

# 民法典编纂中的立法模式悖论

## ——基于商法规范如何安排的视角

赵磊

**摘要:** 在民法典立法中, 商事法律处于何种位置? 这一问题解决的好坏将直接关系到民法典立法的成败, 甚至影响中国法治进程、影响中国市场经济的发展。中国大陆民事立法模式既非民商分立也非民商合一, 在民法典立法思路坚持民商合一的模式, 却选择民商分立模式下的民法典作为范本, 在逻辑上存在悖论。民法典立法不是要适当增加商法规则, 而是要根据商事活动的需要, 实现民法与商法的体系化, 这完全是因为商法规则的特殊性决定的。民法典应该具有开放性, 以适应复杂多变的现实。

**关键词:** 民法典 立法模式 商法特殊性 民商合一 民商分立

**中图分类号:** DF5 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330 (2017) 03-0038-08

**DOI:**10.13893/j.cnki.bffx.2017.03.004

中国共产党第十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)明确提出“编纂民法典”。一时, 民法典立法在中国大陆民法学界声势顿起, “中国民法典” 似呼之欲出。但是, 从立法规律上看, 一部成熟民法典的出台并非是一蹴而就的。即使在法律传统久远、法律学术积累深厚的欧洲国家, 其民法典的编纂过程大都历时甚久, 多则上百年。<sup>①</sup>有诸多因素导致“中国民法典”的出台必将经历一个较长的周期, 其中, 理论准备不足是主要原因之一。

中国大陆民法学者普遍认为, 民法典宜采用分段立法的路径进行。改革开放三十多年以来, 《民法通则》《婚姻法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》等民事单行法相继出台, 学者们认为, 如果加上“民法总则”、“人格权法”、“债法总则”等单行法, “中国民法典”的基本内容就齐备了。接下来的工作就是依据科学的民法典体系对既有的民事立法内容进行整合, 并最终形成民法典。<sup>②</sup>由此看来, “中国民法典”的出台颇为乐观, 因为主要内容已经具备, 待制定完上述几部单行法, 加以整合就大功告成了。当然, 也有不少学者认为, 民法典立法必须要处理好一些相关关系。对此, 不同学者的认识不尽相同, 但有一点是共同的, 那就是中国民法典编纂必须处理好民法与商

---

**【作者简介】** 赵磊, 中国社会科学院法学研究所副教授, 法学博士。

<sup>①</sup> 参见凌斌 《编纂民法典: 民族生活的法律归宿》, 载《中国法律评论》2014年第4期。

<sup>②</sup> 参见王利明 《加快民法典制定 促进法律体系完善》, 载《法制资讯》2014年第21期。

法的关系。<sup>③</sup>这已经成为大陆民法学者与商法学者的共识。<sup>④</sup>但是,关键问题是如何处理二者的关系?在民法典立法中,商事法律处于何种位置?这一问题解决的好坏将直接关系到民法典立法事业的成败,对实践中的民商事活动也会有较大影响。笔者尝试从立法模式入手,以时代变迁的视角,分析民法典编纂中的“商法”问题。

### 一、我国的民商事立法模式是民商合一吗

长期以来,中国法学界普遍认为,中国民事立法属于民商合一模式,这方面的论述汗牛充栋,不胜枚举。不但如此,学者们还为此进行了大量的“背书”,如有的学者论证道“根本原因在于现代社会中已不存在几年前的独立商人阶层,绝大多数人已经直接参与到商品经济活动中来,大量原来的商事活动现在变成了一般民事活动。因此区分民法商法实无必要。即使坚持民商分立的国家,在理论上和商法条文中都承认商法是民法的特别法,凡在商法未作规定的,一律属民法典。事实上,在民商分立的法国和德国,其商法典已支离破碎。为适应商品经济的发展,民商合一已成为发展的趋势。”<sup>⑤</sup>还有学者认为,我国现行法采取民商合一的立法模式,这有其道理:在所有经济发达的国家和地区,民事商法化已经达到了这样的程度,几乎不再有什么规定对商事债与民事债区别对待。各国的法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性。<sup>⑥</sup>

考察民商法的发展历史,可以看出,一国(地区)无论是采取民商分立还是民商合一,都是根据其法律传统,结合其时代特征所作的理性选择。<sup>⑦</sup>大陆法系国家之商法典,无论是采用客观主义立法模式,还是采用主观主义立法模式,均为商法形式理性的产物和集中体现。但是,商法典却并非商法形式理性的必然结果,大陆法系商法的形式理性与英美法系相同。<sup>⑧</sup>商事规范是否以法典形式单独立法,仅对学术研究的类型化有意义,并不能说明一个国家的民事立法成熟与否。民商分立模式下,《商法典》与《民法典》并存;民商合一模式下,只存在《民法典》,并无《商法典》,商法以单行法的形式呈现。两种模式形式各异、实质相近,并无优劣、高下之分。

至于中国的民商法立法模式,在民国时期就被“官方文件”确定为“民商合一”。1926年6月,国民党第183次中央政治会议通过《民商划一提案审查报告书》,列举了采用民商合一的八项理由:基于沿革、主张商法之进步性质、适应国际的进展、立法之趋势、平等、民商两法难以区别、编制困难以及适用困难,等等。

1949年后,中国大陆在社会主义公有制的基础上,实行计划经济。一方面,社会成员的主体意识并不明确;另一方面,除少量生活必需品外,公民几乎没有个人财产,财产的流转也主要是在国家意志支配下进行的。因此,作为权利宣言书的私法既缺乏生成土壤,也无用武之地。这一时期的民事立法主要以学习苏联模式为主,在处理有关问题时,主要依据的是党和国家的民事政策,如“依靠群众、调查研究、调解为主、就地解决”的十六字民事审判方针等。<sup>⑨</sup>在某种程度上可以说,在改革开放之前,新中国的民商事立法几乎一片空白,基本谈不上有什么立法模式。

改革开放以后的民商事立法,是根据经济体制改革和经济发展所需而逐步制定的。从最早的

<sup>③</sup> 参见崔建远《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期;李媛《“罗马法·中国法与民法法典化”国际研讨会举行——杜万华出席并讲话》,载《人民法院报》2014年9月27日第1版。

<sup>④</sup> 2015年6月13日,中国商法学研究会还专门在北京香山杏林山庄召开了“民法典编纂与商事立法研讨会”,我国大陆地区部分权威民法学者、商法学者云集香山脚下,讨论民法典立法与商事立法问题。

<sup>⑤</sup> 参见魏振瀛、钱强波《市场经济与民法观念》,载《中外法学》1994年第5期。

<sup>⑥</sup> 前引<sup>③</sup>崔建远文。

<sup>⑦</sup> 关于这一问题,郭峰教授有着较为深入的分析。参见郭峰《民商分立与民商合一的理论评析》,载《中国法学》1996年第5期。

<sup>⑧</sup> 参见赵磊《反思商事通则立法——从商法的形式理性出发》,载《法律科学》2013年第4期。

<sup>⑨</sup> 参见冉昇、杜丽江《新中国法治历程:民法56年》,载《南京大学学报》2005年第4期。

《经济合同法》(1981年12月31日通过),到《民法通则》(1986年4月12日通过)、《企业破产法(试行)》(1986年12月2日通过)、《公司法》(1993年12月29日通过)等诸多民商事法律、法规,无一不是根据当时经济改革或发展的制度需求出台的。在这样的背景下,那种认为我国大陆民商法立法模式为民商合一的观点是不具有科学性的。因为,无论一个国家的立法模式是民商合一还是民商分立,都必须对民商法的各个部门法规范统一进行体系化安排,而不能是各个部门法孤立地分别立法。正如石少侠教授所言,中国大陆的所谓“民商合一”模式,实际上立法机关从未做出这样的划分和确认,这种归纳概括并无任何法源依据。之所以得出这样的结论,完全是因为在中国民商合一被先验地奉为真理,民法学者们已经习惯于将所有的单行商事法律都视为民法的特别法。这种合一只是学者们在观念意义上的合一,并非法典意义上的合一,更非法定合一。<sup>⑩</sup>当然,因为中国大陆并不存在形式意义上的商法典或者商法总则类的法律,中国的民商事立法模式更谈不上民商分立。

我国民商事立法自清末民初以来,一直在试图学习西方时“采彼所长,益我所短”,在“参考”外国经验的同时也要“体察”国情,但结果却往往事与愿违。<sup>⑪</sup>加之对民国立法的摒弃、新中国成立初期盲目学习前苏联、文革时期法律被践踏,在过去的一个多世纪,我国的民商事立法历史进程实际上是断裂的。改革开放以来,法治建设取得长足进步,但立法具有很强的功利性、时效性,欠缺科学性。在这个意义上说,我国的民商事立法无论是形式还是内容都必须在时代背景下重新进行体系化思考。

## 二、大陆法系主要国家的民商事立法模式

法典是高度理性的产物。考察大陆法系国家历史可以看出,民法典立法与理性主义密不可分。18世纪的理性主义精神不仅生产了论述自然法的学术著作,而且引致了沿着自然法理念行进的使民族法律制度法典化的最初立法活动。最为著名和最具影响力的当然是《法国民法典》。<sup>⑫</sup>稍晚的《德国民法典》也是理性法与启蒙运动结盟的产物。这些法典不同于先前(主要用以确定、安排、改善或续造现存法规范)的法律记录书,它们希望透过体系性地穷尽安排所有的法律素材,预先规划出一个较好的社会。<sup>⑬</sup>

### (一) 德、法民法典形成的时代背景

当今中国大陆民法学者谈及民法典时,言必称德、法。《德国民法典》《法国民法典》严密的逻辑性和完整的体系性,为许多学者津津乐道。这两部民法典也因此成为学术界普遍认可的中国民法典立法的样板。<sup>⑭</sup>但是,任何一部法律的内容都受其所处历史时期、所在国(地区)法律传统、经济发展水平等诸多因素的影响。一两百年前的法、德社会与今日之中国,可谓风马牛不相及。如果我们仍拘泥于德、法模式,恐怕会产生南橘北枳之效果。

首先,彼时之德、法两国,均处于启蒙运动时期,自由与人权观念深入人心。《法国民法典》甚至就是法国大革命的直接产物。因此,意思自治原则、权利本位思想在这两部法典中体现的淋漓

<sup>⑩</sup> 参见石少侠《我国应实行实质商法主义的民商分立》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

<sup>⑪</sup> 参见苏亦工《重评清末法律改革与沈家本之关系》,载韩延龙主编《法律史论集》(第1卷),法律出版社1998年版,第201—213页。

<sup>⑫</sup> 参见[爱尔兰]J. M. 凯利《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第252页。

<sup>⑬</sup> 参见[德]弗朗茨·维亚克尔《近代私法史——以德意志的发展为考察重点》(上),陈爱娥、黄建辉译,上海三联出版社2006年版,第11页。

<sup>⑭</sup> 参见梁慧星《制定民法典的设想》,载《现代法学》2001年第2期;孙宪忠《制定民法典的主要难题》,载《法学》2003年第5期;王利明《民法典体系研究》,载《厦门大学法律评论》(第6辑),厦门大学出版社2003年版。

尽致。而这些因素在当代世界来说,已经成为世界各国的普遍共识,无需特别强调。当然,这也是中国民商事立法的题中应有之义。

其次,德、法两国均有着深厚的罗马法传统。《法国民法典》极大程度地继受了罗马法,其蓝本就是《法学阶梯》。虽然《德国民法典》出台的直接原因是统一各邦法律,但是德国各邦对罗马法的继受自15、16世纪就开始了。<sup>⑮</sup>从中世纪到文艺复兴时期,由于波伦亚学派法学家的活动以及大量历史原因和社会原因的影响,优士丁尼的罗马法逐渐变成了所有拉丁民族和日耳曼民族共同法。从18世纪中叶开始,它让位于一些民法典,并且在这些民法典的制定中发挥了重要作用。<sup>⑯</sup>德、法两国之民法典从形式到内容深受罗马法影响,更为重要的是,德国、法国等国家的法律传统、文化环境、历史背景与罗马法一脉相承,在移植罗马法上具有天然优势,不存在多大障碍。

再次,彼时之德、法两国,无论是立法还是实践,商法都已自成体系。从11世纪晚期和12世纪开始,商法的基本概念和制度得以形成,商法逐渐被人们看做是一种完整的、不断发展的法律体系。<sup>⑰</sup>与民法试图构建一个理想世界不同,商法产生自商业活动本身,其目的是为了满足不同商人群体的需要。德、法民法典出台之时,其本国商法体系已经独立存在。<sup>⑱</sup>现行《德国商法典》的核心部分明显要比《德国民法典》历史更长,甚至长于当今的德意志国家。<sup>⑲</sup>从中世纪商法的形成来看,可以说它与罗马法、教会法没有直接的联系,因此,它不是从普通私法中分离出来的。中世纪商法一经产生,它就自治自立,与普通私法平行发展。<sup>⑳</sup>

最后,这两部法典的形成都是建立在长期、充分的理论准备基础上的。《德国民法典》出台经历了学者们几十年的论战,立法者也广泛听取了各方意见。<sup>㉑</sup>《法国民法典》虽然从表面上看是大革命的产物。但这两者的根源都来自于罗马法、教会法以及中世纪以来的注释法学、评注法学、实证法学等法学流派。

## (二) 民商合一立法模式的实质: 形合神不合

长期以来,我国民商法学者都认为,瑞士是民商合一立法模式的开先河者与典型代表。近代以来的我国民商事立法也深受瑞士民法典的影响。从旧中国到新中国,我国的民事立法都是在“民商合一”的大原则之下进行的。民商合一的原则是受瑞士民法的启示而确立的。<sup>㉒</sup>

《瑞士民法典》之所以选择民商合一模式有其特殊的历史原因,<sup>㉓</sup>并不是立法者一时的突发奇想,而是有其早期私法典的立法实践和一元化的私法观念作为其最初基础。<sup>㉔</sup>《瑞士民法典》最大的创新就是将商法规定在民法典之中,并且作为“债务法”编的主要内容予以规定。其第五编

<sup>⑮</sup> 参见曾世雄《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第2页。

<sup>⑯</sup> [意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第3页。

<sup>⑰</sup> 参见[美]伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,法律出版社2008年版,第327页。

<sup>⑱</sup> 虽然《法国商法典》(1806年)出台稍晚于《法国民法典》(1804年),但其根源可以远远追溯到 Savary 的 Ordonnance des marchands et negocians (1673年)以来的传统。参见前引<sup>⑮</sup>,第337页。

<sup>⑲</sup> [德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,“第二十三版汉译本序言”。

<sup>⑳</sup> 前引<sup>⑰</sup>。

<sup>㉑</sup> 参见前引<sup>⑱</sup>,第451—454页。

<sup>㉒</sup> 谢怀栻《大陆法国家民法典研究》,载《外国法译评》1995年第2期。

<sup>㉓</sup> 19世纪中期之前的瑞士联邦各州拥有独立法权的松散联盟,根据地理位置的不同,各州或受法国影响或受德国影响,几乎各州都有自己的民法典。瑞士联邦直到1874年宪法改革时,才开始在私法领域内获得“关于商业和动产交易中的一切法律事项(债法包括商法和票据法)”的立法权(1874年《宪法》第64条第2款),但这一权限也仅涵盖大约1/3的私法领域,而其他方面仍暂由各州立法。但也正是这一宪法授权,尤其是括号中的“债法包括商法和票据法”的明确规定框定了1881年通过的旧债法的名称和范围。而瑞士联邦最后获得在整个私法实体领域的宪法权限则是1898年11月13日,之后瑞士统一民法典的立法起草才正式展开。仅从瑞士宪法发展所授予联邦私法立法权限范围的时间表来看,瑞士债法的制定及后来民法典的推出确实与宪法权限的制约具有相关性。

<sup>㉔</sup> 参见殷安军《瑞士法上民商合一立法模式的形成——兼评“单一法典”理念》,载《中外法学》2014年第6期。

“债务法”共分为五部分：《总则》《各种契约关系》《公司与会社法》《商业登记、商号与商业账簿》《有价证券》。在“《总则》”部分并无对于后三部分商事规则的概括性规定，《瑞士民法典》本身也无“总则”的设置。换句话说，《瑞士民法典》的“民商合一”只是将本属于民商分立模式下商法典的内容机械地照搬到民法典中，而并没有抽象出民法和商法共同的上位规则。

1942年《意大利民法典》是另一个民商合一立法模式的典型。意大利之所以改民商分立为民商合一，有着诸多较为复杂的社会因素，其中最为主要的原因是学者们认为，较之民法而言，商法规则并无太多特殊性。<sup>⑤</sup>这与我国许多民法学者的观点一致。在体例上，《意大利民法典》的民商合一模式又与《瑞士民法典》区别较大，其商事规则分别分布于债编、劳动编，在《瑞士民法典》中属于“债务编”的公司与企业法被《意大利民法典》纳入“劳动编”。与《瑞士民法典》相同的是，《意大利民法典》的商法内容同样是商事规则的机械规定，并无统摄商法与民法的“总则”。

《瑞士民法典》《意大利民法典》的出台在《法国民法典》《德国民法典》之后，它们并没有简单地照搬后两者的模式，而是根据各自的国情，创造出民商合一的立法模式。虽然说它们都并未实现实质上的“合一”，但这种既借鉴先进立法例的经验，又尊重本国的历史传统、现实情况的做法是值得高度肯定的。

### （三）中国大陆民事立法坚持民商合一模式的悖论

从新中国成立以来的几次民法典立法活动来看，中国大陆坚持了民商合一的模式，但草案内容基本难以寻觅商法规则的身影。同时，民法典的体系又选择了民商分立模式下的民法典作为范本。这种安排几乎成为法学界的共识，但在逻辑上却存在重大问题。学者们既然坚持认为中国大陆应采用民商合一模式，那么商法作为私法体系的重要组成部分，必须在民法典中予以体现。但是，从既有几部民法典草案（建议稿）以及本次民法典起草活动的专家意见看，对此，无论是立法机关还是民法学者并无成熟考虑与妥帖安排。

2017年3月，第十二届全国人大五次会议表决通过了《中华人民共和国民法总则》。“总则”编为德国民法典首创，而德国又是民商分立的立法模式。如前所述，在采用民商合一模式的《瑞士民法典》、《意大利民法典》并无“总则”的设置。也就是说，我们一方面坚持认为我国应走民商合一的道路，另一方面又采纳了民商分立模式下的方案设计。这种自相矛盾的做法，使得民法典注定在体系上会成为“异类”。不过，这一“异类”可能在立法机关看来恰恰是一种创新。全国人大常委会在审议《民法总则》草案时认为，《民法总则》在继承民法通则、民事单行法规的基础上，总结提炼了改革开放以来的民事立法和司法经验，借鉴吸收了其他国家和地区的先进制度，内容具有一定的创新性和前瞻性，符合中国国情，体现了中国特色。<sup>⑥</sup>

王利明教授认为，我国虽然学理上对民商事立法应采民商合一还是民商分立体例一直存在争议，但在立法体例上，我国采纳了民商合一体例，即以民法统一调整平等主体之间的人身关系和财产关系，商事法律在性质上属于民事特别法，在商事法律没有就相关问题作出特别规定时，相关的纠纷仍应适用民法总则的一般规则。<sup>⑦</sup>

## 三、民法典编纂中的民商法体系化

各国民法典的制定，不可能跳出所处的历史发展阶段，摆脱种种社会文化乃至政治经济的条件

<sup>⑤</sup> 参见费安玲《1942年〈意大利民法典〉之探研》，资料来源于罗马法教研室：<http://www.romanlaw.cn/sub2-67.htm>，最后访问时间：2016年9月18日。

<sup>⑥</sup> 参见王博勋《民法总则草案初审：在继承中创新》，载《中国人大》2016年第13期。

<sup>⑦</sup> 参见王利明《民法总则的制定应体现民商合一体制》，载《法制日报》2015年5月27日第9版。

限制。但理性的立法者在反思人类累积的共同经验后,应该还是可以整理出一些客观、科学的规则,而以其为基础,再去吸纳、响应相关的条件。<sup>28</sup>中国民法典立法的目的不能是为了填补“立法空白”,更不能被法学家当作实现自身法治理想的标志。

关于未来中国民法典究竟应该呈现出何种形态,仍然是一个开放的问题。总之,我们并不是为了民法典而民法典。<sup>29</sup>如果说《法国民法典》《德国民法典》《瑞士民法典》和《意大利民法典》都属于早期民法典立法史上立法模式的摸索阶段,那么,21世纪的中国民法典应该发挥后发优势,认真权衡各种立法模式之利弊,从根本上处理好民法与商法的关系问题。不用拘泥于潘德克顿体系上的完美和语言之精到,而是要从我国国情出发,从有利于社会生活的有序调整出发。

### (一) “民法总则”未完成民商法体系化任务

无论民法典以何种形态呈现,都必须借此完成民商法体系化工作。大陆法系学者普遍认为,民法的体系化需要制定民法典,这不仅出于立法形式上的考虑,更重要的是,法典化是实现私法系统化的一个完美方法。<sup>30</sup>这一点也得到我国绝大多数民法学者的赞同。

不过,立法体系化并不能与法典化划等号。从规范意义上讲,体系化意味着:将所有透过分析而得的法命题加以整合,使之成为相互间逻辑清晰、不会自相矛盾、尤其是原则上没有漏洞的规则体系,这样的体系要求所有可以想见的事实状况全都合乎逻辑地含摄于体系的某一规范之下,以免事实的秩序缺乏法律的保障。<sup>31</sup>从反向看,体系化的任务是通过逻辑的手段,让各种得到承认适用的法的规则,结合成为抽象的法律原则的一种本身毫无矛盾的相互联系,并使之理性化。<sup>32</sup>这种理性性指的是法律内在的实质理性,而非法典化的形式理性。

从世界各国立法例来看,采民商合一模式国家的民法典均无民法总则的设计,其原因在于商法规范没有民法规范那样有着严密的逻辑体系。从全国人大公布的《民法总则》来看,虽然也有些许商法规范,但并没有完成提取民法与商法公因式的任务。那么,一个没有完成商事规范“总则化”的“民法总则”,如何实现统摄民法、商法,完成“民商合一”的任务呢?

### (二) 民商合一模式必须考虑商法规则的特殊性

我们也注意到,在这一轮关于民法典立法的讨论中,有更多的民法学者越来越认识到,民法典立法必须要处理好与商法的关系。如王轶教授认为,在民法与商法的关系上,根据2011年国务院发布的白皮书,商法应当遵循民法基本原则,同时需贯彻商事自由、等价交换、交易便捷的精神。而我国合同法总则,也融入了浓厚的商事色彩。鉴于商人群体在推动民法规则发展上的重要作用,故我国民法规范应当尽量反映商事交易的规则。至于商事登记应否进入民法总则,则是立法技术的问题,应当交由商法学界的讨论决定。<sup>33</sup>但是,民法典立法不是要适当增加商法规则,而是要根据商事活动的需要,实现民法与商法的体系化,这完全是由商法规则的特殊性决定的。

1. 商法的适用范围特殊。商法的特殊性不是因为它适用于隶属于商业行会的商人,而是因为它适用于商业活动(商法的客体)的法律,而作为司法裁判组成部分的商事裁判也不可避免地加入了民法与商法的分合之争。<sup>34</sup>商业活动的主要特征是营利性,这决定了与民事规则相比,商事

<sup>28</sup> 参见苏永钦《现代民法典的体系定位与建构规则——为大陆民法典工程进一言》,载《交大法学》(2010年第1卷),上海交通大学出版社2011年版。

<sup>29</sup> 参见薛军《当我们说民法典,我们是在说什么》,载《中外法学》2014年第6期。

<sup>30</sup> 参见Karsten Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee: Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzwerken des geltenden Rechts*, 1985, S. 39.

<sup>31</sup> 参见[德]马克斯·韦伯《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第27页。

<sup>32</sup> 参见[德]马克斯·韦伯《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第18页。

<sup>33</sup> 参见王轶《中国民法典:技术框架、民族特色与时代使命》,资料来源于浙江大学光华法学院网站: [http://www.ghlS.zju.edu.cn/chinese/redir.php?catalog\\_id=68&object\\_id=297156](http://www.ghlS.zju.edu.cn/chinese/redir.php?catalog_id=68&object_id=297156),最后访问时间:2015年6月10日。

<sup>34</sup> 参见[意]斯奇巴尼《法典化及其立法手段》,丁玫译,资料来源于中国法学会网: <http://www.iolaw.org.cn/shownews.aspx?id=1079>,最后访问时间:2015年5月15日。

交易规则更追求效率。

2. 商法的主体规则特殊。早期的商法特别是德国商法,坚持认为商法即商人法,商法规则只对商主体适用。在世界各国普遍实施自由经济的今天,制定专门适用于某类群体的规则已不合时宜。但是不能将民事主体等同于商事主体,民事主体欲从事营业行为,必须要符合必要条件、履行相应的法律程序。二者最大的区别在于,民事主体的根本是人格,商事主体的根本是信用。商事主体的特殊性已被社会广泛认识和接受,《人民日报》这样的主流媒体都开始使用“商事主体”这样的字眼。<sup>⑤</sup>

3. 商法的行为规则特殊。民事法律行为的核心是意思表示,结果受其效力样态决定,其规则取向是意思表示真实。而商行为以信用为基础,追求效率,更注重行为的外观,典型的是票据行为。

4. 商法的责任规则特殊。民法倡导“自己行为、自己负责”,而商法规则有很大一部分属于“有限责任”。与民法相比,商主体种类更多,责任规则也更为负责。如民事合伙的责任只能是无限责任,而商事合伙的责任既包括无限责任还包括有限责任。

### (三) “中国民法典”立法模式对商事立法的影响

许多民法学者认为,应该按照潘德克顿体系架构未来的中国民法典。<sup>⑥</sup>潘德克顿(pandekten)罗马法《学说汇纂》的汉语音译,潘德克顿体系是在《学说汇纂》基础上衍生出来的“五编制”体系,即在民法典中包括总则、物权、债权、亲属与继承五部分。崇尚思辨、理性的德意志人在罗马法基础上发展的潘德克顿,讲求精准的概念和严密的逻辑体系。这极大地影响了《德国民法典》的结构与内容,而且对法典化以外的法典解释和法典进一步发展也具有意义。<sup>⑦</sup>但是,《德国民法典》确立这一体系的背景是,19 世纪的法典化运动中商法典与民法典分立,对于这一由于历史原因和法律传统导致的现象,当时并未从理论上对其原因和合理性进行深入的探讨。<sup>⑧</sup>如前所述,当下中国与昔日之德国相距百余年,国情迥异,再拘泥于潘德克顿体系,恐有削足适履之虞。

当然,无论是潘德克顿式体系还是法学阶梯式(法国民法典三编制)体系,都属于法典形式范畴,其实际意义更多是立法技术层面的。具体说规定几编、各编的前后顺序如何等内部结构问题,更不具有实践理性价值。商法与民法同属私法范畴,二者在主体、权利、义务、行为以及责任等核心问题上具有内在一致性。如果坚持民商合一立法模式,无论采取哪种体系,这些都应该是立法者谋篇布局的重要考虑因素。

### (四) 构建一个符合时代精神的中国民法典

本世纪初中国大陆第四次民法典立法活动中,有学者提出“松散式、邦联式”编纂思路。这将会导致民法典缺乏体系性和逻辑性,使人难以了解和掌握,法官难以操作和判决案件。<sup>⑨</sup>虽然这一思路不具可行性,但它也启发了我们,民法典应该具有开放性,以适应复杂多变的现实。江平教授指出,我们应当制订一部开放型的民法典,而不是封闭型的民法典。民法典如果成为一个封闭体系就充满着危险,因为社会经济生活是非常活跃的,它不应当受法律的束缚和阻碍,法律应当给它更大的未来空间和余地。<sup>⑩</sup>

<sup>⑤</sup> 参见王楚、吕绍刚《深圳迈向国际化创新型城市》,载《人民日报》2015年6月8日第1版。

<sup>⑥</sup> 参见孙宪忠《中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴》,载《中国社会科学》2008年第2期;前引⑩王利明书。

<sup>⑦</sup> 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第36—37页。

<sup>⑧</sup> 前引⑩,“译者序”。

<sup>⑨</sup> 参见梁慧星《当前关于民法典编纂的三条思路》,资料来源于中国法学网:<http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=223>,最后访问时间:2015年6月1日。

<sup>⑩</sup> 参见江平《制定一部开放型的民法典》,载《政法论坛》2003年第1期。

民法典的开放有横向（空间意义上）和纵向（时间意义上）的含义。一方面在空间上，应该向商法、劳动法、知识产权法等相关部门法开放。归纳、概括、抽象这些部门法与民法具有内在一致性、共同性的规则，在民法典中体现出来。另一方面在时间上，民法典应该向新问题、新领域开放。王利明教授撰文指出，我国的民法典必须反映 21 世纪的时代特征。什么是 21 世纪的时代特征？他认为是对互联网时代、信息社会和大数据时代、高科技时代、知识经济时代、经济全球化趋势、资源环境逐渐恶化趋势及风险社会的时代特征做出回应。<sup>①</sup> 这些“时代特征”显然都是 21 世纪发生的新问题，传统的民法规范已经很难满足它们的制度需求。

#### 四、结 语

民事立法的根本目的在于造就出一种本诸公平精神、顺乎国情民生、有效捍卫私权、切实促进公益的民事法律秩序，而非追求法典自身的完美。民法典立法切忌得形忘意。<sup>②</sup> 民法典本为西方舶来品，深入研究其法理基础固然重要，注意其与中国本土法律资源的逻辑关系也必不可少。况且，从现有研究来看，中国大陆对民法典立法的一些模糊认识尚未澄清，立法者、学术界以及社会民众远未达成共识。

具体到中国民法典编纂的立法模式选择，无论是采用民商合一还是民商分立，必须择一而为之，最起码在逻辑上要能够自洽。而不能说，一方面坚持民商合一，另一方面又忽略商法的特殊性而不予体现。如果将来出台的“中国民法典”不能涵盖体系化的商法规则，那么就是实质上的民商分立。一旦这种情况发生，就必须重新思考是否有必要制定“中国商法典”或者“商法总则”的问题。

### On the Paradox of Legislative Mode in the Codification of Civil Law —Based on the Perspective of Commercial Norms Arrangement

ZHAO Lei

**Abstract:** What is the position of commercial law in the codification of civil law? This problem will be directly related to the success or failure of the codification, and even affect the process of China's rule of law and the development of China's market economy. The mode of civil legislation in mainland China is neither the separation of civil law and commercial law nor their unification, while in the codification of civil law, people insist on the pattern of their unification, choose the civil code under the pattern of civil and commercial separation as a model, which is a logical paradox. The legislation of civil code is not to increase the rules of commercial law, but to realize the systematization of civil law and commercial law according to the needs of commercial activities which is entirely due to the particularity of the rules of commercial law. The civil code should be open to adapt to the complex and changeable reality.

**Key words:** Civil Code legislative model particularity of commercial law unification of civil law and commercial law separation of civil law and commercial law

<sup>①</sup> 参见王利明《民法典的时代特征和编纂步骤》，载《清华法学》2014年第6期。

<sup>②</sup> 参见苏亦工《得形忘意：从唐律情结到民法典情结》，载《中国社会科学》2005年第1期。