

商事法专题研究文库 王保树 主编

我国商法总则理论与 与实践的再思考

法律适用的视角

周林彬 官欣荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

我国商法总则理论与 与实践的再思考

法律适用的视角

周林彬 官欣荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

我国商法总则理论与实践的再思考:法律适用的视角 / 周林彬著. —北京:法律出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8247 - 9

I . ①我… II . ①周… III . ①商法—法律适用—中国
IV . ①D923 . 995

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 175361 号

商事专题研究文库	我国商法总则理论与实践的再思考 ——法律适用的视角	周林彬 著 官欣荣	责任编辑 高山 汤子君 装帧设计 乔智炜
----------	------------------------------	--------------	-------------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 16.125 字数 437千

版本 2015 年9月第1版

印次 2015 年9月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 王 丰

责任印制 陶 松

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8247-9

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20 世纪 90 年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的 1997 年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开

始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》中所讲的话表达我接触商法研究时的心情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学研究的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下功夫推动商法学学科建设的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界比较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展作出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法

的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画鹿不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望入选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的入选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士论文大多是研究专题的著作,因而以往入选的比较多。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作入选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

谨以此书献给中国大陆商法学的开创者、著名法学家和法律教育家、中国商法学界和实务界同仁爱戴的王保树教授！

目 录

引言：为什么从法律适用视角研究我国商法总则
理论与实践 / 1

第一章 法律适用是商法产生与发展的动力 / 16

第一节 从古代商法的起源分析,商法产生于法
律适用 / 18

一、古罗马法学家对罗马法适用中的有权解释 / 20

二、中世纪商人法的特许存在 / 22

第二节 从近代商法的特点分析,商法成熟于法
律适用 / 27

一、近代欧洲大陆法系国家商法的统一适用与商法典
的产生 / 28

二、近代英国对中世纪商人法的移植与国内商法的成
文化 / 33

第三节 从现代商法发展的趋势分析,商法发展
于法律适用 / 36

一、商法的国际性与现代新商人法的产生 / 37

二、商事单行法的完善与商法的去法典化 / 42

本章小结：法律适用在商法产生与发展中举足轻重的作用及特点 / 43

第二章 法律适用作用下商法产生与发展的若干特点 / 45

第一节 先有商法理论,后有商法规则 / 45

一、古罗马法学家对罗马法规则产生的重要作用 / 45

二、英美商事判例法适用中的法理应用 / 47

三、大陆法系的商法理论成为间接法源 / 48

四、“理论先行”的意义 / 49

第二节 先有商事程序法规则,后有商事实体法规则 / 52

一、中世纪商人法庭程序规则的优先适用 / 52

二、英国商法产生过程中的程序优先 / 54

三、大陆法系国家商事纠纷解决程序规则“民商分立”的原因 / 55

四、“程序规则先行”的意义 / 58

第三节 先有商事判例规则,后有商事成文法规则 / 62

一、判例规则对大陆法系国家商法产生与发展的作用 / 63

二、英美法系国家的商事判例法 / 67

三、“判例规则先行”的意义 / 70

第四节 先有商事自治规范,后有商事国家法规范 / 72

一、中世纪商人法的“自治法”特点及原因 / 72

二、近代商法的“国家法”与现代新商人法的“自治法” / 75

三、“自治规则先行”的意义 / 79

第五节 先有商事基本法,后有商事单行法 / 83

一、欧洲大陆国家商法国内法进程中的法典化 / 83

二、英美商法的“成文化与法典化” / 84

三、现代商法的去法典化 / 86

四、“基本法先行”的意义 / 90

第六节 先有商事国际法,后有商事国内法 / 92

一、古代商法的国际法性质 / 92	
二、现代商法国际性特点的复归 / 94	
三、“国际法先行”的意义 / 97	
第七节 先有商事主体法,后有商事行为法 / 98	
一、商法产生与发展中的商主体法为主、商行为法为辅 / 98	
二、“主体法先行”的意义 / 102	
第八节 先有商事私法,后有商事公法 / 104	
一、商法产生与发展过程中的私法倾向 / 104	
二、市场缺陷与商法的公法性 / 106	
三、商法中私法规范与公法规范的兼容 / 107	
四、“私法先行”的意义 / 109	
本章小结:商法产生与发展过程中的八种“先后”关系及其规律 / 112	
 第三章 我国商法适用的一个主要问题	
——商法基础理论与基本规则的缺失 / 114	
第一节 商法基础理论的缺失 / 118	
一、商法、商人、商行为概念的缺失 / 123	
二、商法调整对象的缺失 / 134	
三、商法基本原则的缺失 / 144	
四、商法意识的缺失 / 155	
第二节 我国商法基础性规则的缺失 / 159	
一、商事主体权利规则的缺失:以商人报酬请求权等规则的不明确为例 / 160	
二、商事程序法规则的缺失:以民事诉讼规则对商事诉讼规则的替代为例 / 173	
三、商事判例规则的缺失:以商法适用中判例规则约束力的不明确为例 / 178	
四、商事自治法规则的缺失:以商事习惯法源地位的规定不明确为例 / 183	
五、商事国际法规则缺失:以国际商事惯例的认定标准不明确为例 / 199	
六、商法与民法适用关系规则的缺失:以民法基本规范适用规则不明确为例 / 202	
第三节 商法解释方法与规则的缺失 / 208	

一、是否存在体现商法解释方法与规则? / 208

二、商法解释的特殊性 / 211

三、我国商法解释方法与规则缺失的主要问题 / 226

本章小结:我国商法基础理论与基础性规则缺失的原因 / 237

第四章 解决我国商法适用问题的一个重要思路

——完善我国商法总则的理论与实践 / 239

第一节 明确商法适用中的商法宗旨与商法、商人、商行为概念 / 241

一、商法宗旨的意义与商法概念 / 241

二、商法宗旨的内容与商人、商行为概念 / 246

三、对民法总则专家建议稿立法目的条款的修改意见 / 271

第二节 商法适用中的商事裁判意识 / 274

一、符合商事交易的特殊性 / 275

二、商事自治规则的优先适用 / 278

三、尽可能促进交易,方便交易 / 279

四、适用外观主义规则,保护善意第三人的利益 / 283

五、重视企业维持原则的适用 / 285

六、重视“以和为贵”的商事调解 / 286

第三节 明确商法适用中的商法调整对象 / 288

一、“社会关系”的理论进路与商法调整对象 / 288

二、“商事关系”的界定标准 / 290

三、“商事关系”的再界定 / 294

四、对民法总则专家建议稿调整对象条款的修改意见 / 299

第四节 明确商法适用中的商法基本原则 / 301

一、商主体法定原则及其法律适用:以商事组织法规则的类推适用为例 / 306

二、营业自由原则及其法律适用:以规避法律的商事合同效力裁判标准为例 / 326

三、交易安全原则及其适用:以商事表见代理的裁判标准为例 / 336

四、交易便捷原则及其适用:以商事流质的裁判标准为例 / 350

五、公共利益原则及其适用：以商事侵权的裁判标准为例 / 358	
第五节 明确商法适用中的商法法源及其适用关系 / 369	
一、应明确“商法优先，民法补充”的适用规则 / 369	
二、商事自治规范地位及其适用规则 / 373	
三、明确国际商事惯例的法律适用 / 386	
四、商事判例的间接法源地位及其适用规则 / 405	
五、商业政策的间接法源地位及其适用问题 / 411	
六、法源竞争说对于商法适用的意义 / 412	
第六节 商事基本法与单行法适用关系的立法模式选择及一般条款的类型化 / 416	
一、商事基本法与商事单行法适用关系立法模式的选择 / 417	
二、商法一般条款的类型化与商主体权利一般规则的完善 / 423	
第七节 我国商法适用中的程序规则与解释规则 / 439	
一、商法适用中的程序规则 / 439	
二、商事审判专业化和独立化 / 442	
三、商法适用中的解释方法与规则 / 450	
第八节 完善商法的私人实施机制 / 458	
一、商法私人实施的概念、类型、特点 / 458	
二、商人自我实施商法的经济分析 / 464	
三、商人自我实施商法的制度完善 / 466	
本章小结：完善符合我国实际的商法总则理论与实践的法律技术 / 475	
结语：从法律适用视角对我国商法总则理论与实践再思考的结论性观点 / 477	
后记：行行重行行 / 486	
主要参考文献 / 489	

引言：为什么从法律适用视角研究 我国商法总则理论与实践

2011年3月10日,在十一届全国人大四次会议上,全国人大常委会委员长郑重宣布中国特色社会主义法律体系已经建立;2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,明确提出“使市场在资源配置中起决定性作用、建设统一开放、竞争有序的市场体系、建设法治化营商环境”;2014年10月23日闭幕的党的十八届四中全会上,提出了全面推进依法治国,建设中国特色社会主义法治体系的总目标。在此背景下,作为我国市场经济法律体系重要组成部分、以调整市场交易活动为己任的商法,在“市场起决定性作用、建设法治化营商环境”和“完善市场经济法律制度”的新时期、新形势下,其理论之创新、制度之健全、体系之完善、规则之实施诸问题,成为当下我国社会主义法治建设的一个重要任务。

笔者注意到,全国人大常委会2010年度工作报告中首次提及社会主义法律体系建设时,将商法

以相对独立于民法的文字表述方式即“民法商法”的文字方式加以明示。^{〔1〕} 全国人大法律委员会负责人在 2013 年 5 月向全国人大常委会成员所做的“关于中国特色社会主义法律体系的构成、特征和内容”的讲座内容中,将商法解释为“民法中的一个特殊部分,是在传统民法基础上为适应现代商事交易迅速便捷的需要而发展起来的一个新的民法部门(更准确说是新的私法部门)”。2010 年全国法院商事审判工作会议正式明确提出了“商事审判”的称谓,且商事案件的专业化审理机制和商事审判机构的独立建制正在稳步推进。黑龙江、山东、江苏、上海、浙江、宁夏等多地法院将商事案件独立编号,部分中级法院、基层法院已正式将商事审判部门更名为商事审判庭。^{〔2〕} 而且,最高人民法院院长向十四届全国人大一次会议所做的 2013 年度工作报告中首次将商事审判工作单列予以报告,^{〔3〕} 表明我国商法自 20 世纪末作为一个相对独立的部门法学与法学核心课程后,^{〔4〕} 我国商法相对独立于传统民法的理论与实践开始升温。

笔者的问题是,在我国民商合一的立法与司法模式(以下统称民商合一模式)没有根本改变的前提下,我国商法有无相对独立于传统民法的部门法理论与实践,有无支撑商法制度体系的商法总则的理论与实践

〔1〕 全国人大常委会的年度立法报告的表述,先由过去的民事立法改为民商法,后由民商法改为民法商法。吴邦国委员长在宣布中国特色社会主义法律体系已经形成的讲话中,列举“宪法相关法、民法商法”作为主干法律部门,没有使用“民商法”的说法,而是将民法和商法完整并称,说明“民法商法”这种说法更为科学、严谨,同时也更加强调了商法在市场经济法律体系中具有与民法同等重要的部门法地位。

〔2〕 奚晓明:《深化商事理念维护公平正义为经济社会持续健康发展提供有力司法保障》,载《法律适用》2013 年第 11 期。

〔3〕 《2013 年最高人民法院工作报告》,载 http://news.xinhuanet.com/2013lh/2013-03/10/c_114970512.htm,最后访问日期:2015 年 6 月 29 日。

〔4〕 1999 年教育部法学教学指导委员会确立了 14 门核心课程作为开办法学专业的最低要求。这 14 门核心课程是法理学、宪法、行政法与行政诉讼法、刑法、民法、经济法、民事诉讼法、刑事诉讼法、商法、知识产权法、国际法、国际私法、国际经济法、中国法制史。商法单列其中。商法是教育部和司法部规定的法律硕士的核心课程之一,也是历届国家司法考试的重要内容之一。

的客观存在和发展必要？其相对独立的法律适用价值是否有利于我国社会主义法治体系的完善？

如前述全国人大法律委员会负责人关于商法“权威解释”的逻辑，商法作为一个新的民法部门（更准确说是新的私法部门），其相对独立于传统民法的部门法地位不言而喻，而且商法相对独立于民法的程度越高，其在理论与实践方面突破传统民法的“新意”就越丰富，从而其作为新民法部门的部门法地位就越明显。而且，按照市场经济就是法治经济的逻辑，〔1〕特别是按照中共中央十八届三中全会《决定》关于我国应该将市场机制成为配置资源的决定性手段的市场化改革要求，作为将市场经济关系直接“翻译”成为法律的商法，其与市场交易规则是一种“直译”关系。在此意义上，可以说市场经济是法治经济，其核心内容更是商法经济。与作为适应商品经济发展要求的“低级齿轮”运行条件下的市场经济前置性法律部门——民法（如债权法与物权法）所不相同，商法是适应十分发达的市场经济发展要求的“高级齿轮”运行条件下的新部门法。〔2〕比如，新型的商业交易模式中，资产证券化的交易关系涉及当事人众多，需要有发起人、投资者、特设目的机构、承销商、信用评级机构、信用增级机构、托管银行及律师等主体参与其中，各类等级不同的基础资产在经过包装组合上市交易之后，可能无限放大信用风险，这对商事法律尤其是证券法提出了更高的规范要求，包括建立风险隔离机制，而这些财产交易关系远非传统的物权法、债权法所能调整。目前，我国商

〔1〕 吴敬琏、江平教授较早提出市场经济就是法治经济的观点，之后在种明钊教授为中央领导所作的《社会主义市场经济法制建设》的讲座中也明确提出市场经济就是法治经济的观点。中国社会科学院法学研究所课题组完成的《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》一文中明确提出，“社会主义市场经济是法治经济，是受法律规范、引导、制约、保障并严格按照法律运作的经济。”（载《法学研究》1993年第6期）

〔2〕 法国历史学家费尔南·布罗代尔曾把并存于同一经济形态下的高度发达的商品经济和简单的商品经济形象地比喻成经济的“高级齿轮”和“低级齿轮”，两者具有不同的特点和运行规律，也要求适用不同的法律规则。参见〔法〕费尔南·布罗代尔：《资本主义的动力》，杨起译，三联书店1997年版，第17页。

法的制度体系初具雏形,如为了各类市场主体的营业诞生了个人独资企业法、合伙法、公司法,为了企业筹资做大做强,就有证券法应运而生,而对外交易活动则有合同法来保障,发生经济结算则以票据法来规范,当企业支付不能、资不抵债则适用破产法,当破产加剧交易风险,又用保险法来化解,拓展国际业务需要海上贸易则用海商法来保驾护航。虽然,我国商法体系的进一步立法完善还主要依靠商事单行法的立法完善来实现(如制定调整资本市场的另一部大法期货法),但是反映商法一般原理、集合商人与商行为的基础性规则、支撑商法各项具体制度的商法总则的立法缺失,是我国当下商法体系完善的一块短板。无疑,商法总则制度的构建及实施,直接有利于我国现代商法体系的完善,而作为新的民法部门相对独立于传统民法的现代商法体系的完善,无论在法律体系的形式和内容方面,还是在法律体系的内部和外部方面,无论在法律体系的立法层面还是在法律体系的实施层面,都有利于社会主义市场经济法治体系的完善。实践经验表明,“法律部门的划分越精准越科学,法律对社会关系的调整就越准确,法律的调整效率也会越高”“商法的完备程度既是衡量市场经济法律体系科学程度的主要标准,也是反映市场经济成熟程度的主要标志”。〔1〕

进一步的问题是,在我国现行民商合一模式下,我国商法作为新民法部门相对独立于民法的路径是什么?笔者认为,在我国民商合一模式中,商法作为新民法部门,其有许多不同于传统民法的理论与实践方面“新意”或曰“特别之处”(容后详述),所以我国商法相对独立于传统民法的理论与实践的路径是客观存在的,否则就没有必要将这些“特别民法”谓之商法。为了清晰地表明作为相对独立于传统民法的新民法部门的商法,有必要将这种传统民法与新民法部门的相对独立改称为民法(传统民法)与商法(新民法)的相对独立,以下简称商法相对独立于

〔1〕 赵万一、赵吟:《论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用》,载《现代法学》2012年第4期。

民法。

从比较商法的角度分析,商法相对独立于民法的路径,既可以是理论上的路径(商法可以有独特的诸如商人、商行为概念和原理),也可以是实践上的路径(商法可以有独特的诸如商事立法与司法实践);既可以是立法上的路径(商法可以有独特的商法典与商事单行法),也可以是司法上的路径(商法可以有独特的商事法庭、法院);既可以是实体法上的路径(商法可以有独特的商事主体法),也可以是程序法上的路径(商法可以有独特的商事仲裁法)。

由于我国实行民商合一模式,我国商法正沿着“实质意义上的商法”,^{〔1〕}亦即商法作为民法的特别法的路径发展。实现商法对民法的相对独立,只是在这种相对独立是否导致商法成为一个相对独立的法律部门或法学部门问题上,学界与实务界有不同的观点而已。概括分析,我国经济法学界与民法学界大都不承认商法是一个独立的法律部门,其关键一点是商法没有特定的调整对象,其调整的商事关系实际上是一种经济关系,而此种经济关系事实上已由民法和经济学来调整。^{〔2〕}大陆法系的商法已在公、私冲突和交融之中寿终正寝,需要由“经济学”来协调和融合公与私,以免公、私理念和制度在对立冲突中两败俱伤。^{〔3〕}民法学者认为商法本身不可能构成单独的法学部门,它只能依附于民法这一法学部门,“把企业和公民分为商人和非商人,把经济活动分为商行为和民事行为,实际上是行不通的”。^{〔4〕}还有论者指出,“商法不是一个独立的法律部门,商法成为民法的一部分,不具有独立的法律地位。民法典之外,商法以单行法的形式表现出来,是私法的一个分支,是民法的特别

〔1〕 实质意义上的商法,则指以商事为其规范对象的各种法规,包括以“商事”和不以“商事”命名的一切调整商事关系的法律规范的总称。

〔2〕 杨紫烜主编:《经济学》,北京大学出版社1999年版,第48页。

〔3〕 史际春等:《论商法》,载《中国法学》2001年第4期;《再论商法》,载《首都师范大学学报》2003年第1期。

〔4〕 王利明:《论中国民法典的制订》,载《政法论坛》1998年第5期。