

西南民商學人文庫

商法管見

汪世虎 著

法律出版社

中国政法大学商法研究中心

商法管见

王轶 著

法律出版社

西南民商學人文庫

商法管見

汪世虎 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法管见 / 汪世虎著. —北京:法律出版社, 2009. 5
(西南民商学人文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9602 - 2

I. 商… II. 汪… III. 商法—中国—文集 IV.
D923. 994 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079221 号

商法管见

汪世虎 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.125 字数 330 千

版本 2009 年 6 月第 1 版

印次 2009 年 6 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 - 5036 - 9602 - 2

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西南民商学人文库》学术委员会

主任：

赵万一（教授 博士生导师 民商法学院院长

中国法学会民法研究会副会长）

李开国（教授 博士生导师 中国法学会民法研究会顾问）

委员：

张玉敏（教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长）

刘俊（教授 博士生导师 中国法学会社会法学研究会副会长）

刘云生（教授 博士生导师 民商法学院副院长）

张耕（教授 民商法学院副院长）

陈苇（教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长）

谭启平（教授 博士生导师 中国科技法学会会长助理）

唐烈英（教授 博士生导师 房地产法研究室主任）

汪世虎（教授 博士生导师 商法研究室主任）

李雨峰（教授 博士生导师 知识产权法研究室主任）



汪世虎 1964年生，安徽太湖人，法学博士，西南政法大学民商法学院教授，博士生导师。1985年考入西南政法学院（即现在的西南政法大学）法律系，1989年毕业获法学学士学位，同年考入该校民商法专业，1992年毕业获法学硕士学位，毕业后留校任教至今。1994年晋升为讲师，1998年破格晋升为副教授，2003年晋升为教授。现为中国法学会民法学研究会理事，《现代法学》和《西南政法大学学报》兼职编辑，重庆市法学会学术委员会委员，安庆师范学院兼职教授，西南政法大学商事法律研究所所长、商法教研室主任。主要著作有：《票据法律制度比较研究》（个人专著）、《公司重整中的债权人利益保护研究》（个人专著），曾在《现代法学》、《法学》、《河北法学》、《当代法学》等刊物上公开发表学术论文四十多篇。2002年本人被批准为重庆市首届学术技术带头人后备人选，2003年9月被评为学校优秀硕士生导师，2004年被授予“重庆市高校优秀中青年骨干教师称号”。

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近 56 个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到 1953 年 9 月 7 日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956 年 2 月 15 日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民诉法教研室。1977 年 5 月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天颢、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的 4 个人,发展到 80 年代末 32 个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988 年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999 年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003 年 6 月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天凯老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

自序

时间过得真快,转瞬间来到西南政法大学(原西南政法学院)已有二十五个年头了。从懵懂学子到现在的教授,从学士到硕士再到博士,这所为新中国培养众多法学人才的高等学校给我留下了太多太多的回忆。其间,有兴奋、快乐、幸福与得意,当然也少不了茫然、悲伤与痛苦。

我出生在安徽大别山的一个偏僻的小山村,作为家里的长子,六岁就开始为家里挣“工分”——放一条大水牛。三年后,当弟弟接替我时,我才走进了小学的课堂。也许是我读书年龄比别人大的缘故,父母对我的学习从来都不用操心。从小学到高中,我最喜欢、成绩最好的科目是数学,也曾梦想自己能当个数学家。但每当我看到自己家庭的处境,看到父母、弟妹面对种种歧视显得无可奈何的眼神,最终还是选择了学习法律。

1985年9月,我走进了现在的西南政法大学。在法律系就读的四年,几乎都是“三点一线”,思想较为简单,没有过多的不满与埋怨。虽然我的家庭处境由于我读法律的缘故有所改善,但根据当时我校毕业分配一派大好的态势,我给自己定的最低目标就是希望能进安庆市中级人民法院工作,以此来安慰我的家人。然而,在临近毕业之时,由于那一年的特殊形势使得许多本应在省城工作的同学直到现在仍战斗在最基层单位。2004年10月,我们班回母校举行毕业十五周年聚会,一些同学因为路费问题未能如愿,另有几位来参加聚会的同学因为家境贫寒,还接受了其他同学的捐助。对我而言,这次分配产生了两个重大后果:一是我未能回家从事法律实务工作,以实现自己的理想。按当时的计划分配政策,我被直接分配到户籍所在地县城后还要再次派往乡镇。在这种情况下(已是8月底,研究生即将开学),我选择了继续读研究生。现在

想来,要不是当时年级主任周玉梅老师采取发钱、发奶粉等措施鼓励报考研究生时我积极响应,认为报考研究生不会影响毕业分配,现在可能还在县城工作。当然,我最后能顺利进入民法专业攻读硕士学位研究生,应当感谢金平教授和胡泽君老师(当时任研究生部主任)。胡老师为了我的录取并定向在本校准备成立的出版社做编辑,专程跑了两次成都。二是读研究生的第一年被派往重庆市沙坪坝区人民法院民事审判庭接受“锻炼”。因此,我的研究生学习实际上只有两年,我们十几位接受“锻炼”的应届同学被大家戏称为“89.5”级研究生。

在法院接受“锻炼”的一年,我们被任命为助理审判员,可以独立办案,且每个月必须完成的任务是结案六件。除了民事审判外,我们也常常作为陪审员参加刑事审判合议庭,审理刑事案件。法院的审判实践告诉我,课堂上所学的书本知识与真实的审判活动毕竟有一段距离,在自己承办具体案件时,每每都有“英雄无用武之地”的感觉。经过一年的“锻炼”,不仅提高了自己的实践经验,更重要的是丰富了自己的法学理论知识,尤其是民商法专业知识。此外,经常外出调查取证,也使我加深了对重庆风土人情的了解。临近结束法院“锻炼”之时,我曾和同庭的法官谈论离婚案件的审理,我认为,夫妻感情是否破裂是一个永远说不清楚的问题,因而法律干预越少越好;如果有一方坚持到法院要求离婚而另一方又坚决不同意,法院判决离婚无疑是最正确的选择。这是因为,判决离婚后,如果双方愿意和好,可以重新办理结婚手续;而如果判决不准离婚,双方又不愿意和好,那法院又要审理,岂不费时费力?不过,这只是自己的一家之言,在某些特殊情况下,如涉及人的生命安全、子女的抚养等,恐怕就没有这么简单。对于法院的“锻炼”,我的指导老师后来对我的总结是:“你是我指导的第一个研究生,也是最后一个研究生。”

回校后的两年研究生学习,我们每个人都非常珍惜。得益于导师黄名述教授的谆谆教诲,以及赵勇山、聂天颢、李开国、张玉敏等老师的耐心指导,我们并没有因为被派往法院“锻炼”而荒废学业。除浓厚的学习风气和良好的教育管理外,学校非常注重学生参加学术活动以及强调毕业论文的调查研究亦是当时的普遍要求。例如,1991年在李昌麒老

师和聂天颢老师的带领下,我有幸和我校民法、经济法研究生一起参加了在哈尔滨举行的“中国法学会民法学经济法学研究会第三次全国代表大会暨1991年年会”,其中本人提交的论文——《论国家股》被收入年会论文集——《企业·证券·合同》(人民法院出版社1992年11月出版)。在硕士学位论文的写作上,许多同学都专程到北京图书馆、中国社科院图书馆等收集资料,同时拜访有关专家学者,认真听取了他们的意见。由于定向学校出版社做编辑本是权宜之计,因此到毕业分配时,我决定还是要回家乡从事法律实务工作。但是,学校方面坚决不同意,说即使出版社没有成立,也必须留校。就这样,我当起了一名光荣的人民教师。如今能够兼任《现代法学》和《西南政法大学学报》的编辑,总算学校履行了自己原先的承诺。

我曾说过,在我人生关键时刻所作的选择都有几分无奈,但我非常幸运。我的信念是“既来之,则安之”。一到民法教研室,除安排我讲授民法外,还要求我承担证券法的教学任务。为此,我不得不从图书馆借来大量有关证券法的书籍,整天埋头苦读,毕竟当时的我对证券知之甚少。不仅如此,1994年民商法学科开始招收商法方向研究生,刚刚破格晋升讲师的我,又被李开国老师“强行分派”了商法研究生必修课票据法及其他研究生的选修课商法任务。对于何为票据,票据法包括哪些内容,我全然不知。为了能站上讲台,我只能不停地看书、看书。当然,我要感谢黄名述教授、李开国教授、张玉敏教授、尹田教授、王卫国教授、陈苇教授、赵万一教授、杨遂全教授、刘晓星老师等教研室同仁对我的信任与支持,正是他们对年轻一代的精心呵护与无微不至的关怀,才使得像我这样的无名小卒能逐渐成长,并在教学与科研上有所收获。

由于研究生阶段研习的是民法,自认为自己喜欢抽象思维,因而对民法的所有权制度比较感兴趣。但当我接受商法课程(如证券法、票据法、破产法)教学后,发现商法的思维与民法有所不同,往往需要纵向的具体思维。如是,在教学之余,偶有一些思考。思考的重点,之前主要是有关票据法的问题,并由法律出版社出版了个人专著《票据法律制度比较研究》(2003年);之后主要是围绕破产法展开,2006年由中国检察出版社出版了博士学位论文《公司重整中的债权人利益保护研究》。现

在,这本《商法管见》论文集,则是本人以前发表的部分有关公司法、票据法、破产法的论文汇编。不可否认,这些论文中的一些观点可能不够成熟,甚至今天看来比较简单和幼稚,但它们是本人研习商法历程的反映。正如张玉敏教授在《走过法律》一书的“自序”中所指出的,“整理自己的过去,并不意味着满足于已有的成就,更不意味着告别历史;相反,它给了我一个自省的机会。……编写这本自选集的目的,更多的在于检省、回顾自己,而不是展现自我。”

记得一位哲人曾经说过,孩子时期我们什么都相信,于是有了幻想;成年以后我们有的相信有的不相信,于是有了理想;老年后我们只有一点相信和一大片怀疑,于是凝聚成许多思想。人的一生就是在不断的选择与创造中成长的,其中许多选择本身都具有随机性。不过,我还是相信:凡事看淡一点,经受一些挫折,就有可能实现超越。

汪世虎

2009年5月10日

目 录

法学视野的多方利益平衡与公司重整	1
公司重整:债权人保护的新途径	12
重整计划与债权人利益的保护	21
法院批准公司重整计划的条件探析	30
我国公司重整制度的检讨与建议——以债权人利益保护为视角	43
论重整程序中的自动冻结制度	57
公司重整中的撤销权制度研究	66
论破产程序对担保物权优先性的限制	79
论破产管理人的监督机制	88
试论破产法上的撤销权	96
自然人破产能力研究	107
中国金融机构破产立法问题研究——以制定《金融机构破产条例》 为中心	119
“三鹿”破产案适用重整程序是最佳选择	128
股份公司产权论	132
《公司法》修改若干问题的探讨	167
建立我国一人公司法律制度的若干思考	181
论国家股	190
中国上市公司股权结构的完善	197
我国股东大会决议瑕疵救济制度的缺陷分析与立法完善	207
票据行为性质之我见	214
论票据行为的无因性	227
关于空白票据的法律思考	238
票据签章问题研究	249
论票据伪造及其法律效力	256
票据伪造的风险责任问题研究	266
论票据权利的善意取得	278

利益偿还请求权简论	292
论我国票据法对合法持票人的保护	300
试论票据抗辩切断制度	306
表见代理制度之功能新探	314
合同责任与侵权责任竞合问题研究	325

法学视野的多方利益平衡与公司重整*

公司重整制度是法律为挽救处于财务困境但有重建必要和可能的公司而特设的一种司法程序,其目的在于通过促使债务人复兴,以维护社会利益。公司重整制度是20世纪70年代以来世界范围内的破产法改革运动的重大成果,是现代破产法的发展趋势。于2007年6月1日起正式施行的《企业破产法》第八章专章规定了重整制度。由于重整制度多元化的价值目标使债权人利益、债务人利益和社会利益等多种利益并存,它们既有相互一致的一面,也有相互冲突的一面,因而如何调和种种相互冲突的利益就成为重整法制的首要任务。笔者认为,无论是公司重整立法设计还是公司重整司法,都必须坚持利益平衡原则。

一、法学视野中的利益平衡

所谓利益,简单讲就是好处即需要的满足。利益的普遍存在是社会得以存在和发展的重要条件。天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往。“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^{〔1〕}法律规范人的行为主要依靠人与人之间的利益抗衡来实现,换言之,法律对社会的功能主要是通过对利益的调整控制而实现的。法律体现的意志背后是各种利益。^{〔2〕}马克思曾指出:“法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现。”^{〔3〕}总之,法律是适应利益平衡的需要而产生的,法律的发展根源于利益关系的变化,离开了利益关系,法律既无从产生,也无以存在。

* 本论文原载《重庆社会科学》2008年第3期。

〔1〕《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1972年版,第82页。

〔2〕赵震江:《法律社会学》,北京大学出版社1998年版,第243页。

〔3〕《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1972年版,第292页。

关于利益与法律的关系,一直是法学家关注的课题,也推动着法学理论的发展。早在古罗马时期,乌尔比安(Ulpiano,约160~228)就以利益为标准,提出了著名的公、私法划分理论。他把涉及国家利益,以保护公共利益为目的的行为规则叫做公法;将涉及个人利益,以保护个人利益为目的的行为规则称为私法。19世纪德国著名法学家鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Jhering,1818~1892)在批驳概念法学时,从“法是国家权力通过外部强制手段所保证实现的最广义的社会生活条件的总和”和“权利的基础是利益”这种认识出发,深入探讨了法律的目的以及法律是如何处理互相冲突的利益的。他说,法律的目的是平衡个人利益和社会利益,实现利己主义和利他主义的结合,从而建立起个人与社会的伙伴关系。^[4]耶林的“社会利益”说直接构成了利益法学的思想渊源。菲利普·赫克(Philip Heck,1858~1943)作为利益法学的代表人物,更直接指出,法律不仅是一个逻辑结构,而且是各种利益的平衡。作为利益法学出发点的一个根本的真理是,法的每个命令都决定着一种利益的冲突:法起源于对立利益的斗争。法的最高任务是平衡利益。^[5]社会工程法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound,1870~1964)也认为,作为一种社会工程,法的目的是尽可能合理地建筑社会结构,以有效地控制由于人的本性而不可避免地出现的社会矛盾和冲突,以最小的阻力和浪费最大限度地满足社会中人类的利益。为此,作为社会控制最有效的工具的法的任务就在于使人的合作本能与利己本能之间保持均衡。既不能偏向于合作本能而疏于保障个人利益,又不能放纵利己本能而使社会秩序、利益安全和正义被破坏。^[6]可见,不管是耶林、赫克还是庞德,都把利益平衡看做法的目的和法的任务。但是,如何平衡相互冲突的利益?他们并没有作出回答,实际上也很难作出回答。

笔者认为,既然利益平衡是法的目的、法的任务,那么立法者和法官就必须努力实现这一目的。由此可以把利益平衡分为法律制度上的利益平衡和司法裁量上的利益平衡。前者可称为状态的平衡,即平衡应是

[4] 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第129页。

[5] 同上注,第130页。

[6] 李龙:《西方法学名著提要》,江西人民出版社1999年版,第454页。