

# 论现有立法下商事行为和民事行为的区分

常成

(河北经贸大学 法学院, 河北 石家庄 050061)

[摘要]我国学术界一直将“民商合一”作为重要理论之一,“商法是民法的特别法”这样一种说法几乎成了学界的经典学说。但商事行为有其自身的特殊性,并且从大陆法系国家立法上看,商事行为同商事主体密切相连,商法逐渐从民法中脱离出来形成单独的立法。因此,我们应该从商事行为的概念、特征以及与民事行为的联系和区别等方向来真正理解其本质,并根据私法的概念和原则构建这一制度。

[关键词] 商事行为; 民事行为; 联系; 区分

doi:10.3969/j.issn.1673-9477.2018.04.028

[中图分类号] D911.04

[文献标识码] A

[文章编号] 1673-9477(2018)04-080-03

正如赵旭东教授在其文《商法的困惑与思考》中写道“商法的内容是朦胧的,商法的边界是模糊的……,一方面我们在念叨着商法,但却不清楚商法为何物,另一方面我们在呼喊商法的理论和学说,但却说不清商法的概念和范围……我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中,我们感到难以名状的困惑”<sup>①</sup>纵观我国法学界近几年来对商事行为和民事行为的研究,我们可以发现商法的立法仍然有很大的欠缺,对于概念等理论仍然存在着不少争议。

## 一、商事行为与民事行为概述

### (一) 商事行为

对商事行为的分析可以从商事立法概念、商事行为构成和商事行为特征三个方面进行分析。

从大陆法系国家对商事立法的概念认定来看,其由于采取商事主体为中心或商事行为为中心的立法原则的不同,对商事行为的界定也有所不同。但总体可以分为客观商事行为和主观商事行为两个大方面。而我国由于并没有形成单独的商事法典,长期以来人们经常使用民事行为代替商事行为,将其等同于民事法律行为。近年来,随着我国商法研究的不断深入,“商事行为”一词在商法相关著作中得到了广泛的应用。但实际上我国学术界并没有对商事行为概念进行统一的认定,归类大致有二种观点:其一,不将商事行为同商事主体相联系,即商事行为仅是在目的和内容上都是以营利性为主。也就是说,非商事主体也可以成为商事行为的实施主体。其二,大多数学者认为商事行为是指商事主体的利润导向的经济行为(营业行为)。这种营业行为引起商事法律关系的变更或终止,最终产生了一定的法律后果<sup>②</sup>。

未能达成统一观点的原因中很重要的一点是因为没有相应的商事立法支持。相对于公司法等法律,现行关于商事的立法不注重对商事立法活动收益的分析,忽视了其活动的经济属性。对于如何界定商事行为的概念,本人认为以上两个观点都有自身合理性所在,将两者观点进行兼容是最合适的。也就是说,商事行为是商事主体所从事的以盈利性为目的的营业活动。

从商事行为的构成上来看分为三点,其一,商事主体资格。关于商事主体的资格,有部分学者认为商事行为仅是商人所为的行为活动,两者紧密联系,非商人主体不能从事商事行为。本人认为这样的规定过于绝对。正如范建教授在其《商法》一书中所说,“在商行为主义的立法体例中,商法仅强调商行为的性质而不强调商人的身份和资格,因此,非商人所进行的行为亦可变成商行为”<sup>③</sup>虽不可否认商事主体的身份和资格是商事行为的重要构成条件之一,但在现代商事实践中并不存在单纯的商人主义或商事行为主义,也就是说,两者都已然成为商法的建立基石。所以,非商人所作的符合商事行为的构成要件具有商事行为特征的行为,可以认定该行为构成商事行为。

其二,对于意思表示行为的存在地位,学界有观点认为商事行为同民事行为一样,都是以意思表示作为构成的必备要件之一。从商法的形式主义和外观主义来看,本人认为虽然不可否认意思表示确实是某些商事行为的必备构成要件,但是并不能说明所有商事行为都以其为必备要件。并且,商法对于商事行为中的意思表示相比较民法而言要宽泛很多。也就是说,商法可以根据商事行为的形式等就可以赋予商事行为法律效力,但并不是很注重商事

[投稿日期] 2018-09-10

[基金项目] 2017年河北省社会科学基金项目(编号:HB17FX010)

[作者简介] 常成(1991-),女,河北邯郸人,硕士生,研究方向:民商法。

主体在实施商事行为时的主观意思表示。

其三,对于营利目标的追求是否是构成要件,学术界有两种不同观点,一种是认为营利目标不是商事行为的构成要件,另一种则认为是商事行为的构成要件。本人同意第二种观点,即认为对营利目标的追求是商事行为的构成要件。从其他大陆法系国家对于该问题的观点来看,普遍同意该观点,并且认为如果缺失该要件商事行为将无法成立。也就是说,商事主体中商人实施的行为是为了对营利目标的追求,该实施行为必然是商事行为,反之,如果实施的行为非对营利目标的追求,就认定该行为是民事行为。同样道理,商事主体中非商人主体实施对营利目标追求的行为,可以认定其构成商事行为,相反则不构成。

商事行为在其一般法律特征方面,是基于主体的业务行为能力进行的利益导向的企业行为。首先,商事行为是主体为了利益而从事的行为。这一特征表明了商事行为中通常包含的利润目的或经济目的,而不管特定的商事行为是否真正的营利。其次,商事行为原则上是一种商业行为,它表明主体是商业的,至少在连续的营利性活动期间。最后,商事行为本质上是一种营利行为,具有主体的商业行为能力。现代商法中商事行为的界定,不仅是对营利性商事行为的一般概括,而且还通过法律手段列举了商事行为的范围。也就是说,任何从事商事行为的主体都意味着必须具有一定的商业能力。

## (二) 民事行为

“民事行为”一词在《德国民法典》中被定义为“行为意向人创造其法律关系和行为意义”,这一定义强调了法律行为表达的要素和私法的作用,大多数国家接受了该法律的定义。我国民法中“民事法律行为”一词取自《德国民法典》,定义为公民或法人设立、变更或终止其民事权利和义务的合法行为。民事行为要求行为人实际上是否拥有权利能力,公民的能力取决于人的年龄、智力等因素。民事行为为个人提供了受法律保护的自由和独立决策的可能性。

## 二、商事行为与民事行为的联系

### (一) 商事行为与民事行为都属于私法调整的范围

商事行为与民事行为都是为了调整平等主体之间的社会关系,即个体之间的社会关系。从而进一步依法决定个人权利范围,并保证权利的实现。

### (二) 商事行为和民事行为都必须具有主体资格

毋庸置疑,没有合格的主体,就没有商事行为

和民事行为。

### (三) 商事行为与民事行为都以意思表示为成立要素

商事行为是与民事行为相对应的概念,依意义的表达内容具有法律效力。意思表示是私法中大多数法律关系的出发点。民法和商法属于私法领域。作为民法意义的表达,它是指获得某些法律后果意义的外在表现。因此,在这一点上,商法与民法应该具有同等的意义。

### (四) 商事行为和民事行为是否具有法律效力的判断标准都是意思表示是否真实合法

意思表示是否真实合法是商事行为和民事行为两者是否具有法律效力的判断标准。如果当事人所表达的意思是基于欺诈、胁迫或误解所作出的,那么商事行为和民事行为都将产生一定的法律后果。

## 三、商事行为与民事行为的区分

民法和商法都源于商品经济,尤其是两者的价值取向、调整对象、法律属性等方面可以说是互通共生的关系,两者存在着共性。然而,我们不应该否认商事行为的独立性。商法规定的商事行为,其目的在于对商事行为进行不同的法律调整,特别是为了使商事行为具有其法律属性上的特殊性。

### (一) 商事行为与民事行为的形式不同

民法强调当事人意思自治并不注重对形式的要求,口头形式和书面形式都可。而商事行为必须是书面形式,并且在实践中很多商事行为也要求公证或者登记。

### (二) 在特定的制度下商事行为与民事行为不同

商事行为简化了双方商业交易的方式和程序,加强了对经营者利益的保护。商事行为方面的审查批准在实践中以债务人承担连带责任为前提,而民事法律行为方面的连带责任由合同专门规定。为保护因经营行为而产生的权利,缩短了诉讼时效期间。

### (三) 商事行为与民事行为形式要件不同

民法是直接规范当事人之间的关系,民事法律行为理论并不是很注重程序问题,而对法律行为的形式和实质持十分谨慎的态度。不可否认的是,太多的立法会影响人们自由发展以及人格的基本权利。商事交易的主体不再限于两三方,而是由多方组成。商业交易的复杂性决定了商事行为的意义。基于提高交易效率和保护交易安全的要求,商法对商事行为的要求相较于民法对民事行为的要求或宽松或严格。

其一,商法对商事行为的要求相较于民法宽松在于商法要求更自由和更广泛的商事行为形式,在商业交易中更需要灵活性和形式的多样性。并且商人更能保护自己,因此保护他们的必要减少了,特别是考虑到他们的贸易和法律经验。其二,商法对商事行为的要求相较于民法严格的原因在于商事行为的作出是一种交易,如果商法对商事行为不严格要求,就会为整个商事行为增加了商业风险。

#### (四) 意思表示在商事行为和民事行为地位不同

由于商法和民法的价值取向不同,民法追求的是公平和平等,民事行为中意思表示是核心,所有的民事行为都是由意思表示构成的,没有这些行为就不能成立民事行为。而商法则主要追求的是效益,商事行为则是民事法律行为的特殊表现形式。在商业领域中,是通过商事行为表征来确定行为人的意图,然后判断行为人的行为效果,而不是在行为中去表现行为人的真实意图。总的来说,商事行为是追求利润为导向,符合商业社会效益价值。

#### (五) 商事行为违法与民法行为违法的后果不同

违反商事行为和违反民事行为的法律后果是不一样的。在商事行为中,行为人违反商事行为造成的法律后果并不总是无效的。但在民事行为中行为人违反民事行为的法律后果是无效的。例如民法中代理人不得超出他所得到的授权,不得从事未经授权的代理。否则未经被代理人本人承认,未经授权行为无效。然而在商事立法中,为了寻维护权益和交易的安全,即使商事行为超出了公司的章程范围之外的,或超出了公司股东授权范围内,该公司还必须向另一方负责行为未经授权的交易通过他的经纪人,公司不应成为未经授权的交易行为的借口,拒绝承担责任。

#### (六) 商事行为与民事行为之间不同的瑕疵处理模式

对于民事行为来说有无效、可撤销和待定三种处理瑕疵的方法。通过当事人意思表示或取消,或变更,或批准或拒绝的权利行使来判断关于法律行为的有效性。它所追求的是使得所有利益相关者的利益冲突最终将达到平衡,实现对民事主体的尊重。商事行为因其追求的是以营利性为目的,当行为完成后,原则上不得主张以意思表示作为瑕疵的理由。

总体来说可以肯定的是,不论是商事行为还是商事主体,都是以独立性作为前提的。商事行为作为一个普遍的社会现象,加强对商法理的研究,厘清商事行为同民事行为的区别,有助于我们更清楚地了解商事领域,从而肯定商事行为的独立性,为商事立法提供理论支持。

#### 注释:

- ①赵旭东《商法的困惑与思考》,《政法论坛》2002年第1期。
- ②赵旭东《商法学教程》,中国政法大学出版社2004。
- ③范健《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2011。

#### 参考文献:

- [1]范健.商法[M].高等教育出版社、北京大学出版社,2011。
- [2]任尔昕.石旭雯.商法理论探索与制度创新[M].法律出版社,2005。
- [3]赵旭东.商法学教程[M].中国政法大学出版社,2004。
- [4]肖海军.民法典编纂中商事主体立法定位的路径选择[J].中国法学,2016(4)。
- [5]任尔昕.商事行为独立性:质疑与回应[A].中国法学会商法学研究会.中国商法年刊(2007):和谐社会构建中的商法建设[C].中国法学会商法学研究会:2007:11。
- [6]于新循.商行为特征的法理分析[J].河北法学,2005(2)。

[责任编辑 陶爱新]

## On the distinction between commercial act and civil act under existing legislation

CHANG Cheng

(Law School, Hebei University of Economics and Business, Shijiazhuang 050061, China)

**Abstract:** "The combination of civil and commercial" has always been regarded as one of the important theories in the academic circles of our country. "The commercial law is the special law of the Civil Law" this kind of view almost became the classical theory of the academic circle. But the Commercial Act has its own particularity, and from the Civil Law System Country Legislation, the Commercial Act and the commercial subject are closely linked, the commercial law separates from the civil law gradually to form the separate legislation. Therefore, we should really understand the essence of commercial act from its concept, characteristics and the connection and difference with Civil Act, and construct the system according to the concept and principle of private law.

**Key words:** commercial act; civil act; association; distinction