

法学大视野

VISION OF LAW

主 编 茅渝锋 曹 雄
副主编 陆 洁 蒋 凡 刘 辉

法学大视野

VISION OF LAW

主 编 茅渝锋 曹 雄

副主编 陆 洁 蒋 凡 刘 辉

图书在版编目(CIP)数据

法学大视野/茅渝锋,曹雄主编. —上海:上海三联书店,
2011.3

ISBN 978-7-5426-3493-1

I. ①法… II. ①茅…②曹… III. ①法学—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 025442 号

法学大视野

主 编 / 茅渝锋 曹 雄

责任编辑 / 姚望星

装帧设计 / 范峭青

监 制 / 任中伟

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

[http: //www. sanlian. com](http://www.sanlian.com)

E-mail: shsanlian@yahoo. com. cn

印 刷 / 上海惠顿实业公司印刷

版 次 / 2011 年 3 月第 1 版

印 次 / 2011 年 3 月第 1 次印刷

开 本 / 890 × 1240 1/32

字 数 / 380 千字

印 张 / 13.625

书 号 / ISBN 978-7-5426-3493-1/D · 178

定 价 / 43.00 元

目 录

法与公司治理

- 从《企业国有资产法》看出资人制度的完善 / 李晶晶 3
- 有限责任公司股权强制转让制度之必要性分析 / 刘 辉 9
- 中日公司法人格否认之比较分析 / 谭婷婷 14
- 国有企业改制中隐名股东权益保护的法律问题
辨析 / 邢红霞 20
- 浅析我国公司合并中债权人利益的保护 / 徐雯雯 28

法与社会管理

- 试论我国侵权责任法中的精神损害赔偿制度 / 蔡白阳 41
- 高校外贸代理风险分析及对策 / 李文蕊 49
- 我国房贷政策调整所引发的“政策性违约”案件的
法律分析 / 单毅仁 56
- 女职工生育待遇法律规定初探 / 孙 颖 63
- 我国基础设施建设 BOT 融资模式的特点及立法
建议 / 孙 凯 72
- 浅析 2009 年《保险法》关于团体保险收益人的
相关规定 / 夏明艳 85
- 信用卡纠纷中发卡行需承担的民事法律责任
思考 / 谢倩妮 93
- 我国电子商务税收制度初探 / 杨 磊 100
- 期货窃用交易的法律风险初探 / 赵 璐 108
- 我国业主大会制度若干法律问题探讨 / 周颖翔 116

浅谈我国房地产登记制度的完善 / 朱 进 123

法与公民权利

论外观设计专利的简要说明在专利侵权判定中的作用 / 冯 云 133

浅议高空抛物侵权行为及其责任承担 / 嵇兰兰 140

民事诉讼当事人相关问题思考 / 贾 佳 148

网络著作权侵权法律问题探究 / 李任达 157

论我国的夫妻财产制 / 梁 威 165

论我国商业秘密的法律保护 / 沈伟民 177

《侵权责任法》对专利侵权判定的理解与适用 / 施安娜 184

特许经营信息披露义务探析 / 吴成林 191

浅析公民个人提起民事公益诉讼的可行性 / 吴 迪 196

关键词广告引发的商标间接侵权法律问题
研究 / 周 颖 203

法与经济制度

劳动合同中约定责任限制问题研究 / 丁 真 213

Unilateral Refusal to License IP under Antimonopoly
Law of China Based on A Comparative Analysis
Between US and EU / Li Min 220

浅析我国目前反不正当竞争法中的一些问题 / 陆宾文 245

浅议我国反不正当竞争法 / 陆 洁 253

浅谈美国 *Bilski v. Kappos* 案对现代商业方法专利的
影响 / 陶春宁 262

计算机软件的侵权判定及证据认定 / 徐 艳 271

论客户名单秘密性的认定标准 / 王佳玲 277

浅析未签劳动合同而支付双倍工资及其预防 / 汪 杰 284

浅议我国强制性产品认证法律制度 / 杨 英 290

- 商业方法可专利性之利弊分析 / 曾 敬 299
- 浅谈中美专利制度中有关国外专利申请的相关规定 / 张会娟 305
- Consistency of Section 337 of the Tariff Act under
TRIPS from the perspective of Sino-US
Intellectual Property Friction / Zhang Liang 311
- Lawyer Practice and Legal Analysis on U. S. Foreign
Investment National Security Act and the Influence on
Sino-US M & A Transactions / Zhang Liang 381
- 论国际货运代理人连带承担承运人无单放货
责任 / 张文渊 393

理论观察

- 从契约自由原则到契约公正原则 / 陈 烨 403
- 论打击索马里海盗的国际法依据 / 施 杨 414
- 从欧盟法看两大法系的发展与变化 / 俞玮月 420
- 一场多对一的交锋 / 孙登元 428

法与公司治理

FAYUGONGSIZHILI

从《企业国有资产法》看 出资人制度的完善

李晶晶

摘要：《企业国有资产法》的颁布实施，对于维护国有资产权益，防止国有资产流失，为我国国资监管机构依法履行职责，促进国有经济的不断壮大和社会主义市场经济的发展，对于完善中国特色社会主义法律体系，产生历史性推进作用。其中如何建立完善的出资人制度是《企业国有资产法》的中心问题。

关键词：企业国有资产法 出资人 国资委

历经三届全国人大，2009年5月起施行的《企业国有资产法》是我国第一部关于企业国有资产管理的法律，这标志着我国对企业国有资产管理有了最高层级法律的刚性规范，是《公司法》和《物权法》在国有企业治理和物权保护方面的延伸。该法的一大亮点在于从法律意义上明确了国有企业的出资人。本文拟对《企业国有资产法》中的出资人的定义和职责做一简单梳理。

一、委托人的定义

与出资人概念紧密联系的一个概念是最终所有权人和委托人。

出资人指的是国有资产^①最终所有权人或委托人的实际权力(权利)行使人。我国《宪法》规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”据此规定,国有资产的最最终所有权人是人民。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会应是国有资产的委托人。

但1992年7月23日由国务院颁布实施的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》第41条规定:“企业财产属于全民所有,即国家所有,国务院代表国家行使企业财产的所有权。”从而在实际体制中国有资产的最最终所有权人是国务院。但2004年修订的宪法并没有做出相应修改。2007年全国人大通过的《物权法》第45条^②规定了国务院作为国有财产最终所有权人或委托人的地位。《企业国有资产法》沿袭了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》与《物权法》的规定,^③其第3条强调:“国有资产属于国家所有即全民所有。国务院代表国家行使国有资产所有权。”

其第4条规定:“国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定,分别代表国家对国家出资企业履行出资人职责,享有出资人

① 广义的“国有资产”指的是全民所有即国家所有的财产以及附着于这些财产之上的权利,它不仅包括物权方面的经营性资产、非经营性和资源性资产,也包括国家依据法律或者凭借国家权力从这些资产上所取得的准物权以及国家享有的股权、债权和各种形式的无形产权与知识产权。国有资产即全民所有资产。1992年《宪法》将国有的定义与全民所有等同。《宪法》第7条规定:“国有经济,即社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”第9条规定:“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”《企业国有资产法》没有涵盖广义的国有资产,而是把其适用范围限定于狭义的国有资产上,《企业国有资产法》第2条规定:“本法所称企业国有资产(以下称国有资产),是指国家对企业各种形式的出资所形成的权益。”

② 《物权法》第45条法律规定:“属于国家所有的财产,属于国家所有即全民所有。国有财产由国务院代表国家行使所有权;法律另有规定的,依照其规定。”

③ 究竟是全国人大还是国务院作为国有财产最终所有权人或委托人的地位,这本是当代中国宪法应对时下中国问题的一个立法政策的选择问题,然而由于《企业国有资产法》立法仓促,对一些重要的概念并没有从法理上进行区分。

权益。”这就把“委托人”概念延伸为“出资人”概念，又进而把地方政府作为国有财产“出资人”的地位予以确定，使“委托人”与“出资人”概念既有所重叠，又有所区分。^①

二、《企业国有资产法》对出资人的角色定位

长期以来，我国公有制企业没有“出资人”。很多部门和单位都在行使管理职能，却都不对企业真正负责。党的十六大提出了国有资产管理的新思路，即建立出资人制度。2003年，中央和地方政府都设立了国资委，专门代表政府履行出资人职责，在工商、税务等企业登记资料上，各级国资委都是明确的出资人或股东，从法律形式上解决了所有者缺位的问题，强调出资人权利、义务、责任相统一。^②也就是说，在我国社会主义政治体制下，全体人民的整体意志和利益由国家来代为实现。国家作为国有资产的唯一主体，由其最高权力机构全国人大来做具体代表，再授权国务院及各级政府代理行使权利，而政府又授权国资委为其代表，履行出资人职责。由此可以看出，国资委的性质就是国家出资企业之出资人，即国家股东代表。其代表国家股东持有国家出资企业股份，代表国家股东履行出资人职责，代表国家股东行使股东权利、履行股东义务。

然而，直至2008年，中央和地方两级国资委成立运转五年的实践表明：虽然这个新体制暂时解决了多个政府部门对国有企业的混乱管理局面，但是这种设计却存在许多法律漏洞。就制度设计的初衷而言，制度设计者把国有资产管理机构作为国有资产的“出资人”，主要行使国有资产股东权利。

但随后出台的《企业国有资产监督管理暂行条例》却完全颠覆了将国资委仅定位于“出资人”的制度设计。据该条例，国务院国资委是代表国务院履行出资人职责、负责监督管理企业国有资产的直

① 李曙光：《解析国资法4大问题》，《上海国资》，2009年4期。

② 李保民：《国资管理体制改革的两个关键和八大难题》，《中国证券报》，2003年2月26日。

属特设机构。但出资人是市场概念,监管者是政府行政管理概念,两者之间极易出现角色冲突。《暂行条例》导致实践中出资人与经营人、立法人、监督人的法律关系混淆不清,进而导致实践中矛盾丛生。比如说,企业要投资某个项目,国资委认为风险太大,他们会站出来直接阻止投资该项目。而按照现代公司治理机制,国资委作为股东只能通过股东会决议或者委派董事、监事来实现自己的意志。股东如果认为企业投资不当,股东只能通过股东会、董事会的决议来否决该项目,或者通过建立投资项目的审批制度,或者通过董事会改聘企业经营管理人员等方式,间接影响企业的具体经营管理行为,而不能直接侵害企业的自主经营权和法人财产权。

这样的现实无疑和改革的目标背道而驰。市场经济的发展历史和国有企业改革的历程一再表明,企业与政府关系变迁的历史,其实就是一部不断扩大企业自主经营权的历史。确保企业自主经营的关键是正确界定国资委与企业之间的权力边界,构筑新型的政企之间的互动关系。所以如何建立完善的出资人制度是破解上述难题的关键。

《企业国有资产法》实际上是围绕出资人制度而进行全面设计的一部法律,为出资人制度提供了法律依据。在《企业国有资产法》中,国有资产最终所有权人或委托人的实际权力(权利)行使人角色由“出资人”与“履行出资人职责的机构”分享。

《企业国有资产法》第4条规定:“国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定,分别代表国家对国家出资企业履行出资人职责,享有出资人权益。”这里的“出资人”概念既有其本义出资股东的含义,在《企业国有资产法》中又专指国务院和地方人民政府。

其第11条规定:“国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构,根据本级人民政府的授权,代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。国务院和地方人民政府根据需要,可以授权其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。代表本级人民政府

履行出资人职责的机构、部门，以下统称履行出资人职责的机构。”这里可以把“履行出资人职责的机构”理解为国有资产监督管理委员会(以下简称为“国资委”)或其他政府机构部门。

《企业国有资产法》第6条规定：“国务院和地方人民政府应当按照政企分开、社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开、不干预企业依法自主经营的原则，依法履行出资人职责。”该法实际上对国资委作了一个重新定位，明确了国资委作为出资人的法律地位，规定国有资产监督管理机构根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。

三、出资人的职责

该法第十二条至第十五条明确规定履行出资人职责的机构代表政府对国家出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利。同时，在公司治理环节，履行出资人职责的机构需委派股东代表参加国有资本控股公司、国有资本参股公司召开的股东会议，并按照委派机构的指示提出提案、发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构。

虽然《企业国有资产法》没有明示国资委的监管职能被去除，但在第七章特别规定了国有资产监督由人大常委会、政府及政府审计机关、社会公众监督等构成，这实际上是朝剥离国资委现有的行政监督职能与立法职能方向迈出了清晰的一步。国资委的监督职能只是内部的监督，是股东对其资产的监督，不同于政府行政机关的监管。

综上所述，《企业国有资产法》不仅明确了国资委纯粹的出资人地位，同时规定了国资监管机构在履行上述职能时要求按照政企分开，社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开，不干预企业依法自主经营的原则，依法履行出资人职能，为国资监管机构作为纯粹的出资人设计了法治框架，与《公司法》等相关法律完全对接。

参考文献

- [1] 顾功耘:《国有经济法论》,北京大学出版社,2006年。
- [2] 胡海涛:《国有资产管理法律实现机制若干理论问题研究》,中国检察出版社,2006年。
- [3] 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社,1998年。
- [4] 吴邦国:《在第十一届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上的讲话》,引自《全国人民代表大会常务委员会公报》,2008年第7期。

作者简介

李晶晶,就职于上海远洋船舶管理有限公司。

有限责任公司股权强制转让 制度之必要性分析

刘 辉

摘要：由于大股东利用控股权剥夺小股东的经营管理参与权、侵犯小股东合法权益的案件在司法实践中大量存在，新的公司法增加了很多股东权益的保护条款，但抱有“保护弱者”这一美好愿望的立法者忽略了另外一种同样极为普遍的现象——部分股东滥用法律赋予的权力，严重影响其他合法股东对公司的正常经营管理。在这种情况下，站在公司立场上的股东应如何利用法律手段保护自己以及公司的利益，排除恶意股东的妨碍、从而维护市场交易的稳定？股权的强制转让制度是否存在其必要性及可行性？基于有限责任公司的人合性，是否应该在有限责任公司的法人制度中引入“善意股东”与“恶意股东”的概念，从而区别对待？这些都是公司法继续完善所需要面临的问题。

关键词：股权强制转让 善意股东 恶意股东 冻结股东权利

所谓的股权强制转让制度，即指当股东做出某种危害公司利益的行为，或阻碍公司发展、扰乱正常经营管理秩序的行为时，通过公司内部决议或法院诉讼的途径，对其持有的股份进行强制回收，从而使其股东资格消灭、股东权利被限制或者剥夺的一种制度。

公司利益与股东利益本应具有天然的统一性甚至混同性，但股

东利益同时又具有很大的主观因素,正如一个人也很可能受到复杂因素的影响,做一些违背自己根本利益的事情。所以一旦股东利益与公司利益相违背,那就变成了所谓的“恶意股东”,就应该及时地将其剥离于公司之外,否则就很容易导致诸多股东之间的矛盾,从而破坏公司的管理机制,损害公司利益。

一、公司法现状并未充分考虑有限责任公司的“人合性”

现行公司法为鼓励出资、鼓励创业,很大程度上弱化了法律的调整力度,忽略了股东利益与公司利益相违背的情形,并没有提出“恶意股东”的概念,也没有引入“强制转让制度”,而是忽略了股东的主观愿望与公司利益结合的重要性,究其原因,主要是考虑到股东履行了出资义务,相对的就应该享有股东权利,只要其资金还在,权利便不应被剥夺,除非其自愿转让,但“人”的复杂性决定着“人合”的不稳定性,一旦产生了“不合”的因素,就应该在制度上和法律上扩宽出口,让错误流入的资金释放、站错队的人得以解脱,而这种解脱在某种情况下应该赋予一定的强制性,而不能以双方协议为前提,否则就会导致一些真正“有所为”也“想有所为”的人迫于无奈将苦心经营并初具规模的公司拱手相让。《公司法》第七十五条规定了三种情形下异议股东可以请求公司收购其股权,但最终结果很有可能是形式上得到救济,但实际上遭受损失,正义的一方反而丧失对公司的股权,这足以表明现行公司法仅保护形式上的合法,而并未深入地调整公司内部股东之间的利益关系。

二、从有限责任公司的设立及表决机制看弊端

现实中有这样一则案例,甲乙丙丁四人共同出资成立了某某餐饮娱乐有限公司,其中甲作为法定代表人及总经理,负责实际经营管理,甲一向尽心尽责,以公司利益为重,几年下来公司在同行业小有名气,利润剧增,但乙丙二人整日游手好闲,并且经常利用出资人的身份炫耀,经常给予自己的朋友到公司消费的各种优惠待遇以及

折扣,甚至节假日常常霸占最好的包房款待亲朋,从来都是签单赊账,对公司正常的财务管理造成了很大障碍,屡次劝说无效,四人最终反目,对公司的任何决议,二人均投反对票,目的只是逼迫公司向个人的无理要求妥协。对于这种情况,依照现行的公司法,甲无法替本人以及公司寻求有效救济,面临的选择只有转让股份、退出公司,因为《公司法》只是保证股东决策权,但并不以保障社会经济发展、市场交易健康进行的角度去评判所做出决策的对错,也不会考虑股东主观意愿是否善意或管理方式是否科学,虽然在《公司法》第二十二条规定了“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”但如果少数恶意股东形成了一个虽然形式合法,但内容有损公司长远利益的决议,法律依旧对此提供保障,除非第三人由于利益受到损害提起诉讼,否则公司法定代表人对这一决策并不享有诉权。这种法律制度虽然保持了其中立地位,尊重了企业管理自主权,避免了对公司经营管理的干预,但在特殊情况下,这实际上也是一种立法空白,无法对善意股东提供法律救济,因此笔者认为,在《公司法》的继续完善中,应妥善考虑股东的主观意愿合理性,如民法中引入“善意第三人”概念以及“善意取得”制度一样,在特殊领域依行为主观不同而区别立法。

三、依据现行公司法,对片面的形式合法所造成的弊端补救手段有限

对这一立法空白也许可以通过公司章程进行弥补,因为目前《公司法》也同样没有禁止规定股权强制转让的相关条款。《公司法》第七十二条第四款有个开口性规定:“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”是否预示着股东一致通过的公司章程中一旦写入股权强制转让的情形,视为股东同意在自己作出某种行为时放弃股权?虽然这也存在肯定答案的可能性,在现实情况中,很少企业或者股东利用此规定对预期利益的保护设置相应章程条款,导致股东僵局后的唯一解围途径便是一方自愿转让股权,但得到公司经营