

民商合一立法体例的中国模式

李建伟

〔摘要〕 民商合一与民商分立这组概念，对于大陆法系各国的民商法立法体例的分类描述仅仅具有形式化的意义。民法作为私法的一般法，商法作为私法的特别法，二元结构的统一私法体系在实质意义上都是奉行民商分立的，商法相对于民法的独立性应该得到强调与重视。为实现商事法律规范的系统化、体系化与科学化，“民法典+商法通则+单行特别商事法”的立法体例应该成为创新型立法模式选择，这有利于改观我国长期以来民商不分的立法现实存量，以及杜绝由此而生的诸多弊病。

〔关键词〕 民商合一；民商分立；不完全的民商合一；统一私法体系；商法独立性

〔中图分类号〕 D923.1 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769(2018)03-0067-09

我国民法典编纂遵守民商合一体例，这是立法者与私法学界的权威共识。^①但是，犹如一万个读者心目中的一万个哈姆雷特一般，几乎每个人都有个民商合一的立法蓝图。当我们在谈论民商合一的时候，我们到底在说什么？考诸历史文献以及当下学者的言说，尤其联系不同学者的民法、商法专业背景时，毋庸讳言，每个人话语体系下的“民商合一”含义并不一致甚至截然不同，故有必要追根溯源民商合一的本来意涵，探寻中国民法典编纂所奉行的民商合一版本的真实含义，选择符合中国民商事立法现实与未来发展

的民商合一模式。

一、民商合一、民商分立与不完全的民商合一

（一）事实描述

民商合一的对立概念是民商分立。民商分立的本来含义是指大陆法系国家的民法典与商法典分别立法，自成体系，各自调整民事关系与商事关系，是为“二元化私法体系”。^②众所周知，民商分立是中世纪后期的法律发展中逐渐获得独立地位的商法在近代欧陆国家法典化运动中形成的，以民法典、商法典的分立为标志，由于彼时多数

① 全国人大常委会李建国副委员长在2017年3月8日第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作“关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明”中指出，“我国民事立法秉持民商合一的传统，通过编纂民法典，完善我国民事领域的基本规则，为民商事活动提供基本遵循”。参见沈德咏主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用（上）》，北京：人民法院出版社，2017年，38页。又参见王利明《民商合一体例下我国民法总则的制定》，《法商研究》2015年4期；赵旭东《民法典的编纂与商事立法》，《中国法学》2016年4期。

② 参见中国人民大学法律系民法教研室编印《外国民法论文选》第二辑，1985年，4页。

〔基金项目〕 中国政法大学校级人文社科项目“民法总则制定中的商事主体立法研究”（15ZFZ82007）；中国政法大学优秀中青年教师培养支持计划项目与青年教师商法学学术创新团队项目

〔作者简介〕 李建伟，中国政法大学民商经济法学院教授，博士生导师，北京 100088。

欧陆国家商法典的制定早于民法典,故在近代欧陆国家取得了数量上的明显优势。民商合一的出现则更晚。在罗马法上,尚未独立的商法规范被包含在罗马私法中,形成了民商合体、两法不分的格局。在19世纪欧陆各国,“一方面是民商分立体制得以确立并发展到登峰造极的地步;另一方面又正是民商合一的学术思潮澎湃激荡并结出硕果之时”。⁽¹⁾从19世纪中叶开始出现了力主民商合一的学术思潮,在此思潮影响下商法以法典形式独立存在的必要性开始受到质疑,但最终未对已经牢牢确立民法典、商法典并立的二元私法体制的法国、德国产生影响,却在另外一些国家结出硕果。举其代表,有1865年加拿大的魁北克省民法典、1881年瑞士债法典、1934年荷兰民法典、1942年意大利民法典,以及中东、拉美地区为数不多国家的民法典。需要正本清源的是,这些民法典从未完全包含商法规范。进入20世纪之后,民商合一、民商分立模式的一些国家都发生了一些新变化:一是以北欧、我国民国政府时期的民法典为代表未编纂商法典,商法规范以多部单行法律出现;二是原采民商分立的一些国家,商法典出现了去法典化现象,如公司、保险、海商等分则编纷纷逃离商法典而单独立法。这两股立法新现象表明,商法规范主要通过单行法而存在是当代商事立法的重要表现形式,也是民商分立的新发展,商法也被认为由此获得了更具有活力与创新潜力的发展空间。⁽²⁾

尽管不同学者对民商分立、民商合一的上述历史过程的描述会有侧重点的差异,但以下两点基本事实不容忽视。其一,民商合一、民商分立作为历史概念,描述的是欧陆国家19世纪法典化运动中选择的两种民商立法体例,此处的不同仅仅是在形式意义上的,区别仅在于在民法典之外有无一部独立的商法典。其二,民商分立、民商合一的本来含义均不能被绝对化,民商分立,揭示了统一私法体系的二元结构,并不因此否认民法、商法在私法一体化下的同质性;民商合一,仅是指形式上不存在独立的商法典,也不能

由此否定商法的独立存在,无论在规范意义上还是学理意义上。但不幸的是,在其后的学术话语中二元对立的思维模式意外成为主导甚而走向极端。⁽³⁾在我国,也有学者断定“从民商分立到民商合一”是一种发展趋势。⁽³⁾这些说辞,更多地反映了学者个人对于某种立法体例的偏好,至于是否符合大陆法系民商法发展现状与趋势,尚需进一步观察。或许更客观的立场是,简单套用民商分立、民商合一的概念分类来划分当代民事、商事立法发展阵营的意义有限,“二分法”阵营划分也失之简单粗暴。我国商法学界的多数观点认为,一方面,现代意义上的民商分立已超越传统的含义,民商分立并不意味着一定制订出一部鸿篇巨制的商法典,商法通过制定大量的单行法而获得了长足的发展;另一方面,不应过高估计民商合一体制的优越性,更遑论其成为某种发展趋势。⁽²⁾民商合一体制的本来含义仅是形式意义上的,民法典为单一法典,全部的民法规范与部分的商法规范形式上被包容其中。⁽⁴⁾但民法典历史上从未出现完全包含商法规范的现象,而随着大量的单行商事法的颁布,现今完全包含商法则更不可能。⁽⁵⁾可见,民商法规范以前不、现在没有、将来也不可能完全合一。所以,就立法现状而言,民商分立与民商合一这组概念兴许仍具有概念式的描述意义,或者也有些许理论价值。但正如学者早就总结的,“民商合一和民商分立的传统含义已经过时,不能用两者的传统含义来界定包括民商法规范的现代私法体系”⁽⁶⁾,故而,“在构建我国的民商立法体系时,既不能模仿传统的民商分立体制,也不能一概借鉴传统的民商合一体制。”⁽⁷⁾这对我国当下编纂民法典具有警示意义。

要之,一方面,民商不可能完全合一,在形式上也不存在纯粹的合一,另一方面,也没有从形式到实质的绝对分立。民商分立仅仅反应了法的形式理性,指民法典和商法典各自单独成法,但在实质内容上,商法典遵循着民法典的基本概念体系、基本原则及其确立的私法理念。无论商

① 倡导民商分立学者竭力维护商法典的形式化独立存在与商法的自立;而民商合一的维护者则断言民法法系的现代趋势是朝着商法典和民法典统一方向发展。参见郭锋《民商合一与民商分立的理论评析》,《中国法学》1996年5期〔美〕艾伦·沃森《民法法系的演变及形成》,李静冰等译,北京:中国政法大学出版社,1992年,206页。

② 参见诸位学者在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范:问题与出路”研讨会上的发言,赵旭东主编《公司法评论》总第25辑,北京:人民法院出版社,2015年,174-197页。

法如何强调保护交易安全^①，其基础还是私法自治，交易安全是交易自由的一种延伸，过于自由就会产生不确定，就会产生交易安全的问题。在此学理意义上，民商分立说所看到的也仍未脱离外在的形式立法体系，实质的内在层面上民商法难以分离。“如果说民商合一，就涉及到民商合一在什么程度上结合，是形式上的合一还是制度上的合一，还是一般规则和特殊规则的关系”。^②

从大陆法系民商立法模式来看，民商分立是主流，就一些主要市场经济国家而言更是如此。^③在这些国家中，“有些国家实行民商分立体制固然在很大程度上与其恢复百年前的传统有关，但这一现象也明确地证明了《商法典》仍然可以在21世纪的今天被制定和采纳，《商法典》队伍在继续扩大。”^④自19世纪以来的200多年纵向发展来看，采民商分立模式的国家、地区可以用三个特点概括：一是我们时常“习以为师”的德法日等传统大陆法系市场经济强国均属之，二是东欧等前社会主义国家创新确立传统民商法律制度的时候，大多数也选择这一模式，其三，拥有商法典的国家一直占大陆法系的多数。^⑤对照这些基本事实，我国有人人认为所谓完全民商分立模式已经不符合民商法发展趋势、各国商法典大多徒具形式，在民法典之外成功编纂商法典实属天方夜谭云云^⑥，是不符合事实的，属于一种误判。

此外，在民商合一论者那里还将北欧、南美等一些国家列入民商合一阵营，但在民商分立论者看来，这些国家并非民商合一，至多称之为“不完全的民商合一”，即形式上只有民法典，不制定商法典，商法规范以单行法形式制定。^⑦北欧诸国以及前社会主义国家的俄罗斯、捷克、立陶

宛等概属之，我国民国政府时期及现今台湾地区也可以归于这一模式。^⑧采“不完全的民商合一”模式的国家和地区数量不多，但一直稳定地存在而不容忽视。有必要指出，一些民法学者曾经长期将此种模式与民商合一相混淆，但实际上这一模式与民商合一相比，商法独立性存有质的差异。由于侧重点的不同，商法学界内部对于这一模式的定性也有不同。有人称之为“实质意义上的民商分立”^⑩，有人称之为“中度民商分立”^⑪，也有人称之为“超越民商合一与民商分立的新体例”^⑫，有人称之为“不完全的民商合一”。^⑬其中，最后一提法是在“二分法”概念体系下提出的，可能更加严谨与具有传承性。如将其与民商分立、民商合一相并列，这一模式也可称为民商立法体例的“第三模式”或者“第三条道路”，所谓“三分法”也由此而来。

总之，以民商分立、民商合一笼统概括大陆法系各国私法立法模式的“二分法”，虽然不失简明，但很大程度上已经失之精确，尤其在引入实质意义上的与形式意义上的民商法对应概念之后，“二分法”的分类体系已经陷入概念纠结之中，于是有学者提出，“我们应当抛弃传统的民商合一和民商分立的二元划分法，而采用更准确的三分法”^⑭，可谓识时务者。

（二）学理争议与判断

关于大陆法系各国采民商合一、民商分立的立法体例存量及所谓的发展趋势，本应是如上的一种客观事实描述，但诡异的是，我国民商法学者在这一事实判断上出现了分歧，甚至大相径庭。有人认为，民商合一是主流，也是进一步的趋势；有人则针锋相对，认为民商分立是主流，也是进

① 在制定《民法总则》过程中，关于保护交易安全是否列为民法基本原则存在激烈争论。最终，立法者认为保护交易安全主要是商法领域的要求，难以成为涵盖与调整整个民法领域的基本原则，不宜规定为民法基本原则。参见《全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉修改情况的汇报》（2016年10月31日第十二届全国人大常委会第二十四次会议；《张德江委员长主持召开民法总则草案北京座谈会简报》）。

② 参见朱广新在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”研讨会上的发言，赵旭东主编《公司法评论》总第25辑，北京：人民法院出版社，2015年，194-195页。

③ 欧洲的法、德等20多个国家都采民商分立模式；美洲的10多个重要国家有商法典，如巴西、阿根廷、智利、墨西哥等；亚洲有将近20个国家实行民商分立，如日本、韩国、伊朗、土耳其等；非洲也有20多个国家采民商分立。晚近的发展是，1990年代初东欧等前社会主义国家恢复传统意义上的民商法律制度时多数选择了民商分立。

④⑤ 参见杨继《商法通则统一立法的必要性和可行性》，《法学》2006年2期。

⑥ 有学者认为，我国民国政府时期的立法模式既不是民商分立，也不是简单照搬民商合一模式，而是采取了在性质上能与民法合一规定的，均一一编入民法债编，性质相异如公司法、票据、保险、海商等不能与民法合一规定者，则另立单行法，从而形成了民法典加单行商事法的私法体系。参见苗延波《论中国商法的立法模式（上）》，《法学评论》2002年1期。

一步的发展趋势；还有人认为民商合一主流，但最新发展趋势是民商分立；也有人认为民商分立是主流，但最新发展趋势是民商合一；还有人认为以上判断都不对，在民商分立与民商合一之外还有“第三条道路”，且代表了未来发展趋势。这些立场上的分歧乃至迥异的判断，不排除论者基于学科出身的门派偏见因素，但最主要的原因还是论者使用的概念含义不尽一致所致。在此有必要引入两组概念，以利于讨论的深入和共识的达成。一是形式意义上的民法、商法与实质意义上的民法、商法这两组概念之分，二是民商分立程度之再分类。不容否认，如仅在形式意义上讲，大陆法系各国确实存在民商分立（民法典、商法典二典并立）与民商合一（仅有单一化法典即民法典，不另定商法典）两种立法例之分，且从国家、地区的数量来看，前者占优势；如再从立法例的影响力来看，主要市场经济国家也多采前者。如从实质意义上讲，仅有民商分立这一种立法体例，并不存在民商合一，因为无论采哪种形式意义上的立法例，在一个统一私法体系之下规范意义上的商法从来都是独立于民法而存在的——在民商分立体例下自不待言，即便在形式上的民商合一体例下也依然如此。所以务必明了，当我们说到民商分立、民商合一这两个概念时，是在形式意义上也仅在形式意义上而言的，当我们单说民商合一的时候，也是在形式意义上也仅在形式意义上而言的。因此，当我们单说民商分立的时候，可能是仅就其形式意义而言的，但无疑也都具有实质意义。质言之，形式意义上的民商分立体例属于从形式到实质的完全民商分立。但是，任何概念体系的划分似乎都不是绝对的，在黑与白之间总是还有灰色的过渡地带，大陆法系民商立法体例的划分概莫能外。实事求是地说，除了在形式意义上完全处于对立状态的民商分立与民商合一之外，确有第三种状态也即“不完全的民商合一”体例存在^①，这一模式单从形式意义上讲，归属于民商合一体例并无问题，因为并无商法典的存在，但如从民商法律规范是否真的合一于

民法典，则与上述意大利、瑞士为代表的民商合一体例确实有质的区别，因为无论北欧各国、捷克、立陶宛的民法典还是我国台湾地区的“民法典”，要么几乎不包括商法规范，要么只有零散而不成体系的商法规范。

之所以有民法学者说民商分立模式已不符合立法发展趋势、采完全民商分立体例的国家在减少，立论依据主要在于以法国商法典为代表的去法典化现象。对此，需要真实还原法国商法典的解构与再法典化的全过程、法制含义及其背后的根源。“所谓去法典化，并不是说法国人放弃了制定或者编纂法典的传统，仅仅是说，在特定领域编纂法典的条件还未成熟时，先在法典之外进行单行法的立法活动，同时废止（原）法典的相关规定，这样，法典的原有的卷、编、章、节就会暂时空缺。”^②这一现象的背后原因，无外乎由于现代社会经济的迅速发展，客观上需要频繁修改不再适应社会实际情况的原有规范，同时亟须增加、补充新的规范。需要指出的是，去法典化现象不惟发生在典型的商法典，其他法典也都发生了类似现象，即使相对稳定的“市民生活圣经”的民法典也概莫能外，“2008年后的法国《民法典》也出现了这种情况”。^③只不过相比之下，由于商法调整的对象——商事关系处于举世公认的快速发展与急剧变革的状态，商法典的去法典化现象更典型而已。在整个20世纪里，法国立法机关在《商法典》之外制定了大量的单行法律，在一段时间内商法典本身只剩下“一个被掏空的框架”，原有的648个条文仅余150多个条文仍在适用，但这种局面是暂时的而当然不能继续，2000年9月18日法国立法机关采用“授权法令”重新编纂商法典，2009年最终推出现行的《法国商法典》，返身完成再法典化。

即便去商法典化现象确实在一些国家、地区发生，但也并非故事的全部甚至难说主流，比如在大陆法系商法的另一个重要分支德国商法中，商法未见衰落或者未见明显的去法典化趋势。^④

① 即形式上只有民法典，不制定商法典，而将商法规范以单行法形式制定。参见杨继《商事通则统一立法的必要性和可行性》，《法学》2006年2期。

②③ 参见《法国商法典》（上册），罗结珍译，北京：北京大学出版社，2015年，“译者序”8页。

④ 德国商法典采用了主体标准进行立法，按其主体标准，商人在商法中居于核心地位，同一行为，商人为之，适用商法；非商人为之，适用民法或其他法律。与法国的商人地位弱化趋势不同，德国商法反而在法典中强化了商人的地位。究其原因，首先，德国商法中商人概念的外延较为宽泛，不仅包括自然人，也包括合伙组织、法人（尤其是各种人合公司和资合公司）。其次，德国商法比较合适地划分了民法与商法的范围，赋予商人以扩大的含义。参见郭锋《民商合一与民商分立的理论评析》，《中国法学》1996年5期。

“以商人及其行为作为商法的调整对象，以及商人在商法中的核心地位，这是德国商法相别于他国商法的决定性因素和标志”。⁽¹⁵⁾由此使得贯彻形式意义兼具实质意义的民商分立体制在德国始终处于稳固的地位。

二、民商合一的乌托邦与民商分立的多项选择

(一) 民商合一的乌托邦

民法商法化与商法民法化可谓是现代私法发展的硬币两面，关于民法与商法的相关渗透与同化现象已有深入研究⁽¹⁶⁾，此处不拟作各国立法史回顾与学说解释上的重复，仅就我国民商法规范的现实存量即可例证之。截至目前我国商事立法主要是商事立法，是过去30多年来为了适应市场经济的发展需要而逐步构建的，从《民法通则》即可看出民法的商法化：在民事主体制度里面规定了个体工商户、农村承包经营户和个体合伙，而没有规定普通合伙，这表明对于商事规范的偏重。再如，《合同法》的主要借鉴对象是《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》等国际商事合同规则，第2条就把人身关系的协议排除在外，分则规定了大量的商事交易合同，雇佣、借用、旅游等典型民事合同反而没有规定。以一概之，无论1986年《民法通则》还是2017年《民法总则》都没有从市民社会角度构建典型的抽象的民法体系，而是首先从满足发展市场经济的现实需要而建立了商事法规范占据重要地位的民法体系。

在二元化结构的统一私法体系中，民法与商法同属私法，两者调整的社会经济关系性质相同，立法价值取向上相同或者相若，规范内容上相互交叉和接近，调整法律功能上日益趋同，所以彼此间的相互渗透与同化也就顺理成章；但另一方面，二者绝非全然融为一体，彼此不再保持独立，事实上二者在法律表现形式、调整对象、关于交易效率与公平的价值取向等方面的差异仍具有实质性、全局性、根本性意义。关于法律规范意义上的商法相对于民法的独立性，尽管存在一些不同的看法或者表述^①，但在德日法等国的民商法理论上是不存在疑问的⁽¹⁷⁾，我国民商法学界似乎

也不存在真正的质疑。⁽¹⁸⁾我国虽有民法学者极力赞成民商合一主张，但对其理由与论证过程的理性甄选与研判却不能苟同，不宜过高估计民商合一体例的优势。著名比较法学家达维德警告，“民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。”⁽¹⁹⁾反之，不论是否单独制订商法典，都“应当看到基本理念与基本原则都明显不同于民法的商法或实质意义上的商法独立于民法而存在的价值”。⁽²⁰⁾所谓民商合一者，实则是没有一部形式独立的商法典而已，大量的单行商法从未被民法典“合一”。就法律适用而言，根本不存在民商合一论者所鼓吹之便捷与统一。比较法学者勒内·达维德早就指出，“某些国家提倡或者实现了民商法合一，在我们看来其重要性同样有限”。⁽²¹⁾我国台湾地区的“民商合一”模式的某些教训，在此处可以援为殷鉴。^②形式意义上的民商合一确乎存在，但一旦逾越了形式意义的界限而一定要说实质意义上也能够实现民商合一，或者说无视民商法规范的实质差异而意欲以同一规范（实为民法规范）来调整哪怕是同一事实的民事、商事关系，比如民事代理与商事代理、民事合伙与商事合伙、民事保证与商事保证、民事留置与商事留置（企业留置）、民事合同与商事合同等等，民商规范不分或者难分的流弊势必在所难免，由此滋生的私法规范适用的法治障碍将会罄竹难书。在此意义上，任何实质意义上的民商合一的立法努力不仅是危险的，而其自身就是一场乌托邦。所谓乌托邦，是指“一种思想状况如果与它所处的现实状况不一致，则这种思想状况就是乌托邦。”⁽²²⁾因为民商法律规范不分或者难分的一部民法典，将带来的司法适用难题是，法官在个案适用规范时需要努力甄别与切分民法规范与商法规范，这在事实上不可能或者极为困难。如果编纂一部声称奉行民商合一的民法典事实上却不能同时提供民法规范和商法规范，或者说不能提供一体适用于民商事关系的法律规范，那么就难以称为实质意义上的民商合一。当然这确实是不可能的，这就是一场立法上的乌托邦。

有民法学者指出，我国民法典编纂的民商合一体例制定的重要特点在于强调民法典总则适用

① 如有的学者以“商法独特性”称之，意在软化商法相对于民法的独立性，放大民法的普遍性。参见许中缘《商法的独特品格与我国民法典编纂（上、下）》，北京：人民出版社，2017年，12页。

② 对我国台湾地区“民法典”在代理、有限合伙、社团、法人、商事保证等多个制度上的因民商合一立法模式所产生的民商规范不分或者难分的流弊分析，可以引为前车之鉴。参见王文宇《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》，《清华法学》2015年5期。

于所有民商事关系、统辖各商事特别法^[23]，但其又指出，在民商合一体例下如何制定一部系统完善的民法总则，使其有效涵盖民商事交易规则，是一个世界性难题，因为即使在意大利、荷兰及瑞士等采用民商合一体例的民法典，都没有如德国那样设置系统、完整的民法典总则^[24]，所以“在民商合一体例下构建系统完整的民法典总则体系，在比较法上没有先例可循。”^[25]由此可知，所谓“民商合一体例的重要特点就在于强调民法典总则统一适用于所有民商事关系，统辖各商事特别法”，并非实定法上的结论，也无比较法上成功先例支持。^[26]

在我国现行的所谓民商合一（实为民商不分）立法体例中，由于民商法律规范不分或者难分所造成的法律适用困难与混乱，以及由此导致的裁决不公平，在过往数十年的司法审判实践中已经形成了一种现象级的法治障碍。对此，学界与实务界已经充分注意并进行了精到的梳理，形成了一份长长的清单。^①新近的研究还发现，表见代理是否成立、民间借贷的举证责任、公司基于有瑕疵的决议对外签订的担保合同效力等问题上也出现了较为严重的同案不同判的问题，究其原因在于裁判者对于法律关系一方当事人是否为商主体及其行为是否为商行为，存有不同认识，如裁判者认识到商行为的实施主体应承担严格的注意义务并对此承担较高的举证责任，则在判断相对人是否为善意时就会生出不同的判断标准，从而产生大相径庭的裁判。^[27]

作为民法典的开篇之作《民法总则》在坚守所谓民商合一体例的枷锁下延续了原来的立法偏差，还增添了新的法治障碍。比如关于一方沉默在缔约上的效力规则，《民法总则》第140条第2款规定，“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示”。依照通常的见解，沉默在缔约效力问题上存在民商事合同的区分，二者的规则可谓基本不同，但上述规定仍然没有做出区分，对于商事合同尤其双方都是商人的商事合同缔约过程中商人一方沉默的意思解释未采用特殊规则。类

似的问题在《民法总则》还有多例。

（二）民商分立的多项选择

如前所述，在19世纪欧洲大陆多数国家选择了制定单独商法典的民商分立模式，但随着20世纪以来社会、经济的发展，民商法分立模式下必须有一部独立商法典的固有模式却被淡化，人们更注重商法规范体系上的独立性。此转变可谓之民商分立论由形式商法独立主义转向实质商法独立主义。体现在立法上，各国不再积极制定或修改商法典，原有商法典逐显老态龙钟，去商法典的现象确有发生，人们在对此的理论反思中逐渐意识到，民商分立并非一定要制定出一部鸿篇巨制的商法典，商法通过大量单行商事法而存在，成为现当代商事立法的重要表现形式，成为民商分立的新形式。反映在学说上，就有了前述实质意义上的民商强度、中度与弱度分立之说。既然民商分立有了多项选择，在坚持二元结构的统一私法体系之前提下，除了传统的民法典、商法典并立这种民商强度分立体制之外，晚近各国采用的民商分立的立法体制有了更多的形态。我国商法学界近年来倡导的“民法典+商法通则+单行特别商事法”的体例；如从形式意义上讲，则为民商合一的新形态，其放弃了另立商法典的方案，树立民法总则为民商法之共同总则的法律地位，确立民法为一般法、商法为特别法的二元结构的统一私法体系，如从实质意义上讲，可谓为民商分立的新形态，其展现的是最低限度的民商合一，民法总则的功能仅在于确立商法的法源体系与提供最基本的民商法共同规范，主要由“商法通则+单行特别商事法”组成的商法规范体系确保民商合一体例下的商法保持最大限度的独立性。

三、“形式上民商合一、实质上民商分立”项下的立法体例创新选择

（一）未来体例选择之争议

未来中国民商事立法应该采取何种体例，民法典编纂将这个事关重大的立法选择又一次摆在学界面前，相关分歧更为凸显。先从形式意义上讲，有人认为，既然已做出编纂民法典的决策而未做商法典编纂的决策，未来立法体例选择就是

① 这个清单包括商事代理（包括表见代理、间接代理、经理权与代办权）的特殊规则，被代理人死亡导致代理关系终止与否的民商区别，流质禁止的商事法例外，商事留置特则，连带保证推定的民商区分，违约责任归责原则的民商区分，违约金调整与否的民商事合同区分，沉默在缔约效力上的民商事合同区分，借贷利息的民商事区分，格式条款在民商事合同领域的不同效力体系，委托合同在佣金与单方解约权的民商事区分，以及以下合同类型的民商区分：运输合同、寄存（保管）合同、租赁合同、委托合同、行纪合同、居间合同、信托合同等。参见柳经纬、崔建远《编纂民法典必须摆正几对关系》，《清华法学》2014年6期。

民商合一；有人则针锋相对地提出，立法机关从未表示过不会制定商法典，所以未来形式上的民商分立仍可期待。^①可以说，关于形式意义上的民商合一、民商分立的选择，民商法学界远未达成理论共识，未来的立法选择仍存在变数。就实质意义上讲，不少学者指出，无论形式意义上的体例如何选择，在实质意义上我国民商立法体例从来是、将来也会是民商分立的。也有人提出，应该走出民商合一的新路来，提出应该编纂一部具有商事品格的民法典，在法典的精神理念与实质制度层面实现真正的民商合一。^②这实为一种实质意义上的民商合一主张。还有人提出要强化民商合一的路径，“如果真要落实民商合一，就应该在现有立法基础上首先补充纯粹的适用于普通市民之间的民事制度，比如普通合伙，其次是补充特别适用于商法的规范，如经理人制度、违约金制度、善意取得制度、越权代表制度等，从以上两个方向上强化民商合一。”^③

如果我们暂不关注远方，仅就目前而言，编纂民法典的决策已经在实施之中，编纂商法典的计划未见端倪，所以民法典编纂首先在形式上采用民商合一模式，不存争论，但在实质意义上到底能否实现以及在多大程度上实现民商合一？对此有很不相同的学术判断。从我国现行民商事立法存量以及最新颁布的《民法总则》来看，民商立法体例既不是完全的民商合一，也并非完全的民商分立，而更像一种类似于前文所说的第三条道路的折中模式：民商法规范有分有合，民法法典化和商法单行化并存的趋势明显。“所谓的分，就是民法典与商法分别立法、商法通则与各个商事单行法分别立法，不制定一部无所不包的民法典和包罗所有商法规范的商法典。所谓的合，就是在某些领域不分民商，将商法规范与民法规范融为一体，如商事合同与民事合同融于统一的合

同法之中，商事信托与民事信托融入统一信托法之中。”^④在单一化法典模式下，民法典和单行特别商事法共同构成民商规范体系，这一体例可能就是我国目前已经以及将要形成的立法模式。^⑤

但遗憾的是，从民法典开篇之作《民法总则》的规定来看，实质意义上的民商合一立法梦想可以说基本上失败了。^⑥无论是将民法、商法的关系定位为私法体系下的一般法与特别法关系，还是直接将商法定位为民法的特别法，民商合一论者都不否认民法总则不仅是民法的总则也是商法的总则，这一点也是坚守实质意义上民商分立论者的基本共识。这决定了民法典编纂及民法总则制定都必须处理好一般法与特别法的关系，也即哪些原则、规则与制度应该规定在民法，哪些原则、规则与制度应该规定在商法，有一个合理化的体系安排。但从已颁布的《民法总则》来看，显然并未令人信服已处理好这一关系，突出体现在《民法总则》对于特别法原则、规则与制度的立法规范存在着援引泛滥、缺乏节制的倾向，其中颇受诟病的是总则第三章“法人”规定中大量显性、隐性地援引公司法关于公司法人的基本规定。有学者统计，第一节“一般规定”的19个条文中有13个条文源于《公司法》，第二节“营利法人”共11个条文分别对应《公司法》的16个条文。^⑦此外，法人格否认、关联交易规制、决议可撤销等规定（《民法总则》第83-85条）也是对公司法相关条文的援引（《公司法》第20-22条）。对这一处理方式有的民法学者提出了批评。^⑧质言之，民法典对于商事特别法规范的不加节制的援引，不仅严重损害民法典的基本法地位，减损了法典化的价值与功用，更为严重的是破坏了特别法自身业已形成的内在体系，导致了一般法与特别法的大量重复，甚至使特别法被无端虚化。这种可谓错误的立法倾向，一方面是

① 参见刘凯湘在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”研讨会上的发言、赵旭东主编《公司法评论》第25辑，北京：人民法院出版社，2015年，183页；范健《中国商法典制定的前瞻性研究》，2017北大商法圆桌论坛《制定商法典——商法典编纂的全球印象》论文集。

② 参见朱广新在2015年3月17日在北京召开的“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”研讨会上的发言，赵旭东主编《公司法评论》第25辑，北京：人民法院出版社，2015年，194-195页。

③ 这样的民商立法安排反映了民法典编纂以解决问题为导向的指导思想，超越了民商合一、民商分立的传统模式之争，与我国几十年来形成的民商立法存量的现实格局高度契合，体现了国家立法体系的创新性与稳定性。参见李建伟《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4期。

④ 有学者指出对于《公司法》等民商事单行法大量地隐性援引，固然是将特别法的某些制度上升为普通法的一般性制度，但从另外一个侧面观察，可以认为这是将作为民法典这一基本法的“特别化”，其适用范围在变窄。参见石佳友《民法典的立法技术——关于〈民法总则〉的批判性解读》，《比较法研究》2017年4期。

在立法指导思想盲目地、无节制地追求民商合一的结果，另一方面也暴露出立法技术上的不成熟。^①如从民法典规范设置的角度看，《民法总则》设置大量的援引规范加剧了民商事法律渊源的分散化现象，增加了主体找法的困难。^②如果通过这样的立法技术路径来实现所谓的民商合一，或者借此来提升所谓的民商合一程度，其规范价值与制度意义不仅将是有限的，而且在很多方面也是有害的。质言之，在“民法典（民法总则）—商事特别法”这一商法规范结构体系的设计中，民法与商法立法关系处理上存在一个窘迫，就如有学者所描述的，就援引与纳入也即“加入”商法规范而言，民法总则存在“加入不足”与“加入过度”并存的双重问题。^③从商法的立场看，实际上折射出由于作为中间层次的商法总则立法规范的缺位。无论如何，民法典不可以也不可能囊括商法的一般性规定，这是一个基本的事实，这可能也显示出，在民法总则以及包含民法总则的民法典编纂完成后，《商法通则》这一立法文件的制定仍然是必需的选择。

（二）创新立法体例的不二之选

从比较法的立场看，民商合一、民商分立与不完全的民商合一等上述三种模式无论就其理论体系建构还是立法的成效而言，并不存在优劣之分，而主要是不同的历史文化背景与当时立法选择的因缘际会有关。这给后来者的启示是，应该从本国的立法传统与当时的民商事立法存量出发，并兼顾立法技术的可行性与法典编纂的理性要求，做出适合本国的选择。在我国原本既无民法典又无商法典的背景下，后发选择优势本来是很明显的，既可以根据上述三种模式之于中国民商事立法的契合度来做出选择，又可立足于上述三种模式的立法理性成败经验来扬长避短。当然，既然我国已做出民法典编纂的决策，那么当前就应该以民法典编纂作为起点来进行下一步的立法模式选择的讨论。

站在实现商事法律规范体系化、科学化的立场，应该认真审视所谓民商合一模式的诸弊病。有学者一一检讨《瑞士债法典》第352条之后的关于商法部分的规定，认为无论在民法典内部的条理性与系统性，还是在立法技术与实际操作性

上，民商合一都存在较为明显的缺陷，民法典客观上也无法囊括各类新型的民事法律关系类型，更遑论具有更大变动性与操作性的商事法律规范。^④虽然民法学界前些年有人主张过融民商事法律规范于一体的“大民法典”模式^⑤，但一直也受到来自各方的批评。^⑥从立法实务来讲，无论是来自多家法学教学科研单位的学者提供的民法典或者民法总则草案“专家建议稿”，还是全国人大常委会法工委的《民法总则（室内稿）》，以及最终获得通过的《民法总则》立法文本，与意大利、瑞士、荷兰的民法典完全不同，以上诸立法版本的“民法总则”部分对于经理权、商号、商事登记、商事账簿、营业及其转让等商法基本制度规范，要么未置一词，要么简单提及而挂一漏万，对于商事主体与商事行为的规定远远没有形成体系化的规范群。总之，关于商法一般规范与主要制度规则的系统性规定几乎可谓不存在，在物权、债权编、合同编、侵权责任编等分则各编中更没有系统顾及商法问题，更遑论体系性的商法规范。可以说，从实质到形式的完全民商合一的立法模式在理论上既未被我国学界与立法界所采纳，在立法技术上也是一项难以完成的任务。这一场民商合一的乌托邦，注定难以实现。

最后，关于从实质到形式的完全民商分立模式，虽然大多数大陆法系国家采用之而至今不失其勃勃生命力，但对于将我国1990年代初期以来颁布的十几部单行商事立法重新归拢为一部商法典的提法，虽有主张者，但响应者寥寥，即使在商法学界内部，也非主流观点。立法机关迄今也没有制定商法典的计划，主要原因是对于一部大部头的商法典编纂既是罔顾我国商事立法实际，也不符合商法典的发展潮流。

结论

在民商法立法体例选择的大致方向上，所谓第三条道路也许应为我国认真考虑并采用，至于这种模式项下的立法技术与具体内容取舍，还有很多不同于前人的创新选择组合。民法典与各单行商事法并存，既与我国数十年来形成的立法实际存量保持一致，也与自1920年代末民国以来的立法历史传统相合。问题是：商事法律规范自身

① 参见石少侠《法制创新：我国应抓紧制定〈商法通则〉》，首届吉大商法高端论坛论文集，2017年9月，长春，1-5页。

② 参见周林彬《民法总则制定后我国商事立法完善的几个重要问题（大纲）》，首届吉大商法高端论坛论文集，2017年9月，长春，35-36页。

的体系化、科学化问题仍然摆在我们面前，除了已有的以及还将新增的一系列单行商事法律，关键是“民法典+各单行商事法”立法模式所产生的立法技术剩余，也即商法的一般性规范及各单行商事法无法提供的立法技术剩余规范群（也即商法基本制度规则，如商号、营业及其转让等），也即商法学界近年来倡导的“商法通则”的应然内容，应该置于何处？民商合一立法体例一定要回答之：民法典总则及其分则各编能否提供一个体系化的、系统性的商法的一般性规范及各单行商事法无法提供的立法技术剩余规范群？由民法典各编负责完成这一立法任务既不科学也不合理，更不可行，这从《民法总则》可见端倪。那么，科学、合理与可行性的解决方案究竟如何，仍考量着我们的立法智慧，毋庸置疑的一点是，无论采哪一种模式，在世界范围内都将是一场立法的完全创新。质言之，无论我国采民法典各编提供

商法的一般性规范及各单行商事法无法提供的立法技术剩余规范群，还是在民法典之外另定商法通则的立法体例，都将是一项崭新的立法尝试。毕竟，通过一部民法典来有效地涵盖商事交易规则，尚无先例可循。因为，实施民商合一体例的意大利、瑞士诸国并未制订潘德克顿体系的系统完整的民法典总则，德国民法典虽首创民法典总则，但德国民法是按照民商分立体例建构的。^{〔36〕}其次，在民法典为单一化法典的前提下，另定一部简明扼要的《商法通则》负责系统提供商法的一般性规范及各单行商事法无法提供的立法技术剩余规范群，当然更是一项崭新的尝试。至于如何科学、理性、务实地实现这一创新立法体例？在整部民法典编纂尤其民法总则、合同法编等的立法过程中涉及到多方面、多领域、多层次的立法内容及其板块的取舍与设计，这在立法实践上可谓重大挑战，自然值得世人期待。

〔参考文献〕

- 〔1〕〔4〕〔6〕〔7〕郭锋. 民商分立与民商合一的理论评析〔J〕. 中国法学, 1996 (5).
- 〔2〕〔5〕〔29〕赵旭东. 民法典的编纂与商事立法〔J〕. 中国法学, 2016 (4).
- 〔3〕梁慧星, 王利明. 经济法的理论问题〔M〕. 北京: 中国政法大学出版社, 1986: 117-122.
- 〔8〕〔13〕〔33〕杨继. 商法通则统一立法的必要性和可行性〔J〕. 法学, 2006 (4).
- 〔9〕赵中孚主编. 商法总论〔M〕. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 45.
- 〔10〕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〔J〕. 法制与社会发展, 2003 (5).
- 〔11〕〔14〕王涌. 中国需要一部具有商法品格的民法典〔J〕. 中国法律评论, 2015 (4).
- 〔12〕王保树. 超越民商合一与民商分立〔J〕. 法学研究, 2005 (1).
- 〔15〕范健. 德国商法〔M〕. 北京: 中国大百科全书出版社, 1993: 39.
- 〔16〕张谷. 商法, 这只寄居蟹(上)——兼论商法的独立性及其特点〔J〕. 清华法治论衡, 2005 (2).
- 〔17〕范健. 德国商法: 传统框架与新规则〔M〕. 北京: 法律出版社, 2003: 109. 〔日〕田中耕太郎. 商法总则概论〔M〕. 东京: 有斐阁, 1940: 32.
- 〔18〕施天涛. 商事关系的重新发现与当今商法的使命〔J〕. 清华法学, 2017 (6); 刘凯湘. 剪不断, 理还乱: 民法典制定中民法与商法关系的再思考〔J〕. 环球法律评论, 2016 (6).
- 〔19〕〔21〕〔法〕勒内·达维德. 当代主要法律体系〔M〕. 漆竹生, 译. 上海: 上海译文出版社, 1984: 84, 85.
- 〔20〕苗延波. 论中国商法的立法模式(下)〔J〕. 法学评论, 2002 (2).
- 〔22〕〔匈〕卡尔·曼海姆. 意识形态与乌托邦〔M〕. 黎鸣, 李书崇, 译. 北京: 商务印书馆, 2002: 196.
- 〔23〕〔24〕〔25〕〔36〕王利明. 民商合一体例下我国民法典总则的制定〔J〕. 法商研究, 2015 (4).
- 〔26〕李建伟. 民法总则设置商法规范的限度及其理论解释〔J〕. 中国法学, 2016 (4).
- 〔27〕王建文. 论我国《民法典》立法背景下商行为的立法定位〔J〕. 南京大学学报: 哲社版, 2016 (1).
- 〔28〕柳经纬. 编纂一部商事品格的民法典〔J〕. 比较法研究, 2016 (1).
- 〔30〕施天涛. 商事关系的重新发现与当今商法的使命〔J〕. 清华法学, 2017 (6).
- 〔31〕〔32〕石佳友. 民法典的立法技术——关于《民法总则》的批判性解读〔J〕. 比较法研究, 2017 (4).
- 〔34〕王明锁. 论中国民商立法及其模式〔J〕. 法律科学, 1999 (5).
- 〔35〕江平. 制定一部开放型的民法典〔J〕. 政法论坛, 2003 (1).

(责任编辑: 周中举)