

第**3**辑

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商法 前沿论坛

名家争锋，观点碰撞，勾画出21世纪中国民商法学绚丽多彩的图景

主编 王利明

人民法院出版社

民商法
前沿论坛

圖 1 圖例、圖式編號、圖式名稱、圖式內容、圖式說明

Abstract

第**3**辑

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商法 前沿论坛

主 编	王利明	
副 主 编	杨立新	张新宝
	王 丽	李贵方
执行编辑	尹 飞	程 啸

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民商法前沿论坛, 第3辑/王利明主编. —北京: 人民法院出版社, 2004

ISBN 7-80161-741-X

I. 民… II. 王… III. ①民法-研究-中国②商法-研究-中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 014117 号

民商法前沿论坛 (第3辑)

王利明 主编

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲9号 (100101)

电 话 (010)65290565 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 481 千字

印 张 28.25

版 次 2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-741-X/D·741

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

民商法前沿论坛编委会

主 任 王利明 中国人民大学法学院教授、副院长，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

副主任 杨立新 中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心副主任

张新宝 中国人民大学法学院教授，《法学家》副主编

王 丽 德恒律师事务所主任，法学博士

李贵方 德恒律师事务所诉讼部主任

编 委 (按姓氏笔画排列)

尹 飞 王 轶 冯 恺 吴兆祥 张 谷

周友军 易 军 姚欢庆 姚海放 高圣平

屠振宇 梅夏英 麻锦亮 程 啸 熊诤龙

序 言

先师佟柔先生在世之时，曾邀请我国著名法学家谢怀栻教授到人民大学为研究生讲授外国民法。当时谢老坦言，自己在很多问题上与佟老师观点并不一致，而佟老师仍然坚持邀谢老教学，且特别要求重点讲授不一致之处。斯人已去，但此事已作为坚持学术交流和欢迎学术批评的佳话，为学界广为流传。

随着我国社会主义市场经济的深入发展以及我国法治建设的蓬勃发展，国内各高校法学院系师资力量的普遍加强，校际间教师相互授课客观上已不现实。但我认为，这种情况下更有必要加强彼此之间的学术交流。因此，早在筹建国家重点研究基地——中国人民大学民商事法律科学研究中心的过程中，我就一直考虑在基地建立后，举办一项固定的民商法学术论坛，广泛邀请各方学者到此演讲，并依托基地网站长期开展活动。这样做的理由有三：其一，学术乃天下之公器，学术研究需要的是信息沟通、思想碰撞与学术批评。惟其如此，方能作到问题越研究越深入，真理越辩越明，最终实现学术的昌明与繁荣。有此论坛，可为各方争鸣之地。其二，学者到论坛畅谈自己的最新观点，并通过录音整理上载到网络，可以利用现代化的信息技术，将我国民商法领域最新的成果在最短时间内，以最深入浅出的方式传播出去，引起国内民商法理论界和实务界乃至全世界的关注。这有利于进一步繁荣、活跃学术气氛，促进对民法理论的深入研究与思考，真正为国家立法工作提出建设性意见，为中国法治建设做出贡献。其三，先哲孔子曾言，“见贤思齐焉。”人大学子能藉此亲耳聆听各地学者的前沿见解，当面请教乃至质疑，从而开拓视野、博采众长。这一过程，更为人大学子未来的学问人生，树立其行动的楷模和赶超的目标。

这一想法，得到了中国人民大学民商事法律科学研究中心诸同仁的一致赞同。基于其主题集中于民商事法律，且内容为相关领域前沿问题，故名之曰“民商法前沿论坛”。该论坛于2000年8月开始筹备，2000年9月15日正式启动，德恒律师事务所为论坛提供了经费的支持。三年多来，已累计举行讲座100余讲，现场听众一万五千多人次，讲座纪录稿在“中国民商法律网”上全文发表后，累计阅读量百万余次，不仅在国内法学界、实务界和社会上获得了广泛好评，同时影响远及德、美、英、日等

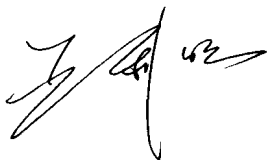
国。“民商法前沿论坛”已经成为民商事法律科学研究中心的品牌性学术活动。

论坛举办至今,曾应邀参加论坛发表精彩演讲已有百余人,其中既有学界前辈大师谢怀栻、江平、陈光中等,也有梁慧星、吴汉东、郭明瑞、崔建远、方流芳、黄进等中青年法学家以王轶、梅夏英、王涌等学界新秀;既有我国大陆学者,也有刘春堂、赖源河、谢哲胜、陈荣隆等我国台湾地区学者,同时还有森岛昭夫、新美育文、田中信行、弗克兰·闵策尔、Winsent Johnson、Benjamin L. Liebman 等国外学者和实务界人士。万鄂湘、高西庆、吴家友、张玉卿、蒋志培、朱少平、孙佑海等立法、司法、行政部门的领导也应邀莅临本论坛,就实务中的重大问题发表演讲。尤为让人感动的是,谢怀栻先生不顾年老体衰,仍大力襄助此事,先后就“民法学习方法”和“物权法的基本问题”发表了自己的见解。藉此论坛百讲汇编付梓之际,我谨对莅临“民商法前沿论坛”的各位学者、专家,致以真诚的谢意!

这一论坛在举办之时,由当时仍在我校任教的张谷老师负责,此后由我指导的博士生尹飞和程啸负责,杨立新、张新宝、姚辉等教授也为论坛的开展提出了许多宝贵意见,高圣平、龙毕敏、潘涛等同志也为论坛的顺利举行承担了大量工作。此外,本论坛的开展,还得到了德恒律师事务所及该所主任王丽博士、副主任李贵方博士的大力协助。最高人民法院出版社陈建德、吴秀军、刘德权等编辑为本文集的出版备极辛劳。在此,对这些同志表示衷心的感谢!

“士不可以不弘毅,任重而道远”,希望“民商法前沿论坛”能继续举行下去,更希望莘莘学子奋发向上,为我国社会主义法治建设和民商法事业的繁荣发展做出应有的贡献!

是为序!



2004年3月3日于中国人民大学贤进楼

目 录

序言	(1)
----------	-------

商法·经济法

从有限合伙所想到的	江 平 (3)
公司法的理念	史际春 (17)
公司法修改中的重大问题	刘俊海 (32)
财经新闻与股东权益保护	陈志武 (50)
国有企业建立现代企业制度的法律问题	史际春 (65)
投资基金立法若干问题	朱少平 (82)
中国票据法的完善	王小能 (95)
对最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的 民事赔偿案件的若干规定》的理解与适用	贾 伟 (109)
证券欺诈民事归责问题之探讨	郭 峰 (123)
证券法的民事责任问题	赖源河 (135)
破产法制定中的主要问题	李永军 (144)
公民环境权的民法保护	吕忠梅 (161)

国 际 法

国际贸易与环境法障碍	孙佑海 (181)
WTO 与中国反垄断法	王晓晔 (192)
WTO 与消费者权益保护	王利明 (198)
我国国际私法研究的回顾与展望	黄 进 (222)

司法制度·证据法

民事审判方式改革中的若干问题	江 伟 (237)
----------------------	-------------

2 民商法前沿论坛(第三辑)

当代中国的司法改革	李 浩 (251)
中日司法改革	田中信行 (264)
法官助理眼中的美国联邦最高法院	李本 (Benjamin L. Liebman) (274)
民事证据法的基本原则	王利明 (291)
证据法若干基本问题的法哲学分析	江 伟 (311)
司法解释中的民事证据问题 ——兼评关于民事诉讼证据的若干规定	李 浩 (329)
中国民事证据立法模式与体系内容	陈界融 (352)
审判上的司法认知制度	毕玉谦 (367)
诉讼认识论	吴宏耀 (382)
魅力与冲突 ——交叉询问的艺术	张卫平 (398)
举证责任在特殊民事案件中的可分割性	叶自强 (406)
刑事诉讼中的证明问题	陈光中 (424)
行政诉讼证据中证据问题	马怀德 (433)

商法·经济法

从有限合伙所想到的*

江 平**

美国近年来关于合伙的立法大大加强，而近年来我国高科技发展也涉及有限合伙问题，讨论合伙企业法时也常涉及有限合伙。由此可见，合伙这一很古老的企业形态至今仍富有生命力，具有既古老又现代的两重特征。所以从合伙特别是有限合伙这个问题去研究，我们现在有五个问题需要思考。

一、有限合伙与风险投资

为什么讨论风险投资特别是高科技风险投资时人们又想到了有限合伙？现在看起来，有限合伙可以说是很适合或者最适合风险投资的一种形式，五百年前与今天可能面临着同样的情况。

有限合伙（Limited Partnership）是美国的称呼。大陆法称“隐名合伙”，其前身为“康曼达”契约，后为两合公司。应该说，从大陆法来看，康曼达契约——隐名合伙——两合公司，构成一个清晰的发展脉络。但两合公司没能发挥其融有限责任与无限责任于一体的优势，却恰恰发挥了两种责任的劣势。现在大陆法许多国家已不再有两合公司以及其变体股份两合公司了。而有限合伙在美国却得到了很好的发展，美国专门制订了有限

* 本次演讲系中国人民大学民商事法律科学研究中心与德恒律师事务所共同主办的“民商法前沿论坛”之一，于2000年10月13日在中国人民大学法学院贤进楼举行；列席嘉宾为德恒律师事务所主任王丽女士、德恒律师事务所诉讼部主任钱卫清先生；主持人张谷。

** 中国政法大学教授、博士生导师。

合伙法,出现了多种很好的合伙形态值得我们学习,特别是律师事务所,隐名合伙的形态能否运用?这些都给我们提出了很宽广的思考空间。

首先,隐名合伙或曰有限合伙为什么能在高风险领域内出现?从历史上看,中世纪地中海沿岸最富风险的是航海:绕过好望角到印度做生意。人们考虑如何将投资者——银行家,与经营者——航海家、探险家以一个新的契约形式为纽带联合起来。当时的普通合伙人须负无限责任,也就是说如果船遇风浪或触礁沉没,不仅要承担船的损失,还要承担货物损失,因此,出资者不愿承担无限责任。而通过借贷投资的方法,一方面回报率不高,另一方面当时基督教又不许有息借款,这样经营者就很重要:他必须明航海避开风浪、懂地理躲过暗礁;还要懂得经营——也就是既懂自然知识,又具有企业家的素质。这就与无限合伙的合伙人,有限公司的股东都不同。无限合伙人均负无限责任;公司股东均负有限责任,其责任形态都是一样的,这也合乎公平原则,而有限合伙中,虽然大家出资可能一样,但其中之一乃经营者且承担无限责任,另二者不参加经营而以其出资为限承担责任,则经营者完全有理由要求获得高于 $1/3$,甚至获至 $1/2$ 的利润,因为其承担无限责任,风险大。这种出资比例和利润分配关系完全可以用合同以及合同法来调整。

从另一个角度来看,承担无限责任者必须具名。欧洲国家的合伙必须具名,合伙名称中必须冠以合伙人的姓名;按英美法规定,若不冠合伙人名称则须经过特批。合伙人冠以名称就意味着须以其全部家产来承担责任。承担有限责任的合伙人则不具名,也不参与管理。这样,就为企业家提供了方便:银行家为其提供资本,企业家造船、购置货物绕过好望角、运河做生意,一切都由企业家来管,银行家不干预其经营。这样,企业家就可以把其天文地理航海等知识与其经营理念融为一体来经营。

今天,我们面临同样的问题,高科技产业的投资也是一样,比尔·盖茨当初搞微软时,也采用了有限合伙形态,他以其技术出资,有眼光的资本家则向其投资,而且为避免无限责任,只承担有限责任,并且,出于对技术人员的信赖,也不干预其经营。对于盖茨来说,他不像大资本家腰缠万贯(当然这是当年,现在他已是世界首富了),不怕承担无限责任,真可谓“丢掉的是锁链,获得的是全世界”,失败不会有太大负担,成功了财富就会滚滚而来。所以,微软经历了一个有限合伙——有限公司——上市公司的历程,在开发过程中,其获得了大量投资;转化为有限公司时取得了大量股权;上市后,取得了大量财富。

现在,我国科技界人士已经在思考如何利用有限合伙这一形态。制订合伙企业法时曾将有限合伙单独作一章,后来又将有限合伙删去了。后来问法工委的有关同志,答复是:现在实践中没有有限合伙,以后有的话就学美国再单列一个有限合伙法,毕竟现在没这个需求吗。但全国人大的有些同志认为,现在合伙企业法中没有有限合伙,但应该搞;是单独立法还是修改合伙企业法,有待考虑。最近,在《中国法学》上,我和我的一个博士生就有限合伙发表了一篇文章,从其历史、特点来分析它能否作为现在我们发展高科技的一种组织形式,高科技公司可以采用股份公司、有限公司、投资基金(现正在搞投资基金法),但有限合伙仍是很重要的组织形式。

二、如何认识企业立法方面的国民待遇原则

合同立法、行为立法已经解决了这一问题。合同法为什么把涉外合同法并入合同法,原因之一就在于在交易行为里面应当适用国民待遇原则,中国人、外国人是一样的。除了特别规定要批准的以外,都应是一样的。

火车票、公交票两种价格,进故宫票价不同,别说进WTO以后,现在都说过不去,已经改了,所以,合同法领域国民待遇的问题已经解决了。但投资领域、企业领域如何解决呢?现在有三资企业法,是给外国人开的渠道。除此之外,国内企业立法是否允许外国人作股东呢?对此,学者与实际部门的见解差别很大。有这么一个案子,一家外国公司与我国公司成立了一家股份公司,到外经贸部申请,以获得外资企业的待遇,因为外资企业法只允许有有限公司,而外经贸部后来又许可了允许采用股份制公司形式。该公司据此向外经贸部申请获得外资企业的优惠待遇,但未被批准。于是,争议出现了:有人认为公司没成立,因为外资企业须经批准,在没被批准的情况下,合同已成立但未生效;有人认为按公司法规定,设立的企业已成立。后来,法院判决未成立。

这就涉及一个问题,外国法人、自然人能否在中国发起成立公司?工商部门的同志都认为不行,因为还没见过外国人不按三资企业法而按公司法来投资,他们觉得外国人只能按三资企业法投资;公司法、合伙法只适用于中国人。我辩论说:公司法中明确规定,股份公司发起人不少于五人,其中有半数以上的人在中国境内有住所、法人的住所乃其主要办事机构所在地,因此,可以有少于半数住所不在中国境内的法人作发起人,这

些法人当然是外国法人，所以，外国法人可作发起人是法律承认的呀，更不用说股东了。有人说，有限公司没规定这一点呀，外国人能否作有限公司的股东？这就又有争议了，这里涉及的主要是：外国人作中国有限公司或股份公司股东时，能否不按照三资企业享有优惠待遇？我觉得当然可以，不能因三资企业法的存在就把公司法封闭为只对中国人适用。民商法，尤其是商法，其适用主体既应包括中国的自然人、法人，也应包括外国自然人、法人。

但是，合伙企业怎么办？也未写明能否适用于外国人，两个外国人与一个中国人搞一个合伙企业，可以吗？尤其是加入 WTO 以后，这个问题值得探讨。

现在看来，合伙与公司有所不同。其共同点在于都是投资形式；不同点在于是否法人形态。但外国人出资在华设立公司，承担的是有限责任，以其出资为限承担责任，其在国外的财产如何我们根本不用去考虑。但如果一个外国自然人在中国设立了合伙企业，他要承担无限连带责任，但他在境外财产有多少？怎样执行？所以，一旦合伙资不抵债，其债权人最便捷的做法就是找该合伙在中国境内的合伙人承担连带责任。这样，实际上就便宜了外国合伙人。

与此相联系的一件事是：1988 年我国制订了中外合作企业法，当时我很意外地担任了全国人大法律委员会副主任，但刚上任该法已经通过了，也不清楚起草的过程。该法公布后，一位日本的年轻律师从上海打来电话和我讨论该法的一些问题，他说：中外合作企业法规定，中外合作企业可以是法人，也可以不是法人。法人好理解，该企业是有限公司；不是法人，应当如何理解？是不是合伙？出资人是承担有限责任，还是无限责任？我没参加那个法的起草，还真不知道怎么回答。后来，遇见参加法律的外经贸部条法司司长，向他咨询，他说起草时对此也没考虑过，当时就这么写了。我问：为什么写“不是法人”？他说：不是法人，不是法人就意味着两条便利：一是避免双重纳税，法人税不用交，只交个人税；二则，不是法人就不用要董事会，管理上比较简单、方便。当时立法时只考虑了这些，没考虑诸如法人还是合伙、有限责任还是无限责任的问题。我当时反问日本律师：在日本，两个人出资设立的组织，不是法人，是否就一定是合伙？他说：是啊，不是法人，就是合伙。所以，我理解你们这个不是法人，就只能是合伙，双方要承担无限责任。我回答说：你不要忘了，这个法的目的在于鼓励外商投资。如果日本丰田公司与中国首钢合作

建厂，各出资 100 万元，以其全部财产承担连带责任，丰田敢来投资吗？日本律师说：我不是代表投资方利益的律师，我是合作企业债权人的律师，我当然要了解合作企业是公司还是合伙，如果是公司，与它打交道就要小心些，因为承担的是有限责任，注册资本 100 万元，我决不会做一千万的大生意，但若是合伙，丰田、首钢各出资 100 万，几个亿的生意都敢跟它做，反正承担无限责任。所以，了解是公司还是合伙对其相对人的律师来讲至关重要。

不是法人的中外合作企业究竟是什么？这个问题至今也未搞清楚，实践中也出现了几起这种纠纷。后来我问外经贸部条法司，他们说：模糊点儿好！说无限责任，外商都不敢来了；有限责任，又说不过去。有人说是有限合伙，但好像也扯不上。

当然，有些国家法律中规定的法人与有限责任无关，无限公司可能也有法人资格，但我国从一开始就形成了这一制度：法人以自己财产独立承担责任，因此出资的人也只以出资为限承担民事责任；国有企业、集体企业作为法人，国家、集体作为出资人只以其出资为限承担有限责任。

独资企业法出来后又出现这一问题了：外商独资企业中有 100% 由外商投资设立的企业，既可以是一个外商投资，也可以是几个外商共同投资设立的，但资本 100% 是境外的。现在有了个人独资企业，那么能不能允许外商在华投资设立个人合伙企业又不享有外资企业的优惠特权呢？这点工商部门肯定不允许，但我们要从理论上考虑这一问题。如果认为可以，那就与合伙企业面临同样的问题：个人独资企业也没有最低注册资本额限制，对于出资人在中国境内的好办，财产都在境内，追究责任就较方便；但如果出资人是外国人，住所、财产都在境外，赚了钱马上就汇出去，等需要还债时就麻烦了，拿判决到境外执行十分困难。如何保护其债权人的利益？

我相信，制订个人独资企业法时没有想到是否允许外国人在华设立个人独资企业。但加入 WTO 就必须回答这个问题，到底允不允许？不允许，法律上应明确规定“本法所称的自然人限于中华人民共和国公民”。但又未明确规定，不明确禁止是允许还是禁止？过去按所有制划分企业形态，就不存在是否允许外国人出资的问题；而现在按照市场经济的要求，按出资者的责任来划分时，就难以避免这一问题。公司、合伙、独资企业都有这个问题。

我未曾认真思考过这一问题，但觉得还是应当平等对待。在公司里搞

平等没什么问题，有注册资本最低额限制，钱出了，股东只就出资承担责任；但承担无限责任的话，恐怕需要外国人出一些保证金之类的东西，以备资不抵债时股东承担无限责任。

三、有限合伙与企业法定主义

我国到底是否已经确定企业法定主义，一直存在争论。西方国家企业法定主义是肯定的。在法国、德国成立一个企业，不属于商法典所确定的几类企业，是不行的。他们每种企业形态都有一个代号（字母缩写），一看名称就能知道。

首先，我想先谈一下民商法方面法定主义的问题。法定主义与否，与私法（民商法）中的强制性规范、任意性规范（的关系）摆在同一位置上，甚至是更高。1986年起草民法通则时，有位教授就提出，民法通则中未规定的东西，究竟是允许还是不许，有人认为只要法律未禁止的都是许可，此乃各国私法之通例。我们的法律还不完善，有许多漏洞乃至空白，不规定都认为许可，那它不是乱套了。从法定主义与非法定主义来讲，按照法定主义原则，凡法律未规定者，均不许可，例如物权，法律未规定的，当事人均不得创设。将来物权法中规定典权，典权就合法；不规定，就不合法。一位担保法的起草者就曾说过：起草担保法时，就想写入“担保物权须依法创设”。后来觉得把握不大，就没写。现在看来，幸好没写，否则“按揭”怎么办？当然，未来的物权法肯定采法定主义。我国企业法也很难搞法定主义，改革开放之初，在一些改革试点已经有了有限公司、股份公司，而当时并没有相关的法律、法规。合同法当然好办，已明确规定了非法定主义，不属于分则规定的具体合同类型，可以参照适用云云。

以上是企业（民事主体）、物权、债权，那么人身权法呢？我的台湾博士生王文杰博士论文答辩时专门请了台湾的王泽鉴教授，并请其在政法大学做了场报告。有学生提问：请问王教授，人身权是否法定主义？王泽鉴教授认为这个问题很好，他略略思索了一会儿回答：“依我看，应当是非法定主义，即使法律未规定，也应一律保护。因为人权是不断发展的，不能以法律是否规定来加以判断。”谢怀栻先生当时进行了补充，表示完全同意王教授的看法，认为人身权不能采法定主义。民法通则虽规定了尽可能多的人身权，但仍遗漏了不少，例如隐私权。