

清华大学商法研究中心·编

王保树·主编

2009年 第2卷

总第17卷

Commercial Law

商事法 Review 论集

Volume. 17

2009

2

· 商法基础理论 ·

法律行为、民事行为及商行为比较研究 喻胜云

论商法中的人合性 刘凯湘 张海峽

民商法精神文化散论五则 李功国 韩雪梅 吴梦寒

论商法一般法的构成 刘文科

· 商法专题研究 ·

资产证券化特殊目的机构

论公司章程绝对必要记载事项对公司人格的影响 孙英

从美国法看资产收购中少数股东的股份回购请求权 范慈容

从金融的发展看现代商事交易的特征 孙勇

外观主义制度与禁反言制度在商法中的适用 郑青

科斯定理与商事外观主义 樊健

企业维持精神及其运用 邱秀倩

信义义务下控制股东的清算责任 萧秉国

· 国外商法 ·

日本投资信托与投资法人法 庄玉友 译

· 国外判例 ·

德国联邦最高法院判例译评 王东光



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2009年 第2卷

总第17卷

Commercial Law

商事法

Review
论集

Volume. 17

2009

2



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To Law

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第17卷 / 王保树主编. —北京: 法律出版社, 2010. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0967 - 4

I. ①商… II. ①王… III. ①商法—世界—文集
IV. ①D912. 290. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 130959 号

商事法论集 第17卷

王保树 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 1092 毫米 1/16

版本 2010 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18 字数 377 千

印次 2010 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0967 - 4

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

从商法研究的角度,既要关注商事立法,也要关注商事司法;既要关注国内法的发展,也要关注国外法的发展;既要关注商事实践,也要关注商法理论的发展。但在不同时期,其关注的侧重点应该有所不同,这是商法理论与商法实践互动中不可避免的问题。

就总体趋势而言,当商法从无到有或商法需要完善之时,商法学研究关注的是立法问题,包括制度设计、制度建设和借鉴国外制度经验等。这时,比较多的是运用立法论。为了商事法律的制定和进一步完善,常常需要人们对已有法律规范的批评,甚至需要揭露原有法律规定的缺陷,或者探讨如何以新的制度规则解决商事活动中已经出现的问题。

在商事法律制度建立起来之后,人们的关注点应该有所变化,主要是如何使商事法律有效地实施,如何使抽象的商事法律条文成为人们的行为规则和裁判规则,如何运用其调整纷繁多变的商事关系。面对这种变化,商法学研究的侧重点应是商法的适用,并应更多地重视法解释论,以及法律经济分析等的运用,如果能将一个个具体的商事法律问题解决了,商法理论的研究也就不难提高到一个新的水准。相反,在重要的商事法律都制定出来之后,我们的主要注意力仍然停留在对法律进行批评上,甚至停留在对已有制度规则的大批判上,对现行法律的实现没有兴趣,商事法律将变得难以适用。显然,这不是我们研究商法的目的。

商法的适用必须成为目前商法学研究的侧重点。虽然,现行的商事法律并非尽善尽美,改革与现代化的路程还很长,但是,这不能成为忽视研究商法适用的理由。面对商事法律条文从纸面跃入实践的现实,借鉴国外经验仍然是必要的,但必须强调立足中国实践,回答中国问题,解决中国问题。因为,商法适用的问题发生在中国,更具有中国经济背景与文化背景,很难有国外解决中国问题的现成答案摆在我们面前。

如何立足中国,解决中国自己的问题?核心的问题是运用中国法律解决中国商事实践中发生的问题。商法学研究应该关注中国商事法律的规范内涵、立法精神,特别是商事法律规定在运用于解决商事纠纷时遇到的各种问题。在这种情况下,应强调从中国的实际出发。即使是研究借鉴国外经验,其重点也是注意国外如何将自己的法律付诸实施,而不是直接将外国法当作中国法理解、运用。

当然,商法学研究的侧重点是会变化的,并且,有时是交叉出现的。因此,立法论和法解释论也会交叉使用。但是,毕竟在一定时间内一个侧重点会较稳定地呈现在人们面前。如果不在商法学研究中及时把握这一侧重点,另一个侧重点又会出现了,商法学研究就会丢掉一次机遇。无疑,这对商法学的发展是不利的。

王保树

商法基础理论

- 3 法律行为、民事行为及商行为比较研究
——基于德国民、商法典及我国相关法律比较考察
喻胜云
- 25 论商法中的人合性
刘凯湘 张海峡
- 44 民商法精神文化散论五则
李功国 韩雪梅 吴梦寒
- 62 论商法一般法的构成
刘文科

商法专题研究

- 81 资产证券化特殊目的机构的法律问题研究
季奎明
- 94 论公司章程绝对必要记载事项对公司人格的影响
孙 英
- 107 从美国法看资产收购中少数股东的股份回购请求权
范慈容
- 118 从金融的发展看现代商事交易的特征
——兼论金融危机私法成因
孙 勇
- 127 外观主义制度与禁反言制度在商法中的适用
——以德国和美国公司设立瑕疵问题为视角
郑 青

139 科斯定理与商事外观主义

樊 健

148 企业维持精神及其运用

邱琇侦

165 债权禁转约款效力变化之探析

——折衷于债权人、债务人与受让人利益之调和

黄荷懿

173 信义义务下控制股东的清算责任

萧秉国

国外商法

183 日本《投资信托与投资法人法》

庄玉友译

国外判例

269 德国联邦最高法院判例译评

王东光译

商法基础理论

法律行为、民事行为及商行为比较研究

——基于德国民、商法典及我国相关法律比较考察

喻胜云*

一、问题的提出

我国民法学界,对于民法之间的关系,理论上也有多种观点,概括起来主要有两类:一是民商合一论,一是民商分立论。

民商合一论一般认为商法不是一个独立的法律部门,商事法规只是民法的补充,在立法模式上应该坚持民商合一。如有学者认为:“民法和商事法规间是基本法与补充基本法的单行法规之间的关系。首先,在我国法律体系中,实际上并不存在商法部门。其次商法本身不可能组成部门法体系,而只能适用民法的一般原则,民法的总则、物权制度、债权制度实际上已对商品经济活动的重要方面都作出了一般规定,对商事法规中的一些问题同样适用。而且,民法与商法均有调整交易关系的内容,进入交易活动以后,很多情况下无法分清商事主体与民事主体、商事行为与民事行为,民商合一的优点恰在于能够解决这种矛盾和重复,使交易规则统一化、国际化,有利于私法体系的内在协调。由于民商合一适应了市场经济的需要,因此近代和当代许多国家和地区开始实行民商合一,民商合一正成为当代法律发展的一种趋势。就我国情况看,把企业和公民分为商人和非商人,把商品经济活动分为商事行为和民事行为,也是行不通的,只有坚持民商合一,才能使我国民事立法体系系统化,保证我国法律体系的和谐统一。”^①再如有学者认为:“虽然民法和商法在价值取向上存在重大差异性,这是在进行民商立法时必须予以高度关注的问题之一。但这种价值取向的差异性并不足以构成民法和商法绝对分离的理由。无论是基于我国现实的立法现状还是基于建立社会主义市场经济

* 喻胜云,南京大学法学院博士生,江苏亿诚律师事务所律师。

① 王利明:“论中国民法典的制订”,载《政法论坛》1998年第5期。持此观点的还有梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社1986年版,第117~122页;马俊驹、余延满:《民法原论》(上),法律出版社1998年版,第38页;王秀霞:“试论民法与商法的关系”,载《潍坊高等专科学校学报》2000年第2期;杜丽娜:“论民商合一的立法模式”,载《湖北省社会主义学院学报》2003年第2期。

济体制的发展目标的需要,都决定了我国目前应采取‘民商合一’的立法体例。”^②

对于民商合一论,有学者提出的不同的观点:“首先,竭力推行民商合一的国家,或者是地域小,人口少、经济关系并不十分复杂、法律体系比较单一的国家,如瑞士、荷兰、丹麦、挪威、瑞典等;或者是资本主义经济关系仍处于不发达状态,资本主义的市场经济矛盾表现得很不充分的国家,如20世纪二三十年代的中国的蒙古以及已实行社会主义计划经济的苏联。其次,即使在奉行民商合一的国家中,民法与商法也仅仅是一种形式上的合一,即将商法典的内容附加到民法典之中。这种简单的合并,在立法技术和法律适用上增添了许多难度。再次,民商合一仅仅消除了形式意义上的商法典,在法律理论上和法律体系上,它并不能消除商法作为一个独立的法律部门存在,未能否定商法在理论上的整体性,从而在一定程度上导致了商法理论与商事立法的冲突和矛盾。因此,无论实行民商分立,还是民商合一,商法都是一个实体的法律部门,它与民法在基本原则、调整对象和方法、社会功能及价值等方面都存在不可替代的巨大差异。”^③

我国多数学者坚持民商分立论。但是,对于民商分立论,不同学者所持观点却有一定差别,归纳起来,主要有以下观点。

一是认为商法是一个独立于民法的部门法。持该观点的学者认为:“商法从它的产生到它不断完善至今,它都是以一种独立的姿态出现的,它从来不是民法的一部分,而是独立的一个部门法律。”^④“商事法律关系作为一种新兴的、特殊的社会关系,必然有其自身的特点。如果继续用原始的规范加以调整,必然会阻碍其发展,是违背社会规律的。只有用特殊的规范加以调整才是科学的,即商法的独立存在是符合社会发展的。”^⑤

二是认为商法是民法的特别法。但是商法作为民法的特别法,学者论述的角度有些不同。有的是站在民商合一的基础进行论述的,如有学者认为:“按照民商合一体制,商法是民法的特别法。商法作为民法的特别法,是由商法调整的社会关系的性质所决定的。商法作为民法的特别法,主要表现在两个方面:一是内容上:商法的各项制度是民法制度的具体化和扩大化;二是法律适用的效力上:商法优先于民法适用。”^⑥有的是站在民商分立的基础上进行论述的,我国民商法学者多数是站在这一角度论述的。从这一角度一般认为,“无论立法体例上奉行民商合一还是民商分立,在法律部门的划分上,商法都是一个相对独立的法律部门。理论上,商法与民法的联系十分密切,区别也颇为明显”。^⑦

② 赵万一:“论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的影响”,载《法学论坛》2003年第6期。

③ 范健主编:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第21页。

④ 李根:“论民法与商法的关系”,载《重庆职业技术学院学报》(综合版)2004年第1期。

⑤ 秦福利:“也谈民商分立”,载《辽宁经济管理干部学院学报》2001年第3期。

⑥ 柳经纬、刘永光:《商法总论》,厦门大学出版社2004年版,第7~8页。

⑦ 范健主编:《商法》(第三版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第18~19页;持此观点的还有赵旭东主编:《商法学教程》,中国政法大学出版社2004年版,第12页;张民安著:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第19页。

三是商法与民法的关系本质上是私法的普遍性和特殊性。如有学者认为:“商法是私法的特别法,民法是私法的普通法。在认识民商法关系上,既要注意相互的共同点,又要注意到相互的区分,同时还要注意到民法日益商法化相互融合的趋势。”^⑧还有学者认为:“在狭义的民法意义上,民法是私法的一般法,商法为私法的特别法;在广义的民法意义上,商法则是民法的特别法。所谓特别法,为立法者就特殊事项作出的特别规定。”^⑨

民商关系的区分,直接影响到立法形式以及立法内容的确定。民商合一论者一般认为民商立法合二为一,在民法典之外无须再立商法典。民商分立论者则坚持在一个国家不仅需要民法典,同样也需要商法典。即使从形式上只有民法典,但是在实质上,民法典中也应该有商法编的规定。商法学界,现在比较务实的态度是制定《商事通则》。^⑩就此,有学者还专门提出了制定《商法通则》的五大理由。^⑪商法的体系与内容,无论是主观主义立法模式还是客观主义立法模式,抑或折衷主义立法模式,其基本内容主要是商主体法和商行为法。对于商行为法而言,从比较法角度研究,比较的不仅仅是外国商法典对于“商行为”规定的静态比较,还需要比较外国民商法对于法律行为、民事行为与商事行为在立法技术上的逻辑处理,我国需要借鉴的也不仅仅是对于外国商法典关于“商行为”具体规定的简单移植,需要的是依据外国民商法关于法律行为、民事行为与商事行为在立法上的逻辑关系再根据我国的实际情况进行重新塑造。只有这样,才遵循了比较法的基本原则,^⑫才符合我国的实际情况,才能够创制出我国科学的民商法典。

本文选取以德国《民法典》和《商法典》为比较对象,将德国《民法典》中的法律行为与《商法典》中的商行为进行比较,探求二者之间的逻辑关系。同时,梳理我国民事法律行为、民事行为和商行为的理论学说,考察我国民、商立法关于民、商行为的具体规定,依据德国民、商法典关于法律行为与商行为规定背后的逻辑关系,为完善我国法律行为与商行为在立法技术上的正当处理抛砖引玉,以冀共同完善相关理论。

⑧ 任先行主编:《商法总论》,北京大学出版社、中国林业出版社2007年版,第42页。

⑨ 叶林、黎建飞主编:《商法学原理与案例教程》,中国人民大学出版社2006年版,第43页。

⑩ 我国民商法学界围绕商事基本法的制定所形成的观点大体有如下四种:(1)“商法典”:法典是大陆法系迷人的法律产品,在商法领域,法典的诱惑力同样光芒四射。(2)“民法典”:持民商合一观点的学者多认为“民法典”的制定将可以覆盖商事领域的基本问题,将来的商法领域只需要单行法的跟进。我国民国初期的立法实践极大地支持了该种观点,以至于长期以来,该种观点成为一种常识性立场。(3)“民商法典”:在民商立法体例讨论初期,有学者主张我国可以采用包容民法和商法的“民商法典”。这无疑是一种较为理想化的宏大叙事,随着讨论的深入,该种主张已少见提及。(4)“商事通则”:“商事通则”从一开始就是作为商事基本法被设计的,该观点提出后,逐渐成为商法学界关注的焦点。参见李政辉:“析‘商事通则’之必要与可能”,载中国法学会商法学研究会编:《中国商法年刊——和谐社会构建中的商法建设》,北京大学出版社2008年版。

⑪ 赵旭东:“制定‘商法通则’的五大理由”,载中国法学会商法学研究会编:《中国商法年刊——和谐社会构建中的商法建设》,北京大学出版社2008年版。

⑫ “即使在成为比较对象的数个法律秩序中发现了比较项,如果仅仅将其并列起来,仍不能称之为比较法。还必须确认各比较项在各自所属的法律秩序中的功能,这是在比较时应贯彻始终的原则。耶林就曾指出,不能把法律秩序当作无数法律规范的堆积,而应将其作为一个有机体。这必然归结为,进行比较的法律规范和法律制度的功能必须重新放回法律秩序整体的结构关联中加以确认。”参见[日]大木雅夫著:《比较法》(修订译本),范愉译,法律出版社2006年版,第94页。

二、德国民、商法中法律行为、商行为的比较

(一)德国法律行为、商行为介说及启示

1. 法律行为学理介说

我国有学者对德国法律行为进行了详细的考证,并认为法律行为不是一个孤立的概念,相反,其语词用法若非置于整个语言家族当中,绝难得到充分理解。在法律行为概念周围的家族成员,举其要者,包括法律上的行为、意思表示、意思表达、(广狭二义之)适法行为,准法律行为、事实行为以及不法行为等。有关法律上的行为之概念分类体系内容各不相同,甚至,绝大多数语词亦皆可随作者偏好而发生意义改变,唯有法律行为(以及意思表示)的语用逻辑极度稳定。自萨维尼立法律行为的基本含义以来,但凡出现这一概念,德国法学即几无例外地视之为根据行为人意旨而发生法律效果之行为,并由此彰显其服务于私法自治理念之功能。^①

在德国,法律行为是私法自治的工具。法律行为是指“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示。此种效果之所以得依法产生,皆因行为人希冀其发生。法律行为之本质,在于旨在引起法律效果之意思的实现,在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为人意欲的法律判断”。^②法律行为中,意思表示是其本质要素。法律行为和意思表示之间的关系是意思表示是法律行为的工具。“意思表示应被了解为法律行为性的意思表示,意思表示与法律行为两个用语,原则上被同义地加以使用,不过,当意思表示在处理上处于主要地位,或当意思表示只是一个法律行为的构成要件要素之一时,则选取意思表示这个用语”。^③对于意思表示,德国学者认为:意思表示不仅是——法律可赋予一定法效果的——案件事实,反之,其内容本身亦同时指出:应发生此种或彼种法效果。意思表示不只是表达特定的意见或意向,依其意义,其系一种适用的表示,亦即一种以法效果被适用为目标的行为。法律行为是一种本身已经包含应赋予之法效果的案件事实。^④

对此,我国有学者认为在德国学者中,对法律行为概念通常可以从两个方面考察:一是从法律行为的内涵即意思表示角度来概括法律行为的概念。法律行为以意思表示为核心,法律行为的概念是对总则之下的民法各编规定中行为的抽象,这以萨维尼为代表。二是从法律行为的功能角度来界定法律行为的概念,例如温德夏特认为:“法律行为是旨在法律效力的创设的私的意思的宣告。”^⑤此外我国还有学者评价:法律行为指的不是一般行为,而是以意思表示为内涵的行为。这种揭示,使得法律行为这个概念,与以往笼统的所谓“适法行为”概念,有了

^① 朱庆育:“法律行为概念疏证”,载《中外法学》2008年第3期。

^② 德国《立法理由书》第1卷第126页;穆格丹(Mugdan)编:《德国民法典资料总汇》,1899/1900年,第1卷,第421页;转引自[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第143页。

^③ 德国《立法理由书》第1卷,第126页;转引自龙卫球著:《民法总论》(第二版),中国法制出版社2006年版,第425页。

^④ [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第178页。

^⑤ 王利明:《我国民法典重大疑难问题之研究》,法律出版社2006年版,第97~98页。

理论和制度上的重要差别。从概念的角度而言,“法律行为”概念的出现,至少有两个意义:其一,对自由追求法效果的行为,在制度上已经能够规定到它的内部结构——尤其是意思表示这个部分,为法律生活中更精确地运用和识别法律行为和非法律行为,有效法律行为和无效法律行为提供了制度标准;其二,在全部民法结构中,突出了自由追求法效果行为的中心价值——法律行为是一切法律要件中最重要者。^⑧

2. 商行为学理介说

《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。”对该立法定义,我国有学者认为这个概念包含至少三个层次的含义。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,它是法律行为之一种;第二,商行为是商人所为的行为,与商人这一特定身份唇齿相依,非商人为之,则无商行为可言;第三,商行为是商人在商事经营过程中所为的行为,它具有商事经营这一特定行为属性,非商事经营中的行为,即使由商人所为,也非属商行为。^⑨

旧版《德国商法典》第1条第2款列举了九种类型的商事活动,任何人只要从事这些商事活动,即获得商人身份:(1)购买和再出售货物和有价值证券的行为,无论此种货物是否涉及加工的过程;(2)保险行为,但不包括互保组织;(3)对第三人提供的货物进行加工处理,如果此种加工处理是建立在工业而非手工业基础上的话;(4)银行业和货币兑换业;(5)海洋、内河或陆地货物运输或旅客运输行为;(6)运输代理行为、仓储保管行为以及行纪代办行为;(7)商事代理行为;(8)书籍与艺术的出版与销售行为;(9)印刷行为。旧版《德国商法典》第1条第2款的列举行规定现在被新版《德国商法典》第1条第2款概括性规定所取代:“营业指任何营利事业,但企业依种类或范围不要求以商人方式进行经营的,不在此限。”立法的这一变动,德国学者的评价是“这意味着实质正义的实现”,“然而另一方面,这一规定也在很大程度上失去了法律的确定性”。^⑩德国《商法典》第344条规定了推定的商行为:“如无其他规定,由商人所为的法律行为,视为属于经营其营业。由商人签署的债据,以证书上无相反的规定为限,视为在经营其营业中签署的。”

3. 法律行为与商行为定义的启示

德国《民法典》并没有对法律行为进行定义。但是,德国《民法典》第一编第三章从第104条到第185条就法律行为进行了详细的规定,其内容涵括了行为能力、意思表示、契约、条件及期限、代理及代理权、同意及追认等有关法律行为的主要内容。德国《商法典》第四编第一章至第六章对商行为进行了具体的规定,其内容包括一般规定、商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业等。德国《商法典》中,不仅对商行为进行了规定,同时还对商行为进行了具体的定义。考察德国法律行为的定义与商行为的定义,至少给予我们以下启示:

(1)法律行为是大陆法系私法最基本的概念,从一产生就显示出较强的抽象性和一般性,

^⑧ 龙卫球:《民法总论》(第二版),中国法制出版社2006年版,第422~423页。

^⑨ 范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第301页。

^⑩ [德]C. W. 卡纳里斯著:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第41页。

这为大陆法系民法总论的形成提供了技术上的支持,同时也使得从学理上将法律关系体系化成为可能。从形式上看,法律行为是契约、遗嘱、团体设立等行为的上位概念,它是对具体社会现象抽象而成的法技术产物,因而被誉为“民法规则理论化之象征”。^②

(2)法律行为并不是对人的具体行为进行类型化定义。它只是对于人的行为给予一个是否具有私法上法律效力的评价。尤其是在私法自治领域中,法律行为是私法自治的工具。法律行为以平等主体之间行为的意思表示为核心要素,进行适法的评价,以确立起私法上的法律效果。法律行为的目的是为了民事主体的行为设定既定的框架,而是对民事主体的行为赋予法律的效力,即有效的法律行为、可撤销的法律行为、无效的法律行为以及效力待定的法律行为。

(3)商行为的定义则是对于民事主体行为中某一类行为进行的类型化的定义。^③根据德国《商法典》的关于商行为的界定,商行为类型化的核心要素主要有二:一是经营商人,一是营业的一切行为。

(4)商行为的定义的目的主要有二:一是在平等主体之间的行为当中,有一类行为即经营商人的营业行为是不同于其他众多的平等主体之间的行为,这一不同的“质”,决定了商行为的独立性;二是正是由于商行为具有与其他众多的平等主体之间的行为不同的“质”,因而,在法律适用上,也是应该有所区别的,这决定了法律规则上的不同性。

(5)法律行为与商行为之间的关系不是属种关系,亦即法律行为不是商行为的上位概念。法律行为的本质是对于平等主体之间的行为在法律效果上以意思表示为核心要素进行抽象化的高度结果。平等主体之间的行为包括诸如契约、遗嘱、团体设立等行为。平等主体之间的行为如果以是否营利为目的,则可以分为以营利为目的的营业行为,以不以营利为目的的非营业行为,前者属于商行为,后者则属于非商行为。法律行为是商行为和非商行为高度抽象化的法技术的产物,它并非是相对于商行为进行定义的一个概念,因此,商行为和非商行为在法律效果的评价上,既有共同的规则,也有不同的规则。至于不同的规则,究其原因,乃是法律行为在法律规则设置上以非商行为为一般,而以商行为为例外。

(二)德国民、商法中法律行为、商行为一般规定的微观比较

德国《民法典》第一次系统地在法典中规定了法律行为。德国《商法典》在法典中除了定义商行为外,就商行为适用的法律规则也进行了详细的规定。前文对法律行为和商行为就概念的定义进行了比较,本部分对德国《民法典》法律行为的规定和德国《商法典》关于商行为一般规定进行微观细致的比较,其意旨有二,一是从微观考察,在法律规则的设置上,德国在民商事立法技术上是如何体现“法律行为在法律规则设置上以非商行为为一般,而以商行为

^② 李军:《法律行为理论研究——以私法为依据》,山东大学2004年法学理论博士学位论文,第1页。

^③ “法律调整法律单位(即人)之间的关系并规范他(它)们的行为(conduct)。人们可能有一些与其他人之间的关系需要调整,可能去进行影响其他人或影响社会这个整体的行为。因此,需要调整的这些关系和需要规范的这些行为就是发生在人与人之间的。”“法律的主题(subject matter)就是人(persons)、物(things)、行为(acts)。”参见[美]罗斯科·庞德著:《法理学》(第4卷),张宝民、王玉译,法律出版社2007年版,第320~321页。

为例外”的；二是通过德国民事立法技术的考察，探求法律行为与商行为背后的逻辑关系，以为我国民事立法提供实质意义上的比较法经验。

德国商法规范与民法规范之间的关系无非两种：例外和补充两种情形。这一点体现在商行为中，也不另外。德国民、商法中法律行为、商行为一般规定的微观比较，主要从商法典关于商行为对于德国民法典的法律行为例外和补充内容进行比较。比较内容以及次序以德国《商法典》关于商行为一般规定及次序为参照。

1. 例外性规定

例外性规定体现在两个方面：一是法律行为的行为能力作出了例外性的规定；一是德国《商法典》在商行为一般规定中分别作出了详细的规定。

(1) 行为能力

德国《民法典》对法律行为的行为能力作出了规定：行为能力分为无行为能力、限制行为能力和有行为能力三种情况。无行为能力人的意思表示是无效的；行为人在丧失知觉或暂时的精神错乱的状况下做出的意思表示也无效；^②限制行为能力人除了纯受利益的行为之外，其他的行为若要产生法律上的效力，则必须获得法定代理人的追认或者事先的允许。^③

德国《商法典》没有对行为能力进行规定，但是对商人进行了规定。其第1条规定：“（1）本法典所称的商人是指经营营业的人。（2）营业是指任何营利事业，但企业依种类或范围不要求以商人方式进行经营的，不在此限。”同时，《德国商法典》第7条规定了商人资格与公法之间的关系：“公法上有排除经营营利事业的权利或使此种权利取决于一定条件的规定的，本法典关于商人的规定的适用不因此而受妨碍。”根据《德国商法典》的规定，德国对商人的行为能力在此权利能力范围中是没有什么限制的，或者说，商人的权利能力与行为能力是同时产生同时终止的。这对于公司或者企业更是如此。^④

此外，对于未成年人独立从事营业的行为，《德国民法典》第112条作出了明确的规定：“（1）法定代理人经监护法院批准，授权未成年人独立从事营业的，就营业所引起的法律行为而言，未成年人有完全行为能力。代理人须为之得到监护法院的批准的法律行为除外。（2）该项授权只能经监护法院批准，由代理人收回。”对该条德国民法学者所作的说明是：“营业活动的概念比商行为的概念更为广泛，特别是也包括艺术类职业。不过，根据第112条第1款第2句规定，那些法定代理人需要征得监护法院同意后才可有效从事的行为，被授权人不得单独实施之。这类行为，对监护人来说，主要是第1821条及以下条款规定的行为；对于父母来说，主要是第1643条第1款所规定的行为。举例说，被授权人不得签署汇票（第1643条第1款，第1822条第9项），不得任命经理人（第1643条第1款，第1822条第11项）。父母授予的法律权力，比监护人授予的法律权力的范围要更广泛一些；第1643条第1款没有列举第

^② 《德国民法典》第105条之规定。

^③ 《德国民法典》第106～111条之规定。

^④ 《德国商法典》第6条规定：“（1）关于商人的规定也适用于公司。（2）无论企业的经营内容为何，凡法律赋予商人资格的社团，其权利和义务均不因此而受妨碍，即使不具备第1条第2项的条件，也不例外。”

1822 条的所有行为类型。”^⑥

(2) 德国《商法典》商行为一般规定中例外性规定

德国《商法典》关于商行为适用的商法规范对德国民法典进行了例外性的规定主要表现在以下方面：

①违约金及法律行为形式不适用民法典规定。如德国《商法典》第 348 条规定：“商人在经营其营业中约定的违约金，不得依《民法典》第 343 条的规定减少。”第 350 条规定：“对于保证、债务约定或债务承认，以保证在保证人一方、约定或承认在债务人一方为商行为为限，不适用《民法典》第 766 条第 1 款、第 780 条和第 781 条第 1 款的方式规定。”

②保证人无先诉抗辩权。如德国《商法典》第 349 条规定：“保证人对保证人为商行为的，保证人不享有先诉抗辩权。在所称的要件下，对于因信用委任而作为保证人负责任的人，适用相同规定。”

③债权让与的无效排除。如德国《商法典》第 354a 条规定：“一项金钱债权的让与已与债务人的协议依《民法典》第 399 条被排除，并且设定此项债权的法律行为对双方均为商行为，或债务人为公法人或公法特有财产的，让与仍然有效。但债务人可以向原债权人给付，同时具有免责效力。有另行约定的，其协议无效。”

④期间的例外性规定。如给付期的规定^⑦、约定的给付期以及“8”日约定^⑧、变卖质物期间的规定^⑨、商事留置权期间的规定^⑩。

⑤商人对要约缄默。如德国《商法典》第 362 条规定：“（1）由商人的营业经营产生为他人处理事务，并且关于处理此种事务的要约从某人到达该商人，而该商人与此有交易关系的，该商人有义务不迟延地予以答复；其缄默视为对该要约的承诺。关于处理事务的要约从某人到达商人，并且该商人已向此人请求此种事务的，适用相同规定。（2）即使商人拒绝要约，其对随同寄送的货物，为避免发生损害，仍应以要约人的费用暂时进行保管，但以其对此种费用已得到抵偿，并以此举不对其造成不利益即可发生为限。”

⑥动产的善意取得。如德国《商法典》第 366 条规定：“（1）商人在其营业经营中让与不属于所有的动产，或对此动产设质的，适用《民法典》对无从权利人处取得权利的人的利益的规定，即使取得人的善意涉及让与人或出质人为所有人处分此物的权利，也不例外。（2）此物设定有第三人的权利的，适用《民法典》对从无权利人处取得权利的人的利益的规定，即使善意人涉及让与人或出质人在无权利保留时处分此物的权利，也不例外。”

⑦商务留置权。如德国《商法典》第 369 条第（1）项规定：“一商人就其对另一商人因在其之间成立的双方商行为而享有的到期债权，对以债务人的意思依商行为已归于其占有的债务人的动产和有价证券，以其尚对其进行占有，特别是可以借助于海运提单、提单或仓单对此

^⑥ [德]迪特尔·梅迪库斯著：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 437 页。

^⑦ 德国《商法典》第 358 条之规定。

^⑧ 德国《商法典》第 359 条之规定。

^⑨ 德国《商法典》第 368 条之规定。

^⑩ 德国《商法典》第 371 条之规定。