

# 民法基本原则与商法漏洞填补

于莹\*

---

**内容提要** 对始终处于变化之中的商业世界来说,商法永远落后于商事实践,商法漏洞是常态和通例。潘德克顿民法体系虽然使制定法拥有了前所未有的建构唯理主义的践行力,但是成文法对立法和司法逻辑缜密性的追求,使得适用民法基本原则填补商法漏洞虽然能够满足逻辑上的自治,却无法应对商事法律关系的多元性和复杂性,会损害商业创新和商法的价值追求。商事纠纷的正当裁判和权威裁判客观上要求商法法源的正当性,商法通则作为统领各个商事单行法的基础性法律,以基本原则为基础建立商法规范体系,可以指导和协调各商事单行法,消弭法律冲突,弥补商法漏洞。

**关键词** 民法原则 商法漏洞 商法通则

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2019.04.015

从历史的维度观察,每一次经济发展的迟滞,不是依凭技术的重大创新和突破,就是依凭生产关系的本质性变化而走出困境的。商业模式的创新作为其中重要的因素,发挥着巨大的作用。其实,商人逐利的本能无论是在经济发展还是经济衰退时,都不停地激励其产生新的交易模式。人类立法者不可能预知未来可能发生之所有可能情况的组合,“在法典时代开始后,静止法律与进步社会之间的区别已开始显露出来”,<sup>①</sup>法律漏洞在各个法律部门随处可见。而在“商业世界中,动荡和失衡成为常态,因此最高效的生存状态是持续的选择性破坏,我们称之为‘创新’。”<sup>②</sup>这种破坏和发展使得商法永远处在制度供给短缺或者不足的状态,极易造成法律漏洞,创新性商业模式一旦出现纠纷,司法裁判者就会面临无法可用的困境,会因为找不到相应的法律渊源而一筹莫展,依法裁判和法律的有限性这一不可调和的矛盾使得法律漏洞凸显。

当然,根据我国民商合一的立法传统和商法为民法的特别法这一中国法学界的共识性认识,依“特别法优先”的法律适用原则,“在商事法律没有就相关问题作出特别规

---

\* 吉林大学法学院教授,博士生导师。

① [英]梅因《古代法》,高敏、瞿慧虹译,九州出版社2007年版,第31页。

② [美]凯文·凯利《新经济新规则——网络经济的十种策略》,刘仲涛、康欣叶、侯煜等译,电子工业出版社2014年版,第223页。

定时相关纠纷适用民事基本法的一般规则。”<sup>③</sup>这一法律适用的一般规则被《民法总则》所确认,其第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。”第11条规定“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定。”这就意味着,商事审判过程中的法律漏洞,首先在民事基本法中寻找相关规定;无具体相关规定的,适用民法的基本原则;在民事基本法既无相关具体规定,亦无法适用民法原则和基本制度作为审判依据时,可以适用习惯,并不得违背公序良俗。法律的条款是明晰的,问题是商法漏洞有无其特殊体质?这些条款能否为法官填补具有特殊体质的商法漏洞提供足够的支持,使填补的法律规范不失商事特别法的本意?逻辑上的自洽是否能够应对现实商事生活的需要?怎样的方法论基础才能满足商业创新的发展?笔者试着从法律适用的角度,诠释民法与商法的关系问题,就教于各位同仁。

## 一、商法漏洞的认定

法律漏洞的认定是漏洞补充的起点。法律本体论立场的差异,决定了法律漏洞是否存在以及存在的范围。<sup>④</sup>我国一直以来沿用大陆法系的立法体例,特别是在民事领域更是继受了大陆法系的代表、德国的立法模式,潘德克顿的法律构筑体系让制定法拥有了前所未有的建构唯理主义的践行力,<sup>⑤</sup>同时也使得法律漏洞不可避免。<sup>⑥</sup>既然完美概念体系的不可能,而高度抽象化的概念,使得其欲表述的核心愈明确,边缘就愈模糊。一旦抽象的概念的模糊边缘无法通过解释涵盖新生的社会现象,而按照人们一般的法观念又必须对该社会现象产生的纠纷进行裁决,法律漏洞必然凸显。所以对法官来说,由于规范必然具有的一般性与每个具体“事件”的特定性之间隔阂的存在,<sup>⑦</sup>跨越事实与规范之间的鸿沟,妥适地给出裁判,是每一位法官面临的难题和任务。当然如上文所述变动不居的现实世界与相对静止的法律之间的“时差”,也会导致法律漏洞存在。<sup>⑧</sup>

法官的司法活动沿循的思维方式是小前提(案件事实)——大前提(可以适用的法律规范)——结论。在法官根据自己脑海中的概念体系和法律知识,对当事人提供的原初事实进行剪裁和加工,上升为法律事实后,就需要寻找请求权基础,即“找法”——寻找法律依据。发现案件事实与法律规定不吻合,先通过法律解释的方法确定规范内容,即所

<sup>③</sup> 王利明《民商合一体例下我国民法典总则的制定》载《法商研究》2015年第4期。

<sup>④</sup> 自然法学派和社会法学派是不承认法律漏洞存在的。只有在分析法学的语境中,法律漏洞才成为一个问题。当以规则为核心的法律体系成为许多国家和地区的选择后,法律漏洞概念日益引起人们的注意。

<sup>⑤</sup> 参见汪洋《私法多元法源的观念、历史与中国实践》,载《中外法学》2018年第1期。

<sup>⑥</sup> 美国的司法传统由于崇尚判例法,法官造法是一种常态,所以在美国法律界并没有法律漏洞的概念。

<sup>⑦</sup> 参见[德]拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,北京商务印书馆2003年版,第92-93页。

<sup>⑧</sup> 在几乎所有的对法律漏洞的概念界定上,“违反法的计划性”都是核心概念,几乎成为判断法律漏洞是否存在的最最终标准。但是对何为“违反法的计划性”的讨论最终必然牵涉到对法律是什么的回答,而这是一个几乎没有答案的纯粹法哲学问题。对这一问题的讨论超出笔者的能力以及本文的研究目的,故不在文中详细讨论,笔者所理解的“违反法的计划性”就是对法学主流价值观念或民众期待的违反。

谓的“真意萃取”。一旦发现规范内容无法适用于特定的案件事实,则意味着大前提缺失,法律漏洞凸现。<sup>⑨</sup>

类型化思维是民法思维中的一种重要的思维方式,其重要功能在于使抽象者接近于具体,使具体者接近于抽象。<sup>⑩</sup>这种方法连接了规范和生活事实,通过类型化的事实与类型化的法律概念之间的一一对应,大小前提实现了对接。当类型化的事实在法律中找不到相对应的法律规范,就可以认定存在法律漏洞,转入漏洞填补阶段。法官作为高度职业化的群体,其被授予的司法权中就当然包含了认定事实、对模糊的法律规定进行解释、判断与填补个案法律漏洞的自由裁量权。

根据赫克的观点,“利益的值得保护性”是认定法律漏洞的标准。即“当法官认为有值得保护的利益,即使他在法律中找不到对此有特别的承认,他还是可以保护该利益,亦即他不是从法律中,而是从他自己的生活经验中,得出法律共同体的认识。”<sup>⑪</sup>他要求法官站在立法者的角度,思考立法者所要保护的利益是什么,去检视立法者是以何种价值判断何种利益值得保护。

虽然无论从目的的角度还是从体系的角度,对法律漏洞进行填补都是法律完善和社会公正的应然要求,<sup>⑫</sup>但是法律漏洞的认定就意味着法官脱离了严格法律规范文义的约束,可以运用相对主观的方法进行法律思维,这种自由裁量的权力是一把双刃剑,在适应社会变化的同时,也会对法律的安定性带来冲击,必须加以限制。所以在填补法律漏洞时,首先必须尊重实证法,现行法律及体系必须成为规范事实及漏洞填补的出发点,然后认真思考哪些利益值得保护,而且必须将其思考和论证的过程完整地表述在判决中,确保法官填补漏洞的过程被监督和审视,实现法律漏洞填补的正确性。

在我国只有2017年颁行的《民法总则》第10条才确定习惯的法源地位,司法实践一直将制定法作为判案依据。而且即使《民法总则》第10条确定了习惯的法源地位,但学界普遍认为此处所称习惯,应指习惯法,而非事实上的习惯。<sup>⑬</sup>他们认为习惯法当然要源于事实上的习惯,但事实上的习惯要成为习惯法,必须有社会普遍存在的对该事实上习惯的法的确信。所以习惯法必须具备两个要件才能成立:客观要件为作为社会交往规则被普遍适用,主观要件为社会公众对该习惯具有法的确信(Rechtsüberzeugung)。<sup>⑭</sup>可见,在我国用习惯作为审判依据本身就是填补法律漏洞的手段之一,所以在我国法律漏洞一般指制定法漏洞,对某一商事活动,只要民事一般法和

⑨ 当然,在原初事实改造为法律事实的过程中,事实和规范是互动的,而不是一个单向和线性的活动。

⑩ 参见邹治《法律漏洞的认定与填补》,中国政法大学2008年博士学位论文,第30页。

⑪ 前引⑩,邹治文,第31页。

⑫ 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第349-351页。

⑬ 参见彭诚信《论〈民法总则〉中习惯的司法适用》,载《法学论坛》2017年第4期。

⑭ 参见前引⑬,彭诚信文。

商事特别法没有作出明确规定,就构成商法漏洞。<sup>⑮</sup>

新的商业业态和商业模式如第三方支付、众筹模式、虚拟货币、O2O(online-to-offline)、B2B(business-to-business)、P2C(production to consumer)、P2P(peer-to-peer)等改变了传统的商业模式、交易方式、权益关系和运营管理方式,与传统民法和商事交易法调整既有商业模式和交易方式的规范全然不同,权益关系也发生了深刻变化,发生纠纷时往往找不到可以援引适用的法律规范,构成商法的“明显漏洞”。

在商事审判实践中,大量存在似是而非的案件,粗略地看似乎可以归入民法规范的某一类型,但是由于商法中主体的典型形态为公司或合伙等组织团体,在未进行交易之前就已经牵涉多方法律关系和多方利益,这种团体法规范结构上的特殊性要求它在漏洞填补时必须经过利益衡量来妥善取舍,其运用的法学方法就具有特殊性。机械地适用普通法——特别法的填补规则,适用民法规范进行调整,会出现与法律所欲实现的目标南辕北辙的局面,这就构成商法中隐藏的漏洞。下文将以大量篇幅列举典型的商法隐藏漏洞,向读者展现输入民法规范进行填补后出现的矛盾,并探求商法漏洞填补的独特方法。

## 二、隐藏型商法漏洞举要

从司法裁判的视角来看,当法律漏洞出现,基于法官不得拒绝裁判案件的原则,就需要法官在案件审理过程中根据案情进行填补,创设适用于他/她所审理案件的法律规则。同时依法审判原则又要求法官在发展法规则时,必须遵循一定的原则和方法,这样一个创设过程就比一般的法律解释需要法官进行更多的论证,需要法官综合运用价值判断、利益衡量、类推适用等方法来支持自己的创设,完成漏洞填补。<sup>⑯</sup>

关于法律漏洞的类型,有不同的分类方法。为了研究时术语的合目的性,学者们会在论述时采用不同的概念和分类。为论述的简洁和直接,笔者将列举商法中几种典型的隐藏漏洞情形,用传统的法律漏洞类型理论进行分析,以说明民法原则和民法规范填补商法漏洞时存在的问题。

### (一) 最高人民法院指导案例 67 号中的法律漏洞及填补障碍

最高人民法院指导案例第 67 号——“汤长龙诉周士海股权转让纠纷案”就是一个典型的民事基本法(合同法)填补商法(公司法)漏洞而不得的案例。

指导案例第 67 号的案情为:原告汤长龙于 2013 年 4 月 3 日与被告周士海签订《股权转让协议》及《股权转让资金分期付款协议》。约定周士海将其持有的某公司 6.35%

<sup>⑮</sup> 德国学者将法律漏洞分为法漏洞和制定法漏洞。法漏洞中的“法”既包括制定法,也包括习惯法。法漏洞即该法律问题在制定法和习惯法中都没有相关的依据。而制定法漏洞则是待决案件在制定法中没有规定。如果制定法对待决案件没有规定,但是能够在习惯法中找到适用该案件的法律依据,也不能认为有法律漏洞的存在。

<sup>⑯</sup> 法律解释和法律漏洞之间的关系,一般认为法律解释是在法律文义范围内进行的操作,而漏洞填补则是在无法找到相关规定的前提下,进行超越法律文义的操作。

股权转让给汤长龙,股权转让款共710万元,分四期付清:2013年4月3日付150万元;2013年8月2日付150万元;2013年12月2日付200万元;2014年4月2日付210万元。合同签订后,汤长龙按照合同约定支付了第一期转让款,但未按期支付第二期转让款。周士海于2013年10月11日以公证方式向汤长龙送达了《关于解除协议的通知》,以汤长龙经多次催告拒付股款构成根本违约为由,要求解除《股权转让资金分期付款协议》。送达公证文书的第二天,汤长龙即支付了第二期股权转让款并提起诉讼,请求法院确认周士海发出的解除通知无效,责令其继续履行合同。诉讼期间,汤长龙曾提前支付第三期和第四期的股权转让款,遭周士海以其已经解除合同为由,如数退回。

由于公司法没有关于股权转让分期付款的相关规定,在公司法中找不到相关的法源,构成公司法上的漏洞。根据《民法总则》关于法律漏洞填补的一般规则,无论说商法是民法的特别法、公司法又是商法的特别法,还是在我国目前没有商法通则的背景下,公司法就是民法的特别法,总之在特别法没有规定的情况下,当然应该适用民法的有关规定。由于我国现行法没有考虑到股权作为一种财产性权利具有组织法上的特殊性,其作为转让标的对解除权的行使是否产生影响,<sup>①⑦</sup>法官在找法的过程中,当然会认为适用《合同法》第167条关于买卖合同分期付款的规定最为妥适。但是依据《合同法》第167条,受让人汤长龙未按期支付的第二期转让款超过总股款的1/5,转让人周士海是有权解除合同的,这显然和公司法关于股权转让的意旨相悖。所以最高人民法院将其作为指导性案例,指出《合同法》第167条关于分期付款买卖合同的规定,不适用于股权转让中的分期付款。<sup>①⑧</sup>最高人民法院在这一指导案例中试图确立有限责任公司股权转让款采取分期支付的方式时,即使受让人逾期付款金额达到1/5,也不适用《合同法》第167条关于合同解除权的规定这一裁判规则。其中蕴含着民商法分立思路中商事组织法上交易不同于合同法上交易(尤其是消费合同关系)的商事裁判理念,<sup>①⑨</sup>但是二审法院和最高人民法院都没有对此展开论述,仅仅因诉争标的在诉讼时并未变更登记至受让人名下,不存在“先货后款”的情节,从而排除《合同法》第167条的适用。最高人民法院在申诉审查意见中同时对该条款进行了限缩解释,认为《合同法》第167条仅适用于“经营者和消费者之间,标的物交付与价款实现在时间上相互分离”的情形,许多学者发出反对的声音。首先,有学者指出最高人民法院对该案进行限缩解释不仅没有制定法依据,也不符合既有的法院裁判数据。数据表明,在货物分期付款买卖合同纠纷中,

<sup>①⑦</sup> “买卖合同的标的物,也叫买卖物,在我国现行法上限于有体物,包括不动产和动产。至于权利等无体物的有偿移转,大多称为权利转让或权利让与,如债权让与、股权转让等。权利转让或让与,首先适用相应特别法的特别规定,无特别规定时,才会适用《合同法》关于买卖合同的规定乃至总则”。所以,股权转让应该准用《合同法》关于买卖合同的规定。参见崔建远主编《合同法》(第6版),法律出版社2016年版,第299页。

<sup>①⑧</sup> 最高人民法院指导案例第67号裁判要点为“有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人迟延或者拒付等违约情形,股权转让人要求解除双方签订的股权转让合同的,不适用《中华人民共和国合同法》第167条关于分期付款买卖中出卖人在买受人未支付到期价款的金额达到合同总价款的五分之一时即可解除合同的规定”。

<sup>①⑨</sup> 参见吴建斌《指导性案例裁判要点不能背离原案事实》,载《政治与法律》2017年第10期。

经营性货物合同纠纷占93%,而消费性货物合同纠纷仅占7%,前者远远超过后者。<sup>②①</sup>其次,关于股权转让时交付的时间认定上也前后矛盾。该审查意见写到“该案买卖的标的物是股权,在双方没有在当地工商登记部门进行股权变更登记之前,买受人购买的股权不具有对抗第三人的权利。换言之,如果目标公司没有在股东名册上登记汤长龙的股权,在工商部门变更登记之前,汤长龙就没有获得周士海转让的股权”。这段话本身就前后矛盾,股权登记到底是对抗要件还是生效要件?从前半句话看是對抗要件,但是后面又变成了生效要件,无变更则无交付,更无股权转让的完成。这一表述更是与最高人民法院早就确立的股权纠纷内外有别的商事裁判规则相悖。且不说实践中绝大多数有限责任公司不会置备股东名册,即使置备了股东名册,股东名册乃至工商登记的权属外观法律效力也仅及于接受股权转让和股权质押的善意第三人,法院一般不将其作为处理公司内部关系时认定股东资格或者股权归属的依据。所以,汤长龙取得股权是否得到公司其他股东的同意、他是否参与了公司经营、是否行使了股东权利才是法官事实审查的重点,才是是否构成“先货后款”的事实要素。

问题的关键是,即使这些事实要素具备,就能允许转让方解除合同吗?所以最高人民法院在将该案件加工整理成指导性案例时,在裁判要旨中阐明我国《合同法》第167条分期付款合同解除权的规定,不适用于有限责任公司股权分期付款转让协议。遗憾的是,由于该案条件的局限性,三级法院裁判文书中均未提及股权所具备的组织法特质,由此让指导性案例区分商事组织法上的交易与交易法上的交易的重大差异,创立符合组织法上交易特质的创新型裁判规则并加以类型化,实现我国现行法的重大突破,进而积累种种符合商法特殊性的系列规则,在无商法通则明确商法在哪些原则、理念、行为规范与民法有所差别,《民法总则》又明确宣示我国为民商合一立法体系的背景下,恐怕还缺少足够依据。<sup>②②</sup>

## (二) 隐名投资合同出现的法律漏洞及填补

许多学者认为《公司法司法解释(三)》第24条和第25条适用《物权法》第106条解决名义股东处分股权的行为是不合适的,会造成新的商法漏洞,证明了民法规范适用于商事案件的局限。<sup>②③</sup>

《公司法司法解释(三)》第24条是隐名投资合同的裁判规则。隐名投资合同作为非典型性合同,合同法对其权利义务没有具体规定,只能适用民法关于法律行为及合同法总则的规定。<sup>②④</sup>但是,由于隐名投资合同中不仅牵涉名义股东和实际出资人之间投资收益归属等财产权属性,还包括实际出资人能否基于股东身份享有共益权的内容,超出了合同法仅调整债权债务关系的范畴,于是《公司法司法解释(三)》第24条另辟蹊径,区分了隐名投资合同的合同效力和股权变动两种不同的法律关系,分为内外部关系区

<sup>②①</sup> 参见钱玉林《分期付款股权转让合同的司法裁判》,载《环球法律评论》2017年第4期。

<sup>②②</sup> 参见前引<sup>②①</sup>,吴建斌文。

<sup>②③</sup> 参见钱玉林《民法与商法适用关系的方法论诠释》,载《法学》2017年第2期。

<sup>②④</sup> 参见前引<sup>②②</sup>,崔建远主编书,第15页。

别规制:实际出资人和名义股东之间关于投资收益的约定适用合同法的规定,尊奉意思自治、契约自由,只要没有违反合同法关于效力性的强制规定,出资人就可依合同约定向名义股东主张相关权益。<sup>②④</sup>如果实际出资人希望由隐名变为显名,进入公司,成为公司成员,参与公司管理,请求变更股东名册或者工商登记,则突破隐名投资合同的相对性,属于隐名投资合同的外部关系。基于有限责任公司的人合性,必须经全体股东过半数同意。虽然投资作为一种商行为,其主要目的是为了获取收益或曰利益,但是基于投资行为会产生一系列法律关系,既包括财产关系,也包括身份关系,即便强调身份关系是为了保证财产利益的实现。<sup>②⑤</sup>既然其中的身份关系部分不属于合同法的调整范围,而公司法又没有明确具体规定,就构成了法律漏洞,需要进行法律填补。此时,是寻找民事基本法的一般规则作为法源加以适用,还是认定其为商法漏洞,根据法律漏洞填补的规则,分析法律漏洞的性质,确定漏洞的填补方法?由于在名义股东和实际出资人对内对外关系问题中,此种情况实属常见,属于公开的法律漏洞,一般适用类推适用的方法进行填补,在公司法中寻找最相类似条款,分析造成该漏洞的法律事实与法律明文规定的类型在基本法律特征、法律评价、立法目的上是否一致,决定该类似条款得否适用。这样,为维护公司的人合性,通过考察其他股东对实际出资人是否具备与名义股东同样的信赖,决定类推适用《公司法》第71条的规定,对实际出资人适用股权对外转让的规则,由半数以上股东决定实际出资人得否进入公司。

通过以上分析可见,在合同法无法管辖隐名投资合同全部法律关系,公司法又没有对隐名投资合同作出特别规定,构成法律漏洞的情况下,是适用民法规范填补漏洞还是在公司法内部寻找填补漏洞的方法更具有方法论基础?由于民法规范的适用会造成新的法律漏洞,<sup>②⑥</sup>而站在立法者的角度,通过对法律规范目的的探究,采用最妥适的方法,才能使填补的法律规范不失商事特别法的法意。

《公司法司法解释(三)》第25条则直接将物权的处理规则适用于股权,且不论司法解释起草者对此种情况是否进行了细致分析,对权利性质的误判带来司法裁判的混乱才是问题的关键。其实对这一问题完全可以通过商事登记及其效力入手,辅之以公司法其他条文,<sup>②⑦</sup>由法官结合案件的具体事实,从基础性的法律规则推导出来。而《公司

<sup>②④</sup> 参见《规范审理公司设立、出资、股权确认等案件——最高人民法院民二庭负责人答本报记者问》,载《人民法院报》2011年2月16日第3版。

<sup>②⑤</sup> 比如信托业普遍采用的名股实债。之所以采用这种商业设计,除了有规避监管政策的考量外,一个重要原因就是以股东身份可以向投资的公司派出董事,特别是这种商业设计一般都向标的公司派出财务负责人员,以保证回款。所以,《公司法司法解释(三)》在此用词不当。正如钱玉林教授所言,权益应该包括股权的全部权能,既包括财产收益,也包括涉及身份属性的股东资格及派生出的权利。参见前引<sup>②④</sup>钱玉林文。而如果将“权益”改为“收益”,则避免了这一错误,限定在单指财产方面。

<sup>②⑥</sup> 如前所述,合同法无法调整隐名投资合同中的身份关系。

<sup>②⑦</sup> 有学者仔细分析了名义股东恶意转让股权的情形,由于有《公司法》第71条关于股权转让的限制性规定,股权善意取得问题只有在名义股东擅自在其持有的股权上设定质押或以其他方式处分的情形下才会出现。参见前引<sup>②④</sup>钱玉林文。

法司法解释(三)》第25条将名义股东视为无权处分人,似乎承袭了我国一贯“谁投资、谁所有”的原则确定企业产权的真实所有人的传统<sup>⑳</sup>而径行适用物权法中善意取得的规则进行处理。这一做法显然与前条隐名股东仅能向名义股东主张“投资权益”不能行使参与公司治理等股东权利,将“名义股东”视为公司层面的真正股东的逻辑相悖,其内在逻辑是混乱的。根据商法的外观主义原则,工商登记的效力决定了名义股东就是公司股份的合法持有人,其转让公司股份不是无权处分,至少从表象看是“有权处分”,而适用《物权法》第106条的构成要件必须要求受让人已经取得标的物的所有权,就不动产来说应该是已经完成登记过户,动产完成交付,对股权来说,应该是完成公司登记的变更。这在名义股东转让股权的交易结构中都是不可能的。所以,参照《物权法》第106条处理名义股东的处分行为时,应该贯彻《公司法司法解释(三)》第24条的体系,考虑到《公司法》第71条保护有限责任公司人合性带来的影响,得出妥当的结论。

### (三) 股东除名制度中的法律漏洞及填补障碍

《公司法司法解释(三)》第17条还规定了股东除名制度<sup>㉑</sup>:即有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资,经公司催告缴纳或者返还,在合理期间内仍未缴纳或者返还出资的,公司可以通过股东会决议方式解除该股东的股东资格。问题是在作出该除名决议的股东会上,被除名股东是否有权参与表决,司法解释未作明确规定。《公司法》第22条第2款从反面规定了可撤销的公司决议——股东会召集程序、表决方式违反法律、行政法规和公司章程。问题是如果公司章程没有规定,到底是被除名的股东参与表决违反了法律的规定,还是排除其表决权违反了法律规定?《公司法》第42条、第43条作为说明性法条,具体规定了“符合法律、行政法规和公司章程的规定”的表决方式,但《公司法》第42条“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权”,此处的“出资比例”又是一个开放式概念,是认缴的出资比例还是实缴的出资比例?法条并未穷尽列举和描述。《公司法司法解释(三)》第17条虽然规定了股东除名制度的法定事由,但对是否构成对《公司法》第42条的限制适用以及如何限制均未予明确,形成公司法中的法律漏洞<sup>㉒</sup>,法官在审理过程中对该漏洞的填补方式不一,导致司法实践中争议

<sup>⑳</sup> 参见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4条;最高人民法院发布的《最高人民法院行政审判庭关于“红帽子”企业产权纠纷处理有关问题的意见》。

<sup>㉑</sup> 《公司法司法解释(三)》首次确立了我国的股东除名制度,填补了我国公司法中没有股东资格解除规则的空白。其实,这本身就是一种法律续造。

<sup>㉒</sup> 有法官认为这种法律漏洞为“残缺式体系违反”中的“全部残缺型法律漏洞”,即法律就上位事项(股东会决议时股东按认缴出资比例行使表决权)之部分下位事项(公司为股东提供担保时,被担保股东不能行使表决权)作出明文规定,但对上位事项中的另一些下位事项(如本文讨论的股东除名事项,股东能否行使表决权)未予规定而构成法律漏洞。参见陈克《有限责任公司股东除名与表决权限制——填补法律漏洞视角下的展开》,载《中财法律评论》2016年第8卷。

颇多。<sup>③①</sup>有的法院主张限制被除名股东的表决权,理由是到底依出资比例还是依股权比例确定股东表决权,属于公司自治范畴。《公司法》第4条仅规定了股东权利的内容,却未明确规定股东未履行或未全面履行出资义务,表决权应否受限制。《公司法司法解释(三)》第16条限制了股东的自益权而未指向股东共益权,表决权作为股东参与公司管理的经济民主权利,属于共益权,但却可以通过该权利的行使,保障自益权的行使和实现。如果允许未尽出资义务的股东行使表决权,不符合权利义务对等、利益与风险一致的原则。<sup>③②</sup>有的法院类推适用公司法关于上市公司关联交易表决的特别规定,认为如果不限制被除名股东的表决权,则使股东会表决形同虚设,不符合《公司法司法解释(三)》的规范意旨。<sup>③③</sup>还有人运用合同法上根本违约理论,认为股东出资是在履行股东间的出资合同,未出资的股东为根本违约,则“解除权”应仅赋予守约方——已完成出资的股东,未出资或全部抽逃出资的股东作为违约方没有表决权。<sup>③④</sup>

有的法院持截然相反的观点,认为不应限制被除名股东的表决权,理由是:经公司章程和工商登记确认后,即取得股东资格,可以行使股东权利,包括表决权。《公司法》第42条规定股东按照出资比例行使表决权,如果公司章程未作特别规定,应认为是认缴出资。《公司法》及相关司法解释未限制抽逃出资股东的表决权,如公司章程亦未规定,则是否妥当履行出资义务不应成为限制表决权行使的依据。<sup>③⑤</sup>还有的法院认为,即使股东存在抽逃出资的行为,也仅能限制其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权,而无权限制股东的表决权。<sup>③⑥</sup>

《民法总则》第134条第2款将决议作为一种特殊的民事法律行为加以规制,规定法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立。由此,我们可以看到《民法总则》在民商合一体例下试图融入商法规则的努力,问题是这种将组织法的行为规定在交易法中是否妥当,因为交易法中法律行为的成立奉行的是意思自治,非当事人自主意思成立的法律行为,不能约束当事人。而决议属于团体法上的多方民事法律行为,形成的是团体意思,<sup>③⑦</sup>奉行的是“多数决原则”,起决定作用的是经由多数决等程序机制得出的意思表示。<sup>③⑧</sup>当事人必须或者说不得不接受多

<sup>③①</sup> 比较典型的是(2014)沪二中民四(商)终字第1261号“宋余祥诉上海万禹国际贸易有限公司等公司决议效力确认纠纷案”,最高人民法院(2007)民二终字第93号“安达新世纪·巨鹰投资发展有限公司与北京首都国际投资管理有限责任公司、协和健康医药产业发展有限公司股东权确认赔偿纠纷案”,(2012)宁(商)终字第991号“梁大力与南京云帆科技实业有限公司、俞苗根等股东会决议效力纠纷案”,(2015)沪一中民四(商)终字第288号“上海工惠房产经纪有限公司与上海上工房产实业有限公司公司决议撤销纠纷上诉案”等。

<sup>③②</sup> 参见江苏省南京市中级人民法院(2012)宁商终字第991号民事判决书。

<sup>③③</sup> 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四商终字第1255号民事判决书。

<sup>③④</sup> 参见前引<sup>③①</sup>,陈克文。

<sup>③⑤</sup> 参见上海市黄浦区人民法院(2014)黄浦民二商初字第589号民事判决书。

<sup>③⑥</sup> 参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民四商终字第288号民事判决书。

<sup>③⑦</sup> 由此区别于合同行为和共同行为。参见王利明主编《民法》(第6版),中国人民大学出版社2015年版,第99页;朱庆育《民法总论》(第2版),北京大学出版社2016年版,第137-138页。

<sup>③⑧</sup> 参见王雷《论我国民法典中决议行为与合同行为的区分》,载《法商研究》2018年第5期。

数决带给他的法律后果,不管这种后果他是否乐意接受。股东表决权作为股东基于其公司这一团体成员的身份,就团体意思决定机关——股东大会决议事项作出自己的意思表示,进而根据团队民主程序形成公司团体意思的股东固有权。民法理论虽然承认决议行为不要求行为人意思表示与决议一致,才受决议拘束,而因采多数决,对未表示同意者亦有约束力。<sup>③</sup>但是强调程序正义,重点在于形成多数决的程序机制。《民法总则》第134条第2款要求只有“依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序”作出的决议才成立。如上文所述,公司作出除名决议时被除名股东是否有表决权,法律没有规定。假如公司章程亦未规定,那么如果遵循特别法和一般法的填补关系,适用《民法总则》第134条第2款关于决议行为的一般性规定,对我们论及的法律漏洞不仅没有填补,而且可能因为其规定在法律行为一章中,会导致这样的结果:被除名股东要求把自己的意思加入其中,因为其表决权的行使是公司意思形成的要素,欠缺其意思而非其意思被多数人意思所吸收,违背了程序正义,其不应受决议的约束。<sup>④</sup>

#### (四) 票据公示催告中的法律漏洞及填补

我国《民事诉讼法》第18章规定了票据丧失后的一种补救措施——公示催告。该法第222条规定,如果没有利害关系人申报权利,法院可以依法作出除权判决,宣告票据无效。失票人在除权判决作出之日起,可以向付款人请求付款。

在我国《票据法》规定的失票救济手段中,公示催告无疑是使用频率最高、最主要的方式。但是在票据相对丧失的情况下(如票据遗失),除权判决可能使得票据善意持有人的权利得不到保护,还会纵容票据持有人或票据债务人恶意申请公示催告,侵害票据权利人的权利。为此,我国《民事诉讼法》第223条规定了除权判决的撤销制度:“利害关系人因正当理由不能在判决前向人民法院申报的,自知道或者应当知道判决公告之日起一年内,可以向作出判决的人民法院起诉”,申请撤除以除权判决。但是什么构成“正当理由”,《民事诉讼法》没有作出明确规定,属于不确定的法律概念,为“授权型法律漏洞”<sup>⑤</sup>。

同上述,票据法作为商法的部门法,在我国民商合一的立法体例下,是民法的特别法。在特别法中没有规定的情况下,寻找民事一般法的规定。在民事基本法中搜寻的结果是合同法中四次出现“正当理由”一词。<sup>⑥</sup>但是合同法中的“正当理由”都是在合同履行过程中,可以从合同约定中找寻何为正当理由。票据公示催告中的“正当理由”却无当事人的合意可资参考,排除了当事人的意志,由法律直接规定。民事一般法的规定

<sup>③</sup> 参见龙卫球《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第436页。

<sup>④</sup> 其实,将决议行为规定在法律行为中,可见民商合一体例下,《民法总则》立法者兼顾商事立法的苦心。但是,除上述关于意思表示形成过程的差别外,决议行为和法律行为还有许多差别,比如民事法律行为不仅要求形成一个意思,还需表示于外,即不仅要有意思形成行为,还要有表示行为,两者相加,构成一个完整的民事法律行为。但决议行为往往只是形成一个意思,许多公司决议不需要向外部进行表示(当然前提是我们将公司视为一个整体,一个独立的民事主体,其形成的决议在公司内部的表示不视为表示于外),也就是说决议行为往往欠缺表示行为。

<sup>⑤</sup> 授权型法律漏洞,指立法者或者准立法者,对于某种法律事实,任由解释者进行价值判断,而不作任何规定的情形。

<sup>⑥</sup> 参见《合同法》第101条、第227条、第316条和第420条。

无法为票据法的漏洞提供法律支撑,只能由法官根据票据法的立法目的,在满足价值的判断的前提下<sup>⑬</sup>,通过个案评价对“正当理由”进行解释,给出这一概念个案中可能的法律意义,填补民事诉讼法的漏洞。此种情况下,票据作为流通证券、“商人货币”,对“动”的交易安全的保护不仅强于民事普通法,甚至强于商法中的其他法律部门,只能从公示的程序性保障是否妥当实现、是否存在不可抗力等情形加以判断。民事基本法中关于法律行为或事实行为正当性的判断标准多无用武之地。

### 三、民法基本原则在商法适用及漏洞填补时的局促

适用原则填补法律漏洞的情形为:一是存在明显漏洞,即:如前文所述,法官在找法的过程中,穷尽了既有的规则,仍无法找到可以适用到该案件的规则。这时,可以通过对基本原则的阐释论证,将其具体化为个案的裁判依据,支持和证立其裁判结论。二是在隐藏漏洞的情形下,也就是说有适用于个案的具体规则,但是如果严格适用该规则,则会导致严重的不公平,即该规则虽然具有制度性权威,但是因无法实现法律的规制目的,或者不符合正当性层面的正义与善的要求而不符合“正当裁判的要求”。此时,法官可以履行其适用立法机关创制的规范解决纠纷的基本职责,用既有规制裁决案件,该裁判也满足了依法裁判的要求。但是法官也可以基于正当裁判的目的优先适用原则,这相当于法官通过原则为规制创制了例外。<sup>⑭</sup> 本文此处论证的问题包括第一种情形,即当存在明显漏洞的情况下,民法的基本原则在填补漏洞时的不逮,但是不包括第二种情形。本文论证的焦点是在商事特别法没有明确规定,存在明显漏洞,但是如果按照我国特别法与一般法的适用原则,可以在民事一般法中寻到可适用的规则,但该规则的适用与商事特别法的规制目的和商业活动的本质需求相背离,而直接适用民法基本原则不仅无法达到矫正民事一般规则的目的,还会产生对商业空间的压榨问题。

#### (一) 诚实信用原则填补商法漏洞时的局促

诚实信用原则是民法的一项重要原则,被称为民法的“帝王条款”,<sup>⑮</sup>不仅在原来的《民法通则》、刚刚施行的《民法总则》中占据显著位置,而且在诸多民事单行法中也有重复规定。《民法总则》第7条“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”《合同法》第6条、第42条第1款第3项、第60条第2款、第125条第1款,《反不正当竞争法》第2条第1款,《保险法》第5条,《消费者权益保护法》第4条,《民事诉讼法》第13条第1款,《票据法》第10条都规定了诚实信用原则,并将之作为填补法律漏洞和矫正现行法适用时导致的不公平、不公正现象的利器。

但是在商法领域,该原则的适用却受到一定限制。比如在VC、PE领域,风险投资

<sup>⑬</sup> 参见[德]恩吉施《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第136页。

<sup>⑭</sup> 参见前引<sup>⑮</sup>汪译文。但是此时法官负有相应的证成义务,证明违反具体规制为正当。

<sup>⑮</sup> 参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第441页。

家和创业企业家之间签订的风险投资合同发生纠纷时,在诉讼时即使发现有与诚实信用原则不相符的地方,美国法官很少适用该原则矫正合同约定,更不要说出现法律漏洞需要填补的时候了。究其原因,美国法院认为:1. 风险投资家是成熟投资者,符合合格投资者要件,对合同的性质、条款有清楚的认识,对风险有预判和把控的能力。创业企业家较风险投资家对自己的事业、事业所属的行业具有更大的信息优势,双方在签订合同时势均力敌,不存在信息偏在的问题,无需法律去矫正。2. 法官对商事前沿事物的理解和把握并不比直接从事商业活动的商人更充分。用日本学者田中耕太郎的描述可能更适切,就是商事法律关系的当事人是“为了达到其营利目的而进行最合理行动的人,因而不是需要依据法律来‘监护’的‘我行我素的人。’”<sup>④6</sup>美国法院坦率地承认,在商业创新、商业前沿领域,法官并不比从事这项活动的商人更聪明,让法官去理解这些商业精英创造的商业模式并解决他们之间的纷争,是一件非常困难的事情,是自寻烦恼。所以,许多美国法院的法官在审理此类案件时多严格遵循合同条款,以合同作为审判依据和法律渊源。<sup>④7</sup>3. 在商事创新领域风险巨大,在订立合同时,当事人能够预见的风险会明确约定在合同中。总有一些风险在订立合同时无法预见,用诚实信用原则去矫正,无异于事后诸葛亮,用结果去评价当事人订立合同时的动机等心理状态,会造成实质不公平。如果某一商业创新带来实质不公平,损害另一方当事人利益,会随着商事实践的发展凸显出来,引起立法者的关注,由法律进行规制和矫正。<sup>④8</sup>这表明美国法院对自己能力的清醒认识,某一商业创新刚刚萌芽的时候,到底是会带来社会发展的福祉,还是会引发社会风险和社会不公,往往很难看清,法官也不比谁更高明,在某个具体案件中可能也身在此山,无法准确把握。这时要求他适用诚信原则矫正合同约定,可能恰恰扼杀了某一商业创新。所以诚实信用原则就不得不保持一种谦抑态度。

当然,随着某种商业模式聚集的社会风险和社会不公加剧,引起社会和立法者的关注,通过法律进行矫正或者在某种商业模式相对成熟后,法官对此有一定认识的情况下,诚实信用原则还是有一定的适用空间的。虽然诚实信用原则在美国风险投资领域的适用受到限制,但是并未导致案件数增加或者风险加剧,反而刺激了社会向创新型企业的投资,不仅是因为创业企业家的信誉机制发挥了良好的作用,更证实了市场参与主体才是其最佳利益判断者这一命题。

## (二) 合同自由原则压缩了商事活动的自由

《民法总则》第5条规定“民事主体从事民事活动,应当遵循自愿原则,按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”。再次在民事基本法中确认自《民法通则》始就确

<sup>④6</sup> [日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第6页。

<sup>④7</sup> 其实,虽然《美国统一商法典》规定当事人不得以约定排除诚实信用义务,但法院反复强调的原则却是诚实信用的默示义务不能被用来排除或变更合同的明示条款。参见崔建远《论合同漏洞及其补充》,载《中外法学》2018年第6期。

<sup>④8</sup> 参见于娟《美国风险投资中的契约研究——兼论对我国风险投资相关法律制度的借鉴》,吉林大学2010年博士论文,第92-93页。

立的自愿原则。<sup>④</sup> 合同自愿原则究其本质不过是西方民法中的意思自治在我国民法中的转化,《民法通则》用“自愿”而非自由,除了其制定之时的社会政治环境对西方民法“私法自治”的核心内容——法律行为的自主与自由尚持保留态度,担心它可能导致法律行为自由的扩大化和权利的滥用,与当时中国国情条件下的法律行为有限自由相抵触外,<sup>⑤</sup>主要由于在高度集中的计划经济体制下,经济活动受制于国家指令性计划和命令,民事主体能够摆脱行政命令的干预就已经是巨大进步了。但是在《民法通则》颁行30余年后,在有限政府、权力清单、公权力的有限行使已深入人心的社会环境下,《民法总则》还强调自愿原则,未能与时俱进,既无任何特别意义,也可能妨碍私法功能的实现。<sup>⑥</sup>

《民法总则》就应该明确规定强调双方或多方当事人合意正当性的契约原则。因为作为实现私法自治理念主要工具的法律行为,主要是契约。具备谈判均势的平等主体,通过要约承诺,足以祛除任何一方的任意,达成共同的交易条件,实现契约正义。即使是赠与行为,通过契约进行,也能实现尊重对方人格,避免强行加利的情况。<sup>⑦</sup> 关于惩罚性违约金条款的效力判断问题,民法学界和商法学界普遍认为,在交易实力和交易经验相仿的商事主体之间,只要没违反法律、行政法规效力性强制性规定,不损害公共利益,就应该承认商事主体就其私人利益关系所做的安排,就没有国家公权力进行干涉的足够充分正当的理由,就应该承认其效力。<sup>⑧</sup>

最高人民法院《合同法司法解释(二)》关于法官在审理具体案件时,以30%为标准对违约金进行调整的规定,借鉴了《德国民法典》第343条关于不合比例地高于实际损害的违约金可以应债务人申请下调的规定,但是这一规定在德国被认为是“民法典体系中的杂质”,应当作为一种例外干预被限制使用。<sup>⑨</sup> 在商事合同中约定高额违约金作为迫使合同一方履行合同义务的工具,并作为最低损害赔偿额而具有方便计算损害的功能,属于当事人自行评估合同风险的范畴。所以即便最高人民法院出台了上述司法解释,但由于它免除了守约方就损害的发生及范围进行举证的责任,商事合同的当事人多依旧规定在合同中。而且就是否构成因对方的违约行为获取暴利,民法和商法的判断标准也不同,如果司法机关或仲裁机构动辄以当事人之间约定的违约金过高为由,进行“合理干预”,无疑是不当介入到商主体自我设定的法律关系中,以寻求所谓实质正义为理由,以自己的判断标准替代经营者的经营判断,<sup>⑩</sup>即便民法学者也认为这一规定是对

<sup>④</sup> 当然,也有学者称之为自由原则、私法自治原则。

<sup>⑤</sup> 参见王利民《民法的精神构造:民法哲学的思考》,法律出版社2010年版,第367页。

<sup>⑥</sup> 参见杜明强《论我国〈民法总则〉中的自愿原则》,载《地方立法研究》2017年第3期。

<sup>⑦</sup> 参见杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第151页。

<sup>⑧</sup> 参见王轶、关淑芳《民法商法关系论——以民法典编纂为背景》,载《社会科学战线》2016年第4期。

<sup>⑨</sup> See Staudinger Volker Rieble, § 343 2004, Rn. 9.

<sup>⑩</sup> 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。

契约原则的违背。<sup>⑤⑥</sup>

同时,由于商主体以营业为其主要特征,其营业的实现必须借助与其目的事业相应的一系列契约,是契约群而非单一契约。某个单一契约不过是其营业活动的组成部分。即“对于商事交易而言,常常需要将不同的契约作为构件组合成一桩完整的交易”<sup>⑤⑦</sup>,与民法中合同主体只是为了实现某一单一目的而订立的独立的合同迥然不同,如果出现纠纷,法官习惯性的民法思维,纠结于某一个单一契约的约定,将其与契约群或者契约链割裂,这样就无法理解和体会商事主体真实的商业意图和商业目的(合同目的),裁判结果就会偏离合同主体之间的真实意思,违背契约自由原则。实务中,甚至有合同一方当事人利用法官的这种思维定式和审判习惯,因情况的变化,故意歪曲其订立合同时的真实意思,获得不当利益。

所以,民法方法和商法思维的本质区别在于,民法追求每个交易中交易双方或多方实质性的公平或平等,通过寻求各个民事主体间的“绝对公平”实现社会的“整体公平”,而较少将交易作为一个整体机制进行考量,更不会关注交易习惯形成的背景,以及其中的机理和内在要求。而商法更多考虑已达成的交易对其他交易或者当事人的影响,将单个交易置于整体交易机制中考量交易的效率、迅捷和安全,通过寻求商业社会的“整体公平”来实现个体的“相对公平”。这就决定了商法在纠纷认定与解决机制上有别于民法。<sup>⑤⑧</sup>

起源于市民法的民法其历史使命更多是为了解决市民社会中人的权利和财产归属,并不涉及多方主体和多重法律关系,所奉行的道德规范异于市场经济的道德规范,“公平”是其“定分止争”的刻度标准,价值判断标准比较单一。而商主体在从事商业活动的过程中不仅经常表现为连续性交易,而且会与不同的主体发生跨域域的法律关系(包括但不限于投资关系、税收关系、债权债务关系、劳动关系等),法律关系多元且复杂。这些决定了商法倾向于在利益交错的法律关系中努力实现当事人的利益平衡,即使其承认和适用某一商业规则可能会损害个别参与主体的利益,商法也必须通过保护此等商业规则的权威性来确保参与主体的明确预期,不会为了保护个别参与主体个体的公平而撤销交易,对利益受损的特定商事主体只能在“利益平衡”原则下以其他的救济途径加以平衡。<sup>⑤⑨</sup>因为法律本来就是“表达利益和平衡利益的过程。”<sup>⑥⑩</sup>民法意义上的绝对公平在商法领域很难实现。

<sup>⑤⑥</sup> 因为在商事合同中,对违约金的调整其实在一定程度上变相地鼓励背信行为。合同作为成熟市场主体意思自治的工具,确定违约责任属于意思自治的必然内容。合同最为本质的目的就是交易,当一个合同能够得到违约金所能实现的目的时,承担违约责任恰是一方当事人自愿承担的后果。这样的惩罚性,并不否认违约责任填补损害的价值基础,而是为了克服不足以赔偿损害的特殊规定。参见许中缘《商法的独特品格与我国民法典编纂》(上),人民出版社2017年版,第178页。

<sup>⑤⑦</sup> 张谷《从民商关系角度谈民法总则的理解与适用》,载《中国应用法学》2017年第4期。

<sup>⑤⑧</sup> 参见郑彧《民法逻辑、商法思维与法律适用》,载《法学评论》2018年第4期。

<sup>⑤⑨</sup> 参见前引<sup>⑤⑧</sup>,郑彧文。

<sup>⑥⑩</sup> 张新宝《“普遍免费+个别付费”:个人信息保护的一个新思维》,载《比较法研究》2018年第5期。

所以,为了社会的基本伦理和价值的稳定,将市民社会和市场经济做适当分离是非常有必要的,让“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。”<sup>①</sup>由此可见,商法无论是在主体规范、财产流转还是法律责任上都与民法有着不同的价值理念和价值追求,“商法之所以独立于民法,主要是由于商事规则具有独立的价值理念和精神。正是商法价值的独立性,使得商法独立的精神实质迥异地存在,从而商法得以保持实质的独立。”<sup>②</sup>由此,商法的基本原则迥异于民法的基本原则。在许多商事案件中,不仅民法基本原则的适用空间受到限制,也无法起到漏洞填补功能。

#### 四、商法通则对商法漏洞的填补功能

如果我们民商合一的立法体例试图以民法典为中心,建立一个“完美的私法体系”的话,那么就会产生一个问题:即如果一种普遍规则同时适用于民事与商事,则会导致此等规则极度抽象而远离生活事实,<sup>③</sup>很快在急速变迁的商业社会中捉襟见肘,无法应对现实商业活动,文本与现实产生断裂。如果执意用立法者的顶层设计安排商人所欲实现的商业目的,哪怕只是试图嵌入商人追求的商业秩序,正如哈耶克对私法法源封闭导致的低水准立法的批判:立法者不是商业精英和商事活动践行者,其能审视和把握的不过是较低复杂程度的商业实践。

在哈耶克的“自生自发秩序”中,自由、正当行为规则和竞争发挥着重要的作用。在传统理论中,私法秩序一直属于自生自发秩序,奉行“正当行为规则”——即人们对交往过程中产生的行为规则的普遍遵守。这些规则即使被纳入制定法中,也不过是立法者对这些正当行为规则的记述和表达,社会的形成与存续,端赖人们对自生自发规则的遵守。在民法典日益浸入社会生活方方面面的今天,符合“自生自发秩序”典型特征的恰是商业社会和商事活动。

按照前文描述的法官对具体案件的审理过程,其中一个步骤就是“找法”——寻找法源,寻找可以作为裁判大前提的规范或者原则。<sup>④</sup>在商事审判中,哪些事实能够影响法官对案件的裁判?哪些原则或者规则可以作为裁决的法律依据——大前提?用什么来规范这些法源?都是我们需要思考的问题。

民商事审判实践中许多具体的商事案件,不仅有无法可用的困境,还存在“有法不宜用”“有法不好用”的问题。不仅许多民事基本法的一般规则不宜直接作为商事纠纷的裁判准则,用民法基本原则填补商法漏洞也存在目的论上的违和。日本商法学者松

① 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。

② 张谷《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载《东方法学》2006年第1期。

③ 参见陈自强《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社2008年版,第17-18页。

④ 参见前引⑤汪洋文。

波仁一郎曾指出“又云商法为特别法,非民法之例外法,而从此所生之实益,在于遇有商法无适切规定之际,能研究商法之精神,参照类似之规定。至不论如何,亦于商法无所据,乃始观民法。若为例外法时,则于其法无规定者,直可即观原则法。而例外则称为应严格解之者,不可不慎类推之解释。此其差异,常解释商法之际,应须注意者也。”<sup>⑤</sup>足以廓清现有的一般法—特别法论述,但现有论述并未对此加以吸收。

其实,民法与商法在法体系上的二元关系的内在逻辑应该是非常清晰的。既然社会经济生活中存在商事法律关系,就必然存在满足商业社会需要的商事规范体系,这些规范无论被冠以何种名称、寄居于何种立法结构之下,其因思想基础迥异于民法而具备的内在独立性是无法消弭的。我国虽然颁布了较为完整的商事单行法,基本上能够满足市场经济法律调整的需求,但是这些商事单行法都是在民法的框架下制定的,缺乏一部统领性的法律清晰地表达商法的基本概念<sup>⑥</sup>、基本交易规则,<sup>⑦</sup>协调各单行法、商事法律制度,整个商事立法处于零散化、碎片化状态,体系化、科学化和形式理性严重不足,找不到民事规范群和商事规范群体体系化的形式区分标准,导致民事、商事规范属性的识别一直以来都是学术界和司法实务的一项持续工作,无法为裁判者提供体系化的规则评价标准,导致对规则评价不统一甚至矛盾的现象频出,不能有效地弥补商事审判中出现的法律漏洞。从法官的角色和功能定位考察,依法裁判是其基本义务,正当裁判是对其的更高要求。即使了解商事实践需求、把握商法精神实质的法官在审理本文列举的案件时,如果要推翻现存的民商法关系一般规则,舍弃在法源理论上具有优先性的民事一般规则而改采符合商法精神的规则乃至商事习惯,<sup>⑧</sup>则法官就负有“特别证立”(special justification)的义务,需要论证以商法精神和商法目的对民事一般规则进行矫正的必要性,这对任何一名体制内的法官都是一个严峻的考验。究其实质,一直争论不休的民商关系也不过是为了解决民商合一体例下的法律适用问题。

在我国民商合一的立法体例下,商法是作为民法的特别法存在的,必须承受民法的基本原则,特别是那些具有一般社会伦理性质的、具有私法理念表现形式的原则的支配。但是在法理学意义上,特别法适用于特别的主体、客体或生活场景,就意味着其适用对象特别的“法律属性”,这才是特别法的真实含义。所以简单适用民法原则和规范填补商法漏洞,其实是粗暴地否认了商法的特殊性。民商合一的立法体例,绝不是忽视商事纠纷的个性,在法律适用上将民法规则削足适履地适用于商事纠纷。

由此,在商法规范和民法规范的法律适用关系上,不能径行遵循特别法—一般法的规则。在商事特别法阙如之时求诸民事一般法规范,不仅不能正确理解商主体的商业安排,而且可能会曲解并错误引导商事纠纷的处理与解决,同时对商主体自生自发产生

<sup>⑤</sup> [日]松波仁一郎《日本商法论》,秦瑞玠、郑钊译,中国政法大学出版社2005年版,第10-11页。

<sup>⑥</sup> 如商人、商行为、商事权利义务、商事严格责任等。

<sup>⑦</sup> 如商事登记、商事公告、短期时效、会计账簿等。

<sup>⑧</sup> 虽然《民法总则》第10条确定了习惯的法源地位,但是对该条所称“习惯”到底是习惯法还是一般民事或商事习惯,学界不乏争论,所以法官在适用商事习惯裁决案件时,还是面临很大风险的。

的秩序及其规则产生冲击,影响商主体对商业规则结果的明确预期。因此,必须在考量商事交易的需求、商事活动的本质等漏洞填补的一般法则后,参酌商法基本原则和商法自身的法源规定,运用商法的原则、习惯和一般规则,遵循法律漏洞填补的法学方法论进行法律续造,补充商法规范的漏洞。我们尊重我国民商合一的立法传统,承认“商法是民法的特别法”,是在这种涵义上使用“特别法”概念的。

独立的商法原则作为商法规范区别于民法规范的伦理保障,决定了商法规范总体上与民法规范不同的体质,在商事特别法没有规定的情况下,是适用民法的规则加以调整还是认定其为商法漏洞,运用商法理念、原则、商事习惯或者采用类推适用等漏洞填补方法加以解决,就是商法独立性的体现之一。除了商法的一般原则外,商法体系内还存在一些技术性原则,这些技术性原则的功能之一就是对大量存在的民商合一的法律规范作区分理解,对司法判决进行持续性地整合。商事法律漏洞的填补,就是要站在立法者的角度思考如何填补缺失的商事特别法规范,任何一种法律续造都不可能通过一个维度的演绎活动完成,针对所涉及的问题要进行复杂的法政策考量,这就需要研究诸如商事法的学说、判例、一般条款、交易目的等填补商法漏洞的方法论基础,以求填补的法律规范不失商事特别法的法意。在商法体系中就个案的法律适用与法律续造问题寻求最佳的规范方案,并通过这些个案的判决不断补全商法原则、理念、规则等法秩序的轮廓。可见商法领域的法律续造主要是借由商法原则结合事物的本质、交易目的共同完成,这些需要形成独立的商法通则加以规定。

在我国,法理可能贯彻于条文中,也可能贯彻于条文的解释中,还可能贯彻于基本原则的具体化中,但是民事立法从未承认法理可以作为裁判依据。<sup>⑨</sup>共识性的商法理念和理论只能通过具体的法律原则、规则得以表现,也需要商法通则作为载体。所以,商法漏洞填补虽然是一个法学方法论的问题,但法律本体论上的不同立场,却会直接影响漏洞填补时的不同操作。

由此,制定商法通则绝不是商法学科跑马圈地,借《民法总则》颁行、民法典编纂的东风抢地盘、保饭碗。商法通则的制定在理论层面是为了完善私法体系的建构,是为了统一商法精神和价值,<sup>⑩</sup>是为了以基本原则为基础建立整个商法规范体系,与商事单行法之间形成指导与被指导、补充与被补充的互动关系。在规定商事关系调整的共同性规则的同时,决定以什么样的思维、理念和逻辑建构商法体系,统帅商事单行法的实施,消除法律的冲突与不协调,并弥补商事单行法存在的漏洞。由于我国大部分法学方法论及法教义学活动的重点都是对制定法规范进行解释而非建构,以文义、历史、体系和目的论解释为核心的方法论萃取法律大前提的真意。我国依法裁判的法治原则,也支

<sup>⑨</sup> 参见张新宝《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第18-24页。

<sup>⑩</sup> 有学者认为,客观世界的复杂多变以及人类理性之局限之于法律的影响,主要体现在观念上,而非立法技术问题。他认为在某一法律价值观念之指引下,立法者完全有能力、而且也有权利适用较强模糊性的语言,来适应社会变迁之需要,所以制定商法通则确立商法理念和商法价值,尤为必要。参见吴炳新《法律漏洞补充理论的三个基本问题》,载《法制与社会发展》2011年第2期。

持法官最好采取法律解释而不是法律漏洞填补的方法解决疑难案件。为最大限度实现商法漏洞填补时的客观性,获得商事疑难案件正确的评价结果和法秩序的内部统一,满足最低限度的法安定性和判决正当性要求,即使在缺少法律规范时,审判者也可以通过遵循和阐释商法通则所确定的基本原则填补商法漏洞,避免其以“自由心证”的方式作出裁决,确保法官造法的正当性,防止法官造法的恣意妄为。<sup>①</sup>商法通则的制定势在必行,它将会通过实证法的表现形式,方便法官树立商事审判意识和理念,按照商法的理念和原则填补商法漏洞,也会为了解商业社会的法官裁判案件提供依据。

---

**Abstract:** For the changing commercial world, the Commercial Law always lags behind commercial practice, and commercial law loophole is normal and common. Although the Pandekton civil law system makes the statute law possess unprecedented practice power to construct rationalism, the statutory law's pursuit of legislation and justice logic meticulousness brings that applying basic principles of the Civil Law to fill the loophole of the Commercial Law can satisfy the self-consistency in logic, but cannot respond to the diversity and complexity of commercial legal relationships, which will harm the value pursuit of business innovation and the Commercial Law. Legitimate and authoritative judgments of commercial dispute objectively require the legitimacy of source of the Commercial Law. As a basic law to lead each special law of commercial affairs, General Principles of the Commercial Law can guide and coordinate these special laws to eliminate legal conflict and repair the loophole of the Commercial Law with basic principles as the basis to establish normative system of the Commercial Law.

---

(责任编辑:王莉萍)

---

<sup>①</sup> 参见钱玉林《商法漏洞的特别法属性及其填补规则》,载《中国社会科学》2018年第6期。