

合金论坛笔谈：民法与商法的关系^{*}

Hejin Forum: The Relation between Civil Law and Commercial Law

王文字 主持

WANG Wen-yu

缪因知 整理

MIAO Yin-zhi

【刊发说明】 “合金论坛”是由来自国际中文学界十余个法域、数十个机构、近百位相关领域的一流法律研究者和实务者共同组成的一个邀请制在线论坛，创办人为台湾大学王文字教授。其宗旨是希望以合同研究为基础，探讨商事组织特征逻辑，进而探究涉及的金融法律议题。

作为财经法学领域的知名特色刊物，本刊与该论坛合作整理部分精华成果刊发以飨读者。这里不仅有顶尖专家就其关心的最新最前沿的具体话题的针锋相对，也有他们对各自得意之作的亲笔介绍，可谓不可多得的思想盛宴。为便于体现争点，本刊既适当保持了当时的交流原貌，也事后做了加工整理。

一、民商法典宜分立，以免法典 庞杂臃肿或远离现实

台湾大学法学院陈自强教授指出：民商分立与民商合一之争，乃至商法在私法体系定位之问题，成为学说关注之焦点，多发生在法典制定之阶段。例如中国大陆最近几年就此议题广泛之讨论与论争，非纯粹以商法理论与商法原则之研究为职志，其主要目的，毋宁系在民法典制定之脉络中，探讨商事之立法模式与商法之定位，决定民法与商法之关系，架构私法之体系。然而，该议题不仅涉及立法论，亦牵涉法律解释论，甚至民法学与商法学理论之发展。

讨论民商分立，应区分形式意义之商法、实质意义之商法。纵民商分立国家，也确立商法学门具独立性，商法之法律适用与民法仍有不可须臾或离之关系。盖商业活动系以营利为目的，交易行为自然为商业活动之重心，但商事交易是否有效成立、是否有意思表示之瑕疵等问题，于民商分立之国家，亦甚少明文规定于商法典，而须回归民法之一般原则。

从瑞士债务法及瑞士商法学看，民商合一并不意味商法被民法融合或消弭。了解欧陆法之历史发展背景，有助于理解民法典与实质商事规定结构之对立。强要将所有民商法律关系规定于单一法典，有使此法典庞杂臃肿或远离生活事实之虞，而商事交易特有法则或原理原则之建立，未始不能透过学说判例之发展思考应如何针对商事发展之特殊需要，发展出符合其需要之特殊法则。是以采民商合一或民商分立，并非问题之关键。

在资本主义支配下之自由经济体制，企业已成为现代经济生活之主角，以企业为核心之法律体系，已然形成。公司组织固然为最重要之企业，但企业法与企业组织法之精进充实，仍有其必要。又交易生活之法律发展，不再以一般民事交易（单纯民事契约）为重心，而系以企业活动之交易为核心，契约法最主要之适用对象即为以企业经营者为契约当事人之商事契约，国际契约法之发展亦然。契约本以自由平等为基础，在双方商事契约领域，契约自由原则较能淋漓尽致展开，故以其为适用对象之法律原理原则，蜕变为契约法一般原理原则。对单方商事契约，特别是

^{*} 本轮讨论实际发生时间为2016年1月。

消费者交易,除消费者立法政策考虑外,契约法一般原则仍可适用。以当事人经济力量对等为出发点之一般契约原则,对于纯粹民事契约,亦应能提供公平之解决模式。

二、民法对商法的普适性不足,“相对式民商合一”观不足取

清华大学法学院施天涛教授结合最近发表的《民法典能够实现民商合一吗?》一文,^[1]提出:制定民法典是一项巨大的工程。中国大陆民法立法史上前四次造典运动的失败并非仅仅是政治运动的冲击和条件不成熟,而且还存在诸多理论和技术难题和困境。其中一个重要问题就是如何处理民法与商法的关系。

他点出目前“相对的民商合一”为多数中国学者所青睐,但这是否为最佳选择,值得质疑。民法典不能填补商法的空缺,尽管“相对式民商合一”的基本态度并非在于将具体商法制度纳入民法典之中,而是在精神层面建立起指导民商法的基本原则和普适规则,其依然存在着一些难以克服的困难和问题。

一是民法典的基本原则难以指导商法整体。平等、自愿、公平、等价有偿和诚实信用固然是民法商法共有的基本原则。但这些原则是民法的全部原则,但却远远不是商法的全部。商法中同时存在自由主义和强制主义。以自由主义为基点建构的民法典难以协调商法中的这种二元性。商法鲜明的强制性如果体现在民法典中,则与民法的自由原则相去甚远;若不体现在民法典中,民法典的指导性则存在着严重的偏废。

二是民法典难以建立民商共同性规则。民商合一并不意味着简单或者单一地适用民法。对商事关系的法律规制几乎都是同时采用民法方法和商法方法规则。对于很多问题,民法所能提供的指导仅仅限于其基础关系,商法自身的规则不能从民法典中获得依据和支持。民法典不可能建立普适于这些情形的共同规则。

“相对式民商合一”的一个主要观点在于:具体的商事关系通过商事特别法规定,商事特别法没有或者不能规定的,适用民法典一般性规定。于是乎,民法与商法的关系是一种一般法和

特别法的关系,民法的作用在于拾遗补缺,填补商法的空缺。这种说法听起来似乎很有道理,其实不然。民法典不能提供普适性的指导原则和一般性规则,也无法填补商法的缺漏。

在现代高度发达和极端复杂的经济条件下,法典编纂本身具有很大局限性,将各种不同价值观的法律硬性拼凑在一个法典之中将引发种种问题:(1)法典形式不具有适应社会变迁的灵活性;(2)这会使得纸上法律与生活中法律之间的距离越来越远。民商事法律单独存在是中国实践创造出来的模式,也是真正的民商合一,我们唯一需要做的就是尊重立法实践的选择。

台湾大学法学院王文宇教授也指出:商法具有双重结构,管制面与交易面交织,故其立法密度、立法目的之考虑,自与作为基本私法原则之民法不同。“视商法为特别法而民法为普通法”之操作模式不宜机械性套用,盖商事关系具有多元性及市场性,远较民事关系更为复杂,其私法自治空间扩大,尤其更重视交易之简速与法律上权利义务之安定性,另对于信赖保护之需求也比一般民事法律关系更为强烈。

华东政法大学副教授纪海龙从问题和主义的角度谈了对民商立法的看法,认为也许谈问题更重要。无论我们是否制定民法典或商法典,对具体制度问题的探讨都会摆在我们面前。到底哪些具体商事特别规范需要整合进民法典?商人确认书?商事代理?允许流质?商事留置?违约金不得酌减?禁止债权让与约定之效力?口头保证?哪些商事合同?如何将它们整合到民法典中?“商”的识别点为何?企业?经营者?商人?B2C还是商行为吗?营利目的是否应替换为从事有偿交易。这些具体制度问题,是摆在民商法学人面前的严肃课题,需要合力解决。

三、民法总则立法应轻装前进,为商法保留成长空间

台湾大学法学院王文宇教授指出:民法商法两者关系密切,但又难以明确区分,这主要是因为“商法”最后都要走入“市场”来落实,在此实践过程中都得透过“合同”——特别是商事合同——方能克尽全功。

无可否认,合同主要仰赖民法来规范,商法脱离民法将寸步难行。可惜的是,迄今各地民法均未明显区辨民事合同与商事合同,两者互相纠缠,使商法交易(包括商事合同)往往僵化地套用民法规定来解决,产生不适当的结果。这种现象在合同法领域最为明显,许多商事合同——特别是非典型合同(如加盟店合同)——有疑义时,法院往往都套用合同法的任意规定来判决,造成“宁可错引条文、拒绝适切解释”的现象;此外一般商法在解释上发生疑义时,也会出现类似现象,特别是体系绵密的台湾地区民法,这种倾向会更明显(如公司股东会违法决议效力问题)。

自理论而言,只要商法(包括所有单行法)规定得够详尽,上述问题或可避免,但不论商法或商事合同都会出现漏洞,此时就须仰赖商法解释或合同解释,但可想而知,诉诸解释会产生仁智互见的结果,未必可靠。特别是商法发展日新月异、推陈出新,援用民法规定来处理并不恰当。例如关于法人规定,台湾地区民法设有“财团”、“社团”之类型,但实践早已脱逸此分类,出现许多非法人社团,及新类型的有限合伙等。此外在许多新型商事组织(如社会企业)诞生后,“营利型”与“非营利型”的分类也显得力不从心。按理说,所有法人或组织都会涉及“独立财产”与“资产分割”,但并非所有独立财产在法律上均应视为法人或主体。

回到中国大陆民法总则的起草,王文宇觉得这难度很高,似乎得不偿失,例如关于民商事主体的规定,几乎不可能制订既符合逻辑体系又足够弹性开放,能广纳各种型态主体的一套规范,可以说仅仅“法人”这个章节就足以成为民法总则的“拦路虎”。如今既非订不可,应采取江平老师“轻装前进”的编纂原则。

总之,王文宇认为:民法总则订得越绵密,对商法可能产生越多的阻碍;特别是民法总则的许多规定,宜先厘清究竟是“强制规定”还是“任意规定”,如果是仅供参考的任意规定,订了无妨(例如针对“代理”订出一套仅供参考的任意规定),但如属强制规定,则应审慎,为商法保留茁壮成长的空间。

纪海龙则认为,所幸商事特别规范在民法典

中的位置较少存在于总则中,而较多存在于合同法中,从而,学者还有一些时间,而不至于马上面临2017年民法总则通过的时间压力。而且,正如王文宇在几篇文章中反复强调的,照顾民商关系中商的特殊性,更重要的是在商事法律和商事合同存在漏洞时,如何对之进行解释和填补。因此,更重要和具有现实意义的也许是,在民法典中规定合适的法律适用条文和合同解释条文(如果无法在法典中规定,那么就只能依赖于未来的不懈教育与宣传了)。故而,面对民法总则立法时,法律适用条文的呼吁可能更为重要。

四、民商法关系的台湾经验

陈自强认为:台湾地区纵采民商合一,其学说之发展现状似较许多民商分立国家更为民商分立,此现象源自于当初继受法律体质相异国家之法律时,未注意本地体系架构与概念之重大差异。“商人概念无规定”、“企业或营业之概念尚未建立”、“商事行为特殊性被忽略”,以及“民法学与商法学交流不足”为现下台湾私法领域发展之若干困境。

王文宇结合最近的论文《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》^[2],指出应厘清民事契约与商事契约的分际、(商事)契约解释与契约法任意规定的关系,商事合同较不需强制规定对当事人加以保护,更缺少使用任意规定的需求,^[3]而商事合同多为无名合同,甚至具有不完整契约(或关系契约)的特性,未必适合套用民法任意规定,反须更重视在尊重当事人自治意思前提下之合同解释以及商业习惯的重要地位。针对当今商事主体多元化发展之趋势,该文提出“不对商事主体做严格定义似有助于对新兴商业型态予以弹性灵活之法律保障。”

王文宇的此一看法亦点明商事单行法的重要性,认为民商合一制度下迭生争议的民商法功能分工与立法政策之讨论,关键毋宁在“对各种商事单行法内通则内容的发展充实”,以满足新兴商业模式的需求。他呼吁重视国际商人法的发展趋势,使商法不断与时俱进,也提醒由于民法本身规范对象、目的、法理与商法不同,各国民法似仍宜一定程度因地制宜。^[4]

对台湾民商体制的利弊得失，王文宇具体提出了四点修订意见。

1. 民法总则仍可维持低度立法模式，但宜配合商法特性修订，如引进并肯认新型商事组织，以应对各种商事主体在市场交易中的需求。

2. 商事单行规定宜与时俱进，举例言之，应尽速扬弃公示登记与债权物权区分等概念窠臼，推动研拟多年却延宕甚久之动产浮动担保等新兴法案。

3. 体现民商合一原则，改进传统多以商法未规定事项即套用民法规定的现象。

4. 重视商事合同解释，考虑缔约目的与商业习惯等，甚至立法机关宜增订工程与加盟等新兴典型合同。

最后，参考台湾地区经验，建议中国大陆民法总则采取精简分工、轻装前进的编纂原则，为商法保留茁壮成长的空间。此即一方面审慎“解释”商法条文与商事契约，在维持民法基本原则下，纳入商法之基础概念与精神；另一方面应由立法者衡酌各商事领域特性，修定合宜的商事单行法条文，创造民法商法相辅相成的私法体系。至于商法学者费心研拟的商事通则，即使不能独立成编（章），也应融合至民法典中。

华东政法大学副教授纪海龙指出：采折衷的民商合一的台湾之经验教训，尤其值得大陆学人去吸取，以求兴利除弊。

五、中国大陆民法典应走折衷的民商合一

纪海龙提出：

1. 商法创新性强，法典化不利于结合实际修改

商法天生具有流动性，商人一直试图冲破法律规则的藩篱，所以商法一直就是法律创新的先锋队。商事交易往往是商人通过基本的法律制度（合同、物权等），透过一个个合同链条，打出组合拳。商法规则是否法典化（无论是民商合一的法典化，抑或独立商法典）本不重要。实际上，商法法典化一旦成功，其规则也就开始落伍。正如王文宇指出的，德国商法典中的代理商规则已经和现代社会的销售实践相脱节。而德国商法典

中的运输合同，按照法学家 Karsten Schmidt 的说法，就航空、铁路运输等等都设置专门的特别法规则，反倒会更易于修改。另外，商法这种天生的流动性，也可佐证商事合同的解释的作用更大。

2. 现代商法的新特征和民法化趋势

现代社会的商法，已经和一二百年前的商法有很大不同。

首先是公司和公司法的勃兴。公司法部分规则的强制性、公司融资带来金融法的公法性等等，导致在商事组织法领域，商法的核心精神已经和民法不同。所以，德国学者甚至会倾向于认为狭义商法并不包括公司法，而只是“经营者（Unternehmen）的外部私法”。

其次，是经济全球化带来商法的自治性。新商人法的两大特征一是脱离民族国家，二是自治性。新商人法的最大法律渊源是“契约信守”（即当事人自我立法），而不是国家立法。另外，互联网的崛起也使得商法的自治性（private governance）加强，例如淘宝规则。

再次，民法在实质上的商法化。现代社会中经济系统席卷整个社会，在所有社会子系统中居于优势地位（另一个具有优势地位的系统是政治系统），这也就导致了全社会的经济化。德国学者 Grundmann 估计，现代社会的全部合同中，B2C 和 B2B 的占大概 95%，C2C 的合同只占 5%。在此背景下，民法在实质上已逐渐商法化。施天涛前引的文章中也列举了很多例子。

最后，商法在形式上又有民法化的趋势。这里的形式上的民法化，立足于立法层面，是指在晚近世界各国的民法典立法中包含（部分）商法规则已是大势所趋。本人大致统计了一下从 1992 年荷兰民法典开始，一直到 2014 年底阿根廷民法典，全世界大约 17 部新制定的民法典中采民商合一的占 16 个，只有越南是民商分立。其中，除了荷兰和巴西采全面的民商合一，其余皆为折衷的民商合一。其中至少有 5 个国家（巴西、罗马尼亚、捷克、匈牙利、阿根廷）是从民商分立改弦更张为民商合一的。

“折衷的民商合一”已成为趋势，即商事合同和其他零散的商行为特别规则（例如德国商法典第四编商行为编）进入民法典，而商事组织

法、已自成体系的商行为法（如票据法）以及公法因素较强的商事特别法（如证券法等）这些绝大部分的商法内容应独立于民法典。而瑞士、意大利和荷兰等立法例，可谓之全面的民商合一。

民商合一成为趋势，原因主要有二：一是民法规则在实质上的商法化；二是当今社会法典化的功能主要是体系化，一些零散的商法规则放在与之较近的民法制度中，更为妥帖。例如商人确认书的规则，放在民法的合同成立部分，更加合适。

3. 中国大陆的民法典编纂也应走折衷的民商合一路径

本来，中国大陆学人更重要的任务是通过判例学说，解释和发展精细的规则和操作方法。但民法典编纂这一任务从天而降，逼得人们既要搞具体问题，又要谈“主义”。愚见以为，中国的民法典也应走折衷的民商合一这条路。这既符合比较法上的趋势，也符合中国百年来尤其是改革开放30多年来的经验，更加符合民法商法化的趋势和法典化在现代的功能。而与一般民法规则异质的公司法等作为商事特别法存在于民法典之外，则更符合民法法典化之体系整合功能（而这几乎是现代社会中法典化的唯一功能！）。在民法包含部分商事规则的做法下，商法的其他部分是采分散的商事特别法、商法通则+商事特别法，还是再行制定商法典，也都有讨论的余地。

更需要强调的是，无论是民商合一还是民商分立，无论是全面的民商合一还是折衷的民商合一，本质上和商法学科的独立性无关，和实质商法的独立性也无关。英国在18世纪其商法就已经被普通法所吸收了，但也不妨碍在英国存在实质的商法、商法学和商法学术大家。

六、从商事代理的特殊性思索 民商两法之关系

陈自强提出，可以从代理之一般理论、商事代理之发展、商事代理与民事代理之区别等具体问题来思索民商两法间之关系。

于民法代理一般规定之外，针对商事代理为特别规定之正当性在于：商事代理交易之安全保障需求较民事代理为高。基于商事交易之迅速与

安定的需求，无法期待交易相对人事必躬亲向企业经营者确认个别交易行为是否在授权行为范围内。依一般交易观念与商事习惯，只要是基于企业经营者之意思而被置于交易之对外窗口者，通常均获得相当于职务范围之授权；交易相对人对此代理权范围之信赖，应受到法律之保护。企业经营者透过内部关系对代理权予以限制者，若相对人不知且其善意值得法律保护时，不得使相对人受到不测之损害。此时若适用民法代理一般原则，无法满足基于商事交易实际需要的保护目的。此类基于商事习惯，被认为有特殊交易安全保障必要之代理型态，自然得被归类为商事代理。

在“代理权范围之确定”上，商事代理若适用民法代理一般原则，不无窒碍难行之处。盖民事代理关于意定代理之规定，主要着眼于扩张个人经济活动空间之代理类型，具有任意性。代理权系为处理特定法律行为事务而授予，代理权之授予系基于本人有让其法律行为之效果直接归属于自己之意思，代理权之范围取决于代理权授予行为所表示之内容。反之，商事代理为企业经营活动所必要，代理权系伴随代理人之职务而生，商事代理之范围并不取决于本人就该个别代理行为是否有被代理之意思，商事代理权为类型化之代理或制度性之代理。代理权若是基于企业经营活动而授予者，就达成授权目的所必要的一切行为，代理人一般皆获得授权，此与世界各国所采的基本原则并无二致。

再论“代理权之意定限制”。民事代理权授予后，当然得基于本人之意思限制代理权之范围；然在商事代理，交易相对人如不仅须确认授权之范围，连代理权是否被限制，亦须尽一定之注意义务去了解，则有碍交易安全。因此，德国民法虽未特别就“代理权之限制”有明文规定，但对商事代理，特别是经理权，德国商法早就确认经理权不得限制之原则。欧洲若干国家则规定不得对抗第三人或善意第三人。

综上，公司与其他法人之机关、经理人、店员等，均为企业组织体之一部分，其在职务范围内所为之交易行为对本人发生效力。纵然法理未尽相同，但就交易安全保障之观点，有必要强化第三人对伴随职务而来的代理权存在之信赖，至

少就代理权之范围与限制之问题处理上,应与一般民事代理区别对待。此点使上述代理样态被归纳在商事代理之范畴具有正当性。

民法与商法的对立是否仅为民商合一与民商分立间立法模式选择的问题?民法与商法之规范

对象,是否在本质上有所不同?因此,问题关键不全然在于规范的体系地位,而在于如何针对事物本质的不同,形成不同的法律原则。商事代理确有迥异于民事代理的特征,区别对待反而才符合“等而等之,不等则不等之”的基本要求。

参考文献

- [1] 施天涛. 民法典能够实现民商合一吗? [J]. 中国法律评论, 2015 (4).
- [2] 王文宇. 从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商一立法制 [J]. 清华法学, 2015 (6).
- [3] Claus-Wilhelm Canaris, Hans Christoph Grigoleit. Interpretation of Contracts [R/OL]. (2010-01-15). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537169.
- [4] 苏永钦. 寻找新民法 [M]. 台北: 元照出版社, 2008: 1-9.

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

(上接第 122 页)

参考文献

- [1] 伊藤真. 诉的利益 [M] // 雄川一郎等. 现代行政法大系 (4) 行政争讼 I. 有斐阁, 1983: 237-265.
- [2] 盐野宏. 行政法 II (行政救济法) [M]. 第 5 版补订版. 有斐阁, 2013: 123.
- [3] 原田尚彦. 诉的利益 [M]. 石龙潭, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 135.
- [4] 原田尚彦. 行政案件诉讼的诉的利益 [J]. 公法研究, 第 37 号: 88.
- [5] 稻叶馨. 行政诉讼的当事者与参加人 [M] // 行政法的新构想 III (行政救济法). 有斐阁, 2008: 69.
- [6] 阿部泰隆. 行政法解释学 II [M]. 有斐阁, 2009: 143.
- [7] 芝池义一. 行政救济法讲义 [M]. 第 3 版. 有斐阁, 2006: 40.
- [8] 杉本良吉. 《行政案件诉讼法》解说 [M]. 法曹会, 1963: 37.
- [9] 原田尚彦. 行政法要论 [M]. 全订第 7 版补订第 2 版. 学阳书房, 2013: 391.
- [10] 小早川光郎. 备忘录: 抗告诉讼与法律上的利益 [M] // 西谷刚等. 成田赖明先生古稀纪念——政策实现与行政法. 有斐阁, 1998: 47.
- [11] 高桥滋. 行政诉讼的原告适格 [M] // 行政法争点. 有斐阁, 2014: 116.
- [12] 宫崎良夫. 原告适格 [M] // 行政法争点. 有斐阁, 1990: 211.
- [13] 泉德治. 撤销诉讼的原告适格与诉的利益 [M] // 新实务民事诉讼讲座 9. 日本评论社, 1983: 59.
- [14] 大久保规子. 行政诉讼的原告适格 [J]. 法学家, 第 1263 号: 47.
- [15] 宇贺克也. 修订《行政案件诉讼法》[M]. 补订版. 青林书院, 2006: 4-10.
- [16] 矶部力. 保安林指定解除与诉的利益 [M] // 行政判例百选. 第 4 版. 有斐阁, 1999: 437.
- [17] 园部逸夫. 今日判例 [J]. 法学家, 第 780 号: 104-105.
- [18] 势一智子. 公有水面填埋许可与第三人的原告适格 [M] // 行政判例百选. 第 5 版. 有斐阁, 2006: 348.
- [19] 古城诚. 定期航空运输业许可与第三人的原告适格 [M] // 行政判例百选. 第 6 版. 有斐阁, 2012: 353.
- [20] 横田光平. 特快票价变更许可与第三人的原告适格 [M] // 行政判例百选. 第 6 版. 有斐阁, 2012: 356.
- [21] 矶野弥生. 城市规划与公害防止计划 [M] // 行政判例百选. 第 5 版. 有斐阁, 2009: 109.
- [22] 村上裕章. 行政诉讼的基础理论 [M]. 有斐阁, 2007: 302-303.
- [23] 盐野宏. 行政法概念诸相 [M]. 有斐阁, 2011: 298.

(责任编辑: 于文豪 赵建蕊)