

聂志海.《民法典》民商合一立法模式的逻辑证成[J].中国海商法研究,2020,31(3):3-11

## 《民法典》民商合一立法模式的逻辑证成

聂志海

(大连海事大学 法学院,辽宁 大连 116026)

**摘要:**民商合一与民商分立的立法模式从历史沿革、价值理念到具体制度上都存在巨大差异。自清末修律到民国时期制定民法典,再到新中国几次启动民法典的制定和编纂工作,中国已经形成了民商事立法工作中民商合一的传统。《民法典》宣称采纳民商合一的模式,却遭到众多商法学者的质疑。对《民法典》的民商合一立法模式的解释应遵循双重逻辑,首先应考虑在《民法典》编纂工作中政治因素对民商合一立法模式选择产生的影响;其次再进一步证成《民法典》规范表达所呈现的民商合一的实证内涵,最终确定《民法典》在民商事法律体系中的基本法定位。

**关键词:**民法典;民商合一;民商分立

**中图分类号:**D923 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2020)03-0003-09

### The logic justification of the legislative model of unification of civil law and commercial law of the *Civil Code*

NIE Zhi-hai

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** The unification of civil law and commercial law and the separation of civil law and commercial law differ significantly in histories, values and specific rules. China has developed the tradition of unifying civil law and commercial law in its civil and commercial law legislation through the revision of law at the end of Qing Dynasty, the legislation of civil code in the era of the Republic of China, and the several launches of legislation and codification of civil code by the People's Republic of China. The *Civil Code* announced to adopt the model of unification of civil law and commercial law, and yet was challenged. The interpretation of the model of unification of civil law and commercial law adopted by the *Civil Code* should follow a dual logic. First, political factors should be considered with regard to the selection of the model of unification of civil law and commercial law in the codification of the *Civil Code*. Secondly, the empirical connotation of the unification of civil law and commercial law, which is demonstrated by the norm presentations of the *Civil Code*, should be further justified. In the end, the fundamental law status of the *Civil Code* should be established in the civil and commercial law system.

**Key words:** *Civil Code*; unification of civil law and commercial law; separation of civil law and commercial law

2020年5月28日的第十三届全国人大第三次全体会议审议通过了《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)。习近平总书记特别指出:“《民法典》的颁布实施凝聚着中国共产党几代人的心血,实现了中国人民几代人的梦想和夙愿。”<sup>[1]</sup>然而,纵观新中国民商事立法工作进程,尤其是2014年十八届四中全会启动的新一轮的《民法典》编纂工作存在

一个始终贯穿的问题,即中国的民商事立法究竟该以民商合一还是以民商分立的模式完成。实然看待,新中国几次民法典的制定或编纂工作均宣称坚持民商合一的民商事立法模式,《民法典》编纂的完成也从立法结果上对民商合一模式予以了确认。比如,2017年《中华人民共和国民法总则》(简称《民法总则》)颁布前的草案说明开宗明义地宣称:“我国

收稿日期:2020-07-22

基金项目:辽宁省社科基金青年项目“中国(辽宁)自由贸易试验区商事登记制度构建研究”(L18CFX005),大连海事大学青年教师科技创新项目“商主体法律制度完善研究”(3132019238)

作者简介:聂志海(1985-),男,河北昌黎人,法学博士,大连海事大学法学院讲师,E-mail:niezhihai@dlmu.edu.cn。

民事立法秉持民商合一的传统,通过编纂民法典,完善我国商事领域的基本规则,为民事活动提供基本遵循。”<sup>[2]</sup>2020年十三届全国人大第三次会议发布的《民法典》草案说明再一次强调了这一立场:“我国民事法律制度建设一直秉持民商合一的传统,把许多商事法律规范纳入民法之中。”<sup>[3]</sup>

尽管对民商合一与民商分立之立法模式的争论由来已久,但究竟何谓民商合一,又何谓民商分立?学界对其描述仅从法典对民法规范和商法规范的形式安排上着眼,认为:民商分立指的是在民法典之外再制定统一的商法典,形成了所谓私法的“民商二元论”;民商合一是指将民法典与商法典统一立法,在民法典之外不再单独制定商法典,形成所谓的“私法一元论”,而民商合一又有绝对合一和相对合一的区别,绝对式民商合一是一部民法典函摄全部民商事法律规范,相对式民商合一则指民法典仅对民商法律关系的共性规则予以统一规定,对特殊的商事关系则采用特别法的形式单行立法。<sup>[4]</sup>这一形式上的描述显然并不能对《民法典》为何选择民商合一的立法模式提供认识论上的理由,更不足以对《民法典》民商合一的模式选择给出解释论上的分析。此外,《民法典》自身和相关的立法资料也并未对民商合一的内涵很好地给出解释进路,这势必影响到适用者对《民法典》建构的基本立法价值的理解,甚至会影响到整个私法体系的运作<sup>①</sup>。<sup>[5]</sup>

## 一、模式之争:民商合一抑或民商分立

### (一) 民商合一模式之源流

从历史维度观察,民商合一立法模式的形成经历了罗马私法——瑞士民法——现当代民法的发展脉络。

一般认为,民商合一立法模式的发端可追溯至罗马法时期,即认为罗马法私法是民商合一的私法体系。<sup>[6]</sup><sup>104-105</sup>从调整范围来看,罗马私法,尤其是优士丁尼的“民法大全”被认为在两个领域调整人的活动:其一是保障某一主体享有用以追求生存和幸福的财产权,其二是保障人们在家庭领域得以相互行使家庭权利。<sup>[7]</sup>这决定了罗马私法性质上为“民法”。然而,无论是在罗马古典法学家的法言中,还

是在优士丁尼《法学阶梯》之中,又隐约可见在罗马私法中事实上包含着商事规范的蛛丝马迹,比如罗马私法自共和末期就有了关于“企业”的术语,并将企业描述为以海事合伙为主的海事企业和以经营庄园财产为主的陆上企业,成为罗马私法中兼容商事主体法规范的明证。同时,罗马私法还允许“企业主”委托自由人经营海事企业和陆上企业,被认为是现代法中职业经理人或职务代理的雏形。<sup>[6]</sup><sup>107-108</sup>

在商行为法方面,罗马私法也有民商合一的呈现,主要表现为:其一,罗马私法中,同一交易行为可以通过民法的方式完成,也可以通过商法的方式完成,比如,在所有权转让中从要式买卖、拟诉弃权、要式口约系典型的市民法行为,而合意合同则体现着商事活动的效率要求;其二,同一形式的行为可能融合着民法与商法不同内涵,比如寄托行为中的无偿寄托为民法中的保管合同,而有偿寄托则被认为是商法中的仓储合同。如是,罗马私法以民法为基本属性,但对商主体法和商行为法均有函摄。中世纪法时期被认为是民商法二元格局的形成阶段,所以其立法模式表现为民商分立者居多。直至19世纪上半叶,民商合一作为近代私法法典化的指导思想之一被意大利学者摩坦尼利(Motanelli)所倡导,直接或间接地影响了欧洲多国民商事立法模式的选择。

欧洲大陆法系国家中,采纳民商合一立法模式的典型立法例是瑞士和意大利。《瑞士民法典》之前,民商分立抑或民商合一立法模式的选择尚未作为理论问题被探讨,因为,自中世纪以来,商法遵循着以商人阶层为调整对象,沿着商事习惯——商事习惯法——商事成文法的发展脉络自我成长,这一时期所谓民商分立模式的形成本质上是自然的历史传承,并非立法者人为选择的结果。<sup>[8]</sup>1912年颁布的《瑞士民法典》被认为是民商合一立法模式的开先河之作,其对之后多国民法典的制定和编纂影响巨大,1929年的《中华民国民法》即受其影响而采纳了民商合一的立法模式<sup>②</sup>。<sup>[9]</sup>继之以后,产生较大影响的是1942年颁布的《意大利民法典》,其立法过程突出地反应了民商合一与民商分立的理念之争<sup>③</sup>,最终,意大利选择了前者。世界民商事立法模

① 民商合一或民商分立之对立或争论不仅涉及立法论,也牵涉到法律解释论,甚至民法学与商法学的理论发展。

② 梅仲协先生认为《中华民国民法》深受德国、日本和瑞士的影响,有“现行民法,采德国立法例者十之六七,瑞士立法例者十之三四,而法日苏联之成规,亦尝撷取一二……”之断言。

③ 1942年《意大利民法典》的制定基础是1865年的《意大利民法典》和1882年的《意大利商法典》,也就是说意大利原为民商分立的国家,其法典起草委员会起初也设置了“民法典起草委员会”与“商法典起草委员会”,证明意大利私法在法典化之初确立的立法模式为民商分立。

式的选择中,最具现代意义的民商合一的法典是2016年颁布生效的《阿根廷民商法典》。此外,1970年的《荷兰民法典》、2002年的《巴西新民法典》也均选择了民商合一的立法模式。

## (二) 民商分立对民商合一的挑战

伴随着民商合一模式的源远流长,民商分立的立法模式也循着自己的路径产生、发展和完善,并对民商合一模式提出了巨大的质疑和挑战。主张民商分立否定民商合一的观点主要来自商法学者,依据主要在于历史考证与理论剖析两个方面。

从历史的维度观察,西方中世纪法时期被认为是商法独自发生和成长。有学者提出,商法是商人群体理性建构的产物。商人理性包括商人们对市场加以公平性、公正性的判断和对市场交易安全性的判断,通过这些理性的判断将交易实践中提炼出来的符合商人正当性的规则上升为商事交易习惯,再上升为商事习惯法,最后形成商事成文法。<sup>[10]</sup>欧洲中世纪商法的发展史完整地诠释了这一过程:意大利(罗马、威尼斯等)和德国(汉堡)这两大欧洲海上贸易中心依托繁荣的海上贸易活动形成了独立的商人阶级,并在商人阶层里逐步形成了解决商事纠纷的商人习惯,商人阶层对这些习惯的接受使其在商人阶层内部具有了普遍的约束力,成为商习惯法,及至组成商人行会,在行会内部设置商事纠纷的调整机构,裁判依据的仍是商习惯法,当商事习惯法被编纂为文本即成为商事成文法。西方集权制民族国家建立之后,王权从商人行会中取得了商事立法权和裁判权,将商人阶层专属的商事成文法上升为国家法,而行会中商事纠纷的裁判机构也被代之以国家的专门商事法院。

实际上,当代民商分立的私法二元格局的真正形成始于19世纪。然而,在这一时期,商法虽然在制度构造上依旧垄断着大部分商事规范,但民法规范对部分共同的财产法制度同样具备了表达能力,其进步极大地侵蚀了商法的外在独立性。<sup>[11]</sup>这一现象在《法国民法典》和《德国民法典》之中都有明确表现:《法国民法典》继受罗马法古典法学家盖尤斯的观点,以“人法、物(财产)法和取得财产的程序”将法典分为三编,其中为商事规范所关注的财产归属以及财产流转已明确纳入了民法典的表达范畴;《德国民法典》中这一体现则更为明确,因《德国民法典》以物法和债法各自成编的形式明确建立了物

债两分的现代财产法体系,尽管德国在民法典之外制定有独立的商法典且更为关注“商法化”色彩浓重的财产的动态流转。

此外,基于理论探讨也是诸多商法学者反对民商合一模式的出发点,理由如下。

首先,基本价值取向上,民法最基本的价值取向是公平至上,商法最基本的价值追求是效益至上。<sup>[12]</sup>商法之所以独立于民法的主要原因就在于商事规则具有独立的价值理念和精神,商法价值的独立性使得商法独立的精神实质迥异地存在。<sup>[13]</sup>价值伦理差异具体表现为商法确立的基本原则和法律机制与民法多有不同,比如商法确定的主体法定原则、企业维持和强化原则、保障交易简便和迅捷原则、维护交易公平原则、维护交易安全原则、公示主义原则、外观主义原则,<sup>[14-16]</sup>并不能够为民法原则所完全囊括,甚至并不能见容于以“对人的终极关怀”为基本价值理性的民法伦理。<sup>[17]</sup>申言之,由于商事主体与普通民事主体相比具有丰富的市场经验和超乎一般民事主体的理性判断能力,所以商法并没有选择和民法对一般民事主体相同的保护方式和保护程度来对商事主体加以保护,而是循着商法价值伦理,在商事主体的意思自治与交易安全发生冲突时,压倒性地维护后者。<sup>[18]</sup>

其次,在具体制度设计上商法与民法无法兼容。传统认为商法的基本架构由商主体法和商行为法两部分组成。商法规范无论在主体方面还是行为方面均与狭义的民事主体和法律行为具有较大差异。第一,商主体与狭义的民事主体相比具有显著的特殊性,主要体现为商事主体在地位的得丧、人格客观差异、义务承担和法律价值目标等方面与民事主体迥然相异,基于特殊性,商主体规范无法被民法主体制度抽象合并。第二,历史上商人阶层的法律术语表达始于欧洲中世纪的商人法,其与滥觞于罗马法的一般民事主体的概念具有不同的历史走向,始终独立于民法规范之外自我成长。直到19世纪之后,受私法现代化的影响,商事主体与民事主体才出现逐渐融合。然而,商法的价值理性和技术理性使商法具有适时而变、不断创新的品质,<sup>[19]</sup>而商法的创新精神内生性地要求商事主体在从事经营性活动时必须易于变通,所以创新性<sup>①</sup>,<sup>[20]40-41</sup>也逐渐被固化地认为是商人的内在品质,并且最终使得商人制度与追求稳定性的民法制度渐行渐远。<sup>[20]41</sup>第三,商行为

① 商主体的创新性主要表现在以下方面:伦理观念创新、法律人格创新、责任能力创新、组织形式创新。

与民法中的法律行为相比也具有明显的特殊性。商行为制度最初出现在11至12世纪之后地中海沿岸地区的中世纪商法中,为了更充分地保护商人阶层的利益,当时的商法对合同行为作出了一定程度向商人阶层倾斜的制度安排,被视为商行为制度的雏形。<sup>[20]150-51</sup>19世纪初,《法国商法典》在启蒙思想的影响下,改变了中世纪以商人为概念核心的主观主义模式,改采客观主义的商法模式,将商行为作为商法典的调整重心,标志着商行为制度的确立。由此可见,无论是商行为制度的雏形或正式确立之时,民法中法律行为的概念尚未得到立法的抽象,自无从谈及其与商行为内涵上的重合<sup>①</sup>。有学者提出,当今时代,由于经济社会的构成已由以传统贸易商人的贸易行为为主转变为以大工业化生产企业的生产行为为主,商人的类型渐趋模糊,此外,商行为规范不断扩张适用,导致在私法关系中民事行为与商事行为的界限也越来越不清晰,<sup>[21]57</sup>商行为的特殊性已经不那么突出。

最后,随着新的业态和产业的不断创新和发展,新的商法领域也在不断地形成,商法越来越成为一个不断扩充和发展的开放体系,鉴于此,即便仅制定一部囊括所有商法规范的商法典的可行性都不免令人心生疑虑,更难以想象将所有的商法规范都并入统一的民法典。这样的民商合一除了追求形式上法律文件的合一和消耗宝贵的立法力量和资源并徒增法律适用的烦累,已经不再具有法典化的实质价值和功能,如此的立法文件与其说是民商合一的法典,不如说是民商法律汇编。<sup>[22]43</sup>

众所周知,法典的编纂关系到人民的基本福祉和切身利益,尤其是民法典的制定和编纂往往被当做一个国家整个法律制度的核心。<sup>[23]</sup>民法典的立法模式的选择则是一国民商事立法的基本价值判断和规范体系构建的基础。尽管《民法典》的编纂工作中,官方一再宣称采纳民商合一的立法模式,但在民商分立声音的质疑中,《民法典》民商合一的立法模式仍需严格的理论检视和充分的逻辑证成,这一论述以中国民商合一的立法传统为起点开始。

## 二、民商合一之于《民法典》的传统意蕴

民商合一在中国有着深刻的历史和法律文化背景。从民国时期的《中华民国民法》到新中国几次启动民法典的制定和编纂工作,再到《民法典》的编纂并出台,中国在民商事立法工作中已经确立了民商合一是现代化市场经济对私法统一基本要求的共识,事实上形成了民商合一的立法传统。

一般认为,中国民商事立法进程的现代化肇始于清末。清末律法的修订深受法国、德国和日本的影响,采纳了民商分立的立法模式,分别编订了《大清民律(草案)》和《大清商律(草案)》。实际上修律过程中民商分立的立法思路并非完整共识,相反,有人明确对此提出异议,认为民商合一的立法模式才能够最大程度发挥民商事立法的优势。<sup>[24]112-113</sup>之后的1929年,中华民国政府制定了中国历史上第一部正式的民法典,即《中华民国民法》,也是中国历史上第一部采民商合一立法体例的民法典,在中国台湾地区一直沿用至今。值得一提的是,《中华民国民法》制定之后,国民政府对该法典采纳民商合一立法模式宣示了八项理由<sup>②</sup>,<sup>[24]122-123</sup>使其足可被认为是中国民商合一立法传统形成的历史起点。

新中国从建立以来先后经历过四次民法典的制定或编纂工作。建国之初,全国人大常委会分别于1954年和1962年两次着手起草民法典,但均因政治原因无疾而终<sup>③</sup>。1979年11月,全国人大法工委开始第三次民法典起草工作,至1982年先后起草了四个民法典草案,但由于中国经济体制改革初期经济关系和社会生活的复杂性和多变性,短时间内制定一部完整的民法典的立法目标难以实现,最终确定了先分别制定民事单行法,条件成熟时再制定民法典的立法方针。在这一立法方针的指导下,除婚姻法、继承法、经济合同法相继颁行外,立法机关于1986年又颁布了《中华人民共和国民法通则》(简称《民法通则》),以对民事活动中一些共同性的问题作出法律规定。进入21世纪后,中国开始了新一轮民法典的起草工作<sup>④</sup>。2002年12月,立法机关决定按照分阶段的思路制定民法典。按照这一思路,

① 商行为强调的并非法律行为所表达的“基于当事人意思表示而变动法律关系”的行为,而是目的论视角下的持续性的营利行为。

② 根据1929年第7期《立法院公报》,《中华民国民法》采纳民商一体例的理由有以下八项:1.因历史关系认为应订民商统一法典;2.因社会进步认为应订民商统一法典;3.因世界交通认为应订民商统一法典;4.因各国立法趋势认为应订民商统一法典;5.因人民平等认为应订民商统一法典;6.因编订标准认为应订民商统一法典;7.因编订体例认为应订民商统一法典;8.因商法与民法之关系认为应订民商统一法典。

③ 1954年启动的首次民法典起草工作,于1956年12月完成草案编写,但因“反右”“大跃进”等政治运动终止;1962年第二次民法典起草工作启动,于1964年完成了《民法草案(试拟稿)》,但因“四清运动”再次中断。

④ 进入21世纪之前,为适应市场经济发展的需要,《民法通则》之后,自1993年开始,立法机关用了近七年的时间完成了统一合同法的立法工作,并最终于1999年3月颁布了《中华人民共和国合同法》,结束了《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国涉外经济合同法》《中华人民共和国合同法》并立的局面。

2007年3月颁布《中华人民共和国物权法》(简称《物权法》),2010年7月颁布《中华人民共和国侵权责任法》(简称《侵权责任法》)。2014年,十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》将民法典的编纂工作作为重大立法任务和政治任务提上日程,2015年3月,全国人大常委会法工委启动民法典编纂工作,明确了先编纂总则,再编纂分编的“两步走”的规划。2017年3月《民法总则》颁布,2020年5月,《民法典》编纂完成并正式颁布。

总体分析,开展前两次民法典制定工作时,中国正处在高度集中的计划经济时期,经济生活中几乎不存在商法规则的生存空间,故此,民法典的立法体例无所谓民商合一抑或民商分立,比如1964年的《民法典草案(试拟稿)》把财政预算也包括在内,只讲所有制,不谈所有权,基本上是一个名为民法典、实为规范计划经济财产流转的东西。<sup>[25]</sup>直到《民法通则》出台,中国民事立法的基本体系才得以基本确立,同时也确定了中国民商合一的民商事立法模式。<sup>[26]</sup>在《民法通则》的制定过程中,佟柔先生提出的“商品经济民法观”鲜明地阐述了民法在商品经济中的本质、定位和基本构成<sup>①</sup>,<sup>[27]</sup>为民商合一立法模式提供了坚实的理论依据,也最终成为了该法的立法选择。2007年出台的《物权法》则进一步强化了民商合一的理念,<sup>[26]</sup>其所确立的体例、制度、规则、价值等对中国民商合一的民法典体系的构建产生了重要影响。及至《民法典》的编纂,民商合一的立法体例已然成为中国民事立法的组成部分,成为裁判者民法思考的组成部分,成为中国民法传统的组成部分,<sup>[28]</sup><sup>191</sup>其草案说明中也突出地强调了中国民商事立法遵循传统,采纳民商合一的立法模式。

具体到《民法典》如何对待和处理商事规范的问题上,其以包容的态度充分尊重了商事规范价值取向的特殊性,但却绝不承认商事规范的价值具有独立性。<sup>[29]</sup>第一个理由是法律的基本原则表述法律基本属性和基本价值,是具体法律规范的价值主线和灵魂所在,<sup>[30]</sup>而私法的基本原则中并没有商法基本原则与民法基本原则实质性的区分,所以商法的价值具有独特性却不具独立性。第二个理由是在商法发展的过程中存在的“民法价值商法化”或“商

法价值民法化”的现象证明了商事规则与民事规则在价值上的融合与趋同。<sup>[31]</sup>基于价值分析,又有学者从具体层面提出,《民法典》编纂中民商合一的道路应采纳《民法典》与商事单行法协调并存的模式,由《民法典》统一商法的法理,对民法与商法宏观、抽象、共通的规则加以驾驭,而非统一具体的商事规范,泯灭商事规范的特殊性。《民法典》要回归人本、生态文明和民族特色,而民法典之外的商法要坚守营利、效率和国际化,<sup>[32]</sup>最终形成以《民法典》为基础,以民商事单行法为补充的完整的私法体系。此举既能够化解商法与民法发展不同步引起的民商法关系紧张,进而导致私法体系不安定的局面,也可实现民法典与民商事单行法之间完全的相互开放、协调、呼应和配套,<sup>[33]</sup>是为最优化之立法模式选择。

### 三、《民法典》采纳民商合一立法模式的双重逻辑

对《民法典》民商合一立法模式的理解应以一个共识前提为基础,即《民法典》的民商合一实际上是跳脱和超越民商分立与民商合一的争论的第三条中国独创之路,以《民法典》加商事单行法的方式解决民商立法体例的选择问题。<sup>[22]</sup><sup>140</sup>在此基础上,《民法典》民商合一模式具有双重解释逻辑:其一为政治因素影响民商合一模式的选择,其二为规范表达呈现民商合一模式的实证内涵。

#### (一) 政治因素影响《民法典》民商合一模式的选择

民商法沿革历程中,民商分立与民商合一的立法模式选择曾经是历史的自然传承,自《瑞士民法典》始到如今则演变为一种纯粹的理论探讨,而其中发挥决定作用的又往往是理论之外的所谓“政治决断”,所以对《民法典》民商合一模式的解释,不能单纯依据历史的考证或理论的论证,而是应当考虑政治因素的影响。从外国经验来看,许多国家制定民法典的重要原因之一就是实现法制统一。<sup>[34]</sup>比如,德国制定统一民法典的迫切需求就源自于德国统一之后的政治因素。<sup>[35]</sup>另外,从《瑞士民法典》的立法过程来看,“瑞士采民商合一的体例……事实上纯然是政治上时间因素制约而导致的结果”<sup>②</sup>。<sup>[36]</sup>对此,谢怀栻先生曾指出,1881年制定的《瑞士债务法》虽然在事实上是民商合一的法典,但

① “商品经济民法观”的阐释主要在于强调民法作为商品经济法律条件的本质和调整商品经济关系的基本法定位,同时指出民法的基本构成为与商品经济密切相关的主体、所有权和债这三项基本制度,其中主体是商品交换的主体,所有权确定商品的归属,债则是商品交换的法律形式。商人阶层最为关心也是最为活跃的财产关系领域实际上已涵摄其中。

② 参见 Eugen Bucher: *Die Entwicklung des deutschen Schuldrechts im 19. Jahrhundert und die Schweiz*, ZEuP 11 (2003), p 357。

其本来可以成为商法典,为了与宪法保持一致才称为“债务法”。<sup>[37]</sup>赵旭东教授也认为,《瑞士民法典》将商法规范的纳入与其说是理性的立法创造,不如说是特殊立法过程导致的被动的接受。<sup>[22]</sup><sup>[44]</sup>上述两位学者的认识有很强的共同点,即一方面认为《瑞士民法典》做到了民法与商法的形式合一,但不具备实质合一的内在逻辑性,故而解释《瑞士民法典》民商合一的内涵在于“形式合一”而非实质合一;另一方面则同时揭示了在瑞士私法法典化过程中,决定采纳何种模式的重要的内在导因之一是政治考量。

如果说政治因素在决定民商合一立法模式选择方面的作用在《瑞士民法典》的制定过程中表现的尚属委婉,那么,其在1942年《意大利民法典》的制定中则显露无疑。观察《意大利民法典》的制定过程,其在形式上将私法法典统一到一部民法典中的做法,遵从了至少两项理性命令,其中之一体现了意识形态特征,另一项具有政治经济性质。一方面,反对保留独立商法典的意识形态理由来源于1882年《意大利商法典》的阶级性,它受到了维万特(Vivante)的猛烈抨击,按照他的意图,法典的统一应当消除过去商法典的阶级特性,即有利于某一社会阶级的法律。一部被认为具有“阶级性”的法典的存在(以及两部相对的“阶级法”,即民法典与商法典的并存)与法西斯主义建立超越阶级冲突的基础之上的意识形态立场不相容,应当以一部可以适用于任何关系和主体的统一法典取代分立的民法典和商法典;另一方面,一种精确的政治经济考量也对促进商法化的统一民法典的形成起到了积极作用,这一考量的根源是意大利的资本主义发展缓慢,而商法的精神和理念对于资本主义经济发展有促进作用。<sup>[38]</sup>

中国自改革开放以来,国家政治层面要求中国的民商事立法应当尽可能追求私法规则的统一性,建立较为完备的市场经济规则。中国实行民商合一的立法体例,商事特别法只是特别法,私法体系应该以民法典为中心和主轴。<sup>[39]</sup>同时,国家又以政府白皮书或立法理由书等方式明确表示:民法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规范,遵循民事主体地位平等、意思自治、公平、诚实信用等基本原则。商法调整商事主体之间的商事关系,遵循民法的基本原则,同时秉承保障商事交易自由、等价有偿、便捷安全等原则。<sup>[40]</sup>

## (二)规范表达呈现民商合一模式的实证内涵

尽管中国民事立法的传统和政治决断实际上已经建立了《民法典》民商合一立法模式解释的前提,但具体的解释进路仍要在《民法典》条文中考证依据。

《民法典》的编纂即受《德国民法典》的影响,采纳了总则与分编的体例安排,所以,解释《民法典》民商合一的立法模式选择首先应以总则编规范作为实体法依据。第一,《民法典》第2条明确指出其调整范围系“平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系”,其中财产关系的内涵既包括静态的财产归属也包括动态的财产流转,后者正是商事交易关系或商品经济的主体部分,也是商法规范加以调整的核心内容。第二,总则编尚负载着凝聚整部法典基本价值导向的功能。《民法典》第3条至第10条所列举的基本原则,如财产权益受法律保护、主体平等、意思自治、公平、诚实信用、公序良俗、保护生态环境等原则在现代法治环境中不仅仅是民事主体从事民事活动应予考虑的基本价值遵循,也是所谓商事主体从事商行为时的基本价值导向。有观点认为《民法典》总则呈现的基本原则没有充分关注商事活动的特殊性,比如没有商法中效率、安全或外观主义原则的基本表述,所以民商并未作到“合一”。实际上,总则是对民法典规则的系统安排,其基本原则的确定也是对具体概念和规则的概括性升华,不可能也无须面面俱到。比如总则编确实没有单独为商法规范确定对安全原则、效率原则和外观主义的要求,但这些原则并非商法所独有,在物权法中对物的利用、对第三人合理信赖利益的保护同样要求对效率、安全和权利外观的尊重,若真以此标准批判,恐怕《民法典》没有做到的不仅仅是民法与商法的“合一”,而是根本不具备民法各分支学科统一法典化的基础。同样的例子还有《民法典》第115条对物的概念和范围作出限定,第123条对知识产权及其客体作出明确表达。前者仅属物权法的范畴,显然不具有统摄债法关系和人身关系的能力,后者有关知识产权的法律部门如商标法、著作权法、专利法等也均未出现在《民法典》之中,这是否意味着民法自身根本没有做到,甚至不具备“合一”的基础?如此认识显然是有失偏颇的。第三,总则编第二、三、四章规定了民事主体的范围,其中个体工商户、农村承包经营户等自然人主体,营利法人,个人独资企业、合伙企业和专业服务机构等非法人组织分别对应着传统商主体理论中的商个

人、商法人和商合伙。尤其是关于营利法人的规定,其规范内容主要是对《中华人民共和国公司法》总则的整合,体现的是纯粹的商组织法的规定。第四,作为总则编核心内容的法律行为制度对合同、遗嘱等财产行为作出了理论抽象,其不仅并非仅限于在民事活动中适用,反而更主要地适用于商事活动领域。以财产流转为目的,无论是交易行为、票据行为、保险行为、海商行为等绝对商行为,还是财产租赁、加工制造、保管运送、承揽修缮、居间代理等相对商行为,均受法律行为理论的一体调整。在总则编关于民事权利、民事责任和诉讼时效等专章规定中,除了自然人基于自然伦理属性所专属享有的人身权利的规定外,其他均可用于调整商事关系。

物权编的规定也充分体现了《民法典》民商合一的特点。第一,物权编第一分编通则中第205条明确规定物权编的调整范围是因物的归属和利用所产生的民事关系,实际并没有区分商事关系和狭义的民事关系,而是一体适用。同时,该分编第206条、第207条也从经济发展的角度显示了物权编对维护国家经济制度和促进社会主义市场经济的保障作用。物权编第二分编、第五分编规定的所有权和占有制度也并没有对商事关系和民事关系进行区分适用的规定。第三,物权编第三分编中各类型的用益物权中用于以生活消费为目的的仅有宅基地使用权和居住权,其中居住权尚被允许以商业为目的而有偿设定,而建设用地使用权、土地承包经营权、地役权均为典型的商业活动中的物权,比如土地承包经营权中家庭承包方式下经营权与承包权分离流转的规定和以“公开磋商、招标、拍卖”等方式获得的承包经营权是典型的以商业化方式取得的用益物权。物权编第四分编担保物权更是民商合一的物权形式,从担保物权的基本功能可知,担保物权系对物的交换价值的利用,尽管其并不排斥适用于狭义的民事活动领域,但更主要的适用场合仍是商事融资活动,尤其是最高额抵押、浮动抵押制度以及权利质权等规定,都体现着商事关系对于效率的要求,并且该分编第448条规定的留置权的构成要件对商事活动的特殊性给予了充分的认识和尊重,规定企业之间的留置不受被留置动产应与主债权处于同一法律关系的限制,再如,该分编第388条规定的当法律另有规定时,担保合同可以独立于无效的主债权合同而继续有效,实际上也为商事领域以商事特别法设计独立担保制度的发展预留了空间。<sup>[26]</sup><sup>8</sup>

《民法典》合同编更加显著地表现出其民商合

一的特质。首先,合同编编纂的文本基础是1999年颁布的《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》),而《合同法》制定的文本基础则为改革开放之后分别颁布且独立并行的对合同关系进行调整的《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国合同法》和《中华人民共和国合同法》三部法律。这三部法律是纯粹的商事合同法,仅对商事主体间的交易关系发生调整作用。<sup>[28]</sup><sup>190</sup>之后,以该三部法律为基础制定《合同法》时,立法机关又大量借鉴了《国际商事合同通则》(PICC)和《联合国国际货物买卖合同公约》(CISG)的内容。前者从文本名称即不难知晓其本质为仅以商事合同为调整对象的国际示范法,后者的规范文本也显示其均为高度商事化的内容,调整的主要对象是全球化背景下的市场交易活动。所以,中国将从这两部法律中借鉴吸收的内容适用于所有的合同关系规范之中,无疑表明《合同法》是一部高度商法化的合同法。<sup>[41]</sup>而《民法典》合同编作为对《合同法》的继承和发展,自然也可以无区分地适用于所有的民商事关系。从合同编的文本来看,其通则编内容基本沿袭了《合同法》总则的规定,以对买卖合同进行的法律调整为规范原型。鉴于买卖合同民事与商事的兼容性,通则分编的规范设计自然采纳民商合一的立法体例。至于第二分编典型合同则更明显地显现出该部分浓厚的商法色彩,比如该分编列举的十九项有名合同中的融资租赁合同、保理合同、承揽合同、建设工程合同、运输合同、技术合同、仓储合同、行纪合同、中介合同等九项为典型的商事合同;买卖合同,供用电、水、气、热力合同,借款合同,保证合同,租赁合同,委托合同,物业服务合同,合伙合同等八项既可为商事合同,也可为民事合同;该分编列举的有名合同中纯粹作为民事合同的只有赠与合同和保管合同两项,这无疑有力地证明了《民法典》合同编民商合一的特征。此外,从规范内容中也充分表现了合同编的民商合一。例如在委托合同中,第933条规定委托人可以随时解除委托关系,受托人也可以随时辞去委托,但该条末句特别明确“有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益”,以保证商事委托中受托人不因委托人的任意解除权而遭受损失。再如有关借款合同的规定中,《民法典》实际也统筹安排了商事关系的特殊性要求。第668条规定企业间或自然人与企业间的借款合同应为要式合同,而自然人之间的合同则可依当事人自主意思不受此限,另外第679条规



定自然人之间的借款合同为要物合同,应自贷款人提供贷款时成立,而企业之间或企业与自然人之间的借款合同则为一般的诺成性合同。

侵权责任编的规范设计也呈现出民商合一的内涵。首先,在适用主体方面,该编第一章一般性规定中,侵权责任编并未如《侵权责任法》一般,在立法目的(《侵权责任法》第1条:为保护民事主体的合法权益……)表述中对该法的适用主体加以限制,而是遵循《民法典》总则编关于民事主体制度的设计,将侵权责任编的规范对狭义的民事主体与商事主体不加区分地一体适用。具体而言,无论是第三章责任主体的特殊规定中列举的承揽人、网络服务提供者和教育机构,还是第四章至第十章特别侵权责任中列举的产品责任、高度危险责任中产品的生产者、销售者,高度危险物的占有或使用,环境污染和生态破坏者等侵权行为主体非但并不限于狭义的民事主体,相反大多数情形下均为商事主体。其次,在保护的权益范围方面,《侵权责任法》第2条中曾明确列举:“本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”该列举既涵盖了以人身权为典型的狭义的民事权益,也包括了股权、知识产权、担保物权等具有明显商事色彩的财产性权益。侵权责任编为避免重复,并未完全沿袭《侵权责任法》对“保护范围”的规范方式,而是在第1164条中仅概括性地规定民事权益遭受侵害时适用本法调整,具体内容则适用总则编“民事权利”的规定。实质上,侵权责任编与《侵权责任法》对民事权益的理解并无二致,都没有对民商加以分别,而是认定其为私法主体合法享有的所有财产性权利或利益。再次,在归责原则方面,随着社会工业化的提高和科学技术的发展,以个人为中心的传统的侵权责任体系正不断受到以企业责任为中心的侵权责任体系的侵蚀,在归责原则上也呈现出以危险责任(或者称为无过错责任)替代过错责任的趋势。<sup>[42]75-76</sup>侵权责任编认识到归责原则多元化发展这一变化,并对其进行了系统整合,比如,既在第1166条中规定了一般化的无过错责任归责原则,又在第八章具体规定了其适用的具体情形,形成了较为平衡的无过错原则下的侵权

责任体系,比如,从第八章规定的九个条文中不难看出,高度危险责任的主要适用对象并非狭义的民事主体,而是以企业为主的商事主体,如航空器致害时无过错责任主体为航空器经营者(第1238条),高度危险物致害无过错责任(第1239条)主体往往为“占有或使用易燃、易爆、剧毒……”等高度危险物的企业。最后,在价值目标方面,传统侵权责任以在受害人的所得与损失之间维持中庸的矫正正义为价值目标,<sup>[42]78</sup>按照完全赔偿原则弥补受害人的实际损失。侵权责任编则试图打破这种利益的平衡,其除了延续《侵权责任法》关于缺陷产品惩罚性赔偿责任的规定之外,又在第1185条增加了故意侵犯知识产权的惩罚性赔偿责任,还在第1244条规定的高度危险责任法定赔偿限额上明确了对“限额”的适用例外,这无疑都充分尊重了商事活动的特殊性要求,并呼应了侵权责任商法化的发展趋势。

#### 四、结语

《民法典》系统整合了新中国成立七十多年来长期实践形成的民事法律规范,借鉴了人类法治文明建设的有益成果,是一部具有鲜明中国特色、实践特色、时代特色的民法典。《民法典》秉承中国多年来形成的民商合一的立法传统,将商事规范的原则与精神纳入其中,构建了中国统一的民商事立法体系,也为后续商事立法工作的发展指明了方向。当然,《民法典》的民商合一在某种程度上必须解释为形式的合一,而非民法与商法实质的、绝对的合一,正如学者所言,如果实质意义上的商法民法化是以现有的民法规范不加区分地规制商人与商行为,从而使商法规范原有的规范特质与规范内容事实上趋于消亡的法律现象,那么事实上有意意识的商法民法化既没有在历史上真正的出现,也不可能在未来大规模上演<sup>①</sup>。<sup>[43]</sup>所以,对《民法典》的民商合一的理解应以认识《民法典》所发挥的对推进全面依法治国、加快建设社会主义法治国家,对发展社会主义市场经济、巩固社会主义基本经济制度,以及其推进国家治理体系和治理能力现代化的政治考量为前提,以《民法典》文本所呈现的对民事规范和商事规范价值、内容的融合为具体解释路径,充分明确其在中国特色社会主义法律体系中,尤其是在民商事法律体系中的基本法地位。

① 参见 Noemí Lidia Nicolau: *El rol de los juristas en la formación del subsistema obligacional argentino*, p 102-103.



## 参考文献:

- [1] 习近平. 充分认识颁布实施民法典重大意义,依法更好保障人民合法权益[J]. 求知,2020(7):4.
- [2] 李建国. 关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上[EB/OL]. (2017-03-15)[2020-06-24]. [http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/09/content\\_2013899.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm).
- [3] 王晨. 关于《中华人民共和国民法典(草案)》的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上[EB/OL]. (2020-05-22)[2020-06-24]. <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202005/50c0b507ad32464aba87c2ea65bea00d.shtml>.
- [4] 施天涛. 民法典能够实现民商合一吗? [J]. 中国法律评论,2015(4):23-24.
- [5] 陈自强. 代理权与经理权之间——民商合一与民商分立[M]. 北京:北京大学出版社,2008:197.
- [6] 徐国栋. 罗马商法及其与“民法”的合一——以优士丁尼《法学阶梯》为考察对象[J]. 法制与社会发展,2017,23(5).
- [7] 彼得罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 黄风,译. 北京:中国政法大学出版社,2018:18-20.
- [8] 谢怀栻. 外国商法精要[M]. 北京:法律出版社,2014:51-54.
- [9] 梅仲协. 民法要义[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998:初版序.
- [10] 徐学鹿,梁鹏. 商法总论(修订版)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2009:369.
- [11] 施鸿鹏. 民法与商法二元格局的演变与形成[J]. 法学研究,2017,39(2):80-81.
- [12] 赵万一. 商法基本问题研究[M]. 北京:法律出版社,2013:86-97.
- [13] 张谷. 商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点[J]. 清华法治论衡,2005(2):4.
- [14] 赵旭东. 商法学[M]. 3版. 北京:高等教育出版社,2015:8-11.
- [15] 王作全. 商法学[M]. 4版. 北京:北京大学出版社,2017:8-10.
- [16] 范健,王建文. 商法学[M]. 4版. 北京:法律出版社,2018:8-11.
- [17] 王利明. 民法的人文关怀[J]. 当代贵州,2015(27):62.
- [18] 陈彦晶. 重大误解规则商事适用的限制[J]. 华东政法大学学报,2019,22(1):147.
- [19] 赵万一,赵吟文. 论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用[J]. 现代法学,2012(4):69.
- [20] 范健,丁凤玲. 中国商人制度与民事主体立法——写在《民法总则》创立时的思考[J]. 南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学),2017,54(3).
- [21] 夏小雄. 商行为的体系定位和结构转换——历史维度的再考察[J]. 环球法律评论,2017,39(1).
- [22] 赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学,2016(4).
- [23] 艾伦·沃森. 民法法系的演变及形成[M]. 李静冰,姚新华,译. 北京:中国法制出版社,2005:191.
- [24] 聂卫锋. 中国民商立法体例历史考——从晚清到民国的立法政策与学说争论[J]. 政法论坛,2014(1).
- [25] 王家福. 新中国的民事立法感言[J]. 法学家,2009(5):19.
- [26] 王利明. 中国民法典制定的回顾与展望[J]. 法学论坛,2008(5):6-8.
- [27] 杨立新,孙沛成. 佟柔民法调整对象理论渊源考[J]. 法学家,2004(6):65-67.
- [28] 王轶,关淑芳. 民法商法关系论——以民法典编纂为背景[J]. 社会科学战线,2016(4).
- [29] 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,2015,32(4):6.
- [30] 江平. 民法学[M]. 2版. 北京:中国政法大学出版社,2016:18.
- [31] 许中缘. 我国《民法总则》对民商合一体例的立法创新[J]. 法学,2017(7):58.
- [32] 彭真明. 论现代民商合一体例下民法典对商事规范的统摄[J]. 社会科学,2017(3):92.
- [33] 郭富青. 论现代商法的基点、形式与我国商法的体系化建构[J]. 学术论坛,2019,42(1):33-34.
- [34] 封丽霞. 法典编纂论——一个比较法的视角[M]. 北京:清华大学出版社,2002:234.
- [35] 蒂堡,萨维尼. 论统一民法对于德意志的必要性[M]. 朱虎,译. 北京:中国法制出版社,2009:5-15.
- [36] 殷安军. 瑞士法上民商合一立法模式的形成 兼评“单一法典”理念[J]. 中外法学,2014,26(6):1469.
- [37] 谢怀栻. 大陆法国家民法典研究——第四节:瑞士民法典[J]. 外国法译评,1995,17(2):2.
- [38] F. 卡尔卡诺. 商法史[M]. 贾婉婷,译. 北京:商务印书馆,2017:109-111.
- [39] 王利明. 论法典中心主义与我国民事立法的体系化[J]. 云南大学学报(法学版),2009(2):4.
- [40] 中华人民共和国国务院办公厅. 《中国特色社会主义法律体系》白皮书(全文)[EB/OL]. (2011-10-27)[2020-06-24]. [http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/62/3/Document/1035422/1035422\\_3.htm](http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/62/3/Document/1035422/1035422_3.htm).
- [41] 薛军. 批判民法学的理论建构[M]. 北京:北京大学出版社,2012:43.
- [42] 刘道远. 商事侵权责任对侵权责任法的挑战及其对策[J]. 法商研究,2010,27(1).
- [43] 徐涤宇. 解法典后的再法典化:阿根廷民商法典启示录[J]. 比较法研究,2018(1):191.