

您现在的位置: >>>首页>>>学会频道>>>学术活动

## 中国法学会民法学经济法学研究会1999年年会综述

翟云岭 大连海事大学法学院 教授

上传时间:2004-12-16

浏览次数:4322

字体大小: 大 中 小

热门文章

还没有热门文章!

专题

还没有专题!

中国法学会民法学经济法学研究会1999年年会于9月中旬在大连召开,百余名与会代表就企业改革中的法律问题,国有企业与私营经济发展中的法律问题,民法典的编纂,物权法的起草,合同法实施,海商法相关法律制度以及证券法若干问题展开全面而深入的讨论,现将主要观点综述如下:

### 一、企业改革中的法律问题研究

#### (一) 关于国有独资公司

与会代表对国有独资公司的内部治理结构进行了探讨。有代表认为国有独资公司不设立股东会和董事会实行三方代表制,因此,在国有独资公司的运作过程中要注意以下几个问题:(1)董事要“懂事”。(2)董事要管事。(3)董事与经理要分任。(4)吸纳外部董事。(5)董事会组成中要有职工董事。(6)应设立监事会。

有代表认为《公司法》对国有独资公司的规定是失败的,因为它只允许国家授权的投资机构和投资主体设立国有独资公司,而排斥其他投资主体,因此,国有独资公司将行政权力渗透到公司中,造成新的政企不分。国有企业并未因此真正地转换经营机制。

#### (二) 关于债权转股权

有代表认为债权转股权是在特殊时期作为企业拯救措施出台的,会改变企业和银行双方的资本状况,使它们从困境中解脱出来。还有代表认为债权转股权只是一种单纯的交易行为,关键在于其是否符合交易规则。

代表对如何更好地实行债权转股权以保证其发挥作用进行了探讨,认为在实践中应注意以下几个问题:(1)必须有完善的制度作保障,要成立资产经营公司,并对其性质、治理结构加以规定。

(2)债转股应以法律手段而非行政手段的形式出现,要对其实质要件和形式要件加以规范。(3)要实现债转股的预期效果必须有人才储备。(4)对于经营公司的人才选择要引入竞争机制。(5)必须发展资本金市场。

多数代表对债权转股权持保留态度。有代表认为这是计划经济的表现,它使银行和储户承担了很大的风险。也有代表认为债权转股权产生的是另一种形式的国有独资公司。还有代表认为此种举措与《商业银行法》关于商业银行不能成为投资主体的禁止性规定相矛盾,只能成立资产经营公司,这会

使银行远离经营难以成为真正的股东。有代表认为债权转股权可以短期改变企业的生存环境，但与政企分开的目标背道而驰，因为它进一步强化了国家股东的控股地位。还有代表认为此举可能会造成国有资产的大量流失，如果债务人经营状况恶化，企业的股权就没有价值，债权与股权的置换即毫无意义。

### （三）关于《公司法》的修改和完善

有代表认为，《公司法》五年的实施状况不尽人意，《公司法》的修改势在必行，并认为以下几个方面亟待规定：（1）一人公司应否予以规定，股东人数的上、下限的规定需进一步完善。（2）公司内部权力制衡需进一步完善。（3）加强对债权人的保护，建立债权人会议制度。（4）完善公司资本金制度，避免以地方法规的形式降低注册资本数额的情况发生。（5）完善股东诉讼制度，目前只有《公司法》第115条有相关规定，但适用范围极其有限，司法实践中许多股东权利无法保护，有代表建议应规定股东的直接诉权和派生诉权。（6）建立公司人格否认制度。（7）改造公司的法定代表人制度，有代表指出这一制度的相关规定与实践作法矛盾，应对经理、董事长的行为的性质做明确的界定。（8）增加关联企业、企业集团的法律规定。

## 二、国有企业和私营经济发展中的法律问题研究

### （一）关于公有与私有的问题

有代表提出，公有制是实现计划经济的手段，计划经济是公有制的目的，在市场经济条件下，应变国家对财产的直接控制为间接控制。有的代表认为不要将私有问题与意识形成相混淆，还有人认为不要将公有与私有问题绝对化，公有私有只是一个杠杆，根据经济发展的需要可交替使用，共同发展。

### （二）国有企业的地位问题

有代表以为此论题的提法不甚科学，违背主体平等的原则。主体立法取代身份立法是大势所趋，应取消国有企业、国有财产的特殊地位，有的代表提出，国有企业只是国民经济中的一支力量。

### （三）国有企业的发展

有代表提出，国有企业不宜太大，同时应对其范围进行限制，可在公益、基建、环保、国防等私人投资者不愿或不能投资的范围内发展。有代表认为，国有企业必须尊重新陈代谢规律。还有的代表提出要解决国有企业诸多弊端，首先应弄清四个问题：（1）经济为政治服务还是政治为经济服务；（2）国有企业改革是经济体制问题还是政治体制问题；（3）是法治还是人治问题；（4）是人的问题还是物的问题。

### （四）私营经济的地位问题

有代表认为目前司法实践中出现的“真私营、假集体”或“假国有”的产权纠纷问题的根源在于私营企业无论在法律上还是实践中都受歧视，呼吁给私营企业以公正待遇。有的代表提出在高科技领域应对私营企业实行优惠政策。在融资问题上银行应平等对待国有、集体和私营企业，并放松私营企业

尤其是中小民营企业间相互借贷的限制。也有代表认为，应发展多元化的经济主体格局，而不是单一的私有化。有代表提出应将私营经济改称私有经济。

### 三、民法典的编纂问题研究

#### （一）制定民法典的条件是否成熟的问题

绝大多数代表认为，制定民法典的条件已经成熟。当今中国需要一部统一的民法典将私权定下来，以体现国家对人的尊重。也有代表认为，民法典的制定，本身是一种立法现象，不应搞得过急。

#### （二）关于知识产权是否应纳入民法典的问题

部分代表认为，知识产权应列入民法典，其原因在于知识产权是一种民事权利，它的保护手段基本上是民事手段，应同有形财产权等同起来看待。有代表提出，知识产权是以无体物为客体的物权，是物权的特殊形态。应把知识产权纳入物权编作为无体物规定，把它理解为特殊的所有权。

另一部分代表认为，不应将知识产权置于民法典中。对此，又有两种意见：其一，知识产权列入民法典之外，不等于它不属于民法。我国已有调整知识产权的三部法律，如果把三部法律的内容列入民法典，仅会产生法律位置的转移，如果将其共同内容写入民法，同时保留三部法律，抽象的规定在民法典中不起作用，在现实生活中具体应用的还是三部法律。同时这些代表指出，对于三部知识产权法所不包容的发明、发现权，可在民法典的总则专设一节，同时，反对物权包容无体物的权利的提法；其二，知识产权法大多是行政方面的管理规定，知识产权的取得和流转体现了国家的行政干预，另外，法国、德国的民法典也未规定知识产权，因此，不应将其列入民法典之中。

#### （三）关于人身权和财产权的编排顺序问题

少数代表提出，在民法典的编排上，人身权应放在财产权之前以强调国家对人身权的特别优先保护。但另有代表认为，民法中的财产权利同样是民法对人的权利的规定。将民事权利划分为财产权利和人身权利是法律自身逻辑和技术的要求，谁规定在先、谁规定在后，不能说明法律轻视谁、重视谁。民法典的编排，只能按照民法自身的逻辑。

#### （四）关于物权和债权的编排顺序问题

有代表认为，权利的重要性和形式上的排列不一定完全一致。物权和债权哪个更重要是无法区分的，之所以将物权放在债权前面，是因为物权是债的活动的起点和终点，而不是因为它更重要。

会议还就国际私法条款是否应列入民法典问题、民法典体例问题等进行了探讨。

### 四、关于物权法的起草若干问题研究

#### （一）制定物权法的意义

与会代表一致认为制定物权法是一件刻不容缓的艰巨工作，有以下几点深远意义：（1）在确定动

态交易之前，应先确立交易的基础，现在调整市场流转关系的合同法业已颁布，调整交易对象的物权法应尽早出台。（2）目前我国物权领域的司法实践非常混乱，物权法的出台能很好地解决这一问题。

## （二）物权法的原则

今年年初学者们制定了一部物权法的建议稿，该建议稿规定了物权法的五个基本原则，即（1）物权法之原则；（2）物权绝对原则；（3）物权区分原则；（4）物权公示原则；（5）物权特定原则。建议稿放弃了传统的一物一权原则，有学者对此表示赞同，理由是：（1）一物之上存在几个并列的担保物权是很常见的情形；（2）一物之上也未必只能存在一个所有权，建筑物区分所有权制度应是对一物一权的否定。

## （三）物权变动规则

物权变动规则是物权、债权的交汇点，与会大多数代表赞同物权行为及物权行为的无因性与独立性理论。有的学者提出物权行为是从个人本位立法向社会本位立法转化的表现，其最大价值在于强化了第三人的保护。对善意取得制度能否代替物权行为的问题，有代表认为物权行为无因性理论比善意取得制度在对第三人利益的保护上更为有效。

## （四）所有权问题

对国家所有权，有代表认为国家的所有权人地位不可否认。但另有代表则认为不可能存在统一的国家所有权，中央与地方的利益并不完全一致，比如实行分税制就是承认地方政府以税收方式拥有所有权。

有代表认为集体所有权不是公有制的一种方式，实质上是一种私人所有，类似日本民法中“集团所有”的概念。集体所有权是一种所有权的过渡形式，应确立一个介于国有与私有之间的中间形式的所有人以代替虚无的“集体”来行使权利，并提出“地方所有”的设想。

## （五）土地所有权及使用权问题

有学者提出“淡化土地所有权，强化土地使用权”的观点，认为可以参照英国地产权制度，使强化了的土地使用权可以自由流转。有人认为土地使用权的概念原本就大于用益物权，故其应归于自物权范畴；有的代表则认为强化后的土地使用权仍属用益物权。

有代表认为我国目前立法确认的土地及与其上建筑物不可分离的做法极不合理，故提出用地上权理论予以补正，这样就可以确立两个独立的可自由转让的权利。

对是否实行让与担保的问题，不少代表认为非典型担保取代传统担保方式是国际上担保物权的立法趋势，所有权担保对保证债权的实现更加有效。但应注意区分德国法中所有权担保与日本法中的财产担保。

### （一）合同法的法律地位问题

多数代表认为，民法通则与合同法是普通法与特别法的关系，合同法优先于民法通则适用。

### （二）合同法生效后相关行政法规的效力问题

三部合同法废止后，依其制定的行政法规是否同时废止？有代表认为，即然这些行政法规据以制定的母法已被废止，那么行政法规已没有存在的依据，当然应予废止；另有代表认为，现行的行政法规，只要不与新合同法冲突、抵触，就应当有效。因而对现行有关合同的行政法规，只是整理问题，该废止的则废止，不抵触的依然有效。

### （三）未经登记、批准的合同的效力

对需登记、批准的合同，当事人已达成协议并签署合同，只是尚未办理相应手续，将产生何种法律效果？在司法实践中一直争议很大。多数代表认为这涉及债权与物权两方面问题，虽然合同法中没有规定，但只要合同依法成立，合同就已经生效；只是因没有依法办理过户登记变更手续则仅仅是不发生物权转移的效力。不能因未履行相关手续而否认合同的效力。

### （四）关于债的保全措施

合同法第73、74条规定了代位权和撤销权，有代表指出，二者虽然都是债的保全措施，但存在较大差异。代位权是债务人的债务人尽其应尽义务，而撤销权则具有侵略性，因为债权人行使撤销权，直接涉及到与债务人建立法律关系的相对人的利益，故对债权人行使撤销权应比代位权要求更为严格。关于债务人为第三人做保证人或抵押人，质押人、债权人可否行使撤销权，有的代表认为，债权人行使撤销权，没有法律依据，因第74条的规定为债务人“无偿转让财产”方可行使撤销权。另有代表则主张，应对第74条做“目的性扩张”解释，将其理解为“无偿处分财产”，可行使撤销权。另外，关于行使代位权的债权人，是否对行使代位权所获清偿享有优先权，有代表认为，依立法旨意代位权行使者应享此权，理由是：代位权人相当于债务人的代理人，通过行使抵销权的方式，其完全可以将本应返还给债务人的清偿抵销债务人应履行的债务，况且，如果行使代位权的债权人无优先权，则此款将成废款，合同法动员债权人主动清理“三角债”的立法目的即无从实现。

### （五）关于“合理期限”的规定

有代表指出，合同法中有5个条款规定了“合理期限”，但“合理期限”在立法上模糊不清，在诉讼中对当事人举证不利，在司法实践中易造成法官认识不一致。因此建议尽快以司法解释加以规范。

### （六）合同履行生效问题

合同法第36、37条规定了两种合同履行生效的情况。有代表认为，“一方已经履行主要义务，对方接受的”表述不准确。“履行”一词本身即包括对方接受的含义。此外，所谓“主要义务”不便于操作，需司法解释。

## （七）合同法的不足之处

合同法中仍存在一些立法上的不完善和缺陷，如分则内容太少，对现有合同类型规定不全，一些重要的合同制度，如情势变更原则、不当影响、损益相抵规则等，均没有规定。此外，一些条文存在概念上的相互矛盾和逻辑上的混乱。

## 六、海商法相关法律制度研究

### （一）“合同自愿”原则在航运理论和实践中产生的问题

有代表指出，我国海商法关于航次租船合同出租人义务的规定，要求出租人提供适航船舶和不得进行不合理绕航，不允许当事人约定比法律规定更低的义务，而其他航运国家一般不对此作出限制。按照国际惯例，有关的标准租船合同格式对此也很少加以限制。这样合同自愿就不能在航次租船合同中充分体现，希望法律对该原则的含义予以明确。

### （二）船舶留置权规定存在的问题

多数代表认为船舶留置权应做狭义理解，即仅限于海商法第25条的规定，但另有代表认为应做广义理解，凡是针对船舶享有的留置权都属于船舶留置权。其他国家及国际公约都明确船舶留置权只赋予造船人和修船人，因其享有较高的优先受偿位次，所以是一种特殊的法定留置权，而一般的针对船舶实施的留置权不应享有这种权利。

### （三）关于货物留置权规定存在的问题

代表们对海商法第87条规定关于“……在合理的限度内留置其货物”中的“其”字的理解存在歧义。有代表认为“其”仅限于责任人所有的货物，否则不可以留置。另有代表认为“其”应限于所托运的货物，不必为责任人所有。建议法律做出明确规定。

### （四）船舶优先权消灭的条件与司法实践的矛盾

实践中海关等行政机关依据有关法律也可以拍卖船舶。这时附着在该特定船舶上的优先权是否消灭，现行法律未明确。如果优先权继续存在，则无法保障船舶买受人的利益；如果优先权消灭则又无法律上的根据。多数代表认为拍卖船舶这种特殊的标的物，应该申请海事法院进行。

### （五）拍卖船舶是否应由海事法院专门管辖的问题

根据现行法律，因海事请求扣押拍卖船舶由海事法院进行，但因房地产、贷款合同纠纷等非海事请求引起的船舶拍卖是否应由海事法院管辖则有不同的观点。有代表认为现行民事诉讼法并未排除其他人民法院的管辖，但另有代表主张此类案件应由海事法院专门管辖，因为船舶是特殊的动产，又由于其上可能附着船舶优先权、船舶留置权、船舶抵押权等担保物权，人民法院不能按普通的民事诉讼程序进行案件审理，而且还会产生管辖权冲突和移转等问题，另外由于人民法院的地域限制，拍卖公告的广

泛性无法保障。

## 七、证券法的若干问题研究

### (一) 关于证券法在法律体系中所处地位的问题

多数代表认为，证券法是从民商法中分离出来的一个法律部门，是与公司法平行的一部单行法。但也有代表认为，证券法提出的规则不是一般交易规则，证券交易是一种特殊市场，是超行政的。因此，证券法应属于经济法，而不是传统的商法。

### (二) 关于股市投机性的认识问题

我国证券法在立法时没有明确是扼制投机还是鼓励投机。对于证券市场，客观上具有投机性，主观上也允许。立法上应将其限定在合理范围内，哪些允许，哪些不允许，允许程度有多大。应对投机的合理性、必要性、技术性进行论证。

### (三) 关于证券法的法律规范问题

有代表认为，证券法的名称应叫做《证券交易法》。证券领域行政干预较大，不利于公平竞争。

《中国法学》1999年第6期

[【我想发表评论】](#)

[【将文本推荐给好友】](#)

[【关闭窗口】](#)

相关文章: [←](#)

▶ 翟云岭 中国法学会民法学经济法学研究会1999年年会综述

本网站由王利明教授创办并提供全部运作资金

建议使用IE4.0以上1024\*768浏览器访问本站

版权所有©2000-2008: 中国民商法律网本网站所有内容, 未经中国民商法律网书面授权, 不得转载、摘编, 违者必究。

征稿启事 投稿邮箱: ruccivillaw@163.com, civillaw@ruc.edu.cn

京ICP备05010211号