

编者按:法学学术争鸣是繁荣法学研究发展我国社会主义法学理论的重要方针,通过学术争鸣创新法学学术理论。我们开启这个栏目是为了平等、健康、活泼和充分说理的法学学术争鸣,充分发扬学术民主,尊重差异,包容多样,提倡理论创新和学术创新,弘扬优良学风,营造风清气正、互学互鉴、积极向上的学术生态,为全面推进依法治国提供学术理论支持。

# 我国民法典的制定与商事规范的构建

樊 涛

(河南大学法学院 河南开封 475001)

内容提要:民商合一乃现代私法体系建构之趋势,传统商法典中的总则部分宜回归民法典,传统商法典的分则均已制定单行法。我国民法典的制定,应当因应当下工商社会的现实,民事主体转为以企业为主,民事行为转为以规范企业之间及企业与消费者之间的交易为主。我国民法典的立法技术为“民法的商法化”,我国商事规范应当采取内置于民法典、制定单行法等多种形式。

关键词:民商合一 商业社会 民法商法化 转型与重构

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2016.11.013

## 一、商法典的命运:灭亡抑或重生

在大陆法系国家,立法体制上存在着民商分立与民商合一两种不同的立法模式。在民商分立国家,立法上一直主张民法和商法是各自独立的两个法律部门,民法侧重于对私法关系的一般调整,商法则侧重于对商事关系的特别调整。商事关系相对独立于民事关系而存在,商事关系与民事关系无论在主体、内容、还是在产生依据和法律适用等方面都存在着诸多差异。而在民商合一的国家,并无“商法”的概念,有关调整商事关系的法律规范被称为“商事法”,它是作为民法的特别法而存在的,是民法的组成部分,并非一独立的法律部门,所谓商

事关系作为民事关系的一种,既受民法普通法的调整,也受民事特别法的调整。对同一事项,特别法有规定的,优先适用特别法的规定,特别法无规定的,则适用民法普通法的规定。<sup>①</sup>

考察国外商法典的立法技术,尽管形式上奉行“民商分立”,但是基于“民法是普通私法、商法是特别私法”的法理,各国商法典的立法技术大都奉行修改民法的一般规定、或者创设少量民法所没有的特有规范的立法技术。例如《日本商法典》关于商行为的规定,有不少修正民法规定者,如代理之非显名主义、商事责任的连带性、商人的报酬请求权、商事法定利率、商事留置权、商事债权的短期时效等商事规范。<sup>②</sup>

作者简介:樊涛(1974—),男,汉族,河南兰考人,河南大学法学院副教授。

① 陈本寒主编《商法新论》,武汉大学出版社2009年版,第5页。

② 陈自强《债权法之现代化》,北京大学出版社2013版,第204页。

现代民法理论认为,商事交易所要求的专业性及迅速处理瑕疵的能力,非商人之民事主体也应有之,故该规定也可在民法典中与一般契约法原则并列。同时,民商分立之立法技术,依主体之差异性,将交易行为类型化并建立不同的法律规则是否会破坏私法以抽象之人为规范对象之初衷?不同法律原则的同时存在应如何自圆其说?商人与非商人、民事行为与商行为之区分是否合理?具体来说,为什么买卖行为在法律上必须区分为民事买卖与商事买卖?其实在商事生活与民事生活中所发生的买卖契约,岂不是一样的买卖契约?为何要有规范的区分?为何要有管辖法院的不同?如果奉行“私法二元论”的观点认为商事生活与民事生活确有不同,客观上需要有特殊性的商事制度助长一国商业经济的发展,那是因为忽略了现代社会生活中早已笼罩着商事生活的气息。私法规则的统一不但符合民法的平等原则,同时也有利于日常生活中对于各类法律行为的统一规范。<sup>③</sup> 综上分析,国外商法典中的商行为规范,客观上大都与民法典中的相应债法规则在内容上重叠。因此,当下的私法理论认为“分久必合”,为体现私法的统一规范,上述商行为规范的理想去处是将其提升为民法中法律行为之一般规定,立法技术为“一般化”,从而适用于所有的交易行为。客观上讲,商法典中商行为编、商事买卖、商事租赁、商事仓储等多数商事规范均可回归于民法典中。

与此同时,各国民法典的修正也正如火如荼地进行,各国民法典的修改技术为“民法的商法化”。例如,2002年1月2日重新公布的《德国民法典》中增加了“经营者”与“消费者”等原属于德国商法典调整的商主体概念,与此相对应的是,日本也准备在民法典中增设“事业者”的概念。德国民法典中的经营者、日本民法典中的事业者等概念显然较商人的概念为

广,则商人所为的交易行为当然能被事业者交易行为所涵盖,一旦民法契约法被改编为事业者契约法,则专以商事交易为规范对象的商行为规范再无存在的必要。传统的双方商行为之概念可以被事业者交易之概念所取代,单方商行为则被消费者契约所吸收,商法典中的商行为编存在极其复杂的特别规定,则无存在的必要,同时,各国商法典中的分则部分,如公司编、海商编、票据编、保险编等内容则可以制定单行法。如此以来,商法典即可完全解体。当然,在某种意义上,也可以说是,商法典借助民法典获得了重生。而此,也再次印证了从民商分立到民商合一,乃现代私法体系建构之趋势。然而,民商在实质上与形式上合一后,传统商行为基本原理、原则与传统民法上的法律行为的互动关系如何,后者是否应放弃其抽象法的立场,而直接调整为以企业为主体之规范,乃民法学者亟待解决的问题。

## 二、当代民法典的转型

现代经济生活中,以公司及其他企业为主体之交易行为已占绝大多数,许多的私人交易,如不动产买卖、租赁,仍系企业居多,完全无企业参与者,如单纯的私人借贷、赠与、委任等,固然有之,但相比由企业参与的交易,单纯的私人生活交易之数量已微乎其微。但令人遗憾的是,各国现行的民法法理上仍然停留在民法典制定之初的农业社会的交易规范,规范对象上仍是以单一的自然人与自然人之间简单法律生活的个人法。现代民法的主要规范对象若仍不以企业(商人)为主体,而固执地停留在单纯的私人交易,立法者显然不食人间烟火,远离了当今工商业社会的现实。<sup>④</sup> 因此,当代各国的民事立法,应当因应当代工商业社会的现实,民法规范的主体与规范的行为模式均应改变。民法规范的主体应该从过去以自然人为主转为以企业为主,民事主体的种类应为企业与消费者,民法

<sup>③</sup> 王泰铨、王志诚《公司法新论》,台湾三民书局2010年版,第8页。

<sup>④</sup> 陈自强《债权法之现代化》,北京大学出版社2013版,第207页。

应重点规范企业与企业、企业与消费者之间的交易关系。从立法技术而言,企业及消费者的概念置于民法乃顺理成章的逻辑,同时,也是现代民法因应当下社会结构和价值变化而做出的必要转变。随着这一进程的推进,传统民法的主要交易规则也会逐渐因应这种“消费者”和“企业”的区分而得到相当程度的改造。

人类社会发展到商业社会,交易活动已经成为基本的、普遍的生活方式,不再区分民事与商事,而是统一于基本生活。法典的原则被扩展于所有的阶层,才能体现现代社会的价值。民法典,作为私法的统一阵地,必须规定所有的经济关系。客观上讲,现行商法典中关于商行为的规定,实质上是重复了民法的特殊规定,这样的规定移回民法中更好。调整之后,关于一般商人的特殊规定就没有必要继续保留在商法典中了,将其作为企业间合同的特殊规定而规定在民法中更容易理解。

因此,我们必须重新审视民法典的立法技术、民法典的调整对象、民法典的价值等。当代的民法典作为市场经济的基本法典,必须规定商行为的内容。同时,民法典的立法技术也必须因应当代社会的现实。当代社会的市场主体主要是企业和消费者、劳动者等。因此,有关商事交易、消费者合同、劳动者保护的内容等必须纳入民法。务实的民事立法必须放弃“抽象的、平等的主体”的立法技术。

令人遗憾的是,我国的民法学界仍囿于民法系“绝对平等”的传统观念、基于消费者与企业的不对等地位,将消费者保护法归属于经济法的范畴,过多地侧重于国家对于消费关系的管理,而忽略了消费者与企业之间作为私法关系的权利义务关系的评价,使得民法的基本原则和具体规则不能直接适用于消费者权益的保护。建议我国在民法总则中规定消费者与企业的概念、规定消费者保护的基本原则,借以确定消费者权益保护法的私法地位,理顺

消费者保护法与民法之间的关系,确定对于消费者权益倾斜保护的原则。令人遗憾的是,已经出台的《民法总则(草案)》仍然固守民法系“绝对平等”的传统观念,仍然将消费者保护法归属于经济法的范畴,并未规定消费者与企业的概念。无视时代变迁、无视社会现实,仍然固守民法典是抽象的、平等的“人”的法典就是回避现实社会的鸵鸟式的立法,是绝对不可取的。

《德国民法典》第13条和第14条分别对“消费者”与“经营者”进行了界定,并将传统上不属于商人范畴的“独立的职业活动者”纳入“经营者”,以此概念为连接点,《德国民法典》在法典的体系内部构造了一套仅适用于“经营者”的法律规则——“经营者法”。可以肯定的是,《德国民法典》关于“消费者”与“经营者”的两条规定,为我国在民法典体系内设置商法规范提供了可能性。

### 三、我国民法典立法应当注意的问题

#### (一) 应当设置“多类型、多元化”的私法规范

哪里有贸易,哪里就有法律,商事规范系商事实践的客观需求。传统民法规范对象是单一的自然人与自然人之间简单的法律生活,商法则是以企业等团体为规范主体,固执地以自然人为模型的民法规则去调整商事交易,必然会产生法律适用的困难。

因此,我国立法者务必重视民事与商事的差异,我国民法典务必设置“多类型、多元化”的私法规范,不能过于夸大民法的普适性调整功能,应强调民法的“功能调整”。聪明的立法应该有效地、有针对性地调整各种私法关系,而不应无度捍卫普适性民法规范的纯洁性,更不应轻视民法规范的固有缺陷。<sup>⑤</sup>立法是顺应人类的生活,而非设计生活。制定适合于规范商事关系的商法规范是明智的选择。立法者必须

<sup>⑤</sup> 叶林《商行为的性质》载《清华法学》2008年第4期。

记住 私法统一不能以牺牲必要的规则差异为代价,必须承认特殊私法规范的存在。

随着我国市场经济体制的确立,我国事实上已经迈入了“工商社会”,我国客观上也存在着“民事人”与“商事人”、“民事行为”与“商事行为”、“民事关系”与“商事关系”的区分。因此,为有效地、妥帖地、有针对性地调整商事关系,我们需要仔细甄别“貌似相同、实则不同”的行为,区分主体身份、行为目标等方面的差异所导致的截然不同的结果,传统民法思维及规则对于商事行为的解释和适用不应当再是“理所当然”。民法的规则绝不可以原封不动地在商事领域中适用,必须加以修正后才可以有限地适用;商事纠纷的解决,必须关注商法自身的目的和本质,避免将民法僵化的规范直接适用于商事纠纷;商法应当有自己的效力规则与解释方法,而不应当只囿于民法基础概念的解释。

当然,“在现代社会,每个人都可能参与市场交易,这就使得区分商人和非商人、商事行为和民事行为等变得越来越困难。”<sup>⑥</sup>笔者认为,“商人和非商人”、“商事行为和民事行为”等概念区分的困难,不能成为否认“民事人”与“商事人”、“民事行为”与“商事行为”、“民事关系”与“商事关系”等存在差异的客观性,不能成为否认商法规范的理由。

## (二) 立法路径上,务必采取“民商合一”

关于我国的商事立法模式,学界有三种模式:第一,实行民商分立,制定商法典;第二,超越“民商分立”与“民商合一”,制定商法通则;第三,实行民商合一,在民法典总则和分则中,加入商法规范。

笔者认为,制定商法典的第一条路径行不

通,原因在于,大陆法系制定商法典国家的立法趋势是“去法典化”,商法典的大量内容已经被删除、废除,而交由商事单行法调整,勉强保留的个别商法典也已经名存实亡。制定商法通则的第二种路径也行不通,主要理由在于,商法通则难以概括商事特别法的共同规则;制定商法通则将导致私法规则的叠加、重复,增加法律适用的难度;商法通则将制约商法规范的新发展;<sup>⑦</sup>制定商法通则,世界立法史上并无先例;最值得注意的,从制定伊始就被闲置的《深圳经济特区商事条例》,已于2013年12月25日被深圳市第五届人民代表大会常务委员会第二十六次会议废止。<sup>⑧</sup>

比较理想的方式是第三种路径,即借制定民法典的大好时机,将商法规范融合至民法典中,制定一部包含有商法规范的、民商合一的民法典,否则,就失去了最好的进行商事立法的机会。具体方案为:将商法规范的内容全部分解,设定具体条款并采取条、款、“但书”等“碎片化”的立法技术,尽可能将商法的条款融入到民法典的各个部分,此方案为“商法规范独立成条”方案,该方案不是最优或次优,但却是可行的、现实的、我国商法规范的立法选择。<sup>⑨</sup>

但是,令人遗憾的是,我国的立法技术仍然固守单一的自然人之间的个人法,未能完全迎合当下我国商事社会交易实践的实际需要。我国已经出台的《民法总则(草案)》除了商事登记条款外,未能整体性地考量商事关系及商行为的私法调整和规范,忽略商法所存在的诸多特殊性,不能适应商事交易调整的实际需求,不能充分保护商事交易的安全性及效率。因此,《民法总则(草案)》应当在揭示商法特殊性的

⑥ 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。

⑦ 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。

⑧ 令人不解的是,2015年9月25日至26日在郑州大学召开的中国商法学研究会2015年会上,我国著名的法学家张文显教授代表中国法学会做基调发言,竟然主张“我国应当在制定《商法通则》的基础上,最终制定我国的《商法典》”,张文显教授的发言再次激发了商法学界本打算放弃的制定商法通则的、不切实际的梦想。

⑨ 周林彬、官欣荣《我国商法总则理论与实践的再思考——法律适用的角度》,法律出版社2015年版,第484~485页。

基础上予以整体调整或重新设计。历史终将证明,民法典(民法总则)的编纂将是中国现代私法史上极为重要的事件,倘若民法典(民法总则)的编纂整体上仍忽略“商的特别需求与安排”这种“大民法无商法”、“有民无商”等的立法安排,严重无视我国当下正处于“大众创业、万众创新”“一带一路”等发展经济的绝佳经济环境,是非常错误的,<sup>⑩</sup>终将会沦为一场自负、失败的法典化运动。<sup>⑪</sup>在此,笔者强烈呼吁我国民法典的立法者,胸怀宽广、搁置争议、兼收并蓄、民商携手,共同完成制定我国民法典的立法大业。

#### 四、我国商事规范的应然性设计

商事规范的框架与结构,大体上由以下主要内容组成:商法的宗旨及商法基本原则、商人、商事登记、营业的转让及租赁、商事账簿、商行为、商事责任等。在此,本文拟对我国商事规范的应然体例安排加以阐述:

##### (一) 商法的宗旨和商法基本原则

由于我国没有《商法典》或者类似形式意义上的商法文件,故无所谓立法上的基本原则,司法实践中相应地也无从适用。在这个层面上,商法的宗旨和商法基本原则在我国作为一个命题并不成立,至少在目前它仅仅具有理论推演上的意义,没有实践基础。况且,我国的民商事立法已经在事实上改变了西方人的商法观所给出的商法范围或边界,原本属于传统商法的许多现象、制度、规范在我国已经被十分恰当地融进了民法的范畴内,若我们离开我国商法发展的如此环境而硬要提出不同于民法的商法基本原则,显然是不可能的。商法是私法的组成部分,在我国则是在民法的原则、理论和制度的体系中逐步成长起来的法律,并没有相异于

民法的本质。我国的商法学界重点不应当在于创设或者提出不同于民法基本原则的所谓商法原则,而应当实事求是地关注和研究民法基本原则在商法上的变化,<sup>⑫</sup>以充分发挥这些原则对于商法规范和制度的指导作用。<sup>⑬</sup>

##### (二) 商人制度

完善我国商主体的立法举措在于:借鉴《俄罗斯联邦民法典》《德国民法典》等的规定,在民法总则中的民事主体部分规定“商人(经营者)”的概念,在尊重商事主体多元发展的前提下,从宽认定我国商业实务中已存的各类商业组织。

关于商个人的立法,“个体工商户”与“农村承包经营户”等概念均系我国特定时期的产物,基于“营业自由”“大众创业、万众创新”等理念,应当去掉《民法总则(草案)》中保留的“个体工商户”“农村承包经营户”等限制商个人营业自由的概念;关于法人制度,规定的法人条件制度,应当与修改后的我国《公司法》相一致。

##### (三) 商事登记制度

受计划经济传统观念的影响,我国现行商事登记立法的管理法或经济统制法色彩十分浓厚,其本应具有私法功能被严重忽略。鉴于我国分别制定“商人法”和“商事管理法”的传统,我国宜采取分别立法的方式,一方面制定《中华人民共和国商事登记条例》规定商事登记的程序性规定和行政责任,另一方面,有关商事登记的私法上的效力宜规定在“企业法”中。值得注意的是,我国《民法总则(草案)》中规定了商事登记的程序、效力等内容,笔者认为属于立法技术上的不当。

<sup>⑩</sup> 王建平《民法典对商法规范的包容——以〈民总意见稿〉的不足为视角》,载王保树主编《中国商法年刊》(2015年),法律出版社2015年版,第264页。

<sup>⑪</sup> 蒋大兴《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,载《比较法研究》2015年第4期。

<sup>⑫</sup> 例如,民法中的“公平原则”在商事纠纷中应当慎用、票据法中不宜适用“诚实信用原则”等。

<sup>⑬</sup> 邹海林主编《中国商法的发展研究》,中国社会科学出版社2008年版,第14~16页。

#### (四) 商事账簿

我国著名民法学家王利明教授主张“民法典总则应当规定商事账簿的一般规则。”<sup>⑭</sup>笔者认为,商事账簿制度本质上属于公法的范畴,在规范属性上并不属于私法。如今,原本作为商法分支的商事账簿制度已经发展成为体系健全、内容庞大、独立的会计法。在我国,从一开始即采取的就是以《会计法》及系列会计准则为表现形式的独立法律模式,并且该立法模式可兼顾不同类型企业的会计立法需要,实际上恰恰适应了会计立法的要求。因此,商事账簿制度最为理想的归属地应当是《会计法》第三章:公司、企业会计核算的特别规定。

#### (五) 企业名称权

人格权分为民事人格权与商事人格权,企业名称权属商事人格权。基于两者之间所针对的主体属性和性质不同,为立法者所选取的特定利益的范围及其保护的强度是不尽相同的。企业名称权与商人营业相关联的信誉和声誉的表征,与人格尊严并不相关。另外,企业名称给商人带来的更多的是权利外观以及因为企业名称的权利外观所应当承担的责任。企业名称权受到侵害时的救济通常以财产损失为主,并不包括精神损害赔偿。

我国《民法通则》第99条同时规定了“姓名权、名称权”,实践表明,该种“民商合一”的立法技术是成功的。因此,有关企业名称权制度的立法仍应置于民法典中。

#### (六) 营业制度

我国营业制度的实践早已存在,但在立法上却存在着制度供应不足的问题,尚未在“法律”层面上形成营业的一般规则。完善我国的营业制度,宜在民法典和商事单行法(企业法)中分别规定。具体来说,在《合同法》中增设“营业转让”规范发生在转让人与受让人之间的法律后果;关于营业与第三人的关系,特别是债权人的保护,宜在商事组织法(企业法)中进

行规定。

#### (七) 商行为制度

鉴于不同类型的商行为和民事行为的亲缘不同,商行为的立法宜采取多元化的商行为立法模式。

基于立法成本的节约与私法制度的体系化考量,关于商事交易的一般规则的解释与适用,完全可以依据法律行为的一般规则认定其成立和效力。因此,一般性的交易法即合同法,商事契约行为可以直接适用,而没有必要重复。但是,针对个别商事契约行为应采取区别民法的立法模式进行规范。遗憾的是,我国《民法总则(草案)》第六章“民事法律行为”中并未设置商行为的特殊规则,导致在我国,商人可否主张错误、重大误解、显失公平、欺诈等成为疑问。关于资本经营等商行为,例如证券交易行为、金融衍生行为由《证券法》等单行法加以调整;对于组织性商行为的调整应由商事组织法,即公司法、合伙企业法和个人独资企业法等调整。

#### (八) 商事代理

商事代理主要包括经理人、销售商和代理商。商事代理具有“连续性”“营业性”“间接代理”等与民事代理相异的特质。

关于经理人制度的立法,德国、日本和韩国等规定于商法典,奉行民商合一的国家(地区)如意大利、瑞士及我国台湾地区则规定在民法典中的债编。完善我国经理人制度的立法,宜继续规定在公司法、合伙企业法和个人独资企业法等商人法中。

我国《民法总则(草案)》对代理商、经销商的行为未涉及,例如,未规定代理商的资格条件、“商事转委托”的特殊性、代理商的报酬请求权、商事代理不得随时终止、商事留置权等。我国代理商制度的重构,比较务实的做法是在民法典中系统、全面规定民事代理与商事代理(代理商),即在民法典总则编规定代理商的资

<sup>⑭</sup> 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。

格要件及对外效力,在《合同法》编的“委托合同”中规定代理商与委托人的内部关系,强化代理商合法权益的保护。

#### (九) 商事时效制度

民法总则中的时效制度应当适用于所有民商事领域。我国《民法总则(草案)》对时效予以统一的“法定强制”安排未能完全考虑商事交易对效率的特别要求。例如,未规定应当允许商人对商事争议的短期时效进行约定甚至放

弃诉讼时效利益,以确保商人之间的纠纷能迅速解决,损害了商事纠纷解决的自治性。<sup>⑤</sup>

#### (十) 商事责任

基于民法与商法之间系一般法与特别法的关系,商事领域的法律责任均可直接适用民事责任的规定。从立法技术上讲,具体的商事责任宜分别规定在各单行法中。总之,在商法领域,并不存在抽象的商事责任,因而不必也不可能在民法典中对商事法律责任作集中规定。

## The Formulation of China Civil Code and the Reconstitution of Commercial Law

Fan Tao

**Abstract:** The combination of civil and commercial codes is a trend for the construction of modern private law system. The general principles of traditional Commercial Code should be back to Civil Code, and the specific provisions of traditional Commercial Code have already enacted slip laws. The formulation of Civil Code in our country should consider the reality of the current industrial and commercial society, that we should regard the firms as the main civil subject and regard regulating the transaction between firms and between the firm and the customer as the main civil acts. The legislative technique of Civil Code in our country should be “the commercial law trend of civil law”. Commercial law in our country should adopt kinds of forms such as embedding it into Civil Code and enacting slip laws.

**Keywords:** the combination of civil and commercial codes; commercial society; the commercial law trend of civil law; transformation and reconstitution

(责任编辑:付强)

<sup>⑤</sup> 蒋大兴《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,载《比较法研究》2015年第4期。