商法制度,也缺乏严格限制商人滥用经营权的系统规则;既没有规范大企业、大商人的系统制度,也缺乏调整小企业、小商人的完整规范。虽然我们已经颁布了大量的商事单行法规和行政规章,但客观而言,适应现代社会发展需求的商法仍然极不发达。正因为此,伴随着经济的繁荣,商人的商业道德日益低下,经济发展导致的社会问题日益严峻。

自改革开放初期,我国就没能有效处理好民商关系,在此方面已经有了深刻教训。1986年《民法通则》颁布,与其说是民事法律,不如说是商事法律。因为民商不分,什么人可以经商,什么人不可以经商,法律规定不清晰,很快出现了全民经商,甚至出现了官倒,国家为此付出了很大代价来清理各类官办企业。1993年全面推行市场经济之后,民商不分所导致的社会问题更加严重,营利性组织与非营利性组织没有法律区分,导致学校、医院这一类公益性机构以营利为目的,各行各业几乎都加入了营利的大潮,严重偏离社会伦理导向。上市公司、金融机构这类社会大企业无休止地恶性竞争,中小企业、个体商人唯利是图,国有企业僵化与垄断,证券市场成为利益集团圈钱的“跑马场”。在这种官商不分、民商不分的体制下,商人的资格与身份被滥用,商事特权与限权失范,商业利益与政治权力的勾兑导致了严重的社会腐败。常常出现这一怪象:一种商主体或商行为的引入或创新随即伴生一场波及面甚广的商业欺诈与犯罪。许多新型商行为被引入歧途,这些教训比比皆是。同时,在民商不分的司法理念之下,很多案例中的商事审判不仅未能消除和减少商事纠纷,相反制造了更多的商事纠纷。更有甚者,在民法私权绝对保护理念之下,一场新技术革命的结果往往是一种新商业垄断格局的形成,造成了对人们惯常的生活和工作状况的严重伤害。由此,在编纂《民法典》的同时,我国亟需健全商事制度和商法体系,需要对不同形式的商人和商行为建立完整的赋权和限权规则,以构建健康的社会商事发展秩序。

同时,当下中国的经济已对世界产生举足轻重的影响,如何引领全球经济,实现“一带一路”的战略目标,仅仅经济输出只能是短暂的利益交易,只有通过商法制度的输出,推动我国的商事法律在全球范

围内逐步被认同,共创商事法律合作,才能巩固长久的经贸交往。走向世界的中国,迫切需要可被世界接纳的完备的商法制度。

### 五、构建中国商法体系的步骤与要义

要构建中国的商法体系,至少应当包含三个重要的步骤,即制定总括商法原则及一般规则的《商事通则》,完成现有法律制度的整理汇编,进而在条件成熟时编纂一部与《民法典》相呼应的《商法典》。

#### (一)制定《商事通则》

当人们从立法与实践的互动上观察问题时会发现,仅完善现有以不同商事领域为规范对象的法律还不能达到完善商法的目的。商事实践还需要一些对分别以不同商事领域为规范对象的法律有统率意义,或虽无明显统率意义但具有个别领域特征的单行商事法律所不能包括的规范,而这正是我国商事立法中的重大空白。<sup>[10]</sup>填补这一空白的可行路径便是制定中国的《商事通则》。

《商事通则》至少应该包含五编的内容。第一编总则,规定立法目的、调整对象、法律原则、法律渊源以及法律冲突或法律空白下的法律适用等。第二编商主体,规定商事人格、营业、商事登记、商号、商事账簿、雇员、代理商、中间商、经理人等与商人相关的制度。

第三编商行为,规定商行为的概念、分类、特殊商行为、商行为适用等。第四编商事责任,规定商事责任的一般规则、商事责任的承担主体、承担方式、商事责任种类、归责原则、免责等。第五编商事纠纷的解决,规定商事诉讼、仲裁、调解、时效等特殊原则与规则。

#### (二)完成《商事法律汇编》

完成《商事法律汇编》是在遵循一般法律汇编原则的基础上,对商事法律的体系和规范进行有条理的整合与汇总,形成我国独有的以《商事通则》为核心的商事法律体系。汇编的主体为立法机关,由全国人大常委会成立专门的商事法律汇编委员会。汇编的主要工作由解释商事单行法之间的矛盾与冲突开始,以构建体系化的商事法律为目标。除了传统意义上的商事法律,商事监管法和市场竞争法也都应考虑纳入商事法律汇编体系中,构建以商事通则—商事单行法—商事监管法—商事争议解决法为框架的商事法律体系。<sup>[11]</sup>

#### (三)编纂《商法典》

法典化的系统编纂是商法最高层次的形式理性,商事法律汇编仅是将我国的商事单行法模式过渡到商法典模式的中间路径,一旦我国通过商事法律汇编形成较为系统的商事法律框架体系,社会商业伦理秩序趋于稳定,我国仍然应当制定《商法典》。通过保障基本权利的《民法典》和规范商业秩序的《商法典》的共同作用,实现社会关系和经济活动的长远发展。

### 六、《民法典》编纂中纳入商法规则的限度

民法规定私法领域的基本制度,同为私法的商法则在民法基本规则之上形成了独特的商法规范体系,因此,民法与商法相互衔接、互动交融。不论一国在立法体例上采取民商合一还是民商分立,在民法和商法具有统一适用规则的场合,作为提供基础制度的民法基于法律的体系性,都需要对民商法规则作出一体安排。

对此,世界上典型的民商分立国家例如德国、日本、韩国、葡萄牙、越南的民法典对商主体或从事经营行为的主体有关规则的设计,最多都只限于对主体民事法律地位的承认和与有关民事主体具有共通

[10] 参见王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

[11] 在传统的法律部门划分中,监管法、竞争法、商事程序法均不属于商法之范畴,但主要调整对象同商法重合,集中汇编有利于实现协调、统合的规范。甚至将来编纂《商法典》时也应该考虑加入上述内容,随着金融和互联网时代的到来,商法中私法与公法色彩的配比理应发生变化,更强的公法性可以成为当代中国商法典的一大特色。

性的规则。尽管上述国家都有商法典,但商事规则并非被完全安排在民法典之外,商主体或者说从事经营行为的主体的法律地位都被各国民法所确认,即他们都被民法赋予了民事主体资格。不过具体来说,在民法典的制度安排上,只有早期的德国共同抽象出经济社团法人和非经济社团法人的规则并作了一体规定;其后的日本、韩国都通过准用性条款作出规定,葡萄牙则是用除外条款,在承认营利法人的同时将其置于抽象要素之外;而越南作为社会主义国家,民法典对商事规则的表述除了对本国特有的家庭户和合作组有详细规定外,对法人也只是宣示性规定。

民商合一国家的民法典总则部分对商事规则的安排同样十分有限,例如现代由民商分立走向民商合一的国家巴西,其民法典总则对商事规则的表述只有四条,《泰国民商法典》也仅有两个涉及商事规则的法条。世界范围内只有俄罗斯在民法典总则部分详细安排了商事规则,但仍然主要集中在民商法具有共同适用意义的层面,例如主体制度,其余的调整对象、权利客体、商业代理部分虽也涉及商事规则但并不成熟。

所以,不论我国的《民法典》立法采取民商合一还是民商分立的体例,在《民法典》中安排一定的商事规则都是必不可少的,只不过在法律适用具有私法统一规则需求时,《民法典》纳入有关的商事规则才具有必要性与正当性。这里所谓的法律适用下的私法统一规则需求,指的是当民法和商法规则之间存在重合时,出于私法统一的要求,基于民法作为私法一般法的法律属性,将商事规则作为民法的抽象因素在有关具体规则的设计上作一体安排。该统一必须在固守民法“纯洁性”的基础上进行,即民法只能从商法规则当中抽象符合民事规则本身的部分,其余则通过准用性条款予以设置。因为,民法与私法非等同关系,只有将私法统一需求控制在法律适用层面,并排除那些有私法统一规则需求但将商事规则融入民法将破坏民法本身的系统性和逻辑性的部分,才能在保持民法本身“纯洁性”的同时,真正实现民商法之间的互动衔接。因此,在《民法典》当中设置民商互动的衔接条款需要满足三个条件:第一,民商法之间具有私法统一规则的需求;第二,该需求在法律适用层面具有必要性;第三,民商互动条款的设置需要符合民法的“纯洁性”。<sup>[12]</sup>

鉴于此,商事规则能满足上述条件的只有商主体和商行为部分。出于维护民法“纯洁性”的考量,《民法典》需要在主体部分对商主体作一体设计,但也只能限于具有共同性、一般性的内容,民法只需承认营利性主体的民事法律地位,具体规则应由商法自行安排。同样的,在商行为部分,民法也只能抽象共同规则,具有商行为特殊性的规则应被纳入商法范畴内。以此为标准,目前我国的《民法总则(草案)》在民商互动衔接的处理上就存在“两过”:一为过于详细,将应当由商法编外安排的规则纳入在内,过多地涉及有关营利性主体的规定;二为过于简略,将应当作出规定的民商事共同规则排除在外,完全忽略了商行为与民事行为共同部分的立法安排。

(特约编辑:季奎明)

[12] 参见范健:《民法体例中商法规则的编内与编外安排》,《环球法律评论》2016年第6期。