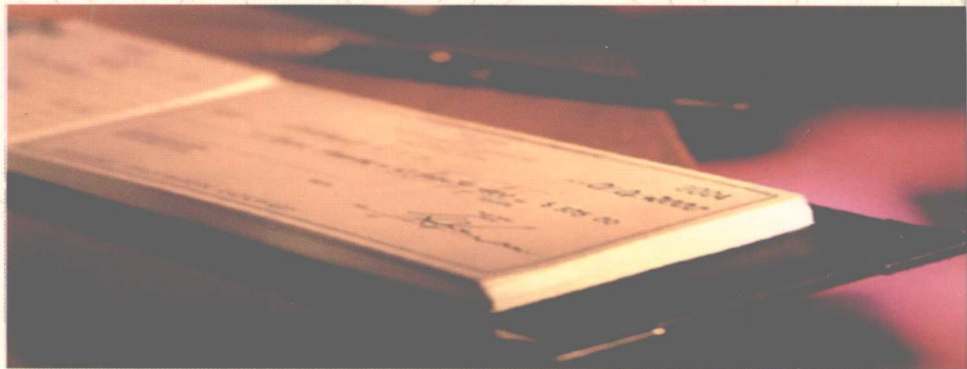




市场交易的 立法与问题

SHICHANG JIAOYI
SLIFA YU WENTI

张 舫 向东升/著

中国社会科学出版社

市场交易的 立法与问题

SHICHANG JIAOYI
SLIFA YU WENTI

张 舫 向东升/著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

市场交易的立法与问题 / 张舫, 向东升著. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 5

ISBN 978-7-5004-6994-0

I. 市… II. ①张…②向… III. 集市贸易 - 经济法 - 立法 - 研究 - 中国 IV. D922.294.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 085840 号

策划编辑 冯春风

责任校对 修广平

封面设计 回归线视觉传达

版式设计 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂印刷

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 5 月第 1 版

印 次 2008 年 5 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.125

插 页 2

字 数 250 千字

定 价 22.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

目 录

第一章 导论	(1)
一 市场交易与法律制度	(1)
二 我国社会主义市场经济法律制度的进程	(2)
三 本书的目的和结构	(8)
第二章 市场主体制度	(10)
第一节 公司法的立法进程和存在的问题	(11)
一 新中国第一部公司法的颁布	(11)
二 1993 年《公司法》评价	(12)
三 1993 年《公司法》存在的主要问题	(13)
四 2005 年《公司法》的改善和存在的问题	(22)
第二节 合伙企业法律制度完善	(30)
一 合伙企业法的立法历程	(30)
二 新《合伙企业法》对旧《合伙企业法》 的完善	(31)
三 仍然存在的问题	(33)
第三节 个人独资企业的法律完善	(40)
一 我国个人独资企业法的发展历程	(40)
二 个人独资企业的法律地位	(40)
三 个人独资企业的设立	(41)
四 个人独资企业债务清偿	(43)
第三章 财产权保护	(46)

第一节 物权法	(47)
一 我国《物权法》的发展历程	(47)
二 对《物权法》的争议及评析	(50)
第二节 知识产权保护中存在的问题及完善建议	(117)
一 著作权法存在的主要问题	(120)
二 《专利权法》存在的主要问题及完善建议	(137)
三 《商标权法》存在的问题	(144)
四 商业秘密权	(158)
五 集成电路布图设计权	(162)
第四章 市场交易行为法	
——《合同法》	(165)
第一节 合同成立和生效	(167)
一 要约问题	(167)
二 无效合同问题	(171)
第二节 合同保全制度	(178)
一 债权人的代位权	(179)
二 债权人的撤销权	(182)
第三节 合同解除制度	(185)
一 关于合同解除的法律效果问题	(185)
二 关于合同解除权行使的方法	(190)
第四节 不安抗辩权与同时履行抗辩权	(192)
一 不安抗辩权	(192)
二 同时履行抗辩权	(198)
第五节 缔约过失责任	(203)
一 关于缔约过失责任的理论基础	(204)
二 先契约义务的开始时间	(206)
三 缔约过失责任的类型	(207)
四 缔约过失责任的归责原则	(209)

五 关于缔约过失责任的赔偿范围	(209)
第六节 违约责任	(210)
一 违约责任的归责原则	(210)
二 预期违约	(212)
三 违约金	(213)
四 合理预见与可得利益损失	(216)
五 违约的精神损害赔偿问题	(217)
第五章 未来的发展趋势	(219)
第一节 《中华人民共和国民法典》的制定	(219)
一 中国民法典的修订史	(219)
二 体例问题	(222)
三 人格权独立成编问题	(227)
四 侵权行为法独立成编	(230)
五 其他问题	(232)
第二节 商法典与商事通则的制定	(233)
一 商法的存在	(233)
二 我国商法的立法历程和现状	(249)
三 对商法典的争议与《商事通则》的制定	(251)
第六章 市场交易法的研究和立法存在的问题	(261)
第一节 法学研究存在的问题	(261)
一 改革开放后的中国法学回顾	(262)
二 法学研究存在的问题	(265)
第二节 立法过程中存在的问题	(269)
一 我国立法制度	(269)
二 影响我国立法的三方力量	(272)
三 博弈中的利益冲突	(275)
四 博弈中的共存——谋求立法中的和谐	(279)
后 记	(285)

第一章 导论

一 市场交易与法律制度

市场经济是指以市场机制为基础的社会资源的配置方式，它是商品经济的一种表现形式。在这种方式之下，生产什么样的商品，采用什么方法生产以及生产出来以后谁将得到它们的问题，都依靠供求力量来决定；它是一种主要由个人和私人企业决定生产和消费的经济制度。^①

由于这种制度承认每一个人都是理性的、自利的，同时也认为理性、自利的人会在市场价格机制的作用下会自发地将社会经济的发展推向一个最佳的发展轨迹，因此，维护这种自发秩序的基本理念必然是私权神圣和契约自由。

私权神圣可以保护每一个人的人格尊严和财产安全。当人们确切地知道自己辛勤的劳动成果会归属于自己，自己的人格不会受到他人的无端侵犯时，其创造财富而展现出的创新性和想象力是无穷的。“产权迫使资源使用者——包括拥有自己资源的使用者——完全承担自己行为的机会成本，并且禁止人们进行毁灭性竞争。”^②而

① 《现代经济词典》，商务印书馆 1981 年版，第 10 页；萨缪尔森、诺思：《经济学》（第 17 版），人民邮电出版社，第 5 页。

② [美] 詹姆斯·格瓦特尼等：《经济学——私人与公共选择》，中信出版社 2004 年版，第 78 页。

契约自由则给予人们自己创造经济秩序的空间。在这个空间里，人们自由地创设各种经济关系，统一的游戏规则使他们各自的经济目的得以实现。

保护私权神圣和契约自由是由私法完成的。近代以来，主体平等、私权神圣和契约自由一直是私法不可撼动的原则。通过长期摸索建立起来的民商法律制度，将这几项原则贯彻到具体的制度之中，市场主体制度、财产权保护制度、市场交易制度成为市场经济法律体系的支柱。

二 我国社会主义市场经济法律制度的进程

（一）我国从计划经济到市场经济的过渡

我国传统的经济体制是计划经济体制，高度集中的决策体系和自上而下的行政命令构成了这种体制的基础。从历史背景上看，计划经济体制的形成反映了我国进入社会主义社会后急于发展工业化的要求。为了在较短的时间内缩短与发达资本主义国家的差距，必须加速资本积累过程，集中国内有限的资源，加快工业化的进程。集权型计划经济体制正是这种粗放型经济发展的特殊产物。由于当时的经济结构比较简单，经济目标比较单纯，因而，实行集中的计划经济体制在一定程度上是必要的，也是可行的。它在当时的条件下，有利于国家从整体上和长远利益出发，大规模地推进工业化和集中资源进行重点建设；有利于在低收入水平的条件下实现社会的公平；也有利于新生的社会主义政权的稳定。但实践证明，从总体的经济发展趋势看，它不能适应现代科技进步和生产力发展的需要。随着社会不断进步和经济生活的日益复杂化，计划经济体制的弊端不断暴露出来：政企职责不分，条块分割，企业没有经营自主权，其特殊的经济利益得不到尊重和保障；忽视商品生产、价值规律和市场的作用；经济形式

和经营方式单一化；分配中搞平均主义、吃大锅饭等。这一切不利于调动广大人民群众的建设积极性，不利于正确调节经济活动中的各种利益矛盾，不利于生产要素的合理配置和有效运用，不利于适应复杂的社会需要去灵活多样地组织社会生产，使本来应该生机勃勃的社会主义经济在很大程度上失去了活力。为了解放生产力，发展生产力，经济体制改革势在必行。而改革必须从培育市场、发展商品经济开始。按照马克思主义观点，商品经济社会是人类社会发展不可逾越的自然历史过程，它由自给自足的自然经济发展而来，最终趋向社会化的产品经济。一般说来，商品经济社会也有一个从低级到高级发展的过程，市场经济被认为是商品经济发展的高级阶段。现代资本主义是高度社会化的商品经济亦即市场经济社会，从社会交换方式看，我国社会主义社会也处在商品经济社会的历史阶段，同资本主义国家的商品经济相比，只是社会性质不同和商品经济的发展程度有所不同。可是，我们党对商品经济、市场经济的认识却经历一个曲折的过程。在1978年以前，以自然经济为现实基础的产品经济思想一直占统治地位。十一届三中全会提出要对权力过分集中的经济管理体制进行改革，要按经济规律办事，重视价值规律的作用。以后在此基础上提出以计划经济为主、市场调节为辅的方针。1984年10月党的十二届三中全会通过《关于经济体制改革的决定》，把社会主义经济看成是“公有制基础上有计划的商品经济”，因此否定了把商品货币关系当成是异己力量的传统观念。1987年10月，党的十三大指出：社会主义有计划商品经济的体制应该是计划与市场内在统一的体制，它同资本主义商品经济的本质区别在于所有制不同。这实际上已经把计划和市场都看成是调节手段，并强调市场机制、价值规律的作用，表明要把计划工作从产品经济基础上转移到商品经济基础上来。1992年初，邓小平在南方谈话中指出，计划经济不等于社会主义，资本主义也有计划；市场经济不等于资本主

义，社会主义也有市场；计划和市场都是手段。紧接着，党的十四大把建立和完善社会主义市场经济体制作为经济体制改革的目标。这是我国经济改革理论战略上的一次重大飞跃，它标志着我国的经济体制改革和经济发展开始进入崭新的阶段。

从本质上说，市场经济没有社会制度的属性，不管在资本主义制度下还是在社会主义制度下，市场经济都具有下列共性特征：一切经济活动都直接或间接地处于市场关系中，市场机制是推动生产要素流动和促进资源优化配置的基本运行机制；所有企业都具有进行商品生产经营所应有的全部权力，因而能自觉地向市场，自主地开展生产经营活动；政府部门不直接干预企业生产经营的具体事务，而是通过财政、税收、价格、金融等政策调节、规范企业的生产经营活动；整个运行机制有一个比较健全的法制基础。

我国的市场经济体制由于与社会主义制度紧密结合在一起，除了具有市场经济的共性特征外，还有自身独有的特点：第一，在所有制结构上，以公有制为主体，多种经济成分共同发展。不同经济成分的企业可以自愿实行多种形式的联合经营，以各自的自主性共同进入市场，发挥国有大中型企业在市场运行中的主导作用。第二，在分配制度上，坚持按劳分配为主体，其他分配形式为补充，既鼓励先进，促进效率，合理拉开收入差距，又缓解社会分配不公，防止两极分化，逐步实现共同富裕。第三，在宏观调控上，国家对市场的调控具有较雄厚的物质基础，调控能力强，能把人民的当前利益与长远利益、局部利益与整体利益结合起来，更好地发挥计划和市场两种手段的长处。第四，在政治制度上，坚持共产党的领导，发展社会主义的民主政治。党和政府以马克思主义为指导，能一切从实际出发，自觉认识经济发展的客观规律，按规律组织建设，根据人民需要制定方针政策，使市场运行始终服务于社会主义的生产目的。

1993年11月14日,中共十四届三中全会正式作出了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,决定中指出,社会主义市场经济体制是同社会主义基本制度结合在一起的。建立社会主义市场经济体制,就是要使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用。为实现这个目标,必须坚持以公有制为主体、多种经济成分共同发展的方针,进一步转换国有企业经营机制,建立适应市场经济要求,产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的现代企业制度;建立全国统一开放的市场体系,实现城乡市场紧密结合,国内市场与国际市场相互衔接,促进资源的优化配置;转变政府管理经济的职能,建立以间接手段为主的完善的宏观调控体系,保证国民经济的健康运行;建立以按劳分配为主体,效率优先、兼顾公平的收入分配制度,鼓励一部分地区一部分人先富起来,走共同富裕的道路;建立多层次的社会保障制度,为城乡居民提供同我国国情相适应的社会保障,促进经济发展和社会稳定。这些主要环节是相互联系和相互制约的有机整体,构成社会主义市场经济体制的基本框架。必须围绕这些主要环节,建立相应的法律体系,采取切实措施,积极而有步骤地全面推进改革,促进社会生产力的发展。

经过发展和不断完善,在进入21世纪之际,我国的经济体制改革已取得重大进展。根据学者研究,经过20多年的努力,作为中国经济体制的微观基础的所有制结构和企业制度已经发生结构性变化;市场调节机制已基本覆盖商品市场领域,要素市场正在形成中;新型分配制度和社会保障制度体系的雏形正在建立;多层次的对外开放格局基本形成;以间接调节为主的宏观调控体制初步建立。^①

^① 常修泽:“中国建立社会主义市场经济体制进程的基本判断及思考”,《改革》2002年第4期。

（二）社会主义市场交易法律体系构建的基本完成

市场经济是法制经济，1993年11月中共十四届三中全会《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》指出：“社会主义市场经济体制的建立和完善，必须有完备的法律来保障。”在我国提出建立社会主义市场经济体制之后，法学界对社会主义市场经济的法律体系的构建进行了深入研究和热烈讨论，对我国社会主义市场经济法律体系的构成基本达成了一致意见。在1994年中国社会科学院法学研究所《社会主义市场经济法律体系研究》课题组发布的研究成果中指出，社会主义市场经济的法制基础大致包括以下几方面的法律和制度：其一，确认市场主体资格；其二，充分尊重和保护财产权；其三，维护合同自由；其四，国家对市场的适度干预；其五，完善的社会保障。^①

经过政府、法学界和社会各界的共同努力，到21世纪初，我国社会主义市场经济的法律框架已基本形成。

从20世纪80年代，我国开始努力构建社会主义法律体系。当时继续解决的是两个问题：其一，经过10年动乱，我国的法律体系基本瘫痪，人治取代了法治，行政命令代替了法律。在10年动乱结束后，我国提出了依法治国的基本方针，当时急需解决的是有法可依的问题。其二，当时党中央正式提出将主要精力放在社会主义经济建设、改善人民生活上来，国家经济体制开始从计划经济转向有计划的商品经济，企业开始走向市场，非公有制经济开始出现。因此，另一个急需解决的问题是对市场主体资格的确认和基本的交易制度。在这种背景下，我国于1981年12月颁布了《经济合同法》，1985年3月颁布了《涉外经济合同法》，1987年6月颁布了《技术合同法》；1986年4月颁布了

^① 中国社会科学院法学研究所：“社会主义市场经济的法律体系和框架”，《改革》1994年第1期。

《民法通则》；同时也颁布了《全民所有制工业企业法》、《私营企业暂行条例》、《城乡个体工商户管理暂行条例》以及《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》等法律法规；基本满足了从计划向有计划商品经济过渡时期的市场主体确认和对交易秩序维护的需求。由于当时并未明确提出建立社会主义市场经济，在意识形态和经济建设中还存在着许多禁区；同时，立法技术和法学理论研究尚很幼稚；这些立法计划经济的色彩非常浓重，相关制度也不健全。但应该指出的是，这个时期的立法为以后的市场经济立法奠定了良好的基础。

1992年邓小平南巡讲话后，党中央明确提出了建设社会主义市场经济的战略方针，并明确提出市场经济是法制经济，构建社会主义市场经济法律体系的工作正式全面铺开。

1. 市场主体立法。我国先后颁布了：《公司法》（1993）、《合伙企业法》（1997）、《个人独资企业法》（1999），并根据我国市场经济的发展需求进行了及时修订。顺利完成了市场主体立法从以所有制为标准分别立法到按市场主体的责任形式立法的过渡，使市场主体处于完全平等的地位。

2. 财产权保护。立法机关和法学界积极推动《中华人民共和国民法典》的制定，学术界进行了制定民法典的热烈讨论，在理论上，为制定一部适合我国市场经济发展的民法典进行积极的准备工作，立法机关也推出了我国进入市场经济建设之后的新的民法典草案。在积极为制定民法典做准备的同时，我国立法机关和法学界对保护财产权的基本法——物权法的出台做了充分的准备工作，在丰富的物权法理论研究的基础上，立法机关广泛征求社会各界意见，结合我国社会主义市场经济建设的具体情况，制定出了既适合我国国情又与国际接轨的《中华人民共和国物权法》，为我国公民财产权的保护提供了基本保障。

3. 市场交易法。合同法是市场交易的基本法律制度，我国

改革开放初期制定的三个合同法，造成合同制度三足鼎立的局面，在这些合同法中保留了一些计划经济的内容，合同制度也不够健全，已无法满足市场经济的需要。1999年3月，我国及时颁布了《中华人民共和国合同法》。新的合同法彻底贯彻合同自由原则，吸收国际上的先进制度，保障了市场交易效率和交易安全。

三 本书的目的和结构

本书是法学会2005年重点课题“完善社会主义市场经济体制法律制度研究”的一个副产品。2003年中共中央十六届三中全会对我国社会主义市场经济体制进行了全面评估，在其作出的《完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中指出，在我国社会主义市场经济体制初步确立之后，市场经济体制在十个方面亟待完善。^①我们发现，这些问题的解决与相关法律制度的完善是密不可分的。目前，我国法学研究空前繁荣，对各种市场经济法律制度已经有了更深入的研究，经过政府、民众和学者的共同努力，我国市场交易法律制度已经形成，尤其是2005年新修订的《公司法》、《证券法》的颁布，2007年《物权法》的颁布，标志着我国社会主义市场经济法律制度建设已步入新的阶段。此际，回顾我国的立法进程，对我国已有的立法进行整体审视，明

^① 《决定》提出的市场经济亟待解决的问题是：1. 进一步巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济发展；2. 完善国有资产管理体制，深化国有企业改革；3. 深化农村改革，完善农村经济体制；4. 完善市场体系，规范市场秩序；5. 继续改善宏观调控，加快转变政府职能；6. 完善财税体制，深化金融改革；7. 深化涉外经济体制改革，全面提高对外开放水平；8. 推进就业和分配体制改革，完善社会保障体系；9. 深化科技教育文化卫生体制改革，提高国家创新能力和国民整体素质；10. 深化行政管理体制改革，完善经济法律制度。

确我国未来立法的发展方向,对健全我国市场经济立法有重要意义。

本书汲取了法学会课题研究的一部分。其内容只涉及与市场交易密切相关的市场主体法、市场交易法和财产权保护法。本书的目的是尽可能对上述法律制度的立法和研究状况进行全面总结,提出各法律领域有待完善的问题,从而为立法者和研究者明确未来的努力方向提供参考。

第二章 市场主体制度

市场经济是通过市场经济的参与者——市场主体的交易构成的。因此，市场主体制度构成市场经济体制的一个重要部分。

参与市场交易的市场主体包括两大类，一类为自然人，一类为企业。自然人参与市场交易的主要方式有两种，一种是作为终端产品的消费者而参与交易，另一种是通过企业的形式组成团队，生产和销售商品。在现代市场经济中，自然人以个体和家庭作为生产单位组织生产虽然仍占一定比例，但多数的生产和销售是通过企业这种自然人组成的团队。企业组织的结构如何，直接影响到一个社会的生产效率，因此，无论是现代市场经济理论还是企业法理论都把企业组织作为研究的核心，市场经济国家也把企业法作为市场经济体制的重要组成部分。

从改革开放以来，企业组织立法一直是我国建构社会主义市场经济体制的一项重要工作。在这个过程中，一方面，我们要考虑如何在中国建立健全适合中国社会主义市场经济建设的市场主体制度；另一方面，我们还要考虑，如何将过去计划经济时期的国有企业转变为符合社会主义市场经济的现代企业。在改革开放近 30 年的时间里，我国先后颁布了《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》，我国的市场主体制度已初步建成。伴随着市场主体立法，国有企业改造业已基本完成，但不容否认的是，由于我国市场主体制度上处于初创阶段，经验的不足和理论研究不够深入，使现有的市场主体制度还存在一些不足，下面，我们

将在对学者相关研究进行总结的基础上,分析我国市场主体制度存在的缺欠,并提出完善建议。

第一节 公司法的立法进程和存在的问题

一 新中国第一部公司法的颁布

我国最早的公司法为清光绪二十九年(1904)颁布的《大清公司律》,共131条。民国成立后,1914年颁布《公司条例》;1929年国民政府颁布新的公司法,并在1946年做了大规模修改。新中国成立后,我国大陆废除了国民党法统,民国公司法只在台湾地区施行。

解放初期,我国开始社会主义建设,为改造私营企业并鼓励这些企业生产,1950年颁布《私营企业暂行条例》,1951年颁布《私营企业暂行条例实施办法》,其中规定了五种公司形式:无限公司、有限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司。1956年,社会主义改造基本完成,这些公司在我国逐步消失。

1957年以后,我国进入高度统一的计划经济时代,为指导社会主义企业之间的生产协作,1961年颁布《国营工业企业工作条例(草案)》,第43条规定:凡是企业和企业间能够直接联系的,都要直接建立协作关系;不能够直接联系的,可以按行业把有关的工厂组成生产性专业公司,可以按专业产品组成销售公司,这实际是一种为组织实施计划经济而组成的行政公司,不具有商事公司性质。

1978年改革开放后,我国提出建立有计划的商品经济,企业开始走向市场,国有企业开始以联营的形式组建有限责任公司。1988年,国务院通过《私营企业暂行条例》,规定私营企业可以采取独资企业、合伙企业、有限责任公司三种形式。1992年,我国进入社会主义市场经济建设时期,为规范国有企业改