

# 传统商法理念的发扬与现代营商环境的优化

□卢颖

商法可以说是最古老的一门法律。正如一句拉丁语格言，“哪里有贸易，哪里就有法律”。商人在商事交往中的一个基本要求就是交易能够迅速并安全可靠，因此，与传统民法规范相比，商法特别注重对交易便捷和交易安全的促进和保护。

## 国际性、实用性、身份性，代表着传统商法理念的传承

为促进交易便捷，商法确立了合同定型化、权利证券化、交易手续和方式简化等制度。为保障交易安全，商法规定了公示主义、外观主义、严格责任主义等规则。可以说，商法的根本是促进交易效率并保障交易安全。传统商法明显地带有以下特征：第一，它具有很强的国际性。这是由中世纪商法的特点所决定的。当欧洲商法进入资本主义时，商法实现了第一次大的转折，各国的国内商法取代了通行于欧洲的商法。但是，古代商法国际性的烙印依然存在。第二，它具有明显的实用性。在当时，商业中的商品交换居于统治地位，立法的思路自然要沿着交换来展开。因交换本身所依据的合同规则在民法中已有具体的体现，商法的立法重点毫无疑问地要围绕着交换的各个环节来布局。例如，关于商业风险的转移，出现了保险法。关于商业支付

手段的发展，出现了以营利为目的的金融机构，随之而来的就是票据法和银行法。传统商法的思路非常清晰，它完全是根据各国的商品交换状况来进行立法的，当一国的民法中相关问题解决的较好，商法中就没有必要规定；当一国商业交换中的某一环节欠发达，商法也不可能作出详尽的规定。这就不难理解为什么各国的商法思路相近而内容各异。第三，它具有明显的身份性。商人作为一个阶层在经济舞台与政治舞台上扮演着主角。因此在一国中有专门的关于这一阶层的立法并不奇怪。从一国的法律体系来看，商人立法较之其他阶层的立法相对困难。因为商业交往是如此的广泛，以至于社会上的每个人都要与之发生关系，各国如果单独制定商法典，首要的任务就是解决商法的适用问题。在现代商法时期，由于人的商化，这种按照身份所进行

的立法越来越不适应商品交换的要求。这些国家在保留商法典的前提下，通过制定单行的法规来体现“人的商化”要求。以法国为例，为了适应经济发展的需要，首先在1919年制定了商业登记法，解决市场主体的确认问题，之后又不断地修改公司法，使市场准入制度更加完善。

在这样背景下出现的传统的商事法院也会有它的特点。首先是在于审判人员方面，它有以“半个能说话的陪审团”来组成人员，其中本地和外地的商人会各占一半。在审理程序上，这些法院将非常的迅速、非正式和简易，比如说在集市法院中，他们会要求法官在商人鞋上的尘土未掉之前就审理完这个案件。在海事法院中，他们会希望在潮汐之间就审理完这个案件。而在行会法院中，他们会希望在一天之内就审理完这个案件，所以说商法的理念一个是迅速，还有一个就是保障商事的安全。

## 规范化、科学化、类型化，书写着法院商事审判的新文化

落实到商事审判的文化中，第一个就是规范化。罗尔斯在《正义论》指出，人类应该或者必须按照纯粹的程序正义来设计社会系统，以便它无论是什么结果都是正义的，所以规范化其实就是保证程序正义的一个手段。比如说在罗尔斯看来程序正义是最重要的，至于结果是什么样，在他看来已经不是那么重要了，所以在西方，事实上很少有因为道德的罪恶所引起的诉讼诉诸于法院的。在他们看来需要修正的不是道德，而是程序和规则，把修正人性的事情交给上帝，而不是交给法院或者说法律。案件进入到法院之后，就涉及以什么样的流程分配到每一个法官，这事实上需要一个规范化的流程来打消当事人的疑虑，同时也是避免关系案、人情案的一种方式。以前我们的方案模式是先分配到合议庭，然后由合议庭分配到每一个法官。现在我们变成了一次分案的模式，就是由立案庭直接分配到法官，进行电脑的随机分案，所以这样可有效地避免各种人情案、关系案的发生。

第二个就是科学化。如果说电脑随机分案确实可以保障程序上的正义，但是案件特别是疑难复杂的案件由电脑随机分配给一个可能经验或者资历都不够的法官来审理的话，事实上也无法保障案件的公正审理。在这个时候对于规范化就提出一个更高的要求，就需要有科学化，让每个法官都能够分配到符合他自己能力的案件。上海市第一中级人民法院就推出了案件繁简分流的模式，根据各种要素，比如案由、证据、法律关系、依据事实，由电脑将各种案件分成疑难复杂案件、普通案件和简单案件三类，由资深的法官来审理疑难复杂的案件，由普通法官和初任法官通过审理普通案件和简单案件积累经验，从而成为资深的法官，未来审理疑难复杂的案件。

类型化是推进审判工作的标准化，是提高审判质效的一个环节。在深入推进司法责任制改革的过程中，法官自由裁量权的重要性日益凸显，随之也产生了适法统一工作的新挑战。上海市第一中级人民法院推出的类案裁判规则其实就是这样措施，它要求我们在无论多么繁忙的审判工作中都要停下来，慢下来，对于同类案件的审理思路、价值导

向、裁判要点和工作方法做归纳总结。这样的过程就不单单是一种审判经验的传承，同时也可以推进审判工作的标准化，从而切实提高审判质效。类案对于统一法律适用标准的重要意义，根本在于“类案类判”符合法律的基本特性。类案裁判规则实际上是运用了数学的推导方式。它把同一类案件中的要素进行归纳整理，并且得出固定的结论。丘成桐认为，数据的结论是非常正确的，因为相对于物理学而言，物理学是通过实验来论证的，所以它会需要通过一些经验证据的变更而不断地变更它的结果。但是数学的结论如果一旦被认定是正确的，只要整个计算过程和推导过程逻辑是严谨的，那么整个结论就必然是正确的。类案裁判规则其实就运用了这样一种逻辑。

拉德布鲁赫曾经说过，没有任何领域比商法更能使人清楚地观察到经济事实是如何转化为法律关系的。贸易无国界，所以我们可以发现，在历史上不同的国家，甚至不同的城市，他们可能都会有属于他们自己的商法。但是我们去每一个商法，尽管有一些小小的不同，但是总体的基本原则和一些规则事实上都是大同小异，甚至于是趋同统一的。曾经有人说，世行到中国来评估我们的营商环境。但是我们中国这么大，有繁花似锦的魔都上海，也有相对贫穷落后的西部边陲，比如西藏、新疆，世行这个方法不科学。也有人说，中国那么大，世界那么大，世行用一套方法来评估190个经济体，没有合理性。这么说的貌似有理，但是我们没有意识到我们说错两句话。第一，世行从来不评估西部的所有城市，它只选择一个大经济体当中最大的商业城市——经济，对人口过亿的11个经济体还会选择第二个商业城市——北京。第二，世行认为正如不同种族、不同民族和不同国别的人能够走在一起，在一个绿茵场上同台竞技，在一个五环旗下共同角逐，体育追求更高、更快、更强的目标一样，只要世行的方法论足够科学，就可以一把尺子量到底。所以这是非常合理的，因为商法是世界的，营商环境也是世界的，我们的商事审判也要立足于本体，拥抱世界。我们现在已然将传统的商事理念以及优化营商环境融为一体，世界的就是中国的，中国的就是世界的。

（作者：卢颖，华东政法大学经济法博士，上海市第一中级人民法院审判员、审判长）

## 法治化、国际化、便利化，彰显着营商环境的新理念

现在大家都关注的营商环境，其实是文化价值理念上的问题，同时也是实现商人精神所需要的大环境。营商环境这个词源于世行集团国际金融公司的“Doing Business”项目调查，含义是衡量一个企业在经营过程中所处的法治环境，即企业从开办、运行到退出市场全过程所需遵守的具体法律规范和当地对经济运行进行监管的行政效率、司法效率。简言之，营商环境概括陈述了以市场为主体需求为中心的社会环境，涉及影响企业活动的社会要素、经济要素、政治要素和法律要素等诸多方面，是一项涉及经济体制改革和对外开放众多领域的系统工程。世行指标具有统一性与可量化的特点，是世行专家经研究后抽象出良好营商环境的一般性特征。囿于各国、各地区不同的自然条件、政治制度、经济阶段、历史文化等要素，各国营商环境呈现出差异与个性。评估将选取经济体的1个城市或者1+1个城市。世行评估的价值观，一句话来说，就是更好的制度、更好的生活、更好的世界。方法论的聚焦点就是大幅降低制度性交易成本。所谓制度性交易成本，用通俗的话来说，就是指不管市场主体如何努力，都无法回避的成本。世行报告围绕法治化、国际化、便利化的原则搭建营商环境的评价指标与评价

体系，是各国优化营商环境共同具备的精神内核。三原则的影响反映为：第一，法治化是营造公平公正良好营商环境的根本保证。法治化营商环境要求各个市场主体能够充分调动市场规律、利用秩序规则得到最大程度的发展。从商事主体而言，日常经营活动和商事创新须约束于市场规则和商事法律之下。从政府角度而言，依法行政必须得到贯彻实施，担当好“守夜人”和服务者的角色，维护好营商环境的均衡和公平发展，规制好各项触犯法律的行为。从这个意义上说，法的公平、秩序精神的宣扬，对于营商环境的不断优化具有推动和保障作用。第二，国际化是营造公平公正良好营商环境的内在要求。在经济全球化的背景下，国际化是各国经济发展的必然要求。国际市场是各国经济交流的基础性平台。打造国际化营商环境的过程中，我国既要建立符合国际标准的营商规则，又要积极支持本土企业参与国际标准的制定。第三，便利化是营造公平公正良好营商环境的现实需要。便利在政府职能方面指进一步简政放权，深化“互联网+政务服务”，提高各级政府公共服务事项的上线率，加快形成网上服务与实体服务、线上服务与线下服务相结合的政府公共服务模式。在司法职能方面，应

细化纠纷解决程序，减低纠纷解决方式的选择，减低诉讼成本，提高诉讼效率。

而所谓商人精神，他们最伟大之处就是他们用自己的意志创造了自己的法律，保障商人的权益，维护商事交易的安全有序进行，事实上是整个中世纪商人法来规范商事交易的初衷，同时也是它的归宿。简而言之，商人精神就是开拓进取精神、艰苦创业精神、民主法治精神、诚信致富精神、社会责任精神。依此商人精神，商法相对应的为营利理念、法治理念、国际化理念、社会责任理念。只有大胆弘扬商人精神，勇于实践商人精神，并将真正落实到商法理念的确立、商法制度的设计、商事审判的实践中，才能真正实现国家的经济发展和民主法治的现代化建设。执行合同指标作为与法院有最紧密联系的10个一级指标之一，事实上是用来衡量经济体司法解决商业纠纷的效率和质量的，与刚才所讲的传统方法理念中保证交易效率、保障交易安全以及商事商人精神中确保交易快捷和交易有序，是一脉相承的。无论是传统商法的理念也好，还是营商环境的理念也好，都不是孤立的，事实上是整个世界文化的组成部分。落实到商事审判中，我们要与这些理念相吻合，同时更要有制度的保障来实现这些理念。