

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

权利结构理论

以商法为例

陈醇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

权利结构理论

以商法为例

陈醇 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

权利结构理论:以商法为例 / 陈醇著. —北京:
法律出版社, 2013. 10

(中国法学学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5469 - 8

I. ①权… II. ①陈… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 235742 号

中国法学
学术丛书

权利结构理论:以商法为例

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 11.125 字数 259千

版本 2013 年 11 月第 1 版

印次 2013 年 11 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 - 5469 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

前 言

不知结构,何以知权利?不知权利结构,何以知商法?

自然科学通过探索物质的结构来了解物质,不知物质结构,人们难以认识和改造物质世界。与自然科学不同,在私法之中,权利的概念、分类、救济等问题已有众多著述,但权利的结构问题则少有人关注。权利是法学的基本术语,法学要认知和设计权利制度,就必须探索权利结构问题。本书试图以商法为例,讨论权利结构的基本原理,这包括权利结构安排与权利功能或性质的关系、权利结构的设计权、权利结构的设计方法、公司治理权利结构的设计原理、公司法中预防型权利结构的设计原理、企业契约群的权利结构原理、现代交易生活中契约链的权利结构原理、宏观权利结构原理、商法的权利变压器功能、权利结构理论的法理学意义十个内容。

下面对本书的内容作一个简明扼要的

阐述，以方便选阅者快速知悉本书的基本观点和内容。

一、权利结构的基本原理

本书是权利结构研究，因而权利结构原理是其重点，它包括了前三章的内容。

权利的结构是权利成分的组成及其方式，它包括权利合成、权利分解和权利的单纯结构变动三个要点。权利结构的变动可能诱发权利功能或权利性质的变动，在商法之中，权利的合成、分解和单纯结构变动可能改变权利的功能或性质。这是第一章的内容，曾发表于《法学研究》之上。本章的如下几个观点可能稍有创新：其一，从权利结构上看，金融衍生品的衍生是债权的分解，它导致海量的金融债权，形成强劲的流通功能，从而产生金融“沙尘暴”，成为金融危机的诱因之一。所有权可能分解为他物权，而债权也可分解，“他债权”的研究或可由此而展开。其二，权利结构变动可能改变权利的功能。本章以资本性财产权与非资本性财产权为例等予以说明，但这个一般性的结论并不局限于本章所列出的几个现象，它应当具有更大的用途：人们推崇交易及相应的合同制度，因为它能够实现权利的有效配置，权利结构的上述原理告诉我们，要优化权利制度的效率，从此以后有了两种基本方式：一是改变权利的主体即交易；二是改变权利的结构，即优化权利的结构。也就是说，权利结构设计 with 合同制度是并驾齐驱的两种权利制度。其三，权利结构决定权利的性质。本章也只以商法为例说明了权利结构变动导致的质变，但这个一般性的结论也有其巨大的理论和现实意义：任何团体，权利在名义上归属于谁固然重要，但真正决定权利性质的东西是它的权利结构。法人的权利名义上属于法人，但实际上可能成为个别“领导人”的权利，除非它建立了适当的权利结构。对国家权力而言，也是如此：名义上现代国家的权力都会说属于人民，但如果没有适当的权力结构制度，权力的性质是无法确定的。这一结论告诫法人、国家等

理论和制度重视团体权利结构的地位和设计,法人制度等所有的团体制度或许应当将权利结构作为团体设立和健康存续的基本要件。

当我们认识到权利结构设计意义时,我们对设计权利结构充满了期待。问题在于,权利结构是可以设计的吗?结构是权利的题中之义,权利行使似乎就包含了权利结构的设计,权利结构的设计应当是权利的题中之义。事实并非如此。私人常常并未拥有权利结构设计的权利。结社权本质上就是“结权”,即权利合成,它不是能够轻易拥有的权利。只有财产权积累达到一定的数量才能形成资本,资本积累即是权利的合成。商法以公司法、票据法、证券法、商业银行法等提供了大量的融资方式,但这些权利合成方式,不是中小企业、普通公民等所能运用的,民间融资式的合成权利动不动就是“非法集资”,刑法于此方面的罪名日渐丰富。权利的合成不是一件容易的事情。同样地,权利的分解也不是人人拥有的权利,物权的类型是法定的,这是对权利分解的限制,债权的分解,如金融衍生品的分解也不是轻易能得到的权利。权利结构的单纯变动更为不易,公司法规定了公司的权利结构,而其他组织如事业单位法人,其权利结构也不是可以随便设计的。人们可以拥有权利,但却不能轻易改变权利的结构。其根本原因在于:权利结构决定权利的功能和性质,它是权利的精髓所在,国家可以将权利的归属给予私人,但不会轻易地将权利结构的变动权交给私人,这一方面有其正当的理由;另一方面也因为它对一些人的防范和对另一些人的偏袒:谁拥有权利结构的变动权,谁就掌握了发财致富、形成权力的“魔杖”。权利结构的设计权具有隐蔽性,在不重视权利结构的背景之下,法学无法识别权利的这一精髓,因而,传统权利制度无法认识到权利精髓的流失。或许从此以后,人们能够认识到什么是完整的权利、权利的精髓是什么以及如何保护和救济权利。耶林号召人们为权利而抗争,

但如果人们连权利的精髓是什么都不知道,抗争和改革就迷失了方向。这是第二章的内容。

优秀的权利结构安排具有各种价值,如果法律或私人能够对权利结构进行设计,那么,有哪些设计的方法?基本的方法无非如下四种:权利合成、权利分解、联系方式设计和综合设计。合成与分解是通过改变成分的数量以改变权利结构的方法,而联系方式设计是单纯改变联系方式以改变权利结构的设计方法,合成、分解和联系方式设计三种方法可以混合操作。在商法之中,资产组合、公司权利的形成、分解和联系方式变动都是综合设计的例证。上述各种设计的原理虽然并不复杂,但却能够改变权利的功能和性质,它是解决权利问题的基本方法,许多疑难问题能够通过权利结构的设计迎刃而解。同时,权利结构的设计方法是“双刃”的,它可能给人们带来福利,也可能给人们带来祸害。在历史之中,缔结社团等权利合成,一旦缺乏适当的制约机制,就很可能使社团变成奴役其中个人的工具,邪教组织的形成等就是典型。这是第三章的内容。

二、公司法的权利结构原理

本书的公司法权利结构原理包括两个部分:公司治理的权利结构原理和公司法中的预防型权利结构原理。

从权利上看,公司治理结构问题是一个公司治理的权利结构问题。公司权利结构的基本原理是分权制约理论。分权制约较好地解决了公司权利的制约问题,但权利多元也并不必然合作或协调行动。从分权制约理论之中找不到多元要素相辅相成、协同共赢的理论依据。生命科学中的超循环论可以用于解释公司权利结构中诸要素良性循环的机理,该理论认为:只有三个以上的要素形成超循环结构并通过协调行为而产生新的功能系统,才能在保持各要素稳定性的基础上产生新的功能(即进化),整个系统才能成为竞争中的胜出者。根据上述理论,一个超循环必须满足

以下六个条件:多元结构、闭合循环、诸要素的合作、存在以纠正、优化和加强信息为职能的要素、要素各自相对独立且存在制约关系、要素的大小或比例均衡。超循环理论可以用于解释公司权利结构的成功,因为公司权利结构中诸要素实质上符合以上六个条件。公司法权利理论没有超循环论,但并未完全忽视公司内部权利之间的良性循环问题。各国公司法客观上建立了一种基本的超循环。超循环论与分权制约理论各有其优点及局限,前者的优点正是后者的缺陷,反之亦然。从权利结构的角度上看,中国古代的五行理论揭示了一种权利结构原理:生克并存、(生克)相辅相成和生克平衡。五行理论可以针对性地解决公司的权利问题,它在吸收分权制约与超循环论优点的同时避免二者的缺陷。五行理论比分权制约和超循环论更为全面和合理,但是,它仍然需要吸收分权制约和超循环论的技术细节。通过对公司权利结构设计原理的探索,我们可以了解何种权利结构安排有助于公司等组织的生存和“进化”。这虽然是针对公司而言,但对其他社团而言大概也是如此。我们甚至可以运用上述权利结构原理分析团体的兴衰和成败。这是第四章的内容。

2008年金融危机之中,救市成为应对危机的基本方法,救市的本质是将公司无法负担的民事责任抛向国家与社会,这违反了私法之中责任自负这一基本原则。公司既然无力承担自己造成的“交通事故”,那么,公司法就应当要求公司为自己装上更为有效的“制动装置”。为了避免在金融危机中难以自负的民事责任及其破产后果,公司法应当要求公司建立更为有效的自我预防制度。在权利制度方面,公司资本制度和公司治理制度是公司法之中的自我控制制度,但在此次金融危机之中表现不佳。在公司法中,应当强调一系列预防型的权利结构界线:资产负债结构界线;规制公司之间财产权关联性的权利结构界线;储备性财产权与经营性财产权的二分结构界线;公司的资产结构、债务结构及各自

的界线；其他权利结构界线。预防型权利结构界线较为全面地考虑了公司风险的要素如注册资本、资产、负债、关联度、公积金、各种准备金、资产迁移率，它考虑了公司之间风险的传染性。在人们的印象之中，公司治理的权利结构制度是公司法之中唯一的权利结构安排，上述预防型权利结构制度的系统性及其专业性表明，公司法还存在一个与之并列的权利结构制度。如果说公司治理的权利结构制度是公司的发动机，那么，预防型权利结构制度就是公司的制动设备。这是第五章的内容。

公司法是商法的重要内容，上述两个部分讨论了公司这一代表性商主体的权利结构问题。

三、契约群的权利结构原理

按照科斯的观点，企业的内部治理与对外交易是并列的，二者是相互替代的方式。因而，讨论了公司的权利结构，接下来就应当讨论契约的权利结构了。本书没有过多讨论传统 AB 型双人舞式契约的权利结构问题，权益衡平、权义对等之类简单的结论也没有重复的必要。本书讨论了契约群的权利结构问题，包括契约群的权利结构和契约链的权利结构。

契约是民事主体之间最为基本的交往方式，人们与企业之间的关系多数是通过契约来完成的。企业的运营必须集中资本、购买原料、雇用员工、销售产品等，在市场经济中，这所有的活动都以契约的方式进行，因而会形成以特定企业为中心的契约群体。契约群的概念强调契约的群体性及其结构，特别强调群体性契约或契约类型之间的联系，与契约的类型化不同，它并不强调不同契约或契约类型的差异。从权利结构上看，契约群中的当事人形成了一种“中心—边缘”的“藤蔓结构”。这一结构具有系统性、稳定性。契约群的“中心—边缘”结构也意味着在契约群中存在一种相辅相成、相互制约的分工。契约群权利义务网络是有序的，这是亚当·斯密所谓的市场有序性在契约群上的表现，也是

涂尔干所谓分工协作的法律表现。契约群以企业为中心,违约行为及其后果具有很强的传染性:任一支群的违约及其后果都会从支群传递到中心,再从中心传递到其他部分。如果一个企业在行业中居于垄断性地位,那么,它在契约群中拥有最为典型的结构优势。垄断是一种违约风险及其后果的集中和系统化机制,它的本质是系千钧于一发。此时,企业在群体性违约及其后果应对中的优势地位因为垄断而更为重要,因为它控制了一个庞大契约群的生死存亡甚至一个行业的生死存亡。当契约群的中心居于绝对优势或垄断性地位之时,这种结构可能变异为立体的金字塔结构,契约关系的本质不再是双方的合意,而是从上至下的管理,或者说,是以契约方式实施的管理。科斯认为合并企业避免交易是节约交易成本的方式,但以企业替代交易可能引发如下问题:中小企业为什么愿意以失去平等地位为代价而“委身于人”?契约群结构的金字塔变异或许能够说明这一原因:中小企业等弱者在契约群中本来就居于金字塔下层的地位,合并之后在企业内部的科层制中也不过是这种地位,并且从此之后它成为强者的一部分,可以利用顶层地位来压制以前与它处于相同阶位的缔约人。通过合并,它固然成为大企业或垄断企业科层中的底层,但是它在整个契约群之中却处于顶点的位置,与此前相比,它的地位得到了大幅度的提升。中小企业试图挂靠国有企业,试图聘请国有企业的员工来兼职,试图被国有企业合并,这些现象都可以从契约群的结构变异之中得到解释。在契约群之中,财富从边缘向中心不均衡转移,长期的积累以及海量的契约,会产生涓涓细流汇成大海的效果,引发社会分层与贫富差距。当契约群的中心居于绝对优势或垄断性地位之时,契约群的权利义务网络也就由原先的权益交换为主变异为以剥夺为主。马克思研究了雇佣契约,认为契约自由是剩余价值之源,对剩余价值理论的过度强调容易使人误认为雇佣契约支群的权益剥夺是唯一剥夺路径,而导致忽视

其他契约支群的权益剥夺。事实上,通过销售契约群对消费者的权益剥夺或许是企业剥夺民众的主要途径。如果一个企业居于一个庞大契约群的中心,那么,它就能以此群为凭据而要挟社会和国家。这就出现了“群而不倒”的现象。此时,契约群当事人的对立可能演化为群体性的社会运动甚至政治运动。契约群与现实生活中的关系网似乎极为类似,如果用此理论研究人际关系,或许十分有趣。这是第六章的内容。

在现代交易生活之中,商品房、金融衍生品等 in 多个主体之间流通形成由复数契约构成并颇具整体性的契约链条。它是一种特殊的契约群体。著名生物学家艾根和舒斯特尔在其《超循环论》一书中讨论了催化链、分支系统和超循环三种结构模式的优点和缺陷,其中催化链即是一种链状结构。链状结构的一般性缺陷是:无法共享和整合参与者的信息,链条中的参与者信息不对称;信息和功能依靠单线联系,不直接相连的参与者之间的信息和功能传递要经过中间环节方能实现,这会增加信息和功能传递的成本;参与者之间是单线联系关系而不是协同性的系统,链条断裂的风险点多,而链条一旦断裂将影响到整体。从契约链本身看,契约法限制交易成本和交易价格的直接方法是限制契约链的数量和长度。这是从量上限制契约链的一种直接方法。对契约链数量的限制不过是“对契约自由的限制”在契约链中的表现。这是第七章的内容。

商行为是职业性行为,这种职业性行为必然形成群体性契约,同时,商法集中资本、营利等都必须依赖于群体性契约。商法因而有必要加强对群体性契约的研究,本书上述两章,就是这方面的尝试。

四、宏观权利结构的初步研究

从单个契约到契约群,实际上已经开始了权利结构的中观研究,离权利结构的宏观研究只有一步了。本书初步讨论了宏观权

利结构的原理。

在经济学之中,因为应对经济危机等强烈的现实需要,凯恩斯的《就业、利息与货币通论》创设了宏观经济学。如今,宏观经济学已经成为与微观经济学并驾齐驱的经济学学科。在法学之中,经济法以宏观调控法等对宏观经济进行了调整,而私法则缺乏与宏观经济对应的术语、理论和方法,私法学似乎天生就是“微观私法学”。2008年,宏观经济结构失衡导致金融危机、严重的贫富差距、金融危机中的系统性风险、“太大不能倒”等宏观权利现象要求私法考虑宏观权利结构问题。传统私法权利理论的主要内容是权利的概念、分类和特征,这种“分而析之”的方法本质上是笛卡儿所推崇的还原主义。要应对宏观的、系统性的权利问题,必须要有宏观的、系统性的权利方法论。这就要求私法引入宏观经济学的宏观视角和系统论的系统方法论,建立宏观的、系统的权利方法论。私法应当将整个私法权利视为一个宏观的权利系统,研究这一宏观权利系统的结构(成分及其联系)、功能、性质等,并将其贯穿于私法的立法、司法之中,以应对宏观权利系统的问题,这就需要宏观权利系统论。根据宏观权利系统论,本部分讨论了宏观权利结构的失衡及其矫正方法。这是第八章的内容。

五、权利结构的商法意义和一般法理学意义

本书为什么以商法为例讨论权利结构问题?这是因为商法与权利结构之间存在密切的关系,商法是一个变换权利结构之法(“变压器”)。同时,商法缺乏权利理论,权利结构理论能够贯穿商法,成为商法的权利理论。商法与权利结构理论于此得以密切契合。商法研究近年来取得了众多成就,但似乎商法在权利方面的研究较为少见。权利是私法的基本范畴之一,在权利制度之上,商法有没有显著的特点甚至是独立的、完全不同于私法理论的东西?企业法包括公司法、合伙企业法、个人独资企业法和破

产法等,这些法都通过权利结构变动来改变权利的规模、结构和流动性。与企业法相比,金融法不仅是权利的“变压器”,而且是专业的权利“变压器”。在商法之中,存在大量的合同法规范,它们具有改变权利结构、数量和流量的功能,这种功能并不是上述合同法规范的附带性功能,相反,它是这类规范的目的,是一种基本功能:合同是手段,改变财产权的流量和流动性是直接目标,营利是最终的目标。没有合同,无法完成这一过程;没有权利流量和流动性的改变,双方的目标都无法实现。营利性是商法的核心问题,商法中合同法规范的变压器功能不是传统合同法所关心的问题,但却是商法的核心问题。不知道权利的结构,则难以真正理解商法;不知商法,则权利结构失去了最好的例证。这是第九章的内容。

人们对权利的本质有各种不同的认识,较具代表性的权利学说有利益说、资格说等近十种,但这些学说只是从不同角度说明了权利这一客体对于权利主体的价值,其本质是权利的价值学说,至于权利的本质是什么,完全没有作出回答。权利是什么?这要从权利的结构之中得出结论。如果将权利比作一块宝石,那么,利益说等只是说明了宝石的价值,而不是权利的本质;要真正弄清宝石是什么,则应当分析宝石的结构。是权利结构(成分及其组成方式)决定权利的本质,而不是权利主体决定权利的本质。同样地,对权利的分析,应当重视权利的结构,而不应当陷入如下循环:要知悉权利,必须知悉其所在的法律关系,而要知悉所在的法律关系,又必须分析它的三大要素特别是其中的权利。法律关系理论备受法学重视,但近千年来也不过是三要素论、权利义务平衡论等内容,如今,或许应当将权利结构作为法律关系理论的突破口。权利结构既是一种权利研究方法,也是一种权利功能和性质优化的方法。优秀的权利结构安排既有助于权利行使的结果,同时也独立于权利行使的结果,这种独立性价值与程序的独

立性价值极为相似。罗尔斯以赌博为例说明了程序的独立性价值,从结构安排上看,罗尔斯的理论也可以用于解释权利结构安排的独立性价值。赌博的结果是不公正的,但其权利结构安排是公正的:赌徒之间的结构安排往往采用了分权制衡的民主结构安排,其中的平等、分开、制约、均衡等,都是人们认同的法律价值,因此,根据这种结构安排而行使权利,即使结果不正义,赌徒们仍能心悦诚服。程序是行为的存在方式,而结构是权利的存在方式。二者都是形式,二者都具有独立性的价值。它们的独立性价值基于相同的原理:作为行为或权利的形式,它们如同歌曲的曲谱,无论填入怎样的歌词,其优美的旋律总是不变的,其中优美的旋律就是自治、平等、效率与安全等法律价值。这是第十章的内容。

六、余论

优雅的程序和科学的权利结构是需要选择和设计的。笔者在《商行为程序研究》和《商法原理重述》之中较多地讨论了程序,本书较多地讨论了权利的结构。如本书所述,程序与结构都是形式,前者是行为的结构,后者是权利的结构,二者都如同歌曲的乐谱,都可以容纳不同的内容,但都能保持乐谱的旋律。不管法学的行为制度与权利制度的目标如何,如果设立了较好的程序或权利结构,那么,这种行为制度或权利制度就不至于过分离谱。这是它们的一致性。

本书不以考证见长,但力求创新。我生活于浙江,浙江有一种崇尚特色的风尚:每个地方都有自己的特色产品。我的写作也受到了这种风气的影响。创新与漏洞常常是并存的。真切地期望同行的指教!

目 录

前言 / 1

第一章 权利结构对权利功能和性质的影响 / 1

第一节 商法之中的权利结构现象及其问题 / 2

一、权利结构的定义及其要点 / 2

二、商法之中的权利结构现象 / 4

三、问题与传统理论回顾 / 7

第二节 权利结构的地位、特征和类型 / 11

一、结构在权利之中的地位 / 11

二、权利结构的四个特征 / 12

三、权利结构的类型 / 15

第三节 权利结构的改变可能导致权利的质变 / 16

一、权利合成可能导致权利的质变 / 16

二、权利分解可能导致权利的质变 / 19

三、权利的单纯结构变动可能导致权利的质变 / 21

第四节 权利结构的改变可能影响权利的功能 / 23

一、权利合成对权利功能的影响 / 24

二、权利分解对权利功能的影响 / 25

三、权利的单纯结构变动对权利功能的影响 / 27

结论 / 29

第二章 权利结构的变动权 / 31

第一节 权利结构变动的种种障碍 / 31

一、权利合成的障碍 / 32

二、权利分解的障碍 / 35

三、单纯结构变动的障碍 / 38

第二节 结构变动权的本质 / 41

一、结构变动权是权利的一部分 / 41

二、结构变动权是权利的精华和枢纽 / 43

三、结构变动权是权利之中的“变异因子” / 45

第三节 对结构变动权障碍的认识 / 47

一、合理的障碍 / 47

二、不合理的障碍 / 48

三、不合理阻碍的后果 / 50

第四节 对结构变动权的正确态度 / 52

一、明确结构变动权的概念和归属，消除不合理的障碍 / 52

二、防止权利的“形骸化” / 54

三、重视对结构变动权的保护 / 56

结论 / 58