

编者按:十八届四中全会明确提出“编纂民法典”的改革任务,这不仅是完善我国社会主义市场经济法律制度的迫切要求,也对坚持和发展中国特色社会主义具有重大现实意义和深远历史影响。最高人民检察院党组高度重视此项工作,于2015年5月15日成立了民法典编纂工作研究小组。一年半以来,研究小组相继提出一系列符合法治规律、反映法治需求的高质量研究成果。为此,本刊特设专题,邀请研究小组成员对民法典编纂过程中热议的三大问题进行介绍,以飨读者。

## 编纂民法典应当正确处理民商法关系

●石少侠\* / 文

摘要:民法是商法的基本法,而商法则是民法的特别法。在《民法总则》的编纂中,要准确表述二者关系。同时,立法者应倾听我国现实经济生活的诉求,适时启动《商法通则》的起草工作。

关键词:民法总则 民商法关系 商法通则

在编纂民法典时,如何正确处理民法和商法关系至关重要。无论是民法学者还是商法学者,原则上都承认民法是商法的基本法,而商法则是民法的特别法。在法律适用上,商法作为民法的特别法具有优先适用的效力。然而,上述共识并不意味着编纂民法典就要实行法典意义上的“民商合一”,也不意味着除了《民法总则》外,商法就不能有自己的基本法(总则或通则)。就法典意义而言,笔者并不赞成民商合一的观点,因为所谓“民商合一”从来只是学理或观念上的合一,而非立法或法典意义上的合一。考察近一个世纪以来“民商合一论”与“民商分立论”之争,只不过是各自论证了分别编纂或合并编纂的合理性和可能性,从来没有令人信服地证明分立与合一的必然性。

笔者历来主张:首先,必须实事求是地承认商法的相对独立性。第一,私法二元结构的生成是商品经济发展的必然产物,也是商法相对独立的基础。“私法一元化”(指以民法取代商法)不仅会在客观上制约商

法学理论的发展,严重制约商人精神的培育和商人素质的提升,而且还有碍商事制度的供给,制约商人制法的进程。<sup>[1]</sup>第二,渊源于贸易本位的交易效率、交易安全和交易公平价值等,是商法特有的价值观和价值基础。<sup>[2]</sup>第三,作为商法调整对象的“商”,其本质是资本谋求价值增值的活动,资本的运动使“商”具有了营利性和经营性特征,从而构成了商法有别于民法的调整对象。<sup>[3]</sup>第四,商事交易具有区别于民事交易的巨大差异,表现在交易主体从自然人到公司,交易客体从特定物到种类物,交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利,交易过程从“为买而卖”到“为卖而买”,交易对价从等价到不等价,交易链由短到长,交易特点从随机性到营业性,交易条件从任意到定型。商事交易所表现出来的与民事交易不同的特点,蕴涵着商法与民法截然不同的理念,并要求用商法规范予以特殊保护。<sup>[4]</sup>第五,商法与民法的区别不仅表现在原理和总则上,在具体规则上尤为明显,如先公司合同效

\* 国家检察官学院教授、博士生导师,中国商法学会研究会副会长[102206]

力、商事代理的特殊性等,都充分体现了商法规则的特殊性,从而进一步证明了商法的相对独立性。<sup>[5]</sup>总之,在“私法二元化”的结构下,商法的独立性应当得到承认和尊重。

其次,坚持商法的相对独立性,还必须进行立法模式的创新。在我国,民法不可能涵盖商法的全部内容,亦不可能完全无视商法与民法的共通性。因此,在编纂民法典时,应当将商法规范与民法规范融为一体的,就应当合为一体,如合同法;不宜融为一体的,就应当给商事立法预留空间,用商事立法来为民法拾遗补缺。我国应当实行实质商法主义的民商分立,既不搞法典意义上的民商合一,也不搞法典意义上的民商分立;应当在编纂民法典的同时制定《商法通则》,以实现商法对统一市场的全面规制,并实现商法体系自身的健全与完善。主要基于:其一,我国采用单行商事法律的立法模式,虽然有灵活、务实、简便等优点,但由于缺乏总则的统率,难收纲举目张之效,使单行商事法律变成孤立、单一的法律,不能形成商法内在应有的体系。其二,民法典不可能囊括或包容商法的全部内容。囿于民法自身性质的局限,民法典的内容不可能无限膨胀,更不可能取代商法而形成“私法的一元化”局面。解决单行商事法律缺少总则统率的问题不能寄希望于《民法总则》,必须靠商法自身的健全与完善。其三,就我国商事立法的现状分析,由于长期以来国内市场与国外市场的分别管理,加之国内市场的多头管理,导致政出多门、立法多头,与统一市场、统一规制的市场经济的法制要求极不适应。同时,由于商事立法缺少系统性和统率性,致使各类商事规章杂乱无序、层次偏低、不成体系,此种状况已经到了非改不可的时候了。当务之急不仅要抓紧编纂民法典,同时还要按照党的十八届四中全会决定的要求,加强市场经济法律制度建设,积极研究并论证《商法通则》的制定,为统一商事法制奠定基础。

再次,《民法总则》的制定和民法典的编纂应当为制定《商法通则》预留合理的空间。我国《商法通则》应由以下内容构成:第一,商事活动的基本原则。针对商事活动的特点,应当突出规定主体类型法定原则、营业

自由原则、交易公平原则、交易敏捷原则和交易安全原则。第二,商事主体制度。应当明确规定主体类型法定,应当确认商法人、商合伙、商个人以及商业中间人和商业辅助人的概念,进一步明确各类主体的权利义务。第三,商事代理制度。明确商事代理与民事代理的不同,以及代理商的法律地位与法律责任。同时,将我国外贸代理制度进一步法制化。第四,商行为制度。除借鉴国外立法经验,引进商行为的一般规则外,还应基于我国国情,采用列举式方法,明定应受通则调整的范围。第五,商业登记制度。建议除对特殊主体适用严格准则原则外,对一般商事主体的登记应一律实行准则原则。第六,商号制度。明确规定商号的种类、商号的取得与废除、商号的登记、商号的转让以及对商号权的保护。第七,商业帐簿制度。确定商业帐簿的设置、种类、记载、效力及保管,以及违反商业帐簿制作义务的法律后果。第八,商业秘密制度。明定商业秘密的构成和保护,以及违反商业秘密义务的法律后果等。

总之,我们期待在加快编纂民法典的同时,能够适时地启动《商法通则》的制定,使《民法总则》(《民法典》)和《商法通则》成为促进和保障我国市场经济良性发展不可或缺的车之两轮、鸟之两翼。



注释:

[1] 参见冯果、卞翔平:《论私法的二元结构与商法的相对独立》,载《中国商法年刊》创刊号,上海人民出版社2002年8月版。

[2] 参见胡鸿高:《商法价值论》,载《中国商法年刊》创刊号,上海人民出版社2002年8月版。

[3] 参见殷志刚:《商的本质论》,载《法律科学》2001年第6期。

[4] 参见王有志、石少侠:《民商法关系论》,载《中国商法年刊》创刊号,上海人民出版社2002年8月版。

[5] 参见王小能、郭瑜:《商法独立性初探》,载《中国商法年刊》创刊号,上海人民出版社2002年8月版。