

商事审判独立性研究

范 健*

【摘要】 商事法律纠纷占据法院受理案件的很大比重。然而在司法实践中,法官们仍然采取传统的民法思维或者行政法思维解决商事纠纷,造成了裁判案件时的困境。如何化解困境,本文从几个司法案例分析入手,分别从商法思维特殊性,救济途径特殊性,商事法律法规特殊性以及商法国际化角度进行论证,阐释商事审判独立性的重要性和迫切性。

【关键词】 商事思维;商事审判独立性;商法国际化

一、引言

中国商事案件的审理越来越陷入困境:现行的审判和仲裁体制及裁判官们民法和行政法思维,导致案件审理的结果很大程度上背离了社会公众的普通价值观念,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,表面的公平造成了实际的不公平;商事案件的审理,在维持表面上的社会稳定的同时,却未能促进社会商事经营机制的健康发展,有些案件的审判结果直接扼杀了现代新型产业创新机制。商事审判独立性呼声已从理论研究层面转入现实的实践需求。

追溯商法本源,商事裁判是一种独立于民事审判的裁判制度。早期的商裁判源于商事习惯法,即由商人阶层自己组成的专门法院处理具体纠纷中不断形成的习惯性做法,其诉讼程序也是商人处理自己事务的程序,该程序关注的不仅仅在于保护商人的一般利益,更要反映商事纠纷解决必须及时、有效等商人群体的特殊利益需求,而当时世俗的司法体系(例如民法)根本不能提供这种救济。商事法院的创设和商事诉讼程序的形成正是出于这种适应和维护商事活动正常进行的初衷。回顾历史,我们可以清晰地看到,商事审判特别制度的创设与存续与商行为这一独特社会经济活动的存在与发展方式密切相关。然而,令人遗憾的是,当商行为已经成为我国市场经济体制下社会经济活动的主要存在方式时,我们各级法院在处理商事纠纷时,仍然采取传统的民法思维或行政法思维,造成了司法裁判的困境。化解商事裁判中的困境,迫切需要中国法院建立商事审判独立性制度。

* 南京大学法学院教授、博士生导师。本文写作中,硕士生王有惠帮助收集整理相关资料。

二、商事思维、理念与 商事审判独立性关系

思维是一种对现象的判断,也是一种理性思考的结果。商事思维是人们对商行为得出的一种科学判断。但是在我国,商事思维并未在商事审判中被广泛地用来解决商事纠纷,就是王保树先生所说的,在实践面前,有两种倾向是人们不能不注意的:一是漠视商法的特殊思维,将特殊归于一般;二是忽视商法的特殊思维是商法发展、变化规律的反映,甚至寄希望于制造商法的特殊性。当前,最值得注意的是第一种倾向。^①下面以司法实践中几个判例来论证商事思维特殊性与商事审判独立性。

(一) 河南平顶山“天价过路费”案

河南“天价过路费”案^②经媒体报道后,引起社会很大争论,媒体和网友对承运人应缴纳的过路费比其收取的运费高出如此多,以及法院对承运人判刑如此之重普遍存在异议。2011年1月14日,平顶山市中院启动再审程序重审此案。最终,法院改判承运人有期徒刑两年6个月,并处罚金人民币1万元。

从本案证据链来看,由河南省高速公路联网监控收费通信服务有限公司出具的两辆货车的通行信息统计表,对包括空驶或载物和载物重量、超载率等信息的记录均很详细,证明其合计逃费金额的确为人民币368.2万元。可见中原高速平顶山分公司的收费确实有法律上和事实上的依据,由此推测,全国大大小小的公路收费公司,他们收取的“高价”公路费的确有“合法”的依据。然而,承运人时建锋偷逃收费虽是不争的事实,但是我们真正要反思的是,收费公司高收费的“合法”性与时建锋这种以物流运输

经营为生的货车司机的艰难处境相比是否具有合理性。

此案原本是一起公路经营管理公司与公路使用人之间因使用公路并支付费用而引发的商事纠纷,因现行体制的原因,公路经营管理公司的收费性质发生了变化,收费和免费使用都存在着特权,商事纠纷演变为一起重大刑事并附带民事诉讼案件。从商法思维的角度思考,此案提出了两个问题,首先承运人行为的违法性质和要求承运人应遵守的规则和法律是否公平。由此引导出第二个问题,在与商行为相关的案件审理中,法官是否有义务运用商法思维去审查现行立法与规制的合理性,从而判断各方行为的合法与违法性依据。

首先,高速公路收费公司的收费是一种不合理的收费,甚至可以说是一种“暴利”收费。从平等交换角度看,收费公司提供道路服务收取一定费用,运输司机使用道路支付一定费用,双方是处在平等地位的等价交换,然而现实情况是,高速公路收费公司一方暴利最大化,导致像时建锋这一使用群体利益最小化,这种利益的失衡必然会造成交易双方的实际不公平,更会造成畸形的经济发展态势。据报道,中国2011年物流成本占GDP18%,是发达国家的一倍左右。^③然而国家却在为这种不公平提供一种合法的外衣,通过看似有理有据的收费标准,将一方利益强行剥夺至另一方身上,使原本已经有强势和弱势之分的双方地位更加悬殊,导致处于弱势一方的社会公众要去承担超过自身收益的成本。从长远看,这种让法律成为“暴利”行为保护伞的行为已经严重影响商事活动的正常进行,最终将破坏整个社会经济的健康发展。

其次,承运人的缴费行为不能简单适用商事合同签订中的表示主义原则。法院该按意思

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

^②河南禹州农民时建锋被控,从2008年5月4日到2009年1月1日,在自己的两辆大货车上装假军牌,共免费通行高速公路2361次,合计逃费金额为人民币368.2万元。平顶山中级人民法院以诈骗罪判处时建锋无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处罚金200万元。

^③<http://news.163.com/11/1023/08/7H1M0ALE00014AED.html>,最后浏览时间:2012年12月7日。

主义还是表示主义判断合同内容,这在民商合同审理中存在区别。表示主义更多地适用于商事案件,意思主义更多地适用于普通民事案件。审理商事案件的许多法官有着朴素的判断:既然作出承诺,就不能像没有作出承诺那样简单对待。在理论上,这种朴素判断体现了承诺是信赖基础的法理观念,商业承诺本身就是某种利益或者对价^①。与民事合同相比,商事合同很多时候是依商业习惯制定的,双方明确将各自追求的利益体现在合同中,简单而且直接,法院没有必要像对待民事合同那样关注合同背后当事人的真实意思,因为当事人的真实意思就是追求利益,至于更深层次的考虑则已经超出了法院管辖的范围。从本案来看,有人会认为,只要司机选择通行高速公路,就意味着他同意了收费标准,此时合同双方已经就合同事项达成一致,法院并不需要去追究合同背后当事人双方的真实意思,因为商事活动可以交由市场进行调节,假如司机觉得高速公路收费不合理,他完全可以选择不使用高速公路或不进行运输活动。但是我们不应忽略的是,目前我国的公路收费是一种垄断性定价,定价过程缺乏透明,这种收费制度的设计具有天然的不合理性,从而导致各地公路收费标准不一,有些地方的公路收费堪称天价。当司机与收费公司相比在经济力量上是属于悬殊地位时,处于弱势的他们为了生存,有时是被迫选择这个合同。因此法院在审判商事案件时,采取表示主义要在双方平等自愿的前提下,假如存在“被迫”或变相的“被迫”行为,那么法院就不能再姑息这种不公平的“剥夺”行为,而应运用商法思维寻找基本的交易公平,借助司法的力量帮助弱势群体铲除由特权而构筑起的垄断规则,为社会创造一个平

等、公平的商事交易环境。

再者,高速公路收费标准的设立应考虑合法运输人的承受能力,假如仅仅为获取高额利润而设定不合理的收费标准,则出现违法通行的现象不会在少数,因为收费公司收取的不正当暴利就是付费方的合法利益,只要高昂收费存在一天,为了生计而偷逃路费的违法行为就会成为人们的选择。^②正如人们说,“法律之所以低于道德,是因为法律要让人吃饭穿衣睡觉,如果守法成本大于生存成本,则这样的法律不仅不能被敬畏,其自身的争议也会遭遇公信危机。”^③

从“天价过路费”案我们看到,虽然我国有《公路法》和《收费公路管理条例》两部法律法规适用于收费公路。然而,这两部法律法规却将收费年限和收费标准的制定权交给了地方政府,又缺乏有力的约束和问责机制,从而导致收费公路乱象频出,使这种具有公共属性的公共产品成为利益集团敛钱聚财的一种手段。而法院在审理这种案件时,不应该仅看表面的行为违法,更应关注导致违法认定的规则的合法与合理性程度。运用商法思维,对垄断行为说不,在西方发达国家的法院判决中不乏先例。

(二) “许霆”案判决与英国银行做法的大相径庭

2006年,许霆利用广州市商业银行ATM机故障,无偿提取了17.1万元。一审法院认定许霆“盗窃金融机构,数额特别巨大”,判处许霆“无期徒刑”。在引起媒体一片哗然之后,广东高院最终判定许霆犯“盗窃罪,处有期徒刑5年”。^④无独有偶,据英国《每日邮报》网站2012年5月19日报道,英国一台ATM机发生故障,

^①参见叶林《商法理念与商事审判》,《法律适用》2007年第9期。

^②周安平《“天价过路费案”对法律常识的偏离》,《法学》2011年第3期。

^③<http://gb.eri.cn/27824/2011/01/11/2165s3120296.htm>,最后浏览时间:2012年12月7日。

^④2006年4月26日,许霆在广州市商业银行的ATM机上取款,当时由于广电通金融电子股份有限公司为银行进行系统升级,ATM机一度出现故障。他在ATM机里去1000元后,银行卡里才扣掉1元,他尝试性地再取一次钱,还是取1000元扣1元,于是许霆分171次从ATM机中提取了17.1万元。2007年底,广州市中院一审将许霆定性为“盗窃金融机构,数额特别巨大”,判处许霆“无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产”。2008年1月14日,该案被广东省高院裁定发回重审。同年3月31日,许霆案重审判决“许霆犯盗窃罪,判处有期徒刑5年,并处罚金2万元。”许霆不服判决提起上诉,5月22日,广东省高院当庭作出终审裁定“依法裁定驳回许霆的上诉,维持原判”。

顾客取款时会吐出双倍数额的现金,此消息不胫而走,许多人赶来提款。事后,银行方面处理此事件的做法是:首先因自己管理不善向提款人道歉;其次宣布对被多提走的款项一律不再退还。^①此情节与许霆案类似,结果却大相径庭。

从商法思维的角度思考,此案向我们提出了另一个问题,在现代社会,商人与普通消费者,谁应该承担商事活动中的严格责任;法律的正义在于维护商人强势者的特权还是监督商人履行好社会责任。

我们姑且不谈许霆犯了刑法上的何种罪,从过错角度看,许霆利用ATM机故障,取得了本不属于他的东西,存在一定过错。但银行身为经营者,ATM机是其经营工具,银行有义务保证ATM机正常工作。假如从ATM机上能轻易取款而不付对价,无论从人性对利益追求的本能还是普通人对法律了解不深,都可能实施此行为,导致取款过错的肇事方首先在银行。

然而在许霆案审理中,对于双方都有过错的损失,法院判决仅仅由许霆单方面承担全部责任,这一判决于情都无法让人信服。相比而言,英国类似事件的处理与我国完全不同,因为英国银行家们知道,由他们自己犯下的过错行为,很难得到法院的偏袒,更不可能动用司法权力去帮助他们惩罚和教训那些无知或贪点小利的百姓。相反在我国,虽然我们宣传上一直在追寻市场经济体制,但对具有强势地位的商主体与普通消费者,无论制度构建还是社会舆论导向,都未能从建立市场经济所需的平等观念去公平对待。法院更难用体现市场经济平权本质的商法思维去分析问题。本来在取款这一与金融消费相关的商行为中,银行是商事法律关系的一方,因其垄断及在与普通消费者交易过程中处于优势地位,法律应平衡双方的利益,应对银行施加以更严格的义务,如信息披露

义务、保证交易设施安全义务等。例如根据英国的《银行惯例守则》,在自动柜员机交易中银行的义务是:银行保证自动柜员机正确回应持卡人的指令;保证自动柜员机正常工作;保证自动柜员机提供充分的信息以使持卡人的账户能够正确地记录。^②这不仅体现了商主体应该承担自己过错范围内责任的一般商事思维,也体现了在经济上占优势地位的商主体应该承担更大责任的社会公平正义理念。而在我国商事审判实务中却出现了一种本末倒置的做法,即对处于垄断地位的银行给予了过分的保护,例如在2010年12月28日上海市第一中级人民法院召开理财产品纠纷审理情况新闻发布会上就指出“自去年以来,上海一中院及辖区基层法院受理银行理财纠纷案件共计80件,从案件最终审结的情况看,银行方面最终胜诉的案件占多数。”^③卖出理财产品并从中获利的银行与买入理财产品并遭受损失的消费者之间的诉讼,银行能够如此高比例胜诉,表面看来,判决都会有理有据,就像许霆案一样,但此类案件的背后又有多少强势商人与弱势消费者之间的不公平,审判结果是我们的司法创造了公平还是维护了不公平,这是更令人担忧的。

现代社会是一个追求便捷、高效、经济的社会,从以人为本和经济成本角度考量,能以“侵权”定性而获得社会效果与司法正义,何必以“犯罪”定性而舍轻求重呢?商事纠纷的处理向刑事手段靠拢,那会产生巨大的社会负担。^④因为银行过错引诱许霆犯下了一般人会犯的错误,事后许霆之父表示愿意替许霆归还多取的钱,银行的损失通过ATM机制造商的赔偿获得了弥补,此案本应该对许霆宽容,然而判决结果却很重,存在过错的银行,居然完全逃避了责任,其重要原因是银行这一特殊商主体在现行法律制度下受到了特别保护。由此,从商法思

^①<http://news.163.com/12/0521/03/820GHTQG0001121M.html>,最后浏览时间:2012年12月7日,这类案件在英国并不是特例,在2008年的时候,英国东部约克郡赫尔斯市就出现多部ATM机多吐钱的情况,最后银行也放弃追偿。

^②郑顺延《银行自动柜员机非正常交易的法律责任》,《人民司法》1999年第5期。

^③<http://sh.xinmin.cn/minsheng/2010/12/28/8569670.html>,最后浏览时间:2012年12月7日。

^④杨鸿雁《和谐社会视野下对传统刑法观念历史局限的考量》,《法学杂志》2008年第3期。

维去思考,走向市场经济体制,消除商人特权,维护交易者权利真正的平等,中国现行司法还有很长的路。

(三) 对甘肃高院对于“对赌协议”判决无效的看法

中国首例私募股权基金对赌协议无效案件,即苏州工业园区海富投资有限公司诉甘肃世恒有色资源再利用有限公司不履行对赌协议补偿投资案件^①,近来引起学界较多的关注。本案判决结果提出了一个问题,在一个依赖商行为创新而推动社会发达的时代,商法思维的缺乏会导致法院会怎样背离商业时代进步的步伐。

私募股权基金与被投资人签订的对赌协议,也称“估值调整机制”,是企业估值与融投资方持股比例或然性的一种约定安排。这一商行为是私募股权经营的核心,也是现代高科技企业借助证券市场获得高速发展的关键。在西方发达国家,它已成功发展了几十年,可以说,没有对赌协议,就没有华尔街的繁荣,也就没有美国科技与金融的世界霸主地位。与股份公司制度背叛了传统法律权利义务一致的原则一样,私募股权是对现代公司制度的一种突破和创新。

对赌协议是否有效,民商法存在两种对立的思维观点,按传统的民法思维,对赌协议是个圈套,违反了股权平等原则,可认定非法^②;按商法思维,对赌协议本身无非是一种私法上的财产自我估值,不存在非法性的障碍与判断,商业自愿与风险自负,国际惯例自古亦然。^③

在本案中,甘肃高院认定对赌协议无效的理由有两个:一是同股同权的投资者,约定过于保护某一股东利益的条款将直接有违法律强制

性规定,锁定某一股东利益和风险导致了投资风险共担规则的缺失;二是对赌双方是投资公司和被投资公司,忽视了其他利益相关人的利益,特别是其他小股东和债权人的利益。法院上述对私募股权基金对赌协议一知半解和缺乏商业基本常识的两个认定理由存在明显错误:其一,股权基金入股的价格高于内部股东的入股价格,股权基金事实上提前承担了风险,因而不存在所谓风险共担规则的缺失;其二,股权基金高价入股后,内部所有股东都提前享有了账面收益,对债权人而言,因债务人公司取得现金注入相应增加了债务偿还能力,缩小债务风险,对债权人也是一种收益。

就私募股权基金对赌协议性质而言,它不同于赌博合同。赌博合同中双方当事人利益相互冲突,“你赔的就是我赚的,你损失的最大化是我利益的最大化。”^④当今世界多数国家和地区都明确禁止除国家公开设立的赌场之外的赌博行为,假如对赌协议实为赌博,自然应认定无效。募股权中的“对赌协议”借用了“赌”字,但其内容与赌博协议相去甚远。股权投资基金从一开始就希望看到企业经营赢者赢得终局,只有这样投资方才能从资本市场上赚到钱,因为与业绩推动下的资本增值相比,对赌协议中涉及的价值补偿并不足以满足投资方的期望。^⑤由此,私募股权对赌协议与赌博合同有着本质区别。

从法律性质上分析,私募股权基金对赌协议一般不违反法律、行政法规的强制性规定,也不损害国家和社会的公共利益,它只是投资方与融资方根据双方自身对市场和企业的观察,基于平等自愿的原则,对企业价值和双方持股

^①2007年10月,苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限公司签订了投资协议。海富投资以现金2000万元入股,占甘肃世恒3.85%股份。双方的对赌条款约定,甘肃世恒2008年净利润不应低于3000万元,否则甘肃世恒或其关联企业需向海富投资提供补偿,金额为:(1-2008年实际净利润/3000万元)*2000万元,而2008年甘肃世恒实际净利润仅有2.68万元,据此计算需补偿海富投资1998万元。而甘肃世恒不肯履行约定,于是海富投资将之告上法庭。法院一审、二审均判决该协议无效。

^②蒋佩春《对赌协议:国际资本掠夺我国财富的致命武器》,《中国社会科学院报》2009年4月23日,第2版。

^③谢海霞《对赌协议的法律性质探析》,《法学杂志》2010年第1期。

^④参见蒋佩春《对赌协议:国际资本掠夺我国财富的致命武器》。

^⑤程锋《高风险激励下的对赌协议及应用》,《财会通讯》2007年第4期。

比例做出的或然性安排。如果法官们缺乏商事金融常识,更缺少商法思维习惯,仅从传统民法理念出发,一味地追求所谓的合同等价有偿,必然会扼杀经济活动创新,必然会做出有悖于时代经济发展的判决。

(四) “吴英集资诈骗”案^①引发对民间金融的思考

2009年,一审法院以集资诈骗罪判处吴英死刑,二审法院维持原判。2012年4月20日,最高法院未核准吴英死刑,该案发回浙江高院重审。2012年5月21日,浙江高院作出最终判决,以集资诈骗罪判处吴英死刑,缓期二年执行。吴英案是当下中国社会成千上万集资案的一个代表,对于社会已经普遍存在的商事交易纠纷却纷纷动用国家最严厉的刑罚来收场,从商法思维角度思考,我们对商事金融行为法律调整的制度安排是否出了问题。

在现代社会,企业借助金融而扩张是一种正常现象,而现实的银行金融体系由于监管严格,审批程序繁琐,无法满足越来越多的中小企业的贷款需求。在美国,中小企业不仅可以通过专门银行,还可以透过股票市场实现融资,银行和股票市场都承担着对融资企业风险的监管责任。但是中国股票市场不完善,银行贷款更困难,中小企业融资唯有民间借贷一条路。而民间借贷一直被视为严重破坏国家金融管理秩序,自然缺乏必要的管理。而国家颁布的现有金融规则,与其说是保护国有银行,不如说是维护银行垄断地位,维护这种垄断地位大量汲取的高额利润。统计显示,2011年我国银行业净利润10412亿元,比2010年增加2775亿元,同比增长36.3%,日均赚约28.5亿元。^②这种银行业高增长盈利背后却是实体经济面临困难,中小企业以及微型企业融资难,同时储户因为高通胀而被负利率侵蚀的残酷现实。

对于民间融资的合法性界限,现行法律没有提供明确的标准,而只是出现一些“鼓励”、“引导”、“支持”等无法进行法律定性的用语。更缺乏明确的行为规范(如监管问题、操作流程、信息披露等)。当立法严重滞后时,法院的判决显得尤为重要。法院以什么样的思维做出判决,其审判的引导作用将直接导致截然相反的社会结果:可以推动社会金融改革,逐步消除金融垄断,促进民间资本有序流转;也可以导致民间借贷的金融混乱局面长期漫延下去。

(五) 小结

通过比较,我们看到以上这四个案例都有一个共同的特点,那就是在社会生活中出现了一些新的法律问题(比如对ATM机故障问题,比如对赌协议效力问题)或者说虽然并非是新的法律问题,但是能够引发人们对现有一些落后的制度进行新的法律思考(比如高速公路收费公司高收费问题,比如民间融资问题)。而在这些案例中,法院都扮演者举足轻重的角色,可以说,法院的判决在某种程度上影响着社会经济生活。在河南“天价过路费”案中,法院没有审理高速公路收费公司的收费是否合理以及双方的合同是否显失公平,导致高速公路收费公司与运输司机之间的利益失衡。在许霆案中,法院判决完全没有涉及银行责任问题,这种对银行机构的过度保护有失社会公平。在甘肃高院判决“对赌协议”无效的案件中,法院运用司法权力判决双方基于意思自治而订立的合同无效,既不符合合同法的基本理念,又不利于商事活动中越来越常见的对赌协议在资本市场发挥应有的作用。在吴英案中,法院判决是对民间金融制度的否定,而没有起到一种疏导民间金融秩序的作用。

在商事领域中,法院的判决不仅在某种程

^①2005年3月开始,被告吴英就以合伙或投资等为名义向徐玉兰等人高息集资,随后又通过高额利息方式,以投资、借款、资金周转等名义,先后从林卫平等11人处集资7亿余元,用于偿还集资款本金、支付高额利息、购买房产、汽车及一些个人挥霍等。2007年2月,因涉嫌非法吸收公众存款,吴英被刑事拘留。2009年1月22日,一审法院以集资诈骗罪判处吴英死刑,2012年1月18日,二审法院维持死刑判决。

^②http://zqib.cyol.com/html/2012-03/04/nw.D110000zgqnb_20120304_4-03.htm 最后浏览时间:2012年12月7日。

度上影响着社会经济生活,更影响着商行为创新在我们社会的生存空间。商法思维理念对法院的判决产生重要影响,而建立独立的商事审判制度,有助于提高法院的商法思维理念。

商事活动贯穿了整个社会经济生活,商人们运用天生的创新和冒险精神,不断地打破常规,建立新的制度,从而推动社会经济的发展。从历史渊源看,近百年来,正是借助商事领域的创新,才推动社会不断地进步。如1897年《德国民法典》颁布时,只规定了物权和债权,当时已出现有限责任公司和股权,它既不属物权,也不属债权,德国在司法实践中并未因其与现行法典不符而否定其存在的合法性,而是以立法和司法的方式容忍其存在,为后来影响了整个人类经济模式的商事领域创新——现代公司的合法存在留下了发展空间。再比如在法国,法律给予女商人选举权的时间要比政治上选举权授予妇女的时间早的多。^①

中国改革开放三十多年,除了借鉴西方国家的先进做法,更多的是在解决实际问题中不断探索,不断改进和完善社会管理。回顾当代中国商事活动的历史,是年广久创办了“傻子瓜子”,勇敢地迈出个体商贩的第一步更是1992年法院对其个体商贩行为做出无罪的判决,最终推动了个体工商户这个在改革初期具有中国特色的经济组织的创新和制度完善。可见,在商法思维引导下的法院判决对于全社会提升经济创新动力有着不可替代的促进作用。

三、商事司法救济途径 要求商事审判独立性

(一) 从商事裁判的起源看商事审判的独立性

商事案件的审理,从一开始就充满着专业色彩,形成了自己独立的风格。从现有的社会

经济发展史资料考证,伴随着近代商业社会形成而出现的商事纠纷解决机制,并不是传统世俗法律的延续,而是商人们自己的一种创造,是商人们根据商事交易的行业特点和自身的行业专长及业内信誉而建立起来的自我调节机构,这就是起源于欧洲中世纪的商业法庭。荷兰历史学家皮朗先生在他的史学名著《中世纪欧洲经济社会史》一书中记载,这种商业法庭在英国有一个很生动的名称叫“灰脚法庭”,因为到庭主持诉讼的裁判官,都是满脚沾染着商旅灰尘的商人。

“灰脚法庭”由具有行业威望的商人组成,奉行灵活、便捷、高效的审案原则,适用商人们共同认可的交易习惯,对于行业特点突出的案件,还可聘请有丰富商业经验的商人参与陪审。由于中世纪普通法还非常缺乏调整商事关系的条例,世俗法院审理案件的刻板与僵化不能满足商业的需求,以及当时宗教与世俗权贵对商人的不屑一顾,法官中更缺乏具备商业经验的人才,这些都是造成近代商事裁判从一开始就具有独立性的缘由。

(二) 从商事法院的历史看商事审判的独立性

法国商事法院自1563年建立以来,经过调整,目前为150多个,是法国规模最大、历史最悠久、法官人数最多的法院。^② 法国商事法官选择分为两个阶段,第一阶段由工商会选出选举团成员,再由选举团从选举团成员、原商事法官以及过去曾被列入选举名单的商人或企业主中选出新的商事法官。^③ 初次被选举的任期是2年,相当于试用期,再次当选后的任期是4年。商事法官从事审判工作时不像专职法官那样,享有政府的薪水,他们完全是无偿的,也不存在升迁考核,因此可以避免由于升迁压力而造成的一些司法腐败。

起初,法国商事法院的法官都是来自商人

^①李玉林《论法国特殊商事审判制度——以商事法院与商事法官为中心》,《山东审判》2008年第3期。

^②朱志俊《法国商事审判的两大特色》,《人民法院报》2011年6月17日。

^③R. Perrot, *Institutions Judiciaires* (12^eéd), Paris 2006, p. 117.

团体,由商人团体自己选举产生。随着商事案件的越来越复杂化,要求越来越专业化,对企业破产重整和司法清算的诉讼案件,商事法院要求设有专门的职业法官。2005年7月26日又一次进行变革,不再是所有的商事法院对企业司法重整和司法清算诉讼享有单独的管辖权,只有地位比较重要、审判人员配备较强的一些商事法院,才有权受理企业司法重整和司法清算诉讼案件。同时为了纠正商事审判中的一些不良行为,法国政府逐渐进行改革,要求商事法院某些审判庭的庭长由职业法官担任,同时由商事法官做助理。因此现阶段,法国商事法院的法官由专职法官和兼职法官组成。

虽然商事法院从诞生之日起就存在争议,但不可否认其存在至今有独特的历史和现实意义:首先,与一般的民事程序相比较,商事法院审判程序的便利快捷更能满足商事活动追求效率的要求;其次,由有丰富商业经验的商事法官运用商事交易习惯进行裁判,有助于技术性要求更高的商事纠纷顺利解决;再次,商事法院习惯采用在商人之间进行斡旋的办案手段,更多案件采取和解的方式解决纠纷,节省了司法资源和时间成本,体现了商人追求效益最大化的一贯理念。这也是为什么今天仍有除法国之外,像美国、荷兰这样的贸易大国仍然保留独立的商事法院这一司法制度的原因。

(三) 从商事仲裁历史看商事审判独立性

与传统民事纠纷解决方式不同,商事纠纷的解决途径慢慢地往仲裁道路发展,逐渐形成了法院审判和仲裁裁决双管齐下的局面。从本质上来说,“灰脚法庭”更带有现代商事仲裁的性质,而非严格意义上的法院。从中世纪向上追溯,古希腊法中就存在商事仲裁庭。与商事法院存在的历史一样,商事仲裁的出现与延续,完全是商事交易纠纷解决的特点需求所决定的,是世俗的民法制度和审判程序不能满足商

业需求的结果。不过,相比商事法院,商事仲裁的发展与繁荣更与商事交易的国际化特点密切相关。与它可以不考虑当事人双方国籍而进行纠纷解决管辖的特点密切相关。^①在国际商事纠纷解决中,如果走诉讼程序,要面对各国司法管辖程序之间的巨大差异,与此相比,商事仲裁表现出其相较于法院审判的优势所在。正如施米托夫认为“它们具有常设国际仲裁庭的特点,那些非职业性的仲裁员被召集在一起,负责在各地解决争议,无论处理争议的法院设在何处,地方惯例有何区别,他们都会适用相同的商业惯例。”^②商事仲裁的国际化特点,一定程度上也表明了商事案件审判的专业性与独立性之需。

美国商事仲裁制度很发达,原先一些被排除在可仲裁范围内案件,如今逐渐被取消了仲裁限制,可仲裁的案件范围在逐渐扩张。例如对于证券争议案件是否可以仲裁解决,美国法院曾在1953年“威尔科诉斯旺(Wilko v. Swan)案”中作出了否定性裁决,但是,在1974年,美国最高法院在“谢尔克诉阿尔伯特—卡尔弗(Scherk v. Alberto-Culver Co.)案”中,否定了自己在“威尔科诉斯旺案”中确立的证券争议不可仲裁的原则,将证券争议纳入了商事仲裁范围。此外,美国法院近年来还确立了专利等知识产权、公司破产案件都可纳入商事仲裁范围的规定。^③美国商事仲裁的发展,同样在一定程度上表明了商事案件审判的专业性与独立性之需。

博登海默曾说过“一个法律制度,如果跟不上时代的需要或要求,而死死抱住上个年代的、只具有短暂意义的观点不放,显然是不可取的。在一个变幻不定的世界中,如果把法律视为一种永恒的工具,那么它就不可能有效地发挥作用。”^④当代中国商事审判救济制度处于混乱状态:首先,法院没有商事庭,由民二庭审理

①陈彬《从“灰脚法庭”到现代常设仲裁机构——追寻商事仲裁机构发展的足迹》,《仲裁研究》2007年第1期,第十一辑。

②[英]施米托夫《国际贸易法文选》,赵秀文选译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第7页。

③张洁《对国际商事争议可仲裁范围的探讨》,人大复印资料《国际法学》2002年第4期,第11-13页。

④[美]博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第326页。

公司、保险、证券、期货、票据、破产、担保纠纷和企业之间的商事纠纷,民二庭同时仍需审理一些民事纠纷,法官们民法观念根深蒂固,缺乏商法思维,忽视商法特性的传统民事审判习惯自然而然地被带入商事审判过程中,这些都不利于商事纠纷的解决。其次,中国商事仲裁机构很大程度上延续着行政仲裁习惯,过度依赖政府,行政化倾向严重,损害了商事仲裁独立与公正的信誉。再次,中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会又是协会性质,权威性不足,无法充分发挥应有的功能。若要改变现状,为商事交易活动提供更加有效的争议解决途径,需要建立独立的商事审判体系。

四、商法的独立性要求商事审判独立性

(一) 商事法律法规调整商行为的独立性

商法较其他法律,特别是民法有着其自身的独立性,首先在于商行为较之民事行为有其独立性。民事行为的对象具有直接性、单一性以及明确性特点,而商行为的对象则具有间接性、复杂性和模糊性特点;民事行为一般是满足自身的消费需求,因而大多只是一对一的简单、偶发性的交易,而商行为是以营利为目的,通常会表现为批量交易、系列交易和集团交易的特点;民事行为一般表现为现货交易,而商行为既有现货交易,又有期货、期权以及金融衍生品等多种交易方式;此外,民事行为强调的是个人的权利和自由,通过对弱者的保护和保守和谐的理念,实现社会公平,而商行为则因主体是经济人的特质而更加关注行为的营利性要求,强调行为的竞争性、风险性和理性。基于上述差异,民法是基于主体平等和意思自治而调整整个市民社会各种社会关系的法律制度,其规范内容具有抽象性、系统性和伦理性特征;而商法是市场经济的法律表现,是对构成市民社会基础的市场经济这样一种升级了的商品经济中基于营

利而建立的特定社会关系的法律调整,因此其规范内容具有复杂性、具体性和技术性特征。因此,商法具有自身独立的法律规范体系。由于实体法部门的发展总是引起程序法及审判制度的相应调整,当面对不同法律属性和诉讼要求的冲突时,自然不可能采取统一的纠纷解决机制,因此商法的独立性势必要求一个独立的审判制度。

此外,商法公法化的趋势也较为明显,即公共利益、国家利益不断地融入商法当中,正如有学者指出的,“私法公法化”在很大程度上表现在商事领域,即商事立法中越来越体现政府经济职权色彩和政府干预,调节个人与政府和社会间经济关系,维护社会公共利益的内容,这些内容体现了公法的明显属性。^①商法公法化也要求商事审判具有不同于民法的审判思维和制度。

(二) 为有效规范商事交易中不断出现的新问题,商事法律法规的修改频率高

在商事活动中,商人为了追求更高、更便捷的商业利益,会不断创设新的交易模式,这些模式常常是无法被纳入现有法律规范的调整,为解决由此产生的新问题,通常需要制定和修改商事法律法规。例如1900年生效的《德国商法典》至今已经过几十次的修改,而同年生效的《德国民法典》至今的修改频率与其无可比拟。

二战之后,随着全球经济一体化和各国之间的贸易往来逐渐活跃起来,各国对于民法典的制定或修订相对较少,相反在商事领域,各国为了应对经济的迅猛发展,纷纷出台了林林总总的商事法规及法典。比如,美国没有统一的民法典,却在1952年颁布了《统一商法典》。英国没有统一的民法典,却在2000年6月14日,将信用合作社法、保险公司法、金融服务法、建筑融资协会法、银行法、互助协会法等金融法规整合,出台了《金融服务与市场法》。日本、韩国则都在民商法典之外,相应颁布了一大批单行

^①赵中孚《商法总论》,北京:中国人民大学出版社,2009年,第22页。

商事法规。

中国虽然没有商法典,但颁布有大量的商事单行法规,同时,商事法律法规的修订频率较之其他法律相对较高。尤其近年来,为了适应金融资本市场的蓬勃发展,应对市场经济发展过程中不断出现的新问题,商事法律法规的制定与修订变得尤为频繁。

(三) 技术性问题和创新性制度日趋复杂

商法规规范偏重于技术性,反映了现代经济讲求效率和便于国际贸易交往的要求,带着很强的通用性和创新性。^①商人之间在进行互通有无的商事交易活动时,往往可以跳出市民社会的限制和伦理道德的约束,更多的是追求交易效率和安全。这些具体规则是对商事交易活动的直接调整,因此有很强的针对性,什么样的交易活动就相应有什么样的商法规规范进行调整,这就让商法形成很强的技术操作性,比如票据法中的无因性原则、承兑背书转让模式。此外,商事活动为了实现自身的目的,如交易简便迅捷、交易安全等,必然带有独特的技术规范,如表示主义、公示注意等,与传统民法理念有很大的差别,它需要在裁判过程中注意这些技术性规范背后的精神,实行相适应的裁判规则。这种技术操作性要求商事审判具有专业的审判人员,他们在解决商事争端时,能熟练掌握商事规章和技术性规范,重视规章的参照适用与技术性规范的合理运用。只有专业的商事审判人员和独立的商事审判制度才能很好的化解这种困境。与此同时,一些商事领域与传统民法领域相比,具有很强的创新性,从某种程度上说甚至是一种颠覆性。例如证券金融领域不断出现的金融产品、投资工具等,上文提到的对赌协议就是很典型的例子,这种创新与其他所有的创新制度一样,开始都不易被社会接受,甚至被法律认定为违法,待其慢慢地融入人们的日常生活,成为一种司空见惯的行为,自然会得到法律的认可。再比如知识产权商事贸易,高风险和

高收益并存,与传统的民法讲究绝对的公平和追求确定性价格不同,这种新的商事交易活动体现出来的是为高收益而自愿承担高风险和追求期待价格的类似于博彩性质的交易理念,而与之并行的商事法律法规以及法官的商事审判思维也会有很大的特殊性。这些颠覆性的商事创新涉及商事政策的出台、商事机构的设立、商事监管的完善以及商事利益的分配等问题,更主要的是,受到旧有的商事制度的约束、法律层面的限制以及利益集团之间的冲突问题出现,所以需要在法律制定上不断地完善商事法律法规。但法律具有天然的滞后性,因而在实务中,就需要引入不为传统审判思维所禁锢的商事审判理念,在独立的商事审判活动中,能有效引导和认可商事领域的积极创新行为,从而推动市场经济不断向前发展。

五、商法国际化要求商事审判独立性

1. 商事纠纷适用国际公约或者国际惯例,需要专业的法官进行审判

随着跨国商事贸易的日趋活跃,商法国际化成为一种不可避免的趋势。正如学者所说,现代商法“总的趋势是朝着具有普遍性和国际性的方向发展,正在实现着商法的全球性的统一。”^②特别是二战之后,诞生了一系列有重要影响的关于国际商事的条约,如1946年的《国际货物买卖统一法公约》、1974年的《国际销售货物实效期限公约》、1978年的《联合国海上货物运输公约》、1980年的《联合国国际货物销售合同公约》、1980年的《联合国国际货物多式联运公约》等等,这些条约在全球经济一体化背景下,对促进国际贸易的规范与效率起了很大作用。

改革开放之后,我国企业加快了跨国商事贸易往来的步伐,参与国际贸易活动的企业双

^①顾耕耘《关于商法基础理论的几个问题》,徐学鹿主编《商法研究》第三辑,北京:人民法院出版社,2001,第10页。

^②徐学鹿《论商法的概念》,徐学鹿主编《商法研究》第二辑,北京:人民法院出版社,2000年,第23页。

方一般会遵循国际商事惯例,约定出现纠纷时适用的准据法为国际公约或国际习惯。假如双方出现争议诉至中国法院,法官只有对该国际公约或国际惯例很熟悉,才能准确适用法律,依法裁判。而这些国际公约或国际惯例有很强的专业性,例如目前广泛适用于国际商事活动中的《跟单信用证统一惯例》,包含了许多专业性术语,很多是在国内商事活动中根本适用不上的,因此法官如果没有经过系统的学习,也很难熟练地掌握它们。从这个角度来看,商事活动的国际化和商法的国际化带来的直接影响就是在跨国商事审判中要求法官具有更高的国际法视野,更专业的国际商法法律素养,更加独立的商事审判法律制度,只有这样,才能更好地满足这种解决跨国商事纠纷的专业性要求。

2. 商事审判独立性能避免不正当的地方贸易保护主义

在商事交易国际化过程中,有时会出现国家利益与国际公约之间的冲突,例如在国际直接投资领域,有些国家会采用“当地采购”、“销售配额”等地方贸易保护措施进行管理,但是这些措施不符合市场经济规则和国家与国家之间的贸易协定。此时,进行独立商事审判的法官更能够从中立的角度出发,严格遵守国际条约

和国际惯例优先适用原则,避免因国内民法或行政法审判思维,特别是根深蒂固的地方贸易保护思维影响最终的法律判断。

3. 国际商事纠纷需要独立的商事审判制度,才能更好地与国际接轨

近年来,随着跨国贸易的日益频繁,各国之间、区域之间、发展中国家与发达国家之间的贸易摩擦、贸易争端越来越常见。为适应全球经济一体化,我国必须建立起一套灵活高效的商事贸易法律保障机制。

加入WTO之后,中国企业在跨国投资与贸易争端解决中,采用国际仲裁已经越来越常见,国内学界和实务界都意识到仲裁是中国企业走向世界时较好的救济手段。但中国自身的仲裁体制依然存在内外有别的双轨制,商事仲裁缺乏统一的规划和协调,与国外的制度存在差异。因此,在国际化的过程中,我们一方面要完善国内仲裁立法,另一方面还需要借鉴国外商事审判的先进理念和做法,建立我国独立的国际商事审判制度,以弥补我国现行仲裁体制的不足。当然,独立的国际商事审判制度还能进一步促进中国商法的国际化。

(责任编辑:蔡道通)

Independence of Commercial Dispute Trials

FAN Jian

Abstract: At present, commercial disputes account for a large portion of cases the court has to handle in China. However, the court is still resorting to traditional civil law concepts or administrative law concepts when solving these commercial disputes. This has created a lot of troubles when deciding such cases. By analyzing several sample cases, this paper aims to demonstrate the importance and the urgency to realize the independence of commercial dispute trials through throwing light on the following issues: the special characteristics of the commercial law concepts; the special characteristics of the means of remedies in commercial cases; the special characteristics of the commercial laws and regulations; and the internationalization of commercial law.

Key words: commercial law concepts; independence of commercial dispute trials; internationalization of commercial law