

中国民商审判

CHINA CIVIL-COMMERCIAL TRIAL

2002年第2卷 (总第2卷)

最高人民法院民事审判第二庭

中国人民大学民商法律研究中心

中国社会科学院法学研究所商法经济法研究室 主办

全国部分高级人民法院

编辑委员会主任/李国光

主编/奚晓明



法律出版社
LAW PRESS

栏目提要

〔民商审判政策与精神〕

发布党、国家以及最高人民法院在民商事审判领域的政策

〔司法解释与动态〕

最高人民法院发布的司法解释及其出台背景、有关司法解释的精神、理解、适用

〔专论〕

法学学者关于民商审判实体、程序问题的理论研究

〔审判研究〕

从理论与司法实践两个角度，剖析民商审判中疑难问题的理论脉络、析案思路、断案逻辑及最终司法应对

〔审判调研〕

各级法院（或其他法学研究主体）有关民商审判实践中某一类案件、某一类问题的调研；法院内部形成的具有指导意义的相关案件的综合性研究会议纪要

中国民商审判

COMMERCIAL TRIAL

2002年第2卷 (总第2卷)

最高人民法院民事审判第二庭

中国人民大学民商法律研究中心

中国社会科学院法学研究所商法经济法研究室

主办

全国部分高级人民法院

编辑委员会主任/李国光

主编/奚晓明



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国民商审判. 2002 年第 2 卷: 总第 2 卷/最高人民法院民二庭等主办. —北京: 法律出版社, 2002. 12
ISBN 7-5036-3885-0

I. 中… II. 最… III. 民事诉讼—审判—中国
IV. D925. 182

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 105426 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/法律应用出版中心
经销/新华书店

开本/A5
版本/2003 年 1 月第 1 版

印张/13.125 字数/325 千
印次/2003 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939645

传真/010-63939650

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777
网址/www.Chinalaw-book.com

销售热线/010-63939792
010-63939778

书号: ISBN 7-5036-3885-0/D·3602

定价: 本卷 35.00 元, 2002 年全年定价 80.00 元(含邮费)

主办单位：

最高人民法院民二庭
中国人民大学商法律研究中心
中国社会科学院法学研究所商法经济法研究室
北京市高级人民法院
天津市高级人民法院
上海市高级人民法院
黑龙江省高级人民法院
辽宁省高级人民法院
山东省高级人民法院
河南省高级人民法院
河北省高级人民法院
江苏省高级人民法院
浙江省高级人民法院
安徽省高级人民法院
福建省高级人民法院
四川省高级人民法院
云南省高级人民法院
陕西省高级人民法院
湖北省高级人民法院
湖南省高级人民法院
广东省高级人民法院
广西壮族自治区高级人民法院

编辑委员会主任/李国光

主编/奚晓明

副主编/宋晓明 杨立新 刘贵祥

委员：（以姓氏笔画为序）

张新宝（中国人民大学） 刘俊海（中国社科院法学所）

刘兰芳（北京） 李永祥（上海）

田浩为（天津） 古锡麟（广东）

韩德洋（辽宁） 崔军（黑龙江）

麻胜利（河北） 朱深远（浙江）

梁炳杨（广西） 尹小立（湖南）

李后龙（江苏） 陈维红（湖北）

阎明（陕西） 许先丛（福建）

马胜军（河南） 沈厚富（安徽）

李学斌（四川） 孟祥刚（山东）

湛学朴（云南）

执行编委/王 闯 刘 敏 曹士兵

本卷执行主编/曹士兵

卷 首 语

——在审判的同时开展审判的研究

随着法制现代化和司法体制改革的循序渐进,当代中国法官的形象问题被越来越多地谈及。法官的形象问题也就是如何做法官的问题,可以从许多方面来探讨,仅从职业的角度看,法官可以不是法学家,但不可以不是法律适用家,因为在法官工作的整个过程中都在适用法律,将条文的法律变为生活中的规则,因此,成为法律适用之师是对法官的基本要求。但法官要成为法律适用之师是需要过程的,在分析证据确认事实并以条文的法律处理基于事实而来的纠纷、释解法律的本意、平衡利益的冲突如此等等的工作中,无时不要求法官随时代的变化而修炼自身,因此,我们倡导法官在审判的同时开展审判的研究,在法律适用中不仅知悉法规范的本意,而且知道它们从哪里来,为何如此。

法学研究的方法有多种,有比较研究法、注释法、逻辑分析法,也有审判研究法。审判研究的方法是老方法,不是新方法,关键在于发现和肯定其重要意义。开展审判研究的主体是各级法官,无论是一般法官还是高级法官乃至大法官,就开展审判研究而言没有等级差别。其他的法律人,如学者、律师,以法律实务为工作中心的当然也是审判研究的参与者。真知灼见皆为智慧结晶,争鸣百家可作良师益友。为了倡导审判研究和为审判研究提供平台,《中国民商审判》丛书应运而生,该丛书是反映法律人审判研究成

果的地方。正如丛书第一卷卷首语——《〈中国民商审判〉——民商审判的开放式论坛》所言,《中国民商审判》“为中国法官开展研究和讨论提供了一个论坛。而且,这个论坛是开放式的,有法官的见解,也有律师的观点;有专家的研究成果,也有执业者的管窥之见。总之,只要是属于民商事审判实践的,具备一定的法律适用参考价值的,就属于丛书应当反映的”。

对于现阶段审判研究的特点,我们进行了大致的归纳,初步可以总结为实践性与可行性相结合、规范性与简约性相结合、合法性与逻辑思辨性相结合,提出来供大家参考。

实践性与可行性相结合指审判研究的目标就是解决司法实践中的问题,提出的问题解决之道必须行之有效。司法实践是发现问题的好地方,而解决问题要从实践中来,到实践中去,无须半点拖泥带水。实践性要求审判研究抓住真问题,拒绝假问题,可行性要求审判研究的成果能够成为裁判内容,具有可操作性,在社会生活中行得通,社会效果良好。审判研究要实现实践性与可行性相结合离不开利益衡量的研究方法,法官在审判研究中应当深刻了解我国现实社会政治经济发展状况和发展目标,善于平衡不同利益之间的冲突,研究得出的成果服从法律效果与社会效果相统一的司法目标。

规范性与简约性相结合指审判研究既要符合学术规范,又要方便大众理解,甚至方便大众参与。规范性要求审判研究和其他研究一样,在研究中涉及他人智力成果的地方应当标明出处,但要力求简洁。简约性指审判研究要直指问题和提供解决途径,不能绕弯子,敢于表明观点。社会矛盾在一定程度上都会转化为法律上的争执,社会问题乃至政治问题也在一定条件下会变为法律问题。法官是裁判者,职业特点要求法官不能回避矛盾,必须旗帜鲜明地作出裁判。法律是行为规范,最好的法律应当是大众可以理解会意的,其次一点的,应当是可以借由专家的解释来解惑的。因

此,法律本身如不能让大众会意,专家应当以简洁的话语释解法律。解释法律,简洁的三段论要来得实惠些。理论上的旁征博引不是审判研究的特点,审判研究不一定要做大文章,但审判研究提供的问题解决之道必须经过反复咀嚼,经得起追问。规范性与简约性相结合要求在不将他人的观点和成果据为己有的同时,也不必开中药铺,一一指明观点的出处。事实上,绝大多数的观点是众多专家学者集体智慧的结晶,并非某人的绝对专利。

合法性与逻辑思辨性相结合指审判研究要以法律规范为研究的根据,研究得出的结论首先应当有法律规范作支持,不能一上来就谈观点,谈个人理解,以观点代替法律根据。与此同时,要善于运用法律逻辑对法律问题进行思辨,争取成为在法律基础上提出问题解决途径的原创者,争取超越“六经注我,我注六经”。司法实践中存在的裁判文书不讲理的现象,与动辄以观点代替法律根据有一定的联系。作为裁判者,法官的一言一行必须有法律根据,否则就不是法律适用之师。法律根据可以是广义的,首先指成文法,包括法律、行政法规、地方立法和授权性地方法规,其次指立法解释和司法解释,第三是最高法院具有普遍意义的判例,第四是具有现实可比性的域外法,比如同属于大陆法系、中华法系的其他法域的法律,可以借助比较法学的研究方法。在通过以上方法寻找法律根据的努力失败后,理论和观点才摆上台面,供锤炼、推敲,而且应当是多方面的、不同利益代表的理论和观点,切忌偏听偏信。

法律是社会科学,随时代的发展变化而变化,其中,并没有像自然科学那样的,可以不断证明、屡试不爽的自然规律作为思考的基础,因此,法律人对法律的理解是可以有差别的。但由于法律是社会的行为规范,需要有可预测性,因此,法律的适用需要稳定和统一。在变化和统一之间,实际上存在着价值与秩序之争,在一定程度上,法律人对法律的认识和解释一直贯穿着这样的争执。我们所需要的只是一个进行法律研究的基本背景和开放、自由的争

论环境。基本背景是法律人的法学修养,是争论的准备,保证争论不至于变为无意义的斗嘴。开放自由的环境是百花齐放、百家争鸣的要求,保证争论充分、信息完全、冲突的意见和利益均能表达。自古以来,法中包含大学问,从中也产生出跨学科的学问,如法社会学、法哲学、法文化学等。可以肯定的是,法的学问离不开对法律规范的研究,离开了法律规范这一基本细胞,法学就不再有自己的特色而有可能沦为其他学科的延伸。法律规范是逻辑的产物,法律适用是逻辑的推演,与法律及其适用相关的逻辑包含着人类生活的智慧。我们倡导和坚持开展审判研究是坚持法律研究本身特点的,我们衷心希望《中国民商审判》能够发展成为审判研究的开放式基地。

《中国民商审判编委会》

目 录

卷首语——在审判的同时开展审判的研究·····	(1)
-------------------------	-------

【民商审判政策与精神】

在公布最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》新闻发布会上的讲话 ·····	最高人民法院副院长 李国光(1)
--	--------------------

【司法解释与动态】

《关于审理企业破产案件若干问题的规定》理解与 适用·····	奚晓明 曹士兵(13)
-----------------------------------	---------------

【专 论】

司法认知法则研究·····	陈界融(31)
---------------	-----------

【审判研究】

债·合同

论向第三人履行的合同

- 兼谈《合同法》第64条的理解与适用····· 宋 航(65)
- 委托投资(理财)协议中“保底条款”的法律分析····· 张凤翔(78)
- 论缔约过失责任····· 许江杰(89)
- 刍议不安抗辩权在审判实践中的正确适用····· 郑 刚(101)
- 诉讼时效与时效的诉讼····· 韩德洋 鲍爱武(110)
- 买卖合同若干疑难问题研究····· 孙同庆(124)

公司·改制

- 股权转让合同效力与股东登记的几个问题····· 张勇健(138)

关于企业注册资本是否实际到位的证据分析与认定

- 盐城市发电设备厂与山西省机电设备总公司、
山西省机电设备总公司侯马公司清算组购销合
同货款纠纷一案····· 孔 燕(148)
- 论职工持股会的性质及职工股的流转问题····· 范启其(155)
- 金融资产所涉企业改制相关案件法律对策研究····· 栾桂玲(167)
- 论对公司小股东权益的司法保护····· 薛 兵 谢新竹(178)
- 对母公司在破产子公司中确立特殊规则的探讨····· 詹爱军(193)
- 上海民族乐器二厂与上海和利商贸有限公司、上海
和音乐器城有限公司、上海钢琴有限公司股东不
履行对公司出资义务纠纷案····· 钟可慰(205)
- 公司设立中的民事责任若干问题

- 江苏省高级人民法院民二庭(210)

对股东大会决议瑕疵之诉的法律思考

- 兼论《公司法》第111条····· 宋向今(219)

股东诉权的司法实务研究·····	崔 艳(241)
------------------	----------

证券·期货

审理证券虚假陈述民事赔偿案件的若干问题·····	俞 巍(253)
证券交易场所未张贴中签结果公告, 张某诉请可得 利益赔偿应予支持·····	连云港市连云区人民法院(262)

担 保

清理保证期间的法律适用·····	曹士兵(267)
保证期间与诉讼时效·····	沈厚富(278)
从一起保证合同纠纷案谈公司对外提供担保的效力 ·····	俞宏雷(284)

汽车提货单可以质押

——兼析我国《担保法》第 75 条的规定 ···	邓华胜 项 超(291)
--------------------------	--------------

破 产

进一步规范破产案件审理, 充分保障债权人合法权益, 促进现代企业制度的建立

——关于全省法院破产案件审理情况的调查报告 ·····	江苏省高级人民法院民二庭(298)
--------------------------------	-------------------

破产程序与执行程序的冲突及其解决·····	王建平(317)
-----------------------	----------

诉讼·证据

《关于民事诉讼证据的若干规定》中几个证据认定规

则的理解与把握·····	李后龙 刘 振(321)
共同诉讼中一人自认的效力·····	王惠玲(335)

【审判调研】

关于在民事诉讼中企业法人终止后诉讼主体和责任

承担的若干问题的处理意见·····	上海市高级人民法院(337)
全省法院适用《关于民事诉讼证据的若干规定》研讨	

会综述·····	安徽省高级人民法院民三庭(345)
----------	-------------------

【民商审判动态与思考】

免责、并存债务承担及保证辨析

——青岛英和尔科技发展有限公司诉青岛日鼎运

动器材有限公司、郑东升购销合同欠款纠纷案

····· 曹 伟(372)

公司意思表示及效力····· 李向阳(379)

公司成立后设立协议应当终止的理由····· 周 恺(386)

关于抵押合同纠纷案件审理中几个问题的思考····· 梁炳扬(392)

联营纠纷案件审理中法律适用问题研究····· 李洪堂(401)

【民商审判政策与精神】

在公布最高人民法院《关于审理企业 破产案件若干问题的规定》 新闻发布会上的讲话

最高人民法院副院长 李国光

(2002年8月1日)

各位记者：

最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》(以下简称《若干规定》),已于2002年7月18日由最高人民法院审判委员会第1232次会议通过,将于2002年9月1日正式施行。这一规定是最高人民法院继1991年首次对适用《中华人民共和国企业破产法(试行)》(以下简称《企业破产法》)司法解释后,对适用该法及《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)中相关规定所进行的第二次全面系统的解释,它进一步规范了人民法院对企业破产案件的审理,对我国破产法律制度的完善与发展意义深远。现在,我就这部司法解释的起草背景、过程、主要特点、内容和意义作一简要介绍和说明。

一、若干规定的起草背景与过程

我国《企业破产法》颁布试行于1986年,距今已有16年。《企业破产法》颁布后的一段时期内,由于经济体制改革刚从农村向城市拓展,以及人们的思想观念还存在不少旧框框,因此,人民法院受理企业破产案件数量很少。据统计,1989年至1991年3年仅受理247件,1992年受理428件。1992年党的十四大确立了我国建立社会主义市场经济体制的总目标后,各地按照市场经济规律,引进竞争机制,对企业实行优胜劣汰,实现资源的优化配置,逐步将破产列为资不抵债、丧失市场竞争力的企业退出市场的主要途径,这使得人民法院受理企业破产案件开始增多。

随着改革的深入,国家实施积极的“优化资本结构”政策,进行产业结构战略调整过程中,一批不符合社会主义市场经济规律要求和资源枯竭的企业陆续向人民法院申请破产。为适应产业结构调整,深化国有企业现代企业制度改革,保障企业破产工作中国有商业银行债权安全和社会稳定,1994年国务院出台了有关国有企业破产的特殊政策,解决了国有企业破产方面存在的职工安置及银行债权方面的问题。为深化产业结构战略性调整,全面建立我国现代企业制度,党的十五大明确提出“鼓励兼并,规范破产,减员增效,实施再就业工程”的重要方针。随后,国务院又制定了一整套配套政策,所有这些,都为促进我国企业破产制度的正确实施起到了巨大的推进作用。

为适应人民法院审理破产案件的需要,最高人民法院曾于1991年对适用《企业破产法》进行了司法解释,这个解释与《企业破产法》为人民法院在当时缺乏审理经验情况下,处理企业破产案件提供了重要的法律依据。此后,随着《民事诉讼法》的颁布和国务院计划调整破产政策的实施,实践中出现了全民所有制企业破产和法人破产还债、国家计划调整破产和按照法律规定破产两套破产程序,法律适用难度加大,《企业破产法》和1991年的司法解

释已经不能完全满足人民法院审判工作的需要,一些地方高级、中级人民法院按照本地区实际情况,制定了规范性意见,以指导破产案件的审理。最高人民法院在进行大量的调查研究的基础上,按照法律和政策规定,制定下发了以规范企业破产并防止借破产之机逃废债务为主要内容的司法解释性通知和意见,并召开全国法院审理企业破产案件座谈会和全国民商事审判工作会议,统一认识,狠抓贯彻落实;与此同时,抓紧收集研究地方人民法院的相关规范性文件和总结审判工作经验,于2000年底开始着手起草《若干规定》。在起草过程中征求了各高级人民法院意见、召开了由国家经贸委、全国人大财经委、法工委、国务院法制办、人民银行、商业银行,重庆、南京、广州、深圳、武汉等13家中级人民法院,以及破产法专家参加的研讨会,对《若干规定》草案进行了充分论证。通过充分调研、广泛论证,在征求立法机关和相关国家机关意见的基础上,经过多次修改,经最高人民法院审判委员会讨论通过,形成了现在这部司法解释。

二、《若干规定》的主要特点

(一)侧重对破产程序解释

破产法主要是程序法,人民法院处理破产案件急需的是程序规范。虽然程序性的司法解释基本上不涉及当事人的实体权利义务,就解释的技术性而言比实体法解释难度要小一些,但是由于正确适用破产程序对保障债权人的合法权益关系极大,更由于我国现行破产法对破产程序规定得较原则,或缺少具体要求,或缺乏必经的程序规定,需要从现行法律基本原则的要求出发,善于吸收国际破产立法和司法方面的成功有益做法,结合各地法院的审判实践经验(比如设立破产监管和破产善后管理制度),进行认真细致地工作,因此起草工作难度仍然不亚于适用实体法的解释,何况这部司法解释还有不少实体法方面的解释内容。起草工作自始至终体现了这个要求,最终目的是为人民法院审理企业破产案件提供

较为系统和完整的审理程序规范。

(二) 注重将破产程序的规范化与统一化相结合

目前,我国审理企业破产案件的法律是分散的,全民所有制企业破产适用《企业破产法》规定的破产程序,集体所有制企业、中外合资企业、私营企业等非全民所有制企业破产,适用《民事诉讼法》规定的破产还债程序,非法人实体则不适用破产程序。并且,企业破产法和民事诉讼法规定的破产还债程序内容都较原则。这种破产程序规定的分散性和欠操作性导致人民法院审理企业破产案件的难度加大,亦给蓄意利用破产之机逃废债务,尤其逃废国有银行债务的地方保护主义干扰以可乘之机。在起草若干规定时,我们针对审理企业破产案件审理程序不规范,不统一的主要矛盾,狠抓规范,解决统一。即抓住企业破产法和民事诉讼法破产还债程序内容基本一致的特点,注意对不同主体的破产案件审理程序与实体处理进行规范,最终形成与《企业破产法》、《民事诉讼法》法人破产还债程序相辅相成的审理企业破产案件的统一的《若干规定》。

(三) 强化破产程序的公开、公平与公正

破产程序是债权人平等受偿破产财产的程序,除法律特别规定外,在破产案件中债权人地位一律平等,程序一律公开,裁决一律公正。《若干规定》体现了这个要求。从债权人方面说,从申报债权、监督清算、参加债权人会议,到债权确定、破产财产分配、破产费用列支等各个阶段的权利义务都很明晰,都能较好地体现自己的意志。从人民法院来说,从破产案件的受理到破产终结的所有裁定都予以公开进行,所有涉及到当事人权利义务的裁定均允许当事人提出异议或申请复议,有的可以向上级法院提起上诉,有的可以提起申诉。《若干规定》依照民事诉讼法的规定,在保留过去的司法解释有关内容的基础上,增加了上一级人民法院对下级人民法院审理破产案件审判监督的内容,这有利于人民法院正确处理企业破产案件,有利于排除对人民法院审判工作不适当

的干扰,有利于保护债权人与债务人的合法权益,实现公平、公正的司法目标。

(四)突出体现公平与效率

最大限度地提高破产财产清偿率,减少债权人的损失,这是审理企业破产案件追求的价值取向。《若干规定》特别注意提高破产程序的效率,努力节约破产费用的开支,减少破产成本。比如规定人民法院在破产程序中的执行权、对破产分配方案的裁决权、收取的案件受理费以人民币 10 万元为限等。《若干规定》的各个部分都不同程度地体现了公平与效率两种价值,为审理企业破产案件取得的法律效果与社会效果的统一,创造了条件。

(五)注意借鉴国外立法与司法成功经验

当今世界各国的破产法律制度大体相同。我国在起草《若干规定》过程中,在适用我国现行企业破产法的基础上,参考了联合国跨国破产示范法和统一破产法指南等文件,结合国家有关企业破产的政策和审理破产案件的经验,力图使我国破产法律制度与国外立法与司法的成功经验在基本内容方面达到一致。这对我国加入世贸组织后,在企业破产法律制度内,履行国内外企业破产的国民待遇原则起到了重要指导作用,也为立法机关修改《企业破产法》准备条件。

三、《若干规定》的主要内容

《若干规定》共 14 个问题,106 条。除了第 8、9 关于破产债权和破产财产两个问题的内容属于对实体法规范的解释外,其余各题都属于对程序法规范的解释,包括案件管辖、破产申请与受理、债权申报、破产和解与破产企业整顿、破产宣告、债权人会议、破产财产的变现与分配、破产终结等。主要内容是:

(一)严格规范破产案件的受理条件

人民法院对于破产案件的受理必须坚持积极、慎重的原则。这是因为,对破产案件受理不当将会对企业乃至社会的各个方面