

Restatement of the Principles
of Commercial Law

商法原理重述

陈醇/著

能图书馆

90.1



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Restatement of the Principles
of Commercial Law

商法原理重述

第二卷



中国政法大学图书馆

Restatement of the Principles
of Commercial Law

商法原理重述

陈醇/著

法律出版社
www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

商法原理重述 / 陈醇著. —北京:法律出版社,
2010.3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0438 - 9

I. ①商… II. ①陈… III. ①商法—法的理论—研究
IV. D913.990.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 027446 号

商法原理重述

陈醇著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14.625 字数 334 千

版本 2010 年 4 月第 1 版

印次 2010 年 4 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0438 - 9

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

商法的重心曾经由传统交易法转移到企业法。随着经济的发展,商法的重心再次出现推移,当今商法出现了金融法和企业法并重的模式。然而,既有的商法理论是以交易法理论为重心的,是民法相关理论的翻版。既有的民商关系上的争议,另一方面企业法和金融法的原理却处于空白状态。为了填补这种空白,本书提出了集权理论、分权理论、财产权计量理论、商行为程序理论等十个新的商法理论,以此为基础,试图更新商法的原理,是为“商法原理重述”。

一、商事权利理论

在商事权利方面,本书提出了三个新的理论:集权理论、分权理论和财产权计量理论。

集权理论

财产权的集中是商法之中的常见现象。集中和整合财产权,可以改变财产权的数量和结构,进而可以改变财产权的功能和性质。这一方面使财产权由“死”变“活”,即由一般财产权质变为具有增殖功能的资本性财产权;另一方面使财产权由弱变强,即由一般财产权质变为权力化权利。集中财产权本身就是一种极为关键的权利,它一直是少数人的“专利”。

集权理论的基本目的是:说明金融法中资本的权利机制,解释集中资本、融资为什么是商法的基本现象和基本功能,以及贫穷与资金链断裂的原因;为企业法提供权利理论,从权利角度解读企业的本质,提供权力化权利滥用的控制方法。

民法权利理论局限于权利的个体研究,缺乏权利的整体观。石头不同于建筑物,集权理论正是阐述如何将众多石头建成房子以及房子功能的理论。只知道单个权利,不知道集权造成的质变和功能变化,就只知道个体及其功能,而不知道整体及其功能。因此,民法权利理论难以适用于金融法和企业法。

分权理论

在商法之中,公司权利的三权分立、企业经营性财产权和储备性财产权的分离、金融衍生债权的分离,是三种最为重要的分权模式。前二者分别是公司治理、企业商事安全的基本模式,后者是金融衍生品交易的基本方式,也是金融衍生品泛滥成灾的成因。与集权一样,分权也是一种量变,它可能导致财产权的质变:一是“活化”财产权,使之由“死”变“活”,增加相关财产权的投机性和交易量;二是弱化财产权,使之由强变弱,这可以作为控制权利滥用的方法。集权是化合反应,而分权是分解反应。集权能够将一般财产权转化为资本,分权能够节约交易者的资本,前为开源,后为节流。二者一正一反,以截然相反的方式改变财产权的性质、结构和功能。

分权理论的基本目的是:说明分权的基本理论及其设计方法,用于阐述企业法分权模式对企业的效率和安全等的影响;揭示衍生债权衍生成灾的机理及其控制方法,为金融法提供理论依据,预防金融危机。在分权理论之中,储备性财产权理论能够沟通企业财产权分离模式与商事安全的关系,而分权制约的市场理论从权利角度解释了市场经济,二者值得重视。

分权理论是对权利的微观研究。如果将单个权利比作石头,那么,分权理论研究的是石头的微观结构。传统理论局限于物权的权能分离,缺乏一般性的、全面的分权理论,公司治理的三权分立等重要分权模式没有进入传统权利理论的视野。民法权利理论因此难以解释企业治理与金融危机。

分权理论与集权理论二者,一分一合,形成一正一反的权利结构理论。

财产权计量理论

会计学明确地从客体上对财产权予以计量(客体计量法),商法实际上也涉及了财产权的计量,却缺乏计量方法方面的理论。客体计量法能体现财产权的本质和价值,它是一个适当的方法,商法应予采纳。

财产权计量理论的基本目的是:金融法和企业法关注财产权的增殖,因而必须对财产权予以计量;开创财产权的定量研究,对财产权予以界定、比较、运算、结构分析等;为商法规范中的财产数量规定找到理论归宿;定量地设计财产权结构,例如从量上规定各种财产权的比例,以保障财产权的功能;借鉴数学理念,实现财产权的最大化。

商法之中的大量财产权数据、会计账簿等对定量研究提出了要求,同时,法律经济学也对权利的定量研究进行了尝试,这些值得商法重视。民法权利理论的主要内容是权利的定义、类型化和特征研究,这是一种定性研究,它缺乏定量研究。在研究方法上,

理性主义应当分别体现为定性研究和定量研究,但是,推崇理性主义的民法将理性主义等同于定性主义,于是计量学、数学与民法失去了联系。民法的研究方法因此缺失了一半。

二、商行为理论

在商行为方面,本书提出了三个新的理论:决议理论、商行为程序理论和商行为计量理论。

决议理论

决议本来并不是一个新的概念,但是,本书的决议理论却是新的。决议与合同,一个是内部决策制度,另一个是对外交易制度,二者应当是并列的。决议必须遵守民主原则,即集体议事、多数决定,这使之不同于法律行为理论中的意思自治;议事程序是决议的核心内容,决议必须遵守正当程序,而法律行为理论没有程序的概念和理论;决议无法适用法律行为的意思表示瑕疵理论。应当将决议从法律行为理论中独立出来。

决议理论的基本目的是:建立与合同制度并驾齐驱的决议制度,为企业法补充团体生活的基本行为规则;为商法决议提供民主原则和议事程序,消除团体生活中的专制和程序不公;培养一般公民的民主与正当程序观念和技巧,促进商法与公法在决议民主、正当程序上的良性互动。

在民法之中,合同倍受重视,而决议倍受忽略。有合同法、没有决议法,有合同法教材、没有决议法教材,有合同理论、没有真正的决议理论。法律行为理论完全没有把决议当作一种重要的行为,而决议偏偏十分独特,法律行为理论根本不能适用于它。

商行为程序理论

心态和过程分别是行为的主观方面和客观方面,它们在法律

上的对应物分别是意思和程序,这二者应当是构建行为理论的两个基本参数。民法有发达的意思理论,而公法有发达的程序理论,二者形成了巨大的差距。行为理论应当意思、程序并重,如此才能全面规制行为的主客观方面。因此,任何行为理论都应当重视程序,商行为理论也是如此。商行为理论应当努力构建程序、意思二者的和谐关系,力求达到主客观参数相辅相成的效果。商行为程序理论的其他内容,作者在《商行为程序研究》中已经有较为全面的阐述,本书不再重复。

商行为程序理论的基本目的是:全面地阐述意思、程序、行为三者的关系,解释公法行为理论与民法行为理论的差异,借鉴二者的成果以便为商行为理论提供思路和方法;从哲学上说明程序在商行为理论中的地位,以便对商行为的客观方面予以规制,例如提高商行为的效率、保障商行为的安全等。企业法中的决议程序和金融法中的信息公开程序、风险预警程序等是商行为程序的典型,这一理论主要是为它们服务的。

意思和程序是构建任何行为理论的两个基本参数,法律行为理论抛弃了程序这一代表行为客观方面的参数,而只选择意思建立行为理论,让人怀疑该理论与宗教理论有着某种因缘,因为它看上去类似于唯心主义理论。如果承认程序与意思的并列地位,那么,商行为理论就应当重视程序,否则就丢失了行为理论的半壁江山。

商行为计量理论

对商行为的计量可以分别从意思和程序上进行,前者可称之为意思计量法,后者可称之为程序计量法。决议制度中的计票制度,通过意思的标准化能够精确地计量同意的数量,它是意思计量法的杰出代表。程序计量法是一种系统的计量方法,能够全面地计量商行为的动态过程。根据上述两种方法界定某个商行为,可能会得出一致的结论,也可能结论并不一致,只有从两种计量

法上看都是1个行为之时,商行为的有效要件(1个有效的商行为)才得到满足。

商行为计量理论的基本目的:开创商行为的定量研究,试图从意思和程序两个参数上计量商行为;从量上解释程序的功能;从量上界定商行为的有效要件;分析行为计量的单位问题及其典型错误。这一理论是决议理论和商行为程序理论的计量学解释,它也主要是为金融法和企业法服务的。

法律行为理论之中缺乏行为计量的一般理论,传统商行为理论承继了这一缺陷。与权利理论一样,民法行为理论重视定性研究,缺乏行为计量理论。这不利于行为的精确化,也引发了一些不必要的纠纷。本书的财产权计量理论与商行为计量理论,分别对财产权和商行为予以计量,二者共同构成商法的定量研究。

三、商事责任理论

在商事责任方面,本书提出了两个新的理论:商事责任预防理论和决议责任理论。

商事责任预防理论

传统民事责任制度局限于事后问责,且以“资能抵责”为其功能正常发挥的潜在前提,在商法之中,因“资不抵责”常有发生,所以商法不应消极地等待善后,而必须进行预防。以金融业为例,可以采用如下三种方法预防其责任:权利安排,包括设立储备性财产权、控制衍生债权的过度衍生、分业经营等;交易程序控制,包括设立回避、信息公开、风险预警等商行为程序;主体资格限制,包括规定金融衍生品发行资格、市场准入、上市资格、国民待遇等门槛。

商事责任预防理论的基本目的:根据企业法和金融法的实

践,阐述预防商事责任的必要性,建立商事责任预防理论,以弥补传统民事责任处理理论的不足;提出金融法预防商事责任的三种方法,以预防金融危机;明确商事责任制度的体系,认为它包括商事责任预防制度、商事责任处理制度两个部分,后者包括资能抵责的私法责任的处理和资不抵责的私法责任的两个部分。

事后的责任追究与事先的责任预防,这是理性人处理事情的两种基本方法。民事责任制度是一种事后问责的制度,资能抵责是其功能正常发挥的潜在前提。这种制度缺乏事先的预防机制,也不能对付资不抵责情况下的责任问题。从责任上看,历次金融危机都是责任危机,也都是资不抵责的危机。民事责任理论只注重事后问责,这在理论上存在重大的漏洞,也与金融危机预防与企业责任预防的理念不符。对此,商法应当避免。

决议责任理论

单方行为、合同和决议三者是并列的,但是传统民事责任制度是一种侵权责任和违约责任并列的二元责任体系,遗漏了决议的责任问题。决议的责任不同于违约责任和侵权责任,对违反有效决议的行为必须追究其责任,这一责任是与违约责任并列的责任。决议的形成有法定或约定的程序,必须追究违反决议程序的责任。商事责任处理制度应当超越二元责任体系,建立一个包括决议责任制度在内的完整的商事责任处理制度。

决议责任理论的基本目的:建立一个与违约责任、侵权责任理论并列的决议责任理论,以便为企业法所用;区分决议责任的两个主要情形:违反有效决议的责任和违反决议(形成)程序的责任;为商事责任处理制度补充新的内容。

决议既然重要,商法就必然要保障议事过程的正常进行和生效决议的执行,就必须追究违反议事程序的责任和违反生效决议的责任。这两种责任分别是与缔约过失责任、违约责任相对应的责任,如果将决议和合同视为并列的行为,那么,这两种责任就不

会令人陌生。但是,民事责任理论居然将决议的责任忘得一干二净,而出现了侵权、违约二元责任体系。

四、商主体理论

在商主体方面,本书提出了两个新的理论:人资区分理论和商事治理理论。

人资区分理论

企业的本质是物,是资本的人格化,传统理论将自然人与企业视为“平等主体”,其实质是实行人资平等。这种混杂违背了人本主义,忽视了企业在意思上的唯利是图及其风险,企业于是严重地侵损人类社会。防范企业损害人类社会的治本之道是废除人资平等原则、确立人资区分原则,树立国家、自然人、企业三方博弈的思维。强调企业社会责任理论,试图使资本(企业)服从于人(人本主义),这是防范企业损害人类社会的治标之策。

人资区分理论的基本目的:揭示人资平等与人本主义的矛盾,提出人资区分原则和三方博弈理论(区分于市民社会与国家的两分理论即两方博弈理论);指出企业社会责任理论的依据是人本主义,是弥补传统主体理论缺陷的治标之策;弥补传统主体理论的缺陷,控制强权的滥用、避免企业见利忘义、预防大企业绑架国家与社会。这一理论主要是企业法理论。

“平等主体”是民法的骄傲之一,这一点曾经被用于区分人本主义与神学世界观,是民法人本主义的旗帜之一。但是,企业等团体的本质是物,美好的“平等主体”在商法之中成为事实上的人资平等,从而严重地违背了人本主义。现代社会,企业对自然人的损害与日俱增,人资平等的危害也日益明显。在此背景之下,应当认真反思民法的主体理论,并建立新的商主体理论。

商事治理理论

对内的自我管理与对外的自由交易是私人生活的两件大事,商事治理以企业管理为典型,包括破产管理、行业的自律管理等众多内容。从行为上看,自我管理与自由交易是商法自治的两个基本内容,前者以决议制度为内容,后者以合同制度为内容。从法律关系上看,商事治理的基本法律关系是分权制约关系。从主体上看,商事治理以企业管理为代表。商事治理制度的缺位,使上述种种管理制度在理论上缺乏统一的归宿,相应的法律规范重复与空白同在。

商事治理理论的基本目的:反对重交易轻管理的做法,强调商事治理在企业法以及整个商法中的地位,避免企业等商主体管理的行政化(即政企不分);建立商事治理理论和制度,以保障管理自治(即自我管理)和管理民主;完善商事治理制度,形成合同制度与商事治理制度之间的互补、国家管理与商事治理之间的良性互动。

自我管理与自由交易是私法自治的两个基本内容,一个是内部自治,另一个是外部自治。这是两种相辅相成的自由。民法重视自治,但是轻视自我管理。企业的自主交易与自我管理制度是市场经济的两个基本制度,商法应当重视商主体的自我管理制度。

五、三个问题和一个大纲

以上述十个理论为基础,本书分析了三个颇为尖锐的问题:

问题之一:以上十个理论为什么是商法独有的原理?

以上十个理论是从金融法和企业法实践和规范之中总结而出的,是对散在于商法之中的众多“小”理论的总结。例如集权理

论、分权理论等就分别是对资本集中、公司治理结构等理论的总结。民法重视交易法,却忽视了企业法和金融法。交易法原理成为民法的重要理论,而企业法和金融法的原理没有成为民法理论的内容。它们只是商法的理论。

一般认为,商法理论不过是民法理论的演绎,但是,迄今为止的民法理论还没有包括这十个理论,也就是说,从民法现有的理论看,它们不是民法理论的内容。这其中的原因,不是因为民法完全不需要这些理论,而是因为民法传统决定了它不可能产生这些理论。

世界上几部伟大的民法典,都是在皇帝的指导下制定的。《德国民法典》、《法国民法典》、对现今影响巨大的四个罗马法文件——《学说汇纂》、《法学阶梯》、《优士丁尼法典》和《新律》都是罗马皇帝造出的。皇帝们可以造出金字塔、万里长城等,也能造出伟大的民法典。这些伟大的民法典及其后面的民法理论形成了今天的民法传统。

这种民法传统无法产生以上十个理论,因为这些理论与君主专制是不相容的。民法传统理论有一个共同的特征,就是不涉及集权、分权、民主、程序、自我管理理论。其中,集权理论将打破君权神授的神话,揭穿权力形成的秘密;分权理论将导致三权分立等观念的出现,不利于君王集权于一身;决议理论之中的民主原则与专制直接对立,而民法意思自治理论正好与专制一致;程序理论可能引出程序控权理论和正当程序理论,这将危及君主恣意行动的“自由”;自我管理理论将导致人民主权、民主和分权制约等理念,不利于皇帝们的统治。皇帝们造出的民法典,只能在皇帝允许的空间里讨论权利、自治和交易问题,一切敏感的理论 and 制度则不能进入民法典的视野。

同时,民法严格地遵行了它的传统。罗马法有发达的交易法,却没有发达的企业法和金融法。这也从内容上决定了民法不

可能为金融法和企业法提供基本原理。

问题之二：商法之中的公法原理？

在本书的十个理论之中，集权理论、分权理论（特别是其中的三权分立理论）、商行为程序理论、决议理论（特别是其中民主与正当程序理论）、商事治理理论等，或者借鉴了相应的公法原理，或者与公法之中的相应理论高度相似。公法重视责任的预防，它的责任制度是以预防为主的制度，这也是商法与公法的相似之处。另外，在商法之中，出现了大量的公法术语，如权力、职权、程序等。商法之中是否存在公法原理？

对这种借鉴或相似性不应当感到奇怪，因为金融法中的权利集中（资本集中）可能质变为权力化权利，对此权利的控制必然会用到分权制约等公法方法；程序本来就是行为的客观方面在法律上的代表，以程序规制行为应当是所有行为理论的共同方法；决议是所有群体行动的基本制度，公法与私法的群体性行动都会运用决议制度；国家不过是最大的团体，与国家相当或略小的企业比比皆是，私人的事务和国家的事务都需要管理，管理学常常以企业管理而不是行政管理作为代表而展开它的篇章；国家与大公司的不良行为影响巨大、后果严重，事后的责任追究往往无济于事，对此必须予以事先的责任预防，二者都需要建立责任预防制度。总之，当代社会是一个组织发达并事实上掌控私人生活的社会，公司等商主体更类似于国家，而不是自然人。以自然人为楷模的主体、权利、行为、责任制度，对商主体不太适合。“法人”这种拟人的方法忽视了组织生活的复杂性，它没有获得真正的成功。由于公法的集权、分权、程序、管理等制度较为成熟，商法就难免借鉴这些公法原理。如果相信历史是人民群众创造的，相信民间观念是法治观念的真正源泉，那么，商法就应当重视上述原理，以求得商法与公法理念、制度的互动。对民主与正当程序等行为规范，商法学家应当身体力行，因为我们自己的言行正是我

们子孙的福田或祸根。

问题之三：民法为商法提供了什么？

一般认为商法是民法的特别法。德国学者明确地指出了商法的特别之处，如商事留置权、商人注意义务的较高要求、扩大了意思自治的范围等。在相关学者看来，商法的理论，莫不是民法理论或制度的特殊表现，例如，所谓商事债权、商事物权就不过是债权、物权在商法上的特殊表现。迄今为止，还没有人能从理论上提出商法的独特和明确的特征，主张商法独立或民商分立的学者，也还是离不开德国商法的那一套理论。本书知道上述情况，但是仍然提出了如下问题：民法为商法提供了什么？

在探寻这一问题的答案之前，应当先回答如下问题：民法为公法提供了什么？这个问题的意义在于，如果民法为公法提供了某个理论，那么，该理论就不是专门为商法所提供的。在这一问题之后，应当回答的问题是：民法没有为商法提供什么？民法传统理论没有本书的十个理论，从民法传统看，它也不可能出现这十个理论。最后应当的回答是：民法为商法提供了什么？对此问题，应当分别从权利、行为、责任、主体理论上分别予以考察。在上述三个问题答案的基础上，我们能知道民法为商法提供了什么：在权利理论上，民法为公法与商法提供了一般性的权利概念和类型理论等，但是没有提供集权、分权和财产权计量理论；在行为理论上，法律行为理论为公法和商行为理论所借鉴，但是它没有提供真正意义上的决议理论，也没有程序理论和行为计量理论；在责任理论上，民法为公法和商法提供了私法责任处理制度的二分之一（资能抵责的私法责任处理制度），而没有提供决议责任制度，也没有责任预防制度和资不抵责的私法责任处理制度；在主体制度上，民法为商法提供了行为能力、法人等制度，但没有提供人资区分的主体制度，也没有对法人等组织的治理提供理论。在民法与商法的关系之上，传统理论是附庸论（商法原理附

庸于民法原理)；本书则认为,从主要内容上看,商法原理是二元的(即既包括民法原理也包括公法原理)。

从宏观上看,民法有发达的交易法理论,但它没有也不太可能为金融法和企业法提供什么原理。

本书在民商关系上的三个问题及其回答,看似尖锐,实际上只想说明一些事实,以避免不必要的争议罢了。

一个大纲:商法原理的更新

作为一个商法教师,教好商法是笔者一生最大的愿望之一。前文的问题和理论,都来自于商法的教学,也将运用于商法的教学之中。本书将运用上述理论,更新商法的基础理论,包括商事权利理论、商行为理论、商事责任理论和商主体理论等。

六、致敬

本书的一些观点与传统理论不太相同,但是,它不过是传统理论发出的新芽而已。笔者所学到的民法或商法理论,都来源于民法前辈和商法前辈的著述之中。本书所援引的观点,无论援引的目的如何,都是这个领域相对权威的结论,也是我所尊敬的民法或商法前辈的结论。于此,谨向这些法学前辈表达深切的感谢和敬意!正如本书后记所言:“任何新理论都是既有理论的正向或反向延伸;既有理论哺育了新的理论,而新的理论正是既有理论生命的延续。二者是相依为命的,而不是对立的。”一个写作的人要援引前期文献,先得认真地研究前期文献,这是对前期文献的了解,从本质上说,这是与前期文献的创造者心灵交流的过程;而当一个写作的人试图延伸前期文献的思想之时,也就是上述心灵交流深化的过程。在孤寂的学术之路上,行人稀少,知音难得,这种缘分值得倍加珍惜!