

中国商法年刊

第三卷

中国法学会商法研究会编

顾问：江平 卞耀武

主编：王保树

执行主编：高晋康

BUSINESS LAW ANNUAL OF CHINA

西南财经大学出版社

中国商法年刊

BUSINESS LAW ANNUAL OF CHINA

第三卷

本刊编辑委员会组成人员

顾问：江 平 卞耀武

编委：（以姓氏笔划为序）

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：高晋康

执行副主编：喻 敏 辜明安

执行编辑：王 蕾 刘 颖 李 丽 李欣玲 张仪娇
陈思如 陈屹立 周雪梅 杨雪梅 唐 杰
唐泽斌 祝 涵 袁佰武

SAN 95/23

西南财经大学出版社

中国商法年刊(第三卷)

中国法学会商法研究会编

顾问:江平 卞耀武

主编:王保树

执行主编:高晋康

责任编辑:何静等

封面设计:郭海宁

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街55号)
网 址:	http://www.xcpress.com/
电子邮件:	xcpress@mail.sc.cninfo.net
邮政编码:	610074
电 话:	028-87353785 87352368
印 刷:	郫县科技书刊印刷厂
开 本:	787mm×1092mm 1/16
印 张:	36.75
字 数:	850千字
版 次:	2004年5月第1版
印 次:	2004年5月第1次印刷
书 号:	ISBN 7-81088-114-0/F·098
定 价:	50.00元

1. 版权所有,翻印必究。

2. 如有印刷、装订等差错,可向本社发行部调换。

前言

诺贝尔经济学奖获得者斯蒂格勒曾言：世界上著名的大公司都是在某个时候以某种方式通过资本运营发展起来的，没有哪一家单纯依靠企业自身利润的积累就能壮大。中国企业的资本运营肇始于20世纪90年代初，短短十余年间就席卷了国内大多数企业。近年来，随着国内资本市场的发展和国外资本市场的开拓，越来越多的企业广泛进行资本运营，由此出现的蓬勃发展之势为斯氏论断作出了诠释。

由于我国资本运营起步较晚，总体水平偏低，因此如何迅速提高运营水准是当前亟待解决的重大问题。此外，实践中出现的一些混乱现象也需要国家对相关制度进行合理的设计与安排。

现实要求社会各界对当前资本运营面临的问题保持清醒的认识，冷静思考如何化解。在此背景下，国内商法学者济济一堂，探讨资本运营中的商法问题，可谓上应国际潮流，下顺现实国情。2003年9月，中国法学会商法学会研究会第三届年会在西南财经大学召开，年会的中心议题是资本运营的商法问题。由于资本运营涉及的领域十分广泛，会议集中研讨了四个主题：公司资本制度的完善；国有资本运营的制度研究；资本运营与信托制度；证券投资基金制度研究。参加年会的代表有一百五十多人，共收到论文百余篇。展现在读者面前的这本论文集，是以年会论文为基础选编而成的。

公司资本制度是本次年会关注的重点，与会代表就公司资本制度的基本原理、规则设计、出资类型、域外研究及本土化等展开了系统、深入的讨论，取得了诸多颇具价值的共识；关于国有资本运营的制度研究，学者们的视角主要集中于国有资本运营的监管机制、国有资产管理经营制度的改革和国有资本运营中的收购问题三个方面，对我国国有资本运营机制的完善提出了切实可行的建议；鉴于资本运营与信托制度的密切关系，学者们详细探讨了资本运营中信托制度的安排、信托方式的具体形式以及资产证券化等重要问题，以期运用信托制度独特的法律安排以及财产管理的灵活性和创造性，为我国设计出更为丰富的企业资本运营的方式和手段；针对我国证券投资制度的缺陷，学者们的关注焦点则是如何从立法角度完善基金法律体系并建立、健全各种配套制度。

本论文集凝结了中国商法学界众多学者的心血，它清晰地反映了大变革时代社会转型背景下法律学人对社会的思考、理解以及作出的努力和贡献。由于问题的错综复杂，论文集可能存在着这样那样的不足，还请读者见谅。相信通过对本书的阅读，读者能够对这个群体有更加真实而深刻的了解。

谨以此书献给为完善中国资本运营制度献计献策的殚精竭虑者。

《中国商法年刊》编委会
2004年4月

目 录

商法学研究综述 (2002 年 9 月—2003 年 8 月)	高晋康 廖振中 (1)
商法学研究文献索引 (2002 年 9 月—2003 年 8 月)	胡 涌 整理 (19)
中国商法学会 2003 年年会综述 (2002 年 9 月—2003 年 8 月)	喻 敏 汤火箭 谈李荣 廖振中 (27)

公司资本制度的完善

股份公司资本制度的走向:

从“资本维持原则”规制缓和中寻求真谛	王保树 (37)
论我国公司资本制度的改革方向	雷兴虎 (47)
论金融控股公司资本制度的价值目标	王远均 (60)
资本的权利	杨忠孝 (72)
从资本信用到资产信用——公司信用基础的检讨	赵旭东 (81)
公司资本制度研究	
——从商法价值取向的视角进行解读、评判与重构	赵万一 刘东平 (96)
公司资本制度评判——以我国法定资本制为中心	杜 军 (106)
试评我国公司法的资本制度	元小勇 (116)
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	郭富青 (122)
论我国公司资本制度的创新	宁金成 张安毅 (128)
论回应公司法人治理结构的公司资本制度	刘 文 (139)
论中国公司资本的严格监管与放松监管	徐晓松 (149)
中外合资企业资本法律制度的几个问题研究	杨春平 (160)
法定最低资本额制度与公司资本充实	朱慈蕴 (165)
三大公司资本制度模式比较论纲	傅 穹 (171)
论资本维持原则	
——兼论我国有限责任公司相关立法及其缺陷	段 威 (177)
论承诺资本制	李 平 (188)

公司股东出资义务合理性的基础分析	邓海桑 (194)
以土地使用权向公司出资若干问题研究	王幽深 (202)
简论权益融资的法律规范	宋一欣 赵雪莲 (207)
商誉出资法律规制的初步研究	余 涛 郭 丽 (213)
无形资产出资与资产评估制度的完善	张志辽 (219)
技术出资的法律规制	
——兼论我国公司资本制度的检讨与完善	赵海怡 (224)
我国无形资产出资立法的反思与完善	
——基于两起无形资产出资案的法律经济学分析	周林彬 冯 曦 (234)
资本退出与残余权利	
——超越股东知情权诉讼的司法困境	蒋大兴 (247)
经营者股票期权的法律障碍及其对策思考	王远明 邓小毛 (254)
中日公司资本制度之比较研究	刘永光 (262)
从企业法角度比较中美资本制度	周贤日 (267)
上市公司资本的异常法律结构	王建平 (280)
论我国公司资本制度的困惑与出路	任尔昕 (287)
论我国公司注册资本制度的完善及资本的规范运营	张 霄 王晓媛 (293)
完善我国公司资本制度若干问题的法律思考	张国平 (302)
论我国公司资本制度的完善	齐恩平 (309)
我国公司资本制度之完善	樊 涛 (314)
我国公司资本制度的缺陷与完善	
——立足两种公司形态差异的考察	周友苏 沈 柯 (319)
股票期权的导入与公司资本制度的完善	薛夷风 (325)

国有资本运营的制度研究

国有资本运营的基础性法律制度的构建	王亦平 (333)
对上市公司国有股权转让的两点思考	井 涛 (339)
公司法与国有资产管理经营制度的改革	马跃进 (346)
证券市场国有股权管理若干法律问题研究	
——股权取得方式的法律解析	李明良 (352)
论国有资本运营监管制度变迁之路径	
——一种商法理念的透析	卢代富 张 波 (358)
我国国有资本运营监督机制的局限及完善	汤火箭 (364)
论国有独资公司董事长的权源结构与运行	肖海军 (372)
入世后外资并购若干问题研究	费锦红 (379)
略论国有资本运营与上市公司收购之制度价值	范 健 (390)

持股激励的法理探析	韩灵丽 (396)
论管理层收购利益冲突的规制	胡晓珂 (402)
论管理层收购的立法完善——以国有资产保护为中心	彭真明 常 健 (408)
国有资本运营的法律障碍与解决路径	李康宁 (422)

资本运营与信托制度

信托——一种有效的资本运营制度安排	王艳梅 (431)
论货币所有权及其在运营中的流转	刘保玉 (437)
强制要约收购制度：我国资本运作的一个法律障碍 ——从两起上市公司收购案谈起	张 舫 (450)
论资本运营中的信用基础	李正华 覃有土 贺文华 (456)
MBO 信托产品法律分析 ——以全兴集团 MBO 信托产品为例	郑 铨 (464)
中国信托立法缺陷及其对信托功能的消解	盛学军 (469)
资产证券化的法律困境与信托运用	傅建武 (475)

证券投资基金制度研究

证券投资基金立法研究	刘俊海 (487)
证券投资基金的立法模式 ——兼评《证券投资基金法（草案）》	任万兴 折喜芳 崔巍岚 (504)
析证券投资基金的治理结构	李政辉 覃有土 (510)
投资基金立法中的投资者保护	刘丹冰 (520)
我国证券投资信托的现实问题及立法对策	吴 弘 (525)
证券交易所交易基金（ETF）法律问题研究	陆文山 卢文道 (533)
证券上市的标准监管 ——证券上市法定要件之国际比较	陈岱松 (547)
发展我国风险投资业的法律思考	张军杰 胡鸿高 (553)
股权托管的法律调控途径与模式	岳彩申 王玉学 (559)
保险基金投资技术分析之法律价值研究	徐卫东 (565)
论开放式基金的风险及法律防范	樊鸿雁 (576)

商法学研究综述

(2002 年 9 月—2003 年 8 月)

高晋康 廖振中^①

一、研究概述

一年来,商法学界以“建设有中国特色的市场经济”为中心,继往开来,默默耕耘。总的看来,今年的商法学理论研究有以下特点:

1. 本年度商法学研究学术成果丰富,在研究领域、研究视角和研究方法上有所拓展和突破,充分体现了创新意识。研究重点集中于商事信用制度、公司法的改革、公司治理中的监督权、证券民事责任等领域。这些领域除了涵盖商法传统问题外,也包括了新的理论研究“亮点”,显示出商法学界推陈出新、与时俱进的研究动向。在研究方法上,商法的学术研究大量采用法律经济学、比较分析学、博弈论、社会调查和案例切入等方法,演绎和归纳相结合,经验与理性互为依托,既丰富了商法研究的手段,又更好地贯彻了“实践是检验真理的唯一标准”的原则。在研究视角上,注意两个层次的结合:一是商法与社会学、政治学、经济学和行政学的外部结合,从其他学科的视角对商事问题重新进行审视;二是商法内部出现了一些跨学科的内部结合研究,例如将海商法的信用证制度和票据法的汇票制度进行比较分析,联系公司治理体系的完善和保险法的董事保险制度进行研究,以及探讨保险代偿权在海事领域的应用等等。商法学研究的深度也有所提高,在研究梯次上注意吸收过去的研究成果,并加以细化和深化。另外,商法研究的阵地呈现出多元化的趋势,网络论坛成为形成“话语权”的新途径,如中国民商法网 www.civilaw.com、公司法律资讯网 www.corplawinfo.com、中国海事审判网 www.ccmt.org.cn/hs/index.php 等,网络日渐成为学术论战的重要平台。

研究领域、视角和方法的创新带来了丰硕的研究成果。据不完全统计,一年来商法学科各类专著、合著、论丛、文库及译著蔚为大观,共 60 余部,公开发表论(译)文达 160 余篇。

2. 立法和研究的共栖较为明显。在各种商事法律的探讨、制定、研究和修改中,

^① 高晋康、廖振中,西南财经大学法学院。

学者们立足于商法学理和我国变革的社会经济实践,做出了应有贡献。这一年所公布的较有影响的商事法律文件主要有:《中华人民共和国保险法(2002年修正)》(2002-10-28)、《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(2003-1-9)、《上市公司收购管理办法》(2002-9-28)、《关于要约收购涉及的被收购公司股票上市交易条件有关问题的通知》(2003-5-20)、《关于设立中外合资对外贸易公司暂行办法》(2003-1-31)、《再保险公司设立规定》(2002-9-17)、《最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》(2003-4-16)、《信托投资公司资金信托管理暂行办法》(2002-6-26)、《信托投资公司管理办法》(2002-6-5)、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(2003-1-6)。另外,《证券法》的修改工作已于2003年7月正式拉开序幕。

3. 尽管受“非典”的影响,2003年商法学术活动数量较往年有所减少,但已经举行的学术交流体现出品位高、规模大的特点,显示出商法研究的勃勃生机。一年来所召开的具有影响的商法学术研讨会:2002年9月,清华大学商法研究中心举办的“全球竞争经济体制下的公司法改革”研讨会;2002年10月,由国际破产协会主办,中国政法大学破产法与企业重组研究中心协办,主题为“经济转型时期的企业拯救”的破产法研讨会在北京召开;2002年10月,由上海海运学院承办的“中国海商法协会第五届海商法国际研讨会”在上海召开;2002年10月,顾功耘教授赴日参加日中比较公司法研讨会,在会上做了“中国独立董事制度的建立和完善”的报告;2002年11月,“21世纪商法论坛国际研讨会——投资者利益保护:国际经验与中国实践”在清华大学举行;2002年12月,由上海社科院法学研究所、上海国际商务法律研究会公司法专业委员会等联合主办的中日公司法研讨会在上海浦东新区举行;2002年12月,由联合国开发计划署、最高人民法院、外经贸部等联合主办的“公司法证券法国际研讨会”在深圳召开;2002年12月,中国政法大学破产法与企业重组研究中心和日本东京证券交易所、中国国际商会调解中心、日本安德森·毛利律师事务所等机构联合在北京主办的“中国企业海外融资高层研讨会”;2003年1月,华东政法学院经济法研究中心举办的“市场主体权利的司法救济”专题研讨会;2003年4月,由华东政法学院、日本名古屋大学共同主办的“公司治理:制度设计与国际经验——亚洲企业法制论坛”在华东政法学院举行。

二、主要专(合)著、教材介绍

在过去一年出版的商法类书籍中,以下一些专著、译著、教材值得注意:

赵万一的《商法基本问题研究》全面阐述了作者对于商法基本问题的看法,研究范围广泛,涉及民商法与市民社会的关系、商法的概念、性质与特征、商法基本原则、民法与商法关系及中国民商立法的模式选择、商法与经济法和反垄断立法的关系、商事

主体制度、商行为制度、商业名称制度、商法实施等基本理论问题。^①

沈敏荣的《法律限度》是中国社会科学院法学研究所商事法研究中心和法律出版社共同研究出版的大型系列《商事法专题研究文库》中的作品之一。本书探讨了影响法律实现的各种因素。全书共分五章,以法律的基础地位和独立性的确立,法律解释,法律思想传统、法律的不确定性、自律规则,经济法和国际经济法五个专题来论述影响法律实现的重要因素。^②

“麦克米伦法学精要丛书”是英国麦克米伦国际出版集团近年来重点推出的一套法学教材。《商法(麦克米伦法学精要丛书·影印本)》(第2版)是该套教材中的一部。本书有两个特点:一是在内容上对英国法律体系作了一个言简意赅的回顾,让初学者可以很快对庞大的法律体系获得概括认识和把握;二是在体例上增加了消费者保护的部分。从传统商法的角度看,这一领域(尤其是所涉及的竞争法的相关内容)一般不纳入商法范围,但从实际来看,这些内容又与商事活动环环相扣,因此这一增加可谓体例上的突破。^③

张民安的《公司法上的利益平衡》从公司的社会责任开始,对公司发起人的法律地位、公司债权人的法律地位、公司董事的法律保护、公司高级行政人员的地位以及公司这些利益主体的利益在公司组织结构变更中的保护作了全面的研究,提出我国市场经济初级阶段的现实决定了我国公司立法应当强调公司股东投资回报的最大化,从而推动股东投资的积极性,在此基础上再兼顾其他利益主体的保护。^④

王文字的《新公司与企业法》将作者研究公司与企业法制的论文集结成书,反映了作者在公司企业法领域辛勤耕耘所取得的成绩。内容包括商业组织之核心法则、公司董事之权责、公司治理与董监事法制、委托书使用之管理、关系人交易、公司筹资、掏空公司资产等新兴议题。此外,本书针对时下商业活动重要的课题,包括民营化、企业重整法制、商业信托、公用事业管制、公司资产进出、企业并购法制等,亦有精辟且深入之探讨。^⑤

吴建斌的《日本公司法规范》依日本公司法体例,详细介绍了散见于日本民法、商法以及关于股份公司监察的商法特例法中有关公司商业登记、商号、商业账簿、商业使用人、无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、有限公司的规定,资料新颖,内容充实,具有很高的参考价值。^⑥

童兆洪的《公司法法理与实证》集中了作者对公司法领域热点问题思考的结果,如设立中的公司行为性质和民事责任承担、职工持股、董事对公司的义务与责任、母子公司关系非规范化运作的利益保护理念及机制等问题。在法理研究之外,作者还专门设立了“实证篇”,集中评述了公司法方面的经典案例。^⑦

① 赵万一:《商法基本问题研究》,北京,法律出版社,2002。

② 沈敏荣:《商事法专题研究文库:法律限度》,北京,法律出版社,2003。

③ [英]斯蒂芬·贾:《商法(麦克米伦法学精要丛书·影印本)》(第2版),北京,法律出版社,2003。

④ 张民安:《公司法上的利益平衡》,北京,北京大学出版社,2003。

⑤ 王文字:《新公司与企业法》,北京,中国政法大学出版社,2003。

⑥ 吴建斌主编:《日本公司法规范》,北京,法律出版社,2003。

⑦ 童兆洪主编:《公司法法理与实证》,北京,人民法院出版社,2003。

符启林的《中国证券市场十年著名案例评析》选择了中国证券市场从小到大、从不完善到逐渐完善的十余年发展历程中具有一定代表性的案例进行分析,一方面充分注意所引案例的真实性、准确性和权威性,另一方面对有关现行法律制度进行了比较分析或述评,力求全面反映当前证券法的最新研究成果。本书的写作主要基于三个目的:其一,通过对证券市场十年间案例的整理汇总,向读者展现我国证券市场发展的概貌;其二,通过对证券市场十年间案例的分析研判,更具现实性与针对性地探讨证券法理论;其三,通过对证券市场十年间案例的反思回顾,总结如何完善中国的证券市场制度。^①

傅长禄的《证券民事赔偿诉讼》是法律出版社“证券民事赔偿丛书”中的一本。主要内容包括:证券民事赔偿制度概述;对证券民事赔偿司法解释的总体评价;证券民事责任归责原则体系的建立;证券民事赔偿诉讼的非诉机制、前置程序及管辖、诉讼方式、举证责任分配、执行程序。^②

台湾学者林国全的《证券交易法研究》一书剖析了证券交易中的几个重要法律问题:证券交易法和证券行政的关系;企业内容资讯揭露制度的有效性标准;有偿证券的公开收购。同时,以日本相关法规为考察对象,研究了对券商行为的规范、反市场操纵条款、证券主管机关的权限和证券市场自律机构。^③

邓成明的《中外保险法律制度比较研究》对中外保险法律制度进行了多角度的比较,并在分析、比较的基础上对我国保险开放和保险监管法律制度的创新提出了自己的见解。全书分5篇22章,分别对中外保险合同法律制度、保险经营组织法律制度、保险经营规则、保险中介制度及保险监管制度等进行了比较研究。^④

中国人民大学出版社出版的《票据法(民商法精要系列·影印注释本)》由美国西北大学法学院教授 Richard E. Speidel 和明尼苏达大学法学院教授 Steve H. Nickles 合著而成。本书分为两大部分:前十章重点论述流通票据;后三章重点论述支票托收制度。在金融高度发达的当代社会,票据的流通过程基本上是通过银行体系完成的。因此,只有了解了银行完成支票托收的过程,才可能全面、准确地理解票据行为和票据法,这也是本书作者匠心独具之处。^⑤

本年度出版的商法专著、合著、译著、论丛还很多,限于篇幅,恕不一一列举叙述。主要的出版书籍见索引二。

三、主要热点问题综述

(一) 商法总论

1. 商法的地位

① 符启林主编:《中国证券市场十年著名案例评析》,北京,中国政法大学出版社,2003。

② 傅长禄主编:《证券民事赔偿诉讼》,北京,法律出版社,2003。

③ 林国全:《证券交易法研究》,北京,中国政法大学出版社,2002。

④ 邓成明等:《中外保险法律制度比较研究》,北京,知识产权出版社,2002。

⑤ [美] Richard E. Speidel:《民商法精要系列·影印注释本:票据法》,北京,中国人民大学出版社,2003。

我国民商立法模式的选择一直是商法基础理论研究的热点问题,虽然目前国内的主流立法思想是民商合一模式,但我国尚未制定民法典,法律体现的模式选择亦不明确,因而在民商事立法模式上应该有更大的选择余地。这一年来民商合一和民商分离的争论常见于各种刊物之上。有学者指出,欧洲商法与民法发展的两条线、双轨制现象来自于历史的惯性和偶然性。当商法出现时,欧洲的民事法还是封建法,是“商”和商法的发展导致了社会革命和民事法的普及。从中国的情况看,民商事的发展则是同步的,“商”一直未能摆脱封建宗法体制的束缚,未能发展到推动、引发平等民事的程度;相反,中国的“商”往往需要民事的进步来催化,当社会上平等观念和制度导致民法真正形成时,商法也就包含在其中了。在现代社会中,商法的基础,如“商主体”和“商行为”都已经丧失殆尽。^①有学者在回顾和反思我国民商立法体例研究成果的基础上,由“王海现象”入手进行实证分析,指出商法在调整对象、价值取向和制度来源等方面不同于民法,主张以民商分立作为我国民商立法的体例。^②有学者从制定民法典的技术角度讨论民法和商法的关系,主张放弃制定一部大而全的民法典或民商法典的设想,改为制定一部“中国民商法律总纲”,将商事活动的独特法律精神列入“商事特别”一章,明确界定商事主体与商行为,规定民商事法律的相互关系和适用规则,实现民商法的大合一、小分立,或者称之为“适当分立”。^③但也有学者提出,在西方,民商分立是一个自然发展的历史过程,相对于理性和价值判断,历史传统才是形成民商分立的真正原因。我国不存在西方的商人历史传统,商人在任何时候都没有成为一个相对独立的阶层,没有自己的商事权利,因而在我国讨论民商分立和合一意义不大。^④

2. 商法的全球化和现代化

随着我国加入WTO,我国经济已全面融入全球化进程。作为市场经济普遍规则的承载者,我国商法面临着全球化和现代化两大问题,而这两个问题将决定我国商法未来的发展方向。有学者系统探讨了全球化对商法的一般影响,提出我国应该利用全球化的机遇,构建理性的商法体系,实现商法与国际惯例的接轨,提高商法体系内部的协调性以及商法具体条款的可操作性。^⑤还有学者采用历史研究的方法,指出独立的商法起源于中世纪的商事习惯法,其产生的动力是城市的兴起、商事往来的需要和商人阶层的诞生。针对中国重农抑商的传统,我国应该利用加入WTO的机遇,打破旧传统,振兴商法,以保护商事活动的有序进行。^⑥

关于商法的现代化,有学者撰文强调了西方历史上商人集团对法治文明的影响和改造,认为独立的商人阶层发展出了带有自治性、独立性和普遍性的法律秩序,并成为现

① 史际春、姚海放:《再论商法》,载《首都师范大学学报》,2003(1)。

② 王璟:《中国商法的立法模式再研究》,载《法律适用》,2003(1)。

③ 余能斌、余立力:《制定“民商法律总纲”完善民商法律体系》,载《武汉大学学报》(社科版),2002(6)。

④ 李永军:《论商法的传统与理性基础——历史传统与形式理性对民商分立的影响》,载《法制与社会发展》,2002(6)。

⑤ 王春婕:《商法的重构:在全球化背景下的思考》,载《法商研究》,2002(6)。

⑥ 王璟:《析商法的起源——兼谈加入WTO与我国商法的振兴》,载《政法论丛》,2003(1)。

代法治文明的基础。^① 同时有学者指出,商人自主自觉精神的发扬是推动商法现代化的动力,弘扬商人精神是时代的召唤,对于商法体系的完善和市场经济建设具有重要意义。^② 有学者研究了《美国统一商法典》,强调我国在商法的制定过程中,应吸收该法典的立法经验,按照商法现代化精神主动移植国外商法的先进内容,对本国传统商法加以整合,实现后来居上的目标。^③ 还有学者深入研究了商法在不同历史阶段的本质,认为与其发展的四个历史阶段(古代、中世纪、近代和现代)相对应,商法的本质属性依次表现为:①家商一体、民商不分的商事规范;②与家庭相区分的自然人之间的商人习惯法;③关于企业商事活动的国内法;④关于资本经营的新国际商人习惯法。对商法本质的正确认识,为我国商法的现代化指明了方向。^④

3. 商业信用

中国法学会商法学研究会2002年(长春)研讨会后,学界对商事信用的研究仍在继续,中国方正出版社专门出版了有关信用和法律的系列丛书。此外,有学者详细探讨了我国商业信用缺失的原因,认为应从加强法制和道德教育,强化法律对商业信用的保障,加大失信者成本,公开商业信用信息,加强监督和自律等方面来构建完善的商业信用制度。^⑤ 有学者认为商事信用信息的公开是构建中国良性信用秩序的关键。具体而言,一是要正确区分个人信息和公共信息,区别对待经营者和个人消费者,树立本人授权与法律授权相结合的指导思想,从而正确界定公共信息与个人信息,达到信用公开和个人私生活权利保护的平衡;二是坚持市场主导的宗旨,促成信用信息的开放,政府则主要致力于服务和监督工作。^⑥

另外,有学者在对我国目前商事法学的研究方法进行反思的基础上提出了商法经济分析的思路,认为降低交易费用应作为商法的立法宗旨,成本收益法应成为商法经济分析的基本方法。作者由此对若干商法基本制度进行了分析,进而提出创新我国商法的具体做法和途径。^⑦

(二) 公司法

1. 公司法改革

我国公司法的制定已有近十年,经济的发展和现实生活的需要要求对现行公司法作出全面、深刻、系统地检讨和修订,我国立法部门也再次将修订公司法纳入立法计划。我国以前公司法的立法与修法的实践告诉我们,没有建立在对现实的客观分析和事物发展规律的认真总结基础之上的立法理念,公司法的立法和修法都难以获得成功,而商法学者正肩负着这一重任。有学者指出,我们应以改革的态度去审视公司法,即从关注一

① 郭志祥:《法治文明与商人阶层》,载《法学》,2003(2)。

② 林姜、李颖:《商人精神与商法的变迁》,载《广西政法管理干部学院学报》,2003(3)。

③ 胡绪雨:《〈美国统一商法典〉对中国商法发展的启示》,载《政法论丛》,2002(12)。

④ 王瑞:《商法本质的变迁》,载《政法论坛》,2002(12)。

⑤ 覃有土、李正华:《论商业信用与商业信用制度之构建》,载《法商研究》,2003(2)。

⑥ 冯果:《由封闭走向公开——关于商事信用的若干理论思考》,载《吉林大学社会科学学报》,2003(1)。

⑦ 周林彬:《中国商法创新的方法与途径初探:一种经济分析的思路》,见王保树主编《商事法论集》,第7卷,2002。

国范围的适应性转向关注对全球竞争的适应性。当前,公司法改革面临的主题是竞争与发展,公司法改革的关注点是降低公司设立成本与提高竞争力,改革的重点在于制度改革。^①有学者以公司法和国企的关系为主线全面回顾了我国自清末以来公司制度的发展历程,指出近现代我国公司立法者都倾向于引进西方公司法以达到发展国企的效果,然而实践证明,公司源自民间社会自主秩序,经过西方私企上千年演进而来的公司法与国企是两种完全不同的制度,二者遵循不同的逻辑,借公司法改造国企以打造“现代企业制度”的尝试难以成功。^②有学者认为急剧变动的社会现实和日趋紧张的国际竞争,不仅带来了公司理念的更新,也推动了各国立法的发展,“放松管制和强化公司监控”成为各国或地区公司法修订的基本方向,我国公司法的修订应具有相应的全局性和必要的前瞻性,确立“放松政府管制,强化、完善内部监控,顺应知识经济需要”的基本指导思想。^③

2. 公司法的性质

公司法是私法抑或公法是公司法的重要基础理论问题之一,涉及公司经营自主权和国家权力的平衡,也关系到公司章程与法律的边界划分。有学者对国外公司契约理论进行了系统研究,提出我国公司法应该将公司界定为股东之间所缔结的契约,由此软化公司法的强制性规定,确立公司契约设立自由、公司组织形式选择自由和公司契约内容自由三大原则,从理论上解释公司的内部关系,在实践中鼓励人们设立公司的积极性,以繁荣经济。^④有学者评价我国公司法带有强烈的管制色彩,法律强制规定过多,给公司章程留下的空间太少,应该分清有限责任公司和股份有限公司的区别,认同小型公司和私人投资者对公司组织形式选择的自由,简化有限责任公司的组织形式,同时吸收外资企业法的合理内容,建立内外统一的有限责任公司制度。^⑤有学者由公司法的性质入手探讨了公司法规则的分类,认为公司法规则包括强制执行规则和任意性规则,后者又细分为推定适用规则和许可适用规则。基于我国目前处于市场经济初级阶段的实际情况,我国公司法规则应更多的被认为是强制执行规则。在具体案件的处理上,法官应以实现社会最优化为原则认定相关规则的性质。^⑥

3. 公司资本制度

严格的法定资本制度在我国没有取得预期的效果,“三角债”、抽逃资本的问题屡屡发生。同时,资本制度的僵化限制了出资形式,提高了公司设立的成本,阻碍了经济的发展。关于现行公司资本制度的修改成为一个讨论的焦点。有学者认为资本制度改革是中国公司法改革的核心问题,置疑资本三原则的合理性,提出以“资产信用”替代“资本信用”,实现保护交易安全的社会目标,建议通过对债务人资产状况的分析、外

① 王保树:《竞争与发展——公司法改革面临的主题》,载《月旦民商法杂志》,2003(9)。

② 方流芳:《试解薛福成和科比的中国公司之迷——解读1946年和1993年公司法的国企情结》,见梁治平编《法治在中国:制度、话语与实践》,北京,中国政法大学出版社,2002。

③ 冯果:《变革时代的公司立法——以台湾地区“公司法”的修改为中心考察》,载《南京大学学报》(人文社科版),2003(2)。

④ 张民安:《公司契约理论研究》,载《现代法学》,2003(2)。

⑤ 吴越:《中国公司法之构造缺陷及完善》,载《现代法学》,2003(2)。

⑥ 普丽芬:《从公司法规则的分类界定公司章程的边界》,载《华东政法学院学报》,2003(3)。

部中介机构的评价及社会信用、担保手段等多种工具实现保护债权人利益的目标。^①又有学者在比较大陆法系实收资本制和英美授权资本制的基础上,指出最低资本额制度只是大陆法系国家在保护债权人的其他机制欠成熟和可操作性弱前提下的一种次优方案。在欠缺完善的担保和责任保险机制、会计制度以及公司治理结构的情况下,立法者强化最低资本额设计,采纳次优安排,是一个无奈的选择。当外部条件具备时,立法者应该弱化最低资本额设计,采纳最优选择。^②同时,也有学者撰文从保护社会商业信用的角度论证了我国保持法定资本制的合理性,指出我国现行公司资本制度所存在的问题主要是验资制度和人格分立制度的纰漏所致,并非法定资本制度本身的问题。相反,法定资本制度对社会信用机制的要求比授权资本制度低,更符合我国社会信用体制不完善的现状,有利于促进整个社会信用机制的形成。^③

4. 公司治理结构

有学者探讨了公司治理结构在法律上的一般性含义,指出公司治理结构是为了实现公司法人的自我约束和法人内部的相互制衡,在治理主体之间就体现其现存法人利益的权利与义务所做的预先调控机制。所有历史上的公司治理结构均可分为追求“安全”的“求安至上”型和追求“高效”的“求利至上”型,这两种类型随着历史的发展表现出规律性的此消彼长的宏观发展趋势。我国现有公司治理结构在“安全”和“求利”两方面都有不足之处,应在理论原则定位、实体法及程序法保障三个方面激活现代公司治理结构“求安”与“求利”的机制。^④有学者集中讨论了公司治理结构的参与主体,提出了“公司多边治理”的理念,指出根据权利义务一致、风险和利益相统一的原则,应该以是否向公司投入生产要素、是否分享公司利益以及是否分担公司风险为依据确定参与公司治理的主体。因此,股东、职工、公司银行债权人和普通债权人都应该参与公司治理,分享决策权、执行权和监督权,其中的关键是改变股东会、董事会和监事会的成员构成和职能。^⑤还有学者撰文详细探索了国家对公司治理进行法律规制的方法,认为我国公司立法过于注重权利的分配而忽视权利的保护,注重政府事前的强制干预而忽视当事人的诉讼权利,指出立法应该从行政制裁型向司法裁判型转变,赋予当事人充分的诉讼权利,使其在利益受到侵害时可以主动寻求救济,从事后处罚的角度来防止经营者或大股东滥用权利。^⑥

股东累计投票权作为一种维护中小股东利益的有效制度得到了我国主管机关的支持和鼓励。有学者详细阐述了这一制度的历史沿革,认为我国新公司法应当在董事和监事的选举上强制规定累计投票制度,并禁止可能抵消或者缓冲累计投票权功能的若干做法。^⑦

自中国证监会发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》以来,公司

① 赵旭东:《中国公司法的修订与改革》,载《法学论坛》,2003(2)。

② 傅穹:《路径依赖与最低资本额安排》,载《法制与社会发展》,2002(6)。

③ 任尔昕、史玉成:《论信用短缺时代的我国公司资本制度》,载《政法论坛》,2003(2)。

④ 杨震:《论我国公司法人治理结构制度的完善》,载《中国法学》,2003(1)。

⑤ 廖斌、徐景和:《公司多边治理研究》,载《政法论坛》,2003(1)。

⑥ 袁锦秀:《公司治理结构的法律规制》,载《法学》,2003(2)。

⑦ 刘俊海:《论股东累计投票权》,载《环球法律评论》,2003年春季号。

治理中监督权的行使以及监事会和独立董事的关系成为商法界讨论的热点。有学者撰文强调了公司内部监督权的不可分割性,指出我国公司内部监督机制多元化的现状直接导致了公司内部监督权的碎片化、监督机构的分散化,从而弱化了公司监事会监督权。因此,我国公司立法应该将那些分割出去的监督权力整合进监事会制度之中,构建完整的监事会职权体系。^①有学者比较分析了美国独立董事和德国监事会制度,指出独立董事的监督权力不能与监事会同日而语,对美国公司的主要监督来自公司外部的股权市场和经理市场。监事会比独立董事更加适合我国国有股一股独大、经理市场不发达和二元制公司结构的现状,借鉴德国的经验,提高我国监事会的法律地位,完善监事会的构成和职权比引进独立董事更具合理性和可行性。^②还有学者从文化背景出发,指出美国的民主文化导致了股权的高度分散,所以公司治理中需要以独立董事解决“管理者剥削股东”的问题;而德国监事会的设立则是针对产融结合背景下“银行大股东剥削小股东”的问题。我国特定的集中性经济体制、政治体制和文化传统决定了独立董事无法解决其所欲解决的问题。应当将独立董事纳入监事会的框架之下,进一步扩大监事会的权力。^③有学者从实证的角度具体提出了监事会与独立董事并存的解决方案,认为应该由监事会提名独立董事的候选人,决定独立董事的报酬,考核独立董事的业绩和公示独立董事的个人、工作信息。^④

5. 域外公司法研究

2002年4月日本正式实行商法修正案(下称新法案)。其主要的内容之一是减轻公司董事和监事的法律责任,这与同一时期美国强化公司管理层惩处力度的奥克斯法案形成了鲜明对照,引起了商法界的关注和反思。

有学者在系统研究萨巴尼—奥克斯法案的基础上提出美国这次公司丑闻的根源在于认股选择权激励效果反转、外部审计看守失效以及股东诉讼举证艰难,提出每一种法律都会影响交易费用,公司改革法案至少会在某些方面直接导致交易费用的增加。同时,该学者对奥克斯法案的作用持保留态度,认为“自由经济真正的敌人是道德相对主义,每一个人的良心才是真正管用的市场警察”。^⑤

有学者全面介绍了日本商法修改的内容,从董事、监事责任减轻,股东代表诉讼合理化以及监事职能的强化三个方面论述了日本商法修正案对我国公司立法的启示。^⑥有学者比较了日、美两国董事责任限制的规定,提出为了保护董事在经营中的积极性,我国立法在加强董事责任的同时,为防止股东滥用诉权,减少董事的经营风险,应设立董事责任的限制机制。^⑦有期刊组织了对日本商法修正案的专栏讨论,其中:有学者详细

① 江平、邓辉:《论公司内部监督机制的一元化》,载《中国法学》,2003(2)。

② 彭真明、江华:《美国独立董事制度和德国监事会制度之比较——也论中国公司治理结构模式的选择》,载《法学评论》,2003(1)。

③ 蒋大兴:《独立董事:在传统框架中行动?——超越公司治理结构改革的异向思维》,载《法学评论》,2003(2~3)。

④ 徐永涛、邢书恒:《独立董事的运行之路》,载《政法论丛》,2003(3)。

⑤ 方流芳:《美国2002年公司改革法案评述》,载《复旦法学评论》,2003(1)。

⑥ 徐澜波、胡钧:《日本董事、监事制度的修改及启示》,载《法学》,2003(3)。

⑦ 蔡元庆:《限制董事经营责任法理的比较研究》,载《现代法学》,2003(2)。

列举了界定董事、监事责任必须考虑的具体因素,认为不能一味要求强化管理层责任^①;有学者提出区分董事、监事的不同地位,实现责、权、利合理配置是公司治理的理想状况^②;有学者分析了日本立法的背景,指出新法案的出台是基于日本经济萎靡的现实,目的在于放宽限制,鼓励大胆经营,实现经济的复苏^③;有学者注意到新法案中对独立董事责任免除的特殊规定,建议对我国独立董事责任予以减轻^④;有学者认为公司法应当适当减轻我国董事、监事的刑事责任,走轻刑化和非犯罪化之路^⑤;有学者对新法案的实际效果提出置疑,认为新法案的规定还需要细化和调整,其作用仍有待观察^⑥。

有学者就欧盟公司法区域一体化协调的过程,指出涉及各国文化传统的立法领域是最难协调的部分,而由民间组织按自愿原则设立的准法(Soft Law),即公司治理非强制性建设,以其可塑性、包容性以及多样性推动了公司法的一体化。^⑦

6. 公司的设立

公司设立是公司发起人创设一个具有法律人格的商事主体的过程。这一过程始于发起人的合意,止于主管机关的核准登记。有学者对公司登记制度进行了深入研究,指出公司登记的目的在于公示公司信息,以维护交易安全和效率。公司登记就其性质而言是一种行政确认行为,行政确认行为的服务性体现了现代行政行为的时代特征。证明效力、公信效力和对抗效力构成公司登记效力的具体内容。^⑧有学者对设立中的公司的法律地位予以关注,在比较分析相关学说和立法的基础上,指出设立中的公司是准民商事主体,具有有限法律人格,可以以自己的名义完成设立和开业准备所必需的民事活动。^⑨

另外,有学者以中国现行《公司法》和美国1996年《统一有限责任公司法》为主要蓝本,从公司设立制度、资本制度、治理制度、分配制度和解散制度五大方面对中美两国的有限责任公司制度进行了集中比较,研究其差异所在。^⑩

(三) 证券法

过去的一年,中国证券市场在发展中进行调整。随着红光实业、银广厦、大庆联谊、亿安科技等上市公司虚假陈述、操纵市场、内幕交易等违法行为的曝光,如何对中小股东的损失予以民事救济,追究相关主体的民事责任,挽回广大投资者对证券市场的信心,成为法律界急需解决的问题。在理念层面,民商法学者对证券民事责任的设立方式、立法与司法的协调进行了深入研究。在具体制度层面,最高人民法院于2003年2

① 徐澜波:《界定公司董事、监事责任所必须考虑的因素》,载《政治与法律》,2003(1)。

② 成杰:《责、权、利的新调整》,载《政治与法律》,2003(1)。

③ 唐敏:《现实需要推动立法改革》,载《政治与法律》,2003(1)。

④ 胡钧:《区别对待,合理减轻我国独立董事责任》,载《政治与法律》,2003(1)。

⑤ 王朋:《非犯罪化和轻刑化并举》,载《政治与法律》,2003(1)。

⑥ 戴永军:《进一步完善放宽是大势所趋》,载《政治与法律》,2003(1)。

⑦ 朱羿锟:《欧盟公司法创新与“准法”》,载《法学论坛》,2003(2)。

⑧ 王远明、唐英:《公司登记效力探讨》,载《中国法学》,2003(2)。

⑨ 杨联明:《设立中公司的法律地位研究》,载《河北法学》,2003(3)。

⑩ 虞政平:《中美有限责任公司制度比较》,载《中国法学》,2003(1)。