

【法学研究】

交易风险的分配与外观主义法理

王延川, 马 宁

(西北政法大学 民商法学院, 陕西 西安 710063)

摘 要: 交易风险的分配研究与外观主义法理一直处于割裂状态, 从理论上对二者进行关联性研究显得十分必要, 运用经济学、社会学、法学等综合研究方法进行分析。分析结果表明: 交易风险与交易活动相伴而生, 是市场交易的副产品; 商法作为市场经济的基本法, 要对市场交易的风险进行合理分配; 理性分配的原则是保护相对人的利益与交易安全; 外观主义作为一种认定商事交易行为效力的方法, 是交易风险理性分配的集中体现。

关键词: 法学; 民法; 商法; 交易风险; 风险分配; 交易安全; 外观主义

中图分类号: D923.99

文献标志码: A

文章编号: 1671-6248(2007)03-0069-04

Assignment of exchange risk and rechtsscheintheorie jurisprudence

WANG Yan-chuan, MA Ning

(School of Civil and Commercial Law, Northwest University of Politics and Law, Xi'an 710063, Shaanxi, China)

Abstract: The study of assignment of exchange risk and rechtsscheintheorie jurisprudence is still under dissevered condition. So it is necessary to study the two issues from relative visual angle. Through research method such as economics, sociology and legal science, such a conclusion can be deduced: exchange activity and exchange risk have become a byproduct of market exchange. As a basic law in market economy, commercial law should reasonably assign risks in market exchanges. The principle of risk assignment is to protect the opposing party and exchange safety. As a kind of means that can judge the effectiveness of commercial exchange, rechtsscheintheorie is the embodiment of reasonable assignment for exchange risks.

Key words: legal science; civil law; commercial law; exchange risk; risk assignment; exchange safety; rechtsscheintheorie

0 引 言

国内关于交易风险及其分配问题的研究主要是由经济学学者进行的, 很少有法学学者对此问题的涉入。这就使得交易风险及其分配问题不能落实到法律规制的层面上。外观主义作为商法研究的一种方法, 虽然得到了商法学者的关注, 但在研究过程中学者却忽视了外观主义的应用价值, 即在交易风险分配方面的独特作用。可以这样说, 在交易风险与风险分配的制度设计问题上, 经济学与法学之间存

在相互割裂的状态。为了从理论上解决这一问题, 需要将外观主义法理放在交易风险及其分配的背景下, 以经济学、社会学等方法对二者之间的关系进行深入研究。

1 交易风险是市场交易的必然存在

所谓风险, 是指损失发生的可能性或者损失的不确定性。风险是与危险相对应的概念, 如果说危险是由外在因素决定、先于人为决断所给定的损害的话, 风险则是指在一定程度上由人的认识和决断

收稿日期: 2007-03-26

基金项目: 河南省教育资助项目(2005-ZX-236); 西北政法大学资助项目(06XJC003)

作者简介: 王延川(1975-), 男, 陕西咸阳人, 讲师。

所决定的损失。交易风险是指在平等互利并遵守法律和合同所规定的义务前提下,双方当事人应承担的经营风险。从某种角度而言,民商法,尤其是合同法律规范的存在就是要对交易风险作出规定,使得人们在交易时能够预测和规避风险,同时运用法律手段对风险损失进行救济。

首先,风险内生于交易活动本身。伴随着人类的决策与行为,风险是各种社会制度,尤其是工业制度、法律制度、科学技术的运用等正常运行的共同结果。而现代社会由于自然“人化”程度的提高,使得风险的内生性特点更加明显。风险是市场交易过程中必不可少的副产品,它像一把双刃剑,一方面是促使交易得以进行的契机;另一方面也是交易成本的表现形式,是市场外部性的体现。由于现代市场交易多发生在陌生人之间,一方面基于现代社会人们的共识与信任的缺失;另一方面由于现代规模化生产的现实,再加上不可避免的信息不对称所引发的大量投机交易因素,风险便成为一种普遍性的存在。风险对于交易的正常进行是一种威胁,因此交易是一个需要法律介入的领域。

其次,风险在现代社会具有客观性。交易风险多是通过不正当交易形成的,但是不正当交易是不能消除的。“尽管法院在自由放任经济中能卓有成效地帮助实现交换,但可以预料,对于任何形式的社会来说,如果试图消除所有的不正当交易,那是不经济的”^[1]。这就是由于法律体系的不完善所带来的风险。这里制度固然重要,但是制度的实施也是要付出成本的。波斯纳将这种观点发挥到极致,他甚至认为任何权利的背后都有成本的支出。当没有付出足够的成本时,法律必定是不完备的,这导致制度在消除风险和救济当事人方面是无力的。不可否认的是,现代社会中,法律是市场经济最为主要的保护者,而现代法律体系中的民法与商法在市场交易的风险分配与救济方面发挥着核心作用。

2 交易相对人保护与交易风险分配

民法与商法在分配交易风险方面具有明显的差别:在民事交易领域,交易风险经常被分配给行为人的相对人;而在商事领域,交易风险经常被分配给行为者本人,以保护相对人的利益。比如在民事买卖中,买受人不承担验收与检查义务;而在商事买卖中,为了保护出卖人不因买受人沉默或懈怠而受损失,买受人必须检验所买货物是否有瑕疵,或者是否符合约定或通行质量标准,并将瑕疵情况及时通知

出卖人,否则就失去基于货物瑕疵而产生的所有权利。商法将这种对交易相对人的保护称为保护交易安全。

近代以来,随着民事生活向商事生活的过渡,传统的交易行为在价值理念和制度设计方面开始发生变化。民法与商法在价值理念上存在重大差异,这导致民事、商事交易的关注点不同。民法的价值主要体现为自由,因为民事社会是一个“熟人社会”,民事交易一般发生在熟人之间,因此安全在某种程度上可以忽略不计,自由是最为重要的。同时,民事交易在一定程度上受到来自家庭的约束,因此摆脱这种约束,获取自由便成为交易过程中的关键。但商法的价值却有所不同:与民法的价值比较起来,商法的价值具有二重性,即是在交易自由与交易安全之间进行平衡。

首先,为了推动市场交易的运行,交易者必须获取充分的自由度,因为只有在个体充分自由的状态下,才能够发挥每个市场参与者的积极性。虽然19世纪是自由主义最为盛行的时代,但是关于交易自由的重要作用,中世纪的人们已经非常熟知。“市民阶级最不可少的就是个人自由。没有自由,那就是说没有行动、经营和销售货物的权利。这是奴隶所不能享有的权利,没有自由,贸易就无法进行”^[2]。营业自由,是指人民有选择经营何种事业之自由,它属于经济的基本权或生存的基本权。基于自由对于商事营业的不可或缺,现代国家莫不将其列为治国之方略与人们的自然权利。营业自由是“不可让渡的个人权利之一,虽然基本法未明确规定,但却是固有的”^[3]。自由无疑是市场经济的基石,它使得交易双方在得到自己需要的物品与利益的同时增加社会利益。因此,迅捷性便成为商事交易的本质特征,鼓励交易也成为商法的整个要义之所在。

其次,虽然不能否认交易自由在现代市场交易中的基础地位,但交易安全起码在形式上逐渐取得了比交易自由更为重要的地位。现代交易理论认为,安全是交易秩序的需要,无安全性也就无交易自由的实现。当然,从某种意义上来说,安全价值也是从个人自由价值中引申而来的。因为个人自由的主体不是无血肉之躯的集体而是有感性生命的个人,所以保护个人生命安全便是保护个人自由的应有之意。霍布斯曾说:“人的安全是至高无上的法律”,市场交易尤其如此。现代社会经济的交易方式已呈现出高度的网络化,这是商事交易的表现;相反,民事交易还保持着“一对一”的交易方式。所谓“牵一发

而动全身”用在商事交易场合是再恰当不过的了。“任何交易都不过是无数交易者所组成的买卖链中的一环。无论在哪儿出现一次障碍,整个链条都会发生震荡。因此,面对这种影响极大的障碍,法律交往的安全性也就关系到交易成败”^[4]。郑玉波指出:在现代社会,“法律乃趋向尊重动的安全一途”^[5],而安全在现实生活中是一个相对概念,它是我们未遭遇或摆脱风险的状态,因此安全往往由风险来界定和把握。交易安全的本质规定性是风险转移,即由谁来承受交易带来的风险。“风险是指容易受到某一过程或活动带来的伤害。风险的程度决定了伤害的概率和严重性。既然人们可能受到各种各样的伤害,大多数人在大多数时间都处于某种程度的风险之中”^[6]。基于社会的发展与人们认识程度的提高,风险及其消解也趋向于实证化,但是风险的不可避免性又使得风险的消解往往成为一个风险转移的问题。风险的转移越过社会事实而进入市场伦理领域是一个牵涉移转过程中的正义分配问题,此时法律便开始介入。“保护生命财产和契约安全构成了有序化的最为重要的任务”^[7]。与民法比较起来,商法在交易领域奉行外观主义方法,以保护交易安全与相对人的利益^[8]。

3 外观主义与理性的风险分配

外观主义方法又称客观主义方法,是指在民事、商事交易中,立法要求以行为人的外观表现为基准,来确定其行为所应产生的法律效果的方法。外观主义包括以下内容:首先,意思与表示不一致时,以表示为准;其次,行为人有表示时,应就其表示负担责任。各国在商法理论与实践上都承认外观主义的存在:日本称为外观主义,德国称为外观法理,英美法国家则称之为禁反言。该方法的逻辑关系为:当行为人一旦将其交易意思表达出来,该意思已经在相对人的心中形成了一定的预期,则所表达出来的意思开始约束行为人,行为人就不能再以该表达出来的意思违背自己真实的意思而反悔或者撤销该表达出来的意思,以保证相对人的预期得以实现。该方法存在之理由如下:

第一,该方法的产生是历史发展的必然结果,该方法主要用于对意思表示效力的认定方面。针对行为人意思表示真实与否所产生的纠纷,各国相关法律向来有2种判断依据,即意思主义与表示主义。意思主义认为,法律行为之效果应依照行为人之主观意思决定,不允许就行为人表示之外观进行推断。

如意思与表示不一致时,则意思表示原则上无效;表示主义则认为法律行为除行为人的主观意思之外,应以其外在表示作为决定其效果之主要根据之一。意思与表示虽不一致,但有表示之外观,则意思表示原则上仍为有效。民法趋向于保护行为人之利益,注重意思主义,意思与表示不一致时原则上无效。商法则采用外观主义(表示主义),而不采用意思主义。从司法角度讲,前者称为客观解释,后者称为主观解释。

意思主义与表示主义分野的标志是《法国民法典》与《德国民法典》的相继颁布。《法国民法典》的产生时代可以说是一个民事社会,民事社会主要保护每一个民事人的真实意思;但到了《德国民法典》的产生时代,西方已经进入商事社会,民法也不得不受到商法的影响。这样的结果是,真意从社会的主流开始隐退,而以保护交易安全的表示主义开始占上风。

第二,就民事、商事交易而言,意思主义或主观解释在司法实践中会遇到一定困难:首先,内心是一种不能直接观察的心理状态,内心与行为之间并无惟一和确定的关联。法官要认定一个人的内心状态,要么像心理学家一样对当事人进行临床心理诊断,要么推己及人地进行推测。这样既会提高司法运作成本,加大当事人的支出负担,又会损害交易自由,违背当事人的意愿。其次,一旦走上法庭,当事人说谎的几率较大。双方会出于利益对自己的真意作种种不同的解释,这给认定工作造成阻碍,带来实际结果的不确定性。但是,如果采用表示主义或客观解释,其优点是显而易见的。外观主义可以有效地遏制法官的自由裁量权,保护当事人交易的自由。尤其是近代以来西方社会一直奉行市民社会与政治国家的分离,成就了私人生活的自由。政府的职责是认可市民社会私人之间所形成的规则,并将其用成文的形式确定下来,以实现公平正义。法官在适用法律时基本宗旨应该是还原事实的真相,不能掺杂自己的判断,但是如果采用意思主义,就极有可能致使当事人的意思变为法官的意思,从而损害当事人的利益。不管是主观方法还是客观方法,最后都要落在当事人的意思上,由于意思难以捉摸,所以美国合同法学者 Chafee 认为:“当事人的意思,在很大程度上是法官的意思”^[9]。这样,就会从尊重当事人的意愿出发,走向当事人意愿的反面。摆脱意思认定困境的方法就是用一个当事人意志之外的客观外在形式作为标准,就象耶林所说的那样:“形式乃

是反复无常之行为的不共戴天之敌——亦即自由的孪生姐妹。……确定的形式乃是有关纪律和秩序的基础,据此也是有关自由本身的基础”^[10]。

第三,在法律行为效果的认定方面,外观主义比较便利,可以缩短纠纷解决的时间,节省当事人的诉讼成本。因为相对于外观主义而言,意思主义主要关注表示的内容,而表示裸露在外面,一般容易为交易相对人所知晓。

第四,外观主义在商法中的普遍推行,可以有效保护相对人及第三人的预期效果,减少交易中的预测成本。在促进商事交易快速、便捷的同时,外观主义也可以消除行为人内在心态难以准确测定的弊端。各国承认善意取得制度的目的就是为消除交易行为中的不确定性。权利状态比起占有状态更加难以把握,而善意取得制度就可以保护相对人的利益,因为相对人充分相信了占有状态的外观。德国学者在描述以占有作为推定权利的基础时曾说道:“我在一家店铺购买一台旧打字机,那我怎样才能弄清楚这个出卖人就是真正的所有人呢?假如不要求我具备侦探般的能力,那我就只能相信这个出卖人所带给我的印象,即他就是所有权人,因为他占有这台打字机”^[11]。

第五,虽然外观主义会造成对一方当事人不利的后果,但是外观主义有其必要的社会基础。比如商法中的表见代理制度就集中体现了外观主义法理的精神。“‘表见理论’的发展正是表明了法律对事实的某种屈从。为了照顾事实情况,一些合乎法律逻辑的方式被弃之不用。有悖于法律的事实状态可能直接成为主观权利的渊源”^[12]。与民事主体相比,商事主体的行为能力较高,即商事主体辨别是非正误及利害得失的能力通常比民事主体高,外观主义便有了坚实的为人基础,而又不失法律的正义目标。从社会事实来看,相对于民事人而言,法律假设“身份人”的心智较高。商人也一样,商法在对其适用主体进行理性预设时,将其定位为“精于算计的理性人”。按照田中耕太郎的见解,商人是“完全无视附着于人的自然和人为色彩、与其他人相对立的一个赤裸裸的‘经济人’”,“所有附着于他人的性格均被剥去,纯粹地作为营利主义的斗士决定输赢”^[13]。商人是“精明的人”,民事人是“迟钝的人”,为了保护民事人的利益,可以对商人适用外观主义,

而民事人只要适用意思主义即可。

4 结 语

从市民社会自治的角度考虑,当事人可以自我规避其交易风险;从市场交易的公平性出发,为了避免转嫁风险的失范,应当制定规则对交易者的恶性行为进行遏制。另外,通过规则的制定,也可以提升交易者的预期能力,增强其交易安全感。民事与商事中交易者的理性程度与担负责任的能力各不相同,为此应设计不同的交易规则,以满足不同交易者的需要。商事交易中一个重要的价值观就是保护交易安全,顺应这一商事法理念,外观主义应运而生。通过对交易中的风险进行合理分配,外观主义促进了交易安全,也促进了交易效益的稳步增长。

参考文献:

- [1] 哈罗德·德姆塞茨. 竞争的经济、法律和政治维度[M]. 陈郁译. 上海: 上海三联书店, 1992.
- [2] 亨利·皮朗. 中世纪欧洲经济社会史[M]. 乐文译. 上海: 上海人民出版社, 1964.
- [3] 詹姆斯·安修. 美国宪法判例与解释[M]. 黎建飞译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4] 拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.
- [5] 郑玉波. 民商法问题研究: 第1辑[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1984.
- [6] 帕特里夏·沃海恩, 爱德华·弗里曼. 布莱克韦尔商业伦理学百科全书[M]. 刘宝成译. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2002.
- [7] 道格拉斯·拜尔. 法律的博弈分析[M]. 严旭阳译. 北京: 法律出版社, 1999.
- [8] 刘甲一. 商事法论[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1980.
- [9] Samuel D A. Meeting of the minds[J]. Law and Philosophy, 1996, 23(3): 276-291.
- [10] 罗斯科·庞德. 法理学: 第1卷[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [11] 鲍尔·施蒂尔纳. 德国物权法: 上册[M]. 张双根译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [12] 雅克·盖斯坦, 吉勒·古博. 法国民法总论[M]. 陈鹏译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [13] 梁慧星. 为权利而斗争[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000.