

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2017.02.018

商法思维及其司法适用

李长兵

(兰州财经大学 法学院,甘肃 兰州 730020)

摘要:商法区别于其他部门法的独特价值理念,决定了商法在商事纠纷认定与解决机制上应有区别于其他部门法的独特方式与路径,即独特的商法思维之应用。基于对大陆法系理论的继承和发展,加之长期以来“民商合一”立法和司法实践的主导,当前各级司法机关在审理商事案件中都不可避免带有深刻的民法思维烙印,商事司法实践存在着背离商法思维的现象。作为商事纠纷解决机制的重要途径,商事审判中应当合理应用保护商事营利、尊重企业自治、协调利益均衡等独特的商法思维,以现代商法思维主导商事司法适用。

关键词:商事司法;商法理念;商法思维

中图分类号:D913.99 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-626X(2017)02-0115-06

一、引论:商法思维及其逻辑展开

所谓法律思维,即按照法律的逻辑来观察、分析和解决各类社会问题的独特思维方式。^[1]法律思维不仅仅强调逻辑本身,而且应当是包含逻辑思维、价值判断、经验分析等多种思维方式的集合。依此定义来看,商法思维既是商事活动中人们对于商法规则、原则和基本价值的认识和把握,同时也是在法律职业者运用法律思维工具对各类商法问题进行抽象、归纳和演绎等过程中形成商法特有的价值理念和思维模式,进而运用这些理念和模式处理商事法律问题的方法和过程。从法律思维方法和思维方式的二元进路出发,一方面,对商法思维的把握需要以商法理念为依归,准确把握商法特有的理念是支撑商法思维不可或缺的深层要素,商法特有的理念、价值和原则共同诠释着商法制度体系的基本观念和思维定式;另一方面,商法思维方法的合理运用,乃是商法理念实现由应然理念转化为实然理念的关键要素,是商事立法、商事司法和商事实践活动等商法理念实现机制得以有效落实的重要保障。

商法以商事关系为调整对象,商事关系是营利性的主体即商人在从事营业活动中形成的一种特殊社会关系。营利属性既深刻反映了商事关系的本质特征,又折射出商法在维护市场秩序、鼓励商事交易、保障商人利益方面的重要价值取向。以营利为目的的营业调节机制正是商法区别于其他部门法尤其是民法的特殊性所在。因此,与民法强调公平优先和等价有偿等静态的价值理念不同,商法更强调追求交易的效率、迅捷和安全等动态价值。商法区别于其他部门法的独特的价值理念,决定了商法在商事纠纷认定与解决机制上应有区别于民法、经济法等其他部门法的独特方式与路径,具有自身特有的商法思维。从法律思维的逻辑进路分析,商法思维应当涵摄价值论、认识论和方法论基础三个层面:在价值论层面,商法思维是法的公平正义价值与营利本位相结合的评判思维;在认识论层面,商法思维是法律规则与商事自治规则相结合的逻辑思维;在方法论层面,商法思维是法学方法与商业实践相结合的专业思维。^[2]

商法思维适用于商事司法中即形成特定商事审

收稿日期:2017-01-16

基金项目:甘肃省高等学校科研项目(2015B-061)

作者简介:李长兵(1975-),男,湖北恩施人,兰州财经大学教授,法学博士,主要从事商法基础理论研究。

判思维,由于法律思维的类型化特征,商事制定法中不可能有解决所有商事纠纷的现成方案,很多情况下,它只是规定了法官思考问题的原则和出发点。在司法实践中,法官需要在尊重立法原意的基础上,依据法的理念、精神和目的来裁判纠纷,法官自身的法律思维在很大程度上影响甚至决定着司法裁判的结果。准确把握和运用商法思维是正确裁判商事案件的重要基础和前提。在我国市场经济体制逐步建立和完善的过程中,各种商事案件日益增多,“商事活动极为复杂,如果缺乏对商事活动的观察、对商业惯例的了解,以及对行业特点及其形成历史的考察,即使有再强的推理演绎能力,也不能真正理解商事法律的某些规定。”^[3]为此,作为商事纠纷解决机制的重要途径,商事司法应当始终贯彻商法思维,以商法思维作为指导商事裁判的重要依据,培育法律职业者独特的商事裁判思维,以全面了解商事案件的独特属性,准确把握商法的价值、原则和规则在具体商事案件中的适用。

二、困境反思:现行商事司法适用中对商法思维的背离

在我国当下的司法实践中,基于对大陆法系理论的继承和发展,加之长期以来“民商合一”立法和司法实践的主导,各级司法机关在审理商事案件中都不可避免带有深刻的民法思维烙印,在处理商事纠纷时都倾向于采用传统民法思维和民法基本理论,基于公平优先、等价有偿、物权法定等固有的民法思维范式,否定商事活动中的各种创新举措,对体现商法理念和价值的制度安排与规则设计不予保护。这种民法思维主导商事司法适用的现象不仅背离了商事立法的基本宗旨,甚至可能在更大程度上损害商事实践活动的有效运作和商事主体对交易自由设定之需要。^[4]

(一) 营利保护机制之欠缺

商事活动以追求营利为根本目标,作为规范商人营利性行为和营业活动的基本法律,各国商法也始终将确认、保护和鼓励营利作为基本价值理念。无论是商事主体法中的一些重要制度之构造,还是商事行为中的一些重要规则之确立,都充分考虑商事活动的营利性特征;而商法所特有的一些法律原则和规则,也围绕商事营利的有效实现而展开。商法的营利属性要求无论是商事立法还是商事司法,都应当通过规范商事行为,化解商事纠纷,营造有

利于商事营利目标实现的良好营商环境。而在我国商事司法实践中,法官从公平和等价有偿等实质正义理念出发,以民法裁判思维和方法否定商人合法营利的合理追求,违背商事交易的普遍惯例作出裁决,最终损害商主体的合法权益的现象却大量存在。比如,在认定合同的效力及违约责任的承担上,司法实践中往往把商事主体视为普通的民事主体,不考虑商事交易的本质特征和商人对营利的合理追求,而是一律从公平原则出发,对商人之间约定的违约金任意调整,尤其是根据相关司法解释的规定,约定的违约金超过造成损失30%的即认定为违约金过高,对超过部分的违约金不予支持。^[5]再如,在债券质押回购交易中,基于交易连续性和对交易对手保护的要求,交易规则赋予证券交易商在客户违约时可以直接将客户质押的债券进行拍卖、出售并冲抵债务的权利,但由于此种质押物处置方式不符合传统民法对于担保物“禁止流质”之规则,因而并不为多数法院认可和支。^[6]

(二) 企业自治理念之偏离

企业自治是私法自治理念在商法中的体现,其基本内涵是指企业等商事主体在从事经营活动中依自主意思实施商事行为、管领内部事务、形成商事权利义务关系。在商法的具体语境中,企业自治强调的是以公司为主导的商事主体得以通过自己的独立意志能力,实现其在商事营业活动中的自主性和独立性。在商事司法中,企业自治则具体体现为商事审判活动应充分尊重企业的营业自由,合理维护企业的自主决策和自主商业判断。反观我国商事审判实践,长期以来,法官通常倾向于从专业领域出发,在传统民法思维的主导下以司法判断代替企业作出的商业判断,加之许多企业的商业决策本身已远远超出了法官的审判经验认知,由此导致商事纠纷的解决不仅限制了市场主体的自主经营和自主决策,而且制约了市场主体中商业模式中的创新对商业利润的合法追求。例如,在审理附有赔偿责任限额的格式合同纠纷中,如果当事人双方均为企业,为体现当事人对赔偿责任的自治精神,理应认可双方同意接受的由商会组织或行业协会所制定的限额赔偿的有效性。但现行司法实践中,法院对格式条款怀着天然的抵触情绪,往往在不加区分相对人是企业还是消费者的前提下,一律以《合同法》第40条之规定为依据否认该类限额赔偿

的合法性。¹⁶再如,对于商事审判中存在的大量公司僵局纠纷案件,法官在裁判中往往存在过度介入、主动干预的现象,甚至代替公司经营决策,以司法专业判断取代公司的商业判断,导致裁判结果不符合公司各方的利益诉求。¹⁷

(三)利益均衡保护之不足

商法思维对商事营利的保护和企业自治的维护并不意味着商法忽略交易公平价值,在效率优先的前提下,商事交易公平往往需要通过利益平衡保护原则的制度设计予以落实。基于利益平衡保护原则的基本要求,商事司法适用中应严格把握商主体法定、公示主义、外观主义等商法的特殊原则和规则,认可交易相对人基于合理信赖所实施法律行为的合法性和有效性,把交易风险限定在一个合理的范围内。例如,为有效保障交易相对人之合法权益,商法上普遍认可对商事合同中的“惩罚性赔偿原则”。但现行商事司法实践表明,我国法院在审判中倾向于坚持以民事合同违约损失的“填平原则”为依据,否认诸如融资租赁合同、营业转让合同等典型商事合同中当事人双方约定的惩罚性赔偿。再如,基于商事登记事项的公示效力和对抗效力,履行商事登记之事项原则应可以对抗第三人,但是在审判实践中,法官则更倾向于运用表见代理规则判案,从而背离了商业登记公示效力之规定对于保护善意第三人利益的初衷。¹⁸

三、对策完善:商法思维在商事司法中的应用与实现

正如学者所言:“作为商法思维的深层要素的观念系统实际上是一个‘理念—价值—原则’三位一体的构造”。¹⁹商法思维的养成依赖于对商法理念的深刻把握,商法本身特有的概念、原则、规则等商法知识体系则是形成商法思维的基础性要素。换言之,正是商法本身独特的理念、价值和原则共同诠释着商法制度体系的基本观念和商法司法实践中特有的思维定式。确立商事审判思维,有利于在具体商事案件的审理中强化商法意识和商法观念,更好地贯彻商法理念,体现商法精神,最终促进商法价值的有效实现。结合商法思维的逻辑基础和当前商事司法实践中商法思维的欠缺,本文认为,当前我国司法实践中亟待加强保护商事营利、尊重企业自治、协调利益均衡等独特商法思维在商事审判活动中的适用。

(一)商事司法适用中应充分体现保护营利的商法思维

如前所述,营利是商人从事营业活动的根本目的,从商事审判的案件类型来看,诉讼双方主体一般为各类企业形态的商主体,尤其以公司为典型。在市场经济条件下,商主体的本质特征即在于以营利为目的,以营业为常态;从商事审判处理纠纷的行为特征来看,其主要涉及以营利为目的的营业性商行为。因此,在商事审判中,法官必须树立营利保护之理念,并在这一理念的指引下合理应用和形成保护营利的商事审判思维。

首先,商事案件的裁判应以保障商主体合法的营利追求、实现社会整体财富增进为目的。“判断商事审判合理性和合法性的主要依据不是看权利义务的分配或收益与风险的分担是否对等,而是看审判结果是否有利于促进社会经济发展与社会财富的增加,即强调审判结果的经济合理性。”²⁰例如,对于商主体之间广泛适用的格式合同、定型化和证券化交易等便捷的交易方式,商事裁判中不宜简单否认其效力,而应从保护商事营利的角度出发,淡化对合同性质和具体条款的认定,关注合同背后隐藏的真实利益,以“利之所属,损之所归”为原则,在鼓励交易的前提下谨慎做出裁决。对于以企业为主要形态的商主体之间在交易合同中所约定的高于一定标准的违约金条款,在商事审判中应认定其合法性。换言之,从维护商事营利性角度出发,商事裁判应支持商主体之间关于违约金标准的合理化诉求。

其次,从营利本位这一商法理念出发,法院在审理企业解散和破产案件中,也应遵循营业维持原则,不轻易裁定解散公司,注重对破产企业的保护。如对于企业破产案件,“凡是能维持的就不应采取破产程序,而是应通过重整或和解程序解决”。²¹在此类案件的裁判中应逐步树立起公司合并和营业转让及重组等优先于破产宣告、破产重整与和解优先于破产清算的裁判观念,确立公司营业优先于公司解散的裁判思维,促成企业的健康发展和营业活动的维持。

(二)商事司法适用中要全面落实企业自治的商法思维

诚如学者所言,“商人是自身利益的最佳判断者和商事规则的实践者,纷繁复杂的商事实践活动要求企业自治规则的调整,商人从市场准入到经营

活动的开展、交易对象和交易方式的选择以及商事组织内部的治理等方面都应享有广泛的自主决定权”。^[12]对于以解释和适用法律为核心的司法过程而言,尊重企业自治要求对商事案件的司法策略做出相应调整,裁判者不仅要正确理解商事领域中企业自治的基本内涵,而且要准确定位商事法律在规范和维护企业自治方面的功能和制度设计,合理型构其在商事审判中的角色和裁判思维。

首先,在商事审判中,法官应谨慎介入企业的自治领域,遵循市场经济规律,淡化司法强制性干预,尊重和保护企业的意思自治和交易自由。在司法实践中,商事裁判应从弘扬自治理念出发,以促成商事交易为目的,通过适度的司法干预,了解企业的经营习惯,尊重企业的理性选择和商业判断,以符合企业自治理念的方式作出裁判,以达到良好的裁判效果。例如,对于企业之间的契约,除非有充分的证据证明当事人是在被欺诈或胁迫的情形下达成交易协议或者交易内容违反了法律的强制性规定和社会公共利益,否则就应当认定双方当事人之间的交易合法有效,而不是基于实质公平观念擅自改变交易结果。反之,如果司法强制性介入企业自治范畴,“一味将民众的公平观念适用于商事裁判,极有可能违背企业自治的理念和精神,进而破坏商人之间自愿达成的商业安排并最终断送商业利益”。^[13]因此,法院在审理公司内部纠纷时,要尊重公司章程的规定和股东之间的约定,当公司内部自治失效、公司行为严重损害了实质公平等例外情况下参与公司内部权利义务的具体安排,对于不违反公司法禁止性规范的公司内部约定,应当依法认定有效。对公司内部纠纷的审理要坚持穷尽内部救济原则,“只有公司内部救济用尽,当事人仍然无法通过私人协议解决纠纷时,司法才进行实体性的公力救济。”^[14]

其次,尊重企业自治要求商事案件的审理应更多地从程序正义出发,不轻率地以司法判断代替商业判断。实践证明,如果商事司法适用中不能准确把握企业自治的内涵,在商事纠纷解决中试图以司法判断取代商业判断,或者一味坚持主导者的裁判思维,企图否定任何企业自主决策的正当性,则不仅无法有效化解商事纠纷,而且不利于市场主体的商业模式创新。如在股权纠纷和股东诉讼类案件审理中,法官应熟练掌握和应用“经营判断规则”,对

于公司董事和高管依据“经营判断规则”做出的符合公司自主经营和管理需要的各种决策,法官不能随意干预和更改。当然,在企业自治和营业自由被滥用的情形下,商事裁判的消极干预不足以维护实质正义时,裁判者应通过有限和适度的干预,以妥当的司法裁判来矫正商业判断和企业自治之不足。

(三)商事司法适用中应注重协调利益均衡的商法思维

商事纠纷争议的裁决不仅关涉争议双方的利益冲突,同时也可能涉及对善意第三人和其他利益相关者等多方利益诉求。因此,要妥善解决商事纠纷,商事司法裁判应注重协调当事人之间的利益均衡,既要鼓励和保护商人通过正当途径依法获得营利,又要保障裁判结果能有效保护交易双方当事人的合法权益,实现诉争双方的利益均衡。同时还要注意强化对利益相关者和社会整体利益的维护,进而实现商事裁判的经济效应、法律效应和社会效应之统一。^[12]

首先,应重视对公示主义原则的应用。在商事司法适用中,基于商事纠纷的特殊性,不应拘泥于商事纠纷当事人真实意思的探究,而应严格遵循公示主义原则,维护公示行为的法律效力。对于商事交易中需要公示而当事人未按照法定的程序予以公示之事项,司法裁判中不应认可其对抗效力,以保护善意交易相对人和不特定第三人利益;而对于当事人已经按照法定程序予以登记或公告之事项,则应通过司法裁判确认其公示效力,以维护交易安全。如在审理股东资格认定纠纷过程中,对于明确记载于股东名册并登记之股东,应当按照《公司法》第32条之规定,认可股东与公司之间的法律关系,判决支持股东依据股东名册的记载向公司主张各种权利。

其次,要注重外观主义法理在商事审判中的合理应用。外观主义作为商法的一项重要规则,同时也是商事司法适用应遵循的主要规则,在商事交易外观与事实不一致的情形之下,裁判者需要在“自由意志”与“信赖利益”之间进行权衡,如果能够证明“合理信赖”存在,则必须依照交易外观而非交易事实进行裁判。^[15]譬如在审理公司名义股东与实际出资人纠纷案件中,名义股东与实际出资人之间有关出资的约定,仅在当事人之间有效,对公司则不能产生拘束力。而在股东与第三人之间的外部关系

上,则应当坚持外观主义原则,以保护交易相对人的信赖利益,即使登记机关的登记与实际权利状况不相符,也不能因此否认善意第三人因合理信赖公司登记机关的登记而作出的行为效力。

最后,要注重利益均衡原则在商事审判中的应用。利益均衡原则一方面要求司法适用中合理定位商事关系和商事行为所涉利益范围,对发生的纷繁复杂、相互冲突的利益关系,从维护商事交易公平和保障商事交易秩序价值的角度出发,对所涉利益的重要性做出合理价值判断;另一方面,对于各种利益的位阶和层级要做出正当权衡,尤其要在商主体利益、一般民事主体利益、交易相对人的利益、社会公共利益之间进行合理的选择和取舍。因此,有学者指出,商事审判应体现出更多的“裁判宽容”,对商事案件的审理要采取更为宽松和灵活的审判方式。^[13]如在审理股东诉请法院解散公司的“公司僵局”案件中,法官要充分认识到解散公司只能作为最后的救济手段,要通过调解程序,引导当事人采取其他替代性的救济方法退出公司,既保持公司的组织形态和营业活动得以存续,同时也注重公司、股东以及公司债权人等相关主体的利益维护,通过合理的裁决实现公司、股东及其他利益相关者的利益均衡保护。

四、结语:以现代商法思维主导商事司法适用

当前,随着司法改革进程的不断加快,我国商事审判也逐步打破“大民事”审判格局,商事审判独立化趋势日益彰显,这是顺应市场经济体制转型发展对商事纠纷解决机制的客观需要。在商事司法制度改革推进的过程中,审判机制的独立化固然重要,但建构适应商事案件裁判和商事纠纷解决需要的独特的商事审判思维则显得更为迫切,如何摆脱传统的民法思维对处理商事案件的思维定式,形成以商法思维主导的商事审判思维,是当下我国商事司法改革必须直面并尽快加以解决的难题。商法思维的养成依赖于对营利本位、企业自治、交易安全等现代商法理念的准确把握,商法本身特有的概念、原则、规则和商事实践经验等商法知识体系则是形成商法思维的基础性要素。因此,在司法实践

中熟练掌握并合理运用鼓励商事营利、尊重企业自治、协调利益均衡等商法思维,不仅有利于裁判者对商事案件做出契合商法价值理念的裁决,同时也有利于在更大程度上保护商事主体的交易自由,鼓励市场主体的交易模式创新,进而实现商法规范对社会整体利益的均衡保护。概而言之,在商事司法适用中合理运用商法思维,确保商法思维的司法适用符合商法的内在理念和制度逻辑,是推进我国商事司法改革的客观需要,也是建构完善的商事纠纷解决机制的必然要求。

参考文献:

- [1] 谌红果.法律思维:一种思维方式上的检讨[J].法律科学,2003,(2):9-14.
- [2] 沈贵明.关于商法思维特性的分析——基于起点与路径的展开[A].中国商法年刊(2013)[C].北京:法律出版社,2013.84-89.
- [3] 陈甦.司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例[J].法学研究,2012,(2):3-19.
- [4] 郑彧.商法思维的逻辑基础[J].学术月刊,2016,(6):85-93.
- [5] 高在敏,王延川.商法与公司法前沿问题[M].北京:法律出版社,2013.36.
- [6] 樊涛.商事责任与追诉机制研究——以商法的独立性为考察基础[M].北京:法律出版社,2008.130.
- [7] 宁金成.商法思维下的公司僵局司法救济制度立法审视[A].中国商法年刊(2013)[C].北京:法律出版社,2013.229-234.
- [8] 樊涛.我国商事审判制度的反思与重构[J].河北法学,2010,(2):145-150.
- [9] 郝磊.试论商法思维在股东诉讼中的应用[A].中国商法年刊(2013)[C].北京:法律出版社,2013.297-302.
- [10] 赵万一.商法的独立与独立的商法——商法精神与商法制度管窥[M].北京:法律出版社,2013.39.
- [11] 王保树.商事审判的理念与思维[J].山东审判,2010,(2):8-12.
- [12] 雷兴虎,李长兵.商法理念及其在商事立法和司法中的适用[J].甘肃社会科学,2013,(2):143-147.
- [13] 叶林.商法理念与商事审判[J].法律适用,2007,(9):17-20.
- [14] 蒋大兴.公司法的观念与解释Ⅱ——裁判思维与解释伦理[M].北京:法律出版社,2009.19.
- [15] 蒋大兴,金剑锋.论公司法的私法品格——检视司法的立场[J].南京大学学报(人文社会科学版),2005,(1):39-47.

(责任编辑:彭晶晶)

Commercial Law Thinking and Its Judicial Application

LI Chang-bing

(School of Law, Lanzhou University of Finance and Economics, Lanzhou Gansu 730020, China)

Abstract: The unique values of commercial law distinguishes itself from other departments determines the unique way that commercial law should be distinguished from other departmental laws in commercial dispute cognizance and settlement mechanism. Based on the continuation and development of the theory of continental legal system, the long-term "civil and commercial" legislation and judicial practice, and the current judicial organs at all levels in the trial of commercial cases are inevitably with a profound brand of civil law thinking. There is a departure from the phenomenon of commercial law thinking. As an important approach to commercial dispute resolution mechanism, commercial justice should always carry out commercial law thinking, with commercial law thinking as an important basis for the guidance of commercial judgments, and cultivate the legal profession unique business judge thinking.

Key words: commercial justice; commercial law idea; commercial law thinking