

我国《民法总则》对民商合一体例的立法创新

●许中缘*

【内容摘要】我国《民法总则》确立的民商合一立法模式是民法典编纂中达成的严格立法共识，也是我国《民法总则》对世界民事立法的贡献，即确立了在德国潘德克吞体系下民商合一的立法新模式。就内容而言，《民法总则》创新地规定了民商合一的基本原则，确立了独特的商事主体体系，区分了商事主体自治的内部行为与外部行为，确立了商事权利体系以及商事责任体系。《民法总则》通过创设一系列商事规范有效实现了民商合一，从而避免了民商不分与两者“合而不一”的立法困境，也有利于恰当地实现商事法律规范的体系化。因此，《民法总则》所创立的民商合一基本范畴与基本范式是民法典各分编确定商事规则的基本起点，也为其中民事规范与商事规范的具体适用关系提供了基本准则，统一了弥补商事法律漏洞的适用模式。这是我国民法典走向独立和趋于成熟的重要标志。可以认为，《民法总则》创立的民商合一立法模式是继《民法通则》颁行之后最具革命性的创新。正是这些中国化、时代化的因素奠定了《民法总则》乃至即将出台的民法典在世界民法典中的重要地位。《民法总则》凝聚的民商合一立法共识应该在民法典分编中得以全面贯彻。

【关键词】民法典编纂 《民法总则》 民商合一 创新

无论是采用民商分立立法模式的《德国民法典》《法国民法典》《日本民法典》，还是采用民商合一立法模式的《意大利民法典》《瑞士民法典》《荷兰民法典》，均在施行之中强调商法与民法的合作。可见，商法规范并不具有自治体系，商事基本原则、主体制度、行为制度、权利制度以及责任制度只有回归民法典中的一般性规则才能找到恰当的体系路径。就此而论，民商合一是世界范围内民法典历史发展的共同趋势。中国民法典既继受德国潘德克吞体系，又顺应民商合一之世界潮流。但问题是《德国民法典》所采潘德克吞体系乃基于民商分立立法模式抽象归纳民事规范而形成，因而其实质上只是民事规范体系。而我国《民法总则》在采用民商分立模式的潘德克吞体系中实现了民商合一，将具有独特性的商事规范纳入其中，是中国民法对世界民法作出的巨大贡献。^{〔1〕}2017年3月颁布的《民法总则》在基本原则、主体、行为、权利与责任等方面确立了民商合一立法的基本体系，解决了在民商合一体系下实现商事规范独特性的世界难题，具有重要的历史意义。《民法总则》突破了《民法通则》民

* 作者单位：中南大学法学院。本文系国家法治与法学理论基金项目课题“商法规范的独特性与我国民法典编纂”（16SFB1006）与“法治湖南2011协同中心”的阶段性成果。

〔1〕 参见许中缘、颜克云：《商法的独特性与民法典总则编纂》，《中国社会科学》2016年第12期。

商不分的传统,创立了民商合一的立法新模式,实现了民法典对商事独特性规范的统摄,为世界民事立法谱写了新的篇章,是我国民法典走向世界的重要标志。

一、民商合一是立法者就我国民法典编纂达成的严格共识

学界对于我国民法典是否应采用民商合一立法模式并未形成基本共识。在《中华人民共和国民法总则专家建议稿》中,商法学者大多对民商合一立法模式持批判态度,甚至反对民法典中的商事规范安排,冀图通过编纂商事通则的方式实现商事法律规范的体系化。^[2]还有学者认为:“《商事通则》是超越民商合一和民商分立争议的务实选择。”^[3]其实,就目前学界的研究而论,民法学者与商法学者之间已大致形成两个相互对立的阵营。商法学者大多基于商事规则有别于普通民事规则的特殊性要求制定商事通则,但民法学者基于商法与民法在调整对象以及基本价值追求等方面的重合性,强调两者同属于私法范畴的相似性,由此论证民商合一立法模式的必要性。^[4]尽管民法学者赞同采民商合一立法模式,不支持制定商事通则,但又基于对民法典“民商不分”的担忧而忽略了在民法典中安排商事规范的独特性规则。^[5]商法学者虽大体赞同民商分立,企图通过商事通则实现商事规范的独特性安排,却又脱离民事基本规范,导致出现“民商脱离”之现象。^[6]

尽管学界并未就民商合一立法模式达成基本共识,但立法者却已达成严格的立法共识。2011年国务院新闻办公室发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书即明确商法具有特殊性,应遵循民法的基本原则。2014年10月通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出“加强市场法律制度建设,编纂民法典”这一任务,即明确将编纂民法典作为市场经济法律制度建设的组成部分。由此可以看出,《决定》对民法典编纂采用的正是民商合一的立法模式。此外,2017年3月全国人大常委会《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》也明确指出“我国民事立法秉持民商合一的传统”。因而,在民法中保持商法的独特性,是对作为社会主义法律体系重要组成部分的民法和商法之间关系所作的一种重大立法创新。^[7]然而,我国民法典采行民商合一立法模式并无可以直接借鉴的立法经验。

一方面,我国《民法通则》所确立的现有体系未能有效地实现民商合一。以《民法通则》为中心、各民事单行法并存的现行民法体系采用的正是民商合一的立法模式。但是在《民法通则》制定时我国尚处于有计划的商品经济时期,对市场经济下的商事规范缺乏了解,更遑论安排具有独特性的商事规则。例如,《民法通则》中的主体制度即侧重于对自然人以及行政主体制度的安排,虽较为详尽地设置了关于自然人、个人合伙、机关法人以及事业单位的主体制度,但缺乏关于公司、合伙企业等商事主体的一般性规则。尽管此后颁布的《合同法》《物权法》也在部分条文中贯彻了民商合一立法模式,但未能充分体现商事规范的独特性。又如,《合同法》对于保管合同与仓储合同、居间合同与行纪合同等在一定程度上区分了民事规则与商事规则,但在相关规定中却出现了民商事规则之间的立场错

[2] 参见赵旭东:《制定“商法通则”的五大理由》,《中国商法年刊》2007年卷,第1~11页。

[3] 王保树:《商事通则:超越民商合一与民商分立》,《法学研究》2005年第1期。

[4] 同前注[1],许中缘、颜克云文。

[5] 参见杨继:《商法通则统一立法的必要性和可行性》,《法学》2006年第4期;谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期。

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

[7] 同前注[1],许中缘、颜克云文。

位与越位。由于民事规则与商事规则具有差异,一些本应属于民事规则的规定并不能适用于商事交易,一些属于商事规则的内容也不能简单地应用于民事活动。例如,在民事保证合同没有列明保证方式时,保证人应该享有先诉抗辩权,而不应该承担连带责任。而在商事活动中,基于商事主体的专业性,当保证合同没有列明保证方式时,保证人应承担连带责任,而不应具有先诉抗辩权。但是立法既规定了先诉抗辩权,又同时规定在保证合同未列明责任承担方式时保证人应承担连带责任,从而导致“民商不分”。又如,委托合同中的任意解除权制度也完全忽视了相关商事规范的特殊性。

另一方面,在世界范围内采用德国潘德克吞体系的民法典总则并未保持民商合一的立法传统。德国潘德克吞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,^[8]但是创立潘德克吞体系的《德国民法典》采用的是民商分立的立法模式。因此,潘德克吞体系只是由民事规范抽象构成的体系。采用潘德克吞体系的《德国民法典》中的民事主体制度系以“自然人为镜像”而建立,法人制度亦基于以自然人为视角的“拟制说”而构建。也就是说,《德国民法典》中的民事主体制度是以个人为中心而建构的,并不能容纳以团体为核心的商事主体。如德国法学家托马斯·莱赛尔所言:“一百多年以来,有关法人之理论在本质上也未超出19世纪末的水平。”^[9]而同时期采用民商分立立法模式的国家基本上均未采纳德国潘德克吞体系,典型者如瑞士、俄罗斯。

那么,如何在采用潘德克吞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。而我国《民法总则》在《民法通则》的基础上进行了诸多具有历史意义的创新,特别是在基本原则、主体制度、权利制度、行为制度以及责任制度等方面实现了商事规范的独特性安排,为商事规范的发展提供了基本范畴,这表明通过制定《商事通则》等方式实现商事法律规范体系化的路径在立法层面并不可行,这也正是中国民法典对世界民法典作出的巨大贡献。

二、《民法总则》创新地规定了民商合一的基本原则

有学者认为,“商法之所以独立于民法主要是由于商事规则具有独立的价值理念和精神。正是商法价值的独立性,使得商法独立的精神实质迥异地存在,从而商法得以保持实质的独立”,^[10]其实不然。首先,商事规范的价值并不具有独立性。而且,在商法的发展过程中,存在“民法价值商法化”以及“商法价值民法化”的现象,使得商事规则与民事规则在价值取向上趋同。其次,并不存在区分商事规范与民事规范的基本原则。如学者所言:“商事规则的价值取向是具有独特性,但绝不具备独立于民事规则价值取向之特质。”^[11]因此,《民法总则》在基本原则方面实现了民商合一的一体化。不过,对于基本原则的理解,应根据商事交易的特点,在具体规范中体现商事交易的价值特殊性。

第一,《民法总则》确立了平等保护原则。平等保护是民法的基石,也是市场经济的基础。^[12]长期以来,我国在对国有企业、“三资”企业和民营企业的一些制度设计上的确存在差别保护的问题。《民法总则》第3条确立了民事主体平等保护原则,第4条确立了民事主体在民事活动中的法律地位平等原则。其实,“民事权益受法律保护是民法的基本精神,统领整部民法典和商事特别法”。^[13]平等保

[8] 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20页。

[9] [德]托马斯·莱赛尔:《德国民法中的法人制度》,张双根译,《中外法学》2001年第1期。

[10] 张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,《东方法学》2006年第1期。

[11] 同前注[6],王利明文。

[12] 参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第107页。

[13] 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16页。

护体现了所有的商事主体平等进入市场、平等适用各种规则、平等适应市场经济的优胜劣汰规律。我国取消对“三资”企业在政策与税收方面的一些特别优待,对国有“僵尸企业”进行清理,就是贯彻市场主体特别是商事主体平等保护的原则,体现市场经济的本质要求。

第二,《民法总则》确立了商事自治原则。意思自治是民法最基本的精神,《民法总则》第5条确立的自愿原则为商事主体的商事自治确立了基础性规范。其意义在于给予商品生产者和经营者充分的自主自决权,以发挥其积极性和创造性,这也是商品经济的内在要求在法律上的表现。^[14]自愿原则具有丰富的内涵,需结合《民法总则》的其他条文予以解释。商事自治一是体现为商事主体的类型自治。《民法总则》确立的商事主体包括个体工商户、承包经营户、合作社、营利性法人、个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等多种类型;二是体现为商事主体的行为自治。商事主体大多规定于团体法,由此不仅表现为双方法律行为的自治,也表现为多方法律行为的自治与决议的自治;三是体现为商事主体的责任自治,如商事主体的自愿解散。^[15]

第三,《民法总则》确立了商事交易的诚信原则。诚信是市场经济的基石,《民法总则》第7条规定的诚实信用原则是保证商事交易顺利、快速和高效进行的前提。“只有强化人们诚实守信的观念,督促当事人认真履行合同,才能保护交易的秩序,保障社会安定有序。”^[16]古罗马的诚信是“对承诺和协议的遵守和兑现”。^[17]但在现代商业社会中,诚信原则并不仅限于合同当事人的有约必守、有诺必行,还体现于包括诸如信息披露义务、告知义务、保密义务在内的整个缔约体系。此外,诚信原则还表现为商事主体对其意思表示应承担相应的责任,但不同于民事主体意思表示的是,商事主体意思表示不因存在瑕疵而可被撤销。

第四,《民法总则》确立了商事主体保护生态环境的原则。生态环境是人类社会的共同财富,一切个人和组织体都有保护环境的义务,在市场经济活动中居于主导地位的企业事业单位和其他生产经营者更是如此。《民法总则》第9条确立的保护生态环境原则针对的主要是商事主体。^[18]生态环境并不表现为具体的物。对生态环境的侵害可能并不导致对具体主体利益的侵害。对生态环境破坏的救济,一是表现为对生态环境本身的救济,二是表现为对权益因生态环境受损的具体主体的救济,这对传统物权法和侵权法理论造成了巨大挑战,传统民法对此基本上未作规定。而《民法总则》的相关规定有助于构建全面保护生态环境的体系,也是对商事主体义务的特别规定。

第五,《民法总则》确立了商事习惯活动的基本原则。基于民商合一的立法模式,《民法总则》第10条确定的习惯不仅包括民事习惯,而且包括商事习惯。“从国际上看,国际商业惯例是国际经济法的重要法律渊源”,商事习惯“仍然在国际贸易活动中发挥着重要的、不可或缺的作用”。^[19]就此而论,商事习惯还是现代市场经济中最重要和最主要的习惯类型。与民事习惯作为弥补法律漏洞的法律渊源不同的是,商事习惯作为法律渊源不仅具有弥补法律漏洞的作用,而且具有商事主体的自我惩罚功能。例如,在现代商业社会中出现的团体除名规则其实就是商事习惯法发展的结果。

[14] 同前注[13],中国审判理论研究会民商事专业委员会编著书,第21页。

[15] 参见王利明主编:《〈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。

[16] 同上注,第24页。

[17] 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,《中国社会科学》2001年第6期。

[18] 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第31~32页。

[19] 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20页。

三、《民法总则》创新地规定了商事主体的类型与标准

确立商事主体是适用商事规则的前提,也是正确适用商事法律规范的保障。关于商事主体的立法例存在客观主义与主观主义两种模式。由于商人作为一个独立阶层已经消失,现代商法大体采用针对商行为进行立法的客观主义模式。如原先奉行商人主义立法的《法国商法典》后改采商行为立法模式。该法典规定:“实施商行为并以其为经常性职业的人就是商人。”^[20]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。《民法总则》正是遵循了“兼顾商事主体的特定化与民事主体的一般化要求,商事主体只能依附于民事主体”的立法思路,^[21]有效实现了商事主体与民事主体的融合。

第一,确立了自然人可以自主选择成为商人的实践路径。^[22]一方面,《民法总则》极大程度地实现了对自然人的人文关怀,体现了传统民法的“自然人镜像”。另一方面,《民法总则》在第二章第4节“个体工商户、农村承包经营户”的规定中肯认自然人可作为商自然人,确立了自然人经商的实践路径。^[23]结合该法第96条、第100条关于农村合作经济组织的规定,在农村合作经济组织成为法人之前,其只是由商自然人组成的其他组织,这就为我国正在进行的农村集体土地“三权分置”改革尤其是为培育发展家庭农场、合作社、种粮大户等农村新型商事主体明确了改革方向。

第二,确立了营利性法人作为典型的商事主体。《民法总则》并未采用大陆法系传统的法人分类方法,而是以法人是否从事营利活动并将经营所得分配给其成员为标准,确定了营利性法人与非营利性法人的分类,其意义在于设立两类法人的法律依据、程序及其规制不同,从而为商事主体适用商事规则奠定了基础。^[24]就概念的内涵和外延而论,企业概念的范围更为宽泛,不利于司法的统一适用。^[25]因此,《民法总则》第76条改变了《物权法》第231条将商事主体界定为企业的做法,更具有合理性。事实上,《德国商法典》将商事主体限制为从事商事营业的商人,这正是考虑到营利性作为商事主体最典型特性的结果。^[26]

第三,将特别法人作为商事主体的特别类型。如果将商事主体严格地限定为营利性法人,可能致使一些中间形态的法人不能成为商事主体,从而不利于市场主体的培育,也不利于促进社会经济的发展。为此,《民法总则》第二章第4节规定在特定情况下,机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人也能成为商事主体类型。因为“随着农村集体产权制度改革深入推进,越来越多的集体经济组织将通过股权量化建立股份合作经济组织”。^[27]农村集体经济组织负有带动中国经济与社会实现第二次飞跃的重任,《民法总则》确立的集体经济组织法人制

[20] 《法国商法典》上册,罗结珍译,北京大学出版社2015年版,第16页。

[21] 许中缘:《论商事规范的独特性而非独立性》,《法学》2016年第12期。

[22] 参见许中缘:《商法的独特品格与我国民法典编纂》上册,人民出版社2017年版,第236~240页。

[23] 参见龙卫球、刘保玉主编:《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》,中国法制出版社2017年版,第184~185页。

[24] 同前注[15],王利明主编书,第167~168页。

[25] 参见《民法总则立法背景与观点全集》编写组编:《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第506页。

[26] 同前注[8],C.W.卡纳里斯书,第11页。

[27] 同前注[13],中国审判理论研究会民商事专业委员会编著书,第175页。

度就为农村商业发展奠定了坚实的基础,^[28]也是实现农村经济发展与农民财富增长的重要保障。集体经济组织自身具有的地域性、社区性和封闭性导致其成为富有中国特色的、区别于其他一般民事主体的“特别法人”,然而,我国规范集体经济发展的顶层法律制度严重缺失。^[29]在实践中,农村集体经济组织自改革开放以来长期呈现主体虚化与缺位、组织形态纷杂与失范等乱象。^[30]因此,《民法总则》首次以民事基本法的形式明确了农村集体经济组织“特别法人”的法律地位,具有重要意义。特别法人除具备营利性外,还兼具公益性,由此在设立、税收、解散等方面应该与营利性法人有所不同,这也是《民法总则》将其作为特别的商事主体所具有的实践意义。

第四,将非法人组织作为商事主体的特定类型。《民法总则》第四章规定了非法人组织,其在第102条明确将包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等在内的非法人组织作为特殊的民事主体类型,其均需经过登记才能营业。其中,个人独资企业与合伙企业应归入营利性非法人组织,^[31]因其事实上具有商事经营特性,故而属于特定类型的商事主体。

我国《民法总则》对多种类型商事主体的确立,符合市场经济条件下商事主体发展多样性的需求,也与发达国家的相关法律规定相接轨。不过,《民法总则》并未采用商人与商行为的判断标准。换言之,我国《民法总则》并未采用世界大多数立法例确定商事主体的主观标准或客观标准,而是采用“典型规定+具体列举”的规范模式。基于商事主体同时为民事主体这一事实,该模式与我国现行的民商合一立法模式是相适应的,可避免陷入以商行为确定商事主体、以商事主体确定商行为的循环论证。尽管《民法总则》确立了商事主体的基本类型,但由于缺乏商事主体的基本判断标准,以至于在具体案件中法院难以通过商事主体类别判断商事主体,存在些许瑕疵。不过,根据《民法总则》关于营利性法人的“营业”标准进行解释,也能弥补这一漏洞。

四、《民法总则》创新地规定了商事权利体系

“民事权利的种类很多,各种权利的性质千差万别,我们必须把各种不同性质的权利加以整理分类,使之成为一个比较系统完整的体系。在这个体系里,不同的权利各得其所,各种权利的特点都能显示出来。这是建立民事权利体系的实益所在。”^[32]在民商合一的立法背景下,不仅要体现民事权利体系,也要实现商事权利的体系化。然而,基于商事权利的实践性,关于是否能够建立起独立的商事权利体系并无定论。《民法总则》中的民事权利体系是以人格权、身份权和财产权为基础,并以其他类型的权利对这三种权利进行细化或者组合,从而形成相应的民事权利体系。^[33]《民法总则》所确立的商事权利体系也是如此。不过,在此基础上,《民法总则》以团体主义为中心构建了商事权利体系。

第一,确定了法人(团体)独立财产权。遵循法人财产独立于成员财产的规则,^[34]《民法总则》第58条规定法人成立时须具有自己的财产或经费,由此确立了法人的财产所有权,同时第60条规定“法人以其全部财产独立承担民事责任”。这是继《民法通则》之后新增加的规定,也是法人(团体)独

[28] 参见陆益龙:《制度、市场与中国农村发展》,中国人民大学出版社2013年版,第1页。

[29] 参见韩俊:《在民法总则中明确集体经济组织的特殊法人地位》,《中国人大》2016年第21期。

[30] 参见谭贵华:《农村集体经济组织的研究回顾与前瞻》,《重庆大学学报》(社会科学版)2013年第1期。

[31] 同前注[19],张新宝书,第202页。

[32] 谢怀栻:《论民事权利体系》,《法学研究》1996年第2期。

[33] 参见许中缘、屈茂辉:《民法总则原理》,中国人民大学出版社2012年版,第37~38页。

[34] 参见许中缘:《论法人的独立责任与二元民事主体制度》,《法学评论》2017年第1期。

立原则的体现。^[35]《民法总则》第83条则从侵害法人独立责任的责任承担角度进行了规定。一是明确规定滥用出资人权利给法人或者其他出资人造成损失的,应当依法承担民事责任;二是明确规定滥用法人独立地位的,应当依法对法人债务承担连带责任。^[36]

尽管《民法总则》在法人章节中确立了法人独立财产权,但在关于非法人组织的规定中却未很好地贯彻团体财产权独立规则。例如,《民法总则》第104条规定:“非法人组织的财产不足以清偿债务的,其出资人或者设立人承担无限责任。法律另有规定的,依照其规定。”而其第74条又规定,“分支机构以自己的名义从事民事活动,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,不足以承担的,由法人承担”,由此赋予了债权人选择权。只要是法人分支机构的债务,债权人均可起诉法人,而非分支机构,这与第104条规定的宗旨相矛盾。^[37]

第二,明确了法人清算优先权。《民法总则》第70条规定了法人解散时清算人的清算义务,第71条规定了清算的程序和职权,第72条则进一步规定法人在清算期间的权利义务以及清算剩余财产的处理。结合《民法总则》第95条的规定,在法人清算期间,禁止向法人的设立人或其成员分配财产,从而明确了法人清算优先权。^[38]其一,该条丰富了投资者利益保护的相关法律规范。既有法律为出资、退资、股权转让、兼并等提供了系统的法律规范,但没有对投资者在投资失败后的利益保护作出规定,而该条规定为投资者的实时退出提供了相应机制,在一定程度上免除了投资者的后顾之忧。其二,该条规定有效衔接了《公司法》与《民法总则》的适用。按照《公司法》第182条,公司在其运行和监管出现严重困难时仍继续运营可能会导致股东的股本遭受巨额亏损,不能用其他方式解决的,拥有超过公司所有股东表决权十分之一的股东有权向人民法院提起诉讼,请求将公司解散。在公司解散之后,投资者可以根据法人章程或者决议的规定抽回出资。由此可见,通过法人清算优先权的商事权利机制安排能够有效保护投资者利益,进而维护市场机制稳健与有序的发展。^[39]

第三,创立了成员权(股权)的基础性规定。根据传统民法理论,股权由共益权与自益权组成。《民法总则》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。^[40]而成员权的确立是自然人实现团体化组建与“商化”的基础,也是农村集体土地“三权分置”改革的关键。事实上,目前学者对于土地所有权、承包权、经营权的界定不清晰,其实质就在于没有准确把握承包权在性质上应属于成员权的基本定位。

此外,《民法总则》第125条还确定了有关商事财产权的一般性规则,从而实现了商事权利的体系化。其实,自罗马法以来,传统大陆法的财产法概念体系是以有体物为基点而展开的,其后逐渐演变为物权和债权区分的二元财产权体系。由于商法是在商品经济发展到一定阶段下的产物,商法上的财产并不必然表现为具体的物。例如,商事主体通过票据、营业权和股权的流转就能获得大量财富。由此可见,商法制度所确立的开放的和多元的财产权规则,尤其是集权理论、分权理论、财产权计量理论都已无法为传统的二元财产权体系所涵盖。如此一来,要实现财产权体系上的民商合一,就必须对

[35] 同前注[12],沈德咏主编书,第453~454页。

[36] 同前注[15],王利明主编书,第179~180页。

[37] 同前注[18],李适时主编书,第222~223页。

[38] 同前注[13],中国审判理论研究会民商事专业委员会编著书,第132~134页。

[39] 同前注[15],王利明主编书,第158~159页。

[40] 同前注[23],龙卫球、刘保玉主编书,第268~298页。

财产权规则进行整合。事实上,实现民商合一的一个主要方面即实现民事财产权利和商事财产权利在同一层次上的定位。因此,要实现商事财产权利与民事财产权利的融合,就必须拓展现有民事财产权利体系的构建基点,即必须依靠统领民商事财产权利体系的财产法一般规定开启商事财产权利进入民法典的大门。因此,《民法总则》第125条调整具体财产关系领域的财产法基本规则既可克服传统财产关系过于分散的弊端,又可扩大民法典财产关系的适用范围,从而为真正实现民商合一奠定理论基础。^[41]诚如学者所言:“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’。”^[42]

五、《民法总则》创新地规定了商事主体的行为类型

“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。商行为制度与商人制度是构成商法的两大基本制度。商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。”^[43]就世界范围内的商事立法而言,无论是坚持商人主义(主观主义)或商行为主义(客观主义)的立法还是兼采商人主义与商行为主义(折中主义)的立法,均不能回避有关商行为的内容。有学者认为,商行为是基于特定行为能力而从事的以营利为目的的营业性行为,其乃商法的核心支柱。^[44]就目前制定商法典的国家而言,无论是法国、德国还是日本,无一例外地均以商行为为轴心构建其商法体系,但这些立法例都存在以下两个方面的问题。一是未明确商行为与法律行为的客观联系。基于商行为的立法规定,学者对商行为是否属于法律行为存在争议。“长期以来,我国许多学者都是将商行为、商事行为与商业行为作为可以相互替换的概念加以使用。”^[45]商行为只是判断商事主体的标准,失去了商行为控制的内在含义。二是商行为概念无法为具体商行为概念提供指导。根据大陆法系概念建构的一般原理,上位概念对下位概念具有指导作用。^[46]上位概念可以舍弃若干特征形成下位概念,而下位概念可以增加若干特征形成上位概念。^[47]据此,商行为概念作为上位概念是对具体商行为的下位概念的抽象,如公司的设立行为、票据法律行为、保险行为、证券行为等。但事实上,商行为概念仍然无法完全涵盖这些行为类型。^[48]

另一方面,商事主体的意思自治并不同于一般民事主体的意思自治,其主要表现一是外部行为的自治,二是团体自治。前者通过法律行为实现,而后者通过多方法律行为与决议的方式实现。由此可见,民法典总则规定的民事法律行为只能作为商事主体与他人从事行为的外部规则。而从立法角度而言,单一的商行为概念无法涵盖商行为的所有类型。因此,《民法总则》第134条有关法律行为的一般性规定具有重要意义,具体而言,表现在以下几个方面。

第一,《民法总则》将商行为作为法律行为的一种类型,确定了商行为的性质。否则,“法律行为与商行为之间,必将出现绝然的断裂,整部民法典的内在逻辑遭到破坏,使‘民商合一’失去了意

[41] 同前注[1],许中缘、颜克云文。

[42] 同前注[15],王利明主编书,第278~279页。

[43] 王保树主编:《商法》第2版,北京大学出版社2014年版,第40页。

[44] 参见赵万一:《商法学》,法律出版社2001年版,第141页。

[45] 范健、王建文:《商法学》第4版,法律出版社2015年版,第44~45页。

[46] 参见许中缘:《论体系化的民法与法学方法》,法律出版社2007年版,第192~193页。

[47] 参见许中缘:《论法律概念——以民法典体系构成为视角》,《法制与社会发展》2007年第2期。

[48] 参见许中缘:《商法的独特品格与我国民法典编纂》下册,人民出版社2017年版,第505~506页。

义。”^[49]根据《民法总则》第133条、第134条的规定,此处的法律行为应包含商事法律行为(商行为)。^[50]如此一来,《民法总则》中的法律行为之规定能够廓清学者之间的争议,为调整商行为奠定基础,从而使得商行为具有丰富的内涵,也可促进和实现民商合一。

第二,除了规定典型的双方法律行为之外,《民法总则》还创新地规定了商法自治的多方法律行为。多方民事法律行为是指多方当事人意思表示一致才能成立的行为。多方民事法律行为为团体主义的存在奠定了基础,体现了个人主义与团体主义融合的立法观,为现代团体性商事规则进入民法典开辟了路径,有助于在民法总则中实现民商合一。^[51]多方民事法律行为不同于单方民事法律行为和双方民事法律行为,其意思表示之成立须满足特别的要求:(1)意思表示经由章程或法律所规定的“人数多数决”或“资本多数决”而形成;(2)意思表示的成立须遵循章程或法律所规定的程序。^[52]

第三,《民法总则》第133条第2款是关于决议成立的一般规定,明确特殊类型的商行为。社团机关依据一定程序(即多数表决原则)所形成的决议是多方法律行为的典型类型。社团需依靠其代表人(机关)实现既有的权利能力与行为能力,但社团机关或代表人在从事行为时应该先在团体内部形成相关的决议。^[53]决议调整的是团体内部关系,同时也制定了团体从事行为的准则。^[54]决议是具有独特性的商行为,其与一般法律行为在主体、生效条件以及程序表决方面均存在不同。正是因为决议与一般法律行为存在明显的区别,因此在《民法总则》第133条第2款予以特殊规定,而非置于该条第1款中。^[55]

六、《民法总则》创新地规定了商事责任类型

责任是权利行使的保障,也是权利行使的必然结果。^[56]《民法总则》是以法律关系为逻辑,沿袭了《民法通则》的相关做法,将民事责任单独列为一章。基于民商合一的立法模式,将商事责任内容安排在《民法总则》的民事责任之中自是题中之义。其实,商事责任作为商行为的延续,分别表现为外部责任与内部责任。为适应商事交易快速流转的需求,前者表现为事后救济与事前预防以及商事主体基于其专业性所要承担的惩罚性责任,后者则表现为在一定情况下主体的自愿解散责任与强制解散责任。此外,为保障商事主体的“纯洁性”,商事责任还表现为内部成员违反法律与章程应接受商事制裁的责任。《民法总则》中的相关创新规定具体表现为以下几个方面。

第一,确定了兼顾事后救济与事前预防的商事责任机制。民事责任机制可以通过修补、保障、惩戒、解释倾斜、证据规则等事后调整的手段实现对民事权利的救济。^[57]但在商事领域仅仅通过事后救济措施显然无法满足金融和经济的快速发展要求,特别是无法保障市场交易中弱势群体的利益,如在

[49] 苏惠祥主编:《中国商法概论》,吉林人民出版社1996年版,第78页。

[50] 同前注[13],中国审判理论研究会民商事专业委员会编著书,第241~243页。

[51] 同前注[15],王利明主编书,第297~300页。

[52] 参见许中缘:《论意思表示瑕疵的共同法律行为——以社团决议撤销为研究视角》,《中国法学》2013年第6期。

[53] 如梅迪库斯认为:“董事会对外代表社团。不过,在重大问题上,在对外从事行为之前,还必须先在内部形成社团的意思。”参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第843页。

[54] 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》第33版,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第76页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》上册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第211页。

[55] 同前注[15],王利明主编书,第304~306页。

[56] 参见魏振瀛:《制定侵权责任法的学理分析——侵权行为之债立法模式的借鉴与变革》,《法学家》2009年第1期。

[57] 参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第80页。

公司因“资不抵债”而破产的情况下,将无法从实质上弥补因公司破产给投资人造成的损失。^[58]商事责任预防机制是对传统私法责任制度的一种发展。事前预防机制不仅可以实现对市场风险的适度控制,而且有助于促进市场经济的稳定和长期发展。《民法总则》第85条、第170条第2款所确立的团体内部约定不得对抗第三人的规则以及第170条第1款与第172条所确立的表见责任,正是商事责任的典型表现形式。^[59]

第二,创新地规定了惩罚性赔偿责任。为避免商事主体滥用自身的专业性,对其某些不当行为应作出惩罚性赔偿的规定。例如,《证券法》中大量存在制裁商事主体违法违规行为的惩罚性赔偿规定。《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。^[60]其实,该第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。

第三,明确商事主体的解散责任。商事权利所需要的特殊保护规则不仅仅表现为形成某一法律关系的规范,还应表现为解除或解散某一法律关系的规范。^[61]商事主体的解散责任机制表现为商事规则还具有解散法律关系的规范属性,而且该解散责任仅限于商事主体适用,并非广泛地适用于所有民事主体。《民法总则》第68条规定了法人终止情形,第69条、第70条和第71条规定了法人解散与清算的一般规则,第106条和第107条规定了非法人组织解散和清算的一般规则。

第四,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。^[62]《民法总则》第134条第2款所规定的决议行为为商事团体内部自治确立了制裁规则。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。^[63]例如,《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)》(法释〔2011〕3号)第18条就明确规定,对于未及时履行出资义务的股东,公司可以股东会决议解除该股东的股东资格。

七、结语:践行民商合一立法新模式的重大使命

在学术缺乏共识的时代,探讨在很大程度上是“公说公有理、婆说婆有理”的各执己见。因此,我们需要“寻求相互理解并力图达成共识”。^[64]但达成相互理解是非常困难的,“解释从来不是对先行给定的东西所作的无前提的把握”,“任何解释一开始就必须有这种先入之见,它作为随着解释就已经‘设定了的’东西是先行给定了的,这就是说,是在先行具有、先行视见、先行掌握中先行给定了的。”^[65]每位学者的学术问题、学术兴趣和学术立场形成了各自理解的“前见”,由此导致要在相互理解的基础上达成共识非常困难。躬逢盛世,民法典已经成为民法学界乃至包括其他部门法在内的整个法学界

[58] 参见丁海俊:《预防型民事责任》,《政法论坛》2005年第4期。

[59] 同前注[19],张新宝书,第366~372页。

[60] 同前注[18],李适时主编书,第560页。

[61] 参见蒋大兴:《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》,《比较法研究》2015年第4期。

[62] 参见周林彬、官欣荣:《我国商法总则理论与实践的再思考》,法律出版社2015年版,第458~460页。

[63] 同前注[15],王利明主编书,第305页。

[64] 王轶:《民法价值判断问题的实体性论证规则》,《中国社会科学》2004年第6期。

[65] [德]海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映、王庆节译,生活·读书·新知三联书店2000年版,第176页。

最为热门的研究领域。但对于民法典编纂中的诸多重大问题,从上个世纪末争论至今仍未能形成共识。距2020年民法典的正式出台已为时不多,如果目前尚未形成共识,“编纂一部适应中国特色社会主义发展要求,符合我国国情和实际,体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典”的伟大目标就要落空。与世界其他法典编纂不同的是,我国民法典编纂采用“两步走”的立法策略,即先编纂民法典总则编,然后编纂民法典各分编。按照德国潘德克吞体系制定民法总则的立法思路,民法总则本应是在各分编基础上通过提取公因式的方法所作的规定。然而,在我国民法典各分编之前先制定民法总则,这一看似违背立法常理的活动实则蕴含了极大的政治智慧,即通过民法典总则这一共识制定各分编。正如全国人大常委会副委员长李建国所言,如此“既构建了我国民事法律制度的基本框架,也为各分编的规定提供依据”。^[66]

因此,《民法总则》确定的民商合一立法模式具有重大的历史意义。正因为考虑到商事主体的专业素养、商事交易的效率原则以及商事主体基于其社会责任所应扮演的角色等因素,民法在对商事主体与民事主体利益保护的价值取向上具有不同,因而需要予以差别对待,民商合一的民法典应体现商事规范的独特性。^[67]所谓民商合一并非民商混同,也非民商不分。因此,《民法总则》实现民商合一立法的技术因素非常重要。若忽视对商事特殊性规则的技术处理,对商事主体的健康成长、商事交易的快速流转乃至整个社会经济的发展都是不利的。《民法总则》建立了兼顾商事独特性的一般民事规则,创设了民商合一的立法新技术,对于民法典各分编的制定具有以下三个方面的重要指导意义。

第一,为民法典各分编确定商事规则的基本起点。“编纂民法典是对现行民事法律规范进行系统整合,编纂一部适应中国特色社会主义发展要求,符合我国国情和实际,体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典。”^[68]基于法典体系化的要求,民法典分则各编也应该适应民商合一的立法模式。也就是说,在民事规则的立法过程中,应当体现商事规范之独特性要求,避免民商不分。其实,在分则中如何保护商事团体的权利,如何保护商事主体的预期利益,这也正是民法典物权法编、合同法编、侵权责任法编所致力实现的目标。

第二,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。其实,在《民法总则》公布之前,民法与商法的关系一直是困扰司法实践的一大难题。典型的例子是,在司法实践中,对隐名股东的实体权利如何加以保护一直争议较多。肯定说认为,出资是证明股东存在的唯一要件,隐名股东是真正的出资者,其实体权利理应受到法律保护;否定说则认为,基于《公司法》中股东登记制度的规定,只有记载于公司股东名册的股东才能行使权利,这是商事外观主义原则的体现。^[69]究其根源乃在于,我国现行法律是在“成熟一个、制定一个”的基础上制定的,《合同法》与《公司法》均属于民事单行法,在法律适用上不存在位序上的差异,从而导致实践中的适用冲突。而在《民法总则》生效之后,根据该法第11条的规定,《公司法》是作为民法典的特别商事规范,应该优先适用《公司法》的相关规定。据此,可以有效地解决争议。

第三,统一了填补商事法律漏洞的适用模式。在商事法律规范适用不足时,不能简单地以民事规

[66] 参见全国人大常委会副委员长李建国于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所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》。

[67] 同前注[21],许中耀文。

[68] 同前注[66]。

[69] 参见赵磊:《公司诉讼中的法律解释——以隐名股东法律问题为例》,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2013年第2期。

范弥补法律规范的漏洞,而应该以《民法总则》所确立的商事规范之独特性弥补法律规范的不足。但值得注意的是,在《公司法》的相关规定出现漏洞时,究竟是根据《民法总则》还是根据《公司法》的规定进行漏洞填补是一个颇具争议的问题。笔者认为,根据特别法优先于普通法的一般原理,此时应该根据特别法的一般原则进行漏洞填补,然后再根据《民法总则》的规定对漏洞填补是否恰当进行审视,这是因为民法典总则是通过对民法典分则以及民事单行法提取公因式的方式得以构建的。但是法律适用顺序则相反,即先审视特别法的规定,在规定不足时才回到特别法的总则,然后再适用民法典总则。这也符合法律适用中“目光往返流转”的原则。遗憾的是,我国司法机关在制定相关司法解释时并没有严格遵行在民法总则视野下对商事特别法进行漏洞填补的一般规则。典型的是,根据《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定(三)》(法释〔2011〕3号)第25条第2款的规定,实际出资人与名义股东之间的争议完全是以《合同法》而非《公司法》的相关规定弥补《公司法》的漏洞。^[70]这其实也是在我国盛行的民商不分的认知背景下的一个负产品。

事实上,一个时代的民法典水平,在很大程度上取决于一个国家的民法研究水平。^[71]就此而论,当代中国民法典是在中国民法学者创造出的民法学的基础之上架构的。是故,践行民商合一立法新模式实质上是时代赋予当代中国民法学者的重大历史使命,这也是新时期的民法典所应承担的促进市场经济与社会发展的历史重任。可以认为,制定于上个世纪80年代的《民法通则》确立了商品经济的基本规则,而《民法总则》开创了商业社会的基本范式,由此可以说,《民法总则》创新的民商合一立法模式,应该是继《民法通则》颁布之后我国立法中最具有革命性的创新。该种创新势必使新时期的民法典焕发浓厚的时代色彩,必将进一步激发“大众创业、万众创新”的社会发展需要。正是这些中国化、时代化的因素奠定了《民法总则》乃至未来的民法典在世界民法典中的重要地位。当然,《民法总则》仅仅是一个开端,如何在民法典分则相关法律规范的制定中吸收相关理论研究成果以全面地实现对商事法律规范的特殊性安排,有效实现民商合一,而非民商不分或“合而不一”,乃是中国民法典践行民商合一立法新模式所面临的艰巨挑战,更是包括民商法学者在内的所有法学学者所应孜孜不倦努力之方向。遗憾的是,在我国民法典编纂进入深水区之际,仍有诸多学者忽略关于《民法总则》实现民商合一的这一学术共识,因而,就此充分挖掘与贯彻《民法总则》所凝聚的立法共识,或许是民法典分则编纂中需要认真对待的问题。

(责任编辑:洪 玉)

[70] 值得欣慰的是,也有学者正视此种不足。参见钱玉林:《民法与商法适用关系的方法论诠释——以〈公司法〉司法解释(三)第24、25条为例》,《法学》2017年第2期。

[71] 参见[德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第12~14页。