

● 民商法

制定“民商法律总纲”完善民商法律体系^{*}

余能斌, 余立力

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 余能斌(1938-), 男, 湖北黄梅人, 武汉大学法学院法律学系教授, 博士生导师, 主要从事民商法研究; 余立力(1974-), 男, 湖北黄梅人, 武汉大学法学院法律学系博士生, 主要从事民商法研究。

[摘 要] 中国不必制定民法典, 而应立足中国现有的法律体系, 制定民商法律总纲, 并以此为指导完善现有的民商事单行法律, 从而建立以民商法律总纲为统帅、以各单行法为骨干的民商法律网络。

[关键词] 法典化反思; 民商法律总纲; 民商法网络

[中图分类号] D 923 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)06-0648-06

早在 20 世纪 50 年代, 我国就开始了制定民法典的努力, 不过由于政治经济大环境等历史原因几起几落, 终于搁置。经过 20 余年的改革开放, 社会主义市场经济体系在我国已经初步建立, 经济形势的发展和社会生活的现实迫切要求我们的民、商事法律体系早日健全。制定民法典的问题再度成为学界关注的焦点。作为民法理论工作者, 我们也热切地盼望着中国能够早日健全民商事法律体系, 制定民法典也一度是我的最大心愿。

然而, 当我们从一片呼唤制定一部足以傲然于世的中国民法典的喧闹声中冷静下来, 审视民法典在世界范围的历史发展以及中国的民事立法实际, 我们觉得似乎有必要重新考虑制定民法典的科学性与可行性了。

一、关于完善中国民商法律体系的指导思想和原则

首先谈谈有关立法的指导思想问题。

在制定和完善我国民商法律时应当遵循哪些指导思想, 学者们已经有许多见解, 例如坚持私法自治、保护人权、维护公正、保护消费者、权利本位和社会本位相结合等^[1](第 73 页)。我们认为, 在实现中国民商法现代化和科学化的过程中, 应始终坚持的最基本的指导思想是: 维护正义与公平、保护人权、促进和保障经济发展、适应社会关系变化的要求利于对其进行有效调整等。

所谓“正义”, 按其首创者古罗马法学家乌尔比安的说法“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志”。西塞罗将正义描述为“使每个人获得其应得的东西的人类精神的取向”, 作为一种主观向度, 它不仅被认为是人类精神上的态度, 也是一种公平的意愿和一种承认他人的要求和想法的意向^[2](第 264 页)。正义和公平从根本上说都是人们利益和价值的衡量, 以资源的合理分配为其规范本位

的现代和未来的立法毫无疑问首先必须确定以正义公平为其指导思想。

保护人权和推动经济和社会进步是民商法担负的又一重任。对人权的保护绝不仅仅是宪法、刑法或者国际法的事，一套科学现代的民商法律才真正是人权的基本法律保障。因为人权首先表现为生存权、发展权，生存与发展权落实到每个自然人身上，就是每个民事主体的生存和发展环境。民商法能够为自然人、法人提供人身的平等地位，提供财产的动的和静的两方面的安全，能够为人们参与经济、发展自身提供广阔的社会舞台，所以我们说，民商法天然应当成为人权的有力推动者和保护者。同时通过对人权的保障，可以最大限度地调动和发挥人们的积极性和创造性，迸发出极大的生产热情，推动社会和经济的大发展。

我国民商法的现代化、科学化需要我们在制定民商事法律文件时特别注意法律的进步性，法律应当适度超前，而不能永远被动地落在时代后头。为此我们不仅需要增强敏锐的洞察力，时刻关注社会经济的最新动态，而且需要时刻留意最新的科学技术成就，我们正处在一个科技剧变的时代，许多新技术的运用带来了意想不到的社会问题，极大地冲击和改变了人们对社会的传统认识，这一影响的结果便是民法不得不想办法来解决很多因科学技术进步带来的新的社会关系。这些都需要在民商立法中得到一定程度的体现，或者至少应当给将来立法解决这些问题预留下适当的空间。

马克思曾经指出：“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个人的恣意横行。……这一法典一旦不再适应社会关系，它就会变成一叠不值钱的废纸。你们不能使旧法律成为新社会发展的基础，正像这些旧法律不能创立旧社会关系一样。”^[3]（第291页）

法国的伟大启蒙思想家孟德斯鸠还说过：“一般地说，在它支配着地球上所有人民的场合，就是人类的理性；每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国的人民的；所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。”^[4]（第6页）

根据马克思的民法发展观和启蒙思想家对法律本土化特点的分析，结合我国实际，我们认为，未来中国民商事立法和法律体系的完善应坚持以下原则，即：

尊重传统与大胆创新相结合的原则；立足本土与充分借鉴相结合的原则；着眼现实与适度超前相结合的原则；注重法律的实用性和可操作性与体系化、科学化相结合的原则；民商合一与民商适当分立相结合的原则等。

由于篇幅的限制，其他原则我们不做详尽论述，这里仅就民商合一与民商适当分立相结合原则谈一点看法。我们之所以提出民商合一与民商适当分立相结合原则，主要是基于如下的考虑：一方面，民商合一是当代民商法发展的基本趋势。关于这一点，无论是旧国民党民法起草报告还是现在大陆支持民商合一的学者多有论述，此处我们也不打算重复，我们认为这些论述是基本正确的，应该支持。所以我们不赞成搞所谓的“私法二元论”，单独制定什么商法典。另一方面，目前鼓吹民商分立的学者所提出的分立理由我们也不能不予以相当的重视，因为商事活动与一般的特别是小规模民事活动有着相当的不同，学者们列举出诸如民事与商事在主客体上有不同、调整范围有简繁之别、国际化程度有差异、变动性也有不同等等，完全漠视这些差别对于商业的发展特别对我国参与世界范围的商业大流通、大竞争并非有利。特别是我国已经加入世界贸易组织，今后民事活动的内国性与商事活动的国际性之间的分野可能会越来越明显，这个时候单纯要求民事活动都国际化或者单纯要求商事活动保持在某个限定的范围里都是不科学也是不现实的。另外商事活动因为长期积淀下来的许多商业惯例、行业规范、标准，想由整个民法典一口吞下也不太可能。总起来看，理论上民商合一是趋势，实践中民商还需要适当分立。故此我们主张用制定《民商法律总纲》的办法，实现民商的大合一、小分立，或者称之为“适当分立”。

二、关于制定《中国民商法律总纲》的构想

首先我们谈谈制定《民商法总纲》和完善各单行民商法律的意义。

我们建议在我国未来的民商事法律完善工作中,放弃试图制定一部大而全的或者完整的民法典或民商法典的设想,转而立立足于我国现有的民商事法律规范样态,一方面制定一部在功能上总揽民商事活动基本原则和民商法律通则,类似于现行《民法通则》的法律文件,我们称之为《中国民商法律总纲》,另一方面则对于现有的各个单行的民商事法律进行整理加工,查漏补缺,分别加以完善,使之相互协调,形成民商单行法的系列,从而建立起一个在《中国民商法律总纲》统率下的以各单行民商事法律为支撑的民商事法律网络体系,作为这个体系的各个组成分子的单行法基本不需要重新编纂,它们既可以汇编到一起,又可以相互独立。我们认为这样做有以下几个方面的意义:

(一)最为贴近中国目前的现实法律生活。我国的民商法起步较晚,中间又历经曲折,近 20 多年才得到长足的进步,虽然理论界有很多不同的意见,不可否认的是以《民法通则》为龙头的以单行民商事法律为骨干的立法在我国的改革和经济建设实践中起着非常积极的作用。目前经过大家的努力,我们已经基本具备了现代化民商法律体系的基本框架,我们所要做的主要应当是使我们的民商立法更加精致、更加和谐、更加符合现实的需要。这些又并非法典化所能胜任的,相反,如果我们过分集中精力于统一大法典的制定,必将会造成在大框架上贪多求全,而在小的环节上就难免因注意力不集中而纰漏百出,不能解决当前民商法所面临的主要矛盾,所以我们主张只需要制定一个民商法律总纲。因为它框架可以小一些,内容可以原则一些,当然要比比较精致、系统一些。这样我们就可以花更多精力来改造现有法律,让它们更能适应现实生活的要求,更具操作性。

(二)符合法典化与后法典化发展的实际。如所周知,法典化运动乃是古典自然法学派理性主义的产物。自然法学派理性的动机“导致了法律变革,导致了理性与民法传统结盟,促成了官方编纂法典”,试图通过这种理性的设计,穷尽现实生活的一切方面,以供人们共同遵守,然而现实生活的错综复杂和千变万化,绝非几个思想家、理论家所能穷尽的。因此,企图将人们的一切活动都纳入到一部法典之中的雄心壮志几乎从来就没有真正实现过,实际上也是无法真正实现的。尤其是在资讯、科技如此发达的今天,民法典越来越受到来自高速发展变化着的社会生活的挑战,所以各国的许多民法学者认为 20 世纪后半叶已进入“后法典化时代”,对法典化提出了合理的质疑,法典化的一个重要好处就是便于查询,但随着时代演进而大量出现的单行法逐渐侵蚀着法典,使它的这一优点不再突出,反而因为当今互联网技术和其他信息技术的勃兴,人们已经可以非常方便地利用各种科技手段检索自己需要的信息,当然也可以利用这些手段来查找所需的法律规范文件,即使没有民法典,我们仍然可以很便捷地通过电子信息平台搜索相关的法律,简而言之就是以计算机与互联网为代表的数字信息技术简化了我们找法的过程,我们完全可以在不实现民法法典化的情况下实现便捷的“找法”。

(三)可以减轻立法的工作负担,降低立法成本,实现民商立法的高效率。制定民商法总纲并修订现行的民商事法律,可以最大限度地利用现有的立法资源,避免资源的浪费,从而可以大大降低实现民法科学化的成本,进而也可以在很大程度上加快中国民商法科学化的进程。

(四)制定民商法总纲,修订各单行民商事法律,不仅可以全面实现民法典的各项功能,甚至还会完成得更好。例如人们过去一向认为民法法典化有利于避免立法上的重复和冲突,有利于精简法律法规条文、有利于保持法律法规条文的连贯性和稳定性。可事实告诉我们,即使有了法典,单行法律法规也还是大量存在。而且在我们看来,没有法典化的民商事法律,修改起来、补充起来还更方便,这一点是显而易见的。至于说保持法律的连贯性和稳定性,其实法典化只是达到这些目标的充分条件而非必要条件,分散的民商事立法并非不能达到这些目标,只要我们在立法上再下些功夫,再深入一些,再周全一些,我们一样可以实现法的连贯性和稳定性,也一样可以防止法律之间的冲突。

(五)避免许多不必要的理论上的纷争。既然民法学界对于如何制定民法典、是民商合一还是民商分立、是德国结构模式还是法国结构模式还在争论不休,尚无定见,而这些争议势必又将会在一定程度上制约民法典的制定。即使在这类问题上达到统一,我们也还不能不考虑英美法系与大陆法系相互融合、相互渗透的事实。既然如此,那我们为什么不干脆放弃制定大而全(实际不可能全)的民法典的计

划,因地制宜、因需制宜、因时制宜地制定一个民商法律总纲,修改各单行法律以避免这些纷争呢?

(六)避免大法典的诸多弊端。实践必将证明,不搞民商法典,只搞一个民商法律总纲,使得民商法能具有更好的弹性和张力,从而有效地避免法典僵化保守的弊病,让它得以与时俱进,保持对经济发展和社会变革新形势的强大而灵敏的适应力。

其次谈谈对制定《民商法律总纲》的设想。

我们设想的《民商法律总纲》是一个总揽民商事法律全局的带纲领性的文件,它的基本架构包括:民商法律的任务和基本原则(包括制定根据、任务、民商法基本原则等)——民事通则(民事主体、民事法律行为、民事代理、民事法律渊源)——商事特则(包括商事主体、商行为、商代理、商业账簿、商事法律渊源如商业惯例、行业规范等)——民、商事法律的相互关系及适用规则——期间与时效的一般规定。

1. 民商法律的任务和基本原则。有关民商法的任务和基本原则可以参照《民法通则》的规定。我国大陆现行《民法通则》第一条规定我国民法的任务是“为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要”,除了在用语上有瑕疵之外,基本精神到现在甚至在今后一个时期也同样是适用的,所以在《民商法律总纲》里我们可以保留这个内容。关于我国民商法的基本原则,除了已被公认的平等原则、公平自愿原则、诚实信用原则和守法等原则之外,还可增加有关禁止权利滥用和尊重公序良俗原则的规定。

2. 民事通则部分。这部分主要规定一些传统民法典中有关民事主体、民事法律行为、民事代理、民法渊源等内容。在传统德国式民法典总则里还包括作为民事权利一般客体的物,我们认为不同的权利有不同的客体,例如物权的客体是物,债权的客体是给付行为,因此在民事通则中间夹杂客体的规定一方面不能穷尽一切客体而显得不够完善,另一方面又实际上起不到对整个民事法律体系的指导作用,不如留给各个相关法律去解决,比如在物权法中规定物权的客体,在债权法中规定债权的客体,在婚姻家庭法中规定婚姻家庭权利的客体,在知识产权法中规定知识产权的客体等等。我们还建议在民事通则中增加明确界定民事法律渊源的内容。我们所设想的民商法总纲统率下的民商事法律规范体系表现为一个个相互独立的法律,因此如何判断哪些法属于民事法、哪些法属于商事法就成为一个影响法律适用的大问题,故而需要在民事通则中专门对民事法律作一个界定,便于法律的正确实施,同样道理在商事特则中也要明确哪些是商事法律。

3. 商事特则。顾名思义这一部分就是要把人们认为有必要划清界限的有关商事的独特法律精神表现出来,其目的就是为发挥商事法独特的作用,推进我国社会主义市场经济条件下商事活动的蓬勃发展。我们认为该部分可以借鉴传统民商分立国家商法典的总则编,主要包含商事主体及其认定、商行为及其认定、商事代理、商业账簿、商事法的渊源等内容。这一部分的主要目的是明确界定商事主体和商行为这两个核心概念,既要把它准确界定清楚,又只能限于一般性规定,而具体的规范诸如公司、合伙等各种商主体,运输、仓库、行纪、保险等各种商行为的任务则留给公司法、合伙法、合同法、保险法去完成。这一部分还需要特别指明商业惯例和行业习惯、标准的法律地位。我们认为,商事法律之不同于民事法律的一个很大的区别其实就是商事活动更注重行业习惯、商业惯例的遵守,这是商人们在长期的实践过程中摸索和积累下来的行之有效的一套特殊规则,是商人们自律的一种表现,有利于推动商事活动的开展,便于实践的操作。我们应当在《民商法总纲》中给予它们应有的尊重。

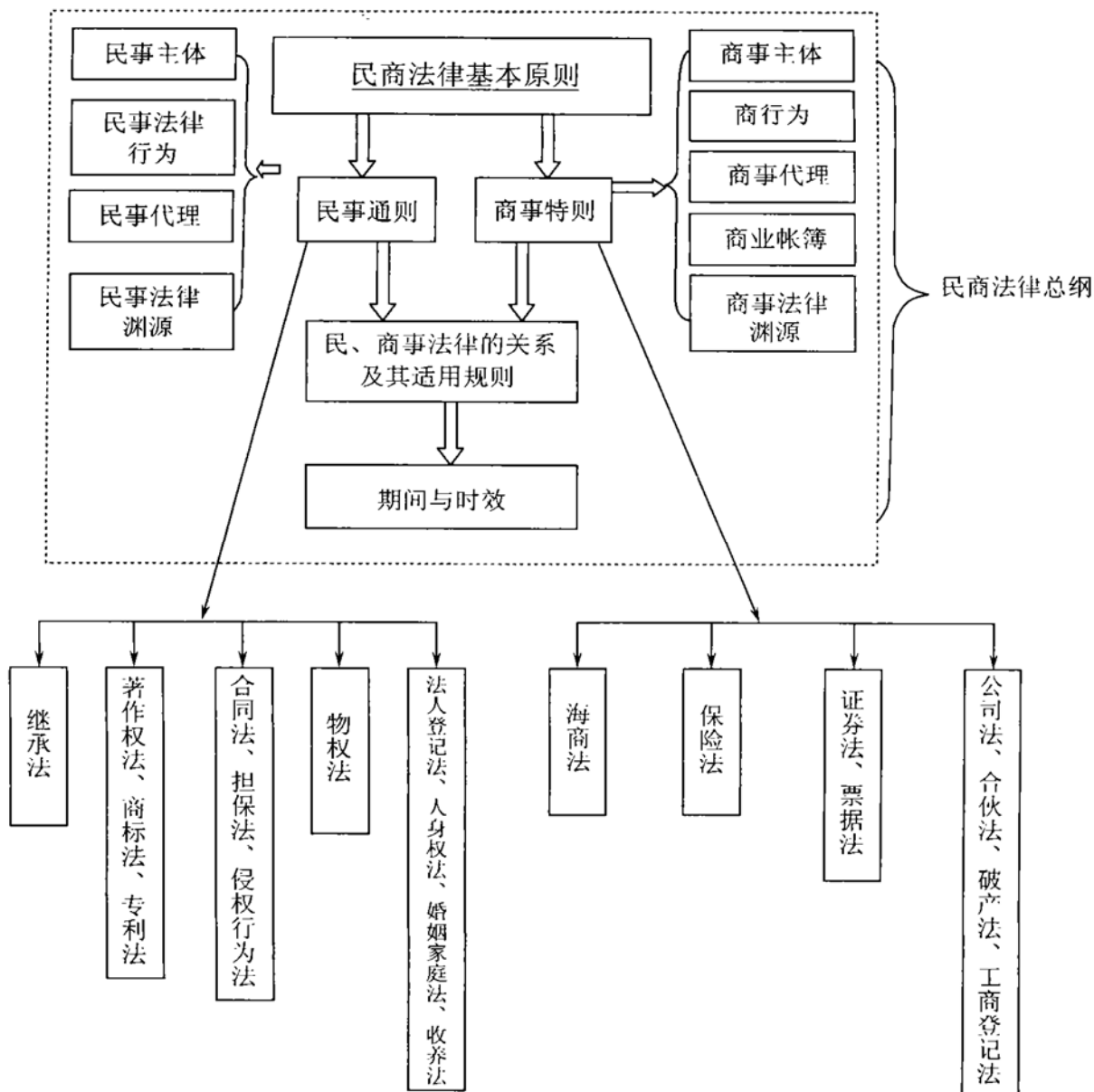
4. 民、商事法律的相互关系及适用规则。这个部分要解决三个问题,第一要说明民、商事法律的相互关系。商事法律虽有独立性,但仍然要在《总纲》的指导之下,当商事法律不足时,还是有必要借助于民事法律来补充,所以我们还是把商事法定位为民事法律的特别法,当商事法无相关规定时,应适用民事法的有关规定或者《总纲》规定的基本原则。第二要说明民商法律在具体适用时所应遵循的几个基本规则如优位法优于劣位法规则、特别法优于普通法规则、后法优于前法规则、强行法优于任意法规则、例外法优于一般法规则、成文法优于不成文法规则等。该部分还要解决民商法律的解释和类推适用规则问题。第三要解决的是涉外、涉港澳台民商事法律关系的法律适用问题,也就是国际私法规范。这部分

应当具体包括中国的冲突规则、区际冲突规则、中国对加入或批准的国际民商事公约、条约、协定等的效力的认定等内容。

5. 期间与时效。该部分主要是规定那些能够一体适用于民事和商事领域的带有共性的期间及时效问题,也就是期间与时效的一般性规定。其中所称时效是专指的消灭时效而言。至于取得时效,应当放在物权法中去规定。

三、中国未来民商法律体系之构成与“总纲”之地位

(一)中国未来民商法律体系构成示意图



(二)《总纲》在未来民商法律体系中的地位

如图所示,《民商法律总纲》作为总揽民商事法律全局的纲领性文件,是统帅和指导我国全部民事和商事活动法律规范的最高层次的法律,它应当由全国人民代表大会制定并颁布实施,具有在民商法领域的基本法地位,我们甚至可以把它称作“民商事领域的‘宪法’”。一切民商事其他法律法规都应当以它为基准。它是保证我们国家民商事法律统一的关键所在。《总纲》里的民事通则和商事特则,则好比是《总纲》的两只手,它们各自抓着自己方面的单行法。它们在各自的方向上起着总揽的作用,各个单行法则具体就不同侧面、不同特定领域实现着《总纲》所规定的任务和要达到的目标。这里特别值得提请注

意的是，我们这样的立法实际上是既借鉴了德国法系，又借鉴了英美法系——我们并不鼓吹随意引用英美法的与大陆法大异其趣的概念体系，在行文表述、概念原理的使用和含义上，我们都是使用的严格意义上的大陆法系、德国法系的理念，而在形式上我们却可以学习英美的某些法律成文化的做法，使这些法律文件既可以分散，人们分别就各自的需要查找使用，也可以编制成数字化信息，为人们提供检索上的方便。这样的体系构成，从某种意义上说，我们可以称之为“民商法律合典”。

[参 考 文 献]

- [1] 梁慧星. 民法学说判例与立法研究[M]. 北京：中国政法大学出版社，1993.
- [2] [美] E·博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法[M]. 北京：中国政法大学出版社，1999.
- [3] 马克思. 马克思恩格斯全集：第6卷[M]. 北京：人民出版社，1995.
- [4] [法] 孟德斯鸠. 论法的精神(上)[M]. 北京：商务印书馆，1961.
- [5] 余能斌，马俊驹. 现代民法学[M]. 武汉：武汉大学出版社，1995.

(责任编辑 车 英)

Enacting *General Framework of Civil and Commercial Law*, Improving the Civil and Commercial Legal System

YU Neng-bin, YU Li-li

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: YU Neng-bin (1938-), male, Professor, Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, majoring in civil and commercial law; YU Li-li (1974-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in civil and commercial law.

Abstract: The authors hold that codification is not the best way to modernize the chinese civil law, for the form of code in itself has some deficiencies. They insist on enacting *the principles of civil and commercial law*, on the basis of the existing system of chinese civil law, so as to improve all the civil and commercial laws, and then construct the whole network of the civil and commercial law.

Key words: de-codification; *general framework of civil and commercial law*; the network of civil and commercial law