

第一集



中国经济法论文集
第一集

290.4-53

中外法律出版社

中国经济法论文集

第一集

中外法律出版社

编者语

现代意义的经济法是随著西方放任主义的自由竞争市场经济的失灵，及随后应运而生的凯恩斯“国家干预的手”的参与之下而产生的。1929至1933年全球经济危机的大爆发揭露了市场机制固有的盲目性和滞后性等隐形弊端后，使亚当·斯密为代表的自由放任经济学理论很快被英国经济学家约翰·梅纳德·凯恩斯所提出的以国家干预为中心的医治资本主义经济危机和解决就业问题的药方即“凯恩斯主义”所取代。受困于经济危机的西方各国急忙抓住这剂救命药方，随之出台了大量国家干预经济的立法，由此产生现代意义的经济立法。但对政府的过于信任和理想化，使得凯恩斯理论无法限制政府对经济的过度干预，及由此而导致的经济上的浪费、低效及专制的政治后果。为此，现今各国的经济立法已经逐步转向在尊重客观经济规律的基础上进行干预，使其具体手段日益市场化和多元化。

中华人民共和国（“中国”）经济法的历程，与西方经济法的发展过程相比，完全是一个逆向的行程。中国基本上跨越了资本主义阶段而直接进入高度集中的计划经济体制，并且直到1978年开始推行经济体制改革后才陆续进行中国的法制建设包括经济法和其他法律的制定工作。中国现代经济法对于实现中国市场机制和宏观调控的有机结合，保障经济体制改革的成果，维护社会整体利益和新的经济体制及经济秩序，推动中国经济健康运行及良性发

展，发挥著日益巨大的作用。

在香港回归前，由于长期以来处于英国的统治之下，在“借来的时间和借来的地方”，香港社会普遍欠缺对未来的长远目光和积极心态，香港人对政治缺乏热情，对中国事务反映冷淡，更谈不上对中国的法律进行热烈讨论。香港在1997年7月1日回归中国，重新成为中国领土的组成部分后，香港人理应增强对中国的归属感，增加对中国事务的关注，留意中国法制的建设，兴办中国法律的培训。但在回归七年后，我们发觉情况并不如期望中乐观。虽然在香港有些学术机构与国内大学合办一些中国法律课程，但在香港的八所正规大学中，只有几间大学开设了中国法律的硕士课程，并没有中国法律的本科课程；还有在两间大学的法律本科课程中，都没有将中国法律列入必修课程，而仅列入选修课程；同时，尽管某些香港举办的论坛中讨论中国法律，但看不到香港有任何本地兴办的学报深入的论述中国法律，更没有任何针对性的中国法律论文集。

有鉴于中国经济法对中国社会经济发展的重要推动作用以及香港社会对中国法律缺少认识的现状，编者尝试联络中港两地的法律业界人士和学者对中国的经济法进行研讨，希望通过对中国经济法的相关探讨增加香港人对中国法律的认识，并带动香港社会对于中国经济法乃至中国法律的讨论热潮。

编者

2004年11月1日

目 录

1	中国企业法人法定代表人制度评析	刘杰雄
21	英联邦国家有关企业在无清偿能力下营商 对债权人的法律保护及中国之借鉴	刘杰雄
47	建立董事专业资格认可制度之意见	刘杰雄
55	破产清算、和解及重整制度的价值分析和 制度比较	谢亨华
75	论竞争	谢亨华
93	从信托法的原理谈基金份额持有人利益的 保护	朱成刚
105	信托制度研究	魏秋菊
131	宏观调控手段从行政化向法律化的转变	周志扬
145	经济法价值初探	原 洁

作者简历

刘杰雄，男，中国香港人。1984年毕业于香港中文大学，主修哲学，副修经济，获哲学学士学位。毕业后在原校继续攻读硕士课程，研究法律哲学，1988年毕业，获哲学硕士学位。在修读硕士课程期间，在香港大学考取教育学文凭，主修政府与经济事务，副修英文。

1990年，负笈往澳大利亚悉尼大学进修法律，1993年获法律学位，同年又在悉尼科技大学考取法律深造文凭，获澳大利亚新南威尔斯省认可注册成为律师。

1994年回港，考取英国及香港律师资格，并在香港执业，处理有关刑事及民事诉讼，房地产买卖、商业、租务、遗产、移民、证券、公司秘书等事务。2001年开始，更直接参与公司内部管理事务，被香港科浪国际控股有限公司（香港主板上市公司）委任为执行董事，管理公司在各地人事行政及法律事务。

中国企业法人法定代表人制度评析

-- 刘杰雄

企业法人的法定代表人在中国是一个很重要的法律概念，它并且形成一个制度，有其丰富的内涵和意义，本文会对此制度加以介绍和评析。

一、法律概念

法定代表人的存在前提是法人的成立，因此，必须先了解法人的概念。所谓法人，是指通过法律拟制而具有法律意义上的独立人格的拥有独立财产的组织。依照《中华人民共和国民法通则》第三章规定，法人包括以下几类：1、企业法人；2、机关法人；3、事业单位法人；4、社会团体法人；5、联营法人。鉴于企业法人商业社会中的法人中占据最大比例，其实施商业行为最为活跃，因此本文将就企业法人的法定代表人制度进行讨论。

企业法人中国法律上的定义为：以营利为目的、主要从事商业性活动的经济组织，具体表现形式包括全民所有制企业、集体所有制企业、乡镇企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业、商业银行以及其他有限责任公司和股份责任有限公司。企业法人成立后，通过自然人作为代表实现出来。根据《中华人民共和国民法通则》第38条：依照法律或者法人的组织章程规定成为法人的负责人，代表企业行使职权的负责人，是法人的法定代表人。符合上述条件的企业法人的负责人，便是企业法人

的法定代表人。法定代表人对内管理法人事务，对外代表法人从事活动。对于外资企业来说，《中华人民共和国外商投资企业法实施细则》也有类似的说法，法定代表人是依照外资企业的章程规定，代表外资企业行使职权的负责人。

在公司中，根据《中华人民共和国公司法》第45条、第113条分别对有限责任公司和股份有限公司做了同样的规定：董事长为公司的法定代表人；在全民所有制企业中，厂长、经理可以担任法定代表人。《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第38条对法定代表人有进一步的阐释：有正职负责人的企业法人，其正职负责人是法定代表人；没有正职负责人的企业法人，由主持工作的副职负责人担任法定代表人；设有董事会的企业法人，以董事长为法定代表人；没有董事长的企业法人，经董事授权的负责人可作为企业法人的法定代表人。

二、任职资格

根据《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国外商投资企业法实施细则》，《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》，外商投资企业的法定代表人应由公司章程规定，章程不作具体规定的，由董事长担任。并且，法定代表人须符合以下条件：

- 1、具有完全民事行为能力；
- 2、有企业所在地正式户口或临时户口；
- 3、具有管理企业的能力和有关的专业知识；
- 4、从事企业的生产经营管理活动；

5、产生的程序符合国家法律和企业章程的规定；

6、符合其他有关规定的条件。

有下列情形之一的，不得担任法定代表人：

1、无民事行为能力或者限制民事行为能力的人；

2、正在被执行刑罚或者正在被执行刑事强制措施的；正在被公安机关或者国家安全机关通缉的；

3、因犯贿赂罪、侵犯财产罪或破坏市场经济秩序罪，被判处刑罚，执行期满未逾五年的；因犯其他罪，被判处刑罚，执行期满未逾三年的；或因犯罪被判处剥夺政治权利，执行期满未逾五年的；

4、担任因经营不善破产清算的企业的法定代表人或者董事、经理，并对该企业的破产负有个人责任，自该企业破产清算完结之日起未逾三年的；

5、担任因违法被吊销营业执照的企业的法定代表人，并对该企业违法行为负有个人责任，自该企业被吊销营业执照之日起未逾三年的；

6、个人负债额较大，到期未清偿的；

7、刑满释放、假释或缓刑考验期满和解除劳教人员，自刑满释放、考验期满或解除劳教之日起未满三年的；

8、因从事违法活动被司法机关立案调查，尚未结案的；

9、各级机关(包括党的机关、国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关)在职干部和军队在职现役军人；

10、国家法律、法规和政策规定不能担任企业领导职

务的。企业法人终止，其债权债务尚未清理完结的原法定代表人，不得新任其他企业法人的法定代表人。

三、权利

法定代表人代表企业法人的利益，按照企业法人的意志行使企业法人权利。法定代表人在企业内部负责组织和领导生产经营活动；对外代表企业，全权处理一切民事活动。

根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国外资企业法实施细则》和《中华人民共和国合同法》的规定，企业法人的法定代表人具有以下权力：

1、法律规定的以下权利：

- a. 在企业经营范围内，代表企业实施民事行为。
- b. 非依法定程序不受罢免。
- c. 申请设立分支机构。
- d. 签署有关的法律文书。
- e. 负责组织和领导企业内部的生产经营活动。

2、如法定代表人及其权利由企业章程作具体规定的，还享有企业章程所规定的一切权利。

3、股东会、董事会决议或公司的其他规定。

但法定代表人之代表权并不是绝对的，它由法律、章程、决议给予权利，也同时要受它们的限制，法定代表人的权利有下列的限制：

- a. 法律限制

在某些情况下，法律规定企业法定代表人不能代表法人，如《中华人民共和国公司法》第71条规定，国有独资公司资产转让，依照法律、行政法规的规定，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门办理审批和财产权转移，法定代表人不能代表企业法人批准转让国有资产。

b. 章程限制

每个企业法人都有其章程，规定其经营范围内代表企业法人从事经营活动。

c. 内部决议与规定限制

企业法人可以通过股东会或董事会决议或在企业章程中限制法定代表人的代表权，但这种限制仅是内部限制。¹

四、法律责任

1、民事责任

《中华人民共和国民法通则》第43条明确规定，法人对法定代表人的经营活动承担民事责任。最高人民法院的有关司法解释中规定法人的法定代表人以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，法人应当承担民事责任。这是因为法定代表人从事经营活动时，执行法人的意志，而不是自己的意志，其行为应当看成法人的行为，所以法人承担民事责任。

1 郭琼、肖伟志：《论企业法人越权与法定代表人越权》，《河北法学》第19卷，2001年第3期（总第107期），第104页。

根据《中华人民共和国民法通则》第49条的规定，法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- a. 超出登记机关核准登记的经营范围从事非法经营的；
- b. 向登记机关、税务机关隐瞒真实情况，弄虚作假的；
- c. 抽逃资金、隐匿财为逃避债务的；
- d. 解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；
- e. 变更、终止时不及时申请办理登记和公告，使利害关系人遭受重大损失的；
- f. 从事法律禁止的其他活动，损害国家利益或者社会公共利益的。

企业法人对法定代表人在职务上的违法行为承担全部民事责任，法定代表人仅负刑事责任或行政责任，不负民事责任。但是在企业法人承担民事责任之后，有权根据法律或者法人章程的规定，追究有过错的法定代表人民事责任。

法定代表人活动时，可能超出授权范围。对于法定代表人的越权行为，可造成下列的民事后果：

a. 法定代表人对企业法人的责任

法定代表人越权造成企业法人损害的，应当对企业法人承担损害赔偿的责任，这种责任是内部责任。《中华人民共和国公司法》第63条已有此规定，董事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，应当承担赔

偿责任。

b. 企业法人对第三人的责任

法定代表人作为企业法人主体的完全载体，享有概括的代表权。因此，第三人极易对法定代表人的行为产生充分的信任。但是，前已述及，其许可权受三方面的限制：i. 法律的限制；ii. 企业法人章程的限制；iii. 内部决议与规定的限制。

法律对法定代表人许可权的限制是强制的和绝对的，具有公开宣示的效果，因而也具有很强的公示力和公信力，可以对抗任意第三人：即第三人不得以不知法律为由主张法定代表人的这种行为对企业法人有效。但企业法人章程和有关决议、规定则与此不同。企业法人章程对法定代表人许可权的限制虽然也是公开的，但法律不可能要求第三人在每次交易前都去查阅企业法人章程，这既会加大交易成本，也不符合商业习惯；因此，在第三人为善意之场合，依一般观念出发，企业法人不得以章程对法定代表人许可权的限制来对抗此善意第三人。《中华人民共和国公司法》第11条也仅规定章程对公司董事等内部人员有约束力，而并未有章程可以约束第三人的规定。而有关决议、规定则属内部性事项，企业法人不能以此对抗任何善意第三人，除非第三人已被明确告知相关事项。可见，法定代表人的越权行为对企业法人可能造成三种后果：1) 在第三人有过错而企业法人对此越权行为进行追认的，构成有权代表；因为越权行为未必对公司不利。2) 在第三人有过错且公司不予追认时，构成无权代表：即第三人已明知法定代表人的许可权限制，或应当知道此限制而因过失却

未知晓，则企业法人对此第三人无需负责。3)在第三人无过错时，构成表见代表。所谓表见代表，是行为人的行为意思以其行为的外观为准，以认定其行为的法律效果，例如行为人具有董事长的职称，则在外观上使第三人认为有代表企业法人的权利。当行为外观与事实不符时，交易相对人可依行为之外观主张权利。在成立表见代表的情况下，企业法人应对法定代表人的越权行为向第三人承担赔偿责任。

c. 法定代表人对第三人的责任

法定代表人越权行为对企业法人的后果或者转化成有权代表、无权代表或是表见代表。于有权代表时，法定代表人无须对第三人负责；于无权代表时，法定代表人和第三人均有过错，双方在各自过错范围内承担责任；于表见代表时，由于企业法人应对法定代表人的越权行为向第三人承担责任，则越权的法定代表人就不必为其表见行为对第三人负责。²

2、行政责任

法定代表人个人可能要承担相应的行政责任，如警告、罚款和从业资格的限制等。这些责任主要体现在以下具体立法中：

2 同上，第 105 页。

- a. 民法通则、公司法和工商管理法规的规定。³
- b. 招标投标法上的行政责任。⁴
- c. 产品质量法上的行政责任。⁵
- d. 会计法上的行政责任。⁶
- e. 社保法上的行政责任。⁷
- f. 安全生产法上的行政责任。⁸
- g. 证券法上的法律责任。⁹
- h. 消防法上的行政责任。¹⁰
- i. 企业破产法上的行政责任。¹¹

-
- 3 《中华人民共和国民事诉讼法通则》第49条、第110条：对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的，应当追究行政责任。2004年修改的《中华人民共和国公司法》第213条：违反本法规定，将国有资产低价折股、低价出售或者无偿分给个人的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。《企业法人法定代表人登记管理规定》第10条：违反本规定，隐瞒真实情况，采用欺骗手段取得企业法定代表人资格的，由企业登记机关责令改正，处1万元以上10万元以下的罚款；情节严重的，撤销企业登记，吊销企业法人营业执照。
- 4 《中华人民共和国招标投标法》第49条至第61条。
- 5 《中华人民共和国产品质量法》第50条。
- 6 《中华人民共和国会计法》第42条至第46条、第50条。
- 7 《中华人民共和国社会保险法》第23条、24条。
- 8 《中华人民共和国安全生产法》第80条、第81条、第91条。
- 9 《中华人民共和国证券法》第175条、第176条、第177条、第186条。
- 10 《中华人民共和国消防法》第40条、第41条、第42条、第43条、第44条、第46条、第48条、第50条。
- 11 《中华人民共和国破产法（试行）》第35条、第42条。

3、刑事责任

法定代表人可能涉及到的刑事罪很多，例如生产、销售伪劣商品罪¹²，走私罪¹³，妨害对公司、企业的管理秩序罪¹⁴，破坏金融管理秩序罪¹⁵，金融诈骗罪¹⁶，危害税收征管罪¹⁷，侵犯知识产权罪¹⁸，扰乱市场秩序罪¹⁹，贪污贿赂罪²⁰，玩忽职守造成企业破产，国家财产遭受重大损失的罪等²¹。

12 《中华人民共和国刑法》第 141 条至第 148 条。

13 《中华人民共和国刑法》第 151 条至第 155 条。

14 《中华人民共和国刑法》第 165 条至第 169 条。

15 《中华人民共和国刑法》第 170 条至第 191 条。

16 《中华人民共和国刑法》第 192 条至第 200 条。

17 《中华人民共和国刑法》第 201 条、第 203 条、第 204 条、第 207 条、第 208 条、第 209 条、第 211 条。

18 《中华人民共和国刑法》第 213 条至第 220 条。

19 《中华人民共和国刑法》第 221 条至第 231 条。

20 《中华人民共和国刑法》第 382 条、第 383 条、第 387 条、第 389 条、第 390 条、第 391 条、第 392 条、第 393 条、第 396 条。

21 《中华人民共和国企业破产法（试行）》第 3 条、第 41 条、第 42 条，《刑法》第 168 条国有公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

五、责任风险的防范与避免

据上所述，企业法人的法定代表人可能要求承担很多民事、行政和刑事责任，这些都是法定代表人个人的风险。很多投资者一旦成为企业法人的法定代表人，虽然可以享受差不多绝对的权利，但是也同时把巨大的个人风险背负身上，如果对中国法律不甚认识，则会很容易触犯法律，承担民事、行政或刑事责任。

有些投资者，希望一方面可以经营管理公司，另一方面又可避免成为法定代表人所带来的责任风险，据笔者所知，现时有些在中国国内营商的企业找一些人，表面职称是公司的法定代表人，但实际上是“橡皮图章”，投资者成为隐名董事长，在法定代表人背后操控，籍此达到其目的。

虽然这种做法可以令投资者达到其目的，防范和避免自己负上责任的风险，但却可能面对另一风险，即是当那所谓橡皮图章的法定代表人失控，以其法定代表权，作出损害企业法人的事情，企业法人便面临赔偿和承担责任的危机。所以，笔者认为，企业法人可以采取以下手段，令其法定代表人真正的防范和避免责任风险。

在民事责任方面，可以替作为董事长的法定代表人购买责任保险。据笔者所知，在中国国内，还没有一种给法定代表人的责任风险保险，但近似的有董事责任保险。它是以董事为被保险人，以董事在履行职务过程中因不当行为给第三人造成损害而应承担的民事赔偿责任为保险标的的一种职业责任保险，但由于保金一般比较高，所以现时通常由上市公司替其董事购买，一般公司很少购买。但是