

中国商法

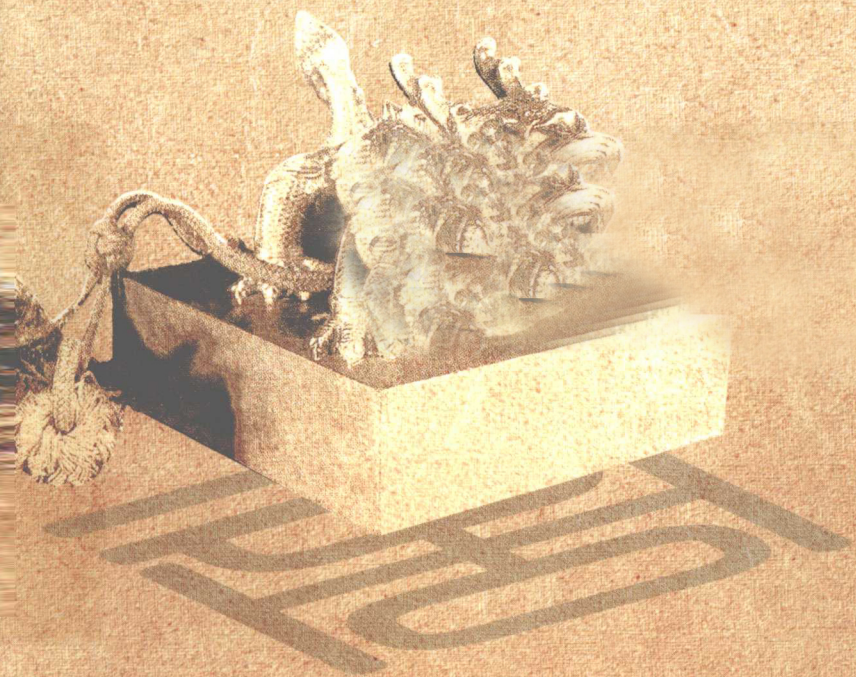
CHINESE YEARBOOK OF
COMMERCIAL LAW

中国法学会商法学研究会 / 编

年刊

2010

主 编：王保树
副 主 编：翟云岭
执行主编：魏国君 林懿欣



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国商法

CHINESE YEARBOOK OF
COMMERCIAL LAW

中国法学会商法学研究会 编

年
刊

2010

主 编：王保树

副 主 编：翟云岭

执行主编：魏国君 林懿欣



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国商法年刊. 2010 / 中国法学会商法学研究会编;
王保树主编. —北京:法律出版社, 2011. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1961 - 1

I. ①中… II. ①中…②王… III. ①商法—中国—
2010—年刊 IV. ①D923. 99 - 54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 044518 号

中国商法年刊(2010)

中国法学会商法学研究会 编
王保树 主编

责任编辑 孙东育
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2011 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 32.5 字数 548 千

印次 2011 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1961 - 1

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首的话

中国法学会商法学研究会 2010 年年会暨大连学术研讨会于 2010 年 7 月 3 日至 4 日在辽宁省大连市举行。本次年会由中国法学会商法学研究会主办,大连海事大学法学院承办,与会专家、学者 300 余人,提交学术论文 220 余篇。《中国商法年刊》(2010)集中了这次年会的成果。

本届年会的中心学术议题是“商法适用中的疑难问题研究”,包括对公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、证券投资基金法、票据法、保险法、信托法、海商法、破产法等适用的疑难问题研究。我国的商法发展很快,但在实践中特别是适用中也遇到了一些迫切需要解决的问题。这些问题的解决不仅有利于立法、司法的完善,也有利于商法学科建设,促进理论创新。年会着眼于商法的实践和适用中提出的问题,倡导理论与实践的结合。本年刊遵循一贯的编辑方针,只刊载了与年会议题相关的论文。

本年刊的商事一般规则主要讨论了营业自由、商事登记、商事审判、商人自治、商法适用等。在公司法领域,本年刊着重讨论了公司法的不同规范、公司治理、职工董事、股东代表诉讼、公司设立无效、股东出资瑕疵、公司章程的效力、公司法人人格适用范围的拓展等。在金融领域,本年刊讨论了金融衍生工具的风险防范、电子票据的新问题、投资基金法的改革、信托法的完善、保险法的发展与保险公司治理监管。在海商法领域,本年刊涉猎了海上运输、海上赔偿和海上保险。本年刊不仅范围广泛,其研究之深度也特别引人注目。

本次年会的参加者既有商法的教学、科研工作者,也有各地人民法院的有丰富商事审判经验并对商法理论有着浓厚兴趣的法官。理论与实践紧密结合,重在商法实施,是本次年会的突出特点,它既是商法研究多年发展的传统,也预示了未来的一种趋势:商法学的发展依赖于商事法律实践,商法实践的发展又需要理论支撑。

2 中国商法年刊(2010)

《中国商法年刊》(2010)由法律出版社出版。在本刊的出版中,得到了法律出版社的大力支持,对此表示衷心的感谢。我相信,本刊的出版将使更多的商法学者和其他关心商法的人分享年会的研究成果。

王保树

2011年3月5日

目录

Contents

商法总论法律问题研究

私法体系视野下的商法适用	孙文桢/3
一、解题	/3
二、公司法的适用	/3
三、票据法的适用	/5
四、保险合同法的适用	/7
五、海商法的适用	/8
我国商事审判制度的反思与重构	樊 涛/11
一、我国商事审判制度的现状与缺陷	/11
二、大民事语境下我国商事审判制度的重构	/13
三、前途未卜的商事审判制度	/18
日本商法上的商业使用人制度及重要启示	王作全 周继红/19
一、日本商法上的商业使用人概念及其特征	/19
二、日本商法规制商业使用人的必要性及其角度分析	/20
三、日本商法有关商业使用人制度的主要内容	/21
四、来自于日本商法的启示及对策建议	/25
公权力干预下的商人自治	
——也谈商法公法化现象	张春玲 王福友/28
一、商法公法化界定	/28
二、商法公法化中的问题	/29
三、商法公法化的未来走向与解决路径	/34

虚拟商人的工商登记与制度选择	张 舫/36
一、对网店工商登记的争议	/36
二、商事登记的功能与网店工商登记	/38
三、观念的转变与制度的选择	/40
四、市场的力量会使虚拟商人自愿选择登记	/43
五、小结	/44

营业自由的实现路径

——兼论与商事能力的关系	刘宏渭/45
一、营业自由在商法上的意义	/45
二、对商事能力的检视与营业自由的限制	/48
三、营业自由在我国的实现路径	/50

商主体法律问题研究

公司法任意性法律规范适用的留意点	王保树/55
一、引言	/55
二、任意性法律规范与公司自治权利	/55
三、任意性法律规范的拘束力	/57
四、违反任意性法律规范的效力评价	/59
五、公司章程在任意性法律规范适用中的作用	/61
六、结束语	/62
公司法背景下意思与规则的深度博弈	翟云岭 王莉莉/64
一、评鉴公司法的自治属性	/64
二、从规范配置的角度审视公司法之自治属性	/67
三、公司法规范配置制度之完善	/69
论公司法人格否认诉求主体适用范围之拓宽	雷兴虎 刘 斌/72
一、问题的界定	/72
二、公司法人格否认诉求主体范围之介评：一种回归公司性质本身的思考	/73
三、公司法人格否认诉求主体范围之扩张：基于立法和司法的实证考察	/75

四、拓宽我国公司法人格否认诉求主体范围：践行公司社会责任的最佳途径	/79
作为法源的公司章程：立法表达与司法实践	钱玉林/81
一、引言	/81
二、作为法源的立法表达	/82
三、作为法源的法理基础之检讨	/84
四、司法化的经验与方法	/86
五、结语	/90
公司对外担保效力的裁判规则	石旭雯/91
一、公司担保行为效力认定应遵循之原则	/91
二、《公司法》第16条性质之分析	/93
三、公司担保行为相关者利益衡量	/95
论公司设立登记撤销制度	
——以《公司法》第199条的适用展开	肖海军/97
一、引论	/97
二、公司设立登记撤销的意义厘定	/97
三、公司设立登记撤销的制度价值	/101
四、撤销公司登记与吊销公司营业执照能否选择性适用	/102
五、公司设立登记撤销的适用	/104
论股东瑕疵出资责任	艾尔肯 张 榆/105
一、股东瑕疵出资概念的界定	/105
二、股东瑕疵出资的原因分析	/107
三、完善股东瑕疵出资责任的立法建议	/109
法人股个人持有的权属争议问题研究	董淳鐸/113
一、问题的提出	/113
二、“个人持有法人股”的权属争议	/113
三、“个人持有法人股”权属确认的司法难点	/115
四、“个人持有法人股”权属确认的合同法依据	/117
五、总结与延伸	/120
关于隐名投资人股东资格的法律思考	魏国君/121

一、隐名投资人概念的界定	/121
二、关于隐名投资人股东资格的不同学说	/122
三、股东资格确认的一般标准	/123
四、处理隐名投资人股东资格纠纷的相关建议	/126
我国公司董事会治理在实践中的异化及纠正	宁金成/129
一、问题的提出——公司法修订前后董事会治理的考察	/129
二、公司董事会治理法律规定与实践背离的原因分析	/132
三、法律之于公司董事会治理的有效性、局限性分析	/134
四、公司董事会治理改革的未竟之路	/135
经营判断规则在公司法上的体系功能及其在实务中的适用	赵廉慧/138
一、经营判断规则在公司法制度中的体系功能	/138
二、日本东京地裁平成18(2006)年11月9日判决	/140
三、经营判断规则的美国法来源	/141
四、日本公司法对经营判断规则的引入	/143
五、违反忠实义务和经营判断规则的适用	/144
六、善管注意义务和经营判断规则	/145
七、简单小结	/146
股东派生诉讼的前置程序研究	
——“紧急情况”之外是否存在可豁免情形	朱慈蕴/149
一、被告同时包括董事和监事情况下的前置程序豁免	/150
二、原告兼有股东和监事双重身份情况下的前置程序豁免	/151
三、公司治理结构不完整情况下的前置程序豁免	/152
四、公司清算过程中的前置程序豁免	/153
股东代表诉讼的规则架构	张国平/157
一、股东代表诉讼的界定	/157
二、股东代表诉讼的主体	/158
三、股东代表诉讼的限制	/161
四、股东代表诉讼的程序性规则	/163
论一人公司的股权转让	朱 莉/166
一、一人公司股权转让问题的提出	/166

二、一人公司股权转让观点之争	/166
三、对一人公司股权转让诸观点的评析	/168
四、一人公司股权转让的必要限制	/170
五、余论	/172
公司终止时的股东财产权保护	沈贵明/174
一、公司终止时股东与公司财产关系分析	/174
二、公司普通清算终止时股东财产权保护	/176
三、公司特别清算终止时股东财产权保护	/178
四、未清算公司终止时股东资格灭失的财产权保护	/180
有限责任公司司法解散若干问题探讨	段 威/182
一、司法解散的前提条件	/182
二、司法解散的诉讼主体	/185
三、司法解散的案件审理	/187
有限合伙人的责任庇护:美国经验与中国立法	张 辉/191
一、有限合伙人责任庇护的前提:远离控制	/191
二、有限合伙人责任的否定:法律后果	/194
三、美国法的最新发展及对中国法的启示	/196
破产程序与制度创新的相关问题	
——由浙江省某中级人民法院审理的某破产清算案件 引出的思考	章恒筑 颜晓杰/199
一、问题的提出	/199
二、破产案件受理预案程序存在的合理性	/200
三、破产管理人制度选择性适用的妥当性	/202
四、破产清算程序中和解的正当性	/204
五、结语	/205
破产重整司法实务问题研究	
——以江苏法院破产重整案件审判实践为视角	潘军锋/206
一、审理破产重整案件的基本原则	/206
二、重整申请审查的标准	/207
三、破产管理人的选任	/209

四、重整计划草案的制定	/209
五、重整计划的提起	/210
六、重整计划的批准	/211
七、政府部门在破产重整中的作用	/212
侵权债权人在破产程序中的受偿地位成因研究	林懿欣/213
一、引言:侵权债权人在破产程序中遭遇的法律困境	/213
二、破产程序中侵权债权人受偿地位的成因探析	/213
三、破产程序中侵权债权人受偿地位的成因评价	/217
四、我国应重塑侵权债权人在破产程序中的受偿地位	/219

金融法律问题研究

论我国金融机构次级债务的商事法规范适用	季奎明/225
一、次级债务的法律构造与金融效用	/225
二、次级债务的法律环境	/227
三、《合同法》视野中的金融机构次级债务	/228
四、《公司法》、《企业破产法》视野中的金融机构次级债务	/231
五、结语	/235
从高盛“欺诈门”看金融衍生工具的风险控制	熊进光 黄婧菲/236
引言	/236
一、对金融衍生品的风险认识	/237
二、高盛“欺诈门”事件回顾	/239
三、奥巴马金融改革法案的主要内容	/239
四、奥巴马金融改革法案给我国带来的启示	/241
五、证券业专业投资者制度	/242
六、余论	/244
票据保证若干法律问题探究	张继红/245
一、票据保证的形式要件	/245
二、票据保证人的资格	/248
三、票据保证责任	/249

再论票据伪造人的法律责任	李伟群/252
一、引言	/252
二、伪造人的票据责任	/252
三、结语	/257
票据质押要件论	杨忠孝/259
一、问题的提出	/259
二、从票据质押行为的意思表示对象看票据质押的要件	/260
三、未确定票据质押行为意思表示对象的法律效力	/262
四、票据质押要件完整有助于票据质权人的权利行使	/266
论票据丧失后的诉讼救济	柯昌辉/270
一、我国建立失票诉讼救济制度的必要性	/270
二、失票诉讼具有履行之诉或给付之诉的性质	/271
三、完善我国失票诉讼的几点设想	/272
论《票据法》关于电子票据制度之构建	赵意奋/280
一、问题之一：电子票据是否被视为《票据法》上的票据	/280
二、问题之二：电子票据的电子签名是否具备票据的签章效力	/283
三、构建《票据法》意义上的电子票据制度	/285
反向收购及其法律规制初探	胡鸿高 王仁荣/289
一、反向收购现象及其类型化考察	/289
二、反向收购与 IPO 的比较	/292
三、反向收购的法律规制	/294
证券投资人保护之诉讼机制研究	
——以德国投资人示范诉讼为例	郑 妮/298
一、问题缘起：我国证券投资人保护之诉讼机制遭遇困境	/298
二、证券投资人保护的诉讼机制选择——以德国投资人示范诉讼为例	/300
证券自律组织民事责任绝对豁免研究	
——基于美国 Weissman 案引发的思考	李志君/307
一、美国证券市场自律组织绝对豁免权的历史考察	/307

二、美国 Weissman 案及其引发的争论	/310
三、对证券自律组织适用绝对豁免原则的思考	/313
四、结语	/315
投资基金性质的信托法分析	吴 弘 徐 振/316
一、契约型基金中的信托原理	/316
二、公司型基金中的信托原理	/320
三、有限合伙型基金中的信托原理	/321
创业投资基金监管法律问题探讨	蒋建湘/323
一、创业投资基金及其监管需求	/323
二、我国创业投资基金的监管现状与问题	/326
三、我国创业投资基金监管的完善	/329
中国金融业商事信托法制协调问题研究	范 健/332
一、引言	/332
二、中国商事信托的立法冲突——《信托法》信托制度的基本构造考察	/332
三、中国商事信托监管冲突	/334
四、中国商事信托司法审判冲突	/338
五、建立统一信托法制刻不容缓	/339
六、结语	/343
信托法谨慎投资人规则法律适用问题研究	彭插三/344
一、美国信托法谨慎投资人规则的历史发展进程	/344
二、谨慎投资人规则的核心内容	/346
三、我国信托谨慎投资人规则立法及实践所面临的制度性难题及对策	/348
信托受托人无受托债权之诉权质疑	
——兼评《信托法》之规定	陈雪萍/352
一、受托人权利之制度基础：法定所有权与衡平所有权之分离	/353
二、受托人对第三人享有诉权之正当性分析	/354
三、我国信托法之误区	/358

论保险索赔时效的法律性质

- 对新《保险法》第26条的质疑 贾林青/360
- 一、司法实践中对此问题存在的不同看法 /360
- 二、保险索赔时效符合除斥期间的法律理念 /362
- 三、将保险索赔时效定位为诉讼时效缺乏法理根据 /364
- 结语 /366

保险法上的因果关系认定与司法推理

- 以意外死亡保险为例 周学峰/367
- 一、对问题的说明 /367
- 二、“意外伤害引发疾病”类型中的因果关系认定 /368
- 三、“疾病引发意外伤害”类型中的因果关系认定 /369
- 四、“意外伤害与疾病并存”类型中的因果关系认定 /370
- 五、对保险法上的因果关系难题的破解 /372
- 六、结语 /375

我国《保险法》修正后的核保问题探讨

张秀全/377

- 一、不可抗辩条款与弃权规则 /377
- 二、保险公司核保的意义、程序及因素 /378
- 三、核保中应高度重视的逆向选择与道德风险信号 /381

保险合同纠纷案件审理中的疑难法律问题探析

丁海潮 田 飞/385

- 一、保险费的交纳对保险合同效力的影响 /385
- 二、保险合同的保险利益 /386
- 三、责任免除条款的认定 /389
- 四、代位求偿诉讼的有关问题 /391
- 五、其他有关问题 /392

海商法律问题研究

《鹿特丹规则》视角内提单的物权凭证功能之解析

傅廷中/397

- 一、引言 /397
- 二、《鹿特丹规则》框架内的提单概念之寻踪 /398
- 三、《鹿特丹规则》语境中提单的物权凭证功能之传承 /399

四、《鹿特丹规则》框架内提单的物权凭证功能之减损	/400
五、《鹿特丹规则》中的货物控制权制度对提单物权凭证功能之补充	/402
六、结论	/403
国际集装箱班轮运输甩柜行为法律适用问题研究	沙晓岑/405
一、甩柜行为的原因及后果	/405
二、甩柜行为的法律性质及法律责任	/406
三、甩柜行为的法律规制	/410
海商法文化下解除“无单放货”困惑之探讨	马得懿/413
一、困惑与解除困惑的企图:以“无单放货”问题为例证	/413
二、对海商法文化的基本认识	/414
三、倡导海商法文化与破解“无单放货”内在联系之证成	/416
四、海商法文化促成海商法现代化	/420
五、结语:对“海商法文化”的简约描述	/421
海事赔偿责任限制权利丧失的适用标准	王 欣/423
一、引言	/423
二、旧标准	/424
三、新标准	/425
四、各国国内法	/427
五、结论	/432
我国海上保险合同法律和谐体系之构建	
——以《海商法》和新《保险法》为视角	吕海宁 王彦斌/433
一、应以《海商法》为框架进行规制的议题	/433
二、《海商法》和新《保险法》需要共同应对的议题	/437
三、《海商法》修改得直接参照新《保险法》规定的议题	/439
2009年商法学研究动态与综述	林懿欣 朱 莉 魏国君等/442
第一部分 商法总论	/442
一、商事立法	/442
二、商事主体	/443
三、商事行为	/444

四、商事登记	/445
五、商事信用	/445
六、社会责任和商事责任	/446
七、商法著作	/448
第二部分 商事组织法	/449
一、公司法	/449
二、破产法	/476
第三部分 金融法研究综述	/478
一、银行金融法	/478
二、票据法	/483
三、证券、基金法	/484
四、信托法	/492
五、保险法	/493
第四部分 海商法研究综述	/496
一、船舶物权	/496
二、海上货物运输	/498
三、船舶碰撞	/502
四、海难救助与共同海损	/503
五、海上保险法	/504

商法总论法律
问题研究

中国政法大学出版社