

Recognition and Application
of Commercial
Law Sources in China



中国商法渊源的 识别与适用

樊涛 著


法律出版社
LAW PRESS, CHINA

dition and Application
mercial
ources in China



樊
涛

中国商法渊源的 识别与适用


法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国商法渊源的识别与适用/樊涛著. —北京:
法律出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8701 - 6

I. ①中… II. ①樊… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 270977 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙 磊

开本/710 毫米×1000 毫米 1/16

印张/19 字数/307 千

版本/2015 年 11 月第 1 版

印次/2015 年 11 月第 1 次印刷

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 - 8701 - 6

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



樊涛

1974年生，河南兰考人。中国人民大学民商法博士，台湾中正大学法学院访问学者，现任河南大学法学院副教授、河南大学民商法学科带头人、河南大学民商法专业硕士生导师组组长，兼任中国商法学研究会理事、中国证券法学研究会理事、河南程功律师事务所律师等。研究方向为商法基础理论、公司法、合同法。先后主持并完成省、校级项目四项，并获得省、厅级科研成果奖四项。出版专著《商法总论》（合著）、《商事责任与追诉机制研究》（合著），参编《公司法》（副主编）、《合同法》、《商法学》等法学教材五部，并先后在《法商研究》、《法律适用》、《法学杂志》等法学核心期刊上发表商法学论文二十余篇。

序 言

叶林*

“商法渊源”原本是一个抽象的法学范畴。然而,关注商法渊源的学者很少,多数商法教科书只是罗列商法规范的多种形式,却很少探究商法渊源的整体效能,以至于无法澄清不同商法渊源的地位和作用。或许因为商法渊源带有较强的抽象性,关注商法渊源的实践者少之又少。在实践中,裁判者更关心商事纠纷的解决,而常常忽视商法规范的存在形式。一种极端的情况是,裁判者没有仔细斟酌现有商法规范提供的裁判依据,而是主动提出或发明一种“原则”或“精神”,或者援引民法一般原则或规范,并将其作为裁判商事纠纷的依据。而当需要回答此等“原则”或“精神”的现实来源时,言者又不免忐忑。

商法渊源看似枯燥无味,实则涵盖甚广,且趣味横生。说其枯燥无味,是因为商法渊源似乎只是解决商法规范的层级和效力,并对确定商法规范的含义有某种影响。说其涵盖甚广,是因为在中国并无通常所说的商法典,商法规范散见于各种实在法中,甚至难以确定某个规范是否归属商法规范。因此,凡是研究商法渊源的学者,必须对商法有心中的整体认知。换言之,并非每个商法学者都可以很好地回答商法渊源的问题。说其趣味横生,是因为探讨商法渊源,不仅可以揭示商法规范的精髓和准确含义,更可以让研究者看到隐藏在商法规范

* 叶林,中国商法学研究会副会长,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

文字背后的内容,其意义不亚于自然科学研究者的“发现”。因此,只有对理论和未来怀有理想的研究者,才会在商法渊源的研究上有所斩获。

我国立法机关制定了大量的商法规范,虽然在理念、制度和规则上仍有缺失,却显然不是无法可依。法律的生命力在于实施,法律的权威也在于实施。当前及今后,我国商法学研究重点必由过去的“立法研究”转为“法的实施”的探讨。在商事司法层面,商事裁判者应当选择适用何种商事规范作为裁判依据、从何处着手,是困扰我国商事裁判者的一大难题。实践中出现的“同案不同判、同法不同解”的现象,许多都是针对同一案件法官选择法条和裁判依据不同而导致的。导致上述问题的直接原因在于,我国未能设置为商事裁判者寻找正确的商事规范的法律适用方法。

在商事案件的处理中,有的裁判者往往“明白无误、理所当然”甚至是“不假思索”地直接以传统民法的理论和规范为其解释论与效力评判的依据,这似乎已经成为无须验证的“公理”。将民法规范视为适用于各种私法关系、放之四海而皆准的公理;将商事关系的调整规范简约为商事成文法和民法,商法的适用简化为非此(商法)即彼(民法),忽略了商法规范的多样性,否定了商事非成文法规范,如商事习惯法、商事自治法、商事判例、商事政策等在商法适用中的应有地位,也过于夸大了民法的普适性功能。客观上说,民法、商法同属于私法,法学学科上是具有共通性的,理论的交叉借用本无可厚非,但是我们更应该关注的是,不同的私法部门其主体特征、行为范式以及规范理念、目标模式等皆存有差异,故理论援用应当慎重。私法的统一不能以牺牲必要的规则差异为代价,必须承认特别私法规范的存在;不能过于夸大民法的普适性调整功能,必须强调民法的“功能性调整”;民法的规则绝不可以原封不动地在商事领域中加以适用,必须加以修正后才可以有限地适用;商事纠纷的解决,必须关注商法自身的目的和本质,避免将民法僵化的规范直接适用于商事纠纷;商法应当有自己

的效力规则与解释方法,而不应当只囿于民法基础概念的解释。

国内有关我国商法规范的研究,大都仍局限于某一类商法的规范,例如对于“交易习惯”、“指导性案例”等局部商法规范的研究,暂无系统、全面研究我国商法规范的著作。同时,我国已有的对于商法规范的研究往往停留在立法层面,对于商法规范仅仅进行静态的、抽象的研究。本书将从法律适用的角度对我国商法的规范加以研究,研究我国商法实施中的法律适用问题。本书的研究重点在于,哪些法律规范可以作为商事裁判者裁判案件的依据。

在研究方法上,本书采用系统论的方法,把我国商法的规范作为一个整体进行研究,而不是零散地对单一的制度进行研究。同时,本书运用案例分析的方法,通过案例,从理论和实践的结合上把握我国的商法规范制度。通过分析真实、典型的商事案例,从中探究我国现行商法规范在我国的商事司法中的适用情况以及存在的问题,并总结出解决问题的方法。本书的研究必将最大程度上对于我国的商事立法与商事司法起到很好的理论铺垫。

本书是樊涛在其博士学位论文的基础上修改形成的。樊涛原来就在大学任教,精心研究商法学理论多年,是我国商法学术界的后起之秀。在攻读民商法博士学位期间,他选定“中国商法渊源”作为其博士论文主题,这是需要勇气的。事实证明,樊涛的博士学位论文获得校内外评议老师的肯定,顺利通过了博士学位论文答辩。

衷心祝贺樊涛的博士论文付梓出版。作为樊涛的博士生导师,我真诚地向读者推荐本书。

是为序。

2015年9月3日

目 录

第一章 绪论	(1)
一、选题背景的界定	(1)
二、选题意义	(2)
三、文献综述	(3)
四、研究方法	(5)
第二章 商法渊源的特质	(6)
一、法律渊源概述	(6)
二、商法渊源的特点	(8)
第三章 域外商法渊源的立法	(13)
一、民商分立国家的商法渊源	(13)
二、民商合一的商法渊源	(15)
第四章 我国商法的正式法源	(17)
一、商事成文法	(17)
二、我国的商事成文法	(25)
三、商事司法解释	(51)
四、交易习惯	(63)
五、政策	(86)

第五章 我国商法的非正式渊源	(97)
一、商自治法	(97)
二、部委规章	(128)
三、商事判例	(152)
四、商法法理(商法思维)	(167)
五、质疑“商法优先适用,民法补充适用”	(235)
六、商法应当具有独有的效力规则	(251)
 第六章 我国商法渊源的缺陷与重构	(263)
一、我国商法渊源的缺陷	(263)
二、我国商法渊源的重构	(269)
 参考文献	(284)
 致 谢	(293)

第一章 | 绪 论

一、选题背景的界定

2011年3月10日上午,全国人大常委会委员长吴邦国在十一届全国人大四次会议第二次全体会议上宣布,中国特色社会主义法律体系已经形成,包括宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼和非诉讼程序法七个法律部门。“法律的生命力在于实施,法律的权威也在于实施。”^{〔1〕}现在,我国政府从国家层面已经公开承认并使用“商事制度”^{〔2〕}的称谓。“商事制度是政府管理经济的一项基本制度,完善商事制度是社会主义市场经济发展的客观需要,商事制度改革是新一届政府转变职能总体部署中的一项重要举措。2014年3月1日,我国正式实

〔1〕 载《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

〔2〕 “我国商事制度改革工作座谈会2014年12月25日下午在北京召开,国务委员王勇出席会议并讲话。王勇指出,实施商事制度改革,是党中央、国务院着眼经济发展大局做出的重大决策。一年来,注册资本由实缴改为认缴、先证后照改为先照后证、企业年检改为年报公示取得突破性进展,加强事中事后监管、扶持小微企业、优化营商环境取得显著成效,极大激发了大众创业、万众创新的活力,带动了大量新增就业,有效促进了经济平稳健康发展。王勇强调,目前改革已经进入攻坚阶段。要加强领导、协调配合、依法推进,加快‘前置改后置’步伐,进一步降低市场准入门槛,实现工商注册制度便利化;加快构建以信息公示、信用约束为核心的新型监管模式,不断完善跨部门、跨地区的协同监管与综合执法机制,切实加强事中事后监管;落实已有政策,研究出台新的扶持政策,进一步优化小微企业发展环境。要统筹抓好重点领域监管执法、消费者权益保护和工商干部队伍建设,提高服务经济社会发展的能力和水平。”载中央政府门户网站, www.gov.cn, 2014年12月29日访问。

施商事制度改革。”^{〔3〕}“深化商事制度改革,进一步简化注册资本登记”,^{〔4〕}同时,最高人民法院早在2010年就开始公开使用“商事审判”的称谓。

通常来说,立法仅仅是法律秩序建构中的一个环节,通过立法形成的法律规范毕竟是静态的、抽象的,只有通过司法活动才能将静态的、抽象的法律规范变成动态的、具体的,进而能够有效地调整各种法律关系、解决各种争议。换句话说,司法者的裁判活动对于法律体系的发展与完善至关重要。^{〔5〕}

随着我国“有中国特色的法律体系”已经形成,当前及今后,我国法学研究的重点必然由过去的“立法研究”转为“法的实施”的探讨。同时也意味着,我国的法治建设的主要工作已从注重立法转向法律的实施,真正地使我国的法律从“纸面上的法”转变为“行动中的法”。本书选择“我国商法的渊源”为题,目的是研究我国商法实施中的法律适用问题。本书的研究重点在于,哪些法律规范可以作为商事法官裁判案件的依据。

二、选题意义

商法规范,作为经济生活的社会控制方式,对于一国的经济发展有着重大的影响。当前,我国正处于编纂民法典之际,需要关注的问题是,我国的民法典应当因应当代工商业社会的现实,民法典中是否应当增设调整商事关系的内容。因此,本书选择了一项非常有意义的课题,其必将有助于我国商法理论的提升,从而为构建一个完整的、和谐的、富有逻辑体系的商法规范体系作理论上的铺垫。

在商事司法层面,我国商事法律适用存在的问题是,我国现行商事法

〔3〕 张茅:“深化商事制度改革 释放经济发展活力”,载《求是》2015年第1期,第34~35页。

〔4〕 李克强:“政府工作报告”,2015年3月5日第十二届全国人民代表大会第三次会议。

〔5〕 夏小雄:“从‘立法中心主义’到‘法律多元主义’——论中国商事法的法源建构逻辑”,载《北方法学》2014年第6期,第82页。

律规范太多,有法律、行政法规、司法解释、商事政策、商事规章、指导性案例、商自治规范等。面对如此众多的商事法律规范,商事裁判者应当选择适用何种商事规范作为裁判依据、从何处着手,是困扰我国商事裁判者的一大难题。^{〔6〕}实践中出现的“同案不同判、同法不同解”的现象,许多都是同一案件法官选择法条和裁判依据不同而导致的。导致上述问题的直接原因在于,我国未能设置为商事裁判者寻找正确的商事规范的商法渊源制度。

商事规范的不确定性以及商事法律适用过于复杂和摇摆不定,在很大程度上损害了商事交易者的理性预期。因此,为构建科学、和谐的商法规范制度,本书的研究必将有利于我国商事规则的简化与统一,有利于维护规则与交易的确定性,从而对我国的商事司法起到很好的促进作用。

三、文献综述

目前,我国暂无系统研究我国商法渊源的著作及文章。国内对于我国商法渊源的研究,大都仍局限于某一类商法的渊源,例如对于“交易习惯”、“指导性案例”、“司法解释”等局部商法渊源的研究,而未能从整体上对于我国商法的渊源加以研究。

关于商法的渊源有何表现形式,应遵循怎样的适用逻辑,国内学界有两种观点:一种观点认为,民法与商法的关系是一般法与特别法的关系,商法优先适用,民法补充适用。^{〔7〕}该观点的优点在于,借民法规则来解决商法渊源不足的问题;不足在于,将商事关系的调整规范简约为商事成文法(民事特别法)和民法,商法的适用简化为非此(商法)即彼(民法),忽略了商法渊源的多样性,否定了商事非成文法渊源,如商事习惯法、商事自治法、商事判例、商事政策等在商法律适用中的应有地位,也过于夸

〔6〕 王利明:“应加快推进民法典的制定步伐”,载《法制日报》2014年9月3日,第9版。

〔7〕 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第43~44页。

大了民法的普适性功能。另一种观点认为,商法是不同于民法的法律部门,商法有其独立的商法渊源制度,商法在内容上能够自主自足。^{〔8〕} 该种观点的优点在于注意到商事关系的个性及其调整规范的特性;不足在于,忽略了商事关系与民事关系具有同质性和相容性,及其伴随“民法商法化”而产生的部分民法规则具有调整商事关系的功能,缩小了商法的渊源范围,同时,也过于强化商法的独立性,否认了商法与民法之间应有的联系。

国内关于商法渊源的研究,还存在以下几个问题:第一,对于商事渊源多样性的边界和适用位阶等研究还有不足之处;第二,民法规范虽然能够对部分商事关系适用,但是缺少界定适用商事关系的民法规则;第三,对商法渊源的研究还停留在静态的法条以及非成文法规则的发掘之上,未能从商法适用的角度来理解商法渊源,对于法官如何适用商法渊源以及商事规范的解释研究不足。^{〔9〕}

国外学者对于商法规范的研究,体现在以下几个方面:第一,注重从市场交易的特性以及商法的功能角度出发来研究商法规范,认为商法不能像民法那样追求逻辑体系的统一,而应该以经验主义为主,探寻具体制度在适用中的便宜和效率。第二,由于商事关系具有复杂性和多变性,学者普遍认为商事关系的调整需要多元的规范体系而非单一规范。第三,两大法系之间的比较研究始终存在并随着商法的国际化发展而愈见深化,学者认为应该借鉴彼此商事规范的类型以弥补既有制度的不足。第四,从注重立法到注重司法的研究转型,基于商事立法本身都较为抽象和原则,学者们越来越关注商事司法实践中法官对于商法规范的诠释。^{〔10〕}

总体而言,国外学界对于商法规范的研究,注重从商事实践的需要出发,追求具体适用过程中的实效,普遍采用功能而非逻辑的视角认知商法

〔8〕 范键、王建文:《商法总论》,法律出版社2011年版,第22~31页。

〔9〕 [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰等译,法律出版社2004年版,第20~31页。

〔10〕 [德]C. W. 卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第6~26页。

的规范及其适用。同时,注重商法规范的动态和多元生成机制,而并非将商法规范仅仅局限于“国家法”。相比而言,英美法系的商法规范更有利于商事交易、更有利于经济的发展。^[11]

四、研究方法

本书以“商法渊源多元论”的理论为基本思路,实事求是结合我国的历史传统、立法及司法现状,研究一种确实可行的、适合我国国情的商法渊源制度。

本书将以辩证的、历史的态度对我国的商法渊源制度加以探讨、分析。该方法系法学研究的通用方法,又称为类比分析法,是指对于两个或两个以上的事物或对象加以对比,以找出它们之间的相似性与差异性的一种研究方法。使用比较的方法,深度剖析别国的商法渊源的制度后,借鉴适合我国国情的商法渊源制度。本书将比较不同法系对于商法渊源的立法模式及在商法实践中的不同做法,探讨其内在发展的规律,以达到研究的目的。

采用系统论的方法,把我国商法的渊源作为一个整体进行研究,而不是零散地对单一的制度进行研究。本书将以私法的统一性为前提,探讨我国商法的渊源制度。本书既探讨民法法源与商法法源的共性,同时,重点研究商法特有的、区别于民法的商法渊源。

运用案例分析的方法,通过案例,从理论和实践的结合上把握我国的商法渊源制度;通过分析真实、典型的商事案例,从中探究我国现行商法渊源在商事司法中的适用情况以及存在的问题,并总结出解决问题的方法。

[11] Penguin Book. Commerical Law, 3rd Edition.

第二章 | 商法渊源的特质

一、法律渊源概述

法律渊源所要讨论的问题是,法官应当援引何种规范作为裁判依据,以及如何依各种规范的不同来源进行体系化整理。学者关于什么是法的渊源具有多个答案,原因在于,对于法的渊源的理解与论者对法律所持有的态度有关,例如,概念法学派的领军人物凯尔森认为,只有“国家法”才能作为法律渊源意义的法;同时还认为法律的创制在国家的官方机构内,所有非国家机构创制的规范只有得到国家的官方同意,例如司法行为或立法行为,才有可能变成法律。与此相反,法社会学家埃利希则存有不同的观点,认为社会中既存的“非国家法”也是法律。^{〔1〕} 本书认为,概念法学派的法律观不仅极其狭隘和局限,而且也不现实。原因在于,很多国家立法,可能因为未能实施或者未被援用,或因民众的规避与反对,客观上未能真正发挥其效力,而遭到事实上的废除。同时,概念法学也忽略了“非正式渊源”应有的价值、忽略了社会生活关系的复杂性、忽略了个别性规范与个别性调整的必要性价值。与此相反,社会法学派则注重法与社会生活的联系,优点是注重“非正式渊源”对复杂的法律关系的妥帖调整。特别是商法的“非正式渊源”,例如公司章程、交易所规则、格式合同、交易习惯等对商事交易的有效调整。但是,社会法学派与自然法学派

〔1〕 [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 142 页。

一样轻视法的形式,而强调社会生活中的“活的法”。这样就为执法人员留下了广阔的自由裁量的空间,使法的概念模糊不定。^{〔2〕} 社会法学派泛化了法的形式,当然也泛化了法的形式中的内容,泛化了法。似乎人们可以把一切他们认为适合社会生活需要的主张都称为了“法”。法之所以为法,首先内容上是有一定的“理”的、有根据的,而且这种内容又需要取得公共权力(国家)的保障,具有人人必须遵守的效力。^{〔3〕} 也就是法的内容必须取得一定的形式,上升为国家的意志,才能获得人人遵守的国家强制性。

众所周知,基于多种因素的差异,大陆法系与英美法系存有不同的法律渊源。在法的渊源的形式上,大陆法系的重要形式为制定法,而英美法系法律渊源的重要形式为判例法。

法律渊源,作为经济生活的社会控制方式,对于经济发展有着重大的影响。各国的法律实践表明,法律渊源对于经济生活、法律监管及经济绩效均产生显著的影响。换句话说,法律渊源影响着法律规则和监管,后者反过来对于经济后果有着直接的联系。因此,法律渊源与资源的分配、经济的增长均存有直接的关系。具体到商法渊源,商法渊源影响着合同的履行与商事司法的质量,通过这种途径,反过来影响着一国的经济发展。一国的商法渊源直接关系到一国的金融审查、投资与准入、商事交易的规模及国际贸易等。

不同的法律渊源,就意味着截然不同的社会控制方式及支撑着控制方式的制度安排。比较两大法系,普通法系的法源是支撑和鼓励市场发展,^{〔4〕}而大陆法系的法源则是限制市场或者甚至以政府的命令将其取而代之;普通法系代表着支持私人市场的自生自发的社会控制,而大陆法系则致力于政府期望的资源分配方式来取代私人的“意思自治”;大陆法系

〔2〕 孙国华:《法的形成与运作原理》,法律出版社2003年版,第23页。

〔3〕 孙国华:《法的形成与运作原理》,法律出版社2003年版,第23页。

〔4〕 Mahoney, PG(2001), The common Law and Economic Growth; Hayek Might Be Right, 30 Journal of Legal Studies 503.

的国有化和政府的直接控制色彩更为突出,而普通法系则更青睐于诉讼和市场主体的自我监管。比较各国的经济发展情况,普通法系总是更有利于经济的发展,运用普通法系的法源来解决经济生活的社会控制问题,往往比大陆法系更为有效。〔5〕

综合上述分析,我们可以得出以下四个结论:第一,不同的国家,法律规则和监管制度存在系统性差异,而且这种差异可以计算、可以量化;第二,不同法源体系下的法律在很大程度上解释着法律规则和监管制度的差异;第三,不同法系在法律传统上存在差异,大陆法系更为关注政策的实施,而普通法系则更为关注市场的支撑;第四,不同法源的法律规则的差异,关乎一国经济的发展和社会的后果。〔6〕

不可否认的是,两大法系的法源形式正在逐步走向趋同。但是,对于经济发展中的新问题,大陆法系的法源仍然贯用“政策实施”的方式加以解决,运用政府强制的手段来解决社会问题。客观上讲,只要世界经济没有受到战争、重大金融危机或者极端严重的市场失序的困扰,以构建支持市场的监管规则为目标的英美法系的规范更有利于经济的发展。当然,如果发生诸如二战或者大萧条这样的事件,许多国家往往会重拾大陆法系的解决方案。

二、商法渊源的特点

商法渊源是指具有法的效力作用和意义的商法规范借以表现的形式,商法渊源是对商行为具有约束力的法律规范,是商事交易活动和商事司法的重要法律依据。商法渊源制度具有以下特点:

〔5〕 [美]罗伯塔·罗曼诺:《公司法律基础》(第二版),罗培新译,北京大学出版社2013年版,第762页。

〔6〕 [美]罗伯塔·罗曼诺:《公司法律基础》(第二版),罗培新译,北京大学出版社2013年版,第765页。