

· 当代民商法学研究 ·

中国商人制度与民事主体立法

——写在《民法总则》创立时的思考

范 健 丁凤玲

(南京大学 法学院, 南京 210093)

摘 要:商人是特殊民事主体,其主体地位的取得与丧失、人格差异、义务承担、法律价值目标等方面,都有别于其他民事主体。《民法总则》作为民事主体的基本法,立法时应充分注意商人主体的特殊性并在规则设置上予以特殊安排,遗憾的是现行立法远远不足。鉴于商人制度在伦理观念、法律人格、责任能力、组织形式等方面都有根本区别于民事主体的创新性,《民法总则》对商人的安排只能限于规定商人的法律地位,具体的商人规则应留予商法自行设计。商人的创新性既是商法生命力的源泉,也是社会经济发展的保证。现阶段我国要改变不健康的经济生态,就必须创建商人制度,通过《商法通则》的制定使商人体系制度化,以消除商人存在方式上的积弊,以弥补《民法总则》立法的缺憾。

关键词:商人制度 《民法总则》; 《商法通则》

商人是市场经济的主体,商人制度是市场经济的根基,《民法总则》和《民法典》的起草,如果不能为商人制度的建立提供良好的法律基础,这部民法就无助于市场经济的健康发展,甚至会导致中国市场经济进程一定程度的倒退。《民法总则》如何吸收商人规则,学界一直争论不休。最新颁布的《民法总则》几经修改,对该争论作出了一定程度的回应:其一,为个体工商户、农村承包经营户两种从事经营活动的自然人设置特殊规则;其二,以营利性为标准区分法人并在营利性法人部分引入《公司法》条文;其三,以个人独资企业和合伙企业为非法人组织。《民法总则》以此类方式吸收商人规则,但该“回应”并没有消除学理上的争议,反而在更大范围内掀起了学者围绕具体条文设计展开激烈的争论。

究竟《民法总则》应当如何吸收商人制度,纠结于具体条文,并不能得到理想的答案。有鉴于此,本文试图以整体为视角,从商人制度出发,探讨《民法总则》设置商人规则的合理限度以及我国商人制度建构的最佳路径选择。

一、商人主体的特殊性要求《民法总则》的特殊安排

商人是资本的人格化,是市场经济赖以生存和发展的基础,如果没有商人也就没有所谓的市场经济,资本主义国家如此,社会主义国家亦然。不过,对于长期缺乏商法传统的我国而言,商人依然是一个经济领域中的职业分工用语,还不是一个清晰的法律概念,不仅法律理论界关于使用“商人”还是“商主体”“商事主体”“企业”等作为指代存有争议,现实法律生活中人们

对商人的理解也是纷繁不一。^① 本文的商人指的是经营营业事业的人,既包括自然人,也包括各种为经营营业事业而成立的商事组织体。

商人作为一类主体,以商业为生活重心。根据马克思的理论,商业生活应属于市民社会的一部分,“市民社会包括各个个人在生产力发展的一定阶段上的一切物质交往,它包括该阶段上的整个商业生活和工业生活”^②。因此,商人依存于市民社会,只不过主要活跃于市民社会的商业层面。而市民社会作为特殊的私人利益关系的总和,是私法主体以人格独立和财产私有为基础形成的一系列社会关系。^③ 市民社会追求自由、理性、契约,该内在精神和价值追求凝结所形成的法律便是民法,民法正是体现市民社会一般规律和根本要求的法律,是市民社会的一般私法。^④ 所以,以市民社会为背景的商人也必须服从民法的规范,相应地活跃于市民社会的商人也理所当然的是民法的主体,也因此我国《民法总则》主体制度的设计就少不了对商人的考虑。

不过,主要存在于商业生活的商人相比于一般民法主体仍有自己显著的特殊性,该特殊性使得商人因无法被抽象而只能依据独特的立法技术寻求特殊安排。具体而言,商人相对于一般民事主体的特殊性主要包括以下四大方面。

特殊性之一:主体地位取得和丧失。不论是自然人形态的商人,还是组织体形态的商人,在不承认拟制商人的国家中,登记注册始终是商人资格取得和丧失的前提,相比之下注册登记要件则非所有民事主体取得主体地位的条件。民事主体更加强调自然身份和自然权利^⑤,“天赋人权”理论下的自然人就是如此,这一理论不仅是现代政治理论的基础,也是现代民法理论的基石。而主体地位的丧失制度对组织体以外的民事主体则同样不可同日而语。商人在该方面的特殊性,也使得商人与一般民事主体关系呈现为商人向民事主体的单项无条件转换;民事主体向商人的附条件变更。

特殊性之二:人格的客观差异。在以权利能力表征主体地位的德国潘德克顿体系中,所有民事主体都有独立、平等的抽象人格,平等性和互换性是民事主体的基本特征,民事主体的民事活动只因行为能力而存有不同,这里的行为能力在自然人中间又可能因为年龄、智力因素的差异而大相径庭,而一般民事组织体的行为能力则与其权利能力相互捆绑,“生死”相依,并且在潘德克顿体系下,仍然拥有法律上的抽象平等人格。相比之下,以具体人格为土壤滋养而成的商人,不仅不具有一般民事主体理论下的平等性和互换性特征,其行为能力的判断还以资本实力、经营规模等因素^⑥为准进而在客观层面存在显著差异,最终使对应的商人人格也同样参差不齐,例如,在独立性和互换性上,一人有限公司的人格就远弱于大型上市股份有限公司。

特殊性之三:义务承担。在商人人格具有客观差异的背景下,商人在市民社会的交往中,被要求承担重于一般民事主体的义务。虽然,作为私法范畴的主体,商人仍可以享受来自于民法、商法赋予的权利,但是,在实质平等理论下,商人行为能力在客观事实上的差异使得权利限制理念与规则在商人身后如影随形,客观上具有优势地位的商人不得不负担较重的义务以实现市民社会的整体平衡。相比之下,一般民事主体则不存在所谓的义务加重一说。

① 参见胡晓静《构建我国商主体制度的基础性问题——以〈德国商法典〉为借鉴》,主保树主编《商事法论集》(总第22卷)北京:法律出版社,2012年。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷北京:人民出版社,1995年,第130页。

③ 参见王利民《论私法与市民社会》,《社会科学辑刊》2004年第4期。

④ 参见解正山《论民法与市民社会的关系——基于内在价值理念的分析》,《西部法学评论》2012年第1期。

⑤ 参见任先行《商法原论》(下)北京:知识产权出版社,2015年,第698页。

⑥ 参见王兰《商主体设定规范结构研究——基于法的现代性考察》,《河北法学》2010年第11期。

特殊性之四:法律价值目标。一般民事主体以追求主体人格独立与被尊重为价值目标,具有鲜明的道德伦理色彩,民事主体制度更是强调公平,关注主体的人身关系和与人身有关的财产归属关系,总之,人格独立和权利本位是民事主体制度的灵魂。然而,商人的价值目标则在于提高社会生产效率,追求盈利,强烈的功利性导向使安全、效率和利益成为商人法律制度的价值追求。

上述四方面的特殊性是商人无法被民法的主体制度所抽象的部分,却也是商人生命力之所在,因此,《民法总则》对商人的规范注定只能是以特别的规范进行。

二、商人制度的创新性呼唤《民法总则》的“留白”与商法制度的“充盈”

渊源于欧洲中世纪的商人法与发源于古罗马的民法具有不同的历史走向。自日耳曼人征服西罗马帝国后,民法便迎来了历史上的黑暗时期,但是该时期却是中世纪商人在发端后,推动商人法由零散、杂乱的习惯法走向具有系统性、体系化的成文法的重要阶段,民法的“没落”与商法的“繁荣”犹如并行的列车奔驰于整个欧洲中世纪轨道。

在商法独立于民法自相成长的时期,商人的创新精神被发挥到淋漓尽致,易变与创新被固定为商人的内在品质与商法不变的规律,最终使得商人制度与追求稳定性的民法规则渐行渐远。正是商人制度的创新性使商法迎来了黎明的曙光,也成为商法生命力的源泉,但也正是商人制度的创新性,使商人相对于民事主体的特殊性随时间而不断更新变化,甚有颠覆民法原理的趋势。因此,在走向《民法典》时期,即便商人活跃于市民社会的商业层面,需要受制于民法规范,或者说民法规则不得不考虑商人制度,但是就商人立法而言,民法的主体制度早已不得不接受只规定商人的法律地位,而将具体的规则留给商法的现实。

因此,商人主体的特殊性要求民法的特殊安排,但商人的内在创新性却决定了《民法总则》只能对商人“留白”,具体规则设计只能由商法“充盈”。具体而言,决定《民法总则》只能“留白”的商人创新性主要体现在如下方面:

第一,伦理观念创新。在人类过去的历史上,受宗教的影响,整个社会都抑制并反对唯利是图,商人被称为泥腿子,被人们嘲笑、憎恨和鄙视,由于商人获得利润的行为在过去被解读为倒卖、高利贷、投机,商人更是被诅咒灵魂必须进入地狱。^①如此种种的根源都在于商人逐利的商业伦理观与宣扬平等、自由、禁欲的世俗伦理相背离。然而,商人并未就此停住前进的脚步,反而“伺机而动”,在中世纪政教并存的政治格局下,商人利用城邦林立的政治生态,创建商业城市、发展海外贸易,不断推动商事交易规模扩大和商人队伍的壮大,最终使商业逐渐成为国家及其财产所赖以支撑的事业,并受到执政者的保护。^②重商主义开始盛行并占据主导地位,商人逐渐被社会认同,崇尚营利的崭新伦理观——商业伦理观也被社会所接受。但是,商人所遵循的以营利为理性的商业伦理,无法取代世俗伦理,反而与商业伦理发展时期的社会主流伦理观——禁欲禁商的宗教伦理相冲突,最终爆发了“三R运动”,即文艺复兴、宗教改革、古罗马复兴,民法也以恢复市民社会伦理秩序为使命迎来复苏。因此,民法的复兴与商人推动的商业伦理观创新紧密相关,可以认为,作为民法根基的社会道德伦理正是为了配合并平衡滋养商人茁壮的商业伦理所带来的社会正、负面效应而催生,两者相互并行,但却遵循着不同的逻辑思路:社会道德伦理以自然伦理理性为基础,宣扬平等、自由;商业伦理却以市场理性为基石,追逐利润、崇尚效率。所以,商人

^① 参见泰格·利维《法律与资本主义的兴起》纪琨译,北京:学林出版社,1996年,第158页。

^② 参见托马斯·孟《英国得自对外贸易的财富》袁南宇译,北京:商务印书馆,1981年,第89页。

在伦理观念上的创新直接导致了商人制度与民法规则伦理逻辑的不同,此时,民法强行安排商人制度,要么出现异化商业伦理、剥夺商人制度生命的结果;要么出现民法伦理遭到侵蚀、民法理论转而混乱的局面,所以民法只能“留白”。

第二,法律人格创新。商人在法律人格方面的创新主要是发展了团体人格,虽然团体早在罗马时期就存在,但团体作为重要的民事主体之一具有人格并为民法所确认,还得益于商人创新的推动。早期的团体主要是国家、地方自治团体和教会团体,受个人本位主义的影响,团体的人格并没有一开始就被民法所承认,1804年的《法国民法典》就对团体持忽略态度,没有创造出组织体的人格。^①然而,在1804年之前,随着商业的发展和扩张,商人组织就已经不断发展,虽然理论经常认为商人的形态经历了自然人、合伙、法人的发展路径,但单纯的商自然人并不是商人的常态,在合伙企业、公司出现之前,商人就已经通过契约等各种形式联合,商人形态从一开始就带有组织体的因素。^②随着商人形态的不断演进,合伙组织、公司也逐步成为商人的主要形态,商人实践的结果也直接推动了立法的变化,尽管团体人格没有被《法国民法典》承认,但仍有其他国家例如葡萄牙、西班牙在15世纪就承认了商事合伙的主体地位。最终商人的不断壮大使法国在立法层面对商人组织的漠视也没能长久持续,1807年法国就被迫通过《商法典》确立各种商事组织的主体地位。商人组织体形态活跃的成果最终也被民法所吸收,此后,另一部影响世界的《德国民法典》就直接承认了组织体的人格。不过,受文艺复兴的影响,个人权利本位的理念主导着近代民法典的制定,《法国民法典》对团体人格的忽视就源于此,即便承认了团体人格的《德国民法典》也同样遵循个人权利本位,组织体的主体资格只是立法简单地将权利能力理论套用于团体之上,在整个《德国民法典》的潘德克顿体系中并没有真正融入团体本位的理念,因此,法国和德国都选择以出台《商法典》的方式细化商人组织的规定。我国民法传统借鉴于德国,《民法总则》也同样延续德国的潘德克顿体系,所以关于商人的规定也应当继续延续以《民法总则》承认其主体地位,以商法规范具体规则的立法模式。

第三,责任能力创新。早期商人在进行营业活动时,遵循的都是权利义务相一致原则,但随着商业活动的不断复杂化,商业发展给商人带来高收益的同时也带来高风险,为了吸引闲置资本,商人开始通过康曼达契约允许投资者以丧失经营权为代价,以投资的资本或货物为限承担有限责任,该类契约经过发展演化出了两合公司,最终催生了立法层面的有限责任制度。有限责任制度的出台,使股东突破了“自己行为自己负责”的民法精神,通过股东与公司二元商事主体制度设计,遵循“一个人无须对另一个人的行为承担责任”的民法原理,再借助权利让渡实现了平衡。在商人实践基础上所创造的有限责任制度,使20世纪世界经济发生了飞跃式发展,但该制度却背叛了传统民法理论。权利义务相一致是民法理论的基石,“每个人都应当对自己的行为负责”也是民法的基本理念,而作为现代商人精髓的有限责任制度,却与之背道而驰,这也是《民法总则》对于商人制度只能“留白”的又一重要原因。

第四,组织形式创新。商人制度的创新性最主要的表现形式便是商人组织的不断更新。前有商人从康曼达到两合公司,普通合伙到无限公司,最终发展出有限责任公司的历史;现有商人不断创新组织形式,从微商到各种互联网平台的出现,从零散的商贩到集团化的公司企业,商人的创新步伐不会停止。尤其今天的世界又一次处在科技革命推动经济变革的历史转折点,我们无法准确预见未来商人组织形态演变,但却不难想象在证券与金融资本推动下,商人形态变化发

① 参见汪青松《商事主体制度建构的理性逻辑及其一般规则》,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第2期。

② 参见李政辉《商人主体性的法律建构》北京:法律出版社,2013年,第176-188页。

展的情景。然而,稳定性是民法的根基,若以民法为重心设计商人制度,商人的发展就不得不要受到束缚,大量新型的商人组织即便具备理性的行为能力,也无法成为民事主体,虽然可以仿造《德国民法典》以合伙的规定管理这类商人,但始终无法摆脱规则的束缚,所有的创新成果都被所谓的“合伙规则”抹杀,因此,民法对商人制度只能“留白”。

总之,就主体制度而言,商人有相对于民事主体的特殊性,但是在具体规则上商人制度在伦理观念、法律人格、责任能力、组织形式等方面都有相对于民事主体的创新性,并且该四大方面的创新又恰好涉及规范商人的基础,所以,即便因为商人在主体上的特殊性需要民法规范的特别设计,民法在对商人制度展开具体安排时也只能局限于承认商人的主体地位,为商人主体立法留有空间供商法自行设计,由商法自行记载商人在不断的实践中所完成的组织和行为方式的创新,使商人的价值在立法层面得以彰显。

三、构建商人制度是当代中国经济和社会发展的的重要制度保障

不过,虽然商人的创新性赋予了商法独特的生命力,但商人的创新也一并伴随着社会的风险和灾难,商法虽然只是客观记载商人主动创新的成果,但却也是减少或消除商人创新风险和灾难,维护商人创新下的社会安全的重要制度保障。

纵观世界历史,商人的创新无论是团体人格的创立还是商业伦理观的建立,以及责任能力和组织形式的创新,都给世界带来了无法磨灭的贡献。商人本身更是世界历史演进的重要一环,由商人资本所进行的原始积累,为工业革命提供了资金;由商人所进行的城市贸易,推动了自由、民主政体的发展,为议会政府的建立作出了突出贡献,欧洲许多城市得以发展为自治共和国,都得益于商人的推动;^①商人在国家之间的贸易活动,更促进了世界文明的融通。商人对人类的贡献不胜枚举,但商人却也是社会隐患的制造者。例如,欧洲15-16世纪的商人不断为社会创造财富,但也创造了罪恶,人体器官买卖盛行就是商人一手推动的^②。此外,世界范围内几次爆发的经济危机和金融危机,也都是因为商人的过度创新而引发,更别提世界几次重要战争、乃至西方资本主义强国的对外殖民活动,无一不是由商人上升到统治阶级的资源剥削与资本输出需求所导致的。

因此,商人可以推动社会进步,也可能带来社会的灾难,要确保商人的创新精神不被减损,我们需要专门的商法予以保证,要保证商人的创新精神不引发社会动荡,我们更需要一部符合社会发展规律的商法,构建具有商业精神与社会品格的商人制度。

构建商人制度是保持商人活力、推动商业发展的公开秘密。与西方国家历史发展轨迹类似,商人在我国一直不受重视,不仅在封建社会中居于末位(古代四民:士农工商,“商”即商人),传统文化对商人的刻画更是多以“贱民”“奸商”为主。并且,与西方社会在中世纪时期因商人的活跃而逐渐重视商业不同,商人在我国一直生存于“夹缝”之中,该情形直接导致我国长期缺乏商法传统,不仅没有调整商人制度的完善法律,使商人的身份权、资格权、营业权、财产权、人格权等都缺乏完备的法律保护,相反却主要依附于权力;还没有关于商人的完整理论,使全社会的商人都极其脆弱,无论是国有企业、上市公司还是个体商人,商人的生命都柔弱不堪。一个缺乏独立法

^① 参见任先行《商法原论》(下)第721页。

^② 参见 Maria Dolan, “The Gruesome History of Eating Corpses as Medicine,” <http://www.smithsonianmag.com/history/the-gruesome-history-of-eating-corpses-as-medicine-82360284/> 2017/5/12.

律人格,却依附于权力庇荫的商人体制,不仅不能推动社会进步,相反会制造社会堕落;如果商人制度不健康,发展经济将会是全社会的一场灾难性游戏;如果商人制度不健全,法律将无从监管,反腐也将难以进行。

受该文化和社会背景的影响,我国商人乃至商业在经济快速发展的当下出现了不少问题,具体情况如下:

其一,商人定位不清,社会分工混乱。我国的民事主体主要分为四大类,具体包括自然人主体、商人主体(营利主体)、公益主体(非营利主体)、国家政府主体(国家、立法、司法、政党)。在这四类主体中,理论上直接创造社会物质财富、促进财富增值的主体就是商人,包括商自然人和商事组织,但现实却并非如此。在我国,不仅学校、医院等公益机构加入了营利的大潮,大量的经营行为更是被政府官员、百姓、事业单位等视为民事行为而肆意为之,社会分工极其混乱。全民皆商的结果便是违法犯罪与权力腐败行为屡禁不止。

其二,商人的商业道德日益低下,严重影响社会经济健康发展。为什么二战之后绝大多数国家选择了市场经济体制,但却只有很少一些国家获得了较快的经济发展,多数发展中国家陷入困境?一个重要的原因是商人权力是否被滥用。在一个商法不发达,对商人约束的法律制度不健全的国度或社会,即便有大量的商业行为,创造一大批有钱人,社会也会因金钱与权力的勾兑而陷入混乱。商人创新步伐与商法制度脱轨,甚至反向而驰的结果便是社会的灾难,商法制度不完善的国家更是经常在商人前进的过程中陷入困境。受我国商人定位模糊的影响,商人在我国遭受的竞争压力远高于其他国家,为了牟利我国的社会大企业——上市公司、金融企业无休止恶性竞争,中小企业、个体商人唯利是图,国有企业僵化垄断,商人的创新结果在我国更是常常演变成了滋生的“毒瘤”,商人的每一次创新都会伴生出新型商业欺诈与犯罪,曾经一度热门的P2P就是如此,目前遍及全社会的食品、药品、环境、网络、电信等领域的欺诈性行为更是防不胜防,形形色色的不法商人的职业操守正在严重摧毁着我们社会的健康机体。

其三,商业发展陷入疲软,资金外流,商人逃避生存现状。新中国成立以来,基于劳动力成本优势,中国一直是外资投资的较优选择,但近年来,大量国内资金外流,名义上对外投资和贸易,实际上外流资金与商人们办理海外身份一起,成为逃避国内生存环境的一种手段。

以上商业领域的种种乱象,都与我国商人制度的缺位密切相关,商人定位不清是商人立法概念缺失所致,商业道德低下是商业伦理肆意而生,资金外流,表面上是商人对中国的市场失去信心,但根源仍在于商人对自身的生存无法预期,商人不能从制度上预见自己的行为,掌握自己的生死,最终丧失了生存与发展的信心。因此,现阶段我国要推动经济发展,消除不健康的商人存在方式,抑制商人的无序竞争,阻却商人权利滥用,消灭商人泛化,固化商法的权利义务制度,使商人的创新步入正轨,关键便是改变我国已成定势的传统民法思维理念,构建健康的商人制度。

四、《商法通则》是中国商人制度构建的最佳路径选择

关于商人制度的构建,虽然我国颁布的商事单行法规中不乏关于商人的规则,但是单行法规是由不同部门在缺乏统一的立法原则和指导思想的背景下制定的,不但在微观上,规范重复设置彼此冲突,不严谨、不协调,造成商事交易与商事司法的困境;在宏观上更是对社会关系和经济活动的调整缺乏清晰的方向性指引,经常导致社会关系的混乱。因此,我国商人制度的构建还需要整合现行法律。而构建我国的商人制度,既与商人规则有关,更与商行为制度相连。纵观世界立法,不论是主观主义立法例国家还是客观主义立法例国家,商人和商行为从来都无法被割裂,因

此,商人制度的健全需要商行为制度的配套构建。如此一来,完善我国的商人制度便不得不从商法体系的建构出发。而商法体系的建构,总结而言,有三种路径选择:其一,以《商法典》的方式构建商法体系;其二,以《商法通则》加商事单行法的方式完善商事立法;其三,分别出台规定商主体一般规则以及商行为一般规则的单行法,以商事单行法规范商事活动。这三种路径都存在被选择的空间,没有绝对的正义,只有在结合一国国情的基础上才能产生最优选择。

第一种路径即《商法典》模式,被以法国、德国为首的近代民族国家所推崇,此间,商人阶级的兴盛与法典模式立法的法律发展阶段对《商法典》立法模式的选择起了重大作用,可谓是特定商事法发展阶段的历史选择,既有必然性又存在极大的偶然性。简言之,在处于法律分裂、政治不稳的德国商法时期,“法典化”并非是法律统一的唯一路径,但确实是当时最佳的途径,关键还在于政治当局的需求。艾伦·沃森就曾指出“对于法典编纂而言,政治因素是重要的,并且当法典问世之时,也必定有适当的政治环境。”^①然而,现阶段我国的商人阶层在国内并不像法国、德国商人一般占据社会的主导地位,《商法典》与其说没有政治环境,不如说从未被考虑,所以《商法典》并非我国当下可以立即实施推进的合理选择,同时,世界范围内制定有《商法典》的国家随着商人的不断创新,大量出台的补充规定使《商法典》正在面临“再更新”的困境,世界商法的法典化都在寻觅新方向。

第二种路径即《商法通则》模式,是我国理论界目前的主流观点。虽然《商法典》在我国当下没有适当的政治、社会背景,但是,作为商法最高的形式理性,商法的体系化最终必将以法典的形式呈现,《商法典》在世界范围内的“解法典化”现象,不过是《商法典》“再法典化”的一个阶段。^②所以,即便我国无法通过《商法典》的方式构建商法体系,我国所选择的商法体系化模式也必须以符合形式理性的路径展开,而《商法通则》便是一个符合各项条件的选择,甚至可以说,《商法通则》是为回应该形式理性需求而生。尽管《商法通则》无法容纳所有商事规范,但作为商事一般法,《商法通则》的抽象对象为所有商事规范,体系架构也以《商法典》所需要的逻辑性展开,因此,《商法通则》可谓是“丢失”了分论的《商法典》。我国以《商法通则》的模式构建商人、商行为制度,完善商法体系,既能完成商人制度缺失的填补,又能使零散混乱的商事单行法得到整合,同时还能因《民法通则》的立法传统减少《商法通则》制定的立法阻碍,是当前国情下的最优选择。

第三种路径即单行法模式,则普遍不被看好。单行法模式要求将商人制度和商行为制度分开立法,虽然从立法技术上不难实现,但却不得不面临类似于商人与商主体共同规则的安排问题,换言之,以该模式实现商事立法体系化,将继续面临商事立法的空白问题。此外,该模式非但无法构建完整的商法体系,还无法解决现有法律的重复冲突问题。因为,不论该有关商人规则的单行法是以商人领域的一般性规则呈现还是以填补当前立法空白而出台的具体商人法规,例如商事登记法等出现,商事单行法的方式都无法逃脱因不同立法部门而导致的立法思想、立法原则差异化问题,所以立法的重复与冲突将继续延续。因此,在我国当下要构建能够推动经济发展、保持商人活力的商人制度,最优选择是以制定《商法通则》的方式进行,并且该立法必须结合我国当前正在制定的民法典同步开展,弥补刚颁布的《民法总则》对商人法律主体地位规制不清晰的缺憾,以《商法通则》对商人的具体规范展开安排设计,两相配合以实现商人制度的健全。

(责任编辑 周亦杨)

^① 艾伦·沃森《民法法系的演变及形成》北京:中国政法大学出版社,1992年,第130页。

^② 参见王建文《法国商法:法典化、去法典化与再法典化》,《西部法学评论》2008年第2期。

· 当代民商法学研究 ·

商法营利性思维与民事主体制度

傅 穹

(吉林大学 法学院, 长春 130012)

摘 要:我国《民法总则》的主体制度设计,不仅饱含了人文关怀的民法伦理思维,更彰显出商业关怀的商法营利性思维。自然人制度的设计,体现了弱势商法营利性思维,并未在自然人章节加入经营者与消费者的区分,本土特色的个体工商户与农村承包户的制度保留值得肯定;法人制度的分类,体现了强势商法营利性思维,营利性法人与非营利性法人的分类面临未来商业组织发展的挑战;非法人组织的安排,体现了中性商法营利性思维,未区分营利性与非营利性,从而预留未来的探讨空间。

关键词:《民法总则》; 商法思维; 营利性; 民事主体

一、问题的提出

当下编纂的中国民法典,在域外法学家看来,并非一个简单的立法文件,而是关于新经济自由和商业关系之基本规则的储备库。^① 编纂面向 21 世纪的中国社会主义民法典,必须凝聚各相关学科的知识 and 理论成果,才能体现时代精神^②,尤其需要充分汇聚民商法理论共识。我国民法典编纂秉承民商合一的体系思路,在现代民法之中,关于“人”的制度是如何被安置与设计的,始终是《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)制定过程中的讨论焦点。

关于自然人与两户的研究动态表明,监护人利益最大化与监护社会化,是民法现代化的趋势之一。基于人性化考虑与人文关怀,宣告失踪的法律效果足以覆盖宣告死亡机制的功能,1939 年德国《宣告失踪法》废除了宣告死亡制度,日本和法国采纳同样的立法模式。关于个体工商户与农村承包经营户的设计在《民法总则》出台之初备受关注,学说分歧有三:其一,取消说。主张个体工商户可以纳入一人公司或合伙企业,农村承包经营户因农村土地制度改革,引发户的主体责任概念被户的成员所取代。其二,保留说。两户制度是改革开放 30 年的制度成果,习惯使然,不可废除。其三,折衷说。个体工商户保留,农村承包经营户取消。^③ 关于法人的分类,是《民法总则》制度中争论最大的领域。德国法中的社团法人与财团法人的分类,学理层面支持声音颇多,但从我国法律用语方式,则引发社会接受度的质疑。有学者指出,我国《民法通则》将法人分为企业法人、机关法人、事业法人与社会团体法人四类,企业法人又以所有制性质和企业组织形式为标准

① 参见简曼拉·阿雅尼《比较法在新法典编纂中的角色》,禹明译,吴汉东主编《私法研究》(第一卷),北京:中国政法大学出版社,2002 年,第 73 页。

② 参见张文显《制定一部 21 世纪的中国民法典》,《法制与社会发展》2015 年第 4 期。

③ 参见陈龙吟、侯国跃《中国民法典民事主体立法问题研讨会会议综述》,《西南政法大学学报》2015 年第 5 期。