

商事责任的法理分析

童列春

【摘 要】商事责任是商法中的保护机制,它体现了商业社会的基本价值观念,并契合商事关系性质、特点和调整需要。商事责任制度设计以预定功能为导向,以可剥夺商事利益为基础。其责任形式以财产责任、行为责任、声誉责任、能力责任为主,也涉及自由责任和“生命”责任。商事责任需要依据法定归责原则,由权威机关认定、追究,一些责任人依法承担责任以后,还要向原始责任主体追偿。同时,相关当事人需要依赖特定规则从商事责任中解脱,恢复正常生活。

【关键词】商事责任;构成要件;替代责任;追责机构;脱责

【中图分类号】D90

【文件标识码】A

【文章编号】1006-7426[2017]05-0158-011

10.13553/j.cnki.llygg.2017.05.017

导论:独立独特的商事责任

商事责任是指商事主体在违反商事法律规范时,应当对受害者、行业协会或者国家承担相应的法律后果。法律规范的基本构成是:“行为模式+法律后果”,在出现违反法律要求的行为模式之后,就会产生否定性的法律后果,除了判定为“违法”这样的一般性否定之外,还要依据其产生的损害或危害承担相应的法律责任。商事责任针对商事关系中当事人违反忠实义务、注意义务等违法情形而设置,由商法明文规定,由国家机关等专门机构认定和归结并运用国家等强制力保障执行。商事责任是商事活动、商事关系中的保障机制,正是由于商事责任附加于商事权利、职权、法益、义务和职责,这些商事制度才具有法律拘束力。“任何部门法都必须有属于本

部门法的法律责任,否则,该部门法就只能是书面上的法律,不可能在现实生活中发生强制作用。”^[1]本文按照法律责任的部门法性质进行分类,使用“商事责任”概念。

有学者认为商事法律关系是民事法律关系的一种,否认商事责任的独立性。^[2]也有学者认为应明确区分商事责任,“我们现在的商事赔偿案件应当通过什么样的程序,举证责任如何确定,对这些都感到很困惑,我觉得原因之一是没有区分一般的民事责任和商事责任。”^[3]还有学者建设性地提出:“规定商事侵权责任的必要性是由商事侵权的环境、主体、侵害利益、侵权类型几方面的特征决定的。”^[4]笔者认为,在每一个商事关系领域,只要设计商事法律规范进行调整,必定设计相应的法律责任。商事责任是商事法律规范中的基本要素,每一个商事法律规范均包含了相应的商事责任。商事责任是商法所特有

基金项目:本文系作者主持的2017年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“商主体制度理论研究”(17YJA820025)的阶段性成果。

作者简介:童列春(1968-),男(汉),安徽桐城人,浙江工商大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:民商法。

的制度,发挥着不可替代的功能;在商法学中,商事责任是具有特定内涵和外延的基本范畴,具备独特的制度逻辑。研究商事责任可以沿两条线索展开:其一,法律责任的一般要素。涉及归责基础理论、责任形态理论、责任构成理论、归责原则理论、责任证明理论、责任竞合理论、责任免除理论。^[5]其二,商事责任的特有属性。商事责任所剥夺的利益是商事主体拥有的商业性质的利益,商事责任的主体、归责原则、构成要件等均由商法规定。本文结合商事关系性质、商事利益性质、商法的立法宗旨、调整技术、制度规范结构开展研究,也考察它与其他法律责任形式之间的关联性。旨在揭示商事责任的特殊性质,发现商事责任的自有逻辑,明晰商事责任的自有体系。

一、商事责任的制度逻辑

商事责任设置既要符合法律责任的一般规律,又要契合商事关系性质、特点和调整需要,体现商业社会的基本规律和价值观念。立法者需要回应商事关系特有的调整需要,以商事责任制度的预定功能为导向,以特定的可剥夺利益为基础,设计相应的商事责任制度。

(一)回应商事关系的特殊矫正诉求

商事责任直接针对商业社会中出现的不正常商事关系,旨在恢复正常的商事秩序,商法在有可能损害商事利益的地方设置商事责任。商事关系基本领域包括:商事组织关系;商事运行关系;商事协调和监管关系。每个领域的商事关系具有不同的法律性质,其商事责任设置需要契合该种商事关系的特质,奉行不同的制度宗旨,运用不同的法技术。

在利益最大化驱动下,商业领域实现组织化,自然人与经济资源一同被整合进企业之中,并通过企业的整体性行为来表达个人意志和实现其利益。在不同层次市场空间之中,出现了不同形态的组织结

构,形成各种典型企业模式,由商法确认为法定的企业形态,在每种企业形态之中设计了标准化的内部结构和关系模式。商事组织关系旨在构建营利功能体并保障其生产经营机能,在商事组织关系中的商事责任旨在保障各种生产要素的有效组织和企业内部机关的合法产生,并保障企业运行秩序。商事组织内部实行科层结构的治理模式,“命令——服从”、“管理——被管理”成为组织体内部的基本行为模式。企业依据任职条件选择入职者,通过劳务、聘任、委任合同赋予个人以职业身份,配置相应的职权、职责,商事组织关系中的任何一个当事人均受到相应的职责规范约束。商法界定每一个职员的利益、自由、职权、职责的界限,依据不同的身份设置不同的行为规范,商事责任重在约束发起人的发起行为、企业机关履职者行为以及员工的工作行为,掌握商事权力者还要受到相应的职权规范约束。在商事组织关系中,商事责任往往来源于职责的懈怠和职权的滥用。

在商事运行关系中,大量商事交易已经不再是个人面对面的及时交易,而是交易相对人抽象化的远程交易和信用交易;也不仅是一次性的交易行为,而是具有连续性的连锁交易行为。交易环节的增加会增加交易成本,需要商法设计更为便捷的交易制度以减少交易成本;制度化的商事交易中难以容纳“讨价还价”式地充分协商,只能将当事人的交易意思嵌入于各种交易制度、工具和程式之中;交易的法律效果不是依赖“合意”这个单一要素,而是依赖当事人的意思与交易制度工具效用共同发挥作用。交易对象的抽象化、大众化隐藏了巨大的交易风险和社会风险,只能依赖商业信用规则保障交易安全。如:通过信息披露义务以保障交易对方的判断具备可靠依据;通过专业认证标准和认证结果弥补交易当事人对于产品和服务质量识别能力的不足;通过银行信用证制度弥补异地交易中商业信用的不足。

商事运行关系中的责任制度设计更多地体现了技术化、社会化的安排,责任认定和承担的直接依据是违反法定的交易程序和程式。

市场活动种类复杂,利益相关人众多,多种因素的参与使得商事关系成为复杂的关系网络,还关涉相互作用的其它社会关系;特定行为不仅关涉商事关系中当事人利益,而且会影响公众利益和市场秩序、社会秩序。商业风险并非仅仅来源于个体的不法行为,而且是整个商业社会系统孕育的结果。唯利是图的商业精神和效率至上的商事制度规则进一步累加了商业风险与社会风险,现代社会中的环境侵权、人身伤害、劳动伤害等案件多发生在商业领域。只有引进利益中立、拥有足够权威性的公共权力对于商事经营活动进行协调和监督,才能保护相关当事人利益,保证商事交易的安全和秩序。商事协调监管关系旨在维护商事秩序,构造和规范纵向的“权力”机制。由行业协会代表行业利益,由政府部门代表社会利益,对于商事关系进行协调、监督和服务。一方面,行业协会和政府部门所拥有的“制度化暴力”需要严加看管,通过配置商事责任防止其权力滥用。另一方面,行业协会和政府部门成为商事责任的追责机构,利用商事责任制度工具实现监管职能。在商事协调和监管关系中,商事责任既要平衡商人之间的利益,也要平衡商人与非商人之间的利益,还要保证国家和行业组织对于商事关系的协调监管。“一个有效率的制度,主要应考虑如何实现在私人成本与社会成本之间的均衡。”^[6]商法需要借用行政责任、刑事责任和民事责任、商事责任,其中,行政责任、刑事责任主要用来均衡社会成本,民事责任、商事责任主要用来均衡私人成本。

(二)以预定商事功能为导向

商事责任是由于故意违反或疏于履行法定的第一性商事义务而产生,在违反法定义务及契约义务或不当行使法定职权情形中,商法为了平衡各方

利益关系,恢复商事秩序,进一步配置约束力更强的第二性义务,即为商事责任。责任产生和承担以违法性为前提,它在法律和道德评价上是否定性的,体现为对责任人人身和财产利益的剥夺。通过商事法律责任制度将法律义务引向法律制裁,迫使行为人或其关系人处于受制裁、强制和给他人以补救的必为状态。

商事责任制度的功能包括:其一,强化评价功能。对于符合规范的行为,商法给予肯定的评价、承认合法性并提供法律保护;对于违反规范的行为,给予否定的评价、确认其非法并课以法律责任,责任人依法承受某种不利的法律后果,强化了对违法行为的否定性评价。其二,补偿和惩罚功能。由于应责事由对于受害人造成损失,商事责任要求责任人输出利益以补偿受害人的利益损失,因而具有补偿功能。由于商事违法行为危害了行业利益和社会利益,商事责任强制违法者承担法定的惩罚性后果,因而具有惩罚功能。其三,修复功能。商事责任是恢复被破坏的商事关系和商事秩序的手段,具备修复功能。其四,预防功能。通过对于商事责任人追究责任,一方面是为了使违法者接受商业规则,以重新适应商业社会环境,另一方面是为了警示他人遵守商事法律,维护正常的商事关系。惩罚性赔偿责任的预防功能尤为明显。

(三)以商事主体的可剥夺利益为基础

法律责任的本质就是对责任主体利益的限制或剥夺。凯尔森认为,“当制裁已在社会上组织起来时,对破坏秩序所适用的灾祸就在于剥夺所有物(possession)——生命、健康、自由或财产。”^[7]商事责任建立于商事利益基础之上,具体设置哪些责任形式,需要看商事关系中的当事人有哪些商业利益可供剥夺,商事责任主体能够被剥夺的利益是建立商事责任的物质基础,商法在此基础上发展出各种不同的责任形式。具体包括:其一,在财产利益基础

上建立财产罚。如公司归入权。其二,在行为自由基础上建立行为罚。如撤销股东会决议。其三,在商业信用利益基础上建立信用罚。如记载不良信用。其四,在商事特权利益基础上建立资格罚。如吊销经营药品许可证。其五,在程序利益基础上建立权利罚。特定程序事实会导致失权和不利推定,如未在异议期提出质量异议,视为质量合格。其六,在经营资格的基础上建立能力罚。如吊销营业执照。其七,在尊严利益基础上建立申诫罚。如证券法规定的训诫、警告。其八,在商业信誉基础上建立声誉罚。如撤销名牌称号。其九,在优惠利益基础上建立优惠罚。如公司人格否定,恢复股东个人无限责任。其十,在参与利益的基础上建立驱逐罚,剥夺其参与商业活动资格,驱逐出商业社会。例如责令关闭、宣告破产。其十一,在固有利益基础上建立株连罚。参加商事关系的自然人带着个人投资、个人的其他财产和人身权益进入商事关系,其中一部分利益属于商事利益,另一部分属于固有利益。在应责事由突破商事责任范围时,触发民事责任、行政责任、刑事责任,会以固有利益承担责任。如自然人破产后限制奢侈型消费、行政处分中剥夺准入资格、商业犯罪中剥夺人身自由。

二、商事责任体系安排

在商法制度中,以财产责任、行为责任、声誉责任、能力责任为主,也涉及自由责任和“生命”责任。通过特有的技术设计和制度安排,这些具体责任形式之间相互协调,形成了商事责任体系,共同发挥调整功能。

(一)商事责任体系安排的法技术

商事责任的制度设计和功能实现需要相应的法技术支持,立法者借助独特的法技术,确认了商事责任,具体形式包括:

其一,商事责任的财产化。商主体总是围绕“投入——产出”、“成本——收益”的计算来进行行动选择,所以,商事责任设置是否有效,取决于其能否有效地衡平违法行为人的财产损益。例如,企业环境污染责任制度设计中,一定要使企业违法成本高于可能的收益,否则,追求利益最大化的企业会殆于治理污染。一般情况下的商事责任多为财产的不利益,对于侵害商主体“人身”性的利益(如侵害商誉等)造成的损失也归结为无形资产损失,对商事侵权中组织性受害人的救济,不包括精神损害赔偿。最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第5条规定:“法人或其他组织以人格权利遭受侵害为由,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院不予受理。”理由在于:精神损害赔偿的主体仅限于自然人,非自然人不能请求精神损害赔偿。商业自由限制、商业特权剥夺的本质在于损害其谋利的可能性和便利性,甚至破产、解散、关闭等形式实现最严厉的“人身性”责任,也可以理解为股东由此丧失营利工具,导致投资损失。即使是惩罚性责任,主要也是落实为多倍赔偿。只有对于企业及其中的自然人责任人实施行政和刑事处罚情形中,才体现非财产性;而近年来的中国刑法修订中,商业犯罪出现了轻刑化趋势。

其二,商事责任的角色化。主体的角色不同,其身份地位、行为目标和宗旨有别,所享有的权利或权力各异,所需承担的违法责任自然不同,从而会形成不同的“角色责任”。^[8]在商法中,实现法律责任的角色化配置以提高调整的针对性和有效性。首先,商人与普通人角色责任不同。商法区分了经营者与消费者,雇佣者与劳动者,配置了不同的身份责任。商人是“强而智的人”,在商事关系中处于强势地位,商法对其课以更高的注意义务,即谨慎义务。相应的责任承担方式包括职位的丧失、信用的丧失、资格的丧失。在归责原则方面,对于商人除适用过错原则

之外,大量运用过错推定、连带责任及无过错责任原则。其次,按照职位做出相应责任安排。在商主体中依据需要设置岗位,每个岗位对于入职者提出不同的资质要求;按照入职者的职务身份规范其角色行为,立法从正面确定权利与职权,从反面确定义务与职责。在商法文件中,对于股东、董事、监事、经理等优势身份角色明文列举职责的基本项,同时,确认信义义务,包括忠实义务、注意义务、勤勉义务。

其三,有限责任的创造。商法以无限责任为基础,以有限责任为优待。无限责任指责任人以其全部财产对外承担责任,要求商主体在其财产不足以清偿到期债务之时,应以自己的全部财产用于清偿。如果是自然人责任主体,指以扣除自由财产以外的财产承担责任;如果是组织性责任主体,指以全部财产承担责任。另外,在合伙企业之中,企业责任与个人责任连为一体。有限责任指投资人以投入企业的特定财产对企业债务承担清偿责任,在资不抵债情形中,不足清偿的债务成为由债权人承担的商业风险。在有限责任公司中,法律上的责任主体是公司,投资人退出至幕后,在相关责任未能够得到全部承担之时,投资人也能够脱责,据此保护投资者的积极性。有限责任公司的股东仅仅以出资额为限度对于公司债务承担责任,这属于“人的有限责任”。另一种有限责任是指就债务人的特定财产得为强制执行,属于“物的有限责任”。例如《海商法》第 56、57、116、117、210、211 条规定,船舶所有人对于某种债务以本次船舶价值、运费及其他附属费用作为应负责任限度。

其四,公法要素的内置化。商法创造了大量包含公法要素的商事责任,公法要素的强制力优化了商事责任的制度功能。其一,在商事组织关系中,公司等商主体内部采用了机关体系和职权职责技术,自然人依据职位身份承担不同的商事责任。其二,在商事运行关系中,人们发明了票据、股票、债券、信

用证、提单等交易制度工具,在其中设计了大量的强制性规范以落实运行责任。其三,在协调监督关系中,配置了相应的具有公法性质的法律责任,以强化协调监督机构的执行力和执法效果。一方面,在特定领域的经营者之间形成了行会、商会;另一方面,工商行政管理局、质量监督局、标准化管理局等国家机关成为商事关系中的基本存在。其四,商法文件中大量引致行政责任和刑事责任,借助公法技术将公权机构的权威性和公法的强制性引入商事责任,以优化其制度中的惩罚功能。

(二)商事责任的宏观安排

在商法中,责任人的主观可谴责性已经退居其次,受害人的利益补偿才至关重要。在商事风险中,资不抵债是常态,相对于巨大的商业损失,单个商主体的责任财产远不足以补偿受害人损失,受害人利益实现需要依赖更为有效的社会机制。商法设计了责任基金、风险基金和保险行业,对于商事责任作出整体性安排。

其一,赋权投资者的责任限制。商主体是工具性主体,仅仅是商事交易的践行者,是投资者创造的营利工具。为了调动投资者的投资积极性,设置了有限责任公司,投资者仅以投入企业的资产额为限对于经营风险承担责任,商法通过有限责任为投资者锁定风险,在个人的其他财产和企业的经营风险之间设置了防火墙。但公司本身并不直接涉及责任限制,并不妨碍其承担最严厉的破产、解散、关闭责任。有些经营者提供的产品和服务在人们社会生活中不可或缺,应优先保障其经营安全,限制其责任承担。为了扶持邮电、航运、供电等特定行业的存在和发展,化解其破产风险,这些行业实行限额赔偿。例如,未保价的邮件丢失,按件定额赔偿。

其二,设计商事组织内部的责任准备财产制度。在商事组织之中,集中了诸多人的利益,形成了诸多的利益相关人,同时外接上下游企业,形成产业链,

商事组织本身蕴含了系统的商业风险,需要具有更好功能的替代责任机制。在大规模的商事主体内部,设置各种专项基金以应对经营风险,如公司制度中的公积金和商业银行制度中的准备金等,这些储备性资产制度保障营业体的正常功能和营业活动的正常进行。

其三,以机构职责化解交易信用风险。合同成立生效以后,仍然存在当事人违约的风险,有许多生效合同不能履行。在大规模社会化的交易之中,大量的违约风险会影响正常的营业运行,需要从制度上消灭合同不履行风险。证券法通过会员制安排,在交易当事人之间建立不同于普通人的规则体系,通过开户手续建立资金账户和证券账户,资金与证券存放于账户之中,对于责任财产进行集中托管,成交以后由证券公司依据规则交割。在交易履行的程式化制度安排中,机构职责行为代替了当事人的履约行为,从制度上消灭了成交以后不履约的风险。

其四,建立产业化的责任实现制度。将同样面临灾害性损失可能性的市场主体组织起来,通过缴纳保险费,形成保险基金来应对风险,并由专门机构负责保险业务的运作,这样,集中和分散风险业务的产业化发展形成了保险业。商法确认了责任的可交易性,保险公司依据保险合同承受违法行为的赔偿责任。在保险法中,保险公司承担保险金赔付责

任的条件是发生了保险责任事故,这个责任事故相对于保险公司而言,并不具有道德上的可谴责性,甚至不具有善意、恶意的可评价性。保险中的赔偿责任并不以违法性为前提,保险人只是继受了被保险人车辆的侵权责任,保险公司自身承担责任的直接依据仅仅是发生了保险事故。

其五,实行政府承担与社会分摊商事责任的补充形式。商事责任主要是财产责任,商事主体拥有财产的多寡成为责任承担能力大小的依据,破产还债是商事主体承担商事责任的极限形式,在商事主体破产之后,受害人的损失仍然未能够得到补偿。在大规模的商事侵权情形中,受害者均为普通人,承受的一般是生命、健康等基本利益损失;这些灾难性后果成为危害广泛的公共事件,演变为留给政府解决的社会问题。例如,近几年以来,蚁力神非法集资案件中,各级政府动用财政资金退补集资本金;三鹿奶粉事件中,最后由政府承担受害人医疗费部分损失。^①这种从商家责任转至社会和政府责任机制也具有法理上的依据。一方面,商业活动并非仅仅为商家带来利润,同时为社会带来经济利益,为政府带来就业、税收贡献。既然商业利益由多方分享,那么,商业活动带来的风险、损害等不利益也不该仅仅由商家承担,除商家全力承担之外,社会和政府也应该成为后备的责任承担者。另一方面,如果从得不到

^①辽宁蚁力神公司以委托养殖蚂蚁为名义,承诺养殖户交纳1万元保证金租养蚂蚁,14个月后利息返还3250元。这种名为养蚂蚁,实际是钻中国法律对合同保证金监管空白的空子的行为,变相集资大约100多亿元。公司先后荣获“感动沈阳慈善贡献奖”、“全国质量诚信放心示范品牌”等荣誉,蚁力神老总王奉友本人也获得了“2006中国民营企业产业领袖人物”、“最具社会责任感企业家”等荣誉。后来,蚁力神突然中断向蚂蚁养殖户收购蚂蚁,也没有依照还款计划向养殖户分期支付投资回报,还传出公司已破产、高层出逃消息。2007年11月20日,上万名“蚁力神”的养殖户聚集在保健品企业“蚁力神”的总部索讨款项,并包围了辽宁省政府表示抗议。在蚁力神案件中,商业性的民间集资演变为政治性的群体事件,47万蚁民的集资无法返回,最后由中央财政支付38亿,加上地方财政支付,退回商业集资的本金。资料来源,新浪博客:参见“小曹反洗钱”:《中国非法集资大案排行榜(下)》,http://blog.sina.com.cn/s/blog_51ed4b530100do03.html,2013年11月27日最后访问。2008年9月,三鹿集团由于其生产的婴儿奶粉中含有“三聚氰胺”,被发现导致多名食用婴儿出现肾结石症状。此后爆出更多企业卷入“问题奶粉事件”。卫生部2008年12月1日通报的数据显示,全国累计报告因食用三鹿牌奶粉和其他个别问题奶粉导致泌尿系统出现异常的患儿共29万余人。问题奶粉事件中的受害婴儿有望获得巨额保险资金的“跟踪式”赔付,中国拟设2亿元保险基金跟踪赔付问题奶粉受害婴儿。中国保监会主席吴定富在全国保险工作会议上透露,目前讨论的方案是,问题奶粉事件中的问题企业上缴2亿元资金,然后由中国人寿成立专项的风险保障基金,承保受害婴儿直至他们成长到18岁。“如果2亿资金不够完成赔付,国家将兜底给予保障。”资料来源,中国保险网:《保险业,2008大回眸》,http://www.china-insurance.com/news-center/newslist.asp?id=124271。2013年5月8日访问。

救济的无辜受害者视角,商家的违法行为仅仅具有原因意义,受害人所遭受的危害本身还属于灾难性的社会公共事件,社会和政府有责任解决这些问题。

其六,转至民事责任、行政法责任和刑事责任。商法处于现代法治环境之中,商事关系受到多种法律规范;商事违法行为如果侵害其他法律保护的权益,同时还要承担其它法律责任,包括民事责任、行政责任和刑事责任。《中华人民共和国公司法》第12章、《中华人民共和国合伙企业法》第5章、《中华人民共和国个人独资企业法》第5章、《中华人民共和国票据法》第6章均设为“法律责任”专章,规定了民事责任、行政责任和刑事责任。也可以认为这些责任形式均为商事责任,例如:吊销营业执照,既是行政法上的制裁手段,也是商法上的责任形式;商业贿赂罪,既是刑法中的罪名,也是商法中责任形式。这些责任形式借助行政法、刑法手段服务于商法目的、保护商主体利益和商业秩序。从立法技术上,商法无须为同质的法律责任作出另行规定,商事法律责任在许多情形中直接借用民事责任、行政责任、刑事责任,这些借用并不影响商事责任的独立性。

(三)商事责任的基本类型

依据不同标准,商事责任可以划分为不同类型,每一种类型具备不同功能,在不同商事关系领域发挥相应作用。

按照责任作用于商事关系过程的阶段不同,商事责任可以分为事前责任、事中责任、事后责任。其一,事前责任。事前责任是指在商事关系运行的前期所设置的商事责任。事前责任并不针对具体违法行为,只是针对客观存在的违法可能性,事前责任设置重在预防。例如:商事组织法中设置的任职条件、注意义务、信息告知、披露义务等。其二,事中责任。事中责任指在商事关系运行过程中所设置的商事法律责任,事中责任规范商事运行过程,重在监督。例如:董事之间的相互监督责任,发起人之间的连

带责任;会议议决程序责任,招标活动中的程序责任。其三,事后责任。事后责任是指在商事关系运行结束阶段所设置的责任。事后责任针对已经发生的违法行为和已经造成的损害后果,重在补偿、赔偿、追偿和惩罚。例如,破产责任。

依据责任对应的商事关系领域不同,商事责任可以区分为商事组织中责任、商事运行中责任、商事协调监管中责任。其一,商事组织中责任。在商事组织关系中,商事责任包括商主体设立中的责任、商主体存续中的责任、商主体解散及清算中的责任及内部人员的责任等。例如:证券监督管理机构工作人员不得利用职务便利牟取不正当利益,不得泄露所知悉的有关单位和个人的商业秘密。其二,商事运行中责任。商事运行关系中,商事责任包括运行制度规则、交易工具设计等方面的责任,商事违约责任、商事侵权责任等。例如,证券公司不得违背客户的委托买卖证券、办理交易事项,或者违背客户真实意思表示,办理交易以外的其他事项。其三,商事协调监管中责任。在商事协调监管关系中,商事责任既要保证权力机构依法行使职权、规范商业协调和监管行为,又要运用商事责任制度对于弱勢的劳动者、消费者和小股东进行保护。例如,国务院证券监督管理机构不得对不符合法律规定的设立证券公司等申请予以批准。

按照追究责任的目的不同,商事责任可以分为预防性责任、补偿性责任、惩罚性责任。其一,预防性责任。预防性责任指以预防商事危险和损害发生为宗旨的商事责任。在商事运行法中,规定交易主体的资质、设置招标采购程序。在商事组织法中,规定公司设立条件和相关职位的任职条件、法定准备金的提取责任。例如,《证券法》第198条规定:不得违反法律规定,聘任不具有任职资格、证券从业资格的人员。其二,补偿性责任。补偿性责任是指通过当事人要求或者国家强制力要求责任主体承担弥补或

赔偿的责任方式,旨在实现利益平衡。例如,替代责任中的追偿权和竞业禁止中的归入权所对应的责任。其三,惩罚性责任。惩罚性责任是指通过国家强制力对责任主体实施惩罚的责任方式,重在通过威慑以减少相关违法行为的发生。商事责任制度中的利益平衡不仅需要对于受害人损失进行补偿,而且要对具有整体价值的行业损害和社会成本进行补偿,所以,惩罚性赔偿往往实行加重责任制度。例如,《消费者权益保护法》第55条规定,“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍。”一方面是因为违法者在更大的范围内给不特定的主体造成秩序上的损害,且无法通过一般的个别补偿办法来弥补。另一方面,在补偿个别消费者受损害的利益之外,还要通过赔偿剥夺经营者获得的非法利益,使其无利可图,以惩罚、威慑来防止违法行为再次发生。

依据责任发生的法律依据不同,商事责任可以分为商事违约责任和侵权责任。商事违约责任是指商事关系当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件产生商事法律后果。在商事关系中,合同必须信守,违约行为必须承担违约责任。商事侵权责任是指商事主体因实施侵权行为而应承担的商事法律后果。在商事关系中,任何人均有义务尊重他人的合法权益,当侵害他人合法权益时,要对受害方承担商事侵权责任。“侵权责任法应当规定商业诽谤、违反禁业禁止、商业欺诈、盗用商业信息交易、强制交易、妨害经营、诱使违约、阻止债务履行以及侵害消费者权益九种侵权行为的侵权责任及责任规则。”^[9]

依据责任的性质不同,商事责任可以分为财产性责任和非财产性责任。财产性责任是指直接以财产利益为内容的责任。在财产性责任之中,依据产

业政策和立法政策不同,又可以分为统一责任与差别责任。统一责任依据标准的责任单位计量,并非依据受害人的实际损失;有些采用限定损害赔偿的范围和最高赔偿数额。非财产责任是不直接以经济价值表现的商事利益为内容,如声誉责任、资格责任和行为责任。行为责任指为特定行为为内容的商事责任形式。如产品召回。

依据承担责任的主体不同,商事责任可以分为自己责任、替代责任和转至责任。商事关系中的当事人依据自由意志做出行为选择,违法行为是自主选择的结果,因此违法者应对其选择的违法行为及所造成的后果负责。法人作为直接责任主体,也属于自己责任。社团成员基于其成员地位与社团发生一定的法律关系,在内部关系中,社员依据社团职位承担职责也属于自己责任范畴。替代责任指依法为他人的行为承担责任。商主体内部组织关系产生了商事责任承担的层次,在替代责任制度中,因为法定或约定的利益关联而产生商事责任。在用人单位的责任制度之中,虽然对于特定工作人员的行为过错需要考虑,但用人单位承担替代责任并不考虑自身有无过错。如果工作人员应该承担责任,单位就须相应承担责任。转至责任是依据商事法定事由承担受让的商事责任。保险行业中,通过保险合同连接,以缴纳保险金为对价将商主体责任转移至保险公司承担,保险公司通过建立风险基金形成巨大的责任承担能力,将商主体责任进行社会化分摊。一旦发生保险事故,保险公司即承担赔付责任,保险公司承担责任的依据是保险法规定的转至责任。

三、商事责任的实现方式

商事责任通过责任的承担而实现,需要依据法定归责原则,由权威机关认定、追究,依法承担责任以后,还要依据公平正义要求向原始责任主体追偿。

同时,相关当事人需要依赖特定规则从商事责任中解脱,恢复正常生活。

(一)商事责任的追责机构

虽然商事责任可以通过责任人自觉履行得以实现,但是商事责任的不利益本性决定了其实现依赖具有执行力的强权机关来认定、归结和执行。除司法、行政机关之外,还包括企业内部机关、行业仲裁机关;不过,这些机构对于法律责任认定和归结的有效性最终由国家权威来保证。其一,内部权力机构。在社团存续期间,社员因滥用权利或者违反社团义务,使社团或其他成员利益受损。“为维持社团的纪律及秩序,社团对社员常须为一定的制裁,诸如开除、停权、罚款、不许使用社团设施等,称为社团罚。”^[10]社团罚是商事组织内部治理的基本形式,依据股东会、董事会、监事会、上级管理者的裁决来实现。股东会依据股权产生的公司主权,对于董事、监事、经理进行监督并追究其责任。监事会依据委托与授权获得的监督权,对于董事、经理进行监督并追究其责任。经理依据管理权,对于所辖员工进行监督并追究责任。商事责任追究一般以穷竭商事组织内部手段为前置程序,首先应该通过商事组织的自治权实现责任追究。这样设计一方面是为了节约公共司法资源;另一方面是这些内部机制具有比较优势。追责者对于商事责任具有利益关切,追责制度运行具备动力保证;追责机构离责任事件信息源近,作出判断依据的信息充分、真实,裁决者熟悉内部关系,具备专业知识,对于商事责任的认定、归结和度量可能更准确,裁决更接近公正。其二,社会权力机构。各个行业均要建立相应的标准,以规范相关执业者的商业行为,通过行业自律来维护行业在社会中的整体形象,从而维护经营者利益。美国法学家理查德·A·波斯纳(Richard A. Posner)认为,社会标准是被社会广泛接受并重复发生的行为模式,对这种模式的遵从并非出于对权威的服从,而是源于

其他相似群体的压力,遵守社会模式的可以获得团体的认同。^[11]为了使社会标准具有可操作性,需要形成社会权力中心来保障执行。商事关系中的社会权力来源于两个方面的组织,即商人之间的行业协会和消费者之间的消费者协会。在行业协会组织中产生行业公共权力来实现行业自治和治理活动,并形成具有准司法性质的商事仲裁活动来落实商事责任。在商事活动中,商家通过与消费者之间的交易实现利润,消费者的一般认同是商家生存的基础。但是,现代商业社会中的消费者处于弱势地位,市场信息缺乏、专业知识欠缺、谈判能力低下,在存在大量垄断的市场结构中,消费者无法依据独立、平等的地位,通过讨价还价的方式保护自身利益;所以,消费者需要结社,形成整合群体力量的消费者协会,以便和经营者形成制衡力量,法律赋予消费者协会以进行追责的权力。其三,国家司法机构。司法机关拥有国家强制力,能够对于商事责任给予权威裁判和强制执行保障。商事责任具备可诉性,利益相关人通过行使诉权,启动司法机关的裁判权和执行权以保证商事责任实现。

(二)商事责任的承担

“当特定的违法行为发生后,法律责任的存在就是客观的,专门国家机关所能做的,只是通过法律程序把客观存在的责任权威性地归结于有责主体。”^[12]在具体案件中,归责指国家机关或其他社会组织根据法律规定,依照法定程序判断、认定、归结和执行法律责任的活动,通过过错责任、无过错责任、公平责任归责原则,将法律责任归结到特定责任主体。商事责任的承担者包括:行为人;关系人;专业机构;政府。首先,行为人是原始的责任主体。商事关系主体是行为人,通过其自由意志开展商事活动,在他们之间形成商事关系。行为人作为商事责任主体,对于债务承担无限责任。单个商主体承担责任的物质基础是商主体的责任财产,破产还债是终极的责任

承担形式。在大规模侵权案件中,由于受害人数量众多,总体损失巨大,相比较而言,责任人自己的全部责任财产微不足道,以侵权人责任财产为保障的责任制度丧失了补偿功能。其次,关系人是替代责任主体。商事关系中的行为人经过了雇佣关系、管理关系、师徒关系、委托关系的连接,彼此之间存在密切的利益关联。商法要求在行为人不能有效承担责任时,依据法律上的替代关系,由其关系人承担责任,以保证受害人利益能够更好地实现。第三,保险等专业机构是社会化分摊责任承担主体。保险机构专门为承担责任而设置,通过潜在的责任人缴纳保费形成保险责任基金,在出现责任事故后依法承担约定责任。保险等专业机构承担责任的法律依据是保险合同,保险法中,受害人可以自由选择向保险公司或者侵权人主张损害赔偿。最后,政府是商事责任的补充主体。在大规模商事侵权中,商主体的行为造成重大社会灾难之时,依赖商事主体责任财产为基础的商事责任机制失效,政府往往作为商事责任的最后承担者。

(三)商事责任的追偿

商法遵循整体主义逻辑,个人进入团体,或者以契约进行联接,产生相关的责任分担共同体。商事责任主体是经营者、股东、董事、监事、经理、职员、中介组织和协调主体(包括商会和商事登记、监管机构),这些责任主体同时处于外部关系和内部关系之中。公司等商主体对外是一个独立的行为主体,而对内则为投资者、经营者、采购人、代办人、店员和操作工等要素的组合,内部通过契约、商事权利制度进行安排。在外部关系中,商事责任制度设计侧重于受害人利益补偿。张三开车撞人,雇佣他的老板或接受其投保的保险公司会实际承担责任。优先保护受害人利益实现之后,需要通过追责实现替代或连带责任人与原始责任人之间的利益平衡。为了避免双重赔偿,防止受害人因受侵权而获得暴利,保险

公司获得代位求偿权;另一方面,对于真正责任人落实责任,可以达到惩戒和预防违法行为的效果。当公司股东滥用有限责任地位损害第三人利益和社会利益时,应当追偿其个人财产来承担公司债务,严重违法行为需要承担惩罚性的刑事责任。

(四)商事责任的解脱

商事活动与人们的日常生活是相互关联而又相互区别的领域,为了避免商业活动中的商事责任可能危及自然人日常生活,一般将商业领域与民事生活领域进行风险区隔,以退出商业游戏领域作为代价实现脱责,商事责任的解脱是现代商法中的基本机制。在私法上,最常态的方式是因依法承担责任而脱责。近代以来的私法淡化了人身责任,凸显了财产责任和行为责任,其中,债务人责任财产构成其债务的总担保。任何民事主体均应以其全部资产承担清偿债务的责任并有权扣除自由财产以维持基本生存,债务责任与人身自由责任之间的切断使自然人可以通过人权保护脱责。在消费社会之中,一些国家的破产法设立自然人破产制度,自然人通过破产制度可以脱责。在企业出现资不抵债情形中,可以依法破产还债,作为最终承担责任的形式。破产还债是以丧失商主体资格为条件,通过法定程序集中处理责任,以现有财产按照同一比例偿还债务,得不到偿还的部分不再偿还。这样,投资者可以通过有限责任制度脱责。在保险关系之中,原始的责任人可以通过转移责任而脱责,例如交通强制保险。商事关系领域通过风险结清制度规则,使利益相关人忍受和承担商业风险损失,使不正常的商事关系能够及时得到清理,从而保障商事关系的健康运行。

结 语

商事责任是商事法律制度中的基本成分,但是,

商法学中缺乏成熟的商事责任理论。现有商法理论借用或者套用民事法律责任理论解释商事法律责任,这种做法导致商事责任理论难以正确解释相关制度规范,也难以指导商事立法、司法实践,从而影响了制度规则的规范效果;同时,没有成熟的商事责任理论,也难以形成自足的商法理论。

〔参考文献〕

[1] 翟继光.论经济法责任的独立性[J].当代法学,2004,(4).
[2] 刘保玉,陈龙业.析商事通则与民法一般规则的关系——商事通则立法的可行性悖议[J].河南省政法管理干部学院学报,2005,(4).
[3] 顾功耘.公司法改革中的公司治理问题[M].王保树.全球竞争体制下的公司法改革.北京:社会科学文献出版社,2003:25.
[4] 杨立新.侵权责任法应当规定商事侵权责任[N].法制日报,2009-03-18.

[5] 张守文.经济法责任理论之拓补[J].中国法学,2003,(4).
[6] [美]道格拉斯·诺斯,罗伯斯·托马斯.西方世界的兴起[M].厉以平,蔡磊等译.北京:华夏出版社,2009,6-7.
[7] [奥地利]凯尔森(Kelsen,H.).法与国家的一般理论[M].沈宗灵译.北京:中国大百科全书出版社,1996,18.
[8] 张守文.经济法责任理论之拓补[J].中国法学,2003,(4).
[9] 杨立新.侵权责任法应当规定商事侵权责任[N].法制日报,2009-03-18.
[10] 王泽鉴.民法总则(增订版)[M].北京:中国政法大学出版社,2001,191-192.
[11] Richard A. Posner, Social Norms, Social Meaning, and Economic Analysis of Law: A Comment [J]. The Journal of Legal Studies, Vol.27, 1998, p553.
[12] 张文显. 法律责任论纲[J]. 吉林大学社会科学学报, 1991,(1).

责任编辑:王建华

Jurisprudential Analysis of Commercial Liability

TONG Lie-chun

Abstract: Commercial liability is the protection system in commercial law, representing the basic values of a commercial society and agrees with the nature, characteristics and adjustment needs of commercial relations. The design of the commercial liability system is built on the pre-set function and deprivation of commercial interests, with the main liability forms of asset, behavior, reputation, capability, freedom and life. The commercial liability is affirmed and investigated by the authoritative departments according to the principle of legal liability. In implementation, the person liable shall commit legal responsibility, and the original liability party will be pursued for recovery either. Meanwhile, the relevant parties shall be relieved from the commercial liability and return to normal life with the help of special rules.

Keywords: Commercial liability; Component; Vicarious liability; Accountable organization; Liability relief