

上大法库
SHANGDA FALUE WENKU

商事思维下的

公司法实务研究

赵万一 吴晓锋 著

SHANG SHI SI WEI XIA DE
GONG SI FA SHI WU YAN JIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

商事思维下的 公司法实务研究

SHANG SHI SI WEI XIA DE
GONG SI FA SHI WU YAN JIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

商事思维下的公司法实务研究/赵万一, 吴晓锋著.

—北京: 中国法制出版社, 2009. 3

(上大法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1087 - 8

I. 商… II. ①赵…②吴… III. 公司法 - 研究 - 中国
IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 033681 号

商事思维下的公司法实务研究

SHANGSHI SIWEI XIADE GONGSIFA SHIWU YANJIU

著者/赵万一 吴晓锋

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 4 月第 1 版

印张/15.75 字数/290 千

2009 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1087 - 8

定价: 38.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010406

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

《上大法学文库》总序

上海大学法学院发展到今天差不多已经三十年了。子曰：三十而立。经过近三十年筚路蓝缕的开拓和高歌猛进的奋斗，一所引人注目的新型法学院已崭露头角。一个学校、一个学院要在强手如林的学术界占有一席之地必须有自己的文化传承和文化积淀，必须有良好的学术氛围，必须有鲜活的学术思想。而学术氛围的打造、学术思想的凝练则必须靠具有一定学术水准的专著、论文、学术讲座等学术平台加以记载、传播和张扬。为了活跃思想、提升学术档次，上大法学院在学校支持下相继打造了“上大法学大讲堂”、《上大法学文库》和《上大法学评论》三个学术阵地。

“上大法学大讲堂”主要是邀请国内外名流、学术精英到上海大学杏坛晒技、传经布道。他们当中，既有我国法学界的领军人物，如江平先生，也有国外的学术名流，如日本著名商法专家早稻田大学教授大塚英明先生、澳大利亚拉卓比大学法学院院长戈登·沃克先生；既有德高望重的学术名宿和学术泰斗，如马克昌先生、李龙先生，也有蜚声学术界的中青年法学家，如朱苏力先生、尹田先生。他们深邃的学术思想、超人的学术勇气和犀利的语言，使广大受众获益良多，同时也极大地提升了上大法学院的学术水准和学术品位。

《上大法学评论》则是一个学术论文集，其主要目的是密切追踪学术动向、及时发布学术思想，作者群主要以本院的师生为主，同时亦邀请了一些学术名家以这一出版物为阵地将其最新研究成果与社会分享。《上大法学评论》现已出版了四本，今后将定期出版，其超前的学术思想和不凡的学术观点已开始在学术界引起关注。

《上大法学文库》是以发布具有较强理论深度和较高学术水准的学术专著为内容的学术平台，其主要目的是通过系列专著的方式集中展示上海大学法学院的整体研究实力，充分反映上大人“重基础、高起点、严要求、铸精品”的学术理念。《上大法学文库》初期的写作队伍以本院的教师为主，以后将逐步吸纳一些能够引领学界的学术大家和崭露头角的青年才俊加入这个群体。我们也真诚地希望社会各界积极对本文库进行关心和指导，使《上大法学文库》这棵学术幼苗尽快发育成长为学术之林中的一棵参天大树。

赵万一

2008年12月

前言

审判是当事人对既存的或既已发生的社会关系发生争议以后由司法机关代表国家对争议事实做出的判断和处理，也是现代各国解决社会纠纷的主要方法。审判行为既是将死的法律进行激活的行为，也是既已制定的法律发挥其应有价值的主要方式。审判行为的做出过程既是对既发纠纷所进行的事实回复和逻辑推演过程，也是对法律条文的理解和复制过程。从理论上说，应然的审判行为除了要最大限度的符合法律条文所表现出来的含义之外，更重要的是要体现立法的宗旨和精神，实现法律的价值导引功能。在这种意义上说审判理念和审判思维就具有非常重要的作用。审判质量的好坏不但影响到社会对法律的信任程度，而且也会对社会的发展产生重要影响。因此要求审判人员不但要准确理解和把握法律条文的含义，更应当在科学的审判理念指导下做出符合社会要求的判决结果。

另一方面，由于审判行为所应对的社会纠纷具有多样性，由此导致审判行为选择空间的广阔性。为了便于对不同类型的案件作出适合其内在要求的法律处理，因此现代各国都依据审判内容的不同而作了区分，将其分为民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼等不同的类型。这种区分不仅表现为审判程序上的不同，更多的应当表现为审判理念上的差异。这种审判理念差异产生的原因既是

因审判程序设计上的不同所致，也有审判行为所赖以进行的实体法在立法理念和立法技术上所表现出来的差异的因素。在众多的审判行为中，尤以民事审判和商事审判的区分最为重要。

商事审判是许多国家与民法相并列的一种审判行为，甚至有些国家如法国还设有专门的商事法院。商事审判之所以应该区别于普通的民事审判，既源于两者所依据的实体法在立法理念和立法技术上表现出明显的差异性，也在于两者在审判理念上具有明显的不同。就立法理念来说，民法实行的是公平优先，而商法采取的则是效益优先兼顾公平及其他。在立法技术上商法强调概念的准确性和立法的精密性，不但有定性要求，而且还有定量的规定。而民法则具有较大的模糊性。由于法律的首要目的之一是将人类行为置于某些规范标准的支配之下，而且不对某一特定标准所旨在适用于的行为种类加以划分就无法确立规范标准，因而法律与概念之间的关系是密不可分的。概念不但是法律规范赖以表现的形式，也是立法和司法过程中必不可少工具。“没有概念，我们便无法将我们对法律的思考转变为语言，也无法以一种易懂明了的方式将这些思考传达给他人。”^①与商法基于确定性原则所要求的概念的明确肯定性和不可产生歧义性的要求不同，民法概念则具有相当的弹性和不确定性，典型的如作为民法基本要求的公平和诚实信用、判断行为效力的善意和恶意、确定行为人是否

^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465页。

承担责任的过错等概念，都具有相当的灵活性。民法概念的这种不确定性主要是由于社会生活过于复杂，法律概念无法覆盖现实生活中的各个方面。其次则在于民法概念具有高度抽象性。而“法律规范的用语越概括，就越不明确，在法律规范的实施中，给予法官的自由也就越大。”^① 因此，即使是在一个比较静态的社会中，也不可能创造出能预料到一切可能的争议并预先加以解决的永恒不变的规则。诚如有的法学家所言：当人类关系每天都在改变时，也就决不可能有持久不变的法律关系，只有流动的、弹性的，或有限度确定性的法律制度，才能适应这种人类关系，否则社会就会受束缚。^② 最后一个原因则在于民事活动本身就是社会伦理生活的一部分，具有强烈的社会趋同性，而伦理规则是很难用精确的法律语言加以描述的。正是基于民法概念的这种不确定性，民法规范的这种高度概括性和极强的伦理性，决定了法律的适用必须以伦理性的基本原则和民事习惯为指导，并依据各种事实关系与法律规定的内容进行对照，然后作出相应的价值判断。对此，《瑞士民法典》第1条规定：如果法官于制定法中不能发现相应的明确规定，则必须根据习惯法作出判决，而在没有相应习惯时，“则根据如果他作为一个立法者应采取的规定”。中国台湾地区“民法”第1条也规定：“民事法律所未规定者，依

① [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第90页。

② 沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社1983年版，第99页。

习惯，无习惯者，依法理。”不仅如此，《法国民法典》第4条还禁止法官以法无明文、含糊不清、不尽完善为借口拒绝受理案件。因为在这种情况下他可以通过研究民法的精神对法律进行明智的和合理的适用。而以公司为代表的商法则不同。公司制度作为市场经济的产物，其产生适应了市场经济发展的需要。而市场既是交易的结果，也是个人利益得以实现的场所，因此营利性无疑应是作为主要市场主体的公司的本质特征之一。公司的营利性特征既使它区别于以行政管理为目的的国家机关，又使它有别于不以营利为目的的公益性社团法人。因此在公司法适用和公司审判中首先应确立公司的营利性本质，把营利性作为整个公司立法的理论基点，把是否有利于社会财富的稳定和增加作为衡量公司审判是否合适的主要标准。

当然，如同任何立法都需要化解社会矛盾和平衡利益冲突一样，公司法在立法价值选择上仅仅考虑交易效率是不够的，还应当同时考虑社会公平的实现和公司的社会责任的承担。在法学家眼中，公平是任何制度设计都必须考虑的价值，公司法自然也不例外。只不过在公司立法中对公平价值的追求具有从属性和辅助性，它不能妨碍公司效益的实现。不仅如此，对于公司自身的运营效率和相关交易者的安全，各国公司立法也同样给予了高度的关注。虽然任何交易都有风险，但是有必要把交易相对方所负担的风险限定在一个合理的范围之内，否则，不仅会危及单个交易，而且也会影响整个市场的交易秩序，其结果是最终影响到交

易的效率。所谓公司的社会责任是指公司不能仅仅以最大限度地
为股东们赢利或赚钱作为自己的唯一存在的目的，而应当最大限度
地增进股东利益之外的其他所有社会利益。当然强调公司社会
责任并不意味着就否认公司作为营利性经济组织的本质，而是倡
导两者之间的良性循环以整合其经济和社会效益，谋求整体效益
的最大化。

绪论：商事审判应当具备商事思维

在商事审判中司法判断不能轻易取代商业判断。要采取积极
而又慎重的原则，充分尊重当事人当时的真实意思表示，支持在
商业领域对一些行为、事件的认可，只要没有违反法律、法规禁
止性规定，法官不应轻易作出判断来取代商业判断。

北京市第二中级人民法院法官宋毅博士告诉记者，近期他们
审理了几个请求解散公司的案例，只有一例被判决解散公司。宋
毅说，判决解散公司是很慎重的，裁判过程是很难的，公司法就
那一条原则性规定，司法解释又没有出台，这就很大程度上需依
靠法官的自由裁量。而判一个公司的死刑，需引入商业判断规
则，在法律思维外，还要有商事思维。宋毅的话引出了这几年商
事审判领域和商法学界不时提起的一个话题——商事审判应该具
备商事思维。

中国法学会商法学研究会会长、清华大学法学院博士生导师
王保树教授说：“说它是一个问题，它似乎有些虚；说它不是一

个问题，它很重要！”

最高人民法院奚晓明副院长在2007年5月举行的全国民商事审判工作会议上，也明确提出了这个要求，认为在大的民事审判新格局逐渐形成后，各项制度改革还要进一步深入，对商事审判规律性有进一步认识的必要。

商事思维究竟有什么内涵和外延？商事思维是区别于何种思维而言？记者进一步采访了长期从事商事审判的资深法官和有关商法专家。

（一）民事审判强调公平，商事审判侧重效率。王保树指出，提出“商事审判应该具备商事思维”这个问题并不是来源于理论研究，而是源于实践中证明这样更有利于解决问题，有利于保护当事人权益。有的国家有商事法院，这就是强调商事审判的特殊性。

“这是一个非常重要的问题！”浙江省高院民二庭庭长章恒筑说，“我国是民商合一的国家，民事的平等、公平等原则理念肯定是要共同遵循的。但是相比较而言，商事审判还是有其特殊性，否则，就叫民事审判而不是民商事审判了”。

章恒筑继而在价值取向、行为解释、诉讼模式上把商事审判和民事审判作了对比。他说，在价值取向上，民事审判更强调公平，商事审判更侧重于效率；在对正义的理解上，民事审判侧重于弱势群体的保护，而商事审判则保证平等的诉讼进程；在对行为的解释上，民事审判重视意思主义，商事审判更注重外观主

义，实现对信赖利益的保护；在诉讼模式上，民事审判更多是职权主义，而商事审判更强调当事人主义，发挥当事人主观能动性，其证明标准也略低于普通民事案件。

江苏高院民二庭庭长李后龙博士曾经撰文就商事思维进行分析。他说，之所以要引进商事理念，确立商事思维，是因为商法作为民法的特别法，其价值取向和制度设计确有不同于民法之处，简单地以传统民法的思维考虑商事领域中的一些问题，或者有违商事立法精神，或者无法找到适当的解决方案。

商法中除体现民法中已蕴含了的诸种价值的追求以外，还突出地体现了对效益与交易安全的追求，这是由商法的营利性、技术性等特点决定的，也是与商事活动的本来特征相吻合的。李后龙说，确立商事思维有利于克服把商事纠纷简单等同于民事纠纷的习惯做法，在具体案件的审理中强化商法意识，更好地体现商事立法的精神，保障市场交易的快捷安全。

广东东莞中院研究室主任、有着十多年商事审判经验的程春华博士告诉记者：相对于民事思维来讲，以商事思维裁判将更重视对经营主体的资格审查、重视对经营主体的交易相对人的保护、重视行政规章的参照适用、重视维护企业的稳定、重视保障商事合同自由、重视商主体和商行为的营利性特点、重视保障交易简便、快捷、安全的技术性规范、重视商事习惯和外国立法例的价值。民法强调公平，而商法更强调效益优先，兼顾公平及其他。

(二) 民事审判侧重静态保护, 商事审判侧重动态保护。上海高院民二庭庭长邹碧华强调, 审理商事案件的法官肯定应该具备商事思维, 这个商事思维最主要的是对市场经济的深刻理解, 把握市场自由、平等以及国家的适度干预的这条主线。在维护交易安全、追求效率上协调平衡利益。商法与传统民法的区别在于, 传统民法更偏重于静态的保护和原始权利的保护, 而商法对动态的保护多一些, 对第三人, 尤其是善意第三人的保护更侧重一些。在这个背景下就需要商事审判的法官多学习经济知识, 有对市场经济的深刻理解。邹碧华预言, 随着我国公司法、证券法和破产法等商事法律的修订出台, 商事裁判作为一项独特的司法活动, 将迎来一个全新的发展时期。当今的商事司法已经远远突破了传统经济审判和民事审判的思维, 体现和符合现代社会经济规律的“游戏规则”的作用愈加突出。为更好地发挥商事司法裁判功能, 须准确地把握商事案件的定位, 确立全新的商事裁判理念。

(三) 司法判断不能轻易取代商业判断。李后龙早在几年前还在研究室工作的时候, 就旗帜鲜明地举起了商事审判的大旗, 将民二庭的工作特色定位于商事审判。李后龙告诉记者, 实行大民事审判格局后, 我们在司法实践中实现了民事诉讼制度的统一, 但我们没有理由也不能否认各民庭在所审理案件的特点和适用实体法方面客观存在的差异。此外, 将民二庭的工作定位于商事审判, 有利于克服“民商事审判”的模糊称谓给民二庭系统带

来的消极影响。

著名商法学者、西南政法大学民商法学院院长、博士生导师赵万一教授也在 2000 年前后，在给很多法院的讲课和培训中明确提出了这个观点。他说，随着市场经济的逐步建立，为了商法更好地服务于市场经济，在立法上应正确区分民、商法的区别，在司法上商事审判应具备有别于传统民事思维的商事思维，这种思维来源于商法的特殊性。

赵万一认为，大民事审判这个提法有其合理性和进步性，它把与刑事、行政相区别的法律关系都纳入到平等民事主体的调整范畴中，有利于民事主体的保护。但它的弊端是忽略了不同民事关系之间在调整要求上的不同，如家庭抚养纠纷与公司股权纠纷在审判上肯定有很大的区别。国外很多国家都有商事法院和商事法庭就说明商事审判和一般的民事审判有很大的不同。赵万一认为商事思维运用在审判实践中，应更多地强调其审判结果是否有利于促进社会经济发展与社会财富增加。他说，商事裁判思维主要体现在：第一，更加注意商事行为的稳定性，不轻易判定行为无效，原因在于良好的经济程序是以行为的有效运行为条件，过多的无效行为会破坏社会经济正常发展所赖以存在的秩序条件，并最终导致社会经济发展的无序化，影响社会财富的增加。第二，强调行为的外观效力和公示主义，不过分纠缠和探究当事人内心的真实意思。实行严格的责任主义，短期消灭时效主义，强调保障商事主体的快捷、安全、营利。因此需在司法程序上体现

效率的特色，同时可采用更为宽容的证据规则。第三，更多利用行为瑕疵的补正机制，即有形式瑕疵或轻微瑕疵的商业行为允许利用相关的补正机制去完善。

程春华特别强调，在商事审判中司法判断不能轻易取代商业判断。要采取积极而又慎重的原则，充分尊重当事人当时的真实意思表示，支持在商业领域对一些行为、事件的认可，只要没有违反法律、法规禁止性规定，法官不应轻易作出判断来取代商业判断。

章恒筑特别指出在公司解散问题上，原则上少判解散公司，因为这样不利于鼓励交易，判决应尽量在企业经营秩序和股东权利保护之间求得平衡。

（四）商事审判应该向商事仲裁学习。北京环球律师事务所合伙人张弢，同时身兼仲裁员之职。张弢从商事审判与商事仲裁的比较，指出了商事审判的特殊性和需要改进的地方。“仲裁更考虑习惯，法院则从法律、条款出发判案。所以商事审判应该向商事仲裁学习。要说具备商事思维的话，法官应该更多地了解商事思维、商事习惯，多学习一些经济知识。同时，商事审判的法官在业务上应作适当分工，以形成业务专长。”张弢认为当前尤其迫切的是，对于新类型案件，法官应与时俱进，研究该纠纷的背景，行业状态。我国不像其他一些国家有“法官造法”，虽然有司法解释但在具体案件中还是需要法官去判断。这就要求商事审判法官在广泛业务学习的基础上，以商人的思维去进行判断。

对“商事思维说”也有不同的看法。最高法院研究室民商处处长曹守晔和重庆高院民二庭庭长唐文均认为，虽然商法相对于民法有其特殊性，在价值追求上以及商法自身的技术性特征等方面有所不同，但是民商事审判都共同遵循公平、正义等价值追求，很难说商事审判在审判思维上就有什么不同。专门提出商事审判与商事思维，也与大民事审判格局的大背景不太符合。

链接：商事审判的特点

商事审判的主要特点可归结为以下几点：

（一）重视对经营主体的资格审查。对商主体的法律控制关系到社会交易安全和第三人利益的维护，现代各国一般都制定有大量的强行性法规对商主体的资格予以严格控制，形成了商主体严格法定原则，包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定三方面的要求。这就要求我们在审判实践中，重视对经营性合同的当事人主体资格进行严格审查，对有以下情形之一的应认定合同因主体不适格无效：（1）没有营业执照的个人以营利为目的多次签订买卖、加工承揽等合同的；（2）国家机关和公益性社会团体以营利为目的订立的合同；（3）未领取营业执照的事业单位以营利为目的多次签订合同的；（4）未领取特种标的物经营许可证（如金融、烟草经营许可证）的法人或其他经济组织以营利为目的订立有关特种标的物买卖、加工承揽等合同的。

（二）重视对经营主体的交易相对人的保护。商法基于商主

体的特殊资格，在民法规定之外对商主体予以较之民事主体严格得多的限定，赋予其更多的注意义务和更加严格的责任，体现了对商事交易中实力弱小的当事人的特殊保护，这也是商法交易公平原则不仅维护形式意义上的平等，还注意维护实质意义上的平等的具体内涵。这就要求我们在审判实践中，在适用法律时注意在商法和民法中选择对该交易相对人更为有利的具体规定，体现对经营主体的交易相对人的保护。

（三）重视行政规章的参照适用。商法不仅强调私法上的平等权，同时强调公法上的国家主体对商主体的管理权，如商事登记管理等。商法之公法化是传统商事交易行为之自由主义向现代商事活动之国家干预主义转变的结果，是现代商事管理制度的核心。这就要求我们在审判实践中，不能简单地以行政规章不能作为商事判决的依据为由否定其适用价值，对于行政规章基于商事法律、法规所作的对商事主体的管理性规定，应作为办案的重要参考，必要时可参照适用。如由于我国公司法明显滞后于实践，国家工商行政管理总局、国家证监委的行政规章的规定在公司实务中实际上起着法律规范的作用，审判公司诉讼案件时不能无视这一现实，应尊重有关的规定，以避免因判决与行政规章发生冲突导致判决不能执行。

（四）重视维持企业的稳定。商主体维持原则主要体现在商主体法中，具体地说，在公司法、合伙企业法、个人独资企业法与破产法中，都最大程度地体现了避免作为商主体的企业破产与