

# 《民法总则》民商合一中国模式之检讨

李建伟\*

**内容提要** 民商合一的民法典设置商法规范面临诸多挑战,不仅涉及民法规范体系与商法规范体系的科学性建构,更关涉到二元结构的统一私法体系的科学性实现。《民法总则》贯彻落实民商合一立法体例的立法举止备受关注,不仅因为在世界范围内采用潘德克顿体系的民法典总则未有民商合一的立法传统,面临前无古人的开创性难题,更因为作为民法典的开篇之作,其确立的民商合一立法体例与思路,对民法典分则各编的民商合一走向具有决定性影响。检讨《民法总则》中商法规范体系的立法得失成败,对确立适应我国民商立法现实需求的民法典编纂方案具有重要价值,也有助于实现民商事法律的现代化。

**关键词** 民法总则 民商合一 民商分立 商法规范体系 商法独立性

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.03.014

## 引言

我国民法典编纂遵守民商合一体例,但是民商合一的含义从来既不固定也不统一,我国究竟采怎样的民商合一体例,在民法典编纂过程中会一直讨论下去。在民法典“开山之作”《民法总则》出台后,一般认为我国的民商合一模式可谓基本定型,因为民法典编纂贯彻民商合一体例的主要标志体现在民法总则的内容构造与规范选择上。<sup>①</sup>在此意义上,《民法总则》可谓在世界范围内的最新一次尝试民商合一立法模式。《民法总则》起草过程中曾有不少商法规范被提出来入法,但由于种种原因而最终被否定,最终入法的商法规范总体上是极少的,某种意义上可谓最低限度的民商合一。<sup>②</sup>基于《民法总则》提取民商法律规范“最小公分母”这一事实,却引发“商法独立必要性与否”的激烈争论。

这些争论不仅仅是理论兴趣的分歧,更产生深远的立法影响。首先,民法典的民商合一体例之实现,总则编与合同法编身负重任,也涉及物权法编、侵权责任法编等分则

\* 中国政法大学民商经济法学院教授。本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研一般项目“商个人制度完善的重大理论与立法问题研究”(项目批准号:17SFB2037)的阶段性成果。

① 参见王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期。

② 参见李建伟《民商合一立法体例的中国模式》,载《社会科学研究》2018年第3期。

各编,关系到多领域、多层次的法律规范及其板块的设置取舍。某种意义上,民商合一体例之恰当实现,不仅关系到民法典编纂成败的框架性问题,也关系到商事立法体系之完善,更攸关民商二元结构的统一私法体系之建构。其次,从更宏观的视野看,民商合一的民法典的商法规范设置面临哪些基本的立法问题,以及如何适应已有民商事立法存量的现实需求与构建和谐的统一私法体系,是民法典编纂必须回应的一个基本关切。为此,需要搞清楚我国采用了一种怎样的民商合一体例,而后以《民法总则》提供的商法规范为支点来检视民商合一立法的成败得失,肯定成就,检讨经验,总结教训,不仅为后续的民法典总则编修订提供具体意见,更为合同法编等分则编的商法规范设置提供方向性指引。

## 一、民商合一的中国模式

如果以德法日韩等国民法典、商法典的“两典并立”为民商分立体例的标志,那么以民法典为单一法典的民商合一体例还可细分为两类,一是“实质的部分民商合一”,以意大利、瑞士、荷兰为代表,即民法典取消民商主体的区分,规定有大量的商法一般性规范及部分板块的单行商法规范(公司法、破产法等),但并不包含完整性的商法体系,如不包含票据法、保险法、海商法等部门法。二是“形式的部分民商合一”,北欧地区一直为典型代表,俄罗斯、捷克、立陶宛等少数前社会主义国家转型时也选择之,我国民国时期及现今台湾地区亦属之,即民法典少量涉及商法规范,商法基本上以单行法形式存在。这两类民商合一体例的根本差异在于商法的独立性质的差异。尽管如此,多数观点认为上述所谓民商分立、民商合一的分类都是形式意义上的,在实质意义上民商法都是分立的。<sup>③</sup> 据此,也有学者将北欧诸国所代表的民商合一模式称为实质意义上的民商分立,或谓民商立法体例的第三条道路。<sup>④</sup>

作为共识之一,公司法、破产法等单行商法早已独立存在且运行良好,不收录民法典之中,故我国与意大利、瑞士等民商合一模式显然不同,形式上更近于北欧模式,但内容构造上又不完全一样,立法技术上则面临前无古人的新挑战,也即如民法学者指出的,“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”。<sup>⑤</sup> 首当其冲的是,在意大利、瑞士、荷兰等民商合一的民法典,都没有如德国那样设置系统、完整的民法典总则,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。“如何在采用潘德克顿体系的民法总则中有效地实现民商合一就成为中国民法典编纂所面临的巨大挑战”,毕竟,“在世界

<sup>③</sup> 参见郭锋《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>④</sup> 参见石少侠《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》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

<sup>⑤</sup> 前引①,王利明文。

范围内采用德国潘德克顿体系的民法典总则并未保持民商合一的立法传统。德国潘德克顿体系的一个鲜明特点就是提取公因式的方法构建一个统摄整部民法典的总则编,但是创立潘德克顿体系的《德国民法典》采用的是民商分立的立法模式,因此,潘德克顿体系只是由民事规范抽象构成的体系”。<sup>⑥</sup>可见,民商合一的中国模式确无比较法上的成例,也即“在形式的民商一体例下,民法典总则统一适用于所有民商事关系、有效涵盖民商事交易规则,各国尚无成功的先例”。<sup>⑦</sup>上述北欧各国的形式的不完全民商一体例仅作参考。那么,能否以及如何走出一条创新性的中国模式?民法学界代表性观点是,“民商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,统辖合伙法、公司法、保险法、破产法、票据法、证券法等商事特别法”或者说,“民商一体例在很大程度上就是以一部民法总则统辖各个民商事法律,而不能在民法典总则之外另行制定商法总则(商事通则)”,即民商合一的民法典总则完全可以统一规定有关商法的一般性规范,以对所有的民商事关系“一体适用”,故而“应当在民商一体例下制定民法典总则”,在民商法之间构建“统一的基本原则”“统一的主体制度”“统一的法律行为制度”“统一的时效制度”。<sup>⑧</sup>循此思路,民商合一的中国模式的要点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。然而,我们也看到,此前以《民法通则》为中心的私法体系存在着“名为民商合一、实为民商不分”的突出问题,由此造成民商法规范的适用困难、混乱以及导致的裁决不公,过往的民商事审判实践形成了一种现象级的法治障碍,学界拉出了一个长长的清单。<sup>⑨</sup>民法典能否以及如何纠正这一现象并由此生成出具有创新意义的新民商一体例,值得期待,也备受质疑。为此,奉行民商合一立法的学者、立法者应该思考几个问题:一是,民商合一的中国模式之含义、内容设置与立法目标需早日清晰定位,既然前无古人而需要首创,是否也可能意味着一种不可能完成的任务,或者存在难以逾越的立法技术障碍?二是,如前一个问题的答案是积极的,那么立法者有无能力在民法典(主要是总则部分)提供三个规范群落——民商事共同规范、商法的一般性规范与主要制度规范?与此相关,民商合一立法体例究竟给民法典的规则设计和未来的法律适用提出怎样的挑战?三是,如第二个问题的答案仍为肯定,还有一个模式的择优问题:商法的一般性规范与主要制度规范统一放在民法典当中,还是商法典(抑或次之的商法通则)之中,还是两部立法有所体系化的分工,究竟哪一种模式会更优?<sup>⑩</sup>这就需要以能否“提供应有意义上的民商事共同

⑥ 许中缘《我国〈民法总则〉对民商一体例的立法创新》,载《法学》2017年第7期。

⑦ 李建伟《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,载《中国法学》2016年第4期。

⑧ 参见前引①,王利明文。

⑨ 这些问题清单包括: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、商事留置特别、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,如运输合同、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。

⑩ 参见前引②,李建伟文。

规范、商法的一般性规范与主要制度规范”为标准,来检验贯彻民商合一体例的《民法总则》的立法成败得失。

## 二、《民法总则》民商合一的主要规范

### (一) 六处制度规范的规范分析

《民法总则》出台之前,曾有商法学者基于比较法的、历史的、逻辑的与规范分析的多视角,逐一分析基本原则、主体、客体、法律行为、代理、时效、权利行使等多领域的民商合一难度,并预言民法总则基于提取公因式立法技术抽象出这些领域的民商合一规范将是非常有限的。<sup>①</sup>对比《民法通则》,《民法总则》确实较大规模地增加了商法规范的供给,结合被讨论的诸领域,其民商合一的立法成就可归纳为主要的六处制度规范。

#### 1. 商法渊源体系

也即第一章“基本规定”之第10-41条,确立了解决商法的渊源体系及适用位阶:商事特别法—民法—习惯,明确商法规范作为特别法优先于民法而适用。奉行民商合一的民法总则是民商法的共同总则,有责任规定民法、商法的渊源体系,且明确二者的适用位阶,这是民商合一的标志性显现。关于上述规定的必要性,民商法学界均无异议,主张从形式到实质都实行民商分立的学者甚至认为,民法典总则编关于商法规范的供给止步于此即可。<sup>②</sup>总之,确立商法的渊源体系,《民法总则》完成了被视为民商合一的标志性立法任务。

#### 2. 商事主体制度

《民法总则》关于民商合一的着力点落在了民商事主体的合一,由第二、三、四章组成的民事主体制度包含了规模性的商事主体制度规范。

(1) 第二章“自然人”之第四节“个体工商户和农村承包经营户”,传承于《民法通则》的“两户”,从民法的角度,属于自然人的特殊存在形式,从商法的立场,是独具中国特色的商个人制度。(2) 第三章“法人”关于商法人的规定,乃商主体的最主要规范,具体包括三个方面。首先,第一节“一般规定”,涵盖法人从设立、成立、变更、清算或破产一直到终止的全部组织过程,规定了法人的设立登记、变更登记与注销登记制度。其次,第二节“营利法人”,模仿与抽取《公司法》关于公司的成立要件、组织机构设置以及若干特殊规制措施。营利法人,从民法的角度,是法人中的最重要群落,在商法的立场,乃是当代最主要的商主体。实际上第一节“一般规定”的几乎所有条款,也是基于营利法人的假设对象而设置的。最后,第三节“特别法人”关于农村集体经济组织法人、合作

<sup>①</sup> 参见刘斌《论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角》,载《当代法学》2016年第3期。

<sup>②</sup> 参见周林彬《民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿“一般规定”条款的修改意见为例》,载《社会科学战线》2015年第12期。

经济组织法人的规定。农村集体经济组织法人、合作经济组织法人,也是我国重要的商事主体之一。(3)第四章“非法人组织”,包括合伙企业、个人独资企业、会计师事务所等专业服务机构等。非法人组织,从民法的角度,为不可或缺的第三民事主体,从商法的立场,均为典型的商事主体。

民商事主体的合一,在《民法总则》出台之前被寄予厚望,被视为民法典编纂民商合一的主要体现与试金石。因为法律关系主体是适用相应法律规范的前提,唯有主体制度较好地实现合一,才能为法律行为规范的合一确立前提。《民法总则》规定的主体制度是否贯彻了民商合一?对此有截然不同的评价。有学者认为《民法总则》创新地规定了商事主体的类型与标准,是我国民法典编纂贯彻民商合一体例的重大创新性立法成果,<sup>⑬</sup>也有学者对于民商事主体制度的立法技术提出了尖锐的批评与质疑,<sup>⑭</sup>更有学者直言法人制度的民商合一规定“是一种失败的尝试”。<sup>⑮</sup>各方的褒贬悬殊,需要我们审慎对待。凡事物皆有双面性,《民法总则》关于主体合一的成败得失也要从正反两方面分析,以求公允。关于失败,后文再予详析,此处先从制度建构与立法创新的积极立场,肯定《民法总则》的两处规范价值。

一是形式上完成了民商事主体合一的制度建构。与民事主体之于民法一样,商事主体是商法中的基本范畴,是整个商事法律制度存在的基础。<sup>⑯</sup>由于我国不存在形式上的商法典(商法通则),商事主体尚无立法定义,商法学理上主要在实质意义使用之,在类型上一般承认商个人、商合伙与商法人的“三分法”,这也是大陆法系的传统分类法。《民法总则》对民事主体的分类采“三分法”,即自然人、法人和非法人组织,与我国商法学理上对商事主体的“三分法”大体对应。为适应现代工商业与市场主体发展的实际,商事主体的最优分类或许是“自然人+组织”的二元结构模式,也即商个人与商事组织(企业),以此来构建与民法上民事主体分类相对应的商事主体制度。据此,民法上的“两户”可归入商个人,营利法人与合伙企业、个人独资企业等非法人组织归入商事组织(企业),形成了商事主体在民法上的特殊存在,在承认了民事主体、商事主体之间包容关系的前提下,以民事主体为根基构建出商事主体的基本规范体系,至少从形式上完成了民商事主体合一的立法建构。

二是商事主体的“营利”属性形塑了民商事主体的分类体系及相应规范内容。在《民法总则》起草过程中,最大的争议就在于法人的分类标准及其体系,最终采用了“营利”这一根本区分点作为法人基本分类的标准,并一改《民法通则》形式化的“企业法人”与“非企业法人”的称谓,直接称为“营利法人与非营利法人”。这两个分类体系的区分标准都在于营利目的之有无,新旧分类体系可谓一脉相承,这样不仅保持了我国法人制

<sup>⑬</sup> 参见前引⑥,许中缘文。

<sup>⑭</sup> 参见蒋大兴《〈民法总则〉的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,载《比较法研究》2017年第4期。

<sup>⑮</sup> 施天涛《商事关系的重新发现与当今时商法的使命》,载《清华法学》2017年第6期。

<sup>⑯</sup> 参见赵旭东主编《商法学》(第3版),高等教育出版社2015年版,第17页。

度的连续性和稳定性<sup>⑭</sup>而且实现了区分标准及概念在形式上、实质上的统一。

“营利”是以取得和分配投资以上的利益为目的的行为<sup>⑮</sup>为商法中的基础性概念,具有标志性意义的商法属性。事实上作为商法核心概念的商事主体和商行为都是以“营利”为基石构建起来的。也可以说,是否具有营利性是商事主体区别于非商事主体、商行为区别于非商事行为的基本标志。但此前我国的立法一直没有给出“营利”的定义,《民法总则》第76条规定“以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人,为营利法人”,也即采用“取得利润”和“分配利润”两个目的标准来界定“营利性”,直接体现出法人及其成员追求营利的客观性,作为客观行为的营业实际是商事主体为追求营利目的的外化行为。在此意义上,《民法总则》藉营利法人之定义厘清了营利法人的内涵和外延,解决了商事立法长期未能解决的核心范畴问题,是对我国商事立法的一处重要贡献。

### 3. 商事登记规则

商事登记制度是商法的基本制度规范之一,也是民商分立国家的商法典的主要内容板块之一。我国现行商事登记立法的构成,除了多部商事组织法涉及一些零星的商事登记规定外,主要集中在《个体工商户条例》《企业法人登记管理条例》《公司登记管理条例》《合伙企业登记管理办法》《企业法人登记管理条例实施细则》《公司登记管理条例实施细则》《企业名称登记管理规定》等行政法规规章,也有不少地方以单行地方性法规规章规范之,因其零散、杂乱、冲突等痼疾而备受诟病。商事登记主要体现为商事主体的登记,故与主体制度天然连为一体。《民法总则》奉行民商事主体的合一,顺理成章地为商事主体提供一些商事登记规定,包括:(1)确立商事登记的主体范围,个体工商户、营利法人、合伙企业、个人独资企业等非法人组织皆需依法登记,方能成立与开展营业,农村承包经营户豁免登记,但没有涉及农村集体经济组织法人、合作经济组织法人的登记。(2)规定商事主体的登记事项,明确营利法人的设立登记、变更登记、注销登记的法律效力。

商事主体之有别于民事主体的一个标志性形式特征在于需经过商事登记才能取得商事主体资格以及(或)营业资格<sup>⑯</sup>在其后的营业过程中但凡出现登记事项的变动、清算直至终止,均需履行相应登记手续,因而商事登记也是民商分立国家商法典的主要内容板块。《民法总则》规定的商事登记制度,较好地恪守了应有的立法边界,值得肯定。现代商事登记制度的内容浩繁,《民法总则》不可能也不必提供详尽的商事登记规范,在其之外有必要出台统一的商事登记法,可能体现为单行的《商事登记法》,也可能体现为《商法通则》的“商事登记”章。这决定了《民法总则》的规范应该止于原则性规定。回到《民法总则》的文本,涉及商事登记的有10余个条文<sup>⑰</sup>,总体上止步于商事登记的基

<sup>⑭</sup> 参见陈甦主编《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第508页。

<sup>⑮</sup> 参见张新宝《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第143页。

<sup>⑯</sup> 参见王保树主编《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第36页;参见前引<sup>⑭</sup>赵旭东主编书,第17页。

<sup>⑰</sup> 参见《民法总则》第54条、第63-68条、第72-73条、第77-78条、第89-90条、第92-93条等。

本原则与主要的基本规则,这是明智的。既架构起商事登记的基本制度规范,又为后来的商事登记专门立法留足空间,可谓为民商合一的典范。

#### 4. 商事权利的宣示

也即第五章“民事权利”之第125条“民事主体依法享有股权和其他投资性权利”,寥寥十几字的“圈地式”规定,宣示股权等商事权利归属于民事权利体系,由此被视为在民事权利领域实现了民商合一。

#### 5. 引入商事组织法上的决议制度

决议行为在现代民法、商法上均有存在,但存量于后者,尤以公司等商事组织上的决议最为典型,也被视为商事组织法上“特有的民事法律行为”,或者说系团体法上法律行为的典型。<sup>①</sup>“决议”一词出现在《民法总则》的5个条文,核心是第六章“民事法律行为”第一节“一般规定”之第134条,规定决议乃民事法律行为,适用民事法律行为的规则。既然决议是商事组织形成团体意思表示的主要形式,《民法总则》将决议统一纳入民事法律行为的概念体系,适用民事法律行为的规范,有助于实现民商事法律行为的规范合一。

#### 6. 存疑的商事代理制度

《民法总则》起草过程中,商事代理是否入法、如何入法的问题争论激烈,焦点是隐名代理、间接代理、经理代理权与代办权的取舍。有人建议全面规定商事代理以体现民商合一,但多数意见认为间接代理、职务代理属于代理与否尚需讨论,即便属之,如对之做出规定就要考虑其对于民事代理规范体系的强大冲击效应,“代理”一章的很多条文如代理人的行为能力、表见代理等规则都要重新设计,因而关于这两类商事代理或放在合同编分则予以规定,或交由公司法等商法另行规定,对于经理权、代办权等可由公司法等规定,也可以规定在“法人”一章中。<sup>②</sup>最终,《民法总则》没有涉及间接代理、隐名代理,仅在第170条规定,“执行法人或者非法人组织工作任务的人员,就其职权范围内的事项,以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为,对法人或者非法人组织发生效力。”对此规定,民商法学界“一条各表”,商法学者解读为商事代理,民法学者则解释为职务代理。

#### (二) 其他被附会民商合一的“创新成就”

《民法总则》关于民商合一的立法成就虽不止于以上六处,除上述六处制度规范外,《民法总则》提供的商事规范或者说体现民商合一的规定,可能还有其他的零星规定,在此不一一列出,但主要规范制度恐怕也就止步于此。但有个别学者却还有其他方面的大规模总结,如“创新地规定了民商合一的基本原则”“创新地规定了商事责任类型”等。<sup>③</sup>不能不指出,这些所谓的“创新性规定”存在附会之误,值得商榷。其附会表现有

<sup>①</sup> 参见史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第311页。

<sup>②</sup> 参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第228、260、342、344页。

<sup>③</sup> 参见前引<sup>⑥</sup>,许中缘文。

三:一是过度式解读,如将不少与商法并无关联的规定解读为商法规范;二是过誉式解读,如将营利法人等章节中民法过度商法化的规定冠以“创新”之名;三是比附式解读,如就第179条第2款“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定”,该学者认为此举“创新地规定了惩罚性赔偿责任”,理由是“《民法总则》吸纳惩罚性商事赔偿的规则,在第179条创造性地规定了惩罚性赔偿的责任承担方式,为商事主体承担惩罚性赔偿责任提供了可靠空间。其实,第179条所确立的具有惩罚性质的违约金责任,也是商事主体通过制裁对方当事人实现自身利益保护的一种方式,与民事违约金的性质存在不同,这是民法典分编部分所应规定的内容”。这段文字令人匪夷所思之处是:第179条如何具有创造性?难道为我国法上首次规定惩罚性赔偿责任?惩罚性赔偿责任为商法所独有而民法未有?惩罚性赔偿责任限于违约金责任抑或违约责任?民法上的侵权责任不存在惩罚性责任?<sup>②</sup>实际上,第179条第2款是对包括商法在内的单行民商事立法关于惩罚性赔偿特别规定的援引性规范,但上述解读将其完全归属于商法规范、视为民商合一指导下的立法成果,可谓错误解读、过度解读与比附式解读皆备也。又比如,将《民法总则》第134条第1款将决议纳入民事法律行为的简单规定,解读成“为商事团体内部自治确立了制裁规则”“为商事团体内部的制裁提供合法依据。商事主体可以依据约定或者法定事由实施内部制裁,也就是说,只要符合法律与章程的规定,当商事团体内部成员有违规违章行为时,商事主体可以通过决议的方式对其实施相应的制裁行为”,如此解读,不免令人心生多重渗透的穿越感。再如,《民法总则》第68-71条、第106-107条关于法人、非法人组织解散、清算之规定,实为将公司法的规定生硬提升为民法总则的规定,本属不当(详见后文分析),却被解读为“明确商事主体的解散责任”的“创新性”规定,已经是对《民法总则》的谬赞。至于该文提到的《民法总则》创新地规定了民商合一的基本原则,此论是否成立,倒是一个具有理论价值含量的争议话题,容后文分析。

### 三、《民法总则》民商合一主要规范之检讨

应当说,较之《民法通则》及其后的民事立法文件,《民法总则》的民商合一立法技术有了新进展,民商不分立法现象也有所改观,但是否就此成功开创了民商合一的新模式,尚存分歧,为此需要展开分析《民法总则》的商法规范体系存在的问题。按照既有规定的显性缺陷与应予规定但未规定的隐性缺陷(既为缺陷,则区别于立法者积极的刻意留白规定)来分类,可以从两个方面展开之。

#### (一) 商法规范体系的显性缺陷

##### 1. 商事习惯的渊源位阶之争

前文指出,《民法总则》第10-11条确立了民商法渊源体系,民商法学界一致认为

<sup>②</sup> 上述各个疑问,仅需对照《消费者权益保护法》第55条、《食品安全法》第148条、《侵权责任法》第47条、《合同法》第113条第2款、第114条等规定,答案不言自明,亦无须多言。

必要的,商法学界的不同意见在于,由“商法—民法—习惯”构成的商法渊源体系及位阶排序是否恰当?在民商分立的大陆法系,事实上或者制定法上大都施行“商法—商事习惯—民法”的商法渊源体系及位阶,后者以日本、韩国《商法典》的第1条规定为典型。即使采形式民商合一的我国台湾地区,商法体系的独立性并未被抹杀或遭忽视,从解释论的立场,虽然囿于“民法”第1条文义,民法制定法优先于商事习惯法,但在商法的实证法立场上,机械套用民法制定法有失妥当,优先适用商事习惯(法)更能实现商事案件定纷止争之效。<sup>⑤</sup>对比之下,《民法总则》的立法差别立现,商事习惯与民法的适用位阶先后之争也由此而起。有学者认为,“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做出特别规定时相关纠纷适用民事基本法的一般规则”,<sup>⑥</sup>这一观点的背后,是对“民法典+单行特别商事法”的商法规范体系的坚持。在此体系下凡商法没有特别规定的,就径直适用民法典尤其总则的规定,最后方有商事习惯的适用余地。反之,商法学者认为,在商法规范与民法规范的适用之间还有商事习惯的适用,相应的立法论上的渊源适用位阶安排应该是“商法—商事习惯—民法”,对应的完整文字表述是:处理商事纠纷,应当依照商法规定;商法没有规定的,适用商事习惯;没有商事习惯的,适用民法的规定。

上述论争表面上是商事习惯与民法制定法的适用位阶先后,其背后不仅关涉到对商事习惯在现代商法体系中的重要性认识,实质则是对商法独立性的根本认识差异,或者说涉及二元结构的统一私法体系下“商法为私法(或民法)特别法”的理解差异,因为立法论上争论民商合一与民商分立的本质是商法在私法体系上的定位的问题。<sup>⑦</sup>“商法与民法不同之处在于,商法偏重于商业精神方面,并对之善加保护,商事交易是经常性的和重复进行的”,所谓“民法是一般法、商法是特别法,特别法优先于一般法适用”的公式化简单描述之弊,在于“非但不愿意正视商法的特别之处,反而只将问题化约为非此即彼;只片面地假定彼方—民法无所不包,却不晓得此方—商法—渊源的多样性;特别是这样的公式在忽略商业习惯法的缓冲作用的同时,无异于釜底抽薪,根本上否定了商业习惯法在商法发展中的基础性地位。”<sup>⑧</sup>在法德日韩等传统采民商分立的国家,商事习惯优先于民法制定法,是对于二元结构的统一私法体系的坚守。商事习惯优先于民法规定的位阶安排,更有利于商法独立性的实现,其背后则是对商事主体意思自治也即商事自治原则的严格贯彻与最大尊重,也是“形式上民商合一、实质上民商分立”民商合一体例的必然要求。

## 2. 民商事主体规范的冲突

<sup>⑤</sup> 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》,载《清华法学》2015年第6期。虽然以瑞士、意大利为代表的民商合一立法体例下,私法渊源体系基本不作民商事之分,制定法优先于习惯法,但这两个国家民法典大规模将商法规范纳入民法典的立法例,与我国民法典的民商合一体例不可同日而语。

<sup>⑥</sup> 前引①,王利明文。此处所谓的民事基本法,即指《民法总则》。

<sup>⑦</sup> 参见陈自强《合金论坛笔谈:民法与商法的关系》,载《财经法学》2016年第4期。

<sup>⑧</sup> 张谷《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点(上)》,载《清华法治论衡》2005年第2期。

按照民法学者所主张的民商合一,就是不区分民事主体和商事主体、民事行为和商事行为,以民法规范统一调整民商事法律关系。<sup>②9</sup> 据此,民商合一体例下的《民法总则》对商主体规范的意义更多体现在将商主体融入民事主体,而不是对商主体的具体规范。这一立场当然是正确的,但展示在世人面前的《民法总则》却是另一番景象。尽管有学者赞誉《民法总则》创造性地实现了民商事主体的合一,但针锋相对的观点则认为,“《民法总则》关于法人的规定被视为民商合一的典型标志,但法人章节的这种安排恰恰反证了所谓‘民商合一’的失败”。<sup>③0</sup> 的确,《民法总则》对于单行特别商事单法的援引未加节制,尤其第三章“法人”对《公司法》的直接援引已经到了抄袭的程度。<sup>③1</sup> “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,是特别法制度的一般化。然而,从另外一个侧面观察,也同样可以认为这是作为民法典这一基本法的‘特别化’,说明民法典作为基本法的‘射程’在缩小,其适用范围在变窄。”<sup>③2</sup> 质言之,一般法规范与特别法规范的大量重复,减损了法典化的价值功用,伤害了民法典的基本法地位,同时还伤害了商事单行法早已形成的内在体系,虚化了其特别法规范的应有地位。从商法的立场看,折射出作为中间层次的商事一般法的缺位带来的商法规范体系的断层之痛。此痛同时带来“法人”部分立法内在逻辑的冲突,兹以《民法总则》第75条<sup>③3</sup>为例,说明此处的民、商事主体在行为效力、责任承担方面的规则格格不入。传统民法认为,设立中法人行为的效力于法人未成立时准用合伙关系,成立后旋即转移至成立后的法人。<sup>③4</sup> 本条正是循此思路制定的,就法人设立过程中的设立行为,由发起人承担类似合伙的连带责任,在法人成立后转为法人承担有限责任,这一转变方式,与自然人在限制行为能力时所作的民事法律行为“效力待定”、侵权行为由监护人承担责任,迨其成年后分别转为“有效”“独立承担责任”的逻辑完全不同。虽同为民事主体,但不存在统一适用的规则,亦由此而生立法体系上的撕裂:商事主体——法人以其特殊性表明无法适用民事主体规范,纵然同处一法典。尽管此等问题可以“设立中的法人非限制民事行为能力人”这一并不费力的论断予以解释,但无法解释的是,在概念法学“民事主体”范畴之下,既已将自然人与法人视为平等之主体,那么“次一等”的“限制民事行为能力人”与“设立中的法人”也应“平等”待之,为了统一或曰平等地贯彻这等体系,理应针对二者的法律行为效力、责任承担进行更为一般的法典化抽象,以供两者共同适用,而非如同现行《民法总则》中的牛郎织女天各一方。仅以此例可

<sup>②9</sup> 参见前引①,王利明文。

<sup>③0</sup> 前引①5,施天涛文。

<sup>③1</sup> 该章第一节“一般规定”的19条文有13个条文源于《公司法》;第二节“营利法人”有11个条文分别对应《公司法》的16个条文;此外,法人格否认、关联交易规制、决议可撤销等规定(第83-85条)分别对应《公司法》第20-22条。

<sup>③2</sup> 石佳友《民法典的立法技术:关于〈民法总则〉的批判性解读》,载《比较法研究》2017年第4期。

<sup>③3</sup> 《民法总则》第75条“设立人为设立法人从事的民事活动,其法律后果由法人承受;法人未成立的,其法律后果由设立人承受,设立人为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务。设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任,第三人有权选择请求法人或者设立人承担。”

<sup>③4</sup> 参见梅仲协《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第75页。

见在“民法典—商事特别法”构成的商法规范体系中,民商法的立法关系处理上始终存在一个窘迫: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”之双重问题。以此模式所实现的民商合一的规范意义与制度价值不仅有限,甚至某些方面还是有害的。究其原因,不仅与立法指导思想以民法规范之名行过度追求民商合一有关,同时暴露出提取公因式的立法技术的不成熟。

### 3. 商事登记制度的周延性欠缺

对《民法总则》关于商事登记的规定的一个质疑是过于原则,另一个质疑是规范的不周延性突出,造成规范冲突。这两个问题,实际上也是商事制度规范的立法碎片化现象在商事登记领域的体现。比如,登记公信效力针对不同商主体作区别对待,第65条规定了法人登记的公信效力,即“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人”,但对于个体工商户、个人独资企业、合伙企业等其他商主体的登记规范中,并没有明确此登记的公信效力。制定法上的这一区别对待将带来解释论上的困惑,究竟《民法总则》意在针对不同商主体的登记公示的公信力设置不同的规范,还是有所疏略,其他商主体得比照法人登记公示的公信力而适用?

### 4. 宣示商事权利的圈地运动

《民法总则》第125条关于股权等投资性权利的规定是有圈地嫌疑的。事实上,民法典实现民商合一的一个主要面向,不仅要确立民事财产权利、商事财产权利在同一层次上的定位,明确权利体系的归属,更重要的是要确立商事财产权的一般性规则。实际上,商事权利能否被统帅进入民事权利尚存疑惑,一个佐证就是股权如被视为物权或者纳入物权体系,能否以及如何善意取得,近年来已是聚讼纷纭。因此,“在民法总则之中通过规定商事财产权利的一般性规定的方式有助于实现财产权利的‘民商合一’”,<sup>⑤</sup>但问题是,依托上述18个字能否完成“规定商事财产权利的一般性规定”的立法任务、从而“有助于实现财产权利的民商合一”?不无疑问。还有学者认为《民法总则》在民事权利体系的基础上以团体主义为中心构建了商事权利体系,依据有三:一是确定了法人(团体)独立财产权,规范依据是《民法总则》第58条、第60条、第83条;二是明确了法人清算优先权,规范依据是第70-72条;三是创立了成员权(股权)的基础性规定,规范依据是第85条规定出资人享有表决权、撤销权等共益权内容,第76条、第83条、第84条规定出资人享有利润分配请求权等自益权内容,因自益权是共益权的基础,《民法总则》的这些规定构成了有关成员权的规定。<sup>⑥</sup>查上述所列的多个规范依据,多为《民法总则》“借来”《公司法》关于公司法人财产权、清算与股东权的规定,实属于前述上位法对下位法的复写与提升,对此是否需要予以必要的反思乃至批评,尚在讨论之中,如反而一定用“创立”“确定”诸字眼褒扬为《民法总则》“立法创新”,其误岂止于谬赞!

### 5. 未竟的商事代理制度

<sup>⑤</sup> 王利明主编《〈中华人民共和国民法总则〉条文释义》,人民法院出版社2017年版,第17-19页。

<sup>⑥</sup> 参见前引<sup>⑤</sup>,许中缘文。

在大陆法系的各国商法(典)上,商事代理是一个重要制度群,外延上包括商行为法上的代理商与商组织法上的商业使用人代理,后者基于经理代理权、业务代表(如事业部负责人)与普通职员(如柜员)的代办权而成立的代理。在制度内容上,商事代理尤其商业使用人的代理在代理的要件构成、法律效力、法律责任等多层面都形成了有别于民事代理的特殊规则。

《民法总则》第170条的前身,可以回溯到2002年九届全国人大常委会第31次会议首次审议的“民法典草案”规定的职务代理条款。从目前的文义解释观之,第170条关于所谓“职务代理”规范内容由于缺乏实质核心的确定性,导致了包括立法者在内的学者们的解释文字都显得飘忽不定:一方面人们强调代理人为“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”这些人员“既包括基于劳动、雇佣关系而产生的法人、非法人组织的工作人员,如工厂采购员、商店售货员等;也包括其他执行法人或者非法人组织工作任务的人员,如劳务派遣单位派到用工单位的工作人员”。另一方面强调“代理事项须是职权范围内的事项”,该职权范围“有时由法律、行政法规或者规章规定,有时由法人或者非法人组织的内部规定来规定,有时法人或者非法人组织还会临时授予工作人员一定的职权”。<sup>⑤</sup>对照我国台湾地区等比较法上的经验,这种不确定性源自该条规定的两大缺陷。

其一,商业使用人的代理权限未予以类型化区分,彰显规范的简单粗陋。《民法总则》第170条的“职务代理”,大致对应台湾地区“民法”第553-564条规定的经理、代办商的代理,其中第554条确定了经理代理权的受权范围,第558条明确其他商业使用人的代理权限于受权范围之内的事务,不同类型的商业使用人的法定、意定代理权限由此获得区分。所谓商业使用人,又称非独立的商事辅助人,“是指基于委托或者雇佣合同关系而从属于商主体乙辅助其营业的人”<sup>⑥</sup>,包括经理、业务代表、职员等。以公司为例,经理作为经营管理负责人享有“为经营管理所需要的一切必要权力”,在代理权的取得方式上,经理被授权具有概括性,拥有委托代理权与因委托而产生的事务处理权,也即有权实施与营业有关的一切诉讼上和非诉讼的行为,但其他商业使用人受托的代办权只限于非诉讼上的一般业务行为,如某销售员获得授权以公司名义与相对人签订合同,如合同履行出现违约责任问题的,除非得到特别授权,否则并不能代理公司为诉讼行为。可见两者不能混为一谈,否则不仅法理不通,也悖逆于现实,更会产生法律适用上的错误。但第170条将经理、业务主管、雇员等一概称之为“执行工作任务人员”,罔顾商业现实世界中这些人所负经营权责的真实运行情况,不区分其代理权限上的区别,笼统以“职务代理”称呼之并接受同一规范,法律适用的不确定性乃至错误将在所难免。

其二,法律定性不明带来司法适用的不当。除内容上的简单粗陋,第170条所谓的

<sup>⑤</sup> 李适时主编《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第527页;杨立新主编《中华人民共和国民法总则要义与案例解读》,中国法制出版社2017年版,第628-629页。中国审判理论研究会民商事专业委员会编著:《〈民法总则〉条文理解与司法适用》,法律出版社2017年版,第301-302页。

<sup>⑥</sup> 樊涛、王延川《商法总论》(第2版),知识产权出版社2010年版,第90页。

“职务代理”在法律性质定位上的不当更为致命。该规定的适用主体限于“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”,虽然“法人、非法人组织”不限于商事组织,但如前文所指,主要为商事主体是毋庸置疑的,如果紧扣“执行职务”一词,毋宁称之为职务代理而拒绝商事代理,貌似具有更大涵盖性的优势,却失去了精确的实质特性。这究竟是对民商合一体例的强调与坚守,抑或是一种偏离与背弃,耐人寻味。对此,关于台湾地区“民法”统一规定民商事代理的反思尤值借鉴。台湾地区采民商合一,其“民法”第553-564条的规定究竟属于民事代理抑或商事代理,一直有争议。<sup>39</sup>有学者考证,台湾地区“民法”将经理权与代办权规定在“民法”“债各”编中,同时“公司法”也设有经理人的规范,这在体例上显属不当,因为这两类意定代理权之授予仅涉及外部关系,与内部基础关系之发生无涉,由此引出的争议之一就是商事代理中的经理人在“公司法”之外是否仍适用“民法”的规定?通说持肯定论,但无法否认者,商法与民法上的经理人性性质大异其趣,民法上的代理较为单纯,而商法上的经理人在公司内部有低阶、高阶、总经理与董事长之分,外部也有信托关系下的受托人、商业信托下的基金经理人、合伙关系中的互为代理人之分,其形态远较民法复杂,在缺乏明确区分民商事代理人的立法规范的背景下,概念体系上与司法适用上明确区分民事代理与商事代理显得尤为重要,但也很艰难。<sup>40</sup>问题是,如将“公司法”的经理人径行适用“民法”的代理规范,不仅失去商事代理应有的弹性规范空间,还会衍生诸多不当问题。在折衷的民商合一立法体例下,正确做法或许是完整安放在“代理部分”或者安放在商法典关于商事代理的特殊规定部分中去。

纵观第170条,《民法总则》既没有完全舍弃商事代理,也没有提供一个内容完整或者退而求其次的轮廓完整的商事代理,而是规定了一个法律性质不明(民法的职务代理与商法的商事代理之争)、内容不完全(仅涉及商事代理的部分内容)的商事代理。虽然最优选择往往可望而不可得,乃是立法者不得不面对的现实,次优选择才是真实的结果,但就民商合一的代理制度构造而言,第170条难称次优选择,倒更像一个坏的选择。当然,民法典合同编“分则”仍有机会补强商事代理的规定,进一步完善民商合一的代理制度,但前提是搞清楚商事代理的制度构造及立法诉求,总结《民法总则》的成败得失,就是为汲取前车之鉴。

## (二) 商法规范体系的隐性缺陷

### 1. 商法基本原则之牺牲

民商合一体例要求民法典总则提供规范民商事关系的共同基本原则,这是肯定的。《民法总则》第一章“基本规定”确立的平等、公平、自愿、诚信等民法基本原则,自然也适用于商法。问题是,反映与体现商事活动整体需求的基本原则要不要进入民法典?比如,营利性原则为商法基本原则之一,乃不争共识,那么其究竟如何表述在民法总则、

<sup>39</sup> 参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,台北元照出版股份有限公司2006年版,第23-26页;林国全《公司经理人之概念》,载《台湾本土法学》(总第48期),第131页以下。

<sup>40</sup> 参见前引<sup>39</sup>陈自强书,第123页以下。

民法典,立法者不能视而不见。

假定独立于民法的商法基本原则是存在的,那么是否需要入民法典总则?《民法总则》“草案”第6条第2款曾规定“民事主体从事民事活动,应当自觉维护交易安全。”在征求意见过程中,不少身处民商事审判一线的法官提出,民事立法侧重自愿公平,商事立法侧重效益为先,民商合一的民法典总则应对民事、商事活动规定不同的原则,这样有利于引导民事和商事两类有区别的社会关系,也便于司法机关的裁判。<sup>①</sup>也有一些部门、单位、代表建议删除,理由是交易安全偏重于调整财产关系,不适用于民法全领域,不宜作为基本原则,而且维护交易安全是第6条第1款规定的诚实信用原则的应有之义,无须赘述。<sup>②</sup>立法机关的意见是,“法律委员会经研究认为,维护交易安全是从事商事活动应当遵循的基本原则,对于保护善意的交易相对人利益、建立诚实守信的市场环境,促进社会主义市场经济健康发展有着重要意义。考虑到交易安全主要适用于商事活动,建议将该款规定的内容移到营利法人一节中规定(‘草案二次审议稿’第87条也即《民法总则》第86条,引者注)。”<sup>③</sup>上述争鸣透露两个重要信息,一是维护交易安全乃商法的基本原则之一,受到肯定;二是之所以不入法,乃因其仅适用于商法领域,不能涵盖民法全法域。但是,将有关维护交易安全的原则性规定移到“营利法人”一节是不妥当的。一是不周延,营利法人在外延上不等同于商事主体,维护交易安全不独对营利法人适用,对个人独资企业、合伙企业等其他商事主体也适用。二是位置不正,如此“旁敲侧击”的安排,至多将维护交易安全如同社会责任一样对营利法人提出宣示性要求,这与将维护交易安全作为商法基本原则来规定的安排,立法意旨大异其趣,立法规范的意义也大相径庭。那么,商法基本原则应否以及怎样进入民法典总则?有学者提出,民商合一的民法典融入商法规范无外乎两种方式:原则与规则,可以是通行于两个领域的原则与规则,也可以是专门针对商事的原则与规则,<sup>④</sup>也即民商合一的民法典除了规定民法原则与规则、民商法共同原则与规则,也不排斥单用于(至少部分的)商法原则与规则。也有学者反对商法基本原则规定于民法典中,《民法总则》选择了后一立场。继续的追问是,诸如维护交易安全等商法基本原则如何安身立命?在“民法典+单行特别商事法”的商法规范体系下,难寻安身之处;如循“民法典+商法通则+单行特别商事法”的商法规范体系,自然规定在商法通则。<sup>⑤</sup>总之,《民法总则》之立法选择是否合适,可以继续讨论,商法基本原则之立法表达及模式在未来仍存在变数。

## 2. 民商法共同规范未实现体系化

“商行为概念与商人概念一样支撑商法的构造形成商法逻辑的又一个起点”,“商

<sup>①</sup> 参见前引<sup>②</sup>,《民法总则立法背景与观点全集》编写组书,第423、429页。

<sup>②</sup> 参见前引<sup>②</sup>,《民法总则立法背景与观点全集》编写组书,第41页。

<sup>③</sup> 《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日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议)。

<sup>④</sup> 参见范健《中国需要一部什么样的民法典》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版)2016年第1期。

<sup>⑤</sup> 在商法学者提出的若干个《商法通则专家建议稿》中,都有关于包括维护交易安全在内的商法基本原则的规定。

法的绝大多数规则或为规范商人而设,或为规范商行为而设,而其他规则仅具有辅助性之意义。”<sup>④⑥</sup>无论形式民商分立的商法典还是形式民商合一的实质意义的商法规范,都由商事主体与商事行为这两个基本制度架构而成。相应地,《民法总则》的民商法共同规范的碎片化也体现在这两个领域。

第一,民商事主体规范未成体系,甚而有称之为“碎片化”。无论民商合一抑或分立,确立商事主体的范围是适用特殊商事规则的前提,也是正确适用商法规范的保障。“由于民事主体也可以是商事主体,而商事主体一定是民事主体,在主体场域不断发生变化的情况下,如何有效实现主体的民商合一就成为立法的一大难题。因此,在立法中,一是要避免忽视商事主体的特殊性。尽管商人作为一个特定阶层不复存在,但仍需在民法典中体现商事主体应有的特殊性;二是要避免将民事主体与商事主体对立,避免出现两类主体和两套规则界分的情形。否则,在具体司法实践中将会人为地割裂民事主体与商事主体的统一。”<sup>④⑦</sup>这段文字准确道出了实现民商主体合一所要求的两个辩证统一,但民商主体的分与合都以各自的概念体系在不同场域中的厘清为前提,鉴于民事主体对商事主体的包含关系,这种厘清实为商事主体在概念与外延上的清晰化过程。在起草过程中有学者提出民法典采用一个能够统领并促使民商事主体相容相通的统一法概念,来实现商主体在民法典中的准确定位。<sup>④⑧</sup>这一建议值得重视,但《民法总则》终究未提炼出关于商事主体的统一法概念。民商主体之区分主要标志在于后者具有“营利性”特征,本来《民法总则》第76条等通过对营利法人的界定给出了“营利性”的精确内涵,立法可以其为基础将各单行商法中的商主体有机联系在一起,且藉此有效对接与区分民商事主体,但由于《民法总则》没有树立有效贯通民商事主体的统一法概念,统一的商主体没有建构起来,提取公因式的立法技术也就无从适用,于是“一对一”式的立法规范大行其道,商事主体规范的碎片化由此铸成,这可以从第二、三章关于商事主体的规定一见端倪:对各类商主体的“营利性”强调不均,以是否具有营利性为标准直接划分出营利法人,对商法人突出强调营利性特征;对个体工商户以“从事工商业经营”为认定标准,表现了较弱的营利性;而个人独资企业、合伙企业的“营利性”界定则遭忽视,各类商主体之间内在的有机联系断绝,民商事主体之间也缺少有效区分的“分水岭”。另一方面,既有的商事单行法一直缺乏能将各类商主体一统化的统一法概念。<sup>④⑨</sup>可见,未来仍需一部能引入“营利性”核心法概念的商事一般法,构建起“民事主体—营利—商事主体”的联系桥梁,以克服商主体认定的混乱及民商事主体规范无法有效衔接与区分的实务问题,消减民商事主体规范的碎片化。

<sup>④⑥</sup> 王保树主编《商法》(第2版),北京大学出版社2014年版,第40页。

<sup>④⑦</sup> 前引⑥,许中缘文。

<sup>④⑧</sup> 参见肖海军《民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择》,载《中国法学》2016年第4期。

<sup>④⑨</sup> 《个体工商户条例》第2条对个体工商户的界定是以“从事工商业经营”为标准,《个人独资企业法》第2条对个人独资企业的界定也强调了“经营”,《合伙企业法》对普通合伙企业和有限合伙企业的界定强调了承担责任的形式,《公司法》对公司的界定则凸显了“企业法人”的特性。

第二,民商事法律行为规范未成体系。虽然不少民商分立的商法典以商行为为轴心构建商法规范体系,但这些商法典(及民商合一的民法典)存在两个问题,一是未明确商行为与法律行为在规范上的联系与区别,二是商行为概念无法为各类具体商事行为提供统一的概念支撑与规范指导。这两个问题在《民法总则》上亦然。关于前者,民商不分的痼疾一如既往。比如,关于一方沉默在缔约上的效力规则,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”。一般认为,沉默的缔约效力在民、商事行为上基本不同:沉默在商人之间原则上作为意思表示的方式,但在民事主体之间原则上作否定论处。但上述规定并未从立法论上区分民、商事而有不同规定,唯对“交易习惯”作“商事习惯”的限制解释,方可从解释论上得出在商事合同缔约中商人沉默原则上产生意思表示效力的特殊规则。关于第二个问题,从公司设立到票据行为等这些单行商法上的具体商行为之间具有怎样的共同(共通)性规则,似乎是一个无解的问题,民商分立的商法典、民商合一的民法典始终未建立起如潘德克顿体系一般的对合同、婚姻、遗嘱、收养等具体民事法律行为的同一性规则。这也是民法学者否定我国制定商法典、商法通则的一个主要的立法技术理由。<sup>⑤</sup>我国民法典奉行潘德克顿体系设立总则编,但《民法总则》于此无尺寸之进,涵摄各类具体商行为的共通性规则终究未被抽象出来。

### 3. 商法基本制度规范的缺位

此处所说的商法基本制度规范,是指除了规定商法渊源与基本原则的商法一般条款之外,构成公司法、票据法、保险法、海商法、破产法、证券法等单行商法的基础规则及共通适用的主干规则。从民商分立的商法典以及民商合一的实质商法规范体系,以及参照从我国商法学界起草的多版本《商法通则“专家建议稿”》来看,商法基本制度规范主要有:商事主体一般规定、商事登记、商业名称与商号、商业账簿、商事行为一般规定、商事代理、营业与转让制度、商事权利、商事责任等制度。<sup>⑥</sup>其中商事主体的一般规定包括商事主体人格与营业资格的取得、特殊主体的商事能力、商事人格权等内容,商事行为的一般规定包括商事行为的识别及分类、各种特别商事行为规则等。

市场经济高速发展与金融、互联网等新兴商事领域的巨量制度创新,给当代的商事审判带来诸多亟需立法回应的挑战,商法基本制度规范的缺失造成的商事裁判规则供给的不足,已经系统性地引发裁判不一、裁判不公现象,到了非解决不可的地步。那么,解决这一问题的立法路径何如?上述诸商法基本制度规范在《民法总则》中没有位置,在未来的民法典中可能亦然没有位置,主要原因是这些制度规则的抽象程度较低,或者仅适用于商法领域而不能成为普遍的民法规则。从保持民法体系的自治性来讲,《民法

<sup>⑤</sup> 参见王轶、关淑芳《民法商法关系论》,载《社会科学战线》2016年第4期。

<sup>⑥</sup> 目前公布的有四个版本的《商法通则》(专家意见稿),除了细节的差异,基本上都涵盖上述制度板块。参见中国法学会商法学研究会《中华人民共和国商事通则(建议稿)》(2010);中国法学会商法学研究会《中华人民共和国商法通则(建议稿)》(2018);苗延波《商法通则立法研究》,知识产权出版社2008年版,后附《中华人民共和国商法通则草案建议稿》,第249-260页。

总则》的选择是对的,但继续的追问是,商法基本制度规范将安放于何处?商法学界的主流方案是另定《商法通则》,以系统性提供这些既不为《民法总则》规定、又无必要单独立法、且单行特别商法不提供的商法基本制度规范,插入民法典与单行商法之间,由此形成“民法典+商法通则+单行商法”的商法规范体系,以及构成“单行商法—商法通则—商事习惯—民法”的商法渊源体系。如反对此方案,则须回答:就商法基本制度规范的供给,民商合一的民法典有无可能提供更优方案?

#### 四、《民法总则》民商合一之立法价值检讨

##### (一) 并非“杞人忧天”的担忧

如果民法典分则各编的编纂继续循《民法总则》式的民商合一立法思路与技术,最后收获的可能是个半拉子的民商合一工程:民法自身规范体系与逻辑遭受破坏。同时面世一个残缺不全、因略显任意而顾此失彼的商法规范群落,科学的商法立法体系路径被阻断,这也将有违民商合一倡导者的初衷。“经由编纂民法典实现民商合一,为商法发展预留充足的空间、完善相应的商事规则,是解决问题的现实路径。”<sup>②</sup>循此思路,涉及客观上能够预留多少、立法者准备如何预留以及实际的预留情况如何等三个层面的问题,其中立法者准备如何预留商法的独立空间,关涉到立法政策的选择。回到问题的关键,能否有效解决现行法上民商不分或曰民法的商化不足与过度问题?需要正视。虽然并非不可避免,但民商合一体例几乎天然性的同时附带民法商化不足、过度的问题。商化不足,会导致反应商事需求的商法规则在立法论与解释论上的适用机制被双重弱化,商化过度,则伤害一般民事规则的理性及制度体系的自恰。

一种立法立场认为,民法典表达商法理念的空间很大,不需要为商事一般法或者商法通则预留空间。<sup>③</sup>现在来看,《民法总则》更像是这一认识主导下的立法成果。如前文所展示的,如民事法律行为、代理等章节将民法规范不加区分地统一适用于民商事关系的做法,乃是延续过去民事立法的民商不分老路,而法人、非法人组织等章节将某些商法规范生硬地提升为或曰一般化为民法规范的做法,更显简单粗暴。至于民事权利等章节用寥寥数语宣告股权此等商事权利属于民事权利体系的圈地性规定,实则聊胜于无。不无忧心的是,经由此种民商合一立法技术及在此基础上不分民商事的大民事审判体制之双重强化机制下,私法审判中不关注民商差异、不顾及商法独立性理念、罔顾商法特殊性价值的现象可能还会变本加厉。果真如此,倒还不如放低民商合一的姿态,果断接受、践行最低限度的民商合一体例(或曰实质意义上的民商分立体例),即在未来民法典“总则编”用一个条文规定民商法的渊源体系及其位阶即可,并藉此明确民

<sup>②</sup> 孟强《经由编纂民法典实现民商合一——兼评〈民法总则专家建议稿〉与〈商事通则立法建议稿〉》,载《社会科学战线》2015年12期。

<sup>③</sup> 参见彭真明《论现代民商合一体例下民法典对商事规范的统摄》,载《社会科学》2017年第3期。

商二元结构的统一私法体系中民法为一般私法、商法为特别私法的关系架构。比如修正《民法总则》第10-11条的表述,明确民法渊源为法律、习惯(或许还有法理),明确商法渊源为:单行特别商法、商事习惯、民法。在上述渊源体系下,商法规范体系之构成究竟行“民法典+单行特别商法”抑或“民法典+商法通则+单行特别商法”模式,则是次层的立法问题。从目前情况看,提供商法一般规范与基本制度规范的立法任务交由商法通则而非商法典,似乎更为务实、理性。于此,奉行一体两面、并行不悖的“形式意义上的民商合一与实质意义上的民商分立”之中国私法体系,已呼之欲出。

## (二) 未完待续的使命: 民法典分则各编的民商合一之路

前车之鉴,理当汲取,检讨当下,立意未来。总结《民法总则》在民商合一上的成败得失,意在为起草中的民法典合同法、物权法等分则各编更好贯彻民商合一体例提供镜鉴。有学者指出,《民法总则》开创了革命性创新的民商合一体例,值得民法典分则各编全面贯彻,《民法总则》创设的民商合一的立法新技术对分则各编编纂具有多方面的指导意义,包括为民法典各分编确定商事规则的基本起点,为民法典各分编中民法与商法的具体适用关系提供基本的准则等。<sup>⑤4</sup>笔者认为分则各编确乎不同程度地担负着贯彻民商合一体例之使命,主阵地无疑是合同法编。很大程度上可以说,现行《合同法》就是一部商事合同法,<sup>⑤5</sup>未来的民法典合同法编恐亦如此,如法工委“合同法编(室内稿)”就体现了这一点,合同法编总分则有大量条款涉及民商合一体例的取舍。鉴于现行《合同法》上多有民商不分现象,合同法编如何完善民商合一体例引人关注。<sup>⑤6</sup>如果说民事法律行为的核心概念是合同,那么适当区辩民事合同与商事合同乃是确立商法独立性的核心。就合同法编的场域而言,科学地区辩民事合同及设置相应的区分规范乃是框架性、基础性的立法问题。现代私法的商行为与民事法律行为尤其民事合同与商事合同之间的差异,不再表现为某些具体规则上的不同,而是呈现出由点到线,由线到某些领域基本理念上的不同。比如,近代民法关于民事主体的意思表示的解释上一直在发生转向,从意思主义逐步转向表示主义,又到折衷主义的妥协,折衷主义仍然将尊重表意人的真实意思作为追求。<sup>⑤7</sup>但将维护交易安全原则强调到顶层高度的商法,一般不考虑商主体的所谓真实意思,而实行较彻底的外观主义,不仅在商事组织行为如此,对于商事交易行为亦如此。再如,与民法上同类性质的行为相比较,商法总体上关于商行为效力判断的规范更为严格。还有,对于法律责任的归责也更趋严格。此外在物权法上,对于流质契约之禁止在民商法上的不同处理,<sup>⑤8</sup>以及商事留置的不同于民事留置的成立

<sup>⑤4</sup> 参见前引⑥,许中缘文。

<sup>⑤5</sup> 参见赵旭东《民法典的编纂与商事立法》,载《中国法学》2016年第4期。

<sup>⑤6</sup> 参见李建伟《民法典合同法分则编纂的重大立法问题研究》,载《政治与法律》2017年第4期。

<sup>⑤7</sup> 参见[日]四宫和夫《日本民法总则》,唐晖、钱梦珊译,台北五南图书出版公司1995年版,第165页。

<sup>⑤8</sup> 《日本商法典》第515条、《德国商法典》第366-367条都规定,民法上禁止流质契约的规定不适用于商法。但我国《物权法》第211条的规定没有区分民事关系。

要件<sup>59</sup>也是经常被提及的民商法重大差异之处。类似的例证,俯拾皆是。遗憾的是,民商事立法虽然围绕经营者及其经营行为而展开,但民商事规则的分野不尽如人意,民商事规则的通常不分使得相应立法既没有很好地体现普通民众(消费者)的实际生活要求,也没有很好体现商人(企业等经营者)交易便捷与交易安全保障的要求。回到现行《合同法》总分则部分关于民商事合同的合与分的规则设置与协调上,不科学不合理之处远非一处,前文所列问题清单的多数点在合同法领域,说明《合同法》没有恰当地区分民商事合同规则,造成了原本属于民法的规则不当适用于商事领域的积弊,抑或反之。纠正的不二正途就是规模性地实现民商法规范的实质性分立,核心是确立商法规范的独立性。回溯到市场经济体制确立之前,以《民法通则》为中心的私法体系不能有效地实现民商合一,并不令人奇怪,彼时有计划的商品经济体制尚不需要作为市场经济运行规则的商法规范;市场经济体制初建时期颁布的《合同法》等在立法指导思想贯彻了民商合一体例,但亦然未能充分体现商法规范的独立性。民法典的开篇之作《民法总则》进行的可贵探索,有进步之处值得肯定,但仍有老问题依旧、新问题又生,亟待解决。上述诸种不成功的经验唯有得到足够重视并有效汲取,包括合同法编在内的民法典分则各编走向科学的民商合一体例之路,方值得期待。

## 结 论

较之《民法通则》,《民法总则》在落实民商合一立法体例方面有长足的进步,但是并未提供一个清晰图景的成功范式。通过民商合一的民法典总则来充分供给商法规范体系,曾被寄予厚望,但从规范分析的整体层面看,民法自身的较强抽象化、体系化特征,造成《民法总则》无法对抽象性程度较低的商法规范进行过度抽象。站在商法的立场,检验潘德克顿体系下民法典总则的民商合一成败的关键标准有三:是否提供了充足的民商法共同规范?是否提供了商法一般性规范?是否提供了规模性的商法基本制度规范?以此验之,应该说《民法总则》的民商合一立法“成”在基本层面上是有限的,在不少具体领域也可以直言为“失败的尝试”:《民法总则》规范商事关系的条文相当有限,基本没有供给被寄望的规模性的商法基本制度规范;挤入《民法总则》的商法规范,存在要么规定得过于原则,要么复写下位单行商事法的条文,造成规范冲突、规范过度的双重失范;关于商法一般规范也即商法渊源与商法基本原则的规定,前者的内容存在不当,后者则不应有的缺位。《民法总则》提供的部分民商法共同规范需要检讨,尤其关于商行为规范的供给严重不足。

如果不仅仅出于笼统而含混的路径依赖,而是深思熟虑选择了民商合一体例,民法典编纂就应该重视商事关系的基本规律,认真对待商事关系在整部法典尤其总则的规

<sup>59</sup> 《日本商法典》第521条、《德国商法典》第369条都规定,商人之间就其依双方商行为而成立的债权可以获得留置权,不再遵循民法上留置权必须基于同一法律关系的规定,我国《物权法》第231条也作了区分规定。

范诉求,并找寻恰当的立法技术表述,防范几十年来自觉不自觉地适用民法方法、思维与规范来处置商事关系的痼疾。否则,将来收获的可能是一个失败的民商合一样本,不仅商事关系未得有效规范,商事规范体系被肢解,还将伤害民法自身的体系。民商合一的立法任务不全系于总则,还将大规模体现在民法典分则各编尤其合同法编。肯定《民法总则》的成功之处当然重要,但总结经验与汲取教训才是重点,惟此才能在分则各编更好地实现民商合一使命。因此建议:其一,搁置形式意义与纯粹观念上的民商分立与民商合一之争,将民法的一般规范和基本制度规范搞清楚,将商法的一般性规范与基本制度规范搞清楚,总结异同点,民法典方有望提供恰当的民商法共同规范,包括原则与规则。其二,列出一张清单,将现行法上的民商不分、民法过度商法化、商法不当民法化等现象网罗殆尽,在民法典的相应规范设计中精确理解商事关系的特殊性,找寻商法规范的恰当表述,消灭上述立法痼疾。其三,民商关系是统一私法体系下的一般与特殊的关系,不存在对立,作为一般法的民法负责提供调整商事关系的部分规范,但不可能,也不需要满足商法的所有规范诉求,要充分理解商法的特殊性、独立性,给一般商事立法留下足够空间。为此,一是直面商事规则在民法典中的一般化难题,民法典关于商法规范的供给坚持有所为有所不为;二是对于部门商法已有的规范,除非基于提取公因式提炼出了抽象性规范,否则坚决摒弃简单提升该类规范的冲动;三是对民法典无法统合的商法规定,抱着“舍得”胸怀,留给后来的商事立法解决,保持自身轻装上阵。

---

**Abstract:** Establishing the commercial law norms in the Civil Code which follows the combination of civil and commercial law faces a number of challenges. It not only involves the scientific construction of normative systems of the civil law and the commercial law, but also involves the scientific realization of the unified private law system with the dual structure. Much attention has been paid to the implementation of the legislative style of the combination of civil and commercial law in the General Provisions of Civil Law, and this is not only because there has been no legislative tradition of the combination of civil and commercial law in the General Provisions of Civil Code adopting the Pandekten system around the world, which results in unprecedented pioneering problems, but also because the legislative style and idea of the combination of civil and commercial law established in the General Provisions of Civil Law, the opening chapter of the Civil Code, exert decisive influence on the combination of civil and commercial law trend in the compilation of specific provisions. The review of the losses and gains of the legislation of the commercial law normative system in the General Provisions of Civil Law is of great value to the establishment of a Civil Code compilation plan adapted to the real needs of China's civil law legislation, which also contributes to the modernization of civil and commercial law.

---

(责任编辑:王莉萍)