

公司法律报告

第1卷

蒋大兴

主编

本期要目

企业改制法律形式的选择

企业改制与债务承担

上市公司对外担保的法律规制

有限责任公司股东资格的认定

最高人民法院

《关于审理企业破产案件若干问题的规定》



中信出版社

CITIC PUBLISHING HOUSE

公司法律报告

(第1卷)

蒋大兴 主 编

谭 臻 副主编

中 信 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法律报告. 1 / 蒋大兴主编. -北京: 中信出版社, 2002.12

ISBN 7-80073-581-8

I. 公… II. 蒋… III. 公司法-研究-中国-文集 IV. D922.291.914-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2002) 第086792号

公司法律报告 (第1卷)

GONGSI FALÜ BAOGAO

主 编: 蒋大兴

责任编辑: 谢清平

责任监制: 朱 磊 王祖力

出 版 者: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路14号塔园外交办公大楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限公司

承 印 者: 北京牛山世兴印刷厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16 印 张: 27.5 字 数: 387千字

版 次: 2003年1月第1版 印 次: 2003年1月第1次印刷

书 号: ISBN 7-80073-581-8/D · 25

定 价: 45.00元

版权所有 · 侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-85322521

010-85322522

蒋大兴经济法博士生，任教于南京大学法学院，兼任《南京大学法律评论》副主编。著有《公司法的展开与评判：方法·判例·制度》、《公司法论》（上卷）等，参与起草《国有企业监事会工作规程和实施要则》、《海南经济特区企业职工持股条例》等规范性文件，在《法学研究》、《商事法论集》、《民商法论丛》、《经济法论丛》、《比较法研究》等书刊上发表论文近50篇。

- ◆ **中华人民共和国货物与技术
进出口法律手册**
- ◆ **中国企业会计制度**
- ◆ **外商投资法律实务**
- ◆ **特许经营法律实务**
- ◆ **人身保险法律实务**
- ◆ **债券投资法律实务**
- ◆ **银行保函与备用信用证
法律实务**

责任编辑 谢清平

责任监制 王祖力 朱磊

封面设计  工作室◆袁锐

经销：中信联合发行有限公司

本书特邀编委

(以姓氏拼音为序)

- 丁文联 上海市高级人民法院民二庭法官、博士生
范启其 浙江省高级人民法院民二庭法官
冯 果 武汉大学法学院副教授、博士
傅 穹 吉林大学法学院副教授、博士生
甘培忠 北京大学法学院副教授、博士生
贾 伟 最高人民法院民二庭法官
金 军 广东省高级人民法院法官
孔祥俊 最高人民法院行政审判庭副庭长、博士后
李后龙 江苏省高级人民法院民二庭副庭长
梁展兴 广东省高级人民法院民二庭法官
刘俊海 中国社会科学院法学研究所研究员
汤 欣 清华大学法学院副教授、博士后
王 涌 中国政法大学副教授、博士
郁光华 香港大学法律系副教授、博士
张开平 中国社会科学院法学研究所副研究员、博士后
张民安 中山大学法学院副教授、博士

【卷首语】

认真对待公司法：一个实用主义的视角

法律的历史表明，人们始终是在推崇广泛的自由裁量权和坚持严苛详尽的规则之间来回摆动。

——[美]罗斯科·庞德

因此理论成为我们可以依赖的工具，而不是谜语的答案……实用主义使我们所有的理论都变活了，使它们揉和起来并使每一种理论起作用。

——[美]威廉·詹姆士

法学家为法院建构一个逻辑天堂（其间，互相冲突的理想被处理得似乎自洽一致）的努力，不仅是无用的，而且也不具助益。

——[美]瑟曼·阿诺德

一、问题的由来

记得是在2001年11月，我在北京与时任法律出版社高级编辑的谭臻先生谈及组编《公司法律报告》的设想——从实务的角度连续、全景、重点解读公司法的运作，力争做到简洁明快，雅俗共赏，谭臻先

生表示赞同。其后，得到中信出版社的大力支持，经过一段时间紧锣密鼓的筹划和努力，就有了眼前这本书。

既然是要从实务的角度解读公司法的运作，恐怕必须有来自这两个领域的较有代表性的作品。为此，近半年以来，组稿、审稿、写稿、改稿占去了我大量的精力。在约稿的过程中，我感到前所未有的困难：一方面，我发现，“我所知道的”学术界并不习惯以我试图尝试的方法去解析公司法的问题；^①另一方面，我发现，尽管十分需要帮助，但实务界似乎也并不认同学术界的一些流行“套路”。在公司法领域，这两个圈子在相对封闭地运作。我感觉到这个课题的真正价值所在，也有必要为此写点什么，于是，就有了这个卷首语的选题。

二、什么是实用主义的视角

我们在这里所强调的所谓实用主义的视角，主要体现在以下几方面：

1. 就纯粹的理论建构（主要表现为立法政策建议等）与制度分析而言，关注制度分析。如果说制度本身是一种经验的总结，那么，这种实用主义推崇经验主义的思考方向，反对理性主义的思考范式，但这并不意味着实用主义中不包含理性主义的因素或者拒绝作任何理性主义的思考。

2. 就制度文本与制度运作实践而言，关注制度运作实践。如果说制度文本作为一种经验的总结，一旦固定下来就具有某种“教义性”，那么，这种实用主义是反教义的。因此，可以说它不是分析实证主义的套路，更接近于社会学实证主义（更确切地说，是其中的现实主义）的进路，但同样也并不意味着它抛弃了分析实证主义性的任何思维，恰恰相反，这种思维有时显得还十分重要。

从以上描述当中，我们不难看出，我并非在结论意义上使用实用

^① 可能因为我的学术接触面本身十分有限，我所知道的并不能代表学术界的全貌，而且在组稿的过程中，我也未能向我所知道的学术界的所有人约稿，好在我加上了“我所知道”的这个限定词并且作出了这样一个说明，应该不会招致太多的不快。

主义这个概念，而仅仅是在思考方法或者说思考方向上使用这一语词。我认为，实用主义的视角实际上是一种独特的“矛盾”的视角，是一种对各种激进或保守思考方法进行调和的产物。但有必要补充说明的是，在相互对立的两种思考方法发生冲突时，我们的选择并不意味着被放弃的对立面不重要，例如：在分析实证主义与社会学实证主义发生冲突时，我们选择了后者，并不意味着前者不重要，有时甚至并不意味着我们放弃了前者，而是因为特定的时空背景下——目前的公司法研究中，后者更为欠缺，更应受到重视。如果前提发生改变——从公司法领域进入民法甚至刑法领域，甚至由公司法的某一领域进入另一领域——我们的结论可能就会发生改变。因此，指引我们解决冲突的规则是——最缺少的就是最需要的——又一种典型的实用主义方法。

三、如何认真对待公司法

（一）公司法是否已被认真对待？

在对思考的视角这一核心问题作过交代以后，回答卷首语中圈定的命题，就变得容易得多了。当然，我首先应当解决一个设问的前提——公司法是否已被认真对待？在我看来，无论是在理论界，还是实务界，我国公司法都没有获得应有的待遇。

从理论界来说，尽管近几年来公司法的研究取得了很大进展，一批较有份量的研究成果相继问世，大量优秀的学术人才汇集到这一领域，但也的确存在一些可供检讨、改进之处。目前，不少研究成果可归分两类：教科书式的重复“探讨”和纯理论式的“研究”。我不反对学术研究的多元性，每一种研究方法都有其安身立命之处，但实践是创造学术命题的源泉，实践命题应当是法学研究的首选。但我们发现：自己设定命题，讨论自以为重大的课题，对身边实际发生、迫切需要解决的问题，未能倾注足够的关心，甚至不闻不问的现象，在公司法学界并不鲜见。理论界的此种自说自话的状况使其难以和实务界对话，更难以获得实务界的尊重，长此以往，理论和实务的距离越来越大，

以至于双方在某种程度上都已习惯了失去对方的这种生活，等到发现需要对方的时候，相隔的空间已经太远，弥补的代价太大——短时间内难以从对方获得预想的帮助。这又会进一步加深对对方的失望。

从实务界而言，由于我国欠缺“商人自治”的传统，公司法规则被粗暴对待的现象不在少数。公司法本来可为企业界用作对抗行政非法干预的武器，但不仅企业界轻视公司法，司法界也未能很好地利用手中掌握的衡器化解纷争。一些法官不知道如何协调“公司自治”与“司法干预”的关系，不能很好地理解公司法上的权益的性质，随意否定当事人基于公司法而行使的诉权——对当事人之间的纠纷作壁上观，否定将公司法案件视为某种独立类型的案件并正确确定案由，以一般民法的观念对待公司法的案件——忽视公司法作为交易法和团体法的特点，肢解公司法的案由，甚至对于典型的公司法案件不援用公司法而援用民法规范进行判决等等，这些或许若干年以后我们会自省的现象，无不说明实务界对公司法的轻慢——显然，在这个领域公司法也没有被认真对待。

（二）如何认真对待公司法？

接下来的问题是：我们应当如何认真地对待公司法？我认为，公司法未能获得认真对待的主要原因是缺乏一种实用主义的思维方向。因此，如前所述，我主张从实用主义的角度认真对待公司法。有两点应当着重强调：

首先，也是至为重要的一点（但远非全部）是——对于最具实用性的公司法，理论界应当转向一种实用主义（现实主义）的思考方向。与相对成熟的民法学界、刑法学界相比，公司法学界十分欠缺此种面向实践的思考习惯。^①此种主张实际上是否弃法律形式主义的自然结果。法律形式主义曾经认为：

法律就是一堆明白的规则。法律推理应当仅仅根据客观事实、明确的规则以及逻辑去决定一切为法律所要求的具体行为。假如法律能如此运作，那么无论谁做裁决，法律推理

^① 这实际上也可以说是整个商法学界所面临的问题。

都会导向同样的裁决。审判不会因为个人的个性的怪异而变化。法律和法律推理将足以使律师充满信心地去预测政府官员的行为。法官可以无需判断力而裁决案件。评论者也可以有信心地说，司法判决是依法作出的。^①

但是对许多法律判决的细致分析表明，他们是基于不确定的事实、模糊的法律规则或者不充分的逻辑作出的。因此，“真正的”判决根据并不清楚。对不同法官在类似情况下所作出的判决的比较表明，法官的个性、政治因素或各种偏见较大程度上影响着判决。^②正是由于法官个性等诸种因素的影响，在现实生活中，法律绝非在凝固的规则样态下所表现出来的那种中规中矩的形象。法律实际上是法官在证明其判决正当性时所运用的那些判例、规则、原则和政策的集合。^③难怪，在普通法国家，人们都说，法官负有确认法律的职责，他们应当把法律运用于案件事实以形成法律理由，这些理由是守法者行为的理由。^④也难怪，霍姆斯会如此轻视逻辑推理在审判中的作用，并指出：

法律的生命始终不是逻辑，而是经验。可感知的时代必要性、盛行的道德理论和政治理论、公共政策的直觉知识（无论是公开宣称的还是无意识的）甚至法官及其所共有的偏见等等，所有这一切在确定支配人们所应依据的规则时，比演绎推理具有更大的作用。法律所体现的乃是一个民族经历的诸多世纪的发展历史，因此不能认为它只包括数学教科书中的规则和定理。^⑤

既然法律在其运作过程中会发生如此大的变化，而这些变化绝不是创造它们的立法者在造法的时候，能够凭其理性预先作准确的估计，

① [美] 史蒂文·J·伯顿：《法律和法律推理论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社1998年版，第3页。

② 同上，第4页。

③ 同上，第1页。

④ 同上，第1页。

⑤ [美] E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第151页。

因此，以法律为重要研究对象的理论界就不能只面向立法者（法律文本），而必须面向实践——尤其是司法判例（但不限于此）。正如卡尔·卢埃林所批评的那样：实体法规则在实际的法律实践过程中所具有的意义远没有人们早先设想的那么重要。“那个所谓的‘规则审判案件（rules decide cases），的理论，看来在整整一个世纪中，不但是把法学给愚弄了，而且也把法官给愚弄了”。^①因此，法律研究的重点应当从规则的研究转向对司法人员的实际行为特别是法官的行为的研究。“在我看来，这些司法人员在解决纠纷时的所作所为就是法律本身”。^②

最缺的也就是最需要的——在这方面，我国公司法学界显然有很长的路要走。

其次，但绝非并不重要的是——实务界应当主动和理论界加强联系。尽管迫于需要，实务界在公司法的某些领域已走到了理论界的前面，但这并不意味着其能脱离理论界独立地发展。科学发展的历史表明，在某种意义上理论界始终处于被动的局面，实务界总是走在理论界的前面——这几乎是所有关涉行为研究的科学的特点。但学科发展的历史同样也在证明，对实务界真正起到革命性推动的行动往往都是在某种理论的指导下发生的。而且，如前所述，法律规则决不仅仅是其所表现出来的那种样态，只有熟悉法律的历史、社会和经济因素的法官和律师，才能够适当地履行其职责。^③因此，实务界应当和理论界联手，时刻注意从理论界吸取营养。

此外，应当强调的是，我们没有必要、也不应当在学术界和实务界之间划出一条泾渭分明的界限，“法学的发展至少并不为学院里的学者所专有，不是来自概念、理论的演绎或照搬；相反，法学发展的真正源泉，法律真知的真正来源，必定是法律的实践和社会现实。”^④

① *The Constitution as an Institution*, 34 *Col. L. Rev.* 1, at 7 (1934) 转引自 [美] E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，第153页。

② 同上。

③ *Holmes, the Path of the Law*, IN *Collected Legal Papers* (New York, 1920) pp.180, 184, 187, 202. 转引自 [美] E·博登海默：《法律学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，第151页。

④ [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，译者前言部分，第5页。

普通法系国家的实践表明，只要充分运用自己的创造能力，法官完全可以成为伟大的思想家，我们有些法官也正在以自己的行动证明——法官完全可以成为优秀的学者。从本质上来说，理论界和实务界是相通的——都是为解决问题提供方案，只是所提供的方案和解决问题的方法可能不同而已。因此，可以说，我们正处于一个需要主动型法官的时代，法官不应追求成为政治家，而应努力成为名副其实的法律专家。

展现在我们面前的《公司法律报告》就是我们尝试以实用主义的方法对待公司法——密切理论界与实务界的联系——的一个初步实验。说其是初步实验，是因为，我们很清楚地知道，这部作品（第一卷），离我们所举起的“实用主义大旗”尚有一段不小的距离，甚至远未达到所谓“简洁明快，雅俗共赏”的目标。因此，将它交给读者检验的时候，我们感受到的更多的心情是忐忑不安。但至少有一点是真实的——我们的态度是认真的。

四、最后的交代

还有一些问题没有交代清楚，权且再作两点本不适合在卷首语中安排的最后的交代吧。

第一，《公司法律报告》是开放性的学术园地与实践基地，完全民间运作，我们欢迎一切研究实践当中的真问题的优秀稿件。也真诚地希望最终它能成为源于实践、指导司法、高于实践、有益立法的作品。该报告常设栏目为：主题法务、焦点论坛、判例评论、司法指南、律法档案、问题综述。其中主题法务由每卷主编根据所发现的课题厘定。我们知道，在时下这种似乎并不缺少丛书的年代，《公司法律报告》要找到其生存的空间可能并不十分容易，我们真诚地希望来自理论界和实务界的大力支持，但愿本卷的出版不表明一种“开始就是终结”。

第二，卷首语中所谓“认真对待公司法”一说，可能会招致一些误解，诸如：谁没有认真对待公司法？甚至可能会有敏感者对号入座，并因此整得大伙不快。我们在此事先申明，该等评价实为对事的评判，

不针对任何人,①请勿对号入座。

本书欢迎一切研究实践问题的优秀稿件。来稿应附有作者简介(姓名、出生年月、性别、职称、学位、作者单位、职务等),所有稿件均应提交打印稿并附有电子文本。

来稿请寄:南京大学法学院 蒋大兴(邮政编码:210093)

E-mail: jdx1026@sina.com

蒋大兴

2002年9月2日18:46

初稿于南京大学逸夫管理科学楼

10月22日14:03 改定于南京大学南园15舍

①甚至这种评价不可以被称为批评,因为,以我们的学养尚难以获得批评的资格。实质上,我们也有在类似的甚至更为严重的问题,但揭明短处(如果说这算一种短处的话)本身不是目的,只是为了把我们共同的事业——公司法研究做得更好。我们相信,这一点应该可以得到同行前辈和诸君的宽待、理解。

本卷导读

经过紧张筹备,《公司法律报告》(第1卷)终于付梓。本卷共设主题法务、焦点论坛、判例评论、司法指南、律法档案等5个栏目。原本预设的“问题综述”因仍需修改,延至下卷。

【主题法务】安排研讨的课题是企业改制新视角:实务问题与方案设计。自我国改革开放以来,企业改制蓬勃发展,面临问题极多,最近几年诉诸法院的纠纷也不少见。但因规则短缺,司法裁判过程中法官常感捉襟见肘,对同一问题不同法院的裁判思维差别较大,甚至同一法院的不同庭室之间也未能统一认识。最高人民法院正在为此紧锣密鼓地制定司法解释,但公司法理论界对这一课题却并未表现出应有的热情,因此,将此作为首卷《公司法律报告》重点研讨的主题,意在激发理论界对实务问题的关注,促使公司法的研究走向民间。

本栏目共安排4篇文章。并不完全局限于公司法范围。第一篇是沈晖的《投资者视角:企业改制法律形式的选择》。作为德丰隆律师事务所律师,他从实务的角度简要论证了各种企业改制形式的优劣,可供实务部门参考。第二篇是周长征的《职工视角:企业改制与职工权益保障》。长征君乃北京大学法学博士,主攻劳动法。在该文中,他结合有关案例,对企业改制中诸种可能有损劳动者权益的现象,如:劳动合同与下岗问题、买断工龄问题、工会组织与地位问题等作了深刻分析,并从宏观上和微观上提出了应对方案,值得品读。第三篇是颜延的《经营者视角:企业改制中的经理人员股票期权方案设计》。颜延君曾取得法学硕士学位,在复旦大学攻读会计学博士学位期间主攻“股票期权”问题,并且长期在江苏省科技厅负责系统内企业改制的指导和相关规范的拟订工作,后又在上海财经大学作博士后研究,对股票期权问题既有深刻的理论认识(曾在《中国法学》上发表过股票期权的文章),又有实务方面的经

验，熟悉国内外有关股票期权的制度和运作实务，该文从理论和实务、管理学、会计学 and 法学等诸方面对企业改制过程中的经理人员股票期权方案设计问题进行了深入探讨，值得立法界、理论界和实务界重视。第四篇是我和沈晖的《债权人视角：企业改制与债务承担》。借企业改制逃债是我国目前有关企业改制纠纷中最为主要的案型，因此，在企业改制过程中如何保护债权人利益，便成为一个十分重要的实务课题。尤其是，对不同类型的企业改制，遗漏、遗留债务应如何处理？实务中的司法政策十分混乱。该文结合最高人民法院、上海高级人民法院、江苏高级人民法院等法院的实务做法，对企业改制债务承担案件的处理原则、不同类型企业改制债务承担的规则以及某些特殊情形作了系统整理，并对有关法院的司法政策进行了考评，检讨了一些不当的做法，可供企业界、司法界和立法界处理类似问题参考。另，为方便读者查阅相关文献，【主题法务】栏目特附设“相关文献资料”目录，收录主题研讨论及篇目的主要参考文献，本卷文献目录系由沈晖、周长征提供。

【焦点论坛】收录2篇文章。第一篇是傅穹的《法定资本制：诠释、问题、检讨——从公司不同参与人的利益冲突与衡量观察》。傅穹君是吉林大学法学院副教授，中国政法大学博士生，曾在美国哥伦比亚大学专习公司法，对美国公司法有切身的体会和独到的理解。该文通过探讨法定资本制在我国、欧盟和美国公司法中的不同理解与诠释，检讨这一制度所共存的问题，意图揭示：法定资本制即为确定资本制这一论断，并非两大法系公司法的共识，法定资本制与授权资本制也非在时间上次第更迭；法定资本规则未能给制度设计当初拟保护的群体以切实的关怀，却使不应受益的群体从中得利，是一种高成本、低效率的保护债权人模式，是一虚幻的迷宫和失败的主张；公司法改革的正当理念直接影响公司资本制改革的成败，否则，片面地主张“从法定资本到授权资本”，我们只会从一个虚幻，步入另一虚幻，走出一个迷宫，进入了另一个迷宫。我们姑且不论该文的主张是否完全准确，论证是否精细、严谨，但它的确带给我们一些值得回味的观念上的冲击，再次证明了不同的思考方式将有助于学术的发展。第二篇是朱谦的《上市公司对外担保的法律

规制》。朱谦君是苏州大学法学院讲师，近年来，在公司法、环境法、证券法等领域都有佳作问世。与前篇论文相比，这是一篇更接近探讨实务问题和检讨制度缺陷的论文。该文针对我国证券市场上频频出现的上市公司以其资产为股东或他人债务担保的现象，结合《公司法》、《证券法》、《担保法》及其司法解释，对有关规制条款的缺陷进行了分析，并提出了修改立法的建议，是近年来这一领域较有见地的作品。

【判例评论】收录1篇文章。是蒋大兴的《夫妻公司的法人格：肯定抑或否定——对流行裁判思维的检讨》。近几年来，在涉及到有关债务纠纷时，“夫妻公司”的法人格常常被有关法院以“未分割夫妻共同财产设立公司”为由否定，此种流行的裁判思维是否恰当？该文系统整理了有关法院的裁判，并从理论分析和规范分析诸方面对这种流行的裁判思维进行了检讨、批评。

【司法指南】本卷约请江苏省高级人民法院民二庭刘建功法官主持。收录4篇文章。第一篇是刘建功的《审理与企业兼并相关的民商事纠纷案件的思路》。第二篇是刘振的《企业改制案件的审理思路及应当避免的误区》。两位作者都是江苏省高级人民法院民二庭的法官，长期从事企业改制案件的审理工作，曾对江苏省内企业改制问题作过系统调查，直接参与了江苏省高级人民法院有关企业改制案件审理方面的内部规范性文件的制定，对企业改制以及与此相关的问题有深刻的认识和丰富的实务经验。他们先后提交的这两篇论文都不约而同地提到了企业改制案件的“审理思路”，反映了实务部门对从宏观上整理此类案件的审判思维的重视和需求，值得理论界注意。这两篇论文对企业改制问题的讨论各有侧重，但都文风简约，思路清晰，可以说，在某种程度上反映了江苏省高级人民法院近年来对企业改制案件裁判思维的最新进展，值得法院系统重视。由于主题上的相似性，这两篇论文基本上也可视为对【主题法务】所探讨的问题的来自法院系统的回应。第三篇是江苏省高级人民法院民二庭的《关于有限责任公司股东资格的认定》。该文最初系由雷新勇执笔，后经李后龙副庭长作重大修改、补充，并经江苏省高院民二庭集体讨论定稿，全文写作历时数月，李后龙副庭长专业基础相当扎实，文风酣畅，是一名真正的专