

SHANG FA RUO GAN LI LUN
WEN TI YAN JIU

法学与法治社会建设文苑

丁启明◎总编

丁亚丽 王荣平 张 媛◎著

商法若干理论 问题研究



吉林大学出版社

D923.994

22

SHANG FA RUO GAN LI LUN
WEN TI YAN JIU

法学与法治社会建设文苑

丁启明◎总 编

杨铁军 王荣平 周东威 史 黎◎本册主编

商法若干理论 问题研究

丁亚丽 王荣平 张 媛◎著

◎吉林大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法若干理论问题研究 / 丁亚丽, 王荣平, 张媛著. —长春:
吉林大学出版社, 2010. 6

(法学与法治社会建设文苑)

ISBN 978 - 7 - 5601 - 6000 - 9

I. ①商… II. ①丁…②王…③张… III. ①商法—研究
—中国 IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 104455 号

书 名: 商法若干理论问题研究

作 者: 丁亚丽 王荣平 张 媛 著

责任编辑、责任校对: 丛立新 马宁徽

吉林大学出版社出版、发行

开本: 880 × 1230 毫米 1/32

印张: 7 字数: 230 千字

ISBN 978 - 7 - 5601 - 6000 - 9

封面设计: 孙浩瀚

吉林省金山印务有限公司 印刷

2010 年 7 月 第 1 版

2010 年 7 月 第 1 次印刷

定价: 16.80 元

版权所有 翻印必究

社 址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431 - 88499826

网 址: <http://www.jlup.com.cn>

E - mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

法学与法治社会建设文苑

总 编 丁启明

主 编 宋惠玲 蒋淑波 沈 赏

何铁军 崔淑霞 冯长春

副主编 杨铁军 章 辉 李国莉

王荣平 周东威 房 丽

史 黎 曾赛刚 李店标

法学与法治社会建设文苑

编辑委员会

主任 丁启明

副主任 宋惠玲 蒋淑波 沈 赏

何铁军 崔淑霞 冯长春

委员 (以姓氏笔画为序)

丁启明 丁亚丽 王荣平 卞清霞

冯长春 史 黎 付 媛 吕智操

吕 行 刘 明 刘 锐 宋惠玲

沈 赏 何铁军 张 媛 李国莉

李店标 杨铁军 杨庆玲 周东威

房 丽 赵 静 崔淑霞 章 辉

蒋淑波 曾赛刚 谭尚闻

法学与法治社会建设文苑

总 序

法学与法治社会建设文苑是由大庆师范学院法学院法学与法治社会建设文苑编辑委员会组织出版的系列专著丛书。大庆师范学院法学院与全国其他高校的法学院系相比仍然是个小兄弟，从1992年成立到1993年正式招生，至今不过17年的历史，但却今非昔比，尤其是2003年招收法学专业本科生以来，法学专业的建设和发展更是展示了其独有的魅力。屈指数点，法学专业的办学有四个方面值得一提：一是，一支热爱法学专业、学术视野开阔、知识积累雄厚、年轻、奋发有为、从不自满、善于独立思考、勤于笔耕的优秀教师队伍已经基本形成，24名专任教师中，有博士10名、硕士13名、学士1名；二是，教学质量稳步提高，2010届本科二表毕业的38名学生中，研究生升学率38.9%，公务员录取率16.7%，司法考试通过率13.9%；三是，科学研究水平、质量和层次不断提高，目前已获两项教育部人文社会科学研究立项，结题一项，在研一项；四是，学科建设又上新台阶，2009年与东北师范大学联合招收了民商法硕

士研究生。法学专业在教育法研究和实践教学方面正在形成自己的特色。

编辑出版大庆师范学院法学文苑有几点思考：一则，中国社会正处在一个关键的转型时期，有特色社会主义市场经济法律体系趋于成熟，法学教育和法治事业欣欣向荣，法学研究硕果累累，法学文苑的出版是法学院全体教师加入法治建设这一伟业的实际行动。二则，法学院的全体教师经过多年的学习、交流、研究形成了对法学和法学某一学科的基础理论和基本问题的认识；形成了对自由、民主、人权、法治、公平、正义等法学基本价值内涵的理解；形成了对“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”社会主义法治理念的深刻体会；形成了对立法、司法、执法取得的成就和存在的问题的基本看法。法学文苑提供了这种表达的机会。三则，法学院全体教师也试图通过法学文苑这种形式同全国法学界同仁进行一次书面学术交流，希望得到反响和回应，希望得到关怀、指导和扶持，希望得到批评和质疑。

总 编

2010年8月

序 言

民商法学理论博大精深，我国民商法学的理论研究近年来随着民法典制定工作的开展取得了重大进展，尤其是随着合同法、物权法、侵权责任法等法律的相继颁布与实施，作为未来民法典组成部分的支架性法律已基本完成，这也标志着有中国特色民法典的诞生指日可待。然而，由于我国民商法学界普遍支持并主张我国的民商事立法应采取民商合一的立法模式，即只制定统一的民法典，而不再单独制定商法典，这直接导致了我国民商法学界对商法学理论研究的忽视。事实上，无论将来我国的民商事立法采取民商合一还是民商分立的立法模式，我们都不应当忽视对商法学基本理论问题的研究。而且作为传统商法学研究范畴的公司法、证券法、破产法、票据法、保险法等领域内容纷繁复杂，由于有关商法理论研究的滞后，我国现行有关商事立法存在的不足、疏漏之处颇多，需要进一步研究、完善的地方也颇多。正是基于上述原因，才有了本书《商法若干理论问题研究》的诞生。

本书内容分为三章，第一章是关于公司章程法律问题研究，主要立足于我国新公司法有关公司章程制度的规定，对公司章程的基本法律问题进行深入的理论分析，以期为我国公司章程制度的完善提供立法建议，使公司章程作为“公司宪章”的作用得到真正发挥。第二章是关于法人人格与有限责任制度研究，对法人人格与有限责

任制度的关系从历史发展、制度价值及发展趋势等角度进行了系统研究，澄清了我国传统法人理论上的一些错误认识，得出了法人人格与有限责任制度之间并不存在必然附随关系的结论，并在此基础上对我国法人制度的建构提出一些新的设想。第三章是关于破产法域外效力法律制度研究，结合当代各主要代表性国家及国际组织有关破产域外效力的立法发展及法律实践，对我国破产法有关破产域外效力的立法现状所存在的不足进行了分析并提出了相应的完善建议。

《商法若干理论问题研究》是大庆师范学院法学院民商法教学团队教师丁亚丽、王荣平、张媛结合自己多年的民商法学教学、科研实践对商法领域的相关理论问题进行深入思考、探索的结果，是大庆师范学院法学院民商法教学团队集体智慧的结晶。作者分工如下：丁亚丽：第一章；王荣平：第二章；张媛：第三章。

如果本书的付梓出版，能对促进我国商法学理论研究起到抛砖引玉的作用，甚至能对我国商法领域相关制度的完善有所裨益，那么我们将会十分欣慰！

作者

2010年5月8日

目 录

第一章 公司章程法律问题研究	1
一、 对公司章程的一般认识	2
二、 公司章程的制定与修改	17
三、 公司章程的效力分析	36
四、 公司章程与公司法的关系	50
五、 公司章程制度的立法完善建议	60
第二章 法人人格与有限责任制度研究	68
一、 法人人格与有限责任制度的关系	69
二、 合伙的法律地位	97
三、 我国法人人格与有限责任制度关系的重构	116
第三章 破产法域外效力法律制度研究	137
一、 破产域外效力问题的引入	137
二、 关于破产域外效力的传统理论主张	146
三、 破产域外效力理论的新发展	160
四、 有关国家对破产域外效力的立法与实践分析	166
五、 国际组织对于破产域外效力问题的实践	176
六、 我国关于破产法域外效力的立法现状及完善建议	191
参考文献	207

第一章

公司章程法律问题研究

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）中直接提到公司章程的条文高达 70 多处，其它间接相关的条文更是充斥于整个公司法体系当中，这充分体现了公司章程作为“公司宪章”的重要地位。公司章程既是公司成立的行为要件之一，也是公司对内管理的依据及对外信用的证明。世界各国公司法都不约而同地规定了公司章程的功能，并赋予公司章程重要地位。在市场经济条件下，公司作为一种主要的企业形式，其设立和存续对于交易秩序及社会的稳定有着较为深刻的影响。因而，对公司进行相应的监督和管理是尤为必要的，公司章程是公司登记机关以及证券监督管理部门要求公司提交审查的重要文件之一。公司章程作为规范公司组织和公司大股东、高级管理人员的具体化规则，其能否发挥作用以及发挥作用的程度，对公司的组织和运营具有重要的意义。我国《公司法》一方面淡化了公司法在公司治理中的国家干预理念，赋予了公司更为广阔的自治空间，另一方面，强化了公司章程的地位与作用，这也正是寄希望于公司章程能发挥更大的功能。但是在公司章程的实践中，存在的问题还是比较突出的，相当一部分投资者章程意识淡薄，公司章程运作能力低下，使得公司章程流于形式，难以发挥相应的作用。正是基于上述原因，笔者对公司章程进行深入的理论分析。以期公司章程能够得到投资者与经营者的充分重视，并为公司

章程的制度完善提供立法建议。从而切实发挥公司章程在公司组织运营中的作用。

一、对公司章程的一般认识

(一) 公司章程概念及意义

1. 公司章程的概念

公司章程 (articles of association, articles of incorporation) 是公司法的一个重要内容,从公司章程的作用上看,学者们将公司章程表述为是规定公司内部关系和活动的基本准则,是公司组织和成员都必须遵守的基本行为规则。从形式上看,公司章程则是记载公司组织及行为的基本规则的书面文件,从内容上看,公司章程是规范公司组织及运作规范,对公司性质、宗旨、经营范围、组织机构、活动方式、权利义务分配等内容进行记载的基本文件。无论采取何种表述方式,学者们普遍认为,公司章程是指公司必备的规定公司组织和活动的基本规则的书面文件,是以书面形式固定下来的全体股东共同一致的意思表示。^①

在大陆法系国家,公司章程一般由单一的文件组成。但是在英美法系国家,公司章程通常分为两个文件:公司的基本章程和内部细则。在英国,这两个文件分别称为:公司组织大纲 (the memorandum of association) 和组织章程 (articles of association)。在美国,这两个文件是:公司组织章程 (articles of incorporation) 和公司内部细则 (by laws), 这两个文件的内容和性质都不相同。公司的基本章程 (英国的公司组织大纲和美国的公司组织章程) 应当记载公司的名称、住所、注册资本、经营范围等,是调整公司对外关系的重要文件,是申请公司设立登记时必须提交的文件,其内容是法定的。其

^①石少侠:《公司法教程》,北京,中国政法大学出版社2002年版,第54页。

地位和效力高于公司章程内部细则。而公司章程内部细则主要规定公司内部组织机构的设置、分工及议事规则，是规范公司内部各组织机构之间的关系、公司与股东关系的文件。因此，又被称为公司的内部规章。公司章程内部细则的地位低于公司的基本章程，其内容不得与公司基本章程相抵触，否则，抵触部分的内容无效。同时，修订章程内部细则的程序也较为简单。

2. 公司章程的意义

公司是现代社会最有效的经济组织形式。公司从它的诞生到今天的发展，作为资本聚集和企业产权结构的有效形式，为社会创造了巨大的财富。公司因具有明晰的产权关系，科学有效的管理模式，合理的利益风险承担机制而使其成为广大投资者所乐于选择的投资方式。公司人格独立和股东的有限责任，是公司制度的支柱，并促使公司所有与公司经营的分离。股东的有限责任极大地刺激了投资者的积极性，公司人格独立使得公司需要健全的制度来维系公司的运营，在这种情况下，如何规范公司的组织和活动，就成为一个十分重要的问题。公司章程作为公司组织与行为的基本准则，在公司的成立及运营中无疑具有十分重要的意义，它既是公司成立的基础，也是公司赖以生存的灵魂。通过章程自治实现公司自治，这也是我国现行公司法对于公司章程功能和作用的定位。在公司法律制度中，公司章程是一项极为重要的内容，它既是公司设立的必要条件，是公司在登记机关的登记事项，又是公司正常运作的自治规则。它作为股东共同制定的有关公司组织与活动的基本规则，在很大程度上决定了公司的组织原则、业务范围、经营方式以及公司的发展方向，是规范公司行为和公司与他人关系的最基本的书面文件。公司章程对于公司而言，意义极其重大。正因为如此，有学者将其尊崇为公司的“宪法”，国家有宪法，公司有章程。章程对于公司的作用，有如宪法对于国家的作用。^① 具体地说，公司章程的意义主要表现在：

^①薄燕娜：《股东出资形式多元化趋势下的劳务出资》，载《政法论坛》2005年第1期，第117页。

第一，制定公司章程是公司设立的行为要件。公司的设立是指公司的股东、发起人为了使公司得以成立并取得法人资格，依照法定条件和程序所进行的一系列连续的准备行为。公司的设立行为包括许多方面，如订立发起人协议、订立公司章程、选举董事监事、募集股份、出资、认股、缴纳认股款、召开创立大会、申请设立登记等等。其中，订立公司章程居于设立行为的核心地位。由于制定公司章程是公司设立的行为要件，因此在任何国家，股东设立公司时必须首先起草并制定公司章程。《日本有限公司法》第5条规定“有限责任公司在成立时必须制定公司章程，”《日本商法》第62条、第165条分别规定了无限公司、股份有限公司的设立必须制定公司章程。《美国标准公司法》中虽未明确列出公司的设立首先要制定公司章程，但在多处涉及到公司章程，分别规定了公司章程的制定、内容、修改、备案等。我国《公司法》第11条规定了“设立公司必须依法制定公司章程。”

第二，公司章程是公司实力和信用的证明。在市场经济条件下，市场经济组织总是把盈利作为经营的最终目标，但如何保障交易安全却是他们必须首先考虑的问题。如何才能保障交易的安全，在很大程度上公司章程对其安全系数做出了全面记载。^① 公司章程是公司最重要的法律文件，公司章程要记载公司的名称、住所、经营范围、注册资本及公司股东或发起人、法定代表人等内容。由于公司章程是公司申请设立登记时必备法律文件，因此公司章程经过公司登记机关的注册登记而具有对外公开性。公司章程对于公司对外开展经营活动，保障交易安全，起着至关重要的作用，如公司名称对社会经济生活关系甚大，为了保障公司及交易对方的合法权益，维护社会交易秩序，世界各国或地区的法律对公司的名称都作出了相应的规定，使得其成为公司人格特定化的标志，经登记之后公司取得名称专用权。公司名称权的人身权属性使得公司与其他民商事主体区别开来，而其财产权的属性又使得公司名称可能为公司带来滚滚

^①左传卫：《对人力资本出资的质疑》，载《财贸研究》2004年第3期，第110页。

财源。公司的住所对于公司来说也是必不可少的，没有住所就无法从事正常的活动，如履行合同、接受政府管制、参加诉讼等等。公司的经营范围在一定程度上可以说是公司权利能力的表现，是股东对于公司发展方向的规定，体现了投资者对于通过公司法人实现其利益最大化的预期；同时亦为第三人选择适当的交易目标提供了条件；经营范围反映了一个公司的交易资格和能力。交易者选择交易伙伴时首先应考虑对方的经营范围，尤其是某些特许行业，如保险业、银行业、证券业等必须取得政府主管部门的特别审批。通过查询公司的经营范围，第三人可以决定是否与之进行交易以及交易的规模。不仅如此，经营范围也是国家通过行政监督对经济进行宏观调控的一种手段。我国公司法第12条规定，公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司可以修改公司章程，改变经营范围，但是应当办理变更登记。公司的注册资本是公司对外交易的物质基础和保证，必要的资本额不仅是公司设立的一个前提条件，也是公司的信用基础、偿债基础。对于资合公司而言，在一般情况下，具有雄厚资本也就意味着具有较强的履约能力和良好的信誉保证，公司的注册资本额和实有财产总额越高，其对外信用也就越高；反之，公司注册资本额和实有财产总额越低，其对外信用也就越低。^①

第三，公司章程是管理公司内部事务的规章制度。公司章程规定了公司组织和活动的原则及细则，它规定的股东的权利义务和确立的内部管理体制，是公司对内进行管理的依据。公司章程是公司的内部宪章，它是公司及其成员的最高行为准则。在公司从设立到解散的全过程，公司章程始终具有全面的指导和规范作用。在公司存续期间，公司章程始终发挥着规范公司组织和行为的作用，即使在公司出现解散事由进入清算程序，公司章程亦能发挥相应的作用。为发挥公司章程的作用，我国现行公司法通过两个途径为之，即以明示和默示的方式肯定了章程的自治。一方面，弱化了许多强制性的规定，另一方面，明确赋予了公司章程更多的自主权。为鼓励公

^①江平：《新编公司法教程》，北京，法律出版社2003年版，第37页。

司自治,在公司章程不违反《公司法》中的强制条款之前提下,法律允许公司及其股东对公司章程作出个性化设计,自主规范公司内部关系。因此,在一定意义上,公司章程功能的真正实现即预示着公司自治时代的开启。

第四,公司章程被视为公司法渊源之一。公司通过章程构建发起人(股东)与经营者之间的关系,构建公司治理中涉及的组织关系。公司章程是股东自治与公司自治的联结点。公司章程实质上是经营者对投资者的一种行为承诺和法律保证,也是投资者对经营者行使监督权、进行诉讼的法律依据。如当事人因公司章程中规定的事项发生争议时,公司章程可以在实体问题上和程序问题上提供解决纠纷的依据。在美国,公司章程被视为公司法的渊源之一。^①这是因为,公司章程是股东行使自治权的产物,更是公司行使自治权的基础。在英美法公司理念上,认为公司作为一种私法自治组织,法律赋予其从事商事经营的资格或权力,至于如何行使权力以取得权利、承担义务、谋取利润,那是公司成员自己决定的事情。股东会 and 董事会之间的权力分配,完全由公司章程和章程细则决定,而且会随着公司章程及其细则变更而改变。^②在我国,公司涉讼时,章程是人民法院审理案件的依据之一,公司的经营活动是否违背章程所定是判断其违法与否的依据之一。在公司解散时,公司章程是清算、分配资产、债务承担的依据。因此,公司从设立到注销,公司章程都是公司组织和活动的重要依据之一。

第五,公司章程是国家对公司进行监督和管理的依据。公司章程具有联接公司和政府的纽带作用,政府通过公司章程对公司进行管理和监督,政府主管部门通过公司章程了解公司的宗旨,从而实

^①根据美国《宪法》关于立法权限的划分,公司法的制定权属于各州而非联邦,所以公司法的渊源主要体现为州立法,简单概括为:A.各州的成文法,即各州的公司制定法;B.各州的判例法;C.涉及公司事务的联邦法律和规则,主要指1933年的《证券法》和1934年的《证券交易法》;D.公司的登记执照(Certificate of Incorporation)和内部章程(By laws)。

^②张开平:《英美公司董事法律制度研究》,北京,法律出版社1998年版,第36页。

现对公司设立的宏观控制，在公司存续、运行期间，公司章程亦是主管部门与工商行政管理机关监督、检查公司经营活动的依据。政府通过公司章程及其提供的信息对公司进行外部监管。政府以法律强制力为保障对公司设立、存续、消亡的全部动态过程进行监管。公司法人的核准登记实际上是国家对公司进行统计、监督的重要手段，而核准登记的核心就是审核章程，如果公司章程欠缺绝对必要记载事项，则公司登记机关不予登记；若公司的实际情况与公司章程所记载的不一致，则公司或其成员将承担法律上的不利后果等。交易参与者通过章程提供的信息来了解交易相对方，并由此产生了对相对方行为的预期和信任，由此，监管部门的监管职责成为公司章程对外效力的来源之一。

（二）公司章程的性质

公司章程是公司法的一个重要内容，对于公司章程的性质，学者们基于不同的认识，形成了不同的观点，代表性的观点主要有两种，即契约说和自治法说。契约说认为，公司章程是股东之间在平等协商的基础上，经共同一致的意思表示就设立公司的权利义务达成的文件，是股东自由意志的体现。主要流行于以英美为代表的英美法系国家，其最初来源于经济学家提出的有关“合同”公司的理论，该理论把公司看作是一种体现着个人之间契约关系网的法律机制，公司由此在本质上是“合同性”的。而公司章程是由公司设立相关者通过协商一致而达成的，如有限责任公司章程的订立；或是一个相当于具备格式条款的合同，想加入公司股东行列的当事人只能在“接受”与“不接受”之间做出承诺。如股份有限公司章程的订立。^①自治法说则认为公司章程是在国家强制性规范指导下订立的旨在平衡股东权益的公司内部根本法，公司章程不仅约束制定章程的设立者或发起人，而且当然地约束着公司机关及新加入公司的股

^①王海平：《公司章程性质与股东权益保护的法理分析》，载《当代法学》2002年第3期，第92页。