

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2001年第3号

总第20卷

VOL · 20

民商法论丛

2001 年第 3 号 / 总第 20 卷

梁
慧
星
一
淵
王
編

金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛(总第20卷)

主编 梁慧星

责任编辑 王 玲

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司
香港中环干诺道中68号华懋广场二期
六字楼A室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2001年9月第1版第1次印刷

书号 ISBN 962-85837-6-X

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是民商法论丛第20卷(2001年第3号)。

【专题研究】栏选编6篇论文。第一是钟青的《股权质押研究》。我国担保法规定了权利质权,为股权设质提供了法律基础。作为权利质权之一的股权质押,既有区别于动产质权的特点,也有区别于其他权利质权的特点。本文对股权质押作了系统的分析研究,值得参考。第二是张照东的《合同法与情事变更》。合同法草案借鉴发达国家的判例学说,规定了情事变更原则,但在最后通过前被删去。本文回顾合同法立法过程,评析了规定情事变更原则的几个草案,并对如何处理现实中的情事变更案件提出适用法律的建议,值得一读。第三是王雪琴的《惩罚性赔偿制度研究》。自消费者权益保护法第49条借鉴美国的制度规定双倍赔偿以来,惩罚性赔偿制度一直是社会关注的热门话题。本刊第15卷曾刊登王立峰的《论惩罚性损害赔偿》。本文着重采用经济分析和价值分析方法研究惩罚性赔偿制度,并对我国如何完善这一制度提出建议,值得重视。第四是唐雪梅的《器官移植法律研究》。器官移植是社会生活中最重要的法律课题,新闻媒体上的议论颇不少,一些地方也在制定关于器官移植的地方性法规,但法律学术上的研究不多。本文是迄今比较重要的研究成果,值得参考。第五是冯晓青的《因特网服务提供商的著作权侵权责任研究》。因特网的迅猛发展,对社会生活的各方面产生了巨大的影响,特别是各种网络侵权行为的发生因立法迟滞而难以处理。本文参考发达国家的经验,对网络服务提供商著作权侵权责任作了全面系统的研究,值得立法机关和法院参考。第

六是黄力华的《国际航空旅客运输中承运人的责任》。作者根据华沙公约、海牙议定书及蒙特利尔 1—3 号议定书的规定,结合若干著名的判例,对国际航空旅客运输中承运人的责任作深入研究,值得重视。

环境伦理学兴起于 20 世纪 70 年代,此后发展迅速。我国 1999 年出版了徐嵩龄主编的《环境伦理学进展:评论与阐释》,使环境伦理学的讨论渐趋热烈。按照非人类中心主义环境理论观,特别是其中的动物权利/解放论,要求承认动物的权利主体地位。中南财经政法大学举行学术沙龙,由该校正在攻读武汉大学环境法博士的高利红作题为《动物不是物,是什么?》的主题报告,引起了热烈的讨论。显然,现代法学尤其民法学的若干最基本的原则,正受到挑战。特约请报告人将讲稿整理后刊载于本卷【学术争鸣】栏,同时选刊该校硕士生李东慧的《试论当代民法的环境伦理观》一文。期望引起学界同志关注和参与讨论。

【法学方法论】栏续刊段匡的《日本的民法解释学》(五)。此长篇研究从本刊第 4 卷开始刊载,连载二在第 6 卷,连载三在第 10 卷,连载四在第 15 卷,请读者留意。【判解研究】刊载 4 篇文章;即张家勇的《未生效合同辨析》,是对最高人民法院关于合同法的解释(一)第 9 条的解释;编者的《消费者权益保护法第 49 条的解释适用》,是对消费者权益保护法第 49 条的解释;蒋大兴的《公司股东资格取得之研究》,结合作者自己收集的一系列判例研究股东资格取得问题,具有实证研究和判例综合研究的风格;宋学成和王敬毅的《论物业使用经营权能否作为抵押物》一文,则属于个案研究。

【域外法】栏刊载两篇文章,一是杜颖的《日本民法典的百年历程》。中国在 20 世纪初,聘请日本学者松冈义正起草第一个民法典草案的总则、物权、债权编,引进德国民法的概念

体系。日本民法典和民法理论对中国民法的影响是不言而喻的。改革开放以来的合同法的制定和正在制定中的物权法草案,参考日本经验甚多。时值日本民法典实施 100 周年特发表本文,以志纪念。二是杰伦特·豪威尔斯著《欧洲产品责任法》,是《走向欧洲民法典》的第 17 章,对于我国制定民法典侵权行为编如何规定产品责任,有参考价值。由李东慧翻译。【硕士学位论文】栏选编浙江大学法学院陈柳裕的《我国票据冲突规范研究》,具有重要理论意义和实践价值。

从本卷起特设【美国统一商法典】专栏,连载《美国统一商法典》及其正式评论的译文。这部英美法系的代表性法典的重要地位,是举世公认的。国内在 80 年代曾出版潘琪翻译的仅译法典条文的译本,根据的是 1972 年文本。鉴于这部法典尤其是它所附正式评论,对商事立法及学术研究所具有的极高的参考价值,学界一直期待着包括正式评论的全译本问世。但法典条文加上正式评论已近千页,如果再翻译常务编辑委员会对一些问题的说明,则可能超过 1200 页。这是一项艰巨而浩大的工程。欣闻山东大学法学院孙新强教授已着手从事此项工程,非常钦佩之至。这是中国法学界一大盛举。于是,商得孙新强教授同意,将译文先在本刊连载。此项译事得到巴尔的摩大学法学院美国商法专家查理·凯茨教授和查理·谢福教授,及美国统一商法典著名专家俄克拉何马大学的弗雷德·米勒教授的热情帮助,谨此致谢。

【资料】栏刊载《德国联邦司法部债法现代化法讨论草案》。德国民法典制定于 100 年前,其债法编已不能适应现代化市场经济社会的要求,进入 20 世纪 80 年代,民法学者受联邦司法部委托研究债法修改,发表了 24 份债法修订专家鉴定书。联邦司法部债法修订委员会,以这些鉴定书为基础,参考联合国国际货物销售合同公约,着重对给付障害法、买卖合同

和承揽合同的瑕疵担保法、消灭时效法进行修订,于1991年提出《债法修订委员会最终报告书》。但此后修订工作一度停顿。后因欧洲联盟颁布多项指令,要求成员国在2002年1月1日之前转换成国内法,于是联邦司法部主要吸收最终报告书的内容,形成债法现代化法讨论草案。按照联邦司法部的设想,据该讨论草案修订后的民法典及其他相关法律,预定于2002年1月1日正式施行。特请邵建东等同志译出该草案条文,供我国起草民法典参考。

编者于2001年4月13日

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版4卷，每卷50万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；五、博士学位论文；六、域外著名学者经典论著；七、重要立法资料。

目 录

卷首语

【专题研究】

- 股权质权研究…………… 钟 青(1)
- 合同法与情事变更…………… 张照东(77)
- 惩罚性赔偿制度研究…………… 王雪琴(100)
- 器官移植法律研究…………… 唐雪梅(146)
- 因特网服务提供商的著作权侵权责任
研究…………… 冯晓青(200)
- 国际航空旅客运输中承运人的责任
——《从华沙公约》到《蒙特利尔公约》
…………… 黄力华(266)

1
目
录

【学术争鸣】

- 动物不是物,是什么? …………… 高利红(287)
- 试论当代民法的环境伦理观…………… 李东慧(309)

【法学方法论】

- 日本的民法解释学(五)…………… 段 匡(323)

【判解研究】

- 未生效合同辨析

Alfred 0100

——以《合同法解释》第9条的规定为

依据..... 张家勇(386)

《消费者权益保护法》第49条的解释适用

..... 梁慧星(400)

公司股东资格取得之研究

——一个经验、理论和规范层面的报告

..... 蒋大兴(407)

论物业使用经营权能否作为抵押物

..... 宋学成 王敬毅(463)

【域外法】

日本民法典的百年历程..... 杜 颖(484)

欧洲产品责任法

..... 杰伦特·豪威尔斯著 李东慧译(507)

【硕士学位论文】

我国票据冲突规范研究..... 陈柳裕(524)

【美国统一商法典】

美国《统一商法典》及其正式评论(一)

..... 孙新强译(590)

【资料】

德国联邦司法部债法现代化法讨论草案

..... 邵建东等译(636)

【专题研究】

股权质押研究

钟 青

目 次

- 一、序说
- 二、股份质权的意义
- 三、股份质权的设定
- 四、股份质权的效力
- 五、有限公司、无限公司、两合公司的股权的设质

一、序 说

(一) 股权、股份、出资额、股票的含义

1. 理论的界定

股权、股份、股东出资额、股票在公司法上为频繁使用的概念。股权系从股东角度而言,指股东因出资取得对公司之法律上的地位而享有的权利,或径自将股权称为股东对公司之法律上的地位。^{〔1〕}“股”在汉语中常有量词之含义,故仅从语意看股权似乎应限于股份有限公司的场合。但因法律用语上

的约定俗成,股权实包含了所有公司形态的股东权。权利质权系以财产性权利为质权之标的,将股权设质称为股权质押权当无疑义。

股份在各国立法例上有两种用法。一是不区别股份有限公司、有限公司,统一将股东的出资称为股份。如德国、法国即是。但在德法两国公司法中,有限责任公司与股份有限公司的资本一样,也分为数额相等的份额。^[2]二是区分有限责任公司和股份有限公司,股份特指股份有限公司股东的出资,而有限责任公司股东的出资则称为股东的出资额或持有额。^[3]股份一词内含两层含义,一为资本之成分,二为表彰股东权。^[4]前者系着眼于公司资本角度,后者为体现股东之权利。

股票本为流通法上的概念,究其实质不过为表彰股份或股东权的要式有价证券,或反言之,股份为表彰股票的价值,所以在有的学者的论述中股票与股份亦混而用之。^[5]但在权利质权,毕竟与完全的动产质有别,故称股票设质确有不够准确之嫌;另一方面,股份设质与股票设质、股票与股票上之股份的概念也有必要加以区别。^[6]另有与股票易相混淆的一个概念,即股单。股单系我国台湾公司法上的概念,指有限责任公司股东出资之凭证,性质上属一种证明文书而非有价证券。^[7]大陆地区与之相类似的概念为《公司法》第30条中规定的“出资证明书”。

2. 我国法上的概念

《担保法》第75条第2项规定可以质押的权利包括“依法可以转让的股份、股票”,同法第78条进而明确区分股票与股份,将股份有限公司之股权设质称为股票出质,而对有限责任公司则称为股份出质。但《公司法》上使用的概念与多数国家一致,即以股份对应股份有限公司,股东出资额对应有限责任公司。溯至《公司法》颁布以前的相关法律法规,均未将股份

与股东出资额混淆。《担保法》中这一概念的用法已招致学者的批评。^[8]

3. 本文的用法

前已述及,作为权利质权的研究,自当以股权质押谓之。但股份公司股权设质是股权质押的最核心部分,其他如股东出资额设质等多处有准用股份公司股权设质的情况,故出于结构上的考虑,本文借用日本法上“株式质入”的概念,以股份设质指代股份公司股东权设质,在其后的第五个问题中以股权设质这一较高层次的概念指代有限公司、两合公司和无限公司股东出资额的设质,敬请留意。

(二) 股权担保的类型分析

1. 英美法上之股权担保

英美法上之股权担保大致可分为两类,一为股权按揭,二为股权证质押。^[9]

(1) 法定按揭

股权按揭依按揭的方式又可分为股权的法定按揭(普通法按揭)和衡平按揭。所谓股权的法定按揭,系应依公司法或公司的组织条款完成股权转让程序的担保。股权的法定按揭要求以法定按揭的原则,必须有法律上股权的移转方能成立。换言之,在设定股权法定按揭时,须将按揭股权(股票)转至按揭权人(债权人)或其代理人名下。作为按揭的移转有两种方法。通常情况下是以签署空白的移转书的方法办理,按揭权人有在空白栏内填上受让人的名字的默示权利。^[10]当公司组织条款要求移转由契据作出时,另一种移转则是按揭人签署一份法定按揭契据给债权人,说明其本身或第三人履行该契据项下之全部责任后,债权人再将股票转回至按揭人或第三人名下,同时规定按揭人或第三人违约时债权人可以行使出

售股票等权利。^[11]

对债权人而言,股权的法定按揭有如下优点:^[12]

①债权人对股权的法定权益优先于在接受按揭时未知悉的任何第三人的衡平法权益。

②股票(股权)一旦移转至债权人或其代理人名下,债权人可以取得完整无瑕的股权,包括有权收取按揭股票的股息、红利或其他收益。

③股票以债权人或其代理人名义登记,使债权人在按揭人或第三人违约或不履行债务时以自己名义出售股票,不必经按揭人同意或取得其合作。

但股权法定按揭的缺点也很明显。首先,当公司组织条款对股权的转让有限制或公司认为受到敌对的权益通知时,公司可以拒绝移转的注册,从而使按揭权人很难获得普通法上的股权。因为“在受让人的名字记在成员册(股东名簿)上成为股份所有人之前”还未取得普通法上的所有权;要成立普通法所有权,尚未在股东名簿上注册的人须满足一系列苛刻的条件。^[13]其次,于案例法上,按揭权人应对因按揭人的欺诈行为而致公司的损害负赔偿责任。^[14]再次,因按揭权人实际上已是完全之股东,故应承担股东之义务(如股息转账等)从而增加成本。

(2)衡平按揭

债权人在取得按揭人签署的按揭、移转书及股权证后,仅需将此类文件予以保存而不必呈交公司注册,即可得到衡平法上的按揭权。在某些情况下,没有担保合同(文件),债权人仅保存移转文书和股权证也能构成衡平法上的按揭权。^[15]更甚者,仅有股权证的存放而甚至没有移转文书也可构成衡平按揭。^[16]由此可知,衡平按揭之设定,不需股票的转名过户手续,而只需将股权证(股票)存放于按揭权人处即可。但通常

情况下,按揭人应签署寄存备忘录(memorandum of deposit),赋予按揭权人要求按揭人签署法定按揭契据及规定在按揭人违约时按揭权人处置股权之方法。

股权衡平按揭比较法定按揭而言主要有如下优点:^[17]

①股票不须转名,手续简单、成本较低。

②按揭人仍然是股东,对于其实施和变化投资组合十分便利。

股权衡平按揭侧重于考虑按揭人的利益,对按揭权人的保护难免不周。就按揭权人的权益而言,可能产生很多优于衡平法利益的权利,如信托法上受益人的权利等。此外,因衡平按揭手续简单,在很多情况下当事人的真实意思十分难以判断。对一个没有担保文件的股权移转而言,当事人之间可能仅为股权简单的移转而并无以其作为担保的意思。

(3) 股权证质押

严格地说,在英美法上股权与知识产权一样并非诉讼物,但“因为它们明显地不是可以占有的东西”而通常划入诉讼物中。^[18]因此对于股权,实际上不认可其以质押的方式进行担保。然而在实务中,英美担保法对于质权的运用集中在质当行(pawnbroker)和股权证或股票(share certificate)及票据的设质上。但应当特别注意的是,“质”的含义似乎与大陆法系国家不尽一致。一方面,股权证设质意味着股权证必须“实际地”(physically)移转占有于质权人,而占有既然在英美法上被视为一种权利,则将“质”与按揭区分开来就成为不必要;另一方面,pledge 的含义中明确了对于无形财产权的设质,其移转占有的文书或权证必须是与无形财产权利本身不可分,^[19]从而在英美法上的股权证质押与股权按揭在实际中已经无法区分。例如,甲将自己之股权证移转占有于乙,且为空白的转让,乙占有后可以以自己的名义为注册。此时的担保形式已

很难说是质押(实际上是股权法定按揭),但在法律上仍称之为质。^[20]

股权证设质的方式可以有两种。一是在质押人交付未填充受让人姓名的股权证后,质权人保持股权证的名义所有人仍然为出质人;二是质权人在占有股权证后,采取必要措施将出质股权证在公司处以自己的名义替换登记。对于前者,出质人仍可收取出质股权的股息或其他分配利益,并得以股东身份继续行使股权,质权人仅可控制出质股权证未来之任何转让;对后一种情形,质权人完全取代出质人的股东身份而得行使股权。^[21]如前述,此后一种情形实际上已经是按揭的担保形式了。

2. 股份让与担保^[22]

(1) 略式的让与担保

在大陆法系中与股份按揭担保形式相类似者为股份的让与担保,按其形式又可分为略式的让与担保与登记的让与担保。股份略式的让与担保又称交付的让与担保,指仅依出质人和质权人的合意及出质人仅将股票交付与质权人,而不须在公司的股东名簿上变更股东名义即可成立的担保。实务上股份让与担保大部分均以略式让与担保进行,在仅以股份让与担保称谓时,多指略式让与担保。^[23]略式的让与担保在形式上类似于英美法上股份之衡平法按揭。

记名股份略式让与担保不以对公司的通知为要件,仅因债权人对股票的占有即可对抗第三人。在记名股票二重让与的场合,受让当事人之间,自然应以接受股票交付并继续占有股票者得主张优先权;而对公司的对抗要件则应遵从股份转让的对抗要件,即股东名册上股东名义的变更。对公司的关系上,不需要股票名义的变更,股票名义所有人仍有股东之身份,担保权人不得仅依略式让与担保对公司主张权利。^[24]对

无记名股份,由于一般以动产对待,故依动产物权变动的法理当然亦以股票的占有作为对抗公司和第三人的要件。

(2)登记的让与担保

登记的让与担保系对记名股份而言,指依担保权设定之合意并已交付股票,且于股东名册上以担保权人名义变更登记的担保方式,类似英美法上之股份法定按揭。实务上虽然登记让与担保的设定是可能的,但并不常见。登记让与担保之成立要件和对抗要件依物权变动和股权变动的立法主义而定,如在采意思主义和对抗主义的日本法上,成立要件为股票的交付,而对公司之外第三人的对抗要件则为股票之占有和登记。^[25]在登记的让与担保,担保权人取得对公司的股东地位,得行使股东权利;而担保设定者则失去股东资格。

3. 股份让与担保与设质之差异

股份设质系法典化的担保方式,各国法上多数均有股份设质的规定,而让与担保则是判例法的产物。股份设质与股份让与担保一样,也分为略式质与登记质两类。略式让与担保与略式质在外观上似乎并无差异,但于权利移转的关系上则有不同。略式的让与担保中,担保设定人与担保权人之间具有移转股份的合意,当事人系以股份的转让作为担保的手段;在略式质,当事人之间并无移转股份之合意,而仅有以股票之移转占有而设质的合意。在很多情况下,当事人自己不一定具有主观上区别两者的意思。由于在外观上区分两者存在的这种困难,故在让与担保的场合合作成以让与担保为本旨的设定契约书有利于避免日后之纷争。^[26]登记的设质和登记的让与担保虽然都须履行登记的手续,但其登记的性质和内容却不一样。登记质的登记以设质为本旨,而登记的让与担保则完全是移转股份的登记。因股份让与担保对债务人的不利之处显大于股份设质,故于当事人间意思不明时不得推定