

NW



西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

商法与公司法前沿问题

高在敏 * 主编
王延川

* The Frontier Issues of Business Law and Corporation Law *

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



013031921

D923.994-53

01

西北民商法学术文库
Northwest Academic Library of Civil and Commercial Law

* 陕西省重点

商法与公司法前沿问题

The Frontier Issues of Business Law and Corporation Law

高在敏 王延川 * 主编



D923.994-53
01



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1639330

图书在版编目(CIP)数据

商法与公司法前沿问题 / 高在敏,王延川主编.
—北京:法律出版社,2013.4
ISBN 978-7-5118-4772-0

I. ①商… II. ①高…②王… III. ①商法—中国—
文集②公司法—中国—文集 IV. ①
D923.994-53②D922.291.914-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 058552 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/13.5 字数/432 千
版本/2013 年 4 月第 1 版	印次/2013 年 4 月第 1 次印刷
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 978-7-5118-4772-0	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)

西北民商法学术文库编辑委员会

编委会主任:李少伟

编委会副主任:高在敏 赵旭东

编委会执行主任:程淑娟

编委会成员(以姓氏笔画为序):

车 辉 李少伟 张 伟 张 翔

赵旭东 赵林青 高在敏 韩 松

董少谋 程淑娟

“西北民商法学术文库”总序

“西北民商法学术文库”是西北政法大学民商法学院从本院教师的学术研究成果中遴选、编辑,由法律出版社出版的学术丛书。

西北政法大学民商法学院是以从事民法学、商法学、民事诉讼法学教学和科研为主要任务的二级学院,是我国民商事法律研究和教学中规模较大、学科门类齐全、民商事实体法学和程序法学相结合的专门学院。

学院目前设有一个法学(民商法学方向)本科专业,民商法学、民事诉讼法学两个硕士学位点,现有在校学生近 2000 名。学院师资力量雄厚,50 多名专任教师中三分之二以上具有高级职称,具有博士学位和在读博士的教师 20 多名,有 13 名教师分别在中国法学会各专门研究会担任副会长、常务理事、理事等学术职务。

学院所辖的民商法学科和民事诉讼法学科都是陕西省重点学科,并设有两个省级重点学科建设和陕西省妇女/性别研究与培训基地。学院设有民法学、商法学、民事诉讼法学、亲属法学等教学研究机构,设有私法文化与法典化研究所、物权与土地制度研究所、侵权法研究所、商事治理法律机制研究所、妇女与家事法律研究所、民商事判例研究所、民事权利救济机制研究所、民事司法改革研究所、公司纠纷法律对策研究所和律师制度与执业规则研究中心、仲裁制度与实务研究咨询中心等学术研究机构。

经过多年建设和发展,民商法学科在民法基础理论、商法基础理论、物权法理论、债权法理论、公司与证券法理论和婚姻家庭法理论方面,民事诉讼法学科在民事诉讼法理论、仲裁法学、公证律师法学、多元纠纷解决机制以及民事强制执行制度等方面的研究取得了丰硕的学术成果,初步形成了私法文化与法典化、物权法与土地制度、商法基础理论与公司制度、婚姻家庭事制度、侵权法律制度、多元纠纷解决机制、民事司法制度改革等领域的研究特色,在学术界具有一定影响。

目前学院承担国家社科基金项目 9 项,项目内容涉及集体所有权

2 商法与公司法前沿问题

法律机制、民法价值、民法文化与民法法典化、婚姻家庭新问题、商法价值与商事制度构建、侵权责任法危险责任体系、商行为制度、侵权救济、保险制度等研究领域。学院还承担有省、部级研究项目 30 余项。

学院今后将以国家和省部级科研项目为支撑、以专门研究机构为平台、以培育和打造科研特色为目标,进一步推进学科建设和科学研究工作,为法学学术发展和国家法治建设作出积极贡献。

“西北民商法学术文库”是近期及今后一段时期我院以专著形式形成的科研成果的系列展示,内容涉及民商事实体法和程序法的理论研究和实务研究成果。所选取的成果,或为省部级及其他科研项目的结项成果,或为我院学科建设科研规划项目成果,或为我们认为具有学术价值且富有特色的研究成果。本文库编辑、出版的目的在于强化学术交流,为繁荣法学学术研究,进而推进我国民商事法律制度和法律实践的进步做出虽然绵薄但却应有的努力。

本文库的出版受到“陕西省重点学科建设专项资金”的资助,受到法律出版社的大力襄助,在此谨致谢忱!

“西北民商法学术文库”编辑委员会
2010 年 9 月

目 录

第一单元 商法前沿问题

1. 《中华人民共和国商法通则之基本原则 商人》草案
建议稿 高在敏(3)
2. 制定“商法通则”的几个关键性问题的研究
..... 苗延波(10)
3. 民商合一、抑或商法通则?
..... 樊 涛(29)
4. 商法的独立性探析
..... 刘卫锋(40)
5. 商法的身份法属性
..... 于庆生(52)
6. 商会的缘起与功用
..... 时 颖(62)
7. 商业登记的法律性质
..... 叶 林(70)
8. 我国商事主体登记制度重构的思考
..... 吴小秦 康 力(76)
9. 行政法视角下的商事登记
..... 姬亚平 何旺旺(94)
10. 商事交易行为体系构建研究
..... 王延川(108)
11. 从罗马法的整体之债到现代私法的连带之债
..... 王莹莹(120)

2 商法与公司法前沿问题

12. 乌审旗华宇工贸有限公司与西安雅荷房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案
..... 魏西霞 (141)
13. 该股权的确认应遵循商法的外观主义原则
..... 赵小平 (150)
14. 商事仲裁与调解的契合
..... 赵旭东 (157)
15. 民商合一体制下合同归责原则之检讨
..... 栗鹏飞 (165)
16. CPA 专家责任与商事信用机制的完善
..... 李 冉 (179)
17. 合伙企业法律地位探析
..... 余 翔 (191)
18. 特许经营关系的相对人利益保护
..... 李晓曦 (202)

第二单元 公司法前沿问题

1. 韩国企业治理结构法制的现况和面临的问题
..... [韩]宋钟俊 (215)
2. 十四年来外部董事制度在韩国运营的经验
..... [韩]崔竣璿 (224)
3. 韩国控股公司的现况和法的问题
..... [韩]李东原 (235)
4. 韩国商法上执行任员制度的探析
..... 刘卫峰 (247)
5. 股东分红权实现初探
..... 郭升选 (255)
6. 我国公司类型检讨及其改革
..... 杨春平 (265)

7. 职工分享企业权力的治理问题分析	马建兵 (275)
8. 我国国有公司民主管理法律制度的解释论与立法论	肖新喜 (294)
9. 公司诉讼探析	程淑娟 (306)
10. 公司登记与事实状态不符情形下相关主体的法律责任	李晓峰 (314)
11. 夫妻公司和一人公司股权及股票分割初探	张伟 (318)
12. 公司登记机关对公司申请法定代表人股东变更登记所提交材料审查方式之研究	吴小秦 (327)
13. 股份公司中小股东权益保护研究	韩红俊 任慧慧 (338)
14. 公司社会责任的发展:法系比较与国际推动	曹冬媛 (352)
15. 论公司法中强制性规范与任意性规范的配置	李 蕾 (363)
16. 股东会与董事会的权力配置	岳红艳 (373)
17. 有限责任公司的改革	何 佳 (389)
18. 公司法规范的强制性与任意性配置	李 亮 (403)
19. 论股东代表诉讼中公司的法律地位	万 璐 (413)
后记	(420)

第一单元 商法前沿问题

《中华人民共和国商法通则之基本原则 商人》 草案建议稿

高在敏*

第一章 基本原则

第一条 为规范商人的人格创制和其商事行为的实施,鼓励并支持商事营业,促进社会的科学发展与全面进步,依据社会主义市场经济体制目标的实现要求,特制定本通则。

立法目的:(1)明确商法的规范对象——商人人格创制法律关系并商事行为的实施法律关系。(2)确立商事营业支持原则为商法之首要原则。(3)展示本通则得以制定的缘由与依据。

第二条 商人的营利性营业固然属于适法性行为,但依法负有兼顾交易对方的利益、第三人的利益以及社会公共利益的义务。

立法目的:(1)确立商事营业利益兼顾原则。(2)将民法的诚信原则引入商法并予以制度化。(3)明确:“个人之积”的社会同样是一个客观存在的利益主体。

第三条 商人的营业自由,除受法律的保障并规范外,还须接受政治国家依据职权同时依法而所实施的干预。

立法目的:(1)确立商事营业国家干预原则。(2)明晰在市场调控方面,“看不见的手”是优先于“看得见的手”的。(3)展示国家干预的正当性依据及可供检测的标准。

* 作者简介:高在敏,西北政法大学民商法学院教授。

第四条 因创设商人而涉及对商人形式的选择,以商人类型法定为一般性原则。

立法目的:(1)确立商事主体类型法定原则。(2)明晰商事主体类型原则法定与商事主体类型严格法定的区别界限。(3)商事主体的类型严格法定,既取决于除立法的罗列外,客观上已无商事主体新的类型再行发掘之可能,又取决于既有的商事主体制度不仅健全,而且已呈“善法”的性质。故商事主体类型只能原则法定,而非严格法定。

第五条 因为商事交易的便捷性质而所需要的安全,由商事行为立法予以满足。

立法目的:(1)确立商事交易便捷安全原则。(2)商事交易的便捷与安全需要主要有四个方面:一是通过法律行为而从事商事交易时的真意判断,须采用别之于折衷主义的外观主义标准,同时,还须排斥情势变更事由的介入。二是商事消灭时效期间的期限设定,务必短于民事消灭时效之期限。三是商事除斥权利的设定,必须以意定为主而法定为辅。四是在充分肯定商事交易契约格式化的同时,既有必要防范经济意义的以强凌弱,更有必要清除政治意义的专横与垄断。(3)明确商事交易的便捷与安全,是商事行为立法的首要目标追求。

第六条 受理商事纠纷而适用法律,首先是商事特别法,其次是商事普通法,再次是商事习惯法,最后是民法。

立法目的:(1)明确受理商事纠纷而适用法律的顺序。(2)明晰此一顺序的排列在于其位阶之有别:特殊优位于一般,制定法优位于习惯法,商法优位于民法。(3)明确商法的法理是民商法普通法特别是在其基本原则之中。

第二章 商 人

第七条 本通则所称的商人,是指能够以自己的名义从事商事经营的人。其中的必登商人,是指至少拥有一个企业并已完成商事登记的人。

立法目的:(1)明确商人的本质规定性——能够以自己的名义从事商事营业,并确立必须登记商人(必登商人)的类型。(2)明确必登商人乃商人概念的狭义,并使之成为诸多商人类型之典范。(3)厘清商人与企业之

间最为基本的关系:商人系企业的业主,企业乃商人所握有的事之于营业的资产性工具。(4)申明商事登记乃登记商人人格具有社会公信力的根据,以及是必登商人可得开业的前提条件。

第八条 本通则所称的法定商人,是指实施下列行为中一项的人:

1. 证券交易;
2. 票据或银行卡之使用;
3. 基于投资人的身份并为商人的利益之计,始问津于商人的营业事务。

立法目的:(1)确立法定商人也称免登商人的类型。(2)明确法定商人的人格成就,仅以其实施绝对性质的商事行为为唯一之条件。(3)申明绝对性质的商事行为正是公理性质的商事行为,故有必要承认并以法反映该类行为的客观进化结果。

第九条 基于获利的考量而从事种植业或养殖业的业主,以其自愿履行商事登记手续而成为商人。

立法目的:(1)确立任意登记商人的类型。(2)将任登商人严格限定于种植与养殖两大行业的业主,既由于该两大行业的营业风险概率远高于工商业之营业,又由于此两大行业的经营有助于生态环境的保护,故有必要予以特别的倡导。(3)明确任登商人身份的取得是因其自觉自愿的,并因此才可得到商法的待遇和保护。

第十条 以个体劳作方式提供技能服务者,或以摆摊设点方式从事行销者,不适用商事登记、商事名称权以及经理权授予权之规定。

立法目的:(1)明确小商人的类型,并将其排斥于立法所称的商人概念,以保证商人概念最大可能的纯正性。(2)小商人在质的规定性上确实是商事主体,然在量的规定性上则又同商事主体存在差距,故其事实地便是商事主体与民事主体之间的过渡状态,从而使得商事立法为了将其与大商人予以界分,尚有必要点出小商人的类型。

第十一条 商事登记簿中的所载有误属于误登商人,除法律另有规定外,此等误登不得成为否定商人身份以及其营业属于特定商事营业的依据。

立法目的:(1)确立误登商人的类型,根因于误登商人的出现客观上有

其无可避免性。故既有绝对之必要维护商事登记的法律严肃性,又有绝对的必要维护已登记商人的社会公信力。(2)误登商人在客观上的出现之所以呈无可避免性,在于导致误登的原因,有的是可归责于登记法律关系之当事人的,而有的是无从归责于登记法律关系之当事人的。前者是指对于误登,登记申请人以及登记机关工作人员有过错的情形;后者是指误登纯粹源于“道可道,非常道”的缘故。而为法律所能规范者,仅人的有意识的行为而已。(3)根据社会生活实践便知,作为可归责的误登,往往始自于登记申请人只想使误登商人享有商法的权利,无意使误登商人承担商事义务和责任,故本条规定的核心用意在于“禁止悖言”。(4)商事登记实为登记商人人格有效以及其营业可得开张之条件,故关于误登既可以申请撤销,也可以申请变更。(5)条文中“除法律另有规定”,既是为了照顾商事生活的至为复杂,又是有意识出具的一项颇有弹性之例外,因之仍是有其必要性的。

第十二条 本通则关于商人的一般规定,效力及于法人商人,合伙商人及自然人商人。

立法目的:(1)明确本通则关于商人的规定,本然地便是商事主体最为基础的普通法,因之其效力可及于一切类型的商事主体。(2)有了商人的一般性规定,随之务必有不同类型商事主体的特别法,故本条规定的重点,在于充分肯定法人商人、合伙商人以及自然人商人三大类型的界分。(3)对于具有个体形式、独资意义的自然人商人之措辞,客观上可能会有不同见解,即不如称之为个体商人或独资商人似乎更为明快以及尤显客观。但是,能够看到的是,无论是采个体商人的措辞,或者是采独资商人的称谓,都是难以满足上述三大商人类型之界分的。因为,包括商法人在内的法人作为一个完全抽象的真实和存在,以及包括商合伙在内的合伙,作为一个不完全抽象的真实和存在(具体指合伙人为自然人时,虽无抽象性,但合伙团体却具有抽象性,且合伙团体的人格还需要以合伙人的人身为信任条件,故合伙团体只能系一非完全抽象的真实和存在),天然地都是属于个体之范畴的,进而使其出资无以规避独资之意义。(4)言及中国大陆的商事主体特别法,自然会涉及已经实施的《公司法》、《合伙企业法》以及《个人独资企业法》,然作为后两项单行法,事实却是在为企业主立法而非为企业立法,表明其现有名称的不当与失真,即应称作《合伙商人法》与《自然人商人法》。

第十三条 非完全民事行为能力人之成为商人或成为商事合伙的合伙人,以其所享有的企业经营权或企业经营参与权,业已委托于其代理人代为行使,且该项代理事宜已附随于商事登记而为必要前提。

立法目的:(1)基于投资既可获得商人身份,亦可获得股东身份,然为本条所关注的,不是非完全民事行为能力人之如何才能够成为股东,而是如何才能够成为商人包括商事合伙人类型的准商人,根本的用意自然在于有此规定便可最大限度地满足商事营业支持原则之要求。(2)构成非完全民事行为能力人成为商人或准商人之最大障碍的,在于其民事行为能力之尚不完全,而又如何能够议其商事行为能力之具备。因为,在一方面,即据于实践理性便知,主体的商事行为能力在品质上是绝对需要高于其民事行为能力之;但在另一方面,又即时至今日人类所拥有的理论理性能力,仅仅发掘出了民事行为能力的把握依据——年龄及智力发育状况,还不曾发掘出商事行为能力的可供把握之依据。故借助于代理,使此问题便有解决之希望。(3)将企业经营权或企业经营参与权的委托代理行使关系,附随于商事登记而一并登记,形式上是在强调此等关系,是非完全民事行为能力人成为商人或者准商人的绝对必要登记事项,而在实质上,则又是为了最大可能地使企业主得以明晰,使非完全民事行为人的利益保护可臻于周备之状态。

第十四条 有婚姻关系者之成为商人或成为商事合伙的合伙人,以无夫妻分别财产制约定者为限,其营业资产、出资份额、基于经营或分配而所取得的利益,归夫妻双方共同共有。

立法目的:(1)家庭在形式上,确系一个“个人之积”的人合团体,但构成家庭的本质规定性的,则无非是旨在于满足家庭成员在精神上的守望与共,以及在物质上的消费按需之企求,因之使得家之团体优位于其成员个人,始终都是家的最为本份的真谛。故本条立法的动因,正是立足于家之团体优位的立场,而对在婚者之从商予以立法形式之规范。(2)关于欧陆的此方面立法,多考虑于男女有别的客观事实,仅对妻子之从商进行规范,而致丈夫之从商不受此方面立法之约束,遂留下“大有歧视妇女嫌疑”之话柄。有鉴于此,受本条之规范与约束者,以在婚之人有限,意在彰显“男女平等”之寓意。(3)事实表明,关于自然人之能否成为商人,取决于两个条件的先行具备:一是拥有一定数量的闲置货币,二是拥有卓越的商事营业才能。故关于在婚之人的从商,为立法所应重点关注的,非为企业经营权或企

业经营参与权的夫妻共享,而是由于其出资系夫妻共有才使得其收益有必要共同共有。

第十五条 法人商人因为过错,导致自身缺乏清偿商事债务的能力时,债权人为了使自己的债权能够优先实现,有权通过诉讼的方式对其有限责任能力提出否认。

立法目的:(1)作为本条的规定,旨在于以商事债务人系法人商人充当前提,而为商事债权人的债权提供比民事债权更有实现力度的保全措施。因为,关于现代民法上的债权保全,即无论是民事债权人行使撤销权,或者是其主张代位权,均不因此等权利的行使而致自己可以优先受偿,然作为商事债权的保全,债权人针对于自己所保全的债权则是有权优先受偿的。当然,立足于现实生活,因意思自主之缘故,围绕商事债权的保全,债权人仍然是有选择民事债权保全措施的权利的。(2)关于商事债权的此项保全措施,美国法学谓之为“揭开公司的面纱”,日本法学名之为“公司法人格透视”,德国法学称之为“直索股东责任”,中国大陆学界由于受“急功近利而唯重实用”之习的趋使,又多以生存活剥形式的云之为“否认公司人格”,殊不知,构成商事债权此项保全之本质规定性的,仅在于以否认法人商人的有限责任能力为手段,来保证商事债权人所保全债权的优先实现,从而与“公司法人否认”或“法人人格否认”不能不是判然有别的两回事。(3)英美的“揭开公司面纱”之所以需要,根因于其公司法的“授权资本制”,以及与之而来的商事登记之绝对形式审查。否则,在他们那里,又何以会出现所谓的“一磅公司”或“稻草公司”。而德日诸国的“直索股东责任”或“公司人格透视”,其针对对象事实地便是法人商人以坑害其债权人之目的;或以不当支付之类的方式来隐匿公司的财产,或以做假账的方式来表明自己缺乏清偿能力。这种“以实为虚”的作为,显然与法人商人的独立人格仅存在间接的关系,而与其业已得到的有限责任能力之庇护有直接关系。这便表明,在一方面,即如果说“揭开公司面纱”是英美法系公司资本授权制的必要补充,那么,“公司人格透视”或者“直索股东责任”,自然地又是大陆法系公司资本法定制的必要补充;在另一方面,又即商事债权的如此保全措施,在德日诸国仅限于司法裁判上的运用而尚未成为立法上的制度,然作为在商事立法方面后起者的我们,针对于我们的文化传承特别是“少诚缺信”的落后习俗,倒是极有必要通过立法的形式而承袭之。(4)随着此项制度在立法