

问题的研究过去几为空白。

反倾销法律应当属于国内或国际经济法的重要组成部分。近年来我国不少企业的出口产品在国外受到反倾销调查或诉讼,有的得到了比较满意的结果,有的则败诉甚至自动放弃应诉。研究国外反倾销的立法、理论并总结实践中的经验教训,对于建立我国健康的出口贸易秩序具有重要的意义。同时,我们也注意到,我国有关部门于1998年对新闻纸进口进行了首次反倾销调查。这一重大的法律事件本身就有进一步研究的价值。

在宏观调控方面,发表的文章不多,但是有的作者提出的由计划法、经济政策法和各种经济调节手段的法律组成的宏观调控法律体系是有新意的。但是,涉及金融、税收、价格等问题的研究成果比较少,涉及预防金融风波的经济法学研究成果也比较少。

(二)对未来研究的展望

在未来的一年或更长的时间里,我们希望经济法的研究进一步走向繁荣和深入:(1)研究的范围进一步拓宽,对于一些过去研究较少的问题(如经济法与金融风险、财政税收方面的法律问题等)展开研讨;(2)从呼吁制定某项经济法律(法规)深入到具体的制度方案设计;(3)对于已经制定的经济法律法规的实施状况进行深入的实证研究,总结其成功的经验和发现其缺陷,并提出相应的对策;(4)对于当代国外经济法理论尤其是市场经济较为发达国家的经济法理论研究和评介、引进;(5)对于与我国对外贸易有关的经济法律制度进行深入的探讨。

经济法的研究首先需要进一步解放思想,与旧的经济法理论告别,真正立足于我国社会主义市场经济的实际情况,提出适合我国国情的经济法理论体系和制度设计。经济法研究还需要方法的更新和引进。传统的方法如概念分析的方法、比较研究的方法、法律解释的方法等,都需要进一步发扬光大。新的研究方法如经济分析方法、利益衡量的方法、社会学的研究(统计、调查等)方法、行为学的方法,也应当有条件地引入经济法的研究领域。经济法研究还应当注意自己的学术规范性,一篇论文应当做到对相关资料的广泛占有和合理使用。提出新观点诚然重要,但是如果缺乏理论基础或实践材料的支持,这样的“新观点”往往没有价值,或者其价值难得到认同。

商事法学研究述评

徐海燕* 张新宝

1998年的商事法学理论研究在前几年的研究基础上又取得了一定进展。本文就该领域的代表性研究成果予以综述和评论。

一、关于商事法基础理论

有人指出,商事法的性质一是私法,二是实体法,三是国内法。单纯地说“商事法是公私混合法”或“商事法具有公法性”不太确切。在大陆法系文化的背景下,我国当代的商事法是民法的特别法,它以单行法为表现形式,直接规范市场主体资格及其行为,与经济法有机整合,共同促进社会主义市场经济的发展。在坚持既有的民商合一的风格下,我国商事法体系应当包括

* 中国社会科学院研究生院民商法博士生。

公司法、合伙企业法、独资企业法、商业银行法、企业登记法、商事帐簿法、票据法、证券交易法、保险法、海商法等。^{〔1〕}

关于民法与商事法的关系,在大陆法的理论和实践中,历来有民商分立说、民商合一说和商事法为民法的特别法说。商事法为民法的特别法,民法与商事法是一般法和特别法的关系,在我国商事法学界似已成为多数说。但是,这不妨碍对商事法学理论体系的构建。因为法律部门与法学部门是两回事。而要构建科学、严谨、充分反映和引导商事法实践的商事法学理论体系,必须加强对商事法基础理论的研究。这一基础理论研究的意义,还将极大地服务于我国将来的民法典制定,解决民商事法体系的科学性和协调性问题。

二、关于公司法的理论研究

我国的企业组织形式一直存在两分的局面:单一所有制的国有企业(以全民所有制工业企业法规定的模式组建的企业为代表)和股份制的公司(包括有限责任公司和股份公司,大多是以我国公司法规定的模式组建的)。前者数量巨大,后者数量甚少;前者代表的是传统企业形态,后者代表的是现代企业形态。如何处理好这两种现实生活中并存的公司关系,如何认识这两种公司的性质和把握它们发展的前途是一直未解决好的问题。针对这一问题,有学者指出,国有企业的全面公司制改组就要加速两种公司并轨的进程。现在应当确认现代企业的核心是资本企业。股份化就是资本权利化和资本权利人格化。资本信用原则是资本企业的灵魂。资本企业的实质就是资本信用的企业。资本社会化原则是资本企业的另一重要特征。社会公众持股和职工持股是资本社会化的两种形式,但有本质不同。高度社会化的个人所有应是公有制的一种表现形式。社会化和控股化是股权运动的两种模式,但社会化是绝对的,控股化是相对的。资本流通原则是资本企业的又一主要特征。资本流通建立在平等、自由、公平、有序原则上。^{〔2〕}

进一步完善我国的公司机关制度并使其有效运营是公司法学者面临的一个重要问题。有学者分析了我国股份有限公司组织机构在实践中暴露出来的法律问题:股东大会走向形式化的可能性开始出现,董事会的组成和运营不适应其地位的要求,董事长兼经理,更是有违公司法的精神。针对这些问题,建议:(1)健全股东大会的运营规则。包括建立股份有限公司股东大会的股东出席法定人数制度,建立并规范通讯表决形式,建立表决权行使例外制度,禁止公司向出席股东大会的股东发送礼品,充实关于股东大会决议瑕疵救济的规定;(2)完善董事会的组成和董事的行为规则。包括健全董事会的组成规则,完善董事会的产生规则,推动董事会运营的合理化,强化董事会的监督职能,改革公司代表人制度;(3)监事会的监督必须到位,包括加强监事会的组织,充实监事会的职权。^{〔3〕}

公司经营者包括公司董事、经理与监事对公司利益的增进负有不可推卸的法律义务。一旦公司经营者违反其对公司所负的忠实义务、滥用职权、直接或者间接地谋取私利,即应对公司承担相应的民事责任。公司也有权对公司经营者违反义务的特定行为所获收益收归公司所有。此即法理上的公司介入权或归入权。与许多国家公司法一样,我国公司法对此也作了规

〔1〕 屈茂辉:《论当代中国商事法的性质、地位和体系》,《法学家》1998年第4期。

〔2〕 江平:《现代企业的核心是资本企业》,《中国法学》1997年第6期。

〔3〕 王保树:《股份公司组织机构的法的实态考察与立法课题》,《法学研究》1998年第2期。

定,只不过有欠完备。有人在分析了国外立法例的基础上,建议我国立法建立公司介入权的行使制度,对代表公司行使介入权的主体、公司介入权的行使条件、行使程序和行使期间作出明确而具体的规定。当公司介入权与损害赔偿请求权竞合时,公司可以重叠行使两种权利,即公司行使介入权后,尚有损害时,仍不妨行使损害赔偿权。^{〔4〕}

商业银行是公司之一种。但是,我国的国有专业银行尚未真正转变成为商业银行法规定的商业银行。有人指出,加快国有专业银行的公司制改革应当是我国深化金融体制改革、防范金融风险的一项重要内容。商业银行法是公司法的特别法,商业银行的组织形式、组织机构、分立和合并都应适用公司法。主张尊重公司法在规制国有专业银行方面的应有权威,把每一个国有专业银行纳入公司法的调整轨道。除确有必要采取国有独资商业银行形式、以维护国家的重大利益外,国有专业银行原则上都要改建成有限责任公司与股份有限公司,还应采取鼓励政策,引导国有专业银行公司制改革向股份有限公司,特别是上市公司的方向发展。^{〔5〕}

受东南亚金融危机的影响,加之我国公司法制的不健全,假破产、真逃债等滥用法人资格的问题引起了商事法学界研究兴趣。在前几年关于公司法人资格否认法理的研究基础上,又有若干文章对此进行探讨。有人将公司法人格否认法理的适用要件归纳为三个方面:其一,主体要件。强调适用该法理,一方面要有滥用公司法人格制度的控制股东;另一方面要有因此而受到侵害的相对人,即公司债权人或其他相关的利益群体,只有他们有权提起适用该法理之诉。其二,行为要件。这一要件将控制股东滥用公司独立人格和股东有限责任的具体情况加以归类,以便于实践中对滥用公司法人制度的行为进行准确判断。其三,结果要件。这一要件强调,公司债权人或其他相关利益群体因控制股东的滥用行为所致损害,必须由该控制股东直接负责,才可获得补偿。而公司法人格否认法理的适用,必须要求上述三个要件同时具备。^{〔6〕}还有人认为,我国可以借鉴揭开公司面纱理论对国内集团公司破产时的债务处理问题作出规定,也可以对跨国公司破产时的债务责任作出规定,特别是在合适的情况下,当外国母公司在我国设立的子公司破产时,对外国母公司施加债务责任。^{〔7〕}

有人针对我国公司立法所确认的法人财产权制度和股东会中心主义、设置“公”、“私”股份藩篱等不合理之处,结合某些国家现代公司立法的趋势指出,应及早用公司法人财产所有权取代公司法人财产权,彻底理顺企业产权关系,用董事会中心主义取代股东会中心主义,并切实加强监事会和个别股东的监督权,以完善公司治理结构,消除股份的“公”、“私”壁垒,实现公私股份相互流通转换,促进股票市场的统一,为现代企业制度的创新扫除障碍。只有在上述三个方面有所突破,我国的公司立法才能成为现代企业制度的法律基础。^{〔8〕}

当前,公司并购作为资产重组的重要方式正在兴起。被并购公司管理者或其政府主管部门为了私利或狭隘的个体利益、部门利益,有可能对并购公司采取非法的防御措施,为并购制造障碍,致使跨部门、跨地区、跨所有制的并购难以开展。有人撰文指出,为了降低公司并购的交易成本和社会成本,排除非法反并购现象对公司并购的阻碍,需要完善并购防御立法。除法律另有规定外,采取反并购措施的决定权原则上应归属于目标公司董事会,以解决股东和经营

〔4〕 雷兴虎:《论公司的介入权》,《法学研究》1998年第4期。

〔5〕 刘俊海:《商业银行防范金融风险的对策》,《法制日报》1998年9月9日。

〔6〕 朱慈蕴:《论公司法人格否认法理的适用要件》,《中国法学》1998年第5期。

〔7〕 石静遐:《母公司对破产子公司的债务责任》,《法学评论》1998年第3期。

〔8〕 吴建斌:《构筑我国现代企业制度的科学法律基础》,《中国法学》1998年第1期。

者之间的利益冲突问题。为了尽可能避免在决定是否反并购问题时大股东损害小股东利益,还应当规定股东会作出的反并购决定必须以 2/3 的多数票通过。另外,在公司并购防御问题上,我国公司法要在自由与必要限制之间达到一种均衡,在保障合法防御的同时,又要制止防御措施的滥用,从而防止内部人控制现象,保障目标公司、兼并方以及有利害关系的其他主体的合法权益,保障资源得以优化配置。^[9]中国法学会民法经济法研究会还于 1998 年 7 月专门就目标公司的章程能否限制收购公司作为股东的董事提名权进行了专题研讨会。一致认为,董事提名权是一项重要的股东权,不容公司章程剥夺。

三、关于证券法的理论研究

学者们围绕证券法的调整范围、证券市场的监管体制、信息披露、上市公司收购、国有股和法人股、证券市场融资、场外交易等热点问题进行了研究。这对于推动我国证券法的理论研究和证券法的出台具有一定的积极作用。

强制性公司收购要约是证券市场中攸关目标公司股东及要约公司切身利益的现实问题。有人通过比较各国关于强制性收购要约的不同规定,并结合对美国没有建立这一制度的原因的分析,论述了强制性公司收购要约制度的功能及其必要性。认为,鉴于收购人在公司收购中处于主动地位,而目标公司的广大中小股东处于一种信息闭塞、缺乏经验的相对劣势地位,强化对目标公司股东的合法权益的保护应是制定政策、法规时的主要考虑因素。鉴于目前《股票发行与交易管理暂行条例》没有规定强制收购要约义务的豁免,主张立法上应当明确在以下情形豁免强制收购要约义务:义务人证明其未获实际控制权;经公司其他股东同意;受让控股权挽救目标公司所必须;公司合并、分立导致公司控股权转移时。还认为,如果收购人通过受让取得目标公司 30% 以上的普通股,但无力进行全面收购时,如果不具备明确的豁免条件,应强制收购人限期出售超出 30% 限额的股份。^[10]

有人分析了国家股不能流通的不良后果,认为国家股不能上市流通转让,股票供给量有限,容易诱发股票的过度炒作。还指出,国家股的流通有多种途径可以选择:可以与 A 股或者 B 股并轨,也可以与法人股并轨。随着我国股票市场的成熟和国际化程度的加深,B 股与 A 股的并轨、法人股与 A 股的并轨、国家股加入 A 股市场流通,应当是必然的选择。同时指出,出售国家股的收益,应归属于国家财政部门,并纳入财政收支中的资本项目。^[11]

证券市场信息是投资者进行价格判断的重要依据,信息公开制度是证券法建构公平的证券价格形式机制的基本制度。但是,目前证券市场上披露的不少信息缺乏真实性、准确性、及时性,随意性强,对关联交易的公开披露不全面,信息泄露的问题相当突出。因此,有学者建议,健全和完善信息披露立法,界定信息公开范围与公司保守秘密的法律界限,建立与加强上市公司信息管理机制,严格信息披露的法律责任制,建立公开资料的鉴证制度,加强对信息披露的社会监督。^[12]

针对上市公司的持续公开信息义务,有人指出,上市公司在其信息持续公开中,必须遵守的基本原则包括:(1)真实原则,即公开的信息内容必须符合上市公司的实际经营状况,其中不

[9] 吴胜春、刘文华:《公司并购防御的法律规制》,《法商研究》1998年第4期。

[10] 代越:《强制性公司收购要约的若干法律问题》,《法学评论》1998年第2期。

[11] 张红:《从日本山一证券的破产谈完善我国证券市场管理的必要性》,《中外法学》1998年第4期。

[12] 王远明:《略论上市公司信息公开法律制度》,《政法论坛》1998年第3期。

得有任何虚假成份。(2)充分原则,即必须将能够影响证券市场价格的重大信息都予以公开,不能有重大遗漏。(3)准确原则,即公开的信息必须准确,其内容不得使人误解。(4)及时原则,即必须遵守法律对信息公开活动的时间性要求,确保已公开信息内容的现实性。^{〔13〕}

发行公司虚假陈述是一种严重的证券欺诈行为,投资人往往是其直接受害人,所以美国、日本和台湾的证券立法从保护投资人合法权益的宗旨出发,制定了较完善的制裁发行公司虚假陈述的民事责任规则,使投资人通过行使民事救济权恢复自己的权利。有人探讨了建立发行公司虚假陈述民事责任制度中的基本问题,认为证券法中的“虚假陈述”,是指陈述内容与客观真实情况不一致,一般包括虚伪、欠缺与误导。还探讨了发行公司虚假陈述民事责任的基础和归责原则。^{〔14〕}

四、防范金融风险的商事法问题研究

化解金融风险隐患,依法治理金融,是今年我国商事法学界的一个重要研究课题。有人认为,我国当前隐藏着较大的金融风险隐患,主要表现在:银行资产质量不高,不良贷款比重较大;一些地方乱设金融机构、乱办金融业务、乱搞集资活动的问题还没有得到有效治理;证券、期货市场和股份制改革运行不够规范,不合要求、不规范运作的非银行金融机构较多,干扰正常的金融秩序,部分非银行金融机构陷入困境;外债风险隐患逐渐显露。该文指出,为解决这些问题,必须通过加强金融法治,把一切金融活动纳入规范化和法制化轨道。建立与社会主义市场经济发展相适应的金融机构体系、金融市场体系和金融调控监管体系的过程,实质上也是金融法治化的过程。只有有了健全并得到有效实施的社会主义金融法律制度,才能从根本上解决金融体制、机制和制度方面的问题,从而为金融业的良性循环创造良好的法治环境。鉴于我国金融法制建设的现状,建议加快证券、信托、期货立法,健全我国金融法律体系,尽快改变金融市场重要法律、法规不全,某些重要金融活动无法可依的现象。主张尽快完善破产法,防止变相逃、废债,保护银行的资产安全。要制定与破产法相配套的实施细则,对企业破产中遇到的问题作出切实的可操作的规定;同时,针对国有企业的不同规模、不同经营类型、不同负债状况,采取不同的措施,即以推动改制、鼓励兼并、规范破产、适度挂账核销、补充资本金为主要手段,逐步化解国有企业巨额债务和不良资产,降低资产负债率,为建立新型银企关系创造条件。^{〔15〕}

虽然许多商业银行开始自觉地在借贷活动中设定担保,但仍有不少商业银行,特别是国有专业银行大量发放信用贷款而不设定担保。而信用贷款本身就潜伏着借款人的违约风险。有人认为,问题的根本症结在于商业银行法和担保法的规定。这两部法律只允许商业银行在发放贷款时设定担保,但不要求商业银行在发放贷款时一定实行担保制度。鉴于国有商业独资银行和国家控股的商业银行是我国金融体系的主体,直接关系到整个金融市场的稳定、乃至于国计民生的安危,建议对国有独资商业银行和国家控股的商业银行全面推行强制担保贷款制度,并对商业银行法第36条第2款作出相应的修改。^{〔16〕}

〔13〕 陈苏、吕明瑜:《上市公司信息公开的基本原则》,《中国法学》1998年第1期。

〔14〕 张远忠:《论发行公司虚假陈述的民事责任》,《法学》1998年第1期。

〔15〕 曹建明:《金融安全与法制建设》,《法学》1998年第8期。

〔16〕 刘俊海:《商业银行防范金融风险的对策》,《法制日报》1998年9月9日。

五、关于商事法其他问题的研究

(一)关于票据法

我国票据法的立法规定尚不完善,而又没有相关的立法解释和司法解释。因此,有人认为,应该从理论上合理说明票据法的立法宗旨,以便为票据立法、司法和票据实务提供理论依据。主张票据立法的宗旨应为“保障票据使用的便捷、安全”。为实现此宗旨,票据法应确认票据为要式证券、文义证券、无因证券,简化票据的转让手续,规定票据行为独立原则,确立善意取得制度、参考承兑和参加付款制度、追索权制度、利益偿还请求权制度、失效救济制度、刑事制裁制度,并限制人的抗辩。相应地,我国票据立法内容应进一步完善、充实,以更好地体现票据法的立法宗旨。^[17]

有人对中国大陆与香港、台湾地区三法域支票法律制度进行了比较研究。认为中国大陆票据法未能完全协调好“效率”与“安全”之间的关系,票据法对“效率”的追求,主要体现在强调票据行为的文义性、独立性和连带性;对“安全”的追求则主要表现在两方面:第一,票据法第六章专章规定了法律责任;第二,票据法否定了“票据行为无因性”这一当代票据法应坚持的基本原则,从而更加突出了其所追求的“安全性”目标。但对于票据运作过程中“效率”和“安全”发生冲突时,应如何解决,票据法不置可否。比如,如果签发票据、转让票据等行为未遵循诚实信用原则或者不具有真实的交易关系或债权债务关系,该签发行为、转让行为的效力如何,在票据法上找不到明确的答案。作者认为,较好的办法是在有关条文后加“但书”或补充条款。并指出,中国大陆支票制度的价值取向,基本上是“效率”,但其为追求“安全”所作的努力也不容忽视;而香港、台湾地区的支票制度则更突出“效率”,至于安全性问题,主要靠其他相关法律制度来解决。^[18]

(二)关于合伙企业法

1997年颁布合伙企业法,这是我国商事立法中的又一重要进展。但该法本身并非尽善尽美,有许多问题留待法学解释。例如,有人在研究了合伙企业财产的组成及其法律性质的基础上指出,合伙企业的财产由合伙人出资(排除不能作为合伙企业财产的出资形式)和合伙企业存续期间的收益构成,其中出资部分的法律性质,取决于当事人的约定,若无约定或约定不明时,则与收益均属合伙人共有财产,但此共有包括了准共有,属共同共有。^[19]但也有人提出反对意见,认为合伙人对于合伙出资的财产,应当允许合伙人事先约定该项财产所转移的权利性质,如仅以房屋、设备的使用权出资,仅以技术成果、商标权、专利权的使用出资等。在此类情况下,该房屋、设备、技术成果、商标权、专利权中的其他权利仍归出资人,只不过是出资人在行使出资财产的其他权能时客观上受到一定的限制而已。^[20]

六、简评与展望

(一)1998年商事法学研究的一些特点

[17] 刘心稳:《我国票据法立法宗旨的研究》,《政法论坛》1998年第3期。

[18] 王小能:《中国大陆与香港、台湾地区三法域支票法律制度比较研究》,载梁慧星主编:《民商事法论丛》第9卷,法律出版社1998年版。

[19] 陈年冰:《论合伙企业的财产》,《法制与社会发展》1998年第3期。

[20] 李明发:《我国〈合伙企业法〉中的若干规定评析》,《中外法学》1998年第1期。

1998年的商事法学理论研究呈现出以下特点:

其一,商事法基础理论的研究论文数量不多,深度也略显不足。这表明,大多数商事法学者把主要研究精力放在了研究商事法的具体制度上,而对于商事法基础理论关注少一些。这当然与民商合一的指导思想有关。因为,在多数情况下,商事法中的许多问题可以借助民法中的基本原则、具体制度和学说予以说明,商事法学者当然不必另起炉灶。但是,商事法毕竟是民法特别法,有其自身的特殊性。不能以商事法现象与一般民法现象之间的一般性,代替商事法现象的特殊性。

其二,学者们进一步就公司企业的本质以及公司法中的具体制度进行了深入研究。尤其是关于完善公司机关制度、健全公司介入权、把国有专业银行纳入公司法调整轨道、规制并购公司非法防御措施的论述都抓到了问题的关键之处,具有较高的学术价值。但是,在公司法的研究中也存在一个不容忽视的问题:虽然发表的论文很多,但重复选题、徘徊于前几年研究水平的也相当之多,还有相当一部分亟待深入研究的问题却未能引起人们足够的关注。

其三,证券法的研究论文与上一年度相比,无论是在数量上,还是在质量上都有明显的进步。学者们对信息披露、上市公司收购、国有股和法人股等热点问题的探讨对于证券法的进一步完善无疑是有益的。当然,依法规范证券市场,切实保护中小投资者的合法权益,确保公正、公平、公开原则在每一个发行环节、交易环节和监管环节得到真正的体现,还有许多问题需要探讨。

其四,学者们对于防范金融风险的商事法问题研究引起了相当的重视,有的刊物开辟了依法防范金融风险的专栏。防范金融风险是前几年为我国商事法学界所忽视的一个重要研究课题。在政府、企业和社会科学界普遍关注这一问题的背景下,虽然商事法学界对此作出了一些研究尝试,但与我国的现实要求相比,仍有很多差距,对金融期货的法律规制等一系列崭新问题尚说不清楚。当然,防范我国的金融风险不仅仅是个金融法的问题,而是要触及到商事法研究领域的方方面面;不仅仅是应急性、对策性的研究课题,而是个长期性、基础性的研究课题。

其五,商事法学的其他一些领域的研究,如对海商法学、保险法学和破产法学的研究,相对薄弱一些,发表的文章较少。

(二)对我国商事法学研究走向的展望

对于我国商事法学者来说,1999年将是不平凡的一年,也是本世纪商事法学的最后一年。顺应我国市场经济体制的建立和商事立法体系的健全,我国商事法学者理应在充分消化和吸收市场经济国家先进制度与学说的基础上,推出更有份量、更能积极推动我国商事立法和商事实践的精品著作。

在研究的内容方面,我们认为基础理论的研究、与我国市场经济密切相关的商事法理论与实务的研究、商事法具体制度的研究,尤其是在过去未受到充分重视的商事法律制度,都应当成为下一年度商事法学研究的重要课题。一些重复的选题应当避免。

在研究的方法上,除了应当继续使用诸如比较研究、概念分析、法条解释的传统研究方法外,我们还提倡在商事法学领域使用实证研究的方法,学术研究应当对有关的司法审判和商业实践予以更大的关注。

此外,我们希望在未来的一年里,商事法学的研究成果不仅在量的方面繁荣,更主要的是在质的方面突破,学术的规范性进一步加强。