

【学科建设】

商法学科发展与重大问题研究状况

邹海林

一、学科历史及前沿动态

我国商法学科的发展较为迅速,这与我国商事立法的建设进程息息相关。在上个世纪90年代以前,我国的商法学科并没有完整形成,仅有少量的论文、教材以及研究商法问题的著作出版,在法学院校也没有普遍开设商法课程。但上个世纪90年代前后,我国商事立法有了稳步地推进,颁布有破产法、公司法、票据法、合伙企业法、担保法、保险法、独资企业法、证券法、信托法、商业银行法等众多商事单行法。我国有关海商、公司、票据、保险、证券、信托、投资基金、企业、商业银行等内容的法律,为我国建立起商事主体、交易和秩序的法律制度,起了十分重要的作用,更为商法学科的发展和繁荣奠定了实践基础。伴随着我国商事立法的完善进程,我国学者对商事法学的研究也开始发生根本性的转变,发表了众多论文,出版了大量的著作。

自上个世纪90年代以来,在商法学科建设方面具有代表性的著作,其中涉及商法学基础理论和商法总论的著作、教材就有二十余种,涉及商事单行法的著作、教材不下百种,发表的商法学研究论文近千篇。在商法学科的发展过程中,中国社会科学院法学所商法学科研究人员发表的著作和论文产生了相当大的影响,代表作主要有:《社会主义商品经济法律制度研究》(王家福主编)、《中国商事法》(王保树主编)、《中国公司法》(王保树、崔勤之)、《票据法》(谢怀栻)、《破产程序和破产法实体制度比较研究》(邹海林)、《股份有限公司股东权的保护》(刘俊海)、《保险法》(邹海林)等著作。《社会主义商品经济法律制度研究》是我国最早研究市场经济法律制度的专著,为我国市场经济秩序和规则的构建起到了理论导向的作用,意义重大。《中国商事法》出版后多次印刷,已经成为我国商事法学出版物印数最多的著作之一,对商事法的研究、教学和司法实务产生了积极的影响。

我国的商法学科发展,并不仅仅限于对我国国内法的研究,其研究的广度已经扩展到对外国商事立法和实务的比较研究层面,特别是近年来的研究,已经基本形成外国商事法比较研究的规模。在这个方面,我们可以看到以下的代表作品:《德国商法:传统框架与新规则》(范健)、《比较商法导论》(任先行等)、《美国商法:制度、判例与问题》(苏号朋等)、《英美公司董事制度研究》(张开平)、《法国商法引论》(沈达明)、《英国信托法原理与判例》(何宝玉)等。我国商法学科的研究人员还翻译出版了许多国外出版的商法学术著作和德国、日本、英国、美国等国的商事立法文献,为我国有效开展商法的比较研究创造了条件。

作者:邹海林 中国社会科学院法学研究所研究员 (北京 100720)

除上述以外,我国商法学科还组织编辑出版《民商法论丛》(梁慧星主编)、《商事法论集》(王保树主编)、《商法研究》(徐学鹿主编)、《国际商法论丛》(沈四宝主编)、《中国商法年刊》(王保树主编)、《公司法律报告》(蒋大兴主编)等公开出版物,进一步丰富了商法学科的研究阵地。

近年来,我国商法学科的研究主要集中于:(1)商事法的一般理论研究。在这个方面,学者主要讨论的问题为商法和民法的关系问题、商法的性质或地位问题、商法的应用问题。但研究的方法和角度有待于加强。(2)公司法的修改和理念问题的研究。公司法为我国商法学科最具人气的研究领域,著述众多,但近年的研究主要集中于公司法的修改、公司法的理念、保护中小投资者、公司的治理结构以及上市公司存在的问题等。我国学者对公司法的研究成果,直接推动我国公司法的修改和完善。(3)证券法的修改和保护投资者的研究。学者把证券市场存在的问题当作研究证券法的素材,提出了许多修改证券法的建议,并为我国司法实务保护证券市场投资者提供理论依据。(4)破产制度的改革研究。我国应当制定一部什么样的破产法成为学界研究的重点,涉及到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、管理人制度等诸多方面。(5)其他的商法课题。主要涉及到我国已经颁布的商事立法的修改,诸如保险法的修改、商业银行法的修改、信托法的修改等,研究的目的是推动我国商事立法的修改完善。

二、重大问题研究状况

1.关于商法的性质和地位问题

商法的性质和地位涉及我国的民法和商法的关系,以及我国商事立法模式。关于民商关系与我国商事立法模式问题,一直是民商法学者津津乐道又难以定论的课题。尽管主流观点认为,我国实行民商合一制度,商法乃民法之特别法;但是,由于我国至今没有民法典的事实,有关商法独立和民商立法模式的选择问题依旧见仁见智。有学者认为,在我国大力发展市场经济的条件下,商法既不应认为是民法的特别法,它在我国法律体系中应占据独立部门法的地位。法典意义上的合一论和分立论都有其自身无法克服的理论缺陷,都与我国的商事立法实际不相符合,我国应实行实质商法主义的民商分立,不以制定独立的商法典作为民商分立的基础,但要承认商法的相对独立性。更有学者认为,在讨论商法的地位时,我们不能拘泥于民商合一或者民商分立的立法模式而做一般分析,而应该透过这种表面现象,考察我国的商法究竟是否有其独立存在的基础。

我国颁布了有关海商、公司、票据、保险、证券、信托和投资基金等的单行法,但因为我国欠缺商法传统,更因为学术上仍然争论商法和民法的关系,致使人们无法真正看清楚中国“商法”的边界。商法的范围或者外延到底在哪里,仍然是存在疑问的。总体上说,市场对商法将提出更高、更迫切的要求,我们不能凭着简陋的商事制度,用民法的基本意识甚至是传统的伦理道德观念来解决商事问题,商法应当有其自成体系的理念、原则和制度;商法的解释和适用应当独立于民法的解释和适用,商事交易优先受到商法的规范。这是商法学科应当研究并解决的问题。

2.关于商主体、商事登记、商行为和商业帐簿问题

商主体、商事登记、商行为和商业帐簿制度,为商法范畴的基础制度。研究和推动商法的

发展,必需研究和分析我国的商主体、商事登记、商行为和商业帐簿制度设计和运行中存在的问题。研究这些问题的目的在于建立商法的一般规范体系。

尽管我国学界不乏关于公司、合伙等具体商主体的研究,但是对作为商法核心理论的抽象意义上的商主体基本理论的研究则明显薄弱。商法学较为系统地关注着商主体的讨论和分析价值。商法要成为独立的法律部门,必然要有其特殊的调整对象,而作为商法调整对象的商事法律关系,又必然要有独立的商主体。基于此,商法能否作为一个独立的法律部门,首先必须论证商主体的独立性。如果商主体界定不清,国家就无法实现对社会经济活动的有力调整,一个社会的市场经济秩序就无法建立起来。就我国目前而言,注意到商主体的特殊性,进一步健全其相关法律规范是十分必要的。学者讨论了商主体的不同规制原则、商主体的分类以及我国健全商主体制度的立法模式选择。学者还就商主体存在的“告知”公众的商事登记制度和管理商主体活动的商业帐簿进行了探讨,为我国建立较为完善的商事登记和商业帐簿制度提供理论准备。

对于商行为的研究,不限于对商行为的分类和性质的研究,学者还主要研究了商行为制度中的外观主义和商业信用。外观主义不仅要贯彻于商行为中,而且也是商法的基本原则;外观主义可以达成商事交易安全快捷的基本价值目标。商行为的核心问题为商业信用。有研究者认为,商业信用是基于主观上的诚实和客观上对承诺的兑现而产生的商业信赖和好评。商事信用信息公开是构建我国良性信用秩序的关键。商事信用由封闭走向公开是时代发展的客观要求,是私法主体个人利益让位于社会利益,由单纯的自然人向社会人演变的过程,也是更好地实现自我并超越自我的痛苦裂变的过程。为维持有效安全的商事交易,商业信用在商行为制度架构中具有基础评价意义,并以此建立商法上特有的商行为制度。

3.关于我国公司法的修改及应用

公司法的修改以及公司法适用过程中产生的诸多问题,特别是公司对外担保以及公司的治理结构,成为商法学界研究的热点问题。

关于公司法的修改,学者们普遍认为,由于我国加入WTO以及全球经济一体化的速度加快,我国公司法的改革必然同全球范围内的竞争紧密相连。因此,公司法的修订不仅要着眼于本国社会经济的发展,而且要以加强全球范围内的公司竞争机制为目标。至于我国公司法修订与改革之要点,学者们的意见大都集中在重构公司资本制度、充实公司设立制度、完善对公司组织机构的设计和调整、规范公司财务会计制度及股份公司的信息披露制度、加强小股东利益保护以及协调公司法与证券法、公司法与外商投资企业法的关系等等。对上述理论与实践问题的探讨,为我国正在进行的公司法修正提供了丰富的理论素材与实践资料。

因为最高人民法院2002年颁布的《关于适用〈中华人民共和国担保法〉的若干问题的解释》,坚持公司为股东担保无效,引起了理论界和实务界的巨大关注,对这个问题的研究也走向深入。

公司的治理结构为我国商法学者长期思考并研究的一个问题。我国实务中的公司治理结构,难以有效确保公司的健康稳健发展,反而成为公司的大股东控制公司,损害中小投资者的手段,上市公司的“丑闻”多和公司的治理结构有关。有学者认为,所有历史上的公司治

理结构均可分为追求安全的“求安至上型”和追求高效的“求利至上型”。我国现有公司治理结构在“安全”和“求利”两方面均有不足,我们应在理论原则定位、实体法及程序法保障三个方面激活现代公司法人治理结构“求安”与“求利”的机制。有学者通过研究还提出,通过立法方式限制股东会的权力;扩大董事会职权,增强董事会的代表性和独立性;修正或取消法定代表人制度,推行共同代表制度;建立“有限多数原则”,赋予少数股东评价补救权等对应性权利。此外,引入独立董事制度也是我国学者研讨完善公司治理结构的热点话题。

4.关于证券市场虚假陈述的民事责任问题

2003年1月15日,最高人民法院颁布了《关于审理证券市场虚假陈述的民事赔偿案件的规定》,使我国证券民事赔偿案件的审理有了实质性突破,学界关于证券民事责任的探讨也是热火朝天。总的来说,学者们对于证券民事责任类型的确定、我国证券法中民事责任的设定方式、虚假陈述侵权的认定、归责免责事由、因果关系、损失计算、赔偿范围、责任分配、归责原则以及美国“欺诈市场理论”在我国的运用等实体问题,以及案件管辖、诉讼方式、前置程序、举证责任等程序问题,都做了广泛深入的探讨,为在我国司法实践中更好地贯彻落实《关于审理证券市场虚假陈述的民事赔偿案件的规定》做了充分的学理上的准备。此外,还有不少学者提出了以下值得重视的观点:

(1)关于证券民事责任的类型问题。有学者提出,由于证券交易具有高度的技术性,由此产生的民事责任具有复杂性,经常会出现违约责任与侵权责任并存或竞合的情形,理论和实务上都应当超越传统的侵权责任与违约责任的划分方法,按照各种证券行为的不同科以详尽的民事责任的设计,较为合理。就我国而言,可以从证券交易全过程的角度把证券民事责任分为证券募集和发行的民事责任与证券交易和买卖的民事责任加以研究。

(2)关于证券法中民事责任的设定方式。大陆法系国家多采明示的民事责任,英美法系国家则采兼顾明示的民事责任与默示的民事责任的设定方式。有学者比较了两种设定方式之优劣后认为,为了更好地发挥我国证券法的作用,保护投资者的合法权益,有必要及时修订我国证券法有关民事责任的规定,在证券法中民事责任的设定上采取兼顾明示与默示民事责任的设定方式,在立法上根据证券市场违法行为的特点,明确规定虚假陈述、操纵市场、欺诈客户、内幕交易和虚假发行等违法行为民事责任的构成要件和内容等,同时明确存在默示民事责任。

(3)关于证券市场法律责任的立法和司法协调问题。有学者指出,我国《证券法》在法律责任设计上表现出重行(刑)轻民的特点,而且在证券执法和司法实践中,也表现出重视行政处罚、漠视民事纠纷解决的思维惯性。立法者应当扭转重行(刑)轻民的思维定势,对于证券民事责任、证券行政责任与证券刑事责任予以同等关注。司法执法机关对于证券民事案件、证券行政案件与证券刑事责任也应予同等关注。学者还主张建立快速落实证券民事责任的争讼解决机制,并建议成立投资者协会,发挥其在落实证券民事责任方面的重要作用。

责任编辑:郑瑞萍