

德国商法中的权利外观责任及其借鉴

李长兵

(兰州商学院 法学院, 甘肃 兰州 730020)

摘 要:权利外观责任肇始于德国民法,因其对信赖利益的保护和交易安全之维护,在德国商法中同样有着极广的适用空间。权利外观责任的构成要件包括外观事实的存在、善意第三人的合理信赖、因果关系及可归责性。在德国商法中,权利外观责任主要适用于商事登记、表见商人、不正确的商号、商事交易中的缄默等制度中。我国商事立法应借鉴德国商法中的权利外观责任制度,通过制定《商事通则》、完善商事登记立法和商业名称立法等举措,构建我国的商事权利外观责任制度。

关键词:德国商法;外观主义

中图分类号:DF59

文献标识码:A

文章编号:1007-788X(2012)06-0090-07

一、权利外观责任探源

权利外观责任又称“外观主义(Rechtsschein Theorie)”,其基本含义为“以交易当事人行为之外观为准,而认定其行为所生之效果也”^[1]。该理论最早为德国法学家所创,通说认为,德国法学家莫瑞茨·韦尔斯巴赫(Moritz Wellspacher)于1906年在《民法中对外在事实的信赖》一书中首次提出权利外观理论。韦尔斯巴赫提出该理论的初衷,是为了保护善意取得制度中第三人的合法权益,其核心思想是“行为人对于成文法规、或交易观念上之一定权利、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,以致为法律行为时,如其要件事实系由于其信赖保护受不利益人之协助而为成立者,其信赖应受法律之保护。”^[2]换言之,在交易中当发生外观事实与真实事实并不一致,致使善意第三人对此产生信赖,并依此从事相应的行为,则为保护第三人信赖利益,仍然依照外观认定行为的法律效力。

自权利外观责任理论被正式提出以来,德国法学界对该理论的争论和探讨就一直没有停止,在学者的不断争鸣中也同时促进了权利外观理论内涵的不断丰富和发展。如卡尔·拉伦茨在《德国民法通论》中指出,权利外观责任是一种法律行为责任的扩充,是对于法律行为交往中的作为或不作为承担的责任,他称之为“信赖责任”,具体体现于表见代理、债权让与、违反指示填写的空白证书中的责任以及商人交易中规定的缄默等具体的法律制度中。^[3]卡纳里斯在《德国商法》一书中,进一步发展了权利外观责任理论,他认为“权利外观责任的法律教义学基础都是《德国民法典》第170条、第171条第2款、第172条第2款以及第173条的法律思想,它超越了这些条款的直接适用领域而可以被一般化地研究”。^[4]根据卡纳里斯的观点,权利外观责任法律效力源于民法的表见代理制度,但其应广泛适用于商法中的不正确商事登记和公告、表见商人、商号的不正当使用及商事交易中的沉默等商事制度中。其理论基础可概括为“危险外观理论”,即“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,应承担责任的”。^[5]

综上,在德国,权利外观责任理论肇端于民法,但作为一种私法上的严格责任,其在德国商法中的应用更为广泛,这一方面是由于商事责任的严格性特征完全包容了权利外观责任,另一方面也是由于随着商品经济的不断发展,交易安全之维护和第三人的“积极的信赖利益”之保障愈发凸显其在法律体系中的重要地位,而这些均有赖于商事法律制度的发展和完善。有鉴于此,本文着重探讨和梳理德国商法中权利外观责任的构

收稿日期:2012-01-28

作者简介:李长兵(1976-),男,湖北恩施人,兰州商学院法学院副教授,中南财经政法大学法学院博士研究生,主要研究方向为民商法学。

成要件、表现形式及法律功能,力图为完善我国商事立法中的权利外观责任体系提供借鉴。

二、德国商法中权利外观责任之构成要件分析

在德国商法中,权利外观责任所涉范围较广,而其具体类型和表现形式又有着较大差异,因而很难归纳出精确统一的权利外观责任构成要件。但从目的论考察,德国商法中之所以强化权利外观责任,旨在保护交易第三人基于权利外观而产生的信赖利益,核心在于保障交易秩序和安全;从法律教义学分析,权利外观责任则是通过要求商事交易中的外观责任人承担严格责任而赋予外观信赖人根据一般的商事法律规则所不能获得的权益。作为一种严格法律责任形式,要排除外观信赖人对权利外观责任的滥用,就必须对其法律构成要件加以严格限定,以清晰划定出权利外观责任在德国商法中的具体适用领域。具体而言,权利外观责任的构成要件应包括客观要件、主观要件、因果关系及可归责性四个方面。

(一)客观要件:外观事实之存在

一定的外观事实之存在是权利外观责任得以成立的前提,作为对商事交易安全之积极信赖利益的保护,产生权利外观责任必须要有交易当事人据以产生合理信赖的外观事实。而这一存在的外观事实,根据学者们的界定,“系指并不是或不仅仅是某项可归责的意思表示,而是由其他方式产生的、存在某种相应的权利状态的表象”。^[3]据此分析,首先,外观事实通常具有公知和公示性,即从外部可见或可感知。但此点并非绝对,商事交易中某些情况下单纯的容忍和沉默也可以构成外观事实,如根据《德国商法典》第362条之规定,“商人对要约的缄默”也可构成外观事实。其次,外观事实必须与真实的法律状态相背离,即外观事实所传达的信息虚假,与真实存在的法律状态不符,如错误的商事登记和公告、商号为附加必要的附属形式、表见经理人、表见商人等。最后,外观事实应当符合一般的交易习惯,符合事实的通常状况,即在通常情况下,任何善意的交易当事人基于通常的交易习惯对该外观所表征的事实都会产生大致相当的信赖。按照德国商法和司法实践所确定的一般原则,如果法律无明文规定,判断外观事实是否存在,则一般依据《德国民法典》第133条及第157条所确定的意思表示的确定和解释标准来确定,并且按照相关交易领域当事人的平均理解水平进行解释。^[4]

(二)主观要件:善意相对人的合理信赖

前已述及,适用权利外观责任的目的在于通过保护善意相对人的合理信赖进而维护交易之安全有效。某种意义上可以说,权利外观责任是私法诚信原则在商法上的具体体现,因此在具体的商事交易中,势必要求当事人主观上的善意不知情,若交易相对人主观上为恶意,则其无权主张权利外观责任的保护。因此,关于权利外观责任的主观要件,应当从两个方面来考察:其一,外观信赖人的善意。所谓善意,即外观信赖人对于外观事实背离真实法律状态这一法律事实既不明知,也不因过失或重大过失而不知。如对于错误商事登记中的真实信息、表见经理人的真实身份等既不明知也不应知即构成主观善意。当然在具体的商事纠纷中,当事人是否为善意,其认定标准很难统一,德国法学界主张以权利的外观事实基础来认定主观善意的强弱,即“权利外观基础越强,法律对主观要件的要求就越低;反之,要求就越高”。^[6]换言之,如果外观事实是基于商事登记和公告,其外观基础就较强,只要信赖人此时不是明知登记和公告的事实与真实的法律状态不相符,即可认定其为善意,是否过失则在所不问;而如果外观事实是基于其他外部要件,如表见代理,此时对信赖人主观要求就更高,不仅要求他主观上非故意,而且要认定其对代理人身份认定是否存在过失。其二,善意相对人的合理信赖。所谓合理信赖,系指第三人对外观事实所表征的真实性的内在确信,尽管因外观事实与真实法律状态相背离,此种信赖只是一种“误信”,但因有当事人的善意为前提,误信并不能等同于轻信或盲信,后者则为法律保护所排除在外。因信赖纯属于当事人的主观心理范畴,司法实践中判断外观信赖是否合理殊非易事,具体要结合外观事实本身,置身于具体的交易场景,根据交易时间、交易地点、交易习惯、交易规模和交易人的履行能力等因素做出合理判断。^[7]而根据卡纳里斯的观点,为使权利外观责任在商事交易中真正发挥作用,从第三人的角度出发,判断信赖是否合理应采用举证责任倒置原则,“那些因为权利外观的存在将承受不利益的人,必须提出反证证明第三人是在完全知悉真实法律状态的情况下行为的,才能免责”。

[4]

(三)因果关系要件:外观事实和信赖人处分行为之间存在直接因果关系

仅凭第三人的合理信赖尚不足以构成权利外观责任,第三人必须基于信赖而从事了法律行为,比如和表见经理人订立合同,其信赖才受到法律的保护。换言之,外观事实状态和信赖人的处分行为之间须存在直接的因果关系,即信赖人的处分行为是他信赖外观事实为真实法律状态的结果,其实施行为时必须受到外观状态的影响。具体到商事交易中,合理信赖的产生或者是由于外观责任人的某种表示或行为引起,如合伙人的变更不及时登记和公告导致第三人仍向原合伙人主张无限责任;或者是由某种法律状态的存在引起,如商号中未加入必要的法律形式附属部分导致相对人误信有限合伙为无限合伙;或者是与外观责任人有某种关系等因素引起的,如表见商事代理和表见经理人通常曾经担任过外观责任人的代理人 and 经理人等。反之,如果第三人在完成处分行为时并未对外观事实产生信赖,或者并未依据外观事实做出相应的处分或“信赖投资”^[4],也不能据此主张权利外观责任。

(四)可归责性要件:外观事实的存在必须可归责于外观责任人

对于权利外观责任是否要求可归责性,德国法学界长期存在争议,并形成了“权利外观发生原则(Veranlassungsprinzip)”、“过错原则(Verschuldensprinzip)”、“风险原则(Risikoprinzip)”等三种学说,并且有学者在对三者分析之后,提出统合三种归责原理的主张。^[8]而根据德国商法相关规定和司法实践来看,“发生原则(Veranlassungsprinzip)”(又称“引致原则”)已被普遍适用于权利外观责任的归责性判断依据。根据“发生原则”,所谓可归责性,是指外观事实的存在必须可归责于外观责任人,即权利外观事实的存在是由外观责任人的作为或不作为引起的。前文已述及,外观事实的存在是外观责任构成的前提,而要求外观事实的存在可归责于外观责任人,在某种程度上则是对外观责任人的合理保护。因为要求归责性,即意味着“只有当信赖的构成事实属于义务人的负责范围时,才能正当化基于信赖的构成事实所生之责任”。^[9]法律的基本价值取向应立足于保护真实的法律状态,而权利外观责任所保护的合理信赖却是与真实法律状态相背离的外观事实状态,故此选择适用权利外观责任必须有足够理由并经慎重考虑。而即便是法律选择了保护信赖人的合法权益,外观责任人的合法利益也不应当被置于不顾。换言之,如果权利状态表象的出现非真正原权利人引致,则不成立信赖保护。例如无权代理人假冒他人名义,持伪造签名的授权委托书或者公章等向第三人实施代理行为。这种表象非由本人引致,其出现甚至连本人也无法控制和防范,法律在此便不能苛刻地使他承担不利的法律后果,而盲目地追求交易安全了。^[6]

三、德国商法中权利外观责任的适用类型

(一)商事登记与权利外观责任

商事登记制度是德国商法的重要制度之一,商事登记之目的,“一方面在于使政府便于对商事活动实施监督和予以保护;另一方面在于使社会公众明了某种商事经营的内容”^[10],后者又称为商事登记的公开或公示效力,即登记是否完成,直接关系到法律行为的效力,关系到交易相对人信赖利益的保护。因此,商事登记即成为权利外观责任的客观要件之一,而且由于其公示效力,商事登记成为最为重要的外观基础。《德国商法典》第 15 条对商事登记的权利外观责任作出了明确的规定,卡纳里斯依据权利外观责任理论将该条内容概括为“消极公开”的权利外观责任、延长的权利外观责任和“积极公开”的权利外观责任。^[4]下文将对此分别展开论述。

1. “消极公开”的权利外观责任。依据《德国商法典》第 15 条第 1 款之规定:“在应登入商业登记簿的事实尚未登记和公告期间,在其事务上应对此种事实进行登记的人,不得以此事实对抗第三人,但此种事实为第三人所知的,不在此限。”^[11]商事登记的主要功能即在于公示对商事交易具有重要意义的法律事实,而此条款则从反向角度对法律事实的未登记后果作出规定,即只要必须在商事登记簿上登记之事项尚未履行登记或未予以公告,登记义务人都不可该事项来对抗善意第三人。很明显,该条款的落脚点在于保护对商事登记簿“沉默”的信赖利益,而不保护其“表达”的信赖,故称之为“消极”公开。

从权利外观的构成要件来分析,该条款首先要求外观事实的存在,即有登记义务的事实尚未登记和公告。所谓“有登记义务的事实”应根据《德国商法典》、《股份法》及《有限责任公司法》等商事法律有关“明确申报和登记义务”的规定来确定,如《德国商法典》第 29 条规定的“商号申报义务”,第 34 条规定的“主体事项变更的申报义务”,第 53 条规定的“经理权消灭的申报义务”等。此处需强调的是该条款将“登记”和“公告”并

列,意味着登记本身尚不足以排除信赖责任,登记事项还必须经过公告,才能具有完全的公示效力。如经理权消灭后,企业主办理了商业登记但未予以公告,则企业主仍然要承担经理人与善意第三人交易行为的法律后果。其次,从主观要件分析,则表现为第三人善意的对于“消极公开”的法律事实的信赖,而对于真实的法律状态不知悉。前已述及,因第三人信赖的基础为商事登记和公告,因此只要第三人此时不是明知,即可认定其为善意,而是否过失在所不问。再次,按照卡纳里斯的分析,尽管第 15 条第 1 款中没有体现,但仍应当考察因果关系要件,即“第三人知道自身信赖的存在并且此点和他的行为有因果性”^[4],因为此点无疑对判断第三人的合理信赖具有重要意义。最后,就归责性考察,从申报义务人的主观要件来看,该条款明显未涉及未登记和公告事项的归责性问题,因为未登记和公告的外观事实可能是由于申报人未及时申报,也可能是由于登记法院对于登记和公告不适当地造成了迟延,在后一种情况下显然不能归责于申报义务人。对此,学者们将因登记这一权利外观基础引致的外观责任称之为“纯粹的权利外观原则(Reines Rechtsscheinprinzip)”^[6],以区别于存在归责性要件的“发生原则(Veranlassungsprinzip)”。此种规定的目的在于通过使登记义务人承担风险责任以促使其尽快履行登记义务,进而保障善意第三人的交易安全,维护交易秩序的稳定。

前文已述权利外观责任的法律后果表现为将外观事实视同真实法律状态,对此,第 15 条第 1 款明确规定,登记义务的事实不得对抗第三人,善意第三人仍然可以登记簿记载的外观状态要求登记义务人承担法律责任,尽管此种外观状态与真实的未登记的法律事实是相背离的。当然,按照德国法学界之通说,从保护善意第三人合法权利的角度出发,第三人在此也可以拥有“法律状态和真实状态之间的选择权”^[4]。比如在表现经理人和第三人签订合同的情况下,第三人也可以选择适用第 15 条第 1 款的规定而直接主张协议无效。

2. 延长的权利外观责任。《德国商法典》第 15 条第 2 款规定:“对登记的事实已经进行公告的,可以对抗第三人。但第三人明知不正确的,不在此限。对于在公告后 15 日之内实施的法律行为,以此第三人证明其既不明知也不应知此种事实为限,不适用此种规定。”^[11]该第 2 句的规定实质是将第 15 条第 1 款规定的权利外观责任延长了 15 日,故又称为“延长权利外观责任”。根据此款规定,如果在登记事项公告之后 15 日以内,第三人既不知道,也不应当知道该登记事项的,该登记事项对其实施的法律行为仍不生效力。此款规定某种程度上是对善意第三人信赖利益期间的一种延长保护,而信赖基础已经不限于商事登记簿的登记,而应通过商事交易中的实际状态加以判断。比如普通合伙企业的合伙人变更并已经进行了登记和公告,但作为长期合作交易的第三人可能并不会随时查阅登记簿或阅读登记机关的公告,其仍信赖原合伙人的法律地位而与之签订协议的,在延长期间内其信赖利益理应受到保护。但与“消极公开”的权利外观责任不同的是,第三人在此得到了更多的信赖利益保护,其相应也应承担等大的证明责任,故此在主观要件的考察方面,第三人不仅要证明其实施法律行为时“不明知”,而且要证明其“不应知悉”登记和公告事实的存在。之所以加大第三人的证明责任,目的是为了督促其在从事商事交易活动过程中,要定期查阅商事登记簿和登记机关公告。可见,德国商法的这种制度设计某种程度上正是为了在第三人和登记义务人之间实现利益保护的平衡。

3. “积极公开”的权利外观责任。《德国商法典》第 15 条第 3 款规定:“对登记的事实已经进行不正确公告的,第三人可以对在其事务上应对此种事实进行登记的人援用已经公告的事实,但第三人明知不正确的,不在此限。”^[11]根据该款规定,如果登记事项公告有误,第三人可以针对登记义务人根据已公告的事实做出法律行为,除非第三人已经知道公告事实不正确。从权利外观责任角度分析该条款的构成要件,首先客观要件为“不正确公告”,但对此如何理解德国法学界也一直存在争议,因为“不正确公告”既可以理解为“登记簿登记内容和公告内容不一致”,即登记正确而公告错误,也可以理解为“登记和公告都不正确”。对此,通说认为,根据文义解释原则,该条“应适用于所有不正确公告的情况……这样不真实就并非意味着登记和公告不符,而是真实法律状况和公告法律状况不符”,^[4]从而符合权利外观责任的客观要件。其次,第三人主观要件分析应和第 15 条第 1 款的要求相同,从保护第三人信赖利益角度出发,只要求第三人对真实法律状况不是明知,即可认定其为善意,不要求第三人对错误公告的应当积极知悉。最后,就可归责性要件而言,第 3 款之规则明显区别于第 1 款的“纯粹的权利外观原则(Reines Rechtsscheinprinzip)”,而应适用“权利外观发生原则(Veranlassungsprinzip),即要求错误公告的发生必须可归责于登记义务人。从第 3 款的具体规定也可以推知此点,因为此处第三人可以“援用已经公告的事实”加以对抗的是“在其事务上应对此种事实进行登记

的人”，换言之，登记义务人此时应承担因错误公告而导致的风险和责任。

（二）表见商人与权利外观责任

所谓表见商人(Scheinkaufmann)，是指“通过可以归责的行为而引起商人外在表象的人”^[12]，如放弃营业后未在商事登记簿登记或商号灭失后未及时申报商事登记的人等。在德国商法中，表见商人并非商法典中关于商人的法定类型，而是学说上对商人类型适用范围的一种扩展。从法律教义学分析，适用表见商人制度的法律后果是将产生的外观事实等同于真实法律状态，即把表见商人视为真正商人，因此毫无疑问应属于权利外观责任的类型之一。

在具体适用中，表见商人的权利外观责任成立须满足以下要件：首先，客观要件方面须有商人身份权利外观的成立，即存在被第三人信赖为商人身份的外观事实。实践中具体如何确定商人身份权利外观的成立，对此，卡纳里斯通过归纳认为主要有三种途径：一是通过明示的表示，如未登记的小营业经营者或农业经营者与商业伙伴从事交易中，通过口头或书面形式明确表示其为商人的；二是本来不是商人而在其商号中加入注册商人(e. K.)的附属部分的；三是单纯通过推定的行为判断商人身份，如未登记的小营业经营者或农业经营者授予雇员“经理权”，则其应被视为商人而受到《德国商法典》第 49 条关于经理权规定的约束。^[4]其次，主观要件方面，第三人应符合善意信赖的要求，具体要求第三人对于表见商人的真实身份既不知悉，也不应当知悉，从而合理信赖对方的商人身份而与之从事交易行为。最后，可归责性要件方面，对于表见商人应适用“风险原则(Risikoprinzip)”，因为对表见商人自身而言，使第三人信赖其商人身份的责任应完全归咎于他自身，即使责任人非故意的行为引致了商人身份的外观，行为的风险也应当由其自己承担。这既符合对第三人合理信赖利益保护的目，同时也是为了保障交易之安全与秩序，而此点恰是权利外观责任的德国商法中得以应用的关键所在。

表见商人适用权利外观责任的后果是被作为真正商人对待，这一方面意味着表见商人可以享有商人的特殊权利，如根据德国《民事诉讼法》之规定，在一方为商人，另一方为表见商人的情况下，民事诉讼法关于不得约定诉讼管辖的禁止性规定便不再适用。^[12]另一方面，在表见商人与非商人的商事行为中，为保护非商人利益而设置的“保护性强制条款”也应加以适用，从而使表见商人应承担真正商人须承担的法定义务，如《德国商法典》第 348 条关于“强制性违约金”的规定、第 362 条“商人对要约的缄默视为承诺”的规定、第 377 条“对商品瑕疵沉默视为承认”的规定等。当然，因表见商人并非真正商人，商人应承担的其他义务如设置簿记、申报登记等义务表见商人并不因此而负担。

（三）商号欠缺必要的法律形式附属部分引发的权利外观责任

“商号真实原则”是德国《商号法》的重要特点，依此原则，在商号构成上，要求商号必须与经营者的姓名或与其经营种类相吻合。此外，禁止在商号中添加容易引人误解的附加部分。^[13]依据《德国商法典》第 19 条之规定：“（1）即使依第 21 条、第 22 条、第 24 条或以其他法律规定继续使用商号，商号仍须包含下列事项：①对于独资商人，表明其为‘登记商人’的字样或一般可以理解为该字样的缩写，特别是‘e. K.’、‘e. Kfm.’或‘e. Kfr.’；②对于无限公司，表明其为‘无限公司’的字样或一般可以理解的该字样的缩写；③对于两合公司，表明其为‘两合公司’的字样或一般可以理解的该字样的缩写。（2）在无限公司或两合公司中无自然人负个人责任的，商号必须包含表示责任限制的字样，即使第 21 条、第 22 条、第 24 条或依其他法律规定继续使用商号，也不例外”。^[11]该条对商号必须附属的法律形式作出了明确规定，其意义一则在于使交易相对人能迅速获知交易对象的相关信息，明了其商人类型，明确其责任限制，以保障交易相对人的交易安全和合法权益；二则如果商号欠缺上述法律规定的附属形式，则构成权利外观责任的适用类型。

从权利外观责任的构成要件来分析上述条款，首先，外观事实是商号欠缺法律规定的必要附属部分，具体应包括两种情况：一是商号本身“因没有包含规定的法律形式的附属部分”而存在瑕疵；二是商号的不正确使用，即“商号在特定的法律行为的实施中没有加入法律形式的附属部分”^[4]。这两种情况在商事交易中都构成权利外观基础，致使不知情的第三人无法正确判断商号所表征的商人的类型及责任形式。其次，主观要件方面，第三人须对商号的真实法律状况不知悉，并据此产生合理信赖。需注意的是此处的合理信赖不能超过必要限度，根据德国联邦法院的有关判例，仅仅在谈判中或以口头形式缩略商号的附属部分的，不足以使第三人产生合理信赖；而如果在信头、发票、委托证书即印章等赋有法律意义的书面形式中商号的使用欠缺

法律要求的附属部分的,则构成合理信赖的依据。再次,归责性要件方面,尽管德国商法中未明确,但学者认为应适用“权利外观发生原则(Veranlassungsprinzip)”或“风险原则(Risikoprinzip)”,即明确商号欠缺法律形式附属部分这一外观基础的构成,均可归责于商号所有人或使用人,无论其是否有过错,因为理论上他们可以阻止商号的错误使用,但仍然容忍了这一错误。^[4]

商号欠缺必要的法律形式附属部分的法律后果是外观状态被视为真实法律状态,即依据商号所表征的商人形式而不是商人的实际状态来承担法律责任。如在某两合公司中,唯一承担无限责任的合伙人为有限责任公司,而其商号中并未附加“以有限责任公司为承担无限责任合伙人”的字样,则按照《德国商法典》第19条第2款及第161条有关两合公司法律责任的规定,此种情况下至少要有一个自然人为该两合公司对外承担无限责任。当然在具体案例中,究竟由谁来承担此种权利外观责任则不无争议,根据德国联邦最高法院的有关判例,上述情况可以由该两合公司的业务执行人承担责任,当然也可以扩展到对该不正确商号的使用负有责任的其他商事组织成员。

(四)商事交易中的沉默与权利外观责任

通常情况下,沉默不构成对要约的承诺,但也存在例外情况。依据《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,而该商人与此人素有交易关系的,该商人有义务不迟疑地予以答复;其缄默视为对该要约的承诺。关于处理事务的要约从某人到达商人,并且该商人已向此人请求处理此种事务的,适用相同规定”。^[11]根据该条规定,在商事交易中,只要有人向其提出缔结事务处理契约的要约,该商人就有义务对要约作出回答,如果对要约表示缄默,法律上即视为已接受要约。法律作出如此规定,从权利外观责任角度分析,正是由于受要约人的沉默构成了使对方当事人信赖其接受要约的外观事实基础,受要约人即要受此外观的约束,即沉默被视为对要约的承诺。其立法目的仍在于通过赋予商人在交易中承担较为严格的外观责任,保障交易安全和交易秩序的稳定。

分析该条款权利外观责任的构成要件,其外观事实表现为受要约人的沉默,此处显然不考虑受约人是否真正收到要约的情况,而仅从外观来判断。要约人在主观方面应为善意的不知悉,因为涉及对要约人合理信赖的保护,所以学者认为“不仅在积极的知悉,而且在疏忽大意的不知悉的情况下都可以认为有恶意”,^[4]显然对于要约人的不知悉应排除过失的适用。关于受要约人的主观方面即归责性要件判断,不要求以表示意识为前提条件,但要求沉默的可归责性,具体适用中应引进“风险原则(Risikoprinzip)”而不采用“过错原则”(Verschuldensprinzip),并且要考查受约人对于要约的送达不知悉的原因是否“在商人经营特别的风险之内”。^[4]作为商人的受约人应承担因其沉默而产生权利外观这一事实基础的经营风险,而无论受约人是否存在主观过错。

四、德国商法中权利外观责任之借鉴意义

综上所述,权利外观责任源于德国民法,并通过善意取得、表见代理等具体民法制度的建构而成为德国民法的重要理论之一。同时,由于创设权利外观责任制度的目的和意义在于通过对第三人合理信赖利益的保护,促进交易效率、保障交易安全及维护交易秩序,这无疑与商法对交易安全和秩序的追求相契合,从而在德国商法中也有着广泛的适用空间,并通过登记性权利外观责任和非登记性权利外观责任共同构成了德国商法上完整的权利外观责任体系。^[14]当然,因权利外观责任在法律上被视为一种严格责任或结果责任,为防止第三人权利的滥用,德国商法在适用权利外观责任时有着严格的构成要件和适用类型上的要求。

长期以来,我国学界对商法的独立性以及民商分立和民商合一的争论始终未停止,民法和商法的关系一直也没有真正廓清,但目前看来,学界对民、商法同以私法为本源,民法为私法之一般法而商法为特别私法的共识已经基本达成。正是在这一背景下,肇端于德国民法的“外观主义”理论近年来成为研究的热点话题,学者们普遍结合我国商事制度中的表见代理、善意取得、票据无因性等具体制度对该理论的适用加以深入探讨。笔者认为,因权利外观责任对信赖利益的保护和交易安全的维护,该理论在商法中的应用更应引起我们足够的重视。因此,我们应充分借鉴德国商法中关于权利外观责任理论的立法经验和学术成果,并结合我国市场经济发展和商事生活实践的需要,构建我国商事法律体系中的权利外观责任制度。

首先,学界正在积极呼吁制定具有商事基本法意义的《商事通则》,因此,应借鉴德国商法的权利外观责

任制度,在《商事通则》立法中把权利外观责任作为保障商事交易安全原则的重要规则加以明确。即规定在商事交易中,以交易当事人的行为及相关外观事实来判断交易行为的法律后果,以保护善意交易相对人基于外观的信赖利益,维护交易之安全。

其次,当前我国的商事登记立法分散,商事登记管理机制混乱已成为学界共识。因此,应借鉴德国商事登记立法,统一我国现行极为分散的商事登记法律制度,并通过引入权利外观责任体系,明确商事登记的积极公示效力和消极对抗效力,并进而明确登记事项有误或公告错误时登记义务人的权利外观责任。

再次,应借鉴德国商法的表见商人制度,完善我国商事组织立法。对现实经济生活中因各种原因而存在的欠缺商主体资格而仍然以商主体身份从事交易活动的商事组织,应通过适用权利外观责任制度,要求商主体或相关责任人对善意相对人承担权利外观责任,以保障交易安全,尤其对于合伙企业而言,此点至为重要。

最后,应借鉴德国商号登记和管理中关于权利外观责任的规定,完善我国商业名称登记和管理法律制度。具体而言,立法应明确规定在商业名称登记、使用、转让等情形下,商业名称所表彰的外观事实与商主体的真实法律状态不一致时,以商业名称所表彰的外观为准,来判定商主体的责任形式,以保障善意交易相对方的合法利益。

参考文献:

- [1]张国健.商事法论[M].台北:三民书局,1981.
- [2]高金松.空白票据新论[M].台北:五南图书出版公司,1986.
- [3][德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论:下册[M].王晓晔,等,译.北京:法律出版社,2003.
- [4][德]卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006.
- [5][韩]李井杓.韩国商法上的表见责任制度之研究[M]//王保树,主编.商事法论集:第3卷.北京:法律出版社,1999.
- [6]丁晓春.权利外观原则及其类型研究[J].安徽大学学报:哲学社会科学版,2009(5):43-49.
- [7]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.
- [8]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):72-80.
- [9][德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].北京:商务印书馆,2003.
- [10]范健.德国商法[M].北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [11]德国商法典[M].杜景林,卢谔,译.北京:中国政法大学出版社,1999.
- [12]杜景林.《德国商法典》中的商人[J].德国研究,2011(1):12-18.
- [13]卜元石.德国商法的改革[J].德国研究,1999(1):32-37.
- [14]郑青.外观主义制度与禁反言制度在商法中的适用——以德国和美国公司设立瑕疵问题为视角[M]//王保树,主编.商事法论集,北京:法律出版社,2010.