

民商合一模式的演进及 民法典编纂中的创新性选择

王明锁

摘要:民法和商法的关系是我国民法典编纂中的一个疑难选择。作为现代民商法渊源的《汉穆拉比法典》和罗马法是将民商一起规定的。法国关于商品经济的立法开始分为民法典和商法典,谓之民商分立模式,并为德日仿效。瑞士则于民法典中规定了商法内容,开创或恢复民商合一模式,为意大利等国追随。泰王国相关立法,内容上同于瑞士、意大利民法典,形式名称上则为民商法典。旧中国国民党立法虽采民商合一模式,但法典名称上如同瑞士、意大利仅称为民法典,而法典内容上的公司、票据等典型商法则以单行法形式独立存在。美国关于商品经济立法直呼其统一商法典,为英美法系中的新模式。中国共产党十八届四中全会决定中提出“加强市场法律制度建设,编纂民法典”,表明了民法典在加强市场法律制度建设中的基础性核心地位。十二届全国人大五次会议通过的《民法总则》坚持民商合一并颁布施行。但对其合一方式或所定商事规范见仁见智,法典其他编的编纂正在进行,故仍需对法典编纂提供智力参考,且法典颁行也并不影响学术之继续探讨。从对民商合一模式演进的研究中,仍然可见能给我国民法典编纂以新的启示和科学创造性选择。在四种民商合一模式中,名副其实、内容简约的模式是更为理想的新模式。

关键词:民商合一 市场经济 民法典

中图分类号:DF51 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2018)02-0065-14

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2018.02.006

一、引言

历史上任何一部新的法律,都不可能完全割断与国内外同质立法之关联,都必然会从新定法律中或多或少地看得到以往相同法律的基因和影子。同时,任何一部新的法律,又都会或多或少地体现出新的社会生活的时代风貌和法学理论研究成果的新近特质。但是,基于对所赖存在社会生活状况的熟认度和立法者对相关法律法学理论发展的认知与把握,以及立法起草者们的理念视野甚至人格胆量的差异,新的立法似乎又都会面临着三种不同的命运状况:一是新定法律和以往或已有法律没有什么差别或者十分雷同。此种情况可被认为是照搬或者抄袭之作。二是新定法律在立法内容和立法技术上不如原来或原有法律。此种情况可被认为是立法上的失败或退步。三是新定法律既继承

[作者简介] 王明锁, 郑州工商学院教授。

了原有法律之优秀基因，又凸显了时代科学特性。这样的法律则会是一部被历史记忆和推进法律文化发展进步的法律。对法律好坏的评判标准很多，且会仁智各见。但内容和形式当是两条最基本的轨迹。好的法律，内容上科学全面、明晰实用，调整社会生活关系能落到实处，简言之，管用；形式上则逻辑严谨、通达优美，人们看着明白舒畅，简言之，好用。历史上的民商立法，也正是顺着这样的基本轨迹发展和演进的。^① 中国清末变法，中华法系解体，步入西方罗马法系。就民商立法，始采民事商事分立模式。后于南京国民党时期，改采所谓民商合一主义。但民商合一并非一种固定模式，实际在外国民商立法史上已有民商合一原始模式、瑞士民商内容合一模式和泰国民商内容形式完全合一模式。旧中国民法典尽管被学界称为是仿自德日民法，但于民商合一方面，却自觉不自觉地向前发展了一步，创造出了一种民商合一新模式，在民商立法史上竖起了一座丰碑，至今深刻影响着中国民商法理论学说和民法典的制定样态。新中国民法典的制定历程与其经济生活条件相适应，经历了“三起两落久徘徊”^② 的曲折过程。期间虽然建立了以《民法通则》^③ 为基础、为核心、为统领的社会主义民商法体系，但毕竟没有形成独立的民法典或者商法典。这与中国的经济政治、思想文化和国际地位都极不相称，与中华民族伟大复兴的中国梦很不协调。直至“四个全面”战略依次推出，中国共产党十八届四中全会决定中才正式提出编纂中国民法典的重大任务。但在编纂民法典两步走的规划下，并未对《民法通则》进行独具匠心的雕琢打磨或精巧修改以作为将来恢宏法典之首编，而是另定《民法总则》。《民法通则》依然有效，两者不相矛盾抵触者继续施行。对此社会褒贬不同。后续各编的名称内容，亦分歧甚多。因此，重点就民商合一立法模式进一步深入探讨，对中国民商法典编纂中诸多疑难问题的解决和将来会出现的矛盾困惑的避免都将具有重要的启发和参考价值。

二、《汉穆拉比法典》与罗马法——性质内容与形式名称的原本意蕴

民商立法是以一国的商品经济关系为基础的。与商品经济^④ 发展状况相适应，历史上产生过不少相应的有代表性的“民商法典”。察古代法律，莫不为诸法合体。^⑤ 但在汉谟拉比时期，其经济生活发达，于著名的《汉穆拉比法典》中，可视为具有民商法特质的法律条文竟占据了法典 282 个条文的 84%，^⑥ 因为其中包括了买卖、租赁、借贷、合伙经营、医疗、理发、卖酒、雇佣耕作、海商、船只租赁、船工雇佣、租船租金等内容。^⑦ 在罗马法鼎盛时期，其经济基础和社会生活状况是：公元 5 至 6 世纪，东罗马帝国成为了一个工商业经济发达的国家，境内拥有了大大小小的城市，其居民差不多占帝国总人口的 1/4。首都君士坦丁堡已号称百万居民的大都市。^⑧ 这里停泊着

① 用日本学者穗积陈重的说法，即法律有实质和形体两种元素。实质善良而形体不美者如同“多病的才子”，形体完备而实质不善者犹为“妖娆之毒妇”，实质与形体两种皆不具备者则为“不具之痴汉”。实质乃法律之精神，形体乃法律之躯体，故法典编纂之目的在于创作“简明正确”和“易知喜欢”的法律条文，以达兼具实质、形体完备之要求。参见〔日〕穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆 2014 年版，第 5 页。

② 参见王明锁《中国民商法体系哲学研究》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 6 页。

③ 《民法通则》虽然只有 156 个条文，但其所设定的原则、主体、行为、权利、责任、时效等基本制度和结构体系，准确反映了经济规律需求，为中国经济体制改革提供了保障，为中国民商立法提供了发展和完善的方向，因此也被誉为压缩饼干式的民法典或者曰小民法典，在中国民商法史上也具有了里程碑的意义。

④ 有商品就有市场，有市场必有商品，故商品经济就是市场经济，两者并无本质区别。参见王明锁《市场经济特质与民商法之品格》，载《河南大学学报》2007 年第 1 期。

⑤ 学界常说中国古代立法为“诸法合体，民刑不分”。其实任何古代立法都是如此。所应注意不同者在于中国古代法律为“以刑为主”或“以刑盖法”。根本原因在其经济基础始终为自给自足的自然经济占统治地位。

⑥ 梁慧星先生曾认为这些条文为民法条文。（参见梁慧星《民法总论》，法律出版社 1996 年版，第 3 页。）对梁先生所称民法条文，笔者以为应当说是民事法律条文。

⑦ 参见《外国法制史参考资料》所载《汉谟拉比法典》，其具体统计分析，参见前引②，第 107 页。

⑧ 〔美〕汤普逊《中世纪经济社会史》（上册），耿淡如译，商务印书馆 1961 年版，第 198 页。

来自世界各地的船只,成了“东西方之间的一座金桥”。^⑨为适应复杂的社会经济关系,加之政治、宗教诸因素影响,查士丁尼空前立法,汇集千余年罗马法精华,成就了所谓《国法大全》。其中最有生命力者莫过于有关人之资格、物之种类、源于万民法的诸如买卖、租赁、合伙、寄存等几乎全部契约之债和对人、物进行保护的侵权行为之债的规定。^⑩罗马法之所以能够成为民商法之滥觞,形成庞大的罗马法系,对后世产生深远影响,根本原因在其“是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法,但是也包含着资本主义时期的大多数法律关系”。^⑪在于“它对简单所有者的一切本质的法律关系(如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等等)”都作了“无比明确的规定”。^⑫在于“罗马法中,凡是中世纪后期的市民阶级还在不自觉地追求的东西,都已经有了现成的了”。^⑬在于它是“商品生产者社会的第一个世界性法律”,^⑭是“纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现,以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”。^⑮在其构建起了科学的民商法基本理论体系和人一法一正义一自由这样一条理路的法文化精神,^⑯还在其法典结构体系的逻辑严谨性和立法技术上的先进性。^⑰

上述两部法典,从立法演进的角度看,《汉穆拉比法典》中85%的民商法内容成就了其作为民商法鼻祖的历史地位。罗马法理论中民商法内容的科学体系使其成为后世民商法无可撼动的直接渊源。^⑱两者的相同之处无不以其赖以存在的比较普遍的商品经济生活条件为基础,并就其交换主体(人)、交换客体(物)和交换手段(各类契约),以及海上贸易的规则进行统一规定。这就揭示了为什么民商立法在西方国家比较发达的根由。也就是说,作为近现代民商法直接渊源的罗马法从一开始就是以整个商品经济关系为基础的,是为调整商品经济这一人类社会不可逾越且似亘古不变的关系而产生的法律。

首先,从罗马法的内容构成看,罗马法包括公法和私法。私法包括三部分,即由自然法、万民法和市民法构成。自然法乃自然界教给一切动物的法律。自然法产生男女的结合,并从而有子女及其教养。市民法乃每一个民族专为自身治理制定的法律,为这个国家所特有。如“家父”权力,时效婚、祭祀婚(共食婚)、买卖婚的婚方式,“曼兮帕蓄”“拟诉弃权”的交易方式等即为罗马市民法重要内容。^⑲万民法乃出于自然理性而为全人类制定的法律,因而受到所有民族同样的尊重。^⑳如协议婚姻、契约之债、遗嘱继承等,都为万民法内容。由此对罗马法内容进行分析,其市民法部分随经济交易的日益发展而逐渐衰亡,并自公元212年著名的《卡拉卡拉告示》把罗马公民权赋予一切异邦人后,市民法与万民法的区别已无实际意义^㉑并为万民法所取代;其根据自然法,一切人都生而自由、物被区分为众所共有公有等类型规则,对后世影响甚大“几乎全部契

⑨ 《马克思恩格斯全集》(第9卷),人民出版社1961年版,第263页。

⑩ 参见[古罗马]查士丁尼《法学总论——法学阶梯》,张启泰译,商务印书馆1989年版。

⑪ 《马克思恩格斯全集》(第36卷),人民出版社1974年版,第169页。

⑫ 《马克思恩格斯全集》(第21卷),人民出版社1965年版,第346页。

⑬ 前引⑫,第454页。

⑭ 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第248页。

⑮ 前引⑫,第454页。

⑯ 参见张中秋《中华法系与罗马法的原理及其哲学比较——以〈唐律疏议〉与〈法学阶梯〉为对象的探索》,载[意]S.斯奇巴尼、朱勇主编《罗马法、中国法与民法法典化——从古代罗马法、中华法系到现代法:历史与现实的对话》,中国政法大学出版社2011年版。

⑰ 参见王明锁《法典的编纂修订技术及其价值判断》,载《河南师范大学学报》2012年第1期。

⑱ 观罗马法律,《十二表法》内容混杂,程序在先,实体在后《法学阶梯》则内容明晰,实体在先,程序殿后。

⑲ 这些都为罗马市民法所特有,都随社会发展而衰落消亡。参见黄风《罗马法》,中国人民大学出版社2014年版,第八章婚姻,第十二章所有权取得方式;曲可伸《罗马法原理》,南开大学出版社1988年版。

⑳ 参见前引⑩。

㉑ [意]朱塞佩·格罗索《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第417页。

约,如买卖、租赁、合伙、寄存,可以实物偿还的借贷以及其他等等,都起源于万民法”。^②而在后世民商立法中,最具普遍性和生命力的,无疑是其自然法和万民法部分。

其次,从罗马法的适用范围看,查士丁尼说,“我们所适用的全部法律,或是关于人的法律,或是关于物的法律,或是关于诉讼的法律。”^③关于人的法律,罗马法规定的主要是自由人、家长、婚姻、收养、监护、保佐,并出现了团体之类的主体。关于物的法律,则包括物、所有权、继承、契约之债和侵权行为之债。关于诉讼的法律,包括起诉、诉讼担保、抗辩、答辩、命令、审判和公诉。可见在罗马法中,有关人的规定,实际上是对商品经济生活主体及其资格的规定;有关物的规定,实际包括现代民法中的权利客体、物权、继承及债的制度(交换的客体对象和手段方法)。^④至于诉讼的规定,则演进分离出了专门的诉讼法。

再次,在罗马法的称谓上,查士丁尼时期并没有把当时编纂的法典称为“民法典”,也没有把罗马法称为民法、更没有将其定性为市民法。而是称查士丁尼法典、学说汇纂、法学总论及新律。^⑤只是到了资本主义初期,为了资本主义商品经济的发展,资产阶级孜孜以求的东西在罗马法那里都已经有了现成的了。由此,致罗马法倍受关注并且复兴,研究者们遂将查士丁尼法典、学说汇纂、法学总论和新律合称为查士丁尼《国法大全》,又曰《民法大全》。称之为《国法大全》,是非常恰当的,因为其内容范围是与其全部的社会经济生活条件相适应的。而称之为《民法大全》本来也无不妥,因为罗马法本来就包含着“市民法”和“万民法”。其中可以说市民法是衰亡之法,万民法是永生之法。但问题在于现今学界通说中多把“民法”狭隘地解释成了“市民法”(ius civile; Civil Law),^⑥十分荒谬和错误地切断了民法本来与万民法以及自然法的天然联系;而罗马法中真正有生命力的和对后世民法有影响渗透力的是万民法和自然法,根本不是市民法。可见,将民法的内容渊源仅限于罗马法的“市民法”,将民法译为 Civil Law,且把 Civil 译释为“市民”,应当说是非常片面和明显错误的。翻开任何一部英文词典,在 Civil 的词条中,本有“平民的、人类社会的、万民的、市民的、民事的、民用的以及文明、文明的”等多种含义,但不知为何却偏偏仅取“市民”一义?慎重考酌,对 Civil 或民的解释,正确地理解或解释应当是人、是民,是民商事主体。^⑦罗马法时代,基本上是自然人;至近现代,随商品经济发展,法人渐居重要地位,其种类增加,形式亦趋多样。因此,当今中国民商事立法,内容上应当重在继承罗马法基于商品经济关系所制定的“万民法”和“自然法”基因,形式上应当注意包含其民(人)与商(物)两个方面的丰富意蕴。

由上可以得出的基本结论是:罗马法中的市民法因其古板形式不合商品经济规律需求而已枯败衰亡;自然法理念和万民法规范则因反映人类本性及其商品经济规律并随商品经济发展而永恒昌荣。

三、《法国民法典》与《德国民法典》——内容与形式上被分解为二

商品经济为民商立法之土壤,民商立法始终以商品经济为基础。法国大革命后,拿破仑于 1804 年颁布民法典。其以罗马法为基础,与新的商品经济关系相适应,规定资本主义商品经济条

^② 买卖、租赁、寄存、合伙等契约,无不是对商品的直接交易或者与商品的生产 and 交易有关,从性质上是对商品关系的立法,基因上体现着商品的特质。前引①,第 7 页。

^③ 前引①,第 11 页。

^④ 现在民商法理论中,有人认为婚姻家庭法和继承法是纯粹的民事法律,与以商品关系为适用对象的商法毫无关系。此种观点,无论从主体还是客体方面,都是很需要商榷的。

^⑤ 王明锁《查士丁尼与〈民法大全〉的编纂》,载《河南大学学报(社科版)》1998 年第 1 期。

^⑥ 参见魏振瀛主编《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2010 年版,第 2 页及封面英文翻译。

^⑦ 参见王明锁《论中国民商立法及其模式选择》,载《法律科学》1999 年第 5 期。

件下的市场主体——人的资格类型和地位等；为维护其财产权利，着力规定主体所享有的各种财产权利及其取得财产的各种方法，其中占重要地位者是以买卖关系为核心起点的各种契约的规定。^⑳其内容科学丰富、精细实用，形式上体系合理、逻辑严谨、用语清新、简明通俗，使它不仅成了“典型的资产阶级社会的法典”，^㉑而且“成为世界各地编纂法典时当作基础来使用的法典”。^㉒虽过200余载，仍恢弘屹立，风采依旧。

刚取得胜利的拿破仑，由于担心封建势力利用罗马法中已具雏形的团体进行复辟，因而在商品主体方面于民法典中未敢直面和规定法人团体制度。但商品经济关系发达，并在一些领域已有既定规则，故为照顾和维护商人阶层的特殊利益，便将已经存在的陆上商事条例和海上条例进行归并整理，形成商法典。这样一来，从性质内容上看，商品经济关系的基本理论规则放在了民法典，而商品经济关系特定领域的规范则放在了商法典；从形式上看，商品经济关系的基本理论规则被称之为民法，而商品经济关系的特别规则被称之为商法。由此，也使商品经济关系基本法在称谓形式与实际内容上发生了错位现象，也使罗马法中本来民商一起的规定被一分为二，有了所谓民商分立的立法模式。

民商分立及其名称与内容的错位，虽然未使民法典地位有所撼动，但却影响着商法典的前途命运。因为拿破仑将商人、破产、海上贸易和商事法院审判程序都归入到商法典，明显违背其将程序法与实体法分开的科学规则，也违背将商品经济关系主体、客体和交易规则进行统一规定的理念，对商人利益进行特殊规定和适用特殊司法程序，也违背了商品经济平等保护的本质要求；就股份公司方面的规定，也仅有13个条文。但由于商品经济关系的发展，对商法典的补充修改遂成难题，以致无法像对民法典那样在原来基础上修订，而不得不以诸多单行法形式既对商法典进行补充，又对现实商品关系予以专项调整。如此便出现如1867年的商事公司法、1885年的期货法、1919年的商业登记法、1925年的有限责任公司法、1966年的公司法等。这样，1807年商法典版本的648个条文最终只剩下不到150个条文，并且这100多个条文也没有多少保存着初始的内容风貌。到法国达罗慈出版社关于《法国商法典》的最新版本（2000年版本）时，其第一部分为《法国商法典》本身，基本保持原版体例；第二部分则是法国商事法律的重要组成部分，其收入法律条文甚多，实际上已成商事法律的汇编，或者说原本意义上的《法国商法典》基本上已沦为一个空壳。

德国与法国一样直接承袭着查士丁尼立法的基因。^㉓德国1896年制定的民法典，包括总则、债、物权、亲属和继承五编。^㉔其最大特点是构建了包括市场主体（自然人、法人）、客体（物）及法律行为的总则制度。1897年制定商法典，其第一编包括商人、商业登记、商号、商业账簿、经理权、商业辅助人、学徒、商代理、商事居间人等；第二编为公司与隐名合伙，包括无限公司、两合公司；第三编为商业账簿，有对所有商人的规定，对资合公司和金融机构的补充规定；第四编为商行为，包括一般规定、商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业；第五编为海商。可以看出，因资本主义商品经济关系新的发展，《德国商法典》要比《法国商法典》的内容丰富得多。一方面，除了生产者与消费者之间的商品流转外，工业、手工业、采掘业等法律关系全部都被包括在内，以致该法典名称中的“商”字，已不能彰显该法典的全部内容。另一方面，商

^⑳ 参见《法国民法典》，马育民译，北京大学出版社1982年版。

^㉑ 前引⑭，第248页。

^㉒ 前引⑭，第484页。

^㉓ 参见王明锁《查士丁尼〈民法大全〉的历史影响》，载《史学月刊》1993年第4期。

^㉔ 《德国民法典》，郑冲、贾红梅译，法律出版社2001年版。《德国民法典》与《法国民法典》在性质内容上并无区别，只是在《法国民法典》小总则和三卷的结构基础上改造成了五编制结构体系。详细分析可参见王明锁《论罗马法体系的沿革与中国民法的法典化》，载《法律科学》1995年第5期。

法典本想包括一切,但实际上又容纳不了。如法典形式上包括海商,总共 905 条,但实际上从海商第 476 条开始至第 905 条,又被另行刊载,从商法典中独立了出来。同时,在民法典人的制度之外于商法典另定商人,在民法典法律行为之外再定商业行为,既有叠床架屋之感和违背商品经济平等之嫌,也有形式名称与性质内容上的错位现象。

四、《瑞士民法典》与《意大利民法典》——实质内容统一表达形式或缺

20 世纪初,资本主义商品经济进一步繁荣发展,平等观念广泛拓展和普遍深入。至瑞士立法,先定民法典为人法、亲属、继承、物权四编,后将 1881 年公布的包括合同、公司、商事登记、商业账簿、有价证券在内的债法修订后并入民法典同时实施。如此,《瑞士民法典》的内容与商品经济关系范围趋于一致。商品关系中的人与人格制度,像《法国民法典》一样受到重视,并被作为首编。其亲属、继承紧跟其后,表明与人法密切。就合同、公司、商事登记、商业账簿、有价证券,纳入民法,完全从商品经济关系着眼,更合逻辑。因为公司实为主体之延展;有价证券乃物或财产之变形;商事登记与人口婚姻登记、房产登记之类并无性质区别,乃国家掌控社会信息之手段;商业账簿也实为政府征税依据之必要,远非商人特殊时代为商人个人之私情隐事。故将这些内容放入民法典理所当然。在形式上,如果将公司组织与行为的规定直接放入法人,将有价证券随物而行,虽然符合逻辑,但会使相关部分臃肿突出。但为避免臃突之弊而将其与合同、商事登记等并列一起,却又使主体、行为、物、登记等制度属性混杂,当为其不足。

《意大利民法典》内容上秉承罗马法传统,以统一的商品经济生活为规范对象,将法典定为六编,包括人与家庭,继承,所有权,债,劳动(含职业、企业劳动、公司、合作社、参股、企业、智力作品权和工业发明权),权利的保护。^③该法典从 1942 年颁行到 2004 年修订并无大的变动。与《瑞士民法典》相比,其显著特点:一是将人和家庭作为一编,完全秉承了罗马法和法国民法典的做法;二是使继承编紧随其后,而先于所有权,此与《瑞士民法典》相同;三是将劳动单独作为一编,而将公司、企业、合作社、知识产权都囊括在内,有庞杂零乱之缺憾;四是将对权利的保护单独为编,内容为财产登记、证据、财产担保方法、权利司法救济、消灭时效制度等,除有庞杂之感外,还有程序与实体混合之嫌。

《瑞士民法典》和《意大利民法典》注重了内容上与商品经济关系保持一致,实现了法国、德国商法典内容向民法典的回归,但却忽略了将商法典的形式名称向民法典的合并,^④有名不副实之瑕。同时因其内容上的庞杂和形式上的逻辑缺陷也成日后诸多民商分立主张者的重要理由,^⑤即一部民法典怎能装得下如此丰富多彩的市场经济生活内容呢?人类的智慧是不断进步的,办法总比困难多。这两个问题分别是由泰国和旧中国民商立法自觉不自觉地加以解决的。

五、泰国民商法典——实质内容统一繁集表达形式名副其实

泰国民商立法,内容范围上同于瑞士、意大利民法典,而名称上创新发展,直曰为“民商法典”。对于泰国民商立法,我国学界似乎多持一种忽视轻视甚至蔑视之态度,似以为不足为鉴。这是十分不应该的。从中国传统对内容与形式即“名”与“实”的关系看,两者应当相符一致。孔

^③ 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社 2004 年版。

^④ 笔者曾比喻民法典与商法典的关系就像现实中的两个单位,本来为一个单位时,叫什么名称只要习惯了也无所谓,但一旦分开,特别是经过各自发展形成特色或者两个单位本就势均力敌时,要让其合在一起,就往往不只是内容实质方面的合并,还会有形式名称上的问题。

^⑤ 参见石少侠《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,载《法制与社会发展》2003 年第 5 期。

夫子说“名不正，则言不顺。”^{②⑧}在现今传统民商合一理论中，所谓民商合一，乃主张只有民法典，而将公司法、票据法等单行商事法律视为民法之特别法。既然承认商事单行法，那商事基本法何在？为什么要将商事单行法视为民法的特别法呢？故此成为诸多商法理论中的一种隐痛。^{②⑨}造成这种状况的原因，就在于“言不顺”。而对此言不顺问题之解决，正是泰国民商立法之贡献。泰国1923年进行民商立法，其内容包含总则、债权法、合同分则、物权法、家庭、遗产六编，其合同分则中包括着保险、票据、股份与公司等所谓商法的传统内容。即在实质内容上与瑞士意大利民法典相同，但在形式名称上，不再只称民法典，而称之为《泰王国民商法典》，创立了形式与内容相一致的民商合一新模式，其胆量与智慧当醒目细看。其最大特点在于名称与实际内容相符，实际内容与商品经济生活条件一致。因此是一种名实相符、内容庞杂繁集的真正的民商合一模式。在此情形下，随社会生活发展，再遇商事单行法公布，将其称之为民商特别法时，则自然是名正言顺，而不会有什么难言之痛和不谐之感。

从民商立法模式的历史演进看，泰国民商法典的称谓应当说是对《汉穆拉比法典》和罗马法关于商品经济生活条件下的内容的完全抽象和概括，是对商品经济关系中的主体、客体和交换手段诸多要素基因的全部继承，也是对瑞士意大利民商合一模式中实质内容的延续。但就瑞士、意大利民法典及泰国民商法典的内容看，尽管立法者都在一部法典中对市场经济生活条件进行完全的概括，从形式上来看，也并非像民商分立者所说的那样根本不可能。^{②⑩}但从民商事实际内容方面看，也确实由于市场经济生活的丰富复杂，事实上也很难概括得十分的周全妥当与协调。如法国、德国商法典中的公司、票据、证券等，虽然都被瑞士、意大利民法典或泰国民商法典进行了概括，但海商法却始终没有被整体包容进去。原因在于海商法的内容是与民商法中的公司、所有权、债的担保、财产租赁、货物运输、财产保险、侵权赔偿等制度相联系的，其条文规则数量很多，如果也将其纳入统一的一部法典中，既会使相互间的内容较多重复，也会使法典条文大量增加。即使《德国商法典》名义上把海商法包括在内，但实际上海商法仍是独立而行；^{②⑪}再如专门的保险制度也具有同样之特性。故海商法之类似乎成为民商法这一氏族宗亲中一个相对独立的分支家庭应该是更具合理性和适用性的。

既然没有必要和可能在事实上将所有调整市场经济生活关系的规则统统包括在一部统一的法典中，并使其具有相当严谨的逻辑性和内容上的和谐性与形式上的简明性，既然允许海商法之类的商事单行法律在民商法这个氏族宗亲之外单独以一个小型家庭的形式存在，那么，有没有类似海商法

^{②⑧} 孔子曰“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成；事不成，则礼乐不兴，礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足。”参见《论语·子路篇》。我国民法典制定当今已属五次起草；民商法制度不兴，则刑罚不中。对此进行最好诠释的是最新典型事例即内蒙古农民王力军农闲时收购玉米卖给国家粮库被判刑，于2017年2月17日再审改判无罪。二审改无罪，对；一审判有罪，也对。民手足有措乎？所以子路问孔子：如果卫君等待先生去主持政事，您准备从什么做起呢？孔子回答说：首先必须是纠正名分上的用词不当呀！子路又问：这个名为什么去正呢？孔子便回答了上述正名的重要性。但是如何才能做到名正呢？孔子在前面并没有说“实不明则名不正”。（参见《毛泽东书信选集》，人民出版社1983年版，第144页。）因此，要做到名正，首先还要做到明实。这也方为实事求是矣。

^{②⑨} 参见赵旭东《民法典的编纂与商事立法》，载《中国法学》2016年第4期。

^{②⑩} 如当今中国民法典编纂中，有人主张将知识产权法定入民法典，有人则认为没有必要和不可能。如果对民商立法内容发展进行考察，不是不必要；如果就意大利、泰国民商立法形式看，也不是不可能。而缺少的应当说主要是眼界胆略和智慧方法以及欲达目标之高远。

^{②⑪} 德国商法典总条文为905条，但海商法一编的条文即为430条，与前四编的条文475条几乎相等。以致达到于商法典之外另行刊载的程度。在法国商法典中，海商法的篇幅也占主要部分，以致认为法国商法典的陆商部分非常薄弱，如果除去后来不认为是商法部分的破产与商事法院及其诉讼程序后，法国商法典几乎可以说就是法国的海商法。在我国的商法教材中，往往也没有把海商法包括进来。参见李永军主编《商法学》，中国政法大学出版社2007年版；赵旭东主编《商法学》，高等教育出版社2007年版。

一样的制度规则，与民商法典虽然同宗同源，但因其情况复杂或特性明显而也有必要或可以成为一个相对独立的小家庭呢？

六、旧中国国民党民商立法——实质内容主次分明名称形式表达不全

对上述问题的解决方案，不仅存在，而且必要和可行。而使这种合理设想成为现实者，当为旧中国民商立法之新创造！中国清末变法，始聘日人帮助立法，曾模仿照搬德、日民商分立模式。后至南京国民党政府，考察民商立法发展大势，遂改采瑞士民商合一主张。只制定民法典，不制定商法典。尽管有学者认为 1929 年民国民法典选择民商合一体例并不完全是学理上论证充分的结果^④，但有意无意和自觉不自觉地却走出了一种新的民商合一体例，即对瑞士、意大利民法典内容庞杂繁集的问题予以了改进和解决——民法典只包括总则、物权、债、亲属、继承五编，以此为民商法之基本制度。^⑤于民法典之外，不仅允许海商法为单行法，且允许公司法、票据法、证券法等也以单行法形式存在。

此种新模式的突出特点在于：第一，与商品经济关系相适应的民法典这样一个大家庭依然存在。第二，不允许法国、德国那样使有关商法的规范独立成商法典与民法典在形式和观念上平起平坐。第三，使瑞士、意大利民法典和泰国民商法典适当减肥瘦身，不致过分臃肿。第四，有利于基本法典的科学性和稳定性，同时也更有利于单行法对商品经济关系复杂多变的适应性。^⑥如同家庭关系一样，多了几个小家庭，有大家庭根源，有小家庭存在；既有原则稳定性，也有方便灵活性。^⑦但这种民商合一新模式的明显不足之处在于，仍然同瑞士、意大利一样使用民法典的称谓，而没有像泰国一样使用“民商法典”的名称。即在当时世界民商立法理念趋势与法典编纂技术上与泰国民商法典相比，对法典内容的协调处理进了一步，但在法典名称的称谓上却退了一步，也即解决了法典内容方面庞杂繁集和臃肿之弊，但依然存在着如同瑞士、意大利民法典在形式上的名实不符和言不顺之病。造成此状况之原因，应当说是过多看重了当时德国日本及瑞士民法典，而忽视或者根本未及对泰国民商立法进行考察。

七、美国民商立法——内容重在商事名称过犹不及

就民商立法研究，不能不对与西方罗马或大陆法系全然不同的另一个法律体系给以适当的关注。英美法系中，虽然没有像罗马法系一样具有传统的民法典。但英美法照样曾受惠于罗马法的滋养和影响。正像马克思和恩格斯在谈到罗马法对英国法律影响的情形时所指出的那样，“即使在英国，为了私法（特别是其中关于动产的那一部分）的进一步发展，也不得不参照罗马法的诸原则。”^⑧但英国对罗马法的接受，只是通过吸收罗马法的某些原则和思想实质，并将其逐渐渗入到英国法的概念体系之中。詹克斯在其所著《英国法律简史》中说“罗马法在英国的影响是秘密的和非法的。”^⑨恩格斯也曾引用一位法国人的话说“你们写下伦敦，而读出来的却是君士坦丁堡。”^⑩美国于法律方面历史地承接了英国的法律传统，同时对罗马法的精神也受惠颇多。美国学

^④ 参见聂卫锋《中国民商立法体例历史考——从晚清到民国的立法政策与学术争论》，载《政法论坛》2014年第1期。

^⑤ 正如有学者所言：物权、债权从来就是商法的基本法，是民商共同适用的法。参见朱广新《民法典编纂可吸收商事一般规则》，载《检察日报》2017年2月15日。

^⑥ 王利明教授认为“民法典既要保持体系的稳定性，又要为民法典适应不断发展变化的社会关系留下足够的空间，保持体系的开放性。”参见王利明《60年来中国民事立法的成就与展望》，载前引⑩S. 斯奇巴尼、朱勇主编书，第3页。

^⑦ 如果顺便将这种思路境界延展一下，就又与我国的一国两制多法域的理论 and 现实相吻合了。

^⑧ 《马克思恩格斯全集》（第3卷），人民出版社1972年版，第71页。

^⑨ [英]詹克斯《英国法律简史》，1928年英文版，第20页。

^⑩ 《马克思恩格斯全集》（第22卷），人民出版社1965年版，第353页。

者莫里斯曾经确切地指出“近125年间在美国所制定的一切良好的法律——并且也有许多简陋的法律——大都是从废除封建时代的规则和陋俗而恢复到罗马法的原则，有时甚至还回到罗马法的字句上面去。”^{④7} 在美国的法律中，既有英国法律的传统，也有罗马法之精神，更有美国随商品经济的繁荣而作出的独特发展。美国作为近现代商品经济最发达的国家，其民商立法虽然仍遵循着判例法的传统，但于商品经济关系方面，则径直规定为美国统一商法典，是为最显著特色。美国的统一商法典，一改法国、德国大陆法系的商法典面貌，完全从实用主义和行为主义出发，直接定名为《美国统一商法典》。其包括9篇，分别是：总则；买卖，租赁；流通票据；银行存款收款，资金转让；信用证；大宗买卖；仓单、提单及其他所有权凭证；投资证券；担保交易。其所定内容具体实际，有什么规定什么，出现什么规定什么，需要什么规定什么。如每篇中首先都有对所用概念含义进行解释界定的规定；如第2篇中，就详细规定合同、协议、买卖、现货、订立合同的要约、承诺、电子合同、合同解释、履约、交付、违约、毁约、免责、替代旅行、催告、选择权等；第2篇本为买卖，但紧接着又规定2a为租赁。第3篇的流通票据，则规定出票、利息、流通、背书、抗辩、签名、提示、拒付、付款等，完全是票据法的内容。而第6篇又为大宗的买卖，第9篇为担保交易。第3篇的流通证券、第7篇的仓单、提单等凭证与第8篇的投资证券，要在大陆法系的概念中，则都会被列为证券一类。

可以说，《美国统一商法典》是真正从商的意义出发来规范商品经济关系的，并且紧紧追随着社会的经济生活实际。但该法有其自身的法律体系决定。若从罗马法概念或大陆法体系的角度看，它并没有规定出商品经济关系主体的一般资格，即见商不见人，见物不见人，见钱不见人，见行为不见主体。即舍去了大陆法系中民的部分，缺少了市场经济关系中人的要素。而事实上，任何的商品都离不开人，离不开民。“民为商之根本，商为民之生命”^{④8} 民、人（自然人、法人等民商事主体）是商品的生产者、消费者、支配者、转让者、分配者等等，民与商须臾不可分。如果没有民的存在，商就失去了依归；如果没有商的存在、发展和满足，人也难以由弱变强，甚至会自身难保。人与物或民与商的关系，真乃是人物难分舍，物人两相依。于形式上，放眼世间，除了人和商品、人与物之外，再也没有别的什么东西了。但是在法律上，任何对商品经济关系的规范，本质上则都是对人的行为的规范。因此可以说，在对作为商品经济关系基本法的法典的名称表达上，只有民而无商者，应谓之不及；而只有商而无民者，应谓之过，而过犹不及。如此，唯民商一起则更为科学合理和妥帖真切。

八、中国民商法典编纂的新模式

法学理论中，长期使用民法和商法两个概念，同时受民商分立观念影响，人们通常忘却了民法与商品经济的天然联系。商品或市场经济条件下的民事立法，本质上都是对民事商事行为的统一规范，但民法对商品经济进行规范却似乎有了一种莫明的越俎代庖之感。在中国现今所谓民商合一的《民法总则》中，即难以见到对商或商人、商事、商行为诸类范畴的直接表达，对商事关系的调整实际上仍采取一种错位和隐晦的方式，将之涵盖在民事权利能力、民事行为能力、民事法律行为、民事代理等范畴之内，而不愿或不敢对商进行直接地表白。学术界和立法机关又自觉或自发地都一边倒地偏向于这种“民商合一”的立场。^{④9} 另一方面，一些独立的小家庭却也似乎忘却了原来的氏

^{④7} [美] 莫里斯 《法律发达史》，王学义译，商务印书馆1939年版，第241页。

^{④8} 参见前引^{④7}。

^{④9} 张谷 《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2017年第4期。

族宗亲，自以为本是天然独支。就是在我国传统民商合一体系下，也一直存在着所谓的商法典、商事通则等直接的民商分立或者变相民商分立的现象。就是在现在似乎已经定局定论的民商合一体系中，学者们仍然在有意无意地极力区分着民事和商事两种不同的关系。认为“随市场经济的建立与完善，曾经的乡土中国很大程度上走向了商土中国，契约大为增加；资本大量下乡，农村社会关系被商化。传统民法典依存的以农业为主的社会基础已经不复存在，至少在交易领域，民法典调整的交易原型多半不再是两个民事主体之间的交易，而是至少有一方是商事主体的交易。此时民法典应如何区隔民事关系和商事关系就成为重大问题和疑难问题”。^{⑤0}由此可见，在中国的民商立法中，民法和商法的关系依然是一个绕不开、剪不断、理还乱的问题。而解决这一问题最有效的办法，应当是为民法典明实和正名。

（一）法典内容本质上应当明实为市场经济

首先，明确民法典与市场经济的关系，要克服对民法性质内容上的偏见。我国学界不少人认为“传统民法典依存的是以农业为主的社会基础”，^{⑤1}“只有婚姻、继承才是纯粹的民法”，^{⑤2}仍然把民法意蕴限定于罗马法中市民法的狭隘范围，把民法主要理解为传统温情的家庭规则及一生两遇的继承制度。^{⑤3}如此似是刻舟求剑、大错特错。延安时期，毛泽东已经关注到工业的发展和家庭的萎缩，指出“走出家庭”与“巩固家庭”的两重政策。^{⑤4}因为传统家庭是和自然的农业经济相适应的，而不可抗拒的工业经济、商品经济对传统家庭早已起着极大的冲击隔离或分解作用。吃喝穿住、婚丧嫁娶、生老病死，无不是在逐步的市场商品化和社会协作化。当今中国已为世界经济强国，“加强市场法律制度建设，编纂民法典”的任务被写于党中央重要文件，为中国民法典的编纂提供了极为重要的政治支持，更指明了民法典的基础和目标任务。中国的民商法学人当以宽宏的专业视野和严谨的逻辑思维深刻认识民法典的市场经济基础，并以此进行理论创新，克服对传统民法的偏见，努力提升中国民法典的层次水平。正如恩格斯所说“如果说民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件，那么这种准则就可以依情况的不同而把这些条件有时表现得较好，有时表现得坏。”^{⑤5}民法典将是一座恢弘建筑。而建构这样的建筑物，必须要有科学的态度、精准的方案和切实可行的措施。这样一座恢弘建筑能否具有强久生命力，能否成为建筑史上的杰作精品，乃是对建筑设计者和工匠们的水平的考验。其中必须有航天精神和工匠态度，也必须有伯乐慧眼和马良神笔，更要有对其基础实质和灵魂神气即市场经济始终有着清晰的认识。

其次，应当在立法根据或立法目的方面明确法典是以市场经济为基础的。自《汉穆拉比法典》和罗马法到现代，民法无不以商品经济为基础，与市场经济同命运。我国法律从近代已步入以商品经济为基础的罗马法系，自本世纪初业已建立起了社会主义法律体系。当今中国经济又以浩荡之势汇入世界市场之汪洋。为在小康基础上强国富民，实现中华民族伟大复兴的中国梦，中国共产党推进全面依法治国战略，明确提出加强市场法律制度建设，编纂民法典，不仅吹响了编纂中国特色社

^{⑤0} 谢鸿飞《民法典编纂的法治意义》，资料来源于中国社会科学网：http://www.cssn.cn/fx/fx_cgzs/201709/t20170912_3637477.shtml，最后访问时间：2017年12月27日。

^{⑤1} 前引^{⑤0}。其中认为民法典的基础是农业为主的社会基础的观点是错误的。因为中国长期是农业为主的社会基础，中国才没有民法典；以罗马法为代表的民法科学，之所以产生于西方，即在其社会基础是发达的商品经济。中国现在进入商品经济社会，故才有民法典编纂之举。这足以说明民法与市场经济的天然联系，民法典的基础应当是商品经济。

^{⑤2} 前引^{⑤1}朱广新文。

^{⑤3} 现代社会，每个人每天都和市场经济密切联系，五次三番自觉不自觉地适用着契约或合同规则。但一个人一生中，都只会当一次被继承人，通常情况下也只会充当两次继承人。由此可见主要与市场经济相联系的债的制度和主要与家庭及个人所有权相联系的继承制度两者地位之高下，言之天壤之别不应为过。

^{⑤4} 前引^{⑤0}《毛泽东书信选集》，第237—239页。

^{⑤5} 前引^{⑤1}，第248、249页。

会主义民法典的嘹亮号角,还指明了民法典编纂的基础和路线方向。因此,在中国特色社会主义民法典中,完全应当体现其时代特征,于开编条文中明确“本法以市场经济为基础”。如此,法典方有明确的目标和方向,其内容也才会更有凝聚力和逻辑性,所定规则将更有问题意识和针对性,从而为市场经济的稳定发展提供切实有效的服务。

再次,在立法逻辑和技术上,应当依次明确市场经济的基本要素。构成市场经济的基本要素分别为人(主体)、商品(客体)、权利(主体对客体的利益属性)、行为(主体取得权利和实现权利的方式)、责任以及责任时效(对主体权利的保护)。其具体的逻辑体系和方法措施是:

第一,在市场主体即人的方面,应当系统规定市场主体的资格和类型。规定自然人、法人、非法人企业、国家。^{⑤⑥} 如果从市场经济的角度着眼,许多争议的问题将不成为问题。比如从孩子受父母指派到店里打酱油便认为6岁即有限制行为能力,将显得幼稚和脱离实际。以是否营利为目的来对法人分类,似乎远不如区分为企业法人和非企业法人更显科学。因为市场经济条件下,只存在营利多少的问题,而不能不让其营利。如民办学校若选择非营利型法人必将等同于破产灭亡;若选择营利型法人,其目标价值将进一步变本加厉、更被扭曲。^{⑤⑦} 故此在市场经济条件下,以营利非营利对法人进行区分,既不符合市场经济规律实际,也会把营利性法人引导到只为营利而不顾其他或丧失社会责任之境地。医院企业化导致的严重后果和深刻教训,尚未汲取和得以挽正。

第二,应当明确市场经济的客体即商品或物的要素。在市场上,除了人就是商品。商品可以包括通常的实物和票证物,也可以包括知识产品,甚至是劳动力或人身利益。商品要进入市场,必须要有种类范围并符合一定的条件。因此,在法典中,应当对客体进行规定。否则,将是见人不见物,不符合市场实际。

第三,应当明确市场主体的权利。市场上须有安全和秩序。其安全秩序的前提,乃是主体对客体具有归属性的支配权。在市场主体的权利体系中,依次是人身权、物权和知识产权。这是其支配性或静态性的权利。当主体要对其客体进行交换时,则需要债权作为交换的桥梁或手段,使客体在主体间进行流通转换,以使商品交易完成。在市场主体的人身权利中,作为主体的自然人,须有人格尊严、身体自由及其栖息繁衍之处,即婚姻家庭的存在。在主体对客体的支配关系转换中,因自然人死亡而转换为现实生存者对客体继续支配利用,则要有对财产的继承制度。

第四,应当规定民商行为制度。在物的生产交换消费等过程中,主体所进行的契约签订,对客体的控制利用、收益处分,对相对人的请求抗辩,交付履行,对义务的违反、对权利的伤害,甚至对责任的承担,无不是民商行为的具体表现类型。^{⑤⑧} 正是通过对这些行为的具体规范,也才有所谓的民商事法律行为规范,并由此成就了民商法。因此,对这些行为应当明确地予以规定和完善。

第五,应当明确市场主体的法律责任。这种责任,是对民商主体权利的保护,也是对主体义务的约束。违反义务,便是对权利的伤害,属于违反法律的行为,包括侵权(人身权、物权、知识产权以及继承权)行为和违约行为(为对债权的保护)。《民法总则》对《民法通则》的这一制度进行了延续,民事责任制度应当得到进一步完善。

最后,应当明确责任的时效制度。当权利受到侵害后,受害人应当在法律规定的期限内要求保护,也即对责任人责任的追究不是没有期限限制的。刑法中尚有追诉时效问题。请求侵权人承担责

^{⑤⑥} 在主体的规定方面,尚有诸多争议。如有人认为国家不是民事主体。对此值得商榷的是:如果国家不是民商主体,国家所有权将无所依附,国家责任、国家赔偿、国家公债、国有企业、国有股票、国有资产、人身环境等问题将难以理解。如食品医药环境等诸多普遍性问题,不从国家的角度着眼也将难以解决而成为空谈。

^{⑤⑦} 《民法总则》通过后,结合相关规定,民办大学总结认为,自己若选择非营利性法人,即为等死;若选择营利性法人,则为找死。

^{⑤⑧} 参见王明锁《民事法律行为类型化的创新与完善》,载《北方法学》2016年第4期。

任的请求权如果超过法定期限即会丧失强制性的保护机会。在民法典制定中,有人认为《民法通则》中规定的 2 年期限太短,主张改成 5 年或 3 年。理由是某金融机构未主张权利而损失了巨大利益。问题是为什么别的债权人没有受损?如今经济发展,交易频繁快速,通信交通便捷,技术手段先进,比《民法通则》制定时不知进步多少倍,反而改成 3 年。且时效中本有中断制度,于时效期限内,债权人一个电话信息、一个微信邮件即可使已经进行的时效期间归于无效而重新开始计算。难道说债权人向债务人提出这样一个要求还款的请求 2 年时间还不够用?如果真的没有提出,那定有故意弃权之隐情,或者绝对属于法盲之列。

总之,如果明确法典内容以市场经济为基础,许多问题都会因此变得简单明了而迎刃得解。否则,对《民法总则》的争议评价、赞誉批评、理念角度,就不会趋于一致。^⑤

(二) 法典名称形式上表达为民商法典

编纂中国社会主义民法典,既然主张民商合一,包含着商事的内容和规范,那么就应当将法典正名为民商法典,并且其早有扎实的理论基础和现实根据。

第一,民商并称,与我国民族文化传统完全契合。在中国历史上,民是指平民百姓,不当官的人。商指商品经营、交易流通,含行商坐贾之说。中国当代,民为公民民众、自然人、市场主体。商为商品及在商品基础上所产生的一切经营性活动。所进行的商品生产、商品交换、商场商业、商务商会等等,无不与商品的生产交换相关。民商并论,很容易被百姓理解为全民经商、人民经商,发展商品经济,与现在全面深化改革开放、一路一带建设、发展市场经济不谋而合,既有底气地气又有新时代气息,使其完全扎根于中国市场经济的肥壤沃土。

第二,民商并称,在法学理论上早成普遍现象。中国人民大学复印报刊资料中心的民法,早被改称为《民商法学》。梁慧星主编的国家九五规划教材,叫“民商法”系列;梁慧星主编、由法律出版社出版的丛书叫作《民商法论丛》。各大学法学院系的民法教研室,不约而同早改成了民商法教研室;著名的政法大学都有专门的民商法学院;许多省市法学研究会中都是民商法学研究会。中央文件决议中也称“民商”法律。中共十四届三中全会《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决议》中就提出要“进一步完善民商法律”。十八届四中全会决定中,也是说加强市场法律制度建设,编纂民法典。但这样的民法典一定是以市场经济为基础和对象的,其性质是调整商品经济关系的法律,而绝不是婚姻、继承和侵权损害意义上的民法典。十五届全国人大会上关于《民法总则》的说明中对未列入民法典的单行法称为民商事单行法。因此,将民商事基本法或综合法的“民法典”称为“民商法”或者“民商法典”乃是名正言顺、顺理成章和天经地义的。

第三,我国司法实务中,也早习惯于使用民商概念。法院之法庭,民庭早包括财产纠纷、婚姻继承、合同侵权、知识产权、公司破产、证券票据、保险海商等民商实务。司法统计与宣传上,更是民商一起。如相关报道:青海高院民商事审判工作获省常委会肯定;2015 年青海法院审结民商事案三万余件;最高人民法院首次明确民商事审判六原则;孟建柱:做好民商事审判工作,加强对产权人权利司法保护;浙江义乌法院建立涉外民商事纠纷诉调衔接机制;四川攀枝花中院召开民商事审判业务培训会;浙江杭州上城法院将民商事纠纷化解在诉讼前;新疆法院 2014 年审结民商事再审查 1151 件;四川高院调整一审民商事案件管辖标准;最高法院调整中院一审民商事标准。这充分说明,民商一体已经在中国司法实务的土壤中生长开花结果,“民商”并称在我国法域中已成为一个极具中国特色的法学范畴,是中国法学话语的科学创造。在法学话语体系中,应当特别珍

^⑤ 邹海林 《民法总则有哪些创新?》,资料来源于中国社会科学网: http://ex.cssn.cn/fx/201710/t20171011_3664217.shtml, 最后访问时间:2017 年 12 月 27 日。

惜和构建与中国特色社会主义市场经济相适应的民商法学专门话语体系。如果在法典名称上不使用民商法典而仍然守旧于民法典,必将与中国司法审判实务中的称谓相脱离。

第四,使用民商法典称谓,可有效避免不必要的民商分立之争和造成的立法障碍,可有效处理和协调法典内容,加快立法进程。在当前的法典编纂中,诸如安全交易、直接间接代理等争论以及民法典编纂应当吸收和规定商事一般规则之类的说法,无不与既有的民法和商法两个概念相关。再如九届人大时,李鹏委员长宣布要在本届人大颁布中国民法典,但随后就有几位代表提出也要制定中国的商法典。因为人民普遍认为民法就是婚姻家庭、债权债务、赔偿继承方面的法律,商法才与商品市场经济相适应,才是商品市场经济关系最重要的法律。商法和商品经济的天然吻合与民法和商品经济的人为错位,造成了民商立法上的诸多困难和疑惑,而面对相关问题的困难选择又往往会使简单问题复杂化。应当说民商分立与民商合一的固有观念实际上成为了当时民法典制定受阻的一个重要因素。现在虽然中央文件关于民法典的规定成为了民法典编纂的最大推动力,但在民法总则制定中,如何规定或处理商事法条文始终是个争论不休的焦点。其根本原因即在于民法典的名称与其商品经济的社会基础存在着不等同或者错位的现象。解决这一问题的根本的和最有效的方法,就是将民法典正名为民商法典。

第五,使用民商法典,可以自然而然地成为一种新的民商合一模式。自民商分立与民商合一的范畴出现后,从民商合一立法的形式与内容或者名与实的关系看,民商合一模式可以有四,而已经有三:其一是“名不副实、内容庞杂”式,此为瑞士“民法典”模式,后被意大利仿效;其二是“名副其实,内容庞杂”式,此为泰国“民商法典”式;其三是“名不符实,内容简约”式,此为旧中国的“民法典”式。于这三种已有模式外,还有一种模式就是“名副其实,内容简约”式,即法典名称为“民商法典”,内容与市场经济完全相应,包括通则(市场经济需求之原则、主体、客体、权利、行为、责任、时效)、人身权(含人格权和婚姻亲属身份权——人权重要内容、各类权利之首要)、物权(物质生态文明建设、支配权、静态权)、知识产权(精神文化生态文明建设、支配权、静态权)、继承权(支配权移转方式、动态权)和债权(支配权移转方式、动态权)。以此“民商法典”作为市场经济关系之基本法,^⑩公司、债券、票据、保险等作为“民商法典”之民商事单行法,理所当然,甚为确切。由此,在旧中国民商立法的基础上,还自然而然、顺理成章地又创造出了一种新的民商合一模式——名副其实、内容简约的模式。这在民商立法史上将实现一次新的跨越,如此,何乐而不为呢?

九、结语:中国民商法典编纂应当在世界民商法之林新树一帜

当今中国民法典之编纂,实际上是包涵着商事法在内的民商法典之编纂。学贵日新、法贵有新。法律虽保守,但新的立法必须有新时代的新精神、新面貌。如果因循守旧、精神萎靡,内容虚陈,容颜依旧,那样的立法只能是倒腾和折腾,起不到实质有效之作用。^⑪拿破仑分别制定民法典和商法典,有其历史缘由,并在罗马法基础上开创了一种立法新模式,为德日所仿效。德国民商立法在《法国民法典》基础上对民法典进行总则部分的扩充和权利类型的调整,于形式上也有新的创造。《瑞士民法典》在罗马法基础上将商品经济生活关系全面包容,开创民商合一模式,为意大利追随,当称道为是。泰国民商立法,于前人基础上又进一步,树起一帜,不应小觑。旧中国民商

^⑩ 参见王明锁《中国民商法体系及民商法典化的再思考》,载《中国法学》2008年纪念中国改革开放30年专刊。

^⑪ 如《物权法》将《民法通则》规定的抵押、留置、定金、保证,《担保法》中规定的抵押、质押、留置、定金、保证等五种比较完整统一的债的担保制度进行分解,将其中的抵押、质押、留置归入物权,将保证、定金留于担保法,即被认为属于此类。

立法另辟蹊径，克服瑞士泰国法典庞杂之弊，为中华人之重要贡献。新中国民商立法，虽经三起两落久徘徊之曲折，但于徘徊中确能不断前行，创造出诸如《民法通则》之丰碑，以应社会发展之急需，并形成民商立法之基本体系。当今在四个全面基础上实现中华民族伟大复兴梦的形势下编纂中国民法典，当从容善择，若能采“名副其实、内容简约”之模式，必将是一种新气象、新特色，并使中国民商立法于世界民商法之林新树一帜，灿烂高扬！

The Evolution of Unification of Civil and Commercial Law and the Innovative Selection in the Codification of Civil Code

WANG Ming-suo

Abstract: The relationship between Civil Law and Commercial Law is a difficult choice in the codification of Civil Code. As a source of modern civil and commercial law, the Hammurabi Code and the Roman Law stipulate that civil and commercial businesses should be together. France's legislation on the commodity economy began to be divided into Civil Code and Commercial Code, and this division mode was followed by Germany and Japan. Switzerland stipulated the content of the Commercial Law in the Civil Code, started or restored the pattern of unification of civil and commercial law, and was followed by Italy and other countries. Relative legislation in Thai Kingdom named Civil and Commercial Code had the same contents with the Swiss and Italian Civil Codes. Though the old Chinese Kuomintang legislation adopted the model of unification, the name of the code was like that of Switzerland and Italy which merely referred to as the civil code. The typical commercial law, such as Corporate Law and Bills Law in the code content existed independently in the form of single acts. The U. S. legislation on commodity economy regulates by Uniform Commercial Code which is a new model in Anglo-American legal system. In the decision of the Fourth Plenary Session of the 18th CPC Central Committee, the "Proposal on Strengthening Market Legal System Construction and Compilation of Civil Code" was put forward, demonstrating the fundamental position of the Civil Code in strengthening the legal system of the market. The General Provisions of Civil Law passed at the Fifth Session of the 12th National People's Congress upheld the unification and promulgated it. However, the compilation of the other codes is in the process of being handled in a unified manner. Therefore, it is still necessary to provide an intellectual reference to the codification of the Code while the enactment of the Code does not affect the continuous discussion of the academic issues. From the study of the evolution of the unification of civil and commercial models, one should understand new inspiration and scientific and creative choices to the compilation of the civil code. Among the four types of unification of civil and commercial models, the veritable one with simple content is a more ideal new model.

Key words: the unification of civil and commercial law market economy Civil Code