

商行为程序研究

■ 陈醇 / 著

SHANG XING WEI CHENG XU YAN JIU

中国法制出版社

商行为程序研究

陈 醇 / 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商行为程序研究/陈醇著. —北京: 中国法制出版社,
2006. 1

ISBN 7 - 80182 - 963 - 8

I. 商… II. 陈… III. 商行为 - 程序 - 研究
IV. D922. 294. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 125925 号

商行为程序研究

SHANGXINGWEI CHENGXU YANJIU

著者/陈 醇

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2006 年 1 月第 1 版

印张/10 字数/250 千

2006 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 963 - 8

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66070041

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

编辑部电话: 66034985

读者俱乐部电话: 66054900

邮购部电话: 66033288

陈 醇，男，1970 年生，湖北通山人。1998 年硕士毕业于华中师范大学法律系，现为浙江师范大学法律系副教授。教学商法和美国商法。2003 - 2005 年被聘为校教学特聘岗位。在《法学》等杂志上发表论文十余篇。

绪 论

本书的基本方法是从行为过程的角度来研究商行为，将程序这一参数引入商行为理论乃至整个私法行为理论之中，其基本目的是建立新的商行为理论，以有效地指导商行为立法。如果这样的努力能够成功，法律行为理论也许会受到沉重的打击。

私法向来与程序无缘，而本书正是对商行为程序的研究。这种做法多少有些惊世骇俗。本书努力从如下方面进行了论证：

从立法实例上看，大量的商行为程序存在于我国《合同法》、《票据法》、《证券法》和《公司法》等法律之中。不过，书中的论述并未局限于大量的例证，而是从行为的特征入手，认为过程是行为的客观存在，法定程序是法律对行为过程的要求，是行为客观存在在法律上的体现。同时，本书运用科斯的理论，证明了商行为程序的价值。人们可能会问：商行为过程也重要吗？商行为程序也具有价值吗？这种歧视私人行为过程及其程序的观念，一直成为人们正视商行为程序的潜在阻力。科斯首次揭示了交易过程的成本，并主张节约交易成本，这是程序价值的根本所在。科斯的理论直接以交易行为为基础，直接表达了优化和设计交易过程的必要性，因此可以为商行为程序理论提供直接的支持。众所周知，交易行为是商行为的对应性概念，科斯的理论正是商行为程序价值的直接论证。这是本书第一章的主要内容。

本书批判了备受推崇的法律行为理论。这一理论虽然被认为是德国法技术的杰出创造物，但是作为行为理论，它有如下三个致命的缺陷：第一，行为理论不能体现行为的客观存在。如此，行为的外观性、动态性等无法显现，对行为的规制将成为空中楼阁，行为理论最终难逃落空和异化的命运。第二，行为理论缺乏程序理论，无法表达私法对行为过程的要求。传统行为理论没有程序这一参数，

不可能考虑以程序实现过程的自由、安全、公平等法律价值，也不可能考虑步骤、方式、次序等的科学安排。第三，行为理论与程序规范脱节。大量的程序规范存在于商法之中，但是行为理论之中没有它们的位置，大量的商行为程序法条处于有实无名、没有理论归宿的状态。文中分析了法律行为理论与程序无缘的原因及其错误所在，并提出了以程序为中心参数重建商行为理论的方案。这是第二章的内容。

将商行为程序与法律价值连结起来看，一定的商行为程序具有保护一个或多个法律价值的功能，按其主要方面，本书将商行为程序分为保障商事自治的程序、保障商事公平的程序和保障商事安全的程序，并对以上诸程序进行了细分。近年来，正当程序标准不仅被运用于公司的行为，而且被运用于票据行为，例如，正当程序持票人（holder in due course）是英美票据法上的重要术语，我国《合同法》大量的通知程序（见本书第十一章），是在作出对对方不利决定之时的必经程序，这些规定与公法上正当程序要求的通知程序极为类似。因此，书中探讨了商行为的正当程序问题。这是第三章的内容。

商法为什么规定如此众多的商行为程序？科斯定理对此作了初步的回答，全面说来，商行为程序具有促进商主体营利（其本质为商事自治）、保证商事公平和商事安全的功能。从方法论上看，商法运用大量的商行为程序，有界定商行为、设计商行为、监督商行为、衡量商行为法律后果等作用。这是第四章的内容。

在传统私法理论中，法律关系受到了过分的强调，在此基础上，私法形成了以权利为中心的理论，即权利中心论。本书批判了权利中心论。私法运用法律关系和法律行为来表示它的动静两态，权利只是法律关系的内容之一，以权利理论代替行为理论，否定了行为在私法之中的独立地位，扭曲了私法动静分立的体系，使私法成为静态的私法。过程是行为的客观属性，程序应当是行为在法律上的代表。关系和行为是人类生活的动静两个方面，如果我们以权利代表法学上的关系，那么我们也应当以程序来代表法学上的行为。以此为基础，本书提出了新的法学基本范畴：“权利——程序”。不

管是公法还是私法，都有关系和行为动静两态，因此，权利不是私法的专利，程序也不是公法的专利。根据权利内容或程序内容的多少，可以将权利内容份量较多的部门法称之为权利法，而将程序内容较多的部门法称为程序法，但是每个部门法都可以根据权利、程序分为关系、行为两大部分，前者的讨论以权利义务为主，后者的讨论以程序等为主。注意到，程序研究是私法行为研究的高级阶段。一般而言，做什么、能不能做、如何做（程序如何）这三个问题是有序列的，前二者在第三者之先。在法律上，权利、行为能力等理论主要解决了前两个问题，第三个问题因为它的级别更高，需要更加深入的研究才能触及，传统私法行为理论还未达到这一阶段。这是第五章的内容。（有学者指出：“整个商法体系并不以权利为语言，也不以概念体系为特征，而仅表现为一系列严谨的、务实的操作规范。”^① 笔者认为，此一操作规范即是商行为程序。）

法律行为瑕疵理论是以个人自由为惟一评判标准的，它过多地强调了意思自治而忽视了安全与公平。它的价值观有失偏颇。本书以全面的价值观对商行为瑕疵重新作了分类，并试图矫正相关的效力理论。这是第六章的内容。

传统理论将法律行为等同于意思表示，意思表示一会儿被当作行为使用，一会儿被当作文本使用，这造成了文本（text）与行为二者之间的混乱。在立法和理论之中，二者混为一体。所谓法律行为的解释严格说来只是对相应文本的解释。本书主张区分商行为与商文本，认为前者应当以程序为中心，而不能以文本的内容等为中心。书中以汇票行为为例，对其程序与文本进行了区分。这是第七章的内容。

行为理论成功与否的重要依据是其实用性。本书的商行为程序理论，是从立法实践中提取出来，并直接用于指导立法实践的。这体现于缔约程序、履程序、合同法中的通知程序、服务程序、公司治理行为的程序等问题的探讨之中。这些讨论主要以我国的现行

^① 马俊驹、梅夏英：《我国未来民法典中设置财产权总则编的理由和基本构想》，载《中国法学》，2004年第4期。

法为基础，但也注意了与较先进的立法相比较，意在完善我国现行法之中的商行为程序。很多学生在学过商法之后仍不会进行票据行为、保险理赔等商行为，根据多年的商法教学经验，笔者发现其主要原因在于没有掌握相关商行为的程序。商法理论研究、立法和教学之中，商行为程序还未受到应有的重视。本书第八章讨论了缔约程序，第九章讨论了履行程序，第十章讨论了服务程序，第十一章讨论了我国《合同法》中的 37 个通知程序，最后一章讨论了公司治理程序。

创新是一件艰难的事情。在写作之中，笔者深感自己功底的薄弱。这与引用、加工别人的观点相比，完全是不同的感受。青山遮不住，毕竟东流去。经过几年的冷寂，书稿还是完成了。虽然笔者反复修改，但错误和缺点着实难免。祈请方家的批评赐教。

目 录

绪 论	(1)
第一章 行为过程与法定程序	(1)
第一节 程序的语境	(1)
一、本书的基本方法	(1)
二、过程与行为的关系	(1)
三、界定过程是界定行为的基本方法	(5)
四、法定程序是法律对行为过程的要求	(8)
五、本文中的简称	(10)
第二节 程序的一般原理	(11)
一、程序的特点	(11)
二、程序的价值	(13)
三、程序规范的形态	(15)
第三节 商行为程序的指认	(17)
一、商行为的范围	(18)
二、商行为程序与民法意义上的形式的区别	(22)
三、商行为程序与行政程序的区别	(23)
四、商行为程序研究的意义	(25)
第四节 商行为程序大量存在于商法之中的实证	(27)
一、合同行为的程序	(27)
二、其他商行为程序	(29)
三、商行为程序是商事法律体例编排的基本线索	(30)
第二章 法律行为理论的缺陷	(32)
第一节 私法行为理论的缺陷	(32)
第二节 法律行为理论为什么与程序无缘	(33)
一、超自由论否定了过程设计的必要性	(34)

2 商行为程序研究

二、意思自治论抛弃了行为的客观存在·····	(37)
三、效果决定论否定了行为过程应有的地位·····	(38)
四、表示中心论排除了其他私人行为及其程序·····	(39)
第三节 错误所在·····	(41)
一、超自由论的错误·····	(41)
二、意思自治论的错误·····	(44)
三、效果决定论的错误·····	(47)
四、表示中心论的错误·····	(50)
第四节 商行为理论如何避免上述错误·····	(52)
一、为什么不讨论法律行为理论的完善·····	(53)
二、重构商行为理论的思路·····	(54)
三、上述思路的具体内容·····	(55)
第三章 商行为程序的体系·····	(57)
第一节 商行为程序的类别·····	(57)
一、保障自治的商行为程序·····	(58)
二、保障公平的商行为程序·····	(59)
三、保障安全的商行为程序·····	(63)
第二节 商法意义上的正当程序·····	(65)
一、研究方法·····	(66)
二、借鉴·····	(67)
三、内容·····	(70)
四、正当程序原则能否运用于商法·····	(72)
附录：我国《证券法》中几种典型的交易程序·····	(74)
第四章 商行为程序的功能·····	(85)
第一节 商行为程序的功能·····	(85)
一、促进商事营利（商事自治）·····	(85)
二、促进商事公正·····	(88)
三、保护商事安全·····	(91)
四、三个功能之间的关系·····	(95)
五、顺便论及商行为的范围·····	(98)
第二节 商行为程序的方法论意义·····	(99)

一、界定商行为	(100)
二、设计商行为制度	(102)
三、实现商法价值和原则的具体途径	(104)
四、监督方法	(106)
五、确定商行为的法律后果	(107)
第五章 程序与权利	(109)
第一节 程序与权利的关系	(109)
一、权利中心论	(109)
二、权利的适当位置	(112)
三、权利理论为什么不能取代程序理论	(113)
四、程序与权利的联系	(115)
第二节 在商法中正确地处理权利与程序的关系	(116)
一、权利中心论的害处	(116)
二、在商法中正确地处理权利与程序的关系	(118)
三、法学基本范畴	(120)
四、二者发展的不同动力和不同趋势	(122)
第三节 程序不是公法行为理论的专利	(125)
一、程序不是公法行为理论的专利	(125)
二、关于实体法和程序法的区分	(127)
第六章 程序与商行为的瑕疵	(130)
第一节 商行为的瑕疵	(130)
一、商行为的重新分类	(130)
二、商行为瑕疵的重新分类	(131)
三、行为预备	(132)
四、成熟原则	(133)
第二节 商行为瑕疵的法律后果	(135)
一、表示瑕疵与有效要件	(136)
二、表示行为效力的内涵和外延	(137)
三、表示之间的效力冲突	(142)
四、程序在有效要件中的意义	(144)
五、履行瑕疵及其后果理论	(148)

六、其他商行为的瑕疵理论	(148)
第七章 商行为程序与商文本	(150)
第一节 一般原理	(150)
一、商文本的概念	(150)
二、文本理论的要点	(151)
三、文本主义及其弊害	(153)
第二节 分开立法的思路和例证	(156)
一、分开立法的思路	(156)
二、例证：汇票行为及其文本	(157)
第三节 商行为过程在商文本解释中的重要作用	(163)
一、刚性口头证据规则的缺陷	(164)
二、找法与“找文本”	(171)
三、合同文本解释的立法	(172)
第八章 缔约程序	(174)
第一节 缔约程序的种类	(174)
一、缔约程序的意义	(174)
二、缔约程序的种类	(175)
第二节 对我国《合同法》缔约程序的评价	(176)
一、缔约程序的一般内容	(177)
二、对我国《合同法》中的缔约程序的评价	(177)
第三节 特殊程序	(182)
一、一般程序及其困难	(182)
二、特殊程序	(186)
三、特殊程序的方法论意义	(189)
四、缔约程序的完善	(192)
第九章 履程序	(197)
第一节 履程序的一般原理	(197)
一、履行行为的性质和程序	(197)
二、履程序的价值	(200)
三、误解和歧视	(203)
四、违反履程序的损害和责任	(207)

五、五点建议	(210)
第二节 对我国《合同法》履行程序的整理和评价	(212)
一、总则中需要规定的履行程序	(212)
二、对我国《合同法》总则中履行程序的评价	(212)
三、买卖合同的履行程序	(214)
四、对我国《合同法》中买卖合同履行程序的评价 (与 UCC 相关规定比较)	(215)
第十章 服务程序	(219)
第一节 服务程序	(219)
一、服务的特点	(219)
二、服务程序在服务履行规则中的地位	(221)
三、传统理论及其不足	(224)
四、服务程序制度的建设	(229)
五、需要特别说明的三个问题	(231)
六、服务程序理论在具体案例中的运用	(233)
第二节 售后服务的程序问题	(237)
一、售后服务的概念、特点和分类	(237)
二、售后服务的问题及现行法的不足	(240)
三、消费者有得到公平而满意的售后服务的权利	(242)
四、相关法律规则的完善	(245)
第十一章 通知程序及其他	(249)
第一节 合同法中的通知程序	(249)
一、我国《合同法》中的 37 个通知程序	(249)
二、对上述通知程序的评价	(251)
三、《联合国国际货物销售合同公约》中的通知程序	(253)
四、与《联合国国际货物销售合同公约》的比较	(254)
附录：我国《合同法》中的通知程序	(256)
第二节 其他合同行为程序	(261)
一、合同的追认、变更、撤销、转让、终止和违约 救济程序的一般规定	(261)
二、对我国《合同法》中相应程序规定的评价	(261)

第十二章 公司治理的程序问题	(266)
第一节 程序在公司治理中的重要意义	(269)
一、程序在公司治理中的重要意义	(269)
二、中国公司治理的程序问题	(271)
第二节 公司治理的有关程序	(274)
一、股东的公司治理行为程序	(274)
二、公司管理部门的职务行为程序	(276)
三、公司重大变更的程序	(277)
第三节 我国《公司法》的公司治理程序	(278)
一、2005 年修订对公司治理程序的完善	(278)
二、2005 年修订未及完善的一些公司治理程序问题	(281)
附录：我国《公司法》中的会议程序	(286)
主要参考文献	(300)
后 记	(305)

第一章 行为过程与法定程序

第一节 程序的语境

一、本书的基本方法

私法的行为理论和行为研究可以从不同的角度进行。行为过程、行为主体、行为客体、行为对象等都可以成为行为研究的视角。更广泛一点说，行为相关的思想（意思）、行为前后的社会关系、行为有关的文书记录等，也可以成为研究行为的视角。本书试图以行为过程为基点来考察商行为，并进而建立新的商行为理论。

法律行为理论是以意思为基点建立起来的理论。这体现于：法律行为理论以意思自治为基本原则，其他所有理论，都是以意思自治原则为基础的；法律行为理论将法律行为等同于意思表示，关心的不是其他问题而是意思及其表示；法律行为理论将行为瑕疵称作意思瑕疵，考察瑕疵的标准是行为人内心的真实意思；以意思瑕疵理论为基础，法律行为效力理论得以确立。法律行为理论并不是私法行为理论的全部，但它是私法行为理论的绝对重心。翻开教科书，其篇幅占据了私法行为理论的绝大部分。

本书在方法论上与法律行为理论是完全不同的。

二、过程与行为的关系

在讨论私法的行为理论之前，有必要先从一般意义上讨论行为的特征。本来，大陆法系重视从上到下的演绎方法，但是，在私法行为理论领域，却没有运用从行为一般特征演绎出法律行为特征的方法。

(一) 行为的特征

所谓特征,是相对而言的,所以必先有参照物的存在。参照物不同,则行为特征的层面不同。行为的基本特征是:

1. 动态性。如果将“行为”与“关系”作为两个相对独立的范畴来处理,那么动态性是行为区分于关系的重要方面。行为侧重于动态的过程,而关系侧重于人或事物之间静态的联系。当我们同时使用这两个范畴来界定同一事物的不同状态时,坚持二者的上述区分是非常必要的,否则,二者无法相互独立,最后将混为一谈。

动态性意味着行为是有过程的,即行为不等于行为的开始、结果(或效果),它是一个连续的过程。尽管不同的过程可能达到相同的效果(即殊途同归),但是过程仍有独立的价值。任何行为都是由过程和结果构成的。人们如果仅仅强调结果,就容易忽视过程。诉讼程序近年来的研究,强调了过程的独立价值。^①不同的过程涉及到不同的价值,人们为了维护一定的价值,就要求行为的过程遵守一些规则。例如,法律要求缔约过程必须符合诚实信用原则。如果缔约行为仅仅强调结果,过程诚信就可能被忽略。

2. 不可贮存性。行为是一个过程,与有形的物品相比,它是不可贮存的。这一点影响到法学对行为的界定。行为的不可贮存性说明人们界定静态物品的方法不可能用于界定行为。如果没有表达行为动态性的方法,用什么来界定行为就成为法律的难题。

3. 外观性。行为具有能够被他人所观察到的客观步骤和方式,这就是行为的外观性。人类的内心意识活动在不停地进行,如同河流一样。尽管客观上确实存在这种流动,但这种意识之流不能被外人所直接观察。正因为这样,任何意识的表达,都必须借助行为(例如借助说和写),才能传递给对方。离开了行为的外观,我们无法了解他人的行为。意思相应的东西是意识,它被分为不同的层次,如感觉、知觉、动机、目的等等。在私法之中“效果意思”一类的术语,严格说来,并不是一般意义上的“意思”。效果意思指从书面

^① 参见陈瑞华:《程序正义论纲》,载《诉讼法论丛(第一卷)》,陈光中主编,法律出版社1998年,第57页。

形式或口头形式的表示行为所推断的效果“意思”。^①它是根据说或写推断出来的意思。与其说它是一种“意思”，不如说它是行为的效果。

（二）过程是行为的客观存在

我们将以上三个特征统称为行为的过程性：以一定的方式从一个步骤向另一个步骤推移的过程就是行为的动态性；过程没有固定的形态，因此不可贮存性是过程性的表现；由于行为的步骤和方式是行为的客观存在且能被他人所观察的东西，所以行为过程也就是行为的外观。反过来可以说，动态性、不可贮存性和外观性是行为过程的三个方面。行为过程是行为的客观存在，除此之外，在客观意义上，行为别无他物。在此，有必要将行为的外观与行为的产物、行为的环境区别开来。外观主义所指的外观，包括行为的环境、行为的产物和行为过程。行为的产物是指行为所产生的东西，比如合同文件、公证书、服务产品等。行为的环境包括行为发生的市场背景、同一主体的其他行为、相关主体的行为等等。行为的产物和行为的环境都是行为之外的东西，并非行为本身，而行为过程才是行为的直接客观存在。

（三）过程与行为的关系

1. 行为过程是描述行为的最直接、最客观的参数。所谓行为过程，是行为的步骤、方式等的总和。描述行为，最关键的是把握行为的客观存在，过程是行为的客观存在，因此，它应当是描述行为的最直接的参数。意思、动机、效果等等都与行为有关，但是，它不如过程与行为的关系那样直接。意思真实与否，往往难以过问甚至不能过问，但是过程合法（合乎法定程序）与否，则客观实在，能够被人们所界定和知悉。

2. 行为的价值最直接地表现于过程之上。行为的价值在于行为的理性，而理性又最直接地体现于行为的次序和方式之上。所以，过程最直接地体现行为的价值。从价值上看，行为自由最直接地表现为过程自由；行为效率最直接地表现为过程效率；行为公平最直

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第163页。