

*On commercial responsibility and
prosecution mechanism*

*A review based on the independence of
commercial law*

商事责任与追诉机制研究
——以商法的独立性为考察基础

樊涛 王延川/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D923.994/4

2008

本书为河南

项目

《中国商事法律责任制度研究》的结项成果，
项目批准号2005-ZX-236

商事责任与追诉机制研究

——以商法的独立性为考察基础

*On commercial responsibility and
prosecution mechanism*

*A review based on the independence of
commercial law*

樊涛 王延川/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事责任与追诉机制研究:以商法的独立性为考察基
础 / 樊涛,王延川著. —北京:法律出版社,2008.7
ISBN 978-7-5036-8615-3

I. 商… II. ①樊…②王… III. 商法—研究—中国
IV. D923.994

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第093448号

© 法律出版社·中国

商事责任与追诉机制研究
——以商法的独立性为考察基础

樊涛 王延川 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 6.625 字数 185千

印次 2008年6月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8615-3

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给我们的恩师高在敏教授

自 序

我国已经步入商事化的时代,商法已成为法律体系中一个重要的法律部门。对于正在进行的社会主义市场经济建设而言,商事法律制度势必要扮演更重要的角色,因为,市场经济是商事法律统辖与规范的经济。但是,这里需要注意的是,一直以来,我国理论界和实践部门都奉行“大民法”的学科格局,使得科学和独立的商法学地位未得彰显。事实上,商法在价值理念和法律技术的处理上面,都和民法有着显著的区别,因此,揭示商法的独立性,是非常有意义的研究课题,该项研究也必然会对商法学理论的发展起到很好的促进作用。本书以商法的独立性作为基础,以指导商事责任与商事诉讼的研究,希望对商事责任与商事诉讼独立性的理论框架和操作之道进行探索。

长期以来,由于受“大民法”思维的影响,就通说的角度而言,学术界与司法界都是以民事责任与民事诉讼的方式来理解和认识商事责任与商事诉讼的。但我们的研究表明:民事责任与商事责任之间存在较大差异,而该种差异产生的主要原因在于商事主体人格塑造和行为方式的特殊性。与民事主体相比较,商事主体必须承担更为严格的责任,这种严格责任的承担是由商事营业这种特殊社会活动所决定的。在当今社会,为了保护弱者的利益,商事责任越来越趋向于“社会法化”,这在一定程度上改变了传统的商事责任的理念与制度设计。同样的,商事诉讼与民事诉讼的区别也由来已久,早在中世纪,西方社会就认识到在解决商事纠纷时,独立的商事诉讼有着不同于民事诉讼的优越性,这种观念到现在还有着很大的市场,商事仲裁就是最为主要的表现。总之,商事责任制度在宗旨、特质、追究机制等诸方面均与传统的民事责任存有着很大的差异是毋庸置疑的,但

受“民商合一”体制的制约,我国在理论和实践层面并没能彰显独立的商事责任及商事诉讼制度,这和我们市场经济发展的现实要求不相符合。为了促使商事交易的迅捷与安全,我国应构建区别于传统的民事责任之外的独立的商事责任与商事诉讼制度。

坊间关于商事责任和商事诉讼的著作和文章也有一些,我们仍希望这本著作能够丰富国内关于商事责任和商事诉讼的研究。为了读者阅读方便起见,在此我们总结了本书的几个特点,谨供参考:

1. 在讨论商法独立性问题上,主要从两个方面展开:一方面,从宏观角度上将商法独立性问题放在商法与民法等相关法律部门的关系中进行讨论,另一方面,从微观角度上以社会关系和法律技术两个层面来研究商法的独立性问题,力图追求研究成果的实证化。

2. 在商事责任独立性的讨论上,将商事责任放在与民事责任、社会责任、行政责任及刑事责任的关系中进行讨论,力求研究内容的说服力和研究结果更富张力。关注商事责任在当代社会的新发展,主要是分析社会法的崛起对于商事责任在理念和制度设计上的影响,在此进一步论证商事责任不同于民事责任的特质。

3. 本书着力研究商事案件的特殊性,揭示商事诉讼的特质,并在机构设置和诉讼程序等方面为商事诉讼机制的构建进行有益的探索。

4. 本书收录了《商法通则》的学者建议稿,在此抛砖引玉,希望有更多的学者建议稿出现,为我国未来的《商法通则》制定献计献策。

6. 在运用民商法学理论及方法的基础上,综合社会学、经济学、政治学及文化学的方法对商法独立性以及商事责任问题进行多维探讨,力求研究方法上的创新及研究成果的科学性。

作者
2008年6月

目 录

第一章 商法的独立性	1
一、商法的独立性考察	1
1. 问题的提出	1
2. 理论考察:商法是否独立	1
3. 实证分析:商法能否独立	3
4. 商法与民法关系的当代发展	6
5. 商法立法体例:商法独立性的实现	8
6. 结论	9
二、商事关系:商法独立的社会基础	10
1. 问题的提出	10
2. 以商事关系作为商法界定基础之缘由	10
3. 商法规范对象的性质:与商事法律关系比较	12
4. 商法规范对象的内容:一元抑或多元?	14
5. 商法规范对象的可能性:商事关系确认标准之评析	17
第二章 商法独立的制度表现	24
一、商法独立的主体制度表现	24
1. 我国商主体制度的评判与重构	24
2. 营业权理论与实践	35
二、商法独立的客体制度表现	46
1. 商事企业的性质分析	46
2. 商行为法律地位研究	54

3. 我国商事合同制度的解析与重构	68
第三章 商事责任机理研究	78
一、商事法律责任的独立性考察	78
1. 商事法律责任独立性之争议	78
2. 商事法律责任制度的特质:与民事法律责任之间的对比	80
二、商事严格责任的法理解析	87
1. 商事人格:商事责任的基础	87
2. 商主体适用严格责任的法理分析	90
3. 商事责任的“社会化”趋势	92
4. 商人的社会责任	96
三、商事风险的分配方式	99
1. 交易风险:市场交易中的必然存在	100
2. 交易相对人的保护与交易风险的分配	101
3. 外观主义与理性的风险分配	103
4. 结语	106
第四章 通过责任实现商事救济	107
一、商事责任与商事救济	107
1. 债务与责任	107
2. 救济的方式	110
二、对消费者的特别救济	117
1. 经营者和消费者的界定	118
2. 过错责任和关系理论的突破	119
第五章 我国商事诉讼机制的路径选择	124
一、商事诉讼特质之解析	124
1. 问题的提出	124
2. 商事诉讼与民事诉讼的区别	124
3. 商事诉讼制度的历史沿革	127
4. 我国商事诉讼制度的现状	129
二、商事诉讼模式的创新	134

1. 商事诉讼模式类型化	134
2. 特别制度型:我国商事诉讼模式的应然选择	136
3. 我国商事诉讼具体规则的构想	138
4. 商事非讼制度的完善	141
5. 结语	142
第六章 公司责任与诉讼制度的解析与构建	145
一、公司本质探讨与公司责任特质	145
1. 公司人格解读	145
2. 公司责任制度的特质	147
3. 我国公司责任制度现状	151
二、我国公司诉讼机制的构建	154
1. 公司司法程序机制之法理	154
2. 我国公司司法程序保障机制评析	156
3. 我国公司运作的程序保障机制的完善	161
第七章 《商法通则》:立法选择及制度创新	164
一、《商法通则》:我国商事立法模式的应然选择	164
1. 传统商事立法模式的反思	164
2. 商事立法及商事司法吁求《商法通则》	166
3. 制定《商法通则》应注意的几个问题	170
二、《中华人民共和国商法通则》建议稿的框架结构与制度创新	174
第八章 《中华人民共和国商法通则》草案建议稿	177
第一章 总则	177
第二章 商人	177
第三章 商事登记	178
第四章 商号	179
第五章 商事企业及营业转让、营业租赁	181
第六章 商业账簿	182
第七章 商业雇员	183
第八章 代理商	184

第九章 商行为	185
第十章 商事法庭及商事诉讼	187
第十一章 附则	188
参考文献	189

第一章 商法的独立性

一、商法的独立性考察

1. 问题的提出

研究商法的首要目标是培养及建立对商法的确信,而培养这种确信的起点是对商法独立性的充分认识。商法作为一独立的法律部门在许多国家已经是一个不争的事实,但在我国却并非如此。从业人员与学者不论在商事立法、司法等实践层次还是商法学研究、教学等理论方面,都未能充分认识到商法不同于其他法律部门的独立的精神实质以及制度表现。恰恰相反,他们却一直在用民法的观念和方法来理解商法,这就是我国长期以来奉行的“大民法”的观点。民法是市民之法,而商法是企业之法,二者之间本来泾渭分明,但“大民法”的理论就是要将商法混同于民法之中。这种观点可以说是“百害而无一利”:一方面,这种观点对商法独立性的发挥造成一定的干扰,影响市场经济的建设与发展,另一方面也破坏了民法理论的纯净与体系的完整构建。基于上述事实,我们有必要在这里通过考察商法与民法的关系来展现商法的独立性。

2. 理论考察:商法是否独立

在所有法律部门中,与商法联系最为紧密的莫过于民法,因为二者同属私法范畴。对于二者之间的关系,学者提出各种不同观点,但稍加统计,我们会发现在有关论述民法与商法关系的论著中,大多都认为民法的地位高于商法或者商法依附于民法。

(1) 民法学者的观点

在我国,许多民法学者认为商法不具有独立性或认为商法乃民法之特

别法,其理论依据主要有两个:第一,各国商事法律制度都比较简约,许多私法基本性的制度都规定在民法中,商法只规定民法没有规定的特别私法制度;第二,私法的一些基本制度比如权利、法律行为等都主要在民法学中进行讲授,商法学只是在民法基本理论基础之上,讲授其特殊之处。在此认识的基础上,他们认为在未来的民商立法格局上,应采民商合一的立法体例,不制定独立的商法典。该观点的代表是梁慧星和王利明教授。梁教授认为,在我国这样采民商合一立法体例的国家,现行《民法通则》具有相当于民法典的普通法地位,而公司法、海商法、保险法等均属特别法。^①王教授走得远,他认为:“商法本身不可能组成部门法体系,而只能适用民法的一般原则,民法的总则、物权制度、债权制度实际上已对商品经济活动的重要方面都作出了一般规定,对商事法规中的一些问题同样适用。”^②

笔者以为上述学者并没有从深层次意识到商法和民法的区别,对此问题缺乏足够的研究。他们认识上的偏差之处是企图用商法制度形式上的非明显性来否定民事关系与商事关系的分野与区分,并进而得出商法隶属于民法的观点,这就犯了一个以结果来否定前提的错误。因为法律的独立性是要靠其规范的社会关系的独立性来决定的,而不是相反。民商分立固然可以使商法得以凸显,民商合一也并不能使商事法律制度泯灭,只是民商分立能从形式上较强地反映商法的部门化而已。

(2) 商法学者的观点

关于商法的地位问题,有的商法学者从民法与商法对社会事实的影响的角度出发来论证二者的关系。比如我国台湾地区学者张国键认为:“商事法与民事法,虽同为规定关于国民经济生活之法律,有其共同之原理,论其性质,两者颇不相同,盖商事法所规定者,乃在于维护个人或团体之营利;民法所规定者,则偏重于保护一般社会公众之利益。”^③这个观点就像公法与私法的划分一样,有偏颇之处,过高地抬高了民法的地位,而未看到商法的应有作用。现代社会以来,商法在保护社会公众利益方面比民法更为

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1998年版,第2页。

② 王利明:“论中国民法典的制定”,载《政法论坛》1998年第5期。

③ 张国键:《商事法论》,三民书局1984年版,第23页。

重要。亚当·斯密认为,历史上有两种系统可以增进人民的财富,一是农业系统,一是商业系统,其中,商业系统属于现代系统。如果说农业系统主要是民法产生的基础的话,那么商业系统则是商法的对象。20世纪可以说是一个“商事社会”,商事已占据了人们生活的方方面面,人们之间的关系也主要靠商事行为来联结,商人之间通过双方商行为来联结,民事人也通过单方商行为而进入到商事领域。学者指出:“现实社会关系经历了所谓‘普遍商化’的过程,营利性营业行为的范围大大扩充。”^①“营业之种类已大为扩充,从而商业和商行为之概念范围亦大为推广。”^②如果没有商事交易以及商事交易给人们生活带来的诸多便利,整个社会的发展与历史的进步是无法想象的。

有的商法学者从法技术角度出发,认为民法是一般法,而商法是特别法。德国商法学者指出:“《德国商法典》中的许多规定,只有根据《德国民法典》所确立的一般性原则才能理解;而《德国商法典》的作用就是对这些一般性的原则加以变更、补充和排除。”^③商法中之所以不规定私法中的一般性原则,而只是规定特殊性规则,纯粹是为了立法成本的节约,并不意味着商法就是民法的特别法。商法和民法具有不同的对象和方法,这使得商法成为与民法不同的法律部门。更为主要的是基于商事社会的到来,商法有成为一般法的趋势,因此,商法远非民法的一种特别法,而是已成为现代社会的一种基本法。有学者认为:“严格意义上的商法现在只是商事法律部门中的一个通则而已,同时它已远非只是就民法相对而言的一种特别法,而且现在已成为从其他专门法规里逐步分离出来的一种基本法。”^④商法学者的使命就是将商法从民法的荫护中解脱出来,还原其应有的地位。

3. 实证分析:商法能否独立

(1) 区别的必然性

① 董安生等:《中国商法总论》,吉林人民出版社1994年版,第33页。

② 曾如柏:《商事法大纲》,正中书局1972年版,第2页。

③ [德]罗伯特·霍恩等:《德国商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第239页。

④ [捷]维克托·纳普主编:《国际比较法百科全书(第一卷:各国法律制度概论)》,许明月等译,法律出版社2001年版,第484页。

商法的独立性主要体现在商法相对于民法的独立,二者的区别是西方社会的一项传统。就像美国学者艾伦·沃森所说的那样,“《法国民法典》里没有商法的简单原因是商法没有当成民法来看待,商法已经形成它独特的法律传统……”。^①民法和商法的区分首先源自于民事生活与商事生活的分野。民法在于追求民事人的生计,而商法则在于维持营业,追求营利,以此为出发点,决定了民法与商法的诸多不同。民事生活主要表现为家庭生活,商事生活主要表现为营业生活,二者之间的分野在西方出现甚早。据资料显示,中世纪已经出现了家庭与经营之间的分离。法国历史学家费尔南·布罗代尔运用社会经济学的方法揭示了中世纪商事生活与民事生活分立这一客观事实。^②他把并存于同一经济形态下的简单商品经济和高度发达的商品经济形象地比喻成经济的“交换下限的齿轮”和“交换上限的齿轮”。前者表现为集市、摊贩、店铺与作坊,后者的代表是交易所、银行与市场等,两者具有不同的特点和运作规律。集市、摊贩、店铺与作坊由于还要依赖家庭,因而具有较强的民事特质,而交易所、银行与市场已经慢慢脱离家庭的桎梏,向商事领域迈进。韦伯认为,在中世纪“将家庭与经营相分离,以达到会计和法律之目的,以及建立起一个合适的法律主体,诸如商业注册、社团和公司对家庭的依赖的消除,私人企业或有限责任合伙公司的独立财产权,以及破产法等”。^③西方社会正是凭借着家庭与经营的分离,促使个人的获利及其责任感都得以提高,同时,商主体的独立性也使商法得以出现,同时家庭的功能也开始净化。到了近代,“家庭和职业在生态学意义上逐渐分离开来,家庭不再是一个共同生产的单位,而是一个共同消费的单位”。^④

① [美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第166页。

② [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15页。

③ [德]马克斯·韦伯:《经济·社会·宗教》,郑乐平编译,上海社会科学出版社1997年版,第143页。

④ [德]马克斯·韦伯:《经济·社会·宗教》,郑乐平编译,上海社会科学出版社1997年版,第138页。

中世纪时代不仅在主体之间进行民事与商事的明显区分,而且在行为方面也出现了民事与商事之别。比如此时的借贷已经区分为民事与商事两种不同的性质,民事借贷是为了维持人的生计,所以,不受限制;而商事借贷为了“以钱赚钱”,遭到教会的极力反对,并为当局所严格禁止。当然,后来为了商业发展的需要,许多学者也纷纷为商事借贷进行辩护,其中就包括教会学者托马斯·阿奎那。这使得中世纪的人们形成了这样一种观念:借贷如果需冒一定的风险,或者借贷如作商业之用并可能赚钱的情况下,放款人收取利息是合法的。^①

正是因为中世纪在商事以及商法发展方面的贡献,学者们认为中世纪的商人法是现代商法的滥觞。自此,商法的重要地位才得以确立,并成为近现代社会一个独立的法律部门。

(2) 区别的可能性

商事生活与民事生活的区别,翻译成法律术语就是商事关系与民事关系的区别。正是因为独特的商事关系的存在,决定了商法在理论以及立法体系上独立的可能性。所谓商法,也就是指规范商事关系的法律总称。

既然商事关系在商法部门化过程中具有终极的作用,对其确认便成为商法研究的重点。按照商事关系确认标准的不同,我们可以将世界各国的商法大致上分为主观主义体系与客观主义体系。

从法律的技术角度而言,商事关系能够得以清晰界定,实有赖于主观主义确认标准的出现。所谓主观主义标准,是指商事关系的确认是以商主体身份作为基准,商主体身份的获得是基于法律明文规定的各种条件,商主体所进行的行为属于商行为,由这些行为所引发的关系即为商事关系。以商主体作为商事关系的确认基础解决了如下几个问题:^②首先,商主体作为商事关系的确认标准,使得商事关系具有了与民事关系不同的特质,同时商事关系也有了一定的稳定性;其次,对商主体的深入认识使商法的体

^① 巫宝三:《欧洲中世纪经济思想资料选辑》,商务印书馆1998年版,第14~27页。

^② 李少伟、王延川:“商法的规范对象——商事关系论要”,载《甘肃政法学院学报》2005年第3期。

系建构有了可能性,通过挖掘商主体的诸多条件,从而使商法总论有了自己的一定内容,比如商事企业、商业名称、商业账簿与商业登记等;最后,由于注重商人的基础地位,因此,商人与民事人不同的是,商人贯穿的是条件主义的观点,条件主义使商人具有了实在、实证性,进而在保护交易自由的同时,也保护了交易安全,使交易秩序有了可预期性。所以,借助于主观主义标准,商事关系可以被清晰地加以确认,并表现出诸多不同于民事关系的特质,有利于商法独立性的构建。

客观主义标准刚好相反,它是以商行为作为基础界定商事关系。但这种标准具有极大的不确定性。^①因为商行为本身具有中性色彩,通过营利本身又不能准确地界定商行为。而要区分民事租赁、保管、承揽与商事租赁、保管、承揽,就不能借助于这些行为本身的规定性而要看是否有商人介入其中。由于客观主义标准没有从法技术层面显示出商人地位的重要性,这导致商事关系与民事关系无从区分。在普通法系国家,因为使用客观主义标准的缘故,使得“商法没有从法理、司法或立法方面被认为是独立的法律分支,原因在于法律在职业商人之间与朋友之间适用的法律是相同的”。^②商行为作为商事关系的确认标准存在种种弊端,故而现代各国包括普通法系国家纷纷采用主观主义标准作为商事关系的确认基础,^③使得商事关系清晰地区别于民事关系,以构建独立的商事法律体系。

4. 商法与民法关系的当代发展

20世纪以来,西方理论界提出了民法的商法化与商法的民法化的观点,各自来论证民法与商法之间的界限以及独立性,在此有剖析的必要。

(1) 民法的商法化

民法的商法化这一提法源于德国法学家理查 1894 年所著的《德国民法草案关于商法之理念及其影响》一书,大意为在资本主义经济之下,由于

① 李少伟、王延川:“商法的规范对象——商事关系论要”,载《甘肃政法学院学报》2005 年第 3 期。

② Peter. De. Cruz, A modern approach to comparative law, Kluwer law and Taxation Publishers, 1993, p. 43.

③ [英]施米托夫:《国际贸易法文选》,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 110 页。

民事人之商人化而使得商法有扩张的趋势,以至于商法会成为一般私法,而民法将沦为特别私法。民事社会向商事社会的过渡,就如韦伯所说的那样,是从“共同体”向“社会化”转变的过程。人们由一种基于约定俗成的或固有价值纯粹信仰的关系,向一种基于利害关系考虑的,并建立在自由协议的交换基础上的关系转变,“用有计划地适应利害关系去取代内心服从约定俗成的习俗”。^①与此同时,人们开始以计较的心态来面对生活,这其实是人们开始用商事的精神来理解和指导其民事生活。表现在制度设计上,就是,“商法在交易错综之里程上,常作为民法之向导,且为勇敢之开路先锋。亦即成为民法吸取新鲜思想而借以返老还童之源泉”。^②我国台湾地区学者陈顾远讲得更加极端:“民商合一的结果并不是民法吸收了商法,乃是商法征服了民法。”^③

这里需要注意的是,民法的商法化只是说商法的精神和某些具体制度在一定程度上影响了民法的现代发展,而并非是商法全盘吸收了民法,导致民法无以存在。所以,对民法的商法化这一趋势正确的理解应该是“民法在移动其界限的同时也继续共存”。^④

(2) 商法的民法化

所谓商法的民法化,是指商法借用了民法的结构来构建自己的理论与立法体系,其表现就是学者们总是用民法的概念、特征、体系来对商法进行解释。因为,商法源于商人的践行,起初缺乏清楚、明晰及权威的陈述与解释,而民法由于继受了古罗马《法学阶梯》的结构,又经过了许多世纪的学术评注、注释和发展,因此,相对而言比较规范,可以作为商法解释的参照系。商法的民法化使商法背离了自己固有的习惯法传统:一方面它显示了民族国家的威力,商法逐渐成为现代国家成文化法律的一部分;在另一方面这也使商法变得狭隘、缺乏发展性,也逐渐失去其独特性。因为商法具

① [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第61页。

② 郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第43页。

③ 刘甲一:《商事法论》,五南图书出版公司1980年版,第28页。

④ [日]我妻荣等编:《新法律学辞典》,董番典等译,中国政法大学出版社1991年版,第919页。