

# 论营业行为的商法安排

周林彬,官欣荣

[摘要]《民法总则》确立了“民事法律行为”概念及规则后,是否需要营业、营业行为、商行为规则以及立法上如何取舍,学界仍有争论。通过对商法体系中营业、商行为/营业行为概念的重新解读,提出民商区分规则下商法一般条款的立法安排:民商事行为共同适用的一般条款可加入民法典;反映商行为特性的一般条款则不宜加入民法典,通过加入商事基本法/商法通则另行安排。解决营业行为是否代替“商行为”概念的思路是“商行为”概念的类型化,即将“商行为”从民事法律行为中分离出来,作为营业行为的上位概念加以法律化,借鉴日本商行为立法例将营业行为设计为商行为的主要类别和核心内容;同时参考《韩国商法典》以列举+兜底性一般条款作出进一步规制,以便预摄新型营业行为且与商行为具体制度有机组合。

[关键词] 营业;营业行为;商法通则;民商区分;一般条款

[作者简介] 周林彬,中山大学法学院教授,博士生导师,中国法学会商法学研究会副会长,广东 广州 510275;官欣荣,华南理工大学法学院教授,硕士生导师,法学博士,广东 广州 510000

[中图分类号] D923.99

[文献标识码] A

[文章编号] 1004-4434(2019)01-0016-07

DOI:10.16524/j.45-1002.2019.01.003

在《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)确立了“民事法律行为”<sup>①</sup>概念,取消原《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)所规定的合法性要件<sup>②</sup>,规定了“民事法律行为”的形式及效力等规则之后,是否还需要确立营业、营业行为、商行为等基本范畴,学界仍有争论。从风险化商业社会发展的要求来看,对法律所提供的商人交易稳定预期较之民事交往提出了更高要求<sup>③</sup>,商业世界“建章立制”离不开商法自身的语法、商法特有的语言。营业、营业行为、商行为的商法理论困惑亟须从立法上寻求突破和解答,以便于民法典时代商事立法的科学化。

## 一、营业是商法的关键词

无论从商法理论还是国外立法观之,营业是商

法体系大厦的奠基石,是沟通商主体和商行为制度的中枢<sup>④</sup>,也是构建商法话语体系的关键词。

以开创民商分立先河的《法国商法典》为例,其有两大特色值得关注。一是尽管没有出现“营业”或“营业行为”专门术语,但有“商行为”及“营业资产”的相近概念,商行为概念与民事行为各自相对独立,并通过商行为概念界定商人概念。最新版的《法国商法典》仍坚持了商行为作为确定商人资格的唯一标准,如第 L121-1 条规定,“实施商行为并以其为经常性职业的人是商人”。《法国商法典》因此被认为是商行为主义/客观主义模式的奠基者和始终奉行<sup>⑤</sup>。二是对营业资产交易、商业租赁续租的特别规定较为丰富,营业性产权(如铺底权)的概念既不同于传统民法物权,也非债权,对于适应商铺续租或商铺租赁权质押融资的需要,维护承租人长期经营所创下的市场价值居功至伟。再从《德国商法

[基金项目] 2017年度国家社科基金重点课题“民法总则制定后我国商法一般条款的立法完善研究”(17AFX021)

①《民法总则》一百三十三条规定,民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。

②《民法通则》五十四条规定,民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

③如同一位英国学者所言,“在商法领域,确定性的重要性甚至超过了公平性,对于讲求计算的商法结构来说,如何维护交易主体之理性预期,维护交易之确定性乃解决商行为法律适用之目标”。见蒋大兴:《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》(社会科学版),2011年第2期。

④也有学者认为法国实行的并不是客观主义的立法模式,而是折中主义,认为法国《商法典》将商人和商行为同时作为商法典的基础。见叶林:《商行为的性质》,《清华法学》,2008年第4期。

典》的立法来看,更是以商人的营业来推导、界定出商行为概念,从而确立了主观主义立法模式。如《德国商法典》第343条规定,“商行为是指属于经营商人的营业的一切行为”;第344条第1项规定,“如无其他规定,由商人所为的法律行为,视为属于其经营其营业”。在日本,先以商行为来界定商人,再以营业来界定商行为,《日本商法典》第4条规定:“本法所称商人,指以自己名义,以实施商行为为业者”<sup>①</sup>,其503条规定:商人为其营业实施的行为,为商行为。“商人的行为推定为为其营业实施的行为”。

综合可归纳出:营业有主观意义上的经营性活动和客观意义上的营业资产二层含义。前者即“营业行为”,如德国学者卡纳里斯指出,“主观上的营业即营业活动,指一种独立的、有偿的向外公示的行为,但是对于艺术、科学的活动以及那些需要高度人身性的自由职业不包括在内”<sup>②</sup>。后者指有组织的一切财产以及在营业活动中形成的各种有价值的事实关系的总体。如企业各种动产、不动产、无体财产、债权以及包括专有技术、信誉、顾客关系、销售渠道、地理位置、创业年代等,这几为商法学界之共识,只是相对我国商事立法而言,并未得到全面的反映。我国“营业”一词古已有之,如《三国志·吴志·骆统传》载:“百姓虚竭,嗷然愁扰,愁扰则不营业,不营业则致穷困。”但因缺少商事基本法,商行为概念仅是一个学理概念尚未法定化,“营业”双层内涵的立法概括付诸阙如,除了《中华人民共和国企业破产法》第六十九条在营业的客观意义上使用“营业转让”外,作为一个完整的“营业”概念还束之于商法教科书,不利于商事活动的调整<sup>③</sup>。从学界研究来看,“营业”的概念得到高度重视,涌现了“商法理论的核心范畴”说<sup>④</sup>、“具有独立意义的商人和商行为制度连接”说<sup>⑤</sup>、“构建商法体系的脊梁”说<sup>⑥</sup>、“商法统一共同形式基础”说<sup>⑦</sup>。还有学者基于营业本身的二元性,进一步表现为外在的扩张性、横贯性,提出了以营业为骨架的商法体系构图,包含“营业组织法、营业财产、营业行为(活动)、营业公开制度、专门的商事营业、营业救助与营业终止”等内容<sup>⑧</sup>。甚至有学者认为将营业行为和营业组织体分别替代商行为和商主体概念有其丰富现实和理论依据,是商法发展的趋势<sup>⑨</sup>。在笔者看来,营业概念作为商法的专有范畴之一,其之于商法的重要价值

无可厚非,从商法知识谱系的主客观意义上进行把握无疑是正确的,立法上也应循此路径作出相应规范,但以营业行为和营业组织体代替商人/商事主体、商事行为等商法固有范畴则过犹不及。“营业”这一科学范畴的确立是为了更好说明营业行为、商行为,界定商事主体,在进入后民法典时代的商事立法中应有此一理论自觉。

## 二、营业行为是商行为的核心内容

以主观意义上的营业即营业行为替代商行为,还是坚守商行为的知识谱系,将营业行为作为商行为的二级概念和核心内容对待,目前仍是商法体系化、立法质量科学化的一大前提性诘问。笔者倾向于赞同后者。

首先,依据国外立法和学说,商行为是商法上具有统括性的经典范畴,指“含有商事要素的行为类型,商事要素指商人、营业及营利动机等”<sup>⑩</sup>。在外延上,包括“商主体所从事的:缔约行为、履行行为、经营管理行为;以营利为目的的行为和法定的为保障交易公平和交易安全而进行的行为”<sup>⑪</sup>。依此观点,公司治理行为明确包括在内,也有学者将其明确排除在外,提出“商行为只能够对外发生,才有所谓营利或者是营业,才有实质性的利益交换”<sup>⑫</sup>。基于“商行为是商事主体依据自己的意志,为求资本增值依法所实施的各种经营活动”的认识<sup>⑬</sup>,根据现代商法从交易法向企业法、金融法过渡的发展规律,主张将直接或间接、辅助性的以营利为目的经营行为活动都应包括商行为在内,即采“商行为”的广义说更足为信。而营业行为可视为惟商事主体方可为之的经营行为,乃商行为的核心内容,相当于狭义上的商行为概念。这样结合《民法总则》所确立的民事法律行为概念及种类的扩充,可得出如下关系公式:以意思表示为要素的民事法律行为>商行为(不以意思表示为必须,包括绝对/客观商行为、对外交易及企业内部组织行为/决议行为、以及辅助性活动)>营业行为(商事主体对外的经营活动)>附属商行为(辅助商事主体从事经营的附属性活动)。该公式反映了主体行为的外延从左至右依次缩减、内涵却趋向具体。

其次,从我国立法文件来看,较早出现“营业行为”的是1984年的部门规章,迄今有7个部门

<sup>①</sup>见《日本商法典》。

<sup>②</sup>营业的概念界定不清,营业转让纠纷时有发生,如银海公司与啤酒花公司因胡萝卜汁食品厂的转让问题发生纠纷。那么,计算机控制模块是否属于营业转让中所应包括的财产即为一例证。见朱慈蕴:《营业转让的法律规则》,《扬州大学学报》(人文社会科学版),2011年第2期。

表1 我国直接使用过“营业行为”的规范性文件举要

| 颁行机构/编号                | 文件名称                  | 生效时间                            | 涉及内容   |
|------------------------|-----------------------|---------------------------------|--|
| 工商总局/工商个字[2017]169号    | 关于贯彻落实《无证无照经营查处办法》的通知 | 2017.9.26 发布<br>同日实施            | 限定了无证无照经营的查处范围,放宽了对创新性营业行为及民生性营业行为的要求……  |
| 国家环境保护总局/环函[2003]35号   | 关于对餐饮等服务企业行政处罚有关问题的复函 | 2003.12.19 发布<br>2003.12.1 实施   | 违反“三同时”制度的饮食、娱乐、服务企业,由于其营业行为造成环境污染,环保部门依照《建设项目环境保护管理条例》第二十八条的规定,对此类违法营业行为实施处罚时,可…… |
| 铁道部/铁运[2003]45号        | 关于规范铁路货运营业行为的若干规定     | 2003.5.28 发布<br>2003.6 实施       | 为进一步理顺铁路货运营业与延伸服务及运输代理的关系,规范铁路货运营业行为   |
| 中国民用航空总局/中国民用航空总局令第37号 | 民用航空运输销售代理业管理规定       | 1993.8.3 发布<br>1993.8.3 实施 [失效] | 分点的空运销售代理业经营批准证书。销售代理人对其分支机构或者营业分点的营业行为,应当承担责任                                     |
| 财政部                    | 国营商业、外贸企业成本管理实施细则     | 1984.8.2 发布<br>1984.8.20 实施[失效] | 各级行政单位、事业单位、部队和团体经过主管机关批准,对外有营业行为的商业、外贸企业……  |
| 财政部                    | 关于财务检查中处理财物问题的若干规定    | 1984.5.27 发布<br>同日实施[有效]        | (九)事业单位附属的工厂、供销单位、建筑施工单位以及一切对外有营业行为的单位,都应依法缴纳工商税和工商所得税                             |
| 财政部                    | 国营工业、交通运输企业成本管理实施细则   | 1984.4.26 发布<br>1984.4.26 实施    | 行政、事业单位和部队、团体所属对外有营业行为,经过工商登记,实行独立经济核算制的工业、交通运输企业(少数属于试验、实验性质的工厂除外)……              |

规章使用该范畴(表1)。但使用“经营行为”概念更普遍,部门规章达30多件。

显然,以上营业行为/经营行为的立法表述与国外立法及著述中所提的“商行为”概念的内涵外延不尽一致,主要指具有营业能力和资格的主体所为的营利性经营活动,与《深圳商事条例》曾规定的“商行为”概念相当,即指商人从事的生产经营、商品批发及零售、科技开发和为他人提供咨询及其他服务的行为。但《深圳商事条例》对商行为的界定与商法发展中的“商行为概念”相距甚远,不能等同视之。况且《深圳商事条例》属于地方性立法,现已被宣布失效。从汉语表达来看,营业行为较商行为更通俗化、便于理解适用,但不能替代商行为,营业行为可以作商行为体系中的核心范畴使用,立法上可定义为“商事主体以营利为目的、持续性、有计划性、有组织的经营性活动”;而商行为范畴在我国商

法体系的植入和构建也大有必要。按《日本商法典》所代表的折衷主义商行为立法例(即采主体和内容的双重标准综合判断行为的商事属性问题),其规定了绝对商行为、营业商行为和附属商行为三大类型,适用不同的规则<sup>①</sup>,起到了全面规制商行为的作用,在法律的实现上具有一定的优越性<sup>[13]</sup>。“法条表达的精确与通俗不能得兼时,精确优于通俗。”<sup>[14]</sup>商法学界出现的以营业行为代替商行为的观点并不足取<sup>②</sup>,应将商行为范畴作为营业行为的上位概念加以法律化。不妨借鉴日本商行为的立法分类,我国商行为范畴除了规定营业行为之外,还包括非商事主体可以为之的证券交易、票据行为等绝对商行为及附属的商行为<sup>③</sup>,以此逻辑进行营业行为的商法安排才不至于引起商法体系的传统架构紊乱,又能嵌入当下现行的商事秩序。

最后,吸纳比较通俗化的营业行为概念,通过

①如《日本商法典》第501条和502条对绝对商行为作出了明确列举,任何主体实施以上行为都受商法调整。同时503条又规定:(1)商人为其营业所进行的行为,为商行为;(2)商人的行为推定为为其营业实施的行为,又称为“附属商行为”,即指商人为了营业实施的行为,具有突出的手段性、辅助性。

②见2018年6月2日北大圆桌论坛“制定商法典——营业行为的商法构造”有关论点。

③该概念对解决超市自助寄存纠纷具有现实意义。

商行为制度特性的熔铸和型塑,有利于因应商业电子化、高频化、全球化等新浪潮的冲击,将滴滴专车服务、众筹平台经营、搜索引擎收费广告乃至远程营业等新的商业业态/模式统括在商法调整之内,促进有中国特色的“互联网+的市场经济秩序”之建构,更接21世纪中国商业发展的地气,不致于让现代中国商人照搬国外19世纪、20世纪的商法规则,落入东施效颦、抱残守缺之窠臼。

### 三、营业行为的商法安排思路:民商区分规则下的一般条款设计

#### (一) 营业行为的商法特性

商行为理论源于商人营业实践,又是营业实践和商法规制的向导。尽管有民法学者认为,商行为是民事法律行为的一种,不具备独立性<sup>①</sup>,但多数商法学者坚持认为,民法上的法律行为与商行为除了具有私法行为共同的特征外,商行为拥有更多的自身特点,商行为、营业及营业行为范畴及相应制度对于实现商法体系化、凝聚商法价值仍有立法反映之必要<sup>[15]</sup>。且营业行为作为商行为的核心,营业行为的法律特征集中体现在商行为的固有特征上,即反映在法典渊源、要素构成、行为规则、效力解释、证据认定等诸多层面,与民事法律行为迥然有别,这些特征不因商行为从传统生产、制造、销售、服务的交易形式到现代投融资交易、科技服务、网络平台的商业形态更新而发生质的改变。

1. 起源不同。从私法演进看,法律行为与商行为/营业行为的立法与民法学者所主张的“法律行为制度中包含商行为的内容,商行为是法律行为的体现”并不完全相吻。有些国家的商法立法先于民法立法,商法扮演开路先锋的角色注定商行为/营业行为制度创新不应机械照搬法律行为的一般条款。德国商法的发展表明,“在商事交易中创立的经

理制度将罗马法中的禁止代理原则超越,就是善意取得制度的建立也要感谢商事交易中提出的强烈需要,外观权利制度更是完全应在商法中寻找它的起源”。

2. 构成要素有别。民事法律行为以意思自治为必备要素,“私法自治系借法律行为而实践,法律行为则以意思表示为要素”<sup>[16]</sup>;商行为的私法效果并不以真意表示为必备要件<sup>②</sup>,更关注权利外观和交易的效率、营利性目的,私法自治经常为交易顺畅、迅捷、稳定交易秩序让位,如证券法、票据法上证券交易行为、票据行为已经完全程序化,当事人的意思表示被排除,违背真意的股票委托交易结果一般不予撤销。

3. 主体资格和形式要件不同。商行为对行为主体多有限制,通常法律规定依法设立的商事主体才能实施,即使非商主体为之也是严格依法条规定而定;民事法律行为则以年龄和精神状况为准。形式要件上,商行为一方面基于自由效率、商业利益的追求考量比民事法律行为赋予更宽松的内容和形式要求,对交易内容和成立方式上尽量不予干涉,如缔约过程中沉默可以有承诺效力;另一方面,为了交易安全,又有更严格的形式要求,一些商事合同如特许经营合同必须采取书面形式,或经有关部门批准才予以生效(如外商投资合同、涉外科技开发合同),而民事法律行为以“形式自由”为原则,“形式强制”为例外<sup>[17]</sup>。

4. 行为规则特殊。商行为/营业行为贵在快捷、注重营利<sup>③</sup>,采格式定型、严格责任制度等特殊规则。通过诸如票据、提单、保单、股票等定型化的交易方式和通过格式条款的商事交易标准化,有效地促进了交易的便利进行,节约了交易费用。商事买卖、商事担保、商事代理、商事结算规则<sup>④</sup>的特殊化,时效短期化,为强化商人风险预判<sup>⑤</sup>、提升当事人的交易预期,保障交易安全和请求权实现,提供了行

<sup>①</sup>如王利明教授表示:“民商合一必然要求法律行为制度中包含商行为的内容。”(王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,《法商研究》,2015年第4期)许中缘教授认为:“商事行为不过是法律行为在商法中的体现而已。”(许中缘、颜克云:《商法的独特性与民法典总则编纂》,《中国社会科学》,2016年第12期)

<sup>②</sup>譬如委托拍卖行为显然是属于商法上的商行为范畴,但当委托人存在误解时,法官往往会根据民法思维适用民法规则,以重大误解为由将拍卖撤销。最高院的李春法官就提到其经办过两宗因委托人毁约或撤销拍卖被高级法院支持,致使买受人和拍卖公司向最高院申请再审的案件。见李春:《商事责任研究》,吉林大学博士学位论文,2010年。

<sup>③</sup>司法实践中对此商行为营利理念认识不一,在汤臣公司与元式拍卖公司委托拍卖纠纷案中,因对委托拍卖的商行为性质认识不足,忽视拍卖公司追求经济效益的属性,对拍卖公司除佣金外的有关费用的约定是否有效及应否保护难以决断,最终判决没有支持拍卖公司数千万元的溢价款请求。见李春:《商事责任研究》,吉林大学博士学位论文,2010年。

<sup>④</sup>商事结算是指商事交易中当事人为了结债权债务关系而进行的货币收付行为,包括票据、银行卡、汇兑、委托收款、信用证等,主要制度涉及银行账户结算和商事交互结算。见徐强胜:《商法导论》,法律出版社,2013年,第415—427页。

<sup>⑤</sup>签订格式条款的商人之间应有足够的缔约风险分配、义务负担的行为能力,“显失公平”作出不利于提供格式条款提供方的解释规则一般没有适用空间。

动指南。

5.适用外观原理不同。在民法领域,个别/少数场合出现适用外观规则,如善意取得、取得时效、占有、心中保留、表见代理,以及《法国婚姻法》上认可的“表见婚姻”、《意大利民法典》规定的“表见住所”等,外观规则居于辅助地位,司法实践中法官并不主动适用外观主义来解决民事争议,其外观信赖、本人与因等构成要件更严格。而商法外观规则的适用领域更广阔。商事关系“对于信赖保护之需求也比一般民事法律关系更为强烈”<sup>[18]</sup>已成中外商法学者的共识,如合伙企业法上的表见合伙、公司法上的股权登记保护、商号借用人责任承担<sup>①</sup>等。商事外观原则为保护相对人之利益,选择较宽松标准,降低本人的归责门槛,从危险防范底线的配置上推定权利外观成立。换言之,在危险主义之下,只要外观表征的引发在本人控制领域内,本人便需承担责任,其比与因主义、过错主义的外观规则适用要件大大拓宽。此外,若是行为人犯罪行为所致,是否还有必要去例外保护因不法行为所致的外观表征,亟待我国商事立法上作出明确结论<sup>②</sup>。总之,商法为维护交易安全和市场效率以及交易相对人的利益,更普遍地、更纯粹地强调行为外观的法律效果,这与民法外观规则的适用有云泥之别。

6.法律解释方法不同。民法的伦理性特征显著,采取比较解释方法会存在较大障碍;但在共由普遍的市场交易法则支配的商法领域,比较法解释方法大有用武之地。如许多国家直接援引外国法律和判例,德国联邦最高法院依据《商法典》第 89 条 b 款的判决,曾引证意大利、奥地利等国的相关法律规定<sup>[19]</sup>。我国 1995 年《保险法》没有规定保险人因投保人未履行告知义务而行使解除权的期限,实践中经常发生争议。但是《德国保险合同法》第 20 条规定:“解除权仅可以在一个月内行使。该期限自保险人知道告知义务的违反之时起算。”《日本商法典》第 645 条第 2 款规定“自保险人知道解除

权原因时起 1 个月内不行使,该解除权消灭”。有的法院在个案裁判中通过比较法的解释,释明解除权的行使应当在一定的期限内(1 个月)进行。从而通过比较法的方法弥补了这一缺陷<sup>[20]</sup>。此外,运用信息经济学、博弈论等经济分析方法解释商事合同,也是商行为适用的又一特征,“只有建立法学与经济学科的对话语境,我们才能把握商法的经济和法律实质,降低我国商法的创新成本”<sup>[21]</sup>。

7.有关商行为证据认定方面一般采从宽原则,遵从商事习惯。对于前者,如法国新版《商法典》第 L110-3 条采用了一般条款规定,“针对商人,商事行为得以任何方法证明之,法律另有规定的除外”,这一规定被称为“商事行为之证据自由规则”<sup>③</sup>。这表明在法国,商行为与民事行为相对,各自独立而互不依附。区别于民事行为所要求的书面等要式条件,在针对商人证明商行为时,可以采用任何证据形式,包括推定证据、证人证言等,法官可以在司法实践中斟酌案情自由裁量。后者如《意大利民法典》对商行为的规定集中于债法的合同部分,对交易习惯、行业规则在商行为中的适用有一定规定,关于租赁契约中对部分内容提出了行业规范、惯例、行业规则的例外,如法国《商法典》第 1616 条对未确定期间的产生孳息的租赁当事人具有任意解除权,规定行业规范和惯例有不同规定的例外,法国《商法典》第 1623 条赋予因生产经营中契约关系突发重大变更可以要求变更合同或解除合同的权利时,同样规定行业规则有不同规定的除外<sup>[22]</sup>。

综上可见,商行为(营业行为)规范是一个开放的体系,从民事法律行为分离出商行为所作的一级分类大有必要,通过一般条款形式将其不同民事法律行为的特征提炼出来,更好为商业创新活动保驾护航。

## (二)营业行为一般条款如何立法表达

我国民法典编纂采取民商有分有合的相对合一体例,《民法总则》对商行为的规定相比《民法通

①如《韩国商法典》第 24 条(借出名义者的责任)允许他人使用自己的姓名或者商号进行营业的人,对足以误认为自己为业主而进行交易的第三者,应与该他人共同承担连带赔偿责任。

②2016 年 9 月,南京某楼下小区超市的二维码被小偷换成自有,店主一个月后结账才发现自家的二维码被盗取。该起“二维码案”引发刑法学上关于偷换二维码行为是构成诈骗罪还是盗窃罪的争议,但也对顾客信以为真的支付私法效果提出了挑战,导致消费者进行支付的二维码与商家真实的二维码是不相符的,消费者已发生错误履行,根据合同相对性原则,该付款行为有效性也会存在瑕疵。然而,在交易过程中,二维码支付是商家认可的付款方式,且通常情况下张贴二维码是在商家的经营场所之内,对于抽象复杂的二维码图案消费者是无法辨识的,若认为消费者的付款行为无效则可能导致利益失衡,亦会折损交易安全。为此,消费者对二维码支付外观应推定有效成立。杨群:《“二维码案”背后的表见法理》,《江西社会科学》,2018 年第 4 期。

③见罗结珍译:《法国商法典》(上册),北京大学出版社 2015 年版,第 11 页。文中条文序号均为《法国商法典》原文,L 是法文“loi”的第一个字母,代表“法律”,各数字分别代表“卷”“编”“章”,横杠后的数字表示是该章第几条,第 L1101 条,指的就是第一卷第一编第一条,0 表示该编没有分章。

则》得到了更多体现<sup>①</sup>,同时也留下立法剩余。制定与完善中国商行为规则,不仅需要反思作为基本单元的商行为概念的可移植性,更要考量其市场的适用性和满足商人交易的可预期性。

首先,应根据提取公因式的立法规律,民商共同适用的一般条款可在民法典分则(如合同编)立法中继续加入营业行为及非营业的民事行为一律适用的情势变更原则,及时矫正合同当事人之间失衡的权利义务关系。而反映商行为特性的营业自由原则、交易便捷(安全)原则、外观原则等一般条款则不宜加入民法典,宜通过另行制定商事基本法(商法通则/商法典)的一般条款予以立法完善,如《民法总则》第八十六条规定的“交易安全原则”仅适于商事主体,仍行百里半九十,应将《民法总则》第八十六条规定的“交易安全原则”移入商法通则中规定。目前除了大量文献讨论内容结构、制度安排外,有关商法(事)通则制定的必要性、可行性条件分析学界亦有展开<sup>②</sup>,已形成了多个版本的条文精心设计建议稿<sup>③</sup>,可以说商法通则的制定已从法理研讨的阶段转入法条草拟(专家稿)的实操阶段。其中国家工商总局立项、赵旭东教授主持的《商法通则(建议稿)》可谓前稿之集大成者,立法内容丰富,运用一般条款的数目也最多。笔者赞同其关于商法主体法定原则、营业自由原则、交易便捷(安全)原则等立法安排,但对于外观原则的立法,不同意将其纳入交易安全原则之列,因其贯穿所有商事交易领域,是商法效率精神和交易安全的综合体现,又较民法上“与因主义、过错主义”的适用要件有所拓宽,故建议外观原则应单独成文起草,且规定从商业风险防范的底线上推定外观事实成立,即只要在本人控制风险范围之内需承

担外观责任,以护佑交易相对人之信赖利益。此外,外观事实若是不法/犯罪行为所致,是否还有必要保护相对人利益,亦留给司法结合个案予以明确。

其次,基于上述诸多不同于民事法律行为的行为规范特殊性,舍弃不同种类、不同具体营业行为的差别,提炼出规制这些行为的统一范畴及一般条款,型塑商法基本法域之一的商行为法,进而支持商法的整体构造<sup>[23]</sup>。在立法上,早日出台商事基本法(商法通则/商法典),可从整个商事行为规范体系中抽象出真正属于商行为共同要素,提取“商行为”概念,即如上文提及的将“商行为”范畴作为营业行为的上位概念加以法律化,再借鉴日本商行为立法模式对“商行为”进行二级分类,将营业行为设计为商行为的主要类别和核心内容。诚然,2017年日本国会通过了民法(债权法)修改案,将部分商行为法内容作了删改,但并没全部消蚀商法总则/商行为法,而且从《韩国商法典》借鉴日本商法并未遭到空壳化的后发型法治经验看,日本商行为法的总体框架仍有镜鉴价值。为此,在营业行为的三级分类上可参考《韩国商法典》第46条规定作进一步列举,如该条列举的营业行为形式达20多项之多<sup>[24]</sup>。我国学者提出的“商法通则专家建议稿”基本借鉴了《韩国商法典》第46条规定范例,如赵旭东教授主持的最新版“商法通则专家建议稿”所列举的营业商行为达22种之多<sup>④</sup>,这些草拟成果颇值肯定。而且鉴于列举上的不周延性,“其他与营业相关的行为”之兜底性条款的设计不可或缺,以便预摄和调整新型营业行为(如网络金融交易),有利于线下线上商行为一般条款的一体适用。在营业行为的私法效力方面,可借鉴《非洲统一化法》第二章商事行

①如在民事法律行为一章规定了法人、非法人组织决议行为的成立,如《民法总则》第一百三十四条第二款规定:“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立。”承认了沉默在符合交易习惯时的承诺效力,如《民法总则》第一百四十四条第二款规定,“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示”。

②见国家工商总局立项、赵旭东教授主持的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》。

③主要包括王保树教授组织起草的《中华人民共和国商事通则(建议稿)》,王保树主编:《商事法论集》(第20卷),法律出版社,2012年,第1-11页;苗延波起草的《商法通则建议稿》,见苗延波:《商法通则立法建议研究》,知识产权出版社,2008年(附录部分);樊涛的《商法通则建议稿》,见樊涛:《商法通则:中国商事立法的应然选择》(附中华人民共和国商法通则建议稿),《河南大学学报》(社会科学版),2008年第3期;还有及王建文的商法通则部分条文建议稿,见王建文:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社,2015年,第183-294页;以及由国家工商总局立项、赵旭东教授主持的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》等。

④赵旭东教授主持的《中华人民共和国商法通则(建议稿)》第85条规定,商事主体经营其营业所为的一切行为为商事行为。包括商事主体所实施的下列行为:(1)动产、不动产、有价证券及其他财产的买卖;(2)动产、不动产、有价证券及其他财产的租赁;(3)与制造加工或者修缮有关的行为;(4)与电、电波、煤气或者供水有关的行为;(5)承揽作业或者劳务;(6)与出版、印刷或者摄影有关的行为;(7)与广告、通信或者情报有关的行为;(8)信贷、票据及其他金融交易行为;(9)以招徕顾客为目的而设置的场所上的交易;(10)承担商事行为的代理;(11)与居间有关的行为;(12)寄卖及其他中介的行为;(13)承接运输;(14)承接保管;(15)承接信托;(16)互助金及类似行为;(17)保险;(18)有关采矿或者取土行为;(19)有关机械、设施及其他财产的物融行为;(20)与商号、商标等使用许可有关的营业行为;(21)关于营业上的债权的买入、回收等行为;(22)其他行为。

为能力的有关规定<sup>①</sup>，“任何人，若不具有法律上商事营业的能力，不得以完成商事行为作为自身职业”；“在特别法律规定不合格的情形下，任何人不得从事经商活动”“不合格主体从事的商事活动对善意第三人有效，除非该行为与公序良俗相抵触”。这样便于与《公务员法》《法官法》关于禁止公务员、法官从事营利性经营活动的规定有机衔接起来，以消减司法判断与行政管制在营业行为效力认定方面的时常冲突。

再次，通过制定商事基本法（商法通则/商法典）对营业和营业资产概念进行法律化，将营业资产规定为“商主体运用一定设施（包括网络设备、数字化技术）从事工商业经营的各种财产、权益、法律关系的总和”，不仅从立法上确认其可交易的客体属性，如法国新商法典第4编“营业资产”第1章“营业资产的买卖”用了22个条文（第L141-1条到第L141-26条）对营业转让合同作了规定<sup>②</sup>，并据此确立起既不同于买卖契约亦有别于企业组织兼并的“营业转让”规则；而且应对“互联网+数字经济”的新交易形式作出及时回应。

最后，应总结商行为法律解释适用的一般规范，在遵循私法解释的固有的方法与位阶基础上，对营业行为法律解释规则和适用方法作出立法规定。一些国家如《意大利民法典》第12条不仅规定了文义解释、体系解释、法意解释三种解释方法及其适用上的顺序，《奥地利民法典》第6条和第7条也分别对解释方法作了规定<sup>[25]</sup>，我国《民法总则》针对法律解释规则、方法问题缺乏明文规定，这就更需从商事基本法上对商行为规范解释、适用作出立法安排，如除了遵循文义解释→体系解释→立法者意图或目的解释→历史解释→比较解释→客观目的解释的一般民法解释次序之外，可授权法官运用上述法律解释方法结合个案进行解释时比较解释和商事习惯具有优先的效力性。

总之，通过民商区分规则中商行为/营业行为一般条款设计，与反映商行为特性的具体制度安排有机组合，以有效发挥商法制度与规范的“体系化效应”。

#### [参考文献]

[1][3]于庆生.营业：商法理论的核心范畴[J].行政与法，2006（12）.

<sup>①</sup>原条文可参见夏小雄编译的《非洲统一化法案》，载北大商法圆桌论坛“商法典编纂的全球印象”。

<sup>②</sup>见罗结珍译：《法国商法典》（上册），北京大学出版社2015年版，第11页。文中条文序号均为《法国商法典》原文，L是法文“loi”的第一个字母，代表“法律”，各数字分别代表“卷”“编”“章”，横杠后的数字表示是该章第几条。如L1101条，指的就是第一卷第一编第一条，0表示该编没有分章。

- [2]C·W·卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006:36.
- [4]朱慈蕴.营业规制在商法中的地位[J].清华法学,2008(4).
- [5]徐喜荣.营业:商法建构之脊梁——域外立法及学说对中国的启示[J].政治与法律,2012(11).
- [6]童列春.营业的性质、构造与理论功能——商法统一的形式基础探索[J].武汉理工大学学报(哲学社会科学版),2009(1).
- [7][8]王艳华.以营业为视角解释商法体系[J].河北法学,2010(5).
- [9]程淑娟.商行为:一种类型化方法的诠释[J].法制与社会发展,2013(3).
- [10]陈醇.商行为程序研究[M].北京:中国法制出版社,2006:8.
- [11]张志坡.商行为概念研究[A].王保树.商事法论集[C].北京:法律出版社,第193页.
- [12]任先行,周林彬.比较商法导论[M].北京:北京大学出版社,2000:383.
- [13]张志坡.日本法上的绝对商行为及其启示[J].安徽大学学报,2012(3).
- [14]谢鸿飞.民法典的外部体系效益及其扩张[J].环球法律评论,2018(2).
- [15][18]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[J].清华法学,2015(6).
- [16]王泽鉴.民法概要[M].北京:中国政法大学出版社,2003:104.
- [17]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔,等,译.北京:法律出版社,2003:556.
- [19]伯恩哈德·格罗斯菲尔德.比较法的力量与弱点[M].北京:清华大学出版社,2002:57.
- [20]王利明.法律解释学导论[M].北京:法律出版社,2009:559.
- [21]周林彬.当代民商法:原理与方法[M].北京:中国法制出版社,2007:25.
- [22]意大利民法典[M].费安玲,等,译.北京:中国政法大学出版社,2004:390-391.
- [23]王保树.商法[M].北京:北京大学出版社,2011:46.
- [24]韩国商法[M].吴日焕,译.北京:中国政法大学出版社,1999:12-13.
- [25]孔祥俊.法律方法论[M].北京:人民法院出版社,2006:763.

[责任编辑:周青]