



商事审判实务 难点精解

吴庆宝 ● 著

人民法院出版社

商事审判实务 难点精解

吴庆宝 著

图书在版编目 (CIP) 数据

商事审判实务难点精解/吴庆宝著. —北京: 人民法院出版社, 2003.8

ISBN 7-80161-575-1

I. 商… II. 吴… III. 经济纠纷—民事诉讼—审判—研究—中国 IV. D.925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 050214 号

商事审判实务难点精解

吴庆宝 著

责任编辑 陈燕华 张维炜
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)
电 话 (010)65290583(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 368 千字
印 张 14.125
印 次 2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-575-1/D·575
定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

前 言

经过半年多不懈努力,《商事审判实务难点精解》终于写作完成。本着有话则长,无话则短的原则,紧紧围绕公正与效率的世纪主题和入世以来发生在商事审判领域的热点难点问题,我不断地进行思考和研究,也就有了现在的这本书。本书从司法改革、裁判文书改革的大局出发,紧紧抓住公司法、证券法、物权法、期货法这条主线,从中筛选出商事审判实践中经常遇到的热点、难点问题,从较高的层面上加以研究,尤其探讨了公司法与证券法修改,公司诉讼案件中的股东代表诉讼,中小股东权益保护制度,中小投资者损失赔偿方法;提出并分析了物权法中尚需完善的抵押、质押制度;论证了期货审判须引起重视的难点问题,例如误导投资者、私下对冲、强行平仓、保全和执行等问题的认识与解决方法。结合审判实践,推出了数起疑难案件请示的答复,向大家介绍最高人民法院关于请示案件的操作思路,解决问题的出发点与重点,思考、研究问题的思路与方法。从超前的角度出发,介绍了我国一直未开展,而又有广阔前景和将来会占有相当比重市场份额的金融期货、期货期权交易的基本理论知识。

本书原本是只要出版一本的,由于商事审判工作的空间极为广阔,市场领域反映出来的法律问题纷繁复杂,热点难点既新鲜又抢眼,我也就没有时间放下笔休息。如何把有用的、最新的知

识、观点奉献在读者面前，是我所要完成的最重要的任务，也是本书的第一要务。值得说明的是，书中绝大部分内容是我独立思考后写作完成的，也有少部分内容是受到前辈、学者们的启发，参考了他们的研究方法与成果，特别是吸收了台湾地区学者王泽鉴先生、中国人民大学张新宝教授研究侵权法因果关系的成果，张金忠、李京生先生等研究期货法的成果，以及全国部分法院研究商事审判实务的成果，在此谨向他们表示诚挚的感谢。正是因为将学者们、专业机构的科研成果拿来为我研究所用，才使得本书的内容更加丰富多彩、锦上添花。

写作、出版本书的目的是为了将本人从事商事审判实践、司法实务研究的心得、体会，及时转化为科技成果，从而使这些有限的科技成果再转化为无限的、先进的生产力，充分体现“三个代表”的时代精神，为商事审判的深入开展起到推动和促进作用，繁荣发展市场经济。期望本书能够对热爱、关心、支持商事审判的同仁、朋友们有所借鉴和参考，你们的首肯、批评，都将是对我最好的激励。

人民法院出版社二编室刘德权、陈燕华两位主任为本书稿提出中肯、详细的阅改意见，特此深表感谢。

吴庆宝

2003年2月28日

目 录

第一篇 公正、效率与司法改革

商事立法与司法实践结合关系的研究·····	(3)
当前民商审判改革与严格适用法律·····	(13)
当前民商事案件发回重审应注意的几个问题·····	(30)
存单纠纷案件中金融机构应承担的民事责任·····	(38)
侵权案件之因果关系分析与判断·····	(51)

第二篇 裁判文书改革与规范

追索货款纠纷判决实例与点评·····	(71)
保险合同纠纷判决实例与点评·····	(79)
借款纠纷判决实例与点评·····	(86)
当前民商事裁判文书改革中的问题与对策·····	(94)

第三篇 公司法、证券法审判热点

公司设立条件的司法审查与认定·····	(107)
公司法中关于民事责任的认定与处理·····	(120)
公司中小股东权益的司法保护·····	(142)
公司中小股东的代表诉讼制度·····	(157)
关于证券法与证券诉讼的完善之思考·····	(178)

证券案件损害赔偿计算方法研究·····	(181)
---------------------	-------

第四篇 物权法审判难点

关于财产权、担保制度含义与诉讼时效的理解·····	(197)
当前处分法人资产应掌握的几个界限·····	(201)
商事审判中抵押与质押几个问题的研究·····	(208)

第五篇 期货纠纷审判疑难问题

缔约过失行为与保证协议关系的认定·····	(225)
期货交易全权委托的认定及其民事责任·····	(229)
期货交易中误导行为的认定及其法律责任·····	(236)
私下对冲行为的性质与民事责任认定·····	(242)
客户指令缺陷与错误执行客户指令的认定与处理·····	(248)
结算单异议期与客户在总结算单上签字效力的认定 与处理·····	(258)
对异常情况采取紧急措施产生民事责任的认定·····	(266)
期货交易中强行平仓的法律问题辨析·····	(274)
期货交易所对交割不能的法律责任·····	(295)
期货纠纷中的财产保全和司法执行·····	(305)

第六篇 金融期货、期权基本理论与实务

外汇期货交易理论与实务·····	(319)
金融期货基本理论问题·····	(333)
期货期权的基本理论与实务·····	(360)

第七篇 疑难案件请示答复

金融机构收回贷款，对买卖合同的卖方是否构成侵权 ——武汉市冷柜厂诉成都市青羊区民政局、人西 商店和成都市城市信用社及胡健等五人侵权	
---	--

损害赔偿纠纷上诉案请示·····	(381)
本案债权债务不能认定已发生转移	
——深圳市兴达工贸有限公司与复旦大学科学技术开发总公司及上海海通经济联合总公司汇款返还纠纷再申请示答复·····	(390)
不利解释原则在保险合同案件中的应用	
——关于对如何理解《中华人民共和国保险法》第六十五条“自杀”含义请示的答复·····	(398)
附录：	
公司法中关于民事责任的适用之案件类型·····	(407)
不断研究期货市场自身规律 以司法手段促进期货市场发展·····	(418)
WTO 新形势下期货公司市场司法执行问题研讨会会议纪要（2002 年 6 月 北京）·····	(430)
主要参考书目·····	(436)
后 记·····	(438)
作者简介·····	(442)

第一篇

公正、效率与司法改革

商事立法与司法实践 结合关系的研究

法学是社会科学中的一门重要学科，研究法学的方法不应当是惟一的，主要应当用发展的、辩证唯物主义的方法论加以系统研究，同时还应当结合历史、语言、哲学、经济学、地理学、心理学等学科的理论知识，进行综合性的研究，博采众长，为我所用；我们更不应当忘记，国外的法律是比我们先进的，他们对民法、经济法（商法）、行政法等有着更加系统、深入的研究，可谓硕果累累，就连我国的台湾地区，十几年来不也是我国民商法学派的学习榜样吗？尽管台湾地区抄日本，日本抄法国，法国抄德国，我们也在抄台湾地区和英美等国家的法律和法学研究成果，但毕竟这对我们的市场经济体制和现代企业制度的建立、发展是极为有利的。其实，在我国，立法研究和司法研究的分工还是十分清楚的，学者们负责把先进的学术思想、立法前沿问题带入我们的视野，于是我们有了进行研究和实践的素材，或者我们的方向感更加强烈一些。但是经常进行思考还会感觉到我们的思路是有些混乱的，脑子不是想像的那么清醒。我们知道，法律除了思想上的问题，就是因为我们从一开始就犯了错误，把错误带到法律中以后，经过实践检验，才发现果然是错误的，于是就要修改法律，以期法律更加完备。我们不是说不允许犯错误，人无完人，孰能无过？就连圣人也在经常的自我反省，何况我们凡人

呢？在我们常用的几部法律中，就确实存在这样那样的问题，就需要我们的不断反思和警醒。

一、关于法律属性的正确认识问题

一般情况下，民事法律是要分涉公法和私法的，带有管理性质，使用国家权力予以干涉或加以控制、监督的，我们称之为公法，例如×××管理法，×××组织法等。而带有私权性质的法律，我们称之为私法，例如《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）等。但在划分法律属性时却常常出现顾此失彼的现象。也就是说，把私法当成公法对待。而在立法和司法上我们也确实没有能够加以严格、科学地区分，导致这样的现状不足为奇。当前的热点是：《公司法》、《中华人民共和国证券法》（以下简称证券法）、《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）到底是公法，还是私法？如何区分立法中具体条款的不同含义？这对于我们确实太苦恼了，以至于我们也没有科学的、通说的标准来予以划分。当然，在一般意义上，区别公法、私法的直接导入点是看法律行为的主导是谁，也就是说谁对法律行为负责。我们在合同法和民法通则中就规定了意思自治的基本原则，这实际就说明，法律属于私法范畴而非公法范畴。但是，当法律加入了国家允许和不允许的意思时，法律的属性可能就会发生质的变化，尤其法律中有了具体国家机关在发号施令时，很可能该法就演变成公法的性质。当然如果该法本来就是公法，则另当别论。而我们考虑的是应当弱化公法的范畴，加大私法的范围，增强私法理念，用市场的一般规律来作为调节经济的杠杆，来推动立法和司法的步伐。正因为7年前，我国金融政策的失衡，才导致了大额存单、证券回购等案件非良性的循环，给国家造成数以亿计的经济损失，这个教

训太深刻了。我们公认的公法至少有宪法及其配套法律、刑事法律、组织法律、行政法律等。但从立法的趋势看，公法似乎在增加，这与世界潮流是不相符的，值得我们重视和研究。

二、关于公司法管理职能与意思自治的合理划分

在近几年中，学者们和司法实践中的法官们都在致力于公司治理结构的研究，希望每一个公司都能够按照经济规律和法律规范要求，取得高效的发展。然而，在实施公司法过程中，却出现了经济尚不够发达国家所遇到的通病，即公司不像学者们想像的那样，很多是皮包公司，也有不少应予法人人格否认的公司，当然也存在即使有公司董事会，却没有按照公司章程办事的情况。例如在 1996 年，我们就遇到这样的案例，部分中小股东向法院提起诉讼，要求公司定期发给股东红利，因为公司成立三年以来，就没有发过任何利润。我们经过研究认为：首先股东应当要求公司召开股东代表大会，研究是否发红利，何时发红利。小股东又说了，董事会被某个大股东把持，根本没有办法让他召开股东会，即使召开了，他们也可以否定我们的提议。对于这样的情况，还确实有些为难，只是让他们召开股东会实际也不解决问题，看来，是需要通过派生诉讼的方式予以解决。我们可以认为：公司运营是以公司章程的规定为基本依据的，尔后才是董事会在章程规定的权限范围之内行使管理、经营公司的权利。我们在立法过程中，看来是不应当过多地干涉公司运营中的经济和法律问题，因为公司的经营不是无法可依，而只是成立与消灭才是需要法律加以明确规定的。当公司章程较为完备，又被工商登记机关备案认可的时候，是不是就可以认为：公司已经具备了正常市场主体人格的各个要件呢？当公司的经营者、管理者不按照章程办事时，才需要通过法律救济渠道帮助中小股东解决问题，伸张正义。在正常的运作过程中，似乎没有必要去干涉公司内部事

务。换句话说,《公司法》应当属于私法范畴,不该运用过多的公权利加以管理和调整。这同样适于司法实践。

三、关于证券法中权利与义务的调整与划分

大家认为:《证券法》实际包括证券管理法和证券交易法两个大的部门法。就我国十余年来的证券发展历程来看,确实包括这样的两个部分,不是简单的一个证券法就能解决问题。将管理职能、交易法律关系混在一个法律规定之中,就会产生管理管不好、交易不顺畅的不良局面。对于管理,就应当把精力放在公司上市申请的审核和审批,公司经营状况的监督管理,尤其是会计报表的制作上;而交易的重点在于法律规定明确后,市场参与各方主体应当按照法律和合约赋予的权利义务行事,按照公开、公平、公正的三公原则办事,童叟无欺。当然,具体的交易行为还应当贯彻意思自治的基本原则,在承担义务上,应当贯彻过错与责任相一致的原则,即使过错推定,也应当贯彻三公原则,不能将市场主体的权利予以抹杀或随意缩小。证券法的实施离不开与公司法等法律的衔接和协调,是不可能独立存在的,其是与其他法律既有联系又有区别的法律部门,证券法立法与司法的正确实施,对于公司治理结构的完善,对于证券市场的良性发展具有极大的促进作用。

四、关于有关司法解释的理解和改进的问题

在制定“虚假陈述”司法解释过程中,感觉到的确能够解决许多关于这方面的问题,对于保护中小投资者的利益是有利的。该司法解释立意新颖,切中证券市场规模、发展中的要害,该司法解释必将对未来中国证券市场发展起到极大的规范和促进作用。由于该解释在发布之前多次召开专家论证会议,均取得很好

的效果。本解释的目的就是为保护广大中小投资者，制裁违法、违规者，将证券法相应不足之处予以及时弥补。在研究和实施过程中，尚有以下几个问题和方面需要进一步研究和思考：

1. 应取消前置程序。既然要保护中小投资者，为何不放开一些，只要投资者有足够证据证明上市公司等有“虚假陈述”，即可依《民事诉讼法》第一百零八条的规定，有权提起诉讼；根本无必要设前置程序，而这个前置程序在期货、保险等专业性极强的案件中并未予设置，也照样没有搞乱市场秩序、审判秩序。如是要限制保护中小投资者，似还不如先搞试点审判为好，看到底是否真的会出乱子。

2. 应由侵权行为地法院管辖。在管辖方面，实际规定在上市公司所在省中级法院审理，又是对上市公司等一方有利的规定，而我们的初衷是要以保护中小投资者为目的。这类案件只要积累相应审判经验，根本不会造成执法标准的混乱；且基本以侵权为案由管辖，中小投资者进行操作的证券公司营业部所在地均可视为侵权行为地，可由当地中级法院管辖。让中小投资者往上市公司所在地跑，实际增加了当事人的诉讼成本，加之中小投资者属于弱势群体，反而方便了上市公司。因此，作这样的规定似不甚妥当，建议今后再制定类似的司法解释应当予以斟酌。

3. 诉讼方式应由原告选择。民事诉讼应当注重保护合法原告、债权人的利益，至于具体诉讼方式，亦应由他们自主选择；每个股民不可能在同一价位、以同样数量购买同一股票，其购入股票原因也不尽相同，故不是必要的共同诉讼。而当前各地法院也均按单一诉讼对待。到底是采集团诉讼、共同诉讼，还是单一诉讼方式，应由原告自行选择，不应做出硬性规定。

实际上，司法解释也是一个系统工程，需要从实践到理论的反复和飞跃。通常情况下是，从实践中发现问题，确实需要解决的问题，需要通过解释法律的方法或者通过解释新生事物的方法，以文件的形式加以具体解决。在问题确定以后，要通过大量

的调查研究,把更多的具体情况和问题予以归纳总结,然后形成书面的文稿。将该文稿送到理论和实践部门的各个环节反复征求意见后,最后才能形成要发布的司法解释。时间短的要几个月,长的则需要3~5年,甚至更长。不论如何,只要经过实践检验是正确的,可操作性是很强的、较强的,就证明该司法解释文件就是可靠的、正确的,也是能够为市场和权力机构所认可的,有存在之价值的。否则,一旦出现朝令夕改的情况,则说明我们的调研工作没有做到家,甚至观点上存在许多欠缺,需要及时加以改进。

五、《企业破产法(试行)》司法解释对实践经验总结的成功范例

《中华人民共和国破产法》(以下简称《破产法》)司法解释经过两年多的紧张调研,于2002年7月顺利通过最高人民法院审判委员会的研究,公布施行,该解释是对审判实践的成功总结。仅举两个例子就可足以说明:首先,规定对职工等劳动者的保护问题。司法解释若干规定第五十六条、五十七条、五十八条分别对企业职工等劳动主体给予特殊的保护,将解除劳动合同对劳动者的补偿金、非正式职工的劳动报酬和企业向职工的集资款,解释为《企业破产法(试行)》第三十七条第二款第(一)项可以优先受偿的破产债权。这三个问题均来自下级法院的请示。讨论认为:若干规定的解释内容反映对劳动者这样的弱势群体的保护,对维护社会稳定有积极意义。此种解释方法属于对《企业破产法(试行)》第三十七条第二款第(一)项的扩大解释,应当列入重要问题。其次,关于制止恶意破产的问题。国际上通认的恶意破产包括两种情况,一是债务人以恶意申请破产方式逃避债务,二是债权人以毁损债务人商誉为目的恶意提出破产申请。我国目前实践中也存在这两种恶意破产情形,第一种情形

尤甚。比如先剥离有效资产，留下空壳企业申请破产；先转移、隐匿巨额财产或压价处分有效资产后申请破产等。若干规定第十二条和第十五条从人民法院严把破产案件受理关出发，规定了从程序上制止恶意破产的内容。讨论认为：司法解释应当反映对恶意破产的制止，表明司法对恶意破产的态度，虽然还存在如何具体操作适用的问题，但这样规定具有积极的社会意义。但由于若干规定禁止恶意破产是以《企业破产法（试行）》第一条规定的破产法基本原则为依据，现行法律规范没有具体对照条文，且恶意破产有一定的社会基础，甚至有地方行政因素介入（比如湖北猴王集团的破产），所以就若干规定的该部分内容列入重要问题^①。每一项司法解释的重要规定无不来源于司法实践，如果司法解释脱离了司法实践的检验，很可能与司法实践相脱节，会产生用起来很别扭，或根本不好用的结果。当理论与实践的结合紧密了，形成科研成果的时机也就趋于成熟了。也说明我们的努力是卓有成效的，其法律效果与社会效果均是好的。

六、进一步认识企业改制中的法律问题

企业改制实际就是建立现代企业制度的重要环节，也是公司运营中的重要经营策略。企业改制一般包括股权、资产转让，兼并、合并、重组，企业整体、部分出售，有限责任公司、一人公司改制成为股份有限公司等。兼并显然就是一个公司被别人公司吃掉，以后不复存在或成为别人的企业。合并既有公司部分与别人公司合并，即吸收合并，合并到其他公司的运营机制之中，也可能是新设合并，就是组成一个新的公司、企业。重组则可能出现兼并的结果，也可能是股东变更，公司发展、经营方向、方针

^① 曹士兵等著：《破产法司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2002年版，第240～241页。