

商法强制性规范中的自由与强制

——以历史和类型的双重角度

姜 燕

(吉林警察学院, 吉林 长春 130117)

摘要: 商法规范的类型复杂化、利益主体多元化、国家意志角色多样化使得商法中自由和强制的面貌面目全非, 因此出现了“商法公法化”的观点。将商法任意性规范视为私法性质, 商法强制性规范视为公法性质的观点, 无疑是粗糙和不合理的, 它忽视了商法强制性规范自身的复杂性。只有通过商法强制性规范进行深入的历史和类型分析, 方能对商法中的私法自治有正确的认识。

关键词: 商法; 强制性规范; 商法合法化; 监管型; 政策型

中图分类号: D923.99 文献标识码: A 文章编号: 0257-0246(2016)06-0225-09

一、商法强制规范的历史分析

商法规范呈现的多样化远远超过了民法规范, 其中商法强制性规范的发展对商法规范的类型分析至关重要。商法强制性规范虽然在现代呈现出纷繁复杂的类型, 也是从民法规范中逐步发展出来的。

1. 罗马法中的商法强制性规范

虽然商法在中世纪才作为独立的部门法出现, 但并非一蹴而就, 独立的法律部门是商法规范体系化和成熟化的结果。万民法是在各个民族的人民扩大交往、扩大贸易往来的基础上发展起来的, 因此, 它更多的是调整商业关系, 具有商法的某些特征。正是由于商法往往带有国际性, 所以有些学者把万民法也视为商法的起源。^① 如果从商法规范而非商法体系的角度分析, 对商法强制规范的历史分析应该从罗马法开始。

同现代私法相比, 罗马法具有严格的形式主义特征, 特别是早期罗马法中的奎里蒂法 (Ius Quiritium)。“第一个法律体系或者第一个时代 (罗利蒂法) 向我们呈现的是一个同狭窄的社会、简朴的乡村生活相适应的法律制度……实质上的农业经济, 在家庭首脑划分的, 但却以农业利益为基础的所有权, 几乎只采用套语的法律程式和程序, 例如要式买卖 (mancipatio)、誓约 (sponsio) 或者市民法的要式口约 (stipulatio iuris civilis)、誓金之诉 (actio sacramenti) 等等。”^② 当时虽然已经存在私法和公法的划分, 但由于罗马社会处于一种整体主义之中, 个人的意思自由受到国家利益的极大限制。出世的个人主义当然不能催生出主观权利的概念, 恰恰相反, 由于斯多葛学派强调对预定命运的服从, 从他们的理论中反而导出一种客观的义务体系来。^③ 因此, 罗马法的伦理和强制色彩十分浓厚, 相应的规范层面表现为存在大量的民法强制性规范, 而最早的商法规范在民法强制性规范的例外中产生。罗马法中的消费借贷可以说明这种情况。(消费借贷) 即当事人一方将金钱或代替物的所有权转移给

作者简介: 姜燕, 吉林警察学院教授, 研究方向: 商法。

^① 江平、米健 《罗马法基础》, 北京: 中国政法大学出版社, 2004年, 第75页。

^② 江平、米健 《罗马法基础》, 北京: 中国政法大学出版社, 2004年, 第340页。

^③ 黑格尔 《哲学史演讲稿》第3卷, 贺麟等译, 北京: 商务印书馆, 1978年, 第46页。

他方,由他方返还金钱或者种类、品质、数量相同之物的无偿借贷。^①一般情况下,消费借贷是无偿的,不存在利息给付,只有在特殊规定中,利息才有存在的空间。比如,在优帝时期,通过要式口约的方式,可以对利息进行约定,不过商业借贷的年利率不得超过8%,在风险较大的海事借贷中,年利率的限制可以提高到12%。

罗马法早期的形式主义色彩呈现出逐渐淡化的趋势,这与商法规范的出现和发展是一致的。此时商法规范的首要目的是在强制色彩浓厚的民法规范中,争取更多的自由,为商事关系创造更为自由宽松的法律环境,所以私法自治在民法中地位的提高与商法规范的发展是相辅相成的。民法规范与商法规范之间存在的强制与自由的张力,在罗马法初期已经显露出来,一直延续到今天,已经成为民法和商法关系的基调。德恩的名言——“商法是一切法律中最为自由的,同时也是最为严格的法律”——前半句较好地说明在私法的基础规范上,商法规范一直不断地使民法规范自由化,甚至纳入民法规范中。

2. 中世纪的商法强制性规范

在中世纪,商法逐渐成为独立的法律部门,并且在体系化和规范化上取得了长足和较为成熟的发展。与罗马法时代的商法规范多呈“放任”状态不同,这一阶段的商法强制性规范形成了第一个发展高潮,并且主要以商行为强制性规范为主。^②罗马法时代的商法任意性规范的发展并未跳出民法的“窠穴”,始终只是对民法规范的改造,体现的是私法自治精神,这也是商法不能完全独立于民法的根本原因。商行为强制性规范发展的高潮和商法体系的形成是密不可分的,商行为强制性规范体现了区别于民法的独特的商法原则和精神。虽然商法在罗马法的基础上发展出了一套更为自由的任意性规范,但任意性规范在满足人们不同需求的同时,也产生了较高的交易成本,因此商法内部出现了与罗马法时代开始的自由化和主观化相反的倾向。

这种客观化、强制性的商法规范与对民法规范的自由化和主观化的倾向并不矛盾,因为它们体现了不同的法律价值。民法的意思自治经常受到为自治行为设定最低法律要求的强制性规范、诚实信用和公序良俗的限制,特别是在早期的整体主义社会。随着社会向个人主义的转向,以及人的主体地位的提高,主体需求的多样化必然突破先前的种种限制,再加之特定社会道德和观念的变化,都会引起对自由限制的变化,而这种变化经常会在商法中萌芽,商法是民法优良的试验场,所以这种自由化和主观化伴随着民法的发展一直存在。民法的基本原则体现平等自由、公平正义的法律价值,作为民法特别法的商法自然带有商业伦理道德色彩,同时还具有自己独特的基本原则。范建教授认为,商法基本原则为商主体严格法定原则、维护交易公平原则、保障交易简便快捷原则和维护交易安全原则。^③商主体严格法定原则本身不具有独立的价值取向,是为了确保交易安全和交易效率。维护交易公平原则是民法基本原则在商法上的体现,不能体现商法原则的特殊性。所以,交易效率原则和交易安全原则是区别民法基本原则的商法基本原则,各种商法强制性规范多为它们的体现。

尽管封建庄园经济和重农抑商观念严重阻碍了商业的发展,但中世纪城市的兴起激发了商业的发展,催生了资本主义因素的不断壮大。此时的商人逐渐成为独立的社会阶层,同罗马法时代相比,他们不仅仅要求对民法强制规范的松绑,还要求更有效率和安全的交易工具。在这种强烈需求下,交易效率和交易安全的商法基本原则以及在此基础上的商法强制性规范产生并逐渐发展。“一般来说,票据行为、海商行为、保险行为、银行经营行为都是典型的客观商行为。商法经历了一个客观化、成文化、专业化的过程,更重要的是,这个过程也是一个‘去民法化’的过程,即罗马法的法律制度和法律技术由普适性的私法规范运用到更具客观性的商行为时,逐渐排除了私法规范固有的任意性和自

^① 彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,北京:中国政法大学出版社,2005年,第7页。

^② 张强《商法强制性规范研究》,北京:法律出版社,2014年,第27页。

^③ 范健、王建文《商法基础理论专题研究》,北京:高等教育出版社,2005年,第67-77页。

由的秉性，被改造成为一个更具有强制性的商法规范。”^① 在法律行为规则的基础上，通过限制当事人意思自治，建立一套固定化的交易模式，这可以减少交易过程中的协商成本，从而提高交易效率。此外，在强制性规范的构建过程中，自然需要考虑交易安全，在交易效率和交易安全之间达到平衡。正是交易定型化的不断发展，商法越来越专业化，专业化倾向反过来使得商法需要更大的自由空间，因此对于商行为中意思表示的认定更尊重当事人的意思。值得注意的是，这种商行为强制性规范并非国家意志的产物，而是一种进化理性和私人意志的体现。“徘徊公平理念的中世纪商人并非接受国内立法的规制，而是继受商事习惯法（Lex Mercatoria）或商人法（Law Merchant）的管辖。这种法律并未对整个欧洲的商业活动施以统一的规制，而被认为是由自治的商人阶级创设的，由商人法院（Private Courts）予以解释，由私人制裁而非国家强制力保障实施。”^②

商人法虽在中世纪取得了长足的发展，但仍不能摆脱封建领主法和公教法的影响。封建领主法基于重农抑商的观念，公教法基于宗教伦理的观念，都对商法采取敌对和压制的态度。“在封建领主的大厅里，商人乃是嘲笑、侮辱，甚至憎恨的对象……获得利润被视为高利贷的一种形式，人们因此认为，商人的灵魂是要进地狱的。贵族需要现钱打仗和维持生活方式却发现商人比他们有钱得多时，对商人的憎恨随之而来。”^③ “《福音》关于世俗财产的教训，是无可误解的。它一次又一次地警告人们要防止追求财富，因为那将使它们抛弃对上帝的服务并将使良好的种子枯死……‘商业’本身就是一种罪孽，因为它使人们离开了真正追求的安息，他就是上帝。”^④ 但这种仇视态度并不能将商业完全清除在社会生活之外，浓厚的伦理道德色彩反而逐渐融入商行为法，提高了中世纪商业的道德水准。然而，伦理道德强制性的融入也改变了自罗马法以来商法规范自由化的趋势，这种影响一直持续到近代重商主义和自由放任政策的实施。

3. 近代的商法强制性规范

近代的商法强制性规范呈现出比中世纪更为复杂的状态。一方面，从17世纪到19世纪的整个时期，自由主义思潮处于支配地位，当时的政治学、伦理学、宗教、法学等都宣称维护自由理想；另一方面，资本主义经济迅猛发展，世界资本主义市场随着航路的发展逐渐形成，商业对交易效率和交易安全的需要更加强烈。在此时期，自由和强制看似相互冲突，但是它们在不同的轨迹上影响着商法规范的发展。

自由主义思想在经济上表现为古典经济学的“自由放任”政策的盛行，在法学上表现为自治观念的盛行。私法自治观念的盛行使得民法中法律行为制度极端自由化，形式平等原则被坚决贯彻，特别是合同制度逐渐摆脱中世纪以来伦理道德的输入和束缚，个人的意思表示得到极大的尊重，作为对民法自由化的商法，则表现得更为强烈。对利润和金钱的追求不但摆脱了道德和宗教的谴责，更被视为社会发展的动力。“19世纪初期，近现代商法充分利用契约自由和从商自由的原则，逐渐将近现代商法中的行政管理要素排除出去，将从商自由原则演绎成自由竞争原则，行为人可以自由、自在和自主地决定商事活动，很少受国家行政机关的限制。”^⑤ 不仅商法任意性规范更加自由化，而且商行为强制性规范也受到了影响。商行为强制性规范是对法律行为、尤其是合同的固定化，因此私法自治思想通过法律行为的自由化对商行为强制性规范产生了影响，最为突出的表现是在整个近代时期，商行为强制性规范在保持原有特色的基础上，发展极为缓慢，甚至处于相对停滞状态。

资本积累和资本主义世界市场需要更便利和高效的交易工具，定型化的商行为由于限于具体的交易，再加之自由主义思想的影响，已经很难满足商人对交易效率的要求。商人对资本积累的需求促使

① 张强 《商法强制性规范研究》，北京：法律出版社，2014年，第28页。

② 范健、王建文 《商法的价值、源流及本体》，北京：人民法学出版社，2004年，第93页。

③ 汤普逊 《中世纪经济社会史》，耿淡如译，北京：商务印书馆，1961年，第320-321页。

④ 迈克尔·E. 泰格 《法律与资本主义兴起》，纪琨译，上海：上海辞书出版社，2004年，第7页。

⑤ 张民安 《商法总则制度研究》，北京：法律出版社，2007年，第35页。

商主体强制性规范的蓬勃发展,各种商主体制度、特别是公司制度日渐成熟,并且在商业发展中占据重要地位。自然人进行市场交易的效率必将是低下的,因为每个自然人拥有的资本是有限的,而商主体制度让资本进行了大规模的聚集。

中世纪后期,公司制度再度兴起,在合伙内容、经营方式、分配办法等一系列领域都没有明确的法律规范。这一阶段的公司或类似于公司的组织——康曼达、索赛特和家族企业,都具有明显的合伙性,其内部的制度安排由出资人通过协议安排,是自治的产物。^①到了近代时,这种自治状态发生了变化。商主体制度的固定化经历了与中世纪时期商行为制度类似的过程。一方面,为了交易效率的提高,商主体制度需要定型化,对各种商主体的成立条件、组织形态进行了强制性规定,大大压缩了当事人意思自治的空间;另一方面,法人团体制度的出现和发展,日益成为个人和国家之间的第三种力量,商主体制度的影响要远远大于商行为制度。“这样,营业组织是否健全,直接或者间接地与第三人发生利害关系,影响及于社会各公共利益,所以,法律采取干涉主义而多做强制性规范。”^②在商主体强制性规范的发展中,国家意志的因素起着决定性作用。商行为需要当事人进行合作,通过协商以及契约效力的保障作用,商行为强制性规范便以商事习惯、惯例的形式出现。“在商主体强制性规范上,在习惯法时期单纯依靠市场参与者之间的私人强制,是很难实现的,必须依赖于超然于商人之外的国家公权力的确认和保障,才可以将商主体法律制度中的强制性规范建立起来。”^③在商行为强制性规范的发展中,国家意志和私人意志开始表现出复杂的合作与限制关系,其间既有国家的构建理性,又有个人的进化理性,而国家从旁观者演变成为参与者,最为明显的例子就是商事登记和商事账簿制度。

4. 现代的商事强制性规范

在现代,商法的各种规范在沿着传统的路径发展着,商法任意性规范随着20世纪初的国家干预理论和凯恩斯主义,呈现保守的状态,然后随着自由主义的重新兴起,以及商法专业性的不断增强,商法任意性规范开始发展,所以商法对民法的自由化并不是单一的趋势,它根据不同时期的具体情况,在自由放任和国家干预之间徘徊。商行为强制性规范和商主体强制性规范也是如此。

现代商法强制性规范最大的特征是所谓的“商法公法化”。“商法公法化”现象的出现既有商业本身的因素,也有国家意志的原因。首先,从商法任意性规范,到商行为强制性规范,再到商主体强制性规范,商法规范的结构越来越复杂,牵涉的利益主体越来越多样化。在现代,商法不仅包含私人利益,还有法人团体利益、社会利益以及国家利益,对这种复杂利益格局的控制远非私人之间的合作方式能够承担,其间国家意志的角色也在不断的多元化。在中世纪前中期,商事习惯游离于国家法律之外,商人、商法规范以及商事法院表现出极强的私人自治性;随着商行为强制性规范的出现和发展,国家逐渐承认商事习惯,将它们纳入国家法律之中,国家意志开始取代私人意志;而商主体法律规范使得国家不仅扮演着制度确认的角色,还开始参与商法制度的构建,发挥参与者的作用,其与个人各司其职;到了现代,商业日益复杂,在原子式的私人利益之上,出现了社会利益和国家利益,私人强制机制的失灵不断严重,因此国家开始作为国家利益和社会利益的维护者,对商业发展进行监督管理。其次,民族国家的壮大以及国家权力扩张的倾向,助长了“商法公法化”现象。商人作为对中世纪封建和宗教势力的造反者,是民族国家的同盟,尽管这种同盟关系并不牢固。“各民族国家为了加强自己国家的主权和司法管辖权,纷纷对商人法的规则进行吸收、接纳和改造,以使商人法纳入自己国家的法律体系中。”^④此外,现代社会的经济基础和安全在于市场的繁荣和秩序,因此商业在

① 张强 《商法强制性规范研究》,北京:法律出版社,2014年,第36页。

② 董列春 《商法学基础理论构建——以商人身份化、行为制度化、财产功能化为基点》,北京:法律出版社,2008年,第135页。

③ 蔡立东 《公司自治论》,北京:北京大学出版社,2006年,第28页。

④ 郑远民 《现代商人法研究》,北京:法律出版社,2001年,第195页。

重商主义的光环下，成为国家经济实力的重要因素，所以现代国家对于市场而言，不可能仅仅是“守夜人”，更需要积极地发展和壮大本国的商业实力和市场经济，因而，公法性质的商法强制性规范应运而生。

二、商法强制性规范的类型分析

商法规范类型复杂化、利益主体多元化、国家意志角色多样化，使得商法中自由和强制的面貌面目全非。对于商法强制性规范的性质，不可能根据形式化的标准进行认定，那种将商法任意性规范视为私法性质，商法强制性规范视为公法性质的观点，无疑是粗糙和不合理的，它忽视了商法强制性规范自身的复杂性，这正是对商法强制性规范进行历史分析的原因。对商法强制性规范中自由和强制因素的分析，需要对其进行类型分析，类型化的前提是理顺不同类型的商法强制性规范的演变脉络，所以在历史分析的基础上，笔者试图对商法强制性规范进行类型分析。

1. 保护型商法强制性规范

自由和平等是民法的两大基本原则，私法自治的前提是平等原则。平等原则最初被理解为形式平等，这种形式平等以理性人的假设为前提，即每个人是自身利益的最好维护者。随着现代社会的日益复杂，形式平等原则逐渐受到质疑，强而智的人表现出愚而弱的一面，实质平等作为对形式公平的补充和修正而出现。所以通过构建出一套形式平等的框架，让当事人自由地进行意思自治的法律模式显然已经远远不够，实质平等原则催生了保护型强制性规范的发展。形式平等和实质平等的紧张关系反映到商法规范上则更为强烈，商人本身意味着比一般民事主体更为理性，但是商主体制度使得商主体能力极端分化，因此商法需要通过强制性规范弥补当事人能力的差异，从而真正地维护私法自治原则。

保护型商法强制性规范是指在明显存在强弱差别的当事人之间，对弱势一方特别保护的商法强制性规范，它是对形式平等的弥补，使当事人重新回到真正的平等地位。根据交易主体的差异，保护型商法强制性规范可以分为两种：第一种是商主体和一般民事主体的单方商行为。在现代发达的市场经济条件下，生产者和消费者之间已经不再是平等的关系，实质上是一种支配与被支配的关系。^①最典型的例子是格式合同，无论在民法还是商法中，格式合同都是由强势的当事人制定的，弱势当事人只有缔约的自由，所以格式合同存在大量的保护性商法强制性规范。保险合同作为典型的商业格式合同，其中存在的大量专业术语令普通消费者难以理解，对保险合同做有利于被保险人和受益人的解释可以平衡保险合同当事人之间的利益。第二种为双方都是商人的双方商行为。《海商法》第47条规定了承运人的适航义务、第48条规定了承运人管理义务、第49条规定了承运人禁止不合理的绕航义务等，这些倾向于托运人的商法强制性规范是由于承运人在航海中的主动性和专业性。《海商法》第51条规定了承运人的免责事由，这种倾向承运人的商法强制性规范是由于海运中的高风险因素。

2. 伦理型商法强制性规范

诚实信用和公序良俗是民法的基本原则，与自由和平等原则不同，前者是对私法自治原则的限制。在不同的时期，伦理型商法强制性规范与商法任意性规范呈现出此消彼长的状态。在中世纪，宗教伦理观念使得诚实信用和公序良俗的原则不断扩张，伦理型商法强制性规范对商法意思自治的限制较大；在近代，受古典自由主义的影响，意思自治原则备受推崇，伦理型商法强制性规范处于相对停滞期；在现代，伦理型商法强制性规范随着社会道德观念和经济状况的变化，在扩张和限缩之间摇摆。首先是基于诚实信用原则的伦理型商法强制性规范。商业交易比民事交易更加注重信用，诚信在商业交往中发挥着巨大的作用。最典型的例子是保险合同中投保人的如实告知义务，因为保险合同体

^① 梁慧星 《从近代民法到现代民法》，《律师世界》2002年第5期。

现最大诚信原则。《保险法》第16条规定了投保人如实告知义务以及保险人的撤销权制度。需要指出的是,诚实信用原则在民商法的适用是有限度的,它体现的是最低限度的道德要求,而非道德理想,即“国家强制一般而言只能阻止人们做坏事,而不能强制人们做好事”^①,此种伦理型商法强制性规范受到自由原则和效率原则的反向限制。其次是基于公序良俗原则的伦理型商法强制性规范。诚实信用原则通常存在于私人之间的关系中,而公序良俗原则还涉及公众的道德和伦理情感,所以在公序良俗原则的适用中,意思自治的空间相对较小。“诚实信用原则一般是派生强制性规范的基本原则,因此违反诚实信用原则不会导致合同绝对无效……公序良俗原则通常是对应或派生禁止性规范的基本原则,尤其是善良风俗原则通常是派生效力性禁止性规范的基本原则。所以违反善良风俗原则,合同可能被认定为绝对无效。”^②《保险法》第31条“投保人对下列人员具有保险利益:(1)本人;(2)配偶、子女、父母;(3)前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属;(4)与投保人有劳动关系的劳动者。除前款规定外,被保险人同意投保人为其订立合同的,视为投保人对被保险人具有保险利益。订立合同时,投保人对被保险人不具有保险利益的,合同无效。”本条规定的保险利益规则是为了防止道德风险的发生,是维护社会道德风俗的要求,而且第3款明确规定缺乏保险利益的保险合同无效,这与第16条中保险人的撤销权制度相比,在法律效力上明显比后者强硬。

3. 技术型商法强制性规范

技术型商法强制性规范最能表现商法规范区别民法规范的独立性特征。基于自由平等和公平正义的原则,民法具有浓厚的道德伦理色彩。即便如此,民法中依然存在技术性法律规范,比如构建法律行为的强制性规范、构建具体物权的强制性规范。即便是意思自治也需要行为工具,即法律行为,因此需要支撑法律行为的强制性规范。由于物权法定原则,物权不能如同合同制度仅仅规定形式结构,它需要具体的概念结构,因此需要支撑具体物权的强制性规范。尽管民法存在许多技术性规范,但它们建立在私法自治的基础之上,其技术仅仅是手段,伦理道德才是目的。技术型商法强制性规范以交易效率和效益安全原则为基础,道德伦理的限制被降低到尽可能低的水平,制度设计的效率和安全成为重要的制度目的。交易效率原则最典型的反映是权利证券制度。在高效流通的交易工具方面,存在着一个渐变的发展过程。契约的基本形式是任意性质的无名契约;有名契约在交易习惯的基础上将主要的权利义务关系明确化,即可供当事人选择,又可以补充当事人合意的不足;格式契约在有名契约的基础之上,由一方当事人提供,对方当事人只需决定是否;契约的定型化完成了最后一步——权利义务的证券化,它不仅实现了契约订立的最高效率,还实现了权利的自由流转,将交易效率提升到最高点。从无名契约到权利证券化本质上是从交易自由到交易效力的转变,商法突破民法停留在合同的限制,完成了权利定型化的最后一步,反映了交易效率原则在商法中的基础地位。每一步的发展都是强制因素不断注入,自由的伦理色彩逐渐淡化,技术性色彩不断增加,法律规范的性质也从任意性变成强制性。“商法中的强制性规范,绝大部分是对经济规律的总结,反映了实现交易效力的技术要求,是对交易标准与交易程式进行技术化处理的结果。”^③

实现交易安全原则的技术型商法强制性规范,典型的体现是外观主义和登记制度。交易安全本质是维护交易相对人和第三人的信赖利益,最重要的是行为的无因性、要式性、公开化。无因性的典型表现是票据的抗辩权切断制度,《票据法》第13条第1款规定“票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由,对抗持票人。但是,持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除

① 王轶《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期。

② 邓辉《论公司法中的国家强制》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第61页。

③ 曹兴权《商法的强制性与私法自治:基于技术视角的考察》,《四川省政法管理干部学院学报》2004年第3期。

外。”要式性的典型表现为关于票据记载事项的规定，票据法对汇票、本票、支票的记载事项进行了完全列举式的规定，比如《票据法》第22条规定“汇票必须记载下列事项：（1）表明‘汇票’的字样；（2）无条件支付的委托；（3）确定的金额；（4）付款人名称；（5）收款人名称；（6）出票日期；（7）出票人签章。汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效。”公开性的典型表现是各种登记制度和公开制度，体现公示主义思想，要旨是将行为或组织的状态通过一定方式表现出来，以保护交易相对人或第三人的信赖利益。我国公司法存在大量关于登记的规定，如公司设立登记、变更登记、注销登记等。《公司登记管理条例》第2条规定“有限责任公司和股份有限公司（以下统称公司）设立、变更、终止，应当依照本条例办理公司登记。申请办理公司登记，申请人应当对申请文件、材料的真实性负责。”公开制度同样普遍存在商法之中，商主体和登记机关皆可为公开的义务主义，例如《公司法》第6条第3款规定“公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项，公司登记机关应当提供查询服务。”《证券法》第25条第1款规定“证券发行申请经核准，发行人应当依照法律、行政法规的规定，在证券公开发行前，公告公开发行募集文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。”

4. 监管型商法强制性规范

监管型商法强制性规范是现代商法的显著特征，显现了国家意志在商法规范中的新作用。同技术型商法强制性规范相比，国家在监管型商法强制性规范中发挥着外部监督的作用。一般而言，商行为强制性规范是在进化理性的基础上自发形成，国家通常对商行为制度进行认可，通过国家强制力维护商行为强制性规范的法律效力，所以国家扮演着制度维护者的角色，比如国家在外部维护票据制度的法律效力；商主体强制性规范需要国家的积极构建，多为构成性法律规范，因此国家成为商主体制度内部的参与者，比如公司登记需要国家行为，没有此种行为，该制度不可能正常运作；在监管型商法强制性规范中，国家采用所谓“上帝视角”，在整个商法制度外部，对制度运作进行监督，对商主体或商行为提出特别要求。

根据监管的阶段不同，监管型商法强制性规范可以分为事前强制、事中强制、事后强制。事前强制是国家监管最为严格的一种，主要是各种审批、许可制度，通常限于一些特殊商业领域，比如《商业银行法》第11条规定“设立商业银行，应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。未经国务院银行业监督管理机构批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用‘银行’字样。”事中强制是在行为过程中进行控制，主要表现为各种检查制度，比如《保险法》第101条规定“保险公司应当具有与其业务规模和风险程度相适应的最低偿付能力。保险公司的认可资产减去认可负债的差额不得低于国务院保险监督管理机构规定的数额；低于规定数额的，应当按照国务院保险监督管理机构的要求采取相应措施达到规定的数额。”事后强制比较宽松，一般反映国家意志的底线，主要表现为各种归责制度，在商法中规定法律责任是我国立法的习惯，其中就包含有许多事后强制。

除了针对商行为和商主体的监管型商法强制性规范外，针对监管机构的商法强制性规范也是重要部分。主要包括两种类型：一种是关于监管方式的规定，其多为职权规定和程序规定，前者如《证券法》第179条和第180条，后者如《证券法》第181条；另一种是对监管机构责任的规定，比如《证券法》第182条。

5. 政策型商法强制性规范

无论法律制度如何坚持形式理性，法律规范的技术性色彩如何强烈，都不可能完全摆脱国家意识形态的影响，特别是在强调意识形态的中国，更是如此。甚至可以说，政策型强制性规范的大量存在是中国私法的特色，《物权法》对国家所有权、集体所有权和私人所有权的区分是典型例子。恰如范健教授指出的，可以说具有鲜明政策性并且政策性占据较大的比重是中国商法区别于西方国家商法的

主要特色之一。^① 政策型商法强制性规范可能基于国家经济政策,比如为了公有制经济政策,公司法对国家独资公司进行了特殊规定;也可能基于社会公共政策,比如破产法对破产人所欠职工工资和医疗、伤残补助、抚恤费用、所欠的应当划入职工个人账户的基本养老金、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补助金的优先受偿等。社会公共政策由于具有较为浓厚的道德色彩,与国家经济政策相比具有相对的稳定性,而基于它们的政策型商法强制性商法规范亦是如此。

三、对“商法公法化”的分析

任意性规范被视为私法自治的体现,强制性规范被视为国家强制的象征,这种观点颇值得商榷。任意性规范和强制性规范的区分以语义表达特征为基础,具有形式化的特定,所以与私法自治和国家强制的性质区分之间,不存在一一对应的关系。通过对不同类型商法强制性规范的性质分析,可以对“商法公法化”有真正的认识。

1. 私法性质的商法强制性规范

私法自治建立在形式主义的不干涉的基础上。例如法官以实际问题没有明显联系的形式语言为基础,处理民间契约。形式主义与不干涉相连。^② 可见,私法自治的基础是一种形式理性,这种形式理性表现为形式平等和消极自由,它们都是否定性的,即对具体差别和积极自由的否定,所以是框架性的。但是私法自治又不可能是纯粹形式的,所以出现了实质平等和诚实信用、公序良俗原则的修正,因此保护型强制性规范和伦理型强制性规范是整个私法共有的规范类型,它们只会存在强弱程度上的差异,即与民法规范相比,商法中保护型规范和伦理型强制性规范对私法自治的修正幅度比较大,那是由于商行为和商主体法律规范加剧了当事人的地位和能力的差异。可以看出,私法任意性规范、一般私法强制性规范和特别私法强制性规范之间存在的相互作用。

私法以框架性的任意性规范为基础,但是同样存在定型化的法律制度,只不过固定化的程度不同。程度最轻的当属有名合同,不存在事前的强制性,而物权制度、商行为和商主体制度、具体的知识产权制度都是对形式化的法律行为制度的定型化,这反映的是自由类型的多样化,即从消极自由到积极自由和消极自由的并存。消极自由的核心是“不干涉”,是一种对当事人意志的尊重,这完全符合私法自治最为基础的需要。但消极自由是否定性和限制性的,表现出一种非合作的精神。这在尊重个人的同时,也忽视了人的社会本性,压制了人的集体创造能力。人的创造力不仅体现为基于需要的个人的创造能力,还包括基于合作的集体创造力,而后者表现为积极自由。“积极自由,简单地说,即‘做……(be free to do)的自由’,体现为社会整体凭借某种法律制度的保障可以合法实现某种行为或者目的。”^③ 商主体和商行为强制性规范作为技术型规范,是人为主动构建出的工具制度,属于积极自由的范畴。一般而言,商行为强制性规范是通过自发合作实现的,然后由国家强制力予以确认,而商主体强制性规范基于通过国家强制力实现的强制性合作,在此之中,国家意志和国家利益要么存在,要么处于附属地位。技术型商法强制性规范在现代越来越依赖国家强制力的发挥,但是它们是集体创造力的体现,目的是实现合作领域内的自由,所以它突破了消极自由的范畴,但仍然归于自由范畴,是私法自治思想在消极自由基础上的新的表现形式,绝不属于公法范畴。因此,保护型和伦理型商法强制性规范是私法规范在商法领域的体现,是对一般私法强制性规范的延伸,体现的是对消极自由的维护和修正;技术型商法强制性规范的目的是为人们提供更高效和安全的商事工具,恰如人类区别于动物的最大特征是创造和使用工具,它使人类拥有了不断深入地认识世界和改造世界的能

^① 范健、王建文《商法论》,北京:高等教育出版社,2003年,第159页。

^② 贡塔·托伊布纳《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京:北京大学出版社,2004年,第7页。

^③ 邓春梅《消极自由与积极自由——伯林法价值理论及发展研究》,湘潭:湘潭大学出版社,2014年,第27页。

力, 尽管工具将人类经验限制在其能力范围内。对“商法公法化”最大的误解就是将表面上是强制性的商法规范, 统归于公法规范。多样化商法强制性规范的出现和繁荣是私法自治发展的必然结果, 也是人类制度创造力的体现。

2. 公法性商法强制性规范

通过对私法性商法强制性规范的分析, “商法公法化”并非指向全部的强制性规范和国家强制力, 正是如此, 前文着力分析商法强制性规范的类型和国家角色的多样化。国家意志的扩张推动了商法制度的发展, 形成了参与主体多元化的商法制度, 同时也可能造成对国家干预的过分依赖。不论是监管型商法强制性规范, 还是政策型商法强制性规范, 往往体现国家和社会整体利益, 它们不再以个人利益为中心, 国家利益和社会利益逐渐从原子式的个人利益中获得独立地位, 成为了公法性商法强制性规范的合理性基础。国家不可能对特殊商业领域和特殊商业利益视而不见, 市民社会和国家二元划分不可能泾渭分明, 因此部分商法制度必然会政治化和社会化, 这也是现代民族国家和福利社会的典型特征。“由于积极的社会权利的兴起, 作为从自由主义国家向被组织来增进其国民福利的国家(因此是‘福利国家’)的发展的一部分, 私法改变了, 它变得政治化了, 不再表现为私人意图的形式表达, 它变成一种法律的、政治的、经济的和其他社会要素的极为复杂的混合。”^①

尽管公法性商法强制性规范的存在是合理和必要的, 但是作为商法规范的异类必须保持谦抑性, 这是由公法的谦抑性决定的。这种谦抑性包括两个方面: 一是规范内容, 二是立法技术。就规范内容而言, 要明确公法性商法强制性规范的补充地位, 防止其盲目扩张。在市场经济体制下, 理应充分发挥市场在资源配置中的基础性、决定性作用。虽然可能存在市场失灵, 政府有介入余地, 但并非任何市场问题都需要强制和干预。从成本效益的角度, 需要考虑干预的成本与成效。只有边际效益大于边际成本时, 才具有经济上的合理性。^②就立法技术而言, 在处理商法与公法的衔接时, 要保持商法的独立性。“法律责任”的专章规定是我国商事立法的特色, 往往规定各种刑事责任和行政责任。商法强制性规范提供行为模式和义务内容, 如果当事人违反这种义务, 则可能承担刑事责任或行政责任, 所以需要在商法和公法之间进行衔接, 即采用准用性规范, 以此将责任规范引向公法领域。以刑事责任为例, 这种准用性规范分为抽象规定和具体规定, 前者不规定具体的刑事责任, 具体责任的认定由刑法完成, 比如《公司法》第216条规定“违反本法规定, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。”后者则指出具体责任类型, 比如《商业银行法》第82条规定“借款人采取欺诈手段骗取贷款, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。”显然, 抽象的准用性规范是合理的, 它既避免了公法性商法强制性规范对公法的依赖, 又完成了私法的行为规范向公法的责任规范的转化。公法责任的认定是公法的核心内容, 完全没有必要在商法中进行重复规定, 这既可以最大限度地保持商法的私法性质, 又可以节省立法资源, 避免商法规范性文件的重复和冗长。

责任编辑: 朱志峰

^① 贡塔·托伊布纳 《法律: 一个自创生系统》, 张骥译, 北京: 北京大学出版社, 2004年, 第7页。

^② 田土城、郭少飞 《我国民法强制性规范的立法探析》, 《河北法学》2015年第6期。