

国家“十五”“211工程”资助项目
浙江大学民营经济研究中心
中国民营经济发展研究丛书

民营经济与 民商法律制度创新

.....陈信勇 / 等著



经济科学出版社
Economic Science Press

中国“一带一路”倡议与“21世纪海上丝绸之路”
国际法研究/曹建彤著
中国政法大学国际法研究中心

民营经济 与 民商法律制度创新

曹建彤 著

D922.290.4
C598

十五”“211 工程”资助项目
学民营经济研究中心
中国民营经济发展研究丛书

民营经济与 民商法律制度创新

陈信勇 / 等著

经济科学出版社

总序

一个国家或者地区的经济发展，实质上就是一个资源优化配置的动态过程。按照西蒙·库兹涅茨教授的说法，现代经济增长意义上的经济发展作为一个资源优化配置的动态过程，表现在两个重要的方面：一是资源从初级产业向制造业和服务业部门的流动及优化配置，即工业化；二是资源从农村地区向具有空间区位优势城镇集聚及优化配置，即城市化。因此，工业化和城市化构成了一国经济发展的最重要内容。同时，现代经济增长的历史表明，经济制度对于经济发展是至关重要的前提条件，正如道格拉斯·诺斯教授所言，制度是经济增长的关键。经济制度的变迁同样地表现在两个重要方面：一是资源配置主体的变化——民营企业成为资源配置的主体，即民营化；二是资源配置方式的变化——市场成为资源配置的主要方式，即市场化。可以认为，中国近 20 多年的经济制度变迁和经济发展，实际上也就是民营化和市场化推动工业化和城市化的过程，民营经济已经成为中国经济发展最重要的推动力量。

从中国改革开放和经济发展的历史来看，中国经济已经初步完成了工业化的初期任务，或者说，从工业化的初期走到了工业化的中期；同时，中国经济已经在很大程度上改革了计划经济体制，初步确立起了市场经济体制。从中国改革开放和经济发展的方向来看，中国经济的发展将从工业化的中期跨向工业化的后期，完成建成全面小康社会和基本实现现代化的任务；同时，中国经济将进一步完善市场经济体制，从初级市场经济走向现代市场经济，概括地说，中国经济目前正面临着艰

巨的改革和发展的双重阶段转换的任务，即从工业化中期跨向工业化后期的发展阶段转换和从初级市场走向现代市场经济的改革阶段转换。这一改革和发展的双重阶段转换，构成了中国民营经济发展的重大现实背景。

中国民营经济的发展为中国的经济学家、法学家、政治学家、管理学家和社会学家的理论研究提供了丰富的实践素材。总结中国民营经济发展的实践历程，研究中国民营经济发展中的现实问题，分析中国民营经济发展的趋势走向，应该是中国社会科学各个研究领域的理论工作者义不容辞的历史使命。浙江大学民营经济研究中心所承担的“民营经济与制度创新”这一社会科学跨学科大型研究项目及其研究成果《中国民营经济发展研究丛书》正是这种努力的一个组成部分。

《中国民营经济发展研究丛书》努力从多视角和多方面对中国的民营经济发展展开比较深入的研究。但是，作为一种跨学科的多方位和综合性的研究尝试，这仍然还是一项初步的研究成果。我们殷切期望着国内外学术界同行、各级政府部门官员和民营企业家朋友们的批评指正，帮助我们改进研究工作，能够在将来出更多更好的新的研究成果。

史晋川

2006年1月于美国纽约

前 言

实行改革开放政策以来，民营经济得到了长足的进步。随着民营经济的发展，有关民营经济的法律制度也不断成长；随着民营经济的发展，对有关民营经济的法律制度的需求也进一步增长。本书是在中国民营经济有了明显进步，但相关的法律制度尚不够完善的历史背景下，探讨民营经济法律制度完善的一部研究成果。

我们的研究工作，始终贯彻着下列理念：

一、制度理念

民营经济的发展，既离不开制度因素的支撑，也离不开非制度因素的支撑，应坚持制度与非制度因素的结合，但以制度因素为框架。

法律制度为民营经济提供基本的制度保障。在法律制度体系中，民商法律制度与民营经济的关系尤为密切。民商法律制度是民营经济最直接的制度环境。研究民营经济的制度环境，必须研究民商法律制度。

我国民商法律制度由民事基本法律制度和民商事特别法律制度构成。民事基本法律制度主要渊源于民法典，民商事特别法律制度则渊源于各部民事、商事单行法律。我国目前尚未制定民法典，但已经制定《民法通则》以及《合同法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》、《担保法》、《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《海商法》、《拍卖法》、《信托法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等单行民商事法律，还有大量的民事法规、规章、司法解释。要奠定支撑民营经济发展的制度基础，必须制定市民社会的基本法——民法典，同时要完善民商事特别法律制度。

本书分六个部分分别研究民营经济财产制度、民营经济组织制度、民营经济资本制度、民营经济治理制度、民营经济经营制度和民营经济法律救济制度等民商法律制度的创新,所研究的层面既包括民事基本法律制度层面,也包括民商事特别法律制度层面。

二、法治理念

市场经济是法治经济。发展民营经济,应当走法治经济的道路,贯彻法治的经济生活方式。

我们认为,法治是一种社会生活方式。^①法治不仅是现代政治国家的基本运行方式,同时是市民社会行为选择的基本方式。市场经济是法治的盟友。法治的进程与市场经济的进程往往是同步的。市场经济的发展,一方面促使各社会主体产生强烈的法律需求,另一方面也产生了支持法治的强大力量。社会主义市场经济为我国人民的法律行为选择实践提供了广阔的天地。组织经济主体、进入市场、进行交易、处理经济纠纷,每一个环节都不断打上法律的烙印,出现法律的话语。一个没有法治观念(包括权利义务观念、合同观念、证据观念、保全观念、时效观念、程序观念等等)的经济人,往往要付出巨大的代价。市场经济的发展,为市民社会的成熟、社会结构的合理化重组提供了机会,从而有利于法治社会的建立。

民营经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分。《中华人民共和国宪法》第六条第二款规定:“国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”第十一条规定:“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。”“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”宪法的有关规定以及民商事法律制度为民营经济的发展,提供了法治的保障。

^① 参见陈信勇:《法治是一种社会生活方式》,载于《光明日报》2002年12月31日理论周刊第4版。

三、和谐理念

中国人以水、衡器为法之象征物，西方亦以天平为法之象征物，可谓异曲同工。私法以私权平等精神处理市民社会关系，公法以公权优先精神处理政治国家关系，社会法以追求实质公平为精神设立社会权，保护社会弱势群体，归根结底是旨在通过权利、义务、责任等工具实现平衡、和谐的社会秩序。

由于历史的原因，民营经济的发展长期处于劣势。《国务院关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》指出：“公有制为主体、多种所有制经济共同发展是我国社会主义初级阶段的基本经济制度。毫不动摇地巩固和发展公有制经济，毫不动摇地鼓励、支持和引导非公有制经济发展，使两者在社会主义现代化进程中相互促进，共同发展，是必须长期坚持的基本方针，是完善社会主义市场经济体制、建设中国特色社会主义的必然要求。”为了促使民营经济健康有序发展，构建社会主义市场经济发展过程中公有制经济和非公有制经济和谐发展的局面，必须健全完善与民营经济有关的法律制度，特别是民商法律制度。

民商法律制度的完善，有利于消除影响非公有制经济发展的体制性障碍，确立公有制经济和非公有制经济的平等市场主体地位，实现公平竞争，有利于依法保护非公有制企业和职工的合法权益，也有利于进一步加强和改进政府监督管理和服务，为非公有制经济发展创造良好环境，进一步引导非公有制企业依法经营、诚实守信、健全管理，不断提高自身素质，促进非公有制经济持续健康发展。

四、创新理念

社会主义初级阶段民营经济发展的制度环境，是一个重要课题。本书立足于我国民营经济发展的现状，从制度支撑的视角，检讨与民营经济有关的民商法律制度，提出创新建议方案。本书涉及的具体民商法律制度包括私人所有权制度、私有财产与不动产物权登记制度、夫妻财产代理制度、私有财产继承制度、民营企业一人公司制度、非法民营企业制度、教育公司与民办学校法人制度、民营企业

集团制度和商会制度、民营企业与人力资本出资制度、民营企业股东出资瑕疵责任制度、民营企业股东退出机制、有限责任公司治理模式、上市公司管理层收购制度、董事及高级职员职业责任保险制度、上市公司委托理财制度、网上拍卖制度创新、保付支票制度、空白票据制度、中小企业融资信用担保制度、民营企业贷款信用保险制度、民营企业与财团抵押制度、典当业与营业质权制度、民营企业破产主体制度、民营企业强制清算制度、民营企业与破产抵销权制度、民营企业人格否认制度、民营企业商业秘密保护制度等近三十项制度。

本书是浙江大学“十五”“211工程”建设项目“民营经济与制度创新”之子项目，是探讨民营经济制度环境问题的一项成果。由于民营经济的发展与民商法律制度的复杂性，我们这一研究成果存在诸多不成熟之处，敬请读者指正。作者殷切希望与读者继续共同探讨民营经济的制度环境问题。

陈信勇

2006年1月

目 录

第一编 民营经济财产制度创新

第一章 私人所有权制度	(3)
第一节 我国现行私人所有权制度之不足	(3)
第二节 完善创新私人所有权制度应当具备的理念	(7)
第三节 私人所有权法律制度的完善与创新	(8)
第二章 私有财产与不动产物权登记制度	(15)
第一节 统一不动产物权登记制度的社会需要	(16)
第二节 我国不动产物权登记制度的现状	(17)
第三节 由国土资源部门作为统一的不动产物权登记机关	(19)
第三章 夫妻财产代理制度	(26)
第一节 夫妻财产代理制度的理论分析	(27)
第二节 夫妻财产代理制度立法例分析	(44)
第三节 我国夫妻财产代理制度的立法构想	(52)
第四章 私有财产继承制度	(64)
第一节 我国继承立法的体例	(64)

第二节 我国继承立法的结构	(67)
第三节 我国继承立法的内容完善	(69)

第二编 民营经济组织制度创新

第五章 民营一人公司制度	(77)
--------------------	--------

第一节 有关一人公司立法的论争	(77)
第二节 一人公司的利弊分析	(82)
第三节 承认一人公司所需之制度配合	(84)

第六章 非法民营企业制度	(90)
--------------------	--------

第一节 非法人组织应当具有民事主体资格	(90)
第二节 非法人组织的特征和分类	(95)
第三节 非法人私营企业分析	(99)

第七章 教育公司与民办学校法人制度	(103)
-------------------------	---------

第一节 教育产业化发展与教育公司的产生	(103)
第二节 教育公司法人的组织与活动的法律要求	(104)
第三节 教育公司所办学校法人的组织与活动的法律要求	(106)

第八章 民营企业集团制度	(109)
--------------------	---------

第一节 企业集团的概念及其法律特征	(110)
第二节 企业集团的内外法律法律关系	(114)
第三节 企业集团立法的模式选择及立法建议	(115)

第九章 商会制度	(122)
----------------	---------

第一节 商会自治的现状及其存在的问题	(122)
第二节 商会自治的必然性和功能	(126)
第三节 商会自治权的赋予和实现机制构建	(129)

第三编 民营经济资本制度创新

第十章 民营企业与人力资本出资制度	(139)
第一节 人力资本出资制度的概述	(139)
第二节 员工持股计划制度	(144)
第三节 股票期权制度	(148)
第十一章 民营企业股东出资瑕疵责任制度	(154)
第一节 对公司股东出资义务的性质分析	(154)
第二节 公司股东出资瑕疵责任体系设计的原则	(155)
第三节 股东出资瑕疵责任体系的具体责任形态及其构造	(158)
第四节 公司股东出资瑕疵责任体系的问题及建议	(162)
第十二章 民营企业股东退出机制	(164)
第一节 民营公司股东退出机制设立的理论基础	(164)
第二节 “股权转让”的立法不足及完善	(167)
第三节 股东退出“救济手段”的不足及建议	(172)

第四编 民营经济治理制度创新

第十三章 有限责任公司治理模式	(181)
第一节 有限责任公司治理模式的现状及创新的必要性	(181)
第二节 有限责任公司治理模式创新的具体内容	(185)
第十四章 上市公司管理层收购制度	(194)
第一节 管理层收购简介	(194)
第二节 中国 MBO 的特殊性	(195)

第三节	中国 MBO 现存的三个重要法律问题	(197)
第四节	中国相关法律体系的建构	(202)
第十五章	董事及高级职员职业责任保险制度	(214)
第一节	完善董事及高级职员职业责任保险制度的必要性	(215)
第二节	董事及高级职员职业责任保险制度创新方案	(217)
第十六章	上市公司委托理财制度	(225)
第一节	何谓委托理财：对现有争议的分析	(225)
第二节	现存委托理财合法性质疑	(230)
第三节	委托理财发展与规制之必要及法律框架构建	(237)

第五编 民营经济经营制度创新

第十七章	网上拍卖制度创新	(245)
第一节	民营企业与网上拍卖	(245)
第二节	网上拍卖的类型界定与立法原则	(247)
第三节	网上拍卖若干法律问题探析	(251)
第十八章	保付支票制度	(258)
第一节	保付支票立法及建立保付支票制度的必要性	(258)
第二节	保付支票的性质及其与相关概念的比较	(261)
第三节	保付支票立法的比较研究	(263)
第四节	创建我国保付支票制度	(266)
第十九章	空白票据制度	(271)
第一节	空白票据制度的形成及其立法理念	(271)
第二节	空白票据立法的比较研究	(273)
第三节	我国空白票据的立法现状及其完善	(277)

第二十章 中小企业融资信用担保制度	(283)
第一节 中小企业融资现状分析	(283)
第二节 信用担保业存在的问题及其原因分析	(285)
第三节 中小企业融资信用担保制度对策	(289)
第二十一章 民营企业贷款信用保险制度	(298)
第一节 民营企业融资难原因分析	(298)
第二节 现有制度的不足及国外经验借鉴	(300)
第三节 民营企业贷款信用保险制探析	(303)
第二十二章 民营企业与财团抵押制度	(313)
第一节 民营经济的发展与财团制度的引入	(313)
第二节 财团抵押制度分析	(317)
第三节 我国财团抵押制度设计	(324)
第二十三章 典当业与营业质权制度	(328)
第一节 典当业溯源	(328)
第二节 典当业法律制度创新	(333)
第三节 营业质权的立法建议	(339)

第六编 民营经济法律救济制度创新

第二十四章 民营企业破产主体制度	(343)
第一节 民营经济发展亟盼完善破产主体范围	(343)
第二节 民营企业破产主体范围的理性界定	(348)
第三节 破产主体范围扩张后的配套制度设计	(358)
第二十五章 民营企业强制清算制度	(368)
第一节 民营公司逃避债务的制度漏洞	(368)

第二节	清算期间公司法律地位的再认识	(370)
第三节	强制清算的清理人	(373)
第四节	强制清算制度的完善	(377)
第二十六章	民营企业与破产抵销权制度	(379)
第一节	“破产抵销权”的再定位	(379)
第二节	制度价值理念之重构	(383)
第三节	关键性制度之构建——对抵销权的限制	(385)
第二十七章	民营企业人格否认制度	(391)
第一节	民营企业的法人化与民营公司的异化	(391)
第二节	公司法人人格的维护与否认之价值	(393)
第三节	公司法人人格否认制度之法律关系	(394)
第四节	适用公司法人人格否认制度的实体要件	(397)
第五节	适用公司法人人格否认制度的若干程序问题	(403)
第六节	我国公司法人人格否认制度构建	(406)
第二十八章	民营企业商业秘密保护制度	(408)
第一节	商业秘密概述	(409)
第二节	民营企业商业秘密保护的理论基础	(412)
第三节	商业秘密保护制度的现状及美国的经验	(415)
第四节	民营企业商业秘密保护制度的完善	(418)
后 记		(422)

第一编

民营经济财产制度创新

