

CHINA
COMMERCIAL LAW
ANNUAL 2008

2008

中国商法年刊

金融法制的现代化

中国法学会商法学研究会 编

主 编 王保树
执行主编 邓 辉



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D923.994

9

:2008



CHINA
COMMERCIAL LAW
ANNUAL 2008

法律出版社

北京市西城区德胜门内大街2号

100029

010-65243010

4.00元

2008

中国商法年刊

金融法制的现代化

中国法学会商法学研究会 编

主 编 王保树

执行主编 邓 辉



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律出版社

100029

图书在版编目(CIP)数据

中国商法年刊. 2008: 金融法制的现代化/王保树主编. —北京: 北京大学出版社, 2009. 7

ISBN 978 - 7 - 301 - 15379 - 6

I. 中… II. 王… III. ①商法 - 中国 - 2008 - 年刊 ②金融法 - 研究 IV. D923.99 - 54
D912.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 101450 号

书 名: 中国商法年刊(2008): 金融法制的现代化

著作责任者: 王保树 主编

责任编辑: 陆建华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15379 - 6/D · 2330

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788 出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

720 毫米 × 1020 毫米 16 开本 53 印张 1099 千字

2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 88.00 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

《中国商法年刊》(2008)编辑委员会

主任:王保树

成员(以姓氏笔画为序):

叶林	石少侠	朱慈蕴	陈甦
范健	赵旭东	奚晓明	徐卫东
顾功耘	黄建初	覃有土	

卷首的话

中国法学会商法学研究会2008年年会于2008年10月11日—12日在历史名城南昌召开。此次学术年会由中国法学会商法学研究会主办,江西财经大学法学院承办,与会专家、学者200多人,提交论文148篇。《中国商法年刊》(2008)集中了这次年会的学术成果。

本次年会的学术主题是“金融法制的现代化”。围绕这个中心,年会集中讨论了四个学术议题:金融秩序与金融法体系、新型金融组织的商法规制、金融安全的商法保障和国外金融法制的新发展。虽然金融危机发生不是确定这次学术年会主题的诱因(在确定学术议题时还没有形成震撼全球的金融风暴),但在年会召开之时,金融风暴却已席卷全球。因此,年会所讨论的问题已不完全限于既定的议题,而是触及到了金融风暴。讨论的问题虽然仍在金融法的层面上,但涉及的内容更加广泛。

如何对待金融法?这是在各个专题讨论中都被关注的问题。人们已经注意到,我们不能将金融法与金融监管法画等号。否则,势必将金融监管法律规范以外的规范排除在金融法之外。实际上,现行的主要金融法律无不包括金融监管法律规范和金融交易法律规范;而且,现代金融交易是现代商行为典型而重要的组成部分。因此,如果在部门法上把握现代金融交易法,它当然是现代商法特别是商行为法的一个重要组成部分;如果从金融总体上把握金融法,则不可避免地包括金融交易法。然而,金融交易法不是金融监管法,我们也不能简单地将金融法与金融交易法画等号。虽然如上所述,金融交易法在金融法中居重要地位,但它毕竟是其中的一部分,如果将金融法等同于金融交易法,则势必忽视金融监管法律规范的存在。所以,试图以构成金融法的部分规范的性质与特征把握整个金融法,是很难取得科学的结论的。无论在理论上还是在实践上,已颁布的金融法律无不呈现二元规范结构,既包括金融交易法律规范(含密切相关的金融组织法律规范),也包括金融监管法律规范。就这一意义而言,二元规范结构一直是金融法的一大特点。

金融法的复杂性,决定了多个法律部门和学科对它的关注。无论是来自商法学的关怀,还是来自经济法学的关怀,都应受到人们的欢迎。要解决金融的复杂法律问题,需要多法律学科的研究,并须采取开放的态度。目前,商法学的研究应特

别关注金融组织的治理、金融交易和金融服务法律所体现的现代商事交易法特性、金融交易安全,以及现代金融交易和科学的金融监管的互动等。

如何认识发生在美国、深刻影响全世界的金融危机的教训?这是与会专家、学者关注的另一个重大问题。一方面,在席卷全球的金融危机面前,中国在金融上的损失相对于美国和其他国家要小一些,但能否得出结论:中国的金融监管很出色、很有效?恐怕不能轻率地得出这样的结论。应该说,中国的金融业正在开放之中,目前的开放程度还远没有达到有着久远金融发展史的国家那样大,这是中国金融受损失相对小的一个重要原因。同时也表明,当金融监管的经验还不足时,不盲目追求加大金融开放步伐,也是恰当的。当然,适应经济全球化的要求,必须积极积累金融监管经验,提高金融监管水平。在此基础上,加快金融开放步伐。另一方面,从表面层次上看,这次金融危机首先发生在金融衍生品领域,能否就此得出结论:中国不能再发展金融衍生品交易了?显然,得出这样的结论也是不慎重的。中国的金融衍生品交易才刚刚开始,它在金融市场上占有的份额很小,还不足以影响金融业;并且,金融衍生品交易的“甜头”我们还基本没有尝到。当然,我们应认真吸取美国在金融衍生品交易中的经验教训,避免危害金融业的做法在我国重演。但必须强调,我国尚不存在“金融交易过度自由”,决不能他人被“蛇咬”,我们怕“井绳”。在我国金融市场上,金融交易自由与科学、有效的监管都需要加强和发扬。

《中国商法年刊》(2008)的问世,无疑会启发人们继续深化对年会提出的问题的研究,推动商法学学科建设的发展。因此,我们要感谢本刊论文的所有作者,感谢江西财经大学法学院对年会及本刊编辑出版所作的贡献,感谢北京大学出版社各位编辑。

王保树

2009年6月6日

目 录

2007—2008 年商法研究综述	熊进光 张怡超	1
-------------------------	---------	---

第一部分 金融秩序与金融法体系

论金融现代化与和谐社会的建构		
——以金融法治为中心	陈岱松	23
票据法修正之基本思路	董翠香	32
信托公司违反信托义务的民事责任及立法完善	符 琪	39
合作的缺失:农村合作金融机构问题分析	姜 朋	45
中国房地产投资信托(REITs)风险规避机制之建构	李 智	52
金融政策的效力与效率问题研究	孟凡哲	59
单船公司破产债权受偿顺序问题研究	孟 强	66
私法治理:金融法制的理念回归	邱润根	74
论第三领域保险的几个理论问题		
——以完善我国医疗费用保险的理赔机制为立场	史卫进	81
对我国投资基金立法模式选择的再思考	王 鑫	94
从现实世界走向虚拟世界		
——修改我国《票据法》的新思路	吴京辉	102
典当行运营模式及其法律问题研究	席晓娟	109
5·12 汶川大地震后跨国公司捐赠的法律思考	赵学清 肖 宇	117
论我国公益信托监察人法律制度的完善	薛智胜 王海涛	123
论农村资金互助社立法的若干问题	陈 岷	130
知识产权证券化法律制度构建初探	樊云慧	136
论我国有限合伙制风险投资的法律机制	郭富青	144
试论澳门预防及遏止清洗黑钱犯罪立法新进展	黄来纪 谢宝朝	153

欠发达地区信贷服务“三农”的法律支持

——以定西市涉农信贷为例	江合宁 汪林峰	159
上市公司破产重整的金融创新手段初探	马存利	167
论金融控股公司的法律界定	宋尚华	174
金融法二元规范结构的协调与发展趋势		
——完善金融法体系的一个视点	王保树	181
论保险业商业贿赂的成因及对策	王建敏 相玲	190
我国商业银行混业经营法律模式选择	王亦平	198
试论金融市场法律秩序的构建	吴国平	206
不良金融资产与法律公平		
——对最高人民法院[2001]12号《规定》的追问	吴萍	212
我国金融法功能主义倾向的反思	徐强胜	217
论金融安全与我国金融法体系完善	杨春平	226
新形势下我国 QDII 监管制度的完善	杨峰	233
内地与香港权证制度的比较研究	元小勇	242
对完善我国征信立法的若干思考	赵万一 胡大武	250
商业银行个人理财业务的法律障碍及对策探讨	朱明阳	258

第二部分 新型金融组织的商法规制

公益信托监察人制度评析	陈晓军	267
浅议私募基金主体的法律规制	戴炜	274
我国风险投资退出的法律环境分析	樊鸿雁 姜南	281
我国商事信托制度建构中的法理思考	胡卫萍	288
析私募股权基金退出的制度障碍	李政辉	295
论我国保险资金运用法律监管的缺陷及完善	王卫国	303
论我国公司型基金的发展	熊进光	310
论集合投资计划的法律规制		
——以日本法为中心	杨东	317
我国风险投资企业法律形态选择的困境与突围	袁碧华	324
外资银行与对冲基金的监管	陈楚钟 朱羿锟	331
金融衍生品的市场准入控制	陈实	338
巨灾保险证券化的法理分析	冯兴俊	343
证券交易的法律性质及风险分析	郭晓霞	350

完善我国金融衍生品市场监管的分析与思考	郭英杰 刘 鹏	357
论信托法的历史演进及对我国继受信托法的反思	侯怀霞	364
论私募股权运作的商法调整	胡鸿高 胡 冰	373
论保单质押的适用与风险防范		
——兼论我国《保险法》的修改完善	贾林青	379
网络银行监管的商法探析	姜德鑫 张靖钰	386
信托财产安全和受托人责任关联等问题和法律对策研究	姜一春	393
论我国房地产投资信托制度(REITs)的困境及出路	李新天 阎梓睿	399
论我国小额贷款公司的监管定位与核心规则	李有星 郭晓梅	407
创业风险投资首次公开上市退出法律制度探析	刘丹冰	415
我国证券场外交易监管制度的完善	刘 勇 杨 峰	422
私募基金的信托化运作	马建兵	431
资产管理法制初探	毛海栋	438
论我国私募基金规制的几个问题	宁金成	447
商业信托的法律特征及规制	彭插三	454
综合金融监管更优之辨		
——各国金融综合监管评述的视角	彭 虹	461
信托型私募股权基金的制度框架、运作机制与法律规制	谈李荣	469
我国私募基金法律规制研究	田 海	476
私募基金监管立法的制度架构	汪振江 独家基	482
对新兴金融组织的商法规制应遵循正当程序原则		
——主要从网络银行商法规制的视角	王远均	490
论信托公示的理论基础与制度设计		
——兼评我国《信托法》第10条之规定	文 杰	497
期货投资基金的立法借鉴		
——兼评中国现行证券投资基金立法	巫文勇	504
我国金融业混业经营探析	夏秀渊	511
信托投资机构信托义务的一般释义	肖海军	516
剥离不良资产运作中的法律思考		
——以国有商业银行“债转股”为例	谢志红	524
OTC 市场的商法规制	徐永前	529
论私募基金合法与非非法的界限	殷 洁	535
论小额贷款公司的法律规制	赵意奋	542

关于中国私募发行制度的一些思考	周贤日	钟远珊	550
中国沪深股市的拯救之道及政策建议	周正义		557
风险投资与有限合伙制度的契合	朱慈蕴		565

第三部分 金融安全的商法保障

债权人破产保护之信托设计	陈雪萍		577
物流保险现状及法律原因分析	李惠阳		586
不同证券持有模式下投资者权益保护制度研究	刘道远		592
论保险人之强制说明义务和投保人之如实告知义务	刘德福	朱文瑜	600
论土地抵押金融风险的防范	任丹丽		606
论证券无纸化条件下证券资产安全的法律维护机制	王建文		613
金融安全与金融机构破产	王艳华		620
票据伪造风险负担规则的探讨	吴海燕		628
无纸化证券登记法律问题研究	叶敏		635
证券无纸化与中国证券登记存管制度检视	张辉		641
浅谈我国证券无纸化立法的三个问题	范健		649
我国公司转投资制度的再探讨	郝磊		653
资产证券化的信用基础之检讨与反思 ——以美国次贷危机为鉴	胡鹏翔		660
论我国金融控股公司的立法创制及其风险防范	雷兴虎	刘斌	668
金融创新中的中小投资者权益保护	李立新		675
票据法期后背书制度研究	梁鹏		683
论证券无纸化下的善意取得 ——以股份公司股权为例	彭真明	方妙	690
论商业银行对客户的安全保障义务 ——以第三人非法侵害客户财产为视角	石纪虎	朱识义	698
第三方支付的法律规制	王东光		705
保险客户逆向选择与道德风险的界定	张秀全		711
和而有序 ——论金融安全与银行服务相对人权益保护的 冲突与协调	张再芝	刘俊	719
建立股市平准基金的几个问题	赵金龙		727
国有企业整体上市的金融风险及商法保障	仲崇玉		733

第四部分 国外金融法制的新发展

试论美国金融监管制度的发展

——兼谈对我国的启示	陈岱松 陈献茗	741
金融监管现代化:英美法系的经验与教训	黄 辉	750
《美国金融监管体系现代化蓝图》评析与启示	阳建勋	758
印度 1982 年《合会法》介述	陈荣文	765
美国保险法上惩罚性赔偿责任的可保性	李秀芬 陈 瑶	773
中英上市公司反收购措施立法浅谈	林王威	781
日本金融商品交易法制的新发展	马太广	790
美国和英国对冲基金监管制度研究	萧秉国	797
国外破产制度的晚近发展及对我国金融破产立法的启示		
——以金融风险防范为视角	张世君	807
美国金融风暴对我国金融衍生品监管的启示	赵 静	813
《日本信托法》修改及其信托观念的发展	赵廉慧	821
商法论文索引(2007.10—2008.9)		829

2007—2008 年商法研究综述

熊进光* 张怡超**

一、商法总论

近年来,商法研究主要集中在公司法、证券法等部门法的问题,而对于商法总论的研究一直比较薄弱。

(一) 商法学研究的基本问题

在商法总论与分论的研究上,有学者认为,商法作为一个学科,包括商法总论、商人法(主要是商业组织法)理论和商行为法理论。其中,商法总论是基础,商人法理论和商行为理论是商法的两大支柱,二者缺一不可。缺少商法总论的研究和指导,商人法与商行为法的研究就失去了基础,其相关理论不可能深化,更不可能有效地解决实践中的问题;同样,缺少商人法与商行为法的深入研究,商法总论就会空洞化,失去存在的意义。^①有学者还认为,商法学的发展应着力解决商人、商事主体和商行为的关系,并依据中国实践和中国立法解决好商人、商主体和商行为的关系,有利于形成中国自己的商法理论。^②

关于商法的定位与功能,有学者认为,要重点研究关于民法、商法、经济法(以下简称“三法”)定位与功能的研究方法,并提出了从三个方面来研究三法:(1)从社会关系的结构中认识三法;(2)从比较中定位三法;(3)从互动、交融中寻找商法与民法、经济法三法的关系与新的关注点。该学者指出:“在改革研究三法定位的研究方法中,无论是功能的讨论,还是本质、价值与法益目标的讨论,都是在揭示三法不同的定位,但不同并不意味着分隔的绝对化,否则,商法、经济法的分隔绝对化,或其中任何一个法律

* 熊进光,江西财经大学法学院教授,博士。

** 张怡超,江西财经大学法学院教师,法学博士。(此外,江西财经大学法学院07级民商法学专业硕士研究生张兴裕、余志武、朱伟、徐韬、蒋厚峰等同学也参加了写作)

① 参见王保树、朱慈蕴:《寻找商法学发展的足迹》,载《中国法学》,2008年第2期。

② 同上注。

部门拒绝与其他法律部门互动,都将不仅不能发挥各自的优势,还将是功能的抵消,甚至是对社会经济秩序的破坏。因此,探讨民法、商法、经济法的定位差异不是目的,而应该发挥三法各自的优势克服其劣势,实现三者交融、互补、互动,这才是根本目的。”^③

(二) 商主体

商事主体的研究一直是商法总论研究的重点。有学者指出,构建我国商事主体法律制度,应当遵循保守和超越的基本观念,尊重历史传统和社会经济现实的需要,也应当突破陈规,适当预见将来的发展需求,并提出要超越传统大陆法“商人”概念的确定模式,根据我国民事立法的实践经验及理论成果,构造我国的商事主体概念,并以商事权利能力与行为能力为要素确定商事主体的概念,在保守中寻求超越。^④也有学者指出,我国现行的商主体制度都用企业这一个称谓去代表,这种从理论到立法再到实践中的认识存在很大的缺陷。该学者指出,我们应借鉴《澳门商法典》的立法经验,将商业企业主列为商主体,将企业列于商客体的地位,并建立商业企业主经营主营、管理、处分企业的观念。^⑤

还有学者指出,商主体是交易与组织的混合机制,商主体的规范应当立足于不同主体的交易性与组织性特征的不同表现而展开,在规范的设计中,应围绕财产性规范与管理性规范两个范畴,处理好规范的强制性与任意性的关系。^⑥也有学者指出,我国应该打破僵硬的理论与立法,为主体的存在和发展勾画一个有序且开放的空间,破除商个人、商合伙与商法人间非此即彼的看法,厘清它们之间应有的过渡类型,用相应开放的主体立法加以规范和引导。^⑦有学者指出,我们在制定《商法通则》时应继承“商人”的概念,而以“企业”概念取而代之,接受“商人”的概念,这不仅在法技术层面有意义的,更主要的是具有“观念改革”的意义。^⑧

(三) 商事登记、商行为

在商事登记法律性质的研究上,有学者认为,商人登记是创办人以创制商人主体为核心目的、以法律所规定的形式与程序将其意思追求表示于外部的单方的程序性质的商事法律行为。这是商人人格的构成要素之一,它所表明的信息是国家实施商事管理与司法裁判的重要依据,也是商事交易相对人同该商人商事交往时的最为基础的评价依据。^⑨有学者认为,商事登记的产生具有自发性、自觉性,商事登记规则的形成是商事交易的客观需要使然。法律作为一种规则体系必定是社会生活事实需要的产物

③ 王保树:《关于民法、商法、经济法定位与功能的研究方法》,载《现代法学》2008年第3期。

④ 参见马建兵、任尔昕:《我国商事主体法律制度的构建》,载《国家检察官学院学报》2008年第2期。

⑤ 参见张晓燕:《建立新的商主体制度探析》,载《山西高等学校社会科学学报》2008年第4期。

⑥ 参见曹兴权:《商主体制度的逻辑思路与规范展开》,载《北方法学》2008年第2期。

⑦ 参见徐强胜:《商主体类型化思考》,载《当代法学》2008年第4期。

⑧ 参见蒋大兴:《商人,抑或企业?——制定〈商法通则〉的前提性疑问》,载《清华法学》2008年第4期。

⑨ 参见韩秀义、荣敬:《商人登记法律性质辨析》,载《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2008年第1期。

和制度的体现,法律规范应该是对社会经济事实客观的“映照”,而非主观的“塑造”。因此,对商事登记法律性质的解释不应是学术的,而应是经济的。^⑩在商事登记的立法问题上,有学者指出,目前我国进行商事登记统一立法的时机已经成熟,欠缺的只是部门利益与行业利益的自我扬弃,我国应该实行单行的一元管辖的商事登记法。^⑪

在商行为的研究中,有学者认为,在构建商事行为理论过程中,将商事行为界定为具有营利目的的民事行为虽然具有理论上的正当性,但是对于商事实践(商事活动或者司法)却缺乏必要的指导意义,因为不管是将商事行为界定为独立的法律行为还是将其界定为具有营利性的民事行为,对于营利这一主观目的的界定是商事实践的首要要求。^⑫有学者指出,德国商法典作为主观主义体系的代表,构造了相对成熟的商法体系,值得借鉴。商业活动丰富多彩,商行为的表现形式复杂多样,商事制定法无论如何细致周密,都难以全面规定各种商行为。因此,试图将商行为纳入法定化轨道,难免妨碍商业活动的创新和深入,因而更宜采用主观主义体系立法模式。^⑬

(四) 商事立法模式

在民商分立与民商合一的争论上,有学者认为,应超越“形式民法”和“形式商法”合一与分立之争,而深入探讨法的渊源意义上的“实质商法”的内涵、精神和价值,剖析客观存在的“实质商法”的价值体系和逻辑体系。这对于正确处理“形式民法”和“形式商法”的关系以及制定我国“形式商法”有着十分重要的理论价值。^⑭

关于我国商法的立法模式,较多学者赞成制定一部《商法通则》。有学者指出,抓紧制定一部一般性、统领性的《商法通则》,不仅是健全和完善社会主义市场经济法律体系的需要,也是商事法律制度自身体系化、科学化的需要。这不仅在理论体系的完备上是必要的,而且在立法技术上也是可行的。^⑮有学者认为,中国制定《商法通则》的时机已经成熟,条件基本具备,中国应采取私法二元结构的立法模式,即采取具有中国特点的民商分立的立法模式,在《民法典》之外再单独制定一部相对集中的带有商事总则性质的法律,并主张建立一个《商法总则》加商事单行法的立法模式。^⑯有学者认为,《商事通则》的制定只是完善商法体系的一个基础环节,是沟通《民法典》与商事单行法的桥梁,它并不是构建商法体系的全部。因为《商事通则》在形式上也是一部单行法,这并没有商法典构建整个完整体系的功能。《商事通则》只不过是把商法的基本理念、

^⑩ 参见童列春、王勇:《商事登记法律性质辨析:法经济学的视角》,载《行政与法》2007年第12期。

^⑪ 参见高婕:《试论我国商事登记的统一立法》,载《金卡工程》2008年第5期。

^⑫ 参见任尔昕、王慧:《商事行为独立性:质疑与回应》,载《河南大学学报(社会科学版)》2008年第2期。

^⑬ 参见叶林:《商行为的性质》,载《清华法学》2008年第4期。

^⑭ 参见范健:《论我国商事立法的体系化——制定〈商法通则〉之理论思考》,载《清华法学》2008年第4期。

^⑮ 参见赵旭东:《〈商法通则〉立法的法理基础与现实根据》,载《吉林大学社会科学学报》2008年第2期。

^⑯ 参见苗延波:《论中国商法的立法模式(上)——兼论〈商法通则〉的立法问题》,载《法学评论》2008年第1期。

价值和基本原则以一般法律规范的形式进行了适当的表达,使之固定化、成文化,并且为单行法的统一贯彻奠定了基础。^①在《商事通则》的立法体系上,有学者指出,制定《商事通则》要考虑立法资源的节约与立法技术上的可行性。《商事通则》应致力于协调民商法的关系,确立商事一般规则,要规范商主体的一般规定、商人名称与营业转让、商业雇员、商事登记、商事账簿、商人团体、商事代理。《商事通则》中不宜规定不具有一般性的内容,如商事责任、商事行为、商事短期诉讼时效等。该学者反对以社会责任观念限制商主体的营利性,认为营利性原则是《商事通则》的基本原则,而保护交易安全、保障交易效率和商主体法定等都是营利性原则派生的规则。^②

二、公 司 法

关于公司法的研究,在过去的一年中,学者主要关注如下几方面。

(一) 公司资本制度

关于公司资本的作用与功能,有学者认为,现有的法定资本制、最低资本额和减资规则等方面都存在着缺陷,并认为法定资本制隐含的理论假设即公司资本是公司信用的基础,是公司债权人利益保护的最终屏障和唯一担保,强化对债权人的利益和交易安全维护。因此法定资本制以防弊为其主要目的,强调对公司资本形成和维持的严格管制,是一种预防的债权人本位的资本制度模式。^③针对最低资本额这个问题,有学者认为,股东应缴付最低限额的公司资本,不但可以防止股东仓促设立公司,而且可以强制股东参与公司风险分担,防止其将公司风险完全转移给债权人,引发道德风险。^④关于减少注册资本的外部程序方面,有学者认为,公司减少注册资本时,首先必须编制资产负债表及财产清单;其次,公司应该在作出减资决议之日起通知债权人并公告,减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。如公司不按债权人的要求清偿债务,根据文义解释应认定减资行为无效。^⑤

(二) 公司治理结构

关于上市公司内部监督机制问题,学界历来有各种主张,目前我国立法现实情况采用的是独立董事与监事会并行的制度,但从实际效果看并不十分理想。有学者指出,独立董事制度与监事会制度是不同国家基于不同法律理念所创制的、不同的公司内部监督制度。^⑥关于公司治理模式的演进,有学者指出在经济全球化的客观条件下将走向趋同,正如经济全球化是不可阻挡的历史潮流一样,趋同也是不可避免,并将压

^① 参见郭富青:《论我国商法体系的建构技术》,载《法律科学》2008年第2期。

^② 参见宁金成:《〈商事通则〉的立法体系与基本原则》,载《国家检察官学院学报》2008年第1期。

^③ 参见赖武:《现代公司资本制度中的利益平衡机制》,载《中国审判》2007年第12期。

^④ 参见殷盛:《欧盟的公司资本制度变革》,载《法学》2007年第9期。

^⑤ 参见丁广宇:《论有限责任公司债权人权利的回归》,载《民商法学》2008年第7期。

^⑥ 参见朱瑞芳:《我国上市公司内部监督机制模式的再思考》,载《河北法学》2008年第6期。

倒存续的力量,因此趋同才是公司治理模式未来发展的方向。^⑳

针对新《公司法》修订前公司治理结构存在的问题,不少学者深入地分析其弊端,并提出问题与看法。其中有学者指出,我国原《公司法》在公司治理结构方面存在的问题,主要表现为产权关系不清、权力高度集中、监督制约乏力。^㉑有学者指出,产权制度改革任重而道远。如果对企业经营者缺乏有效的激励和约束机制,那么公司法人治理结构中的角色和职责将会不对称,权力制衡机制难以形成。^㉒有学者指出,新《公司法》颁布之后,公司治理结构的变化主要体现在监督的效率有所提高、力度有所加强、也更有利于公司的治理和发展。因此应该明晰产权关系、界定股权性质;完善法律规制、突出公司自治;完善治理机制、强化高管责任;健全诉讼途径、强化司法救济。^㉓我国的公司治理结构虽然也属于双轨制,监事会与董事会是并列平行机关,共同对股东大会负责,但也不可避免地存在一些弊端。对此有学者指出,尽管我国新《公司法》在2005年修改之后进一步强化了监事会的职权,但相比德国法而言,我国监事会仍然在公司治理结构中处于弱势地位。^㉔关于如何更好地完善并发挥董事制度的功能,有学者指出,因为公司缺乏像自然人一样的器官,需借助具有行为能力之自然人的力量而为之,因此董事只能是自然人。^㉕也有学者指出,在董事问责制中引入诚信路径是必要的,也是可行的,并主张有了诚信路径,通过忠实、注意和诚信义务的各司其职,将有效地涵摄各种董事不当行为,填补问责空隙,也维持了对董事经营决策的尊重审查模式,有利于鼓励董事大胆探索,勇于创新,契合了适应性效率的目标。^㉖也有学者指出,董事权力与责任之间的平衡是公司治理成功的前提之一。在董事义务与责任不断强化的情形下,及时出台相应的董事责任限制机制,确保董事责任的有限与适度,这对于实现公司健康发展是十分必要的。^㉗对于公司治理改革的期待,有学者根据非上市公司的公司治理实践指出,应进一步改善董事会的决策机制、保障监事会获得信息的权利和途径,以及进一步完善会计监查制度,以保障公司治理的高效性和安全性。^㉘

公司治理效率是对既定治理结构与机制有效性的度量,也是对公司治理目标实现程度的评价。有学者主张对目前公司治理效率性的评价应采取目标合理性、现实有效性的评价机制,并将EVA(Economic Value Added,是指扣除了包括股权成本在内的所有资本成本后的经济利润)与公司治理实践相融合。^㉙

⑳ 参见孙光焰:《公司治理模式演进趋势之争的方法论检视》,载《法商研究》2008年第3期。

㉑ 参见石少侠:《我国新〈公司法〉中的公司治理结构》,载《当代法学》2007年第6期。

㉒ 参见王志帅:《关于完善公司法人治理结构的思考》,载《时代人物》2008年第4期。

㉓ 参见石少侠:《我国新〈公司法〉中的公司治理结构》,载《当代法学》2007年第6期。

㉔ 参见胡晓静:《德国上市公司中董事会与监事会的共同作用》,载《当代法学》2008年第3期。

㉕ 参见官欣荣:《法人董事制度与公司治理》,载《法学》2007年第12期。

㉖ 参见朱羿锐:《论董事问责的诚信路径》,载《中国法学》2008年第3期。

㉗ 参见任自力、曹文泽:《论公司董事责任的限制》,载《法学家》2007年第5期。

㉘ 参见王保树:《非上市公司的公司治理实践:现状与期待》,载《当代法学》2008年第4期。

㉙ 参见王化成、黄磊、杨景岩:《公司治理效率及其评价研究》,载《中国人民大学学报》2008年第4期。

(三) 中小股东保护

新《公司法》虽在股东权益保护方面做了明显的改进,但仍不完备。学者对于股东权益保护、救济的途径等进行了研究。有学者指出,集中管理模式之下的公司董事具有相当大的权力,股东与董事之间难免会产生代理成本,为此法律规定了董事对公司和股东负有信托义务。该学者认为,我国现行《公司法》对董事忠实义务的规定不够完善,因此建议我国《公司法》扩大董事忠实义务责任主体的范围,规定举证责任分配,归入权的具体行使主体、行使方式、行使期限等。^③ 有学者主张,应杜绝公司经营者利用公司内部信息,从事股份的内线交易,从而损害股东和广大投资者的利益;并建立公司经营者与公司之间的利益制衡机制,强化公司经营者对公司所负的诚信义务与勤勉义务,从而增进公司和股东利益。^④ 也有学者主张,当中小股东权益受到损害时,应以监事会为主要的请求对象,并给股东会发挥作用的机会;在坚持公正的原则下,给予公司一定的自治权。^⑤ 有学者指出,股东享有利润分配请求权、剩余利润索取权以及其他的股东权益,才能对法人内部的经营者形成制衡,防止经营者的自利行为。^⑥ 也有学者指出,中小股东拥有的股份相对较小,无法决定公司董事的部分或者全部人选,也无法决定公司的经营管理或者对公司的经营管理产生重大影响的股东,在公司中处于弱势地位。上市公司的收购行为涉及多方主体的利益,而在这些利益的主体中,目标公司的中小股东常处于不利地位,其合法权益最容易受到侵害。应该从立法保护、行政监管、司法救济的角度对中小股东权益进行保护,从而达到目标公司的中小股东权利内部保护机制和外部保护机制的统一。^⑦ 也有学者指出,为保护中小股东的利益,应充分发挥董事会的权力平衡功能,双重代理问题的治理控制要求建立共同决策机制,构建多元化的董事会,包括大股东、中小股东董事、职工董事等。在董事会中增加中小股东董事、职工董事,有助于中小股东及其他利益相关者都有平等的机会参与公司决策,保护其合法权益。^⑧

(四) 法人人格否认法理问题

我国新《公司法》确立了法人人格否认制度,这是我国公司法制度的一个重大突破。法人人格否认法理直接关涉公司的本质、法人地位与有限责任等基础理论问题,与一人公司问题也联系密切,但因其具有独特的理论渊源与实践,颇受学者青睐。学界认为公司人格否认制度作为一项法律制度,其本质应该被概括为衡平性规范。衡平性规范的品格在于非规范性、模糊性和补充性。因此,进一步完善该制度的路径在于回归衡平性,在没有具体规则的场所,完全可以求助于民法中的一般条款——诚实信

③ 参见李燕:《透视美国公司法上的董事忠实义务》,载《现代法学》2008年第1期。

④ 参见刘俊海:《完善失信制裁机制,遏制上市公司高管离职套现》,载《法制日报》2008年6月15日。

⑤ 参见沈贵明:《股东代表诉讼前置程序的适格主体》,载《法学研究》2008年第2期。

⑥ 参见税兵:《非营利法人解释》,载《法学研究》2007年第5期。

⑦ 参见秦亚东、杨健:《论上市公司收购中的中小股东保护》,载《当代法学》2008年第1期。

⑧ 参见杨清香:《论公司治理控制》,载《武汉大学学报》2008年第4期。