

# 我国商法中加重责任理念的司法应用及立法构想

王建文\*

〔摘要〕 在我国商法学界及广大商事审判机构,已普遍认识到确立与适用商法理念的必要性,但对其内涵与外延却未形成基本共识。在此问题上,加重责任理念作为基本的商法理念,其司法应用及立法构想的研究具有重要意义。在许多民商事法律纠纷的法律适用过程中,是否应用加重责任理念将直接影响法律适用效果。这些典型问题包括:表见代理判断标准;违约金条款法律效力;虚假广告代言人的法律责任;违反安全保障义务的侵权责任。在双方均为经营者的商事法律关系中的法律适用中,加重责任理念同样具有重要意义。为确立加重责任理念,应在我国民商法中确立经营者及经营行为概念。由此,即使不实现加重责任理念的立法化,也同样能够实现其应有价值。

〔关键词〕 商法理念;加重责任;司法应用;立法构想

## 一、问题的提出:确立与适用加重责任理念的必要性

在我国理论界关于商法理念研究的推动下,近年来,司法部门对商法理念的关注程度不断提高,商法理念在商事司法实践中的运用也日益普遍。不过,由于商法理念并非法定概念,即使是在制定有商法典的国家,虽然存在很多体现商法理念的条款,但也并未实现商法理念或类似概念的立法化。因此,目前我国理论界与实务部门对商法理念的内涵与外延的理解不尽相同,<sup>①</sup>但关于商主体应比一般民事主体承担更为严格的义务与责任的认识,则不仅在商法理念中最具代表性,而且也取得了最广泛的共识,故不妨对此展开系统研究,以便为商法理念的司法应用及立法化提供理论基础。

理论界对商主体所应承担的严格义务与责任所作学理概括主要有“严格责任理念”<sup>②</sup>、“严格责任主义”<sup>③</sup>、“责任的加重”<sup>④</sup>等称谓。应当说,严格责任理念的概念颇为形象,但由于不少学者都是从

\* 法学博士,中国人民大学法学院博士后,河海大学法学院教授,100872。本文为江苏省社科基金项目《江苏中小企业法律风险防范机制研究》(10FXB005)、中国博士后科学基金面上资助项目(20110490491)及特别资助项目(2012T50167)成果。

① 参见王建文:《论商法理念的内涵及其适用价值》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2009年第1期。

② 参见范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》(第二版),北京:中国人民大学出版社,2007年,第43页。

③ 参见赵中孚主编:《商法总论》(第三版),北京:中国人民大学出版社,2007年,第44页。

④ 参见王保树:《商法总论》,北京:清华大学出版社,2007年,第75页。

归责原则的角度使用这一概念,而商法对商行为实施主体的义务与责任从严规定的制度并不同于归责原则意义上的严格责任,因而笔者将其改称为“加重责任”理念。

在大陆法系国家和地区的商法典中,体现加重责任理念的制度主要包括保证的连带责任、要约是否承诺的通知义务、对要约附送货物的保管义务、商主体的严格注意义务。<sup>①</sup> 作此制度安排的依据为:其一,商主体具备较高的经营能力,应在行为过程中承担较高的注意义务;其二,商法在保护营利的同时,基于公平原则,也应赋予商主体以严格的法律义务与责任。尽管这些制度主要存在于实行民商分立的大陆法系国家和地区,似乎不足以成为加重责任理念应普遍适用的例证,但事实上各国商事部门法中都普遍存在着体现加重责任理念的制度。例如,为保证股东出资的真实性,各国公司法都确立了资本充实责任,即为贯彻资本充实原则,由公司发起人共同承担的相互担保出资义务履行的民事责任。资本充实责任具体包括认购担保责任、缴纳担保责任及差额填补责任。该制度对公司资本制度的完善,推动公司的顺利设立,具有十分重要的意义。<sup>②</sup> 再如,为强化保险人的责任并保障投保人及受益人的权益,各国保险法普遍确立了不可抗辩规则,规定保险合同自生效之日起经过一段时间(一般为2年),就成为不可争议的文件,保险人就不得以投保人在订立保险合同时违反诚实信用原则、未履行如实告知义务为由而主张合同无效并拒绝赔偿给付保险金。<sup>③</sup>

显然,现代商法中的加重责任理念并不以民商分立为前提,而是普遍存在于商事法律关系之中。更为重要的是,加重责任理念不仅表

现在公司法、保险法等商事部门法规范之中,而且应适用于适用民法规范的商事法律关系之中。例如,在商场、超市及电子商城等商品销售企业,不时会发生标错价格并强行撤销合同的问题。在此情形下,往往基于错误或重大误解的规定而允许错标价格的销售企业撤销合同。事实上,基于商法之加重责任理念,完全可以判令销售企业自己承担因此造成的损失。这种显然不同于民法理念的法律处置只能建立在确立了商法之加重责任理念的基础上。<sup>④</sup> 类似问题还有很多,通过民法对各种可能需要特殊规制的行为作类型化规定显然无法达到同样效果,而基于商法中的加重责任理念设置相应的商法规范则可达到良好的立法效果。为此,本文选择一些具有代表性的需要适用商法中的加重责任理念的问题加以论证,并以此为基础提出加重责任理念的立法构想。

## 二、加重责任理念在表见代理判断标准中的司法应用

表见代理是维护交易安全、保护信赖合理的重要制度,它充分体现了现代民法价值取向的根本变化,在现代经济社会具有重要的制度价值。<sup>⑤</sup> 如何达到维护交易安全、保护合理信赖的目的,就成为表见代理制度运作的核心问题。但由于我国《合同法》第49条关于表见代理制度的规定较为简略,相关司法解释也未对表见代理制度的判断标准作明确界定,因而司法实践中往往表现出判断标准颇为混乱的局面,<sup>⑥</sup>相

<sup>①</sup>参见王建文:《中国商法立法体系:批判与建构》,北京:法律出版社,2009年,第138-142页。

<sup>②</sup>参见范健、王建文:《公司法》(第三版),北京:法律出版社,2011年,第144-146页。

<sup>③</sup>参见王建文:《不可抗辩规则的溯及力:扩张解释及其平衡措施》,《中国社会科学报》2009年10月27日第7版。

<sup>④</sup>参见王建文:《我国司法实践中的商法适用:困境与出路》,《现代法学》2010年第5期。

<sup>⑤</sup>参见董学立:《重新审视和设计无权代理》,《法学》2006年第2期。

<sup>⑥</sup>以江苏省高级人民法院为例,2003年发布了《江苏省高级人民法院民二庭——民商事审判中的若干问题》,2005年发布了《江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的讨论纪要(一)》,2009年发布了《江苏省高级人民法院民二庭关于宏观经济形势变化下的商事司法问题研究》,这三份文件都涉及表见代理的判断规则,但具体内容却存在冲突。

关判决也在一定程度上表现出不稳定性,<sup>①</sup>从而难以实现“定纷止争”的应有功能。

然而,我国民商法学界普遍对实践中存在重大认识分歧的表见代理问题缺乏足够重视,相关研究或理论深度不足或对实践关注不足,因而表现出诸多缺憾。具体来说,我国民法学界对于表见代理的研究基本停留在构成要件与表现形式的争论上,在这种学术争鸣过程中虽不断深化了对表见代理的认识,却未能为表见代理提供关于相对人是否存在过失及本人可归责性的具体判断标准。尤其是在缺乏商法理念及商法思维的情况下,民法学界关于表见代理构成要件的研究往往未考虑相关主体的法律性质(是否为企业或经营者),从而使可归责性的论断在复杂的实践面前表现出明显的不合理性。商法学界则几乎完全忽略了表见代理规范层面的系统研究,其对代理制度的关注点往往限于商事代理,因而也未能基于商法的立场对民法学界的研究作必要补充。<sup>②</sup>总而言之,我国民法学界与商法学界都未明确提出表见代理的可操作性判断标准,因而需要立足于商法的视角,对表见代理制度的判断标准作必要反思。

在我国司法实践中,审判人员对是否构成表见代理作司法裁判时,往往忽视了“相对人有理由相信行为人有代理权”这一要件所隐含的相对人善意无过失这一要件,从而导致不当扩大对表见代理的认定。也就是说,只有被代理人有外观授权行为且相对人善意无过失,才能认定构成表

见代理。<sup>③</sup> 依此,“相对人善意无过失”的认定就必须结合其主体属性与行为性质予以判断。

从域外法中表见代理的判断标准来看,对于表见代理中双方当事人的身份区分似可成为一种较为便捷的模式。在德国民法中对归责性程度的要求更高一些,在本人可归责性较低时,会倾向于仅课以赔偿信赖利益之责任。而商法中对可归责性程度的要求有所降低,以可归责于自己的方式引起的表见,均可产生履行请求权,无论有无过错,只要存在某种典型的可归责性,即可使责任成立。<sup>④</sup> 这种表见代理判断标准的具体化模式可称为民商区分的模式。而在美国法中,对于表见代理的判断标准也有类似民商区分的做法,在商事领域尤其是以公司为代表的企业组织中表见代理的规则与民法差别最大,在2006年美国《统一有限责任公司法》(ULLCA)的修订之后,不同类型公司表见代理权确认的规则又发生了巨大改变。<sup>⑤</sup> 公司组织的代理权一般产生于组织体内部,这种结构让一般人无需深究就能认定代理人的行为具有处分性,这种依据外观的判断方法显然与民法不同。

从我国民法中多数规范对民商区分不足的现状来看,如果能够对表见代理制度进行民商区分,将表见代理的抽象判断标准做一定程度的细化,则能为表见代理判断标准的重构提供一条可选择的道路。具体来说,若将经营者身份作为民商区分的模式,则其具体应用于表见代理判断标准时,

①代表性的判决包括:(2009)一中民终字第14302号《北京市第一中级人民法院民事判决书》,此判决中提到了“谨慎义务”;(2009)一中民终字第15757号《北京市第一中级人民法院民事判决书》,此判决中提到了明确提到了“表见代理”,同时提到了“代表公司的行为”;(2009)一中民终字第16581号《北京市第一中级人民法院民事判决书》,此判决中没有提到任何关于表见代理的信息,但这是个典型的表见代理判决;(2009)一中民终字第17771号《北京市第一中级人民法院民事判决书》,此判决中提到了“职务行为”;(2009)一中民终字第18853号《北京市第一中级人民法院民事判决书》,此判决中判决部分没有提到任何表见代理的信息,但在上诉方意见中提到了表见代理。

②参见肖海军:《商事代理立法模式的比较与选择》,《比较法研究》2006年第1期;韩莹慧:《商事代理》,王保树主编:《商事法论集》(第14卷),北京:法律出版社,2008年;陈徐奉:《论商事代理》,《河北法学》2009年第7期;吴前煜:《从两大法系间的冲突与融合构建商事代理制度——以商事代理授权行为之无因性为契机》,王保树主编:《商事法论集》(第16卷),北京:法律出版社,2009年;雷裕春:《关于完善我国合同法商事代理制度的思考——以〈合同法〉402条403条为视角》,《广西政法管理干部学院学报》2008年第3期。

③为解决表见代理的适用问题,《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要(一)》(2005年9月23日由审判委员会第42次会议讨论通过)对该项制度的认定作了详细规定。该“纪要”第14条第2款规定:“认定构成表见代理的,应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提,以‘相对人有理由相信行为人有代理权’即相对人善意无过失为条件。”笔者认为,该规定非常好地体现了合同法关于表见代理制度的立法精神。

④参见叶金强:《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》,《法律科学》2010年第5期。

⑤T. E. Rutledge and S. G. Frost, “RULLCA Section 301 – The Fortunate Consequences (and Continuing Questions) of Distinguishing Apparent Agency and Decisional Authority”, *The Business Lawyer*, 2008, vol. 64(1), pp. 37–58.

既应考察相关当事人是否为经营者,还应根据经营者是否为企业而对其主观过错或可归责性作具体判断。在第三人系经营者时,只要其违背了与其能力与要求相匹配的注意义务,即使过失较轻,也不能成立善意无过失,从而使表见代理无法成立。在此情形下,若作为第三人的经营者乃负有最高标准的注意义务的企业,则只要认定其未在交易过程中善尽注意义务,无论是否存在过失均使善意无过失不能成立,表见代理当然无从成立。在第三人系经营者(含企业)的情况下,无论本人是否为普通人,作为经营者的第三人的主观过错判断标准均不受影响。也就是说,在第三人系经营者(含企业)时,在表见代理判断标准中无需考虑本人的可归责性要件。在第三人系普通民事主体时,因其不具备经营者所应有的判断能力,对其注意义务要求不应过高,故唯其存在重大过失时才使善意无过失不成立,从而使表见代理易于成立。在此情形下,若本人系经营者,则其可归责性判断标准较为宽松,只要第三人无重大过失即可使表见代理成立;若本人同样系普通民事主体,则其可归责性判断标准较为严格,只有第三人无任何过失才能使表见代理成立。<sup>①</sup>

### 三、加重责任理念在商事合同 违约金条款法律效力中的司法应用

在我国商事交易实践中,当事人为促使合同订立并获实际履行,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《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条已对此做了一定修正,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。承担高额违约金的一方之所以愿意接受这一合同条款,往往都是在全面权衡了各种利害关系后所作经营决策。因此,若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,无疑是不当地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。在司法实践中,不少当事人以约定高额违约金的方式促使合同订立,待其违约甚至恶意违约时,则利用《合同法》违约金条款,要求将违约金降低到不超过造成损失的30%的范围内。在此情形下,若司法机关或仲裁机构简单地适用《合同法》违约金条款,根据该合同当事人的请求,将违约金降低到不超过造成损失的30%的范围内,则无疑会面临以追求实质正义为目标却导致纵容恶意违约行为的尴尬。这就要求立法与司法实践中区分合同当事人的主体性质及行为性质,对违约金条款的适用作区分对待,以便根据经营行为的特殊性作特殊规制。

显然,在我国社会信用体系尚不健全的背景下,较高违约金条款所隐含的特定保障功能不容忽视,因而动辄对违约金条款予以干预,实际上会引发纵容恶意违约行为的不良后果。因此,在确立了加重责任理念的情况下,我们应尽可能维护经营者关于高额违约金的约定的法律效力。

当然,由于我国现行立法采取的是民商不分的混合立法模式,《合同法》第114条第2款的规定同样应适用于经营者,因而司法实践中运用商

<sup>①</sup>参见王建文、李磊:《表见代理判断标准重构:民商区分模式及其制度构造》,《法学评论》2011年第5期。

法理念作自由裁量的法律空间非常有限。为此,应当考虑寻求立法解决方案。在此方面,德国及西班牙的规定可资借鉴。《德国商法典》第348条规定:“一个商人在自己的商事营利事业的经营中所允诺的违约金,不得依《民法典》第343条的规定减少。”<sup>①</sup>显然,《德国商法典》接受了加重责任的理念,单方面排除了商人在自己的商事营利事业的经营中所允诺的违约金的依法减少请求权。《西班牙商法典》第56条规定:“商事合同中规定对不履行合同一方处以惩罚的,因对方不履行合同而受损害一方有权选择要求对方以正当方式继续履约,或选择要求处以合同载明的惩罚;不得同时选择两种方式,但合同有相反约定的除外。”<sup>②</sup>依此,在商事合同中,若明确约定了惩罚性违约金,不仅法律承认该项约定的法律效力,而且还允许合同明确约定违约方在继续履行的情况下支付违约金。与民事合同相比,商事合同中的这一法律规则显然体现了商法中的加重责任理念。

在对我国商事合同中违约金条款作制度设计时,既应充分体现加重责任理念,又应充分考虑到我国社会信用体系尚不健全的现实,故应对真正过高的违约金进行适当限制。在立法技术上,这种法律限制既可表现为由“但书”形式所作例外规定,亦可表现为设置抽象的违约金过高的判断标准,由司法机关及仲裁机构自由裁量。相对来说,在我国各地司法机关的法律适用水平还存在较大差距且司法机关受到各种干扰的现象还较为普遍的背景下,前一立法方式更有利于实现法律适用的统一性。不过,由于无法对违约金过高设置静态的判断标准,因而立法时不宜对此做直接规定,而应采取不得违反法律、行政法规的强制性规定的立法方式,其具体判断标准仍交由裁判机构自由裁量。

此外,在对《合同法》第114条第2款排除适用作制度设计时,还应认真考虑其适用范围。对此,既可借鉴《德国商法典》第348条的规定,将该规范的适用范围限定于特定经营者在其营业范围内订立的商事合同;亦可借鉴《西班牙商

法典》第56条的规定,将该规范的适用范围扩大到所有商事合同。经营者乃因经营行为的实施而产生的无关主体属性的临时性称谓,只有企业这一从事营业性经营活动的经营者才具有确定的主体资格。商事合同的主体范围则不仅不限于企业,而且不限于经营者,作为合同相对人且其行为非经营行为的普通民事主体亦可成为商事合同的当事人。因此,不妨将《合同法》第114条第2款排除适用规范的适用主体规定为企业,以便解决该规范适用主体过于宽泛的问题。

#### 四、加重责任理念在追究虚假广告 代言人法律责任中的司法应用

长期以来,我国普遍存在着的明星代言虚假广告现象。社会公众在感觉被蒙蔽的情况下,往往要求追究虚假代言明星的法律责任,但因缺乏明确的法律规定而无法有效追究。对此,尽管可依民法的共同侵权规则追究代言人的侵权法律责任,但要证明代言人存在过错却殊非易事。为此,《广告法(修改建议稿)》提出,在广告主、广告经营者、广告发布者“三大主体”的基础上,参与广告代言、证明、推荐的“广告其他参与者”,包括明星、名人等也应作为广告活动的主体,纳入规制范围,将连带责任的主体扩展到个人,以强化对明星、名人代言广告的约束。“广告其他参与者”除承担相应的行政责任、民事责任外,构成犯罪的,还应追究其刑事责任。但我国《广告法》的修改一直未获实质性进展。2007年7月提请浙江省十届人大常委会第三十三次会议审议的《浙江省广告管理条例(草案)》曾对广告其他参与者的连带责任作了明确规定。该草案规定:个人或组织在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务,使消费者的合法权益受到损害的,应当依法承担连带民事

<sup>①</sup>《德国商法典》,杜景林、卢湛译,北京:法律出版社,2010年,第212页。

<sup>②</sup>《西班牙商法典》,潘灯、高远译,北京:中国政法大学出版社,2009年,第31页。

责任。但在浙江省十届人大常委会第三十四次会议最终于2007年9月28日审议通过的《浙江省广告管理条例》中,对该规定作了温和化处理。该条例第21条第1款规定:“企业、品牌或者产品形象代言人应当加强自律,遵守职业道德,尊重消费者的权益,拒绝代言虚假或者可能对消费者产生误导的广告。”由此,该规定已失去了其原有价值,而仅剩下了无实际内容的宣示性意义。

在《广告法》的修改未能突破的情况下,2009年颁布的《食品安全法》第55条规定:“社会团体或者其他组织、个人在虚假广告中向消费者推荐食品,使消费者的合法权益受到损害的,与食品生产经营者承担连带责任。”若《广告法》同样对此作相应修订,虚假广告的代言行为固然可得到法律规制,但其理论基础却不能仅仅定位于共同侵权责任或不作为侵权责任。

事实上,在明星代言广告以及以专家、患者名义进行的“证言式”商业广告活动中,行为人均具有明显的获取高额收益的营利目的。若将该以营利为目的的行为界定为经营行为,即可依此确认实施该经营行为的广告代言人的经营者身份,从而使其承担比一般民事主体更为严格的合理审慎的注意义务。也就是说,若确立并适用商法中的加重责任理念,则可使广告代言人就其代言的商品履行审慎的审查义务,否则即可令其就该项作为义务的违反承担赔偿责任。

## 五、加重责任理念在追究违反安全保障义务侵权责任中的司法应用

在我国,因宾馆、酒店、卡拉OK厅、银行等服务经营场所不安全导致消费者人身、财产权

益受侵害的案件屡屡见诸报端。为解决该类纠纷,最高人民法院以连续发布公报案例的方式对全国法院审理该类案件提供统一的指引,<sup>①</sup>并于2003年公布的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条分两款对安全保障义务作了明确规定。此后,为对安全保障义务的法律适用提供统一指引,最高人民法院继续发布了多例公报案例。<sup>②</sup>以此为基础,我国2009年《侵权责任法》第37条对安全保障义务作了明确规定。对此,该法第37条第1款规定:“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者,未尽到安全保障义务,造成他人损害的,应当承担侵权责任。”同条第2款规定:“因第三人的行为造成他人损害的,由第三人承担侵权责任;管理人或者组织者未尽到安全保障义务的,承担相应的补充责任。”

姑且不论我国《侵权责任法》第37条规定的违反安全保障义务的不作为与间接致害侵权责任是否必要或合适,<sup>③</sup>就其法律适用而言,至少存在未区分公共场所的管理人或者群众性活动的组织者的主体与行为性质,而对不同性质的主体及行为人适用统一的安全保障义务判断标准的问题。在此方面,发生在广西南宁市的一个遇难“驴友”家属诉“驴头”案,即为该问题的典型例证。在该案中,一审判决认为同行各驴友因未尽安全保障义务而侵害了遇难驴友的生命权。二审判决对前述观点既未明确认可,亦未明确否定。但二审判决书中关于上诉人已尽必要的救助义务,主观上并无过错等语句含蓄地、间接地表达了二审法院对于户外集体探险活动驴友应当互负安全保障义务的观念的赞同。有人认为,二审改判的根本原因不在于二

<sup>①</sup>参见《王利毅、张丽霞诉上海银河宾馆赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2001年第2期;《李彬诉陆仙芹、陆逸凤、朱海泉人身损害赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2002年第4期。

<sup>②</sup>参见《吴成礼等诉官渡建行、五华保安公司人身损害赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2004年第12期;《吴文景、张恺逸、吴彩娟诉厦门市康健旅行社有限公司、福建省永春牛姆林旅游发展服务有限公司人身损害赔偿纠纷案》,《最高人民法院公报》2006年第6期。

<sup>③</sup>有学者对安全保障义务与不作为侵权的理论及制度作了深入研究,揭示了该项制度的理论依据与制度渊源,并分析了违反“安全保障义务”时的救济途径,最终得出了该项规定实际上不仅不必而且不宜的结论。参见冯珏:《安全保障义务与不作为侵权》,《法学研究》2009年第4期。

审法院否认户外集体探险活动驴友间存在安全保障义务,而在于二审法院不能认同一审法院对于此项安全保障义务的过高判定标准:一审法院依据成功救助结果来判断驴友是否已尽安全保障义务;二审法院则主张驴友采取了力所能及的救助措施即可,不必考虑救助结果。<sup>①</sup>事实上,二审改判的根本原因应为确认了该户外集体探险活动发起人的发起行为不具有营利性质,并基于此确认了不应对发起人赋予过高的安全保障义务,从而排除了其施救不力的过错认定。二审法院在作其他驴友不存在施救不力的过错认定时,虽未立足于其行为性质而作分析,但实际上仍然是基于其行为的非营利性而采取了较低的救助措施的判断标准,从而降低了安全保障义务的判断标准。

总的来说,在上述案件的司法审判过程中,二审法院改判的主要原因在于排除了户外集体探险活动发起人及参与人行为的营利性,从而整体上降低了安全保障义务的判断标准。若该活动发起人确实是以营利为目的,则将因其行为的营利性而提高其安全保障义务,从而很难通过排除过错而免责。此外,若该活动是在某企业的组织下进行的,即使本次活动收费低廉,甚至根本就不存在营利目的,但因企业的特殊经营者身份,该行为亦可被认定为经营行为,即应依商法之加重责任理念使其承担相应损害赔偿责任。因此,若确立了基于经营者区别对待的加重责任理念,即可对户外集体探险活动发起行为及类似行为的责任承担作出明确判断。

## 六、加重责任理念在双方均为经营者的商事法律关系中的司法应用

一般来说,在商事关系中,之所以赋予经营者严格的注意义务,是因其作为经营者,与普通民事主体相比,理应有更高的判断能力,故应承担更为严格的注意义务。但需要说明的是,加

重责任理念固然主要适用于经营者与非经营者所缔结的商事法律关系之中,但不能将这一普遍存在的现象视为加重责任理念的当然内涵。事实上,即便商事关系当事人均系经营者,加重责任理念仍应适用。此外,在适用加重责任理念时,不应将不同类型的经营者等量齐观,而应根据具体的主体性质作区别对待。在此方面,公司对外担保行为法律效力的法律适用颇具代表性。

为维持公司资本的确定与充实,维护公司股东尤其是中小股东以及债权人的利益,各国公司法往往对公司的担保行为加以限制。例如,我国台湾地区“公司法”第16条规定:公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外,不得为任何保证人;公司负责人违反前项规定时,应自负保证责任,如公司受有损害时,亦应负赔偿责任。《法国商事公司法》第106条规定:“禁止法人以外的董事,以任何形式和公司签定借款契约,促使公司同意在往来账户上或以其他方式进行透支,以及让公司对他们向第三人承担的义务提供担保或保证。”这些禁止性规定同样适用于总经理、法人董事的代理人和上述涉及人员的配偶、直系亲属以及一切中间人。

虽然我国旧《公司法》没有明确限制我国公司的担保能力,应认为法律未禁止公司的对外担保能力。但该法第60条第3款规定:“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。”该法规定较为模糊,实践中也存在认识上的分歧:一种观点认为,这是对公司对外担保能力的一般限制,无论以董事、经理的名义还是公司名义,均属无效;另一种观点则认为,这只是对董事、经理代表公司的能力的限制,并不排斥公司的担保行为。2005年《公司法》则不对公司对外担保予以限制,但法律为此规定了较为严格的表决程序。对此,我国2005年《公司法》第16条第1款规定:“公司向其他

<sup>①</sup>参见蒙晓阳、余兵:《自助游驴友应否互负安全保障义务?——以广西南宁“中国驴友第一案”两审判决为例》,《广西政法管理干部学院学报》2010年第2期。

企业投资或者为他人提供担保,按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”此外,《公司法》还对股份有限公司和上市公司的对外担保的表决程序作了特别规定。该法第105条规定:“本法和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的,董事会应当及时召集股东大会会议,由股东大会就上述事项进行表决。”该法第122条规定:“上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的,应当由股东大会作出决议,并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。”依此,我国《公司法》并未否认公司对外担保的权利能力。

关于公司对外担保的表决程序是否为强制性规定,从而使不符合该规定的对外担保无效,我国理论界普遍持肯定态度,最高人民法院及中国证监会的相关文件也持肯定态度。但相关司法解释及证监会的规定都是建立在1993年《公司法》严格禁止公司对外担保的基础上,因而在此方面理论界还应进一步研究。笔者认为,公司违反《公司法》规定的表决程序对外提供担保,除非担保权人知道或应当知道这一情形,否则不应认为该对外担保行为无效。因此,担保权人知道或应当知道公司代表人越权对外担保的判断标准,无疑乃该类问题法律适用的关键。

显然,在对担保权人是否“应当知道”公司代表人越权对外担保作判断时,应根据其主体属性区别对待。具体来说,若担保权人为普通经营者,则应履行比普通民事主体更为严格的注意义务;若担保权人为作为特殊经营者的企业,则应履行比因实施经营行为而成为经营者的一般经营者更为严格的注意义务;若担保权人为银行等金融机构,则应履行比一般企业更为严格的注意义务。因此,在银行等金融机构

作为公司对外担保的担保权人时,若作为担保人的公司未依法或按章程规定作出相应决议,则应基于银行等金融机构所应履行的尽职调查义务,判断其是否构成“应当知道”公司代表人越权对外担保。基于此,若银行等金融机构未妥善履行尽职调查义务,则应承担公司代表人越权对外担保时合同无效的法律后果。

## 七、结语:我国商法中确立加重责任理念的立法构想

通过上文关于加重责任理念的司法应用的分析,可以发现,在我国商法中确立与适用加重责任理念具有非常重要的实践价值。因加重责任理念适用于经营者,故经营者概念的引入乃我国商法确立加重责任理念的前提。

基于商主体性质与类型的变迁以及现代商法中商主体制度所进行的变革与应有的创新方向,<sup>①</sup>笔者认为,不必在我国总纲性商法规范中确立抽象的商主体概念,而应根据我国经济实践及立法体系,在总纲性商法规范中采用经营者概念,并将其界定为经营行为的实施人。我国总纲性商法规范中采用经营者概念,既具有我国现行法及比较法上的立法资源,又能够与经营行为概念形成严密的逻辑关系,因而可谓我国商事立法的现实选择。不过,由于我国相关法律是在不同语境中使用经营者概念,其内涵与外延不够明确且不尽相同,故应立足于整个法律体系对经营者概念重新定位。

笔者认为,所谓经营者,强调的是其所从事经营行为的营利性,至于其本身是否存在以营利为目的、持续地从事经营行为、办理工商登记等理论界在界定商主体或经营者概念时所普遍强调的因素,均在所不问。至于经营者的外延,若能从现代商法的视角对经营行为的内涵与外延作明确界定,诸如作家、学校、医院、律师事务所、行业协会等个人和组织是否属于经营者的

<sup>①</sup>参见王建文:《从商人到企业:商人制度变革的依据与取向》,《法律科学》2009年第5期。



认识分歧即可消除。因此,在将经营者界定为经营行为的实施人的前提下,经营者内涵与外延的界定必然要取决于经营行为的界定。至于经营行为,可作如下界定:经营行为是指以营利为主要目的而实施的行为;企业所实施的行为视为经营行为,但明显不以营利为目的的除外。至于何谓“以营利为主要目的”,因实践中势必存在判断标准不清的问题,因而似应由立法明确界定。但这一问题实际上无需也无法通过立法明确界定,而由司法机关、仲裁机构及行政机关根据具体情形自由裁量即可。当然,为提高法律适用的统一性,不妨通过司法解释、指导性案例、司法机关及行政机关的法律条文解读等方式提供法律适用指引。

经营者及经营行为概念若能在我国民商法中予以确立,则加重责任理念事实上就已获得确认,至于其是否实现立法化,就不是最为核心的问题了。也就是说,若加重责任理念能够在司法机

关及仲裁机构发展成为一种基本认识,则即使不以立法形式确认加重责任理念,也同样可以立足于经营者及经营行为的概念,在司法实践中具体应用加重责任理念。当然,若能在我国总纲性商法规范中对加重责任理念作明确揭示,无疑有利于推动其在司法实践中获得广泛应用。至于其法律条文,笔者认为,我国总纲性商法规范中可对加重责任理念作如下立法构想:

第 X 条 经营者在经营活动中应严格履行注意义务,对其自身行为作严格审查,不得以重大误解、显失公平等理由请求撤销或变更合同,但法律另有规定的除外。

第 X 条 企业在经营活动中与交易相对人约定的违约金,不得依《民法典》(或“本法”)第 X 条的规定减少或提高,但违约金数额与法律、行政法规的强制性规定相冲突的除外。<sup>①</sup>

(责任编辑:蔡道通)

## Judicial Application and Legislative Conception of the Idea of Enhanced Obligation in Chinese Commercial Law

WANG Jian-wen

**Abstract:** In the Chinese commercial law circle and many commercial tribunals, people have generally recognized the necessity of establishing and applying the commercial law idea, but a basic consensus has yet been achieved about its connotation and extension. To address this issue, enhanced obligation should be accepted as one of the basic ideas of commercial law, and thus the research on its judicial application and legislative conception is of great significance. In dealing with many civil and commercial legal disputes, whether the idea of enhanced obligation is applied will directly affect the effect of law application. Cases of this type usually involve: the judgment criteria of apparent agency; the legal effect of liquidated damages clause; the legal liabilities of false advertisement publishers; and the tort liability of violating the duty of protecting security. In handling the cases concerning commercial legal relations in which both sides are operators, the idea of enhanced obligation is also of great significance. In order to establish the idea of the enhanced obligation, the concepts of operator and operating behavior should be incorporated into Chinese civil and commercial law. Thus, even if the legislation of enhanced obligation fails to obtain, its intrinsic value can also be proved.

**Key words:** commercial law idea; enhanced obligation; judicial application; legislative conception

<sup>①</sup>如前所述,为解决适用主体过于宽泛的问题,故将该排除适用规范的适用主体限定为企业。