

中国资本市场作为经济全球化时代增长最为强劲、最为迅速的市场，它的资源配置功能使传统的产权制度分崩离析，它的财富聚散效应与数千万投资者的切身利益紧密相连，它的自治文化和民主理念不断向社会政治生活、经济生活的各个领域全面渗透。

郭锋◎主编

中国资本市场

ZHONGGUO ZIBENSHICHANG FALUQIANYAN

法律前沿

第1辑

知识产权出版社

中国资本市场法律前沿

(第1辑)

郭 锋 主编

知识产权出版社

内容提要

本书为中央财经大学法学院主办专题讲座的结集,书中的讲演者多为中国资本市场著名学者、业界精英以及主导全国资本市场的政府权威人士,还有国外的知名教授。大家齐聚讲堂,为专业读者提供研究的第一手资料,为普通读者解读中国资本市场的各种现象、剖析其深层次原因,是相关读者值得一读的好书。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

中国资本市场法律前沿. 第1辑/郭锋主编. —北京:知识产权出版社, 2007. 7

ISBN 978-7-80198-961-1

I. 中… II. 郭… III. ①国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第033249号

中国资本市场法律前沿(第1辑)

Zhongguo Ziben Shichang Falü Qianyan (Di1 Ji)

郭 锋 主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8130

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2007年8月第1版

字 数: 365千字

ISBN 978-7-80198-961-1/D·493 (2015)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8325

责编邮箱: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 13.125

印 次: 2007年8月第1次印刷

定 价: 35.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

中国资本市场作为经济全球化时代增长最强劲、最迅速的市场，它的资源配置功能使传统的产权制度分崩离析，它的财富聚散效应与数千万投资者的切身利益紧密相连，它的自治文化和民主理念不断向社会政治生活、经济生活各个领域全面渗透。中国资本市场的发展和崛起，已经深刻地影响和改变了中国的经济体制、政治观念和思想文化。

但是，我们应当理性地认识到，中国资本市场远未达到成熟水平，还存在很多相互交织、“剪不断，理还乱”的深层次问题和矛盾。比如，市场主体事实上还不能完全拥有自主、平等进入资本市场的机会和权利，因所有制性质导致的“身份歧视”观念仍未根除；上市公司、券商、交易所的治理结构、内部控制、风险防范等仍处于较低水平，源于旧体制、旧观念下所积累和沉淀的问题并未彻底解决；功利主义监管思想和短视、不确定、不透明的监管政策仍是广大投资者对未来缺乏有信心的预期、股市暴涨暴跌的主要诱因；理论界和实务界缺少对股权分置改革完成后全流通时代如何增进中国资本市场效率和维护市场公正的有效制度和方案的设计与操作；中国资本市场全面开放后的竞争力和风险防范能力显著不足，等等。

分析和解决中国资本市场存在的矛盾和问题，探讨中国资本市场的制度建设和法治之道，固然是市场参与主体、监管者与立法者的应有之责，但同时也是学术理论界义不容辞的使命。理论之树之所以常青，就在于它植根于现实生活的沃土。中央财经大学法学院、中央财经大学证券法研究中心利用地处首都的区位优势 and 财经

类大学的学科特点，将资本市场的法律制度作为重要课题予以关注和研究，并于2005年3月始在国内率先开办了“中国资本市场法律前沿系列学术讲座”，邀请来自国内外理论界、实务界的知名学者和官员到中央财经大学举办讲座。这些讲座蕴涵了广博而深邃的专业知识、厚重而激扬的人文精神，不但使校园内的师生受益，也使中国资本市场不断走向完善的法制建设受益。

“弘扬科学与人文的精神，传承自由与民主的理念，播撒文化与知识的种子”，这既是大学的天然使命，也是“中国资本市场法律前沿系列学术讲座”所遵循的宗旨。我相信，本书所汇集的各位名家讲演，不但给中央财经大学法学院的学术园地增辉添彩，也会给广大读者以深刻的思想启迪，更会对中国资本市场的健康发展、公正而有效率地运行产生潜移默化的深远影响。



(中央财经大学法学院院长、“中国资本市场
法律前沿系列学术讲座”策划组织人)

2007. 7. 15

目 录

序.....	1
--------	---

理论前沿

中国民法典体系的现状与前瞻.....	王利明/ 3
我国物权法的得与失.....	尹 田/20
现代契约理论对资本市场立法的影响.....	郭 锋/44
我国新《公司法》中的公司治理结构	石少侠/56
公司独立人格与人格否认.....	朱慈蕴/69

分析与评论

确定建筑物所有权的依据	崔建远/ 85
证券市场法制建设与证券监管	王 超/ 93
境内外证券执法体制比较	李佩霞/106
证券法修订述评	陈 甦/139
关联交易及其公司法调整	叶 林/156

立法研究

中国的侵权责任法立法	张新宝/173
我国证券法修改中的若干重大问题	许 健/192
公司法修改的背景与主要内容	王保树/206
公司法修改的主要内容解析	陈丽洁/226
中小股东保护与公司法的修改	赵旭东/245
我国劳动合同立法的若干热点问题	郭 捷/256

实务观察

中国保险监管的若干法律问题	杨华柏/275
证券市场虚假信息披露的民事责任	贾 伟/286
公司治理与投资者权益保护	童道驰/305
公司治理与股权分置	汤世生/318
新《公司法》与公司登记制度的变革	王令浚/331
银行法律实务及金融风险防范	程美芬/354
后股权分置时代监管、创新与市场发展	张育军/365
金融机构的风险控制	Jean - philippe Frignet/399

Contents

Preface	1
---------------	---

Theoretical Front

The present situation and research vista of the system of the Chinese Civil Law code	3
Advantages and Disadvantages of the Property Law of the PRC	20
Modern Contract theory and the innovation of capital market legal system	44
The managing structure of corporation in Chinese New Corporation Law	56
Corporation independent personality and the denial on personality	69

Analysis and Comments

Several Issues Concerning PRC Legislation of Real Estate as Property Right	85
The legal system construction and Securities Supervision on securities market	93
Comparison between Foreign and Domestic Securities Enforcement Systems	106
Comments on Securities Law	139

Related Party Transaction and Regulation Adjustments thereof in the Company Law	156
--	-----

Legislation Research

The Legislation of Tort Liability in the PRC	173
Several key problems on the revision of Chinese Securities Law	192
The background information on and main content of the revision of the Corporation Law	206
The revision of corporation law and the perfection of the corporation sys- tem	226
The protection of medium and small shareholders during the process of the revision of Corporation Law	245
Several hot spot issues on the legislation of Chinese Laboring Contract Law	256

Views from Practical Experience

Several legal issues on Chinese Insurance supervision	275
Civil liability on false information disclosure on Securities Market	286
Corporation managing and	305
Corporate Governance and Split Share Structure	318
New corporation law and the change of corporation registration system	331
Bank law and the of the Financial risk	354
Post - Split - Share - Structure Regulation, Innovation and Market De- velopment	365
The risk control of Financial Organizations	399

理论前沿

甜睡金銀

中国民法典体系的现状与前瞻*

■ 王利明



王利明，中国人民大学法学院院长，教授，博士生导师，主要兼任国务院学位委员会法学学科评议组成员、中国法学会常务理事、中国法学会民法学研究会会长、十届全国人大代表、全国人大法律委员会委员、教育部人文社会科学委员会委员、教育部全国高等学校法学学科教学指导委员会副主任委员、中国国际经济贸易仲裁委员会副主任、最高人民法院特邀咨询员、最高人民检察院专家咨询员、公安部特邀监督员。

甘功仁（主持人，中央财经大学法学院教授、博士生导师）：各位老师、同学，大家晚上好！在鲜花烂漫的五月，我们又一次迎来了五四法律文化月，在这里我代表中财法律人向本次法律文化月的开幕表示热烈的祝贺！向积极准备法律文化月的广大师生表示热烈的感谢！从20世纪90年代末，中财法学院每年都举行法律文化月活动。本次法律文化月活动开场就有了一个最闪亮的亮点，这个亮点就是中国人民大学法学院院长、学术大家王利明教授莅临讲演，对此我们表示衷心的感谢！王教授在我国法学界学术地位非常高，是民商法学界最具有影响力的法学大家，今天能请到王教授给我们作讲座，是我们每个人的荣幸。回忆大学生活，我感受最深的，莫过于聆听学术大家的讲演。让我们以热烈的掌声欢迎王教授给我们作演讲，同时我也预祝本次法律文化月取得圆满成功！（掌声）

* “中国资本市场法律前沿系列学术讲座”之十八（2006年5月12日）。

各位老师、同学大家晚上好！非常高兴也很荣幸今天有机会到中央财经大学与各位讨论民法典体系问题，感谢甘老师、郭老师的邀请，也感谢甘老师对我的评价，实在是愧不敢当。今天我想跟大家谈谈民法典体系的问题。

一、构建民法典体系的必要性

首先，民法典不同于一般的法律汇编，其中最大的区别就在于民法典是体系化的法律形式，而单纯的法律汇编缺乏这样严谨的体系。体系是法典的生命，民法典之所以说是最高形式的成文化的民事法律，就在于它的体系性。我们制定民法典不是采用一次性编纂出来的形式，而是采用分步骤、分阶段的形式，我们先有合同法等一系列重要的民事法律，现在制定了物权法，之后要进行侵权法的制定，最后要合成。这其中最重要的是民法典的体系，我们要形成完整的民法典，就是要依据科学的体系把已经颁布的法律修改、补充、完善。从我们的立法需要来看，体系可以说是我们民事立法能不能达到应有的目的的关键。体系化究竟能给我们带来哪些具体的好处？大家可能注意到，国际上也有一种反法典化、反体系化的趋势，有人说，单行的法律也有其容易修改的优点。那么体系化是不是不好？所以，我们首先要讨论，体系化能给我们带来哪些好处。

第一个好处是在编纂过程中，能把民法的价值和理念体现在民事的各项制度之中。比如我们说在民法中有很多重要理念，其中一个很重要的是保护交易安全。当我的财产——一块表借给另一个人使用，他把它卖掉了，现在我发现有人占有了我的表，我能不能向他追及？古代的法律为了加强所有权的保护，允许其无限的追及，但现在社会不允许。因为古代社会是简单的商品经济，民法不承担保护交易秩序的功能，它的单一功能是保护所有者的财产。到了市场经济的社会，民法必须要承担这样一种保护交易安全、维持交易秩序的责任，当保护交易安全与保护所有权冲突时，现代民法倾向于保护交易安全，宁可牺牲一点所有权人的利益。如果我们要

保护交易安全，就要阻止它的追及，保护善意的第三人的利益。保护善意第三人的信赖利益，体现了现代民法保护交易安全的价值理念，同时形成了物权法里的善意取得、公信原则、合同法里的无权处分原则、民法总则里的表见代理制度。怎么样才能完整地把这些价值理念体现出来？只有在民法典中才能彻底体现。

第二个好处，就是有助于消除单行法律间存在的冲突、矛盾及不和谐的现象。制定一个单行的法律法规可能顾及不到整个体系，各个法律法规容易形成冲突和矛盾。举个简单的例子，我们的担保法实际是把各种担保制度从功能上汇集到一起，不是以完整的民法典体系来考虑和构建的。在世界各国中，有民法典的国家是没有担保法的。从担保法规范的性质来看，属于合同的范围，如人的担保，而物的担保应该属于物权的范围，应该在合同法或物权法中分别规定。当我们采取单独立法时，我们会遇到一个很现实的问题，它与我们未来的民法典究竟是一种怎样的关系？比如说，物的担保究竟是不是物权，能不能适用物权法的一般规则，这就产生了问题。如果担保法继续有效，就难免与物权法产生冲突，所以我们建议重新考虑担保法的适用。这就是要尽可能的消除因单行法律的制定可能造成的各个法律之间以及与未来的民法典的冲突和矛盾。

第三个好处，体系化给法官在适用法律方面带来很大的便利。在架构体系化之后，法律的适用可以使法官在处理个案时用体系的观点来思考解决任何一个纠纷，从全方位、多视野的角度来观察分析每一个个案，并且准确的适用民法规则。其实在体系化之后可以形成一种逻辑的层层递进关系，比如说在民法的适用中有一个特别法优先普通法的规则，特别法是一个相对的概念。我们举个例子，现在有一个关于保险的纠纷，在有法典的情况下，按照特别法优先于普通法的规则，保险法优先于民法典的适用。如果从保险法中找不到依据，我们就要到民法典中找依据。在民法典中应当先从分则找依据，因为分则相对于民法典总则是特别法与普通法的关系。但在分则中，合同与债也是特别法与普通法的关系，即便是在合同法内也存在特别法与普通法的关系，所有这一切，都建立在一个体系

化的建构之上。

最后，体系化对培养法律人大有裨益。首先，它使我们形成了正确的思维方法。一个法律人正确的思考模式就是体系化的思考方式。我在国外开会或讲学时，与德国的一个法官讨论个案，哪怕很简单的案例，他都会把《德国民法典》中的相关的条款列出来，这实际上就是体系化思考的习惯。所以我一直说民法是可以自学的，但是自学和受过严谨民法训练的人还是有一些区别，最大的区别就在于能不能形成体系化的思考模式。一个自学者可能对某一个规范掌握得非常透，但想形成体系，还是非常困难的。体系化思考需要专门训练。在法律上如何形成体系思考？有一个体系化的民法典才有助于形成体系化思考，比如我们要引进请求权基础分析法，在王泽鉴先生的著作中专门介绍了，我也写过相关的文章来介绍，这个方法最大的特点就在于体系化思考的方法。我们再举刚才讲的例子，我的这块表借给他人使用，他未经我的许可卖给了第三人。这件事看起来很简单，但用请求权基础分析法来解题，需要你写几千个字才能说清楚。要回答哪些问题呢？第一点，在这个案件中，涉及哪些请求权，这就要进行体系化的全方位的思考：我把这块表借给另外的人用，借用人未经我的许可卖掉了，首先涉及合同上的请求权问题；第二点，他未经过我的许可，擅自把我的表卖掉了，同时产生了侵权法上的请求权，因为他侵害了我的财产权；第三点，他未经过我的许可，非法出卖了我的表，我可以根据物权请求权，让他返还原物；第四，他未经我的许可，把表卖掉，所获得的收益，涉及不当得利的请求权。当然还可能涉及善意取得问题、合同法的无权处分问题。对于这样一个简单案例，首先要把所有的请求权列出来，你要选择一项最有利保护受害人的请求权，当你确定了一项之后，你要确定支持这项请求权的依据是什么？这就是请求权基础分析法。法官判案时必须要用这种思维来解释判决理由，只有这样，他的判决结论才是有说服力的。这个方法确实对培养合格的法律人才有作用，我一直想，如果我们有了民法典，不仅会使法官律师养成体系化的思考习惯，还会使我们法律人的基本素质大大

提高。

二、考虑民法典体系时，必须要坚持的原则

第一，我们要坚持民商合一的原则。

大家知道，在现代大陆法系国家民法和商法是分立的，这是由拿破仑确立的，现在来看并不科学，而当时主要是为了解决历史的遗留问题而不得已采取的办法。在中世纪时，一些新兴城市的一些买卖商人，成立了自治联盟，他们联合在一起专门处理他们自己的纠纷，慢慢就形成了一些规则，后来被总结成商人习惯法，再后来，像法国就把它上升为法律。法国在 1804 年颁布了民法典之后，不得已把公司保险票据等规则汇集在一起形成了商法典，后来很多国家仿照了这一模式。但是，我们考察近几年来颁布的民法典，在最近 50 年我们收集的大约 50 部民法典，大多数采用的都是民商合一的模式。为什么大陆法系国家大都朝着民商合一的方向走？最深的原因恐怕是一位德国教授总结的：在现代市场经济中，对立的不再是商人与非商人，而是经营者与消费者，商人作为一个独立的阶层不存在了，商法典存在的价值也大大减弱了，与此同时像《消费者权益保护法》这样的法律的作用逐步突出。正是因为商人作为一个特殊阶层已经不再存在了，商法作为一个独立的法律部门的意义确实不太大了。这个说法不一定完全正确，但确实有它一定的道理，我觉得这值得我们认真的思考。我们坚持民商合一也是为了消除冲突、矛盾、不和谐等情况出现。民法与商法始终找不到一个正确区别的标准，恐怕也很难找到这样的标准。过去习惯用商人标准，我问过日本许多学者，觉得用商人标准可以，但如何定义商人与非商人却不是很清楚，恐怕就算罗列一大堆商人的定义，也不能把这个概念说清楚。民商分立恐怕最大的坏处是形成两大制度，这样在我国现在法官素质一般的情况下，就更难了。所以，民商分立，会给法律的适用带来非常大的麻烦。我们确实不否认，在一些交易里面，有一些特殊的主体参与这些关系，可能使某些交易具有特殊性。比如说，在起草合同法时，立法机关认为银行的借款

关系和居民之间的借款关系是有差别的。因此合同法规定，在银行的借款关系中如果没有约定，推定是有息的。而在公民之间，则推定是无息的。但是这绝不意味着，我们因此就要抽象出一个商人的概念出来。我们合同法已经考虑了这些现象，就没有必要再把银行抽象出来作为一个商人再进行规定，所以我们不主张民商分立。我们坚持民商合一，因为这样可以很好地处理民法与商法的关系，而总则要统辖的公司保险、票据、海商、公司等法律是作为特别法而存在的，都要适用民法典的总则。比如，公司法中如果找不到依据，我们就要找到适用民法典总则的法律规定。我们坚持民商合一，绝不是说把公司保险等都纳入到民法典中，而是用总则统辖所有的法律，不再另外制定所谓的商事法典总则。

第二，我们要如何对待德国模式？

我们既要借鉴德国的模式，又要有所创新、有所发展。大陆法系有关民法典的体系有两种基本模式，一种是法国式的，又称“罗马法式”、“三编式”，分为人法、物法、财产取得法。这种模式是没有总则，也不区分物权、债权。第二种模式是德国式的，分为五编，总则、物权、继承、债权。特点是创立了总则，区分了物权债权，这种模式最早来源于萨维尼。德国的“五编制”是在法国的基础上发展来的，相对来说，更为严谨些。大陆法系许多国家是完全照搬了这种模式，比如说日本，尽管他们不这样认为，他们把物权、债权的顺序颠倒了。再比如我国台湾民法典，在体系上基本照搬了德国的模式。今天在制定民法典时，我们都赞成主要借鉴德国模式。这主要是历史的传承问题，因为从清末变法，我们进入大陆法系后，我们所接受的民法就是德国的民法，当时起草人都是日本学者。梅仲协说，从内容到形式 70% 基本上都是从德国来的。新中国我们废除了“六法”，但并没有切断与德国民法典的关系。我们最开始借鉴苏俄民法典，但苏俄民法典的一些概念和制度是从德国民法典照搬过来的，所以从历史的传承来讲，恐怕也是要借鉴德国民法。另外，从体系上来看，它的体系感更强，逻辑性更强，更容易为人们所接受。