

· 伦理学研究 ·

论 商 法 的 伦 理 之 维

陈 杰

(西南政法大学 民商法学院, 重庆 401120)

摘 要 伦理与法律实质上具有内在统一性,市场经济的健康发展离不开法律和伦理的调节和规范。商法从中世纪商人法到近代商法再到现代商法的演变过程依赖于伦理道德的引导,这些因素都凸显出商法的伦理基础。商法的伦理性特质不仅体现为商人群体自主创造和发展的、彰显商人精神的商事习惯,还存在于商法精神实质之所在的商法基本原则和充分展现商法人性关怀的商法规范等商事制度方面。商法需要技术性规范和伦理性规范共同支撑。从伦理视角看待商法是为了平衡和改变当前我国商法体系过于注重技术性属性而忽视了商法伦理属性的现状,因此,创新我国的商法制度,必须注重伦理因素的考量:一方面,确立体现商人伦理精神的商事习惯的商法法源地位,将仅具有道德约束力的商事习惯吸收入法,在立法上承认商事习惯的法律效力,在司法上承认商事习惯可作为裁判依据。另一方面,把依赖工具理性设计出的商法制度建立在价值理性的基础上,将伦理精神贯彻到商法规则的设计中,不仅应检视现有的商法规范是否体现了伦理精神的要求,还应构建符合我国国情的体现时代精神需求的商事伦理文化。

关键词 商法的伦理性; 商事习惯

中图分类号 D913.99; B82 **文献标志码** A **文章编号** 1000-8284(2013)06-0038-04

一、商法的伦理基础

(一) 法律与伦理的关系

1. 伦理的概念和功能

伦理是指处理人们相互关系应遵循的道理和准则。伦理道德作为一种社会规范,其功能主要是通过指导人们的行为以协调人与人之间的关系,实现个人生活和社会生活的驱恶扬善。道德的目的,从其社会意义上来看,就是要减少过分自私的影响范围、减少对他人的有害行为、消除两败俱伤的争斗以及社会生活中其他潜在的分裂力量而加强社会和谐^{[1] 387}。

2. 法律的道德属性: 道德法律化

法律领域的内在构成可依逻辑划分为价值性领域和技术性领域。前者体现了人们的某种价值观念,反映了法律的应然状态,构成法律的内在精神实体。后者则体现了人们对自然规律和社会规律的认识,反映了法律的实然状态,构成法律的外在形式载体。伦理道德是一种观念化的存在,表示于外界为人们所认知需要借助一定的形式载体,比如法律。并且,伦理道德作为一种价值性存在,需借助价值这一桥梁才能合理、顺利地迈入法律的大门。此外,法律的技术性领域并非与道德毫不相干。“在一定程度上,特定的伦理价值乃是法律组合技术性规范的黏合剂,也是技术性法律领域赖以存在和发展的基点与依托。”^{[2] 4}但是,道德的法律化并非表明法律与道德区分界限的消失。法律在吸收了道德资源的同时,辅之以逻辑性、体系化等立法技巧的改造,使得法律得以区别于道德独立地生存和发展。

因此,笔者认为:从形式上看,法律独立于道德,法律与道德存在外在差异性;从实质上看,法律与道德存在关联,法律与道德具有内在统一性。

收稿日期 2013-02-17

作者简介 陈杰(1985-),男,广东茂名,博士研究生,从事公司法、信托法研究。

(二) 市场经济与伦理的关系

一般认为,市场经济是趋利的,伦理是谋义的,“市场经济与伦理无涉”。然历史表明,市场经济有其自身的局限性,客观上推动了学者们从伦理学的角度探寻市场经济的改良途径。

1. 市场经济的伦理基础: 经济人与道德人问题的探讨

假定,是学者构建一种理论的逻辑起点。经济人是亚当·斯密在著作《国富论》中对人性的假设。斯密认为,自利是人们行为的动机,但经济人的自利行为在“看不见的手”——客观经济规律——的指引下,其结果将有利于他人和社会整体利益。“他所考虑的不是社会的利益,而是他自身的利益,但他对自身利益的研究自然会或者毋宁说必然会引导他选定最有利于社会的用途。”^{[3] 25-27}而道德人则是亚当·斯密在其另一本名著《道德情操论》中对人性的假定。他认为,道德人的本性是对他人充满了怜悯和同情,其行为动机是具有利他性的道德情操。“这个人的天赋总是明显地存在着这样一些本性,这些本性使他关心别人的命运,把别人的幸福看成是自己的事情。”^{[4] 5}

表面上看,经济人与道德人在价值取向上存在矛盾。但笔者认为,两者并非绝对对立。首先,亚当·斯密只是从不同的侧重点来论述人性。经济人和道德人只是作为统一整体的人的不同层面的体现。人既有利己的一面,也有利他的一面。其次,从社会角色理论看,任何人都是一个角色集,都处于多重社会关系中,因此一个人的行为也常具有多重社会属性。最后,经济人和道德人的对立只是理论假设的结果,现实生活中难以找到绝对纯粹的经济人和道德人。经济人的逐利行为同样具有道德属性——人们在市场经济活动中必须遵守市场秩序,遵循自愿、平等、公平、诚实信用等原则。

2. 市场经济的健康发展: 法律与伦理的支持

市场经济遵循等价交换原则。等价交换过程既是伦理过程,又是契约化的实现人的自由意志的过程^{[5] 33}。一方面,等价交换不考虑人与人之间身份地位的差异,从而确立了人格独立、地位平等、机会均等、公平竞争等交易原则,构成了市场经济发展所依赖的伦理规范。另一方面,商品交换表面上是商品所有权的转移,实质隐藏的是交易双方人格的实现、意志的贯彻和相关权利的获得。此外,市场经济强调和鼓励竞争。竞争推动市场经济发展的同时又会反过来出现抑制竞争和损害竞争的趋势。因此,一方面,我们可以通过法律的强制力来维护正常的竞争秩序。另一方面,我们需要发挥伦理道德的指引、规范功能,通过传统习惯、社会舆论、内心信念等非强制力量来约束主体的行为。

商法作为调整市场经济中商人和商行为的法律规范的总和,不仅应该对市场经济日益复杂的交易活动作出回应——体现为大量的技术性规范,还应当认识和尊重市场经济所具有的伦理因素——构建商法伦理机制。

(三) 商法的历史发展与伦理的关系

从历史视角观察,商法经历了从中世纪商人法到近代商法再到现代商法的演变过程。商法的发展和实践,不仅依赖于经济发展和进步的驱动,还取决于社会伦理道德的引导。

伯尔曼在《法律与革命》一书中指出,商人法的产生使商法在西方第一次逐渐被人们看作是一种完整的、不断发展的体系,看作是一种法律体系^{[6] 406}。商人法的基本理论和制度与伦理息息相关。如商人法吸收了适合商人共同体特定需要的某些基本法律原则,包括诚实信用原则和共同人格原则。前者主要表现为创立了各种新的信用手段,后者则表现为创立了各种新型的商业联合体,这些商业联合体都有赖于每一合伙人对其他合伙人会信守诺言的信心^{[6] 426-431}。商人间的信任对商法的形成与发展起到了重要的促进作用。由商人间彼此信任关系上升为商法所要求的诚实信用、商业合伙、流通票据等原则和制度,更是体现了商法对商业伦理的尊重。

在近代,欧洲大陆主要国家经历了从商人习惯法向国家成文法过渡的商法典编纂运动。在现代,两大法系的商法已出现相互渗透的趋势,商法国际化和统一化的迹象日趋明显。但是,商法无法如何变迁,都没有放弃对伦理精神的追求,各国商法均强调诚信原则、商事习惯、交易自由等制度的重要性,伦理文化对近现代商法体系的构建同样至关重要。

二、商法伦理性的体现

(一) 商事习惯

商事习惯是指人们在商业活动中长期形成的、约定俗成的商事例规与习惯俗制,它是商业习俗的一种具体表现。从演变过程看,中世纪商人法经历了一个从习惯向习惯法发展的轨迹。“在社会发展的某个很早阶段,产生了这样一种需要,把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概

括起来,设法使个人服从生产交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来变成了法律。”^[17]习惯作为社会伦理的固化形态,具有强烈的伦理性,商事习惯也不例外,体现为:(1)商事习惯从商人们自发的行为中产生,体现了商人群体的自主创造和发展。有人认为,经济的发展导致人的普遍商化,商人这一特殊阶层已不复存在。但笔者认为,现代社会中人的普遍商化只是意味着商事活动的普遍化,不是所有参与商事活动的主体都必然是商人。商人需要具备商事能力,参加商事法律关系并以商为业。商人这一特殊群体要想存续和发展,就必须有自己的伦理标准。这一伦理标准在现代社会主要表现为一种职业道德体系。^[71](2)商事习惯彰显商人精神。商人精神既强调利益的追求,也看重以平等、自由、理性、诚信为特征的经营行为。商事习惯则是商人这些行为方式、主观心态、价值追求的集中反映,直接体现商人群体的精神意志,同时又是社会所能接受的公众伦理规范,其本质属于商业文明和商业文化范畴。^[60]

(二) 商事制度的伦理性

1. 商法基本原则

商法基本原则是商法精神实质之所在,本质上体现了商法对伦理精神的追求。例如,作为商事与非商事区分标准的营利性原则,看似远离伦理判断,但实质上依然体现了伦理性的需求。一方面,商人自主地通过商事交易活动满足自身的经济需求,这体现了人对物质生活的需要,是人性的一面。另一方面,商人通过营利性活动实现了自身意志的自由,肯定了自身的存在价值,也展示了商人作为独立的、理性的存在的积极意义。此外,商法营利调节机制所赋予的一般性条件也体现了伦理的要求。“商法的营利调节机制并不是保证每一个商人及其他依法从事商行为者都获利,而只向所有从事商行为的人提供公平获利并将其合理地分配于投资者的一般性条件,只要行为人不违反强制性法律规范。”^[6]

2. 商法规范

法律规范依性质可分为伦理性规范和技术性规范。通说认为,民法规范以伦理性规范为主,其内容凭一般常识即可了解,而商法规范多为技术性规范,商法“大多数规则宛如一部精巧的机器,如果不熟悉其中内容,实难运用自如”^[14]。笔者认为,商法中虽充满技术性规范,但依然可见伦理性因素的身影。如我国《保险法》第12条对保险利益的规定对于防止道德危机、遏制赌博行为有着积极意义,充分展现了商法的人性关怀。并且,技术性规范和伦理性规范的划分并非绝对。仅强调技术性,商法将丧失发展的动力和社会基础;而仅看重伦理性,商法将失去其独立性。因此,商法既需要技术性规范的调整,也需要伦理性规范的支撑。这两类规范相互补充相互平衡,共同调整日益复杂的商事关系。

三、商事制度的创新: 伦理因素的考量

(一) 吸纳商事习惯作为商法法源

商事习惯对全体商人具有普遍的约束效力,但这种约束力更多的是一种道德上的约束力,其形成依赖于商人对商事习惯的自觉遵守和对隐含在商事习惯中的商伦理的真正信赖。因此,商事习惯所蕴含的伦理精神的落实,还应该披上“法律的外衣”。

现代商法发展的趋势之一体现为商事习惯法化。商事习惯法以其生动、具体的独特形式在实际生活中弥补了国家商事制定法的宏观、抽象的空白,其生命力由此显现。以美国《统一商法典》为例,该立法通过广泛使用模糊的法律语言——即法典中经常使用灵活、开放的“标准”而非界限明确、泾渭分明的刚性“规则”,确认了商事习惯的法源地位^[75]。我国目前仅在《合同法》中规定了交易习惯适用的条件,而没有提及商事习惯的适用。国外不少国家都是在商法典总则中确认商事习惯的适用效力,如日本、美国。而我国目前并无商法典,只有各商事部门法,若在各商事部门法中明确规定商事习惯的效力,无疑立法成本过大。虽然我国多数学者主张采民商合一的立法体例,但目前我国民法典的立法工作长期停滞不前,商事习惯入法看似遥遥无期。故有学者主张“以《合同法》的相关规定为突破口,在未来制定‘商事通则’时明文规定商事习惯的法律效力及适用程序。”^[31]笔者表示赞同。商事通则是调整商事关系的共同性规则,其与单行商事法律都是民法的特别法,但商事通则在商事法领域具有一般法的性质^[40]。因此,在商事通则中明确商事习惯的法源地位,为在不同的商事领域中适用商事习惯创造了条件。此外,2011年3月10日,全国人大常委会委员长吴邦国宣布,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法和商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成^[3]。笔者认为,吴邦国委员长在讲话中将商法与民法相并列,表明商法的独立性和重要性已经得到最高立法机关的认可。商事习惯是商法形成和发展的基础,在构建和

创新商法制度的当前,商事习惯的作用和地位更应得到贯彻和落实。

另外,除了立法上明确商事习惯的法源地位外,在商事审判中应确立商事习惯的裁判依据地位。随着现代商事审判专业性和技术性的不断增强,法官在裁判商事案件时可能囿于知识的局限而需借助商事习惯作为依据。确立商事习惯为裁判规范,有助于实现商事习惯对商法的构建作用,使商事习惯中的伦理精神得到切实落实,也可使商法的伦理基础得以通过实践注入发展的动力。考虑到商事习惯对日益复杂的商事交易的适应性和国外相关立法规定以及我国《合同法》的类似规定,应通过立法明确商事习惯的优先适用规则,即可以优先于成文法适用。

(二) 商法制度的完善需要纳入伦理的因素

商法在为人们追求自身利益最大化提供制度保障的同时,必须把依赖工具理性设计出的这种制度建立在价值理性的基础上,唯此才可确保商法制度的合目的性,保证商法发展的正确方向。

完善我国的商法制度,首先应检视现有的商法规范是否体现了伦理精神的要求,商法规则的设计是否符合基本社会理念。例如,我国虽在 20 世纪 90 年代就建立了证券仲裁制度,但是由于适用的规则没有针对处于市场弱势地位的社会公众投资者进行倾斜保护,导致形式上公平而实质上不公平现象的出现,故该制度在实践中难以被投资者所采用^[14]。另外,还应注意到,我国目前商事立法采用单行立法模式的一大弊端是立法系统性、完整性缺失,容易出现立法空白或规则冲突。缺少法律对社会规范功能的发挥,商法中蕴含的伦理价值目标将难以实现。比如,如何认识和处理保险法的最大诚信原则和合同法的诚信原则的关系的问题,有学者从保险告知义务的角度对最大诚信原则进行反思,认为合同诚信原则能够对保险合同当事人的具体义务负担根据交易发生的具体情况作出适时的判断,保险合同要求最大诚信的提法已不合时宜,且在保险实践中还可能会导致保险人不适当拒绝索赔^[15]。

此外,完善和创新商法制度,还需要构建符合我国国情的体现时代精神需求的商事伦理文化。商事伦理文化对商事制度的发展具有约束功能,即通过左右和规范商主体的交易动机和商事行为,成为一种对商事制度的变迁的间接约束力量。先进的商事伦理文化能够促进商人进行制度创新活动,从而推动社会的进步和商业的繁荣。因此,我们应重视商事伦理文化的培育,努力营造一个有利于商事伦理文化茁壮成长的环境,使商事伦理文化成为商人们的道德共识,成为一种普遍的合乎正义合乎理性的社会理念。

参 考 文 献

- [1] [美] 博登海默. 法理学——法律哲学与法学方法 [M]. 邓正来,译. 北京: 中国政法大学出版社,1999.
- [2] 胡旭晟. 法的道德历程——法律史的伦理解释 [M]. 北京: 法律出版社,2006.
- [3] [英] 亚当·斯密. 国民财富的性质和原因的研究(下卷) [M]. 郭大力,王亚南,译. 北京: 商务印书馆,1974.
- [4] [英] 亚当·斯密. 道德情操论 [M]. 蒋自强,钦北愚,朱钟棣,沈凯璋,译. 北京: 商务印书馆,2003.
- [5] 赵万一,龙柯宇. 市场经济与法治伦理的契合: 商法伦理机制论纲 [J]. 河北法学,2007,(7).
- [6] [美] 伯尔曼. 法律与革命 [M]. 贺卫方,译. 北京: 中国大百科全书出版社,1993.
- [7] 赵万一. 民法的伦理分析 [M]. 北京: 法律出版社,2003.
- [8] 田径. 论商法构造中的伦理因素 [J]. 学理论,2011,(25).
- [9] 李功国,韩雪梅,吴梦寒. 民商法精神文化散论五则 [J]. 商事法论集,2009,(2).
- [10] 王保树. 中国商法 [M]. 北京: 中国法制出版社,2010.
- [11] 施天涛. 商法学 [M]. 北京: 法律出版社,2010.
- [12] 孙新强. 论美国《统一商法典》的立法特点 [J]. 比较法研究,2007,(1).
- [13] 周林彬,王佩佩. 商事惯例初论——以立法构建为视角 [J]. 中国商法年刊,2007.
- [14] 王保树. 商事通则: 超越民商合一与民商分立 [J]. 法学研究,2005,(1).
- [15] 吴邦国. 中国特色社会主义法律体系已经形成 [EB/OL]. 中国新闻网,2011-03-10.
- [16] 胡改蓉. 证券纠纷解决机制多元化的构建 [J]. 华东政法大学学报,2007,(3).
- [17] 曹兴权. 保险“最大诚信”之反思——兼论保险告知义务的理论根据 [J]. 甘肃政法学院学报,2006,(1).

(责任编辑: 张 毫)