中国商法年刊

BUSINESS LAW YEARBOOK OF CHINA

第四卷

(2004 年)

中国法学会商法学研究会编

黑龙江人民出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

责任编辑：刘桂华
装帧设计：

中国商法年刊(2004 年)
中国法学会商法学研究会　编

出版发行　黑龙江人民出版社
通讯地址　哈尔滨市南岗区宣庆小区 1 号楼(150008)
电子邮箱　migrant33@yahoo .com .cn
网　　址　www .longpress .com
印　　刷　黑龙江省文化印刷厂印刷
开　　本　787×1092 毫米 1/ 16
印　　张　22
版　　次　2005 年 3 月第 1 版　2005 年 3 月第 1 次印刷
书　　号　ISBN 7 - 207 - 06547 - 7/ D·840

定价:80.00 元
(如发现本书有印制质量问题,印刷厂负责调换)

本书编辑委员会组成人员

顾　　问　江　平　卞耀武

编　　委　(以姓氏笔画为序)

王保树　叶　林　石少侠　朱慈蕴

李　飞　沈四宝　沈春耀　陈　甦

赵旭东　顾功耘　奚晓明　覃有土

主　　编　王保树

执行主编　杨　震

执行编辑　王歌雅　孙　毅

目　录

商法学学术研究综述 …… 王歌雅　汪海波(1)
商法论文索引 …… 汪海波(16)
中国法学会商法学研究会2004年年会综述 …… 孙　毅(20)

第一编　商法基本理论

对商法若干理论问题的思考 …… 徐铁岩(27)
论商法的本质 …… 张　宇(31)
论商法研究路径的拓展 …… 周林彬　冯　曦(34)
企业概念的法律分析 …… 王艳梅(41)
论商法的安全原则 …… 吴　弘　钱婷婷(50)
商法本源论 …… 段　威　叶　林(55)
试论商法原则的基础 …… 杨春平(64)

第二编　商 事 立 法

略论公平竞争原则的商事立法价值 …… 徐卫东(71)
论我国商事立法模式的理性选择 …… 雷兴虎(76)
试论我国的商事立法模式 …… 郭富青　胡改蓉(83)
论我国《商事通则》的原则及体系结构的构建 …… 刘永光(92)
论商事立法传统与商事立法模式 …… 覃有土　李　强(99)
论商事通则的体系 …… 陈雪萍(106)
论《商事通则》立法的国际化 …… 刘　辉(119)
论现代商法的立法基点和表现形式 …… 郭富青(124)
商法法典化的反思 …… 彭真明　江　华(134)
论商法的体系化 …… 张　辉　叶　林(141)
析商事通则与民法一般规则的关系 …… 刘保玉　陈龙业(149)
实质商法主义的民商分立论 …… 石少侠　王福友　王有志(159)
未来中国私法调整模式的构想 …… 刘国华　刘永存　孙　博(167)
我国商事立法模式之选择及《商事通则》的制定 …… 任尔昕(171)
我国商事立法模式探析 …… 刘　文(183)

浅析制定《商事通则》的必要性和可能性 …… 吴京辉(189)
商事通则:超越民商合一与民商分立 …… 王保树(193)
论我国商事通则的体系构筑 …… 杨　震(203)

第三编　商 事 主 体

法人和非法人组织立法简论 …… 周贤日(217)
公司的社会责任及立法规制 …… 吕艳辉(225)
公司瑕疵设立的法人格规制 …… 房绍坤　王洪平(232)
论股东代表诉讼中原告股东的资格问题 …… 江合宁　汪公文(246)
企业法人经营范围研究 …… 孙晓红　马跃进(251)
论类别股东制度的建立 …… 韩灵丽(261)
论商事主体基本制度的若干问题 …… 薛夷风(266)
论我国公司债权人保护制度 …… 安毓秀(276)
论公司债权人的司法救济 …… 车传波(281)
浅析个人独资企业商事主体性质 …… 候怀霞　李　虎(286)
商合伙主体资格考 …… 潘红艳(293)
试论我国营业执照制度之存废 …… 赵国富(296)
试析营业执照与公司法人能力之关系 …… 高晋康　杜　军　唐清利(303)
浅谈商事主体的法律特征 …… 杨峥嵘(311)
中小企业板之商事主体与商事行为的规范 …… 宋一欣　张　祺(314)
商事能力初探 …… 秦　俊　沙　迪　邵　燕(318)
商主体法律制度研究 …… 赵万一　叶　艳(325)

第四编　商 事 行 为

关于商行为之实践意义与理论价值的初步思考 …… 李　平(335)
论金融商行为与金融商法 …… 李有星(338)
论商行为的独立性 …… 石旭雯(346)
论商行为的范围 …… 陈　醇　梁开银(354)
商事代理立法模式的选择 …… 肖海军(360)
商行为独立性的探究 …… 樊　涛(371)
商行为的法律地位研究 …… 张民安(379)
商行为中的意思表示问题研究 …… 杨　峰(390)
试论商事行为利益相关者的法律保护 …… 汪青松(399)
公司商事变更登记的申请与审查 …… 王建平(407)

第五编　商 事 登 记

商事登记性质的再思考 …… 马跃进(425)

需要全本请访问 www.ertongbook.com

关于完善商事登记制度的两点建议 …… 柳经纬(429)
基于登记机关原因的公司设立登记瑕疵的民事责任及其救济 …… 李文明(434)
论商事公告主体的变革 …… 陈　巍　朱遂斌(439)
论我国商事登记制度的建立和完善 …… 李振华(446)
我国商事登记制度若干问题探析 …… 刘丽萍(451)
商事登记法律问题研究 …… 王　妍(457)
商法的现代化与商事登记制度 …… 潘嘉玮(466)
商事设立登记立法刍议 …… 李　琛(476)
我国商事登记制度的反思与重构 …… 冯　果　柴瑞娟(485)
我国商事登记法的立法思考 …… 任万兴　折喜芳　赵　颖(494)
证券登记制度研究 …… 李明良(501)
商事登记效力的法律构造与立法选择 …… 高　宇(506)
对我国商事登记立法的一些思考 …… 朱慈蕴(516)

第六编　其他商事问题

关于告知承诺审批登记方式初步研究 …… 鞠卫峰　黄来纪　陈　平(527)
论票据瑕疵的表现形态和法律后果 …… 刘为民(535)
浅析公司法人财产权 …… 张雅萍(543)
商事人格权及其立法的完善 …… 李宝君(548)
我国《公司法》的定位与产权结构研究 …… 曲振涛　周　正(553)
有限责任公司的性质及其规范 …… 徐强胜(566)
证券上市监管法律性质评析 …… 陈岱松(573)
企业法人权利能力的再认识 …… 裴建军　马跃进(580)
论商法中的强制主义 …… 徐　晓(588)
重思最低资本额规则 …… 傅　穹(594)
彰显效率:日本商业登记制度改革…… 范　纯(602)
德国商法中的商主体制度刍议 …… 徐铁岩　王彦明(611)

商法学学术研究综述

(2003 .7——2004 .7)

王歌雅* * 汪海波

2003 年 7 月—2004 年 7 月,商法学的学术研究活动与往年相比,在质量上和数量上均有较大的提升。学术研究内容既涉及商法总论,也涉及商部门法;既涉及商法基本理论的研究,也涉及商事立法的探讨;既有对本国商法现状和发展走向的反思与前瞻,也有对域外商法的渊源和立法改革的评述与审视。回顾与总结商法学的学术研究成果,将推进商法学学术研究工作的自我评价与发展更新。

一、商法总论

商法总论的研究,与商部门法(公司法、证券法)的研究相比,似乎相对较弱,而学者、专家矢志不移的努力,试图在改变着这一局面。具体研究内容主要涉及以下几方面:

(一)商事信用

中国入世后,商事信用的危机日益突显。为避免商事信用的缺失造成的市场秩序的混乱、交易风险的加剧,学界对商事信用等相关问题进行了研究。有学者认为:“商事信用调节机制是在整合伦理道德和经济学有关信用理念的基础上形成的一种多维的制度性要求。商法的商事主体制度和商事行为制度为我们探索商事信用调节机制提供了一条基本的路径,即为了体现商法维护交易安全的基本理念,我们必须从市场准入、商事交易和退出市场的全过程来构建商事信用机制。建立和健全商事信用调节机制、维护稳定的信用环境已经迫在眉睫”。①

(二)商主体

在近年的商法学理论研究中,商主体一直是研究的重点。《商主体论纲》则从商主体的内涵界定、基本范围、体系的构建以及未来《商法典》或《商法通则》编撰等角度,系统阐述了商主体在商法理论体系中的核心地位。作者认为:商主体具有独立于一般民事主体的法律地位,商主体制度已经不能为传统民事主体制度所完全包容。其“作为市场交易主体,随着市场经济的发展,商主体的内涵必然会相应发生变化,以适应经济生活的客观要求。”但无论发生怎样的变化,我国商主体应当包含行为和经营活动、职业、财产、组织、名义、经营方式、登记诸要件。且“所有商主体均以财产独立与意思独立为其法律人格要素,只不过公司的法律人格要素较之于其他商主体要求更加严格而已。”因而,我国商主体可以“界定为企业,而在我国企业均指商事企业,故具体可包括商法人、商合伙、商个人等形态”。②

---

* 黑龙江大学法学院教授,硕士生导师;* 黑龙江大学民商法专业硕士研究生。

① 雷兴虎、蔡晔:《论我国的商事信用调节机制》,载《法商研究》,2003 年第 5 期。

② 范健、王建文:《商主体论纲》,载《民商法学》(人大复印资料),2003 年 12 期。

(三)商法史

在我国商法学的研究进程中,对商法史的研究相对较薄弱。虽有学者以独特的视角关注了这一领域,但依然凤毛麟角。具体研究领域涉及三方面:

1. 对中世纪商人法的研究。商人法产生的历史背景,是 11 世纪欧洲商业革命,中世纪商人法的产生和发展是商人们靠自身不懈努力争取和推动的结果。其中,商业行会是早期商人习惯法的主要渊源之一。通过“商事法院”无数裁判实践活动积累而成的商事判例汇编,成为中世纪商人法的重要渊源之一。中世纪商人法的基本特点可从不同的角度加以概括:首先,从演变过程角度考察,中世纪商人法经历了一个由习惯、惯例向习惯法发展的轨迹;其次,从法律地位角度考察,中世纪商人法在吸收罗马法和教会法合理因素的同时,又具有很强的自治性和独立性,国家公权力对早期商人习惯法的影响不大;再次,中世纪商人法呈现出一种从“地方性”习惯法到“地域性”习惯法再到“国际性”习惯法的发展轨迹,商人习惯法有统一化的趋势。中世纪商人法的发展史对我国商法学的研究有一定的借鉴意义。①

2. 对中国近代商法学的研究。在中国近代商法学的形成过程中,熊元楷、王效文的研究成果具有重要意义。熊元楷,安徽宿松人,曾编辑《商法总则》。该书原是日本学者志田钾太郎(1868 - 1951)在京师法律学堂所作的讲义,经编辑者记录整理后,由安徽法学社于 1911 年作为“法律丛书”第 11 册公开出版。《商法总则》,是中国最早引入的外国商法作品,主要内容涉及商总论、商行为、商业。王效文,曾任吉林公立法政专门学校、浙江公立法政专门学校、吴淞中国公学、上海南方大学、上海法政大学等校的商法学教授。1927 年春,他参加了北伐战争。北伐战争结束后,任河南中山大学法科教授,1929 年起任上海法科大学商法教授。《中国公司法论》1930 年由上海法学编译社出版,分上、下两册。主要内容为:绪论,阐述公司的发达、公司和公司法的沿革、公司法的编制以及参考书等;本论分六章,涉及通则、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、罚则;附录部分收录了三个文件:公司注册暂行规则、公司注册暂行规则补充办法、有限公司招股暂行办法。《中国公司法论》一书,既是王效文的主要著作之一,也是民国时期公司法研究领域的代表作之一。作者在此书中,不仅对民国《公司法》做了逐条解释,而且极为纯熟地运用各种国外立法例、判例、学说、商业习惯等资料来阐述公司法的各项规定。该书与李浦的《公司法要论》(北平朝阳学院出版社 1931 年版)、杨鹏的《公司法新论》(东北大学法学院 1931 年版)、王去非的《公司法要论》(上海华通书局 1931 年版)、王孝通的《中国公司法论》(上海世界书局 1932 年版)等一起,支撑起了中国近代公司法学科。如同 20 世纪初叶一批公司法的译作、编译著作的出版标志着中国近代公司法学的诞生一样,王效文等人著作的出版,标志着中国近代公司法学的形成和定型。在中国的近代商法史上,商法的研究比较薄弱,作品也很少。②

3. 对清末民初商会仲裁制度的研究。“商会这一现代性的商人组织在 1904 年出现以后,对近代中国的经济、政治和社会各方面都有重要的影响,产生于清末民初的现代性商事仲裁制度,是商会所带来的重要影响之一。这一制度的形成,经过了无专职机构,到商会自设专职机构,再到依法设立专职机构的三个阶段,不仅使商事仲裁制度从自由化走向法制化和规范化,使商会的商事仲裁效力和权威性逐渐提高,而且反映了商会与政府的互动关系,以及清末民初中国司法制度的现代性变革”。③

(四)商事立法模式

如何处理民法与商法的关系,一直为法学界所瞩目。而如何处理或建构我国商事立法模式则众说纷纭。有专家认为,“在我国,商法的独立只能是实质商法主义的独立,而不是形式商法主义的独立,因此不主张在我国制定独立的商法典。”“我国应实行以《商法通则》为统率

① 朱慈蕴、毛健铭:《商法探源——论中世纪的商人法》,载《法制与社会发展》,2003 年第 4 期。
② 何勤华:《中国近代民商法学的诞生与成长》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。
③ 虞和平:《清末民初商会的商事仲裁制度建设》,载《学术月刊》,2004 年第 4 期。

的实质商法主义的民商分立。”① 另有专家认为,“我国不需要商法典。将实质商法总则归到民法典相应各篇中,将相对独立的实质商法放在民法典之外作为民法的特别法”。②

此外,还有学者探讨了商法的理论基础和中国商法学的本土化问题。③

二、公司法学

近年来,公司法学的研究呈现出一派繁荣景象。以公司法为主题的相关论述层出不穷,主要研究内容涉及公司的资本制度、公司治理结构、中小股东利益的保护、公司法的修改与完善等,至于公司的本质、基本属性等方面的研究则相对较弱。

(一)公司的资本制度

公司资本制度是公司立法的基石,是公司法的核心内容之一,它贯穿于公司设立、运营和终止的全过程。公司资本制度的构建一直是西方国家公司立法的核心。公司资本制度模式的选择是不同公司立法理念交锋的结果。

审视资本三原则。“大陆法系国家的公司法奉行‘资本三原则’,即资本确定原则、资本不变原则和资本维持原则。然而,从德国的商法典、股份法到日本商法典,以至我国《公司法》都没有一个条文明确表述为‘资本三原则’。显然,‘资本三原则’是德国学者对公司法相关规则的抽象概括,并为人们沿用下来。该原则自提出以来,公司法律制度发生了很大变化,它不可能完全在原有意义上保持下来。各国公司法改革实践表明,在坚持资本维持原则前提下,放松对公司持有自己股份的限制已经成为一种趋势。为了我国公司法的现代化和市场经济的健康发展,改革不能局限于资本制度本身,还应完善净资产规则和债务结构与前景分析规则,改善公司法上的义务结构”。④ 至于公司资本维持原则下的子规则——公司利润分配规则,则须注意相关环节:“公司分配的界定,应重实质而轻形式,否则将导致相关利益群体之间的利益失衡;公司分配的底线标尺,须兼顾股东投资的回报与公司外部债权人利益的保障。”⑤

“公司以资本为信用,是一个为域外国家的公司法早已经检讨并质疑,仍为我国公司法法律文本所承继并无限扩张的现实。在公司资本信用悖论命题下,法定资本制的合理性面临挑战,资本三原则的正当性面临质疑,而一系列公司资本形成与资本维持规则面临重思与重构。”⑥

质疑法定资本制。关于法定资本制,学界提出质疑,具体观点如下:第一,“我国既有的严格的法定资本制度模式不可取,面对公司资本制度的变革成本与变革需求的双重考量,我国公司资本制度模式不妨采纳兼顾筹资机动化与债权人利益的折中资本制模式”。⑦ 第二,“我国公司资本制度不能继续沿着法定资本制度的路子走下去,因为它不利于贯彻市场经济自由、平等、竞争和追求资本利润最大化的理念。授权资本制度的运行环境需要严格、健全的财会制度、发达的信用制度、发达的证券市场、科学合理的公司治理机制、高效的政府调控和监督机制。我国完全采用授权资本制度的条件不成熟,目前能够选择的只有折中授权资本制”。⑧ 第三,“我国现阶段实行的严格的法定资本制有其局限性,有必要改革。授权资本制不适合我国现实国情,不宜采用。认可资本制是当代公司资本制度的发展趋势,在我国有其存在的经济基础、法治基础,应当是我国公司资本制度的最佳选择”。⑨ 第四,“完善我国公司资本制度的构想,即,‘改法定资本制’为‘折中授权资本制’、降低法定最低注册资本金的限

---

① 石少侠:《我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式》,载《法制与社会发展》,2003 年第 5 期。

② 章礼强:《商法的独立性及其相对性》,载《南都学坛》,2003 年第 4 期。

③ 赵学刚:《论商法的理论基础》,载《西南民族大学学报·人文社科版》,2003 年第 8 期。官欣荣:《“文化自觉”立场中的商法学展开——兼论中国商法学本土化问题》,载《现代法学》,2003 年第 5 期。

④ 王保树:《“资本维持原则”的发展趋势》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。

⑤ 傅穹:《公司利润分配规则的比较分析》,载《法学论坛》,2004 年第 3 期。

⑥ 傅穹:《公司资本信用悖论》,载《法制与社会发展》,2003 年第 5 期。

⑦ 傅穹:《公司三大资本制模式之比较及我国公司资本制的定位》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。

⑧ 郭富青:《公司资本制度:设计理念与功能的变革——我国公司资本制度立法观念的转变与路径选择》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。

⑨ 雷兴虎:《认可资本制:中国公司资本制度的最佳选择》,载《甘肃政法学院学报》,2004 年第 1 期。

额、明确公司设立时发起人的民事责任、缓和对公司新股发行条件的限制、适当放宽对公司取得自己股份的限制。”① 第五,“对我国有限责任公司采取折中授权资本制,对股份有限责任公司应采用授权资本制,以达到公司资本制度的安全、公平、效率的价值功能。”② 第六,也有专家认为‘保留法定最低资本额制度仍十分必要。法定最低资本之实质意义应定位于市场准入之标准,即投资者能否准入市场、参与竞争的门槛,从而成为公司取得法律人格的程序条件之一。它不能承载债权人保护功能,更不能作为保护债权人的一项措施。过度依赖法定最低资本额制度的弊端明显存在,但考虑到我国目前正处于市场经济起步阶段,保留法定最低资本额制度仍是必需的。应当将公司资本充实与股东的有限责任联系起来。因为一方面充足资本对公司债权人具有较强的担保作用,另一方面也表明公司股东意欲将公司人格用于合法、恰当之目的,由此竖立起来的有限责任之墙将股东有效的置于其保护之下”。③“世界各国公司法改革实践明白无误地表明:公司资本制度所蕴涵的担保功能已经日趋衰微,而其激励和便利融资的功能却正在得到不同程度的强化。我国公司资本制度的改革思路应该是:吸收授权资本制允许分期发行股份的优点,增加赋权性规则,放松不必要的资本管制,为资本的效率化形成与运作提供更大的灵活空间。”④“决定公司信用的不只是公司资本,公司资产对此起着更重要的作用,中国公司资本制度改革的基本思路与方向是从资本信用到资产信用、从法定资本制到授权或折中的授权资本制”。⑤

完善出资制度。关于完善我国的出资制度,学者思维路径不同。在具体建构层面,主要措施是:“一是建立严格的实物出资登记制度;二是将商誉等无形资产纳入出资范围;三是提高无形资产的出资比例;四是有限制地允许人力资本出资。”⑥“人力资本必须是特殊的、不可替代的能力、智慧及相关服务,可为公司带来巨额利润。它区别于知识信息资本,也区别于劳动力折股或职工持股。”⑦ 有学者用法与经济学的方法和理论反思我国的无形资产出资制度,“我国现行公司资本法律制度未能减少双方当事人的交易成本,反而增加了双方的交易成本。在相关立法重新配置法律责任层面,其基本思路是:第一,要规定公司、任何发起人、股东均可要求未履行出资义务的股东承担相关责任;第二,由股东大会授权董事会对公司出资瑕疵的出资人行使诉权,而董事会如怠于行使该项权利,则股东大会或股东可以股东代表诉讼为由直接对出资瑕疵的出资人提起诉讼;第三,加强注册会计师的个人责任;第四,强化董事的个人责任;第五,明确规定无形资产出资价格变化而导致的公司注册资本变更的责任承担问题。”⑧

股权转让效力。有学者从股权的内涵及其转让行为的性质、程度等角度,分析了股权转让效力的多层次性,认为:“当事人协议交付仅在转让方与受让方当事人之间产生股权转让的效力,此乃初级效力;公司登记在当事人、公司之间产生设权性、生效性效力,此乃中级效力;工商登记在当事人、公司、第三人之间产生确权性、对抗性的效力,此乃高级效力”。⑨

股份回购制度。关于股份回购模式,有学者认为:“我国公司回购股份应采德国模式,即‘原则禁止,例外许可’的模式”。⑩ 关于非法股份回购的效力,有学者认为:“在成熟的资本市场,股份回购已成为一项重要的金融活动。当公司违反公司法对股份回购行为的限制,取得本公司股份时,明确采取必要的救济措施对确保公司、股东以及债权人的利益不受侵害、规范股份回购制度有着重要的现实意义。违法的股份回购行为原则上无效,在某些特殊情况下有

---

① 刘永光:《日本公司资本制度改革的立法实践及其对我国的启示》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。
② 张巧娜:《我国公司资本制度论略》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2004 年第 1 期。
③ 朱慈蕴:《法定最低资本额制度与公司资本充实》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。
④ 冯果、尚彩云:《我国公司资本制度的反思与重构》,载《中南财经政法大学学报》,2003 年第 6 期。
⑤ 赵旭东:《从资本信用到资产信用》,载《法学研究》,2003 年第 5 期。
⑥ 雷兴虎:《论我国公司出资制度的完善》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。
⑦ 游依群:《人力资本投资入股的法律分析》,载《上海大学学报》(社会科学版),2004 年第 3 期。
⑧ 周林彬、冯曦:《我国无形资产出资立法的反思与完善——无形资产出资的法与经济学分析》,载《法商研究》,2004 年第 1 期。
⑨ 张平:《股权转让效力层次论》,载《法学》,2003 年第 12 期。
⑩ 郑飞、刘卫鑫:《公司取得自己股份法律问题研究——〈公司法〉第 149 条之修正》,载《当代法学》,2003 年第 9 期。

效,即相对无效说”。①

股东优先购买权。有学者认为:“有限责任公司股东优先购买权的法理基础在于期待权和有限责任公司的理论。有限责任公司要保持自身资本的活力与增长,必须承认股权转让的自由。股东优先购买权的效力及法律保护须考虑公司资本利益和股东有限责任原则的平衡以及如何防止股权转让自由的滥用”。②“确定新股认购优先权有对新股发行稀释效应的抵消与缓冲功能,我国应从保护公司利益及股东利益角度出发,采取法定立法体例,享有新股优先认购权的股东应为公司发行新股发行前的全部股东。”③

(二)公司治理

关于公司治理的范畴。“在公司法意义上,公司治理的范畴不局限于公司机构的调整与改革,还应包括公司资本监管体系的改革与完善。资本监管在公司法框架内,为第三人、公司债权人及其他利益相关者提供了介入或影响公司治理的法律途径,从法律技术上解决了多边治理的制度安排问题。”④ 有学者认为公司治理具有的价值是一种整体上的利益的均衡与协调,是一种宏观上的价值。公司治理与公司盈利、公司效率之间没有直接必然的联系。⑤

关于公司治理的途径。学界关于公司治理的论述多着重于所有者与经营者之间权力的分配与制衡。也有学者从组织机构权利设计角度入手,认为“股东大会的职权配置应围绕两大功能——评价功能、选择功能;监事会的法律地位应高于董事会;董事会构成应逐步向以非执行董事为主过渡,建立有效的经营者激励和约束机制”。⑥ 股东表决权是公司股东享有的重要权利,“股东表决权适用于选任或解任公司董事、批准或不批准公司组织机构的变更、批准或不批准公司董事从事其应尽忠实义务与其利益相冲突的交易。股东表决权违反集体行使的原则所做出的决议并非完全无效”。⑦ 公司经理的职权范围应界定为:“以公司名义进行经营管理的广泛的权利,法律和章程规定由股东大会与董事会行使的权利除外”。⑧“监事会在实现职能过程中遇到了四大障碍:股东大会名不副实、董事会权力膨胀、监事会缺乏实际上的独立地位、监事素质较低。如欲充分发挥监事会职能,必须完善股东大会制度、强化监事会的权力、提高监事会的独立地位、加强监事队伍建设”。⑨“独立董事与监事会的职能定位均在于监督,我国上市公司内部监督机制的建设,应坚持以独立董事制度为主,监事会制度为辅的原则,在需要二者相互配合的领域,应允许二者职能的适当交叉,以适应我国上市公司治理主要矛盾的现实需要”。⑩“独立董事的产生机制是确保独立董事人格独立性与行权独立性的关键环节,构造我国独立董事产生机制的核心是合法、合理、科学地抑制大股东的作用与影响。应采用表决权回避制度,完善独立董事卸任方面有关的法律规定。”[1] 与此同时,日本董事责任免除制度有待借鉴。“日本关于董事责任免除制度明确了减轻董事赔偿责任的重要行动;采用事后责任免除方式的合理性;通过股东大会特别决议减轻董事的责任,体现了相当的民主性;将赔偿责任与报酬结合体现公平性;修改法在程序上的详细规定,具有一定的可操作性。对完善公司治理,不仅要明确公司经营者的责任,同时还要考虑如何救济董事的责任。”[2]

(三)中小股东及第三人的保护

在公司事务的运行中,一股独大、控股股东利用表决权的垄断地位控制公司经营管理层,

---

① 钟明霞、蔡元庆:《股份非法回购之法律救济》,载《法学评论》,2003 年第 4 期。
② 于华江:《有限责任公司股东优先购买权问题研究》,载《政法论坛》,2003 年第 4 期。
③ 田敏、陈俊莉:《论股东新股认购优先权的法律完善》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2004 年第 1 期。
④ 徐晓松:《论资本监管与公司治理》,载《政法论坛》,2003 年第 4 期。
⑤ 罗彦:《论公司治理、公司效率与公司盈利》,载《当代法学》,2003 年第 7 期。
⑥ 许海雷:《完善我国公司治理结构的设想》,载《当代法学》,2003 年第 12 期。
⑦ 张民安:《公司股东的表决权》,载《法学研究》,2004 年第 2 期。
⑧ 王鸿:《公司经理法律地位的确认与职权区域的界定》,载《当代法学》,2003 年第 7 期。
⑨ 曾艳芝、尹涛:《论我国监事会职能实现的障碍及其消除》,载《河北法学》,2004 年第 1 期。
⑩ 李建伟:《论我国上市公司监事会制度的完善——兼及独立董事与监事会的关系》,载《法学》,2004 年第 2 期。
1 李建伟:《论我国独立董事产生机制的重构》,载《法律科学》(西北政法学院学报),2004 年第 2 期。
2 蔡元庆:《日本董事责任免除制度的新发展》,载《民商法学》,2003 年第 8 期。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

损害中小股东利益的现象屡见不鲜。保护中小股东利益是公司治理结构重建的目的之一。具体保护途径有二:一是当‘公司僵局时,赋予小股东依法请求公司解散的诉权,法院应秉承公司合理化的介入主义,对公司解散拥有裁判权,以及实行其他有效退出机制,强制股权收买的权力,以对小股东合法利益实施救济,达到完善公司治理机制的目的’。① 二是当公司以越权原则来规避有关法律法规时,交易第三人应该诉求以下法律措施来维护自己的合法权益:“首先,当公司以超越经营范围主张交易无效进而想免责时,交易第三人可以诉求民法中的主体制度认为公司的权利能力不等于就是公司的经营范围,公司越权经营无效并不等于公司就可以逃脱民事责任;其次,交易第三人可以主张‘禁止反言’的法律规则来维护自己的合法权益;第三,如果公司经营管理层借以公司的越权原则来为自己逃脱责任,那么交易第三人可以运用公司人格否认理论来保护自己的合法权益,直接追究公司经营管理者的个人责任;第四,交易第三人还可以主张表见代表规则来保护自己的合法权益;第五,缔约过失责任也是交易第三人维护自己合法权益的有力武器。”②

(四)股票期权

股票期权备受经济学界和法学界的关注。在我国公司法框架下,简单的工资制度已无法满足市场需要。对西方市场经济国家盛行的股票期权制度进行研究并加以引入,有益于我国科技创新、激励和留住人才,而且不会导致资金流出。当然在我国实行股票期权存在明显的障碍,如股票来源、股票交易制度等。有学者认为:“我国实施的股票期权本质上已蜕变为一种股票购买方案,不能起到应有的激励作用,应通过改法定资本制为折中资本制,允许经营者在股票期权制度下转让公司股票,来消除股票期权的法律的障碍”。③ 有学者建议:“由法律对股票期权合同做出必要的强制性规定;期权股票通过股东转让、公司盈余或公积金转增以及配股奖励等途径获得;在法律许可的范围内完善期权股票交易制度”。④

(五)一人公司

一人公司是股东仅为一人,并由该股东持有公司的全部出资或所有股份的有限公司。一人公司与公司的社团性、法人独立责任、内部治理结构发生冲突。通说认为应加强财务监督、引入公司法人人格否认制度、对一个投资主体同时投资设立数个一人公司做出限制。在此基础上有学者认为‘还应当强化公示登记以及必要的书面记载制度,导入严格资本充实和维持制度’。⑤ 有学者认为‘还应将股东责任在一定条件下扩大。’⑥

(六)公司本质理论

“对公司本质的承诺决定着公司法理论的走向,是建构公司法理论体系的逻辑起点,是理解和评价公司法制度安排的基础和根据。关于公司本质,有法人拟制说、法人否定说、法人实在说,‘公司合同理论’认为公司内部利益相关者之间及其与公司之间的关系由合同连结,即公司本质体现为‘合同网络’。”⑦ 有学者阐述了契约法理念与公司存在的逻辑链接,认为‘公司具备长期契约、多数人契约、多面性契约、锁定的契约、附和契约、法定契约等特点,提倡公司法通过契约观念的引导满足现实经济发展需要,政府应最大限度地保护私权利’。⑧

(七)公司对外担保

《公司法》第60条第3款规定:“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或其他个人债务提供担保。”关于这一条文的适用范围、立法目的等一直争论未休。认为‘公司可以为其股东提供担保的法理主要有以下三点:第一,公司为其股东担保是公司担保功能的体现;第

① 李泫永、官欣荣:《公司僵局与司法救济》,载《法学》,2004年第4期。
② 陶熏舜:《从越权原则看交易第三人的公司法保护》,载《法治论丛》,2003年第4期。
③ 梁平:《论我国股票期权法律制度》,载《河北法学》,2004年第4期。
④ 袁晓东:《论股票期权中的法律问题》,载《当代法学》,2003年第12期。
⑤ 何乃刚:《从公司的内涵和治理结构看我国一人公司的立法取向》,载《华东政法学院学报》,2003年第4期。
⑥ 许治政:《浅谈一人公司》,载《当代法学》,2003年12期。
⑦ 蔡立东:《公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读》,载《法制与社会发展》,2004年第1期。
⑧ 杨忠孝:《契约法视野下的公司》,载《法学》,2003年第7期。

二,集团公司成员间的相互担保是集团利益一体化的必然要求;第三,公司为其股东担保虽属关联交易,但关联交易并不必然为法律所禁止。”① 不仅如此,“从公司法的立法体例和结构、立法意旨、法律效力来看,都难以认定:‘经股东大会同意的以本公司资产为本公司股东或其他个人提供的担保属违法、无效行为’。只是我国限制公司担保行为的规定较为严厉”。② “该规定是就公司对外担保行为的限制,以公司对外进行担保行为是否会给公司带来利益为认定标准,公司经董事会决议同意可对外进行担保”。③ 有学者认为:“立法目的在于对大股东控制权的限制、防止公司资产的流失,因此,公司不能为本公司股东提供担保”。④

(八)公司法的修改与完善

公司法的实施,对我国经济发展起到了重要的推动作用。随着社会主义市场经济实践的深入和整体改革的不断深化,《公司法》与时代要求间的差距越来越大,《公司法》的修改与完善迫在眉睫。

关于公司法的修改与完善,学者思维进路不同。有学者通过分析美国特拉华州广泛的公司法网络和熟练的法官队伍支撑的该州公司法的不确定性,指出不确定公司法增大了公司转移注册成本。强调在很大程度上,公司法的合理性必须由其所处的市场环境来检验。认为中国公司法的改革只能来自中国人民自身的摸索、思考和尝试。⑤ 有学者从公司法的指导思想、立法原则、体系安排、法律形态选择等角度提出建议:“认为公司法必须着眼于现代市场经济体制的建立,反映世界公司法发展的先进成果和经验;必须着眼于现代经济向新经济转变的发展趋势,使公司法能够对科学进步和技术创新起促进作用;必须着眼于法律的超前性、科学性和稳定性,为我国经济体制的转轨和经济的持续发展提供一个比较稳定的法律环境;必须着眼于社会利益的平衡,强化公司的社会责任。”⑥ 有学者认为公司法的修正,“应从以下几方面入手:一、梳理公司立法,建立合并内外资立法的统一机制;二、注重公司法与相关法的协调配合,建立公司法与相关法的互动机制;三、健全公司法人治理结构,强化对经营者的激励机制;四、纯化公司立法的目标,完善公司法功能的实现机制;五、强化公司社会责任,完善保护公司利益的司法救济制度。”⑦ 此外,“公司立法应增加对公司终止的法律内涵和性质的界定,增加终止原因和终止程序的全面规定,完善立法”。⑧

我国修改公司法的核心任务,是健全公司独立法人人格制度。有学者建议:“法人人格制度的确定,承认法人可以享有人格权具有立法政策判断上的妥当性,对保护自然人格具有工具性价值。法人享有人格权属于立法上的技术性的手段,能够保护组成法人的自然人以团体的形态而表现出的人格性的利益。在中国民法典中,对法人是否可以享有人格权问题可以作出原则上的认可,但允许判例和学说来具体确认法人可以享有何种类型的人格权”。⑨ “公司人格制度即有限责任制度,它存在利益绝对化的隐患,即公司与债权人利益失衡。立法有必要确立公司人格否认制度”。⑩ “公司法人人格否认理论是对股东有限责任的根本否定,而股东有限责任作为有限公司制度的基础和支柱,其价值远远高于公司法人人格否认理论。公司人格的滥用问题应通过强化董事责任的方式在合同法和侵权法领域加以解决。”1 也有学者认为:“有限责任制度与法人人格制度在商事公司领域的结合,主要是为满足商事公司筹集资本的需要,而法人人格制度的功能和价值不限于此。立法制度将法人人格和有限责任相结合

---

① 虞政平:《公司可以为其股东提供担保——〈公司法〉第60条第3款之解读》,载《法律适用》,2003年第7期。
② 茅院生、李建伟:《公司对外担保行为的效力》,载《现代法学》,2004年第1期。
③ 郭敏:《公司对外担保的限制条件探讨》,载《当代法学》,2003年第7期。
④ 朱谦:《公司不能为本公司股东提供担保——也谈对〈对公司法〉第60条第3款的理解》,载《法律适用》,2003年第11期。
⑤ 罗培新:《揭开特拉华州‘公司法神话’的面纱——兼及对我国公司立法的启示》,载《中外法学》,2004年第1期。
⑥ 赵万一:《关于修改我国公司法的几个基本问题》,载《中南财经政法大学学报》,2003年第6期。
⑦ 雷兴虎、蔡科云:《论我国公司法的时代局限与机制突破》,载《中南财经政法大学学报》,2003年第6期。
⑧ 李燕:《对我国公司终止的有关法律规定的反思》,载《政法论坛》,2004年第2期
⑨ 薛军:《法人人格权的基本理论问题探析》,载《法律科学》(西北政法学院学报),2004年第1期。
⑩ 张冬:《英美法系对公司人格否认思想的借鉴》,载《学术交流》,2004年第5期。
1 孟勤国、张素华:《公司法人人格否认理论与股东有限责任》,载《中国法学》,2004年第3期。

的倾向,实质上排除了诸如无限责任公司、两合公司以及商事合伙组织成为法人的可能性,应重新构建法人人格与有限责任制度的关系”。①

有学者对日本法人人格否认制度进行了介绍,包括法人人格否认法理的沿革、涵义、法律根据、适用情形、适用要件、效果范围等问题做出详细介绍。在日本,法人人格否认法理的使用情形有公司法人人格被滥用和完全形骸化两大类型。②

(九)其他

股份制的核心——公司法人制度,不仅成为公司法的基础,也为国有企业改革提供了如下法律框架:股东财产和公司财产分离,公司具有独立的财产权利;公司具有法律上的独立人格;股东承担有限责任。国企改革采用改建为公司的途径应实现以下转变:从资产运营到资本运营的转变;从相信‘贤人’到完善公司治理的转变;从只注意公司外部的信息披露转变为既注意外部的信息披露又注意经营者、股东、监事会的信息沟通。③

评价上市信用,既包括对上市公司作为一方当事人的股份发行中的信用要求,也包括股份转让中上市公司能否以自己良好信用为股票持有者的利益期待权提供保障。完善上市公司治理是提升上市公司信用的关键。④

外商投资股份公司的股东应该包括中国自然人,其注册资本的最低限额高于其他股份有限公司缺乏合理性。股份有限公司注册资本的差异应以产业或行业的特点来确定,不应以公司的涉外性质来确定。从现阶段法律和政策来看,股权平等的精神并没有得到落实。⑤

三、证券法

本年度证券法学的研究较为活跃,研究层面涉及理论探讨和实证研究。具体研究内容集中体现在以下方面:

(一)证券法基本理论

关于证券法的基本理论研究,主要涉及以下几点:一是证券法的地位。有学者认为,证券法所调整的证券经济关系具有自己的特性;证券法与公司法、商法、民法等相邻法律部门之间具有明显的区别。按划分法律部门的一般标准,证券法是一个独立的法律部门。⑥ 二是证券法规则理念。“证券权利和市场机制离不开法律规则,其法律规则是对传统民商法规则的一次超越,具有自身的个性。证券法规则的理念有两种:新古典规则理念和注重长期关系理念。我国证券法规则理念虽偏重于长期关系,但尚未真正形成。我国的证券法规则理念应当借鉴大陆法系和英美法系的优势,走出一条中国式的证券法规则理念之路。”⑦ 三是证券法律制度的变迁。有学者以独特的视角探讨了20世纪末叶20年间(1980 - 2000)的中国证券法律制度的发展变化轨迹。学者认为:中国的证券市场法律制度的变迁过程,可以说是政府间的‘竞争’与‘合作’的发展史;中国证券法律制度的特色不仅仅在于内容,更重要的在于它的发展过程。在转轨时期,重要的是如何构建出适当的协调竞争合作关系的框架,使中央地方都有充分的创新空间,创建出投资者的权益可以得到充分保护的法律制度。⑧ 四是证券立法的评析。2001年10、11月间,台湾地区“立法院”通过颁布了公司法修正案,增订“公司法”第248条第二、三项有关公司债私募的规定。同期,台湾地区‘行政院’向‘立法院’提交‘证券交易法部分条文修正草案”,将私募制度有机地增订于“证券交易法”的相关条文之中。该《修正草案》经‘立法院’审查,已于2002年1月16日“三读”通过,并于同年二月公布实施。“证券交

① 任尔昕:《我国法人制度之批判——从法人人格与有限责任制度的关系角度考察》,载《法学评论》,2004年第1期。
② 刘惠明:《日本公司法上的法人人格否认法理及其应用》,载《环球法律评论》,2004年第1期。
③ 王保树:《股份制的核心是公司法人制度》,载《法学家》,2004年第1期。
④ 朱慈蕴、王莉萍:《“上市信用”是上市公司的特有信用》,载《中国法学》,2004年第1期。
⑤ 汤树梅:《外商投资股份公司的法律性质和特点分析》,载《法学家》,2003年第4期。
⑥ 李玉基:《论证券法的地位》,载《兰州大学学报》(社会科学版),2003年第4期。
⑦ 张宇润:《论证券法规则理念和制度机制》,载《法律科学》(西北政法学院学报),2004年第2期。
⑧ 毛国权:《证券法律制度变迁:中央地方的竞争与合作(1980—2000)》,载《中外法学》,2004年第1期。

易法”新增私募主要规定包括发行人资格及决议程序、私募对象(应募人)资格及人数限制、信息提供要求、私募行为方式的规范、转售限制规定、报告备查要求六大方面。台湾地区私募法律以美国法为参照,对我国的私募法律规范有一定的借鉴——远期:简化核准程序,引入私募发行豁免制;中期:适时调整法律,促进证券私募发展;近期:出台执行规章,确立私募基本规则。①

(二)证券发行

证券发行环节主要探讨了两个问题:一是证券发行规则。“折价发行规则为亏损企业对外融资提供了可行的空间。立法面对折价发行的规制,应从严格禁止向例外允许的模式变迁。异价发行规则推动了承销制度且补偿了发行人的投资风险。立法面对异价发行的规制,应作为同股同价的例外予以有限的允许。分期缴纳规则为认股人提供了认缴出资时间决策上的自由判断权。立法面对分期缴纳机制,应权衡制度利弊,设计配套的追缴与责任机制。”② 二是证券发行审核制度。“我国《证券法》对证券的发行实行核准制或审批制,这种做法人为地割裂了证券市场的统一性,不利于证券市场的健康发展,不利于与国际惯例接轨。而股票发行的核准制也存在一些弊端,应进一步完善。具体完善途径包括:统一证券发行的审核制度;完善核准制下的民事责任制度;完成核准制向注册制的过渡”。③

(三)证券交易

在证券交易领域,学界主要探讨了三个问题:一是证券信息披露制度的理论依据。认为“公平是各国制定证券法的法理基础,市场失灵是证券信息披露制度客观存在的经济理论依据。”④ 二是要约收购中的信息披露义务。“要约收购是上市公司收购的方式之一,虽然我国目前的证券市场还不具备采用要约收购的条件,但从保护中小投资者的角度,对持股达到法定比例的投资者强制以要约收购义务是有必要的。而在要约收购制度设计中,信息披露成为当然的核心内容,它为维护中小投资者平等的知情权和选择权提供了切实的保障。”⑤ 三是盈利预测信息的披露。“盈利预测信息对于证券市场发展和投资人具有重要意义。美国证券法实行允许自愿性预测信息披露的制度,并建立了安全港规则。我国证券法应借鉴美国的做法,对诚实、信用的证券发行人发布的盈利信息预测实行负责制度。”⑥

(四)上市公司收购

关于上市公司收购,学界的研讨热点集中在以下方面:一是要约收购的立法价值原则。有专家认为‘保护目标公司股东利益乃要约收购立法的主要目的。相对于收购人来说,目标公司股东处于弱者地位。这一点可以说是对要约收购进行立法规制的主要原因所在,也可以解释目前的要约收购立法以规范收购人为主的事实。从有关国家和地区的要约收购立法来看,其基本原则主要有三项,即目标公司股东平等待遇原则、保护中小股东利益原则与充分披露原则。”⑦ 二是目标公司反收购的法律规制。有学者认为,我国当前规制目标公司反收购还可采取的措施有:“确立董事的信义义务、建立控股股东表决权排除制度、构筑司法救济体系”。⑧ 同时,“在不同的收购类型和各种具体的反收购行动中,控股股东诚信义务的内容应各有侧重。”⑨ 也有学者认为,“我国应该允许反收购,收购权归属由股东会控制,而董事会应

① 郭雳:《台湾地区证券私募法律规范的最新发展、评析及启示》,载《中外法学》,2003 年第 4 期。
② 傅穹:《论折价发行、异价发行与分期缴纳规则》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学),2004 年第 1 期。
③ 白玉琴:《评我国证券发行的审核制度——基于法律视角地审视》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版),2003 年第 4 期。
④ 候汉杰:《证券信息披露法律制度的理论依据》,载《政法论丛》,2004 年第 1 期。
⑤ 王枫:《要约收购中的信息披露义务》,载《福建政法管理干部学院学报》,2004 年第 2 期。
⑥ 张琪:《试论盈利预测信息披露的管制》,载《政法论坛》,2003 年第 4 期。
⑦ 范健:《上市公司要约收购制度的立法价值取向与基本原则》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学),2004 年第 1 期。
⑧ 曲冬梅:《目标公司反收购的法律规制》,载《法学论坛》,2004 年第 2 期。
⑨ 郭富青:《公司收购中目标公司控股股东的诚信义务探析》,载《法律科学》(西北政法学院学报),2004 年第 3 期。

有所作为”。[①] 此外,也有学者从不同角度探讨了上市公司收购的相关问题。[②]

(五)市场的开放与监管

证券市场的良好运行,制约于多种因素。为保证证券市场的依法运行,必须进行相应的法律规制。围绕证券市场的开放与规则的发展,有学者认为‘人民币特种股(B股)市场作为我国证券市场开放的窗口和试验田,至今已存在10余年,相比它短暂的辉煌,如今的B股市场已经日趋‘边缘化’,除了进行投机,B股还能为中国证券市场开放做些什么?结合我国证券市场的特点,深入分析B股市场的发展及其规则变迁,认真总结其经验和教训,对我国证券市场开放过程中建立健全相关法律制度很有借鉴意义”。[③] 围绕证券市场委托监管协议,有学者认为‘委托监管协议的有效,有赖于其基础合同的有效;委托监管协议委托的监管权,是由基础合同各方对证券公司的共同委托,其主要内容是通过对共管帐户的监管,保证资金不被提取或转出共管帐户、向有关各方通告、通知共管帐户内资金、证券的运作情况。对于证券帐户、资金帐户的管理、平仓与资金的划转等内容,证券公司必须按有关的规定的要求进行,证券公司不能仅依据委托监管协议的约定进行”。[④]

(六)法律责任

在证券交易所领域,违法者应怎样承担法律责任,是学界探讨的焦点。具体研究层面如下:第一,内幕交易民事责任制度。建立内幕交易民事责任制度,对预防和制裁内幕交易、消除内幕交易的危害具有重要意义。学者运用比较的方法,立足中国证券市场的实际,沿两条路径来研究内幕交易民事责任制度:一是利用我国现行法律框架追究内幕交易民事的责任;二是借鉴他国(地区)立法,提出完善我国内幕交易民事责任制度的设想。“具体设想包括以下环节:请求权主体资格的认定;对内幕交易构成的认定;赔偿额的计算;举证责任;内幕交易民事责任的诉讼实现机制”。[⑤] 第二,证券虚假陈述民事赔偿责任制度。围绕证券虚假陈述民事赔偿的因果关系,有学者认为:“证券交易的因果关系所要确定的是,虚假陈述与投资者的投资决策之间是否存在因果关系。而要证明是否存在因果关系,最重要的是证明信赖关系的存在。《规定》借鉴了美国证券市场的经验,采纳市场欺诈理论和信赖推定原则加以解决。”[⑥] 围绕虚假陈述民事赔偿责任,学者认为‘《规定》中‘起诉时应提交刑事裁判文书’的规定,在事实上剥夺了投资人依刑诉法提起附带民事诉讼的合法权利。在我国应当由检察机关充当诉讼当事人”。[⑦] 第三,要约收购不实披露的民事救济。“证券立法的基本目的之一就是保护投资者的合法权益。要约收购过程中,收购人不实披露直接损害目标公司小股东的利益。合同法救济是目标公司小股东可以获得的有利保障。”[⑧]

(七)证券间接持有跨境问题

“通过中介机构代理交易的证券跨国交易后,在外国登记公司就产生了间接持有的问题。如果中介机构破产,或用证券抵押贷款,就会引发第三方债务人与证券实际持有的矛盾。为解决这一矛盾,国际统一私法委员会已经进入了证券间接持有统一国际规则的起草条文阶段。统一规则必须解决好下述关键问题——上层扣押、转让手续、证券(抵押)存托、非正式存托、善意取得、冷清算、最终性和不可撤消性、临时信贷的可能性、不足分担、清盘保护。我国目前的证券登记结算体系采取直接持有模式,面对海外间接持有模式的日益普遍化趋势也要考虑我国的法律如何与国际发展趋势衔接。”[⑨]

---

① 王学斌:《目标公司反收购决策权归属问题的法律研究》,载《上海大学学报》(社会科学版),2004年第1期。

② 李燕:《公司重组之上市公司收购法律透视》,载《现代法学》,2004年第1期;王江陵:《外资对中国上市公司股权收购的法律分析》,载《福建政法管理干部学院学报》,2004年第2期。

③ 曾洋:《证券市场的开放与规则的发展——以B股规则为中心的检讨》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学),2004年第1期。

④ 薛珍、孙伟:《证券市场委托监管协议评析》,载《法学》,2003年第8期。

⑤ 赵琦娴:《证券市场内幕交易民事责任制度研究》,载《法学》,2003年第10期。

⑥ 盛焕炜、朱川:《证券虚假陈述民事赔偿因果关系论》,载《法学》,2003年第6期。

⑦ 涂斌华:《证券虚假陈述民事赔偿责任机制论》,载《法学》,2003年第6期。

⑧ 吴高臣:《要约收购不实披露的民事救济》,载《中国法学》,2003年第5期。

⑨ 吴志攀:《证券间接持有跨境的法律问题》,载《中国法学》,2004年第1期。

有学者对证券投资基金的法律性质做了探讨,主张投资方式说具有最强的涵盖力,能够全面地包含各种基金类型,无论是信托型基金还是公司型或合伙型基金,也不论基金是否形成为一种组织,都是投资者采取的一种投资方式。①

四、破产法学

破产法学的研究,集中体现为破产立法的改革。在破产立法改革的进程中,学术界和实务界均从不同的角度探讨了我国破产立法的定位及发展走向,为破产立法的更新发展奠定了理论基础。

(一)适用范围

关于我国破产法的适用范围,学术界和实务界已基本形成共识:现行《破产法》适用范围较窄,已不适应市场经济的发展,扩大其适用范围已属当务之急。有学者建议:"未来的破产法第2条应改为:本法适用于中国境内的一切法人及自然人。因此,法典名称应改为《中华人民共和国破产法》。"② 也有学者认为,"一般人破产主义是破产立法的发展方向,故我国破产法的适用范围应延及自然人。确立个人破产制度,将有助于完善个人信用、发展市场经济、实现法的公平价值、促进经济发展和法制建设。构建我国个人破产制度,应创设自由财产、许可免责、人格破产与复权、破产无效行为和撤消、破产管理人等制度,并辅之以配套制度建设,如进一步完善个人储蓄存款实名制、全面实施个人信用联合征信工程、积极推进社会保障制度建设。"③

(二)破产复权制度

复权是现代破产法的概念和制度,指"破产人依据法律的规定或请求法院依照法定的程序,解除其因破产宣告所受破产程序以外的公、私权限制或者资格限制,以求恢复其固有权利的一种制度"。④ 在确立自然人破产制度的立法例下,有必要构建我国的复权制度。首先应确定破产复权主体。一般认为,复权主体应当与失权主体相一致。即自然人和法人的董事、厂长、经理等准破产人为复权主体。在特殊情况下,复权主体也有所不同。此环节颇有争议的问题有两点:第一,破产人死亡后其继承人能否成为申请复权的主体请求法院恢复被继承人的权利。对此学者认为:"破产法上的权利、资格限制制度具有法律制裁的性质,如果破产人在破产宣告生效之前死亡,失权效果尚未产生,无所谓复权;但如果破产人在破产宣告之后死亡,失权效果已经产生,在法律承认死者有名誉权的情况下,出于对其名誉权保护角度的考虑就应该承认存在着复权的必要,只是这时,行使复权申请权的主体是死者的继承人。"⑤ 第二,犯有诈欺破产罪和诈欺和解罪的破产人能否复权的问题。有学者认为,复权制度,对于具有恶意之诈欺破产犯,不得使用。有学者认为,"按照人权原则,破产犯罪人同样具有人权,应受人权之保护。破产失权是对人权的限制,人权原则要求这种限制不能终生,因此,犯有诈欺破产罪的破产人同样应有复权利益,成为复权主体"。⑥

(三)破产监督人制度

"破产监督人制度是保证公正清偿,实现程序效益不可或缺的重要机构。破产程序中的法院、债权人会议和清算组都难以担当日常监督的重任;和解程序为不法债务人提供了实施侵害债权行为的可乘之机,而上级主管部门的监督也难以准确到位;在破产程序开始后至指定破产管理人前,债务人财产实际处于无人监管状态;破产犯罪呈现日益上升趋势,危害巨大。因此,为防止权利的滥用和失控,优化各利益主体间的相互关系,加强日常专职监督,防

① 陈丽萍:《证券投资基金的法律性质》载《中国法学》2004年第3期。
② 倪万英:《论我国破产法的适用范围》,载《当代法学》,2003年第4期。
③ 洪玉:《略论建立我国个人破产制度的若干法律问题》,载《华东政法学院学报》,2003年第5期。
④ 葛现琴:《我国破产复权立法模式之选择》,载《当代法学》,2003年第12期。
⑤ 葛现琴:《我国破产复权立法模式之选择》,载《当代法学》,2003年第12期。
⑥ 葛现琴:《我国破产复权立法模式之选择》,载《当代法学》,2003年第12期。

需要全本请访问 www.ertongbook.com