

民商法

论丛

第11卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 11

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民商法论丛

第11卷

(1998年第2号)

梁慧星 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛 第11卷/梁慧星主编. -北京:法律出版社,1998

ISBN 7-5036-2611-9

I. 民… II. 梁… III. ①民法-研究-文集②商法-研究-文集 IV. D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 28791 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/25.5 字数/640 千

版本/1999年1月第1版 1999年5月第2次印刷

印数/5,001—8,000

社址/北京市广外六里桥北里甲1号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2611-9/D·2221

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

本卷为民商法论丛第11卷(1998年第2号)。

【专题研究】栏编入五篇论文。其一是葛云松的《股权、公司财产权性质问题研究》。遥想70年代末、80年代初时,经济体制改革刚刚开始,而改革方向未定,为配合关于经济体制改革的辩论,民法学界就国有企业财产权性质问题展开了激烈争论,各种学说纷纭,见仁见智、各不相让,蔚为奇观。20年后的今天,社会主义市场经济体制已经被确定为改革目标,市场经济法律体系已经初具规模,民法理论研究已经有了长足的进步,回顾一下当年各种学说,予以评点,当然不是没有意义的。这显然是作者撰写本文的用心所在。其二是邢海宝的《论提单物权效力》。我国民法学和海商法学界均承认提单是物权凭证,但对提单的物权效力论述不够。作者对此有比较详细的分析研究,并对我国《海商法》第71条提出修改建议。其三是王江雨的《信用证交易原理及其法律性质研究》。信用证是国际贸易最常采用的结算方式,近年来在国内贸易中亦有采用。但信用证的法律性质问题一直是困扰法学界的一道难题。作者对各种学说作了详细的研究,并提出自己的见解。其四是于敏的《机动车交通事故损害赔偿若干问题研究》。改革开放以来随着机动车保有数量的急剧增长,我国已经进入交通事故的高发期,年均发生交通事故25万多起,伤亡20多万人,成为十分严重的社会问题。审判实务中如何正确解释适用《民法通则》第123条及国务院发布的道路交通事故处理办法,妥当解决交通

事故引起的损害赔偿案件,有效地保护受害人的利益,是学术界和实务界面临的重大课题。本文对此作了较深入的分析,并提出作者自己的主张,值得审判实务参考。其五是马新彦的《论既判力溯及范围》。作者立足于我国立法和审判实践,广泛参考发达国家的审判实务和理论研究成果,对判决的既判力溯及范围作了系统深入的研究,值得重视。

统一合同法立法方案和建议草案将违约责任原则由现行经济合同法所规定的过错责任改为过错推定,第三稿和征求意见稿进一步改为严格责任。1997年6月9日至18日讨论征求意见稿的专家会议上,关于违约责任原则发生争论。本刊第8卷曾刊载编者的《从过错责任到严格责任》一文,阐述主张严格责任的理由。违约责任原则的变更,关系重大。本卷【立法问题】栏刊登崔建远的《严格责任?过错责任?》一文。作者阐述了主张维持过错责任原则的理由,请读者注意。顺便提到,按照立法机关的计划,统一合同法草案将提交明年的全国人民代表大会审议通过。

【法学名著】续完 L. L. 富勒和小威廉 R. 帕迪尤的《合同损害赔偿中的信赖利益》一文,是由韩世远翻译。该文第一部分刊于第7卷。

贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司等人身损害赔偿案,是我国最高人民法院公报公布的第一个对人身伤害认可精神损害赔偿的案例,具有重大的理论和实践意义。本刊第10卷已经刊载张晓军对该案件的判例研究。本卷【判解研究】栏再刊金勇军的《抚慰金的几个问题——评贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司等人身损害赔偿案》一文。我们可以看到,不同作者从不同角度,研究同一案件判决,可能有不同的意见。当然,两位作者对本案判决均持肯定态度,这一点是一致的。

【域外法】栏编入三篇论文。其一是许明月的《英国法中的不动产按揭(Mortgage)》。近年来我国在房地产交易中逐渐流行所

谓“按揭”担保方式,系由香港引进,而香港又引自英国。这就发生了在我国法律上和审判实务上应如何对待这种担保方式的问题。应否承认这种担保方式?应如何规范当事人间的权利义务关系?正在起草的物权法应否明文规定及如何规定?而首先要求真正把握这种担保方式在其母法上的沿革和现状。本文是研究这一课题的最新成果,值得立法机关和裁判机关参考。其二是张学军和裴桦《英国法定离婚理由研究》一文,对英国婚姻诉讼法法定离婚理由的沿革及其解释适用,作了系统深入的研究,对我国婚姻家庭法规定和完善法定离婚理由有重要参考价值。其三是《建筑作品的著作权保护》,作者是美国律师,对美国建筑作品著作权保护法的历史沿革和解释适用作了翔实的介绍。是张晓军翻译的。

【硕士学位论文】栏选编四篇论文。其一是王扬的《侵权行为法上因果关系理论研究》,其二是李琛的《著作人格权诸问题研究》,其三是黄勋云的《国际债券市场法律规范与我国海外债券融资》,其四是郭泽华的《论票据权利的善意取得》,可以代表近年硕士学位论文的水平,值得重视。

【资料】栏刊载澳大利亚《1901年法律解释法》。澳大利亚属于英美法系,以判例法为主要法源,当然也有不少制定法,为了制定法的解释适用,专门制定一部法律,规定解释的方法的原则。这是编者所未曾知道的。当编者收到澳大利亚国立大学张美莎寄来的“Acts Interpretation Act 1901”时,很是惊喜,请宁敏翻译成中文,以飨读者。

本卷增设【批评与回应】专栏,刊登读者缪剑文的来信,和徐国栋的《对缪剑文先生批评的答复》一文。来信批评本刊第5卷刊载的徐国栋《在法律、经济、政治、宗教之间的拉美外债问题》一文,认为有若干常识性错误。徐文是对批评的回应。另一篇是葛云松的来信,指出本刊第7卷载张晓军译《荷兰财产法的演进》一文,是讲述大陆法系财产法而非荷兰财产法。

学术自由,包括学术批评的自由,是学术进步的必要条件。现今,人们痛感学术批评的缺位,呼唤认真的、不讲情面的学术批评。本刊自创刊至今,已经5年11卷,刊载文章百数十篇,约五六百万言,其观点错误、持论偏颇及误述、误译,岂能无之。编者诚恳欢迎读者惠赐批评信稿,俾能及时指出,一一更正,其惠我论丛,惠我学林,善莫大焉!

《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，本丛书将每年出版三卷，每卷60万字。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、域外著名学者精典论著；七、重要立法资料。

ABH 10/01

目 录

1	卷首语	
1	专题研究	
1	股权、公司财产权性质问题研究	葛云松
67	论提单物权效力	邢海宝
113	信用证交易原理及其法律性质研究	王江雨
140	机动车交通事故损害赔偿若干问 题研究	于 敏
169	论既判力溯及范围	马新彦
190	立法问题	
190	严格责任? 过错责任? ——中国合同法归责原则的立法论	崔建远
198	法学名著	
198	合同损害赔偿中的信赖利益 [美]L. L. 富勒 小威廉 R. 帕迪尤	韩世远译
258	判解研究	
258	抚慰金的几个问题	金勇军

——评贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司等人身损害赔偿案

275 域外法

- 275 英国法中的不动产按揭(Mortgage) 许明月
368 英国法定离婚理由研究 张学军 裴 桦
439 建筑作品的著作权保护
[美]克里斯托弗 C. 瑞曼 张晓军译

457 硕士学位论文

- 457 侵权行为法上因果关系理论研究 王 旻
560 著作人格权诸问题研究 李 琛
618 国际债券市场法律规范与我国海外债券融资 黄勋云
690 论票据权利的善意取得 郭泽华

748 资料

- 748 澳大利亚 1901 年法律解释法 宁 敏译
——对议会制定的法律进行解释
并缩短其语言的法律

791 批评与回应

- 791 缪剑文先生的信 缪剑文
794 在知识、意见与无知之间的法学论文 徐国栋
——对缪剑文先生批评的答复
805 葛云松先生的信 葛云松

专题研究

股权、公司财产权性质问题研究*

葛云松

目 次

- 一、问题的提出
- 二、民事权利能力制度的基本设计及与公司制度的关系
- 三、公司民事权利能力的范围及与公司财产权问题的关系
- 四、物权的客体
- 五、股东的权利
- 六、公司的财产权
- 七、关于公司法第4条
- 八、其他问题
- 九、结语

新时期以来的中国法学界,还很少有哪个课题像国有企业财产权性质及股权、公司财产权性质问题这样,引起如此广泛而长久的争论。随着国有企业改革事业的进展,特别是每次相关政策法

* 本文是作者根据自己的硕士毕业论文《公司制度若干基本理论问题研究》(北京大学法律学系,1995年)中的第三、第五部分修改、增补而成。

律出台后,讨论不时出现高潮。

笔者的这篇论文,也可以算凑一下这个热闹。只是笔者没有支持其中任何一种成见,自己也无新“说”出台。笔者尝试的是从另一个角度来参与这场据说已经“为我国建立现代企业制度奠定了学理基础”^①的讨论。

一、问题的提出

中国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。政府和社会有关方面越来越感到,要使国有企业转变成为适合市场经济要求的经济单元,必须解决国有企业存在的“深层次矛盾,由放权让利为主要内容的政策调整转为企业制度的创新,探索一条公有制与市场经济相结合的有效途径。”^②

中共中央十四届三中全会于1993年11月通过了历史性的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,提出了建立现代企业制度是我国国有企业改革的方向。并认为,“规范的公司,能够有效地实现出资者所有权与企业法人财产权的分离,有利于政企分开、转换经营机制,企业摆脱对行政机关的依赖……”。^③1994年颁布的公司法确认了十四届三中全会《决定》提出的出资者享有所有权、公司享有法人财产权的理论。1997年

^① 史际春:《关于法人财产权与股东权的法律规定刍议》,《法制与社会发展》1995年第6期。

^② 现代企业制度调研组(国家经贸委等13个单位组成):《建立与社会主义市场经济体制相适应的现代企业制度》,载国家经贸委企业司编:《现代企业制度》,中国经济出版社1994年版,第206页。

^③ 事实上,我国建立公司法律制度、颁布公司法,最主要的动机就是为国有企业改革提供适宜的形式。也正因为如此,关于股权、公司财产权的讨论才被认为对实践具有重大意义。

9月,江泽民总书记在中共十五大上代表十四届中央委员会所作的报告中,更明确提出,要对国有大中型企业实行规范的公司制改革,使企业成为适应市场的法人实体和竞争主体。

由于公司制度在国有企业改革事业中的地位凸显,法学界从原来极为关注的国有企业财产权性质问题,转为更为关心股权、公司财产权性质问题。各家学说所持观点与有关正式文件中的观点或表述方法虽不一定一致,但出发点基本是一致的,即用对股权、公司财产权的定性,来使国有企业改制后的公司能够自主经营、充满活力,国家作为股东的利益又不至于受到损害,并认为,恰当地界定性质是至关重要的。有的学者说:“研究股权和公司财产权的性质对于构建我国现代企业制度具有举足轻重的意义。”^①有学者说:“科学地说明股权的性质,就作为深化改革必须解开的一道理论难题,或为深化改革奠定一个必不可少的学理基础的任务,摆到了我们的面前。”^②

此一课题在更早的时候就学者进行研究,近年来随着有关政策的出台和改革的进展,讨论更加热烈。综合起来看,学界在此问题上形成的观点主要有:

(1)股东对公司财产享有所有权(或终极所有权),公司对公司财产享有法人所有权(或相对所有权);^③

(2)股东对公司财产享有所有权,公司享有经营权或法人财产权(性质为他物权);^④

① 孔祥俊:《论现代公司的产权结构》(上),《政法论坛》1994年第3期。

② 康德瑄:《股权性质论辩》,《政法论坛》1994年第1期。

③ 王利明:《国家所有权研究》,中国人民大学出版社1991年版,第161—201页;胡祥甫:《论法人所有权》,《管理世界》1989年第1期。

④ 覃天云主编:《经营权论》,四川人民出版社1992年版,第215—225页;孔祥俊主编:《民商法热点、难点、及前沿问题》,人民法院出版社1996年版,第219页以下;史际春:《国有企业法论》,中国法制出版社1997年版,第202页以下。

(3) 股东对公司财产享有所有权, 公司享有法人财产权(一种新型权利);^①

(4) 股东享有对公司的所有权, 公司对公司财产享有法人所有权;^②

(5) 股东享有股权(性质为对公司的债权), 公司享有对公司财产的法人所有权;^③

(6) 股东享有股权(性质为社员权), 公司对公司财产享有法人所有权;^④

(7) 股东享有股权(性质上为一种“独树一帜”的民事权利), 公司对公司财产享有法人所有权;^⑤

(8) 公司享有对公司财产的法人所有权, 股东享有股权, 但股权性质上“只是公司法人所有权整体的一个有机组成部分”。^⑥

以上仅仅是主要的几种。其各自主要的观点, 下文会涉及。不过应特别注意的是, 一些论文的结论虽表述差不多但实际

① 这是中共十四届三中全会《决定》、《国有企业财产监督管理条例》及《公司法》出台以后出现的观点, 与其他一些人主张“法人财产权”就是法人所有权或经营权不同, 有些人主张“法人财产权”就是法人财产权, 是法律所新创设的权利。参见洪虎:《如何理解企业法人财产权》,《改革》1994年第1期;熊继宁:《走出企业“法人财产权”认识的误区》,《中国法学》1995年第2期;李平:《企业法人财产权探讨》,《四川大学学报》(哲社版)1994年第3期。但这类观点通常表述较为凌乱, 相互说法也不一。本文后面将有所评说。

② 唐海滨:《重新认识和确认企业法人制度》,《财经问题研究》1994年第5期。

③ 郭锋:《股份制企业所有权问题的探讨》,《中国法学》1988年第3期。

④ 储育明:《论股权性质及其对我国企业产权理论的影响》,《安徽大学学报》(哲社版)1989年第3期。

⑤ 江平、孔祥俊:《论股权》,《中国法学》1994年第1期;孔祥俊:《论现代公司的产权结构》(上、下),《政法论坛》1994年第3、4期。

⑥ 漆多俊:《论股权》,《现代法学》1993年第4期;郭新京:《“双重所有权论”质疑》,《中国工业经济研究》1990年第6期;杨紫烜:《论公司财产权和股东财产权的性质》,《中国法学》1996年第2期。

内容上却有很大差异,对“法人所有权”、“股权”等概念的理解有时也相去甚远。^①

对股权、公司财产权性质问题的强调不是偶然的,它首先是从改革开放之后,国有企业财产权性质问题(相应的是国家对国有企业财产的权利性质问题)直接相承而来,各派学说的分析方法和结论也是一脉相承;进而还可以追溯到改革开放前的理论思维定式,最后可以追溯至前苏联的法学理论。^②这一历史关系本文不拟探究。

本文试图从民法理论上多角度讨论相关问题,并对各家观点进行分析。本文虽不直接讨论国有企业财产权性质问题,但由于公司财产权性质问题与其就涉及的概念、分析方式都基本相同,所以结论对前者也基本适用。

二、民事权利能力制度的基本设计及与公司制度的关系

当我国学者非常热烈地讨论公司财产权性质问题时,如果我们把目光投向法人制度起源并且今天高度完备、法学高度繁荣的西方世界,却会发现,无论是大陆法系还是英美法系,所谓公司法

^① 例如,上述(1)中所引王利明、胡祥甫两位作者的观点,后者认为公司享有的法人所有权是一种“相对物权”,而前者不同意“相对”的提法;又如,似乎同持双重所有权观点但表述上与大多数人不同的,可参见周力:《法人财产权与法人所有权》,《山东社会科学》1994年第2期,该文认为公司享有使用价值形态的财产的所有权(是常态所有权),股东享有的是价值形态的财产的所有权(是变态所有权)。

^② 关于国有企业财产权性质的诸种观点,可参见《法学研究》编辑部:《新中国民法学研究综述》,中国社会科学出版社1990年版,第339页以下;刘心稳:《中国民法学研究述评》,中国政法大学出版社1996年版,第392页以下。

前苏联法学界的有关讨论,可参见[苏]格里巴诺夫、科尔涅耶夫:《苏联民法》(上),中国社会科学院法学研究所民法经济法教研室译,法律出版社1984年版,第330页以下。

人财产权性质问题,从未见诸各国法律的规定,也未见于学者的讨论。^①对此,我国有些学者提出了自己的解释:

“西方学者对公司所有权和股权的法律性质的探究从来并不十分重视,而有关理论多流于零乱,缺乏系统的考证和分析的境况。之所以如此,首先是因为大家对这一问题的实质(不论措辞如何)取得了共识,没有充分论证甚至相互辩驳和考证的必要。再者西方公司产权自始即极为明确,并适合市场经济的要求,没有必要再煞费苦心地进行辨别,否则只能是多此一举”;^②

“法律为企业拟制一个人格……绝不是为了使资本所有人丧失所有权,或者使企业对企业财产享有所有权,没有这一基本认识,就无法解释在资本主义国家的公司法中,都不规定公司对其财产享有所有权,而是规定公司可以取得所有权”;^③

“(资本主义国家里,在私有制下,)人们对产权关系‘心照不宣’,由私人财产权利益驱动而促使企业有效经营管理”;“在法律

^① 如果说西方学者曾经讨论过似乎类似的问题的话,那主要是人们讨论团体有没有权利能力(以团体名义取得的权利、义务是不是其成员的义务),赋予团体以权利能力的依据和实质(法人的本质问题)。参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第216、264、729页;李宜琛:《日尔曼法概论》,商务印书馆1944年版,第22—29、32、53—55页;刘得宽:《民法诸问题与新展望》,[台]1982年版,第437页以下。这些讨论主要发生在近代的法人制度(特别是公司制度)被正式确立之前或确立后不久。但这些问题与我们现在所说的公司财产权性质问题是两回事。

这一点,很多学者并不承认。有的学者笼统地说法人享有法人所有权或经营权是各国立法的通例,而在较详细的著述中,虽都要谈谈“公司财产权”的历史发展,但从具体内容看,无非是把公司制度的历史叙述一遍,并声称这就是法人所有权(或别的观点)确立的过程。参见江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第213页以下。但是,至今似尚无人能举出西方的法律文件中的明文来说明。

另,我国学者引用英美著述的时候,常忽视不同法系的概念体系的根本差异,造成很多误读。

^② 江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第221页。

^③ 佟柔、史际春:《我国全民所有制企业“两权分离”的财产权结构》,《中国社会科学》1990年第3期。

上都没有也无需对企业公司或法人的财产权及其性质作出规定,只需规定这些组织具有权利能力”、“可以取得和行使所有权”,“公司为谁‘取得’所有权?当然是股东”;^①

“据我们所知,在西方大多数国家的公司立法中,却是回避了公司财产权的性质问题的”。^②

这些解释能够成立吗?

也许我们应当首先考察一下一个在中国很不起眼的理论角落:民事权利能力制度。

(一)民事权利能力制度的基本设计

民事权利能力理论,系统讨论公司或法人理论的学者虽然大都要提一提,但除了在讨论经营范围问题(即目的外的法律行为的效力问题)时会谈到外,似乎很少有人重视,更很少仔细探究一下民事权利能力在法人(公司)制度中的地位以及和其他制度的关系。

民事权利能力(为简便起见,也考虑传统民法和其他国家的一般称谓,以下称权利能力),我国教科书上一般定义为享受民事权利、承担民事义务的资格。权利能力与人格具有同一含义,大陆法

^① 史际春:《国有企业法论》,第203—204,184,192页。

^② 余能斌、李国庆:《国有企业产权法律性质辨析》,《中国法学》1994年第5期。