

商事信用: 商法的内在逻辑与体系化根本

赵 磊*

内容提要 商事交易的基础是当事人之间相互信任。一项交易达成、履行与完成的过程,充满着许多不确定性因素,对当事人来说蕴含着交易目的不能实现的风险。完备的信用制度可以减少不确定性,降低交易风险。商事信用是商事活动的根基:一般等价物以及货币的产生基于信用;交易维护信用而形成商事规则;商事信用贯穿商事交易的全过程。商事主体是商事信用制度化的集中体现,是信用主体在商事交易领域的表现形式。商事信用的发展推动着商事主体制度的演进,商事主体制度的构成是由商事信用的需要决定的。商行为是商事信用在商事活动中的外化,其制度设计直接受到商事信用的影响。商事信用是商法的灵魂,藉此搭建商法“大厦”,构建商法的规范性体系,是新时期商事立法的必由之路。

关键词 商事交易 信用 商法独立性

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2018.05.009

引 言

与民法不同,商法在我国没有被普遍认可的逻辑严密的法律体系,学界对其内涵与外延亦未形成统一认识。这是民法学者不主张商法独立于民法存在的主要原因。王利明教授的观点颇具代表性:“商事特别法缺乏独特的原则、价值、方法和规则体系,难以真正实现与民法的分立。”^①而以体系的形式表现法规范,乃是法学最重要的任务之一,藉此来掌握法律规整内容,是法学努力的中心,并且是法学学术性的证据。^②是否可以形成符合逻辑的体系,是商法能否独立存在的根本所在。拉兹认为,一个完整的法律体系应该解决好存在的标准、特征、结构、内容等四个方面的问题。^③

一直以来,我国商法学界普遍认为,在法律用语中,“商”具有比经济学上的理解宽

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。本文系国家社科基金项目“融资类信托系统性风险法律治理研究”(项目批准号:16BFX163)阶段性成果。文章在构思与写作过程中,得到了陈甦、赵万一、王卫国、朱慈蕴等老师的指点,与许德风、许可等学友的交流也让笔者受益匪浅,一并致谢。

① 王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第16页。

③ 参见[英]约瑟夫·拉兹《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社2003年版,第2-3页。

泛得多的含义,以营利为目的、从事媒介交易的行为,皆可成为法律意义上的“商”。具体来说,法学中所说的“商”,重点在于商的目的——属于营利性活动,以及从商资格——特指营业性活动。^④也就是说,营利性与营业性被商法学界认为是商事活动的核心,也是商法得以独立存在的根本。这一观点几成商法学界的通说,很少有人质疑。但是,如果以此二者为基础,恐难以构建一个完整的商法体系。营利性仅仅是商行为的目的,营业性是民事主体从事商行为的资格要求,二者均为“商”的外在形式,而非其根本。如果仅将营利性与营业性附着于民事主体、民事行为之上,就相应地成为商事主体、商行为,则商法确无独立存在之必要。在传统民法框架下建构商法体系,不但不能抽象出商法固有的特质,还会陷入过分拘泥于抽象性概念式体系的窠臼。这种模式的僵化与形式主义,早在19世纪就被功利主义代表人物耶林意识到,后来更是遭到了利益法学派的严厉批评。^⑤

从商事交易的发展规律来看,商人是商业活动的主体性要素,他们以营利为目的,这决定了他们行为的内容与方式。从偶发性的以物易物发展到经常性的以某种等价物为媒介的交换,再到专门从事货物买卖的职业群体的出现,以满足个人需求为取向的随意性交易行为逐渐发展为以满足获利为取向的计划性商业行为,两者之间有着显著的区别。出于交易便捷性与安全性的双重需求,目的理性下的商业活动之契约性与定型化成为商业规则的主要依托。可以说,商法的体系化是商事活动的内在要求和必然结果,是在实践中逐步形成并趋向完整的体系化。那么,什么是商事活动的内在要求?营利性与营业性始终作为商事规则发展的两条主线存在。但是,是什么保证了营利性目的的实现?又是什么决定着营业性能够获得社会认可并在制度构建中予以体现?

回答上述问题,必须回归到商事交易的本质进行分析。营利性是商人从事商行为的目的,营业性则主要是指商人持续以某种经营行为为业,二者均是从商人自身角度出发来观察商事交易。而交易的根本在于一定是在两个以上的当事人之间发生的,亦即一个商事交易是双方或者多方当事人在反复互动、博弈与合作的基础上完成的,仅凭单个商人自己,其营利性目的无法实现,营业更无从谈起。因此,交易规则的确定以及商法制度的构建也应该以此为着眼点。

一、商事交易中的风险与信用

商事交易活动绝大多数情况下是在陌生人之间发生的,陌生人之间发生交易的基础是相互信任,彼此相信对方会如约履行承诺。一项交易达成、履行与完成的过程,充满着许多不确定性因素,对当事人来说蕴含着交易目的不能实现的风险。完备的信用制度可以减少不确定性,降低交易风险。

^④ 参见范健、王建文《商法的价值、源流与本体》,中国人民大学出版社2007年版,第158页。

^⑤ 参见前引②,卡尔·拉伦茨书,第317、318页。

(一) 商事交易中的不确定性

我们生活的世界是一个变化的世界,一个充满不确定性的世界。导致不确定性的原因纷繁复杂,对于商事交易来说,不确定性主要是由参与者之间的信息不对称、未来的不可知性以及现有情况的可变性等几方面导致的。商事活动中的当事人之所以在充满诸多不确定因素的情况下能够达成交易,是基于彼此之间的信任。信任包含着与时间有疑问的关系,显示信任就是为了预期未来,那样去行动,仿佛未来是确定的。^⑥但是,未来永远是不可知的、不确定的。从法律的视角来看,商事交易中一般存在以下几方面由不确定性带来的风险:

一是当事人履约能力变化。商事活动千变万化,商事交易当事人的履约能力也处于随时变化之中。一个商事交易的当事人在签约时可能具备足够的履约能力,在契约完全履行前因为资金周转不灵、经营不善陷入困境或者行为能力丧失等原因,导致当事人不能履行义务,合同目的落空。这类不确定性属于当事人主观不能,虽然可被当事人在订立合同时所预见,但其出现具有较大的或然性,属于不确定性的范畴。

二是当事人恶意违约。在商事实践中,许多当事人本来有能力履行合同,出于获取不当利益的考虑,故意违反合同约定、不履行合同义务,而造成对方当事人损失。从学理上说,大陆法系通常将违约行为与主观过错区分开来,认为违约行为仅指违反债务的客观事实,不包括主观因素,违约当事人的主观过错是独立于违约行为之外的另一个构成要件。^⑦但是,区分当事人的违约行为是否具有主观恶意,对于判断其信用是否良好具有关键作用。在信息不对称的前提下,据此可以做出尽量避免其短期机会主义行为的制度设计。

三是不可抗力。一般来说,不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。不可抗力事件的发生具有或然性特点,无论是地震、洪水等自然原因,还是战争、地区冲突等社会原因,都不能为商事交易当事人在订立合同时所预见。法律上确立不可抗力制度的主要意义就在于,可以促使人们在从事交易时,充分预测未来可能发生的风险,并在风险发生后合理地解决风险损失的分担问题,从而达到合理规避风险、鼓励交易的目的。

四是情势变更。情势变更原则是指合同有效成立后至履行完毕前,因发生当事人不可预见、不可防止的客观情况,致合同存在的基础动摇或丧失,若继续按原合同履行,必然显失公平,故允许变更合同内容或者解除合同。这一原则的实质在于维护民法诚实信用原则的公正性,消除合同因情势变更所产生的不公平后果。因为可能出现的情势变更,使得合同目的实现存在着较大的不确定性。这类不确定性属于客观不能,在当事人订立合同时是无法被预见的。

上述几种情形是基于法律视角的观察,商事交易不确定性(Uncertainty)作为规范的

^⑥ 参见[德]尼克拉斯·卢曼《信任:一个社会复杂性的简化机制》,瞿铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第12页。

^⑦ 参见王利明、崔建远《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社2000年版,第579页。

学术概念,在现代经济学领域经常被提及。2016年经济学奖得主哈特的不完全契约理论是对现代企业的分析,实际上是一种产权理论,但其基本原理同样适用于商事交易不确定性的分析。哈特认为契约是不完全的,主要有三个方面的原因:第一,在一个复杂而不可预测的世界中,人们几乎不可能对未来可能发生的所有情况或事件做出预测;第二,即使人们能够对未来做出提前预测,缔约各方也很难将这些情况或事件写进契约中,因为很难找到一种令缔约各方都满意的共同语言去描述;第三,即使缔约各方可以将对未来情况或事件的预测写进契约中,当出现契约纠纷时,诸如法院之类的外部权威机构也很难对缔约各方约定的条款加以证实。^⑧

哈特这里所说的导致契约不完全的三方面原因实际上是交易不确定性的体现。由于商事交易受到诸多因素的影响,因此其结果存在极大的不确定性,对于当事人而言意味着极易可能发生风险。在缺少法律的情况下,机会主义的不确定性以及为改善这些不确定性付出的成本将会对市场的发展造成实质性的阻碍。^⑨在前述商事交易的四种不确定性中,情势变更和不可抗力属于客观因素,当事人无法预知且不可避免,因此而造成的风险不应成为达成交易时的考虑因素。就当事人履约能力变化和恶意违约而言,属于当事人在缔约时可以预知的范畴,因此而产生的风险属于信用风险。信用风险是指在商事交易中,交易对手或债务人违约或信用品质发生变化而导致损失的可能性,是商事交易中最基本也是最重要的一类风险。^⑩

在明知有风险的前提下,当事人仍然愿意订立契约的根本原因在于彼此之间的信任。这种信任来自于一方当事人对另一方当事人信息的掌握。在不确定性的环境中,信息的价值是显而易见的,因为不确定性具有经济成本,因而减少不确定性就是一种经济收益,信息的价值就体现于这一收益。人们可以花费一定的资源来获取更多的信息,以减少经济领域中的不确定性。^⑪商法的最早渊源是交易习惯与惯例,原因也在于商事交易当事人都希望有确定的规则可以遵循。

(二) 信息、信任与信用

任何一笔商事交易在达成时,当事人都对对方按照约定履行义务充满信心,这是交易得以达成的前提。正如卢曼所言,在最广泛的涵义上,信任指的是对某人期望的信心,它是社会生活的基本事实。^⑫一般而言,人与人之间的信任是建立在相互充分了解的前提下的。无论在任何社会关系当中,信任度的高低通常与当事人一方掌握对方的信息量大小成正比。当事人之间掌握彼此的信息越多,信任度就越高。反之,信任度就

^⑧ 参见倪娟《奥利弗·哈特对不完全契约理论的贡献——2016年度诺贝尔经济学奖得主学术贡献评介》,载《经济动态》2016年第10期。

^⑨ 参见[美]弗兰克·B. 克罗斯、罗伯特·A. 普伦蒂斯《法律与公司金融》,伍巧芳、高汉译,北京大学出版社2011年版,第44页。

^⑩ 参见中国银行间市场交易商协会《中国信用衍生品创新与发展问题研究》,中市协研A-005课题报告,第3页。原文信用风险的概念是针对金融市场中提出的,本文引用时根据语境稍作了变动。

^⑪ 参见黄奕林、赵爱华《不确定性经济学的发展》,载《经济动态》1997年第9期。

^⑫ 参见前引^⑥尼古拉斯·卢曼书,第3页。

越低。一般而言,越熟悉的人之间信任度就越高,越陌生的人之间信任度就越低。因此,费孝通先生认为,熟悉可以得到信任,这种信任最为可靠,无需法律制度保障。^⑬但是,这一规则只适用于熟人社会。而在商业社会中,绝大多数交易是发生在陌生人之间的,当事人之间对对方信息的掌握有限,一般而言只能是一些可以通过公开渠道获得的信息。这类信息主要是商事登记记载的商事主体的基本情况信息,包括自然人的姓名(法人或组织的名称)、注册资本、住所等信息;再就是在特定群体比如行业内口口相传的行为人的诚信记录、商事信誉等无形的信息。不过,无论如何当事人之间掌握交易对手的全部信息是不可能的。“在知识搜寻成本高昂而成果又不确定的情况下,人们只获得特定的部分信息并保留对其他信息的无知是合乎理性的(理性的无知)。”^⑭有研究表明,当事人之间掌握的信息情况会成为交易的潜在障碍。^⑮

由此可见,对相对人信息的充分掌握是信任的前提。福山认为,所谓信任,是在一个社团之中,成员对彼此常态、诚实、合作行为的期待,基础是社团成员共同拥有的规范,以及个体隶属于那个社团的角色。^⑯这一认识同样适用于商事活动中,只不过是“将‘社团’放大到商人群体或者更大范围——参与商事活动的任何个人或组织。在市场经济中,信任是所有交易的前提。任何一笔交易,如果买方对卖方提供的产品的品质、质量没有信任,或者卖方对买方的支付手段和支付方式没有信任的话,交易就没有办法进行。从这个意义上说,没有信任就不会有交易发生,就不会有市场。^⑰信任作为对未来的期望,是建立在假定未来是确定的基础上的。但对于未来,唯一可以确定的事恰恰是其不确定性。如前文所述,除情势变更和不可抗力以外,产生不确定性问题的主要原因在于信息不完全、不对称,尽可能使得当事人全面、及时掌握交易的相关信息,是解决这一问题的唯一有效途径。而这一目标只能通过外在的制度保障才能实现,对于信息需求方来说,应当保障其通过正当程序可以获取相对人的主要信息;对于信息提供者而言,应该有良好的激励机制使得其主动披露相关信息。

不过,以种种法律措施来取代信任,必然造成经济学家所谓的“交易成本”上升。如果一个社会内部普遍存在不信任感,就好比对所有形态的经济活动课征税负,而高信任度社会则不须负担此类税负。^⑱从这个意义上说,信任度与成本成反比。信任度越高,沟通成本、交易成本越低;信任度越低,沟通成本、交易成本越高。对于单个交易关系如此,对于整个社会亦如此。正如有学者所言,信任作为经济交换的润滑剂,能够减少经济交换中的摩擦,降低交易成本。然而,信任是有两面性的,因为经济领域中的不确定

⑬ 参见费孝通《乡土中国》,北京出版社2005年版,第8页。

⑭ [德]柯武钢、史漫飞《制度经济学:社会秩序与公共政策》韩朝华译,商务印书馆2000年版,第65页。

⑮ See Paul R. Milgrom, Douglass C. North & Barry R. Weingast, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, *Economics and Politics*, Vol. 2, No. 1, March 1990.

⑯ 参见[美]弗兰西斯·福山《信任——社会道德与繁荣的创造》,李宛蓉译,远方出版社1998年版,第35页。

⑰ 参见张维迎《信息、信任与法律》,生活读书新知三联书店2006年版,第2页。

⑱ 参见前引⑯,弗兰西斯·福山书,第36页。

因素,为了防止欺诈行为需要采取各种防范措施,不能对人过分信任,否则有可能会遭受巨大损失,只能选择信任那些我们认为“值得信任”的人。^①

但是,在商业社会中,只在相互了解、相互信任之间进行交易活动是不可能的。那么除了“值得我们信任”的人之外,还有哪些人是可以被信任的?换句话说,如何保障存在于陌生人之间的信赖利益?这就必须设计一种机制,使得在信息不对称、未来不确定的情况下,激励当事人诚实守信、不诈不欺,是为信用。有学者认为,法律上的信用是指民事主体所具有的偿付债务的能力而在社会上获得的相应的信赖和评价。^②这种说法有一定的道理,但并不全面,没有涵盖不同领域的法律信用,比如政府信用就不仅仅是一个偿债能力的问题,通常是指一国政府对其国民、组织甚至他国的守约能力、承担义务的勇气和行动力等等,更多地具有公法意义。当然,如果仅就私法领域而言,上述定义基本可以成立。

当事人之间只有有了信用,交易才能得以达成;有了信用,商业目的才能得以实现。张维迎教授认为,所谓信用,就是一种被有限接受的交易中介。没有交换就无所谓信用了,如果人人都自给自足的话,信用就没什么意义了。而且从信用的发出到收回之间有时间差,这中间可能会出问题,对于商家来说这就是一种风险。^③比如说,顾客甲在某商场购物,使用信用卡结账,商家对此接受并非源于对该顾客的信任,而是商家接受了发卡银行的信用。发卡银行之所以愿意替顾客代付货款,也是基于该顾客的信用。在此类交易中,信用起到了交易中介的关键作用。对于商家而言,存在着因为发卡行破产的极端情况,而无法取得价款的风险;对于发卡行而言,也必须承担顾客逾期不还款的风险。

可见,信用不同于信任。在很多情况下,信用可以在缺乏信任的环境下运行,完成促成交易、实现当事人商业目的的任务。具体而言,信任与信用的关系可以被描述为以下几点:一是信用源自于信任,信用可以增进信任,但又可以脱离信任而独立存在,比如当事人被迫接受信用制度的约束,不需要信任亦可发生交易关系;二是信任具有较强的主观性,信用具有相对客观性;三是信任通常难以量化,信用可以通过制度体现出来;四是信任是即时的、偶发的、一次性的,信用通常具有持续性、稳定性。而信用与风险的关系,大致可以被描述为:信用越高,风险越小;反之,信用越低,风险越大。^④

(三) 商事信用的界定

信用是现代社会的基石,是市场经济良性发展的助推剂。近年来,信用问题逐渐被学术界关注,哲学、经济学、法学、社会学及伦理学等诸多学科从不同角度对其进行研究,并产生了许多成果。^⑤本文关于信用的讨论,仅限于从商事交易角度对其进行解读。

^① 参见翟学伟、薛天山主编《社会信任:理论及其应用》,中国人民大学出版社2014年版,第179页。

^② 参见李晓安、阮俊杰《信用规制论》,北京大学出版社2004年版,第16页。

^③ 参见张维迎《信息与信用》,载郑也夫、彭泗清等《中国社会中的信任》,中国城市出版社2003年版,第252页。

^④ 参见江平:《现代企业的核心是资本企业》,载《中国法学》1997年第6期。

^⑤ 参见刘益《信用、契约与文明:基于实证研究的角度》,中国社会科学出版社2010年版,第14-17页。

所谓商事信用,是指信用在商事交易领域的体现和应用。作为商事活动的根基,商事信用产生于交易,应用于交易,并为商事交易所检验。商事信用与市场经济紧密相连,是维系现代社会各类关系的纽带。无论是人类社会早期的以物易物,还是现代社会的网络购物、电子支付等新型商业活动,都与商事信用息息相关、密不可分。

1. 商事信用是商事主体的有机组成部分。一般而言,信用具有两层含义:(1)它是对个人或组织恪守诺言、履行成约的行为的客观表述;(2)它是对个人或组织的守信道德的表述或评价。^{②4} 商事信用附着于商事主体,是对某个商事主体长期市场交易行为的客观表述或评价。一个主体的商事信用会因为主体的行为而随时变动,可能因某个主体的长期诚实守信而提高,也可能因其一次违约行为而大幅下降。

2. 商事信用是营利目标实现的重要手段。商事交易是以营利为目的,营利是所有参与者的共同目标,当事人必须选择信任他人特别是陌生人才能实现这一目标。信任是通往合作的道路,以信任为基础的协议可以持续得更长久,而且不必在每一步都反复协商。^{②5} 因此,商事活动的参与人通常都格外重视信用,这并非他们的道德有多高尚,而是具有良好的商事信用是其获取长期利益的前提。

3. 商事信用呈现动态发展变化。商事信用的发展是一个动态的过程,其随着人类社会生产方式、经济模式的发展而变化。正如马克思所言,随着商业和知识着眼于流通而进行生产的资本主义生产方式的发展,信用制度的这个自然基础也在扩大、普遍化、发展。^{②6} 人类社会早期的商事信用是建立在朴素的正义观基础上的,更多的是来自于道德层面的约束,比如诚实守信、不诈不欺;后来,因商业活动范围的扩大、商人群体的出现,商事信用逐步发展为契约信用;近现代以来,随着政府力量的日益强大、社会秩序日趋稳定,商事信用过渡到制度信用阶段。当然,道德、契约与制度三个层面的信用并非彼此替代的关系,三者是同时存在的,缺一不可,只是在不同的历史阶段,哪个更为占据主流的不同。

4. 商事信用是重复博弈的必然结果。重复博弈是一种特殊的动态博弈,相同结构的“阶段博弈”重复多次,甚至无限次。在每个阶段的博弈中,参与人同时行动。因为其他参与人过去的行动的历史是可以观测的,每个参与人就可能参考他们对手过去的博弈行为来行动,这样博弈导致的均衡结果在只进行一次的博弈之中没有出现。^{②7} 对于商事活动参加者来说,大多数人并不看重从偶发的、一次性的交易中获取短期利益,而是追求长期的、持续的稳定收益。在每次交易中,交易对手的历史信用记录会成为其是否诚实守信、本次交易风险大小的重要判断标准,对于交易是否能够达成至关重要。商事交易习惯和惯例的形成也是基于商事活动参与人重复博弈的要求,这也直接影响着商事立法。

^{②4} 参见前引^{②3},刘益书,第33页。

^{②5} 参见[美]埃里克·尤斯拉纳《信任的道德基础》,张敦敏译,中国社会科学出版社2006年版,第2页。

^{②6} 参见马克思《资本论》第3卷,中央编译局译,人民出版社2004年版,第450页。

^{②7} 参见[美]朱·费登博格、[法]让·梯若尔《博弈论》,黄涛等译,中国人民大学出版社2002年版,第127页。

5. 商事信用具有明显的财产属性。通常而言,“一手交钱、一手交货”的即时交易与商事信用关系不大,只有那些合同义务履行不同步的交易才涉及信用问题。一方面,商事信用的意义在于,交易关系的一方当事人相信其他交易对手对“未来”的承诺,对其履行义务充满乐观期待。这种“承诺”形成法律意义上的“债”,当事人之间的债权债务关系是典型的财产关系。可以说,信用是建立在财产关系基础上的,那么,信用量的大小必然与人(包括自然人和法人)和机构所拥有的财产数量密切相关。也就是说,所拥有的财产数量越大,其信用行为能力越强;反之,其信用行为能力越弱。^⑳另一方面,如果某个个人或组织商事信用高,那么其商事信誉就好。这是一种无形的财产利益,意味着其具有更多市场机会,可能获得更大的经济利益。

6. 商事信用的制度化、规范化有助于交易效率的提高。商事交易重在简便,贵在迅捷。对于商事主体来讲,简便迅捷的商事交易,就意味着交易周期的缩短、交易成本的降低、交易次数的增多和资金利润率的提高。^㉑从这个意义上说,法律制度越完备,不确定性越小,违背信用成本越高。一个好的信用制度,首要目的是降低交易风险,保障交易安全,其次是因降低交易成本而提高效益,最后是促进良好交易秩序与社会环境的形成。完备的商事信用制度让商事交易的所有参与者具有确定的规则可循,可以快速、准确地让商事活动参与者获知交易对手的商事信用如何,提高决策效率、降低沟通成本。从社会整体利益来说,每一笔商事交易效率提高、成本降低,会使得社会整体成本的降低,提高社会的整体效率。因此,构建合理、完备的商事信用制度对商事活动乃至整个社会至关重要。正如20世纪美国“法与社会”学术运动的领袖弗里德曼所言,商业是浮在信用的海洋上。在很大程度上,商法是关于信用的法律。^㉒

二、商事交易与商事信用的伴生关系

当代美国颇具世界影响力的法学家伯尔曼认为,在欧洲,直至11世纪晚期、12世纪,商法才被视为一种法律体系,基本概念和制度才得以形成。^㉓虽然在古代社会未能出现近现代意义上的商法,但商事交易在人类社会早期就已经出现,作为最基本的商事活动,产生伊始就遵循着某种行为规则。在商品社会初期,商品交易实践客观上也需要商事法律规范的调整。^㉔从这个意义上说,商事交易规则是实践的产物,它随着商品的出现而必然产生。

商事交易起源于交换。如果要使交换得以发生,乃至产生现代意义上的一切商业

^⑳ 参见刘锡良“序言”,载孙磊《信用体系演化的经济学分析》,中国金融出版社2010年版,第2页。

^㉑ 参见雷兴虎《略论我国商法的基本原则》,载《中外法学》1999年第4期。

^㉒ 参见[美]劳伦斯·弗里德曼《二十世纪美国法律史》,周大伟译,北京大学出版社2016年版,第58页。

^㉓ 参见[美]哈罗德·J.伯尔曼《法律与革命——西方法律传统的形成》(第1卷),贺卫方等译,法律出版社2008年版,第327页。

^㉔ 参见前引④,范健、王建文书,第73页。

行为,都必须至少满足三个条件:一是明确物的所有权;二是当事人达成一致的意思表示;三是交换(交易)行为当事人之间的相互信赖。对于前两点,马克思有极其精准到位的分析:“商品不能自己到市场去,不能自己去交换。因此,我们必须找寻它的监护人,商品占有者。商品是物,所以不能反抗人。如果它不乐意,人可以使用强力,换句话说,把它拿走。为了使这些物作为商品彼此发生关系,商品监护人必须作为有自己的意志体现在这些物中的人彼此发生关系,因此,一方只有符合另一方的意志,就是说每一方只有通过双方共同一致的意志行为,才能让渡自己的商品,占有别人的商品。可见,他们必须彼此承认对方是私有者。”^③第三点则是指当事人彼此信任对方对交换(交易)物品品质的保证及其会如实缴履行承诺交付物品。不过,绝大多数交易中货物与钱款的交付都是不同步的。除了现货商品的以物易物的交易外,几乎所有的经济交易都存在着欺骗的可能性。^④即使在最为原始的物物交换的方式下,交换行为也不可能在交换时间上完全同步,总是有先后顺序。“一手交钱、一手交货”仅仅存在于理论上,较为复杂的明确约定了先后履行顺序的交易更是如此,这就产生了经济意义上的信用。由此可见,权利的让渡与预期回报在时空上是分离的,并且这种回报的实现还有赖于相对方,这就是最早的信用关系。^⑤如果说,用于交换(交易)的物的所有权是商事交易的前提基础,意思表示一致的契约关系是商品交易的必要条件,那么信用则是商事交易目的实现的保障和决定性因素。

对此,可以从以下三方面进行解释:

其一,一般等价物以及货币的产生基于信用。人类社会早期最原始的以物易物并不是商品交易,因为这种行为的目的并不是获利,仅仅是为了满足当事人的生活需求。随着生产力的发展,农业和手工业发生了进一步的分工,从而发生了直接为了交换的、日益增加的一部分劳动产品的生产,这就使单个生产者之间的交换变成了社会的迫切需要。这被恩格斯称其为人类历史上的第三次社会大分工。^⑥这导致了商人这一特殊阶层的出现。商人们不直接生产用于交换的物品,却充当了生产者之间彼此交换物品的中介并且从中牟利。他们起初使用一般等价物后来使用货币,从生产者处购买产品,再卖给需求者。这一较之原始的以物易物复杂得多的交换过程的完成,要通过建立多个法律关系才能实现。

这其中,一般等价物充当交换媒介,后来发展成为专门的货币,这既是商事交易的产物,也是商事交易的基础。从物物交换到一般等价物,再到货币,是一个自然而然、自发的过程,是商事交易的需求促成了这一切。马克思说:“生产已使商品流通得到了足够的发展,以致商品流通达到了形成货币的地步,并且使货币在它的各种不同职能上得

^③ 马克思《资本论》第1卷,中央编译局译,人民出版社2004年版,第103页。

^④ See Paul R. Milgrom, Douglass C. North & Barry R. Weingast, *supra* note 20.

^⑤ 参见丁邦开等《金融信用法律环境论》,东南大学出版社2006年版,第5-6页。

^⑥ 参见恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》,中央编译局译,人民出版社1972年版,第163页。

到了发展”。^{③⑦} 货币作为交换媒介可以在彼此互不相识的人们中间自由地流通,并因此而转移在其表面表明的一定数额的一般购买力的支配权。^{③⑧} 也就是说,作为商品流通的中介,货币取得了流通手段的职能。^{③⑨} 作为某种物品包括金银在内,成为货币的前提是被某一范围内的人们承认其具有流通功能的中介地位。无论是一般等价物还是货币,商事交易关系中出售商品的一方在接受买方的一般等价物或者货币时,深信其可以使用它从他人手里购买商品。正如亚当·斯密所言,货币是一切文明国家商业上的通用媒介,通过它,一切货物都能进行买卖,都能相互交换。^{④⑩} 货币既能建立商业关系,也能在瞬间终结这种关系。货币作为信任的“假肢”,减少了我们与他人建立为维护信任的需求。^{④⑪} 货币的出现解决了当事人之间的信任问题,在一个交易中,只要当事人一方取得了货币,就意味着其债权得到了实现。货币作为交易媒介,能够大大节约商品和服务的交易时间,从而提高经济效率。^{④⑫}

作为一种交换媒介,关键性的前提就是要得到交易双方的认可。只有取得货币的一方相信自己可以凭借货币兑换得到想要的社会资源,货币才能被接受。所以货币事实上也是一种对权利的承诺,承诺货币持有者可以支配相应数量的社会资源。从这个意义上说,货币可以被看作载有对社会资源支配权的契约。^{④⑬} 货币充当支付手段的职能,从而商品生产者和商品经营者之间债权人和债务人的关系,是由简单商品流通而形成的。随着商业和只是着眼于流通而进行生产的资本主义生产方式的发展,信用制度的这个自然基础也再扩大化、普遍化、发展。^{④⑭} 因此,物物交换体现的是交易当事人的信用;一般等价物被部分人接受作为交易媒介,代表着少数人的信用;货币作为被普遍接受为交易媒介,凝聚了一个国家或者地区所有人的信用。这一演变是一个从个体信用到群体信用,再到政府信用、国家信用的过程。

其二,信用维护交易而形成商事规则。交易出现的一个前提条件是,交易能带来总收益(社会效率)的增加,从而使得交易双方受益。但是,交易带来总收益的增加只是交易出现的必要条件,而非充分条件。交易出现的另一个必要条件是,当事人都有充分的信心预期对方能履行承诺。否则,即使交易能带来社会剩余,交易也不会发生。^{④⑮} 这里谈到的承诺就是一项商事交易中双方当事人意思表示一致的结果。这种意思表示一致的交易方式在人类早期时代的物物交换过程中就存在,但却并未形成近现代法律意义上的契约。起初的交换通常是偶发式的,缺乏严格的形式要求,也并无确定的规则可遵

^{③⑦} 《马克思恩格斯全集》第48卷,人民出版社1980年版,第358页。

^{③⑧} 参见[英]马歇尔《货币、信用与商业》,叶元龙、郭家麟译,商务印书馆1985年版,第15页。

^{③⑨} 参见前引^{③⑧},马克思书,第136页。

^{④⑩} 参见[英]亚当·斯密《国富论》(上册),郭大力、王亚南译,商务印书馆2014年版,第23-24页。

^{④⑪} 参见[加]戴维·欧瑞尔、[捷]罗曼·克鲁帕提《人类货币史》,朱婧译,中信出版社2017年版,第5页。

^{④⑫} 参见[美]弗雷德里克S.米什金《货币金融学》,马君潞等译,机械工业出版社2011年版,第42-43页。

^{④⑬} 参见王学龙、于潇、白雪秋《货币契约、金融功能与经济发展》,载《财经问题研究》2012年第1期。

^{④⑭} 参见前引^{④⑫},马克思书,第450页。

^{④⑮} 参见张维迎《法律制度的信誉基础》,载《经济研究》2002年第1期。

循。在长期的交易实践中,一些做法逐渐被大家认可,对这些做法的统一认识,就意味着在商人团体中产生了信用,也意味着交易规则的形成。换句话说,商事信用是随着人类交易活动的出现而自发形成的。同时,最初的商事规则——交易习惯也随之产生。概而言之,决定交易习惯产生的主要因素如下:一是商事交易连续性的需要;二是特定商人团体的形成;三是对交易目的达成性的追求。这三者从不同的侧面反映着商事信用对交易的关键作用。

其三,商事信用贯穿商事交易的全过程。如前所述,从商事活动参与者进行接触、磋商开始,对方当事人的信用直接决定着交易是否可以达成。比如,在北美殖民地发展早期,赊销现象普遍,殖民地进口商通常会授予其顾客一年左右的赊销期,这时卖方需要依靠买方的信用情况来确定是否与其交易以及如何与其交易。^{④⑥}一旦交易达成,意味着在当事人之间形成契约,所有当事人都受到契约的约束。多样化的商事交易之所以具有共同的法律形式——契约,本质上是为了满足商事交易中交易者的信用需求。交易的核心始终是允诺的交换,在交易的整个过程中,都会涉及交易者对彼此之间行为的预期,这种预期的实质即为信用关系的体现。从这个意义上来看,契约是商事信用的物化形式。^{④⑦}契约使人们获得了一个有力的自治手段,而法律的规定又进一步扩展了人们使用契约形式的便利。随着期票、汇票、提单、经纪、保险、代理等手段的出现,远距离的交易和信用关系得以扩展。^{④⑧}

可以说,商事交易通过契约的形式体现出来,商事信用是商事交易的根本性保障,商事信用对商事交易的维护也是通过强制当事人履行契约义务来完成的,这必须通过法律制度对此予以规定。信用的经济学内涵包括信守合约、诚实交易与摒弃机会主义行为。^{④⑨}信用进入法律框架,意味着如何构建制度,以保证当事人可以信守合约、诚实交易与摒弃机会主义行为。商事信用法律制度的作用就是交易发生前为当事人提供信用参考,交易磋商时帮助当事人准确判断信用风险的大小,信用风险发生后为当事人提供适当的救济手段。

三、信用对商事主体的法律意义

信用之于商事主体来说,如同灵魂之于自然人。商事主体是商事信用制度化的集中体现,是信用主体在商事交易领域的表现形式。商事信用的发展推动着商事主体制度的演进,商事主体制度的构成是由商事信用的需要决定的。

(一) 商人的产生是商事信用主体化的标志

^{④⑥} 参见赵磊等《信用评级失灵的法律治理》,中国政法大学出版社2013年版,第1页。

^{④⑦} 参见王坤《私法中的契约制度与商事信用扩展的关系》,载《政法论坛》2010年第3期。

^{④⑧} 参见[英]彼得·斯坦、约翰·香德《西方社会的法律价值》,中国法制出版社2004年版,第170-171页。

^{④⑨} 参见程民选《信用的经济学分析》,中国社会科学出版社2010年版,第24页。

在人类社会早期,并没有专门从事商品交换的特殊群体。随着生产力的发展,手工业从农业中分离出来,从而发生了直接为了交换、日益增加的一部分劳动产品的生产,这就使单个生产者之间的交换变成了社会的迫切需要,出现了一个不从事生产而只从事产品交换的阶级——商人。^{⑤①}如前所述,商事信用是商事交易重复博弈的产物。商人将从事商事活动作为职业,出于追求长期营利的考虑,与偶发的非职业商品交换相比,其势必更为注重商事信用。从商事交易相对人的角度来看,有着较为固定的商号、营业地点、经营范围的商人,也更为可靠。在这个意义上,商人群体的出现标志着商事信用的主体化。

整个商法体系更像是生命的有机体,单个商人并不能孤立存在,一个社会(国家)必须有一个庞大的商人阶层或群体,他们的商事信用相互作用,以复杂的方式交织在一起才能保障商业活动的正常进行。专业商人群体的出现不仅在商事交易上使得相对方获得基本信用保障,还拓展了商事信用的应用范围,极大地促进了商业的发展。比如,商业借贷就随之出现了,在11世纪的威尼斯,商人们通过高利率借贷获取资金,从事利润极高但风险很大的航海贸易。^{⑤②}商人阶层的出现,也直接促使了商事交易规则的制度化、规范化。从历史源流上看,商法就是从商人间有效的习惯和交易惯例中不断发展而来的。^{⑤③}

(二) 信用是商事主体的本质特征

最初的职业商人全部是自然人,其商事信用是附着于个体之上的。随着经济、社会的发展,商事信用拓展到组织体之上,催生了商法人、商合伙等拟制商人的出现。商事组织体的参与人超过两个,对于不同的参与人而言,这本身就是商事信用的体现。以公司的雏形康孟达为例,康孟达的拉丁文为 Commenda,含有信用和委托之意。组织是商业性共同经营体,即依成员契约规定,一部分人以自己的信用获得另一部分人的资本;而另一部分人则以自己的资本委托前一部分人从事经营。^{⑤④}

一个自然人被认定为商人或者一个组织被赋予商人资格,意味着其不仅仅受到商事契约的约束,还要受到在商人群体内适用的专门规则——交易习惯或惯例的约束。如果其一旦违约,在被当事人追偿的同时,很有可能也会受到商人自律组织——行会的处罚,以维护商人的群体声誉和市场整体秩序。商法人、商合伙与商自然人不同,属于拟制商人的范畴。所谓拟制商人,完全是法律上的概念,不是自然所赋予的,因此不会像自然人商人一样,一旦存在即合法。拟制商人的设立必须满足一定的条件,只要符合了法律所规定的条件,拟制商人才能获得法律所确认的商事权利能力和行为能力,也就是营业经营权得到确认。^{⑤④}

^{⑤①} 参见前引^{⑤①}恩格斯书,第163页。

^{⑤②} 参见[比利时]亨利·皮雷纳《中世纪的城市:经济和社会史评论》,陈国樑译,商务印书馆2006年版,第70-71页。

^{⑤③} 参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第2页。

^{⑤④} 参见王保树主编《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第76页。

^{⑤④} 参见胡晓《商事登记功能研究》,西南政法大学2008年硕士论文,第11-12页。

人类社会早期,商人作为一种职业,其身份的取得并不需要公权力机构的承认或授予。现代社会,绝大多数国家的法律都规定,商人主体资格的取得必须经过特定的法律程序——商事登记。可以说,商事主体登记法律制度主要就是一个公示商事主体信用状况的制度。这种信用公示不仅有利于商事主体自身营业信用的展示,而且更有利于减少交易风险。^⑤对于商自然人、商合伙以及商法人来说,商事登记的意义不同。商自然人通过商事登记,其从事商业经营的资格得到确认,主要是起到公示公信的作用;商合伙实际上是商自然人的特殊形态;商法人通过商事登记,“拟制”为法律意义上的具有独立权利能力和行为能力的主体,有限责任制度将股东的责任与法人的责任区隔开来。由此可见,从商事主体的角度看,商事信用的取得是通过商事登记完成的。依照商事登记取得商事信用具有以下两方面的含义:一是形式意义上的商事信用,即商主体资格的取得;二是实质意义上的商事信用,即商主体是否独立承担民事责任。

形式上的商事信用是商事主体资格的表征,是从事营利性营业行为的必要条件;实质上的商事信用则是商事主体资格的内在,决定着商事主体商事活动的法律效果。在相当长的一段历史时期,并没有特定的公权力机关对商人进行登记,社会通过行业协会对商人的行为进行规制。基于企业自由的原则,近代各国曾长期实行过任意登记主义,或者在部分商事领域实行过任意登记主义,但随着市场经济的发展和国家对商事领域干预的加强,为维护市场经济的正常秩序,防止虚设的商事组织实施诈骗行为,现代国家立法逐渐趋向于采取强制登记主义。^⑥

通过登记制度对商事活动进行规范化。这一方面是出于国家管理的需要,另一方面是保障商行为交易相对方的利益需要。商事登记还发挥着商主体信用塑造的功能,经过登记的商人,其长期、固定的商行为,有利于商事信用的累积。如果商事信用被严重违反,轻则受到市场的惩罚,重则可以通过注销登记的方式对其商主体资格予以剥夺。因此,登记不仅是确立商事信用的方法,也是否定商事信用的途径。也就是说,在现代社会,如果想说要从事商业活动,必须首先履行商事登记手续。一经登记,无论是商自然人、商合伙还是商法人,均取得形式意义上的商事信用,其公示公信效力受到国家法律的保障。至于实质意义上的商事信用,则较为复杂,要视不同的主体、不同的立法例而定。

对于商自然人和商合伙来说,通常情况下,其经营性财产与个人财产并不严格区分,经营者对因为商事活动产生的债务承担无限连带责任。当然,在采取商自然人破产主义的立法模式下,一个经过商事登记的自然人,其经营性财产一般而言也独立于其个人财产,因为经营活动产生的债务与其个人其他债务相隔离。这些情况对于他们的商事活动相对人来说,在交易发生前就被推定为知道或应当知道。另一个特殊情况就是有限合伙人,其对合伙经营债务仅以出资为限承担责任,其责任形态都必须经过商事登

^⑤ 参见赵旭东《商事登记的制度价值与法律功能》,载《中国工商管理研究》2013年第6期。

^⑥ 参见前引④,范健、王建文书,第351页。

记公示出来。

对于商法人来说, 因为其具有了独立的法人人格, 法人财产独立于投资人(股东)财产, 法人的责任也独立于投资人(股东)的责任, 所谓有限责任。商法人的交易对手明明知道法人的投资人(股东)对它的债务不直接承担责任, 如果商法人资不抵债, 因交易而产生的债权极有可能受到侵害, 甚至血本无归。在这样的情况下, 之所以还有人愿意与商法人打交道, 根本原因在于相对人对商法人具有商事信用的信心。可以说, 法人制度是商事信用对现代法律主体制度的最大贡献。正如有学者所言, 法人资格最为重要的经济学意义在于其节约了交易成本。在股东通过合同授权给公司机关经营权力之后, 公司机关就变成了“中心签约人”。无论是任何交易主体, 包括债权人、员工、上下游供货商、顾客, 都不需要和所有的股东多边谈判, 而只是和“公司”单独签约就可以了。法人资格也提高了信誉能力, 降低了机会主义行为。⁵⁷

(三) 公司信用与股东信用

公司是典型的商法人, 在绝大多数情况下, 二者可以通用。公司是法律拟制的商事主体, 其有限责任是公司信用与股东信用的集中体现; 同时, 公司作为一系列合同束的集合, 涉及的每一个合同都是相关当事人信用的体现, 从这个意义上说, 公司是多重信用的集合体。因此, 以公司为观察对象, 研究信用对商事主体的法律意义至关重要。这不仅是商事主体制度构造的需要, 也是完善公司制度所必需的。

从信用主体的角度来看, 公司信用有双重含义: 一方面是公司自身的信用; 另一方面是股东(们)的信用。具体可分为: 股东与股东之间的信用; 股东与公司之间的信用; 股东的对外(公司债权人)的信用; 公司的对外(公司债权人)的信用。江平教授认为, 现代企业的资本信用包括三个方面: 一是公司注册资本的信用; 二是公司的信用; 三是信用的破产。⁵⁸ 第一点属于股东对公司的信用, 第三点包括公司对外(债权人)的信用以及股东对外(公司债权人)的信用。

在严格的实缴资本制下, 公司设立时股东足额缴纳全部出资, 认缴出资和实际出资没有时间差异, 股东对公司的出资信用主要体现为虚假出资与出资不实两种情况。只有在授权资本制与折中资本制下, 才有股东的注册资本信用问题。股东的出资方式不仅决定着股东对公司的信用, 也决定着公司对外(债权人)的信用。公司作为拟制法人, 在有限责任制度的“庇护”下, 仅以其自有资产对外承担责任, 而公司资产的数额与公司资本是不一致的。因此, 决定公司信用的并不只是公司的资本, 相反, 公司资产对公司的信用起着更重要的作用, 与其说公司的信用以公司的资本为基础, 不如说是以公司的资产为基础。⁵⁹ 这种说法一经提出, 就引起了许多公司法学者的共鸣, 成为否定“资本信用说”的有力依据, 并成为批判我国公司法上注册资本制度的常用理由。这被认为是体

⁵⁷ 参见张维迎《理解公司: 产权、激励与治理》, 上海人民出版社2014年版, 第192页。

⁵⁸ 参见前引²江平文。

⁵⁹ 参见赵旭东《从资本信用到资产信用》, 载《法学研究》2003年第5期。

现了持论者敏锐把握了社会变迁的时代脉搏,他们对现实的观察能力更胜于对法理的阐释能力。^⑥

公司资本信用属于股东对公司、对债权人的信用范畴,公司资产信用属于公司对债权人的信用范畴。公司作为法律拟制主体,交易相对人和社会公众判断其信用大小的首要考虑因素就是资本状况,包括注册资本多少、实缴资本情况、有否虚假出资、抽逃资金行为等等。一般而言,公司成立之初,公司资产与实缴资本是一致的,实缴资本的多少与公司信用的大小成正比。从这个意义上说,资本信用是资产信用的基础。公司运行期间,其信用基础为公司资产。公司资本属于公司章程、工商登记的必备要素,其注册资本、实缴资本多少一目了然,但一个运行中的公司,其净资产多少很难确定。因此,在股东信用显示上,实缴资本股份比资本股份更有利用价值。^⑦当然,强调这一点并不意味着否定认缴资本制的合理性。在认缴资本制下,股东只是承诺在一定期间内缴纳一定数额的出资,其是不是到期如实履行出资义务在公司成立之时不得而知。资本信用要求其必须全面履行上述义务,包括足额出资、不虚假出资、不抽逃出资。资产信用要求公司以其全部所有资产对外承担责任,这是公司作为一个独立的民事主体的当然逻辑。可以看出,公司的资本信用与资产信用并不矛盾,它们是公司信用的一体两面。公司资本是公司资产的根本,脱离开资本信用,资产信用就是无源之水、无本之木。

上述讨论不仅具有理论意义,更具实践价值。除公司资本制度以外,公司人格否认、股东代表诉讼等一系列现代公司制度均与商事信用密切相关,在进行相关制度设计时,应该从有利于商事信用塑造、有利于促进商事交易效率、保障交易安全的角度出发。

(四) 商事信用的隐形激励

如前所述,商事交易不确定性的主要原因是当事人之间存在信息不对称,这是商事信用的基础之一。克服信息不对称存在的弊端,必须采取合理的激励机制。激励机制设计的目的,就是通过对行为主体的奖惩与其提供的信息或外在可观察的信息联系起来,从而将行为的社会成本和收益内部化为决策者个人的成本与收益。^⑧商事信用是商事交易重复博弈的必然结果,这决定着正当商人一定看重良好商事信誉的追求。从经济学视角来看,这属于商事信用的隐形激励(Implicit Incentive):商人对重复博弈的长期利益追求可以建立隐形激励“信誉机制”,它是行为主体基于维持长期合作关系的考虑而放弃眼前利益的行为,对“偷懒”的惩罚不是来自合同规定或法律制裁,而是未来合作机会的中断,隐形激励发挥作用的前提是,博弈必须是重复的。^⑨商人作为一种职业出现,是商事交易活动重复博弈的结果,本身也形成了一种良好的信誉机制。

在隐形激励的作用下,当事人的声誉是他的交易对手判断其商事信用高低的标准。

^⑥ 参见陈甦《资本信用与资产信用的学说分析及规范分野》,载《环球法律评论》2015年第1期。

^⑦ 参见陈甦《实缴资本的多重效用及其保障措施》,载《法学杂志》2014年第12期。

^⑧ 参见张维迎《作为激励机制的法律》,载张维迎《信息、信任与法律》生活·读书·新知三联书店2006年版,第87页。

^⑨ 参见前引^⑧张维迎书,第91-92页。

即使交易当事人之间并不熟悉,如果他们知道彼此过去的行为方式,那么良好的声誉就有可能成为一个有效的“契约”。^④与显性激励(Explicit Incentive)相比,隐性激励具有机制内在、当事人自愿、持续发生作用等几个特点。因此,一个完备的隐性激励机制较之显性激励机制(外在的、强制性的、偶发的)更加有效。中世纪商人法律制度(law merchant)的主要功能就是通过储存、提供有关个人交易行为的信息而使得维持商人之间交易的信誉机制能更好地发挥作用。^⑤

商人的信誉通常被称为商誉,从商誉所附着的主体角度看,商誉具有财产利益,应当赋予商人以商誉权,以便法律保护其相关利益。对于这一点,学术界并无争议,但是对于商誉权属性的认识不一。长期以来,我国民法学界许多学者认为商誉权在法律性质上属于知识产权。^⑥这是因为“它是人的脑力、智力的创造物,‘与各种各样的信息有关’而且‘这些信息与各种有形无知相结合’符合知识产权的固有特征。”^⑦从法理上看,这种观点是站不住脚的。商人的信誉来自于其交易对手、第三人或者社会公众的评价,并非商人自己对自己的评价,不是享有商誉权的商人的脑力、智力的创造物。因此,它不是知识产权,其保护比一般的知识产权更为复杂。^⑧商誉与其附着的商事主体不可分割,是商事信用在主体上的充分体现。有学者认为,法律应该规定商事人格权,商誉权是商事人格权的一部分,是有一定合理性的。^⑨

(五) 确立商人破产制度

经过商事登记的商人,其主体资格具有公示公信的效力,具有不同于其他个人或组织的商事信用。商人的信用与其主体资格不可分离,而这一信用又是与其所有的财产息息相关的。当一个商人资不抵债或陷入严重财务困境,其信用必定会大幅降低,如果允许其继续从事商事经营,可能会进一步增大债权人的债权实现风险,危及第三人乃至社会利益。巩固现有商事信用制度并修复对信用制度的破坏,是现代破产法的首要目标。^⑩因此,消灭商人的主体资格终止其商事信用,不仅是对债权人利益的维护,也是基于社会整体利益的考量。也就是说,从维护商事信用的角度出发,破产法应该确立商人破产制度。

确立商人破产制度有两种方式,一是破产法只采取商人破产主义;二是破产法采取一般破产主义。商人破产主义是指破产法只适用于商人而不能适用于非商人的立法原则。^⑪通常而言,一般破产主义是指对所有民事主体的债务清偿问题都适用破产法,不

^④ See Paul R. Milgrom, Douglass C. North & Barry R. Weingast, *supra* note 15.

^⑤ See Paul R. Milgrom, Douglass C. North & Barry R. Weingast, *supra* note 15.

^⑥ 代表性成果如吴汉东《论商誉权》,载《中国法学》2001年第3期。

^⑦ 梁上上《论商誉和商誉权》,载《法学研究》1993年第5期。

^⑧ 参见王家福主编《中国民法学·民法债权》,法律出版社1991年版,第430页。

^⑨ 参见程合红《商事人格权刍议》,载《中国法学》2000年第5期。

^⑩ See Vanessa Finch, *The Measures of Insolvency Law*, Oxford Journal of Legal Studies, Volume 17, Issue 2, 1 July 1997, pp. 227-251.

^⑪ 参见邹海林《破产法:程序理念与制度结构解析》,中国社会科学出版社2016年版,第16页。

区分其是否是商人。从学理上看,在一般破产主义的立法模式下,商人破产问题也不同于其他主体。商人破产的直接法律效果是注销其商事登记,进而消灭其商事主体资格。这对不同类型的商人来说,法律意义不同。商法人破产,其商事主体资格消灭,民事主体资格同时消灭;商合伙破产,其商事主体资格消灭,合伙人的民事主体资格依然存在;商个人破产,其商事主体资格消灭,民事主体资格不受任何影响。

我国现行破产法采取严格的“企业法人破产主义”,学术界对于是否采取一般破产主义一直讨论激烈但并未形成统一认识。从上述分析看出,商人破产与商事登记实属商事主体信用制度的一体两面。抛开与本文主题关系不大的更广泛意义上的自然人破产不谈,我国破产法应该将适用范围扩大到包括商自然人在内的全体商人,以使商事信用制度周延与完备。

四、商行为的信用解读

商事信用是在长期的市场交易中自发形成的,同时,商事主体在交易活动中是否诚实守信、如实履约,也是商事信用的主要表现。这些交易活动在法律性质上属于商行为的范畴。所谓商行为,是指以营利为目的的行为。^②商行为是商事信用在商事活动中的体现,其制度设计直接受到商事信用的影响。

(一) 商行为何以独立?

长期以来,我国法学界普遍认为,商法是民法的特别法,民法与商法通常以“民商法”被提及。商法的独立性受到质疑的主要原因之一,就是无法抽象出具有独特内涵商主体、商行为概念,它们无非是民事主体、民事法律行为在商法领域的特殊表现形式而已。对于商法在立法和学术上享有独立性的依据是什么?尽管商法学家们做了很多努力,但迄今他们仍未成功地对大量商法规范给出独特而明确的特征,除了在形式上它们都可以对商人这个概念相联系之外。^③

如前所述,商事活动是典型的重复博弈。在一个重复博弈过程中,每个参与人都能够观察到博弈过去的历史,也就是博弈过去发生的事情。由于博弈重复多次,参与人关心的不仅仅是现阶段的收益,还包括未来的收益。^④对商事交易相对人来说,如何判断交易对手的行为是重复博弈的一个阶段博弈还是一次性的短期博弈,唯一的标准是看其是否以商业经营活动为业,是为行为的营业性。营业是商人商事活动的核心,从这个意义上说,营业性行为与商行为可以划等号。商行为是营业性行为,营业性表明行为主体至少在一段时间内连续不间断地从事某种同一性质的营利活动,因而是一种职业性

^② 参见前引^③,王保树主编,第46页。

^③ 参见前引^②,C. W. 卡纳里斯书,第7、8页。

^④ 参见张维迎《博弈与社会》,北京大学出版社2013年版,第128页。

营利行为。^⑤ 商人群体的活动与普通民事主体活动的最大区别在于, 商人以经商为业, 追求长期的、稳定的、持续的利润, 而非偶发的、一次性的利润。可见, 在重复博弈模型中, 人们追求长期利益会形成信任。^⑥ 因此, 商人本身代表着信用, 营业性行为——商行为也代表着信用。换句话说, 只有法律承认商人、商行为独立存在, 才能确立商事信用。对于商事交易来说, 这不仅会增强交易安全性, 而且会提高交易效率, 增加收益。

一方面, 从交易安全的角度看, 由于商人与交易对手之间的信息不对称, 极易发生道德风险以及机会主义行为。如果立法上应该承认商主体、商行为的特殊性、独立性, 由于重复博弈的作用, 商人的活动通常会更加诚实守信, 不隐瞒、不欺诈, 如实履行义务。另一方面, 从交易效率的角度来看, 商人以商业经营为业, 注定会追求商行为的标准、规范化与格式化, 这会大幅提高交易效率, 节省交易成本, 增加经济效益。

(二) 保护商事交易信赖

在商业活动中, 所有交易的达成都基于交易当事人对彼此诚实守信的信赖, 这是商事信用的内核。在一个商事交易中, 一方为信用持有者, 另一方为信用接受者。对于愿意接受信用的人, 必须信赖信用持有者有履行契约的能力和意志, 是为交易信赖。交易信赖直接关系到交易活动的正常进行以及市场秩序的安定。保护交易信赖, 就是维护商事信用。近年来, 法律上的信赖开始受到我国学术界的重视。不过, 绝大多数关于信赖的研究成果是由民法学者们完成的, 他们通常认为, 信赖是英美合同法的产物, 信赖利益保护属于合同法范畴。^⑦ 与之相比, 商法语境下信赖涉及的问题更多, 适用范围也更为宽泛, 包括商事主体、商行为以及法律责任, 无一不和信赖密切相关。法律通过课以商人较高的义务, 保护交易相对人、第三人在商事交易中的信赖利益。

根据信赖对象的不同, 商事交易信赖可分为两种类型: 一是对商事主体的信赖, 主要是指商事交易相对人、社会公众对商事登记事项的信赖。商事登记具有法定的公示公信效力, 法律应该保护社会公众对此的信赖。比如对公司注册资本、实缴资本的信赖, 如果公司实缴资本不到位或者股东虚假出资、抽逃出资, 公司债权人可请求法院追究相关责任人的法律责任; 二是对商行为的信赖, 主要是指商事交易当事人对相对人商事活动产生预期法律效果的信赖。前者属于对登记事项的信赖, 这属于对非登记事项的信赖, 从根本上说, 是商人基于其特殊身份而获得的信用。商人作为职业群体, 长期的、持续的营业行为会逐步提高其商事信用, 交易相对人、第三人以及社会公众在此基础上会对商人的行为产生信赖, 这种信赖普遍存在于商事活动之中。

1. 商事交易中的缄默

各国民法普遍规定, 一般而言, 对于合同要约, 须有受要约人承诺, 合同才能成立。如果受要约人在承诺期限内不及时承诺, 要约失效。但是, 在商事交易中的一些特殊情

^⑤ 参见前引④, 范健、王建文书, 第396页。

^⑥ See David M. Kreps, *Corporate Culture and Economic Theory*, in *Perspectives on Positive Political Economy*, ed. by James E. Alt, Kenneth A. Shepsle, Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pp. 90-142.

^⑦ 参见马新彦《信赖与信赖利益考》, 载《法律科学》2000年第3期。

况下,要约对商人的拘束力高于普通人。《德国商法典》第362条第1款规定:由商人的营业经营产生为他人处理事务,并且关于处理此种事务的要约从某人到达该商人,而该商人与此人具有交易关系的,该商人负有义务不迟延地予以答复;其缄默视为对该要约的承诺。⁷⁸之所以如此规定,有两方面的理由:一是在于商人交易的特殊稳定性需要;二是在于人们基本上可以预期商人知悉商事惯例,所以对他们适用较高的信赖构成标准。⁷⁹

2. 外观主义原则

商事信用的两大功能是保护交易安全和提高交易效率,这一方面要求当事人交易时快速进行判断、做出决策;另一方面尽量维持已经形成的交易秩序,保护善意者的利益。因此,外观主义成为各国商法普遍采取和坚持的原则。所谓外观主义,即以当事人交易行为之外观为准,而认定其行为所生之效力。⁸⁰坚持外观主义的理由是相对人已经基于对外观的合理信赖建立了比较稳定的法律关系,如果断然否定这种法律关系的基础,则势必造成交易秩序的紊乱。⁸¹

商主体与商行为具有目的上的营利性及形式上的营业性的特点,这通过商事信用与第三人联系起来。对于交易相对人、第三人和社会公众来说,承认商主体、商行为的商事信用就意味着必须坚持外观主义。外观主义原则在商法中随处可见,比如公司股东的确认、票据的文义性等等。法律上承认外观主义由来已久,民法中的善意取得、表见代理等重要制度均来自于商法,都是外观主义的典型表现。

3. 交易定型化

在正常的交易中,合同自由是最为理想的状态。不过,在商事实践中,追求完全的合同自由极易导致双方当事人反复磋商、争执不下,难以最后达成一致。商人们在长期的商事活动中,概括总结出一些交易规律,追求交易简化、效率提高。因此,权利证券化和义务格式化是商法的一个重要特点。如广泛采用票据、提单、保险单等,通过这些要式文件和文义文件,使法律行为标准化、定型化,从而简化了权利转让和权利认定的程序。⁸²

商事交易定型化是信用在商行为规则中的体现,符合商事信用的理念,一方面保障效率,另一方面保护交易安全。相对人在明知交易定型化的前提下,依然选择与定型化文件提供者进行交易,完全是出于对其的高度信赖。现代社会中,定型化交易越来越普遍,最为典型的是广泛存在的形形色色的格式合同。与传统合同相比,格式合同有效率较高、程序简单等优势。对于非垄断行业而言,采用格式合同可大幅节约经济成本和时间成本,还有利于提高社会整体利益。其他定型化交易方式也具有同样的效果。

(三) 商事信用节省流通手段

⁷⁸ 参见《德国商法典》杜景林、卢谔译,中国政法大学出版社2000年版,第172页。

⁷⁹ 参见前引⁷⁸ C. W. 卡纳里斯书,第568页。

⁸⁰ 参见梁宇贤《商事法论》,中国人民大学出版社2003年版,第15页。

⁸¹ 参见叶林、石旭雯《外观主义的商法意义——从内在体系的视角出发》,载《河南大学学报》2008年第3期。

⁸² 参见范健主编《商法》,高等教育出版社2011年版,第12页。

商事法律制度的演化和发展,是一个逐步降低不确定性可能引发的风险的过程,也是一个逐步节省流通手段的过程。马克思说:“一切节省流通手段的方法都以信用为基础。”^⑧他以汇票为例,形象地描述过商事活动中的信用:商业信用,即从事再生产的资本家互相提供的信用。这是信用制度的基础。它的代表是汇票,是一种有一定支付期限的债券,是一种延期支付的证书。每一个人都一面提供信用,一面接受信用。如果这些汇票通过背书而在商人自己中间再作为支付手段来流通,由一个人转移到另一个人,中间没有贴现,那就不过是债权由A到B的转移,而这绝对不会影响整个的联系。^⑨

汇票这种特点是流通环节减少的表现,也是信用手段充当流通工具的表现。票据当事人由于出票、背书、承兑与保证等票据行为,将自己的名字签署于票据之上,实际上是将自己的信用附着于票据之上。这一信用甚至独立于基础债权债务关系(票据无因性),当事人仅凭借票据信用,即可实现债权债务关系,票据发挥了法定货币一样的流通职能。法定货币代表着国家信用,可以成为流通手段的保障。汇票、本票等票据,虽无国家信用作为保障,但通过当事人的票据行为使得票据上署名的当事人之间达成一个信用链,达成认可该票据流通功能和支付功能的信用共识。正如著名的马克思主义经济学家鲁道夫·希法亭认为:“票据流通由商品在某个价格下的流通规模来决定,它纯粹是一种私人债务工具,既可以同其他的票据凭证相抵消,也可以转化为货币。票据这种私人的东西因此变成了被社会认可的有效的等价物。它是由货币的支付手段的职能产生的,是用信用替代货币,用交易双方私人间的契约互信关系替代货币,而这种私人契约互信关系的基础是他们彼此之间对支付能力和社会地位的认可。”^⑩

综上所述,商事信用对商行为至关重要。一方面,商行为体现商事信用;另一方面,商事信用保障商行为顺利开展。倘若商事信用能够充分发挥作用,那么在双方信任的前提下,交易关系极易形成,可以大幅度节约经济和时间成本,从而提高交易的效率,并同时保障交易的安全。在高效安全的商事活动中,以信用为基础的常规行为和创新行为都将获得最大限度的发展空间,进而与商事规则互动互生。

结 语

商事法律制度是随着生产方式、科学技术以及经济模式的变化而发展的。这一过程是逐步消除不确定性、扩大商事信用适用范围,甚至改变商事信用形态的过程。正如亚当·斯密所言:“商业发达的社会往往也是讲信用的社会。”^⑪对于一个国家而言,商业发达程度与信用水平基本是成正比的,没有哪一个商业发达、经济发展水平高的国

^⑧ 前引^②,马克思书,第589页。

^⑨ 参见前引^②,马克思书,第542页。

^⑩ [奥]鲁道夫·希法亭《金融资本》李琼译,华夏出版社2010年版,第46页。

^⑪ 亚当·斯密《道德情操论》,蒋自强等译,商务印书馆1998年版,第106页。

家,社会信用低下;反之亦然。我国改革开放40年历程,是由计划经济到市场经济逐步发展的过程,也是商事信用法律制度逐步建立的过程。改革开放的成功经验有很多,经济活动中讲信用、践行契约精神,社会生活中诚实守信,必然是其中之一。

近十年来,互联网技术广泛普及,特别是移动互联网发展迅猛,人类社会已经步入大数据时代,绝大多数人几乎无时无刻不与网络相连。各种移动互联软件的应用更是无孔不入,移动互联技术深度渗入到社会各个角落,正在改变着我们的生活方式与工作方式。信用正被海量信息和身份识别技术所改变,大数据技术对交易行为的分析使得商事信用制度也面临着极大的机遇与挑战。大数据时代的个人信用具有了商事信用的属性,不同身份的主体信用程度不同,可以说信用与身份密不可分。这一点在大数据时代被准确观测到了。这一发展规律实现了“从契约到身份”的回归,对商事立法提出了新的挑战。在编纂一部符合时代精神之民法典的大背景下,如何处理民法与商法的关系、如何在民法典中安排商法规则,都是必须直面的重大问题。商事信用是商法的灵魂,藉此搭建商法“大厦”构建商法的规范性体系,是新时期商事立法的必由之路。

Abstract: The basis of commercial transactions is mutual trust between the parties. The process of achieving, fulfilling and completing a transaction is full of uncertainties and risk for the parties that the transaction purpose cannot be achieved. A complete credit system can reduce uncertainty and trading risk. Commercial credit is the foundation of commercial activities: universal equivalent and currency generation are based on credit; transactions maintain credit to form commercial rules; commercial rules run through the whole process of commercial transactions. The commercial subject is the concentrated reflection of commercial credit institutionalization, and the manifestation of credit subject in the field of commercial transactions. The development of commercial credit promotes the evolution of the commercial subject system, the composition of which is determined by the demand of commercial credit. Commercial behavior is the externalization of commercial credit in commercial activities, and its system design is directly affected by commercial credit. Commercial credit is the soul of commercial law, and it is the only way for commercial legislation in the new era by constructing the “building” and normative system of commercial law.

(责任编辑:王莉萍)