

商法的独特性与民法典总则编纂*

许中缘 颜克云

摘要：在民法中保持商法的独特性，是我国对社会主义法律体系重要组成部分的民法与商法关系所作的一种方案。这一方案反映了民法与商法关系的现实需求，应成为学术共识与立法共识。在民商合一立法模式下，民法典总则成为商事规则的教义法，既确立商事规则的独特性，又保障现行法律的体系化，实现司法的准确适用。德国式民法典总则是对具体民事规则的高度抽象，不适用于民商合一立法模式的中国民法典。民法典总则单独成章或成编规定商事规则会损害民法典的体系性，不具有实践的可操作性。民法典总则对商事规则的容纳应坚持体系性、统摄性、谦抑性原则，摒弃以传统民法审视商事规则而不是从商法独特性确定商事规则的方法。在互联网经济迅速发展、国家提倡“大众创业、万众创新”的背景下，涌现出大量商事主体，民法典为每个人自由与发展提供平等的机会显得愈发重要。建议中国民法典在民法总则中全面融入商事规则，从而实现民商合一的中国特色。

关键词：民法典 商法 商事通则 民商合一

作者许中缘，中南大学法学院教授（长沙 410086）；颜克云，中南大学法学院博士研究生（长沙 410086）。

实行民商合一立法模式、在民法中保持商法的独特性，是对社会主义法律体系重要组成部分的民法与商法关系所作的一种方案。^① 但这一方案并没有成为学术共

* 本文系国家社科基金重大课题“民法典编纂重大疑难问题研究”（14ZDC017）与“法制湖南建设与区域社会治理协同创新中心”阶段性成果。

① 2011年国务院新闻办公室发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书称，“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”。“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”。（参见中华人民共和国国务院新闻办公室编：《中国特色社会主义法律体系》，北京：人民出版社，2011年，第7页）这些论断表明，一是商法只是民法规范的一部分，现行立法实行的是民商合一立法模式；二是商法规范具有特殊性，民法规范不能掩盖商法规范的特殊性。

• 127 •

识。一些商法学者认为,“民商合一既无必要也无可能”,^①“循‘民法典+商法通则+单行商事法’范式构建统一私法体系,藉由实现商事立法的体系化,是符合中国民商事立法现实的理性立法选择”。^②一些民法学者则认为,民法典原则上以普通人像及其生活为出发点;^③此种原因大体有二:一方面,民法学者在立法层面赞同实现真正的民商合一,但实质意义上的民商合一没有得到立法的回应,立法实践与理论的悖反使得学者对民商合一的可行性提出质疑。因此,商法学者大多以商事规则有别于普通民事规则的特殊性,要求制定商事通则,但民法学者基于商法与民法调整对象以及基本价值等追求方面的重合性,强调二者同属于私法范畴的相似性,从而论证民商合一立法模式的必要性。^④另一方面,世界上实行商法法典化的国家,比如法国、德国在民法典编纂中大都采用实质意义上的民商分立立法模式;而采用民商合一立法模式的《意大利民法典》、《瑞士民法典》以及《荷兰民法典》,又没有采用德国潘得克吞式的总则模式。

基于理论的不统一,尽管 2016 年 6 月 27 日全国人大常委会在《中华人民共和国民法总则(草案)》(以下简称《民法总则(草案)》)说明中明确指出:“我国民事立法秉持民商合一的传统”,^⑤但草案并未体现商法规范的特殊性安排。就中国民法典编纂而言,民法典总则与商法的关系成为一个无法回避的重要问题。解决这个问题,需要对如下问题作出回应:其一,在民法典视野下,制定商事通则是否必要?其二,如何认识民法总则对商事规范的指导作用,如果民法总则缺乏商事规范的独特性安排,将会导致何种结果?其三,民法总则是否可以实现商事规范的独特性安排?

一、实现商法独特品性的立法模式分析

从世界范围看,在法律体系中规定商事规则的路径有三条,分别是民商分立路径、商事通则路径和民商合一路径。

从商法典的发展看,最早实行商法法典化的法国,根据 1811 年议会的决议,《法国商法典》作为普通法(droit commun)而不是民法的特别法(loi d'exception)。然而,因为商法并不具有自治体系,很多内容只能回归民法典寻求相关规则。如“商事合同只是特定主体类型的民事合同”,该种合同的相关规则仍然

① 赵旭东:《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016 年第 4 期。

② 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。

③ 谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013 年第 2 期。

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。

⑤ 关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明,2016 年 6 月 27 日, [www. npc. gov. cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422. htm](http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm), 2016 年 9 月 1 日。

不得不回归合同法的相关规定。^① 现行《法国商法典》修改中加入的公法、经济法（竞争法、工商业公会、商业整治等）甚至社会法（薪金监护）的内容，导致商法只能成为整个商事法规中的一个通则部分，^② 在《法国民法典》颁行 200 周年之际，有学者就民法典如何实现商法规范的融合提出建议。^③ 在德国，尽管《商法典施行法》第 2 条规定：“在商事活动中，《民法典》仅在《商法典》未作规定时方可适用。”但商法规范在解决案例中，不得不依靠民法规范予以适用。德国学者认为，行纪、代理、商事承诺、商业买卖、动产的善意买受人保护等商行为的类型，只能依据民法规定的法律行为予以解释；买卖契约的权利义务的规定，只有根据《德国民法典》第 433 条及以下进行调整；商法典关于购买货物的瑕疵通知出卖人的规定，必须依照民法关于出卖人瑕疵责任的规定结合起来才能考虑。^④ 《德国商法典》第二章至第七章规定的特别商行为，在法律教义学作为债法的特别部分。^⑤ 有学者认为，“能作为商法这个独立法律部门的基本特征的，实在不多。正因为如此，相当正式的说法是，它是商人的特别法。区别于民法实质性独立性并不存在。”^⑥ 现有的商事实践法出现萎缩趋势，立法者准备促成商法与民法之间的融合。^⑦

将商事通则定位为民法总则的特别法，有助于实现商事规则的特殊性，有学者认为制定商事通则是继民法通则之后的又一次“法律革命”，是“可替代的最优模式”。^⑧ 但实际上，现有的商事通则制订方案有以下不足：第一，法理上解释不清。商事通则制定之初就有难以准确定位的问题。如果制定为商法典总则，不得不陷入商法典的立法泥淖，走上民商分立立法模式的旧路。第二，逻辑上行不通。虽然，主张制定《商事通则》的学者并非要主张民商分立或单独制定商法典，但从内容上看，商事通则基本与民商分立国家的商法典总则相似。^⑨ 因此，商事通则实质上还是民商分立，其体系与内容与大陆法系国家的商法典并无二致”。^⑩ 第三，操作上不

① Michel Germain, “Le Code civil et le Droit Commercial,” in Collectif Paris II, ed., 1804-2004, *Le Code civil Un passé, un présent, un avenir*, Paris: Dalloz, 2004, p. 641.

② 任先行、周林彬：《比较商法导论》，北京：北京大学出版社，2000 年，第 159 页。

③ Michel Germain, “Le Code civil et le Droit Commercial,” p. 645.

④ 参见罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 莱塞：《德国民商法导论》，楚建译，北京：中国大百科全书出版社，1996 年，第 238—239 页。

⑤ 参见 C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，杨继译，北京：法律出版社，2006 年，第 532 页。

⑥ C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 11 页。

⑦ C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 20 页。

⑧ 蒋大兴：《论民法典（民法总则）对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》，《比较法研究》2015 年第 4 期。

⑨ 杨继：《商法通则统一立法的必要性和可行性》，《法学》2006 年第 4 期。

⑩ 赵磊：《反思“商事通则”立法——从商法形式理性出发》，《法律科学》2013 年第 4 期。

可行。首先，学界对于商主体、商行为等基本概念没有定论，缺乏制定商事通则的理论基础；其次，商事通则很难如民法典总则那样通过提取公因式方法从各类商行为中概括出共性；最后，新型民商事行为的出现，根本不能以传统的民事或商行为进行区分。例如电子商务所创设的网络服务商、配送企业、网上公司、网上银行等新型民商事主体，不同于传统市场交易的市场主体，以一部商事通则穷尽商法的所有独特性规则是不可能的。

可见，民商内容的本质性差异并不存在，民商绝对分立是不可能的。1847 年摩坦尼利提出的“民商二法统一论”算是民商合一理论的开端。^①此后，许多国家效仿民商合一的立法主义，最先实行的是瑞士。其在 1887 年制定的《债法典》中不仅包含传统民法中有关于债的内容，还并入商法中固有的商事规则。20 世纪后的西欧发达国家，任何一个国家都没有走上商法独立法典化的道路。从世界范围看，大陆法系国家制定民商合一民法典的趋势，也是商法是特殊的民法在法律层面的集中体现。

“民法和商法的划分与其说是一种科学的划分，还不如说是一种历史的沿革。传统因素对民商分立的形式具有压倒一切的影响。”^②既然一国选择何种商法体系的立法模式，是历史选择结果。那么，建立一个逻辑清晰、结构科学的民商法律体系，就应寻求并选择一种恰当合理的方式将商法规则融入自身体系之中。^③就司法实践的角度而言，也只有民商合一立法模式下，法官才能在适用商事纠纷时应当适应民法的相关规则，将商法作为民法的特别法，针对特定人与行为，适用商法规范，在其不能调整或者存在争议时，运用民法关于法律行为、意思表示、要约与承诺的一般规定，从而解决具体问题。

需要强调的是，民商合一立法模式，就是将商事规则的独特性融入民法规则之中。

一是商事主体专业性。在大部分情况下，民事制度配合商事单行法是可以适用于商事领域的。但是，商事生活适用自己独特的、有别于民事制度的法律规定才更为适合。民法中对权利保护的“那些琐屑的形式要求……（对商人）就是多余的，无异于耗费商人等同于金钱的时间”。^④现代社会的发展，为实现分工的调整，需要在激烈的竞争中实现专业化，特定领域的商事主体仍然存在，在制度的构建中不能

① 参见郑玉波：《民法总则》，北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 2 页。

② 沃尔夫岗·塞勒特：《从德国商法典编纂历史看德国民商法之间的关系》，邵建东、焦美华译，范健、邵建东、戴奎生主编：《中德法律继受与法典编纂》，北京：法律出版社，2000 年，第 10 页。

③ 王璟：《商法特性论》，北京：知识产权出版社，2007 年，第 41 页。

④ 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，北京：中国大百科全书出版社，1997 年，第 63 页。

构建与普通的民事主体相同的规则，否则会降低商事主体的专业性。而一般民事主体不具有该种专业性，不能以商事主体的专业要求规范民事主体。比如，保证人在责任性质没有约定的情况下，基于商事主体的专业性令其承担连带责任，符合风险控制的要求，但如果强制性要求所有民事保证也需承担连带责任，则对缺乏风险意识的民事保证人不公平，也容易被恶意利用。^① 因此，在商法中，债务人之间的连带关系是一种推定的连带关系，而在民法中，连带关系不得推定。^② 《担保法》第19条对保证方式未作约定的按连带责任论的规定，注意到商事主体的专业性，但扩大了民事主体对风险控制的基本要求。

二是意思表示注重权利的外观。民法上强调保护的是实质性的权利，采取意思主义，强调意思表示应符合真意；而商法则注重权利的外观，采取外观主义，以保护信赖利益。^③ 例如《德国民法典》第766条、第780条和第781条规定保证和债务的承认在具有书面形式时方为有效，但《德国商法典》第350条规定口头保证或承认债务对商人具有约束力。在商事交易中，为了实现商事交易的快速与便捷要求，更注重交易的形式化，在形式化的交易中，当事人的意思表示并不是那么重要或者经常被忽视。在传统的民事行为中，基于私法自治理念，除法律另有规定外，对他人具有约束力的行为均需要授权。但在商事活动中，基于权利外观即可推定行为具有行使该项行为的权利。比如《德国商法典》第49条第1款对经理权的规定：“经理权使经理在法庭内外实施所有与商业务的经营管理有关的行为”。

三是商事活动的营利性。“商的本质并不是商品交换，而是资本的营利活动。商人也不是从事商品交换活动的人，而是资本的人格化化身。”^④ 基于此，保障商事主体追求营利是商法的根本宗旨，也是商法发展与完善的基本动力。^⑤ 因此，一些运用于自然人不合理的规则运用到商人身上就非常贴切。^⑥ 比如，自然人之间的借贷合同在没有约定有偿的情况下应该为无偿的，但作为企业之间的借贷，即使对利息没有约定也是有偿的。^⑦

四是商法结构的双重性。商法在与民法的发展进程中，伴随着市场经济生活之

① 范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，北京：中国人民大学出版社，2004年，第45页。

② 参见伊夫·居荣：《法国商法》第1卷，罗结珍、赵海峰译，北京：法律出版社，2004年，第75页。

③ 参见钱玉林：《商法的价值、功能及其定位——兼与史际春、陈岳琴商榷》，《中国法学》2001年第5期。

④ 范健、王建文：《商法的价值、源流及本体》，第191页。

⑤ 参见苏慧祥主编：《中国商法概论》，长春：吉林人民出版社，1993年，第6页。

⑥ 参见张民安、龚赛红：《商事经营场所租赁权研究》，《当代法学》2006年第4期。

⑦ 例如《德国商法典》第354条、《日本商法典》第512条均考虑到商事主体营利性要求而作出与民法典不同的规定。

推展而持续与时俱进、推陈出新，使商法原理不断渗透于民法之中，促成两者间渐趋融合。^① 虽然商事规则较于民法有一定的重合性，即都调整合同及私人关系之间的法律问题，但商事规则在结构上具有双重性。商事规则不仅具有管制功能，而且彰显交易之意。前者指私人之间较为简单的民事有名合同，后者为经济、贸易、交易安排及金融秩序规范等复杂程度较高的商事合同。所以，从立法密度和立法目的考虑，自与作为基本私法原则的民法迥然不同，尤其具有侧重于管制面向而不时呈现公法色彩的相异之处。^② 在商事规则的立法目的及规范对象特性上，不但要思考其在商法中性质应为强制性或任意性规定，尤其应注重商法的强制性。在商事规则的立法政策与立法特色上，还要考虑公司治理、票据提示和保险监理、载货证券等问题，注重市场思维与商业实务灵活需求的配合。简言之，在管制层面不容偏失，在交易层面应保持一定的弹性，这是商法结构带来商事规则的独特性原因之所在。

二、民法典总则实现商法独特性的必然性

实现真正意义上的民商合一，商法的独特价值应当在民商合一体例民法典总则中予以实现，主要是因为：

一方面，作为商法“车之两轮、鸟之双翼”^③ 的商事主体制度、商行为制度只能在民法典总则之中予以规范。首先，商事主体制度，尤其是商事主体制度一般性规定，例如主体的资格性以及主体成立要件等，规范本身具有高度的抽象性和概括性，并且对商事主体行为引导以及法官裁判具有重要的指导性意义，应当规定在具有高度统摄性的民法典总则之中，作为总则篇民事主体基本制度的特别的、独特的规范存在。其次，我国未来民法典中是实行民商合一立法模式还是民商分立立法模式，其中关键就是对商行为与法律行为的关系进行探讨，立法要实现民商合一立法模式，并不是单纯实现立法的简约化，而是考虑商事行为与民事行为之间紧密联系，从而作出恰当安排。正如学者所言，商行为是民法典（民法总则）“继续编纂”的“前置性问题”。^④ 因而，商法独特的独特性价值需要在民法典总则中予以实现。

另一方面，民法典总则作为整个私法的总则，民法典总则的制定过程就是“提取公因式”的过程。如果不在民法典总则中对商法规范的独特性予以体现，就难以

① 参见江平：《关于制定民法典的几点意见》，《法律科学》1998 年第 3 期。

② 参见王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，《商事法论集》第 1 卷，北京：法律出版社，1998 年，第 18 页。

③ 郑曙光、胡新建：《现代商法：理论起点与规范体系》，北京：中国人民大学出版社，2013 年，第 146 页。

④ 蒋大兴：《论民法典（民法总则）对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》，《比较法研究》2015 年第 4 期。

为民法典各编实现商法规范的独特性找到相应路径。同时，大量商事单行法与民法典并行存在是我国民法典编纂中必然出现的现象，如果民法典总则不能实现商法的独特性，就实现不了民法典总则的统摄作用，从而使得民商合而不一。

在民法典总则中实现民商合一，本质就是将民法典总则作为各商事独特性规则的教义法，统摄商事规则一般性规定。法教义学是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提，并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学。^①“教义学是最终的要求、被普遍接受的基本价值、原则及为数甚多的‘既存’规范间的桥梁，同时也是规范——间接也是前述原则——与其于不同情境之‘适用’间的媒介。”^②教义学的这些功能，关键在于法典的体系。体系作为教义学的基础，与教义具有同等的含义，体系“使我们对科学有最佳的共同认识”。^③民法典总则承担了包括分则在内的所有商事规则所具有的简化、给出解决问题建议以及检视结果是否正确的功能。

一是简化法律的功能。此种功能可以说是建构体系功能。立法者的教义遵从，其实就是如何达致简化法律，从而使得法律人能够支配法律。简化法律，就是减少法学的素材，增加法律规范的涵盖性。简化法律被耶林称为节约法则，是“所有法学的生命法则之一”。^④民法对自然人、合伙、法人等主体作出规定，商法又对商人、商事公司、商事合伙进行规定；民法对主体字号等人身权作出规定，商法又对商号进行规定；民法中已经有代理、居间制度，商法再对商业代理、代理商和商业居间人作出规定，这样只能使得法律制度变得更加冗杂和繁复，不利于法律体系自身的简便，也使得法律适用更加困难。如使民法典总则为商法规则的教义，则可使法律简化。例如，仅凭《德国商法典》关于买卖的几个条文不足以调整复杂的买卖关系，对商事买卖关系的调整，必须回归《德国民法典》“债的关系法”中的一般规定以及第七章第一节“买卖互易”的相关内容。正如德国学者所说“商法只是一般私法中一个特殊的组成部分，我们不能仅仅从商法规范本身来理解和适用商法。”^⑤法国商法典的适用也是如此。法国学者认为，民法典为商事法律关系的适用提供了内部一致的框架，如民法典中合同的具体类型（有名合同）乃至无名合同的相关规

① 王泽鉴：《人格权法：法释义学、比较法、案例研究》，北京：北京大学出版社，2013年，第11页。

② 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第111页。

③ Edelman, Entwicklung, S. 35. Coing, System, S. 481. 转引自吴从周：《民事法学与法学方法》第2册，台北：一品文化出版社，2007年，第5页。

④ Jhering, Geist, II 2, S. 330f, 转引自吴从周：《民事法学与法学方法》第2册，第110页。

⑤ 罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 莱塞：《德国民商法导论》，第24页。

定为银行、信用、有价证券等商事交易提供了适用的规则。^①

二是解决问题的建议功能。作为教义法的民法典总则，本质是统合民事和商事规则，把它们作为一个逻辑一致的体系加以解释。民法典总则对商事规则的规定具有解释结论正确与否的检视功能。法秩序是不完全的，法官需要对法律规则进行解释，有些时候还需要“基于法伦理原则及正义的考量来继续发展”。但是在商事规则的适用中，可能存在多种解释，何种解释符合法律规定，不能径行通过法律原则寻求妥当的法律后果，必须穷竭法律规范的隐藏意义实现价值判断，此时，法官“必须为其裁判承担沉重的责任，没有一种方法论能够，或想要免除他这种责任”。^②

三是检视结果是否正确功能。面对不断发展变化的社会，回归民法典总则有助于达成共识。“法教义学可以把已有的对于法律问题的论证与学说整合到自己的知识体系中，使得法律人在面对新问题时，可以从这个体系中提取所需要的知识，所以法教义学可以降低法官审判时在对同一法律条文的不同理解中做出选择所遇到的困难。”^③正因为民法典总则缺乏商事法律规范的教义，在商事规则不足的时候，法院容易陷入成本分析、外部性等经济分析法和价值分析法来达到审判目的。故将民法典总则作为商事法律的教义法，在没有相关商事规范时，可以回归适用民法典总则，为商法难题“找到回家”的路，从而能够保证同类案件相同地判决，避免司法裁判的肆意。

在现有民商合一视角下民法典国家，并没有考虑到商事规则的存在，正如有的学者所言：“《民法典》里没有商法的简单原因是商法没有当成‘民法’来看待，商法已经形成它独特的法律传统。”^④而基于商事法律存在的多样性与商事规则的技术性，我们承认商事规则的特殊性，由此也应由商事法律予以调整。但问题是，商法属于民法的特别法，在商法规范不足的情形，应该回归民法。过于强调商法规范的特殊性，忽视了商法规范的一般性，使得商法缺乏民法教义学立场。

第一，体系建构上，商法规范不能实现体系上的统一。由于商法规范调整内容的复杂性与多样性，即使是在民法典之外再编纂商法典的国家，均不能将所有的商法规范融入到法典之中。如《德国商法典》从一开始就没有把票据、保险、破产、商事法院等内容规定在商法典之内，有关这方面的内容都另立单行法。^⑤缺乏商法总则的统帅，使单行商事法律和法规杂乱无章、孤立、单一，不能形成商法内在应

① Michel Germain, “Le Code civil et le Droit Commercial,” p. 644.

② 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，第 29—30 页。

③ 卜元石：《法教义学：建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》，田士永、王洪亮、张双根主编：《中德私法研究》第 6 卷，北京：北京大学出版社，2010 年，第 8 页。

④ 艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，北京：中国政法大学出版社，1992 年，第 166 页。

⑤ 《德国商法典》，杜景林、卢谔译，北京：中国政法大学出版社，2000 年，第 3 页。

有的体系。^① 在商法典与商事通则均不能实现这样使命的时候，自然而然，该种使命就应由民法典总则予以承担。

第二，导致立法的错误。由于缺乏商事规则既定的教义法，由此使得商事规则的特殊性得不到维持。如《物权法》第78条第2款以“业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的”作为标准来确定撤销权，与决议撤销权的一般规则相悖。其根本原因在于将双方法律行为的一般规则作为共同法律行为的规则予以处理。

第三，司法适用上，商法规范要么得不到民法规范的支持，要么不能体现出应有的特殊性。商事单行法律作为民法的特别法在理论上是可行的，但在法律规范上必然需要有相应的规范支持。在民商合一立法模式这一背景下，民事单行法律中不可能详细规定商事规则，否则就会破坏法律的体系性。对于商事法律纠纷，在缺乏商事单行法明确指引的情况下，法官通常会选择民法的思维作为裁判的理念，但这会忽视了民事与商事法律的差异性，由此导致相关规则适用的错误。例如我国司法实践中对合同解除后的损害赔偿范围的确定十分混乱：最高人民法院将其于2010年遴选的“桂冠电力与永臣房屋买卖合同纠纷案”中，一审判决“当事人合同解除导致合同关系归于消灭，故合同解除的法律后果不表现为违约责任，而是返还不当得利、赔偿损失等形式的民事责任”。^② 但是最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）第8条规定：“合同解除后，当事人主张违约金条款继续有效的，人民法院可以根据合同法第98条的规定进行处理。”很显然，上述指导案例的判决与我国的司法解释相冲突。此种混乱的情形根基于我国立法对合同解除并没有结合民事还是商事主体来进行考虑。商人之间的违约金，法官不得酌情信赖，如果对此信赖不予保护，则会损害当事人的信赖利益。而传统民事之间的合同并不具有此种营利性质，^③ 因此对其调整并不损害当事人的利益。

三、民法典总则实现商法独特性的原则

“总则编的设置，是潘德克吞法学的产物”。^④ 基于民事立法的传承和既有逻辑

① 石少侠：《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》，《法制与社会发展》2003年第5期。

② 参见《最高人民法院公报》2010年第5期。

③ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, trans. Tony Weir, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 216. 《德国商法典》第348条规定：“商人在经营其营业中约定的违约金，不得依《民法典》第343条的规定减少”。

④ 谢怀栻：《大陆法系民法研究》，《私法》第1辑第1卷，北京：北京大学出版社，2001年，第26页。

体系，我国之前各种民法典草案和《民法通则》基本采用潘德克吞体系构建，但德国民法典、日本民法典及其总则建立的逻辑起点是在民商分立框架，对民事规则的高度概括和抽象而形成的体系。而我国传统上民法典采用民商合一立法模式，为实现民商合一，些许商事规则规定在民法典债编中。^①我国现有立法是围绕《民法通则》为中心而建立的民事单行法并存的体系，采用的正是民商合一立法模式。现行立法对商事规则的处理表现为以下几种形式：一是对商事主体特殊的规则予以规定，比如《合同法》详细规定融资租赁合同、建设工程合同等典型商事合同；二是不区分民事规则还是商事规则，比如《合同法》规定借款合同、租赁合同、运输合同、承揽合同等合同类型；三是区分民事与商事规则，对相应的规则进行分别规定，比如《合同法》区分保管合同与仓储合同，居间合同与行纪合同；四是在具体规则中对商事规则予以特别规定，比如《合同法》在借款合同中区分商事借贷与民事借贷、在赠与合同中区分自然人赠与与商事主体之间的赠与从而适用不同的规则。在制定《民法通则》时，并没有考虑到商事规则。其中典型表现为没有确定商事主体适用的规则，由此使得各民事单行法律缺乏商事规则的统帅。有学者主张，为实现民商合一立法模式，应该借鉴《民法通则》的相关规定，构建统一的主体制度、统一的法律行为制度、统一的代理制度、统一的时效制度，^②因《民法通则》并没有很好地体现商事规则的独特性，该种观点其实是消弭商事规则的独特性，并不能体现民商合一立法模式的本质。

德国式民法典总则是对具体民事规则（债权、物权、亲属、继承）高度抽象而设计的，我国民法典总则应当是对既有民事与商事法律规范高度抽象，从而适应民商合一立法模式。商法绝不是游离于民法典总则之外的特别法，为了在我国特定历史条件下形成的既有法律现状中能够实现民商合一，我们不能继续困守《民法通则》和民法典草案及其总则编对仅规范民事规则的德国民法典式总则的传承。

因而，民商合一立法模式不是些许的融入也不是全盘吸收商事规则，应当秉承体系性、统摄性、谦抑性的原则在未来民法典总则中纳入商事规则独特性：

一是体系性。体系是法典的生命，无论是德国民法典的五编制还是法国民法典的三编制，都体现了法典在逻辑性和体系性方面的优越性。体系性是保障民法典总则教义实现的必然选择，也是总则成为民法典各编乃至单行法律的必然要求，从而充分贯彻如平等、诚实信用、私法自治、维护交易安全等民法的基本价值观念，有助于减少和消除民事法律制度之间的冲突和矛盾。^③民商合一立法模式下民法典总

① 谢振民编著：《中华民国立法史》下册，北京：中国政法大学出版社，2000年，第806页。

② 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；王利明：《民法总则的立法思路》，《求是学刊》2015年第5期。

③ 王利明：《论中国民法典的体系》，《现代法学》2001年第4期。

则的编纂在纳入商事规则的独特性制度时需要避免两套主体、两套规则的存在。

二是统摄性。民法典的统摄性要求所纳入的规则不仅涵盖传统的民事法律规范，更应创新性地涵盖商事规则。民法典总则的制定过程就是“提取公因式”的过程，将民商事规则的共通性规律提炼和抽象出来，并赋予各自符合逻辑的位阶。这个过程的结果就是那些统摄全局、贯穿始终的内容被剥离出来并在逻辑结构上居于最高位阶。民法典总则的统摄性不仅要求其系统而完整地概况民商事规则的基本价值与原则，而且应为具体民商事规则的适用提供指引。

三是谦抑性。所谓谦抑性，又名必要性。商事规则具有随着社会的发展易于改变的特点，将大量商法规范直接纳入民法典中，将会导致商法的变动性与民法的安定性之间产生矛盾。^①为了使民法典保持稳定性，民法典总则只能规定一些稳定的商事规则。另外，商事法律的基本价值在于鼓励交易的便捷与顺利，为了使商事主体适应急剧多变的商事交易，不能用过多的规则桎梏其行为。“商法不仅需要作为法律调整手段的自治……更重要的是需要规范创制（法律渊源、法律创制）上的自治，与争议解决机制上的自治。”^②任何对商事法律事无巨细的规定并不有助于商事法律的发展，反而限制乃至破坏商事交易的发展。

四、民法典总则规定商事规则的制度路径

我国采用潘德克吞式民法典总则已经成为立法者与学者的基本共识。以此为基础，为避免民事主体—商事主体、民事行为—商事行为的对立，商事规则只能根据民法典总则立法逻辑融合在民法典总则中。换言之，也就是将商事规则的特殊性融入民法典总则的原则性一般规定、主体、行为、权利义务等基本制度框架之中。

（一）确立商事习惯优先于任意性规范适用的基本原则

为实现商事交易的快速流转的要求，商事主体对自治具有更高的要求，不仅表现为规则的自治，更多地表现为解决规则的自治。商事习惯作为自治性规则，能够促进主体对商事交易的调整，体现出商事主体解决争议的创造性与自决性。《民法总则（草案）》第10条确定习惯的法源性地位，在实现民商合一立法模式中具有重要作用。众所周知，商事交易习惯在商事交易中具有重要的地位，甚至可以说是调整商事交易领域最重要的法律渊源。但该规定却从狭义民法立场确定习惯的民事法律适用程序，忽视了商事习惯在商事交易的特有作用。

① 参见范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，北京：高等教育出版社，2005年，第33页。

② 张谷：《商法，这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，《东方法学》2006年第1期。

作为普通的民事主体而言，因从事的交易的不定期性、非专业性，习惯不具有法律那样明确稳定的预期，因此，如果有明确的法律规定，首先适用民事法律规范，只有在民事法律规范不足的情况下才适用民事习惯，这样能够实现当事人交易的公平。但对于商事主体而言，由于交易主体职业性、专业性，交易形式定期性、稳定性，为实现交易的快速与便捷，商事习惯在交易主体的视野中比法律中的任意性规范更具有强制力。如果违背商事交易的一般习惯，将会导致某一交易主体在该交易区域失去信任的基础，导致其丧失交易的资格。比如温州、台州等地出现的合会规则，合会会员（比如 10 人）每人出 10 万元，每个会员拥有“一定数量的货币在一段时间内的使用权”，从而使资金发挥巨大的效应。合会会员必须信守该种规则，否则会导致合会资格的丧失。^①

商事习惯作为商事交易中的规则，更主要的是商事习惯体现出商事主体在商事交易纠纷解决的自治性，《国际商事合同通则》（UNIDROIT）和《欧洲合同法通则》（PECL）几十年的发展表明，国际仲裁依据是当事人所缔结的合同与交易习惯，该观点已经去除了“替换传统的基于主权概念的立法论”，国际商事交易当事人与仲裁机构制定的商事习惯是商法复兴机制所在。^② 在发生争议时，法律应该尊重该种规则，否则法律不仅破坏商事自治所体现的规则，而且会纵容不诚信的交易发生，其结果必然产生劣币驱逐良币的效应。个案判决看似损害的是个别交易，其实损害了整个商事交易体系，最终会破坏社会经济的发展。事实上，绝大部分国家都在商事法律中承认商事习惯。甚至，有的国家商法中明确规定，在没有商事习惯时，方能适用制定法或成文法。例如《日本商法典》第 1 条就是如此规定，《韩国商法典》也有类似的规定，特别地，该法典还明确指出对合同的内容进行解释或者合同漏洞需要补充的时候，应当先适用习惯，在没有可以适用的习惯时，才适用任意性法律规范。

然而，我国现有的法律大多是在传统民事交易基础上建立起来的规则，较少考虑到商事交易的特殊性以及法律规范的性质。另一方面，如果简单适用法律规范性文件效力优于习惯的效力规则，还会扼制商事交易的发展。笔者认为，在习惯与其他规范性文件何者优先的情况下，应该区分强制性规范与任意性规范。对于强制性规范本身所具有的强制性，法律应该首先适用此类规范无疑义；但任意性规范主要是赋予行为人从事某种行为的自由，划定自由行使的规则，任意性规范调整的是私人之间的利益，尽管也蕴含了法律对私人之间利益的平衡。不过，基于私法自治的本质属性，这种利益衡平具有补充性，即只有当事人在没有对这种利益进行合适

① 参见张翔：《合会的信息汇聚机制——来自温州和台州等地区的初步证据》，《社会学研究》2006 年第 4 期。

② Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 207.

取舍的情况下，法律才能“越俎代庖”地予以规范。^① 商事交易习惯代表主体对法律的变更，因此，对于商事习惯的适用并不能简单地适用法律规范优先于习惯的规则，相反，法律应该确定商事习惯优先于任意性规范的效力。比如在中国工商银行哈尔滨开发区支行与中国光大银行哈尔滨道外支行、黑龙江长兴投资公司借款合同中，最高人民法院根据商事习惯确认了不动产收益权可以质押的规定，^② 正是贯彻了商事习惯优先于任意性规范而适用的规则。

建议我国民法典编纂明确商事习惯优先于任意性规范适用的基本原则。其实，确立商事习惯优先于任意性规范的效力规则，也就是确立商事规则的漏洞填补规则，即在商事规则具有欠缺的时候，不能简单适用民事法律规范，只有当商事习惯不足时，才适用民事规范，才能最大程度保障商事交易的自治性。

（二）将营业作为确立商事主体和商事行为的标准

立法在如何确定商主体的问题上，存在商事主体标准与商行为标准，但无论是在理论还是在实践中，二者经常以同义反复的形式予以确定。我国有学者认为，商行为就是商主体所从事以营利为目的的经营行为。^③ 《日本商法典》第4条以“商行为”来界定“商人”，内容为商人是指“以自己名义、以实施商行为为业者”。但在该法第503条在定义商行为时，规定“商人为其营业实施的行为均属于商行为”，采用的是用“商人”来界定“商行为”。《德国商法典》第343条第1款亦作类似规定，“商行为是商人从事商事经营的行为。”《法国商法典》第632条并没有确定商主体的内容，规定凡是从事以营利为目的的行为，均属于商行为。由此表现出商人与商行为难以区分的立法态度。《民法总则（草案）》回避了这一冲突，直接将营利性法人作为商事主体（第73条）。

笔者认为，将商事主体的范围限制在营利性企业法人的做法不利于商法发展，也不利于拓展商事交易的灵活性，商事主体制度构建应当在商事主体为特殊的民事主体基础之上。事实上，尽管民法为商法提供了平等主体理论、权利理论、行为理论、法人构成要件等基本主体理论，还提供了一般性行为理论，尤其是法律行为理论，但还是缺乏有关商事治理、决议理论等等商事特殊性规则。^④ 其实，商事主体是特殊的民事主体，主要包含两层意思：一是商事主体是民事主体；二是商事主体

① 王轶：《论合同法上的任意性规范》，《社会科学战线》2006年第5期；许中缘：《论任意性规范——一种比较法的视角》，《政治与法律》2008年第11期。

② 最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院商事审判裁判规范与案例指导（2010年卷）》，北京：法律出版社，2010年，第170—177页。

③ 范健主编：《商法》，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2002年，第49页；徐学鹿主编：《商法教程》，北京：中国财政经济出版社，1997年，第42页。

④ 参见陈醇：《商法原理重述》，北京：法律出版社，2010年，第361—362页。

是特别民事主体。一方面，既然商事主体是民事主体，而我国未来民法典将民事主体划分为自然人、法人、其他组织，商事主体也应当有这三个类别，这为商事主体外延确定了一个可靠的边界。另一方面，商事主体又是特殊的民事主体，民事主体无法全部地具备商事主体身份，民事主体需要具备某些特质才是商事主体，所以不能简单地将商事主体按照营利性标准予以确定，商事主体应当也只能构建在民事主体制度基础之上。

由此可以推论，先入为主确定何种类型的主体（行为）为商事主体（行为）的立法是不可能实现的，但还是可以采用一种客观的标准。应当将营业作为确立适用商事规则的标准。所谓营业，是指一种独立的、有偿的向外公示的行为，但是对于艺术、科学的活动以及那些需要高度人身性的自由职业不包括在内。^①“营业是商法所特有的范畴与规范体系”。^②商事主体首先是民事主体，然后如果满足营业条件就是特殊的民事主体——商事主体，那么既然民事主体可以分为自然人、法人、其他组织，那么，满足营业条件的自然人、法人、其他组织就应当是商事主体。如此一来，营业使得商事主体的外延得以周延界定，从而营业能够成为确定商事主体外延的标准。另外，抽象的营业概念还具有极其丰富的含义，既要求以商人的方式经营且相关活动具备独立性和有偿性，而且还有对艺术、科学的活动以及那些需要高度人身性的自由职业的消极条件。^③满足营业条件的自然人即可确认为商个人，但是满足营业积极条件却违反消极要件的法人和其他组织就不能相应地确认为营业法人、营业其他组织。例如我国《民法通则》将团体身份划分为企业、机关、事业单位以及社会团体法人，其中企业法人是商事主体无疑，但是其余三类团体身份根本无法满足营业的要求，不可能是商事主体。同样，除了法律另有规定，对于律师、审计、税务师等高度与人身相关的个人也无法成为商事主体。

商事行为不过是法律行为在商法中的体现而已。商行为作为商事主体行为的规范，具有法律规范的规范价值，当无疑义。但是如果将商事行为作为与民事行为对立的概念，就会缺乏民事行为所具有的法律行为、事实行为的丰富内容，由此使得商行为作为孤立的概念，缺乏概念所具有的功能。因此，法律对商事行为本身并不能构成规范，哪怕是商事行为的效力，单靠商事行为概念本身于事无补。也只有这样，才能解释商事买卖、商事代理、商事行纪、商事居间、商事仓储、商事票据、商事担保、商事保险等商行为存在，正因为商行为与法律行为具有本质同一的属性。^④

① C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 36 页。

② 郑曙光、胡新建：《现代商法：理论起点与规范体系》，第 189 页。

③ 参见 C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 30—32 页。

④ 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。

可见，营业是连接商主体与商行为的核心，商法以营业为中心建立起相应的规范体系，以营业作为适用商事规则的标准具有天然优势，相对既有两户制度和营利性标准而言无疑具有进步意义：

第一，体现商事交易的本质要求。营业既是商主体的判断标准，也是商行为的认定标准。无论是商主体立法还是商行为立法容易陷入立法的循环论证。对于商事交易的确定，最为重要的标准不在于资产的规模与人员的数量，而在于“一个理性的经营者于此是否采用商事簿记制度的基本原则的必要性。”^① 营业所体现出的营利性、持续性、独立性与公开性是商主体的外观表现。现代商事制度的商事主体登记制度、商业账簿制度、商号登记制度等都是围绕营业而展开的。营业是商事登记的前提与基础，也是商事交易的对外表现。营业所体现出的营业财产以及围绕营业所形成的功能体，本身是商主体的存在形式。现代商法一方面依据行为人所经营的商营业的种类，区分了法定商人（必然商人或免登记商人）、须登记商人和可登记商人，另一方面又根据商营业的规模，区分了完全商人和小商人。^② 因此，营业被作为区分商事主体与民事主体、商行为与民事行为的一个关键标准。^③

第二，保持商事主体的开放性。以营业作为确定商事主体的标准，为该主体自愿进入该领域提供可能，从而使得民法典在设置商事主体方面具有开放性。这方面，德国商事法律的制度的发展可以作为例证。在 1998 年之前，《德国商法典》立法是以依法登记作为取得商人身份资格的标准，这种立法受到学者批评，学者认为，尽管这些内容具有较强的确定性，但不能保证法律适用的实质正义。学者认为，“将小营业经营者从商法领域中排除的根本性原则是自相矛盾的”，应该将营业作为商法的内容。可以说，德国商法改变了主体标准，而将营业作为商主体的内容。该种观点认为，“工商营业或者独立职业行为”也作为商主体的内容。^④ 因此，在新修改的《德国商法典》第 1 条第 2 款的概括性条款规定，商人身份的取得必须满足商营业的特定前提，只要是满足了商营业的一般前提条件，就可以成为法律的商人，^⑤ 德国立法的发展值得我们借鉴。

第三，保障法律的正确适用。基于营业事实的稳定性，能够保障法律适用的确定性。事实上，对于商事留置权的产生以及留置权的适用，一般采用营业标准。“商人因营业所生之债权，与因营业关系而占有之动产，其债权与占有虽基于不同关系

① C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 70 页。

② 邵建东：《德国商法最新修订评析》，徐学鹿主编：《商法研究》第 1 辑，北京：人民法院出版社，2000 年，第 145 页。

③ 郑曙光、胡新建：《现代商法：理论起点与规范体系》，第 192 页。

④ C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 21—23 页。

⑤ C. W. 卡纳里斯：《德国商法》，第 40—41 页。

而发生，无须有任何之因果关系，即视为有牵连关系，而得成立留置权。”^①

（三）规定财产权的一般性规则

自罗马法以来，传统大陆法的财产法概念体系是建立在朴素的财产观基础上的，是以具体的物为基点展开，依据物的占有和流通形成了物权和债权二元划分的财产权体系。可以说，商法之中物权债权的权利分类就来源于民事权利理论。^②一直到德国、法国民法典都是以有形物的占有秩序为基点构建财产权体系，然而物权债权二元体系也正是早期欠发达商品经济发展的体现，^③而商法是商品经济发展到一定阶段的产物，商法的财产流通大多表现为无体财产的特征，没有物的介入，只通过无形的票据、营业权和股权的流转就能获得大量金钱财富，商法制度确立的财产权规则是开放的、多元化的，尤其商事特殊性所确定集权理论、分权理论、财产权计量理论已经无法为传统二元体系所涵盖。^④因此，物权债权二元体系符合德国、法国民商分立的私法秩序，但却不适合我国民商合一立法模式。

第一，传统的民事财产权利体系中难以实现商事财产权利的融合。欲实现现有财产权体系上的民商合一，实现民法对商法的统领和有效规制，在财产权规则上必须进行适当的整合。实现民商合一的一个主要体现即为实现民事财产权利和商事财产权利在同一层次上的定位，加之由于法律体系形成的原因使得民法财产法概念体系在技术上很难适用于商法，因而构建一个独立于现有民事财产权利体系、统领民商事财产权利体系的财产法一般规定实为必要。

民法财产权体系以物为基点构建的特点，使得商法财产权体系难以融入其中。实现商事财产权利与民事财产权利的融合，就必须拓展现有民事财产权利体系的构建基点，而拓展现有民事财产权利的形态，必须依靠统领民商事财产权利体系的财产法一般规则打开商事财产权利进入民法典的大门。

第二，财产法一般规则可以实现民商事财产权利的整合。民法典总则作为私法的整合工具，体现为存在与民法领域中的各项制度进行规定，但不可能仅仅对涉及某一类型的法律关系的规定，否则将会影响总则与分则间的基本逻辑。^⑤制定调整具体财产关系领域的财产法基本规则是对于民商事财产关系的统一规范，既可克服传统财产关系和财产权利关系的过于分散，又可扩大现行民法典财产关系的适用范

① 史尚宽：《物权法论》，北京：中国政法大学出版社，2000 年，第 500 页。

② 赵万一主编：《商法学》，北京：法律出版社，2001 年，第 77 页。

③ 参见马俊驹、梅夏英：《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，《中国法学》2004 年第 4 期。

④ 参见陈醇：《商法原理重述》，第 363 页。

⑤ 参见马俊驹、梅夏英：《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，《中国法学》2004 年第 4 期。

围，为真正实现民商合一奠定理论基础。

第三，财产法一般规则实现抽象财产权与具体财产权的过渡。真正意义上的总则应该是对各种法律要素进行最大限度的抽象，从而获得普遍效果，当新的权利形式出现后才能通过总则将其纳入民法典的调整范围。现有民法典难以实现对新型财产权利的接纳，主要原因在于：其一，目前民法典主要是以权利为线索展开的，进而形成了物权、债权等各编，但很难在总则中找到与物权、债权相对应的财产权利抽象物，使得知识产权制度、商事财产权制度等难以进入民法财产权利体系，以单行法形式游离于民法典之外。民法典总则对财产权利体系统合功能的缺失，使得制定财产法一般规则具有现实的必要性。其二，民法总则应是调整民法各领域的一般规范，但现代社会中的一些财产形式，如无形财产等，常常难以在民法典中找到相关权利规定，既因权利过于具体而难以在总括性的民法典总则中规定，又因传统物权债权二元区分的界限过于明确，难以将新型财产权利归入物权或者债权体系。在总括性的民法典总则与具体的物法、债法等具体权利规定之间，有必要设置财产法一般规则作为过渡的中间层次，既能实现一般与多样性的整合，弥补总则权利规范的缺失，又能发挥对民商事财产权利的整合，扩大传统民法典的适用范围，实现其对民事各领域的统领作用。

诸多学者认识到制定财产法一般规则对于实现民商合一的必要性，对于财产法一般规则的具体存在形式也都主张制定财产法总则的形式。^①笔者认为，即便制定财产权法总则，也只是对物权一般规则、债权一般规则进行规定，对于物权债权的具体规定还是要放在物权和债权专章中规定，这样便形成了“总则—总则—分则”的形式，会造成体系混乱。不如在民法典总则中对财产权利作出一般规定，既能保证总则的统领性，又能体现民法开放性。

《民法总则（草案）》在民事权利客体中规定财产权的内容，例如《民法总则（草案）》第102条明确财产权利受到法律保护，即可认为采用了该种立法模式。在编纂民法典之际，规定财产权完全是必要的，也是可行的。一则因为民事权利客体并非财产权的内容，财产权与民事关系内容和客体的性质并不一样；二则因为财产权内涵相当丰富，此外还有必要规定财产权一般性规定，根本无法在民事权利客体中容纳。因此，未来民法典可在民事权利章中单独设置一节对规定财产权做出一般规定，同时在法人一章规定法人财产权和成员权，基本制度设计如下：

第一，定义财产权，为构建开放的财产权体系提供基本的概念构成。财产权的法典化，首要解决财产权的概念界定问题。对此，英美法系与大陆法系有着完全不同的规定。英美法系“财产权是指存在于任何客体之中或之上的完全的权利”，不仅

① 参见吴汉东：《论财产权体系——兼论民法典中的“财产权总则”》，《中国法学》2005年第2期。

存在于有体物中，也存在于无形财产之中。^①而大陆法系的财产权是指一切以经济利益为内容的权利，包括财产的支配权与请求权，^②并构建了以基础权利的请求权（如合同之债）和救济权利的请求权（如侵权之债）为主的债权结构，以上财产权利共同构成我国的财产权利体系。财产应包括一切物和一切财产性权利，前者是广泛意义上的物，意指物质实体的“有形物”、精神本体的“精神产物”以及其他价值实体的“抽象物”；后者是确定含义的各种类型的财产权利，消极债务的权利除外。^③

第二，包含无形财产。其一，由于知识产权特有的技术性，其在权利体系中已经独树一帜，在规则上形成了完整的体系，因而，知识产权法不宜平行移植到民法典。知识产权的保护容纳进“财产的分类”中，并对知识产权的性质、效力、范围保护、限制做出一般适用性规定即可。其二，无形财产也应包括因商事活动的繁荣产生的以脱离物的流通形式的票据、证券、信托财产权等基本形式的财产权利，进一步实现商事领域的财产权进入民法典调整的目标。

第三，规定法人财产权。从专家意见稿和民法总则草案的设计中不难发现，我国民法典制定比较强调个人责任而忽视团体责任，造成责任定位不清晰。坚持民商合一的关键在于确定团体人格责任，从而明确主体责任归属。而团体责任即是以法人财产权和成员权为基础确定的责任机制。法人财产的相关立法散见于《民法通则》、《公司法》、《合伙企业法》、《物权法》之中。抽象出法人财产权的一般规则，既可以对现行的公司、法人、合伙等法人财产的规则进行完善，亦可对业主团体、宗教财产、宗祠财产中一般规则的构建起指引作用，具有积极意义。故我国未来民法典总则应该规定法人财产权，法人是以其独立财产承担责任的民事主体，从而明确团体（法人）责任，对于不具有法人资格的，确定为团体财产权，同时确立团体（法人）财产权的一般规则。

第四，规定成员权的一般规则。成员权主要包括股东权、合作成员的社员权、集体组织成员的权利以及建筑物区分所有者的共同权利。股东权、建筑物区分所有者的共同权利等成员权的规定散见于我国《公司法》、《物权法》之中。实际上，成员权是连接成员民事财产权与团体商事财产权的纽带。传统民法建立在个人完全占有有体物前提下的所有权理论并不适应成员权的实现，通过成员权的界定可以将民法的调整手段延伸至团体财产的权利规制中，增进财产权利的民商合一。

① 戴维·M. 沃克主编：《牛津法律大辞典》，邓正来等译，北京：光明日报出版社，1988年，第729页。

② 吴汉东：《论财产权体系——兼论民法典中的“财产权总则”》，《中国法学》2005年第2期。

③ 参见卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，北京：法律出版社，1998年，第410—411页。

五、结 语

《法国民法典》以自然法为基础,《德国民法典》总则是自然法与罗马法相融合的结果,^①这与“事实上支配那些往返于商业交易所在的文明世界和港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则”的商人法具有迥然的差异。^②由此得知,《法国民法典》、《德国民法典》本身并不具有商人法的特色,也遑论民商合一。然而,时代在发展。^③在互联网时代,商业社会的迅猛演进,不得不使得民商合一立法模式成为我国民法典编纂的必然选择。民法典总则不仅是民法典各编的总则,也应是商事规则的总则,乃至整个私法的总则。

在当代中国互联网经济迅猛发展、国家大力提倡“大众创业、万众创新”的背景下,涌现出了大量的商事主体。然而,民商分立的视角脱离了民法的根基,传统的商法理论又只是简单地套用民法的原则和制度,都无法为具有特殊性且普遍存在的商事主体提供应有的理论支撑。在此背景下,民法典能够为每个人自由与发展提供平等的机会就显得愈发重要,也有了实现民商合一立法模式的现实需求与理论必要。毋庸置疑的是,中国民法典应当超越既有民商区分的局限,实现商事规则的特殊性,如此方可成就具有中国特色、彰显时代精神,引领世界潮流的中国民法典。故而民法典总则实现对商业化时代所亟需的商事主体、商事行为方式、商事权利类型等商事基本规范的调整,应成为学术共识与立法共识。中国民法典既不宜采用瑞士或意大利式民商合一的立法体例,也不宜采用传统民商分立体例,而应当走自己的道路,在民法总则中全面融入商事规则的独特性,从而实现具有中国特色的民商合一。

〔责任编辑:刘 鹏 责任编辑:赵 磊〕

① 参见艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,第150页。

② 施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文选译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第4页。

③ 有学者认为,法国、德国采取民商分立立法模式的一个重要原因在于,民法是适应农业社会的需要,而商法是商业化生产的需求。随着社会化生产,传统民法与商法的区分的界限已经消除。(参见 Michel Germain, “Le Code civil et le Droit Commercial,” p. 641)

positioning has consistently assumed the shape of a bowling pin: Those who identify with a low position account for more than half of respondents, a higher proportion than in most countries. At the individual level, the net effect on self-positioning of such objective indicators as education, income and occupation has been smaller and has gradually weakened over the past 10 years. The correlation between subjective perceptions of mobility and social class self-positioning has grown stronger, but the role of “perceptions of upward mobility” weakened over the period. At the macro-level, the tempo of economic growth has failed to raise the level of self-positioning, and the effect of income inequality has been markedly negative. Our research findings further demonstrate the degree to which curbing the income gap and increasing mobility opportunities are important for increasing the public’s “sense of benefit” during the period of social transformation.

(7) The Distinctiveness of Commercial Law and the Compilation of the General Principles of the Civil Code

Xu Zhongyuan and Yan Keyun • 127 •

Maintaining the distinctive place of commercial law within Chinese civil law is a program for relating two of the important components of China’s socialist legal system: Civil law and commercial law. The program reflects the immediate needs of the relationship between the two, and should gain the agreement of both scholars and legislators. In a legislative model that combines the civil and the commercial code, the general principles of the civil code become the highest authority for commercial law and regulations, thus establishing their distinctiveness while at the same time maintaining the systemic character of the laws currently in force and achieving the due application of justice. German-style civil code principles are characterized by a high degree of abstraction of concrete civil law, and so are unsuited to the Chinese civil code’s legislative model that combines the civil and the commercial code. To put the general principles of the civil code into an independent chapter or have a separate section setting out commercial laws and regulations would affect the systemic nature of the civil code, and so is not feasible in practice. The inclusion of commercial laws and regulations under the general principles of the civil code should adhere to the principles of systematicity, inclusion and restraint and should jettison the approach that treats commercial laws and regulations as traditional civil law rather than defining them on the basis of the distinctiveness of commercial law. Against the background of the rapid development of the internet economy and the national campaign for “mass entrepreneurship and innovation,” a large number of commercial entities have sprung up, so it would appear increasingly important for the civil code to provide everyone with equal opportunities for freedom and development. We suggest that commercial laws and regulations should be comprehensively integrated into China’s civil code under the general principles of civil law, so as to realize the distinctively Chinese combination of the civil and the commercial.

• 207 •