

商法强制性规范研究

张强 著

晨

复旦法学博士文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

商法强制性规范研究

张强 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

晨读

复旦法学博士文丛

图书在版编目(CIP)数据

商法强制性规范研究 / 张强著. —北京: 法律出版社, 2014. 8

(复旦法学博士文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6708 - 7

I. ①商… II. ①张… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 182629 号

复旦法学博士文丛

商法强制性规范研究

张 强 著

责任编辑 易明群

装帧设计 贾丹彤



© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 8 字数 221 千

印次 2014 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6708-7

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“复旦法学博士文丛”编辑委员会

(编委按姓氏拼音排序)

主 任:季立刚

编 委:陈浩然 陈治东 董茂云 段 匡

郭 建 胡鸿高 季立刚 潘伟杰

孙南申 王全弟 谢佑平 杨心宇

张乃根 章武生

序

人追求之价值当为自由,却为何被缚上强制之锁?这种追问涉及个人、社会、国家、法制等多重关系,“自由”与“强制”也成为法学研究中一个既古老又新鲜的话题。

相较于其他部门法,商法中“自由”与“强制”的关系更为纠结,撞击更为激烈。在商事实践的自由之地本应贯彻意思自治、生长出更多的任意性规范。但是,一个不可避免的现实是:在商法领域,出于交易安全等考虑,立法中个人意志被削弱,自由空间被限制,比如,人们常提及的“商法公法化”便是以实现国家监管功能为目的的大量公法性规范进入商法领域的一个反映。商法任意性规范与强制性规范的同时存在,有时使商法内部充满了冲突的张力。

研究商法强制性规范的意义,不在于去宣扬、强化“强制”的观念,而是通过研究“为什么要强制”、“如何去强制”、“强制的效果如何”,来回答“强制的维度应为如何”、“如何平衡自由与强制的

关系”等问题。从事这一课题的研究,自始要抱着谦抑的态度,懂得过犹不及的道理,在“未过”的范围内把问题搞清楚、讲清楚。

当某一法学学科理论基础比较成熟、厚实的时候,对于具体法律规范的研究也易于深入,可以做到游刃有余;同时,对于具体法律规范的研究又进一步夯实了这一学科的理论基础。就目前的研究现状而言,商法学基础理论可为商法具体规范研究提供的理论素材较少,容易使规范研究陷入就事论事、就条文论条文的境地。值得欣慰的是,本书作者将商事强制性规范放在历史、价值、实证的多重维度下,运用多种研究方法,提升了本书的学术性和理论性,其作品也是对商法学理论研究的一个贡献。

本书的作者张强是我指导的博士研究生,一直与对法理学及商法基础理论有着浓厚的学术兴趣,他的博士论文获得了“第五届佟柔民商法学优秀博士论文奖”,得到学界的认可。本书是在其同名博士论文基础上修改完成的,书中内容反映出作者较高的理论素养、敏锐的学术眼光、严谨的治学态度。值此书付梓出版之际,欣然为序,并推荐给学界、实务界的朋友们,相信读者会对本书的学术价值作出中肯的评价。

复旦大学法学院教授

季立刚

2013年12月10日

目 录

导论 /1

第一章 商法强制性规范的历史流变 /23

第一节 商法强制性规范的制度演进 /23

一、罗马法时代的商法强制性规范 /23

二、中世纪商人法中的强制性规范 /27

三、近代商法中的强制性规范 /31

四、现代商法中的强制性规范 /36

第二节 商法强制性规范的历史发展趋势 /41

一、从私人强制性规范到国家强制性规范 /41

二、从伦理道德型强制性规范到技术型强制性规范 /45

三、从调整型强制性规范到干预型强制性规范 /50

第二章 商法强制性规范价值分析 /55

第一节 价值分析的基本任务和基本方法 /55

一、商法强制性规范价值分析的基本任务 /55

二、商法强制性规范价值分析的基本方法 /57

2 商法强制性规范研究

第二节 商法强制性规范私法价值 /59

- 一、基于民法一般性价值的商法强制性规范 /59
- 二、基于商法特殊性价值的商法强制性规范 /72

第三节 商法强制性规范的公法价值 /86

- 一、以国家利益为基础的商法强制性规范 /86
- 二、以社会公共利益为基础的商法强制性规范 /95

第三章 商法强制性规范的法律实证主义分析 /102

第一节 商法强制性规范的微观结构分析 /102

- 一、过程意义的商法强制性规范——强制要素的设定 /103
- 二、结果意义的商法强制性规范——权利、义务、权力的分配 /109
- 三、效果意义的商法强制性规范——从强制性分配到强制力保障 /117

第二节 商法强制性规范的宏观配置分析 /121

- 一、商法强制性规范在单一法律文本中的配置 /121
- 二、商法强制性规范在不同法律文本中的配置 /129

第三节 商法强制性规范的类型化 /135

- 一、私法属性商法强制性规范的分类 /135
- 二、公法属性商法强制性规范的分类 /146

第四章 商法强制性规范的解释方法 /155

第一节 商法强制性规范解释的基本特征 /155

第二节 商法强制性规范的定性解释方法 /159

- 一、对于“模态词”的解释方法 /160
- 二、对于“提示性语言”的解释方法 /164
- 三、无“模态词”及“提示性语言”时的解释方法 /167

第三节 商法强制性规范的意义解释方法 /170

- 一、商法强制性规范的扩张解释—限缩解释 /171
- 二、商法强制性规范的目的解释 /174
- 三、商法强制性规范的体系解释 /178

第五章 商法强制性规范的社会实效分析 /182

第一节 商法强制性规范社会实效的实现样式 /182

一、法律实效及其实现样式 /182

二、商法强制性规范的实现样式 /186

第二节 商法强制性规范的法律规避 /192

一、商法强制性规范法律规避的独立意义和基本特点 /192

二、商法强制性规范的不完全规避 /198

三、商法强制性规范的完全规避 /205

四、商法强制性规范的反向规避 /207

第三节 商法强制性规范的法律失效 /211

一、商法强制性规范在伦理学意义上的失效 /212

二、商法强制性规范在法律教义学意义上的失效 /215

三、商法强制性规范在社会学意义上的失效 /220

结语 /225

主要参考文献 /229

后记 /244

导 论

一、研究意义

法律规范是构成部门法的最基本的要素之一,每一部部门法由于其调整对象以及调整手段的特殊性,在微观的法律规范层面都具有一些特色。商法强制性规范就是商法中极具特色的法律规范类型,以法理学的诸多理论命题为视角,以商法中的具体法律规范为素材,力图跳出商法制度研究的局限,可使对商法规范的研究具有丰富而扎实的理论意义。

首先,商法强制性规范研究是商法学中的理论性选题,有助于改善商法研究中重制度研究、轻理论研究,重分则研究、轻总则研究的现状。王轶教授曾对民法学研究重制度选题,轻理论选题的研究现状作出深刻反思并直陈其弊端。^{〔1〕} 这种研究状况

〔1〕 他认为,民法过分偏重制度性研究具有两大局限性:一是“自说自话”,突出表现为在制度性研究的过程中,研究者对于前提的确定以及结论的得出过于随心所欲,不但无视学界已有的

在作为特别私法的商法领域,表现得更为明显和突出。这主要有两点原因:其一,受商法工具性功能认识的影响,如寇德教授指出的,商法是关于解决问题的法律,它塑造合同结构并作为其他法律的工具,以此使市场的合理需求得到满足。^{〔1〕}商法的工具性价值比其他任何部门法都突出,所以很多人都认为商法学研究只有一个任务,就是为现实的社会经济生活设计出具有实用性的商法制度。在这种认识的影响下,商法学的研究常常局限于商事单行法中的制度性选题,^{〔2〕}很少有能够“抛开”具体商事制度、单纯针对商法基本范畴的研究,将法学基本范畴和法学基本命题运用到商法研究中的做法,目前这一方面还极其薄弱。我们承认商法是与社会实践联系最为紧密的法律部门,它立足于商事活动、服务于商事活动,但这不意味着商法学没有基础性理论问题,不需要建立扎实的理论基础。其二,这与我国法治进程状况紧密相关,自20世纪80年代以来,我国进入法制重建的历史时期,大规模的商事立法与频繁的法律修订都需要集中力量对制度性问题进行深入研究,理论性选题在无形中被边缘化了,但正是由于对理论性选题的忽视,使得很多制度性选题最终未能实现良好效果,引发了不少无谓的研究争论和不适当的法律文件。法律规范是所有法律的基本构成单位,在法律规范层面的研究,可以从微观开始,认识一个法律部门最为本质的特征和规律。在商法法律规范中,最为特殊的就是强制性规范,这类规范存在于商法体系的合理性基础、法律规范的内在结构以及在法律

共识,甚至偏离研究者自己一贯的价值取向和预设的逻辑前提。二是“自我封闭”,主要表现为似乎民法学问题只是民法学者自己的问题,民法学者在进行相关制度问题研究的过程中,欠缺与民法以外的其他法学学科,与法学以外的其他人文学科,与社会科学、自然科学进行良性沟通和交流的渠道,在有意无意中营造了一个相对封闭的民法学术界。参见王轶:“对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服”,载《法制与社会发展》2006年第1期。

〔1〕 Roy Goode, *Commercial Law in the Next Millennium*, Sw5et & Maxwell, 1998, p. 4.

〔2〕 Ibid.

文本中的配置等问题,都值得我们深入研究。一些业已形成的学界观念,例如将强制性规范等同于公法规范,任意性规范等同于私法规范,也存在很多值得商榷和细致论证的研究点。商法强制性规范的研究,可以丰富商法基础理论研究,提升商法研究的学术品格,加深其理论深度。

其次,与作为一般私法的民法的研究热点形成呼应,将民法规范的研究思路和研究成果引入商法研究中来,丰富整个私法规范的研究成果。近年来,民法学界掀起了一股对于法律规范类型化研究的热潮。^{〔1〕}而在私法规范的类型化过程中,强制性规范这一类型尤其引发私法学者们的关注,不论是博士论文、学术专著,还是期刊文章,都形成了一批极具学术价值的研究成果。^{〔2〕}如果说,民法强制性规范在很大程度上修正了“私法自治,公法强制”的法学基本理念,从而具有极强的学术研究意义,那么商法强制性规范在这方面表现得更为突出。商法学者指出,商法属于私法,奉行意思自治,任意性规范是商法的当然内容与基本内容,这是商法区别于公法部门的特点;但是,构成与民法显著区别的是商法中存在大量的强制性规范,各国商法大多同时采用自由主义与强制主义相结合的立法原则,商法中存在大量的强制性规范。^{〔3〕}商法强制性规范,无论是在条文的数量上,还是调整法律关系的广度上,都大大超过民法强制性规范。而且,商法强制性规范也比民

〔1〕 王轶教授对民法规范的类型化以及每一类民法规范的功能、配置、适用等问题最早作出系统性的研究,形成一系列研究成果,如“民法典的规范配置——以对我国《合同法》规范配置的反思为中心”,载《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期;“论合同法上的任意性规范”,载《社会科学战线》2006年第5期;“论倡导性规范——以合同法为背景的分析”,载《清华法学》2007年第1期;“论合同法中的混合性规范”,载《浙江工商大学学报》2008年第3期;“论物权法的规范配置”,载《中国法学》2007年第6期;“强行性规范及其法律适用”,载《南都学坛》(人文社会科学学报)2010年第1期,等等。

〔2〕 对于这一部分研究成果,将在之后的“研究综述”中详细介绍。

〔3〕 童列春:《商法学基础理论建构——以商人身份化、行为制度化、财产功能化为基点》,法律出版社2008年版,第92页。

法强制性规范更为复杂:由于国家利益与社会公共利益在商事关系中渗透得更为深入,以及交易效率、交易安全等商法特殊价值的影响,商法强制性规范的合理性基础与价值取向更为多元化;由于关涉的利益关系更为复杂,在法律规范的构成以及规范的配置方面,也面临更多问题、更难以把握;由于商事活动的专业性更强,针对商法强制性规范的法律规避问题,也比民法来得更为棘手,如何评价强制性规范的社会实效甚为重要。一方面,要借鉴目前民法学界关于强制性规范的研究成果,在统一的私法理念和研究方法下,加强一般私法与特别私法在共通问题上的交流与对话;另一方面,也要立足商法的特殊性,对商法强制性规范中的特殊性问题做出研究,形成对民法学现有的私法规范类型化研究的有益补充,在私法二元结构下形成更为全面丰富的研究成果。

最后,从法理学所预示的法学研究的发展趋势来看,力求在分析实证主义方法与法社会学方法的指导下,对商法强制性规范在法律技术层面和法律实效方面作出有益探讨。从法理学的发展进程来看,法学理论经历了一个从“自然法学—分析实证主义法学—社会法学”的发展路径,不仅在法理学的发展历程中是这样一个发展顺序,对任何一个部门法的法学命题的研究往往也是存在这样一个循环往复的过程。正如一些法理学者所倡导的那样,中国的法学研究目前需要从“宏大叙事”到“微观论证”,需要从“价值宣示”到“规范建构”。所以,以商法规范中的强制性规范为研究对象,可以深入法律的基本要素层面,将分析实证主义法学的研究方法运用到部门法研究中来,希望通过对“规范”这样一个微观对象的研究,建立比较严密的逻辑体系,进而以小见大,扩展到商法的一些宏观理念问题。虽然会以价值实证的正当性、合理性问题为论证起点的,但最终的目的还是力求在分析实证和社会实效两个方面有所突破。

商法强制性规范研究除了具有重大的理论研究意义外,还具有以下深刻的现实意义。

从立法角度来看,对商法规范问题的研究,是对部门法规律的总结

和基础性问题的建设,可以减少立法盲目性和“具文”的激增。如果说中国的法治国家建设算是轰轰烈烈的话,那么主要是指轰轰烈烈的“立法活动”。立法活动之所以轰轰烈烈,靠的是什么?多为各部门法律制度性选题的研究,因为制度性的研究多有立竿见影的效果,最终的结论部分往往就形成相关制度的建议稿。正如公司法修稿之前,关于一人公司、法人人格否认等研究会极为热门。但是,以制度为“基本单位”的研究,往往都具有“只见树木,不见森林”的孤立性缺点,虽然可以“拼接”成立法文件,但是对于某一部门法的规律性的总结和融贯性理念的形成,意义不大。这样的立法文件,社会实效往往大打折扣,这也是为什么很多法学家在大声疾呼立法文件中存在大量“具文”。我国的主要商事部门法,在近五年内,均作出了重大修改,如2004年的《票据法》,2006年的《公司法》与《证券法》,2009年的《保险法》等。而商法的不稳定也预示着在未来的法律修订中,商事单行法仍然面临着被修订的命运。已作出的修订是否合理且符合商法规范的立法规律,未来的修订又是否有一套对法律规范科学理论的支持,这些都是亟须解答的问题。以商法强制性规范为研究对象,就是要打破以某一个商事法律制度为研究对象,“圈地放牧”式的研究,而着眼于“环境的改善”,对于作为基本范畴的法律规范进行自然法学、规范法学和社会法学的综合研究,对商法构成要素进行微观论证。

从司法的角度来看,法律方法作为法理学内部一个热门研究点,已有多年,它的进一步发展就是要与部门法学相结合,真正起到所谓的“方法”该起到的司法效用。一方面,民法方法论显然领先于其他各个部门法研究,各种解释规则、漏洞补充方法、法律论证理论都与具体规范相结合。另一方面,商法研究要从“立法中心主义”向“司法中心主义”转向,必定也要经历将法理学理论与部门法规范相结合这一过程,而这一过程的第一步,就是对商法法律规范这一要素的分析实证。商法强制性规范是商法规范的一大特色,它的产生、发展秉承了多元价值目标,同时由于它在私法体系内,与作为主要调整手段的任意性规范形

成了一种对峙,使得它的法律发现识别、漏洞补充、解释规则、论证理论都具有一些值得研究的话题。

从社会效果的角度来看,法律实效是指人们实际上按照法律规定的行为模式去行为,法律被人们实际遵守、执行或者适用。商法强制性规范的目的性、指向性都是非常明确的,如果说任意性规范留有自由空间,是一种放任的态度,那么强制性规范是一种积极地建构和指导,所以对于强制性规范的法律实效的研究,更具有意义。而且,任意性可以供当事人自由,不存在法律规避的问题,强制性规范指向性是唯一的,又多属义务性规范,这就势必要引起大量的法律规避问题。对于强制性规范法律实效的研究和法律规避的研究,对于商法的运用,具有重要的现实意义。

二、文献综述

目前学界对于私法中的强制性规范的研究主要集中在两个层次上:一是对作为一般私法的民法强制性规范的研究,二是对于商事单行法中,尤其是公司法中的强制性规范的研究。^{〔1〕}在这两个层面上的研究,都形成了比较全面而系统的研究成果。而在这两个层面之间,从一般意义上对作为特别私法的商事部门法中的强制性规范所做的整体性研究还比较少,只有个别的期刊论文作出探讨,缺乏基于系统性研究的学术专著和博士论文。^{〔2〕}但是,民法学者对于民法强制性规范以及公司法学者对于公司法强制性规范的既有研究成果,都在很大程度上值得借鉴、吸收。民法与商法是一般私法与特殊私法的关系,虽然二者所调整的法律关系以及由此所决定的价值取向存在一定的差异,但是二

〔1〕 在商事单行法强制性规范研究方面,马德懿副教授的《海上货物运输法强制性体制论》(中国社会科学出版社2010年版),对海商法中的强制性规范作出深入细致的研究,这是除公司法强制性规范研究之外,少有的商事单行法强制性规范的研究成果。

〔2〕 其中比较有影响的期刊论文如曹兴权:“认真对待商法的强制性:多维视角的诠释”,载《甘肃政法学院学报》2004年第5期。曹兴权:“商法的强制性与私法自治:基于法技术视角的考察”,载《四川省政法管理干部学院学报》2004年第3期。

者作为私法的基本立场是一致的,强制性规范作为对私法自治原则的限制性规则这一基本属性是相同的,所以对民法强制性规范研究一些既有结论、研究方法、学术思路都对商法强制性规范的研究有重大影响。公司法是最为重要的商事单行法之一,对公司法中强制性规范的研究自然是对商法强制性规范研究的重要组成部分,只不过作为商事单行法,其中的强制性规范还较为局限,无法反映整个商事部门法中强制性规范的全貌,所以我们应当将这一部分的研究作为素材,并在此基础上融入对其他商事单行法中的强制性规范的研究,从更为一般、更为宏观的视角进行研究,得出适用于整个商事部门法的结论。

首先,来看对于作为一般私法的民法强制性规范的研究。在这方面,我国台湾地区的两位民法学大家史尚宽先生和苏永钦先生都做出了深入的研究,并且对目前大陆学界的研究影响最大。史尚宽先生对于民法强制性规范研究的最重要成果就是区分了效力规定和取缔规定:前者着重违法行为之法律行为价值,以否认法律效力为目的;后者着重违法行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。强行规定,是否为效力规定为抑或为取缔规定,应探求其目的以定之。即可认为非以为违法行为之法律行为无效,不能达其立法目的者,为效力规定,可认为仅在防止法律行为事实上之行为者,为取缔规定。^{〔1〕}这一分类标准同时得到了学术界和实务界的肯定与重视。^{〔2〕}苏永钦先生对这一问题的研究集中在两个方面:一是从私法理念的层面研究私法自治与国家强制的关系;二是专门对民法强制性规范的一般规则进行研究。^{〔3〕}

〔1〕 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第330页。

〔2〕 例如我国《合同法解释(二)》第14条规定,《合同法》第52条第5项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。此条文中明确提出效力性强制性规范,就是借鉴了史尚宽先生对强制性规范的学理分类。

〔3〕 对于前一个问题的研究成果主要反映在《私法自治中的国家强制》,中国法制出版社2005年版,对于后一个问题的研究成果主要反映在“违反强制或禁止规定的法律行为——从德国民法§134的理论与事务操作看台湾地区‘民法’§71”,载苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版。

对于前一个问题,他认为,自治是从理性经济人的假设出发,相信每个人会作出最有利于己的决定,而经由自由交易,有限资源即可在最低成本下产生最大效益,整体的公共福祉也自然达成。国家管制的理念,或者从公共利益必须由国家来界定,或者从市场机制在某些领域会失灵出发,国家不仅参与市场,而且干预人民的市场行为。表现在法律上,自治规范与管制规范,一为裁判法、技术法;二为行为法、政策法。裁判法的主要规范对象是法官,因此求其精准,技术性可以很高,人民只要依其个人利益判断决定其行为即可,国家制定的自治规范不仅不须“使知之”,甚至不必“使由之”;反之,管制法既是基于一定政策目的而设,主要规范的对象就是人民,为影响其行为,自应宣导周知;且法律的解释偏重合目的性,技术的精确反而不是最重要。^{〔1〕} 对于后一个问题的研究,苏永钦先生认为民法强制性规范的一般规则^{〔2〕}具有引致规范、解释规则和概括条款三重功能。^{〔3〕} 而且他特别强调,从整个法律体系的角度观之,德国民法第134条具有一项不可忽视的功能,就是提供了一条公法规范“进入”私法领域的通道。^{〔4〕} 此外,苏永钦先生还从强行法中区分出了“赋权规范”。他认为,强行法中还有非命令性质的赋权规范(*gewährende Rechtsnormen*)、定性规范(*Bestimmungssätze*),对于命令的违反才有制裁(*sanctio*)的问题,与赋权规范抵触之发生没有“生效”的问题。^{〔5〕} 他严格区分了是法律行为“不生效”和“无效”两种

〔1〕 苏永钦:《私法自治中的国家强制》,中国法制出版社2005年版,第14页。

〔2〕 《德国民法典》第134条,除基于法律发生其他效果外,违反法律禁止规定的法律行为无效。台湾“民法”第71条,法律行为,违反法律强制或禁止之规定者,无效。但其规定并不以之为无效者,不在此限。我国《合同法》第52条:有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。均属于民法强制性规范的一般规则。

〔3〕 苏永钦:“违反强制或禁止规定的法律行为——从德国民法§134的理论与实务操作看台湾地区‘民法’§71”,载苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第41页。

〔4〕 同上,第32页。

〔5〕 同上,第42页。