

我们需要商法典吗？

Is a Commercial Code Necessary?

[德] 彼得·A·温德尔 著

Peter A. Windel

黄松茂 译

HUANG Song-mao

【摘要】 中国民法典之制定正在紧锣密鼓地进行中，体系上与德国民法典有诸多雷同之处。但德国民法采取民商分立原则，在民法典之外尚有商法典，后者尚且早于前者问世。此一现象，固有其历史背景，然时至今日，民商分立之传统是否仍值得效法，值得探究。德国商法典的两大规范对象为商事活动主体（商人及商事组织）及商事行为。商事组织方面，由于大量有关公司形态之特别法的颁布，商法典的重要性已经大为降低。至于商事行为方面，其多属债法之特别法，部分规定与民法重叠，部分规定甚至与民法相抵触。商事行为中关于行纪、运送、承揽运送及寄托之规定，并非不能仿效瑞士直接规定在民法之中。2002 年德国债法现代化后，商法典部分规定也随之调整。作者认为，商法规定逐渐融合于民法之中，将是大势所趋。

【关键词】 商法典 民法典 商事行为 商事活动主体 商事买卖 求偿权

【中图分类号】 DF59 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 06-0075-09

Abstract: The codification work of the China Civil Code is in full swing. The system of China Civil Code is similar to the German Civil Code in many ways, except the German Civil Code and the German Commercial Code are two separate systems, and the latter is earlier promulgated. The segregation of civil and commercial codes is due to specific historical background, which is nowadays however worth more investigation to determine whether or not to keep the tradition. The two regulatory objects in the German Commercial Codes are commercial subject, including businessman and business organization, and commercial conduct. Due to the promulgation of plenty of special laws regarding the commercial organization, the German Commercial Code on commercial organization has less importance than it used to be. Since the German Commercial Code is the special law to the German Civil Code, some commercial conduct regulations in the German Commercial Code overlap with such regulations in the German Civil Code and some are even against it. Learning from Swiss, commercial conducts, such as commission agency, carriage, forwarding agency and deposit, can be regulated in the Civil Code. Upon the modernization of the German Obligation Law, German Commercial Law has partially amended accordingly. The author of this article believes German commercial regulations being integrated into German Civil Code is the future trend.

Key words: Commercial code Civil code Commercial act Company Commercial sale Recourse

[收稿日期] 2017-09-17

[作者简介] 彼得·A·温德尔，德国鲁尔波鸿大学法律系教授。

黄松茂，男，1959 年 6 月生，德国鲁尔波鸿大学暨台湾大学联合培养博士候选人，研究方向为民法及民事程序法。

民事法作为一般私法，与特殊私法——特别是商法、消费者法及劳动法——间之关系，乃私法最重要之结构问题之一。本文之重点在于探讨民事法与商法间之关系，〔1〕分为四大部分：首先回顾商法典与民法典在外在体系上之关系。其次探讨，商法典与民法典如何在内在体系上相互协调。在约略对第四编之商事行为进行介绍后，尝试提出结论。

一、外在体系：《德国商法典》与《德国民法典》

（一）历史脉络之观察

基于历史因素，德国至1873年12月20日以前欠缺制订民事法之统一立法权限。因而法律状态陷于破碎、歧异，有害于德国之经济发展。但于1861年诞生之《德意志一般商法典》[das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)]，先被视为模范法而通行于德意志各邦，再于1871年德意志第二帝国建立后成为帝国法律。因此，在德意志境内原先仅有统一之商法，而无统一之民法。至1900年1月1日《德国民法典》正式生效为止，《德意志一般商法典》已有近40年之历史。为建立《德国民法典》，《德意志一般商法典》改称为《商法典》，并在内容上配合《德国民法典》之规定。尽管如此，德国之法律发展与法国大相径庭〔2〕：法国先于1804年通过《法国民法典》(Code Civil)，方于1807年通过自始即与《法国民法典》协调之《法国商法典》(Code de Commerce)。反之在德国，《商法典》与《民法典》之协调则显得犹豫不决，其原因或许在于对《德意志商法典》此一划时代性法律之尊重。盖《德意志商法典》与公法性质之营业相关法律(Gewerbeordnung, GewO)，〔3〕对于德国19世纪末经济起飞，具有法律基础设施建设上之意义。我们将会紧接着看到，此一历史背景将造成民法与商法间之界分问题，甚至是重复规定之问题。

（二）《德国商法典》之内容

现行《德国商法典》分为五编：第一编——商事活动之主体；第二编——商事组织与隐名合伙；第三编——商业账册；第四编——商事行为及第五编——海事活动。

传统上，海商法扮演特殊之角色。在此仅需特别指出，现代空运之重要性与海运不相上下。在此值得特别指出：未来在立法上我们应该有海商暨航空法，而非仅有海商法。

第四编关于商事行为之规定将分别论述之，〔4〕因此本文关于第一编至第三编之规定，仅做简要之介绍。

1. 第一编：商事活动主体

商事活动主体向来属于德国商事法之基本概念：商事法乃商人(Kaufleute)之特殊

〔1〕 但本文并不会完全忽视消费者保护法及劳动法，参见下述一（二）1. 以及二部分内容。

〔2〕 但“仅有统一之商法典而无统一之民法典”的规范状态，早年亦曾存在于法国，亦即自国王路易十四及其大臣 Colbert 于1673年颁布之《商法典》(Ordonnance de Commerce)至1804年《民法典》期间。

〔3〕 1869年首先仿造各邦、特别是普鲁士邦之规定，适用于北德意志邦联(Norddeutschen Bund)，1883年后对德意志帝国全境生效。

〔4〕 参阅下述二及三部分内容。

私法。在这一点上，德国法恰与法国法截然对立：法国商事法之适用取决于商事行为 (*acte de commerce*)，亦即法律行为之内容，而非活动主体。

德国商法之适用取决于活动主体，除有社会政策上是否合理及经济政策上是否跟得上时代^{〔5〕}之问题外，也引发“业外交易行为” (*branchenfremdes Geschäft*) 之问题。依《德国商法典》第343条第1项规定，所谓商事行为，指商人为经营其企业所为之任何法律行为。由此得出，一名独资商号之商人 (*Einzelhändler*) 与一名在商店中从事修理之工人所缔结之契约，亦属商事行为。如此不仅导致实体法上之问题，^{〔6〕}同时也发生法院管辖权问题。^{〔7〕}

若暂且搁置上述问题，自1998年商事法改革以来，关于“商人”主体之认定，订于《德国商法典》第1条至第7条之宽松而简短的规定中。紧接在后者则为第8条至第16条关于商业登记及企业登记之规定，以及第17条至第37a条^{〔8〕}关于商业组织 (*Handelsfirma*) 之规定，该类规定亦部分适用于合伙。结构上亦得将此类问题纳入广义之公司法中加以规范，亦即将个别商人视为企业。以下论述对此将以一般企业法 (*Allgemeines Unternehmensträgerrecht*) 名之。^{〔9〕}

第48条至第58条关于商事代理权 (*Prokura*) 与商事行为代理 (*Handlungsvollmacht*) 之规定原亦可视为一般企业法之一部分。尤有甚者，此类关于代理权之特殊规定或可划归民法关于代理之规定。

第59条至第83条关于商业助手 (*Handlungsgehilfen*) 及商业学徒 (*Handlungslehrlinge*) 之规定，仅系表面上与商法有关。此类规定之所以至今仍置于《德国商法典》中，理由仅在于，至今在德国仍无一部劳动法典。关于商事代理及商事居间之规定，仅与商品销售有关；由于欠缺关于经销契约 (*Vertragshändlervertrag*) 及授权经营 (*Franchising*) 之规范，因此其规定并不完整，有时亦欠缺体系，盖行纪行为 (*Kommissionsgeschäft*) 竟规定在第四编 (第383条至第406条) 中。

2. 第二编：商事组织与隐名合伙

《德意志商法典》问世时，其第二编包括整个公司法，因为除了无限责任公司 (OGH)、两合公司 (KG) 及隐名合伙外，尚包含股份有限公司 (AG)。但1889年便增加了《合作社法》 (*Genossenschaftsgesetz*)，1892年又增加了《有限责任公司法》 (*das Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbHG*)。《德国民法典》规范^{〔10〕}民法之合伙 (第705条至740条)，1937年更从《德国商法典》划出《德国股份法》 (*Aktiengesetz, AktG*)。嗣后尚有1985年之欧盟经济性利益组织 (*Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, EWIV*)，以及1995年之有限职业责任合伙 (*Partnerschaftsgesellschaft*) 作为自由业者之公司形态。

整体而言，由于其他公司形态已透过特别法加以法典化，《德国商法典》已经不再

〔5〕 对此参阅下述二部分内容。

〔6〕 例如BGH NJW 2011, 3445判决：有限责任公司之业外交易行为是否属于消费契约？

〔7〕 对此参阅下述四部分内容。

〔8〕 极有问题者乃《德国商法典》第25条至第28条关于权利受让及加入商业营运 (*Eintritt in ein Handelsgewerb*) 之规定，盖其与企业重组法 (*Umwandlungsrecht*) 及继承法之规定不太一致。

〔9〕 对此参阅下述一 (二) 2. 及二部分内容。

〔10〕 仿效直至1900年以前适用于各邦或各城市之民事法。

合乎制订一般商法典时所强调之要求，亦即对所有与经济相关之公司形态加以规范。据此，为何《德国商法典》这样一部整体性之法典仍有存在之必要，唯一的考虑是将独资企业（das einzelkaufmännische Unternehmen）纳入规范。但这不是回归古典之商法，毋宁是回归包含所有法律形式之企业法（Unternehmensträgerrecht）。

3. 第三编：商业账册

第三编“商业账册”（第238条至第342e条）所规范者为企业资产及负债之记载。在此，现代企业法之理念早已获得完整之实现：除一般规定（第238条至第342条）外，尚有关于特殊企业形式之规定（第264条至第289a条，第316条至第339条）、关于关系企业（Konzern）之规定（第290条至第315a条）以及关于分支机构（Geschäftszweige）之规定（第340条至第340y条）。由《德国商法典》第二编之法条编排即可看出现代企业法之外观，换句话说，若将第二编第一章至第三章（或许也包括第五章）之重要规定与第三编合并观察，可得出企业法（Unternehmensträgerrecht）之“总则”，其“分则”则在于“公司法”（Gesellschaftsrecht）——或更妥当地说“社团法”（Verbandsrecht）。

（三）小结

综上所述，现行之《德国商法典》已无法再视为一部整体性之法典。据此已可合理怀疑，《德国商法典》第四编关于商事行为（第343条至第475h条）之规定，是否仍具有在民法以外另设独立规定之价值。

二、内在体系：一般财产法与商事法间之割裂

20世纪的最后20年间，在德国被热烈讨论的是：实体商法是否应转变为企业法——或更具意义地说——企业间活动之法，或者此种转变早已发生。^{〔11〕}1998年之商法改革虽修正商人概念，^{〔12〕}对于上述问题却未置一词。^{〔13〕}即便因2001/2002年之债法修正，导致财产法领域大幅翻修，商法乃至其他特殊私法^{〔14〕}都遭遇到冷淡的对待。^{〔15〕}

商法典为了与民法典协调所作之修正，部分属于编辑性质，部分则涉及内容上之修正，虽都是适当的，^{〔16〕}但商法与一般债法间之关系如何此一体系问题，却从未被触及。核心问题是，消费者与企业经营者这种依个案状况及角色所为之区分，究竟容留给第四编关于商事行为之规定（第343条以下）多少适用空间。^{〔17〕}《德国商法典》第345条此一“商事法上之异类”，^{〔18〕}竟仍然存在。依该规定，在所谓单方之商事行为（einseitige Handelsgeschäfte，按：仅当事人之一方具商人身份），关于商事行为之规定，除另有特别规定外，于双方当事人均有适用。亦如，纵或仅当事人之一方为商人，则商

〔11〕 就此参阅 K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Auflage 2014, § 2 III (S. 55 ff.) 及 Canaris, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, § 1 III (S. 8 ff.) 间对立之见解。

〔12〕 对此修正之评论，参阅 Lieb, NJW 1999, S. 35 f. 以及上述一. (二) 1. 部分内容。

〔13〕 K. Schmidt, NJW 1998, S. 2161 ff.

〔14〕 就此详参 Windel, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 207 f.

〔15〕 Steck, NJW 2002, S. 3201 ff.

〔16〕 参阅 Steck, NJW 2002, S. 3201 ff., 但第 3203 页处亦指出其缺陷。

〔17〕 就此参阅 K. Schmidt, BB 2005, S. 837 ff. 以及 Weyer, WM 2005, S. 490 ff.

〔18〕 如同 K. Schmidt, BB 2005, S. 837, 841 所持见解。

事法较严苛之规定亦适用于他方当事人。此点与修正后民法关于消费者之概念恰恰相反，^{〔19〕}因此《德国商法典》第345条规定目前在实务上已无适用余地。盖较晚制订之消费者法属于后法，优先于《德国商法典》第345条之规定。自立法政策之角度，该规定应予删除。

上述德国2001/2002年债法修正并未加以正视之商事法特殊规定之存废问题，或许仅仅被推迟，而未被尝试解决。当前之体系扞格急需观念上之更新，^{〔20〕}此更新在债法修正当时无疑会使立法者负担过重，因而无法付诸实行。我可以想象，未来可能朝向将商事行为之规定纳入民法之方向发展。^{〔21〕}

三．第四编之个别问题——商事行为

（一）一般规定：《德国商法典》第343—372条

商法典第四编之一般规定部分涉及商事法关于法律行为之特殊规定，部分涉及商事法关于一般债法之特殊规定，部分涉及商事法关于物权法及有价证券法之特殊规定。

1. 商事法作为特殊之法律行为论

商事法关于法律行为之特殊规定有两类：关于解释（Auslegung，《德国商法典》第346条、第358条、第359条及第361条）及关于法律行为及默示行为（das schlüssige Verhalten）作为法律行为乃至契约缔结之诠释（第354条、第362条）。由于接受一项默示之意思表示最终仍属解释之结果，故上述两种问题彼此相关。

关于上述规定，就德国而言产生一项问题：此类规定在未来是否应整合入民法典之法律行为论（Rechtsgeschäftslehre）之中。就中国而言，此一问题并无实益，盖《民法总则》刚制订通过。于是我将探讨，类似上述《德国商法典》之特殊规定，于中国《民法总则》第142条及第140条第2项规定之外是否有存在必要。

《德国商法典》之重要解释规定为第346条，依该规定解释应遵循商业惯习（Handelsbräuche）。此等商业惯习可轻易理解为习惯（Gewohnheiten），亦即商业交易中之习惯。据此，《德国商法典》第346条之规范领域与中国《民法总则》第142条规定重叠。关于法律行为及给付期限（第358条及第359条）、规格、重量、货币种类、时间计算及距离（第361条）之解释规则，亦有相同之结论。《德国商法典》第361条之规定在中国并无实务上之意义，盖上述事项在中国《民法总则》已有统一之规定，因而在此范围内并无解释之需求。

《德国商法典》第354条及第362条规定法定沉默，依中国《民法总则》第140条第2项第1例，法定沉默视为意思表示。第362条涉及常见情形，亦即商人原对于一项要约，若不愿缔约，原则上应毫无迟延地加以拒绝；其沉默视为承诺。^{〔22〕}第354条在实务上则为上述情形之反馈，亦即只要商人依约定或法定方式从事商业活动，纵无明示，亦得请求佣金、仓储费用及利息。

〔19〕 详参 K. Schmidt, aaO.

〔20〕 值得参考之尝试性研究，详参 Weyer, WM 2005, S. 490, 495 ff.

〔21〕 Windel, ZJapanR, Sonderheft 7 (2013), S. 203, 208.

〔22〕 依《德国商法典》第362条，契约成立，因而产生履行利益之请求权，然而依民法第663条，仅发生消极利益之请求权，倘若未及时为拒绝接受委任之通知时。

中国法并不需要制订类似于《德国商法典》第362条之规定。自中国《民法总则》第140条第2项第3例亦可得出相同之结果，盖依该规定可依据习惯来做解释。中国《民法总则》第140条第2项第3例亦可取代《德国商法典》第354条之规定。除此之外，亦可在个别债权契约类型设计特殊规定。此点与《德国民法典》第612条、第632条及第689条规定相一致，此类规定均涉及默示之约定报酬。但第一种解决方式因较为简易，较为可采。

2. 商事法作为特殊之债法

在数据上，《德国商法典》第343条至第372条之规定中，绝大多数涉及商法关于债法之特殊规定。由于中国债法尚未修正，在此仅探讨，中国民法是否需要类似《德国商法典》第343条至第372条之规定，若然，此类规定应置于何处。我再次重复在不同讨论场合多次提出之建议：一定要制订债法总论（ein Allgemeiner Teil des Schuldrechts (Obligationenrechts)），而非仅仅制订契约法总论（Allgemeines Vertragsrecht）。盖有许多重要之债法问题，同时涉及契约之债及法定之债。

《德国商法典》第343条至第372条可分为三类；第一类规定已过时，中国法不应采用；第二类规定属于债法总则，第三类规定应与债法各论中之个别契约类型一起讨论。

首先，不值得设置规定者，是《德国商法典》第347条、第352条及第360条。第347条关于殷实商人注意义务之规定，在《德国民法典》第276条之下已无独立之存在价值，盖依《德国民法典》第276条规定，注意义务之标准完全按照从事交易者所属之群体（Verkehrskreisen）决定之。第352条关于法定利率之规定，体系上与民法亦有扞格，盖现在《德国民法典》第247条、第288条第1项已就基础利率加以规范，并在此基础上依是否涉及消费者而做不同的处理（第288条第2项）。不同于《德国民法典》第243条第1项规定中等质量之货物，《德国商法典》第360条规定商品应具备之质量标准，在实务上并无多大之意义。有鉴于对供货商之求偿权（Lieferantenregress），上述《德国民法典》与《德国商法典》之差异规定是否适宜，颇有疑问：商人应对消费者负责，然而商人对于其供货商却不得求偿，这是正确的吗？

立法政策上颇有争议者为《德国商法典》第354a条之规定，^[23]此为《德国民法典》第399条第2例之特殊规定。此项特殊规定之目的在于，透过让与担保之方式，使从交易双方之间的商事行为所产生的债权作为信用担保之基础。是否应维持或创设此一规定，取决于对于以债权让与方式（多半采隐名方式[„still“]，[译按：指债权之转让不通知债务人]），而非公开作为信用担保之重视程度。我个人意见是，第354条a之规定应该删除。

其次，交互计算（Kontokorrent，《德国商法典》第355—357条）此一重要法律制度以及商人的同时履约抗辩权（kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht《德国商法典》第369—372条），属于债法总论之范畴。^[24]交互计算乃特殊之抵销关系，因此应划入民法之抵销制度（《德国民法典》第387—396条）；商人的同时履约抗辩权则在《德国民法典》第273条、第274条有相应之规定。《德国商法典》关于违约金及迟延利息之特

[23] 学说上之探讨，请参阅 Münchener Kommentar—HGB/K. Schmidt, Bd. V, 3. Auflage (2013), § 354a Rn. 1~4, 作者 K. Schmidt 对此规定采正面态度。

[24] 关于《德国商法典》第421条及第392条、第457条，参见下述三（二）3. 部分内容。

殊规定（第348条及第353条），亦可整合进《德国民法典》之中，亦即一方面将商事之违约金置于《德国民法典》第343条，一方面将商事之迟延利息置于第288条及第291条。

最后，《德国商法典》第349条乃关于保证之特殊规定，同法第350条乃关于保证、债务约束（Schuldversprechen）、债务承认（Schuldanerkenntnis）之规定，二者均可轻易地置于《德国民法典》之基本规定中（第765条至第778条，第780条至第782条）。

3. 商事法作为物权法及有价证券法

《德国商法典》第366条及第367条乃商事行为一般规定中关于物权的核心规定，其为善意受让之特别规定。第367条直接涉及《德国民法典》第935条第2项第2例。更根本性之问题在于善意受让之对象为何：亦即系《德国民法典》第932条至第934条之所有权，抑或《德国商法典》第366条之处分权（Verfügungsbefugnis）。

上述问题，无法在不顾经济上及法律上关于商品销售及其融资之整体架构的情况下加以回答：对于所有权之善意信赖，只有当一般而言货物均属于出卖人所有时，作为原则才是适当的。相反地，若货物销售在一般情况均以授信方式为之，因而货物或金钱之授予信用者保留货物所有权（Vorbehaltseigentum）或以让与担保方式保有所有权，则对于处分权之善意信赖应被采纳为法律原则。盖在如此组织之经济形态，对客户所做之权利让与，通常系以出卖人之处分权（《德国民法典》第185条第1项）为基础，而非以所有权为基础。

相较于现在的德国法，此一体系转换（Systemwechsel）会使原则例外关系适应于现实情况，但最终并不会带来实质内容上之改变。因为一方面，对于所有权之善意信赖终究只是对于处分权之善意信赖的一种下位类型，另一方面，对于处分权之善意信赖当然也不是绝对受保护。毋宁，为决定《德国民法典》第932条第2项之具体之注意要求，有赖于——在出发点上以当前之模式为指针之——案例类型之形成。相对于商事交易，在一般民事交易并不会想当然地认为系就他人之物为处分。但上述案例类型必须透过判决或解释指令（Auslegungsdirektiven）加以明确化。

无法在此深谈的是，《德国商法典》第368条应属于《德国民法典》第1204条以下所规定之质权。《德国商法典》第363条至第365条包含有价证券法，而有价证券法在德国的规定非常零散，亦即部分规定在《德国民法典》（第793条至第808条），部分规定在特别法，例如汇票法或支票法。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。

（二）个别商事行为

关于《德国商法典》第373条至第475h条所规定之个别商事行为，应区分为三个问题：（1）在商事买卖（《德国商法典》第373条至第381条）涉及如何将其规定整合入《德国民法典》之买卖法（第433条至第479条）；（2）其余的商事行为，则涉及是否应该将其视为独立之契约类型而导入《德国民法典》之中；（3）特殊商事代理权一方面在《德国商法典》第421条，另一方面在第392条及第457条包含两项法律制度，其得一般化地规范在债编总则之中。

1. 商事买卖

关于商事交易之章节，并非完整之规定，甚至也不是有意义的部分规定。毋宁其只是债编总则之特殊规定（例如《德国商法典》第373条、第374条之于《德国民法典》

第293条,《德国商法典》第376条之于《德国民法典》第323条第2项第2款)以及《德国民法典》第433条以下之买卖法的特殊规定。

此清楚地展现在2001/2002年债法现代化关于对供货商之求偿权(Lieferantenregress)之问题上。当时原本就此在《德国商法典》中规定了检查及通知瑕疵之义务(《德国商法典》修正草案第378条),此草案规定嗣后被删除,因而导致人们尝试透过《德国商法典》第377条之一般规定来弥补。^[25]关于求偿权,立法者未在《德国商法典》中设置特殊规则,反倒是依附于消费性商品买卖,在《德国民法典》中制订相关规定(《德国民法典》第478条、第479条)^[26],而此规定采取一个完全陌生的模式,亦即以企业经营者(Unternehmer,如制造商、批发商或进口商)一小型契约(如零售商)一消费者为其内涵之模式,^[27]而属于保护中间商(Zwischenhändler)之强制规定。此无法契合于现实之交易情况,而仅设想到在巨型零售链上的中型销售者。

总而言之,将《德国商法典》第373条至第381条之规定整合入《德国民法典》中,殆有必要。

2. 行纪、运送、承揽运送及寄托

《德国商法典》第373条至第475h条所规定之特殊商事行为,在《德国民法典》中找不到直接对应之规定。在此涉及对于任何交易态样均应特别加以响应之问题,亦即是否有必要设置专门之法律规定,或谓是否能够对商事交易中之典型契约加以规范。若同意应加规范,那么便应该回答应采取何种方式加以规范之问题。在这里我无法深入回答,而只能粗略地提示,并参照我先前关于德国民法中债权契约类型学之一般性论述:^[28]为了能够将特殊商事交易有意义地纳入债编各论的一系列类型中,人们应该要注意到,运送契约就其核心乃承揽契约(《德国民法典》第631条以下)之特殊形式,而仓库契约乃保管契约(《德国民法典》第688条以下)之特殊形式,行纪契约及承揽运送则均属事务处理契约(《德国民法典》第675条以下)。

3. 个别规定之一般化?

关于附保护第三人作用之契约(Schuldverhältnisses mit Schutzwirkung zugunsten Dritter)、第三人损害之赔偿(Drittschadensliquidation),及两种法律制度间之关系,^[29]乃至于在当事人适格方面是否容许以自己名义就他人之请求权提起诉讼,《德国民法典》都欠缺明文。^[30]《德国商法典》第421条第1项第2句则就运送契约设有特殊规定,然并不十分明确。^[31]因此这个问题适合在债法总则之脉络下加以探讨。

[25] Steck, NJW 2002, S 3201, 3202 f.

[26] 支持此一做法者: Münchener Kommentar-BGB/S. Lorenz, Bd III, 7. Aufl. (2016), § 478 Rn 2.

[27] 适切之批判: Münchener Kommentar-BGB/S. Lorenz, Bd III, 7. Aufl. (2016), § 478 Rn 1a, 1b, 7.

[28] Windel, Festschrift Eberhard Schilken (2015), S 153~165.

[29] 关于此,参阅 Münchener Kommentar-BGB/Gottwald, aaO, Rn 191.

[30] 《德国民法典》第311条第3项第1句是否足以作为附保护第三人作用之契约的法律明文基础,否定之见解请参阅 Münchener Kommentar-BGB/Gottwald, Band II, 7. Auflage (2016), § 328 Rn 169.

[31] 关于此规定究属利益第三人契约或第三人损害之赔偿的学说争论,参见 Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 37. Auflage (2016), § 421 Rn 1~3.

《德国商法典》第392条第2项及第457条第2句规定了债权在责任法上之特别分配 (Sonderzuweisung): 在行纪人或承揽运送人身上所发生之债权, 属于委托人或托运人之财产, 据此行纪人之债权人或承揽运送人之债权人不得在个别强制执行程序或破产程序中对上述债权为执行, 相反地委托人或托运人之债权人则可以。在此个别规定之背后所蕴含的问题是间接代理之财产责任以及为他人之计算而为交易。再次值得思考者为, 设置一项一般性之法律规定是否更为妥当。

四、结论

综上所述, 一部德国模式之商法典, 并无存在之必要, 真正有需要的是一部完整的《德国民法典》或者如《瑞士民法典》, 但现行《德国商法典》之规范仍有助于《德国民法典》之完善。

长远来看, 实质意义上之商事法——或现代的说法, B2B 法律行为——纵然在欠缺商法典的情况下仍然可以存在。若能够清楚地区隔商事交易与业外交易 (branchenfremde Geschäften), 那么商事法院或者至少商事专庭^[32]此一欧式典范仍可获得维持。以瑞士为例, 其并无独立之商法典, 但另立商事法院, 足以佐证上述看法。

参考文献

- [1] Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Kommentar zum HGB, 37. Auflage, München 2016.
- [2] Canaris, Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006.
- [3] Lieb, Manfred, Probleme des neuen Kaufmannsbegriffs, NJW 1999, S. 35-36.
- [4] Münchener Kommentar zum BGB, Bde. 2 und 3, 7. Aufl., München 2016.
- [5] Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 5, 3. Aufl., München 2013.
- [6] Schmidt, Karsten, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, S. 2161-2169.
- [7] Steck, Dieter, Das HGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, S. 3201-3204.
- [8] Schmidt, Karsten, „Unternehmer“—„Kaufmann“—„Verbraucher“, BB 2005, S. 837-842.
- [9] Schmidt, Karsten, Handelsrecht, 6. Auflage, Köln 2014.
- [10] Weyer, Hartmut, Handelsgeschäfte (§§ 343 ff. HGB) und Unternehmensgeschäfte (§ 14 BGB), WM 2005, S. 490-502.
- [11] Windel, Peter A., Die Modernisierung des deutschen Schuldrechts-äußeres und inneres System, in: Baum/Baelz/Riesenhuber (Hrsg.), Rechtstransfer in Japan und Deutschland, ZJapanR, Sonderheft 7, 2013, S. 203-232.
- [12] Windel, Peter A., Die Typologie der Schuldverträge, in: Gaul/Becker-Eberhard/Meller-Hannich/Härtlein (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schilken, München 2015, S. 153-165.

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

[32] 此一特殊审判权之所以值得赞同, 在于其可有效减少商人走向私人仲裁庭之诱因。