

ECONOMIC AND COMMERCIAL LAW REVIEW

财经法律评论

2004

第

1

卷

(总第2卷)

主办单位 中央财经大学法律系
中央财经大学财税金融法律研究所
主 编 甘功仁 李 轩

ECONOMIC
AND
COMMERCIAL
LAW
REVIEW

特稿

《公司法》的修改与完善

江 平

专论

论货币政策与金融监管的综合协调
民法典制定之焦点

王广谦 曾筱清
河 山

金融监管

论我国银行业并表监管制度的立法完善
保险相互公司抑或保险股份有限公司：经济全球化背景下的优劣选择
[日]沙银华

蔡 奕

市场规制

竞争的竞争法——国际竞争问题的法律适用

盛杰民 张江莉

WTO专论

论WTO条件下政府职能的转变与创新

史树林

他山之石

德国合同法简释(下)

德国技术合作公司中德法律合作项目组

新视点

税收文化与宪政精神——兼谈减轻农民负担政策中的民本主义
单向度的人——法律学术共同体批判

刘双舟

张 诚

法案观察

从天歌科技事件中的司法裁决行为看我国证券市场司法秩序

李明良



法律出版社
LAW PRESS CHINA

ECONOMIC AND COMMERCIAL LAW REVIEW

财经法律评论

2004 第1卷 (总第2卷)

主办单位 中央财经大学法律系
中央财经大学财税金融法律研究所

《财经法律评论》编委会

主 任

甘功仁

副主任

蔺翠牌 史树林

委 员

(以姓氏笔画为序)

甘功仁 史树林 许冰梅 李 轩 张旗坤

曾筱清 柳本醒 戚 渊 黄 震 蔺翠牌

《财经法律评论》编辑部

主 编

甘功仁 李 轩

编 辑

(以姓氏笔画为序)

许冰梅 安新宇 阳 平 刘双舟 吴 韬

张旗坤 邵伊晴 郑 琳 郑人玮

金朝武 胡晓珂 黄 震

英文编辑

金朝武 邵伊晴



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

财经法律评论.第2卷/甘功仁,李轩主编.一北京:
法律出版社,2004.9

ISBN 7-5036-5023-0

I.财… II.①甘… ②李… III.①财政法—
研究—中国②经济法—研究—中国 IV.D922.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 073688 号

法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/22 字数/380 千

版本/2004 年 9 月第 1 版

印次/2004 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yangyang@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939647

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5023-0/D·4741

定价:43.00 元

卷首语

《财经法律评论》创刊词

新的一卷《财经法律评论》行将付梓,编者依然有话要说。

《财经法律评论》问世不过数月,但据说已经见售于全国各地大大小小的法律书店了。编者惊诧于出版机构的高效率的同时,对此一则以喜,一则以忧:喜的理由自不待言,当然是因为这一处女之作已经受到法界同仁和有关方面的关注;忧的则是它的主旨、内容能否满足各界读者的阅读趣味和期望。如何使得这本法律评论“不仅可以汇纳学术界与实务界的种种成果,而且可以打破学科之间似乎不可逾越的藩篱,从整体上体现经济学科与法学学科交叉互补、理论研究与实务操作融会贯通的编辑理念”,是我们不得不认真思忖的一个问题。

记得初次打出“财经法学”这一旗号的时候,我们曾经遭遇概念含混的质疑。及至近年与台湾同道逐步沟通,才知道台湾诸大学对“财经法律”、“财经法学”颇多瞩目和研究;除传统法律院系往往将学生按其将来择业旨趣划为“司法组”或“财经法组”而外,更有多所大学设有“财经法律系”或者“财经法中心”,其人才培养采用的也是经济学课程与法律学课程并重的复合型模式,在法学研究层面更是强调法学对经济学的兼收并蓄。我们更注意到,发轫于制度经济学的法律经济学研究在西方发达国家正方兴未艾,而我国大陆经济学人(前辈如吴敬琏教授,后辈如张维迎教授、樊刚教授)在最近几年都表现出对法律问题的空前关注。由是观之,坚持跨学科的办刊路线绝不仅仅是我们自说自话的独创,而且还会给《财经法律评论》带来更为广阔的生长前景。

有鉴于此,我们特意在本期专论一栏约请中央财经大学校长、著名金融学专家王广谦教授和中央财经大学财税金融法研究所副所长、法学博士曾筱清副教授共同撰写了《建立货币政策与金融监管综合协调机制的若干思

考》一文,并分别约请经济学者、保险界专业人士从经济学的角度探讨相关制度选择和制度完善的问题,俾期这本法律评论能够同时成为经济学管理学专家、财经管理人员和财经领域实务工作者发表观点、切磋时务的一个交流平台,益使我们的办刊理念更加名副其实。

与此同时,就法学领域而言,随着法律实践的不断丰富和法学研究的不断深入,民商法尤其是商法与经济法之间的部门界限似乎显得日益模糊了。举凡公司法、证券法、保险法、票据法、信托法等法律部门,莫不既属调整平等主体之间营利行为的商事法律规范,又兼有浓厚的国家干预色彩,体现出日益明显的商法经济法化的趋势。事实上,这也是我们在传统民商法学和经济法学之外特别提出“财经法学”这一概念的主要由来,尽管这一概念有不尽规范之嫌。本卷收入的江平教授的《公司法的修改与完善》、河山教授的《民法典制定之焦点》等重头稿件,相信既是本刊注重涉猎的领域,也是广大读者普遍关注的话题。

最后,我们还要对已经和正在给我们赐稿各位熟或不熟的朋友表示由衷的敬意和感谢;我们尤其期待财经领域的新锐写手给本刊带来意外的惊喜。

甘功仁 李 轩

2004年5月

目 录

卷首语	1
【特稿】	
《公司法》的修改与完善	
江 平	3
【专论】	
论货币政策与金融监管的综合协调	
王广谦 曾筱清	25
民法典制定之焦点	
河 山	42
【金融监管】	
论外资银行的法律监管	
蔺翠牌 孙巧丽	55
论我国银行业并表监管制度的立法完善	
蔡 奕	61
论我国银行危机救助制度的立法完善	
郑人玮	71
试析我国《证券法》中“融资交易” 的内涵及其构成要件	
——从某证券公司融资买卖股票案谈起	
程合红	81
保险相互公司抑或保险股份有限公司	
——经济全球化背景下的优劣选择	

沙银华 ————— 88

【财税法制】

国有资产立法:回顾与前瞻

万其刚 ————— 105

从国外预算监督机制谈我国预算法的完善

杨燕英 ————— 119

修改《预算法》的九大问题

傅光明 ————— 126

税收竞争有害论质疑

金朝武 ————— 135

论审计报告不实的法律规制

李 萍 ————— 153

【市场规制】

竞争的竞争法

——国际竞争问题的法律适用

盛杰民 张江莉 ————— 163

与竞争法有关的国际贸易冲突

——从微观视角看竞争法国际协调之必要性

吴 轲 ————— 181

【公司治理】

美国独立董事制度与德国监事会制度之比较

——兼谈中国公司治理结构模式的选择

彭真明 江 华 ————— 193

论关联交易与上市公司内部法律治理机制的完善

王力博 陈丽霞 ————— 205

论我国 MBO 交易信息披露机制的问题与对策

吕鹂慷 吕 铭 ————— 212

【WTO 专论】

论 WTO 条件下政府职能的转变与创新

史树林 ————— 223

入世后中国商会制度的改革与完善

朱家贤 ————— 236

【他山之石】

德国合同法简释(下)

德国技术合作公司中国法律改革咨询项目组	249
美国证券虚假陈述民事赔偿请求	
主体的法律制度研究	
——从“规则解释”到“实证分析”的发展	
杨建锋 李翠颖	267

【新视点】

税收文化与宪政精神

——兼谈减轻农民负担政策中的民本主义	
刘双舟	287
论农民工劳动报酬权的法律保护	
王学飞	297
单向度的人	
——法律学术共同体批判	
张 诚	307
重省“法律现代化”之梦	
——读《中法西用——中国传统	
法律及习惯在香港》	
黄 震	317

【法案观察】

从天歌科技事件中的司法裁决行为

看我国证券市场司法秩序

李明良	323
-----	-----

【学术百家】

史际春:新的发展观与经济法治新发展	331
戴凤岐:经济安全与经济法	333
王全兴、管斌:市场化政府经济行为的法律规制	335
朱慈蕴:法定最低资本额制度的缺陷与	
公司资本充实	337
李昌麒:加强对弱势群体的法律保护	338
王利明:海峡两岸的仲裁立法	340

Commercial and Economic Law Review
Volume 2

Table of Contents

Preface ————— 1

【Special Issues】

On the Amendment and Perfection of
the Company Law

By Jiang Ping ————— 3

【Articles】

On the Comprehensive Coordination of
Monetary Policy and Financial Regulation

By Wang Guangqian & Zeng Xiaoqing ————— 25

Focus Issues in Making the Civil Code

By He Shan ————— 42

【Financial Regulation】

On the Legal Regulation of
Foreign-funded Banks

By Lin Cuipai & Sun Qiaoli ————— 55

On the Legislative Perfection of the
Consolidated Statement Regulation
of China's Banking Industry

By Cai Yi ————— 61

On the Perfection of the Legislation on Bank
Crisis Relief System in China

By Zheng Renwei ————— 71

A Tentative Analysis of the Connotation and
Constitutive Elements of the Term "Financing
Dealings" in the Securities Law

By Cheng Hehong ————— 81

Cooperative Insurance Company vs Stock Limited
Insurance Company: What Is the Choice in
the Context of Economic Globalization?

By Sha Yinhua ————— 88

【Fiscal & Tax Law】

Legislation on State-owned Assets:
Retrospect and Prospect

By Wan Qigang ————— 105

On the Perfection of the Budget Law of China:

On the Basis of Foreign Budget

Supervision Mechanism

By Yang Yanying ————— 119

Nine Issues Involved in the Amendment
of the Budget Law

By Fu Guangming ————— 126

Is Tax Competition Really That Harmful?

By Jin Chaowu ————— 135

On the Legal Liabilities of Unfaithful

Auditing Reports

By Li Ping ————— 153

【Market Regulation】

Competition Law in Competition: On the Legal
Application of International Competition Issues

By Sheng Jiemin & Zhang Jiangli ————— 163

International Trade Conflicts Relating to the Competition Law: A Microscopic Perspective on the Necessity for International Coordination of Competition Law	By Wu Tao	181
--	-----------	-----

【Cooperate Governance】

A Comparison Between the Independent Director System of the U. S. and the Board of Supervisors System in Germany: What Is the Choice for China's Corporate Governance?	By Peng Zhenming & Jiang Hua	193
Connected Dealings and the Internal Regulation Mechanism of Listed Companies	By Wang Libo & Chen Lixia	205
On the MBO Information Disclosure Mechanism in China: Problems and Suggestions for Solution	By Lu Likang & Lu Ge	212

【WTO Treatises】

On the Transformation and Innovation of the Role of Government in the Context of WTO	By Shi Shulin	223
China's Chambers of Commerce in the Context of WTO: Reform and Legislative Improvement	By Zhu Jiexian	236

【Foreign Law】

German Contract Law (II)	By the GTZ Sino-German Legal Cooperation Project	249
On the Subject for Claiming Civil Compensation for Fraudulent Securities Statement in the U. S. Legal System: The Process from "Rule Interpretation" to "Positive Analysis"	By Yang Jianfeng & Li Cuiying	267

[Now Perspectives]

Tax Culture and Constitutional Spirit: On the Farmer Fundamentalism in the Policy of Mitigating Farmers' Burden <i>By Liu Shuangzhou</i>	287
On the Legal Protection of the Farmer Workers' Right to Remuneration <i>By Wang Xuefei</i>	297
On the One-Dimensional Person: A Critique of the Legal Academic Community <i>By Zhang Cheng</i>	307
Reflections on the Dream of "Legal Modernization" A Review of Chinese Law Applied By Westerners: Traditional Chinese Law and Customs in Hong Kong <i>By Huang Zhen</i>	317

[Case Analysis]

On the Judicial Order of the Chinese Securities Market in the Context of the Judicial Decision of the Tiange Technology Company Case <i>By Li Mingliang</i>	223
--	-----

[Digests from Publications]

Shi Jichun: New Conception of Development and New Developments under the Rule of Economic Law	331
Dai Fengqi, Economic Security and Economic Law	333
Wang Quanxing & Guan Bin: Legal Regulation of the Economic Acts of the Market-Oriented Government	335
Zhu Ciyun: Defects of the Statutory Minimum Registered Capital System and the Adequacy of Corporate Capital	337
Li Changqi: On Strengthening the Legal Protection of the Weaker Groups	338
Wang Liming: Arbitration Law in China's Mainland and Taiwan	340

特 稿

—————



《公司法》的修改 与完善

江平*

编者按:本文系根据江平教授于2004年3月27日在中央财经大学发表的演讲录音整理而成,未经本人审阅,部分内容有删节。

今天我的题目总的来说是谈《公司法》的修改与完善问题。我想中国政法大学和中央财经大学的关系是非常密切的,互补的东西也很多。法律离不开经济,而经济也离不开法律。我和吴敬琏教授在上海搞了一个法律经济研究所,我们的宗旨就是要把法律研究和经济研究结合起来。就这一点来说,财经大学比政法大学具有更大的优势。财经大学的法律系已经将法律和经济结合了,你们本身就有很好的优势。我希望学法律的同学多学习一点财政金融等经济方面的课程,也希望学经济的同学多了解一点法律方面的知识。

谈到公司法,我们首先应该看到现在《公司法》的全面修改工作已经启动了,我所谓的已经启动是指刚刚启动。因为这次《公司法》修改的主要牵头机构是国务院法制办,国务院法制办已经成立了一个《公司法》修改起草小组;《公司法》的修改也列入了十届人大的议事日程,前一个礼拜我还正式接受了一个聘任,担任《公司法》修改顾问小组的成员。同时,我们还应该看到关于《公司法》的修改,学者意见非常多。前一两年在《法制日报》,有些会

* 江平:中国政法大学终身教授,中央财经大学客座教授。

议专门就《公司法》提出了非常系统、完整的修改意见。《公司法》的修改是我们国家在法律领域、经济领域非常重要的一件大事,应该说这个问题大家都非常关注。10年过去了,在经济生活里面像公司法这样的重要制度应该说有很多变动,不修改会有很多漏洞。现在对《公司法》修改,企业界非常关注。我现在给很多EMBA班上课,企业管理者对此问题都很关注,也呼吁《公司法》的修改。我从企业界听到一个声音:现在一个法律好不好,很重要的要看别人愿不愿意用。如果一个法律制定得很理想,但是实践中别人都不用或者采取一种变相的模式来执行,我们在这个问题上应该很好地反思一下,我们的立法究竟问题出在哪里?和经济学界交往对我有很大的启发和收获。比如我们讲到证券市场,讲到公司治理的时候,经济学家往往认为有点“over regulation”,就是管制过度;可是从法律家来说,又认为证券市场监管还不够。这种管制的力度究竟应该如何把握?为什么企业家和法律家会有不同的看法呢?法律家从另外一个角度来说可能认为企业家都要逃避法律的规范、逃避国家的管制、逃避正常的运作程序,搞一些歪门邪道、非法违法的东西。但是实践中企业家往往认为现行公司制度、证券制度有些过分管制的倾向。为什么会有这种差距?这个差距难道仅仅是因为地位不同导致的吗?法律和经济应该有个什么样的互动关系?这些问题值得我们深思。现在甚至对企业界关于公司的一些基本问题的看法我觉得都有偏颇。包括吴敬琏教授这样非常著名的经济学家对公司的看法,往往从经济学角度认为出资人就是所有者,公司就是管理者。讲公司的治理结构和管理人员要承担一种诚信的义务,一讲就涉及受托人,就是信托法里面有关受托人的义务。也有学者认为出资人与公司之间是代理关系。代理关系也好,受托关系也好,虽然本身是一个东西,但两个视角显然是不一样的。经济学界往往把出资人看做所有人,对管理机构的义务、责任的看法与法学界有很大不同。我们从不同的学科来看会得出不同的结论。最近我看了一篇文章,提出要提倡“盲人摸象”的方法。每个学科有不同的角度,你只能从一个角度去解决。也就是说,法律只能从法律的角度去解决,但你不能看到事物的完全的本相。我虽然搞了这么多年法律,但是到了最后我成了一个“法律不是万能论”者了。我常常讲法律不是万能的,包括现在修改的宪法,宪法也不是万能的,什么法律都不是万能的。因为你不能从一个角度解决一切的问题。同样,《公司法》的修改也需要从不同的角度来解决问题。我从经济学家那里学到了成本问题。法律要花多大的成本啊?现在为1元钱打官司,主张为自己的权利而奋斗。我在想,为了1元钱打官司在某种意义上说有没有必要?我们现在诉讼的成本也很高。甚至有人给我提出一个很尖锐的意见,有一次在一个会上,经济学界的温铁军居然拍案而起,说你们法学家到底怎么回事?你们有些东西是不是保守了,落后了,甚至反动了?是不

是必须依法办事？如果农村都依法办事，怎么会有农村经营承包制？法一不是万能的，二也有善法和恶法之分。我们得认识到哪些法律落后了，哪些法律已经阻碍了社会的进步，阻碍了改革开放的进一步发展。如果不能说整个《公司法》不好的话，那么其中肯定有一部分不好，所以学法律的人不能仅仅成为遵命的法学家，也不能是仅仅搞注释的法学家；当然这两个都要有。因为我们现在的主流还是要遵命，现在的法律还是需要注释，但法律也需要不断修改。既然需要修改完善，那么法律也有落后的一面，法律起不到应有的作用，法律不能使社会得到应有的进步和发展，阻碍了经济的发展。所以谈到《公司法》的修改要从大的背景来看：一是法律不是万能的；二是法律也有善法和恶法。法律也有一些东西落后于时代的要求。

《公司法》颁行十年以后，回过头看有些什么问题呢？学者们提的意见非常多。我认为主要有两个原因：一是《公司法》在10年前更多的是作为国有企业改制的一种方式。所以在《公司法》的第7条和其他一些条文中更多的是包含国有企业改制的需要，而不是更多地体现了市场本身的需求，市场本身如何给这种机制更多的自由，这在当时显得还欠缺一点。二是现在人们往往讲权利如果没有诉讼的保护，那么这种权利就是空的。在这个意义上，《公司法》对诉权的保护还不够。所以《公司法》需要进一步的市场化，需要进一步给予诉权保护，从公司的机制来说需要更多的市场化，减少不必要的机制和控制，给予股东更多的自主自由的权利。

如何保障公司里面各方主体的权利，如何通过法律诉权给予保护是关键问题。现在有人担心，一部法律的修改也许可能往前走，也许可能倒退，这种担心不是没有道理的。现在《公司法》的修改才刚刚开始，究竟其修改朝向哪个方向现在还非常难说。有人希望能够更多一点儿的管制，尤其认为市场秩序要完善可能要更大地借助国家的力量来干预。也有人提出松绑给予更多的自由。给予更多的自由和施以更多的管制之间没有绝对是与非的界限。我们不能指望一次《公司法》的修改像美国的公司法那样完全地市场化，那样给予公司更多的自由。公司本身是法人，公司本身要承担有限责任，已经先天地决定必须对公司加以管理。公司要承担有限责任必须国家要给予一定的管制。所以在这点上可以理解，但我们总希望前进的步伐更大一点。由于涉及公司法的问题比较多，所以我就针对这点讲五个问题。

第一个问题：关于强制性规范和任意性规范的问题

协调强制性规范和任意性规范的关系是公司法市场化的第一个要义。因为如何实现市场化就是让公司法更多一些任意性规范，更少一点强制性规范。但是问题是，哪些需要更多的给予强制性，哪些问题要更多给予任意性？人们对此争论太大了。所以，在这点上我们应该看到三个法的区别。