

我国商法的核心价值:逻辑展开与实践应用

王建文

(中国人民大学法学院 北京 100872)

内容提要:总纲性规范的缺失以及以之为载体的商法核心价值的模糊是我国商事司法实践中法律适用困境的重要原因。为使我国商法理论与商事立法、司法等实务活动获得确定的价值指引,有必要对我国商法核心价值的逻辑展开及实践应用进行系统研究。商法的核心价值曾被普遍界定为效率或效益,但基于正本清源,应将其界定为自由,其内容主要表现为强化私法自治与经营自由。商法中自由价值的边界应立足于秩序价值进行界定。在商事立法、监管及审判活动中,应立足于自由与秩序的平衡,使商法核心价值的得到合理应用。

关键词:商法核心价值 自由 秩序 边界 平衡

经过改革开放后 30 多年的建设,我国已建立起了较为完整的商法体系。在此过程中,理论界与实务部门面向商法适用形成了大量具有重要理论与实践价值的研究成果,商事审判人员的业务水平也得到大幅提升,总体上已基本满足正确适用法律的需要。由此观之,在我国商事司法实践中,似乎不应存在严重的法律适用难题。然而,在日新月异的市场经济实践面前,我国商事司法中的法律适用困境却颇为严峻。成文法所固有的局限性固然是造成这一现象的重要原因,我国商法体系中总纲性规范的缺失以及以之为载体的商法核心价值的模糊,更使得我国商事立法与司法都缺乏确定的价值指引。其后果既表现为一些商事部门法因欠缺精神特质而未能形成必要的体系,又表现为商事审判人员进行法律解释与法律漏洞填补时,因无法遵循具有确定内涵的商法价值以及作为其逻辑展开的商法理念与原则的指引,而导致法律适用结果常常差异甚殊的混乱局面。因此,为进一步完善我国商法体系并有效地提高商事审判质量,有必要对我国商法的价值进行系统研究,以便对其逻辑展开

及适用方法作合理确认,从而为其在商事立法与司法中的应用提高理论指引。鉴于商法价值体系涉及内容极为广泛,而商法核心价值及其逻辑展开与适用方法的研究又最为紧迫并最具代表性,故本文仅就后者作系统研究,以期对商法价值体系的研究提供一个典型样本。

一、中国商法核心价值的厘定:效率抑或自由

所谓部门法的基本价值,实际上都是学者们的一种理论概括,因而不同学者完全可能从不同角度对某一法律部门的基本价值作不同界定。不过,因各法律部门的核心价值乃该部门法精神的集中凝结,故对于拥有成熟的理论体系与较为完备的立法体系的法律部门来说,理论界关于其核心价值的界定应当具有较大程度的统一性。就我国商法而言,尽管其理论体系与立法体系都不尽完善,但基于商法价值体系的分析以及商法精神的凝炼,商法核心价值的确定已具备基本条件。更为重要的是,由于我国缺乏商法传统,而市场经济体制仍处于转轨阶段,因而商法核心价值内涵与外延的确定,必将为理论界的研究及立法、司法等实务部门的工作提供

作者简介:王建文(1974-),男,汉族,安徽望江人,中国人民大学法学院博士后研究人员,河海大学法学院教授。

本文系教育部人文社会科学研究项目青年项目《公司高管重大经营决策失误民事责任研究》(项目批准号:09JYC820026);江苏省社会科学基金一般项目《江苏中小企业法律风险防范机制研究》(项目批准号:10FXB005);中国博士后科学基金项目(20110490491);江苏省“青蓝工程”中青年学术带头人资助项目;江苏省“333 高层次人才培养工程”中青年科学技术带头人资助项目。

明确的价值指引。

我国商法学界对商法核心价值的研究颇为不足,有限的研究结论也有待完善。对此,有学者认为“如果说以价值本位的差别作为区别部门法的重要标志的话,那么民法的价值本位就是公平优先,而商法的价值本位就是效益优先,经济法的价值本位就是社会利益优先。”^①依该说,民法的核心价值为公平,商法的核心价值为效益,经济法的核心价值为以社会整体利益为本位所体现出的秩序。另有学者认为,商法的最高价值取向乃效益。^②依此,效益也被界定为商法的核心价值。在范健教授与笔者合著的《商法的价值、源流及本体》(第二版)一书中,也基于民法与商法之间的比较提出:民法的最基本价值取向是公平,当公平价值与民法的其他价值发生冲突时,采取公平至上兼顾效益和其他;而商法的最高价值目标是效益,在处理效益和其他价值目标的冲突时,采取的是效益优先兼顾公平和其他。^③依此,民法与商法的核心价值分别被界定为公平与效益。

上述关于民法、商法及经济法的核心价值的观点明显受到了我国改革开放背景下收入分配政策的影响,故应从该项政策的发展变化来理解与界定公平与效率。改革开放开始后到党的十四届三中全会之前(1978-1993年),我国实行的是收入分配政策是:打破平均主义,推进按劳分配,促进劳动收入和其他要素收入初次分配的公平,同时重视分配结果的平等。1993年11月,党的十四届三中全会通过了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,提出要“建立以按劳分配为主体,效率优先、兼顾公平的收入分配制度”。2004年9月,党的十六届四中全会通过的《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》指出要“注重社会公平”,并首次提出要“促进社会公平和正义”。2005年10月,党的十六届五中全会通过了《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》,提出要“更加注重社会公平,使全体人民共享改革发展成果”。此后,理论界对效率与公平之间的关系产生了较大认识分歧。有的学者认为,“效率优先、兼顾公平”原则已不适应社会发展需要,应以现代的价值观念包括现代的社会公正观来替

代;有的学者认为,仍应坚持“效率优先、兼顾公平”原则,要转变经济增长方式,就是要改变低效率的增长方式,就是要坚持效率优先;还有学者认为效率和公平同等重要,两者并非此消彼长的关系,公平是效率的前提,效率是公平的结果,公平产生效率,效率反映公平。^④在这种争议背景下,2007年10月,中国共产党第十七次全国代表大会在北京召开。胡锦涛代表党中央做了题为《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》的报告。该报告明确提出“合理的收入分配制度是社会公平的重要体现”,“初次分配和再分配都要处理好效率和公平的关系”,“再分配更加重视公平”。^⑤由此可见,根据经济与社会发展阶段的变化和不同阶段面临的主要问题与发展目标的不同,我国收入分配政策经历了由“效率优先、兼顾公平”到“更加重视公平”的发展历程。若简单地将这种收入分配政策作为我国确定民法、商法及经济法核心价值的依据,则意味着原有定位必须进行重大调整。

事实上,在关于效率与公平关系的收入分配政策中,“效率”指的是社会经济效率,其关键内容是资源配置效率;公平指的是收入分配公平,即一定程度的收入均等化。资源配置效率依赖于市场机制实现,收入分配公平则依赖于税收制度与社会保障制度实现。显然,在此意义上的效率,与作为法律价值的效率的内涵并不相同。前者着眼于提高宏观经济发展过程中的经济增长速度与资源配置效率,属于宏观经济政策范畴;后者着眼于提高法律所调整的社会关系的运行与纠纷解决效率,属于法律政策的范畴。由此可见,收入分配政策中的效率归根到底是体制的效率,实际上融合了自由、平等、安全、效率等多种价值,因而不能将其与作为具体法律价值的效率等同视之。至于收入分配公平问题,导致收入差距拉大的主要原因并非市场因素而是非市场因素,特权、垄断、寻租、腐败等等官商勾结、权力与资本合谋的行为导致贫富悬殊。可以说我国改革开放至今,商品服务市场关系已经相当深化了,但要素市场一直处于扭曲状态,一直处于行政权力、种种特权垄断因素的控制之中。因此,在我国的深化经济体制改革与经济发展模式转型

① 陶政《商法价值研究》2008年西南政法大学博士学位论文,第44页。

② 参见赵万一《商法基本问题研究》法律出版社2002年版,第87页。

③ 参见范健、王建文《商法的价值、源流及本体》(第二版)中国人民大学出版社2007年版,第180页。

④ 参见楼继伟等《关于效率优先兼顾公平分配制度的讨论》,载《学习时报》2006年6月21日;柏晶伟《从“效率优先,兼顾公平”到“更加注重社会公平”》,载《中国经济时报》2006年8月7日。

⑤ 参见曾国安、胡晶晶《论改革开放以来收入分配公平政策的演进》,载《思想理论教育导刊》2009年第3期。

过程中,不仅应加强社会保障体系的建设力度,以便有效地解决收入分配不公的严峻问题;而且应继续强化市场机制,以便进一步提高经济运行效率。^⑥

综上所述,我国收入分配原则与经济发展政策中的效率与公平,虽与法律价值体系中的概念相同,但两者的内涵完全不同。若要将两者对应,收入分配原则中的效率与公平更接近于法律价值中的自由与秩序。为提高国民经济的发展速度,即提高经济运行效率,就必须确保市场主体能够自由参与经济活动,促使要素市场按照市场机制运行。体现到法律层面,就是保障市场主体的私法自治与经营自由。为实现社会收入公平分配的目标,就必须建立和完善社会保障制度并推进税收与工资制度改革。体现到法律层面,就是通过完善经济法中财税法律制度与社会保障制度,在保护私权主体利益的前提下实现社会整体利益,从而实现经济法所追求的秩序价值。基于此,笔者认为,民法与商法的核心价值均应为自由,经济法的核心价值应为秩序。当然,在民法中,自由即指的是私法自治,包括婚姻自由、遗嘱自由、所有权自由与契约自由等内容;在商法中,自由既包括私法自治还包括经营自由,而此处所谓私法自治显然不包括婚姻自由与遗嘱自由。至于作为经济法核心价值的秩序,则以社会整体利益为其判断标准,与民法、商法中作为自由价值的制衡因素的秩序价值的内涵具有实质差异。

二、中国商法核心价值的逻辑展开

与民法作为典型的私法不同,商法还具有很强的公法色彩,即商法规范体系中包含了大量的强制性规范。这种强制性规范的存在依据即为与自由价值相对的秩序价值。在商事关系的法律调整中,秩序价值不仅表现为大量的强制性规范,而且表现为被广泛运用的行政审批、行政监管及司法介入等国家干预行为。因此,商法中的自由不仅应从私法自治与经营自由的具体内涵来理解,而且应从据以判断自由边界的秩序价值的具体内涵来理解。

(一) 商法中的私法自治: 内涵与边界

1. 商法中私法自治的内涵: 强化私法自治

私法自治,又称意思自治或契约自由,既被公认为近代民法的基石之一,又被视为现代民法的基本理念。^⑦在我国,私法自治原则还被视为民法基

本原则。^⑧

基于商事交易活动的复杂性以及商法的私法属性,日益强化商法中的私法自治已成为一项时代要求。例如,各国公司法均普遍加强了股东自治与公司的权限,降低了强制性规范的比重,使公司的目的、注册资金的数量、股权结构、治理结构等公司的基本问题均主要由股东根据公司章程自行选择与确认。我国2005年《公司法》的修改也体现了这一要求与发展趋势。

由于我国总纲性商法规范未能实现立法,在商事关系的法律调整中,仍只能适用相关商事单行法及民法一般规范,从而使本应得到强化的私法自治未能得到充分体现。在我国商事司法实践中,因缺乏私法自治传统且长期实行民商合一或民商不分的立法模式,商法中需要得到强化的私法自治理念往往被严重忽视。因此,我国未来在制定总纲性商法规范时,应对强化私法自治的理念与原则作明确规定。此外,还应通过对强化私法自治理念的司法解释,使该理念在法院与法官的司法实践中得到自觉运用。

2. 商法中私法自治的边界: 限制与干预

私法自治并非不受限制的自由,相反,从其被确立以来就一直受到限制,并且这种限制还在现代民法中被不断强化。这主要表现为社会本位对个人本位理念的修正背景下,私法中强制性规定、禁止性规定比重的增加。此外,劳动法、消费者权益保护法等相关法律中对经济上弱者的保护性规定,也是私法自治理念受到限制的表现。^⑨

在商法中,尽管应强化私法自治理念,但基于对中小投资者及交易安全的保护,在扩大私法自治权的同时,也应对其进行必要的限制。当然,这种限制必须控制在合理范围内,在对是否限制私法自治理念作出判断时应保持较高的审慎与克制。对此,有学者提出“基于对私法自治的尊重,在强制性质的民事规范是否具有特殊公共政策目的不甚明确的时候,即应朝单纯自治规范的方向去解释,法官应避免假设有特殊公共政策目的的存在,或对合目的性作扩大解释,而伤害了自治机制,换言之,就是‘有疑义,从自治’。”^⑩例如,关于公司股利分配问题的立法与司法对策就体现了私法自治理念的

⑥ 参见林毅夫、刘福垣、周为民《解读“效率优先、兼顾公平”收入分配原则》,载《21世纪经济报道》2005年10月24日。

⑦ 参见刘凯湘《论民法的性质与理念》,载《法学论坛》2000年第1期;易继明《私法精神与制度选择——大陆法私法古典模式的历史含义》,中国政法大学出版社2003年版,第180页。

⑧ 参见王利明主编《民法》(第四版),中国人民大学出版社2008年版,第33页。

⑨ 参见黄立《民法总论》,中国政法大学出版社2002年版,第185~188页。

⑩ 参见苏永钦《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第45页。

扩张与限缩政策。放任公司自行决定是否分配利润,是对私法自治维护的结果;干预公司长期拒绝分配利润的做法,则是对私法自治进行必要限制的结果。就此而言,在公司股利分配问题上,无论是作出放任还是必要限制的选择,都有其合理性。但由于股利分配本质上属于私法自治范畴,因而即便在特殊情况下进行必要的司法干预,也应当予以严格控制,只有在确实需要进行司法干预且穷尽了其他救济的情况下才能作出某种司法干预。

(二) 经营自由: 内涵与边界

1. 经营自由的内涵

在我国商法理论中,与“经营自由”概念相似的概念还有“经营自主”^①、“营业自由”^②、“从商自由”^③等概念,基于上述分析,笔者认为还是“经营自由”概念更具合理性。我国商法学界不少人往往将经营自由与私法自治视为可以混用的概念。从逻辑上讲,若从广义上理解经营自由与私法自治,以前者涵盖后者或以后者涵盖前者,似乎都未尝不可。不过,规定于各国宪法的经营自由,其意义主要表现为对经营者从事经营活动不当障碍的排除,至于民商事主体对其权利义务予以自主安排的自由权则应属于私法自治的范畴。基于此,笔者认为,所谓经营自由,是指经营者享有自主决定从事经营活动的自由权,国家不得设置不当障碍。由此可见,经营自由理念主要是自由价值在商法领域的具体表现,同时也体现了平等价值的要求。

基于上述经营自由及私法自治概念的界定,可将二者明确区别开来,以完整凸显两者作为商法理念的基本功能。简单地说,商法中的私法自治理念主要适用于民商事主体获准从事经营活动过程中,而经营自由则主要适用于经营活动开展前的市场准入。例如,投资者拟设立企业时,其作为投资者的主体资格的确定、企业组织形式的选择、经营范围的选择等问题都可纳入经营自由的适用范围;企业的股权结构、治理结构、利润分配方法等问题,则可纳入私法自治的适用范围。

当然,因商法中的私法自治与经营自由理念同属自由价值在商法领域的具体表现,故在某些领域,存在私法自治与经营自由理念的适用相互重叠的现象,此时应结合两种不同的商法理念进行制度设计与司法裁量。例如,企业作为经营者,其自主

决定经营事项的自由权即可从私法自治与经营自由的不同视角加以考察。就私法自治而言,企业应按照其意思形成机制作出经营决定,而不受包括控股股东在内的个别投资者及其他人的非法干预。就经营自由而言,只要企业拟经营事项符合法律规定,包括政府主管部门在内的任何机构都不能设置非法障碍。在实践中,基于两种不同理念,不仅不会造成立法与司法中的困境,而且有利于维护公司自主经营的合法权益。

2. 经营自由的边界: 限制与干预

与私法自治受到必要限制一样,经营自由当然也需受到一定限制。这种限制主要表现为法律关于从事特定经营行为的准入条件与审批程序的规定。若要从事属于国家设置了前置审批条件与程序的经营行为,则必须依法办理相关审批手续才能获准经营。

但应当注意的是,除非确实需要设置特定准入门槛,法律与政府均不应经营自由作过度限制,否则将构成对宪法所规定的或者应当为宪法所规定的基本自由权的侵害。例如,在实践中,许多城市管理中都存在着对经营自由作过度限制的问题。在不少中心城市中,在路边摆摊设点进行销售行为都受到严格禁止,城管执法人员往往对“违反规定”路边摆摊设点的行为予以严厉取缔。这种基于城市市容市貌的整洁所实施的禁止路边摆摊设点的管理方式,实际上就构成了对经营自由的侵害。类似侵害经营自由的现象在我国并不鲜见。因此,迫切需要基于经营自由的理念,确认并保护民商事主体的经营自由权。

三、商法核心价值的实践应用: 自由与秩序的平衡

(一) 商法核心价值在立法与行政监管中的应用

在商事立法与行政监管活动中,经常需要面对自由与秩序之间的平衡问题。尤其是在市场经济体制仍处于转轨阶段的我国,如何保障经营自由更是需要深入思考的问题。在此方面,长期以来,我国民间资本很难进入或有效进入受到政府管制的投资领域,无法根据投资价值的判断自由地投资于政府垄断性行业。这一问题既有悖于经营自由,也有悖于公平,因而政府已决定实质性地拓展民间资本的发展空间,鼓励和引导民间资本进入基础产业和基础设施、市政公用事业和政策性住房建设、社

① 参见任先行主编《商法总论》,北京大学出版社、中国林业大学出版社2007年版,第30页。

② 参见肖海军《论营业权入宪——比较宪法视野下的营业权》,载《法律科学》2005年第2期;叶林、黎建飞主编《商法学原理与案例教程》,中国人民大学出版社2006年版,第15页。

③ 参见张民安《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第43页。

会事业、金融服务等领域。当然,这种基于公平原则应当平等对待的问题并不完全属于经营自由的问题。实践中,许多问题的立法与监管政策的考量都需要立足于商法核心价值,寻求自由与秩序之间的平衡。在此方面,金融创新的监管政策以及工商登记范围的确定问题可作为分析样本。

1. 例一:金融创新的监管政策应如何确定

20世纪80年代以来,世界经济和金融的不稳定性日渐突出,加强对金融机构的监督管理,维护整个金融体系的安全与稳定,已成为各国政府、金融管理当局的共识。金融监管既要有效防范金融风险、保障金融安全,又要妥善保护金融自由、促进金融创新。前者乃秩序与安全的要求,后者乃自由与效率的要求。在金融监管政策的制定及金融监管措施的实施过程中,如何在保障金融秩序与金融安全的同时,充分保护金融自由并促进金融效率,始终是摆在金融监管机构面前的“两难”问题。事实上,就法律价值而言,金融秩序与金融安全都可纳入秩序价值的范畴,金融自由与金融效率都可纳入自由价值的范畴,因而金融监管政策的制定与实施主要就是在自由与秩序之间寻求合理的平衡。这种自由与秩序的平衡,在金融创新监管政策的制定与实施中表现得尤为明显。

近年来,随着我国金融市场的快速发展,面对金融全球化的浪潮,理论界及国家有关金融监管机构都在考虑如何加强金融自由化并促进金融创新的问题。然而,正当我国稳步推进该项改革时,从2006年春季开始显现并于2007年8月开始席卷美国、欧盟和日本等世界主要金融市场的美国次贷危机全面爆发,并迅速演变为全球性金融危机。于是,全面加强金融监管、有效维护金融安全成为国际社会的亟待解决共同课题。因此,如何确定我国金融市场的监管政策就成为一个非常棘手的问题。在全球性金融危机尚未完全退潮之际,固然不能对此妄下结论,但有一点必须明确的是,在确定金融监管政策时必须充分认识到金融自由的价值。为实现金融秩序,保障金融安全,固然需要加强金融监管,但任何监管措施都不应过度压缩金融自由的空间,否则基于金融创新的效率与活力将无从谈起。或许,我国被管制长达11年的寿险产品定价机制将实质性放开的保险监管政策可视为我国继续推进金融自由与金融创新的注脚。^⑭

反观引发本次金融危机的美国的金融监管改革,应当对我国金融监管政策的制定很有启发意义。经美国参众两院通过,并经美国总统奥巴马于2010年7月21日签署后,被称自上世纪30年代大萧条以来最严厉的美国金融监管改革法案终于成为法律。这一法案在历时一年多的新法意在加强消费者保护,使金融产品更透明,对投资产品加以监管,限制投机性投资。不过,最终通过的法案中的关键部分和原先的草案相比已经大大软化,尤其是对华尔街今后的金融创新产品(特别是衍生证券)的限制避重就轻,基本没有任何变化。^⑮这固然是不同利益集团反复博弈的结果,但客观上也是维持金融自由与金融创新能力的需要。也就是说,因美国金融自由过度、金融创新泛滥导致了严重的金融危机,当然应当通过改革加强金融监管,但改革的目的并非要扼杀金融自由与金融创新能力,只是为了降低金融风险。

2. 例二:工商登记范围应如何设定

尽管各国(地区)基本上都确立了经营自由的商法理念,但基于维护交易安全及保障税收征管的需要,仍对具备特定要求的经营活动的商事登记作了强制性规定。就我国而言,在已确立了严格的企业登记制度的情况下,则面临着如何在保护经营自由与强化企业登记之间作出合理平衡的问题。

我国历来强调对企业办理工商登记进行严格的行政监管,即使是个体工商户也必须依法办理工商登记,否则将被视为非法经营而受到行政处罚。对此,我国《企业法人登记管理条例》、《企业法人登记管理条例施行细则》、《城乡个体工商户管理暂行条例》等行政法规与规章都有明文规定。通过对我国工商登记制度的考察可以发现,在绝大多数国家和地区都无需办理商事登记的小规模经营活动,在我国也必须按照个体工商户办理工商登记。应当说,在市场经济体制并不健全而社会信用体系尚未建立的背景下,加强对经营活动的工商登记监管,确实对维护交易安全及保障税收征管具有非常重要的意义。因此,不宜因境外商事登记制度相对宽松,就简单地认为我国也应大幅降低工商登记监管要求。从实践来看,我国关于个体工商户的登记制度,其本身并未构成阻碍个体经济发展的制约因素,目前制约个体工商户发展的是其相对过高的实际税负,而这一问题可以通过税收制度改革加以完

^⑭ 2010年7月9日,中国保监会公布《关于人身保险预定利率有关事项的通知(征求意见稿)》,决定放开传统人身保险预定利率,各保险公司可以按照审慎原则自行决定利率水平。这次调整固然会增加保险公司的经营风险,但同时会促进保险公司的产品创新。

^⑮ 参见陈思进《奥巴马金融新政 道难压魔》载《中国证券报》2010年7月23日第A04版。

善。也就是说,与其他国家和地区相比,尽管我国提高了小规模经营者的工商登记义务,但就其总体而言,该项制度的积极意义仍高于其消极意义。

不过,在肯定个体工商户登记制度的同时,也应防止将办理工商登记的范围无限扩大的倾向,以免对原本就存在较大局限的经营自由造成过大的妨碍。在此问题上,可将近年来引起较大争议的网店监管制度作为典型样本加以分析。近年来,随着网上交易的迅猛发展,网店经营的监管问题逐渐成为工商行政管理部门迫切需要解决的难题。为此,国家工商行政管理总局曾提出,网店同样应实行工商登记。但该方案受到强烈反对,最终被替换为网络商品经营者实名注册的折衷方案。对此,2010年5月31日公布的《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》第10条第2款规定“通过网络从事商品交易及有关服务行为的自然人,应当向提供网络交易平台服务的经营者提出申请,提交其姓名和地址等真实身份信息。具备登记注册条件的,依法办理工商登记注册。”依此,网络商品经营者仅需向网络服务经营者履行实名注册的义务,只有“具备登记注册条件的,依法办理工商登记注册”。该规定不仅明显软化了网络商品经营者办理工商登记注册的义务,而且因未就违反该规定设置任何法律责任,从而使该项规定实质上成为一项宣示性规范。

事实上,若从经营自由的边界来考虑,网店监管问题的处理将变得非常简单。从促进电子商务、繁荣市场经济、保障经营自由的角度来说,网店登记固然值得否定,但若网店在经营规模已远超一般个体工商户的情况下,维持这种区别对待的政策无疑又构成法律规制上的不公平。因此,简单地认为应建立网店登记制度或否定其价值都有失偏颇。这就需要在法律层面上对需要进行商事登记的经营活动的范围作明确规定。对此,笔者认为,可将需要进行商事登记的经营活动的范围作如下限定:投资者从事营业性经营活动,应按照相关企业组织形式的要求依法办理工商登记手续,未经企业登记主管机关核准登记注册,不得从事经营活动;但依性质和规模不需要采取企业形式经营的除外。^⑩依此,不管是以网络方式还是以实体方式从事经营活动,都是基于经营自由理念的合法权利,但若其营业性质及经营规模达到需要采取企业形式经营的,则都必须依法办理工商登记,否则就是非法经营。由此可见,只要国家确立了需要采取企业形式经营的营业类型及经营规模的合理判断标准,则个体工

商户及网店的工商登记问题都非常容易判断。

(二) 商法核心价值在司法审判中的应用

1. 例一: 公司章程可否对公司治理结构作任意规定

各国公司法都对公司治理结构作了明确规定,我国亦然。但在我国市场经济实践中,一些有限责任公司有时会在章程中设定一些关于公司治理结构的特别条款,使公司法规定的公司治理结构因此改变。例如,某公司章程规定,该公司股东会、董事会及监事会职权概由该公司董事长行使。又如,某公司章程规定,该公司不设董事会或执行董事,直接由该公司总裁掌管公司的全部事务。改变公司法所规定的公司治理结构的诸如此类的规定还有很多,实践中因此引发纠纷时,法官们将不得不面临以下艰难判断:该规定是否有效?该规定是否影响公司的人格独立性?亦即,是否可依此主张否认公司的独立人格,使股东对公司债务承担连带责任?对此,理论界与实务部门大多存在较大认识分歧,司法实践中法官们往往陷入难以裁判的司法困境。

为解决以上问题,就必须立足于公司治理结构的性质与功能进行分析与解释。对公司法律人格来说,确保其人格独立的要素除了独立的财产之外,还包括独立的意思。为此,必须有一套机制确保公司独立意思的产生,使之不受股东的个人意志或管理者的个人意志的不当影响或干涉。这种机制便是公司治理结构。对于公司来说,以严谨而科学的公司治理结构来确保意思的真正独立,还具有更加重要的意义:由于法律赋予公司以独立责任,亦即股东享有有限责任,公司经营过程中保持稳定的一定数量的财产作为公司债务的一般担保,就显得极为重要。要做到这一点,就必须保证公司不被股东或管理层所利用,能够独立形成不受外界影响的意思。然而,公司作为法律的拟制物,其意思必然要借助于公司机关形成,而公司机关又由自然人组成或担任,因而受到他人的不当影响就难以避免。这样按照相互制衡的原理架构起来的公司法人治理结构就担负起了维持公司意思独立生成的使命。

基于上述分析,可以得出以下结论:公司法关于公司治理结构的规定乃关系到公司独立人格的强制性规定,公司章程关于公司治理结构基本内容的修改应无效。依此,因公司承包经营同样构成了对公司治理结构的实质性改变,故应认定承包经营合同无效。然而,在缺乏法律的明确规定的情

^⑩ 参见王建文《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版,第278~280页。

下,理论界与实务部门并未对此判断形成共识,甚至存在重大认识分歧,^①这必将导致审判实践中适用法律的司法困境。

2. 例二:如何认定经营关系中违约金条款的法律效力

在我国商事交易实践中,当事人为促使合同得到实际履行,有时会自愿设定较高的违约金。但长期以来,法院或仲裁机构往往会依一方当事人的申请,根据我国《合同法》第114条第2款的规定,认为约定的违约金超过造成损失30%的即可认定是违约金过高,从而将违约金降低到不超过造成损失的30%的范围内。尽管2009年5月13日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第29条已对此作了一定修正,但仍将造成损失的30%作为基本的判断标准。这就使得当事人之间基于风险考虑而自愿设立的违约金条款往往被不当干预。

事实上,当事人之间在合同中约定高额违约金,正是当事人之间就相对方的履约能力不信任的情况下,为促使合同的订立与履行所采用的一种特殊形态的担保方式。如果司法机关或仲裁机构动辄认定当事人之间约定的违约金过高而进行“合理”干预,无疑是未适当介入到当事人之间的经营关系之中,替代经营者的经营判断,而以自己的判断标准来寻求所谓实质正义。因此,在我国《合同法》及其司法解释对违约金条款有明确规定的情况下,若简单地将该规范适用于商事法律关系,很可能将导致司法机关或仲裁机构做出有悖于当事人私法自治理念的非正义性裁决。

3. 例三:如何认定民间借贷合同的法律效力

我国不允许非金融机构的企业之间相互借款,但保护合法的民间借贷,即自然人之间、自然人与非金融机构的法人或者其他组织之间的借贷。随着市场经济的发展,民间借贷不仅是自然人之间为缓解生活或生产资金需求的重要方式,而且日益发展成为民间资本的投资方式。然而,由于我国个人信用体系还未完全建立,且民间借贷合同往往从形式到内容都存在许多容易引致纠纷的问题,因而近年来我国民间借贷纠纷案件呈快速上升趋势。

我国《民法通则》第90条规定:合法的借贷关系受法律保护。依此,只要当事人间的借贷关系不违法,即应依法受到保护。但由于民间借贷形式多样,既包括亲友之间的资金周转性借贷,又包括具

有合理营利目的的经营性借贷,还包括不受法律保护的高利贷性质的借贷,因而法官们在审理该类案件时,必须对合同约定利率的合法性作出判断。对此,最高人民法院于1991年8月颁布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条对利率效力规定:“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”

应当说,以上规定基本上体现了保护民间借贷贷款人的合理营利的法律理念,但因民间借贷利率被严格限定在银行同类贷款利率的4倍以内,故实践中可能会因此导致对承担了较高风险的贷款人不公平的后果。尤其是在借款人借款用途为从事高风险的投资或经营活动时,贷款人为可能获取的高收益客观上承担了高风险,若法院绝对化地适用《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条,将可能导致对贷款人不公平的后果。因此,在对民间借贷合同利率合法性进行裁定时,应就当事人的主体性质与借贷行为对其而言的行为性质予以区分对待:若借款人为企业或借款人借款用途为经营活动,则应充分尊重当事人之间基于私法自治的意思表示,尽可能确认借贷合同约定利率的法律效力;若借款人为自然人且其借款用途为解决生活需要或小规模的农业生产资金需要时,则应进行合理的司法干预,将借贷合同约定利率限定于银行同类贷款利率的4倍以内。当然,即便借款人为企业或借款人借款用途为经营活动,民间借贷的利率也应受到合理控制,不应以民间借贷之名行高利贷之实,否则将可能对金融秩序造成较大冲击并可能引发社会矛盾。

4. 小结:司法裁判中如何寻求自由与秩序的平衡

以上三类问题仅仅是作为商事审判中需要进行自由与秩序的平衡的样本而已,类似问题还有许多。其中,例一与例二属于对现行法律进行解释的问题,例三则属于对现行裁判规则进行反思的问题。

就例一而言,基于商法之强化私法自治理念,公司股东通过章程作出不同于公司法规定的公司治理结构的安排,只要不被认定为违反公司法的强制性规定,就应认定公司依法行使自治权的结果。为此,就需要对公司法关于公司治理结构的规定进行解释,而解释的目的就在于通过秩序价值的考量确定公司自治的边界。基于此,在确认了公司法关

^① 参见刘俊海《新公司法框架下的公司承包经营问题研究》,载《当代法学》2008年第2期;蒋大兴《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第320页。

于公司治理结构的规定乃维护市场经济秩序及交易安全的基本要求后,自然就应推断出公司章程中不同于公司法规定的公司治理结构的条款无效的结论。

就例二而言,面对经营者在经营关系中约定的较高违约金条款,要判断是否应当进行干预以及如何“合理”地干预,无疑需要基于商法之强化私法自治理念,确定这种私法自治的安排是否超越了自由的边界。这就需要分析在此情形下据以判断自治权边界的秩序价值的具体内涵。为此,就需要分析我国《合同法》第114条第2款的立法精神以及其所维护的法律价值。显然,该规定体现了立法者将合同违约金定位于以损害填补为主兼具一定的惩罚性的立法精神,维护的是公平与秩序的法律价值。诚然,对自然人之间以及消费者、劳动者等“弱者”作为一方当事人所签订了合同来说,确实需要对过高的约定违约金进行合理干预,否则可能会造成对一般公民尤其是消费者、劳动者等“弱者”利益的严重侵害,从而有悖于公平与秩序价值的要求。然而,对于经营者来说,这种“父爱主义”的特别“保护”并无必要,因为完全可以推定,经营者具备相关业务知识与风险判断能力,并能对其权利义务关系作合理安排。因此,在对经营关系中违约金条款的法律效力进行裁判时,若简单地适用《合同法》第114条第2款的规定,则既不当干预了私法自治,又损害了经营者基于私法自治所形成的市场秩序。

就例三而言,司法解释对民间借贷合同的利率进行限定,体现的是保护私法自治基础上维护金融秩序与社会秩序的法律精神。因此,在对该规定进行合理性考量时,必须判断超过银行同类贷款利率4倍的民间借贷是否真的损害了金融秩序与社会秩序,否则将侵害当事人之间基于私法自治理念的自由权。如前所述,在借款人为企业或借款人借款用途为经营活动时,只有民间借贷的利率大大超过银行同类贷款利率4倍并构成高利贷的情形下,才可能损害金融秩序与社会秩序。因此,基于自由与秩序之间的平衡,我国应废止关于民间借贷合同利率的司法解释,而基于当事人的主体性质与借贷行为对其而言的行为性质的区分予以区分对待。

综上所述,在司法实践中需要进行法律解释时,审判人员及制定司法解释的机构需要通过商法核心价值的逻辑展开,在自由与秩序的平衡中寻求合理的裁判规则。当然,商法核心价值只不过是需要注意的内容,商法价值体系中的其他基本价值也应得到合理运用。境外学者在法律解释与法律漏洞填补方法的理论分析中,大多在不同程度上确认了法律价值的价值指引功能,甚至明确将其作为法官造法的依据。^⑧在我国,虽然还不宜确认法律价值乃法官造法的依据,但在进行法律解释及正式的司法解释时,无疑需要基于商法基本价值及其逻辑展开的分析作出合理的判断。

Analysis about the Core Value of Chinese Business Law: Logic Expansion and Practical Application

Wang Jianwen

Abstract: The major causes of the plight of law application in Chinese business judicial practice include the lack of the general rule and the mistiness of business law's core value by the carrier of the general rule. To guide the theoretical research of Chinese business law and practical activities such as legislation and justice of business definitely, it is necessary to research systematically the logic expansion and practical application of the core value of Chinese business law. The core value of business law had been generally defined as efficiency or benefit. However, with the purpose of radically reform, it should be defined as freedom which manifests in strengthening the autonomy of private law and the freedom of operation. The boundary of freedom value in the business law should be based on the order value. In the activities of legislation, regulation and trial of business, the balance of freedom and order should be based on to make the core value of business law to be applied reasonably.

Keywords: the core value of business law freedom order boundary balance

(责任编辑: 苗延波)

^⑧ 参见[德]伯恩·魏德士《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第391~392。