

论商事外观主义

刘胜军

(中国民航大学 法学院, 天津 300300)

摘要: 外观主义广泛适用于商法领域,其本质是民法信赖保护原则在商法领域的体现。外观体现为主体外观、权利外观、法律关系外观和法律事实外观,为保护对外观的信赖,商事立法和商事审判使外观事实可以优先于法律真实,这是利益衡量的结果。外观事实的形成没有真实权利人行为影响的情况下,外观责任的承担应无须考虑可归责性。可归责性适用于外观事实的形成显然与本人有关的情形,至于归责原则,应采风险原则。我国民法典制定之际,应在民法典和商事单行法之外制定商法通则,将外观主义规定为商事活动的原则,作为民法信赖保护价值在商事领域的具体化,以彰显商事领域的信赖保护,便利商事审判。

关键词: 外观主义; 信赖; 归责; 利益衡量; 风险原则

中图分类号: DF59 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2016)08-0086-14

Commercial Rechtsschein Theorie

LIU Sheng-jun

(Law School, Civil Aviation University of China, Tianjin 300300 China)

Abstract: Rechtsschein theorie be applied commercial law field extensively, which is a reflection of trust protection principle of civil law. Rechtsschein embody subject Rechtsschein, right Rechtsschein, legal relation Rechtsschein, legal fact Rechtsschein. In order to protect Rechtsschein trust, commercial legislation and trial make Rechtsschein fact preference to real legal situation, which is an outcome

收稿日期: 2016-04-26 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2016年6月28日数字出版,全球发行

基金项目: 受中央高校基本科研业务费中国民航大学专项《类别股法律制度研究》(3122014F002)资助;
2013年教育部人文社科研究青年基金《类别股利益冲突治理法律研究》(13YJC820053)阶段性成果

作者简介: 刘胜军(1978-),陕西蒲城人,法学博士,中国民航大学航空法律与政策研究中心副主任,中国民航大学法学院讲师。

of interest balance. If Rechtsschein fact generation is not influenced by owner of real right, Rechtsschein liability need not consider liability fixation. If Rechtsschein fact generation is influenced by owner of real right, Rechtsschein liability need consider liability fixation, in which risk principle should be adopted. Our country is making civil code, General rule of commercial law should be made beside civil code and commercial single law, in which Rechtsschein theorie should be stipulated as a principle. Rechtsschein theorie principle in General rule of commercial law is concretion of trust protection principle in civil law. Rechtsschein theorie as a commercial law principle will manifest trust protection in commercial field and facilitate commercial trial.

Key words: rechtsschein theorie; reliance; liability fixation; balancing of interest; risk principle

引言

外观主义肇端于德国传统民法,作为“常规法”体系之外的“矫正法”^[1],具有补充私人自治之自我约束的功能,是诸多民法制度——占有、意思保留、善意取得、取得时效、表见代理及权利失效——的法理依据^[2]。不过,外观主义更为广泛地适用于德国商法,这是由于商事交易中更加注重对表征交易安全的信赖保护^[3]。从比较法上来看,外观主义是各国商法普遍接受的法理学说,尽管各国的成文法并没有对其进行条文化的一般规定,但是外观主义在各国商事法律具体制度中得到广泛适用^[4],诸如商事不实登记责任,表见商人、表见合伙人,公司表见代表人,拟制发起人,票据的文义性和背书连续的证明力等规定^[5],甚至是整个私法中没有一个领域能够排除它的适用^[6]。诚如信赖保护在民法中是一项基本原则,作为私法的特别法的商法,其比民法更注重交易安全,外观主义是信赖保护原则在商法领域的具体化,是商法领域的一项原则。

我国既没有制定商法典,也未制定商法通则,因此无从将外观主义规定为商事活动的一般原则来指导具体的商事行为。不过,同其他国家一样,外观主义在我国商事单行法的某些具体法律制度中已经体现,诸如表见代表人、表见股东、商号借用、表见合伙事务执行人、票据的文义性与要式性以及背书连续性的证明力、保险法上的弃权与禁止反言等。在商事审判中,如果从法律条文中找不到其认为必要的结果时(即找不到体现外观主义的具体法律规则),法官能否直接运用学理上的外观主义理论来审理商事案件?同台湾地区不一样,在我国大陆法理不能作为裁判依据,此时外观主义应当以一种“整体类推”的方式加以适用。即将多数——针对不同的构成要件赋予相同的法律效果的——法律规定得出“一般的法律原则”,该原则在评价上也同样适用于法律并未规定的案件事实上^[7]。已故商法学者王保树教授也指出,外观主义是商法很多条文的基础,即使法律没有“外观主义”一般条款的表述,也可以运用法解释学予以适用^[8],不过此处的法解释是一种广义的法解释,即法律漏洞的补充,是一种法官法。正如上所述外观主义是常规法的矫正法,运用它会有破坏法律秩序的风险,因此它不应当优先于法律规定的适用的解决方法^[9]。在我国商事审判实践中,外观主义在已经被作为法官判决书中进行说理的依据。以“外观主义”作为检索词,在北大法宝检索

到366个案例,在中国裁判文书网上检索到338个案例,这些案例多发生于商事登记、股权纠纷、商事代理、买卖合同、票据流转等商业交易环境中。

商事审判中要准确适用体现外观主义的具体规定,需要深刻理解外观主义概念所储藏和共识的价值,以有助于审判实践中法官对相关具体规范的法律解释。从规范目的来讲,应当适用外观主义的案件事实,而现行法律没有规定所形成的法律漏洞,更需要通过法律解释整体类推得出外观主义一般原则以适用于该案件事实。然而,尽管外观主义在商事活动中的必要性已经为理论界所共识,但是我国商法学界关于外观主义的理论研究不够充分和精细。其中,外观主义的界定,外观主义法律后果还没有比较充分的论述,尤其在外观主义的归责原则方面,商法学者之间存在较大的分歧^①。本文在此对外观主义价值进行更为深入的挖掘,对其归责及其具体构造进行更精细的解析,以期有助于商事审判中外观主义被更加准确的理解和适用。

一、外观主义的界定

(一) 外观主义的内涵

外观主义,德国学者称为外观法理,法国学者称为表见理论,日本学者称为外观主义,英美学者称为禁止反言,我国通常的称谓是外观主义,其本质是信赖保护。如本文第一部分所述,外观主义作为一种商法的法理学说被各国使用,此外,外观主义也作为一种法律原则在司法实践中以整体类推的方式加以适用。因此,外观主义在两种意义上被使用,一是作为普遍接受的法理学说,另一是作为一项通过整体类推抽出的商法一般原则。1906年德国私法学者莫瑞茨·维斯派彻(Moritz Wellspacher)首创外观主义理论,其发表论文《民法上外部要件事实的信赖》中这样界定外观主义理论“行为人对于成文法规或交易观念上的一定权利、法律关系、其他法律上视为重要要素之外部要件事实为信赖,以至为法律行为时,如其要件事实是因其信赖保护受不利益人之协助而成立者,其信赖应受法律之保护。”^②该文奠定了外观主义的理论基础,引起了德国商法学者的关注,德国学者赫尔波特·迈耶(Herbert Meyer)和亚柯比(Jacobi)将该理论适用于票据法中,提出了商事外观主义^③。

我国学者王保树教授认为,外观主义是指对导致某权利或法律关系如同真实存在一样的人,为保护信赖该外观的第三人,法律令本人承担该虚假外观相对应的责任^④。丁南教授认为,外观主义是指交易当中作为识别意思、主体和权利等的表征形式,当其与交易中真实状态不一致时,为保护表征形式这一外观所对应的信赖,这一信赖代表了交易安全和交易效率,法律可以强制外观产生如同真实状态一样的法律后果^⑤。

法国学者雅克·盖斯坦指出,法律和事实之间的关系是互动的,一方面法律会引导人的

① 丁南教授(1997)主张与因主义原则,认为本人对外观事实承担不利后果要求其对于外观事实的形成给与一定的原因力;王保树教授(2007)认为对于积极行为导致的外观存在适用权利外观发生原则,对于不作为导致的外观存在适用过错原则;王焜博士(2008)认为外观主义的归责原则应采综合体系,根据具体外观事实分别采取与因主义、过失主义和风险主义归责原则;张洪松博士(2010)认为,权利发生原则、过错原则、风险原则都可以在“可归责性”的涵摄范围内,通过“可归责性”的规则体系容纳了各种外观事实情况而非以一刀切的方式解决。

行为,从而形塑事实的状态;另一方面,现实也会违反法律,并对法律施加非常大的影响,当这种现实同某一强大的社会群体利益相一致,它本身将会被立法或判例所考虑,这一有悖于法律的事实状态可能直接成为主观权利的渊源,法国法院的判例对其也已经承认。这一矫正法律规则运行机制的一般意义的理论即是外观主义理论^[8]。商事交易活动要求便捷迅速,时间就是金钱,交易当事人通常不会对交易相对人进行细致调查,仅仅是凭借外观就可能对其产生信任,法律对这种外观信任予以保护^[9]。外观主义对外观事实信赖的保护只是一种旨在提高法律行为交易稳定性的法律技术手段,力求各类商品或服务的流通简易化。无论外观信赖保护是保护当事人已经付出的信赖,还是为了维护法律交往的稳定,在民商法很多制度中都能见到这一原则的思想,这一原则有助于维护商事交易安全,促进交易迅捷^[10]。

本文认为,外观主义实际上是一项在特定场合衡量本人与外观信赖人之间利益冲突所应遵循的规则,其要求法律应保护正常交易关系中对外观事实的合理信赖,无论这一外观事实与真实状况是否一致。其本质并不是严格意义上的法律责任,而是一种容忍义务,不是行为责任,是结果责任。至于什么是外观?学者关于外观的理解并不相同,上文中王保树教授和丁南教授对此理解就不一致,本文在此对外观的界定进行一详细的阐述。

(二) 外观的界定

外观主义上所讲的外观有两个意思,一是眼睛所看到的显然可见的事实;二是真实的法律状态并不像表面显示的那样,是虚假的,容易迷惑人的。这一明显的事实状况会引诱我们相信某些并不存在的法律状态,鉴于这一错误的明显事实状况与强大的社会群体利益(动的安全)相一致,法律或法院判决赋予这一(虚构的)外观事实一定的效力,使这一表见(可见)的事实状况优先于法律真实^[11]。外观主义理论适用范围没有限制,不过其具有辅助性,即只有在审判者在法律条文中找不到证明其认为必要的结果时,才能运用这种理论。

我国某些学者称外观主义为权利外观,外观仅仅指权利外观吗?本文认为外观不限于权利的存在或发生,外观是指有法律意义的外观事实,是指能够充分法规范构成要件的法律事实,并能够引起法规范的法效果。这些事实一般包括对构成要件来讲重要的案件事实,除案件事实外,也包括权利、法律关系、主体及法律地位。尽管这些法律事实与真实状况不符,但一旦符合外观主义的构成要件,则法律将其拟制为真实的,对外观信赖人而言,其信赖的虚假外观将发生如同其真实状态的法律效果。根据外观事实的内容,可以对外观进行类型化,本文在外观类型化进行示例说明,具体如下:

1. 主体外观

主体外观场合,往往拟制行为人确实具有某种主体资格、法律身份或具有完全行为能力。德国商法学者卡纳里斯以表见商人和表见商事组织加以举例,如果本是民事主体或民事组织,但是造成商人或商事组织的外观,则对外观信赖人以商人或商事组织承担责任,商事法的责任是一种比民法上更加严格的责任。至于法律地位外观,则表见代理即为其例,代理作为一种法律地位并非权利,因此不应将其理解为权利外观。

2. 权利外观

股权善意取得就是一个典型的例子,原股东将股权转让给受让人,未向公司登记机关办理变更登记,原股东将仍登记于其名下的股权转让,则信赖第三人根据权利外观——股权登记善意取得股份,受让股东主张原股东处分股权给外观信赖人行为无效的,法院不予支持^①。这类案例中,外观事实是第三人善意相信原股东对股权所有,尽管这是一种虚假的权利外观,原股东转让给外观信赖人股权这一处分本应无效,但是为保护善意第三人利益,法律拟制虚假外观如同真实,原股东转让给第三人股权法律行为有效。

3. 法律关系的外观

法律关系的外观,举一个法国商法的例子,商自然人离婚的问题。在商法领域,如果夫妻双方未在商事登记机关对婚姻关系进行登记,那么其婚姻关系不能对抗第三人;同理,如果双方从法院取得了解除婚姻关系的判决,尽管其在结婚证和出生证的备注中进行说明,就可以在民法上(就离婚状态)对抗任何人,但是,如果双方未在商事登记机关进行登记,那他们不能以其离婚状态来对抗第三人^[1]。

4. 法律事实的外观

法律事实的外观,比如保险人的弃权与禁止反言,若保险人明知被保险人不符合投保条件仍对其承保,则保险合同有效,保险事故发生时保险人应当承担保险责任,不能够主张被保险人实际事实上不符合保险条件拒绝理赔,因为其先前的沉默或其积极行为给了投保人一个外观,这里保险人的沉默或积极行为是一个法律事实的外观。

上述外观类型说明了,法律毫不犹豫地赋予了外观事实以直接的法律后果,这种表面看起来似乎是真实的,但实际是虚构的事实,常常被视为反映了法律状况,法律使表见的事实优先于法律真实。之所以外观事实被赋予一定的法律后果,乃是因为权利等法律状态是一种人脑中抽象的存在,需要通过具体的行为和事实状态来体现,日常生活中法律状态和可见事实状态的一致,乃是立法和法院判决将外观事实视为真实法律状态反映的原因^[2]。

(三) 外观法律关系的构造

外观法律关系可以区分为三方外观法律关系和双方外观法律关系,前者如图1所示,后者如图2所示。图1中,甲是真实权利人,也称为本人,下文论述中两者交错使用;乙是表见权利人,通常甲乙之间存在内部法律关系,尽管乙不是真实权利人,但是丙作为第三人根据乙所呈现出来一定的外观事实误以为乙是真实权利人,在符合外观主义构成时,丙可以主张该虚假的外观优先于真实的法律状态,甲因此对外观信赖人丙承担不利的法律后果这一外观责任。图2中双方外观法律关系中,并不涉及第三人,甲是本人,但是甲却向外呈现出了与其本人不相符的主体外观乙,例如甲本来是普通民事主体,但是其对外呈现出商人的外观,则其对外观信赖人丙承担表见商人的外观责任。由此可见外观信赖人,既包括三方外观法律关系中的善意第三人,也包括双方外观法律关系中的外观信赖相对人,本文下文行文中根据具体情形选择使用外观信赖人或第三人,在分析三方外观法律关系时会将外观信赖人

^① 《公司法》司法解释三第28条。

也称为第三人。三方外观法律关系和双方外观法律关系的归责和法律后果的具体内容见本文后面论述。

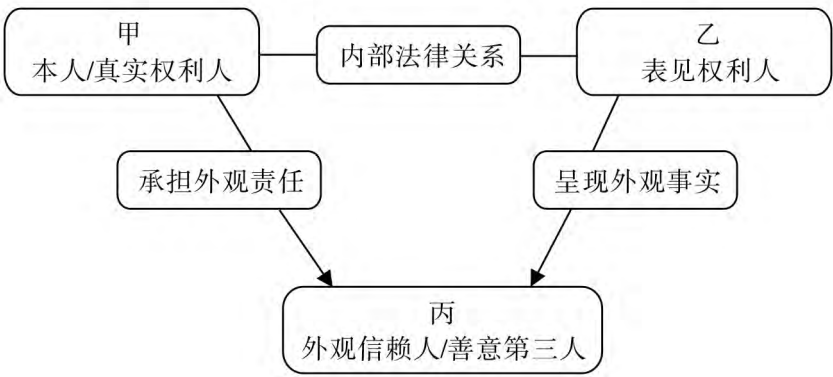


图 1



图 2

二、商事外观主义的归责

从比较法来看,外观主义的归责的演变呈现了一个认识逐步深化的过程,学术界存在比较大的分歧。归责意味着根据某种事实确定责任归属,由何人承担不利的法律后果,而其承担不利后果的基础和理由何在,这是可归责性的问题。邱聪智先生指出,在法律规范原理上,使遭受损害的权益,与促使损害发生之原因者结合,将损害因而转嫁由原因者承担的法律价值判断要素,即为“归责”意义之核心^[2]。外观主义的适用,意味着外观事实发生将导致真实权利人承担不利法律后果,具体交易情境中真实权利人承担不利法律后果是否应考虑可归责性?如果应考虑可归责性,应采何种归责原则。对于这一问题,至今在德国和我国法学界仍然存在重大分歧,下文对此进行探讨。

(一) 无须考虑可归责性

并非一切外观责任均须考虑可归责性。根据过错原则,真实权利人对外观事实形成具有过错才承担不利法律后果,但是在外观事实形成没有人为因素时,要为过错来定性非常不容易。法国一派学者主张即使真实权利人毫无过错可言,也应该赋予外观一定的效力。法国最高法院在关于表见代理的问题上,最终正式确认了这种做法“被代理人可因表见代理

书而承担责任,即使他没有可被谴责的过错,只要第三人对代理人的授权权限的信赖是合理的……”^[4]。外观责任的关键因素不是权利人的行为,而是相对人的信赖,外观责任的效力,不是来自于真实权利人的归责事由,而是来自于法律的直接规定。举例来讲,信赖方可以根据金钱、无记名有价证券的占有外观事实信赖取得所有权,即使该金钱、无记名有价证券是被盗窃、抢劫而来,真实权利人对此无任何可归责事由,其行为也不是引起外观事实的原因,这是各国立法的通例,其目的是为了保障金钱和有价证券的流通性。我国《物权法》第106条关于不动产的善意取得,仅仅规定了外观事实——登记的存在,对于一项错误的登记,善意第三人信赖此外观交易可以取得不动产权利,这一法律后果根本不受外观事实是否可归责于真实权利人的影响。法律如此严格的规定,是因为不动产登记由国家公权力机构为之,具有高度公信力,为登记这一外观事实提供了几乎绝对的可信性,因此即使一项错误的登记,对此真实权利人没有任何过错,外观事实的形成同真实权利人的行为没有原因关系,仍然发生外观主义的法律效果。真实权利人只能向无处分权人或错误登记机关要求赔偿,而不能向善意第三人追夺,这是保护交易安全的需要。因此,尽管原则上外观责任应建立在真实权利人对外观事实的可归责性基础上,不过在金钱、无记名有价证券善意取得和不动产的善意取得情形下,不应不考虑真实权利人的可归责性,否则会导致极大的不公正,严重损害交易安全。

外观主义实质是在特定场合衡量真实权利人与外观信赖人之间冲突利益所遵从的一项原则,相较于真实权利人的个人利益,外观信赖人的利益表征了商事交易安全和迅捷,从利益衡量的结果来看,无疑法律应优先保护外观信赖人的利益,这是政策选择的结果。因此,从利益衡量来看,即使真实权利人没有过错,未提供外观事实产生的原因,但存在保护外观信赖人的衡平上的理由,真实权利人的外观主义责任仍应成立。至于其如何救济自己所遭受的不利后果,其可以对导致外观事实发生的人主张一般的民事责任。

(二) 应考虑可归责性

如果外观事实的形成显然与外观信赖人保护而遭受不利法律后果的本人有关,也即外观事实与信赖保护而遭受不利法律后果本人的行为存在紧密联系,这种情形下,应当考虑归责性。但是对于本人应采用何种归责原则,无论是德国还是我国,分歧较大,以下阐述之。

1. 过错原则

根据外观主义过错归责原则,本人对外观事实的形成有过错时才承担该外观事实导致的不利法律后果。本人对外观事实有认识的情况下,仍然让该外观事实发生或存续,这即意味着本人有过错。具体来讲,本人预见到外观事实,即使他的行为并未导致外观事实发生,但是如果其已经发现外观事实的存在,却采取不作为的方式容忍外观事实存在并置之不理,给他人交易带来风险,其即具有过错,应当适用外观主义。反面来讲,如果没有预见到外观事实,就不承担外观责任,因为疏忽大意没有预见到或过于自信而没有预见到,导致外观事实形成的一方也不承担责任。例如不符合真实状态的登记是因他人虚假申请或者商事登记机关造成的,本人发现后采取不干预的容忍行为致使他人信赖。外观主义过错归责原则将外观责任人的过错的证明责任分配给了信赖方,主观过错,不像客观过错,其证明实属不易,

在双方外观主义法律关系尚且如此,在三方外观主义法律关系中更是困难,因为第三人与外观责任人无直接联系,证明其主观过错更是困难。此外,导致外观事实形成一方更有能力控制这样外观风险的产生,外观信赖人不应当承担这样的风险,只要其尽到了交易上必要的注意。因此,过错责任原则不利于对外观信赖人的保护。侵权责任与违约责任属于救济法的话,外观责任则属于交易矫正法,是为了保护合理的交易期待,促进交易便捷、安全地进行。因此,将救济法的归责原则完全照搬到外观责任中,明显不合理,不利于外观信赖人。

2. 与因主义

所谓与因主义,指真实权利人行为对外观事实的发生、存续给予了原因力,这是其承担不利法律后果的根据^[3]。德国法传统的与因主义原则是赫伯特·迈耶(Herbert Meyer)于1909年在《德国民法之公示原则》一文中所提出,他有力地补充了莫瑞茨·维斯派彻(Moritz Wellspacher)的外观主义理论,其认为权利外观事实“不仅为占有及登记,凡得为认识一切典型的权利表现形式,皆得为权利推定之基础,以即发生权利外观。”^[4]真实权利人给予了外观事实形成的原因,而这一与因是外观信赖人取得权利的正当化基础。两个因素是迈耶在归责中所特别强调的:一是外观,二是对外观的形成给予原因。因此,传统与因主义认为,只要存在与因这一客观的事实而无论导致外观事实发生一方过失之有无,就具备了外观责任的归责事由。对此传统与因主义,卡纳里斯认为,其只不过是换了名称的纯粹的因果责任原则^[4]。

但从维斯派彻(Wellspacher)到韦斯特曼(Westermann),与因主义不再是单纯的因果关系,在过错责任占据责任理论主导地位的情形下,与因主义受到了激烈的批评,因此,学者在阐释与因主义时,逐步混入了意思和过失的因素,不再成为纯粹客观的归责事由了。维斯派彻根据过失主义来解释与因主义,例如其认为表见代理中本人责任根据在于“可以预见或应当预见交付委任状给某人就意味着将自己的权利委托给他”。亚柯比也明确承认通过过失主义对与因主义进行部分地修正。赫伯特·迈耶认为,日耳曼法上的占有观念把真实权利与其表现形式统一在一起,而正是因为强调个人与因的重要性,在占有脱离的场合第三人不得取得权利,而在占有委托的场合,所有权人基于自己的意思并通过占有委托行为产生了无权处分人的占有外观,正是由于表见权利人(这里的无权处分人)的权利外观事实的产生源于本人的个人与因,第三人就获得了受让权利的正当化基础。作为一种归责原则,与因主义的边界并不是清晰可见,从而卡纳里斯认为,应当将风险主义作为外观责任的归责原则^[5]。

3. 风险原则

与因主义之后,德国法上进一步提出,即使不存在本人与因,但存在保护第三人信赖的衡平上的理由,本人的外观责任仍应成立。外观主义研究中,德国学者卡纳里斯教授的外观主义理论最为成熟和完善。卡纳里斯将风险支配作为外观主义的归责依据,主张本人对自己能够支配风险范围内所形成的外观事实,无论其主观上是否有过错,只要导致了第三人合理信赖,本人即应当承担该外观事实的法律后果^[6]。卡纳里斯的外观主义理论在吸收借鉴莫瑞茨·维斯派彻“协助”理论和赫伯特·迈耶“与因主义”理论的基础上,从风险控制角度构建本人可归责性的认定标准。卡纳里斯认为德国民法典中第170条以下(代理权消灭

后表见代理) 以及第 405 条(出示证书后的债权让与) ①是外观主义的基础,在商法中又特别和清晰地表现出来,诸如表见公司、表见商人、表见成员资格等。根据《德国商法》第 362 条,他认为商法上适用表见代理时,被代理人承担表见代理人行为的法律后果,其根据不是因为被代理人的过失,而是因为导致第三人信赖发生的法律事实在被代理人所能掌控的领域中形成,相对于他人,其最有能力防范这种风险的发生。卡纳里斯曾经讲到“责任归属者没有认识到自己的行为在交易中所具有的通常意义而做出行为,引起对方的信赖或者责任归属者以特殊的商组织形式从事经营,其外观的做出伴随该组织而产生的风险时,应承担责任”^[17]。因此,卡纳里斯认为,商法上适用外观主义时,第三人所信赖的外观事实系在真实权利人所能掌控的风险源中形成,不论真实权利人是否有过失都应承担责任,风险原则排除了过错作为归责的要素。

风险责任原则是建立在人是社会存在的观念之上,个人生活需要必要的社会交往,因此其每一个私人领域,同时体现了一个社会领域。个人应对其创设的、具有社会影响的并且具有法律意义的自我领域负责^[18]。外观责任而言,风险主义意味着,如果一个法律上值得保护的其他社会存在(个体) 的信赖以应归因于个人的领域或个人的实际发展,该个人即应为其行为所引发的风险负责。根据卡纳里斯教授的观点,仅当外观事实在本人的负责范围内,外观责任才能正当化,其归责依据是导致外观事实形成的本人,相较于信赖外观事实者,更适于承担这一外观事实造成交易上的风险。造成信赖的构成事实人是否“更宜于”承担因误导或——在持有证件的情况——滥用所生的危险^[13]。

(三) 小结

本文认为,关于真实权利人承担外观主义的不利法律后果,并不是任何情形下都需要考虑可归责性,在外观事实的形成没有真实权利人行为(包括作为和不作为) 影响的情况下,外观责任的承担应无须考虑可归责性。外观责任不同于法律行为,真实权利人的行为不是关键因素,外观信赖人的信赖才是关键因素。

考虑可归责性适用于外观事实的形成显然与外观信赖人保护而遭受不利法律后果的本人有关的情形。至于如何归责,学者有不同的主张。本文认为,如果任何外观事实场合都要求外观信赖人证明本人的过错,则外观信赖人证明本人的过错成本高企且不可行,实不利于外观信赖人的保护,不利于交易安全和交易便捷。而根据传统与因主义,不考虑过错,将因果关系作为唯一绝对要件,只要本人对外观事实发生或存续提供一定的原因力,本人即承担相应不利后果,这在某些场合对于本人显得过于苛刻,在本人不作为的场合尤其显著。作为折衷的结果,德国商法上,广为接受的观点是对于积极行为采用与因主义原则,对于不作为适用过错原则来判断。不过,卡纳里斯教授对这种观点进行批评,他认为这两种情况均应当

① 《德国民法典》第 405 条“债务人已经出具债务的证书,且债权系在出示该证书的情况下让与的,债务人不得对新债权人援用债务关系的缔结或承认只是虚伪的为之这一情况,或援用与原债权人达成的协议已排除债权让与这一情况,或援用与原债权人达成的协议已排除债权让与这一情况,但新债权人在债权让与时已经知道或应当知道这一事实的除外。”

优先适用风险原则,风险原则区别于过错原则,前者以相应的交易活动“理想的”参加者的行为作为要求,后者只设置一个“平均水平”的行为要求^[9]。在民事法律关系领域内,可以以与因主义和过错责任原则作为外观主义的归责原则,但是在商事法律关系领域,对商人实行严格责任,商法对其注意义务程度远高于一般的民事生活中的主体,因此卡纳里斯教授的观点值得赞同,应当采用风险主义归责原则。

外观主义责任不是概念法学逻辑推理的必然,而是来自商业生活需要进行利益衡量政策选择的结果,这是外观主义归责原则风险原则的看法。外观责任的归责原则,不是为了论证为何当事人一方应承担不利的后果,而是为了平衡本人和外观信赖人之间的利益冲突。相比违约责任或侵权责任的归责原则,在内涵上几乎无伦理色彩,更多的体现的是一种利益平衡^[10]。为避免交易发生障碍,各国商法中一般实行无过错或严格责任原则,其责任比一般民事责任更加严格,外观责任作为维护交易的正常规则,实行风险原则这一更加严格的归责原则无疑更有利于维护交易的正常进行^[11]。

三、商事外观主义的构成要件

外观主义塑造了商法上的许多具体制度,诸如公司不实登记的责任,字号借用的责任,表见代表董事等,这些制度有其具体的构成要件,内容并不完全一致。不过,这些具体制度都根源于外观主义在商法中的具体应用,本文尝试从中总结出外观主义的一般构成要件,此一般构成要件包括外观事实的存在、本人的可归责性和外观信赖人的信赖合理,鉴于外观主义的归责原则上文已有论述,在此不再赘述。

(一) 须有外观事实的存在

外观主义的客观要件始终要求存在外观事实,这是适用外观主义的前提。外观事实的两个最为核心的特征:客观性和虚假性。外观事实的客观性是指是一般人都能够依赖感觉器官清晰感受和明确认知的,例如公司商号出借人持有公司商号,这是第三人可以感知的,虽然这具有虚假性。外观事实的虚假性是指虽然外观事实是客观事实,但是却并不反映法律真实,如上所述,商号出借人并不是真正的商号所有人。根据社会习惯和交易经验来判断,外观事实和特定的法律状态存在一种常态的联系,比如动产占有人,一般是动产所有人;持有股票或出资证明书的人一般是股东。正是基于这样的常态联系,第三人才判断和信赖外观事实为法律上的真实。外观主义实际上是在外观事实与真实状态不一致时,允许外观信赖人以外观事实的内容确定当事人之间法律关系效力的规则,如果外观事实同真实状态是完全一致,则将不适用外观主义。

(二) 外观信赖人的信赖合理

1. 外观信赖人是善意并且无重大过失

外观事实的虚假性不为外观信赖人所知,如果他知悉真实法律状况,当然不具有善意。只有当真实的法律状况明显易见时,外观信赖人才自己承担损失,外观信赖人的善意是可以推定的。如果外观信赖人因为重大过失不知悉真实法律状况,则不能认为其善意。至于因轻过失不知悉真实法律状况,不能否认其善意^[12]。外观信赖人的信赖必须出于善意,对真实情况不知情,如果知晓真实情况或对真实情况不知情有重大过失,则其对外观的信赖不值得保护,这一信赖是内心活动,需要通过外观信赖人的行为或外在条件来判断。

2. 外观信赖人必须做出了相应的处分或者信赖投资

相应的处分或者信赖投资的法律行为并不要求已经生效,成立就足够了。例如同表见商人订立合同。特定条件下,其他类型行为,例如不作为也可以起到类似的效果和关键作用。例如,当事人对表见商人的信任,从而放弃了一项很有希望成功的请求权的实施^[9]。信赖要求必须是确实信赖,即信赖不能仅仅是交易当中相对人相信的一种内心活动,还须基于此一内心活动为一定行为或不为一定行为,财产信赖损失由此产生,信赖损失的发生是判断确实信赖的重要因素。

3. 外观信赖人必须曾经知悉外观事实

如果外观信赖人没有曾经知悉外观事实,则其信赖就是盲目的,不值得法律保护。例如对于股权的善意取得,第三人必须知悉股权登记的权利人是表见股东,关于知悉外观构成事实的举证责任,应当由第三人来承担。

4. 外观构成事实的知悉和采取处分行为之间存在因果联系

外观信赖人的行为必须受到外观事实的影响,因为这是一个内心活动,难以证明。因此应采取举证责任倒置,将举证责任配置给将承受不利益的真实权利人,由其反证外观信赖人是在完全了解真实状态的情况下采取作为或不作为,如此真实权利人才能免除其将承受的不利法律后果。外观事实产生之前,如果相关法律行为已经由外观信赖人做出,则排除外观主义责任的适用,因为两者之间缺乏因果关系^[9]。外观信赖人基于对外观事实的信赖进行了一定的法律行为,并产生了信赖损害,如此才能判断信赖损害和对外观事实的信赖之间有因果关系。

四、商事外观主义的法律后果

法律责任是对特定法律事实所引起的损害予以赔偿、补偿或接受惩罚的特殊义务。私法领域中,法律责任当中违反法定义务和约定义务引起的法律责任占据主导地位,而根据法律的规定不以违法或违约为前提的其他法律责任居于补充地位^[1]。外观责任即属于后者,其是不以违法或违约为前提的其他法律责任,其既非侵权责任(违反法定义务),又非违约责任(违反约定义务),属于根据法律规定应当承担法律责任的特殊情形。外观责任不是为了强制性地分配义务之违反的不利后果,矫正被扭曲的社会关系,给权益受损者一定的法律救济;而是为了维护(至少从外观来看)正常的交易关系,促进交易便捷、安全地进行。因此,外观责任很大程度上是对法律行为制度的扩充或补充,在当事人通过法律行为建立私法关系面临障碍时,法律为维护善意信赖、交易安全强制性建立的一种私法关系,以此来保证正常交易关系^[2]。外观责任是一种结果责任,而不是行为责任,是对利益冲突平衡的结果^[3]。

(一) 对外观事实的效力

适用外观主义意味着外观事实可以取得真实状态的地位,这原则上只有当外观事实有利于外观信赖人时才适用。外观事实取得这样的地位,并不是意味着外观事实本身的虚假发生了实质性的变化,不过是为了外观信赖人的信赖利益,法律将虚假外观事实视为真实状态,本人主张与虚假外观不一致的真实状态的权利被排除,通过这一不允许推翻的事实推定的立法技术,法律将外观信赖人置于他自己善意设想的状态为真实存在的法律地位^[2]。例如,公司法定代表人超越授权以虚伪的意思表示同交易对方进行法律行为,依照代表权限本不应发生法律效力,然而为了保护合理信赖该外观的善意的信赖第三人,则应适用外观

主义,表见代表人所进行的法律行为对公司而言有效,我国《合同法》第 50 条关于越权行为有效的规定即体现了外观主义这一法理^①。

(二) 对外观信赖人的效力

让外观事实发生如同真实存在一样的效力,对信赖该外观事实的人来讲,不是必须,而是可以,也即外观信赖人有选择权,其可以主张外观事实如同真实存在而发生相应的法律效力,如使表见代表董事有效发生如同真实有权代表公司的效力;也可以主张依据真实的法律状态主张法律行为无效。无论如何,外观主义的规范目的是信赖保护,因此立法和司法不应强制外观信赖人接受虚假外观为真时所对应的法律效力,否则这与外观主义保护外观信赖人的目的相悖,外观信赖人也将承受相应的诉讼风险以及其他的不确定后果。这样,才符合法律教义学,也符合外观信赖人和本人之间的利益平衡^[9]。如果外观信赖人不选择将外观事实优先于真实状态,从而撤销交易,那么本人应当对其承担信赖损害赔偿赔偿责任,不过这一责任性质并不属于外观责任的效力。

(三) 对本人的效力

在双方外观法律关系中,导致信赖方和本人是同一人。此时,一方面,依照外观真实的情况发生法律效力,本人要承担这种不利益——信赖责任,不得抗辩法律行为无效;另一方面,如果外观信赖人选择不依外观发生法律效力,则依真实的状态,法律行为无效,本人应当赔偿外观信赖人的信赖利益。前者是外观主义意义上信赖责任,后者所指的信赖责任是法律行为意义上的。然而,后者信赖利益的赔偿不应当超过信赖方依据外观事实所获得的利益,外观信赖人不应处于比假使外观事实是真实状态时更有利的地位。

在三方外观法律关系中,尽管外观事实不是本人引致,而是外观权利人导致第三人的信赖,但是本人仍然要承担上述外观责任。本人同外观权利人之间往往有一层内部关系,本人承担了外观主义的不利后果后,可以根据具体的情形,向外观权利人主张违约责任,或者侵权责任,或者要求返还不当得利。

(四) 对外观权利人的效力

外观权利人只存在于三方外观法律关系中,真实权利人负载内在的真实,而外观权利人呈现外观事实。外观权利人,不能利用外观主义受益来对抗真实权利人,原因很容易理解,从外观主义构成要件来讲,他知道事实真相,主观上的恶意排除了他成为外观主义的受益人。外观只能产生外观权利人的责任,外观权利人不能从此外观事实中取得权利^[10]。特别是外观所有权人不能逃避真实权利人对其所提起的物的返还之诉的结果,而应当向真实权利人返还原物。然而,特殊情形下外观权利人也可能并不知道事实真相,例如表见继承人不知道死者的遗嘱或者更亲近的人,外观权利人也因此而受害。从这一点上来讲,外观权利人也不具有知晓事实真相的恶意,如此可以给予第三人相同的保护吗?从外观主义具体制度的规范目的和外观主义理论的宗旨来看,外观主义是在外观信赖人“动的安全”与真实权利人“静的安全”之间,基于利益衡平优先保护“动的安全”而牺牲“静的安全”,动的安全即为交易安全^[11]。因此外观主义是保护积极主动获取权利的人,而不是保护坐享现存的法律状

① 《合同法》第 50 条“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。”

态利益的人。因此,激励交易和保护交易安全是外观主义的目的。因此,获得对抗真实权利人的权利的前提是应当完成一定的旨在产生某种权利的行为,信赖第三人进行了这样的行为,如上文所述,做出了相应的处分或者信赖投资;而外观权利人则没有,因此外观权利人不应从外观事实中得到保障^[8]。

外观权利人可能对第三人承担义务,第三人可能根据外观权利人造成的外观事实对抗后者。例如,在德国商法和法国商法上,表见商人可能在商事法院被第三人起诉。有疑问的是,当真实权利人在场,外观权利人何以对第三人承担义务和责任呢?外观主义的构成要件满足后,第三人已经获得对抗真实权利人的权利,前者的安全已经被保障了,外观权利人不应对第三人承担义务,尽管其对外观事实的形成有过错。但是其应向受损害的真实权利人承担责任,而不是未受损害的第三人,外观权利人不能像真实权利人那样承担外观责任。既然真实权利人对第三人负有义务,没有必要利用外观权利人的义务代替真实权利人对第三人的义务。外观权利人在真实权利人在场的情况下,应当向真实权利人承担责任^[9]。

结语

外观主义本质是信赖保护,是各国商法普遍接受的法理学说,在各国商事法律具体制度中得到广泛适用,商法中没有一个领域能够排除它的适用。商事外观主义是民法信赖保护原则在民法的特别法——商法领域的具体化,尽管各国的成文法并没有对其进行条文化的一般规定,但是外观主义作为一项法律原则是由法院从若干体现外观主义的商法具体制度中以一种“整体类推”的方式得出并加以适用的。外观是一种眼睛所看到显而易见的事实,但却是虚假并非真实的法律状态,立法和商事审判为保护信赖使这一表见(可见)的事实状况优先于法律真实,这是在静的安全与动的安全之间所进行的价值衡量的结果。外观事实不限于权利外观,还包括主体外观、法律关系外观、法律事实外观。

根据外观主义,真实权利人承担外观责任的不利法律后果并不是任何情形下都需要考虑可归责性,在外观事实的形成没有真实权利人行为(包括作为和不作为)影响的情况下,外观责任的承担应无须考虑可归责性。考虑可归责性适用于外观事实的形成显然与因外观信赖人保护而遭受不利法律后果的本人有关的情形。至于归责原则,其不同于侵权或违约归责原则具有伦理色彩,更多的是体现本人和外观信赖人之间的利益衡量。在过错主义、与因主义和风险原则的归责原则中,本文主张采纳风险原则,在民事法律关系领域内,可以以与因主义和过错责任原则作为外观主义的归责原则,但是在商事法律关系领域,对商人实行严格责任,商法对其注意义务程度远高于一般的民事生活中的主体,因此应当采用风险主义归责原则,这有助于交易安全和快捷,形塑社会信赖。外观主义责任不是概念法学逻辑推理的必然,而是来自商业生活需要进行利益衡量政策选择的结果,这是外观主义归责原则“风险主义”的看法。适用外观主义意味着外观事实可以取得真实状态的地位,不过这只有当外观事实有利于外观信赖人时才适用。对外观信赖人而言,也不是必须接受外观事实优先真实法律状态,其有选择权。对真实权利人而言,不得以真实法律状态来对抗外观信赖人所信赖的外观事实。对外观权利人而言,其知晓外观事实不同于真实法律状态,不能成为外观主义理论的受益人。

我国正在制定民法典,法典的编纂是要发现法律,鉴于信赖保护原则在私法体系中重要地位和我国审判实践中的迫切需求,社会分工愈来愈细化从而社会成员相互依赖度增加,而

我国目前社会信任严重缺失,因此我国应考虑将信赖保护原则予以法典化,于民法典总则中将信赖保护规定为民法的一般原则。此外,本文认为应当在民法典和商事单行法之外制定商法通则,将其作为民法的特别法和商事单行法的一般法,规定商事活动的一般性规则和共同性规则^①,在其中应将外观主义确立为商事活动的原则,作为信赖保护价值在商事领域的具体化。对于商事单行法中没有涵摄,而根据事物本身的性质应当适用外观主义的案件事实,则可以适用商法通则中外观主义这一一般条款。如此既可以彰显商事活动的信赖保护的重要价值,另一方面也避免目前商事单行法没有规定,而根据法的目的和事物的性质应当适用外观主义的案件事实,需要整体类推的复杂法律解释操作。

参考文献:

- [1] 丁南. 民法外观主义的法理学研究 [D]. 吉林大学博士论文, 2003. 63.
- [2] 叶林, 石旭雯. 外观主义的商法意义 [J]. 河南大学学报·社科版, 2008, (3).
- [3] 李长兵. 德国商法中的权利外观责任及其借鉴 [J]. 甘肃政法学院学报, 2012, (6).
- [4] 王保树. 商法总论 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2007. 75.
- [5] 赵中孚. 商法总论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003. 20.
- [6] [法] 雅克·盖斯坦. 陈鹏, 等译. 法国民法总论 [M]. 北京: 法律出版社, 2004. 790, 790, 775 - 776, 775, 779, 783, 805, 806.
- [7] 卡尔·拉伦茨. 陈爱娥译. 法学方法论 [M]. 北京: 商务印书馆, 2004. 260.
- [8] 高金松. 空白票据新论 [M]. 台湾: 三民书局, 1979. 57, 61.
- [9] [法] 伊夫·居荣. 罗结珍, 赵海峰译. 法国商法 [M]. 北京: 法律出版社, 2004. 9.
- [10] [德] 卡尔·拉伦茨. 王晓晔, 邵建东, 等译. 德国民法通论 [M]. 北京: 法律出版社, 2003. 59 - 60.
- [11] 张民安. 法国商事登记制度研究 [A]. 商事法论集 [C]. 北京: 法律出版社, 2006. 43 - 44.
- [12] 邱聪智. 庞德民事归责理论之评介 [A]. 民法研究(一) [C]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002. 84.
- [13] 孙鹏. 民法上信赖保护制度及其法的构成——在静的安全与交易安全之间 [J]. 西南民族大学学报·人文社科版, 2005, (7).
- [14] Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Muenchen, 1971, S. 474.
- [15] Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Muenchen, 1971, S. 480.
- [16] 王焜. 积极的信赖保护——权利外观责任研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2010. 134, 214, 160.
- [17] [韩] 李井杓. 韩国商法上的表见责任制度之研究 [A]. 商事法论集 [C]. 北京: 法律出版社, 1999. 447.
- [18] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im Handelsrecht, Muenster 1974, S. 42 - 43. 转引自朱广新. 信赖保护原则及其在民法中的构造 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013. 105.
- [19] [德] C. W. 卡纳里斯. 杨继译. 德国商法 [M]. 北京: 法律出版社, 2006. 147, 148, 148, 149.
- [20] 朱广新. 信赖保护原则及其在民法中的构造 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013. 106.
- [21] 张文显. 法理学 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003. 144.
- [22] 张洪松. 外观主义论纲 [A]. 厦门大学法律评论 [C]. 厦门: 厦门大学出版社, 2011. 90.
- [23] 石必胜. 表见代理的经济分析 [J]. 河北法学, 2009, (5).

(全文共 19,346 字)

① 这些一般性规则和共同性规则包括商事活动原则、商事权利、商事主体、商业账簿、商事行为、商业代理。