

# 商人权利保护机制之变迁： 理论反思和体系再造

夏小雄

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

**摘要:** 商人的权利保护是商法的核心内容。商人权利保护机制在不同历史阶段具有不同的表现形式,始终在根据商法体系调整而不断发展完善。法典化时代之前的商法本质上属于商人的特权法。法典化时代商人的权利已经成文化,但是商法的调整重心已经变为商行为。宪法化时代商人权利的保护需要从基本权利保护的角度加以反思。全球化时代商人权利的保护又面临新挑战。我国商法体系建设需要商人权利保护围绕这一核心内容加以展开。

**关键词:** 商人权利;特权法;法典化;宪法化;全球化

**中图分类号:** DF59      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-3933(2017)06-0040-11

## The Transformation of the Mechanism for the Protection of Merchants' Right: Theoretical Reflection and Systematic Reconstruction

XIA Xiao-xiong

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720 China)

**Abstract:** The protection of merchants' right is the core content of commercial law. The mechanism for the protection of merchants' right has different forms in different historical stages, and has continuous development in accordance with the adjustments of commercial law system. Before the era of codification, the commercial law was the "privilege law" of merchants. In times of codification, the rights of merchant have been confirmed in the commercial codes, but the commercial acts have become the focus of the systems of commercial law. We should rethink the

**收稿日期:** 2017-02-28 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2017年5月 日数字出版,全球发行  
**基金项目:** 中国法学会2016年度部级法学研究课题《民法典编纂与商事通则立法:基于商法“法典化”的视角》(CLS2016C25)阶段性成果

**作者简介:** 夏小雄(1983-),男,湖南攸县人,中国社会科学院法学研究所助理研究员,研究方向:商法学。

protection of merchants' rights from the view of protection of fundamental rights in times of Constitution. In times of globalization, the protection of merchants' right is facing new challenges. The construction of the system of Chinese commercial law should revolve the protection of merchant's rights.

**Key words:** merchants' right; privilege law; codification; constitutionalization; globalization

## 引言

商人权利保护是商法制度体系的核心内容<sup>[1]</sup>。在中世纪商法诞生之初,商法实际上就是商人法,旨在确认保护商人的特权或权利。此后商法制度体系经历了持续发展变迁,例如在内容上由主体法变为行为法、从商人法变成企业法,在形式上从习惯法到成文法、从法典化到单行化,但是商人的权利保护却始终是各国商法的重点关注内容<sup>[2]</sup>。从某种程度上可以说,商人权利能否得到全面的确认和完善的保护,反映了商法立法水平的高低,也体现了商法司法实施的优劣。商法的发展过程也表明,商人权利保护程度越高,法治文明也越发达,经济发展水平也相对而言更高,在区域甚至全球的经济竞争中就具有更为明显的优势。

改革开放以来,我国商法制度建设进步很快,在法律制度层面围绕商人权利保护机制的完善做了很多具体工作。但是,由于多重因素的影响,我国的商人权利保护工作依然存在很多不足。在过去三十多年中,商人们的权利不时受到侵犯,商人权利保护面临很多现实问题,例如营业自由受到不当限制、营业财产受到任意剥夺,此外公权力对于商人权利的侵犯在个别地域、个别时期表现得尤为明显。这些问题的存在在一定程度上影响了经济的发展和社会的进步,也从侧面反映了我国商人权利保护机制的缺陷。在此背景下,对于中国法语境下的商人权利保护机制必须加以改进优化。当然,商人权利保护是“牵一发而动全身”的问题,必须着眼于法治秩序整体视角考虑商人权利保护机制完善问题,而不能拘泥于商法制度的具体条款或具体细节。

从商法制度变迁历史来看,对于商人权利保护,很多国家(特别是商法法制较为发达的国家)已经形成了较为完善的制度体系、积累了较为丰富的实践经验。这些国家的商人权利保护机制及其背后的商法制度体系、法治实践机制对于我国商人权利保护机制的完善具有重要的参照借鉴意义。值得注意的是,这些国家完善的商人权利保护机制也非短时间内就得以形成,而是经过了漫长的发展完善过程。在此意义上,有必要对商法史上商人权利保护机制的历史建构过程做一简要的回顾,并在此基础上评析商法法制发达国家在商人权利保护机制方面的经验得失。

遵循上述问题意识,本文将主要考察不同历史阶段商人权利的保护机制,试图通过这种历史视角的回顾理解商人权利保护机制的体系性和复杂性,并在此基础上思考当下中国商人权利保护机制的改革方向和完善方案。限于篇幅,这种理论探讨必然是宏观的,对于具体制度的探讨可能不够深入。同时,对于西方商人权利法治保护机制的重述只是一种历史描述,这些异域经验对于中国问题的完善可以构成参照借鉴,但是中国商法制度体系的重构必须基于自身国情作出历史选择,立法者必须建构出符合中国现实国情的商人权利保护机制。

## 一、中世纪时期的商人权利保护:通过“自治法”的“自我治理”

罗马法时代虽然也存在商业贸易和贸易商人,但是由于商品经济不够发达,没有发展出完善的商法制度体系,对于商人的权利保护并未提供特殊的机制<sup>[1]</sup>。从11世纪后半期开始,地中海沿岸的商业贸易逐步繁荣起来,越来越多的人加入到了商人队伍,成为了以商业贸易为职业的群体。随着商人群体的日益扩大,商人之间自发形成了商人行会,通过制定行会章程等方式规范管理商人行为和商业贸易。在长期的商业实践中,商人们通过反复交易形成了更为丰富的商业惯例。与此同时,商人们也建构了商人法庭,主要处理与商人有关的商事交易争议纠纷,通过长期的司法裁判活动也积累了丰富的司法判例。在这些交易惯例、行会章程、法庭裁决的基础上形成了最初意义上的商法<sup>[1]</sup>。中世纪商法的形成,实际上为商人们确立了“自我治理”的权力,这更有利于他们权利的保障和权益的实现。而在此之前,即使是商人之间的争议,也没有专门的法律规则对之加以调整,而只能依据罗马法、教会法、封建法等加以处理,这些法律渊源形式带有较强的限制商业、约束商人等特征,事实上不利于商人权利的实现和保护。

在中世纪商法的建构过程中,世俗政治权力对于商法的发展原则上并不加以干预。各个自治城市的章程虽然也有涉及商人权利的内容,但是商法规则主要通过商人们的“自我立法”加以实现,行会章程、商业惯例、司法判例等法源形式实际上均是商人们长期商业实践的“创造物”或“附随品”。这些商法规则源自于商事交易客观需要,主要用于规范调整商事交易过程中商人的权利义务关系,并为形态多样的商事争议纠纷提供问题解决方案。在实践中,它们只适用于商人之间的商事法律争议,而且只在商人法庭得以适用。就此而言,中世纪商法本质上属于商人的“自治法”,这一根本属性决定了商法的法源形式和效力模式,也排除了其他法源形式对于商事交易调整和商人权利保护的“干预介入”<sup>[5]</sup>。

作为商人的自治法,商法的存在宗旨主要在于确认和保护商人的权利。由于中世纪时期对于商人身份的取得和商业活动的开展本身设置了一定的条件,成为商人并非一件易事,通常来说必须符合商人行会设定的各类严格条件。从另外一个维度也可以说,商人行会垄断了商业贸易的权利,并非任何人均可以开展商业贸易活动,营业自由的理念在这一阶段并未形成。商人只有经过行会授予相应资格之后,才能在特定行业领域开展经营活动。从权利赋予的角度来看,只有符合了行会设置的商人资格要件并经过核准,才能享有各种基于商人身份才能获得的特殊权利。在此意义上中世纪商法也被视为是商人的特权法<sup>[6]</sup>。

由于中世纪商人多为贸易商人,他们所从事的营业活动主要是从手工业者处采购商品,再出售给其他商人或者直接出售给消费者。通过这种买卖交易,商人们获得商业利润。围绕商人的这种特殊地位和营利机制,中世纪商法也建构了一系列制度,进而确保商业交易能够高效安全的进行。

在商事交易领域,商人之间的合同不再被视为纯粹的财产获得方式,而是被视为营利工具,合同法因而也就具有了自身独特的功能,不再从属于财产法领域<sup>[7]</sup>。为了促进合同交易的顺利进行,中世纪商法解除了合同成立的严苛形式要件,强调商人之间的合意就能促使合

同成立。合同法律制度从债务人导向转向债权人导向,增加了一系列有利于商人利益保护的制度,例如债权人可以要求债务人立即履行债务、债务人须以金钱形式完成支付、延迟支付需要支付相应利息<sup>[8]</sup>。商人的“特权性”在其他领域表现得更为明显。例如,在合伙制度方面扩展了合伙人权利,承认每一个合伙人的事务执行权利以促进商事交易的高效进行。同时要求每一个合伙人对于合伙债务承担无限连带责任,使得与之交易的商人能够得到充分利益保障<sup>[9]</sup>。在破产方面,中世纪商法对于破产商人的责任加以了适当限制,为商人营业活动的开展创造了有力条件。在支付方面,发展出了有利于商人贸易的支付工具,如汇票本票等,促进了商事交易的高效进行。

商法作为商人的特权法,不仅在城市共和国加以适用,而且还能扩展适用到更大地域范围,使得商人权利的保护不受地域空间的限制。在当时欧洲大陆地区尚处于四分五裂的情况下,商人的权利实际上具有一定程度上的“普遍性”,在大多数商业发达的地域都能得到承认和保护<sup>[10]</sup>。例如,1303年英国国王爱德华一世就颁布了商人章程(Carta Mercatoria),承认外国商人在英国的合法地位并为他们提供权利保护。

在商人的权利受到侵害之时,商人们可以通过商人法庭快速高效处理。商人法庭由资深商人构成,对于商业运营和商法规则较为熟悉,对于商人之间的争议能够运用自身的专业知识和实践经验快速高效地作出裁判。这种专门化的商人法庭有利于商人权利的保护,也是中世纪商法体系中具有相当特色的一个方面<sup>[11]</sup>。

因此,中世纪商法的形成就在于确认并保护商人的特权,旨在促进商人财富的增值和维护商人阶层的整体利益。作为商人的自治法,中世纪商法对于商人的特权保护提供了较为完善的机制措施,有助于保护商人的正当权益,也有利于促进商业贸易的发展繁荣。

## 二、君主国时期的商人权利保护:经由“国家法”的“外在保护”

在中世纪末期,民族国家逐渐得以形成。随着世俗政治权力的逐步加强,各个新兴民族国家的统治者也加强了对于社会生活的控制,立法权、司法权、行政权等主权性权力日益集中于国王等统治者手中。对于商法制度发展和商人权利保护而言,政治控制的介入、主权权力的强化对其也产生了重要影响。与中世纪商法运作机制有所不同,君主国时期国家权力的介入基本上重塑了既有的商法制度体系,也在一定程度上改变了商人权利保护机制。

在立法方面,主权立法已经成为商事法律的重要法源形式,商法法律规则原则上只有通过国王发布才能生效。商法不再是纯粹的商人自治法,也不再是以交易惯例、行会章程、法源判例等形式呈现,商法已在一定程度上国家化、成文化、体系化。这一阶段最为典型的商事立法属于路易十四统治时期制定的1673年商事条例和1681年海事条例。商人不再是商法发展的主导力量,各国君主对于商法体系的建构逐渐占据主导支配地位<sup>[12]</sup>。

在司法方面,商事司法权也被收回到君主国统治者的手中。原来在商人行会基础上发展而来的商人法庭被改造成为商事法院,司法权力的行使也成为了主权权力运用的重要形式。尽管商事法院的法官依然由经验丰富的商人担任,但是他们的最终任命不是经由行会而是国王。值得注意的是,商事法院的案件受理范围在此阶段也得到一定扩展,一

些商人和非商人之间的争议也可以由商事法院加以处理。例如,1563年法国国王查理九世就重构了商事法院制度,设立了巴黎法院(Jurisdiction des juges ete consuls de Paris)从事商事审判业务<sup>[3]</sup>。

在行政方面,新兴民族国家大都加强了对于商人资格和商业贸易的管理。传统上由商人行会履行的职责基本上转由国王或政府行使。商人若想开展营业活动,必须符合立法规定的条件并且必须履行特定程序。商业活动的进行也必须严格按照相应管理规定进行。因此,后来也有学者将这一时期的商法性质界定为公法,认为其内容主要是处理商人和商业的管制问题<sup>[4]</sup>。

在此背景下,商人所享有的权利就受到了很大影响,商人开展商业活动也就受到了较多限制。商人的营业权利在一定程度上被视为国王授予的“特权”或“许可”,没有获得这些“特权”或“许可”就不能开展商业活动;商人在经营活动中必须进行商事登记、设置商业账簿,商人之间签订的合同必须采取书面形式。这些要求在中世纪时期都属于任意性的而非强制性的;商人必须按照诚实信用原则要求开展商业活动,存在欺诈性破产、不进行商业登记、不设置商业账簿等情形的均需要处以严格处罚(甚至判处死刑)<sup>[5]</sup>。

但是,对于商人群体加强管制并不意味着必然强化对于商业活动的抑制。实际的情况却是与之相反,这一时期各个新兴民族国家及其统治者大都致力于发展商业贸易,积极推行重商主义的经济政策,强调国家财富的积累必须建立在商业贸易繁荣的基础之上。在这种特殊的经济社会环境之下,商人们面临前所未有的发展机遇,可以更为自由地开展各类商业贸易。法国路易十四统治时期国王及首相柯尔伯特是“重商主义”的积极推行者,恰是在这一时期内他们组织编纂了著名的商事条例和海事条例,为商业活动的开展和商人权利的保障提供了良好的规范基础和法律秩序<sup>①</sup>。

为了更好地发展海外贸易,同时也给商人们提供更多的投资机会,这一时期各个国家还通过国王发布特许令的形式创立了股份公司。商人们可以通过认购股份的形式参与更大规模、更大风险的投资事业,并且按照认购股份比例分享利润、承担风险。在这种新式的股份公司制度下,商人们作为投资者不必亲自参与公司运营管理,只是以股东的形式有限参与公司事务。股份公司的许多特征突破了传统商事合伙的制度框架,使得商人们能够以新的身份、新的方式参与到各种经营事业,既能充分获取投资收益,又能有效规避投资风险<sup>[6]</sup>。

总结而言,从表面上看来,君主国时期商人享有的权利已经受到较多的限制和约束,商人们不能通过自我立法、自我司法的方式实现自身权益保障,但是主权权力在商事立法、商事司法等过程中的介入并没有改变商法作为商人“特权法”的本质。在这一时期,商法依然是围绕商人“特权”的确认和保护而展开,只不过商人的营业自由、财产保障等权利内容在新的经济政治理念和社会制度环境下有了新的内涵。

---

① Colbert主要受到 Savary 的影响而推行重商主义。对于这一时期重商主义政策最佳的理论阐释著作作为 Savary J, . *Le parfait négociant, ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France, & des Pa s E trangers*. Jansons, 1726.

当然,随着启蒙主义哲学和自然法学理论的发展,在中世纪末期对于商人权利的理解也在逐渐发生变化。学者们意识到商人的权利并非来自国王的授权,营业自由、财产保障、自由竞争等权利内容属于人应当享有的“自然权利”,原则上不应当受到任何不当限制。国家和政府存在的目的在于保障这些权利,而非限制这些权利。

### 三、法典化时代的商人权利保护:商人权利的“成文化”及其新挑战

在法国大革命之后,商法的发展又进入了一个新阶段。1807年法国制定了世界范围内第一部商法典,随后西班牙、葡萄牙、荷兰、意大利、德国等欧陆国家也分别制定了商法典,对于商法规则加以体系化整合并以商法典形式呈现。法典化是现代民族国家形成之后国家主权建构的一种手段,强化了国家在商法规则形成过程中的地位和功能。在此背景下,商法的“自治法”属性被进一步削弱,通过法典化的立法技术立法机构使得商法规则得以进一步的成文化、统一化、国家化<sup>[17]</sup>。值得注意的是,国家权力对于商事立法和商事司法的充分介入并不意味着商人的权利就必然受到限制约束,与之相反,商法法典化背景下商人权利保护机制存在一些新变化。

首先,在商法的法典化时代,启蒙主义哲学和自然法学理论已经占据主导地位,商人的营业自由作为自然权利受到了普遍重视。营业自由作为自由权的一种具体体现形式,其自然权利的地位也得到了确认。这种权利不是通过行会或国王加以设定,而是任何人所享有的基本自由。国家和政府存在的目的在于促进这些自然权利的实现,也即确保营业自由能够得到有效实现<sup>[18]</sup>。其次,在启蒙主义思潮的影响下,平等原则成为了19世纪各个现代民族国家私法立法需要切实贯彻落实的宪政原则,公民不能因为身份的差异而被区别对待。这也要求商法典立法对商人和其他主体平等加以对待,既不能给予商人以特权,也不能对商人施加任意的特别限制<sup>[19]</sup>。

在这些新的政治理念的约束下,商法不能再被视为商人的特权法,不能再因为商人的特殊身份而给予其特别待遇。但是,营业自由作为天赋人权也需要在法律制度层面得到具体落实。在此背景下,立法者就必须运用高超的立法技术处理上述难题,既需要有效确认和保障营业自由、自由竞争、财产安全等具体商事权利,又不可以将商法塑造为商人的特权法。立法者最终选择了法典化的立法技术并且重构了商法制度体系以解决上述难题。

商法的法典化是这一时期理性主义哲学观念的体现。立法者信奉的立法哲学使得他们认为可以通过法典化的方法将商法规则加以体系化整合,进而使得商事法律关系均能得到充分调整、商事法律争议也可得到有效解决。针对商人权利保护而言,立法者希望通过商法典全面规定商人享有的权利内容,使得这些权利内容能够得到“成文化”,并且通过完善商事法院制度促使商人权利得到更好的保障。同时,商法的法典化也使得其性质发生改变,从多玛意义上偏向于行政管理的公法转变为侧重于权利保护的私法。商法典体系下商人的营业自由得到了更多的强调,尊重市场规律、减少政府干预成为了这一时期商法典立法的重要指导原则。恰如法国著名商法学家里贝特所评论到的:“(这一时期)资本主义的发展不渴求任何东西,除了简单的营业自由。”<sup>[20]</sup>

与此同时,商法典的制度体系相对于此前两个历史阶段的商法也发生了较大变化。商法典的制度体系不再以商人为核心,而是以商行为为核心,强调对于商行为的规范和调整。各个国家的商法典针对商行为的范围、效力、争议解决等问题作出了详尽的规定。这种变革使得商法从主观法变为客观法,从商主体法变为商行为法。商法就不再被视为商人的特权法,而是用于调整规范商事交易行为的重要法律。实际上,这种体系调整并没有影响到商人权利的保护。如同后世学者所强调的,这种体系调整表面上意在贯彻平等原则,实际上却有利于商人权利的保护,事实上也在一定程度上为商人提供了特权保护,因为关于商行为的法律规则本质上还是有利于商人利益保护的。特别是在处理商人和非商人之间的法律关系时,商事法律规则的适用更加侧重强调交易效率的促进、善意信赖的保护,这就更有利于保护商人的利益而不是非商人的利益<sup>[21]</sup>。

当然,就商人权利保护而言,商法法典化本身并非完美无缺。商法的法典化本身有其特定的制度环境“假定”,商法典体系下的商人权利保护机制也只有在此环境下才能充分发挥作用。一旦商法典制定之初的经济社会环境发生变化,商人权利保护机制也必然要发生相应调整。事实上,在19世纪后半期随着经济社会发展特别是大工业化生产的扩展,各种新型的商事法律关系不断出现,而商法典中对于商行为的界定又较为“封闭”,不足以吸纳各类新型商行为,一些新型商事法律关系就不能得到有效调整。这就使得商法不能有效回应经济社会发展需要而逐渐呈现出一定的滞后性,商人的权利保护因而也就面临各种新难题,这在19世纪末和20世纪初表现得尤为明显。

首先,随着工业革命的深化发展,传统贸易商人的经济地位逐渐下降,工业资产阶级特别是工业企业家逐渐成为经济社会发展的主导力量。这些新兴企业家所支配的资本、所开设的工厂、所从事的组织化和规模化生产对于传统商法而言均是构成新事物,19世纪各国商法典对此并无完善的规范体系加以应对,对于这些企业家究竟享有哪些权利、这些权利如何保护尚缺乏有效的处理方案。在此背景下,需要对于商人的概念进行重新诠释,使其能够涵盖各类新兴企业家以及相应企业。同时,需要重新思考商人特别是新兴企业家的权利体系构成,使其享有的权利能够在立法层面获得更为完善的表达、在司法层面获得更为完善的保障。事实上,20世纪开始很多法学家已经关注到这一问题的重要性,并提出了以企业为核心概念重构商法制度体系的建议方案。商人的权利保护体系也从传统的贸易商人权利保护迈向企业商人权利保护,其机制重心和保障手段也发生了显著变化<sup>[22]</sup>。

其次,政府不再固守19世纪初的“守夜人”角色,而是加强了对于经济社会的管制,商人的权利也因此受到了越来越多的限制。在传统的商法制度体系下,商人的权利保护更多侧重私法秩序层面的制度建构,对于公权力给商人权利的侵害并无相应的保障措施。虽然依照法治国的基本逻辑,公权力的行使必须受到宪法条款的约束,但是对于如何强化对于立法机构、司法机构、行政机关的约束进而充分保护商人权利,传统商法典并未提供完善的解决方案。事实上传统商法典本身也无法建构出相应的约束机制。同时,国家也逐步直接介入到商业经济活动之中并从事了大量商行为,在一定程度上成为了对于经济

发展越来越有影响力的商主体。国家或政府作为商主体能否享有商事权利,这些公共商行为对于普通商人群体会产生怎样的影响,国家或政府所从事的商行为应当如何加以规范,这些问题都是传统商法典体系未曾遇到的新问题,而这些问题对于商人权利的保护又会产生关键性的影响<sup>[23]</sup>。

#### 四、宪法化时代的商人权利保护:从“私法权利”到“基本权利”

如同上文所述,随着经济社会变化的变化,单纯依靠商法典已经不足以全面保护商人的权利,商人权利的保护确实面临了一些理论难题和实务挑战,在此背景下需要深入思考商人权利保护机制的更新完善,并在法治实践层面加以有效落实。

在传统的商法典体系下,更多是从私法层面考虑商人权利的确认和保障问题,而且都会把商人视为平等的、自治的主体。随着商事主体结构的变化和国家干预力量的增强,这些假设性前提逐渐不能得到成立,商事主体逐渐呈现分化之势,出现了“强者愈强、弱者愈弱”的市场主体格局;国家对于商事关系的管制也日趋深入,立法权、行政权、司法权的行使无时无刻不在影响商人权利的实现和保障。对于商人权利的保护问题,必须立足于新的视角并建构新的机制。这就最终促成了商人权利保护的宪法化。

在法典化时代,商人的财产保障、营业自由等权利内容虽然也被纳入到宪法条款。但是,这种立法处理模式更多具有“权利宣示”的色彩,对于商人权利的具体保护并不能产生直接的影响。这一时期的宪法通常也被称为纲领宪法、柔性宪法。在20世纪后半期,随着各国新宪法的制定以及合宪性审查制度的确立,宪法的性质也发生了根本性变化,逐步转变为实质宪法、刚性宪法。宪法中的基本权利条款体系得到完善,基本权利的保护也被提升到了最为重要的位置。特别是随着社会国理念的传播,各国宪法(例如1949年联邦德国基本法、1947年意大利宪法)中引入了大量的经济社会基本权利条款,传统意义上属于私人自治领域的私法法律关系也必须纳入宪法视野范围,这些新型基本权利条款的引入在一定程度上重构了宪法体系。同时,宪法规范的解释适用也对法律体系建构本身能够产生重大影响,立法、行政、司法等活动除了必须遵循传统的法治国逻辑之外,还需确保自身的合宪性。对于商法体系建构而言,也必须充分重视宪法理念转变带来的积极影响。在一定程度上甚至可以说,包括商法在内的私法制度都已经“宪法化”<sup>[24]</sup>。

具体到商人权利保护而言,宪法中的营业自由条款、财产保障条款不再是纯粹的权利宣示条款,而是本身构成对立法者、司法者、行政者的刚性约束。对于立法者而言,必须通过具体立法落实营业自由、财产保障的宪法性要求,为上述基本权利的实现提供条件并清除障碍。如果立法机构的具体立法存在违反宪法条款的情况,合宪性控制机构(例如德国、意大利、西班牙等国的宪法法院和法国的宪法委员会)能够通过审查活动确认法律规范的违宪并导致其失效。对于司法者而言,在解释适用商法法律规范保护商人具体权利之时也必须充分考虑合宪性解释的要求,而不可拘泥于部门法的传统解释逻辑。合宪性的要求在商法规范的解释适用过程中发挥着越来越重要的功能;对于行政机构而言,也必须在传统的合法性要求之外贯彻合宪性要求,不得肆意运用监管权力从而侵害商人的合法权益<sup>[25]</sup>。



在此制度框架下,商人所享有的权利不再局限于私法维度加以思考,而是应当从基本权利的视角进行审视,商人的权利保护已经从一个部门法问题变成宪法性问题。在传统的普通司法救济途径之外,商人可以通过宪法诉讼的方式直接同侵犯自身营业自由、营业财产等基本权利的任何行为进行“斗争”。当然,这种救济途径的运用必须是在其他合法救济途径已经“穷尽”的情况下。同时,商人也可以在普通司法诉讼中提出法律法规违宪审查建议,由合宪性控制机构审查相关法律法规的合宪性进而间接地捍卫自身的合法权益<sup>[26]</sup>。

恰是通过宪法基本权利层面保护机制的完善,上文所述各类商人权利保护难题得到了解决。通过解释宪法条款,商人所享有的营业自由、财产保障、自由竞争等权利内容的宪法意涵在既定法秩序下得到了准确的界定。宪法层面对于商人权利的界定既对于私权利层面的商人权利保障提出了要求,又对于公权力层面的商人权利限定施加了限制(例如遵循比例性原则)。在处理商人权利冲突问题时,可以依据宪法秩序层面确立的价值评价标准选择应当优先加以保护的權利。在公权力机构通过各种方式对商人权利加以限制时,必须符合宪法所确立的条件标准和正当程序<sup>[27]</sup>。一些在传统商法典体系下不能得到妥当解决的难题在宪法体系下恰恰能够得以有效处理。

可以看出,宪法化时代商人权利保护的深度和广度得到充分扩展,商人权利保护机制不仅针对私主体的侵犯,而且能够防御公权力的侵害。这就使得商人能够更好维护自身地位,更有利于开展经营生产活动。商人权利保护机制的重构,也是现代社会经济得以繁荣发展的重要条件。

### 五、全球化时代的商人权利保护:从“国别性保护”到“普遍性保护”

在中世纪商法发展初期,商法本身具有一定的普遍性,能够超越地域限制得到普遍使用。但是随着商法体系逐步的“国家化”,商法的适用范围主要限定于特定区域,这在法典化时代及之后的时期体现得更为明显。商法在一定程度上变成了“国别法”,由特定的立法机构制定,适用于特定的主体类型和行为类型。商人的权利保护问题也基本是在具体民族国家法治体系内加以讨论。但是,这种制度体系在全球化时代面临很多挑战,商人权利保护也遭遇到了许多新问题。

全球化的推进使得工业生产、商业贸易、经济发展等均出现了重大变化。传统意义上商人的活动区域已经不限于民族国家境内,而是着眼于全球市场的拓展和全球资源的整合。商品、技术、资本、人力在全球范围的流动日益自由,大型的跨国公司日趋增多,跨国性生产交易的方式也更显多元化。这些现象的出现对于商人权利的保护提出了很多新命题,商人权利保护也面临从“国别性保护”向“普遍性保护”转型的问题<sup>[28]</sup>。

首先值得关注的便是全球性商人权利保护法律基础缺失的问题。传统民族国家的商法体系不足以应对全球范围内的商人权利保护问题,存在较大的体系漏洞和较多的规则缺陷。在此背景下,除了国家间发展而来的国际经贸条约、双边投资协议等新型法律规则之外,商人们还如同中世纪那样通过契约条款、交易惯例建构出了“新商人法”,对于他们之间的法律关系加以规范调整。与此同时,新的跨国性的商事争议解决机制也得以确立,与中世纪商人

法庭类似的是,这些争议解决机构也是由商人们设立,其成员也多由商人们推荐的人选担任,他们的专业素质能够确保相关争议得到高效公正解决<sup>[29]</sup>。新商人法的发展及国际性争议解决机制的确立在很大程度上解决了传统意义上商人法碎片化、国别化的问题,也使得商人法作为自治法的机制得以更新发展。

其次,由于各国法治发展情况和立法技术水平的差异,在商人权利保护机制方面可能存在较多制度性构造的不同。有些国家甚至会对其他国家和地区的商人给予歧视性待遇。为了确保商人权利得到保障,理论界和实务界从人权角度深入讨论了营业自由、财产保障等权利对于商人的重要性,并进一步促使了全球化和地区性人权条约的缔结。这些人权条约对于缔约国构成有效的约束,使得它们在商人权利保护方面必须达到强制性标准,不能不适当地限制商人应当享有的权利<sup>[30]</sup>。强制性人权保护标准的引入也是全球化时代商人权利保护的新命题和新特色,值得理论界和实务界进一步深入研究。

## 六、结论:中国商人权利保护机制之完善

从上文的论述可以看出,商人权利保护始终是商法体系建构的核心内容,也是评价特定国家或地区商法体系质量和商法发展水平的重要标志。商人权利保护机制的完善具有多重功能,既能有效促进经济发展,又能充分优化法治环境,更能有力强化国际竞争优势。基于这些分析,我国在重构商法制度体系时也有必要将商人权利保护机制的完善放在首要位置。

由于历史传统的缺失和现实国情的复杂,商人权利保护在我国面临更多的理论难题和实践挑战。对于这些问题的解决,必须从法律秩序的整体视角加以重视。换言之,不能拘泥于商法部门法视角思考商人权利保护机制的完善问题。如同上文所述,首先必须从宪法秩序或基本权利的视角反思营业自由、财产保障等商人基本权利的地位和功能,充分理解其隐含的价值伦理和经济逻辑。在此基础上,立法机构应当确立完善的法律规范体系将上述宪法性要求加以落实,其中不限于商法规范,也包括其他部门法规范。换言之,从法律规范体系建构的角度来看,商人权利保护机制的完善是一项系统性工程,必须着眼于法律秩序的整体性视角才能寻找到最佳规范体系。当然,既有静态的法律规范体系不足以完善保护商人权利,更为重要的毋宁是如何激活这些法律规范,使得它们能够“动态化”、“具体化”,进而有效保障商人权利<sup>[31]</sup>。这一目的的实现需要我国进一步完善司法制度,不仅包括普通司法层面的救济,而且有赖于宪法实施维度的制度保障。此外,在全球化竞争日益激烈的背景下,我国的商人权利保护机制建构也必须具有国际化和全球化的视角,尽量提升商人权利保护水准、完善商人权利保护机制,既有效保护外国投资者在我国境内的合法投资权益,也为我国参与境外投资的商人提供有力的权利保障机制。

## 参考文献:

- [1] 李建华,麻锐.论商事权利理论体系的构建[J].吉林大学社会科学学报,2014,(5).
- [2] 李建辉.商人主义、商行为主义究竟是什么?——理论综述与质疑[J].河北法学,2011,(12).
- [3] L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts* [M]. 1, Stuttgart, 1891, trad. it a cura di V. Pouchain e A. Scialoja, Torino, 1913, 3.

- [4] Galgano F. *Lex mercatoria* [M]. Il mulino, 1993, pp. 31-75.
- [5] Lattes A. *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane* [M]. U. Hoepli, 1884.
- [6] Vivante C. *Trattato di diritto commerciale* [M]. Fratelli Bocca, 1903, p. 5.
- [7] Lopez R. S. *La rivoluzione commerciale del Medioevo* [M]. Einaudi, 1975, p. 94.
- [8] Galgano F. *Lex mercatoria*. cit., pp. 43-45.
- [9] Scialoja A. *Sull'origine delle società commerciali*. Bocca, 1911.
- [10] Galgano F. *Lex mercatoria*. cit., pp. 58-60.
- [11] Bonacini, Pierpaolo, and Nicoletta Sarti, eds. *Diritto particolare e modelli universali nella giurisdizione mercantile: secoli XIV-XVI* [M]. Vol. 12. Bononia University Press, 2008; Legnani A. *La giustizia dei mercanti: Universitas mercatorum, camporum et artificium di Bologna e i suoi statuti del 1400* [M]. Bononia University Press, 2005.
- [12] Rubio J. *Introducción al derecho mercantil* [M]. Nauta, 1969, p. 156; Gondra Romero J. *Derecho mercantil* [M]. 2000, p. 24.
- [13] Girnt, El concepto de Derecho Mercantil [J]. *ADC*, 1954, pp. 757-763.
- [14] Tarello, G. *Sistemazione e ideologia nelle "Loix Civiles" di Jean Domat* [J]. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1972): 125-157.
- [15] Galgano F. *Lex mercatoria* [M]. cit., p. 79.
- [16] Spada P. *Diritto commerciale* [M]. Cedam, 2004, pp. 10-13.
- [17] Ascarelli T. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa* [M]. Giuffrè, 1962, pp. 45-61.
- [18] Solari G. *Individualismo e diritto privato* [M]. Giappichelli, 1959, pp. 56-58.
- [19] Ascarelli T. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa* [M]. Cit., p. 59.
- [20] Georges R. *Aspects juridiques du capitalisme moderne* [M]. Paris, LGDJ, 1951, p. 46.
- [21] Vivante C. *Trattato di diritto commerciale* [M]. cit., pp. 9-22.
- [22] Aquini A. *Profili dell'impresa* [J]. *Rivista di diritto commerciale*, 1943, 41: pp. 1-20.
- [23] Galgano F. *Lex mercatoria* [M]. cit., pp. 189-198.
- [24] Arroyo, César Landa. *Constitucionalización del Derecho Mercantil* [J]. *THEMIS: Revista de Derecho* 67 (2015): 191-204.; Matteo U., *Per un fronte costituzionale nel diritto privato* [J], in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007; Perlingeri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale* [M]. Napoli, 1991.
- [25] Bogneri G. *Costituzione economica e Corte costituzionale* [M]. Giuffrè, 1983; De Carli P. *Costituzione e attività economiche* [M]. Cedam, 1978.
- [26] Gambino, Silvio, ed. *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americane* [M]. Giuffrè Editore, 2012.
- [27] Cheli E. *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina* [M]. Jovene, 1960.
- [28] M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale* [M]. Bologna, 2000.
- [29] E. Salvatore, *La nuova lex mercatoria* [J]. *Contratto e impresa / Europa*, 1.2 (1996), pp. 766-808; Bonelli M. J. *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà* [J]. *Diritto del commercio internazionale*, 1992, 2: 315-332.
- [30] Galgano F. *Lex mercatoria* [M]. cit., pp. 280-284.
- [31] 程淑娟. “商人”的类型化思考 [J]. *河北法学*, 2013, (8)

(全文共 12 598 字)