

# 法学硕士考研指导

## 经济法学专业

◎本书编写组

本书针对北京大学、中国人民大学、中国政法大学、华东政法学院等著名高校法学各主要专业招生的特点和要求，依据法学硕士研究生入学考试的实际需要组织编写。本书共有5分册，每分册均由两部分组成：热点问题综述部分有助于考生准确把握本专业领域最新研究成果和发展动态；全真试卷分析部分收集各校最新试题，加以精解和分析，每道题都附有解答参考资料，给考生提供复习思路和答题技巧。本书具有较强的针对性和广泛的适用性，可以帮助考生全面掌握教材之后向纵深发展和重点突破，提高效率与效果，对于考研笔试及复试都有着重要的参考作用。

法律出版社

# 法学硕士考研指导

## 经济法学专业

本书编写组

法律出版社

# 编写说明

就法学这个学科的研究而言,既需要兼通中西的深厚法学理论功底,也不能脱离对当今社会变革的关注。而单就一种针对法学研究生入学考试的应试性学习而言,在短短一年甚至半年的短暂时间内做到富有成效的复习,成为摆在大多数考生面前一个棘手的问题。

法学硕士研究生入学考试具有与许多考试完全不同的特点,具体表现在:各专业试卷采取的是单独命题,各校风格迥异,为了深入考查学生的理论功底和逻辑思维能力,出题和解答具有相当的开放性;法学硕士研究生入学考试不仅需要考查应试者掌握本专业学科基础知识的牢固程度,还要求他们了解和把握本专业的最新理论发展动态。针对法学考研的实际特点和广大考生的现实需求,经过编者的努力,这套《法学硕士考研指导》最终呈现在万千考研学子面前。

从今年开始,研究生入学考试由五门减为四门,按照教育部的指导性意见,要求提高复试在录取中的重要性,因此,本书结合考研实际,对内容及体例作了精心编排,以提高考生复习的针对性。

第一部分热点问题综述,本部分对于报考任何一个法律院校研究生的考生的复习参考都具有适用价值,也只有这一部分在全国法学硕士研究生入学考生复习中具有共同性。因为它以法学各个专业的最新理论研究热点为主干,精心挑选和收集了各个专业最近三年内的重要学术论文和学术观点,有助于考生准确把握本专业领域的最新热点问题。对于考生在复习各校指定教材时如何把握重点,以及解答具体问题拓展思路都有着极为重要的指导作用,达到事半功倍的复习效果。

第二部分全真试卷分析,收集了2000年至2002年京沪两地四校三年的全真试题,并附有答案和解析,弥补了同类资料或出版物大多只提供真题而无解答的缺憾。尤其需要说明的是,这一部分的编写者均是法学硕士研究生考试的佼佼者,他们尽量运用考试当时所能收集的资料,以体现语境化的原始答题思路,使得试题的解答具备了准确的概念表述及严密的逻辑体系。在每道题之后都附有解答参考资料,可以使考生在复习之余广泛涉猎。本部分的价值更多的体现在给考生提供一个学习思路,一个考试的答题方法。

本书具有较强的针对性和广泛的适用性,可以和各校的指定教材相辅相成,同时应用,对于考研笔试和复试的准备都能有着重要的参考作用,有助于考生在全面掌握教材之后向纵深发展和做重点突破。

在编写时,我们参阅了众多资料,对于这些惠助,在此一并致以谢意。

为法学硕士考生编写一本确有助益的复习辅导用书,一直是我们的愿望,但由于时间仓促,本书可能存在诸多不足,有待于广大考生的指正,以期日后加以完善。

期待着您的成功!

本书编写组

# 目 录

|                            |        |
|----------------------------|--------|
| <b>第一部分 热点问题综述</b> .....   | ( 1 )  |
| 一、市场主体法 .....              | ( 1 )  |
| (一)关于国有企业改革 .....          | ( 1 )  |
| (二)关于股份合作制企业 .....         | ( 5 )  |
| (三)关于中小企业法 .....           | ( 6 )  |
| (四)关于公司法 .....             | ( 6 )  |
| (五)关于破产法 .....             | ( 12 ) |
| 二、关于市场运行法 .....            | ( 13 ) |
| (一)关于合同法 .....             | ( 13 ) |
| (二)关于证券法 .....             | ( 16 ) |
| (三)关于竞争法 .....             | ( 20 ) |
| 三、关于宏观调控法 .....            | ( 25 ) |
| (一)宏观调控法研究 .....           | ( 25 ) |
| (二)财税法研究 .....             | ( 26 ) |
| (三)金融监管法 .....             | ( 29 ) |
| (四)关于西部大开发 .....           | ( 31 ) |
| (五)关于产业政策法 .....           | ( 31 ) |
| (六)关于加入 WTO 与中国经济法 .....   | ( 32 ) |
| 四、关于网络经济的兴起对经济法研究的影响 ..... | ( 32 ) |
| 附:主要参考书目 .....             | ( 33 ) |
| <b>第二部分 全真试卷分析</b> .....   | ( 34 ) |
| 一、北京大学 .....               | ( 34 ) |
| 2000 年经济法专业试卷及解析 .....     | ( 34 ) |
| 2001 年经济法专业试卷及解析 .....     | ( 42 ) |
| 2002 年经济法专业试卷及解析 .....     | ( 51 ) |
| 2002 年综合试卷及解析 .....        | ( 59 ) |
| 二、中国人民大学 .....             | ( 71 ) |
| 2000 年经济法专业试卷及解析 .....     | ( 71 ) |
| 2001 年经济法专业试卷及解析 .....     | ( 76 ) |
| 2002 年经济法专业试卷及解析 .....     | ( 82 ) |

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| 2002 年综合试卷及解析 .....     | ( 88 ) |
| 三、中国政法大学 .....          | ( 98 ) |
| 2000 年经济法学专业试卷及解析 ..... | ( 98 ) |
| 2001 年经济法学专业试卷及解析 ..... | (104)  |
| 2002 年经济法学专业试卷及解析 ..... | (111)  |
| 2002 年综合试卷及解析 .....     | (116)  |
| 四、华东政法学院 .....          | (123)  |
| 2000 年经济法学专业试卷及解析 ..... | (123)  |
| 2001 年经济法学专业试卷及解析 ..... | (138)  |
| 2002 年经济法学专业试卷及解析 ..... | (155)  |
| 2002 年综合试卷及解析 .....     | (167)  |

## 第一部分 热点问题综述

### 一、市场主体法

#### (一)关于国有企业改革

国有企业改革的深入受国内、国际双重环境影响。据此,宋彪在其论文《国有企业改革如何适应经济全球化趋势》中认为,经济全球化是国有企业改革面临的大环境,国有企业改革措施应当与国际经济发展密切相连。加快产业结构调整增强国有经济的调整力和平衡力;倡导有效解决国有企业历史债务、职工就业以及技术等新的产权改造和经营管理的新途径;鼓励国有资产多元化运行方式;发展规模经济,确立扶持中小企业发展的投资、融资体制等,是国有企业面临经济全球化的应对措施。

随着国有企业股份制改造步伐的加快,怎样提高企业的治理结构效率就成为一个迫切需要解决的问题,有的学者认为,用“内部人控制”命题来解释我国国有企业治理结构特征不符合我国实际,而“行政干预下的经营者控制”命题则能更客观地描述我国现阶段国有企业治理结构的特征,这一特征决定着我们无法解决监控失效,政府“廉价投票权”软约束,企业相关利益者(股东、债权人、经理、消费者、供应商等)权益保障等问题,遵循“股东至上主义”逻辑推进国有企业改革常会陷入两难选择,为此,要摆脱传统的“股东至上主义”逻辑,确立相关利益者参与的共同治理结构,共同治理逻辑符合现代市场经济的内在要求:第一,较合理的制度环境应以确保契约自由为宗旨,这是与机会平等的内涵相

一致的;第二,企业的本质在于它是一种团队生产或长期合约的集合,而企业的团队本质上又表现为人力资本与非人力资本间的相互依赖性;第三,共同治理逻辑有助于克服国有企业中存在的个体决策,集体负责的现象;第四,共同治理逻辑有助于克服政府的“廉价投票权”。具体措施有:确立治理主体(出资人、银行和职工是主要主体);确立职工董事制度;通过表决权代理或信任制保证债权人参与管理;利益相关者对企业进行事前、事中和事后的监督;构建预防性程序和破产程序。

针对国有企业的管理体制,有学者认为,国有公司制没有真正建立起分离制衡的法人治理结构,“一长制”是国有企业“人治”的制度化。因此,建议废除传统的人事任免制度。

1999年9月22日,中国共产党十五届四中全会通过的《中共中央关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),为开创国有企业改革和发展的新局面奠定了重要的政策基础。《决定》从十二个方面提出了一系列指导国企改革的重大的、突破性的方针、措施,诸如:(1)国有经济布局方面,将国有经济在国民经济中的主导作用主要体现在控制力上,确立国有经济需要控制的行业、领域,加快老工业基地和中西部地区国有经济布局的调整。(2)战略改组方面,坚持“抓大放小”,培养大型企业和企业集团,扶持中小企业特别是科技企业向“专、精、特、新”方向发展,放开搞活国有小企业,不搞一个模式。(3)现代企业制度方面,政府对国家出资兴办和拥有股份的企业,通过出资人代

表行使所有权职能;授权大型企业、企业集团和控股公司经营国有资产,确保出资人到位;所有者对企业拥有最终控制权;党委负责人可以依法进入董事会、监事会;董事长、总经理原则上分设。(4)企业管理方面,加强企业发展战略研究,搞好风险管理,避免出现大的失误;加强成本、资金和质量管理。(5)债务处理方面,增加银行呆、坏账准备金;通过金融资产管理公司对符合条件的重点国有企业实行“债转股”;适当提高公众流通股比重,在不影响国家控股情况下减持部分国有股,分离企业办社会的职能。(6)职工保障方面,规范职工下岗程序,进一步完善下岗职工基本生活保障,失业保险和城市居民最低生活保障制度,搞好三条保障线的相互衔接,鼓励下岗职工到非公有制经济单位就业、自己组织起来就业或从事个体经济。(7)技术进步和产业升级方面,形成以企业为中心的技术创新体系,加强技术开发力量,加大资金投入。(8)投融资管理方面,建立投资风险约束机制,严格执行项目资产金制度和项目法人责任制度,做到谁决策谁承担责任和风险。(9)经营管理者方面,建立高素质的经营管理者队伍,把党管干部原则和董事会依法选择经营管理者以及经营者依法行使用人权结合起来,对企业及企业领导人不再确定行政级别,试行经理(厂长)年薪制、持有股权等分配方式等建立企业经营者业绩考核制度和决策失误追究制度。《决定》提出的许多措施,为研究国有企业法律制度提供了广阔的空间。<sup>①</sup>

有学者认为,国有企业改制为股份公司或有限公司后仍然普遍经营管理不善,实行公司制并非必然导致国企建立现代企业制度。鉴于国有财产的基本特征就是“产权不明晰”,因此,凡国有主体暨国有财产投资经营者,客观上都要求实行某种形式的责任制,以依法设置种种角色及其权利义务,并使之不至于普遍错位。经济责任制分为一般和特殊两种形式,应当在国企包括由国有主体控

制的公司治理和运作的各个环节,尽可能实行特殊责任制,在此基础上就相关的经济责任制建设采取若干对策。结论是:作为公有制内在要求之经济责任制的普遍实现,是国有暨公有制得以全面实现,国有企业与市场接轨及建立现代企业制度的充分必要条件,也即国企改革根本出路之所在,承包制等特殊经济责任制形式与实行公司制等企业组织形式并无矛盾,应当通过特殊形式的经济责任制或外在强制性规范的要求,来改善企业内部管理和岗位责任制。<sup>②</sup>

企业的所有制属性问题一直是我国法学界争论不休的话题。肖江平在第八届全国经济法理论研究会提交的论文《公有制企业与非公有制企业之考辨》中提出,判断企业生产资料的所有权是公有还是私有,要看生产资料所有者的主体处于何种地位,如果享有生产资料所有权的主体处于与私人相对立的公共地位,宪法和法律又对该所有权予以承认和保护,即为公有制,如果公司同时存在公、私出资主体,则要看何种性质的出资者控股,如果公有制出资占主体或控股,则这个公司具有明显的公有性。

在国有资本产权问题上,有学者提出国有资本权利主体的特殊性及其产权关系的复杂性,决定了产权改革问题仍然是国有企业公司制改革中具有理论和实际价值的重要问题,对产权问题的认识首先是科学、正确地理解产权清晰的基本含义;其次是认识产权改革在国有企业公司制改革中的作用,在由国有企业改造而来的公司中,国有资本产权清晰的关键在于法律对国有股权主体权利、义务和责任的规定是否明确;法律对公司权利、义务和责任的规定是否明确,这不仅是建立

<sup>①</sup> 参见黄伟、鄢青:《国企改革中的人治现象之克服与法人治理机制目标的实现》,载《河北法学》,1999年第2期。

<sup>②</sup> 参见史际春、邓峰:《论经济责任制对国企改革价值的再发现》,载《政法论坛》,1999年第1期。

规范的公司法人治理结构的前提,而且也是公司法人治理结构得以发挥其作用的重要条件。该学者认为在现代市场经济条件下,产权清晰就是以现代企业形态管理和经营国有资本的过程中,国有资本管理经营系统中各机构作为国有资本的产权主体(投资主体,经营主体)必须同时是权利主体、义务主体及责任主体,企业经营机制能否转换取决于企业是否具备“产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学”四要素,但由于国有资产的特殊性,就必然导致上述四要素的逻辑顺序的不同:首先,国有资产所有权的行使只能通过国家机构(或其授权机构)的活动来体现和实现。因此,造成了国有资产管理 and 经营过程中必然存在多层次、不同性质的经济关系,这使国家在管理、经营国有资产中所形成的产权关系较之其他形式的产权关系更加复杂。其次,国有资产产权的特点还在于其产权关系清晰在经济体制及法律制度上的困难,上述两方面的理由意味着“产权清晰”在决定企业经营机制能否改变的四要素中具有至关重要的地位。<sup>①</sup>

在国有企业改革的宏观层面上,有学者提出,国有企业改革应采取不同的法律形式。不需要国有经济控制的行业和领域的国有企业在依照公司法改建为公司后,应将其国有股份与出资转让给自然人和国有企业以外的企业法人,彻底实现股权多元化。今后国家不必在这些领域投资兴建新的企业。国有企业改革的根本途径,是以完善的公司法人制度改建国有企业。完善的公司法人制度的根本特征是:股东财产与公司财产的分离;股东承担有限责任;公司具有法律上的独立人格,公司的发展依赖于健全和完善公司法人治理结构,即以实现公司利益,进而实现股东长远的最大利益为目标;建立和健全公司的激励机制和监督机制,“债转股”必须和国有企业改建为公司结合起来,要警惕不良债权变成不良股权。该学者在论述完善法人治理结构时,提出了几点建议:(1)完善董事、监事的产

生程序。(2)完善公司的监督机制。第一,方便股东特别是国有股股东行使股东权,应是健全和完善公司法人治理结构的第一着眼点;第二,充分利用和开发监事会的监督资源,是健全和完善公司法人治理结构的关键;第三,提高董事会质量,强化董事责任,是健全和完善公司法人治理结构的基本要求。该学者在论述“债转股”时,提出应注意:必须尊重金融资产管理公司的意志,债转股必须同国有企业实行公司制紧密结合起来,还必须科学地确定应实行该措施的“债”的范围。该学者还提出必须重视企业职工在国有企业改革中的地位和作用,建立全新的保护职工合法权益的法律结构。<sup>②</sup>

在国有企业经营者的激励约束机制问题上,有学者从经营者行为法律监控机制这一角度入手,对不同所有制国家对国家投资企业在资产所有者监控法律、国有企业内部监控制衡机制、国有企业市场监控方面的法律规范进行了比较,提出我国立法应完善对国企经营者经营行为的约束机制。该学者认为,当前国有企业脱困过程中,国有企业亏损面和亏损率仍未从根本上得到改变,国有资产流失现象仍然存在等诸种事实表明,国有企业依靠放权让利来解决激励问题所产生的经营者权力失控之负面结果仍严重阻碍国企脱困,站在法律视角,放权必须与控权有机结合才会促使权力有序运行,正是基于这一理论认识,该学者以监控机制为视角,对英、美、法、日、德等资本主义国家对国有企业监控的法律进行考查,并以之为基点审视中国法律对控制、约束国企经营层违法行为,确认国企经营层活动合法性和对违法行为加以矫正的规定。中国要进一步解决当前国有企业脱困中的重大问题,在法律监督机制完善方面应

<sup>①</sup> 参见徐晓松:《论国有企业公司制改革中的产权问题》,载《政法论坛》,2000年第2期。

<sup>②</sup> 参见王保树:《完善国有企业改革措施的法理念》,载《中国法学》,2000年第2期。



采取以下措施:首先,通过司法、行政甚至立法解释,对监督法制中一些规范做出明确、具体的解释,增强可操作性。其次,完善立法,对监督权行使保障措施及程序规则予以规定。再次,无论法律解释还是完善立法都要注意结合我国具体国情进行,增强法律规范的社会适应性。<sup>①</sup>

有学者探讨了市场选择和政府任免结合的国有企业领导人员任用制度的合理性和可行性。该学者首先分析了现行行政机关直接考查任用企业领导人员机制的弊端,不适应市场经济要求,选人视野受限、选拔模式、标准与机关干部雷同使企业领导人员缺乏应有的压力和动力,容易导致腐败。而市场选择的优势在于:视野广阔、资源丰富、选择面大;客观性强,机制灵活,岗位压力转化为动力,有效防止腐败行为,走市场选择和政府任免相结合的企业领导人员任用制度的合理性在于国有企业依市场规则运作和国有企业所有权制度的必然要求。在结合的时候应正确把握好以下几个重要方面:(1)确立市场选择的基础性和主导性地位;(2)明确政府任免的责任;(3)大力发展经理人市场、积极培植经理人文化(道德文化和法律文化);(4)建立、健全企业领导人员业绩评价体系和企业领导人员激励机制等配套制度。<sup>②</sup>

有的学者还论证了财政法制建设与国有企业改革发展的关系。论者认为,为了给国有企业改革和发展创造良好的外部环境,应当尽快制定我国的《财政基本法》,除规定政府一切收支活动应当遵循的基本原则、财政管理体制、复式预算制度、财政监督和财政责任等内容之外,就减轻企业负担而言,应明确规定将政府的一切收支活动纳入财政法调整的范围,一切地方政府或政府部门没有法律根据的非服务性收费均属非法,直接责任人员应承担民事、行政和刑事法律责任;地方政府、政府部门或者它们授权的组织对提供公共服务收取费用的,由于具有交换性质,因此应通过听证程序,事前征求服务对象代表的

意见,并报同级权力机关批准,同时报上级权力机关备案;预算外资金,也应制定收支预算,严格实行收支两条线管理,并向权力机关报告收支情况,接受其监督和审查,以法律来规范政府的收支行为,并以法律责任作为威慑,才能有效地煞住“三乱”风,从而为创造国有企业改革和发展的良好外部环境提供制度上的保证。建立规范的转移支付制度,制定统一的社会保障法,完善国有资产法,是深化国有企业改革的重要条件。<sup>③</sup>

有学者认为,国有企业改制为规范化公司,必须严格按照《公司法》有关规定操作和办理,以保证改制的合法性和有效性。在改制过程中,涉及《公司法》的主要法律问题有:(1)国有企业改制对公司形式的选择。公司作为企业的一种新型的法律形态,它是商品经济发展和社会化大生产的产物。(2)国有企业改制为公司制企业的条件规定。国有企业改制为有限责任公司的条件是:第一,股东符合法定人数。第二,股东出资达到法定最低资本限额。第三,股东共同制定公司章程。第四,有公司的名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构。第五,有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。国有企业改制为股份有限公司的条件是:第一,发起人符合法定人数。第二,发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定最低限额。第三,股份发行、筹办事项符合法律的规定。第四,发起人制定公司章程,并经创立大会通过。第五,有公司的名称,建立符合股份有限公司要求的组织机构。第六,有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。(3)国有企业改制为规范化公司的程序规定。国有企业改制为规范化公司,必须根据《公司法》、《公司登记管

① 参见肖北庚:《国有企业经营者行为法律监控比较研究》,载《甘肃政法学院学报》,2000年第2期。

② 参见朱永扬:《试论国有企业领导人员任用制度》,载《法学家》,2000年第2期。

③ 参见王源扩:《试论财政法制建设与国有企业改革发展的关系》,载《法学家》,2000年第4期。

理条例》规定的有关程序办理。国有企业改制为有限责任公司时,应当按照法律规定的程序办理改制手续:第一,国有企业改制前要认真进行可行性研究,并作出改制有限责任公司的决定,报经政府主管部门批准;第二,寻找参股合作伙伴,出资人达成出资协议,约定各自应缴的股份,并按照约定足额缴纳出资。(4)国有企业改制为规范化公司对组织机构设置的规定。<sup>①</sup>

有学者认为完善我国的社会主义市场经济,国有企业改制起着至关重要的作用。而国有企业的改制,需要营造一个良好的法制氛围,具体而言:第一,企业要有名副其实的法人地位;第二,要统一法制,清除法出多门给企业设置的障碍;第三,权力法定,依法规范行政行为;第四,严格公正执法,确保企业合法权益;第五,国企健康发展需要法制作导向。<sup>②</sup>

## (二)关于股份合作制企业

随着《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》的颁布与实施,有关股份合作制企业的理论和立法研究也日渐深入。

有学者认为,股份合作企业不是传统意义上的股份制企业,它保持了股份筹集资金、按股分红、有限责任等方面的合理内核,资本性、营利性和股份民主共同构成股份制企业的内在规定性。而合作制的本质属性为互助合作性、合作民主性以及营利和公益兼有性,股份合作制企业没有严格独立的财产,因此,也不具有人格独立。股份合作制符合国际上通行的、承认成员(个人或团体)产权基础的合作制的一般规定性,以劳动者联合为主、资本联合为辅的股份合作制不排除个人追求富裕的天性,只是对其加以限制,而又能实现劳动者共同富裕的目的。股份合作制具有合作社的明显特征,是将自治的民主原则和劳动的财产理论植入传统公司之中的结果。它虽无财产的严格独立,但对其财产变动作严格的规定,如只有职工死亡或辞职等特殊情况下才发生,一般情况下不允许发生,

从而保证股份合作制企业的财产具有准独立性,股份合作制并没有改变合作制经济的性质,仍属于合作社的一种。股份合作制企业法应属于组织法,立法须界定企业的法律属性,确立设立制度、资本制度(股权结构、出资方式等)、组织机构、分配制度以及变更、终止制度等。<sup>③</sup>

还有学者就股份合作制企业改制过程中国家股权设置、职工均衡持股、股权相对集中、股权流动以及规范化、适用性等具体问题作了深入分析。国家股权的设置会产生缺陷,因而不宜设立国家股,理由有三:(1)目前股份合作制主要适合于小型企业,因而国有股份没有必要继续在改制的企业中保留,这既符合当前党中央“抓大放小”的改革方针,也符合国有经济战略调整的方向;(2)设置国家股不利于体现股份合作制成员劳动合作与资产相结合;(3)如果政府主管部门要求把资金留在企业,应将国家股作为企业外部资金,归入社会股范畴,享受优先股待遇。对于均衡持股以及股权相对集中的问题,该学者认为在市场经济发展的初期阶段,资本向少数有经营才能的人手中集中是一种不可避免的现象;而资本的高度分散化和社会化又是市场经济高度发展的要求。因此股权集中让企业职工自主选择,在股份合作制企业改制过程与发展中,如果没有股权的可流动性,即使实行了股份合作制改革的小企业也无法进一步发展壮大,无法进一步通过股权的交易使企业的产权制度逐步发展完善起来。<sup>④</sup>

① 参见陈训敬、陈瑜琪:《国有企业改制为规范化公司的法律问题》,载《福建行政管理干部学院学报》2001年第2期。

② 参见赵跃先:《国有企业改制需要营造良好的法制氛围》,载《理论探索》2001年第5期。

③ 参见曹华:《我国股份合作制企业的立法研究》,载《华东经济管理》,1998年第6期。

④ 参见王阳:《关于股份合作制改制过程中的几点思考》,载《甘肃社会科学》,1999年第2期。

### (三)关于中小企业法

部分学者对中小企业法律制度进行了研究。史际春、王先林在其论文《论我国中小企业发展中的若干基本法律问题》中,从小企业的作用和特点出发,分析了法律保护、扶持和引导中小企业发展的必要性,认为保护、扶持和引导中小企业发展是法律上保护弱者和国家产业政策法律化的问题,体现了经济法的经济民主及作为其核心的社会主义目标,也体现了平衡协调和维护公平竞争等经济法的基本原则;提出中小企业法属于宏观调控法意义上的产业政策法的范畴。中小企业发展的法律问题,主要体现为国家通过将产业政策法律化,鼓励或者限制中小企业在某些领域的发展,规范中小企业的组织和运作,促进中小企业实现技术创新,实现中小企业发展的合理化和现代化。

### (四)关于公司法

#### 1. 关于《公司法》的修改

在本年度,学者们对《公司法》的修改给予特别的关注。有学者认为,公司法中的规则可分为普通规则与基本规则两种,前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等普通制度的规则,后者指有关公司内部关系(主要包括管理层和公司股东、大股东和小股东之间的关系)等基本制度的规则。对有限公司而言,原则上普通规则可以是任意性的,而基本规则应当是强制性的,不得由当事人自由变更。该学者分析《公司法》的基本性格,探讨参与公司制度的各方当事人是否有选择或退出法律规范的自由。对有限公司法而言,原则上普通规则可以是任意性的,而基本规则应具有强制性,不得由当事人自由变更。股份公司法中的基本规则和有关权力分配的普通规则适用于管理层与股东之间利益冲突最为激烈的领域,原则上它们应该是强制性的,有关利润分配的普通规则则允许有一定的灵活性。<sup>①</sup>

针对《公司法》的修改,王保树在其论文《经济体制转变中的公司法面临的转变》中认

为,《公司法》修改的指导思想必须着眼于公司的性质和《公司法》性质。《公司法》修改的着眼点应视《公司法》修改的规模而定。现今我国仅可采取中等规模修改《公司法》的模式。我国《公司法》改革,应适应加入世界贸易组织的要求;简化有限责任公司的规则;公司立法与国有企业改革立法宜分别进行。<sup>②</sup>有学者对于有关公司资本和股东出资,有关非现金出资评估、验资和民事责任,有关公司股东会、董事会、监事会、经理权限等几方面的问题提出了修改建议、参考条款、修改理由,进行了可行性研究。<sup>③</sup>另有学者对《公司法》的可诉性技术缺陷进行了法理剖析。<sup>④</sup>

有学者认为上市公司股东大会提案的讨论与表决程序是一个操作性极强的法律问题,但我国《公司法》及相关法规在这方面的规定存在诸多疏漏,导致实践中股东大会的程序不完备或有失公正,分歧与争执频生,甚至酿成重大事件。该学者从上市公司股东大会的提案资格、与公司章程冲突之提案的提出、提案与报告事项及动议的区分以及表决方法、表决权的行使、弃权票的定性等方面入手,对股东大会提案的讨论与表决程序进行分析,阐明了现行法律、法规的不足,提出了进一步修改和完善的建议。<sup>⑤</sup>

有学者认为,我国公司立法要解决的一个主要问题就是如何规范国有企业公司制改革。该学者认为,修订《公司法》应当兼顾一般规则与国有企业特殊规则的关系,其原则是要确立尽量与国际接轨的一般规则;对国

① 参见汤欣:《论公司法的性格——强行法抑或任意法?》,载《中国法学》2001年第1期。

② 参见王保树:《公司法修改中的几个问题》,载《法制日报》,2000年6月28日。

③ 参见方流芳:《公司法修改建议、参考条款和理由》,2000年6月28日。

④ 参见刘武俊:《可诉性:法律条文的脉搏——兼论公司法的立法完善》,2000年6月28日。

⑤ 参见董翠香:《试论上市公司股东大会提案的讨论与表决程序》,载《法学论坛》2001年第3期。

有企业区别分类,对不适宜公司制的国有企业进行单独或特别立法,将“国有独资公司”的内容从《公司法》中去除,由《公共企业法》规范;对于国有企业公司制改革所涉及的特殊问题可以在《公司法》中订立一些特别条款,但不得违背市场经济规律赋予它的优惠待遇;对国有控股公司和企业集团,在《公司法》中增加“关联企业”的内容进行规范,并由《公共企业法》、《国有资产管理法》规范有关政府与企业关系、国有股权代理行使等问题。<sup>①</sup>

## 2. 关于职工持股和职工参与制度的研究

有学者认为职工持股制度,作为传统股份经济的派生之物,它产生的最初诱因是为了克服资本雇佣劳动所引发的劳资对立,但西方国家企业职工持股制度的现代发展赋予了职工持股制度以新的含义,并将职工持股制度纳入我国具体企业改革的进程之中,有利于解决所有权与经营权分离后所造成的“代理人”问题,为企业职工的“主人地位”提供所有权基础。职工持股制度的理论意义表现在:(1)职工持股改变了职工的地位,并且有利于职工股东监督经营者的行为;(2)职工持股制度是资本雇佣劳动向劳动占有资本演变的一种形式,有利于提高企业的组织效率;(3)职工持股一方面将部分消费基金转化为生产基金,因而它有利于解决传统经济增长模式中的“投资”不足问题和消除宏观经济的周期性波动,另一方面,它又是劳动要素资本化的表现和对人的“经济价值”的承认;(4)职工持股为职工参与企业经营提供了所有权基础。完善我国职工持股制度的方式有:政府应在政策上为职工持股给予资金上的支持,规范职工股管理机构及管理行为,真正实现共同治理,禁止职工股上市流通。<sup>②</sup>

有学者认为,我国未来的职工持股立法应当兼采公司法调整和单行法调整并行的模式,统一规范各类企业尤其是上市公司和股份合作企业的职工持股,采取“国家、企业帮

助为主,职工个人出资为辅”的立法政策解决职工购股资金来源问题;在设置职工股时,职工优先股的设置与否应当由企业自决,应肯定并严格规范预留职工股的设置;职工股权应采用间接行使的原则,应当严格限制职工股的流转,避免职工持股制度的解体和引发社会问题。<sup>③</sup>

有学者认为,我国的职工持股会主要有以下三种形式:(1)新设社会团体法人,职工持股会是由公司职工自愿组成的、并经核准登记的社团法人。(2)设立非法人团体,依托工会运作,它是指由持股职工组成持股会,但不进行登记,仅作为公司的内部组织或工会下属组织。(3)企业法人形式。职工持股问题是国内外公司实践中的一个重大问题,职工持股会采用何种形式直接涉及到持股职工的利益,也涉及职工持股有效运作的问题。目前,国内实践尚未找到一个在法律框架中可行的形式。应结合我国的经验教训,比较国外已采用的合伙形式、有限公司形式和信托形式,择其善者而行之。并且,不必在法律中作出统一规定。<sup>④</sup>

有学者认为,我国企业内部职工参与制度的完善包括四个方面:(1)确认职工代表大会是企业参与企业管理的会议机构,无论何种类型的企业,只要职工人数达到一定规模就必须设置职工(代表)大会,任何类型的企业职工都应是工会会员。(2)扩大职工董事的设置范围。(3)规定职工监事的任职资格和选任方式,依法规定监事比例、职工监事与股东监事的权限区别。(4)在职工参与企业

<sup>①</sup> 参见王红一:《〈公司法〉修订与国有企业公司制改革》,载《学术研究》,2001年第6期。

<sup>②</sup> 参见聂德宗:《职工持股与我国国有企业的股份化》,载《政法论坛》,1999年第2期。

<sup>③</sup> 参见蒋大兴:《中国职工持股立法难点问题研究——一个经验、理论和立法的分析》,载《法律科学》,2001年第2期。

<sup>④</sup> 参见王保树:《职工持股会的法构造与立法选择》,载《法商研究》,2001年第4期。

管理权益受侵害的救济方面进行完善。<sup>①</sup>

### 3. 关于债转股的研究

商业银行“债转股”是盘活商业银行不良资产、促进国有企业转换经营机制的一项重要举措。学者们对此进行了论证。有学者认为,作为政策性债转股,尚无现成的经验可供借鉴,因此需要通过总结经验,尽快地在法律上给以全面的规范。该学者认为,“债权转股权”是在公司企业设立之后,将其经营过程中形成的债务(债权人的债权)通过一定程序转变为公司资产的行为。在这种情况下,债权人的“债权”是已经投入到公司中的实有资产,而不是虚拟资产。所以在公司法理上,“债权转股权”有了存在的理论依据。从《公司法》的规定上看,可以参照“可转换公司债”作为“立法”的现实依据。目前我们要做的是尽快制定相关的专门法律或法规为债转股工作提供实体上和程序上的运作规则。商业银行在剥离不良资产时,应注意以下几个问题:第一,除个别确有复苏迹象的沉淀资金外,呆账贷款应排除在拟剥离的不良资产范围之外,而由商业银行按照相关程序在内部就地冲销,防止将此类不良资产作为转股资产而无端消耗金融资产管理公司的运营成本;第二,逾期贷款是回收可能性较大的不良资产,这类资产在未演化成呆滞贷款之前,一般不予剥离;第三,呆滞贷款应成为商业银行拟剥离的主要不良资产;第四,转股的股权一般应限定为因固定资产贷款而形成的那部分不良资产;第五,已设定担保的债权,一般不应从商业银行中剥离出去而转为股权。商业银行和金融资产管理公司在选择和确定转股企业时,应立足自身,重点是要根据债务企业的客观物质条件和地方政府的态度及法制环境来决定取舍,“债转股”协议的签约主体不应只是金融资产管理公司和债务企业的股东,而应包括债务企业本身;金融资产管理公司在转股中应注意平衡股权回购与促进债务企业转换机制的关系,还要完善“债转股”的外部环境,主要是进行行政体制改革、社会保障体

制改革、产权制度改革、司法体制改革等。<sup>②</sup>

有学者认为,“债转股”不仅仅是资产重组的方式,也是一种法律行为,需要满足一定的法律要求:(1)转换成股权的债权应当是符合我国法律、法规关于出资方式有关规定的货币、实物、知识产权等债权。(2)法律、法规对股东资格有特定要求的,有关债权人身份须符合法定条件。(3)“债转股”涉及增加注册资本、修改公司章程等问题。(4)“债转股”后,需要依法办理工商变更登记手续,换发新的企业法人营业执照。该学者明确指出了“债转股”运作中的主要法律问题在于金融公司的法律地位和各方关系的确定,其核心问题是对道德风险的防范,针对这些问题,该学者提出了一些对策建议,即明确“债转股”三方的法律地位;制定“资产管理公司特别法”,建立法律约束机制;重视和完善公司治理结构等方面,从而避免道德风险,完善配套的法律环境,解决“债转股”中的法律问题,运用法律武器为“债转股”的顺利进行提供全面的法律保护。<sup>③</sup>

### 4. 关于企业和公司法人治理结构

许多学者对企业和公司法人治理结构进行了深入探索。

有学者认为,股份有限公司的经营层的经营意思决定和业务执行可以适当分离。我国宜采用董事会负责经营决策即经营意思决定和必须由其集体执行的业务,而大多数的业务执行由董事会产生的常务董事或执行董事负责,不仅是由董事长一人执行业务,同时,也还必须解决常务(或执行)董事与经理的关系以及业务执行与经理日常管理的界限,现行《公司法》未规定董事会内部监督职

<sup>①</sup> 参见罗培新:《我国职工参与管理之立法缺陷及其完善》,载《中央政法管理干部学院学报》,1999年第3期。

<sup>②</sup> 参见王亦平:《“债转股”实施中的若干法律问题研究》,载《法学评论》,2000年第4期。

<sup>③</sup> 参见段刚:《关于“债转股”的法律问题》,载《河北法学》,2000年第4期。

能,它已导致了公司机关监督资源不足,显然这是不利于充分发挥公司机关的制约机制的。强化公司董事会的监督职能,可以在以下两个方面展开:(1)健全董事会作为整体对董事长及其他业务担当董事的监督;(2)明确董事之间的监督义务。董事会监督职能的强化也需要董事会组织的革新,应从公司法律制度上确认引进公司外部董事的规则,即规定一定比例的外部董事(包括有关经济、会计、法律方面的专家)作为董事会的构成,当然外部董事也须经股东大会选举产生。<sup>①</sup>

有学者对我国公司的股东大会和中外合资经营企业董事会如何正常召开提出了建议:(1)建议立法仍应规定股东大会的召集权归董事会行使,但同时立法中规定如果董事会拒绝或怠于召集股东大会时,享有一定股权比例的股东有权向法院请求自行召集股东大会,法院经审理后认为请求合理的,可以用裁定的方式同意部分股东召开股东大会。(2)建议对出席股东大会或中外合营企业董事会会议的人数作出明确合理的规定。<sup>②</sup>

在公司资本制度上,有学者认为,特殊的经济及法律环境,决定了我国公司资本制度的特殊性:为防止公司设立中的欺诈和投机,保护债权及社会公众利益,我国《公司法》极其重视对公司注册资本的严格规定,在立法上主要借鉴了大陆法系国家传统的法定资本制,基本上没有吸收普通法系国家授权资本制的内容,至于对外商投资有限责任公司的特殊资本缴纳规定,主要是基于吸引外资的特殊需要,而该制度的主要缺陷在于缺乏严密的防范和处罚措施。对此,该学者提出应当借鉴国外公司法,从以下诸方面完善我国公司资本制度:(1)规定有限公司股东和董事对公司资本不足额补缴的连带责任,股份有限公司发起人对公司资本不足额补缴的连带责任,这样规定的益处是,通过加重发起人的义务和责任,使其在公司设立过程中依法履行义务,防止发生公司资本不足。另外,即使发生公司资本不足的情况,公司也能通过法

定程序及时填补资本亏空。(2)对股东与公司之间交易的限制,关键在于规定占支配地位股东与公司之间所进行的转移财产的交易必须充分公开。在此前提下,规定股东与公司之间直接或间接通过中间人达成的交易,在一定时间或交易数额达到一定限度时,应经股东会批准,且利害关系股东不能参加表决。(3)我国《公司法》对以董事为核心的公司高级管理人员在经营管理中的义务没有足够的重视,因此建议规定,在因公司违法减资,造成公司及债权人损失时,有故意或重大过失的董事和经理应当对此承担责任。(4)股东虚假出资或抽逃出资时对公司债权人的责任问题,应规定债权人可以直接向该股东请求清偿。(5)我国法律对注册资本验证制定的规定尚待完善。<sup>③</sup>

股份有限公司机关之间的分权制衡机制仍为学者所关注。有学者对公司法人治理结构的立法模式进行了宏观考查。<sup>④</sup>

有学者通过分析现代公司机关形态的发展趋势,认为从当代世界各国的公司立法看,大都有限制股东大会权力加强董事会权力的趋势,并由股东大会中心主义转变为董事会中心主义,这一变化顺应了社会经济发展的潮流,而我国现行《公司法》似乎没有跟上国外公司立法的步伐,董事会的权力很大程度上受到股东大会的制约,至少从立法上看是缺乏独立性的,但从我国公司立法及公司制度实施的现状来看,尽管《公司法》确认了股东大会为公司的最高权力机构,并赋予了明显多于董事会的权限,仍不能避免股东会流于形式,且股东大会和监事会的监管权也没

① 参见王保树:《股份有限公司经营层的职能结构》,载《法学研究》,1999年第9期。

② 参见陈康华:《论股东大会召开的障碍排除》,载《法学》,1999年第1期。

③ 参见徐晓松:《论我国公司资本制度的缺陷与完善》,载《中国法学》,2000年第3期。

④ 参见聂德守:《公司法人治理结构的立法模式及发展趋势》,载《法学评论》,2000年第6期。

有得到有效的保障,显然,重新划分股东大会与董事会之间的权力界限有重大的意义,公司立法应当建立董事会中心主义,将公司经营实权完全赋予董事会,股东会只对有关公司存在和发展以及直接关系股东利益的原则性事项有权决策。这样的权力结构,有利于建立一个灵活高效的公司经营模式。同时,加强监事会的职权,对董事、经理的行为进行直接的监督,以避免董事会滥用职权损害公司和股东利益。这样,既符合公正的要求,又是最有效率的。确立董事会中心主义,其核心问题就是强化董事会权力,减少股东大会的职权,实际上是把原属股东大会的部分职权转移到董事会,直接赋予董事会广泛的公司经营管理决策权,而同时保留股东大会决定公司生存及发展的原则性权力和任免公司机关领导的权力,应是一种较合时宜的权力配置。<sup>①</sup>

学者们对于董事的法律问题给予了更多的关注,有学者对我国法律上的董事忠实义务进行了评价,认为过于简单。学者们首先指出所谓忠实义务指董事管理经营公司业务时,毫无保留地代表全体股东为公司最大利益努力工作,自身利益与公司整体利益发生冲突时,后者优先。它源于作为受信人的董事与作为受益人的公司之间的信任关系。忠实义务与注意义务相互联系、相互区别,两者均属于信义义务,其区别体现在:(1)前者对董事的要求严于后者。(2)前者的标准往往是一致的;后者是主观的标准,取决于董事的能力与知识。(3)内容上前者要求董事在自身利益与公司利益发生冲突时选择后者;后者要求董事尽到充分的善良管理人的义务。(4)前者无豁免董事责任的规定;后者为鼓励董事进行合理风险运作,规定董事对判断上的错误负责。(5)违反前者,可能承担赔偿责任或被没收所得的责任;违反后者只承担赔偿责任公司损失的责任。我国无明确完善的忠实义务积极性规定,而对董事忠实义务的消极性规定范围窄,对违反自我交易的法律后果

缺乏规定。论者最后提出以下立法建议:(1)规定竞业禁止后契约义务,赋予法院自由裁量权。(2)完善自我交易制度。(3)禁止滥用公司财产。(4)规定股东诉权。<sup>②</sup>

另有学者探讨了董事的职权架构,提出了我国董事越权的两种类型:超越授权范围和超越经营范围的越权,并提出了对董事越权的防治途径。<sup>③</sup>

有学者认为独立董事是英美公司治理模式的特色制度,其在制衡控股股东或内部人的控制权滥用,捍卫董事会的独立性,促进公司可持续发展以及保障股东整体利益等方面卓有成效。最近若干年,国内的一些公司先后在公司机关权力构造中引入独立董事制度,并且取得一定经济与社会效益,但是制度上缺乏对独立董事地位、作用和特殊的权利、义务、责任的明确规定,实践中还存在诸多问题亟待解决,有必要从经济、法律和管理等角度进一步规范和完善。独立董事制度的历史和现实都证明,其是公司治理改革中卓有成效的制度创新,但是独立董事是否适用中国特色的国情,是否有必要在我国公司立法中引入相关规范,对此学者存有疑虑:第一,我国公司立法是否允许无股权董事。第二,无股权的独立董事是否有足够动力忠实、勤勉地履行责任。第三,我国公司监事会制度的改革与完善,与之功能重叠的独立董事是否有设立之必要。该学者认为建立现代企业制度的重点和核心就是规范公司法人治理结构,而独立董事制度的构建是公司机关权力构造改革的思路之一。该学者提出建立独立董事制度的方法为:(1)独立董事资格,是指担任独立董事职务的条件,包括积极资格和消极资格。(2)独立董事任免机制:独立董事

<sup>①</sup> 参见徐洁:《健全和完善股份公司机关的策略》,载《现代法学》,2000年第1期。

<sup>②</sup> 参见王衡:《论完善我国公司立法中的董事忠实义务制度》,载《现代法学》,2000年第5期。

<sup>③</sup> 参见黄来纪:《防治董事越权初探》,载《上海社会科学院学术季刊》,2000年第2期。

的提名、独立董事的选举规则、独立董事的人数、独立董事的任期、独立董事的卸职。(3)独立董事的职权:主持或参与董事委员会工作,如审计委员会、提名委员会、薪酬委员会。(4)独立董事的义务和责任。(5)独立董事的薪酬设计是公司治理中激励机制安排的疑难问题。<sup>①</sup>

有学者认为,董事罢免权是股东会的主要职权之一,它对优化公司法人治理结构,实现公司权力制衡具有重要作用。而我国公司立法对此规定很不完善。股东会的董事罢免权主要包括:股东会可以随时罢免在任董事;股东会应当以普通决议的方式罢免董事。法律应当赋予股东以罢免董事提案权。<sup>②</sup>

有学者认为,在实践中,各国都出现了董事会形骸化的现象,即董事长(或经理)的个人权力膨胀,成为凌驾于董事会之上的独立机构,董事会形同虚设。该学者认为,我国《公司法》缺乏董事会运营方式的具体规定,建议增加如下规定:(1)董事会下设多个委员会。可设置以下委员会:1)执行委员会,通常由执行董事组成,在董事会闭会期间代行董事会的职权。2)审计委员会,负责对公司的经济运行和财务活动进行审计监督。3)报酬委员会,负责研究公司高级管理人员的报酬事项并提出有关建议。4)提名委员会,负责寻找和提出公司总经理和其他高级管理人员的合适人选,报请董事会决定。(2)完善董事会秘书的设置。该学者指出需要重新界定经理的职权,经理权是指公司经理在法律、章程或契约所规定的范围内辅助执行公司业务所需要的一切权力。另外,增加董事的注意义务和责任。<sup>③</sup>

有学者认为,董事义务包括在任义务和离任义务。流行的公司法理论普遍忽视对董事离任义务的研究,更不能为董事离任义务的理论基础提供合理解释。虑及法益平衡原则及诚实信用理论、后契约义务理论、信義关系基础放大理论以及职务影响(行为)惯性理论的要求,应当对董事的离任义务进行立

法规制。但在界定董事的离任义务时,应注意处理好离任董事的经济活动自由权与公司(股东)的财产经营权的关系,对于经济活动自由权中的一般劳动权应当给予充分尊重。

董事离任义务的范围应小于在任义务,是“压缩了的在任忠实义务”。我国现行《公司法》并未规定董事的离任义务,《上市公司章程指引》和《到境外上市公司章程必备条款》对董事离任义务亦仅有零星规定,存在诸多缺陷,应加以修改完善。<sup>④</sup>

有学者认为,在现有对公司财产权性质的讨论观点中,“相对所有权说”有违“一物一权”原则,“经营权说”是对传统所有权理论的扭曲,实践证明有其不可克服的缺陷,“法人所有权说”无法解释公司财产中无形财产等的性质,均不足以解决公司财产权性质问题。事实上,公司财产权是一种准物权,其客体是被“视为一物”的公司财产。公司财产由有体物、权利和专有技术、商业秘密等构成。由于其内容的多样性,且属性不同,无法统一,为了使公司财产能被视为一物,我们将其抽象化为利益。有体物如厂房、机器设备等属于物质利益的范畴,是直接的、现实的利益;权利(如商誉权、债权、知识产权等)是潜在的、间接的物质利益,民事主体依法享有上述权利,在法定条件下可以将其转化为现实的、直接的物质利益;专有技术和商业秘密等其本身就属于利益的范畴。公司财产抽象化为“利益”,将其“视为一物”作为公司财产权之客体。<sup>⑤</sup>

① 参见闫海、陈亮:《独立董事制度研究》,载《华东政法学院学报》,2001年第4期。

② 参见刘素芝:《股东会董事罢免权初探》,载《政法论坛》,2001年第3期。

③ 参见王利军:《董事会形骸化的立法完善》,载《河北法学》,2001年第2期。

④ 参见蒋大兴:《董事离任义务立法規制研究——兼论我国〈公司法〉之修改》,载《法学评论》,2001年第5期。

⑤ 参见麻昌华、南庆明:《论公司财产权性质》,载《法商研究》,2001年第3期。



鉴于《证券法》与《公司法》之间存在着天然的联系,有学者对两法的关系加以论证,认为,符合证券市场需要的《公司法》是当前资产重组面临的重大需求。<sup>①</sup>有学者对国有控股公司进行了研究,指出国有控股公司的设立应体现国家对市场经济的干预,反映私法公法化的特征,应将其定位为特殊的企业法人。<sup>②</sup>

#### (五)关于破产法

随着市场竞争机制对企业退出制度的要求,现行企业破产法律制度的适用与操作都存在问题,亟待进行修改。

有学者认为,目前的破产实践是依法破产与行政法规破产两套规范并行,银行的破产否决权、破产财产优先安置职工等做法,均不符合立法宗旨。破产法修改的重点应包括:实行社会团体和个人破产制度,遵循国际惯例界定破产原因;设置简易破产程序,实行专业化市场化的破产清算工作,严惩破产欺诈(“假破产”)等。<sup>③</sup>

有学者认为,破产程序是一种执行性质的程序,不具有解决实体权益争议的功能,实际中存在侵害债权人利益,破坏公平清偿原则的地方保护主义、破产逃债、政府不当干预等问题,应纠正两个偏差观念,对破产法在社会主义市场经济最直接的、基础性调整作用有正确的认识,它是以国家强制力保障决定市场经济能否正常运转的商品交换信用的法律形式——债,在债务人丧失清偿能力时的最终公平履行,公正维护全体债权人和债务人的正当权益。过分依赖行政手段干预企业破产与现行法律相矛盾,也不符合市场经济的运行规律,对之应作适当调整。<sup>④</sup>

在破产立法方面,有学者对破产法的社会调整作用进行了再认识,认为,破产法的直接作用是以国家强制力保障决定市场经济能否正常运转的信用关系的法律形式——债,在债务人丧失清偿能力时的最终公平实现,维护全体债权人的债务人的合法权益。同时,破产法对市场经济还产生广泛的调整作

用,如完善竞争机制、促进企业改善经营管理等,但这些间接作用不是制定我国破产法的根本动因。<sup>⑤</sup>

有学者指出我国的现有破产规范存在以下主要问题:适用破产制度上的不平等性、缺乏可操作性、渗透着计划经济因素,有明显的行政干预烙印。在破产实践中也存在三方面的问题:行政干预色彩浓厚,利益上的矛盾性导致了破产申请缺乏原动力,与破产法规相配套的法律、法规不健全,破产法实施的大环境尚未最后形成。该学者最后提出了如下建议:(1)更新观念、树立全局意识;(2)建立统一完善的破产法典;(3)加快推进国有企业改革,金融体制改革和政府机构改革;(4)加快与破产相配套的法律、法规的制定与制度建设。<sup>⑥</sup>

破产清算组织是破产程序中的重要机构,有学者阐述了有关破产清算人的法律地位,一般免责、义务以及建立我国的临时破产接管人制度等若干问题。<sup>⑦</sup>

有学者论述了破产法上的免责制度,破产法上的免责是指破产程序终结后,对符合免责条件的诚实债务人未能依据破产程序清偿的债务,依法予以免除。免责制度多为现代各国所采用,免责制度存在两种不同的理念:一是以公平清偿债权人的债权为惟一目

① 参见金黎明、白彦春:《资产重组中公司与证券法交叉问题研究》,载《中国证券报》,2000年3月24日。

② 参见安徽省法学会民商法经济法研究会国企改革课题组:《国有控股公司实践中的问题及法律对策研究》,载《政法论坛》,2000年第3期。

③ 参见曹思源:《论现行破产法的修改》,载《开放时代》,1999年第1期。

④ 参见王欣新:《确立市场经济的标志——我国破产法的实施与完善》,载《国际贸易》,1999年第4期。

⑤ 参见王欣新:《破产法的社会调整作用》,载《人民法院报》,2000年5月13日。

⑥ 参见王中元、刘春旭:《规范破产之思考》,载《河北法学》,2000年第1期。

⑦ 参见韩长印:《破产清算人制度的若干问题》,载《河南大学学报(社科版)》,2000年第3期。