

新型商事合同效力认定的裁判思维

——以融资合同为中心

● 杨 珊 *

【内容摘要】 融资合同是商事合同中最具创新性的类型,基于投融资双方快速、有效的利益需求,在种类和内容上不断创新。在我国民商合一的法律体系中,合同法尚能满足一般的商事合同的调整需求,但融资合同在外在形式和理论构造上都与民事合同存在区别,所以其效力认定不宜适用一般民事合同的裁判规则,实践中法官就容易陷入沿用传统民事审判的标准和思维来审判商事合同导致的窘境。“估值调整协议”就是典型的例子,对其效力的认定经历了一段从无名到有名、从无效到有效的过程。本文从实际的案例中梳理总结了融资合同不同于传统民事合同的效力认定标准,并据此提出认定创新型商事合同效力的裁判思维和理念。

【关键词】 融资合同 效力认定 裁判思维

卡纳里斯认为,“(商法)经常成为法律发展的开路者”。^[1]商行为的创新在非传统领域尤为突出,集中于金融、证券、信用、电子化交易,最具代表性的就是各类融资合同。^[2]随着金融创新的深化,融资合同的形式被不断丰富,影响广泛的估值调整协议、场外配资协议、网络平台借贷协议以及众筹协议等新的样态陆续出现。依据投融资双方最终形成的法律关系,融资合同一般可以分为债权融资合同、股权融资合同和租赁融资合同,进而将《合同法》、《物权法》、《证券法》、《公司法》等法律的相关条款作为基本的适用依据。但是金融创新背景下的商事合同时常会突破一般的法律构造,以传统的理念、规则待之,要么无从裁判,要么结果难以彰显公平,甚至阻碍交易目标的实现。对以融资合同为代表的新型商事合同的效力认定思维进行反思,具有重要的现实意义。

一、商事合同与民事合同之社会原型的差异

“当一个理论被提出时,往往以一定的社会图景为基础,且由该社会图景形成思考的原型。在合

* 作者单位:西南政法大学民商法学院。本文受西南政法大学公司治理法律问题研究中心基地项目、2013年西南政法大学青年教师学术创新团队项目《域外商事习惯法律研究》(XZQNCXTD2013-12)、2013年重庆市社会科学规划项目《社会治理体制创新背景下的行业协会商会法制化研究》(2013PYFX03)的资助。

[1] 参见[法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍等译,法律出版社2004年版,第1页。

[2] 参见王保树:“商事法的理念与理念上的商法”,《商事法论集》(第一卷),法律出版社1998年版,第7~8页;任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第113~116页。转引自王文宇:《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》,《清华法学》2015年第6期。

同法领域,我国《合同法》的原型是一个理性的、力量平等的、一次性的有体物买卖合同。”^[3]“民法与商法的关系并不是一个非常复杂的问题,其根本就在于针对不同场景以及不同当事人的交易而设定不同的规则。在商人、经营者、企业在进行经济交往时,法律所赋予前者的私人自治空间、对其干涉自由的程度以及监控交易的程度,都与消费者合同或者其他普通的民事合同完全不同。”^[4]商事合同的社会原型与民事合同不同,这表现在两者具体构成要素上存在差异。

从缔约主体的能力上看,商事合同主要是平等主体之间的营利性行为,典型模式是 B2B (Businessman to Businessman),民事合同为所谓的 B2C (Businessman to Consumer)。两者的能力、地位不同,即合同当事人“议约缔约能力”(如法律知识与信息对称程度)显著有别,而不仅仅是商事合同涉及商业活动。商事合同的当事人双方对交易本身多具有一定认识,且拥有相当的谈判能力。商事合同的双方当事人都是理性经济人,均是具有商事能力的人,较之于民事合同之当事人,具有更多商业经验和事前评估风险并以适当的机制分散或者规避风险的能力。^[5]星野英一称商事合同的当事人为“为了达到其营利目的而进行最合理行动的人,因而是不需要依据法律来‘监护’的‘我行我素的人’”。^[6]因此,商法完全排除无行为能力人从事某些特定的活动,或者拒绝考虑当事人的无能力。^[7]在商事合同领域,合同当事人双方或多方应当是势均力敌的理性经济人。

从价值选择来看,商主体讲究效率,为追求利益最大化节约交易成本,商行为体现出竞争性、风险性,从而商事合同就以经济主体的营利性为利益出发点,强调交易迅捷与安全,以达到促进社会经济整体发展的根本目的。民法规定的财产、契约、侵权、婚姻等是具体且带有个性化的,民事合同主要以个人权利、自由为利益出发点。商人所进行的商行为的个性则非常淡薄。^[8]商人世界是“道德的要素均不得存在的纯粹的法律世界”,保护弱势一方几乎不被考虑。^[9]平等和公平,尤其是实体平等——权利义务的对等,较少有适用的空间,使得商事合同与民事合同在价值取向上存在差别。

从标的上来看,民事合同所关注的主要是“人”以及从一个人的(包括资产与负债在内的)“总资产”的角度来考虑的“财富”,归根结底,民事合同所关注的是静态的财富;而商事合同所调整的则是“财富”的生产与销售。^[10]又或者,在信息化的社会中,民事合同是在物的基础上进行的交易,商事合同则是在信息的基础上进行的交易。^[11]民事合同是市民社会中具体个人以物为主要标的,而商事合同则是市场中经济人以物、信息、资金、技术、权利等形态的优势或“财富”为标的。

商事合同与民事合同以上要素的差别,决定了两者在经济作用和社会功能方面截然不同。民事合同的传统作用在于通过财富的公平流转形成良善的社会伦理秩序;而商事合同则背负着促进财富

[3] 参考自中国人民大学法学院朱虎副教授在 2017 年 4 月 11 日中国人民大学第 448 期民商法前沿论坛上的发言, <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=32586>, 2017 年 5 月 8 日访问。

[4] 参考自北京大学法学院薛军教授在 2017 年 4 月 11 日中国人民大学第 448 期民商法前沿论坛上的发言, <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=32586>, 2017 年 5 月 8 日访问。

[5] 参见张良:《民法典编纂背景下我国〈合同法〉分则之完善——以民事合同与商事合同的区分为视角》,《法学杂志》2016 年第 9 期。

[6] 日本学者星野英一引用田中耕太郎博士对“商人”的描述,用于比较“商人”与“民法人”以凸显“近代民法人”的本质特性。参见[日]星野英一:《私法中的人》,中国法制出版社 2004 年版,第 6 页。

[7] 同前注[1],伊夫·居荣书,第 6 页。

[8] 参见范健:《商事审判独立性研究》,《南京师大学报(社会科学版)》2013 年第 3 期。

[9] 同前注[6],星野英一书,第 6 页。

[10] 同前注[1],伊夫·居荣书,第 3 页。

[11] 参见[日]大村敦志:《民法总论》,江潮、张立艳译,北京大学出版社 2004 年版,第 111 页。

的快速流转、资金的迅速融通、信息和服务的便利发达等作用,最终达到财富的积累和经济的发展。

金融创新中融资合同就发挥着这样的功能:有效解决融投资双方信息不对称的问题,缓解由于银行信贷不积极导致的企业融资难问题,同时也帮助投资方通过融资企业的良好发展来实现资本的增值目的。处于创业期的民营企业广泛运用这些模式高效、快速地募集资金,以期扩大企业规模,提高影响力,实现高速发展。

二、对融资合同予以特殊考量的必要性

融资合同就是投融资双方设立、变更、终止资金筹集关系的协议。从投资方的角度出发,“风险小、回报大”是其利益出发点;从融资方的角度出发,“低成本、快速筹得资金”是其利益出发点。在现实经济生活中,投资方与融资方都会共同追求快速、有效的融资方式以满足各自利益最大化的需求,为此双方都不遗余力地创新融资渠道、融资方式。

依照“有无金融中介机构介入”的标准,融资方式可分为直接融资和间接融资。直接融资是指不经过金融中介机构而由投融资双方直接进行的资金融通,包括公开市场的股权融资与债权融资;间接融资是指通过金融机构为媒介进行的融资活动,银行信贷就是典型。显然,直接融资相对于间接融资更符合投融资双方“快速、有效”融通资金的需求。事实上,亚洲金融危机发生以来,亚洲地区为逐步走出以前的阴影,直接融资渠道成为金融市场发展的重点。然而,我国目前仍是以银行融资的间接方式为主导,虽然一直在进行直接融资的结构改革,不断利用金融工具创新和制度创新来尝试建立多层次的资本市场体系,但距离实践需求还有很远的距离。^[12]在这样的背景下,融资方只能借助合同的途径实现直接融资的目的,而这类合同往往会受到效力上的质疑。

近年来备受质疑的“对赌协议”本身就是一种以融资为目标交易安排:私募股权投资领域的投资方与融资方在签订融资协议时,由于对未来的业绩无法确定,便设定一定的条件,投资方在条件成就时有权请求补偿,以弥补企业自身价值被高估的损失;如果条件未成就,则由融资方行使权利,可以请求补偿企业价值被低估的损失。^[13]因而,“对赌协议”也被称为“估值调整协议”(Valuation Adjustment Mechanism, VAM)。这种合同对目标公司业绩的预测是投资者投资的主要依据,然而目标公司的业绩受到经济社会多方面的因素影响,具有极大的不确定性,为吸引投资方,合同内容中通常会规定保底条款,这种看似“非正义性”的约定实则为投、融资双方自行商议采用的风险分担机制。

融资融券交易也是合同直接融资发展的产物,在我国司法实践中被冠以“股票融资合同”的标签,而对其中场外民间配资机构与融资者之间的交易,深圳市中级人民法院2015年发布的《关于审理场外股票融资合同纠纷案件的裁判指引》称之为“场外股票配资合同”。^[14]这类交易在法律构造上表现为“融资方提供担保品+配资方(提供资金)的强制平仓权”,该《裁判指引》第一条描述如下:融资方向配资方交纳一定现金或一定市值证券作为保证金,配资方按杠杆比例,将自有资金、信托资金或其他来源的资金出借给融资方用于买卖股票,并固定收取或按盈利比例收取利息及管理费,融资方将买入的股票及保证金让与给配资方作为担保,设定警戒线和平仓线,配资方有权在资产市值达到平仓线后强行卖出股票以偿还本息。这里的“强平权”条款和“对赌协议”一样,又是当事人事先作出的风

[12] 参见冯俊、袁志刚:《融资合同、信号机制与中国金融结构改革》,《中国社会科学》2005年第6期。

[13] 参见谢海霞:《对赌协议的法律性质探析》,《法学杂志》2010年第1期。

[14] 参见刘燕:《场外配资纠纷处理的司法进路与突破——兼评深圳中院的〈裁判指引〉》,《法学》2016年第4期。

险安排,实践中对该条款的质疑甚至可能引发对配资协议整体效力的否定。

网络平台借贷和众筹也是随着电子网络科技的发展而悄然兴起的合同直接融资方式。前者通过网络平台来作为商事借款行为的媒介,有人认为其属于影子银行的范畴,更多人认为网络平台借贷是民事借款合同、居间合同在互联网形式下的新发展。^[15]众筹则与“一对一”的民间借贷行为不同,尤其投资性众筹是对投资要求回报的商业融资,项目发起人与众多资金提供者存在着“一对多”的法律关系,最常见的债务型投资众筹即为实践中饱受诟病的人人贷(P2P)。^[16]

依传统的法律规则审视,上述融资合同(或其主要条款)的有效性均值得商榷:“估值调整协议”因包含“保底条款”,在法律上不符合传统的公平、平等原则;“场外股权融资合同”中为配资方控制风险而订立的“强制平仓条款”被认为类似于流质,构成对持券人的侵权;^[17]企业间借贷、网络平台借贷和投资性众筹的合法性也长期受到争议,直到近两年司法态度才渐趋明朗。即便在一些基本的融资合同领域,交易实践也会不断“触碰”法律的底线:有些法律所禁止的合同条款运用广泛。例如售后回租形式的融资租赁合同,在我国行业实践中占据相当大的比重,对部分租赁公司而言占比超过80%,却一度为法律所禁止。^[18]另外,融资担保合同中的“流质”“流押”条款也始终禁而未绝,对其效力的认识分歧巨大。^[19]这些合同之所以层出不穷且在合法性难以完全确定的情形下依旧得到大量的、反复的运用,归根到底还是因为其交易安排契合了商事主体的现实需求,体现了经济活动所需要的市场理性。那么,司法如何应对创新的商事合同就成为一个棘手的难题,如果将当前的规制体系强加于不断发展的交易模式,一种可能是放任过泛,致使风险累积,损害经济体系的稳定和法律秩序;另一种可能是防之过严,阻碍资源的有效配置,削弱市场的调整作用,进而影响到经济发展。简而言之,司法裁判过程中应充分认识到以交易主体的缔约能力为基础的市场理性,以及由此反映的经济和金融现实需求。

三、我国融资合同效力认定的司法趋势分析:以“估值调整协议”为例

融资合同灵活多样,创新性显著,关于其效力的司法纠纷也为数众多。近几年来,司法案例较集中、意见分歧较大的融资合同当属“估值调整协议”。考察司法实践对该类合同的基本立场及其演变趋势,有助于把握当前关于融资合同(或其主要条款)效力的实务态度,进而展开评判分析。

“估值调整协议”是业界对该类融资合同的一个统称,具体的行为可以表现为股权转让、股权回购、增资扩股等,纠纷的案由分散、数量众多,很难做出可靠的定量统计。根据法院系统的信息反馈与其他论著中的面上研究,背负“对赌”之名的融资合同大多数难以被司法认同。以2012年最高法院审理了“海富案”为节点,司法实践中渐渐形成了将“对赌”放在金融背景下精细分析的趋势,而不再武断地将其判定为无效。以北大法宝的案例库为样本,如果键入“对赌协议”作为关键词对判决书实施全文检索,可以发现2012年之前并无一例,司法实践中将其作为一般民事合同纠纷加以处置,从理

[15] 参见姚海放:《网络平台借贷的金融法规制路径》,《法学家》2013年第5期。

[16] 参见彭岳:《投资性众筹的法律问题》,《法学家》2013年第5期。

[17] 同前注[14],刘燕文。

[18] 参见雷继平、原爽、李志刚:《交易实践与司法回应:融资租赁合同若干法律问题——〈最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉解读》,《法律适用》2014年第4期。

[19] 参见刘俊:《流质约款的再生》,《中国法学》2006年第4期;孙鹏、王勤芳:《流质条款效力论》,《法学》2008年第1期;李娟:《流质契约解禁之反思——以罗马法为视角》,《比较法研究》2013年第5期。前两篇论文对“流质”条款的效力持肯定态度,最后一篇则持否定态度。

念到规则并不认为有特别考量之必要;从2012年至今则出现了65个判决书中直接分析、论证“对赌协议”的案例;2014年开始,还有17个案例的判决书采用了更为准确、中性的名称“估值调整协议”来表述该等融资合同,这种名称的变化也反映了司法对这类合同的认识更趋客观。而且,受到“海富案”再审结果的影响,越来越多的“估值调整协议”被认定为有效。

(一)认定“估值调整协议”无效的主要理据

虽然,法院对“估值调整协议”的态度已经发生了很大的转变,但在个案分析时仍有一些案例中的融资合同条款被判定无效,用以支持该结论的理由主要包括以下几种。

1. 违反法律或行政法规的强制性规定。样本判决书中援引的强制性规定主要有:(1)《合同法》第52条关于合同无效的规定,法院认为对赌协议使得投资方能够取得固定的收益值,与传统的投资风险共担原则相背离,显失公平,因而认定对赌协议无效。(2)最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第4条第2项关于“企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资,但不参加共同经营,也不承担联营的风险责任,不论盈亏均按期收回本息,或者按期收取固定利润的,是明为联营,实为借贷,违反了有关金融法规,应当确认合同无效”之规定,认定“估值调整协议”无效。(3)《公司法》第20条第1款的规定“公司股东应该遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益”,认为“对赌”有损公司或者其他股东的利益。(4)《中外合资经营企业法》第8条规定“净利润根据合营各方注册资本的比例进行分配”,“估值调整协议”不符合按比例分配利润的规定,因而不承认其效力。

2. 违反公司资本维持原则和法人财产独立的原则。基于此二原则,在公司存续期间,股东基于其投资,可从公司获得财产之途径仅限于以下两种:依法律或章程分配税后利润;依公司减资程序之退出。“估值调整协议”一般由私募基金或者专业投资公司与未来可能公开上市的公司签订,要求目标公司在未完成约定目标时对投资方进行补偿,投资方在上述两种合法路径之外取得公司财产,有损害公司及其债权人利益之嫌。在“海富案”中,最高院确立了“与股东对赌有效,与公司对赌无效”的裁判标准,即在目标公司未达到约定的条件时,若约定由目标公司履行补偿条款则对赌协议无效,而若约定由目标公司的股东或实际控制人履行补偿条款则对赌协议有效。这一标准被后续诸多法院在处理类似情况时予以适用,^[20]反映了司法裁判时对于资本维持、法人财产独立原则的重视。

3. 违反权利义务对等的原则。“估值调整协议”可以是双向或单向的。双向约定即目标公司达到约定要求则私募股权基金投资方应依约向融资方再次注资或给予奖励,若没达到约定则要求融资方向投资方进行补偿;单向约定是目标公司未达到条件时对投资方进行补偿,而不约定达到要求时投资方的激励。单向约定多被法院以违反权利义务对等的原则而否定。

(二)认定“估值调整协议”有效的主要理据

支持(或者部分支持)“估值调整协议”效力的法院的普遍倾向是推定投融资双方都是具有丰富商事经验的主体,缔结协议时往往基于自身的商业判断,在不违反意思自治的前提下,商事交易应当允许对于风险负担的任何约定,法院不宜用传统的投资风险共担原理来判断其有效性。^[21]对于一些

[20] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭商终字第1276号判决书、上海市闵行区人民法院(2012)闵民二(商)初字第1832号判决书、上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民四(商)终字第574号判决书、福建省厦门市中级人民法院(2014)厦民初字第137号判决书。

[21] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2014)鄂武汉中民商初字第00304号判决书。

典型的说理方式,下文以表格形式予以例举。

案号	地区	法院级别	认定结果	判决书说理举要
榕民 初字第 857 号	福建福州	中级人民法院	有效	投资方签订协议的目的是为在目标公司上市时获得更大的利益,融资方的目的则是筹措上市所需的资金,上述安排并未违反法律、行政法规的强制性规定,系当事人真实的意思表示,合法有效
(2014)粤高法民四 终字第 12 号	广东	高级人民法院	有效	《股权转让补充协议书》实际上是风险投资中的对赌协议,是双方的真实意思表示,合法有效,对双方均具有法律约束力
(2014)粤高法民申 字第 1663 号	广东	高级人民法院	有效	对赌协议并非赌博行为,双方对此意思表示真实,没有违反法律规定,应确认为有效
三中民终字第 00923 号	北京	第三中级人民 法院	有效	该约定并未损害公司及其债权人的利益,亦不违反法律、行政法规的强制性规定,应属合法有效,对各方当事人具有法律约束力
鄂武汉中民商初字 第 00304 号	湖北武汉	中级人民法院	有效	原被告双方均是具有丰富商事经验的商事主体,缔结协议是基于自身的商业判断,对于不违反法律规定的意思自治应当尊重。不存在合同无效或依法主张可变更、可撤销事由的情形下,应当认定协议有效
浙杭商 终字第 1276 号	浙江杭州	中级人民法院	股东对赌有效,公司对赌无效	股东与投资方约定的内容并不违反法律规定,对协议各方均具有约束力。但目标公司与投资方的约定使得投资方可以取得相对固定的收益,损害了公司利益和公司债权人利益,应认定为无效
厦民 初字第 137 号	福建厦门	中级人民法院	股东对赌有效,公司对赌无效	股东对投资人的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益,不违反法律法规的禁止性规定,是当事人的真实意思表示,有效

(三)对“估值调整协议”司法态度的转变

1. 名称之转变。2012 年以前的“估值调整协议”通常被定性为无名合同,法官将其作为一般民事合同纠纷,主要表现为股权转让协议、股权回购协议、增资协议等形式,依据合同法规则认定其效力。2012 年以后,对赌协议或条款在事实上已经逐步被当作一类专门的合同来处理,法官越发青睐使用“估值调整协议”这样反映交易结构本质的中性名称。

2. 司法立场之转变。随着“估值调整协议”的定型化,其效力认定的司法态度也在发生转变。“海富案”既是这种转变的催化剂,也生动地集中展现了这种变化的过程:该案发生在 2010 年,在长达四年的时间里经过了甘肃省兰州市中级人民法院第一审,甘肃省高级人民法院二审和最高院的再审,对于该案涉及的“对赌条款”,一审和二审法院都将其认定为无效,而最高法院则总体上认定为有效。一

审法院认为,该合同“损害公司及其他债权人的利益,违反了法律、行政法规的强制性规定”,约定无效;二审法院则认为“对赌条款”违反了投资领域风险共担的原则,属“名为投资、实为借贷”,故认定无效;最高院则对“股东对赌”和“公司对赌”作了区分,认定“股东对赌”有效。

3. 裁判理念之转变。2014年由上海市第一中级人民法院审理的上海瑞沓股权投资合伙企业(有限合伙)等股权转让纠纷案中,法官依据意思自治原则和维护公共利益原则,尤其是引入了“鼓励交易原则”作为裁判理由,认定“估值调整协议”有效。该案中的法律关系在很大程度上反映了中国资本市场当前融资渠道创新发展的经济现象,具有相当高的典型性。该案主审法官以“效率”为价值导向,认为股权回购条款为融资渠道的创新方式,起到了促进商事交易、引导公司进行有效经营管理的积极作用。^[22]这种分析路径在一定程度上超脱于传统民事法律规则的掣肘,适当地融入了市场理性的要素,令司法裁判发挥出更好的社会评价功能,是值得肯定的有益尝试。

四、裁判新型商事合同效力的合理范式

法官认定“估值调整协议”效力的标准作为“结论”是相对具体的,而其背后支撑的审判逻辑和思维理念作为“方法”却具有“普适性”。我国《合同法》采取的是民商合一的立法模式,分则列举的各种有名合同对民事合同或者一般的商事合同都有着积极的规范作用,然在面临商业实践中灵活多样的“新面孔”时,容易显得“捉襟见肘”,像融资合同这样的问题在司法裁判中就饱受争议,经常导致“案不能决”“同案不同判”的窘境。^[23]然其症结在于新型商事合同与民事合同在理论构造上的差别,对两者效力的判定应该遵循差异化的思维。

就理性的规制路径来说,完善的立法是最优选择。《意大利民法典》有关合同效力规则的第1322条^[24]就为我们提供了一种借鉴:该条第2款规定,民法典所列典型合同之外的其他合同如果符合“法律保护之利益”,即为有效,否则无效。针对交易实践中出现的新型商事合同或者是突破原有法律框架的合同条款,法官只需根据“利益衡量原则”判断合同或条款所涉利益是否属于法律保护的范围。《意大利民法典》因此能与时俱进,不致被社会经济所淘汰。我国民法典合同编的编撰不妨吸纳此种先进的经验。但是,在立法主动实现变革之前,司法仍然必须回应现实纠纷。司法实践积极地调整理念和思维不失为一种“权宜之计”,这就要求法官充分认识新型商事合同的内在构造和逻辑,^[25]确立更为科学的裁判范式。

(一)抽象的指导性原则:“利益衡量”

“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。”^[26]显然,对于“估值调整协议”的宽容成就了美国金融的快速发展,法官的裁判在其中起到了举足轻重的作用,而这样的裁判过程少不了利益衡量。法律的解释虽具有很强的技术性,但也是受目的和利益之引导的。司法中的“利益衡量方法,实际上是先有结论后找法律条文工具,以便使结论正当化或合理化,追

[22] 参见上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)终字第730号判决书。

[23] 参见蒋大兴:《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》,《比较法研究》2015年第4期。

[24] 《意大利民法典》(CODICE CIVILE)第1322条:“当事人意思自治限于法律规定与行业规范的范围之内,当事人缔结未纳入特别规范规定类型的契约以法律保护之利益为限,该类决议内容违法则是对此规定之违反,当属无效。”其中“法律保护之利益”是判断合同效力的标准之一。

[25] 参见赵万一:《商法的独立性与商事审判的独立化》,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第1期。

[26] 同前注[8],范健文。

求的是让法律条文为结论服务,而不是从法律条文中引出结论。法院最终的判决依据不是法律条文,而是利益衡量的初步结论,加经过解释的法律条文。”“如果制度利益已不能反映社会公共利益,对社会公共利益起到阻碍作用,抑制了社会进步和发展。此时,对当事人的具体利益进行衡量时,就应该大胆地抛弃或冲破落后法律制度。”^[27]法官应当仔细分析新型商事合同的社会利益,并在社会利益与“效力规则”的制度利益之间进行权衡,将社会利益技术性地融入裁判,牵引法律制度不断完善,达致制度利益与社会利益相一致的结果。“法官应当结合现实,对法律作出符合当下社会需求的解释……利益衡量的最终目的在于完善法律,使法律更契合社会、伦理、经济的发展与变迁。”^[28]

判定新型商事合同效力时,法官首先需要考察该等合同在社会中发生的频率以及作用的明显程度,是否普遍发生且具有显著的积极作用;然后反思现有合同效力规则对此类合同是否能起到保障和促进交易发展的功能,是否可以满足现实经济的需求,凸显正面的规范意义;如若不能,就应当充分考虑“利益衡量”的路径。对于融资租赁合同中“售后回租”条款或者“回租合同”的效力,例如,在2014年最高人民法院《关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》实施之前,实践中大量存在的“售后回租”合同被认定为违法,然而这种交易结构的本质是在融资的目标下以租赁物让与的方式设定担保,较为合理地平衡了双方的风险负担,被实践所普遍接受。虽然这种交易模式同既有的部分规则有不契合之处,但却俨然成为了融资租赁的双方当事人愿意采纳的风险控制方式,对行业的发展有重要的影响。鉴于此,最高法院充分运用了“利益衡量”的思维,在上述司法解释的第2条中肯定了一般“售后回租”条款的效力:“承租人将其自有物出卖给出租人,再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的,人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。”这种将“利益衡量”作为商事裁判原则之一的立场值得推崇。

(二)具体的技术性策略

1. 对交易性规范多作任意解释。商法具有“管制面”与“交易面”的双重结构,对管制面一般做强制性解释,而对交易面一般做任意性解释。“在商事合同中,解释上应避免任意规定强制化而加诸不当限制于商事合同中,宜回归商事合同之目的与商业考量,必要时亦可参酌商事习惯与法理。”^[29]比如,法官在裁判“估值调整协议”是否违反了法律的强制性规定时,可将“利益与风险对等”“股权平等”等规定作任意性的解释,认定此种协议并未违反法律的强制性规定。

2007年重庆五中院判决的“重庆三和制衣公司诉重庆市商业银行股权纠纷案”也是典型的一例:重庆三和制衣公司以其持有的重庆市商业银行的股份出质,向重庆市商业银行借款,三和制衣公司因未能还款,重庆市商业银行回购了质押股权抵偿借款,并于一年后将该等股权转让给某乡镇企业。该案中重庆市商业银行接受了借款人以自己发行的股份出质,并收购了本公司股份,违反《公司法》的相关规定,但因最终转让给了案外人某乡镇企业,法官为了维护交易安全和现有的交易秩序,对《公司法》第142条作了任意性解释而判定该案中的股权回购合同和转让行为有效。

2. 将“效率和交易安全”确立为优先价值。法律解释中的价值判断问题就是确定法官在自由裁量的过程中应该考虑哪些因素,而且应该如何考虑这些因素。^[30]这些考量的因素中有一些相对确定的利益或价值表现为法律原则。但正如阿里克西所言,“法律语言难免有模糊,法律规范难免有冲突,

[27] 参见梁上上:《利益衡量的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》,《法学研究》2002年第1期。

[28] 参见梁上上:《制度利益衡量的逻辑》,《中国法学》2012年第4期。

[29] 参见王文宇:《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》,《清华法学》2015年第6期。

[30] 参见梁迎修:《法官自由裁量权研究——法理学的视角》,中国法制出版社2005年版,第23~25页。

法律规则难免存在漏洞,都需要我们适时地运用价值判断加以补充。”^[31]其中一种情形就是“在法律制度的设计和体例安排本身,常常会采取价值判断‘优于’通行的法教义学原理的路径”。^[32]这种情形中的价值判断,就是法官并不依据现有的法条或在解释法条后进行裁判,而是依据价值——在众多的法律价值中择取其中的“优先”价值适用。有些价值在法律制定时或者在特定的领域中是首要的(例如在传统民事领域,“公平”和“平等”是首要的),而随着社会经济形态变革、新兴领域崛起,其他价值也变得更为重要(例如在商事领域,“效率”和“交易安全”就是首要的),法官亦有优先适用其他价值的必要。

价值选择在流质条款的效力问题上体现得十分明显,学界认为流质禁止在维护法律的公平价值目标的同时,抛弃了法律的效率和自由价值目标;而流质许可却全面维护了法律的自由价值、效率价值,并兼顾了公平价值。^[33]法官在认定“流质条款”的效力时应以效率价值为先。在前述“重庆三和制衣公司诉重庆市商业银行股权纠纷案”中,法官其实也做了“价值判断”,进而优先选择了“交易安全”。法官在做这样的价值判断时只有重视社会的公共意识,使解释的结果尽可能地和普通市民的感觉、期待相一致,才能使判决获得社会的认可,取得必要的公信力。^[34]在商事合同裁判领域,法官应当主动地选择商事主体所普遍追求的“效率和交易安全”价值,使裁判结论发挥更好的经济效果。

3. 充分尊重交易习惯。交易习惯对交易行为的指导和规范起着重要作用。事实上,传统商法中的商行为乃独立于罗马法体系而由商事习惯发展而来的特殊概念,其与商人密切关联,虽可借助法律行为概念予以解释,但因其独立发展的特性,很多时候无法被法律行为制度涵盖。^[35]相反,商人在商业活动中更注重的是对商事习惯的熟悉和遵守,司法裁判时对商事合同的解释也理应参照商事习惯。一些新型商事合同的构造在得到法律的认可前,如果长时间反复出现,确实又有相对积极的社会效应,也可能被当作“交易习惯”来对待,以适用“习惯”的路径被司法所肯定。例如,对于场外股票融资合同中的“强制平仓条款”,证券业界就主张其属于行业惯例,要求法院认定有效。^[36]

我国《合同法》第60条第2款规定:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”;第61条规定:“合同生效后,当事人就质量、价款或报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”2017年3月通过的《民法总则》第10条也明确,“法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”,正式确立了“习惯”的法律渊源地位。在认定新型商事合同效力时,应在谨慎识别商业“习惯”的基础上,充分地尊重“习惯”,并以此作为裁判的重要依据。

(特约编辑:季奎明)

[31] 参见[德]阿里克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第17页。

[32] 参见许德风:《论法教义学与价值判断——以民法方法为重点》,《中外法学》2008年第2期。

[33] 同前注[19],刘俊文。

[34] 参见[日]星野英一,《民法论集:第二卷》,东京:有斐阁,1970;[日]加藤一郎,《民法における論理と利益衡量》,东京:有斐阁,1974。转引自黄忠:《比例原则下的无效合同判定之展开》,《法制与社会发展》2012年第4期。

[35] 参见王建文:《论我国〈民法典〉立法背景下商行为的立法定位》,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2016年第1期。

[36] 参见阮思宇:《股票融资与强制平仓——无效融资关系及其担保与侵权的法律思考》,《证券市场导报》1997年第3期。