

COMMERCIAL LAW REVIEW
Volume. 15

清华大学商法研究中心 编
王保树 主编

商事法论集

2008年第2卷 总第15卷

· 商法专题研究

公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建
——以股东大会决议可撤销为中心

澳大利亚公司集团法律制度研究

论英国的取消董事资格制度及其对中国的借鉴意义

· 考察报告

赴日考察日本商法总则·商行为法的报告

· 国外商法

欧共体理事会关于协调可转让证券集合投资企业的
法律、法规和行政规章的指令

韩国证券集团诉讼法

· 硕士学位论文

公司重大资产交易中的股东权利保护
——以实质合并原则为中心



法律出版社
LAW PRESS CHINA

COMMERCIAL LAW REVIEW

Volume. 15

清华大学商法研究中心 编

王保树 主编

商事法论集

2008年第2卷 总第15卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 总第15卷/王保树主编. —北京:法律出版社, 2009. 2

(商事法论集)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9250 - 5

I. 商… II. 王… III. 商法—世界—文集 IV.
D912. 290. 4 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第014801号

© 法律出版社·中国

商事法论集总第15卷
2008年第2卷

王保树 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2009年3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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12 字数 336 千

印次 2009年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 - 5036 - 9250 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷 首 语

本卷是《商事法论集》总第15卷,即2008年第2卷。

《商事法论集》的编辑宗旨、方针一如以往,此处无须多加赘述。

本卷设“商法基础理论”、“商法专题研究”、“国外商法”、“考察报告”、“竞争法研究”、“硕士学位论文”等栏目。

在“商法基础理论”里编入了李功国、脱剑锋的《提升文化软实力与法律保障》。显然,这篇文章并不直接与商法有关。但是,它是从文化,特别是法律文化的视角讨论问题的。文化是法律制度包括商法制度赖以存在的条件,没有文化基础的商法制度是不可能存在和发展起来的。同时,商法的研究,包括各项具体商法制度的研究,也必将充实和加强法律文化,提升文化软实力。因此,这篇文章有它自己的特殊意义。钟向春的《商法规范结构的新构造》旨在探索一种商人、商行为平行规范体系的商法规范结构新构造——二元商法规范结构,以助于更加准确地概括和理解商人、商人营业行为、商人非营业行为及典型商行为的特点,并解决商法适用上的难题。王敏的《论商法语境中下的商人法律人格》试图将法律人格这一范畴运用到商法研究中,从动态角度来论证商人问题。该文认为,我国未来关于商人制度的设计应该从商人法律人格的视角出发,通过商事通则的立法形式确认取得商人法律人格的一般要件。

“商法专题研究”一直是《商事法论集》中的核心部分,它既包括我国学者研究我国商法专题的著述,也包括我国学者研究外国商法专题的著述。本卷编入的李建伟的《公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构造》,其讨论的核心内容是可撤销的股东大会决议。该文认为,在公司决议效力瑕疵类型上不论是采“二分法”,还是“三分法”,实际上都以可撤销为中心。该文对决议可撤销的适用情形、非诉救济、诉讼救济和制度的完善,都发表了自己的见解。黄辉的《澳大利亚公司集团法律制度研

究》采用文本研究与判例分析结合的方式对澳大利亚公司集团的法律问题进行了讨论。根据该文的分析,澳大利亚公司法没有专门为公司集团提供一个独立的法律规范体系。公司集团内部的控制关系存在两个不同的标准:一个是所谓的“关联公司”标准,另一个是所谓的“被控制实体”标准。该文在利益衡量上分析了子公司董事的义务,并揭示了“刺破公司面纱”在公司集团运用中的特殊理念和特殊做法。范世乾、韦伟在《论英国的取消董事资格制度及其对中国的借鉴意义》中剖析了英国特有的取消董事资格制度,指出了取消董事资格命令的商业惩罚性。“商法专题研究”还编入了蔡坤旺的《技术入股制度的比较法考察》和李政辉的《商业租赁的制度证成与内部机理》。

“国外商法”部分发表了三篇译文,都是规范性的文件。其中,《韩国证券集团诉讼法》是韩国实施时间不长的一部法律,据译者称,是国外同样领域少有的法律。这一法律不仅有利于保护投资者,也表明在民商事领域里,基于其专业性,在民事诉讼法之外另行颁布单行的诉讼法是可能的。

支持年轻人的成长一直是《商事法论集》的重要宗旨之一。“硕士学位论文”栏目刊登的王宇的《公司重大资产交易中的股东权利保护》是商法学界涉足不深的一个领域,该论文的发表肯定会促进人们对这一领域的关注。

本卷刊登了一篇考察日本商法的报告。最近,日本商法正在从一元的法典向多元法典发展,日本也在加速日本债法现代化的进程,这些都引起了中国民法学界和商法学界的兴趣。这个考察报告所反映的情况告诉我们,一方面,债法的现代化,主要是将商行为法的总则大部分、买卖法部分纳入民法(主要是债法)之中。日本债法现代化的担当者指出,日本商法有一百多年的历史,不会轻易将商人交易的全部内容都纳入民法典。并且,债法的修订只是小修订,不可能消灭商法总则。日本不可能像荷兰那样,将商法的规则统统编入民法典。荷兰在法国民法典之前已经有罗马法体系很深的影响,因而可以排除法国法的影响,日本则没有罗马法的基础。另一方面,在商法典分化的情况下,商事交易和司法审判中对商法总则的适用仍是很多的,已有判例比较多地集中到商

人资格的取得时期、名义借用、使用营业转让人商号的受让人的责任、营业受让人接受债务的公告、经理人的代理权、表见经理人、非经理人的部课长等方面。在实务上,商法总则、公司法总则的重要性及其存在的意义,依然是被认可的。

本卷编辑完成之时恰逢我国改革开放 30 年,许多刊物都以专辑纪念。我国商法的发展得益于改革开放,社会主义市场经济为商法的发展提供了土壤。从一定意义上说,商法讨论的问题大多与改革开放有密切关系,因而每一卷都在讨论改革开放,编好每一卷比编一卷纪念专辑更重要。更何况,纪念改革开放的意义在于总结经验,解放思想,进一步改革开放。因此,《商事法论集》将以进一步解放思想,竭力促进商法发展,高水准地提升商法学科的实际行动纪念改革开放 30 年。

目 录

· 卷首语 ·

· 商法基础理论 ·

- 提升文化软实力与法律保障 李功国 脱剑锋 / 3
- 商法规范结构的新构造 钟向春 / 19
- 论商法语境下的商人法律人格 王 敏 / 32

· 商法专题研究 ·

- 公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建——以股东大会决
议可撤销为中心 李建伟 / 53
- 澳大利亚公司集团法律制度研究 黄 辉 / 95
- 论英国的取消董事资格制度及其对中国的借鉴意义 范世乾 韦 伟 / 118
- 技术入股制度的比较法考察 蔡坤旺 / 151
- 商事租赁的制度证成与内部机理——以商铺租赁为例 李政辉 / 169

· 国外商法 ·

- 欧共体理事会关于协调可转让证券集合投资企业的法律、法规和
行政规章的指令 胡凌斌 吴大伟 译 / 195
- 韩国证券集团诉讼法 刘定湘 译 / 240
- 西班牙公司道德守则 王金根 译 Donald Wong 校 / 256

· 考察报告 ·

- 赴日考察日本商法总则·商行为法的报告 王保树 朱慈蕴 / 263

· 竞争法研究 ·

反垄断法语境下的外资收购监管研究——以上市公司收购为中心

..... 张 伟 / 283

· 硕士学位论文 ·

公司重大资产交易中的股东权利保护——以实质合并原则为中心

..... 王 宇 / 323

商法基础理论

提升文化软实力与法律保障

李功国* 脱剑锋**

目 次

- 一、文化软实力
- 二、中华文化软实力
- 三、打造当代中国文化软实力
- 四、提升文化软实力与法律保障

一、文化软实力

(一)文化软实力的内涵

美国哈佛大学教授约瑟夫·奈(Joseph Nye)早在20世纪80年代出版的专著《美国定能独霸世界吗?》及其后续著作中,提出了“软实力”(softpower)的概念,认为软实力是一个国家在世界上的一种亲和力、吸引力、影响力,是精神价值所带来的生产生活方式的改变。它相对于经济实力、军事实力等硬实力而言,虽然包括文化的感染力、政治制度的吸引力、外交的说服力,但主要指精神文化的决定性力量。我国学界把文化力与软实力结合起来,称之为“文化软实力”或“无形文化实力”,认为它是一种客观存在的力量,是实力和实在,是综合国力的重要组成部分。这是一种崭新的文化新思维、新进路、新形态,极大地开拓了人们的思维空间和文化视野。

“文化”(culture)一词,含有耕耘、培植、修养、教化等意思。它是人

* 李功国,兰州大学法学院教授,甘肃省法学会学术委员会主任。

** 脱剑锋,兰州大学法学院讲师。

类为了自身的生存和发展而在共同的生产生活中创造出来的自身修养、教化和对周围自然人文环境的耕耘、培植。是“人”化、“文明”化、“伦理”化、“类本质”化的人类史运动,是以人的生存价值体系为核心,包括心理意识、语言文字、认知和行为方式、知识、理论、信仰、文学艺术、法律制度、习俗、文化设施等要素构成的综合文明建树。文化有自性,有自身历史文化遗产。文化是人类社会的本质特征,蕴涵着人类文明史的全部丰富性和历史的、时代的、民族的、阶级和集团的、国度和地域的一般和不同的特点。

文化具有强大的力量。它是人类社会存在的基础,是人类社会发展进步的精神能源和不竭动力,是国家与民族的凝聚力和精神支柱,是人的灵魂血脉、人格尊严和聪敏心智。文化与经济、政治、社会相互影响、紧密联系。虽然文化与经济社会发展具有不平衡性,但是,一个国家、一个民族、一个地区的文化优势可以转化为经济优势、区域优势,成为国家综合实力的重要组成部分。党的十七大从战略高度提出“提高国家文化软实力”使之成为社会主义文化建设的重要任务,在时代的高起点上推动文化内容形式、体制机制、传播手段创新,解放和发展文化生产力,是繁荣文化的必由之路。推进文化创新,增强文化活力,推动社会主义文化大发展大繁荣,这是十七大从党和国家事业发展全局出发,对全面加强社会主义文化建设提出的新要求。文化创新是国家创新体系建设的重要组成部分。这就从战略高度为社会主义文化建设、发展文化软实力指明了方向。其实,我国30年改革开放的思想基础即解放思想就是文化软实力。汶川大地震中的众志成城、抗震救灾精神和奥运会“同一个世界、同一个梦想”的人文奥运精神,虽然有经济实力和综合国力的支撑,但它们的基本特征是文化的,是中华文明的发扬,是改革开放中社会主义中国形象的集中展示,也彰显了文化软实力。中国是五千年文化大国,其文化积淀极其深厚,其文化资源不亚于世界上任何国家。这是中国的优势,中国要实现跨越式发展,急需发掘这一资源,发挥这一优势,发展更强大的文化软实力。

(二)文化软实力构成要素

文化具有历史性、过程性、民族性、地域性、综合性,其内容和形式具

有多样性、丰富性和多元性。1871年英国人类学家泰勒(Edward B. Tylor 1832~1917)给出了关于文化的经典性定义:文化“是一个复杂的整体,包括知识、信仰、学术、道德、法律、习俗以及作为社会成员的个人而获得的任何能力和习惯。”^①他还认为,一个民族的生活中所显示出来的一切,不管其水平如何,都是文化性的。我国近代思想家梁启超认为,“文化者,人类心能开积出来之价值的共业也。”^②另一位新儒学开创人物梁漱溟也认为,人类文化占绝大部分的,不外那些工具手段、方法技术、组织制度等,“但这些虽极占分量,却只居从属地位。居中心地位而为之主的,是一种人生态度,是其所有之价值判断”。^③各种文化面貌的不同,主要的也就是人生态度与价值判断的不同,随着社会的发展,人类还将不断创造新的文化模式。

当代人们一般认为,文化大致涉及三方面内容,即精神文化、过程性文化(认知方式、行为方式、运作制度等)、结果性文化(文学艺术、饮食服饰、建筑、器物等)。文化软实力则把务虚与务实结合起来,把形上思维与形下操作结合起来,把文化力与软实力结合起来,把抽象的文化精神融注到经济、社会、政治、生态、生活中去,衍化出文化生态、文化资源、文化生产力、文化产业、文化产品的需求与供给、文化市场。它们的综合,即为文化软实力。文化软实力主要指精神文化,包括:

第一,经验、技术类。如生活生产经验、习惯习俗、技能技巧、工艺技术、产品信息、传播方式等。

第二,知识、科学类。如语言、心理心态、认知方式、思维方式、科学理论、文学艺术、哲学美学、方法论等。

第三,信仰、价值类。如宗教信仰、伦理道德、法律意识与制度规范、人格素养、民族风格、民生民本、自然和谐、意识形态与世界观、理想与价值追求等。

这三个方面的内容,可视为精神文化构成要素,也应是文化软实力的重要构成要素。三者属不同的递进层次:经验、技术类是基本面,人类

① [英]泰勒:《原始文化》,上海文艺出版社1992年版,第1页。

② 梁启超:《饮冰室文集》之三十九。

③ 梁漱溟:《中国文化要义》,路明书店1949年版,第95~96页。

社会远古时代就已具备,后来不断进步发展;知识、科学类已经知识化、理论化、系统化,成为文化软实力的理论基础和基本内容;而信仰、价值类则是文化软实力的核心价值体系和最高表现形式。当然,文化软实力构成要素还包括文化生产力及其文化产品和创造的价值,以及文化力向经济实力的转化。约瑟夫·奈提出软实力要素包括:文化、政治价值观、外交政策三个方面。我国一些学者和笔者认为,中国软实力的核心要素是文化实力,特别是社会主义核心价值体系,还有中华文化优秀传统文化,外来优秀文化的借鉴、吸纳。这是我国文化软实力的基本内容。

人类社会从石器时代、铜器铁器时代到机器、信息时代一路走来,从科学与经验的分离导致古代文明,到中世纪三大革命运动,导致“世界的发现、人的发现”,再到近现代启蒙运动与理性思辨。西方国家科学技术迅猛发展,工业革命不断升级,自由市场产生的巨大推动力,直接导致了社会生产力的巨大发展和经济繁荣,国家强盛,而究其前提和先决条件,则是这些国家在精神文化领域所实现的革命性变革。马克斯·韦伯模式把清教伦理与当代资本主义联结起来,正是文艺复兴、宗教革命、启蒙运动和理性思辨、科技革命及大规模的社会实践,创造了当代人类社会的辉煌。它符合“劳动创造了人”和共产主义社会是“人的全面而自由的发展”的马克思主义经典论述。

二、中华文化软实力

中华文化软实力是构成当代中国文化软实力的根基。

我国历史悠久,引领世界千余年,虽近代一度衰弱,但也坚忍不拔,民族精神长存。在当代马克思主义思想指导下,在改革开放和中国特色社会主义建设中,取得了巨大进步,东西方文明的足迹都印证了人类精神文化的巨大力量。特别是20世纪90年代以来,随着国际格局的转变和大国竞争态势的变化,传统的军事、经济要素在国家力量和对外战略中的地位有所下降,而文化要素的作用却急剧上升,成为知识经济的支柱和综合国力的重要形式。由此,以精神文化为核心要素的文化软实力就成为文化的崭新形态。

中华文化软实力有三大支柱:

一是中华民族最有代表性的思想学说。民族文化、民族精神往往凝聚在、表现在最有代表性的思想学说中,儒家学说、老庄道家学说、后来的佛学,以及古典史学、古典文学艺术、传统中医、军事、武学等,都可列入国学,而最有代表性的应属儒学。儒家学说正是根植于中华民族生活与文化中,又反过来给予民族文化以重大影响的东方价值体系。它的天人合一的哲学观,仁义礼智信和恭宽信敏惠的道德论,人性德性心性论,为仁由己的实践论,中庸之道和知行合一的处事态度论,内圣外王、修齐治平的境界论,入世济世、天下己任的社会责任论,以及后来王阳明的“新四民论”和治生论^④等,彰显出一代大哲对人生、世界的感悟和对时代、人民吁请与追求的回答。这种“崇仁贵中”、“修己安人”、“内圣外王”的人生价值追求,与西方国家将价值本原归结为外在的“上帝”,走外向型超越不同,而是“求诸己”,归之于内心,即如孟子所说“尽其心者知其性,知其性则知天”,即走内在超越之路,靠“内心自觉”即个人修养去感悟和实现生命价值。表现出内倾文化特征和“依自不依他”的内在精神力量。从先秦儒学到西汉经学,再到宋明理学,以“天地万物为一体”的胸襟气度,包含乾坤,容纳太虚,涵养万众,儒学的精要,就是中华民族在大化流行、生生不已的生命本然之流中,寻求适中与调和的安身立命之道的基本理念和实践。

北师大教授于丹主张儒、道并存,儒学讲担当、责任,道家讲自由、本心,“儒”和“道”是“人格两岸”,“儒”重社会人格,“道”讲自然人格,这是人生的两种状态。^⑤ 道家的创始人老子是那位骑着“青牛”出关,在函谷关写下五千言《道德经》的伟大哲学家。他把自然万物的根源归结于“道”,提出“人法地,地法天,天法道,道法自然”,即一切都要顺应自然。“天下万物,生于有,有生于无”,“道生一,一生二,二生三,三生万物”。这是他的法自然论和生成论。他认为天地未开之前,是一种混沌状态,“有物混成,先天地生”,混沌初开,有了天地的开辟,人与自然万物也就产生了。这是对自然和自然规律的深刻体悟和神秘直觉。“道”是老子

^④ 四部备要本《阳明全书》卷25。

^⑤ 于丹:《儒道相济——构筑人格两岸》,2008年10月12日在兰州讲学稿。

哲学的最高范畴,道生万物,包容、统摄一切,道就是和谐,和谐是道的基本特征。还有他的“无为而治”,无为而无不为,以及弱者道之用(借弱用柔而进之)的策略主张等,都对后世产生了重大影响。另一位道学创始人庄子,是一位“承物以游心”,可以“独与天地精神共往来”的人。他讲“天地与我并生,而万物与我为一”。又说“天地有大美而无言,四时有明法而不议,万物有成理而不说”。这是一种淡泊的生命境界。而人生的至高境界则是冲决内心重重篱障,在无是非、无得失、无荣辱的虚无缥缈的境界中作“逍遥游”,从而开拓了生命的宽度,成为人们永远的追寻。

此前周人所作被称为群经之首的《周易》及孔子以后儒家解释的《易经》,已对中华文明的精华作出了提示。《周易·系辞》指出:“刚柔交错,天文也。文明以止,人文也。”意即亦刚亦柔,刚柔互济,是天的运作之道。了解天之道,用同样方式去制约人的行与止,就是人类社会的运作之道了。《周易》认为,“刚”体现为“天行健,君子以自强不息”(君子要像天体一样,运行刚健,自强不息)。“柔”则主要体现为“地势坤,君子以厚德载物”(君子要像大地一样,以承载万物的姿态,造福于大众)。换言之,按照《周易》的明示,中华民族要有大志(用天与地的运行原则确立行为标准)、大勇(自强不息)、大德(厚德载物)、大慧(刚柔兼具,因势而为)。这样,《周易》便为中华民族的文化发展勾画了一个基本框架,这是天人之际的文化。

以后,又产生后儒与释、道三家鼎峙的文化格局。佛学东来,也在隋、唐奠定中国佛学的根基,佛教秉承“诸恶莫作,众善奉行,自净其意,是诸佛教”的根本精神,以博大精深的理论体系和慈悲济世的宗教情怀,影响中国文化。而中国国学内容形式浩繁,思想学说林立,哲理智慧深邃,气象恢宏,成为中华文明和文化价值、精神理念的核心。

二是中华民族世代传承的民族性。如勤劳、智慧、坚韧、不屈、忠孝爱国、正义、慈悲、重集体、重家庭、重和谐、重教育,形成优秀的民族性格、民族风格、民族礼俗。还有中华儿女在长期生活劳动中,在应对大自然及外侮内患等严峻挑战中,所形成和积累的丰富经验。

三是物质形态文化。包括民族遗存及遗迹、文化设施、民居建筑、服

饰、饮食、生产生活用具及工艺品等。这是民族文化的一般物化表现,在平凡中透视着民族文化品格,具有普遍存在性。

这三大支柱确保了中华民族五千年的存续与发展、民族凝聚力与民族团结,造就了中国历代伟大的哲学家、思想家、科学家、政治家、文学家、军事家、儒商和企业家、文臣武将、民间义士、充满忧患意识的中国知识分子和饱学之士。中华文明和雄厚的文化资源,完全可以打造出能量不亚于美欧,而道德视野却高于西方国家的文化软实力,从而将中国建成世界一流强国,实现中华民族的伟大复兴!

三、打造当代中国文化软实力

中华民族有雄厚的文化资源和文化潜力,但它并不一定必然会转化为当代中国文化软实力,从而引领中国经济、社会、政治的发展。这就需要有一种文化自觉,有一种文化新思维,有一种投入和艰苦工作,有一番国家、社会、企业 and 文化机关、人民大众的共同创业之举。

(一) 树立文化新思维

文化有自性,有自身的历史文化传承,是人类创造性和自由精神、伦理教化的“类”本质的体现和基本特征。它不仅仅是现实物质世界的简单反映,不仅仅是被经济所决定,而是与经济、社会、政治、生态密切联系、相互影响、相互交融渗透,具有强大作用力,甚至是引领性、支柱性、决定性作用。对文化生活的需求,是人类社会的基本要求,没有文化就没有人的灵魂与尊严,对文化资源的需求与供给就成为组织社会生产的基本要求之一。解放和发展文化生产力,促进中国特色社会主义文化建设,不断满足人民日益增长的物质文化需求,就成为我国社会主义建设的基本目标。特别是党的十七大报告中突出强调了加强文化建设,提高国家文化软实力的极端重要性。当今世界,文化越来越成为民族凝聚力和创造力的源泉,成为综合国力竞争的重要因素。文化与经济、政治相互交融的程度不断加深,与科学技术的结合更加紧密,经济的文化含量日益提高,文化的经济功能越来越强,文化已经成为国家核心竞争力的重要因素。谁占据了文化发展的制高点,谁拥有了强大的文化软实力,谁就能够在激烈的国际竞争中赢得主动。为此,十七大报告提出要从提