

上大法学文库

商事主体与商事信托 法律制度研究

李智等◎著

 上海三联书店

上大法学文库

商事主体与商事信托 法律制度研究

李智等◎著

图书在版编目(CIP)数据

商事主体与商事信托法律制度研究/李智等著. —上海:上海三联书店, 2016. 11

(上大法学文库)

ISBN 978-7-5426-5596-7

I. ①商… II. ①李… III. ①信托法—研究—中国
IV. ①D922.282.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 114727 号

商事主体与商事信托法律制度研究

著 者 / 李 智等

责任编辑 / 王笑红 郑秀艳

装帧设计 / 汪要军

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海惠敦印务科技有限公司

版 次 / 2016 年 11 月第 1 版

印 次 / 2016 年 11 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 250 千字

印 张 / 17

书 号 / ISBN 978-7-5426-5596-7/D·326

定 价 / 45.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-56475597

前 言

商法作为维护市场经济秩序的基本法,确立商事主体,指导商事行为,规范商事操作机制。商事主体作为商事活动的起源,定格商法的调整对象;商事主体所为的商事行为,引领商法的价值取向。所谓商法,即是以商事主体为核心、对其行为进行技术性规范并凸显出浓烈逐利情结的“商人法”。

商事主体与商事行为作为“商人法”中的两大核心元素,体现了商事立法的实践品格并与时俱进。公司作为商事活动最基本的主体,浓缩了市场经济跌宕起伏的历程;商事信托作为一种特殊的商事行为,代表了资本经营模式的高端水平。作为现代社会最合理的治理工具——公司,将其引入传统的信托制度之中,才使信托具有了商事特质。是故研究商事信托,则需以公司法制为前提。本书第一编以商事主体法律制度研究为楔子,并选取公司作为主要研究对象;第二至第四编推进探讨商事信托,以房地产投资信托(REITs)法律制度为奠基研究,其后提升研究保障性住房投资信托(REITs)法律制度,最后对家族信托等新型信托制度进行展望。

第一编铺陈商事主体法律制度研究。公司作为商事主体中的重要组成部分,对其设立、运营、终止等各个环节的法律规制无疑在商法中占有举足轻重的地位。本世纪之初,对于中国公司法的改革呼声日高。本书从比较研究入手,对有限责任公司的法律制度、股东权益保护、公司治理结构、公司资本制度、企业社会责任、企业融资问题等方面进行了较为详实的研究。这一系列专题为本书第二至四编商事信托提供了前提性探索。

第二编转入房地产投资信托(REITs)基础法律制度研究。20世纪90年代以

来,发展房地产业对于有着 13 亿人口的中国尤其具有战略意义。而房地产业的发展与房地产金融业的成长息息相关。与发达国家相比,我国的房地产金融仍处于初级阶段,存在着融资渠道单一、房地产金融市场法律体系亟待完善等问题。我国房地产金融业的相对滞后已成为制约我国房地产业持续发展的重要因素,而加快金融创新、成立房地产投资信托无疑将是市场的必然选择。房地产投资信托(REITs)的理念发端于 1960 年,迄今已走过近半个世纪的历史,其不仅立法十分完善,而且运行也较为稳定。更值得一提的是美国 REITs 真正发展的时期是 1960 年至 1970 年间,而这期间美国的金融环境与中国现阶段的金融环境非常相似。当时美国由于政府紧缩银根,信贷额度相应缩小,导致房地产项目资金普遍匮乏,而握有大量闲散资本的小投资者却无力以自身资产投资房地产,在此情形下美国政府通过法案正式确立了 REITs 制度,并一直延续至今,成为联系房地产资金需求者和投资者的重要纽带。西学东渐,通过研究国外尤其是美国的 REITs 制度,对尝试建立中国房地产投资信托(C-REITs)制度以拓宽融资渠道将大有裨益。

第三编深化保障性房地产投资信托(REITs)法律制度研究。美国保障性住房 REITs 初现于上世纪 60 年代,以廉租房 REITs 的形式出现。到 1986 年,低收入住房返税政策(Low-income Housing Tax Credit, LIHTC)出台即掀起一股廉租房 REITs 的投资高潮。2011 年 9 月国务院办公厅发布的《关于保障性安居工程建设和管理的指导意见》提出了加快解决中低收入家庭住房困难,促进实现住有所居的目标,保障性住房难题亟待解决。本部分首先从美国 and 香港等国家与地区保障性住房 REITs 的成功经验入手,联系我国实际,丰富我国关于保障性住房 REITs 的相关理论,为完善我国 REITs 的法律体系提出建议;其次从廉租房、公租房、经适房三个方面入手,寻求符合国情的保障性住房 REITs 制度设计方案,试图凭 REITs 之优,排中低收入群体住房之难,解政府和房地产企业之急,为立法部门和司法部门提供建议,以化解社会矛盾,维护社会稳定。

第四编开发新型信托法律制度研究。“富不过三代”的说法流传至今,像“魔咒”一般在很多家族应验。如何才能打破魔咒,实现家族财富的基业常青?在欧美国家越来越多的富人把“家族信托”当作传承家族财富的重要方式。随着平安信托发售国内首款家族信托产品,家族信托的发展前景广阔。我国《信托法》颁布距今

已有十几年,由于法律的滞后性,立法之时不可能面面俱到,目前在设立家族信托之际财产所有权的归属、财产登记制度、受托人的权利与义务平衡等法律问题仍有待完善。

在此感谢对本书的整理提出宝贵意见的上海大学法学院同事:张秀全教授、李凤章教授、陈剑平教授、崔文玉教授、李本教授、李立新副教授、陈敬根副教授、杨显滨博士及南昌大学法学院杨峰教授。感谢参与本书梳理与校对工作的研究生同学:卫鑫、李荣、徐元强、王琼、陈雅。

感谢上海大学法学院推出代表作系列丛书项目,使得本人有机会将拙作及与弟子的合作作品汇集成本书,与大家分享。由于时间有限,本书中的错误在所难免,还希望各位读者不吝赐教。

李 智

2016年9月



目 录

C O N T E N T S

前言 / 1

第一编 商事主体法律制度研究

专题一 澳门与内地有限公司法律制度之比较 / 3

一、有限公司的设立 / 4

二、股东与公司的关系 / 5

三、组织机构 / 6

四、“一人”有限公司 / 8

五、澳门与内地有限公司法律制度冲突的解决途径 / 9

专题二 英国“小公司”法改革介评 / 11

一、“小公司”法改革之背景与“公司第一位考虑”原则 / 12

二、“小公司”法改革内容介绍 / 13

三、结语 / 16

专题三 上市公司收购与小股东权益保护 / 18

一、上市公司收购对小股东权益之影响 / 19

二、上市公司收购中股东权保护不足之原因分析 / 20

三、上市公司收购中小股东权益保护措施之完善 / 22

专题四 CEO 法律地位与法律责任问题研究 / 27

- 一、CEO 的法律地位 / 28
- 二、CEO 的法律责任 / 32
- 三、强化 CEO 法律责任之对策研究 / 37
- 四、结语 / 42

专题五 公司减资制度初探 / 43

- 一、“减资”减什么? ——外延及内涵 / 44
- 二、减资制度涉及利益冲突之考量——对股东、
债权人的保护 / 46
- 三、减资制度的实证考察——比较研究 / 48
- 四、减资制度有必要存在吗? ——实质与合理性分析 / 51
- 五、我国减资制度的检讨——立法现状与对策 / 52

专题六 股票折价发行禁止之反思 / 56

- 一、折价发行之禁止——传统理念 / 57
- 二、折价发行之允许——比较研究 / 58
- 三、禁止折价发行反思之一——法学维度 / 62
- 四、禁止折价发行反思之二——经济学维度 / 67
- 五、我国股票发行制度之检讨与改革 / 72

专题七 论企业社会责任中的利益平衡 / 75

- 一、企业的社会责任就是捐赠吗? ——企业社会责任的
内涵解读 / 76
- 二、捐赠的标准是什么? ——现行相关法规的缺失分析 / 78
- 三、捐赠的制度完善——企业社会责任中的利益平衡 / 79

专题八 民间借贷风险的法律防范 / 81

- 一、民间借贷的内涵及其新特点 / 82

- 二、民间借贷的风险分析 / 85
- 三、民间借贷风险的法律规制 / 89

第二编 房地产投资信托(REITs)基础法律制度研究

专题九 房地产投资信托(REITs)法律制度之基本理论 / 95

- 一、房地产投资信托(REITs)的界定 / 96
- 二、房地产投资信托(REITs)中的信托法律关系 / 101
- 三、房地产投资信托(REITs)与其他房地产金融工具的比较 / 104
- 四、房地产投资信托(REITs)的历史演进与发展 / 110

专题十 房地产投资信托(REITs)之功能演绎与成因探析 ——以美国 REITs 立法为背景 / 125

引言 / 126

- 一、REITs 立法目的之偏离 / 126
- 二、税法对 REITs 兴起的重要影响 / 131
- 结语 / 137

专题十一 房地产投资信托运作中的几个相关问题 / 139

- 一、证券立法与注册豁免 / 140
- 二、利益冲突与治理结构 / 141
- 三、股份的转让限制 / 142
- 四、反收购体制 / 144

专题十二 房地产投资信托制度(REITs)风险之法律规制与 运营控制 / 148

- 一、REITs 风险之法律规制简析 / 149
- 二、伞型合伙(UP REITs)结构风险的法律规制 / 155
- 三、合股(Staple-REITs)结构风险的法律规制 / 157

四、下属合伙结构风险的运营控制 / 159

专题十三 中国房地产投资信托风险规避 / 162

一、银监会暂行办法(征求意见稿)相关规定之不足 / 163

二、中国 C-REITs 风险规避机制之设计 / 164

三、结语 / 171

第三编 保障性房地产投资信托(REITs)法律制度研究

专题十四 廉租房房地产投资信托的域外经验及其借鉴 / 175

一、消除迷思：房地产投资信托消极属性的诠释 / 176

二、制度移植：我国廉租房建设引入房地产投资信托的“试水” 和困境 / 178

三、他山之石：美国和我国香港特别行政区廉租房房地产投资 信托的经验 / 182

四、突破瓶颈：我国廉租房房地产投资信托制度之构建 / 184

专题十五 中国廉租房 REITs 模式设立中的法律问题 / 192

一、廉租房 REITs 模式的发展概况 / 193

二、中国廉租房 REITs 模式设立中的问题 / 195

三、中国廉租房 REITs 模式设立法律环境之完善 / 197

四、中国廉租房 REITs 模式设立机制之借鉴 / 199

专题十六 廉租房 REITs 的困境与脱困 / 201

一、必要性及困境：廉租房 REITs 在中国的入驻 / 202

二、比较与借鉴：美国与我国香港保障性住房 REITs 的 制度经验 / 207

三、设计与脱困：中国廉租房 REITs 的走向 / 210

专题十七 廉租房 REITs 风险防范之法律制度研究 / 217

- 一、中国廉租房 REITs 的融资现状及发展意义 / 217
- 二、中国发展廉租房 REITs 的现状概述 / 220
- 三、中国发展廉租房 REITs 的内外部风险分析 / 221
- 四、构建廉租房 REITs 的风险防范制度 / 223

专题十八 公租房 REITs 的瓶颈与出路 / 226

- 一、理论铺叙：REITs 之法律解析 / 227
- 二、REITs 应用于公租房建设中的可行性 / 227
- 三、瓶颈解构：公租房 REITs 的法律障碍 / 229
- 四、他山之石：美国 and 我国香港保障性住房 REITs 的经验 / 231
- 五、制度设计：中国公租房 REITs 的走向 / 233

专题十九 经济适用房 REITs 的路径依赖与法律构建 / 237

- 一、理念与优势：经济适用房 REITs 在中国的引入 / 238
- 二、可行性与瓶颈：经济适用房 REITs 在中国的入驻 / 240
- 三、源头与启示：经济适用房 REITs 的美国经验 / 242
- 四、框架与设计：中国经济适用房 REITs 的走向 / 243

第四编 新型信托法律制度研究

专题二十 家族信托法律问题探析 / 251

- 一、打破“魔咒”：家族信托之兴起 / 252
- 二、发展与缺憾：我国家族信托之现状与窘境 / 253
- 三、回荡与探索：英美家族信托之发展与启示 / 257
- 四、且行且完善：我国家族信托法律问题之思考 / 260



第一编 商事主体法律制度研究

- 专题一 澳门与内地有限公司法律制度之比较
- 专题二 英国“小公司”法改革介评
- 专题三 上市公司收购与小股东权益保护
- 专题四 CEO 法律地位与法律责任问题研究
- 专题五 公司减资制度初探
- 专题六 股票折价发行禁止之反思
- 专题七 论企业社会责任中的利益平衡
- 专题八 民间借贷风险的法律防范

专题一 澳门与内地有限公司法律制度之比较*

李 智

(上海大学知识产权学院, 上海 200072)

目 次

一、有限公司的设立

二、股东与公司的关系

三、组织机构

四、“一人”有限公司

五、澳门与内地有限公司法律制度冲突的解决途径

摘 要: 澳门与内地的法律在有限公司的登记设立、成立后股东与公司的关系、组织结构,以及可否成立“一人”有限公司等方面存在较大差异。为解决两地间的这个问题,必须尽快完善与修订两地现行的公司法并制定全国统一后的区际冲突法。

关键词: 澳门;内地;有限公司;公司法

中图分类号: D922 291 91

文献标识码: A

文章编号:

1002-8919(2001)02-0037-05

* 本文载于《中国青年政治学院学报》2001年第2期(政治类 CSSCI)。

作者简介: 李智(1968—)女,重庆人,上海大学知识产权学院讲师,法学硕士,主要研究民商法学、澳门民商法、WTO 动态。

澳门由于其特殊的历史背景,中小型企业居多,而中小型企业最宜采用的公司形态是有限公司。因而,有限公司在当今澳门各类商业组织和经济实体中所占的比例最大。根据澳门基本法,澳门回归后,其现行的公司法律制度将得到保留。回归后,由于实行不同的有限公司法律制度,澳门与内地有限公司法律制度是否会冲突?应如何协调这两者之间的冲突?这已成为两地法学界及工商界人士关注的焦点。本文拟从有限公司的设立、股东与公司的关系、组织机构等方面,就《澳门公司法典》与内地《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)中有关有限公司的法律制度作一比较。

一、有限公司的设立

有限公司是指股东以其出资额为限对公司债务负有限责任的公司,在澳门,它又被称为责任有限公司。所谓公司的设立,是指成立公司的创办人依据法律的要求,准备和实现公司必须具备的一切条件,并建立起一个具有独立法律人格的经济实体之一系列法律行为之总和,在有限公司的设立上,澳门公司法与内地公司法原则上都采用登记准则主义。但二者仍有所差异,主要表现在:

(1) 澳门公司法仅严格限制有限公司的人数上限,而没有最低人数要求。《澳门公司法典》第 188 条规定,有限公司的人数不得超过 30 人,且任何使公司股东人数超过 30 名的行为,只要是该公司尚未正式以决议转变为股份公司的,都不发生任何效力。而内地公司法则不仅严格限制有限公司的人数上限,也规定了最低人数要求。《公司法》第 20 条规定,除了国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以作为单个股东设立国有独资的有限责任公司外,其他有限责任公司股东必须为 2 人以上 50 人以下。

(2) 澳门公司法对有限公司既限制最低资本额,也限制最高资本额,同时允许分期缴纳股金。《澳门公司法典》第 189 条规定,“有限公司之资本,不得少于澳门币 2.5 万元,不得逾澳门币 500 万元。”依此法律规定,如公司资本超过 500 万元,则必须通过决议将公司转化为股份公司。这种对公司作最低与最高资本额限制的作法,即使在大陆法系国家中也称得上是独树一帜。并且澳门公司法允许分期缴纳股金,只规定在公司成立前股东必须交足 50% 的股份。内地公司法仅根据各种

不同行业的具体特点,规定了各行业的最低注册资本限额:“以生产经营为主的公司人民币 50 万元;以商品批发为主的公司人民币 50 万元;以商业零售为主的公司人民币 30 万元;以科技开发、咨询、服务性为主的公司人民币 10 万元。”这些规定与其他大陆法系国家的法定资本最低限额相比,数额偏高,一般约高出 10 倍~20 倍,有的甚至更高,同时又要求过严:我国现行公司法规定设立公司时,股东必须一次缴清股金,不允许分期缴纳。因此,在内地设立有限责任公司比在澳门设立同类公司更难,这也是现行公司法律制度在市场经济发展中逐渐显露出来的弊端之一。

二、股东与公司的关系

有限公司是一种典型的合资公司,股东以其认购股份的出资额构成该股东所拥有的作为一个单位的定量,并不像股份公司一样,将公司的资本划分为相等的份额由股东认购。依据澳门与内地公司法的规定,两地有限公司之股东在公司成立后均以其出资额为限对公司承担有限法律责任。但同时,内地有限公司在股东与公司的关系上存在着一些差异,这些差异主要如下:

(1) 澳门公司法规定有限公司的出资方式较少,但允许股东在公司设立时欠缴股款,并严格规定了不按期缴纳欠缴股款的责任。澳门公司法规定,有限公司股东应履行出资义务,可以缴现金,也可缴实物。有限公司的股单面值至少为 1000 澳门币,并且必须为 50 元的倍数。认缴出资必须首先以现金缴付 50% 的股单,当已认缴的股额达到法定的公司资本最低限额时,其余出资可延迟,但延迟缴纳的期限最长不得超过三年。当股东不按期缴纳股款时,不仅其他股东有义务对其所欠之股款承担补充出资之连带责任,而且延期缴款之股东会丧失其对股单的权利,且无权收回已作为股款所支出的金额。这种做法,便于股东以较少的资金设立有限公司,又通过对欠缴股款之最长期限及不按期缴纳的责任规定,来确保公司出资的真正到位。而内地有限责任公司的出资方式较之澳门同类公司为多,但不允许股东在有限责任公司设立时欠缴股款。内地公司法规定,股东可以用货币出资,也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。当发现作为出资的实物和工业产权等实际价额显著低于公司章程所定价额的,公司设立时的其他股东应

对此承担连带责任,而未缴足出资的股东在补缴其差额后,仅向已足额缴付出资的股东承担违约责任。由于对未缴足出资的股东责任规定较少,因而在一定程度上影响了有限责任公司出资的真正到位。

(2) 澳门公司法对股东之间相互转让股份作了严格限制。澳门公司法规定,股东之间相互转让股份应以“私文书”确定(即区别于由立契官公署所作出的“公文书”),且必须通知公司并登记,否则转让无效。对于股份的转让,本公司享有第一优先购买权,为期 45 天;如公司不行使该优先权时,其他股东可按持股比例享有第二优先购买权,为期 15 天。由于存在购买顺序,不利于股东之间相互转让股份,但却因为有购买的时间限制,加速了股份转让的进程。内地公司法仅笼统规定,股东之间可以相互转让其全部出资或部分出资,并无购买顺序的限制,因而股东之间可自由转让其出资。另一方面,由于没有转让的时间限制,影响了股份转让的速度,不利于效率的提高。

(3) 澳门公司法允许股东在公司成立后收回其出资,并规定由其他股东分摊偿还其股款的办法。澳门公司法规定,当一股东被除名或退出时,其他股东应向该股东分担偿还其所持之股的股款。“摊还应依股东之决议进行,未缴足股金之股份不得摊还。摊还的金额分两期支付,即在应摊还之日起六个月及一年后各支付一半。”^{〔1〕}内地公司法则规定股东在公司登记后,不得抽回其出资。公司财产按规定清偿后的剩余财产,有限责任公司按股东的出资比例情况分配。这就要求股东在公司登记前慎重考虑其是否出资,出资多少等问题。

三、组织机构

组织机构是公司决策、管理与监督等机构的总称。公司的一切活动,包括业务发展、操作运行、监督管理等等,均受制于组织机构,完成于组织机构。可以说,组织机构是公司的命脉所在。正因为如此,组织机构的组成与运作对一个有限公司的生存与发展至关重要。澳门公司法与内地公司法一样,均规定有限公司组织机构包括股东会、监事会等机构,但两地在股东会、监事会等具体规定上存在诸多差

〔1〕 米健:《澳门法律》[M],北京:中国友谊出版公司,1996 年版,第 39 页。