

民法逻辑、商法思维与法律适用^{*}

郑 彧^{**}

内容摘要:以逻辑严谨为标志的潘德克顿法学将民事法律关系打造成一个以法律概念为起点的逻辑关系闭环,其对问题的认识、争议的解决都是在这个逻辑闭环中完成。基于相对稳定、固态的民事关系,民法学者能够提取法律规范的公因式并构成具备完整自证链条的民法逻辑体系。但就商法的世界而言,商事交易始终处于变化之中,商事交易的结构、交易的范式变化是一种常态,这导致很难从一个定义为基础去展开并构建一个从点到面的逻辑论证闭环,这就使得商法规范看上去显得分散、庞杂且各等规范之间很难有共同的规律,因此不少商法学者提倡应通过商法思维来解决商事交易的纠纷。但问题由此而来:何为商事思维,它如何有别于民法逻辑,商事思维应该如何运用于商事审判?本文希望通过沿循民法逻辑和商法思维的基础性比较,呈现出有别于民法逻辑的商法思维特点,并以此说明在商事审判过程中将商法与民法按照“一般法与特别法”的关系进行理解和适用并不是审判科学化的一个合适选择。

关键词:民法逻辑 商法思维 民法典编纂 法律适用

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2018.04.008

民法在以“对人的保护”为其人文关怀的价值基础上^①发展成为以“人”为逻辑起点的“‘人’^②—‘物’—‘权利’”三者相互关系的民法体系,从潘德克顿法学角度出发,这是一个逻辑的闭环,对于权利的保护需要从权利主体是否拥有权利、何时拥有权利、拥有什么样的权利出发,不同的权利对应不同的救济方法。但发源于商事习惯法的商法无论是在主体规范、财产流转和商业责任方面都存在着与民法大相径庭的价值观,在民法思维已经根深蒂固的司法审判实践中,如果以民法的逻辑方式处理案件看似符合对于个体的诸如“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,因为“将具有特殊财产能力和特殊生存环境需求的商人与普通自然人和非商人组织享有同等权利并承担同等义务和责任,是以表面的公平造成了实际的不公平”。^③

一、民法逻辑与商法思维:民法逻辑的体系化与商法思维的分散性

民法逻辑是依据概念同一性和差异性为基础,^④由上位概念与下位概念的相互联系所形成民法规范或者民法制度之间的内在连接,^⑤在本质上是通过定义、归纳和总结的方法将普遍存在的民事生活的共性上升为概念和定义,并通过概念和定义以形式推导的方式获得民事争议的解决路径。民法逻辑的重要体现在于其通过概念而形成的民法体系化。民法科学自古以来就在研究和讨论着庞大的民法规范的体系化问题,尤其是民法规范、制度、体系及其逻辑这些基本问题。在此背景下,抛开法学方法论上对于有关概念法学“概念崇拜”的批判不谈,就民法本身的特点来说,其作为成文法的主要特点追求立法和司法的逻辑缜密性,强调法

* 本文系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”(项目批准号:14BFX092)阶段性研究成果,并受到上海市浦江人才计划资助(项目号:17PJC039)。

** 华东政法大学国际金融法律学院副教授。

① 参见薛军:《人的保护:中国民法典编撰的价值基础》,载《中国社会科学》2006年第4期。

② 这里所指的人应包括了自然人和法人。

③ 范健:《商事审判独立性研究》,载《南京师范大学报(社会科学版)》2013年第3期。

④ 参见孙宪忠:《我国民法立法的体系化与科学化问题》,载《清华法学》2012年第6期。

⑤ 同上注。

律逻辑的一贯性、体系性,通过分析、归纳及演绎等方法导出一般原理原则,“构成一个上下之间,层次分明、逻辑严密的法律秩序体系”。^⑥在这个体系中,法律本身被编制成有内在逻辑的体系,这个内在逻辑通过一个个可以成系统的概念联结起来,构成抽象的概念法学体系,且“非有足够充分且正当的理由,不得设置例外”。^⑦在这样的逻辑体系下,欧洲大陆的重要民法典虽然在不同时期生效,但其核心内容却表现了极大的统一性,即围绕“人”、“权利”和“法律行为”这三个基本概念实现民法“平等、保护个体权利和自由”的三大基本原则。^⑧类似地,我国民法体系的建设和发展也是沿着“从权利主体(人)出发,设立权利客体(物)、权利的行使规定,构成民事法律关系制度”^⑨这样一种“人”-“权利”-“法律行为”的逻辑框架展开,从民法的基本价值之一——意思自治(个人自由)出发,推演到合同自由、所有权自由、婚姻自由、遗嘱自由、社团自由乃至过错责任,从合同自由又可推演到合同订立自由和合同内容自由等,围绕意思自治形成由三大基本原则——所有权神圣、合同自由和过错责任组成的价值网络。^⑩在此过程中,民法体系在意思表示上强调“人”的意思自治,在行动上以“法律行为”浓缩引起人的权利、义务变化的法律事实,并根据不同法律行为的性质导出不同类型的民事法律责任。为了回应自由意志论所遭遇的现实困境,现代民法又以“所有权的社会化修正所有权神圣原则,以契约正义修正契约自由,以无过失责任修正过失责任”^⑪而对前述三大基本原则做出修正。这样,在逻辑上呈现出层次递进的民法体系在形式上看似完美地解决了民事生活中围绕“人”而产生的“人”(主体资格)、事(权利)、物(所有权)关系及其保护的问题。

民法这种以人为本,围绕权利展开的逻辑路径却并不适用于商法。商法从其最初的“商人法”一开始就具有与民法不同的背景,无论是最初作为行规的商人法还是后来被立法机关和司法机关所承认的商法规范,其价值视角是保护商人的“营利性需求”和“商业秩序的可被预期性”,商人可享有的“人格”权利其实并不是商法的价值基础。由于“民法面对的仅是人类基本需求,其较诸商法面对的商业世界的需求,变数要小得多”,^⑫因此如果说民法可以基于稳定的民事关系而通过概括、提炼民法概念的方式予以体系化的话,那么在面对复杂多变和利益多元的真实商业世界面前,商法形成稳定的、环环相扣的概念体系的机会要远比民法小得多。在缺少具有严谨逻辑层次的定义时(比如有关“商人”的定义就存在“主观说”、“客观说”和“折衷说”等争议),商法往往在法律适用与解释层面更强调基于商法思维而对商法规范进行理解和分析,其并不存在诸如民法那样可被统一适用的“商法逻辑”。由此,不难理解,当我们考虑到法律思维只是一种微观分析的思维方式,强调对事物的具体分析,^⑬不是体系性或演绎性的,而必须围绕难题根据恰如其分的尺度来考量难题与价值的方方面面的特点时,^⑭商法思维只能是一种主观性的观念,是法律解释者对商法原则和规则的主观理解,并非对商事主体行为模式的客观规范。^⑮商法思维的作用在于为法律职业者在从事商法职业的决策过程中的思考、分析、解决问题提供思维模式,^⑯它是一种用以解决复杂商事纠纷的“路径地图”。就此区别而言,我们可以看到“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

⑥ 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第61—62页。

⑦ 杨立新、王轶等:《中国民法学三十年:1978—2008》,载姜明安主编《中国法学三十年:1998—2008》,中国人民大学出版社2008年版,第147—148页。

⑧ 孙宪忠、刘静:《德国民法的结构、意义和经验》,载《法律适用》2002年第9期。

⑨ 寇志新:《论民法理论的法理逻辑结构:民事模式论和民事救济论》,载《法律科学》1991年第6期。

⑩ 参见朱岩:《社会基础变迁与民法双重体系建构》,载《中国社会科学》2010年第6期。

⑪ 丁南:《从“自由意志”到“社会利益”:民法制度变迁的法哲学解读》,载《法制与社会发展》2004年第2期。

⑫ 张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载高鸿钧主编《清华法治论衡(第6辑)》,清华大学出版社2005年版。

⑬ 参见谢晖:《法律思维特征之我见》,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第1辑),中国政法大学出版社2002年版,第43页。

⑭ 参见[墨西哥]路易斯·雷卡森斯—西切斯:《法律思维的性质》,姚远、王蕾译,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第15卷),山东人民出版社2014年版,第7页。

⑮ 参见冯果、袁康:《商法思维与商事法律解释》,载王保树主编:《中国商法年刊(2013年卷)》,法律出版社2013年版,第359页。

⑯ 参见王保树:《为什么要讨论商法思维》,载王保树主编:《中国商法年刊(2013年卷)》,法律出版社2013年版,第1页。

益,更追求交易的安全、迅捷、可靠”;^①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,民法逻辑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”;而商法思维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它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存在的逻辑前提是在整个交易机制效率的考量下兼顾个体的公平,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,这决定了商法在商业活动纠纷认定与解决机制上应有着区别于民法、经济法或者行政法的方式与路径。

二、民法逻辑与商事审判:民法逻辑对商业实践的不吻合性

当以“公平”、“诚实信用”为基础的民法逻辑判定商事纠纷或者商人之间特殊的制度安排的时候,其可能产生的问题是“维护实质公正、财产的静态安全被更多地予以强调,商事交易的营利性、便捷、效率等特性未能得以充分凸显,甚至出现了民事案件过度商化和商事案件过度民事化两种现象并存、对‘人’的关怀不足和对‘商’的专业、效率尊重不够两种倾向并存的情形”,^②如果民法典意图将商事活动纳入其规范的范畴,那么在现有大民事审判的审判分类布局下,我国商事审判实践中“无法可用”、“有法不宜用”和“有法不好用”的司法困境^③仍将继续存在:

1. 民法逻辑中的“人”不能解释商业活动中“设立中的公司”的地位与法律责任

民法上的“法人”作为一种虚拟的人,其权利能力与行为能力自其设立之日起获得。在欧洲民法理论上,“每一个法人都应当建立自己的组织形式。法人机关一般应实现三种功能,即意思形成的功能、领导功能和监督功能”;^④在德国,《德国民法典》第22条规定“在没有特别的联邦法律规定的情况下,以经济上的营业经营为目的的社团因国家的授予而取得权利能力”。^⑤因此,“设立中的公司”是没有任何权利能力的,它不能为任何法律行为,也不能以自己的名义拥有财产。^⑥可见大陆法系的各个国家对于设立中的公司都否认了其在民法上的“法人”人格地位。

但是在实际生活中,从公司筹备到公司设立完成并不是天然浑成的无缝连接过程,多数公司需要经过一定的时间才能最终完成法律意义上的设立,由此形成现实的“设立中的公司”。虽然“设立中的公司”尚未注册或者登记,不具备法人资格,也不具有法律所赋予的权利能力和行为能力,但它却可能实实在在地为公司设立完成后的营业而开展相应的营业性活动(不仅仅是设立的准备活动,而是涉及到具体的经营活动,比如为了获得政府发标的土地,在公司设立完成之前以公司的名义进行土地投标)。对于“设立中的公司”在公司设立完成前的行为属性与效力,民法体系无法用“人”的理论进行概括与归纳,因为大陆法系学说认为“设立中的公司尚未登记取得人格,故不得享有权利能力和行为能力”。^⑦为了弥补“人”的定义无法解释“设立中的公司”行为效力这个问题,民法理论提出“设立中的法人,在各阶段中,由设立人取得权利,负担义务,可以准用合伙的规定;在法人设立成功时,因为设立中的法人与事后取得权利能力的法人之间因为存在着同一性,所以设立中的法人形成的权利与义务,都直接地移转于成立后的法人”。^⑧但问题也正由此而生:对于自然人,其权利能力自出生之日起存在,行为能力依据法律的规定进行认定。对于限制行为能力的自然人,民法是以监护人的“选择追认”来最终确定限制行为能力人所发生的法律关系的效力,限制行为能力人的民事

^① 王保树:《尊重商法的特殊思维》,载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2011年第2期。

^② 李志刚:《商事审判理念三论:本源、本体与实践》,载奚晓明主编:《商事审判指导》(2014年第1辑),人民法院出版社2014年版,第64页。

^③ 参见王建文:《中国商事司法实践中的法律适用与出路》,载《现代法学》2010年第5期。

^④ 孙宪忠:《德国民法的结构》,载《法律适用》2002年第9期。

^⑤ 陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社2015年版,第12页。

^⑥ 曹顺明:《设立中公司法律问题研究》,载《政法论坛》2001年第5期。

^⑦ 毛健铭:《略论设立中公司——基本理论问题探讨》,载《法学》2002年第10期。

^⑧ 王利明主编:《民法学》,复旦大学出版社2004年版,第63页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第75页。

行为在“追认”与“未追认”之间形成的“要么有效、要么无效”的平行关系,这种“选择追认”的法律效果与行为能力效果在逻辑上保持了一致性和连贯性;而以“准用合伙关系”解释设立中的公司,它无法在逻辑上解释为什么前一秒设立中的公司是“股东的合伙责任”而后一秒就变成“公司的无限责任”(换句话说就是“股东的有限责任”),因为它们之间的责任转换是“跳跃式”而非自然承接。而且我们还应注意公司设立一旦完成,完成的公司作为法人对作为设立中的公司的“责任承接”是一种完完全全不以法人意志为选择的法定责任效果,即无论设立完成后的公司是否愿意,它都必须接受设立中的公司的行为的法律后果,它不具备像准治产人那样以监护人“追认选择”产生法律效力的逻辑效果。

2.由“人”所演进的“人格权”不能充分保护商业主体的营业利益

人格权制度是有关生命健康、名誉、肖像、隐私等人格利益加以确认并保护的法律制度,^⑤它是民法在“人”的概念基础之上,围绕“人”的权利的应有之义。在“现代民法的终极价值是对人的关怀,民法的最高目标就是服务于人格的尊严和人格的发展”^⑥的背景下,民法对于人的保护主要在于对于“人”的人格权利的保护。虽然人格权利的形式涵盖姓名、名誉、荣誉、隐私等,但从权利保护的模式上看,人格权保护还是受限于侵权责任法的归责原则,有关损害的故意或者过失(主观要件)、侵权行为的存在(客观要件)、损害结果和损害行为之间的因果关系仍然是人格权侵权的归责要件。由于人格权保护的是“人格”不因侵犯而受到“人格减损”的权利,所以,沿着依据权利来源寻求对应法律救济的民法逻辑,人格权在民法上的保护体系是首先保证弥补因为侵权所造成的人格减损,由此民法上呈现以“赔礼道歉”的方式实现“恢复名誉或荣誉”的侵权责任效果。基于“人格权”保护的主体是人格而非作为人格减损而产生的精神损害,因此在现代侵权责任法中虽有对于人格权的精神损害赔偿,但考虑到精神损害的无形性和附随性,因精神受损而可获得的金钱赔偿法定金额不高,并且只是充当了辅助的法律救济手段。

在此背景下,作为商业组织的商人在法人制度下虽然也可享受到“法人人格权”的民法保护,^⑦但问题由此而生:单纯对于商人的名誉权、荣誉权或者名称权的保护没有任何实际的意义,因为在商业社会,对于这些权利进行保护的本质在于保护商人通过这些名誉、荣誉和名称而可能获得的利益,也即商业信誉(“商誉”)的利益。所以理论上商誉不只是一种单纯的人格权,而是兼有人格权和财产权的双重含义。对于商主体的人格减损其实体现的是基于“商誉减损”而带来的利益减损(包括直接利益和间接利益),对于商主体的人格权的侵害不能仅仅是要求侵权人恢复商人“名誉”那么简单,因为简单的恢复名誉不会使商人已经受损的商誉价值自动得以恢复。但传统民法上因为法人只是法律上的拟制人,所以其不具备对于侵犯其法人人格权的行为要求予以“精神损害赔偿”的基础,这也是为什么《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第一条中只有“自然人”才可提出精神损害赔偿的根本原因。很明显,在人格权的权利主体为“人格”的逻辑下,对于商人“法人人格权”损害的赔偿措施只是一种象征性补偿而不是直接的救济手段,由此造成在现有民法的“法人人格权”保护下对于商人商誉价值的保护严重不足。

3.围绕“物”而生成的物权规则也不能适用现代商业社会的权利认定标准

物权规则的意义在于通过产权的界定以实现“定分止争”的功能。在民法逻辑上,只有符合真实意思表示的法律行为才可能获得合法、有效的物权。因此在所有权的产权界定方面,无论是我国行政机关还是司法机关都是沿着“谁投资、谁所有”的意思表示真实原则确定企业产权的真实所有人。^⑧但商业实践中,基于各种复杂的原因,股权代持成为实际出资人躲避监管或者信息披露的常用手段,而我们对于股权代持行为项下

^⑤ 王利明:《我国民法典体系的再思考》,载《人大法律评论》编辑委员会编:《人大法律评论(2003年卷)》,中国人民大学出版社2003年版,第12页。

^⑥ 王利明:《民法的人文关怀》,载《中国社会科学》2011年第4期。

^⑦ 比如《中华人民共和国民法通则(1986)》第120条“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的,有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失。法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的,适用前款规定”。

^⑧ 原国家国有资产管理局发布的《集体企业国有资产产权界定暂行办法》第四条规定“产权界定应遵循谁投资、谁拥有产权的原则进行,即从资产的原始来源入手,界定产权……”;最高人民法院《关于“红帽子”企业产权纠纷处理有关问题的意见》指出“人民法院在审理这类行政案件时,对实体问题应当尊重谁投资谁所有的原则”;刘万金:《企业产权界定应遵循谁投资谁所有原则》,载《人民司法·案例》2010年第22期。

的权属认定存在巨大的逻辑矛盾：一方面，从公司法的角度而言，“股东”是指拥有公司股份的人，^②特别是在有限责任公司中，基于“人合”与“资合”的两合性，股东只以股东名册上的记载为准，不会存在“名义股东”和“隐名股东”之分，此乃商法外观主义的表现；但另一方面，在“谁出资、谁所有”的民法逻辑项下，股权的真正所有权通常又会被认定归属于实际出资人所有，此乃民法的公平主义。在商法的“外观主义”和民法的“公平主义”的冲突下，虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法司法解释（三）》）只支持隐名股东向名义股东主张“投资权益”，并未赋予隐名股东参与决策和选择管理者等股东权利，这似乎承认了“名义股东”是公司层面的真正股东；但另一方面，民法中善意取得制度适用的前提是处分人无权处分，因此从该解释以参照《物权法》中的善意取得制度处理名义股东对外转让股权的效力判断，解释似乎又在间接推定隐名股东才是公司股权的真正所有人。^③ 这导致在股权所有权及其处置问题上，债权、物权、公司制度这三种法律关系间未能做到协调与衔接，民法逻辑与公司法概念的矛盾由此产生。^④

此外，在民法体系中，物权行为独立于产生物权的原因行为（如债权），也即在一项债的安排下产生物权的变动效果，如果希望恢复原状需要以另一个独立的物权行为返还原物，而不能简单地以终止合同恢复原状的方式撤销物权。这样，无论是在物权变动（如转让）还是物权设限（如抵押）中，物权的效力均有别于债权的效力。因此，针对相同交易主体所做的两个标的物一致但交易方向相反的“一买一卖”的行为，其在民法上被视为两个独立的意思表示，成为两个不同的法律行为。基于两个不同法律行为所做出的物的交付的效果也不一样，作为前一法律关系的买方收到货物后成为后一法律关系的卖方，后者如果在收到货物后不履行承诺的交付货物义务也仅是承担合同上的违约责任，因为前一法律关系的卖方对于已经出售的货物因为失去物的所有权，不能再直接向买方行使物的追及权利。但在商业活动中，这样的“前买后卖”的安排往往是前一法律关系的卖方以暂时向买方让渡所有权的方式而做出的“让与担保”，^⑤它的法律意图不是两个分别的“一买一卖”的交易，而是名义卖方向名义买方所做出的“担保形式”。基于“物权法定”的要求，让与担保不被认可为法定的物权担保形式。比如，在让与担保不被法律所认可的情形下，现有的买断式国债回购交易^⑥就存在一个根本性的系统风险：一旦证券市场出现大规模的波动，在现有的民法体系认定标准下，接受融券方（提供融资方）对债券融资方（融资方）仅负有合同的返还（回售）义务，在接受融券方挪用债券且无力偿还的情况下，融资方无法依据物权的追及效力追回原本意在“质押”的债券，这就有违买断式债券回购交易的本质，并会引发一系列的金融交易有效性的认定问题。^⑦

4. 围绕“债”产生的违约责任不能充分保护商人的契约利益

依据债产生的原因，民法上的债权包括了因契约、侵权、不当得利和无因管理而产生的责任。但无论基于何种原因产生的债，囿于民法原本的功能在于以公平原则弥补当事人的损失，因此民法上的违约责任是沿

^② See Bryan A. Garner, Editor in Chief, Black's Law Dictionary (ninth edition), Thomson Reuters, 2009, p.1832.

^③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》中规定“有限责任公司……的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持”，同时规定“名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第106条的规定处理”。

^④ 参见荣远兰：《浅析隐名股东的股东资格认定——兼评〈公司法〉司法解释（三）第25、26条》，载《海峡法学》2012年第4期。

^⑤ 所谓“让与担保”是指债务人或第三人为担保债务人之债务，将担保标的物之所有权转于担保权人，于债务清偿后，标的物返还于债务人或第三人，债务不履行时，担保权人得就该标的物受偿的非典型担保。

^⑥ “买断式回购”本质上是一种债券抵押，只是为了商业目的的考虑（提高债券的流通性）而以“出借方买断债券所有权+出借方回售债券所有权”的方式实现债券的担保（这意味着回购期间，出借人还可以以回购债券的所有人身份将债券再次进行回购或者出售）。

^⑦ 与买断式债券回购类似的是“质押式债券回购交易”，基于交易连续性和对交易对手保护的要求，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、出售并充抵债务的权利，这种回购虽然符合《物权法》上的质押规则，但质押式证券回购中债务人违约时对于质物的处置方式是不符传统民法对于担保物“禁止流质”的传统的。

着对于实际损失的“补偿论”路径进行规范和裁判,比如《德国民法典》第 343 条就规定对于承诺了支付违约金违约金的普通人来说,法院仍可根据债务人的申请判决将违约金减至“适当数额”。^⑤ 我国违约责任制度也是以“补偿论”为其理论基础。^⑥ 在此基础上,最高人民法院甚至直接要求“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,一般可以认定为《合同法》第 114 条第二款规定的‘过分高于造成的损失’”。^⑦ 很明显,我们在司法审判实践中的违约金规则明显是一种补偿性措施而非惩罚性措施。^⑧ 而在商事交易实践中,当事人为促使合同得到实际履行,有时会自愿设定较高的违约金,这种违约金设置机制可能并不是为了获得利益,而是为了约束当事人切实履行合同的特殊形态的担保方式。这在民事法官看来,过分的合同自由会带来不适当的结果,放任违约金条款会使之异化为一方压榨另一方的工具;^⑨ 而在商事法官看来,违约金制度的设计就是为了保障商事纠纷的快捷处理和营利预期,免除守约方对损失的举证责任。^⑩ 如果司法机关或仲裁机构动辄认定当事人之间约定的违约金过高而进行“合理干预”,无疑是不当地介入到当事人之间的经营关系之中,替代经营者的经营判断,而以自己的判断标准来寻求所谓实质正义。^⑪

三、商法思维与商事审判:商法思维与民法逻辑的差异性

(一) 商法侧重于商主体的类型化研究而非主体存在的人格意义

在传统的大陆民法中,传统的民事主体理论集中于对“人”和“法人”的权利能力和行为能力展开研究,讨论的重点在于自然人或者“拟制人”的人格意义、法律地位和意思表示,并且在责任方式上对民事主体形成“无限责任”和“有限责任”这两种非此即彼的区分方式。但是在商事法律制度中,对于商主体的研究是基于对商业实践中商人责任范围不同诉求的回应,因此基于商事行为种类多样化和商人对风险承担意愿及能力的不同,商事法律研究的是商主体的类型及其法律责任。对于某些商人而言,商事登记并非他们获得商人资格的必要条件,即使他们没有履行商事登记的义务,基于他们的营利性活动仍可以获得商人的资格,只要他们在行为时符合上述商人应当具备的积极要件即可。^⑫ 正是因为前述研究路径的不同,从法律制度的发展史上看,才会在传统民法的“自然人”、“合伙”和“法人”概念之外,为满足商业社会不同主体的不同利益诉求而出现了能够结合各类主体法律特征的新型主体:比如以“法律行为”为核心的商业信托已经在不少国家被视为商主体而得到法律的承认和认可。^⑬ 在美国法上,商事信托已经拥有毋庸置疑的强式法律人格和有

^⑤ 陈卫佐译注:《德国民法典》,法律出版社 2015 年版,第 127 页。

^⑥ 比如《民法通则》第 112 条规定“当事人一方违反合同的赔偿责任,应当相当于另一方因此所受到的损失”;《合同法》第 114 条第二款参照德国民法典明确了“约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”。

^⑦ 《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 29 条。

^⑧ 虽然 2009 年全球金融危机爆发后,《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第二条第 6 款规定“在当前企业经营状况普遍较为困难的情况下,对于违约金数额过分高于违约造成损失的,应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则,坚持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质,合理调整裁量幅度,切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金”,因此“以补偿为主,以惩罚为辅”的双重说在学界渐成为对我国违约金性质的流行声明(相关观点可参见王闯:《当前人民法院审理商事案件适用法律若干问题》,载《法律适用》2009 年第 9 期;孙瑞玺:《论违约金的性质——以〈合同法〉第 114 条为视角》,载《法学杂志》2012 年第 4 期),但在本质上即使在“双重说”下,违约金仍系以赔偿非违约方的损失为主要功能,而非旨在严厉惩罚违约方(参见奚晓明:《当前民商事审判工作应当注意的几个法律适用问题》,载《中国审判新闻月刊》2007 年第 7 期)。

^⑨ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2008 年版,第 592 页。

^⑩ 参见彭春、孙国荣:《大民事审判格局下商事审判理念的反思与实践:以基层法院为调查对象》,载《法律适用》2012 年第 12 期。

^⑪ 同前注^⑩,王建文文。

^⑫ 参见张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 108 页。

^⑬ 但在大陆法系,对于以集合投资计划或投资基金表现出的商业信托存在“组织说”、“财产说”和“投资方式说”的分歧,但目前普遍的认识是商业信托并不能成为与公司、自然人并列的民事主体。有关观点参见陈洁:《集合投资计划的解构与规范——以日本〈金融商品交易法〉为参照》,载《法学》2012 年第 10 期。

限责任,它将内部组织的各类事项交给信托组织的治理文件(章程)来具体规定,通过章程条款的妥当安排,可以按照类似于公众公司的方式来创建商事信托,信托的受益人承担着类似于股东的角色。^④因此,就商法意义上的主体制度而言,它已经不再局限于对“自然人”或者虚拟的“法人”法律人格(及由其产生的行为能力和权利能力)的研究,商法已经跨越民法对于民事主体人格意义的讨论,而在更大范围的层面上研究和讨论能够承载并反映商业活动客观诉求的主体制度。^⑤

(二)商法对于所有权的保护与认定规则有别于传统民法的“所有权规则”

总体而言,民法上的所有权规则更强调对于“静态”的财产权的保护,其定分止争的度量尺度是以原始权利人为出发点,权利保护的重点在于原始权利人,“善意取得制度”下的善意第三人只是作为一种利益平衡的例外性保护措施;但在商法上,基于“商品”的流动性和周转频率,商法的所有权规则更侧重于解决物在“动态流转”过程中的权利再分配规则,由此倾向于最大程度上保护交易的结果而非原始的权利人。比如,如果一张票据遗失,没有经过特定的公示催告程序,票据本身仍将具有效力,只要票据持有人能够证明票据的连续性,票据签发人和票据的所有前手仍然按照票据上体现的金额请求权承担票据责任,而无论票据持有人与票据义务人之前是否存在交易,或者票据持有人对于票据义务人而言是否存在“恶意”或者“善意”的主观动机,这就与传统民法上对物的权利认定存在不同。又比如在商业实践过程中,对于在传统保理基础之上衍生出来的“有追索权保理”^⑥也与传统民法上“债权让与债权只及于债务人”的特征和法律后果完全不同,有追索权保理在债权转让的基础之上附加了一个未来债权回转的条件,这个条件不是转让生效的条件也非合同履行的条件,而是债权转让后债权无法全部履行后的债权回转,这种交易结构的安排完全打破了传统民法项下“风险随所有权转移”的逻辑规则,对于此种安排应该视为一个新的债权还是一个具有“准物权效力”的对原来支付款项的“追及权”就成为摆在司法裁判实践面前的一个棘手问题。如果完全按照传统民法的所有权认定规则处理这类的商业交易安排,则很多已经在西方市场经济中被广泛运用且普遍适用的商业实践在我国民法体系下将无所适从。

(三)商法上对于第三人的注意义务要求显著弱于民法要求

民法上的善意取得制度对善意第三人行为和主观要件的认定与商法上的善意第三人规则是有所不同的:民法上的善意取得要求第三人需通过合法方式以公平价格取得“物”的占有才能构成善意取得,进而才能产生物权变动的效果,否则第三人已经占有的物可以被物主追及物权或者行使撤销权;但在商法上,出于对标的物 and 商事流转结果保护的考虑,其对交易过程中第三人的注意义务和对价义务的要求就远远没有传统民法理论高。一个比较明显的例子就是目前引起广泛关注且存在巨大争议的《公司法》第16条有关内部决策程序缺失对于公司对外担保效力影响的问题,^⑦这实际上涉及到在商事交易中内部决策有效性与外部契约有效性应该优先保护何者的问题。如果从商法思维角度观察这种争议,我们可以很明显地看到《公司法》

^④ See Reinier Karaakman etc, *The Anatomy of Corporation Law: A Comparative and Functional Approach* (2nd edition), Oxford University Press (2009), pp17-18.

^⑤ 另一个最新的且更为典型的是阿里巴巴集团的“阿里合伙人制度”。“阿里合伙人制度”的核心是要在以三权分立为特征的“现代公司法人制度”下,通过契约形式的安排将公司的管理权赋予特定的管理层人员,无论这些管理层人员是否持有公司股票。“阿里合伙人”制度的本质是要保持公司创始人在公司资本扩张而引起的股东结构多元状态下保持对于公司的控制权。一方面,对其指责认为这种合伙人制度的安排严重突破了传统的以“资合”为特征的公司治理结构的安排;但另一方面,从市场主体的创新而言,如果这种制度的创新能真正被证明可以符合公司和公司股东的长远利益,那么这种公司本质下的合伙制度未尝不可在德国法学家人为创设“有限责任公司”的100多年后成为下一个100年的法律产品的人为创新。

^⑥ 所谓保理,就是一项货物或服务交易的卖方(服务提供方)将其在货物或服务交易协议项下已完成的货物或服务交付所产生的对于买方应收账款的权利以约定的价格让渡给专业的机构,由该机构在支付相应的价款后取代卖方要求买方将货物或服务所产生的应收账款向其支付的债权让与方式。而“有追索权保理”则是在传统“保理”的基础上,卖方(债权让与方)与保理(债权受让方)达成一项特别约定,若应收款债权到期后保理商无法从买方(债务方)收到被让渡的应收款债权,则卖方有义务就保理商未能收到的金额向保理商进行支付,类似于卖方作为债权让与人在让渡债权的同时向保理商做出一项不可撤销的付款保证承诺。

^⑦ 《公司法(2013)》第16条规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额”。

在商法体系中属于组织法性质,其主要目的在于保护围绕以“公司”这种组织形式而开展经营活动的公司参与人之间的权利、义务关系。因此,作为组织法性质的《公司法》,对其成员的资格、行为能力的限制性要求不应过多地转换为要求外部第三人具有“知晓”的义务(即使在企业信用可通过互联网进行公示的条件下,因为企业信息公示的目的本来就旨在增加交易相对人对企业信用的了解,而不是向交易相对人施加注意的义务)。从西方公司法的处理方式而言,董事、高级管理人员对公司具有特定的忠实和勤勉义务,那些因为违反忠实和勤勉义务而擅自对外提供担保的董事或经理会对由此产生损失的股东承担赔偿责任,由此牵制并确保公司董事、经理严格履行公司章程或者公司内部规章的约束,从而起到公司法平衡股东与股东、股东与董事、董事与公司之间权益的效果。由于《公司法》第16条并没有表明“违反本条规定的对外担保无效”,且其第147条规定了“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务”,第149条规定了“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”,^{④⑤}所以在商法思维的推导下,如果第三方已经与公司达成具备合法形式的对外担保的意思表示和合意,公司内部的审批程序对于合同效力的影响应无关紧要,且在法律没有施加对第三人注意义务的情形下,第三人的注意义务应仅限于该等对外担保是否已经由公司依据法定或惯常的意思表示形式作出,而非特别注意该意思表示所需的公司内部程序是否已经完备。

(四)商法对于私权的“平衡保护”有别于民法的“绝对保护”

作为对权利人保护的方式,民法对于民事主体所享有的个体私权采取的是绝对的保护主义,也即“私权的神圣不可侵犯”,民法存在的意义就是要界定民事主体的各种权利边界,进而依据权利边界的界定实现对民事主体不同类型的权利保护,不论是物权还是债权,传统民法对于权利的变动都要基于权利人的意思表示方能有效(如物权让与、债权让与的表示),在没有权利人意思表示的情况下,需要满足法定的条件才能产生权利变动的效果(如法定继承、国家征收等)。④ 由此,在民法语境下,“默示”是不可以作为“同意”(或“承诺”)的意思表示,任何人无权在当事人未作出明示“同意”的条件下而以“默认同意”为标准自行确定对他人物权或债权的转让或移转,除非这种默示是依据约定俗成的交易习惯或者一方当事人的行为而被合法地推定为默示同意,这是民法对于民事主体私人财产权利“绝对保护”原则的一种重要表现。但从商事法律的角度,交易的流转性和复杂性导致了商事主体在从事商业活动的过程中会与不同的其它商事主体或民事主体发生不同种类的法律关系(比如公司与股东的投资关系、公司与政府的税收关系、公司与债权人的债务关系、公司与员工的劳动关系等),④ 由于这些法律关系的多元性和复杂性,商法会更加倾向于各类法律关系当事人的利益平衡,即强调风险和利益的均衡保护原则,而未必就是私权意义上的绝对公平。比如,同样是缄默,商法就可能承认双方以约定的形式或者通过法律明确列举的方式将“缄默”视为同意,④ 以促成商事主体的责任或者提高交易的效率。抑或在破产法领域,当公司面临破产重整时,股东或者债权人可以通过“股东多数决原则”和“债权人多数决原则”方式决定对于全体股东或全体债权人普遍适用的“以股抵债”、“以债转股”、“送股偿债”等破产重整方案,而不论少数异议股东或者少数异议债权人对这种以多数表决方式处置个

^{④⑤} 《公司法(2013)》第148条规定“董事、高级管理人员不得有下列行为:(三)违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保”。

^{④⑤} 当然,在法定继承中,遗产的最终继承还要取决于法定继承人的继承意愿表示;国家征收中还要涉及对于被征收人的补偿。

^{④⑤} 比如公司法理论就认为公司是一组合同束,其成立与经营依托不同的合同得以支持与运行。

^{④⑤} 比如在德国商法中,对缄默作了三种规定:(1)对事务处理要约的缄默:无论是完全商人还是小商人,只要有人向其提出缔结事务处理契约之要约,他们则必须对要约做出回答,如果他们对要约示以缄默,按法律规定,则可认为他们已接受要约;(2)对交易确认证书的缄默:在商事交往中,当事人往往先就交易内容口头协商,在达成一致意向后,其中一方当事人则会通过书面方式来确认口头谈判结果。这种书面形式就是“确认证书”。它以文字形式记载双方当事人是否已经缔结契约以及契约的内容。确认证书的内容也可以偏离或修改事先的约定。当接受人接到证书时,发现内容不能接受,应毫不迟疑地做出否定性反映。否则,他的缄默则作为同意看待;(3)对于缄默错误的确认:在民事契约缔结时,如果表意人由于疏忽过失或其他种种原因,在意思表示中发生错误,即意思与表示不相一致,通常可以撤销。但是商法人对他人之要约,以及商人对他提供的交易确认证书示以缄默时,其意思表示发生错误,则不能撤销,除非是对要约内容而不是对缔约结果产生错误。参见范健:《德国商法》,中国大百科全书出版社1993年版,第203—212页。

体私权(无论是“股权”还是“债权”)的反对,这都是商法在私权保护和处置原则方面明显有异于民法绝对保护原则的特殊之处。

四、民法典编纂与商事审判:商法思维的适用路径

虽然就现有民法立法的形式外观而言,无论是《民法通则》还是《民法总则》在立法技术上都从未出现民商合一或者民商分立的描述,^②但主流的民法学者认为“在民法典中,民法总则是统领整个民法典并且普遍适用于民商法各个部分的基本规则…民法总则的制定连接了民法和商法之间的关系,它将统领整个民商事立法”,^③“民法总则应当可以统一适用于所有民商事关系,统辖商事特别法”;^④在“特别法与一般法”的关系项下应当优先适用特别法,再适用民法总则。^⑤但本文却认为,基于商法思维的特殊性和其与民法逻辑的有区别性,按“特别法”与“一般法”的关系将不能正确进行商事纠纷的审判,理由如下:

1. 将民法与商法限定于“特别法”与“一般法”的关系无法正确回应商业规则的诉求与本质

发源于市民社会的民法其最初是作为“市民法”而意图在于解决市民社会中对于人的权利和财产归属规则的界定,所以民法在总体上呈现出单一的、点对点的“静态”保护的特点。由于民法所要解决的纠纷不会涉及过多的主体或者多元的法律关系,因此它的价值判断纬度比较单一,主要以“公平性”作为刻度标准进行“定分止争”;而在商业活动中,商业社会的活动始终呈现出“连续性交易”特征,这种连续性交易过程导致了商法相对于民法而言,在面对纠纷时要面对更加多元化的主体之间的利益平衡。虽然在商事交易中也讲究对于交易主体的个体保护,但商业规则的执行需要更多的考虑到整体商业主体的利益平衡,即使某一商业规则在运行的过程中其结果可能损害到个别参与主体的利益,商人们也必须遵守和执行此等商业规则所带来的商业交易的结果,也即商法需要通过保护商业规则的权威性以确保参与商事交易的主体对于商业规则运行的结果有着明确的预期。在此等意义上,对于商事交易的“保护交易结果”原则是商法思维的首要逻辑,商事纠纷解决规则的侧重点可能并不在于是否因为对于参与主体单个个体的公平而撤销交易,而是在保护交易结果逻辑下对于利益受损的特定商事主体在“利益平衡”原则下以其它的救济途径平衡保护当事人的受损利益。^⑥以证券交易中的所有权过户时间问题为例,虽然名义上《证券法》第167条“证券登记结算机构为证券交易提供净额结算服务时,应当要求结算参与人按照货银对付的原则,足额交付证券和资金,并提供交收担保。在交收完成之前,任何人不得动用用于交收的证券、资金和担保物”的规定看似界定了有关证券所有权的转移时间(交收完成之时)以及交收完成之前的“担保状态”,但问题在于此条规定只是限定二级结算中作为一级净额结算过程中的券商交付责任,并没有明确在二级结算中客户对于券商的证券交付时间及交付的“担保状态”问题。在此背景下,如果按照民法与商法的“特别法与一般法”的解释路径,传统民法的所有权转移规则是“标的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外”,^⑦这也意味着在民法的解释方法论下,即便客户在证券交易阶段的交易已经得到确认(相当于合同已经订立),但在证券交收完成前(相当于货物交付之前),卖方的证券所有权并没有实际发生转移,已达成交易但尚处待交收

^② 《民法通则》和《民法总则》只是在其行文逻辑中以“民事关系”作为其调整对象,比如《中华人民共和国民法通则》(1986)第一条规定“为了保障公民、法人的合法的民事权益,正确调整民事关系,适应社会主义现代化建设事业发展的需要,根据宪法和我国实际情况,总结民事活动的实践经验,制定本法”;《中华人民共和国民法总则》第一条开宗明义:为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法”。

^③ 王利明:《关于民法总则的几点思考》,载《法学家》2016年第5期。

^④ 刘斌:《论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角》,载《当代法学》2016年第3期。

^⑤ 参见徐强胜:《民商合一民法典中商行为规则设置的比较研究》,载《法学杂志》2015年第6期。

^⑥ 有关商法上的“保护交易结果”原则和“利益平衡保护”原则的适用参见郑彧:《商法思维的逻辑基础》,载《学术月刊》2016年第6期。

^⑦ 《中华人民共和国合同法》(1999)第133条。

状态下的证券仍有可能被视为是卖方的财产而被司法机关追及。^⑤ 但问题在于,为了确保订单的可执行性,交易订单一旦被系统撮合交易成功,除了在证券交收阶段的“银货未能对吃”外,交易过程已经是不可逆的结果,对于已经确认交易但尚未过户的证券必须确保已经达成交易结果的证券交付的确定性,而这种确定性又不能用现有的以“交付”作为权属和风险转移的“所有权规则”进行界定和适用,传统民法的所有权变动解释规则和所有权追及规则已经明显不适应证券交易中的双方平衡保护功能,这也是目前证券登记结算机构在协助司法冻结、划拨过程中碰到的一个难点和无法明确解释的问题。^⑥ 因此,以“特别法与一般法”的关系作为商事纠纷与争议的解决路径不仅不能正确解释商业安排的本质,基于民法项下的审判逻辑反而会对商业安排及其规则的合法性产生冲击,进而影响商事主体对于商业规则结果的明确预期。

2. 以民法作为商法“一般法”的逻辑无助于正确理解和解决商事实践纷争的本质

在任何现行法律规范均无法穷尽未来一切纠纷的背景下,以民法作为商法的“一般法”在很大程度上会曲解并错误引导商事纠纷的处理与解决。这种民法逻辑与商法理念的矛盾与冲突已经不是学者纸面上的“自说自话”,现有针对合同法的适用与解释上已经凸显该等问题。以商事代理问题为例:我国并无特别的专门针对“商事代理”的商法规范,有关代理关系的法律规范是体现在作为传统民法势力范围的“合同法”中。合同法第二十一章通过“委托合同”这一有名合同界定了委托人与受托人之间的代理关系,其总体逻辑是“受托人依据委托人的委托代表委托人与第三人签订合同,该等合同的最终效果应由委托人承担”,这是一种典型的受托人充当委托人与第三方之间合意桥梁的“民事代理”进路。由此路径,民事代理所产生的后果是“第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的,该合同直接约束委托人和第三人,但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外”(第402条)或者“第三人可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人……。第三人选定受托人作为其相对人的,委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。”(第四百零三条第三款),前述条款的逻辑归根结底都呈现出委托人或者对代理人或者对第三人承担的“兜底责任”。但现代商业社会上所呈现的商事代理(agent)模式已经不是民事代理所呈现的“代理人代表委托人从事法律行为,其法律后果归属于委托人”这样一种状态。商事代理虽然用了“代理”一词,但在现实语境下它其实是一种就某项产品或者服务从授权方获得的一种销售或者提供商品/服务的权利,在本质上是一种“销售权利的授权”。以汽车销售为例,汽车销售过程中的地区代理商是否理解为区域性的商家以显名代理或者隐名代理的方式代表汽车生产商与客户达成汽车购买协议进而由汽车生产商承担汽车销售合同的最终责任呢?答案显然是否定的,因为在这种区域代理模式下,销售商是以自己的名义从生产商购得汽车并转卖给客户,销售合同的责任是由销售商而非生产商最终承担(生产商承担的是产品责任法项下的生产商产品责任而非合同责任),销售商与生产商不是单纯的因居间代理而收取代理费的关系,销售商是从生产商处获得合法授权以有权购买并且销售特定品牌的汽车而已。因此,现代商事代理的概念已经大大有别于民事代理,以一般法上的“民事代理”归责理论去规制最终客户与生产商的关系并不符合商业模式的本质与商人们对于合同责任关系的切分。也正是因为没有认识到这种商事代理与民事代理的根本区别,在面对合同法第410条“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的,除不可归责于该当事人的事由以外,应当赔偿损失”的规定时,学界和司法裁判围绕民事权利项下的代理概念而就当事人是否可以解除合同、是否需要补偿以及如何给予补偿在履行利益、信赖利益、直接损失等方面展开分析,结论各异且争议不断。^⑦ 对此,只有跳出传统“民事代理”框架,在以各自营利为目的的“商事代理”立场下理解商事代理才有可能充分保护商人们之间在订立合同时的自我保护机

^⑤ 由于证券交易必须确保已经成交的交易进入交收,所以证券交易中所有权转移规则也不能解释为《合同法》第134条的“所有权保留”,因为在所有权保留规则项下对于已经达成交易且拟进行付款的买方而言担保交易的效力不足。

^⑥ 在司法实践中,《最高人民法院最高人民检察院公安部中国证监会关于查询、冻结、扣划证券和证券交易结算资金有关问题的通知》第五条、第六条只是排除券商“清算交收账户”内的证券、资金不得冻结、扣划;第七条是对存在“担保性质”的担保物在交收完成前不得冻结、扣划,并没有规定普通客户在交易阶段已经完成但未交收的证券是否可以冻结、扣划。一般而言,证券登记结算机构在司法机关要求协助冻结、扣划普通客户的证券或资金时,都不得不变相处理即等待交收完成后以交易收取的资金或者证券作为原先协助执行标的的替代。

^⑦ 参见周江洪:《委托合同任意解除的损害赔偿》,载《法学研究》2017年第3期。

制(比如不可解除权、违约赔偿等),避免传统民法在违约责任上只保护“直接损失”而不保护“期待利益”的缺陷。

3. 商事审判应依赖于不断细化的商事法律规范和对商事习惯的直接承认

在商法思维的独立性与特殊性得以承认的前提下,商事法律必须关注到市场的易变性、营利性的诉求。为了向商事交易提供一个稳定的交易结果预期,我们不能仅仅局限于原则性立法,这要求我们的立法者必须了解商业交易的本质、商人的诉求,做到商事法律规范尽可能的细致化和技术化,在最大程度上能够给司法裁判者提供详细的法律规范的支持,避免审判者在缺省法律规范的前提下通过“自由心证”的方式做出裁决。除此以外,受限于立法本身天然的滞后性和不完整性,为了更好地实现商事审判的目的与宗旨,我们应该直该明确“经司法查明的商事习惯可以直接作为裁判的法律渊源”的制度。不可否认,对于习惯的承认与适用即便是在民法范畴也仍存争议,比如虽然《民法总则》首次明确了“习惯”作为法律渊源的效力,^①但“此间习惯究竟何指也是一个不确定的问题。是比较法上的习惯法还是普通的习惯?是通行全国性的习惯还是地方习惯就可以?习惯又如何具体认定和确定?仍都存疑”。^②因此,就民事审判层面而言,真正能够运用习惯作为法律渊源进行裁判的案例并不多见,在某种程度上因为民事关系呈现出较为稳定的法律结构,其人身权利与财产权利的保护相对简单,再加上我国民事法律在学习和借鉴德、法现行成文法基础上法律条文相对比较成熟,只有在极少数的领域或者极为特殊地区才有可能适用跟现行成文法相背的风俗习惯。相反,在商事领域,基于商事交易的复杂性和易变性,商事法律规范在某种程度上更显滞后性,在缺少直接的商事成文法的支持和不直接引用民事规则的前提下,将商事惯例直接作为法律渊源引入商事纠纷的裁判相对于民事习惯在民事纠纷处理中的作用可能会显得更为急迫与必要。为使商事习惯上升为商事习惯法从而具有法的强制效力,司法审判过程对商事习惯法的确认和承认要注意对于商事习惯法客观要件和主观要件的审核:首先,在客观上,作为法源的习惯法要有习惯之存在,即多数人对同一事项,经过长时间反复而为同一行为,但这种习惯所涉及的并不是社会常规的、外在的礼仪或审美问题(比如清明的扫墓,端午节的划龙舟),它应是重要的社会事务,是为确保令人满意的社会整体生活而必须完成或服从的工作,这种习惯是经过统治阶级的筛选和认可后可能被融合和编入法律体系中的;其次,在主观上,这种习惯法应是商人主体之间有确信服从于该习惯约束的心理状态,仅有反复实施的行为而无主观上的法的确定力,只为事实上的、单纯的习惯不能约束法律关系的当事人;最后,可作为商法渊源的惯例法还有很重要的一个有效要件就是该等习惯的合理性因素,即习惯法作为商法渊源的适用必须以合理性作为其价值判断的依据。合理性乃是习惯作为法的渊源的有效要件,法院不能确定一种不合理或者荒谬的习惯影响当事人的法律权利。^③在满足对于商事习惯这些主、客观要件的前提下,立法机关应当允许司法审判部门将习惯上升为习惯法以作为商事成文法可靠、有力的法源补充。

五、结论

就民商分立或民商合一的争论,无法是瑞士民法典的民商合一模式还是法国、德国的民商分立模式,都只是各自历史的产物,可能未必有深刻的理论隐藏其中,但在民法典和商法典各自路径分明地发展、演绎了上百年后,“民商究应合一还是分立就由一个历史形成的事实问题发展成为一个理论上的问题,最终吸引了以后的法学家和立法者去探讨、去研究”。^④商法与民法在逻辑体系上的差异是有目共睹的,国内也有不少学者已经充分意识并论证到商法思维对于我国司法实践的重要性,提出了“在审判工作中应注意发现商法的特殊性,尊重商法的特殊性,把蕴藏在商法中的理念、思维通过商事审判弘扬出来,形成商事审判的理念和思

^① 《中华人民共和国民法总则》(2017)第10条规定“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”,其替代了原先《民法通则》第6条“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策”的规定。

^② 江平:《〈民法总则〉评议》,载《浙江工商大学学报》2017年第3期。

^③ 参见[美]E·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第470页。

^④ 谢怀栻:《大陆法国家民法典研究——第四节:瑞士民法典》,载《外国法译评》1995年第2期。

维”、^⑤“商法将促进商业和增加财富作为核心的制度价值,从而提出在商事审判中需树立商法理念”等观点。^⑥因此,如果具体到我国商事审判而言,基于民法基本逻辑与价值导向的不同,民法典编纂过程中对于商事规范的涵盖可能会偏离商事法律原本的规范价值与意图,导致实务审判在援引民法典进行裁决的“南辕北辙”。也正因为此,本文希望透过呈现商法思维有别于民法逻辑的特殊性,借此主张我国民法典的编纂应该遵循传统民法在历史上所形成的逻辑体系进行编纂和解释,无论是在立法模式还是立法思维上都应该抛弃那些试图将民法典的编纂作为“万金油”调整一切经济、商事法律关系的“大一统”模式。在立法层面,民法典还应被严格地解释为民事法律规范的总称,在碰到具体的纠纷时,由法官来判定涉诉案件的本质是否属于民事法律关系而受民法典的调整。否则如果在“大一统”的民商合一立法模式下,基于商事交易行为的复杂性和主体的创新精神,原本基于严谨逻辑体系的民法规范很容易在现实的商业实践中被屡屡突破和挑战,由此必然导致司法实践中法官为了获得裁判的结果而在援引民法规则时不是依据民法规范的逻辑扼制商业实践就是妥协于现实而放任商业实践突破民法规范。因此以“民商合一”的立法体例和民法解释规则的路径解释和规范在日新月异的中国经济发展背景下所层出不穷的新经济、新现象显然存在顾此失彼的明显隐患。因此,即使目前在理论上和立法层面上做不到商法在成文法层面的独立(比如商法通则或商法典的起草),但我们至少需要在立法层面为商事活动的调整留下足够的法律应对空间,以为商事裁判留足法律和理论解释的空间,可能前述观点大大有悖于学界主流观点,但作为学术讨论的一种方式,仍希望以此例证方式呈现商法的独特性与其独立地位,以期与各位学术同仁共同探讨、共同进步,以兹为文,特此为记。

Abstract: The prominent characteristic of Pandektenwissenschaft is the intent to perfect the civil legal relationship as a logic circle which begins with the definition of the different legal concepts. In civil-law case, any legal dispute will be resolved by the judgment under such civil law logic circle. As we know, these kinds of civil relationships are relative stable comparing with that of commercial relationships, so civil law scholars and the judges are easy to take the common facts from the legal status to prove their opinions on the civil disputes. However, the business world is always in changing, there is no fixed model for the structure of the commercial transactions. It makes difficulties for the commercial law scholars to analyze a dispute based on a logic close circle like the civil-law scholar beginning with a definition of a concept. It looks like that the commercial statutes are dispersed and diversities and there is no common rule among the different statutes. Therefore, many of the commercial-law scholars promote that the correct understanding on the commercial-law thought is so important in the case of commercial disputes in practice. Based on such background, this article is to follow the distinctions between the civil-law logic and commercial-law thought to demonstrate the characteristic of the commercial-law thought and try to prove that it will be not a good and rational choice in commercial trial practices if we consider the commercial law as a special branch of civil law.

Key Words: Civil-Law Logic; Commercial-Law Thought; Codes of Civil Law; Law Application

(责任编辑:张素华)

^⑤ 王保树:《商事审判的理念与思维》,载《山东审判》2010年第2期。

^⑥ 参见叶林:《商法理念与商法审判》,载《法律适用》2007年第9期;叶林、石旭雯:《外观主义的商法意义——从内在体系的视角出发》,载《河南大学学报(社会科学版)》2008年第3期。