

制定商法典——商法典编纂的全球印象 会议实录

主办单位 北京大学法学院

北京大学中国企业法律风险管理研究中心

协办单位 江苏泰和律师事务所

北京大学中关村新园

2017 年 12 月 30 日

目录

第一单元 大会致辞和主旨发言	1
一、致辞	1
(一) 叶静漪 北京大学党委副书记.....	1
(二) 孙立军 中国法学会研究部成果应用处处长.....	2
二、主旨发言	4
(一) 中国商法典制定的前瞻性研究 (范健 南京大学法学院教授)	4
(二) 由兴盛到衰微: 国外商法典的成长之路及对我国的镜鉴 (郭锋 最高人民法院研究室副主任)	4
(三) 反对商法典的理由辩驳 (刘凯湘 北京大学法学院教授)	5
(四) 商事关系的重新发现与当今商法的使命 (施天涛 清华大学法学院教授) ..	7
三、与谈	7
(一) 周友苏 四川省社科院法学所研究员.....	7
(二) 马正平 全国人大法工委经济法室处长.....	8
主持人总结: 赵旭东 中国政法大学民商经济法学院教授.....	8
第二单元 商法典的全球命运	9
一、主题发言	9
(一) 如何认识商法法典化的路径? (邹海林 中国社科院法学所研究员)	9
(二) 与其搞《商法通则》, 不如搞《商法典》(王涌 中国政法大学民商经济法学院教授)	9
(三) 商法典的世界地图 (蒋大兴 北京大学法学院教授)	10
二、与谈	11
(一) 雷兴虎 中南财经政法大学法学院教授.....	11
(二) 于莹 吉林大学法学院教授.....	11
主持人总结: 赵万一 西南政法大学民商法学院教授.....	12
主持人总结: 朱慈蕴 清华大学法学院教授.....	12
第三单元 英美法系商法典印象	13
一、主题发言	13
(一) 商法典的现实与梦想 (傅穹 吉林大学法学院教授)	13
(二) 反思“商事通则”立法——从商法形式理性出发 (赵磊 中国社会科学院法学所副研究员)	13
(三) 法律现实主义与美国商法典 (沈朝晖 清华大学法学院副教授)	14
(四) 商法典缘何统一——以美国《统一商法典》为借镜 (金晓文 北京外国语大学法学院讲师)	14
二、与谈	15
(一) 葛伟军 上海财经大学法学院教授.....	15
(二) 赵玉 国家检察官学院副教授.....	16
(三) 陈若英 北京大学法学院副教授.....	17
主持人总结: 叶林 中国人民大学法学院教授.....	17
第四单元 大陆法系商法典印象	18
一、主题发言	18
(一) 商法法典化的影响力量——学术政治、经济环境抑或其他? (崔文玉 上海	

大学法学院教授)	18
(二)《德国商法典》制定的历史过程(丁勇 华东政法大学国际金融法律学院副教授)	19
(三)《日本商法典》的制定始末——考察与评析(陈美颖 华东政法大学经济法学院副教授)	19
(四)传统商法典的式微与我国未来的商法典(徐强胜 河南财经政法大学教授)	21
(五)非洲商法的统一化和法典化(夏小雄 中国社会科学院法学所副研究员)	22
二、与谈	24
(一)许德峰 北京大学法学院教授.....	24
(二)杨东 中国人民大学法学院教授.....	24
(三)安宁 国务院法制办工交司处长.....	25
主持人总结:管晓峰 中国政法大学民商经济法学院教授.....	25
第五单元 我国商法典未来展望	26
一、主题发言	26
(一)民法典时代商法的复兴(钱玉林 华东政法大学经济法学院教授)	26
(二)商事习惯法源优先规则的供给路径(曹兴权 西南政法大学民商经济法学院教授)	26
(三)法典化视角下的商事权利体系构建思考(吕来明 北京工商大学法学院教授)	27
(四)制定商法典的历史意义与当代价值(李建伟 中国政法大学民商经济法学院教授)	28
(五)我国制定商法典的时代机遇与历史使命(王建文 南京航空航天大学人文社科学院教授)	30
二、与谈	30
(一)郜庆 华北电力大学法学院副教授.....	30
(二)汪青松 西南政法大学民商经济法学院教授.....	31
(三)梁鹏 中国社会科学院大学副教授.....	31
主持人总结:周林彬 中山大学法学院教授.....	32
第六单元 法官眼中的商事与商法	33
一、主题发言	33
(一)商事关系法律调整的三维视角(李志刚 最高人民法院民事审判二庭法官)	33
(二)民法要素与商法要素的协调——公司法司法解释四评析(陈克 上海市高级人民法院民二庭法官)	34
(三)商事案件裁判对商法的技术需求(刘建功 江苏省高级人民法院环资庭庭长)	35
(四)商事审判思维的相关问题(唐盈盈 北京市海淀区人民法院民三庭副庭长)	36
二、与谈	37
(一)梁上上 清华大学法学院教授.....	37
(二)段晓娟 江苏省高级人民法院民事审判二庭副庭长.....	37
(三)杨姗 西南政法大学民商法学院副教授.....	37
主持人总结:王建文 南京航空航天大学人文社科学院教授.....	38

三、总结致辞	38
(一) 李建伟 中国政法大学民商经济法学院教授.....	38
(二) 刘凯湘 北京大学法学院教授.....	39

第一单元 大会致辞和主旨发言

一、致辞

(一) 叶静漪 北京大学党委副书记

各位老师、各位嘉宾大家上午好

(前略)

首先，我代表北京大学、北京大学法学院欢迎大家参加此次会议。习近平总书记在十九大报告中提出要将全面依法治国作为坚持和发展社会主义的基本方略加以论述，法学研究和教育提到了更高的地位上。北京大学一贯高度重视法学教育和法学研究，支持法学院的发展。法学院也不辱使命、努力工作，在人才培养、科学研究、社会服务、国际合作等方面取得了不错的成绩。在刚刚的学科评估中，北大法学院得到了 A，对于北大来说，我们还没有+，所以还要进一步努力向 A+ 发展，但是 A 已经相当不容易了，做得好，我自己也有体会。今天法学教育和法学研究更是具有重要时代意义。

本次论坛的议题是“制定商法典——商法典编纂的全球印象”，这个题目起得非常好、非常吸引人。我想这不仅反映了时代性的思考，也是大家一起在全球化视角下共同探讨制定商法典的问题，体现了本土意识，同时也是开放的、国际化的。

就改革激发的市场活力来看，中国商事活动发展非常迅猛。中国商人的身影频繁出现在世界市场中，商法对于现代中国越来越重要。对于商法研究而言，为什么要有商法典、当前需要怎样的商法典，商法学界对此类问题的回应非常重要。我刚刚和旭东老师也讲了，劳动法学界也一直在关注劳动法典的编纂问题，提的比较早，但一直行动不够。我今天看到这个题目觉得也是一种呼应，这个问题的提出本身就具有非常重要的意义，大家聚在一起进行探讨确实是非常好的。

那么，如何通过对世界商法典的编纂进行全景式的考察，吸取各国有益经验，从而探索出商法典编纂的中国逻辑、中国路径是非常有益的尝试。尽管可能面临各种不同声音和质疑，但在座各位能够在一起本身就是一种自信，坚信共同探讨这些议题的重要性，既是学着独立的学术判断，又是学者的学术责任。

我们也看到今天到场的嘉宾不仅有各大高校的优秀商法学者，也有来自实务界的资深法律人士，期待大家在圆桌论坛上立足本土、放眼世界，使之成为汇聚商法学专家的高水平学术交流平台，不断促进我国商事立法和商事审判的发展，为社会主义法治建设贡献一份力量。我们对此充满信心、充满期待。

预祝本次商法论坛取得圆满成功，也预祝大家新年快乐、万事如意。
谢谢大家！

(二) 孙立军 中国法学会研究部成果应用处处长

各位专家学者、各位与会代表

先解释一下，中国法学会张文显副会长几个月前就安排了今天的学术活动，没能协调开而不能来参加，研究部李士春主任由于在浙江调研未能与会，两位领导对今天的会议都很重视，特意委托我参加会议，表示对此次会议的支持。值此举国上下喜迎元旦之际，很高兴能来到这里和各位一起参加由北京大学法学院和北京大学中国企业法律风险管理研究中心共同举办的第一届北大商法圆桌论坛。为了本次论坛的顺利召开，北京大学法学院和北京大学中国企业法律风险管理研究中心为论坛做了精心的准备，付出了辛勤的劳动，在此，我代表中国法学会对本次论坛的主办方表示衷心的感谢，向出席论坛的各位领导、专家学者、实务界人士致以诚挚问候，向本次论坛的召开表示热烈祝贺！

自党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以来，我国依法治国实践进入到一个新的历史阶段，党的十九大进一步强调“坚定不移走中国特色社会主义法治道路，完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系”，“建设社会主义法治国家，发展中国特色社会主义法治理论”，作出“中国特色社会主义进入新时代”的重大判断。在这一大背景下，加强商法理论研究，推进我国商事法律体系化、科学化具有深刻意义。

近年来，我国商法领域取得了丰硕的研究成果，不论是商事制度改革的深化，还是商法通则草案的形成，抑或是民法总则的实施，都对我国商事立法、司法和理论发展做出了重要贡献。但随着市场经济体制改革的不断推进，商法研究也必然需要走向新的高度，逐渐走向世界市场中心的中国未来需要怎样的商法形象则是又一个值得审视和深思的问题。为此，不仅要完善和发展部门商事立法，也应当积极推进商法典理论研究，持续探讨商法法典化之可能，务实促进有关商法法典化之细节研究，求同存异、百花齐放，为形塑商法典的中国空间、中国逻辑和中国路径建言献策。

党的十九大提出要推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展保障善治，中国法学会王乐泉会长强调，中国法学会要在组织研究、协同合作、成果转化环节做足功夫，把专家学者的个人智慧上升为有组织的集体智慧，把学术观点转化为可操作的执政建议。

本次论坛以“制定商法典”为主题，围绕“商法典编纂的全球印象”展开，立足各国商法当下之现实问题，回溯商法典之历史渊源，借鉴商事立法“先发国家”之经验，关注商事立法之未来走向，描绘“未来中国的商法形象”。这对于把世界上的先进理论与中国特色、中国经验有机结合起来，为发展社会主义市场经济、贯彻依法治国方略寻求真正对症对路的制度设计和解决之道，具有十分重要的促进作用。

北京大学是我国最高的学府和研究重镇，也是中国商事法律教育和研究的重要科研单位，自2010年成立中国企业法律风险管理研究中心以来，北京大学法

学院承担了多项国家商事法律研究课题，培养了一大批优秀人才。立善法于天下则天下治，立善法于一国则一国制。中国法学会高度重视包括商事立法在内的经济法制建设，我们将一如既往大力支持北京大学法学院以及北京大学中国企业法律风险管理研究中心进一步加强商法理论研究，也真诚希望与会专家就本次论坛的议题畅所欲言，进行深入的研讨和交流。中国法学会将为会议成果的转化提供全力支持。

最后，预祝本次论坛圆满成功！

谢谢大家！

二、主旨发言

(一) 中国商法典制定的前瞻性研究 (范健 南京大学法学院教授)

我国曾在清朝末年以后提出制定商法、制定商法典，但在全国性的学术会议将其作为一个独立的题目，可能今天是中国历史上的第一次。

今天我准备谈几个观点：

1、为什么要制定商法典。

十九世纪欧洲大陆法系国家基本形成共识——私法领域要法典化。

推动因素：①国家的统一取代了世俗的统一，需要世俗的、为大家共同遵守的规则（德国法国的民、商法典与政治运动密切相关）；②商事领域规则的分散、不精细比没有法律（此时主要靠习惯调整）对社会秩序的破坏更大（导致裁判不一致等问题）——法律精细化的目标就是法律统一，法律统一需要通过法典化完成。

2、历史发展表明商法走向法典化是历史共同趋势。

商业城市的出现，不同区域交易过程中将规则用文字记录下来就是早期的商事法律，其价值体现为不同区域的人民在交易时形成的一种商业共识。

国家形成后需要统一的市场，就更需要统一的规则，以降低交易成本。

3、商法典历史轨迹来看，各国制定商法典的路径各不相同。

法国以行为为主；德国相反，更重商人身份；日本结合法德；美国又采取另一种路径——各国都是基于本国实际情况进行立法。

商法立法重心与社会区域、一定时间内国家的政治导向、政治影响、经济政策密切相关；在统一的国家建立之前，商法是商人交易习惯达成的一种惯例，但统一国家成立后，不仅是商人自治的产物，更受到国家和社会的干预。

4、当代中国商法面临的几个问题

- ①对传统商法以私法为中心的精神进行反思
- ②对传统社会主义国家在商事活动中的表现进行反思
- ③如何正视传统民法和中国正在制定的民法典
- ④中国改革和商事创新制度的结合

5、中国商法典的路径

- ①重视商法制度基本理论的构建
- ②处理好立法技术、现实需求、客观条件之间的关系
- ③信息科技、经济全球化下商法规范的现实性和前瞻性
- ④中国国情和发展中国家的可复制性问题
- ⑤商法典起草的入手：三步走，即从商法通则到商法汇编最终走向商法典

(二) 由兴盛到衰微：国外商法典的成长之路及对我国的镜鉴 (郭锋 最高人民法院研究室副主任)

从立法技术上看，现在要制定商法典并不存在问题——把现在的公司法等

结合起来马上就能制定出来了。但需要考虑的是，商法典在历史和现实上是否真的有必要。

制定商法典需要解决四个问题：

- ① 如何解决传统上商法典是商人法的问题。如何把传统的商法改变为现代商法。
- ② 商事关系和民事关系如何区分。
- ③ 如何解决法典的不完备性问题。
- ④ 如何构建现代司法体系，究竟是一元化还是二元化。

回顾国外商法的发展历程：

江平在《西方国家民商法》中提出，罗马法、教会法、中世纪商法是近代资本主义国家民商法的三个来源。商法从中世纪开始方才作为法律体系发展起来，但真正的民商分立源自十九世纪法国民法典和商法典，后来意大利、日本、荷兰均采用这种体系。当时除了普通法系国家和斯堪迪亚维纳国家外，把私法划分为民法和商法两个体系似乎是一个基本特征。

归纳民商分立的重要原因：

- ① 中世纪商人形成了特殊的、不能为民法所调整的社会关系；
- ② 国家对贸易的特许政策，商人是这一政策的受惠者；
- ③ 法国制定民法典时，没有把商事、海事规范囊括在内，为商法典提供了空间。

同时对施天涛《商事关系的重新发现与当今商法的使命》一文进行了批判：民法典并不等于民商合一，但肯定“当今商法典因以金融商事关系为基本定位”的观点。

列举民商合一的实例：1865年魁北克省放弃在民法典之外另立商法典的企图；1881年瑞士因宪法原因放弃；荷兰实现民法和商法的实质统一；前苏联也没有再制定商法典。其原因在于：①民法典的扩张性和包容性；②随着商品经济发展，现代法律不应再以身份为标准，给商人提供特别保护；③商法典内容日益陈旧老化，商法典的改造修补满足不了经济发展的需要。

结论：不要因为现在正在制定民法典，就冲动主张制定商法典，个人并不看好民法典的效果，现在的规定实际上是对过去物权法等的大量简化，可能给司法实践带来很大困扰，制定商法典最好先观察民法典的效果。同意范健老师观点，可以先制定商事通则。

（三）反对商法典的理由辩驳（刘凯湘 北京大学法学院教授）

一、关于商法是民法的特别法因而不需要商法典的理由辨析

基本结论：

- 1、私法的二元结构需要制定商法典
- 2、商法作为民事特别法更需要法典化（商法作为民事特别法本身也存疑）
- 3、法国、德国等都是将商法作为民法的特别法而单独制定商法典的
商法作为民事特别法并不影响其独立、法典化，正因为商法的特殊性，

才更需要法典化。

二、关于民商合一体制下不需要商法典的理由辨析

基本结论：

- 1、我国从来就不是真正的民商合一，唯一体现民商合一的只有合同法
- 2、中华民国的私法立法例并没有做到民商合一，仍然是实质意义上的民商分立，反而使得商事活动缺乏统一的和基本的原则与规则
- 3、民法典不可能为商事组织和商事行为提供全部规则

三、关于制定商法典已经是过时的做法、现在不需要商法典的理由辨析

基本结论：

- 1、大陆法系有商法典的国家均未放弃商法典
- 2、商法典存在解（去）法典化，但也同时存在再法典化，如 2009 年法国新商法典
- 3、现代商业环境更需要新的商法典

四、关于商法典是商人特殊阶层的法典的理由辨析

基本结论：

- 1、商法典曾经是商人特殊阶层的法典，但商事主体今天仍然存在，且将长期存在
- 2、现代商法典并不是为商人特殊阶层设计的，而是为社会发展设计的
- 3、商事组织和商事行为（商事活动）本身就是具有特殊性，因而需要特别的法律，包括法典

五、关于大陆法系商法典相互差异较大、因而难以统一为法典的理由辨析

基本结论：

- 1、大陆法系的民法典同样存在较大的差异，比如法国民法典和德国民法典
- 2、大陆法系的商法典存在基本的共同规范与内容

六、关于商法不能像民法典一样抽象出总则性规定或者提取公因式、分则各部分之间缺乏内在逻辑性因而不能制定商法典的理由辨析

基本结论：

- 1、并非所有的民法典都有总则编，比如法国民法典
- 2、商法典同样有共通性的规则（如：商事权利、商事登记、代理商、营业等），也是总分结构
- 3、商法典的共通性规则当然不同于民法典的总则，这正是需要单独制定商法典的原因之一
- 4、商法典的分则部分其实是有内在逻辑体系的，即商事组织法与商事行为法（商事活动法），此与民法典的分则部分由财产关系法与身份关系构成是一样的逻辑，只是商法的内容不同于民法而已

七、关于商法的公法化倾向因而商法不能像民法一样进行法典化的理由辨析

基本结论：

- 1、商法本来就包含私法与公法两部分的规范
- 2、现代商法越来越体现公法的渗透，这正是民法典所不具有的特征，也正是民法典不能代替商法典的原因之一

八、关于只需要制定商法通则、不需要制定商法典的理由辨析

基本结论：

- 1、可以先制定商法通则
- 2、但最终还是要制定商法典，商事通则或商法通则不能完成商法典的功能与任务，也不能实现私法法典化的任务

（四）商事关系的重新发现与当今商法的使命（施天涛 清华大学法学院教授）

郭锋教授认为民法总则并不是民商合一的，但如果不承认这一点，现在民法总则中关于商法的规定就必须完全放弃，事实上，民法学者主张民商合一没关系，只要尽可能在民法典中少写商法的内容即可。

我国《民法总则》采取了民商合一的立法体例，但其效果却有负期待，表现为：1) 未能提供同时规范民商事关系的共同性原则和规则；2) 细节上太过粗糙，既然要实现民商合一，法条应尽量精细。

《商事关系的重新发现与当今商法的》一文的目的在于从逻辑上研究商事关系是否存在，以什么形式存在，我过去认为商法是民法的特别法，现在赞成两者的二元关系。该文还从商事关系的角度对商法进行了定位，将商事关系分为传统商事关系与金融商事关系、普通商事关系与特许商事关系、竞争性商事关系与垄断性商事关系、私营商事关系与公用商事关系等几类，进一步可以提炼为普通商事关系（和民事关系难以区分，民商共治已成定局）、金融商事关系、特别商事关系三类。

结论：普通商事关系由商法和民法共治，特殊商事关系是商法的边际调整，只有金融商事关系才是商法发挥主导作用的领域。因此，当今商法新的使命是从传统商事关系的调整转移到对金融商事关系的调整，并以此作为其基本定位。

三、与谈

（一）周友苏 四川省社科院法学所研究员

在民法典编纂的过程中讨论商事立法，并非一个简单问题。商法学界应该对是制定商法典还是商事通则的问题统一思想，目前我们附议的是制定一部商事通则，因为其难度较小。

在这一过程中，需要对国际视野上商法典的去法典化、空洞化问题作出回应。首先，确实存在这一现象，法国到 2000 年只有 150 多个条文仍在适用，德国商法典随着股份公司法颁布适用空间明显缩小，2008 年我们考察日本的时候其商法典的空洞化现象也非常明显。但是，如果认真研究，去法典化现象也出现新的特点：第一，去法典化现象并不意味着商法典的衰落，只是商法典中的部分内容独立出来，但这些独立出来的部分并没有被民法吸收，仍然独立于民法存在；第二，商法总则始终存在并且发挥着统领功能和重要作用，商事习惯优先于民法适用；第三，与此同时出现了再法典化的趋势。

这对于我们的启示是：1) 我们不是要制定无所不包庞大的商法典，而是一部商事通则，这与国际上的趋势相同；2) 民法典编纂背景下是否还有编纂商法典的需要值得反思；3) 商法通则能否抽象出共通性问题需要研究。

(二) 马正平 全国人大法工委经济法室处长

我们正在讨论明年立法计划，据我了解，目前商法典和商事通则尚未进入范围之内，但这不影响学界的研究。虽然学界观点不一，但对于商法的特殊性基本上都是认同的。

主持人总结：赵旭东 中国政法大学民商经济法学院教授

三点感受：

1、学者有理想。商事立法、商法通则都是学者讨论的重大主题，是很多学者的理想、梦想；

2、学术有自由。商法典是一个高度学术性的主题，见仁见智，很难说商法学界就对此达成共识；

3、行为有理性。立法模式的探讨存在理想与现实的冲突。

第二单元 商法典的全球命运

一、主题发言

(一) 如何认识商法法典化的路径? (邹海林 中国社科院法学所研究员)

提出了四点关于商法法典化的思考。

1、我国究竟是否存在民和商的区分

在思维上先天地认为存在区别，然而，回溯 1929 年中华民国民法时代直至民法总则颁布，我们都没有有意识或有目的地区分民和商，民和商之间的界限非常模糊，这一点在法律制度中体现得尤为明显。

2、民法和商法究竟是什么关系

民法总则第二条并没有限定其适用场景是民事关系还是商事关系，实际上已经脱离了德法的民法模型，但却仍以德法的思维方式讨论民法和商法的关系。

民商合一、民商分立实际描述的是两个法典之间的关系，历史上是先有法典再有民商合一、民商分立的说法，脱离了法典，根本不存在这一概念。而在我国实证法中，民法体系是在商法规则的发展过程中建立的，民商分立在实证法中没有根据。

3、商法法典化的政治动机

学者提出制定商事通则或商法典时，其政治动机是促进社会生活状态法典化的重要因素。从 1804 年的法国民法到中国民法典的编纂都是具有政治目的的，如果制定商法典、商事通则缺乏这样的政治动机，其进程将会相当艰难。

4、现在主张商法法典化等于和民法典编纂唱对台戏

商法法典化必然需要把现行民法典中涉及商事的内容抽离出来，结果是解构现在的民法总则。商法学者在商法的领域精耕细作并不是要去争抢名份和民法的地盘。

(二) 与其搞《商法通则》，不如搞《商法典》(王涌 中国政法大学民商经济法学院教授)

核心观点：中国需要一部以企业法为中心的商法典，也可以称为企业法典。

立法技术：未来中国制定商法典的立法技术不会采取法国的客观主义，而采取主观主义。

制定商法典的政治动机：①《企业法典》符合中央供给侧改革的方针；②民商分立之后将成为中国社会治理的顶层设计

中国的供给侧改革和商法典密切相关，与历史上两大商法的政治形势非常相似：①11 世纪意大利城邦出现独立的商人法。(核心：以商人为主题建构独

立的商法体系；政治目的：赋予商人特权，保护商人团体，促进贸易和银行业发展）；②18、19世纪德国商法典的起草以及之前普鲁士的一般国家法和德意志帝国商法典；目的：确保商业活动中的最大诚信。政治目的：提高诚信，促进商业发展。制定商法典在供给侧改革方面的具体意义：改善营商环境、提高诚信制度、商事交易效率；体现正在进行的商事登记改革等成果。

经济法典出现在东欧等社会主义国家，其背景是企业受公法调整，而当时的中国企业已经不再受公法调整，经济法学界试图起草一部和民法典抗衡的经济法典是逆历史潮流的，但是，我们现在要制定商法典是顺应时代发展方向。

民商合一法典起草过程中存在的问题主要表现为，商法总则中的很多问题点都无法被民法典容纳，如合同法（企业之间的合同关系无法特殊规范）、物权法（企业对于担保形式，物权种类的多种需求）等。

总结：民商混淆在立法上的严重后果在司法实践带来较大危害，降低了诚信的标准、使商法渊源的独立性无法体现（商法渊源与民法渊源并不一样，商事习惯，商法原则也是商法的重要渊源）、还导致民法思维侵犯商法领域（如①公司法司法解释三中的股权善意取得；②公司司法解释四忽略了公司法作为组织法的特点：第一，公司法司法解释四第六条不区分合同法和组织法上的效率；第二，股东代表诉讼不考虑公司法组织法所遵循的公司董监高特别是董事会本身在诉和不诉的独立的商事判断权；第三，跟随民法总则将公司的决议作为法律行为来看待。）

《商法通则》的缺陷：

- 1、容量极小，几乎就是一种象征性的立法
 - 2、其出台只是一个婴儿，并不成熟，可能给人一种商法典可有可无的印象
- 建议：
- 1、制定重要的单行法，包括《商号法》、《商事登记法》；
 - 2、制定《商法典》，提前规划

（三）商法典的世界地图（蒋大兴 北京大学法学院教授）

本次论坛的主要目的是，促进商法问题的务实研究、持续推动商法典的制定。

发言主题为从世界范围看地理、经济、历史等因素对商法典兴衰的影响，结论为中国有必要编纂商法典，但主张制定商法典并不代表反对商法通则。

一、地理因素

截止2016年11月，全球195个国家和地区中有66个国家有以商法（commercial law）、commerce law、commercial code、commerce act等为内容的法典、法案。其中亚非拉国家有51个，占样本总数的77.27%，商法（典/法案）似乎被亚非拉等地区垄断。

从国土面积的角度看，商法（典/法案）的存在概率随着国家国土面积排名的增加而递增，其原因可能在于国内市场的逐渐增大而倒逼商事规则的统一调试。

二、经济因素

最富和最穷的国家都有商法典，GDP 排名 41-80（居中）的国家拥有商法典的数量最多，为 19 个；排名前 80 的将近一半的国家都有。

结论：经济发展水平可能和商法典有关系，法典对经济具有促进功能

三、历史

大陆法系有商法典的国家较多，英美法系较少，可能和殖民化的传统存在关系。

四、商法典的兴衰

有衰落的国家：如意大利、科威特，但并不拒绝商法的法典化

也有复兴的国家：如土耳其、非洲 17 国、巴西

五、中国商法典编纂

从经济角度：GDP 前 3 国家只有 1 个没有商法典

从裁判角度：我国每年商事案件呈上升趋势，且居高不下

从经济活跃度：2016 年平均每天新增 1.2 万户商事主体

二、与谈

（一）雷兴虎 中南财经政法大学法学院教授

确定立法基础是制定商法典的重中之重。

第一，商法典是市场经济的大宪章。商法与市场经济相互依存、相互促进，相伴而生。商法根植于市场经济的生活土壤、商法是市场经济的大宪章。根据商法典的世界地图，民商合一的立法体例并非各国普遍做法和趋势，中国应该通过制定商法典固化改革开发经验，促进市场经济发展。

第二，各国商法典立法技术呈现多元化格局，主要存在五种模式：1、商行为模式，如法国的客观主义原则；2、商人模式，如德国的主观主义；3、折中模式，如日本的客观与主观相结合；4、商事交易模式，如美国统一商法典；5、商业企业模式，如澳门以商业企业为基本概念。

第三，我国制定商法典的立法技术应进一步论证。学界百花齐放，百家争鸣，存在商人说、商行为说、企业说等学说，学界应对立法技术达成共识为我国商法典的制定提供科学合理的理论支撑。

（二）于莹 吉林大学法学院教授

邹海林老师的报告提供了很新的视角，一时没有办法消化。

王涌教授放了一个炸弹，文章认为目前制定商法典的时机不成熟，但发言从供给侧改革等角度说明了政治上的需要。

大兴教授的研究非常坚实，研究了各国商法典的情况，但关联性的确认度还需要进一步论证。

相比这些大家，我更关注在商法领域构成法律漏洞的事项能否在民法领域

或在现行民商关系中得到填补。这些问题，如，最高院第 67 号指导性判例（分期付款股权转让合同），论证过程没有照顾到合同法的契约自治空间和组织法之间存在区别，而王利明老师认为民法总则第 10 条不可能像澳门商法典那样禁止向民法逃逸；公司法司法解释三第 24、25 条关于隐名出资股权善意取得的规定没有考虑到股权兼具人身、财产性质的特殊属性；民法的帝王条款诚实信用原则适用于商事领域亦存在的问题。现实中难以用民法填补这些漏洞。

然而，是不是一定要用商法通则填补漏洞，是不是可以通过单行法的方式填补，对此，我还没有结论。

主持人总结：赵万一 西南政法大学民商法学院教授

在民法典启动前，我不同意制定民法典，其原因在于中国对民法典（什么是民法典）并未达成共识，而且理论准备不足，社会需求也不强烈。

民法典从最开始完全服务于市场经济逐渐转向保护公民权利。从某种意义上来说，市场经济不应是民法典主要调整内容，因此，与市场经济相关的很多内容如知识产权、独立的商法部分都被抽离出来，而与公民权利相关的内容则更多被纳入。个人认为，民法典制定是借用了市场经济的名义，其内容应该还是回归民法本身的要求，而应充分发挥商法促进市场经济发展的作用。

关于民法和商法的关系，我同意王涌教授的观点，民法典应该以自然人为中心，根据自然人的要求设计（如代理、监护、婚姻家庭）。自然人和公司有很大区别，自然人的行为具有非理性、冲动性的特点，而公司是具有理性的，自然人的一些规则不可能全部扩大适用于法人。近期侵权责任法的修改就混淆了民法和商法之间的关系，如以“市场价格”为财产赔偿标准、企业受害人合并过程中的赔偿问题。

商法的政治目的主要是制度自信、制度输出（商法对外输出的可能性最大），经济目的则应当是为市场经济服务，过分强调民法和市场经济的关系可能导致很多价值误导。与其研究是否需要商法典，关注单行法的完善可能更有价值。

主持人总结：朱慈蕴 清华大学法学院教授

今天对于两个问题达成了共识：

1、商事法律关系具有特殊性。

2、民法中存在大量商事规则。问题是如何认识这种情况，现行民商合一体例一方面商事活动缺乏基本原则，另一方面也存在用商事思维调整真正的民事活动的倾向，比如婚姻法、继承法，这一情况能走多远值得深思。

第三单元 英美法系商法典印象

一、主题发言

(一) 商法典的现实与梦想 (傅穹 吉林大学法学院教授)

一、商事立法模式

从企业外部法和主体活动区分的体系建构角度,存在废法典化、去法典化(如法国、日本)的趋势,是否需要商法典存在疑问,同时不可忽视的是,法国出现了再法典化的情况。

二、商法典外在体系和内在体系

1、外在体系

商法典与民法典的体系协调与制度衔接,向来是民商分立与民商合一模式下的共通问题。民商法制度的界分、相关条款的设计区隔、法律适用的衔接等,回答妥当与否,是解决商法典与民法典之别价值的关键节点,也是推动商法通则、商法典的前提。

2、内在体系

《澳门商法典》是一个创新的典范:从“商人”演化为“商业企业主”;在商业组织上,除公司外增加了隐名合伙、合作经营与经济利益集团;债券证券独列一卷;引入了企业间不正当竞争的安排。

在商法典的总分格局上,《法国商法典》9卷体例值得借鉴,但是,内在体系是否有最佳模式,哪一模式值得我们借鉴还需要进一步思考。

三、商事立法的趋势

赞成把“商法典”提出来。商法是一个独立部门,这和应该制定商法通则还是商法典是两个不同的话题,商法典的理论研究具有意义,但从现实看,商事通则更有可能性。

(二) 反思“商事通则”立法——从商法形式理性出发 (赵磊 中国社会科学院法学所副研究员)

一、商法的理性是什么

1、何为理性:理性本来属于哲学范畴,通常指人们辨别、判断行为是否符合某种目的思维逻辑,具有典型的目的导向性特征;一般而言,理性被认为是一个表达认识主体的认识能力及其所揭示的认识对象的普遍本质的概念。

法典是高度理性化的体现,应当理性地看待商法典制定问题。

2、马克思韦伯的形式理性

没有明确定义,但反复强调可确定性、可预测性。法律制度无论以什么形式体现都应该具有可确定性、可预测性乃至可计量性,使行为有预期。

3、阿玛蒂亚·森认为的理性的用途:规范性、理性可达到预测的目的。和韦

伯异曲同工。

二、商法的形式理性：规则性与内在体系化

商法规则可类型化主体性规则、行为性规则及纠纷解决性规则。这一体系并非立法者缔造，也非学者们之臆断，而是商事活动的内在要求和必然结果，是在实践中逐步形成并趋向完整的体系化。商法形式理性的规则化必然导致内在体系化。

任何国家或地区、任何时代的成文商法都由三种类型的规则组成。一是保证交易便捷、高效，促成交易的商法规则；二是稳定交易活动秩序、维护商事交易安全的商法规则；三是维护商事活动当事人合法权益、处理商事纠纷的商法规则。

三、商法形式理性的表现

大陆法系和英美法系的表现形式虽然不同，但本质一致。

四、冷静对待商事通则、商法典立法

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。

此外，一个国家的法典化、法律的发展方向，社会需要、社会活动需求只是间接影响因素，最直接的影响在于法律实务者（包括立法者、法学研究者、法学教育者等）受过的教育和分析方式。

（三）法律现实主义与美国商法典（沈朝晖 清华大学法学院副教授）

UCC 结构相对分散，实际上是销售、银行支付、投资证券、担保交易四大部分的汇总。即使是担保交易（第九条）也仅仅调整动产担保，并没有涵盖所有情况。

虽然美国《统一商法典》（UCC）制定之后是否有利于美国商法的统一目标还有很多批评，但是 UCC 是一部伟大的法典，原因在于：①立法采用法律现实主义的方法，这受到制定者卢埃宁的影响大（卢埃宁的法律现实主义指用人类学的方法考察商事交易的习惯，并用法律的形式加以承认）。UCC 立法时的法律现实主义所反映的现实是二十世纪三十年代经济大萧条所暴露出来的、大规模商品生产、长途运输等工业革命后的现实，目的是打击商人买卖的偷工减料、欺骗。②编纂也采用了法律现实主义，在 UCC 之前，美国普通法体系过于庞杂，卢埃宁及其支持者主张对判例法进行整理，因此，UCC 的制定与其说是创造规则，不如说是普通法的自我清理过程。③在合同解释和适用过程中也运用了法律现实主义，使法官在裁判过程中可以使用外部证据、行业习惯；④在当代 UCC 的教学中也是法律现实主义的传统延续。

（四）商法典缘何统一——以美国《统一商法典》为借镜（金晓文 北京外国语大学法学院讲师）

一、美国法里“法典”和“成文法”

美国法中的“法典”的含义：法典并不等于成文法，还有其他含义，如法学

方法论、行政长官的手稿、一州所有的成文法、一州通用的法律。

法典和成文法的辨析：成文法具有效力有限性，当有法律漏洞时，法规可以抛弃条文而适用普通法基本原则；法典具有全面性、系统性、效力优先性，当有法律漏洞时，根据立法原则进行解释和适用

二、美国的商事法律运行机制

沿袭判例法传统，又有联邦法和州法之区分，而商事立法由各州自由裁量。部分美国教授并不支持法典编纂，如 Alan Watson 认为，在私法和商法的发展过程中，立法的作用是有限的。然而，一州之法无法应对日益复杂的商业模式和日益繁荣的州际贸易，州法如果“散落在沙滩上的砂砾”，杂乱无章、手忙脚乱、无所适从。

十九世纪五十年代，部分法学家提出建立法典化的构想，但法典化进程并非一蹴而就，先形成一些商事单行立法，正如蒋老师所说“如果你高举商法典的大旗，你可能得到的是商法通则；如果你高举商法通则的大旗，你可能什么也得不到”。

1940 年代初期：国会拟颁布《联邦买卖法》，并阻却《统一买卖法》的修订进程，统一州法委员会极力反对，并承诺修订出更加完备的买卖法。1940 年在卢埃宁教授的主持下开始修订《统一买卖法》，1944 年正式颁行，激起了商法典编纂的热情。1945 年美国商法典其他各章陆续开始编纂，1949 年形成初稿。

半世纪后的争论：未来美国商法典存废之争。两个争议点：①是否在未来很长一段时间内，美国商法典将扮演重要地位？这一答案是肯定的：各界对商法典的重视；商法典可以契合新生的现象，接下来需要在商法典中提出处理电子商务等新生事物的标准。②联邦立法是否会取代统一商法典？支持商法典存续的理由：统一商法典有利于平衡商法的统一性和各州采纳商法典的灵活性；修改过程中有大量专家学者参与

三、我国对美国商法典的借鉴

1、立法体例和立法体制不适用：以货物买卖为中心，调整与货物买卖相关的租赁、票据、信用证、所有权凭证、投资证券和担保交易等法律关系，而非更为体系化的涵盖更多领域的商法典

2、集思广益的立法模式、大胆的继承与革新理念可适用

二、与谈

（一）葛伟军 上海财经大学法学院教授

傅老师主要从商事立法模式、体系结构趋势的角度，强调从现实出发商法通则可能更靠谱，重点放在外在体系上。

赵磊博士实际上反对商法通则的制定，落脚点是商法的形式理性，即法律的可确定性、可预见性，认为德国商法典是形式理性产物，体现了商法规则、商法体系、商法典的演进，并比较了两大法系，认为两大法系规则没有本质区别，研究重点应转向单行法，侧重内在体系。

朝晖和晓文详尽介绍了美国统一商法典的背景。

本单元提出了一个基本问题，即如何理解“法典”本身的含义？对此，我谈三个层次的观点。

首先，大陆法系国家的“法典”详细覆盖了整个法律制度。历史上存在唯理性和经验式的法典化方式，大陆法系国家唯理性的立法技术创造出建立在一般原则上的法律文本，使用的是系统、逻辑、理性的等级排序，这是今天大部分学者认为的商法典。

第二层，在普通法系，如英国，“法典”并非寻常，往往在明示或默示范围内修改了普通法，但普通法完好不动，因此更多指成文化。如 2006 年英国公司法首先实现了董事义务的法典化。英国商法的历史重心在于商人法（商人习惯法的总称）的逐步沿革以及将商事习惯作为解决商事纠纷的依据。英国的法典化不是指制定全面的完整的系统的商法典，而是把特定领域的商法成文化，更多是在制定单行法。英国学者认为的商法有四个特征：以商事交易为基础、与商人之间的买卖有关、以合同和市场惯例为核心、与大量的交易有关。

第三层，美国“经验式方法”，将已经存在的规则整合形成法律文本，如“统一商法典”。

总结：

- 1、英美法系商法采取单行法形式，与大陆法系不同
- 2、即使按美国模式，采取法律现实主义增强灵活性，对法官在实践中如何理解措词提出了更高挑战，可能推动我国案例汇编工作的发展
- 3、即使要制定商法典、商事通则，到底包括哪些内容应当结合实践考虑

（二）赵玉 国家检察官学院副教授

听完四位发言人的主题报告，我发现这一环节设计的真的十分精妙。傅穹老师说的是梦想、沈老师说的是现实主义，在梦想和现实主义之间的就是赵磊博士的理性，三个报告结束后又有一个比较法的镜面效应，我们在梦想、现实和理性间借鉴别的国家的先进经验，感谢大兴教授的匠心独具。

我关注的是所有的这些借鉴如何落地的问题。

关于商法典的逻辑起点，施天涛教授说以金融法构筑商法典、王涌教授说以企业法构筑商法典，而我选了代理制度这一个比较小的角度，探讨最合适的商法典的逻辑起点。

我们曾在给全国人大法工委关于民法总则的意见书中提出建立商事代理制度，重视这一制度的原因与婚姻法司法解释二第二十四条有关。代理不仅仅是民事代理，还包括商事代理、婚姻代理，各种代理的权限、形成、举证责任完全不同。但民法总则涉及代理制度的共 15 条，但绝大多数是民事代理，并未体现民商合一的精神；婚姻法司法解释二第二十四条也导致了代理类型的混淆。

因此，商法有必要有自己独立的系统，但究竟是商法典还是商事通则，则取决于商法人的准备和理论基础。

(三) 陈若英 北京大学法学院副教授

我们应该关注到法典制定的历史背景和偶然性，如 UCC 受卢埃宁个人及其妻子的影响很大，从现实来看，UCC 中的部分规则（如批发规则）已经失效，但很多内容（如第九条）依然具有重要作用。

法典化、商法领域规则的制定并不是人为创造、想象的，而是基于商事活动中的需要产生的。

我的一点疑问是，今天我们是否有类似 UCC 产生的土壤和需求？第一，UCC 产生于当时市场割据、州法和判例法共存的格局，而且信息技术不发达，很难了解到规则之间的冲突和矛盾，因而需要统一，当今的中国是否存在类似的情况？第二，UCC 本身是一个缺省规则，不是强加给商人的，商人、法官没有好的解决问题的方法时才予以参照，在知识去中心化的今天是否还有必要梳理最佳缺省规则？

主持人总结：叶林 中国人民大学法学院教授

几点感受：

- 1、什么样的商法典才值得制定？每个人脑子里的商法典都不同。
- 2、我们到底要了解中国的真相了解多少？

几点变化：

1、从贸易到经营。德、法、美的商法典都以贸易制度为基础，但我们是应该走贸易的路，还是走企业或经营的路？

2、从旧时代到新中国。移植的东西必然需要改造，否则难以生存。中国的几个要素：庞大的公权力；商法和执政的复杂关系；是否真的强调市场的疑问。

3、从法官到官吏。UCC 等都来源于对大规模案件的整理，方便查找，基本上是为法官服务的法，更像是一种裁判规范；最高院司法解释等文件也都是站在裁判的角度，而并非来源于商事角度。

第四单元 大陆法系商法典印象

一、主题发言

(一) 商法法典化的影响力量——学术政治、经济环境抑或其他? (崔文玉 上海大学法学院教授)

介绍了日本商法典的空洞化和韩国商法典的充实化。

一、日本商法典的空洞化

1、日本商法典的持续、解体、废止的三种学说

①纯乐观主义，认为民法的商化现象并不导致商法的消灭，企业不断造出新技术和制度，企业法也要不断制定新的法律原则，寻找新的活动合理的立法化即可。该立场的缺点是，能否预测应追加商行为的营业或合同类型领域。

②革新帝国主义，认为商法作为民法的特别法，商法典的片断化是避免不了的，因此需要革新法典编纂的方法论。想扩大商法领域，通过吸收过去认为不同原理的法律领域形成大法典化，如构成企业活动的概括性规律包括反垄断法，竞争法，企业破产法等。法国 2000 年商法修改实现了这种立场。该立场的缺点是，商法典形成“企业活动的诸规则”化，将无一体化必然性的诸规定集合在一起，反而丧失法典的性格和规律。

③积极破坏主义，认为最终必然导致商法典空洞化，作为体系性法典维持商法，为此主张解体并非不可思议的想法。债权法修改的基本方针提议引进“事业者”、“经济事业”的概念，如果将该想法理解为，为了吸收商行为的民法总则的技术性规定，那可以认为该观点离目标更近一步。值得注意的是积极破坏说并非仅仅主张商法规则的解体、废止，设想将商行为总则一部分商人间的特则设置在民法典中，再把商行为中有关营业的每个规范作为独立的营业相关法律。即将海商法也独立法典化的形式，以实质性商法规则存续为前提。

2、学术政治与商法典空洞化

介绍了江头教授（商法学界）和内田教授（民法学界）之争。

内田教授：对民法进行修改，关键是债务不履行的无过失化。

江头教授：指出民法修改过程中不得触碰的部分，认为只要商法存在过失责任的规定，民法的严格责任不会影响到商法。不过如果民法的修改实现了，那么商法只能跟着变了。

2017 年日本国会通过民法（债权法）修改案，将民法与商法所冲突的部分规定统一纳入民法规定。

二、韩国商法典充实化

背景：财阀机制，经济实力激增，为规制财阀而对商法作出修改。

2010 年商法总则的修改最大的启示是，适应经济环境的变化扩大及具体化商行为对象。

（二）《德国商法典》制定的历史过程（丁勇 华东政法大学国际金融法律学院副教授）

一、19世纪之前的商事立法

罗马法中不存在真正意义的商法，但一些术语规则中有所体现。

二、19世纪之前的商法学：被民法学所忽视

16世纪中叶欧洲才出现真正意义的商法文献，德国商法作为独立的学科直至19世纪末才被承认。

18到19世纪中期的德国商事立法：

- ① 1794年《普鲁士普通邦法》实际上包括宪法、民法等各项内容，但其中第二部分第八编第475条以下采用主观主义的立法模式对适用于商人的特别私法作了详细规定，只适用普鲁士邦。
- ② 不仅是商法不统一，民法等也不统一：1848年《德意志统一汇票和本票法》统一票据行为
- ③ 1861年《德意志普通商法典》是德国商法典的前身，商法法典化顶峰。其一大特点在于其充满大量应属民法的条款。由于德国此时尚未统一，制定一部“一般适用的民法典”希望渺茫，而将商法规定予以法典化的机会要大得多。因此，纽伦堡委员会在其草案中，除了商法之外，还对债法和物权法的原则做了规定，亦即涉及到了一般民法的广泛内容。

三、19世纪关于民商分立的学说

Endemann在1857年首次提出了商法和民法能否区分的问题，认为商法作为特别私法，是“民法的一个有机组成部分”，1857年纽伦堡委员会开始《德意志普通商法典》的起草工作时，实际上采纳了他的主张。

Goldschmidt认为民法与商法的关系是相对的，德国19世纪后期民商立法产生了决定性影响，筹备委员会认为在民法典之外应继续维持目前商法的独立性。

这两位学者认为民商两法是互动的，而没有提出民商区分的明确标准，这一观点很有借鉴意义。

四、结论

1、《德国商法典》的制定和其政治分裂和法律不统一的特定历史条件有极大关系。

2、在《商法典》先《民法典》而生这一既成事实下，维持两者的独立存续而不再反思《商法典》独立存在的合法性基础对于将主要精力放在制定《民法典》的19世纪末的德国立法者来说是可以理解的。

3、德国立法和理论至今未能解决的形式上民商分立立法的标准问题同样是我国将来制定《商法典》或《商事通则》时所要解决的最大难题。

（三）《日本商法典》的制定始末——考察与评析（陈美颖 华东政法大学经济法学院副教授）

一、日本商法典起草的动因

(一) 直接动因

1、现实需要

明治维新以前是闭关锁国。当时法律体系也是受封建影响。在商事活动中也是以习惯法体现。在这种情况下，列强侵略日本，被迫签订不平等条约。要废除不平等条约。

2、向谁学习？

1) 存在仿英派和仿法派两派（英美 or 大陆？）

普通法系以不成文法为显著特征，不符合日本的历史传统和社会背景，同时，由于判例盘根错节、纷繁复杂，移植英美法的难度非常大。

2) 大陆法系民商合一或民商分立两种模式的选择问题

(二) 根本动因

1、日本实现资本主义现代化的需要

2、国家统一、市场统一需要一部统一的法典

二、日本商法典起草的制定过程

(一) 形成前的艰难历程

1、政策上：日本政府推行殖产兴业政策，积极鼓励发展民营企业。

2、立法上：日本政府开始制定启蒙和教科书式的商事单行法规。

3、典型代表例：

《国立银行条例》（1872年，是日本历史上最早的银行法）、《股份交易条例》（1874）、《米业商事会所条例》（1876）

成效：在东京设立了第一银行，之后大量银行相继成立。1881年日本铁路公司设立、明治15年（1882）共同运输公司设立。

4、设立公司均采“许可主义”，必须经过主管部门的许可才能设立。

(二) 在此基础上，参照法国商法典制定了 Roesler 商法草案。

1、目的：使日本的商业活动适用健全而完善的基本规则，以促使日本取得与世界各个通商国平等的地位

2、增加了日本商习惯中所没有的商业登记、商号、运输、保险等新的规定。

3、以行政和监督为目的之公司依据“许可主义”原则设立，其他公司则依“准则主义”设立。

三、旧商法典的形成

1、商法草案历经8个月的审议最终于明治23年（1890）4月26日公布，并计划于次年1月1日起实施，史称“旧商法典”。包括商事通则、海商、破产3编内容。

2、旧商法典在公司设立问题上采用了“绝对许可主义”原则。（应审议委员的要求，Roesler改变了先前的主张并明确指出，为防止因不正当目的设立公司而产生的弊端，设立公司应当一律采取许可主义。）

3、相比 Roesler 商法草案可以说是一种倒退。

四、商法典论争

1、延期派和实施派

1) 延期派的主张:

- ①至商法实施日为止已无充裕的时间熟知法律条文。
- ②在民法实施前两年实施商法存在不妥之处。
- ③旧商法典存在许多(例如商业账簿、商号等新规则)与日本商习惯不一致的地方,因此建议应确保充分的时间对商法典加以修改。

2) 实施派的主张:

- ①日本的商习惯存在不确定性和不统一的缺陷。现行商事制度的落后与不完善所带来的现实弊端明显,商法的实施应被视为是当前的迫切任务。
- ②实施商法有助于纠正现存公司制度中的弊端、维护商事交易的安全和秩序、恢复商业社会的信用。
- ③虽然目前对商法典中的新规则还不能熟知,但是仍然可以先行实施,待实施过程中如发现不符合日本社会实际情况和商业习惯时,再修改立法也不是不可以的。

2、论争结果:延期派胜利

日本旧商法典延期五年实施,即从明治24年(1891)1月1日延迟至明治29年(1896)12月31日为止。

五、新商法典的诞生

新商法在旧商法的基础上率先提出要优先实施公司法和破产法两个部门法。伊藤博文首相要求大家审议商法典。审议的核心:商法中是否要纳入商号;许可主义还是准则主义。

商法学者在草案基础上形成了新的商法典,经审议通过,新商法典受到德国商法草案的很大影响,体现在充分肯定了商习惯的重要性,优先于民法适用,所有公司都采用准则主义。除了第二编公司和第四编票据后来从商法典中分离出来成为单行法以外,其他部分的章节与现行商法典基本相同。公司法整编内容包括:第1章总则、第2章无限公司、第3章两合公司、第4章股份公司、第5章股份两合公司、第6章外国公司以及第7章罚则。

六、日本商法典之评析

1、从商法典制定伊始至商法典成立的长达20多年的过程中,经历了数次的争论与修改,最终形成了商法典

- 2、法典移植时的广泛借鉴与谨慎本土化
- 3、法典制定前的充分准备推进商法典的形成

在商法典制定过程中,广泛邀请实业界企业家参与审议,这对于制定一部适应经济发展的法典非常重要

- 4、商法典编纂过程中注重与民法典的协调

(四)传统商法典的式微与我国未来的商法典(徐强胜 河南财经政法大学教授)

一、问题(几个观点)

- 1、从当代社会经济发展趋势来看,传统上的民商事法律内容趋向合一而非

分立，是不可阻挡的立法潮流。正如民商法学界达成共识的那样，民法在商法化，商法在民法化，民商分立的社会基础及规范基础和价值都在逐步缩小甚至消失。那么，在这种情况下，基于传统民商分立之认识谈论商法的独立及法典化，必然是没有意义的。

2、在我国全面采民商合一立法之下研究商法典如何，必须放弃关于传统商法之认识。随着现代经济的发展，无论是在形式还是在实质上，一种明显区别于传统商法的“商法”事实上已经逐步明晰，其应当成为我们商法学人认识与研究的对象。

二、传统商法典式微的原因

1、不断扩张适用的商法

在“经济或商业”不断发展的情况下，商法必然是随之扩张适用的，由主观商扩张到客观商，这种扩张，使得本调整商人商行为为己任的商法与调整一般私人关系的私法不断地融合。

2、逐步被纳入一般私法的商法

大陆法系民法典的编纂完全吸收了已有的商法精神（如自由平等）与规则，民法与商法之间的界限逐步模糊。

三、我国未来可能的商法典

1、现行及正在编纂的民法典已经基本涵盖商法的主要内容

我国正在制定的民法典实际上可以将传统上我们认为的商法相关内容囊括在内。传统的商法内容与民法是难以区分的，我们应该更多关注两者之间的协调适用问题，如果强行探讨所谓传统商法领域的认知，必然导致商法学界和民法学界争论不清。

2、我国未来可能的商法典向何处去

民法跟着商法走，而不是商法跟着民法走，以下领域值得关注：①新的企业组织形式及非组织化的经营者（如个体经营者，但非个体工商户）；②大数据下企业和个人信用；③大数据下的财产信用登记；④经营平台及其电商制度；⑤金融创新制度；⑥商业中介制度；⑦商业联合制度（松散联合如何规范）；⑧商业租赁制度；⑨特别职业制度；⑩商业数据的保护与适用制度。

（五）非洲商法的统一化和法典化（夏小雄 中国社会科学院法学所副研究员）

一、比较法维度看非洲商法

了解非洲商法统一化情况的必要性：

1、商法研究对于经济发展相对落后的拉美、非洲等区域的商法发展情况并没有给予充分的关注

2、非洲商法的协调化和统一化已经取得较大成就，从全面了解世界商法发展图景、洞悉全球商法变革趋势的视角来看，有必要加以了解

3、对于非洲各国的商法体系和商法制度需要进行深入的研究，以便更好地服务于中国“一带一路”国家战略的实现

二、非洲商法统一化背景

- 1、非洲长期处于殖民统治之下，殖民国家将本国法律制度引入了殖民地
 - 部分地区引入英美法系制度：以英国的殖民地为主
 - 部分地区引入大陆法系制度：以法国的殖民地为主

2、在非洲殖民地国家纷纷独立之后，多是沿用殖民地时期引入的法律制度。随着经贸往来逐渐加强，由于不同国家之间法律规则的不一致，导致实践中出现了很多的争议纠纷。

3、“非洲商法协调组织”（OHADA），意图通过区域性的努力，建构这些国家间的统一商法规则，并通过相应的制度建构，确保这些统一立法能够在成员国得到切实有效的实施。非洲商法协调组织旨在促成非洲商法的统一化，并通过成立五个超国家机构，推动相关统一法的实施

三、非洲商法统一化进程

非洲商法协调组织已经制定了一大批统一化法律（包括要重点讨论的 97 年制定的一般商法统一法），同时在若干个领域已经准备好了相关法律的草案，并且对于已经制定的统一化法律也不断根据实践的需要加以修改。

四、非洲商法统一化：以一般商法统一法为核心

在 2010 年经过修订之后，“一般商法统一法”主要包括 307 条的规定，共分为九编。

（一）2010 年修订需要注意的地方：

- 1、第一编引入“企业主”或“个体经营者”概念，对网店是否需要登记有借鉴意义
- 2、第二编登记信息的电子化、共享化
- 3、第六编营业资产，主要涉及不动产的租赁
- 4、第七编商业中介
- 5、第八编主要对商事买卖提供了特殊性的规定
- 6、第九编还包含了一些过渡性条款和最终的条款，对于该统一法的实施作出了一些具体规定。

（二）体系分析

1、外在体系角度

延续了传统商人法/商行为法的体系结构，延续了法国法的思路。

2、内部体系角度：和法国法更相近

非洲一般商法统一法更多的是借鉴、学习了法国商法的理论逻辑和体系安排。在某种程度上而言，可以将其视为法国现代商法在非洲大陆的一个翻版。这是有历史原因的，因为非洲曾是法国殖民地，又使用法语，但不能忽视其时代特征，强调电子化。

（三）批判反思

1、长期以来商法观念的缺失、商法制度的滞后以及商法执行的低效，在短期之内，希望将非洲统一商法加以具体化和实质化依然会面临巨大的困难。

2、法典化的方法也有其弊端，必须注意到经济社会发展与商法体系构造之间的内在紧张关系，在法典化立法的同时，立法机构必须运用高超的立法技术，确保商法体系的开放性和动态性。

3、如何优化非洲商法统一化和协调化的机制，使得非洲统一商法能在更大范围内被接纳使用，将是非洲商法统一化所面临的一个重要问题。

4、如果只专注于立法层面的规范建构，就不可能真正的解决非洲商法统一化所面临的诸多问题，也不可能真正地实现非洲商法的统一化建构，必须从实践的维度反思非洲商法统一化的功能缺陷和制度不足。

五、感想：法治与温饱

现代商法体系是资本主义体系下的安排，商法制度移植到非洲似乎并没有解决了当地真正需要的经济发展问题。

二、与谈

(一) 许德峰 北京大学法学院教授

一、英美商法的存在形式

COX ON CORPORATION、COLLIER ON BANKRUPTCY 两部书很少讨论法典的问题，仍然以判例为主。

作为公司法前身的信托也很少有成文规则，但仍然在英美商事体系中有非常重要的作用。

二、大陆法系中的民商关系

总体而言，虽然商法在慢慢融入民法，但是融入的速度正在变缓，即使融入民法框架之下（因为民法非常抽象），但大都没有进一步转化为民法。德国商法典的规则仍被活跃应用，很难用“空洞化”评价。

三、商法法典化的特别问题

1、可能我们的商法事实上早已法典化，只是没有整合成一部法典

2、Rule、Standard 与法典

Standard 比较模糊、不清晰（如勤勉义务），Rule 更加具体、明确，但 Standard 有明晰化、法典化的可能性。有的时候规则本身没有变，但其背后的内涵可能已经有了很大变化。

(二) 杨东 中国人民大学法学院教授

商法法典化：不忘初心、牢记使命。

我最近主要研究互联网金融，包括经济法的一些探索，因此，是站在外围的角度看商法的。随着智能时代、数字文明的到来，各种新型商业组织、商业形态的产生（如平台、无组织组织等）以及传统商业主体的变化，使中国的商法发展到了一个非常关键的节点上。

个人认为，由于商事活动更加复杂、商事主体和行为更加多元，商法典更应该比民法典率先重构。无论具体采取什么方式，逻辑化、体系化都是中国商法学者的重大使命。中国当前以数字经济为特征的经济形态，已经明显区别于英美的传统资本主义经济形态，中国商法学者应率先在人类社会的新变革中制

定一部区别于西方的、具有中国特色的商法典。

(三) 安宁 国务院法制办工交司处长

感受到学界前辈的拳拳之心，理想和情怀。今天各位思想的碰撞体现了北大兼容并包的精神。

柏拉图曾说，如果一副画上有特别漂亮的美人，不管现实中有没有，但不能否认她漂亮，类比到今天，其实讨论的是两个问题：一个是美人美不美，一个如何把美人娶回家。

学界经常批判工业交通立法碎片化，作为碎片制造者，我认为今天的讨论很有价值：

1、大量总结归纳商法领域的一般特点。立法工作的原则是先法意，后法条，今天的学习是非常有帮助的。

2、现行制度体系庞大，其和谐统一逐渐进入立法视野。在法律效果和社会效果相统一上，今天的研究强调系统性协调性，非常有价值。

3、总体上的研究能够带动一般立法。要准确判断立法的空白，宏观图景的研究非常有意义。

4、从长期来看，实务部门也非常期待和学界对接。

关于研究步骤，我支持范老师三步走的主张，既稳妥又有一定进取性。

主持人总结：管晓峰 中国政法大学民商经济法学院教授

这次听到的干货很多。关于是否需要制定商法典，我们是内行，所谓内行看门道，外行看需要，推动商法典、商法通则要积小事为大圣，一个问题一个问题解决。

我的两点看法：

1、任何法律的立法宗旨都是扬善抑恶，而现行法律存在缺陷。骗子喜欢公司法、证券法，是因为这两部法漏洞很多，社会希望商法学界能弥补理论漏洞，帮助立法机关修补漏洞，使公司法、证券法不再轻易为骗子利用。

2、任何法律都希望能及时解决争议，而现行法律并不能做到。如破产法，程序启动到债权受偿遥遥无期，使债权人对法律失望。外行看需要，如果商法典能够真正解决问题，制定商法典将成为水到渠成。

此外，关于夏小雄的发言，非洲、拉美的商法都是外国专家起草的，因此对于本土经济发展没有太大作用，日本则是充分考虑国情，因此，我国制定商法也应充分考虑国情。

第五单元 我国商法典未来展望

一、主题发言

(一) 民法典时代商法的复兴 (钱玉林 华东政法大学经济法学院教授)

一、民法典编纂是商法发展的新机遇

十八届四中全会提出“完善社会主义市场经济，编纂民法典”可能是一个误解。当初民法通则规范的商品经济和 1992 年后的市场经济完全不同，而商法正是在 1992 年后发展起来的，因此，完善社会主义市场经济应当编纂商法典。

二、民法典体系为商事立法留下了空间

民法典包括交易性内容（这是民法和商法的共通性内容），主要体现为债法，但无法容纳全部商法。

民法典围绕自然人从出生到死亡的过程展开，与之相对，商法典围绕企业从出生到死亡的过程展开，这是商法的逻辑结构和体系化线索。

此外，在中国从富国走向强国的过程中，为了取得在国际社会上的话语权，法典化是一个重要途径。中国现在的情况与过去已经有了很大不同，过去中国人是在做事情，而现在是在谋局，因此不能局限于用中世纪的视角讨论现在中国商法典的制定问题。

三、碎片化的商事单行法需要重新整合

民法总则确立了民事主体和法律行为的一般规则，使得商事法律更加碎片化，对此不仅需要重述还需要体系化。

四、商法研究面临的重大课题

商事立法未来研究的重大课题，今后可能是对商法范畴、知识体系、理论体系和话语体系的构建。尤其是商法范畴的问题，究竟应该以什么作为商法的逻辑起点（营业、企业还是其他）？

(二) 商事习惯法源优先规则的供给路径 (曹兴权 西南政法大学民商经济法学院教授)

这一题目针对民法总则第十条关于习惯劣后于法律的基本规定。

一、问题

理论共识是商事特别法优于商事习惯优于民法一般规定，而民法总则第十条却规定商事习惯劣后于法律，这似乎是一种正义和法律确定性之间的矛盾。

二、商事习惯法源优先规则的功能承载 (习惯优先规则的意义)

1、法律对文化的尊重

主要存在两个逻辑：①地方性知识，这是传统的民法逻辑；②专业性知识，这是商事习惯的逻辑。江平老师和王泽鉴老师从传统的方性知识的角度关注第十条的规定，我认为存在偏差。

- 2、为商法提供发展机制：习惯的适用是内生的、灵活的
- 3、立法技术：需要考虑原则与规则的关系问题（法律不完备如何解决）、法典本身的系统化问题

三、司法路径的困局

商事习惯应当优先，而法律规定是劣后的，在尊重法治的语境下，存在两种选择：1、强化商事习惯的专业性，将法源性规则转化为事实性规则，弱化民法第10条关于习惯法源的立法政策；2、弱化商事习惯的专业性，向原则转化（正义原则-公平原则），实际上也弱化了习惯法源的立法政策。

这两种选择都无助于考虑立法政策，因此，需要考虑是否能对民法总则、民法典进行优化。

四、民法典路径的可能的路径及局限

可能有两种路径：

1) 优化《民法总则》的相关规则

2) 在各编中尽可能吸纳商事具体规则，尽可能引入习惯排除成文法适用规则，或在各编中规定商事习惯优先适用。

但都存在障碍，难以承担立法理念、立法技术优化的功能。

五、对商事特别法与商事一般法的路径可能

通过商事一般法或商事特别法规定习惯法的规则，可能具有契合引入习惯法源的功能承载的优势，具体表现为，对专业性知识的尊重、法律的灵活发展机制、系统性、提供具体指引的功能。

六、启示

1、商事习惯具有特殊性，应当对私法法典化提出特别要求，该要求在于尊重专业判断；

2、民法典路径和司法解释路径都存在不足，需要其它商事一般法（商事通则 / 商法典）的供给。

（三）法典化视角下的商事权利体系构建思考（吕来明 北京工商大学法学院教授）

一、权利体系在法典中的价值

法典区别于法律汇编，具有独立的逻辑体系，从这一角度来说，商法典、商法通则的核心特征相同，具有共性。因此标题中的“法典化”既包括制定商法典的目标，又包括制定商法通则的目标。

从大陆法系国家比较典型的民法典结构来看，其核心是确立了一套独立的权利体系和权利概念，如，债权、物权、财产权等的划分，而商法典则以商主体、商行为等为线索，权利体系多援引民法典内容，没有独立，这就导致民法典功能扩张、商法典功能萎缩。

因此，我理解，权利这一核心要素是法典生命力的关键。

二、商法典目标下确立商事权利的理由

1、民法与商法价值取向的差异决定了商事权利在功能上存在着独立性与特

殊性，民法的价值是保障人权，商法的价值则是保障营利。

2、民事权利体系涵盖性不足

1) 民事权利体系的划分对于商事主体适用存在的问题

2) 民事权利体系中的基本权利类型（物权、债权等）与商事领域特有的利益（如营业权等）保护不能对应

3、民事权利体系扩张或开放性的问题

民法总则的开放性、扩张性条款仅有宣誓意义；难以把商事领域特有利益全部囊括在民法体系中。

个人认为，制定商法典和制定商法通则的目标相同，但与要求在民法典中规定商事相关内容的目标相反。

三、商事主体权利保护的现实需要

1、商事主体权利保护应确立的商法思维

2、司法实践中商事审判理念的推进及存在的问题

由于缺乏明确的权利保护规则，导致同案不同判、民事审判和商事审判违背商业规律等问题。

四、商事权利的界定及性质

1、确立商事权利的概念的出发点（以民事权利中未规定的权利为主）

1) 构建专门的商事权利保护制度的基本目的或功能

2) 权利产生的依据及与民法典适用的关系

2、商事权利的概念：商事主体及其投资人基于其自身属性专有的以及交易双方基于商事合同设定的权利。

3、商事权利的性质：主要是财产权，因其保护财产利益，而不是人格利益。

五、商事权利体系的构建

在与民事权利并行的情形下，可以按照以下两个标准划分：①按照营业利益产生的前提和归属的不同环节确定；②权利产生的依据是法定的还是约定的。

包括三个层次：①投资人权利；②商事主体设立时自始取得的权利（如营业权等）；③基于商事合同设定的权利（和民法典中的债权有共同属性）。

包括营业权、商号权等也是一个发展过程。商事合同确定的权利和民法典中的债权是存在不同属性的。

结论：建立商事权利概念和制度体系是建立中国商法典、商事通则特有的逻辑结构的有效路径，是保护营利、促进财富增值的有效手段。

（四）制定商法典的历史意义与当代价值（李建伟 中国政法大学民商经济法学院教授）

一、问题的提出

1、学术意义：民事法律规范和商事法律规范区分度不足与识别困难

2、学术外的意义：历史意义与当代价值，这是本次发言的关注点。

二、费正清之问

“一个西方人对于全部中国历史所要问的最迫切的问题之一是，中国商人阶级为什么不能摆脱对官场的依赖，而建立一支工业的或经营企业的独立力量？”类似的提问和说法还有很多，主要是国家权力对工商业的扼杀。

(一) 近三千年的贱商抑商轻商挫商：制度、法律、文化与意识形态

1、中国历史起源论的解释

(1) 中国古代早期的王朝都是通过化家为国的方式完成的。

(2) 历朝历代都曾试图将君主的财富与国家财政区分开来，但公私不分的情况依旧占主流。

2、历史主流意识形态对商的真实态度

(1) 朝廷/皇权的态度：重农轻商，闭关自守

(2) 传统的士商关系：代表官方的主流意识形态对商人的轻视

(3) 商民关系：无奸不商等。

3、制度定型

(1) 专制皇权打压：商人不能衣丝、子民不得参加科举考试

(2) 政府对盐铁茶铜等关键资源的垄断

(二) 历史缺课：个人认为，古代没有商法，更没有为商人的立法。

(三) 商人的社会地位现状与商法通则制定/商法典编纂的历史意义：补课；亡羊补牢

1、今日之现状

商人的传统地位有所改观，但没有根本改观：政商之间不平等的依附关系、不清不白的利益关系仍然存在；商民不分；产权保护不力。

以薄熙来和徐明的对话为例，展现政商关系的缩影。

2、如何补课

1) 虽然商人不再是重商主义时代的一个特权阶层，但是为其正名、为其特殊的法律上权义责规则立法，没有失去其意义，永远也不会，反而是历史的补课。

2) 在中国，永远不要轻忽一部代表官方主流意识的正式立法文件，对于中国的制度建构、意识形态与全社会价值观的强大基础性功能与形塑作用。

三、商法通则制定/商法典编纂的当代价值：一部立法的政治动机、价值与诉求

(一) 民商法学术之外的更大视野与现实关注

1、一句话的总结

商法的当代价值：回应与告知全社会、党与政府、人民的关注；为将近9000万商人（主流主体实为各类企业包括专业合作社、股份合作制企业，大致1800万家，还有6000多玩家个体户）立法，为其正名的法律。

定位如下：

①为商人的权益鼓与呼的法律；

②坚定的保障商人合法逐利（营利）诉求的法律！

③确立商人在全社会诚信体系建设中担负首要的诚信义务的法律

④确立商人加重法律责任（不同于民法的人）、确立商业伦理价值准则法律

化的法律

⑤厘清政府与企业、市场之间界限的关键一环的法律

⑥确立健康的政商关系，营造法治化、国际化、市场化营商环境的基础性法律制度

2、民商不分对企业带来了巨大伤害

(二) 契机

中国的历史担当：制度输出。个人认为最好的就是输出商事法律制度。

四、历史机遇与立法契机

国家的立法有偶然性。今年9月10日沈春耀提出：“解决现实问题，达成广泛共识。”制定商法通则、商法典需要一定时间，有积极的迹象，而近年来商事登记、营商环境等影响扩大，《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》等文件的颁布都是积极的迹象，我认为，商事概念深入人心之时就是商法典制定契机成熟之时。

(五) 我国制定商法典的时代机遇与历史使命 (王建文 南京航空航天大学人文社科学院教授)

1、走进新时代

这是当今背景，中国正在走入具有雄心的新时代，希望创设理论，政策环境良好。

2、提出新理论

每个学者心中都有自己的商法理论，各国理论都不是完美的，没有完善的蓝本可借鉴，因此不能完全照搬，新理论必须立足中国实践。

这几年一直希望用经营者和经营行为来构建中国的商法理论。

3、确定新规则

新规则应以理论为基础。

表现形式包括立法（商法通则等）或基于司法实践的司法解释。

4、制定新法典

这是总体上的愿景：

商法典是最有实践的法典。这个需要我们逐步推进，形成时间表，首先确定立法规划，再过十年，到2030年前后，形成商法典的初步方案，在本世纪中叶制定中国商法典。

二、与谈

(一) 郜庆 华北电力大学法学院副教授

钱玉林教授比较温和地讲了主张，认为商法独立性要提出来，要制定中国的商法典，而且提出了商法的基本体系；曹兴权教授谈了商事习惯在法律体系中的地位，以及商事习惯的法律适用等问题，有强烈的建设性和前瞻性；吕教

授主要讲了商法体系的构建，实际上围绕传统的商法体系内容展开，他提到商誉权，实际上在财务制度中有关于无形资产的规则，有调查称教育类、文化类等企业中商誉的价值占到 70% 以上，而商法学界对此没有充分研究也是一个遗憾。

关于商法现代化的看法：

商法的现代化：近年来，互联网金融、电子商务尤其是金融商法的迅速发展，而中国又在电子商务领域位于全球前列，在商法制定过程中不应忽视其现代化问题。

商法的国际化：如如何解决中国资本市场和国际资本市场的差别

商法的范畴问题：如投资者是否是商人等也值得进一步思考。

（二）汪青松 西南政法大学民商经济法学院教授

本单元几位发言人分别从三个视角探讨了商法典的未来展望问题。①宏观视角：王建文教授讲了我国制定商法典的时代机遇与历史使命，留下的追问是商法典制定的必要性与可能性问题；②中观视角：钱玉林教授提到商法复兴的事实，留下的追问是商法重述与体系化的可能选择——究竟是民法的商法化还是商法的法典化；③微观视角：曹老师的商事习惯、吕老师的商事权利探讨，留下的问题是如何识别商事习惯、如何证成商事权利。

目前还没有解决的问题：商法的特殊性在哪里。

传统的关于商法特殊性的讨论，无论从民商关系视角、价值理念视角、法律行为视角、法律关系视角，其内核都在于强调商的营利性、营业性。然而，营利性只是一个主观因素，无法彰显商法的伦理价值，也无法表达商法的形式理性，不能为商法典的必要性提供支持，也不能划分商法范畴。我的思考可能是在营利性之外要加些什么，可能要从结构性思考。不论是关于企业或经营者、企业生命观逻辑、商事权利的讨论，似乎都体现了结构性的逻辑，这是未来我可能要重点思考的方面。

（三）梁鹏 中国社会科学院大学副教授

我非常赞同玉林教授、建文教授和建伟教授的观点，现在是时候启动制定商法的运动了。我的导师徐学鹿先生早就提出了商法典的问题，1999 年在《商法总论》一书中，他认为制定商法典最重要的条件就是市场经济的成熟程度，此外，还需要有创新的商法理论、有商法的领军人物。现在，不论从哪个条件来看，似乎都已经满足。

相对来说更感兴趣的是来明老师的发言，来明老师说商法要有权利体系，我非常赞成这一观点。商法权利与民法权利存在很大区别，民法是物债二分，而商法权利具有很多特殊性，并不能完全被包容在内，如，股权区别于债权、票据权利的独立性和无因性、被保险人的权利（不是简单的债法权利，既有保障风险的权利，又有投资权利等其他权利）、以及信托法的信托权。

另外，徐学鹿老师提出把商法分为硬商法和软商法。软商法不受国家权力保障实施，在市场中自发行程而且可以为市场主体所运用，这种软商法在保险市场的交易中非常多，如保险法中的绝对免赔额、相对免赔额都是现行保险法中没有的制度。但希望以后能够入典，具体路径可以借鉴美国，成立一个由保险公司代表、消费者代表等共同组成的委员会，当一个规则成熟时，委员会可以决定将软商法入典。

主持人总结：周林彬 中山大学法学院教授

1、做大事要有格局，看得更远一点

商法典可以和商法通则、民法有机配合，并承认特别法。特别是建伟也讲了，新时代要有新的中国经济，要在国际经济中掌握新的经济体，商法典的思考应该站得高一点。

2、多谈点问题，少谈点主义

尽管看的远，但是要从问题入手，既要务虚，更要务实，要和中国现实结合，考虑政治策略和可行性。

3、条条道路通罗马

国家立法只是一方面，民间立法同样重要。不要只盯着立法机关，商法的一般规则既可以国际法、民间法，又可以程序法等等进行安排，条条道路通罗马。

第六单元 法官眼中的商事与商法

一、主题发言

(一) 商事关系法律调整的三维视角(李志刚 最高人民法院民事审判二庭法官)

三维视角包括：①民商区分的视角，商事审判的特质与传统民法之局限；②司法与行政执法分工的视角，商事司法与商事行政监管之比较；③商法法典化的视角，商事司法的实践需求与商事立法的回应。具体而言：

一、商事审判的特质与传统民法之局限（民商区分的视角）

(一) 商事审判、商事案件与商法

民二庭实际上是商事审判庭，主要审理金融借贷、商事买卖、股权转让、新金融等案件，但部分案件的区分存在争议（如公司买办公桌、王海打假等属于民事关系还是商事关系）。另外，民法和商法的划分也存在疑问（如合同法属于民法还是商法）。

(二) 从审判史的角度考察民法与商法的划分

经济审判庭的发展：1979年重庆法院建立第一个经济审判庭、2000年大民事改革，取消经济审判庭、2009年4月16日人民法院应对金融危机商事审判工作座谈会，改称商事审判。

启示：1.商事审判不是内生于民事审判；2.商事审判与市场经济体制的建立同步而生。

(三) 商事审判与民事审判的困惑

在司法实践中，民事审判和商事审判的划分存在很多困惑。

首先，主体论和案由论都有问题。在主体论下，B2C难以归类；在案由论下，买卖合同、股转合同等难以归类。另外，传统的大民法思维认为我国民商合一，体现为《民事案由规定》第八部分，将与公司、证券、保险、票据等有关的纠纷归为民事纠纷，这是不对的。

个人看法是本质论，以是否以资本运营为交易（调整）对象作为划分民事案件和商事案件的标准。

(四) 民商审判之分并非伪命题

通过违约金、股权变动模式等实务问题，说明有必要对民商进行区分。

(五) 民商区分的原因

根本原因在于根本价值追求不同。

民事审判：以人为本（对弱者的特殊保护，实质平等），以维护人的生存、安全、发展为中心；民法价值取向的调适与再造；从近代民法到现代民法、从契约到人权；商事审判：资本增值（效率优先，形式平等），以促进市场交易、增进财富创造为中心

二、商事司法与商事行政监管之比较（司法与行政执法分工的视角）

商事司法与商事行政监管应各归其位，合同效力（交易效力）有效与行政处罚并行不悖。

三、商事司法的实践需求与商事立法的回应（商法法典化的视角）

我们需要的商法典要回应实践需求、制度需求与制度供给，而不仅仅是一部学术作品，也不是一部与民法典互相攀比的作品。

其制度需求包括两个方面：①商事主体的需求：交易的便捷性与确定性；②商事审判的需求：实用、好用、清晰、完备；商法的解释技术与解释方法有共识。

目前商事立法存在的问题：①民事合同和商事合同的区分；②交易创新与立法滞后：缺商法的漏洞填补的一般方法；③金融法领域商法规范与商法理论的缺位。

针对这些问题，商事立法的努力方向应该是：①民法典中体现商事合同的区分；②增补股权转让合同、对赌协议、保理合同；③增加商法适用方法上的共识与规定。

总结而言，商法典的法典化形式的判断标准是其是否好用、是否实用，是否能回应中国当下的商事交易实践需求和司法需求，是否能解决商人和商事审判的问题。商法法典化的目的不是法典化，而是科学化。

（二）民法要素与商法要素的协调——公司法司法解释四评析（陈克 上海市高级人民法院民二庭法官）

公司法司法解释四中交织着民事一般规则和商事特别规则的两对矛盾和三种关系。

1、股东意思自治与公司团体意志之间的矛盾

公司作为组织体，通过决议汇集股东意思形成团体意志进行公司自治。公司团体意思作为股东意思得汇合，就应遵循一定的秩序规则。在团体法视角下，股东作为公司成员，应遵循公司团体意思，要求股东的自治受制于公司的团体秩序规则。2003年公司资本制改革明确了公司自治的程度要求。对公司自治的影响力凸显了公司治理中对股东个体的自治中的意思的强调。

股东利益与公司整体利益不一样，赋予股东强制分配请求权。诸如此类的强化规定很可能激化股东自治和公司自治间的矛盾。

2、司法判断与商业判断之间的矛盾

主导公司治理的应当是商业判断，法律总体上只应作为商业判断的推动者，当然公司自治失灵时，司法判断才能走到前台，但是，公司事务本质又是技术性而非法律性，如何实现司法判断的“效益比”，就会转化为司法判断与商业判断之间的矛盾。

解释四第4条、第9条都强调了司法对公司治理的强势介入。且法律文本上所采取的“滥用”、“实质性剥夺”等表述，也意味着司法对公司事务从低密度的程序审查，变成了高密度的实质审查，如此一来，解释四已经让法官站在法律与商业判断的交接处，如何实现“法官不能改变法律织物的纺织材料，但是可熨平皱折”的丹顿勋爵的教导，可能会演变成法官在具体案件中协调民法的一般规则与商法的普通规则的问题。

上述两对矛盾是公司与生俱来的，公司决策必然要汇总股东的意见，股东

要实现自己的意思自治必然会产生矛盾，而产生矛盾之际就是司法介入之时。协调下述三组关系可以解决上述两对矛盾。

1、资本民主与平等保护

一方面，投资的份额确定了公司的股东与公司的联系程度，资本民主是公司治理的基本性制度安排。但如果控股股东利用资本民主攫取其他利益，同股同权所对应的民法中的平等原则应居于资本逻辑之前，公司不能损害股东的核心利益和合理预期。

2、股东权利的行使与限制

公司法司法解释四中关于股东权利要件的规定根据该权利对股东利益的影响多少存在多少的区别，如知情权（股东的基本权利）限制少，股东代表诉讼则限制较多。

股东权利的行使与限制也体现为公司的团体意志对股东救济的限制。

3、公司自治与管制

公司自治会产生公司的相应行为，应当兼顾组织稳定和法律规定，否则会受到强制性规范的调整即管制。

商事审判中存在结构性融资，而融资结构的改变必然会改变公司的资本结构，进而影响公司的治理结构。大量的明股实债、资本对赌等游走于法律灰色地带的非标准契约，对其他公司利害关系人进行偏颇对待。合同自由无可厚非，以合同形式实施公司自治亦属正当，但都应在法律规则下予以运行。如何通过法律供给实现针对合同形式的公司自治与公司管制协调，将在很长阶段内考验着立法者与司法者的智慧。

（三）商事案件裁判对商法的技术需求（刘建功 江苏省高级人民法院环资庭庭长）

作为法官，从用户的角度谈商法，并不关心其形式问题，而关心其是否好用、能否解决问题。

在当前没有商法典的情况下，商事案件的处理也并非完全摸黑，但是存在一些困惑点，如果能将这些点连成线，可能就有了商法通则的立法可能性，而只有在形成内在逻辑后，方才具备商法典的立法可能。

前面很多老师提到了法官的商事审判思维的问题可能是误解。王涌老师在文章中提到了不当得利的认定问题，部分案例似乎表明民庭法官倾向于让被告承担举证责任，而商事审判庭的法官则倾向于让原告承担举证责任。我认为真正原因不在于民事或商事思维，而是当事人的特点决定了法官心证形成时间（商主体具有理性，可能在审理前法官就形成了对其有利的心证）。

我认为，真正存在问题的地方是现行民法难以解决的商事审判问题。比如：

1、商事代理问题。对应如何实现交易的可识别。

如建设工程表见代理，全国判决完全不一致。

问题在于现行法依据只有合同法第 49 条，与商事代理逻辑不一致

- 2、账簿相关案件。对应如何实现诚信
 - 3、营业问题。对应如何实现财富最大化
- 总结起来，上述问题产生的根本原因都是商事主体的组织化。

(四)商事审判思维的相关问题(唐盈盈 北京市海淀区人民法院民三庭副庭长)

商业逻辑与法律逻辑的关系厘清在法官的裁判中具有重要意义。

一、商业逻辑与法律逻辑的定义与关系

1、定义

商业逻辑是企业、商人通过一连串的商业运作来达到营利目的的客观规律和思维方法。以营利的考量为出发点，更侧重营利、效率，追求交易安全、迅捷可靠；

法律逻辑是法律人完成从制定法所包含的一切一般性产物中推导出适用于个案的准则工具或手段。首先思考行为的合法性，在法律没有规定的情况下探求法律的目的、原则、精神。

2、关系

就法官而言，需要运用法律逻辑是妥善解决形形色色的社会纠纷，但并非一切社会问题都可以转化为单纯的法律问题，商业规则在社会中发挥着更大作用。法律逻辑只有获得商业逻辑的支持才能获得社会心理的认可。

二、商业逻辑与法律逻辑冲突的具体表现

- 1、合同领域：如违约金数额确定、抢注域名倒卖获利合同效力、高额利息约定等
- 2、侵权领域
- 3、公司法等领域：如资本多数决等

结论：仅凭法律逻辑无法妥善解决所有商业问题，仅靠商业逻辑也无法在商业社会中确立规则、维护良好竞争秩序。基于此，学者提出商事裁判思维的概念，更多最求程序正义、交易安全、意思自治，强调营利效率、迅捷安全可靠，注重考虑商事特有制度和商事习惯的特殊性，这使其成为法官消解商业逻辑和法律逻辑冲突的有效思维模式。

三、两种逻辑冲突的消解路径

法官处理与商业活动密切相关的新类型案件中，应有意识运用商事裁判思维，遵守以下原则：

- 1、秉承司法谦抑原则，最大限度尊重商业自治。法官应谦逊介入，限于必要情形，并注意干预限度。
- 2、在社会系统中把握法律，多渠道了解商业逻辑。法官应有意识跳出法律之外，多渠道积累商业常识，尊重商人智慧，推广商事调解员、商人陪审员制度。
- 3、以法规为抓手，进行法律解释和效果预测。通过当事人找法，法官适法的路径完成法律适用。法官应通过法律解释、经济分析等手段做出最优选择以化解冲突。
- 4、文书撰写采用个案化论证，避免提出普适原则。

此外，优秀的民商事法官还应当具有公平、审慎、实践、理性，精通法律技术等司法品质。

二、与谈

（一）梁上上 清华大学法学院教授

1、法官之间对商事思维存在不同认识。

2、关于本节发言的几点疑问

第一，对于李志刚法官的发言，疑问是究竟什么是商事合同和民事合同的区分点。

第二，对于陈克法官的《民法要素与商法要素的协调》一文，疑问是究竟哪些属于民法要素哪些属于商法要素。

另外，唐法官讲到商业逻辑，但商业逻辑与法律逻辑是不是一定矛盾也存在疑问。比如公司法有董监高的注意义务，这往往和商事裁判规则联系在一起，而所谓商事裁判规则就是让起诉人承担更多的举证责任。这种举证责任的调整是否意味着法律逻辑沿着商业活动的事实和实践展开，是否意味着法律本身就应该从商业事实出发？在我个人看来，商事裁判规则也并不一定存在商业逻辑和法律逻辑的矛盾，法律如何适应商业活动才是真正值得研究的问题。

（二）段晓娟 江苏省高级人民法院民事审判二庭副庭长

首先，建功法官讲不当得利过程中体现的不是商事思维的问题，但我认为，他所说的基于民事主体和商事主体起诉法官所形成的不同心证恰恰是商事思维的体现。从刚才几位法官的发言来看，大部分都认为商事有别于民事，正是因为有这样的区别才会有商事审判思维或商事审判理念的问题，这是商事法官在长期实践中发现的。

第二，民商合一能否解决问题？从实践来看是不能解决的。我在上海财大的论坛中谈到过有限公司监事行使公司法第 53 条检查财务的权利能否起诉的问题，在实践中大量案件都驳回起诉，原因大都认为这种情形并没有侵犯监事的民事权利（财产权和人身权）。大量商事权利的侵害不能通过民法救济，因此，专门的商法是有必要的，至于具体是什么形式，我没有具体思考，但结合法院目前的实际情况，大量巡回法庭的设立消解了商事审判庭的力量、法官要处理大量事务性工作、法院内部管理方式的转变、法院内设机构的改革等都导致法院难以出台高质量的司法解释，法官案件压力大，因此商法典可能更适于实践需要。

（三）杨姗 西南政法大学民商法学院副教授

我从具体制度适用和司法实践需求的角度考虑商法的完善和发展的的问题。

从前面几位法官的发言来看，在司法实践中，商法和民法的冲突主要集中在商事合同审判中。如商事合同和民事合同权利义务的设置应当不同，但实践中没有区别对待，还有合同效力的判断、合同解释等问题均应当作出区分。

然而，目前在大民法下，民法侵占了商法的这一领域，如果商法学者能够在民法典的合同编中凸显商事合同，商法的地位可能会更加得到突显，商法典的制定也是指日可待的。

主持人总结：王建文 南京航空航天大学人文社科学院教授

刚才几位法官的发言都非常精彩，让我们看到了商法典的最终用户的观点。我的几点感想：

1、虽然各位法官观点不完全一致，但都深刻认识到了识别、区分商事关系的必要性，也就区分标准提出了自己的观点。

2、法官心中的商法典与学者心中的商法典可能有较大区别，希望以后能有机会听到法官们将心中商法典的结构说出来。

3、如何归纳概括商法要素、商法特性，商法思维存在与否，则需要进一步研究。

三、总结致辞

（一）李建伟 中国政法大学民商经济法学院教授

个人觉得制定商法典、商法通则可以再议，首先应该明确我们讨论制定商法典、商法通则究竟在说什么。

三个观点：

1、我们实际是在讨论实现我国商事法律规范体系的科学化的问题，这涉及到立法模式的选择。

应当注意到今天的立法并不是先验性的，很大程度具有任意性、自发性，现在推倒重来，既不可能也不可取，应该在目前的立法基础上再出发。

2、这一探讨有利于民事规范和商事规范的区分和识别，降低识别成本。

3、民法典的编纂使得商法体系更加碎片化，商事法律规范体系的科学性问题的急需解决。

如商事代理，表见代理适用于商事环境更多，现在民法总则第170条未来是否足以适用存疑，可能导致商法更加碎片化，从另一个角度来看，民法出错可能是商法的机遇。另外，商事法律规范体系的科学性问题的科学性也涉及民法典立法内容的选择问题，虽然民法典编纂高举民商合一的大旗，但没有落地，民法典、民法总则的安排没有完成民商合一的使命，民商不分成为一大公害，这也从另一方面增加了商法学界的使命感。

最后，我们不能仅仅就法论法，不能仅仅从民商分立、科学化的层面上看待制定商法典的伟大意义。在我们这样一个统一的国家、大陆法系传统的国

家，一部独立形式的商事立法其积极的法治价值无论多么强调都不过分。具体而言，以企业为主体的立法有利于商民区分、政商区分，有利于塑造政商关系，而从司法层面，如果商法独立，无论从什么层面总结商法规范的独立性、商法的独立价值、商事审判的独立性等都很容易证成。立法在中国还是个至高点，我们应当为此作出自己的努力，从学术的层面来证成制定独立的商法典和商法通则的意义，个别场合也可以转化成政治话语体系。

（二）刘凯湘 北京大学法学院教授

感谢现在还坐在现场的老师和同学。今天的讨论非常热烈，虽然大家都关注商法典最终能否出台、什么时候出台、出台后是什么样，但讨论过程本身就是各位的使命所在、乐趣所在。

我们支持旭东推动商法通则，但更希望最后能有商法典。张文显副会长曾明确提出：“在社会主义市场经济法律体系中，民法和商法是鸟之两翼、车之双轮。”因此，讨论商法典并不会有政治错误的问题。

最后，感谢大兴和他的学生，明年商法圆桌论坛的主体与营业相关，欢迎中青年商法学者积极参与准备。