

《2006年卷》

顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

商务印书馆



顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国商法评论(2006年卷)/顾功耘主编. —北京:北京大学出版社,2006.12
ISBN 7-301-11248-3

I. 中… II. 顾… III. 商法-中国-文集 IV. D923.994-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第130719号

书 名: 中国商法评论(2006年卷)

著作责任者: 顾功耘 主编

责任编辑: 丁传斌 朱梅全 张兴群 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-11248-3/D·1618

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 24印张 540千字

2006年12月第1版 2006年12月第1次印刷

定 价: 52.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

卷 首 语

这是上海市法学会商法研究会出版的第二卷商法评论。本卷收集的主要是研究会会员为2005年年会撰写的有关商法理论、公司法、证券法、金融监管等方面的优秀学术论文。可喜的是,这次提交论文的会员大多是司法实践部门和大学科研机构具有硕士或博士学位的专家学者,他们不仅具有相当高的法学理论研究水平,而且具有很丰富的司法实践经验。阅读这些论文,会使读者领略到诸多创新观点和有见地的论断。

本次研究会年会和撰写论文的背景是我国已经对《公司法》、《证券法》进行了较大规模的修订。《公司法》、《证券法》的修订标志着我国市场运行机制和体制的建设又上了一个台阶。本卷《商法评论》中相当多的内容涉及对新《公司法》和新《证券法》的解读及评价,有的还针对新修订的重要内容作了法律适用方面的深入探讨,这对于进一步完善相关法规、规章及作出司法解释,更好地贯彻执行新《公司法》、《证券法》具有重要的价值。本评论的出版发行也说明,我们在践行推动我国商法理论研究和商事法制建设的道路上正一步步扎实地前进。

在本卷《商法评论》出版之际,我们首先要感谢上海市法学会全体对商法研究会的有力指导和经济上的支持。其次要感谢上海市高级人民法院、上海市第一中级人民法院,上海市第二中级人民法院的领导和专家的大力支持,感谢复旦大学法学院、华东政法学院经济法研究中心对商法研究会年会的全力支持。还要感谢所有为本评论提供论文以及编辑服务的同仁们、朋友们,没有他们的真诚合作,本评论就不可能面世。

顾功耘

2006年11月于华政园

目 录

会议综述

聚焦新“两法” 畅谈上海商法学术发展

雷晓冰 / 1

会议论文

商法总论

关于我国商法若干问题的思考

任荣明 / 6

冠名权的法律界定

朱体正 / 10

制定统一《商事登记法》的若干问题

杨忠孝 / 21

公司法

中国公司法的晚近发展

胡鸿高 / 40

实证主义视角下的新《公司法》解读

郑 彧 / 50

我国《公司法》和《证券法》的历史性变革

成 涛 / 63

新公司法忽视的一个重要课题

——谈转型时期我国劳动与资本调节机制

刘金祥 / 76

股东利益与债权人利益的帕累托最优设计

李丽佳 / 86

从公司社会责任发展历程的特征分析我国公司

社会责任推进的几个问题

江翔宇 / 91

论欧盟公司法的协调与现代化发展

宋锡祥 杨晓玲 / 98

一种新的公司形式: 日本的合同公司

俞 文 / 109

——兼论对我国公司制度创新与完善的启示意义

陈书睿 / 113

公司设立瑕疵问题浅析

一人有限责任公司监管初探

钱品石 王 鑫 / 120

我国上市公司董事会治理与制度完善

倪受彬 / 126

表决权信托:一项亟待增加的股东投票制度	雷晓冰 / 136
论股东大会的司法介入	杨勤法 / 142
对新《公司法》第 143 条的解读	徐威威 / 149
“重大性”标准问题刍议	
——以上市公司并购、重组前期谈判为视角	傅颖 王莉 / 155
新《公司法》司法解散制度浅析	叶微娜 / 162
上海法院审理公司诉讼案件的情况分析	张凤翔 / 170

证券法

《证券法》修订与多层次资本市场的制度建设	吴弘 刘迎霜 / 180
构建我国多层次金融市场体系法律制度	
——从新证券法谈起	许凌艳 / 187
新《证券法》视野下证券公司融资融券之透析	尤群博 / 196
内幕交易归责原则浅议	马忠法 / 204
关于证券市场中因内幕交易和操纵市场引发的	
民事赔偿的有关法律问题	宋一欣 / 210
券商退出路径选择	
——兼论券商破产立法完善	何宗泽 / 222
国际间接银团贷款证券化的法律风险	刘胜题 / 230

破产、保险、票据、信托法

劳动债权优先于担保债权受偿若干问题探析	董士忠 / 248
银行担保物权与职工工资债权清偿顺序之研究	孙宏涛 / 260
保险代理人行为的法律规制	杨心明 纪振永 / 268
对再保险合同性质的再探讨	
——与邹海林、樊启荣先生等商榷	丁凤楚 / 275
中国信托法理之缺陷和完善建议	沈吉利 / 283
信托法律性质辨析及观念更新	陈大钢 李辉 / 298

金融监管

金融衍生工具法律监管基本问题研究	熊玉莲 / 308
场外金融衍生品市场监管法律制度研究	唐波 罗婧 / 315
市场准入制度法律问题研究	程胜 / 330
论司法在金融创新中的合理定位	
——从委托理财案件的审理谈起	范黎红 / 336

其他

农地能否直接入市	
——我国集体土地使用权流转制度的困境与改革路径	茆荣华 / 345
略论 SCM 协定下的环境标准与环境成本优势问题	李 本 / 356
强行法争议可仲裁性与国际商事仲裁制度的变革	张圣翠 / 363
附录(未选登论文目录)	/ 374

聚焦新“两法” 畅谈上海商法学术发展

雷晓冰*

上海市法学会商法学研究会 2005 年年会于 2006 年 1 月 8 日在华东政法学院举行, 本次年会由上海市法学会主办、华东政法学院经济法研究中心和复旦大学法学院承办。由于正值新《公司法》和《证券法》颁布实施, 为回应现实, 本次会议议题定为“上海市商法学研究会 2005 年年会暨《公司法》、《证券法》贯彻实施研讨会”。来自上海市法学会、上海各高校、研究所、法院、证券交易所、证券公司和多家律师事务所等理论和实务界的专家学者百余人参加了会议。

本次年会采用论文交流为主, 配以主题发言、会场互动和主持人评议的形式进行, 主要围绕新《公司法》和《证券法》颁布实施引起的法律问题展开, 分为“公司法专题”和“证券法专题”。在公司法专题中, 华东政法学院博士生导师罗培新教授和上海市第二中级人民法院范黎红法官分别作了《新公司法背景下法院面临的裁判困境》和《司法介入与公司自治》的主题报告; 证券法专题中, 华东政法学院博士生导师吴弘教授和复旦大学法学院张建伟副教授分别作了《新证券法立法的进一步完善》和《新证券法实施中的若干问题》的报告。之后, 与会专家学者围绕这些问题展开讨论, 会议气氛活跃, 圆满完成了各项议程。

一、会议论文透析 2005 年上海市商法学者研究重点

从本次年会提交论文看, 2005 年上海市商法学者的研究范围涉及商法领域的各个方面, 包括商法总论、公司法律制度、证券法律制度、破产法律制度、保险法律制度、票据法律

* 华东政法学院博士研究生。

制度、信托法律制度以及金融监管等问题,但重点主要集中在公司法和证券法方面。

新《公司法》和《证券法》的颁布是2005年商法领域意义深远的事件,两部法律不仅从具体的制度设计,更重要的是从法的本质和内在规定性出发,对法律理念进行了深刻反思。公司法方面,学者们探讨的范围涉及该领域的每个角落,包括公司法的性格、理念、历史沿革等理论问题,还就具体制度(如法定代表人、公司社会责任、股东知情权、一人公司、独立董事、股东投票权信托、股东派生诉讼、公司解散等)进行了研究。证券市场改革涉及巨大的利益格局调整,一个国家的证券市场非常紧密地联系着这个国家宏观经济的发展,学者们围绕原《证券法》修改,推出了一批可喜的成果,涉及多层次资本市场建设、委托理财、内幕交易、民事责任、券商破产等。

其他商事制度的探讨,涉及破产程序中劳动债权和担保债权受偿顺序问题、欧盟跨国破产法律制度介绍;财产保险合同标的、再保险合同性质、保险代理人制度;空白支票;信托法律性质、信托合同受托人规则等。

二、新《公司法》纵横谈

与会专家学者对新《公司法》给予了客观评价,认为新《公司法》从理念到具体制度都发生了很大变化,但也存在一些缺憾。

(一) 专家评价新《公司法》

专家们谈到,新《公司法》有很多值得称赞的地方,尤其是从理念上重新认识了公司法的性格,强调公司自治自律、回归公司法私法原貌、提高公司章程在公司治理中的地位。反映在具体制度上,主要包括:公司设立门槛降低,政府行政管制弱化,股权转让细化,控股股东、实际控制人、董事和高级管理人员行为不规范的责任加强,引入公司法人格否认制度,股东权益保护机制细化,上市公司治理结构完善,公司财务会计制度调整与中介机构设置,职工权益保护力度加强,违反公司法责任加重等。同时,新《公司法》很好地处理了与相关条例、新《证券法》、《刑法》的关系。

专家学者们也客观看待新《公司法》的不足,认为新《公司法》还存在一些需要弥补的缺陷。例如,尽管新《公司法》对国有公司的界定和管理作了新规定,但是将国有公司放在《公司法》中规定不合理;有关一人公司的规范还存在很多缺陷;没有解决公司登记中防范公示欺诈的问题;公司并购中股权债权地位不明确;加重董事责任和义务的同时导致董事权利义务失衡,却没有设置董事责任豁免制度;法人格否认制度的规定需要细化;股份回购中没有对回购资金来源、回购程序和条件等作出具体规定。还有,新《公司法》的结构安排和用语也存在一些缺憾。这些将是以后公司法专家学者继续研究的内容。

学者们还谈到新《公司法》的某些规定在某种程度上甚至是历史的倒退,如第19条规定的“公司应当为党组织的活动提供必要条件”。该条的合法性就面临质疑,如果公司中党组织的命令和公司股东大会决议发生冲突,该如何处理?相比之下,原《公司法》的规

定还比较合理。此外,新《公司法》还有一些盲区也会给实践带来难题,如根据第183条和第184条,公司僵局出现之后,股东请求解散公司,如果法院裁定解散公司,此时如何进行清算?新《公司法》没有作出规定。

(二) 司法介入和公司自治的边界

司法介入公司自治是本次研讨会的重点内容之一,罗培新教授和范黎红法官作了主题发言,随后进行了现场讨论。

华东政法学院博士生导师罗培新教授谈到,新《公司法》给法院裁判带来很大的空间,同时也使法官面临裁判困境。例如,第5条规定的公司社会责任,第20条规定的公司法人格否认制度,第22条规定的法院认定股东会、股东大会和董事会决议内容违法,第34条股东知情权维护中对股东查阅权是否存在欺诈动机和公司拒绝查阅是否有掩盖不正当行为动机的判断,第75条异议股东股份评估权中股份回购价格的确定,第148条高管勤勉义务的判断,第183条股东司法解散请求的判断都涉及法院裁判权的行使。罗培新教授说,国外法官有非常深厚的实践经验,我国法官则缺乏商务训练,这些知识结构的缺陷会带来裁判上的困难。一个法律工作者如果不研究经济学和社会学,就非常容易成为社会的公敌。司法介入公司自治需要法官有比较好的知识积累和经验储备,否则作出的裁断可能会面临合法性责难。

上海市第二中级人民法院范黎红法官谈了司法介入公司自治的必要性、作用、局限以及司法谨慎介入公司自治的标准。范黎红法官认为,司法介入公司自治源于公司自治本身的局限性。公司自治会带来一些制度缺陷,如“内部人控制”、“搭便车”、大股东侵害小股东权利等,这些都需要司法介入得以纠正。同时,公司社会责任等的实现也需要司法加以保障。公司章程是一个有漏洞的东西,司法介入是对漏洞的填补。在互动阶段,有学者从公司合同理论出发,认为公司合同一定是一个不完备的合同,一定会有缺陷和漏洞,发生纠纷后司法的介入是一种支持、补充和解释,有利于降低交易成本。专家们的这些论述为司法介入公司自治提供了强有力的支持。范黎红法官从司法权的本质出发,认为司法权是国家权力的组成部分,司法介入公司自治具有保障和干预双重意义。从实践上看,很多诉诸法院的商事纠纷并不是公司内部不能解决好,诉讼的目的是希望通过司法的强制力保障执行,从这个意义上讲,司法介入公司自治是对公司自治的保障。但范黎红法官也提出法院介入公司自治有一定的边界,这源于司法本身的保守性和滞后性。此外,司法作为社会正义的最后一道防线没有事后救济方式,但法官基于法律事实作出的判断却存在失真的可能。鉴于司法介入存在以上局限,司法应该谨慎介入公司自治。

对于司法谨慎介入公司自治的标准,范黎红法官也提出了一些规则,主要包括:是否构成法律意义上的权利义务纠纷、是否违反公司法规定和当事人约定、是否用尽公司内部救济、当事人权益是否正当。对于司法介入公司自治的方式,专家谈到可以根据纠纷类型采用不同的救济方式。如果是权利义务失衡类纠纷,司法可以直接介入;如果是程序性纠纷,应该考虑尽可能为公司自治留下空间。同时,司法介入公司自治还要考虑司法效率,如果给了当事人协议空间,但当事人不能达成一致,则可以考虑强制当事人达成协议。来

自实务部门的专家建议,对于司法介入公司自治要考虑的因素,法院系统可以通过调研作出一个统一的解释,但司法解释也要根据实践发展的需要不断修正。关于司法介入公司自治还有一个问题,就是如何确定“已经用尽其他救济方法”,对此专家们认为主要依靠“法官自由心证”,根据具体情况进行分析。

(三) 中小股东权益保护

中小股东权益保护是公司法领域的世界难题,在我国市场经济特殊的改革路径下这个问题更加凸现,学者们针对新《公司法》中保护中小股东权益的制度安排进行了探讨。实务部门的专家指出,中小股东权益保护是司法实践中经常遇到的问题,尤以股东知情权和小股东因大股东侵权要求赔偿的案件为多。新《公司法》对中小股东权益保护提供了很多救济方式,但这些规定都比较原则,不够具体,小股东并不知道如何行使自己的权利,所以新《公司法》对中小股东权益的保护和期待相比还有一定差距。但华东政法学院博士生导师顾功耘教授从不同视角出发认为,新《公司法》对中小股东权益保护在某种程度上有一点超前,最典型的是股东的信息知情权,允许股东查阅财务账册可能会影响公司正常营业,这就需要在保护中小股东权益和维护商业效率之间寻找平衡。而且,按照新《公司法》的规定,股东查阅权一旦遭拒绝就诉诸司法,极有可能造成滥诉,诉讼成本很高,法院压力也会很大。

三、漫谈新《证券法》

华东政法学院博士生导师吴弘教授、复旦大学法学院张建伟副教授作了关于新《证券法》的主题发言。

(一) “预留空间”需要配套法律制度填补

吴弘教授谈到,新《证券法》在很多方面有很大突破,如强化民事责任、丰富证监会执法手段、加强证监会执法动力。但和旧《证券法》相比,新《证券法》对证券市场没有产生太大影响,批评意见也不多,体现出整个证券市场和投资者、监管者越来越成熟,但这并不代表新《证券法》很完美。新《证券法》对证券市场呼声作了非常巧妙的技术性回应,对于市场关注的敏感问题,如融资融券、基金入市、委托理财等,没有直接进行规范,只作出原则性规定,在这些方面还必须继续努力,把“预留空间”填补上,这就需要配套法律法规的完善。吴弘教授说,新《证券法》涉及太多利益调整,在资本市场很孱弱的现在,没有相应的配套法规很难产生好的效果。新《证券法》和新《公司法》都有一个非常重大的变化就是为司法留下空间,如内幕交易、操纵市场行为都是可诉的,但具体诉讼如何进行是一个很大的问题。类似这样的情况很多,都需要配套法律法规进行规范。在会议互动阶段,专家们谈到,我国《公司法》和《证券法》的修改过于追求法的稳定性,《证券法》是调整资本

市场最重要的法律规范之一,资本市场发展的步伐非常快,相应地,追求法的稳定性不符合资本市场的本性,事变则法移,从国外资本市场来看,美国和日本的证券法平均两年左右要作一次修改,这是资本市场的本性决定的,缩短修法期限才会赶上市场经济发展的步伐。

(二) 多层次资本市场建设是改革趋势

多层次资本市场建设是本次年会的一个热点。专家们谈到,我们当前的单边市场被实践证明是很有问题的,也是市场上很多不正常现象出现的原因。“国九条”已经谈到要发展多层次资本市场,多层次资本市场包括公募市场和私募市场、场内市场和场外市场、股票市场和债券市场、基础证券市场和衍生品市场等,但我国资本市场主要是场内股票市场,距多层次资本市场还有很大差距,相应地,规范多层次资本市场的法律法规也很不健全。专家们说,多层次资本市场已经开始起步,包括证券交易所、期货交易所和产权交易所等主体都很有积极性,发展多层次资本市场不能再走“先规范后发展”的道路,制度建设非常重要,但多层次资本市场立法不一定非要国家级立法,可以在国家级立法的前提下建立多层次的、广义上的法律规范,特别是场外市场、衍生品市场可能更多要依赖一些自治规则。2005年证券市场谈论较多的权证问题就是例子,上海证券交易所和深圳证券交易所都在制定相应的规章,这是一个很好的开端。

(三) 变《证券法》为行动中的法律

张建伟副教授就新《证券法》实施问题作了专题发言,重点阐述了“如何使证券法成为行动中的法律”。张建伟说,使证券法成为行动中的法律的关键是改变当事人偏好,而当事人偏好又和一个国家证券市场法律制度对投资者的保护和法律起源有关。我国证券市场流通股相对较少、容易操纵,“庄家”的偏好是操纵证券市场,中小投资者的偏好是“跟庄”和出现纠纷后“厌讼”,司法者从社会稳定角度考虑偏向于认为证券市场法律制度不完备、证券市场变化太快、司法资源不足,证监会等执法者会感觉执法手段不足、执法动力不强。在改变这些偏好方面,新《证券法》有了一些突破,如丰富证监会执法手段、建立证券投资者保护基金等。但是对集团诉讼我国一直持比较谨慎的态度,张建伟提出可以考虑在我国建立一种类似于消费者协会性质的机构代表股东进行诉讼。

与会专家提出,证券市场改革涉及太多利益关系调整,证券立法必须平衡多方面的关系,如激励投资者诉讼和防止滥讼的关系、赋予证监会多样化执法手段和防止证监会过度执法的关系等。

关于我国商法若干问题的思考

任荣明

经过法学界二十多年的努力,商法在中国法律体系中的地位已基本得到确认。中国法学会商法学研究会从民商法研究会中分离出来就是一个很好的佐证。但我国商法学的研究尚处于起步阶段,法学界对商法基本理论的研究还很薄弱,可谓任重道远。本文就我国商法几个基本问题谈一些浅见。

一、关于商法的性质

按照法学的传统观念,民法是简单商品经济的产物,商法是资本主义商品经济的产物。商法是民法的特别法,商法与民法同属私法范畴。由于历史的原因,大陆法系的商法产生于中世纪的商人习惯,也称为“商人法”。如果从“商人意思自治”的角度来讲,商法的产生带有私法属性,但资本主义经济发展到垄断阶段,政府制定或修改各种商事法律法规时已经淡化了“商人意思自治”的理念,更多强化了“社会公共秩序”,即将维护社会交易安全放在首要的地位。因此,自20世纪初,西方国家的商法已出现公法化趋势。我们在西方国家现代商法中越来越多地看到强制性规定,越来越多地看到国家行政权干预的痕迹。尽管各国商法还存在许多选择性、任意性条款,但从总体上看,我们很难将它简单归入私法范畴。

我国现行商法是在“文革”结束后、以经济工作为中心、在改革开放方针指导下产生的,即它是在计划经济向市场经济转轨过程中产生的,或者进一步说,它是在我国民法、经济法两者无法独立担当调整市场经济关系重任情况下产生的。例如,80年代中期,我们打算起草民法典,最后只诞生简单的《民法通则》;我们打算制定一系列股份制改造的经济法规,以解决国有企业经营机制问题,却陷入一个又一个困境,最后不得不考虑商法,出台《公司法》、《保险法》、《票据法》等商事法。

我国商法与西方国家不同,从它产生之初,就明显带有公法的属性。例如,我国新修

订的《公司法》突出强调对投资者合法权益的保护,补充完善了股东知情权保障制度、股东会召集程序和议事规则、股东诉讼制度等;新修订的《证券法》建立了证券投资者保护基金,强化了对投资者和资金安全的保护措施,补充和完善了内幕交易、操纵市场、欺诈客户等违法行为的民事赔偿制度。这些规定已经排斥了“商人意思自治”的原则,更多体现了国家从社会公共利益出发,实施公权对私权的干预。

由此可见,商法与民法相比,有着本质的区别。商法是资本主义市场经济的产物,现代商法是现代市场经济的产物。如果我们仍然局限于商法是民法的特别法、商法是民法的一个组成部分、商法是私法等这些陈旧观念,就很难认识现代商法的性质,也很难对商法理论的发展有新的突破。如果我们一定要将法律分为公法与私法,将现代商法归入公法领域,或许更能说明现代商法的性质。因此,笔者认为,不能简单将商法归入私法领域,跨私法与公法两大领域、兼有私法与公法的两大特征,正是现代商法的本质属性。

二、现代商法的边界

所谓现代商法的边界问题,即现代商法的范围与外延问题。目前,我国学者在讨论商法范围或内容时,更多受大陆法的影响。传统商法理论认为,商法包括商身份法和商行为法两大内容。商身份法包括商人、商号、商业登记、商事簿记、代理商、行纪商等规定;商行为法包括商事买卖、商事代理、居间、信托、运输、储藏、银行、票据、保险、海商等规定。有学者认为,传统商法体系不仅与自由市场经济原则一致,同时也表现出经济规模的局限性和不高度发达状态。进入20世纪后,尤其在20世纪下半叶,现代商法在体系上打破了传统商法的格局,它已不再局限于商身份法和商行为法两个方面,而是形成了商事身份法、商事组织法、商事管理法、商事行为法、商事秩序法这样一个商法体系。^①

由此我们想到,英美法系对商法的认识,《美国统一商法典》的规定以及英美国家关于商法的教材、论著,与大陆法关于商法内容、体系的认识是截然不同的。他们采用务实的态度,将调整商事关系的法律均纳入商法的范畴。虽然英美法属于判例法,与中国的法律传统、法律体系相差很大,但是,英美法系的认识从一个侧面反映了现代商法的特征,它的内容、体系是随着它所调整的对象——现代商事关系的发展而发展的。为此,我们可以认为,现代商法的边界是由它的调整对象——现代商事关系所决定的。

现代商事关系是在传统商事关系的基础上发展起来的,随着现代科技的发展、新经济的产生、经济全球化格局的形成,现代商事关系不断涌现,作为调整商事交易关系的基本法——商法,它的内容不断丰富,它的体系不断扩展。如果我们仍以传统的商法理论去认识现代商法的边界,必然影响我们对现代商法的研究及其特性的把握。为此,笔者主张“大商法”的观点,即用发展、动态的观念认识商法的边界。

^① 参见范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社2004年版,第113页。

三、我国商法的独立性

我国商法的独立性问题来自民法与经济法的挑战,我国商法必须理清与我国民法、我国经济法之间的关系,才能确立其独立的地位。

(一) 我国商法与我国民法之间的关系

自 1807 年《法国商法典》诞生之后,民商分立成为历史潮流。但是,20 世纪上半叶,欧洲一些国家如瑞士、荷兰、丹麦、挪威、瑞典等,在立法上仍实行民商合一,将商法并入民法之中。

20 世纪上半叶,我国历史上也出现过要不要制定商法典,即在立法上是民商合一还是民商分立之争论,结果民商合一论获胜。

笔者认为,这次争论主要为立法技术上的争论。民商合一论的主张是在立法上不要制定单独的商法典,认为对于商事立法采用单行法规形式为好。这一观点并没有否定商法的客观存在及其独立性。此外,那时的中国处于半殖民地半封建社会,市场经济不发达,人们对商法性质、作用的认识有其历史局限性。如果仍用 20 世纪上半叶的论断来否定现代商法的独立性,就显得更为陈旧。

商法与民法虽然在法的功能、法的原则等方面有一定的共性,但在本质上是有所区别的。从历史发展的痕迹、产生的经济基础来看,民法是商品经济的产物,是商品经济的基本法;商法是资本主义市场经济的产物,是市场经济的基本法。民法的立法以公民为核心,主要调整个人与个人之间的民事关系;商法的立法以企业(商事组织)为核心,主要调整企业之间的商事关系。民法的价值取向是追求公平,商法的价值取向是追求效率兼顾公平。因此,商法与民法有各自的调整对象、各自的领域、各自的功能,不存在谁取代谁、谁包容谁的问题。我们只有摒弃“民商合一”或商法仅仅是民法的补充这种陈旧观念,才能更好地发挥商法的功能,使其为我国飞速发展的经济现代化建设保驾护航。

(二) 我国商法与我国经济法的关系

经济法作为一个独立的法律部门,其产生的历史比商法晚很多。但对于新中国来讲,特别自改革开放以来,法学界对经济法研究的热情之高,是任何国家都不能比拟的。这有其特定的历史原因。“文革”结束后,百废待兴,党中央及时作出以经济工作为中心的战略决策,经济建设迫切需要法律手段,当时没有现成的民法和商法,在党中央加强经济立法的号召下,法学界同仁将苏联、东欧的经济法理论引入我国,由此,我国经济法应运而生,经济法研究也日益兴盛。我国经济法的产生与兴旺,对我国计划经济体制向市场经济体制转轨功不可没。但不能由此下结论,认为我国不需要商法,经济法可以取代商法。且不论我国经济法理论本身存在的问题,学界有共识的是,经济法是资本主义发展到垄断阶

段的产物,是国家干预经济的产物。那么,商法与经济法在本质上到底有哪些区别?

其一,立法原则上,商法更多遵循市场经济自身的法则,将市场经济的规律、商务中技术性、操作性的规则上升为法律规范。因此,商法更具有普遍适用性与相对稳定性。而经济法遵循国家利益与社会公共利益高于一切的原则,将国家政策、政府意志、行政调控手段上升为法律规范。因此,经济法受国家政策、政府行政长官意志的影响比较大,它的历史局限性、不稳定性更大些。

其二,法律功能上,商法侧重于维护商事交易的安全,为企业的商事行为提供游戏规则。现代商法虽然强制性规范越来越多,出现“泛公法化”倾向,干预越来越多,但这种干预大多为消极性的,是国家为维护商事交易的安全,对有害或不利的商事行为所作的限制。经济法则侧重于国家利益和社会公共利益的实现,为国家调控经济提供法律保障。它产生于国家干预,也在国家干预中生存与发展,国家始终扮演积极干预的角色。

其三,调整对象及其内容上,商法以企业为核心,调整企业在生产经营过程中所形成的商事关系,其内容主要为关于商事交易行为的法律规范。而经济法则以经济管理为核心,调整国家在调控国民经济运行过程中所形成的各种宏观经济关系与微观经济关系,其主要内容为关于国民经济管理行为的法律规范。

其四,法律性质上,商法是以商业、商事交易习惯为基础的法律,它是兼有私法和公法双重性的法律。而经济法是以经济管理、行政干预为基础的法律,它是属于公法范畴的单一性法律。

当然,也有学者会认为,在某些领域,商法与民法、经济法存在互为渗透、互为影响、内容交叉、边界不清的现象,实际上,这正是现代法互为影响、互为支撑、互相吸收、动态发展的正常现象。这种现象的存在,并不影响商法的独立性。

主要参考文献:

1. 顾功耘主编:《商法教程》,上海人民出版社 2001 年版。
2. 范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》,中国人民大学出版社 2004 年版。
3. 石少侠:《我国应实行实质商法主义的民商分立》,载《法制与社会发展》2003 年第 5 期。
4. 张辉、叶林:《论商法的体系化》,载《国家检察官学院学报》2004 年第 5 期。
5. 史际春、姚海放:《再论商法》,载《首都师范大学学报》2003 年第 1 期。

冠名权的法律界定

朱体正

一、冠名权现象及其存在的社会经济基础

(一) 冠名与冠名权现象概览

所谓冠名,顾名思义,就是指对于某种对象化事物的命名,在其通用名称之前加上其他个人的姓名或组织的名称。冠名权也就是冠名者所享有的权利。

在商品经济日益繁荣的今天,冠名权现象早已屡见不鲜,如某条道路、某座建筑物、某列火车、某场比赛被冠名为“××路”、“××大厦”、“××大桥”、“××专列”、“××杯赛”等;电视节目、报刊专栏也有类似的商业运作,如“本节目/栏目由××(企业或商品、服务名称)冠名播出”等;更为普遍和引人注目者,当属现今体育界流行的冠名之风,譬如国内外的足球俱乐部及其所属足球队大多由实力雄厚的厂商冠名赞助,又如中国石油化工股份有限公司斥资8亿元人民币购得了2004年到2006年F1中国上海站赛事的冠名权(即“中国石化F1中国大奖赛”)以及赛道广告等多项权利。在市场经济发达国家和地区这类现象更不鲜见,就连传统的纽约马拉松长跑比赛也出现了出售冠名权的现象。^①

除了喧闹的商业和娱乐场合之外,我们还发现,在宁静的学术殿堂也出现了冠名现象,如1994年9月18日,北京大学与光华教育基金会签订合作办学协议书,其工商管理学院冠名为“北京大学光华管理学院”;1996年,美国安泰国际集团出资与上海交通大学共建管理学院,2000年上海交通大学管理学院冠名为“上海交通大学安泰管理学院”;2000年,苏州大学法学院冠名为“苏州大学王健法学院”。此外,诸如香港巨商邵逸夫先生的捐资至今已达30亿元,在海内外兴建多所逸夫学校、图书馆、科技馆、教学楼、医院等

^① 参见田径:《纽约马拉松赛首次出售冠名权》, <http://cn.sports.yahoo.com/030425/5/112ym.html> (2004-12-3 检索)。