

中国商事法律制度更新初探

变革中的平衡

——中国商事法律制度更新初探

2



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

D923.994/2

2007

魏国君 林懿欣 朱莉 著

变革中的平衡

——中国商事法律制度更新初探



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

变革中的平衡：中国商事法律制度更新初探 / 魏国君，
林懿欣，朱莉著. —北京：法律出版社，2007.2
ISBN 978-7-5036-7278-1

I. 变… II. ①魏…②林…③朱… III. 商法—研究—
中国 IV. D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 047229 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 卜学琪 郭 涛	装帧设计 / 李 曙
出版 / 法律出版社	编辑统筹 / 法律出版社上海出版中心
总发行 / 中国法律图书有限公司	经销 / 新华书店
印刷 / 北京外文印刷厂	责任印制 / 张宇东
开本 / A5	印张 / 11 字数 / 300 千
版本 / 2007 年 2 月第 1 版	印次 / 2007 年 2 月第 1 次印刷
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 / 029-85386843 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 苏州公司 / 0512-65193110	
书号：ISBN 978-7-5036-7278-1	定价：25.00 元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

■ 作者简介

魏国君,女,1963年出生,1985年毕业于北京大学,现为大连海事大学法学院副教授,国际经济法、比较商法硕士研究生导师,兼任中国法学会商法学研究会理事、中国法学会国际经济法学研究会理事、中国贸促会辽宁分会、中国商会辽宁分会法律咨询顾问、大连仲裁委员会仲裁员。主要研究方向为国际税法、公司法、票据法。曾出版《国际经济法学》(主编,北京大学出版社、中国民主法制出版社)、《知识产权法原理》(合著,大连海事大学出版社)、《比较国际私法》(合著,吉林大学出版社)、《海洋法学》(副主编,中国人民大学出版社)、《商事经营案例》(副主编,大连海事大学出版社)、《海商法》(副主编,人民法院出版社)等多部教材和著作,并在国内刊物和学术会议上发表学术论文数十篇。

林懿欣(本名林一),女,1975年出生,2001年毕业于大连海事大学,获国际法学硕士学位,现为大连海事大学法学院讲师。主要研究方向为商法学、公司法学。

朱莉,女,1975年生,2001年毕业于大连海事大学,获国际法学硕士学位,现为大连海事大学法学院讲师,大连海事大学国际商法专业博士研究生。主要研究方向为公司法学、信托法学。

前言

写书,也许是时下最时髦也是最受非议的一件事。

但我们,在这个时候,将这本书呈现于读者面前,非为追赶时髦,而是因势于中国商法近年来的蓬勃发展。

商法自清末变律时被引入中国至今已有百年,但真正对商法学进行研究——就中国内地而言——不过从20世纪80年代开始。虽然如此,商法在中国的发展可谓“日新月异”。尤其进入21世纪以来,伴随着世界经济一体化进程的不断加快,中国商事法律制度的完善成为众目之焦点。2005年公司法 and 证券法的联动修订以其修改幅度之广、改革力度之巨奏响中国商事立法变革的序曲,此后,合伙企业法的果敢创新、破产法的十年破冰、农民专业合作社法的应运而生以及商事登记法、期货交易法、商事通则等重要商事法律的蓄势待发,都昭示着中国正步入商法变革的伟大时代。作为数年执任于商法教学一线的商法教授者和研习者,我们对商法有着本能的敏感和探究的冲动,正是这种本能和冲动激励着我们将研习商法过程中的心得和思考记录成册,既以一种简约的方式求教于同行先学,又或许能对中国商事法律制度

完善略尽绵薄之力。

—
—

本书主要致力于对我国新近更新的商事法律制度进行评析和研讨,并对即将更新或者应予更新的商事法律制度进行研究和探索;而以“变革中的平衡”引领本书,主要基于以下考虑:

第一,它是在中国商法变革的时代背景下展开的一段思考。毋庸置疑,我们正身处于一个法律变革的时代,而商法则站在它的风口浪尖。与民法的悠远持重相比,商法因其与市场经济天然的密切联系更具有变革的持续动力。从1993年商事立法的正式启幕到2006年合伙企业法和破产法修订的阶段性告捷,商法始终是完善社会主义市场经济法律体系的浩大工程中令人瞩目的领域。商法的变革直接催生了商事法律制度的更新:从商法的性质地位论辩到商法的立法形式选择,从商法的基础理论充实到商法的具体制度设计,从公司、合伙企业、个人独资企业等商主体制度完善到证券、票据、保险、信托等商行为规则调配,从市场准入到市场维持再到市场退出……商法在中国的每一次前进,都伴随着大量商事法律制度更新的丰硕成果,都留下了学者、立法者和实践者探索和思考的深深印记。而商法,正是在这个过程中,不仅以其独具魅力的价值理性和精神气质为自己在商品经济贫瘠的土地上争取到生长的机会,并在引领中国市场经济发展的过程中不断获得自我繁荣,更以其所具有的时代精神演化为丰富的理论内涵和实践探索,吸引着所有的先行与后学者始终保持追随的热情,并激励他们亦包括我们将这种热情转化为对商法领域的各种问题的持续关注 and 思考。

第二,它是以追求平衡为基本价值理念而进行的探索和努力。变革是一种推动社会进步的力量,可以使群心激励,可以使山河易色;但是变革不是社会发展的目标,而只是追求平衡的进路——法律变革的终极目的在于寻求社会关系和利益的平衡。所谓“平衡”,古谓中庸、今谓和谐,在哲学上蕴涵“合乎客观规律、适得事理之宜”,在法学上则

寓示着理性正义的朴素思想。以平衡为商法变革的价值判断源自于对商法实践性的日益清晰的认识。在研习商法的过程中,我们发现商法是具有变革内驱力的,但是商法变革的结果却时常有负所望,这固然与商法理论自身的完善程度相关,但更重要的是受制于商法制度理想与市场经济现实之间存在的距离。因此我们认为在设计商事法律制度和规则时,不仅需要推进变革的勇气,更需要把握平衡的智慧,执两用中,实现变革中的平衡。体现于本书中,我们既不盲目推崇英美或者德法,也不执迷概念或者主义,而是试图立足于我国的客观经济实践用自己的观察和分析对商事法律制度的观念和规则更新进行检视和探讨,并从利益平衡的基本理念出发发掘业已更新或即将更新的商事法律制度中蕴藏的理性正义。我们执著地认为“一个理想的法律制度可能是这样一种制度,其间,必要的法律修正都是在恰当时候按照有序的程序进行的,而且这类修正只会给那些有可能成为法律变革的无辜牺牲者带去最低限度的损害^①”。

三

商法学著述汗牛充栋,我们不愿使各位读者遭受阅读上的负累,这里,我们力图简洁地将本书梗概呈现给读者,以供读者依其兴趣而直入主题。

本书共包括 15 章,因循惯例将不同的商事法律制度研讨习文按照商总论、商主体和商行为的顺序排列。

商事人格权制度,因缺少足够的理论支撑在现今的各国商事立法中均处于空白状态,虽然是商法学理论研究的一个重要问题,却被较多学者归置于“人格权的商事化”的危险边缘。鉴于商事人格权制度对商主体制度完备的基础性地位,我们从满足商主体在商业活动中维护其自身利益的基本权利需求的角度,尝试构建和阐释商事人格权的基

^① [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 343 页。

本范畴,目的在于完备商法的基本理论和规范体系。因为我们在研习商法过程中深刻感悟到,从长远来看,要想使商法的独立地位在我国得以完全确立并获得坚实的基础与广泛的支持,潜心研究并发展商法基本制度及其理论体系非常必要。而商事登记作为商法的独特范畴,其立法备受瞩目。自1999年九届人大至今的久酿不出似乎隐含了立法准备的不充足。在“商事登记制度的功能定位”一章中,我们从构建商主体资格的理论支撑的角度,尝试将商事能力解构为以“客观意义的营业能力”为核心的商事权利能力和以“主观意义的营业能力”为核心的商事行为能力,提出商事登记制度应是对建立在商事权利能力基础上的商主体资格的确认,而非对民事主体的营业资格(商事行为能力)的确认,进而提出对我国企业登记和营业执照制度的改革构想。

商事主体制度是我国商法变革中制度更新最为集中的领域,也最引人争议。就公司法而言,其虽以大规模制度更新之先进性深得学界褒奖,但不可否认于细致之处仍存在诸多问题。在本书,我们选取三个方面进行研讨:第一,关于一人公司。一人公司制度的建立,可谓“顺乎国情、合乎民意”。然而,一人公司制度并非“救世主”,不会使因制度缺位而产生的所有问题得到解决。相反,一人公司制度因与传统公司理论格格不入而更需要理论支撑以弥补固有的制度缺陷。因此,我们对新公司法中的一人公司制度规则进行了较全面的利弊评析,并期待着一人公司能够在理论与规则的双重完善中实现其于经济实践中的价值。第二,关于公司自治。新公司法虽推崇章程自治,却无关于自治边界、章程效力以及违反章程之法律后果的严格界定。因此,我们从公司章程的性质和公司法的性格出发,探讨公司章程的自治边界、效力范围和法律后果,以期在公司法现有制度不足的情况下探究公司章程的适用,寻求自治与限制的平衡。第三,关于休眠公司。新公司法解决了诸多公司领域多年来悬而未决的问题,但是,关于公司被吊销营业执照以后公司的主体地位以及股东责任问题依然规定模糊。因此,我们延续了关于商人主体资格问题的探讨,在立法缺位的现实下,对于公司另类退市的现象提出解决相关实务问题的建议。

合伙企业法和破产法的修订也同样在值得赞赏之余留有遗憾。就合伙企业法而言,“有限合伙制度”虽在学界一致的设立呼声中取得了立足之位,然而,“有限责任合伙”却出人意料地被“特殊的普通合伙”制度所取代,个中原委值得探究。在“有限责任合伙制度的本土化改革”一章中,通过对有限责任合伙和特殊的普通合伙的比较,我们得出结论:新合伙企业法规定的特殊的普通合伙企业虽贯彻了保护债权人的立法原则,但对合伙企业形式的创新并不具有彻底的进步意义,建立真正意义上的有限责任合伙将是合伙企业法修订的未尽之事业。以新破产法而论,虽有立法理念和制度方面的诸多重大突破和创新弥补了我国市场退出规则的法律空白,亦不乏因制度悬念和缺位在未来实施中遭遇问题的可能性,我们对此进行了一一探悉,并尽可能结合国外先进的立法经验和我国的国情,提出适用中可能发生问题的解决途径和完善建议。此外,我们尤其针对处于两法边缘的合伙企业破产问题,进行了较为全面和尽可能深入的研究,不仅为制度整体之构建做准备,同时也为几个月后司法实务中的操作提供可供参考和借鉴的指引。

农民专业合作社法因关涉十亿农民的生存和发展面备受期待。新法创造性地赋予农民专业合作社以独立法人地位——合作社法人,既为农村发展奠定了组织基础,也给商法学者提出了新的课题。在“农民专业合作社法的定位与选择”一文中,我们在探究立法者的立法理念和平衡制度配置目的的基础上,尝试在商事组织法律制度框架内解读农民专业合作社的法律地位、法律性质的实然和应然状态,以期对农民专业合作社的实践有所裨益。

期货交易所作为商主体的法律地位一直是学界和立法者争论的焦点,期货交易法的暂时缺位使这一问题充满悬念。我们认为维护交易安全的目的不能成为否定期货交易所商主体地位的理由,营利性目的也不能构成期货交易所发挥市场自律功能的障碍。从平衡的理念出发,非营利的会员制法人与营利的公司制法人,孰优孰劣,取决于期货市场发展的现状和目标。因此,新修订的证券法关于证券交易所的法律地位界定的开放态度可资借鉴。

商事行为制度更新以证券法揭开序幕,还将在票据法、保险法、信托法中展开。第三编中,我们对即将开始的票据、保险、信托三类具体商行为法律制度的改革进行了探索性研究。目前,票据法和保险法在我国颁布实施十年有余,票据和保险作为市场经济中比较普遍的商事行为制度,已经为商人们所熟悉和运用。只是我国多年来对商行为风险防范的多虑和商法的公法化趋势,使商事法有向经济法方向演变的危险。我们认为,商法公法化并不意味着倡导国家公权力对商事活动的更积极干预,商行为法的发展,仍然应在自治法的基础上进行,本着便利商主体的交易,保障商主体的营利,坚持追求效益与效率的立法宗旨,倡导商人诚信,建立公平、守信、有序、和谐的商业环境。基于以上考虑,我们从宏观的角度对保险法中的保险利益范畴和最大诚信原则展开论述,并在借鉴英美法系和大陆法系相关保险法律理论的基础上,沿着尊重保险关系当事人意思自治、激活保险关系当事人诚信潜能的思路,寻求保险立法完善之路。而在票据法部分,我们通过对票据抗辩制度的研究,对票据法律制度的改革进行相关的探索,进而提出完善我国票据法的立法建议。最后,对于在我国商事立法中尚属于“幼年”阶段的信托法,基于国内无论学界还是实践均知之较少因此用之更少的现状,我们采取了较为微观的处理方式,探讨信托在资产证券化制度和养老金制度中的具体运用,同时提出修改、完善信托法的相关建议。

四

“泉水总是向河水汇流,河水又汇入海中”。^① 我们坦承本书的部分专题的研究尚不成熟,有待于继续推敲和深化;但我们相信,写作的生命力在于联系实际,挖掘问题,而问题的发现与讨论都是推动制度创新的力量。正如雪莱在《解放了的普洛米修斯》的序言中写道:“思想的云层正在一同放射闪电。制度与观念之间正在恢复或即将恢复平

^① 雪莱:《爱的哲学》。

衡”。置身于商法变革的时代,持续的思考和理论的勇气,无论以何种角度、何种方式,都将是商法的研习者对这个时代的感应和责任。因此我们不揣浅陋,撰写此书,其目的就在于鞭策自己在研习商法的道路上继续努力前行,并就教于各方诸高明先进。敬请各界前辈同仁随时指正,不胜感谢。

作 者

2006年12月

目录 / CATALOGUE

前言/1

第一章 商事人格权的理论探索/1

- 一、商事人格权理论的缺位/1
- 二、商事人格权与传统人格权之辨析/3
- 三、商事人格权概念的界定——从人格权的一般理论出发/7
- 四、具体商事人格权探究/12
- 五、结束语/26

第二章 商事登记制度的功能定位

——基于商事能力理论的分析/27

- 一、引言/27
- 二、商事登记的基本功能——商主体资格确认/29
- 三、营业执照制度带来的困扰：商事权利能力抑或商事行为能力的确认/32
- 四、商事登记制度的功能定位：基于商事能力理论的分析/35
- 五、对我国现有商事登记制度——企业登记和营业执照制度的改革构想/44
- 六、结语/47

第三章 一人公司及其法律规制/48

- 一、一人公司概述/49
- 二、一人公司的产生/53
- 三、一人公司的理论基础/54
- 四、我国旧公司法下的一人公司/60
- 五、新公司法对一人公司的法律规制/62
- 六、结语：在理想与现实间寻求完善/65

第四章 公司章程自治的边界与效力

——探寻新公司法的未尽之意/68

- 一、问题的提出/68
- 二、公司章程的自治边界——从第 72 条切入/69
- 三、公司章程的效力范围——第 16 条引起的困惑与思考/73
- 四、违反公司章程自治的法律后果——公司外部法律行为的效力判断/77

第五章 另类退市：公司被吊销营业执照后的 主体地位和股东责任/80

- 一、问题的提出/80
- 二、公司被吊销营业执照后的主体地位/81
- 三、公司被吊销营业执照后的股东责任/90
- 四、结论/100

第六章 有限责任合伙制度的本土化改革/102

- 一、我国合伙企业法对特殊普通合伙的规定/103
- 二、有限责任合伙概述/104
- 三、有限责任合伙与我国“特殊的普通合伙企业”之比较/108
- 四、我国新合伙企业法的相关规定分析/114

五、完善特殊的普通合伙制度的几点建议/115

六、小结/118

第七章 农民专业合作社法的定位与选择/119

一、引言/119

二、我国合作社法的立法模式选择/121

三、农民专业合作社的本质特征/125

四、农民专业合作社的法律地位——合作社法人/129

五、农民专业合作社社员资格的确认/133

六、农民专业合作社法的法律性质——经济法抑或商法/136

七、结语/139

第八章 走出混沌：期货交易所法律地位解读/140

一、期货交易所概述/141

二、走出混沌——期货交易所的法律性质分析/146

三、期货交易所的法律地位——对“自律性法人”的解读/156

四、结语：塑造具有竞争力的公司制自律法人/167

第九章 创新与完善：新破产法的制度评析/169

一、引言/169

二、新破产法之制度创新/170

三、新破产法之制度完善/184

第十章 合伙企业破产诸法律问题求解

——兼评两法改革之相关规定/200

一、合伙企业破产能力之立法选择/201

二、合伙企业破产实体法律问题研究/208

三、合伙企业破产程序规则的立法选择/219

四、结语：为合伙企业破产而量身定制/228

第十一章 票据抗辩之辨析

——兼论票据的无因性/229

- 一、票据抗辩制度概述/229
- 二、票据抗辩的种类和抗辩事由/231
- 三、关于票据抗辩及票据无因性的探讨/234
- 四、结论/238

第十二章 保险利益之基本范畴新论/241

- 一、保险利益之利益本质：“危险负担说”胜出/241
- 二、保险利益之主体范围：以享有保险金请求权为核心/249
- 三、保险利益之于保险和保险合同效力的影响：基于经济理念的考量/258
- 四、结论：大陆法系框架内的完善之路/263

第十三章 最大诚信原则的保险法诠释/265

- 一、最大诚信原则概述/266
- 二、最大诚信原则对投保人（被保险人）的要求/270
- 三、最大诚信原则对保险人的要求/275
- 四、结论/278

第十四章 资产证券化视野下的信托法完善

——论信托型 SPV 发展的法律环境/280

- 一、特殊目的公司设立的不现实性/281
- 二、信托型 SPV 设立的可行性/285
- 三、信托型 SPV 发展面临的信托法律障碍/289
- 四、信托型 SPV 发展面临的法律风险及防范/291
- 五、完善信托法——构造信托型 SPV 发展的法律环境的建议/294

第十五章 完善我国养老保险制度

——关于养老金信托的法律思考/300

- 一、我国养老保险制度现状/301
- 二、养老金信托概述/303
- 三、我国养老金信托市场的现状/306
- 四、发展我国养老金信托面临的问题/308
- 五、我国养老金信托的模式选择/310
- 六、完善养老金信托制度需注意的问题/314
- 七、养老金信托的持续关注——代结语/320

参考文献/322

第一章 | 商事人格权的理论探索

一、商事人格权理论的缺位

人类社会的经济形态在经历从自然经济到商品经济的发展过程中,商人发挥了很大的作用。欧洲中世纪工业的发展带来城市的兴起,而城市的发展需要商业的支撑,于是,“商人”阶层产生并逐渐发展起来。在两次工业革命之后,人类社会进入了商业社会,商人作为商业活动中的主体,从事交易活动所追求的目标——为了谋求资本的价值增值,而与一般民事主体明显不同——即便是为了盈利,也是为了维持个人或家庭生活的需要,^①为经济发展和社会进步做出了重要贡献。商人在社会发展中的重要地位,急切需要法律赋予其权利对其加以保护,同时也对其行为做出规制,以求更好地促进经济的发展。因此,商法最初渊源于中世纪的商人习惯法,欧洲早期的成文商法也主要是对中世纪以来所形成的商人习惯法的确认,如1673年和1681年法国颁布的《陆上商事条例》和《海事条例》,1727年和1776年普鲁士的《海商法》和《保险法》等。虽然商法涉及的内容比较广泛,但商

^① 赵万一、叶艳:“论商主体的存在价值及其法律规制”,载《河南政法管理干部学院学报》2004年第6期。