【商事法】

商法思维的逻辑结构与司法适用

杨 峰

【作者简介】杨峰，南昌大学法学院教授。

【原文出处】摘自《中国法学》(京)，2020.6.160~182

【基金项目】国家社科基金重点项目“商法漏洞类型化及类推适用问题研究”(项目批准号：18AFX017)。

一、商法思维的逻辑结构

从思维方式的角度看，商法思维是指法律人根据商法理念观察商事法律现象、认识商事法律规律所具有的一种独特的思维方式。从思维方法的角度看，商法思维是指法官在商法理念的指引下，根据价值取向，运用法律逻辑，通过论证、推理、解释，思考、分析、解决问题的思维方法，是法官解决法律问题所采用的具体方法。在司法适用中，商法思维一般是指方法论意义上思维方法。

商法思维是一个由商法理念与价值、司法三段论、思维模式、商法解释、利益衡量和价值判断组成的严密的逻辑体系，其中商法理念与价值是商法思维的逻辑内核与逻辑起点，形式逻辑(三段论)是商法思维的逻辑推理工具，思维模式是商法思维的认知框架，商法解释是商法思维的媒介工具，利益衡量和价值判断是商法思维效果的矫正手段。

二、商法思维适用的认知框架：思维模式的应用

商法思维模式主要有构成要件思维模式、法律关系思维模式、请求权基础思维模式、类型化思维模式和概念思维模式五种类型。

把法律规范或法律条文中的一定内容归结为由几个构成要素组成，每一个要素称为一个构成要件，一旦具备这几个构成要件，则发生法律条文中规定的法律后果，而把法律构成要件用于分析解决某类案件的思维方式，就称之为“构成要件思维模式”。构成要件思维模式主要是用来分析法律规范的一种思维分析框架。

法律关系思维模式，是指理顺不同的法律关系，确定其要素及变动的情况，全面掌握案件的性质和当事人的权利义务，以准确适用法律的一种思维模式。法律关系思维模式是在司法三段论中寻找案件事实与规范要件之间联系的基本方法。

请求权基础思维模式，是指通过寻求请求权基础，将小前提(法律事实)归入大前提(法律规范)，从而确定请求权是否能够得到支持的一种分析方法。请求权基础思维模式也是连接事实要件与规范要件的重要方法。

类型化思维模式的特点并不是通过定义的方法，而是通过对法律规范所涉及的对象按照事物的根本特征为标准进行分类，从而实现法律规范的具体化。型化作为一种思维方式的重要性也将日益凸显，成为法律思维中的一项重要模式。

概念思维模式就是通过界定概念的内涵和外延来把握法律条文意旨的法律思维模式。概念思维模式在商法思维中的意义表现在：第一，概念思维是其他思维模式的基础与前提。第二，概念思维是商法解释的重要工具。

由于商事法律关系及商事法律规范与民法不同，因此商法思维模式在司法适用中表现出不同的特点。

第一，商事案件中的法律关系更为复杂，用法律关系思维模式分析商事案件时要探究法律关系的本质。由于商事活动的创新性，商事法律关系比民事法律关系更加复杂：一是商事法律关系涉及的利益

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

主体比较多。二是商事法律关系中的内容，即权利义务比较复杂。三是有些商事法律关系的性质比较难以认定。因此，运用法律关系思维模式分析商事案件时，不能拘泥于法律关系的形式，而要探究法律关系的本质。

第二，运用请求权基础思维模式分析商事案件有时比较困难，需要结合其他思维模式一起分析。一是商事权利体系零散不系统，商事请求权基础的检索比较困难。二是商事权利的内容与结构更加复杂，权利性质的认定和归类比较困难。三是请求权基础思维模式的适用范围较窄。

第三，类型化思维模式在商法思维中的作用越来越明显。一是类型化思维模式对商事主体的分析具有重要意义。在商法中，由于商事行为种类不同，商法对于商事主体及其法律责任是按照类型进行规定的。因此，用类型化思维模式分析商事主体制度非常恰当。二是类型化思维模式在分析商事关系、商事行为中具有重要的作用。商事主体在营利的驱动下，在商事活动中创新了许多新的交易模式和交易行为，形成了纷繁复杂的商事关系，这些商事关系包含了一些复杂的内部构造和多重环节，突破了传统的民法和商法中的行为规律与行动准则，权益关系复杂难以定性。商法学者把商事关系通过类型化的方法进行分类，使得纷繁复杂的商事关系变得更具体。

三、商法思维适用的媒介工具：商法解释

商法解释对于商法思维非常重要，在商法思维的三段论中，法律解释是大前提和小前提连接过程中的主要工具。商法思维适用需要法律解释的原因主要有以下几个方面：第一，成文法自身的概括性、抽象性和歧义性所决定。第二，我国商事法律规范的立法缺陷导致需要解释。第三，商事法律体系的凌乱需要法律解释。第四，商事活动的活跃性与商事法律规范滞后性的冲突需要法律解释。

商法解释在商法思维适用中的特殊性：第一，商法解释的对象比民法解释的对象范围要广。商法解释的对象除了法律文本，还应该包括商事合同、行业规章、章程和惯例。第二，在商法解释中正确区分强制性规范和任意性规范的意义重大。强制性规范与任意性规范的区分在商法中具有重要的意义，因为强制性规范特别是效力性强制性规范的违反将导致商事合同的无效。但如何区分效力性强制性规范和管理性强制性规范也并非易事。这就需要综合运用文义解释、目的解释和体系解释等方法来确定，当通过文义解释无法确定其是否属于效力性规范时，就应当通过体系解释和目的解释等方法来确定。

第三，商法解释应遵循法律解释的一般规则，同时进行充分说理和论证。商法解释要遵循各种解释方法规则、解释方法的先后顺序进行，同时要运用多种方法进行相互验证，并进行充分说理和论证，即法律规范的适用具备安定性和妥当性。

四、商法思维适用的逻辑推理工具——司法三段论的适用

司法三段论是形式逻辑在法律领域的具体运用，是解决商事案件裁判问题的基本逻辑推理工具。在商事司法裁判中，确定小前提首先要确定商事案件事实。商法思维三段论中法律事实的确认具有特殊性：

第一，在商事法律事实认定中，应尽量坚持适用商法中的外观主义原则，注重外观事实的认定。在商事法律事实认定中，坚持外观主义原则的表现之一是对商事行为的认定，应侧重外观的表现，少探究商事主体的内心意思主观状态。商法坚持外观主义原则的另一个表现是对第三人注意义务要求的降低。出于对商事秩序和交易安全保护的考虑，商法对交易过程中第三人的注意义务和要求比传统民法理论的标准低，这在商事表见代理中尤为明显。

第二，应遵循商事自治原则来确认商事合同的违约行为事实等。尊重商人的意思自治是商法的理念之一。在商事合同案件的事实认定中，往往要认定合同违约行为事实，这时应当遵循商事自治原则，依照合同的约定、商事惯例和行业规则进行判断。

第三，商事责任中损害事实和损失的认定不同于民法。民法基于公平理念构建民事责任制度，民法中的损害赔偿一般是贯彻“填平原则”，赔偿的范围大致等同于损失，极少实行“惩罚性赔偿”。商事主体为了追求营利，创造出高风险和高收益并存的商事交易活动，这种商事交易的特点就是为了高收

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

益而自愿承担高风险。因此,商事损害赔偿制度应充分尊重商事主体的这种利益。

在确认法律事实后就要根据一定的规则来确定案件适用的法律。商事思维司法适用中的大前提确定过程中,应坚持以下规则:

第一,商法中的不完全法条、宣示性条款和倡导性规范必须结合其他法条进行适用。宣示性条款和倡导性规范并不涉及具体的权利义务关系,并没有对利益作出唯一性的规定,因而并非裁判者可以运用的裁判规范。不完全法条不能作为裁判规则直接适用,必须与其他条文进行结合,同时对一些隐含性要件,需要通过体系解释、目的解释、历史解释等方法加以明确才能适用。

第二,商事惯例和商事自治规则应尽量优先适用。由于商事交易的创新性和专业性,商事法律规范在一定程度上会滞后于商事实践,有时会出现找不到直接可供适用的商事法律规范的情况,此时,应该优先适用商事惯例和商事自治规则。

第三,商法一般条款和不确定概念要经过类型化后进行适用。如果在确定法律事实后,寻找到的法律规范不是具体的法律规则,而是商法一般条款时,由于一般条款具有高度的概括性、抽象性、不确定性和模糊性的特点,难以通过解释定义的方式确定其含义,因此,必须对其进行类型化后才能适用。在商法一般条款的类型化过程中,要体现出商法的理念、价值,要注重外观主义原则的适用,多参照商事惯例和商事自治规则。

第四,当出现商法漏洞时,应根据情况选择适用民法一般规则或类推适用相关商法规定。如果是商法无需作出特别规定的,则不属于漏洞,属于有意为之而适用民法的一般规定;对于商法应当作出特别规定而未作特别规定的,则属于商法漏洞应当予以法律漏洞填补方法进行填补,类推适用相关商法规定,而不能适用民事基本法的一般规则。

五、商法思维适用中的效果矫正:利益衡量与价值判断

在商法思维的适用中,利益衡量的运用表现得较为突出。在商法理念和价值的指引统领下,商法思维通过利益衡量方法来处理一些利益冲突:一是营利利益和个别利益的冲突。商法则强调的是商人的营利利益的保护。对营利利益的保护必须侧重于对市场交易的整体利益保护,而不是仅对单一利益的保护,以体现尊重市场规律、追求效率和安全的价值追求。二是商事行为主体与第三人的利益冲突。商事交易活动往往涉及第三人,且第三人权利和利益的保护往往处于商法的中心地位。当商事主体与第三人利益发生冲突时优先保护第三人利益,这也正是外观主义的表现。

在商法思维适用中,价值判断不仅在法律事实和法律规范的确定、大小前提的有效连接中,而且在作出公正的裁判结论以及对该结论进行妥当性的验证中,都起着重要作用。商法的价值位阶与民法有所不同,民法的价值本位是公平优先,而商法的价值本位是效益优先。商法也追求“公平”,但是商法“公平”价值的实现方式和路径与民法的有所不同。民法思维侧重个体的“公平”和“平等”,较少考虑市场整体交易机制和秩序,而是通过保护个体的“绝对公平”来实现社会的“整体性公平”。商法主要是基于整个市场交易机制效率的前提下考虑个体的公平,其特征是通过寻求商业社会的“整体公平”来实现个体的“相对公平”,因此,商法是在追求效益优先价值前提下来实现公平。

结束语

从形式上看,商法思维的司法适用运用了与民法思维同样的形式逻辑、解释方法和认知框架等方法,但是商法思维区别于民法思维的特殊性表现在商法的理念、价值和原则指引以及引导法律解释、逻辑推理论证、利益衡量和价值判断等各方面,并渗透在商法思维适用的各个环节中。从商法解释到思维模式的应用,到三段论逻辑推理,乃至法律事实的认定和法律规范的确定,商法理念、价值和原则像“无形之手”实质上影响法官对商事法律事实的确认和对商事法律规范的理解与适用。因此,商法思维司法适用的整个过程都表现出与民法思维不一样的特点,也正因如此,用商法思维来解决商事纠纷特别是新型商事纠纷比较恰当。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/