

2007年卷

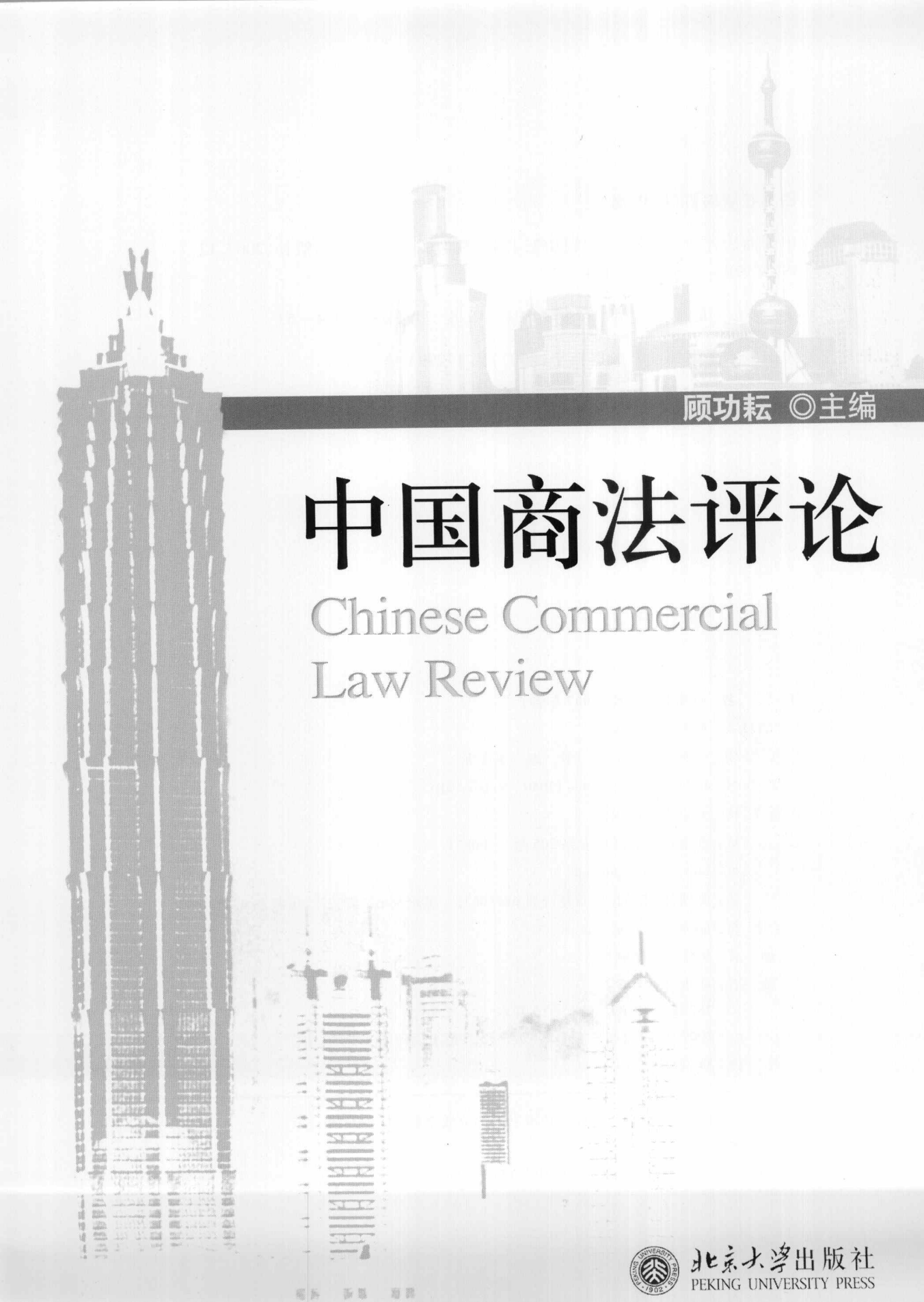
顾功耘 ©主编

中国商法评论

Chinese Commercial
Law Review



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



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. 2007 年卷/顾功耘主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 12
ISBN 978 - 7 - 301 - 13040 - 7

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(2007)第 172993 号

书 名: 中国商法评论(2007 年卷)

著作责任者: 顾功耘 主编

责任编辑: 张兴群 朱彦华 娜 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13040 - 7/D · 1910

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 24.5 印张 543 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 54.00 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

2007年卷

主 编 顾功耘

编委会成员 成 涛 胡鸿高 李永祥 任荣明 杨忠孝

吴益民 沙国华 钱品石 胡志民 唐荣智

张小红 沈秋明 张凤翔 章克勤 杨 钧

都天鹏 吴 敏 田忠法 陈露洁 陈慧谷

徐 明 傅 远 吕红兵 沈国权

执行主编 罗培新

执行编辑 雷晓冰 尹 刚 黄 蓓 应钟依 胡 然

上海法学会商法研究会编

卷首语

从2004年成立上海市法学会商法研究会以来,我们以研究会的名义连续出版了两卷《中国商法评论》,本卷为第三卷。我们之所以坚持不懈地编辑出版《中国商法评论》,是因为上海这样的经济中心城市具有丰富的商业文化和商法实践的资源。及时反映经济活动中的新情况、新问题,总结经济改革和发展及其法治的成就,研究解决问题的有效对策,对于促进上海乃至全国不断改善经济环境和条件,健全商法制度和各项交易规范,均具有十分重大的理论价值和现实意义。

本卷选载的是上海市法学会商法研究会2006年12月举行的年会交流论文。这些论文所研究的问题无论是从广度还是从深度上看,都大大超过往年。如果说前两卷还是围绕着公司法、证券法和破产法等如何修订展开讨论,本卷则主要讨论这些法律修订后如何进一步实施的问题。问题的讨论更加务实,建议和对策更具有可操作性。其中,有的论文还进一步探讨了新修订法律存在的缺陷,有的论文介绍了国外相关法律法规和理论研究的最新发展动向。例如“双重代表诉讼”问题的研究,不仅让我们学习到了最新的知识,而且为处理国内最新出现的一些极其复杂的公司案件提供了重要指导。

本卷论文作者的来源比较广泛,有的来自于司法机关和行政机关这些实践部门,有的来自于很有影响的大企业和金融机构,还有的来自于颇具实力的科研机构和大专院校。他们绝大多数既具有深厚的理论功底,也有丰富的实践经验。他们所提供的论文言之有物,实实在在,值得一读。

本卷论文除对公司法、证券法和破产法等作出一定的学理说明外,还对合伙企业法、信托法以及国际销售合同公约等相关问题作了必要的探究,提出的观点也很有启发性。

应当指出的是,新颁布的公司法和证券法已经建立了不少新制度,解决了不少新问题。但是有的制度如何应用、政策的界限如何把握等,亟待有权机关作出解释。本卷中的不少论文为下一步作出法律解释提供了强有力的理论支撑。

商法是一门实践性很强的学科。商法制度的发展和完善不仅需要理论界的努力,更需要广大实务界人士的共同努力。我国公司法缺乏对“商业判断原则”的规定就说明,没有企业经营管理人士的参与,立法者无法体会进而懂得公司高管人员的决策风险以及他们自我保护的需求。我们希望有更多实践部门的专家和企业界人士介入商法的研究,关心商法的法制建设。

《中国商法评论》是商法专家学者发表学术观点的园地,更是各类企业经营管理人士与立法机关、行政机关以及司法机关人士进行沟通和交流的平台。我们衷心地期望越来越多的人士加入。

顾功耘

2007年10月20日于华政园

目 录

会议综述

商事制度日趋完善 商法理论仍需跟进

——上海市法学会商法研究会 2006 年年会暨《企业破产法》、

《合伙企业法》研讨会综述

上海政法学院 沈吉利 / 1

会议论文

公司法

论公司自治与国家强制的司法动态平衡之构建

上海市第二中级人民法院 范黎红 / 9

公司治理与中国共产党政治参与

——政策和法律基础的初步探讨

上海对外贸易学院 倪受彬 / 18

论公司治理领域的立法边界

华东政法大学 岑雅衍 / 24

名实之辩 取舍之间

——公司法人格否认若干疑点再析

上海交通大学 朱体正 / 32

寻求利益平衡的支点

——多数股东控制权与少数股东权益保护

华东政法大学 全 萍 / 42

试论公司瑕疵设立救济机制的立法选择

华东政法大学 孙效敏

浙江公安高等专科学校 翁孙哲 / 52

特殊情况下的股东资格继承问题研究

华东政法大学 沈贵明

上海亚太长城律师事务所南通分所 黄 冰 / 62

出资瑕疵股东资格的认定与股东权利的限制

华东政法大学 应钟铤 / 71

略论国资委出资人和监管者功能的分离

上海市法学会 江翔宇 / 79

股东优先购买权再辨

上海市光大律师事务所 洪 亮

华东政法大学 陈 旭 / 88

美国股东查阅权制度述评:以账簿查阅权为主

华东政法大学 丁俊峰 / 94

论一人公司的监督机构	上海对外贸易学院	殷洁 / 106
一人公司使我国税收制度面临的挑战	华东政法大学	尹刚 / 113
论公司董事勤勉和忠实义务的判断标准：“经营判断规则”	上海财经大学	宋锡祥 孙慧芳 / 118
关于独立董事制度的比较研究	上海社会科学院	成涛 徐意恒 张叶平 / 130
论公司机会的判定标准	苏州大学	汤鹤新 陆晓妹 / 155
关于我国公司股东诉讼制度的几个问题	复旦大学	胡鸿高 / 163
试论双重代表诉讼制度的理论构架	华东政法大学	李诗鸿 / 168
公司解散的司法评判标准	华东政法大学	杨勤法 / 176
股东请求解散公司纠纷案件的调解思路	上海市第二中级人民法院	林晓霖 / 185

合伙企业法

《合伙企业法》修改的司法应对	上海市高级人民法院	茆荣华 赵超 / 190
浅析有限合伙中的合伙人关系		
——以英美法系中的受信关系为中心	国泰基金管理有限公司	朱小川 / 198
新《合伙企业法》对创业投资活动若干风险性影响及其对策	星韵律师事务所上海分所	邱剑新 / 205

证券法

证券市场中的“以人为本”	华东政法大学	高岩 / 215
上市公司非经营性资金占用的法律对策	上海证券交易所	徐明 / 221
证券公司风险处置若干问题的思考		
——以新《破产法》为背景	邦信阳律师事务所	司伟 常毅 陈颖 / 236
我国企业海外并购面临的法律风险及其防范之策	上海商学院	吕炳斌 / 249
证券法制创新与期货市场的机遇和挑战	上海对外贸易学院	杨宏芹 / 257
金融衍生工具监管的模式选择与体制比较	华东政法大学	熊玉莲 / 263

破产法

合伙企业破产三题

——以美国法为主要比较素材的分析

上海交通大学 韩长印 何 睿 / 275

《企业破产法》亮点赏析及破产案件审理中的问题拾遗

上海政法学院 杨 华 / 286

破产界限之探析

——写在《中华人民共和国企业破产法》施行之际

复旦大学 马忠法 刘国明 / 296

破产财产若干问题的解读

华东政法大学 杨忠孝 / 308

关于设置管理人报酬方案的调研报告 上海市第二中级人民法院 符 望 / 320

由大鹏证券破产案看我国证券公司破产法律制度的完善

华东政法大学 唐 波 刘 菲 / 333

信托法及其他

信托之困境抑或信托业之困境?

——论我国《信托法》下的资产管理市场

上海海事大学 康 锐 国廷斌 / 341

信托公司内部审计问题之探讨

上海政法学院 沈吉利 / 353

《联合国国际货物销售合同公约》与 Incoterms 2000 比较探析

上海政法学院 吴益民 / 362

论国际商事仲裁民事责任强行规则及其发展趋势 上海财经大学 张圣翠 / 370

上海商法学术动态**上海市商法学科的成长路径**

——一种不完全的记述(Ⅱ) / 381

附录(未选登论文目录) / 385

商事制度日趋完善 商法理论仍需跟进

——上海市法学会商法研究会 2006 年年会暨
《企业破产法》、《合伙企业法》研讨会综述

上海政法学院 沈吉利

2006 年 12 月 23 日,上海市法学会商法研究会 2006 年年会在华东政法大学隆重召开,本次年会由上海市法学会商法研究会主办、华东政法大学经济法研究中心和上海国际商务法律研究会承办。为了积极应对新颁布的《企业破产法》和《合伙企业法》,解决当前热点问题,本次会议的议题定为“上海市商法研究会 2006 年年会暨《企业破产法》、《合伙企业法》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、证券公司等金融机构和多家律师事务所等理论和实务界的专家、学者一百多人参加了会议,《21 世纪经济报道》和《上海证券报》对此次会议进行了全程报道。

本次年会主要围绕新颁布的《企业破产法》和《合伙企业法》展开,通过“企业破产法研讨专题”和“合伙企业法研讨专题”的形式进行了主题发言,分别是:上海交通大学法学院韩长印教授的《新〈破产法〉的五个亮点和相关法律问题》、华东政法大学杨忠孝副教授的《新〈破产法〉的经济性解读和非经济性解读》、上海市高级人民法院茆荣华法官的《〈合伙企业法〉修改的司法应对》以及国泰基金管理有限公司朱小川博士的《有限合伙中的合伙人关系》。会场同时对主题发言进行了评议,提问和讨论极为活跃,整个会议在愉快热烈的气氛中圆满完成了各项议程。

一、会议论文展示了 2006 年上海市商法学者的研究成果

本次年会共收到论文近八十篇,内容主要涉及企业破产法律制度、合伙企业法律制

度、公司法律制度、证券法律制度和其他商法理论,展示了2006年上海市商法学者的研究范围涵盖商法领域的各个方面,也体现了现实市场需求和积极理论提供的高度呼应以及最新立法追踪和基础商事理论研究的高度结合。

2006年,商事制度日趋完善,新《企业破产法》和《合伙企业法》的颁布标志着商事制度日益市场化和与国际先进制度的接轨,同时也是对我国市场经济发展和企业改革成果的总结,这两部新法所体现的先进法理精神尤其值得探究。学者们对这两部法律进行了积极的探讨。在企业破产法方面,学者们的论述主要围绕破产界限、破产财产、管理人制度、破产撤销权、破产法律责任、职工权益保护等问题展开;在合伙企业法方面,《合伙企业法》的新理念和司法应对、有限合伙的内外关系及其对创业投资的影响、合伙企业破产制度等是学者们讨论的热点。

另一方面,在传统商法的公司法和证券法等领域,学者们仍继续进行着深入而务实的研究。在公司法方面,学者们的研究仍然集中于公司资本制度、公司治理、国有企业等重点领域,具体包括股东出资、股东资格和权利、发起人制度、董事义务和独立董事制度、一人公司、公司人格否认、公司司法解散制度以及跨国公司法律管制和外商投资企业清算制度等方面。学者们还围绕着《证券法》的实施,探讨了公司股改制度、区域性资本市场、企业海外并购的风险防范、土地资产证券化、金融衍生品市场监管和期货市场等法律问题。在其他商事制度方面,学者们也对信托受托人和税收制度、知识产权保险制度、保险惩罚机制、国际商事仲裁制度和国际销售合同公约等问题进行了研究。

二、新《企业破产法》和热点问题

新《企业破产法》于2006年8月27日颁布,与会专家和学者对其进行了热烈的讨论。

(一) 新《企业破产法》的制度革新

韩长印教授认为,破产在一定意义上是一种社会福利。新《企业破产法》在制度上涉及五个重大问题:一是适用范围的突破和保留。新《企业破产法》规定,企业法人达到破产界限的时候,债务人和债权人可以提出破产申请。破产申请包括破产和解申请、破产重整申请以及破产清算申请。除此之外,在附则部分还有一条规定是,破产法之外其他法律规定,其他组织在进行破产清算时,可以参照本法适用。这意味着新《企业破产法》的适用范围是企业法人,同时扩张到其他组织适用它的清算程序,也就是适用它的重整和和解程序。韩长印说,企业如果因为内部的、外部的经营环境上的变化出现了财务上的困境,应该给它一种挽救的政策和措施,这被认为是政府必须提供的一种福利。新《企业破产法》并未将商自然人和商合伙、商独资企业的破产纳入其中,这就意味着它一旦经营失败,一旦出现了重大变故,就要终身背负着这个债务包袱。这一问题值得思考。二是破产程序类别的齐备与当事人的自愿选择,尤其是对破产义务方程序的优位选择。新《企业破产法》并列规定了三个独立的清算程序,一个是和解,一个是重整,一个是破产清算,当事人

可以自由选择。这符合现代社会各个国家破产立法的总体潮流,即重破产挽救,轻破产清算。三是建立了法院主导,或者说司法主导的市场化管理人制度。四是重新确定了担保债权的优先地位。新《企业破产法》规定,除了2006年8月27日以前欠下的工人的工资和其他劳动债权之外,其他自《企业破产法》颁布以后新产生的劳动债权只能是后于担保债权的受偿。这一制度便于优化投资环境,实现经济发展目标。但是,在接近福利国家这个目标后,国外担保债权的地位已受到很大程度的削弱,对这一制度可以重新审视。五是确定了董事的个人责任。个人责任即董事、监事和主要高管个人对破产的责任,不限于董事。但是,个人责任在什么场合下才产生、才使用,法律并没有解决。

(二) 新《企业破产法》的经济性和非经济性解读

杨忠孝副教授从经济性和非经济性的角度对新《企业破产法》进行了解读。他认为,破产法不简单地是一个经济问题,也是一个非经济性的问题,即破产法有它的私法属性和非私法属性。

从经济性角度解读,破产法应当是用来解决经济问题的一个法律,是解决发生企业财务困境的法律。从传统破产法来说,破产法围绕破产债权展开,是集中公平清算债权债务关系的法律,是解决债权人债务人关系的法。破产法对调整破产程序以外的经济关系也具有意义,对信用膨胀可以起到重要的制约作用。此外,在破产程序进行过程中,以经济利益最大化为指导,发现破产财产的最大价值,直接影响其程序中的转换及使用哪一种程序。最后,破产清算中,包括破产重整和和解程序,也有很多经济性的特点。程序中有一个程序转换机制,如果有重整利益,或者当事人愿意和解,那么就优先于清算程序。杨忠孝认为,破产法的目的是鼓励不同的相关利益人,在破产风险约束的基础上进行充分博弈,这在新《企业破产法》中非常明显。

杨忠孝说,破产法也有非经济性的因素,如新《企业破产法》的指导方向是要维护社会主义市场经济秩序。一旦影响社会主义市场经济秩序,是否可以限制破产程序的法律适用,公力是否可以加以干预,就值得考虑。目前,我国的法律没有规定国家基于某种需要禁止破产的发生。将来如果有国有企业、垄断企业、某种特殊企业承担某种社会特别任务,它应该可以获得一个破产程序的豁免。此外,新《企业破产法》与重组、担保等其他法律制度的协调不够,在具体制度如破产原因的认定、破产无效行为、无价值财产的抛弃上也有些不足,仍缺乏从经济人或者商人角度进行的思考。

(三) 新《企业破产法》的热点聚焦

与会专家、学者还就《企业破产法》的热点问题进行了探讨,并提出建议。有学者建议,合伙企业的破产存在两法衔接问题:一是破产界限,是合伙企业的财产不能清偿债务,还是合伙企业的财产与各个合伙人的财产加在一起不能清偿债务时为破产的界限?二是合伙人偿债的限度是什么?美国个人破产制度中不能丧失生活能力的标准值得借鉴,但具体怎样操作还是个问题。金融机构破产中,是否可以将担保债权直接打包,转接到另外

一家银行去,以使该担保债权能够继续履行?在涉外破产案件中,财产怎么处理,诉讼怎么进行,能否考虑建立一个集中管辖的制度?破产管理人如何选择,相关费用如何确定?政策性破产和职工权益的保护问题中,法院该发挥什么作用?保证金的取回是作为取回权处理,还是一般债权处理?

另有专家认为,可以引用国外公司法的经营判断规则确定企业破产中董事、高管等人员的个人责任。还有学者提议,合伙连带责任制度可借鉴德国的按份连带责任制度。

三、新《合伙企业法》及相关法律问题

与会专家、学者对《合伙企业法》的修改也给予了客观评价,认为这是理念上的重大更新,同时也指出了仍然存在的一些法律问题。

(一)《合伙企业法》修改的司法应对

茆荣华法官指出,《合伙企业法》的修改导致了审判案件中一些观念的变化。比如,有限合伙就不是全部合伙人承担无限责任,而是由部分人承担有限责任,部分人承担无限连带责任。而特殊的普通合伙就是要根据合伙人在执业过程中,是否存在故意或者重大过失判断他本人和其他人责任的形式。《合伙企业法》修改后,司法审判需对四方面问题作出应对:

一是关于合伙企业的债务、合伙企业的财产和合伙人的财产对合伙企业债务承担的顺序问题。大陆法系关于合伙企业债务的承担方式,包括并存的连带责任和补充的连带责任。我国新旧《合伙企业法》对合伙企业债务的承担方式是并存连带还是补充连带未明确规定,从条文理解是合伙企业财产承担责任在先,合伙人承担责任在后。这就涉及合伙企业经营过程中产生的债务的诉讼主体问题。茆荣华说,在司法实践中可以把连带的合伙企业作为当事人进行审理。在执行过程中,就一般的合伙人也就是普通合伙人可以直接追加。涉及有限合伙人存在有限责任限制的情况,或者特殊的普通合伙中某一个执行事务的合伙人有重大过错,可以不承担连带责任的情况,可以另案提起诉讼,从而决定是否要承担责任。

二是关于有限合伙人有限责任的限制问题。有限合伙人承担有限责任的前提是其不行使对外代表权和事务执行权,如果有限合伙人在合伙企业事务的日常执行中行使了对外代表权,或者使第三人有理由相信他能代表企业,其有限责任是否受到限制?《合伙企业法》对有限责任限制只是作了原则性的规定。茆荣华认为,如果要否定有限合伙人的有限责任,使他承担连带责任,应在以下方面作出限制:第一是从时间上设定限制,对参与合伙企业的经营管理之后的责任进行承担;第二是对象的限制,与某一个相对人产生了一个能代表企业的业务,由此产生的债务应承担连带责任;第三是行为的限制,即“有理由相信”。可以采用三种方法:第一是直接的外观主义,即他直接代表企业行使了管理经营业务的行为;第二是如果这个合伙企业本身就是以他的姓名或者名称冠名的;第三是考虑如

果工商登记本身能说明,也是适用有限责任的限制。

三是关于优先购买权问题。新《合伙企业法》规定了有限合伙的优先购买权,在现在还不允许一个人既是普通合伙人又是有限合伙人的情况下,原则上应不允许不同种类的合伙人行使优先购买权;如果行使,他必须首先行使身份的转变。

四是关于有限合伙人的派生诉讼问题。司法审判中,只要是有限合伙人,本身就有派生诉讼的权利。但是,要依照《公司法》用尽公司内部的救济,不受理没有用尽公司内部救济就直接提起诉讼。被告应该是侵害第三人权利的人,原告是有限合伙人,合伙企业可以作为第三人。派生诉讼对合伙人、合伙企业都具有拘束力。

(二) 有限合伙中的合伙人关系

朱小川博士就有限合伙中的合伙人关系即合伙的内部关系作了专题发言。有限合伙是由有限合伙人和普通合伙人这两类合伙人组成的一个企业。在有限合伙关系中,有限合伙人一般只是出资金,不执行具体的合伙事务,普通合伙人一般是出劳务。有限合伙人很容易受到普通合伙人的伤害,因为普通合伙人一般很少出资或者不出资,另外又掌握了有限合伙的控制权,很有可能发生普通合伙人侵害有限合伙人利益的情况。在英美法系中,法官遇到这种情况就认为普通合伙人对有限合伙人承担的是受信义务。所谓受信义务,英文的说法是 fiduciary duty,它适用于很多领域。一般认为,只要当某些人利用法律的权利或地位对另外一些人采取了不合理的行为时,法官就有可能认为他们之间存在着一种受信关系。在有限合伙中,美国的一些案例表明,当普通合伙人利用自己在有限合伙企业中的有利地位侵害有限合伙人的利益时,他要向有限合伙人承担受信责任。这种责任不单是合同法上的责任,还是法律上默认的一种受信关系。在美国特拉华州,这种受信关系甚至已经扩展到普通合伙人中的董事,如果董事利用自己的身份控制有限合伙企业的经营运作,或者为自己谋取利益,法院会认为他也要对有限合伙人承担受信义务。

朱小川说,我国《合伙企业法》对普通合伙人的受信义务强调较少。希望《合伙企业法》在今后的实施中能更进一步细化,司法机关可以出更多的规则,以完善更多新的合伙企业形式。

(三) 新《合伙企业法》的热点聚焦

与会专家、学者也对《合伙企业法》的一些热点问题进行了讨论。沈贵明教授对《合伙企业法》的相关问题提出了质疑,他指出:在美国已经出现有限合伙人可以适当地参与管理的趋势,我国《合伙企业法》否定有限合伙人的有限责任,让其承担风险是否合理?就合伙企业的诉讼而言,在司法中已经认可了合伙企业独立的诉讼主体地位,但是合伙人怎么能够参加诉讼?如果我们不让合伙人参加诉讼,将来判决合伙人要执行时,理论依据何在?此外,《合伙企业法》规定合伙人应当承担连带责任,但是连带责任的依据是什么?我国采用的是无限连带责任,在法国并未这样规定,而德国规定的是按份连带责任。

另外,专家、学者们还提议,应允许将合伙企业与有限合伙人列为共同被告,而不是让

其在执行阶段再重新提供证据,另行起诉。就有限合伙人有限责任限制而言,美国扩大了有限合伙人的权利,以控制权为基础,有限合伙人除非控制管理了合伙企业,否则不承担无限责任,后来又发展到“安全港”规则,2001年的《统一合伙企业法》直接规定了有限合伙人不会因为参与、控制、经营了合伙企业就对外承担无限连带责任。换句话说,当前在国外,有限合伙人的地位已经逐步地在靠近公司股东的地位。新《合伙企业法》发展下去可能也会走到这一步,就是要扩大有限合伙人的权利。专家也建议,在优先购买权制度中,普通合伙人应当享有这一权利。

四、新《证券法》实施的回顾和展望

上海证券交易所总监陆文山教授对新《证券法》的实施情况进行了总结。他认为,新《证券法》实施以来,取得了重大的制度性突破、监管思路突破和市场突破。三大突破带来了全新的格局,为资本市场的稳步、健康、可持续发展奠定了良好的基础。

(一) 新《证券法》实施以来的三大突破

第一,制度突破。《证券法》和《公司法》两部大法修订之后,下位法也紧锣密鼓地启动。尤其是行业内,以中国证券公司为主,推出了一系列有关上市公司治理架构的完善、信息披露的规范以及大股东行为矫正等各方面的制度。证券公司综合治理整顿的工作也取得了突破性进展。股权分制改革是对市场重大缺陷的矫正,虽然不能解决所有问题,但是也取得了重大成绩。股改以来的市场表现有目共睹,更重要的是解决了一些核心问题。如流通和非流通股东之间利益极不对称,股改之后有了相对共同利益的基础,同时使公司治理尽可能相对完善。另外,结合股改推出的大股东欠款的强有力清算措施,使公司若干重大的缺陷也得到了弥补。在市场效应下,上市公司的质量和治理架构以及对高管人员行为的监控都是前所未有的。原来60%的非流通股通过股改逐步流通过后,必然带来兼并收购的踊跃。兼并收购的风起云涌,使高级管理人员会尽心尽力搞好公司。通过股改,市场最主要的主体之一——上市公司的治理、运作、价值趋向,逐步走向良性的循环,效果比较明显。除此之外,对投资者利益的保护,也被提到了前所未有的认知高度。两法的修订,应该说为投资者的利益保护提供了比较切实的法律基础。大股东和内部人、上市公司等由于信息披露不及时,可能存在连带责任。在此基础上,明确了法律的民事责任条款。更主要的在于,新《证券法》引入了英美法系国家比较推崇的股东代表诉讼和举证责任倒置。这一制度的突破是比较明显的。

第二,监管思路突破。陆文山说,监管层已开始着重在市场的基础性建设上猛下功夫,从更关注指数的涨跌到更关注市场各方主体的行为是否规范、基本制度建设是否健全、责任制度追究方面是否到位。这样,整个监管理念发生了比较大的变化,为市场的规范运作、稳步发展奠定了比较坚实的基础。

第三,市场突破。股市市值的增长非常惊人,重启了市场应有的资源配置功能,IPO

也终于开涨,并启动了 ADH 的发行模式:同步发行,同步上市。这考验我们的市场运作功能,更考验我们的监管制度,并潜在地、逐步地扭转了投融资结构比例,使社会储蓄率适当下降,往直接投资方向发展,对银行和资本市场来说都是双赢局面。另一市场突破是市场创新终于成为大家所看到的常态。法律的宽容和创新为整个市场创新,无论新的交易机制还是新品种,带来了新希望和生机。

(二) 资本市场需要进一步推进的工作

陆文山认为,资本市场仍然需要进一步推进的工作,其终极目标是更加市场化,这也是两法修订的初衷或价值目标。把以前十多年一直以行政主导发展市场的理念、监管模式、市场运作的机能转变成以市场为主导,仍需作出巨大努力。市场主导方面,如何进一步规范公司治理,提高上市公司质量,明确证券公司作为资本市场尤其是交易的核心枢纽作用,需要作深入仔细的研究,并在此基础上推出相关配套的部门规章、行政法规以及基础性交易制度。

第一个要考虑的是 IPO 的市场化。从证券法立法角度看,推动市场化,推动多层次市场的发展,可能的话,将来如果条件相对成熟,IPO 能不能进一步市场化?如果 IPO 的条件不能进一步市场化,不能多层次发行,多层次的市场构架就失去了源头。第二个要考虑的是市场化的功能之所在。也即,如何在有效发挥行政监管功能的同时,让市场监管真正到位?行政监管是必须的、有效的,但不是万能的。让市场持续、健康、稳定地发展,市场化的监管尤为重要。市场化的监管需要市场化的运作思路,尤其是将来推出多层次市场后,应该有多层次市场发行与市场监管的标准,也应该有多层次市场的上市标准。在此基础上,还应该有多层次的不同互动。第三个要市场化的问题是必须要有市场化的纠纷解决机制。市场化的第四个问题是如何进一步提高资本市场的质和量。股改完成后,尚未股改的公司应该加大力度,将来应实施差异化的交易安排。未股改公司由于股权仍然分治,公司治理、可持续发展存在问题,可以考虑对它作特殊处理,如在交易制度安排方面,给它一个特殊的照顾,在涨跌幅方面给予特别考虑,因为它已经是不完整的公司。例如,只允许它竞价交易,而不给它连续竞价,迫使它能够作出和一般正常公司一样的制度安排。

(三) 立法上尚待解决的一些理论问题

《公司法》、《证券法》实施以来,在上述方面会有一些制度上的变化。当然,上海证券交易所也在不遗余力地进行制度创新,在监管、市场组织以及如何进一步适应境内大机构或大公司的 IPO 方面也在作艰苦的努力。不久的将来,交易所如何进一步市场化,如何发挥交易所应有的功能,可能会有根本性的变化。例如,在吸引境内基金方面,在国内上市的基础上,能不能进一步挖掘 H 股的回流?甚至是红筹股的回归?甚至不排除在条件相对成熟时,境外的一些大公司、蓝筹股公司在境内上市。这就需要市场制度进一步的透明化、规范化。所以,在这个过程中,对于监管的理念、制度安排、交易市场的组织以及效力,

都提出了比较大的挑战。在这种背景下,该何去何从?陆文山说,市场化的步伐,只能加快,不能慢下来,更不能停顿。否则,我国交易所有什么资历、自我安排、实力甚至说效率与全球咄咄逼人的资本市场抗衡?他也提出了一些微观基础的法律问题,如:交易当事主体到底是什么法律关系?习惯通称是委托关系,能不能满足?能不能把英美法系的经济概念名正言顺地灌输到立法和司法实践中?

论公司自治与国家强制的 司法动态平衡之构建

上海市第二中级人民法院 范黎红

一、问题的提出——《公司法》司法实践中的困惑

新《公司法》中司法干预力度的扩大主要体现在:允许股东提起申请撤销股东会或者董事会决议之诉或无效之诉;扩大股东请求行使知情权的司法保护范围;允许异议股东提出请求收购公司股份的诉讼;允许股东提起派生诉讼;允许股东提出请求解散公司诉讼;等等。新《公司法》的上述规定,拓展了司法干预公司治理的空间,同时也给司法带来了难题,即:在司法干预公司治理时,如何平衡公司自治与国家强制的关系?

公司的旺盛生命力来源于公司与股东自治。^①新《公司法》在扩大司法干预力度的同时,另一个鲜明的特点就是弱化了法律的强制性,赋予了公司更多的自治空间,试图根据我国国情和国际趋势,在公司自治和国家强制之间寻找适当的平衡点。这体现在:更突出公司章程对公司的规范作用,在公司的治理结构、转投资、有限责任公司的股份转让等问题上由原公司法的强行性规定改为可由当事人以章程改变的任意性规范。诸如此类的条款还有很多,通过这种“公司章程另有规定的除外”等类似表述,使公司章程自治调整的功能得到很好的发挥。在公司纠纷诉讼中,当各方利害关系人就内部事务出现的纷争提请人民法院裁判时,虽然司法权基于中立和公正的基本要求,一般情况下并不对公司事务直接发号施令,但是司法诉讼所遵循的原则和理念、对公司事务审查的范围和方式以及判决结果的选择和执行等,都对公司的经营和发展形成一种强烈的外部干预力量。这种干预如果适度、合理,将对公司的高效、持续发展起到积极的推动作用;反之,如果过多过滥,其内蕴的国家强制力量就会干扰公司的正常经营,从而阻碍公司的发展。正如美国特拉

^① 参见刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社2004年版,第94页。