

中国商法年刊

中 国 法 学 会 商 法 学 研 究 会 编

创 刊 号

SHANGHAI PEOPLE'S PUBLISHING HOUSE

B U S I N E S S L A W
Y E A R B O O K O F C H I N A

中国商法年刊

B U S I N E S S L A W
Y E A R B O O K O F C H I N A

创刊号



中国法学会商法学研究会编



上海人民出版社

SHANGHAI PEOPLE'S PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

中国商法年刊创刊号/中国法学会商法学研究会编.

—上海:上海人民出版社,2002

ISBN 7-208-04242-X

I. 中... II. 中... III. 商法-中国-2002-年刊

IV. D923.99-54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 050392 号

责任编辑 王舒娟

封面装帧 王晓阳

中国商法年刊

创刊号

中国法学会商法学研究会 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

商务印书馆上海发行所经销 商务印书馆上海印刷股份有限公司印刷

开本 787×1092 1/16 印张 32.75 插页 8 字数 565,000

2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

印数 1—2,100

ISBN 7-208-04242-X/D·736

定价 55.00 元



2001年11月8日，中国法学会商法学研究会成立大会暨首届商法学术研讨会在上海华东政法学院隆重召开。图为大会开幕仪式。



有关领导和专家在主席台上，前排右起依次为孙在雍、卞耀武、刘云耕、江平



图为商法学研讨会会场

中国法学会商法学研究会成立大会留念 2001.11.8 华东政法学院.上海



中国法学会商法学研究会成立大会留念



华东政法学院副院长王立民教授
祝贺大会成立

商法学研究会副会长顾功耘教授主持大会研讨



代表发言



中国法学会副会长孙在雍宣布
商法学研究会成立

中共上海市委副书记、政法
委书记刘云耕同志在开幕式
上致词



新当选的商法学研究会首任会长王保树
教授

目 录

中国法学会商法学研究会第一届理事会组成人员名单

中国法学会商法学研究会章程	1
繁荣商法研究 促进经济发展	刘云耕/ 1
精诚合作 开拓商法学术新领域	江 平/ 4
紧密联系改革实践 提升商法学科水平	王保树/ 5

〔商法学研讨会综述〕

首届商法学学术研讨会综述	吕政君 伍 坚 何永哲/ 3
中国公司治理结构问题探讨 ——首届商法学研讨会专题综述之一	苑福秋 沈华勤/ 17
《证券法》的修改与完善问题探讨 ——首届商法学研讨会专题综述之二	冯 静 牛 锐/ 26

〔商法基础理论专题〕

商法:构建市场运行机制之法	顾功耘/ 39
商法的语义、性质及功能 ——与史际春教授商榷	任尔昕/ 42
商法价值论	胡鸿高/ 54
当代中国商法发展的几个问题	范 健/ 63
商法独立性初探 ——从票据法与海商法的角度	王小能 郭 瑜/ 70
民商法关系论	王有志 石少侠/ 85
商法的独立与独立的商法	雷兴虎/ 102

影响商法地位独立的几个基本因素	王明锁/112
论私法的二元结构与商法的相对独立	冯 果 卞翔平/119
民商分立论的理由及其检讨	吴 弘 程 胜 代明明/135
论商事法律对行为人意思自治的合理限制	徐卫东/144
商法的困惑与思考	赵旭东/152

[公司法专题]

现代公司法人人格的本质和结构	王 涌/163
股票市场的投资机制与公司治理结构的完善	唐 波/172
公司治理结构的基本法律关系	
——日本民商法的启示	虞建新/183
公司治理结构与中国国有企业改革	侯怀霞/193
国际经验的借鉴:评我国独立董事制度之引进	朱慈蕴 金明义/204
中国移植独立董事制度的若干思考	高晋康 汤火箭/223
独立董事在我国公司治理结构中的地位研究	
——日本引进独立董事制度的经验对我国的启示	吴建斌/238
异议股东股份评估权制度之比较研究	伍 坚/248
国有企业权责边界划分的法律构想	王亦平/264
经营者个人对企业破产的责任	韩长印/279

[证券法专题]

关于《证券法》修改的若干问题探讨	刘哲昕/295
论在我国推行股票期权的法律问题	井 涛/301
企业交叉持股与改善之道	何永哲/313
规范证券公司资产管理业务的法律思考	张 斌/320
内幕交易制度中的“盗取理论”	朱遂斌 刘冬平/330
保护投资者利益与内幕交易禁止	
——也谈《证券法》的修改	刘丹冰/338
强制信息披露制度下的中小股东利益保护	杨忠孝/344
完善我国证券民事责任制度的思考	白廷举/359
论我国证券市场民事赔偿制度	于 莹/366

[金融与网络法专题]

论金融资产管理公司的法律定性	彭真明/377
论金融衍生工具的发展及相关法律制度	史树林/389
网络银行规范与监管的若干法律问题探析	司 伟/406
公司 IT 化的若干法律问题	房绍坤 姜一春/413

[论文观点精要]

论我国商法的地位	杨春平/433
论商法对交易安全的保护	刘定华 董 岚/436
对实现公司治理结构形式的分析	金 岩/439
公司治理结构中的股东大会与股东权	宋一欣/443
公司法人治理中的职工参与	张国平/451
对公司法人治理结构若干问题的思考	王 芳 德全英/456
关于支配股东诚信义务的理论思考	汤玉枢/460
论公司内部人控制的法律规制	毕 颖/466
简议公司法人所有权法律设置	睦鸿明/470
我国公司监督机制的反思与重构	王幽深/473
论独立董事之独立性	元小勇/477
我国证券市场监管的发展与完善	蒋晓伟 孙小君/483
证券法律责任整体性浅析	杨为乔/486
证券欺诈民事责任制度研究	熊进光/489
证券民事赔偿之司法难题的剖析	吴 弘 张 鑫/494
管制限制性商业行为的国际立法现状	李 本/497

附录一 群贤汇聚 共襄盛举

——中国法学会商法学研究会成立大会暨首届学术研讨会隆重 举行	/500
---	------

附录二 聚名师 促交流 打品牌

——商法学研究会成立大会暨首届商法学术研讨会掠影	/502
--------------------------------	------

附录三 名家荟萃 网络联动

——记华东政法学院公司法研究中心近期工作	/504
----------------------------	------

紧密联系改革实践 提升商法学科水平

(在中国法学会商法学研究会成立大会上的讲话)

王保树

各位代表：

早上好！

在中国法学会领导下，在各方面大力支持下，经过筹备组的认真筹备工作，中国法学会商法学研究会正式在这里成立了。这次成立大会之所以能够顺利在上海召开，主要是由于承办单位华东政法学院卓有成效的筹办工作。同时，获得了协办单位上海市高级人民法院、上海证券交易所、上海法学会积极支持。请允许我代表刚刚成立的中国法学会商法学研究会和出席这次会议的全体代表表示衷心的感谢和崇高的敬意！今天，上海市委、市人大的领导和各位嘉宾不顾工作繁忙，专程光临大会指导，让我们以热烈的掌声对他们的到来表示衷心的感谢！

中国法学会决定将原中国法学会民法学经济法学研究会分立为民法学研究会、经济法学研究会和商法学研究会，这是一个非常正确的决定，它将对商法学科的建设产生深远的影响。虽然，商法学科在原民法学经济法学研究会中也得到了重视，取得了很多成果。但是，民法学、经济法学、商法学拥挤在一个研究会中，每个学科都很难得到充分发展。尤其是商法学由于恢复历史短，很难被人们给以充分注意，经常让一些所谓的共性掩盖商法学的个性，以致于使它很难取得与市场经济发展相适应的研究成果。这次，专就商法学科成立一个研究会，有利于在组织、推动、发展商法学中集中力量、集中精力、集中时间，有利于密切联系中国发展社会主义市场经济的实践，有利于深化商法基础理论和各个具体商法领域理论的研究。同时，由于领域单一，也便于进行国内的学术交流和国际上的学术对话。我们可以预见，商法学研究会成立的重要意义，将随着时间的推移，越来越充分地显示出来。

商法学研究会是从原民法学经济法学研究会中分立出来的，我们应该继承和发扬原中国法学会民法学经济法学研究会的优良传统。民法学经济法学研究

会的发展中,有两点是值得我们坚持的。第一,既注意百花齐放,充分学术讨论,也注意学术界的团结。民法学经济法学研究会虽然包括了三个学科,但一直团结得很好。我们这次商法学研究会筹办的过程,工作非常顺利,表现了我们商法学界团结协作、为大局而积极共事的精神。今后,要想办成几件事情,仍然需要通力协作。第二,密切理论与实践的联系。原民法学经济法学研究会曾经结合立法实践探讨了一批重大问题。商法学研究会成立之后,仍需要坚持和倡导这种认真研究问题的风气,切忌不解决任何问题的空谈。我们的研究会,集中了教学科研方面的学者,也集中了一批实践部门的专家,这两方面的有效结合,一定会创造出更多既解决理论问题又解决实际问题的成果。

这次代表会议上选举产生了中国法学会商法学研究会的第一届理事会的理事、常务理事、会长、副会长、秘书长,我们一定要不辜负代表和商法学界同仁的信任,要为商法学界认真“理事”、理好事。我本人被理事会选举为会长,我感谢各位对我的信任。我虽有为大家办事的愿望,但无论是学术能力和组织能力,均有许多突出的缺陷。但我将依靠和团结各位理事、常务理事、副会长、秘书长,弥补本人的先天缺陷,扎扎实实工作,为商法学科的学科建设多作贡献!

各位代表,今天我们选择了商法,商法也选择了我们。我们面前只有一条道路,为了商法学的进步、繁荣和现代化,不断勇往直前。让我们共同努力,争取将商法学研究会办成中国法学会下属研究会中最好的研究会!

谢谢!

首届商法学学术研讨会综述

吕政君 伍 坚 何永哲

中国法学会商法学研究会成立大会暨首届商法学研讨会于 2001 年 11 月 8 日至 11 月 11 日在华东政法学院召开,大会除了正式成立了商法学研究会以外,还就当前商法学中出现的热点问题展开了广泛而热烈的学术研讨。代表们主要就以下问题进行了讨论:商法的地位和作用、公司治理结构问题以及证券法的修改和完善。

一、商法的地位与作用

在商法的地位和作用的讨论中,学者们讨论的焦点集中于商法的独立性问题,而这一问题的争议主要表现为民商合一与民商分立之争以及商法与经济法的关系。基于这一焦点问题,学者们还就几个相关的问题进行了讨论,主要包括商法典是否有必要制定;商事行为与民事行为的关系;商事主体与民事主体的关系;商法中的意思自治与民法中的意思自治的区别和联系等。

(一) 商法的独立性问题

有学者认为,是否将商法的对象特定化是判断商法是否独立的重要标志,而这主要取决于交易主体、交易客体、交易目的、交易过程、交易对价、交易链、交易条件等因素。商品经济发展过程中,民法反映简单商品经济,商法反映高度发达的市场经济,目前关于民商合一的主张实际上是主张商法的民法化,是以“低级齿轮”代替“高级齿轮”。同时有学者提出,商法的地位应以在社会经济生活中的独立地位为基础,决定商法独立地位的因素包括社会经济生活因素、政治因素、思想认识因素、立法因素、司法因素、普法因素。商法的地位必须以改革、发展、

现代化的观点来认识。有学者针对商法与民法的关系、商法与经济法的关系提出了自己的看法,认为独立的商法实际上面临着“民商合一”和“经商合一”的两次挑战和困惑,民商合一只能是形式上的合一,如果一定要将本来属于商法的一些特征加入民法,将使本来就很庞大的民法显得更加庞大;对于商法与经济法的关系,该学者认为,商法是对市场的技术性调整,经济法是对市场的第二次调整,是补充与救济,用经济法代替商法,在市场经济的条件下不仅不可能,还会妨碍市场经济的健康发展。从我国的情况来看,民商分立应该是发展趋势。该学者还主张,商法要独立应该注意两个问题:第一,商法应有内在的法律特征,要有独立的调整对象;第二,商法应当有明确清晰的边界。对于商法与民法、经济法的关系问题,还有学者提出,商法与民法、经济法的关系就像三胞胎,中国商法是在没有完善的民法和现代意义上的经济法的基础上发展起来的,商法有区别于民法、经济法的特殊性,而且这种特殊性是客观存在的,其物质基础是以企业为中心的社会关系,即营利性为特征的社会关系,有营利性为特征,就有与普通民事行为不同的风险,因此,商法就有了独立存在的基础。还有学者认为,虽然商法里面既有公法因素又有私法因素,社会关系有交叉,但各自的独立性还是存在的。民法与商法虽然有重合的地方,但是民法是民法,商法是商法。还有学者从分析研究商法独立性意义的角度提出了商法的独立性问题,该学者指出,商法独立意义的讨论在理论上和实际上都有积极意义,在理论上的问题必须研究清楚。同时该学者以上海有人大代表提出制定商法典为例,认为研究商法的独立问题是有现实意义的。

与前述支持商法独立的观点不同,也有学者提出了商法是否一定要作为独立的法律部门才能生存下去的问题。该学者通过对美国商法的比较研究指出,在对商法的理解是作为部门法还是学科的理解没有达成共识时,可以汇总大陆法和英美法的特点,采取包容的态度,在商法研究中不应局限于划分部门法的东西。有学者认为,研究商法并不一定要有一套独立的体系,不一定要把商法与民法、经济法完全独立开来,另立门户。另有学者认为,对研究商法独立性的作用应有个基本的价值判断。确立商法独立性的价值主要在于方便研究,其实商法与其他法律的区别非常小,商法独立性的意义不大。在此基础上有学者提出,并不是要有独立的法律部门地位,才能对商法进行研究,凡是由商法调整的,涉及到营利性的关系,都可以拿过来研究。对于商法与民法、经济法的关系问题,有学者指出,经济法与民法的争论已经明确了各自的范围,我们应该把商法的问题进行模糊化研究,把一些部门法的基本问题研究清楚,然后再选择。该学者认为我国目前应该走民商合一的道路,在此基础上再加上一些商法部门法的支持。

还有学者通过对国际商法的研究认为,商法与别的部门法交叉比较多,法律不是人为划分的,而是与经济有关,法律只是一种技术手段,没有必要与民法和经济法进行严格的区分。但是针对这一观点,有学者提出了相反的看法,认为商法研究的方向是解决实践中的问题,应该面向市场、面向基层、面向国际。商法更应注意为实际服务,商法的生命力可能是最强的。商事活动越来越复杂,商法应更有潜力。国际商法与国内商法不一样,我们不能照搬。有学者认为,围绕商法的独立性以及商法与民法的关系,讨论民商分立问题实际上是一个理论陷阱。有学者指出了目前关于民商分立之争所具有的片面性和急功近利性,认为民法的观点在不断发展,商法的理念也在变迁,民商争论不应阻碍商法的研究与发展。该学者提出不能认为商法是民法的特别法,只能认为商法是私法的特别法。

(二) 关于商法典的问题

对于商法典是否需要制定,学者间的争论比较大,有学者从商法独立的历史轨迹出发,提出在经过商事习惯法和国家单行商事法以后,商法典是商法独立与发展的高级阶段。有学者认为我国目前制定独立的商法典是有难度的,该学者通过对泰国、澳门、台湾等国家和地区的立法模式的比较研究提出,应该结合我国的实际制定一部统一的民商法典,这一法典应该包括民商的基本内容,而对于属于商事法特别内容的,可以由商事特别法加以规定。与这一观点相似,有学者提出,在我国目前如果制定商事法典有困难的话,那么商法某些领域可以先独立,如商事主体法、商事行为法等。有学者通过对现实生活中发生的一些商事案例的介绍和分析提出,目前我们所需要的是商法的意识,没有商法意识是很可怕的,没有商法典并不可怕,商法典并不代表一个国家的商事活动的发展水平。持类似观点的学者认为,制定商法典并不是制定一部法这么简单的事,关键不在于形式上是否有商法典,而是在实质上有商法的精神。有学者通过对目前世界上民商合一与民商分立两种立法形式的比较认为,制不制定商法典只是一种形式上的差别,这种差别主要表现在:民法高度抽象,从一般到普遍,而商法的逻辑性没有民法强;在法律适用上如何适用商法,是以商主体为适用规则还是以商行为规则;以及商法典国家商法是以法律形式表现出来,民商合一的国家可能以法规的形式出现,虽然两者的法律层次不一样,但这只是形式上的差别,两者在实质意义上并没有差别,而且这两种立法形式还存在一个共同点就是使用特别法优先于普通法的原则。该学者因此得出结论,制定独立的商法典未尝不可,但是意义未必会比民商合一大。针对把商法典作为商法独立的重要标志的观点,有学者提出,民商合一与民商分立只是立法技术问题,不能决定独立性,商法典只

是独立形式,不是惟一标志。还有学者指出,如果要制定商法典的话,商法典的出台必须统一,有些问题结论不好下就不要下,不必找一个统一的结论。

(三) 关于商事行为与商事主体

有学者认为商事行为区别于民事行为的一个主要标志就在于商事行为的营利性,营利的核心是资本要素的引入,而资本就是要追求增值,这已不是民事法律规范所能调整的。另有学者认为,商法应为商人的营利活动服务,在我国应该从一般的民事活动中独立出来,其基础是以商人的营利为服务对象。有学者认为对于商事主体的界定离不开对商事行为的界定,但是以往以列举的方式对商事行为进行定义,实际上并没有从根本上与民事行为区别开来,几乎在所有商事行为中都有民事行为的规范。该学者认为商事行为以营利为目的,以营业方式进行。但是这种行为在我国法律体系中是否能够成为独立于民事行为以外的行为是有问题的,在英美法系没有民法的情况下,这种做法可能行得通,但是在我国现行的条件下,商事行为的特点还不能与民事行为完全分开,商事行为特点还具有零散性、偶然性,要使商事行为完全独立于民事行为可能有困难。

关于民事主体的问题,有学者认为商事主体是体现商法特殊性的重要方面,该学者认为,不是所有的民事主体都能成为商事主体(如政府、军队),所以不能将民事主体与商事主体划等号。商事主体是从民事主体衍生来的,从民事主体到商事主体有一个过程。商事主体应该有营业财产,有营业能力,以营利为目的。另有学者认为,应该把社会中的人与法律上的人区别开来,民事主体与商事主体不是截然对立的,不能因为是民事主体就不能从事商事活动,应该在法律关系中对商事主体进行界定。而且商事主体的活动并不是商事法律所能完全包括的,还有其他法律对商事主体进行调整。

(四) 关于商法中的意思自治问题

学者们提出意思自治问题的目的在于通过分析商事活动中的意思自治与民事活动中的意思自治的区别来强调商法区别于民法的所在,从而支持商法的独立性。有学者认为,坚持传统民法的意思自治会对商事行为造成障碍。原因在于,行为人对财产交易的方式陌生,以此决定意思自治要求过高,当代经济对效率的要求较高,没有时间保障意思自治;商法需要从全新角度对意思自治来进行审视,这种限制有内在的合理性。对意思自治的表面限制实际上是对商事主体利益的保护,商法对意思自治进行限制的价值取向在于社会正义、追求公平与效率相统一,这与传统的民法不同。在此基础上,有学者提出,法律实际上是一把