

商事关系的中国语境与解释选择

刘 斌^{*}

摘 要:如何界定商事关系的基本范畴,决定了商法的逻辑起点和规范适用,实则系民事价值判断与商事价值判断的分水岭。从商法学方法论的角度视之,商事关系的界定路径在价值判断问题上并无差异,究竟选取何种概念界定商事关系属于商法学问题中的解释选择问题,应当尊重解释选择问题的论证方式。我国商事关系的解释选择,取决于我国商法的规范语境、当代语境与本土语境。我国现行法上的商事关系呈现出偏重商事主体法、非企业商事主体偏离规范体系、以特殊商事关系为主的规范特征,由此形成对不同商事关系类型分层规制的规范现状。基于商事主体概念的语义表达能力、体系融贯能力、语言习惯等因素,立法应当选取商事主体作为商事关系的规范识别点,但并不影响对不同类型商事主体进行区别安排。

关键词:商事关系 价值判断 解释选择 市场主体 商事主体

一、问题的提出

2021年4月,国务院通过的《中华人民共和国市场主体登记管理条例》(以下简称《市场主体登记管理条例》)启用了市场主体概念,放弃了条例草案中使用的商事主体概念,引发了商法学界的极大关注。这反映商法主体概念仍然存在重大分歧,而主体概念是界定商事关系的重要标尺。在未来的《中华人民共和国商法通则》抑或《中华人民共和国商法典》中,如何界定其规范对象,市场主体概念何去何从,亦存在立法论上之论证必要。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)通过纳入大量商法元素在形式上实现了民商合一,在立法技术上对商事规范给予了一定的关注,但仍然未提供民商事关系的区分锚点,也无法全面回应商事规范与民事规范的区分适用需求。对商事关系的界定,既有商法理论或采商人、商事主体、企业、经营者等主体概念,或采商行为、营业、营利、经营等行为概念,或兼而采之,不一而足。总之,商事关系的本体范畴和解释路径

^{*} 中国政法大学民商经济法学院副教授、博士生导师

基金项目:中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(20CXTD02)、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目

关涉商法的基础理论、司法实践和未来立法,仍然有待理论上之廓清。

二、商事关系的问题属性与分析范式

商事关系本身包括多重要素,由此产生了我国商法学界对商事关系界定的诸多主张。在我国商法理论与实践语境下,传统商法理论的商人主义、商行为主义和折中主义等界定路径又面临新的问题。对学术界的多元争议,应当从商法学方法论的角度审视其问题类型,并基于其问题类型展开讨论,以减少分歧、凝聚共识。

(一)商事关系的规范意涵

从商事关系与商事规范的关系而言,商事规范是因调整商事关系的需求而存在的,是适应商事关系的发展而不断更新完善的。故而,商事关系实则构成商事规范适用的前提社会关系,进而以法律目的为标准进行认定和截取。然则,从解释论的立场出发,商事关系的范畴取决于商事规范的界定,依赖实定法上的商事规范识别点或者实定法对商事关系的规范表达。例如,《民法典》第 448 条规定的商事留置权规则,剔除了企业之间留置对债权属于同一法律关系的要求,形成了不同于民事领域的商事留置权规则。在该条规定中,商事规范的识别点为“企业”,并采取对商事留置予以弱化管理的价值判断立场。^① 基于商事规则划定的商事关系范畴,商事自治、外观法理、特别注意义务、严格责任等商法原则可得承载,商事价值判断可得实现。易言之,商事规范的识别点构成商法与民法的区分标志。

在民法上,《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)和《民法典》之所以将民法调整对象设定为平等主体之间的财产关系和人身关系,系受苏联民法学说、我国民法与经济法论争等特殊背景影响。^② 溯源而上,基于市民社会与政治国家的二元区分,市场经济国家以私法为本位,其规范顺位应当为:通过界定公法调整的负面清单,从而将公法调整之外的社会关系场域留待私法予以规范。^③ 因此,传统大陆法系虽然在学说上对私法与公法的划分着墨颇多,但是在立法例上却很少对民法的调整对象予以明定,少数法典如《奥地利民法典》虽然涉及该问题,但是仅指明私权关系而已。故而,民事关系的界定语境实则与公法关系相对应,即使无法明确其概念内涵和外延,对民事规范的适用并无实质的影响。

相较于民事关系,商事关系并无公法关系的对应范畴,对其界定具有特别的困难,无法通过消极或者泛化的规范方式予以回避。作为私法的一般法,私的关系领域均为民事规范的适用空间,但商事关系则需要具备特别要素,方能从私法关系中区分出来。这些特别要素构成商事关系适用特别的商事规则的正当性基础,不同学者对商事要素的抽象方式并不一致。以商事合同为例,有学者将商事合同界定为发生在生产经营领域内、服务于生产经营目的的交易行为。^④ 有学者强调商事契约的风险负担功能,通过契约可以实现监督治理机制。^⑤ 亦有学者从交易能力、缔

① 参见刘斌:《民法典编纂中商事担保的立法定位》,《华东政法大学学报》2018 年第 4 期。

② 参见孙莹、谭启平:《我国民法典编纂中民法调整对象的确定与表达》,《法学杂志》2015 年第 10 期。

③ 参见蔡立东:《平等主体关系说的弃与留——未来〈民法典〉调整对象条款之抉择》,《法学论坛》2015 年第 2 期。

④ 参见王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社 2009 年版,第 253~254 页。

⑤ 参见王文宇:《商事契约的解释——模拟推理与经济分析》,《中外法学》2014 年第 5 期。

约主体、营利目的等方面对商事合同予以归纳抽象。^①由此可见,商事合同领域的学说差异尚且如此,遑论更为广泛的一般商事关系范畴。

从立法例上观之,近代商法形成了商人主义、商行为主义和折中主义3种立法例体系,分别以德国、法国和日本为代表,通过单独或复合选取商人和商行为等概念作为界定商事关系的锚点。这些不同的因素在我国商法理论与实践又分化为不同的理论主张,并未形成共识。

(二)商事关系的问题属性

前述理论上的“主体说”“行为说”和“折中说”各有主张,不同学说内部尚有差异、互相对立。然则无论采何种主张,最终实现的功能目的均在于为商事关系划界,最终目标指向均为商事规范的调整对象。从价值判断的立场出发,学理上或规范上寻求通过适当的方式来界定和表述商事关系,是为了通过在商事关系范畴内适用商事规则来表述和承载不同于民事关系领域的价值判断立场。换言之,民事规则与商事规则的区分设置,实则是民事价值判断与商事价值判断的形式体现和范围划界。^②在实现这一目的的过程中,“主体说”“行为说”“折中说”及其他学说均为其中间工具。商法学问题存在多种类型,不同类型的问题应当适用不同的讨论方法。对商事关系问题的分析讨论,应当遵循商法学方法论,对不同的问题类型进行区分识别并且各自展开讨论。

首先应当区分的是商法规范问题与纯粹商法学问题。商法规范问题与商法规则的设计或适用直接相关,而纯粹商法学问题则不受限于此,其讨论不直接关涉商法规则的设计或适用。典型的纯粹商法学问题,如对商法史中欧洲中世纪商事组织和商事交易规则的研究,该类问题属于对商法历史事实的发现和描述过程,并不对我国现行商法规范产生直接的影响。从既有的商事关系研究看,其中既有作为纯粹理论构建的纯粹商法学问题研究,也有聚焦于立法论与解释论层面的商事规范问题研究。

与纯粹商法学问题不同,商法规范问题则最终落脚于商法规则的设计或适用,此类问题为商法学研究的核心。例如,基于构建统一私法体系与商事立法体系化的理由,主张采取“民法典+商法通则+商事单行法”的构建范式,对该问题的讨论直接落脚于商法规则体系,属于典型的商法问题。^③面对纷杂的商法问题,其无法通过统一的论证范式得以解决,仍然存在进一步类型化的必要,至少可以进一步分为事实判断问题、价值判断问题、解释选择问题、立法技术问题。

商法问题中的事实判断问题,系以事件存否的确证与事实真相的辨明为关注对象的问题类型。^④此类问题以事实为关注对象,问题的解决过程意味着对事实的追寻与还原。此类问题的判断结论,与讨论者的价值判断立场无涉,但存在对错之别。例如,我国公司法进行资本制度改革之后,新注册公司在资本问题上的总体接受情况,即属于事实判断问题。如果研究者选取的样本数量不够抑或数据不够准确,那么其得出的结论完全可能是错误的。

商法问题中的价值判断问题,系关注商事关系中各种利益冲突关系如何取舍安排的问题类型,属于商法问题中的核心问题类型。在此类问题中,讨论者往往受制于各自的价值前见,并在

^① 参见张良:《民法典编纂背景下我国〈合同法〉分则之完善——以民事合同与商事合同的区分为视角》,《法学杂志》2016年第9期。

^② 参见刘斌:《论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角》,《当代法学》2016年第3期。

^③ 参见李建伟:《民法总则设置商事规范的限度及其理论解释》,《中国法学》2016年第4期。

^④ 参见王轶:《论民事法律事实的类型区分》,《中国法学》2013年第1期。

各自的价值差异基础上展开各自论证。对此类问题,应当以实体性的论证规则为前提,遵循作为程序性技术的论证规则和形式,妥当运用法律的语义分析、逻辑分析、社会分析和经济分析等论证方法展开。^①例如,在公司担保的效力问题上,不同的学者基于《中华人民共和国公司法》第 16 条的规范类型区分、相对人审查义务、利益平衡、越权代表等所展开的论证,实则乃是囿于各自的价值判断差异而为之。^②又如,对我国公司法上设定的资本维持规范,是否存在过度规制,是否应当吸收借鉴以美国公司法为代表的清偿能力模式,即为商法中的重要价值判断事项。^③

商法问题中的解释选择问题,系不存在具体的价值判断差异,而是通过何种语言、路径、方式实现价值判断立场的解释和表达问题类型。在此类问题中,虽然不同的学者借助不同的方式承载各自的价值判断立场,但问题的争点并非在权利义务设置和分配等价值判断问题上。例如,对独立担保而言,究竟是适用独立性、抽象性还是适用独立抽象性来指代其与相关交易的关系问题,并不影响其独立性效力,纯属解释选择问题。^④从语言学的角度观察,模糊性是自然语言的本质属性,根植于自然语言的法律语言从根本上也无法摆脱这一特征。^⑤在从自然语言形成法律语言的过程中,众多模糊抽象的词语均可以成为沟通与交流的媒介,乃至有学者指出,模糊的词语在法律中乃是普遍现象。^⑥除了语词资源的丰富性与多元性之外,人类思维的多元性与逻辑路径的多样性也是造成解释选择差异的重要原因,对同样的问题,不同的讨论者选取的逻辑起点和论证路径可能存在差异,都对解释选择问题的多样性结论有贡献。因此,解释选择问题的答案并非唯一确定的,这也决定了此类问题的讨论着力点并非对与错而是优与劣。

除了事实判断、价值判断、解释选择问题外,商法问题还有立法技术问题类型。立法技术问题不涉及价值判断争议,而是指通过何种规范结构、规范形式、立法语言、立法美学等承载立法价值的问题类型。有学者将立法技术界定为在立法工作的实践过程中所形成的方法、技巧的总和。^⑦由于其中不涉及价值判断的差异,因此立法技术问题不需要遵循价值判断问题的论证规则,无须面对纷杂的价值判断争议。^⑧

基于前述问题类型及分析框架,商事关系问题是作为一个规范问题而非仅作为纯粹法学理论问题而存在的,其属于商法学问题的商法问题。通过对问题类型的不同区分,可以清晰地展现商事关系争议的两个层次:其一,关于商事关系范畴的价值判断争议;其二,关于商事关系界定的选择路径差异。就前者而言,其关系到将某一社会关系识别为商事关系进而适用商法的差别,涉及价值判断问题。就后者而言,争议的焦点在于商事关系的识别点选择。因此,对商事关系问题的探讨,科学的研究路径应当是首先求解各种路径之间有无实质价值判断差异,进而探求其解释选择方式的优劣高下。如果通过对不同概念的内涵界定和改造,商事关系的价值判断结论皆可

① 参见王轶:《论民事法律事实的类型区分》,《中国法学》2013 年第 1 期。

② 参见岳冰:《解释论视角下公司担保行为效力的规范立场》,《法学杂志》2019 年第 10 期。

③ 参见刘斌:《认真对待公司清偿能力模式》,《法律科学》(西北政法大学学报)2021 年第 4 期。

④ 参见刘斌:《独立担保的独立性:法理内涵与制度效力》,《比较法研究》2017 年第 5 期。

⑤ 参见伍铁平:《模糊语言学》,上海外语教育出版社 2000 年版,第 96 页。

⑥ 参见[美]劳伦斯·弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 308 页。

⑦ 参见曹叠云:《立法技术》,中国民主法制出版社 1993 年版,第 38 页。

⑧ 参见刘斌:《中国公司法的立法技术革新》,《大连理工大学学报》(社会科学版)2021 年第 3 期。

承载,那么属于解释选择问题。

在主观主义立法例中,商主体系法典的核心概念,也是确定商事关系范围的最终判断标准;^①在客观主义立法例中,商主体虽然系法典的重要概念,但是最终仰赖于商行为的规范。两种规范模式下规范适用的实质区别在于:在主观主义立法例之下,商行为系商主体所实施之行为,非商主体所实施之行为,不构成商行为,不适用商法之规定;在客观主义立法例之下,商主体系商行为之实施者,非商主体亦可实施商行为,从而适用商法之规定。虽然这种区别在理论上看似是泾渭分明的,但是立法者通过调整商人范畴与商行为范畴,均能实现商事关系范围的动态发展,从而避免商事规则的不妥当适用。

总之,商事关系的“主体说”“行为说”与“折中说”,并不代表截然不同的价值判断立场。无论是作为规范概念存在抑或法学概念存在,商事关系都依赖于对各种法律事实的概括和抽象。然则,通过基于“先归纳、后演绎”的法律逻辑推导而产生的法律概念,其推导过程并不是逻辑缜密的,或将陷入德国利益法学家菲利普·黑克所批评的错误之中。^② 这一问题具体表现在:基于既有的具体商事关系类型所归纳出的法律特征,未必能够涵摄新生的商事关系类型,由此产生概念上的滞后性。易言之,对商事关系概念而言,受制于法律概念的界定方法缺陷,其概念的不确定性不可避免。进一步而言,不仅商事关系概念本身存在不确定性,而且构成商事关系概念的商人、商行为、营利、营业等基础概念也存在不确定性。正如有的学者指出的,创设一个新的概念,必然面临重新界定引发的新的不确定性和不周延性,无论是经营者抑或企业,都会面临重新界定的问题和困惑,甚至在很大程度上无非固有的商人概念的翻版而已。^③ 因此,在不存在价值判断冲突的基础上,究竟应当选取何种概念界定商事关系,系商法问题中的解释选择问题。^④ 对此,应当综合考量商事关系在我国的规范、当代与本土语境,并在比较各概念的语义表达能力、体系融贯能力和语言习惯的基础上,以求解理论共识,寻求我国未来商事立法选择的较优方案。

三、商事关系的中国语境

由于法律移植继受的复杂关系、路径依赖的堆叠效应和立法的功利性,因此我国商法与商法理论呈现出与民法类似的“层累现象”,概念混淆不清,制度关系错综复杂。^⑤ 这种现状决定了我国商事关系问题并不能简单地从域外和历史的面向中直接得到答案。通过重新审视我国商事关系的规范语境、当代语境与本土语境,而非简单地移植域外商法理论,能够重新发掘我国商事关系背后的价值正当性基础。在我国商事立法基本形成体系的当下,应当尊重和维持已然形成的体系惯性和路径依赖,尊重中国商法发展的本土实践。就解释选择问题而言,解释者的任务是扩大自己的视域,使其与其他视域相交融,这就是加达默尔所谓的“视域融合”,从而形成历史和现在、客体和主体、自我和他者构成的无限统一整体。^⑥ 具体到商事关系的解释语境,可以区分为

① 参见谷美惠:《德国商法典中商人的概念及其认定标准》,《长白学刊》2014年第5期。

② 参见[德]乌尔里希·克卢格:《法律逻辑》,雷磊译,法律出版社2016年版,第12页。

③ 参见施天涛:《商人概念的继受与商主体的二元结构》,《政法论坛》2018年第3期。

④ 参见王轶:《论民事法律事实的类型区分》,《中国法学》2013年第1期。

⑤ 参见刘颖:《中国民法中的“层累现象”初论——兼议民法典编纂问题》,《东方法学》2015年第2期。

⑥ 参见[德]汉斯-格奥尔格·加达默尔:《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第8页。

规范、当代和本土的重重视阈。

(一)商事关系的规范语境

虽然商法具有国际性特征,各国商法亦具有诸多的共通规则,但是域外商法或者国际商法并不能直接转化为国内商法规范,域外商法的价值判断结论并不能直接转化为我国商法的价值判断立场。易言之,大陆法系各国自罗马法至近代所形成的民法与商法格局,对我国当下商事关系的界定仅具有参考价值,并不具有决定意义。^①通过审视我国商事关系的规范语境,能够为进一步界定商事关系奠定初步基础。就我国现有的商事规范体系而言,其呈现出如下特征。

首先,我国现有的商事法律体系从规范层面划定了商事关系范畴,可划分为商主体法和商行为法两种体系:前者包括公司法、企业破产法、合伙企业法、个人独资企业法等组织法。后者则包括证券法、保险法、信托法、银行法、票据法、证券投资基金法等行为法。在前述商事关系范畴内,如果出现漏洞,那么应当通过商法的解释适用方法予以填补,而非直接适用民法的一般规则。例如,在最高人民法院第67号指导案例中,确立了股权分期付款转让合同不适用《中华人民共和国合同法》第167条买卖合同分期付款解除的规则,即属于公司法领域的法律漏洞,不能适用民法的一般规则。在营业门槛最为灵活和自由的电子商务领域,《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)看似呈现出主体法和行为法兼顾的特点:《电子商务法》第2条规定,电子商务是指通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的经营活动;第9条规定,电子商务经营者,是指通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人和非法人组织。但是,从其体系看,其所规定的电子商务经营者、电子商务合同的订立与履行、电子商务争议解决、法律责任等章节,仍然围绕电子商务经营者的主体概念展开,并赋予电子商务经营者更高的商事义务,体现了主体法的偏向。

为了规范各类市场主体登记管理行为,国务院于2021年4月通过了《市场主体登记管理条例》,系统反应了商事主体法的立法成果。该条例第2条规定,市场主体是指在中华人民共和国境内以营利为目的从事经营活动的自然人、法人及非法人组织,并列举了公司、非公司企业、个人独资企业、合伙企业等市场主体。该条例为不同的市场主体创设了统一的登记规则,集中规定了包括设立、变更、注销等程序中的登记文件、审查标准、信息公示等问题,有助于解决分散立法中登记内容、登记效力等互相重复、冲突的问题。对于不同的市场主体类型,该条例明确了区别规制立场。例如,其第3条区分了市场主体的登记要求和登记豁免情形。其第14条进一步区分了一般经营项目和许可经营项目:对前者仅须进行登记事项和内容的行政确认,规范强度较低;对后者则需要进行许可经营的审批管理,规范强度较高。由此可见,不同的营业形态所需要的规制强度不同,当前立法路径选择了通过将规制事项与各类市场主体相关联,并进行主体上的区别对待。

虽然我国商法体系立足于主体与行为两端,但是由于商法兼具自治法和规制法的双重色彩,因此我国各监管机关多通过主体类型而非行为类型进行管制,如对一般商事主体的登记注册、监督管理由市场监督管理部门负责,银行、证券、保险、信托、基金等特殊商事主体则各自归入到中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会等机构的业务监管之下。故而,我国商事立法虽然呈现出主体立法与行为立法并举的特征,但是在实质上仍然为主体法偏向。

^① 参见施鸿鹏:《民法与商法二元格局的演变与形成》,《法学研究》2017年第2期。

其次,在主体法范畴之内,现行法以企业法为规范重心,公司、合伙企业、个人独资企业等企业类型的法律齐备,商个人、农民专业合作社、集合资金信托等商事主体仍然游走于法律体系之外。在《民法典》中,企业概念也被大量使用。例如,《民法典》第396条规定了企业动产浮动抵押、第448条规定了企业之间的商事留置权规则。循文义解释,前述商事担保规则能否适用于企业之外的其他商事主体?面对多元化的商事主体,仅将企业动产浮动抵押、商事留置权的范围限定于企业场域,实际上是对商事关系的限缩,与我国当前的商事主体现状明显背离,也无法据以实现其他类型商事主体的营业自由。又如,就集合资金信托而言,其不同于既有的公司、合伙企业等组织形态,具有独立的以财产归属和意思形成机制为基础的组织治理结构,已经在事实上与其他商事主体并无二致。由于缺乏独立的主体归属,因此集合资金信托的监管力度、行为效力、交易安全等问题均亟待解决。^①如果扩大企业范畴,将个体工商户、农业专业合作社、集合资金信托等主体均归入企业概念之下,那么将导致企业概念外延的极大延伸,从而偏离以大规模交易为核心的企业概念。加之经营行为的电子化,自然人通过网络交易平台乃至社交平台,即可瞬间完成“上网为商,下网为民”的身份转换。通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的电子商务行为,广泛涵盖了包括自然人、法人和非法人组织等各类商事主体形态,固守企业概念更是呈现出对商事交易现实的置之不顾以及对复杂商事交易样态的忽视,其片面性与保守性至为明显,解释力并不理想。

现行商法以企业为规范重心,凸显了立法者对企业与其他商事主体区分规制的立法立场,对不同类别的商事关系规制程度存在差异。按照商法在商事关系中的适用强度,可将商事关系分为普通商事关系与特殊商事关系。^②特殊商事关系指商事特别法已经设定规范的商事关系群落,其商事属性明显,不因主体身份或行为属性改变其商事关系色彩。典型者如证券法、保险法、银行法等法律所规范的金融交易关系,其中虽然广泛涉及合同、物权等民法规范,但是其商事关系的色彩浓厚,不因涉及民法规则的适用而改变其法律属性。就特殊商事关系而言,法律规范在调整不同类型主体的关系问题上已经作出特别安排,如在证券交易关系中,即使自然人作为交易主体,其同样要遵循定型化、快速化的证券交易流程,民法上关于交易无效和撤销的交易规则受到限制。与特殊商事关系不同,普通商事关系由民法与商法共治,仅与民事关系存在主体或行为的部分要素差异,如何界定主体的身份或行为要素就非常重要了。故而,在我国规范语境下,对商事关系进行界定的必要性凸显于普通商事关系之中,普通商事关系乃商事关系界定的理论重心。例如,学术界争议较多的分期付款的股权转让合同解除权的问题,即发生在普通商事关系领域,其特殊性固然存在,但是并不像特殊商事关系那么明显,此乃产生法律适用争议的重要原因。

在普通商事关系中,根据主体间关系可以将商事交易区分为商人间交易和商人—消费者交易。其中,商人间交易是企业间交易,系追求营利目的的专业主体之间的交易活动,存在予以特别规制的需求。^③对于商人—消费者交易,由于主体分属商人与消费者,传统商法将之作为单方商行为对待。由于商人与消费者在地位上并不平等,消费者处于弱势地位,需要加以特别保护。

① 参见姜昭:《集合资金信托商事法律关系主体化研究》,《法学论坛》2015年第2期。

② 参见施天涛:《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,《清华法学》2017年第6期。

③ 参见[日]尾崎安央:《日本商法典的解构与日本民法的商法化现象》,张杨译,《中国政法大学学报》2018年第1期。

这也体现在保险合同、存款合同、电子商务合同等诸多合同类型之中。当存在非以满足消费为目的的消费行为时,在解释上即陷入争论的困境,而此时问题的实质在于民法与商法的规范边界厘定。对于纯粹自然人之间的交易,其非常态化的营利行为适用主体平等和可互换性基础上的民事规则即可。当一方交易主体契合法律规定的商事主体条件时,交易关系则转变为商事关系,进而排除民法规则的适用,从而“由民入商”。在普通商事关系中,由于缺乏特殊商事关系中的行为场景设定,因此商事主体的界定将成为商法规则适用的前提性问题,须给予更加明确的规范标识。

总之,从我国商事关系的规范语境看,改革开放以来,我国各项单行商事立法围绕商事主体进行着分门别类的建构,并形成企业以及非企业的主体区隔。《市场主体登记管理条例》虽属行政法规,但发挥着对商事主体进行体系建构的重要作用。我国商事理论建构不能摆脱现有规范体系的制约而肆意为之,既有法律制度体现出来的路径依赖是进一步体系化的基础。

(二)商事关系的当代语境

从法律演进主义的角度观之,商法并非一个民族一朝一夕创造出来的,而是相互吸收、相互继承和彼此促进,经过数千年的漫长过程,从无到有,从单一的规则到普遍认同的技术规范,最终形成一定的法律定规。^① 商法规则是商业需求引领、商事实践催生的,不断发展变化的商事实践导致商事关系变动不居,商事规范的演进亦肇始于商事实践的发展变化。故而,单纯考量历史商法特别是域外历史商法,其论证效力并不充分,应当特别关注商事关系的当代发展。当然,商事关系的不断演进并不代表其不可界定,作为规范概念存在的商事关系同样可以通过法律更新、法律解释等方式得以保持活力。如果肯认民法与商法分别属于一般私法与特别私法的二元格局,那么新型商事关系的扩张变迁同时意味着民事关系范畴的对应变化。自改革开放以来,我国商事关系呈现出丰富的发展变化,相应的商法规范也体现了丰富的时代特征,应当充分关注。

首先,当代实质商法的规范体系空前扩展,主体类型与行为场域都极为扩张。与相对闭合的传统法律体系相比,商法呈现出常变常新的开放性和进步性,是我国市场经济中最为动态化的法律部门。超越于传统的公司、证券、保险、票据等范畴,我国商法体系广泛扩充至包括资产管理、电子商务、金融交易等领域。以营利为目的从事的金融交易行为涉及投资、融资、信贷、信托、保险、证券、期货等诸多领域,逐渐占据了商事交易中的重要地位,金融商法开始成为商法中的核心部分。^② 由传统金融机构和融资担保公司、典当行、小额贷款公司等准金融机构所开展的商事交易,也应当纳入商事交易范畴之中,进而适用商事自治和金融规制的规范体系。由此,商事关系的范畴扩展产生了统一适用商事自治的规范需求,在统一的商事主体体系基础之上确立营业自由,以确认商事主体类型和实现商事行为场域的创新与扩张。

其次,营业方式创新发展以及互联网环境下民事主体的普遍商化。以互联网为媒体产生的各类电子商务交易形态极大地降低了传统民商事交易的场地和成本限制,扩张了商事营业的需求。特别是以电商、网商、微商为代表的商自然人交易频繁,已经不仅仅是简单的线下商人的线上交易,而是形成了电子商务经营者这一新型商事主体,成为大众创业的重要途径。按照《电子商务法》的规定,通过互联网等信息网络从事销售商品或者提供服务的经营活动的自然人、法人

^① 参见何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社 2007 年版,第 2 页。

^② 参见施天涛:《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,《清华法学》2017 年第 6 期。

和非法组织均为电子商务经营者,包括电子商务平台经营者、平台内经营者以及通过自建网站、其他网络服务销售商品或者提供服务的电子商务经营者。该法要求电子商务经营者依法办理市场主体登记,同时设定了农副产品、家庭手工业品等交易的登记例外。由此可见,通过将电子商务关系纳入商事关系范畴之中,传统商法视野下的商事关系场域亦有扩张。

(三)商事关系的本土语境

尽管商事领域存在明显的国际性特征,但是商事主体的本土性特征也不容忽视。受制于商事主体法定原则,商事主体不能任意设立。《市场主体登记管理条例》第3条规定了市场主体的登记义务,非属于法定豁免情形,非经登记不得以市场主体名义从事经营活动。在我国,小商贩、微商等实践中的经营者缺乏明确的规范地位,农村承包经营户、个体工商户等经营主体则是我国本土的特别存在,其制度逻辑和价值并不能直接为域外商法理论所揭示,需要予以本土化审视。

小商贩未经过工商注册登记,无固定的经营场所,利用路边空地、广场等公共空间从事小规模商业经营。^①小商贩的经营行为有着明确的营利目的和营业特征,契合商个人的法律属性。^②虽然小商贩并非我国的独特存在,但是在管制主义的立场之下,我国所面临的问题较为特别。早在2003年,国务院为了取缔小型的发电厂、炼油厂等无证无照企业,制定了《无证经营查处取缔办法》,禁止无证无照经营行为。但是,随着商事经营制度的改革,该办法严重滞后于商业实践。2017年,国务院通过了新的《无证无照经营查处办法》,其虽然确立了不得从事无证无照经营的一般规则,但是设定了两种例外,即“在县级以上地方人民政府指定的场所和时间,销售农副产品、日常生活用品,或者个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动”和“依照规定,从事无须取得许可或者办理注册登记的经营行为”。同时,对无证无照经营的行为,也不再没收工具,并且降低了罚款数额。尽管该办法对小商贩的登记豁免仍然语焉不详,但是仍然标志着我国小商贩营业自由的适度开放。从商事主体的角度看,小商贩具有符合营业特征的客观行为,其是否要进行商主体的登记则存在争议。例如,业已废止的《深圳经济特区商事条例》第63条曾规定,关于字号、经理、商事登记的公告和商业账簿的规定不适用于个体工商户。对此类商个人可以通过建构无名商主体以明晰其法律地位,要求其进行备案而非行政确认登记即可。^③亦有学者基于人文关怀和特别保护等价值判断主张豁免登记程序。^④无论哪种方案,事实上均反对将小商贩与营业资格许可相关联,而是支持小商贩的营业自由权利,从而指向小商贩作为商个人存在的合理性。在我国管制主义的传统语境之下,在商事规范上明确规定其小商人身份和营业自由具有重要价值,以避免执法部门对商事自由的不当干涉。

当下,农村承包经营户、个体工商户、个人独资企业等商个人形态具有鲜明的中国特色。个体工商户与个人独资企业仅在规模上有所差异,并不存在法律上的实质区别,其作为商事主体存在具有法理上的同质正当性。从我国个体工商户的历史发展看,相关立法所提供的营业能力赋予与财产保护功能已经基本实现,而豁免私法义务的功能则有待商法供给。^⑤农村承包经营户

① 参见李建伟:《从小商贩的合法化途径看我国商个人体系的建构》,《中国政法大学学报》2009年第6期。

② 参见林艳琴:《对我国商自然人法律制度的审视》,《政法论坛》2009年第1期。

③ 参见李建伟:《从小商贩的合法化途径看我国商个人体系的建构》,《中国政法大学学报》2009年第6期。

④ 参见王妍:《小商人豁免登记及其法理基础》,《学习与探索》2010年第5期。

⑤ 参见曹兴权:《民法典如何对待个体工商户》,《环球法律评论》2016年第6期。

是否为商个人的争议也由来已久,主张其为商个人的学者认为当农村承包经营户将其农林牧渔产品投入市场交易时,其具有营业性质。^①然而,从实践观之,的确有部分农村承包经营户为自给自足性质,非为营利目的,由此产生了前述争议。是否应当承认农村承包经营户的商事主体属性,与规范目的关系密切。与个体工商户相类似,承认农村承包经营户的商人属性,是为了实现营业赋权与财产保护的功能,并且可以豁免部分私法义务。从这一点出发,将农村承包经营户归入商事主体之列具有正当性基础。

(四)初步结论

与域外商法不同,我国商事关系的界定有着特别的中国语境。基于我国目前的规范现状,我国现行法上的商事关系呈现出以下特征:虽然兼顾主体法与行为法,但是仍然以主体法为偏向;虽然以企业法为规范重心,但是非企业商人也不容忽视;虽然以特殊商事关系为重点场域,但是普通商事关系才是商事关系的界定难点与重心。因为以企业为主体的商事关系仅为商事关系之一部分,所以并不能以企业取代商事主体概念。从我国商事关系当代发展的脉络看,实质商法的范畴不断扩张,金融商事关系地位趋于重要,电子化交易平台的运用使得电子商务经营者的重要性突出。凡此种种,均反射于统一的商事主体概念之上。从我国商事关系的本土语境看,小商人等商个人存在营业赋权、财产保护和豁免私法义务的需求,不当成为被商法忽略的主体类型,我国商法也不应当忽略商个人的规范价值。商个人属于商事主体而非民事主体,其不当被排除于商事担保、商事合同等商事特别规则之外。因此,在我国商事关系界定与建构的术语选择上,主体概念更契合我国商法的规范语境、当代语境与本土语境,优于行为概念。

四、商事关系的解释选择

如前所述,主体概念更加契合我国商法的规范语境、当代语境与本土语境。但是,在商法主体概念的术语选取上,仍然存在商人、企业、经营者、商事主体、市场主体等多个概念。前述概念的内涵外延模糊、适用情形复杂,主体概念的取舍,需要考量各项概念的解释能力。虽然解释选择问题并不存在绝对的对错之分,但是不同术语在语义表达、体系融贯、语言习惯等方面仍然存在差异,未来的《中华人民共和国商法典》或《中华人民共和国商法通则》立法应当谨慎选择法律概念。《市场主体登记管理条例》所选取的市场主体概念,即存在诸多体系不适之处。商事关系的诠释包括理解、解释和应用三个层面的功能,旨在达致基于特定概念的广泛沟通。

(一)语义表达能力

语言是法律存在的形式和载体,有其自身的规范需求,但在法学研究中经常出现语言混乱的现象。^②在不存在价值判断差异的前提下,通过何种语言描述和表达特定的价值判断结论,首先涉及词语的语义表达能力问题。准确地表达特定的语义对法律措辞十分重要,可以避免不必要的语义宽松,也可以避免不必要的语义严格。^③然而,在法律术语的选择问题上,虽然法律语言追求准确性与严谨性,但是由于语言本身、社会关系的复杂性、法律的一般性以及人类的有限理

^① 参见李建伟:《对我国商个人立法的分析与反思》,《政法论坛》2009年第5期。

^② 参见何家弘:《论法律语言的统一和规范》,《中国人民大学学报》2009年第1期。

^③ 参见[美]吉本斯:《法律语言学导论》,程朝阳、毛凤凡、秦明译,法律出版社2007年版,第45页。

性等原因,一定程度的模糊性仍然不可能完全避免。^①在商事关系的概念选择上,前述问题同样存在。无论是商人、企业、经营者、商事主体、市场主体等主体概念,抑或商行为、营业、营利、经营等行为概念,均存在语义结构上的模糊性。加之商事关系形态的多元复杂性,导致在概念选择上自说自话。

具体到商人、企业、经营者、商事主体、市场主体等主体概念,学者所论不一。有学者主张适用企业、经营者概念,已如前述。有学者主张沿用商人概念,其原因在于商人概念在我国有特别的政治法律意义,以及企业概念具有历史和现实的局限性,故而应该坚守商人概念。^②也有学者主张使用经营者作为商事规则的识别点,原因在于营业是现代大陆法系商法体系的核心和原点、符合比较法最新动态、符合我国改革开放以来的术语用法。^③在前述概念之外,《市场主体登记管理条例》使用了市场主体概念,沿用了《优化营商环境条例》和国务院规范性文件中的用法。在《市场主体登记管理条例》起草的过程中,农民专业合作社作为互助性经济组织能否归入商事主体产生了诸多争议。《市场主体登记管理条例》第2条明确了农民专业合作社属于以营利为目的从事经营活动的主体,事实上其营利性也十分明显,将其纳入商事主体范畴亦无不当。

综合对比前述概念,从语义表达能力上讲,商事主体概念具有明显的优势:(1)在语义范围上,商事主体概念比企业概念更具全面性。企业虽然是商事主体的核心,但是其并非商事主体之全部,我国现行法对非企业商人提供了相应的规范供给。故而,企业概念在语义范围上存在明显限制。(2)在语言精确性方面,商事主体概念比企业、商人、经营者、市场主体等概念更优。企业并非严格的法律概念,作为经济学概念,企业更多的意义在于其经济实体的属性,缺乏规范上的明确性。相比商人概念,商事主体概念作为单纯的法律术语,可以容纳对诸多商事组织和个人形态的总括,已经完成学术语言与自然语言分离的过程,而商人概念尚未完成前述分离。由于自然语言中的商人概念不同于法律上的商事主体概念,因此采纳商人概念必然造成两者之间的冲突。经营者作为较新概念,在范畴上取决于经营概念,在经济法层面又具有不同的意涵,在语言精确性上处于劣势。市场主体概念多出现在政策性文件和行政法规之中,更难以承载商事关系的语义范畴。(3)在概念内涵赋予和提取的过程中,商事主体概念具有更大的包容性,更适应自然语言向法律语言转向的需求。通过扩张企业的概念或抽象商人概念,同样可以将非企业商人纳入其中,但企业概念在趋于扩大的同时,也不可避免地产生泛化的问题,与之伴随的是术语表意能力的下降和失准。

(二)体系融贯能力

在人类的理性认识范畴内,妥当地实现体系内的融贯解释并且尽量避免逻辑上的例外,是思维逻辑的重要要求。商事关系概念所借助的术语,应当在保持稳定语义的情况下贯穿于整个商法体系。在商事规范体系中,其不可避免地涉及商事权利、能力、商号、商事登记、商事账簿、商事代理权等内容,除非另有特别规定,这些规范内容对各类商事主体均为适用,故而建构统一的主体概念具有重要的体系融贯价值。如果某一概念囿于部分商事主体,如我国现行法上所采用的企业概念,那么其将无法适用于前述各类情形。

^① 参见罗士俐:《法律语言本质特征的批判性分析》,《北方法学》2011年第4期。

^② 参见刘宏渭:《商法总则基本问题研究》,华中科技大学出版社2013年版,第111页。

^③ 参见纪海龙:《民法典编纂背景下商事规则的识别点》,《学术月刊》2017年第12期。

具体而言,商事主体概念的体系融贯性体现在以下几个方面:(1)从商事权利和商事能力的角度看,在统一建构商事主体概念的基础上,可以借由其确立营业自由、外观主义、社会责任等商法原则,实现商事关系范畴内的统一价值判断立场。从法律渊源看,自治规则和商业惯例可以优先适用于各类商事主体。(2)由于坚持商事主体法定原则,因此商事主体的法律形态和营业资格可得一体规定,并可对主体外延进行类型化规定,将其区分规定为商个人、商合伙和商法人。在统一的商事主体制度之上,商号权、商誉权、商业信息权、商事信用权等商事权利可得一体规定,而无须再区分适用于具体类型的商事主体之上。例如,唯有通过建构统一的商事主体概念体系,商号方能穿透于各种组织形态,而非受制于单一的企业类别注册需求。在商事主体营业资格的获取上,证照分离、先照后证的体系化改革不仅应当适用于公司企业,而且还应当扩充至其余商事主体类型。统一的营业资格获取、维持和丧失制度,有助于平等对待各类商事主体,而非偏颇地对待企业类商事主体。(3)通过建构统一的商事主体概念,可以设置统一的商事登记体系,进而可破解信息公示不足的现实困境。^①通过商事登记机关的纸质或电子化的系统登记,社会公众可以获得各类商事主体的登记信息,辅之以商事账簿置备等要求,可以进一步增强商个人、商合伙等非企业商事主体的信用基础,增强营业活力。(4)在商事主体概念的基础上,方能建构起立足于营业财产动态变化的营业转让体系,尊重和维持商事资产的流动性和增值性。(5)在商事行为和商事代理领域,可以统一商事上的经理权和代理权规则,明确商事报酬请求权,重新划定商事担保范畴,设定商事交互计算规则等。这种基于商事主体概念的体系,相较于企业、商人、市场主体等概念,具有最小的体系副作用,解释上的例外情形最少。

商事主体概念的体系融贯性还体现在,作为与《民法典》所规定的民事主体相对应的概念,能够昭示私法的二元体系。在《民法通则》中,立法者采取了当事人、公民、法人等主体概念。在《民法典》中,立法者先后40次使用了民事主体概念,确立了民事关系的主体术语系统,纳入了自然人、法人和非法人组织等主体类型。商法承载了不同于民事法律体系的价值判断立场,无论在形式上两者关系如何,都存在在实质上自成一体商事规范体系。对应《民法典》中的民事主体范畴,在未来的商事立法中宜采纳商事主体概念,这样有助于确立商事关系的界定标识,具有相当的术语规整性。由此可见,商事主体概念的体系融贯性不仅体现在商事关系范畴之内,而且还体现在其与民事关系的对应区分之上。进而,商事主体与民事主体共同构成二元的私法主体体系。

总之,就商人、企业、经营者、商事主体、市场主体等概念而言,商事主体概念具有更好的体系融贯能力,能够呼应其他相关制度需求,亦契合商法的体系建构逻辑。这也正反映了商事关系界定属于解释选择问题的属性,其中并不存在具体差异化的价值判断,而是通过何种语言、路径、方式实现价值判断立场的解释和表达问题类型。

(三)语言习惯

除了语义表达能力和体系融贯能力之外,语言习惯也是重要的考量内容。诠释学理论的倡导者指出,理解的实现方式乃是事物本身得以语言表达,因此对事物的理解必然通过语言的形式而产生,或者说,语言就是理解得以完成的形式。^②职是之故,德国学者加达默尔提出了以语言

^① 参见刘斌、张昕惠:《商事主体登记与备案之辨——兼评〈商事主体登记管理条例(草案)〉》,《经贸法律评论》2021年第2期。

^② 参见[德]汉斯·格奥尔格·加达默尔:《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第10页。

为主线的诠释学本体论转向。面对陌生的语词,法学理论界往往倾向于怀疑甚至激烈反对,这种反对实则是对理解形式的不同认知。例如,民法学中的“或有期间”作为新生术语,虽然是多种解释选择方案中的可行选择之一,但是仍然产生了巨大争议。^① 对于或有期间的法律效果,理论上实际上并无实质争议,其法律效力也在实定法上有明确的规范,既有争议集中在采用何种方式予以解释表达。这种争议的存在,很大程度上是因为解释者的前见中缺乏或有期间概念。商事关系的解释选择问题也是属于此类问题,不同解释者的差异选择往往来自固有的前见。正如德国学者海德格尔所说,解释从来就不是对某个现行给定的东西所作的无前提的把握,而是来自解释者不言自明的先入之见,这种前见伴随着任何解释过程而存在。^② 前见也被称为前理解,是历史赋予理解者或解释者的特殊视域,是各主体既有认知的体现,必然受到历史和现实的多重制约。^③

语言是人类思维的载体,选择更为贴近语言习惯的语词能够有效降低讨论者的思维负担。我们应当选取在语义上与自然语言偏离较小的法律术语,此为法律语言使用的第一项基础,这种偏向语言习惯的解释方式有助于对问题的理解与说明。思想是和语言结合在一起的,语言又是和社会科学结合在一起的,语言方式在一定程度上影响着论证逻辑和思维方式。就商人、企业、经营者、商事主体、市场主体等概念而言,商人、商事主体具有历史面向上的习惯优势,企业、经营者、市场主体等概念处于劣势,改变既有习惯的解释方式应当承担解释成本上的论证责任。商人、经营者、市场主体等概念由于经常出现在各种泛化的使用场合,因此会产生理解上的歧义,造成法律适用中的理解障碍。相较于其他概念,商事主体概念的辨识度最为鲜明,表达方式更优。

语言概念本身所承载的内涵是丰富的,在法律语境下,其非规范性的因素则被剥离出去,规范性的因素被保留下来,而后者成为规范体系中概念的构成要素。故而,从自然语言向法律语言的转向,实际上还存在一个剥离和提取的过程,此为法律语言使用的第二项基础。在从自然语言生成法律语言的过程中,其语义内涵需要重新界定和诠释。从法律语言的习惯角度视之,商人、企业、经营者、市场主体都有其特别的语义习惯,欲达致与商事主体同等的语义,须在一定程度上改变原有的语义习惯,否则难以充分和准确地表达概念内涵。在法学概念偏好“属+种差”构词方式的背景下,商事主体作为与民事主体等相邻概念并列的构词,大大降低了概念谱系的兼容困难。

(四)小结

德国学者拉伦茨指出,每一个专业术语都凝练着某个复杂的思维过程,只有这方面的专家才了解术语背后的这个过程。^④ 如前所述,商事关系的锚点选取并不直接决定其范畴,而是解释选择问题。在商人、企业、经营者、商事主体、市场主体等主体概念中,商事主体具有更强的语义表达能力。与之同时,商事主体具备更好的体系融贯能力,亦更为符合既有的用语习惯。当然,商事主体概念作为商事关系的基点,并不意味其他概念的消亡。在界定商事关系的过程中,在不同

① 参见沈健州:《民法解释选择问题的分析框架——以或有期间概念为分析范例》,《中外法学》2019年第4期。

② 参见[德]汉斯-格奥尔格·加达默尔:《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第7页。

③ 参见张庆熊:《社会科学的哲学》,复旦大学出版社2010年版,第199页。

④ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英等译,法律出版社2003年版,第37页。

商事主体类型区分规制的商法体系中,企业概念仍然有其广阔的适用空间,但应当作为商事主体概念的下位概念或辅助概念发挥作用。

五、结 语

我国商法学界对商事关系的研究历经多年,仍然囿于各自立场自说自话,但这并不意味着无法形成共识。商法问题可以分为事实判断问题、价值判断问题和解释选择问题。通过商法学方法论的观察审视,在商事关系的界定争议中,各种学说持有实质相同的价值判断立场,理论争议属于解释选择问题。商事关系的界定路径攸关法律规范的选择取舍,应当通过审视商事关系的中国语境,以发掘中国商法的价值判断和路径依赖,进而实现解释上的视域交融。就商事关系的解释选择路径而言,其本身并无对错之分,但商事主体概念具有更强的语义表达能力、体系融贯能力,更契合语言习惯,具有最小的理解成本和障碍,具有更充分的选择因由。在商事主体的概念体系之下,区分不同主体类型进行分别规制,既契合我国商法的现状,也是未来应当维持的规范体系结构。在未来的《中华人民共和国民法典》或《中华人民共和国商法通则》中,商事主体概念应当成为规范体系建构的基础,以承载民商区分的私法二元体系,《市场主体登记管理条例》所采用的市场主体概念则不宜沿用。

Abstract: The definition of commercial relationships determines the objects and logical basis of commercial law, which constitute a watershed between civil value judgement and commercial value judgement. The subject theory, the commercial act theory and the compromised theory are all interpretation selections, which doesn't mean conflicts of value judgment. The controversies of the above theories belong to interpretation selections issues, not value judgement issues. The choice of the terminology of commercial relationships should be based on the normative context, contemporary context, and the Chinese local context. The current Chinese commercial laws focus on the commercial subjects and commercial acts, concentrating on enterprise subjects and special commercial relationships, which form different levels of commercial rules. Based on the semantic expression ability, system coherence ability, language custom and other considerations, the concept of commercial subjects should be used as the normative identification points of commercial relationships.

Key Words: commercial relationships, value judgement, interpretation selection, market subjects, commercial subjects

责任编辑 翟中鞠