

如何理解商行为?

胡晓静

[摘要] 商法的概念可以从狭义和广义两个层面进行理解,狭义的商法是商法总论意义上的商法,其内容包含商人、商行为及与商人密切相关的商号、商事账簿、商事登记等的规则;广义的商法还包括商事单行法。应当将商行为的概念限定在商法总论的范畴内,与民法典中的民事法律行为规则相对应,这正是商法作为民法特别法的典型体现。原则上,具体商行为规则的适用仍然首先要以商人身份的确定为前提,商行为规则是为商人所制定的特别规则。《民法总则》并未给商人和商行为留下规则空间,从商行为法的角度,我们需要制定《商法通则》,以对应未来《民法典》中体现于债法和物权法的民事法律行为规则。

[关键词] 商行为;商主体;民商合一;民商分立;商法通则

[作者简介] 胡晓静,吉林大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,吉林 长春 130012

[中图分类号] D923.99 [文献标识码] A [文章编号] 1004-4434(2019)02-0030-08

“在民法和商法同属私法领域的背景下,撇开商法谈民法典的编纂,只能产生不尽人意的法典”^[1],这几乎已成共识。于是,在民法典编纂的背景下如何处理民商法之间的关系,成为民商法学者热议的焦点问题之一。而无论是将商法规范融入《民法典》中,还是另行制定《商法通则》或者《商法典》,均要面对如何处理民法规则和商法规则之间关系的问题。法律以社会关系为调整对象,而社会关系的构建离不开主体和行为,法律提供的正是主体的行为规范,即通过为主体确定行为规则以规制一定的社会关系。因此,对主体和行为的规定构成法律规则的核心内容。而从二者的关系来看,主体规则是基础,行为规则是目的,主体的规范与认定是为了确定行为规则的适用对象范围,而最终是为了规制主体的各种法律行为。同理,商人与商行为是商法规则的核心内容,而对商行为的正确理解至关重要,其不仅关涉商行为的立法定位,也会影响民商法的立法模式的选择。因此,在《民法典》编纂的背景下讨论民商法之间的关系,有必要首先弄清楚如何正确理解商行为。

一、对商行为的理解应立足于商法总论的范畴

商法是特别私法,这一界定意在指出其与作为

一般私法的民法之间的关系。此处的“特别”指的是,商法包含了区别于民法的规则,并将该规则适用于特殊的主体或者行为,即商人和商行为。在此理解的基础之上,基于商法规则与一般民法规则之间关系的相关程度,我们可以将商法从狭义和广义两个层面加以区分。所谓狭义的商法,也就是我们通常所说的商法总论部分,应包含关于商人及商行为,以及与商人身份密切相关的商号、商事账簿、商事登记等的规则;所谓广义的商法,则还包括公司法、证券法、票据法、保险法、破产法等商事单行法在内。这样区分的目的是为了将讨论的对象——商行为限定在一个合理的范围之内,即在商法总论的意义上,而非在包含商事单行法的广义商法的意义上理解和界定商行为。若不加以区分,在各种繁杂的商事单行法杂糅其间的情况下,我们将永远无法提炼出商行为规则的共性。

尽管从体系上而言,商法既包括商法总论中的商法规则,也包括公司法、证券法、票据法、保险法、破产法等商事单行法规则,但是就商行为而言,则只有将其置于商法总论的背景下才是有意义的。也唯有此,才不会产生诸如“保险行为、票据行为、破产清算、期货买卖行为、证券买卖行为之间的差异性远远大于共同性,其共同适用的原则难以抽象出来”^[2]的困惑。各个商事单行法规则均自成体系、独立适用,大多数情况下并不与民法规则发生直接的

关联,通常不需要对民法总则、合同法和物权法的相关规则区分主体或者行为进行分别适用^①。比如我国《公司法》中的决议效力问题,仅需要依据《公司法》第二十二条和相关司法解释的规定加以判断,而无需先从民事法律行为的角度对其成立与否进行分析,尽管《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(四)》增加了决议不成立这一新的瑕疵决议效力类型,但其并非判断决议是否无效或可撤销的前置性环节,三者之间是并列的关系,只需直接依据各自所属的情形进行判断,其间并不存在先后顺位的问题。同样,公司决议效力之诉也是《公司法》中的特别之诉,其诉讼主体、诉讼程序、时效均只依据《公司法》及其司法解释的规定,而无需依据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定。这一点,在《德国股份法》中的股东大会决议无效的规定中也有体现。《德国股份法》第241条明确列举了导致股东会决议无效的情形。请求确认股东会决议无效可以有两种途径:一种是任何人可以任何方式主张股东会决议无效,包括在诉讼中作为抗辩主张或者依据《德国民事诉讼法》第256条规定提起一般确认之诉,但判决结果仅在当事人之间发生法律效力;另一种是依据《德国股份法》第241条以下的规定提起决议无效之诉(Nichtigkeitssklage),其主体范围依据《德国股份法》第249条的规定仅包括股东、董事会、董事或监事,且法院确认决议无效的生效判决对所有的股东、董事、监事发生法律效力,即使其并未参与诉讼。这种区分正是体现了商事单行法自成体系的特点,而这一点恰恰不同于直接与民事法律行为规则相对应的、商法总论意义上的商行为规则。

商法总论意义上的商行为规则,是与民法典中的民事法律行为规则相对应的,是对民法典中所对应的民事法律行为规则的补充或者排除而形成的商行为特别规则。这一点,从有些国家的商法典的内容可窥一斑。比如,《德国商法典》的第四编是商行为法(Recht der Handelsgeschäfte),是受《商法典》规制的法律行为之法,其规制的对象就是我们所说的商法总论意义上的商行为,即“第四编所包含的规则是法律行为理论的特别规则,以及债法和

物权法的特别规则”^{②③}。《德国商法典》第343条以下的“商行为规则只能补充《德国民法典》的规则,而不能取而代之。只要不是特殊的个别问题通过《商法典》特别规则予以调整,则仍应适用《民法典》的规则”^④。再比如,《日本商法典》第504条至第522条“是关于商行为的一般规定,均为民事规则的商事特殊化,主要在于说明商行为的营利性特征以及突出商行为迅速性、自由性及注重交易安全的特色”^⑤。还比如,2005年10月27日,奥地利公布了《商法修订法》(“Handelsrechts-Änderungsgesetz-HaRÄG”),原来的《奥地利商法典》被重新命名为《奥地利企业法典》(“Unternehmensgesetzbuch”),并于2007年1月1日起开始生效,其全称为《关于(适用于)企业的特别民法规则的联邦法》(“Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen”),表明这是专门为企业制定的特别民法规则,而这里的“特别”即是针对《奥地利民法典》中的一般民法规则而言的。我们需要注意到的是,《奥地利商法典》并没有因此进行实质上的修改或者取缔,而只是更名为《奥地利企业法典》,因为原来《商法典》中的“商人”(Kaufmann)在《奥地利企业法典》中以“企业经营者”(Unternehmer)取而代之,法典全称中更是明确表明了商法规则与一般民法规则之间的关系。

商法总论意义上的商行为法与民法典中的民事法律行为法相对应。对于全部的私法主体来说,民法典是其构建民事法律关系的基本规则依据,但是对于其中的商主体来说,由于其自身从事商事经营活动的特点及其参与的法律交往对于交易的连续性、快捷性、简便性的要求,需要为其制定不同于一般民事主体的行为规则。为此,在民法典之外,通过对相关民法规则的替代和补充,形成了特别的商行为规则。《德国商法典》第348条不允许调整违约金、第349条排除商人保证时的先诉抗辩权、第352条将法定利率确定为5%、第362条将沉默视为要约、第369条排除商事留置权的牵连性等,都是典型的商行为特别规则,特定情形下替代《德国民法典》中的相应规则。《日本商法典》第504条的隐名代理的规定、第511条的法定连带责任的规定、第

^①当然,这是从一般意义上而言的,如果商事单行法中涉及民法相关问题,也仍然要适用民法的规定,比如保险合同,合同的成立、生效、格式条款等问题,需要适用合同法规则。但总体上而言,绝大多数商事单行法的适用并不涉及与债权、物权等民事法律规则的排除适用或者替代适用的问题。只不过,在我国目前的民法总则、合同法和物权法中原则上并没有针对同一行为区分民事一般规则和商法特别规则,所以无从进行比较。

^②《德国商法典》第四编也部分涉及有价证券法的特别规定(第363条—365条),这是因为《德国民法典》中也规定了有价证券法的内容(第793—808条),但这并不构成民法典和商法典的主要内容,鉴于有价证券法在德国的规定非常零散,“或许,将所有关于有价证券之规定汇整于一部法典,会是较佳的做法”。见[德]彼得·A·温德尔,《我们需要商法典吗?》,黄松茂译,《财经法学》,2017年第6期。

514条的商事法定利率的规定、第521条商事留置权的规定等也同样排除了《日本民法典》中的相应规定。于是,相对于一般民法规则,商法规则成为适用于特定私法主体的特别规则,其在适用上优先于一般民法规则。“凡关商事,先适用商法,然后适用他法”,“遇有于商法无適切之规定之际,能研究商法之精神。参照类似之规定,至不论如何,亦于商法无所据。乃始观民法”^[6]。然而,也正是因为商法规则与一般民法规则之间的关系,尽管作为私法的特别法,商法规则的适用要优先于民法规则,但是商法规则却“很少自己单独适用,而往往是和民法规范的所有原则相结合的”^[7]。比如,在德国法上,对于商人签订的合同,其成立及生效与否的判定,仍然要遵循并依据《德国民法典》第145条以下关于要约、承诺等的规定,但是如果涉及了违约金的调整问题,则不能适用《德国民法典》第343条,而是要适用《德国商法典》第348条,即“一个商人在自己的商事营业的经营中所允诺的违约金,不得依《德国民法典》第343条的规定减少”,而如果不涉及《德国商法典》中的合同法规则所涉及的事项,则仅适用《德国民法典》的规定即可。

将商行为一般法定在商法总论的范畴内,与民法典中的民法规则相对应为商人作出特别的安排,此乃民事法律行为规则与商行为规则相区分的本质所在。所谓的“民商合一”或者“民商分立”只是为了区分是否将商行为规则并入统一民法典的立法形式的描述,而非将民商法规则加以隔绝。而且,“民商分立”也不是从商事单行法与民法典的关系上而言的,否则世界上将不会存在“民商合一”这一立法体系,因为不论是否有商法典存在,大量的商事单行法主要存在于民法典之外,这一点在两种立法体系下均无不同。因此,是在民法典中确立单一的民事主体和民事法律行为制度并同时涵盖商人、商行为规则,还是在民法典之外另行制定商主体法和商行为法,以对应民法典中的民事主体制度和民事法律行为制度,才是“民商合一”与“民商分立”所真正意欲所指。在未来的商行为立法中,如果采用民商分立的立法体系,也“不需要将商事单行法已经作出详细规定的商行为也纳入其中,只需要对不

同于一般民事行为,又无特殊规制的商行为进行规定,如商事物权行为、代理行为、交互计算行为等”^[8]。

二、商行为是商人所为的法律行为

在有商法典的国家,基于法典的制定是以商人的概念为基础,还是以商行为的概念为基础,抑或是二者兼具,而将商法典的立法体系区分为主观主义立法体系、客观主义立法体系和折中主义立法体系。但实际上,各个体系之间并不是隔绝的,即便是在德国的商行为法中也有接近客观主义标准的情况,属于客观主义标准体系的法国商法中也保留了很多主观主义体系的规定,“归根结底在法律规范中导致了体系的平行共存和对两者的一视同仁”^[9]。而且不论采用何种立法体系,从作为上述立法体系典型代表的商法典中关于商人和商行为的概念界定中,我们可以得出一个结论:商行为是商人的法律行为,商行为规则以商人为适用对象^①。

《德国商法典》被认为是采用主观主义立法体系的典范。《德国商法典》第1条第1款即明确规定,“本法典所称商人指的是从事商事营业的人”。而根据《德国商法典》第343条第1款的规定,“商行为(Handesgeschäfte)是商人从事的属于其商事营业的全部行为”。《德国商法典》从商人概念出发界定商行为,商行为的主体必然是商人。

《法国商法典》被认为是采用客观主义立法体系的代表^②。修改后的《法国商法典》将关于商行为的规定置于第一编,关于商主体的规定置于第二编,以彰显其客观主义立法体系的特点。《法国商法典》第L121-1条规定:“实施商事行为并以其为经常性职业的人是商人。”^[10]但是,《法国商法典》实际上并没有对“商行为”作出明确的界定,而是在第L110-1条和第L110-2条采用列举方式对商行为的种类进行了规定,包括买卖、租赁、居间、行纪、代理、代办、运输、拍卖、汇兑、银行、汇票甚至制造业等行为。上述商行为可以划分为三种类型:第一类是“依其性质为商事行为”的行为,指的是商人“作为独立职业经常性实施的行为”;第二类是“形式上

①出于法律适用上的考虑,即使法律关系的一方为商主体,也适用商行为规则,如《德国商法典》第345条规定:“对于一个法律行为,以其对于双方当事人中的一方为商行为为限,关于商行为的规定,在此种规定中无其他规定的限度内,对于双方均同等适用。”

②实际上,《法国商法典》也很难再归于纯粹的客观主义立法体系。《法国商法典》第L210-1条规定:“公司的商事性质依其形式或者依其宗旨确定。合名公司、普通两合公司、有限责任公司以及可以发行股票的公司,无论其宗旨如何,均因其形式为商事公司。”该条规定与《德国商法典》第6条关于形式商人(Formkaufmann)的规定相似,即依据其采用商事公司的形式而适用《商法典》的规定,被当然认为是商人,至于是否从事商事营业的经营则在所不问。

的商事行为”,主要指任何人之间的汇票以及商事公司实施的行为;第三类是“从属性商事行为”,是商人在从事商业活动中完成的所有行为^[11]。其中的第二类属于本文意义上的广义上的商行为,其中特指了由商事单行法(票据法、公司法)规制的票据行为和公司行为,与民法总则、债法和物权法中的民事法律行为规则之间并不发生直接的关联,不涉及适用选择的问题。

《日本商法典》“采用了折中主义,以商行为主义为原则,同时规定了超越商行为之拟制商人的商人概念”^[12]。《日本商法典》第4条规定:“本法中商人,指以自己名义从事商行为并以此为业者。”《日本商法典》第501条至第503条分别规定了绝对性商行为、营业性商行为和附属性商行为。其中,绝对性商行为不区分主体,任何人实施该类行为都不改变其商行为的性质,但是,“商法乃企业法”是日本学界很长时间以来的通说,而按照通说观点,既然商法是企业法,就不存在确立绝对性商行为的实质性理由,在理论上主观主义才是最合适的^[13]。因此,将《日本商法典》中商行为的主体范围确定为商人,亦不为错。而且,在对商行为的性质无法判断的时候,“商人为其营业所实施的行为为商行为”,“商人的行为,推定为为其营业实施的行为”。这些类似于循环概念的界定,只是为了弥补绝对性商行为和营业性商行为具体类别列举上的不足,仍然还是从主体出发推定商行为的性质。

即便是在实行所谓“民商合一”立法体系的《瑞士民法典》中,也存在商人或者类似的概念。法律传统将商人(Kaufmann)的概念作为整个商事领域的特征,这一领域相应于商人的活动被称为“商”(Handel),而相关的行为和设置被称为“商事”(kaufmännisch)^①。《瑞士民法典》的“债法编”的第943条规定:“以商事营业的方式,从事贸易、加工制造或其他营业活动的人,应在其主营业所的所在地,将其营业登记于商事登记簿。非必须登记的营业,如有商号,其营业人有权在主营业所的所在地,将其营业登记于商事登记簿。”显然,这是从商事登记义务和权利的角度,区分了作为商事登记义务主体的商人企业和作为商事登记权利主体的非商人企业,包括个体企业。《瑞士民法典》的“债法编”将kaufmännisch这一概念一如既往地与营业(Gewerbe)的概念相连,而营业这一概念应与更为现代的企业(Unternehmen)的概念被等同看待^[14]。因此,可

以说,《瑞士民法典》“债法编”第934条就是借助于商事登记义务与权利的规定从商事营业(kaufmännische Gewerbe)的角度确定某些特定条款的适用范围,也相当于从主体角度划定了商行为特别规则的适用对象范围,比如《瑞士民法典》第190条关于迟延交付时的合同解除权、第191条和第215条关于违约损害赔偿义务与损害的规定的规定,均使用了“kaufmännischer Verkehr”即“商事交易”的概念,以显示其不同于一般民事规则的特殊性。

以权利义务为内容的法律规则均是以特定的主体为适用对象。在商法总论的范畴内,商行为规则是为商人所设定的特别规则,而其特别性是相对于民法典中的民事法律行为规则而言的,满足了商事交易对连续性、快捷性的要求,同时,考虑到了商主体从事商事营业经营的职业性,具有注意程度要求高而保护程度低的特点,比如违约金禁止调整的规则、保证不以书面形式为生效要件的规则、沉默作为意思表示的规则、瑕疵通知义务的规则等。因此,商主体和商行为是紧密联系在一起的两个概念。上述“民商分立”立法体例下的《商法典》强调了商行为规则与商主体之间的关系,而被认为采用“民商合一”立法体例的《瑞士债务法》也针对特别规则使用了“商事交易”的概念,结合《瑞士债务法》第934条的规定,其含义即为“以商人方式从事的交易”。如果不能将商主体从民事主体中区分出来,也就没有制定特别的商行为规则的必要;反之,如果没有商行为特别规则的存在,也无须为其划定特定的适用对象范围,当然也就无须区分民事主体和商主体。

按照通说,商人的范围包括商个人、商合伙和商法人。商合伙和商法人因为具有了社团性和组织性,其存在的目的即是为了从事商事营业的经营,故其所从事的交易行为均属于为商事营业所为的行为,当然属于商行为。而商个人却有所不同。商个人同时还具有民法上的自然人的身份,这一点决定了商个人所从事的交易行为具有为个人生活目的和为营业目的的双重可能。为此,对于商个人而言,只有其为了商事营业的经营的目的所为的行为才会归于商行为的范畴,才会适用商行为规则而非民法典中的民事法律行为规则。所以,当我们纠结于以何标准区分民事主体和商事主体的问题时,实际上仅是针对自然人个人而言的,具体而言就是作

①如果直译,kaufmännisch的中文意思应为“商人的”,但从《瑞士民法典》“债法编”对该词语的使用来看,kaufmännisch总是与Verkehr或Gewerbe联系在一起,被译为“商事”更为适当,相应的“商事交易”“商事营业”也更加符合中文的理解。

为自然人从事经营活动途径的个人独资企业、个体工商户甚至流动摊贩是应直接归于商主体的范畴,还是要从营业活动的复杂程度区分为民事主体和商主体。

三、商行为是商事营业中的法律行为

商行为规则相对于民事法律行为规则的特殊性在于其迎合了商事交易对连续性、快捷性、简便性的要求,同时,也符合商主体从事商事营业经营的职业性特点,对主体注意程度要求高而保护程度低。因此,商行为的界定离不开商主体及其从事的商事营业的经营,是商人为其商事营业的经营所实施的具体行为。

《德国商法典》第 343 条对商行为的界定就是“商人所实施的、属于其商事营业(Handelsgewerbe)经营的一切行为”。在此意义上,商行为的判断需要双重标准:一是行为人须为商人;二是所实施的法律行为须为商法行为(Handelsrechtsgeschäft)。尽管《德国商法典》第 344 条推定由商人实施的法律行为即为商法行为,也并不能改变这一双重标准^[15]。这里的“商法行为”即为属于商人的商事营业的行为。在奥地利,依据 2005 年的《商法典修订法》,将《奥地利商法典》重命名为《奥地利企业法典》,于 2007 年 1 月 1 日生效。在这部法典中,以“经营者概念”取代了商人概念,以“与经营有关的行为”(unternehmensbezogene Geschäfte)取代了商行为的概念,其含义为“属于经营者企业经营的全部行为”。这与《德国商法典》第 343 条对于商行为的界定本质上仍然是一致的。同样,《瑞士债务法》第 934 条也将“以商人方式经营”作为是否承担商事登记簿登记义务的区分标准,也合乎《德国商法典》第 1 条、第 2 条对于“实际商人”(Istkaufmann)和小营业经营者的区分。

如果说《德国商法典》与《奥地利企业法典》因为采用了主观主义立法体系,而当然可以从商主体的商事营业经营的角度界定商行为,我们再看看采用客观主义立法体系的《法国商法典》和采用折中主义立法体系的《日本商法典》。尽管这两部法典并未如德国一样采用主观主义的立法体系,但是在界定商人概念的时候,却均强调了商人的营业性。《法国商法典》第 L121-1 条确定了商人的概念,即“实施商行为并以其为经常性职业的人是商人”,这里的所谓“职业”,指的是从事某种可以产生利润并且满足生存需求的“严肃认真的事务”“一次孤立的

财产交易行为,不能认定为商事活动”^[16]。《日本商法典》第 4 条也对商人作出了界定,即本法中的“商人”,指以自己名义从事商行为并以此为业者,此处的“从事商行为并以此为业”是指“以获利为目的,根据一定的计划持续反复地从事同种商行为”^[17]。所以,依据《法国商法典》和《日本商法典》,商人所实施的商行为也是作为经常性职业的商事营业中的行为。

在采用客观主义立法体系和折中主义立法体系的国家的商法典中,还有“绝对商行为”的分类。一般认为,所谓“绝对商行为”即不考虑行为主体,任何人为之,均要受商法典调整。如果“绝对商行为”是一种有意义的分类,则从商事营业的角度界定商行为就会有失偏颇。为此,我们可以对上述两种立法例代表的法国和日本的商法典进行考察。

作为客观主义立法体系代表的《法国商法典》中列举了“依其性质为商事行为的”所谓的“固有商行为”或“绝对商行为”,似乎不考虑行为主体的身份而可以直接认定行为的性质和适用的法律,但实际上,在司法审判实践中的认定却并不如此简单,比如对于“为再卖出而买进”的行为,“经常通过拍卖网站‘为再卖出而买进动产物品’,对于(经常性从事这项活动的)个人而言,构成商业活动”,而“(是否有)‘再卖出之意图’,得以各种方法证明之,尤其可以从进行活动的量、次来判断是否有此种意图”^[18]。显然,作为营业特征的“经常性”“反复性”在认定此类行为性质时被特别予以考虑,而不仅仅是行为本身的特性。

同样,《日本商法典》中也有“绝对性商行为”的列举,是指“不考虑行为主体是否具有主观营利性目的或者是否以此行为为经常性营业,仅以行为的形式作为认定要件确定所为是否为商行为”^[19]。按照《日本商法典》第 501 条的规定,绝对商行为包括四种类型:投机购买及转卖的行为、投机出售及购买的行为、交易所中的交易行为、有关票据及其他商业证券的行为。此四类行为中,前两类行为符合传统意义上“商”的概念当为商人的行为,而“交易所的交易行为均是作为商人的会员所进行的交易”、有关票据的行为则主要适用商事单行法的规定,因此,“《日本商法典》关于绝对性商行为的规定其实际意义似乎的确有限。从立法论角度而言,日本商法学界通说所主张的‘商法立法的商人法主义’或‘商法的彻底企业法化’,的确具有相当程度的合理性”^[20]。而且“不可否认的是,商人从事的交易活动大部分都属于绝对商行为。在此意义上,绝

对商行为也与营业商行为一样,共同构成了商人概念的基础”^[21]。而如前所述,《日本商法典》意义上的商人是以商行为为经常性职业的,即从事商事营业的经营,因此商行为也是商人为其商事营业的经营所为的行为。

我们强调商行为与商事营业之间的关系,意在区分民事主体和商主体,进而为了确定商行为规则的适用对象范围。相对于民事法律行为规则而言,商行为规则对其适用对象的注意程度要求高而保护程度低,如果扩大其适用对象范围必然会导致不公平的后果。因此,必须在民事主体范围内按照一定的标准划定出商行为规则适用的特定对象范围,而该标准就是商事营业的经营。一般来说,只要具备了独立性、有偿性、经济性、反复性即可判定营业的存在,但是并非所有的营业都是商事营业。对商事营业的判断侧重的是“以商人方式经营的必要性”,其判断的关键为是否营业只能借助特别的商人组织,首先是商事账簿的设置,也包括经理人的任用、商号的使用等,因而重要的标准不是营业额本身,也不是员工的人数,而是业务缔结的数量和方式,而且“必要性”的要求也并非指必须事实上采用了商人的设置,而是从营业的现实状况能够推断出必须采用商人方式经营的必要性^[22]。有学者认为,“互联网交易还没有被大陆法系国家的商法典所规定,但商事社会普遍认为互联网交易是典型的商事交易,所为的行为也是商行为”^[23],这一论断不应得到认同。比如在淘宝网上开设网店的自然人、通过微信朋友圈销售货物的自然人,虽然其所从事的活动具备营业的特征,且经营的方式采用了电子方式,但不能仅以此确立其商人的身份,电子商务经营者是否为商人,仍应当考虑其是否具备以商人方式经营的必要性,从营业的规模、复杂程度、组织性角度进行判断。

即便是在采用所谓“民商合一”立法体例的瑞士,其《瑞士民法典》“债法编”第934条也将商事登记的义务主体限定为“以商事营业的方式,从事贸易、加工制造或者其他营业”的主体,而这里的“商事营业的方式”指的就是“以商人方式经营”。《瑞士商事登记条例》(HregV)将营业界定为,“独立的、以持续性收益为目的的经济活动(eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit)。而究竟哪些营业属于“商人方式的营业”呢?瑞士联邦法院在司法审判实践中,原则上从业务范围、与更大范围的供货商和客户维持业务关系、在相当大的体量上申请并获得贷款以及雇员等

方面对商事营业进行判断^[24]。简单来说,组织或者活动的复杂性(Komplexität)成为判定商人方式的营业,也即从事商事营业经营的主体——商人的唯一有意义的标准。《瑞士商事登记条例》在2008年1月全面改革后放弃了对其实质的描述,而直接采取了数额标准,即年营业额达到10万瑞士法郎。达到这一数额,则可以认为(商人的)专业技能理所当然是具备的,或者应当具备^[25]。

所以,并非所有的营业都是商事营业或者以商人方式进行的营业。相对于一般的营业,商事营业更加强调经营的复杂性、组织性等特征。我们必须从商事营业的经营的角度理解商行为,而这也符合商行为规则对其适用对象注意程度要求高和保护程度低的特点。而且,如果不区分营业与商事营业,势必也无法真正区分民事主体和商主体,也使得民事法律行为规则与商事行为规则的区分失去其意义。

四、结语:在《商法通则》中规制商行为

在民法典编纂的背景下,关于民法典体例安排与商事立法的探讨,通说有四种方案,即完全分立式、独立成编式、独立成章式、分解融合式。商法学者认为,商法的灵活性很大,不断自我突破,与民法典所要求的概念性、体系性和逻辑性迥异,因此完全分立式应该是最理想的选择^[26]。而通过上述对商行为的概念分析,亦可得出如此结论。如前所述,商行为是商法总论意义上的商行为,而非包括商事单行法在内的广义商法意义上的商行为;是商人为其商事营业的经营所为的行为,而非所有的民事主体的所有的经营行为。基于这样的商行为的概念,在我国目前的立法体系框架下,商行为的立法应该且只能通过《民法典》之外制定单独的《商法通则》予以实现。

在论及民商法关系时,“民商合一”或者“民商分立”成为非此即彼区分阵营的标志。然而,考察所谓的“民商合一”和“民商分立”立法模式代表国家的法典立法史之后,我们可以发现,一方面,我们今天奉为经典的《瑞士民法典》所采用的“民商合一”模式,与法国、德国民法典所采用的民商分立模式,都是历史的产物,是先有了立法的模式之后发展成为一个理论上的问题^[27],而非是基于立法模式理论而建立了不同的立法模式;另一方面,“民商合一”或者“民商分立”与其说是民法与商法的区分,勿宁说只是一种立法形式上的区分,即在《民法典》之内

涵盖商法规则,还是在《民法典》之外制定独立的《商法典》或者《商法通则》。“民商合一”的立法模式不能泯灭商法的独立性,“民商分立”的立法模式也不能将商法完全隔绝于民法之外。缺少了商行为规则的民法典,无法满足特定行为主体的特别需求;而离开了民事法律行为规则,商行为规则也将成为无源之水。

有学者认为,“自 1949 年以降,我国民事立法都是在民商合一的原则下进行的,这不能不说是受到瑞士民法典影响的结果。可以预测,我国未来的民事立法仍将继续沿着民商合一的道路而前行”^[28]。如今,我国的《民法总则》已经颁布,但其并没有为商主体和商行为规则留出必要的空间。如果说《瑞士民法典》采用的是民商合一的立法体系,我国目前的《民法总则》《合同法》和《物权法》所表现出来的立法体系则只能说是“有民无商”,因为在一般的民事行为规则中,并没有针对商主体的特别的商行为规则^①,而是全部的民事主体不加区分地适用全部的民事法律行为规则,这和《瑞士民法典》有着根本的不同。《瑞士民法典》被认为“开创了世界私法史上民商合一立法模式的先河”,“其没有独立于民法典的商法典,而商法的大部分内容,如公司与合作社、商事登记、商号与商业账簿及有价证券则是分别规定在《债法》的第三分编至第五分编中”^[29]。但同时我们应该看到,在一般债法规则中,已然夹杂了适用于“商事交易”的特别规则。而且,《瑞士债法典》草案起草人孟辛格(Walter Munzinger)也认为“民法与商法之间有本质的区别”,“商法是在普通民法基本形式之上呈现出的各种变奏”^[30],这一认识成为其立法方法论的指导思想,并体现在《瑞士民法典》的内容及适用上。如上文所述,《瑞士民法典》虽然并没有明确的商人概念,但是在第 934 条以“商人方式的营业”作为区分是否有商事登记义务的区分标准,结合《瑞士商事登记条例》的规定,其实际上是将“商人企业”作为法典中的特别商行为规则的适用对象。不仅在《瑞士民法典》第 347 条关于旅行推销员合同(Handelsreisendenvertrag)的规定中,第 458 条至第 465 条关于经理权和代办权(die Prokura und die Handlungsvollmachten)的规定中也都出现了第 934 条规定中的“商业营业、生产制造营业及其他以商人方式经营的营业”字样,而且在第 104 条关于迟延利息的商人特别

规则、第 190 条关于合同解除的推定、第 191 条和第 215 条关于损害计算的特别方式等规定中,更是直接使用了“商人”(Kaufmann)、“商事交往”(kaufmännischer Verkehr)字样。显然,采用所谓的“民商合一”立法体系的《瑞士民法典》中却真正包含了商人、商事营业的概念,并在此基础上确立了商行为的特别规则。“民商合一”绝不意味着只有民事主体和民事法律行为规则,而是其中包含了商主体、商行为特别规则,这更充分体现了民法与商法之间一般法与特别法的关系。

我国的《民法总则》未区分民事主体和商主体。根据《民法总则》第二条的规定,民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。也就是说,《民法总则》乃至未来《民法典》中的民法规范一体适用于所有的自然人、法人和非法人组织,而其中并不区分民事主体和商事主体,自然也不会存在为商主体专门制定的特殊规则。《中国特色社会主义法律体系》白皮书中区分了民法与商法,认为“民法是调整平等主体之间的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系的法律规范,遵循民事主体地位平等、意思自治、公平、诚实信用等基本原则。商法调整商事主体之间的商事关系,遵循民法的基本原则,同时秉承保障商事交易自由、等价有偿、便捷安全等原则”。然而,如果不区分民事主体和商事主体,何来“调整商事主体之间的商事关系”的法律规范?如果未来的《民法典》采用“民商合一”的立法体系,也是意味着一些特殊的商行为规则被涵盖于民事行为规则之中,但一定是以商主体或者商事交易为适用对象,是针对商主体所从事的商事营业的特殊性而制定的特别规则,而不是意味着只有民事法律行为规则而没有商行为规则。所以可以确定,我国目前的《民法总则》所采用的并不是真正的民商合一立法体系。

商行为规则的特殊性主要是针对《民法典》中的民事行为——物权和债权行为而言的,而该特殊性是基于其适用对象——商人及其商事营业的特殊性。商人因其所从事的商事营业的经营而对交易的快捷性、安全性有特别的需求,而同样的原因也使商人相对于一般民事主体注意程度要求高而保护程度低。所以,离开了特定的适用对象,商法总论意义上的商行为的特别规则也将失去存在的意义。

^①尽管在《中华人民共和国民法总则》中也有关于营利法人和非营利法人的分类及更为细化的规定,但这也只是在民事主体概念下的规定。由于并没有区分民事主体和商事主体,除了个别特殊限定条款,比如《中华人民共和国物权法》第二百三十一条将企业之间的留置排除适用系牵连性的限制,几乎所有的行为规则适用于全部的民事主体。如此状况之下,我们不能当然地将某些规则归入商法规则的范畴。

因此,《商法通则》首先需要确立商人身份认定的标准,以明确商行为规则的特定适用对象范围。如果没有确定的适用对象,规则将无所指向。崔建远认识到现行《合同法》对于委托合同的规定没有注意到民法与商法的差异,认为应该“区分民事委托与商事委托,对于民事委托合同,继续保持《中华人民共和国合同法》第四百一十条的现状,对于商事委托合同则不承认当事人的任意解除权”。他还认为,“《中华人民共和国合同法》第三十九条至第四十一条不应适用于商人之间签订的商业性合同”^[31]。问题是,即使对商事委托合同和商事格式合同作出特别规定,但如果不区分民事与商事、商人与非商人,这些规则的目的均将落空。

著名学者李宜琛早在1944年出版的《民法总则》中即对于立法模式意义上的民商法关系提出了明确的评判标准,并对民商合一的民事立法持明确的意见保留态度,认为商法之独立性应当维持,提出民法“主为普通一般社会生活之原则的规定,而商法则主为特殊社会生活之技术的规定”^[32]。商人从事商事营业经营活动,追求的是交易的快捷、安全和便利,在交易流转中,更重视效率而非财产的静态的安全。同时,基于商人自身的特点,也不需要对其进行特别的保护,商人基于其所从事的商事营业经营的职业性而被推定为对其行为后果有充分的认知。所以,在适用于一般民事主体的、侧重保护财产的静态安全的民法规范之外,需要为商人制定特别的行为规则,以满足商人及其商事交易的要求。

既然我国目前的《民法总则》并没有为商主体和商行为规则留出必要的空间,未来的《民法典》也会因缺少民事主体与商事主体、民事行为与商行为的区分而无从安置商行为规则,在《民法典》之外进行单独的商法总论意义上的商事立法是唯一的选择,分歧仅在于是制定《商法典》还是《商法通则》。在我国目前的商法体系中,对于特定商主体、特定商事领域的行为及法律关系进行调整的商事单行法数量众多,因此,制定包罗万象的商法典并期望将全部商法规则囊括其中显然既无必要也不可能。而制定《商法通则》,将对商主体资格确认的标准及种类、商行为特别规则,以及与商人身份密切相

关的商号、商事账簿、商事登记等内容涵盖其中,作为《民法典》的补充,适用于特定情形之下的商主体和商行为,仍然是必要且可行的。

[参考文献]

- [1][8]范建.民法典编纂背景下商事立法体系与商法通则立法研究[J].中国法律评论,2017(1).
- [2]赵旭东.制定“商法通则”的五大理由.中国商法年刊(2007)[M].北京:法律出版社,2007:8.
- [3][4]Karsten Schmidt. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch[M]. München. Verlag C.H.Beck.2018. HGB § 343 Rn.1,8.
- [5][12][13][17][19][20]刘成杰.日本最新商法典译注[M].北京:中国政法大学出版社,2012:77,13,76,14,77,81.
- [6]松波仁一郎.日本商法论[M].秦瑞玠,郑钊,译述.北京:中国政法大学出版社,2005:10-11.
- [7][9]C.W.卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006:6,2-3.
- [10][11][16][18]罗结珍.法国商法典(上册)[M].北京:北京大学出版社,2015:15,3-4,15-16,5.
- [14][15][24][25]Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann. Gesellschafts und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl[M]. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2015:299,299,301,301.
- [21]张志坡.日本法上的绝对商行为及其启示[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2012(3).
- [22]Canaris. Handelsrecht [M]. München. Verlag C.H.Beck. 2000: S.34.
- [23]张民安.商法总则制度研究[M].北京:法律出版社,2007:265.
- [26]赵旭东.民法典的编纂与商事立法[J].中国法学,2016(4).
- [27]谢怀栻.大陆法国家商法典研究——第四节:瑞士民法典[J].外国法译评,1995(2).
- [28]陈华彬.瑞士民法典探析[J].法治研究,2014(6).
- [29]殷安军.瑞士法上民商合一立法模式的形成——兼评“单一法典”理念[J].中外法学,2014(6).
- [30]史广龙.民商合一立法方法在瑞士民法典中的体现[J].法律方法,2014(2).
- [31]崔建远.编纂民法典必须摆正及对关系[J].清华法学,2014(6).
- [32]李宜琛.民法总则[M].北京:中国方正出版社,2004:5.

[责任编辑:周青]