

商法与民法在外观主义原则适用上的差异性

郭 远

(北京大学 法学院, 北京 100871)

内容提要：我国正在进行民法典编撰的当下，有必要在理论、国内外实践等方面厘清学界一直争辩不休的商法与民法之差异问题。从对外观主义原则的适用上看，由于意思表示的判断标准、外观主义原则的适用可行性和必要性等存在差异，使得商法将该原则广泛适用，而民法则将该原则作为一种例外适用，在理论上存在适用思维的差异。这种适用思维的差异在实践中有关外观主义原则的条文和案例得以体现，例如，与《日本民法》相比，《日本商法》对外观主义原则的适用范围更大，其适用该原则保护第三人效果也更强；在没有商法典的我国，这种适用范围、适用效果的差异也可从近期的《民法总则》的修订过程、2018年最高院出台的关于夫妻共同债务的解释以及现行《合同法》等中得以体现。在无论是理论上还是国内外实践中商法与民法对外观主义原则的适用都存在差异的情况下，该差异应在接下来的立法中得以体现和贯彻。

关键词：外观主义原则；商法；民法；适用差异；适用思维

中图分类号：DF419.9 文献标识码：A 文章编号：1001-148X (2020) 01-0146-07

DOI:10.13902/j.cnki.syyj.2020.01.017

关于商法与民法的规范内容是否存在差异，两者是否应该分开立法等设问，我国绝大多数学者都主张应将两者予以区分、分别进行立法，但反对观点的声音也是不绝于耳^①。我国正在编撰民法典的背景下，理清商法与民法之差异问题可谓有所必要且刻不容缓。本文以外观主义原则为线索，从理论、国外实践和国内实践三个方面来论述商法与民法至少在该原则的适用上存在差异。

一、理论中外观主义原则适用差异之体现

(一) 外观主义原则的含义和功能

关于外观主义原则的含义，最早在1906年德国学者Moritz Wellspacher撰写的论文中便做出了解释，即“行为人对于成文法规或交易观念上之一定权利、法律关系、其他法律上视为重要要素之外部要件事实为信赖，以致为法律行为时，如其要件事实系由于其信赖保护受不利益人之协助而成立者，其信赖应受法律之保护”^[1]。遵照该解释，Wellspacher认为信赖保护原理可以很好地替代

理权的无因性这一过去理论来说明交易安全保护的必要^[2]。

在我国，保护交易安全被认为是外观主义原则的一项重要功能。许多学者在说明外观主义原则的含义时，都着重谈及了其维护交易安全的功能，但实际上，该原则在维护交易安全的同时，也间接地起到了促进交易迅捷进行的作用。基于外观主义原则的适用，在交易频繁进行时，相对人可信赖相关外观而不用承担过重的调查义务^[3]。这种来自外观主义原则的保护使得相对人不用细查表意人真实的意思表示而可以仅凭可靠的外观进行交易，从而在一定程度上保证了交易的迅捷发生。

(二) 外观主义原则的适用思维之差异

从理论上讲，拥有保护交易安全和促进交易迅捷进行这两大功能的外观主义原则在商法和民法中存在适用思维的差异。在民法中，外观主义原则仅是作为一种例外规则在一些特殊的问题中适用。而在商法中，虽然关于外观主义原则是否应作为一种基本原则予以适用存在争议^②，但大多数学

收稿日期：2019-09-03

作者简介：郭远（1992-），男，广东潮汕人，北京大学法学院博士研究生，研究方向：商法、公司法、证券法。

基金项目：中国法学会部级法学研究课题“商法法典化问题研究——我国制定统一商法典的基本理由”，项目编号：CLS（2018）C14。

者都认同商法应广泛地贯彻该原则。这种适用思维的差异主要是由以下的原因所造成。

其一，意思表示的判断标准存在不同。具体而言，关于如何解释意思表示，在理论上分为了意思主义和表示主义^[4]，前者是以表意人的内心意思作为相关意思表示的判断标准，后者则是以相对人对意思表示的客观理解来判断相关意思表示^[5]。对于民法，我国学界和实务界^③普遍认为其强调权利的实质和意思应符合内在真意，也即它遵循的是意思主义，体现表示主义的外观主义原则只是作为该主义的例外适用于民法个别法律命题中。与其相反，商法基于商事便捷与安全的需要而必须注重表示主义，这使得商法需更广泛地贯彻外观主义原则^[6]。

其二，外观主义原则的适用可行性存在不同。关于民法中许多民事行为，我们可以发现它们并不存在显而易见的外观信赖，这使得民法很多情况下需要更多地去探求当事人的内在意思，而无法适用外观主义原则。但在商法中，商事交易一般都有着较为严格的公示、登记等要求，这些要求给交易的相对人提供了一个有迹可查的外观，从而使得外观主义原则的普遍适用变得可能。

其三，外观主义原则的适用必要性存在不同。在民法中，一般民事行为具有单一（非集团）和非重复的特点^[7]，民法在判断这些行为所产生的效力时，无需过多地考虑否定其效力后所造成后果——即对其他交易乃至整个社会交易安定性的影响。因此，面对许多民事行为，适用以维护交易安全为目标的外观主义原则并非必要。同时，民法中涉及与人身相关的关系会受到宗教、道德、文化和习俗等因素的影响，因此这些关系并不适宜用外观主义原则予以调整（如我们很难想象利用外观主义原则来调整冒名顶替与他人结婚的行为）^[8]。反观商法，可见大多数商事交易本身具有规模大、集团性和反复性的特点^[9]，从这些特点来看，商事交易效力的轻易否认可能会产生连锁反应而造成社会经济的混乱，这使得商法适用外观主义原则变得有所必要。另外，在商法中，存在着两个基本假定：第一，在商法的主体上，假定商人是理性的且精明的，因此无需法律过多的保护；第二，在商行为上，假定商事交易的安全和快捷是商法注重的目标^[10]。从本质上看，外观主义原则可以说是基于第一个假设而对商人设定的一种加重责任^[11]，这种加重责任也间接地达成了商法第二个假设中的促进交易安全和快捷之目标。可见，

商法中两个基本假设与外观主义原则息息相关，商法须在广泛的范围内来适用该原则。

二、外观主义原则适用差异——日本之实践

以上讨论了商法与民法在适用外观主义原则上可能存在的理论差异，那么该差异在两者的具体立法和实践运用中是否得以体现？对于该问题，在我国没有商法典的情况下，从比较法的角度找寻一个存在商法典的国家，进行商法典条文与民法典条文直接比较探讨是颇有受益的。

日本于1899年便制定了《日本商法》，随着100多年的发展，该法典许多编目被移出，可以说经历了一个不断“解构”的过程^[12]。在这样一种“解构”趋势中，现行《日本商法》保留下来的许多条文依旧体现了对日本商法基本理念的外观主义原则^[13]之适用，它们实际上凸显出了商法区别于民法的特点。另外，从该法典分离出去的一些部门法中（例如《日本公司法》），许多条文也反映出外观主义原则的精神。

《日本商法》中，有关外观主义原则的典型规定有“虚假商业登记的效力”、“表见支配人”和“商号借用”^[14]。将这些规定与《日本民法》解决相类似问题所设计的条文相比较，可以发现要么《日本民法》在有些问题上无法适用外观主义原则（适用范围上的差异），要么其虽然也适用了外观主义原则，但在对该原则的适用效果上却和《日本商法》并不相同。

（一）“虚假商业登记的效力”与“虚假不动产登记登记的效力”之比较

关于适用范围的差异，可体现在《日本商法》的“虚假商业登记的效力”规定和《日本民法》的“虚假不动产登记登记的效力”规定上。

对于“虚假商业登记的效力”，《日本商法》第9条第2款做出了“因故意和过失而将虚假的事项进行登记的商人，不能就此事项登记存在虚假为由来对抗善意的第三人”的规定。从此条款的文言中可见，其保护了信赖商事登记外观的善意第三人，体现了对外观主义原则的适用。《日本商法》第9条第1款规定商人在没有将相关登记事项登记之前，不能以此对抗善意第三人，对这一条款进行反向解释可得，商人进行相关登记事项登记之后便可就此对抗善意第三人，这样的效力被称作商事登记的公信力^[15]。这种公信力是“虚假商业登记的效力”适用外观主义原则的立足点。

与此相对，在面对关于“虚假不动产登记的效

力”这一问题时,《日本民法》中并没有直接规定其无效的条款。虽然其第177条对不动产登记的对抗效力做出了“有关不动产的物权之得失与变更,如没有按照不动产登记法或者其他有关法律的规定进行登记的话,则无法对抗第三人”的规定,但结合其176条“只有因当事人的意思表示才能使物权的设定和转移发生法律效力”的规定可得,不动产登记并不具备商事登记那样的公信力,外观主义原则在此处无法得以适用^[16]。换言之,《日本民法》的不动产登记和《日本商法》的商事登记由于登记效力的不同在是否能适用外观主义原则上产生了差异,故对于那些基于信赖不动产的虚假登记而进行交易的相对人来说,不动产登记的外观并没有起到保护的作用。当然,虽然相对人不能得到这种保护,但关于如何确保他的利益问题上《日本民法》并非没有解决办法。日本最高法院在面对虚假不动产登记的相对人保护问题时,采用了《日本民法》94条第2款(虚伪表示)和110条(代理权限外的表见代理)等规定的类推适用来进行规制,从而保护了相对人的利益^④。

(二) “表见支配人”与“表见代理”之比较

外观主义原则的适用效果上,《日本商法》的“表见支配人”规定和《日本民法》的“表见代理”规定存在差异。

商法中的“支配人”指的是《日本商法》第21条第1款所规定的“有权限代商人行使有关其营业上一切诉讼或诉讼外行为的”商业使用人。也即,在《日本商法》下,“支配人”是一个实质性的概念,商业使用人是否具有何种头衔并不是判断其是否作为商人的“支配人”的标准,该判断标准应是看商业使用人是否拥有与该商人有关的一系列代理权^[17]。可是,在商业使用人具有令人信服头衔的情况下,即便他实际上并没有一系列代理权,相对人也可能因为商业使用人具有的头衔而与其交易,并因此发生纠纷。在面对这种情况下发生的纠纷时,日本法院最初是通过适用《日本民法》上的“表见代理”规定来解决的,但由于《日本民法》下代理权的范围需在每个交易中分别予以确定,这意味着对于基于代理权的信赖而产生的外观也需根据个案分别予以判断,这并不符合以大量迅速且反复发生为特点的商事交易的要求。因此,在实践中有许多人提出,在从交易常识来看能得出商业使用人表面上有支配权的情形下,相对人出于对该商业使用人(表见支配人)这种外观的信赖而产生的利益也应该得到法

律的保护^[18]。为了回应实践中提出的保护“表见支配人”情况下相对人利益的要求,1938年《日本商法》第42条规定“关于具有商人营业场所负责人头衔的商业使用人,将被视为对于该营业场所的营业事项拥有一切诉讼外的权限,公司对其行为负责”^[19]。这样的规定也被随后的《日本商法》和《日本公司法》所继承下来。

从以上的历史沿革中可见,《日本商法》中“表见支配人”规定是《日本民法》“表见代理”规定的一种特别规则,虽然两规定的理论依据都为外观主义原则,但前者不同于后者,保护的是一种由名称外观而产生出来的信赖^[20]。

同时,在两规定中,还可以看出《日本商法》和《日本民法》在外观主义原则的具体适用效果上是存在差异的。现行《日本商法》第24条下对“表见支配人”进行了规定,由此规定可得,只有相对人为恶意的情况下,商人才无需对其“表见支配人”的行为负责。当然,在商事交易中,一般认为如果相对人存在重大过失,应将该重大过失视作与故意有同样的效果,从而使商人免于受责于其“表见支配人”的行为^[21]。但如相对人仅有过失时,日本判例认为该相对人的利益值得保护从而商人无法免责,这样判决的理由在于,《日本商法》第24条中保护的是与表见代理不同的名称信赖^⑤。反观《日本民法》,其109条对“表见代理”的情形做出了以下的规定“对于第三人曾做出赋予他人代理权表示的人,将在该代理权范围内对他人和第三人之间的行为负责。但是,第三人若知道或者因过失而不知道该他人没有被赋予代理权的情况除外。”从该条款的但书中可以看出,第三人必须是善意无过失,才能基于“表见代理人”规定向被代理人追责,即使第三人仅存在过失,被代理人也可因此免责。对比《日本商法》第24条和《日本民法》第109条可得,“表见支配人”规定和“表见代理”规定虽然都适用了外观主义原则,但在适用效果上并不相同,相对于后者,前者出于对交易安全的考量加重了对第三人的保护。

另外,2005年从《日本商法》中分离出来的《日本公司法》也继承了前者关于外观主义原则的适用效果,后者第13条关于“表见支配人”规定基本照搬了前者第24条的规定。而关于《日本公司法》第354条关于“表见代表董事”规定,日本最高院认为公司只有在相对人恶意或有重大过失的情形下才能不对其“表见代表董事”行为负

责^⑥，学说中也大多采用了这种观点^[22]。

(三) “商号借用”与“表见代理”之比较

在外观主义原则适用效果上的差异，还可在《日本商法》的“商号借用”规定和《日本民法》的“表见代理”规定中看出。

关于“商号借用”的概念，其最初的含义是来源于1893年《日本商品交易所法》（《日本商品期货交易法》的前身）下的一种交易所交易员将营业名义借给名义借用人（非交易员）使用时签订的商号借用合同，在随后，这种商品借用合同被一般化，其广泛地指将自己的姓名、家族姓氏或者商号许诺给他人使用的一种契约^[23]。在1938年《日本商法》改正之前，实际上日本并没有条文来对商号借用合同进行规整，虽然司法实践中已有法院对这种合同产生的纠纷进行了判决。例如，关于最初含义的商号借用合同，日本大审院认为其由于违反强行法规和公益法规而无效^⑦，而关于一般化的商业借用合同，出于外观尊重和对交易相对方的信赖保护，判例采用的是商号出借人和商号借用人对相对人承担连带责任的判决思路^⑧。1938年《日本商法》改正后，其23条规定了“将自己的家族姓氏、姓名或者商号许诺给他人进行营业使用的行为人和此他人，对因误认行为人为营业主而进行交易产生的债务承担连带责任”，从而将商号借用合同纳入到商法的调整范围之内。该条文背后的理论依据是外观主义原则，但也有学者评价它遵从的是商号真实主义^[24]。但这里需要注意的是，1938年《日本商法》第23条中不但是针对商人的商号，非商人的家族姓氏和姓名也被纳入到了其规制的范围内。

这样的规制范围由于2005年《日本商法》的修改而缩小至仅规制商号，且这种缩小一直保持到了现行法之中。具体而言，在2005年，《日本商法》进行了改革，原来的第23条被2005年《日本商法》第14条和2005年《日本公司法》第9条所继承。这两条款之间除了规制对象不一样之外（《日本商法》第14条规制的是非公司的商人，《日本公司法》第9条规制的是公司），其余部分可以说完全相同。但是，这两条款与改正前《日本商法》第23条却在规制范围内有着很大的不同。对比改正前《日本商法》第23条，在2005年《日本商法》第14条和2005年《日本公司法》第9条中有关“家族姓氏”和“姓名”的文辞都被删去，也即在这两条款构成的商法体系下，非商人的名称借用而产生的纠纷不再是商法解决的对

象^[25]，这种体系一直延续到了现行法。因此在现行法下，关于非商人的名称借用中善意第三人的保护问题便担负在了《日本民法》第109条“表见代理”规定的肩上^[26]，可见和上述《日本商法》第24条“表见支配人”规定相同，《日本商法》第14条的“商号借用”规定也可以看成是《日本民法》第109条“表见代理”规定的特别规则，两条款在两法典中存在一定的对应关系。

实际上两条款在具体适用效果上的差异也和上述《日本商法》第24条“表见支配人”规定的情况相同。根据最高法院的判决，即便发生误认的相对人存在过失，只要该过失并不重大，则《日本商法》下的商号出借人仍要和商号借用人一起对相对人的债务承担连带责任^⑨。而如上所述，在《日本民法》第109条“表见代理”规定中，相对人需要是善意无过失的情况下，才能让被代理人负责。在背后的基础理论都为外观主义原则的情况下，《日本商法》第14条和《日本民法》第109条表现出了不同的适用效果，相对人的利益在更加注重交易安全的前者中得到了更好的保护。

(四) 总结

以上介绍分析了在适用外观主义原则时，《日本商法》与《日本民法》的具体条文和实践案例中表现出来的差异。从条文和相关判决中可以看出，对于外观主义原则，《日本商法》和《日本民法》在适用范围上（如前者的“虚假商业登记的效力”规定与后者的“虚假不动产登记的效力”规定）和适用效果上（如前者的“表见支配人”规定、“商号借用”规定和后者的“表见代理”的规定）存在差异。而这些差异实际上反映了本文第一部分中所提到的外观主义原则在商法和民法适用上的理论差异。

首先，日本商业登记与不动产登记在外观效力上产生差异的本质原因在于，《日本商法》需广泛适用外观主义原则来保护交易安全，而《日本民法》则需关注当事人内心真意从而对外观主义原则的适用范围较小。因此，在《日本商法》中，面对“虚假商业登记的效力”所产生的纠纷，相对人可以直接适用外观主义原则进行自保，而在《日本民法》中，相对人则无法直接适用外观主义原则这项工具来应对关于“虚假不动产登记的效力”发生的纠纷。

其次，在适用原理同为外观主义原则的情况下，相比于《日本民法》的“表见代理”规定，《日本商法》的“表见支配人”规定和“商号借

用”规定在适用外观主义原则的效果上更加保护相对人的原因在于，《日本商法》作为《日本民法》的特别法，其基于商事交易的数量大、迅捷且反复的特点，需更广泛地适用外观主义原则，从而保证交易的安全和迅捷进行。

三、外观主义原则适用差异——我国的实践

(一) 我国“民商不分”的立法模式

与日本相比，我国不但没有商法典，在立法上还展现出了“民商不分”、“民商合一”的思维^[27]。

2017年10月1日实施的《民法总则》便在其第三章中制定了有关法人的规范。这些规范虽然基本采用了“复制公司法”的立法逻辑^[28]，但将这些规范安设于《民法总则》之下无疑体现了立法者“民商不分”的立法思维。

实际上，这种立法思维可以说在很早之前便植根于我国立法者的脑海之中，我们可以看到1999年制定的《合同法》便出现了“民商不分”的条文设计。例如，《合同法》的第50条规范了本是应在商法体系下进行规范的法人法定代表人的越权行为，从而将原是商事规范的“表见代表”规定安置在了《合同法》之中。关于这种立法方式，姑且不谈它给司法实践带来的种种问题^⑩，其可以说反映了立法者“民商不分”的立法思维。

(二) 实践中依旧存在的外观主义原则适用差异

即使我国采用的是“民商不分”、“民商合一”的立法模式，但在现行法下依旧可以看到，我国立法者在一定程度上认同商法和民法在外观主义原则适用上是存在差异的。具体可体现为两点：第一，在一些民事规范的制定中，立法者对商法中广泛适用的外观主义原则采取谨慎适用的态度（适用范围的差异）；第二，民法体系中部门法所含有的商事规范和与其对应的民事规范存在适用效果上的差异。

首先，在我国《民法总则》的制定过程中，立法者表现出了民法应遵照意思主义，谨慎采用外观主义原则的立法思想，反映了商法与民法在该原则适用范围上的差异。这主要体现在以下两个方面：

第一，与最终出台的《民法总则》相比可见，立法者删除了《民法总则（草案）》第四次审议稿中“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效，但是双方均不得以此对抗善意第三人”规定中的但书部分，并且，他们还删除了草案第155条“因重大误解、欺诈、显失公

平致民事法律行为被撤销的，不得对抗善意第三人”的规定。根据全国人大发布的相关审议报告，将这些条文进行删除的原因在于，“有的代表提出，民事法律行为无效或者被撤销后对第三人产生的法律后果，情况比较复杂，不宜一概规定不得对抗善意第三人，宜区分情形由民法典的物权编、合同编等分编作具体规定”^[29]，可见我国立法者也认为民法应注重意思主义，慎用体现表示主义的外观主义原则，这与采用表示主义且将该原则广泛适用的商法存在着明显的适用范围差异。

第二，民法对外观主义原则的慎用还体现在了我国立法者对夫妻共同债务有关规定的改革之中。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《婚姻法解释二》）的第24条规定了“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理”，可以说很大程度地保护了信赖夫妻相关外观的善意债权人。但随着实践中受到大量批评，2018年1月18日施行的《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称《夫妻债务解释》）实质上废止了《婚姻法解释二》第24条的规定^[30]，其第3条将夫妻在婚姻关系存续期间的共同债务范围进行了限缩，并让债权人承担了相关的举证责任^⑪。换言之，在《夫妻债务解释》出台后，债权人因信赖夫妻相关外观的存在而受到的保护力度下降，这在一定程度上体现了立法者在夫妻共同债务方面对于外观主义原则的谨慎适用。民法典婚姻家庭编草案二审稿也沿用了这种对外观主义原则的适用思维^[31]。

其次，从民法体系中部门法所含有的商事规范和与其对应的民事规范来看，实际上我国立法者也承认即使两类型的规范都规定在民事部门法之中，它们在外观主义原则的适用效果上是存在差异的。其中最典型的例子要数《合同法》下“表见代表”规定和与其相对应的“表见代理”规定。如前所述，规范法人法定代表人的“表见代表”规定本应属于商法体系的调整范围，其实际上可看作是表见代理在法人中的应用^[32]。关于本质上属于商事规范的“表见代表”，《合同法》第50条规定“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”由“除相对人知道或者应当知道”的文言可见，在适用外观主义原则保护第三人时，该条款拥有的是

一种先推定第三人为善意,再提出证据反证的效果,此时的举证责任公司一方¹²。关于“表见代理”,《合同法》第49条的规定为“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效”。在此条款中,立法者使用的文言为“有理由相信”,也即,在适用外观主义原则保护第三人时,“表见代理”规定实际上要求第三人来承担证明责任,我国司法实践中也做出了这样的理解¹³。可见,虽然同样是适用外观主义原则,但相比于具有商法属性的“表见代表”规定,具有民法属性的“表见代理”规定在保护第三人的效果方面要较为薄弱一些。

(三) 总结

综上,虽然我国采用了“民商不分”的立法模式,但立法实践和司法实践中仍旧可以反映出商法和民法在外观主义原则适用上存在差异。在我国,实际上和日本一样,无论是立法者在民事规范制定中对外观主义原则的慎用,还是相对应的民商事规范在适用效果上的差别,产生的原因都可从本文第一部分所提及的外观主义原则在商法和民法适用上的理论差异去追寻。也即这种差异产生的原因无外乎在于,具有商法属性的规定因商法保护第三人和保证交易安全和迅捷发生等目标的需要,对外观主义原则采取广泛适用思维。而具有民法属性的规定则因民法维护当事人真实意思表示目标的需要,将外观主义原则视为一种例外予以适用。

四、结论

商法与民法的不同一直是我国学界炙手可热的话题。上文的论述中可以看出,至少在外观主义原则的适用方面,商法和民法无论是在理论还是在具体条文和相关案例上都存在区别。在具有商法典的日本,商法和民法在外观主义原则具体适用上的实践差异主要体现在适用范围和适用效果上。我国虽没制定商法典且立法中“民商不分”,但许多民事规范中依旧展现出对外观主义原则的慎用,并且,一些民事部门法所含有的商事规范与其对应的民事规范在外观主义原则具体适用上也存在适用效果上的实践差异。这些在日本和我国实践中反映出来的外观主义原则适用差异可归根于商法和民法对该原则的适用思维差异。在意思表示层面以表示主义为主的商法重视保护第三人的利益,以维护交易安全和迅捷发生,故对外观

主义原则的适用有一定的必要性和可行性。而在意思表示层面以意思主义为主的民法则强调权利的实质和意思应符合内在真意,其对第三人保护的范围和效果都弱于商法。

这种外观主义适用上的区别,需要得到我国立法者的注意。基于此区别,立法者在接下来的民法典编撰过程中应采取合理的立法方式为将相应商事规范分离出法典,从而让司法实践者,甚至让广大民众能更好地区分其与相应民事规范的区别。即便不分离这些规范,立法者也需理解它们与相应民事规范之间适用上的理论和实践差异并将该差异予以贯彻,从而避免设定出矛盾的法条,导致司法实践的混乱。

注释:

- ① 关于支持和不支持商法区分于民法进行独立立法的有关文献整理,可参见蒋大兴:《商法通则》/《商法典》的可能空间?——再论商法与民法规范内容的差异性[J].比较法研究,2018(5):1-2.
- ② 大多数学者将外观主义原则看作是商法的维护交易安全原则的一种体现,但也有学者认为外观主义原则为商法的基本原则。参见叶林、石旭雯:外观主义的商法意义——从内在体系的视角出发[J].河南大学学报(社会科学版),2008(3):10-11.
- ③ 例如,钱玉林:商法的价值、功能及其定位——兼与史际春、陈岳琴商榷[J].中国法学,2001(5):36;许中缘、颜克云:商法的独特性与民法典总则编纂[J].中国社会科学,2016(12):131;叶林:商法理念与商事审判[J].法律适用,2007(9):19;税兵:在表象与事实之间:股东资格确定的模式选择[J].法学杂志,2010(1):90-91;郭富青:外观主义思维模式与商事裁判方法[J].西部法学评论,2015(2):24.
- ④ 日本最高裁判所昭和29年(1954年)8月20日判决(最高裁判所民事判例集8卷8号1505页)。
- ⑤ 日本东京高级裁判所昭和30年(1955年)12月19日判决(下级裁判所民事判例集6卷12号)。
- ⑥ 日本最高裁判所昭和52年(1977年)10月14日判决(最高裁判所民事判例集第31卷6号825页)。
- ⑦ 日本大审院《大日本帝国宪法》下日本设置的最高法院大正15年(1926年)4月21日判决(大审院民事判例集5卷271页)。
- ⑧ 日本大审院昭和4年(1929年)5月3日判决(大审院民事判例集8卷第453页)、大审院昭和8年(1933年)7月31日(大审院民事判例集12卷2427页)等。
- ⑨ 日本最高裁判所昭和41年(1966年)1月27日判决(最高裁判所民事判例集第20卷1号111页)。
- ⑩ 关于这些问题,详情可参见石一峰:商事表见代表责任

- 的类型与适用[J].法律科学(西北政法大学学报), 2017(6): 136-137.
- ⑪ 《夫妻债务解释》第3条规定“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外”。
- ⑫ 北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第15502号民事判决书,最高人民法院(2016)民再字第232号民事判决书。
- ⑬ 最高人民法院(2015)民申字第2734号民事判决书。
- 参考文献:
- [1] 高金松.空白票据新论[M].台北:五南图书出版公司,1986: 57.
- [2] 李井杓.韩国商法上的表见责任制度之研究[M]//《商事法论集(第3卷)》.北京:法律出版社,1999: 448.
- [3] 施天涛.商事关系的重新发现与当今商法的使命[J].清华法学,2017(6): 150.
- [4] 冉克平.民法典总则意思表示瑕疵的体系构造——兼评《民法总则》相关规定[J].当代法学,2017(5): 83.
- [5] 叶金强.合同解释理论的一元模式[J].法制与社会发展,2013(2): 102.
- [6] 范健.论我国商事立法的体系化——制定《商法通则》之理论思考[J].清华法学,2008(4): 30.
- [7] 蒋大兴.论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性[J].比较法研究,2015(4): 17.
- [8] 全先银.商法上的外观主义[M].北京:人民法院出版社,2007: 21.
- [9] [法]伊夫·居荣.法国商法(第1卷)[M].罗结珍,赵海峰,译.北京:法律出版社,2004: 11.
- [10] [德]C.W.卡纳里斯.德国商法[M].杨继,译.北京:法律出版社,2006: 8-9.
- [11] 刘文科.商事代理法律制度论[M].北京:法律出版社,2013: 115.
- [12] 尾崎安央.日本商法典的“解构”与日本民法的“商法化”现象[J].张杨,译.中国政法大学学报,2018(1): 104-105.
- [13] 濱田惟道.商法総則・総論[M].東京:青林書院,1992: 27.
- [14] 池野千白.企業外觀法理と商法26条[J].中京法学,2003,37(3-4): 313.
- [15] 青竹正一.改正商法総則・商行為法(第2版)[M].東京:成文堂,2008: 40.
- [16] 菅原静夫.不動産の不実登記と信託者保護(序説)[M].帝京大学短期大学紀要,2003(23): 208.
- [17] 近藤光男.商法総則・商行為法[M].東京:有斐閣,2013: 81.
- [18] 加藤勝郎.レヒツシャイン法理より見た商法第42条論:表見支配人の研究(二)[J].北海道大学法学会論集,1957,7(3·4): 57.
- [19] 鴻常夫.商法総則(新訂第5版)[M].東京:弘文堂,1999: 177.
- [20] 淺木慎一.「商法教授方法に関する研究手帖(6) [J].名城法学,2011,60(3·4): 26-27.
- [21] 大隅健一郎.商法総則(新版)[M].東京:有斐閣,1978: 161.
- [22] 伊藤靖史,大杉謙一,田中巨,松井秀吉.会社法(第3版)[M].東京:有斐閣,2015: 176.
- [23] 淺木慎一.商法教授方法に関する研究手帖(5)[J].名城法学,2010,60(1-2): 87.
- [24] 大森忠夫.新版商法総則講義[M].東京:有信堂,1964: 122-123.
- [25] 関俊彦.商法総論総則(第2版)[M].東京:有斐閣,2006: 156.
- [26] 江頭憲治郎.会社法コンメンタール6[M].東京:商事法務,2009: 146.
- [27] 王建文.我国商法体系缺陷的补救:民商区分[J].环球法律评论,2016(6): 136.
- [28] 蒋大兴.《民法总则》的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心[J].比较法研究,2017(4): 64.
- [29] 全国人民代表大会.第十二届全国人民代表大会法律委员会关于《中华人民共和国民法总则(草案)》审议结果的报告[EB/OL]. [2017-03-12].<http://www.npc.gov.cn/npc/c12435/201703/23e1fcfe184d401597d3b03a796e5705.shtml>.
- [30] 冉克平.论夫妻共同债务的类型与清偿——兼析法释[2018]2号[J].法学,2018(6): 67-68.
- [31] 全国人民代表大会.结婚后借债算谁的? 夫妻共同债务范围拟在民法典中明确[EB/OL]. [2019-06-26].http://news.china.com.cn/live/2019-06/26/content_452040.htm.
- [32] 李建华,许中缘.表见代表及其适用——兼评《合同法》第50条[J].法律科学(西北政法学院学报),2000(6): 76.

(责任编辑:李江)