

《民法总则》包容商事关系模式研究

雷兴虎，薛 波*

摘要：民商两法的关系处置问题，是民法典编纂过程中绕不过去的疑题。从历史、立法、司法及比较法等层面考察可知，制定《民法总则》应充分体现对商事关系的包容性，以实现商事关系集约化调整之目标。《民法总则》包容商事关系存在独立成编、独立成章、独立成条和完全融合四种备选模式。从编纂时机与法律成本上考量，独立成章是《民法总则》包容商事关系最现实、可行（非最优）的模式选择。该模式下，《民法总则》包容商事关系应符合“简、通、补、适”四性要求。未来《民法总则》调整商事关系一章，应包括一般规定、商主体、商行为、商事代理、商事登记、商业账簿、商号七方面内容。

关键词：民法总则；包容性；模式选择；独立成章；内容体现

引言

当前，有关民法典编纂的议题在学界正处于争讨和热议之中。按照学界对民法典编纂步骤的设计和构想，首先应当修改《民法通则》、制定《民法总则》。《民法总则》作为民法典编纂的第一步，将承载着私法“体系化”和“科学化”的重任。从某种程度上讲，《民法总则》的设计水平将直接体现着民法典的质量和水平，当我们面对《民法总则》制定过程中的重点和难点问题，需要细为忖度和考量。其中，《民法总则》对商事关系的包容性应当是《民法总则》制定过程中绕不过去的疑题。如果制定《民法总则》不能对这一问题做出妥当的回应和安排，那么民法学界所提倡的在民商合一的体制之下编纂民法典^{〔1〕}将有可能成为一场“失败的法典化

* 作者简介：雷兴虎，中南财经政法大学教授，博士生导师，中国商法学研究会副会长；薛波，中南财经政法大学法学院民商法学博士研究生。

〔1〕 参见王利明：《民商合一体例之下民法典总则的制定》，载《法商研究》2015年第4期。

运动〔2〕”。本文试图立足于《民法总则》对商事关系包容性视角之下,〔3〕就《民法总则》包容商事关系的模式选择问题做一番细致的考察和探究,以期当前讨论正酣的民法典编纂工作提供一些理论上的参考和借鉴。

一、《民法总则》包容商事关系的可能性考察

《民法总则》缘何要包容商事关系?这应当是讨论《民法总则》包容商事关系模式首先需要面对的前提性追问。众所周知,在民商两法关系处置问题上,商法学界认为存在四种模式。〔4〕如果我国未来民法典选择彻底的民商分立模式,本文言指的《民法总则》对商事关系的包容性自然就成为一个“庸人自扰”的无价值命题。民商分立模式,民法典所要关照的法律关系及部门法自然将商事关系排斥在外。自法情感和理论研究角度而言,于民法典之外,如能制定一部与民法典并行的商法典是商法学人所热衷和期许的追求。可是,依据笔者的长期观察与理性思考,我国当前的民法典编纂,将会摒弃民商分立的法典编纂模式,在整合当前种类繁多的民商事单行法基础上,制定一部具有商法特色的民法典。

(一) 我国长期实行民商合一立法体制

我国虽在清末法制改革时期有过民商分立的立法实践,光绪34年(1908年)由修订法律馆邀请志田钾太郎仿照日本立法例,起草《大清商律草案》,〔5〕该草案被誉为“我国编纂近代商法法典的开始”。〔6〕但仅为昙花一现,民国政府时期(1929年6月5日),胡汉民、林森提出《民商划一提案》,该提案经过审查之后交由政治会议第183次会议决定交付立法院,确立了“将民商订为统一法典,其不能合并者则分别立单行法规”的原则,明示理由为:(1)西方民商分立是因为商人是一特殊阶级,而我国自汉初驰商贾之律之后,四民共治于一法,商人本非特殊之阶级;(2)制定民商合一并不妨碍商注重进步的性质;(3)民商合一法典与商法之国际性并不矛盾;(4)民商合一已成为世界立法之新趋势,我国何可独与其反;(5)人民在法律上应当平等,不能因为职业或行为不同即特别订立单独法典,这不仅是因为职业种类繁多而不能遍及,而且与平等原则不合;(6)商行为标准难定;(7)商法规定事项本列一定范围,无法以总则贯穿其全体;(8)民法商法关系密切,民商分立在适用上不便。〔7〕1929年至1930年间,先后颁布了民法总则、债权、物权、亲属、继承五编,1929年11月5日立法院按照民商合一的体制制定的《民法债权编》将商法总则中的经理人、代办商,商行为中的买卖、交互计算、行纪、居间、仓库、运送营业及承揽运送订入债权编。与此同时,立法院商法委员会等机构开始起草各类商事单行法,陆续颁布了公司法、保险法、海商法、票据法等单行法作为民事

〔2〕 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。

〔3〕 值得注意的是,《中华人民共和国民法总则(草案)》“说明部分”已明确指出“我国民事立法秉持民商合一的传统。通过编纂民法典,完善我国民商事领域的基本规则,亦为商事活动提供基本遵循,有利于健全市场秩序,维护交易安全,促进社会主义市场经济健康发展。”

〔4〕 参见石少侠:《我国应当实行实质商法主义的民商分立》,载《法制与社会发展》2003年第5期。

〔5〕 季立刚:《民国商事立法研究》,复旦大学出版社2006年版,第139页。

〔6〕 王志华:《中国商法百年(1904—2004)》,载《比较法研究》2005年第2期。

〔7〕 同前引〔5〕,第139页。

特别法。自此，中国走上了一条有特色的民商合一立法模式之路。^{〔8〕}

（二）《民法总则》包容商事关系具备立法基础

《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法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。”在调整对象上《民法通则》并没区分民事和商事关系，且《民法通则》还明确将财产关系置于人身关系之前。由于商法在中国发展较晚，民法自然承担起了为商品经济和市场经济保驾护航的重任。^{〔9〕}依据《民法通则》第3、4条对民法基本原则的规定，当事人在民事活动中的地位平等，民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿和诚实信用原则，这些原则并非民法所固有，而是借助于商法的。^{〔10〕}《民法通则》第三章第四节以18个条文对法人的成立、资格取得、民事责任等问题做了规定，《民法通则》99条规定了企业法人、个体工商户、个人合伙对自己名称的转让权，第101条规定了法人的名誉权，第102条规定了法人的荣誉权。这些规定无论是立法者有意或无意为之，相关内容确实关照到了商事关系的法律调整。如果《民法通则》体现的还不够典型，那么我国《合同法》基本就是一部商事合同法。起草《合同法》的立法专家毫不隐晦的承认《合同法》借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》的规定。例如，该法第204条关于借贷合同利率的规定，第211条自然人之间借贷合同的利率的规定，如果当事人对合同利息无约定，则借贷合同无利息，而金融机构作为出借人的借贷合同则有利息。再比如，《合同法》规定的建筑工程合同、融资租赁合同、多式联运合同、技术合同、仓储合同、行纪合同等，实则多由商事主体订立。《物权法》规定之基金份额、股权和应收账款之设质、财团抵押和浮动抵押，也多发生在商事主体之间，为我国未来《民法总则》包容商事关系提供了立法基础。

（三）民商两法在司法中往往交织适用

在司法层面，民商两法交织适用更为明显。在商事活动中，已经没有人认为单靠商事单行法的特殊规则能解决所有的商事纠纷，商事纠纷案件的司法裁判往往要借助（依凭）民法规则的适用，甚至许多复杂的商事疑难案件涉及了诸多部门法（民法、商法、民事诉讼、甚至刑法）规则的交织适用，兹举两例以简要释明：例一，最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）第7条第1款、25条第1款和第27条第1款均涉及到了股权善意取得问题，立法均明确规定依据《物权法》106条物权善意取得的规定处理；例二，《公司法》第22条规定了公司决议的可撤销和无效之诉。公司决议属于公司内部意思形成机制，具有法律行为的特性。公司决议的可撤销和无效在法理上借鉴了法律行为可撤销、无效的类型区分理论。上述两例均直接体现了公司案件司法裁判过程中民商规范及法理的适用问题。从法律适用的角度而言，在《民法总则》中将体现民商两法的共性规范、商事各单行法的共通性、补充性的规范，体现在《民法总则》的规范设计中，符合民商事司法裁判的实际需求。

（四）商法基础理论研究尚待深入挖掘

由于历史及政治原因，建国后近30年里（1949年—1978年），商法及商法学基础理论基

〔8〕 2012年10月25日（距2014年10月23日十八届中央委员会第四次会议正式提出编纂民法典两年），王利明教授在《光明日报》撰文提出，向中国自己的民法典迈进，制定一部具有“中国特色”的民法典；几乎同一时间，孙宪忠教授也以纪念十年前（2002年10月17日）民法典首次提交全国人大常委会审议为名，组织“中国民法立法”研讨会。之后，他更是以自己全国人大代表身份，两次向全国人大法律工作委员会提出修改《民法通则》制定《民法总则》的议案。两位民法学者均倡导民法典编纂采纳民商合一体制。

〔9〕 参见施天涛：《民法典能实现民商合一吗？》，载《中国法律评论》2015年第4期。

〔10〕 同前引〔9〕。

本处于一片荒芜之中。尽管自中共十一届三中全会到中共十七大，随着经济体制改革的不断推进，我国的商法和商法学由停滞走向复兴、昌盛，并逐步形成了一个具有中国特色的商法体系和重要的、独立的商法学部门。^{〔11〕}但是商法研究者自身对商法基础理论缺乏起码的关注，或者说缺乏真正深入的关于商法理论体系的基础性学理研究。^{〔12〕}以至于有学者深情的发问：“商法的内容是朦胧的，商法的边界是模糊的。一方面我们叨念着商法，但确不定商法为何物，一方面我们呼唤着商法的理论和学说，但说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法，商法的位置在哪里？”^{〔13〕}确如其言，目前学界在商法基本理论上仍然缺乏最基本的共识：商法的调整对象是什么？商行为的准确意义为何？商行为能否作为商法的调整对象？应否建立单独的商事行为法规体系？商法的范围和内容究竟由那些部分组成？这些关涉商法基础理论的重大命题至今仍然处在摸索和发展阶段。当前，在商法学基础理论（尤其是商法解释学）欠发达，制定一部独立商法典（《商事通则》）又遥遥无期的现实下，不妨退而求其次，从《民法总则》对商事关系的包容性出发考虑《民法总则》如何体现商法的特色问题，这可能是一条妥适的思路。从《民法总则》对商事关系的包容性出发考量，藉由民法典编纂之良机，实现商事立法的系统化和科学化，以法典编纂进而推动商法基础理论的发展。

（五）单一法典模式是晚近立法的一种趋势

从近三十年世界各国的立法趋势来看，以单一民法典和商事单行法并存的立法体例也具有比较法上的参照。例如，1992年生效的新荷兰民法典虽然采用了形式上的民商合一模式，但充分照顾到了商法的特点，将民事活动与整个市场经济所适用的共同规则与制度集中体现在民法典中，而将适用于局部领域或个别市场的规则，作为例外规定在民事特别法中，反映了现代民法追求实质正义的要求，较为突出的体现了民法典的开放性、融合性与现代性的特征。^{〔14〕}

综上，无论从历史层面考量，还是从既有理论、立法、司法及比较法范围内的考察。最合理和现实的选择就是，《民法总则》应当、也必须充分关照到对商事关系的法律调整要求，这是民商法学者制定一步具有中国“特色”的民法典应当肩负的责无旁贷的历史使命。

二、《民法总则》包容商事关系的实益与误区厘清

在厘清了《民法总则》缘何要包容商事关系之后，必须面对并澄清的可能追问是：为何要选择该种视角来思考民、商两法的关系处置问题？显然，这不是一个简单的“是”或“否”的价值判断命题。对这一问题的回答，必须能准确厘定《民法总则》包容商事关系这一模式实益之所在。因为立法选择何种模式，表面上是一个法技术问题，实则反映的是立法哲学和价值诉求。^{〔15〕}一切法都要受到利益和目的的约束。^{〔16〕}同样，立法活动也要受到利益和目的的约束。唯有从理论层面澄清《民法总则》包容商事关系实益之所在，才有可能于立法实践中考虑选择这一模式。当然这还不够，在考虑这一模式实益时，还应当权衡该种模式可能的局限性所在。新

〔11〕 参见华中师范大学商法研究中心：《中国商法及商法学三十年》，载《法学杂志》2009年第2期。

〔12〕 参见范健、王建文：《商法论》，高等教育出版社2003年版，第3页。

〔13〕 参见赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛》2002年第1期。

〔14〕 参见焦富民、盛敏：《论荷兰民法典的开放性、融合性与现代性——兼及对中国制定民法典的启示》，载《法学家》2005年第5期。

〔15〕 [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法哲学》（中译本序），王朴译，法律出版社，2013年版，第3页。

〔16〕 [德]魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第232页。

制度经济学的代表科斯早就告诫，导致某些决策改善的现行制度的变化也会同时导致其它决策的恶化，^{〔17〕}我们在选择社会格局时，必须考虑各种社会格局的运行成本以及新制度的运行成本，^{〔18〕}只有在实益和局限两端经过充分权衡后方能当然选择和接受这一模式。

（一）《民法总则》包容商事关系之实益

1. 结束民商立法体例之争。民商立法体例之争旷日持久，持民商合一和分立者均各执一词、难以调和。自清末以降，我国民法典建设已逾百年，期间历经四次民法典编纂，尽管长时间内实行的都是单一法典模式。但在理论层面，基于商法的独立性和特殊性以及商事活动的自身规律，制定一部独立的《商法典》或《商事通则》的呼声一直未曾间断。笔者认为，借此次民法典编纂的良机，从《民法总则》对商事关系的包容性入手思考制定《民法总则》，是结束民商法立法体例之争最现实、可能的途径选择。

2. 创新《民法总则》的体例结构。按照民法学界对《民法总则》体例、内容的构想，未来我国《民法总则》将会在《民法通则》的基础上制定。从当前公布的几部《民法总则》专家建议稿来看，所涉《民法总则》的内容设置，无论是主体、客体、法律行为制度，还是代理、实效制度安排，基本都在传统民法的框架之内展开，笔者认为，未来我国制定《民法总则》，若从《民法总则》对商事关系的包容性思路切入，采取妥适的立法模式和进路，将利于创新《民法总则》的体例结构。

3. 助推商法解释学的深入和发展。前文已述及，我国商法基础理论研究长期较为薄弱，主要原因之一就在于商法解释学的欠发达。商法解释学落后的客观原因，除了商法学研究在我国起步较晚之外，更为重要的原因在于商事各单行法政出多门、立法价值不一，各单行法、规则群、制度链之间存在严重的龃龉和矛盾。支离破碎的商事单行法规则群体无法为解释者提供一个可资参照、可靠的法律文本，严重影响了法律解释学的研究和发展。经由《民法总则》包容商事关系，进而编纂民法典。能够厘清当前商事单行法、制度链、规则群之间的龃龉和矛盾，抽离出体现商事各单行法的一般性、共通性规则，加以体系化，为商法的解释和适用提供一个可以依赖的权威文本，助推商法解释学的深入和发展。

4. 实现商法立法的系统化和科学化。由于我国民商事立法虑及特定时代背景下的社会现实需求，在立法政策上推行“成熟一个、制定一个”的立法方针。使得各商事单行法在立法价值和目标上前后不统一，各商事单行法制度群体之间“打架”的现象经常存在。事实上，各商事单行法之间存在着诸多共通性的规则（如经理权、商事代理、决议行为等），并且部分商事单行法之间存在相当的联系（如证券法和公司法、公司法和破产法、票据法和银行法）。如果能从这些商事单行法当中抽离出一般性、共通性的规则纳入到《民法总则》当中去，可以进一步弥合各单行法长期“各自为政”的混乱状况，实现商事立法的系统化和科学化。

5. 便于法律适用上的统一和同一。制定民法典（《民法总则》）的核心目标是要实现民法立法体系的系统化和科学化，进而为民事裁判提供统一的法源体系。^{〔19〕}同理，从《民法总则》对商事关系的包容性入手，实现商事立法的系统化和科学化。其核心的目标乃是为商法的适用提供统一的法源体系，进而减少法律适用的成本，便于法律适用的统一和同一。

上述所言这些实益，可能会面对的诘难和追问是，这些实益非该条思路所独有。彻底的民

〔17〕 [美] 科斯：《社会成本问题》刘守英译，载《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联出版社、上海人民出版社2014年版，第39页。

〔18〕 同前引〔17〕，第39页。

〔19〕 参见薛军：《中国民法典编纂：观念、愿景与思路》，载《中国法学》2015年第4期。

商分立也能够结束民商立法体例之争，在民法典之外制定一部独立的《商事通则》也能达至商事立法体系化、系统化之目的，甚至保持现在商事单行法各自独立的局面，也未必会影响到法律适用的统一和同一。客观而言，这些批评和诘难是有一定道理的，但从立法成本及本文第一部分的分析，从《民法总则》对商事关系的包容性入手思考《民法总则》的制定，应当是当下编纂民法典处理商事关系最妥适的一条思路了。

（二）《民法总则》包容商事关系的可能误区

1. 《民法总则》包容商事关系并非要否定商事关系的特殊性。毋庸讳言，商法作为部门法得以单独存在，其必定具有超脱于特定政治、社会、经济背景的超稳定结构，这是商法作为理性法和部门法得以发展和完善的保障和源泉。其在价值目标、规范设计、司法裁判等不同环节隐形地遵循着商法特有的思维模式和方法，而这种模式和方法恰恰是商法价值目标、制度设计的起点和终点。因此，笔者认为，无论采用何种立法进路和模式，商事关系的独立性和商法的特色始终存在，其并不会因为《民法总则》包容商事关系而消弭和丧失。

2. 《民法总则》包容商事关系不等于商法向民法的屈从。当前学界有一种声音，认为统合考虑民商事关系，体现了商法学者转而委身于民法。^[20] 笔者认为该观点值得推敲：第一，将民商合一或者《民法总则》统合考虑商事关系的做法，认为是商法学者“委身”于民法，称谓是否妥当，值得斟酌。第二，民商两法的关系处置问题是一个理性、严肃的学术问题，学术问题应当纯粹从说理层面展开，以一个武断的价值判断代替事实判断，似不可取。第三，依笔者拙见，《民法总则》包容商事关系不是民法向商法的“屈从”，而是从民法典编纂的现实需求以及我国民法典建设的历史考量，经过理性的思考之后得出的立法成本最低的现实选择。

三、《民法总则》包容商事关系的四种模式透视

从理论和实益两个层面，明确了以《民法总则》包容商事关系的立法思路之后，《民法总则》应当以何种方式来实现对商事关系的包容性？依据笔者的观察，民商法学界对这一问题目前已有基本的认知。2014年10月23日，中共十八届四中全会提出全面推进依法治国，编纂民法典之后。民法典编纂的首要任务就是就是统筹规划与其它相关法律部门、尤其是商法部门之间的关系。^[21] 对此，尽管学界认识殊异，但对于民法典编纂必须处理好民法和商法关系这一点，民商法学界的认识基本一致。^[22] 之后，围绕民法典编纂中的商事立法安排问题，中国法学会商法学研究会分别于2015年3月17日、4月19日、5月9日、6月13日举行了四次研讨会。^[23] 尤其值得指出的是，2015年6月13日由民商法学者在北京联袂举行的“民法典编纂与商事立法研讨会”上，民商法学者在凝聚前四次会议共识的基础之上，提出了民法典处理商事关系的四种备选模式。

（一）《民法总则》包容商事关系的四种备选模式

[20] 同前引〔9〕。

[21] 参见李建伟：《制定商事通则的缘起及其立法价值的再认识》，载《社会科学战线》2015年第12期。

[22] 参见崔建远：《编纂民法典必须摆正几对关系》，载《清华法学》2014年第6期；王轶：《我国民法典编纂处理好三组关系》，载《中国党政干部论坛》2015年第7期。

[23] 这四次研讨会的主题依次分为：“中国民法典制订中的商事法律规范：问题与出路”、“《民法总则专家建议稿（征求意见稿）》征求意见专题研讨会”、“《民法总则专家建议稿（征求意见稿）》征求意见论证会研讨会”、“民法典编纂与商事立法研讨会”。

1. 独立成编模式。所谓独立成编模式,系指在民法典体系内部制定《商法总则》(或《商事通则》),将其独立成编,并和《民法总则》、《物权法》、《人格权法》、《合同法》、《侵权责任法》等民法各编并列,在统合各编基础之上,编纂民法典。在商法学界内部,有相当多学者主张这种模式,认为该种模式是在当前立法机关无制定《商法典》(《商事通则》)立法规划的情况之下所做的最恰当的选择。^[24]与之相类似但稍有变通的一种观点认为,在制定和民法典并存之商法典模式难以实现的情况下,可考虑在民法典内部制定变形的商法典,即内含于民法典中的《民法典(下编)——商法通则与特别商法》。^[25]这两种模式均主张在民法典体系内部制定独立的《商法通则编》,只是后者不仅明确了在民法典体系内部制定独立的《商法总则》,而且还指出《商法总则》在民法典中的体系定位应当是民法典的下编。若抛开法典形式之争,后一种观点虽然主张民商共事于一部法典之内,实质却是主张制定独立的商法典。

2. 独立成章模式。所谓独立成章模式,系指在《民法典》之《民法总则》编中独立设立一章,统一规定调整商事关系的一般性、共通性和补充性之内容,与《民法总则》的一般规定、民事主体、法律行为、代理,期日、期间与诉讼实效等章节相并列,并在民法典编纂过程中,适当修改《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等各编内容,在此基础上编纂民法典。

3. 独立成条模式。与前面两种模式不同的是,该种模式并不通过“编”和“章”等方法,系统的规定调整商事关系的一般性、共通性和补充性规范,而是在形式上不改变法典编章结构的前提之下,将《商法总则》的内容全部分解为单独、具体的条款,并采用条、款和“但书规定”的方式,尽可能将调整商事关系的法律规范完全融合到《民法总则》的各个章节当中去。“独立成条的模式”被有学者认为“符合我国渐进市场改革中渐进市场法律改革的国情”^[26]

4. 完全融合模式。前三种模式在民法典编纂过程中均不同程度兼顾了商法的特殊性和商事关系的包容性问题。与前三种模式迥异,该种模式主要为一些“民法帝国主义”或“民法沙文主义”民法学者所持有。该种模式下,无需在《民法总则》中单独设置调整商事关系的编、章、条,完全依据民法典各编的具体内容和调整的法律关系特点来设置具体的制度规则。《民法总则》的主体制度、法律行为制度、代理和诉讼实效制度以及《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等完全能够实现对商事关系的调整目标。

上述四种模式代表了当前学界在法典内部处理民商两法关系的基本看法。若纯粹从民商两法的关系处置角度而言,还存在其它模式。例如,在民法典之外制定独立的《商法典》或《商事通则》。考虑到该种模式在商法学界所持者众,相关文献资料汗牛充栋,^[27]本文主张从《民法总则》对商事关系的包容性角度处置民商两法的关系,故对该种模式在此不详加阐述。这四种备选模式在包容商事关系的强度上呈逐次递减趋势,可用下图表示:

[24] 参见周林彬、管欣荣:《我国商法总则理论与实践的再思考》,法律出版社2015年版,第484页。

[25] 同前引[2]。

[26] 同前引[28],第484页。

[27] 参见王保树:《商事通则:超越民商合一和民商分立》,载《法学研究》2005年第1期;赵旭东:《商法通则的法理基础与现实依据》,载《吉林大学学报》(社会科学版)2008年第2期;雷兴虎:《商事通则:中国商事立法的基本形式》,载《湖南社会科学》2004年第6期;石少侠:《我国应实行实质主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,载《法制与社会发展》2003年第5期;郭富青:《我国商法体系的构建技术》,载《法律科学》2008年第2期;任尔昕:《我国商事立法模式之选择》,载《现代法学》2004年第1期。

民法总则包容商事关系之模式	设置要求	包容性强度
独立成编	《民法典》内制定《商事通则》(或《商法总则》)	最强
独立成章	《民法总则》内独立设章,与主体、法律行为、代理、时效等章节并列。	次强—强 1
独立成条	《民法总则》各章节之内,单独设定规范商事关系条款。	次强—强 2
完全融合	《民法总则》不单独设置调整商事关系的编、章、条,根据民法典各编内容和调整法律关系特点设置具体规则。	最弱

(二) 四种备选模式优劣之权衡

1. 独立成编模式。该模式于民法典体系内部制定独立的《商法总则》(《商法典》)。其优点在于:(1) 宜充分体现商事关系的特殊性与商法的特色。若论民法典体系内部处理民商两法的关系,该种模式应当是商法学者最易于接受的观点。独立成编模式虽然较之于在民法典之外制定独立的《商法通则》属次优模式(选择),但从体现商法特色强度而言,两者并不存在太大区别,仅是“编内”和“编外”的形式差异。(2) 能创新民法典的体例结构;(3) 能实现商法的系统化和科学化目标。但是,该种模式在当前民法典编纂的背景之下,也存在着难以克服的局限性:(1) 在价值贯彻上难谓圆通。法学作为价值导向之实践科学,^[28] 价值取向一直是法律规范设计的指引和核心,价值取向塑造了法律体系的精神气质。^[29] 因此,民法典编纂必须在内在价值导向上具有统一性和贯彻性。若于民法典体系内部,制定独立的《商事通则》,由于民商两法在调整对象、方法以及价值取向上显著不同,^[30] 如何妥当调和两法价值取向上的轩轻难度极大。(2) 在法技术层面难以操作。所谓充分“体现对商事关系的包容性”,看似美妙,实则不然。若于民法典内部将《民法总则》与《商法总则》并列,在民法典体例结构上,将出现《民法总则》《商法总则》《人格权法》《物权法》《债法总则》《合同法》《侵权法》《继承法》等并列的所谓“创新”结构。众所周知,我国未来民法典在体系结构上,将极可能承袭潘德克顿总——分的法典编纂模式,该种模式对《民法总则》内容的抽象性要求程度较高,《民法总则》中的诸多制度(如法律行为、代理、客体、诉讼时效)贯彻分则之始终。若《民法总则》与《商法总则》共事一部法典之内,谁指导谁?稍有不慎破坏的将不仅是民法典的外部体系结构,更可能伤及民法典的内在价值脉络(还存在一种替代模式,即分上下两编)。(3) 在当前民法学者主导民法典编纂之局面无法改变的情况之下,这种编内制定独立《商法总则》的模式难以为民法学者接受。(4) 既往历次民法典编纂方案中,也从未出现过民法典体系内部出现《民法总则》和《商法总则》并行的局面。(5) 在当前颁布的诸多版本民法典草案当中,均不存在一部法典内部出现“两部总则(通则)”的“离奇现象”。(6) 该种模式将影响法典的形式美,如果在民法典体系内部制定独立的《商事通则》,同民法典各编总条文数相比,《商事通则》的条文数量可谓偏少。^[31]

[28] 参见 [德] 康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆 1999 年版,第 24 页。

[29] 参见叶金强:《信赖原理的私法构造》,北京大学出版社 2014 年版,第 17 页。

[30] 参见赵万一:《商法基本问题研究》,法律出版社 2013 年版,第 86 页。

[31] 以王保树教授领衔于 2010 年制定的《中华人民共和国商事通则》学者建议稿为例,总计 10 章 92 条。据笔者后文总结,当前公布的 5 部民法总则建议稿或专家议案条文数量在 200 至 300 条之间,若再加上各分编的条文。可以预见,与民法编的条文数相比,商法部分的条文显得偏少。参见王保树等:《中华人民共和国商事通则建议稿》,载《商事法论集》(总 20 卷),王保树主编,法律出版社 2012 年版,第 1—11 页。

2. 独立成章模式。该模式的优点在于：(1) 保持了民法典自身的体例结构。(2) 也能较为充分的体现《民法总则》对商事关系的包容性。(3) 较容易为民商法学者所接受。(4) 在法技术层面不存在难题；与之相对应，该种模式的缺点在于：(1) 该模式非处理民商两法关系的最优模式，将调整商事关系的模式由“编”改为“章”无疑压缩了商法规范的比例和内容。(2) 该种模式于《民法总则》内部独立设章，其体系位置在《民法总则》中如何安置，需要细为考量。(3) 对于持民商分立的商法学者而言，独立成章是一个难以接受的立法安排。

3. 独立成条模式。该模式的优点在于：(1) 保持了民法典自身的体例结构。(2) 为部分民法学者所接受。(3) 制定《民法总则》无需考虑对商事关系的集约化调整，节约了立法成本。(4) 具有实证法上的基础。承前所述，我国《合同法》、《物权法》中的诸多条款的设计即采用了独立成条模式调整特定领域的商事关系。尽管存在诸多优点并具有实证法上的基础，但如果仅仅在民法典内部，以条、款形式规定调整商事关系的规范，其局限性较之于独立成编亦不遑多让：(1) 不利于体现商事关系的特色，无法充分展现《民法总则》对商事关系的尊重和包容。(2) 是对既有处理民商法模式和方法（主要是《合同法》）的守旧和依循，在立法体例上不具有创新性。(3) 在立法技术上存在障碍。调整商事关系的法规范如何准确、妥当的嵌入到民事单行法各编之中，存在巨大的困难。(4) 独立成条模式是民法“沙文主义”思想的体现，本质上要实行的仍然是较为彻底的民商合一。(5) 独立成条模式难以为商法学界所接受。

4. 完全融合模式。该模式认为民法典就是“民法”的法典，基本不考虑在法典内部以集约化的方式规定调整商事关系的内容，失去了讨论的前提基础，且该模式即便在民法学界内部，支持的人数也不多。主流的民法学者均认为，民法典（《民法总则》）的制定应当充分体现对商事关系的尊重与包容，制定一部具有商法品格的民法典。^[32]

四、《民法总则》包容商事关系模式选择因由的考量

综上对四种模式的优劣利弊之权衡，可以窥见，这四种在民法典（《民法总则》）体系内部包容商事关系之模式各有优点，亦存不足。很难确定哪种模式是我国编纂民法典处理民商两法关系的最优选择。若单纯从体现商法特色的强度而论，甚至最好的模式还不在上述四类之中（制定独立的《商法典》或《商法通则》是商法学界部分学者认为处理民商两法关系的最佳选择）。但可以肯定的是，在立法机关未对商事立法做立法规划的前提下，未来我国《民法总则》包容商事关系将会在上述四种模式中选择其一。那么，需要细为审慎的就是，决定《民法总则》包容商事关系模式选择的关键性因素何在？我们应当从何入手分析、继而决定《民法总则》包容商事关系之模式？依据笔者的观察和理解，以下四方面应当是决定民法典编纂选择何种模式包容商事关系的关键性因素：(1) 编纂民法典的时间成本；(2) 编纂民法典的立法成本；(3) 立法机关与民法学界的可接受程度；(4) 商法自身的体系化程度。这四重因素当中，民法典编纂的时间和立法成本是从民法典编纂的法律成本因素进行的考量，立法和民法学界的可接受程度、商法的体系化程度则是从现实因素进行的权衡。质言之，法律成本和现实因素是决定《民法总则》包容商事关系模式选择的两重最关键因素。

为何要从现实和法律成本因素思考民法典编纂对商事关系的包容性问题？为何不从政治因素、文化因素、社会因素等多重因素进行综合考量、妥当调和，进而决定《民法总则》包容商

[32] 参见王涌：《中国需要一部具有商法品格的民法典》，载《中国法律评论》2015年第4期。

事关系之模式，可能这才是最优化的路径选择。应当说，这样的质疑具有一定的道理。但是，笔者认为，我们对《民法总则》包容商事关系的讨论不能忽视民法典编纂的时机与历史背景。脱离当前民法典编纂的时机与背景讨论《民法总则》对商事关系的包容性问题，可能会得出民法典包容商事关系模式选择的最理想选择，但绝非最妥适选择。之所以将法律成本和现实因素放置在首位，从法律成本角度考量《民法总则》对商事关系包容性之模式选择问题，乃是由民法典编纂的特点与历史时机决定的。

其一，从民法典自身的特点来看，如前所述，民法典编纂作为一项系统工程和政治工程，规模浩大、体系庞杂。立法过程中所耗费的人力、物力、财力及其所花费的时间、信息等资源的支出巨大。^[33] 因此，在《民法总则》的内容设计上，首先需要考虑的是如何使立法能选择一种成本较低的资源配置形式和实施程序，从而实现立法成本最低的原则和目标。^[34] 质言之，我国《民法总则》包容商事关系的模式选择，首先应当从民法典编纂的宏观角度，根据民法典“编纂”的特点，进行妥当的比较和权衡，选择一种成本较低的立法模式。

其二，民法典编纂的历史时机同样至关重要。党的十八届四中全会在 2014 年通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出将民法典编纂作为我国市场经济法律制度建设的首要任务之后，具体负责民法典编纂立法工作的全国人大常委会法律工作委员会将此视为“一个政治任务”，^[35] 应当说，民法典编纂是民法学人长期的梦想和期盼，此次民法典编纂写进党的正式性文件、列入立法规划可谓是几代民法学人努力的结果。我国民法典建设几经沉浮，建国以来，分别于 1954 年、1962 年、1979 年、2002 年四次启动民法典编纂工作，均因历史条件所限，始终未能完成。^[36] 有学者甚至提出民法典已渐行渐远的悲观论调。^[37] 鉴于以往民法典编纂的教训，正所谓“时不我待”，过去四次民法典编纂中断和搁置的原因即在于法典的编纂过程中，受到多方势力的抵制、政治运动的冲击和影响，以及学界在民法典制定过程中的谨慎、保守心理，延误了民法典编纂出台的时机。^[38] 当我们思考《民法总则》对商事关系的包容性问题时，应当将其置于民法典编纂的历史纵深视角思考，厘清民法典编纂的特定时机和背景，才会对这一问题有直观的认识。

五、《民法总则》包容商事关系模式的应然选择

从民法典编纂的法律成本和现实因素双向综合考量，《民法总则》包容商事关系模式之选择就水到渠成了。

（一）《民法总则》包容商事关系模式的确定

首先，在民法典体系内部独立成编的模式尽管具有理论上的优越性，但实际操作困难重重：1. 独立成编的立法成本较高。如上文分析所示，如果在民法典体系内部制定一部独立的

[33] 参见钱弘道：《经济分析法学》，法律出版社 2003 年版，第 262—263 页。

[34] 参见 [美] 理查德·波斯纳：《法律的经济分析》（上），蒋兆康、林毅夫译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 18 页。

[35] 全国人大法工委民法室负责人在北京杏林山庄召开的《民法典编纂与商事立法》研讨会上的发言中明确表示，全国人大常委会法工委领导要求民法室将《民法典》编纂视为一个必须认真完成的重要“政治任务”。

[36] 梁慧星：《新中国第三次民法起草亲历记》，载《武汉文史资料》2015 年第 1 期。

[37] 柳经纬：《渐行渐远的民法典》，载《比较法研究》2012 年第 1 期。

[38] 同前引 [36]。

《商事通则》，民法典的外部体系将面临重构，操作稍有不慎可能会面临坍塌的危险（这绝非危言耸听）。我们可以以2002年公布的“九编制民法典^[39]”草案为镜鉴。该草案的体系化思路就是“现有法律的汇编”，而不具有立法价值法学上所说的“编纂”。^[40]如果在民法典体系内部制定独立的《商事通则》，民法典之内将出现《民法总则》、《商事通则》、《物权法》、《合同法》、《侵权责任法》等众多民商事单行法并存的局面。原本在民法学界业已成形的民法典编纂步骤和构造将面临重整和再造。这对于一向以抽象、逻辑见长的民法典外部体系而言，无疑是一项艰巨的任务，处理不当，最终制定的民法典将有可能是2002年民法典草案“法律汇编”的重复和翻版。面对民法典编纂的良机，若稍有迟疑，谁又能保证此次民法典编纂不会重蹈前三次法典编纂的覆辙而胎死腹中呢？2. 独立成编在民法典内部存在安置难题。如果《商事通则》在民法典内部独立成编，《商事通则》是紧承《民法总则》之后，还是另行制定民法典的下编即《商事通则编》？选择前者，则《商事通则》和其前《民法总则》及其后《物权法》在逻辑构造上是何种关系？难以厘定；选择后者，则意味着制定一部包容所有民商事法律关系的《民商法典》，至少在形式上又彻底回到了民商合一的老路上去了。3. 独立成编难以为民法学界所接受。前文第一部分已述及，民法典编纂主要由民法学者主导的局面已成定局。在当前公布的三部民法典草案和四部民法总则草案专家建议稿中，在处理商事关系的思路基本上实行的是民商合一，因此，如果要在民法典内部制定独立的《商事通则》，不仅在理论层面要进行充分的论证，在现实层面如何说服民法学者更改业已形成的法典编纂思路，困难重重。

其次，独立成条模式应当是当前民法学界（甚至部分权威学者）所持观点，独立成条模式接近于实质上的民商合一。从现实因素和立法成本角度考量，该种模式较之于独立成编模式之难度亦不遑多让：1. 独立成条模式在立法技术上要求较高。如果在《民法总则》中以独立的条、款和但书的方式，将调整商事关系的内容融入到《民法总则》各个章节当中。该方案首先需要明确应当（能够）纳入到《民法总则》各章的商法规范内容及范围。范围过宽，则《民法总则》对商事关系包容的空间和容量有限；范围过窄，又无法准确、完全归纳出商事关系的一般性、补充性规范，面临着两难的困境。其次，该模式对《民法总则》条文的立法技术要求较高。法律条文之间并非无关的并行并存，其间有各种脉络关联，^[41]并且诸多条文藉由法思想和价值得以正当化、一体化，并避免彼此之间的矛盾。^[42]究竟应当在哪些条款之间设置调整商事关系的规范，在哪些条款当中设置“但书”条款？需要仔细斟酌，以免损伤《民法总则》规范之间的价值脉络，这同样是一项艰巨的任务。并且，即便在《民法总则》条款之间通过“但书”这种立法技术明示该条属于调整商事关系的规范，可如果《民法总则》的条文频繁出现这样的“但书”规定，至少在规范表述上，商法规范属于“绿叶”配“红花”，在形式上商法规范对民法规范的屈从性又表露无疑。2. 该种方案难以为商法学界所接受。思考《民法总则》对商事关系包容性的前提就在于实现商事立法的系统化和科学化。独立成条的模式尽管在某些细节上体现了对商事关系的包容性，但仍然不啻为民法“帝国主义”和“沙文主义”在立法上的直观体现，这无论如何是商法学者难以接受的。3. 无法实现对商事关系集约化调整之

[39] 2000年全国人民代表大会常务委员会法律工作委员会公布的民法典草案总计九编，包括：第一编总则；第二编物权法；第三编合同法；第四编人格权法；第五编婚姻法；第六编收养法；第七编继承法；第八编侵权责任法；第九编涉外民事法律关系的法律适用法。

[40] 孙宪忠：《我国民法立法的体系化和科学化问题》，载《清华法学》2012年第6期。

[41] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆出版社2003年版，第316页。

[42] 同前引[41]，第316页。

目标。独立成条这种分散化调整商事关系模式和商法学界孜孜以求的集约化调整方式相悖。该模式无法将体现商事关系的一般性、共通性、补充性的法律规范以集约化方式规定进入民法典，从而实现对商事关系的系统化调整，并且，该种模式不利于商法的解释与适用。

最后，完全融合模式的缺陷至为明显，理由前已述及，且这种模式即便在民法学界内部，也被认为是一种非理性的处理民商两法关系模式，更遑论被商法学者所接受和认可了。

从现实因素和立法成本的双重因素综合进行考量，在排除了独立成编、独立成条、完全融合三种模式之后，剩下的就是独立成章模式了。笔者认为，独立成章是我国当前编纂民法典最现实、妥当（而非理论最优）的模式选择，主要理由如下：1. 独立成章模式的立法成本较低。与独立成编及独立成条相较，独立成章模式应当是四种模式之中立法成本最低的选择。“章”的特点决定了未来《民法总则》（或者民法典）对商事关系的安排可以在业已成形的民法典体系内部做妥当权衡，无需更改和变动。民法典体系的选择同样并非一蹴而就，有现成模式可循。尤其是我国当前正在努力制定一部 21 世纪具有中国特色的民法典。^{〔43〕} 民法典体系的形成和选择是数代民法学人不断争辩、集思广益的历史和群体的智慧结晶，其付出的物力、智力、时间成本恐怕难以计量。和其它模式（尤其是独立成编）比较，独立成章的模式可以说是一种立法成本较低的立法安排。2. 独立成章模式保持了民法典体系的逻辑构造。当前民法典体系构造采用的潘德克顿总——分结构，由《民法总则》统摄民法单行法各编，总则和分则之间无论是内在价值上的贯彻性，抑或是外在体系的关联性，都以体系和逻辑自足为圭臬。独立成章的模式可最大程度保持当前民法典总则与分则各编之间的逻辑构造。3. 独立成章模式在《民法总则》内部比较容易安置。与独立成编在民法典体系内部安置《商法总则编》的位置存疑不同，如果选择独立成章的立法模式，有关调整商事关系之章节可直接放置在《民法总则》编中，以实现对商事关系的集约化调整目标。4. 独立成章模式也能实现对商事关系的集约化调整目标。实事求是的说，若单纯从对商事关系的集约化调整的目标而言，独立成编或制定独立的《商法典》才是理论上的最优模式。但通过上文分析可知，《民法总则》在选择包容商事关系的模式选择上首先需要考虑的是民法典编纂的立法成本和时机因素。因此，笔者认为，独立成章虽然不是实现商事关系集约化调整目标的理论最优模式选择，但只要内容择取得当，也能够实现对商事关系的集约化调整目标。5. 独立成章模式和我国当前商事立法的系统化程度相吻合。选择独立成章而不选择独立成编或者《商法典》模式，最现实的因素恐怕和商事立法的系统化程度密切相关。由于我国商事立法采取单行商事法规的形式，这些法规相互之间缺乏必要的协调，使得商法体系看似已具有较高的逻辑性，但远未形成完整的商法体系所必然具备的系统性。^{〔44〕} 在立法现实面前，要大量的抽离出调整商事关系的规范内容，存在不小的难度。独立成章模式与我国当前商事立法的系统化程度较为吻合。

需要再次重申的是，选择独立成章模式并非要否定商法的特色，这是经过现实和立法成本双重因素考量之后所做的理性选择。在立法机关短时间内对商事立法规划未做安排的情况下，独立成章模式应当是我国《民法总则》包容商事关系模式的最佳选择。

（二）独立成章模式下《民法总则》包容商事关系的法技术要求

王保树教授指出，制定《商事通则》应当满足“通、统、补”的要求。所谓“通”即满足商事关系调整的共同性规则要求；“统”即满足商事关系调整的统率性要求；“补”即弥补其他

〔43〕 参见王利明：《民法典的时代特征和编纂步骤》，载《清华法学》2014年第6期。

〔44〕 参见范健：《论我国商事立法的体系化——制定商事通则的思考》，载《清华法学》2008年第4期。

单行商事法律规则的缺漏；^[45] 李建伟教授还提出了“提”和“转”的要求。^[46] 这些要求均是针对制定独立的《商事通则》所提出的。独立成章模式下，除考虑上述要求之外，还需顾及民法典的体系、规模特征及编纂民法典的目的。笔者认为，《民法总则》包容商事关系在法技术上应当符合“简、通、补、适”这四性要求。

1. “简”即简约性。在独立成章模式要求下，简约性应当是《民法总则》调整商事关系一章内容设计首先应当追求的法技术标准，这主要是“独立成章”模式的特点决定的。“章”不同于“编”，因此在条文容量上应当力求精炼、简约。具体可通过如下两种途径实现：（1）条文数量上的控制。对《民法总则》中商事关系的条文容量应当有一个大致的判断和预估。最可行、简便的方法就是同《民法总则》其它章节条文数量比较以确定一个近似值，尽管该方法在科学性上存在不足，但至少顾及《民法总则》的形式美。笔者通过对近期公布的五部民法总则专家建议稿^[47]各章条文数量梳理的分析，尝试总结出《民法总则》调整商事关系一章条文数量的大致区间。^[48]

各版本建议稿	一般规定	主体制度	法律行为	代理	时效	总条数
法学会建议稿	13	90	34	23	30	219
梁慧星稿	10	88	42	39	55	233
王利明稿	14	113	51	33	42	290
杨立新稿	22	95	32	32	19	265
龙卫球稿	10	106	46	32	25	222

据上表可知，五部民法总则学者建议稿之一般规定、主体制度、法律行为、代理和时效章节中，条文数量浮动区间为10—113（条），考虑到主体制度、法律行为制度实为《民法总则》之核心，因此，参考范围可限缩在这两章之内，主体制度一章的条文数量浮动区间为88—113（条），法律行为一章为32—51（条），粗略估计，未来《民法总则》调整商事关系一章条文数量大致可在40—120（条）之间浮动。同时参酌《中华人民共和国商事通则》学者建议稿之规定（共92条），虑及章的容量特点，笔者大胆预测，未来《民法总则》调整商事关系一章条文数量似应在40—90（条）上下浮动（当然 ≤ 40 条和 ≥ 90 条亦非绝对不可，40、90只是条文数量控制时的两个参照点，最终确定的条文数量不宜离该两点太远。）必须强调，该种标准仅具形式参考价值，并无多少科学性可言。《民法总则》包容商事关系的条文数量的确定，领会好以下两点才是关键：第一，《民法总则》对商事关系包容性并不是说最终选用（制定）调整商事关系的条文越多，对商事关系的包容性就愈重视、体现的就愈充分；第二，商法规范的构成比例并不是“多”或“少”的问题，关键在于商事一般法规范能否涵盖、吸收所有商事法律关系的共性规范，能否成为商事案件裁判提供选用的请求权基础，进而维护良善的商法秩序，有效减少和节约商事单行法实施的成本。^[49] 这应当是《民法总则》选用（制定）商法规范的唯

[45] 参见王保树：《商事通则：超越民商合——和民商分立》，载《法学研究》2005年第1期。

[46] 所谓“提”，即商事领域立法文件的提升问题，“转”则系指实现商事法律领域许多部门立法的性质由公法（行政管理法）到私法规范（商事法）的转变。具体请参见李建伟：《制定商法通则的缘起及其立法价值的再认识》，载《社会科学战线》2015年第12期。

[47] 这五部专家建议稿分别由中国法学会、梁慧星教授、王利明教授、杨立新教授、龙卫球教授领衔完成。

[48] 必须强调，该种方法并不具有逻辑和实质上的自足性和恰当性，仅供理论参考之用。

[49] 参见薛波：《民法总则对商事关系的包容性及表现》，载《中南大学学报》（社会科学版）2016年第1期。

一基准。(2) 内容设计上的要求。“独立成章”模式下商事规范的内容设置,并非是要将体现商事共通性、补充性的法律规范完全规定在“商事通则”一章中。笔者认为,凡是调整民商两法的共通性法律规范应当依照调整的范围分别规定进入民事主体、法律行为、时效等章节之中,另外,肯定还存在部分单独调整商事关系的共通性、补充性法律规范,这些法律规范应当规定在“商事通则”一章之中。这种方式既能体现民商两法同为私法之特征,同时又不抹杀商法独有之特色,可谓两全其美。2. “通”即共通性。所谓共通性,主要是指纳入《民法总则》的商法规范或者是民商两法共同调整的法律规范,或者属于商法独有,但是却为全部、或者绝大部分商事单行法适用的法律规范。3. “补”即补充性。这主要是基于我国商事立法的现状和特点决定的。我国商事立法当中,还存在诸多的制度缺失和疏漏,如商事经理人的规定就是典型示例,该章的部分规定还应当对商事单行法之缺漏起到填补之作用。4. “适”即适应性。这是基于司法裁判立场的考量。法律作为一门科学,必须对其对象实际是什么来加以叙述,而不是从某些特定的价值判断中来规定它应该如何或不应该如何。^[50] 法律作为实践理性的产物,其魅力主要不在坐而论道,建构价值。^[51] 前文已经述及,民法典编纂的核心目标之一乃是要为民商事裁判提供统一的法源体系,商法规范作为其中的一部分,自然应当遵循这一要求。纳入民法总则中的商事法律规范,应当主要是裁判规范,其制度设计应当充分满足“司法场域”中的“适应性”要求。

(三) 独立成章式模式下《民法总则》包容商事关系的内容体现

“独立成章”模式下我国《民法总则》中应当主要集中规定那些内容?与《民法典》之外单独制定《商法典》(或《商事通则》)之要求不同,在《民法典》体系之内,涉及民商两法共同调整的事项,应当根据实际情况安排在《民法典》各编、章、节、条当中去,《民法总则》集中调整商事关系的一章不对这些共通性调整的范围再做重复规定,仅仅规定商法各单行法独有的一般性、共通性、补充性的内容。这样,一方面符合章的结构设置和内容要求;另一方面可以集中彰显商法的“特色”。鉴此,笔者在结合中国商法学研究会《商事通则》调研组集体完成的《中华人民共和国商事通则》专家建议稿(以下简称“建议稿”)基础之上,并适当参考商法学界对这一问题的部分意见,简要提炼出独立成章模式下《民法总则》包容商事关系的主要内容:

1. 一般规定。该部分主要包括立法目的、基本原则和适用规则。(1) 立法目的应当明确,在《民法总则》中设置调整商事关系的一章,以集中规定调整商事关系的一般性、共通性、补充性规定,便于商法立法的系统化和适用。(2) 基本原则部分,为不和民法基本原则的规定相冲突,笔者认为,商法基本原则应是体现商法理念并对商事司法实践具有重大指导意义的特有性原则。结合建议稿第4条、第5条的规定,应当规定交易便捷^[52]和外观主义原则^[53]。(3) 在适用规则上,应当明确,商法法源之间的适用顺序为:商事单行法——《民法总则》中的商事关系章节——商事习惯——民法相关规定——公认的商法法理和先例,以彻底理顺商法法源之间的适用关系。

2. 商主体。商主体的界定、确立标准、原则等。鉴于现代社会人的普遍商化,民商事主体之间的区隔并不十分明显;同时基于“章”的特点。笔者建议“商主体一节的相关规定应适

[50] 参见 [奥] 凯尔森:《法与国家一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 2003 年版,第 2 页。

[51] 参见 [德] 卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2013 年版,第 284 页。

[52] 同前引 [31], 第 1 页。

[53] 同前引 [31], 第 1 页。

当压缩,《民法总则》只需呈现体现商主体特有的、重要的内容即可。(1)在称谓上,应当以“商主体”代替“商人”概念,商主体的概念应当以“企业”作为其核心要素界定。近年来,欧洲和日本的众多学者倾向于将商主体界定为“企业”,并有将传统商法定义为“企业的对外私法”之趋势。^[54]我国《澳门商法典》已经将“企业”作为界定商主体的基本依据,我国商法学界也观察到了这种新趋势。^[55]笔者认为,未来《民法总则》调整商事关系章的制定,应当接受这一趋势。(2)在商主体的核心特征上,应当进一步明确“营业财产”的概念,具有营业的财产是商主体最显著、核心的特征。(3)在商主体的界定标准上,是采取严格的“商主体法定主义”还是“缓和的商主体法定主义”标准,商法学界目前较为倾向于前者。笔者认为,物权法领域有关物权的类型已出现明显的“物权法定主义缓和”的趋势,新类型物权的层出不穷,使得传统法定化的调整方式显得捉襟见肘。企业形态调整原则上,不妨借鉴物权法的这一趋势,以宽缓化的做法尊重商事实践中企业形态的创新。

此外,该章是否需要商事权利能力和行为能力进行规定?考虑到其和民事权利能力之间的区隔并非十分明显,笔者建议,商事权利能力和行为能力在民事主体制度中统筹安排为宜。

3. 商行为。商行为领域可谓是商法基础理论中发展最为缓慢的领域。商行为和民事行为之间存在较为密切的联系。^[56]我国单行的商行为法已经对商行为做了较为完备、周详的规定,只是在立法上缺乏系统化。例如,我国《合同法》对于商事买卖、租赁、运输、行纪等商事合同的规定,还有诸如公司决议、保险、信托、证券交易、票据等特别商行为单行法已经规定的较为完备。并且,商行为法的内容较为庞杂,如果在该章统一规定,既不符合章的特点,也不符合简约立法之要求。因此,有关商行为的一般规定可在《民法总则》法律行为一章中将体现民商两法共通性的规定予以明确,同时具体的商行为法在各单行法中规定,这样有利于适用上的有的放矢,也符合商行为的立法特点。

4. 商事代理。商法上的代理主要分两种,一种为商行为或商事的代理,另一种为代理商的代理。前者发生在商事组织内部,后者发生在商事组织外部。比较而言,后者的研究较前者充分。^[57]商事代理的最大的特点在于它的非显名主义,这是其区别于民法上代理的特殊点。该部分应当详细规定经理权制度,包括经理权的范围、取得、授予、限制和消灭以及责任承担等问题。代理商的主要内容包括代理商的各项权利和义务以及企业主的各项权利和义务。另外,鉴于经纪人、经销商、特许经营商、居间商也是商事活动的重要参与者,也应当为这些新型的商事辅助人提供最基本的规范。

5. 商事登记。包括登记的主体、登记申请、登记范围、登记程序、登记种类、登记效力,商事公告的效力等。尤其是我国目前正在制定统一的《商事登记法》,该部分内容也应当尽量压缩、简化规定,以符合“章”的要求和特点,保证将来同《商事登记法》的统一和协调。

6. 商业账簿。包括商事账簿的种类、内容、制作、保管等。

[54] 参见 [德] C·W·卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第12页。

[55] 参见叶林:《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》,载《中国法学》2012年第4期。

[56] 如决议行为作为一种典型的商行为,但同时又是法律行为的一种类型。《中华人民共和国民法总则(二审稿)》第127条第2款规定了决议行为的成立;中国法学会起草的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿(征求意见稿)》第120条第2款规定了决议行为的表决程序和表决规则,第138条还规定了决议行为的效力范围。

[57] 参见王保树教授为刘文科的《商事代理法律制度论》一书所做的序言部分。刘文科:《商事代理法律制度论》,法律出版社2013年版,第1页。

7. 商号。包括商号的选用原则、取得、变更、转让、丧失、种类及保护等。

最后，对于商事诉讼实效、商事责任及其救济措施，笔者不建议在该章中规定。商事诉讼时效大多数情况下适用的还是民事时效的规定，尤其是民法学界对时效是否统一立法还持有相当大的歧见，有学者提出，取得时效应当规定入物权编，而消灭时效应当规定入债权编，以便于法律的适用，对此笔者表示赞同；^[58]此外，《民法通则》对商事责任已单独设章规定，商事责任和救济措施的相关规定也应当融合到该章中去。

六、结语：理性对待《民法总则》对商事关系的包容性

民、商两法的关系处置问题可谓是我国法学理论研究中的重大“悬案”。长期以来，由于民法学界始终未能理性认识商法在私法发展中的“开路先锋”角色，商法的地位和功能遭到忽视，以至于有民法学者这样形容：“从商法形成的历史因素来看，商法规则本来就是民法的“弃儿”，商法典是游离在民法之外的“游勇散兵”的收容，其内在联系远不如民法。”^[59]诚然，若仅从法的形式理性而言，商法确实无法和高度系统化、逻辑化的民法相比，但这恰恰是商法的特点和优势所在。商业逻辑的运行规律、商业实践的变动不居塑造了商法的灵活性、变动性和国际性，使得商法能够彻底突破理性主义法律逻辑的桎梏和藩篱，从而开创出商法发展的新局面。本文并不否认，民法典编纂为商事立法系统化和科学化提供了良机，因此，笔者主张“巧用”民法典编纂的良机，在《民法总则》内部独立设章，以实现商事关系集约化调整之目标，但与民法学界致力于追求民法典“在任何时候都具有最精确、最富有法律逻辑语言的私法典^[60]”之目标不同。制定《民法总则》，一方面应当认真对待《民法总则》对商事关系的包容性问题，另一方面应当尊重我国改革开放 30 多年来已经形成的商事立法格局和司法实践，尊重这种“自生自发的秩序^[61]”才是处理民商事立法关系的理性方法。可以预见，在彻底摆脱“民商合体”大民法观的“父爱主义”关怀后，商法发展将获得一片新天地，而民法典编纂也才能真正做到轻装上阵。

[58] 参见尹田：《论中国民法典总则的内容结构》，载《比较法研究》2007年第2期。

[59] 李永军：《论商法的传统与形式理性——历史传统与形式理性对民商分立的影响》，载《法制与社会发展》2002年第6期。

[60] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第220页。

[61] 参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克著：《法律、立法与自由》（第一卷），邓正来、张守东、李静冰译，中国大百科全书出版社2000年版，第55页。