

## 【学术述评】

## 2007 年商法学重大问题研究述评

邹海林

## 一、重大问题的研究

2007 年,我国商法学科的研究主要集中在以下几个方面:

## 1. 关于我国商法基础理论问题的创新研究

我国商法的地位问题始终为学术研究的重点之一。商法和民法的关系引导出民商合一的理论与民商分立的理论,民商合一抑或民商分立作为法学方法论有其存在的价值和空间,但是作为商事立法或者商事司法的理论基础,存在着一些问题。自从近现代以来,随着商业的迅猛发展,事实上的商法已经从民法中分离出来,不仅商事立法的内容不同于民法,而且商法研究的对象和内容也发展演变为一个独立的学科——商法学。不管我国在立法上是否明确承认商法的独立,事实上,我国的商事立法实践以及商事司法实践已经摆脱了民商合一的束缚,正在走向民商分立的道路,而且商法和商业社会互相强化,引导着我国以市场经济为基础的社会逐步进入现代商业社会。

因为商法的独立化,必然会引起学者对商法编撰的方法或途径的遐想。因为我国已经制定了众多的商事单行法,经过对这些商事单行法的整合,完全具备了制定商法典的条件,故有学者提出我国制定商法典的时机比制定民法典更加成熟。我国应当以积极和稳妥的步骤先行创制商事法总则,在修改和完善公司法、合伙企业法、证券法、票据法、保险法、信托法和海商法的基础上,编制中国的商事法典。

有关中国商法的编撰的争议,不应当构成学术研究的核心,对于商法典编撰的研究,其核心价值在于推动和改进我国商法的制度结构和体系不完整的现状,从而建立我国商法学科以及商事司法真正走向独立的制度基础和思维模式。于是,有学者提出我国应当尽快制定商事通则,商事通则的制定将会统领我国商法的发展。关于商事通则的研究,学者们主要还是围绕商法的基本原则、商人、商行为、商号以及商事登记、商业帐簿等方面展开的。

另一个应当注意的商法基础理论问题是有关商会立法的研究。学者从商会的私法自治的立场出发,不仅对我国商会立法中的争议问题和没有被引起重视的问题进行了分析,还特别提出:我国商会立法应当围绕商会自治的主题,实现我国商会立法的本位转变和相关制度设计;将计划经济时代遗留下来的“身份性立法”模式予以废除,从而转向“契约性立

作者:邹海林 中国社会科学院法学研究所研究员 (北京 100720)

法”模式,并以此为基础构建我国的现代商会法律制度。

## 2.关于公司法的研究

公司制度在商业社会中的显著地位、公司法的修改,以及公司法适用过程中不断衍生的问题,使得公司法的研究始终是商法学界研究的热点问题。随着我国公司法的贯彻落实,学术研究在诸多的领域围绕着公司法的自治理念、公司资本制度、公司设立制度、公司的法人治理结构、股东权益保护、公司高管的激励约束机制等制度和理念,尤其是从公司法的司法实务角度,展开了对公司法制度的持续性研究。

诉讼中如何贯彻公司法的私法自治,成为2007年公司法研究的一个热点。我国公司法对于司法实务中迫切要解决的基本问题,诸如公司资本制度、公司设立制度、一人公司制度、法人人格否认制度、公司治理结构制度、股东权保护制度、关联交易规制制度等都有原则性的规定,这对我国公司法的司法实务,尤其是人民法院审理涉及公司的纠纷案件产生了重要的影响。我国公司法彰显了私法自治的重要理念:按照私法自治的原则,把公司法的一些强制性规范修改为任意性规范;减少了法律的强制性干预,增强了公司章程的法律效力,赋予公司团体更多的意思自治。例如,在涉及表决权的确定、红利的分配方式、出资的估价、股东大会和董事会的权利划分、对外投资和担保等问题,公司章程均可以明确确定。所以,有学者提出,人民法院在审理公司纠纷案件时,应当在审判理念、指导思想、实体处理和自由裁量等诸方面坚持适度干预的原则,积极且审慎地对公司活动进行司法干预。对于那些公司内部的事务,主要应由公司根据章程进行公司自治。只要公司自治的内容无碍于交易安全和社会稳定,法院即应尊重其依据商业考虑独立决定自己的事务,尊重公司章程的意思表示自由,承认公司自治的效力。只有对于那些涉及到公司法人治理结构的组织健全、交易安全的问题,诸如控制股东、董事以及高级管理人员滥用私法自治而损害他人的权利和合法利益时,人民法院才能依法干预,以司法判断取代商业判断。

另一个值得注意的重要问题是如何对待公司法中的政府管制。这个问题不仅涉及公司法的立法而且直接关系公司法的司法实践、理论模型。尽管公司法应当坚持和彰显私法自治的理念,政府管制仍是公司立法的重要内容之一。有学者提出,公司法中的政府管制,在内容上主要体现为政府对公司自治的干预或对公司权利的控制,在形式上表现为不能由当事人自由选择或者排除适用的强制性规范或公法性规范。当私法体系充分发展和公法体系健全,并且政府管制具有效率,不损害公司自治基础时,公司法中的政府管制才能够有效。我国公司法在改进政府管制时,最重要的问题不是强化或放松管制的问题,而是政府管制是否有效的问题。

## 3.关于合伙企业法的研究

2007年,商法学者们致力于合伙制度的修改和完善。我国商法基本上不承认除合伙企业之外的合伙制度,所有的合伙制度在商法上都被合伙企业制度吸收和掩盖。为了进一步完善合伙企业制度,合理分配合伙人之间的风险负担,促进风险投资事业的发展 and 与欧美发达国家的部分企业制度接轨,经过广泛调查研究和充分研讨之后,我国在2006年修订了《合伙企业法》。修订后的《合伙企业法》与原《合伙企业法》相比,条文由78条变更为109

条,在内容上做了显著的修改。

有学者认为,《合伙企业法》的修订重点在于扩大了合伙人的自主权限,更加贯彻了商法自治的立法精神,并且新增了特殊的普通合伙与有限合伙企业两种企业制度,也为投资者提供了更多的制度选择。修订后的合伙企业法保持了原合伙企业法中关于确认合伙企业的团体性,突出合伙企业的主体地位,调整合伙企业内部、外部关系的基本内容,但同时采用大量突破性规定,发展了我国的合伙企业法律制度。我国对《合伙企业法》的修订和完善,体现了市场经济正在走向成熟。这次修订,新创设了很多制度,例如,基于减轻专业服务机构中普通合伙人的风险和促进专业服务机构发展的立法政策,在普通合伙企业一章中以第六节规定了“特殊的普通合伙企业”。这反映了国家管理经济生活的能力在增强,因为它体现了国家可以驾驭更多的不同类型的经济实体。每一种新制度要在实践中得到有效贯彻,必须要求该国家的立法、执法和司法系统具备必要的相关知识。而新修订的合伙企业法中弹性条款的增多,则使合伙人在内部权责安排上有更多的自主权,这也体现了市场经济中个体的自由度获得了相当程度的拓展。

#### 4. 关于证券法的研究

修订后的《公司法》和《证券法》联袂出台,为我国证券市场的发展构筑了坚实的制度基础,尤其是《证券法》的全面修订是我国资本市场法制建设的标志性事件。《证券法》许多重大条款的修订摆脱了旧证券法拘泥于防范风险的种种局限,为市场主体的发展壮大提供了制度空间,为从根本上解决影响我国资本市场发展的深层次问题和结构性矛盾创造了条件。截至 2007 年 6 月 30 日,证券监管部门陆续出台了 87 件规章及规范性文件,包括《上市公司信息披露管理办法》、《证券公司风险控制指标管理办法》、《期货交易管理条例》、《期货公司管理办法》、《期货交易所管理办法》等。

以上所述对我国资本市场法律规则体系进行了一次全方位的清理和重构,使法律规则体系覆盖到资本市场发行、交易、结算的各个方面和领域,促进了证券市场健康稳定发展。有学者认为,在这样的立法背景下,以实体法制度为支撑的证券法学科获得了前所未有的发展机遇,并展示了务实创新、开放进取的研究态势。今后我国证券法学的研究应不再拘泥于旧有制度的束缚,而更注重我国新兴市场游戏规则的健康,注重市场功能的发挥,让证券法真正起到为市场保驾护航的作用。证券法的核心问题是证券法的适用与完善问题,这将主要围绕我国证券市场的层次结构的法律支持、证券衍生品种的法律规制、公募和私募的界定与监管制度、证券公司的规制、证券交易所的制度定位、证券监管制度,以及证券民事赔偿责任等层面展开。

#### 5. 关于企业破产法的研究

经过学术界和政府相关部门的多年反复论证和争辩,企业破产制度基本上趋于成熟。2006 年度出台的《破产法》,其中规定了破产管理人制度,这是学者们借鉴西方成熟破产制度的成果。另外,《破产法》在破产程序的模式结构、适用范围、破产程序的适用条件、重整制度等方面,都有较大的制度创新。企业破产法颁布后,如何适用企业破产法的制度,成为我国 2007 年学术界、立法界和司法实务关注的焦点。企业破产法的实施成为学者研究的重要内容,这不仅涉及企业破产法的立法指导思想,企业破产法的适用范围、破产原因、管理人制

度、债权人自治的范围和方式、重整制度等制度性问题,而且还可能涉及公共政策问题,诸如破产程序中的利益平衡问题,特别是破产程序中的劳动债权保护问题。

有学者认为,在立法的理念上,我国企业破产法以科学的立法技术、充分的当事人意思自治和适度的司法强制,构造了我国全新的破产程序的模式结构。企业破产法有关破产程序的规定,并非纯粹意义上的程序法制度,而是在更高的层面上要提升破产程序在挽救有财务困难的企业方面发挥作用。在企业破产法的规范方面,我们几乎看不到我国过去的破产立法的印记,该法全部134个条文几乎均为具有特定含义的新条文。企业破产法在程序制度的设计方面,尤其是围绕企业再生程序的设计及其运行效果而展开的改革或者制度创新,既有深度也有力度。企业破产法的制度创新,主要表现在以下三个方面:第一,企业破产法在我国实现了破产程序的体系化设计;第二,企业破产法完成了我国破产程序的法官主导型向当事人自治主导型的彻底转变;第三,企业破产法较为全面地贯彻了以企业再生为主导目标的破产程序制度。

## 二、学科发展中的主要问题

经过2007年度的发展,商法学科发展中存在的问题,诸如研究内容和角度受局限、研究方法单一的问题,已经有所改善,但相对于蓬勃发展的商法制度,商法学科仍然存在以下四个方面的问题:

1.商法基础理论研究上台阶的问题。在商法基础理论研究方面,水平还不够深入是长期存在的问题,而基础理论研究制约着整个商法学科的发展。商法基础理论的研究,长期以来受民商合一理论的约束,没有获得大的发展。如今的商法学界已经充分认识到商法独立于民法发展的价值和趋势,提出制定商法典或商事通则的立法建议,这将更有基础和条件在商法基础理论的研究层面上一个台阶。提升商法基础理论的研究水准,首先要有商法独立发展的思维定势,从而摆脱商法发展受民法约束的传统。商法学界面对的课题,已经不再是商法的范围或边界的问题,或者什么是商法的问题,而是商法特有的制度体系问题。因此,商法的基本原则以及与此相关的制度体系建构,将成为商法基础理论研究的核心问题。商法基础理论要上台阶,不仅需要我国商事立法和司法实务的经验积累,而且更需要学术研究对我国商法发展过程中存在的问题进行理性思考与总结,把商法基础理论和实务结合在一个新水平上,并用理论推动实务的发展,这将成为我国商法基础理论上台阶的一个重要标志。总体而言,要想使商法的独立地位在我国得以完全确立并获得坚实的基础与广泛的支持,学者们需要投入更多的精力潜心研究商法基础理论,从而将商法学科研究水平推上一个新高度。

2.商法制度研究的理论准备明显不足问题。商法为实践性的法律,商法制度为行为准则,对制度的分析和描述,不仅要满足商法制度的建构基础,而且不能和现实生活脱离。我们深切地注意到,我国的商法制度处于频繁的改革和创新过程中,例如公司法围绕私法自治的制度创新、企业破产法围绕私法自治的制度创新等,但学术研究是否已经能够适应商



法制度的改革与创新? 结论并不是十分的肯定。尽管商法学研究能够回答我国商法制度的诸多改革与创新, 但并不能够完全回答我国商法制度改革和创新后的实践问题, 这就是为什么我国商法制度发展后仍然存在如此众多的争议之缘由。我们已经感受到, 随着全球经济一体化和科学技术手段的高速发展, 商事活动日益现代化、复杂化和全球化, 现代商事法的动态化已经成为商法学研究的一个显著特点。所以, 商法学者如何以动态的视角来研究不断发展和变化的商法制度, 本身就是一个十分严肃的问题。目前, 我们仍然担心的是, 商法学研究的理论准备还明显不足, 这种不足存在于我国涉及商事活动的立法和司法实务的各个方面, 甚至在某些场景下还是空白。因此, 为了适应市场经济的发展, 寻求商法理论学上的突破和制度上的创新, 为我国的市场经济法治建设做好理论准备, 仍然需要学者立足我国市场经济建设的实践, 并放眼世界范围内商法的现代发展实践, 在历史与现实双重比较研究的基础上, 为我国商法制度的发展和演进提供充分和有效的理论支持。

3. 商法学研究的方法论多样化问题。商法学研究长期以来运用比较法和社会法学的研究方法, 秉承传统的民法解释学方法, 往往通过历史的、比较的角度, 偏重于从概念的、文本的解释来分析和研究商法问题。从学科的发展层面看, 这些是必要的, 但还远不能满足商法学科适应社会日新月异的发展实践的需要。商法学研究方法要突破较为单一的法解释或概念法学的约束, 更多地运用法解释以外的方法来诠释商法制度, 实现商法学研究方法论的多样化, 并丰富和验证多样化的商法学的研究方法, 这事关商法学研究的前途和生存。商法制度来源于社会生活, 其变化发展受诸多因素的影响与制约。就我国而言, 当今的商法问题不是单纯的法律问题, 而是超越了法律存在的一个事关社会观念、政治制度、经济制度、文化传统和习俗、国际化的课题。要对商法制度或原理作出新的阐释和说明, 求得真正符合社会生活需求的完备、实用的商法规则, 就需要学者尝试运用各种新的研究方法, 多角度、全方位来审视与研究商法的理论和现实问题。为了寻求我国商法学研究的突破与创新, 不仅要充分意识到商法所赖以存在的社会的、政治的、国际的、尤其是经济的复合背景以及这种背景下商法的发展空间, 而且要注重运用历史分析、比较分析、逻辑分析、文化分析、经济分析、社会分析、政治分析和实证分析等工具, 多角度探讨和研究商法制度的存在及其合理性, 将商法学研究提升到一个新水平。

4. 商法理论和司法实务的结合问题。我国商法在相当程度上依赖于司法实务提供的发展平台。商事立法为司法实务提供制度支持, 但商法制度如何与实践结合并获得贯彻, 极大程度上取决于司法实务的判断和应用。商法学研究与司法实务的结合, 长期以来不仅缺少理论和实践结合的制度基础, 而且缺乏理论和实践结合的思维定势。随着我国商法制度的发展, 理论研究的深入, 学者人已经充分认识到商事司法实务在商法学研究中的地位, 因此, 研究商法制度离不开司法实务。在这个意义上, 商法学研究应当更加频繁地“介入”到人民法院的商事审判活动中, 从商事审判活动中寻找商法学研究的实践素材。商法理论和司法实务的结合状况将成为衡量商法学研究水准的一个重要因素。

责任编辑: 孙 晶