

法治湖北论丛



商事思维与商法实践

——湖北省法学会商法研究会成立十周年纪念特辑

主 编 冯 果

副主编 李新天 罗 昆

法治湖北论丛

商事思维与商法实践

——湖北省法学会商法研究会成立十周年纪念特辑

主 编 冯 果

副主编 李新天 罗 昆

图书在版编目(CIP)数据

商事思维与商法实践:湖北省法学会商法研究会成立十周年纪念特辑/

冯果主编.

武汉:湖北人民出版社,2014.9

ISBN 978-7-216-08362-1

I. 商… II. 冯… III. 商法—中国—文集

IV. D923.994-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第213150号

出品人:袁定坤

责任部门:高等教育分社

责任编辑:程小武 黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:杜义平

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787毫米×1092毫米1/16

版次:2014年9月第1版

字数:698千字

书号:ISBN 978-7-216-08362-1

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:38

印次:2014年9月第1次印刷

插页:2

定价:65.00元

本社网址: <http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店: <http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话: 027-87679656

投诉举报电话: 027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 彭方明 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

王 龙 王 晨 王亚平 王瑞龙 方世荣

冯 果 吕忠梅 刘大洪 齐文远 李 龙

李长健 李仁真 肖伯符 吴汉东 汪习根

陈小君 周叶中 郑少三 赵 钢 胡兴儒

俞 江 姚 莉 姚仁安 秦前红 徐汉明

曹诗权 康均心 彭方明 彭真明 曾令良

温世扬 雷兴虎 熊 伟 熊世忠 魏纪林

总 编 彭方明

副总编 王 龙 陈志伟

《商事思维与商法实践》

编委会

主 编 冯 果

副主编 李新天 罗 昆

编 委 (按姓氏笔画排列)

王全刚	王瑞龙	冯 果	刘建勤	李克武
李新天	李群星	余 磊	张 杰	张里安
张卓立	罗 昆	钟 莉	徐少林	彭真明
雷兴虎	雷涌泉	翟中鞠	樊启荣	

序

法律思维是法律人的生命线，是法律人认识 and 解决社会问题所特有的思维方式和价值维度。商事思维是商人以及包括商事立法者、法官、仲裁员、教授、律师等在内的法律职业群体，在从事商事活动以及解决相关法律问题过程中，按照商事活动的规律和商法的逻辑，思考、分析、解决问题的思维模式和思维进路，其同样是从事商法学术研究和商法实践的法律职业共同体所应具有的基本素养，也是解决商事纠纷应有的审判理念。

无论是否采用民商合一的立法体例，大家都无法否认，商事活动有迥异于民事活动的特殊之处和自身的价值取向与运行规律。商人有不同于普通民事主体的独特的利益和价值追求，有专业知识和技能上的特殊优势和商业判断能力，商法也有有别于民法的特殊理念和价值原则。因此，无论是商事交易规则的制定还是商事纠纷的解决，都应该体现商人主体及商事活动的营利性特征，尊重当事人的意思自治和商事交易习惯，重视交易秩序的维护和交易效率的提高。然而，在我国民商合理立法体制和大民事审判格局的影响下，强大的民事思维主导了商事立法乃至商事审判进程，掩盖或抹杀了商事活动和商事审判的特殊性，其结果导致了商事主体正当法律预期的落空和市场规则的扭曲，不利于社会主义市场经济的发展和高效公正的市场秩序的生成。

“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”在中国，商法学是一个年轻的法律学科，但丰富的商事实践却赋予了商法学顽强的生命。面对纷繁复杂的社会实践，无论是法学理论工作者还是法律实务工作者，都在积极地探索商法特有的运行轨迹和价值取向。自 2004 年成立以来，湖北省法学会商法学研究会在覃有土等老一辈商法学家的带领下，一直致力于商法学理论与实践的结合，凝聚湖北地区商法学理论界和商法实务界同仁，围绕商法实践中的重大疑难问题展开了广泛而深入的研究。尤其是近年来，湖北省法学会商法学研究会先后以“商法与民法的关系”、“商事思维与民事思维”、“商事思维与商事审判”为学会学术年会主题，开始了由单纯的规范研究向理念与价值研究的转型，力

求结合我国商事审判实践的最新发展，从审判理念和价值判断的角度，对商事立法和商事司法进行更为全面的剖析和梳理，以期商法学学术研究与商事司法实践能够更加紧密地融合。每一次学术年会都得到了学术界和法律实务界的热情响应和大力支持，收集到大量优秀学术成果，涌现出一批学术新秀，展示了湖北省商法学研究的雄厚实力，推动了湖北地区乃至全国商法学研究的发展。在湖北省法学会商法学研究会成立十周年之际，我们特从近三年学术年会参会论文中精选部分论文结集出版，以飨读者。

本书共分七编，涵盖了商法基本理论以及公司法、破产法、金融法等商事法实施中的重大疑难问题，还包括与商法实践紧密相关的商事仲裁法律问题。我们相信读者在通读全书的过程中将会发现，在我们的商法实践中无不渗透着商法的精神，体现着商法的思维，散发着商法特有的魅力。我们衷心期待我们的学术研究能更好地繁荣我国商法学研究，更加有力地推动中国市场经济的健康发展。

本书的出版得益于湖北省政法委和湖北省法学会的关心和大力支持，得益于湖北人民出版社的鼎力相助，我们对此表示衷心的感谢。最后，要特别感谢郁丹、程小武、黄沙等编辑，他们为本书的出版付出了艰辛劳动。由于时间仓促，书中定有不少谬误和不当之处，敬请读者批评指正！

冯 果

2014年9月于珞珈山

目 录

第一编 商法基础理论问题

略论我国的商法理念	雷兴虎 李长兵	(3)
商法的理念与特殊规则	李新天 印 通	(15)
商法基础的重构：营业概念解析	柯昌辉	(34)
商法解释之形式解释与实质解释抉择		
——以《企业破产法》第四十条债务抵销解释为例	姬广菊	(68)
商法思维与商事法律解释	袁 康	(77)
燃起与架起：商事审判思维应用之探寻	车志平	(85)
商事审判与商法的营利理念	张晓萌	(97)
商事登记诚实信用原则研究	刘训智	(105)
论我国商事信用法律调节机制的完善	雷 雯	(118)
论我国商事信用法律体系的构建	韩晓利	(127)

第二编 公司法疑难问题

有限责任公司股东合意退股效力探析	田宇生 杨 玲	(139)
从两则案例看我国《公司法》中股东资格的取得问题	吴小松	(150)
隐名股东法律规制初探	张 琪	(156)
有限责任公司股东资格认定的司法判定标准	苏 哲 徐联坤	(168)
司法实务中公司隐名股东资格认定法律问题研究		
——以实务调研的视角考察	何小锐	(179)
论瑕疵出资股东对债权人的出资责任体系		
——以《公司法司法解释（三）》第十三条和第十八条的解释为中心		
.....	曾小元	(189)

一人公司股权转让的若干法律问题	魏天红	(200)
股权转让协议的效力问题探究		
——以瑕疵出资股权转让为视角	丁 盼	(210)
有限责任公司瑕疵出资股权转让相关问题探析	陈霞睿	(221)
人力资本出资法律问题研究	孙汉英	(231)
公司章程对有限责任公司股权转让限制的效力研究	李晓艳	(241)
公司对外担保问题探析		
——以《公司法》第十六条第一款为切入点	彭 彬	(251)
企业协议控制模式效力探讨	罗筱筱	(278)

第三编 证券法疑难问题

试论证券公司资产管理合同中担保条款的效力	董海州	(287)
对谁诚信：保荐人制度完善的先决问题	张 焰	(297)
证券交易“买者自负”原则释疑	窦鹏娟	(306)
衔接私募与公募的桥梁		
——基于我国台湾地区私募股票（份）补办公开发行制度研究	李 健	(321)

第四编 破产法疑难问题

诚信体系建设与破产管理人监督制度的完善	王鹏宇	(341)
民办学校破产清算的法律适用	张 燕	(348)

第五编 金融法疑难问题

无效企业借贷处理规则	李承亮 谭再坤	(359)
金融创新与董事信义义务的重塑	李安安	(374)
商业银行对非金融企业进行股权投资的法律问题研究	向 前	(389)
金融消费者保护：理论、域外经验与适当性	杨为程	(396)
“余额宝”的法律归属与监管质疑	段丙华	(409)
互联网时代下“草根金融”的法律分析与对策		
——以众筹融资为例	唐 敏	(417)

现代契约法视角下的对赌协议

——以不完全契约、关系契约为视角 张 骏 (430)

对赌协议的法律性质及效力的考量 崔红玉 (441)

把脉问诊民间借贷审判疑难杂症

——以基层法院收案及审判情况为视角 孙 健 (462)

当前民间借贷纠纷的特点解析及对策建议 谢燕临 (473)

第六编 保险法、票据法、信托法疑难问题

保险代位权的立法定位及具体适用研究 杨 巍 (485)

论责任保险人的抗辩义务 武亦文 (508)

《保险法》第五十五条规定之评析 张 艳 (527)

保险法解释思维之分析与取向

——以被保险人为中心 王家骏 (536)

票据背书连续的内涵、司法认定及法律效力 杨 信 (547)

信托兑付困境及其法律对策研究

——以信托“刚性兑付”为中心 龚 龔 (558)

第七编 商事仲裁问题

关于中国仲裁发展的成就与展望

——谨以此文献给仲裁法颁布二十周年 ... 刘健勤 胡秀娟 唐云峰 (571)

再议仲裁案外人的权利保护和救济

——以 2013 新民诉法相关条文为视角 唐云峰 (588)



第一编

商法基础理论问题

略论我国的商法理念

雷兴虎 李长兵*

内容摘要：商法理念是人们关于商法本质的理性认识和根本观念，是对商法所应达到的终极目标及其实现途径的一种理想和信念。基于历史考察和比较分析，我国商法应明确以营利为本、商人自治、风险防范、社会责任为内容的基本理念。商法理念在商事立法和商事司法中的适用有助于指引我国商事立法体系的逐步完善，推进我国商事司法体制改革的不断深入。

关键词：商法理念 商事立法 商事司法

随着社会主义市场经济体制的确立和逐步完善，商法在我国获得了前所未有的发展机遇，从逐步恢复和制定商事单行法，到初步完成商事法律制度体系的基本架构，商法在制度建设层面所取得的成绩令世人瞩目。在充分肯定建设成效的同时，我们也应清醒地认识到，当前我国商法理论研究仍较为薄弱，尤其是在商法基础理论体系的建构方面仍明显不足，对商法的内在理论价值和法理基础缺乏深度挖掘。诚如王保树教授所言：“商事法律现象是复杂多变的，要从它的复杂多变中掌握其发展规律，就必须舍弃不同法律现象的众多差别，去探索商法的理念。”^① 因此，本文认为，在我国商法基础理论体系尚不足以支撑商法制度建设和司法实践的当下，总结改革开放以来我国商事立法和司法实践经验，提炼商法的共性问题 and 普遍规律，探寻商法内在的基本理念，不仅有利于夯实我国商法的理论基础，同时也有助于推进我国商事立法体系的逐步完善和商事司法改革的深入开展。

* 雷兴虎，中南财经政法大学法学院教授、博士生导师；李长兵，法学博士，兰州商学院法学院副教授。

① 王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，《商事法论集》（第1卷），法律出版社1996年版，第1页。

一、商法理念的内涵界定

（一）法理念的一般学说

所谓理念,根据我国《辞海》的解释,是指“一种理想的、永恒的、精神性的普遍范型”。《现代汉语词典》关于“理念”一词的解释,其一为信念;其二为思想和观念。因此,理念是一种理性认识 and 思想观念,是人类思维活动的结果。在西方语境中,“理念”(idea)一词则包括思想、观念、观点、见解、想法、意见、计划等多重含义。西方最早对“理念”在哲学上进行系统研究的是柏拉图,他认为,理念是超越于变动不居的各类事物而存在的一个永恒不变的本质或实在。^①最早尝试将“理念”从哲学引入法律领域的是康德,而真正提出“法的理念”并将法与理念结合起来的则是黑格尔。^②德国法学家施塔姆勒率先从法律价值意义上来认识法理念,指出“法理念乃是正义的实现”^③。而拉德布鲁赫则进一步发展了对法理念的认识,他认为,“法律……只有从它的理念出发,才可能被理解”,法理念是法的最高应然状态,应包括“作为平等原则的正义”、“法的合目的性”和“法的安定性”三个层次的内容。^④

我国学者关于法理念的认识大致可以概括为以下三种学说:一是“应然说”,即认为法的理念是社会对法的价值要求,法的理念必须在法的价值范畴中加以把握。^⑤二是“实然说”,认为法理念“是对法律的本质及其发展规律

① [德] E. 策勒尔:《古希腊哲学史纲》,翁绍军译,山东人民出版社 1996 年版,第 139~141 页。

② 康德在《纯粹理性批判》一书中,对柏拉图的“理念论”进行了详尽的评述,并认为“立法和治理越是与这一理念一致地建立起来,刑罚当然就会越是稀少。”黑格尔在《法哲学原理》一书中指出:“定在与概念,肉体与灵魂的统一便是理念……法的理念是自由,为了得到真正的理解,必须在法的概念及其定在中来认识法。”

③ [美] 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 173 页。

④ [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2005 年版,第 3、4、73~76 页。

⑤ 王申:《理念、法的理念——论司法理念的普遍性》,《法学评论》2005 年第 4 期;史际春、李青山:《论经济法的理念》,《华东政法学院学报》2003 年第 2 期。

的一种宏观的、整体的理性之把握和建构”^①。三是“应然和实然统一说”，如认为“法理念是法的精神与法的实在之间的内在统一”^②，或认为“法理念既是具体法形态的内在，同时也是法之本体的存有”^③。笔者赞同第三种观点，即法理念是实然和应然之统一。实然的法理念强调法的安定性和有效性，是指人们对法之现状的理性认识和基本观念，具体体现为通过对法律的规范设计以有效实现人类社会的秩序与安宁；应然的法理念则注重法的合目的性，是指人们对法之应然目标的理想和信念，具体表现为通过法律制度的不断建构和完善以实现公平和正义等法之终极价值目标。

（二）我国学者关于商法理念的主要观点及评述

除了从法的一般意义和抽象意义的角度探究法理念之外，部门法学者也纷纷从不同的进路，将法理念具体化到部门法中，展开了关于民法理念、刑法理念、经济法理念、行政法理念等部门法理念的研究和探讨。受制于商法基础理论在我国的研究现状之不足，我国学者关于商法理念的专题研究和系统论述并不多见，纵观近年来学界关于商法理论的专题研究成果，对商法理念的内涵之界定可概括为以下几种学说。

（1）商法理念的“一元论”。所谓“一元论”，即主张单一向度的商法理念。如有学者认为，作为人们在实践过程中形成的有关商法的理性认识，商法理念不仅反映着商法规范的共同规律，也表现为商法理论的内在逻辑。借助于经济学、历史和哲学的分析考察，商法理念可以表述为“以营利为目的的风险控制”^④。

（2）商法理念的“二元论”。“二元论”者主张商法理念不是单一的，应主要体现为两个互为补充的价值理念。如范健教授认为，现代商法的价值理念为“效益”和“安全”，在“效益”这一价值理念的指引下，商法遵循商事自由和商事便捷的原则，运用大量的任意性规范来激发商事主体的创造力；在“安全”这一价值理念的指引下，商法遵循法定强制和公示外观的原则，并运用适当的强制性规范以维护商事交易和社会经济的安全。^⑤

① 李双元、蒋新苗：《法律理念及其现代化取向》，《湖南政法管理干部学院学报》1999年第1期。

② 吕世伦：《法理念探索》，法律出版社2002年版，第1页。

③ 江山：《中国法理念》，中国政法大学出版社2005年版，第3页。

④ 戴少杰：《以营利为目的的风险控制——关于商法理念的初步思考》，载王保树主编：《商事法论集》（第十卷），法律出版社2006年版，第412～416页。

⑤ 范健：《从全球经济危机反思现代商法的制度价值》，《河北法学》2009年第8期。

(3) 商法理念的“多元论”。多数学者主张商法理念应是多维度、多元化的,是多种理念构成的有机整体。具体包括以下几种学说:一是“四理念说”,如顾肖荣等认为,商法的基本理念应包括“确保交易公平”、“鼓励交易迅捷”、“倡导交易确定”、“维护交易安全”四个方面。^①王建文教授认为,商法理念是包含商法的精神和价值等体现商法本质属性的基本理论范畴,商法理念可以类型化概括为:“强化私法自治”、“经营自由”、“保护营利”、“加重责任”。^②二是“五理念说”,如凤建军认为现代商法应当确立“营利理念”、“法治理念”、“诚信理念”、“国际化理念”和“社会责任理念”五个方面的基本理念。^③三是“六理念说”,如陈淑华认为,我国商法的基本理念应包括“崇尚营利”、“权利互惠”、“契约自由”、“诚实信用”、“效率优先”和“开放统一”六个方面。^④朱景文认为我国现行商法应确立起“平等自由、效率安全”、“崇尚营利、权利互惠”、“契约自由、诚实信用”、“效率优先、维护公平”、“开放统一”等理念。^⑤周克军、罗新斌则分别从价值理念、形式理念和实体理念层面来阐述商法理念,并将现代商法的理念概括为“效益至上”、“地位独立”、“与时俱进”、“促进效率”、“保障安全”和“维护公平”。^⑥

上述学者关于商法理念的论述均是从不同角度对商法的本质和内在规律加以理解和认识的有益尝试,但总体而言上述观点仍存在一些有待商榷之处:一是部分表述混淆了商法理念和商法价值,如使用“商法价值理念”称谓,或将“效益”、“公平”、“秩序”等商法价值视为商法理念;二是没有有效厘清商法理念和商法基本原则的界限,如将“经营自由”、“诚实信用”、“交易安全”等商法基本原则视为商法理念;三是对商法理念的表述欠科学和规范,如将商法理念等同于商法的功能定位和立法宗旨。本文认为,商法理念与商法价值、基本原则、功能定位等属于不同的理论范畴,各相关范畴应当在内涵上予以明确界分,混淆上述基本范畴只能使得商法理念在内涵上更加无从把握。从这一意义上来说,我们应当拒绝对商法理念这一概念的过度泛化,回归法理

① 顾肖荣等:《商法的理念与运作》,上海人民出版社2005年版,第4~10页。

② 王建文:《论商法理念的内涵及其适用价值》,《南京大学学报》2009年第1期。

③ 凤建军:《中西方商人观念形成之诸视角考察——现代商法理念的价值来源》,《法学杂志》,2010年第8期。

④ 陈淑华:《论我国商法的基本理念》,载王保树主编《中国商法年刊》(第二卷),吉林大学出版社2002年版,第80页。

⑤ 朱景文:《加入WTO与我国现代商法理念的重构》,《商业研究》2003年第19期。

⑥ 周克军、罗新斌:《论商法的现代理念》,《当代经理人》2006年第3期。

念的基本内涵和商法的本质属性,选取科学的研究路径和方法,通过对商法本质和内在逻辑的深刻把握,来建构我国商法理念的基本内容,以指引我国商事立法和司法实践。

(三) 商法理念的概念和内涵界定

基于学者们关于法理念和商法理念的研究成果,本文认为,商法理念是关于商法的内在本质与客观规律的理性认识、总体看法和根本观念,是有关商法在调整商事生活实践中所应达到的终极目标及其实现途径的一种理想、信念和追求。商法理念具体体现在一国商事立法、商事司法以及商事实践活动之中,是指引商事立法和商事司法活动的最高原理和根本准则。商法理念不仅阐明了商法“是什么”的问题,同时更回答了商法应当“如何是其所是”的问题,是商法得以确立、存续和发展的观念和逻辑基础。为准确把握商法理念之内涵,有必要厘清商法理念与商法精神、商法价值及商法基本原则等相关范畴的关系。

首先,关于商法理念与商法精神。依学者观点,商法精神乃商法的真谛和主旨,是贯穿于商法制度、规范及商事实践中的商法的精髓与理念。^①因此,某种意义上商法精神和商法理念是相通的,二者均能体现出商法的发展规律和精神追求,均能反映人类理性对商法的认识 and 把握。但与此同时,二者又有着各自不同的侧重,申言之,商法理念意在从法哲学角度去探寻商法的内在本质和深层法理,而商法精神则侧重于从法律文化角度去发掘商法的传统与现代,探求商法的发展规律。

其次,关于商法理念与商法价值。商法价值是“商法对于主体人需求的某种满足,反映主体人同满足其某种需要的商法属性之间的关系”^②。因此,商法理念与商法价值在反映商法的精神追求、体现商法的特质方面具有共通性。但二者的区别也至为明显,商法理念属于主观意识范畴,具有主观性,而商法价值作为商法的固有属性则是一种不以人的意志为转移的客观性存在。商法理念决定商法的历史命脉与发展定位,影响和制约着商法价值的最终实现。从商法产生和发展的历史来分析,商法价值应是较为恒定的,而不同的时代对商法理念则有着不同的认识和理解。

最后,关于商法理念和商法基本原则。商法基本原则是指商法所确认的商

^① 马晶:《商法精神与中国传统文化》,载王保树主编:《中国商法年刊(第二卷)》,吉林大学出版社2002年版,第115页。

^② 于娟:《商法价值指向与经济法价值向度相关度考察》,《求索》2010年第2期。