

无立而无不立——商人确认书视角下的民商关系

蔡云泽

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2023年3月4日; 录用日期: 2023年5月15日; 发布日期: 2023年5月22日

摘要

商人确认书为商事主体间在缔结合同前所进行之交涉, 在比较法上已积淀数十年, 但在我国并不明确。在德国法上, 商人确认书较传统民法上的要约承诺规则更为便捷。在民法学说下, 契约要素说并不符合商人确认书制度的目的, 而在默示构造说背景下, 应肯定其取代或协商原本契约内容, 并通过意思表示错误的理论解决问题。而在识别确认书时, 应当考虑主体身份、确认书内容及形式、相距时间、发信人之信赖等因素。在我国《民法典》中, 仅第489条同本文所讨论之设权性商人确认书旨趣相同, 因而可类推适用; 第489条第一款、第145条、第171条及第10条则难以导出此制度。

关键词

确认书, 商事沉默, 合同形式

No Establishment, No Failure —Civil-Commercial Relations in the Perspective of Merchant Confirmation

Yunze Cai

College of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 4th, 2023; accepted: May 15th, 2023; published: May 22nd, 2023

Abstract

The merchant's confirmation, which is a bargain between commercial subjects prior to the conclusion of a contract, has been accumulated for decades in comparative law, but is not clear in our country. In German law, the merchant's confirmation is more convenient than the traditional civil

law rule of offer and promise. Under the civil law doctrine, the contractual element theory does not meet the purpose of the merchant confirmation system, and in the background of the implied construction theory, it should be affirmed to replace or negotiate the original contractual content, and solve the problem through the theory of error of meaning. And when identifying the confirmation, the identity of the subject, the content and form of the confirmation, the time between, and the reliance of the sender should be considered. In China's Civil Code, only Article 489 is of the same interest as the confirmation of the merchant with authority discussed in this article and can be applied by analogy, while the first paragraphs of Article 489, Article 145, Article 171 and Article 10 are difficult to derive this system.

Keywords

Confirmation, Commercial Silence, Contract Form

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题之提出

中国大陆并未采取如同德国或日本等大陆法系立法之民商分离体例，学者与司法实践人言人殊^[1]。本文并不涉及商法应否独立与如何独立之立论，仅欲图借助一商事具体制度——商人确认书之分析，在法教义学体系内解释商法之适用问题。

商人确认书(kaufmännischenBestätigungsschreibens)意指商事主体未缔结合同前，一方以确认书之形式将双方于缔约过程中所达成之合意发送至对方，由于发送方可能会于确认书中增加对接收方不利之条款，因此若接收人不欲让该信件之内容对其不利，其必须毫不迟延地反对该确认信。假使收信人未执信以上程序，则其必须接受确认信中所显示之内容，除非收信人可证明发信人之不忠行为，或证明商人确认书偏离原所达成合意之程度，发信人自己亦不会认同时，其可不依照该文本承担合同责任^[2]。

有关该制度之文献在中国大陆可谓凤毛麟角，仅有绍建东教授通过对德国联邦最高法院一案例之分析引入学者视野^[3]。于比较法上，商人确认书已积淀数十年之久，以德国法为例，虽其无法从《德国民法典》或《德国商法典》中寻得明确规定，但追寻其实证法之依据所形成之文献汗牛充栋。该解释理论亦历经变迁，于民法视野与商法视阈中交错徘徊，亦在诚实信用原则、权利外观责任、信赖保护等诸多基本私法精神下生长。

然在中国大陆，仍需提出此等问题：商人确认书在我民法中是否存在？端视《中华人民共和国民法典》¹第491条²，“确认书”一词是否可以解释出商人确认书制度？其次，若不能做同等解释，此等现象发生时，又应当如何处理？本文将先以德国法上商人确认书制度之起源及其理论争议作以相关说明，再结合我实证法对该问题加以解决。

2. 德国法上关于商人确认书制度之理论证成

2.1. 论域之界定

依主体是否为商人乃至企业经营者，契约关系可分为双方商事契约(B2B)、单方商事契约(或称为

¹ 以下简称《民法典》。

² “当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。”

消费者契约：B2C)及纯粹民事契约(C2C) [4]。最后者绝大多数系建立在情谊之上，例如自然人间借贷多基于亲友关系、赠与多立足于亲情与爱情等。对此等合同，由于其订立之动机与目的并非为盈利，且双方均为缔约地位相等之一般民事主体——自然人，因此无保护弱者之问题，于民法上救济或采以要物性限制法律关系成立³，或为义务人一方设立任意撤销权以避免其出于一时冲动做出不利于己身之决定。商事交易或商事行为则不同于纯粹民事契约，或有论者，在独立存在商法典之国家，商事规范可以被理解为系关于民法上各种主旋律变奏之汇集[5]：由于商人追求便捷与效率，其必然选择最快促成交易之方法，且加诸对外观信赖、安定等价值之追求，因此商事规范便需要比民事规范更加激进。

商人确认书内部亦可区分为两类[6]：证明性商人确认书与设权性商人确认书。在前者，确认书既然系对口头议定之事项通过书面进行确认，其自然就具有作为“证明契约缔结与内容”之宣示功能[7]。后者则不然：收信人若未及时就该商人确认信提出异议，则契约将以商人确认信所记载之内容而成立，且若无《民法典》143条所设之障碍要件，则合同自然生效。由是观之，原则上商人确认书具有证明作用而不具有其他特殊法律效果，质言之，其本身可作为程序法上之证据；而创设效果亦可再区分为缔结契约之创设与变更契约之创设。综上，商人确认书一般具有证明效果，而例外情形下可有设权效果。另本文之论域仅涉及设权性商人确认书。

2.2. 民法理论与学说

1) 契约要素说

该说认为，在契约缔结过程中，意思合致不可能建立在全部契约条款之上，毋宁只有重要内容才决定意思表示是否达成一致[8]。因此学者将契约内容划分为“要素”、“常素”以及“偶素”三者：前者系指构成契约不可欠缺之内容，亦即决定契约主要权利义务关系之约定；常素为契约通常具有之约定内容，然而将该要素去除不影响契约性质，例如履行时间、地点、方式等；最后者为当事人特别约定之事项，例如货物包装材料。若当事人明示，以上分类并无实益，盖此时全部要素均为必要之点，任何一项未通达合致时契约均不成立；但当事人就非必要之点未为明示时，可推定契约成立，盖此时非必要之点可视为当事人之肯认。

将该要素说推论及商人确认书时，难以通达解释这一习惯法制度：由上可知，传统意思表示与法律行为理论之镜像原则虽被突破，但于实际判定中，由于商人确认书之设权效力，其必然增加或变更些许契约条款，对此等条款之认定若通过以上原则即浪费诉讼资源，所达成之效果亦可能与商人主观追求不符。其次，商人确认书缔约过程，并非通过以上要约与承诺之双方意思表示达成，毋宁一方确认书辅之以另一方之沉默。因此，无论是在形式抑或于实质结果，均不符合商人确认书制度所欲追求之正当化理由。

2) 默示构造说

依据民法学原理，意思表示于客观层面需要有一表示行为，而沉默显与该要求不符，故而沉默原则上不发生任何效力[9]。但此一规定亦非为绝对，若双方通过意定赋予沉默以效力或法律明定时，沉默可例外发生积极或消极之效果，较为常见者系被代理人对无权代理人所为之法律行为不予表示时，此沉默即被拟制为拒绝之意思表示，学说上亦将此种情形称为“规范化沉默”。意思实现(Willensbestätigung)亦为此沉默情形，基于交易习惯或当事人合意，于发货时即认定契约成立，其不同于默示之意思表示，因后者仍会发生到达问题，而前者无需到达[10]。

德国法上，就“沉默”在商人确认书交易过程中所发生之问题，以沉默作为解释基石，德国民法学者从法律行为论的角度出发，提出许多不同之看法：或认为对商人确认信之沉默本身即成为承诺之意思

³例如，在自然人借贷关系中，提供金钱时合同尚成立，因此贷款人无给付义务。

表示,或认为此系一种意思表示之拟制,或认为此系违反答复义务之法定法律效果。然而,诚如德国学者 Dieter Medicus 所言,不论采取何说,其都可导出商人确认信内容取代或融入原本契约或协商内容此一结论,因此,学说争议并无实益,毋宁应将重点置于因此导致契约内容变更后之意思表示瑕疵问题。笔者赞同此种观点,并认为,于契约已经缔结后,当事人间使用商人确认信变更契约内容之场合,透过收信人对于商人确认信之沉默而完成内容之变更,直接以一般民事法律理论及意思表示(瑕疵)原则加以处理,似乎并无太大问题;至于就契约之成立而言,应无再继续执着于在传统法律行为论现缩观点下探求商人确认信法律效果之意义与必要性。

2.3. 商法理论与学说

德国商法领域就商人确认书问题已形成通说,其实质为习惯法(Gewohnheitsrechtssatz)。德国联邦法院之判决确立商人确认书之设权地位已如上述。商事习惯(Handelsbrauch)之法律地位,学者既有主张从《德国商法典》第 75h 条⁴导出,亦有从第 91 条 a⁵或第 362 条⁶导出,人言纷纭。但诚如 Werner Flume 所言,商人确认书这一制度,即然在习惯法上已然确立,再转向实证法中寻求一般规则与理论基础,无任何实益,对商人确认信之沉默,可以被理解为一个合理正常之商人若其不想使不同于先前缔约内容之确认书发生效力,则其一定不会坐以待毙,而会即时发出反对之意思,因此理论上之解释,无任何必要[11]。不妨将讨论重心放置于其构成要件之上。

根据德国法通说,商人确认信之前提系双方已经进行合同谈判,并且必须在信中记录了以发件人之视角缔结之合同内容。发件人须在必要时证明谈判与磋商过程已经足够。因此,形式上必须存有一份可辨别的确认书载体,双方必须已经存有紧密协商关系,且商人确认书内容不可对先前协议内容有实质性变更(即基于对方同意可能性之前提上)。以下将分点对各要件进行梳理。

1) 主体之身份适格

从商人确认书之字面表征,可得知其本身系属存在于商人之间的一种。前述 B2B (商人之间契约)当然归属于此情形。问题在于,当一方为消费者时,能否发生设权效力?

依据德国商法实务见解,确认书之收信人必须具备《德国商法典》第 1 条⁷所定义之商人身份,或至少必须经常以商人之态样参与大范围的交易:盖对居于此种状态中之人而言商业惯例才可适用。但另有学者主张,应以《德国民法典》第 14 条⁸之“经营者(Unternehmer)”作为身份限定,以此减少争议,维护法之安定性。但无论如何,消费者都不在商人确认信创设效果适用范围之内。因此,收信人既可以适用于传统观念中进行商品交易之商人,亦可包含小型工商业者以及医师、律师等自由职业者,但此仍然以该主体之活动领域与市场经营或商事交易活动具有相当程度之关联。

其次,就发信人而言,限制程度显无收信人严格,基于卡纳里斯所提出之见解,将商人确认信发信人身份交由法院自由裁量,并遵循两项标准:其一为该主体是否有理由对商业习惯和商事行为方式产生合理信赖;其二为该主体是否为经营性之组织[12]。盖商人确认信之发信人对于收信人行为之预估与期待,是判断发信人之信赖应否被保护之重要因素。

⁴ “一个仅受托在业主的营业经营之外媒介交易行为的辅助人,以业主的名义订立交易行为,并且第三人不知道其欠缺代理权的,在业主于收到商业辅助人或者第三人关于订立交易行为和实质性内容的通知之后,没有不迟延地向第三人拒绝该交易行为时,该交易行为视为被业主所承认。”

⁵ “一个仅受托媒介交易的商事代理人,以经营者的名义订立交易,并且第三人不知道欠缺代理人的,在经营者于收到商事代理人或者第三人关于订立交易和实质性内容的通知之后,没有不迟延地向第三人拒绝该交易时,该交易视为已经被经营者承认。”

⁶ “由一个商人的营利事业经营产生为他人处理事务,并且处理此种事务的要约由某人到达该商人,而该商人与此人具有交易关系的,该商人有义务不迟延地作出答复;其沉默视为对该要约的承诺。处理事务的要约由某人到达一个商人,并且该商人已经向此人请求处理此种事务的,适用相同规定。”

⁷ “本法典所称的商人,指经营商事营利事业的人。”

⁸ “经营者是指在缔结法律行为时,在从事其营利活动或独立的职业活动中事实行为的自然人或法人或由权利能力的合伙。”

2) 确认书之形式与内容

商人确认书至少须将发信人与收信人所协商之内容加以完整复述,除此之外,确认书须具备明确性:此处形式上可以求诸于意思表示到达之规则,即发信人在确认书脱离己方控制时,从理性一般人视角观察其有理由相信确认书之载体能为收信人所接收;在内容上,由于可清晰表明发信人之缔约意图以及缔约条款是判断发信人可进而信赖收信人之前提,因此发信人不可过度偏离且不可故意或过失的偏离先前所协商之内容。

若商人确认书缺乏明确信,则有理由相信收件人难以明晰其上所载之内容,该确认书也不会发生设权效力,质言之,即时收信人沉默且未毫不迟延的表示反对,合同仍然不会缔结。

3) 紧密时间之继起

所谓时间上紧密关联,系指商人确认信之发出与先前之商务接触以及商人确认信之发出与收信人收到商人确认信之间须在时间上有紧密之联系。而这一时间之长短,须结合个案具体判定:一般而言,先前谈判所涉标的过巨或事项复杂者,发出商人确认信所需要之时间也需要同时被延长。实质上,这一要件之判定相较于其他要件更为困难,因时间虽为客观流失状态,但放诸于双方之不同准备情况时,更加难以证明。

4) 发信人之信赖值得保护

信赖系市场交换之根基,亦为商人间利益衡量之标准。因此,若发信人对于确认书所形成之外观有合理信赖时,即存有合理保护之正当性。由该原则可推知:当发信人故意造成确认书所载之内容与缔约时所协商之内容不符合,或从发信人之视角,二者之间差异已远超乎收信人可同意之范围时,此时发信人不可主张受信赖之保护。反之,若发信人过失不知此境况时,不影响保护必要性之判断。除主观上区分故意与过失可得出不同结果外,若双方根本未能进入到缔结契约之成熟阶段时,此时一方冒然发出确认书,自然亦不会对收信人产生设权效力。抑或若相对方明确表示反对时,都可以认为系属发信人无合理期待以获得信赖保护之情形。

基于经济人之假设,缔约时双方均欲图达成有利于己方之条件,因此一般而言双方都存在将利己条件置于确认书中之倾向:倘若这一条款在先前缔约过程中根本未曾出现,而条款之效力严重偏袒一方之利益(例如大宗买卖中卖方将运输义务转移到买方)且破坏契约之平衡性时,判定发信人有无信赖较为轻易。但问题在于,部分情形下,发信人利用已协商之条款且不有害于契约时产生利己效果,此时判断显非易事。故而该项要件毋宁为法院一自由裁量权,使其得以防止发信人利用商人确认书破坏私法自治之工具,诱使不公平事项之发生。

5) 收信人未“毫不迟延”表示反对

《德国民法典》第 121 条⁹可作为此场合下之认定基础:在德国私法体系下,“毫不迟延”多存在于意思表示发出与到达场合,例如未迟发而迟到之承诺,若要约人未毫不迟延的将承诺之迟到通知债权人时,该承诺将被拟制为未迟到[13],或是在代理权授予中被代理人不出示授权书且相对人并未毫不迟延的拒绝时,单方法律行为不生效力;或是在债法总则中,以解除后毫不迟延的行使抵销权从而破除解除之效力。“毫不迟延(Unverzüglichkeit)”系一项相对概念:即在不同境况中,程度性之判断须取决于个案中不同事实情形而确定。

但于商事交易中,由于商人追求速成交易之趋向,因此相较于民事 C2C 契约而言,其认定上会更加严格:根据德国商法判决实务,三天内发出反对意思表示通常会被认为系“毫不迟延”,而一个礼拜才作出则通常会被否定评价。

⁹“在第 119 条,第 120 条的情况下,撤销必须在撤销权人知悉撤销原因后,在没有过错的迟延的情况下(不迟延地)为之。撤销表示已被不迟延地发送的,对不在场者而为之撤销,视为已适时地为之。”

3. 中国法上商人确认书之证成

由于德国法采取民商分立之体制，因之而形成民法与商法对商人确认书理论说明之分野。但中国大陆系典型民商合一立法体例，因之若欲从实证法中寻找依据，在现下无一般商行为法规范之情形，仅能在《民法典》中探求其依归。

3.1. 《民法典》第 491 条第一款¹⁰

于《民法典》全部 1280 个条文之中，仅于本款处出现“确认书”三字。但该条是否可作为确认书之实证法规范，不无疑问。首先，本款位于合同编第二章“合同的订立”之下，亦即该章之射程范围系关乎合同成立与否之问题，商人确认书亦为缔约形式之一种，因此于体系上该款确实与商人确认书存有牵连。

然而，该款规定系在《中华人民共和国合同法》第 33 条规定之基础上稍作文字修改而来，其条文含义未有改变。该条规定，“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书，签订确认书时合同成立。”《合同法》第 33 条又来源于原《涉外经济合同法》之规定。原《涉外经济合同法》第 7 条第 1 款规定：“当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字，即为合同成立。通过信件、电报、电传达成协议，一方当事人要求签订确认书的，签订确认书时，方为合同成立。”该条主要是针对当时我国对外贸易企业之习惯作法所作规定。按照当时我国对外贸易企业习惯作法，双方以函电方式达成协议后，中方企业往往还要提出一式两份的销售确认书，邮寄对方交换签字后，才作为合同正式成立的依据。这种销售确认书实质上是一份简单的书面合同^[14]。

经由以上文意及历史解释，可得知本条第一款之立法意旨，实质上系为已成立之合同再寻找一书面之载体，以符合国际商事习惯。质言之，该处“确认书”，其实质地位系上文论域已排除之证明性商人确认书，而并非设权性商人确认书，毋宁对该章所规定之合同成立时点之推迟；由于双方于先前已经对合同内容加以确定，因此不可能发生设权之效力。故而本条当然不可作为实证法之规范。

3.2. 《民法典》第 489 条¹¹

本条并非商人确认书之直接规范，但从其立法目的中是否可以导出此制度？本条仍然系通过要约与承诺达成契约，在形式上与商人确认书迥然不同。但在构成要件上，以承诺未对要约作出实质性变更且同时要约人未表示反对作为承诺有效之前提，在其趣旨与目的上已趋同于商人确认书制度：即收信人一方未毫不迟延表示反对且发信人具有信赖之外观。就文意解释而言，本条所谓“及时”，在实质上完全等同于“毫不迟延”，因此可从中解释出此要件；其次，由于 488 条对何谓“实质性变更”作出明确定义，因此若于中国大陆上寻找商人确认书在实证法中之归依，就不得不考虑 488 条之一般性限制。

综上所述，尽管于形式上，本条与商人确认书可谓风马牛不相及，但其内核与该制度却异曲同工，根据民法学解释原理，对于本质相同之事物应当适用同一规范，即类推适用^[15]（或对本条进行目的性扩张），因此本条可作为商人确认书实证法论据之一种。

3.3. 《民法典》第 145、171 条

第 171 条及 145 条之立法技术系上文所提及之规范性沉默：即由实证法直接赋予一方沉默之行为一定法效果。由于限制民事行为能力人缺乏从事交易活动之必要能力，无权代理人缺乏代理行为生效之一

¹⁰ “当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立”。

¹¹ “承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。”

般要件，因此将此两类行为效力建构为效力待定，交由法定代理人或被代理人进行追认实属必要。但为平衡相对人之保护，不使其陷入对对方是否行使追认权利不安之境地，故赋予其催告权利，在催告后一个月内法定代理人或被代理人仍不作出任何表示时，视为其拒绝追认。

本条仍非为对商人确认书之直接规范，但其对于沉默之法律规制是否能作为一般准则类推适用于商人确认书之上？质言之，145条与171条能否构建出中国法上关于沉默之一般效力？答案显然系否定，即沉默之效力必须结合具体民事法律事实加以判断，于无权代理与限制民事行为能力人情形下，由于追认可能会对本人造成不利，因此沉默代表不追认之实质效果可从一般理性人之观念中推断而出；但于商人确认书，在双方均为商事主体之前提下，若发信人并未实质改变先前协商内容，则此时收信人之沉默大多数情形下并非为拒绝之意思表示。除此外，中国法上关于规范性沉默仍有遗嘱、遗赠下继承人与受遗赠人沉默时所拟制之效果，以及在买卖合同中试用买卖情形，其沉默效果并不相同，因之难以构建统一之沉默效力。概言之，难以作为商人确认书之实证法规范。

3.4. 《民法典》第10条¹²

法源或称法律渊源，系指法之存在形式。在比较法上，一般会以位阶形式显现法律渊源：例如“台湾地区民法典”第1条：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”

在中国大陆《民法典》中，只有“法律”与“习惯”两层位阶，未有如同台湾可适用法理之规定。同时，此处之“习惯”，实质上应为习惯法(Gewohnheitsrecht)，系指通过法律共同体成员之长期实践，并且其已形成法律效力之信念的习惯，因此其构成要件为：其一为长期稳定的习惯；其二为普遍的确信；其三为观念上以其为具有法律拘束力之规范[16]。商人确认书在德国通说认为系一种商事习惯法已如上述，且其经由法官之判决所完成之法律续造，已可被认为系一种具有法律拘束力之规范。

但于中国法上，就笔者检索之判决范围，未曾见有一法院明确诉诸商人确认书进而缔约情形下，该书信之确权效力，质言之，在中国大陆法院就以一般要约承诺达成契约之方式未有进一步续造之结果。其次，一方将先前双方缔约之内容加以确认，并于其上附加非实质性变更，而相对方未为及时反对，契约能否就此生效，尚未能成立普遍之确信。因此，商人确认书制度在中国法土壤之上，冒然认定其系一种习惯法，即与现实情况不符，又无法院判决之加持，稍有不妥。故而本条难以导出商人确认书制度。

综上所述，仅有《民法典》第489条，由于其宗旨与商人确认书制度内核相趋同，因此可凭借法学方法论之类推解释方法，适用本条。但此均为笔者于法教义学领域内所为之推论，就商人确认书在中国法上之实践效果，仍需法律共同体之协同推进。

4. 代结语：由商人确认书制度所显现之民商关系

本文以化用《道德经》中所言“无为而无不为”开篇，乃笔者关于民商合一立法例下民商关系之总结。所谓“无立而无不立”，系指商法于该种体例下所居之体系地位。部分学者主张商法需具有独立地位，该问题实质上包括商人法之独立性与商业法独立性两大问题：前者属于历史事实问题，已成为过去完成时，不再存有争议；而后一独立性，可谓严格意义上之商法独立性问题，其又可被二分为形式上之独立与实质上之独立。

所谓形式上独立，其并非一项普适性问题，即商法典之有无，系于特定历史时期、地域、法律体系之偶然选择，例如德国与法国，选择形式上之商法典，是基于其国内法运动的展开而涤除国际化的商法所造成的影响，质言之，商法典之出现实质上是德法选择法典化作为商法民族化之工具。总而言之，形式独立性并非商法民族化与私法法典化之必然产物。实质上独立，系指一立法例内是否存有针对商事所

¹² “处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

设立之特殊适用规范，以英国为例，其商法早已被普通法所吸收，在形式上根本不存在一部单性的商法典。但是，如果将商法视作反应商人共同体的需求及惯例的法律的整体，那么商法在英国的确存在，并且枝繁叶茂还不断适应着新的商业流程、商业手段以及商业需求。因此，商法或商法学与是否存在商法典无关。

以笔者管见，民法与商法之关系，可以冰河与积雪之比喻说明：民法之河徐徐向前，而商法之雪置于其上。商事活动由于更具演进性、创新性，相较于民法规则而言更容易老化。以商人确认书为例，其突破传统民法缔约之程序，以一方之书面文件与对方之沉默即可达成契约，无疑是商法追求效率为民法所传导之创新内容。如商人确认书此等制度，于商法上不胜枚举：让与担保、商事善意取得、商事留置等，均是积压于冰河上之雪堆。冰河流动冲刷积雪，但同时也将积雪融进河流之中，与河水相融合，其上又可积淀再形成新鲜雪堆，譬如民法不断融汇商法规则，使得整个私法制度进一步发展。

商事活动为今日市场之中心，其适用之问题不可谓不重大。在采取民商合一体例之大陆法系国家，虽在形式上商法典缺位，但民法规则结合商法精神却可作为解决途径，由民法之少数规则统辖日新月异之商业交易，正为笔者之观点：商法虽未立，却无处不立。

参考文献

- [1] 张谷. 从民商关系角度谈《民法总则》的理解与适用[J]. 中国应用法学, 2017(4): 145-156.
- [2] Vgl. Karsten Schmidt in MüKoHGB|HGB 4. Auflage 2018, §346 Rn. 141-147.
- [3] 邵建东, 唐莹. “沉默”是否就意味着“同意”?——德国联邦最高法院“对商人确认书保持沉默”案评析[J]. 清华法学, 2005(1): 226-239.
- [4] 陈自强. 契约之成立与生效[M]. 第4版. 台北: 元照出版有限公司, 2018: 118.
- [5] 张谷. 商法, 这只寄居蟹——简论商法独立性及其特点[J]. 清华法治论衡, 2005(2): 1-51.
- [6] 陈郁仁. 商人确认信之研究——以德国、美国及国际契约法统一文件为中心[D]: [硕士学位论文]. 台北: 法律学研究所, 2012: 23-27, 31, 39-40.
- [7] 卡尔·拉伦茨. 德国民法总论(下册) [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 717.
- [8] 梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 331, 336.
- [9] 王泽鉴. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 35, 265.
- [10] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 150.
- [11] 维尔纳·弗鲁梅. 法律行为论[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 789.
- [12] 卡纳里斯. 德国商法[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 570.
- [13] 布洛克斯. 德国民法总论[M]. 第41版. 北京: 中国人民大学出版社, 2020.
- [14] 黄薇. 中华人民共和国合同法编解读(上册) [M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 102.
- [15] 恩斯特. 法律方法[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 168.
- [16] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 40.