

• 当代民商法学研究 •

## 论我国《民法典》立法背景下 商行为的立法定位

王建文

(河海大学 法学院, 南京 210098)

**摘 要:** 我国在《民法典》立法背景下总纲性商法规范的立法有很多问题亟待解决,而商行为的立法定位即为其中之一。尽管法律行为乃商行为的制度基础,但因商行为具有不能为一般法律行为制度所包含的特殊性,故只有单独确立商行为制度,才能妥善调整基于商行为而发生的商事法律关系。通过我国商法学界关于商行为界定方式的检讨,可以确定在我国《民法典》制定过程中,迫切需要在借鉴域外立法经验的基础上,针对我国法律体系及市场经济实践,确立我国总纲性商法规范中商行为的概念及其界定方式。鉴于可立足于我国现有立法资源将“经营者”作为我国商法中商人概念的替代性概念,故可考虑将“经营行为”概念作为我国商法中商行为的替代概念。

**关键词:** 民法典; 总纲性商法规范; 商行为; 经营行为

**基金项目:** 国家社科基金一般项目(14BFX077)

2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“加强市场法律制度建设,编纂民法典”。2015年3月20日,全国人大常委会法工委正式组建民法典编纂工作小组。2015年3月31日,民法典编纂小组明确提出“先编纂民法典总则,再整合分则”的“两步走”思路。这就意味着我国民法典立法正式确立了先制定总则再整合各个分则的立法思路,也标志着我国民法典总则的立法工作正式启动。要制定民法典总则,首先面临的问题是,我们究竟是制定一部涵盖总纲性商法规范的民法总则,还是在《民法典》框架下单独制定商法总则?对此,王利明教授认为,我国不宜在民法总则之外另行制定商法总则,而应通过民法典总则统一规定有关的商事一般规则。<sup>①</sup> 笔者认为,因我国《民法典》客观上不可能涵括基本商法规范,且因完全涵盖总纲性商法规范将严重破坏民法总则及民法典整体上的逻辑性,故我国总纲性商法规范的最佳立法模式为制定独立于《民法典》的形式商法(既可为《商法通则》,亦可为《商法典》)。<sup>②</sup> 但鉴于《民法典》立法工作已启动,若能在《民法典》中制定关键性总纲性商法规范,亦可起到应急立法的作用,一方面可解决总纲性商法规范长期缺失的问题,另一方面可为我国形式商法的立法确定基本的法律依据。我国在《民法典》立法背景下总纲性商法规范的立法有很多问题亟待解决,其中商主体与商行为的立法定位尤为迫切。为此,笔者曾提出,我国商法应引入经营者

<sup>①</sup> 参见王利明《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。

<sup>②</sup> 参见王建文《中国商法立法体系:批判与建构》,北京:法律出版社,2009年,第109-119页。

概念 将其作为商主体概念的替代,<sup>①</sup>算是笔者对商主体立法定位问题的回答,故本文针对商行为的立法定位展开研究。

## 一、商行为的特殊性: 商行为特别调整的内在原因

商法系特别私法,乃国内外商法学界的共识。这就意味着商法独立于作为一般私法的民法。商法的独立性由商法所调整的商事法律关系所决定,不仅在调整对象及调整手段上具有独立性,而且具有特殊的价值、理念与原则,是调整市场经济法律体系的重要组成部分。商法调整对象的独立性主要表现为商主体的独立性和商行为的独立性。笔者已发表文章对商主体的独立性进行了详细论述,<sup>②</sup>在此仅针对商行为的独立性展开。

通过对各国商法规范及商法理论的考察,可以确定,商行为与一般法律行为相比,表现出以下特征:(1) 商行为是以营利为目的的法律行为;(2) 商行为是营业性行为;(3) 商行为一般是商主体所从事的行为;(4) 商行为是体现商事交易特点的行为。商行为的这些特征表明,其与一般法律行为存在明显差异,不宜简单适用民法关于法律行为的一般规范。因此,除极个别国家(如意大利)将大量商法规范混合于民法典外,即使是采取所谓民商合一立法例的国家,基于证券发行与交易、保险、票据等商行为的特殊性,基本上都在《民法典》之外单独立法。

不过,是否应当在诸如公司设立行为、决议行为、证券发行行为、证券交易行为、票据行为、商事运输行为、商事代理行为等纷繁复杂的具体商行为之上抽象出商行为的一般规定,民法学界与商法学界的认识有明显分歧。为解决这一问题,应将传统商法中商行为与法律行为予以比较,并根据现代市场经济实践,探究商行为尤其是现代市场交易中的新型商行为是否能为一般法律行为所包含,如此才能作出令人信服判断。

民事主体具有平等性和可互换性这两个基本判断,可谓近代民法所有基本原则(含私法自治原则)和基本制度(含法律行为制度)的基础。<sup>③</sup>不过,19世纪以来,社会经济生活已发生了深刻变化,作为近代民法基础的平等性与可互换性这两个基本判断已基本丧失,从而动摇了私法自治与法律行为等民法基本原则与基本制度赖以存在的基础。因此,现代民法作出了诸多因应性变革,以便适应经济生活发展的需要,此即“民法商法化”现象。然而,因民法无疑会继续保持其特性,其无论如何商法化,都不可能完全有效地调整现代市场经济背景下的商事关系。因此,基于商行为的商事关系的特殊性决定了商行为独立存在的依据,虽然从法律概念的逻辑关系上讲,法律行为可谓商行为的上位概念,但实际上这种理解并不完全准确。事实上,传统商法中的商行为乃独立于罗马法体系而由商事习惯发展而来的特殊概念,其与商人密切关联,虽可借助法律行为概念予以解释,但因其独立生长的特性,很多时候无法由法律行为制度涵盖。因此,不仅法律行为不能取代传统商法中的商行为概念,而且因现代市场经济中各种新型商行为的特殊性更为明显,甚至远远超出了法律行为理论的基本框架,故只能适用商法的特别规定,而不能直接适用民法中法律行为的一般规范。例如,商事实践中广泛存在的决议行为,就不能简单地适用法律行为的一般规范,其与共同行为及合同行为均有实质性区别,关于决议行为的成立、生效、可撤销、无效的判断都不能简单地套用法律行为的一般规范。因此,即使我国民法典总则特别在“民事法律

① 参见王建文《我国商法引入经营者概念的理论构造》,《法学家》2014年第3期。

② 参见王建文《中国商法立法体系:批判与建构》第109-119页。

③ 参见梁慧星《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》,梁慧星主编《民商法论丛》(第7卷),北京:法律出版社,1997年,第234页。

行为”制度中规定决议行为,也因其与法律行为理论体系存在天然的区别,而难以在两个概念之间形成逻辑自洽。

然而,在缺失商行为这一抽象概念的情况下,除了法律对具体商行为(如票据行为、证券发行、证券交易行为)作特别规定外,商行为却只能适用法律行为的一般规定。由于法律行为在意思表示过程中有时会出现表示与真意不一致的现象,因而有意思主义与表示主义的解释方法。为维护交易安全,近代民法在意思表示效力的解释方法上,已由意思主义逐步转向表示主义。但民法既然立足于所有权绝对原则与当事人意思自治原则,故在形成私法关系时,不能完全无视当事人的意思。因此,民法学界关于意思表示效力解释方法,就只能采取折中主义了。<sup>①</sup>这样,尽管不完全以当事人的真意为法律行为效力的判断依据,但若表示与真意不一致,在民法上,意思主义的态度与表示主义的态度就会相互交错。例如,在传统民法上,关于表意人明知其意思与表示不一致的单独之虚伪表示(真意保留)与通谋之虚伪表示的效力判断上,对于前者,虽认可其法律效力,“但其情形,为相对人所明知者,不在此限”;对于后者,“对当事人间之效力,其意思表示无效”,但“不得以其无效对抗善意第三人”。而在错误发生时,“表意人得撤销其错误之意思表示”。<sup>②</sup>显然,这些基于折中主义的意思表示效力的判断,在很大程度上考虑到了表意人的真实意思,并以此作为确定其表示出来的不真实意思的法律效力。基于维护交易安全的商法原则,商行为一般不考虑商主体的所谓真实意思而采用严格的外观主义。<sup>③</sup>我们无法想象,在诸如股东会决议的决议行为中,股东可以单独之虚伪表示(真意保留)与通谋之虚伪表示为由主张撤销相应决议或请求确认相应决议无效。

与民法上同类性质行为的规定相比较,商法关于商行为效力判断的规范更为严格。根据《德国民法典》第776条第1句和第2句、第780条和第781条第1句和第2句的规定,保证合同、债务允诺与债务承认只有以书面形式作出方产生效力。《德国商法典》第350条则规定“对于保证、债务允诺或者债务承认,以保证在保证人一方、允诺或者承认在债务人一方构成商行为为限,不适用《民法典》第776条第1句和第2句、第780条和第781条第1句和第2句的方式。”<sup>④</sup>也就是说,口头的保证、债务约定或债务承认,当保证在保证人一方、债务允诺或者债务承认在债务人一方为商行为时,仍然具有法律效力。此外,德国民法规定,佣金请求权必须建立在双方当事人有相应约定的基础之上;而商事给付的佣金请求权则不以交易双方当事人之间事先的约定为必要条件。<sup>⑤</sup>在违约金方面,德国商法也从商行为的特点出发,对商事交易中的违约责任作了一些特殊规定,使得商人在违约金的数额确定和作为债务人而受到的保护方面,明显不及于一般民事主体。

契约法一般规则的某些方面在商法领域得以改变。例如,作为一般规则,契约的成立必须经过要约和承诺两个阶段,在要约发出之后,如果受要约人未对要约作出明示的或默示的(此时须有法律的明确规定或当事人有约定)承诺,契约就不能成立。但是,在商行为中,默示的承诺方式被扩大了。例如,根据《德国商法典》第362条的规定,如果与商人保持有业务联系的行为人,向处理他人事务的商人提出处理该事务的要约,该商人应毫不迟疑地对要约作出回答,商人之缄默视为对要约的承诺。依此条规定,当一个客户指示其经纪人买进某种证券而经纪人既未答复亦

① 参见四宫和夫《日本民法总则》,唐晖、钱梦珊译,台北:五南图书出版公司,1995年,第165页。

② 参见武忆舟《民法总则》,台北:三民书局,1985年,第291-294页。

③ 参见上柳克郎等编《商法总则·商行为法》,东京:有斐阁,1993年,第58页。

④ 《德国商法典》杜景林、卢湛译,北京:法律出版,2010年,第212页。

⑤ 参见范健《德国商法:传统框架与新规则》,北京:法律出版社,2003年,第316页。

未买进此种证券时,该经纪人须承担契约上的责任。并且,原本只是在例外情况下沉默方可构成对要约的承诺的理论,被法院扩大适用于其他的一些情形。<sup>①</sup>

流质契约之禁止是民法的重要规则,但在商法中并不禁止。依据《德国商法典》第366、367条之规定,当商人质押动产或某些有价证券时,即适用流质契约规则。《日本商法典》第515条规定“民法第349条(关于质权流质契约之禁止的规定——作者注)不适用于为担保商行为债权而设定的质权。”<sup>②</sup>商法规定的留置权与民法相关规定也存在一定差异。与民法关于留置权的规定相比,商法中留置权的形成及效力所涉及的范围更为广泛。民法中留置权之形成必须基于同一法律关系,而商法中则规定,除了基于这种同一法律关系外,商人之间就其依双方商行为而成立的债权同样可以获得一种留置权。对此,《日本商法典》第521条和《德国商法典》第369条都予以明确规定。

作为一项特殊的商法规则,商行为的短期时效制度值得一提。由于商事交易追求效率,往往要求迅速地了结商事交易中的纠纷。因此,为满足交易迅速、便捷的要求,立法多采取短期时效制度。在中世纪的欧洲,就已建立了以简易的程序,迅速地实施法律、处理问题的“灰脚法院”。<sup>③</sup>现代商法更是注重通过建立时效制度来促进商事交易的便捷化,例如各国商法规定商事契约的违约求偿权时,大多适用比一般消灭时效要短得多的短期消灭时效。

在我国,因《民法通则》、《合同法》等基本民法规范都采取的是民商不分的立法模式,故不存在上述立法上的区分。但这种民商不分的混合立法模式,已出现了明显的“商化不足”与“商化过度”的弊端,既无法适应商事法律关系的调整需要,又不当地将仅适用于商主体或商行为的规范泛化为统一适用于所有民事主体的一般规范。在我国民商事司法实践中,诸如表见代理是否成立、公司非经股东会或董事会决议对外担保的法律效力、民间借贷的举证责任等法律纠纷往往存在同案不同判的问题,其原因就在于法官或仲裁员对这些法律关系中一方当事人是否为商主体及其行为是否为商行为有不同认识。若法官或仲裁员认识到商行为的实施主体应承担严格的注意义务并对其举证责任赋予更高要求,则在判断相对人是否为善意时,就会形成不同的判断标准,从而产生大相径庭的裁判。

综上所述,可以肯定地作出判断:尽管法律行为乃商行为的制度基础,但因商行为具有不能为一般法律行为制度所包含的特殊性,故只能单独确立商行为制度,才能妥善调整基于商行为而发生的商事法律关系。

## 二、商行为重新定位的必要性

由于在我国尚不存在商法典或其他形式商法,因而商行为并非法定概念。近年来,随着商法理论研究与市场经济的迅猛发展,商行为的适用频率日益提高。不过,关于商行为的概念及其界定,商法学界尚存较大认识分歧。在商行为的概念选择方面,商行为、商事行为与商业行为通常被作为可以相互替换的概念而混用。在商行为的定义方面,概括起来,我国学者的主要观点分为以下三类:

第一种观点将商行为与商主体相联系,认为商行为是指商主体所从事的以营利为目的的经

① 参见罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 莱塞《德国商法导论》,楚建译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第237页。

② 参见《日本商法典》,王书江、殷建平译,北京:中国法制出版社,2000年,第155页。

③ 参见范健《商法探源》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》1991年第4期。

营行为(或称为营业行为)。<sup>①</sup>截至本世纪初,我国商法学界学者基本上都是如此界定商行为。大陆法系以商主体为中心的主观主义立法例正是在此意义上使用商行为概念,这种定义明显深受于此。

第二种观点不将商行为与商主体相联系,而是强调商行为的营利性,认为非商主体亦可成为商行为的实施主体。<sup>②</sup>如今,我国绝大多数商法学者都持该观点,且一些曾将商行为与商主体相联系的学者也放弃了原来的观点。不过,学者们对于商行为的具体界定仍存在较大分歧。例如,不少学者认为,商行为即营利性行为<sup>③</sup>,即凡以营利为目的实施的行为均属商行为。这一界定方式解决了传统商行为定义过于模糊的问题,使商行为的法律判断较为容易。但这一界定同样存在使商行为的范围过于宽泛的问题,并将导致在法律调整上难以与民法区别开来。另有学者认为,商行为是指营利性或虽不易判断其营利性但在营业上实施的行为。<sup>④</sup>依此种观点,行为的营利性与否就成为一般民事主体所实施的商行为的判断标准,而商人作为营业实施的行为即可直接判断为商行为。这一界定解决了商主体所实施的商行为判断标准问题,但仍未解决一般民事主体所为商行为范围过于宽泛的问题。还有学者认为,在我国,商行为的构成要件仅仅包括营利目标的追求和经营活动的开展两个方面,其实施主体不限于商人。其所谓“经营活动的开展”,是指商行为是一种重复性的法律行为,它是在商事事业管理者的管理下,持续地、不间断地投入人力、物力和财力进行某种经营活动的行为,以便实现营利的目标。<sup>⑤</sup>这一界定通过“经营活动的开展”要件的引入,解决了一般民事主体所为商行为范围过于宽泛的问题。不过,作此限制后,经营行为的含义便被限定为具有重复性的法律行为,从而使偶尔实施但具有明显营利目的的行为无法被纳入商行为的范畴之中。鉴于商行为概念界定上的复杂性,我们曾放弃了对其作出准确定义的努力,而笼统地提出,商行为是指营业行为与投资行为。<sup>⑥</sup>这种处理方式固然避免了上述界定过宽或过窄的问题,但同样留下了界定不清的问题。尤其是“投资行为”概念,其内涵与外延都过于模糊,因而未能满足明确界定的需要。正因为如此,我们后来放弃了这一界定方式。<sup>⑦</sup>

第三种观点认为,商行为是直接以交换为目的的追求营利的行为,它属于近代商法概念,而在现代商法中,传统的商行为已经发展成为以资本和智力经营为特征的市场行为。<sup>⑧</sup>该概念界定可谓独树一帜,明确舍弃了商行为概念,将市场行为概念作为替代性概念。应当说,该学者把握住了传统商法与现代商法中商行为的本质区别,提出了市场行为这一较为新颖的概念,但该概念的内涵与外延均存在不确定性。根据该论断,凡是通过市场交易而实施的行为均可称为市场行为。由此,将导致除特定的属于人身关系范畴的法律行为以外的所有法律行为均被纳入市场

① 参见任先行主编《商法总论》,北京:北京大学出版社、中国林业大学出版社,2007年,第279页;覃有土主编《商法学》,北京:中国政法大学出版社,2007年,第24页;赵中孚主编《商法总论》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第194页;顾功耘主编《商法教程》,上海、北京:上海人民出版社、北京大学出版社,2006年,第59页;赵旭东主编《商法学教程》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第41页;范健主编《商法》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2002年,第49页。

② 参见范健主编《商法》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2007年,第52页;范健、王建文《商法学》,北京:法律出版社,2007年,第43页;王保树《商法总论》,北京:清华大学出版社,2007年,第232页;李永军主编《商法学》,北京:中国政法大学出版社,2007年,第46页;张民安《商法总则制度研究》,北京:法律出版社,2007年,第267页。

③ 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;李永军主编《商法学》,第46页;覃有土主编《商法学》,北京:中国政法大学出版社,1999年,第19页。

④ 参见王保树《商法总论》,第232页。

⑤ 参见张民安《商法总则制度研究》,第267、272页。

⑥ 参见范健、王建文《商法学》,第43页;范健、王建文《商法的价值、源流及本体》,北京:中国人民大学出版社,2007年,第394页。

⑦ 参见范健、王建文《商法学》,北京:法律出版社,2015年,第45页。

⑧ 参见徐学鹿《商法总论》,北京:人民法院出版社,1999年,第270-272页。

行为范畴,从而进入商法调整对象,这显然是不可能也是不必要的。由此可见,即使以“以资本和智力经营为特征”作为市场行为的限定语,仍然使市场行为的外延被不适当地放大,从而使其陷于难以确定的境地。因此,所谓“作为现代商法之商行为概念”的市场行为概念,虽貌似能够化解传统商法关于商行为界定的困境,但实际上不可取。

通过我国商法学界关于商行为界定方式的检讨,可以确定在我国《民法典》制定背景下,我国商法学界迫切需要在借鉴域外立法经验的基础上,针对我国法律体系及市场经济实践,确立我国总纲性商法规范中商行为的概念及其界定方式。

### 三、商行为概念界定的域外立法经验

各国立法与学理对商主体有多种称谓,诸如商主体、市场主体、交易主体、商事主体、商人等等。相对而言,商行为的称谓较为统一。除少数国家或地区立法中称为交易行为或商业行为外,一般均称之为商行为。但是,关于商行为的确切含义,在立法与学理上的界定方式殊为不同。

客观主义立法例(以法国为代表)根据法律行为的客观内容来判断其行为是否属于商业性质。例如,原《法国商法典》第632、633条对商行为明确规定,应根据法律行为的内容和形式来判断其是否属于商行为,而不去问这一法律行为是否由商人所实施。<sup>①</sup>不过,由于这一商行为的判断是以商品交易与金钱交易为基础,已显陈旧,故几经修订后的现行《法国商法典》中已删除了该规定。<sup>②</sup>修订后的《法国商法典》并未对商行为概念作出界定,只是在该法第七编第109条(仅此一条)规定:“对于商人,商行为得以一切方式予以证明,但法律另有规定的除外。”<sup>③</sup>因此,关于商行为的判定,就只能在司法实践中由法官根据法理加以确定。但从另一个角度来看,法国的商法实践仍坚持了法律限制极为宽松的理念。例如,有法国学者认为,商行为是“任何主体以营利为目的的活动”;还有学者认为,“商行为是通过商业合同所进行的业务活动”。<sup>④</sup>可见,法国商法形式上以“任何人均有权从事商行为”为指导思想,实际上则以营利性为判断商行为的实质性要素。就现行客观主义立法例而言,西班牙商法是这一立法例真正意义上的代表。《西班牙商法典》第2条第3句规定:“符合本法典和其他商事法律规定的,均应推定为商事行为。”<sup>⑤</sup>

在主观主义立法例(以德国为代表)下,只有商人双方或一方参加的法律行为才属于商行为。《德国商法典》第343条第1款规定:“商行为是指一个商人所实施的、属于其商事营利事业经营的一切行为。”<sup>⑥</sup>可见,在德国法律中,商行为乃法定概念,且包含了三个层次的含义:第一,商行为是一种行为,该行为同一定的法律规范相联系,受法律规范调整,其性质由法律所确定,属于法律行为的一种;第二,商行为是商人所为的行为,与商人这一特定身份相关;第三,商行为是商人在商事营业中所为的行为,具有商事营业这一特定的属性,非经营商事营业中的行为,即使由商人所为,也不属于商行为。据此,“行为”、“商人”、“商事营业”是德国商法中商行为概念的基本要素。<sup>⑦</sup>简单地说,商行为包括两个构成要件:商人身份和有关行为属于经营商事营业。<sup>⑧</sup>

① 参见任先行、周林彬《比较商法导论》北京:北京大学出版社2000年,第382页。

② 参见《法国商法典》,金邦贵译,北京:中国法制出版社2000年,第73-74页。

③ 参见《法国商法典》,第45页。

④ 参见任先行、周林彬《比较商法导论》,第382页。

⑤ 参见《西班牙商法典》,潘灯、高远译,北京:中国政法大学出版社2009年,第3页。

⑥ 参见《德国商法典》,第211页。

⑦ 参见范健《德国商行为法探微》,《现代法学》1994年第1期。

⑧ 参见C·W·卡纳里斯《德国商法》,杨继译,北京:法律出版社2006年,第533页。



以《葡萄牙商法典》为蓝本而经本地化了的1999年《澳门商法典》也属于主观主义立法例。该法既吸收了属于德国法系的葡萄牙法的体系与制度上的许多优点,又在此之外吸收了大陆法系其他国家的一些新的立法思想,还吸收了一些英美法系法律体系的经验。<sup>①</sup>该法第3条第1款规定“商行为系指:a)法律根据商业企业之需要而特别规范之行为,尤其本法典所规范之行为,以及类似行为;b)因经营商业企业而作出之行为。”<sup>②</sup>1942年《意大利民法典》关于商行为的立法模式也属于主观主义立法例。<sup>③</sup>从该法第2082条的规定可以看出,商行为指的是企业主“以生产、交换或者提供服务为目的的、从事有组织的职业经济活动”。<sup>④</sup>显然,《澳门商法典》和《意大利民法典》中的商行为都是指由企业主实施的行为。<sup>⑤</sup>

折中主义立法例(以日本为代表)采取了主观与客观双重标准来概括商行为概念。详述之,商行为的概念既包括任何主体从事的营利性营业行为,即客观商行为;也包括商人从事的任何营业活动,即主观商行为。这一立法例为多数大陆法系国家或地区所采用。《日本商法典》第501、502条分别对任何主体基于任何目的而从事的“绝对的商行为”与商人基于营利性营业目的而从事的“营业的商行为”作了详细的列举式规定,同时又在第503条就“附属的商行为”作了两款规定“商人为其营业实施的行为,为商行为”,“商人的行为推定为其营业实施的行为。”<sup>⑥</sup>《韩国商法》也有类似规定。该法第46条以21项的详细列举对以营业为目的进行的“基本的商行为”进行阐释,同时又在第47条就“辅助性商行为”作了规定“将商人为营业而进行的行为,视为商行为”,“将商人的行为,推定为是为了营业而进行的行为。”<sup>⑦</sup>

通过上述立法例与学理的考察可知,无论采行民商分立立法例还是民商合一立法例,大陆法系基本上都注重对商行为概念予以抽象概括;而采取经验主义立法原则的英美法系则不注重对作为法律行为下位概念的商行为予以抽象。如《美国统一商法典》对各种商业交易行为作了详细规定,但并未予以概括性描述。尽管有学者认为,根据该法规定可以推定,美国商法中商行为是指商人所实施的商业交易行为,<sup>⑧</sup>但这种概括显然与立法上的定义相去甚远。

#### 四、我国《民法典》中商行为概念界定的立法选择:经营行为概念的采用

作为在大陆法系国家和地区立法和理论中广泛使用的概念,商行为也被我国商法学界所普遍使用。因此,商事行为、商业行为概念固然不妨成为可选概念,但还是采用商行为这一受到普遍认可的概念为宜。在我国,商业行为概念极易与从事商品流通或服务的行为相混淆,因此不必

① 参见赵秉志总编《澳门商法典》,北京:中国人民大学出版社,1999年,第1页。

② 参见赵秉志总编《澳门商法典》,第16页。

③ 该法采用的是民商合一的体例,但包含了大量商法规范。

④ 参见《意大利民法典》,费安铃、丁枚译,北京:中国政法大学出版社,1997年,第519页。

⑤ 该法所谓企业主乃传统商法中商人概念的延续,其含义为“以自己名义,自行或透过第三人经营商业之一切自然人或法人”,同时明确规定公司为企业主。《澳门商法典》中的企业主概念界定与《德国民法典》第14条第1款关于经营者(企业主)的界定颇为类似:两者都定位于特定行为的实施者,并明确将自然人与法人都直接纳入相应主体范畴。两者的区别在于:前者所实施的行为限于“经营商业”,从而排除了非以营利为目的的行为;后者所实施的行为则不仅包括“营利活动”,还包括“独立的职业活动”,从而使使得依照传统观念不被界定为营利活动的职业活动的实施者也被纳入该主体范畴。由此可见,《澳门商法典》对商业企业主的概念选择及界定,其概念界定方式与功能实际上与传统商法中的商人概念无本质差异,只不过回避了商人与商行为循环定义的矛盾而已。

⑥ 参见《日本商法典》,第153-154页。

⑦ 参见《韩国商法》,吴日焕译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第12-13页。

⑧ 参见任先行、周林彬《比较商法导论》,第383页。

采用。商事行为概念虽可与我国立法上所采用的民事行为相对应,但民事行为概念原本是对法律行为概念误解的基础上提出的,也不必采用。

我国《民法典》制定中考虑商行为的概念选择及界定时,应充分考虑我国市场经济实践中需要对其法律性质予以认真思考的若干问题。这些问题种类繁多,笔者且粗略列举以下需要考虑的问题:(1)目前,我国事业单位及特定行政机关均可从事投资行为,尤其是投资设立企业的行为,是否应当继续确认这种投资主体的合法身份?易言之,非营利法人是否可确认其从事商行为的主体资格?(2)除非性质上明显属于公益行为,营利法人(企业)所实施的行为是否均应界定为商行为?(3)自然人偶尔实施的买卖房地产等投资行为需要设定确定的判断标准,既不能将自然人为改善生活质量而实施的买卖房地产行为界定为商行为,也不能将明显以投资为目的实施的买卖房地产等投资行为排除于商行为之外。问题是,应如何确定判断标准?(4)证券、期货投资行为具有明显的营利性,但在其金融消费品属性日益强化的背景下,是否应将其纳入商行为范畴?(5)购买某些具有投资功能的保险产品及银行理财产品的行为是否应纳入商行为范畴?(6)自然人为企业或产品代言的行为是否应纳入商行为范畴?实践中,需要特别考虑的类似问题还有很多。

为解决上述问题,显然需要超越传统商法典关于商行为界定的束缚,对我国商行为的法律界定作必要创新。笔者认为,营利法人(企业)所实施的行为(除公益行为外)固然应界定为商行为,一般民事主体实施的以营利为主要目的的行为也应界定为商行为。易言之,不仅应强调商行为的营利性目的,而且应强调商行为必须“以营利为主要目的”。依此,上述问题均可作出明确判断。<sup>①</sup>例如,在界定个人买卖房地产行为是否为商行为方面,明显以个人或家庭居住为目的而实施的购房行为固然不宜被界定为商行为,为合理改善住房水准而实施的买卖房地产行为也不宜界定为商行为,但明显超越生活需要而实施的房地产买卖行为,即使是偶尔实施也应因其明显的投资属性而界定为商行为。又如,尽管股票、期货交易投资行为已演变为大众投资行为,其准入门槛及专业要求都日益降低,并且在金融领域消费者特别保护的世界潮流下似乎更应突出其金融消费属性,但毋庸置疑的是证券、期货投资行为具有明显的营利性且需要遵循不同于一般民事关系的交易规则,因而应将其界定为商行为。当然,这一确定性并不妨碍基于金融领域消费者保护理念对证券、期货投资者进行特别保护。再如,对于购买某些具有投资功能的保险产品和银行理财产品的行为,原则上不应将其界定为商行为,但是,若该产品具有明显的投资品属性,其主要功能并非提供一般意义上的保险保障及银行存款服务,则应将其界定为商行为。另如,自然人为企业或产品代言的行为,除非确定地不具有营利性目的,均应推定为以营利为主要目的,从而应界定为商行为。

通过以上分析可知,商行为法律界定的核心要素应为“以营利为主要目的”,以便适应现代商事交易日益泛化的时代背景。在具体概念的确定方面,笔者认为,与放弃传统商法中的商人概念相适应,不妨放弃与商人概念相对应的商行为概念。那么,如何选择替代概念是个问题。鉴于笔者提出可立足于我国现有立法资源将“经营者”作为我国商法中商人概念的替代性概念,故应考虑立法上相对应的概念能否成为我国商法中商行为的替代概念。就此而言,尽管我国《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《价格法》《产品质量法》《反垄断法》《食品安全法》《侵权责任法》等法律已明确采用了经营者概念,且《反不正当竞争法》《价格法》《反垄断法》等部分法律还对经营者概念作了明确界定,但或未确定经营者对应行为的概念,或虽确立特定概念(如经营活

<sup>①</sup> 参见王建文《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。



动、经营行为) 却未作明确界定。因此,我国现有立法资源无法为商行为的概念选择提供有力支持。笔者认为,鉴于商行为乃法律行为的下位概念,故不宜将“经营活动”确立为我国商法中商行为的替代概念,而应引入“经营行为”概念。笔者认为,可将经营行为作如下界定:经营行为是指以营利为主要目的而实施的行为;企业所实施的行为视为经营行为,但明显不以营利为目的的除外。但鉴于商行为乃境外立法及学理中的通用概念,且我国商法学界已广泛使用,为行文方便,本文仍在特定语境中将其作为通用概念使用。

至于对“以营利为主要目的”的解释,如果不由立法予以明确界定,实践中势必会存在判断标准模糊不清的问题。然而,由于这一问题实际上无需也无法通过立法明确界定,因此由司法机关、仲裁机构及行政机关根据具体情形自由裁量即可。就具体形式而言,鉴于提高法律适用的统一性之考虑,建议通过司法解释、指导性案例、司法机关及行政机关的法律条文释义等方式提供法律适用指引。

## 五、结语:我国《民法典》中经营行为的立法构想

在我国《民法典》立法中,若拟就总纲性商法规范作专门规定,则建议对经营行为作明确而简单的规定。易言之,我国《民法典》不必对种类繁多的经营行为作具体规定,只需就不同类型的法律主体所能实施的经营行为范围分别作出相应的明确规定,从而明确经营行为的实施主体类型及其所能从事经营行为的具体范围,解决经营行为的法律适用问题。对于那些在体系上应纳入经营行为范畴,但在立法上则又应当单独立法的经营行为,如银行行为、票据行为、证券投资行为、期货交易行为、信托行为等,则只需在商法中就其法律属性与商法上的特殊法律适用予以规定即可。

在经营者与经营行为之间的关系方面,可作如下构想:因经营行为而发生的法律关系均受商法调整,经营行为的实施者即为经营者;企业作为从事营业性经营活动的特殊经营者,其所实施的行为一般可推定为经营行为,但明显不以营利为目的的行为除外。基于此,可对我国《民法典》中经营行为的一般规定作如下构想:

第 X 条 因经营行为而产生的商事关系 适用本法(章) 规定。

本法所称经营行为,是指以营利为主要目的的行为。

本法所称经营者,是指经营行为的实施人。

依法设立的企业是法定经营者,其所实施的行为可推定为经营行为,但明显不以营利为目的的除外。

当然,我国《民法典》即使对经营行为作了上述规定,也仅能起到形式商法缺失背景下的应急立法作用。若要彻底解决我国总纲性商法规范的立法需要,仍应制定形式商法才能有效解决。至于该形式商法是《商法典》还是《商法通则》,笔者认为应对具体立法形式作深入、系统的研究,在法学界尤其是商法学界形成基本共识后再作抉择。目前商法学界亟待解决的问题是,立足于我国市场经济实践及商事司法实践,系统论证总纲性商法规范单独立法或特别立法的必要性,确定关键性条款,并在条件成熟时提出体系化的商法规范立法建议稿,从而为我国总纲性商法规范及形式商法的立法奠定坚实的理论基础。

(责任编辑 周亦杨)

and social properties under the regulation of civil law. Legal person system should be reconstructed ,to get the civil rights and obligations of all social organizations under the regulation of civil law. The independence of commercial law should be fully respected ,so that people are endowed with a wider range of rights in doing commercial business ,and go creative in social and economic affairs. People in the commercial community will have more clearly-defined obligations and responsibilities ,so that innovation and profit-making will be made reasonable and under the rule of law.

### **On Legislative Positioning of Commercial Behaviors under the Background of Civil Code Legislation in China**

WANG Jian-wen

In legislation of general rules of commercial law within the framework of a civil code ,there are problems to solve ,among which is the legislative positioning of commercial behaviors. Though taking legal acts as an institutional basis ,commercial behaviors have their own peculiarities ,which may not be specifically defined in the general legal system ,thus the necessity to set up the institution of commercial behaviors ,with which commercial legal relations may be regulated properly. Through an examination of the way to define commercial behaviors by scholars in China ,what can be certain is that ,in the making of a Chinese civil code ,it is necessary to learn from foreign experience and to clearly conceptualize commercial behaviors and their way of being defined ,relating to Chinese legal system and the practice of market economy. Now that an “operator” is an alternative concept of a merchant in the commercial law , “management behavior” may be considered as an alternative concept of a commercial behavior in the commercial law.

### **The Technique of Abstracting in the Making of a Civil Code: Its Logic and Approaches**

ZHU Yun-yang

The technique of abstracting called *Ausklammerung* in Pandekten mode of legislation is often used in the making of a civil code ,throughout its general provisions and the specific provisions. The basic logic of this technique is establishing the typical ,and abstracting the general concepts from the typical contractual relationship. And then ,with the concepts gradually superimposed ,a civil code is formulated with logical ,systematic and concise civil law rules. Different general provisions of a civil code are thus decided by different approaches of abstraction ,which have a substantial impact on the structure of a civil code. The concept of legal act is not only the product of the abstraction technique ,but also the essential content of a civil code ,meaning that it is both of technical value in the establishment of civil law rules ,and of practical value in the construction of a legal system. Following the tradition and using the abstraction technique will be helpful in the realization of the original intention of the codification of a civil code with the spirit of self rule of private law.