



Reform of Commercial Law and the
Changing Economic Law

→ 商法的改革与变动的经济法

王保树 著

法律出版社

商法的改革与变动的经济法

王保树 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法的改革与变动的经济法/王保树著. —北京:法律出版社, 2003. 7

ISBN 7-5036-4305-6

I. 商… II. 王… III. ①商法—研究—中国②经济法—研究—中国 IV. ①D923.994②D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 041531 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/15.5 字数/420 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939685 63939689 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4305-6/D·4023 定价:32.00 元

序

本书即将付梓之际,照例在书的正文之前写几句话。

书名之所以确定为《商法的改革与变动的经济法》,是因为书中收录的这些论文大多是在商法、经济法的改革背景下写出的。虽然在“商法”之后缀以“改革”,“经济法”之前冠以“变动”,其实质没有什么不同,都是指两者的“改革”,只不过为了避同语反复之嫌而采用不同的表述而已,读者不必为此费心思。法律改革的年代并不是总存在于社会之中的,它是有时间限制的。我们能有机会处在这一时代,应该说是非常幸运。既然是在它们改革的状态下进行研究,就难免使问题的分析不那么深透,尤其缺乏理论的深刻性。之所以将它们汇集在一起,只是为了使年轻读者使用方便。因为,经常有年轻的学生同我讲,有些文章找起来不那么容易,希望我将论文汇集在一起。于是,我再三考虑,不论是为了让他人研究的方便,还是为了他人批评的方便,汇编这本文集是必要的。这本文集收集了我在商法总论、公司法、经济法基础理论、竞争法等领域的主要研究成果。

商法和经济法都如同大海,依靠个人的力量,很难到达彼岸,需要无数的同仁反复地共同努力。因此,开放式的研究是最佳选择。当我们恢复商法研究或刚刚开始经济法研究之时,一个尖锐的问题提出来了:“是先盖房子,还是先竖篱笆?”所谓“先盖房子”,就是先就迫切需要研究的问题一个一个地进行研究;所谓“先竖篱笆”,就是先将体系立起来,先将它们的范围定好。由于各种原因,我从不自觉到自觉,采用了“先盖房子”的路子。当经济法这个概念开始提到人们面前时,由

于自己对经济法还缺乏足够的认识,加之当时中国正值经济体制改革之初,实质上还是计划经济,各种社会经济关系交错,虽然许多学者认为经济法是一个独立的法律部门,我却不敢贸然作出这样的判断,而是从个别的具体问题研究起,没有先把“篱笆”立起来。经过相当长的一段时间探索,吸取同仁的优秀研究成果,与计划经济观念的经济法特别是拉普捷夫经济法观念决裂,并在进一步把握实行社会主义市场经济体制所带来的变化的基础上,根据自己的认识,提出经济法是独立的法律部门,并认为它基本是公法。对于商法也是如此,将国外的商法理论拿来是容易的,但实践中很不容易被人们接受,因为改革开放初期的中国经济不是市场经济,尚不存在商法适宜的土壤。因此,一开始只是从企业法研究起,并没有提出中国商法这个法律部门。但是,在与同仁们研究企业法的基础上,逐渐注意到企业组织和企业为主体的交易是一个特殊的社会生活领域,于是在未提出中国商法的情况下提出了“经营法”,实际上带有商法的性质。之后,随着中国实行社会主义市场经济,探索并提出中国的商法理论。换言之,只是这时才对作为一个整体的中国商法体系、特点、理念进行讨论。

随着研究的深入,我不得不经常地纠正自己过去在理论上的某些偏差甚至错误。除了对上述诸如商法、经济法的全局问题外,对于局部性的商法或经济法的问题也是如此。譬如关于经济法的调整对象,开始认为它的特性是“行政隶属性”,后来注意到经济法中的政府管理者与接受管理的企业、自然人并没有隶属关系,所以,将其纠正为社会公共性。并且,同时提出经济法调整对象的社会公共性,经济法的社会整体调节机制,经济法追逐的首要利益是社会公共利益的观点。又譬如,开始研究商法之时,基于民事权利能力平等的观点,并未注意民事主体和商事主体之差异。但实践提出了挑战,国家机关依民法通则规定,应为法人之一种,而它们却不能经商。显然,它们虽为民事主体,但不能成为商事主体(商人)。经过比较逐渐发现,它们虽有作为法人应有的财产,但没有营业财产,不可能产生进行商事活动的能力。作为后进者,不仅对一些理论问题见识迟,也还表现

在一些错误上。最明显的是我对“利改税”的看法,我曾赞同“利改税”固定了国家和国有企业的权利义务关系的看法。显然,这是将一项权益之计视为规律性的东西了。经济体制改革的初衷之一是解决国有企业政企不分的问题,而“利改税”实际是将国家作为社会公共管理者向所有企业征收税的职能与仅在国有企业中才享有的所有者受益权(指取得分配利益)混淆了。如继续推行“利改税”,将这两者扭在一起,只能加剧“政企不分”,岂不是与改革的要求矛盾吗?还好,这种迟到的觉悟总算产生在取消“利改税”之前了。

无疑,法学的二级学科的生存与发展不是一种此消彼长的关系,而是一种互动的关系。一方面,商法、经济法的发展得益于法学其他二级学科的繁荣。没有法学诸多二级学科的繁荣,不可能有商法、经济法的发展。这不仅表现为其他学科理论厚度对这两个学科的适应性提出了要求,也表现为对这两个学科的成长展示的方向。显然,这种支持已成为激励这两个学科发展的不可缺少的理论素养。另一方面,商法、经济法的长足发展,也为法学其他二级学科的繁荣作出和正在作出贡献,表现了它们与其他二级学科一样有着共生、共存、共荣的基础。在市场经济的发展中,商法作为民法的特别法正在调整着以企业为中心的特殊社会经济生活领域中发生以营利性为特征的商事关系,并以保护商事交易的快速、安全为己任。商法规范的特色在于,它是最属方式自由的,同时又是最为方式严格的。它的发展告诉人们,“人类的进步不仅仅局限于科学领域,人类行为领域的进展同样引人注目”(施米拖夫语)。同样,现代市场经济造就了现代经济法,而且,现代市场经济的发展离不开现代经济法。在处理政府与市场的关系中,现代经济法有着广阔的作用空间。自我国实行社会主义市场经济以来,经济法作为确认和规范政府干预经济之法,进入了长足发展但不喧哗的快车道。并且,经济法以其调整社会公共性为根本特征的经济管理关系,采用社会整体调节机制,将社会公共利益作为其追逐的首要利益目标,显示了它特有的价值。

当我们为商法、经济法的发展高兴的时候,我也深感商法、经济

法的研究任务沉重。无论是商法还是经济法,它们的基础理论研究都显得薄弱。而缺乏深厚基础理论,将会使本学科发展受到制肘。现在,立法、司法实践中提出的难题,仅从操作层面找答案是很困难的。有一种误解,国外培养法律职业人才非常注意培养能力,因而认为实践性强的学科的基础理论显得不那么重要。其实,能力的培养包括理论素养培养,重视法律职业教育的国家并不像人们想象得那样忽视理论,实践中引进的商法理论许多就来自这些国家。人们已形成一种共识:基础理论的研究不仅反映一个学科的发展水平,也是其发展的重要动力资源。在这方面,商法、经济法也不例外。

有人说,研究的进展与研究者的兴趣关系极大。就一定意义而言,有某些道理。有的人同时对两个学科感兴趣,既研究商法也研究经济法,这应该是允许的。我本人也是这样做的。但是,不能因兴趣而将经济法归入商法,或者将商法归入经济法。因为,这样做是以强化的“感情”代替“科学”的理性,而法律部门和学科的划分是不应受感情左右的。《商法的改革与变动的经济法》同时汇集了商法与经济法的论文,但这不意味着我将商法与经济法视同为一个学科。我可以明确地说,商法和经济法是中国法律体系中的两个法律部门,商法学与经济法是两个独立的法学学科。

本书所汇集的论文保持了原样,尽管有些观点现在看来是幼稚的。公司治理问题曾经在多篇论文中讨论,文字上有明显重复之处,由于保留文章原貌,未加删改。个别论文加了注释,只是为了说明问题,并未改变文章的面貌。文章中涉及的时间和数字,都以文章发表时为准。由于本人学识浅,谬误之处必多,尚祈贤达教正。

本书付印之际,承清华大学法学院博士生钱玉林协助校对,同时,得到法律出版社大力支持,谨此致谢!

王保树

于清华大学法学院研究室

2003年5月11日

目 录

序.....	(1)
--------	-------

上 篇

商事法的理念与理念上的商事法.....	(3)
商法的实践和实践中的商法	
——商人法讨论大纲.....	(38)
信用、信息和健全信用机制	
——在商法的视野里展开.....	(56)
现代股份公司法发展中的几个趋势性问题.....	(79)
股份有限公司组织机构的法的实态考察与立法课题.....	(92)
股东大会的地位及其运营的法理.....	(121)
股份有限公司机关构造中的董事和董事会.....	(140)
论股份有限公司经营层的职能结构	
——兼论公司经营层职能的分化趋势.....	(161)
是采用经营集中理念,还是采用制衡理念	
——完善中国公司法人治理的课题.....	(178)
国有企业走向公司的难点及其法理思考.....	(199)
完善国有企业改革措施的法理念.....	(214)
职工持股会的法构造与立法选择.....	(235)
经济体制转变中的公司法面临的转变	

——公司法修改中值得注意的几个问题·····	(249)
竞争与发展:公司法改革面临的主题·····	(268)

下 篇

市场经济与经济法学的发展机遇·····	(305)
经济体制转变中的经济法与经济法学的转变·····	(322)
关于经济法概念的考察·····	(333)
论经济法的本质·····	(357)
论经济法的法益目标·····	(377)
市场经济与经济民主·····	(391)
企业联合与制止垄断·····	(409)
我国企业联合中的康采恩现象及其法律对策·····	(422)
论反垄断法对行政垄断的规制·····	(439)
论竞争秩序的建立和中国反不正当竞争法的走向·····	(462)
从比较法的观点看乡镇企业法的特性·····	(478)

上 篇

商事法的理念与理念上的商事法

目 次

- 一、商事法所调整的商事关系
 - (一)商事法上的“商”
 - (二)商事关系
 - (三)把握商事关系的理念
- 二、法律体系中的商事法
 - (一)商事法是法律体系中的独立法域
 - (二)商事法与相关诸法的关系
- 三、商事法的特点
 - (一)商事法特点形成的基础
 - (二)商事法的主要特点
- 四、商事主体及其规制原则
 - (一)商事主体的概念
 - (二)商事主体的不同规制原则
 - (三)商事主体的分类
 - (四)商事主体资格的取得与丧失
- 五、商事行为的特性及商事行为的代理
 - (一)商事行为的概念
 - (二)商事行为的不同规制原则
 - (三)商事行为的分类

(四)商事行为的代理

六、商事法的发展趋势

(一)动态化的趋势

(二)大陆法系和英美法系的相互渗透

(三)国际化与统一的趋势

商事法律现象是复杂多变的。要从它的复杂多变中掌握其中发展规律,就必须舍弃不同法律现象的众多差别,去探索商事法的理念,在我国商事法迅速发展的今天,尤其有必要这样做。这里,仅就商事法(也称为“商法”)的几个问题作些讨论。

一、商事法所调整的商事关系

商事法是调整商事关系的法律规范的总和。因此正确地理解商事法的调整对象是极为必要的。

(一)商事法上的“商”

何为“商”? 正确地回答这一问题,对于把握商事关系的性质和准确地认定商事关系的范围是十分必要的。然而,一般常识的“商”、经济学上的“商”和商事法上的“商”是有不同的含义的。早在我国古代,人们就提出了“通财鬻货曰商”^①,“商其远近,度其有无,通四方之物,故谓商”^②,“商欲农,则草必垦矣”^③。这种理解是将“商”视为买卖,是人们对“商”的朴素认识。随着人类社会经济和文化的发 展,人们对“商”有了新的认识,即将“商”视为商人从生产者低价买人商品并将其高价卖给消费者的行为。无疑,这种“商”虽也与“买卖”几乎同义,但已成为特定人的行为,它是从经济学上理解的。在近代经济的发展中,人们已将营利视为“商”的本质。这种行为不仅表现在

① 《汉书》,《食货志》(下)。

② 《白虎通义》。

③ 《商君书》,《垦令》。

买卖之中,也发展到批发商、货物运送、仓库业、银行业、损害保险业等。并且,发展到与经济没有直接关系的人身保险、旅客运送、制造加工业、印刷业、出版业等。显然,经济学上的“商”较有局限性,不能用它概括和表述商事关系,因而它不是商事法上的“商”。相反,上述广义的营利行为才是商事法上的商。当然,它在各国所表现的范围也不同。其具体范围,应依据各国商法的规定。

(二)商事关系

如上所述,商事关系是商法的调整对象。商事现象是纷繁复杂的,但商事关系却在其发展中形成了自己的特点:

1. 商事关系是平等的商事主体之间的社会经济关系。在社会生活中,社会经济关系的主体是多种多样的,但无非是两种主体,即私法上的主体和公法上的主体。无疑,商事主体是私法上的主体。商事关系只能发生在平等的商事主体之中。

2. 商事关系是商事主体基于营利动机而建立的。商事关系种类繁多,但任何一种商事关系都反映着商事主体的营利动机。所谓“营利”,即为了谋取超出资本的利益并将其分配于投资者的行为。商事关系只可能在商事主体为了实现这一目的之中建立。

3. 商事关系仅发生在持续的营业之中。无疑,上述广泛的商事活动可以随时发生。但相当多数的商事活动是偶尔发生的,它并不表现为持续性,因而不会产生商事关系。而有些商事活动是反复进行的,它已成为商事主体的一种营业。所谓商事关系,只能发生在这种营业之中。

(三)把握商事关系的理念

如何把握作为商法对象的商事关系?由于人们的实践和认识这一问题的角度不同,因而观点各异。依日本学者对这一问题的分析,主要是^①:

其一,内容把握论,即从其应有的内涵上认识商事关系。主要有

^① [日]北泽正启编:《商法的争点》(第二版),日本有斐阁,第12页。

以一下主张:

1. 历史说。该主张以历史分析的方法揭示商事关系的内容。认为商法的对象是商及其相关的行为。并且,这一领域是逐渐扩大的。依历史说,法律上的商尤其是商法对象的商,是生产者与消费者之间财产、货物交换的媒介。开始,它只是一般的财货的交易。以后,随着历史的发展,这种媒介行为扩大到居间业、批发商业。再进一步发展,扩大到运输业、保险业等。

2. 媒介说。它是历史说的扩充和发展。依该主张,作为商法对象的商事即法律上的商是媒介行为。并且,对媒介行为持展开的见解,认为它作为商法对象的本质构成经历了三个阶段:开始为第一种行为,即商业、银行业的行为。然后,扩大到第二种行为,即运输业、居间业、批发商业、保险业的行为,并进一步扩大到第三种行为,制造业、手工业、租赁业等行为。该主张还认为,制造业促进了原料的交易,它应成为商法对象必要的内容。这表明,作为商法对象的媒介行为不仅是财产、货物的交换。

3. 企业说。它认为实质意义的商法是企业关系特有的法规的总体,主张商法的对象是企业。而企业则是持续地、有计划地实现营利目的的统一的、独立的经济单位。但该主张又可细别为二:其一认为并非所有企业都是商法的对象,只有商事企业(即从事商事经营的企业或作为商事主体的经营组织的企业)才是商法的对象,原始产业的企业应作为商法对象的除外。其二则认为商业在法律上应包括必要的类似的制度,企业也应包括在类似产业中使用的企业形式,因而认为对商法对象的企业不必作这种限制。

4. 实证说。它认为商法是关于商这种法律事实的特有的法规的全体,商法的对象是作为法律意义的商的法律事实。这种主张持统一把握商法对象的观点,是把商法作为关于法律上的商的必要的多种多样的有益的法律制度的见解。实证说同前三种主张不同。前三种主张是对商法对象内容的积极的划定;实证说则是对商法对象的消极的实证的划定。

其二,特征把握论。即从特性上把握商法的对象。

1. 集团交易说。这种主张充分注意到商事交易的集团性,因而对商法对象持集团交易的见解。它认为,商事契约由多数缔结是使商法形成的必要因素。所以,集团交易应作为商法的统一的对象。

2. 商的色彩说。这种主张是对集团交易说的发展,它是以商交易特性中的商色彩限定商法的对象。该主张认为,商法的法律事实是通过以技术特性所表示的商的色彩表现出来的,一般私法上的法律事实如带有商的色彩即成为商法的对象。这种商的色彩,是从营利的投机买卖演绎出来的特性,是以集团性及其个性丧失为主要内容的。

无疑,上述把握商事关系的学说各有其不同的出发点,反映了商事关系的不同侧面,因而也各有其利和弊。历史说描述了商法规范的法律事实的不断扩大的趋势。最初,商业是商法的主要对象。随着经济的发展,辅助商的营业以及居间业、代理商、批发商业、运送业、仓库业、银行业的独立发展,也成为商法对象。而且,相关营业的独立的营利活动被认可,使租赁业、演剧业、出版业、供电业也成为商法的对象。1807年的法国商法典和19世纪以来各国制定的商法典,都反映了这一倾向。历史说的优点在于,它较好地说明了商法对象扩大的合理化,追述了商法对象发展的历史轨迹。但是,它没有说明这种发展的内在本质。媒介说克服了历史说的弱点,探究了商法对象的内涵,也说明了近代商法的对象,但其外延显得狭隘。实证说注意了商法对象的多样性,但缺乏对商法对象的系统把握。集团交易说和商的色彩说均从不同方面揭示了商法对象的特点,但难于以其准确地划定商事关系的范围。企业说不仅抓着了近代以来商事活动的最活跃的因素——企业,也较好地揭示了商事关系两个要件——商事主体和商行为的本质特征,因而被多数学者肯定,成为一些国家的通说^①。

^① [日]北泽正启编:《商法的争点(第二版)》,日本有斐阁,第13页。

二、法律体系中的商事法

(一) 商事法是法律体系中的独立法域

1. 商事法是以商事关系为调整对象的法律部门

我国社会主义法律体系是由众多法律部门构成的,商事法是其中重要的法律部门之一^①。之所以如此,并不在于商事法已在国外有了三百多年的成文法的历史,而在于它有其自己的调整对象——商事关系。并且,商事关系有如前述的独有的特点。所以,商事法部门能以区别于其他部门法而独立存在。

商事法独立存在的价值还在于它有独特的调节机制——营利调节机制。虽然,商事法的制度繁杂,规定颇多,但维护自然人和企业的营利则是其重要宗旨。因此,商事法具有其他部门法所没有的营利调节机制。如我国公司法规定的股份有限公司、有限责任公司,海商法规定的船舶,以及其他商事基本法的大部分规定,都容许自然人和企业自由经营,并充分利用票据、股票、债券、“保险”等手段,以达到营利的目的。无疑,商事法的营利调节机制并不是保证每一个商事主体都获利,而只向所有依法经营的商事主体提供公平获利并将其合理地分配于投资者的一般性条件。显然,这一机制是适应市场经济发展要求的。

2. 商事法是一个重要的私法领域

在实行法治主义的国家中,无一国家不采用多种法律规范。但就其根本属性而言,将其区分为公法和私法是有重要意义的。前者,调整非平等主体之间的社会关系即国家与个人之间的关系,以确认公权并使其服从于法律规制为根本任务;后者,调整平等主体之间的社会关系即个人之间的关系,以确认私权并保证实现为己任。商事法的规范对象主要是企业,并调整它们之间的商事关系,因而属于私法领域。析言之:

^① 沈宗灵:《再论当代中国的法律体系》,《法学研究》,1994年第1期。