

商法思维的逻辑基础

郑 彧

摘 要 在以“营利”为主要特征的商业活动中，商事法律对于商主体在从事商业活动过程中所应遵守的行为、准则、规范存在其特殊性，由此作为反映此等商事法律运用的商法思维就会呈现出有别于以产权的“静态保护”和主体地位“平等保护”为特征的民法思维。但在商法的独立性仍受到众多质疑的背景下，我们对于商法思维应有的独立性和特殊性的认识远未达到商业实践对于法律的需求水准，因而在司法审判实践中就会出现“同案不同判”的审判冲突。有必要通过一系列商事法律规范逻辑基础的比较来呈现商法思维有别于民法思维的特殊性所在。

关键词 商法思维 效率优先 交易保护 利益平衡

作者郑彧，华东政法大学国际金融法律学院副教授（上海 200042）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2016)06-0085-08

一、引 论

法律思维是按照法律的逻辑（包括法律的规范、原则和精神）来观察、分析和解决社会问题的思维方式，其实质是从权利与义务这个特定的角度来观察问题、分析问题和解决问题。^①法律思维并不仅仅强调逻辑本身，而且强调其中价值判断的因素，是逻辑思维、经验判断和价值判断等各种思维方式的全面结合。^②在此定义下，商法思维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^③，是法律解释者对商法原则和规则的一种主观理解和解释。^④

在中国，基于对大陆法系民法理论和体系的熟悉和理论继承，大多数的法律制度在法律传承上单方面地参照并延续了大陆法系的民事法律制度，无论是立法机关还是司法审判机关的立法思路或审判思维都带有深深的民法思维的逻辑烙印。不可否认，这种民法思维的传承在中国经济体制改革过程中对于确定“人”（包括自然人和拟制的法人）的“私权保护”（无论是人身权还是财产权）具有举足轻重的作用。但在中国特色社会主义市场经济建立和发展过程中，越来越多的国际商业规则和商业惯例被引入中国，这些新型的商事行为和商业活动在行为特征上越来越多地突破传统的民事规则而凸显商事（包括金融）活动特有的行为规律与行动准则。比如，以破产重整为代表的破产制度，以融资为目的的证券质押式回购制度，还有不断出现的以互联网为平台的一系列金融创新活动等。在实践中，如何解决这些商事规则和市场创新过程中所出现的纠纷则存在一种很明显的矛盾：由于目前的法官多深受传统民法理论的熏陶，其在对待商业

① 郑成良：《论法治理念与法律思维》，《吉林大学学报》2000年第4期。

② 王利明：《论法律思维》，《中国法学教育研究》2012年第2期。

③ 王保树：《为什么要讨论商法思维》，《中国商法年刊（2013年卷）》，北京：法律出版社，2013年，第1页。

④ 冯果、袁康：《商法思维与商事法律解释》，《中国商法年刊（2013年卷）》，第359页。

活动纠纷中多以民法的思维和民法的基本理论来解释商业主体的商业创新活动,而不太保护商业活动过程中商业主体特有的制度设计和制度安排。比如,在质押式债券回购交易中,基于交易连续性和对交易对手保护的要求,证券回购交易的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(在实践中往往是证券交易商在向结算公司垫资后直接获得质押券的所有权并予以出售),但这种证券质押下的质物处置方式并不符合传统民法对于担保物“禁止流质”的传统。再比如,在中国合同法对于违约责任仅支持“补偿性赔偿”而非“惩罚性赔偿”的立法理念下,法官对于商事融资租赁纠纷只会基于对违约损失的“填平原则”而只保护融资方对租赁物之“物”的追索权,不会同时支持出租人的违约金请求。由此,造成商业实践的诉求与法律实践保障之间的沟壑。在多数的商业争议案件中,以民法思维处理案件看似符合诸如“公平”“等价”和“有偿”的要求,但却可能在更大程度上损害了商业活动的正常流转和商事主体对交易自由设定的需要。因此,如何形成正确的商法思维以理解商业活动并回应商业实践则成为本文的讨论主旨。

二、商法思维的部门法基础:商法之于民法的部门独立性

在法律的逻辑世界里,是否存在商法的思维以及是否承认商法思维的特殊性取决于如何看待商法在诸多法律部门中的独立性问题。虽然在中国学界的传统观念上,商法已经普遍被承认作为私法的一部分而与作为公法的行政法、刑法、诉讼法等法律部门区分开来,但商法与民法之间的关系却始终未能廓清。^①特别是对于民法学者而言,他们对于商法的独立性始终不能认同,他们的主要观点是:即便是在商业社会,商人之间仍然要使用合同和契约,这些合同和契约需要遵循民法的债法原则;而对于市场经济关系来说,民法已经提供了民事主体、民事权利、民事行为和民事救济的一般性规定,商法只提供各种商事组织和商事交易的具体规则,前者是以普遍性、稳定性和原则性著称,后者则以技术性、普遍性和灵活性见长。^②基于此,“民商统一论”在商法与民法的关系上认为:第一,商主体就是民事主体,商行为就是民事行为,商事关系就是民事关系,商事与民事无所谓区分,商法是完全意义上的民法;第二,商法属于民法,是民法的一个部分,由于商法规范存在相对于一般民法规范的特殊性,它只是属于民法的特别法,没有部门法的独立性。由此,目前法学界的主流意见是否认商法可以成为独立一脉的法律体系,他们反驳商法学者将商法作为以“商人”和“商行为”为特别规制对象的学说,而是认为“当社会的平等、民主发展到人人都可充当商人——晚近民商分立之商法的改革趋势是‘谁从商谁就是商人’,或者凡参加企业和交易关系者所为就是‘商行为’时,商法也就丧失其特殊地位和意义了。何况‘商’本是‘民’,在此过程中,民法直接适用于各种私的经济关系,导致其‘商法化’,民商就合为一体了”^③,如果将商法独立于民法会造成“调整平等主体关系的规则人为地被分为两套规则,造成民法与商法内容中的矛盾与冲突。并且目前由于中国法官素质参差不齐,民法与商法的重叠和矛盾必将会产生司法中找法的困难,所以也是不现实的”。^④因此,基于商法本身作为法律部门的独立性并未被立法界、司法界所普遍承认,所以无论立法活动还是司法审判活动都仍习惯于从民法的理念和民法的体系分析、解决商业活动中遇到的争议,较少从商法思维的角度考虑、审视和反映商业实践的真实需要。

商法思维与民法思维难以划分,说到底还是商法源于民法却又基于商业实践的实际需求而偏离民法所造成,因此商法思维是否独立于民法思维就主要取决于对于“商法是否独立于民法”的回答。按照法理学上有关划分“部门法”的二元标准,单独的调整对象(“调整对象独立性要件”)和单独的调整方法(“调整方法独立性要件”)是判定一个独立部门法是否存在的标志。^⑤在划分或认定商法是否为“部门法”的过程之

① 范健、王建文:《商法论》,北京:高等教育出版社,2004年,第76页。

② 周晖国:《商法本位论——商法作为独立法律部门的内在依据》,北京:法律出版社,2010年,第201—202页。

③ 史际春、陈岳琴:《论商法》,《中国法学》2001年第4期。

④ 王利明:《中国民法典的体系》,《现代法学》2001年第4期。

⑤ 沈宗灵主编:《法理学》,北京:高等教育出版社,2000年,第326—330页;张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社,2003年,第100—101页。

中,就商法调整对象独立性的问题,学界已经普遍认可商法研究和调整的对象是商事主体及商事主体在从事商业活动过程中的行为,也即我们通常所说的“商人”和“商行为”。如同刑法调整对象是基于侵犯人身、财产或国家安全引发的社会关系,民法调整平等民事主体之间的财产和人身关系,行政法调整行政主体与相对人之间因行政行为而发生的法律关系那样,商法调整对象与其他部门法的调整对象的不同显而易见,能够满足“调整对象独立性”要求;但在研究商法是否有自己独立的调整方法时却存在理论和认识上的差别:通说认为要支撑一个“部门法”需要有自己独立的调整方法,如果没有独立的调整方法就不可以单独划分,只能“栖身”于其他部门法中。比如在民法领域,因为大陆法系各国基本都存在单独的“民法”或“民法典”对民事关系进行规范,相关民事法律规范的法律救济手段中包含了恢复原状、继续履行、排除妨碍、赔偿损失、恢复名誉、重作、修理等强制性要求,具备区别于刑法、行政法等其他领域部门法的调整方法,所以民法是一门独立的部门法。但在商法领域,要想找到商法特有的处罚措施或者独立的法律很难(因为要么没有成文的、统一的商法典,要么其商法典中没有自己独立的、可被操作的法律责任保障措施),所以商法在固有的印象中被认为没有自己的调整方法,而在单行商事法律(比如公司法、票据法、海商法)反映出的调整方法也是诸如违约之诉、赔偿金等民法的调整方法。但笔者认为,即使不存在单独的商法典(或者现有商法学者所着力推动的“商法通则”)也并不意味着商法没有它自己的调整方法和保障措施。商事法律规范在形式上虽然不像民法那样通过直接的法律条文而对民事法律关系进行责任保障,但它通过以下两个方面行使对于商事法律关系的调整:第一,商法有其自己的基本原则,这种基本原则透露出商法与其他部门法对于交易价值观的不同认识,进而反馈到司法实践中对于商事法律关系纠纷调整方式的手段选用上有别于民法;第二,商法通过包含在商法体系中的单行商事法则对具体商事行为进行约束和保障,每个单行的商事法律规范都在商法原则的基础上有其自身的调整方式。由此看来,商法并不是没有自己的调整方法,只是它的调整方法特殊地体现在其原则(总则体系)和单行商事法律制度之中,并不存在像民法那样可以单独提炼、总结并可普遍适用全部民事法律关系的调整方法,因此商法应是一门独立的法律部门。

在商法能够且应该成立独立法律部门的背景下,就商法与民法在法律思维上的差异而言,“民法具有伦理的特点,更偏重于追求俊美的特征,商法更强调追求个别主体营利的效益,更追求交易的安全、迅捷、可靠”。^①所以,我们可以看到,民法是以民事主体之间的“平等性”和交易的“公平性”为逻辑出发点,在民事纠纷中,民法思维看重的是单个交易对于双方主体实体性的公平或平等,较少考量整体交易机制或者交易习惯的机理、背景与要求,其特征是通过寻求个体的“绝对公平”来实现社会的“整体公平”;而商法却是以整个商业社会的整体交易规则为保护对象,它重视保护已达成的交易对于其他交易或者当事人的影响,强调交易本身的效率、迅捷和安全,由此衍生出商法思维的逻辑基础是基于整个交易机制效率的前提下考虑个体的公平,其特征是通过寻求商业社会的“整体公平”来实现个体的“相对公平”。因此,商法这种应该独立于其他部门法的特点决定了商法在商业活动纠纷认定与解决机制上应有区别于民法、经济法或者行政法的方式与路径,从而有着自身独立的商法思维。

三、商法思维的认识基础:“效率优先”原则之确立与保护

商事活动与民事活动在“效率”与“公平”方面的保护角度有所不同,商事活动更需要在法律层面保护交易的顺利流转以实现当事人之间就商业活动所达成的契约安排。在“效率优先”原则下,商法对某些商业规则的安排与民法的制度设计多有不同。比如,在传统的民事担保中,担保责任的实现必须经过特定的程序和条件,传统民法不接受当事人直接约定债务人不履行债务时债权人有权直接行使对担保物处置权的“流质”条款(即“禁止流质”),其理论基础在于保护债务人不会因为借债时的窘境而受到债权人的胁迫,进而违背自己的意愿以不公平的价格让渡担保物的所有权。为此,中国《物权法》第211条规定“质权人在债务履行期届满前,不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有”,所以当出现债务

① 王保树:《尊重商法的特殊思维》,《扬州大学学报》2011年第2期。

人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时,质权人只有通过出质人协议折价,或者拍卖、变卖质押财产等方式才能获得优先受偿。这样的规定看似公平地保护了债务人的自由,但在商品、货币高度流转的现代商品经济时代,民法上这种“禁止流质”的做法与商业社会的需求已经背道而驰了:比如说,对于专门从事放贷的商业银行而言,如果在债务人不能履行债务时必须按照传统民法的协商、变卖、拍卖流程,那么经过漫长的法律程序之后,担保物的价值是否能够涵盖债务本息就成为银行放贷决策中重点考虑的不确定性因素,这反而影响了商业银行对于借款人(特别是中小企业借款人)的贷款决定。因此虽然自罗马法以来的民法都不承认流质条款的效力,但在商法上这种禁止流质的合理性则不应尽然^①,很多国家商法典为保护商事交易的快速流转特性,特别规定民法中关于“禁止流质契约”的规定不适用于担保商行为债权而设定的质权,即若债务人到期不能还本付息,债权人可按事先达成的协议,自动取得对抵押物或者质物的处分权,了结与债务人的债务纠纷。^②

理论的区分虽然简单,但民法条款上的“禁止流质”理论却深深影响到中国商事领域的司法实践,也给现有的商事活动发展造成了一定的困惑和阻碍。比如在证券领域中,《证券结算登记管理办法》要求“客户出现资金交收违约时,证券公司可以委托证券登记结算机构将客户净买入证券划付到其证券处置账户内……客户出现证券交收违约时,证券公司可以将相当于证券交收违约金额的资金暂不划付给客户”。^③为此,《中国证券登记结算有限责任公司债券登记、托管与结算业务细则》第59条规定“结算参与人仍未补足违约金额的,本公司有权自T+3日起处置相应待处分证券及其权益,处置所得用于弥补违约金额。不足部分,本公司有权继续追索;多余部分,本公司退还给结算参与人。具体处置方式和程序由本公司另行规定”。即在从事证券回购交易过程中,如果客户出现交收违约时,证券公司可以依据相关契约对客户用以质押的债券强行平仓以补足交易金额,这就是非常典型的“流质条款”,这种条款虽被《物权法》所禁止,但却因为现实交易制度的需要而不得不存在,否则有关债券回购交易就无法顺利开展;同样地,期货市场是以客户所按比例缴纳的“交易保证金”作为客户履约的担保措施,当客户“爆仓”且未能及时追加保证金时,期货公司和期货交易所有权采取“平仓”方式处理客户已经持有的交易头寸,且客户所有的保证金被没收用以支付未结的头寸金额,此时,对保证金的没收与处置也是通过交易前的契约约定方式设定,没有经过所谓的折价、变卖或者拍卖等程序,也是一种比较典型的“流质”。可见,在商事领域,商事担保和民事担保处置方式多有不同,商事规则需要更为简单、有效率的担保物处置方式,这与民法上担保物处置规则和原理就不一样。环视德国、日本、韩国等国的商事规范,可以发现,立法者对于商事担保的制度设计,无论是保证、质押,或者留置,都有着明显不同于民事担保的规定。再比如说更有争议的“账户质押”担保,传统意义上的担保方式为投资者将其证券账户中的“股票”或者其资金账户中的“资金”进行质押,但是随着委托理财等业务的发展,资产管理人为了取得委托人的信任,通常会把他自身的证券账户以契约方式约定质押给委托人(即担保权人)从而形成证券账户质押。证券账户质押看似具有明确的标的物,但因为证券账户本身只是一个开户和从事交易的标志,不是股票或者资金本身,因此如果以传统民法理论看待证券账户质押就产生证券账户到底质押什么标的的问题。^④中国基层法院多认为证券账户本身不具有财产权利,只能用账户内的股票或账户内的股票特定后方能进行质押,学界也认为“专用账户本身只是一个以数字或符号组成的载体,实际上是没有任何价值,也不能进行价值变现……担保物权的这种价值决定了账户本身是不可能成为担保物的,而只有账户中的款项才能满足和实现担保物权之目的”。^⑤因此如果简单援引《物权法》第223条的规定,证券账户确实不可以进行质押。^⑥但必须看到的是,证券账户质押是市场需

① 钱玉林:《商法的价值、功能及定位——兼与史际春、陈岳琴商榷》,《中国法学》2001年第5期。

② 参见《日本商法典》第515条、《韩国商法典》第59条,转引自叶林:《商法理念与商事审判》,《法律适用》2007年第9期。

③ 参见《证券登记结算管理办法》第36条第(二)款和第(三)款。

④ 对此理论上存在“浮动担保说”“股票质押说”“金钱质押与股票质押混合说”及“债权质押说”等观点。

⑤ 罗小红:《账户质押法律问题研究》,《法学杂志》2008年第4期。

⑥ 刘燕、吴凯敏:《证券市场账户质押相关问题研究——以证券委托理财案例为标本》,《中国审判理论研究会金融审判理论专业委员会第四届学术研讨会论文集》。

要和市场主体在比较直接的股票质押或资金质押之后的自由选择，商法必须以合理的方式回应和保护此类市场选择的结果。只有充分理解“效率优先”对于商法的意义，我们才能理解并尊重类似于“流质安排”和“账户质押”这种在民法逻辑体系下根本无法找到参照系的制度创新和交易安排。因此“效率优先”理应成为商法思维的第一要义，在使用商法解决商事交易纠纷时，应首先确保对交易效率的理解和尊重。

四、商法思维的理念基础：最大程度地维护交易结果

区别于民事交易的单一性、偶发性，商事交易基于其“营利性”特点通常都会是连续性的交易（无论是已经发生的连续性交易还是可能发生的连续性交易）。因此，在保护交易效率的前提下，商法的思维还需优先考虑如何保护已经完成的交易而非轻易撤销交易。在民法上，为平衡合同当事人双方的利益，民法中的合同理论赋予义务人“同时履行抗辩权”和“不安抗辩权”以减少合同履行过程中合同相对人违约而义务人先行给付所可能产生的风险。^①但在商法思维的视角下，因为商业活动的流通性和标的物可能存在的交易连续性，商法的价值会更倾向于交易后端的结果保护而非像民法那样倾向于在交易前端设置保护阀门。比如，为了保证票据的可流转和可支付功能，票据法有关票据付款规则已经抛开“同时履行抗辩”和“不安抗辩”规则，而设计成票据的出票人或者票据的前手不得因为自己对于票据持有人或者后手的抗辩而拒绝向票据持有人履行票据义务，这也即票据无因性的典型反映，是商法为保护交易结果而必须采取的特殊规则。再比如，现代证券交易的主战场已经发展成为以电脑系统自动匹配和撮合为特征的交易系统，这套系统的主要特征就是通过交易双方（买方和卖方）连续、实时的竞价实现价格发现和价格撮合的功能。从价格形成机制上，无论场内交易或大多数的场外交易，证券在特定时点的交易价格的产生其实是依赖于交易双方基于对前一时点交易价格的变化预测而做出的买卖决定；从交易数量变化机制而言，交易价格的变化会影响着证券市场参与者对于买卖证券数量的判断，而在能够进行“T+0”^②回转交易的市场，这种交易价格的变化可能直接决定了当个交易日市场参与者的获利或亏损的事实。因此，虽然在集中竞价的证券交易过程中，我们不排除交易当事人因为对于交易规则、交易单位（比如误将交易单位“1手”当作“1股”从事交易）了解的不足而产生对外交易报价有别于其真实意志并达成交易的情形，但基于证券交易的连续性，对于一个已经达成的交易，除非是证券市场系统本身的错误所导致的交易错误，对于特定主体自身意思表示与交易结果的错配，不应由市场相对方承担错误的结果，即交易结果本身还是应该得以维持。因此，当一方市场参与者出现类似于“乌龙指”^③的非正常交易时，虽然“乌龙指”并不代表该交易一方真实的交易意思表示，但一旦错误订单进入市场并形成交易，一来该等错单交易影响到市场价格的变化进而影响到各类主体的投资决策，二来就已被“错误执行”的订单而言可能已经被其交易对手方再次交易，如果取消交易就会引起交易价格、交易利润、交易数量的连锁反应。因此在原则上，除非是集中竞价系统本身存在的问题，否则无论基于订单下达者自身主观或客观的认识错误还是意思表示错误，对于那些通过正常的交易机制已经达成的交易应给予无条件的承认与保护。重点保护商事交易的流转性和流动性是商事交易的特性所在，必须从保护商事交易流转的整体秩序角度约束错误交易方作为单个个体的错误行为，从而为市场各方参与主体确立良好的规则预期。^④

当然，我们说商法思维在维护交易结果上的特殊性并不意味着商事法律可以随意且不加区分地保护任

① “同时履行抗辩权”赋予当事人在互负债务，没有先后履行顺序且应当同时履行时，一方在对方履行前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求；“不安抗辩权”赋予当事人在互负债务且有先后履行顺序的，先履行的一方有确切证据表明另一方丧失履行债务能力时，在对方没有履行或者没有提供担保之前，有权中止合同对于合同履行的权利。参见《中华人民共和国合同法》第66条、第67条。

② 所谓“T+0”回转交易是指证券市场投资者可以在买入（或卖出）某一标的证券的当个交易日卖出（或买入）该同一标的证券。中国目前证券法和沪深两地证券交易所交易规则禁止实施“T+0”回转交易。

③ 所谓“乌龙指”交易是指在“订单驱动”的市场背景下，市场的成交价格和成交量应该以“订单”为准。通常情况下，投资者的订单应该反映其为从事交易而有意的出价和数量，但不排除在特定情况下，由于人为的操作失误或者疏忽而导致对外给出并成交的“订单”并不是投资者的真实本意，此时在交易系统中已经被传递并报价的交易我们称之为“乌龙指”交易。

④ 郑彧：《高盛两次“乌龙指”：挑战交易机制》，《法制日报》2013年9月10日。

何商事交易的结果。商法对于交易结果的维护需要满足“公示主义”“要式主义”和“外观主义”三大要素：其一，“公示主义”是指商主体在依照商法规定从事商行为过程中向其交易对手或公众所展示的其作为“商主体”以及从事“商行为”的信息。通过一系列的“身份”和“行为性质”的公示，使其交易对手方知晓（或可以知晓）其是以商人的身份从事交易，相关的交易结果可能受商法的特别保护。其二，“要式主义”是指商主体在从事商行为的过程中，其所从事的商行为必须符合法定的要件，不具备法定要件的商行为不具备商法层面的效力，对其交易结果也不适用商法层面的保护。比如公司法层面对公司章程必备条款的规定，票据法层面对票据应记载事项的规定，海商法层面对于提单应记载事项的规定等均须商主体在从事相关行为时得以强制性的遵守，这些强制性的规定既有便利交易的功效，也有提高交易安全度的功能。其三，“外观主义”主要是指以交易当事人行为的外观为准去认定其行为所产生的法律效果，即英美法上的“禁止反言”（estoppel）^①原则。民法的价值目标偏向于探究当事人的真实意思表示，但在商法上假如允许当事人以外观表示与真实意思不符而撤销商事行为，则显然不利于交易关系的稳固，从而造成交易的不安全性，例如票据法上对票据行为的解释应遵循外观解释原则，只能就票据上记载的文字解释票据行为人的意思表示，而不追求票据基础关系的真实或相关的抗辩关系。^②因此，通过“公示主义”“要式主义”和“外观主义”这三大要素的相互衔接构成了商法对于商事交易结果的特殊保护原则。

五、商法思维的行动基础：利益平衡保护原则之实践

商法思维对“商事交易效率”的保护和“交易结果”的维护并不代表着商法不追求公平，商法对于“公平性”的保护并不会像民法那样直接施加于个体交易之上，商法的公平需要通过利益平衡保护原则通过不同的制度设计予以落实。

（一）通过利益平衡保护原则维护商业伦理道德和商业诚信

传统民法基于对“诚实信用”和“公平原则”的遵循，无论是民事法律规范还是民事审判实践都会赋予民事主体就错误交易予以撤销或解除的权利，以交易还原的方式绝对地保护一方当事人的利益。但商法不同，就各国商法的普遍性规定而言，商事活动中即便出现商人的“意思表示错误”或者“重大误解”（无论是实体表示错误还是程序表示错误）时，基于交易效率和对交易结果的保护，商法理念并不倾向于对当事人“真实意思”的探究而采取撤销交易、恢复原状的措施，而是更多基于“外观主义”判断交易双方当事人的外在意思表示是否成立，其最为主要的原因：一是恢复原状可能已经不现实（比如标的再次易手）；二是轻易否定交易结果会影响商事主体对于未来交易稳定性的预期进而影响商事主体参与商业活动的信心。为此，作为一种补偿措施，在保护交易结果的同时，商法通过其他的制度设计和安排对在交易结果中受到不公平对待或者不公平损失的商事活动参与者予以补偿，即它是在维护交易效率而保护交易结果的状态下，通过其他的替代性制度安排进行利益的平衡。比如，在公司法领域中，“人数多数决”^③或者“资本多数决”（以下简称“多数决原则”）是对全体股东普遍适用并应被遵守的普遍性规则，这就意味着如果一项交易（例如公司重大资产出售或者购买）已经以合法的程序按照多数决原则在公司内部表决通过且被实施完成，那么在事项表决中提出反对的“异议股东”并不能因为其个人对交易显失公平或者损害自身权益的主张而导致交易的无效或者撤销。但为了保护异议股东的权益，公司法通过一系列的制度设计保证异议股东的权益：其一，它赋予异议股东挑战交易表决程序和交易表决结果（体现为股东会决议）合法性的机会^④；其二，异

① 比如鲍尔对“禁止反言”所下的定义是，“假如某人（声明人）以言语或行动向别人（受声明人）作声明，又或声明人有义务说话或采取行动而不履行义务，因此以缄默或不行动作出声明，而声明人的实际或推定的意向是，而结果亦是：导致受声明人基于该声明改变（坏的改变）了处境，日后在任何声明人与受声明人之间的诉讼中，假如受声明人在适当的时候，用适当的方法反对，声明人不得作任何与他事前作的声明有实质上不同的陈词，亦不得举证证明该不同的陈词”，转引自何美欢：《香港代理法》，北京：北京大学出版社，1996年，第69页。

② 中国票据法的立法有点特殊，为防止利用票据从事非法融资，票据法第10条规定“票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系”，这条也成为目前票据法修改的一个重要讨论热点。

③ 在英国公司法、香港公司条例中，私人公司（private company）可以约定表决时按照股东人数进行多数决（即“数人头”），并不是像中国公司法那样，即便是有限责任公司也是“由股东按照出资比例行使表决权”。

④ 《公司法》第22条第2款“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销”。

议股东可以向其他股东要求“损害赔偿”^①；其三，对于控股股东利用表决权优势通过法定表决程序压榨小股东利益的，异议股东还可以要求公司履行“回购义务”。^②由此看来，这些异议股东的保护措施既不会影响公司对外所从事交易的结果，却又能既保护了交易的稳定性又保护了异议股东的利益，有效地在公司与第三方的交易结果、公司控股股东与公司异议股东之间取得利益的平衡。

（二）通过利益平衡保护原则实现商业效率和商业公平的平衡

利益平衡保护原则往往是在处理商业创新活动而给现有法律带来挑战或突破的案件中所应该适用的指南原则，利益平衡保护原则可以指导我们在尊重商业创新和商业规则的基础上协调商业主体的利益。以上市公司收购制度为例，当收购方成功收购上市公司 90% 以上股份时，中国《公司法》赋予那些在要约收购中没有同意出售股份的小股东仍然有权在要约收购结束后要求收购方按照要约的条件收购剩余股东所持有的股份，即赋予小股东在特定股权比例下的强制出售权（compulsory purchase right），其主要目的是防止收购方在收购完成后利用控股地位侵害小股东的权益。但问题是，在收购方已经收购上市公司绝大部分股份的情况下，为什么不能同等规定收购方有权强制购回剩余股东所持的股份呢？在境外成熟市场，法律允许收购人在取得绝大部分股份的情况下（特别是通过全面收购要约获得绝大多数股份的情况下），收购人有权选择强制收购其余股东股份的权利（即“强制挤出权”，squeeze-out）。比如《欧洲议会和欧盟理事会要约收购指令》认可了“强制挤出权”和“强制出售权”在要约收购中的价值，规定收购人如果在要约收购中获得目标公司超过 90% 以上的表决权时，收购人可以要求目标公司的剩余证券持有人以合理价格出售其所拥有的证券（同样，证券持有人也有权利享有按照合理价格强制向收购方出售剩余证券的权利）。作为该收购指令的本土转化，英国、法国、德国和荷兰等国家分别赋予上市公司收购方在获得目标公司超过绝大部分股份时（通常是超过 90%）而有权按照同等价格强制收购少数股东的股份。^③透过这些国外立法，我们发现“强制挤出权”的存在有助于在综合平衡股东利益的前提下保护收购方进行全面收购的积极性，从而降低收购方私有化上市公司并进行公司商业整合的难度，是法律对收购人收购利益与目标公司其余股东利益平衡的一种体现，体现了收购法律制度对收购人收购意图与权利的尊重与保护。

（三）通过利益平衡保护原则实现不同商业主体不同利益诉求间的平衡

在商业社会中，各种主体的利益交织、渗透及掺杂在一起，商主体与商主体之间，商主体与投资者之间，作为第三方的商主体与作为相对方商主体的股东之间其利益都互相关联，有时还互相对立。同一个商行为中可能呈现不同的商事法律关系和不同类型的商主体的利益诉求，法律在遇到这些主体利益冲突时如何保护就是一个商法思维的价值判断问题。比如，在中国的经济生活中，公司法定代表人在未按照《公司法》第 16 条所要求的董事会或股东会授权情况下对外提供担保屡见不鲜，法院对于此类纠纷的判决也各不相同：有的法院援引《合同法》第 52 条第 5 款认为《公司法》第 16 条是效力性规定从而认定越权担保无效，而有的法院却认为《公司法》第 16 条只是管理性规定从而认定即使公司越权担保，担保合同仍有效，公司应对债权人承担担保责任；还有的法院将《公司法》第 16 条的规定划分成两部分：第 1 款有关“普通对外担保的程序性要求”是管理性规定，第 2 款有关“股东担保的程序性要求”是“效力性规定”，从而依据对外担保的对象认定担保合同是否有效。^④如果从商法“利益平衡保护”的原则看待这个问题，《公司法》第 16 条的规定原本可以得到很好的理解：第一，对于公众型公司（上市公司），当公司向第三人提供担保

① 《公司法》第 20 条“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任”。

② 《公司法》第 74 条“有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；（二）公司合并、分立、转让主要财产的；（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的”。

③ 郑彧：《上市公司收购法律制度的商法解读》，《环球法律评论》2013 年第 5 期。

④ 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 14 条“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”。所以在判定合同是否因违法而无效时需要判定其所违反的法律是“效力性强制性规定”还是“管理性强制性规定”，如果是管理性强制性规定，只是具有内部约束效力，对外不发生效力。

时,应该推定第三方知道且应当知道公众公司在法律要求项下的对外担保程序义务,此时,如果第三方自己没有尽到注意义务,那么商法就不应该再侧重保护第三方,越权担保应被视为无效;第二,如果是非公众公司,但其交易对手是诸如银行、保险公司或其他专业机构,这些专业机构作为从事风险管理为主要业务的商主体,其应当基于对法律的了解而赋有适当的注意义务(比如审查担保人的董事会、股东会或股东大会决议);第三,除前述两种情形外,公司对越权担保应向第三人承担对外担保的责任,公司在承担担保责任后由股东依据公司法和公司章程追索越权行为人的相关责任。因此,尽管在尊重或者优先满足商法“效率优先”和“保护交易结果”的原则下交易相对方的利益会得到优先保护,但在商法的利益平衡保护原则下,商法能够妥善地安排和解决参与商事交易的不同主体的利益关系及其平衡,体现了商法思维的“多维性”,这也是商法思维与民法“单向性”(即强调交易主体之间的公平)非常不同的一个重要特征。

六、结论

民法是以民事主体之间的“平等性”和交易的“公平性”为逻辑出发点,在民事纠纷中,民法思维看重的是单个交易对于双方主体实体性的公平或平等,较少考量整体交易机制或者交易习惯的机理、背景与要求,其特征是通过寻求个体的“绝对公平”来实现社会的“整体公平”;而商法却是以整个商业社会的整体交易规则为保护对象,它重视保护已达成的交易对于其他交易或者当事人的影响,强调交易本身的效率、迅捷和安全,由此衍生出商法思维的逻辑基础是基于整个交易机制效率的前提下考虑个体的公平,其特征是通过寻求商业社会的“整体公平”来实现个体的“相对公平”。因此,就商法与民法在法律思维上的差异而言,“民法具有伦理的特点,更偏重于追求俊美的特征,商法更强调追求个别主体营利的效益,更追求交易的安全、迅捷、可靠”。^①商法这种应该独立于其他部门法的特点决定了商法在商业活动纠纷认定与解决机制上应有区别于民法、经济法或者行政法的方式与路径,具有着自身独立的商法思维。因此,就未来商法理论研究的思路和思路而言,中国的商法学者应该摆脱受限于“商法独立性”或者“商法典必要性”研究的局限性,通过对实践中大量出现的、与众不同但又亟须解决的商事法律问题的分析和比较,突出商法和民法思维的差异性,以此帮助立法者、司法工作者正确认识商法存在的意义和其特殊性。

[本文为2014年度国家社会科学基金项目“‘负面清单’背景下金融产品创新与金融监管改革研究”(14BFX092)的阶段性成果]

(责任编辑:王胜强)

① 王保树:《尊重商法的特殊思维》,《扬州大学学报》2011年第2期。

The Fundamentation of Legal Logic on the Commercial Law

Zheng Yu

Abstract: Legal thought is a specific way to observe, analyze and solve the social issues by the legal logic. More and More scholars have realized that the legal institution can't be really understood without the help of the right legal thought. As it is so diversified on the social relationships which are adjusted by the laws, the legal thought should also be show its diversification in the different legal field. It is not scientific for a united legal thought to apply in the different legal field. So regarding to the business transaction, commercial law definitely has some specific characteristics on protecting the action, rule and regulation in the business transaction. The legal thought of commercial law is totally different from that of civil law. And we would like to prove and show these characteristics and differences by this article.

Key word: legal thought, commercial law, efficiency preference, transaction protection, interest balance