

CHINESE YEARBOOK OF
COMMERCIAL LAW

中国商法 年刊

法治国家建设中的
商法思维与商法实践

2013

王保树·主 编
肖海军·执行主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CHINESE YEARBOOK OF
COMMERCIAL LAW

中国商法 年刊

法治国家建设中的
商法思维与商法实践

2013

主 任：王保树

委 员：（依姓氏笔画为序）

叶 林	石少侠	朱慈蕴	刘凯湘
陈 甦	范 健	周友苏	周林彬
赵万一	赵旭东	姜建初	奚晓明
徐卫东	顾功耘	黄建初	覃有土

执行主编：肖海军



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国商法年刊. 2013 / 王保树主编. —北京: 法律出版社, 2013. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5420 - 9

I. ①中… II. ①王… III. ①商法—中国—2013—年刊 IV. ①D923.99 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 223961 号

中国商法年刊(2013)

王保树 主编
肖海军 执行主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2013 年 10 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 29 字数 719 千
印次 2013 年 10 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
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 - 5118 - 5420 - 9

定价:80.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

——为什么要讨论商法思维？

今年年会的中心学术议题是“法治国家建设中的商法思维与商法实践”，年刊的内容也是商法思维问题。所谓商法思维人们大多是指商法领域的法律职业者（或法律人），包括商事立法者、法官、仲裁员、检察官、教授、律师的特定从业思维方式，是法律职业者在从事商法职业的决策过程中按照商法的逻辑，思考、分析、解决问题的思维模式。

在我国，不是对商法思维很重视了，而是重视得很不够，将商事纠纷视为民事纠纷处理就是一例。有了法律，还需要以法律的思维分析问题、解决问题。同样，就商法领域而言，有了商法还需要以商法的思维分析问题、解决问题，商事立法就是运用商法思维制定商事法律规则，适用商法就是运用商法思维裁判的过程。如果有了商法，但却不认识商法思维，不能运用商法思维，商法充其量是个摆设。讨论商法思维的意义在于充分认识和运用商法思维。本序的任务不是深入讨论商法思维，只是提出几个问题。

今年年刊的任务不是揭示法律思维的共性，而是揭示商法思维的个性。但揭示商法思维的个性，也并非是为了特殊而特意制造商法思维的特殊，而是尊重商法思维已有的特殊性。可以说，特殊的商法思维是商法的财富，商法的法律职业者要加倍珍惜它。而加倍珍惜商法思维，就是重视运用它。

商法不同于民法的特殊思维并非中国独有。不管一个国家有没有商法典，它的商法和民法相比较确有特殊的地方。因此，不仅在规则上，而且在思维上，均将商法与民法的关系概括为特殊与一般。民法强调的是民事主体个别利益的一般保护，商法则强调的是商人（主要是企业，以下相同）的营利的利益的保护，而营利的利益与一般利益不同，并不是人人都从事营利活动。民法具有伦理的特点，更偏重于追求公平；商法则更强调追求个别主体的营利的效益，更追求交易的安全、迅捷、可靠。

商法的思维首先要关注商人和商事交易的特殊性。在市场经济条件下，人们有不同的职业，但只有商人以商为自己的职业。商人对商业的规律最为清楚，对商业的判断也更为精明。而这是从事其他职业的人，包括从事商事审判的法官和从事商法研究的学者都不具有的。以营业的形式从事商事交易，这与非商人依法从事商行为不同，它具有非

常明显的集团性、反复性,并因此导致商人默示产生商业义务等。尊重商事交易的特点,就是要特别注意营业中发生的商事行为与营业外发生的商行为的不同,注意发现和适用商业惯例。

第二,尊重商人的营业自由。营业自由(有的称职业自由)是商人自治的集中表现,受到各国商法的普遍保护,甚至,有的国家将其作为宪法权利予以保护。我国宪法和法律虽没有明确规定营业自由,但商人从事营业,除法律、行政法规规定外不得限制。尊重商人营业自由,就是要尊重商人自主决策,自主商业判断。我国实践中有一个普遍的说法:商人应“合法经营”,其实这种说法颇值探讨。商事交易种类繁多,内容复杂,不可能都由法律一一做出具体规定。就尊重营业自由的角度而言,怎么可能要求商人每项经营都有法律依据呢!只要商人营业不违反法律、行政法规的规定,就可以自由地进行。尤其是新出现的交易类型,在没有具体法律规则下,原则上应予以尊重。当然,私法自治是整个私法的基本原则。但是,人们也都充分肯定商法在整个私法发展(包括私法自治)中所扮演的开路先锋角色。尊重商人自治与尊重自治规则是统一的,自治应接受自治规则的约束与指引。在商事裁判中自治规则应当得到重视并先于法律、行政法规适用。但其前提是,自治规则不得违反强制性法律规范,不得违反公序良俗和社会公共利益。实践中,也应注意自治规则本身的拘束力和适用范围。如公司法规定了公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员都具有约束力,解决这些人相关纠纷的时候就可以适用公司章程。

第三,促进交易,方便交易。商事交易需要无障碍的进行,这是商人实现营利目的的需要。为促进交易、方便交易,商法采取了诸多措施:由于交易的标准化、权利证券化、商事交易电子化,集效率、风险于一体,商法的功能在于提供分担风险、化解风险的措施,发挥快速交易的作用。

第四,要注意外观主义的适用,保护善意第三人的利益。无疑,外观主义不是商法独有的,民法上也有规定。但可以肯定的是,外观主义法理在商法中适用的普遍性,是民法所没有的。从各国的经验看,外观主义的适用可以依据法律规定,如票据法中规定的票据背书连续转让;也可以在法律没有明确规定的情形下运用法解释学予以适用。另外,在民法中,往往注意的是在行为上适用外观主义。但在商法中,不仅在行为上适用外观主义,在身份上也广泛适用。比如公司法规定股东变更应当在公司登记机关办理变更登记,否则不能对抗第三人。经过股权转让,公司股东名册已经变更股东的姓名和名称,但未在公司登记机关办理变更登记,第三人仍可以依照没有变更的公司登记认定谁是股东。又如,表见董事、拟似发起人等,都是适用外观主义的。

第五,企业的促成与企业的维持。市场经济的发展不能没有企业,企业的存在和发展是市场活力的基础。如何促成企业的成立?核心的问题是降低企业设立成本,简化企业设立程序,方便投资,促进投资。市场经济的健康发展还依赖于企业的维持。一个不容忽视的事实是:企业是商品的提供者,当今人的衣、食、住等生活的各方面都存在与

企业的依存关系。一个企业特别是一个大型企业,不要说破产,即便是一般的解散清算,它的社会影响也是特别值得关注的。一个企业的消灭不仅仅是出资人投资目的无法实现,而且会导致众多的职工失业,并因此而走向社会,给社会带来极大的负担。所以贯彻企业维持精神,既有法律本身的理念问题,也有实践的需要。需要注意的是,企业维持不是消极的,从企业设立、存续到消灭,都需要贯彻企业维持精神,近几年立法中,破产法立法政策的变化颇值得注意。过去,人们几乎仅将破产法视为破产还债的法,近年,破产法理念与立法政策有了非常大的调整,不再仅注意破产还债,而是注意到破产企业的保护,凡是能维持的就不采取破产,而是通过重整或和解程序解决。公司法第 183 条增加了一种公司解散事由,但真正要解散还是要谨慎处之,也需要贯彻企业维持精神。

本年度年刊的中心是记载提交年会的论文,年会的主题是“法治国家建设中的商法思维与商法实践”。和以往一样,提交年会的论文但不涉及年会主题的,将不被编入,请谅解。

本年度年刊的出版得到了作者、法律出版社编辑的支持,在此表示感谢。

王保树
2013 年 9 月 10 日

研究综述

- 3 2012~2013年商法基础理论研究综述
文 宁
- 13 2012~2013年公司法研究综述
陆继刚
- 23 2012~2013年证券法研究综述
陈雅忱
- 31 2012~2013年破产法研究综述
文 宁 陆继刚
- 37 2012~2013年商业银行法、信托法、证券投资基金法研究综述
王 骏
- 47 2012~2013年票据法研究综述
林 斌
- 51 2012~2013年保险法、海商法研究综述
杨 磊
- 57 2012~2013年电子商务法研究综述
林 斌
- 62 2012~2013年商事仲裁法研究综述
周昕兰 文 宁

商法思维与商法理论体系构建

- 71 试论商事思维及其价值
范 健

- 78 商法新思维
——商事合同、商事组织与商事交易的视角
王文宇
- 84 关于商法思维特性的分析
——基于起点与路径的展开
沈贵明
- 90 商法的实践属性与中国商法学的现实使命
姜朋
- 96 试论商法思维
元小勇
- 103 商法思维下商法基本原则的确立
张保红
- 110 轻商误国 重商兴邦
——中国梦与兴商兴市
任先行
- 117 商业道德的法律化与商人思维评判
吕来明 卢长青
- 122 非商法思维的入侵以及商法的回应
王艳华
- 128 论加重责任理念的司法应用与立法构想
王建文
- 134 我国商法体系构建的若干思考
豆景俊
- 141 论我国的交易习惯
——商法的视角
樊涛
- 147 商法思维的现代特征
姜一春
- 151 论商法思维
——与经济法思维的比较
吴凤君
- 157 商法思维与我国商主体认定的标准
胡晓静

- 163 企业职员的代理权研究
——商法思维与民法思维的异同
刘文科

- 170 商法上的物
李永轶 苏愉迦 张 轶

- 176 保险法思维之特殊性与理论构建
——以被保险人为中心
王家骏

商法思维与商事立法

- 185 商事立法模式的选择
——美国统一商法典的启示与借鉴
陈耿钊

- 191 论我国商事立法模式之选择
于永芹 刘长安

- 198 商法思维:基于商事立法的检视
——以清末民国时期为视角
袁碧华

- 205 商法思维下的慈善公益资金运营思考
胡卫萍

- 211 商事登记制度“先照后证”改革的商法思考
周友苏 严 姣

- 217 商法思维下我国商事登记审查形式之选择
史正保

- 223 商法思维下的我国商事个人立法完善
谢维华 黄立鹏

- 229 商法思维下的公司僵局司法救济制度立法审视
宁金成

- 235 商法思维与期货市场立法的若干思考
李明良 施廷博

- 242 商法思维下对金融法安全观的再认识
——从互联网金融对传统金融法制安全观的启示说起
苏苗声

- 247 票据法立法思维的嬗变
王峙焯
- 253 商法思维与强制拍卖立法研究
朱珍华 金孟伶
- 258 商法思维与网络技术环境下公司法律制度的创新
——以电子股东论坛为例
赵金龙

商法思维与商事裁判

- 267 论商事裁判的基本原则
——以股权转让协议效力的认定与裁判为视角
肖海军
- 274 商法外观主义与商事裁判思维
郭富青
- 280 外观主义在商事裁判中的适用
石旭雯
- 286 破解商事审判的困惑
——商法的营利理念及其司法适用
张晓萌
- 291 国内商事审判中交易习惯的认定及适用
王利萍 郭平
- 297 试论商法思维在股东诉讼中的应用
郝磊
- 303 我国商事诉讼机制之完善:理念重构与路径选择
李长兵
- 309 从个案看商法思维对司法裁判的价值维度
郑曙光 陈剑
- 315 公司僵局诉讼裁判思维和裁判方式的审视
李依伦
- 322 有限公司股权无权处分辨识
——兼析商法上的外观主义
林懿欣 魏国君
- 328 检讨企业重整制度
——制度价值的再审视

吴京辉 邵 稳

334 破产金融机构处置:商事审判权与行政权的平衡

楼建波

339 商法思维与交强险纠纷裁判

乔志华 李 芳

344 指导案例 15 号裁判思维评析

吴建斌

350 论海事审判思维及理念在海事审判中的应用

曾 艳 黄菊秀

商法思维与商事法律解释

359 商法思维与商事法律解释

冯 果 袁 康

365 商法思维、规范技术及解释方向

——以 2009 年修订后《保险法》第 12 条、第 49 条为样本

高 宇

371 商事“软法”价值论

——一个解释、适用立法的视角

季奎明

378 商法思维与商事合同违约金

李政辉 陶文敬

384 商法思维视野下的食品企业社会责任研究

马存利

390 商事理念下我国公司股东出资形式的制度检视

胡改蓉 周小龙

396 论公司法律规范适用的类型化思维

刘向林

400 商法思维下我国公司董事勤勉义务法律制度研究

李宏伟

406 思维差异的客观存在与《公司法》第 177 条的立法与解释

齐砾杰

412 商法思维下公司担保规范适用困境之化解

薛 波

- 418 商事思维下的有限责任公司股权转让
蔡元庆
- 424 论自治与强制协调之下公司自治的边界
张 敏 钱 程
- 429 从金融衍生工具的法律属性看物债二分的局限性
颜 廷
- 435 商法思维票据行为成立要件解析
朱 莉
- 441 商法思维下的票据转让方式解析
董翠香
- 447 论“票据行为诚信”原则对票据法技术性的现实背离
杨 蓉

研究综述

2012 ~ 2013 年商法基础理论研究综述

文 宁*

本综述在检索了2012年5月至2013年6月间发表于法学类CSSCI检索源期刊、北大核心期刊的商法学论文、商法学著作的基础上整理而成。综合相关研究成果,可以看出我国的商事立法有了较大发展,有关基础理论研究也不断深化,但如何以商法理念为指引来构建商事立法体系,确立商事裁判规则和审判机制,仍是一个重要的课题。

一、商事的基本理论研究

学者们围绕商法的基本理念、商事立法、商法通则的制定、商法的独立性、国外商法研究取得了一些重要的成果。

(一) 商法的基本理念

一直以来,学者们就十分关注商法的基本理念的研究,并进行了深入探讨。有学者认为,商法的核心价值曾被普遍界定为效率或效益,但基于正本清源,应将其界定为自由,其内容主要表现为强化私法自治与经营自由。在商事立法、监管及审判活动中,应立足于自由与秩序的平衡,使商法核心价值的得到合理应用。^①

有学者认为,商法的最高价值取向则是效益,效益优先体现在商法原则和商法制度的各个方面。商法不但以效益作为其最高价值目标,而且为了实现效益甚至在某种程度上会牺牲公平,并采取了许多强制性的法律规定来保障这种效益的实现。^②

有学者认为,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,以商法理念为指引来构筑商事立法体系,改革商事司法体制和审判机制,凸显商法在我国市场经济法律体系中的重要价值和功能,使商法成为规范市场经济体制的基本法。^③

有学者认为,商人主义、商行为主义是商法理论中用来标识不同立法例的常用词。商人主义、商行为主义的定位与功能存在各种观点与表述,并没有相对统一的结论。我国未来的商事基本法

* 文宁,湖南大学法学院2012级民商法专业博士研究生。

① 王建文:《我国商法的核心价值:逻辑展开与实践应用》,载《法学杂志》2012年第1期。

② 赵万一:《商法基本问题研究》(第2版),法律出版社2013年版。

③ 雷兴虎:《商法理念及其在商事立法和司法中的适用》,载《甘肃社会科学》2013年第2期。

在立法技术上应采商人主义。我国商事基本法的建构应采用商人主义。^④

有学者认为,我国现有商法未采用“商人”和“商行为”的概念,商法学术界却坚持将“商人”和“商行为”作为商法基础概念,这使得我国商法理论基础和发展方向不很明确。应该在厘清相关法律术语含义的前提下,采用“企业”或“主体性企业”以及对应的其他范畴,这样可以发展出适合我国国情的新型商法模式。^⑤

(二) 商事立法

学者们对商事立法进行了历史的追溯和现实的构想。有学者认为,中国私法意义上的商法及其商法典起始于晚清时期。这些商法成果均是在初步成熟的商法以及独立法典思想指导下和诸多社会条件的合力推动下,政府实力主导、商民积极参与方才取得的。中国应当坚定独立商法典的立法思路,尽快制定出《商法总则》,俟条件成熟时再谋求一部现代商法典。^⑥

有学者认为,在中国特色社会主义法律体系形成过程中,制定了大量规范商事主体和商事行为的法律法规,对促进社会主义市场经济发展发挥着巨大作用。^⑦

有学者认为,现有商法拟制法条十分有限,立法尚不能自觉、自如地运用拟制技术设置规范。因此,深入研究和掌握拟制立法技巧,并自觉和熟练地加以应用,必将是我国商法完善、精致的重要手段之一。^⑧

有学者认为,山西票号商事习惯法是规制票号商事活动“无形”的强制性规范,是我国古代最为典型的商事习惯法之一。^⑨

有学者认为,商法强制性规范可以分为自治型、国家确认型和国家介入型三类。为实现商法的效率优先价值,国家确认型强制性规范的边界由商事主体意思自治决定,而国家介入型强制性规范的边界以维护公共利益所必需为限,商事立法和司法应注意商法强制性规范的边界。^⑩

有学者认为,商法类推适用应具有一般法上和特别法上的依据,其并非适用于商法的所有领域。商法类推适用的正当性取决于法官严格遵守适用条件,恰当地运用裁量权,符合法律价值判断。^⑪

(三) 商事通则的制定

商法与其说是立法者的理论构造,不如说是商事实践和商事习惯的总结和升华,立法者只是对源于市场运行条件和程序的规则加以确认。关于《商事通则》的制定,一直是商法学学者讨论的热点。有学者认为,辨析民商分立与民商合一这两种传统立法模式的基础上,讨论了商事立法的第三条道路——商法通则立法模式。商事单行法和商法通则将构成我国商事法律规范系统的整体,其与未来的民法典共同支撑起我国和谐的二元私法体系。^⑫

④ 李政辉:《商人主体性的法律建构》,法律出版社2013年版。

⑤ 叶林:《企业的商法意义及“企业进入商法”的新趋势》,载《中国法学》2012年第4期。

⑥ 任满军:《晚清商事立法研究》,光明日报出版社2012年版。

⑦ 王作全:《中国特色社会主义法律体系中的商法立法分析》,载渠涛主编:《中日民法研究》(第11卷),法律出版社2012年版。

⑧ 郭富青:《商事立法拟制的类型化研究与价值评判》,载《国家检察官学院学》2012年第6期。

⑨ 薛建兰:《山西票号商事习惯法的兴衰》,载《法学杂志》2013年第2期。

⑩ 蒋建湘:《商法强制性规范的类型、性质与边界》,载《法学杂志》2013年第7期。

⑪ 郭富青:《论商法类推适用的依据、范围和正当性》,载《甘肃政法学院学报》2012年第5期。

⑫ 曾大鹏:《商事物权与商事债权制度研究》,中国法制出版社2012年版。

有学者认为,商法的特点决定了商事通则不能照搬民法通则的结构。现代商法的价值诉求决定了商事通则必须以商行为一般规则为主要内容,而只有将商行为界定为营业行为,围绕营业规则安排商事通则的结构,方能解决商法适用上的难题,克服大陆法系商法典存在的缺陷,并在民商合一的框架下,实现商法内部的协调和统一。¹³

有学者认为,当大陆法系国家商法典的内部规范逐渐解体,商事单行法却生机勃勃,已经成为商事立法发展的世界性潮流。在商法体系的建构技术上,我国必须超越外国传统模式,制定《商法通则》上承《民法典》下统商事单行法。我国商事单行法只有始终如一地贯彻《商法通则》所确认的价值理念,才能形成一个形散而神不散,健全的商法体系。¹⁴

有学者认为民商合一并不是说要将商法完全融入民法之中,而是以承认民法和商法之间存在价值取向上的重大差异性为条件,即承认商法在现行法律体系中的相对独立地位。所谓独立,就是说商法有自己相对独立的调整对象,有自己丰富的调整内容和独立的法律体系。在具体立法上,应在制定一部统一的民法典之外,通过另外制定若干商事单行法规的方式,完成对社会经济关系的综合调整。¹⁵

有学者认为,中国的商法通则不现实,建国以后我们始终按照民事合一的模式来做。诉讼程序上,中国没有商事法院也没有商事法庭,也没有商事诉讼法,并未产生什么问题。主张商法规则必须有,还是民商合一。我把商法典很融洽写到民法典中。比如,通过但书条款,通过单行法解决。¹⁶

有学者认为,我国有将近三十部商事单行法,他们中有一些相同的规则和原则,把它们拉出来写入带有商事总则性质的法律规范中,这对实践、对审判、对整个社会的作用都是广大的。法是为社会服务的,不是为法院服务的。法不是为了司法,法对于人的思想文化人的道德起了非常大的作用。¹⁷

有学者认为,商法形式理性的特征是商法的确定性、可预测与可计量。“商事通则”并不是对民商合一与民商分立的超越,而是实质上的民商分立,其体系与内容与大陆法系国家的商法典并无二致。我们应该反对商法的形式主义,坚持实质主义的民商分立,冷静对待“商事通则”立法,完善商法各单行法律、法规。¹⁸

(四) 商法的独立性

在庞大的社会主义市场法律体系中,商法作为规范市场交易关系的基本法,无疑在其中扮演着十分重要的角色。学者们对于商法不可替代的独立地位达成比较一致的看法。有学者认为,中国古代民商法在中国古代法律体系中一直处于从属与次要的地位,中国古代民商法在以刑为主、诸法合体的封建保守法律体系中得以存在和发展的,民商法典始终没有从刑法典中独立出来,并且,民法与商法规范也是不加区分地混在一起。¹⁹

有学者认为,商法的独立性可以从以下几个方面加以理解:其一,从商法本体来讲,商法的独立

¹³ 刘云升:《传统商理念与当代商事立法》,知识产权出版社2012年版。

¹⁴ 郭富青:《中国特色商法体系评估与构建技术反思》,载顾功耘主编《中国商法评论(2011—2012年卷)》,北京大学出版社2012年版。

¹⁵ 赵万一:《商法基本问题研究》(第2版),法律出版社2013年版。

¹⁶ 樊涛:《民商合一亦或商法通则》,载高在敏、王延川主编《商法与公司法前沿问题》,法律出版社2013年版。

¹⁷ 苗延波:《制定“商法通则”的几个关键性问题》,载高在敏、王延川主编《商法与公司法前沿问题》,法律出版社2013年版。

¹⁸ 赵磊:《反思“商事通则”立法——从商法形式理性出发》,载《法律科学》2013年第4期。

¹⁹ 王瑞:《民商法在中国古代法中的地位和发展历程》,载《河北法学》2012年第6期。