

主编 / 徐卫东

商法基本问题研究

A STUDY OF FUNDAMENTAL PROBLEMS
OF BUSINESS LAW

法律出版社

主编
徐卫东

商法基本问题研究

A STUDY OF FUNDAMENTAL PROBLEMS
OF BUSINESS LAW

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法基本问题研究/徐卫东主编. —北京:法律出版社, 2002. 10

ISBN 7-5036-3992-X

I. 商… II. 徐… III. 商法-研究-中国
IV. D923.994

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084674 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法学学术出版中心
经销/新华书店

开本/A5
版本/2002 年 6 月第 1 版

印张/17.5 字数/500 千
印次/2002 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-88414121

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-88414115

法学学术出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-88414883

传真/010-88414115

中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/010-88414897 88414899

销售热线/010-88414896

网址/www.Chinalaw-book.com

010-88414900

书号:ISBN 7-5036-3992-X/D·3709 定价:29.50 元

主 编:徐卫东

撰稿人(按章节顺序):

蔡立东 阮晓峰 车传波 王福友 崔志伟

陈英志 刘 军 尹利才 魏 华 臧 彦

徐卫东 高 宇 可 欣 张 姝 张付成

裴洪泉

序

商法作为一门实践性法学,是现代国家市场经济发展中最前沿的法律制度,其完善不仅能够总结商事行为中的规律性原则,反映一个社会主义市场经济发达的程度,而且可以促进民法与商法的和谐互动,为确立民商合一体例下完整且科学的私法体系提供理论创新的广阔空间。商法的基本理论是构造商法的最核心问题,深入研究商法基本理论是建立独立的商法部门,推动商事立法现代化的动力之源。然而现实中商法理论往往滞后于商事立法,从而造成理论、法律、现实之间一定程度上的脱节。这种状况不仅制约了商事立法的发展,而且使得现实生活中人们的经济行为因缺乏维系市场经济秩序的法律手段而陷入困境。中国商法学的产生与发展源于中国改革开放后社会关系调整的必然要求,是在中国历史传统基础之上借鉴与融合国外先进经验创新的产物。中国商法学的研究处于起步阶段,商法基本理论的研究成果仍嫌浅薄。而时代的变迁带动了社会经济突飞猛进的发展,中国加入 WTO 后商法不得不面对经济领域中的前沿问题。这些无法回避的现实状况促使我们必须加快脚步更深入地研究商法基本理论问题,以回应新世纪为丰富和完善商法创造的机遇与挑战。本书以商法中的基本问题、热点问题为基础,探讨了新世纪我国商法发展的前沿问题,希望对我国商法学研究及实践有所裨益。

徐卫东

目 录

序.....	(1)
--------	-------

公 司 法

第一章 公司人格独立与人格否认	(3)
第一节 公司人格独立的意义.....	(4)
第二节 公司人格独立的价值及其问题.....	(7)
第三节 公司人格否认的界定.....	(12)
第四节 公司人格否认的理论基础.....	(23)
第五节 中国继受公司人格否认之路.....	(28)
第二章 公司机关分权与制衡制度研究	(31)
第一节 公司机关分权与制衡制度的基本理论.....	(31)
第二节 现代公司法机关分权与制衡制度分析.....	(39)
第三节 我国《公司法》中机关分权与制衡制度分析.....	(60)
第三章 内部人控制对策研究	(73)
第一节 内部人控制及其评价.....	(73)
第二节 反控制——内部人控制问题的公司内部对策.....	(87)
第三节 反控制——内部人控制问题的公司外部对策.....	(99)
第四章 股份公司董事责任问题研究	(116)
第一节 确认董事责任的理论前提.....	(116)
第二节 董事责任释义及其依存的价值背景.....	(133)
第三节 董事义务体系的构建.....	(143)

第四节 董事责任的追究与免除·····	(163)
第五章 公司取得自有股份制度研究·····	(182)
第一节 公司取得自有股份原理·····	(183)
第二节 公司购回自有股份行为守则·····	(204)
第三节 从属公司取得控制公司股份及其表决权行使·····	(218)
第六章 公司收购法律制度研究·····	(228)
第一节 公司收购的基本理论·····	(229)
第二节 公司收购法律制度比较·····	(238)
第三节 公司收购相关问题研讨·····	(275)

保 险 法

第七章 保险法诚实信用原则研究·····	(285)
第一节 保险法诚实信用原则概述·····	(285)
第二节 保险法诚实信用原则之本质分析·····	(289)
第三节 保险法原则体系中之诚实信用原则·····	(298)
第四节 我国保险法诚实信用原则具体制度设计·····	(303)
第八章 保险合同上不公平问题研究·····	(315)
第一节 效率还是公平·····	(316)
第二节 保险合同上不公平问题阐释·····	(327)
第三节 影响“公平”的几个重要因素·····	(333)
第四节 保险合同上不公平问题的防治·····	(347)
第九章 美国保险合同解释法律原则研究·····	(353)
第一节 美国有关保险合同解释的基本理论·····	(353)
第二节 美国有利解释原则之静态分析·····	(361)
第三节 美国反有利解释原则的勃兴·····	(364)
第四节 美国法院的折衷主义与司法规则·····	(371)
第五节 美国保险合同解释学说与司法规则之可 借鉴性·····	(376)
第十章 保险人说明义务研究·····	(382)

第一节	说明义务内涵	(382)
第二节	说明义务之价值基础	(384)
第三节	说明义务履行之判断标准	(387)
第四节	说明义务之违反及其法律后果	(394)
第五节	强化保险人说明义务之若干建议	(405)
第十一章	论我国保险法上危险增加的通知义务	(409)
第一节	关于我国保险法上危险增加通知义务的现 行法分析	(409)
第二节	危险增加通知义务的构成要件	(410)
第三节	危险增加的类型化与危险增加通知义务	(414)
第四节	危险增加通知义务的履行	(417)
第十二章	论保险合同的解除	(429)
第一节	保险合同解除的条件	(431)
第二节	保险合同解除权的行使	(450)
第三节	保险合同解除的溯及力	(457)
第十三章	保险代位权制度之超越	(464)
第一节	保险法面临的三难选择	(464)
第二节	保险代位权制度的确立	(466)
第三节	保险代位权的传统理论	(468)
第四节	面临历史挑战的保险代位权	(471)
第五节	废止保险代位权的必然性	(475)
第六节	废止保险代位权的关系协调	(481)

破 产 法

第十四章	破产债权研究	(489)
第一节	破产债权及其构成要件	(489)
第二节	破产债权的范围	(497)
第三节	破产债权的行使	(506)
第四节	司法实务中几个问题的处理	(518)

第十五章 破产法实施难点与对策	(528)
第一节 破产概念的内涵与外延界定	(528)
第二节 关于一级企业破产二级企业如何处理问题	(531)
第三节 承包租赁企业破产问题	(534)
第四节 假合资企业破产时中方责任问题	(538)
第五节 清算组的法律地位	(541)
第六节 破产企业土地使用权的有偿转让	(543)
第七节 破产企业职工安置问题	(547)

公 司 法

第一章 公司人格独立与人格否认

——一种制度的反思性平衡

现代社会,公司是最为重要的企业组织形态,在社会的政治、经济、文化生活中扮演着极其重要的角色。美国学者罗德尼·克拉克曾指出:公司所做的一切,比如其开办或关闭工厂的决策,其经营的成功或失败,都具有政府不可忽视的后果,政府必须努力促成或限制这种后果。^①如何使公司的运营机制与时俱进,顺应经济发展需要,始终是对法学工作者的永恒诱惑。

随着社会主义市场经济体制的确立,公司制将成为中国现代企业制度创新的目标模式。当前,借鉴外国的先进经验,享受后发性利益,尽快完善公司立法,具有极为重要的现实意义。一般说来,公司在社会经济生活中的重要作用,主要是通过公司人格独立——有限责任制度发挥的,公司法的许多规则在很大程度上都是该制度决定的。但纵观公司的发展史,公司人格独立之于社会经济生活却表现为一柄双刃剑。一方面,它像一股神奇的魔力,推动了投资的增长和资本的积累,使资合公司很快普及于工商界;另一方面,则对债权人有不公正,既为股东滥用公司的法律人格提供了机会,又成为规避侵权责任的工具,带来了不容忽视的“公司问题”。

一个多世纪以来,西方学者围绕“公司问题”的解决,开展了卓有成效的工作,公司人格否认制度就是其中最重要的成果。公司人格否认

^① Rodney Clark, *The Japanese Company*, Yale University Press, 1979, p. 1.

制度滥觞于 19 世纪末叶的美国,现已为英、德、日等国继受,成为公司法律制度的重要组成部分。它与公司人格独立互为对立性要素,使公司利益相关者间的法律关系呈现出反思性平衡,因之法律的价值得到了完整的、动态的实现,既使公司人格独立的效用得以充分发挥,又有效地解决了严重困扰社会经济秩序的“公司问题”。

在我国,经济发展中带有规律性的许多“公司问题”已初露端倪,且有愈演愈烈之势。但公司人格否认制度做为规制“公司问题”的有效措施,尚未得到立法的确认。基于此,本文对公司人格独立与人格否认的反思性平衡关系进行系统的介绍和探讨,以期有益于修改后的中国公司法能更有针对性解决中国的问题。

第一节 公司人格独立的意义

一、公司人格独立的基本含义

人格学说中的“人”是指民事权利主体,“格”是指成为这种主体的资格。所以,人格者,民事权利主体资格之称谓也。^①相应地,公司人格指称的是公司的民事权利主体资格。

公司人格独立则意味着在法律上公司具有主体资格,且这种主体资格独立于其股东和成员。尽管从经验层面观察,公司由股东出资创建,由其成员实施具体行为,我们看不到公司的独立性;但法律却超越上述经验事实,按照“人为理性”的逻辑,确认公司人格与其股东和其成员的人格完全脱离,二者相对独立、互不隶属,具有同等的法律意义。公司与其股东取得了同样的法律地位,从公司外部看,二者完全是相互独立的民事主体。诚如美国学者施瓦茨所言,公司作为法律的创造物——“看不见,摸不着,只存在于法律的想象之中。”——被赋予了基本的,甚至可以对抗其创造者的法律权利。^②正是因为在公司人格问

① 江平主编:《法人制度论》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 1 页。

② [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》中译本,中国政法大学出版社 1990 年版,第 74 页。

题上,法律超越了人们的生活经验,公司人格独立才需要特别的强调。它的最终确立才只能是晚近法律发展的成就。

公司人格独立之最终确立的标志主要是:

1. 公司取得了独立于股东的权利能力

如根据我国民法通则,法人具有民事权利能力。法人有民事权利能力,公司作为法人之一种,当然具有民事权利能力,因此,能够不依赖股东,独立享有权利、负担义务。

2. 公司取得了独立于股东的行为能力

“法人实在说”理论主张,法人是独立的组织体,具有意思能力。因此,根据民法的基本原理,我国民法通则规定,法人具有民事行为能力。据此,公司有行为能力应无疑问。这意味着公司可以自己的名义,通过自己的行为,设定民事法律关系,取得民事权利,负担民事义务。

3. 公司具有独立于股东的责任能力

各国法律一般都规定,公司法人应对自己的行为,承担责任,特别是民事赔偿责任。如德国民法典规定,社团对于董事会或董事会中的一员或依章程任命的其他代理人,由于执行属于权限以内的事务,发生的损害赔偿行为,致使第三人受损害时,应负赔偿责任。

自法律角度,从公司外部观察,公司与其股东和成员各有独立的人格、独立的利益和意志。作为独立与自治的主体,公司不可能允许后者损害自己利益以自肥。股东和公司成员只能通过增进公司利益、而不能通过损害公司利益来实现自己的利益。

二、公司人格独立衍生的主要制度

为确认和维护公司的人格独立,公司法设置了一系列具体制度,这些制度是公司人格独立的当然结论,同时为公司人格独立由抽象走向具体、产生实际的社会效果所不可或缺,没有这些制度,公司人格独立则只能是空洞的口号、虚幻的理想。择其要者有:

1. 公司具有独立的名称和组织机构。

公司的名称是公司藉以与其他主体相互识别的文字符号系统,有自己的名称,公司才能在形式上与包括其股东和成员的其他主体相区别;公司只有具备自己的组织机构,才能形成、并对外表达自己的意思。

这构成公司独立人格的基本支持条件。

2. 公司享有独立的财产

公司人格独立并不是基于伦理上的考虑,虽然自然人的人格不以财产为前提,没有任何财产的自然人仍然被赋予独立的人格,但公司的人格却要以独立的财产为绝对要件,没有独立的财产,公司不能被赋予独立的人格。因为只有具有独立的财产,公司才能独立地进行无害于社会经济秩序的经营活动,才能实现人类创造公司制度的初衷。

公司的独立财产只能由股东投入,但又必须与股东分离的财产构成。各国的公司资本制度莫不以保障公司拥有稳定的独立财产为主旨。如为达此目标,大陆法系的公司法确立了资本确定、资本维持和资本不变的资本三原则,其主要内容在于依法保障股东投入公司的财产成为区别于股东自身财产的公司独立财产。

3. 公司独立承担责任,股东承担有限责任

这是股东允许公司人格独立的前提。在法律主持下,公司与股东完成了一笔历史性交易。股东以放弃对公司及公司财产的直接控制、允许其人格独立为对价,换取了法律仅要求其对公司承担有限责任的承诺。公司则离开了股东的襁褓,摆脱了股东的直接控制,具有了自己独立的利益和意志,带着独立人格独自走上充满风险的商业之路。如果没有有限责任的保护,股东的全部财产和名誉与公司经营状况息息相关,就如同合伙人不能允许合伙独立一样,股东不可能允许公司的独立。

所谓有限责任制度,即公司应以其全部资产承担清偿债务的责任,在公司资产不足以清偿全部债务的场合,尽管会出现责任在范围上小于债务的情况,但公司债权人仍不得请求股东承担超过其出资义务范围的责任,公司亦不能将其债务转换到股东身上。换言之,股东没有对公司或公司债权人支付超过其认购股份价值的财产的义务。显然,这里的“有限”是针对股东而言的,它意味着公司责任的不可转换性,股东责任的受限制性,而非用于清偿债务的公司财产的有限性和特定性。亦即有限责任制度并不影响公司以自身拥有的全部财产对外独立承担民事责任,公司对其债权人承担的仍是基本形态的民事责任——无限

清偿责任。

毋庸置疑,对公司法人来说,其法人人格是实质意义上的独立还是抽象意义上的独立,最终还要取决于它是否能承担独立的责任。从一定意义上讲,拥有独立财产和承担独立责任是公司法人独立人格的两根基本支柱,而能承担独立责任又是拥有独立财产的最终体现。换言之,实践中也往往把是否能承担独立责任视为一个团体是否具有法人资格的最终标准。^①

第二节 公司人格独立的价值及其问题

一、公司人格独立的价值

公司人格独立制度价值主要是通过股东有限责任制度的积极意义体现出来的。立基于公司人格独立的股东有限责任制度自产生以来,就逐渐成为推进经济发展的强大动力。上世纪初美国哥伦比亚大学校长巴特尔(Butler)就曾断言,有限责任形态的公司乃现代最伟大的创举,以至于蒸汽机以及电的发明亦无法与其媲美。^②它作为现代企业制度的基石,历史上标志着一种全新企业制度的诞生。

首先,有限责任制有利于鼓励投资,加速资本的积聚。公司主要是解决出现在筹措巨额资本过程中的一些问题的方法。^③有限责任制将投资者的经营风险限制在其出资额范围内,有效地保障了投资者的安全,但并不影响投资者应得的收益,因而,相应地增加了股东的投资收益率。它活跃了投资者的神经,成为刺激投资的有力杠杆。股东有限责任的大门一经开启,投资者们蜂拥而至。英国,1855年至1862年的7年之中,由于实现了股东有限责任的法律保护,共有2479家公司进行了注册,而之前1844年至1855年的11年中,尽管采取了普遍自由注

① 江平主编:《法人制度论》,第32页。

② 转引自虞政平:《股东有限责任》,法律出版社2001年版,第1页。

③ [美]理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(中译本),中国大百科全书出版社1997年版,第514页。

册的企业方式,但由于仍然实行投资者无限责任的承担模式,仅有 956 家公司进行了完全注册。^①诚如马克思所言,假如必须等待积累以使某些单个资本增长到能够修建铁路的程度,那么恐怕直到今天世界上还没有铁路。但是,集中通过股份公司转瞬之间就把这件事完成了。^②从有限责任制的发展史来看,它在历史上的作用主要是通过鼓励投资实现的。

其次,有限责任制决定了公司的本质特征——资合性。在有限责任制度下,股东仅以出资额为限对公司债务承担责任。公司资产成为公司债务惟一的总担保,从而公司的信用基础只能是公司的资产总额,与股东个人信用无关。有限责任制使公司信誉彻底摆脱了股东信誉的阴影,促进了证券市场的形成和发育。责任的有限性使得股份的价值成为与股东的具体人格无关的抽象物,增强了股份的自由转让性,投资风险的确定性加强了股份在市场上的流通性,从而证券市场得以产生,证券交易得以繁荣,进而通过证券市场实现资源的优化配置成为可能。

再次,有限责任制奠定了现代公司所有与经营分离的治理结构。投资者(股东)是公司的最终所有者,其应否实际参与公司的管理和经营在很大程度上取决于对公司承担责任的形式。在承担无限责任场合,投资者为避免承担不可预测的风险,必然要求实际参与公司的管理,难以形成所有与经营的分离,反映在立法上,许多国家的公司法都规定,无限公司的股东应直接参与公司的管理;而在承担有限责任场合,投资风险的事先确定性和有限性,吸引了大量股东,使得许多股东没有机会也没有必要直接参与公司的管理。于现代化大公司中,股东通过组成股东会,作为公司最高权力机构,决定公司的重大事项,尤其是董事会的组成人员。董事会作为公司的执行机关和决策机关,负责公司业务活动的指挥和管理,并就股东会决议事项以外的、公司日常业务活动中的具体事项作出决策。这种治理结构有利于公司面对瞬息万

① Phillip I. Blumberg, Limited Liability and Corporate Group, Journal of Corporate Law, summer, 1986, p. 585.

② 《马克思恩格斯全集》第 23 卷,人民出版社 1975 年版,第 688 页。