

## 后民法典时代民商关系的立法反思

赵万一,赵舒窈

(西南政法大学,重庆 401120)

**摘要:**准确界定和妥善处理民法和商法之间的关系,既有重大理论意义,也有显著的实践应用价值;既会影响到民商法立法理念的筛选、法律制度的安排和立法路径的选择,也会诱致相关的司法审判活动产生不一样的效果。这点在民法典相关立法工作业已启动的时代背景之下显得尤为突出。民法的基本原则与制度设计虽然对商事立法具有重要指导作用,但其并不能无差别、无障碍地适用到所有的商事活动领域。原因在于民法的基本价值定位是以公平为特质的人本主义理念,而商法奉行的则是以效益为导向的物本主义思想。据此,民事立法应回归以人为本的基本法律定位,充分关注人的权利的实现和人的尊严的保障,而不必过分追求对商事活动要求的满足和对市场经济关系的回应。与此同时,商事立法应坚持其市场经济基本法的基本定位,保持其价值取向与调整内容的相对独立性。在现阶段我国所采取的单一法典化民商合一立法模式下,未来的民事立法工作应着眼于民法典内容的合理取舍与最大公约规则的进一步萃取,商事立法则应通过单行法的完善彰显商法理念和商法规则的特殊存在价值。

**关键词:**民法典;民事立法;商事立法;民商关系

**中图分类号:**D923

**文献标识码:**A

**文章编号:**1003-8477(2019)10-0117-18

**DOI:**10.13660/j.cnki.42-1112/c.015214

### 引言

中华人民共和国成立后,我国曾先后四次启动了民法典的编纂工作,但均功亏一篑,未能真正开花结果。这既源于民法调整社会关系的丰富性和法律制度设计的复杂性,也受制于民法社会实践的非充分性和社会对民法作用认识的偏颇性。实际上任何国家的民法典编纂都不是一个简单的法律条文的拟定过程,而是一国法治思想的升华过程,民族精神的凝聚过程,民众法律意识和法律观念的聚合过程。在此意义上说,民法典与其说是一种制度设计,毋宁说是一种理念、一种精神、一种文化,

是抽象提炼的一些适用于所有社会主体的带有基础性的普适性规则。借着新时代深化改革开放的东风,2014年10月,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出要“编纂民法典”,由此再次拉开民法典编纂工作的帷幕。2017年10月1日,《民法总则》正式实施,标志着民法典的编纂工作已取得阶段性的成果。然而,我们为民法典的如期而至而欢呼雀跃的同时,也应当正视因民法典的颁布而带来的法律体系调整和法律适用调适问题。典型的如在强市场化的民法典设计背景下如何坚守民法的人本主义要求,如何在

---

作者简介:赵万一(1963—),男,西南政法大学民商法学院教授,博士生导师;赵舒窈(1991—),女,西南政法大学经济法学博士研究生。

公平优先的民法理念和市场导向的制度设计之间寻求到恰当的平衡点,民法基本原则与制度设计能否在商事活动领域得到全面的无差别适用,商法理念和商法制度的特殊性如何在民法典的制度设计中找到合适的接入切口。其中特别是对民法典中如何妥善处理民商关系及如何看待商事立法的特殊性这一问题的处理,不仅会直接影响到民法的功能定位,而且直接决定了未来市场经济法律制度的架构和走向,因此在某种程度上会直接影响到此次民法典编纂的成败。基于对上述问题的思考,本文将以重新审视《民法总则》所规定的基本原则为出发点,重申民事立法的基本价值定位,探究商法独立性的正当性基础及其实现路径,并在此基础上提出后民法典时代科学优化民商关系的一些基本思路。

### 一、重新审视《民法总则》中的基本原则

长期以来,成文法的法典化被视为法律成熟或完备的主要标志,因此编纂民法典便成为顺理成章的事情。相较于现代资本主义社会第一个民法典——《法国民法典》而言,《德国民法典》因其概念的准确性、结构的严谨性和逻辑的严密性而成为后世各国民事立法所参照的范例,其所确立的总则与分则相分离、以总统分的潘德克顿法律体系成为各国民法典编纂的不二选择。由于1986年颁布的《民法通则》在总则中以明文形式对民法基本原则做出了规定,因此基于路径依赖,我国《民法总则》中就顺理成章地出现了关于基本原则的具体条文设计。然而,需要思考的是,民法基本原则的入选标准是什么?作用是什么?《民法总则》所规定的包括平等、公平在内的原则是否真的是民法基本原则?欲回答这些问题,首先需要明确何为民法基本原则,然后才能以此为标准判断《民法总则》所规定的基本原则的属性。

#### (一)民法基本原则的概念与要求。

在本次民法典的制定过程中,无论是立法部门还是学术界,大家关注的热点主要聚焦于具体的法律制度设计,而对包括民法的核心价值和作用边界在内的本体性概念和制度缺乏足够的重视,民法基本原则就是属于这样一个被极度忽视的边缘化内容。基于法律的传承性,不但民法基本原则的存废成为一个无须讨论的话题,而且民法基本原则本身也成为被假定为无须定义的常识性名词。依

照学界通说,民法基本原则是指那些贯穿于民事法律规范整体,能够综合反映民法所调整的社会关系与民法观念,指导民事立法、行为与司法的基本准则。<sup>[1](p19)</sup>这一界定方式虽对民法基本原则的特征与作用进行了较为全面的抽象概括,但却并未揭示其内在本质。工具说则认为,民法基本原则以其效力贯穿民法始终,是立法者集中反映相关政策、借以弥补成文法局限性的工具。<sup>[2](p10)</sup>另有观点从产生基础与条件的角度出发,将民法基本原则定义为一种普遍适用的指导思想或高度抽象的行为规范,不仅能够集中体现民法的经济基础与社会基础,而且贯穿民事立法、司法与守法的各个关节。<sup>[3](p50)</sup>诚然,上述三种概念的界定方式简洁大方,但其周延性与完整性仍有待商榷。本文认为,民法基本原则的科学定义应当建立在其欲解决的实际问题以及担负的历史使命之上。具体而言,民法基本原则的应然状态至少涵盖三个层面的内容:其一,民法基本原则应为从事民事活动、保护民事权利所遵循;其二,民法基本原则应反映社会活动的本质;其三,民法基本原则应彰显民法的独特价值。民法基本原则的主要作用乃在于超越具体法律条文在保护民事权利上的局限,实现对民事权利的更全面保护,即如法国著名民法学家布瓦斯泰尔所说:“民法典尊重个人权利的最好和最重要的体现,是它对先于和高于实在法的法原则的承认。”<sup>[4](p290)</sup>综上所述,民法基本原则是承担民法特定使命、彰显民法独特价值、指导民事活动的效力遍及所有民法制度的法律理念。

基于以上要求,我们认为判断某一原则是否为民法基本原则应当符合以下标准:第一,作为民法基本原则须为民法所特有或专有。这里的“特有”意味着该原则不但单纯存在于民法中,而且只有民事主体和民事活动才应遵守。如果某一原则不仅为民法所遵守,也可以制约或指导其他法律部门的法律活动,那么该原则就并非民法基本原则,而是属于法律的基本原则或一般性法律原则。法律的基本原则虽然也对民事活动起到规范作用,但由于其并非专门针对民法而设计,因此无须再在民法中进行重复表达。比如,合法性原则是所有法律都应遵守的原则,不具有民法适用的独特性,因此不应被认为是民法基本原则。第二,作为民法基本原则需对民法具有普遍性适用效力。这里的“普遍”系

针对民法的整体而言,即要求民法基本原则的作用对象不仅贯穿于民法的各个环节,而且涵盖民法的所有制度内容。如果某一原则仅在民法的部分内容中被适用,那么只能称该原则为民法具体制度的原则,而非民法的基本原则。典型的如契约自由原则,由于这一原则只适用于交易活动,因此它只是合同法的基本原则而不能上升为民法的基本原则。第三,作为民法基本原则需符合抽象性与稳定性要求。其中的抽象性主要强调的是民法基本原则与民法具体制度的区别。如果某一项规定所规制的内容太过具体,则该规定将失去宏观的指导意义,从而丧失成为原则的资格。另一方面,由于社会发展具有连续性,制度文明具有传承性,因此担负有民法精神统摄与价值追求重任的基本原则也应保持必要的稳定性。第四,作为民法基本原则需具有明确的价值导向功能。实际上,民法基本原则旨在以条文的形式将民法基本价值取向表述出来,成为指导民事立法、司法以及守法活动的基本准则与指引。这一指导作用在民事司法活动中显得尤为重要,比如在某一具体法律条文语义不清、模棱两可的情形下,审判人员可通过民法基本原则洞察这一条文背后的立法旨意,进而探知其真实涵义,以确保这一法律条文的准确适用。再比如,当法无明文规定之时,民法基本原则可直接作为判断民事行为效力的法律依据。由此可见,民法基本原则不仅对民事活动发挥着重要的指导作用,而且还带有重要兜底性功能,而这些功能的发挥都必须以清晰准确的内涵和明确的价值取向为前提。第五,作为民法基本原则需体现我国民法制度的特点。我国民法所调整的是平等主体之间的人身关系与财产关系,这种人身关系与财产关系几乎涵盖了民事主体特别是自然人生活的全部内容,从这个意义上说,民法是最接近于民众生活的法律部门。因此民法基本原则不仅应是国民精神与民族传统的载体,而且更应当充分体现民众所关切的问题,体现民法的民族性特点。第六,作为民法基本原则应能够体现人类共同价值追求。民法制度和民法基本原则作为现代法治文明的重要组成部分,承载的是一种以公平、诚信、自治为核心的法律意识、法律理念、法律精神与法律文化。这些理念和精神有许多也需要通过民法基本原则体现出来。

## (二)民法基本原则在商事活动中的适用困境

及其克服。

在我国《民法总则》的第3条至第9条,分别确立了“权利受保护原则”“平等原则”“自愿原则”“公平原则”“诚实信用原则”“合法性原则”“公序良俗原则”和“绿色(节约资源、保护生态环境)原则”。这些原则对于指导民事活动的顺利开展,维护正常的民事交易秩序无疑具有重要作用。但如果将之适用于商事活动领域,则往往有“水土不服”之感,典型的如平等原则和公平原则就很难在商事活动中得到有效适用。以平等原则为例,平等主体之间的人身关系和财产关系既是民法调整的领域,也是民法区别于其他法律特别是经济法的显著标志,因此平等性无疑是民法的核心要素之一。但另一方面我们也应清醒地看到,主体平等只是民法对其调整对象的当事人地位所进行的基本假设,而事实上无论是民事主体之间还是商事主体之间都存在天然的差异性。在具体法律制度设计上,基于对各民事主体性质、作用和活动范围的不同,民事主体被区分为自然人、法人和非法人组织。法人又被分为营利法人、非营利法人和特别法人。每一种分类不仅表现为主体资格和外呈现方式的不同,而且更体现在权利能力和行为能力上的重大差异。即使对自然人我们也将其为区分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人,而每一种区分的背后都是与不同的权利、义务和责任相匹配的。这说明即使在民事领域中民事主体间也并不当然具有绝对的法律地位平等性和权利义务平等性。在商事领域和商事主体中这种主体不平等性体现得更为明显。从大的方面来说,商法之所以独立于民法之外而单独立法,其主要理由之一在于因商人行为的特殊性而产生的对商人利益进行特别保护的强烈法律需求,从而在民事主体和商主体之间进行了严格的界分。即使在商法内部,在具体制度设计上大多也是基于主体不平等的假设而展开的,例如在保险关系中法律对保险人和投保人的保护理念和保护力度都是不一样的,典型的如根据我国《保险法》第15条的规定,除法律另有规定或者保险合同另有约定外,“保险合同成立后,投保人 can 解除合同,保险人不得解除合同。”再比如在公司制度设计中,法律将公司股东区分为控股股东与非控股股东、大股东与小股东、机构股东与个人股东(自然人股东)、外国股东与本国股东等各种类型,外国立法



上还有创始股东与后续股东等。不同类型的股东对应的也是不同的法律要求,各类股东之间,无一不是平等的。因此可以毫不夸张地说,公司法与其说是建立在股东平等的理论之上,毋宁说是建构在股东差异化的基础之上。从这个意义上说,过分强调主体间的平等性既是对民商关系差异化的漠视,同时也是对商事法律制度基础的否定和怀疑。

进一步来说,平等原则不但不能作为商法的基本原则,即使作为民法的基本原则也是值得商榷的。在《民法总则》中,平等概念分别出现在第二条与第四条中,包括主体平等和法律平等对待两个方面的内容。其中第二条是从民法调整对象的角度来界定平等的,而调整对象的平等性要求和作为民法基本原则的平等性要求显然不是一个领域的概念。第四条规定的是民事活动中各主体的法律地位平等,即法律对待的平等。然而,平等的法律对待系为一切法律部门所应共同遵守的原则和要求,而非民法所特有的原则。正如卢梭所述,“如果我们探讨,应该成为一切立法体系最终目的的全体最大的幸福究竟是什么,我们便会发现它可以归结为两大主要目标:即自由与平等。”<sup>[5](p69)</sup>因此,平等原则实属作为民法基本原则上位概念的法律基本原则的范畴,而非具有特定含义的民法的基本原则。由此可见,无论从主体平等还是从法律平等对待的角度来看,平等原则并不具备作为民法基本原则的完全适格性。

作为商法制度适用例外的第二个民法基本原则是公平原则。公平原则对民法而言具有特别重要的意义,它不仅比意思自治、私权神圣等其他民法基本原则更基础、更抽象,而且作为民事立法和民事司法的最基本价值信条在某种程度上还可充当意思自治、私权神圣、诚实信用等民法基本原则适用冲突的最终裁判者。也正是在这个意义上说,民法系以公平作为最基本和最高的价值取向,并与以效益为基本价值取向的商法相区分。<sup>①</sup>为了平衡公平原则和效益原则在商法适用上的矛盾,学界对商事公平进行了多种解读。比如有学者提出,市场经济下的公平包括机会公平、收入分配规则公平以

及收入分配结果公平。<sup>[6](p119)</sup>另有学者指出,商法重视程序规范与程序方法的原因在于,一方面非诉程序方法是对实体认定方法的有效补充,另一方面符合商事关系特殊性的诉讼程序可以确保实质公平。<sup>[7](p151-152)</sup>比如在公司破产的情形中,若适用普通诉讼程序则可能导致债权人无法公平受偿,因此《企业破产法》对这一程序做出了专门规定。然而,传统民法意义上的公平原则强调权利与义务在各主体之间的合理分配,其内涵更侧重于伦理层面。因此,效益公平、程序正义公平等解读不但背离了公平原则的本质要求,而且事实上也无法真正将经济要求完全融入伦理规则之中,如果强行将公平原则扩大适用到商法领域,其结果或者是削足适履,改造公平的内涵,或者是收缩商行为的营利性要求,遏止商主体的营利性冲动。但无论哪种结果,对市场经济的发展而言都是有害的。由此可见,公平原则在商事活动中是无法得到有效适用的。解决的途径只能是明确界分民法和商法各自的调整领域,通过制定不同价值指引的具体法律制度,实现对不同社会关系的精准调整。

为了充分发挥民法作为社会关系基本法和私法基本法的作用,当务之急是在民法总则和分则中明确将民事权利神圣(私权神圣)和民事权利优先(私权优先)确定或解释为民法的基本原则,并将这两个原则贯穿到具体的民法制度设计之中。实际上民事权利神圣已在我国《民法总则》的第1条和第3条中作为民法的立法目的和保护对象而得到一定体现,特别是第三条明确宣誓了民事权利的神圣性,强调任何组织或者个人都不得对其加以侵犯。但在相关的解释中,我们通常并未将其作为民法基本原则来看待,而是将其简单视为权利受保护的一种表达方式。为此一方面我们应通过适当方式重申民事权利的神圣不可侵犯性,另一方面则应通过具体法律制度设计强化私权神圣的理念。关于民事权利优先(私权优先),在现有的法律中已得到初步体现,其最早的法律条文出现在2005年修改的《公司法》和《证券法》中<sup>②</sup>,此后相继被《侵权责任

①详细内容可参见赵万一:《论民商法价值取向的差异及其对我国民商立法的影响》,载《法学论坛》2003年第6期。

②2005年《公司法》第215条(现行《公司法》第214条)规定的原文是:“公司违反本法规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的,其财产不足以支付时,先承担民事赔偿责任。”《证券法》第232条的规定几乎完全与此相同。

法》第4条<sup>①</sup>、《消费者保护法》第58条、《合伙企业法》第106条、《产品质量法》第64条、《个人独资企业法》第43条、《投资基金法》第99条、《食品安全法》第97条以及《刑法》第36条<sup>②</sup>等法律法规所确认。在总结既有立法经验的基础上,我国《民法总则》第187条明确规定:“民事主体因同一行为应当承担民事责任、行政责任和刑事责任的,承担行政责任或者刑事责任不影响承担民事责任;民事主体的财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。”其基本法理依据在于民法作为万法之源,相对于其他法律而言具有基础性和根本性,公权力应当为私权服务,国家权力配置和运作的主要目的是保障民事主体权利的实现,协调权利之间的冲突,维护和促进权利平衡,因此当公权与私权发生冲突时公权应当让位于私权。但现有法律规定的主要缺陷在于:现有规定大都仅局限在较为具体的民事赔偿优先层面,尚未上升到民事保护优先和民事权利优先等更高级的层面;现有的民事赔偿优先表现为较为具体的制度规定,而未上升为带有普遍性指导意义的法律基本原则。为此,有必要在最终民法典汇编阶段在总则编增加一条或在第3条中做出如下补充性规定:民事主体的合法财产非经法定程序不得查封、扣押、征收、没收;民事主体的合法权益非经法定程序不得被限制和剥夺。

## 二、回归民事立法的人本主义定位

### (一)民法制度设计在商事活动中的适用限制。

除了基本原则之外,民法中对商事活动会产生

直接影响的另一部分内容是关于民法的基本制度。按照民商合一的设计思路,民法特别是《民法总则》中所规定的基本制度,将对所有民商关系产生约束作用。然而,在商法领域的具体适用过程中,与民法基本原则一样,民法基本制度也可能遭遇一定的适用障碍,典型的如基于重大误解而发生的可撤销制度可否适用于商法领域就值得探讨。根据《民法总则》第147条的规定,重大误解行为属于可撤销行为<sup>③</sup>,行为人有权以重大误解为由阻止该行为发生效力。这对普通民事行为而言是非常有必要的,也符合公平这一民法最高价值判断要求。但在商法领域中,基于外观主义和对交易信赖利益保护的限制,大多数商事行为并不具有可撤销性。典型的如证券交易活动因其具有即时性、交易对手的模糊性等特点,并不具备可撤销的特性。曾有这样一个案例:在新三板上市的宁波水表股票曾于2017年3月9日上午10时58分左右,以1970元/股的价格在26秒内连续达成两笔交易,每次成交数量均为1000股,合计交易金额为394万元,振幅高达8901.87%。后经调查证实,该两笔异常价格交易系投资者误将买入价格19.70元/股操作为1970元/股所致,属于典型的“乌龙指”事件。<sup>④</sup>宁波水表事件并非我国证券市场上出现的第一个“乌龙指”事件,此前曾发生过多起类似事件<sup>⑤</sup>,只不过此次的错误更为明显而已。即投资者基于明显的错误操作,以接近400万元的资金买入实际价值不到4万元的股票,其损失不可谓不惨重。就其性质来说,此次

①我国《侵权责任法》第4条规定:“侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的,不影响依法承担侵权责任。因同一行为应当承担侵权责任和行政责任、刑事责任,侵权人的财产不足以支付的,先承担侵权责任。”

②我国《刑法》第36条第二款规定:“承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任。”

③《民法总则》第147条的原文是:“基于重大误解实施的民事法律行为,行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

④《宁波水表乌龙指事件当事人:小数点忘记了撤不了》,载新浪财经网官网, <http://finance.sina.com.cn/stock/thirdmarket/2017-03-11/doc-ifychhus0618774.shtml>,最后访问日期:2019年7月16日。

⑤其中较为典型的有:天风证券员工在2015年3月20日曾误将其做市的红豆衫(430383)6.8元的价格输入成68.40元,股价瞬间涨幅约为852%,并因此带动新三板做市指数盘中大涨18%;同一天“九鼎投资”的一个投资者也曾将9元/股的价格错输成99元/股,股价瞬间涨幅达到1017.38%。此外还有2016年7月4日的天地壹号(832898)曾在上午接近收盘时出现过4手低价成交,成交价从20.20元瞬间跌至10.24元,跌去49.31%。另外2007年3月8日,南京一股民曾以1厘钱的价格买到收盘价近0.70元的海尔认沽权证,资金瞬间从820元变56万,一天炒出了700倍的收益!



异常交易明显系投资者基于重大误解的原因所为,完全符合重大误解民事法律行为的构成要件,无论是按照以前的《民法通则》还是按照《民法总则》的规定,都属于可撤销的民事法律行为。但是在商事司法实践中,该行为并不具有当然的可撤销性,投资者也无法以重大误解为由,向人民法院或仲裁机构请求撤销该交易行为。究其原因在于,对于该种行为,我国现行《证券法》第120条已给出明确答案,即通过合法程序进行的证券交易均具有不可撤销性。<sup>①</sup>也就是说,只有那些没有“按照依法制定的交易规则进行”的交易才能构成交易行为撤销的法定理由,其他任何基于行为人的意志而发生的交易行为,无论其意思表示是否真实,均不影响交易结果的有效性,这既是保护交易安全的需要,也是交易外观主义的直接体现。值得说明的是,严格保障证券行为的有效性既符合证券交易的特点,也符合国际惯例。<sup>②</sup>另外除可撤销行为外,民法关于行为无效的许多制度和规则也不能直接适用到商事交易领域。

值得思考的是,对包括行为效力在内的许多民法基本制度为什么无法在商事领域中直接予以适用?对此问题最简单的回答是基于特别法优于普通法的基本原理,即商法之于民法是特别法,所以在法律适用上商法规则可以优于民法规则。这一论证思路的主要漏洞在于:“特别法优于普通法”的前提是特别法不能违背普通法的基本理念与基本要求。前文提及,公平是民法的最基本理念,公平要求的核心在于维持当事人之间权利与义务的均衡性,而《证券法》中有关交易绝对性的规定排除了对当事人间权利义务进行权衡的可能性,由此所产生的交易结果显失公平与民法所要求的公平理念是明显相悖的。我们认为,民法基本制度之所以在商事领域无法得到全面适用的原因乃在于商法本身的特殊性,特别是民事主体和商事主体在性质、

目的和要求上的差异性。商事主体的最基本表现形式是公司组织,而民事主体的基本形态是自然人。自然人和公司组织在许多方面都有所不同:第一,自然人的生存价值具有天然的正当性,其生存权具有天赋性;而公司组织的人格取得却需要国家的认可(履行设立登记手续),其存在价值也需要通过自己的行为加以证明。因此,对自然人无论其是否对社会有用我们都无权剥夺其生命,但对公司组织而言,如果它不能为社会创造财富,或严重侵害了国家利益、社会公共利益或债权人利益,法律即可通过吊销营业执照、责令关闭、破产清算等方式否认其存在价值。第二,任何自然人的行为都被假定为具有非理性、非逻辑性、欠缺经验性、偶发性、随意性、任性等特点的,所以法律必须对自然人的非理性行为进行必要救济<sup>③</sup>,可撤销制度在某种程度上就是基于自然人的非理性要求而设计的。而公司的行为由于需要经过股东会、董事会等会议机构的决策程序,所以被认为是经过深思熟虑后做出的理性行为,因此公司无法以所谓的无经验、非理性、冲动等原因作为质疑行为效力的依据。由于法律对自然人与经济人的评价不同,民事主体与商事主体亦存在诸多不同。不仅如此,自然人的主体结构简单,法律关系比较纯粹、单一,即全部为外部法律关系;而公司的主体结构(组织结构)复杂,法律关系繁杂,既涉及众多内部关系,也涉及复杂的外部关系。由于民事立法的基准主体是自然人,而商事立法的基准主体是公司组织等商人,因此两种不同的立法思路导致法律制度设计上的重大差异,即在法律调整要求上,民事主体的内心真意被高度重视,行为仅被视作表意的手段,注意探究当事人内心真实的意思表示,强调揭露事实真相和维护实体公平;而商事主体的外观效力被高度认可,强调程序正义,主张事实推定。就现行立法表现来看,各国民法中的大部分制度都仅适用于自然人,而不能

①《证券法》第120条规定的原文是:“按照依法制定的交易规则进行的交易,不得改变其交易结果。”

②国外也曾出现过不少“乌龙指”事件,较为典型的如2005年12月8日,日本瑞穗证券公司的一名经纪人将交易价格和交易数量搞混淆,即误将61万日元/1交易单位的J-Com公司的股票,错输成以每交易单位1日元的价格卖出61万股。为了挽回错误,瑞穗发出了大规模买入的指令,并因此使瑞穗蒙受了至少270亿日元(约合18.5亿元人民币)的损失。

③典型的如消费者保护法中关于消费者后悔期(反悔期)的规定、保险法中关于投保人冷静期的规定、金融交易法(金融投资法)中关于适格投资人的规定等。

适用于其他主体。比如,关于婚姻、家庭、继承、人格权、监护等制度,实际上均为自然人所特有的制度。此外,民法中的许多基本概念,特别是那些主观色彩较浓的模糊性概念如善意、意思表示、意思行为等,都是基于自然人的需要而设计的,并且其初衷也主要是为了规范自然人的行为。正是这一原因,所以民法的具体原则和制度是无法直接适用于商事领域的。同时也从侧面说明,任何法律包括民法在内都有其调整的局限性,民法典的设计无论怎样全面、怎样复杂,都无法涵盖所有的社会经济关系。另一方面民事立法也无须过多地考虑满足商事主体或商事行为的适用要求,同时也不必过分纠结其制度在商事领域中的适用能力,而应当回归其法律本源,坚持其基本价值定位不偏移不动摇。

## (二)坚持民事立法的人本主义定位。

溯及民法的本源<sup>①</sup>可知,民法是市民生活与商品经济的基本法,其制度设计应坚持人本主义的基本价值定位。人本主义的核心思想在于以人为本,人的价值与人的尊严代表着唯一的真理,承载着最高的价值。按照马克思的观点:“全部人类历史的第一个前提无疑是有生命的个人的存在。”<sup>[8](p67)</sup>而“生命权是一个人之所以被当作人类伙伴所必须享有的权利。”<sup>[9](p158)</sup>因而在人本主义的眼中,“‘人’是一切价值观念和价值活动的主体,离开了人,一切社会现实以及历史都将不存在。”<sup>[10](p54)</sup>因此,民法应始终关注人本身,将对人的关怀作为出发点与最终目的。这既是民法作为私法的本质要求,也是民法典价值理性的重要体现。<sup>[11](p269)</sup>曾如有学者所言,人本主义的实质是个人主义,因为“人”不是整体意义上的全人类,而是具体的每一个独立的个人,这种“个别的人,作为这种国家的市民来说,就是私人,他们都把本身利益作为自己的目的。”<sup>[12](p201)</sup>在个人与整体的关系上,个人既是组成集体的一分子,但集体也不是以抹杀个体的独立性和存在价值作为其建构基础的,在此意义上说个体既涵盖在集体之中,同时又相对独立于集体之外。

基于这一立法理念,1804年《法国民法典》构建了以自然人为中心的法律体系,确立了以个人主义为核心的私法原则。《法国民法典》的伟大之处不仅在于它是近代历史上第一部私法典,更在于它是一

部真正展现自然人自由主义的第一部法典。该法典“扫清了封建制度的最后遗迹,并且在民法典中把古代罗马法——它差不多完满地表现了马克思称为商品生产的那个经济发展阶段的法律关系——巧妙地运用于现代的资本主义条件;它运用得如此巧妙,以致这部法国的革命的法典,直到现在还是包括英国在内的所有其他国家在财产法方面实行改革时所依据的范本。”<sup>[13](p395)</sup>加之该法典的内容充分体现了“市民在法律面前的平等(特别是关于土地与继承法制),以及个人范围内的自由(尤其是契约与经济活动的自由)”的行为选择特质,因此该法典的实施不但改变了人的行为模式,而且使之“变成新社会形象活生生公理”。<sup>[14](p343)</sup>1900年的《德国民法典》由于正处在自由资本主义向垄断资本主义的过渡阶段,因此绝对的私权神圣和意思自由受到一定限制。加之受德国固有的国家主义和集体主义观念的影响,导致独立于自然人之外的社会组织(法人组织)开始受到重视。值得注意的是,虽然《德国民法典》在主体结构上采取了自然人与法人相并列的二元主体结构,但其关注重点仍然聚焦于自然人领域,其主旋律仍然是“人当然地享有权利和自由”,“在近代民法中,只有像细胞一样分别存在的单个自然人,没有多数细胞聚合而成的组织器官。单个自然人是唯一的权利主体,一切民事关系不外是单个自然人之间权利和义务的牵涉。自然人的集合体(如公司或劳工团体)不能成为民事关系的主体。”<sup>[15]</sup>其后大多数国家的民法典都奉行了法、德民法典所倡导的这种人本主义精神和人文主义理念。至此,个人权利体系、个人主体制度正式形成,且逐渐成为社会主流的价值标准与法律价值标准,<sup>[16](p184)</sup>并由此极大深化和丰富了现代法治文明。基于民法人本主义的精神渊源,我们认为,我国的民事立法价值应回归至以人为本的正确轨道,民法典的概念体系与制度设计亦应以自然人为中心进行构建。

基于以上判断,符合以人为本需要的我国民法典制度设计必须立足于满足自然人的需求和实现人的目的,且应至少涵盖以下三个方面的内容:第一,必须包含维系人的基本生存需要的内容。维系人的生存既是实现自然人生命健康权的必然要求,

①“民法”一词最早来源于古罗马的“市民法”(jus civile)。

也是自然人享有和行使其他民事权利的前提。按照著名德国法学家萨维尼的观点:“法律并无什么可得自我圆融自洽的存在,相反,其本质乃为人类生活本身。”<sup>[17](序言)</sup>自然人赖以生存的最基本条件物质条件,也称财产条件,其主要外化为社会资源与社会财富。相应地,民法中与之相关的基本制度主要包括所有权制度、合同制度以及继承制度。其中,所有权是人类社会赖以正常运转的第一秩序,它不但界定了社会资源和财富的归属,而且确定了整个社会的资源利用秩序并维系着一个社会生存共同体的生存边界。<sup>[18](p3-10)</sup>而合同制度则是对交易习惯和交易规则的法律肯认,其关注的重点在于维护社会资源与财富的交换秩序,也即恩格斯所说的:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样一种需要,把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同的规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成为了法律。”<sup>[19](p538-539)</sup>家庭是人类社会组成的最基本细胞,财富是家庭作为人格的定在(黑格尔语),家庭要承担社会再生产和人口再生产的双重职能,就必须以享有一定的社会财富为条件。而继承既是保证家庭延续的前提,也是实现社会财富积累的主要手段,同时还是人类文明延续的直接载体,因此在各国民法典中婚姻关系、家庭关系、继承关系都是必不可少的组成部分。第二,关乎人的尊严的内容。从一般意义上说,社会的发展史同时也是人的解放史,作为现代文明先驱的启蒙运动其核心就是“人的发现”和对完整人性的认识与揭示,强调人的理性与尊严。尊严是人类区别于其他动物的特有属性,正是因为人具有道德,才使得人的尊严得以摆脱纯自然的生物性尊严,升华出人类社会所特有的具有道德性的尊严。人的尊严最为核心的是强调人的目的性价值,也就是康德所说的“人即是目的”(Formula of the End in Itself),即人的客观存在就是目的本身,“无论是对你自己还是对其他任何人,在任何情况下都要把人永远作为目的,绝

不仅仅当作手段。”<sup>[20](p43)</sup>也就是说,人本身就具有目的性。就目的和手段的关系而言,人是目的而非手段;就目的自身的排序而言,人是最终的目的。从某种意义上说,现代民法区别于古代民法和近代民法的主要标志之一就在于更加强调对人尊严的尊重和保护,人格歧视逐渐消弭(典型的如对非婚生子女继承的歧视性规定越来越少),同时利用各种法律制度(其中主要是民法制度)努力使人生活得更有尊严和更有价值。第三,促进人的发展与进步。人的全面发展既是社会制度演化的必然要求,也是实现人的价值的体现。马克思、恩格斯在《共产党宣言》中宣称,在未来的社会中“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的,将是这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。”<sup>[8](p294)</sup>在《资本论》中马克思进一步指出,社会生产力的发展,将为未来的社会奠定现实的基础,未来社会将是“一个把每一个人都完全的自由发展作为根本原则的高级社会形态。”<sup>[21](p649)</sup>“人的全面发展”的实质是人在发展上的自由、自主、和谐、丰富以及流动和变化,既体现了人性的内在本质,同时也推动了社会的进步和发展。由于人的自由发展必须借助于法律的保障才能实现,因此民法典中必须包含保障人的自由发展的内容。

(三)为什么中国民事立法必须坚持去市场化思路?

目前,我国民事立法中的泛市场化问题值得重视,具体表现为过分注重市场主体在民法中的地位、过分强调民事活动与市场经济之间的关联。比如,《侵权责任法》第19条将市场价格规定为计算损害赔偿数额的基准价格。<sup>①</sup>又比如,在现行《合同法》中,商事合同被作为合同的基准样态,而传统的民事合同则被作为例外性规定。据此有许多学者认为中国《合同法》与其说是民事合同法,不如说是商事合同法。以《合同法》第68条<sup>②</sup>为例,根据该条规定,不安抗辩权得以行使的四种情形全部为经营

①《侵权责任法》第19条:“侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。”

②《合同法》第68条:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”



行为,意味着该项制度仅适用于市场主体之间。另外《合同法》第196条将借款合同定义为附利息的合同<sup>①</sup>;第113条将可得利益损失作为违约赔偿的内容<sup>②</sup>,都体现了商法色彩。不仅如此,甚至连婚姻家庭法这一传统的纯伦理性质的民事法律规范也难逃市场经济侵蚀的厄运,许多市场交易规则被不适当地用于处理婚姻家庭成员之间的关系。典型的如夫妻财产的处理规则,股权的继承规则等。《婚姻法司法解释(二)》之所以广受质疑,其主要原因就在于,社会公众无法接受或认同这一司法解释所贯彻的指导思想,即以市场规则取代伦理规则对婚姻家庭关系等问题进行处理。值此民法典编纂之际,面对上述民事立法的泛市场化趋势,确有必要进行如下反思:

一方面,民事立法应与市场经济保持必要的距离。第一,民法的关注点在于人身而非财产。毋庸置疑,平等主体之间的人身关系与财产关系均为民法的调整对象。但就人身关系与财产关系而言,二者之间仍然存在孰轻孰重之分。根据前文所述,财产制度是民法典应然内容的原因恰恰在于,财产条件是人的基本生存条件之一。也就是说,民法对于财产关系的调整实际上只是其调整人身关系的结果和附属内容,从这个意义上说民法上的财产关系应服从和服务于人身关系。第二,民法典的容量有限。法律不是万能的,因为它只是诸多管理社会秩序的手段之一。同样民法亦不是唯一的法律,否则刑法、行政法等其他法律部门将形同虚设。即使进一步限缩到私法领域,民法也同样不能完全取代其他法律的调整,“民法是私法的核心”并不等同于“民法可以调整所有的私法关系”。即便民法有能力统摄全部私法制度,民法典作为民法的有限载体,也无法将所有民事法律规范的内容予以详尽。对此萨维尼曾一针见血地指出:“可以想象,法典要作为唯一的法律权威,实际上就要包括对可能出现的每一案件作出的判决。……但是任何认真研究过判例的人一看便知,这种做法一定要失败,因为千变万化的实际情况确实是无法限制的。”<sup>[22](p530-531)</sup>

第三,形式理性的需要。这里的形式理性,按照马克斯·韦伯的观点,“是通过逻辑分析来披露各种事实的法律意义,从而形成和适用高度抽象的法律概念……只有采用逻辑解释的抽象方法才有可能完成特别的制度化任务,即通过逻辑手段来进行汇集和合理化,使得具有法律效力的一些规则成为内在一致的抽象法律命题。”<sup>[23](p62)</sup>由于市场经济的营利性本质与民法的人本主义理念之间具有明显的不兼容性,也很难在市场经济行为和民事伦理性行为之间寻找到共同的价值公约数。因此大量引入市场交易规则不但会破坏民法制度的建构基础,而且也会破坏民法体系本身的自治性。就实施结果来说,如果将民法典与市场经济过度联系或强行挂钩,则无异于离弦走板,甚至舍本逐末。长此以往,人与人之间的伦理关系将被赤裸裸的金钱关系所替代,人的善良本性、真情实感将逐渐被市场经济所固有的唯利主义玷污直至磨灭。由此可见,民法典的内容中有必要最大限度地剔除与市场运营和市场秩序相关的规则和制度。民法典的任务不是把所有的社会关系都收归己有,而是“在法典内适当的地方架设通往其他法律领域的管线,甚至区隔主线、支线,从而把常态民事关系和特别民事关系,把民事关系和前置于民事关系或以民事关系为前置事实的公法关系,连接起来。”<sup>[24](p15)</sup>

从立法技术层面而言,市场经济的交易规则需要单独的法律规范予以调整,这个法律主要是商法,民法既不能完全等同于商法,也不能完全取代商法。就其法律定位来说,商法是市场经济的基本法,在市场经济法律体系中居于核心地位。<sup>[25](p140)</sup>其一,商法直接产生于市场经济的需求。“产生”的第一层涵义为,商法是市场经济活动的必然产物。前文业已提及,民法是商品经济的基本法。然而,随着商品经济发展水平的不断提高,市民社会便由商品经济时代转入市场经济时代,面对纷繁复杂的市场经济关系,民法显然力不从心,亟须相应的商事法律规范予以补充。此时,商法便应运而生。“产生”的第二层涵义为,商法是市场经济自身的法律

①《合同法》第196条:“借款合同是借款人向贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同。”

②《合同法》第113条:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

翻译。具言之,商法中大量的技术性规范是市场经济内在规律的外在表现。诚如学者所言,“没有任何领域能比商法更能清楚地观察到经济事实是如何转化为法律关系的。”<sup>[26](p74)</sup>其二,商法直接服务于市场经济。“商法是在民法之外,专门规范大多数生产、销售与服务活动的一个私法分支。”<sup>[27](p1)</sup>商法之所以从民法中逐渐独立出来,主要是因为建构在简单商品经济基础之上的民法事实上无法有效应对复杂的市场经济关系,而必须有一个新的法律部门来调整,这个法律部门就是商法。换言之,“民法为市民社会的存在发展提供一般性法律条件,商法为市场经济的存在与发展提供技术性法律条件,这两个法律部门的制度功能不能互相替代。”<sup>[28](p51)</sup>面对市场行为中各主体的逐利行为,商法总是秉持包容与理解的态度。在商法看来,追求利益的最大化是每个市场主体的自由选择结果,无所谓优劣。商法的作用便是在尊重个体私欲的基础之上,对其进行适当调整,以实现市场整体的共同愿望。具体而言,商法以效益为价值导向,与市场经济的内在运行要求高度契合;以技术性规范为表现形式,有利于降低交易成本、提高交易效率。

### 三、理性看待商法的独立性

商法是调整以市场经济主体及其行为为中心的市场经济关系的法律规范的总称。商法的独立性是指,作为一种规范体系,商法具有自身专属的特殊性质以及无可替代的特殊作用,能够与其他法律部门明显区分开来。<sup>[29](p101-105)</sup>商法是否具有独立性,决定着商法是否具有长效的生命力以及商法能否独立发挥作用。长期以来,由于缺乏独立的责任体系与诉讼保障机制,商法往往被大多数人视为民法的组成部分,其独立性不被认可。本文认为,商法独立性的论断有其内在依据和外在表现,即效益优先的价值取向以及区别于民事主体、行为与客体的调整内容。

#### (一)商事立法理念层面的特殊性。

在立法理念上商法区别于民法的最主要表现就是采取了效益优先的基本价值取向。从理论上说,不同法律部门之间的区分标准不应局限于其各自调整对象的差别,还应注重彼此间立法价值取向的差异。立法价值取向包括静态和动态两个层面的内涵,前者是指立法者在制定某一法律时所欲实现的社会效果;后者是指这一法律所欲实现的多种

社会效果中的最高价值目标。商法是市场经济的基本法,其价值取向必然由市场经济的逐利性本质所决定。货币资本作为市场经济中物的要素,相较于单纯的货币而言具有明显的逐利性。诚如马克思所言,“一旦有适当的利润,它就保证到处被使用;有百分之二十的利润,它就活跃起来;有百分之五十的利润,它就铤而走险;为了百分之一百的利润,它就敢践踏一切人间法律;有百分之三百的利润,它就敢犯任何罪行,甚至冒绞首的风险。”<sup>[21](p829)</sup>而效益的本质正是个人或社会对经济利益的追求与实现。商法的作用即在于,通过法律规则的形式将个人自利行为表现出来,以此明示哪些自利行为具有合法性、哪些自利行为不具合法性,这既是对市场经济主体逐利行为的有效限制,也是对个人效益的尊重与保护。典型如,成熟的证券法必然是兼具投机性与投资性的法律制度体系,其制度设计旨在以制度来规范投资者的投资偏好,将个人投机行为限制在国家经济安全与国际金融安全的范围之内,而绝非排斥或打压市场投机行为。<sup>[30](p70)</sup>综上所述,效益是商法中的最高价值目标,效益优先是商法区别于其他法律部门的内在依据。

这里的效益优先,是指在商法的诸多价值目标发生冲突时,效益相对于其他价值目标具有优位性。换言之,效益优先并不等同于效益独尊,其原因在于价值本质上具有多元性且不可化约为任何单一的和最高的价值,因此在效益优先的前提下还要兼顾公平与其他。效益与公平固然具有天然的矛盾性,但也并非水火不容。在效益不受损害的前提下,公平原则仍有一定的适用空间,典型的如同股同权、使用格式条款时适用特殊规则等制度。另外,商法以民法为基础,而民法以公平为基本价值取向,因此商法的相关规定必然会受到公平原则的影响。另一方面我们也应当看到,效益和公平二者之间并非总是正相关关系,很多情况下具有一定的非兼容性,因此在进行商法制度设计时为了保证效益的实现有时不得不以舍弃公平为代价。这一现象在有限责任制度中表现得尤为明显。股东有限责任制度的设计初衷在于鼓励个人投资,实现社会财富的有效利用,而非基于公平的考虑。就实际运行结果来说,股东是有限责任的最大受益者和效益的揽收者,而债权人则是公司风险的主要承担者。具体来说,股东投入公司的资产,经过一系列的市



场交易与商业运作之后转化为具有自我增殖能力的资本。股东的个人财富与社会财富互为基础,不断累积,从而实现效益的持续增长。但如若公司经营不善面临破产,股东的责任范围也仅限于其出资额度。从这一角度而言,股东的风险固然有之,却也是相对确定的,并未完全涵盖经营失败的所有损失,部分损失事实上是由债权人承担的。对此著名法经济学者波斯纳曾精辟指出:“有限责任并不是一种消除企业失败风险的手段,它只是将风险从个人投资者转移到了公司自愿或非自愿的债权人身上——是他们承担了公司违约的风险。”<sup>[31](p516)</sup>从债权人角度而言,基于有限责任制度的限制,其债权实现的范围既受制于公司的经营,也受制于股东的出资。如果其债权总额大于公司的全部资产,其超出部分是无法获得受偿的。从理论上说,对这部分损失,债权人既无经营之过,也无监督之责,由其承担显然有失公平。由此可见这一制度的设计初衷并非是为了实现公平,而是为了实现效益。除优先责任制度外,票据无因性制度是以舍弃公平为代价而促使效益实现的另一典型例证。根据票据无因性理论,票据关系一经成立即与产生票据关系的基础法律实现分离,票据基础关系的发展变化、效力的有无均不再对票据关系发生影响。显然,该项制度强调票据的支付功能与信用作用,其设计初衷在于通过加速票据的流转实现交易关系的迅捷性。然而,票据义务之所以要承担票据义务通常是因为享受了实体的合同权利(即基于票据基础关系所产

生的权利),因此如果其实体合同权利已经丧失,基于合同对价理论,其票据义务也将失去存在基础。由此可见,这一制度的设计完全是出于效益的考虑。

效益优先理念不但体现在立法中,而且也体现在司法实践中,其最典型的是行为效力切断规则(行为无效限缩规则)。所谓行为效力切断规则是指一个商事行为的无效只会影响该行为关系本身,不会对与该行为相关联的其他行为产生影响。这一规则广泛存在于商法的各个部分,较为典型的如我国《票据法》第6条<sup>①</sup>和第14条的规定<sup>②</sup>;另外根据“公司法司法解释四”第6条的规定:“股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”<sup>③</sup>

为了保证效益的实现及平衡效益和公平之间的矛盾,维护交易安全,商法设计了很多保障性制度,典型的如商主体和特殊商行为的信息公开制度,特殊商事行为的准入制度和许可制度。另外则是通过增加连带责任的方式平衡当事人之间的权利义务关系。典型的如合伙人之间的普遍连带责任关系,票据义务人之间的连带责任关系。在公司关系中既包括股东之间的连带责任关系,<sup>④</sup>也包括公司和股东之间的连带责任关系。<sup>⑤</sup>

## (二)商事立法内容的特殊性。

判断商法是否具有独立性,相当于判断商法之于民法而言是否具有特殊性,也即商法能否在内容

①《票据法》第6条规定:“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的,其签章无效,但是不影响其他签章的效力。”

②《票据法》第14条第二款规定:“票据上有伪造、变造的签章的,不影响票据上其他真实签章的效力。”

③值得注意的是,公司法的这一规定后为《民法总则》所借鉴,具体表现为第85条:“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程,或者决议内容违反法人章程的,营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议,但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”严格说来这条规则规定在《民法总则》中是不合适的,既与民法所强调的基于实质公平所要求的因果关系原理相违背,而且其本身就是仅适用于公司领域的一个特殊规则,并不具有足够的普遍性。与此相类似的还有《民法总则》第83条第二款关于营利法人人格否认的规定也属这种情况。

④《公司法》第30条规定:“有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。”

⑤《公司法》第20条第三款规定:“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”



上区别于民法而独立存在。<sup>[32](p53)</sup>我们认为,正是因为存在相对特殊的商事主体、商事行为以及商事法律关系客体,由此才为商法的独立性打下坚实的基础。

按照美国著名公司法学者克拉克的观点:“法对商业生命在经济上最大的、并且由于比许多其他贡献产生更少诉讼……的贡献之一,是创造了虚幻但为法律承认的实体或者‘人’。”<sup>[33](p10)</sup>这里的“为法律承认的实体或者‘人’”主要指的就是作为商法基本主体形态的公司。与民法中的具有较强伦理色彩的自然人不同,商法中的人“是一个剥去了法律之外的一切要素的,即自然的、血族的、历史的、人道的、道德的要素”的为了达到其营利目的而“进行最合理的行动的人”和“从所有的个人性的及社会性的羁绊中解放出来的纯粹的理性之人。”或者说是“赤裸裸的‘经济人’”。<sup>[34](p172)</sup>作为经济人,他们“精通和熟稳交易业务,且商事交易在更高的程度上要求灵活性、快速性、简便性和法律稳定性等特征。”<sup>[35](p2)</sup>“所有附着于他人的性格均被剥去,纯粹地作为营利主义的斗士决定输赢。”<sup>[34](p172)</sup>商人以追求利益为己任,同时也注重合作关系,注重机会收益和机会成本,且具有较强的冒险精神。这点与民法中的人有明显的差别。一般认为民法典中的人是自由而平等的普通人,是“有尊严的存在,是自己和自己命运的主人,……在所有权与契约中,自由的人不需要任何监护,平等中的自由充分地保护着他。”<sup>[34](p169)</sup>商人的出现既是商法制度得以产生的重要原因,同时也是商法制度主要规范的对象,诚如伯尔曼所说:“商法最初的发展在很大程度上——虽然不是全部——是由商人自身完成的:他们组织

国际集市和市场,组建商事法院,并在雨后春笋般出现于整个西欧的新的城市社区中建立商业行会和商业事务所。”<sup>[36](p414)</sup>

除主体外,在行为规制方面商法也表现出与民法的重大差异。民事主体的行为目的一般是满足自身的消费需求,而商事行为的主要目的在于通过持续的营业行为谋取尽可能多的经济利益。换句话说,民事行为表现为生存性交易,而商事行为则表现为营利性交易。与此相适应,民事合同违约后首要的救济手段是继续履行合同,而商事合同则可通过合理违约取代继续履行。此外,消费需求具有强烈的个性化与偶然性特征,营利侧重于追求资本的长效持续增值,所以可将民事行为称为偶发性交易,将商事行为称为连续性交易。其次,民事交易多发生于自然人之间,而商事交易则常见于经济组织之间。从这一意义上讲,民事行为多为个体契约,而商事行为则以团体契约为典型。再次,民事交易的对象一般是单一的、直接的、明确的,而商事交易的对象多为复杂的、间接的、模糊的,不但针对财产,而且期权、金融衍生品、权利(典型的如股权)都可成为商事交易的标的。由此可以说,大多数民事行为是简单性交易,而商事行为则以复杂性交易或复合型交易居多。比如,保兑仓交易的形式多种多样,可能同时存在买卖、担保、融资、仓储、票据等多种法律关系。<sup>①</sup>另外民事行为一般为现货交易,而商事行为则是跨时空的交易和虚拟的交易,典型的如比特币交易。<sup>②</sup>在具体法律规制上,民法对于一般民事行为的规范具有笼统性、原则性的特点,而商法对商事行为的法律规范则表现出特定化和区别性的趋势。

①保兑仓交易作为一种新类型融资担保交易,应用于大宗商品流通的各个环节,形式多样。其基本交易模式为:卖方、买方和银行三方签订保兑仓合作协议;买方向银行申请开具银行承兑汇票;银行根据买方保证金缴存情况,向卖方发出发货指令;卖方按照银行发货指令向买方发货;卖方对银行承兑汇票敞口部分以货物回购作为担保。除此之外,有的保兑仓合作协议还约定银行对货物有抵押权或质押权,或者卖方向银行承担连带保证责任;有的保兑仓交易模式还引入了仓储方或物流企业来加强银行对货物的控制,或者引入担保方对银行承兑汇票垫款独立进行担保。参见杨临萍:《当前商事审判工作中的若干具体问题》,载《人民司法(应用)》2016年第4期,第30—31页。

②从我国现有的法律规定分析,比特币的持有者不具有该比特币的所有权。尽管新《民法总则》的第127条对虚拟财产的物权属性给予了发展空间,但比特币与一般意义上的虚拟财产依然存在区别。比特币的本质仅是一组密码编码,并非物化实体,也不直接对应价值,只有在对等网络环境中所有节点都认可的区块中,比特币的持有者才能使用该密码编码形成的电子签名完成交易。参见唐波:《美国期货品种上市机制的反思与启示——以比特币期货上市为视角》,载《东方法学》2019年第1期,第114—115页。

此外就客体而言,商法也明显不同于民法。民事法律关系客体是指,一方主体享有的权利与另一方主体承担的义务所共同指向的对象,包括物、行为、智力成果与人身利益四种基本类型。与之相比,承载营利性目的的商事法律关系的客体则表现为具有浓厚利益气息的行为,有学者将其概括为“客观意义上的营业”。<sup>[37](p145)</sup>即使作为物,在民法的眼中和在商法的眼中也有明显不同。民法中的物强调的是在自然界中的特定存在,即占有一定空间的客观实体,其主要目的在于满足所有人的生存需求,即使用于交换也是为了满足所有人自身无法通过自己行为提供的多样化需求。而商法上的财产主要表现为资本,主要强调的是其自身的自我增殖的能力。所有人占有财产(资本)的目的不是为了消费,而是为了实现财产的增值。另外,在民法中对许多财产利益通常会进行人格化的处理,如以肖像的商业使用作为判断侵犯肖像权的条件,以精神损害赔偿作为抚慰受害人精神损失的手段。而在商法中许多人格利益则进行了财产化的处理,典型的如商誉。法律规制商誉的目的并非因为商誉本身所具有的人格属性,而是因为商誉和商誉主体的经济利益密切相关,对商誉的侵犯不仅损害的是商誉主体的社会评价,而是因商誉贬损给其造成的经济损失。所以,对商誉权的救济并不是考虑如何填补其精神损失,而是如何弥补其经济损失。因此民事侵权的主要救济手段是返还原物,恢复原状,而商事侵权的主要救济手段是赔偿损失。即使就赔偿损失来说民法强调的是补偿受害人的损失,强调受害者不能通过侵权赔偿而营利,而商法则强调除了要赔偿其直接经济损失外,还要赔偿可得利益损失(即营业不能的损失)。

#### 四、科学优化后民法典时代之民商关系

##### (一)重构民商合一的立法体例。

长期以来,民商合一与民商分立两派主张的争论从未停止。对于法律工作者而言,法律部门的划分与立法体例的选择是两项截然不同的工作,前者侧重于理论严整性的考量,而后者更加注重技术层面的完善,即对现行法律进行协调。二者虽然具有一定的关联性,但却无法完全等同。换言之,承认某一法律部门的独立性并不意味着该法律部门当然地拥有部门基本法;反之,亦不能因为某一部门基本法的缺失而否认该法律部门的独立性。同样

道理,我们认为,强调商法的独立性并不意味着商法典必须单独立法,也不意味着否认现阶段我国采取民商合一的立法体例的合理性。

通过考察大陆法国家的私法发达史可以看出,早期占据主导地位的是民商分立立法模式,比如19世纪相继出现的《法国商法典》《卢森堡商法典》《西班牙商法典》等,至今仍为德、日等国家所推崇。民商分立论认为,在法律运行机制层面,民法与商法是两个相互并列的法律部门;在法律立法体系层面,民法典之外应当另外制定单独的商法典,因此民商分立模式又被称为“双重法典化模式”。其理由通常有二:其一,商法与民法隶属于两个不同的经济基础领域,故民商分立系经济基础对法律制度的不同需求;其二,商法之于民法而言具有特殊的价值取向和调整内容,故民商分立有利于两者各自的效用被充分发挥。诚然,商法是市场经济发展的必然结果,是实用主义的产物,但正因为商法过分关注市场经济的交易规则,从而导致其在理论基础方面缺乏必要的概念、体系和制度供给,在立法方面缺失必要的理念指导和内在逻辑联系,以至于有学者断言:“民法和商法的分立并不是出于科学的构造,而只是历史的产物。”<sup>[38](p124)</sup>事实上即使在实行完全民商分立的国家,商法的内容仍然以私法的一般原理为理论基础,其制度设计受民法基本原则的指导与制约。因此商法并不能完全脱离民法而存在,商法仅具有独立性。所谓相对,即指商法的独立程度尚不足以使其完全脱离于民法,其效益优先的价值取向时常会受到民法公平原则的干预,比如法人人格否认制度系股东有限责任的例外;其调整内容亦没有摆脱民法规范的影子,比如商法的调整对象仍然是平等主体之间的法律关系。

鉴于民商分立的理论缺失和历史局限性,民商合一论的呼声愈发高涨。民商合一论强调,在立法体系层面只制定一部将民商事关系涵盖在内的民法典作为私法基本法,同时辅以若干必要的单行法律规范,从而构建一个层次分明、疏密有序的私法体系,因此也被称为“单一法典化”。其理论依据主要在于,对商主体与商行为的否定。具体而言,当商品经济的发展水平达到一定高度时,人类进入市场经济时代,一方面越来越多的人参与到市场经济的浪潮中来,商主体与民事主体融为一体;另一方面商业职能与生产职能日趋同质化,商行为与民事



行为渐趋融合。这一论证思路虽有牵强附会之嫌,例如自然人参与市场经济并不意味着其身份转化为商人,生产职能的商业化仅能说明商业活动与生产领域重合的范围逐渐扩大,而无法推断商行为已涵盖所有民事行为或民事行为已涵盖所有商行为,但也在一定程度上反映出商法发展所面临的窘境。特别是采取典型民商合一立法理念的《民法总则》既已颁布且整个民法典的颁布指日可待的情况下,再来探讨民商分立的可能性似已不太现实。当务之急是在遵从民商合一立法体例既成事实的前提下,如何尽可能理顺民商之间的关系。我们认为现阶段我国立法部门采取民商合一的立法体例既有其必然性,也有一定的合理性。主要表现在:第一,民法建构的经济基础与商法交媾的经济基础之间具有较高的相互依存性。民法和商法分别以商品经济和市场经济为基础,而市场经济以商品经济的高度发展为前提,因此商法理应遵循民法的一般原理和基本原则,若选择民商分立的立法体例则可能导致法律适用的困难。第二,民法和商法在法律性质上具有较高的一致性。就法律性质而言,民法和商法都属于私法的范畴。在民商分立的立法体例之下,同一法律关系很有可能被人为地割裂开来,这既是对私法统一体系的破坏,也会使私法理论研究搁浅。第三,我国缺乏民商分立的立法条件。自古以来,在我国,“商人”一词更多的是一种职业的象征,始终都没有上升至一个独立阶层的高度,因此,民商分立的主体基础在我国并不存在。此外,正如未成年人无法自立门户一样,民商分立必须以民法和商法的相对成熟为前提。而我国的现实情况是,民法基本观念尚待弘扬,商法理论基础亟须深化,且民商事立法在内容、形式、技术等诸多方面均差强人意。可以说,现阶段如若采取民商分立的立法体例,则无异于沙上建塔,很难持久。

## (二)科学设计民法典的制度模式和制度内容。

如何妥善处理民法典中民法与商法的关系,主要涉及民法典内容上的取舍和结构上的安排。从各国的立法经验来看,建立“一个协调的、按抽象程度逐级划分的概念系统”构成了法典化的基本前提。<sup>[39](p19)</sup>具体到民法来说,“民法典‘科学化’的程度,决定着在实体法、一般法理以及关于民法总则或一般原理课程中所使用的概念和原则统一的程度。”<sup>[40](p73)</sup>为了实现民法对私法的统领性和本身的

科学性,需要遵循以下三项基本要求:其一,捍卫民法的宗主地位。按照文义解释的方法,民商合一存在两种理解:一是强调“民法的商法化”,即令民法向商法靠拢,以商法的思想与制度统率民法,甚至把民法改造成以商法为主的民法。这种民商合一无论其是否打着“现代民法”或“市场经济民法”的旗号,其实质都是以牺牲民法的本体价值为代价的民商合一;二是“商法的民法化”,即将商事法律规范纳入民法,以民法基本原理解决商事问题。相对于前一种观点来说,这种观点既保持了民法的本体价值,又考虑了民法的现代发展,具有较大合理性。其二,承认商法的特殊性。民商合一并不意味着完全将商法纳入民商之中进行调整,或者由民法完全吸收吞噬商法。正确的做法应当是在承认以民为宗的同时,承认商法的特殊性,实现民商法对私权关系的共同调整,即以民为宗,以商为本,分合有度,协调配合。实际上,“民商合一”这一表述本身即已表明,民法与商法是两个不相等同的概念,各具特色。其三,坚持精简式的立法理念。民商合一不是将所有的民事法律规范与所有的商事法律规范都呈现在统一的民法典之中,因为这不仅会造成民法典的内容庞杂繁重,也会导致民法典的结构杂乱无章。因此作为民商合一立法的载体,民法典应力求精简,以一般性的、原则性的、普适性的、抽象性的、基本性的法律规范为宜;至于其他具体的、特殊的要求则规定在若干单行法规之中。

就内容的取舍而言,民法典应最大限度地涵盖商法中普遍适用于私人之间关系的理念、原则和制度。这是因为,民法是所有私法的基本法,也就是说,理论上所有处理私人之间关系的法律依据或基本理念都应当在民法典中找寻得到。具体而言,商法中的以下理念、原则与制度可以有条件地体现在民法典当中:首先在立法理念方面,效益理念作为市场经济的内在运行要求事实上已涵盖到与市场经济活动相关联的所有民商事活动领域,因此尽管在民商合一立法体例中该理念要受到公平理念的强力制约,但为了充分发挥民商法的整体效用,促进社会财富的增加、实现社会资源的有效利用,这一理念在民法典中也可作为公平理念的补充性理念得到有条件的确认。其次在基本原则方面,商法的许多基本原则在经过适当调整后也可被纳入民法原则中进行强调,典型的如证券法、保险法中



的最大诚信原则可对民法的诚实信用原则起到必要补充,贯穿商法制度始终的利益平衡原则也可在物权法、合同法中得到必要反映。实际上现行的《民法总则》已在这些方面做了很好的尝试,如第10条<sup>①</sup>中关于习惯的法律适用就是把主要适用于商事活动领域的商事习惯和商事惯例上升为民商事活动共同遵守的普通习惯。在具体制度方面,理论上说所有的典型商事法律制度都应当通过相应单行商事立法予以规定。然而,商法中也确实有一些具有普遍性、基础性、代表性或重大性的制度,值得民法典将其进行收纳和提炼,比如商事担保制度可以以特别规定的形式出现在民法担保制度中。需要强调的是,将上述商法理念、原则与制度体现在民法典当中应以必要性为前提,而不是生硬地为了融入而融入。

就结构的安排而言,我国民法典的设计或可采取有限突出商法特点的混编模式。<sup>[41](p53)</sup>综合域外的立法实践与学界观点,民商合一立法背景下民法典的建构模式主要包括相对突出商法特殊性的商法单独列编模式、有限突出商法特殊性的混编模式以及民法完全吸收商法的混编模式。第一种模式主张,在民法典中单列一编对商事法律关系作集中调整。这种模式使得民商关系被割裂开来,加之国外尚未出现相对成熟的立法实践对其实施效果进行检验,因而可取性较小。与之形成鲜明对比的是第三种模式,在此模式下,商法的内容在民法典的结构上无迹可寻,而是散见于民法典的具体规范之中,典型的如1942年《意大利民法典》。这种模式人为地抹杀了民法与商法之间的差异,造成立法与实践的严重脱节,很难取得预期的立法效果,同样不宜采纳。而第二种模式则主张,通过民法典各编下设的某一或某几部分对商法的重要制度进行规定,典型的如1912年《瑞士民法典》,该法典第五编“债务法”下设五个部分,其中前两部分系传统的民法内容,后三个部分均为商法内容,具体包括“公司与

合作社”“商业登记、商号与商业账簿”“有价证券”。这种模式既坚持了民法的宗主地位,又在一定程度上凸显了商法的特殊性,同时还符合民法典力求精简的理念,具有较大借鉴意义。

### (三)民法典背景下商事立法的完善路径。

根据前文所述,民商合一不是简单地用民法取代商法,而是在尊重民法宗主地位的同时适当凸显商法的特殊性。基于此种判断我们对民法典背景下的商事立法提出以下完善建议和思路:

首先,在制定民法典的同时,加强对商事单行法的修改与完善。基于民法典基础性、稳定性的特征,大量特殊的、富有时代性的内容注定与其无缘,此时商事单行法便当仁不让地成为该类制度的载体。然而,就目前来看,以《公司法》《证券法》《破产法》等为代表的商事单行法都或多或少地存在一些不能满足市场经济发展要求的地方,甚至与市场经济的发展趋势渐行渐远,亟待加以完善。需要注意的是,修改完善商事单行法应始终贯彻商法效益优先的立法价值取向,切忌不问体系与逻辑的肆意“剪裁”。以目前已经启动的《证券法》和《公司法》的修改为例,理论界与实务界对现行公司法和证券法的不足已有较为深刻的认识,许多学者也就此提出不少意见和建议,但这种检讨多局限于制度层面,而未对制度之间的体系关联与理念逻辑进行深入研究,<sup>[42](p89-98)</sup>证券法的数个修改草案均未获得足够的理论突破,也未得到足够的社会认同。事实上,没有明确价值导向做指引的立法活动无异于盲人摸象,既难真正体察市场经济行为的内在要求,也无法实现对不同社会利益主体公平保护的立法目的。

其次,强化商法对社会经济关系的引领与规范。近年来,以P2P、私募基金、ICP为代表的新型金融活动,以电子商务、物联网为代表的新型营商行为如雨后春笋般涌现,它们在促进社会经济发展的同时也难免存在诸多问题。对此,确有必要通过

①《民法总则》第10条的原文是:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”该条与其他民商分立国家在习惯适用顺序上的最大不同在于:在民商分立国家,商事习惯的适用顺序通常是在商法典之后,民法典之前,在许多情况下商事习惯甚至可以被优先于商事成文法而采用,其典型表现是只要商习惯不与成文法相冲突,该习惯就要被尊重,基于该习惯所从事的行为就被认定为有效。而我国《民法总则》中所确立的适用顺序是,所有的习惯都在法律之后,只有在法律没有明确规定的情况下习惯才被允许适用,即习惯是作为成文法立法空白的弥补而被引入民事活动和民事司法领域的。

强化具体的商法制度设计,特别是通过强化商法基本原则的方式对新型社会经济关系进行引领和规范。在这些方面我们已经有了—些成功的法律实践,如在世界范围内率先制定了单独的《电子商务法》,对规范电子商务领域的相关活动起到了显著的推动作用。但另一方面我们也必须看到,面对纷繁复杂的新型商事业态和新型商业行为,相关立法供给还存在明显不足。以快递服务行为为例,我国快递业务量自2014年首度超过美国后,持续保持世界第一的位置。根据央视网2019年8月14日发布的消息,国家邮政局发布的信息显示,2018年全国共完成快递业务量507亿件,快递业务收入6038亿元,占邮政业务收入的76.4%。2019年1—7月份,全国快递服务企业业务量累计完成330.1亿件,同比增长26.2%;业务收入累计完成4005.1亿元,同比增长24.1%。但相关立法却非常滞后,至今尚无—部专门的法律规定予以调整,而是准用服务合同的一般性规定。实际上快递服务合同并不同于—般的服务合同,而是有非常强的行业特殊性。以违约损害赔偿为例,快递服务过程中快件丢失、毁损等情况时有发生,如欲对寄件人进行最大限度的救济,那么实行完全赔偿原则不失为最佳选择,但这势必会导致快递企业所承担的赔偿责任过重,既会增加其运营成本,也会影响其行业的发展。基于此种考量,限额赔偿原则为快递服务行业所广泛采用,<sup>[43](p132)</sup>这一做法既符合商法所倡导的效益优先理念,同时也兼顾了快递业的实际情况。但这一做法如无相应的法律支撑,在司法实践中就有可能被作为消费行为和普通合同行为来对待,如若这样,快递服务企业的合法权益将很难得到有效保护。

再次,高度重视商法伦理和商人道德的建设工作。“所谓现代商法必属善法范畴,且是融入了充分、深刻的伦理,深具智识之产物。”<sup>[44](p34)</sup>换言之,相对成熟的商法不应只是市场经济活动的客观表述,还应具有较为深刻的伦理价值。最为理想的状态是,在内涵伦理价值的商法规范之下,所有的市场主体都由经济人转变为道德人,届时各市场主体之间的交易成本将降至最低,也即整个市场将收获最大效益。然而,我国目前的商法伦理机制并不健全,对商人的道德约束作用十分有限,突出表现为商业欺诈行为屡禁不止、拜金主义思想依旧泛滥。有鉴于此,构建—个相对完善的商法伦理机制刻不

容缓。就主观方面而言,商法伦理机制中应适当体现传统思想文化中的为人之道、义利观等;就客观方面而言,商法伦理机制应致力于成为促进市场经济高效发展的内生动力。

最后,推进商事审判的独立化。按照伯尔曼的观点,法律“不只是一整套规则”,而“是分配权利与义务,并据以解决纷争,创造合作关系的活生生的程序。”<sup>[45](p38)</sup>依据性质的不同,商事活动可分为正常状态下的商事交易行为与非正常状态下的商事交易行为。相应地,前者通常由商法的实体性规范进行调整,而后者则主要通过程序性规范予以矫正或保护。从这一意义上来说,商法的独立性不仅包括商事实体法的独立化,也包括商事程序法或商事审判的独立化。商事审判的独立化既表现为商事审判思维的特殊性,同时也保护商事审判程序和审判制度设计的特殊性。具体来说,民事审判主要强调的是当事人之间的地位平等,遵从的是平等保护原则,而商事审判则更关注不同类型主体间的天然差异,强调的是差异化保护理念,比如以股东代表诉讼制度为典型的中小股东权益保护机制;民事审判主要以维护善良风俗与公平正义为目的,商事审判则旨在规范商主体的营利性行为,致力于保障商事主体的经营效益和维护交易秩序;民事审判遵循的是密切联系原则,强调行为之间的彼此影响效果和因果关系,而商事审判主要考虑的是外观效力,强调的是行为的独立性和效力的独立性;民事审判的首要救济思路是恢复权利的原始状态(恢复原状),而商事审判强调的是赔偿损失。商事审判的独立化既是商法独立性的主要内容和表现形式,同时也是推进商法独立化的重要手段。我们认为,在民商合一的立法体例下,并不排斥商事审判的独立化道路,我国的司法实践对此已做了很好的诠释。今后应进一步加大商事审判独立化的推进步伐,充分发挥审判对不同社会关系的区别调整作用。

## 结论

作为保障民事主体基本权利、调整社会主体基本行为样态的基础性法律,民法典既是社会主义法律体系的必要内容,也是中国梦得以实现的重要载体。目前中国民法典的编纂工作已进入最后攻坚阶段,其中如何妥善处理商事立法与民法典制定之间的关系是剩余的为数不多的几个难点问题之一。为此应厘清民法与商法之间的不同价值定位,

重申民法的人文主义属性,回归其以保护自然人基本生存权利与尊严的人本主义定位。同时坚持商法的市场经济基本法的法律定位,通过制定先进、科学的市场交易规则,对市场经济活动进行规范和引导。我们相信只要坚持民法与包括商法在内的其他法律的协同共进,具有中国特色的社会主义法律体系就一定能够尽快实现。

(本文系根据赵万一教授于2019年6月21日在中国政法大学民商经济法学院主办的“名家大讲堂”的演讲,经赵舒窈博士、曹凡博士记录、整理、加工、完善而成。作为点评嘉宾和主持人的朱慈蕴教授、李永军教授、王涌教授、于莹教授、郑佳宁教授对本次讲座给予了充分肯定并提出了许多非常有见地的观点和建议,对本文贡献颇多。在此一并表示感谢。)

#### 参考文献:

- [1]魏振瀛.民法[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2016.
- [2]徐国栋.民法基本原则解释:诚信原则的历史、实务、法理研究[M].北京:北京大学出版社,2013.
- [3]谭启平.中国民法学[M].北京:法律出版社,2015.
- [4][法]阿·布瓦斯泰尔.法国民法典与法哲学[A].钟继军,译.徐国栋.罗马法与现代民法:第2卷[M].北京:中国法制出版社,2001.
- [5]卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1980.
- [6]于娟.商法价值指向与经济法价值向度相关度考察[J].求索,2010,(2).
- [7]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).
- [8]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第1卷[M].北京:人民出版社,1995.
- [9][英]A.J.M.米尔恩.人的权利与人的多样性——人权哲学[M].夏勇,张志铭,译.北京:中国大百科全书出版社,1995.
- [10]杨震.法价值哲学导论[M].北京:中国社会科学出版社,2004.
- [11][美]艾伦·沃森.民法体系的演变及形成[M].北京:中国法制出版社,2005.
- [12]黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰,译.北京:商务印书馆,1982.
- [13]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第3卷[M].北京:人民出版社,1972.
- [14][德]弗朗茨·维亚克尔.近代私法史[M].陈爱娥,黄建辉,译.上海:上海三联书店,2006.
- [15]方流芳.近代民法的个人权利本位思想及其文化背景[J].法学家,1988,(5).
- [16]龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [17][德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.论立法与法学的当代使命[M].许章润,译.北京:中国法制出版社,2001.
- [18]高富平.物权法原论(上卷)[M].北京:中国法制出版社,2001.
- [19]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第2卷[M].北京:人民出版社,1972.
- [20][德]康德.道德形而上学探本[M].唐钺重,译.北京:商务印书馆,1959.
- [21]马克思.资本论:第1卷[M].郭大力,王亚南,译.北京:人民出版社,1975.
- [22]西方法律思想史编写组.西方法律思想史资料选编[M].北京:北京大学出版社,1983.
- [23]马克斯·韦伯.论经济与社会中的法律[M].张乃根,译.北京:中国大百科全书出版社,1998.
- [24]苏永钦.民事立法与公私法的接轨[M].北京:北京大学出版社,2005.
- [25]赵万一.中国民法典争鸣[M].厦门:厦门大学出版社,2018.
- [26]古斯塔夫·拉德布鲁赫.法学导论[M].米健,译.北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [27][法]伊夫·居荣.法国商法:第1卷[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004.
- [28]童列春.民商合一立法体例理论质疑[J].浙江工商大学学报,2018,(6).
- [29]蒋劭君.论我国商法的独立性——实质商法的相对独立[J].学习与实践,2008,(4).
- [30]赵万一,赵舒窈.中国需要一部什么样的证券法[J].暨南学报(哲学社会科学版),2018,(1).
- [31][美]理查德·A·波斯纳.法律的经济分析



(下)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997.

[32]赵万一.商法独立与独立的商法——商法精神与商法制度管窥[M].北京:法律出版社,2013.

[33][美]罗伯特·C·克拉克.公司法则[M].胡平等,译.北京:工商出版社,1999.

[34][日]星野英一.私法中的人——以民法财产法为中心[A].王闯,译.梁慧星.民商法论丛[C].北京:法律出版社,1997.

[35][德]沃尔夫冈·塞勒特.从德国商法典编纂历史看德国民商法之间的关系[A].范健.中德法律继受与法典编纂[C].北京:法律出版社,2000.

[36][美]哈罗德·J·伯尔曼.法律与革命——西方法律传统的形成[M].贺卫方,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.

[37]刘文科.营业:商法上的特殊客体[J].政法论坛,2010,(5).

[38]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.

[39][德]施瓦布.民法导论[M].郑冲,译.北京:法律出版社,2006.

[40][美]约翰·亨利·梅利曼.大陆法系[M].顾培东,禄正平,译.北京:法律出版社,2004.

[41]赵万一.中国究竟需要一部什么样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系[J].现代法学,2015,(6).

[42]夏小雄.公司法现代化:制度改革、体系再造与精神重塑[J].北方法学,2019,(4).

[43]郑佳宁.快递服务合同典型化的立法表达与实现路径[J].法学家,2019,(1).

[44]赵万一,龙柯宇.市场经济与法治伦理的契合:商法伦理机制论纲[J].河北法学,2007,(7).

[45][美]哈罗德·J·伯尔曼.法律与宗教[M].梁治平,译.北京:生活·读书·新知三联书店,1991.

责任编辑 王 京