

从民法总则到商法

刘宗荣^{*}

〔摘要〕民法总则不但是债编、物权编的共同规定，原则上也是亲属编、继承编的共同规定，民法总则所宣示的法律原则，例如诚实信用原则、公共秩序、善良风俗，普遍地适用于全部的法律领域。在大陆法系，关于民法典与商法典的制定，比较体系化的立法方式和采取民法与商法都同属于私法的一部分，民法是普通法、商法是特别法的立法方式，后者在逻辑上比较严明，在立法上比较经济。在民法与商法是普通法与特别法的关系下，同一法律事实，民法与商法都有规定时，商法的规定应该优先适用，此时，商法有特别法的性质；同一法律事实商法没有规定，而民法有规定时，应该适用民法的规定，此时，民法有补充法的性质。民法各论的制定必须避免与民法总则的规定发生重叠，而随着大企业的兴起，格式合同的广泛使用，必须强化消费者保护与对格式条款的规制，物权编、亲属编、继承编则应着重本国社会制度以及文化传统。在商法方面，应该特别强化关系企业的规范等。

〔关键词〕民法 民法总则 商法

一、《民法总则》初评

民法是基本私法，民法总则是民法各编（民法分则）的共同规定，也就是民法各编的公因素。刚公布的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）的主要内容，包括：民法的基本原则、权利能力、行为能力、监护、失踪宣告与宣告死亡、条件和期限、代理、诉讼时效等，都具有“民法各编共同规定”的性质，与德国民法或其他主要民法典的体例相近，应予以肯定。《民法总则》的某些规定，例如，针对留守儿童而增订的监护规定^①、在死亡宣告之前增加失踪宣告、并增加失踪人财产管理的规定^②等等，都是以调查研所得为基础，着眼于社会的实际需要所做的规定，是具有较高价值的立法。

某些条文，虽然规定在《民法总则》中，但并不具有“民法各编共同规定”的性

^{*} 〔作者简介〕刘宗荣，台湾大学法学院教授。

^① 参见《民法总则》第26条至第39条。

^② 参见《民法总则》第40条至第45条。

质，而且与外国民法总则的体例也不相同，是否适当，存有争议。

例如：关于意思表示，有相对人的意思表示之生效（第137条）、无相对人的意思表示的生效（第138条）、以公告方式的意思表示的生效（第139条）、意思表示的方法（第140条第1款）、沉默视为意思表示的限制（第140条第2款）、意思表示的撤回（第141条），性质上是“合同法的共同规定”，不是“民法各编的共同规定”，各国民法都规定在债编通则，本次规定在《民法总则》，不知道是否另有特殊考虑，否则其适当性就值得商榷。

又如：关于民事权利，从第109条至第132条，列举了不同权利主体所可以享有的民事权利，的确可以提升权利意识，值得肯定，但是采取“列举式立法”，不但有“挂一漏万”的风险，^①而且可能萌生“明示其一排斥其他”^②的误解，至于条文的编列顺序，并非依照私权利体系的思维逻辑编排^③，其间还插入债权、物权的定义^④，债的发生原因^⑤等相关条文，属于合同法、物权法的范围，并非民法的共同规定，各国民法也都规定在债编通则中，这里将其规定在民法总则，其适当性或立法技术，也可再斟酌。

《民法总则》的优点与缺点，自然不是只有前述的寥寥数点，但是法律的制定，“先求其有，再求其美”。2000年《德国民法典》之所以成为法学的艺术精品，直接固然溯及1900年的《德国民法典》，间接则是承袭自东罗马帝国在6世纪（527—565年）优士丁尼大帝（Justinianus）主持编撰“民法大典（优士丁尼法典）”，1500年来，多少法学家皓首穷经，经罗马法复兴，形成高度体系化、概念化的体系，才逐渐完备。此次《民法总则》承袭自1986年的《民法通则》，历史尚浅，自然不可能一步到位。欲求完备，还必须“在制定民法各编的过程中，互相推移”“在实施过程中，继续修正”，才能臻于完美。

① 参见《民法总则》第109条：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。”事实上，不但人身自由、人格尊严受到保护，其他权利，包括财产权也受保护。又如：第110条：“自然人享有生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”实际上，自然人享有的权利，不以本条列举者为限，实际上还包括财产权等。

② 《民法总则》第114条：“民事主体依法享有物权。”第118条：“民事主体依法享有债权。”第123条：“民事主体依法享有知识产权。”但实际上，权利主体所享有的权利，还不只这些，还包括准物权、亲权、继承权等。

③ 权利的体系，依其性质大致分为财产权以及人身权。财产权又分为债权、物权、准物权、知识产权。人身权则又区分为人格权与身份权。财产权中的债权，是债权人可以请求债务人一定作为，包括单纯作为（例如，劳务的给付）以及给予作为（例如：交付动产或移转不动产）。物权则包括所有权、用益物权（又分为地上权、农用地役权、地役权）、担保物权（抵押权、动产质权、债券质权、证券质权、留置权、动产抵押权、船舶抵押权、航空器抵押权等）。准物权虽然不是物权，但是具有物权的某些特质，例如权利主体对于标的物有“直接支配力”，以法律明文规定为限，如矿业权、渔业权等。知识产权包括著作权、商标权、专利权。人格权具有“普遍性”，凡是权利主体都可以拥有，例如姓名权、名誉权、荣誉权、生命权、健康权、身体权、肖像权、隐私权、自由权等。身份权则是以“特定人与特定人的关系”为前提发生的权利，例如继承权、婚姻权、亲权等。

④ 参见《民法总则》第114条、第118条。

⑤ 参见《民法总则》第118条、第119条、第121条、第122条。

二、《民法总则》在法律领域的地位

(一)《民法总则》宣示法律的最高原则：诚实信用原则、公序良俗原则

《民法总则》揭示了几个重要原则，包括主体平等原则^①、民事活动的自愿原则^②、公平原则^③、诚实信用原则^④、不得违反法律的强制禁止规定或公序良俗^⑤，其中“诚实信用原则”以及“公共秩序善良风俗”，普遍为各国法典宣示为法律领域的最高原则。

诚实信用原则是法律的最高原则，所谓“诚信原则，帝王条款，君临法域”。诚信原则不但是民法的帝王条款，是私法的帝王条款，也是行政法、程序法的帝王条款，^⑥诚信原则之于法律，就如同古代帝王之于国土疆域一样，统辖整个法律领域，至高至尊，不容挑战。公序良俗，目的在于维护国家利益，契合社会公益，维护善良风俗，是行使权利、履行义务的外缘限制，是法律行为不可逾越的界限。“诚信原则”“公序良俗”如同法律之门的两副对联，时刻警示。“诚信原则”“公序良俗”也是法律的两大气孔，当“新生事物涌现”“公平正义失衡”而法律又有时而穷、法庭又不能拒绝裁判时，就只有寄望于“诚信原则”“公序良俗”作为审判的依据，以维持法律的生命力。《民法总则》第 7 条、第 8 条，分别表述了诚信原则与公序良俗，不但符合各国立法的通例，而且强化了两大原则的标杆地位。

(二)《民法总则》宣示私法的基本原则，并调整民事法律关系

《民法总则》第 1 条规定：“为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，根据宪法，制定本法。”第 5 条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更和终止民事法律关系。”这两个条文，看似存在矛盾，其实是互补与调和的关系。

“私法自治原则”是建立在契约当事人内部有“足够识别能力，可以本于自由意思决定享受权利、负担义务”，外部有“足够的谈判机会以及对等的谈判能力”的前提下。在这种前提下，理性的当事人所做的决定，符合自身的最大利益，即使是决定抛弃权利，法律也应该尊重。在社会演进的初步阶段，交易类型十分简单，内部条件与外部条件都普遍具备，因此私法自治原则被树立为私法的基本规范。但是，随着经济结构的发展、大企业的兴起以及交易类型的复杂化，为了“加快交易速度，减低交易成本”，格

① 参见《民法总则》第 2 条。

② 参见《民法总则》第 5 条。

③ 参见《民法总则》第 6 条。

④ 参见《民法总则》第 7 条。

⑤ 参见《民法总则》第 8 条。

⑥ 参见台湾大学教授蔡章麟先生，曾于 1947 年国民政府在南京时期的首任司法院大法官，撰写过多篇文章，包括《诚实信用原则与民法债编》《诚实信用原则与民事诉讼法》等不同领域的文章，而且被列为每年研究生入学考试的考题，是有助于诚实信用原则的重要性，所以，不怕考生猜中考题，只怕不够深入考生之心。

式合同被广泛地使用，个人不但主观上难以具备交易的识别能力，客观上也常常因为谈判机会的不充足或不存在、谈判能力的不对等或全然丧失，而动摇了“私法自治原则”赖以存在的前提。交易效果的权利义务，经常是片面地有利于企业或商人，而不利于消费者或经济弱者。私法自治原则的法律领域在极大的范围内已经被压缩、沦陷为定型化契约的“屠场”，在经济的客观环境已经变更，交易的媒介方法已经改变的情况下，若还是固守“私法自治原则是私法的基本规范”的观念，是不符合实际的，也是违背法律精神的。但是，“私法自治原则”不应该被完全抛弃，而是必须进行调整，以呈现“私法自治为原则，私法规制为例外”的现象。《民法总则》第1条“调整”规定对于第4条“私法自治原则”，不但不是矛盾的，而且是调和的、发展的。

三、《民法总则》与其他各编的关系

（一）《民法总则》是“全部”财产法的共同规定

《民法总则》的规定，主要包括权利主体“自然人”“法人”，权利客体“物”^①“法律行为”“期间”“诉讼时效”“权利的行使”^②“代理”，这些规定本质上都是为了立法的经济，为了避免立法的重叠，而从民法各编的规定中抽出的共同因素，所做的共同规定，《民法总则》本质上是“共同因素的组合”。这些“共同因素的组合”，遇到具体事例时，必须回溯地搭配“各编的规范”，共同形成完备的规范体系，决定权利义务的内容。《民法总则》作为民法各编共同因素的组合，完全可以与“整个财产法领域”相搭配，没有例外。因此，《民法总则》是“全部”财产法的共同规定。

（二）《民法总则》“原则上”是身份法的共同规定

《民法总则》的规定，对于亲属法（婚姻法、收养法）、继承法，只是“原则上”适用。所谓“原则上”适用，就是指《民法总则》的规定，绝对多数可以适用于民法亲属编、继承编，例如，《民法总则》关于自然人权利能力、行为能力的规定，关于法律行为、权利行使的规定，都可以适用于亲属编、继承编。但是，并不是放诸亲属编、继承编而皆准，是有例外的，例如《民法总则》关于授权代理的规定对于亲属法中的“结婚”“订婚”就不适用，本人再忙，结婚也必须亲自办理，而不可授权他人作为之。又再如，《民法总则》有“条件”“期限”的规定，可以普遍适用于财产法中的债编、物权编，但是却不可普遍适用于亲属编、继承编。结婚契约，如果附加条件或期限，例如结婚契约附加“不生育子女”为解除条件，或者结婚附加“10年”为终期，就会因违背公共秩序善良风俗而无效，所以《民法总则》关于条件、期限的规定，对于亲属编、继承编的某些法律行为不可以适用。

^① 2000年《德国民法典》还包括动物（BGB 90a）。

^② 2000年《德国民法典》还从第232条至240条列举担保的提供方式，例如，人保、物保、有价证券担保、提存等，但此非各国民法典的通例。

四、制定民法各编的具体建议

(一) 应该避免债编的规定与《民法总则》的规定重叠

《民法总则》是民法各编的共同规定,这些共同规定有“民法共同因素”的性质,理论上,凡是不具有“共同因素”性质的规范,就不应该制定在《民法总则》中,但此次《民法总则》的部分条文,或许是因为社会迫切需要的考虑,将原本不是民法各编的共同因素、只适合制定在民法债编或其他各编者,提前规定在《民法总则》中,与《民法总则》的性质不符。现在《民法总则》已经出炉,短期内不会修正,则将来债编或其他各编的立法,就应该避免重复规定,直到《民法总则》修正时,再一并调整。例如,从第137条意思表示的生效到第141条意思表示的撤回,性质上属于契约法(合同法)的范围,应该留待债编来规定,现在《民法总则》既然已经抢先规定,将来制定债编时,就应该省略,以避免重叠。

(二) 债编应该强化对消费者的保护以及对格式合同的规制

消费者保护与格式条款的规制,是近代民法债编的主要变革,消费者保护的范围比较大,格式条款的范围比较小,但是格式条款的规制,是消费者保护的重要方法。格式条款的规制,有助于合同法律效果的公平,落实消费者的保护。

格式条款,在我国台湾地区称为定型化契约,主要的优点是加速缔约过程,降低缔约成本,但是最大的缺点就是内容不公正,不论是出于企业对权利义务的精心设计,还是由第三人起草而由企业研究后选用,内容通常是偏颇地有利于企业经营者,不利于消费者。

关于格式条款的规制,美国法院多引用《统一商法》2-302(UCC2-302);德国首见于1976年《一般交易条款规制法》(ABG),在2000年《德国民法典》修正时,将1976年《一般交易条款规制法》在“规制结构不变,规制内容修补”的基础上,吸纳入《德国民法典》第305条至第310条中,成为债编的重要组成部分;英国则有1977年《不公正条款法》(*The Unfair Terms ACT 1977*);我国台湾地区对定型化条款的规制,见于“民法典”第247之1条以及“消费者保护法”第11条至第17之1条;大陆则在《合同法》规定:“格式条款有本法第52条规定情形的,或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。”^①

以上关于格式条款规制的立法,美国《统一商法》,只有使用“不合理”(Unconscionable)一字作为格式条款无效的理由,然则“不合理”的含意,流于笼统,何谓“不合理”?须等待法院做很多裁判,累积经验,才能逐渐形成。英国的立法,依照主体是否独占、标的物是否为必需品、有无代替物、所负责的侵害法益是人身法益或

^① 《合同法》第40条。

财产法益等而做宽严不同的判断，具有实质的正当性。^①只是从大陆法系观之，令人有凌乱之感。我国台湾地区的“立法”与内地的立法都为了节省法律条文，体系结构不完整，内容仍然流于抽象。相形之下，最严谨、最能够衔接民法体系的还是德国的立法。

德国的立法，第一阶段是“格式条款的订入契约”^②，第二阶段是“针对已经订入契约的格式条款，进行规制，判断其是否有效”，第三阶段是“对经判断无效的条款进行补充^③及解释^④”。在三个阶段中，最值得注意的是第二阶段“格式条款的规制”，《德国民法典》是以法院的裁判及社会流行的契约模板为基础建立的，总共列举了12种绝对无效的条款（无评价余地的条款）^⑤、8种相对无效的条款（有评价余地的条款）^⑥，再加上一个“概括条款”^⑦，具体中保留弹性，列举中避免遗漏，是所有立法例中，最完备可行的。无怪乎1976年施行以后，历经二三十年，又几乎被原样移植到《德国民法典》中，这值得作为将来债编立法的参考。

① 不论在格式条款中，属于“有评估余地的条款”，或是法院要引用“概括规制”，都会涉及格式条款的评价因素问题。关于此点，《德国民法典》没有规定。从英国1977年的《不公平契约条款法》萃取的因素，可以作为参考。其主要因素如下：①交易当事人为商人与消费者？或是商人与商人？②交易主体是否为独占事业？③交易标的物是否为民生必需品？④是否有代替品？是否为新发明的实验品？⑤侵害的法益是人身法益或是财产法益？

② 积极条件：格式条款的使用人（Verwender）向当事人另一方明示地出示一般交易条款，若是因为契约种类特殊只有克服巨大的困难才可能出示时，以在订约地明显可见的方式张贴出示一般交易条款，而且该另一方当事人同意以该一般交易条款订立契约或一般交易条款的使用人，以使另一方有可能合理期待的方式知道一般交易条款的内容，该方式并应适当地考虑另一方残废疾病等身体状况，而该另一方同意以该一般交易条款订立契约。参考《德国民法典》第305条。

消极条件：必须不是异常条款。《德国民法典》第305c条规定：“依据情况，特别时契约的外观，一般交易条款如此异常，以至于相对人无须加以考虑的，不构成契约的组成部分。”

③ 契约条款没有成为格式合同的组成部分，固然发生必须以法律的相应规定补充的问题；契约条款订入格式合同后经过规制，若被认定为无效，也同样会发生以法律的相应规定补充的问题，也就是契约的其余部分仍然有效。该无效部分，应该依照法律的相应规定加以补充，以确定契约的内容。只有在依照法律的规定补充后，维持契约的效力对于契约当事人一方将发生不可合理期待的苛刻时，整个契约才会不生效力。

④ 格式合同之内容，须依格式合同的可能订约者的一般合理了解而为解释。约款用语有疑义时，应为不利于约款使用人之解释。

⑤ 2000年《德国民法典》第309条将下列条款直接规定为无效：①约定使用人短期内给付货物价格的调升条款；②约定相对人抛弃同时履行抗辩权或留置权条款；③约定相对人抛弃没有争议的抵销权条款；④约定免除使用人行使解除权时无须定催告期间条款；⑤约定使用人就其所请求的损害赔偿额过高或无须举证条款；⑥约定应当向使用人给付不合理违约金条款（例如约定拒绝受领、迟延给付或解除契约时，必须支付违约金）；⑦排除过失侵害生命身体或健康，或者重大过失的损害赔偿条款；⑧其他排除违反义务的损害赔偿责任的条款；⑨在使用人继续供应货物或服务的情况，为拘束期间过长之约定的条款；⑩约定得任意由第三人代替使用人履行契约的条款；⑪在相对人透过代理人订约的情形，在没有明示或特别表示下，科使用人以承担相对人本人责任的条款；⑫不利于相对人的移转举证责任的条款。

⑥ 2000年《德国民法典》第308条列举了8种相对无效条款类型：①保留使用人不合理承诺期间的条款；②保留不合理履行期间的条款；③无正当且记载于契约的理由而使用人保留免除给付义务的条款；④使用人无正当理由而保留变更契约内容的条款；⑤约定将相对人的某一作为或不作为视为相对人为一定意思表示的条款；⑥将使用人的特定重要意思表示拟制为到达相对人的条款；⑦约定契约解除或终止时，使用人可以请求不当报酬的条款；⑧在没有契约履行不能的情形下，免除使用人履约责任的条款。以上各类情况，基本上都有“不合理”“无正当理由”等不确定的法律概念，或者是不合理的拟制约定，必须等待法院评估其适法性，以决定其是否有必须存在。

⑦ 《德国民法典》第307条规定：“一般交易条款中的条款，违反诚实信用原则，不适当地使相对人遭受不利益者，无效。不适当的损害，也可以因条款欠缺浅显易懂而发生。”“有下列情况之一时，有疑义时，应该认定为有不适当的损害：①偏离法律规定的基本原则；②限制基于契约发生的权利义务致契约目的无法达成者。”本条虽然规定在《德国民法典》第307条，也就是在第308条“有评价余地的条款”、第309条“无评价余地的条款”之前，但是却是“概括条款”的性质，只有在既不属于第309条的规制范围，也不属于第308条的规制范围时，才会落到第307条的规制范围，立法的目的在于避免挂一漏万。

（三）物权、亲属、继承各编应重视母体社会背景及现有法制的接续与发展

在固有法制发展的历史长河中，刑法比私法发达。在私法中，身份法又比财产法更发达。这与重商主义的西方国家的法制史，先发展市民法、商法者不同。在私法领域，身份法受到传统文化、社会观念制约比较多的是亲属法（婚姻法、收养法）、继承法及物权法（包括土地法），而受传统文化制约比较少的是契约法（债编的主要部分）。在广袤的中华大地，婚姻、继承的习俗可以因为地域的不同、民族的差别而有很大差异，但是买卖、保证制度基本上较为相似。遇到社会变革时，法制变动最多的也是婚姻法、物权法。明白这点，在制定民法典其他各编时，当然应加重本国文化传统、社会制度、现行规定砝码的重量。

《民法总则》施行后，物权编、亲属编、继承编的制定，应该以母体社会为基础，在民法揭示的宗旨下，以实施有年的《中华人民共和国物权法》《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》及其他相关法令为蓝本，结合实践的经验，抽出共同，留存必要，借鉴他法，增益本国，以制定完善的民法典。

五、民法与商法的关系

民法与商法的关系可以分“专业术语的共通性”“法律原则的贯穿性”“竞合部分，商法的优先性”以及“非竞合部分，民法的补充性”四点来说明。

（一）专业术语的“共通性”

法学如同医学一样，特定的专有名词，具有特定的意义，有时无法从文字表面得知，但是只要专有名词的含意一经界定，同样一个专有名词，在民法中出现时与在商法中出现时，甚至在其他法律中出现时，含意都是一样的。换句话说，民法与商法在“专有名词”一点上具有共通性。举个浅显的例子：民法的初阶，都会学到“权利能力”一词，这里的“能力”，不是指一个人的“才华”或“本事”，而是“资格”或“载体”，在私法领域，权利与义务是孪生兄弟，经常互相伴随，权利是被享有，义务则是被负担，因此“权利能力”一词，就是“具有享受权利、负担义务的资格”，是“可以作为权利、义务的载体”的意思。权利能力在民法如此解释，在公司法、票据法、海商法、保险法也一样如此解释。再举个例子，民法上与商法上的“交付”，都必须要求权利主体主观上有“移转管领力的意思”，客观上有“移转管领力的行为”，与社会大众对“交付”了解的意思未必相同。但是，“交付”一词，不论出现在民法中，还是出现在商法中，其法律上的含义都是相同的。总之，民法与商法上的专业术语有“共通性”。

（二）法律原则的贯穿性

法律原则有一些是基本的、位阶最高的、涵盖范围最大的，称为“基本原则”；有一些原则是从基本原则发展的、位阶较低的、涵盖范围较小的，可以称为“派生原则”。

从派生原则还可以延伸出“次派生原则”。民法的基本原则主要包括：①诚信原则；②公序良俗原则；③契约自由原则；④物权法定原则；⑤私权自治原则。这些基本原则所衍生的“派生原则”及“次派生原则”，依照功能区分，主要可以归纳如下。

1. 关于交易安全方面

- (1) 损益兼归原则（危险负担的移转）。
- (2) 交易安全保护原则，派生出：①公示原则；②公信原则，再派生出信赖占有外观原则、信赖登记外观原则；③善意原则。
- (3) 权利瑕疵担保原则。
- (4) 物的瑕疵担保原则。

2. 关于权利内容方面

- (1) 所有权的社会化原则（私权应该受到法令或公益的限制）。
- (2) 环境保护原则。

3. 关于债务的履行方面

- (1) 善良管理人注意原则。
- (2) 不可抗力原则上免除责任原则。
- (3) 避免损失发生或避免损失扩大原则。
- (4) 采取保护权利措施原则。

4. 关于损害赔偿方面

- (1) 填补损失原则。
- (2) 避免不当得利原则。
- (3) 与有过失减轻赔偿原则。
- (4) 自甘冒险自负损失原则。

5. 关于权利的行使方面

- (1) 禁止权利滥用原则。
- (2) 禁止自力救济原则。
- (3) 正当防卫原则。
- (4) 紧急避难原则。
- (5) 法律秩序稳定原则（消灭时效制度）。

6. 关于权利救济方面

- (1) 禁反言原则。
- (2) 法律经济原则。

7. 关于清偿顺序方面

- (1) 保护经济弱者原则：劳工薪资优先原则。
- (2) 规费、程序费用优先原则。
- (3) 人身法益优先于财产被保护、被填补原则。
- (4) 修缮、补给费用优先受偿原则。

8. 其他

- (1) 子女最大利益原则。

(2) 人格权的一身专属性原则。

(3) 身份权的不可替代原则。

不论是基本原则、从基本原则派生的派生原则，甚至从派生原则再度派出的次派生原则，从民法到商法都一律适用。换句话说，法律原则具有贯穿性，是法律的主干，共同支撑法律规范体系的庞大架构。

(三) 竞合部分，商法的优先性

商法是民法的特别法的说法，并不准确，比较正确的说法应该是：就同一法律事实，如果商法（公司法、票据法、海商法、保险法或其他商事法律）有规定，民法也有规定，而民法的规定与商法的规定又不相同时，不管民法的规定比较有利或比较不利，商法的规定都应该优先于民法的规定而适用。只有这种情况才有商法优先性的特性，假如某一法律事实，只有商法有规定而民法并没有规定、二者无从比较，当然不会发生优先性问题；又假如某一法律事实虽然民法、商法都有规定，但是二者的规定内容恰好相同时，彼此无分轩轻，使也没有所谓商法优先的问题，也就不会发生商法的优先性。关于“竞合部分，商法的优先性”，例如：

为谋求不当利益而诈欺订立契约，依照民法规定，只是“得撤销”而已，若撤销权人不在除斥期间届满前，行使撤销权，还是有效的法律行为。但是，同样的法律事实，若是意图不当利益而诈欺投保复保险，依照保险法的规定却是不待撤销，“一律无效”。之所以会有这样的区别，是因为保险诈欺，不只是该投保人与保险公司两个当事人内部的关系而已，还进一步涉及保险费的精算，会影响到其他广大投保户的负担，因此保险法直接规定其为“无效”。

民法将“赠与”规定为交易类型的一种，是模范契约，是有效的法律行为，可以因此发生权利义务，受赠与人不会构成不当得利；但是，同样的法律事实，若发生在保险上，结果就完全不同，保险公司若对投保户“赠与”保险单，免收保险费，保险法则将之直接定位为“无效”。因为投保户中，假若有人不必缴纳保险费，这不只是保险公司少收保险费的问题，而且是保险公司少收的保险费将来透过精算过程将会转嫁给其他广大投保户的问题，事关社会大众的负担，不能私了。

(四) 非竞合部分，民法的补充性

所谓“商法与民法的非竞合部分”，理论上包括：“商法有规定，但是民法没有规定部分”以及“民法有规定，但是商法没有规定部分”，也就是交集以外的其他部分，但是本文所指的非竞合部分只限于“商法有规定但是民法没有规定部分”，这部分的法律有时是出于民法规定的细致化的需要，例如：民法有社团法人的规定，但是关系企业发生后，必须将民法的规定进一步细致化，以避免流弊。另外，还有一部分是出自新增加领域，例如保险法在保险契约法之外，为了强化保险监理，进一步规定保险业法，不论是为了细致化而增加篇章，还是为了强化保险监理而另辟章节，都不可能另外自建法律体系，而必须透过“适用”“准用”等过程，引入民法的规定，补充商法的不足。

六、对制定商法典的具体建议

（一）统一规定“商人”“营业行为”及“其他相关事项”

民事交易的主体，有“法人与法人”“法人与自然人”“自然人与自然人”。三者都会有“交涉机会”“交涉能力”不平衡的问题，交涉机会与交涉能力不平衡，须仰赖格式条款的规制及其他配套措施来解决。^①但是，当交易的主体是商人，而且是属于其营业行为时，就会发生两个层面的问题：

首先，“商人与相对人”交易的法律效果是否公平问题，这属于民法规范的范围。

其次，“商人的营业行为”与营业内容相同的“其他商人的营业行为”的公平竞争问题，属于反独占法或公平交易法规范的范围。

然而，何谓“商人”？“商业登记”的内容如何？“商号名称”如何规范？“商业簿册”如何备置？“签字权限”的范围如何？“营业行为”如何界定？“商业代理人及居间中介人”的权利义务如何？这些都是商法共同必须面对的问题，应该抽出来，统一规定于商法典的最前面，作为商法的通则。

（二）公司法

1. 制定关系企业法

近代公司的结构，公司与公司间，经常因为投资而有控制与从属关系，或者彼此有相互投资关系形成关系企业。在控制关系的情形下，控股公司可能透过不合营业常规或其他不正当利益的经营损害于从属公司，导致从属公司的股东利益受损；公司与公司间虽非控制关系，只要互相投资，也可能透过表决权的行使，进行不当的人事安排或利益输送，因此严密关系企业的立法，是当今公司法的重要课题。

2. 必要时，以“独立董事”代替监察人

依照公司法，设有董事会作为“营运计划以及重要人事的决定机关”；设有监察人作为监察机关，主要工作包括监督公司业务之执行，调查公司业务及财务状况，查核簿册文件，请求董事会或经理人提出报告，等等。有鉴于公司的经营阶层由股东大会选出，董事会通常由大股东控制，容易产生利益输送、掏空资产等违法行为，损害小股东以及社会大众的利益，虽然公司有监察人的设置，但是监察人的职权基本上是“事后的查核”，无法在公司营运政策的形成阶段，纳入保护小股东利益以及社会公益的考虑，因此具有规模的公司，特别是银行业、保险业或其他股票上市公司，都被主管机关要求必须设置“独立董事”。由于“独立董事”不但拥有监察人的职权，而且是代表小股东，代表社会公益，在董事会“经营政策的形成阶段”，就参与公司政策的形成，因此效果比较显著。必须注意的是，监察人的职权与独立董事的职权既然是重叠的，因此公司设

^① 例如，议会的审查（立法规制）、司法规制（法院引用诚信原则而为裁判）、消费者保护团体的谈判等。

置独立董事之后，就没有设置监察人的必要。

（三）保险法

1. 增订保险格式合同“行政规制”的规定

保险格式合同最重要的规制，就是保险单在贩卖之前，先经过主管机关的审查通过，也就是必须先经过“行政规制”。以通过行政规制的格式条款为基础所订立的契约，契约的内容比较公平，因此其法律效力也比较受到法院肯定，但是即使是以经过行政规制的格式条款为基础而订立的契约，法院仍然保有最终的裁判权。换句话说，法院依然可以判决其为无效。

假若保险格式合同未经主管机关审查通过，保险公司就以之与投保户订立保险合同，该合同在缔约当事人间依然是有效的，依然可以发生权利义务，一旦发生保险事故，保险人依然有保险理赔的义务。保险单未经审查通过就直接出单，只是违背了法律关于行政规制的规定，因此保险公司必须接受主管机关的行政处罚而已。

2. 增加责任保险保险金请求权“消灭时效起算点”的规定或“时效停止进行”的规定

在责任保险的求偿关系中，经常发生责任保险的被保险人在赔偿责任确定且赔偿被害人后，向保险人请求保险给付时，其对保险公司的请求权已经消灭时效完成。之所以发生这种不合理现象，是因为民法典制定的过程中，只继受“消灭时效”“时效不完成”，却没有继受“时效停止进行”所致，这个缺点在我国台湾地区的民法没有解决，大陆新公布的《民法总则》也同样没有规定。为了解决这种不合理现象，目前有三种方式：

（1）在民法中规定“时效停止进行”制度。2000 年《德国民法典》第 202 条至第 205 条规定时效制度。其中，第 203 条规定“在债务人与债权人之间，关于请求权或使请求权成立的情况的磋商正在进行者，消灭时效停止进行，直到任何一方拒绝磋商为止。消灭时效最早在停止状况结束后三个月完成”。第 205 条规定“依债务人与债权人的契约，债务人有权暂时拒绝履行给付者，消灭时效就停止进行”，典型的例子就是责任保险，责任保险的被保险人对被害人损害赔偿的责任确定前，保险人对于被保险人的保险给付，是可以暂时拒绝履行的，因此被保险人对保险人的保险给付请求权的时效，也就暂时停止进行。

（2）在保险法中规定“消灭时效自要保人或被保险人受第三人请求之日起算”。我国台湾地区“保险法”第 65 条规定：“由保险契约所生之权利，自得为请求之日起，经过二年不行使而消灭。有左列各款情形之一者，其期限之起算，依各该款之规定：……要保人或被保险人对于保险人之请求，系由于第三人之请求而生者，自要保人或被保险人受请求之日起算。”依照这个规定，时效的起算点是“自要保人或被保险人受请求之日起算”。

（3）在保险法中规定，请求权的消灭时效“从第三人对被保险人的请求权确定时”或“起诉状送达日”起算。《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第 257 条

第1款后段规定：“被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的，时效期间为九十日，自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起算。”此一规定是承袭自“汉堡规则”第20条第5项“被认定应负责任之人，即使各项规定的诉讼期间届满之后，仍然可以对负有赔偿义务之人提起追偿诉讼，但此项诉讼须于提起诉讼地国家法律许可制期限内提起。所准许之期限不得少于九十日，自提起此项追偿诉讼之人已解决求偿请求或对其本人所提起的诉讼传票送达之日起算”而制定。依照《海商法》第257条第1款后段的规定，不但消灭时效的起算点是“自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起算”，而且将消灭时效期间规定为“九十日”。

以上三者，第一种方式通盘可行，但是必须以民法订有“时效停止进行”制度为前提，否则就失去依据。第二种方式虽然一定在程度上缓和了欠缺“停止时效制度”的缺点，但是并没有根本解决问题，因为责任保险被保险人对保险人的保险金请求权若从“要保人或被保险人受请求之日”起算，若该请求的诉讼或和解过程超过2年的时效期间，则仍然可能发生责任保险被保险人对第三人的责任确定时，被保险人对保险人的请求权早已经消灭时效的情况。因此，在没有“时效停止进行制度”的国家，从保障责任保险被保险人权益的观点，“汉堡规则”以及《海商法》第三种立法方式，较为可取。但是，目前《海商法》第257条的第三种立法方式规定在《海商法》，是只有针对海上责任保险的规定，应该移到保险法，作为责任保险的请求权消灭时效的共同规定为是。

（四）海商法

1. 国际公约选择性地继受

海商法主要内容包括：海上货物运送、海上旅客运送、船舶拖带、船舶碰撞、海难救助、共同海损、海上保险等。有时一个领域只有一个国际公约，例如船舶碰撞，就只有1910年的《船舶碰撞公约》；有时同一领域就有数个国际公约，例如海上货物运送，就有“海牙规则”“海牙维斯比规则”“汉堡规则”与“鹿特丹规则”。海商法的继受国际公约，在“责任制度”方面，必须衡量国际竞争力，考虑相关业者（保险业、银行业）的配合能力，考虑风险转嫁到国际市场的可能性与方便性，做“选择性的继受”；但是国际公约中关于新科技、新交易方式的规定，例如电子提单、批量运送等规定，可以减低经营成本，提升营运效率，则可以“直接地继受”。

2. 海商法条文的编列

海商法的编列有三个地方必须特别注意：

（1）将船舶所有权、光船租赁与计期租船（期间佣船）编在一起，因为这三者都是运送人取得船舶使用权的法律基础。

（2）在货物运送方面，应该将“件货运送”与“计程租船”（航程佣船）并列：件货运送，因为当事人的谈判机会与谈判能力都相差悬殊，因此必须规定“强制责任期间”。在“强制责任期间”内，除了法律已经规定的法定免责事由以及责任限制事由外，

不容许当事人另外约定免责事由或责任限制事由以减轻运送人责任，主要是为了保护经济方面的弱势一方；但是，在“计程租船”中，当事人一方是船公司，另一方则是必须包下整个船舱或整艘轮船的托运人，双方谈判机会及谈判能力相当，法律不需要特别偏颇地保护任何一方，可以回归契约自由原则，除了法律明文禁止或本质性的义务外，可以容许约定的免责事由或责任限制的约定。

(3) 免责事由、单位责任限制与责任总限制的条文必须依序编排：海商法最难之处在于厘清从“免责事由”到“单位责任限制”，再从“单位责任限制”到“责任总限制”的前后关系：免责事由是针对自己承运的货物（有契约关系的）、单位责任限制也是针对自己承运的货物，但是有先后之别，如果有免责事由，就不必主张单位责任限制，更不需要责任总限制了，但是，责任总限制则包括有契约关系与没有契约关系，也就是可以针对自己承运的货物，也可以针对自己承运的旅客，甚至没有契约关系的其他债权人（其他船舶、其他船舶上的旅客、其他船舶上的货物等），运送人针对自己承运的货物主张单位责任限制的抗辩之后，若还是认为不足够，便可以进一步主张责任总限制。为了符合法律的思维逻辑以及事理的发展的过程，《海商法》应该依照免责事由、单位责任限制、责任总限制的顺序编排。

七、结 论

本文的结论主要是：

(1) 《民法总则》，先求其有，再求其美，目前条文有优点，也有缺点，必须在制定民法各编及实施过程中继续修正补充，以求至善。

(2) 《民法总则》不但是民法的共同规定，而且揭示了法律的最高原则：诚实信用原则与公共秩序、善良风俗。

(3) 《民法总则》作为民法的共同规定，可以“普遍地”适用于财产法，但是对身份法只是“原则上”适用，性质不兼容的必须排除在适用范围外。

(4) 为了加速交易速度，降低交易成本，格式合同成为主要的交易方式。在格式合同下，当事人的交涉机会与交涉能力都严重失衡，为了维持交易的公平，保护经济上的弱者，必须对格式合同进行规制。在各种规制方式中，又以在民法债编制定法律条文，最能见效。《德国民法典》的立法模式，列举“无评价余地条款”“有评价余地条款”以及“概括条款”，建立三道规制防线，以兼收“具体”“弹性”并且“避免挂一漏万”的效果，体系完备，最值得参考。

(5) 民法的专业术语，可用于商法；民法所揭示的法律原则，对于商法也一样适用。

所谓“商法是民法的特别法”，是就“同一法律事实，如果民法有规定，商法也有规定，而商法的规定与民法的规定不同时，商法的规定应该优先适用”而言，只有发生规范竞合时，商法才是特别法。民法专业术语的含意，在商法可以适用；民法揭示的基本原则以及由基本原则衍生的派生原则，在商法都同样可以适用。

(6) 关于商法内容的具体建议：

第一，应该在商法前面，就商人、营业行为以及其他相关事项作统一规定。

第二，随着关系企业的普遍化，公司法应该增加关系企业法；为了保护小股东以及社会公众权益，具有规模的公司都应该以“独立董事”替代“监察人”，以期在公司的政策形成过程中就融入公司的决策，而不只是消极的事后的监督查核。

第三，保险单应该有“事先审查”机制；又为了强化被保险人的保护，应该为责任保险建立“时效停止进行制度”或“另外订定消灭时效的起算点”。

第四，海商法方面，应该将“船舶所有权”“光船租赁”“计期租船”三者同列为运送人取得船舶使用权的方法；在货物运送方面，应该将“件货运送契约”与“计程租船”并列为运送的两大方式。件货运送契约的当事人的谈判机会与谈判能力都严重不对等，因此应该抛弃契约自由原则，采用“强制责任”规定，除了法律规定的免责事由以及限制责任事由外，一律禁止约定的免责或限制责任事由。但是，在“计程租船”方面，则由于当事人谈判机会及谈判能力都具有对等性，因此应回归到契约自由原则。此外，为了符合法律的思维逻辑以及事理的发展过程，《海商法》中关于运送人责任的条文的排列，应该按照“免责事由”“单位责任限制”“责任总限制”的先后顺序来编排。

Discussion of the General Part of Civil Code and Commercial Code

Liu Zongrong

[Abstract] The General Part of Civil Code includes regulations from the Division of Obligation Law and the Division of Property Law, and, with a few exceptions, the regulations from the Division of Succession Law and the Division of Family Law. The principles behind the General Part of Civil Code—such as the principle of good faith, the principle of public policy, and the principle of good customs—are applicable to all areas of law. In the Civil Law system, the Civil Code and the Commercial Code are both private law. The more logical and economical way to structure them is to deem the Civil Code as a common law and the Commercial Code as a special law. Under this structure, if both the Civil Code and the Commercial Code should apply to the same legal fact, the Commercial Code should prevail. Only when the Commercial Code does not have rules applicable to the legal fact does the Civil Code come in as a supplementary regulation. Every division of the civil code should avoid overlaps with the General Part of the Civil Code. With the increasing prevalence of large enterprises and the use of standardized contracts, special care must be taken to strengthen consumer protection and regulate standardized contracts. Regulations in the Division of Property Law, the Division of Succession Law and the Division of Family Law should consider accepted social and culture values of our society. Regulations in the Commercial Code should give special consideration to regulating large conglomerate enterprises.

[Key Words] Civil Law, the General Part of Civil Code, Commercial Law

责任编辑：黄珑一