

商行为的体系定位和结构转换

——历史维度的再考察

夏小雄

内容提要:在民法典正在编纂的背景下,必须思考商行为的体系定位和规范表达问题。对于这一问题的处理,不仅需要体系结构视角的反思,而且需要历史变迁维度的考察。对于商行为的历史变迁考察有助于理解其发生基础、发展逻辑、演变趋势,也有益于处理民法典体系下商行为的规范设置问题。商行为制度在19世纪大陆法系国家商法典化之前并未得以建构,而是在法典化时期才充分发展,商法由“商人法”转变为“商行为法”,商行为成为商法体系建构的核心概念并决定着商法典的适用范围;20世纪商行为制度面临理论挑战和制度危机,商法体系建构不再以商行为为核心,商法由“商行为法”回归到“商人法”或调整为“企业法”。我国民法典编纂过程中必须充分重视商行为的特殊性,但也必须考虑私法立法传统和既有法律体系的制约,选择适应经济社会发展需要的商行为法律规范模式。

关键词:商行为 民法典编纂 民商合一 民商分立

夏小雄 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

在民法典正在编纂的背景下,学界对于民法典中商法规范如何加以“表达”的问题进行了深入的探讨。⁽¹⁾对于这一问题的思考,不应限于民法典如何“吸纳”商法规范这一技术性问题,而是应对民法典体系下民法和商法的关系做更为深入的批判性反思。

就商行为的制度安排而言,学者们着眼于商行为的特殊性,探讨了民法典体系下特别

(1) 参见赵旭东《民法典的编纂与商事立法》,《中国法学》2016年第4期;李建伟《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期;王涌《中国需要一部具有商法品格的民法典》,《中国法律评论》2015年第4期;赵万一《中国究竟需要一部什么样的民法典——兼谈民法典中如何处理与商法的关系》,《现代法学》2015年第6期;周林彬《民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿“一般规定”条款的修改意见为例》,《社会科学战线》2015年第12期;王文宇《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》,《清华法学》2015年第6期。

是民法总则中应当如何安排其体系位置等问题。在商法学者们看来,需要充分考虑商行为在主体、效力、形式、内容、解释和时效等方面的特殊性,并且根据这些特殊性的要求作出相应的规范安排。换言之,在立法形式层面必须通过特殊的规范安排突出商行为和一般法律行为的差异。目前立法机构公布的《民法总则(草案)》在这方面则存在很多不足,没有充分考虑到商行为的特殊性,不利于商事法律关系的规范和调整。在此背景下,学者们认为应当通过制定商法通则或商法典引入商行为制度,突出其功能上的重要性和体系上的差异性。⁽²⁾ 需要承认,从提升商法立法科学性和体系性的角度来看,这些建议具有重要的参考价值。我国民法典的编纂确实应当充分考虑当下经济社会发展状况并完善相应制度建构,特别是在私法关系已经普遍商法化的现实背景下,其应具有更强的“商法品格”,而不能固守传统私法制度体系的框架。

但是,在现代私法体系下是否还存在商行为制度的发展空间,商行为制度的建构如何与中国民商立法的既有现状和历史传统相兼容,商行为和法律行为的关系在民法典体系下又应如何处理等等,这些问题的解答可能需要更为深入的思考。⁽³⁾ 实际上,对于商行为的理解不仅需要体系结构视角的反思,而且更有必要回归历史发展维度的考察。对于商行为制度的历史变迁分析有助于理解其产生条件、体系结构、制度功能、发展趋势等问题,也能有助于解答上述疑难争议问题。更为重要的是,对于我国民法典编纂中应当如何妥当处理商行为规范表达的问题,这种“知识考古学”意义上的批判分析也许能够提供一定参考。

一 商行为制度的雏形

商法起源于中世纪 11 世纪和 12 世纪的地中海沿岸区域。⁽⁴⁾ 在商法的早期发展阶段,商人们在商业实践中并没有使用商行为这一概念,商法体系中也不存在相应的制度建构。但是,这并不意味着中世纪商法中不存在调整商事交易的特殊行为规则。

中世纪商法本质上属于“商人法”,由商人们创造并且仅适用于商人之间,其主要是围绕商人的资格管理、商业交易、权利保护、争议解决等内容而展开,也是商人法庭处理商人之间商事争议的主要依据。中世纪商法中虽然也存在较多的商人管理性规范(如商人资格、商人登记、商事账簿、商品价格、生产数量、同业竞争等方面的管制),但就其本质而言主要是确认并维护商人在商事交易方面的垄断地位和特殊权利,因此中世纪商法也被视为商人的“特权法”。在此背景下,中世纪商法的制度建构主要是围绕商人权利保护加

(2) 参见蒋大兴《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,《比较法研究》2015 年第 4 期;王建文《论我国〈民法典〉立法背景下商行为的立法定位》,《南京大学学报(哲学人文社会科学版)》2016 年第 1 期。

(3) 我国学者对于商行为的理论研究成果并不多,有待进一步深化。既有研究成果如范健《商行为论纲》,《南京大学法律评论》2004 年秋季卷;叶林《商行为的性质》,《清华法学》2008 年第 4 期;程淑娟《商行为:一种类型方法的诠释》,《法制与社会发展》2013 年第 3 期;徐强胜《民商合一民法典中商行为规则设置的比较研究》,《法学杂志》2015 年第 6 期。

(4) Vivante, C. Trattato di diritto commerciale. Torino, 1902, p. 2.

以展开 特别是对于地中海沿岸城市共和国的商法而言 , 它们的城市章程主要在于确认行会和商人的特殊地位并对其不当行为加以规制 , 而习惯法、裁判法等法源形式也以保护商人权利为主要内容。⁽⁵⁾

值得注意的是 , 为了充分保护商人的利益 , 中世纪商法在合同法律规则方面也作出了一些倾斜性保护的制度安排 , 这些合同法律规则在一定程度上可以视为商行为制度的雏形。

中世纪商法中的合同法规则大部分沿袭罗马法 , 但其本身却在一定程度上重构了合同法规则的理论基础和制度体系。在罗马法时代 , 合同主要被视为取得财产的方式 , 其本身并不具有独立的功能。除了合同之外 , 财产的取得往往还需要具备其他功能要件。在中世纪时期 , 商人们赋予合同独立的功能 , 使其成为了营利的工具 , 合同在商事交易中占据着最为重要的地位。商人们主要是通过缔结买卖合同将货物买进再售出 , 进而获取相应商业利润。就如著名历史学家洛佩兹(Roberto Sabatino Lopez) 所说 “在商业发展历程中 , 商事合同的发展具有决定性的重要性 , 如同技术和工具的进步在农业史中发挥的重要性一样。”⁽⁶⁾ 合同形式对于合同成立和合同效力不再有决定性影响 , 商人原则上可以自由选择合同缔结形式。买卖、互易、保管等传统合同类型的法律规则也因为商事交易实践需要得到丰富发展。此外 , 合同的具体类型也得到了扩展 , 特别是随着不同地域之间商业贸易的发展 , 海洋运输合同、陆上运输合同以及相应的保险合同、借贷合同等制度规范也得到了充分完善。⁽⁷⁾

中世纪商法也改变了传统罗马法侧重债务人利益的立场 , 转而强调债权人利益的保护 , 并在很多方面调整了原有的法律规则安排。例如 , 债务人在债务发生之后必须立即给付 , 而不能从法官那里获得罗马法体系下的履行宽限期; 债务人必须以金钱支付 , 而不能采取罗马法体系下允许的必要代物清偿; 债务人对于货款迟延支付必须支付相应利息。⁽⁸⁾ 这些制度安排有利于商人利益的保护 , 能够促进商事交易的高效进行。

就具体法律制度安排而言 , 中世纪商法对于合同法律规则的调整实际上凸显了商事交易的特殊性 , 也突出了在商事交易行为规制方面建构独特性规则的必要性。但是 , 由于中世纪商法本身属于商人的自治法 , 商法规则的建构主要是通过习惯法、裁判法等而形成的。这种法源建构机制很难具有体系化和功能化的建构能力 , 因而在很长的时间之内商行为雏形规则只能以碎片化的形式存在。例如 , 被称为现代商法之父的斯特拉卡(Benvenuto Stracca) 曾尝试按照罗马法的观念方法对中世纪商法规则进行体系梳理 , 但在其 1553 年所著的 “De Mercatura sive de Mercatore” 一书中 , 第五部分 “商事合同编” 也仅包括委托、抵押、保险三种类型 , 全书中也没有出现 “商行为” 的相关表述。

这种局面一直延续到君主国时期。君主国时期的商法依然保持着商人特权法的属

(5) Girón, T, J. El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado. Anuario de Derecho Civil, 1954, pp. 718. ss.

(6) Lopez, R, La rivoluzione commerciale del Medioevo, Torino, p. 94.

(7) Galgano, F. Lex mercatoria. Il mulino, 2001, pp. 41 - 43.

(8) Galgano, F. Lex mercatoria. cit., p. 45.

性,商法规则体系以商人权利保护为主要任务,对于商行为本身也没有提供独特性规范。在重商主义思潮盛行的背景下,君主权力逐渐介入到商法的立法和司法之中,传统商人行会的影响力在一定程度上有所减弱。就商人行为的管制而言,这一时期的商法体系将商人的行会注册、账簿置备、书面合同、合同登记、避免破产欺诈等诸多义务加以成文化,强化了对于商人营业行为的管理,使其自身呈现出一定的“公法化”倾向。⁽⁹⁾而就商事交易的私法规则特别是商行为法律规则而言,君主国时期的商法体系并未有太多制度创新。以这一时期最为著名的 1673 年法国商事条例为例,其中并无专门规定商行为的章节,调整商人交易行为的规范本身数量较少且分布较为分散。⁽¹⁰⁾另外值得注意的是,从中世纪商法诞生之初到法国商法典颁布之前,商人法庭和商事法院的案件受理标准原则上是以商人身份作为判断要件,但从路易十四时期开始,商事法院的受理范围不限于行会登记商人之间的商事争议,未登记商人之间的商事纠纷也可以由商事法院加以裁判。在此背景下,争议行为是否具有商行为的性质就成为了商事法院决定是否受理的重要参考因素。⁽¹¹⁾

二 商行为制度的确立

在中世纪时期和君主国时代的商法体系中,虽然在商事交易方面存在一些特殊法律规则,但是并没有出现专门的商行为概念和制度。这种局面的维系和商法作为商人特权法的定位存在密切关系。但是,在法国大革命之后商法的体系构造发生了根本性改变。

(一) 《法国商法典》引入商行为制度

受启蒙主义思潮的影响,法国大革命推动了自由、平等、财产神圣等理念的传播并将其落实在 1789 年《人权宣言》等宪法性文件中。这些政治理念也影响到了商法体系的建构。对于商法立法而言,也必须通过具体制度建构落实自由、平等等宪政原则。在原有的商法体系下,商法规则主要围绕商人的特殊身份展开,商法被视为商人的特权法。但是在新的社会秩序下,商人特权的存在恰恰和平等原则相冲突,商法作为商人特权法的定位必须加以改变,商法制度体系也必须相应进行调整。⁽¹²⁾

商法不再作为商人的“特权法”有两重意涵:一是商人和农民、手工业者等其他主体一样必须平等加以对待,立法者不得再为其提供特殊性待遇或特权性保护;二是商人资格的取得或商业活动的开展不能再由特定机构或特定主体加以垄断,原则上任何公民均可开展商业活动,营业自由是商法体系应予贯彻的基本原则。因此,传统意义上行会对于商人的管制以及商人享有的特权将不复存在,商业自由也是属于任何公民均可享有的基本权利。⁽¹³⁾

(9) Tarello, G. Sistemazione e ideologia nelle “Loix Civiles” di Jean Domat. In *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1972), p. 156.

(10) Monéger, J. De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de Septembre 2000. *Revue internationale de droit économique*, 2 (2004), pp. 171 - 196.

(11) Auletta, G. Voce « Atto di commercio », in *Enciclopedia del diritto*, voi. IV, Milano, 1959, p. 197.

(12) Ascarelli, T. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. Giuffrè, 1962, pp. 48 - 50.

(13) 废除行会特权的尝试在法国大革命之前就已经存在,1776 年就曾有相关法案的制定。法国大革命之后,1789 年 8 月 4 日和 1793 年 3 月 2 日制定的法令最终导致行会制度的彻底废除。

在此背景下,商法的体系建构就不能再以“商人”概念为核心,商法的权利保护机制也不能以具备“商人”身份为前提。商法的可行重构模式是以商事交易行为为规范对象,而对从事这些行为的主体身份不做过多关注,特别是从根本上忽视行为主体的阶层属性差异。在法国商法典的起草者看来,⁽¹⁴⁾商法典的调整重心在于商事实践中存在的商行为。任何主体从事的商行为,不管其是否具有商人身份,原则上均应受到商法典的规范调整。商法典的制度建构也应当围绕这些商行为加以展开,也即建构商行为的法律规则体系。此外,商事法院也应当以争议行为是否属于商行为作为受理案件的决定性标准,而不是以争议主体是否为商人作为判断依据。⁽¹⁵⁾

经过这种体系调整,法国商法典的适用范围相对于此前君主国时期的商事条例而言有较大程度的扩展。对于那些传统上不属于商人所为但在性质上属于商行为的交易行为,也应受到商法典的规范调整,商事法院有权受理并裁判相应争议。法国商法典因而也成为“商行为法”,商法制度体系也就具有了较强的“客观法”属性。

但就立法体例而言,法国商法典对于商行为的规制并没有达到完善状态。在法国商法典中,并不存在直接规定商行为的章节,商行为的特殊性实际上并没有通过法律规范的安排得以完美呈现。立法者并未将商行为的规范纳入到第一编“商法一般性规则”之中,而是将其置于第四编的商事法院规则部分,⁽¹⁶⁾将其视为商事法院案件受理范围的界定规范,就其性质而言属于“程序性规范”而非“实体性规范”。其中,第631条规定了商事法院处理与商行为有关的争议,第632条和第633条则对商行为的具体类型进行了列举。在商法典编纂者看来,买进材料和商品并在加工之后卖出,银行活动、互易活动、中介活动,制造、运输、建造等企业的活动,均属于商行为的范畴,需要按照商法典规范进行调整,相关的争议也应由商事法院加以受理。对于法国商法典为何会采纳如此稍显混乱的体例安排,学者们认为立法机构可能更倾向于遵循商事立法的传统体系,特别是1673年商事条例和1681年海事条例的框架性制约。⁽¹⁷⁾

在法国商法典体系之下,并非不存在商人的概念和规则,只是商人资格的认定同商行为为紧密联系在一起。依据商法典第1条的规定,商人是从从事商行为并以其为惯常职业的人。商行为是界定商人身份的前提要件。在依据商行为的标准界定属于商人之后,就必须按照商法典的要求履行置备账簿、诚实信用、避免欺诈等义务。商人从事的商行为是商法典调整的重要部分,除此之外的其他类型商行为(如非商人从事的绝对商行为)也受到商法典的全面规范。因此,也可以说商行为的第二个重要功能就是作为商人身份的界定标准。

值得注意的是,对于商行为的考察不能局限于法国商法典的框架内,而是也必须纳入到法国民法典和法国商法典“分立”的背景之下。在民商分立的立法体例之下,如何合理

(14) 法国商法典的起草委员会由拿破仑指定的七名委员组成,负责人为内务大臣沙普塔尔(Jean Antoine Chaptal)。

(15) Locré, J. G, ed. *Esprit du code de commerce*. Vol. 6. Chez Garnery, 1812.

(16) 1806年法国商法典草案第1条规定了“商业自由原则”(任何人均有权在法国境内经营商业),第2条列举了具体商行为,然而最终提交审议的商法典草案却改变了原有规定,将第1条改为“商人”的定义条款,把商行为的条款则置于第四编。

(17) Ripert G. *Tratado elemental de derecho comercial*. Tipográfica Editora Argentina, 1954, pp. 5 - 6.

区分民法典和商法典的调整规范范围是立法机构关心的“头等大事”。在法国商法典放弃以“商人”概念为基础建构制度体系的背景下,商行为变成了区分民事法律关系和商事法律关系的“基本工具”,也是用来决定具体争议由民法典还是商法典调整、由民事法院还是商事法院管辖的重要标准。

当然,从立法技术的维度来看,法国商法典对于商行为的上述规范安排并未达到完善状态,实际上其并没有为商行为提供全面的理论阐释,也未达到有效建构商行为制度的目的,特别是没有发展出更为“具体化”和“实质化”的商行为法律规范体系。商法典体系下商行为的理论基础和制度结构有待进一步深入研究。⁽¹⁸⁾

(二) 大陆法系主要国家商法典化和商行为的普遍化

受到法国商法典商行为立法的影响,19 世纪上半期其他国家的商法典立法也均引入了商行为制度,并且做出了更为全面的立法改进,在体系构造和制度安排上有较为明显的进步。商行为除了作为界定商法典调整范围的重要标准之外,针对商行为的一般性规则和具体商行为的类型化规则也得到了丰富发展。1829 年西班牙商法典第二编以“商事合同的一般规则、形式、效力”为题,包含了商事债务形成一般规则、商事公司、商事买卖、互易、借贷及其利息、商事保管、商事担保、陆上保险、汇票、委托、订购凭证及信用证、商事合同履行一般规则等十二部分内容(第 234—582 条)。1833 年葡萄牙商法典除了在第一部分陆上商业第一编专门规定了商行为(第 205—207 条)之外,还在第二编“商事债务”引入了全面而详尽的规则,对于商事债务的性质和效果、商事借贷、商事利息、商事保管、商事质押、汇票、债权文书、商事买卖、商业租赁、不同种类商事公司、商事委托、商事担保、商事债务消灭等内容作出了较为详尽的规定。1838 年荷兰商法典也在第一编“商业一般规则”中引入了商行为规则(第 1—5 条)。⁽¹⁹⁾

后世商法学者也将这一阶段的商法典立法称为商法典化的第一阶段。总结而言,这一阶段的商行为立法并不算特别完善,其体系层面的意义大于制度维度的价值。换言之,商行为制度的引入使得商法不再是商人的特权法,而是用来调整商行为的客观法。这种体系建构有利于保障商业自由的实现,使得非商人从事的商行为也能得到有效规范调整。但是,这一时期的商法典立法对于商行为的内涵和外延并未加以准确的界定,也未建构完善的商行为规范体系,特别是对商行为一般性规则的“提炼”不够充分。从法律体系建构的角度来看,商行为的规范体系依然有待完善。

三 商行为制度的发展

(一) 商行为的理论阐释

在法国商法典等商事立法引入商行为制度之后,学者们对商行为也进行了深入的研究,进一步促成了商行为理论的完善和制度的成熟。其中,帕尔德叙(Jean Marie Pardes-

(18) Goldschmidt, R., Ricci, M. A. P., Rodríguez G., Curso de derecho mercanti. Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 37-38.

(19) Puglisi, G. C. Il diritto commerciale secondo il Codice di commercio del regno d'Italia. E. Savallo, 1868, pp. 52-76.

sus)、德拉马尔(Emmanuel Delamarre)和普瓦特万(Le Poitvin)等法国学者通过对法国商法典的注释为商行为理论的发展作出了重大贡献。依据这些学者的研究,商法就其本质而言属于商行为法,其不再以商人这一传统概念作为商法体系建构的基础。在此基础上,这些学者试图建构出商行为的统一性概念并对其类型进行进一步的体系化梳理。在他们看来,商行为可以根据其内容属性区分为四类:第一类为绝对商行为或客观商行为,即任何主体从事的营业行为,其行为本身决定了商行为的性质,而和行为主体身份无关;第二类为相对商行为或主观商行为,也即是商人们从事的营业行为;第三类为混合商行为,其中一方主体为商人;第四类为形式商行为,如汇票行为以及商事公司所从事的行为。传统的商法体系主要规范调整第二类商行为,而在法国商法典的客观法体系下,其他种类的商行为也均纳入到商法典的调整范畴,相应的争议也可以由商事法院受理。⁽²⁰⁾

在法国商法学者相关研究的基础上,其他国家的学者进一步发展完善了商行为理论。为了尽量克服商行为“列举式”立法带来的弊端,扩展商法典的调整范围,学者们尝试对商行为的界定提出更为完善的标准,以期将更多类型的商事交易纳入到商行为的范畴,使得它们能够得到商法典的规范调整。例如,有的学者就将商行为的本质概括为“营利性”;有的学者则认为商行为的核心特征在于产品和债权的流转;有的学者则结合多个要素界定商行为的认定方式。⁽²¹⁾ 这些研究成果也进一步促成了商行为理论的成熟。

(二) 商行为的立法完善

商行为理论的成熟对于19世纪后半期的商事立法也产生了深远影响。在这一阶段的商事立法中,商行为的功能地位受到了进一步重视,在体系结构上逐渐获得了独立,在制度内容上也得到了发展。商行为制度的发展成熟在1861年德国一般商法典、1882年意大利商法典、1885年西班牙商法典等商事立法中体现的尤为明显。

1861年德国一般商法典率先实现了对商行为制度的体系化革新,对于法国商法典在立法技术上的失误在一定程度上进行了“纠正”。该法典的第四编以“商行为”为标题,下面分为商行为一般规则、买卖、行纪、寄送、运输五章内容,总共包括了161条规范(第271—431条)。值得注意的是,商行为一般规则对于商行为的概念、商行为的共性规定、商行为的成立、商行为的履行作出了详尽的规定,其中以下内容值得特别强调:商行为的解释须探究主体真意(第278条)、必须充分考虑商事习惯的影响(第279条)、连带债务推定原则(第280条)、履行商人的谨慎义务(第280条)、违约金不受限制(第284条)、利率法定(第287条)等。而买卖、行纪、寄送、运输等章则对这些具体商行为类型建构了完善的法律规则,在当时尚没有制定民法典的情况下,为实践中各类合同的履行提供了一般性规则。德国一般商法典实际上将商行为规则加以“实体化”,并将其建构为体系化的商事债法规范,而非用来判断是否属于商法典的适用范围和商事法院裁判范围的“程序性”规则。⁽²²⁾

(20) Pardessus, J. M. Cours de droit commercial. 1836; Delamarre, E., et Le Poitvin. Traité théorique et pratique de droit commercial, 1861.

(21) Vargas. Vasserot C. La evolución histórica del Derecho mercantil y su concepto. 2012, pp. 69 - 70.

(22) Girón. T. J. El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado. cit, pp. 743 - 744.

1882 年意大利商法典则在 1861 年德国一般商法典和 1865 年意大利商法典的基础上对于商行为制度进行了进一步发展。除了在形式上将商行为置于第一编第二章以凸显其重要性之外,该商法典还对商行为的类型进行了扩充,其中第 3 条至第 6 条总共列举了二十四种具体商行为类型。在当时欧洲大陆的商法典中,意大利商法典对于商行为的列举是最全面的。例如,商行为的具体类型增加了出版、印刷、书店等企业从事的经营活动以及营利性不动产买卖行为。⁽²³⁾ 意大利商法典的此种立法模式实际上适应了工业化生产对于商事法律规则的需要,尽可能地扩展了商行为的外延范围,使得当时出现的多样态新型商事法律关系也得到了有效调整。⁽²⁴⁾ 商法典第 54 条还效仿德国一般商法典第 277 条的规定,将一方为商主体的交易行为也纳入商法典调整范围,对于非商人主体也适用商法典规则。

商行为制度的进一步完善实际上促成了商法的整体“客观化”,也即商法的制度建构尽量淡化商主体特征,强调从商事交易行为本身属性出发建构法律规则。值得注意的是,商法典虽以商行为为核心概念建构商法制度体系,但是并非不包含其他制度内容,实际上各国商法典中也包括了商人权利及义务、商事公司、破产、海商、商事审判等规范内容。

在 19 世纪后半期各国私法立法普遍采纳民商分立立法例的情况下,商行为制度不仅在立法形式层面获得了完美的表达,而且在实质规范层面也得到了全面的建构,以致于在合同法律规则方面形成了商法典和民法典的“对立”局面。举例来说,意大利 1865 年民法典在第 1097 条至 1377 条规定了债务及合同的一般规则,但 1882 年商法典第 36 条至第 58 条针对商行为的特殊性建构了与前述规范完全不同的规则,比如在合同证明、连带债务、利息支付、诉讼时效、履行宽限期等方面依据商事实践需要确立了更为灵活的规则。⁽²⁵⁾

可以看出,经过长期的调整变革之后,在 19 世纪下半期商行为制度达到了巅峰发展阶段,商行为的理论阐释已经较为成熟、制度结构相对完善,以其为中心的商法规范体系对于商事交易行为的规制较为成功。从体系建构的维度来看,商行为也成为了商法典体系的绝对核心,商法典制度建构也均是围绕商行为加以展开;从实质规则的角度来看,商行为的一般性规则和具体商行为类型的调整规范已经相当完备,实际上各国商法典已经确立了完善的商事合同法律规则体系;此外,商行为依然是司法实践中区分适用民法典还是商法典、判断具体争议由商事法院还是民事法院管辖的“根本工具”。

四 商行为制度的危机

(一) 商行为制度危机之具体体现

任何制度在其繁荣背后必然隐藏危机,商行为制度在达到其巅峰发展阶段之后也面临各种新问题。特别在社会关系整体商法化的背景下,商行为制度自身也面临理论困境和体系危机。

(23) 法国商法典列举了十三种商行为,比利时商法典列举了二十种商行为,1865 年意大利商法典则列举了十七种商行为。

(24) Vidari, E. Corso di diritto commerciale, Milano, 1893, pp. 27 - 29.

(25) Galgano, F. Lex mercatoria, cit., pp. 103 - 104.

首先,从立法技术上来说,商行为采取列举式的立法技术必然使其存在类型漏洞的危机。特别是随着商业创新的推进,新型的商事交易类型不断出现,对于这些交易行为能否将其纳入商行为范围则是存在疑问。如果严格遵循商法典对于商行为的类型列举限定,这些新型交易行为不能受到商法典的调整,此时也就没有商行为法律规则的适用空间,在围绕这些新型交易行为发生争议纠纷时,商事法院也不能及时加以处理。这就导致商法典在一定程度上出现规范体系漏洞,无法有效回应商事实践创新的规则需求,进而造成了商法规则体系和经济发展规范需求之间的“断裂”。⁽²⁶⁾

其次,从规范对象上来看,传统商法典中的商行为制度主要以贸易商人为主要规范主体。而随着企业的大量出现,经济社会生产转而以企业为中心,此时不能再将不同类型企业视为商人的具体种类。实际上企业在大工业化生产时代已经变得日益重要,在商法体系下其地位已经超越了传统的贸易商人,在经济社会生活中也发挥着更为关键的作用。企业内部和外部的各类关系已经日益复杂,在传统意义上以商行为为核心的商法体系下这些关系并未得到有效调整。如果再固守传统商行为理论,商法规范体系必然无法回应社会需求。⁽²⁷⁾

最后,在商行为规范不断扩展适用范围的背景下,商行为的特殊性其实已经不再那么重要。在私法社会关系已经整体商化的背景下,已经很难区分民事行为和商事行为。私法社会关系特别是交易层面的社会关系多数围绕企业而发生,其中很多社会关系虽然不属于传统商法典界定的商行为范畴,但是在实践中也是通过扩展适用商行为规范进而调整相应争议。商行为规则的适用范围在很大程度上得到扩展,既有民法典中合同法律规则的“让位于”商法典中的商行为规范,在私法领域以商行为规范为主导建构统一性债法规则的要求变得越来越强烈。⁽²⁸⁾

(二) 商行为制度危机之超越路径

以商行为为核心的商法规范体系本身不足以解决商法面临的理论挑战和实践争议。这实际上也造成了商行为理论本身的“危机”。理论界和实务界均试图通过重构既有商法规范体系甚至是整个私法规范体系以使其能够适应社会发展之要求。在此背景下,存在三条超越路径:

一是消除商行为的特殊性,在债法领域实现民法规则和商法规则的合一。在私法商法化的背景下,对于实践中存在的很多交易行为来说,很难区分它们是否是商行为。此时就不应当固守商法典对于商行为的界定,而应当尽量淡化商行为与非商行为的区分,而将传统上商行为的法律规则扩展适用到一切交易行为。换言之,在债法特别是合同法领域实现民法规则和商法规则的统一,并在实质意义上以商法典中商行为法律规则取代民法典中的合同法律规则。1881年瑞士债法典即是此种立法的代表。⁽²⁹⁾

(26) Girón. T. J. El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado. cit , pp. 746 - 753.

(27) Vargas. Vasserot. C. La evolución histórica del Derecho mercantil y su concepto. cit. , pp. 99 - 106.

(28) Vargas. Vasserot. C. La evolución histórica del Derecho mercantil y su concepto. cit. , pp. 77 - 89.

(29) 对于瑞士债法典立法过程以及制度特征的分析参见 Girón. T. J. El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado. cit , pp. 754 - 757.

二是从客观法到主观法的回归,重新回到以商人概念为核心。既然从商行为角度已经不能完整界定商法需要规范的社会关系,不如放弃以商行为为绝对核心的商法体系建构思路,而是选择回到以商人概念为核心,将商法的适用范围限定在与商人有关的交易活动。当然,为了有效扩展商法的调整范围,也必须同样革新商人概念,使其外延范围能够尽量扩展到各类新型企业。1900 年德国商法典的制定则遵循了此种体系重构思路。⁽³⁰⁾

三是另起炉灶,以企业概念为核心重塑商法体系。这是商法体系建构的另外一条可行路径。将商行为的调整范围加以扩展或者回归到以商人概念为核心,实际上均属于在传统商法体系下进行改造,在立法技术和规范功能的角度来看均各有其利弊,在一定程度上而言还是不能有效满足商事交易发展之规范需求。在此背景下,也可以采取创新思路革新既有商法体系,也即以企业概念重塑商法体系。在社会化大生产体系下,经济运行、社会组织实际上主要通过各类企业加以实现,商品、资本、人力等资源集聚于企业之下,各类复杂的法律关系实际上也基于企业而发生。无论是商行为制度,抑或是商人制度,实际上均可置于企业制度体系之下。1942 年意大利民法典在实现债法规则民商合一的基础上,还以企业概念为核心重构了商法规范体系。

从体系角度来看,在 19 世纪末和 20 世纪初“私法关系商法化”的背景下,商行为已经逐渐失去其制度价值,其功能地位与其在 19 世纪商法典中发挥的功能地位已经不可同日而语。尽管在商法理论中和商法体系下可以保留商行为的位置,但是必须思考其面临的理论挑战,特别是如何根据私法关系商法化的实践需要完善其制度功能、调整其体系结构。事实上,在民商合一立法思潮已经逐渐占据主流地位的背景下,有必要结合 20 世纪各个国家的私法立法重新考察商行为制度的定位。

五 商行为制度的重构

商行为的制度危机并不意味着其从私法体系下完全“消失”。在 20 世纪各国的私法立法中,商行为依然得以存在,只不过已经“改头换面”或“另起炉灶”。在民商合一的私法立法体例下,形式意义上的商行为制度已经不存在,传统商法典中的商行为规范基本上都被纳入到民法典的债法编。此外,民商合一的私法立法体例虽然使得形式意义上的商法“消亡”,但是理论界和实务界公认为实质意义上的商法依然存在,只是已经不再以商行为为中心,而是转而以“企业”概念为核心重构制度体系。在民商分立的私法立法体例下,虽然商法典中依然保留了商行为制度,但是并未以商行为为制度建构的核心,而是回归到“商人”概念或者在实质意义上以“企业”概念为核心建构商法“制度群”。⁽³¹⁾

(30) 事实上瑞士学者 Munzinger 在 1863 年提交的瑞士商法典草案中就提出了不再以商行为作为商法体系建构核心概念,而是回归到以商人和企业为核心,并将商法视为商人的特殊法。Munzinger, W. *Motifs du projet de Code de commerce suisse*, Zürcher & Furrer, 1865.

(31) 我国学者对于商法的企业化已经有所关注,参见叶林《企业的商法意义及企业进入商法的新趋势》,《中国法学》2012 年第 4 期;王建文《从商人到企业:商人制度变革的依据与取向》,《法律科学》2009 年第 5 期。

(一) 民商合一立法例下商行为的结构转换

民商合一立法例当以 1942 年意大利民法典为代表。在分析意大利民法典如何处理商行为规范以及如何重构商法制度体系之前,有必要简要地分析民商合一立法的倡导者如何看待商行为理论及其制度建构方案。这种历史回顾可能更有利于我们理解民商合一体例下商行为的理论重构和制度转换。

以提倡民商合一最为著名的意大利维万德(Cesare Vivante)教授为例,他针对 1882 年意大利商法典的批判对于 1942 年意大利民法典的制定产生了重要的影响。在其所极力提倡的民商合一理论中,对于商行为制度的批判属于重要组成部分。在他看来,在工业化大生产的时代背景下,私法层面社会关系结构变得日益复杂,民法典和商法典的分立事实上已经造成较多理论上的难题和实务中的争议,不能适应工业经济发展需要;在私法关系逐步商化的背景下,实际上难以有效区分商行为和其他民事行为;对于混合商行为适用商行为法律规则会对劳动者、消费者等群体的利益造成损害,事实上还是维系了商人的“特权”。因此,他建议仿效 1881 年瑞士民法典统一债法规则,不再固守传统的商行为制度,通过“转换行为”将传统意义上的民法典规则和商法典规则“统一”到一个法典之中。⁽³²⁾莫萨(Lorenzo Mossa)教授则从工业化大生产对于经济组织形式变化的影响出发,批判了法国商法典体系下以个人主义理念为基础的商行为制度体系,强调了“企业”这种经济组织形式的重要性。在他看来,企业将人力、资本、原料等各个方面的经济要素联系起来,成为了工业经济时代最为重要的生产组织体,现代商法应当以“企业”作为核心概念建构相应制度体系。⁽³³⁾

在维万德、莫萨等教授的影响下,遵循民商合一立法理念的意大利民法典立法机构最终基本上从“形式”上舍弃了商行为制度。在 1942 年意大利民法典中,虽然已经不存在以商行为命名的法律规范,但是 1883 年商法典中的商行为规则绝大部分被移植进入民法典债法编。例如,1942 年民法典中关于金钱债务、合同形成、债务利息、选择性债务、连带性债务、代理、合同解除、出卖他人之物、买卖标的瑕疵、委托、保管、合同履行等规则基本上来自于 1882 年商法典中的相关商行为规范。⁽³⁴⁾可以说,商行为在立法形式上已经不存在,但是事实上其在立法内容上依然占据重要地位。需要注意的是,民法典立法者还将 1882 年商法典中的其他制度规范也吸纳进入民法典体系。对于商事规则体系建构而言,该民法典中的第五编事实上更为重要。第五编以“劳动”为名,主要规范公司、合作社、互助社等各类形式企业的活动,特别是此前商法典不予规范的小企业和农业性企业也被纳入到这一编的调整范畴。企业不再是旧商法典体系下判断特定行为是否构成商行为的参考要素(1882 年商法典第 3 条规定了特定企业从事的行为属于商行为),企业本身所从事的有组织经济活动成为了新民法典调整规范的重心。就实质意义上的商法制度建构而

(32) Vivante. C. Trattato di diritto commerciale. Fratelli Bocca, 1903, p. 14. ss; Vivante. C. Per un codice unico delle obbligazioni. Tipografia Fava e Garagnani, 1888; Vivante. C. L' autonomia del Diritto Commerciale e Progetti di Riforma. Rivista del Diritto Commerciale, Milano, 1925, 1.

(33) L. Mossa, I problemi fondamentali del diritto commerciale, Rivista del diritto commerciale, 1926, pp. 233 - 252.

(34) Galgano, F. Lex mercatoria. cit., p. 133.

言,这也意味着企业已经取代商行为成为了商法体系的核心概念。⁽³⁵⁾

在 1942 年意大利民法典的影响下,越来越多的国家制定了民商合一的民法典。⁽³⁶⁾ 在这些国家的民法典中,不仅不存在以商行为命名的章节,也没有形式上以商行为为内容的法律规范。但是,这并不意味着传统商法典中的商行为内容并不重要,实际上传统商法典中的商行为法律规则大部分均已转化到民商合一体系下民法典的债法规则部分,在某种程度上更好地适应了私法商法化的需要,传统意义上商行为规范的调整范围实际上已经扩展到一切私法法律关系。但同时需要注意的是,经过这种转换之后,商行为不仅在形式意义上失去了特殊性,而且在实质意义上也失去了其核心地位。民商合一立法体系下的商法体系不再以商行为为核心,而是转而以企业概念为主轴建构相应制度群。

(二) 民商分立立法例下商行为的制度调整

当然,在处理商行为的问题上也不排除德国式的路径。在德国民法典提炼出法律行为制度之后,1900 年德国商法典中的商行为制度依然存在。在民商分立的立法框架之下,商行为制度并不失去特殊性,依然在立法形式上维持其独立地位。该法典第四编包含了商行为的一般性规定和具体性规则,其中关于商业惯例的适用、商人注意义务、商行为形式自由、信赖利益保护等内容的一般性规定具有重要意义,对于交互计算、商事留置、指示证券等特殊制度的规定也值得重视。此外,商法典对商事买卖、行纪、运输、仓储、货运等具体商行为类型也提供了较为详尽的规则。⁽³⁷⁾ 但是,与 1861 年德国一般商法典相比,1900 年德国商法典中商行为制度的地位已经不再那么重要。1861 年德国统一商法典中大部分商行为规范已经被吸纳到了德国民法典的债法编,剩下的“残余性规则”才被置于 1900 年商法典之中。这种改革在一定程度上适应了当时私法商法化的客观需要。更为重要的是,新的商法典选择放弃“客观法”定位,回归“主观法”体系,重新以“商人”概念为核心界定商法典的调整范围(第 1 条至第 7 条)。依据新商法典的界定,凡是商人从事的经营行为均为商行为,由此产生的法律关系为商事关系并由商法典加以调整。“商人”的范畴不限于传统意义上的贸易商人,而是也包括了各种类型的企业。⁽³⁸⁾ 对于这些企业而言,无论它们的经营事业为何,均因其法律形式而取得商人资格。除此之外,商人的具体范畴还包括因登记而取得商人资格的小营利事业经营者、农业主或农场主、拟制性质商人。⁽³⁹⁾

与德国一样,其他继续采行民商分立立法例的国家在其商事立法特别是商法典中往往还保留着商行为制度。对于这些国家而言,商行为制度依然是其商法制度体系中的重要构成部分。这些国家的商法体系也不再维持“客观法”的特征,商法典的调整范围不是

(35) A. Asquini, Una svolta storica del diritto commerciale, Rivista del diritto commerciale, 1940, pp. 509-517; A. Asquini, Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione, Rivista del diritto commerciale, 1941, pp. 429-438.

(36) 采纳民商合一立法体例的国家包括突尼斯、摩洛哥、土耳其、黎巴嫩、波兰、马达加斯加、塞内加尔、巴拉圭、古巴、荷兰、蒙古、越南、俄罗斯等。

(37) 对于德国商法典体系下商行为制度更为详尽的介绍参见[德]卡拉里斯著《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 533 页以下。

(38) Girón, T. J. El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado. cit., pp. 774-781.

(39) 参见杜景林《〈德国商法典〉中的商人》,《德国研究》2011 年第 1 期。

以争议行为是否为商行为作为界定标准,商法典的制度体系也不再以商行为为核心。在有的学者看来,这些国家(例如西班牙、阿根廷、哥伦比亚、委内瑞拉、智利、秘鲁、制定统一民法典之前的巴西等国)的商法典虽然还保留了传统意义上以商人和商行为为核心的制度结构,但是事实上已经在实质层面调整为以“企业”为核心,因此必须以动态发展的眼光审视这些国家的商法制度特别是商行为的规范体系。⁽⁴⁰⁾

六 中国商法体系建构选择和商行为制度的立法走向

从上文的商法史考察可以看出,商行为制度本身经历了复杂的变迁调整过程,商行为的体系结构定位和规范表达形式本身和特定国家所选择的私法立法体例和商法结构体系存在密切关联。19世纪各国商法典立法为了改变传统商法作为商人特权法的定位,引入商行为作为商法体系建构的核心概念,使得商法从“商人法”转变为“商行为法”,商行为也成为了决定商法典适用范围的重要标准。同时,随着各国商法典对于商行为制度的不断完善,实质性的商行为规范日益丰富发展,在民商分立的立法格局之下事实上已经确立了商事合同或商事交易的独立性规范体系。这一时期商行为在形式层面和实质层面得到充分发展,与各国普遍采纳民商分立立法体例的情况正好相适应。但是随着19世纪末和20世纪初“私法商法化”、“商法企业化”等趋势的出现,为了更好地规范商事交易、促进经济发展,各国不得不在形式层面调整商法体系构成,放弃以“商行为”作为商法体系建构核心,转而以“商人”或“企业”概念重新建构商法规范体系。就立法形式而言,商行为已经失去了其传统商法体系下的重要地位,在民商合一立法体例下甚至不再有商行为的形式化规范表达空间。但是,这并不意味着要否定商行为的制度价值。从实质层面来看,在私法关系逐步商法化的背景下传统的商行为规则已经“普遍化”,它们已经成为各国私法体系下调整商事交易的主导性规则,不管这些国家采纳民商分立立法例还是民商合一立法例。因此,无论私法立法采取什么样的体例,必须高度重视商行为在私法体系下的规范表达问题,特别是在实质规范层面借鉴比较法经验、依据经济发展需要建构完善的商行为规范群。

在中国法的语境下,由于我国在既往私法立法中并未使用商行为这一概念,也缺乏相应的制度建构,因此在很长时期内商行为的理论基础和制度体系并未得到应有的重视。在立法中,并未对商行为的主体、客体、内容、效力、解释、时效等问题加以单独规定,也未对商事留置、流质契约、商事代理、交互计算、独立保函等特殊的商行为提供具体化规则,商行为在制度构造上的特殊性并未得以完美呈现;在司法中,由于商行为具体立法的缺失,法官在处理商事争议时往往不能充分尊重商行为的内在关系逻辑,而是简单套用传统民法的法律规则加以处理。这种无视商行为特殊性的司法处理模式不仅无助于具体商事争议案件的公正解决,而且可能在根本上影响商事交易效率的提升和商事交易安全

(40) Hernández, A. M. Curso de derecho mercantil. Vol. 1. Universidad Católica Andrés Bello, 1998, pp. 529 - 530; Goldschmidt, R., Ricci M A P, Rodríguez G., Curso de derecho mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, cit., pp. 81 - 92.

的保障。⁽⁴¹⁾

在此背景下,学者们认为应当通过专门商事立法确立商行为制度的规范结构,并将商行为的性质、成立、效力、要件、解释及相关的具体商行为类型作出具体的规定。就商行为的立法形式而言,应当制定单独的商行为立法(例如《营业行为规制法》),或者将其置于商法典(商法通则)之中。从司法适用的维度来看,可以通过设置专门的商事法院强调商行为规范解释的特殊性,凸显商行为法律适用的特殊化,使得商行为规范的解释能够遵循自身的既定理论逻辑。⁽⁴²⁾需要承认,这些建议具有重要的参考价值,但是中国法语境下特别是民法典编纂背景下商行为的规范表达需要考虑更多问题。

首先,商行为的立法规范必须充分尊重私法立法的历史传统和既有结构。我国的民商事立法在一定程度上遵循着民商合一的立法传统,这在合同立法中体现得尤为明显。这种立法思路在很大程度上已经被民法典的编纂机构所沿袭。在采纳民商合一体例的合同法已经详尽规定传统意义上商行为总则规范和分则规范的情况下,再通过特别立法引入商行为规则体系可能会导致“规范重复”或“规范冲突”的情况。换言之,民商合一立法例下既有合同立法可能已经最大限度地吸纳了传统意义上的商行为规范,对于这种立法格局应当予以尊重。因此,立法机构可以在维系既有私法体系结构的基础上弥补其规则缺陷、完善其制度构成,在民法典体系下债法编继续完善实质意义上的商行为规范体系,特别是对于既有合同法未能有效规范的商行为“补充”相应法律规范以填补体系漏洞。例如,张谷教授最近就谈及了民法典编纂背景下民商合一立法例对于合同立法完善的要求,如重视和解契约、银行契约、服务契约、持续性契约等制度的重要性,同时对于既有合同立法存在的瑕疵问题加以修正,在一定程度上解决“商化不足”的弊端。⁽⁴³⁾

其次,商行为的立法规范必须充分考虑商行为在现代商法体系下的结构地位。从上文的论述可以看出,在现代各国的商法体系下商行为已经不再具有 19 世纪时的重要地位。商行为既不是商法体系建构的基础概念,也不是区分民法典和商法典适用的关键标准。但体系层面的地位衰落并不意味着制度层面的功能否定,尤其对于我国这样一个商行为制度并不完善的国家而言,在私法体系下特别是在商法体系中完善商行为制度依然存在必要。因此,在我国当下商法体系重构过程中,可以参照上述比较法层面的经验和趋势,以“商人”或“企业”为基础建构相应制度体系,⁽⁴⁴⁾但是也必须进一步完善商行为的规范表达。除了在民法典层面继续完善实质性的商行为规则之外,还必须进一步提炼出商行为的一般性规则,以及针对民法典所未能覆盖调整的特殊商行为确立针对性规范。对于这一任务,除了继续完善商事特别法之外,可能还需要通过未来商法典或商法通则的制

(41) 参见樊涛《我国商行为制度的评判与重构——兼论与法律行为制度的区别》,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2008 年第 5 期,第 116-117 页。

(42) 蒋大兴《商行为的法律适用——关于理性社会、交易预期与规则简化的宣言》,《扬州大学学报》2011 年第 2 期,第 40-42 页。

(43) 详细的论述参见张谷《民商合一体制对于民法典合同编的要求》,该文系张谷教授在中国法学会组织的“民法典编纂:理论、制度、与实践”学术研讨会上的发言。该文具体访问地址为: http://www.legaldaily.com.cn/fxjy/content/2016-08/24/content_6775877.htm?node=83328,最后访问时间[2016-12-28]。

(44) 参见蒋大兴《商人抑或企业——制定〈商法通则〉的前提性疑问》,《清华法学》2008 年第 4 期。

定加以实现。当然,对于为什么要在民法典之外还确立这些商行为规范,立法机构必须提供正当性论证,比如商事实践中对于商行为的规制需要提供更为精细化的规则,而民法典体系并未提供回应性的规制机制等等。

在民法典正在编纂的当下,我们需要意识到民法典作为市民社会宪法的重要意义。⁽⁴⁵⁾一切私法法律关系原则上均应受民法典的规范和调整,民法典必须建构出适用于所有私法法律关系的法律规则。对于商事法律关系及商行为而言,民法典的规范原则上均有适用余地。特别是在民法总则设置法律行为制度以及长期采取民商合一合同立法例的情况下,我国民法典的编纂特别是民法总则和债法(合同)编的制定更应考虑对于传统商行为规则的吸纳以及安排。但从法律体系建构的角度来看,民法典中妥当安排传统意义上的商行为规则并不排除立法机构在此之外另行制定商法典或商法通则,进而为商行为进一步提供特殊规则空间。

[本文为2016年中国法学会部级法学研究课题“民法典编纂与商事通则立法:基于商法‘法典化’的视角”(CLS2016C25)的研究成果。]

[Abstract] In the process of compilation of the Civil Code in China, it is necessary to think about the systematic orientation and normative expression of commercial act, which requires not only a reflection from a systematic perspective, but also an investigation of historical development. Such investigation is conducive to understanding the origin, development logic and evolution of commercial act and to solving the problems relating to the normative expression of commercial act under the civil code system. The system of commercial act was constructed and fully developed during the codification of commercial law in continental law countries in the 19th century when the commercial law was transformed from “merchant law” into “commercial act law”. Commercial act thus became the core concept of the commercial law system that defined the scope of application of commercial code. In the Twentieth Century, as the result of a series of theoretical challenges and institutional crises, commercial act was no longer taken as the core of the construction of the commercial law system, and the commercial law had been transformed back into “merchant law” or readjusted as “enterprise law.” In the current process of compiling the Civil Code, China must pay sufficient attention to the particularities of commercial act as well as the legislative tradition of private law and the existing legal system, so as to choose a normative mode of commercial act that suits the needs of economic and social development.

(责任编辑:姚 佳)

(45) 参见谢鸿飞《中国民法典的宪法功能——超越宪法施行法与民法帝国主义》,《国家检察官学院学报》2016年第6期。