

“商法通则”关于商法基本原则 的界定及其立法安排

范 健*

在我国商法学界,对商法基本原则的认识并不存在本质性差异,但由于学者采取的标准与分析问题的角度上有差异,对商法基本原则具体判定仍存在较大不同。具有代表性的观点就有十种之多。^①依商法基本原则界定的标准与要求,笔者认为,商法基本原则应包括以下内容:商主体严格法定原则;企业维持原则;保障交易简便、迅捷原则;维护交易安全原则。这四项原则基本可以涵括商法的精神、理念与商法的基本内容及具体制度,并能够与现代各国或地区商法精神相协调。在这些原则中,笔者排除了一贯受到确认的维护交易公平原则。之所以作此处理,是因为公平原则乃民法基本原则,商法作为民法的特别法,公平原则自应适用于商法。不过,商法中的公平原则主要表现为维护交易公平原则,不仅在范围上窄于民法中的公平原则,而且还有必要基于商法之严格责任理念对交易公平作有利于非商人的解释。因此,将维护交易公平原则界定为商法基本原则仍有其合理性。但鉴于这种特殊性正是商法作为特别法的表现,在“商法通则”的立法中不必将其界定为独立的商法基本原则。

一、商主体严格法定原则

商主体作为商事法律关系的构成要素,对其法律控制往往关系到一定社会中各种商事法律关系的稳定和统一,关系到社会交易安全和第三人利益的维护。因此,现代各国或地区一般都制定有大量的强行性法规对商主体的资格予以严格控制,形成了商主体严格法定原则。它主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定

* 范健,南京大学法学院教授、博士生导师,中国法学会商法学研究会副会长。

① 参见范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第138—142页。

三方面的要求。^②

(1) 商主体类型法定是指商法对于商主体的类型作出明文规定,商主体的创设和变更只能严格依照法律预定的主体类型和标准进行,法律禁止在法定类型之外任意创设非典型的或“过渡型”商主体。这样,关于商主体之创设或变更,本质上仅具有法定范围内自由选择法律可能性。例如,除有限责任公司与股份有限公司得成为商主体得到各国或地区的一致承认之外,在多数西方国家,无限公司、两合公司、股份两合公司以及合作社等亦均可成为商主体;而在我国,这类经济组织至今还未受到法律承认,因而不能成为商主体。我国长期以来作为商主体存在的集体企业、个体工商户等在西方国家商主体类型中却从未存在过。这种差异就是商主体类型法定的结果。可以说,商主体类型法定原则是市场经济的产物,为市场经济国家商事立法所普遍采用。在市场经济条件下,商主体是最基本的活动单位,其组织健全与否直接关系到市场交易基础是否稳固。这就要求,商事立法必须对商主体作出合理、准确而严格的类型划分,必须预先规定商主体的资本构成、责任性质、组织机构等重大问题。这样,一方面可为商事实践提供充分的可供选择的主体类型,从而实现商事主体的有序化;另一方面可使相对人据此知晓交易对象的性质并判断交易风险程度,从而维护交易的安全和巩固交易的基础。

另外,从理论上讲,商主体类型法定原则即意味着商法已经对商主体类型作了合理、准确而严格的类型划分,意味着立法已经对商事实践中各种行之有效的经营性组织形式作了全面的法律概括,从而为打算从事市场交易行为的企业主提供充分的可供选择的商事组织种类。^③

从我国目前的法制实践来看,对商事主体的规定存在着两方面的问题:一方面,商主体类型上存在着分类标准不一,类型相互交叉、种类过于繁杂等诸多问题;另一方面,随着市场经济的进一步发展,为市场所迫切需求的诸如两合公司或有限合伙以及隐名合伙等商主体类型却始终未能得到法律的确认。这样,一方面,存在着商主体类型上制度供给的混乱,另一方面又存在着严重的制度供给的不足。这些问题的存在直接破坏了市场经济的有序发展。因此,我国商事立法所面临的迫切任务是扭转现行立法体系及商事主体纷乱庞杂又明显不足的局面,以市场标准重新构建统一、协调的商事主体制度。

(2) 商主体内容法定是指可以进行经营活动的商主体的财产关系与组织关系由法律予以明确规定,当事人不得创设或经变更形成具有非规范性财产关系与组织关系的商主体。依各国或地区商法规定,同一类型的商主体设立后,将具有相同性质的财产归属关系、利润分配关系、财产责任关系、注册资本规模、商业税收标准以及内部组织关系等,任何商主体想改变其内部关系性质,非经变更登记不生效力。这一法律要求在很大程度上保障了同样类型的商主体都具有大体相同的法律性质,从而维护了不

^② 参见范健主编:《商法》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第8页。

^③ 参见董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第55页。

同类型的商事法律关系主体要素方面的特定性。例如,有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、独资企业、中外合作经营企业等这些不同类型的商主体,其投资者与被创设企业之间以及投资者相互之间的财产关系与企业自身的内部组织关系,彼此之间就存在着重大的差异。之所以存在这种差异,就在于法律对不同商主体的上述关系设定了不同的规则,设定了不同类型的商主体在内容上的不同构成要件。商主体内容法定导致两个必然结果:①合法存在的商主体必须在内容上符合法律对其所作出的特定要求;②对商主体内容的不同法律要求,构成了不同类型的商主体相互之间的根本性差异,形成了不同类型商主体自身的特点。^④从理论上说,商主体内容法定要求必然与商事登记制度相联系。无论是依据中世纪商人习惯法中的“主体拟制规则”,还是依据近代以后各国或地区商法中逐步形成的商主体设立条件规则,抑或是依据现代公司法中普遍适用的“准则主义”规则,成立特定类型的商主体,除极少数立法例对特定企业作例外规定外,都必须履行符合其设立条件的商事登记程序。离开了商事登记这一法律手段,不仅具体商主体资格的取得时间及其商事能力范围无法确定,就是特定商主体的财产范围和财产责任性质也将处于不确定的模糊状态。^⑤

(3) 商主体公示法定是指商主体之成立必须按照法定程序予以公示,以便交易第三人及时知晓;未经法定公示者,不得以其对抗善意第三人。正是商主体公示法定原则构成了商事登记制度,构成了商事交易合法性中的主体要件制度。多数大陆法及英美法国家的法律都要求,商主体依法登记注册的事项及其文件不仅应设置于登记机关,而且应设置于其注册营业所,以备交易当事人查阅。许多国家的商法还要求对商事登记事项予以公告,否则不得以其对抗善意第三人。例如,《德国商法典》第10条第1款规定:“对于商业登记簿中的登记,法院应以《联邦公报》以及至少一种其他公报予以公告。以法律无其他规定为限,应对登记的全部内容予以公告。”^⑥《日本商法典》第12条更进一步规定:“应登记的事项,非于登记及公告后,不得以之对抗善意第三人。虽于登记及公告后,第三人因正当事由不知时,亦同。”^⑦

商主体严格法定原则是传统商事交易行为之自由主义向现代商事活动之国家干预主义转变的结果,是现代商事管理制度的核心,是商事登记制度的基础,充分反映了作为私法的商法所含有的公法性因素。

二、企业维持原则

企业维持原则,是指现代商法通过各种法律制度确保企业组织得以稳定、协调和健康发展,尤其是通过各种制度安排尽力维持其存续。在公司法、合伙企业法与《破产

④ 参见范健主编:《商法》(第二版),高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第8页。

⑤ 参见董安生等编著:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第55、56页。

⑥ 参见《德国商法典》,杜景林、卢湛译,中国政法大学出版社2000年版,第7页。

⑦ 参见《日本商法典》,王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,第4页。

法》中,都体现了企业维持原则的立法精神。

在公司法中,公司设立瑕疵的法律后果及公司解散请求权等制度中,都充分体现了企业维持原则的立法精神。所谓公司设立瑕疵,是指经公司登记机关核准登记并获得营业执照而宣告成立的公司,在设立过程中,存在不符合公司法规定的条件和程序而设立公司的情形。既然法律明确规定公司设立必须符合特定的条件与程序,公司设立瑕疵自应导致公司设立无效,自始否认其法律人格的存在。然而,这毕竟只是一种消极的做法,已存在的公司法律人格的消灭所造成的资源损失以及对交易安全与社会经济的发展所造成的破坏,确实是一个不容忽视的经济与社会问题。因此,各国或地区大都通过相应补救措施,允许存在设立瑕疵的公司继续保留其法律人格,而不简单地使其消灭。在英美法系国家和地区,对于瑕疵设立公司的法律人格的法律确认,原本存在原则承认主义与个别承认主义两种模式,但现均已采取原则承认主义。在绝大多数大陆法系国家或地区的公司法中,均对瑕疵设立公司法律人格的法律确认作出了明确规定。各国或地区(地区)确立了公司设立无效与(或)撤销制度,因而在制度表层,普遍采取的是公司瑕疵设立法律人格原则否定主义。但在深层次上,通过一系列限制性制度,实际上包含着尽可能对公司法律人格予以承认的立法精神。我国 2005 年《公司法》第 199 条对旧《公司法》第 206 条的修订,也为承认瑕疵设立公司的法律人格留下了制度空间,体现了企业维持与尽可能承认瑕疵设立公司的法律人格的立法精神。各国或地区公司法普遍设置的公司解散请求权的限制规则,也是企业维持原则的体现。

在合伙企业方面,在资本主义发展初期,由于立法者将合伙企业的合伙人之间的信任基础绝对化,一般都规定只要一个合伙人退伙或死亡,该合伙因失去其存在的基础而必须解散。这种规定无疑极大地阻碍了合伙企业的持续发展,使得许多原本可以得到良好发展的企业只能无奈解散。这个与市场经济发展要求格格不入的制度,最终被各国或地区立法废除了。

在《破产法》上普遍设立的破产重整制度与破产和解制度,除了其自身所具有的《破产法》上的特殊价值外,也体现了企业维持原则的立法精神。破产重整制度,是指经由利害关系人的申请,在法院的主持和利害关系人的参与下,对具有重整原因和重整能力的债务人进行生产经营上的整顿和债权债务关系上的清理,以使其摆脱财务困境,重获经营能力的破产预防制度。破产和解制度,是指破产程序开始后,经由债务人与债权人会议达成协议,就债务人延期清偿债务、减免债务等事项达成协议,以中止破产程序,挽救复苏企业的法律制度。显然,这两项制度都可挽救具有破产原因的企业从而尽力使其得以存续的制度价值。

三、保障交易简便、快捷原则

商事交易之目标在于充分利用现有资源以追求最大经济效益,而资金及商品的流转频率与其所获得的效益成正比。商主体在利益的驱动下力求频繁的交易活动和加

速运转资金,整个社会经济也希望在高速运转的经济关系中不断快速发展和繁荣。于是,时间成为资产,速度成为效益。^⑧ 于是商事主体及客观的经济活动便要求交易的简便性、快捷性。这些要求势必反映在调整商事关系的法律、法规及政府规章之中。事实上,各国或地区立法也都将交易简便、快捷作为商事立法的一个重要原则,并将其贯穿于各具体商事法规的全部内容之中。它主要体现在三个方面:

(1) 交易简便。各国或地区商法在商行为方面一般采取要式行为方式和书面行为方式,并通过强行法和推定法对其内容预先予以确定。如在商事买卖中采用交互计算,在商事租赁、商事借贷、商事承揽、商事居间、商事行纪、商事信托等商行为中设有大量的强行法推定条款和任意法推定条款,进而使这类商行为在法律效力上具有可推定性,简化了当事人的协议过程,简便了交易手续,保证了交易的迅捷。

(2) 短期时效。商法对于各类商事请求权,如票据请求权、货物买卖中的瑕疵责任等,普遍采取不同于民法上一般时效期间的短期消灭时效。短期时效制的目的在于促使当事人迅速行使权利,以保证交易的快捷。

(3) 定型化交易规则。权利证券化和权利义务格式化是商法的又一个重要特点。如广泛采用的票据、提单、保险单等,通过这些要式文件和文义文件,使法律行为标准化、定型化,从而简化了权利转让和权利认定的程序。

四、维护交易安全原则

这一原则是指必须充分保障商事交易活动中交易对方对其行为内容予以充分提示,使相对人能够全面知晓,并加强法律监管,维护交易安全。毫无疑问,利益的驱动能刺激生产和交易,但过度的利己又将妨碍交易和经济的发展。商事交易的利己主义,以及交易的简便、迅捷会带来诸多不安全因素,诸如商事活动中的失信行为、欺诈行为,交易过程中的错误表示和重大误解等。另一方面,商事交易本身就极其危险。追逐的利润越高,危险越大。随着社会分工越来越细,商事主体之间的联系越来越紧密,彼此间的依赖日趋增强。在市场经济条件下,这种联系只能以市场行为为媒介。社会化的生产迫切需要一个安全的交易环境。这便要求商事法规从维护经济秩序出发,建立种种交易安全制度。否则,交易的公平、迅捷无从谈起,交易的简洁、确定亦无必要。可见,交易迅捷与交易安全这两种价值应当在商法中和谐共存,并以此谋求商事主体正当利益的实现及社会经济秩序的稳定。为了充分实现交易安全,在商法中应具体确定公示主义、外观主义和严格责任主义等原则。公示主义是指交易当事人对于涉及利害关系人利益的营业上的事实,负有公示告知义务的法律要求。在商事交易中,交易当事人均有了解对方当事人能力、资金、权限等的要求。但是,如果依靠交易一方当事人逐一调查对方当事人,则不仅费时、费力,而且还可

^⑧ 参见傅鼎生:《论商法的基本原则》,载《政治与法律》1997年第5期。

能遇到不必要的障碍。可见,将公示交易情况制度化是极为重要的。在各国或地区商法上,公示主义的要求主要体现在公司登记、上市公司信息公开、公司债券募集办法公布、船舶登记公告等方面。外观主义,亦称外观法理、外观优越或禁止反言,是指交易行为的效果以交易当事人行为的外观为准。在法律现象中,本质与外观不一致的情形是经常出现的。依外观主义,法律行为完成之后,出于对交易安全的保护,原则上表意人不得以意思表示瑕疵为由主张行为之撤销或无效。在现代商法中,许多法律规则均体现了外观主义的要求,如关于不实登记的责任、表见代理、票据文义性等。需要说明的是,虽然民法中对外观主义也予以认同,但它是作为对个别问题的解决办法而存在的,而商法则是在更广泛的范围内贯彻这一原则。严格责任主义,是指对商行为的实施主体设定更为严格的责任制度。这一责任设定理念可称为商法之严格责任理念。之所以赋予商行为的实施主体以严格责任,主要有以下原因:①商行为的实施主体理应具备较高的营业能力或投资能力,应当承担较高的注意义务;②商行为具有营利性,商法在保护营利的同时,基于公平原则,也应赋予商行为的实施主体以严格的法律义务与责任。各国或地区商法的相关具体规定均体现了商法之严格责任理念。我国《合同法》为体现民商合一的立法定位,虽然采纳了许多商法规则,但是未对商事合同与民事合同予以区分,使得原本只应适用于商事合同的严格规则普遍适用于一切合同。这一立法模式导致《合同法》分则中实际存在的商事合同与民事合同的区分,不仅缺乏总则上的针对性规范,而且造成了法律适用上的不适宜性。

五、“商法通则”关于商法基本原则的立法安排

我国商法学界对商法基本原则的地位与作用评价极高。有人认为,商法基本原则应该是商法基本精神的体现,是全部商法规范的价值主线和灵魂所在,是商法所调整的商事关系的集中反映,并认为这是对商法基本原则的认识所应达到的基本高度。^⑨另有人认为,商法的基本原则是指反映一国商事法律的基本宗旨,对于各类商事关系具有普遍适用意义或司法指导意义,对于统一的商法规则体系具有统率作用的某些基本法律规则。这些基本原则既是制定、执行和研究商法的出发点,又是构建商法统一规范体系的基础。^⑩还有人认为,商法基本原则来源于商事实践活动,又是指导和规范商事实践行为的准则和指导思想,是商事立法、执法和从事商事活动及进行商法研究最根本的出发点和归宿。学习和研究商法的目的和方法尽管各不相同,但都应该了解和掌握商法的规则和原则,因为这些规则和原则具体表现为各种商法制度和规范,从而可以借助商法基本原则预测出法律后果。^⑪甚至有人认为,实质上促使商法部门法

⑨ 参见林敏:《商法基本原则研究》,载《中国人民大学学报》2000年第4期。

⑩ 参见王春婕:《论商法的基本原则》,载《山东法学》1997年第4期。

⑪ 参见任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第81、82页。

化的根本动力乃商法基本原则的自然存在及其所起的导引作用,而并非表面上的商法调整对象。^⑫

鉴于商法基本原则对全部商法规范具有根本性效力,因而在作为形式商法的“商法通则”中,应将其作为一般条款加以明确规定。尽管对法律的基本原则作明确规定的立法例并不多见,但通过上述商法基本原则的功能的分析,可以确认这一立法方式其实具有特殊的价值,完全有必要通过一般条款的方式确定下来,从而使其内在价值可以得到最大限度的发挥。在具体立法方式上,不妨在进行“商法通则”立法时,借鉴《民法通则》关于民法基本原则的规定方式,分别以4个条款对此作明确规定。

^⑫ 参见高在敏:《商法的理念与理念的商法》,陕西人民出版社2000年版,第55页。