

# 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》

孟 强

(北京理工大学 法学院, 北京 100081)

**摘要:** 随着再度重现的民法典立法热潮, 民法与商法的关系问题也再度成为一个焦点问题。商事规则缺失、商事空间过狭, 民事立法对商事特殊性照顾不周, 形成我国商事立法严重滞后于商事实践需求的现实, 这也是商事通则的缘起。然而商事通则面临着两大困境: 商法本身难以抽象出共同规则, 过于抽象的商事规则又与民法规则相同。编纂民法典应当吸收商事通则建议稿中对民法立法形成重大突破的内容。经由编纂民法典实现民商合一, 为商事发展预留充足的空间、完善相应的商事规则, 是解决问题的现实途径。

**关键词:** 民商合一; 民商分立; 编纂民法典; 民法总则专家建议稿; 商事通则立法建议稿

**中图分类号:** D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2015) 12-0215-07

在民商法学界内部, 民法和商法的关系一直是重要的、历久弥新的话题, 历经多次讨论仍无定论。“近代以来, 民法和商法关系之微妙, 难以言说。虽然在理论和立法上有两种主张, 即民商合一和民商分立, 但两者均缺乏实质意义上的说服力。”<sup>①</sup> 归结到立法的具体操作层面, 分为两种观点, 持民商分立论者, 主张先制定一部“商事通则”(或曰“商人法大纲”之类), 然后再逐步过渡到制定独立的商法典; 持民商合一论者, 主张不再单独进行商法大纲或商法典的立法工作。

随着四中全会决议写明“编纂民法典”而引发的民法典立法热潮, 民法与商法的关系问题或者说商法要不要单独法典化的问题, 再度引发学者的关注与热议。中国民法学研究会在中国法学会民法典编纂领导小组的指示下, 公布了民法典总则编的学者建议稿(以下简称《民法总则专家建议稿》),<sup>②</sup> 里面无疑采取了民商合一的立法思路, 中国商法学研究会在随后的研讨会<sup>③</sup> 中, 也针锋相对地拿出了一份商事通则的立法建议稿(以下简称《商事通则立法建议稿》), 并再次掀起了一股制定商事通则的浪潮。

看来在民商法学内部, 民法和商法的关系究竟在未来的立法上如何反映, 是一个无法回避的争议问题, 那么任何对于这一问题的理性探讨, 都将有助于引发思考、达成共识。因此, 笔者不揣浅陋, 拟就民法和商法在立法形式上的问题略陈管见, 以求教于方家。

基金项目: 司法部一般课题(14SFB20031)。

作者简介: 孟强, 北京理工大学法学院副教授, 研究方向: 民商法学。

① 马俊驹、梅夏英《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》,《中国法学》2004年第4期。

② 由中国民法学研究会组织起草的“中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿征求意见稿”于2015年4月20日向社会公开征求意见, 在各界反馈回来意见的基础上进行修改, 并于2015年6月16日正式提交给全国人大法工委民法室进行立法参考。该建议稿分为10章, 共213条。本文所引《民法总则专家建议稿》的条文, 即为修改后的建议稿条文。

③ 2015年6月13日, 中国商法学研究会在北京杏林山庄召开了“民法典编纂与商事立法研讨会”, 向与会学者提供了商法学会组织起草的“《中华人民共和国商事通则》立法建议稿”。该建议稿分为10章, 共91条。

## 一、商事通则的缘起

我国属于大陆法系国家，大陆法系又名成文法系，其标志就是重要的法律领域均有一部成文法典。制定商事通则，有法律学者偏好体系化及抽象思考的因素。商法要想实现法典化，最关键的一步便是制定总则或曰通则。但除开这些学者的主观因素，最主要的，还是基于我国商事立法严重滞后于商事实践需求的现实，这具体体现在如下几方面。

### 1. 商事规则缺失

虽然我国在改革开放后逐步颁布了《公司法》、《证券法》、《企业破产法》、《合伙企业法》、《票据法》、《信托法》、《海商法》、《保险法》等商事法律，但囿于立法水平、立法技术及立法者意识等因素的限制，立法机关对于这些立法也不得不像民事立法一样采取“宜粗不宜细”的做法。

由此导致在这些商事立法中宣言性的条文过多，政府管制性的公法条文过多，无行为模式或法律效果的不完整条款过多，当然，这也是当前我国立法普遍存在的现象。商事实践对于规则的要求极为细致具体，要求立法给出明确的行为指引并表明法律效果。过粗的条文自然无法形成有效的法律制度，因此也无法形成细致完善的商事规则。如此便直接导致面向商事实践的立法供给不足的现象。

除了既有的立法过粗以外，还存在着大量被立法机关忽视遗漏的立法空白。例如，信托业发展至今，其资金含量已经成为仅次于银行业的第二大行业，但至今并无一部《信托业法》，既有的《信托法》也不足以满足信托行业的实践需求。致使信托业只能在银监会发布的一些零散规章中寻找行业发展的规则。

现有商事法律修订更新过慢，也是商事规则缺失的一个原因。互联网时代的一大特征是社会各方面呈现出飞速发展的动态，而服务于商事实践的商事立法，却不能紧跟时代的步伐而及时进行修改更新。例如《公司法》自1993年颁布后，直到2005年才正式进行第一次全面修订，此前及此后的一些小范围修订在理念与制度上的作用极为有限。

### 2. 商事空间过狭

在商事规则缺失的情形下，学者们寄希望于商事基本原则，即借助于商事基本原则来指引商事审判，从而为商事实践争取到一定的合法发展空间。然而，这一愿望仍然落空，商事空间仍然过狭。

商事基本原则在范围上仍属于民法基本原则的范畴，但与民法最为关注的基本价值不同的是，商事法往往突出了另一些基本价值。例如，在民法领域，诚实信用与公序良俗是公认的基本原则，也蕴含着民法最为着力彰显的基本价值：公平、安全与秩序。而商事法固然也重视这些价值，但更为重视的则是通过交易自由原则、交易迅捷原则、交易安全原则来彰显的自由、效率与安全价值。尤其是交易的自由与便捷，更是商事法律的灵魂。如果这些商事基本原则得到弘扬，自然可以极大地拓宽商事空间。然而，由于商法领域并无总则性的法律规定，因此难以在合适的法律里面规定这些基本原则，使商事基本原则处于无处安放的状态。不像民法领域，至少还有一部尽管陈旧落后，但终归聊胜于无的《民法通则》。因为《民法通则》第3条至第7条规定了自愿、平等、公平、等价有偿、诚实信用、权利不得滥用等诸多原则，经过数代民法学者多年的解释与宣传，这部承载了民法学者“光荣与梦想”的《民法通则》在培育权利意识、弘扬私权神圣方面发挥了巨大的作用，为市民社会的成长提供了必要的空间。此外，在具体的商事部门法中，也缺乏必要的基本原则。因为我国商事部门立法往往是由该领域的主管部门牵头起草，然后由立法机关审议通过。这种行政机关发挥较大作用的立法，往往暗含了部门立法的影子，重管制而轻自由，重组织而轻行为是诸如公司法、证券法等商事部门法的普遍特征。因此，通过商事部门法来规定或提炼抽象出商事基本原则自然更为困难。

### 3. 民事立法对商事特殊性照顾不周

1986年的《民法通则》确立的立法体例就是民商合一，此后的《合同法》等民事基本法也并未

区分民事与商事，而是一并加以规定。因此，我国实际上采取的是民商合一的立法体例，许多商事制度都是在民事立法中进行规定的。但商法学界至今主张商事立法单独进行法典化的一个客观原因，就是我国民事立法对商事特殊性照顾不周，无法满足商事实践的需要。例如，《民法通则》开宗明义，其是“调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”的法律。商事关系难逃其外。《民法通则》对不少商事制度也作出了规定，但难以适应改革开放中商事实践的迅速发展。例如，该法对法人制度作出了规定，但其对法人的分类无疑是落后的。

再如后来制定的《合同法》，虽然在分则中规定了一些典型的商事合同，例如融资租赁合同、仓储合同、行纪合同等，可谓是民商合一的立法范例。但《合同法》对于商事特殊性的照顾仍然严重不足，甚至遭到民法学界自身的批评。例如，关于委托合同的规定，便完全立足于自然人之间基于日常生活形态的委托，赋予委托人随时解除委托合同的权利，这对于商事委托的特殊性完全未加考虑，导致商事实践中因委托人任意解除委托合同而导致受托人的损失难以获得充分的赔偿。此外，《合同法》虽然在代理制度上对《民法通则》有所突破，规定了间接代理制度，但仍然失之过简，对商事代理中的特殊性回应不足。

又如《物权法》，虽然规定了最高额抵押、应收账款质押等典型的商事担保物权制度，同样属于民商合一的立法例，但该法囿于大陆法系物权体系与类型的限制，对于商事交易的便捷与自由等特殊性质照顾仍然不周，在物权类型极为有限的情况下坚持物权法定，扼杀了诸多商事交易中的新类型物权；而且对于让与担保、流抵流质等商事实践中常见的担保形式一概予以否认。这些都构成商法学界的切肤之痛而无法医治。因此，现行民事法律对商事规则的需求回应不够，不仅造成了规则缺失，而且同样在基本原则及规则上对商事发展的预留空间不足，对商事实践管制过多而赋予自由不足。民事立法僵化保守的状况，促使商法学者不得不转而寻求商法自身的独立地位和独立法典化道路。

然而，平心而论，其实这些问题并非商法所单独面临的问题，民法本身同样面临这些问题，甚至受害更甚。

## 二、商事通则的困境

相比于法国民法典无总则的法典化模式，德国民法典的总则—分则模式无疑在抽象性和体系性上更胜一筹，也更易受到学者青睐。因此，主张民商分立的学者并不满足于商事单行法的制定，而是追求制定商事通则，形成商法典的总则编，然后在此基础上统合重要的商事部门法，最终形成体系化的商法典。然而，商法自身的特殊性又注定商事通则会遭遇困境，原因如下：

### 1. 商法本身难以抽象出共同规则

商法可以分为陆商与海商，前者主要包括公司、证券、票据、保险、破产等法律，后者主要为海商法与海事法。现代商法发轫于中世纪波罗的海地区的商事实践，甚至于海商的发展早于陆商。例如，船舶的买卖与租赁、海上货物的运输无疑促成了合同法的发展，而海上保险则是保险的最初形式，基于筹资建船从事货运则促成了公司的产生。<sup>①</sup> 商法在内容上还可以分为组织法与行为法，有的商事部门法兼具组织法与行为法的特征，例如公司法、证券法，而有的则仅为行为法，例如票据法。

随着商事交易专业化与分工细化的发展，商事法律内部彼此间的差异越来越大而共性越来越少。例如一般的商法学者对于海商法知识往往知之甚少，而研究公司法为主的学者对于保险法和票据法也知之不多。商事法律内部差异性过大导致的一个后果，就是在整个商法领域能够进行理论抽象、形成通则性规定的内容极少，即很难有足够的、总则性的规定能够普遍适用于公司、合伙、破产、证券、

<sup>①</sup> William Tetley, "Mixed Jurisdictions: Common Law Vs. Civil Law (Codified and Uncodified)," *Louisiana Law Review*, Vol. 60, 2000, p. 677.

票据、海商等各个商事部门法领域。这一点也是民法与商法的区别，民法主要建立在自然人作为主体的基础上，因此民法典的总则能够通过法律行为进行规定而统率人格权、物权、债与合同、婚姻家庭等各个领域。商事主体存在商法人、商合伙与商个人，具体的商行为更是丰富多样，除了一些基本原则的理念性规定以外，实在难以抽象出支撑起一部总则的规则来。这种局面是民商分立论者的难言之隐，一如民法学者所言“就民商分立而言，倡导者也很难抽象出商法独立于民法的基本理论体系……一则是由于商法本身是由相互不大关联的、独立的法律所构成，本来就不易从规则上找出共同的总则；二则是由于商人和商行为的本质界定，似乎又是建立在民法中人格假定和法律行为假定之上。至于其他如商业登记和商业账簿的规定，似乎又是操作规程，不构成总则的本质内容。”<sup>①</sup>

## 2. 过于抽象的商事规则又与民法规则相同

如前所述，基于商事法律内部的多样性与差异性，制定出一部总则本身就是极为困难的任务。即便通过学者的高度抽象而制定出总则，则有可能走向另一面，即所抽象出来的规则因过于抽象而更类似于民法的规则，从而失去独立存在的价值。我国自《民法通则》开始确立的民法调整对象即为发生在平等的主体之间的财产关系和人身关系，这一调整范围是极为广泛的，基本涵盖了私法主体之间一切横向发生的法律关系。商法是调整围绕经营行为而发生在平等主体之间的财产关系和某些人身关系。因此，从调整范围来看，民法的调整范围无疑完全能够涵盖商法的调整范围。在此背景下，如果商法学者为了制定出能够统率商法各部门法的一般规则而不得不将商法通则的内容进行高度抽象和理论化，则这些规则固然能够适用于从公司法到票据法、海商法的各个商事部门法，但可想而知，这些规则一定会接近甚至雷同于民法典总则编的内容，从而完全可以被民法典总则编的规定取代。

例如，《商事通则立法建议稿》第3条规定“商人自由地从事营业受法律保护，非法律、行政法规规定不得限制。”而《民法总则专家建议稿》第4条则规定“民事主体自主从事民事活动，依法承担相应法律后果。”可见后者对于民事主体行为自由的规定，明显能够涵盖前者的规定。

又如，《商事通则立法建议稿》第4条规定“商事交易的安全与便捷受法律保护。”《民法总则专家建议稿》第205条规定“非依法律的明确规定、非出于维护公共利益的需要，不得限制民事主体的民事权利。”商事交易的安全与便捷需通过法律对商事主体行为的效力认定来具体实现。在此姑且不论前者在立法技术上仅为简单的宣示性条文，仅在内容上也可以看出，后者明显对于民事主体权利的保护更为具体和明确，能够将前者的立法意旨完全涵盖进去。再如，《商事通则立法建议稿》第5条规定“商人从事商事活动应当遵守商业道德，不得损害社会公共利益，不得侵害其他商人和消费者的合法权益。”这一规定是对商事活动应当符合公序良俗和公共利益以及权利不得滥用的规定。对于公序良俗，《民法总则专家建议稿》第7条规定“民事主体实施法律行为以及从事其他民事活动，不得违背公序良俗。”而关于公共利益的问题，亦是民法学界极为关注的问题，因为基于公共利益可以限制甚至剥夺民事权利，所以必须仔细斟酌，既允许公权以公共利益为由介入私权，又必须严格把关，防止公权假公共利益之名而侵犯私权。因此，《民法总则专家建议稿》用了多个条文来详细规定公共利益的制度，其第145条规定“违反法律、行政法规效力性强制性规定的法律行为无效。其他损害公共利益的法律行为无效。”其第202条规定“行使民事权利，不得损害他人合法权益，不得损害公共利益。以加害他人或者非法限制竞争为目的行使民事权利，应当依法承担相应的民事责任。”由此可见，在关于公序良俗、公共利益及权利不得滥用的原则方面，《民法总则专家建议稿》不仅都作出了规定，而且更为细化、更具有可操作性。这些条款无疑同样可以适用于商事活动。

又比如关于法律渊源的规定，《商事通则立法建议稿》第6条规定“关于商人和商行为，适用本法的规定，但其他商事单行法律有规定的优先适用其他商事单行法律。本法和其他商事法律没有规定的，适用民法；民法没有规定的，适用交易习惯。商业组织制定的自治法在调整商业组织关系中优

<sup>①</sup> 马俊驹、梅夏英《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，《中国法学》2004年第4期。

先于法律、行政法规适用。前两款的交易习惯与自治法，不得违反法律强制性规定，不得违背公序良俗。”这一规定确立的商法适用顺序为：商事单行法→商事通则→民法→交易习惯。《民法总则专家建议稿》分两个条文规定了法律渊源及适用原则，其第9条规定“处理民事纠纷，应当依照法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释。法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释没有规定的，依照习惯。习惯不得违背公序良俗。”其第12条规定“其他相关法律另有特别规定的，依照其规定。”这两个条文所确立的民事法律适用顺序为：特别法→法律及法律解释→行政法规→地方性法规→自治条例和单行条例→司法解释→习惯。前者所确立的法律适用顺序与后者一致，而且后者的规定更为细化可行。

最后以主体类型为例，《商事通则立法建议稿》第2章规定的商主体为公司、合伙企业、个人独资企业、合作社和其他经济组织、个体工商户以及会计师事务所等社会服务组织。而《民法总则专家建议稿》规定的民事主体则包括自然人、个体工商户和农村承包经营户、机关法人、社团法人、财团法人以及独资企业、合伙企业、依法成立的业主大会、业主委员会等其他非法人组织。由此可见，商事通则规定的商主体类型都能被民法总则涵盖进去。“商法在实质性内容上和民法没有深刻的不同。能作为商法这个独立法律部门的基本特征的，实在不多。正因为如此，相当正式的说法是：它是商人的特别法。区别于民法实质性的独立性并不存在，尽管上述商事规范的特征有着相当特殊之处。”<sup>①</sup>因此，面对商事立法供给不足的困境，靠制定商事通则来走向法典化的做法无济于事。商法本身的地位和特殊性决定了商事通则立法必然处于两难境地：规则不够抽象的话，就无法适用于差异性极大的商事部门法之中；规则足够抽象的话，又完全为民法总则所吸收和涵盖。也就是说，通过对比目前的《商事通则立法建议稿》和《民法总则专家建议稿》就可以看出，前者所抽象出来的规则，基本都能为民法典总则所吸收和涵盖，或者过于抽象而注定难以在商事实践中得到适用。

### 三、编纂民法典应当吸收《商事通则立法建议稿》的内容

《商事通则立法建议稿》是商法学会集体劳动的产物，汇集了商法学界的集体智慧，也反映了商法学界最为关切、最为期盼的商事法律制度和理念，因此值得学界和立法机关在编纂民法典的过程中予以重视并进行参照、吸收。“当代民法和商法的矛盾主要在于民法的财产制度基点过于狭窄，不能涵盖商事财产形态，事实上导致了民法和商法在规则上很难融合。”<sup>②</sup>因此，对财产制度进行更为开放和宽泛的规定，是实现民商合一的基本前提。

就《商事通则立法建议稿》具体内容而言，笔者认为，在该《商事通则立法建议稿》中有关商行为债权人法定利息请求权的规定、流质流抵押制度的合法化以及留置权的善意取得等制度的规定，是对我国既有民法立法的重大突破，尤其应当予以重视。

#### 1. 商行为债权人法定利息的请求权

《商事通则立法建议稿》第21条规定“因商行为而产生的债务，债权人有权请求债务人支付不低于银行同类贷款利率的利息。”这一规定带有鲜明的商法营利性色彩，与《合同法》中的诸多规定均有所不同，是商法特征的反映。该规定将商行为所产生的债务，即商事之债视为有偿的，赋予债权人请求不低于银行同类贷款利率的利息，承认了商事领域存在融资成本的前提，将本金+利息作为商事之债债权人的法定债权范围，而无需债权人另行主张。对于商事主体而言，融资难且成本高是客观存在的事实，因此一定数额的本金背后，往往伴随着一定的融资成本，即支付的利息。

而在既有的民事立法中，基于自然人之间民事债权债务关系的基本假设，对于债权范围往往只是

<sup>①</sup> C·W·卡纳里斯《德国商法》，杨继译，北京：法律出版社，2006年，第11页。

<sup>②</sup> 马俊驹、梅夏英《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，《中国法学》2004年第4期。

指本金，并未将利息视为债权的天然范围。例如，《合同法》第73条第2款规定“代位权的行使范围以债权人的债权为限。”该法第74条第2款规定“撤销权的行使范围以债权人的债权为限。”实践中，债权人在行使代位权或撤销权时，只能以其债权为限，而不能加上本金同类贷款利率的利息，而根据《商事通则立法建议稿》的规定，债权人便可在行使代位权或撤销权时径直加上本金之利息作为主张债权的范围。又如，《合同法》第211条规定“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。”如果商个人之间进行借贷，其实质是将借款用于商行为，那么按照《合同法》的该条规定，在难以举证的情况下，债务人就可以不支付利息。而这显然不如《商事通则立法建议稿》第21条根据商行为而非主体身份来区分更为科学。因此，在民法典编纂过程中，便可以适当地吸收该项规定，使其更符合商事活动的现实特征。

## 2. 流质流抵制度的合法化

《商事通则立法建议稿》第26条规定“在抵押、质押担保中，当事人可以约定债务人不履行债务的，抵押物、质物归抵押权人、质权人所有。”这一规定将民法学界存在较大争议的流质流抵制度予以合法化，是对既有担保物权制度的一大突破。《物权法》第186条规定“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。”该法第211条规定“质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。”面对《物权法》全面、明确地禁止流质流抵的态度，《商事通则立法建议稿》采取了截然相反的立法态度——将流质流抵全面予以合法化。

在物权法立法过程中，关于流质流抵条款是否有效的问题，也引发过民法学界的广泛争议，但立法机关最终一禁了之，其主要原因在于担心这一制度在设立担保伊始就约定了债务不履行时担保物的权利归属，会剥夺债务人的议价机会和重新评估价格的机会，由此形成实质上的不公。应当说，这一担心并非全无道理。但公平和效率、债权人和债务人有时确实是天平的两端，立法有意倾向一端，则必然造成另一端的失衡。禁止流质流抵固然保障了债务人的权利、实现了所谓经济上弱者的正义，但也降低了担保的效力、增加了债权人实现债权的风险。其实在商事交易中，债权人与债务人双方对于担保物的价值均能够有较为明确的、稳定的估算与预期，即便出现波动，往往也属于正常商业风险范围之内。因此，允许理性的合同双方约定流质流抵条款，将使得担保物权制度更为简洁明了，实现债权的成本将会大大降低。通过屡见不鲜的让与担保合同，便可知商事交易对于此类担保制度的需求。

在债务履行期间，标的物作为担保物而存在，保障债权的实现；在债务期满不能清偿阶段，标的物的所有权直接移转给债权人，最终使债权得以实现。这样的流质流抵制度使得担保和买卖融为一体，更加符合担保物权制度的本质——担保债权的实现，且使得担保法律关系更为简洁。即便在特殊的情形下担保物的价格出现了剧烈的、不符合通常预期的变动，债务人也并非毫无救济途径——其仍然可以通过显失公平制度甚至公平原则来获得救济。

## 3. 留置权善意取得的承认

《商事通则立法建议稿》第27条第2款规定“债权人合法占有债务人交付的动产或有价证券时，不知债务人无权处分该动产或有价证券的权利的，债权人可以行使留置权。”这是对留置权善意取得制度的明确承认。《物权法》第230条第1款规定“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。”这一规定无疑没有明确承认留置权的善意取得，从字面意思进行解释的话，该条规定其实是否认了留置权的善意取得。有民法学者试图将该条中的“债务人的动产”扩大解释为债务人占有的动产，而不论其是否有权处分，因此论证物权法承认了留置权善意取得制度。但从通常的含义理解，某人的动产一般是指某人享有所有权或有权进行处分的动产，所以这一解释难免有些牵强。《商事通则立法建议稿》的该条规定则直接承认了留置权的善意取得，避免事后出现第三人主张留置物的权利而使得留置权落空的情形。从法理上讲，既然留置权是优先于抵押权而受到保护的担保物权，那么立法应当固化这种担保物权的效力，防止因真正权

利人事后主张权利而使得留置权人的债权失去担保。明确承认留置权的善意取得,无疑更符合留置权制度的本旨,也更有利于促进商事交易的发展。

以上只是从《商事通则立法建议稿》中选取几个例子进行说明,该建议稿中值得立法机关在编纂民法典时认真参考吸收的制度还有许多,这些制度均反映了商事活动的基本需求,由此呈现出与传统民事活动不同的特征。在编纂民法典过程中,尤其是后期对物权、合同等直接涉及财产权的内容进行修改修订时,必须切实反映商事实践的需求,实现对商事交易的充足立法供给。

## 结 论

“商法本是西欧中世纪的商人在处理他们的法律事务中逐步发展出来的一种独特的法律制度,它仅适用于商人的商事生活。”<sup>①</sup>因此商法在起源上就是商人法,建立在商人构成特定的、有极大影响力的社会阶层的基础上。而我国农业社会的历史尤为悠久,历朝历代大多采取重农抑商的政策,致使我国始终未能发展出独立的、有影响力的商人阶层。在我国商人社会不够发达的前提下,制定商法典的基础尚不具备、条件尚不成熟。

“法典编纂之举是立法史上一个世纪之大事业。国家千载之利害、生民亿兆之休戚,均依此而定。”<sup>②</sup>编纂民法典则是大陆法系国家推动形成、发展和稳固市民社会的重要措施。我国改革开放30余年来,民智渐开、民权渐长,人们有了公权与私权的界分,市民社会已经初步形成。在此基础上,编纂一部民法典,使人身权和财产权以法典的形式得到彰显和固化,必将进一步促成市民社会的繁荣发展。在我国,只有市民社会发达之后,才有可能形成商人社会和商人阶层,也才会为商法典的编纂提供社会根基。否则,在民法典尚未编纂的阶段就谈论商法典的编纂只能是一种奢望。

此外,在互联网高度发达的现代社会,人与人之间的交往前所未有地便利,当前这种“互联网+”的模式改变了许多传统的行业和业态,商事交易的模式和商事主体均发生了翻天覆地的变化,自然人可以为一件日常生活的事项而在网络上发动众筹,而网店、微店的遍地开花使得自然人与商人的身份转换无间。“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。”<sup>③</sup>尤其是在当前社会中,人的商化是普遍现象,民事活动与商事活动之间、商人与非商人之间的界限已经异常模糊,试图区分民事与商事、民法与商法,试图在民法典之外再编纂商法典,这种做法也许会越来越脱离社会的发展。

“民法法系的现代趋势是朝着法典统一,包括商法典和民法典统一的方向发展。”<sup>④</sup>就我国而言,商法典的独立编纂已经是脱离现实的目标。故此,经由编纂民法典实现民商合一,在民法典总则编中引进商法的基本理念和原则,为商事发展预留充足的空间,然后在民法典后续各编包括物权、合同、侵权等的修订中,扩大财产权利的范围,赋予人们在合同中更多的自由,切实回应、照顾并完善相应的商事规则,才是解决问题的现实途径。

责任编辑:朱志峰

① 徐强胜 《民商合一民法典中商行为规则设置的比较研究》,《法学杂志》2015年第6期。

② 穗积陈重 《法典论》,李求轶译,北京:商务印书馆,2014年,第1页。

③ 崔建远 《编纂民法典必须摆正几对关系》,《清华法学》2014年第6期。

④ 艾伦·沃森 《民法法系的演变及形成》,北京:中国法制出版社,2005年,第221页。