

# 民商事立法研究

——共识、问题与对策

郑泰安 / 主编



LEGISLATIVE STUDIES  
OF CIVIL  
AND COMMERCIAL LAW

*Consensuses,  
Problems and Countermeasures*



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

# 民商事立法研究

——共识、问题与对策

◆  
郑泰安 / 主编



LEGISLATIVE STUDIES  
OF CIVIL  
AND COMMERCIAL LAW

◆  
*Consensuses,  
Problems and Countermeasures*

 社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES LIBRARY PRESS

# 主要编撰者简介

郑泰安 1965年生，四川双流人。现任四川省社会科学院副院长，研究员，博士后合作导师。兼任中国法学会立法学研究会常务理事、中国法学会商法学研究会常务理事、四川省法学会副会长、四川省法学会学术委员会委员、四川省法学会立法学研究会会长等。主要科研成果：主持各类课题共计60余项，其中国家社科基金项目3项（作为国家社科基金特别委托项目暨中宣部马工程重大项目的首席专家1项）；四川省规划课题4项（重点课题2项）、国家发展和改革委员会重大课题2项、四川省人民政府政务调研课题2项；已出版专著14部；在CSSCI来源期刊、权威报刊等发表学术论文和理论文章50余篇，具有代表性的有《军民融合发展立法基本原则的逻辑展开》《民法总则与商事立法：共识、问题及选项——以商事代理为例》《地方立法需求与社会经济变迁——兼论设区的市立法权限范围》；20余项立法建议、决策咨询意见获省部级以上领导肯定性批示或被有关部门采纳；荣获四川省人民政府社会科学优秀成果一等奖1项，二等奖3项，三等奖1项，成都市人民政府社会科学优秀成果一等奖1项。

方芸 1981年生，重庆忠县人，民商法学博士，美国德州大学法学院访问学者。现任四川省社会科学院助理研究员，兼任四川省法学会商法学研究会副秘书长。主要科研成果：主持四川省规划课题2项，出版专著2部，代表作有《立法模式构建视阈下银行重整法律制度研究》

《拟制信托研究——一种完善我国民事救济制度的思路》等。

# 前言

民法与商法，虽然习惯上统称为民商法，但二者之间的关系历来存在民商合一与民商分立的重大争议，各个国家和地区在立法安排上也有是否分别制定法典的不同做法。相应的，中国民商法学界亦有所谓私法一元化与二元化的模式之争：民法学界多认为民法是私法体系的一般法，商法是民法体系整体不可分割的组成部分；商法学界多认为商法与民法既有联系，也有实质性区别。毋庸讳言，民法与商法联系紧密，但不论是在学科研究还是在立法研究上，学者均存在明显的学术分歧。客观上，这些分歧容易加深立法者和法律工作者对民商关系理解的困惑，不利于民商事立法的科学合理布局。如何在民法典编纂颁行的时代背景下，深入理解和探讨民法与商法的互动关系，是本书希望深入研究的第一个核心问题。

我国经济发展进入新常态后，供给侧能力过剩，结构性供求失衡的矛盾日益突出。习近平总书记在党的十九大报告中强调，建设现代化经济体系，“必须坚持质量第一、效益优先，以供给侧结构性改革为主线”。这是针对我国经济在供给侧存在的结构性问题提出的根本解决之道，而法治则是供给侧结构性改革最为可靠的保障。以法律思维和法治方式推进供给侧结构性改革，需要用法律关系打造新的政府市场关系和新的政商关系，用法治的稳定性实现改革的可预测性并预防和降低风险，用法治保障来完成供给侧改革“去产能、去库存、去杠杆、降成

本、补短板”的五项任务，用法治的确定性来固化改革成果。如何做到在尊重经济规律、立足中国国情的前提下，有效应对改革过程中民商事立法面临的各项挑战，完成为供给侧结构性改革保驾护航的任务，是本书希望深入研究的第二个核心问题。

从客观上看，法律的本土化与国际化之间确实存在一定程度的矛盾和冲突，因为法律的本土化要求法律规则必须与本国社会经济发展紧密结合，但过度的本土化可能导致制度和规则的设计与国际通行趋势相背离，甚至直接成为相关领域融入国际秩序的绊脚石；法律的国际化则要求法律规则必须与国际通行趋势接轨，但由此可能导致相关的制度设计脱离本国的社会经济基础和法律传统，甚至使一些具有本土特色的制度遭到废弃，从而引发大量争议。在经济全球化的背景下，民商事立法在世界范围内呈现愈加明显的趋同化发展趋势。开放不仅是国家繁荣发展的必由之路，也是我国的一项基本国策。如何顺应我国经济深度融入世界经济的趋势，在维护国家主权和国家利益的前提下，实现国内民商事法律制度与国际接轨，是本书希望深入研究的第三个核心问题。

本书由郑泰安主编，方芸任副主编，全书经主编与副主编讨论后，由郑泰安统一修改定稿。各章撰写人员分工如下：第一章由郑泰安、钟凯撰写，第二章由庄斌撰写，第三章、第四章由李红军撰写，第五章由钟洪明撰写，第六章由黄泽勇、尹鑫鹏、曲文英撰写，第七章、第九章由方芸撰写，第八章由姜芳撰写，第十章由郑铤撰写，第十一章由徐秉晖撰写。

社会科学文献出版社的领导和编辑同志对本书的设计和写作提出了很好的意见和建议，在此向他们致以深深的谢意。受认知和能力所限，书中不足之处在所难免，敬请读者不吝指正。

谨以此书献给所有从事和关心民商法学研究的同人和朋友。

郑泰安

2020年11月

- [第一章 民商立法模式研究](#)
  - [第一节 民商关系及其立法争议与共识](#)
  - [第二节 从私法史再看民商互动关系](#)
  - [第三节 《民法典》：民商互动的最新立法范例](#)
  - [第四节 民商事立法共同理念的提炼](#)
  - [第五节 我国民商立法不足及后续立法模式选择](#)
  - [结语](#)
- [第二章 物权法立法问题研究](#)
  - [第一节 物权法的立法背景考察](#)
  - [第二节 我国物权立法现状及其主要问题](#)
  - [第三节 《民法典》物权编编纂的重点与难点](#)
- [第三章 合同法立法问题研究](#)
  - [第一节 合同法的立法理念](#)
  - [第二节 我国合同立法中几个重要问题的立法沿革](#)
  - [第三节 《民法典》合同编的主要立法特点](#)
- [第四章 公司法立法问题研究](#)
  - [第一节 公司法的立法背景检视](#)
  - [第二节 公司法现代化与公司形态改革](#)
  - [第三节 我国公司立法现状及其主要问题](#)
  - [第四节 我国公司法修改的重点与难点](#)
- [第五章 证券法立法问题研究](#)
  - [第一节 证券法立法理念的检视与重构](#)
  - [第二节 我国证券法基本原则的重新阐释](#)
  - [第三节 我国证券立法现状及其主要问题](#)
  - [第四节 新一轮证券法修订实施的重点与难点](#)
- [第六章 保险法立法问题研究](#)
  - [第一节 保险法律法规概况](#)
  - [第二节 保险法的立法理念](#)

- [第三节 保险法的立法原则](#)
- [第四节 我国保险法修改的重点](#)
- [第五节 我国保险法修改的难点](#)
- [第六节 我国保险法的立法优化路径](#)
- [第七节 典型法条案例及分析](#)
- [第七章 破产法立法问题研究](#)
  - [第一节 破产法立法价值取向的演变](#)
  - [第二节 破产法立法原则的再认识](#)
  - [第三节 我国破产立法现状及其修改难点](#)
  - [第四节 完善我国破产法的对策和建议](#)
- [第八章 票据法立法问题研究](#)
  - [第一节 我国票据法立法理念的审思](#)
  - [第二节 我国票据立法现状及其主要问题](#)
  - [第三节 我国票据法修改的重点与难点](#)
- [第九章 银行法立法问题研究](#)
  - [第一节 银行法立法理念的更新](#)
  - [第二节 我国银行业立法现状及其主要问题](#)
  - [第三节 后危机时代国际银行业立法改革的比较研究](#)
  - [第四节 我国银行法修改的重点与难点](#)
- [第十章 信托法立法问题研究](#)
  - [第一节 信托立法理念：以财产权利为核心](#)
  - [第二节 信托立法改进：由表决权信托出发](#)
- [第十一章 知识产权法立法问题研究](#)
  - [第一节 知识产权法的立法演进](#)
  - [第二节 我国知识产权立法现状及其主要问题](#)
  - [第三节 我国知识产权法修改的重点与难点](#)
  - [第四节 科技成果立法与知识产权立法](#)

# 第一章 民商立法模式研究

民法与商法的关系历来存在民商合一与民商分立的重大争议，各国在立法安排上也有是否分别制定法典的不同做法。<sup>[1]</sup>在没有分别制定法典的国家和地区，对民法和商法的关系也并非没有争论。一些原先单独制定了商法典的国家，随后又将商法典融入民法典。<sup>[2]</sup>中国民商法学界也有所谓私法一元化与二元化模式之争。<sup>[3]</sup>伴随着对《商法通则》制定的热议，商法学界对商事立法研究投入了大量的精力，不少学者起草了相关专家建议稿。<sup>[4]</sup>当民法典编纂（而非商法典）成为国家立法决策时，有关争议似乎应尘埃落定。然而，“编纂民法典”的官方决定非但没有结束这场争论，反而再度“撩动着商事立法的神经，掀起了学界商事立法研究的热潮”。<sup>[5]</sup>

在民法典编纂的新时代背景下，如何理解民法与商法的关系，特别是如何评估商法的地位并选择恰当的立法安排，民法学界与商法学界仍在孜孜以求。毋庸讳言，民法和商法联系紧密，虽然在习惯上统称为民商法，但不论在学科研究还是在立法研究上，学者们都存在明显的学术分歧。客观上，这些分歧容易加深立法者和法律工作者对民商关系理解的困惑，不利于民商事立法的科学合理布局。如何从二者的互动关系、理念与模式选择方面破局，这正是本书希望探讨的问题。

# 第一节 民商关系及其立法争议与共识

民商立法的争议源于对民与商关系的不同认知。研究民商立法布局及其具体路径，首先要弄清楚学者所争论为何物。

关于民商关系及其立法问题，我国学界曾存在民商合一与民商分立两种主张。民商合一论者多为民法学者，主张商法的基本规则应并入民法典之中，商事单行法规则可以独立存在。究其依据，多引用我国民国时期立法院提交的关于民商合一报告书中所列之八大理由：①民法与商法并列是历史原因造成的，中国并无类似特殊历史历程，无须给予商人阶级优待；②法典修改应采进步主义，无关立法体例，故不当以法典之进步与否，而断定民商合一与否也；③国际化趋势要求民商法皆具国际性，且民商划分之国，其法典亦多有关于本国之特别规定，因而国际性并非民商分立的理由；④民商合一是世界立法趋势，意大利为商业发达最早之国，其国学者主张民商合一最力，英美商业称雄于世界，而两国均无特别商事法典；⑤人民平等，不应因人的职业或行为而有不同，于普通法典之外特订法典，不特职业之种类繁多，不能普及，且与平等原则不合；⑥以人或行为均难作为区分商或非商的标准，故以编订标准而言，应订民商统一之法典；⑦各国商法内容很不一致，可知商法本无一定范围，难以订立总则取其纲举目张，贯穿全体，人为划定商法内容自取烦扰；⑧民商法牵合之处甚多，亦何取乎两者并立耶，且民商划分，如一方为商人，一方非商人，适用上亦感困难。<sup>[6]</sup>

事实上，不同学者出于自己对民、商关系的理解，提出了林林总总

的观点。这些争议很难简单用所谓民商合一或民商分立来概括。简要梳理，总体上有以下学说。

(1) 一般法与特别法说。此说承认商法规范区别于民法规范的特殊性，但不否认民法在私法体系中的基础性作用<sup>[7]</sup>，主张民法是私法之一般法，商法是私法之特别法<sup>[8]</sup>。

(2) 相互融合说。此说主张民法和商法并非截然不同的法律部门，在当代存在相互融合的趋势。甚至有人提出，“现在的问题不是商法的独立问题，而是私法的统一问题，即民法与商法的混合或民法被商法吸收导致私法的统一问题”。<sup>[9]</sup>

(3) 形式与实质双重独立说。这种观点认为，民法和商法在现代内容和形式（法律渊源）上都截然分开，前者调整家庭关系，后者调整市场交易关系。<sup>[10]</sup>

(4) 实质独立说。该说不追求商法形式上的独立性（如商法典），但认为商法在实质内容上与民法不同，故与其说商法是民法的特别法，不如说商法是私法的特别法。<sup>[11]</sup>

(5) 商法独特而非独立说。这种学说不否定商事规范具有自身的独特性，但否认商法独立于民法，因商法在主体制度、行为主体、权利制度和法律保护制度等方面均难以脱离民事规范而独立存在。<sup>[12]</sup>

除了民商法学者外，一些参与争论的经济法学者也基本赞同民法学者引用的前述理由，认为当代中国的“商法”完全建立在一种虚幻的基础上，因此建议废掉商法的概念，使“商”回归于“民”，而其由于公法化而溢出于民法的部分应归入经济法。<sup>[13]</sup>

从以上讨论可见，民和商的“分”与“合”，既有学科层面的思考，也有具体立法上的考量。就立法而言，不同的立法例其实各有千秋，利弊

互见，优劣并存。<sup>[14]</sup>在此层面上，哪怕是持民商合一论立场最为极致的学者，也主张尽可能地将商事特别法的共性规则纳入民法典总则，在此之外的共性规则能否单独制定商法通则，则留有讨论余地。<sup>[15]</sup>而更倾向于商法独立性的商法学者，同样提出要认真研究总纲性商法规范纳入民法的可能性。<sup>[16]</sup>而且，即便承认商事规范实质独立性，“民法典的基本精神在于务实、精简，不可过多置入庞杂的商事规范”<sup>[17]</sup>，故“民法典编纂背景下商事规范自身依然需要适当的‘法典化’表达形式”<sup>[18]</sup>。

一言以蔽之，学界不否认民法和商法各自规范体系化的必要性，他们考虑的主要问题是民商事立法的具体表达。对这一问题，有关探讨已达成部分共识：一方面，另立“商法通则”用以涵盖民法典难以涵盖的内容，现已成为处理民法和商法关系在立法形式选择上的通说<sup>[19]</sup>，只不过对“商法通则”的规范功能、立法对象和具体规范内容等方面，则未有定论；另一方面，民法和商法学者为顺应民商融合的趋势，共同提出了“民法的商法化与商法的民法化”<sup>[20]</sup>“编纂一部商事品格的民法典”<sup>[21]</sup>等类似口号。按照这一立法目标，民法典编纂要尽量满足商法特性的立法要求，以使相关规范体现某种程度的商法化。

如何通过民法典编纂实现民法规范商法化？根据民法学者的设想，立法上的主要着力点，一是于价值层面，“引进商法的基本理念和原则，为商事发展预留充足的空间”<sup>[22]</sup>。二是在立法技术层面，“从商法规则中抽象出共通性公因式融入民法典总则和分则”。<sup>[23]</sup>三是在具体内容上，主要对法人制度、法律行为与合同以及代理等制度进行一定的调整，以满足商人、商行为制度发展和多元化商事代理的需要。<sup>[24]</sup>

而主张单独制定“商事通则”的商法学者则主要从主体、行为和责任不同维度构建“商事通则”体系。有以商行为为中心，主张通过对企业的特殊规制，使其行为原则上可纳入商行为。<sup>[25]</sup>有学者认为，制定“商法通则”的一个前提性条件是“商人”的概念如何进入立法的问题。<sup>[26]</sup>除了

商人和商行为等制度，有学者认为商事责任也应当是构成“商事通则”的支柱之一。<sup>[27]</sup>

总结而论，民法学界与商法学界对于民商法的学科定位和立法表达既存共识也有分歧。学者间的分歧远远大于共识，而各方对于民商事立法表达路径的共识略大于关于民商法学科定位的共识。关于民法和商法的关系定位，学界几乎形成了泾渭分明的两派：民法学界普遍认为民法是私法体系的一般法，商法学科是民法学科体系整体不可分割的组成部分；商法学界多认为商法学科上纵然与民法有所联系，但具有实质性差异，商法为区别于民法的独立学科。在立法层面，民商合一已然占据了主导地位，而民法典乃私法一般法及商法作为特别法有规范体系化之需求，也成为基本共识。共识的存在无法掩盖立法表达路径的学术分歧。民法学者倾向于通过民法典编纂（包括总则和分则）以“民法商化”的路径吸收商法特殊规范，难以吸收部分则通过单行法实现商法规则体系化；大多数商法学者虽放弃了关于商法典鸿篇巨制的立法诉求，但仍主张通过制定“商事通则”或“商法总则”提供商法的总纲性一般规则。

## 第二节 从私法史再看民商互动关系

民法和商法一般被并称为私法。但何者构成私法中的一般法，或者说谁更能代表私法发展的主流方向，则是与前述争议密切相关的基本命题。解读民法、商法与私法的关系，需放在一定的历史时期观察。有的时候，民法就是私法，或者说所有与私法有关的内容都可以看作民法的一部分。但在另外一些时期，民法可能只是私法的组成部分，民法自身的内容不等于作为整体的私法。在私法史中，商法的崛起是私法演进的重要推动力。

一般认为，公、私法的划分肇端于古罗马。查士丁尼在《法学总论》中指出：“法律学习分为两部分，即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”<sup>[28]</sup>19世纪，在以法国、德国为代表的法典编纂和法制改革过程中，公、私法的划分得到了广泛运用<sup>[29]</sup>，逐渐形成了大陆法系公、私法划分的深厚传统。这种传统也对普通法国家产生了重要的影响，普通法系国家把公、私法的内容都融入了普通法和衡平法之中，但不管其形式渊源表现得如何零乱与无序，法律的内部结构还是可以依其内在联系划分为公法与私法两大部分。例如，培根、丹宁勋爵等英国学者均承认公、私法的划分。在美国，当代著名法学家伯纳德·施瓦茨（Bernard Schwartz）在1947年出版的《美国法律史》中也对美国不同时期的公法、私法的发展分别进行论述。<sup>[30]</sup>

法律的公私之别虽早就在普通罗马人的心目中根深蒂固，但罗马法学家关注更多的却是私法，以至有人认为，“罗马法学实质上就是私法

学”。<sup>[31]</sup>由于迎合了商品经济发展的个人主义思潮，并凭借意大利注释法学派的推波助澜，从12、13世纪开始，罗马法的复兴运动在欧陆各国展开。据学者考证，中世纪商人突破城邦法和封建法秩序对其利益的束缚，成为欧陆国家选择继受罗马法的主要动力和客观历史条件。正是由于封建法无论从实体或程序上都排斥“商”，不能胜任对体现市场法精神的商事关系的调整，商人们才需要从故（羊皮）纸堆里找出罗马法，以自治方式处理商事纠纷。<sup>[32]</sup>商人们往往在行宫或主教驻锡处之旁发展出市场，他们通过创制和宣示，自己创立了城市之法，并创设了城市法院。法秩序的分化淡化了传统秩序的等级性，随之产生的城市交易经济、大规模商业行为带来较大的类型化需要，增进了精确归纳法律事实和法律适用的合理化。<sup>[33]</sup>

罗马法的传统规则在新的社会经济条件下获得了继受与改造，然而，作为大陆法系民法的主要渊源，罗马法里找不到任何商人法的影子。商人法的出现和罗马法的复兴在时空上的契合，使私法并未因罗马法的发展而一同向前，相反在“商人法”的冲击下呈现二元分化的独特历史轨迹。正是在那时，近代商法的基本概念和制度才得以形成，并在西方第一次逐渐被人们看作一种完成的、不断发展的法律体系。<sup>[34]</sup>“商人法”最初并不是严格意义上的法律，它经历了一个由习惯、惯例向习惯法发展的轨迹。<sup>[35]</sup>1563年法皇查理九世颁令创设商事法庭，商人法第一次上升为“国家法”。法皇路易十四在位时先后颁布了1673年《陆上商事条例》和1681年《海事条例》。1807年拿破仑颁布的《法国商法典》，沿袭《陆上商事条例》的架构，纳入两个条例不少条文，标志着商法和民法分立模式的确立。<sup>[36]</sup>不过，早期的商人法仍然带有中世纪身份等级的残留，一方面是商人团体内部实行严格的等级制度；另一方面，当时的皇权政府也视商人为异类，甚至利用商法典人为地把商事活动圈定在一个“法律隔离区”内。<sup>[37]</sup>

随着工商业的蓬勃发展，商人逐渐摆脱了身份等级的限制，商人行

会制度在法国大革命时期即宣告废除，但商人作为以营利为唯一目的的职业性群体并没有被消除，他们仍然受到近现代商法的高度重视。<sup>[38]</sup>1900年1月1日生效的《德国商法典》延续了普鲁士普通法关于“商法是商人的特别法”的传统，使商人的身份和利益得到进一步强化。此外，日本、西班牙、葡萄牙、荷兰、比利时等国也制定了各自的商法典。

商法进入现代社会以后却出现了令人值得关注的变化。民法典与商法典诞生于同一时代，民法典的编纂往往是法学理论传统的产物，它直接从《民法大全》中汲取营养，并凝结了几代法学家的智慧。从商法产生的历史因素看，商事规则本来就是商人经验和务实的产物，而且在特定历史条件下的法典化过程处处体现仓促和应景的痕迹，因此，其形式理性和体系化远远不及民法典。历史的拖累使商法典在社会变迁中不可避免地产生了时代的裂缝。例如，法国商法典迄今仍然有效的原始条文仅剩30余条，几乎已被适应新时代的要求不断出现的新法架空了；<sup>[39]</sup>在德国，一些学者对自己国家的商法典的法律基础进行比较后也认为，当今德国商法的实质性内容正在萎缩。<sup>[40]</sup>以上原因导致出现了人们对是否有足够的基础继续支撑一部独立的商法典持有疑问。一直以来，不少研究私法的学者也认为，商法与民法共同扎根于私法精神，其基本原理、基本制度有共通性，商法亦主要涉及私人利益，要在民法与商法之间划分出一条明确的界线是十分困难的。

最早提出“民商二法统一说”的是意大利学者摩坦尼利，他主张商法应归入民法典，实现统一。这一学说一度风靡世界。<sup>[41]</sup>1937年，瑞士将原本属于商事规范的债务法归入1912年民法典，成为首个采用民商合一立法体例的现代国家。更值得注意的是，罗马法的发源地、原先也采用民商分立体例的意大利，在1942年制定了一部包括民商内容的综合性新民法典。该法典的主要指导思想是“以私主体（而非商人）为利益中心”、“所有私生活反映在一部法典中”以及“私法的统一是经济发展和历