



李长兵 著

商法理念研究

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



李长兵 著

商法理念研究

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法理念研究 / 李长兵著. —北京: 法律出版社,
2015.5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7954 - 7

I. ①商… II. ①李… III. ①商法—研究 IV.
①D913.990.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 099614 号

商法理念研究

李长兵 著

责任编辑 易明群 黄倩倩

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.25 字数 240 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

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 陶 松

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 - 7954 - 7

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在市场经济体制日趋完善的大背景下,我国商法的制度建设获得了良好的发展,以大量商事单行法为基础的商法体系已基本形成。然而,与商法的具体制度研究成果相比,我国商法的基础理论研究仍显薄弱,远未形成系统的商法理论体系。这不仅导致商法作为独立部门法仍缺乏强有力的理论支撑,商法与民法、经济法的关系在理论上尚未清晰厘定,商法制度体系因欠缺理论主导而无法廓清其具体范围,也导致商法实践因缺乏科学的理论指引,在商事立法、执法、司法和守法活动中,尚未从整体上形成关于商法本质、商法价值和商法理念的科学认识。概而言之,市场经济的充分发展使得商法制度的健全已经成为必然趋势,但商法基础理论的薄弱与现实经济发展对商法的需求形成强烈反差。这制约着我国商法理论研究和制度建设的深入开展。

商法理念研究作为商法基础理论研究的重要

范畴之一,是商法基础理论的灵魂和基石。对商法理念的研究正是要探讨商法的本质与价值,追寻商法的历史与本源,明确商法的理想与目标,从根本上解决“商法是什么”、“商法如何是其所是”等困扰商法理论研究和商法制度建设的本源性问题。李长兵博士的著作《商法理念研究》正是定位于此。本书以商法理念为研究对象,以商法理念作为贯穿全书的研究视角和基本路径。

作为商法基础理论的研究成果,本书通过对商法理念的形成基础和发展历史的深入剖析,试图廓清现代商法理念的体系结构和基本内容,构建符合我国市场经济建设和发展需要并契合商法基本理念的商法制度体系和商事司法体系,以实现我国商法理论体系和规范体系建构与发展的理想图景。总体来看,本书对于丰富我国商法基础理论研究、促进商事立法和商事司法的完善具有较大的理论价值与实践意义。

本书作者李长兵是我指导的博士生,长期在高校从事商法的教学和研究工作,具有较为扎实的理论基础和研究能力,为其思考商法理论、商法制度和商事司法等宏观问题提供了知识储备。希望李长兵博士以此为起点,在该领域继续深入研究,为繁荣我国商法基础理论研究做出自己应有的努力和贡献。

是为序。

雷兴虎

2015年1月于武汉

目 录

导论 / 001

第一章 商法理念的内涵界定 / 019

第一节 理念与法理念考辨 / 019

一、理念的基本内涵 / 019

二、法理念的内涵阐释 / 022

第二节 商法理念的内涵界定 / 027

一、商法理念的本体论认知 / 029

二、商法理念的价值论界定 / 030

三、商法理念的认识论诠释 / 031

第三节 商法理念的概念辨析 / 033

一、商法理念与商法概念 / 034

二、商法理念与商法价值 / 035

三、商法理念与商法原则 / 038

四、商法理念与商法思维 / 039

五、商法理念与商法本位 / 040

六、商法理念与商法精神 / 041

第二章 商法理念的形成基础考察 / 043

第一节 西方国家商法理念之基础考察 / 043

一、西方商法理念的经济基础 / 043

二、西方商法理念的政治基础 / 051

三、西方商法理念的社会基础 / 058

四、西方商法理念的文化基础 / 067

第二节 我国商法理念基础的反思与重构 / 077

一、我国商法理念的经济基础 / 077

二、我国商法理念的政治基础 / 085

三、我国商法理念的社会基础 / 090

四、我国商法理念的文化基础 / 096

第三章 商法理念的历史流变 / 101

第一节 西方商法理念的历史流变 / 102

一、西方古代时期商法的源流与商法理念的
孕育 / 102

二、欧洲中世纪时期商法理念的生成 / 106

三、近代西方商法理念的演进 / 110

四、现代西方商法的发展趋势与商法理念的
现代化 / 124

第二节 我国商法理念的历史变迁 / 130

一、我国近代商法的源起与商法理念的生成 / 130

二、我国现代商法的发展走向与商法理念的
变迁 / 134

第三节 商法理念的时代动因 / 138

一、法理念的时代性动因 / 138

二、西方商法理念的时代性特征 / 141

三、我国商法理念的时代性考察 / 143

第四章 商法理念的体系建构 / 146

第一节 商法理念的体系构成 / 146

一、法理念的构成要素:形式正义与实质正义之

统一 / 146

二、商法理念的构成要素 / 149

三、商法理念体系建构之必要性:学界观点

及述评 / 152

第二节 营利为本理念 / 156

一、营利为本的内涵界定 / 156

二、营利为本的商法理念诠释 / 161

三、营利为本理念的商法制度确认与规则体现 / 164

第三节 商人自治理念 / 170

一、从私法自治到商人自治:商人自治的

内涵界定 / 171

二、商人自治的商法理念诠释 / 173

三、商人自治理念的商法制度确认与规则体现 / 182

第四节 风险防范理念 / 189

一、风险社会语境下的商事风险 / 189

二、风险防范的商法理念诠释 / 193

三、风险防范理念的商法制度确认与规则体现 / 196

第五节 社会责任理念 / 203

一、企业社会责任:内涵和外延的流变 / 203

二、社会责任理念的基本内涵 / 206

三、社会责任的商法理念诠释 / 208

四、社会责任理念的商法制度确认与规则

体现 / 213

第五章 商法理念在商事立法中的贯彻与落实 / 219

第一节 我国商事立法现状之理念反思 / 221

- 一、商事立法观念亟待转换 / 223
- 二、商事立法思维范式亟待革新 / 226
- 三、商法制度生成路径亟需优化 / 230

第二节 商法理念与商法基本原则之确立 / 233

- 一、商法基本原则的内涵界定 / 233
- 二、商法理念是商法基本原则确立的基本依据 / 237
- 三、契合商法理念的我国商法基本原则之确立 / 240

第三节 商法理念与我国商法制度体系的构建 / 247

- 一、我国现行商法制度体系的困境与不足 / 248
- 二、以商法理念为指引建构商法制度体系的基本思路 / 252

第四节 商法理念指引下我国商事立法模式的选择 / 257

- 一、《商事通则》：我国商事立法模式的应然选择 / 257
- 二、商法理念指引下《商事通则》立法宗旨之确立 / 260
- 三、商法理念指引下《商事通则》基本框架之构建 / 263

第六章 商法理念在商事司法中的应用与实现 / 266

第一节 商法理念与商事审判的独立化 / 267

- 一、我国商事审判之现状检视 / 267
- 二、商事审判的独立化是商法理念司法实现

的必然要求 / 273

第二节 商法理念与商事审判思维之合理
应用 / 277

一、营利为本理念的商事审判思维应用 / 278

二、商人自治理念的商事审判思维应用 / 280

三、风险防范理念的商事审判思维应用 / 283

四、社会责任理念的商事审判思维应用 / 285

第三节 商法理念司法实现的商事诉讼程序
设计 / 286

一、商事诉讼程序是商法理念司法实现的合理化
诉求 / 286

二、商法理念下我国商事诉讼程序设计的初步
构想 / 291

结语 / 296

参考文献 / 301

致谢 / 315

导 论

一、研究动因

市场经济体制已经成为当今世界大多数国家经济和社会发展的主导模式,并在全球经济一体化过程中发挥着日益重要的作用。我国自改革开放以来,特别是随着市场经济体制的建立,市场在资源配置中的基础功能日渐发达和市场交易关系的广泛普及,使得商事活动逐步成为推动社会变革、主导经济发展、实现社会财富增长的重要方式和载体,商事交易关系获得了前所未有的发展。在这一宏观经济背景之下,整个社会对商法的需求日益强烈,商法在制度建设层面也取得了显著成效。随着公司法、证券法、票据法、保险法、破产法、海商法等大量商事法律、法规的颁行,我国商法制度体系已经完成基本架构,而且在规范商事行为、维系商事秩序方面正发挥其举足轻重的作用。然而,与此同时,我们也应清醒地认识到,我国现行商事法律和法规仍处于孤立和分散的状态下,无法形成内部有

机联系和协调运行的体系,商法对市场经济体制建设的规范和促进作用受到极大的制约。由于我国本身即缺乏商法传统,商事立法和司法实践经验又极为欠缺,加之商法的基础理论研究和知识积累明显不足,导致理论界和实务界对商法这一法律部门从整体上缺乏科学的认识和把握。商法的本质内涵、内在精神和逻辑体系等根本性问题长期处于模糊和争议的状态,商法在理论架构、制度建设和司法实践等方面也受制于理念的束缚而难以获得长足发展。

总体来看,我国的商法理论研究在学者们的共同努力下已经取得了一定的研究成果。这些成果的取得,既得益于我国市场经济体制的建立和完善为商法学理论研究奠定了良好的现实基础和可资利用的实证素材,同时也得益于商法学者们在反复求索中不断加深对商法本质和规律的理性认识,并逐步形成了指引商法学研究的商法观念和商法思维。^[1]但毋庸讳言,我国现阶段的商法学研究仍主要侧重于对具体商法制度和体系的研究,或者立足于运用商法的基本概念来审视和裁量现实的商事法律关系,或者局限于商事单行法的制度性构建,而真正立足于社会经济和商事生活实践,以探索和解决商法基本范畴为研究对象的研究成果并不多见,尤其是将法学基本范畴和基本命题运用于商法基础理论研究,并形成商法自身的理论体系的研究成果极其薄弱。^[2]尽管寇德教授曾指出,商法是关于解决实际问题的法律,因此商法的工具性价值和技术性特征比其他任何部门法都更为突出。^[3]

[1] 参见王保树主编:《中国商法年刊》(2013),法律出版社2013年版,前言。

[2] 现阶段我国对于商法基础理论的研究主要限于一些宏观的商事立法问题如关于民商分立与民商合一,关于商法体系的建构,关于《商事通则》的制定,仅有少数成果涉及商法本位、商法价值、商法基本原则等法学基本范畴的研究。参见华中师范大学商法研究中心:《中国商法及商法学30年》,载《法学杂志》2009年第2期。

[3] Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millennium*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 4.

但这一观点并不构成对商法基础理论和商法目的性价值的否定,恰恰相反,商法的基本范畴研究同样重要,商法具体制度建设同样需要以扎实的理论基础为支撑。这是因为,一方面“理论需要解释现实,就必须承诺一个自己的基点,作为用以整理、说明理论所关涉的经验现象和命题的标准,以使它们获得统一性的解释”。〔1〕商法理论体系的构建,需要通过将纷繁芜杂的商事实践转换为条分理晰、易于把握的理性认知,为商事生活经验世界提供统一的理论解释,以此作为人们实施商行为、明晰商事关系的可资参照的基础性依据。另一方面,“理论需要规范现实,就必须寻求自己的支点,用于作为判断、评价和规范理论所关涉思想和行为的标准,以使它们获得统一性的评价”。〔2〕在此意义上而言,商法基础理论又可以为商事生活实践和经验世界提供统一的评判标准,作为判断商行为和商事法律关系之正当性,评价商事立法和商事司法之合理性的基本依据。

基于上述分析可以看出,当前我国的商法学研究一方面要继续加强对具体商法制度的深入研究,为商法制度建设和司法实践提供理论依据;另一方面也要把研究的视角转向商法基础理论的体系化研究,尤其要注重运用法理学和法哲学等研究范式和研究方法,加强对商法基本范畴的研究,把握商法理论的基本命题,形成系统的商法基础理论成果,以夯实商法的理论基础,提升商法研究的学术品格。商法理念是商法基础理论研究的重要范畴之一,对商法理念的研究即要回到商法理论研究的逻辑起点,去探寻商法的内在本质、价值取向与发展目标,弘扬商法制度与体系中所蕴含的商法观念、商法意识与商法精神,为商事立法、司法和商事实践提供观念支撑和价值指引。有鉴于此,本书选择以商法理念为研究对象,围绕商法理念的内涵与本质、商

〔1〕 蔡立东:《公司自治论》,法律出版社2006年版,第48页。

〔2〕 蔡立东:《公司自治论》,法律出版社2006年版,第49页。

法理念的本源与历史、商法理念的体系与内容、商法理念的应用与实现等基本问题展开系统而深入的研究。

二、理论与现实意义

(一) 有助于推进我国商法基础理论体系的系统建构

商法学基础理论研究一直是我国商法学研究领域的薄弱环节,尽管近年来已有学者在对商主体、商行为制度体系进行建构的基础上,初步提出了商法基础理论的体系结构,为我国商法理论的完善作出了积极贡献。但毋庸讳言,商法基础理论的研究尚处于不断完善之中,许多范畴的研究还有待于进一步深化、健全和提升。而由于商法基础理论研究的匮乏,一方面导致长期以来,法学界关于商法学研究对象、研究价值和研究方向的“难以名状的困惑”;^{〔1〕}另一方面,也使得“商法一直在缺少体系化的理论支撑下跛足而行,商法制度也滞后于时代发展的要求”。随着市场经济改革进入到关键时期,我们更加需要对当前我国商法的改革和转型进行整体性思考,对商法的发展方向进行整体性理论建构。而如何建构和完善我国商法的理论体系,丰富和发展我国商法的理论研究成果,为商法制度建设和司法实践奠定深厚的理论基础,则需要回答商法的制度基础、内在本质、价值取向和理想图景等深层次问题,归根结底即关涉对商法理念反思和重构的问题。^{〔2〕}商法理念既深刻反映了商法的本质、价值和发展规律,也体现了对商法在本体论、认识论和方法论上的统一,是商法基础理论研究的基本范式。因此,对商法理念的深入系统研究,有助于我们进一步加深对商法所蕴含的本质和内在精神的认识,切实解决“商法是什么”和“商法如何是其所是”等困扰商法基础理论研究的本源性问题,获得关于

〔1〕 赵旭东:《商法的困惑与思考》,载《政法论坛》2002年第1期。

〔2〕 参见王建文:《中国商法立法体系:批判与建构》,法律出版社2009年版,第24页。

商法本质、商法价值的全面认知,不断丰富商法的理论内涵,夯实商法的理论基础,推进商法基础理论体系的系统建构。

(二)有助于为商法制度和规范体系的建设提供价值指引

随着我国社会主义市场经济体制的确立和完善,市场在资源配置中的作用和机制得到充分发挥,各种商事关系也得以快速发展。为适应商事关系法律调整的现实需要,我国颁行了大量商事单行法律、法规,表面上看起来商法已经形成了一定的体系,但细加分析则不难发现,由于缺乏总纲性商事立法的统领,大量的商事单行法律始终处于一种孤立和零散的状态,相互之间缺乏内在统一和协调机制,无法形成一个系统、科学和完整的法律体系。究其原因,我国现行商事立法中缺乏正确的商法理念作为价值指引难辞其咎。商法理念既是指引、检验和评判商事立法之合理性和实效性的重要依据,同时也是商事立法所追求的价值目标。尤其对于我国市场经济转型时期的商法制度和规范体系而言,“商法理念有利于理解商事立法各项制度与条文的深刻含义及其彼此之间的分工合作关系,有利于建立我国科学的商事立法体系和制度框架”。^{〔1〕}因此,通过对商法理念的深入系统研究,有助于我们进一步加深对现阶段我国商事实践领域中的诸多法律问题的全新认识,把握商事关系的内涵和本质,从而在商事立法中通过甄别不同法律现象所蕴含的本质属性,寻求商事法律关系的内在机理,协调统一各单行商事法律之间的关系,并结合商事关系的本质内涵设计出既符合调整商事法律关系的特殊需求,同时各单行法之间又彼此高度协调统一的商法制度和规范体系。

(三)有助于培育法律职业者的商法观念和商法思维

法律职业者所具有的法律专业素质最为核心的就是对法理念的

〔1〕 贾林青:《商法理念的建立及其方法论的探讨——以保险法、海商法的定位和运用为例》,载《社会科学辑刊》2012年第2期。

全面认识和理解。由于商事纠纷相对于一般民事纠纷,无论在纠纷主体、纠纷具体类型、纠纷所涉内容和行为性质等方面均具有自身的特殊性,这就要求商事司法活动必须从商事纠纷的特殊性出发,充分考虑商事关系的复杂性和异质性。具体而言,商事司法必须在商法理念的统率和引领下,确立起有别于民事裁判规则的商事裁判理念。一方面商事司法要保障商法的实施,充分尊重商人意思自治和营业自由等价值需求,符合商法的形式正义理念要求;另一方面商事司法活动也要充分考虑对实质正义的维护,保障交易公平和交易安全,体现商法的实质正义理念要求。由于缺乏对商法理念的准确把握和认识,制度松散、理论体系不甚严密完整的商法,长期以来一直冲击着法律职业者,尤其是司法从业者对法律认知的确信。在我国现行商事司法活动中,存在大量商事法律的适用和实施偏离商法的理念和价值的现象,符合形式正义和实质正义要求的商事司法理念在我国商事司法中远未真正形成。因此,在我国当前商事司法改革步伐不断加快的进程中,商法理念的研究有助于丰富法律职业者对商法本质、商法价值及商法方法等方面的理性认知和体验,形成正确的商法意识和商法观念,培育专业的商法思维,从而推进商事司法活动的规范化和法治化进程。

三、研究现状与文献综述

(一) 研究现状

由于商法基础理论研究一直是商法学研究的薄弱环节,因此属于商法理论研究基本范畴的商法理念研究也一直少有学者涉足。这一现象不仅存在于国内商法学界,在国外商法研究中也同样存在,即使是具有发达的民商法制度与理论体系且制定了商法典的大陆法系国

家也大抵如此。^{〔1〕}就目前所掌握的资料范围来看,国内外学者就商法理念问题的直接或间接研究主要集中在以下五个方面:

1. 从方法论上提出商法理念的研究进路

少数学者以商法理念作为商法学研究的进路和视角,但没有具体明确商法理念的基本内涵。例如,高在敏教授的专著《商法的理念与理念的商法:商法部门论》,全书尽管以“商法的理念”为题,但具体内容上主要涉及关于商法的概念、对象与方法、商法的基本原则、民商关系的立法体制、商法的演进与现状等内容,并未具体界定商法理念的基本内涵。^{〔2〕}王保树教授在其撰写的《商事法的理念与理念的商事法》一文中认为:“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,在我国商事法迅速发展的今天,尤其有必要这样做。”^{〔3〕}该论断指出了商法理念研究的重要方法论价值,可谓切中了问题的要害,但全文仍未对商法理念的基本内涵和构成予以明确界定。

2. 从本体论角度来揭示商法理念的基本内涵

法国学者伊夫·居荣以一种“存在先于本质”的理念,把商法视作“存在法”即一种导向满足“实际需要”的“具体的法”,认为商法缺乏必要的逻辑基础与哲学基础。但他同时也明确指出,商事关系需要以主体的正当理性为基础,通过自由的市场竞争环境和安全的市场交易制度得以实现,因此,如果商法不尽发达和完善,“正义、自由与安

〔1〕 范健、王建文:《商法的价值、源流与本体》,中国人民大学出版社2005年版,第2页。

〔2〕 高在敏:《商法的理念与理念的商法:商法部门论》,法律出版社2000年版,第1~46页。

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