

商法论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

商法论文选萃/中国法制出版社编. —北京:
中国法制出版社, 2004. 12
ISBN 7 - 80182 - 409 - 1

I. 商… II. 中… III. 商法 - 研究 - 中国 - 文集
IV. 923.14 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 108094 号

商法论文选萃

SHANGFA LUNWEN XUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2004 年 12 月第 1 版

印张/15 字数/416 千

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 409 - 1/D·1375

定价:27.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

目 录

商法典哲学思想的典型反映：关于商行为的

规则 [德] 罗伯特·霍恩 (1)

我国应实行实质商法主义的民商分立

——兼论我国的商事立法模式 石少侠 (5)

商法的困惑与思考 赵旭东 (16)

论商法的性质、依据与特征 刘凯湘 (29)

民商分立与民商合一的理论评析 郭 锋 (54)

论我国商法的现代化 徐学鹿 (69)

论商法的传统与理性基础

——历史传统与形式理性对民商分立的影响 李永军 (80)

论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的

影响 赵万一 (93)

德国商法典的最新变革 [德] 托马斯·莱塞尔 (113)

德国商法最新修订评析 邵建东 (126)

产权的法律分析 王卫国 (143)

国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突 方流芳 (168)

公司法与商事企业的改革与完善 江 平 (202)

公司的有限责任制度的若干问题 王利明 (240)

竞争与发展：公司法改革面临的主题 王保树 (264)

公司法人治理结构的当代发展

——兼论我国公司法人治理结构的重构 马俊驹 (295)

商法典哲学思想的典型反映： 关于商行为的规则

[德] 罗伯特·霍恩 等著

作者简介

简历

罗伯特·霍恩，德国著名法学家，主要从事民商法研究，同时对英国的普通法也有精深研究。

从1973年起，霍恩应英国国际法和比较法研究所与伦敦德国学术交流中心之邀请，在伦敦对当地的法学界作了一系列关于德国民商法的演讲，极大地推动了大陆法与英美法的比较研究，后来他又在这些演讲的基础上，经过润色，写成了其代表作——《德国民商法导论》。

《德国商法典》在私法的整体框架下制定特殊规则时，主要是体现了两种职能：首先是将各种纯商业行为的法律形式归纳在一起，如行纪业务或居间等特殊形式的代理；其次，在商业领域，一些十分重要的业务成交非常迅速，商法典则为卷入这些商业活动的人提供了保护。这种保护部分地体现为关于商业名称和商业登记的规定，还有一部分体现为关于商人对第三人的责任的规定，即商人对自己的行为和承诺的责任要比普通人更为严格。

根据《德国民法典》的规定，保证和债务的承认只有在具有书面形式时方为有效（《民法典》第766条、780条、781条）。但口头保证或承认债务对商人却有拘束力（《商法典》第350条）。此外，承诺支付契约违约金的商人，不管数额再大也必须支付；但对于承诺了支付契约违约金的普通人来说，根据《德国民法典》的规定，法院可将违约金减至“合理的数额”（《民法典》第343条）。另一方面，应客户的要求而为其提供了服务，或为其做成了一项交易的商人，即使有关的契约没有明文规定，也有权要求支付标准的酬金（《商法典》第354条）。

《德国商法典》在某些方面改变了契约法的一般原则。作为一般规则，契约的成立必须经过要约和承诺，如果受要约人未对要约做出明示的或默示的承诺，契约就不会存在。但是，根据《德国商法典》第362条的规定，如果受要约人是商人，而其业务涉及对他人事务的管理，那么在其不打算接受要约时，必须做出明确的表示，对要约的沉默将构成承诺。据此，如果一个客户指示其经纪人买进某种证券，而经纪人既未答复也未买进，那么该经纪人就要对此承担契约上的责任。虽然《德国商法典》第362条的规定只适用于涉及“管理他人事务”的职业，但如果在商人与客户之间已经存在某种业务联系，或者该商人主动地提出了某种服务项目，那么他就有义务对客户的指示或要约作出答复。由此可见，《德国商法典》第362条的规定对于单纯的销售要约并不适用。所以，当一个供应商向一个裁缝提出要向其出售更多数量的布匹时，该裁缝不一定要对这一要约作出答复。

但是，沉默在例外情况下可构成对契约的承诺，这一理论被法院扩大适用于其他一些情况。根据一般性的法律规定，对要约的承诺如

果迟延，契约不能成立，因为迟延的承诺构成了新的要约。但对于商人来说，他可能负有答复这一新要约，或明确表示不打算接受这一新要约的义务，因此，他的沉默将等同于对新要约的承诺。^①此外，法院还创新一种与此相对应的，所谓的“商业确认书”制度。商业确认书是一种信函，它将当事人以前达成的协议（常常是口头约定）用书面的形式表示出来。一个商人从对方当事人那里收到此种信函后，如果认为其未能反映双方共同的观点，就必须作出答复；他的沉默将构成对该信函本身的承诺，除非该信函的内容与先前的缔约谈判相差甚远，以致发信人不可能合理地期望对方当事人接受信函的内容。^②关于商业确认书制度，有一点还不是很清楚，即确认书仅仅是证实以前已达成的协议，抑或构成了一种通过沉默承诺即可形成契约的要约。但无论是哪一种情况，其实际结果都是一样的。

《德国商法典》中关于商业买卖的规定（第373条~382条），目的是保护货物的出卖人不因买受人的沉默或懈怠而受损害。我们在前面曾谈及其中的一项规定（本章第一节），即买受人必须检验所买货物是否有瑕疵，或者是否符合通常的或约定的质量标准。如果买受人打算就货物瑕疵问题投诉，他必须就瑕疵情况即时通知出卖人。否则他将失去基于货物瑕疵而产生的所有权利（《商法典》第377条）。当所售货物的种类或数量不符合契约的规定时，也适用同样的规则，除非这种差异或短缺是显而易见的（《商法典》第378条）。

《德国民法典》对动产的善意买受人的保护，在《德国商法典》中得到了进一步的扩大。《德国民法典》第932条的规定要求买受人相信出卖人是所售物品的所有人；但在商业活动中，商人常常有权出售属于他人的货物，如行纪代理商等。因此，《德国商法典》第366条规定，那些知道出卖人并非所有权人，但善意地相信出卖人有权代表所有权人处分物品的善意买受人，也应受到保护。当商人质押动产或商业证券时，也适用同样的原则。

^① 《联邦最高法院民事判决汇编》，第18卷，第212页；林登梅尔-莫林：《联邦最高法院案例摘编：商法典第346条》。

^② 《联邦最高法院民事判决汇编》，第11卷，第1页；第40卷，第42页；第54卷，第238页。

最后，还有另外一项特殊的商法规则值得一提，这就是商人所享有的特别留置权。对于债务人的到期债务金额，商人可就通过正常商业往来而占有的债务人的财产或有价证券，行使留置权。

(本文节选自《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社 1997 年版)

我国应实行实质商法主义的民商分立

——兼论我国的商事立法模式

石少侠

作者简介

简历

石少侠，男，1952年8月生。1978年9月考入吉林大学法律系，1982年7月毕业留校任教，1990年破格晋升为副教授，1996年被评为教授，1999年被遴选为博士生导师，曾任吉大律师事务所主任、吉林大学法学院副院长、院长。2000年8月调任国家检察官学院副院长，曾任常务副院长。现任国家检察官学院院长、教授、博士生导师；兼任中国法学会理事、中国法学会商法学研究会副会长、中国法学会法学教育研究会常务理事、国家司法考试协调委员会委员等职。

主要学术成果

《公司法》，吉林人民出版社1994年。

《经济法新论》，吉林大学出版社1996年。

《公司法教程》，中国政法大学出版社1997年。

《国有股权问题研究》（主编），吉林大学出版社1998年。

“股权问题研析”，《吉林大学社会科学学报》1994年第4期。

“论公司内部的权力分配与制衡”，《中国法学》1996年第2期。

“对产权概念的法律思考”，《法制与社会发展》1996年第5期。

“我国应实行实质商法主义的民商分立——兼论我国的商事立法模式”，《法制与社会发展》2003年第5期。

目 次

- | | |
|----------------------|------------------------------------|
| 一、正本清源：四种不同形态的商事立法模式 | 三、模式创新：我国应实行以《商法通则》为统率的实质商法主义的民商分立 |
| 二、学说评析：我国商事立法模式抉择的争议 | |

如何处理民法与商法的关系，不仅直接关系到我国究竟要制定一部什么样的民法典，且直接涉及到我国商法体系与框架的建构，对于健全与完善市场经济的商法调整，也具有十分重要的理论和实践意义。有鉴于此，笔者拟立足于实质商法主义的民商分立，对我国民法与商法关系的处理及商事立法模式的抉择略抒浅见。

一、正本清源：四种不同形态的商事立法模式

任何一种形态的商事立法模式，无不反映了该国对民商法关系的基本认识及处理准则。因此，要准确界定民法与商法的关系，首先必须厘清世界各国最基本的商事立法模式，并以此作为比较研究和学习借鉴的基础。

长期以来，在归纳概括世界各国的商事立法体例时，我国学者大都将其区分为“民商分立”与“民商合一”两种模式。细究之，此种概括不仅忽略了英美法系国家的商事立法模式，且即使是只对大陆法系国家商事立法模式的概括，亦欠全面、准确，失之于偏颇，且有以讹传讹之嫌。在笔者看来，从法典语义上考察，实际上当今世界各国对民事与商事关系的法律调整可以概括为四种不同形态的商事立法模式：一为民商分立，即除了制定统一的民法典外，还制定独立的商法典，采取此种立法模式的有法国、德国、日本等。二为民商合一，即制定民法典而没有商法典，在对传统商法内容的处理上，是将传统商法的内容融入民法典之中，即把商事主体、商事行为、商事代理、商

事权利等归纳到民法典的相应各篇章中，如意大利民法典和瑞士债务法等。三为单行的商事法律，即制定民法典而没有商法典，在对传统商法内容的处理上，采用另行制定单行商事法律的模式，如公司法、票据法、保险法、海商法等，我国大陆及台湾等就采用这种立法模式。应当指出的是，此种商事立法模式通常亦被学者们视为民商合一，并被归纳概括到民商合一的体例之中，而实际上立法机关从未做出这样的划分和确认，这种归纳概括也并无任何法源依据。之所以得出这样的结论，完全是因为在中国民商合一被先验地奉为真理，民法学者们已经习惯于将所有的单行商事法律都视为民法的特别法。因此，这种合一只是学者们在观念意义上的合一，并非法典意义上的合一，更非法定合一。无视我国采用单行商事法律立法模式的现实，将单行商事法律一概作为民法的特别法，实质上是“商法民法化”的典型表现。在这种意义上认识商法，必然导致对商法的虚化和抹煞。为避免由此而产生误解和分歧，笔者认为必须恢复事物的本来面目，将采用单行商事法律的立法体例单列为一种独立的商事立法模式，以明示商法与民法在法源上的区别和分野。四为别树一帜的英美法系商法，即没有独立的民法典，却有独立的商法典，且其商法的内容与实行民商分立制的大陆法系国家的商法亦迥然有别。

尽管采取民商分立制国家的商法对商事关系范围的确认广狭不一，但就其分则的内容而言，一般都包括公司、票据、海商、保险四大部分。探究这四部分内容的实质，我认为可以用四句话来加以概括：公司法解决的是交易主体问题，票据法解决的是交易结算问题，保险法解决的是交易风险问题，海商法解决的是海上贸易问题。由此可见，这些内容虽与商有着密切的联系，却都不是商的本身。依“商”之字义，应为媒介财货交易的行为，其法律表现形式应为合同或契约。而民商分立国家的所谓商法不仅在分则中一般并不涉及合同问题，即使是在总则中也极少有关于合同的规定（商事活动或商行为的规定解决的是商的范围问题，而非合同问题），合同关系均由民法调整，可见其商法的形式与内容并非名实相符。此种状况进一步表明：大陆法系国家商法的独立是对法律分类的补充，即实质上是对民法的补充。从民商分立制国家的立法实践看，基本上都是民法典制定在先，而商法典

制定在后，这就决定了商法典不能重复民法典中已有的规定，而民法也无法将商法的内容融入其中。尽管二者之间具有千丝万缕的联系，但总体上看，其性质、功能与作用当属泾渭分明。当然，决定商法与民法的分离还有许多因素，其中最主要的是由于商法不同程度地反映着私法的公法化倾向，归根结底是由商法的对象和性质决定的。正是由于商法与民法的分离，才产生并形成了私法的二元结构。

与大陆法系国家不同，倒是英美法系国家的商法与“商”之本义表现出惊人的一致。以美国的统一商法典为例，它共设十篇，以货物买卖合同为法典的核心，以商业票据、仓单、提单、担保交易等为商法典的组成部分，集中解决买卖问题，可以说是一部名实相符的商法。之所以如此，究其根由，主要是因为英美法系国家一般没有成文的民法典，因此商法的制定及内容无须受民法的约束。

二、学说评析：我国商事立法模式抉择的争议

对于我国商事立法究竟应当采用何种模式，自民国初至今，一直存有争议。早在民国之初，即有民商分立与民商合一之争。考当时民商合一论者的主要论据是：因历史进步、社会进步、世界交通、各国立法趋势、人民平等、编制体例、商法与民法的关系等，应订民商统一之法典。^① 尽管民商合一论在这场争论中大获全胜，其议案被国会所采纳，但耐人寻味的是，民国民法实际上从未采用真正的民商合一体例，即使是沿袭旧制的台湾，至今也未制定民商合一的民法，其商事立法仍采用单行商事法律的模式，学说上将传统商法中的有关立法视为民法的特别法。

我国大陆自改革开放以来，随着对商品经济和市场经济的承认，特别是随着民法典的起草与制定，在学界也出现了关于商事立法模式的争论。鉴于法系上的差异及业已形成的法律体系，迄今尚无人主张制定英美模式的商法。对于商事立法模式的抉择，仍为分立与合一之

^① 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980印行，第511-514页。

争。主张采用民商分立制的，强调商法、商行为的特点，以及民商分立的好处，认为我国应制定独立于民法的商法，并将民商分立看作是世界各国商事立法的发展趋势。持此观点的学者对商法的内容做出了不同的设计，有的主张以法、德、日商法为瞻，循以西例；有的主张另起炉灶，除传统商法的内容外，还应包括合同法、市场规制法等，可谓众说纷纭，莫衷一是。民商合一论就其主张而言，则有法典上的合一论与观念上的合一论之分，二者的共性是反对在民法之外另订商法，二者的区别在于：法典意义上的民商合一论主张将商法的内容融入民法，使商法民法化，用民法取代商法，并认为商法独立于民法的基础已不复存在；而观念上的民商合一论则并不强求法典意义上的合一，对传统的民法表现出更多的尊重，对传统的商法表现出相当的宽容，对法典意义上的合一表现出务实的理性，只是主张在观念上应将一切单行的商事法都视为民法的特别法，并不刻意追求民法对商法内容的包容。

发人深思的是，面对合一论和分立论的激烈论争，我国的立法机关采取了更加务实的立法精神，在短短的十年间，出台了公司法、票据法、保险法和海商法等重要的商事法律，以单行商事法律的立法模式^②初步建构起具有中国特色的商法体系。

对于法典意义上的合一论与分立论，笔者认为论者都没有说出令人信服的必须合一或必须分立的充足理由，其正确性和可行性是令人怀疑的，其所持论据是值得商榷的。

首先，法典意义上的民商合一论实质上是“商法民法化”的表现，其实质在于以超级民法来全盘取代商法，这不仅抹煞了商法与民法的区别，违背了法律部门划分的科学法理，就是在实践中也是行不通的。

第一，主张在法典意义上实现民商合一的观点，其理论依据是不能成立的。民商合一论主张将商法融入民法之中，主要理由都是建立在对传统商法中的商人和商行为的否定上。他们认为，现代社会关系的“普遍商化”，导致了商人特殊身份的消失；营利性营业行为的范围大大扩充，导致了商业的泛化。因此，商法独立于民法的基础已经不

^② 此种立法模式既不是所谓法典意义上的民商合一，也不是法典意义上的民商分立。

复存在。^③ 在笔者看来，其一，合一论者据以取消商法的理由倒更像是在反证商法的作用应当得到强化。毫无疑问，现代市场经济的发展大大扩充了商事主体及商事活动的范围，诚如有人所言，现代社会几乎“无业非商”。然而，随着人的普遍商化和商业的泛化，本应强化商法的作用，扩大商法适用的领域，怎么却要反其道而行之取消商法呢？这显然不符合论者自证的推理逻辑。其二，民法本来就有其传统的作用领域和范围，不应越俎代庖，取代商法的功能。如果说由于人的商化和商业的泛化就需要民法调整，而不再需要商法，那么无异是在说现代社会的民法也在商化，民法已经异化为商法，民事立法已不再是“商法民法化”，而是“民法商法化”了，这显然也有悖于论者的初衷。客观地讲，无论社会关系被如何地“普遍商化”，绝不可能人人都是商人，民事主体与商事主体仍是泾渭分明；无论营利性营业行为的范围如何泛化，绝不会导致商事行为与民事行为的融合。

第二，主张在法典意义上实现民商合一的观点，在实践中是行不通的。尽管民商合一论在我国被一些人先验地奉为真理，但值得注意的是，无论民国之初的民商合一论还是当今中国的民商合一论，绝大多数论者都只是在观念上将商法视为民法的特别法，而极少有人主张制定民商合一的民法典。因为无论是仁者还是智者都深知法典意义上的合一不仅是不现实的，也是根本不可能的。即使是采用法典意义上的民商合一制的国家，也只能是将商法的个别内容或制度融入民法，而不可能融入其全部。即便如此，采用法典意义上的民商合一制的国家也为数甚少，且鲜有成功者，采用合一制的瑞士债务法就被日本学者批评为是一种失败的尝试。^④ 事实上绝大多数的民商合一论者从不反对商法的相对独立性，中国也未因民法学者在观念上主张民商合一而影响商法的发展及商法学科的独立。在这个意义上阐释民商合一的主张，笔者认为是可以理解的，也是可以接受的，因为它并不会导致商法的虚化和消亡。

然而，近年来随着对我国民法典制定研讨的逐渐深入，民法学界有人明确提出了制定民商合一的民法典的主张。持此主张的学者认为：

^③ 王利明：《中国民法典的体系》，《现代法学》2001年第4期。

^④ [日] 田中耕太郎：《商法总则概论》，有斐阁1940年版，第40页。

民商合一的实质是将民事生活和整个市场所适用的共同规则集中制定于民法典，而将适用于局部市场或个别市场的规则，规定于各个民事特别法。^⑤有的学者则进一步阐释，采用民商合一体例，首先意味着在民法典之外不再单独制定商法典，确切地讲，是不制定单独的商法总则。所有的商事特别法都作为民法的特别法而存在。持此观点的同志还认为，我国在制定合同法时就使民法与商法有机地结合在一起，提供了民商合一的典范。^⑥对此，笔者不想一一论及，只是想指出一点：即使是商法总则中诸如商主体、商行为、商事代理、商业帐簿等制度也是民法典无力全部包容的，至于单行商事法律中的特殊制度和特殊规则，则更是民法典无法染指的。民法典不仅不可能完全涵盖商事活动的特殊规则和特殊要求，甚至都无力包容民事活动自身的特殊制度和特殊规则，例如知识产权。在这种情况下，不顾民法典的质的规定性，硬要人为地扩大其内涵和外延，力主制定民商合一的民法典，其结果不仅必然导致民法典内容的无限膨胀，最终导致民法的异化，而且还可能事与愿违，为民法典的制定徒增障碍，使民法典难以尽早出台。

其次，法典意义上的民商分立论虽然对于昭示商法的独立和厘清商法的体系具有一定的积极意义，但从我国的立法现状及法典编纂的可行性角度观之，似既无可能，也无必要。

笔者认为，在我国，商法的独立只能是实质商法主义的独立，而不是形式商法主义（或法典意义）的独立，因此不主张在我国制定独立的商法典。这主要是因为：

第一，商法的独立并不取决于有无法典，商法的功能与作用发挥也并不以统一法典的存在为前提。如前所述，我国立法机关对于商法的技术处理采用的是单行商事法律的模式。此种立法模式以客观需要、务实实用、灵活简便为原则，而不受合一与分立的影响。在这种立法思想的指导下，我国已经制定了公司法、票据法、保险法、海商法等最主要的商事法律，虽无独立的商法典，但商事法律已趋完善。有的分立论者以市场经济需要商法调整为由，论证制定独立商法典的

^⑤ 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社1999年12月版。

^⑥ 王利明：《中国民法典的体系》，《现代法学》2001年第4期。

必要，这实际上是陷入了一个理论误区。事实上是我国虽无独立的商法典，但并不欠缺对商事关系的法律调整，只不过这种调整是由单行的商事法律来担负和完成的。系统的、单行的商事法律同样可以起到独立法典的作用。

第二，鉴于传统商法的组成部分相互间缺乏内在的逻辑联系，制定独立的商法实际上只能是将业已颁行的单行商事法律整理汇编为法典，显然这种意义上的法典编纂实无必要。如果制定这样的法典，倒不如让它们仍然以单行商事法律的模式继续存在下去更显得顺理成章。

综上所述，在法典意义上的合一论和分立论都具有其自身无法克服的理论缺陷，且都与我国的立法实际不相符合，因而是不能接受的。在研讨我国的民法典制定时，无论是合一论者还是分立论者都应放弃已经争论了近一个世纪且持续下去仍可能是没有结果的学术成见，应该更加理性地而不是理想化地面对现实，另辟蹊径，为正确处理民商关系做出明智的选择。

三、模式创新：我国应实行以《商法通则》 为统率的实质商法主义的民商分立

笔者持民商分立的观点是建立在实质商法主义的基础之上的，主张在我国应实行实质商法主义的民商分立。所谓实质商法主义的民商分立，是相对于形式商法主义的民商分立所衍生出来的概念。形式商法主义的民商分立以制定独立商法典为其立论的基础，并在此基础上实现民法与商法的彻底分立，而实质商法主义的民商分立则不以制定独立的商法典作为民商分立的基础，只是主张要承认商法的相对独立性，要促进我国商法的体系化进程，使之成为一个有特定的规范对象和适用范围的法律体系和法律部门。主张民商分立的宗旨，是要使实质意义的商法自成体系、自成部门，反对以民法取代商法或以商法取代民法这样两个极端化的错误主张。至于形式意义上的商法典的有无，并不是问题的关键。因为即使是在没有独立商法典的国家中，商法也有其生存的空间，也保持了相对独立性。在司法实践和法律学说上，与有单独商法典的民商分立体制并无大的差异。我国目前既没有独立

的商法典，也没有体系完备的民法典，在传统上属于民法或商法的大量的法律、法规，仍以单行法的形式存在。在学理上，除少数学者主张制定民商合一的民法典外，还没有形成法典意义上的民商合一的共识。因此，我国目前对民法与商法关系的处理既不是典型的民商分立体例，也不是典型的民商合一体例。尽管如此，也必须清醒地看到法典意义上的民商合一论已经实际地威胁到商法的独立。在这种情况下，倡导实质商法主义的民商分立，既现实又迫切。

为积极倡导实质商法主义的民商分立论，首先必须实事求是地坚持商法的独立性。近些年来，我国的商法学者对此已进行了深入的研究，概括已有的研究成果，足以构成商法独立的理论基础是：第一，私法二元结构的生成是商品经济发展的必然产物，也是商法相对独立的基础。“私法一元化”（指以民法取代商法）不仅会在客观上制约商法学理论的形成和发展，严重制约商人精神的培育和商人素质的提升，而且还有碍商事制度的供给，制约商人法制的进程。^⑦ 第二，渊源于贸易本位的交易效率价值、交易安全价值和交易公平价值等，是商法特有的价值观和价值基础。^⑧ 第三，作为商法调整对象的“商”，其本质是资本谋求价值增殖的活动，资本的运动使商具有了营利性和经营性特征，从而构成了商法有别于民法的调整对象。^⑨ 第四，商事交易具有区别于民事交易的巨大差异，表现在交易主体从自然人到公司，交易客体从特定物到种类物，交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利，交易过程从“为买而卖”到“为卖而买”，交易对价从等价到不等价，交易链由短到长，交易特点从随机性到营业性，交易条件从任意到定型。商事交易所表现出来的与民事交易不同的特点，蕴涵着商法与民法截然不同的理念，并要求用商法规范予以特殊保护。^⑩ 第五，商法与民法的区别不仅表现在原理和总则上，在单行的商事法律中则

^⑦ 参见冯果、卞翔平：《论私法的二元结构与商法的相对独立》，载于《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

^⑧ 参见胡鸿高：《商法价值论》，载于《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

^⑨ 参见殷志刚：《商的本质论》，《法律科学》2001年第6期。

^⑩ 参见王有志、石少侠：《民商法关系论》，载于《中国商法年刊》创刊号，上海人民出版社2002年版。

尤为明显。有学者对票据法中票据行为的要式性、文义性、无因性、独立性、连带性等特征和海商法中国际性及制度构成和司法实践等加以分析,进一步论证了商法的独立性。^①总之,在“私法二元化”的结构下,商法的独立性应当得到起码的承认和尊重,任何企图以民法取代商法的观点,都是对“私法二元化”结构的人为破坏,“私法一元化”无力完成对市场经济关系的法律调整。在强调商法独立的同时,我们也不能忽略商法与民法之间还有着千丝万缕的联系,不能重蹈“民法商法化”之覆辙。

其次,坚持实质商法主义的民商分立还必须勇于进行模式创新和制度创新,为适应对统一市场的法律调整,应当适时地提出制定《商法通则》(或《商事通则》)的立法建议,以实现商法对统一市场的全面规制,并实现商法体系自身的健全与完善。

实质商法主义的民商分立虽不强求制定独立的商法典,但并不等于安于现状,无所作为。笔者之所以提出制定《商法通则》的建议,主要是基于以下考虑:其一,我国采用单行商事法律的立法模式,虽然有灵活、务实、简便等优点,但由于缺乏总则的统率,难收纲举目张之效,使单行商事法律变成了孤立、单一的法律,不能形成商法内在应有的体系,这显然不利于对我国市场经济关系的统一规制,亦无助于对单行商事法律原则、制度、规则的统一理解,更不利于对单行商事法律的贯彻实施。此种状态下的商事法律,有如一个人只有四肢躯干而没有头脑,无法通过头脑的指令来驱使四肢的自如运动。其二,意图通过制定民法典来解决商法欠缺总则的问题,只是部分学者的一厢情愿,事实上起草中的民法典不仅不可能囊括商法分则的内容,也不可能包容商法总则的全部内容。囿于自身性质的局限,民法的内容不可能无限膨胀,更不可能取代商法而形成“私法的一元化”局面。如果不顾及民法自身的属性,让民法典涵盖了商法总则的全部内容,那就势必造成民法的异化,使民法典变得不伦不类。据此,解决单行商事法律缺少总则统率的问题不能寄希望于民法,必须靠商法自身的健全与完善。其三,在实行实质商法主义的民商分立体制下制定《商

^① 参见王小能、郭瑜:《商法独立性初探》,载于《中国商法年刊》创刊号,上海人民出版社2002年版。

法通则》，既可矫正追求形式商法主义的偏颇，又可实现商法体系的完善，同时又不根本性地改变我国采用单行商事法律的立法模式，这种一举而三得的立法动议，理应得到我国立法机关的采纳。其四，就我国商事立法的现状分析，由于长期以来国内市场与国外市场的分别管理，加之国内市场的多头管理，导致政出多门，立法多头，与统一市场、统一规制的市场经济的法制要求极不适应。同时，由于商事立法缺少系统性和前瞻性，致使商事法律、法规杂乱无章，缺乏统率，不成体系。此种状况已经到了非改不可的时候了，否则必将误商误民误国。商务部的成立，一方面标志着我国政府顺应时代潮流、统一国内市场与国外市场的决心，另一方面，也预示着我国的商事活动将进一步与世界接轨。这就要求首先必须统一法制，因为只有统一法制才能统一市场。笔者真诚地期待着新组建的商务部能够协助国家的立法机关担当起统一商事法制的神圣使命，当务之急就是要研究并论证《商法通则》的制定，尽快改变商事法律群龙无首的局面，为统一商事法制奠定基础。

(本文原载于《法制与社会发展》2003年第5期)

商法的困惑与思考

赵旭东

作者简介

简历

赵旭东，男，汉族，1959年9月生，山东省栖霞县人。1982年自西南政法学院毕业获法学学士学位，1985年自中国政法大学研究生院毕业获民商法学硕士学位，1995年自中国政法大学研究生院毕业获民商法学博士学位。2002年被评为全国杰出中青年法学家。

现为中国政法大学民商经济法学院副院长、教授、博士生导师、博士后导师，中国法学会商法研究会副会长。

主要学术成果

《公司法概论》，中国政法大学出版社1988年。

《法人制度论》，中国政法大学出版社1994年。

《企业法律形态论》，中国方正出版社1996年。

《公司法学》，高等教育出版社2003年8月版。

《上市公司董事责任与处罚》，中国法制出版社2004年版。

“公司法上的有限责任制度评价”，《比较法研究》1987年第1期。

“论企业集团的法律地位”，《法学研究》1989年第6期。

“企业立法的现状与未来”，《法学研究》，1992年第1期。

“商法的困惑与思考”，《政法论坛》，2002年第1期。

“从资本信用到资产信用”，《法学研究》，2003年第5期。

商法的内容是朦胧的，商法的边界是模糊的。在中国 20 年的法学史上，这样的情况的确少见：一方面我们在念叨着商法，但却不定商法为何物，一方面我们在呼喊商法的理论和学说，但却说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法，商法的位置在哪里？我们教着商法，写着商法，眼观商法的兴旺和繁荣，我们热衷商法的事业和发展，同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去，但却说不清它的现在，也看不透它的未来，我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中，感到难以名状的困惑。

困惑的问题之一是商法调整的对象到底是什么？通说认为商法调整的对象就是商事关系，但商事关系又是什么？商事关系与民事关系的相互关系又如何？

将商事关系定义为商人之间因商行为而形成的法律关系，是最精确和安全的，但却未能解决全部的问题，何为商人？何为商行为？本身又是需要加以定义的问题，正是在此问题上，产生了商法上的客观主义、主观主义和折中主义的立法原则。

所谓客观主义，又称商行为法主义，即法律先定商行为概念，然后导出商人的概念，依此，商人就是实施商行为的人。而不论实施行为的人是否商人或是否从事营业，因商事行为所发生的关系均为商事关系。所谓主观主义，又称商人法主义，指法律先定商人概念，然后从中导出商行为概念，依此标准，商行为就是商人所为的行为。由商行为发生的关系都是商事关系，如果行为主体不是商人，其行为就不是商行为，其发生的关系也就不是商事关系。所谓折中主义，即在确定商事关系时，首先规定某种行为为专属商事行为，不论其是否为商人所为，都视为商事行为，而此外的其他行为，必须由商人所为才属于商事行为。

无论客观主义、主观主义采取何种的立法方式，其限定的商事关系的本质总是一致的，归根到底，商事关系的基本特点就是：

1. 商事关系是平等主体之间的关系。
2. 商事关系是基于营利性行为而形成的关系。

除此之外，对于商事关系是否需为商人间之关系和商事关系是否

需以营业为必要条件，在客观主义和主观主义之间并不能达成一致。因而，很难说它们构成商事关系的基本特点。

从主体平等和行为的营利性两方面来观察商事关系和民事关系，不难看出，商事关系的主体一定是平等的，但平等的关系未见得一定是商事关系。商事关系一定具有营利性，但具有营利性的未见得一定是商事关系。而可以作出全称判断的是民事关系，毫无疑问，平等关系和营利性关系一定是民事关系。由此可见，民事关系是范围更广的财产关系和人身关系，商事关系是民事关系的一部分，民事关系与商事关系之间是典型的逻辑上的种属关系。

以主体的平等和行为的营利性来界定商事关系，既揭示了商事关系的根本属性，又有效地圈定了商事关系的边界范围，这较之商事立法的客观主义和主观主义，在立法技术上应是更成熟的选择。

困惑的第二个问题是到底什么是商事行为，商事行为与民事行为的关系如何？

在商行为的界定上，同样存在着客观主义和主观主义的两种方式，但二者也都有着先天的缺陷。主观主义以人划线，把内容和特点完全相同的法律行为硬是加以机械的分割，使得同样的行为，为商人实施时则成为商行为，而非商人实施时则成为非商行为或民事行为，此种标准的幼稚如同以是否法人为标准划分经济合同与民事合同一样，它使商法调整的对象失去了其客观的确定性，也有违依社会关系特点划定法律分工的立法原理，更有悖于现代法律所强调的主体平等精神。

客观主义先规定商行为的概念和范围，较之主观主义有其进步可取的一面，但其对商行为的确定本身却是难以成立的。对于商行为的规定，西方立法有的采取概括主义，有的采取列举主义，也有列举与概括相结合。无论采取何种形式，其界定的商行为都无非是：（1）买卖商行为，亦称固有商；（2）辅助商行为，如包装、分类、调配、改装、修补等商业加工行为；（3）商品流通环节中的商行为，如仓储、运输、承揽、银行、保险、担保、信托、证券、行纪、居间、代办、广告等行为；（4）生产制造商行为，如制造、加工、矿业、水电煤气业、渔业、林业、建筑业等；（5）服务业商行为，如饮食、娱乐、旅店、摄影等。

从行为客观表现来看，上述的商行为与民法上的一般民事财产性行为并无差异，作为固有商的买卖行为也好，作为辅助商的包装、修补行为也好，以及作为其他商的运输、银行、保险服务等行为也好，都是民事行为的具体形式。民法中的买卖合同、加工承揽合同、运输合同、保险合同等都是为此行为而定。这些行为之所以成为商行为，非本身包含特殊的内容，而是因其行为者的主观目的是基于营利，换言之，买卖，运输等行为，一般情况下为之属民事行为，而当以营利为目的为之时则构成商行为。因此传统商法中的商行为与民事行为之区别，不在于行为的客观内容和表现，而在于行为者的主观意图。就此而言，从来就不存在所谓的“固有”商行为或“绝对”商行为，或者说没有客观的商行为，而只有主观的商行为。

因此，商法立法给商行为以列举性的界定，从立法技术来说，是有欠科学性的。它实际上既不甚必要，也不可能将所有商行为的具体形式穷尽。明智立法方式是给商行为的定义或性质作如下科学的界定：商行为是以营利为目的实施的民事行为，或者说，商行为就是营利性的民事行为。

确定了商行为的概念，商人概念的确定也就有了前提。大陆国家商法典对商人所下的定义也就没有疑问了。法国商法典第1条规定：“以实施商行为为其经常职业的人就是商人”。德国商法典第1条规定：“本法所称之商人是指以实施商行为为业者”。意大利的商人概念由民法典规定：“凡以生产或交换商品、服务为目的，以组织经济活动为职业的人，视为商人”。

困惑的第三个问题是商事行为应否作为商法的调整对象，是否应建立单独的商事行为法的规范体系？

传统商法理论通常将商法分为商事主体法和商事行为法，或称商业组织法和商业活动法两大部分。公司、合伙等企业既为商人或商业组织，公司法、合伙法即当然属于商法中的商事主体法或商业组织法，它们作为商法的组成部分和重要内容在学理上是少有争议的，这里需要讨论的是商事行为法。

自有商法以来，买卖、票据、行纪、承揽、运送、保险、海商等即被作为主要的商行为规定在商法之中，由此构成了商法中的商业活

动法。然而，如前分析，传统商法规定的商行为不过是营利性的民事行为，撇开行为者的主观意图，这种商行为与民事行为并无差别，因此这种商行为法存在的必要性就需要检讨了。既然民法早有对各种民事行为从一般原则到具体内容的全面规定，既然这种商行为的客观内容与民事行为并无差别，既然商法应该抛弃以商人确定其适用范围的商人法传统，那么还有什么必要制定这样的商行为法呢？这样的商行为法就性质而言，岂不与民法的分则规定完全重复？

商行为法主张者认为，商行为与民事行为不同，有不同的法律规定，比如，商事时效、商事代理、外观主义等。但中国并未形成一套商事行为的特殊法律规则，即使在西方国家，这种特殊的规则也远未形成独立的完整的体系。对于商行为的特殊规则，也并非说其有一定的特殊性，就成为另类的法律规范。如同特种合同具有特殊性，也有特殊的法律规定，但其仍属于合同一样，这不过是种属关系的当然状态。

在王保树教授主编的《中国商事法》中曾对商事法律制度的特点有以下的归纳：企业交易快速主义，即在商事交易时效期间上采取短期消灭时效的原则，并在交易形态和客体上采交易定型化原则；商事交易公示主义，即公开交易中公众必须知道的重要事项，包括公司登记公示、上市公司信息公开、船舶登记公告等；商事交易的要式主义，即交易形式须严格依照法律规定，如某些合同的定型化和商事文书规定事项的法定化；商事交易的外观主义原则，即以当事人行为的外观为准，而认定其行为的法律后果，如不实登记之责任、字号借用之责任、表见经理人和表见董事之责任等；商事交易的严格责任主义，即在商事交易中，无论债务人是否有过错，均应对债权人负责。^①

在徐学鹿主编《商法学》中，对相同内容的民事行为和商事行为进行了具体的比较，包括：民事合同的要约、承诺与商事合同的要约、承诺的不同；买卖制度中权利瑕疵担保和合同解除方面的区别；债的制度中债权让与和债的混同方面的区别；票据行为与民事行为的区别；货物运输中承运人责任的归责原则的不同等，并得出了“商法与民法

^① 王保树主编：《中国商事法》[M]第21-22页，北京：人民法院出版社1996。

几乎在所有重要的法律制度上，都是有本质区别的”的结论。^②

然而，冷静而理性分析的结果却完全相反，事实上，传统的商事行为并未形成不同于民事行为的统一特点，商法规范也从未建立起一套与民法规范完全不同的行为规则。学者所谓的商法特点不过是某些或个别商事行为所表现出的特殊性，学者们所观察到的不过是商法规范的零散、无序的表象。而上述商法特点难以成立的原因在于：

1. 这些特点并不具有普遍性。比如短期时效原则、交易定型化原则、严格责任原则，只是个别商事关系中所实行的法律原则，并非普遍适用于各种商事关系，绝大多数商事关系所实行的仍是一般时效和过错责任原则。

2. 这些特点有些并不具有特殊性。比如，合同的定型化问题在一般民事合同中不过是格式合同或定式合同的问题，要式主义本来就是民事法律行为中的要式法律行为的反映，而表见经理和表见董事的责任正是民法中的表见代理制度在公司对外行为中的具体表现。

3. 这些特点有些并不属于商事行为的特点。比如，公司登记公示、上市公司信息公开、船舶登记公告、公司登记不实之责任等属于公司组织和自身行为的问题，而不是当事人相互之间的法律行为问题，并不是典型的商事行为的特点。

由此看来，传统的商事行为并不像人们想象的那样特别，它并没有形成整体统一的、异乎于民事行为的普遍特点，所谓的商事行为的某些特点，不过是个别商事行为偶然的、个体的表现，并不具有涵盖所有商事关系的普遍意义，以这样的特点与民事行为进行比较，是无法划定商事行为与民事行为的清晰界限的。

从历史的发展来看，如果说在中世纪商法形成的时期，当商法还是作为商人圈内的自治法的时代，传统商事行为与一般民事行为确有根本性的差别的话，那么，到今天“人已商化”或“商化的人”的时代，商事行为的规则与民事行为的规则已无根本的不同，可以说商人和非商人都同样的行为规则和市场规则下进行活动，传统商事行为与民事行为的界限已经和正在消失。如果说在民商分立的法律体系中，

^② 徐学鹿主编：《商法学》[M]第19-26页，北京：中国财政经济出版社1998。

还可以勉强地寻找出传统商事行为与民事行为的不同的话，那么，在中国这样民商统一的国家，这种差别除非人为地制造，在客观上是少有存在的。而现行市场经济运行的事实表明，我们大可不必在民法规则之外，对这种商行为另立一套行为规则，在民法所确立的民事主体法律地位一律平等的原则之下，在市场经济所要求的平等竞争的机制之下，使民事主体与商事主体在不同的法律环境中活动，也是与现代法律的精神背道而驰的。

我们不能再人云亦云，不能再简单地照搬大陆法和英美法各国的先例和学说，我们需要实事求是，根据中国现实的理论、立法和实践，建立自己的商法体系和商法理论。现实的中国既然已经没有了专门的商人阶层和商人特权，商人的行为既然已经融入世人的活动，为何还要抱残守缺，固守传统的商法的定规？

因此民商的合一，所“合”者当为商行为合于民事行为。当然，这并不是说民法典之外不再需要制定调整具体民事活动的法规，相反，对买卖、代理、保险等广泛而复杂的民事行为，再庞大的民法典也难以囊括其全部、细致的规则，以单行立法的形式对之分别调整，不仅是英美法国家之立法惯例，在大陆法国家恐也是十分必要的。只是需要澄清的是，这样的买卖法、合同法等，应适用于所有的民事行为，而不只是适用于所谓的商事行为。就此而言，传统商法体系的形成，既是历史的产物，也多少算得上是一个历史的误会，至少传统的商行为法本来是可以没有的。

如此，传统的古老的商法大厦就坍塌了一半，甚至更多。作为商行为法的一部分如予去除，剩下的就只有商事主体法的部分了，如此而言，商法就真正地成为了商事主体法，质言之，商法亦即商人法。《企业法通论》的作者对此亦有全面的总结：“商法，实际上是关于商事主体的法律，是从民法的民事主体制度中分离出来，并得到充分发展的那一部分，它是以商事主体——商人或商事组织为基础，以民法原则为依据，在特有的历史条件和法律文化背景下，形成的一个独特的法律规范系统”。^③

^③ 郑立、王益英主编：《企业法通论》[M]第23页，北京：中国人民大学出版社，1993。

其实，商法，究其本源或出身，初始就是作为商人法出现的，如前所述，是商人阶层和商人法庭的独立存在促使了商法的产生并独立存在。并且商法自身的发展历史也表明了其始终以商事主体为其存在基础。多少年来，由原始规则和古老习惯相沿而成的商行为规范并没有因商业的发展而发生根本性变化，只是随商业的发展在内容上有所增加，范围上有所扩大而已。

而商事主体制度“却是灵敏地反映着每一个时期商品经济发达的程度，并随着商业的发展而不断发生变化。最初，商人只是自然人中那些专门从事商业贸易的人，然后扩大到进行商业活动，但不以此为常业的人，甚至偶尔进行一次商业活动的人也成为商法关系主体，最后是将由商人组成的各种组织引入商人定义中，并且这些组织很快取代自然人成为商人的主要部分，在经济发展中起着巨大的作用”。^④因此，说商法就是商人法或企业法，实质不过是商法本性的回归。

但是，恢复商法以商人法或商业主体法的本性，并非原始商法面目的复原。相反，以商人作为特殊阶层，以维护其特殊权利和利益为内容而建立的原始商人法恰是以平等、自由为核心的现代法律制度所应推翻否定之陈规陋习，取而代之的应是以规范商事主体的设立、变更、解散等对内对外法律关系的商事主体法或商业组织法。此法的目的不再是赋予商事主体以特权和给予其利益以特殊保护，而只是因其存续过程中特殊的结构、复杂的关系，为维护企业投资者、企业自身、企业债权人的利益和社会经济秩序、交易安全而予以法律的统一规范和调整，公司法、合伙法等正负此重任。因而，企业法或现代意义上的商人法与原始意义的商人法相比已有质的革新。

必须指出的是，上述对商行为及商行为法的否定分析，是仅就传统商法所规定的商行为而言，因此，本文特别谨慎地使用了“传统商行为”的概念，以区别传统商法很少涉及、而在现代商法中日愈广泛的另一类商行为。对各国、尤其是对中国现行公司法、证券法、保险法等商法规范的技术分析表明，现代商法中的确存在着许多传统商法未曾规定、民事行为不能涵盖的行为，例如，公司法中的公司登记和

^④ 郑立、王益英主编：《企业法通论》[M]第23页，北京：中国人民大学出版1993年。

公示行为、公司内部的管理活动和行为，包括股东大会、董事会、监事会、经理行使职权的行为；公司财务会计行为；证券法中的信息公开行为、证券发行和上市的申请和批准行为；证券监督机构的监管行为；保险法中保险机构的审批和保险业务的监管行为等等，这些行为已经成为现代商法各个部门调整的重要对象，相应的行为规则已经构成商法规范的重要部分。这些行为与传统商行为比较，传统商行为基本上属于相互交易性的行为，而上述另一类商行为则基本上属于单方营业性或管理性的行为，这种行为至少表现出如下的特点：1. 不是当事人之间相互的利益交换或市场交易行为，而是履行某种法定义务或职责的行为；2. 不一定有特定的行为相对人，而往往表现为行为人单方的、面对不特定的任何人的行为；3. 行为的一方是负有行政职权的国家机关或与国家的经济行政管理职能相关。而正是这些行为规范的广泛存在，使得人们发现并认同了现代商法表现出的私法公法化的倾向，甚至使得某些学者对商法到底属于私法还是公法的性质产生怀疑。

由此，我们也许会承认既不同于民事行为、又不同于传统商行为的另一类商行为的存在。当然，也许有的学者会提出，这类商行为是否应归属于商事组织法的范畴，是属于商事组织关系当然包含的行为。这种理解确有道理，但不容忽视的是，即使这种情况尚不能改变商法作为商事主体法的性质，但这些行为的存在及其在商法规范中日愈增多的趋势却使我们不能不对商事组织法的结构作重新的审视，对其中的行为规范给予更多的关注，对这些行为的普遍性和规律性进行系统深入的研究。撇开国外的商法不论，中国商法理论的单薄和脆弱人所共知，商法一般原理与各具体法律部门之间的体系结构上的失衡显而易见，商法教学一直面临的尴尬局面是缺少成形的、系统化的、富有理论和实际价值的商法总论，除了对商法基本概念和特点的阐释和对商法历史沿革及各国立法情况的介绍外，几乎再无可资讲授的内容，虽然一些学者为创建商法的理论体系已经作了颇有成就的努力，某些观点也取得了学界的共识，但迄今为止，中国的商法理论较之一个成熟的法律学科还相距甚远。也许如有人所言，商法本来就是一个没有理论底蕴的技术性法律领域，也许像有的学者所说，商法规范的法理基础或将商法加以理论的升华就是民法的理论。但这似乎并不应成为

商法学者对此无所作为的托词或借口。也许更可能的是，商法特有的学理未被充分的认识，商法深层的理论价值尚未发掘，在制定了各种具体的商法条文之后，我们忽略了对其法理的加工和提炼，在应对个别商事关系法律调整需要的同时，缺少了对整个商事关系共性问题 and 普遍规律的总结。也许这正是中国商法学者责无旁贷的使命，是商法理论研究大有作为的广阔领域。

困惑的问题之四是商法的范围和内容如何，商法究竟由哪些部分组成？公司、票据、破产、保险、海商是不是就是商法的固有范围？保险法为商法，为何银行法不为商法？海商法既为商法，航空、铁路等运输法为何不为商法？票据既为商法所调整，信用证为何不为商法？

不知从何时起，中国的商法理论形成了这样的经典结构，即在商法的一般规定之后，设公司、票据、海商、保险、破产几个部分。近几年来，人们所作的就是在这个体系结构基础上的添加或减少。伴随商法的兴起，商法教材和读物也呈现出空前的繁荣，据作者尚不完全的统计，目前已出版的各种商法教材达十几部之多，但这些教材的体系内容却相差甚大，除对商法一般制度的归纳各教材内容不一外，作为商法分则各个部分的内容更是相差甚远。

目前较为全面和成熟的体系是分为公司法、证券法、票据法、破产法、保险法、海商法六个部分^⑤，但有的教材将海商法剔除在外^⑥，有的则将破产法剔除在外^⑦。有的增设信托法^⑧，有的还增设了企业法或合伙企业法^⑨。有的已完全突破既有的商法体系，将期货法、银行法、企业法、信托法、房地产法等包括在内^⑩，还有的甚至走得更远，将商事代理法、合同法、买卖法、期货法、担保法、信托法、融资租赁法、商事仲裁与诉讼等全部纳入^⑪。

⑤ 顾功耘主编：《商法教程》[M]，上海：上海人民出版社2001年、范健主编：《商法》[M]，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2000年。

⑥ 覃有土主编：《商法学》[M]，中国政法大学出版社，1999年。

⑦ 王保树主编：《中国商事法》[M]，人民法院出版社，1996年。

⑧ 赵万一主编：《商法学》[M]，北京：中国法制出版社，1999年版。

⑨ 雷兴虎主编：《商法学教程》[M]，中国政法大学出版社，1999年版。

⑩ 刘新稳、管晓峰主编：《商法教学案例》[M]，中国政法大学出版社，1999年版。

⑪ 徐学鹿主编：《商法系列丛书》[M]，北京：人民法院出版社，1999年版。

欧陆国家为商法之鼻祖，然而，习惯于从法国法和德国法，甚至从罗马法中寻求制度渊源的学者却实在无法从法国商法典和德国商法典中找到上述商法体系的根据。在德国商法典中，规定了公司法和海商法的内容以及商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业、仓库营业等商行为，却未涉及任何票据法、破产法、保险法的内容。法国商法典规定了公司法、票据法、海商法以及破产法的内容，又还规定了行纪、买卖、夫妻财产的分割、商业交易所、商事法院等内容，但却未涉及保险法。

从其他国家的情况看，日本商法典规定了公司法、票据法、海商法的内容，又规定了买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪营业、承揽运送业、运送营业、寄托、保险等商行为，但却未涉及破产法。韩国商法典的体系与日本商法典的体系基本一致，亦未包含破产法^⑫。澳门商法典的内容包含了公司法、票据法，但却对海商法和破产法未作规定，而大量的条文规定的是各种商业债、寄售合同、供应合同、行纪合同、承揽运输合同、代办商合同、商业特许经营合同、特许经营合同、居间合同、广告合同、运送合同、一般仓储寄托、旅舍住宿合同、交互计算合同、回购合同、银行合同、担保合同、保险合同等合同法的内容^⑬。根据董安生等编译的《英国商法》，英国的商法体系是由合同法、代理法、合伙法、公司法、商买卖法、竞争法、票据法、担保法、保险法、知识产权法、破产法、仲裁法这些法律部门组成的^⑭。

我们不敢肯定各国商法是否已发生实质的变革，也不甚知晓现今的欧陆各国是否还在固守着它们各自原有的体系。但至少早期各国商事立法的情况表明，商法从来就没有一个统一的经典的体系和公认的范围。在通常所称的商法的几大部分中，只有公司法为各国商法所共有，海商法、票据法为多数国家所规定，而破产法只在少数国家商法中有规定，保险法的内容虽然在一些国家商法中有所体现，但却不是

⑫ 《韩国商法》[Z]，中国政法大学出版社，1999年版。

⑬ 中国政法大学澳门研究中心编：《澳门商法典》[Z]，北京：中国政法大学出版社，1999年版。

⑭ 董安生等编译，《英国商法》[Z]，法律出版社，1991年版。

作为与公司法、海商法并行的部分而是作为商行为的一种。至于我国学者目前所列入的证券法、信托法、期货法、银行法、房地产法等以上各国的商法中是不见踪影的。相反，我国目前的商法著作中阐释甚少的商事行为的规则在各国商法中倒是有大量、甚至是详尽的规定，其中包括买卖、行纪、运输、仓储等合同规范。显然，这与上述各国民商分立的立法体系是完全一致的，既然民商已经分立，建立一套商事行为适用的特别规则就是必然的了。

面对商法这令人眼花缭乱的体系和内容，不能不使人陷入迷茫和深深的困惑之中。商法究竟是客观的，还是主观的？是一种应有的法律规范，还是只是一种理论的学说。我们生活在相同的商业环境中，从事着同类的商业活动，适用着大致相同的商业规则，为何却存在完全不同的法律体系。这种差别究竟是由于对商法理论体系的不同见解，还是基于作者突破传统的魄力，是根据法律颁行的步伐，还是借鉴和参考他国的先例。现有商法教材的体例内容是考虑课堂教学时数的要求，还是限于著作版面和字数的限制。这些问题都使人不得其解。

无论如何，现有商法教材和著述所建立的商法理论体系的合理性和科学性是令人怀疑的，其逻辑上的矛盾是显而易见的，其相互之间千差万别的状态也是不可思议的。

商法中有保险法而无银行法是不可解释的第一个矛盾。在现有商法教材体系中，保险法一直是其中的重要的组成部分，现在我们已经无从查考何时何处开始将保险法纳入商法之中，但到今天，我们的确不能解释与之类似的银行法为何就没有成为商法的一部分。是因当时尚无银行法的规范，还是认为银行法与保险法的性质不同，不应属于商法。但根据现行银行法的体系和内容，的确很难看出它与保险法在性质上的根本差异。保险法包括保险业的基本法律原则、保险组织、保险行为、保险业务的基本规则、保险合同、保险法律责任、保险业的管理等内容，银行法中同样也包括银行法的基本原则、银行组织、银行业务的基本规则、存贷款合同、金融业务的法律责任、银行业的管理等同类的内容，二者之间，除了保险业与金融业两种经营领域的不同外，在法律规范的构成上具有完全相同的特点，如果保险法属于商法，那么，银行法就没有不成为商法的理由。尤其是，在今天的社

会经济活动中，银行业与保险业都同样地被归为金融业，银行法与保险法的法律性质便更无区别。

其次，类似的问题同样也出现在海商法与航空法、铁路法、公路法，以及内河运输法的关系上。海商法以船舶、船员等海运组织、海运合同、海运保险、海运事故处理等为其规范内容，航空法则以航运组织、航运合同、航运保险、航运事故处理等为其内容，铁路法、公路法以及内河运输法的内容与此类似，无非也是关于运输组织、运输合同、运输保险、运输事故处理几个方面的内容，它们与海商法之间，除了运输方式的不同外，在法律关系的性质和法律规范的结构上，并无根本的区别，既然海商法作为商法的组成部分，那么，为何航空法、铁路法、公路法和内河运输法就不能成为商法的组成部分呢？也许，传统商法形成之时，主要的商业运输手段只是海上运输，也许当时海上运输所涉法律问题较陆上运输要复杂得多，因而当时并未制定关于其他运输方式的法律。但这并不能成为否定其他运输业立法具有商法性质的理由，而且，随着社会经济的发展，陆上和航空运输的重要性和法律问题的复杂性与海运相比已相差无几，如果说中世纪的商法只包括海商法尚可理解的话，到今天，再把其他运输方式的立法排斥在商法范围之外，就完全背离了立法和法理的基本逻辑。

事实上，几乎在上述所有国家，商法中都不仅有海商的规定，而且，对货运或整个运输行为也有具体的规定，问题看来出自我们自身，只有海商法而无其他运输法，本来就不是传统商法体系既有的成规。事实上，循着从组织机构到行为规则的立法结构和思路，可以也应该成为单行立法并具有同样法律规范构成的远不止保险法和海商法，在仓储、租赁、承揽、居间等传统的民事活动领域和行业，都可以形成规范其营业组织、营业行为、营业合同以及营业责任处理的单行立法，对于现代社会新兴的广告业、旅游业、通讯业等几乎所有的行业，也都可以形成同样的商业立法，因此，作为行业的商业立法，无论从立法逻辑上，还是从法律调整的实际需要上，都应是一个开放性的法律体系，它不应局限于某些行业和领域，也不应封闭于已有的少数几个法律部门，而应随社会经济的发展和现实的需要而不断地添加、丰富和发展。就此而言，如果说在资本主义发展的早期，尚可制定一部调整所有商业活动的统一商法典的话，那么，到现代，再设想这样的无所不包的商法典就是完全不可能的了。

论商法的性质、依据与特征

刘凯湘

作者简介

简历

刘凯湘，男，1964年12月出生，湖南攸县人。1984年毕业于西南政法大学，获法学学士学位；1987年毕业于北京大学，获法学硕士学位；2001年毕业于北京大学，获法学博士学位。1987年—1999年在北京工商大学法律系任教。1999年5月起在北京大学法学院任教。

现为北京大学法学院教授、博士研究生导师。中国法学会民法研究会理事，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

主要学术成果

《经营权》(专著)，法律出版社1986年。

《契约观念与秩序创新》(合著)，北京大学出版社1993年。

《民法学》(修订版)中国法制出版社2004年。

“论商法的性质、依据与特征”，《现代法学》1997年5期。

“契约程序论”，《政法论坛》1997年6期。

“论民法的性质与理念”，《法学论坛》2001年1期。

“论基于所有权的物权请求权”，《法学研究》2003年第1期。

目 次

- | | |
|--------------------|---------------------|
| 一、商法是商品经济高度发展的必然产物 | 三、商事交易关系的特性与商法的理论依据 |
| 二、民商分立的历史、现状与未来 | 四、商法的特征 |
| | 五、对我国商事立法的若干思考 |

商法或商事法在我国已不再是陌生的概念，但是商法到底是一个什么样的法律部门，商法的性质、特征与理论依据究竟是什么，商法对于市场经济的意义到底怎样，我国的商法体系到底应该如何建立，对于这些理论与实践问题尽管已有不少论述，但仍值得作进一步的探讨。本文作者试图发一隅之见。

一、商法是商品经济高度发展的必然产物

论商法不能不先论民法。商法不象民法那样历史悠久，源远流长。还在私有制和商品生产、商品交换刚刚出现时，作为反映和调整这种经济关系的基本行为准则即民法就相伴产生了，并且不断发展、完善，至罗马帝国时期终于形成了博大精深、影响卓越的罗马私法，并最终在世界范围内形成了渊源于罗马法原则、理念和制度的民法法系，民法成为商品经济的基本法。

商法的出现则要晚得多。就欧洲大陆而言，由于先有民法体系，商法实则脱胎于民法。我国学者一般认为，中世纪是欧洲商法的起源之时。^①考察当时的经济发展状况及导源于此的商法萌芽，能给我们诸多有关商法本质和意义的启示。所谓中世纪商法更具体地说是当时

^① 张国键：《商事法论》，台湾三民书局1980年版，第11页；杨建华：《商事法要论》，台湾三民书局1984年版，第3页；江平：《西方国家商法概要》，法律出版社1984年版，第2-3页；徐学鹿：《商法概论》，中国商业出版社1986年版，第2页；王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社1996年版，第26页；王书江主编：《外国商法》，中国政法大学出版社1987年版，第14页；梁慧星、王利明：《经济法的理论问题》，中国政法大学出版社1986年版，第112页，持罗马法时期即有商法观点者也有，但殊少，可参见《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第505页。

地中海沿岸诸城市的商事习惯法。十一世纪是欧洲尤其是地中海沿岸诸城市的商业复兴时期，特别是地中海海上贸易的繁盛、通向东方的商路的重新开放，极大地促进了沿岸诸城市商业的发达。商业发达带来的社会成果之一是商人阶层的形成。商人在商业上的优越地位演进为在经济上、社会上的优越地位，并进而演进为在法律上的优越地位。商人为了摆脱封建及宗教势力的束缚，争取自身自由和集团利益，逐渐结合起来组成商人自治组织（称之为商人基尔特）。这种自治组织的功能不仅仅在于协调商人间的利益，处理商人间的纠纷，而更主要的是体现在以下两个方面：（1）立法权，即能够独立制定自治规约，这些自治规约独立于当时的教会法和其他世俗法；（2）裁判权，即能够对商人间的纠纷作出裁决。当时的社会竟然能够默许和容忍这种集立法权与司法权于一身的商人自治组织的存在，与其说是社会的无奈，不如说是社会的选择。商业发达尽管形成了人们并不十分情愿接受的商人特殊阶层，但商业的发达毕竟更带来了社会的极大繁荣、社会财富的极大增加、国家实力的极大增强，并荫及社会公众和整个国家。而当时教会法和世俗却十分不利于商业的发展和商人的利益，例如，教会法严禁放款生息，不准借本经商，不许转手渔利；世俗法则尊崇亲买亲卖，强调即时交易，反对中间代理，否认无因行为，等等。这些于商人不利的法律实则于商品经济的发展更为不利，从而间接地损害着国家的利益和社会公众的利益，而直接修改教会法和世俗法又不可能，故而默许和承认商人自治组织的自治权便成为必然的选择。同时，商人阶层已经取得的优越经济地位又为这种选择提供了客观可能性。由是观之，商人阶层这一完全有别于封建社会经济条件下的经济生活主体的新型利益集团的出现是商品经济发展的产物，而商人阶层独立立法权和司法权的谋取既是向阻碍商品经济发展的封建法律的挑战，也是促进商品经济向高层次发展的历史契机。

商人集团订立的适用于商人内部的规约、习惯日积月累，渐成大观，这便是最初的商事法律，一个新型的法律门类。这一新型的法律门类最初只适用于商人之间，但后来逐渐扩大到商人与非商人之间以及非商人相互之间。其内容则以反映商品交换关系的要求、规则为主，包括现代商法所称的买卖法、海商法、合伙法、保险法等。这些法律

直接或间接地导源于民法的原则、精神甚至制度，但已经有了不同于传统民法的个性特征，这些个性特征主要体现在以下几个方面：（1）反映商事活动的营利要求；（2）适应商事活动大量、频繁、大宗出现的要求；（3）反映商事活动对分担商业风险的要求；（4）适应对商人利益特殊保护的要求。这些个性特征通过诸如合伙制度、连带责任制度、第三人利益保护制度、保险制度、代理制度、商业登记制度、权利证券化制度、交易票据化制度等各项具体商事法律制度表现出来。

如果说欧洲中世纪商事法律的萌芽和发展是当时商品经济发展的必然结果，那么十九世纪欧洲广泛出现的商事法典化现象则是近代西方自由商品经济高度发展的又一历史产物。事实上，就私法而言，十九世纪前后欧洲的法典编纂运动是以民法典和商法典的同时进行、并驾齐驱为特征的。以法国为例，拿破仑在1800年8月任命四名法律家组成民法典起草委员会，紧接着在次年即任命七名法律家和实业家组成民法典起草委员会，负责商法典的起草工作；1804年《法国民法典》施行，1808年《法国商法典》施行。再以德国为例，《德意志帝国商法典》于1897年5月颁布，1900年1月1日与《德国民法典》同时施行。^②其他如意大利、比利时、卢森堡、荷兰、西班牙、葡萄牙、希腊等欧洲大陆国家，都是在起草、实施民法典的同时，起草、实施商法典。

当欧洲大陆各国普遍开展商法法典化运动的时候，英美诸国的立法情况又是怎样的呢？由于地缘因素所致，英美国家未受到罗马法的影响，十九世纪以前的英国法律是由普通法和衡平法构成的习惯法和判例法，但进入十九世纪后半期，英美国家同样加入了声势浩大的成文法运动，只是英美国家的成文法运动不象欧洲大陆那样以法典化为特征，而是表现为大量的单行立法和判例法。如英国，相继制定了1882年的票据法，1885年的载货证券法，1889年的经纪法，1890年的合伙法，1893年的货物买卖法，1894年的商船法和破产法，1906年的海上保险法，1907年的有限合伙法，1924年的海上货物运输法，1948年的公司法等。美国为统一各州商事立法，先后制定了1896年的统一流

^② 徐学鹿：《商事立法刍议》，载于《改革开放中的商法理论与实践》，中国法制出版社1991年版。

通证券法，1906年的统一买卖法，1909年的统一载货证券法和统一股份让与法，1922年的统一信托收据法，1928年的统一商事公司法及1952年的统一商法典等。^③

大陆法国家的大规模商事法典化也好，英美国家的大规模单行商事立法也罢，尽管在立法模式和立法技术上存在不小的差异，但其发生时间是一致的，其内容也是基本接近的，原因就在于无论是大陆法国家还是英美法国家，十九世纪都是其商品经济发展的一个崭新阶段。一方面，经过数百年的资本积累，资本主义经济得到了充分的发展，在十九世纪前叶进入自由竞争阶段；另一方面，十九世纪后叶又是资本主义经济由自由竞争阶段向垄断阶段的过渡时期。正是这一特殊历史背景促成了西方国家商事立法的成文化和商法之于民法的独立。换言之，商品经济的高度发展和商事关系的日益丰富是商法得以形成的社会前提。

二、民商分立的历史、现状与未来

上述考察告诉我们，欧洲中世纪商业的发展和商人组织的出现奠定了近代商法从传统民法相分离的基础。商业的发展和商品经济的发达不仅是对传统生产方式和经济形态的超越，同时也必然产生对传统法律体系和法律观念的超越。商法作为独立法律部门的出现便是这种超越的结果和具体体现。民商分立由此形成。至十九世纪的商事立法及其法典化，民商分立取得立法首肯便成为最自然的事情。

上面的分析告诉我们，正是由于中世纪商业的蓬勃发展和商品经济的发达，才促使了商人这一根本有别于封建经济条件下经济主体的新型社会主体的产生，才有了独立的商人阶层的出现，进而才有了较之教会法和其他世俗法更为先进合理，也更能促进商品经济发展，同时也有别于传统民法的商事立法的诞生。商法之于民法的独立与其看作是对商人这一新的特殊利益主体的保护，毋宁看作是对社会经济现实的反映和保护。至于十九世纪末二十世纪初西方各国的商事立法及

^③ 前引徐学鹿，第7页。

其法典化，则更是西方自由商品经济发展和民主宪政制度确立的结果。成文法运动本身就决不是历史偶然，而是由当时的经济、社会背景所决定的，是法制文明史的必经阶段和必由之路。

在当今西方各国，采用民商分立体例的国家大大多于民商合一的国家，欧洲主要国家如法、德、意、荷、西、葡、比、卢、希等均制定有商法典，另如亚洲的日、韩等国，拉美的墨、秘、阿、乌等国，非洲的埃及等国，也制定有商法典。英美诸国本无民法典，也就谈不上民商合一或民商分立。如果仅就法律运行机制而言，将英美国家归入民商分立较为恰当，因为较之于单行民事法律，其单行商事法律更为发达和完善，商法和民法共同实现对社会经济关系的调整。例如英国，其单行民事法律有亲属法、继承法、财产法、侵权法等，单行商事法律则有公司法、合伙法、票据法、破产法、证券法、保险法、海商法、买卖法等。美国的情况也极为相似。

从立法的发展沿革考察及未来态势分析看，是民商分立占优还是民商合一主导？从十九世纪初期法国首次正式采用民商分立的体例始，从一国而多国，从欧洲而世界，从大陆法而英美法，民商分立以历史浪潮之势席卷全球，采之者甚众。至1872年瑞士开民商合一之先河，继有泰国、土耳其、俄国等国，然从之者殊寡，根本无法与民商分立之态势相匹。二战以后，不少国家越来越加强了对商法典的修订，而并未找出理由改变民商分立之体例，民商分立的态势依然。不仅如此，有的国家还新制订了商法典，如美国，于1952年颁布了《统一商法典》，尽管该商法典的内容、体系与法、德、日等大陆法国家各异其趣，但毕竟正式采用了商法典（Commercial Code）的立法名称。从国际经济趋同性、国际商一活动规则统一性、国际商事条约复杂性的发展趋势看，商法的独立及民商分立的立法体例更能与之相适应。

不少学者持这样的观点：商法是民法的特别法，民法与商法的关系是一般法与特别法的关系。的确，“商法是民法的特别法”的观念是如此的根深蒂固，甚至在商法首次取得独立地位的法国，当时的人们也都是把商法看作是对民事法律原则、制度的补充或变更，是体现民法制度的特殊性的法律。导致这一观念的原因或许很简单，在民法法系国家，罗马法太完善了，民法理念太深入人心了，以至人们事实上

已经意识到商法独立立法的意义及商法分立的必要性，并且事实上已经在民法典之外另立商法典，但在感情上与观念上仍不愿承认民法被“分割”的事实，仍视商法为民法特别适用的法律^④。另一因素则是当时经济发展状况毕竟不象今天这样，商事活动与民事活动的界限还不是十分的清晰，商事活动规则与民事法律原则、制度还存在千丝万缕的联系，商法刚刚从立法意义上脱胎于民法，商法观念也欠成熟。但是在商事关系高度发达的今天，再把商法视为民事特别法就欠科学了，而且十分不利于商法制度的完善和商法观念的形成，从而不利于现代市场经济的发展。首先，从法律的类型上考察，所谓一般法与特别法，是依法律的效力范围而作的分类，从空间效力看，适用于特定地区的法律为特别法，适用于全国的法律为一般法；从时间效力看，适用于非常时期的法律为特别法，适用于平常时期的法律为一般法；从对人的效力看，适用于特定的人的法律为特别法，适用于一般人的法律为一般法。每一具体的一般法都可能有其适用于特定时期或特定地区的特别法^⑤，如民法为一般法，但适用于军管时期的民事法律则为民法之特别法；又如民法为一般法，但适用于少数民族地区的民事法律为民法之特别法。显然，无论从时间效力上还是空间效力上分析，都不能把商法视为民法的特别法。那么惟一可能的理由就是对人的效力，即民法适用于一般人，商法适用于特定人（的确，商法曾经就被称为“商人法”；法国商事法系也是以商人为立法基础），然而，现代意义的商法已不再是属人法，而是以一切商事活动和商事关系为调整范围的法律部门，商事行为并非只有职业商人才能为之，相反，任何实施了商事行为的人，都会受到商法的管辖，如公司行为、票据行为、证券行为、破产行为、商买卖行为等。事实上，通常所称的特别法要么是地区性法规，要么是非常时期法令，要么是属人法。^⑥而现代商法都不属于这些类型。其次，如果认为商法是民事特别法，则意味着民事法律的基本原则、制度适用于商事关系，或者说，商法是民法基本原

^④ 与此相反的例证是英美法系由于没有民法的传统，商法并不被视为民法的特别法。

^⑤ 《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第80页；《法学基础理论》（新编本），北京大学出版社1984年版，第37页。

^⑥ 参见《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1984年版，第845页。

则、制度在商事领域的特殊运用和体现。然而，商法尽管脱胎于民法，却有了完全不同于民法的法律原则、制度，有了完全不同于民法的理论依据，有了完全不同于民法的调整方式，而决不是民法基本原则、制度在商事领域的具体化和特殊化。再次，当我们说甲法与乙法的关系为一般法与特殊法的关系时，通常意味着甲法为一基本法律部门或基本法律规范，乙法则表现为某一具体的法律规范，如继承法之于民法，反不正当竞争法之于经济行政法，青少年犯罪法之于刑法。然而商法并不是特指某一具体的法律规范，而是一个包含公司法、票据法、证券法、海商法、保险法、破产法等主要分支的独立的法律门类，是与民法并行的市场经济法律部门。把一个独立的法律门类说成是另一个独立的法律门类的特别法，这在逻辑上是说不通的，不符合一般法与特别法的分类标准与意义。总之，商法和民法是私法的两项基本法，是两个并行的、相互独立的法律部门，共同实现对经济关系的调整。民法不是商法的普通法，商法也不是民法的特别法。

事实上，即使是采民商合一的国家，实质意义的商法也仍然是存在的，民商合一的前提是承认民法与商法的同时存在，只是在立法形式上认为应该将其统一而不应分立，但统一的结果往往使得本来就庞杂的民法典更为雍肿、零乱，而实践中又不能不适用与民商分立国家一致的商法原则如营利性、简捷性、安全性等。即便是形式的统一也是难以做到的，民法典往往不能把商法的内容全部加以规定，而不得不另行制定单行商事法规。例如，瑞士在其民法典之外制定有保险、破产等单行商事法规，我国旧民法典则未包括公司、票据、保险等，这些内容均以单行商事法规的形式出现。因此，民法和商法在事实上仍是“两张皮”的合而不一的状态，在法律适用时，仍被视作两个法律部门。至于在法学教育与研究中，民法与商法也是分开的。^①民法与商法这种合而不一、形合实不合，甚至连形合都不彻底的状况，恰恰说明了商法独立的必要性及民商分立的合理性。

^① 沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第124页。

三、商事交易关系的特性与商法的理论依据

正如我国学者指出的：“民商分立的模式之所以至今仍占支配地位，不仅由于传统，而且还有某些理论依据”。^⑧ 现代商法以商事活动为调整对象，商事交易关系的发展促成了商法的萌生和发展，同时商事交易关系的特性也决定了商法的意义与特性。

首先，商法适应了商事交易关系简捷性的要求

简捷性包括简便性与迅捷性。随着商品经济的不断发展，商事交易从即时交易转向远期交易，从现货交易转向期货交易，从实物交易转向权利交易，从小量交易转向大宗交易，从国内交易转向国际交易，从双向交易转向多向交易，从一次性交易转向连续性交易，这与简单商品经济条件下成就的民法原则与制度大相径庭，商法则适应了这些发展的需要。细而言之，商法中的契约定型化、权利证券化、程序简易化、短期时效等制度保证了商事交易的简捷性。

契约定型化是指商法对契约的内容或基本条款予以事先的统一的规定，简化订约过程，便于要约方发出大量的、连续的、一致的要约，便于相对方迅速作出是否承诺的决定，从而便于现代商事活动大规模、反复性、连续性交易的实现。契约定型化具体表现为商事合同中的标准合同与附合合同。标准合同也称格式合同，即合同一方当事人事先拟定了合同的全部条款，他方当事人只能在此条款基础上进行选择，决定接受或不接受其中的某一或某类条款。附合合同也称定式合同，是指“契约之内容，豫由当事人一方为之确定，他方当事人惟得依其既定内容，为之加入之契约”。^⑨ 附合合同比标准合同更为“苛刻”，当事人一方要么全部接受，要么全部不接受，不存在任何协商或讨价还价的余地，而标准合同往往只是由一方当事人提出一个合同样板，尽管主要内容往往也不易变更，但毕竟存在对其中某一或某类条款不接受而达成交易的可能，或者合同样板中本身就提供了这种选择的条款。例如在我国外贸业务中，外贸公司一般都采用统一印制、统一

^⑧ 前引沈宗灵书，第123页。

^⑨ 史尚宽：《债法总论》，台湾1954年版，第13页。

款的售货确认书（合同样板），这种售货确认书即为典型的标准合同，一般包括标的物、原产地及制造商、装运港、目的港、装运期、包装验收、保险、索赔、不可抗力、纠纷解决等预先拟定的条款，对方当事人原则上得接受全部条款，但对争议解决中的仲裁条款可提出改为诉讼管辖的要求，对付款方式则可选择电汇、现汇、信用证等任一种类。^⑩ 在附合合同中，一方当事人提出的合同条款具有惟一性和不变性。他方要么从整体上接受合同，要么不订立合同，而事实上他方往往又不能不订立合同，因为客观上不存在别的选择，如铁路运输、航空运输合同等，对顾客来说往往是“只此一家，别无他店”。可以说，附合合同就是更为严格的标准合同。^⑪ 对于标准合同和附合合同，传统私法贬多褒少，我国学界也然，主要是认为标准合同和附合合同违背了契约自由的原则，把协商这一订约基础排除殆尽，使得意思表示难以做到真实，相对方的利益难以保护。^⑫ 笔者认为，标准合同和附合合同的确存在这些不利因素，但其积极意义远远大于其不利因素，设若没有运输、保险、银行、证券、外贸、房地产等商事领域中的日臻发达与完善的标准合同，人们又怎能快捷、高效、自由地从事商业交易？消费者又如何享受科技化、信息化时代的物质文明成果？举旅客运输合同的例子，你确实不得不接受航空公司在旅客机票上载明的各项合同条款，在订票时你无法体验行使权利上的感觉和施展讨价还价的才能，要么你就坐飞机去，要么你就坐火车或坐长途汽车去，但是，由于有了不让旅客讨价还价的标准合同，航空公司能最有效、最经济、最合理地安排航线与航班，你可以根据航班制订自己的旅行计划，享受空中小姐优美的服务，得到正点起降和安全飞行的保证，更主要的是由于你只用很短的时间飞越了万水千山，而在目的地你可能谈成了一笔大买卖，在那笔买卖中你尽可以充分享受你的订约自由。失去一次较小的自由，得到更大的自由和更多的实惠，这就是标准合

^⑩ 可参见国家工商行政管理局经济合同司编：《中国合同范本》，法律出版社1993年版，第424页。

^⑪ 参见尹田：《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第120-121页。

^⑫ 参见王家福等：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第77-78页；王家福主编：《民法债权》，法律出版社1991年版，第268-269页。

同带给你、带给每一个社会成员的回报。何况，立法者、司法者还可以从各自的角度介入标准合同，保护不利一方的利益，对处于有利地位或垄断地位的缔约一方给予必要的限制与监督，使标准合同更公平、更完善、更乐于为人们所接受。这正是商法超越于传统私法、适应新的商品经济发展需要的生命力的体现。正如法国学者所指出的“附合同理论的价值在于，它虽然不能直接通过扩大法官审查合同的权利的方法对上述危险（指经济生活中强者剥削弱者的危险——笔者注）进行补救，但是，它至少为实现这种补救向人们提供了一种思想理论，从而激励人们去进行这种补救。仅就这一点而言，附合同的理论也是成功的。与此同时，就基于不能容忍的不平衡而产生的合同当事人订立合同时的不平等问题，附合同理论进行了分析并在事实上逐渐引起了立法者的注意，从而导致了立法上的一系列变化。这些变化集中表现为两个方面：一是立法开始介入某些合同关系，即有选择地对某些附合同作出决定，二是立法上开始出现一些更为普遍适用的一般原则，这些原则可以视为附合同法律制度的雏形”。^⑬立法对标准合同和附合同的介入主要通过限制标准合同的某些条款即合同必须规定某一条款或不能规定某一条款的途径而实现，目的旨在防止处于优势的一方悖于诚信原则不合理地限制或剥削处于劣势一方的权益。例如试拟中的我国《合同法》（建议草案）第57条规定：“定式合同条款违背诚实信用原则而予相对人不合理的不利益的，无效。”“有下列情形之一的，推定其违背诚实信用原则而予相对人不合理的不利益的无效。”“有下列情形之一的，推定其违背诚实信用原则而予相对人不合理的不利益：（一）定式合同条款与法律基本原则不相符合或者规避法律规定的，（二）定式合同条款排除或者限制因合同而发生的重要权利或者义务，致使合同目的不能达到的。”^⑭司法的保障途径主要是赋予法官一定的自由裁量权，对违背诚实信用原则、明显于一方当事人不利的标准合同和附合同（尤其是合同中的单方负责条款），得依职权撤销之。

权利证券化主要是指商事交易中的各种权利以有价证券的形式表

^⑬ 前引尹田书，第125-126页。

^⑭ 载于梁慧星主编：《民商法论丛》第4卷，法律出版社1996年版，第452页。

示出来。传统私法中的财产权利总是直接附设于一定的有形物之上和权利的取得以对物的实际占有为特征，权利的让渡以物的交割为特征，权利的行使以直接作用于物为特征。这反映了简单商品经济条件下的交易手段和财产状态。现代市场经济条件下，要求交易的快捷、流通的方便，于是权利离开了具体的有形物而文化为一定形式的各种证券与票据，使得权利的流通极为简便而安全，例如票据法上的支票、汇票、本票等各种票据，公司法上的股票及债券，保险法上的保险单，海商法上的提单、仓单等各种载货证券等。权利的证券化不仅简化了付款结算手续、交货验收手段、股东投资手段等，方便了权利的行使与流通，而且极大地丰富了社会的交易方式，促进了市场经济的繁荣与发展。例如，票据不仅具有了最基本的支付、结算职能，而且还具有了汇兑、信用以及融资职能，成为现代商品经济中不可或缺的工具。

程序简化是指商事活动中订约程序、设立程序和交易程序的简化。订约程序的简化一是广泛适用以传真、电报、电传等现代通讯方式为载体要约、承诺的订约形式，避免烦琐的签约程序；二是采用具有广泛性、持久性、连续性、细节性的格式合同，节约询价、谈判时间；三是推行商事代理、居间、信托等授权签约制度，避免事必躬亲的订约形式。设立程序的简化主要体现在企业及其他经济组织设立登记程序中普遍采用的准则主义，只要申请者具备了法律规定的形式要件，即可宣告成立，登记主管机关不对设立条件进行实质审查，企业能否生存不由政府评判，而由市场检测。交易程序的简化主要体现在商事交易中以意思自治为原则，契约内容得由当事人自行决定，例如公司法中公司章程的任意记载事项、票据法中票据的任意记载事项、海商法中海上保险之委付、保险法中的标的价值之约定等，均依当事人意思而定，法律不加干预。事实上，契约的定型化与权利的证券化也都体现了程序的简化化要求。

短期时效制度是指商事行为中的消灭时效均采较短时效，概因商事交易贵在迅捷，行为效果宜从速确定，方能达到商事主体及时了结交易、实现营利并再次交易的目的。例如我国《票据法》第17条规定：持票人对支票出票人的权利自出票日起6个月内不行使而消灭；持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月

内不行使而消灭，持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月内不行使而消灭。又如我国《海商法》第13章规定：有关航次租船合同的请求权、海上旅客运输向承运人求偿的请求权、有关船舶租用的请求权、有关船舶碰撞的请求权、有关海难救助的请求权、有关海上保险合同向保险人求偿的请求权，时效期间均为二年；就海上货物运输向承运人求偿的请求权、有关海上拖航合同的请求权、船舶碰撞中承担连带责任的船舶间的追偿权，有关共同海损分摊的请求权，时效期间均为一年；在时效期间内或者时效期间届满后被认定为负有责任的人向第三人的追偿权，时效期间为90天。所有这些，均反映了商事交易关系简捷性的要求。

其次，商法适应了商事交易关系安全性的要求

如前所述，简易、迅捷是现代商事交易的特性和要求，但与此同时，交易的安全性更令人关注。现代商事活动中，随着交易手段的愈益复杂，交易标的的愈益巨大，交易频率的愈益加快，交易范围的愈益扩大，交易风险增加，交易的安全性便也愈益突出与重要。商法创立了如公示主义、外观主义、严格责任主义等一系列制度以适应这一要求，确保交易安全。

公示主义是指商法规定商事主体的一定营业行为必须公告周知，俾使利害关系人及时、准确了解，以利交易之安全进行。商行为人的主体资格、行为能力、资信状况、授权范围、营业地址、财务关系等事项，对于交易之对方当事人或其他利害关系人尤为重要，而若凭当事人自己去了解，既费时力，又难保全面确切，更易生异议。公示制度专此而设诸如登记、公告、公示、文件备置等一系列具体制度，其中尤以公司法、商业登记法、破产法等商事法规最为显著。例如我国《公司法》第22条、第79条分别规定有限责任公司和股份有限公司章程必须载明的事项，使其成为公司对外交往的基本法律文件，为投资者、债权人及第三人与公司进行商事交易提供了条件和资信依据；第88条规定“股份有限公司发起人向社会公开募集股份，必须公告招股说明书”；第101条规定：“股份有限公司应将公司章程、股东名册、股东大会会议记录、财务会计报告置备于本公司”。又如我国《企业法人登记管理条例》规定：企业法人开业或改变名称、住所、经营场所、

法定代表人、经济性质、经营范围、注册资金、经营期限、增设或撤销分支机构，或歇业、被撤销、宣告破产等，均须办理相应的开业、变更或注销登记，其中开业、变更名称、注销还须登记主管机关发布登记公告。再如我国《企业破产法》第9条规定：“人民法院受理破产案件后，应当在10天内通知债务人并发布公告”；第19条规定：“企业和债权人会议达成和解协议，经人民法院认可后，由人民法院发布公告”。

外观主义是指“以交易当事人行为之外观为准，而认定其行为所发生之效果”。^⑮外观主义与契约法中的表示主义（Principal of Expression）同出一理，即当交易当事人主张其真实意思与意思表示不一致时，以意思表示为准，意思表示一经成立即发生法律效力。其依据，乃因商事交易信用为本，一诺千金，加之交易频繁，循环往复，如允许当事人以外观表示与真意不符而撤销法律行为，则显然不利交易关系之稳定和相对人利益，从而产生交易的不安全感，破坏交易秩序的稳定感和信赖感。外观主义并非不注重真意，只是为交易安全之考虑，推定表示即为真意，此也有利于增强当事人的责任感，慎言谨行，从而从另一个角度保障了交易的安全。在各项商事法规中，尤以票据法中的外观主义最为显著。例如我国《票据法》第4条规定：“票据出票人制作票据，应当依照法定条件在票据上签章，并按照所记载的事项承担票据责任”；第14条第3款规定：“票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责，不能辨别是在票据被变造之前或之后签章的，视同在变造之前签章”等，这些规定旨在通过赋予票据突出的外观功能从而达到有利票据流通、保护交易安全的目的。

严格责任主义指商法中对交易当事人（尤其是处于优势地位的一方当事人）的义务和责任予以严格的要求，从重规定，以确保交易之安全、诚信与公平。^⑯这方面的法例甚多，兹举一二；我国《保险法》规定：保险公司应当将其承保的每笔保险业务的20%办理再保险（第

^⑮ 前引张国键书，第45页。

^⑯ 此处的严格责任与民法侵权行为法中的严格责任是不同的概念，后者为侵权行为法的归责原则之一。

101条); 保险公司资金不得用于设立证券经营机构和向企业投资; 除合同另有约定, 保险合同成立后保险人不得解除合同而投保人可以解除合同。《票据法》规定: 汇票、本票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任; 持票人可以不按债务人的先后顺序而对其中任何一人、数人或全体行使追索权(第68、81、94条); 《海商法》规定: 承运人在船舶开航前和开航当时应谨慎处理, 保证船舶处于适航状态(第47条); 承运人对货物的灭失或者损坏的赔偿限额, 以货物件数或其他货物单位数两种计算方法中数额较高的为准(第56条1款); 《公司法》规定: 股份有限公司的发起人对公司不能成立时产生的债务和费用承担连带责任; 对认股人已缴纳的股款负返还本息的连带责任(第97条), 等等, 所有这些规定均体现了稳定交易秩序、确保交易安全的要求。

第三, 商法适应了商事交易关系公平性的要求

简捷性、安全性体现了商事交易要求高效、快速的经济特性, 而公平性则更多地反映了商事交易的社会属性。诚然, 每一企业、每一商人都希望以最小之投入、最快之速度、最高之保障获取最大之利润, 商场犹如战场, 竞争如荼, 风险如炽, 机遇如丝, 但它容不得尔虞我诈、巧取豪夺、坑蒙拐骗、显失公平, 而崇尚诚实信用、平等交易, 并创立了诸如情势变更、危险分担、和解救济、公平竞争等具体制度, 以求最大限度地实现公平交易, 防止和消除不公平、不正当、不诚实行为给交易各方带来的不合理损害。例如我国《破产法》规定: 人民法院受理破产案件前六个月至破产宣告之日的期间内, 破产企业的下列行为无效: 隐匿、私分或者无偿转让财产, 非正常压价出售财产, 对原来没有财产担保的债务提供财产担保; 对未到期的债务提前清偿; 放弃自己的债权(第35条); 《海商法》规定: 海上旅客运输合同中含有下列内容之一的条款无效: 免除承运人对旅客应承担的法律责任, 降低承运人的责任限额; 对举证责任作出与本法相反的约定, 限制旅客提出赔偿请求的权利(第126条); 再如我国《禁止证券欺诈行为暂行办法》规定了禁止和制裁内幕交易、操纵市场、欺诈客户、虚假陈述等行为, 以保障证券发行、交易及相关活动中的公平、公正。

第四, 商法适应了商事交易关系国际化的要求

现代商事交易早已跨越国界，特别是国际经济一体化和国际统一大市场概念的提出，更使得商事交易关系的国际化成为当代国际经济关系发展的基本潮流。自从中世纪统一的商人习惯法被各国国内商法取代以后，国际商事交易主要由国内商法调整。在各国经济的相互渗透、相互依赖、相互补充还不十分重要和迫切的时候，这种由各国国内商法调整国际商事交易的状况尚可维持，然而随着国际经济交往范围的不断扩大和程度的不断加深，特别是随着十八世纪资本主义国家经济的发展、海外经济扩张的需要，愈发加速了各国间经济、技术、贸易的交往与合作，而各国的自然条件、经济模式、发展水平以及由此形成的法律传统、制度及观念差异较大，使得法律冲突不可避免，近代商法正是在这种背景下得以产生。商法适应商事交易关系国际化要求具体体现在以下诸方面：（一）在国际商事领域实现法律的统一，减少国际商事交易的法律障碍。国际商法正是在这个意义上得以产生，国际商法的冲突规范和实体规范同时成为统一国际商事交易规则的途径，这方面的重要条约包括 1980 年的《联合国国际货物销售合同公约》、1946 年的《关税与贸易总协定》、1930 年的《统一支票法公约》《统一汇票及本票法公约》、1924 年的《统一提单的若干法律规则的国际公约》、1978 年的《联合国海上货物运输公约》、1972 年的《国际海上避碰规则公约》、1974 年的《海上旅客及其行李运输公约》、1913 年的《统一海难救助若干法律规则的公约》、1931 年的《统一船舶碰撞若干法律规则的公约》等。（二）大量适用国际商事惯例，使之成为国际商法的重要渊源，便于各国接受，如 1936 年公布的《国际贸易术语解释通则》、1975 年公布的《联合运输单证统一规则》、1930 年公布的《跟单信用证统一习惯和做法》、1978 年公布的《托收统一规则》等。（三）引导、鼓励各国将国际商事统一公约、商事惯例引入国内商法，使各国的国内商法愈益趋同，^⑩ 同时使某些国内法具有了国际商法的

^⑩ 例如，1930 年《统一支票法公约》、《统一汇票及本票法公约》订立后，德国和法国分别于 1933 年，1935 年修改，重新制定了本国的票据法，以使本国立法与国际公约相一致。我国 1992 年制定的《海商法》由于较好地借鉴，引入了此方面的国际公约与惯例而成为众口称赞的、成功的商事立法。

意义。^⑮（四）将传统商法以调整国际货物买卖为中心扩展到国际投资、国际技术转让、国际工程承包、国际运输、国际保险、国际资金融通等现代广义的国际商事交易。（五）在承认各国政治制度、经济制度、社会制度、文化传统等差异的前提下，强调国际商事交易的经济属性，淡化其政治属性，把发展经济、增强合作、促进交易置于优先考虑的地位，以期尽可能建立国际商事交易的统一规则，适应国际商事交易日益国际化的要求，恰如《关税与贸易总协定》序言中所表明的缔约目的：“提高生活水平，保证充分就业，保证实际收入和有效需求的巨大持续增长，扩大世界资源的充分利用以及发展商品的生产与交换。”^⑯

四、商法的特征

商法作为伴随商事交易关系的萌生而建立、发展起来的独立的法律部门，其自身的特点也较为明显。对商法特点的分析和研究有助于我们更好地理解商法的本质和意义，把握我国商事立法的时机和脉络，并以此促进我国社会主义市场经济的创建。

（一）商法兼具私法和公法的特性，是公、私法结合的法，但其本质仍为私法。

公、私法的划分尽管向无统一的标准，^⑰有利益说、效力说、主体说、统治关系说、生活关系说、统治主体说等，但自罗马法以来人们都承认将法作这样的划分。查士丁尼在《法学总论》中即指出：“法律学习分为两部分，即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法

^⑮ 这方面的典型例证是《伦敦保险协会货物保险条款》，该法虽为英国国内法，但由于其在世界货运保险业务中有极大的影响，很多国家（包括我国）进出口货物保险都常采用它。

^⑯ 《关税与贸易总协定》序言开宗明义的订约目的可以看作是国际商事领域合作的终极目的，也表明了国际商法对于促进国际商事合作，建立统一商事规则的意义，尽管该《协定》已为新的《世界贸易组织协定》所取代，但其确立的宗旨仍为后者所遵从，并在更大范围将全球贸易纳入新体制。

^⑰ 参见前引《中国大百科全书·法学》，第81页。

则涉及个人利益”，^① 马克思也曾指出：“私法和私有制是从自然形成的共同体形式的解体过程中同时发展起来的。……随着私有制和法的产生，便开始了一个能够进一步发展的新阶段。在中世纪进行了广泛的海上贸易的第一个城市阿马尔菲也制定了航海法。当工业和商业进一步发展了私有制（起初意大利随后其他国家）的时候，详细拟定的罗马私法在意即得到恢复并重新取得威信。”^② 一般认为，私法即指民法和商法，公法则主要包括宪法、刑法、行政法、各种诉讼法等。商法与民法一同被视为私法的两大部门法，这是大陆法国家的普遍概念，正如意大利法学家米兰格利亚指出的：“私法分为民法和商法。商法为私法的一种形式，私法与义务的权利有适当的关联，因为它的关系包纳自个人意志而得且与集体目的和谐的特殊目的和手段”。商法之需要，因为日常生活之原理和商业之特殊规则，可以予商业生活以便利性、敏捷性和巩固性，它是特殊的，但不是例外或特权的，适用于所有的商业行为和全体的商人。^③ 我国学者也大都同意此观点，认为西方国家民商法都是属于私法的范畴，私法就是指民法和商法。^④

商法的私法性是显而易见的，因为商法的主旨在于调节和保护商行为主体的财产利益，无论是个人还是法人，当其以商行为主体身份参与到商事活动中来，其权利义务关系就受商法的管辖和约束。调整个人（含自然人与法人）之间的利益关系，这正是私法存在的意义，正如日本学者美浓部达吉指出的：“私法是关于个人相互间的关系的法，所以观察个人相互间享有某种特定权利和负有特定义务之司法是否适合法律的秩序，就是私法规定的立法着眼点。私法所保护之法律的秩序，主要是该关系当事人之个人利益。”^⑤

然而众所周知的是，进入二十世纪后，公、私法之分的传统日趋动摇，公、私法由明确划分而走向相互渗透，产生这一现象的历史背

① [古罗马] 查士丁尼：《法学总论》，商务印书馆 1989 年版，第 5-6 页。

② 马克思：《德意志意识形态》，《马克思恩格斯全集》第 3 卷，人民出版社 1960 年版，第 71 页。

③ [意] 米兰格利亚：《比较法哲学》，长沙商务印书馆 1940 年版，第 197 页，转引自《世界法律思想宝库》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 527 页。

④ 前引江平书，第 3 页。前转引《世界法律思想宝库》，第 533 页。

⑤ 前转引《世界法律思想宝库》，第 533 页。

景是西方经济在十九世纪末二十世纪初由自由竞争、自由放任的市场经济进入国家干预的垄断资本主义经济，出现了现代国家干预主义经济学派，主张国家权力进入社会经济领域。随着国家在社会、经济领域中的活动日益扩张，带来了所谓的“法律社会化”和“私法公法化”倾向。私法公法化在很大程度上表现在商法领域，即商事立法中越来越多地体现政府经济职权色彩和干预意志、调节个人与政府和社会间经济关系、维护社会公共利益的内容，这些内容体现了公法的明显属性。例如商业登记制度、商业账簿制度，公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让与公司合并的条件与程序等规定；海商法中的船舶登记、运输单证、海事赔偿责任限制、船舶抵押权等规定；保险法中的责任准备金、再保险、保险代理人与保险经纪人、保险业的监督管理等规定；破产法中的和解整顿、债权人会议、破产财产范围、债务清偿顺序等规定，均属公法性质的规定。

但是，私法公法化只表明公、私法的相互渗透，而决不意味着相互取代。法律社会化也好，私法公法化也罢，都只说明公、私法之间的界限不再像以前那样清晰了，但公、私法的划分仍然是可行的、基本的法律分类。公法就是公法，私法就是私法，不能过分强调二者之间的共同性而否定二者的本质区别，诚如美浓部达吉所言：“公法和私法在其相接触的区域间极为近似，欲截然区分为两，殊非易事，但是，这和自然科学的领域中，动物和植物于其相近的境界内，彼此的区别也不常明了一样，不能成为否定两者的区别的理由”。^⑥ 商法尽管兼有私法和公法的双重属性，但究其本质，仍属私法无疑。同时，商法的这一双重属性也正好反映了现代市场经济日益表现为混合型经济的发展趋势，^⑦ 体现了商法的进步性与灵活性。

(二) 商法以促进和保护商事交易中的利益实现为主旨，具有营利性。

商法从它诞生那天起就烙上了谋利、求赢、趋财的印痕，反映了“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往”的经济价值规律，讲求

^⑥ 前转引《世界法律思想宝库》，第530页。

^⑦ 参见郭志琦：《评萨缪尔森的市场经济理论》，载于《现代市场经济的理论与实践》，商务印书馆1996年版。

交易价值，谋求投资回报，实现利润最大化，以营利为其本质特征。举公司法为例：公司设立旨在营利，即公司自身作为商法人以营利而设立、因营利而存在；公司发起人旨在营利，这正是发起人承担发起义务、苦心创立公司的动机；公司股东旨在营利，这也正是股东反复权衡、甘冒风险认购股份、购买股票的缘由，公司经营旨在营利，即通过各种商事交易行为，或买或卖，或租或赁，或联营或兼并，或分设或破产，皆因一个利字。营利性是商法对于商品经济市场价值规律的客观反映，没有商事主体对商业利润的孜孜追求，没有商法对这种利润追求的切切保护，就不会有商品经济的发展，也就不会有人类的物质文明进步。

但是，商法并不是单纯地只讲营利。商法只是鼓励和保护通过正当交易手段和合法投资途径去获取经济利益和商业利润，尤其崇尚诚实信用之交易原则。欺行霸市、坑蒙拐骗、巧取豪夺、尔虞我诈等不正当竞争或非法手段的营利，商法不仅是不允许的，而且是坚决禁止的，商法是利己法，但决不是损人法；是营利法，但决不是投机法。

商法的营利性也反映了商法与民法的区别。首先，商法只调整经济关系即财产关系，而民法除调整财产关系外还调整人身关系；其次，商法调整的财产关系直接发生于商事领域，都是有偿的、营利的，而民法调整的财产关系并不都是有偿的、以营利为目的的；再次，商法调整的财产关系集中发生在若干特殊的商事领域，如公司、海商、保险、票据、破产、证券、期货等，而民法调整的财产关系是一般状态的财产所有关系和流转关系；最后民法领域中财产关系的某些原则，如权利义务的一致性、平等协商性等，往往不能运用到商事领域，举凡证券法中的股票交易、公司法中的股东收益、保险法中人寿保险的保险费、破产法中的债务清偿原则、契约法中的标准合同与附合同等，都是无法用民法中的上述原则加以解释的。

（三）商法既反映商事交易的简捷性，又反映其安全性和公平性，具有灵活性。

一方面，商法为方便当事人，提高交易效率，在诸如商业登记程序、订约方式、履约手段、解纷途径等环节采用自由主义，奉行意思自治，以适应商事交易简便、迅捷的需要；另一方面，又在诸如登记

原则与种类、归责原则与责任范围、抗辩权行使等制度上实行强制主义，以维护交易之公平及社会公共利益，把二者灵活地结合起来。

商法的灵活性也体现在商法的内容及修改方面。由于商事交易日新月异，瞬息万变，商法必须适应这种变化，随时作出修改。例如，《日本商法典》自1899年颁布以来，前后进行了二十余次的重要修改。^②相反，民法典一经制定，便不易修改，较之商法要相对稳定得多。

（四）商法适应商事交易现代比、科技化的要求，具有较强的技术性。

现代商事交易更多地融进了先进的科学技术，商事交易的这一特点使得商法的内容也极具技术性，它不仅要求人们具有诚实信用的道德观念和商业信誉，也要求人们具有更为精确、缜密的经济、技术知识和思维。例如，我国《公司法》中关于有限责任公司和股份有限公司法定注册资本、出资种类及其作价评估、股东大会与董事会的议事方式与表决程序、股份有限公司的发起设立与募集设立、招股说明书的制作、股份的发行与转让、上市公司的条件、公司财务制度等，均为与现代公司的设立、运作等密切相关的技术性规范。又如我国《票据法》中关于票据的设权性、文义性、定型性、票据行为的独立性、执票人的追索权、票据的抗辩等，均为与票据的结算、支付、信用等功能密切相关的技术性规范。再如我国《保险法》中关于保险危险的确定、保险价值的测定、保险费的计算、理赔程序等。《海商法》中关于船舶抵押、提单的签发与转让、旅客运输合同中的赔偿责任限额、海难救助的报酬与补偿、共同海损的认定与理算等，莫不体现了极强的经济、技术性。

（五）商法适应商事交易国际化的要求，具有国际性。

商法国际化的特点从其最初的中世纪商人基尔特的自治法就具有了，尽管当时国际化的区域主要限于欧陆各国。现代商事交易更为明显地跨越了国家、地区、民族的界限，货物的买卖、技术的转让、资本的融通、海上运输及其保险、货款结算等直接反映了商事交易国际

^② 前引王书江，第21页。

化的特点，形成了有关国际货物买卖、国际技术转让、国际海上运输、国际支付等方面的国际条约；公司法、破产法、商业登记法等主要体现国内商法的商事立法也具有了国际化的趋势。例如公司法中关于公司的组织形态、内部机构、股份发行与转让、上市公司等规定，各国的立法越来越接近，差异越来越小，成为尽管没有国际商事条约但为各国国内立法普遍认可和采纳的国际通行做法和惯例。商法就其法律适用效力可分为国内商法和国际商法，后者表现为日益增多的国际商事条约和惯例；国内商法表现为各国制定的商法典和单行商事法规，而无论是国际商事条约还是国内商事立法，都反映了商法的国际化特点，而这一特点随着国际范围内统一商事实体法立法步骤的加快和国内法更多地向统一的国际商事条约靠拢而愈益明显。商法较之其他部门法（包括民法）更能超越国家与民族的界限，弱化各国国内政治、经济文化的差异，一国成功的商法制度往往会迅速地为他国所借鉴、效仿，一项成熟的国际商事条约更易为各国所承认、参加。

概而言之，公私法兼具性、营利性、灵活性、技术性和国际性，乃现代商法的基本特征。

五、对我国商事立法的若干思考

改革开放以来，特别是市场经济体制被正式载入我国宪法以来，我国商事立法进展迅速，已相继颁布了《企业破产法》、《海商法》、《公司法》、《票据法》、《保险法》等主要商事法规，以及《企业法人登记管理条例》、《企业名称登记管理条例》、《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理的暂行规定》、《公司登记管理条例》、《商品交易市场登记管理暂行办法》、《船舶登记条例》、《股票发行与交易管理暂行条例》、《禁止证券欺诈行为暂行办法》、《证券交易所管理暂行办法》、《跨地区证券交易管理暂行办法》、《私营企业登记程序》、《企业债券管理条例》、《经纪人管理办法》、《国际船舶代理管理规定》、《国际货物运输代理业管理规定》、《海上国际集装箱运输管理规定》等一大批重要商事规范，既记载了我国近几年改革、发展的进程与成果，又极大地促进了市场经济体制和市场交易程序的创建。同时，先后加入了一

批重要的国际商事公约，包括《1980年联合国国际货物销售合同公约》、《统一船舶碰撞某些法律规定的国际公约》、《1974年海上旅客及其行李运输雅典公约》、《1965年便利国际海上运输公约》、《1989年国际救助公约》等。很自然，如何进一步完善我国的商事立法便成为十分重要突出的理论和实践问题。笔者现对我国商事立法中的若干重要问题简述已见如下：

（一）我国是采民商分立制还是民商合一制

笔者的回答是民商分立。民商分立有两层含义：一是就立法而言，形式上的民商分立，在民法典之外制定商法典，二是就法律运行机制而言，由民法和商法共同实现对经济关系的调整，民法和商法各自独立而又相互作用构成市场经济两大基本法律部门，各自在相应的领域发挥作用。^② 无论是立法形式上还是运行机制上，均采民商分立。理由如下：

其一，就立法规范而言，我国尽管已有了主要单行商事法规，但没有有关商事法律基本原则规定的商事基本法，没有对商行为、商号、商业帐簿、商事代理、商业登记等总则性规范的规定，这些内容只能规定于商法典中。

其二，就法律体系而言，市场经济对应的私法体系应由民法和商法共同组成，作为两个独立法律部门，民法应制定民法典，商法应制定商法典，这样才能树立并强化我国的私法观念，完善我国的私法体系。在法典化国家，法典的制定是其法制发达的标志，商法典的意义也如此。

其三，就法律意识而言，制定商法典有利于提高人们对商法性质、地位、意义、作用的理解，有利于培养与市场经济相适应的商法观念、商法文化，促进市场交易的发展和市场秩序的创建。

事实上，承认不承认民商分立，意味着承认不承认商法作为一个独立的法律部门。笔者认为，商法应该成为我国法律体系中独立的法律部门。这一点，已成为越来越多的学者的共识。例如，有的学者指出，我国社会主义法律体系是由众多法律部门构成的，商事法是其中

^② 参见通蜀：《为了商法的辉煌》，《中国律师》1996年第11期。

重要的法律部门之一；^③有的学者则归纳出商法在以下四个方面取得了初步共识：（一）初步为党和国家所认可，集中表现在中共十四届三中全会《决定》作出的关于“进一步完善民商法律”的决定；（二）初步为立法和司法部门认可，集中表现在商事方面的立法近几年来受到的重视和在其进度、数量方面是任何其他法律部门无法比拟的，商事审判制度的建立已为期不远；（三）初步为理论研究部门认可；（四）初步为社会各界所认可。^④

（二）商法典的立法时机与模式

就立法技术而言，商法更直接取决于市场形态，而不象民法那样还与经济形态、传统文化、法律理念息息相关，所以商事立法包括商法典的超前较之民法更为现实和可能。欧陆各国及其他制定有法典的国家不少就是先有商法典而后有民法典，或在制定民法典的同时制定商法典。我国已经制定了诸如公司法、票据法、海商法、保险法、破产法（正在修订），已为统一商法典的制定奠定了基础。笔者以为，我国商法典原则上可采《法国商法典》和《德国商法典》之长，拟设九编，第一编为总则，主要规定商法的基本原则、商人、商业登记、商号（商业名称）、商业帐簿、商业代理、商业使用人等内容；第二编为商行为，主要规定行为的类型、性质、行为主体以及各类具体商行为（如买卖、仓储、运输、居间、商事合伙等）。第三编为公司，第四编为海商，第五编为保险，第六编为票据，第七编为证券与期货交易，第八编为破产，第九编为附则。其中，第一、二编为新起草的内容，第三至八编可分别将现行或修订后的公司法、海商法、保险法、票据法、证券法、期货交易法、破产法并入即可，第九编规定商法典适用的有关问题。

当几年前人们提出要在中国建立市场经济时，还会因为姓“社”姓“资”问题而遭否定；当十几年前人们提出中国要尽快颁布《民法典》时，有人表示怀疑甚至反对；当今天我们提出中国不仅需要制定《民法典》还需要制定《商法典》时，同样会有人表示怀疑甚至反对。

^③ 沈宗灵：《再论当代中国的法律体系》，《法学研究》1994年第一期。

^④ 徐学鹿：《商法是市场经济的内在要求——中国商法的最新发展》，载于《南京大学法律评论》1995年秋季号。

但历史总是发展的，昨天认为不可能的事明天或许就会变为现实，随着我国市场经济的进一步发展，商法作独立法律部门的必要性和商法典制定的重要性迟早会被人们认识到的。我们有理由相信，中国会尽快拥有自己的由民法和商法共同构成的私法体系。

(本文原载于《现代法学》1997年第5期)

民商分立与民商合一的理论评析

郭 锋

作者简介

简历

郭峰，1983年6月毕业于西南政法学院法律系，同年考入中国人民大学法律系民法专业攻读硕士学位，师从著名民法学家佟柔教授。1986年获硕士学位并开始在人大大法学院任教。1995年获博士学位。

现为中国人民大学金融法研究所副所长，民商事法律科学研究中心研究员，兼任中国国际经济贸易仲裁委员会和北京仲裁委员会仲裁员。

主要学术成果

《证券管理与证券法》(译著)，群众出版社1989年3月。

《股份有限公司原理与实务》，现代出版社1990年10月。

《中国证券监管与立法》，法律出版社2000年1月。

《创业板市场的制度创新》(主编)，经济科学出版社2001年5月。

《证券法律评论》(主编)，法律出版社2001年9月。

“股份制企业所有权问题的探讨”，《中国法学》1988年第3期。

“西方国家的票据与票据立法”，《国外法学》1988年第5期。

“我国证券立法若干问题的探讨”，《中国法学》1993年第1期。

“民商分立与民商合一的理论评析”《中国法学》1996年第5期。

“虚假陈述证券侵权的认定及赔偿”，《中国法学》2003年第2期。

“证券市场虚假陈述及其民事赔偿责任”，《法学家》2003年第2期。

目 次

一、民商分立的缘起

三、民商合一的出现

二、民商分立的根源

四、民商分立与民商合一简评

一、民商分立的缘起

民商分立的渊源可追溯到中世纪时期。近代资本主义国家民商法的来源主要有三个：罗马法、教会法和中世纪商法。中世纪商法出现以后，由于它形成了专门的概念和体系，它具有了与罗马法、教会法相独立的地位。这样，商法作为一种专门的法律体系发展起来。从这一时期商法的特点来看，它主要是适应地中海沿岸商业贸易发展的需要，在商人的商业交往中产生的各种习惯规则，如汇票规则、海上保险契约、商业契约等，其中以海商方面的规则更为突出，此外，商人还自己组织法庭来处理商事纠纷案件。因此，商法是适应商业和贸易的发展在商人之间独立发展起来的。从中世纪商法的形成来看，可以说它与罗马法、教会法没有直接的联系，因此它不是从普通私法中分离出来的。中世纪商法一经产生，它就自治自立，与普通私法平行发展。

中世纪末期，资本主义生产关系在封建社会内部日益壮大。16、17世纪，随着欧洲中央集权国家的强大，欧洲诸国将在各国商人之间普遍适用的、具有国际性的各种商事习惯、商事规范纳入本国的国内法，从而开始了近代商事立法。法国路易十四时期颁布的《商事条例》（1673）和《海事条例》（1681）就是近代最早的两部商事法令。另一方面，法国的民事关系属于民法规范调整，南部成文法地区施行的是罗马的《优士丁尼法典》，北部的习惯法地区施行的是由法律传统形成的并经官方文件予以记录的习惯，主要是1580年修正的1510年的巴黎习惯，1509年和1583年的奥雷昂习惯。因此，在这一时期，民商分立的格局已经开始出现。

民商分立的真正标志是19世纪初法国民法典和法国商法典的先后颁布施行。1789年的法国大革命推翻了封建专制制度，建立了资产阶级共和国。革命成功和国家统一后，在全法国统一法律的任务被提上了议事日程。面对法国民事法律的混乱状况，法国1791年《宪法》明文规定：“应制定一部共同于整个王国的民法典”。由于“在西方发达的法律体系里，一直存在着有一股促进法典化的驱动力”，^①加之法典编纂的政治条件和经济条件已经成熟，因此，在拿破仑的推动下，法国民法典于1800年开始起草，于1804年3月21日通过。几乎与此同时，法国在1801年成立了商法起草委员会，并于1807年颁布了商法典。因此，以法典为标志的民商分立体制正式得以确立。继法国开创民商分立体制后，德国1861年颁布了《普通德意志商法》（即旧商法典），1871年统一的德意志帝国成立后，开始编纂新的商法典，并于1897年5月10日颁布，1900年1月1日生效。另一方面，1874年、1890年分别成立了民法起草委员会，起草民法典，于1897年颁布、1900年施行。因此，在德国也形成了民商分立体制。除了法德两国以外，采用民商分立体制的国家还有意大利、日本、荷兰、比利时、西班牙、葡萄牙等国。正如有的学者所指出的：“除了普通法系国家和斯堪的纳维亚国家之外，把私法划分为民法与商法两个分立的体系，在当年似乎是私法的一个基本特征”。^②据统计，迄今为止，大约有四十多个国家制定了独立于民法典之外的商法典。

所谓民商分立，其基本含义是指民法典与商法典自成体系，分别立法，各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。由于自罗马法到法国民法典，私法与民法几乎是同义语，因此有的西方学者将仅有民法典的私法体系称为“一元化私法体系”，而将民法典和商法典并存的私法体系称为“二元化私法体系”^③。二元化私法体系，既是民商分立的结果，也是民商分立的表现。民商分立体制具有四个特点：1.

^① 引自《民法法系的演变及形成》，[美]艾伦·沃森著，李静冰等译，中国政法大学出版社1992年版（下同）第10页。

^② 参见《外国民法论文选》第二辑，中国人民大学法律系民法教研室1985年编印（下同）第34页。

^③ 参见《外国民法论文选》第二辑，第4页。

民法典与商法典并存。从国外立法来看，既有民法典先于商法典而立法的，也有商法典先于民法而立法的。但从中世纪末期欧洲大陆国家的情况看，商法法典化的起步一般要较民法为早。2. 民法与商法的地位和效力不一样。通说认为：民法是普通私法，或者说是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的基本私法，而商法属于民法的特别法。因此，民法与商法的关系，是普通法与特别法的关系。民法的原则和精神适用于商法，但在对商事关系进行调整时，商法优先于民法而适用，即“凡商法典有规定的事项应适用商法典的有关规定，至于商法典没有规定的事项，则适用普通民法的规定”^④。3. 在司法管辖权方面，民事案件由普通法院管辖，商事案件在一些国家归商事法院管辖。4. 在民商分立的内容方面，民法典一般规定总则、权利主体、权利客体、法律行为、时效、债权、物权、亲属、继承等制度；而商法典一般没有民法典那样系统全面的总则，并主要规定商人、商事公司及隐名合伙、商行为、票据、海商、破产、商业裁判权等制度。从调整范围的角度看，人身非财产关系是民法典的重要内容，但商法基本上不予涉及。

二、民商分立的根源

在欧洲大陆法系国家，为何会在近代私法体系中出现民商分立现象，对此学者们解释不一。其实，发掘民商分立的背景和根源，不难发现，与其他任何法律部门的产生和存在一样，商法的存在直接根源于其调整的特殊的社会经济关系的存在。除此之外，历史传统和各种现实因素也是促成这一现象的不可缺少的条件。民商分立，既是当时社会经济关系的需要，也是立法者根据当时社会经济关系的特点构建近代私法体系的需要。

首先，在近代各国制订、颁布民法典之前，民商分立实际上已经作为一种客观现实而存在。自罗马法以来，虽然各国尚未制订民法典，但民事法律规范一直在主导着民事主体之间的财产关系和人身关系，

^④ 参见冯大同主编《国际商法》，中国人民大学出版社1994年版，第3页。

这一阶段，由于存在公法私法的划分，因此民法的称谓只不过被私法而取代。与此同时，由于商人阶层的存在和特殊利益，商人团体的自治规则和私法中的商事规范逐渐发展起来。这便出现了民商分立的萌芽。从法典化的进程来看，在不少国家，商法典要比民法典颁布得早。但为何在很长一段时期内商法规范远不如民法规范那样为人们所重视呢？有的学者分析认为：民法国家在适用中需要一部清楚、权威的商法表述，然而商法正文里没有这些内容，这是因为商法没有达到私法其余部分的同等程度，私法的其余部分是建立在以继受优士丁尼《法学阶梯》这样正宗的基础之上的，并经历了数世纪的学术评价、注释和发展，而商法规范，在法典化之前，却不容易为人所知。^⑤

其次，民商分立也是由商法规范与民法规范的特殊差别决定的。民法规范基本上来源于罗马私法，在近代资本主义商品经济条件下，凡是平等主体之间所产生的财产关系和人身关系，均由民法规范调整。因此，民法规范是平等地保护一切民事主体，而不是保护某一特殊阶层的利益的法律。这一特点是近代民法与近代商法的重要区别，因为商法尽管与民法同属私法范畴，但它主要表现为商人阶层的法律，这就使得商法规范与民法规范具有一些重大的差别。在传统上，直接源于罗马法的许多制度一向被认为属于民法规范，如物权、法律行为、债和合同、继承、婚姻等；而随着商事关系的发展而在商人团体之间发展起来的一些制度，如无限责任、有限责任、票据背书等，则构成新兴的商法规范的内容。

第三，在中世纪的商业关系中，由于贸易倾向于采取严格的特许主义，因此商法的自立及与民法的分立便成为一种自然的历史现象。在罗马法中，商法规范与民法规范融合为一，商法规范其实就是民法规范。在近代法典化浪潮中，按理说衍生出一部可以全面调整资本主义商品关系的民法典即可，但在这一时期却出现了可以与民法典分庭抗礼的商法典，其根本原因就在于商法所调整的社会关系已形成了一种特殊的、不能为民法所调整的关系，这就是商人所从事的商业活动及所产生的商事关系。而在当时的社会背景下，由于国家对贸易采取

^⑤ 参见《民法法系的演变及形成》第5页。

了特许的政策，因此，商人成为这一特许政策的受惠者和执行人。正如有的法学家所指出的：“民商分立的一个更深入的理由是，在中世纪，贸易倾向于严格的特许主义，而且通常只有那些被赋予特权的社团里的成员，持许可执照从事这项活动”。^⑥ 基于此，商法只能适用于商人阶层，而不能普遍适用于社会，这便为商法典与民法典分立准备了物质基础和客观条件。

民商分立以民法典和商法典的分立为显著标志，因此近代大陆法系国家的法典化成就对民商分立具有划时代的开拓性意义。民商分立现象是近代法典化运动的产物。法典化运动是大陆法系国家近代法律制度发展史上的特有现象。在法典化运动中，民法典的诞生具有深远的历史意义，正如艾伦·沃森所指出的：“民法典的问世，开辟了一个新纪元，整个民法法系都因而产生了深刻的变化”。^⑦ “在典型的近代形式的民法典面前，先前的法律荡然无存”^⑧，“民法典以新姿态昂然走上历史舞台，取代了优士丁尼《民法大全》以来的法规”^⑨。另一方面，民法典的诞生给商法典的另立创造了前提条件。尽管在民法典诞生之前，在法国等国家，已经具有商事条例、海事条例等商事法规，但由于近代民法、近代商法都处于孕育发展过程中，因此尚谈不上民商分立问题。法国在制订民法典时，并未将商事、海事等方面的规范予以包容进去，因此给日后的商法典制订留下了十分有利的空间和机会。一些法学家将这种情况称为立法上的“一个最令人吃惊的疏漏”。^⑩ 分析这种“疏漏”的原因，有两点值得注意：其一，法国大革命时期，新兴的资产阶级对商人和商人团体抱有严重的敌意态度，因此民法典中必然不能包括保护商人利益的特殊法律制度，最明显的一个例子是缺乏适合于贸易和商业阶层需要的法人制度。同时，在民法典颁行后，在逻辑上必然导致以往的单行商事法规的消失或效力的终止。其二，“民法典里没有商法的简单原因是商法没有被当成民法来看待，商法已

⑥ 参见《民法法系的演变及形成》第 205 页。

⑦ 参见《民法法系的演变及形成》第 169 页。

⑧ 参见《民法法系的演变及形成》第 205 页。

⑨ 参见《民法法系的演变及形成》第 169 页。

⑩ 《民法法系的演变及形成》第 149 页。

形成它独特的法律传统，它没有明显的与罗马法有关联的祖先。一句话，优士丁尼的《法学阶梯》里没有它，从而法国法理论里也没有它。这一原因同样能解释奥地利民法典和德国民法典里为什么疏漏商法”。^①这就是说，商法不象民法那样存在发源于罗马法中的许多制度，而是具有不同于民事规范的许多独特规范，因而不能为民法典所取代。正因为这种“疏漏”，导致了商法典的建立及与民法典的分立，最终形成了近代法制史上的民商分立现象。

三、民商合一的出现

民商合一的源流可以追溯到罗马私法。由于古代商法规范被包容在罗马私法中，所以形成了两法合体、民商不分的情况。但因近代商法直接从中世纪商人法的基础上发展而来，民商合一是在商法作为一种独立的法律体系的地位已经奠定后相对于民商分立现象而出现的概念，因此现代意义上的民商合一是从十九世纪中叶在西方开始发展起来的。在19世纪的私法发展史上，一方面是民商分立体制得以确立并发展到登峰造极的地步；另一方面又正是民商合一的学术思潮澎湃激荡并结出硕果之时。随着私法统一的学术思潮的泛起，商法有无必要以法典形式独立存在愈来愈受到怀疑，并在一些国家的立法中得到了反映，从而出现了民商合一的立法体制。从1865年起，魁北克省在其民法典中对某些商事内容作了规定，放弃了在民法典之外另订商法典。1881年，瑞士由于宪法上的原因，不制订类似于法、德两国的民法典，而制订债法典，债法典中既包括民事规范，又包括商事规范。荷兰从1934年起实现了民法与商法的实质上的统一，规定商法典的条款适用于所有的人，不论是商人还是非商人，并适用于一切行为。意大利在1942年的民法典中包括了民法与商法的内容。以前苏联为首的社会主义国家在设计自己的法律部门和进行立法时，无一例外地将商法的概念予以摈弃，而只是起草和颁布民法典。

正如民商分立有其特定的社会根源一样，民商合一也有其形成的

^① 《民法法系的演变及形成》第150页。

特定原因和条件。分析起来，主要有以下四个：

首先，自罗马法以来，民法在私法体系中所具有的基础地位和核心作用不但使它在法律制度中坚如磐石、牢不可破，而且还形成了它特有的扩张性和包容性。民法的这种特殊地位和作用，完全是由罗马私法这一基石及其对后世久经不衰的影响所奠定的。从简单意义上讲，优士丁尼罗马法几乎可以与民法划等号，并对中世纪以后的法律学说与法典化现象产生了普遍的、深刻的影响。这种影响主要表现在：从中世纪到文艺复兴时期，由于波伦亚学派法学家的活动以及大量历史原因和社会原因的影响，优士丁尼罗马法逐渐变成了所有拉丁民族和日耳曼民族的共同法。^⑩ 在 18、19 世纪的法典化浪潮中，欧洲各国对罗马法的继受和参考更为显著。法国民法典和德国民法典都是深受罗马法体例和内容影响的产物。直到 1900 年，优士丁尼罗马法在经过教会法、习惯、神圣罗马帝国的法律和新德意志帝国的法律的修改之后，仍在一些尚未颁布民法典的日耳曼国家有效。^⑪ 民法的许多概念和原理，如物权、债权、契约、权利主体、权利能力等，尽管十分古老，但它却能不断适应每一历史时期的经济关系，并通过法律规范的形式表现出来发生作用。尽管随着时代的变迁，各种具有新内容的财产关系、人身关系不断涌现，但民法的许多基本概念、基本原理仍然适用，并不断将这些新的关系纳入自己的调整范围，正是从这种意义上讲，民法具有扩张性和包容性。因此，尽管在近代立法史上，商法脱颖而出而成为独立的部门法，但由于商法没有罗马私法这样坚固的基石和传统，没有一套严密精深的商法理论和商法学说来影响欧洲各国的法律制度和立法活动，那么，这就注定了它的出现，不但不能动摇民法的传统地位，而且面对民法强大的扩张性和包容性，还有丧失自己独立性的危险。一旦在一个国家的理论界和立法部门形成私法一元化的优势力量，民法包容商法的可能性就会变成现实。

其次，随着资本主义商品经济的发展，参与经济活动的主体具有普遍性，法律不宜再以主体身份来提供特定保护，这样，从中世纪以

^⑩ 参见 [意] 彼德罗·彭梵得著《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版（下同），引言第 3 页。

^⑪ 参见《罗马法教科书》引言第 3 页。

来所形成的商人的特殊地位开始逐步消失，从而动摇了商法独立存在的基础。近代商法直接源于中世纪的商人法，商人法是专门调整商人所从事的商业贸易活动的法律和惯例，从严格意义上讲，只要主体不符合商人的范畴，即使它从事的是商事活动，也不应由商人法调整。但这种情况随着法国商法典和西班牙商法典采取客观主义标准，即以商行为为标准来确定商法的调整范围后而发生了变化。这种变化无疑适应了法国大革命后各种政治主体和经济主体要求地位平等，适用法律平等的权利主张。因为随着资本主义生产关系的普遍确立和资本主义商品经济的广泛发展，参与经济活动的主体日益扩大，职业商人垄断商业贸易的局面被打破了。同时，通过立法来保护职业商人的特殊地位的作法已经违背国家立法重在保护社会整体利益的宗旨。因此，在法国、西班牙等国商法中，主体标准不再被采用。商人特殊地位从商法中消失这一现象产生了两个似乎互相矛盾的结果：一方面是这种现象反映了商法的进步性，它已完全从中世纪的封建商人法发展到了近代资本主义商品经济条件下与时代特征相符的商法；另一方面却预示着商法的衰落，因为商法几个世纪以来独立存在的基础正是商人，商法的内容主要是从商人的规则，商人的惯例发展而来。既然商人在商法中已不具有特殊地位，那么它与民法中的权利主体有何差别呢？既然没有本质上的差别，商法典是否独立于民法典之外而存在自然受到了许多学者的诘问。

但是，在大陆法系商法的另一个重要分支——德国商法中，商人的地位似乎不但没有削弱，反而得到了加强。因为德国商法采用了主体标准。按主体标准，商人在商法中居于核心地位，同一行为，商人为之，适用商法；非商人为之，适用民法或其他法律。“以商人及其行为作为商法的调整对象，以及商人在商法中的核心地位，这是德国商法相别于他国商法的决定性因素和标志”。^⑭不容否认的是，与法国、西班牙等国商人地位弱化的趋势相比，德国商法不但没有迎合这一潮流，反而在法典中强化了商人的地位。但是，应当看到：第一，德国商法中的商人概念已经被发展了，它不仅包括属于自然人的商人，也

^⑭ 参见《德国商法》范健著，中国大百科全书出版社1993年版，第39页。

包括合伙组织、法人，特别是各种人合公司和资合公司，因此它的主体范围远远超出了中世纪商法和法国商法中的职业自然人商人的范畴。第二，德国商法本身是对民商合一体制的反叛。由于德国的立宪政体不允许实现私法一元化，加之德国商法比较合适地划分了民法与商法的范围，赋予了商人以扩大的涵义，因此德国法学界普遍认为德国商法是一部比较成功的作品，由此使得民商分立体制在德国始终处于稳固的地位。第三，还应看到的是，即使具有前述两方面的原因，德国商法所采用的主体标准，所采用的商人概念，仍然受到包括德国学者在内的西方学者的质疑，如德国学者哥德法奇密在十九世纪末就曾对民商分立体制和主体标准提出过尖锐的批评，丹尼斯·特伦指出“哥尔德奇密的学说是德国法律体系的最后一次严重冲击”。^⑮

需要指出的是，尽管德国和法国分别采用了客体标准和主体标准，但大前提均为民商分立体制，由于法国采用客体标准，商人的地位弱化了，商法的独立地位受到更大的挑战；而在德国，因其采用主体标准，竭力巩固被充实了新内容的商人的地位，所以其商法的独立地位相对较为稳固。但无论如何也不能否认，传统商法中商人特殊地位已经削弱或不复存在，民事主体权利平等的民法原则已经渗透到所有的商事活动之中，以法典形式为标志的民商分立体制不断受到挑战。

第三，随着时代的进步和经济关系日新月异的变化发展，商法典的内容日益陈旧老化，仅仅通过对商法典本身的改造和修补已经满足不了经济关系的需要，于是大量的商事法规破土而出。独立的商法典逐渐以支离破碎，从而丧失了与民法典分庭抗礼的力量。十九世纪初诞生的法国商法典，不但其立法质量和科学价值不能与民法同日而语，而且由于它在相当程度上重复了1673年的《商事条例》和1681年的《海商条例》，因此，正如丹尼斯·特伦所说：“它是从以前的模式中获得动力，更多地受传统束缚”^⑯，“它代表了封建主义社会与资本主义社会之间的过渡阶段，很快就落后于工业革命的需要”^⑰。面对工业革命给社会经济关系带来的深刻革命，商法典亟需得到及时的修改扩充

^⑮ 参见《外国民法论文选》第17页。

^⑯ 《外国民法论文选》第28页。

^⑰ 《外国民法论文选》第28页。

以适应时代的潮流。但是，从民商分立体制国家对商法的修改扩充来看，一个十分有趣的现象是：“商法的改革不是来自商法典本身的完善，而是来自法典以外的单行立法”^⑬。二战后，法国在1947年曾决定对商法典和其他私法进行全面修改，并设立了专门的委员会，但面对种种困难，1958年终于放弃了全面改革商法典的计划，而宁愿另立单行法规来修正和补充商法。事实上，从二十世纪初以来，关于股份公司、汇票、本票、支票、提单、商标、证券交易、保险、租赁等方面的立法已经是通过单行法规的方式予以制订颁行。在德国，股份法、有限责任公司法、合作社法、证券交易所条例等，均在商法典之外独立存在。在其他民商分立国家，如日本，情况也极为相似，大量单行商事法规在很大程度上架空了商法典的内容，商法典越来越徒有其名。因此，在二元化私法体系的国家，商法尽管在形式上仍是重要的部门法，但它在私法体系中的地位以及对社会关系的调整力度已经不断衰减。商法越来越重要，主要就众多的商事单行法而言，而商法典在立法和司法中已失去了昔日的辉煌。

第四，学术界对民商分立体制的抨击、质疑以及对私法一元化的竭力倡导，对民商合一体制的形成起到了不可忽视的作用。民商分立的形成，由于主要取决于历史因素、法律传统和现实需要，加之尚不可能暴露出分立之后所产生的各种局限和弊端，因此在学术界几乎没有惊起波澜。但民商分立一旦成型构成一种现实的法律体制开始对社会发生作用，学术界似乎在一夜之间就发现了问题，于是民商合流、私法统一的学术浪潮开始在西欧国家泛起。从十九世纪中叶开始，法国、德国、巴西、瑞士、荷兰、意大利等国都出现了力主民商合一的代表人物。但由于法国、德国的私法二元化体制已经形成，要从立法上予以动摇并非易事，因此学术界的质疑无法产生作用，特别是德国，大多数法学家似乎满足现状。但在另外一些国家，民商合一的思潮结出了硕果，瑞士、意大利、荷兰均在立法上实现了民商合一，一些中东和拉美国家也选择了合一体制。前苏联和东欧各社会主义国家尽管不承认私法概念，但也没有民法之外加订商法。正是基于这些现象，

^⑬ 《外国民法论文选》第28页。

有的学者主观地断言：“民法法系的现代趋势是朝着法典统一，包括商法典和民法典统一方向发展”。^①

四、民商分立与民商合一简评

民商分立与民商合一问题，从十九世纪末期开始首先在欧陆国家，后来在全世界范围内引起法学家们的关注与论争。在民商立法还不十分发达的发展中国家，特别是在中国，民商法的关系仍然具有现实意义，因为这关系到商法有无存在的必要，商法以什么形式表现，商法与民法的关系等问题。但从理论与实践的关系来看，民商法关系的论争已远远落后于民商立法实践。在世界范围的民商立法中，民法的商事化，商法的民事化已形成一种普遍现象，这种现象使民商法的实质内容出现了水乳交融的关系，民商法的实际关系并不因为学者们的“分立”或“合一”主张而出现改变。再者，商事法律规范既可以在传统商法典中表现，也可以在商法典之外以单行法的形式表现，这就是说，现代商法规范的存在形式已经具有了多样性。这些情况表明，现代民商法的关系已进入一个新的阶段。在考察民商分立与民商合一现象时，我们认为应重视以下诸因素：

第一，对民商分立与民商合一的理解均不能绝对化，无论是分立还是合一，均不应影响商法规范的存在和发展。换言之，民商分立并不意味着民法典与商法典并存；而民商合一，也不等于否定商法的存在。学者们在探寻民商法的关系时，极易走向极端。倡导二元化私法体制的学者们竭力维护商法典的存在与商法的自立，并断言实现私法统一的国家在实践中未必能如愿以偿；而实行一元化私法体制的国家（如瑞士、荷兰等）的学者则比较满足现状；在我国，有的学者断言“从民商分立到民商合一”是一种发展趋势。^②我们认为，现代意义上的民商分立已经超越了传统民商分立的范畴，即民商分立并不意味着需要制订一部宏篇巨制的商法典，传统商法典的老化、陈旧及其他

^① 参见《民法法系的演变及形成》第206页。

^② 参见《经济法的理论问题》梁慧星等著，中国政法大学出版社1986年版，第117-122页。

弊端已属有目共睹。商法通过大量的商事单行法而存在是当代商事立法的重要表现形式，也是民商分立的新形式。另一方面，不应过高估计传统民商合一体制的优越性。民商合一体制的本来含义是民法包含商法，商法规范被包容在民法典之中，但本世纪初以来，随着大量商事单行法规的颁布，民法完全包含商法的现象已经不复存在，因此民商法在事实上很难合一。正如比较法学家达维德所指出的：“某些国家提倡或实现了民商法合一，在我们看来其重要性同样的有限的”。^①达维德认为：尽管在很多国家民法已经商事化，法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性，但民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义，这是因为：其一，在许多国家（如瑞士、意大利、荷兰），民法与商法在各大大学依然构成不同课程的内容，分别由法学家讲授；其二，商法正在变成受政治与社会方面的考虑支配的经济法，这表明在这里公法与私法密切地交织在一起^②。从我国台湾省实现的民商合一体制来看，实际上这种合一的特征只不过是形式商法（商法典）存在，而大量的单行商事法规并未被“合一”进去。我们十分认同法国学者丹尼斯·特伦的说法：“人们既不能从私法一元化的理论，也不能从民商分立理论中发现至关重要的原理；各持己见的学者都是适应于本国的体制，忽视了这一体制所存在的缺点”。^③

第二，由于民法的商事化，商法的民事化，已经使得民商法的关系愈加密切。所谓民法的商事化，商法的民事化，是指随着民事关系与商事关系的互相渗透或交融，民法规范吸收了许多商事法律规则和惯例，并将调整范围扩充到商事领域，与此相适应，由于商人特殊地位消失，商法日益变成适用于平等主体之间的商业交易的法律，从而使得商法规范具有民法规范的特征。

由此可见，在当代社会，民商法的关系也很难用一个标准将其划分开来。国外有的学者在认为民法与商法的划分不是绝对的或确定的时提出：在商法典缺少民法典那种一般原则和内在一致的情况下，民法典就频繁的被用于填补商法典及其辅助性法律的罅漏。这种情况

① 参见《当代主要法律体系》第84-85页。

② 参见《当代主要法律体系》第84-85页。

③ 《外国民法论文选》第39页。

之多使一些学者开始论及“商法的民事化”，以此表明商法如今已成为民法范围内一个特殊领域。另一方面，民法与商法之间的不同更进一步地为“民法商事化”的相反倾向所减少。^④ 美国学者艾伦·沃森甚至断言：“民法法系的现代趋势是朝着法典统一，包括商法典和民法典统一的方向发展”，商法和民法“它们之间历史上存在的鸿沟不太明显了”。^⑤ 之所以在当代会出现民法商事化，商法民事化的现象，最根本的原因在于商事关系与民事关系的传统界限已被打破。随着生产社会化的发展和参与商业交易的主体的非特定性，商业交易的范围已扩展到工业、农业、不动产、有价证券、期货等领域，对这些领域进行调整的法律法规究竟属于商法还是属于民法已很难定论。总之，民商法的内容相互渗透与同化，已形成当代私法发展的主流。

第三，民商法同属现代私法体系中的重要组成部分，因此民商法同属私法范畴（尽管商法已经具有公法化特征），但民法与商法在其法律表现形式和作用范围方面仍各自具有独立性。我们强调民法与商法的相互渗透与同化，主要是表明两者的内容相互交叉和接近，两者调整社会经济关系的差别日益缩小，两者的功能日益趋同。但是，这并不是说民法与商法已融为一体，彼此不再独立存在。无论如何，民法在当代私法体系中的地位和作用是不可动摇的。虽然民法已经日益商事化，但商事化后的民法将具有更强的生命力和适应性，而不可能变成商法。具有悠久历史传统的民法在充实了现代商事关系的规范后将变得更顺应时代的需要，对现代经济关系的调整将释放出更强大的能量。另一方面，在现代社会，商法的存在并不表明一定要制订一部独立于民法典之外的商法典。各国民商分立的实践证明，无论是商法典的结构与内容，还是商法典在法律体系中的地位，都不能与民法典同日而语。因此，迄今为止，没有任何一部商法典在世界法制史上可以产生象法国民法典、德国民法典那样的划时代意义和影响力、震撼力。商法的民事化，正好反映了商法规范被民法所同化和吸纳的趋势。事实证明，要在民法典之外进行成功的商法典编纂近似于天方夜谭。特别是在商法规范大量脱离传统商法典而独立存在，或新的商法规范在

^④ 参见《比较法律传统》第72页。

^⑤ 参见《民法法系的演变及形成》第206页。

不依赖于商法典而纷纷涌现的情况下，编纂独立的商法典已显得没有什么实际意义。基于这一分析，我们认为，商法规范不应再借助于商法典来表现，而应当表现为大量的单行商事法规。因此，我们可以得出这样的结论：在构建现代私法体系时，民商合一并不否认商法以单行法规的形式独立存在；民商分立并不意味着必须制订单独的商法典。民商合一和民商分立的传统含义已经过时，不能用两者的传统含义来界定包括民商法规范的现代私法体系。

第四，在构建我国的民商立法体系时，既不能模仿传统的民商分立体制，也不能一概借鉴传统的民商合一体制。这就是说，一方面，制订一部单独的商法典的思路不宜采纳；另一方面，否认商法在我国法律体系中的地位或以民法取代商法的作法同样不妥。我们认为：建立和完善我国的私法体系，应当以民法作为基本私法，以具有部门法性质的单行民法、单行商法作为主干，以众多的民事、商事特别法作为辅助而构建（对此，笔者将另文探讨）。当前，我们所面临的重要任务，就是应当及时制订统一的民法典，进一步制订和完善各种单行的民事、商事立法，早日形成适应我国市场经济发展需要的统一而严谨的私法体系。

（本文原载于《中国法学》1996年第5期）

论我国商法的现代化

徐学鹿

作者简介

简历

徐学鹿，男，汉族，1933年7月生。陕西省汉中市人，汉族。
现任北京工商大学商法研究所所长，教授职称。

主要学术成果

《票据法教程》，首都经贸大学出版社2002年。

《商法研究》，人民法院出版社2000年。

《市场主体法基础理论与实务—商法总论》，人民法院出版社1999年。

“进一步完善民商法律”，《法学杂志》1994年第3期。

“论市场经济的立法原则”，《中国法学》1996年第1期。

析“民法商法化”与“商法民法化”——再“进一步完善民商法律”，法制与社会发展1996年第6期。

“商法的几个基本理论问题”，《法学杂志》1999年第1期。

“论我国商法的现代化”，《法学论坛》1999年第2期。

“商法中之诚实信用原则研究”，《法学评论》2002年第3期。

“商法概念多维性研究”，《法学杂志》2002年第1期。

“论现代商法的基本原则”，《法学杂志》2003年第1期。

目 次

一、商法的现代化问题

二、商法现代化的理论陷阱

本文仅对我国商法现代化及影响商法现代化的理论陷阱作一分析。

一、商法的现代化问题

要回答这一问题，首先必须明确什么是现代化。有人认为，“现代化是一个包含了人们思想和行为各个领域变化的多方面进程”^①。还有人认为，“现代化指的是在一个传统的前工业社会向工业化、城市化转化的过程中发生的主要的内部社会变革”^②。20世纪60年代，许多学者已不单纯从经济发展角度进行分析，而是从社会结构的各个方面对现代化的普遍条件、过程和表征进行归纳和探讨。有的学者从绝对和相对两个侧面分析了现代化的涵义，认为“绝对意义上的现代化概念是指社会政治、经济、教育、文化、心理等各方面实现整体的转变，达到一个共同的指标；相对意义上的现代化概念则指传统社会向现代社会转变的每一个过程和步骤，包括人们从心理、思想、政治、文化等各方面摆脱陈腐旧事物的束缚，追求新的变化和发展，作出新的探索和选择”^③。一般人们从相对概念理解，把现代化解释为“一个发展的动态过程和现实活动，相对于传统在时间和空间上的差异”^④。法制现代化是“一个国家或地区从法的精神（或观念、意识）到法的制度的整个法制体系逐渐反映、适应和推动现代文明发展趋向的历史过程”^⑤。法制现代化有内源性和外源性两种模式。“内源的现代化，是由社会自身力量的内部创新，经历漫长过程的社会变革的道路，又称

① 塞缪尔·亨廷顿·变动社会中的政治秩序 [M]. 上海：上海译文出版社，1988.32。

② 戴维·波普诺·社会学（下）[M] 沈阳：辽宁人民出版社，1981.618。

③ 公丕祥·法制现代化研究 [M]. 南京：南京师范大学出版社，1995.173。

④ 公丕祥·法制现代化研究 [M]. 南京：南京师范大学出版社，1995.173。

⑤ 公丕祥·法制现代化研究 [M]. 南京：南京师范大学出版社，1995.7。

内源性变迁，其外来的影响居于次要地位。”“外源或外诱的现代化，是在国际环境影响下，社会受外部冲击而引起内部的政治和思想变革并进而推动经济变革的道路，又称外诱变迁，其内部创新居于次要地位。”^⑥ 法制的基本要素是法律规范、法律程序和法律意识形态，法制现代化即包括这些基本要素的现代化，并且内源性和外源性的不同模式，“在推进力量的性质、变革进程的次序和实际演化的程度”上是有差别的^⑦。例如，内源性模式的推进力量来源于社会内部，其变革是“沿着法律意识形态——法律规范——法律程序的次序发生”^⑧；外源性的推进力量来自社会外部，其变革是“沿着法律程序——法律规范——社会法律意识形态的次序进行”^⑨。有的学者认为：“法制的借鉴是法制现代化的基本规律之一。”^⑩ 认为借鉴包括“现代法的精神（观念、意识）的借鉴和具体法律制度的借鉴。其中，现代法的精神的借鉴更为根本，更具实质意义，它是整个法制借鉴的基础，当然也是最为艰难而持久的一种法制借鉴形式”^⑪。并且明确提出：“如果法制的借鉴根本不涉及法的精神而只在具体法律制度与法律体系展开……传统的法的精神很容易对其进行拒斥、侵蚀、解构和破坏”^⑫。“具体法律制度的借鉴则要看其相应的法的精神是否同时导入以及它们与传统的法的精神的整合情况怎样。”^⑬ 认为“具体法律制度的借鉴一般在两个方面进行：一是法的概念、术语、单个法律规范或制度的借鉴……；二是法律的移植，即对调整某一类社会关系的，以法典形式存在的完整的法律制度的借鉴……应当大量地借鉴西方发达国家充分反映现代经济发展要求与运作规律的成功法制建设经验。对于那些直接反映现代市场经济的共同特点的、实际操作性强、专业技术色彩浓厚的法

⑥ 罗荣渠. 现代化新论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1993. 123.

⑦ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 118.

⑧ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 15.

⑨ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 16.

⑩ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 16.

⑪ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 16.

⑫ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 16-17.

⑬ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 16-17.

律、法规完全可以大胆地直接移植”。^⑭

商法作为一国法律制度中的重要组成部分，同样也包括商法法律规范、商法的法律程序和商法的法律意识形态。同样也存在内源与外源的模式问题以及借鉴与移植的问题。分析我国商法现代化显然也要从这些方面入手。

1. 我国商法现代化的模式。我国商法最早出现在清末光绪皇帝变法维新时，具有外源性模式的显著特征，是在外力推动下匆忙地颁布了单行的商事法律，接着又请外国人帮助拟出了《大清商律草案》。在当时超稳定的经济结构和超厚度的文化沉积面前，外力推动显得力不从心。国民党统治时期按传统法的意识，对刚刚传入的商法制度加以拒斥、侵蚀、解构和破坏，推行所谓的“民商划一”。建国后，特别是改革开放以来，社会主义市场经济定位，从商法现代化模式上表现为外力和内力的共同推进，短时期内颁布了相当数量的商事法律和法规，使商事法律制度在形式上具备了现代特征。一方面，应当看到这些商事法律规范蕴含着现代商法的法律程序和法律意识，它将促使人们重新审视我国商法现代化问题；另一方面，也应当看到在商法领域内法律程序和法律意识并未发生实质性变化，我国商法现代化任重而道远。

2. 我国商法对现代商法的借鉴与移植。我国商法在借鉴、移植中有一个目标、重点和选择的问题。首先应当把借鉴和移植定位在加快我国商法现代化步伐的基础上，借鉴和移植那些能充分反映现代经济发展要求的商法理念和具体商法制度，而绝对不能借鉴、移植实践已经证明是落后的、陈旧的商法制度。其次，在具体商法制度和商法理念上，重点应放在对现代商法理念的借鉴，这是创新我国商法的关键。再次，选择涉及的内容很丰盛，既有具体商法制度、程序，也有商法理念，我们应当选择代表商法发展时代趋势和能与国际衔接的商法制度、程序和理念。借鉴是一个分析、比较的过程，也是一个创新的过程，否则只会停留在原有水平上，不可能有所发展和进步。从这个意义上说，商法现代化是一个动态、发展的概念。我们讲的选择内容丰富，甚至于包括建议、人才、专家等方面的选择。

^⑭ 公丕祥. 法制现代化研究 [M]. 南京: 南京大学出版社, 1995. 16-17.

3. 关于商事法律规范、法律程序和法律意识。我国的商事法律规范为市场主体提供了一套市场行为准则，某种意义上取代了这方面的传统法律规范，尽管这些商事法律规范还存在着这样那样的缺点和不足，但它标志着我国商法在现代化的进程中，已大大地向前迈进了一步。商法的法律程序，从立法的角度来看，已有别于传统的立法程序，采取了一系列的民主、科学的立法措施；从司法的角度来看，通过一系列措施，促进着商法的现代化，如对我国《票据法》有违无因性的规定，司法实践中坚持了票据的无因性，认为“无因性是票据的重要特征”，“票据关系与其原因关系各自相对独立”，从而维护了商法的现代性。商法意识形态是商法现代化的灵魂，它既影响立法、司法，也影响商法的实施。我国已颁布的商法单行法，如《票据法》、《担保法》、《公司法》、《合伙企业法》等，人们都能指出这样那样的一些问题，有的单行商事法律实施效果欠佳，都是与缺乏现代商法意识形态有关。

总之，商法的现代化和现代商法理论有着密不可分的关系。我国在短时间出台了相当数量的商事法律，已经有了较为丰富的商法实践。在实践的基础上，我们再来进行商法现代化的理论研究，从实践到理论再到实践，实现我国商法现代化是完全有条件的。

在商法发展的时代划分上，把《美国统一商法典》作为现代商法的标志，可以从商法立法模式的选择、程序、指导思想、原则、特征，直到具体法律制度，作一些比较研究，提出一些有开创性的我国商法现代化的理论或见解。

我国商法现代化的标准是什么？为了能给商法提供一个科学的现代化标准，笔者列举 10 对方式变项，作为研究商法现代化标准的思路。

第一，商法在法律体系中是基本法还是特别法。如果是基本法，标志着这种商法是市场经济的商法，市场主体和市场行为是普遍的主体和行为；如果是特别法，说明市场交易关系未同家庭人身财产关系分开，这种商法是简单商品生产完善法的组成部分，是商品经济没有发展到市场经济时期的商法，市场主体和市场行为都处于从属地位。

第二，市场主体在除外规定上，是协议可以改变法律，还是不可

改变法律。现代商法中市场主体是完全的主体，有至高无上的权力，包括可以通过协议改变法律；传统商法中市场主体是民事主体的特殊主体，附属于民事主体，至多与民事主体共享契约自由，是不完全的主体。

第三，商法是资本（智力）经营法，还是营利法。现代商法的对象是社会化大生产、知识经济时代的市场交易关系，其市场行为的性质是资本经营行为或智力经营行为；传统商法受科技发展水平和狭小市场的制约，着眼于小打小闹的营利。

第四，市场行为是靠自律还是靠他律。自律的市场行为是商人成为市场主体的前提，是作为完全的主体的标志；传统商法的商人之所以是不完全的主体，集中表现为他律性。

第五，市场主体是强化素质，还是强化身份。市场经济条件下，市场主体是普遍的主体，没有必要强化身份，适应科学技术日新月异的发展，必然是强化素质；传统商法为了区分民事与商事两种不同身份和行为，必须强化商人的身份。

第六，是商事合同与消费者合同分离，特殊保护消费者，还是不分离，平等保护。随着经济交往规模的迅速发展，商事合同的规模扩大、内涵复杂、专业性强，加之科技的飞速发展，消费者在市场交易中成为弱者，要求区别商事合同与消费者合同，对消费者特殊保护；传统商法受经济和科技发展水平的局限，不区分商事和消费者合同，消费者和商人都是民事主体，即平等主体，给以平等保护。

第七，是合法行为法优先，还是不法行为法优先。现代商法追求的是效率，宽容、兼容是其特征，不轻易否认市场行为的有效性；不法行为法优先，与国家的幼年时代总是一个无法抑制的强暴时代有关，与商法纳入国家法律体系后不成熟有关。

第八，商法规范是开放式与国际衔接的，还是封闭式的自成体系。现代商法的同义语就是新的商人习惯法，就是商法的国际统一，商法在全世界都应是相同的；大陆法系传统商法受罗马法的影响，具有保守、狭隘、民族性及浓厚形式主义的特征，作为特别法与普通法共同构成一个封闭的体系。

第九，商事权利救济是自裁机制为主，还是他裁机制为主。现代

商法在性质上属于“自治”法，自治规则只有通过仲裁协议加以补充才是实际可行的，因此充分发挥仲裁的机制，是现代商法的标志；传统商法是国家强制法，仲裁是商事权利救济的主要手段。

第十，商法是私法还是公法或私法公法化。现代商法适应现代经济与科学技术的发展，是私法，科学技术越发展越要求细分化，法学适应这种发展也要对不同法律部门确定一个科学的边界，商法的科学边界就是私法，而且是市场交易关系领域内的私法；传统商法由于受简单商品生产完善法理念的影响，总企图包容一切、统帅一切，或者通过“化”的途径把触角伸向其他部门法的领域，这必将有损于内部合谐统一法律体系的建立。把私法公法化的“公”留给经济法这一新的领域，把市场交易关系领域以外的私法留给民法，让各种部门法都发展，让适应这些部门法的法学都繁荣，这应当是现代科学的基本要求，也是研究商法现代化标准的基本立足点。

二、商法现代化的理论陷阱

我国实行改革开放后，商法问题重新被提出来，却陷入了是民商分立还是民商合一的旷日持久的争论。有学者以国民党“民商划一报告书”所持的观点，主张“民商合一”，但丝毫也没有超过“报告书”的8点理由。另有学者则在不同场合，以不同方式主张“民商分立”。也有学者既批评了“民商分立”的观点，也批评了“民商合一”的观点，但是并没有提出一个既不同于“分立”、也不同于“合一”的观点，最终还是表明其赞成“合一”的观点，并为“合一”如何消化“分立”提出了对策^⑤，那就是“大家都这么说”，从而把它变成“真理”。笔者认为，对“民商合一”或“民商分立”问题的争论，从理论上说是一个陷阱。因为无论是“民商合一”还是“民商分立”都丝毫不触及问题的实质，“民商合一”取胜，商法是民法的特别法；“民商分立”取胜，商法仍然是民法的特别法。因此，问题的实质在于商法是否是民法的特别法，我们必须围绕这一点展开讨论，才能抓住商法

^⑤ 中国法学，1996，(5)。

现代化的要领，才能触及商法问题的实质。

1. 什么是特别法。据《牛津法律大辞典》的解释：特别法是“指非普遍适用的法律，因此，其仅仅包括地方性法规、属人法法令或私法法令。在《共同条款法》中，那些以后才能通过的涉及到某项具体问题且包括有关条款法的具体法规通常称为‘特别’法”^⑥。国内学者认为：特别法是“指适用于特定时期、特定地区、特定人或特定事项的法律。按法律的空间效力范围的不同来划分，属于全国范围生效的法律是普通法，只在国家某一地区生效的法律是特别法（如地方性法规）。按照法律对人的效力的不同来划分，对全国一切人均有效的法律是普通法，只对部分人有效的是特别法（如军事法）。按照法律生效时期的不同划分，和平时期的法律是普通法，战争时期的法律是特别法”^⑦。由此可见，特别法是非普遍的法律，即适用于特定时期、特定地区、特定人或特定事项的法律；是在普通法生效以后颁布生效的法律；在地域范围上，特别法仅适用于特定的地域范围；在对人或事的效力上，特别法仅适用于特定的人或特定的事项。用以上四条标准来衡量，大陆法系的近代商法属于特别法，以法国、日本为例，民法典均在商法典颁布之前；民法典对所有的家庭人，商法典仅对家庭人中具有商人身份的人；民法典对所有的民事，商法典仅对民事中的特定的商事。惟独在地域范围上，二者都是全国范围，所不同的是民法典是全国范围的民事，商法典是全国民事范围中所包含的商事。这里有两点需要说明，一是颁布时间先后是指所谓同一性质的法律，如民法和商法，而不是指民法和刑法，无论二者谁在先谁在后，都不存在特别法与普通法的关系；二是特别法与普通法，这里的普通法仅指大陆法系的普通法，至于英美法系的普通法是另外一个概念。

2. 大陆法系商法是民法特别法构想的由来。民法是一种血缘关系的立法，罗马法有宗法原则的色彩，法国民法典有宗法原则的色彩，中国从《大清民律草案》到国民党政府的《民法典》都有宗法原则的色彩。其构想就是家庭本位，市场交易关系附属于家庭人身财产关系，是家庭人取得财产的一种方法。交易对家庭人身关系来说是一种特殊

⑥ 牛津法律大辞典〔Z〕.北京：光明日报出版社，1988.845.

⑦ 江平.中国司法大辞典〔Z〕.长春：吉林人民出版社，1991.4.

关系、特殊事项，是由家庭中具有特殊身份的人——商人进行的，其行为是家庭民事行为的一部分——商事行为。这种构想与简单商品生产相联系，由此而产生的法，被称为简单商品生产完善的法，这在简单商品生产条件下是合理的、可行的，一般也不会发生什么矛盾。因此，被认为是“以私有制为基础的法律最完备的形式”^⑧，是“商品生产者社会的第一个世界性法律”。^⑨“最完备”表现为它全面调整家庭人身财产关系，对简单商品生产者一切本质的法律关系作了无比明确的规定，资本主义社会的家庭人身财产关系得到了全面的调整，因此，“它也包含了资本主义时期大多数法权关系”，被“巧妙地运用于现代的资本主义条件”^⑩，“以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改”^⑪。小商品生产者也是商品生产者，简单商品生产者完善法当然是第一个世界性法律。然而，一是我们不能忘记这种构想为谁所设计：是“为皇帝制定了空前卑鄙的国家法”^⑫；二是这种构想的目的，在于通过法律固定不平等，因为“人们的不平等比任何平等受重视得多”，如果认为“自由民和奴隶、公民和被保护人、罗马的公民和罗马的臣民，都可以要求平等的政治地位，那么这在古代人看来必定是发了疯”^⑬；三是这种构想所处的社会，是生产力十分低下的简单商品生产社会。当拿破仑把这种为皇帝设计的“空前卑鄙”的构想交付审议时，遭到了强烈的反对和激烈的争论。把一个适应简单商品生产的法律，强加给商品生产已经超出家庭范围的资本主义社会，正直的人们必然站出来反对。值得我们思考的是，《法国民法典》所确立的商法是民法的特别法的模式，影响了许多国家，有的国家如《日本商法典》第1条明确作了规定。两个世纪过去了，这种模式尚未完全退出历史舞台。鉴于这种模式对我国的影响，有人在批评《大清民律草案》时指出，“生搬硬套西方国家的民事法律制度……而此等法典之得失，

⑧ 马克思恩格斯全集（第3卷）[M].143。

⑨ 马克思恩格斯全集（第4卷）[M].248。

⑩ 马克思恩格斯全集（第3卷）[M].395。

⑪ 马克思恩格斯全集（第21卷）[M].454。

⑫ 马克思恩格斯全集（第19卷）[M].333。

⑬ 马克思恩格斯全集（第3卷）[M].143。

无社会经济消长盈虚，影响极巨，未可置而不顾……适成‘恶法’”，同时指出：“我国《民法通则》也未能免‘俗’”，并发出“问题的焦点仍然是：民法究竟应扮演何种角色”的呼喊^④！究竟为什么要把家庭关系与市场交易关系搅混在一起？家庭关系统帅市场交易关系在简单商品生产（小商品生产）条件下有其合理性，在商品经济特别在市场经济条件下还有其合理性吗？建立在调整血缘关系基础上的民法与调整市场交易关系基础上的商法，怎样才能最大限度地发挥各自的调整功能？因此，对这一问题分析的最后落脚点是：大陆法系商法是民法特别法的构想来源于简单商品生产，这种构想完全符合简单商品生产的实际。民法是简单商品生产完善法已成经典结论，但由于我们把注意力过多集中于“完备性”、“世界性”、“巧妙地”等用语，从未认真考虑过简单商品生产的特征、涵义，就这样把简单商品生产条件下合理的法律模式，误认为在发达的商品经济，甚至市场经济条件下也是合理的。发现真理在于结合实际认真思考，拿破仑制定的五个法典，为什么其他四个法典的质量都不如民法典，除了其他原因外，一个很重要的原因是民法典反对意见很多，迫使拿破仑认真考虑。而其他四部法典是在他称帝后陆续颁布和生效的。

3. 商法是民法特别法模式的不可取性。商法现代化的依托，除了科学技术的飞速发展所提供的现代经济基础，即现代化的实践外，需要现代化的理论予以支持，这方面除了商法学界自身的努力外，还寄希望于法理学界，法理学界对法制现代化的研究，已取得了明显的成就，为商法现代化提供了理论支撑。广大民法学者经过精心研究后，也会得出科学的结论。这就是说最终会达成商法是民法特别法模式不可取的共识，对民法和商法作出科学的定位，在社会主义市场经济调整中发挥各自应有的作用^⑤。为此，有必要具体分析其不可取性。

首先，这种模式是一种过时的、陈旧的、落后的模式。从诸法合体到各国的法律体系，是一个进步。商法的特殊性在于它根植于希腊海商文化，从一开始就与民法毫无关系，表现为中世纪商人习惯法，其国际性是其天然属性，也是商法调整的市场交易关系与其他社会关

④ 陈晓枫：《中国法律文化研究》[M]。郑州：河南人民出版社，1993.143, 456, 422。

⑤ 刘凯湘：《论商法的性质、依据与特征》[J]。现代法学，1997，(5)。

系的显著不同点。商法纳入国内法后，一是应当充分考虑它的国际性；二是应当充分考虑它调整的交易关系不同于一般社会关系。正因为这两者都没有得到充分的考虑，把商法与家庭人身财产关系搅混在一起，忽视商法调整对象、调整方法的特殊性，从而统统附属于“民事”，作为一个部门法的附属部门。在科学技术不发达的情况下，其不合理性并不明显。但在世界一体化、经济全球化的新时代，这种不合理性则明显地暴露出来了，说商法纳入国内法律体系比其他法律部门受的损害都严重一点也不过分，不应该将一个具有国际性的调整交易关系的法律部门，沦为调整家庭血缘关系的附庸。

其次，这种模式既不利于民法现代化，更不利于商法现代化。科学的分工是社会的进步，也是现代化的有效途径。调整的社会关系越泛越好的思想，是一种简单商品生产思想在现实中的具体反映。为什么长期以来在什么是民法上总是闪烁其词，概括不出一个科学的概念，就是这种贪多、贪宽、企图包容一切造成的。商法在经济全球化的浪潮面前，现代化是迫在眉睫、不可避免的。商法相对于传统在时间和空间上的差异，就是把近代商法融于世界一体化的大潮中，重新恢复商法的国际性，造就现代商法。商法是民法特别法的模式是不可能继续坚持下去的，因为它不利于民法、商法的现代化。

最后，这种模式既不利于物质文明建设，也不利于精神文明建设。家庭人身财产关系与市场交易关系搅混在一起，既不利于民法也不利于商法的内部和谐，必然加大立法、司法、行政执法的成本，特别是容易混淆各种界限，不利于充分发挥二者在两个文明建设中的正确导向作用^⑥。

因此，没有一个现代国家会认为商法是特别法的观点是正确的，商法“应该是有理智的商人们的共同意识”^⑦。

(本文原载于《山东法学》1999年第2期)

^⑥ 徐学鹿：充分发挥法制在精神文明建设中正确的导向和规范作用——三论“进一步完善民商法律”[J]．中国商业法制，1997，(4)。

^⑦ [英]施米托夫：国际贸易法文选[M]．北京：中国大百科全书出版社，1993.138，97。

论商法的传统与理性基础

——历史传统与形式理性对民商分立的影响

李永军

作者简介

简历

李永军，1964年10月生，山东人。民商法博士，博士后，教授，博士生导师，中国法学会民法研究会理事，中国《破产法》起草小组成员。

主要学术成果

《合同法原理》，公安大学出版社1999年版。

《破产法律制度》，中国法制出版社2000年版。

“我国合同法是否需要独立的预期违约制度”，《政法论坛》1998年第6期。

“重申破产法的私法精神”，《政法论坛》2002年第3期。

“私法中的人文主义及其衰落”，《中国法学》2002年第4期。

“论商法的传统与理性基础”，《法制与社会的发展》2002年第6期。

“从契约自由的基础看其在现代合同法上的地位”，《比较法研究》2002年第4期。

目 次

- | | |
|--------------------------------|--------------------|
| 一、问题的提出 | 三、形式理性对商法典形成的影响 |
| 二、商法典产生的历史基础 | (一) 什么是法律的形式理性? |
| (一) 商人阶层是商法典产生的基础 | (二) 形式理性的合理性 |
| (二) 商人在封建与宗教的秩序中寻求地位是商法产生的内在动力 | (三) 形式理性在商法典形成中的作用 |
| (三) 商事规则难以为民法所包容是商法生存至今的重要原因 | 四、形式理性与商事习惯结合下的商法典 |

一、问题的提出

在我们今天建设法制社会的进程中，私法体系的构建是其重要的组成部分，而民法与商法则构成了私法的基本架构。那么，民法与商法究竟是什么关系？在民法典之外是否需要制定商法典？对此，有两种截然相反的观点：即肯定说与否定说，前者为民商分立，而后者为民商合一。对于这一问题，我国学理上争论激烈，并均持之有故。我们不仅要问：民商分立是一个理性的选择，还是一个自然的历史过程？是科学的分类还是历史分类？如果真的像许多学者认为的那样——商人阶层以后，并没有合乎逻辑地消失而自然地民商合一，而是在民法典之外独立为法典？即使是在今天西方许多学者呼吁建立民商合一的具有法典化传统的国家，也只是“雷声大而雨点小”，象德国、法国这样的较早地拥有民法典的国家，民法与商法的合一也没有完成。为什么每一民法学者在编写民法教科书时，内容几乎是一致的，而编写商法教科书则有这么大的差异？这种取舍是有根据的，还是任意的？由此可见，理性与单纯的价值判断并不是推动民商合一的全部因素，更不是决定的因素，而历史与传统才是商法产生的基础，也是其存在

的基础，也是民商分立的真正支持，也许正是历史与传统的因素真正阻碍着民商合一。本文拟从商法产生、发展与存在的历史性因素及形成过程中的形式理性因素来考察民商分立的真正原因。

二、商法典产生的历史基础

(一) 商人阶层是商法典产生的基础

从一般意义上说，商法是指规制商事主体及商事行为的法律规范的总称。从商法的内容看，商人与商行为是商法典中的两个最基本的部分。有的国家在制定商法典时，是从商人入手的，例如，《德国商法典》中制定者以“商人”为出发点。德国学者在解释这一出发点的时候，认为，《德国商法典》的制定者持有一种十分陈旧的观点，即一个社会中的不同职业构成了相互独立的身份集团，而每一集团都有其专门的法律。《德国商法典》第一编就是关于商人身份的规定。有的国家则是以“商行为”作为出发点的，如法国1807年商法典。^①有的则以商人与商行为作为共同出发点的，例如，日本商法典。但是，不管哪国的商法典，实际上是包括商事主体及商事行为两部分内容的，德国商法典与法国商法典莫不如此。可以说，商人阶层是商法典产生的基础。

中世纪的商法是以调整商人阶层为对象的，故商人这一阶层的出现是商法产生的基础。美国学者伯尔曼认为，商人阶层的出现是新商法发展的一个必要前提，许多商事交易规则离开对商人集团的依赖是不可能出现的。伯尔曼以列举性的实例指出：近代商法体系的结构性要素如果不是绝大多数形成于这个时期，那么，至少也有许多是形成于这个时期。某些为当时所有的法律体系所共有、并适合于商人共同体特定需要的基本法律原则，蕴涵于某些要素之中。这些原则包括诚信原则和共同人格原则，前者尤其表现在各种新的信用手段，后者则特别表现在创立了各种新型的商业联合体（如有限合伙）。以票据为例，无论是可流通信用的票据的概念还是做法，对于古罗马法或者日

^① [德] 罗伯特·霍恩等著，楚建译：《德国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版，第232页。

尔曼法来说均是无知的。它由 11 世纪晚期和 12 世纪的西方商人创立，而这当然是对那时出现的发达商品商场的一种反映。然而，要作出这种反映，必须有一种信用本身的储备，因为假如没有信用，或者说假如不信任组成市场的人的共同体将来，那么就既不会有信用票据，也不会有体现于其可流通性中的那种特别信用了。假如对于所有债权人和债务人所属的社会共同体的完整性和持久性没有一种高度民主的信奉、信任或者信赖，那么把债务人将来的义务从一个债权人转移到另一个债权人的制度就无法产生和维持了。的确，只有这种对商人共同体的将来的信奉，才可能使即刻支付的价值与晚些日子支付的价值相比量。^② 也就是说，在非即时清结的交易中，一人先支付价款，而另一方则晚些日子交货，这样的交易如果没有对商人共同体的信赖，是难以成立的。另外，破产制度的产生也与商人团体有密切关系。因商业性风险较大，故对于信用体系的保障手段的破产法就必不可少。早期的各国破产法均仅仅适用于商人，称为“商人破产主义”。

中外法学家一致认为，近代商法起源或者完成于中世纪。伯尔曼指出：正如封建庄园法的性质一样，11 世纪晚期和 12 世纪也是商法变化的关键时期。正是在那时，近代西方商法（即商人法）的基本概念和制度才得以形成。正是在这个时候，西方商法获得了作为一种结合了各种原则、概念、规则和程序的体系的特征。与商事关系相联系的各种权利义务逐渐被自觉地看作是一种完整的法律体系商法的组成部分。许多不同的商事法律制度，如票据、有担保的债权和联营，在那时得以创立，它们同那时重加塑造的许多古老的法律制度一道，被认为构成了一种独特、连贯的体系。更为重要的是，商法在西方才第一次逐渐被人们看作是一种完整的、不断发展的体系，看作是一种法律体系。^③ 在此之前，也有许多商事交易规则，但均未达到被作为体系化对待的程度。作为历史的考察，11 世纪的商法必然孕育于之前的社会中。为什么之前的社会也有商人却没有形成体系化的商法呢？

② [美] 伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 427 页。

③ [美] 伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 406、424 页。

11世纪前的商人的社会地位决定了商事规则的地位。泰格和利维两位学者描述了当时商人的地位：约在公元1000年左右，商人在西欧初次出现时，被称为“泥腿子”，因为他们带着货物徒步或者骑马四处奔波，从这个城镇到那个城镇，从这个集市到那个集市，一路售卖货物。在封建领主的大厅里，商人乃是被嘲笑、愚弄、甚至是憎恨的对象。利润，即商人买进卖出的差价，在那时的社会被认为是不名誉的，那个社会赞誉的是高贵的杀伐之功，敬重的是靠辛苦和勤劳生活的人。获得利润被视为高利贷的一种形式，人们因此认为，商人的灵魂是要进地狱的。商人为了保护自己及货物免遭贵族恣意蹂躏和掠夺，感觉到必须保护经商的条件。如果要从从事有秩序而又经常性的贸易，就必须有一种制度，即可保障人身安全，又使得贷款、保险和汇兑都可能办理。^④正是在11、12世纪商人作为一个阶层出现，才为商法的产生奠定了基础。

（二）商人在封建与宗教的秩序中寻求地位是商法产生的内在动力

商人所渴望的那种从事有秩序而又经常性的贸易的安全保障的理想与现实生活相差太远，因为中世纪的欧洲实际上仍然处于封建法与寺院法的支配与控制之下，商人在商事活动中遇到的法律障碍很大：第一，封建势力下的法律，不仅不认可交付行为无因性原则，而且允许连带债务可以分别偿还，甚至允许卖主可以低于市价过半为由而撤销其买卖行为。第二，寺院法的一些规定也不利于商人。这些规定不仅严禁放贷收息，而且不准借本经营。商业投机和各种转手营利活动都是违法行为，受到明文禁止。甚至连诸多非生产性中介商活动，正常的债权让与及交易也被认为是违法的。对于这些规定，商人当然难于忍受和接受。^⑤

所以，商人是社会与法律的弃儿，商人就谋求与这种制度的妥协，而从中牟利。随着商人团体的壮大，这一阶层中具有法律意识的人就谋求在封建体制之内，寻求其正当地位。他们利用各种手段，从教会和世俗两方面的王公权贵手中得到种种让步，以便建立自由贸易地带。

^④ [法]泰格利维著，纪琨译：《法律与资本主义的兴起》，学林出版社1996年版，第4页。

^⑤ 覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社1999年版，第34页。

在这一过程中，商人为自身订立了一些法律规则，为自身利益服务，处理他们之间的纠纷。

在欧洲的许多地方，商人以自身特有的手段在宗教与世俗权力之间寻求发展空间。泰格和利维两位学者描述道：在欧洲许多地方，国王与商人结盟，商人支持国王的立法和司法权力，以期获得统一规定有利于在广大地域从事贸易的法律。商人要获得利益，便报以纳税，并在很多情况下给予国王巨额贷款，以供其对外推行军事政策。教会也清楚地认识到，商人所经营的自由贸易乃是影响社会稳定的强烈腐蚀剂。如果说，古代教义曾经教导人们说：经商就是罪恶，那么现实政治则教导人们：贸易正威胁着封建制度。但是，教会对于由于贸易而积累起来的巨大财富不能熟识无睹，只有染指其中，教会统治者就能盖教堂和大学、过他们已经习惯了的生活。虽然商人有时会使教会感到难以忍受，但在另一些场合，教会便力图将商业纳入到它那个神学、道德与法律无所不包的体系中。^⑥

如果说，在历史上有一事件最大限度地巩固了商人的地位和促进了商法的发展的话，那就是“十字军东征”。“十字军东征”是为了夺取商路和传播市民意识形态，促进欧洲的商法复兴。用泰格与利维的话来说，“十字军东征”所代表的乃是与军事胜利无关的经济机会。然而，这种以东方贸易增长为代表的机会，若无法律和制度的体制保障，就难以利用。必须有法律与体制才可容许共同集资投入大规模海上和陆上事业，保证已筹集必要资本的商人能够受到保护，并为如何来自东方的货物交换成来自西方的货物作出规定。具体说来，“十字军东征”具有三大成果：（1）意大利各城邦的大商人开始进行斗争，为了争取掌握政府权力，或者争取受保护，以便容许他们从事贸易。（2）这种权力乃是由于认可诸如热那亚“海会”之类的经商方法，以求能够利用增加了的东方贸易所提供的金融机会。（3）罗马法有关契约和

^⑥ [法] 泰格利维著，纪琨译：《法律与资本主义的兴起》，学林出版社 1996 年版，第 39、44 页。

所有权的各项原则得到再现，为扩大贸易关系提供了一个法律保护构架。^⑦

（三）商事规则难以为民法所包容是商法生存至今的重要原因

商事规则虽然有自己形成的特殊历史背景和独特性，但是，如果这些规则和特殊性能与民法找到统一的基础并能够为民法所包容，那么，商法典的独立性就真的值得怀疑，商法典也就会合乎逻辑地消亡。但情况却恰恰相反，商事规则不能为民法所包容。就像美国学者伯尔曼所指出的，古罗马法学家也承认，许多契约不是由市民法支配而是由包括市民法在内的习惯法所支配。市民法是适用于那些非罗马公民的属于诸民族的习惯法。的确，正是这种市民法支配着罗马帝国范围内的绝大多数类型的商业将交易，尤其是那些涉及远距离货物运输的商业交易。罗马帝国商业习惯法的一些规则和罗马帝国市民法的一些规则独立于优士丁尼的法律文本之外，但它们从5-11世纪一直存留于西方^⑧。艾伦·沃森认为，民法典有许多疏漏，在这些疏漏中，一个最令人吃惊的疏漏是对商法的忽视。从理论上说，把商法并入民法典应该是特别容易。但是，法国却在1807年有了自己的商法典。民法典里没有商法的简单原因是商法没有当成“民法”来看待，商法已经形成它独特的法律传统，它没有明显的与罗马法有关联的祖先。一句话，优士丁尼《法学阶梯》中没有它，从而法国民法理论里也就没有它。这一原因同样能够解释《奥地利法典》和《德国民法典》里为什么疏漏了商法。^⑨

由于商事规则不能为民法所包容，而商事规则无论从国家的经济

^⑦ 正是“十字军东征”这样一个历史事件，极大地促进了商业的发展，壮大和巩固了商人阶层的地位。这样，商人自身的法律便较为堂而皇之地登上舞台，成为与其他法律体系相独立的体系。总之，商人由于地位低下而为封建体制与宗教所不容，在当时的法律制度下找不到保护自身利益的规则与法律制度。于是，一方面，商人与世俗权力及宗教妥协，另一方面制定保护自身利益的规则。而这一规则必然为当时制度与法律所不容。商人以坚韧的精神与特殊的手段在封建秩序与宗教权力中寻求自身生存与法律制度发展的空间，并以金钱作为力量和武器与封建势力及宗教权力谋求共存。“十字军东征”巩固了商人及商人法的地位。

^⑧ [美]伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命》，中国大百科全书出版社1993年版，第413页。

^⑨ [美]艾伦·沃森著，李静冰、姚新华译：《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1997年版，第166页。

发展，还是对已经登上历史舞台的商人阶级的利益来说，都必不可少。同时，由于商事习惯规则极不统一，造成了商业贸易的困难。就像伏尔泰对法国的描写一样：“此事在这个村庄是正确的，而在另一个村庄却变为错误的，难道这不是一桩荒唐可笑而又令人畏惧的事情吗？同胞们不是在同一法律下生活，这是多么奇特的野蛮状态！在这个王国里，每当你从一个驿站到另一个驿站就出现这种情况。在每次换乘马匹的时候，适用的法律也就变了。”^⑩ 法律统一的实际需要和民法不能包容，制定独立的商法典也就顺理成章了。

但是，我们应当清楚，仅仅有传统和需要，如果没有体现形式理性的法典化传统，那么商法规则也许会走向另一种形式，即不是以法典化的商法典为表现，而是以单独法规体现。因此，形式理性是商法典得以形成并与民法分立的重要原因之一。下面我们就来分析大陆法系的形式理性对商法典形成的影响。

三、形式理性对商法典形成的影响

（一）什么是法律的形式理性？

法的形式理性主要是指由理智控制的法律规则的系统化、科学化以及法律制定与适用过程的形式化。^⑪ 形式理性的法律思想代表了高度民主逻辑的普遍性思维，是一种体现“制度化”的思维模式。这种制度化的思维模式在立法上试图制定逻辑清晰、前后一致、可以适用于任何实际情况的完美体系。D·M 特鲁伯克把形式理性解释为：法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上，形式上达到那么一种程度，法律制度的内在因素是决定性尺度；其逻辑性也达到那么一种程度，法律具体规范和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里，那种思维富于极高的逻辑系统性，因而只有从预先设定的法律规范或

^⑩ 转引自 [德] K·茨威格特著，驾卫方等译：《比较法研究》，贵州人民出版社 1992 年版，第 152 页。

^⑪ 黄金荣：《法的形式理性论》，《比较法研究》2000 年 7 月第 3 期，第 6 页。

者原则的特定逻辑演绎程序里,才能得出对具体问题的判断。^⑫用德国学者马克思·韦伯的话来说,只有采用逻辑解释的抽象方法才有可能完成特别的制度化任务,即通过逻辑手段来进行汇集和理性化,使得具有法律效力的一些规则成为内在一致的抽象法律命题。这种形式理性的法律可以归结为以下五个特征:(1)任何具体的法律都是抽象的法律命题对具体的“事实情事”的适用;(2)在每个案件中都能够通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题中推演出具体的裁决;(3)法律必须是“完美无缺”的体系,或者假设如此;(4)不能从法律上构造的问题就没有法律意义,^⑬即法律只处理法律规定的事实;(5)人们的每一种社会行为都是对法律的“适用”、“执行”、或者是“侵权”。^⑭

法律的形式性是法律形式理性的一个重要特征,这种形式性在法律中主要体现在两个方面:首先,法律应以有形的、可以感觉到的、具有外在性的方式表现出来;其次,组成法律的是一些可能远离具体事物和行为的高度抽象的法律概念和命题,法律的适用有赖于对抽象法律概念和规则的逻辑分析以及从规则到具体判决的形式逻辑推理。这样由法律程序保障和形式主义适用要求的形式性终于得以贯彻于立法与司法的始终,法律的确定性也就得到了最大限度的保障。^⑮

形式理性的法律只有在与实体理性的法律相对的关系中才能得到更好的理解。实体理性的法律类型在立法上往往对法律规范与道德、政治规范不加区分,在司法上法律的适用倾向于屈从于实体的道德、政治原则的评价,因此法律缺少独立性、确定性。这种法律总的说来是“实体性”的。而形式理性的法律则相反,它坚持法律的相对独立性,在法律规范与实体性的道德、政治原则的关系方面倾向于排除实

^⑫ [美] 艾伦·沃森著,李静冰、姚新华译:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社1997年版,第32页。

^⑬ 任何法律关系都是法律调整的结果,如果一种现实中的事实不能与法律制度中的抽象事实相联系,这种现实中的事实就不是法律所调整的问题,也就没有法律意义,而只能是非法律规范调整的对象。这是法典化的成文法所具有的基本特点,也是形式理性的特点。也正是这一点常常受到来自各个方面的攻击。——作者注。

^⑭ [德] 马克思·韦伯著,张乃根译:《论经济与社会中的法律》,中国大百科全书出版社1998年版,第62页。

^⑮ 黄金荣:《法的形式理性论》,《比较法研究》2000年第3期,第5页。

体性要素的干扰。^⑥ 形式理性的法律在适用上，要求法官必须严格执行“形式法”，至于正义、公平之类的因素是立法者而不是法官考虑的因素。法官只能依据形式理性的法律规范，依照“三段论”的司法模式得出确定的判决。

（二）形式理性的合理性

形式理性的哲学基础是对人类认识能力和理性的高度信赖，相信人能够通过自己的认识能力和理性创造一个相对独立于现实世界的抽象制度王国。在这个王国里，抽象制度中的“事实”能够与现实世界中的事实对应，能够解决现实世界中的所有问题。19世纪各国大陆法系民法与商法法典化的时代，正好反映了这种理性主义之上的思潮。但是，人类的理性毕竟有限，以法典化解决一切的理性也只能是一种完美的理性，在现实世界中无法完全实现。所以，法律的形式理性受到了各种各样的批评，霍姆斯之“法律的生命从来就不是逻辑而是经验”著名论断，可以看成是对法律形式理性的最经典怀疑。美国学者庞德也认为，人们过去认为可以发现一个确定的、永恒的原则体系。从这个体系出发，通过纯粹的逻辑运算，一个包罗万象甚至连每个细节都完美无缺的法律体系可以推导出来。立法者的任务就是用法典的形式推广这个推论。他们还认为可以通过理性而一劳永逸地发现这些原则，因为这些原则只不过是抽象的人生的表现而已，也是抽象的个人行为内在的理性原则。可是，这种法理学方法已经是昔日黄花了。^⑦ 我们说，这种批评不可谓没有道理，问题是：法律的形式理性真的就如此糟糕？一个典型的事例是：日本在制定新法典的时候，德国法在同美国法的竞争中取得了决定性的胜利，^⑧ 这也说明了形式理性法的合理性和生命力。

形式理性的法律的最合理之处，在于它的确定性和可预测性。这也许就是它的生命力的源泉。所以，英美许多人虽然激烈批评大陆法

^⑥ 黄金荣：《法的形式理性论》，《比较法研究》2000年第3期，第5页。

^⑦ [美] 罗斯科·庞德著，夏登峻译：《普通法的精神》，法律出版社2001年版，第101页。

^⑧ [美] 罗斯科·庞德著，夏登峻译：《普通法的精神》，法律出版社2001年版，第101页。

系的形式理性主义，但却从来没有否定过形式理性法律体系，甚至有人主张在美国实行成为法，并也确实有过实验。而大陆法系国家也从来没有放弃过形式理性法。我国正在制定的民法典也是这种形式理性的实践者。

（三）形式理性在商法典形成中的作用

前面已经说过，如果仅仅有商事规则不能为民法所包容和商事规则的统一的需要，并不一定必然导致商法的法典化，它完全可以选择其他形式的存在。但是，大陆法系体现形式理性的法典化传统及法典化的方法，是导致这种局面的一个重要的或者说是根本性的因素。

也就是说，大陆法系因受罗马法形式理性的影响形成了法典化传统，因法典化的传统，使得人们想把不能为民法典所包容的商事规则按照法典编纂的方式使之法典化，于是就有了民法典与商法典的并立。但是，这种形式理性与历史、需要之间的关系却极大地影响了商法典的质量，因为没有象《民法大全》那样的先例与模式被民法典所效仿的幸运，故大陆法系商法典的影响就远远不如民法典，而体系化的程度也难望民法典之项背，所以，大陆法系有时又被称为民法法系，足以看出民法典在大陆法系中的地位与影响。由于商法典的这种情况，也就难怪人们要对商法典的存在提出质疑，甚至要将其并入民法典而主张民商合一。关于此点，我们将在下面详细分析。

四、形式理性与商事习惯结合下的商法典

许多学者认为，西方传统民商分立体制的形成并非处于理性的认识与选择，而是由于历史传统的既成事实。的确，民法与商法的历史因素要超过科学的因素，就如德国学者托伦所言：民法与商法的划分与其说是一种科学的划分，还不如说是一种历史的沿革。传统因素对民商分立的形式具有压倒一切的影响。^①但如何理解“传统因素”？我们认为，“传统因素”主要有两个：一是西方历史上形成的商人规则；二是受罗马法形式理性影响而形成的法典化的传统。

^① 转引自覃有土主编：《商法学》，中国政法大学出版社1999年版，第57页。

艾伦·沃森认为,形式理性起源于《民法大全》。他说,民法制度的形式理性,可以从《民法大全》的历史资料中得到灵活的解释。在这种解释中,社会因素就毫无立足之地了。^②也许,正是法律形式理性的源头,使商法典产生了后遗症。因为商法,正如它在民法国家里为人所理解的那样,没有出现在优士丁尼的《法学阶梯》里,大部分与罗马法没有历史渊源。从前的注释法学家对《法学阶梯》所作的注释,由于他们的本性疏漏了商法,而属地法学阶梯的形式和内容都遵循优士丁尼《法学阶梯》的模式,从而它们也没有探讨过商法。^③问题恰恰在此,即人们想遵循形式理性的法典化传统制定商法典,但却没有象民法那样可直接从《民法大全》中汲取营养,所以,商法典无论在外在的形式,还是在内在质量上,均不能与民法典相提并论。就像艾伦·沃森所指出的:在法国民法典之后很快就有了商法典与民事诉讼法典、刑法典与刑事诉讼法典,但是,后来出现的这些法典,不论在措词上还是在质量上,都远远不及民法典。造成这些法典低质量的原因,是这些法典的起草者没有或者很少有模式可以遵循。^④

我们可以这样来评价商法典:大陆法系各国的商法典,在形式理性上远远不如民法典完美,所以,在大陆法系令人赞叹的是其他法典而非商法典。造成这种结局的原因可以归结为传统与理性的不协调。因为大陆法系系统的形式理性具有巨大魅力,立法者在制定法律时自然受到制约。而作为大陆法系形式理性的发源地——罗马法中又没有现成的经验和具体模式可供遵循,就如艾伦·沃森对《法国民法典》所作的评价一样:《法国民法典》的基本结构是法学理论传统的产物,它经过了几代法学家的巨大努力。而商法典,无论在措词还是在规范质量上,都远远不及民法典。^⑤从商法典形成的历史因素来看,商事规

^② [美] 艾伦·沃森著,李静冰、姚新华译:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社1997年版,第34页。

^③ [美] 艾伦·沃森著,李静冰、姚新华译:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社1997年版,第224-225页。

^④ [美] 艾伦·沃森著,李静冰、姚新华译:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社1997年版,第170页。

^⑤ [美] 艾伦·沃森著,李静冰、姚新华译:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社1997年版,第165页。

则本来就是民法的“弃儿”，商法典是对游离于民法之外的“散兵游勇”的收容，故其内在联系性远远不如民法。虽然商事立法也遵循一定的脉络，有的以商人为主线，有的以商行为为主线，有的兼而有之，但也有一些基本的概念，如商人、商行为、商事权力义务等，但是，商行为、商事主体的概念是如此的不确定，以致于难以抽象出共同的可称为“原则”的东西来。例如，保险行为、票据行为、破产清算、期货买卖行为、证券买卖行为之间的差异性远远大于共同性，所以，其共同适用的原则难以抽象出来，所以无论是大陆法系的商法典，还是商法教科书，都是把这些部分放在一起，其间的联系性与柔性令人生疑：这些商行为是否是一个有机的整体？

也许正是这个原因，许多学者主张废除商法典而改为民商合一立法体例，但是，法国虽然有一定的动作，但迄今为止仍未落实，德国的情况也大体如此。意大利的民法典据说是民商合一的结晶，但其真正的运行结果需要实践的检验。在我们国家讨论民商合一或者民商分立，其意义并不是太大。因为我们根本不存在象西方的历史传统，商人在任何时候也没有真正成为一个相对独立的阶层，更没有自己不可动摇的商事规则。所以，我国从国民党开始就实行民商合一，是极其自然的。而在西方，民商分立却是传统的，而正是这种传统才是民商合一的真正障碍。

(本文原载于《法制与社会发展》2002年第6期)

论民商法价值取向的异同及其 对我国民商立法的影响

赵万一

作者简介

简历

赵万一，男，1963年生。山东巨野人。1979—1983年就读于山东大学经济系，1983年考取西南政法大学民法专业研究生，1986年获得硕士学位后留民商法教研室任教。

现为西南政法大学民商法专业博士生导师、中国法学会商法学研究会常务理事、西南政法大学民商法研究中心副主任和德国法研究中心副主任。

主要学术成果

《证券法的理论与实务》(独著，专著)，云南大学出版社1991年。

《商法学》(主编)，法律出版社2001年。

“英国普通法上的留置权”，《外国法学研究》1985年第3期。

“经济法若干基本理论问题研究”，《现代法学》2002年第4期。

“契约自由与公序良俗”，《现代法学》2003年第3期。

“关于修改我国公司法的几个基本问题”，《中南财经政法大学学报》2003年第6期。

“论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的影响”，《法学论坛》2003年第6期。

“论民法的伦理性价值”，《法商研究》2003年第6期。

目 次

- | | |
|---------------------|----------------------|
| 一、立法价值取向的涵义及其表现形式 | 三、商法的效益优先及其产生原因 |
| 二、民法公平优先的含义及其产生原因 | (一) 效益与效益优先的含义 |
| (一) 民法公平优先的含义、表现和意义 | (二) 效益优先的体现 |
| (二) 公平优先的体现及意义 | (三) 效益优先的保障措施 |
| (三) 公平优先的产生基础 | (四) 效益优先的产生原因和产生基础 |
| | 四、价值取向对我国民商立法模式选择的影响 |

对于民法和商法应以何种标准进行区分和界定，在理论界一直聚讼纷纭。按照理论学界流行的观点，调整对象的不同是区分不同法律部门的惟一标准，正是由于法律所调整的社会关系不同，由此才决定了划分法律部门的必要。笔者认为，调整对象的不同并不是区分不同法律部门的惟一标准，除此之外，价值取向的不同也应当是区别法律部门的主要依据。不同的法律部门由于所追求的目的不同，因此在价值取向上应当有明显的差异，例如作为刑法的最高价值取向是正义，作为诉讼法的最高价值取向是程序公正，而作为行政法的最高价值取向则应当是秩序和效率。具体到民法和商法而言，正是由于在价值取向上存在一定的差异性，才由此决定了二者在立法目的和调整手段上有差别对待之必要，也决定了民法和商法应当在市场经济中分别具有不同的地位和作用。

一、立法价值取向的涵义及其表现形式

所谓立法价值取向主要有两层含义，其一是指各国在制定法律时希望通过立法所欲达到的目的或追求的社会效果；其二是指当法律所追求的多个价值目标出现矛盾时的最终价值目标选择。价值取向主要涉及到价值界定、价值判断和价值选择。价值选择又主要通过两种方

式来实现：一是应然的法律价值是否为立法者所接受和接纳，即价值本身的优化；二是当存在多重价值目标时的价值取舍和价值目标重要性的排序。任何法律的制定都应当有明确的目的性，都应当有自己的价值目标和价值取向。价值取向既涉及到价值界定也涉及到价值判断。由于法律价值和价值取向主要体现的是社会主体的一种主观感受，因此它应当属于主观的东西，是人对法律功效的一种主观看法。当然这种主观的感受要受一定的客观社会经济条件的制约。换言之，价值观念取向强调的是法律的应然状态，即所谓的良法。作为实然状态的现行立法，由于立法技术或是认识方面的原因，可能会与应然状态的法律有一定差异，但这种差异的存在并不能作为我们否认各法律部门应具有不同的立法价值取向的理由。正是对这种应然状态的不断法律追求，才决定了法律所具有的不断进步性。立法价值取向既反映了各国立法的根本目的，也是解释、执行和研究法律的出发点和根本归宿。价值取向最集中地体现在法律原则上。价值取向与法律原则的关系是：价值取向可以转化为或直接体现为法律原则，而法律原则所体现的精神又会具体体现为各项明确肯定的法律规范和法律制度。价值取向和具体法律规范之间是通过法律原则来进行连接的，在效力层次上，价值取向是法律原则的上位概念。而在法律原则与具体法律规范的关系上，法律原则又是制定具体法律规范的依据，它要求具体法律部门的所有法律规范之间应当具有统一的价值取向，从而可以避免具体法律规范之间的矛盾，实现法律内部体系的和谐。与具体法律规范不同，法律原则应当具有非规范性、不确定性、衡平性、强行性、强制补充性等特点。^①

民法和商法作为两个不同的法律部门，之所以能够为绝大多数大陆法国家所确认，其主要的原因不但在于民法和商法在调整对象和调整内容上具有明显的差异性，除此之外，民法和商法在价值取向上具有显著不同以及在产生基础上具有较大差异性，也是区分民法商法分属不同法律部门的重要原因。因为调整对象的差异固然可以直接界定不同部门法的独立调整范围，而价值取向的不同则会决定不同法律立法

^① 徐国栋.《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》[M].中国政法大学出版社.1996.3.

的最终追求目的，从而使性质各异的法律部门的划分成为必要。民法和商法在立法价值取向上的主要差异性表现在：在民法的诸项价值目标中，最基本的价值取向是公平，即当公平原则与民法的其他基本原则发生冲突与矛盾时民法首先会选择公平，在处理公平与其他民法原则的关系时采取的是公平优先、兼顾效益与其他。当然公平作为所有法律共同追求的目标，在任何法律部门中都有所体现，但不同法律对公平的追求程度是不一样的，即公平在不同法律部门中所具有的地位和重要程度是有所不同的。另一方面，在现代社会，任何法律包括宪法在内都无不打上市场经济的色彩，都体现了一定的效益要求，民法当然也不例外，现代民法也在根据市场经济的发展变化情况而不断调整自己的作用内容，也会不断融入一些效益的规定，但这并不能因此而动摇公平原则的统治地位，离开了公平就没有民法和民事法律制度。而在商事立法中最高的价值取向则是效益，在处理效益与其他法律原则的关系时其基本原则和要求是效益优先、兼顾公平与其他。民法和商法在对待公平与效益的关系与地位上所采取的不同价值取向，既反映了民法和商法在立法上的不同价值追求，也反映了民法和商法在调整市场经济关系时所具有的不同作用和各自独特的存在价值。

二、民法公平优先的含义及其产生原因

（一）民法公平优先的含义、表现和意义

所谓公平，按《汉语大词典》的解释，是“公正而不偏袒”。^②《管子·形势解》：“天公平而无私，故美恶莫不覆；地公平而无私，故小大莫不载。”有人认为，法律上所说的公平就是正义，是法律的最高价值。^③这里的公平被作为法律的理想状态。有人认为“公平的含义也就是平等”。^④有人认为公平就是分配正义。^⑤实际上公平本为道德

② 罗竹风．《汉语大词典》（缩印本）[Z]．北京：汉语大词典出版社．1997.763。

③ 孙国华．《市场经济是法制经济》[M]．天津：天津人民出版社，1995.163。

④ 何怀宏．《契约伦理与社会正义》[M]．北京：中国人民大学出版社．1993.120。

⑤ [美]博登海默．《法理学——法哲学及其方法》[M]．邓正来、姬警武译．北京：华夏出版社．1997.255。

规范，主要是作为一种社会理念而存在于人们的观念和意识当中，其判别主要是从社会正义的角度，以人们公认的价值观和公认的经济利益上的公正、等价、合理为标准来加以确定的。主要强调的是权利和义务、利益和负担在相互关联的社会主体之间合理分配或分担。并强调这种分配或分担的结果能够为当事人和社会公众所接受。公平原则既体现了民法的任务、性质和特征，也反映了民法的追求目的，是民事立法的宗旨、执法的准绳和行为人守法的指南，是民法的活的灵魂。

与其他民法原则相比，公平原则具有高度抽象性和高度概括性，公平要借助于其他民法原则来体现，在与其他民法原则的关系上，公平原则是比其他民法基本原则更为基础、更为原则的原则。同时公平原则又具有极大的模糊性，通常要借助于其他具体民法原则来体现，即公平原则可以具体外化为平等、私权神圣、意思自治等较为明晰的原则和要求。以拿破仑法典为代表的早期资产阶级民法非常强调私权神圣，其主要原因乃在于立法者认为对私有权的充分保护可以导致公平结果的出现。此后的德国民法典等又对绝对的私权神圣进行适当限制，也是基于对公平的追求。同样，资本主义国家的民法之所以要确认意思自治，乃是在于按照资产阶级经济学家认为，在自由经济形态下，每个人都是自己利益的最好把握者。因此，对个人意志的尊重实际上就是对个人利益的尊重。每个人的逐利行为既会导致社会财富最大限度的增加，也会实现社会的公平。由此可见，无论是私权神圣还是意思自治都与公平原则有着十分密切的联系。公平原则的确认要受个人感受差异性的影响，即作为社会公众内心价值判断的基本依据，公平原则要受制于不同主体所采取的具体判断标准和个体对公平的主观感受的制约。也就是说，任何一种行为都会因其判断人所采取的具体判断标准的不同而得出不同的公平要求和公平结果。^⑥当然，我们

^⑥ 八种公平或公正的分配办法：A. 两人均分——从按人头的标准来看是公平的；B. 哥哥多分，弟弟少分——从按年龄的标准来看是公平的；C. 弟弟正处于生长发育期，故其应多分——从按需分配的标准来看是公平的；D. 蛋糕是谁挣来谁就多分——从按劳分配的标准来看是公平的；E. 谁是家长谁就多分——从地位的标准来看是公平的；F. 谁先看见蛋糕谁就多分——从先来后到的标准来看是公平的；G. 用抽签的方法来决定谁分多少——从按机遇的标准来看是公平的；H. 谁肯多掏钱谁就多分——从按付出的代价为标准来看是公平的。

既要强调公平原则的个体差异性和标准的模糊性，即主观的公平，但也不能因此而否认其客观结果的可观察性，即客观的公平。我们不能因强调公平的这种主观感受性而忽略它的客观性。实际上个体的公平感受也是以这种客观的公平为基础的，因此很难设想有完全脱离于客观公平而存在的主观公平。

另外我们还应当注意区分法律上的公平与经济学上的公平。经济学上的公平主要关心的是社会成员的分配份额，而法律上的公平虽然也讲分配份额，但份额并非惟一因素，除份额外，法律上的公平更加强调整当事人的主观感受。其主要原因在于法律和经济在基本要求上是不一样的。经济学强调的是一种理想状态，即应然状态，研究问题时通常要将某一社会制度放到比较纯净的经济状态中，比较典型的如亚当·斯密等人的完全竞争理论就是舍弃了一切可能影响竞争发生作用的社会经济条件。而在法律领域则要考虑法律的有效实施性，即法律主要体现的应是一种已然状态，法律的制定要考虑纷繁复杂的社会关系。因此从某种意义上说，任何法律都是各种利益和矛盾平衡和协调的结果。另外，经济学特别是现代经济学除了要注重定性分析外，还应特别注重定量分析。法律的制定当然也有定量的规定，但在很多情况下主要还是定性的规定，具体量的关系则主要委诸于法官的自由裁量。从法律角度说，根本无法对公平所内涵的份额要求作出非常准确的界定，而只能依赖于当事人和社会的主观判断。

应当注意的是，公平原则作为隐含于社会公众内心的一种基本价值评判标准还具有历史性，其内容和要求会随社会发展的变化而变化，古代的公平和现代的公平无论就其表现形式还是就其具体含义都有较大的差异性。例如在早期的古罗马法中，只有作为家长的罗马市民才具有法律人格和行为能力，而非罗马市民、家妻和家子等并不具有完全的法律人格和行为能力，按照当时的法律观念，认为这样规定是很公平的。现在看起来这种规定是非常不公平的。所以，正是由于公平内容的历史性才决定了不同时代的民法内容具有一定的差异性。在处理个体公平与社会公平的关系上，民法虽然也强调社会公平，但更加注重个体公平和相互之间的公平。从一般意义上说，个体公平的存在必须根植于社会公平的土壤，社会公平也应当表现为个体公平的集合。

但个体公平并非在任何情况下都和社会公平绝对一致。无论是从立法技术上说,还是从立法目的上说,民法所关注和强调的都主要是个体公平和前提条件的公平。换言之,民法所倡导的公平理念仅局限于经济个体之间的公平和平等,它仅仅是形式上的公平和机会上的平等,而不会从社会整体利益出发去追求实质的公平。民法虽然也强调结果的公平,但这种对结果公平的追求是建立在前提公平的保证必然会导致结果公平的出现这一假设之上的。因此民法规范主要是对前提条件的公平进行确认,从市场规则角度对市场主体的行为予以规范,在市场经济中,只要市场主体沿着民法规定的竞争规则去追求自身利益最大化,民法对于追求的结果就会予以承认并加以保护。至于由此产生的诸如社会不公问题,民法是无能为力的,即传统的民法难以担当起维护社会公共利益的重任。换言之,民法只能是个人利益的本位法和个人权利的维护法,如果硬要牵强附会地将民法建立在社会公共利益基础上去实现个人利益最大化,那只能是民法的异化。解决社会公平和结果公平的重任不应由民法而应由作为社会法的经济法来承担。

(二) 公平优先的体现及意义

公平原则体现在民法制度的各个方面,贯彻于民法规定的始终。无论是资产阶级民法的三大基本原则“人格平等、私有财产神圣不可侵犯、合同自由”,还是我国民法的基本原则,都体现了公平。人格平等原则强调的是要对市场主体的资格提供一视同仁的标准,私有财产神圣不可侵犯则反映了民法对市场主体财产的公平保护和绝对保护;合同自由以尊重行为人的意思自治为前提,是公平原则实现的方式之一;权利义务相一致原则则主要强调的是权利和义务的相匹配性,既是公平原则的要求,也是公平原则的基本追求。就制度层面而言,不但在民法债权、所有权和民事主体中要讲公平,而且在民法的其他部分中同样也讲公平。民事行为的无效和可撤销制度的实施目的则在于矫正受到威胁的公平。以表见代理制度、即时取得制度等为内容的保护善意第三人制度的出现也是出于实现公平的目的;继承关系中对遗产的平均分配同样体现了公平,而遗产分配中的权利义务相一致原则则是对这种公平原则的必要补充;婚姻法非常注重自由,婚姻自由是婚姻法的最基本要求,但我们并不能因此而否定公平的作用;不但婚

姻自由本身就体现了公平，而且婚姻法的一些基本原则如夫妻双方法律地位平等、夫妻共同财产分配时的平均分配等无疑都属于公平的范畴；在侵权行为中，过错责任原则本身就是公平的最好体现，因为过错责任强调每个人应当对也只能对自己的过错致害行为承担责任，法律不能要求行为人负担自己不能预见、不能控制的不利后果，法律不能惩罚无过错的行为。而民事赔偿中的公平责任无论就其表述，还是就其内容也体现了公平原则。另外，无过错责任虽然就其内容来说可能对加害人有失公平，但由于加害人与受害人之间经济地位的不平等性、信息占有的不对称性，以及加害人所从事行为的高度危险性，因此出于社会公平的考虑，无过错责任确有其存在的必要。尤其值得一提的是，公平原则作为一项最基本原则，不但在大陆法国家的民法中具有至高无上的地位，即或在英美法国家中也具有非常重要和非常独特的地位。比如在作为英美国家基本法律渊源的衡平法中，公平就是一个最基本的价值评判标准。即是说，公平原则既是衡平法原则的基本价值追求，也是衡平法矫正普通法法律适应偏差的一种主要判断依据。进一步说，在英美法国家，衡平法的出现是为了弥补普通法适用中所出现的种种不公平现象，本身就是公平原则法律适用的结果，即是“当法律因其太原则而不能解决具体问题时对法律进行的一种补正”。^①而英美法国家的衡平法又主要是适用于民事法律领域。由此可见，公平原则虽然不能说是仅仅适用于民法制度，但至少可以说是以民法作为其主要适用对象的。可以说，公平原则在民法中的地位无论我们怎么进行评价都不会过分。民法不但以公平作为其最高价值取向，而且不断根据社会公平观念的变化而调整其内容，建立了比较完善的公平保障与矫正机制。典型的如在英美法国家，为消除因“无对价的合同不受法律保护”原则的适用而产生的不公平现象所创设的“不得自食其言”原则就是这一调整结果的很好体现。

民法公平优先原则的确立具有十分重要的意义：公平优先符合法律的最高理性和最高价值，是人类理性思维的结果；公平优先符合人类生存的基本要求，是人格平等的基本要求；公平原则有利于充分调

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷[M]北京：人民出版社，1963.82。

动民事主体的积极性，充分发挥其潜力。民法以授权性规范为主的规范体系，强调的是个人生活的自治，确认的是权利主体地位的平等、民事行为的自由和私权神圣等诸项原则。这就可以使个人潜能的发挥获得必要的法律保障，从而可以最大限度地促进生产力潜能的释放。因此，一国民商法的发达与否不仅反映了一国立法上的价值取向，而且还直接影响到一国经济发展的迅缓。

（三）公平优先的产生基础

民法之所以把公平作为其最高价值取向，有其复杂的经济社会原因和思想观念基础。具体说来，这些基础和原因主要包括：

1. 经济基础——商品经济。民法是和商品经济紧密结合在一起的，有商品经济就应当有法律，就应当有调整商品经济的基本法律——民法。商品经济的存在必须有两个前提条件：一是由于社会分工使每一个社会主体都不能生产出自己所需要的所有商品，从而使商品交换成为必要。“互相对立的仅仅是权利平等的商品所有者，占有别人商品的手段只能是让渡自己的商品。”^⑧二是由于财产分属于不同的人所有，使每个人都能无偿地占有他人的劳动产品，而必须承认对方的财产所有权，并进行等价劳动相交换。与此相适应，就产生了作为民法核心内容的所有权制度和合同制度。合同不过是将每天重复着的产品交换活动通过法律的形式加以固定。“交换的不断重复使交换成为有规则的社会过程”^⑨“这种经济交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式。”^⑩“每一方只有通过双方共同的意志行为，才能让渡自己的商品，占有别人的商品。可见，他们必须彼此承认对方是私有者。这种具有契约形式的（不管这种契约是不是用法律固定下来的）法权关系，是一种反映着经济关系的意志关系，这种法的关系或意志关系的内容是由这种经济关系本身决定的。”^⑪而商品经济又是“天生的平等派”，它不承认任何特权，只承认一个权威即竞争，它要求一切经济关系的参加者在法律上都享有平等的法律地位。

⑧ 《马克思恩格斯全集》[M] 北京：人民出版社，1963. 第19卷，422-423。

⑨ 《马克思恩格斯全集》[M] 北京：人民出版社，1963. 第23卷，106。

⑩ 《马克思恩格斯全集》[M] 北京：人民出版社，1963. 第19卷，423。

⑪ 《马克思恩格斯全集》[M] 人民出版社，1963. 第23卷，106。

这种平等的法律地位既是商品经营者进行公平行为的前提条件，也是实现经营者自由意志的必要保障。

2. 公平优先的理论基础——私权神圣和意思自治。民法属于典型的私法范畴，私法不同于公法的最基本的一点在于私法特别注重对私人权利的保护。民法是市民社会的基本法，按照资产阶级思想家的观点，市民社会是社会的一部分，不同于国家且独立于国家。市民社会以政治权力和民事权利的完全分离，以充分尊重个人的自由意志为主要内容。市民社会观念强调国家应严格限制自己的权力范围和权力界限，强调应充分关注个体利益和最大限度发挥个体的主观能动性和积极性，以实现社会效益的最大化和社会的公平正义。因此，各国民法典中强调的个人私有财产神圣不可侵犯和契约自由，强调当事人意思自治，均是以避免国家对个人权利的侵犯。“在私法范围内，政府的惟一作用就是承认私权并保障私权之实现，所以应在国家的社会生活和经济生活中竭力排除政府参与。”^⑩

3. 公平优先的主体基础——适用主体上的广泛性。与商法等其他法律制度相比，民法的适用主体具有广泛性，可以适用于一切社会大众，是所有市民主体的基本权利保障法。因此民法就其基本属性而言，应当最大限度地满足社会主体的最基本生存要求。而社会大众的最基本要求就是生命、财产、个人尊严和公平对待，也就是说，只有满足了社会主体的公平要求之后，社会才能够和谐发展。“不患寡而患不均”“等贵贱、均贫富”等思想或口号的提出，都在一定程度上反映了这种社会大众对公平的需要。

4. 公平优先的规范基础——强烈的伦理性。从社会学角度观察，法律条款无非包括伦理性条款和技术性条款两大类。与商法比较侧重于技术性规范不同，民法规范具有强烈的伦理性。其原因在于，民法规范为市场经济提供了一般规则，这些一般规则是对整个市民社会及其经济基础的抽象和概括，是人们理性思维的结果，一般较为稳定。换言之，民事活动本身就是社会伦理生活的一部分，具有强烈的社会趋同性，而伦理规则是很难用精确的法律语言加以描述的。正是由于

^⑩ [美] 梅里曼·《大陆法系》[M] 西南政法学院印行.1983.106.

其所调整的社会关系及本身的性质所决定，因此民法条款绝大多数属于伦理性条款，即凭社会主体的简单伦理判断就可确定其行为性质，并不需要当事人必须有丰富的法律专业知识和专业判断能力。而公平原则和公平要求无疑是最具有伦理性的法律价值判断之一。正是基于民法规范的高度概括性和极强的伦理性，由此才决定法律的适用必须以公平性的伦理原则和能够为所普遍接受的民事习惯作指导，并依据各种事实关系与法律规定的內容进行对照，然后对行为人的行为作出相应的价值判断。对此，《瑞士民法典》第1条规定：如果法官于制定法中不能发现相应的明确规定，则必须根据习惯法作出判决，而在没有相应习惯时，“则根据如果他作为一个立法者应采取的规定”。中国台湾地区“民法”第1条也规定：“民事法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”不仅如此，《法国民法典》第4条还禁止法官以法无明文、含糊不清、不尽完善为借口拒绝受理案件。因为在这种情况下，他可以通过研究民法的精神而对法律进行明智的和合理的适用。^⑬

三、商法的效益优先及其产生原因

（一）效益与效益优先的含义

效益就其本质含义来说，是指对经济利益的追求和经济利益的实现。效益原则强调必须对个人利益进行尊重和保护，要求社会主体必须注重投入和产出、成本和效益。对个人利益的追求是推动社会进步的主要动力之一。在阶级社会，利益是联系各主体之间的主要纽带，整个人类社会表现为一个利益互动的社会。马克思指出：“人们奋斗所争取的一切，都同它们的利益有关。”^⑭ 市场主体同时就是经济人，对利益的追求是推动人类活动的最重要的力量，“把人和人连接起来的唯一纽带是天然必然性，是需要和私人利益，是对他们财产和利己主义个人的保护。”^⑮ 效益原则是以经济自由主义为基础的，民法上的自

^⑬ [美] 格伦顿、戈登、奥萨魁·米健等译，《比较法律传统》[M] 中国政法大学出版社，1993.81。

^⑭ 《马克思恩格斯全集》第1卷 [M] 北京：人民出版社 1963.82。

^⑮ 《马克思恩格斯全集》第1卷 [M] 北京：人民出版社 1963.439。

由原则或意思自治原则不过是经济自由原则的法律体现。古典重农学派认为，人类社会和物质世界一样，都存在着不以人的意志为转移的客观规律，这就是自然秩序。人身自由和私有财产是自然秩序所规定的人类的基本权利，是天赋人权的基本内容。自然秩序的实质在于个人利益和公众利益的统一，而这种统一只能在自由经济体制下才能得以实现。作为古典经济学思想集大成的经济学家亚当·斯密将这种经济自由主义思想进行了发挥和完善，将个人主义作为“天赋自由经济制度”的基础。认为个人是其本人利益的最好明晰者，明智的做法就是让每一个人在经济活动领域中自主地抉择自己的道路。在这种一切听其自然的社会中，其规律性的力量是由市场这只“看不见的手”来进行调控的。无论是自由放任原则还是看不见的手的观点，其最根本的贡献在于确立了市民社会与政治国家的严格分离：自由放任意味着作为经济领域的社会独立于作为政治领域的国家，后者不应干涉前者。^⑥这种强调经济规律不受国家干预进而认为市民社会拥有区别于政治国家的经济内容的观点，基于对国家权力疆界的限定和市民社会原则上不为政治权力渗透的理念，打破了国家权力无所不为的政治专制思想，为使经济社会和人类自身获得政治上的解放提供了学理上的引导，从而也为社会主体的逐利性行为提供了理论依据。惟应注意的是，法律上的效益也与经济学上的效益有所不同，经济学上的效益比较强调投入产出即强调以最小的投入获得最大产出，但法律上的效益除了要考虑整个社会的投入产出比例之外，还要强调对个人利益的尊重和保护。法律的主要作用也体现为社会主体的逐利行为创造良好的条件，并对其逐利结果的合法性进行充分肯定。另应注意的是，由于商法来源于民法，因此商法中不可避免地存在不少公平性规定，这并不能因此而否定商法的营利性本质，与公平原则相比，效益原则在商法中所占的地位更加突出，更加重要。

（二）效益优先的体现

效益优先体现在商法原则和商法制度的各个方面：首先商事主体制度在范围上延伸到了公司领域。公司制度的出现不但使主体范围

^⑥ [英] J.C. 亚历山大编，《国家与市民社会》[M] 邓正来译，中英编译出版社，1999.79-87。

由单纯的自然人扩大到了不具有自然思维能力的社团组织、使主体资本的筹集超出了单个自然人的能力和财力的限制，使主体人格不再依附于自然人的寿命而可以具有永久存续性、而且更为重要的是，公司是完全以营利为目的的经济组织，是地地道道的经济人。就行为来说，商事交易完全以营利为目的，为实现这一目的，必须力求交易的迅速完成。因为只有交易迅捷，从事商事交易之人才能通过多次反复交易而实现其营利目的。因此在商事法上，为了实现商事交易之迅捷要求，采取了很多具体制度，包括：短期消灭时效主义；交易的定型化；权利证券化；行为的要式性和强调行为的外观效力等。

商法不但以效益作为其最高价值目标，而且为了实现效益甚至在某种程度上会牺牲公平，典型的如有限责任制度和票据无因性制度。有限责任制度的出现主要是为了鼓励社会财富的拥有者积极进行投资行为，通过对这种个人逐利行为合法性的肯定和保护，以实现个人财富增加基础上的社会财富的不断增值。但这一制度却以出资人的有限责任来对抗债权人的无限求偿权，实际上是将出资人的部分生产经营风险转嫁给了债权人。就债权人而言，在既不能参与出资人的生产经营活动甚至是不能监督其生产经营活动，自己又无任何过错的情况下承担别人的经营风险，显然有失公平。因此这一制度虽然对投资人和社会来说不无公平成分，但对债权人而言毫无公平可言。票据无因性的出现，其目的也是在于通过将票据关系与产生票据关系的基础关系严格区分开来，认为引起票据关系产生的民事基础关系和票据关系属于性质不同的法律关系。票据关系的出现和成立虽然有赖于一定的基础关系的存在，但票据关系一旦产生其效力则主要取决于票据的记载本身，而和票据基础关系的关系则被切断。这一立法的目的显然也是为了加速票据的流转，并充分发挥票据作为信用工具、流通手段、支付手段等作用。但由于票据基础关系和票据关系的当事人具有牵连性，票据义务的履行通常是作为基础关系的对价而存在的。因此在票据基础关系被宣告无效或被撤销或没有履行的情况下，要求票据义务人单方面履行义务，对票据义务人显然有失公平。

（三）效益优先的保障措

商法不但以效益作为最终价值目标，而且还采取了许多强制性的

法律规定来保障这种效益的实现。表现为以强制性规定为内容的大量公法化规定。传统民商法理论认为，商法与民法一样，同属于私法范畴，偏重于商事个体间的权利义务对应关系，强调商事主体的意思自治和商事行为的营利性，因而商法规范具有很强的任意性和选择性。为尊重各类商事主体的自由意志，培养其在商事活动中的积极性和创造性，鼓励自由竞争，国家对其活动通常不作干预，这些使得商法的私法性质十分显著。但与民法不同，为了防止私人的逐利行为危及社会的安定和秩序，商法中的许多规范都具有相当的国家强制性，从而使当事人的自由意志受到了限制，使商法自身具有了公法性的特征。如公司法中对公司注册与公告的规定、票据法中对签发空头支票的刑事处罚条款、证券交易中对证券欺诈犯罪的规定等，均具有强烈的公法性。不仅如此，广义商法包括商事公法和商事私法。这就是说，本质属于私法的商法，其中却不可避免地包含有相当多的公法内容的规定。例如，各国公司法中关于公司登记的规定，破产法、公司法及保险法中的罚则，海商法中对于船长的处罚规定，以及票据法中对违反票据法的制裁规定等，都属公法性质。但是，商法公法化并不意味着“商法已经属于公法化”，而是表明商法是一个渗透着公法因素的私法领域。商法仍然属于私法范畴，受私法原则和精神所支配，公法条款始终处于为私法交往服务的地位。

（四）效益优先的产生原因和产生基础

商法的效益优先不但有其具体表现，而且还有其复杂的社会经济原因，具体说来，这些原因主要包括：

1. 效益优先的经济原因——市场经济。市场是商品交换的固定场所，它既是商品生产的必然产物和实现商品价值的必要条件，也是市场经济的重要组成部分，是社会分工和商品交换的伴生结果。对此，列宁曾指出：“哪里有社会分工和商品生产，哪里就有市场。”^① 所谓市场经济就是以市场机制调节社会资源的配置和调节市场行为的一种经济运行方式或经济运行模式。市场必须有一定的构成要素，包括人的要素、物的要素和行为要素几个方面。其中人的要素即市场主体是

^① 《列宁全集》第1卷[M]，北京：人民出版社，1985.83。

纯粹的经济人。市场中的物的要素是货币资本，货币资本不同于单纯的货币，它具有强烈的逐利性趋向。马克思曾引用登宁勋爵的话形象地形容资本：“一旦有适当的利润，它就保证到处被使用；有百分之二十的利润，它就活跃起来；有百分之五十的利润，它就铤而走险；为了百分之一百的利润，它就敢践踏一切人间法律；有百分之三百的利润，它就敢犯任何罪行，甚至冒绞首的危险。”^⑧对资本的拥有者资本家来说，“他们活着就是为了赚钱，除了快快发财，他们不知道还有别的幸福，除了金钱的损失，也不知道还有别的痛苦。”^⑨值得注意的是，市场经济与商品经济不同，商品经济是与自然经济相对应的形态，强调的是产品的交换属性，要求生产者必须依赖于其他生产者而生存，任何生产者都只能通过交换而获得他人的产品。商品经济的法律调整就产生了最初的民法，产生了作为民法基本制度的所有权制度和合同制度。因此可以说，有商品经济就应当有民法。与市场经济相对应的是计划经济，主要强调的是—种社会资源的分配方式，即以市场机制调节社会资源在全社会范围内的配置。主要是从经济运行方式或经济模式的层面上来进行定义的。市场经济和商品经济有重合的一面，市场经济必须依赖于商品经济而存在。但市场经济并不是随商品经济而同时产生的，它必须在商品经济发展到—定阶段之后才能产生。两者在作用的内容上也是—样的。同商品经济相比，市场经济更具有现代性，而商法的产生和作用内容都与市场经济有着十分密切的联系。

2. 效益优先的法律规范原因——大量的技术性规范。商法最早起源于“商人法”，从它产生伊始就具有专门性及职业性，尔后虽经多次进化，“商人法”发展成为“商行为法”，但商法的基本特质并没有变化，商法始终是对市场经济的直接调整，可以说市场经济的基本内容、基本规则及基本运作方式翻译成法律语言就构成了商法规则。正是由于商法规范为市场经济主体的营利性活动提供了具体的规则，而这些具体规则又是对市场经济活动及其实践方式的直接表现，因此市场经济的一些基本要求和基本内容都和商法规范具有直接的联系。有什么样的市场交易方式和市场交易内容，就相应有什么样的商法规范进行

⑧ 马克思.《资本论》第1卷[M]北京：人民出版社.1975.829.

⑨ 《马克思恩格斯全集》第2卷[M]北京：人民出版社1963.564.

调整。由此决定了商法规范必然具有很强的操作性、技术性，即商法规范中必然包含有大量的技术性规范，这些技术性规范的设计大多是出于对主体营利性行为的保护，并且对这些技术性规范并不能简单地凭伦理道德意识就能判断其行为效果。商事法律的这种技术性规范特点，使其与民法中比较偏重于伦理性规范的特点迥然不同。商法的技术性既体现在其组织法上，也体现在其行为法中。商法规范中通常不仅有定性规定，更多的是定量规定，例如公司法中公司形式的设计，权利、利益的配置，资本的运动，股票市场的操作，责任的追究，票据法中关于票据之文义性、要式性、无因性规定，关于发票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩、追索权之行使等规范条款，均具有强烈的技术性色彩。另外，商法的技术性原则不仅体现于其规范的具体方面，也表现于整体上不同规则之间的协调，若没有大量技术性规范的间接调整作用，商法的营利性和商法宗旨均难以实现。

3. 效益优先的适用对象基础——特定的商人。从一般意义上说，商法是调整商人及其行为的法律规范的总称。作为商事主体，商人最主要的特征在于他是以营利为目的的经济组织。亚里士多德曾经说过：“人就其本质而言，都是政治动物。”但人同时又是经济动物即经济人。政治人和经济人虽然具有不同的功能，但无论是经济人还是政治人，都无时不在既定约束条件下以最小代价去获取最大收益。从这个意义上说，政治人无非是活动在政治领域内的经济人。市场经济中的主体不同于一般民事主体，它是以从事营利性活动为其唯一存在目的的经济人——商人。所谓经济人，按照资产阶级古典经济学家穆勒的观点，就是会计算、有创造性、能寻求自身利益最大化的人。^②并且要求必须是具有理性的人。所谓人的理性是指每个人都能通过成本——收益或趋利避害原则来对其面临的一切机会和目标及实现目标的手段进行优化选择。人是趋利避害的动物，《管子》说：“见利莫能勿就，见害莫能勿避。其商人通贾，倍道兼行，夜以继日，千里而不远者，利在前也。渔人之入海，海深万仞，就彼逆流，乘危百里，宿夜不出者，利在水也。故利之所在，虽千仞之山，无所不上；深源之下，无所不

② 亨利·勒帕日.《美国新自由主义经济学》[M].北京:北京大学出版社1985.24.

处焉。”人在行为中的本性和基本价值取向是——两利相权取其重，两害相权取其轻。《墨子·大取篇》说：“断指以存腕，利之中取大，害之中取小也。”“利之中取大，非不得已也。害之中取小，不得已也。”人们在多重行为选择时的基本行为特征是具有排列和择优的倾向和能力。这种多中取优的价值取向可以导致自我利益最大化的实现。亚当·斯密说：“我们每天所需的食物和饮料，不是出自屠户、酿酒家或烙面师的恩惠，而是出于他们自利的打算。我们不说唤起他们利他心的话，而说唤起他们利己心的话。”^④

四、价值取向对我国民商立法模式选择的影响

由于社会关系具有复杂性和多样性，因此对社会关系的法律调整也必须依赖于众多的法律部门的综合作用。在任何一个现代法制国家，对整个社会关系的法律调整客观上都需要诸多的法律部门，这些法律部门从不同的角度和不同的方面对社会关系进行调整，从而形成了一个有机联系的法律系统即法律体系。将法律按其作用内容不同而划分为不同法律部门并明确界定各个法律部门的作用领域是现代法制的标志之一，也是法律科学成熟化的重要体现。而划分法律部门的最基本标准又是法律规范所调整的社会关系以及与之相适应的调整方法的客观差异性。除此之外，还要考虑立法价值取向的差异性和法律所调整的某一类社会关系的重要性、广泛程度以及相应的法律法规的数量。一般而言，调整某一类社会关系的法律法规能够达到一定的数量，本身也就表明该类社会关系的重要性及其广泛程度已经达到一定水平。另外，法律部门的划分也不完全等同于立法体例的选择。因为法律部门的划分主要考虑的是理论的严整性，而立法体例的选择则是在尊重法律部门的基础上主要考虑的是现行法律的协调问题。同样道理，没有部门基本法也并不能作为否认法律部门独立性的依据，行政法就是一个很好的例子。我们认为虽然民法和商法在价值取向上存在重大差异性，这是在进行民商立法时必须予以高度关注的问题之一。但这种

^④ 亚当·斯密，《国民财富的性质和原因的研究》[M]，北京：商务印书馆1981.14。

价值取向的差异性并不足以构成民法和商法绝对分离的理由。无论是基于中国现实的立法现状还是基于建立社会主义市场经济体制的发展目标的需要，都决定了我国目前应采取“民商合一”的立法体例。综观我国近年来的立法实践，很明显也是朝着民商统一的立法方向发展的，典型的如新颁布的统一合同法就是将传统的“商事合同”与“民事合同”融为一体，统一纳入民法调整的范围之内。因此我们选择民商合一，并不是基于一时的理论冲动，而是基于民法和商法在调整内容及调整方法上存在大量的相同点。具体说来，我国现阶段之所以要采取民商合一的立法体例，主要是基于以下几方面的原因：

第一，商法和民法在基本价值追求上具有重合性。作为私法，民法和商法有许多相同的价值取向，这些价值取向包括公平价值、效益价值、平等价值、诚实信用价值、合法性价值等。这些相同价值取向的产生主要基于以下原因：民法和商法具有相同的调整内容——商品经济和市场经济，都是对市场运行的基本规则和运行条件进行的法律确认。二者都是以社会经济关系作为其调整对象，都有赖以存在的相同的经济基础和经济实现方式，都是调整市场经济的基本法律制度，都属于市场经济的运行法；二者有相同的调整手段——以尊重当事人意思自治为特征的任意性规范为主要内容；有相同的制度观念基础——市民社会制度观念，民商法都符合市民社会的基本要求，都是基于市民社会的发展需要而产生的。民法的公平与商法的效益在目的追求上有相互交融的一面，并且有较强的趋同性。现代社会公平的满足也应是建立在在对效益的追求和效益实现的基础上的公平；而效益的实现也越来越有赖于公平原则的制约。

第二，民法和商法在调整对象上具有不可区分性。民法和商法都调整市场主体及其活动。市场经济必须有赖于商品经济而存在，以承认和实施商品经济的基本要求为条件。现代社会的商人和一般社会主体之间已没有实质性区别，已不存在严格的商人阶层，传统商法的调整内容事实上已适用于普通的社会主体。人的普遍商化，使传统商法上的商人及其阶层已很难与民法上的法人及自然人相区别。随着经济社会化与专业化的发展，商业职能已从交换过程向生产领域深入，商业职能与生产职能的融合趋势，导致了立法上民事法律行为与商事行

为难以区分，民法关于商品经营的一般准则，完全可以适用于商事行为。

第三，民商分立必须以民法的高度发达为条件，商法是在高度发达的民法因其自身条件的限制无力对现行社会经济关系作出全面调整时而产生的一个法律部门。目前我国的情况是，民法无论就其法典化还是就其理论研究本身尚有待完善和深化，民法的一些基本观念如公平、诚实信用等也有待于进一步弘扬。在民法制度和民法理论本身尚有待进一步发展的条件下来实行严格的民商分离，不但不利于民法制度的完善和私权观念的确立，而且只会延缓我国民事立法的进程。

第四，我国有民商合一的立法传统和深厚的思想意识基础。清朝末年，我国曾于光绪 29 年（1908 年）颁布过一个所谓的《大清商律》，但其内容仅有通例 9 条和公司律 131 条，内容异常简单且并未产生较大影响。其后虽于宣统 2 年（1911 年）拟就了内容较为完备的大清商律草案，但未经实行清朝即告覆亡。民国 3 年（1914 年）当时的北洋政府曾将大清商律草案略加修订后予以颁布，但由于其后长期的军阀混战使这一法律并未得到认真实行。民国 18 年（1929 年）当时的国民政府立法院在进行法律改制，特别是在编纂民法典时，曾在是采取民商合一还是采取民商分立的立法模式上发生过争论，后法典起草者提出民商合一的提案，并详细论证了实行民商合一的立法理由，还将民商合一体诸实施，获得了广泛的社会认同。解放后我国立法主要受前苏联立法的影响，而前苏联在民商立法的关系上均是采用的民商合一的模式。直至我国《民法通则》的颁布，民商合一的立法体制也没有发生变化，由此可见，民商合一主义的合理性在我国不但经历了历史的检验，而且实施也有较为深厚的思想理论基础。

对于民商合一在立法上应采取何种模式，世界各国又有不同做法：一是在民法典中直接包含商事法规，该模式属于传统模式；二是在民法典外另订商事单行法以作为民法的特别法，该模式属于现代模式。两种模式的共同点是坚决维护民法与商法在私法本质上的统一，反对以两法分立为特征的民商分立。但是，前者偏重要求将商法内容全部纳入民法典，既固守实质合一，又坚持形式合一，其缺点是会造成理论的僵化和封闭。而后者可以做到将民法典与作为民事特别法的商事

单行法有机结合，既坚持民商法的实质合一，又能适应商法变动性的要求，具有开放性。这也是目前各国采取的主要模式之一，对我国具有较大的借鉴意义。^② 坚持民商合一的精神实质，以民法典为基本法，以一系列单行法为特别法，无疑应是我国商事立法形式的理性选择。

尤其要强调的一点是，我们主张民商合一，并不是说要将商法完全融入民法之中，而是以承认民法和商法之间存在价值取向上的重大差异性为条件，即承认商法在现行法律体系中的相对独立地位。所谓独立，就是说商法有自己相对独立的调整对象，有自己丰富的调整内容和独立的法律体系。这些调整对象和调整内容与民法之外的其他法律部门之间有质的区别。所谓相对性，是指商法不能完全脱离民法而存在，商法内容必须受民法原则的制约。在法律体系中，商法与民法一道共同构成了民商法律的完整体系，即民商法律系统。在具体立法上，应在制定一部统一的民法典之外，通过另外制定若干商事单行法规的方式，完成对社会经济关系的综合调整。这样一来，既能够保证民法典的相对稳定性和原则性，又能保证商事法规的相对灵活性和具体性，从而使民商立法体系达到稳定与灵活、原则与具体的统一。在法律的适用上，商法应以民法基本原则作为最基本的原则，商法适用是对民法原则一般适用的有效延伸。另一个方面，商法作为民法特别法，依照特别法优先于普通法的适用原则，凡有关商事的事项，应首先适用商法的特别规定，只有在商法未予明确规定的情况下，才适用民法的有关规定。

(本文原载于《法学论坛》2003年第6期)

^② 覃有土著，《商法学》[M]，北京：中国政法大学出版社，1999.53。

德国商法典的最新变革

[德] 托马斯·莱塞尔著
常鸿宾 刘懿彤* 译

作者简介

简历

托马斯·莱塞尔，德国洪堡大学法学院教授，德国洪堡大学法学院院长。

主要学术成果

“德国股份公司法的现实问题”（刘懿彤译），《法学家》1997年第3期。

“德国商法典的最新变革”（常鸿宾等译），《法学家》1998年第4期。

“德国股份法有关大型公司治理的规定”（王晓馨译），《复旦民商法学评论》2001年9月刊总第一期，法律出版社2002年版。

* 柏林洪堡大学法学院博士研究生。

目 次

- | | |
|----------|------------|
| 一、引 子 | 四、商法典的最新变革 |
| 二、商法的由来 | 五、评 价 |
| 三、商法典的特征 | 六、结 束 语 |

一、引 子

中国若干年来已决定将其经济生活进一步市场化，按照市场原则来处理经济问题。大量的带有规范私人自治、私有财产、契约自由和竞争为特征的私法条文和法律机构复兴起来或者重新被引入。这是这一决定的必然后果。如果把调节私人商事往来的全部规范理解为商法，那么在这个国家中也就存在一个现代的商法了。

就目前德国商法改革法草案来看，它是其于长年的学术研究准备和与各个德国经济利益集团讨论的结果，并综合采纳了他们的要求。在政治上它是没有争议的。因此这个草案在议会中只会作很小的修改，这次商法变革的核心精神则是不会改变的。

为了搞清这次商法典的变革，首先请允许我在本文的第一部分介绍一些德国商法的历史背景。

二、商法的由来

哪里有商人和贸易，一般来说那里就需要对这种经济商务往来进行调整的特定法律规范。基于这个基础，现代商法的词源可以追溯到古希腊罗马时期，特别是罗马法。当时针对国际贸易中的海洋贸易及其特定风险的法律规范已经产生。现代国际贸易作为先导也在推动着特定法律规范的出现，这一点正如在中国出现的 1979 年中外合资经营企业法和 1985 年涉外经济合同法。

在欧洲，现代商法大约可以追溯到中世纪晚期大约 1250 年至 1450

年间。一方面在北意大利城市佛罗伦萨、米兰和威尼斯；另一方面在波罗的海及北海沿岸城市结成的汉莎贸易同盟地区，这个贸易同盟达到了西部比利时的布鲁日和伦敦，北部的瑞典和挪威，直至俄罗斯和乌克兰的基辅。在意大利出现了大量至今仍在沿用的概念，如公司、全权代理、银行往来帐户和两合公司。另外作为支付往来和信贷工具的汇票和支票的管理机构也产生于意大利。

作为一个与一般民法相区别的大商事法典出自拿破仑统治时期的法国。按照 1804 年的民法典，法国 1807 年颁布了商法典。在德国，由于众多单一制小国处于分散状态，它比法国晚两代于 1861 年才制定了《一般德国商法典》。这个商法典起初只是单一国家立法的雏形，在数年之后才由普鲁士、奥地利接受，其他小国也跟随效仿。德意志帝国建立后，此法于 1871 年成为帝国法律。而当 30 年之后民法典产生时，民法和商法两者的协调性就显得更为必要。至今仍在沿用的商法典就是基于民法典的准备而制定的，二者于 1900 年 1 月 1 日同时生效。但是这部商法典的大量规定还是延续了以前的《一般德国商法典》。

三、商法典的特征

当然从外在立法史来看，德国商法典有两个特征：第一，这部至今沿用的商法典是 19 世纪的产物，并反映了当时的经济发展现状。那时正是德国经济自由主义的高潮和工业化的早期。第二，商法典被理解为民法典的特别法，即作为商人的特别私法，或者我们今天所说的经济组织和经济商务往来的特别私法。它们虽然得到一般民法的补充和一定的限制，但是决不会受到民法的排斥，而相反在经济交往中以其为前提。

这一特点来源于商法典的结构和内容。考虑到经济商务往来的特别要求，一系列的商法条文偏离了一般民事法律规范。例如商法典第 350 条和 352 条规定，商人的担保、债务保证和债务认可不仅可以采用书面形式，而且还可以偏离民法典采用口头形式；商人商务往来的法定利率为 5%，而不是按照民法典第 246 条 4% 的规定。按照商法典第

346条规定，商人的商务往来要服从当地的一般习惯和风俗。民法典第932条规定，一个动产的受让人也可以成为其动产的所有权人，即使这个动产不属于让与人的，但是如果受让人是善意取得的，即受让人不是由于重大自身过失而认为，让与人财产的所有权人。商法典第366条扩大了从非权利人善意取得的可能性，即人们可以从商人处善意取得一物，如果这个善意取得不针对所有权，而只涉及受让人的处分权。

商法典第377条包含了在这方面至今在实践中还很重要的条款，如果买卖双方是商人，那么他们就要在收到货物后不可迟延地对收到的货物进行检验，并必须马上对货物的瑕疵提出异议。如果他没有行使异议，那么他就丧失了相关的确定瑕疵检验的担保请求权。在民法中一般则没有这个检验义务，如果买方没有按照动产买卖六个月诉讼期限的规定，那么他才提出瑕疵担保请求。

商法典第48条至52条的全权代理和第53至58条的商务授权的规定作为民法典有关代理（第164条等）的特别规定制定出来。其本质内容的实施是对全权代理人和商务授权人有关代理权限范围给予法律上的类型化和固定化。这就使交易对方在经济往来中免除了审查，是否一个全权代理人或者一个商务授权人以店主的名义所做出的声明被其授予的权限而掩盖了。

根据这些内容介绍看出，以上提及的对民法的偏离是独特的，带有商法典的目的和精神。为了方便商事往来，这些偏离放弃了在一般民事法律交往中必要保留的保护条款。除此之外，这些偏离也考虑到，商人比一般民众对有关的条款更为熟悉，并且非常精明能干地保护其自身权利，因此对商人的保护少于一般民众。

还有大量的商法典条款包含着许多规定，它们在民法典中没有相应的条文规定，因为它们只在经济领域中被采用。例如有关商业登记注册和有关商人登记注册的必要义务的规定，以及有关公司的规定就属于这一类（商法典第8条等）。法律对此逐一作了规定，商人和商事组织按照哪些原则以它们的名称组成，并以此从事商务往来，这些都不能随意更改的、欺骗他人的（商法典第17条等）。还有一些专门的合同形式属于这一类，它们在商务往来中起着作用，如商务代理合同、

货物运输合同。商法典也包含了总共 400 多条的海商法内容（商法典第 474 条以下等）。

当然商法典首先是规定商事组织的法。有关无限公司和两合公司的规定可以在商法典第 105 至 177a 条中找到。原来紧跟其后的是股份公司法。因为在商法典中可供使用的条款数量已经不能容纳股份法，它的规定太广泛了，这就导致了 1937 年的股份法单独立法的改革。有关有限责任公司和合作组织的条款最初就没有规定在商法典中。这种无规则性可以从历史的偶然性中得到解释。这两种公司形式在商法典出现前，即 1889 年和 1892 年就找到了它们的法律规定。当商法典被着手准备时，人们也就放弃了将合作组织法和有限责任公司法放入商法典中的作法。当然，它们属于商法体系。票据法和支票法也属于同样的情况。

100 年来商法典的核心内容无大变更地执行着，它只是在一个领域中进行了大量的补充：这就是 1986 年在商法典第三篇中增加的有关记帐法和公布帐目法的新规定。它一共 100 多条，并首次在德国法中被规定。其来源为欧洲联盟的三个法律原则（1978 年、1983 年和 1984 年欧洲联盟企业法律原则第 4 号、第 7 号和第 8 号），这也是首次在欧洲联盟各国执行资产负债法。

除了资产负债法外，100 年来商法典没有大变更地被执行着，必要的补充主要涉及商法典以外的重要经济交往领域。因为商法典的规定已经满足不了客运法和货运法的要求。它们在这个世纪中得以公布并成为今天的单行法；另外还有部分规定在国际公约中，例如 1956 年的国际道路运输合同条约或称华沙条约。

另外还有许多不同的现代银行业的规定没有归入商法典。商法典公布前不久，股票交易法于 1896 年成为单行法，并经过多次变更至今还有效，其最后一次修订为 1989 年。许多新的合同形式，如特许权合同、分期付款租用合同和托收信贷合同至今在德国还没有规定在成文法典中。

四、商法典的最新变革

正值商法典 100 周年纪念之日，联邦政府准备了一份商法典草案，

包含了第一次原则上对商法典的冲击。这涉及到商法典第 1 至 4 条基本条款完全重新规定，也称之为商法典适用范围的规定。这也意味着在民法和商法之间找到了一个新的确切的界限。

商法的影响和本质上的重要性不仅与它的内容，而且明显涉及到商法适用于哪些生活领域、日常生活的内容、联合组织的形式和合同的形式，以及涉及到商法与一般民法的区别。民法与商法的衔接必须恰当，必须适应经济发展的现状、经济生活的需要和从事经济的从业人员的想法。如果它没有考虑到这些前提，那么这个法典的规定就不会令人满意和存在着危险，它就不会得到商人们和企业界足够的接受和执行。但是上面所谈到的标准不是很清晰的和明显的，其正确的界限总是自身发展的结果。在这些值得怀疑的范围内，它只能由立法者作出政治上的抉择。所有的法律是经济现状的体现、政治目标评价和时代精神的反应，这些都在法律中得到体现。在德国商法典中，其适应范围的界限完全体现了这一点，其第一至四条就是 19 世纪末期经济生活的产物和反映。很长时间以来已经明显反映出，这些条款已越来越不够符合今天的现状。这样一来它们就变得没有必要的复杂了。通过这个认识还不能完全确定，这个时间性很强的法律规定能如何继续发展。

为了提供一个准确的印象，民众和商人之间的界限今天是怎样划分的，这个划分是如何复杂，另外立法者又采用了哪个现代的解决方案。首先介绍新旧商法典在字面上的规定。关于旧的商法典，我们至今是这样教给德国学生的：

“第一条 法定商人

1. 谁从事商事经营，就是本法典意义上的商人。

2. 每个经营活动视为商事经营，只要在它经营范围内从事一个以下标明的业务：

(1) 动产和有价值证券的购买和转让，无论产品是否无改变地或加工或处理后被出让；

(2) 为他人承揽产品的制造或加工，只要这个经营不是以手工的方式方进行；

(3) 承揽带有保险费的保险业务；

- (4) 银行业务和货币兑换业务；
- (5) 承揽海上的客货运输、货运业务或以固定的机构从事陆上或内河客运业务以及拖船运输业务；
- (6) 代理业务、运输业务或寄存业务；
- (7) 商务代理人或商务经纪人业务；
- (8) 出版业务以及书店或艺术品交易业务；
- (9) 印刷业务，只要这个经营不是以手工的方式进行。

第二条 注册商人

一个手工业或一个其他经营性企业，其经营活动不视为第一条第2款商事经营，只要其公司在登记注册簿登记注册了，它在方法和范围上满足了以商人的方式建立的业务活动，则视为本法典意义上的商事经营。这个企业主有义务按照对商人公司注册登记适用的条款进行登记注册。

第三条 可为商人

1. 本法第一条的规定不适用农业和林业的经营。
2. 对农业或林业企业适用第二条并附带说明，企业主有权，但不是义务，在登记注册簿进行登记注册。如果登记注册执行了，那么公司的注销就要适用对商人公司注销的一般条款进行。
3. 如果一个企业与农业或林业的经营相联系，那么它只是一个农业或林业企业的附属经营，对这个附属经营就适用本条第1款和第2款的规定。

第四条 任意商人

1. 有关公司、商事帐册和全权代理的规定不适用于个人，他们的经营活动在方法和范围不满足以商人的方式建立的业务活动。
2. 通过经营活动的联合，一个无限公司或一个两合公司不能建立，对这个经营不适用上述条款。”

人们很快感到，这些规定不仅很长而烦琐，而且很难理解和掌握。相反新的规定应该很短：

“第一条

1. 谁从事商事经营，就是本法典意义上的商人。
2. 每个经营活动视为商事经营，除非这个企业在方法或范围上不

满足以商人的方式建立的业务活动。

第二条

一个经营企业的经营活动视为从事本法意义上的商事经营，即便它的经营活动按照第一条第2款不是商事经营，如果这个企业的名称在登记注册簿上登记注册了。这个企业主有权但不是义务按照对商人公司登记注册适用的条款进行登记注册。如果登记注册执行了，那么公司的注销也就适用于公司登记注册的情况进行，假如第一条第2款的条件没有出现。

第三条

1. 本法第一条的规定不适用农业和林业的经营。

2. 对农业或林业适用第二条并附带说明，这个企业在方法或范围满足了以商人的方式建立的业务活动，其执行了登记注册的公司的注销就要适用对商人公司注销的一般条款进行。

第四条

取消。”

新旧规定的区别很大，通过下面几点介绍希望一些建议能对中国目前和将来的立法提供思考。

1. 德国商法典的特征在于，它是基于所谓的主体系统建立的，这也可称为一定的经营和合同形式没有归入商法。商法是与在经济领域的从业人员，即商人和商事组织相联系的。为了划清商法的适用范围，法典定义了商人的概念。按照商法典第一条第1款，谁从事一个商事经营，谁就是商人。无限公司和两合公司不同于民法典规定的民事合伙（第705条以下），因为它们是从从事商事经营的（商法典第105条，第161条）。这个在体系上重要的传统思想在这次改革中没有被触及。

2. 在法典中使用的商事经营的概念基于一个经营的概念，这个概念在法典中没有定义，而使用了优先的、在经济生活中运用的概念。普遍的观点认为，经营是一个独立的、持续的、不间断的职业性经济活动，并带有目的进行的和以盈利为目的。排除在经营范围之外的首先是，那些只为满足自己个人生活方式服务的独立活动、那些从事在非独立位置上的公务员和劳动者的活动、以及那些涉及国家主权和行政管理的活动和它们的下级部门的活动。处于边缘的是那些公法意义

上的机构和法人单位，它们虽然从事经济领域的活动，但是它们不是建立在以创造经济效益，而是为政治经济目的服务的，例如联邦银行。有关联邦银行的法典明显地确定联邦银行为商人。

相反有争议的是所有从事艺术性和科学研究性的活动以及所谓的自由职业者。例如医生、建筑师、独立的工程师、律师、公证员、经济审计师、税务顾问等。按照有关法律，这些人不能成为商人，也不能组成无限公司和两合公司。

3. 商法典适用的进一步的前提是，存在一个商事经营。商法典至今只笼统地划分了商人概念的要素，其划分的标准非常不同，法定商人（Muss-Kaufleute）、注册商人（Soll-Kaufleute）、可为商人（Kann-Kaufleute）和任意商人（Minder-Kaufleute）成为法律的专门术语。根据法典规定，法定商人具有商人的特性，这只是基于他们的活动方式，而不是基于他们的愿望或是否在商业登记簿登记注册。法典认为哪些经营活动属于法定商人的经营，都在商法典第一条第二款第1至9项列出来。如果人们认为这个列表准确的话，那么在列表中就会有疑问。所有的动产商人都属于法定商人这一类，而不动产商人则例外。如有价证券的经纪人是法定商人，不动产的经纪人则不是。只要是末产品被销售了，那么手工业和工业的生产就属于法定商人，而在获得产品时产品被组装了就不属于。

所有农业、林业、渔业、各式各样的采矿业、能源制造业、建筑业、建筑手工业、以及全部修理业也没有属于法定商人。另外法典也没有完全覆盖服务行业，虽然保险业、银行业、全部运输业、出版和印刷业列入了法典，但是旅馆业、商业性经营的疗养院，以及我们这个世纪出现的服务行业形式，如广告业、驾驶学校、翻译公司、企业和财政咨询公司、租赁业和数据处理、通讯技术联络业等都没有被列入进去。

按照现行的商法典第二条规定，所有的企业要取得商人的特性，就要在商业登记簿登记注册，只要其从事了在方法和范围上满足以商人的方式建立的业务活动。就此而言，法典只按照企业的大小和内涵来区分。当然这也只限制在一个非常一般的、被修饰的界限标志内，其目的在于，排除那些结构简单的行业和一般行业。按照司法判例来

看，它不仅取决于企业大小，即营业额大小、注册资本高低、雇员数量，而且还涉及企业业务往来的多样性和不同性。

在法定商人领域里现行的法典作了一个相应的区分，而它在体系上和实践中确有另外的法律结果：一个法定商人的企业在方法和范围上没有满足以商人的方式而建立业务活动，相应的不属于商法典第二条涉及的注册商人。虽然它没有完全从商法典的适用范围脱离，但是它不能适用一定的重要条款（商法典第四条）。因此我们称之为任意商人。它们不能带有名称、不能指定全权代理人、也不能组成无限公司和两合公司。按此结果，它们组成了商人和民众之间的一个第三标准，即介于商法和民法之间的混合物。

对农业和林业企业适用商法典第三条作为第四个特殊规定，它们有权、但没有义务在登记注册簿登记注册并获得商人的特征。它们就构成了所谓可为商人的一类。

4. 按照现行法律，以上介绍的有大量问题的界限被三个进一步的因素搞得更加复杂化。

a) 为了保护商事交往，在德国首先适用一个信用规则：谁如果错误地作为商人或商事公司在商业登记簿登记注册了，那么它就不能有依据不执行商人概念的实质条件（商法典第五条）。这一规定已被司法判例所涉及，某人是以商人出现，如果在它的交往信件上按照商人做了。

b) 其次，在运用合同条款时必须区分，合同双方或一方是否是商人。商法只能在两个商人之间的商务往来中发挥它的全部作用。在商务往来中一方是商人，另一方是消费者的情况下，不能只适用针对商人的商法，因为消费者必须作为一般民法下的民众来对待。其法律地位将因现代消费者保护法而加强。

c) 最后，公司法显示了在体系上和结构上的一个不太明显的裂痕。因为无限公司和两合公司的法律形式必须满足商人的标准，但是这一标准不适用股份公司、有限责任公司和合作社。只要现行的条款最终不禁止，一个有限责任公司可以按任何喜爱的目的建立（有限责任公司法第一条），它不需要获取盈利、可以不从事商事活动，而只进行管理性的、艺术性的、科学研究的和自由职业性的活动。

有限责任公司法的前提不是建立在一个在方式和范围上以商人方式的商事经营。只需要表明五万马克注册资本，其中一半的注册资本已经汇入银行帐号，就足够了。同时有限责任公司始终是商人（有限责任公司法第十一条第三款、商法典第六条）。自从有限责任公司法不限制地准许一人股东建立有限责任公司后，如果某人已经提供了最低注册资本，那么他就获得了他建立的有责任公司的商人特征，而不需与商人定义的法律前提相联系。股份公司和合作社也相似地适用。

五、评 价

这个改革法案不能并且不想排除摒弃上面介绍的全部商人概念。它只考虑彻底地简化商法典的使用条件和适用范围。

1. 当然这个法案确定了，一个经营的出现，排除了国家主权的、科学研究的和艺术性的活动。这一点在原则上是正确的。按照传统的、扩大化的介绍，以及按照内容、思维方式和目的，艺术性和科学研究性的工作与商业性的活动之间有如此大的区别，以至于二者在法律上不能一致同等对待。科学和艺术与经济存在着本质上的区别。但是这也不能排除，二者的界限是很难划清的。法律的任务也要让发明家和艺术家理所当然地获得他们所付出的工作的经济收入。而对职业性的活动法律保护，法律不容忽视，但是它们还是不属于商法的范畴。

2. 在德国由于这个划分至今是没有争议的，因此对自由职业的特殊对待也问题重重。越来越多的论证表明，例如律师的活动最终是经营方式的，并且不再明确地与财产、财政和企业咨询员相区别，其不属于自由职业的定义。虽然这一论证带有一定的正确性，但是，就此仍然区别对待也还是重要的。医生们和律师的伦理风俗还是同样地有别于商人们和经理们的。正因为律师和医生们内部的独立性受到各个生活领域的商业化的威胁，所以法律对此应明确规定，他们要远离商法。可是在德国出现的趋势确越来越问题化，医生或律师事务所的有限责任公司已得到批准。

3. 这个改革草案的重大进步在于，完成了不能用时间计算的商法典中商事经营概念的辩论任务以及民法和商法之间界限尽可能的简化。

将来每一个经营性的企业，它在方法和范围上满足以商人的方式建立的业务活动，就应视为商事经营并受商法的管辖（商法典草案第一条第2款）。它将不再按照企业的经营范围来区分，即生产、商业和服务企业。仅仅对农业和林业经济领域应该继续保留，企业有权，但不是义务，获得商人的特性。

4. 这个草案进一步完全放弃了任意商人的形式，它虽然还是商人，但是不能对它适用全部商法的条款规定。在将来，一个法律主体只可能或是商人或是民众。这一设计将在法律技术上使文字的简化成为可能，商法典第四条可以全部取消，至今的第一条的9项列举变动只限制在只有两句短话的第一条。

5. 这个外表的缩短也是按照一个实质性的简化；这个草案只提供了两个单独完整的界限标准。第一，必须存在一个经营性的企业；第二，在方法和范围上满足以商人的方式建立的业务活动。两个标准虽然非常一般地描述了，但是也很难掌握。因此这虽要导致一个明显的法律非安全性，但是这也是可克服的。因为：第一，条款的目的方向是明确的；第二，接受了目前法律的描述；第三，尽可能与长期的司法判例相连接。商法典草案第一条第2款的描述也特别表明，商人的经营活动构成了这一规则，非商人的经营活动则是例外。每个经营活动者将一直按照商人对待，直至它自我说明和证明，它的企业没有满足一个以商人的方式建立的业务活动。

经营性活动的定义排除了已经介绍的国家及其下级机构从事国家主权的任务、非独立的劳动者、科学研究性的、艺术性的、自由职业性的活动。一个“在方法和范围上满足了以商人的方式建立的业务活动”的标志应该排除大量的小商人、小手工业者和所有形式的经营性的日常咨询员，它们的所有者与其作为企业主，不如作为民众对待，并受到和民众相同的法律保护。按照全部的经验来看，在地方法院方面，这将带来的界限划分上的一定摇摆，但是，这些不会导致需要马上弥补的重大损害。出于这个原因，可以预见，这个“在方法和范围上满足以商人的方式建立的业务活动”的格式将可以较好地掌握。

6. 通过非常清楚的商法典第二条的新规定，这个界限标志的使用还将进一步简化。如果他们愿意，这一条款将进一步对所有小的经营

企业同样放开适用商法典，他们按照商法典第一条虽不是商人，因为在方法和范围上没有满足以商人的方式建立业务活动的要求。但是他们可以自愿地在商业登记簿进行登记注册并取得商人的特征，他们同样也可以取消登记注册并放弃商人特征。按此规定，每个从事经营活动的企业可以按照商法典第一〇五条取得一个无限公司或两合公司的法律资格，即便商人定义的大的标准没有满足。这一规定将对小的商人、手工业者、运输企业和修理行业有利。他们将来可以自我决定，是否作为商人出现，然后希望受到商法的管辖，或者继续希望停留在一般民法的管辖。

所有迹象表明，这个新的规定已经在德国取得经济证实和找到了统一。这一规定好于目的的任意商人的中间类别，这一类别在德国称之为非驴非马。这一点将很快得到证明。

六、结 束 语

这个计划中的新规定的进步在于，对所有的企业和经济领域给予同等的对待，排除了现在法律中的不友善和不实际的区别。法律的现代化将呈现出来。区分生产、商业和服务行业并且也在类别范围之内区分原始生产和工业化生产、大商人和小商人、银行业、保险业和其他服务行业，这将对国民经济和企业经济起到良好的作用。提供组织形式和确定商务往来的规则，它们具有同样的作用和出于法律的眼光。

由于经济生活及其动力的多样性，它总是导致新的组织形式和合同方式出现，这又使每个导致确定新的条文化的尝试将被延误。这个规定将象目前的规定一样在一段时间内存在下去，然后导致对相同的企业不同的对待和一些新的无稽之谈的事情。如果就此而言出现了上述两种基本情况，那么立法者就要改变它。从这一点来看，商法典可以满意地进入 2000 年。

(本文原载于《法学家》1998年第4期)

德国商法最新修订评析

邵建东

作者简介

简历

邵建东，男，汉族，1962年11月出生于江苏常熟。博士研究生学历。1978年至1985年在南京大学外文系德文专业学习，先后获得文学学士和文学硕士学位。1996年获得哥廷根大学法学博士学位。

现任南京大学法学院院长、南京大学—哥廷根大学中德法学研究所中方所长、教授、博士生导师。兼任中国法学会理事、中国经济法学会研究会副会长、中国法学会法学教育研究会常务理事。

主要学术成果

《中德商法热点问题研究》(主编)，法律出版社1999年版。

《德国民法总论》(独译)，法律出版社2000年版。

《竞争法教程》(独著)知识产权出版社2003年版。

“析德国竞争法对滥用市场支配地位的控制”，载《法学杂志》1994年第4期。

“论意思表示的发出与送达——德国法的启示”，载《外国法译评》1995年第3期。

“论意思表示的解释”，载《南京大学法律评论》1996年秋季号。

“德国民法中附保护第三人效力的合同”，载《比较法研究》1996年第3期。

“论德国商法的最新修订”，载《商法研究》第一辑，人民法院出版社2000年版。

目 次

一、简化商人概念

二、商号自由化

三、放宽设立人合商事公司的限制
并增强其生存力

四、评价和展望

1998年6月22日,德国议会通过了对《德国商法典》的修正案。^①修订后的新商法典于1998年7月1日起施行。这是自《德国商法典》1990年1月1日施行以来,立法机关对商法的体系和实体内容所作的一次范围广、力度大的改革,^②它必须对德国商事立法的整体体系、商法理论、商事司法实践以及商事交往产生深远的影响。下面拟介绍和分析此次商法修订的主要内容,并在对改革的利弊得失作出初步评价的基础上,展望德国商法的发展前景和走向。

一、简化商人概念

德国商法历来被认为是“适用于商人的特别私法”^③。因此,商人既是《德国商法典》的出发点,也是《德国商法典》的归宿,商人是德国商法中最核心、最重要的概念。这种以商人这一特殊的权利主体为中心的制度被称为主观主义或商人中心主义。根据这一原则,商人是商事权利、义务和责任的承受者,是商法规范的适用对象。在法律交易中,原则上只有当行为人是商人时,才适用商法典及其他商事法律的规定。易言之,同样一种法律行为,商人为之,适用商法规范,

① 全称为《关于重新规定商人法和商号法以及关于修订商法规定和公司法规定的法律》(Das Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften),载《联邦法律公报》第一卷,第1474页以下,资料来源:<http://www.fuberlin.de/iww/> (Studienmaterial)。

② 《德国商法典》颁布于1897年5月10日,1900年1月1日起施行。

③ Vgl. Baumbach/Duden/Hopt, Handelsgesetzbuch, 25. Auflage, München 1983, Einleitung vor & 1, I.a) A.S.1; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Auflage, Heidelberg 1997, Rdnr.13.

非商人为之，则适用民法规范或其他法律规范。因此，《德国商法典》有关商人的概念和种类的规定，构成了德国商法最重要的实体内容。^④

那么，究竟谁是商人呢？即符合什么样的标准才能成为商法典意义上的商人呢？《德国商法典》首先依据行为人所经营的商营业的种类，区分了法定商人，须登记商人和可登记商人。

1. 法定商人

所谓法定商人，又称必然商人或免登记商人，是指从事原《德国商法典》第1条第2款所列举的各类商营业的人。这些商营业分别为：买卖商品^⑤和有价证券；以非手工业方式为他人加工或处理商品；为获取保险费而从事保险业务；银行业和货币汇兑业；运输业；行纪业、仓储业；代理商和居间商的业务；出版业以及其他图书或艺术品交易业务；以非手工业方式从事的印刷业。只要从事上述九类典型的或基本的商营业的人，就是法定商人，即行为人可以自动取得商人资格，而不需要再在商事登记簿中进行登记。即使进行登记，这种登记也只具有宣示性、证明性的效力。

2. 须登记商人

根据原《德国商法典》第2条规定，如有人从事上述九类基本商营业以外的其他商营业^⑥，而经营该营业又需要行为人具备一种依商人方式建立起来的经营方式，则行为人在商事登记簿中进行登记注册后，成为所谓的登记商人。可见，要成为商人，必须同时具备三项要件：第一，行为人从事的营业不属于基本商营业；第二，行为人从事的商营业需要达到一定的规模；第三，行为人必须在商事登记簿中进行登记。显然，这里的登记与前述法定商人的登记效力不同。这里的登记具有设权性效力，即登记创设了商人，行为人非经登记不能取得商人资格。

④ 一部普通的德国商法教科书，几乎用一半的篇幅来讲述“商人”及作为“商人姓名”的“商号”。大学法律系开设的“商法学”课程，也几乎仅仅讲授“商人”、“商务登记簿”和“商号”，连商行为也只是一带而过。Vgl. Karsten Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S.2162 (Fußnote 16).

⑤ “商品”仅指动产，而不包括不动产和权利。

⑥ 最为典型的例子是从事与不动产有关的营业，如不动产交易或建筑业，因为不动产不是“商品”。

3. 可登记商人

在《德国商法典》的制定者看来,商法是专门适用于“精于此道的”商人及其交易活动的。而农业和林业传统上不属于商事领域,因此对于在农业和林业领域从事生产经营的主体,不应适用较为严厉的商法规范。虑及农业主和林业主社会地位和知识程度的提高以及农林企业经营范围的扩大,立法者在1976年修订商法典时规定,只要经营农林企业有必要具备以商人方式建立起来的经营方式,那么业主可以通过登记,取得商人资格。根据原《德国商法典》第3条规定,这种登记是法律赋予农林业主的一项权利,他们可以自由决定是否行使此项权利,亦即可以自由决定自己是否成为商人。

除了依据行为人所经营的商营业的不同种类,将商人分为法定商人、须登记商人和可登记商人外,原《德国商法典》还根据商营业的规模,区分了完全商人和小商人。所谓完全商人,是指在从事商营业时,需要具备一种依商人方式建立起来的经营方式。具备这样一种商人式的经营方式,通常是指建立一套相对完整的商事经营和管理制度,即如设立商事簿记、保存商业信函、聘用员工等。考察某项商营业是否需要具备一种依商人方式建立起来的经营方式,应对该商营业的总体形象作综合评价,并具体分析商营业的种类、规模、销售额、员工人数、业务关系的复杂性、投资资本和经营资本的规模、营业所的类型和数量、资产负债表的制作、信贷情况等因素。所谓小商人,是指从事原《德国商法典》第2条第1款规定的九类基本商营业,而又不需要具备依商人方式建立起来的经营方式的商人。原《德国商法典》第4条规定,有关商号、商事簿记和经理权的规定,以及一些典型的、较为严厉的商法规范,^⑦不适用于小商人。^⑧

我们大概不需要作过多的思考,就可以意识到,上述法律状况异常复杂繁琐。本来,商法典的意义,就在于为商事交易提供简单、明晰的规则;《德国商法典》既然采商人中心主义,“谁是商人”这个问题就应该是一目了然的。但在修订以前的情况下,恐怕谁也很难简明

^⑦ 如商人之间约定的违约金,即使数额过高,也不得请求法院减免;商人发出保证的意思表示,不需要采用书面形式。

^⑧ 范健:《德国商法》,中国大百科全书出版社1993年版,第57页至第70页。

扼要地回答“谁是商人”这个问题。

首先，原《德国商法典》在界定商人概念时同时采用了两个标准，即商营业的种类和经营规模。这两个标准既互不相同，但二者之间又有一定联系，法律并没有将其中任何一个标准贯彻到底。如果严格采用商营业作为标准，那么法律就应当具体确定商营业的范围，凡从事这些商营业的行为人，不问其规模大小，一律都是商人，而不应规定所谓的“小商人”；如果严格采用营业规模作为标准，那么法律就应当舍弃对营业种类的区分和限制，规定凡必须以商人形式经营其营业的行为人，一律都是商人，而无需再对基本商营业、其他商营业、农林业等作进一步区分，并根据不同的营业种类设定不同的登记效力。显然，如果严格采用一项标准，法律对“谁是商人”的规定一定会清晰得多。

其次，原《德国商法典》对基本商营业、其他商营业和农林业的区分早已过时了。如果说，在制定《德国商法典》的时候，工业、商业、农林业之间的界限尚属泾渭分明的话，那么时至今日，不仅在传统的营业之外产生了许多其他商营业种类，而且传统营业之间的这种界限也变得越来越模糊不清了。从原《德国商法典》第1条第2款所列举的九种基本商营业来看，立法者心目中的商人，是那种以真正意义上的“商人”（买卖商品或加工商品）为代表的经营者。这些人只要实际从事其商营业，即取得商人资格，此外不需要再进行登记。而从事其他商营业的人，则必须先进行登记，否则不能取得商人资格；从事农业、林业经营的人，则可以登记也可以不登记。这一立法政策所体现的区别对待不同类型商营业的思想，在今天看来显得再不合理依据，对商事交易的安全性也非常不利。举例说，从事房地产经营（包括建筑业、房屋出租或房屋中介业）的行为人，由于其经营的商营业不属于基本商营业范畴，因此非经登记不是商人，商法规范因而不适用于他。再如，从事各类服务业的行为人，因其营业也不属于基本商营业范畴，在登记之前也不是商人，商法规范也不适用于他们。这样，这些行为人虽然实际从事着商营业的经营活动，但是可以用种种借口，通过拖延登记或不为登记等行为，人为地拒绝商人资格，因而逃避适用商法规范。这种结果显然是不合理的。就农林业而言，今天

的业主无论在文化程度，还是在营业关系的复杂性、经营管理的先进性等方面，都已丝毫不亚于其他类型的商人，因此依然认为农林业主“不配”或“不宜”适用商法规范，显然无异于痴人说梦。

最后，小商人实在是一个非驴非马的玩艺儿。一来，为什么只有从事基本商营业的行为人才是小商人，而从事其他商营业（如建筑、不动产中介、服务业）就不可能成为小商人呢？二来，行为人从事经营活动是否需要一种依商人方式建立起来的经营方式，实践中往往很难判断，因此行为人究竟是不是小商人是很不确定的。三来，根据原《德国商法典》第4条第2款，只有以完全商人方式从事商营业的商事合伙，才能成为无限公司或两合公司；而以小商人方式从事商营业的，只能成立民法合伙。一旦以完全商人的方式从事商营业的无限公司或两合公司所经营的商营业萎缩为以小商人方式经营，无限公司或两合公司便依法自动转变成民法合伙；反之，一旦以小商人方式从事商营业的民法合伙扩张为以完全商人方式经营，则民法合伙依法自动转变成无限公司或两合公司。这种转变既然是依法、自动进行的，不需要作任何登记，因此商事交易中的其他人也无从知晓和查知。四来，小商人既为商人，就不是普通的民事主体，对他们理应适用商法规范。但实际上，却是一部分商法规范适用于小商人，一部分商法规范又不适用于小商人，着实使人无所适从。

此次修订，本着统一和简化商人概念的精神，对商人概念作出了下列改革：

1. 取消了基本商营业与其他商营业之间的区别，亦即取消了法定商人与须登记商人之间的区别。根据新的《德国商法典》第1条，所谓商人，是指任何一个经营商营业的人，除非经营活动依其种类或范围，不需要一种以商人方式建立起来的经营方式。这样，不论行为人为人经营的是何种类型的商营业，只要他从事的是商营业，^⑨ 行为人就成为商人，对他就应适用商法规范。此外，法律推定行为人为人经营的商营业、具有一定的、足以取得商人资格的规模。如果行为人为人主张自己从事的虽然是商营业，但其经营活动规模很小，不需要一种以商人方式建立

^⑨ 德国商法理论一般认为，商营业是指以营利为目的的、独立的、有一定计划的、公开的、合法的活动。

起来的经营方式，那么行为人就必须对此进行证明；无法证明的，推定其需要具备一定的规模。最后，对商人来说，在商事登记簿中进行登记都是一种义务，而不再依不同类型的商人而异。登记的性质和效力得到了统一：在任何情况下，登记都具有宣示性效力。这样，“谁是商人”这个问题就比较容易回答了：所谓商人，是指以商人方式从事商营业经营的人，不论其从事的是何种商营业，也不论其是否登记。

商人概念的简化和统一，无疑使法律关系比以前清晰、明了得多了。由于从事商营业经营的行为人原则上都是商人，而商人从事的所有法律行为原则上都是商行为，因此对行为人原则上应适用商法规范，而不是民法规范。这样，第三人在与行为人打交道时，就可增加其从事的法律行为的可预见性，从而保障和提高商事交易的稳定性和安全性。此外，商人概念的简化和统一也更符合于商事实践的要求。现在，德国在新登记的商人中，85%以上都是经营服务业的企业，因此法律取消经营商品的商人与经营服务的商人之间的区别，可谓是一场及时雨。

2. 取消了小商人的概念。如前所述，小商人是一个非驴非马的东西，实在没有存在的合理性。此次修订取消了小商人制度，从此不再有小商人的概念了。当然，小规模经营者是客观存在的，法律依然应当对他们作出一些特殊规定。新《德国商法典》第2条规定，小规模经营者可以自愿在商事登记簿中进行登记，以取得商人资格。

小商人与小规模经营者看上去虽然差别不大，实则迥异。首先，考察小规模经营者，仅以其经营的规模为准，经营的种类则在所不问；而不像考察小商人那样，先要看其经营种类（基本商营业），后要看其经营规模。其次，小规模经营者是否取得商人资格，取决于他的自愿登记。不登记的，小规模经营者不是商人，对他原则上应适用民法规范；登记的，小规模经营者便是商人了，因此对他应完全地、无限制地适用商法规范。这一点也异于以前的小商人。对于小商人，商法规范并非不适用，而只是部分不适用。

取消小商人概念，使商人概念得以进一步简化。不论行为人的经营活动是否需要具备一种以商人方式建立起来的经营方式，只要行为人自愿在商事登记簿中进行登记，就取得商人资格，商法规范就对他

适用。同时，由于是否登记取决于小规模经营者的自愿，因此登记程序也相对简化了。因为既然小规模经营者决定进行登记，以取得商人资格，就说明他经营的商营业需要一种以商人方式建立起来的经营方式，所以登记法院不必再对这个问题进行仔细审查，而可以径自作出相应的推定。这样做无疑会大大加快登记程序，提高办事效率。

与取消小商人制度相适应的另一项改革是，小规模经营者也可以设立无限公司和两合公司。商法典修订以前，小商人不得设立无限公司和两合公司，而只能设立民法合伙。现在，既然单个小规模经营者可以通过登记成为商人，那么若干个小规模经营者理应也可以通过登记成为无限公司或两合公司。即使无限公司或两合公司的经营范围嗣后萎缩，公司也不会依法、自动地变成民法合伙。与前述情形相比，这一点也有利于保护交易相对人的信赖，从而提高商事交易的稳定性。

二、商号自由化

商号是商人的姓名，商人以自己的商号从事法律行为，并以商号起诉和应诉。商号在商事交易中具有重要意义。首先，商号具有区别意义，即使此商人有别于彼商人。就此而言，商人的商号就像是自然人的姓名，主要用于称呼和识别。其次，长期使用的商号还具有某种商誉。因此，商号与商标一样是商人的一种无形财产。这一点明显有别于自然人的姓名。正因为如此，所以有时即使企业主作为自然人的姓名已经变更，但还是愿意继续保留其商号；或者，虽然企业已经易主，但是受让企业的人愿意继续使用企业原来的商号。最后，商号还具有公示意义，即商号应反映商号所有人的基本情况以及企业的责任关系，以便于交易识别和应对。着眼于商事交易的稳定性、安全性和便捷性，商号的公示意义无疑最为重要，因此德国有学者认为，商号法实质上是企业公示性的一个组成部分。^⑩

为了确保商号实现上述诸方面的功能，《德国商法典》确立了一系列商号原则，如商号真实原则、商号稳定原则、商号专一原则、商号

^⑩ Karsten Schmidt, Handelsrecht, 4. Auflage, 1994, S.341.

公开原则、商号统一原则。其中商号真实原则尤为重要，其主旨是要求商人的商号必须真实。无论是商号的核心部分，还是商号的附属部分，都必须符合实际情况，不得有可以引人误解的内容。

就商号的核心部分而言，修订以前的商法典及其他相关法律制定有非常严格的规定。其中，独资商人的商号必须采用人名商号，不得采用物名商号。独资商人在起商号时，必须在其姓氏之外，至少加上一个全称的名字。不仅独资商人的姓氏必须与户籍登记簿中的姓氏一模一样，而且名字也必须与户籍登记簿中的名字完全一致。例如，名字叫威尔汉姆（Wilhelm）的，商号中也得用威尔汉姆，而不得用昵称威利（Willi）；叫泰奥多尔（Theodor）的，不得用昵称泰德（Thed）或泰奥（Theo）；叫弗里德利希（Friedrich）的，不得用昵称弗里茨（Fritz）。除此之外，独资商人的商号中倒是不必包含说明有关法律形式的附属文字。

商事公司商号的核心部分因公司形态不同而有异。其中，人合公司与独资商人一样，也必须采用人名商号，而不得采用物名商号。有限责任公司的商号中要么必须至少标出一名股东的姓名，并标出反映公司存在的附属文字或其缩写，要么标出全体股东的姓名。两合公司的商号中，只能标示负无限责任的股东的姓名，并标出反映公司存在的附属文字或其缩写。无论是无限责任公司还是两合公司，其商号中也都不需要标出反映公司法律形式的附属文字或其缩写。

在资合公司中，只有有限责任公司才既可采用物名商号，也可采用人名商号。而股份公司则只能采用物名商号，而且该物名商号还必须反映企业的经营标的。由于资合公司是独立的法人，公司以其财产为限对外承担责任，因此公司的商号中必须标明企业的法律形式，以便于第三人察知。

无论是独资商人，还是人合商事公司或资合公司，都不得采用虚构商号。

就商号的附属部分而言，其内容也必须与商人或商号的基本情况相一致。原《德国商法典》第18条第2款规定，不得在商号中附加一些附属性标记或说明，使人们对商营业的种类和范围或商人的商业关系产生误解。

综观上述规定，如着眼于商号法的本质意义——公示性，就不难发现这些规定已不符合现代市场经济的要求，其本身也充满着矛盾，实在是非改不可了。

首先，这些规定制定于一百年以前，而其基本原则几乎未作根本修订。一百年来，社会经济关系发生了天翻地覆的变化，原有的商号法规则不适应社会经济生活和商事交易的需要就丝毫不足为奇了。这些商号法规则过分强调商号真实原则，给各类商人起商号设置了过多的原则性限制。特别是对于人名商号，法律要求商号必须与户籍登记簿上的姓氏和名字记载完全一致，连名字的缩写或昵称也不得使用，这实际上已经与商号的公示性功能无涉了，因此其严厉程度难免给人以“啼笑皆非的悲喜剧感觉”^①。

其次，这些规定本身充满了矛盾和内在的不一致性。一方面，商法赋予行为主体以很大的选择企业法律形式的自由，其最为典型的例子是行为主体创设了“有限责任两合公司”(GmbH & Co. KG)^②的公司形态，而商法理论和司法判例对此予以认可；另一方面，商法典对商人起商号的自由却依然作过分限制，实在有失表里如一。此外，商号真实原则的主旨应在于识别商人，并将商人经营的企业的重大关系（特别是企业的责任关系）公示于外部。然而，法律在严格限制商人起商号的自由的同时，却规定只有资合公司才必须在其商号中注明其法律形式，独资商人和人合商事公司则无需这样做；只有资合公司才有义务将其法律形式标注在商用信笺上，独资商人和人合商事公司没有此项义务。这些重形式、轻实质的规定，的确确是“拣了芝麻，丢了西瓜”。再者，商号是完全商人的专利，只有完全商人有权给自己起商号，而小商人则不得拥有商号。这种无端歧视小商人的规定，也殊难与公平原则相吻合。

最后，这些规定与欧洲联盟的有关立法规定和司法裁判之间的距

^① Karsten Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, in; Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S.2167.

^② 根据法律规定，两合公司的股东由负无限责任的股东和负有限责任的股东两部分组成。根据立法者的设想，负无限责任的股东自然应当是自然人。而在“有限责任两合公司”中，负无限责任的股东却是一个有限责任公司。

离越拉越大，与欧洲联盟其他成员国的法律规定相比，也显得陈旧不堪，再不改革就无助于欧洲联盟在这个领域的法律统一了。^⑬

此次改革，立法者本着使商号自由化的精神，对上述规定进行了彻底的修订。

首先，一切商人都可自由选择采用何种商号。不论是独资商人，还是人合商事公司或资合公司，都可以自由选择人名商号、物名商号。商人甚至可以采用虚构商号，即用子虚乌有的姓名或事物来作为自己的商号。采用物名商号的，也不必反映企业真实的经营标的。只要某一个名称具有区别力，即可以作为商号登记使用。

其次，一切商人都必须在其商号中加上说明其法律形式的文字。这一原则本来仅适用于资合公司。今后，不仅资合公司，而且人合商事公司和独资商人也必须在其商号中加上说明其法律形式的文字（“无限责任公司”、“两合公司”；新《德国商法典》第19条第1款第2项和第3项）。其中，独资商人必须标示的说明其商人身份的文字为“登记商人”或其缩写（新《德国商法典》第19条第1款第1项）。这样，商号与其他不具有商人资格的经营者的商业标志之间的区别就一目了然了，行为是不是商人、商法规范是否适用这个问题，也易于为交易当事人所识别了。除此之外，法律规定一切商人都必须在其商用信笺上注明其法律形式。

最后，继续适用商号不得引入误解的原则，但在禁令的构成要件方面较以前有所宽松。根据新《德国商法典》第18条第2款第1句规定，商号中不得包含足以使人对商人的商业关系发生误解的标记或说明，但这些商业关系必须是对相关交易圈子的当事人具有实质意义的商业关系，而且其“足以”使人发生误解还必须是“明显的”。之所以要适当放松此项禁令，主要是为了减轻登记法院的审查负担，进而简化和加快登记程序。修订以前，登记法院必须对商号中的标记是否有引入误解之危险作出广泛的、实质的审查。为此，登记法院必须依据其职权，采用民意测验和专家鉴定等方式，查实有关关键的交易观点，以确定商号中的有关标记是否“足以”引入误解。根据有些法院的判

^⑬ Vgl. Peter Bülow/Markus Artz, Neues Handelsrecht, in: Juristische Schulung (JuS) 1998, S.683 (Fußnote 30).

例，在相关交易领域中，如果有 10% 至 15% 的当事人认为自己发生了误解，就可认定商号中的有关标记“足以”令人误解。^⑨这一程序，既过于繁琐，又非常严厉，显然无益于商号的迅速登记。

依修订后的《德国商法典》第 18 条第 1 款，只要符合下列三项要件，任何一个商号都可以作为商人名称进行登记：1. 区别力，即识别效力，指商号必须具有使此商人区别于彼商人，即识别某一个商人的能力；一个商号必须明确有别于在同一地区已经登记在册的商号；2. 明显性，指商号应明确反映出企业经营者是独资商人还是商事公司；3. 公示性，指通过有关商人资格或公司法律形式的附加文字，将商人的责任关系予以公开。

商号的自由化，解除了一百年来法律为商人起商号设置的过分严厉的桎梏，既无损于商号的公示功能，又符合商事交易的客观需求。今后，商人在遵守法律规定的商号登记三要件的情况下，可以任意选择人名商号、物名商号或混合商号，而且可以充分发挥自己的创造性和想像力，为自己起一个富有感染力或叫得响、传得快的商号。这无疑符合现代市场经济的要求和发展趋势的。

三、放宽设立人合商事公司 的限制并增强其生存力

人合商事公司，即无限责任公司和两合公司，其实质是商人之间形成的合伙。根据原《德国商法典》的规定，无限责任公司和两合公司都必须以从事完全商人的商营业为业，其中无限责任公司的股东都承担无限责任，两合公司的一部分股东承担无限责任，一部分股东则承担有限责任。非从事商营业（基本商营业以及其他商营业、自由职业等）或虽从事基本商营业但其规模较小的（小商人）行为人，不得设立人合商事公司，而只能设立民法合伙。

在《德国商法典》的制定者看来，人合商事公司虽然与民法合伙相比，具有一定的独立性和组织结构性，因此它们可以给自己起商号，

^⑨ Vgl. Peter Bülow/Markus Artz, Neues Handelsrecht, in: Juristische Schulung (JuS) 1998, S. 683.

可以以自己的商号取得权利、承担义务，取得不动产上的所有权或其他物权，还可以以自己的商号起诉和被告。^⑮然而，从理论上来说，人合商事公司本身不具有法人资格，不是独立的权利主体。无论是无限责任公司，还是两合公司，都不是公司（严格说来应是“合伙”^⑯）财产的权利人、公司债务的义务人和责任的承担者，甚至“公司财产”和“公司债务”这些概念本身的合理性都是不无疑问的。人合商事公司的法律性质究竟是什么？有没有权利能力？是法人或准法人？抑或仅仅是一种共同共有关系，公司本身并不是权利主体，而股东才是权利主体？这些都是德国公司法理论长期以来最有争议、至今仍悬而未决的问题。^⑰

此次修订商法典，也涉及到人合商事公司，主要是放松了设立人合商事公司的限制，并强调对人合商事公司生存力的维护，同时也间接涉及到了立法者对上述问题所持的基本态度。就第一个方面来说，这实际上是简化和统一商人概念、取消小商人概念的必然结果。既然法律不再区分基本商营业和其他商营业，而采用统一的商营业概念，那么设立人合商事公司也就不必再以经营完全商人的商营业为限，而是可以以经营任何一种商营业为目的。根据修订后的《德国商法典》第105条第2款规定，经营小规模营业的行为人、“仅仅以管理自己的财产”为业的行为人，也可以通过（设权性的）登记成为无限责任公司。

就第二个方面而言，法律强调了对业已存在的人合商事公司生存力的保护。修订前的《德国商法典》第131条规定，在一名股东死亡、对一名股东的财产开始进行破产程序、一名股东提出终止合同、一名股东的债权人提出终止合同等情况下，无限责任公司解散。其中，在股东死亡时，只有在公司合同中约定了继续经营条款时，公司才能继

^⑮ 参见《德国商法典》第124页、第161条第2款。

^⑯ 在德国法中 *Gesellschaft* 的概念既可以表示“合伙”，也可以表示“公司”。相应地，*Personengesellschaft*（人合公司）既包括了民法上的“合伙”，也包括商法上的无限公司和两合公司。*Personenhandels-gesellschaft*（人合商事公司）则仅指无限公司和两合公司。*Gesellschafter* 既可以指“合伙人”，也可以指“股东”。

^⑰ Vgl. Kraft/Kreutz, *Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Neuwied, Krefel/Ts, Berlin, 1997, S. 152 f.

续经营下去，否则公司就应解散清算。这充分体现了立法者重“人合之连续性”而轻“企业之连续性”的基本态度：商事合伙是若干个商人间互相信赖、真诚合作的产物，既然作为合伙人之一的股东已经死亡，如果合同中未专门约定应继续经营，那么合伙事业即告破灭，这时企业自无生存的余地了。

修订后的《德国商法典》第 131 条规定，一名股东退出公司的，公司原则上应继续经营下去。这样，在股东退出公司时，他终止的对象就不再是公司本身，而是其自己在公司中的股东资格。这一规定，与资合公司的原则完全一致。立法者作此修订的意图是十分明确的，即是为了使那些兴旺发达的人合商事公司避免在一名股东退出公司时，因公司合同中未约定继续经营条款或约定的有关条款有瑕疵，而面临解散清算之厄运。无论如何，与企业整体转让相比，解散清算都会使企业的经济价值遭受重大的损失，因此这一结果是不符合整体经济利益的。此外，退出公司的股东一般对解散公司也并没有什么特殊的利益。在他退出公司时，他也可以获得一笔补偿费，而这笔补偿费与他在公司解散时所能获得的清算所得相比，在数额上并无多大差异。

这一事实足以表明，德国的立法者对人合商事公司的法律性质的理解发生了一些变化。着意维护人合商事公司的生存能力，实际上是抛弃了重“人合之连续性”而轻“企业之连续性”的立场，而注意维持“企业之连续性”，轻“人合之连续性”。这实际上是将人合商事公司视为一种类似于法人的单元组织体。简言之，在立法者眼中，人合公司虽然就其性质而言不是法人，不具有权利能力，但法律将它们视同于法人。^⑩

四、评价和展望

德国立法机关此次对《德国商法典》的修订，从整体结果上来看是成功的。有关此次修订的内容，学术界已作过长期的、充分的理论

^⑩ 这一倾向还可以从下列事实中看到：1996年7月17日的法律在《德国民法典》第1059a条中增设了第2款，提出了“有权利能力的人合公司”的概念，并确立了“具有享有权利、承担义务之能力的人合公司，视同于法人”的原则。

准备，实践部门也反复提出过改革的要求。因此，此次商法核心内容的改革，是立法者经过深思熟虑的权衡，以回应现代市场经济实践的客观需要为宗旨，在小心谨慎地维护现有商法体系的基础上，对现行德国商法进行现代化改良的一次成功尝试。德国的学术界和实践部门一致认为，这次修订可谓水到渠成，立法者早当为之了。

称此次商法改革是一次使德国商法现代化的成功尝试，主要是因为经过此次改革，商人这一商法的核心概念终于得以简化，并在一定程度上实现了统一。今后，只要从事商营业的人就是商人，登记与否在所不问了。同时，法律不再区分基本商营业和其他商营业，任何一种商营业，只要达到了一定的规模，就构成商营业。即使是从事小规模经营的人，也可以通过登记，取得商人的资格。这样就使“谁是商人”这一德国商法的关键问题清楚得多了，因而将大大改善和便利商法规范的适用，诚如德国著名商法学家卡斯滕·施密特所形象地表述的那样，（此次）“立法者在诸如‘法定商人’和‘须登记商人’以及‘人名商号’和‘物名商号’等概念的雾霭中行将窒息的法律条款中，彻彻底底地通了一次气”。^①此外，商号法和人合公司法方面的新规定也是合理的和符合实践要求的。因此，“从总体上说，德国商法正在发展演变成为现代化的企业法”。^②

称此次商法改革是一次小心谨慎的改良，是因为它并没有摒弃德国商法固有的商人主义即主观主义体系，而是在维护现行体系的基础上进行的修补拾遗。在德国商法学界，人们长期以来就对商人主观主义体系是否已经过时、商法典是否已无存在之必要等问题，存在着激烈的争议。有些学者认为，现行商法体系自有其存在的合理性，因此商人法并非过时；另一些学者则认为，现代商法的本质是企业法，因此商法调整的对象不应再是商人，而应是企业，因此，商法应改采以

^① Karsten Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998, S.2162.

^② Volker Beuthien, Die Reform des deutschen Handelsrechts, 1998. 本文是作者1998年9月向南京大学“第三届费弗民法学论坛—中德商法比较研讨会”提交的论文，这篇论文收录在此次会议的论文集，即将由法律出版社出版。

企业这一概念为出发点和归宿的行为主义即客观主义体系。^①自然,在持后一种观点的学者眼中,此次商法改革是一次非常不彻底的改良。修订后的商法典不仅保留了许多诸如“商人”、“商号”、“商行为”等反映传统的商品贸易者及其行为的概念,而且依然严格区分“商营业”和“自由职业”,将从事自由职业的行为人(律师、医生、建筑师、艺术家、会计师等)排斥在商人范畴之外。

撇开这个关系到商法存在合理性的大是大非问题不谈,此次修订商法在一些具体问题上还留下了许多不尽人意之处。

首先,它没有完全统一商人的概念。这一点,最明显地体现在保留了可登记商人这一制度上,即农业和林业经营者依然是一种可登记商人。实际上,在当今德国,从事农业、林业经营的行为人文化程度普遍已很高,尤其是大型农林企业,已同其他企业完全一样,按照现代企业管理制度经营管理。再以传统的职业形象和标准来界定农业和林业已经不合时宜了。德国著名商法学家福尔克·博依庭说得好,这是此次改革的美中不足之处,立法者实在是错过了一个难得的统一商人概念的好机会。^②

其次,农林业主和小规模经营者都是可登记商人,但法律对他们的待遇却不完全相同。小规模经营者在商事登记簿进行登记、取得商人资格后,如果觉得此举不妥,不愿意再做商人、适用商法规范,而想回复到非商人状态、适用民法规范,那么他可以申请注销登记。学者们将这一权利戏称为“回程票”,将小规模经营者戏称为“买了回程票的商人”^③。而农林业主一旦在商事登记簿中进行登记、取得商人资格后,就只能根据一般规定(亦即不得任意提出申请)注销登记了,这种不平等待遇,一来缺乏合理的理由,二来也有悖于简化、统一商人概念的改革宗旨。

再次,此次修订对“商人”这一概念的定义仍然不够确定。修订后的《德国商法典》第1条第1款规定:“本法意义上的商人,是指经

① 范健:《德国商法》第22页至第23页。

② Volker Beuthien, 同前引文。

③ Karsten Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1998,

营商营业的人。”那么，何为商营业呢？第2款规定：“任何一种经营活动都是商营业，但经营活动依其种类或范围，不需要一种以商人的方式建立起来的经营方式的，不在此限。”这即是说，需要“以商人的方式”建立其经营方式的经营活动，就是商营业，这实际上是用“商人的方式”来定义“商营业”，再以“商营业”来定义“商人”，属于同义反复，在立法技术上不无缺陷。

最后，商号自由化在总体上是值得肯定的，但同时有矫枉过正之嫌。特别是应否允许商人给自己起虚构商号的问题，似乎仍然是一个值得深思的问题。

总而言之，此次商法修订，与其说使德国商法实现了现代化，还不如说是在德国商法现代化道路上竖立了一个重要的里程碑。可以预料，这一次修订与其说是《德国商法典》改革的终结，不如说是下一次修订的开端。在即将到来的新世纪中，《德国商法典》将会被继续修订，最终演变成一部现代企业法。伴随着本世纪第一响钟声诞生的《德国商法典》及其商人主义体系，在被一个世纪的历史巨变撕裂得支离破碎、面目全非后，既然得以顽强地坚持到了旧世纪的最后一刻，那么也一定能在新世纪的曙光中绽放出独特的光芒。

（本文原载于《商法研究》第一辑，人民法院出版社2000年版。）

产权的法律分析

王卫国

作者简介

简历

王卫国，1951年5月出生于重庆市，籍贯山西陵川县，1982年毕业于西南政法大学法学本科，1995年毕业于西南政法大学硕士研究生民法专业。

现为中国政法大学民商经济法学院院长，法学教授，博士生导师。中国政法大学破产法和企业重组研究中心执行理事长。中国法学会理事。中国法学会民法学研究会副会长。中国法学会信息法学研究会副会长。

主要学术成果

《过错责任原则：第三次勃兴》，浙江人民出版社1987年初版；中国法制出版社2000年再版。

《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社1997年出版。

《破产法》，人民法院出版社1999年出版。

《改革时代的法学探索》，法律出版社2003年出版。

“论合同无效制度”，《法学研究》1995年第3期。

“论重整制度”，《法学研究》1996年第1期。

“中国消费者保护法上的欺诈行为与惩罚性赔偿”，《法学》1998年第3期。

“现阶段国有企业改革若干问题的法律思考”，《求是》2000年第4期。

目 次

- | | |
|---------------------------|----------------------------|
| 一、产权的概念 | (二) 现代企业的财产权构造：
所有权转换机制 |
| (一) “产权”一词探源 | (三) 法人产权的基本属性和功
能 |
| (二) 英美法上的产权概念 | (四) 我国国有企业改革中的产
权清晰化问题 |
| (三) 现代的所有权观念变革 | |
| (四) 产权的特性和功能 | |
| (五) 产权是一种财产法现象 | |
| (六) 产权的经济意义 | 三、现代产权交易 |
| 二、现代企业制度中的法人产权 | (一) 财产企业化与产权市场 |
| (一) 现代企业的基本特征：以
股份公司为例 | (二) 产权的价值概念：营运价
值理论 |
| | (三) 产权交易的若干形式 |

权利是适应社会生活的需要而创设的。在任何时候，法律都不会拒绝为满足社会经济发展的要求而确认新的财产权概念，以及设立与这种概念相关的种种法律制度和规则。

今天，在我国，“产权”正在日益成为一个经济学和法学上的重要概念。诸如“产权清晰”、“产权交易”、“产权市场”这样的语汇，已经为越来越多的人所熟悉。随着产权理论在财产法的经济学分析方面取得突破性进展，产权问题也成为法学家们关注的对象。但是，“产权”至今仍然在很大程度上被理解为一个经济学术语，而并没有获得法学理论上的正式承认。

本文试图通过对产权概念的分析，说明产权是一种与现代经济生活相适应的具有普通意义的财产法现象，并试图通过对现代企业制度和产权交易的分析，进一步展示产权在现代商法领域中的应用前景。

一、产权的概念

(一) “产权”一词探源

按照长期以来的中文惯用法，“产权”为财产所有权，尤其是不动

产所有权的同义词。不仅辞书上这样解释,有些法规也是这样使用的。例如《辞海》将“产权”解释为:“财产的所有权。一般指不动产,如土地、矿山、厂房设备、房屋等的所有权。”^①《法学辞源》将“产权”解释为:“财产的所有权。为不动产物权的一种。”^②建设部1990年12月发布的《城市房屋产权产籍管理暂行办法》第二条规定:“本办法所称城市房屋产权,是指城市房屋的所有权。”

但是,近二十年来法学和经济学对“产权”一词的使用,已经超出了“财产所有权”的范围。法学上的一个显著例证就是“知识产权”。确切地说,专利权、商标权和著作权都属于以无形财产为标的集合权利^③,并且具有时间性,因而与所有权有很大差别。此外,“产权”一词已经被用于企业法领域。例如,在80年代关于国有企业财产权问题的讨论中,我国法学界就有人提出“法人产权”的概念,以试图说明在国家所有权存续状态下企业法人享有的对企业财产的现实支配地位。^④

我国经济学家对“产权”的用法也并不局限于“财产所有权”范畴。例如,刘诗白教授认为:“产权 property rights 或译为财产权,它有两种涵义,财产所有权与财产支配权。”“产权的涵义,不仅仅是指财产所有权,而且也包括财产支配权,或实际占有权。财产关系是一个历史范畴,它是随着所有制的具体形式的变化而变化的。在所有制出现两权分离的情况下,会有这样一种财产关系,这就是:人们对经济物品没有所有权;但是却拥有在一定时间内和一定程度的支配权、收益权、处置权,可简称为实际占有权。”^⑤青年经济学家张军也认为:“对于一个产权制度来说,完备的产权(property rights)总是以复数名

① 辞海编辑委员会编:《辞海》,上海辞书出版社1980年版,第1786页。

② 李伟民主编:《法学辞源》,中国工人出版社1994年版,第540页。

③ 专利权的内容包括制造权、使用权、销售权、进口权、转让权和许可使用权,以及禁止权、放弃权、标记权等。商标权的内容包括独占使用权、许可使用权、转让权、续展权和禁止权。著作权的内容包括著作人身权(发表权、署名权、修改权和保护作品完整权)和著作财产权(使用权和获得报酬权)。

④ 王卫国:《产权明晰化和企业非国有化》,载《法学》1988年第10期。

⑤ 刘涛白:《产权新论》,西南财经大学出版社1993年版,第156页。

词出现的。”他认为，产权包括了使用权，用益权、决策权和让渡权。^⑥

（二）英美法上的产权概念

实际上，近年来我国学术界使用的“产权”一语，在很大程度上是一个外来词。至少可以说，学者们对产权概念的理解较多地受到了英美财产法和美国产权经济学的影响。以上引用的刘诗白、张军的论述，都直接在“产权”后面加上了“property rights”这个英语词。我在1988年论述法人产权时，也是在“property”的意义上界定“产权”概念的。^⑦至于“知识产权”概念，众所周知，是一个外来词，它在英文中写作“intellectual property”。^⑧

按照英美财产法的概念，“property”一词具有双重涵义：一是指人们所拥有的对于物的权利，二是指作为这种权利的客体的各种有形物和无形物。其中，前一种涵义处于主导地位。《不列颠百科全书》指出：“property”可定义为一种支配经济财物的排他性权利；它是对关于权利与义务、特权与限制的概念的称谓。”^⑨《牛津法律指南》指出：“property这一术语适于被用作表示所有权，例如在法律规则规定物之产权转移的情况下。”同时又指出：“最好是把产权理解为不是一种单一权利，而是若干不同权利的集束（bundle），其中的一些权利甚至许多权利可以在不丧失所有权的情况下让与。”^⑩

将property译作“产权”比译作“财产”或“财产权”更为确切。因为，首先，在中文的法律词汇中，“财产”只表示权利客体而不表示

⑥ 张军：《现代产权经济学》，上海三联书店1991年版，第26页。

⑦ 我发表在《法学》1988年第10期上的那篇《产权明晰化和企业非国有化》，实际上是我提交1988年全国民法学经济法学研究会年会的论文《论所有权转换》的后半部分。关于法人产权一般原理的论述在该文的前半部分，这部分以《所有权转换探析》为标题，摘要地发表于《现代法学》1989年第1期。

⑧ “‘知识产权’这一概念，是从西方引入的。无论英文中的Intellectual Property，还是德文中的Geistiges Eigentum，译得更确切些，都是‘智慧财产权’、‘智力财产权’的意思。但在中国大陆地区，自本世纪70年代以来，从外文译成的‘知识产权’已经被大多数人所接受，并在一切有关的立法中普遍使用，我们也就没有必要再从语言学的角度考虑改用其他术语了。”（郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社1993年版，第1页）

⑨ Encyclopaedia Britannica, Vol.15, 15th Ed., p.46.

⑩ The Oxford Companion to Law, p.1008.

权利本体，“财产权”一词只表示权利本体而不表示权利客体，这一点已成定论；而按照现在较为通行的用法，“产权”既可表示权利本体又可表示权利客体。其次，就表示权利的意义上看，中文的“财产权”是一个泛指各种财产权利的类概念，它很少被用于指称或指代某种具体的财产权利，而“产权”则较多地用于指称或指代具体的财产权利（尽管它有时也可以用于泛指各种财产权），而且，这种指称或指代常常被运用于交易实践，以及对于交易实践的理论描述和分析。

（三）现代的所有权观念变革

按照大陆法的观念，所有权是各种物权中最完整、最显要的一种。所有权包含了对物支配和利用的一切权能，在罗马法上被称作“对物的最一般的主宰”。所有权是产生其他各种物权的前提，因而常常被称作其他物权的“母权”。所有权的这种性质，决定了所有权人在与他人的关系中具有最高度的意志自主性。因此，在所有权法律关系中，义务人（即所有权人以外的一切民事主体）都处于完全消极的地位；他们既不能对所有权的标的物实施任何积极行为，也不能对所有权人的权利行使加以任何干涉。这种现象，在近代民法上被称作“绝对权”。

绝对权的概念代表了近代民法的个人主义和自由主义价值观。这种价值取向使私人财产和个人意志得到了最大限度的尊重，从而极大地调动了人们创造财富的积极性，促成了近代资本主义的迅速发展。但是，自19世纪中叶以来，绝对权的概念受到了批评。由于社会利益和社会公平日益受到重视，出现了所谓“所有权社会化”的改良运动，即承认存在着为社会利益而限制所有权的必要。

按照现代的民商法概念，所有权的社会职能有两个方面，一是确定财产的归属，二是实现财产的利用。现代所有权制度发展变化的一个显著标志就是所谓“从归属到利用”的趋势，即法律制度由过去的单纯注重确认财产归属转向越来越多地着眼于财产的流转和利用。为此，法律不仅努力完善债权法制度（尤其是合同法），以鼓励所有权人将他们的财产投入民事流传，而且创设出各种物权法制度和商法制度，来鼓励所有权人在不丧失所有权的情况下将财产转移给他人利用。例如，所有权人可以将其财产的占有、使用、收益权能让与他人，甚至可以对处分权能也作出有限度的让与（如，允许承租人转租）。这种情

况称作“所有权的权能分离”。此外，现代民商法还创设了所谓“所有权转换”的制度。按照这种制度，所有权可以通过某种交易方式，转换成另一种形态的财产权利，从而使所有权的全部权能脱离所有权人。在这种情况下，所有权人以某种方式享有一种名义上的所有者地位，并且还可以享有某种形态的收益权（例如现代公司制度中的股权）。

“从归属到利用”的运动，使所有权概念与交易的联系日益紧密起来，从而使财产权制度受到效益原则的指导。产权概念的出现，是这种联系和影响的必然结果。美国经济学家登姆塞茨指出：“产权是一种社会工具，其重要性就在于事实上它能帮助一个人形成他与其他人进行交易时的合理预期。这些预期通过社会的法律、习俗和道德得到表达。”^①阿尔钦指出：“产权是一个社会所强制实施的选择一种经济品的使用的权利。私有产权则是将这种权利分配给一个特定的人，它可以同附着在其他物品上的类似权利相交换。私有产权的强度由实施它的可能性与成本来衡量，这些又依赖于政府、非正规的社会行动以及通行的伦理和道德规范。”^②

严格地说，产权概念以及围绕这一概念建立的一套规则体系（即制度），是适应交易的需要产生的。产权制度主要关心的是市场交易以及通过这种交易所实现的资源配置。所以，我们可以说，产权是一种具有规范意义而又担负着交易职能的社会工具。

（四）产权的特性和功能

适应现代经济社会的交易与资源配置需要而形成的产权概念，具有以下四个特性：

1. 适用范围的普遍性。就是说，产权的适用范围很广，它可以用于有形财产，也可以用于无形财产；可以用于单独财产，也可以用于集合财产；可以用于静态财产，也可以用于动态财产。

2. 权利内容的多样性。就是说，产权在不同的场合下，可以包含

^① H. 登姆塞茨：《关于产权的理论》，原载《美国经济评论》1967年5月号，译文载《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店1994年版，第97页。

^② A.A. 阿尔钦：《产权：一个经典注释》，译文载《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店1994年版，第166页。

不同的内容。有时，它指的就是所有权本身。有时它只表示所有权的部分权能。有时它是所有权的一种转换形态。有时它又代表若干财产权的集合体或者财产权与其他权利（如人身权）的集合体。

3. 权利行使的排他性。这与所有权的排他性是一致的。一般地说，现代产权制度的总趋势是强化这种排他性。因为，产权的排他性意味着利益受到保障，它可以鼓励人们充分地利用资源。同时，产权的强势地位也有助于提高人们对交易的信赖程度，降低交易成本。

4. 权利转让的自由性。这种自由性首先表现为产权的转让不存在一般的制度性障碍（禁止性或限制性规定，以及强加的条件或负担）。由此还引申出转让的自愿性和自主性。前者排除了交易当事人之间的意志强迫，后者排除了局外人的不正当干涉。

从产权的四大特性可以看出，围绕产权来建立财产制度和交易制度，有一个很重要的理由，就是要克服各种类型和各种状态的财产权利之间的差异所带来的概念上和规则上的不统一性，使所有的可交换资源获得相同的权利称号。如果说货币是实现各种物品流通的经济上的统一符号，那么可以说，产权就是实现与这种流通相适应的权利流转的法律上的统一符号。我们知道，等价交换是市场的一条基本规则。实现等价交换不仅要求被交换的物品在经济上的价值相当，而且要求被交换的权利在法律上的价值相当。这样，就有可能降低交易的成本。此外，由于产权经常被运用于集合财产（如企业）的转让，产权制度也适应了资源配置规模化的需要。

产权制度的资源配置功能，要求这种制度的建立和运行都必须遵循效益标准，即尽可能地促进成本的减少和产出的增加。具体说，包括以下几个方面：（1）产权的法律保护应产生有效利用各种资源的激励机制。（2）产权的界定应力求减少因权利与权利之间的冲突而造成的交易成本。（3）产权的规则应有利于财产的自由转让。

（五）产权是一种财产法现象

实际上，“产权”不是一种新的财产权类别，而是一种新的财产法现象。这种现象的出现有三个最重要的原因。

1. 所有权权能分离和所有权转换现象的广泛化。这样，在市场中发生的财产流转，相当大的一部分不是借助于所有权，而是依托

于其他的权利。例如，土地使用权转让，股权转让，财产租赁权转让等等，都是在不发生所有权变动的情况下改变了某种财产权益的归属。我们过去常说，所有权是交换的前提。而现在我们最好是说，产权是交易的前提。而这里所说的产权，可以是所有权，也可以是由所有权派生或转化而来的其他的财产权益。

2. 财产的企业化。财产的企业化也就是财产的组织化、整体化和动态化。因此，以企业为标的的产权交易绝不能等同于一般的财产所有权转让。这种交易所涉及的，不仅包括企业所有权名下的各种有形财产，而且包括在企业的债权债务和各种无形资产，甚至包括企业的其他法律关系（如劳动关系、税收关系）。

3. 法律部门的综合化和协同化。现代经济是高度社会化的经济，现代经济的运行要求法律调整打破法律部门之间的逻辑分界线，实现规范协同。因此，物权法的适用已经不可能被封闭在它的固有体系范围内，而必须与其他法律部门之间相互配合、相互渗透。实际上，产权概念就是物权法（财产法）与合同法、企业法（公司法）、证券法、信托法、担保法、破产法、保险法、侵权行为法等等相互联系的基础上发展起来的。

除此之外，还有一个值得提到的情况是，在现代社会中，知识产品的价值急剧上升，使得知识产权的概念被引入立法体系。这说明，人们在为这种新型的财产设计权利时已经认识到，产权的概念比传统的所有权概念，更适合于知识产品的财产权保护。

所以，我们说，产权不同于所有权，但是与所有权有密切联系。产权是所有权在现代市场和现代企业制度的交互作用下的转化形态，它保持了所有权的一些基本的属性和权能。产权概念并不排斥或取代所有权概念；它与所有权相配合，使所有权制度的社会职能在现代条件下得以更加全面和更加有效地实现。

（六）产权的经济意义

现代的经济运行，有两种组织化形式。一是市场，二是企业。市场是受供求法则这一“看不见的手”的操纵，企业是受管理行为这一“看得见的手”的控制。二者都是实现资源合理配置和财富高效增长的必要条件。而企业和市场都与产权密切相关。

1. 产权与企业：产权制度是企业制度的核心

从法学家的角度看，可以从三个方面来定义企业：（1）企业是法律上的人格者；（2）企业是财产的集合体；（3）企业是法律关系的汇集点。一个企业，之所以能将众多的财产集合为一体，是因为它凭借法律关系的纽带，形成众多的财产拥有者的利益契合。这种财产拥有者的利益契合，就是经济学家所说的交易，法学家所说的合同（契约）。例如，资本所有者通过投资合同、借贷合同，实物财产的所有者通过买卖合同、租赁合同，劳动者通过劳动合同和其他劳务合同，知识产权和技术的拥有者通过技术合同、版权贸易合同等等，将他们掌握的资源投入到企业的运营之中，从而形成集合化的财产和组织化的生产经营能力。这就是现代意义上的企业。

产权的首要作用是划分财产的归属。从这个意义上讲，无论在上面哪一个定义中，产权都是企业的生命存在的最基本要素。首先，法人的人格以财产为基础，而产权代表着法人作为财产拥有者的法律地位。其次，企业产权是财产权利整合的结果，它使众多的分散的财产集合为由一个民事主体支配的一体化财产。第三，产权本身就是一种法律关系，它的外部形态是人与物的关系，而本质上是人与人的关系。所谓界定产权，就是要明确人们相互之间的物质利益边界，以建立互通有无的前提。

所以，我们说，产权是企业的生命源泉。要建立现代企业制度，就必须建立现代产权制度。

2. 产权与市场：产权是交易的先决条件

从法学和经济学的结合上，我们可以对市场给出以下三个定义：（1）市场是交易关系的总和；（2）市场是配置资源和协调生产的手段；（3）市场是一种有着内在规律的价格机制。其中，第一个定义讲的是市场的结构，第二个定义讲的是市场的作用，第三个定义讲的是市场的本质。在法学家看来，市场概念的核心是交易。这是因为，市场的运行就是大量的交易关系不断发生、变动和消灭的过程，而市场的价格机制要在这个过程中起作用，市场的配置和协调作用要通过这个过程来实现。

因此，法律对市场的调整作用，就必须体现为，依据市场的规律，

确定交易的规则，并运用这些规则去规范交易行为，调整交易关系，维护交易秩序。

按照当代经济分析法学的代表人物科斯教授的见解，产权的界定是市场交易的基本前提。科斯认为，经济系统中使用的资源几乎都是稀缺的。市场的作用，就是通过价格机制，将资源分配给能够最有效地使用资源（即运用资源取得最大效益）的人。而要实现这种分配，就必须界定产权；如果不界定产权，价格机制不能起作用。因为，资源的市场流动过程就是一个财产权转让的过程。^⑬

现代产权经济学的理论前提，实际上可以归纳为两点：第一，产权的界定是产权转让的先决条件。第二，产权的转让受交易成本的制约。简单地说，交易成本越大，产权转让越困难；交易成本越小，产权转让越容易；交易成本为零，转让畅通无阻；交易成本过高，则转让无法进行。

那么，什么是交易成本？从经济学的角度说，主要有两种：时间的成本和信息的成本。这些成本在交易的不同阶段，体现为（1）谈判和缔结合同的成本；（2）履行合同的成本；（3）合同不履行时获得补救的成本。很明显，这些成本都与法律制度有着密切的关系。一般地说，如果在一种法律制度下，合同的订立是自由的，合同的效力是可靠的，合同不履行时的法律补救是充分的，那么，交易的效率就高，费用就低。显然，这种自由度、可靠性和充分性都是与产权制度相关联的。

倘若交易者没有产权作基础（例如，像我国过去计划经济时期那样），那么，合同的订立和履行就不是按照交易者的意志，而是按照长官意志。由于长官和交易者都不会关心交易成本的节约，缔结合同和履行合同的效率都会很低。

倘若交易者有产权，但产权不够清晰或者权利地位较弱小，那么交易成本也会比较高。例如，在我国体制转轨时期，一方面，由于打破了“大锅饭”，经营者可以从经营效益中获得属于自己的部分（对于这一部分，可以说他们拥有产权），因而有追求利益的动机。另一方

^⑬ 关于科斯产权理论的介绍，可参看，张乃根：《经济分析法学》，上海三联书店1995年版，第86-90页。

面，由于他们没有获得足够清晰的产权和足够强劲的权利地位，资源仍掌握在政府手里。所以，他们不得不通过钱权交易，向政府官员购取经营自主和交易自由。这样，就在正常的市场交易成本之外，增加了一笔特殊的交易成本。这种成本增加导致了经济效益的下降，也阻碍了资源在价格机制作用下的流动，因而也就阻碍了资源的有效利用，造成了资源的浪费。

产权保护的成本也是很重要的。如果产权受到侵犯时寻求保护的成成本高于产权带来的收益，人们就不会信赖产权，也不会把产权当作交易的前提。这样，资源的分配就可能依赖于市场以外的其他机制。而这些其他机制（例如政府的计划分配，或者即时清结的物物交换）的效率将明显低于市场机制。

这说明，在不同类型的产权制度下，交易成本是不同的。所以，产权对交易的决定作用不仅在于它构成了交易的前提，而且在于它影响着交易的成本并进而影响着交易的经济效果。

二、现代企业制度中的法人产权

（一）现代企业的基本特征：以股份公司为例

现代企业的典型形式就是公司。在法律上，公司的定义是：一种以营利为目的而依法设立的法人。这里，营利性和准则性（依法设立）是公司作为商事组织区别于其他社会组织的一般特征。而公司的法人属性，则是公司区别于其他类型的商事组织（合伙企业、独资企业）的特征。所谓法人属性，是指公司在法律上具有独立的人格，这种独立人格是与组织成员的个人人格完全分离的。由于这种独立人格，公司具有以下几个特点：（1）公司具有永恒连续性；（2）公司的财产同公司成员的个人财产完全区别开来；（3）公司以自己的名义独立地进行民事活动和承担民事责任；（4）在现代公司中，企业的经营管理权已经同资本所有权相分离，企业实际上掌握在管理者阶层的手里。

马克思在《资本论》中曾经指出，股份公司的出现，导致了三个

重要的结果^⑭：第一是生产规模的扩大化。“生产规模惊人地扩大了，个别资本不可能建立的企业出现了。”第二是私人资本的社会化。“那种本身建立在社会生产方式的基础上并以生产资料和劳动力的社会集中为前提的资本，在这里直接取得了社会资本（即那些直接联合起来的个人资本）的形式，而与私人资本相对立，并且它的企业也表现为社会企业，而与私人企业相对立。这是作为私人财产的资本在资本主义生产方式本身范围内的扬弃。”第三是所有权的淡化和强化。就是说，资本所有者将企业的经营管理大权授与管理者阶层，而自己则退出了企业的管理舞台。“实际执行职能的资本家转化为单纯的经理，即别人资本的管理人，而资本所有者则转化为单纯的所有者，即单纯的货币资本家。……而这个资本所有权这样一来现在就同现实再生产过程中的职能完全分离，正像这种职能在经理身上同资本所有权完全分离一样。”

现代公司形成的基本原理是：首先，生产力的进步和市场竞争导致了生产规模扩大化的需求，这就要求对社会中分散的个人资本进行广泛吸收。股份制和有限责任的制度安排，有效促成了这种资本社会化。而资本社会化又为生产规模的进一步扩大开辟了广阔的前景。生产规模的扩大化，包含着企业组织的复杂化和管理的科学化。而资本的社会化又导致众多而分散的投资者无法自己担负管理的职能。这样，就必然地造就出一大批专门化和专家化的管理者。管理者名义上是受托于资本所有者，而实际上是受雇于公司，而且他们的利益是与公司的兴衰成败息息相关的。管理者努力工作，公司蒸蒸日上，投资者自然受益。而且，管理专门化程度高的公司一般说来具有较高的竞争能力。所以，市场竞争的优胜劣汰机制进一步加强了管理者的地位，从而使管理职能越来越同资本所有权相分离，导致以“经理阶层支配”为标志的“企业管理革命”。^⑮

规模化、社会化和管理专门化，使现代企业显著地区别于传统的工商企业。所以，马克思指出：“在工业上运用股份公司的形式，标志

^⑭ 马克思：《资本论》第3卷，人民出版社1975年版，第493-494页。

^⑮ 参看，A.D. 钱德勒：《看得见的手——美国企业的管理革命》（中译本），商务印书馆1994年版，第571-591页。

着现代各国经济生活中的新时代。”^{①⑥}

（二）现代企业的财产权构造：所有权转换机制

以股份公司为代表的现代企业，是资本社会化的实体。它使原先分散的私人资本集聚成一个资本集合体，一个社会化的资本运行单位，一个具有现实生命和独立人格的权利义务主体——法人。正因为公司对它的一切财产享有独立的和完全的支配权，它才成为这些财产的实际主人。投资者（股东）只是他们的出资份额的原始所有人和企业的名义所有人。他们无权支配公司名下的现实财产，因为他们所享有的已经不是对这些现实财产的产权，而是对公司运用这些财产所创造的收益即期待中的未来财产的产权，这就是股权。

那么，投资的所有权是怎样由现实财产的产权变成未来财产的产权的呢？我们说，这是所有权转换的结果。也就是说，股份制实际上是一种具有资本社会化职能的所有权转换机制。具体些说，它是一种在不剥夺不消灭私人所有权的前提下造就社会所有权的机制。一方面，它要造就一个社会化的资本实体，而只有使这个资本实体在产权上和人格上都与私人所有权划出一道明确的界线，这个资本实体才可能是社会化的。另一方面，这种社会资本造就过程是和平的，它只能在市场体系的范围内通过私人自愿的投资行为来实现。作为所有权转换机制的股份制必须把这两方面协调起来。

我们知道，在一个承认私人所有权的国家，法律不可能强迫任何人在投资过程中放弃他的所有权。事实上，投资者放弃对公司现实财产的支配权而将这一权利交给公司法人，是一种理智的选择，因为，采用这种制度安排可以给他们带来更大的利益。

众所周知，投资的目的是获取尽可能多的收益。利润和风险是影响投资决策的两个基本因素。股份公司的模式之所以能为投资者所接受，是因为，第一，股份公司的强大集资能力使它具有一种规范优势；第二，股份公司的科学管理结构使它具有较高的经营效率。规模优势和经营效率，使公司具有比其他类型的企业更高的赢利能力和抗风险能力。

^{①⑥} 《马克思恩格斯全集》第12卷，第37页。

当然，一般的投资者对股份公司的认识是通过经验获得的。尽管一个企业的经济效益要受到诸多因素的影响，尽管其他企业形态如合伙和独资企业也具有各自的长处，但是，股份公司的这种以独立法人财产和法人人格为依托，实现投资来源分散化和集中化管理相结合的制度所具有的规模优势和经营效率，是其他形态的企业所不能企及的。

应当指出的是，除了公司制度外，法律上还有其他的一系列制度安排来促进和保障投资的效益和安全，如，有限责任制度，证券交易制度，保险制度，代理和信托制度，公司登记制度，会计和审计制度，等等。

那么，我们接着要问，投资者放弃了对公司现实财产的控制权，它得到了什么？它还有产权吗？如果有，那是一种什么样的产权呢？

如前所述，股份制的前提是不消灭私人所有权，所以，投资者在将它的现实财产支配权让渡给公司法人以后，他们便得到一种由原始所有权转换而来的产权，这就是股权。

股权的意义，可以从两个方面来理解。首先，从整体上看，股权代表着投资者群体对企业这一财产集合体的所有权。也就是说，投资者只有通过股东大会制度，作为一个团体来对企业这一抽象的整体财产享有和行使所有权。股东们只能通过股东大会行使表决权来决定公司的重大事务。而股东大会的权力范围、召集程序和议决程序都是由公司法规定的。因此，把单个的股权解释为所有权是没有意义的。

其次，个别地看，股权是股东基于投资而享有的法律地位和权利的总和。股权大体上可分为财产权和社员权。社员权就是在股东大会制度中享有的表决权，以及与表决权有关的知情权、异议权等等。此外，由社员权还派生出对公司管理者的某种程度的监督权，例如对董事舞弊行为的起诉权。而作为财产权，股权的意义就是一种收益权。也就是说，股权代表了投资者对企业利润中的一部分的索取权。所以，从单个投资者的角度讲，股权实际上是投资交易中的一种约定：我把我的私人资本投放到你这个社会化的资本单位中，让它加入这个资本单位的运行，然后按照它在这个单位中所占的份额，由我来分享资本运行所生的收益。由于股权的这种财产权性质，它本身便成了一种可转让的财产。由于股权代表的是未来的收益权，人们对它的价值

判断具有极大的主观性；对同一宗股权，不同的人对它的预期收益的认识是不一样的。人们按照各自的判断买进卖出，于是就形成了所谓的股权交易或者股票市场。

股权的这种制度安排，完全是经济运动的自然结果，而法律只是加以概括、确认并使之成为有强制力的规则。从这个意义上可以说，股份制的立法者是经济生活，以及包括投资者在内的众多的经济生活参与者。而股份制所包含的所有权转换，也是投资者的主观意愿与经济运动的客观规律相契合的结果。

（三）法人产权的基本属性和功能

从某种意义上说，股份制的产权构造上的最重要的成果，就是法人产权。

法人作为一个独立的人格者，必须有自己的财产基础，这是一方面。另一方面，在投资者不能对企业具体财产实施直接支配的情况下（这首先是一个经济运行中的可操作性问题，其次才是一个资本的私人性和社会性的区分问题），也必须要有有一个直接支配这些具体财产的法律主体。

需要指出的是，一般说来，一个法人名下的具体财产，并非都是投资者的投入，其中还包括了来自其他民事主体的财产，例如，银行的贷款，职工的劳动成果，以及法人组织在经营活动中产生的知识产权、商誉等无形资产。

对于法人的财产权，我们需要对“法人产权”和“法人所有权”这两个概念有所区分。当法人在民事活动中对某项具体财产行使支配权的时候，我们使用“法人所有权”这个概念，以明确法人在个别财产交易中的产权归属。例如，公司在出售产品的时候，我们说它是在行使对产品的所有权。这种情况可以被称作所有权交易，但不宜称作产权交易。后者通常用于以企业整体为交易对象的场合。所以，可以说法人对其交易中的财产享有所有者地位。但在某些情况下，我们很难说法人对它的整体财产享有的是一种本来意义上的所有权。例如，对于公司的合并、分立，解散和清算这些关系到法人财产整体命运的事项，决定权就不属于公司的法人代表而是属于股东大会。因为，法人财产从整体上讲，其终极归属是它的投资者。所以，法人的财产权

是一种如图所示的三层结构。即，投资者拥有企业，企业拥有财产。

投资者

↓—————名义所有权

企业（法人产权）

↓—————职能所有权

企业财产

在这里，企业既是一个产权主体，又是一个产权客体。作为产权主体，它对企业的具体财产享有独立的支配权；作为客体，它是为投资者所有的集合财产。在这种情况下，我们不妨使用一个与“法人所有权”有所区别的概念——“法人产权”。

股份制把投资者的原始所有权分解为两种产权，一种是投资者的名义所有权，另一种是企业法人的职能所有权。这就是马克思在《资本论》中所说的“实际执行职能的资本家转化为单纯的经理，即别人资本的管理人，而资本所有者则转化为单纯的所有者，即单纯的货币资本家”的现象。^⑩而法人产权，与其说是这两种产权的连接器，不如说是这两种产权的分离器。实际上，在这两种产权之间存在着一种此长彼消或此消彼长的关系。用公式表示如下：

$$O \rightarrow N + F$$

其中，O = 原始所有权；N = 名义所有权；F = 职能所有权。

在O为常量的情况下，N和F在量上为反比例关系。

现代企业产权制度的一般发展趋势是 $F > N$ ，即强化管理者的职能所有权和淡化投资者的名义所有权。但是，这种强弱对比总是有一定限度的。如果到了管理者恣意妄为和企业效率降低，而投资者因为权利太弱尤其是收益权缺乏保障而失去投资信心的地步，那就是一种制度性偏差。

名义所有权和职能所有权的划分与公司机关的二元结构相对应。公司的权力机关即股东大会行使着名义所有权，而公司的执行机关即董事会（以及经理）行使着职能所有权。按照公司法，股东大会不是常设机构，不决定公司的日常经营事务，不管理公司的财产。所以，

^⑩ 马克思：《资本论》第3卷，人民出版社1975年版，第493页。

真正代表公司和掌管公司大权的是执行机关。

从理论上讲，法人产权具有主体性和客体性双重性质。但从实际运行上讲，法人产权的主导性质是主体性。也就是说，在企业的正常运营的过程中，总是职能所有权在发挥着作用。从职能所有权的角度看，法人产权具有以下基本属性：

(1) 派生性。它是原始所有权通过转换而派生出来的权利。

(2) 实存性。它直接附着于企业的现实财产，并决定和实现着法人财产的实际运行。

(3) 独立性。它依附于法人的独立人格，由法人独立地享有、行使，而不属于任何个人。所以，公司的财产和责任是与投资者个人的财产和责任完全分开的。

(4) 完整性。在执行职能的意义上，法人产权包含了对现实财产占有、使用、收益和处分等全部积极权能和排斥非法侵害的消极权能。因此，法人可以像一个所有者那样地享用财产、转让财产和保护财产。

(四) 我国国有企业改革中的产权清晰化问题

概括地说，我国在经济体制改革中，在国有企业问题上依次涉及到三种关系。第一是计划和市场的关系。第二是企业与市场的关系。第三是企业与政府的关系。计划与市场是一个基本制度框架问题，即国民经济是靠计划运行，还是靠市场运行的问题。这是关系到企业地位的一个根本问题。如果搞计划经济，那么企业就不过是执行计划的工具和行政权力的附属物。如果靠市场运行，就存在着企业在市场中的地位问题，即企业在市场中应该是自主经营、自负盈亏、自我约束、自我发展的独立法人，还是“生产为国家、花钱靠国家、盈亏归国家”的行政附庸的问题。于是，就引出了企业与政府的关系问题。解决这个问题经历了一个渐进过程。开始是“放权松绑”和建立责任制，下放了一部分决策权。后来发现这不够，又提出“两权分离”，下放了更多的权。1988年的《全民所有制工业企业法》规定了13种权利，基本上都是行为权，而且加了不少限制词，实际上不过是“放权松绑”的模式。1992年的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》进一步规定了15种“企业经营权”，内容比过去充实，属于“两权分离”的模式。

那么，“两权分离”是不是足以把企业推向市场呢？不是。因为，所有权与经营权的简单分离，并不能产生企业作为法人所必要的产权基础。所有权在部分权能分离出去以后，仍然直接附着于企业现实财产。因此，始终存在着一个在这些财产上究竟“谁说了算”的问题。由于所有权是上位的权利，在与经营权之间的此长彼消关系中，所有权总是处于优势地位。经营权从属于所有权，必然导致企业经营者听命于政府和政府可以随时和随意任免企业经营者的局面。而且，在所有权和经营权之间，始终无法划出一个清晰的边界。产权界定不明，利益、责任和风险也都无法界定清楚。所以，一方面是政府始终跳不出“收、死、放、活、乱”的怪圈，另一方面是企业经营者总是要面对“勤者不褒、懒者不贬、优者不胜、劣者不汰”的局面。

总之，“两权分离”的根本缺陷在于，它的理论出发点是国家本位（政府本位）而不是企业本位。它的思路是以国家所有权为依托，通过在强化企业责任机制的条件下扩大对经营者的委托授权来实现国家利益的极大化。由于经营者的行为凭借的是政府的授权而不是企业的产权，经营者实际上是对政府负责而不是对企业负责。所以，经营者的地位和利益不是与企业的效益挂钩，而是与政府官员的主观评价甚至是喜怒好恶挂钩。所以，有很多经营者考虑的不是怎样把企业搞好，而是怎样跟政府官员把关系搞好。经验证明，搞得好的企业不如搞得好关系的，搞好企业但搞不好关系的大都好景不长，而搞不好企业但搞好了关系的大都安然无恙甚至官运亨通。

既然在“两权分离”的构架中经营者是关键，而这种制度安排又使经营者处于这样一种状态，那么国有企业的状况也就可想而知了。

由此可见，企业改革归根结底是政府的改革，企业的市场定位归根结底取决于政府的市场定位，因而经济体制改革归根结底还是一种政治体制改革。政府究竟是作为竞争者进入市场，还是作为管理者进入市场？政府在中行使的究竟是财产权还是行政权？这些问题必须明确。过去，政府在中扮演的角色经常变换而且常常混淆不清，这不仅使国有企业在市场中难以确立主体地位，而且导致政府以行政权维护自己的市场利益，从而造成了市场竞争秩序的紊乱和政府行为的失范。与此同时，政企不分也使国家财政背上了企业亏损的沉重包袱，

国家实际上对企业的经营风险承担着无限责任。

江泽民同志在中共十五大的报告中讲到国有企业改革时，把企业与政府的关系问题放在了十分突出的地位。按照十五大报告的构想，国企改革的基本要求就是“产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学”十六个字。其中，产权清晰是摆在第一位的。为此，要对国有大中型企业实行公司制改革，使企业成为适应市场的法人实体和竞争主体。国家按投入企业的资本额享有所有者权益，对企业的债务承担有限责任；企业依法自主经营，自负盈亏。政府不能直接干预企业经营活动，企业也不能损害所有者权益。这基本上呈现出现代股份公司“投资者拥有企业，企业拥有财产”的产权结构。

产权清晰化以后，国有企业就要依托产权进入市场，成为具有独立财产和独立人格的法人。国家与企业的关系是投资者与法人的关系，国家对企业享有所有者权益，但并不直接支配企业的现实财产，也不干预企业的经营活动。这样，国家就不再以竞争者的身份进入市场，而仅仅作为管理者担负其维护市场秩序和对经济运行进行宏观调控的职能。

如何实现产权清晰化？基本的方向是产权重构。产权重构的方法，大体上有以下两种。

一是按照公司法关于国有独资公司的规定，将国有企业的现有财产界定为国家投入的资本，明确企业的产权和国家的所有者权益。进而建立一系列制度和规则，落实企业的经营自主权和国家的所有者权益。

二者按照公司法关于有限责任公司和股份有限公司的规定，对企业进行股份制改造。股份制改造可以同资产重组和结构调整结合起来，在明晰产权的同时提高企业的素质。股份制改造不必限于国有经济内部的“近亲繁殖”，还可以在保持（或者不保持）国家控股权的情况下与非国有经济成分进行“资本嫁接”。此外，适当的职工入股也是值得提倡的。

此外，还可以按照“抓大放小”的思路，将一部分国有企业推向产权市场，通过产权出让、股份合作制（这实际上也是一种产权转让）等形式，盘活这些企业的资产。这不仅有利于实现资源的有效利用，

而且有助于保护就业和维持社会安定。

三、现代产权交易

(一) 财产企业化与产权市场

以产权为法律载体的组织化集合财产，通过价格机制的作用，按照统一的交易规则进行流转，这就是产权市场。产权市场是产权交易的总和。所谓总和，不是指多个或多种产权交易的简单相加，而是意味着产权交易的常规化和秩序化。

需要指出的是，我们不能望文生义地把一切发生产权流动的市场如产品市场、房地产市场、股票市场、技术市场等等都叫做产权市场。我们必须明确地将“产权市场”和“产权交易”这些术语的用法，限定在以企业化财产为标的的合同交易的范围内。

产权市场是一个新兴的市场。它是在财产企业化的现代社会中，资源配置高效化的必然产物。企业化的财产是集合化、组织化和动态化的财产。它通常也是人格化的财产。以企业产权为单位的财产流转，是一种高效率的财产流转。它可以大幅度地减少财产流转中的交易成本，并且可以避免企业在财产分散转让情况下的价值流失。

产权市场的有序化运行，要求产权交易的制度化和法律化。过去，人们常常把产权交易理解成投资法的范畴。而现代产权市场的发展，已经使产权交易变成一种多个法律部门综合调整的领域。这种情况的出现，与产权交易的以下特点有密切关系。

(1) 财产的多样性。由于企业产权的集合性，一项产权交易所涉及财产多种多样，如不动产、有形动产、知识产权、债权、股权、各种特许权等等。这些不同的财产常常受到不同法律的调整。

(2) 法律关系的多重性。财产的多样性本身就意味着财产法律关系的多样性。除此之外，产权交易还引起财产关系以外的多种法律关系的变动，如，投资关系的变动，劳动关系的变动、税收关系的变动、以及土地登记、工商登记等多种行政管理关系上的变动。

(3) 利益主体的广泛性。法律关系的多重性决定了产权交易涉及的利益主体的广泛性。因此，在产权交易中时常会出现不同利益主体

之间甚至不同利益集团之间的利益冲突问题。如何协调各方面的利益诉求，维护产权交易的秩序和提高产权交易的效率，都是法律制度需要认真解决的问题。

(二) 产权的价值概念：营运价值理论

所谓营运价值 (going concern value)，是 70 年代以来国际性的破产法改革运动中提出的一个概念。^⑩ 它的基本含义是指企业作为营运实体的财产价值，或者说，企业在持续营业状态下的价值。而所谓营运价值理论，指的是这样一个判断：企业的营运价值高于它的财产通过零散出售式的清算变价所能实现的价值 (清算价值)。也就是说，如果将企业的财产全部分零变卖，则企业的产权价值将会流失一大块。换个角度看，我们可以说，企业的营运价值高于企业可变卖财产的价值之和。

企业资产的营运价值高于清算价值的原因，主要有以下几点：

(1) 营运价值包含了资本组合的成本。例如，成立公司的各种费用，各种有形财产 (如土地、厂房、设备) 和无形资产 (如专利、专有技术、商标) 的配置费用，员工培训费用，设计费、保险费、律师费、广告费、公关费用等等，技术开发和技术革新的风险成本，应付市场风险和法律纠纷的费用等等，这些都不可能物化在能够变价的财产之中。而任何人在获得这些能够变价的财产以后，要把它们重新组合成具有进行生产经营能力的企业，都必须再次投入这些费用。

(2) 营运价值包含了无形的资产和利益。例如，商业信誉，供应渠道，客户网络，公共关系，内部的协作和团结，企业文化，技术秘密，商业情报，特许经营权，待履行的有利可图的合同，潜在的优惠性交易，将来可得的税收减免，等等，这些都难以分别地出售变现。而这一切对一个营运中的企业来说，都是它创造价值的重要因素。而且，获得这些因素一般都需要付出直接或间接的经济代价。

(3) 企业在零散变卖过程中可能存在的价值损耗。造成这种损耗的因素很多，如，主办人员对企业财产缺乏必要的技术知识或市场信息，或者缺乏从事这类财产交易的必要经验。又如，由于某类财产的

^⑩ 在当代破产法改革运动中，营运价值论构成了建立重整制度的一个重要理论依据。参看，王卫国：《论重整制度》，载《法学研究》第 18 卷第 1 期 (1996 年)，第 90-92 页。

市场需求不足或者供应过剩，或者由于经济萧条，使财产的变现不得不在较低价位上进行。

根据营运价值理论，我们可以得出一个结论：任何具有生产经营能力的企业，不管它现在是在赢利还是陷于困境，都应当尽可能地作为一个营运实体，以产权为单位进行整体评价和整体转让。由此可见，营运价值理论对于产权交易具有普遍的指导意义。

（三）产权交易的若干形式

产权交易的方式是多种多样并且层出不穷的。这里，结合我国当前和今后的实践，介绍几种较典型的产权交易形式。

（1）企业并购（M&A）

这一般是指一家法人企业被另一家法人企业全部地整体地兼并和购买。有时，也可以是作为法人分支机构的非法人企业（如分厂、分公司）被兼并和购买。这通常是兼并者与被兼并企业的业主之间的交易。兼并者向业主支付价款，获得被兼并企业的产权。被兼并企业的债务，可以由兼并方承担，也可以由业主承担。这可以通过双方的协议确定，但这种协议安排属于债务转移的性质，按照法律规定，必须征得债权人同意。

（2）企业联合

这是指两家以上的企业将其产权组合在一起，形成更大规模的企业或者企业集团。企业联合的形式可以是合并（即原企业的法人资格消灭，同时诞生一个新的法人），也可以是联营（即原企业的法人资格继续保留，但隶属于联合成立的新法人）。合并与联营在产权交易的安排上有很大的差异。一般说来，在联营的情况下，可以将原企业的股权部分或全部地转移给新法人，而经营资产和债务仍然归原企业。

（3）股权转让

这一般是指企业部分股权的转让，包括达到控股比例的股权转让。但是，上市公司的股份转让，存在着较大的限制（故意为获取控股比例而进行的恶意收购，通常是被禁止的）。而有限责任公司的股份转让，受到现有股东的一定程度上的制约。但是，我国国有企业在进行股份制改革时采用股权形式进行的产权转让，即“资产评估——折算股份——确定股价和按股价转让”的方式，应该不受这种限制。

（4）企业重整

这是指企业在陷入财务困境，具备破产原因或者临近破产原因的情况下，通过法律规定的程序，对企业财产实行临时保全，同时在法院和管理人的主持下，在债务人与债权人之间展开协商，制定以债权调整方案和企业振兴方案为主要内容的重整计划，并于该计划获得通过和批准以后，在法律程序的督促下执行该计划的一套企业拯救制度。在企业重整计划中，可以包含企业产权转让、债权转换为股权等产权交易的内容。

(5) 企业租赁

企业可以整体地出租。这是企业转让的一种变通办法。企业租赁的好处是，在需方资金短缺的情况下，及时地实现资源的流动以便使之获得较高效率的利用。但是，企业租赁也存在着承租方短期行为的弊端。一般说来，这种方式可适用于小型企业。^⑨

(6) 企业托管

企业托管也就是产权托管。它是指企业的业主以资产保值增值为条件（也可以附加其他的条件，例如受托方负责偿还托管企业所欠银行贷款），将自己的企业委托给其他有实力和经营能力的企业法人，由其在约定期间内自主经营和管理。托管期满时，受托方将达到规定资产价值的托管企业交还给委托方。这种方式目前在我国许多地方已经试行，实践证明它对拯救那些负债累累、资金短缺，已经陷入停产或半停产状态的中小型企业，具有较好的效果。

企业托管与企业租赁不同，因为受托方不承担向委托方支付租金的义务。实际上，企业托管更类似于财产保管。不同的是，企业是一种动态财产，它的保值增值需要有一定的资金、技术和经营管理技能及劳务的投入。所以，托管期满时委托方收回的企业，其资产价值中包含着受托方的这些投入。因此，企业托管应属于有偿合同的范畴。

(7) 职工承购

企业的业主可以把企业的产权全部或部分地出让给全体职工。通常的办法是，以企业的资产现值为基础，通过谈判，确定一个相当于或者略低于该现值的承购价值，职工通过集资或借贷，先期支付一部分价款，其余部分的价款则采用分期支付和承担债务折抵的方式结清。

^⑨ 在法国，对困境企业的重整拯救，也时常采用租赁的办法。参看，1985年《法国困境企业司法重整及清算法》第94~98条。该法的中译本见《外国法学研究》（西南政法大学）1994年3~4期。

职工通过其代表机构或者代理机构行使集体的股权，而按照各自的股份分配红利。

企业产权交易的现象，在西方已不乏先例（其中大多是成功的先例）。^②近年来在许多地方出现的企业“股份合作制”，实际上也是一种职工集体承购企业产权的交易。这种做法，得到了中共十五大报告的肯定。

（四）产权交易的规范

产权交易是一个新兴的市场，也是一个前景广阔的市场。目前，各国对于产权交易尚无系统化的专门立法。有关产权交易的法律规范是按照各种不同的交易形式分别制定的。因此，我们大可不必围绕产权概念设计一部逻辑严密和自我封闭的“产权交易法”。我们需要做和能够做的，就是针对各种不同的产权交易，制定相应的单行法规。当然，各单行法规之间的协调和配合问题，是不可忽视的。

产权交易比一般的货物贸易、技术贸易和房地产交易复杂得多，各种违法行为发生的机率也比较高。由于它通常涉及到多方当事人和利益关系人，故利益冲突的可能性也比较大。因此，我们在制定法律规则时，至少需要对以下问题加以考虑。

（1）所有者权益的保护

产权交易不应当以牺牲所有者权益为代价。在我国，利用产权交易侵蚀国有资产的现象值得警惕。这种侵蚀现象主要表现为产权交易过程中对企业资产的高值低估和附加不公平的交易条件。前者使所有者的应得收益流失，后者使所有者承担不合理的负担或风险。

（2）第三人权益的保护

首先是对债权人的保护。目前比较常见的是通过企业分立实行资产剥离，使债权人（尤其是银行）的清偿利益受到损害。因此，企业

^② 例如，在美国，截至1985年，约有六千家公司的产权已全部或部分地掌握在各该公司的职工手里。1984年初，全国联合股份有限公司将它的一家位于西弗吉尼亚州的大钢厂的全部产权转让给该厂的七千多名职工。该厂的资产价值为3.86亿美元，职工们先期支付了7000万美元的现金（通过商业借贷获得），发出了总额为1.19亿美元的两张期票，承担了1.92亿美元的债务。承购产权后，为了降低成本，职工们自愿将其工资和福利削减约20%。据报道，很多为职工承购的公司所获利润比其他同类公司高50%，生产增长率高出1倍。参看，詹姆斯·默科尔：《资本主义社会的产权分享制》，载《交流》（美国驻华使馆新闻文化处出版）1985年第4期，第56-57页。

的债权人对于企业产权交易，至少应享有知情权和异议权。在某些情况下，合同的生效应当以债权人的同意为条件。

其次，劳动者的权益保护也应当受到应有的重视。

(3) 反不正当竞争

有时候，企业兼并可能构成垄断行为。基于不正当竞争目的的兼并，如为了控制竞争对手的原料来源而兼并，应当受到法律的限制。此外，产权市场中的不正当竞争行为（如串通投标行为），也应当受到制止。

(4) 抑制投机

把产权作为一种炒作对象，虽然成本和风险较高，操作难度大，但毕竟是有利可图。

目前，我国企业产权交易中的投机现象还不明显，但随着产权市场的放开和扩大，这种可能性是存在的。过度的投机可能导致产权交易的成本上升和产权市场的泡沫化。因此，为了保证产权市场的健康发展，应及早采取相应的防范措施。

（本文原载于《商事法论集》第3卷，法律出版社1999年版）

国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突*

方流芳

作者简介

简历

方流芳，1984年获南京中医学院医学学士，1987年获中国人民大学法学硕士学位，1991年7月获中国人民大学法学博士学位。

现为中国政法大学法律系教授，博士生导师，民商经济法学院学术委员会主席。

主要学术成果

《法大评论》，中国政法大学出版社2001年版。

“关于公司行为能力的几个法律问题”，《比较法研究》1994年Z1期。

“国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突”，《比较法研究》1999年Z1期。

* 除非脚注中另外注明出处，本文引用的中国法律、法规、行政规章、司法解释和案例，均来自国家信息中心制作的CD-ROM“国家法规数据库”（1998年版）。在中国，存在着“法律上的国企”和“事实上的国企”。“法律上的国企”根据1988年“全民所有制工业企业法”组建；“事实上的国企”包括全部或者多数股权投资来自政府机构、国有“事业单位”、“社会团体”和“法律上的国企”的企业，这些企业不是根据“全民所有制工业企业法”，而是根据其他法律登记为股份公司、有限责任公司、外商投资企业或者集体企业。例如：政府投资组建一个香港公司，该香港公司返回内地投资组建子公司，该子公司必定是登记为“外商投资企业”；又如：若干国有机构共同投资组建一个企业，该企业决不是按照“全民所有制工业企业法”注册为国企，而是按照公司法登记为“有限责任公司”。再如：全部资本来自一个政府机构的“劳动服务公司”，则登记为集体企业。因此，本文分析的对象，尤其是个案研究不限于“法律上国企”。

目 次

一、国企法定代表人的法律架构	三、法定代表人的权限
二、“主管部门”和国企法定代表人的任免	四、法定代表人的权力滥用：并非孤立的个案
	五、结论性意见

在 90 年代，国企“法定代表人”贪污、受贿、侵占公司财产的大案频频发生^①，严刑峻法亦不足以产生震慑作用。在一些或许是极端的情形下，一个国企的前任刚因贪污、受贿被判死刑，后任又铤而走险，大有“前仆后继”之势。例如：贵州信托投资公司前董事长阎健宏在 1995 年因贪污、受贿被判死刑，后任在 1996 年又涉嫌受贿而被捕^②；北京钢铁公司党委书记管志诚在 1991 年 7 月因贪污、受贿被判死刑，后任在 1991 年 9 月又开始受贿，而且比前任胃口更大，在一笔

① 国企法定代表人贪污、受贿、侵占公司财产的部分重大案件有 (1) 1991 年，北京钢铁公司党委书记管志诚因受贿 141 万元被判处死刑。(人民法院案例选，最高人民法院应用法研究所，1992 年第 1 辑，页 33-37)；(2) 1995 年，贵州省信托投资公司董事长阎健宏因为贪污、受贿被判处死刑。(中国检察年鉴，1995，页 332-334；中国审判案例要览，1995，页 496-505)；(3) 1995 年，原武汉中国长江动力公司董事长于志安失踪。后经中国驻菲律宾使馆证实，发现于志安已在菲律宾定居。据称：在 80 年代，于志安用中国长江电力公司的 50 万美金，以自己的名义在菲律宾注册了一家发电厂，如今发电厂的年收入达 1,000 万美元，于志安是这家发电厂惟一的所有者。于志安出走之前多次被评选为优秀企业家、改革标兵和杰出青年(于志安事件的思索，了望，1995 年第 49 期)；(4) 1996 年，首钢总经理助理、首钢控股(香港)总经理周北方因受贿 928 万港元而被判处死刑缓期执行。周北方在香港和大陆共有 5 辆豪华轿车、6 套住房，其中在香港半山购置的一套住房，费用高达 2500 万港元。周斥巨资在香港大举收购公司，造成首钢大约 10 亿元损失(首钢挖出 5 条大蛀虫，劳动报，1996 年 7 月 23 日，版 2；南方周末，1996 年 8 月 9 日，版 3；中国青年报，1996 年 11 月 15 日，版 1)；(5) 1998 年，君安证券公司董事长涉嫌侵占公司资产、贪污而被捕(君安震荡，财经，1998 年 8 月号，页 12)；(6) 1999 年 1 月，云南玉溪红塔烟草(集团)有限责任公司董事长褚时健因贪污、巨额财产来源不明而被判处无期徒刑(人民法院报，1999 年 1 月 12 日，版 1)。

② “前车”不远，“后车”又覆，南方周末，1996 年 8 月 9 日，版 9。

交易中就受贿 150 万元^③。“穷庙富方丈”是人们形容国企财富再分配的一个生动比喻：在国企纷纷倒闭的同时，一批身为国企“法定代表人”的百万富翁脱颖而出。1997 年，安徽省芜湖市展开“破产企业挖蛀虫”活动，当地 29 个破产国企无一例外存在管理人员贪污、受贿和侵占公司财产，共有 110 人涉嫌犯罪^④。国家体改委对国企“下岗职工”的民意调查显示：68%的“下岗职工”认为，管理人员腐败、失职和无能是企业倒闭的主要原因^⑤。1998 年底，中国人民银行发出通知，要求各商业银行加强对借款企业法定代表人的考查和监控，防止其挥霍贷款和携款外逃^⑥。

本文试图探讨以下问题：

(1) 国企“法定代表人”制度是在怎样一种背景下形成，又是如何表述为文本法律的？国企法定代表人通常是按照何种途径任免的？法定代表人的权力扩张、利益冲突与制度性结构是否有内在联系？

(2) 在中国经济转型时期，国企法定代表人和所有者之间的利益冲突有哪些基本类型？作者试图通过一些典型个案说明这一问题。

(3) 最后，是作者的结论性意见。

一、国企法定代表人的法律架构

(一) 在计划经济一统天下的时代，国企是实现国家计划的一个“单位”——从计划渠道获得资源配置，又向计划渠道输送资源，周而复始。在一个以中央政府为顶端的金字塔式的计划体制下，国家吸收

③ 首钢挖出 5 条大蛀虫，劳动报，1996 年 7 月 23 日，版 2。

④ 华东信息报，1998 年 12 月 25 日，版 2。

⑤ 南方周末，1997 年 3 月 28 日，版 1。

⑥ 中国人民银行：关于进一步加强贷款管理有关问题的通知（1998）。该通知要求商业银行在发放贷款之前“对企业的法人代表及主要管理者的个人品质加强审查。对董事长、总经理、厂长、经理等主要管理人员有赌博、吸毒、嫖娼、包养情妇，经常出入歌舞厅、桑拿场所，大操大办婚丧红白喜事，购买与其经济实力不相称的高级轿车、经常租住高级宾馆等行为的，其企业贷款必须从严控制。”“对法人代表持有外国护照或拥有外国永久居住权的，其企业、公司在国外有分支机构的，其家庭主要成员在国外定居或者在国外开办公司的企业的贷款要从严控制，对其法人代表出国及企业的资金往来要密切关注。特别是对将资金转移到国外或资金用途不明的转账行为，要进行严格的审查、监督，发现问题及时制止。”

了全部“单位”的人格，故当时的法令从来不将企业称为“法人”，也无从产生所谓“法定代表人”。80年代之后，国企改革一贯的政策是：国企的弊端是所有权和经营权不分，国企的出路是所有权和经营权分离，“明晰产权”，“扩大企业自主权”，将国企转变为具有独立法人资格的公司^⑦。作为对改革的回应，一大批企业立法相继出台，其千篇一律的思路是：依照该法令组建的企业是“企业法人”，每个企业法人必须有惟一的“法定代表人”；在国企和集体企业，厂长（经理）是法定代表人；在“公司制”企业，董事长是法定代表人^⑧。

“法定代表人”如今已经扩张为一个具有域外效力的概念。例如，有关外商投资的行政规章要求申请设立全资子公司的外国公司提交“法定代表人资格证明文件”^⑨；要求申请设立中外合作经营企业的外国公司提交“法定代表人的有效证明文件”，合作协议、合同、章程只能由“合作各方的法定代表人或者授权的代表”签署^⑩；外国新闻机构在中国设立办事处，也要由该外国新闻机构的“法定代表人”签署申

^⑦ “过去国家对企业管得太多太死的一个重要原因，就是把全民所有同国家机关直接经营企业混为一谈。根据马克思主义的理论和社会主义的实践，所有权和经营权是可以适当分开的。……总之，要使企业……成为具有一定权利和义务的法人。”引自：中共中央关于经济体制改革的决定（1984）；“按照所有权和经营权分离的原则，搞活全民所有制企业”，引自中国共产党第十三次全国代表大会报告（1987）；“国有企业实行公司制，是建立现代企业制度的有益探索。规范的公司，能够有效地实现出资者所有权和企业法人财产权的分离”，引自中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定。参见李楯编，现代企业制度通鉴：中国卷，国际文化出版公司（1996），页527，534，539。

^⑧ 民法通则（1986），条38、43；国务院：全民所有制工业企业转换经营机制条例（1992），条23：“……企业对其法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，承担民事责任”；全民所有制工业企业法（1988），条45：“厂长是企业的法定代表人”；国务院：城镇集体所有制企业条例（1991），条31：“集体企业实行厂长（经理）负责制。厂长（经理）对企业职工代表大会负责，是集体企业的法定代表人”；国务院：乡村集体所有制企业条例（1990），条10：“…厂长（经理）为企业的法定代表人”；公司法：条45、51、68、113：凡是设立董事会的公司，董事长为法定代表人；规模较小的公司，得以章程设定执行董事为法定代表人；国家工商局，企业法人登记管理条例施行细则（1988），条27：“外商投资企业的董事长是法定代表人。”

^⑨ 对外经济贸易部：关于中华人民共和国外资企业法实施细则若干条款的解释（1996），条3。

^⑩ 对外经济贸易部：中外合作经营企业法实施细则（1995），条7。

请文件^①。又如：最高人民法院规定，外国法人机构在中国法院起诉，必须提交经过该机构所在国公证机关证明的“法定代表人身份证明书”^②。这些法令似乎认为：全世界所有的法人都存在惟一的“法定代表人”，惟有该“法定代表人”才能以法人的名义出具有效文件。

(二) 1982年“民事诉讼法(试行)”首先推出了“法定代表人”的术语^③，1986年“民法通则”沿用了这一术语^④。“民法通则”有关法定代表人的基本规则是：(1) 法定代表人资格来自个人在机构中的“负责人”身份，而“负责人”依据法律或者章程产生(条38)；(2) 法定代表人的行为，其民法上的后果，由法人本身承受(条43)；(3) 如果法人的违法行为同时导致民事责任和刑事责任，法定代表人可能承担刑事责任(条49、110)。

继“民法通则”之后，关于“法定代表人”的条款遍布法律、行政法规、地方法规、行政规章和最高人民法院司法解释，围绕“法定代表人”形成了一个不断增生的规范群体^⑤。一方面，效力和性质不同的规范相互交叉，相互冲突；另一方面，受规范约束的当事人则无从争辩规范本身的正当性和合理性。

然而，无论是按照法条文意，还是根据法律实践，诉讼法和民事实体法所称的“法定代表人”都不是一回事：前者不以被代表人具有法人资格为前提，不具备法人资格的组织(如：合伙、企业分支机构)参加诉讼亦可有自己的“法定代表人”^⑥，后者则以被代表人已经取得法人资格为前提；前者的权限是代表当事人参加诉讼或者代表当事人委托代理人，与法定代理人的权限没有区别(故在法定代理人之外另

① 国务院：外国记者和外国常驻新闻机构管理条例(1990)，条7。

② 最高人民法院立案后有关涉外诉讼文书及送达问题的批复(1983)。

③ 民事诉讼法(试行，1991年废止)，条44。

④ 民法通则，条38、43、49、110。

⑤ 如果用国家信息中心制作的CD-ROM“国家法规数据库”(1998年版)进行检索，输入关键词“法定代表人”，查找正文，可以找到2,520个相关文件，减去其中346个与案例有关的文件，那么，剩余的2,174个是涉及“法定代表人”的法律、行政法规、地方法规、行政规章和司法解释。此外，如果输入关键词“法人代表”，查找正文，还可以找到646个相关文件。

⑥ 民事诉讼法，条49；最高人民法院：关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见(1992)，条38、40。

设法定代表人，实为画蛇添足），后者不仅代表本人表示意思和实施无须表示意思的行为（“事实行为”），而且，其职权范围内的不法行为，亦由本人负其责任；前者为法律强行规范的产物，后者可以来自企业章程，也可以来自法律强行规范。就术语选用而言，程序法和实体法以同一“法定代表人”指称性质迥然不同的事物似未尽妥贴。

二、“主管部门”和国企法定代表人的任免

（一）按照“全民所有制工业企业法”第44条，国企法定代表人的产生有三种途径：（1）按照国务院规定任免；（2）主管部门任免；（3）在主管部门同意的前提下，职工代表大会提出任免人选，主管部门批准。按照国家工商局的规定，法定代表人的任免必须经过“主管机关的人事部门审查同意”，申请法定代表人登记必须持有“主管部门”出具的“有关文件”，变更法定代表人必须“提交原企业法定代表人的免职文件、新任法定代表人的任职文件和有关文件、证件以及原法定代表人或新任法定代表人签署的变更登记申请书^⑦。如果企业所在行业是一个实行垂直管理的“归口行业”，法定代表人的任命还必须有归口行业“审批机关”的同意。例如：任免非银行金融机构^⑧的法定代表人必须事先经过人民银行的“业务资格”审查，未经人民银行同意而任免非银行金融机构的法定代表人，人民银行得拒绝为该机构更换《金融业务许可证》，尽管人民银行在理论上未必是该机构的“主

^⑦ 国家工商局：《企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定》（1990年颁布，1996年修正，1998年废止）；《企业法人法定代表人登记管理规定》（1998）。

在1994—1998年期间，按照“公司法”组建的企业，其法定代表人的登记优先适用“公司登记管理条例”，“公司登记管理条例”没有规定的，适用“企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定”。在1998年之后，“企业法人法定代表人登记管理规定”适用包括公司在内的所有企业。

^⑧ 中国人民银行：《非银行金融机构法定代表人业务资格审查办法》（1992）。根据该“办法”第2条，“非银行金融机构”系指信托投资公司、租赁公司、财务公司、证券公司、保险公司（中国人民保险公司及其分支公司除外）、城市信用社及联社、金融市场等。

管部门”^①。

(二)“企业—主管部门”共生状态是国企与生俱有的特性：每个企业都是“主管部门”的下属单位，每个“主管部门”管辖之下的企业群体自成一个封闭系统。从50年代到20世纪末，国企管理权限一直在中央集权和地方分权两极之间反复摇摆，忽而是从地方“上收”到中央，忽而是从中央“下放”到地方。但是，按照“企业—主管部门”隶属关系任免国企负责人，则是相沿不变的格局。国企负责人历来与行政官员一起纳入同一任免渠道，都是根据官员本人和任职单位的行政级别，将任免权限分配到不同层次、不同级别的党和国家机构。

国企分为中央直属企业（国务院直属企业和部、委直属企业）和地方企业。

国务院直属企业法定代表人由国务院任免，例如：1996年成立的“国家电力公司”，其“总经理为公司法定代表人。正、副总经理由党中央管理，国务院办理行政任免手续”^②。又如：1997年成立的“中国东联石化集团有限责任公司”，其管理体制是：企业本身“隶属国务院”，国家经贸委“负责联系”；“董事长、副董事长职务及总经理人选由国务院管理”，“其他董事职务及副总经理人选”由国家经贸委管理^③。尽管1994年生效的公司法没有为这种任免方式提供任何依据，但是，无论法律如何规定，都不会撼动固有制度支持的实践。

部委直属企业的法定代表人历来由部、委任免。但是，1998年之后，国务院最新推出的管理方案是收回部、委对500个大型国有企业的人事任免权，这500个大型国有企业的董事长、总经理和总会计师将由国务院、中共中央的“大型企业工作委员会”任免^④。例如：1998

^① 中国人民银行：《非银行金融机构法定代表人业务资格审查办法（1992）》。根据该“办法”第2条，“非银行金融机构”系指信托投资公司、租赁公司、财务公司、证券公司、保险公司（中国人民保险公司及其分支机构除外）、城市信用社及联社、金融市场等第4条、第6条。

^② 中央机构编制委员会办公室、电力工业部，《国家电力公司组建方案》，国务院公报，1996年第37号，页1498。

^③ 国务院：《关于中国东联石化集团有限责任公司组建方案和中国东联石化集团有限责任公司章程的批复》，国务院公报，1997年第34号，页1507。

^④ 经济与信息，1998年12月24日，版2。

年组建的“上海宝钢集团公司”，其“公司领导成员的管理，按国务院、中共中央大型企业工作委员会的规定执行”^②。

地方企业法定代表人的任免也是根据企业和省（自治区、直辖市）、市、县政府的隶属关系，分别由相应的地方政府或者地方政府的职能部门任免。

在过去 50 年，一些国企的管理权时而“上收”到中央，时而“下放”到地方，在收收放放的过程中，形成了中央和地方的“双重领导”^③。此类国企干部的任命，可能牵涉从中央到地方的若干“主管部门”：其总经理可能由某一部委任命，副总经理可能由企业所在地的省政府任命，中层管理人员可能部分由企业党委组织部和人事部任命，部分由企业所在地的市政府任免。

（三）国企“厂长负责制”的理论和实践都是来自前苏联，据说这是列宁早在“十月革命”时期就提出的主张。“厂长负责制”在中国最早的法律实践是 30 年代初期江西红色政权颁布的“苏维埃国有工厂管理条例”，80 年代之后，有关“厂长负责制”的法律规定，其语言和知识系统都是在江西红色政权当年界定的范围之内^④。从 1949 年到 50 年代中期，东北三省的国企均模仿前苏联实行“厂长负责制”^⑤；从 50 年代中期到 60 年代中期，中共中央强调“党委领导下厂长负责制”^⑥；从 60 年代中期的文化大革命到 70 年代末，工厂实行“革命委员会”或者“党委”的集体领导，不存在任何意义上的“厂长负责制”。70 年代末开始改革国企之后，党组织和经理班子何者应在国企中居主导地位

^② 国务院：关于组建上海宝钢集团公司有关问题的批复，国务院公报，1998 年第 30 号，页 1134。

^③ 按照“文化大革命”刚刚结束时的工业管理体制，没有一个中央直属企业绝对排除地方政府管辖权，当时的中央直属企业都是实行“以中央有关部门为主管理”的“双重领导”。参见中共中央：关于加强工业发展若干问题的决定（草案，1978），同前注^⑦，页 394。

^④ 参见彭真：关于草拟国营工厂法的问题（1984），载：彭真文选，人民出版社（1991），页 497；“苏维埃国有工厂管理条例”，参见张西坡：革命根据地法制史，法律出版社（1994），页 252-253。

^⑤ 同前注，页 497-499。

^⑥ “企业中一切重要工作和重大问题，必须由党委集体讨论决定，企业在生产行政上实行党委领导下的厂长负责制”，引自：国营工业企业工作条例（修正草案，1965），条 6，同前注^⑦，页 381。

位，一直存在争议。有人主张：既然党领导一切，经理班子的一切活动自然在党领导之下；有人则主张：党组织并不代替经理人员直接管理企业。最后，邓小平先生在1980年8月的一次讲话中提出：“改变党委领导下的厂长负责制，分别实行工厂管理委员会，公司董事会，经济联合体的联合委员会领导和监督下的厂长负责制、经理负责制。”（《邓小平文选》，第2卷，第340页）邓小平讲话是日后恢复“厂长负责制”的政策依据。1988年制定的“全民所有制工业企业法”重申50年代初的“厂长（经理）负责制”，而没有加以“党委领导下的”定语限制，这被认为是一个变革。

80年代中期之后，在“扩大企业自主权”的改革思路之下，国企法定代表人的权力日益扩张，而国企的效益则每况愈下。因此，如何通过党委限制法定代表人的权力，在90年代再次受到关注。1997年，中共中央强调党对国有企业的领导，其主要政策导向和具体措施如下^②：

1. “坚持党管干部的原则”。国企负责人和国有资产产权代表必须按照人事任免权限选派和推荐；

2. “国有企业党的工作要贯穿于生产经营的全过程”。在国企，党组织参与决策的重大问题包括：企业的经营方针、发展规划、年度计划、重大技术改造、技术引进方案、财务决算和资产重组；中层以上管理人员的选拔使用和奖惩；企业重要改革方案和重要管理制度的制定、修改；涉及广大职工切身利益的重要问题。在“公司制企业”，党委参与重大问题决策的范围，一般是指公司提交股东会、董事会审议决定的问题；厂长（经理）、董事会在对重大问题决策之前，应听取、尊重党委的意见；重大决策的执行情况，应向党委通报；

3. 在公司制企业中，如果人选同时具备担任党委书记和董事长的条件，可以身兼党委书记和董事长；或者是党委副书记担任董事长，党委书记担任副董事长；党委成员可以分别进入董事会、监事会和经理班子。中层干部的任免要事先经过党委组织部和人事部考察，然后，由企业党政领导集体讨论，最后，以厂长（经理）的名义任免。

^② 中共中央：关于进一步加强和改进国有企业党的建设工作的通知，1997年1月24日。

(四) 有关企业法定代表人产生途径的调查报告。1995年,“中国企业家调查系统”就国有企业、集体企业和外商投资企业厂长(经理)的任命进行了一次全国性调查,调查结果在一定程度上反映了企业法定代表人产生的现状。

表1 中国企业家调查系统,企业负责人产生途径:1993—1994(%)^②

	总体情况		国有企业		集体企业		外商投资企业	
	1993	1994	1993	1994	1993	1994	1993	1994
主管部门任命	85.8	75.3	92.2	86.0	75.3	58.4	48.6	33.3
职代会选举,主管部门任命	6.3	9.0	4.4	7.4	16.8	21.4	2.2	5.0
投标	3.1	2.4	2.7	2.2	5.2	3.1	2.2	1.5
董事会任命	3.8	11.1	0.1	2.5	1.0	14.0	44.9	58.3
其他	0.8	2.2	0.6	1.9	1.7	3.1	2.2	2.8

表1显示:(1)除了没有纳入调查范围的私营企业、“股份制企业”外,中国绝大部分企业的负责人都是主管部门任命;(2)“职代会选举”、“投标”并不排除主管部门的最终决定权。尽管主管部门没有直接提名企业负责人,但是,如果“职代会”提名的人选不能得到“主管部门”认可,“主管部门的人事部门”就不会出具申请“法定代表人登记”所必须的证明文件,企业也就无从获得工商登记;(3)集体企业具有多样性,有些集体企业成立之初就是“无主管部门企业”,有些集体企业是私人挂靠政府机构的“假集体”企业,“主管部门”没有任命这些企业的经理人员,并不说明“主管机关”任免集体企业负责人的传统路径有任何实质性改变;(4)按照法律规定,外商投资企业的法定代表人为“董事长”,经理由董事会任命,而调查显示:48%的外商投资企业负责人由政府机构任命,这一调查结果颇有疑问。“主管部门”直接任命外商投资企业负责人缺乏法律根据而不可能成为普遍的实践,但是,如果中方投资者提名董事长或者总经理人选,该项

^② 中国企业家调查系统:中国企业家成长与发展专题调查报告,载:中华工商时报,1995年4月24日,版2。

提名需要经过中方投资者所在“主管部门”批准。

表2 中国企业家调查系统, 企业负责人产生途径: 1998 (%)^①

	主管部门任命	董事会任命	职代会选举	企业内部 招标竞争	社会人才 市场配置	其他
总体	75.1	17.2	4.3	1.3	0.3	1.8
国有企业	90.9	4.4	2.2	1.2	0.3	1.0
集体企业	73.3	11.7	11.7	1.2	0.3	1.8
私营企业	27.6	37.9	3.5			31
联营企业	47.1	47.1	2.9			2.9
股份制企业	27.2	60.08	8.1	1.5	0.3	2.1
外商投资企业	31.3	62.7	1.5	1.5		3.0
港澳台投资企业	17.1	80.05	2.4			

表2显示:(1)“主管部门”任免国企法定代表人没有实质性改变;(2)27.6%的“私营企业”负责人由“主管部门”任命,这实在出乎意料。本文作者认为,调查或者统计方法可能存在失误,因为,“私营企业”在法律上没有“主管部门”,无从产生“主管部门”任命企业负责人的实践。造成错误的原因可能是调查对象在回答问卷的时候存在误会,例如:私营业主将负责企业注册的机关误认为“主管部门”;(3)按照“公司法”组建的“股份制企业”,其工商登记事项就没有“主管部门”一栏;按照外商投资企业法组建的外商投资企业和港澳台投资企业,其负责人的产生在理论上也不存在“主管部门”任命的情况,然而,这些企业的负责人有相当一部分(17%~33%)仍然是由“主管部门”任命,这或许也是调查方法所致的缺陷。

(五)法院历来不受理国企法定代表人任免争议的案件^②,因此,国企法定代表人无从通过诉讼挑战主管部门的任免决定。但是,如果一个企业在名义上没有登记为国企,无论该企业全部或者多数股权是

^① 中国企业家调查系统:中国企业经营管理者成长与发展专题调查报告:1998,载:管理世界杂志,1998年第4期,页137。

^② 最高人民法院:关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护其合法权益的起诉人民法院应否受理的批复(1991)。

否为国有机构持有，“主管部门”直接任免该企业法定代表人都会面临法律障碍——法定代表人可以通过行政诉讼程序，主张变更法定代表人的工商登记违反法定程序，损害企业的经营自主权，要求撤销工商局的变更登记。在单行法律各自采用一套企业分类标准，众多法律互相交叉、抵触的架构之下，由国企化生其他类型的企业，是一件轻而易举的事。例如：国企投资的子公司可以登记为“集体企业”、“联营企业”、“外商投资企业”，从而排除“全民所有制工业企业法”的适用；按照“公司法”组建的企业由两个以上股东出资，即便股东都是国企，也未必隶属同一“主管部门”，甚至在法律上不存在统管一切的“主管部门”。如今，相当一部分国企已经派生出多层次的、像树根一样蔓延的子公司、孙公司、重孙公司，复杂的企业结构既使国企法定代表人在一定程度上摆脱了“主管部门”控制，又使关联企业的出身（“所有制性质”）成为难以考证的问题。

法定代表人对抗主管部门免职决定的讼案 袁瑾不服成都市工商局法定代表人变更登记案（成都市中级人民法院 1995 年 8 月终审判决）

原告是中外合资企业“玉美有限公司”的董事长。按照公司章程，董事长和副董事长分别由投资各方委派和撤换。1994 年，委派原告出任董事长的中方投资者（国企）撤销了对原告的委任，另行委任他人出任董事长。新任董事长向工商局申请法定代表人变更登记，工商局核准了该项申请。原告以工商局“具体行政行为”违反企业法人登记程序，侵犯了企业自主权为由，以工商局为被告，提起行政诉讼，请求法院撤销法定代表人变更登记。工商局的抗辩理由是，“玉美有限公司”章程规定，董事长由中方投资者委派和撤换，工商局根据公司章程和中方投资者的决定变更法定代表人，并无不妥。一审法院以“公司法”和“中外合资经营企业法”为根据，维持了工商局的行政决定。

原告提起上诉。二审法院认定：工商局核准法定代表人变更登记申请的“具体行政行为”违法，撤销了一审判决和工商局的行政决定。二审法院判决的依据是国家工商局 1988 年颁布的一个有关企业登记的行政规章，该规章规定：外商投资企业的董事长是法定代表人，申请变更法定代表人需要提交董事长签署的申请书、董事会决议和审批机

关的批准文件^②。故二审法院认为，“玉美有限公司”向工商局申请法定代表人变更登记的时候没有提交董事会决议，工商局本不应核准该项申请。

作者见解 在合资公司董事长任免问题上存在当事人无法同时遵循的、两个互相冲突的规则，一审法院、二审法院分别适用不同规则，故作出互相对立的判决。按照中外合资经营企业法，合资公司不设股东会，仅有董事会。董事长、副董事长是董事会选举，还是各方“委派和撤换”，均由投资者约定^③。故合资公司章程约定，投资者各自“委派和撤换”董事长、副董事长是在法律许可范围内进行选择；按照国家工商局的规定，免除合资公司董事长职务必须有董事会决议，投资者无权单方委派和撤换董事长。“中外合资经营企业法”及其实施条例是惟一没有强求企业设置法定代表人的法令，故设立合资公司时，投资者无从判断：担任何种公司职务的人将成为法定代表人？法定代表人将对公司控制和管理产生何种影响？但是，当企业进行登记的时候，合资公司董事长按照登记法令当然成为法定代表人，而免除董事长职务又要向工商局呈报由董事长本人亲自签署的变更登记申请，这样的结果可能完全改变当事人事先设计的公司控管结构。

中国法制的独特现象是：在理论上效力较低的法令常常扩充、修正，甚至实质性废止效力较高的法令。鉴于法院无权审查法令的正当性，一方面，法令效力成为当事人无从争辩的问题，另一方面，法院任意选择相互冲突的法令都是正当地行使自由裁量权。就本案而言，一审法院和二审法院先后作出不同的判决都是“依法办事”。但是，没有得到回答的问题是：如果不同法令就同一行为设定不可兼容的规则，法院选择规范的根据是什么？既然合资公司法定代表人的资格来自董事长职务，董事长职务一旦被免除则无继续担任法定代表人的可能，那么，本案原告就法定代表人变更登记提起行政诉讼，其诉讼利益何在？如果工商局的变更登记侵犯了合资公司的“经营自主权”，一个被免除董事长职务的法定代表人能否以自己的名义、为合资公司的利益提起行政诉讼？然而，在本案这一切都是无解的法律方程。

② 国家工商局：企业法人登记管理条例施行细则（1988），条27、条46。

③ 中外合资经营企业法（1990修正），条6。

三、法定代表人的权限

(一) 一个企业法人必须有惟一的法定代表人

国家工商局行政规章对“法定代表人”的经典定义是：“代表企业法人根据章程行使职权的签字人”^④；“代表企业行使职权的主要负责人”^⑤。法定代表人是惟一能“代表法人行使职权”、“代表法人参加民事活动”的主要负责人，法定代表人签署的文件均是“代表企业法人的法律文书”；“法律、法规规定必须由法定代表人行使的职责，不得委托他人代行”^⑥。法定代表人的行为理所当然地约束公司，公司其他职员非经法定代表人授权不得代理公司为法律行为。

法定代表人是企业章程的必备条款^⑦，故任免法定代表人需修改企业章程。在1990年之后，法定代表人不仅记载于“企业法人营业执照”，而且是单独登记的专门事项，因此，非经变更登记、变换营业执照，法定代表人的变动是否发生效力，就常常成为引起争议的问题。

(二) 法定代表人掌握代表企业签定合同的最终决定权

在订立合同过程中，法定代表人签字常常是合同的生效条件。如果未经法定代表人同意或者授权，其他任何人以公司的名义签定合同都被认为是一种越权行为。广东省从1986年起推行《法定代表人证明书》制度：法定代表人亲自代表本企业签定合同，应当出示《法定代表人证明书》；其他人代表本企业签定合同，应当有法定代表人签发的《法人授权委托书证明书》；签订合同的双方当事人应互换上述有关证明书，并作为经济合同的附件，介绍信、工作证不得再作为签订经济合同的凭证^⑧。

④ 国家工商局：企业法人登记管理条例施行细则（1996年修订），条27。

⑤ 国家工商局：企业法人登记管理条例施行细则（1988），条27。

⑥ 国家工商局：企业法人的法定代表人审批条件和登记管理暂行规定（1990），条2、4、5、6。

⑦ 公司法（1993），条22，79；国家工商局，同前注④，条8，（七）项。

⑧ 广东省经济合同管理条例（1996年修正），条6；广东省工商行政管理局，关于实行凭《法定代表人证明书》、《法人授权委托书证明书》签订经济合同的通知（1986），条1、3、6。

(三) 法定代表人是公司财务的最终控制者

人民银行对企业贷款实行贷款证管理, 只有获得“贷款证”的企业才有资格向金融机构申请贷款, 而企业申请贷款证必须提交法定代表人的身份证明, 法定代表人身份是“贷款证”必须记载的内容^③。企业和商业银行之间的借款合同、担保合同非经法定代表人或者法定代表人授权的代理人签署不发生效力。人民银行对企业存款实行预留印鉴的管理方式: 印鉴包括企业财务专用章、法定代表人章和财会人员章, 因此, 如果没有法定代表人同意, 企业无法到银行支取存款^④。非经法定代表人签名, 法人机构签发的票据不生效力^⑤。如果商业汇票和支票的出票人为“单位”, 一张有效票据必须有该“单位”的公章和法定代表人签名^⑥。

(四) 法定代表人的权限渗透到企业的全部活动

从典当公司资产^⑦、委托拍卖公司财产到转让一辆公司的旧汽车^⑧都必须提交法定代表人签署的证明文件或者法定代表人身份证明。法定代表人还是企业治安保卫工作的负责人^⑨和企业雇员计划生育工作的负责人^⑩。甚至以单位名义申请游行示威, 必须由法定代表人签字和加盖印章^⑪。在有些地区, 政府赋予法定代表人一些非常奇特的权利, 例如: 1997年, 陕西省渭南市临渭区党政机关发出一份通知, 法院非经区委和区政府“主要领导”同意, 不得传唤“骨干企业”法定

③ 中国人民银行: 贷款证管理办法 (1995), 条 6、7、10。

④ 中国人民银行: 人民币单位存款管理办法 (1997), 条 10。

⑤ 票据法 (1995), 条 7。

⑥ 中国人民银行: 票据管理实施办法 (1997), 条 14、15。

⑦ 广东省人大常委会: 广东省典当条例 (1995), 条 10。

⑧ 深圳市人民政府: 深圳经济特区旧机动车辆交易管理规定 (1994), 条 13。

⑨ 广东省人大常委会: 广州市企业治安保卫条例 (1995), 条 7; 上海市人大常委会: 上海市社会治安防范责任条例 (1992), 条 18。

⑩ 广西壮族自治区人大常委会: 广西壮族自治区计划生育条例 (1994), 条 5; 江苏省人大常委会: 江苏省计划生育条例 (1995), 条 10。

⑪ 福建省人大常委会: 实施《中华人民共和国集会游行示威法》办法 (1990), 条 10: 以国家机关、社会团体、企业事业单位的名义组织或者参加集会、游行、示威, 申请书必须经本单位的法定代表人签字并加盖公章。

代表人^⑧；在上海市，如果一个单位收藏的档案资料复印件有该单位法定代表人的签名或者印章标记，就具有与档案原件同等效力^⑨。

(五) 法定代表人与公司诉权

1. 在法人参加的民事诉讼中，法定代表人处于不可替代的位置

“法人由其法定代表人进行诉讼”，法定代表人姓名为起诉状和上诉状的必备内容^⑩。按照最高人民法院的司法解释，法人“正职负责人”为法定代表人；设有董事会的法人，董事长为法定代表人；法人起诉，需提交“法定代表人身份证明书”，在诉讼中更换法定代表人，需提交新的法定代表人身份证明书^⑪；法人向法院提交未经法定代表人签署的诉状，“受诉法院应令其补正。立案时限，从补正后交法院的次日起计算”^⑫。如果法定代表人消极抵制，法人无从启动或者参加诉讼；如果法定代表人主动参与，没有任何理由可以阻止他代表公司行使诉权。如果公司试图起诉它的法定代表人，该起诉在理论上需要法定代表人同意，法定代表人在作为被告的同时并没有当然丧失代表原告的资格。

2. 法定代表人和公司诉权的讼案分析

上海延中饮用水有限公司诉上海延中实业股份有限公司、上海碧纯贸易发展有限公司、上海新延中饮料公司案（上海市第二中级人民法院一审裁定，1997）^⑬。

原告上海延中饮用水有限公司（以下简称：饮用水公司）是1992

⑧ 依法传唤法人代表，竟要区领导签发通知，中国青年报，1997年12月1日，版1。

⑨ 上海市人大常委会：上海市档案条例（1995），条39。

⑩ 民事诉讼法，条49、110、148。

⑪ 最高人民法院：关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见（1992），条38、39。在北京市，一审法院受理法人原告起诉之后，即发出统一格式的“案件受理通知书”和“法定代表人身份证明书”，法人原告必须填“法定代表人身份证明书”，并将其寄送受案法院。参见北京市高级人民法院：一审经济纠纷案件办案规范，条16，载：办案规范，人民法院出版社（1995），页163。

⑫ 最高人民法院：关于人民法院受理经济纠纷案件中几个问题的复函（1990）。

⑬ 资料来源：（1）中添国际有限公司应当如何主张权利？上海法制报，1996年7月15日，版3；（2）本案，被告代理人退庭，上海法制报，1997年4月14日，版1；（3）“碧纯水”重归平静之后，上海法制报，1997年10月8日，版1；（4）“碧纯”水谁属，上海法制报，1998年1月24日，版1。

年在上海注册的一个中外合资企业，其主要产品“碧纯牌”蒸馏水在上海占有43%的市场份额。饮用水公司的主要股东是中添国际有限公司（港商）和上海延中实业股份有限公司（以下简称：被告A），前者持股60%，后者持股30%；饮用水公司董事会成员6人，港商委派3人，被告A委派2人，董事长由被告A委派的W先生担任。

1995年，被告A成立了一个子公司——“上海碧纯贸易发展有限公司”（以下简称：被告B），生产“延中牌”蒸馏水，W先生为该公司董事长。

1996年，被告B又成立一个子公司——上海新延中饮料公司（以下简称：被告C），亦生产“延中牌”蒸馏水，W先生为该公司董事长。

因此，该案原告和三名被告的法定代表人都是W先生。

饮用水公司的港商股东认为，被告B、被告C生产、销售与“碧纯”牌包装、标识相似的“延中牌”饮用水；被告B以饮用水公司的商号为商品名称；被告A是被告B、被告C的控股公司和原告的股东之一，三者均构成对饮用水公司的侵权。

侵权行为发生之后，港商要求W先生召集董事会，以饮用水公司的名义提起诉讼，遭到W先生拒绝。1996年7月，港商在W先生“缺席”的情况下，通过一项董事会决议，以饮用水公司的名义在上海市第二中级人民法院起诉，要求被告停止侵权，赔偿损失1000万元。

在港商以饮用水公司名义起诉之后，W先生则以饮用水公司的名义撤诉，称：港商召集董事会违反程序而又未达法定人数，故有关起诉的董事会决议无效。

1996年9月，港商以自己的名义在上海市第二中级人民法院起诉，向三名被告索赔1000万元，将饮用水公司列为诉讼第三人。作为回应，W先生则以饮用水公司的名义在上海市第一中级人民法院起诉被告B和被告C，主张与港商相同的事实和理由，但是，仅仅要求被告B和被告C赔偿100万元。至此，上海市第二中级人民法院受理了港商作为股东，以自己的名义对被告A、被告B、被告C的起诉，上海市第一中级人民法院则受理了W先生以延中饮用水公司名义对被告B、被告C的起诉。

被告A向上海市第二中级人民法院提出管辖异议，称：港商与被

告 A 之间的纠纷属于合资企业投资者之间的争议，合资各方的合同、合资公司章程均选择仲裁途径解决纠纷，因此，上海市第二中级人民法院对该案无管辖权。法院认为：该案的实质是，饮用水公司的主要股东之一“因利益驱动损害了公司的整体利益”，并利用控制董事会的特权而使公司无法行使诉权，在这种情况下，公司其他股东有权以自己的名义提起诉讼。故驳回被告 A 的管辖异议。被告 A 对驳回异议的裁定提起上诉。

1997 年 3 月，上海市高级人民法院驳回了被告 A 就管辖问题的上诉。随后，上海市第一中级人民法院驳回了 W 先生以饮用水公司名义对被告 B 和被告 C 的起诉，上海市第二中级人民法院则驳回了港商以饮用水公司名义对被告 A、被告 B 和被告 C 的起诉。至此，若干诉讼就剩下港商以自己名义对被告 A、被告 B 和被告 C 的起诉。

在法院开庭审理该案的时候，W 先生代表作为诉讼第三人的饮用水公司声称：既然是饮用水公司的利益受到侵害而饮用水公司已经行使诉权，港商无权就同一事实提起诉讼，无论是以自己的名义、还是以公司的名义。

最后，在法院主持下，双方于 1997 年 12 月达成一份主要内容如下的和解协议：（1）被告向原告赔礼道歉；（2）被告赔偿原告 170 万元损失并承担诉讼费用。

作者见解 本案当事人最初争议的问题是：如果损害公司利益的侵权人是公司的控制股东，公司的法定代表人又受命于控制股东，从而造成公司难以起诉的困境，那么，其他股东究竟应当以公司的名义，还是以自己的名义起诉？一方面，法院驳回了港商以饮用水公司名义的起诉，另一方面，法院接受了港商以自己名义的起诉。法院依据的规范是最高人民法院的司法解释——“因控制企业的港方公司与卖方有直接利害关系，其拒绝召开董事会以合营企业名义起诉，致使中方利益受损害而无法受到法律保护，经研究认为，中方可在合营企业董事会不作起诉的情况下行使诉权，人民法院依法应当受理……”^④。在 W 先生以饮用水公司名义行使诉权之后，当事人之间的争议转变为：

^④ 最高人民法院：关于中外合资经营企业对外发生经济合同纠纷，控制合营企业的外方与有利害关系，合营企业的中方应以谁的名义向人民法院起诉问题的复函（1994）。

在公司行使诉权之后，股东能否就同一事项以自己的名义起诉？法院对此作出了肯定的回答，但是，其根据和理由均不甚了然。

按照现有法律规则，公司董事会须董事长或者董事长指定的董事召集^⑤，法定代表人代表法人行使诉权，没有例外规则。因此，如果公司章程规定公司起诉须有董事会作成决议，董事长又因利益冲突而拒绝召集董事会，公司就处于无法启动诉讼程序的瘫痪状态；如果一个人同时担任原告公司和被告公司的法定代表人，他代表双方行使诉权，在形式上并不违法。本案的一个重要启示是：除非某些确定的公共政策要求强制而强制又没有超过实现公共政策所必须的限制，有关商业交易的法律只是减少谈判成本的合同范本、填补合同空白的备用条款和处理争议的规则，它们决不应当排除当事人的选择余地（如：强行规定董事长为法定代表人、强行规定法定代表人的权力）。缺乏合理性基础的、不必要的强制性规范，一方面给当事人造成他们本来有能力和智慧避免的麻烦^⑥，另一方面又限制了法院视具体情形解决争议所必不可少的灵活性。像本案港商一样陷入困境的股东决不是例外，这似乎已经成为解决股权纠纷的一个法律死结^⑦。

四、法定代表人的权力滥用：并非孤立的个案

（一）风险和利益逆向行走的“贵信现象”：风险从个人转移到国企，利益从国企转移到个人，大量财富在交易中浪费^⑧

1. 1995年1月，贵州信托投资公司（以下简称：贵信）总经理、法定代表人阎健宏被判处死刑，她的罪名是贪污、挪用公款、投机倒把和受贿。

1992年8月，贵州省几个行政机关和4名“港商”联合成立了一个中外合资企业—丽晶公司。中方（几个行政机关）以在建工程作价

^⑤ 公司法，条48、114；国务院，中外合资经营企业法实施条例（1983），条35。

^⑥ 丁晓文：努力解决我国民事诉讼中的新课题——从“碧纯”品牌侵权纠纷案的审理谈起，上海法制报，1997年11月29日，版3。

^⑦ “碧纯水”激起阵阵余波，上海法制报，1997年11月17日，版3。

^⑧ 资料来源：方向明，共和国不能容忍，中国青年报，1995年6月9日，版8。

400万元投资，占股40%；4名“港商”以现金600万元投资，占股60%。其中：阎健宏的儿子刘博化名“王艺民”，作为“港商”投资34万元。丽晶公司成立之后不到两个月，“王艺民”等3名港商股东要求公司回购他们持有的股份，公司拒绝了这一要求。于是，阎健宏说服另一“港商”股东金某，使其同意出价500万元收购包括“王艺民”在内的3个港商股东持有的、面额450万元的股份。

作为交易，阎健宏同时委任“港商”金某为“贵信”在深圳的代表。金某上任之后，以“贵信”的名义向金融机构借款7000万元，金某动用其中2000万元清偿个人债务，动用4500万元以他本人投资的公司的名义在上海郊区置地300亩，动用500万元买进了3名“港商”股东持有的、面值450万元的股份。在股权转让交易中，刘博转让面值34万元的股份，获转让价金80万元；其他两名“港商”转让面值416万元的股份，获转让价金420万元，转让价格显然是依身份而异。不久，金某发现自己购置的300亩地根本没有开发价值，遂以6420万元将其转让给“贵信”。

在上述交易中，贵信付出13420万元（7000万元贷款、6420万元购地款），或者得到300亩没有开发价值的土地，或者得到一文不值的无效合同（按照有关土地使用权转让的法律，金某与“贵信”之间的土地转让多半是无效合同，因为土地开发商转让未经开发的土地属非法交易）。

“港商”金某得到的利益是：（1）用以清偿个人债务的2000万现金；（2）转让土地所得1500万元利润；（3）价值500万元的丽晶公司45%的股份。金某获利总额是4000万元。

刘博以80万元转让了面值34万元的股份，获利46万元；其余两名“搭便车”的港商以420万元转让了面值416万元的股份，获利4万元。

交易前后各方得失比较

	交易前财产价值	交易后财产价值（单元：万元）
贵信公司	13 420	0
港商金某	80	4 000
刘博	34	80
两名港商	416	420
总计：	13 950	5 000

围绕“贵信”全部交易是一个负值交易：交易各方的财产价值的总和，从交易之前的 13950 万元减少到 5000 万元，8950 万元财富在交易中消失了。港商金某和刘博是获利者，但是，他们获利的总和大大小于他们给“贵信”造成的损失。可见，“贵信”交易使一些人获利，然而，获利与财富浪费相比是微不足道的，这是一种削弱综合国力的交易。

2. “贵信现象”不是一个特例，而是社会变动时期一种具有普遍性的财富再分配。在此，我们不妨转向一般性的“贵信现象”——“回扣”和“公款消费”。

(1) 所谓“回扣”(kickback)系指：卖方(或者劳务提供方)按成交金额的一定比例向买方(或者劳务需求方)经办人员支付现金或者其他形式的报酬。在经济转型时期，靠“回扣”打开销路，成为最为普遍的一种商业实践。例如，在 90 年代初，一本售价 100 元的挂历，买方经办人员能够从卖方得到 50 元左右的“回扣”^⑤。根据专家的估计，药品制造商向零售商、医院等机构采购人员支付的回扣每年达到 50 多亿，超过了药品制造行业每年的纳税总额^⑥。在药品、书籍、化妆品、建筑工程承包等行业，供方的高额“回扣”使一大批需方经办人成为百万富翁^⑦。在支付回扣方面，私人企业、乡村企业通常能比国企更为便利、更为“慷慨”，因此，国企经办人员都乐意和私人企

^⑤ 参见：94 挂历腾云驾雾，中国青年报，1993 年 10 月 5 日，版 6。挂历的消费对象主要是公有机构，企业在年终向诸多“主管机关”和政府官员赠送挂历成为一时风尚。因此，制造、销售和采购挂历都是利益丰厚的交易，挂历销售商给采购者的“回扣”甚至可以高达 50%。早在 1987 年，国务院就全面禁止国内公立机构购买(包括到海外购买)、互赠挂历；如今，挂历的生产、销售都成为新闻出版署严格控制的特许行业(参见国务院办公厅：关于坚决制止国内互赠挂历的通知，1987；财政部、新闻出版署、国家工商行政管理局：关于贯彻《国务院办公厅关于坚决制止国内互赠挂历的通知》的若干规定，1987；新闻出版署：关于核定挂历、年画、年历画等出版任务的通知，1991；新闻出版署：关于出版挂历的管理规定，1995)。但是，公款购买挂历的风气似乎没有受到明显抑制。从 1998 年开始，新闻出版署对挂历实行最高价格限制，以此控制挂历销售中的“回扣”金额(参见新闻出版署：关于出版 1998 年挂历最高限价指导意见的通知)。

^⑥ 参见上海法制报：1994 年 4 月 4 日，版 3。

^⑦ 有关“回扣”的方式、规模和普遍程度，参见黄苇町：中国的隐形经济(1992)，页 172-179；医药商品中的让利与回扣，人民日报，1993 年 4 月 17 日，版 2；回扣：润滑剂，还是腐蚀剂，人民法院报，1993 年 4 月 17 日，版 2。

业、乡村企业进行交易。

“回扣”是利益冲突的典型状态：供方收买了需方代理人，使之为己效劳；需方代理人不是实现被代理人的最大利益，而是与供方“合谋”，尽量向被代理人转移成本，“合谋”双方按照转移成本的幅度分享利益；“回扣”资金来自需方对供方的付款，供方实际上是用需方的钱贿赂需方自身的代理人。

回扣通常是导致“负值交易”：交易总是给第三人造成损失，交易之后的财富总量总是少于交易之前。“回扣”消耗了本来可用于保证商品和服务质量的资金，从而造成往往是致命的产品缺陷和劣质服务，例如：桥梁、建筑、水坝倒塌的灾难事故，假药对病人的伤害，伪劣燃气热水器在洗澡间爆炸……。伪劣商品在中国屡剿不尽，其生命力就在于“回扣”。河南省巩义市的劣质电线也许最能说明“回扣”如何影响社会资源的配置。80年代中期以来，劣质电线一直是当地持续发展的行业，新闻媒体的批评和曝光反而促进了劣质电线的销路，因为，哪里的产品质量最差，哪里的回扣率就越高，全国各地的采购人员就蜂拥而至。当地厂商对记者说：“不怕你见报，报纸上批评一次，我们这儿的电线就脱销一次。”^②在“回扣”驱使下，社会资源从效益高的领域流向效益低的领域，优胜劣汰变成了择优淘汰。

(2) 公款消费是中国社会久治不愈的顽症。有人估计：在90年代，“公款吃喝玩乐”每年大约消耗1000亿元^③。

公款消费必定超过消费者的实际需要。例如：一个国企经理用1万元摆一桌宴席，占有若干辆高级轿车，这并不是为了满足物质需要，而是为了满足浪费财富的变态心理。当一个人能够为所欲为地支配公共财富，而又不能永久占有财富的时候，就会产生强烈的浪费欲望。在90年代，公众常常用“有权不用，过期作废”来形容那些在任期间决不放过任何机会以权谋私的当权者。这种哲学反映在公款消费上，就是“与其作废，不如浪费”——与其将公共财富留给别人以后享受，不如让公共财富消失在自己手里。

^② 向四周施“线”的毒蜘蛛，人民日报，1992年3月7日，版2。

^③ 邵逢生：我国社会发展的三大障碍，中国青年报，1993年10月5日，版7；走向法律，还是走向无序，中国青年报，1993年10月7日，版6。

公款消费的账面开支必定超过实际开支。公款消费给消费者提供了合法报销开支的机会，而消费者又藉此机会多报开支。人们说，“鸡蛋经过贪婪者的手都会变小”；但是，如果“鸡蛋”意味着一份可报销的账单，它经过贪婪者的手一定会变大^⑥。为了满足公款消费者多报支出的需要，出现了一个十分兴旺的非法行业——假发票买卖。在公款消费者最多的北京城，出售空白发票者经常出没于地铁站、汽车站，连街头巷尾的香烟摊点也打出“售烟开发票”、“收购礼品”的广告以招揽公款消费者。在1988年，全国税务局查获少报收入以偷税的发票4亿张，偷税金额达1000亿元^⑦；至于虚报支出的发票有多少，虚报金额有多少，这恐怕只有凭想象去推算了。

公款消费的实际成本必定超过账面成本。公款消费特有的魅力在于消费者能够如数从公立机构得到补偿。公立机构除了“实报实销”，全额承担这种个人消费之外，还需要另外支出庞大的财务费用去使这些消费“合法化”，或者说，掩盖这些消费的真实性质。因此，每一笔公款消费之后都要消耗相应的财务费用。“公款消费”说明：利益冲突常常发展为无端浪费社会财富的行径。

(二) 从“政企不分”、“官倒”、“官商合一”到“君安现象”的演变

1. “政企不分”是国企与生俱有的性质。“主管部门—下属单位”的连带结构是国企的合法性标志：每一国企必有一“主管部门”位居其上，每一“主管部门”又是垂直行政系统中一个承上启下的枢纽。国企通过“主管部门”从计划渠道获得资源分配，又通过“主管部门”向计划渠道输送资源。不同行业、不同层次国企和各自的“主管部门”结合成一体，构成了运作计划经济的庞大机器。尽管中国已经在一定程度上摆脱了计划经济，但是，“主管部门”与国企连体共生的状态并没有实质性改变。

^⑥ 常州市一家国企的法定代表人许某是一个既能让“鸡蛋”变大，又能让“鸡蛋”变小的魔术师：他命令自己的助手专门负责购买烟、酒，多开发票，作为公司“招待费”报销，然后，又将烟、酒低价出售给私商，所得收入放进自己的口袋。在不到一年的时间里，他用这种方法贪污了241万元。参见：堕落的“新星”，人民法院报，1997年4月3日，版4。

^⑦ 发票：还其一个干净的面庞，人民日报，1993年1月9日，版2。

经济改革前后最大变化之一是，“主管部门”从一个没有自身独立利益的政府协调人，变成一个兼有政府机构和营利组织双重身份的机构，这是最具有中国特色的变化之一。这一变化给 80 年代之后的法律、经济和政治体制都留下了难以磨灭的印记。

在计划体制下，原材料、能源是定价、定量分配，产品是定价收购，国企和“主管部门”都无法运用公共权力而化生商业利益，因为，根本没有容纳商业利益的合法渠道。经济改革是一面保留计划体制，一面开放市场新边疆的渐进过程。市场新边疆与原有体制既有距离，又保持千丝万缕的联系，从而形成新旧体制错综交织的局面。一方面，随着商业交易的合法化，政府机构释放了压抑已久的营利冲动，另一方面，政府机构管制经济的公权力转变为它自身的一种营利优势。除了争夺新行业（如：证券、房地产、评估、拍卖、会计、音像制品、广告等）的许可、监管和收费权力之外，政府机构进军市场的主要途径是组建自己的营利性公司。政府机构将管辖范围之内的配额（股票发行配额、外汇配额、土地征用配额、进出口配额、被称为“书号”的书刊发行配额等）、许可权（遍布各行各业的“经营范围”许可）和独占权分配给自己的公司（在 80 年代中、后期，公众称为“官倒公司”），这些公司通过转让配额，接纳他人“挂靠”（特权公司允许他人分享许可利益或者独占权的一种方式）而坐收利益，其吸附的超额利润则源源流入政府机构。当然，“官倒公司”的利润未必都会返回政府机构，在诸多经办人参与的交易过程中，大量财富被层层截留是屡见不鲜的。在 90 年代，“官商合流”的趋势则从追逐短期投机利益转变为追求股权的私有化。本文以下分析的“唐人现象”和“君安现象”似乎表明了这种趋势。

在 1984—1992 年期间，中央政府连续三次大张旗鼓地在全国范围内“清理整顿公司”，试图遏制机关办公司的风气^⑥。1998 年 7 月，中共中央再次决定：军队、武装警察、法院、检察院、公安部、司法部、安全部退出商业领域，限期与下属公司“脱钩”^⑦。为时 15 年的“清理

^⑥ 参见方流芳：《中国公司：公法权力和私法权利抗衡之焦点》，载：《中国法制改革》，香港广角镜出版社（1994），页 216—219。

^⑦ 参见曹海丽：《中国军队退出商海》，《财经》，1999 年 1 月号，页 16—17。

整顿公司”和剿而复起，芟而复兴的官商恰恰说明：走出公共权力和商业利益冲突的困境仍然是路途遥远。

2. 唐人现象。1992年，浙江省缙云县壶镇镇党委的全体委员组建了一个私人公司——唐人公司，该公司股东和董事包括：镇党委书记、镇长、党委委员，其中：持股最多的股东分别是镇党委书记和镇长，董事长是镇党委书记陶建华。唐人公司董事会会议与镇党委、镇政府是三位一体，一套班子、三块牌子。在1993—1994年期间，壶镇先后将16个集体企业出售给私人，收取了大约900万元转让费。为了监管这笔资金，壶镇成立了一个集体资产管理委员会，陶建华为该委员会主任。

唐人公司的账面股本金是50万元，但是，实收股本金要少得多。例如：陶建华认股12万元，实缴2万元，缺额10万元由唐人公司向企业提供贷款，然后，他用应分红利抵销对公司的债务。从1992年到1996年，唐人公司先后从镇政府、集体资产管理委员会、银行获得借款、财产和信用担保高达600多万元。1997年，唐人公司申请破产，上述关联交易遂暴露^⑧。

“唐人现象”是官商合一的极端情形：随着党委、政府领导班子和私人企业董事会融为一体，官员（党委负责人）、公有企业管理者和私人企业董事长三种身份集于一身，利益从公有企业源源流向私人企业，风险则从私人企业转移到公有企业。“唐人现象”与80年代的“官倒公司”有实质性差别。在理论上，“官倒”公司也是一个国企，个人既不能成为公司法律上的所有者，也不能在事实上永久支配公司。“官倒”公司合法的受益人是机构和机构成员全体，个人截留公司资产可能构成贪污、挪用和侵占罪。一个私人企业则意味着“投资者”永久性地成为公司的合法所有者，当公有财富通过无数“载体”进入私人公司之后，这些财产原先的“所有制性质”也就无从辨认了。但是，“唐人公司”并没有取得完整的合法性，因为，政府官员兼任私人公司董事是法律所禁止的^⑨。

3. “君安现象”。君安证券有限责任公司（以下简称：君安证券）

⑧ 中央电视台：焦点访谈节目，1998年6月2日。

⑨ 公司法，条58、123。

是最大的国有证券商之一：在1997年底，君安证券的注册资本为7亿元，资产为175亿元，当年利润7.1亿元。1998年7月，新闻媒介报道：君安证券85%左右的股权实际上已经私有化，公司法定代表人和另外两名高层管理人员涉嫌犯罪而受司法调查^①。

君安证券股权私有化的细节至今不得其详。根据工商登记资料披露的有限信息，君安证券私有化的主要措施是：大幅度增加资本以稀释原有股权，设立难以辨认最终所有者的公司认购新股。君安证券在1992年成立时，其名义注册资本为10800万元，实收资本多少无从考证^②；君安证券成立不久，即有若干股东陆续退股。1997年，君安证券获准将注册资本增加到70000万元。在增资过程中，君安工会控股的两家公司持有了君安证券85%左右的股份，而君安工会控股的公司又为君安证券的经理班子所控制。因此，君安证券实际上成为该公司经理班子控制的私人公司，尽管它在法律上还是一个国有企业。君安证券用以扩充资本的巨额资金从何而来？至今未有披露。可以推知的资金来源是：君安证券通过金融机构之间的拆借、动用客户保证金、利用收支时间差等途径大量占用短期流动资金，将短期流动资金作为股本投入公司，待公司成立即迅速抽回。

君安证券通过虚有其名的工会改组公司，并非想当然地“化腐朽为神奇”，而是在现有法制下构建具有最大合法性的私有化。按照现有法令，一切具有法人资格的工会，都可以作为发起人和出资人组建营利性公司，工会经费、事业发展基金可以作为股本金，工会、工会所在企业和工会设立的公司三者分别为独立法人^③。最高人民法院的司

^① 胡舒立：君安震荡，财经，1998年8月号，页13-20。

^② 中国人民银行1998年的一个文件指出：一些金融机构存在股东出资不实的问题。“股东单位或主管部门为使申请设立的金融机构能得到人民银行的批准，临时拨付资金，一旦得到批准文件后，就抽回资本金。如1994年至1995年4月，某信托投资公司为了筹建其证券公司，两次向其拨付股本金28150万元，其他四家股东也各拨付股本金500万元，共计30150万元。该证券公司在申请注册时，资本金虽然暂时达到了30150万元，但1995年5月3日该国际信托投资公司以‘长期借款’方式抽走29750万元，使该证券公司实收资本仅有400万元。”参见中国人民银行：对金融机构违反会计制度规定等问题定性的说明（1998）。

^③ 关于工会兴办企业若干问题的规定（中华全国总工会、国家工商行政管理局、国家税务总局，1992年7月2日），条（6）、（7）、（9），工商管理杂志，1992年第16期，页6。

法解释强调：工会法人和工会组建的企业法人，彼此为独立主体，各自承担债务^③；在工会“所在企业”与其债权人的民事诉讼中，法院不得就工会经费、工会所属企业的财产而采取诉讼保全措施或强制执行，“工会的经费一经拨交，所有权随之转移。在银行独立开列的‘工会经费集中户’，与企业经营资金无关”^④。因此，企业经理人员通过工会组建一个投资公司，既可以保护该公司不受工会所在企业的债权人追索，又可以切断该公司和工会所在企业的所有者的联系。

五、结论性意见

（一）法定代表人制度是所有权、经营权分离理论和法人理论在法律上的表述。这是按照理论去构建的法律文本，其知识来源是前苏联的意识形态法学和民法法系的法人理论

从苏联移植而来的所有权和经营权分离理论的要点是：国企缺乏效益在于国家所有权和企业经营管理权融合一体，如果从国家所有权中分离出一种作为民事权利存在的国企经营管理权，国企就能够占有、使用和处分财产，从而既保留国家所有权，又增加国企活力^⑤。这是一套以想象作为事实，进而用逻辑推理扩展想象的理论。我想，这是一个远离真实世界而又试图说明真实世界的理论、一个缺乏可信性的

^③ 最高人民法院，关于产业工会、基层工会是否具备社团法人资格和工会经费集中户可否冻结划拨问题的批复（1997）。

^④ 同前注。

^⑤ 前苏联学者维涅吉克托夫1948年发表的《社会主义国家所有制研究》一书首先提出了国家所有权和国企“经营管理权”可以并存和适度分离的理论，前苏联60年代的“民法立法纲要”第21条和前苏俄民法典第94条都被解释为确认国企“经营管理权”为具有占有、使用和处分权能的民事权利的法律条款。80年代，中国法学界关于所有权和经营权分离的讨论实际上是重复前苏联法学界在多年前就已经提出的一个话题，继受前苏联法学界知识资源和研究方法，将意识形态、民法学理论和政策、法令串联在一起，构建“经营管理权”或者“经营权”的正当性，并追寻其抽象本质。中国经济学界谈论的所有权和经营权分离理论则是按照自己的逻辑重新诠释马克思主义，是一种脱离文本原意的创造性诠释，其演绎过程是：“马克思早在《资本论》中就将股份公司视为所有权和经营权分离的典型形态，既然中国当今的既定政策通过所有权和经营权分离改造国有企业，那么，将国有企业组建为股份公司是最好的选择。”参见格里巴诺夫、科尔涅也夫：苏联民法（上册，1979），中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译，法律出版社（1984），页272-278；苏联法学界讨论改革时期的国家（全民）所有权问题，陈汉章译，法学译丛，1988年第5期，页1-10；法学研究编辑部：新中国民法学研究综述，中国社会科学出版社（1990），页339-341；股份制理论和实践，蒋一苇、陈佳贵主编，中国人民大学出版社（1990）。

理论，理由有三：

第一，国企缺乏效益的主要原因是国家干预，一个公有制国家干预经济的能力并不是来自它对企业的私法上的所有权，而是来自公法权力，诸如国有化、征用、计划控制、法律管制、行业准入限制、税收调控等等强度最大的国家干预，与国家私法上的所有权毫无关系。国家干预不可避免地导致企业官僚化，官僚化企业不可能产生竞争力，这是历史无数次证明的事实——一个不可能因为所有权和经营权分离而有所改变的事实。

第二，国企所有权和经营管理权分离是将一个已经存在的事实作为努力争取的目标。国企的所有权和经营权历来是分离的，因为，国家作为一个抽象存在的所有者从来不具备直接经营企业的能力。国企占有、使用和处分财产历来是一种事实上的存在，只是占有、使用和处分之范围受公法目的支配，因此，无论法律是否将国企经营管理权描述为民事权利，都无法改变公法主导国企的基本事实。

第三，所有权和经营权合本身并不是导致效益降低，相反，根据代理成本理论，所有权和企业控制权一体化将大大减少代理成本^⑥。

从民法法系引进的“法人实在说”的要点是：公司是一个法人，法人透过其“代表机关”而表示意思、体现行为能力，董事为“代表机关”，故董事为法人代表。我无意在此进行有关法人本质和行为能力的形而上学的讨论，我只想指出：这样一种理论在现代中国的法人制度中被推到了史无前例的极端，例如：任何企业都必须有惟一的法定代表人，法律强行规定法定代表人的职务身份和权力范围而完全排除当事人的选择，法定代表人超越董事会和其他机构而成为中国企业独

^⑥ Jensen & Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*, 3 *Journal of Finance and Economy* 395 (1976). 一个例外的表述是 Kenneth Arrow 的理论，他从管理效益出发，主张：在大型企业，所有权和经营权分离可以增进决策效益。他认为：决策机制有二，一是“让步”，二是“权威”(authority)。如果团队的全体成员获得信息相同、利益相同，那么，决策过程通常是相互让步的结果，小型企业的决策主要采用让步方式；相反，如果团队成员获得信息的机会不均等，彼此存在利益冲突，那么，决策过程通常依赖权威，大型企业的决策主要采用权威方式，因为，所谓“集体决策”实际上是缺乏可行性的，故所有权和经营权分离在大型企业是必要的。Kenneth J. Arrow, *The Limits of Organization* 68-70 (1974).

特的控制者……。西方社会的法人制度并不是理论的产物，而是历史演进的结果，所有的理论只是重新构建或者解释历史演进。法人作为私法主体的存在至少经历了两个重大转变：第一，从包罗万象的国家权力中分化出属于市民社会的团体人格，如：市政当局、宗教团体、学校、行会等等；第二，商事主体从兼有国家权力和商业能力的特许公司转变为形式上平等的商业公司。如果我们注意到现代公司对西方工业社会的巨大影响，我们或许可以说：团体脱离国家权力而形成私法上的独立人格，其意义大大超过了英人梅因所说的“从身份到契约”的转变。然而，国企恰恰是一个难以脱离国家权力的经济组织。如果国家为全民利益而组建国企，国家通过行政机关直接控制国企、国企作为一个公法人存在，或许能更为有效地实现国家目标。无论国家为何种目的而拥有国企，都不存在国企需要脱离国家权力而保持独立的正当理由，法律作出与之相反的规定，只能造成法律表达和法律实践之间的冲突而增加混乱。80年代之后的法定代表人正是一种充满了内在冲突的制度：一方面，国企负责人仍然是“主管部门”任免，另一方面，法律又赋予国企“法人”资格，赋予国企行使种种在理论上可以对抗“主管部门”的权利；一方面，法律文本塑造了一个在企业内部可以无所不为的法定代表人，另一方面，国企面对诸多政府机构的摊派、收费、过分管制完全无能为力。

按照一种外来理论（甚至是过时的理论）去书写本国法律文本，忽略中国经济转型时期的实践，这可能是中国法制最大的误区。美国的黄宗智先生注意到：清代法律的表达和实践之间存在着显著差异，如果将研究范围局限于清代典章，那么，可能永远无法越过鸿沟而进入更为真实的世界^⑦。黄宗智先生给我带来的启发是：如果将研究范围从传统的中华法系推进到法律移植之后的中国法律，那么，法律表达和实践之间的差异将令人更为震惊。在这里，法律的认知理念和表述符号来自一个陌生的外来世界，法律实践则属于外来法律无从概括和表述的另一个世界。例如：当我们用“所有权和经营权分离”去表述改革国企的实践，用“法定代表人”去表述在经济转型时期的财产

^⑦ 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，中国社会科学出版社（1998）。

再分配过程相当活跃的一个阶层的时候，这种表述是苍白无力的。然而，误述不仅是在思维和真实之间保持已有距离，当人们按照误述去行动的时候，误述的反射作用就是拉大思维和真实之间的距离，误述越是“权威”，其反射作用越是强大。对于淹没在外来理论汪洋大海之中的中国法律界来说，美国的 Holmes 大法官本世纪初在罗奇纳一案^⑧发表的异议实在值得一读，Holmes 批评罗奇纳案的多数意见按照一种没有被美国人民所接受的经济理论去进行裁决。然而，“宪法不是试图去包容某种经济理论，无论是专制主义的，国家和个人有机联系的，还是放任自由的经济理论。”“裁断具体个案不是凭借一般原理，而是凭借比三段论大前提更为精妙的直觉和判断。”

我在 1994 年发表的一篇论文指出：“不是法律能够人为地制造出所有和经营的分离，而是一旦出现这种分离之后，法律如何对待所有者和经营者之间的利益冲突、如何确定经营者对所有者利益的注意程度和诚信义务。”^⑨ Simon 教授在 1996 年发表的论文也表达了类似的想法，他说，中国强调所有权和经营权分离是误解了伯利和米恩斯的著作，因为，在伯利和米恩斯看来，所有权和经营权分离是一个问题，而不是一个解决问题的出路^⑩。但是，Simon 教授将中国强调所有权和经营权分离归结为误解伯利和米恩斯则是另一个误解：中国将所有权和经营权分离作为一种理论和政策判断，其知识来源和思维方法都是来自前苏联和东欧的法学、经济学和法律文本。伯利和米恩斯 30 年代的著作《现代公司和私有财产》至今还没有被翻译为中文，在中国推行所有权和经营权分离理论的人士并没有机会误读伯利和米恩斯。

近年来，国企改革思路从“放权让利”转变到“抓大放小”。就“抓大”而言，当前的措施是遏止、而不是继续扩大法定代表人的权力：（1）国务院、中共中央组成了“大型企业工作委员会”，大型国企

^⑧ Lochner v. New York, 198 U.S.45, 25S.Ct.539, 49L.Ed.937 (1905) .

^⑨ 同前注^⑧，页 220 - 221。

^⑩ William H. Simon, The Legal Structure of the Chinese “Socialist Market” Enterprises, 21 The Journal of Corporation Law 287 (1996) .

的董事长、总经理和总会计师直接由国务院任免^①，人事权的集中程度甚至大大超过了计划经济时代；（2）国务院向大型国企派遣相当于部长和副部长的“稽察特派员”，监督大型国企的经营管理^②；（3）在国企内部强化党委的领导，形成制约机制。

但是，值得思考的问题是：“回复中央集权”（re-centralization）能否从根本上解决国企的低效益和国企管理人员的利益冲突？能否形成国企经理人员努力实现企业最大利益所需要的激励机制？监督效益是否必定超过监督成本？

（二）法定代表人制度反映了立法者代替当事人安排公司控管结构的任意性

众多的立法将法定代表人的法定权力渗透到公司对内和对外全部事务，这似乎说明：立法者认为自己比当事人更聪明、更有资格处理他们之间的事务，法律管制能够比市场本身产生更多的正面效应。公司控管结构本来应当是当事人自行约定的事务：公司权力如何在股东、董事和经理之间进行分配，公司对外事务是实行惟一代表、共同代表或者多人分别代表，没有谁能比当事人自己更为合理地作出安排，因为，只有当事人自己才承担安排不当的风险。

按照现有法律规则，法定代表人是公司控管结构中最为重要的角色。由于法定代表人的许多权限是来自不可改变的法律规定，股东或者董事按照本公司具体情形设置公司控管治理结构的余地大大缩小了，股东会和董事会的实际作用大大小于它们表面上的作用。更为重要的是，公司股东会或者董事会选择法定代表人的时候通常并不知道此人将依照法律取得何种权力，此人的哪些行为将约束公司，公司的哪些活动必须由此人同意或者得到此人授权，因为，有关法定代表人权限的规范分散在众多的法律、行政法规、地方法规、行政规章之中。Simon 教授研究了“全民所有制工业企业法”的有关条款之后，产生了这样的印象：中国法律已经将厂长经理的权力推到了顶点，确立了厂长经理在企业内部的统治地位；就条文本身而言，法律赋予厂长经理

^① 参见国务院：关于组建上海宝钢集团公司有关问题的批复，国务院公报，总号：992（1998），页 1134。

^② 参见国务院：稽察特派员条例，国务院公报，总号 911（1998），页 757。

的权力超过了任何西方国家公司法^③。

就国企而言，“主管部门”任免国企法定代表人是一个与公司登记或者公司控管结构无关的公法行为——官员任命的效力并不取决于营业登记，工商登记机关也没有权力审查其他行政机构对其下属单位的人事任命，法定代表人登记完全是多余的、人为造成不便的制度。

就私人企业而言，投资者按照《公司法》或者《私营企业暂行条例》组建一个企业的时候，他们无从判断：确定法定代表人的权力，究竟优先适用企业章程、还是优先适用法律？在诸多互相矛盾的法律中，如何去选择准用法律？何者发生任免法定代表人的效力，是董事会决议，还是需要法定代表人本人协助才能完成的变更登记？在 80 年代末，德国学者 Frank Munzel 就指出：多标准划分的“中国企业法已混乱到危害法律安全、危害改革顺利前进的程度。中国迫切需要新的、统一的企业法。”^④ 如今，包括法定代表人制度在内的企业立法使这种混乱局面更为严重。除非就法令创制权限的界定和分配作出政策判断，并且允许人民通过诉讼去挑战法令混乱、允许法院审查法令本身的合法性，没有任何途径可以改变这种局面。

（三）无论是私有企业，还是公有企业，经理人员与公司、股东的利益冲突都是无法避免的。只是，与私有企业相比，防范国企经理人员的利益冲突在某些方面显得更为困难

第一，私有企业监督者与最终风险承担者都是所有者，而国企监督者则是一个政府机构或者政府机构派出的官员，监督者和经营者一样不承担最终风险，作为最终风险承担者的全体人民则无从参与监督。私有企业的所有者承担最终风险而有监督动因，国企的监督者不承担最终风险而缺乏监督动因。

第二，私有企业经理人员滥用权力，其受害人是特定的和易于辨

^③ William H. Simon, *The Legal Structure of the Chinese "Socialist Market" Enterprises*, 21 *The Journal of Corporation Law* 273 (1996). "Within the enterprises, the statute defines an extremely powerful managerial role." "Viewed in isolation, these provisions suggest a more powerful managerial role than can be found in any Western corporate statute."

^④ Frank Münzel, 法人之比较研究(中文摘要), 中华人民共和国《民法通则》比较研讨会论文(1988年3月25日于香港中文大学), 页5。

认的，受害人特定性、易于辨认性往往形成阻却违法行为的舆论压力和道德障碍。国企经理人员以权谋私，受害人是非特定的和难以辨认的，受害人的非特定性、难以辨认性不利于形成滥用权力的道德障碍。

第三，国企经营者可以不惜任何代价地贿赂监督者，因为，贿赂成本最终全部转移给所有者。私有企业经营者无法承担贿赂监督者的代价，因为，监督者和所有者是同一个人。

第四，在私有企业和公有企业，经理人员滥用权力的后果并不一样。私有企业经营者滥用权力而导致企业低效益，该企业就会成为兼并、收购对象或者破产倒闭，私有企业经营者将失去饭碗，因此，市场压力对经营者构成一种自我约束。一个低效益的国企往往受到保护，即使企业破产或者解散，经营者仍然可以通过政府渠道而获得新的职位，因此，公有企业的经营者更加无所谓他的行为会给企业造成何种后果。

第五，在“官商合一”的风气下，公有企业经营者往往有更多机会、更多便利追求与公司利益冲突的个人利益，而官商合一的身份又给他们提供了更多的保护。“唐人现象”就是这样一个实例。“贵信现象”是国企经营者追求个人利益的典型状态：风险和成本从转移给国企、最终转移给整个社会，交易当事人浪费的社会财富远远超过了他们从交易中获得的利益，故社会财富总量随着“贵信现象”而减少。“贵信现象”提示：国企“法定代表人”为一点小利，不惜将价值相当于个人获利数百倍、数千倍的财富奉送给他人；他们为了从篮子里拿走一个鸡蛋，而不惜摔破一篮鸡蛋。公有企业比私有企业更容易成为利益冲突的牺牲者；公有资产越集中，被廉价出卖的危险越大。国企法定代表人是“贵信现象”主角之一，但是，“贵信现象”参与者、受益者是一个比国企法定代表人庞大得多的群体。“贵信现象”代表了利益冲突在公有制条件下的普遍性：人们不是忠实于自己所服务的机构，竭尽全力实现机构的最大利益，而是利用作为机构控制者或者代理人的机会实现自身的最大利益，毫不在意机构为之付出多大代价。

在中国经济转型时期，国企法定代表人的利益冲突在一定程度上导致社会财富的再分配。“君安现象”说明，与利益冲突结合在一起的私有化早已成为汹涌的暗流。如果把经济转变时期的国企看成一只硕

大的橘子，中国和苏联的差别在于：前苏联，橘子被掰开并分配给全体社会成员；在中国，公有大橘子外部仍然保持完好，在内部则开始私有化——无数与权力连接在一起的吸管插入公有大橘子，悄悄地吸吮橘汁，而银行和财政则源源补充橘汁。一旦银行和财政停止“输血”，人们在某一天早晨就会发现这只橘子早已是金玉其外，败絮其中。

经历 20 年改革之后，中国也许需要走出所有权和经营权分离之类的虚构话题，走出国企管理权限收收放放的循环圈，回到一个本来在 20 年前就应当回答的、不可回避的问题：国家为什么要拥有企业？国家是不是只有通过拥有企业才能实现这些目标？国家拥有企业是否符合全民的最大利益？

（本文原载于《比较法研究》1999 年第 3 期）

公司法与商事企业的改革与完善

江 平

作者简介

简历

江平，1930年12月出生，浙江省宁波市人。1948年至1949年就读于北京燕京大学新闻系；1951年入莫斯科大学法律系，1956年毕业；现为中国政法大学教授、民商法博士生导师。担任的主要社会职务有：北京政法学院副院长、中国政法大学副校长（1983年—1988年）；中国政法大学校长（1988年—1990年）；中国法学会副会长（1988年—1992年）；中国经济法研究会副会长（1985年至今）。

主要学术成果

《比较法在中国》，法律出版社2004年版。

《罗马法律基础》（修订第三版），中国政法大学出版社2004年版。

《江平讲演文选》，中国法制出版社2003年版。

《中美物权法的现状与发展》，清华大学出版社2003年版。

“罗马法精神与当代中国立法”，《中国法学》1995年第1期。

“法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护”，《中国法学》1998年第3期。

“公司法与商事企业的改革与完善”，《中国律师》1999年第1期~第6期。

“日本民法典100年的启示”，《环球法律评论》2001年第3期。

“中国民法典制订的宏观思考”，《法学》2002年第2期。

目 次

- | | |
|------------------|-------------------|
| 一、产权明晰是企业改革的首要目标 | 九、揭破公司面纱理论 |
| 二、明晰产权，资产各归其位 | 十、应当允许法人独资公司存在 |
| 三、企业划分的标准要适应市场经济 | 十一、现代公司是资本企业 |
| 四、五种企业形式 | 十二、股份有限公司是现代企业的标志 |
| 五、我国的企业法没有国籍限制 | 十三、有限责任公司的内部持股 |
| 六、以所有制划分企业的方式将改变 | 十四、职工持股的几个问题 |
| 七、企业法定主义 | 十五、现代企业应是独立法人 |
| 八、我国不能成立一人公司 | 十六、现代企业应是自治企业 |
| | 十七、现代企业应是民主企业 |

很高兴有这么一个机会给来自全国的律师讲讲商事企业与公司制度。

一、产权明晰是企业改革的首要目标

首先讲讲商事企业制度。我国的改革开放使企业的形态和有关企业的法律逐渐完善，或即将走向完善。在这种情况下，我们应了解我国企业立法存在什么问题，有哪些形式。从我国 40 多年的历史来看，我们习惯以所有制来划分企业，它的注册登记、地位、权利义务、能力、资格，都是首先看它的所有制。按这种划分传统的所有制有四种，全民、集体、私营、个体。现在这四种所有制企业都面临着挑战和全面改造，甚至可以叫全面消灭。就是说不仅国有企业要改制成股份制或股份合作制，集体企业也面临着改制，私营和个体今后还叫不叫私营企业或个体企业，或个体不叫企业还叫户，都是新的问题。有关部门曾下了一个通知，不许叫民营企业，我前两天还在上海市工商局问这有没有依据，《工商时报》争论这个问题，既然民营企业不许叫，那国有企业能不能叫？我说法律上没有任何一个法律定义了民营企业或

民营企业的组织规则，所以从法律上说，没有一类企业叫民营企业，不能注册为民营企业但作为一个探讨当然可以。个体企业的叫法也面临着一些问题。

那么现有的划分企业的方法有哪些弊端呢？

第一，依所有制来划分企业本身就是不平等的，在计划经济下，要完成国家计划，完成国家税收靠国有企业，虽然国有企业的税收和信贷有优惠，然而税负是重的。公司法在起草过程中，在国有企业中要不要分国有股、法人股、个人股、外资股，事实上国有股有国有股的地位，法人股也不同，它的流通也不一样，外资股 A 股、B 股地位也不一样，不一样意味着不平等，而市场经济要求是平等竞争，如在法律中规定了它们的不平等，则必然违反了市场经济的规律。公司法基于这个原则没有把股权、股份分为这四种写进去，既然不能以主体资格所有制来划分企业，也就是不能以主体资格的所有权来划分企业所有权，股权所有人只是主体资格不一样，不应这样来区分它的地位、权利义务、不同的性质。

第二，现在以所有制来划分存在着一个问题就是产权不明，全民的可以说是国有，产权还明晰，但再进一步问还有不明的地方，国有的产权不明表现在两个问题上。其一，国有财产到底是分级所有还是分级管理呢？还是分级享有投资权？我为什么要提出这个问题呢？因为在制定国有资产法和已经开始制定的物权法都讨论到这个问题，就是国家所有权到底是国家所有、分级管理呢？还是分级所有、分级享有投资权？这三个到底是什么东西？在国有资产法讨论时有两种尖锐的意见，有的说我国现在虽然不是联邦制的国家是中央集权的国家，但这样的国家是不是都是统一的国家所有呢？从世界各国来看，包括法国除了有整个中央的国家所有，还是地方所有，如巴黎市政府的所有，但没有把所有权全部集中到中央再分配到下面的。那么我们将来的物权法，国有资产法最重要的一点是资产的所有权到底怎么归属，在这个基础上有人提出我们也要搞分级所有，中央有中央的国有、地方有地方的国有。这些理由主要是有分税制，中央有中央的税收，地方有地方的税收，地方以其财产来投入就形成地方所有。另外一些人说现在不能搞地方所有。理由是我国有大量的国有企业下放了，鞍山

下放到辽宁，首钢下放到北京，如果有地方所有的话，60年代中央投资到东北则财产都是东北的，现在包袱重了，又都是东北的，这样下去会不会把全民财产分割成各个地方所有？也害怕这样一来我国的经济变成了诸侯经济，这个问题仍然没有最后定，但中央的倾向是统一所有，分级管理。其二，谁代表国家来行使国家产权，这到现在争论仍很大。公司法在起草中就涉及到国有股的产权由谁来行使，如果说所有权是政府，是国务院，那么股权呢？投资权呢？投资权与股权与管理权不一样，所以投资所形成的股权，管理所形成的管理权和所有者所形成的所有权是不一样的。公司法只在原则上规定了一个国家授权的投资机构，但到底谁是国家授权的投资机构呢？还是不明确，仍然需要法规或规章来具体明确。

二、明晰产权，资产各归其位

实践当中有这样几种模式，我在参加了国有企业改制、上市审查时看到，一个省整个的报表上写到一个百货公司改组为有限公司，国有股权由当地的商业局来行使，就是由政府来行使国有股的股权，这是第一种模式。第二种模式是由国有资产管理局来行使，叫作国家国有资产管理公司。这个办法好不好，在起草国有资产管理法时讨论的也比较多。成立国有资产经营公司来行使国有股权在某些地方是一个成功的经验。它不是国有资产管理局，也不是由主管的行政部门，而是专门搞一个国有资产经营公司。在讨论的过程中大家提出一个问题，国有资产经营公司是什么公司，它是不是公司法的公司？首先认定他不是公司法的公司，它不再有股东了，它只是代表国家来行使国家股的股权，它没有股东会，它不再有出资的股东，这样的话它又依什么来成立呢？是不是还要有一个国有资产经营公司的法来规定这种公司的地位？这种公司到底是政府部门管理性质的公司？还是以盈利为目的的公司？他自己没有以盈利为目的，只是行使国有股的股权，保证国有资产的不流失，他的本质是管理，那管理能叫公司吗？假如叫国有资产经营公司也好，叫国有资产管理公司也好，它拿收取国有股的股息也好，红利也好，那这些公司与成员是什么关系呢？公司收入多，

职工工资就高，还是脱钩？如果说公司收入高，公司成员收入也高，则说国有资产的收益不是让这些公司成员拿走了吗？但这是全民收益的一种方式呀！如果脱钩，那国有资产经营好坏与我无关，积极性必受影响。第三种模式就是我们所说的控股集团、控股公司、集团公司、投资公司等。我们现在也试图建立一些投资公司，现在商业银行不允许向企业投资，拥有企业的股权。现在很多人都主张建立中国式的投资公司，需要一个持有国有股股权，代表国家来行使的公司。所以投资公司、控股公司、集团公司的模式可能好一些，但仍然存在一些问题，就是现在持有上市公司股权的不是公司法意义上的公司，是企业法上的公司。如山西的汾酒厂上市了，搞个汾酒集团来持它的股，汾酒集团公司恰恰是利益不大的一部分；湖北兴化是津门石化成立的，是最好的一部分，股票价格很高，但持有公司股权的津门公司仍然是国有公司。很多都是这个模式，拿最好的一部分去上市，由国有企业来持股，国有企业仍没改制。十五大的精神提出国有企业要全面改制，可上市公司的持股股东仍是国有企业。最近我第一次看到想把湖北兴化的持股公司也全面改组合并的消息，可以说是子公司吃掉母公司。这样改了以后，国有企业作为上市公司的持股单位就成为股份式的公司。这个方案拿出来后，北大的厉以宁教授，两届人大财经委副主任董辅弼教授都参加作了一个论证，怎么把持有湖北兴化的津门石化变成股份式的公司，当时提出三种方案：一个是增资，配股，子公司将母公司财产吸收过来；第二个是搞购买方案，湖北兴化越来越大，最后买下他的母公司；第三是搞公司合并的方式。我讲这个问题的目的是想说明国有股的股权经过改制，即使改制成股份有限公司，产权仍不太明晰，因为持有股权的仍是国有企业。目前国有企业改制，存在的问题首先是产权明晰。

集体企业的产权比国有企业的产权更不明晰，我看集体企业改制最困难。集体企业改制的产权有这么几种情况，一个是原来产权明晰，但50年代手工业合作者的出资经过改组的，造成集体企业被当作类似国有企业产权受到侵犯，这种情况很多。北京的一个很小的一商局企业，合并时搞成一个大的公司，就将集体企业的股权随便合并过来，到现在这个官司还打着。我说集体企业就是集体企业，不能在改制中

将集体企业的财产合并。那农村乡镇企业的产权到底属于谁的，劳动群众集体所有制到底属于谁的，集体企业的很多财产归政府支配，归乡政府和村民委员会来支配，集体财产变成了政府支配的财产。集体企业谁有权来支配呢？起草物权法最难的一点是，集体所有的土地归农民集体所有，但由谁来行使所有权，实际上是空的，通常是政府部门来行使所有权，这当然存在着问题。以四通公司为例，四通从1988、1989年就提出改制成股份有限公司，但一直在争论这个股权到底属于谁。最早拿出的主方案是想把四通改成职工持股的。但这不是将国有企业改制成股份有限公司，职工出资买一部分，而是将本来就属劳动群众集体所有的归全体劳动者集体所有，应把其财产无偿量化到劳动者个人，那四通量化到哪些个人呢？是只包括上班的个人还是也包括离职的个人呢？创始人有没有，还是上班三天的就有呢？集体企业量化给个人是很重要的，因为是无偿的，所以城市中一些高科技企业名为集体企业，但其产权中存在着问题。

第三以所有制划分是很不科学的，不科学主要是指私营和个体。我们律师每天都要接触到企业的设立和地位问题，以私营和个体来划分后果很严重，它后果的不同在那里呢？现在笼统的将私营企业都称作独立法人是不准确的，企业按现在条例是三种形式，独资、合伙、有限公司，有限公司是法人，个体的现在不许叫企业，因为1986年《民法通则》说个体企业是个体经营户，但1986年的《民法通则》写的是农村承包经营户和个体经营户，这两户显然不一样。农村承包是承包土地而不是将人承包给你，所以农村是增人不增地，减人不减地，是将土地承包给户，那工商经营、个体经营就是一个户吗？他不是以家庭为单位，如果一家人都搞工商经营叫工商经营户，如果不是与家里人搞而是与朋友搞叫什么？他说还是叫个体工商户。叫户看雇工多少，雇工七个以下是个体工商户，雇工八个以上是私营企业。这对登记企业来说，是个最好的规避的方法，户是以个人来纳税，私营企业是以企业来纳税，所以如果个体户税赋低，就可以少雇两人，如果私营企业待遇好可以多雇两人。从政治经济学角度看，私营企业是资本主义生产方式，个体户是劳动者经济，如果再有一次社会主义改造，则前一个是公私合营，后面的叫作合作化道路了，人从成份上看前者

是资本家而后者是劳动者。

三、企业划分的标准要适应市场经济

现在这四种企业划分仍然存在，但已走到了历史的尽头。作为律师要有一定的敏锐性。我们对社会经济的主体要有一个前瞻性了解，新的是按什么来划分，按八届人大的立法规划，要立四个法，企业法、合伙企业法、公司法、股份合作企业法，我们把这四个叫新四法，那么我们要对这新四种企业有个了解，对于老四种企业向新四种企业的过渡要有全面的了解。所谓经营主体的改革就是将老四种企业改制成新四种企业，这新四种企业是以出资形式和出资者的责任来划分的，什么叫出资的形式呢？独资是一个自然人出资；合伙是少数几个人出资，公司是社会化出资，股份合作是劳动者出资，可见这不是以所有制来划分而是以出资的形态和出资者的责任来划分。一个自然人的独资是无限责任，合伙是连带无限责任，公司是有限责任，股份合作也是有限责任，这样新四种企业的划分就走向科学化了，不管主体出资是谁，是国家、是个人、是外资，其出资责任，出资形式都是相应的，这样划分也符合国际的惯例，只不过西方国家没有股份合作只有合作社。

四、五种企业形式

独资企业法和合伙企业法是同时起草，同时召开的会议，包括两次国际会议。但独资企业法还没有通过，理由是独资企业法还需中央来研究。第一个问题是独资企业法出来了以后，私营企业条例就要废除，这意味着我们不再用私营这个名称了，而改用独资、合伙、有限公司了。第二个问题是独资企业法出来后个体经济还有没有，个体经营有的是企业，有的不是企业，作为律师，以后再进行企业登记时要明确哪种是企业要进行企业登记，即：第一要有企业名称，第二要有企业住址，第三要有经营人员，更重要的要有商业账簿，纳税是按商业账簿中记载的经营额来纳税。这样个体的概念就要一分为二，以前

雇七人以下都叫个体，现在要区分了，具备企业形态的不管雇工多少都叫独资企业，这样必然要划分出一种东西，即非个体形态的个体经营者摊点、小商小贩，这些不用营业地点，不用账簿，是按点来纳税，这样将来的私营企业和个体企业就会变成这样两个东西：独资企业和小商小贩。我们要有小商小贩管理条例，这也与世界各国比较一致了。

独资企业法到现在还没有出来，最大难点就在于两个问题：独资企业要不要注册资本，独资企业抽逃资本是不是违法行为，法律是否要规定不许抽逃资本，要有注册资本。那既然独资是承担无限责任，我拿我的家产来抵债，10万也好，5万也好，有什么意义呢？因为都是拿全部家产来抵债，只有股东承担有限责任的才要有注册资本，如股东承担无限责任，则不管注册10万、50万都以全部家产来承担责任。反过来再说第二个问题，如我出资了50万，又抽走了40万那没人管得了，这不算违法，而股份公司抽逃资本是犯罪，严重的还可判五年以下徒刑，独资反正是以全部资产来抵债，那你就管不了他抽逃资本了。比较多的人认为独资企业不需注册资本，抽走了也不算违法。

但第二个问题就更复杂一些，原来草案中写的一个人只能成立一个独资企业，这个规定的很严格。在国际讨论会上，外国学者都觉得不可理解，说为什么要规定一个人只能办一个独资企业呢？起草人解释说，如果在一个地方赔本了，要拿其他地方的资产去抵债，我怎么知道你在别的地方开的企业是不是亏损的呢？又没有一个人设立独资企业公告、登记，我怎么知道你开了多少？这实际涉及两个我国在立法上比较难解决的问题：一个是我国将来独资来办企业的财产登记制度，否则无法知道他有多少财产？你怎么知道他用多少财产来承担无限责任呢？起码要有一个明确的范围，要不要登记他的财产呢？但一注册登记财产就谁也不敢干了。第二个问题大家知道我们现在正在制定破产法，中华人民共和国破产法老早就有好几稿了，我先不讲企业破产问题，现在的稿子中就有自然人破产，自然人能不能破产，这次搞合伙企业法就争论合伙企业有没有破产，合伙企业按道理说没有破产，如果合伙企业的钱不能还债，那还能找合伙人呢。只有到合伙人资不抵债时，才有破产。所以合伙企业法中没有合伙企业破产，最后只有合伙人破产。独资企业的经营人有没有破产，如独资经营，我欠

了10个人的钱，如第一个欠1万，第二个欠2万，第三个欠3万，那我现在财产只剩2万了，如没有一个公平清偿的制度就是谁先来要我先还谁。破产制度从本质上来说是一个公平还债的制度，是当有两个以上债权人，而债务人的财产不足以清偿时，要公平偿还。法人有这个问题，自然人也有，因为他不会只欠一个人的钱。独资经营，如果他的债权人多，没有破产行吗？但许多人反对自然人破产，自然人破产与法人破产有什么区别？法人宣告破产则法人消灭，自然人破产后自然人还活着，他财产还在，谁知道他财产挪哪儿去了？也不能不允许他一辈子不再经营，各国自然人破产都有一个剥夺他经营权的期限，如过了两年、三年要复权，那自然人破产就很容易藏匿资产。所以没有一种严格的财产管理登记制度，弄不好破产就成为自然人逃避债务的方式。我国的独资企业法将来要搞商事企业制度，到底怎么搞，将来是个大问题。

第二个是合伙企业法，虽然世界各国合伙企业数量不多，但仍是一种很重要的企业形态。我们的律师就是合伙，合伙法就把律师都包括进去了，律师可以准用合伙企业法中的一些规定，但他不是以盈利为目的。现在正在起草统一的中华人民共和国股份合作企业法。应该说还有第五种法，这就是合作社法。原来在八届人大的立法规划上大家也提了一个合作社法，世界各国尤其是欧洲大陆有很多合作社，在北欧、丹麦，合作社还很发达。有人说合作社中国是老祖宗，但它的合作社与中国集体的合作社不一样。原来草案中提出想搞一个合作社法，但领导同志提出如果颁布合作社法，农民会不会害怕认为又要搞合作化了。但请大家注意我们正在制定供销合作社法，已经讨论了许多次了。从现在看，合作社只有两种：一个是供销合作社，一个是信用合作社。信用合作社现在看起来问题很大。农村的合作社50万元就可以成立，我遇到的一个湖南信阳合作社注册了50万元，可连10万都没有拿出来，但搞了很多借贷、存款、大额存单已达上亿。这是一定要整顿的。

可以看出将来有五种企业形式，独资、合伙企业、公司、股份合作和供销合作，或再加上信用合作社，实际上就是人合、资合、劳合的问题。人合就是承担无限责任，合伙就是人合，独资就一个人，不

能叫人合，资合是股份公司，资合加人合是有限责任公司，纯粹的劳合是合作社，资合加劳合是股份合作。用这样一个模式来构造现代企业制度，就会走向一个科学化的企业制度。

五、我国的企业法没有国籍限制

第三种企业形态划分是按外商投资的形式，这也是很有特色的。现在看起来外商投资的三资企业也存在一些问题，首先一个问题，合伙企业法颁布以后，有人来问，一个外国人或一个台湾人到大陆来与国内人合办合伙企业，能不能注册登记，是否允许境外的人当合伙人，再进一步问，如三个外国人，或三个台湾人到大陆来办合伙企业，合伙企业法中主体有无国籍限制？我说没有，我国的企业法完全没有国籍的限制，独资企业法出来后，外国人是否可到中国来开办独资企业，我说可以，但他不享有三资企业的待遇，因为他是按合伙企业法设立而不是按三资企业法来设立，这个问题是最典型的，我说有法律依据，可以参照公司法中股份有限公司的发起人的规定，公司法中规定股份有限公司的发起人至少是五人，当然国有企业作为发起人向社会募集的有例外，国有企业改制的有一个就够了，但一般来说要有五个发起人，而且规定在五个发起人中，至少有一半以上在中国境内要有住所，住所是营业地总部的所在地，可见可以有外国人作为股份公司的发起人，五个发起人之间就有合伙关系，最后有些债务，发起人就要承担连带责任，从这点看合伙人也可以是外国人。

第二是我们的中外合资经营企业法规定的合资企业的组织形式是有限责任公司，没有说股份有限公司，但现在外经贸部发布了一个只能算是规章的东西，就是允许设立中外合资的股份有限公司。这个规章出来后有些学者有看法，认为有点越权。因为《中外合资经营企业法》是人大通过的法律，写的是有限责任公司，现在规章写可以设立股份有限公司，中外合资企业的所有优惠待遇他都适用，是否有点超出权限，允许设立中外合资的股份有限公司不是公司法上的公司，但首先是适用三资企业法的，这是新的发展。

第三个应该说从我们的企业法里面还有一个问题没有解决，就是

中外合作企业，1988年通过的《中外合作经营企业法》中是这么规定的，中外合作经营企业可以是法人也可以不是法人。是法人，他是什么法人，适用什么形式，必然是有限责任公司，不是法人的是什么企业形态呢？1988年的《中外合作经营企业法》没写，不写有两个目的，一个纳税不一样，不是法人的以合作一方来纳税，二个是治理形式可能不同一点，是法人的可以有董事会，不是法人的可以有联合管理机构，但忽略了一个问题，就是，不是法人的是什么组织形式，他的出资人承担什么责任，是有限责任还是无限责任？那时从上海到北京来了一个年轻的律师，他找我，我那时刚刚上任全国人大法律委员会副主任，他说刚通过的《中外合作经营企业法》只写了可以设立不是法人的中外合作企业，没有写不是法人的中外合作企业是什么形式，出资人承担什么责任，日本人理解不是法人就是合伙，合伙出资人就承担无限责任，他问我们是不是合伙，我国那时合伙企业法还没出台。这个问题当时没有讨论到，我必须谨慎的回答，我就反问他，如果你是日本的投资者到中国来投资，是希望承担无限责任还是有限责任呢？他说如果我作为日本的投资者当然希望承担有限责任了。实际上我含糊的回答了他的问题。他说我不是作为投资一方的律师来回答这个问题，我是作为与中外合作经营企业交易的一方来问你的，如果中外双方只承担有限责任，那和你做生意时就要小心了，不敢与你打大交道，如果你是合伙性质，双方承担无限连带责任，我就可以放心大胆的与你订几千万、几亿的合同，你有了更高的信用。我们现在这个问题始终在回避着。中外合作企业不是法人的，到底股东承担什么责任，是连带无限责任还是有限责任，不是法人怎样承担有限责任都没有很好解决，所以从这几点来看，合作经营企业也在我们总的合作的框架中，这是第三种的分划，这从长远看也是过渡的。有人提出建议把三资企业法都并入公司法，对投资者的优惠待遇可以专门搞一个，至于组织形式都是公司、合伙企业。

六、以所有制划分企业的方式将改变

第四种我要先说明一下，还有另外一个企业法叫乡镇企业法，从

标准来看是从地域来划分，凡在乡镇的都叫乡镇企业，不管你是集体的还是独资的都叫乡镇企业，这个法在人大讨论时引起很大争论，有人说制定这个法有什么用处？它又不是一种独立的企业形态，将来是不是还要有与之相对应的城镇企业法？最后这个法修定了以后，变成了一个近乎于企业振兴法似的东西。日本有一种法不是企业法而是企业振兴法，就是国家用政策去支持这类企业，叫中小企业振兴法。我请大家注意，乡镇企业不是一种企业形态，而是只要它具有劳动力是农村吸收的，产品是为农业服务的等几个条件，国家就按乡镇企业法给予优惠政策，所以他构不成一个独立的企业形态。将来我国也会有某些行业的振兴法，如日本有电子行业的振兴法来振兴电子行业。之所以分析我国现有的企业形态，就在于今后企业划分将从以所有制来划分四种企业甚至包括外商投资的这三种企业要逐渐的统一合并为以出资者的责任，出资的形态来划分。目前，多种企业并存出现了许多混乱的问题，现代企业制度混乱就在于多种形式并存。我想举两个例子来说明，第一个是公司名称，到底公司名称怎么使用，现在叫公司的可以适用哪几种不同的法律，我看起码有五种甚至有六种、七种，第一种是适用公司法的公司必须冠以有限责任或股份有限字样，但是我想请大家注意，有的名称上不加以股份有限或有限责任的也适用公司法，银行就是这个东西。撇开中国工商银行是国有独资银行不说，交通银行是股份制的，但名称上不加股份有限几个字，它也适用公司法。西方国家银行都是公司制的，从这个意义上讲虽然它不叫交通银行股份有限公司，它也是适用公司法的公司。第二类是适用全民所有制企业法的公司，在公司法起草时就有人主张专门设一章节，国有公司就是百分之百属于国家的，适用全民所有制企业法的公司，如首都钢铁公司，机械进出口公司，公司法现在没有将其包括进去，但它仍用公司的名称；第三类就是外商投资的公司，首先适用三资企业法，三资企业法未规定的才适用公司法；第四类适用什么法需要探讨。我们先看合伙企业法，合伙企业法草案中有这么一句话：“依照本法设立的企业不得使用公司二字”，这么写的意图是不叫把这种股东承担无限责任的叫公司，因为我国的公司法没有无限公司，如果合伙也叫公司就容易出现混乱，后来在讨论中大家认为这个问题很难。

七、企业法定主义

企业是法定主义还是非法定主义，我认为应把物权和企业设立的法定主义区分开，法定主义的概念是只有法律规定的才能设立，非法定主义是只有法律禁止的不能设立，没有明文规定不可设立的就是可以设立，那么企业在这个问题上就相当重要了。

我举四个例子与大家来探讨，第一是无限责任公司，这是从1983年起草公司法就争论的，要不要规定无限责任公司，赞成不要无限责任的，现在都搞有限责任，谁还搞无限责任公司呢？世界潮流是向有限责任发展，反对的观点说世界各国都有无限公司，无限公司的信用是很高的。当时制定公司法的时候没写，当时在起草报告中是这么说的，我国在搞公司法时对要不要办无限公司有不同意见，公司法中没有并不意味着在实践中不能成立无限公司。这就不是法定主义了，也许以后无限公司多了，我们会搞个无限公司法，但国家工商部门会说，没有一个依据我拿什么给你登记？所以我国以后要不要搞无限公司，合伙企业法要不要在其形式上加以变动？合伙人搞了一个股东会，再搞一个董事会可不可以？公司冠以无限责任公司名称可不可以？现在有不同的观点，有的说合伙企业可以冠以公司名称，不就等于无限公司，那为什么不可以成立无限公司？德国没有规定可以成立无限公司，但无限公司可以准照合伙的规定？在我国这样可不可以？

第二个问题是合伙企业法在起草过程中争论的最大的问题是法人能不能成为合伙人，实际就是公司法上的有限公司，能不能成为无限公司，股东承担有限责任的公司股东能不能成为无限公司的股东？能不能成为一个合伙企业的合伙人，能不能成为连带责任的股东或合伙人？开始草案中明确写着禁止，当时起草时是把这个当作国际惯例，可是合伙企业法和独资企业法开了两次国际讨论会，没请日本和台湾，在座的德国和英美法的学者都说法人可以成为合伙人，有限公司可以成为无限公司的股东，如国际银团借贷就是法人的合伙的例子。起草人开始认为禁止的作法是国际通例，一查主要是日本和台湾有这个规定，主要是台湾。出台的合伙企业法把法人作为合伙人给划掉了，也

没说可以，也没说不可以。合伙人的资格上写了一句话，合伙人必须具有权利能力和行为能力。法人也有权利能力和行为能力，依这条来猜，原草案写的法人可以作合伙人的规定给删了。立法者回答法人能不能成为合伙人，依《民法通则》去看，合伙人只能是自然人，法人与法人之间有合伙性的联营，法人仍要承担无限连带责任，《民法通则》没写法人与自然人能不能搞联营或合伙。所以现在问题就复杂了，按《民法通则》，法人和法人之间可以搞联营或合伙，自然人没规定，合伙企业法中就没提法人，没提他能不能成为合伙人。在讨论的过程中，政府部门不希望写上法人可以成为合伙人，法制局负责合伙企业起草的人说：要写上法人能成为合伙人我们要请求总理和副总理，那个法就不知道结果怎么样了。当时担心国有企业和独资的来搞合伙，如果我有50万元，我用它和首钢搞合伙，首钢也出50万，赚钱后一人一半，负债后负连带无限责任，我财产总共才有50万，可首钢有50个亿，当然债权人会找国有企业去要债，容易造成赚钱法人和自然人一人一半，赔钱后则由国有企业来负担。所以把它删掉了。现在法人与法人仍可以按《民法通则》规定不管叫联营也好，叫合伙也好，自然人与自然人也可以，法人与自然人的没有规定，法律没写，等于还是不可以。

第三个是有限合伙的问题，原合伙企业法中的专门一章写有限合伙问题，这有限合伙是学的美的方式，也就是一部分合伙人承担无限责任，另一部分承担有限责任，大陆法叫隐名合伙，我听说有些律师事务所也想搞隐名合伙，能不能搞我没有研究。大陆法原来的两合公司就是这种形式。合伙企业法出台时，将这个也删除了，有人说美国不是也有有限合伙企业吗？将来我国合伙企业多了，就可以成立有限合伙法。我说没这个法，它能成立吗？他说等多了不就可以作这个法，立法者说没写不可成立就可以成立，工商说没有依据我不能给你成立。我们陷入鸡生蛋、蛋生鸡的怪圈。到底我们能不能成立有限合伙，依据什么来成立呢？

八、我国不能成立一人公司

现在困扰着公司法的是独资企业问题。因为公司法出台时就讨论

写不写一人公司，世界各国潮流都是一人公司。欧共体基本上都允许一人公司，美国也允许一人公司，日本近几年修改了公司法允许成立一人公司。香港现在还不行，但实践中也存在一人公司，我国在起草公司法时也反复讨论这个问题，考虑有三种独资，一人公司，一个法人、一个国家民事主体等三个，即自然人、法人和国家。一个自然人办公司，承担有限责任，在我国没有健全的财产登记制度，一人成立公司承担有限责任，在我国是不可以的。办国有独资公司实际上很多人反对，但考虑我国的实际情况，有些垄断的行业如搞两个以上股东，像银行、电力怎么办？立法意图是只对国家占垄断行业的才搞国有独资公司，不是普遍地来设立国有独资公司，国家要承担有限责任。但在实践中有越来越多的国有企业超过了这个范围，竞争性的国有企业也搞国有独资公司，要是这样国有企业改制太容易了，今天是百分之百的国有企业，明天是百分之百的国有独资公司，所以国有独资公司在实践中造成了很大的混乱，难点就在于法人的国有独资公司，原来的公司法草案中有个第三章第四节法人独资公司，想承认法人独资公司承担有限责任，这一部分最后还是删掉了。理由是法人独资公司在现今中国的市场经济情况下很可能变成皮包公司。既然法人注册一个百分之百由我法人投资的公司，今天注册了500万，明天全拿走谁也不知道，所以抽逃资金就很容易，尤其像海南注册了很多内地来的资金，大多数由内地去注册的独资有限责任公司实际上都是小金库，海南的房地产兴旺了，就来了几千万资金，明天海南房地产落了，这500万就抽回去了，或者母公司需要，我也可以拿走，所以法律上规定不搞法人独资公司。公司有两个以上股东有利于监督，拿中外合资企业来说，中方出资100万，日方出资100万，如中方出资了，日方没出资那中方不干，当然还有社会化集资的作用。可是在经营中有些觉得两个不合适，就又变成一个了。这个问题从开始就陷入了困境。事实上现在已有大量的法人独资公司存在，怎么办？公司法生效时是不是让这些公司都改组，过去的既往不咎，以后的不许成立，如这样仍有法人独资公司。《公司法》1993年12月通过，1994年7月1日生效，在这半年就大量成立了法人独资公司，因为7月1日以后不许再注册登记法人独资公司了。

既然不许法人成立独资公司，两个股东的公司很可能规避，方法是再找一个股东，我出 99%，他出 1%，法律没禁止这个，有的规避是违法的，有的规避是合法的。他不参加管理，也不参加经营，最后分他 1% 的利润就等于借给他几个钱，这样可不可以。那次在深圳开会时，国家工商局的曹副局长也谈到这个问题说：我们已经注意到了规避两个股东出资的现象，所以国家工商局准备规定一个办法，两个股东出资时，一方股东的出资不得少于注册资本的 20%，我说如果你有这个规定，那我就三个股东出资，我出 98%，另两个都是 1%，因为你规定了两个却没有规定三个，如果你规定三个，那我就四个人出资。上海工商局作了一个规定，说两个以上的股东，一方出资不得多于 90%，那如我出 90%，另外 10 个都 1%，则公司还是在我控制下。这给我们律师提出一个问题，以后不许法人独资，公司注册怎么办？各地方做法又不一样，那将来我们怎么规定合适呢？

实践中虽然从国家工商管理总局的作用仍是死守公司法的这条规定，法人独资公司不允许设立，但据我所知，下面作法已经不一样了。其理论根据一种是公司法中的子公司，可以将其理解为控股性的子公司，也可理解为全资性的子公司。有的地方采用企业设立的非法定主义理论，既然公司法没禁止设立法人独资的子公司，就意味着允许设立，有的地方已开始设立了。从这个角度上讲，我国在设立法人独资的子公司问题上造成了混乱，这是困扰我国实际工作中的很大问题。

九、揭破公司面纱理论

这个问题又涉及另外一个问题，就是已经设立的或公司法生效后又设立的全资性子公司遇到法律纠纷时的责任怎么办？是有限责任、无限责任还是连带责任？法院判决有时是子公司自己来承担责任，有时是设立子公司的母公司来承担责任，这在法律上到底有什么依据没有？这在国外也很重要，有一个揭破公司面纱理论，我国现在有没有这方面的根据，最高法院能不能这样解释呢？这个问题在公司法生效之前或说公司法通过之前，最高人民法院就有过这么一个案例征求专家的意见，我讲的是典型化了的，但仍有很现实的思考意义。甲企业

有 100 万元财产，他拿出 50 万成立了 B 企业，B 企业注册资本 50 万，按公司法，转投资额不超过净资产的 50% 就可以，假设甲公司和 B 公司，即母公司和全资性子公司的财产都是 100 万，现在有两个问题，第一个问题是子公司欠的债是 200 万，母公司要不要拿他的 100 万来抵债，第二个问题是母公司欠了 200 万，要不要拿他的全资性子公司的财产来抵债。

这个案例可以简化为母公司与全资性子公司之间的关系。一个母公司要不要对他的全资性子公司的债务承担责任，全资性子公司的财产要不要对母公司的财产承担责任。

我们先来分析第一个就是揭破公司面纱的问题，按最高人民法院 1994 年的解释，一个公司设立另一个公司承担责任的规定，拿 A 公司与 B 公司来说，A 公司的 50 万确实出资了，那他只承担 50 万的责任，再欠 100 万他就不承担责任了。按最高法院的解释如果 50 万没出足，如果他出资达到了工商部门规定的最低标准，即生产和批发性 50 万，零售性 30 万，咨询服务性 10 万；比如他办了一个批发性的公司，他出了 30 万，另 20 万没到位，那他只需补足 20 万就不再承担责任了。那什么情况下母公司要对子公司的债务承担连带无限责任呢？有三种情况，第一是母公司根本没出资，子公司的财产不足以抵债时，则由母公司来承担，第二它出了一部分资，但低于规定的标准，也视同为它没有出资，它要对子公司的全部债务承担责任，这两条是硬性的东西，虽然它也有不科学的地方，它不科学在达到最低标准的要补差额，未达最低标准的要负无限责任，这不是增大鼓励作弊吗？我开办一个生产性的公司我知道最低标准是 50 万，我将它注册为 1000 万，但我只出 60 万，出现问题我再把不足的部分补足就可，但如果我出的是 40 万就惨了，就要承担无限责任。这 20 万的出资就有这么大的差别？当然最高法院可能会出别的解释又将这个作废。最难的是最高法院解释中的第三个，是说如果被设立的企业事实上不具备法人资格，这时设立的企业要对其债务承担连带责任，这个问题解释起来有意思。

前两年我碰到这么一个案子，我国的五矿公司的一个很小的全资性的子公司与美国订了一个合同，最后由于我方违约，美方在美国法院提起诉讼，他想如果告与他订合同的公司那么此公司的财产很有限，

如果这家公司一破产，则美方拿不到钱，所以美方将母公司即五矿公司也列为被告。这时五矿公司就提出意见，子公司是独立的法人，你与它签订的合同，你为什么告我，所以美国法院先让美方拿出一个意见，中国法律到底怎么规定，美方找到一个著名的中国专家，请他出具一个法律意见，他看了中国的很多材料，说中国最高法院司法解释有揭破公司面纱的理论，如果子公司确实不是独立的法人，母公司就要承担连带责任。后来他也让我提意见，说五矿公司下的这个小公司没有自己的住址，它的住址与总公司是一样的，它们的电话号码是一个，负责人是一个，凭这三个就证明它不是独立的法人，所以要告五金矿产总公司。

我国的五矿找了一个美国的律师事务所，因为出庭要找美国的律师，这个美国律师事务所找了我给他写一个关于中国的法律意见，我也引用了最高人民法院的司法解释。我在意见中写到，在中国两个公司有同样的地址是经常的事，在一个大楼里往往有很多牌挂在那；第二，中国的电话号码同样的太多了，因为中国都是总机号相同，但分机号不同，不能说总机号相同就是同一号码；第三中国现今还没有法律规定母公司的负责人不得兼任子公司的负责人，我国往往母公司的总经理当子公司的董事长，或兼他的总经理，公司法只规定不能在竞争性行业中同时担任两个公司的总经理，没有说母公司与子公司不同业务的不能担任，所以最重要的是解决好母公司与子公司的独立人格的问题。

我国公司改组中最大的危险是在集团化的过程中母公司对子公司实行行政控制，因为行政控制就可认为你不具有独立法人资格，产供销都由集团公司管理起来。有一家很有名的进出口公司提出一个方案，想把某个省的同样名称的公司作为它的子公司，在改组方案中说，它想作为我的子公司的目的，是想利用我外贸方面的政策得到好处，而我则想利用这个控股，但我怎么能控它呢？这位老总想出一个办法来，他说我想它的总会计师由我来派驻，这样它的财务情况我全能掌握了，我就能把它控制住了。我说它的会计由你来派驻，这在国外一旦发生纠纷，这就是子公司失去了独立法人资格的最好证据之一。我国企业改制改成企业集团仍是上面派干部的办法这就是子公司不具独立法人

资格，而是母公司的分支机构的证据。母公司与子公司不应是行政命令的办法，而是我的股份占多少，由子公司的董事会来任命它的人员。法人独资公司确实存在，他是否独立承担民事责任仍然要看母公司与全资子公司是什么关系。现在我只对上面问题回答了一半，即母公司是否要对子公司的债务承担责任。

十、应当允许法人独资公司存在

那次最高人民法院讨论的是倒过来的案例，是母公司欠了200万，它财产只有100万，但它在子公司投入了50万的财产，现在子公司的财产也有100万了，要不要把子公司的财产拿出来抵母公司的债务，这个问题因为最高法院有不同的意见，所以要听取专家的意见，这个问题因为是在公司法还没有出现的情况下发生的争议。一种意见是子公司不对母公司的债务承担责任，理由是既然都是独立的法人，既然母公司不对子公司的财产承担责任，那子公司也不对母公司的债务承担责任，任何一个法人都不为其他法人财产承担责任，这是法人说。

第二种是财产说，因为子公司的财产都是母公司投入的财产，投入了50万，后来形成了100万，如果以后变成了1000万也都是母公司的财产，所有投资形成的财产都是股东的，谁投资归谁所有，谁投资形成的财产是谁的。这是从法律上说的两种观点，现在公司法通过了，这个问题就明确了，第一要肯定子公司的财产归子公司所有，母公司投资形成的财产仍归子公司所有，因为公司法第4条，对股东投资形成的财产公司享有全部法人财产权，实际上就是所有权，子公司的财产只能用来还子公司的债务，不能用来还母公司的债务，他们只是股权关系而不是所有权关系。但是母公司向子公司出资的这部分应是母公司的，它必须拿这部分来抵债。它可以表现为股票的形式或出资证明书的形式，不论什么形式，它都是母公司财产的一部分，财产中有有形财产，有无形财产，不能清偿债务时这部分不算。所以母公司投入的50万要拿来抵债，而不是将子公司的财产拿来抵债。那用股权来抵债意味着什么呢？就是子公司的法人人格不能消灭。子公司的名称仍然存在，但股东要换了，股权要卖了，有限公司就要将股权转让给

别人了，那到底这个股权转让要多少钱呢？要根据市场价格，这种转让是在什么场合，要依法律规定，独资的有限责任公司就不需别人同意了，如果公司经营得相当不错，出卖时原 50 万股权现在变成 100 万，而且还看好，要按股权价值来抵债，如果企业经营得不好，股权价格可能低于投入的价值。所以拿财产来抵债和拿股权来抵债不是一回事，一个法人资格未消灭，但在工商注册时要变换股东了。从这个意义上看，法人独资公司不仅存在公司法出台后能不能成立的问题，又有一个原先成立的和公司法生效这段时间成立的甚至公司法生效后成立的母公司和独资的子公司的关系。这个问题解决不好会影响我国公司法的发展。

学者主张将来公司法的修改要顺应世界的潮流，应允许法人的独资公司的存在，然后在它的成立条件和监管方面加以控制，认为现在不许法人独资公司成立并不是最好的办法，当时这么做是因为市场秩序的混乱。这一部分也与市场环境的完美有密切的联系，如果市场环境好了，允许法人独资公司，法人独资的有限责任公司就会有基础。

十一、现代公司是资本企业

现代公司的基本特征是什么？有的认为国有企业也可以叫现代企业，有的说合伙也可以叫现代企业，我个人的观点始终坚持现代企业的最基本特征是它作为资本企业出现。这次九届人大时我看到有个代表发言说为什么现在不明确的叫资本，而叫资本金，国有企业开始叫资金，现在叫资本金，资本金和资本有什么区别？这个问题很尖锐，实质上资本金就是公司法中的资本。开始制定公司法时，争论最大的问题就是能不能用“资本”二字，当时有人极力反对叫资本。现在看来，公司作为一个企业，它的本质特征是以盈利为目的，是以追求最大利益为目的。作为国有资本来说，它也要追求最大利润，和私营资本本身一样，国有资产法是讨论过国有资产怎样分类进行管理，这个法还没出来。最后决定国有资产是按三类来管理，第一类的国有资产是经营性的，经营性的国有资产就是资本管理，追求最大利润；第二类是国家机关和事业单位按预算形成的资产，这不能按资本来管理，

更不能追求最大利润，这部分资产要按其目标进行管理，如中国政法大学的教育经费只能用在教育上；第三类是资源性的国有资产，像矿藏资源、土地资源、森林资源等，也不能按资本来管理，不能按让它产生最大利润的目标去开发，资源必须合理使用，以让子孙后代还有一些能用。按这几个原则，国有企业改制为以资本为红线的企业，要树立资本的观念。

公司制度体现了资本企业的三个重要原则：

第一个是资本信用原则，有限责任公司都是资本作为信用，不是人作为信用，我们强调资本的信用就是淡化人的信用和所有制的信用。过去银行只借给国有企业钱而不借给其他企业钱是所有制信用。我认为资本企业的资本信用体现在两个方面，一个是实有资本的信用，另一个是注册资本的信用。但注册资本标志着什么东西呢？我认为注册资本在市场经济中标志着三个信用，第一它是股东承担责任的界限；第二它是公司成立时原始的自有资本的标志；第三个是公司盈利还是亏损的法律标准。一个公司以它的全部资产作为对外信用，当它资不抵债时就破产，所以一个公司的资本信用是与它的破产制度紧密联系在一起。

第二是资本真实原则，这是公司法贯彻中最复杂的一个问题。前些天中央电视台焦点访谈登了一个消息我吃了一惊，它讲上海登记公司时，花 5000 块就可以将所有手续都办完，也不问你注册资本交了没有。后来我问上海工商局的人，他说注册的不是公司法意义上的公司，5000 元办的是个体或独资的执照，这就是另外一个问题，因为个体或独资是承担无限责任的。在全国各地，皮包公司或类似的皮包公司很严重，我认为这个问题和国务院的某些政策是分不开的。因为那时国有企业有一个改革措施叫“拨改贷”，“拨”是建一个国有企业本来应该国家拨款，当然预算拨款不等于投资，改成“贷”了就是建一个厂子，国家本来要拨给 5000 万自有资金或流动资金，一变成贷款就要还了，那贷款生下来的东西归谁呢？这是个很复杂的问题。我认为“拨改贷”后，国家虽不拿一分钱，但国家要批准你立项，要不立项，就贷不到款，而且这个贷款不是工商银行的流动贷款，它是建设银行的基本建设贷款，长期的低息贷款，所以原来“拨改贷”的企业在资产

评估时全是国家的。现在我们搞企业的公司制改组，实际上是确定了“贷改投”的原则，大家可以看到在企业的改组、兼并过程中，国家拿出一定的额度把呆账、坏账消掉，但是在企业改制的过程中形成的坏账不好还，在清理债权债务，欠银行的钱不还怎么能改成股份公司呢？不能把这留给新的股东，在改制的过程中，如果确实还不起，经国家批准，可以作为呆账、坏账来处理，但一定要拿到额度，赖掉不行，朱总理特别强调欠银行钱不能赖，但可以按一定的额度免掉。但有了额度以后，大家眼睛就盯着这个额度，没欠钱的也想拿额度，这是行政给的指标。另外原来的“拨改贷”造成了很大的问题，现在的国有企业自有资金不足，国家也没有投入，这违背公司法的原则，所以要改成“贷改投”。在一次会上李鹏明确宣布，国有企业破产后，原欠国家的“拨改贷”的就不还了，这是很明智的说法，因为还“拨改贷”的部分是很不合理的。本来国家该投入5000万元，改成了贷款，破产后还要还是很不合理的，按公司法的原则，公司一旦破产，股东投入的钱是不还的，债权人能拿到点钱。“拨改贷”的不用还了，但欠商业银行的还要还。“拨改贷”要逐步改成“贷改投”，这说明我国企业的资本原则到位了，拨款不是资本，贷款也不是资本，“贷改投”就成为了资本，从这里看出国企改革三部曲，因为我国已意识到资本企业的重要性，我们认识到现在企业的重要性是投资，“贷改投”后关系就明确了，国家投入了5000万，赚了钱，国家就可以以国有资产股东的身份来享有收益权，要亏损了，国家也不能分到利益，一旦破产，国有资产也要受损失。国家投入的资本也和其他资本一样。这是从“拨改贷”的角度谈资本真实原则的重要性。

十二、股份有限公司是现代企业的标志

资本的第三个原则是资本的社会化原则，现代的公司和以前的公司不同点就在于资本的社会化。我现在讲的资本企业是作为公司出现的，现代企业的标志是股份有限公司。股份有限公司出现的年代一般是1600年，1600年的英国东印度公司，1602年的荷兰东印度公司，为什么这些与殖民地做生意的先成为股份有限公司呢？主要是与殖民地

做生意，利益大，风险也大，于是就产生了和1600年以前的公司截然不同的公司形式，即股份公司。与以前相比，他们在性质上不同。第一个不同，是在1600年以前，不论无限公司、两合公司至少有一个股东要承担责任，而1600年以后股份有限公司的股东都承担有限责任，这是划时代的。第二，他要到殖民地作贸易的话，需要大量的资本，靠一个人，几个人不行，要社会化出资，股份向社会来募集，从这个意义上说，现代企业的革命，就在于资本的社会化，这是现代企业的重要特征。我国在很长时间里没有将其看成社会主义的形态，经过这十几年的发展，懂得了这么一个道理，就是如果我向社会募集，让社会公众出资，国家不需出一分钱，只要给了一个股票发行额度，企业就可以筹集到很多钱。人们买股票，每买一次，国家都收税，股票买卖越多，国家收税越多，对社会主义大有好处。现在国家认识到了国有企业的改制要走社会化的道路，社会化到底是什么性质，社会化有大社会化和小社会化，我把大社会化叫全社会的公众持股，小社会化就是这个公司、企业的职工持股。过去对小社会化也持有戒心，对职工持股限制多于鼓励。职工持股要分成两种职工持股，一种是公司法范围内的职工持股，它的特点是职工持股不能占大多数，第二是走股份合作制的职工持股，就是职工持股至少占50%以上。这样我国现在有两种意义上的股份制改组，一种是公司制上的改组，一种是股份合作制的改组。当时为什么要提股份制改组而不提公司制改组呢？是因为那时还没有公司法，怎么能叫公司制改组。公司法出来后，大家提议不再叫股份制改组而叫公司制改组，是因为股份制改组的股份二字不太清晰，原来公司包括股份有限公司和有限责任公司，有限责任公司不再叫股份而叫出资额了。如果那个时候再叫股份制改组则很多人会误认为股份有限公司，而没人愿改组成有限责任公司了。所以股份制改组和公司制改组本来意义差不多，但在不同的时期有不同的含义，但今天又提股份制改组了，因为多了个股份合作制，股份合作制不是公司法上的公司，这个提法不是那么绝对，股份制改组、公司制改组又到股份制改组有一个历程。

我们现在来分析公司法上的职工持股，第一类是上市公司，上市公司的政策比较明确，第一是上市发行的10%由职工来持有，因此职

工持股的比例不大。第二按规定上市公司的职工股应是个人股，应归个人。但实践中作法不一样，有的地方发行上市的不是给职工，还是由集体来管理，我认为上市的那部分，既然上市了，职工也可卖。第三个是上市公司的职工股是带有福利性质的，因为职工买到原始股就便宜，上市之后就涨，所以很可能一上市就卖掉了。这里没有太多的新的法律问题的难点。第二类是不上市的股份公司，是过去叫定向募集的那部分，不上市的股份按原有的规定，职工股的比例可以占到25%，这个股票将来可以上市，可以有25%给职工，这说明不上市的公司职工持股的比例大了，至少目前不带有福利性，带有集资性。三年之内不能转让，职工之间也不能转让，所以带有明显的集资性。这不上市的股份公司是个人持有还是集体持有，从理论上说，不上市公司完全可以职工个人持有，因为股份公司的股东无上限。实践中有两种作法，一个是由每一个职工持股，也有的把职工持股变成一个职工股。我举一个例子，这是我亲自调查的。青岛制药厂是个全国很有名的企业，它是不上市的股份公司，很有意思，它的股份是两股，国有股一个股，职工股一个股。它原来的厂长现在就是董事长，我问他你们的国有股股权怎么行使，他说他们国有股的股权大约占75%，国有资产管理部门确定由我和另一个人各行使国有股权一半的权利，职工股授权给职工代表，另外他还是董事长，还是总经理兼党委书记，我想这样股东大会就不要开了，你说是就是，你说不是就不是。由此可以说明，有的职工股是采取这种形式，即选出代表来行使。这种作法的优点是职工持股的比例增大了，但仍有限制，不得超过25%。另外它限于在职工之间转让，没有上市额度之前，职工股怎么转让呢？另外它可以集体行使也可能个人行使。

十三、有限责任公司的内部持股

公司法中的第三种形式，是有限责任公司。有限责任公司中怎么搞内部职工持股是比较复杂的。有限责任公司的第一个障碍是有限责任公司的股东是2到50人，除非工人人数很少，否则很少有职工不超过50人，所以职工人数多一点的都受到2到50人的限制，我们知道

有限责任公司成立比较方便，而股份公司成立需部委或省政府审批。这样人们就要想出一个突破办法，第一个办法是用车间或班组作为一个股东，这证明是失败的，因为它既非自然人又非法人，如果工人离开这个车间或班组怎么办？所以这个方法是不可取的。另外的方法是组成一个职工持股会，来行使职工股，5000个、9900个职工都可以作为职工持股会的成员，但对外是一个股，这样哪怕只有一个国有股，一个职工股，也可以成立股份有限公司。现在看起来，这是有限责任公司的很好的模式，就是职工作为一个股，由一个机构来行使，不上市的股份公司也可以这样。我们的职工持股到底采用什么模式，美国的经验也可以采用。70年代末80年代初制定公司法时我们吸取了这样的经验，美国的第七大钢铁公司，叫做威尔顿钢铁公司，拥有的职工将近8000人，这个公司由于经营不好，快要破产了，一旦破产，8000个职工要失掉工作，会给美国社会造成很大的压力，它的债权人或拿一部分或拿不到钱。所以这家职工提出了一个很新的思想，这是一个上市公司，上市公司经营不好，股票价格就会下跌，已跌破了面值，如果有人要收购，这是最好的时机，这家职工提出，不要别人来收购，要职工自己来收购。这个计划被美国政府接受了，形成ESOP即职工持股计划，由美国政府给予低息贷款，给一些减免税的优惠，职工在两三年的期限内逐渐将上市股票买回来，就把本来上市的变成了不上市的，这怎么操作呢？它是采取了信托的办法，搞了一个股票的托管机构来保管所有上市的股票，每个工人离开工厂的时候必需将股票卖给这个托管机构，有人进厂的时候也要先买一部分股票，实际上是用投资买股来换取公司破产失业的风险，这样入厂时必需买一部分股票，工厂有钱就不会破产，工人也不会失业。由托管机构来托管，内部职工股不能转给工厂以外的职工就是这样形成的，经过三年多的改组，这家公司一直生存下来。据新的资料，美国现在有几百万的职工采取这种内部职工持股，美国对这种内部职工持股向来有不同的意见，赞成的认为股票不上市了，由职工持有，企业有了向心力。反对的人认为这样的作法主要是想换取政府的优惠政策。也有人认为劳动者和持股者身份不明，他一旦成为持股者，他可能不好好干了，我是股东了，你不能解雇我了。所以也有人认为这种东西不三不四。1997年我到哥

伦比亚大学去作访问学者，我问美国的教授，美国的职工持股计划到底现在执行的怎么样？社会上学者对它的评价如何？他说现在对职工持股是有不同的意见，而且争论很大，但美国最大的航空公司，联合航空公司是美国最大的职工持股企业，在全世界拥有十多万职工，这个消息很新鲜，我们正在搞职工持股，在美国这个资本主义最发达的国家竟有这么多的职工持股企业，所以后来我让一个学生去问问，问美国联合航空公司在芝加哥的总部，现在美国航空公司的职工持股基本占到75%，按它的计划，到2000年，职工持股要占到80%以上。在一些国家，职工股票是作为奖励，在西方国家，职工持股都有不同程度的发展，这也许我们不可理解，也是马克思主义政治经济学不好解释的。如果100%的职工持股，就意味着职工自己剥削自己，西方就发展了这种职工持股的公司。由哪个组织来行使职工持有的股份是一个争论很大的问题。我看报纸上写着上海已由工会来行使，但在讨论中有很多人反对由工会来行使，认为工会是代表劳动者的利益，持有人的利益和劳动者的利益并不一样。再者我国的工会领导委任很多是上面任命的，是官方性质的工会，如果搞不好，职工干不干？这个问题一直没有很好解决。以前我问国家体改委的人，你们一直提倡搞职工持股会，但你说职工持股会怎么产生呢？职工持股会是什么性质？信托怎么搞？是自己职工搞，还是像基金一样从外边聘任？这些都需要探讨的。有限责任公司和不上市的股份公司的内部职工持股到底怎么搞？每个人独自行使好办，股东大会我愿去就去，不愿去就不去，分配股利时我想拿就拿，集中行使时怎么办？风险怎么办？所以请大家思考。

十四、职工持股的几个问题

我想这个意见中有几点需要考虑：

第一国有企业股份制改组要拿出什么样的企业来改组，让职工来持股，拿出亏损的企业职工买不买，没有前途的企业职工买不买？所以第一就是搞职工持股要选择什么样的企业，要让职工有利益它才来持股，不能强迫他们。

第二不入股的人要解雇怎么办？因为现在实践中很多问题就是不入股就遭解雇，美国也存在这样的问题。入了股就是股东，怎么好解雇他呢？解雇了他还要将股票卖给职工持股会。

第三个现在非常重要的是职工持股要体现大体平均的原则，其理念就是公有制实现的另一种形式，集体可以由集体成员来所有，也可以量化到个人来行使，否则我们绝不会将股票上市作为公有制的一种形式，因为只有少数人拥有股票，大部分人都没买，有的人拥有的很少，有的人拥有的很多，如果只有 10% 的人持有，90% 人的没持有，叫什么公有制的实现形式？这 10% 的部分也要大体平均，在这时，有的职工拿不起钱怎么办？拿得起的人不让拿，拿不起的人非让拿，这是否合理，广东就出现这样的问题，厂长有钱，可以买 40 万股，或技术人员有钱，可以买 20 万股，职工则最多买 2 万股，这是否违反股份制的原则。

第四个是只能在职工之间转让，不能上市，也不能转到职工以外的人持有，职工持股严格意义上只限于职工，老子死了，如果儿子不是职工，儿子也不能继承，是完全封闭型。完全封闭型和开放型到底哪个好现在也有争论。有一次开会时，国家体改委的同志也参加了，我说现在农村搞开放式的也可以吸收非农资金，他说国家体改委在制定时观念非常明确，如果有非职工出资，就去搞有限责任公司而不用搞股份合作制了，要搞股份合作，就只能搞股份合作，所以请大家注意这条界限，股份公司和有限公司是开放式的，股份合作制是封闭型的，这是明确的。但职工怎么转给其他职工还没有明确，如果职工离厂了，交给谁？

第五个问题是非常明确的，就是这样的职工股都是普通股，可能有一部分国有股，但国有股不能占一半以上。只能职工股和职工集体股合起来占一半以上，这样股东大会就成为职工股东大会，其他的持股人不能参加，在这个意义上说，它是一个真正的职工持股的机构，而且实行一人一票制，不是一股一票，体现了劳动结合的性质。

第六是应真正实行职工持股会决策，让职工持股了，但还是党委说话算数，还是上面的人说话算数，这是不行的，职工持股必然要和现行的干部任命制度相联系。很多人问我，我国的职工持股有没有前

途，股份加合作能加得起来吗？我说股份合作是新鲜的东西，职工持股绝对是各国都在做。这是资本社会化原则，作为上市公司的社会化大家都能接受，但作为内部职工持股的社会化还是在探讨中，我们在搞国有小企业改革中这是一个很有意思的方案，我们律师可以在其中起到作用。

十五、现代企业应是独立法人

我们在起草公司法时强调的是合同自愿原则，在西方国家也叫契约自由原则。到底自由和自愿有什么区别？除了自由和自愿，我国还有自治，公司法中还有经营自主，这都是自由竞争的体现。从公司的角度看，我认为企业的自治，公司的自治包含着三层意思，第一层意思是他必须是独立的法人，包括公司法中的公司和股份合作制的公司，能够做到真正的经营自主，盈亏自负。我认为我们现在的市场经济最重要的问题是没有建立起真正的法人机制，这是改制的非常重要的原则和目标，我们的公司法、民法以白纸黑字向全世界宣布我们的国有企业和集体企业是独立的法人，但大多数企业不能做到是独立的法人。在向市场经济转变时，这个问题还是要解决。撇开书本，我说独立的法人要有两个条件，一个是这个公司能支配它的全部财产，第二是它能以它的全部资产来抵债。1992年我国制定了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，给了企业14项权利，当时把这个条例看成是避免国有企业死亡的最后一副仙丹妙药，看起来这个转机条例没有达到效果，因为光有这14项权利还不行，大型机器设备、厂房、土地还是不能处理，当我们的公司不能支配它的全部财产的时候，怎么说是独立法人呢？国有企业现在能拿它的全部资产来抵债吗？不能，三角债这么严重就说明这个问题。三角债是很多外国学者最难理解的中国问题，债不是双方当事人的债权、债务吗？怎么会出现了三角债？第三人叫什么人？你对它说就是欠来欠去？他又不懂为什么要欠来欠去，他想不通。他问为什么欠债，我说账户上没钱，他问为什么不能用机器、设备等来抵债。可见，国有企业还是不能拿全部资产来抵债，所以这既是理论问题，又是我国最实际的问题。公司法想解决这个问题，但

公司法的第4条怎么写？公司法规定是三大权：谁出资，谁受益；谁出资，谁作重大决策；谁出资，谁来选择管理者即董事会。公司享有的应是法人所有权，完全支配权。原来的草案中写的是现代企业享有的是法人所有权，国家享有的是终极所有权。公司存在，国家就可对公司享有支配权，公司一旦不在了，财产归国家。在有关机构讨论时提出问题，第一是和宪法不符，宪法规定国家对国有财产享有所有权，现在是国家享有终极财产权，多这两个字是什么意思？第二是法学中没有双重所有权，企业的法人所有权，国家的终极所有权是什么关系？所以后来就还是避免使用法人所有权又要体现出能支配全部财产的意思，最后就用了全部法人财产权，全部法人财产权到底是什么东西？实际上它应是所有权，可是在国有资产法讨论时，它不能与公司法抵触，企业享有的全部法人财产权是股东出资形成的，有一次在国有资产法讨论时，一位经济学家提出，要确定企业对国有资产享有的是什么权，全部法人财产权怎么理解。这位经济学家说它是比所有权小一点，比经营权大一点的权利。这不就越来越混乱了吗。照我们的观点，全部法人财产权就是所有权，企业法人享有所有权，股东享有股权，就这两种权。国有企业不能支配它的全部财产，一旦它改组成了公司，公司就能享有所有权，包括土地、厂房都能支配，而且它能拿它的全部资产来抵债。我给法院讲课时强调，在贯彻公司法方面，请法院注意依公司法建立的企业以后不能再存在三角债，因为如果账户上没钱，那它变卖一切财产也要抵债，再不行就破产，不严格执行，哪来的现代企业制度。我请律师们注意，现代企业一能支配它的全部财产，二能用它的全部财产来抵债，三抵不了债要破产。这才是真正的现代企业。

十六、现代企业应是自治企业

自治企业的第二层意思是现代企业、章程企业，它靠章程来维系。我为什么要强调章程？现在很多人把章程看成是可有可无的东西，我们的国有企业就没有章程，也无需章程，而现代企业有别于其他的就是它有章程。如果我们说任何国家都要对企业的行为进行约束是千真

万确的，企业在任何国家都不是个人行为，它是重要的社会经济的问题，因为它的生产直接影响社会的利益。但国家靠什么来约束企业的行为呢？在计划经济下国家约束企业的行为是靠两个法宝，一个是指令性计划，一个是上级主管部门，生产什么计划规定好了，重大的事项要向政府报告，企业当然也管住了。市场经济下怎么办呢？市场经济下国家靠什么来约束企业的行为呢？我认为主要靠两个东西来约束企业的行为。从西方国家的经验看一靠法律，二靠章程。法律是国家的意志，章程和合同一样是当事人的意志。只有当事人自己意志，没有国家意志也不行。公司法是将当事人意志和国家的意志统一的法律，公司法中有不少强制性规定。公司法没规定的都可以用章程来补充。公司法中规定可由章程另行规定的还可以与法律规定不一样，从这个方面说，公司法必须掌握好国家的意志和当事人的意志。

我想讲两个例子来说明这个问题。第一是章程和合同的关系。我国三资企业法中常有章程和合同规定不一样，但按外经贸部的解释，章程与合同不一样，以合同为准，这个问题在三资企业法可以这么说，在我国公司法中没有合同的规定，公司不是合同行为而是章程行为，只有有限责任公司规定章程需全体股东签字，这有点类似于合同。严格说来，公司的行为就是章程，交易的行为是合同，所以有人说以后公司法与三资企业法合起来后，也不要规定什么合同，只规定章程就可以了，但这是后话。

首钢前几年出了一个案子一直打到最高人民法院。那时首钢还是以承包为本，首钢和深圳一个公司合起来搞了一个海运公司，买了两条船，各出了两百多万，在公司章程中写了这个海运公司是联营性质，是有限责任公司。这家公司成立后效益不好，首钢就决定把这海运公司承包出去。后来首钢的海运部出了事，很多人被抓起来了，首钢公司和海运公司的董事会就签订合同将海运公司承包了出去。承包合同中写承包期间全部产供销、人财物由首钢负责，又写了承包期间的全部债权债务由首钢负责。现在人们还在争论这些事情，按公司法成立的公司能不能承包？有人认为按三资企业法成立的公司可以承包，我说按公司法成立的公司不能承包，它应按董事会、监事会和股东会来管理，不能按承包一个人说了算。但那时没有这样的规定，所以按公

司法的公司就承包了。当时钢材比较紧张，海运公司就和海外公司订了一笔数额极大的钢材，然后首钢以深圳海运公司的名义订了6个销售合同，规定如到时海运公司不能交付钢材，则双倍返还定金。到后来上家的钢材没来，首钢就要返还几亿的定金，这案子是省高院一审，最高院二审。按合同规定是全部债权债务由首钢承担，如果按章程的规定海运公司承担有限责任，要是这样首钢就太高兴了，只用一百多万来承担责任就行了。他们找了北京的专家学者征求意见，有人认为应按合同来承担责任，这是揭破公司面纱，应按合同来承担责任，也有人认为合同是经营方式的转变，但不能改变公司的性质，承包不能改变有限责任公司的性质。到底章程和合同发生冲突时依哪个来办，法院认为这个案件的判决会产生合同和章程哪个效力为先的问题，所以最后搞了一个调解，避免了这个问题，将定金退回去，利息少拿一点。可是问题没有解决。

第二个例子是律师应知道的我国公司法的一个重要的特点，就是公司的高级管理人员，董事、监事、经理对公司承担什么责任。这个问题很有意思，世界各国都存在这个问题。我国在1986年制定《民法通则》时曾争论一个问题，就是国有企业的厂长、经理搞了违法的经营活动，给企业造成了损失由谁承担责任。比如一个企业的厂长明知买走私汽车违法，但为了发工资，为了把企业搞兴旺，买了10辆走私车，以为一转手会赚，结果却被没收，给企业造成了损失。按《民法通则》的第49条规定，企业法人的法定代表人就是厂长，超出经营范围的活动除由法人承担责任外，还可以由法定代表人承担责任，构成刑事责任的承担刑事责任，损失由国有企业，也就是国家承担。和第49条相适应的还有一个第43条，企业的法定代表人和工作人员在经营范围内的活动由法人承担责任，这条很多人不懂。当时《民法通则》通过以后，我国和澳门的东亚大学有个高级经济法文凭班，我去讲的《民法通则》，最后开卷考试，我出了一道题：企业法人对其工作人员在什么范围内承担责任，香港律师99%写的是在权限内的活动由企业承担责任，超权自负。如果按我国民法规定的经营范围来理解，不管合法的、违法的，只要在经营范围内的活动就由企业来承担责任，这在西方是不可理解的。

在这里必须有个界限，什么情况下给企业造成损失由企业承担责任，什么情况下由自己承担责任。法律要在责任里寻找一条最合理、最公平的界限。所以大家看看《公司法》的第118条董事要对董事会的决议承担责任，董事会的决议违反法律、法规或公司章程，给公司造成重大损失的，由参加决议的董事对公司承担赔偿责任，如果有人反对，而且有记录的，可以免除责任。我是想说现代企业必须有一个依照法律和章程的明确的权限范围，公司法就是规定董事会有哪些权利，监事会有哪些权利，股东会会有哪些权利的法律，凡违法和越权的由自己来承担责任，这就和我国《民法通则》第49条不一样了。所以企业章程对责任作出明确的界限，违法是违反法律，越权是违反章程。

第三个是自治企业要独立于政府，应是没有上级领导机构一说，不过国有企业是国家授权给企业经营，国家当然要管你。现代企业的公司是跨所有制、跨部门、跨地区、跨国界，所以不应由任何主管部门来管。

十七、现代企业应是民主企业

现代企业是资本企业是就它的产权而言，自治企业是就它和政府的关系而言，而就其治理结构而言企业应是民主企业。董事长的权限和性质在《公司法》中写得比较清楚，只有董事长能作法定代表人，以前这条很多人有不同的异议。在德国可以是董事长为法定代表人，也可以由经理作法定代表人。在我国就存在问题，经理的地位到底是什么，经理的权限是什么。现在在三资企业中也存在这样的问题，董事长和总经理为两方各出一人，董事长常以自己是法定代表人来干预经理的权限，所以也有人提出经理的权限是不是法定的，董事长能不能干预经理的权限，章程中是否可以对其作出限定。我认为首先应将经理的法律地位加以规定，从目前情况看，我国没有商法，也无商法典，按规定经理的权限不会只规定在公司法中，应写在所有商事准则里面，合伙企业和独资企业也有经理人，合作社将来也会有经理人，经理的地位不应只限于公司法中的经理。从商法来说，经理的地位是全权的代理人。从这点说，第一它是代理人，是通过代理这一民事关

系来说的，董事长是选出来的代表公司的，法定代表人和代理人一个是代表人，一个是代理人，代理权是由于经理的聘任确定的，所以作为全权代理人的重要特征是聘任的，不是任命制，也不是选举制。我认为聘任的机制有三个特征，第一个特征是合同制，有聘任的期限，有聘任的要求。第二个特征是它应是竞争的机制，在竞争中选更好的人来担任，第三个特征是它需要有公开的机制，要有透明的机制。第二，它是全权，它不需要授权委托书，也不用对权限作另外的规定。

另一个人家讨论比较多的是经理人签订合同。董事长签署公司的股票、债券，公司法规定公司要发行股票、债券，要由董事长亲自签字才能有效，现在比以前多了一点的规定是在公司董事会闭会期间，公司根据需要在闭会期间行使董事会的部分职权，这是相当谨慎的，法律上没有董事长可以行使董事会全部权利的规定。我们应确立这样的制度，合同的签字不一定要有法定代表人。现在外贸的实践中常出现这样的问题。外贸的一些合同往往就是业务员签字，如股票的交易，期货的交易，如在新加坡发生的巴林银行事件，它的业务员就可全权代表公司在东京股票市场、期货市场进行交易，我们在涉外事件中遇到不少这样的情况。

有一个国际仲裁的案子，黑龙江农垦公司与中国化工日本公司订了一个合同，是由业务员签的字，发生的问题是业务员签的字不生效？按外贸惯例，业务员就是代表，但外方不承认，他认为只有董事长能代表公司。如果仅看有没有法定代表人的签字，那我们在实践中许多合同都会发生问题，大家知道这次《合同法》中有表见代理的规定，如果这个业务员是明显的代表了公司的行为，对外签订的合同，公司不加以否认而且对方也同意的，就认为是表见代理，此合同有效。

这样就又出现了第三个问题，就是经理人的权限到底是法定还是约定。股东会、董事会、董事长的权限是法定的，法律没有写的，公司章程可另行规定，而唯独在经理的权限方面有一个单独的规定，公司章程或董事会授予的其他职权，允许在公司的章程里扩大或限制经理的权限，这也是世界的通例，比如按公司法的规定，经理可对外签订合同。虽然没有这么写，但包含着这方面的意思，但我这个公司就是在章程中明确写了，公司的经理只能签订 100 万元钱以内的合同，

超出 100 万元钱，必须经过董事会讨论，或规定超出 100 万的合同必须由董事长来签字，能不能通过章程的规定来约束经理的权限，这是可以的，理由就是《公司法》的第 119 条。有人提问，对法律规定的权利加以限制的时候，能不能对抗其他人，受不受这个限制。因为这要通知与公司作生意的人，告诉他我们的经理只能作 100 万元以下的合同，100 万元以上的合同是无效的，如果你告诉他了，就可以对抗。如果没有告诉怎么办呢？就是通过章程有所约束的，未告诉第三人的，不得对抗善意第三人，如果别人不知道，与经理签了 500 万元的合同，除非他是恶意的，否则他不受限制。

第四个问题是撇开了股东会、董事会、监事会的权限不说，另一个制约机制是董事长和总经理之间的关系。由于我国在国有企业中实行的是厂长负责制。它最大的问题是一人负责制。在这种情况下，很多人就想用企业法中的某些概念来表述，认为公司是董事会（长）领导下的经理负责制，这是不准确的。应该说公司法中董事长的权限和经理的权限都是法律所规定的，各国公司法的发展都认为董事会的权限不是股东所赋予的，董事会的权限来自法律的规定而不完全是股东会，股东不可能开会决定将董事会的权限缩小。同样董事会可以聘任经理，但经理的权限是法律所规定的，按道理讲董事长只是管董事会决议的执行，公司的大政方针是否得到贯彻，公司的日常经营指挥权都在经理、副经理以下的人员，他们都是由经理来任命的，所以说经理的权限是相当大的，在这种情况下，董事长、董事会只能在认为经理不合格或违法而免他的职。在公司的管理中往往董事会是虚设的，董事长只是名誉性的而实权完全在经理，这样经理就变成了一切权力集中的人物。另外一种模式是董事长认为我是法定代表人，工厂里不仅决策大权我要来管，而且日常经营管理，乃至一般人事变动都管，这样就把董事长的权限扩大，他享受了一些本应由经理享有的权利。在这个意义上说，我们很容易走两个偏向。这是实施公司法中问题最多的。当然我们刚才也讲了在三资企业中，一方担任董事长，董事长能干预经理的权限，作经理的一方又希望将董事长的权利拿来一部分。在现代企业制度中，怎么处理董事长和经理的权限分工和制约是一个很重要的问题。

公司法制定时，特别考虑到了我国公司的一个特点，就是大多数公司是原来的企业改制成的，因而在股份公司的设立中体现出了它的特点。所以西方的学者，以及我国台湾地区的学者研究我国公司法时注意到了这一点，公司法的总则和具体规定中都有国有企业改制的痕迹存在。在总则中最重要的是第7条，第7条讲的国有企业改建成公司而且是针对国有企业改制中的基本原则和步骤，它讲国有企业改建为公司必须依法律、法规规定的条件和要求转换经营机制，有步骤的清产核资，界定产权，清理债权债务，评估资产，建立规范的内部经营管理机制，叫做一个转变、五个步骤。一个转变是要转变经营机制，包括原来的产权机制、政企机制和内部的管理机制。我认为五个步骤特别重要，第一个是清产核资，这个概念比较准确，国有企业转换成公司法的公司必须要清产核资，其目的是将原来国有企业的资产有一个比较准确的界定，不要因为转换成股份制而使国有资产流失，国有资产可能在评估的过程中减损，贬值，但这个问题在实施的过程中有几个难点，比如有的固定资产折旧已经到期了，有的是评估了一个价格，但实际上没人买，再有无形资产怎么来评估，无形资产中的非专利技术和商誉怎么办？我们对商誉没有一个明确的概念，如果这些都评估成了资产也不好，绝对的不评估也不好，我说的是在商业名称中所凝聚的信誉而不是服务商标，服务商标可以归纳为商标权。全聚德在国外已经作为资产了，在国内还不可以，我国现在不允许用企业名称中所凝聚的商誉作为出资，公司法只规定五种出资，货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权，没有“等等”。第二个是界定产权。我认为是界定哪些是国有资产。因为国有企业中也有非国有资产，现在叫集体企业的有的是真正的集体企业，有的是国有财产，这要界定清楚。我国东北的一些老公司，据他们介绍，十万人的国有企业，注册为集体的已有四至五万职工，这样的国有企业中有集体企业的资产到底怎么界定，它应界定为国有财产还是集体财产呢？为这个甚至闹了很大的纠纷，如劳动服务公司注册为集体所有制，但是由国有企业来投资，用的房子和水电都是国有企业的，这与职工完全拿自己的钱来建立的企业又不一样。这是非常难划分的，包括用国有企业的名义贷款自己来增值的问题，弄不好会发生冲突。国有资产的界定产权

有第二个内容，如果里面有投资的话还要界定不同企业、事业单位的产权。上次华能与本溪钢厂的纠纷就是这样，本溪钢厂有很多是华能公司的投资，现在要改制了，华能投资的这部分怎么办，是贷款还是投资，不能笼统界定为国有股，再有要界定哪些是国家股，哪些是国有企业股，也是明晰化的过程。第三个是要清理债权债务，这有一个原则是只要国有企业改制为公司法的公司，不论国有股在里面占多大比例，它都是另外一种性质的企业了，不能把原来的债权债务带走，如果债权大于债务转来由公司股东享有，则国家吃亏，如果债务大于债权，转到新的公司中则股东就吃亏了，所以公司法在这个问题上是很严格的，律师在作这个问题一定要明确。国有企业转成公司以前，所有的债权债务要清理，这个清理是不是指必须要还清呢？有的经过新公司的股东会同意也可以转过来，但必须在信息披露中说清楚。现在清理债权问题不太大，关键是债务，债务要区分银行的债务和非银行的债务，欠银行的债务作为呆账、坏账来冲销或清还。对于企业之间的债权债务，经企业同意可以将债权转为股权，这条已有了明确的政策，它能促使公司改制更方便的进行，一个企业欠另一个企业的债务变成了股权，一个国有独资企业变成了两个或三个有限责任公司或股份有限公司。第四个是评估资产，这里用评估资产不好，容易与前面的清产核资弄混。很多人问这评估资产是什么意思，我认为这是将国有企业的哪一部分作为新设立的公司的注册资本。这里有几个问题，一个是非生产性的要剥离，不能将工厂附属的学校都作为资本来投入；第二个是土地怎么办？原来的国有企业往往土地的面积很大，上面已经盖好了厂房或宿舍，这部分如果无偿的转过去是不行的，一旦成为股份制的公司，土地绝对不能无偿使用。所以土地如何折价入股是一个相当复杂的问题，根据实践中出现的问题和现实中转轨的需要，土地管理部门通常采取三个办法来解决土地有偿使用的问题，第一个是折价入股，这通常是在上市公司，第二个办法是土地使用权出让，国家把这块土地使用权以出让的办法来转给公司，这也有一定难度。第三个也是用的比较多的是土地出租的办法，租金并不是按面积而是可以根据效益情况来调整。第四个评估资产的问题实际上不是评估资产了，而是如何解决退休职工的退休金和福利待遇的问题，不能把原有

企业的这些问题都转嫁到新的公司。现在的办法是将这部分转成社会来负担。第五个是建立规范的内部管理机构即董事会、监事会和股东会的制度。我想《公司法》第7条对今天国有企业改组成公司仍有现实的意义。除了改制就是公司的重组和兼并，我想谈一点是，作为公司也好，作为国有企业也好，搞兼并，现在正在搞一个兼并条例，有什么优惠政策里面会规定。我想从广义的企业来说三种兼并的模式，一个是购买式，一个是合并式，另一个是股份转让式。我国发生过两个较大的金融机构资不抵债，为了使它不至于破产，所以没有实行公开的法院宣告破产的办法而是采取了行政解决的办法，一个是中银信托投资公司，另一个是中国农村信托投资公司。它们不是股份公司，中银是一个股东的，中农信是带有国有企业的性质。中银由于资产很差，资不抵债，先由中国人民银行托管了一年，一年后如果宣告破产，国内外的债权人得不到偿还，那么我国的金融信用要受到很大的影响，所以中国人民银行决定由广东发展银行来购并，中银的所有债权债务都由广东发展银行来负责，广东发展银行为什么要背这个呢？因为中国人民银行给它优惠政策，让它在上海、北京设立分行，它的业务可以从广州到全国各地，这样就防止了金融危机。广东发展银行也很巧妙，因为它只能对中银的分支机构的债务进行偿还，它的合资公司和控股公司的债务它还不还？另外它采用什么方式，当时考虑的可以有这么几个方式，第一个就像荷兰银行以一英镑买下了巴林银行。现在报纸上也有很多国有企业以一美元的价格卖出，这是一个买卖协议，这种方式世界各国都相当多，好处就是不需要对企业进行清算，甚至都不需要进行资产评估了。买下来以后，我可以利用你原来的机构，利用你原来的关系，把你的债权债务拿过来，买了你这种无形的客户的价值。当时我是中国信托投资公司的法律顾问。第二种方式是公司合并，看起来中银采取的是这种模式，我请大家特别注意公司合并的模式，它也包括企业法中规定的企业的模式，合并可以是新设式的合并，也可以是吸收式的合并，这实质上就是兼并。公司法中对公司分立时有一个特别的规定，严格按《公司法》第185条的规定，就是公司合并时，应作出合并的决议，所以兼并一方和被兼并一方都要有股东会的决议，这是代表股东的意志。只有股东大会有这个权，董事会

都没有这个权。第二必须有合并的协议，这不是股东之间签订而是两个公司之间签订，签订了协议后就要编制资产负债表和财产清单，这个意思是公司合并不要清算，但是必须把财产清单拿出来。第四个很多人不好理解，就是为什么《公司法》第184条规定公司自作出合并决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上至少公告三次，接到通知的自接到通知之日起30日内，未接到通知的自第一次公告之日起90日内，要求公司清偿债务或提供担保，否则公司不得合并。我们设想，广东发展银行要将中银公司吸收过来，中银公司的债权人好说，但可能有的债权人担心，你兼并我的公司有多大偿还债务的能力，我有权了解广东发展银行有多大偿还债务的能力，反过来兼并一方的债权人也有这个问题，债权人可能会想你把一个亏损很大的企业吸收进来就增加了我的风险，所以法律要求合并之前必须要告诉债权人。未看到公告的可以在90日后要求公司偿还债务，或者要求提供担保，我想作公司合并也好，企业合并也好，都要掌握这种精神。公司合并债权人的利益必须得到保障，不能不通知他。这是公司法规定的，我认为企业法也应贯彻这种精神。现在有这样一种意见，将来母公司可以变成股份公司，甚至有限公司。但大家认为这有困难，兴化是一个效益很好的上市公司，另一家效益不太好，当然就是一家愿意合并，另一家不愿意合并，所以合并既要有股东的意志，也要有债权人的意志。第三种模式是通过股权转让的方法，原来的中银公司是11个股东，资不抵债就可以通过股权转让买入股权，股权转让最大的一个问题是所有的股东同意转让股权，但看起来也有两大障碍，第一是能不能把原来11个股东的股份全转让给一个后来的股东，成为法人独资公司，这在工商注册时是否允许。第二个是股权转让了以后，企业名称还在，没有消灭，只是股东换了，然后再通过决议来改变名称，走的是两步。

(本文原载于《中国律师》1999年第1~7期)

公司的有限责任制度的若干问题

王利明

作者简介

简历

王利明，1960年生，湖北仙桃市人。法学博士，教授，博士生导师，中国人民大学法学院副院长，中国人民大学民商事法律科学研究中心主任，中国法学会民法学研究会会长。

湖北财经学院法学学士（1981），中国人民大学法学硕士（1984）、法学博士（1990）。1989年2月至1990年2月，美国密执安大学进修；1998年8月至1999年6月，美国哈佛大学法学院进修。

主要学术成果（2000—2004）

“惩罚性赔偿研究”，《中国社会科学》2000年第4期。

“论无权处分”，《中国法学》2001年3期。

“物权法立法的若干问题探讨”，《政法论坛》2001年4期。

“人格权制度在中国民法典中的地位”，《法学研究》2003年第2期。

“论侵权行为法的独立成编”，《现代法学》2003年第4期。

《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年。

《物权法研究》，中国人民大学出版社2002年。

《合同法研究》第一、二卷，中国人民大学出版社2002年。

《侵权行为法研究》第一卷，中国人民大学出版社2004年。

目 次

- | | |
|-----------------|--------------------|
| 一、有限责任的概念 | 四、“揭开公司的面纱” |
| 二、对有限责任存在的价值的探讨 | 五、在何种情况下应“揭开公司的面纱” |
| 三、对有限责任的价值的再探讨 | 六、结束语 |

党的十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》，明确提出要建立现代化企业制度。什么是现代企业？我认为现代企业主要是指公司形式。公司作为现代企业的原因在于：一方面，公司是现代社会化大生产和市场经济发展到一定阶段的产物，也是社会经济组织经过长期的演化的结果。另一方面，公司因其具有合理的财产和利益机制，法人运行机制，内部管理机制，权力制衡机制，从而使其成为了现代市场经济社会的最活跃、最重要的企业形态。因此，建立现代企业制度在很大程度上就是要建立和完善公司制度。

公司作为现代企业的基本形态，以有限责任作为其责任形式。从历史上看，有限责任制的产生曾为公司在社会经济生活中发挥重要的作用奠定了基础，它像一股神奇的魔力，推动了投资的增长和资本的积累。在公司法中，有限责任制度也居于核心地位，并被一些学者称为公司法的“传统的奠基石 (traditional cornerstone)”^①，公司法的许多规则在很大程度上是由有限责任制度决定的。所以，按照一般的理解，现代企业制度的主要内容乃是有限责任制度，^② 鉴于有限责任制度的重要性，下面特就此谈几点看法。

① Cook “Watered stoack” - commissions - “Blue sky Laws” - stock Without Par Value, 19. Mich. L. Rev, 583. (1921)

② 《转换企业经营机制，建立现代企业制度》，载《新华每日电讯》，1993年11月24日。

一、有限责任的概念

责任是债务人不履行其应为之行为所发生的法律后果。责任是以债务为前提的，无债务即无责任，存在着债务才有可能发生责任问题。一般来说，任何债务人均应以其全部资产对其债务负清偿责任，因此，债务人的责任都是无限的^③、独立的。正如王泽鉴先生所指出的：“此项以财产负其责任，在现行法上，已与债务互相结合，一般言之，并属无限财产责任。申言之，负有债务者，于不履行时，即应以其全部财产负其责任，有债务即有责任”^④。可见，无限清偿责任应为民事责任的基本形态，有限责任应为例外。

在民法上，有限责任有两种形式，一是民法上的一般的有限责任，此种责任是指根据法律或债的规定，债权人仅以其全部财产的一部分承担清偿债务的责任，债权人也仅就债务人的部分财产请求和强制执行，这就是所谓“有限制”的责任，此种责任又称为物的有限责任。在此种责任中，债权人只能就特定的财产执行，即使其债权未因此而获得全部清偿，对于其他财产也不能执行。不过，此种有限责任的适用范围，必须由当事人自行约定，法律只是在例外的情况下（如在继承法规定继承人仅以被继承的财产对被继承人生前的债务负责）才作出规定。另一类有限责任就是指公司或法人的有限责任，此种有限责任不同于民法上的一般的有限责任。在这里“有限”的含义不是指作为债务人的公司仅以其部分资产对其债务清偿责任；也不是说，公司的债权人只能就公司的部分资产请求清偿债务，而是指公司首先应其全部资产承担清偿债务的责任，债权人也有权就公司的全部财产要求清偿债务，在公司的资产不足以清偿全部债务时，尽管会出现责任在范围上小于债务的范围的情况，但公司的债权人仍是不得请求公司的股东承担超过其出资义务的责任，公司也不得将其债务转换到其股东身上。所以，按照流行的观点，“有限责任是指股东对其公司或公司的

^③ 所谓无限责任，是指应以财产全部（除不得查封的物品或强制执行的权利以外）都要用来清偿债务。

^④ 王泽鉴，《债·基础理论》第47页。

债权人没有义务支付超出其股份的价值义务”^⑤，有限责任意味着“每个成员对其认购的股份的全部价值，在要求支付时应负出资的义务”^⑥。由此可见，“有限”的含义在很大程度上并不是针对公司而言的，而是针对股东而言的，它不是意味着清偿债务的财产的有限性、特定性，而意味着责任的不可转换性，股东责任的受限制性，这就和民法上的一般的有限责任的含义区别开来。所以，王泽鉴先生指出，“此项计算上的有限责任，非属真正的责任限制，而是关于债务内容之限制，对于此种约定或法定‘定额有限责任’，债务人仍须以全部财产负其责任”。^⑦

公司应以其全部财产对其债务负责，这是由民事责任的一般原则和公司的独立人格所决定的。一方面，由于在民法上，任何债务人均应以自己的全部资产承担清偿债务的责任，因此，在公司作为债务人时，亦应和自然人一样以自己的全部财产负责。另一方面，公司作为相对于自然人而言的独立民事主体，它与自然人一样具有自己在法律上的独立人格，作为一个独立主体，它具有自己的独立财产，此种财产与公司成员及创立人的财产是分开的，所以，公司只能以自己的独立财产承担清偿债务的责任，公司股东对公司债务，不承担超出其出资义务的责任。所以，按照许多学者的观点，公司的人格与其成员的人格的分离，乃是有限责任产生的条件^⑧，不理解公司的独立人格，也就不能理解公司的有限责任。

公司的独立人格和有限责任形成为公司的面纱，“(The veil of incorporation)”它把公司与其股东分开，并保护股东免受债权人的直接追索，那么，股东的责任是什么？显然，股东应负出资的义务。换言之，如果是以金钱出资，股东的责任体现在他应支付其认购的股份的价金，如果是以实物出资，股东的责任在于交付实物上。在这里，股东所负有的出资义务在法律性质上是一个值得探讨的问题。对此，在学说上有各种不同的观点。一种观点认为，股东的责任是对债权人所负有的

⑤ P. Farrar's Company Law, Batterworths, 1988, P67。

⑥ 戈尔，《当代公司法的原则》，斯威特和马斯威尔，1992年英文版，第89页。

⑦ 王泽鉴；《债·基础理论》第48页。

⑧ Phillip I. Plumberg: The law of Corporate Groups, P31。

责任，因为只有在股东履行了出资义务以后，公司才可能有足够的资产清偿债务，而债权人的权利才能得到保障^⑨。第二种观点认为，股东通过对公司负出资义务，从而对债权人负有间接责任（Indirect liability）。换言之，股东的出资是对公司的直接责任，但这种责任和债权人之间具有一定的联系，它对债权人来说是一种间接责任。^⑩第三种观点认为，股东对债权人不负责任，债权人只是公司的债权人，而不是股东的债权人，股东和债权人之间没有什么关系，股东未履行其出资义务（如迟延支付价款等），只能由公司提出请求，而债权人不能直接对股东提出请求^⑪。我国《有限公司规范意见》和《股份有限公司规范意见》第1条均规定：“股东以其所认购的股份对公司承担有限责任”。可见我国立法均认为有限责任是对股东而言的，股东并不是不承担责任，只是不对公司的债权人直接负责，而是对公司负责。

我们认为，就股东缴纳出资从而认购股份来说，股东将直接和公司发生联系而不是直接与债权人发生联系，只是在特殊情况，股东将对债权人直接负责。例如，根据我国《股份有限公司规范意见》的规定，公司在清算时，若公司违反法定程序分配财产，债权人有权要求股东返还。所以，就出资的义务履行来说，股东显然应对公司负责。只有在股东缴纳了出资以后，才能形成公司的资产，并使公司具有独立财产，并能对公司的债权人负责。然而，由于出资本身不仅仅使股东与公司之间发生债的关系，而且将会与公司之间发生财产所有关系，股东缴纳出资将会使其对公司享有管理的权利，甚至在其出资的数额上达到一定规模时，股东会享有对公司的控制的权力，这就有可能使股东通过行使控制权力而对公司施加不正当影响，从而损害债权人的利益。同时，由于公司的人格毕竟是法律拟制的结果，在众多的公司背后站立的仍然是各个股东，在很多情况下，股东极有可能利用公司的人格从事各种违法和规避法律的行为，并会造成债权人的损害。所

⑨ Phillip I. Blumberg: The Law of Corporate Groups, P7.

⑩ Phillip I. Blumberg: The Law of Corporate Groups, P7.

⑪ 我国《有限责任公司规范意见》第70条规定：“股东未按本规范的规定缴纳出资的，公司有权向股东追缴。经公司追缴股东仍不履行缴纳义务的，公司可依诉讼程序，请求人民法院追究股东的违约责任。”

以，从维护社会秩序，保护债权人利益出发，在特殊情况下，应排除有限责任的障碍，使股东直接对债权人负责。对这个问题我将在后面详述。

还应当指出，有限责任是法定的责任而不是约定的责任，这就使它不同于免责条款。免责条款有两类：一类是限制责任条款，另一类是完全排除责任条款，无论是哪一种形式，都是对当事人未来可能发生的责任，通过约定方式加以限制或排除。免责条款只能在特定的当事人之间发生，不能在公司与不特定的第三人之间发生，不管公司与某个特定的人之间订立了何种免责条款，都对第三人不产生效力^⑫。

二、对有限责任存在的价值的探讨

有限责任制度自产生以来，就逐渐形成为促进经济发展的有力的法律工具。美国学者伯纳德·施瓦茨在评价公司制度对美国经济发展的作用时曾谈到：“正是公司制度使人们能够聚集起来对这个大陆进行经济征服所需要的财富和智慧。”^⑬公司的产生为社会化大生产提供了适当的企业组织形式，并在更广泛和更深层领域中促进了市场经济的发展，从而使资本主义在短时期内创造出了比以前所有社会都大得多的生产力。然而，公司乃是以有限责任为其显著特征的，公司制度正是通过有限责任等制度发挥作用的。因此，美国前哥伦比亚大学校长巴特勒（N.N. Butler）在1911年曾指出：“有限责任公司是当代最伟大的发明，其产生的意义甚至超过了蒸汽机和电的发明”^⑭。前哈佛大学校长伊洛勒（Charles W. Eliot）也认为“有限责任是基于商业的目的而产生的最有限的法律上的发明”^⑮。许多学者认为，有限责任改变了整个经济史。那么，有限责任的功能是什么呢？按照许多学者的观点，它

^⑫ Tony Orhniai adited: Limited Liability and the Corperation P.39 - 40.

^⑬ (美) 伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》第67页, 中国政法大学出版社, 1989年版。

^⑭ Tony Orhniai edited: Limited Liabiltcy and the Corperation, Croom Helm, London & Camberra, 1982. p.42.

^⑮ Phillip I. Blumberg; The Law of Corporate Groups, Little Brown and Company, Boston and Toronto, 1987, p.3.

具有以下几个方面的价值：

1. 减少和移转风险。市场竞争充满了风险，风险总是与投资的利润相伴随的。正如戴尔芒德（Diamond）所指出的，“希望获得的利润越大，则风险也越大，只有在投资的预期利益超过预期的风险时，才能促使投资者投资，而预测和减少风险，就要靠限制责任的办法实现”。^{①⑥}“如果对股东的责任没有限制，而单个的股东又不能完全控制公司，那么当公司欠下大笔债务时，有可能招致众多的单个股东破产。所以，有限责任是减少风险的最佳形式。还有一些学者认为，有限责任的价值是移转风险。一方面，有限责任促使投资分散，无论投资多么复杂，股东都不会受到追索。另一方面，有限责任促使股东将其投资自由转让，因为有限责任的存在，股东才会作出更多的投资，而因为风险减少和限制，才有可能使投资自由移转。假如风险是无限的，公司的责任与个人的责任难以分开，则股份不能随意转让，证券市场也难以形成。所以，有限责任“对投资者的广泛参与投资形成了有效的刺激”^{①⑦}。

2. 鼓励投资。有限责任的最大优点在于通过使股东负有限责任，从而有利于鼓励投资。社会经济的发展需要靠投资推动，但鼓励投资应通过良好的法律形式实现，“只有当立法者为资本设计出有限责任与一种特殊形式，投资者才能通过此形式而自由地扩大其权力”。^{①⑧} 有限责任不仅减轻了投资风险，使投资者不会承担巨大的风险，同时有限责任使股东的投资风险能够预先确定，即投资者能够预先知道其投资的最大风险仅限于其出资的损失，这就给予投资者一种保障，从有限责任制度的发展历史来看，这一制度在历史上的作用主要是通过鼓励投资的作用来实现的。

3. 促使所有权和经营权的分离。投资者（股东）是公司的最终所有者，但投资者不一定实际参与管理，经营，投资者是否应实际参与管理和经营，在很大程度上要受到责任形式的影响，在负无限责任的

^{①⑥} Phillip I Blumberg: The Law of Corporate Groups, p.84.

^{①⑦} Tony Ortmial edited, Limited Liability and the Corporation p.52.

^{①⑧} Easterbrook & Fischel Limited Liability and the Corporation 52 V.Ch.L.Rev.89 (1985)

情况下，投资者为避免承担不可预测的巨大风险，必然要求实际参与公司的管理，从而难以促成所有权与经营权的分离。所以，按照许多国家的法律规定，无限公司的股东应参与公司的管理。但在有限责任情况下，由于风险的事先确定性和有限性，因此，股东没有必要实际参与管理从而控制公司。所以，伊斯特布鲁克和费斯凯尔（Easterbrook & Fischel）认为有限责任导致了投资与经营管理的分离，促进了劳动的合理分工。他们认为，产生这种现象的原因是因为有限责任吸引更多的股东，而股东的增多必然使许多股东无机会参与管理，使经营管理权专门交给一部分人来行使。反过来说，正是因为在一个公司中，许多股东不能实际参与管理，因此要由股东对公司的全部债务负责，对股东来说也是不公平，所以，有限责任制度极大地促使了所有权和经营权的分离。^①

4. 增进了市场交易。新西兰著名公司法学者费勒（Farrar）指出，有限责任和股份的自由转让是联系在一起的，由于投资风险的有限性，增强了股份在市场上的可转让性，从而增进了证券市场上的股份交易，促使资源实现优化配置。^②由于有限责任促使投资增加、股权分散、股份可以转让，因此导致了这样一种结果：即“股东之间并没有什么人身关系，他们可能彼此互不相识，他们也不会承担超出其股份利益的义务，他们所希望的是利润的最大化，在出售股票时，尽可能从公司中得到一切”^③，所以，有限责任促进了证券市场的发展。

还有一些学者认为，有限责任减少了交易费用。例如，有限责任制度避免了债权人直接针对单个股东提起诉讼的情况，这样债权人只是在公司不履行其义务时，直接对公司提起诉讼，而不必对每个股东提起费用高昂的，程序繁琐的诉讼。有限责任所具有的上述功能使这一制度在历史上发挥出巨大的作用。并且随着社会经济的发展，这一制度必然会释放出新的能量，发挥出更大的作用。

^① Easterbrook & Fischel Limited Liability and the Corporation, 52V. Chi. L. Rev. 89 (1985) P.93 - 94.

^② P. Farrar's Company Law, Butterworths (1988) P.67.

^③ Tony Ortnial edited: Limited Liability and the Corporation p.52.

三、对有限责任的价值的再探讨

关于有限责任存在的价值，尚有待于人们作出新的评价和认识。然而有限责任自产生以来，虽然在历史上它起到了鼓励投资、促进资本积聚、促使所有权与经营权的分离等作用，但它的上述价值一直受到许多学者的挑战。他们认为这些价值可能是存在的，但并不具有重要意义，或者说可以为其他方式所代替。一些学者甚至认为这些价值本身也是值得怀疑的。具体来看：第一，有限责任虽具有减轻和转移风险的作用，但这种作用可为保险所替代，例如在美国，困扰公司和股东的最大责任乃是产品责任，但这种责任现在可通过责任保险方法来限制或避免。而在有限责任制减轻投资者风险的同时，使许多人因其承担风险有限而热衷于冒险，造成投资不谨慎，风险投资过度的现象。第二，有限责任制虽有利于鼓励投资，但由于集资主要是靠证券市场公开发行的方式实现的，而在许多国家，现行的有限公司绝大多数为中小型公司，其规模、经营风险和损失有其局限性，可见，有限责任对资本的集聚作用有限。第三，有限责任虽有利于促进所有权与经营权的分离，但是，有一些学者认为，即使在承担有限责任的情况下，投资者也应参与管理，因为管理决策将直接影响到公司的利润和股东投资的回报问题，^②所以，有限责任的存在价值是有限的。

许多学者不仅对有限责任制的价值提出怀疑，而且对有限责任制提出了许多批评，认为该制度具有明显的缺陷，具体来说有如下几点：

1. 对债权人不公正。债权人通常无权介入公司的管理过程，甚至对公司的内部管理一无所知，而一旦公司因经营管理不善等原因造成亏损，蒙受损失最大的还是债权人。如果股东负有限责任，则对债权人来说是不公平的。从法律上看，股东是公司的最终所有者，他享有管理公司的权利，不管实际情况如何，至少在理论上，股东是管理公司的。然而，股东却仅以其出资负责，这显然与其享有的权利是不相称的。也有些学者认为，既然股东已经意识到其投资是有风险的，

^② Phillip, P.69.

那么他为什么要将其经营风险转移给外部的债权人？还有学者认为，股东获得股息、红利等会超出其全部投资额，而债权人却可能因为有限责任而变得两手空空，所以，有限责任制注重了对股东的保护，却忽略了对债权人的保护。

2. 为股东特别是董事滥用公司的法律人格提供了机会。公司的运作是靠人来实现的，每一个公司背后站立的都是个人，在某些情况下，董事可能利用公司的人格从事各种欺诈行为，并为自己谋取非法所得，而即使出现此种情况，由于有限责任的存在，阻碍了债权人要求董事负责的请求。还有一些董事常利用公司的人格从事各种隐匿财产、逃避清偿债务的责任等行为。在集团公司中也可能出现此种情况：集团公司中的附属公司可能并没有财产，而只是被母公司用来作为欺诈他人、规避法律的工具。而有限责任的存在，阻止了债权人对董事直接提出的请求。

3. 对侵权责任的规避。许多学者将合同之债中的债权人称为自愿的债权人 (Voluntary creditor)，而将侵权之债中的债权人称为非自愿的债权人 (Involuntary creditor)。在现实生活中，任何不特定的当事人均可能因为公司的侵权行为而遭受损害，成为非自愿的债权人。特别是现在产品致人损害的侵权行为已日益普遍，公司的侵权行为的受害人也在增加。但是，由于有限责任的存在，使得这些受害人在遭受人身伤害和死亡的情况下，常常不可能获得过多的赔偿。因此一些学者认为有限责任对侵权行为的受害人的保护是不够的，它只是保护了投资者，而不利于保护广大的消费者。^③也有一些学者认为有限责任制度阻碍了侵权行为制度的作用的发挥^④。不过，一些美国学者如 Halpen、Trebilcock、Turnbull 等人认为，在考虑是否对侵权行为制度有损害时，应看公司的侵权行为侵害的是何种利益。若侵害的是个人人身利益，则受害人应具有充分赔偿的请求权，但如果侵害的是商业利益，则受害人的补偿问题还可以通过保险的方法来解决，而不必涉及有限责任

^③ Stone, The place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Contract, 90 Yale L.J. 65 - 70 (1980) .

^④ Halpen, Trebilcock & Turnbull, An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law, 30 Toronto L.J. 17 (1980) .

制度。^② 不过，这些学者也建议，为保护侵权行为的受害人，法律应对公司提出最低资本数额要求、实行强制性保险、增加无过失责任，等等，通过上述措施以弥补有限责任制度的不足。^③

在公司内部，若公司的雇员因公司的行为受到损害时，因有限责任的存在，使得雇主难以对股东提出请求，尤其是在公司因经营不善而宣告破产的情况下，工人因不能对股东提出请求，其利益很难得到保障。为了弥补这一缺陷，美国一些州（如纽约，威斯康星州等）的法律规定股东应对工人未支付的工资负责，^④ 加拿大的法律也有类似的规定。

正因为有限责任制度被一些学者认为具有上述缺陷，因此这些学者在肯定有限责任制度在历史上曾经起到过的作用的同时，认为有限责任制度已不适应现代市场经济社会的发展需要，“有限责任与自由市场行为是不协调的”。^⑤ 据此，许多学者主张应改变责任形式，塑造新的公司类型。这些学者提出了三种主张：

一种观点认为，公司应选择无限责任形式，使股东个人对公司的债权人直接负责。此种观点认为，无限责任在市场竞争中应扮演重要作用。无限责任制度有力地保护了债权人，鼓励了谨慎的投资和市场行为，并且与民事责任的基本规则是协调一致的。因此应鼓励无限责任公司的发展。^⑥

第二种观点认为，应采取双重责任并存的模式，即在一个公司中使有限责任和无限责任股东同时并存，负有限责任者则不参与管理，无限责任的股东直接管理公司。在这方面，可以借鉴美国有限合伙制度。^⑦ 在有限合伙中，一般合伙人与有限合伙人并存，既可保护有限合伙人的责任负担，又能对债权人有所保障。

第三种观点认为，应采取按比例分担责任（Pro Rata Liability）制

^② Halpern, Tre & loock & Turnbull p.145 - 147.

^③ Clark, The Regulation of Financial Holding Companies, 92Harv.1.Rev.789、825。

^④ New York Bus. Corp. Law & 630 (Mckmney 1963.Supp.1986) .Wis.ST at am 180 40 (6) (West 1957) .

^⑤ Can Bus Corp. Act. R.S.C.1974 - 75, Ch, 33 - 114。

^⑥ W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaft Tspolitik, (Bern, 1952) .

^⑦ 周晓红：《台湾学者变“有限责任”的变革》，载《中国法学》1993年第2期。

度。即股东各依其投资比例对债权人直接负责。美国加利福尼亚州自1853年开始就采用这一制度，一直沿用到1931年。最初，法律要求股东直接对公司的债权人负责，但最高限额为股东在公司中的股份。以后这一制度得到了发展，股东可根据其股份比例直接对各债权人负责。这一制度虽然已停止使用，但许多美国学者认为，该制度既可避免无限责任和有限责任的缺点，亦可发挥有限责任的优点，应在实践中采用。^④

上述各种观点均认为有限责任制度已不适应社会经济发展的需要，应用其他的责任形式取代它。诚然，有限责任制度具有明显的缺陷，但是否应废除呢？我认为，有限责任制度在历史上曾经发挥过的筹集资金，分散风险、促进所有权与经营权的分离等作用是不可否认的，而现在这一制度继续在发挥这些作用。为什么时至今日，有限责任制度要招到许多批评，主要有如下几方面的原因：

1. 随着社会经济的发展，法律制度所追求的目标有所改变。市场经济发展到了一定阶段以后，必然会对交易安全、投资安全、市场秩序等提出更高的要求。根据许多学者的观点，现在法律的目标不是鼓励过度的风险投资和聚集资本，而是如何完善投资环境、创建公平竞争的市场。因此，需要加强对债权人的保护，而有限责任制度恰好在保护债权人方面是薄弱的，这是该制度的缺陷。但这一缺陷是可以通过一些配套措施的完善从而加以弥补，而不能因噎废食，据此废除有限责任制度。

2. 公司的一些侵权责任、特别是产品责任的发展，使公司与广大消费者之间可能会直接发生损害赔偿的债的关系，尤其是在产品致受害人遭受人身伤害和死亡的情况下，对受害人的赔偿数额可能是巨大的。因此，一些公司特别是那些为广大消费者提供产品的公司，势必要承担未来可能要支付巨额赔偿的风险，而有限责任因其本身的内涵必须要限制责任，这样可能会对消费者不利。然而，就未来的不可预测的损害赔偿的风险来说，也不是每个公司所能承受的，即使存在有限责任制度，一旦公司因产品致人损害要承担全部赔偿，则成千上万

^④ Phillip, p.89.

的公司将面临着可能会破产的风险，有限责任制度并不能避免此种风险，所以，解决产品责任等问题，必须通过责任保险等保险措施，使损害结果分散并由社会大众分担。保险制度和限制责任的有限责任制度是完全不同的，保险制度在发挥作用的同时，不能影响有限责任的存在价值。正如美国学者阿洛尔所指出的：“保险虽然起到一定的作用，但不能完全代替有限责任”。^②

3. 证券市场的发展造成一种假象，似乎集资途径主要靠公司在证券市场上挂牌上市，对于非上市公司来说，集资的规模是有限的，所以，有限责任制度作为刺激积资的手段主要在上市公司中发挥作用。我认为，这种看法是不妥当的。诚然，公司挂牌上市可以向社会公众募集到更高的资本，但上市公司在公司中仅占很小的比例，绝大多数公司仍然是有限责任公司，而这些公司若不采取有限责任制度，则很难吸引投资，不断发展。

各种关于改变责任形式的观点也是值得商榷的。首先，无限公司虽有其优点，但因为无限责任对投资者来说所承担的风险太大，并不能鼓励投资者进行广泛的投资。而且由于在无限公司中实行所有权与经营权的合一，也不利于公司的发展。其次，双重责任并存的公司类似于大陆法系的两合公司，这类公司因实行两种责任。具有两类不同的股东，由于两类股东所享有的权益不同，很难协调一致，经常容易发生纠纷，这类公司正逐渐走向衰亡。至于有限合伙制度虽有其优点，但毕竟是合伙的一种形式，不能代替公司的形式。第三，按比例分担责任的办法在实践中操作起来是很难的，这种责任形式能够实现的前提是，股东和债权人能够直接发生联系，这在一个小公司中或许能做到，但在大公司特别是具有成万上万的股东的大公司中，要让股东和每个债权人发生联系，是完全不可能的。这样，很难将债务在每个股东中进行分摊。更何况证券市场的形成，使每个股东可以自由转让其股份，以致股东本身接连不断变化，从而难以使债权人和某个特定的股东发生联系。

我认为，有限责任制度的缺陷是存在的，但是随着社会经济的发

② K. Arbow, *Essays On the Theory of Risk - Bearing* 139 - 43 (1971) p. 140.

展和法律制度的逐渐完善，有限责任制度的许多弊端正在逐渐被克服。例如，保险制度特别是责任保险制度的产生解决了有限责任制所未能解决的公司的债权责任问题，由于国家对公司的行政监督管理制度的强化、公司特别是上市公司应向社会披露其内部情况的公司制度的完善，促使与公司进行交易的当事人能够全面地了解和查阅公司的资信情况和偿债能力，从而有助于避免债权人的不必要的损失。此外，公司的资本保护等制度的逐渐完善，都有助于维护债权人的利益。总之，有限责任制度的一些重大缺陷可以通过各种措施加以弥补，不能简单地从有限责任制的缺陷中得出应取消该制度的结论。

在我国当前发展社会主义市场经济的过程中，必须要建立现代企业制度，为此必须实行公司的有限责任制。我们要利用法律机制鼓励投资和资本积累，促使企业转换经营机制，实行所有权与经营权的分离等等，都必须在公司形态中普遍实行有限责任制。没有有限责任制，不可能广泛开辟筹资来源，吸引广大投资者投资，从而促进公司的蓬勃发展。没有有限责任制，不可能促进所有权与经营权在公司内部的分离，形成公司内部科学的管理体制。没有有限责任制，也不可能促进股份的流通，推动证券市场的发展。总之，有限责任制是市场经济条件下企业成长的重要条件，也是经济发展的巨大动力。当然，在认识到有限责任制的价值的同时，也应当注意到这一制度所固有的缺陷，并寻求适当的措施来消除这些缺陷，从而更好地发挥有限责任制在发展社会主义市场经济中的作用。我认为，从我国当前经济体制改革中转换企业经营机制、推行和发展公司制的情况来看，当前存在的最大问题是在观念上将公司的独立人格绝对化，以至于不适当地认为股东在任何情况下均对公司债务不负责任，以至于导致一些人借公司的法律人格从事各种不法行为。并造成债权人的损害，而在此情况下，由于有限责任制的存在，债权人也难以对从事不法行为并获得利益的股东提出赔偿的请求，这样一来，有限责任制就有可能被个人利用来作为欺诈他人，规避法律的工具，为了弥补有限责任制度这方面的不足，我认为应借鉴国外流行的“揭开公司面纱”的措施，即在特殊情况下不考虑公司的独立人格而由股东直接承担责任的办法来弥补有限责任制的不足。

四、“揭开公司的面纱”

事实上，有限责任制的主要弊端是对债权人保护的薄弱。其中，最突出的问题是在股东滥用公司人格而损害债权人的利益时，债权人不能对股东直接提出赔偿的请求。公司的有限责任制和独立人格像罩在公司头上的一幅面纱（Veil），它把公司与股东公开，保护了股东免受债权人的追索，这样在公司的资产不足清偿债务时，不仅使债权人的利益不能得到保护，而且在一定程度上也损害了社会经济利益。当然，法律可以通过规定行政的甚至刑事的责任来制裁不法行为人，但这些责任并不能使债权人所遭受的损害得到恢复。借鉴国外的立法和司法经验，在此情况下，可以允许司法审判人员根据具体情况即不考虑公司的独立人格，直接追究股东的个人责任，此种措施在英美法中称为“揭开公司的面纱（Lifting the veil of Incorporation）”在大陆法中称为直索（Durchgriff）责任。

“揭开公司的面纱”就是指司法审判人员在特殊情况下对公司的股东特别是董事在管理公司的事务中，从事各种不正当行为造成公司的债权人的损害，应不考虑公司的独立人格，而要求公司的股东向债权人直接承担责任。“公司的面纱”（The veil of Incorporation）即公司与其成员相区别的制度，最初于1897年的《萨洛蒙诉萨洛蒙有限公司》（Saloman V. Soloman Ltd 1897）一案中得到确认，随着社会生活的发展，法院在实践中逐渐意识到“公司的面纱”常常被公司的股东利用来从事各种不正当行为，它经常掩盖了股东的个人行为，并保护股东免受债权人的追索，因此在特别情况下应揭开公司的面纱。按照英美学者的理解，“揭开公司面纱”主要有两项内容，即确认某个公司与其成员、董事为同一人格，确认某个集团公司为一个单纯的商业实体。^③“揭开公司面纱”的重要目的是执行成文法关于“揭开面纱”的特殊规定，防止欺诈、防止通过使用公司形式而规避法律义务。在 Giclford Motor Co Ltd V Hornel 1933 和 Jones V. Lipman 1962 案件中，法院都没有考

^③ Vanessa stott: Company Law. Hony Kony P9. Bpp publishing Ltd 1992.

虑公司的独立人格，而责令其公司的股东对债权人负责。而在 Unit Construction Co Ltd V Bull - cock 1960 一案中，某个英国公司拥有三个均在肯尼亚注册的公司，尽管公司章程确认各个公司的董事会应在肯尼亚召开，但事实上三个公司完全由控股公司管理。法院认为，在肯尼亚注册实为一个骗局，三个公司的住所地均应为英国，并应在英国纳税。

德国法在近几十年来也注意到有限责任制在这方面的弊端，而开始确立“直索”责任以弥补有限责任制的不足，所谓直索责任，按台湾学者黄立的解释，“直索 Durchgriff 指法人在法律上之独立性排除，假设其独立人格并不存在之情形，法律政策上采纳直索理论乃是为了排除法人作为独立权利主体之不良后果。”^④ 德国联邦法院在 BGHZ10, 205, 54, 222, 61, 380 等判决中也指出：“虽不应轻易的置法人的独立人格于不顾，但如果生活实际现象及事实均有排除法人权利主体独立性之必要时，应不考虑法人的独立人格。不过，在德国法中，分离原则（das Trennungsprinzip）即法人独立人格与其成员相分离的原则仍为一般原则，而直索责任为例外情况。日本公司法也开始重视直索责任问题。日本商法有限公司法修正案正试图以加大董事、代表董事，支配股东的责任来保护公司债权人的利益。该修正案规定，在资本未满足 5 千万日元的有限责任公司中，持有公司已发行股份总数二分之一的股份的股东，如为公司董事或代表董事，或对董事的执行职务行使重要的影响力者，对居此地位期间公司所发生的劳动债权或侵权行为债权，当公司不能清偿时，应负直接清偿责任。当公司不能清偿债务时，公司债权人得请求股东返还过去一定期间（如 2 年内）从公司所受的利益。”^⑤

直索责任并不意味着在公司的股东实施不正当行为致债权人损害时，债权人直接基于侵权行为的规定而请求公司的股东负责，并不意味着公司与债权人之间的债的关系要转化为公司的股东与债权人之间的侵权损害赔偿关系。直索责任的理论根据不是侵权行为，而是公司的人格被不正当的使用并造成债权人的损害。其理论根据主要有如下

^④ 台湾政治大学。《法学评论》第 40 期，1978 年 12 月第 106 页。

^⑤ 见《台湾学者谈有限责任》，《中国法学》1993 年第 2 期。

几种，第一，滥用公司人格。滥用度又分为二种，一种是主观滥用说，即认为只要行为人主观上具有滥用的故意时，就构成滥用。德国学者西内克（Relf Serick）指出：“法人的法律地位，如被有意滥用于不正当的目的时，则不被考虑。另一种是客观滥用说，即对于藏于公司之后的自然人的直索，不以主观故意为要件，而以其行为客观上形成滥用为要件。第二，欺诈说，此种观点认为公司股东实施欺诈债权人的行为，并致债权人损害，可向股东直索。如董事故意隐瞒负债大于资产的事实，仍与债权人订约而取得财产，遂构成欺诈。在欺诈的情况允许直索，在许多国家的公司法中有规定。如英国公司法第 630 条规定，若董事实施欺诈行为，可向董事直索。第三，违法说，此种观点认为，若区分公司与其成员的地位将造成违法的后果时，应允许债权人向公司的股东直索，美国的法院在实践中大都认为，公司的人格必须用于合法的目的，若用于非法目的，则应“揭开公司的面纱”。总之，我认为直索的理论根据就在于公司的独立人格被不正当使用，公司的人格掩盖了个人的不正当的、非法的行为，并造成了对债权人的损害。因而对公司的人格不予考虑，而应允许债权人对公司的股东直索。这就是说，一方面，行为人滥用了公司的法律人格，公司的法律地位是法律确认社会经济组织作为民事主体、从事广泛的民事活动的法律形式，但如果公司的主体地位被用来作为掩盖公司的成员从事不法行为、规避法律的工具，则公司的独立人格的存在也就失去了其存在价值。因此，司法审判人员在考虑行为人责任时，不应拘束于公司的人格障碍。这里所说的滥用，并不一定意味着行为人主观上具有故意或恶意，只要行为人的行为在客观上导致了公司的人格被不正当使用，就应认为已构成滥用公司人格。另一方面，行为人的行为已损害了债权人的利益，这里所说的损害不仅包括债权人现有财产的减少、灭失，也包括债权人应该得到的利益没有得到。如果滥用公司人格并没有造成对债权人的损害，就不应发生直索问题。直索责任或“揭开公司的面纱”是在特殊情况下不考虑公司的独立主体资格，这并不是要否定公司独立人格制和有限责任制。事实上，确立直索责任，只能在例外的情况下采用，不可能作为公司法的一般原则，而公司的独立主体资格和有限责任制仍然是一般原则。强调公司的独立主体资格，

将公司与公司的股东、公司财产与其成员的个人财产分开，是使公司能够成为在市场经济中真正独立自主自负盈亏的经济实体的基础，也是社会经济充满生机与活力的动力所在。这一制度作为基本原则在任何时候都不能动摇。但为防止公司的股东基于不正当目的滥用公司形式，逃避债务和其他义务，并致债权人损害，又需要采纳直索责任。从民法上看，直索责任具有如下特点：

(1) 债权人直接向股东提出请求，这就排除了公司的独立人格障碍，但是这并不意味着在此情况下公司的责任完全转化为个人的侵权责任。相反，由于直索责任仅仅是为保护债权人而设立的，不考虑公司的独立人格的责任，因而在债权人直接向股东提出请求时，也可不排除公司对债权人应负的责任。

(2) 直索责任在性质上是民事责任。我国现行法律注意到了公司的法定代表人及其他工作人员的责任，但仅要求其承担行政甚至刑事责任。例如民法通则第 49 条对法定代表人从事抽逃资金、隐匿财产等行为，可给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。严格地讲，这些责任都只是对国家所负的责任，而不是对债权人的责任，债权人所受的损失并没有因为这些责任的承担而得到弥补，而直索责任主要是为了保护债权人的利益，它在性质上并不是行政甚至刑事责任，而只是民事责任。

(3) 直索责任应为公司责任的补充，如果公司具有足够的资产清偿债务，债权人可以不必要求直索。直索一般是在公司具有资产不足以清偿债务时，由公司的股东负个人责任，这样可使债权人的债权得到充分保障。当然，在特殊情况下，法律也可以规定，即使公司具有足够的财产清偿债务，若公司的股东从事不法行为，亦应使其向债权人负责。但是我认为。既然直索责任设立的目的是为了保护债权人的利益，若使公司承担责任足以保护债权人，则债权人没有必要提出直索。对债权人来说，主要关注的不是对某个股东因直索而实行制裁的问题，更重要的是其损失的补偿问题。所以，如果他们能够从公司那里获得赔偿，就无必要提出直索。

从国外的情况来看，直索责任大都是由司法审判人员根据具体情况所确立的。然而，由于直索责任在一定程度上限制了公司的独立人

格制度和有限责任制的适用，因此不能不对直索责任的适用范围有所限定，否则，允许司法审判人员随意确定直索责任，将会严重妨碍公司法的基本原则的适用，影响了公司法律内部体系的和谐一致。所以，一方面应允许直索责任以弥补有限责任制。另一方面又要对司法审判人员在适用直索责任中的自由裁量权有所限制，对直索责任的适用规定严格的条件，从而充分发挥这种责任的作用。

五、在何种情况下应“揭开公司的面纱”

由于直索责任在一定程度上限制了有限责任制度的适用，因此对直索责任的适用应规定严格的条件。这些条件主要就是适用直索责任的具体情况，即在何种条件下可以适用直索责任。应该看到，我国目前还处于市场经济发展初期，法制尚不健全，公司制度有效实施的客观环境和条件尚未真正形成，一些不法行为人借助于公司形式规避法律，从事欺诈等不法行为的现象也比较普遍，因此，实践中可以适用直索责任的情况是很复杂的，也是需要在法律上予以明确的。当前，在某些司法审判人员中存在的一种不恰当的观点是除非行为人的行为已构成犯罪，否则不能适用直索责任。某些审判人员对一些明显应适用直索责任的情况碍于公司的独立人格和有限责任制而不能严厉地追究不法行为人的责任，并充分保障债权人的利益。例如一人设立数个公司，实际上是一套人马，当一个公司因经营不善欠下大量债务时，该公司的资产就被迅速转移到另一个公司的账目上，这样债权人最终落得两手空空。对此种情况，某些审判人员即使在证据确凿时也不能动用另一个公司的资产清偿债务，认为这样做不符合有限责任的规定。实际上，若有限责任被用于逃避债务，规避义务的目的，则根本不符合该制度存在的目的。如果片面强调这一制度的绝对性，认为在任何情况下都不能“揭开公司的面纱”，则必然使债权人的利益不能得到保障、社会经济秩序不能得到维护，而有限责任制度也不能真正发挥作用。

那么，在哪些情况下可以“揭开公司的面纱”，适用直索责任呢？我认为主要有如下几种情况：

1. 财产混合

财产混合，是指公司的财产不能与该公司的成员及其他公司的财产作清楚的区分。公司的财产与其成员和其他公司的财产的分隔是有限责任存在的基础。只有在财产分离的情况下，公司才能以自己的财产独立地对其债务负责。许多国家的法律为保证公司具有足够的资产清偿债务，都规定了资本维持原则，要求公司应有独立的公司财产，并在范围上其与股东的财产具有明确的区分。如果财产发生混合，则不仅难以实行有限责任，而且也极易使一些不法行为人借此隐匿财产、非法移转财产、逃避债务和责任，也会使某些股东非法侵吞公司财产。

财产混同也可能是利益的一体化，即公司的盈利与股东的收益之间没有区别，公司的盈利可以随意转化为公司成员的个人财产，或者转化为另一个公司的财产，而公司的负债则为公司的债务。这种情况已表明公司并没有自己的独立财产。

至于公司的账目混乱是否必然构成直索，则应视具体情况而定。若账目混乱并未导致公司的财产与公司成员和其他公司财产的混合，则不能据此认定应“揭开公司的面纱”。

2. 人格混同

人格混同是指某公司与某成员之间，及该公司与其他公司之间没有严格的分别，在实践中一套人马、两块牌子，名为公司实为个人等，都属于人格混同的情况。按照美国学者高尔夫（Goff L.C）的观点，若数个公司之间无分离的业务，则属于人格混同，但大多数学者认为，若数个公司之间具有共同的董事、股东和共同利益，则为人格混同^⑤。在我国现实生活中人格混同现象主要有如下几种：

第一，一人组成数个公司，各个公司表面上是彼此独立的，实际上在财产利益，盈余分配等方面形成为一体，且各个公司的经营决策等权利均由该投资者所掌握，这样，在各个公司之间、及各个公司与该投资者之间可能已发生人格混同。这种现象在社会中比较普遍。一人办数个公司的优点是有助于减轻投资风险和灵活经营，但在法律上最大问题是，有可能导致人格混同。

^⑤ Farow On Company Law P63.

第二,相互投资引起的人格混同。我国《股份有限公司规范意见》第24条第二款规定:“一个公司拥有另一个企业10%以上的股份,则后者不能购买前者的股份”,这一规定就主要是为了避免相互持股引起的一系列问题。从各国情况来看,相互持股极易引起人格混同。因为在相互持股的情况下,一方持有对方一定量的股份,有可能就是对方出资给该公司的财产,这样双方就这部分股份并没有出资。如果双方就此持有的股份占据了各该公司的大部分,则两个公司表面上是独立的,实际上已结为一体,这就导致了人格混同。

第三种情况是因为母公司和子公司之间的相互控制关系而引起的人格混同。(有限责任公司规范意见)第77条规定:“一个公司对一个公司(企业)的投资额达到控股时,该公司即成为母公司,被控股公司(企业)即成为该公司的子公司(企业)。该子公司(企业)具有独立法人资格”。但是,在现实中,尽管母子公司均为独立法人,而子公司因为母公司的过度控制使其完全变成了母公司的代理人,则母子公司已发生了人格混同。美国著名法官卡豆佐指出:过度控制使“母公司变为被代理人、子公司成为代理人”,则应“揭开公司的面纱”^②,韩德(Hand)法官也认为,仅仅通过股份所有权的控制方式并不能使子公司丧失其独立存在价值,但一个公司可能在从事交易过程中变为另一个公司的代理人,则应“揭开公司面纱”。^③美国学者Otto Kahn-Freund曾区分了两种控制方式,即“资本控制”和“职能控制”,资本控制就是通过股份资本的所有权实施控制,而职能控制则涉及到直接经营管理另一个公司。他认为资本控制本身并不能在两个公司之间形成代理关系,而职能控制则有可能形成代理关系,从而造成人格混同^④。在我国现实生活中,母公司和子公司因控制关系而完全成为一体的现象经常存在,而且也极易造成欺诈。因此,在此情况下应“揭开公司的面纱”。

3. 虚拟股东

虚拟股东是指公司的人数并没有达到法定人数,而采取虚拟其他

^② Berkey v. Third Ave. Ry, 244N. Y, 84, 95, 155N. E58, 61 (1925) .

^③ Kingston Dry Co. v. Lake Champlain Transp, Co, 31F, 2d, 265, 267, (2d Cir, 1929) .

^④ Farrow on Company Law p.62.

方法使公司成员达到两个以上，从而满足法律关系最低人数的要求。实际上公司的真正所有者只有一个，在实践中，虚拟股东主要有如下几种情况：

第一，为成立中外合资、合作企业，以享有优惠待遇，虚构外方投资，搞假合资，假合作，实际上外方根本没有出资。行为人虚构的目的是为了骗取进口汽车、减免税等优惠待遇，从而损害国家利益，但也可能造成对债权人的损害。第二，为凑足股东人数，虚拟出资和股份形式，名为公司，实为独资。例如，一个股东持有的股份与其他股东持有的份额极不相称，或者股东全为家庭成员，这就极有可能存在着假股东现象。

在实践中，股东违反义务，在出资以后撤回出资，有可能对公司资产和股东产生重大影响，撤资是否导致撤资人的股东地位的丧失，是一个在理论上值得探讨的问题。我认为，撤资本身既违反了法定义务，也违反了股东之间的约定义务，撤资不能使撤资人的股东地位丧失，并使其免于承担公司债务，更不能据此“揭开公司的面纱”，而使无过错的当事人承担过重责任。至于股东违反义务拒不出资，则主要应由公司催告其出资，不能据此适用直索责任。

4. 以公司名义从事不法行为

行为人以公司的名义从事不法行为，主要是实施一些欺诈行为，如以公司名义生产伪劣产品，争取获利，以公司名义签订合同以骗取大量的预付款，并供个人挥霍浪费，再如为逃避债务，将应交付给债权人的债物转卖给一个由债务人所控制的公司，并以原物已归其他公司为由拒不向债权人交付货物，等等。以公司的名义从事不法行为，极易给人一种假象，即这些行为是公司的行为而不是个人的行为，因此应由公司而不是个人负责。实际上在此情况下，公司人格已被滥用，并成为个人从事非法行为的工具。因此，这类公司应被取缔，个人亦应对其违法行为负责。在国外的司法实践中，许多法官也认为，如果公司作为个人欺诈的工具，则不应考虑公司的独立地位，因为如果给予公司的主体地位，将会导致“不公正、欺诈或不公平”的后果。^④在

^④ M/V American Queen V. San Diego Marine Constr. Corp, 708F, 2d1483, 1489 (g&b, Cir.1983) .

我国法律中，虽对公司的法定代表人及其他工作人员以公司的名义从事欺诈等行为，规定了行政甚至刑事责任，但并未规定对债权人所应负的责任，这一点乃是立法上的一个漏洞。

5. 不正当的控制

不正当的控制，是指一个公司对另一个公司通过控制而实施了不正当的、甚至非法的影响。从原则上说，以自然人控制一家公司，本身并不能构成股东的直索责任，导致直索责任必须是在控制本身具有不正当的、甚至非法的现象。所以许多学者认为，法律将企业塑造为独立的权利义务主体，要求其能够独立行为，如果一个公司成为另一个公司争取利益的工具。并且丧失了独立行为的能力，已经不符合法律承认这些公司的独立地位的目的，这就表明这些控制本身具有不正当甚至非法之处，因此应“揭开公司的面纱”。

在英美法中，有关不正当控制问题有几种理论：一是“工具”理论（In Instrumentality doctrine），这一观点认为，如果一个公司完全成为另一个公司的工具，则应揭开这些公司的面纱。这一理论最初由美国学者 Fred - Erick Powell 在 1931 年提出，以后在 *Lowendaih V. Baltimore & Ohio Rail - road* (247A.D.144, 160 - 61, 287N.Y.S62, 76) 一案中被正式采用，二是过度控制理论。根据这一理论，如果一个公司对另一个公司实行了过度控制，则应“揭开公司的面纱”。什么是过度控制？许多学者认为必须是一个公司完全操纵了另一个公司的决策过程，并使被操纵的公司完全丧失了其独立性，如果控制仅仅是为了获取一定的利益，则不能认为是过度^①。也有一些法官认为决定过度的标准是通过控制而实施了不正当的行为，违反了法定义务，而控制一方实施的不正当行为与原告的损害之间存在着因果关系。^②因此原告要证明控制是过度的，必须证明在不当行为和原告遭受损害之间存在着因果联系，如果某个股东的不正当行为并没有给债权人造成损害，则不存在请求的基础。三是“改变自我（The “Alter ego” doctrine）。这一理论认为，如果在母、子公司之间存在着所有权和利益的一体化，则子公司已改

① Phillip: P115.

② *Lowendahl V. Baltimore & O.R.R.*, 247, A, D. a&157, 287N, Y, Sat 76.

变了自我，它不再是一个独立的公司，因此应“揭开公司的面纱”。^③在这里，“所有权和利益的一体化 (Unity of ownership and interest)”是决定是否“改变自我”的标准^④。上述英美法的有关理论，对我们在实践中认定不正当控制问题，是有一定的借鉴意义的。

我认为，自然人作为股东控制某个公司，本身并不能构成对该股东的直索责任。因为控制权力是股份所有权的产物，当股份持有量达到一定规模时，必须会产生资本的控制，所以资本的控制是不可避免的，也是合法的。但是，如果股东通过控制实施了某种不正当的行为，或控制的目的是为了从事有背于法律、章程所规定的行为，则在此情况下可产生直索责任。

六、结 束 语

现代企业制度是与有限责任制密切联系在一起的，否定了有限责任制，也就否定了现代企业制度存在的必要性。在我国当前逐步建立现代企业制度以推进改革深化、发展市场经济的情况下，必须建立作为现代企业制度的基本内容的有限责任制，但在推行有限责任制时，必须认识到该制度的缺陷，并通过“揭开公司的面纱”的措施的采用，以充分发挥该制度的作用。为此，我认为有限责任的概念也应有所修正。这一概念应指：对公司的债务，公司应以其全部资产负责，每个股东以其所认缴的出资额对公司负责，而在股东滥用公司的人格、从事有害于债权人的行为时，应对公司的债权人负赔偿责任。

(本文原载于《政法论坛》1994年第2期)

^③ Phillip P118.

^④ 参见：Bonanza Hotel Gift Shop, Inc V, Bonanza NO.2, 596, P.2d227 (Nov 1979)。

竞争与发展：公司法改革面临的主题

王保树

作者简介

简历

王保树，男，原籍河北省任丘市。1964年8月毕业于北京政法学院（现在的中国政法大学），1979年2月调入中国社会科学院法学研究所。1998年6月调入清华大学，现任清华大学法学院教授、博士生导师，曾获“有突出贡献的国家级中青年专家”的称号。

主要学术成果

《中国商事法》（主编），人民法院出版社1996年。

《商法的原理与实务》（主编），北京大学出版社2002年。

《商法的改革与变动的经济法》（独著），法律出版社2003年。

“现代股份公司法发展中的几个趋势性问题”，《中国法学》1992年第6期。

“股份有限公司的董事与董事会”，《外国法译评》1994年第1期。

“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。

“商法的实践与实践中的商法——商人法讨论大纲”，《商事法论集》（第3期）1999年号；

“资本维持原则的发展趋势”，《法商研究》2004年第1期。

目 次

- | | |
|--------------------|-----------------------------|
| 一、引 言 | 样的理念？ |
| 二、公司法改革的需求源于公司法自身 | 五、公司法改革的关注点之一：降低公司运营成本 |
| 三、全球竞争为公司法改革带来了什么？ | 六、公司法改革的关注点之二：改善公司治理，降低经营风险 |
| 四、公司法改革应寻求什么 | 七、结 语 |

一、引 言

公司法的发展有其自有的规律，它与一个国家的经济体制、社会经济结构和经济水平是紧密联系的。但是，当代公司法的发展必须关注一个不容忽视的事实，即全球经济一体化的进程。中国已于2001年加入了世界贸易组织，以此为契机，中国经济融入全球经济一体化的进程大大加快了。在这种情况下，公司的竞争力不仅是投资者和经营者关心的问题，也是公司法的立法者关心的问题。因此，公司法改革与全球竞争联系起来。

这里，我们没有使用“公司法修改”、“公司法完善”，而是使用了“公司法改革”。为什么？这需要从深层次寻找原因。毫无疑问，“公司法改革”包括“公司法修改”和“公司法完善”。这里之所以提出“公司法改革”，当然应该赋予它新的涵义。

首先，我们在审视公司法时，应有一个改革的态度，即从关注一国范围的适应性转向关注对全球竞争的适应性。因为，公司法所规范的公司，特别是大公司，其存续、经营和发展都必须面向全球竞争，只不过有主动与被动之别而已。如果仍仅仅以国内的适应性为标准审视一国的公司法，其公司法就只能落后于形势。

其次，修改与完善公司法，必须有改革的精神。迄今为止，修改与完善公司法的模式主要有两种：一是修补式，即针对个别条文，修

修补补；二是结构式，即考虑到整个公司法的不适应，进行大幅度修改。如何评价这两种不同模式？不可一概而论。换言之，这两种模式都有其适用的领域与情形。但是，亚洲金融危机和世界范围内虚假财务会计报告的冲击，使人们已感到现有公司法律制度的脆弱，不能只采用修补的方式而应采用改革的精神完善公司法。

再次，公司法改革重在制度改革。无疑，公司制度改革应具有全面性、结构性和深刻性。迄今的公司制度理念比较注意逻辑结构和应然性，对于实践偏离法律的考察也大多注意违法性的判断而忽视经济结构、经济条件对公司法的影响和对公司法实效性的考察。如今讨论公司法改革，应多强调一些实然性，多关注公司法制度结构与经济结构之间的互动，即注意经济结构对公司法改革提出的要求和公司法对改善经济结构的引导、促进作用，而不是就事论事。当然，结构性的公司制度改革不是一蹴而就的，应将结构性改革的长期目标与实现阶段性成果的阶段性目标结合起来。阶段性改革的目标也应与关键性的具体制度紧密结合起来，不能只拘泥于个别条文的考量。

显然，将公司法改革与全球竞争体制结合起来，并非相信公司法的万能，似乎只要有了一部完善的公司法，公司就会自然有了竞争力。相反，在同样的公司制度条件下，有些公司很有竞争力，而有些公司则毫无竞争力。我们强调两者的结合，是指全球竞争给公司法的改革提出了课题，公司法改革应给一个国家公司参与全球竞争提供必要性条件，易言之，公司法改革应能提高一国公司竞争的整体水平。

二、公司法改革的需求源于公司法自身

现行的中国公司法于1993年12月29日颁布，次年7月1日开始实施。至今，已8年有余。其间，仅修改过一次，即九届全国人大常委会第十三次会议于1999年12月25日作出了关于公司法修改的决定。根据该决定，仅对公司法修改了两条：一是在第67条中增加了国有独资公司设监事会以及监事会的组成、职权等内容；二是在第229条增加了第二款，即：“属于高新技术的股份有限公司，发起人以工业产权和非专利技术作价出资的金额占公司注册资本的比例，公司发行新股、

申请股票上市的条件，由国务院另行规定。”毫无疑问，这次修改公司法的主要目的是支持高科技股份有限公司进入证券市场直接融资，以促进高新技术产业发展。为此，主要解决三个问题：

第一，提高高新技术股份有限公司发起人工业产权、非专利技术出资在公司注册资本中的比例。依据公司法第 80 条第二款的规定，发起人以工业产权、非专利技术出资的金额不得超过股份有限公司注册资本的 20%。而高新技术股份有限公司发起人许多是拥有高科技的专家，如果将工业产权、非专利技术出资限于 20% 之内，显然不能满足他们的需要，甚至高新技术股份有限公司不可能成立。因此，提高上述比例是必要的。

第二，降低公司发行新股的条件。依公司法第 137 条规定，公司发行新股，前一次发行的股份已募足，并间隔 1 年以上。而高新技术股份有限公司需要在证券市场上进行较多的融资，甚至公司在实践中认为有必要突破“间隔 1 年”的限制。所以，需要为高新技术股份有限公司发行新股制定新的规则。

第三，降低股票上市的条件。依公司法第 152 条规定，申请股票上市的公司，股本总额不得低于 5000 万元人民币。高新技术股份有限公司建立之初，大多是较小的公司，很难达到 5000 万元股本总额，因而需要通过制定新规范降低股票上市条件。

应该指出的是，公司法经上述修改之后，国务院没有作出相应规定。并且，中国证监会虽在着手制定创业企业股票发行、上市的规定，但仍处于征求意见过程之中。因此，公司法第 229 条第二款关于高新技术股份有限公司的规定并未在实践中实施。高新技术股份有限公司发行新股和股票上市，仍在执行公司法原有规定和中国证监会原有规章。

1993 年 12 月 29 日颁布的公司法及其 1999 年 12 月 25 日的修订，对我国恢复商事公司制度，推进国有企业走公司制之路，保护股东和债权人合法权益，起了很重要的作用。其意义是应该充分肯定的。但是，由于颁布公司法时，我国刚刚实行社会主义市场经济体制，许多矛盾尚未充分暴露，实践对公司法的规则需求不及今日，因而公司法不可避免地会留下缺陷。伴随社会投资和公司实践的迅速发展，人们

也提出了许多应由公司法解决的问题。这些问题，不仅引起学术界与实务界的注意，也引起国家立法机关的关注。所以，第九届全国人民代表大会常务委员会曾将修改公司法列入立法规划。并且曾明确指出，要进一步做好商事立法工作，重点抓好对公司法的修改与补充。^①但是，至今还没有将草案提交全国人大常委会审议。值得注意的是，主管证券市场的管理机关中国证监会发布了一系列规范上市公司的规则。诸如上市公司治理准则、关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见、上市公司股东大会规范意见（2000年修订）、中国证监会关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知等。这些规则，对公司法的股份公司部分，尤其是对上市公司的公司治理部分，进行了许多实质性的补充。然而，这些规则由于其位阶低，不足以起到变革公司法的作用。因此，公司法改革的任务一直是存在的。

三、全球竞争为公司法改革带来了什么？

（一）全球竞争开阔了人们观察公司法的视野

全球竞争带来了什么？显然，全球竞争不会给公司法直接带来什么。但毋庸置疑，全球竞争改变了公司法作用的条件。

1. 资本流动范围的扩大

全球经济竞争带动了资本在全球范围内流动。之所以如此，是因为资本运作的高度选择性。换言之，资本“总是趋于只投入在以营利为目的的运营活动中，其目的是让资本‘生出利润’。为了使资本‘生出利润’，以营利为目的的运营活动从根本上说（不过这并非重言）是有‘选择性’的”。^②

由于资本流动的选择性不受地域限制，资本可以在全球范围内流动。但流向也是有规律性的。一是流向门槛低的国家或地区，即注册资本低的国家或地区；二是流向劳动力价格低的国家或地区；三是流向综合投资环境好的国家和地区。

^① 李鹏委员长在主持九届全国人大常委会第十一次法制讲座时的讲话（1999年10月31日）。见全国人大常委会法制讲座汇编[M]。北京：中国民主法制出版社，2000.147。

^② 弗朗索瓦·沙奈．资本全球化[M]，齐建华译，北京：中央编译出版社，2001.11。

2. 信息获得难度加大，风险增加

公司和公司法的实践都表明，无论是保护投资者利益，还是有效的公司治理，都需要公司信息的公开。并且，需要信息的充分性。无疑，在全球经济一体化的进程中，人们要获得那些跨国经营的公司（不只是跨国公司）信息，显然要比获得仅仅在国内经营的企业的信息难得多。正因为如此，公司和公司的投资者的风险加大了。

3. 规则趋同性要求与解决冲突的需求增多

由于公司经营范围越出了一国的国界，虽然公司法是国内法，但规则的趋同性是不可避免的。同时，全球范围内的经营也不可避免地带来法律冲突，虽然这主要依靠国际私法解决，但公司法对其关注也是不可缺少的。

（二）公司法改革面临的主题：竞争与发展

面对全球竞争提出的问题，公司法改革的主题是什么？

1. 公司法改革必须注意公司竞争的需求。公司法的制度规则应有利于为所有出资人建立公司进入市场提供均等的机会。公司法的实践表明，对公司的设立政府介入的越多越深，投资者设立公司进入市场的限制就越多。实践也表明，公司法设定的投资门槛越高，越不利于造就在资本流动中的优势环境。所以，公司法在满足公司竞争需求时，必须解决这些问题。

2. 公司法改革必须满足公司发展的需求。公司是社会经济的微观组织，它的健全程度和活力状况，直接关系到社会经济发展的总体水平。因此，公司法改革满足公司发展的需求，实际上也是满足国家经济发展的需求。无疑，公司发展需要解决许多技术情节的问题。这里，我们只能在制度规则上考量。其中，关键是公司治理问题。

应该说，公司治理问题从公司一问世就存在。特别是那些典型的所有与经营分离的大型股份有限公司，它们一开始就存在如何构建一种治理机制的问题。之所以现在人们如此重视公司治理问题，是因为20世纪70年代以来公司治理失灵的问题更加突出了。

公司治理的着眼点很多，但核心是效率与监督的问题。公司运营没有效率不可能有效地发展，而缺乏有效的监督机制，公司也不可能持续发展。所以，公司治理应成为解决公司发展的重大问题。

四、公司法改革应寻求什么样的理念?

公司法的基本理念,是将公司塑造为具有法律人格的商事主体,并以此为基础调整公司、股东、董事、经理和公司与员工等利害关系者的关系。但是,公司法自诞生至今,社会经济发生了很大变化。因此,这一理念也在发展,并成为促进公司法改革的理论基础。中国虽然恢复商事公司法律制度时间不长,但它的恢复是在现代市场经济背景下进行的,因此,现代市场经济发展中遇到的公司法理念的碰撞,在中国公司法改革中是不能回避的。

(一) 公司是扩大了的个人,还是缩小了的社会?

这是一个很尖锐的命题。美国学者约翰·戴维斯和英国学者伊凡·亚历山大都曾对此进行深入研究。^③按照他们的分析:个人的权利是“自然法”内在固有的要求,在这个假设基础上,通过“法律虚拟”的方式,公司才可能被看成是一种扩展了的个人,作为“扩大了的个人,而不是缩小了的社会”而同样被赋予了个人权利。虽然公司是以“假想人”(想像中的人、法律上的人、人造人、司法上的人或假想的人)的身份被创造出来的,但它们毕竟是人:因此它们是法律统治下的居民或公民。^④他们还认为,“公司是一个重要的接合点:作为商业实体被设计出来,此外它还变成了社会学实体。1897年,约翰·戴维斯写到,公司问题‘首先是一个社会的组织形式问题,正是在其次它才是一个社会功能的问题’。现在公司的第二个功能已和第一个功能同样重要了。”^⑤伊凡·亚历山大在分析了公司与管理层、股东、风险基金持有者、社会的关系之后认为,“公司已经从追求私人盈利的边缘工具成了社会占统治地位的复杂部门”。^⑥

③ 约翰·P·戴维斯·企业(第二卷)·纽约:摩羯星图书公司,1961.242、246.280.参见伊凡·亚历山大·真正的资本主义·杨新鹏译,北京:新华出版社,2000.111。

④ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义·杨新鹏译,北京:新华出版社,2000.111-112。

⑤ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义[M]·杨新鹏译,北京:新华出版社,2000.114-115。

⑥ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义[M]·杨新鹏译,北京:新华出版社,2000.117。

值得注意的是，当人们将公司同时作为“社会部门”时，实际上是视“公司变成了一个更好的公民和邻居。在很多情况下，公司将社会道德观变成了公司政策。”^⑦ 进而言之，实际上是强调公司的社会责任。

无疑，公司的社会责任是作为整个企业的社会责任讨论的。有人认为，企业的社会责任是指“企业的基本责任是在遵守社会契约的前提下行使权力”。^⑧ 但是，作为一种概念，至今仍是众说纷纭的。并且，它的内涵一直在随着实践的发展而不断变化，因而已成为一个历史范畴。

企业的社会责任，最早为经济学家所重视。传统理论对社会责任的理解源于亚当·斯密的《国富论》，他们认为，企业如果尽可能高效率地使用资源以生产社会需要的产品和服务，并以消费者愿意支付的价格销售它们，企业就尽到了自己的社会责任。企业惟一的任务就是在法律允许的范围内，在经营中追求利润最大化。企业做到了这一点，它就实现了其主要的责任。值得注意的是，此时人们对企业社会责任的理解，仍然将利润最大化作为稳立的基石。18世纪至19世纪中期，企业社会责任多表现在企业的社会捐款。就美国而言，由于法律在管理者如何使用公司资金上有明确规定，并且，法官们一致认为，企业没有权力去做其特许业务范围以外的事。否则，就是过度活跃。基于此，企业在承担社会责任上没有积极行动。

19世纪末期和20世纪早期，企业社会责任观念发生了变化。一方面，企业有了新的发展，企业家队伍更新了，他们持有本公司股份的比例下降；公司普遍建立了在法律关系上独立于公司的基金，公司财产用于社会行动比较自由了，企业寻求并发现了可避免“过度活跃”指控的一些方法和依据，法院判例不再坚持“过度活跃”条款。^⑨ 另一方面，20世纪20年代，企业管理者出现了有利于扩大企业社会责任

^⑦ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义 [M] . 杨新鹏译，北京：新华出版社，2000.158。

^⑧ 乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳·企业、政府与社会 [M] . 张志强等译，北京：华夏出版社，2002.127。

^⑨ 乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳·企业、政府与社会 [M] . 张志强等译，北京：华夏出版社，2002.131。

的相互联系三个观念，即受托人观念、利益平衡观念和服务观念，^⑩并为越来越多的企业与企业领导者所接受。此间，企业社会责任观念仍是缓慢地向前发展。

企业社会责任现代理念的发展，是由于高速发展的现代工业在不断改变社会。在这种情况下，企业社会责任来源于企业活动对社会产生的影响。所以，有人主张，“一个企业的责任包括整个企业每天是如何运行的。必须以高于最低限度的程度来考虑企业行动对股东和社会大部分人所产生的影响，这应是一种考虑周密的制度。企业的经营行为必须具有社会意义，就像企业的社会行为必须具有经济意义一样。”^⑪虽然，找出一个企业社会责任的标准是很困难的，但人们为了操作的方便，还是努力划定企业社会责任的范围或创造其指导原则。有人认为，企业社会责任可以在以下五方面考虑：第一，不能设想有一个适用于所有企业的社会责任模式；第二，必须将企业看成是一个具有强烈的利润动机的经济组织，而不能期望企业可以在没有财务刺激的条件下，去完成非经济的目标。应该鼓励企业在解决社会问题的时候寻找赚钱的机会，但企业的表现主要以经济标准来衡量，社会责任可以补充但不能替代利润目标；第三，企业有责任纠正那些由它们引起的不良的社会影响。企业不应该无视外部成本来使利润“最大化”，而应当想办法使这些成本最小化；第四，社会责任因企业特点的不同而不同。企业对社会产生的影响有很大差别，遇到的社会问题不同，他们的社会责任也不相同；第五，企业的经理们应该通过研究公共政策的总体框架来决定其社会责任。^⑫无疑，企业社会责任的理念的发展是和社会实践紧密结合的。不仅理念在不同国家有了不同的发展，而且，“有一种世界潮流鼓励企业自愿承担责任，现在这种潮流主

^⑩ 指企业管理者作为股东、顾客、雇员、社会的受托者，作为各种利益关系的协调人，并通过公司的运营服务于社会，造福、服务于公众。

^⑪ New York: The Business Roundtable, October 1981, pp.12, 14, 参见乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳·企业、政府与社会 [M]。张志强等译，北京：华夏出版社，2002.133。

^⑫ 乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳·企业、政府与社会 [M]，张志强等译，北京：华夏出版社，2002.149-150。

要集中在工业化国家，但正在向全世界扩展。”^⑬ 并且，美国等国的立法与判例已经在制度规则上对企业的社会责任予以确认。

上述企业社会责任理念的发展，^⑭ 在一定意义上，是在向人们揭示公司的社会性，或者是在向人们表示公司的社会组织体的一面。但是，人们对是否扩大企业社会责任一直存在争议。

赞成企业承担扩大的社会责任的人认为，“企业的基本目的就是积极地服务于社会的需要——达到社会的满意”。^⑮ 主张雇员、顾客、债权人、供应商和公司开展经营活动所在的社区对于法人企业都有一种利害关系，并且，有权使其利益在公司决策中受到考虑。^⑯ 他们的理由是：（1）企业是社会的产物，它们应当对社会的需求作出反应；（2）企业的长期自我利益是通过充满活力的社会责任来实现的；（3）履行社会责任是一种减少或避免公众批评的方法。^⑰

反对者主张，企业有一个并且只有一个社会责任——使用它的资源，按照游戏的规则，从事增加利润的活动，只要它存在一天它就如此。并且认为，管理者只是企业所有者的一个雇员，他要直接对所有者负责，因为股东想尽可能多地创造利润，管理者的惟一目标就是如何达到这个目的。持此观点的人还试图告诉人们，如果一个企业承担过多的社会责任，就是在扮演了经济角色外还承担了政治功能。这种混和的政治和经济力量由企业管理者来控制是很危险的。这两种力量应当分开。^⑱

^⑬ 乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳．企业、政府与社会 [M]．张志强等译，北京：华夏出版社，2002.148。

^⑭ 本文关于企业社会责任理念的分析，其资料来源于乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳．企业政府与社会 [M]。

^⑮ Committee for Economic Development, Social Responsibilities of Business Corporations New York: CED, 1971, P.11. (参见乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳．企业、政府与社会 [M]．张志强译，北京：华夏出版社，2002.132。)

^⑯ 1986年美国天主教会会议的公开信《所有人的经济正义：关于天主教社会教义与美国经济的公开信》（参见刘俊海，公司的社会责任 [M]．北京：法律出版社，1999.45.）。

^⑰ 乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳．企业、政府与社会 [M]．张志强译，北京：华夏出版社，2002.137。

^⑱ 乔治·斯蒂纳，约翰·斯蒂纳．企业、政府与社会 [M]．张志强译，北京：华夏出版社，2002.139 - 140。

也有人综合了上述见解的合理成分提出了折衷的主张,认为,“仰赖传统的营利最大化的理论,并不能导致对于当今公司责任的提法的否定。在经营判断原则的框架之内,存在着许多可以将资金用于有价值的公共福利措施的机会。惟一的限制是公司政策必须与公司的长远利益有着合理的联系。”^{①⑨}

上述关于企业社会责任观念的发展和关于扩大企业社会责任的争论表明:

1. 所谓公司社会责任,不论赞成者还是反对者,都是指的社会义务,是道德上的义务,不是法律义务。因为,法律明确规定应履行的义务是不需要争论的。“核心问题是一个基本问题,即公司仅仅是一个生产单位,还是除了生产单位外,它也是一个道德单位?例如,法国就认为公司拥有道德人格。由于公司在如此地改变社会,因此它也对社会负有义务。”^{②⑩}

2. 公司社会责任即公司社会义务,主要涉及公司的利害关系者,如股东以外的雇员、顾客、债权人、供应商和公司所在的社区等。公司的行为应“有益于职员的,也有益于社区;有益于社区的,也有益于子孙后代;有益于公司所需要的洁净空气的,也有益于使世界人口保持健康的洁净空气。”^{③⑪}

3. 人们要求公司履行社会义务,就是要求公司的管理者在进行决策时对利害关系者的利益予以考虑,以解决营利与公共政策之间存在的矛盾。换言之,“决策和行动的采取,至少部分地要考虑企业直接的经济和技术利益以外的原因。”^{④⑫}

显然,以上各点并非都是公司法的问题,但作为公司法的理念,以下几点是有意义的。

第一,公司的社会责任并没有改变公司的基本性质。如上所述,公司应承担社会义务,这是一个客观存在的问题。但讨论这个问题,无疑首先是将公司作为私法上的主体,唯恐其追逐私益而忽视所承担

①⑨ David Ruder, “Public Obligation of Private Corporation”, 114U.Pa. Law Review (1965).

②⑩ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义 [M]. 杨新鹏译, 新华出版社, 北京, 2000.114.

③⑪ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义 [M]. 杨新鹏译, 新华出版社, 北京, 2000.113.

④⑫ 乔治·斯蒂纳, 约翰·斯蒂纳, 企业、政府与社会 [M]. 132.

的社会义务。回到起始提出的问题，“公司是扩大了的个人，还是缩小了的社会？”回答是肯定的，公司是扩大了的个人，而不是缩小了的社会。只是在特定意义上，公司才被作为社会实体。“也正是从这一点上讲，公司才被证明是一个社会学的实体：它成为被社会所关注的事物，以及由此往上，被世界所关注的事物。公司仅仅制造有用的物品和提供方便的服务已经不够了，同样重要的是它怎样去干这些事”。^② 强调公司是扩大了的个人，并非是将它作为一般的人，而是作为商人。因此，必须强调其营利性的一面，注意它与其他组织的差别。在中国，强调公司的营利性，有着更特殊的意义。1979年经济改革初期，许多外国专家称中国没有真正的企业。其理由一是中国企业普遍“政企不分”；二是中国企业没有自己的营利目标。在计划经济体制下，不仅整个国民经济的任务是满足人民群众日益增长的物质和精神的需要，而且企业的任务也被描绘为满足人民群众日益增长的物质和精神的需要。显然，在当时，企业只有公益目标，没有私益目标。改革开放以来，企业改革一直是城市改革的中心环节，而改革的根本目的就是使企业成为真正的商事主体。如果我们基于强调公司社会责任的目的，而否定公司在私法上的地位和公司的营利性，岂不违反了改革的初衷吗？再者，公司追求营利并非与公司承担社会责任相矛盾。正如有的学者所揭示的，“为什么利润却是公司最不可让予的好东西呢？答案是简单而引人注目的：现在的利润是未来开支的一种抵消物。这样考虑的话，积累一定合理数量的利润乃是一种必要的职责。”^③ 如果没有公司营利目标的实现，恐怕公司承担社会责任的物质基础也就不存在了。

第二，公司法中的公司应致力于实现所有股东的权益，保护公司债权人的利益，并不伤害利害相关者利益和社会公共利益。上述关于公司社会责任的讨论，之所以有不同的见解，其重要原因之一是公司的定位问题。前已述及，公司不可能逃脱作为社会实体的地位，强调其社会道德义务也主要基于此。就法律意义而言，公司在不同法律关系中有其不同地位，这是不容忽视的。就公司和所有利害相关者的关系，应涉及公司与股东的关系、公司与债权人（包括银行）的关系、

② 伊凡·亚历山大·真正的资本主义 [M]. 杨新鹏译, 新华出版社, 北京, 2000. 132.

③ 伊凡·亚历山大·真正的资本主义 [M]. 杨新鹏译, 新华出版社, 北京, 2000. 122.

公司与顾客的关系、公司与消费者的关系、公司与员工的关系、公司与社区的关系。无疑,公司与一般债权人、顾客的关系适用民法,地位平等,其利益均应受到保护;公司与员工的关系,应适用劳动法,依法保护员工合法权益;公司与消费者之间的关系,应适用消费者权益保护法,双方虽属平等主体,但基于消费者是弱者,消费者权益应处于优先保护的地位;公司与社区之间的关系,除主要依社会实体对待外,应依法保护相关利益,如公司的经营行为造成了社区的环境污染,基于对社区环境和居民利益的保护,应依法承担赔偿责任。此外,即公司与股东、公司债权人之间的关系,属于公司法律关系的范畴。由于股东是公司所有者的观点,至今还没有被颠覆,因此,在现有公司法的框架里,公司的第一位责任是服务于股东的利益,而作为第二位责任才承认对债权人、员工、顾客以及其他方面的责任。^⑤但是,当股权的实现与债权的实现发生矛盾时,基于风险承担的原则,债权人利益的实现应处于优先地位。

值得注意的是社会公共利益的实现问题。用共同的习惯语言来说,社会公共利益就是指那些广泛地被分享的利益。^⑥显然,社会公共利益与前述的社会责任关系密切。在一定意义上说,履行社会责任(社会义务),就是为了实现社会公共利益。但是,社会公共利益并不是上述主体利益之和,相反,它是独立于公司利益和上述主体利益的一种利益。在高度集中的经济体制下,在法益结构上除忽视公民、法人的独立利益外,还混淆了社会公共利益与国家利益的区别。而理论与实践都表明,社会与国家、个人是相互区别的,即“社会成了与国家相对立的一个私人领域,一方面,它清楚地从公共权力中分化出来,另一方面,在市场经济的风险之中,生活的再生产超出了私人家政的限制,在这个意义上,社会成为一种共同关心的对象。”^⑦经过改革,不仅公民、法人的利益被通过立法肯定下来,而且,社会公共利益也作

^⑤ [日]金泽良雄.经济法概论[M].满达人译,兰州:甘肃人民出版社,1985.156.

^⑥ [澳]休·史卓顿.公共物品、公共企业和公共选择[M].高鸿业译,北京:经济科学出版社,2000.189.

^⑦ [德]哈贝马斯.公共领域[A].汪晖,陈燕谷.文化与公共性[C].北京:三联出版社,1998.128.

为一种独立的利益被肯定下来了。如 1982 年宪法第 51 条规定，“中华人民共和国公民在行使自由与权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。1986 年的民法通则第 7 条规定，“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序”。这表明，社会公共利益已成为一种独立的利益。

在一些法学著作中，有时也可以发现“公共利益”、“社会公共利益”的不同提法。但是，这是相互联系又意义不同的概念，不可等同视之。民法学家史尚宽在谈到“公益”时曾指出，“在日本民法不用‘公益’二字，而易以‘公共福祉’者，盖以公益易解为偏于国家的利益，为强调社会性之意义，改用‘公共福祉’字样，即为公共福利。其实，公共利益不独国家的利益，社会的利益亦包括在内”。^② 这表明，公共利益是上位概念，社会利益和国家利益同为并列的下位概念。当然，国家利益有时也包括一定的社会公共利益，但这多是在国家与国家交往之时。应该说，社会公共利益与国家利益相区别而存在是普遍的，而国家利益包含社会公共利益是特殊情形，不能因特殊情形而否定社会公共利益与国家利益分别存在的普遍性的价值。

公司法和经济法都承担着要公司实现社会公共利益的任务。但是，公司法和经济法的法益结构不同。作为宗旨性条款的公司法第 1 条明确地将保护公司、股东和债权人的合法权益放在最前列。同时，作为对公司的要求，它同样必须遵守《民法通则》第 7 条规定，“不得损害社会公共利益”。这表明，我国公司法与整个商法的宗旨一样。它虽然既保护商事主体的个别利益（个别主体的利益），也保护社会公共利益。但商事主体利益的保护放在第一位，不损害社会公共利益只是作为防止权利滥用的前提。同时，作为确认和规范政府适度干预经济之法的经济法，其宗旨是建立和维护自由、公平竞争秩序。由于违反公平竞争的行为所直接侵犯的往往不是某个公民、法人的利益，而是社会公共利益。换言之，它是通过侵犯社会公共利益，侵害市场经济秩序，而侵害公民、法人的个体利益的。经济法为实现其宗旨，不能不

^② 史尚宽，民法总论 [M]，台北：自行出版，1980.31。

将社会公共利益作为第一保护目标。经济法的法益结构并非忽视公民、法人的利益，而是通过对社会公共利益的保护进而实现对公民、法人利益的保护。这表明，公司法与经济法虽然要求公司维护社会公共利益，但两者的法益结构不同。经济法凸现了对社会公共利益的保护，公司法则凸现了对私益的保护。前者，要求实现社会公共利益，是主动型的；后者，仅要求“不损害社会公共利益”，是被动型的。

（二）公司法宜多采任意性规范，还是多采强制性规范？

公司法采用何种规范结构，这不是一个鲜为人知的问题。但是，在讨论公司法改革之时重提此问题还是有意义的。

1. 公司法规范的静态结构

考察公司法的静态规范结构有两个层次：

一是在根本层次上，即是公法还是私法？学术界无争议，它作为商法的一部分，显然是私法。作为现代意义的公司法，应是“渗透着公法因素的私法领域”。^②

二是具体层次的规范结构。对此，有二分法和三分法之别。所谓二分法，即认为公司法由任意性规范和强制性规范构成。前者，“仅为补充或解释当事人之意思，得由当事人之意思自由变更或拒绝适用者”；后者，“凡法律规定之内容，不许当事人之意思变更适用者”。^③但作为与任意性规范相对称的规范的表述有所不同，有的直接表述为“强制性”规范或“强制性”规定；^④有的表述为“强行性”规范或“强行性”规定；^⑤有的则同时采用“强行性”规范和“强制性”规范的表述。^⑥可见，强制性规范（规定）和强行法是作为同一用语使用的。并且，无论是任意性规范，还是强制性规范，它们都是支撑私法

② 王保树．中国商事法（新编本）[M]．北京：人民法院出版社，2001.14。

③ 梁宇贤．公司法论[M]．台北：三民书局，1997.9；赖源河．学习商法与经济法需有宏观的企划能力[A]．赖源河教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会．财经法专论[C]．台北：五南图书出版公司，1997.4。

④ 江平．公司法从19世纪到20世纪的发展[A]．郭锋，王坚．公司法修改纵横谈[C]．北京：法律出版社，2000.21。

⑤ 赖源河．新修正公司法解析[M]．台北：元照出版公司，2002.2；梁宇贤．公司法论[M]．台北：三民书局，1997.9。

⑥ 汤欣．公司治理与上市公司收购[M]．北京：中国人民大学出版社，2001.35。

自治的。即使是强制性规范，它“并不‘管制’人民的私法行为，而毋宁是提供一套自治的游戏规则”，仍不抵触私法自治的理念。^④因此，不能简单地将公司法中的任意性规范和强制性规范作为识别其私法与公法的根据，也不宜将公司法中的强制性规范一概视为公法化的表现。值得注意的是，有的学者，在基本坚持上述“两分法”的表述下提出了“强行性规范”，认为这种规范是“以改变人民行为为目的”的，且源于刑法和各种行政法。^⑤显然，只是这种规范才可视为“公法”或公法化的表现。虽然，这一判断是针对民法的，但对于其特别法——包括公司法在内的商法也是适用的。

所谓三分法，是以“促进了还是限制了私人秩序为基础”，将公司法分为三部分规范，最为典型者是分为许可适用规范、推定适用规范和强制适用规范。这种规范结构主张者认为，许可适用规范“只有在那些可能受其影响的人选择适用它们时才起到管辖的作用”；“推定适用措施的适用不需要受其影响的人们采取确认步骤，不要求进行选择。但是，虽然推定适用规范自动适用于它们所管辖的行为，公司参与者在决定这种规范运作程度上享有相当的选择权”；强制适用规范对其管辖的行为自动适用，“但是受强制规范管辖的各方没有可以不适用这种规范的选择。”^⑥在上述规范中，仅“强制适用规范”不得依当事人意思变更适用，属于“二分法”的强制性规范之列，而许可适用规范和推定适用规范则均属任意性规范之列。

2. 公司法采行规范结构的总体趋势

无疑，公司法的上述静态规范结构并非今天才有的，但是，当今讨论公司法采用何种具体的法律结构是有意义的。现代市场经济条件下，自由与管制的协调一直是人们不容忽视的课题。实际上，始于1979年的经济体制改革，在由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变中，就是不断地放松管制（或曰“规制缓和”、“政府适度干预”），扩大营业自由。公司法中的强制性规范和任意性规范，

^④ 苏永钦．走入新世纪的私法自治 [M]．北京：中国政法大学出版社，2002.17.20。

^⑤ 苏永钦．走入新世纪的私法自治 [M]．北京：中国政法大学出版社；2002.20。

^⑥ [加] 布莱恩·R·柴芬斯．公司法：理论、结构与运作 [M]．北京：法律出版社，2001.233-236。

是分别适应管制与自由的要求的。其强制性规范和任意性规范结构，就是管制与自由协调的反映。可以说，1993年12月29日颁布的公司法所采用的具体的规范结构，反映的是当时经济体制中管制与自由协调的水平。而当时，宪法规定实行社会主义市场经济体制才9个月。如今，公司法已经颁布9年多了，放松管制、扩大营业自由的水平有了很大的提高。以企业决定商品、服务价格为例，通过实施价格法，90%以上的商品和服务已实行市场调节价。1999年底，在社会商品零售总额、农产品收购总额和生产资料销售总额中，政府定价已分别降为1.5%、1.9%、6.4%。显然，现行公司法的规范结构，即现行公司法中的任意性规范与强制性规范的比例状况，不能适应已经变化了的放松管制、扩大营业自由的情况。换言之，政府对经济的管制较1993年更加放松了，而公司法中强制性规范的比例并未降低。同样，公司的营业自由扩大了，但反映营业自由本质的任意性规范并未提高其比例。中国已于2001年加入了世界贸易组织，面对全球经济一体化，不论是引进外资，还是提高我国企业的竞争力，都需要进一步扩大营业自由、放松管制。但是，自由与管制并不是对立的，也不是简单的彼此消长的关系，而是一种互动关系。与此相适应，公司法中的强制性规范应该进一步减少，任意性规范应该进一步增加，这是一个不能避免的趋势。

3. 公司法规范布局的选择

当然，不能将“强制性规范越少越好，任意性规范越多越好”的论断简单化。判断公司法规范结构的合理性，应以公司法规范布局的适当为标准。换言之，应首先确定公司法的内容构成，并在此基础上决定分别在多大程度上采用什么性质的规范，而不是笼统地确定强制性规范与任意性规范的比例。

毋庸置疑，公司法的基本内容是组织法与交易法，^④它们各有不同特征，对其规范的要求也各异，但正如有的学者所分析的那样，“从

^④ “组织法”也被称为“团体法”，[韩]李哲松·韩国公司法[M]·北京：中国政法大学出版社，2000.5；前引梁宇贤·公司法论.7-8。“交易法”也被称为“行为法”前引赖源河。学习商法与经济法需有宏观的企划能力[A]·张国键·商事法论[M]·台北：三民书局，1980.24。

历史角度看，有关企业活动法部分，因属行为法，主要在规范企业活动中特定人相互间行为，本应尊重当事人意思，并以自由与迅速为依归，故大都采任意性规定；至于有关企业组织法部分，因属组织法，而企业组织健全与否，直接、间接影响第三人利益及社会安全，应以严格与确实为必要，故多采强行规定。”^⑧ 这表明，公司法的规范构成是具有规律性的。一般而言，采用何种性质的规范，是与公司法所调整的具体的社会关系和所规范的具体行为有着密切关系的。交易行为所发生的利害关系仅及于行为当事人，应尊重当事人自治，受个人法原理支配，其采用的规范应依当事人意思选择，故而宜基本采用任意性规范。公司组织及其运营所发生的社会关系，涉及公司治理是否健全，不仅及于当事人，还直接、间接地及于当事人以外的第三人，甚至影响社会公众利益，受团体法原理支配，故而多采用强制性规范。进而言之，公司机关的构成、股东与公司的关系、公司成立、公司消灭等，尤其是其程序性事项，宜采用强制性规范。但是，也不应绝对化。公司组织法中属于“意思自治”决定的事项，特别是当事人之间可以自行协调的事项，应采用任意性规范。至于公司法对其他行为的规定，则应基本上采用任意性规范，以实现交易的便捷、安全。

五、公司法改革的关注点之一： 降低公司运营成本

结合中国公司法的实践，降低公司运营成本，这既是公司竞争的需要，也是公司发展的需要。目前，应解决两个问题：

第一，降低公司设立过多物质投入

1. 降低注册资本的最低限额。现行公司法规定的有限责任公司和股份有限公司的注册资本最低限额普遍高于其他国家和地区。过高的注册资本最低限额将意味着过高的投资“门槛”，不利于调动出资人的积极性。由于中国已加入世界贸易组织，并实行国民待遇，因而目前实际存在的企业法多元化的状态，必将被企业法一元化的体制所代替。

^⑧ 赖源河，学习商法与经济法需有宏观的企划能力 [A]。

在此情况下，如仍实行“高门槛”的注册资本最低限额制度，将不利于外资的进入。因此，应该降低注册资本最低限额，将现行公司法根据经营方式不同，分别规定有限责任公司注册资本的模式，改为一元化的模式。并且，将有限公司、股份公司注册资本最低限额调整到适当的程度。

2. 股份有限公司实行折衷授权资本制。现行公司法对股份有限公司注册资本的规定，不仅存在注册资本最低限额过高的问题，还存在着忽视公司资金使用效率的问题。换言之，股份有限公司实行法定资本制，使有些公司在募足资本后，不能将资金充分利用起来，导致部分资金闲置或者用于非经营活动。有鉴于此，应该增加公司筹措资本的自由度，兼顾债权人利益、公司运营效率、公司运营安全的要求，仿效国外普遍的做法，实行折衷授权资本制。

同时，有限责任公司的实缴资本制也应总结中外合资经营企业注册资本分期缴纳的经验，相应地改为认缴资本制。譬如，将有限责任公司的注册资本确定为在公司登记机关登记的出资额，公司股东首次出资完成即可设立，其余部分由股东自公司成立之日起在规定的期限内缴足。这种做法不同于现行公司法的法定资本制，也不同于授权资本制。因为，它是由法律直接规定，而不是股东会授权。

第二，减少制度规则为公司设立增加的成本

现行公司法不仅存在过多物质投入增加公司成本的问题，而且在制度规则增加公司成本的问题。因此，通过“松绑”而减少公司运营成本，是非常必要的。

1. 公司设立实行准则主义。为简化投资设立公司的手续，公司法修改中应确认公司设立的准则主义，即公司依公司法规定的条件在工商行政管理机关注册登记而成立。这样，不仅可以减少规制公司设立的强制性规范，而且可以增加公司设立的透明度。当然，公司设立采用准则主义，并不是废弃政府的一切审查。它所废除的仅是政府主管部门对公司法人成立的审批，而不是废除公司登记机关的审查。为保证公司的成立符合公司法规定的条件，公司登记机关基于社会公共利益的考虑，其形式审查仍是必要的。从公司设立的特许主义到公司设立的行政许可主义，再从公司设立的行政许可主义到公司设立的准则

主义。每一次过渡，都是在纠正市场准入的限制竞争中向前迈进一步。而公司设立的准则主义，应是在市场准入上反对限制竞争的一大飞跃。因为，它将给所有投资设立公司的主体以自由和均等的机会，而不给任何一个投资者以设立公司的特权。同时，由于设立公司的准则是载入法律的，最容易使社会公众知晓。因此，设立公司的准则主义极大地提高了公司设立的透明度，降低了不必要的成本。

公司设立采准则主义的同时，也应彻底改革公司法对公司“经营范围”的规制。现行公司法关于“经营范围”的规定表现在两个方面：一是公司法的总则规定，“公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。”“公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。公司依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记，可以变更经营范围”。二是公司法关于公司章程的规定，无论是有限责任公司还是股份有限公司，均要求将“公司经营范围”作为必须记载事项。因此，其关于“经营范围”的规定属于强制性法律规范。我国台湾公司法也同样强调“经营范围”的意义，但只是将其称为“所营事业”而已。对此，学界的注意点不同。有的学者认为，此规定的目的性在于“保护股东之利益，以免公司负责人任意变更。”^③有的学者认为，公司章程规定目的条款“系在决定公司之固有营业，一方面使公司之股东知悉自己之投资究应何种事业之风险；另一方面，使与公司为交易之第三人，不必怀疑其交易是否在公司之目的范围内。前者，以保护交易之静的安全（即保护股东之投资利益）为目的；后者以保护交易之动的安全（即与公司为交易之第三人之权益）为目的。”^④还有的学者认为，该规定的意义在于“公司为此事业目的而设立，社员预想能完成目的项下的事业而出资，其目的事业的社会价值被登记机关认定而赋予法人格。”^⑤以上表明，人们的关注点或保护股东利益，或保护债权人利益，或作为赋予公司法人格依据，或兼而有之。实际上，这主要是从应然的角度观察问题。毋庸置疑，章程是股东们依法定程序制定或通过的，如他们不愿意规定“经营范围”，其实并不妨碍保护股东的利益。同时，

③ 梁宇贤．公司法论 [M]．台北：三民书局，1997.84。

④ 柯芳枝．公司法论 [M]．台北：三民书局，1999.32。

⑤ 李哲松．韩国公司法 [M]．北京：中国政法大学出版社，2000.58。

公司交易之第三人与公司之间交易的成立，应是基于对对方当事人的信任。在不守信用的情况下，规定经营范围也难以保护第三人利益。而在守信用的情况下，不规定经营范围，也可以保护债权人利益。何况，依靠第三人去调查公司的经营范围，与交易安全、快捷的要求是相悖的。再者，公司依登记取得法人资格，其登记机关依据的是民法规定的条件和商法（含公司法）规定的条件，并非依据所登记的经营范围。因此，将“经营范围”作为公司章程的绝对必要记载事项和法定登记事项，并没有特别的理论意义。就立法与司法实践而论，由于英美法系国家先后废除越权原则，目的条款对这些国家早已没有什么作用。在大陆法系国家，德国法不设依目的的限制规定；欧盟公司指令规定，即使公司机关的行为不属于公司目的范围内，公司也应受其约束；日本、韩国虽然规定章程的目的条款，但法院一直持扩大解释权利能力的立场；^④我国学术界和审判实践以往一般认为，超越公司经营范围的行为应属于无效行为，但统一的合同法颁布以来，为了促进和保护交易，一般都采取从宽态度，即虽然公司超范围经营，但没有违反有关禁止经营领域的法律、法规，仍认定为有效。由此看来，公司经营范围不宜再继续作为公司章程绝对必要记载事项和公司设立登记中的必须登记事项，可考虑作为相对必要记载事项和可选择登记的事项。这样，可以将经营范围从强制性法律规范规制的领域变为任意性规范规定的领域，将从政府关心公司经营与交易风险变为公司及其有关当事人关心公司经营与交易风险。当然，这不意味着政府对于公司经营范围完全不管，更不是消灭了政府对所有经营项目的审批，相反，法律规定特别需要审批的少数经营项目，仍可依法经过审批。但这种审批与公司设立的行政许可主义不同，它只具有营业许可的性质。

2. 简化有限责任公司的规则，突出有限责任公司和股份有限公司的区别。我国公司法规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形式，其用意是让出资人根据自己的判断对两者作出选择。但是，现行公司法的规定，没有突出两者的差别，没有表现出有限责任公司是较

^④ 20世纪80年代开始实施的国有企业领导体制，厂长（经理）拥有生产经营管理权、除由政府掌握的决策权之外的决策权和法定代表人的权力。

股份有限公司简化的一种公司形式。譬如，有限责任公司组织机构虽然实行了大小公司区别立法，但仍显得较复杂，其机构的构成、运作和每种机构的职权与股份有限公司几乎没有什么差别。对此，公司法应进行重大的改革。

六、公司法改革的关注点之二：改善公司治理，降低经营风险

如何使公司法改革满足降低经营风险的要求？当前的一个重点是健全有效的公司治理结构。公司治理结构的改革应强调：

一是有效性。现行立法已注意了组织机构形式，改革的重点应更强调其有效运作，实现其设立公司组织机构的目的。必须使公司的运营确实能实现公司利益，进而实现所有股东的利益，但同时不得侵害利害关系者的利益。

二是严格的监督。国内外的实践表明，监督不仅依赖于健全的组织和应有的权力，更依赖于实现权力的手段的设定。

三是高效率。公司组织的运营应能对市场的变化作出迅速的反应，应能迅速化解经营中的风险。

基于上述三点，公司治理必须在公司法的改革中实现以下转变：

第一，要实现从主要注重公司治理组织到注重治理机制的转变。中国现行公司法对公司治理的组织给予了较多的重视，对公司的最高意思决定机关、经营意思机关、法定代表机关和经营管理机关，都有明确的规定。但是，对公司治理机制及其如何实现其机制的规定则显得薄弱。公司治理必须通过制度规则建立经营运营的效率机制、监督机制和激励机制，并相应地在董事、经理、监事的权利、义务中体现出来。

经营运营效率机制的核心是完善董事会，充分发挥董事会的功能。实践中，董事会的无机能化状态是很严重的：其一，董事会背离其业务执行与经营决策机关的性质，忽视其工作的日常性，仅仅注意其会议形式。其所以如此，重要原因之一是董事会构成不合理。董事本应由懂经营、有经验，且有时间、精力的人担任，但国有企业改建为公

司的过程中有相当一些不具备这些条件的人进入了董事会，“董事不懂经营”、董事远离公司的现象大量存在，而且有些董事把董事会与股东大会的形式简单等同，以为都是仅以会议的形式存在，使董事会偏离了日常业务执行与经营决策机关的定位，董事会的作用没有能很好地发挥出来。其二，董事会对执行董事、经理的监督乏力，其监督职能未能很好实现。在公司的实践中，人们常批评“股东大会形式化”的倾向。但如果股东会形式化司空见惯，董事会再形式化，那岂不是回到了厂长（经理）负责制？^③显然这有悖于建立现代企业制度的初衷。其三，董事之间的监督尚未建立起来。部分董事未尽其善良管理人注意义务或者不尊重全体股东的利益，甚至为其己利而牺牲公司利益，却得不到其他董事的有效监督。为了改变这种状况，不仅在理论上而且在实践中，必须使董事会真正成为常设机构。首先，应增加董事会会议的法定次数，确保实现经营决策的功能。其次，应使不便操作的规则更加便于操作。现行公司法规定，董事长不能履行职务时，由董事长指定副董事长或其他董事召集和主持董事会会议。这一规定，无疑是为了维护董事长的董事会会议召集权和董事会会议主席权。但在实践中，一些公司的董事长滥用董事会会议召集权和董事会会议主席权，本人不履行其职务，也不指定副董事长和其他董事召集和主持董事会会议，妨害了公司的正常运营。为了提高董事会的效率，防止董事长滥用职权，公司法应以必要的强制性规范，直接规定在上述情况出现时，由副董事长或半数以上董事共同推举的一名董事召集和主持董事会会议。再次，改革公司代表制度。现行公司法的规则是采用法定代表人的制度，其特点是公司代表人具有惟一性，可以担任法定代表人的公司负责人的范围是法定的。显然，这种制度不是公司法的创造，而是来源于《民法通则》。^④但是，公司法将其极端化了，它将由法律或章程规定法定代表人变为仅仅由公司法规定董事长为法定代表人。这种做法，注意了向公司之外表示意思的一致性，但忽视了公司经营复杂性和表示意思的适时性。实践中，现代公司的经营大多是

^③ 《民法通则》第38条规定。依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。

^④ 《上市公司治理准则》（中国证监会、国家经贸委，2002年1月9日）第49条。

多元的，而经营所涉及的环节也是繁多的，公司所有对外的事务都由一个人代表，即使是一个贤人也是难以胜任的。所以，将现行公司法上的法定代表人制度即董事长为惟一法定代表人的作法改为由公司章程规定公司代表的制度，即不限于一人代表公司而根据公司经营规模分别确定公司代表人数，是适应现代公司经营要求的。

监督机制的重心是强化监督手段。其中，首先是使监事会能够实现其职权。包括赋予监事会聘用注册会计师事务所检查公司财务的职权，以使对董事、经理的财务监督成为可能。二是赋予监事会在特定情况下的诉权。现行公司法对监事会的规定，不仅没有规定监事会用尽公司内部监督资源的内涵，更没有规定一旦用尽公司内部监督资源，应如何有效实施监督。换言之，没有规定监事会何时可以请求司法介入，以实现监事会监督的宗旨。于此，一个不可忽视的公司法空白是，当董事和经理的行为损害公司的利益时，监事会对其纠正而不能奏效怎么办？公司法实施的实践表明，当董事特别是董事长的利益和公司发生冲突，并因此而酿成诉讼时，董事长无法代表公司，也不可能由董事长指定副董事长、其他董事代表公司，只宜由监事会代表公司，以保护公司的利益。三是在强调监事会对董事、经理监督的同时，应健全董事之间履行相互之间监视义务的规则，譬如非执行业务的董事可对执行业务董事的监督，执行业务的董事有定期向董事会报告工作的义务等。“监视”的实现，可以避免或减少董事会决策中违反法律、行政法规和章程的行为。

激励机制的重点应是董事、经理报酬的区别性和董事、经理报酬与承担公司风险的关联性。前者，应使股东大会决定董事报酬和董事会决定经理报酬的规则不形同虚设，即根据董事、经理对公司业绩形成的不同贡献决定其不同报酬。这种区别性，是市场经济条件下现代公司内部公平的表现。而平均主义地决定董事、经理的报酬，是不公平的。后者，应注意使董事、经理的报酬与承担的风险挂钩，报酬越高意味着承担的经营风险越大。

约束机制的核心是强化董事、经理的义务和责任。公司法关于董事义务的改革，应将重点放在对董事善良管理人注意义务和忠实义务的概括性规定上，强调董事、经理必须遵循诚信原则，真诚地以公司

最大利益为出发点执行职务，谨慎、认真、勤勉地在其职权范围内行使职权；董事、经理未经股东大会同意，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。董事违反法律、行政法规或公司章程，给公司造成损害的，应该承担赔偿责任；拒不赔偿的，股东、监事会可以以公司的名义向人民法院起诉。应建立代表董事（现行法为董事长）因重大过失致他人损害，对第三人承担责任的制度，以使董事长为自己的过错与公司共同承担损害他人利益的责任，也避免董事长滥用公司法定代表人的权利。

第二，要实现从重在引进国外公司治理制度到重在制度实效的转变。

进入 21 世纪以来，为完善上市公司治理规则，相继引进了一系列制度。其中，影响较大的是独立董事制度。现在，应进一步探讨如何使它产生实效。

（一）为什么引进独立董事制度？似乎这是一个迟到的问题。然而，正确地回答这个问题，对使独立董事制度产生实效是有意义的。同时，略去相关国际因素不论，这个问题只有在独立董事制度和传统的公司机关并列体制的监事会制度比较中才能得出结论。原有的监事会有两个久而未解决的问题：一是监事会成员的构成与实际产生程序有严重缺陷。公司法虽然规定了监事会的职权，但许多监事的素质不能适应行使法定职权的要求；同时，监事的实际产生程序，先天地使监事难于履行监督职责，譬如日本以往监事会的成员，是由社长提名的，并且，大多是没有被提名董事的人，甚至是当不上董事的人。如此产生监事会成员的人选，他们怎么可能对董事进行监督呢？东亚其他国家和地区的公司的实践，也与日本大体相同或类似。二是监事会不过问公司的人事与报酬，无法在必要的监督中制约董事们。面对监事会的缺陷，可以有两种选择。一是改革监事会，使监事会成员的素质和实质产生程序适应监事会履行职责的需求；二是另起炉灶，解决监事会长期没有解决的上述问题。无疑，引进独立董事的作法就是选择了后者。但是，独立董事制度引进之后如不能解决这些问题，则该制度不能产生实效。

（二）独立董事必须独立。独立性是独立董事的生命。独立董事的

独立，应主要体现在其独立地位上，强调其“独立于所受聘的公司及其主要股东。独立董事不得在上市公司担任除独立董事外的其他任何职务”；^⑤对特定的事项发表独立意见而不受他人左右。为此，必须认真对待以下问题。

1. 独立董事如何提名？这是保证独立性的一个关键环节。董事会中已有独立董事并设置提名委员会的公司，无疑将由有独立董事参加的提名委员会提名。但初次实行独立董事的公司如何提名独立董事，这不仅对本次独立董事的选任有影响，也将对以后独立董事的选任产生重大影响。因为，一旦初次独立董事的提名有问题，由他参加的提名委员会就很难公正地做好以后的董事（包括独立董事）的提名。基于此，有人提出应由中立性的组织提名，不应由具有支配地位的大股东提名，也不宜由董事会提名。譬如，由股东代表组成的初次提名委员会，按照“头数主义”原则投票，而不是按照“资本多数决定”原则提出。然后，交由股东大会选举产生。无疑，这种方案是有参考价值的。

2. 独立董事的报酬。这也是影响独立性的重要问题。显然，独立董事的报酬不宜与执行业务的董事等同对待。他们的报酬不宜过高，尤其不宜与公司业绩挂钩。因为，这样容易变得与公司有重大利益关系，影响其独立地位。当然，没有报酬或者过少，缺少必要的激励，无法使其真正负起责任。此外，报酬的发放也宜有利于中立性，譬如，有人建议上市公司应将发给独立董事的报酬交给中介机构，再由其发给独立董事本人。这种建议具有可行性。

3. 独立意见的发表形式。《关于上市公司建立独立董事制度的指导意见》（中国证监会，2001年8月16日）规定，独立董事行使职权应取得全体独立董事的二分之一以上同意。显然，这里的行使职权包括发表独立意见。这种做法，注意了董事会接受独立意见的方便，但忽视了独立董事的“合议”会使独立意见的独立性淡化，这无疑是和“独立意见”发表制度的本意相违背的。为保证独立董事意见的独立性，应该强调独立董事采个别发表意见的形式，不能将独立董事的独

^⑤ 李哲松·韩国公司法[M].北京：中国政法大学出版社，2000.60。

立意见变成集体意见。

(三) 独立董事的法律基础。公司治理引入独立董事需有其法律基础, 包括独立董事进入的基础和独立董事发生作用的基础, 没有这种法律基础, 独立董事不可能有效地发挥作用。我国公司法没有关于董事资格股份的规定, 换言之, 董事不持有公司的股份, 不影响其成为公司的董事。这种开放式的立法态度, 使独立董事进入公司董事会不发生法律上的障碍。但是, 独立董事进入董事会如何发挥作用, 尤其是如何发挥对其他董事的监督, 还需要公司法提供其必要的规则。如上所述, 应借鉴国外公司法经验, 明确规定董事之间有相互监视的义务, 作为董事之间相互监督的依据。同时, 也使独立董事发挥对其他董事的监督作用, 具有必要的法律基础。否则, 即使引入独立董事, 他们也无法起到应有的作用。

(四) 独立董事应有恰当的定位。公司治理是全世界范围内的复杂课题。不是单靠独立董事制度就可以解决一切问题的。因此, 对独立董事的作用不能估计过高, 应该给予其恰当的地位, 发挥其恰当的、能够发挥的作用。国外的经验表明, 独立董事的作用有二, 一是顾问作用, 二是监督作用。^⑥ 就公司治理而言, 应更强调其第二种作用, 即主要是对执行业务的董事和经理的监督。

有人认为, 独立董事是代表中小股东利益的。这是一种误解。无论是就公司制度规则而言, 还是就公司理念而言, 董事应是公司的董事, 是代表全体股东利益的, 而不应代表部分股东的利益。实践中, 由于大股东的支配, 导致部分董事仅反映大股东的利益, 这是对公司理念的违反, 属于应矫正之列。但是, 矫正仅能通过对其他董事的监督, 使董事会代表所有股东的利益, 实现对大股东的制衡, 而不是“矫枉过正”。即使制约大股东, 也不是单纯依靠独立董事制度, 还可以通过多种方法实现, 比如有的国家采用累积投票制、限制表决权制等。

需要注意的是, 有着独立董事制度传统的美国, 其公司治理也并非完全靠独立董事。除了独立董事制度以外, 美国还靠其他多种因素,

^⑥ 布莱恩·R·柴芬斯·公司法: 理论、结构和运作 .652。

如发达的证券市场。股东一旦发现执行董事、经理不追求股东利益实现，不代表公司利益，就可以选择“用脚投票”。因此，美国盛行公司收购。由于公司收购的成功，董事、经理就会被淘汰，而且，有多次这样“记录”的人，将在业内失去信任。因此，欲想使独立董事在公司治理中发挥作用，还需要发展两大市场，即证券市场和经理人（实际上，还应包括执行董事）市场。

（五）处理好独立董事与监事会关系

上市公司采用独立董事制度，是在现有公司法的框架内进行的。它不同于美国的公司组织机构，也不同于日本公司治理中的选择制。其根本点在于，公司仍设有监事会。依公司法规定，监事会具有监督董事、经理的职能，这是法定的、不可剥夺的。因此，如上述，在健全监督机制中应立足于使其真正发挥作用，尤其是强调监督所有的董事和经理。而独立董事的监督只是在董事会的层面上，不能代替监事会的监督。在两者并存的体制下，独立董事应更侧重于决策过程的监督，如在经营决策中对关联交易等重大问题发表独立意见；监事会更侧重于事后监督。当然，这种区分只具有相对意义，而不具有绝对意义。

第三，要实现从注意治理的实态资源到既注意实态资源又注意信息资源的转变“信息是现代经营活动的核心资源，是对经营行为进行充分评价的重要依据。”^⑦在完善公司治理的讨论中，一个不容忽视的重要资源是信息。然而，这一重要资源却被人们只重视（以组织机构为表现形式的）实态资源的倾向掩盖了。公司的信息属于公司，这是不容怀疑的。良好的信息传导机制，应该使公司的不同机关都能得到必要的公司信息。但是，公司的信息却被最容易接近信息的执行业务的董事、经理独占了。公司的实践表明，公司义务的执行和经营决策需要公司信息，处于监督者地位的人或组织更需要信息。没有信息，经营决策与业务执行无法进行。同样，没有必要的信息，监督就无从谈起。在市场经济条件下，信息显得如此重要，市场机制因信息不对称而失灵，政府监管因信息不对称而失灵，公司的监督机制也一样因

^⑦ [美] 理查德·T·德·乔治，经济论理学 [M]，李布译，北京：北京大学出版社，2002.361。

信息不对称而失灵。就传统体制下的监事会而言，无论是在中国还是其他国家和地区，其监督不力并不只因为其组成人员不合理，监督手段不充分，还在于缺乏监督所必要的信息。当董事会将公司的财务会计报告提交监事会表决时，监事们往往赞成不能，反对也不能。如此尴尬，其重要原因就是信息严重的不对称。

如何在公司治理中重视信息资源的功能与作用？这里的关键，是尊重股东、董事和监事的知情权。为了使公司法上的监督机制真正发生作用，“股东有权获得任何他们希望了解的信息”，^④董事有权从经理那里获得其希望了解的信息，监事有权从董事、经理那里获得其监督所必要的信息。就监事会监督的实效性而言，必须注意监事的知情权在行使监督权中的地位。美国学者曾按照美国法律背景和公司实践作过这样的分析，“作为公司董事，他们需要维护公司的利益、评价公司经营行为与管理绩效，因此他们有权以独立的方式获取所需的信息。公司股东的知情权只是通过董事会成员加以行使的，这种权利不受由公司经营作出的任何决议或政策的限制。”^⑤这里告诉我们，在没有监事会的美国公司组织里，董事的知情权是以独立获取所需信息为保障的，并且，股东的知情权是通过董事会成员行使的。显然，这里的董事会不仅是作为经营决策机关，更作为公司对经营者的监督机关。而在我国现行公司法的框架内，股东实现其知情权有赖于通过监事会成员行使。换言之，监事会成员的知情权是股东知情权的延伸，而这种知情权则是行使监督权的基础，并且是公司法规定的监事会监督权的应有之意。为此，必须保证监事能独立获取监督所必要之信息。除董事会定期向监事会提交财务会计报告外，还应在必要时，要求董事会就其公司经营的重大问题或突发性问题向监事会报告。

引进独立董事后，要使独立董事真正发挥预期的作用，同样应该吸取监事会监督信息缺失的教训。否则独立董事也难以避免“花瓶”的结果。所以，独立董事的信息获得，应有制度上的安排。执行董事、

^④ [美] 理查德·T·德·乔治，经济论理学 [M]，李布译，北京：北京大学出版社，2002.346。

^⑤ [美] 理查德·T·德·乔治，经济论理学 [M]，李布译，北京：北京大学出版社，2002.348。

经理有义务为其提供必要的信息。

七、结 语

公司法改革是一个系统工程，上述的分析、讨论只是管中窥豹。从总体而言，以下问题仍是值得注意的。

(一) 公司法改革宜采取开放的思路。开放的思路应强调公司法改革的深度、广度，并广纳不同国家和地区的经验。公司法必须适应全球经济竞争的要求，这是公司法改革最基本的标准。面对这一标准，公司法的改革应有利于公司的发展和公司竞争力的提高，但不限于上述的降低公司运营成本，完善公司治理，降低公司交易风险。譬如资本制度，公司法的理念上一直坚持“资本三原则”。其实，这种理念如原封不动，已经很难指导公司法的改革。就多数国家和地区，法定资本制（或称资本确定制）早已为授权资本制或折衷授权资本制所代替，中国公司法面临如何借鉴这些国家或地区经验，告别法定资本制。资本不变原则，被一般人理解为公司资本不得任意减少，确实需要减少资本时应依严格程序由股东大会作出决议。依此理解，资本不变实际上是资本依严格程序变更。资本维持原则似乎是现在惟一原样存在的一个原则，然而也质疑甚多。就上市公司而言，资本维持的信用早已在实践上通过强制信息披露由其公司净资产所显示的信用代替了。因此，需要对资本维持原则的功能价值作重新评估。即使是上述降低公司经营风险，也需要从不同结构上探讨。就公司自身而言，还有许多减低风险的法律措施值得研究，如公司重大资产的转让等。就公司和其他主体而言，减低经营风险不能变成非法地规避风险，尤其不能让控制股东等以公司为工具规避自己的风险，甚至欺诈债权人。因此，公司法人格否认的问题应纳入公司法改革的视野。

(二) 公司法改革应注意总结实践中公司法的经验教训。从发生作用的规范而言，中国公司适用的制度规则，除了1993年12月29日颁布并经1999年12月25日修改过的公司法外，实际上还存在着实践的公司法。譬如中国证监会发布的一些规范性文件，有的具有政府部门规章的性质，有的尚不具有政府部门规章的性质。虽然，其中有一些

规则被人质疑是否有权制定。但是，它确实是发生作用的规则。此外，一些公司在不违反法律禁止性规定和公序良俗的原则下，在章程中作出了一些有利于全球竞争的突破性的规定。这些，都可以经过总结，纳入公司法的制定法规则，成为公司法的规范之源。

（三）公司法改革贵在“神”，但也应注意“形”。无疑，公司法改革是制度规则的改革，因而必须注意支撑公司法的精神，此即为贵在“神”。但同样不可否认，好的公司法精神需要以良好的形式加以表现，包括采用好的“公司法结构”和使用妥当的“语言表达结构”，此即应注意“形”。否则，即使好的公司法精神，也难以让人理解。譬如公司法第64条第2款规定的精神是，国有独资公司形式仅限于国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业公司采取。但条文的表述却是：“国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业公司，应当采用国有独资公司的形式。”由于这里使用了“应当”，谁还会理解为生产其他产品的公司或者特定行业以外的公司不能采用国有独资公司形式呢？显然不会。此外，公司法中的任意性规范与强制性规范不易从文字表述中分辨出来。至少是，同一种规范的语言表达结构尚存在差异。这些，虽属形式问题，但也应列入公司法改革的范围。

（本文原载于《现代法学》2003年第3期）

公司法人治理结构的当代发展

——兼论我国公司法人治理结构的重构

马俊驹

作者简介

简历

马俊驹，现任清华大学法学院教授、博士生导师，清华大学学术委员会副主任兼法学院学术委员会主任，中国法学会民法学经济法学研究会副会长。

主要学术成果

《法人制度通论》，武汉大学出版社 1988 年版。

《中国民法》（副主编），法律出版社 1990 年版。

《民法原论》（合著），法律出版社 1998 年版。

《台湾商事法论》（合著），武汉大学出版社 1992 年版。

“试论法人组织内部责任的划分”，《法学研究》1983 年 3 期。

“试论法人的机关、意思和过错”，《法学研究》1984 年 4 期。

“论国家企业法人的财产权性质”，《中国法学》1987 年 6 期。

“发展合作社若干法律问题探讨”，《中国法学》1991 年 3 期。

“我国债法中情势变更原则的确立”，《法学评论》1994 年 6 期。

“市场体制下经济法与民商法的关系”，《中国法学》1994 年 1 期。

“大陆国有企业股份制改造与股份有限公司”，《政法论坛》1994 年 1 期。

“完善我国物权法体系的设想”，《武汉大学学报》1996 年 5 期。

“不动产制度与物权法的理论和立法构造”，《中国法学》1999 年 4 期。

“公司法人治理结构的当代发展”，《法学研究》2000 年 2 期。

目 次

- | | |
|--------------------------|----------------------|
| 一、传统公司法人治理结构存在的
法理学基础 | 三、公司法人治理结构在当代的
发展 |
| 二、传统公司法人治理模式的两个
神化及困境 | 四、我国公司法人治理结构的重构 |

公司作为一个法律上的“人”，虽然被法律赋予了独立的人格——法人，但公司实质上是一个组织，在现实中代表公司从事民事行为的是公司的成员，即能够代表公司的自然人。^①因此，如何在法律上让某些成员在以公司名义从事经营活动时不损害公司法人和其他成员的利益，则是公司法人治理结构所要解决的问题。由于传统的公司理论将公司定义为一个由物质资本所有者或股东组成的联合体，因此，传统公司法人治理结构所要处理的问题是：公司在营运中如何确保物质资本所有者获得投资回报，即物质资本所有者通过什么机制迫使经营者将公司利润的一部分作为回报返还给自己，以及如何约束经营者的行为并使其在物质资本所有者的利益范围内从事经营活动。^②但是，自本世纪中叶以来，现代公司理论发生了重大变化，一些学者将公司定义为一个由物质资本所有者、人力资本所有者以及债权人等利害关系人组成的契约组织。^③在这一理论背景下，公司法人治理结构可以理解为股东、债权人、职工等利害关系人之间有关公司经营及权利配置的机制。^④现代公司法人治理结构所要解决的问题包括两个方面：一是基于“所有权与控制权”分离而形成的物质资本所有者或股

① 参见【奥】凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第120页以下。

② A. Sheleifer and R. Vishny, A Survey of Coporate Governance, The Journal of Finance, June 1997.

③ M. C. Jensen and W. H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economic, 3, P. P. 305 - 360.

④ 参见【日】青木昌彦等：《经济体制的比较制度分析》，魏加宁等译，中国发展出版社1999年版，第175页。

东对公司经理的约束与监控问题；二是基于“公司的利益相关者理论”而形成的“非股东的利害关系人”参与公司治理问题，其中包括“职工参与制”（employee participation）。本文从公司法人治理结构的传统理论及其局限性入手，分析当今世界公司法人治理结构的发展趋势，并对我国公司法人治理结构的重构提出自己的看法。

一、传统公司法人治理结构存在的法理学基础

公司法人治理结构是随着公司制企业的出现而形成的。公司制企业，尤其是股份公司的一个主要特点是所有权与经营权的分离。在股份公司中，一方面由于物质资本所有权主体人数众多，每个所有者不可能亲自参与企业的经营，即使他们付出极高的成本，也难以保证迅速有效的决策；另一方面，由于企业自身规模的扩大和市场的复杂化，对企业的经营管理提出了更高的要求，使得早期由出资者兼任经营者的做法无法满足企业自身生存发展的需要。这就迫使物质资本所有者放弃对企业的直接占有和控制，而把经营权委托给具有经营能力的经理，于是便出现了所有权与经营权的分离。在这种情况下，如何既保证让那些具有经营才干的高层经理人员放手经营，又不致于让物质资本所有者失去对公司的最终控制，则是早期公司法人治理结构所要解决的问题。溯其渊源，公司法人治理结构的最初确立始于1600年—1602年英国和荷兰的特许贸易公司。这些公司建立了一种对日后公司法人治理结构产生重大影响的董事会领导下的经理人员经营制度。^⑤此后，股东大会、董事会以及高层经理三位一体的权力结构，便成为传统公司法人治理结构的主要模式。这种模式存在和运行的理论基础是：

(1) 股东本位。即只有公司的物质资本所有者才是公司的成员，公司本身纯粹是物质资本所有者组成的联合体。这样，对公司经理行为进行约束与监督的重担便落在了股东身上。认为只有股东才是公司法人治理结构的主体，那些被现代公司理论称之为“非股东的利害关

^⑤ 参见梅慎实：《现代公司机关权力构造论》，中国政法大学出版社1996年版，第83页以下。

系人”则被排除在公司法人治理结构之外。所以，经理层的怠懈、无能及道德风险（moral hazard）等问题只能由股东来校正。为了体现这种股东本位的神化，股东大会被认为是公司的最高权力机关。

(2) 董事会与股东大会之间被认为是一种信托关系（fiducity relationship），即董事会作为股东的受托人（trustees），对股东负有信托义务（fiduciary duty），负责托管股东的财产并对公司经理人员的行为进行监督，以维护股东的利益。^⑥

(3) 董事会与高层经理之间被认为是一种委托代理关系（principle-agent relationship），即董事会以经营管理知识、经验和创造能力为“标准”，选择和任命适合于本公司的经理人员。而经理人员作为董事会的代理人，在董事会的授权范围内从事经营活动并接受董事会的监督。

这样，传统的公司法人治理结构试图通过股东大会、董事会和经理人员之间的责权划分，来形成它们三者之间的制衡关系，以实现物质资本所有者对公司的最终控制。但是，在实践上，这种制度设置并没有遏制住公司“控制权的转移”（control transitions），即公司的控制权从物质资本所有者手中逐渐转移到高层经理人员的手中，^⑦从而为高层经理侵蚀物质资本所有者或者股东的权益提供了可能。在历史上，最早觉察到这一模式存在问题的学者首推亚当·斯密。他在论述代表股东对经理人员的行为进行监控的董事会时写道：“股份公司的经营，例由董事会处理。董事会在执行业务上固不免受股东大会的支配，但股东们对公司的业务多无所知，如他们没有派别，他们大抵心满意足地接受董事会每年或半年分配给他们的红利，不找董事会的麻烦。所以，要想股份公司董事们监视钱财用途，象私人合伙公司合伙人那样用意周到，是很难做到的。”^⑧到了本世纪初，伴随着规模巨大的开放型公司的大量出现，美国学者伯利和米恩斯于1937年在《现代公司与私有

⑥ Northey and Leight's, Introduction of Company Law, Butterworth and Co.Ltd.P189.

⑦ H.Easterbrook and R.Fischer, Corporate Control Transaction, Yale Law Journal, (91) 4, March, P.P.698 - 737.

⑧ [英] 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》（下卷），郭大力等译，商务印书馆1974年版，第303页。

财产》一书中直言，经营者权力的增大对物质资本所有者利益的危险。他们担心，由于正在发生的所有权与控制权的持续分离，可能会使经营者对公司进行掠夺。^⑨ 本世纪 70 年代，R·J·拉纳通过实证研究表明，近三十年来（1929-1963），经营者对公司的控制得到了进一步强化，并且已经成为大型公众公司中不可逆转的支配形态。^⑩ 可见，以股东本位理论为支柱而构建的公司法人治理结构无法通过股东大会、董事会以及高层经理之间的相互制衡，来实现物质资本所有者对公司最终控制的目的。如何评价这种模式的得失，并对此提出改进对策，则成为现代公司理论的一个基本问题。^⑪

二、传统公司法人治理模式的两个神化及困境

如前所述，传统公司法人治理模式在实践中并没有收到人们所预期的效果。究其原因，主要在于这种模式赖以存在和运行的理论基础被神化，已难以适应现代公司发展的需要。

1. 股东本位的神化

股东本位作为一种固有的观念，即认为公司仅是物质资本所有者组成的联合体和为他们赚钱的“工具”。在传统观念看来，劳动与资本这两个基本的生产要素中，为公司提供物质资本的“资本家”的权利是资本所有权，为公司提供劳动的“雇员”的权利只是一种对资本运用的他物权。由于所有权主宰所有的他物权（即一切他物权均从属于所有权或体现所有权），^⑫ 就必然要求作为企业主的资本家控制整个公司，公司作为企业主的“东西”，在法律上的表现便是为所有权确立并

^⑨ A. Berle and G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt Brace Jovanovich, New York.

^⑩ R. T. Lamer (1966): *Ownership and Control in the 200 Largest Non-Financial Corporation, 1929 and 1963*, *American Economic Review*, Sept. 1966.

^⑪ O. Williamson: (1984) *Corporate Governance*, *Yale Law Journal*. 1993 (17), June, P1199.

^⑫ 参见 [意] 彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 195 页。

被理论化。^⑬ 所以,传统公司法人治理结构为了体现这种所有权的神化,便确立了股东本位的原则,^⑭即股东对公司的经营享有最高直接控制权,他们是选择并控制公司董事的“市民”,这些被称为董事的“议员”是股东的代表并为股东的利益而工作;董事会选择公司的最高管理者,最高管理者再选择其他人员并主持公司的日常工作。然而,这种股东本位的神化正面临着理论与实践的挑战。

首先,从社会经济进步的进程来看,受所有权保护的生产要素(即所有权的客体)是随着经济环境的变化而不断调整的,谁拥有这些生产要素的所有权,谁就拥有相应的权力。^⑮在封建社会,土地是最重要的生产要素,而土地主是这一要素的所有者,所以土地主是最有权势的;在资本主义社会发展的初期,资本代替了土地成为最重要的生产要素,而资本家是资本的所有者,因而公司的权力也应当由资本家来行使和控制。随着科学技术的进步,资本供给日益丰裕,而工业和技术发展所需要的专门知识越来越复杂,于是专门知识就成为公司发展决定性的生产要素,谁拥有这样的生产要素,谁就能使公司兴旺发达。显然,这些生产要素的所有者往往是公司中的雇员而非股东,并且现代社会的一般情况是雇员所拥有的高素质的劳动比物质资本更为稀缺。^⑯由于资本与劳动等生产要素的“经济地位”的变迁,必然要求扩大雇员在公司中的法定权利,而在此过程中物质资本所有者的部分权利则被剥夺。^⑰

其次,股东本位所折射的只是一种“资本民主”,即只有那些拥有公司物质资本的人才有权选举和被选举为公司权力机关的组成人员;

^⑬ 参见[日]富永健一:《经济社会学》,孙日明等译,南开大学出版社1984年版,第117页。

^⑭ 参见[美]大卫·P·艾勒曼:《民主的公司制》,李大光译,新华出版社1998年版,第45页。

^⑮ Kelvin Jones (1982), *Law and Economy: The Legal Regulation of Corporate Capital*, Academic Press, PP.70-80.

^⑯ 参见[日]今井贤一等主编:《现代日本企业制度》,陈晋等译,经济科学出版社1995年版,第53页。

^⑰ 参见[美]西奥多·W·舒尔茨:《论人力资本投资》,吴珠华等译,北京经济学院出版社1990年版,第175页。

而公司中从事财富创造的雇员，虽然在社会生活中享有政治权利，其中包括选举权和被选举权，但在公司制度中本应享有的“当然的权利”则被剥夺。^⑩这样，公司利润的创造者却被排除在公司法人治理结构之外。这种模式一方面可能激化劳资冲突，不利于提高雇员的劳动积极性，另一方面又增加了公司的管理成本，损害了公司的组织效率，并且与现代民主理念格格不入。^⑪

另外，股东本位只是“资本基本主义”这一特定历史条件下的产物，它难以适应当今“以知识为基础的经济”（the knowledge based economy）社会。在资本主义发展的初期，由于当时经济增长对物质资本的依赖，人们普遍接受的观点是“资本基本主义”，即认为物质资本以及物质资本积累是经济增长的惟一源泉，经济增长主要靠投资增长的推动，而物质资本短缺则是经济增长的主要制约。因此，为了实现经济增长，必须对物质资本所有者的权利进行强有力的法律保护，于是股东本位的公司体制便应运而生。但自20世纪末期以来，在国家经济和政治生活中，物质资本的价值和重要性正在明显下降，知识、技术等“精神力量”正在各方面超越物质资本的力量而呈上升趋势。随着经济增长从对物质资本的依赖转向对知识等“精神力量”的依赖，以物质资本为基础的规模生产也随之转向了以知识为基础的创造活动，^⑫使得公司的成长取决于拥有知识并创造这些知识的人以及人的劳动。这样，建立在“资本基本主义”基础之上的传统模式，已难以适应当今“知识社会”的需要。

2. 董事会中心主义的神化

公司法人治理结构的传统理论认为，由于股份公司物质资本所有者人数众多，他们不可能都亲自参与公司的经营，于是股东大会便选举董事会，并由董事会代表股东行使公司权力，其中包括为公司选择有经营能力的高层经理和对经理的行为进行监督等。董事会是股东的

^⑩ 参见 [美] 迈克尔·比尔等：《管理人力资本》，程化等译，华夏出版社 1998 年版，第 49 页。

^⑪ 前引 [14]，大卫·P·艾勒曼书，第 163 页以下。

^⑫ 参见 [美] 达尔·尼夫主编：《知识经济》，樊春良等译，珠海出版社 1998 年版，第 124 页以下。

受托人，负责公司的业务执行，并对公司经理的经营行为进行监督，这使得董事会在公司的营运中起着核心作用。然而，这种墨守成规的董事会中心主义的神化已经不符合 20 世纪末的现实，^① 它正受到以下问题的困扰：

首先，董事会或董事会的成员是否为物质资本所有者的惟一受托人，或者说，董事会或董事会的成员是否仅仅代表股东的利益。传统理论认为，董事会及其成员应由股东选举产生并作为股东的受托人以维护股东的利益。然而上述理论已经受到当今社会的冲击。在实行单一董事会的英美法系国家，虽然从历史上看董事会应由股东选举产生，并且股东的利益在董事会进行决策时受到了优先考虑，但自二十世纪末期以来，人们普遍地认识到董事会的职责既要引导公司朝着实现股东利益的目标努力，同时又要考虑雇员的利益、社会的利益和公司本身生存的需要，并制定实现这些目标的战略。^② 而在实行双层董事会的德国等欧洲国家，自二战以来，选举董事已非股东们的专利，并且董事会还应对股东以外的其他利益主体负责。因此，董事会仅为股东的受托人的理论已经与当代主要发达国家的公司立法和现实不符。

其次，信息不对称问题。董事会的一项重要职责就是选择公司的经营者和对经营者的行为进行监督。而这一职责的实现，有赖于董事会能否获得有关经营者行为和行为结果的信息，这是董事会具备相应监督能力的前提。实践中，董事会获取经营者行为的信息，存在着很大的局限性，其原因在于一方面经营者的很多行为是难以直接观测到的，另一方面是董事会的成员受到专业知识的限制。^③ 所以，董事会不可能得到有关经营者行为的完全信息，而且信息在董事会与经营者之间的分布是不对称的，即后者相对于前者具有信息优势。从理论上讲，这种信息不对称包括两种情况：一是公司经理掌握着不为董事会知晓的私有信息（包括经营者的经营能力等），这样有可能使一些不称

^① 参见 [美] 埃达·登勃等：《董事会：如何应付错综复杂的经济社会》，赵鑫福等译，新华出版社 1996 年版，第 20 页。

^② 前引 [21]，埃达·登勃等书，第 75 页。

^③ 参见段文斌：《公司中的委托——代理和治理结构》，《中国工业经济》1998 年第 1 期。

职的经营者被董事会选择为高层经理，这种行为叫做逆向选择 (adverse selection)；另一种情况是经营者被董事会选择后，会对董事会采取阳奉阴违的机会主义态度，而董事会又无法亲临现场监督经营者的活动，这种机会主义行为叫做道德风险 (moral hazard)。^④ 因此，尽管传统的公司法人治理结构设置了董事会，但是在现实中由于受信息不对称的困扰，经营者甚至可以决定董事会的活动日程以及董事会所获取公司经营信息的类型和数量，这种状况严重地影响了董事会监督、估价经营者的能力和了解公司的真实经营状况。^⑤

另外，搭便车问题。搭便车作为现代公共选择学派中的一个常用术语，意指“即使个人没有支付成本，他也自动地享受到团体所提供的服务”。^⑥ 由于考虑到对经营者的行为进行监控是维护股东利益的需要，因而传统的公司法人治理模式认为，只有股东才最有可能对经营者的行为进行控制，以体现所有权所具有的权力。但是，在现代公司中，由于股东人数众多，这些股东不可能亲自管理公司的日常事务和时时监控经营者的行为，特别是对那些众多的小股东而言，他们亲自监控经营者的成本将超出他们的收益。于是他们便选举董事会并由董事会来监控经营者。这就造成了一个搭便车问题：因为经营改善所得的收益将由全体股东分享，而监督的成本却只由那些去积极监督经理行为的股东来承担，所以单个股东没有监督经营的积极性；^⑦ 同时，每个股东又希望其他股东去过问公司的经营，以便“坐享”公司经营提高所带来的收益。由于搭便车问题的存在，使得物质资本所有者对公司的监控从总体上出现了弱化的趋势，而公司经营者则可以相当自由地去追求他们自己的目标，包括建造帝国和享受特权。^⑧

^④ 参见张维迎：《博弈论与信息经济学》，上海三联书店 1996 年版，第 398 页以下。

^⑤ M. C. Jensen: The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems, *Journal of Finance*, No. 3, P831 - 880.

^⑥ 林毅夫：《关于制度变迁的经济学理论》，载 [美] R·科斯等：《财产权利与制度变迁》，胡庄君等译，上海三联书店 1994 年版，第 405 页。

^⑦ 参见 [美] O·哈特：《企业、合同与财务结构》，费方域等译，上海三联书店 1998 年版，第 11 页。

^⑧ 参见 [美] O·哈特：《企业、合同与财务结构》，费方域等译，上海三联书店 1998 年版，第 11 页。

三、公司法人治理结构在当代的发展

由于股东本位的局限性，再加上信息不对称以及搭便车等问题的困扰，传统的公司法人治理结构已经难以适应当今经济社会发展的需要。因此，自 20 世纪末期以来，如何建立一套新的公司法人治理结构日益受到各国立法机关和法律组织的重视。在美国，美国法律协会在总结有关公司法人治理结构的理论成果以及 80 年代末期以来各州公司法变革的基础上，于 1992 年公布了《公司治理结构原理：分析与建议》（Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations）的“白皮书”；在英国，1992 年发表了《公司治理结构中的财务问题》（The Financial Aspects of Corporate Governance）的 Cadbury 报告；在欧盟，深受德国法影响并对传统股东本位的公司体制有着根本性否定的《第 5 号公司法指令草案》，尽管尚未被欧盟立法机关通过，但该草案中有关“双层委员会制度”和“职工参与制”等条款，则为新的公司法人治理结构提供了范本；^⑧在日本，随着“双向式”的公司法人治理结构受到人们的关注，法人治理结构论坛于 1997 年公布了《法人治理结构的原则——关于新日本型法人治理结构》的中期报告。^⑨ 尽管各国法律传统与公司理论存在一定的差异，但从总体上看当代公司法人治理结构的发展趋势呈现出以下特点：

1. 股东的主权地位日趋衰落

受“资本基本主义”发展模式的影响，传统理论将公司看作是由股东组成的联合体和为股东赚钱的工具。然而，这种传统理论日益受到了公司契约理论和公司能力理论的挑战。公司契约理论认为，公司是一种有效率的契约组织，是各种生产要素（包括劳动、资本等）投入者为了各自的目的联合起来达成的一种具有法人资格和地位的契约

^⑧ 该草案最初发表于 1972 年，后经 1975 年、1983 年、1990 年以及 1991 年修正后，形成了最后文本。参见 Klaus J. Hopt and Eddy Wymeersch, *European Company and Financial Law*, Walter de Gruyter, Berlin, New York (Second Edition), P781-807.

^⑨ 参见 [日] 酒卷俊雄：《日本企业治理结构论与公司法的修改》，载李黎明主编：《中日企业法律制度比较》，法律出版社 1998 年版。

关系网络。尽管有关公司契约理论对公司含义的表述不尽一致，但这种理论的兴趣均在于公司不仅是一个由物质资本所有者组成的联合体，更重要的是在本质上它为劳动要素提供者、物质投入和资本投入的提供者等利害关系人之间的契约关系充当联接点。^④ 公司能力理论则认为，物质资本所有者以所有权的形式对公司的投入虽然是公司获取利润的一个因素，但不是关键因素。公司作为一个知识集合体而非物质资本的集合体，它通过知识积累过程获取新的知识，并将该知识融入到公司中去，形成公司发展的主导力量。因此，公司内部的特型智力资本、资源、知识的积累是公司获得超额利润的关键。^⑤ 在公司能力理论看来，既然公司产生长期收益的原因在于公司内部的特型智力资本，所以，如果仍然固守传统的股东本位理论，忽视智力资本所有者在公司法人治理结构中的地位和作用，将会严重影响公司产生长期的收益。股东本位论不仅受到理论的挑战，而且在立法和实践中也日益被修正。在美国，自 80 年代以来，美国各州对以往的公司立法进行了修改，现行法规定公司的经营者除了对股东负责外，还应对非股东的利害关系人承担责任并受他们的治理。^⑥ 在德国，自二战以来，新的公司立法更倾向于将公司定义为劳动与资本之间的一种伙伴关系，^⑦ 1976 年，根据德国法律，监事会中劳动要素与物质资本参与者之间的比例调整到 1:1，从而全面地实现了劳动与资本共同治理公司这一基本原则。^⑧ 在日本，尽管传统的商法将公司定义为由物质资本所有者组成的实体，但这显然只是法律上的概念，作为一种社会现实，公司是指它的从业人员组成的实体，^⑨ 因而人们更习惯于将日本的公司理解为“人本主

^④ M.C.Jensen and W.H.Meckling, Theory of the Firm: Managerial, Agency Costs and Ownership Structure.

^⑤ H. De msetz, The Theory of the Firm Revised, Journal of Law, Economics and Organization 4, P141 - 162.

^⑥ 参见崔之元：《美国二十九州公司法变革的理论背景及对我国的启示》，《经济研究》1996 年第 4 期。

^⑦ 前引〔20〕，埃达·登勃等书，第 40 页。

^⑧ 参见〔德〕罗伯特·霍恩等：《德国国民商法导论》，楚建等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 306 页以下。

^⑨ 参见〔日〕松本厚治：《企业主义》，程玲珠等译，企业管理出版社 1997 年版，第 1 页。

义”的体制^⑦，以区别基于“资本基本主义”而形成的公司理念，从而使得日本的公司法人治理结构在总体上呈现出劳动与资本共同治理的特征。^⑧

2. 职工参与制度日益得到认同与重视

随着股东的主权地位日益衰落，作为人力资本所有者的雇员在公司法人治理结构中的地位日趋增强，职工参与制度日益得到各国立法的认同与重视。职工参与公司法人治理结构，其理论基础主要来源于两个方面：一是人力资本所有权理论。这种理论认为，随着经济增长越来越依赖于技术以及技术创新，一个国家的经济发展会更多地取决于人力资本而非物质资本；与物质资本相比，现代社会中的人力资本正发挥着更加重要的作用。^⑨由于人的“经济价值”的提高，必然要求对以往的公司法人治理结构作出新的调整，以反映人力资本所有者在公司体制中的地位和作用。二是经济民主理论。众所周知，民主的首要含义在于参与，^⑩然而在股东本位的公司体制里面，公司民主只是体现了一种资本民主，参与公司治理只是股东们的专利。从而使得从事利润创造的雇员被排除在公司民主和法人治理结构之外。随着民主理念不断向公司内部延伸，这必然要求在社会政治生活中享有民主权利的雇员参与公司的治理。职工参与制度的实施，尽管是一种历史发展的必然趋势，但是由于传统公司法人治理结构中的董事会和股东不愿意看到自己固有的决策权受到公司雇员的制衡与监督，更不愿意雇员与自己平起平坐并把他们的意志转化为公司行为，因此各主要发达国家职工参与公司治理仍然受到不同程度的限制，其规则呈现出各自的特色。在德国，职工在公司最高权力机关中所占的比例与股东相同，而且职工代表还有选择与监督经营董事的权利。在欧盟，为了体现其强制推行职工参与制度的决心，《公司法第五号指令（草案）》规定了四种可供成员国选择的模式，即德国模式，荷兰模式，通过公司职工的专门机构实现其参与公司机关的模式，以及通过集体协议制度

^⑦ 前引〔16〕，今井贤一等主编书，第43页以下。

^⑧ 前引〔4〕，青木昌彦等书，第181页。

^⑨ 参见聂德宗：《人力资本所有权理论与实践探析》，《人文杂志》1998年第5期。

^⑩ 参见〔美〕科恩：《论民主》，聂崇信等译，商务印书馆1988年版，第13页。

参与公司机关的模式。在日本，尽管职工参与制度尚未被立法正式认可，但是那些应由“资本家”兼经营者承担的责任，其中包括分担公司风险、组织公司经营以及采取革新措施等“企业家的职能”，却早已被广泛地分配给从业人员了，“全员参与”已被看作日本公司制的根本特征，^④ 由于公司属于“企业人”即在长期雇佣制度下的从业人员，当公司财务状况良好时，从业人员成为公司治理的主体和剩余索取者；只有公司财务状况恶化时，银行才以机构股东和治理主体的身份对公司的行为进行监督。^⑤ 在美国，对雇员权利的维护习惯采用集体谈判制度和民事诉讼程序来解决，但从1947年的《瓦格纳法》(Taft-Hartly Act)开始，联邦政府就着手支持雇员摆脱雇主控制的权利，^⑥ 到了80年代，美国公司立法的一个新的动向就是让经营者对包括雇员在内的非股东利益关系人承担责任，从而将公司法的调整范围辐射到劳资关系方面。尽管目前看来，美国有关雇员参与公司治理的法案尚未正式出现，但是在实践中从“管理人力资本”的角度让雇员参与公司的经营已成为美国公司的一种时尚，^⑦ 一些学者认为，在美国实现雇员参与公司法人治理结构只是一个时间问题。^⑧

3. 银行等金融机构在公司法人治理结构中的地位和作用日趋增强

由于银行和公司各自的法律地位不同，两者间的关系形成了不同模式。以银行能否参与公司法人治理结构为标准，两者间的关系又可分为两种类型：即大陆法系中的德日模式和英美法系中的美国模式。^⑨ 德日模式的特点在于允许银行参与公司法人治理结构，并且银行在其结构中往往起着决定性作用。但是，由于德国和日本经济环境不同，银行参与公司法人治理结构的方式和治理手段又存在着一定的差异。在日本，银行参与公司法人治理结构虽然是日本的固有传统，然而，

④ 前引〔36〕，松本厚治书，第67页。

⑤ 前引〔4〕，青木昌彦等书，第200页。

⑥ 参见〔美〕道格拉斯·L·莱斯利：《劳动法概论》，张强等译，中国社会科学出版社1997年版，第4页。

⑦ 参见〔美〕迈克尔·比尔等：《管理人力资本》，程化等译，华夏出版社1998年版。

⑧ M. Blair, *Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty First Century*, Brookings Institute, Washing D.C.

⑨ 前引〔4〕，青木昌彦等书，第220页。

在二战结束后的一段时间，日本政府被迫采用美国模式，即限制金融机构持有其他公司的股票、禁止商业银行承销、持有其他公司的股票，从而将银行等金融机构排除在公司法人治理结构之外。但是，上述设计最终因日本1949年8月的股市崩溃而破灭。此后，日本重新允许银行等金融机构持股并参与公司治理，^⑦并为日本银行参与公司法人治理结构提供新的法律支持，由此而形成了一种被学术界描述为“主银行体制”（main bank system）的银企关系。在这种体制下，日本公司法人治理结构呈现出以下特点：^⑧一是主银行的统一监督职能，即对公司的事前监督、事后监督和事中监督的责任，不是像英美法系那样由分散的、不同的监督主体来实施，而是被高度统一化地、惟一地赋予了该公司的主银行；二是相机治理或二元的治理结构，即在公司财务状况良好时，公司治理由雇员组织来进行，由主银行所代表的投资者的控制不会表现得十分明显；反之，公司陷入财务危机时，主银行对公司的控制将会变得明晰起来，此时，雇员组织在治理结构中只能处于从属地位了。德国银行与英美国家的银行相比，它们与其提供融资支持的公司之间的联系更为紧密。这种联系包括：银行在贷款公司中拥有股东权益、派遣其职员进驻客户公司的监事会、代理其保管的股份行使投票权（即委托投票制度），以及作为客户公司资金和其他金融服务的惟一提供者。^⑨银行与客户公司的这种联系对公司法人治理结构的影响主要表现在：一是由于银行特别是居家银行往往是客户公司各种金融服务的惟一提供者，同时又是公司监事会中的重要成员，有利于银行随时了解公司的财务状况，以克服信息不对称条件下公司经营者的行为难以监督的问题；二是委托投票制度的适用，一方面使银行可以就任何事宜行使代理股份的投票权，另一方面由于许多小股东将自己的投票权委托给了银行，致使这些小股东无需花费精力去监督

^⑦ 参见 [日] 青木昌彦等主编：《转轨经济中的公司治理结构》，张春霖等译，中国经济出版社1995年版，第209页以下。

^⑧ 参见 [日] 青木昌彦：《主银行体制下的监控特征：从分析到发展的角度进行研究》，载青木昌彦等主编《日本主银行体制》，张撙等译，中国金融出版社1998年版，第125页以下。

^⑨ 参见 Theodor Baums：《德国的银行体制及其对公司融资和公司治理的影响》，载青木昌彦等主编：《日本主银行体制》，第503页以下。

经营者；三是无论由于银行的股权投资、或者银行作为股份投票代理人，或者银行与公司的长期业务关系，银行通常拥有半数以上的投票权，因而它们能够左右股东大会的决定。银行代表通常由股东大会选举进入公司监事会，从而成为银行控制德国公司机关的权威实体。在美国，以银行为主体的金融机构之所以不能在公司法人治理结构中处于主导地位，主要受制于1933年通过的《银行法》中的“格拉斯-斯蒂格条款”（Glass Steagall）的限制，从而抑制了银行等金融机构在公司法人治理结构中的权力膨胀。所以，在美国模式中，尽管法律规定董事会是公司法人治理结构的核心组织，由于搭便车以及信息不对称等问题的困扰，致使董事会并没有在公司陷入危机时摆脱困境。^④ 不过，美国法中的 Glass Steagall 条款实施后，一直受到美国学者的批评，不少学者认为正式废除这一条款只是时间问题；^⑤ 自70年代以来，美国政府已通过了一系列的法律，使得早期的 Glass Steagall 条款所规定的内容已出现名存实亡之势。随着美国政府和法律对银行等金融机构管制的松动，以年金基金、商业银行、人寿保险公司、共同基金为主体的金融机构已成为一些大公司的主要持股人。据统计，美国金融机构等法人的持股比例在90年代发生了根本性的转折，已经超过个人股东持股比例而居优势。^⑥ 由于金融机构取代了战前的个人或家族股东而成为公司的主要出资人，各公司的股权也进一步集中到少数金融机构等法人股东之手，这样，在当代美国公司中，银行等金融机构在公司法人治理结构中的地位和作用也出现了强化的趋势，并且日益得到了美国学理和实践的认同。这正如英国学者萨德沙纳姆在评价这一现象时所指出的那样：“进入九十年代，美国出现了一股股东活跃主义的倾向，管理者要接受活跃股东集团非常多的监视与提问，金融机构对回答他们早期面对‘管理者的暴行’失之体察的批评发挥了积极作用”。^⑦

^④ M. C. Jensen (1993), The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems. *Journal of Finance*, No. 3. P831 - 880.

^⑤ 参见潘攀：《格拉斯-斯蒂格尔法的演化》，《外国法译评》1999年第1期。

^⑥ 参见何自力：《美国大公司股份资本占有结构的新变化》，《世界经济》1997年第4期。

^⑦ 参见 [英] P·S·萨德沙纳姆：《兼并与收购》，胡海峰等译，中信出版社1998年版，第24页。

四、我国公司法人治理结构的重构

在重构我国公司法人治理结构的问题上,国外有两种正在完善的模式可供我们参考。一种是英美等国的公司法人治理结构模式。这些国家的资本流通活跃,证券市场发展充分,其公司法人治理结构的优化在很大程度上凭借证券市场对公司经营者的激励和监督,即主要依靠证券法规制的公司收购实现。另一种是德国、日本等国的公司法人治理结构。这些国家由于资本流通性差,证券市场相对不活跃,公司法上有形的公司治理结构起着主要作用。我国证券市场不发达,资本流通性较德国、日本更弱,因而现阶段通过完善公司法上的有形公司组织结构健全公司法人治理结构应该是解决问题的不二法门。反观我国公司法的规定,可以看到,我国公司法是在股东本位这一公司理念指导下,除遵循传统的股东大会、董事会与高层经理之间的权力制约关系外还对职工参与公司法人治理结构进行了“例外”规定。这种法律设计,无论与我国国情还是与现代公司法人治理结构的演进方向都存在着较大差距:这主要表现在:

一是我国公司的股权非常集中,主要被国家各级政府所控制,国有股比例的平均值为44.9%。^④在国外,日本和德国通过公司间相互持股以及银行的作用,形成了一种较为集中的股权形式,美国的各类养老基金等机构也出现了对个别公司集中投资的情形,其目的是为了强化机构股东在公司法人治理结构中的作用,以克服信息不对称、搭便车等问题,从而提高了公司法人治理结构的运行效率。但我国公司法人治理的效率并没有因国有股的绝对控股地位而改善;相反,国有股所占比例越高的公司,其治理效率越差。^⑤

二是我国公司特别是国有性质公司的主要债权人商业银行为商业银行,本来银行可以在公司治理结构中发挥重要的作用,但我国现行的商业银行法和证券法却禁止国有商业银行持有其他公司的股票,从而将商业

^④ 参见田志龙等:《我国股份公司治理结构的基本特征研究》,《管理世界》1998年第2期。

^⑤ 参见许小年:《以法人为主体构造公司治理机制和资本市场》,《改革》1997年第5期。

银行排除在公司法人治理结构之外。由于资本市场尚不发达，公司融资在相当长的时间内还将主要依赖于商业银行信贷资金的支持，因而上述法律规则形成的股权与债权的分离，致使商业银行等主要债权人的利益难以在目前的公司法人治理结构的框架内得到有效保护。

三是职工参与公司法人治理结构已是当今世界企业经济发展的基本方向，但在人民享有广泛民主权利和崇尚职工是企业主人的社会主义中国，公司法中关于职工参与公司法人治理结构的情况却只是一种例外。实践中，职工“有主人权益但无主人地位”的现象较为普遍。^⑤

由于我国公司法人治理结构的上述缺陷，使得公司治理在实践中出现了种种问题。如何立足于我国的基本国情，并在此基础上借鉴国外公司法人治理结构的一些经验，来重构我国公司法人治理结构，则是我国当前法学研究和公司立法的一个重要课题。

1. 重构我国公司法人治理结构的指导思想

尽管传统的股东联合体的公司定义形成于“资本基本主义”这一特定历史时期，并且已经受到当代主要发达国家公司理论的扬弃，但是由于这一定义突出了对物质资本所有权的优先保护和股东在公司法人治理结构中的优越地位，从而成为我国法学界有关公司定义的范式和公司立法的指导思想。究其原因，我国国有资产一直是各类公司资产的主要组成部分，人们似乎认为在公司理论和公司立法中突出股东的主权地位，有利于保护国有资产。因此，无论是我国的国有企业改革还是公司法人治理结构的制度建设，都受到了这种传统理论的影响，使我国的国企改革和公司立法陷于了难以摆脱的困境。^⑥ 我们认为，重构我国公司法人治理结构，首先应当彻底地摒弃那种股东或物质资本所有者联合体的公司理念，而代之以公司的利益相关者理论。以公司的利益相关者理论为指导来重构我国公司法人治理结构，不仅是为了适应国际潮流发展的需要，更重要的是为了弥补我国现行公司理论研究和公司立法的不足，以摆脱股东主权论的不利影响，因而具有极为重要的理论与现实意义。这主要表现在：

^⑤ 参见陈惠湘：《中国企业批判》，北京大学出版社1998年版。

^⑥ 参见聂德宗：《人力资本所有权与我国国有企业改革》，《天津社会科学》1998年第6期。

一是有利于理顺公司中物质资本所有者与人力资本所有者之间的关系。应该说股东本位的公司理念是与资本雇佣劳动制相适应的，如果从资本与劳动这两个因素来考察，股东本位制的实质在于：物质资本所有者为公司提供物质资本，通过物质资本来雇佣劳动力并组织社会化大生产；在此理念基础上形成的公司体制中，物质资本所有者始终处于主导地位并成为公司治理的主体，而作为公司剩余价值创造者的劳动者，则处于一种从属地位。显然，当前我国法学界所崇尚的物质资本所有者联合体的公司理念不仅与马克思主义的劳动价值论相悖，而且与我国人民当家作主的基本国情不符。而公司的利益相关者理论则强调劳动与资本的合作关系，一方面有利于鼓励物质资本所有者投资的积极性和保护他们的利益，另一方面劳动者通过参与公司法人治理结构，既能激发他们从事剩余价值创造的积极性，又能体现他们的主人翁地位。

二是公司的利益相关者理论强调公司是由不同的利益相关者组成的长期性交易关系，公司经营的成败不仅关系到股东的利益，而且还影响到债权人和职工的利益；无论是股东，还是债权人和职工，他们均对公司的营运投入了资产，并且这些资产的价值均依赖于其他相关的资产，任何一方的随意退出或机会主义行为均可以使对方的利益蒙受损失。因此，为了保护这些投资者的利益，无论是股东、债权人还是职工，都应当具有平等的机会去参与公司治理。而在我国现行的以股东本位理论为基础而构建的公司法人治理结构中恰恰是否定了这些权利主体的平等性；从形式上看是在保护股东的利益，但其实质在于重申所有权特别是国家所有权绝对性的神化理念。其结果是债权人、职工在公司法人治理结构中的“声音”越来越小，他们的利益不能在公司法人治理结构的框架内得到有效保护。我们认为，在公司的资产中，国有资产固然重要，需要得到法律保护，但国有资产一旦失去劳动者的劳动以及劳动者所拥有的专用性技能即人力资本，它将在经济上毫无意义。

三是公司的利益相关理论强调经营者在以公司的名义从事经营活动时，不仅要考虑到股东的利益，还应考虑到债权人和职工的利益；公司经营者的行为除了应受股东集团的约束外，还应受债权人以及职

工集团的控制。在这种理论指导下构建的公司法人治理结构，将有利于克服股东本位理念下公司法人治理结构的局限性。特别是由于职工在公司内部能比较“廉价”地观察到经营者的行为以及银行天生所具有的信息优势，有助于解决信息非对称条件下难以监控经营者行为的难题。

2. 重构我国公司法人治理结构的具体措施

按照公司的利益相关者理论来重塑我国公司法人治理结构，就要求我们在对国有企业进行公司制改造和公司立法时，不仅要重视股东的权益，还要重视其他利益相关者的权益；不仅要强调股东在公司法人治理结构中的地位，还要关注其他利益相关者对公司治理的实际参与。在这一思想的指导下，重构我国公司法人治理结构的具体措施主要包括以下内容：

(1) 实行国有股权的法人化

在我国，目前有相当一部分公司是经过国有企业改制而成的。但是，由于我国现行的国有资产管理体制遵循着国家所有、分级管理的原则，致使国有股权的主体缺位、^⑤ 国家股的股权代表素质低下而缺乏相应的监督能力，^⑥ 以及现行的国家所有权与国家行政权合一而导致的随意干预。而且更重要的是，国有企业公司化改造的实践表明：国有股比例越高的公司，效益越差；法人股比例越高的公司，效益越好；个人股比例与公司的效益基本无关。^⑦ 为了改变这种状况，笔者认为当务之急是实行国有股权的法人化。其具体思路为：一是将一部分国有股出售或转让给有关法人，变国家所有权为法人所有权，这既

^⑤ 在我国，国有大中型企业的公司化改制往往是由原企业的经理人员主持的，这种做法至少从改革的开始就存在所有权主体缺位，在这种条件下建立起来的公司法人治理结构，几乎没有所有者的地位，因而谈不上国家所有权对经营权的监督问题。参见吴敬琏：《建立有效的公司治理结构》，《天津社会科学》1996年第1期。

^⑥ 在我国有些公司制企业中，由于国有股在公司股权结构中占有绝对的份额，国有股的代表必然在公司董事会占有控制地位，这为国有股权的代表在实质上监督公司的经营者提供了条件。但在实践中，国有股的代表却缺乏相应的能力和知识，因而严重地影响了国有股所具有的监控能力。参见田志龙等：《我国公司治理内部监督机制有效运作的思路》，《经济体制改革》1997年第5期。

^⑦ 前引〔55〕，许小年文。

有利于降低国有股权在公司股权结构中所占的比例，又能够进一步发挥法人股东在公司法人治理结构中的优势；二是在不改变国有股性质的情况下，将一部分国有股委托给一些专业性的投资公司或企业集团经营，让它们来行使国有股所具有的各项权力，其中包括以国有股代表的身份参与公司法人治理结构；三是以一定范围内的国有资产（包括国有股权）为基础，成立国有资产控股公司，将原先由各级政府行使的国有资产的所有权，统一委托给这些国有资产控股公司，让这些控股公司出任国有股的股权代表，来参与公司法人的治理。

(2) 允许银行参与公司法人治理结构

在大陆法系的德国和日本，银行通常既是公司的最大债权人，同时又是最大的股东，银行通过与公司之间日常的财务联系使得银行容易得到有关公司经营更多的信息，使信息不对称和搭便车问题得到了较好的解决。银行具有的信息优势和监控能力，也受到了美国学界与实践部门的重视。那么，我国的商业银行能否参与公司法人的治理结构呢？首先，从信息优势上来看，我国1994年的《银行帐户管理办法》已明确规定，企业只能选择一家银行作为基本开户银行，从而为我国商业银行拥有公司更多的财务信息提供了法律依据；同时，1996年6月中国人民银行发出的《关于进一步改进对国有大中型企业金融服务的通知》中所规定的主办银行制度，现已逐步在我国试行，这说明我国政府有意让商业银行成为公司的监控主体。从这个角度讲，优先利用银行的信息生产能力并将银行作为公司法人的治理主体，在我国已具备了相应的法律基础。但从另一个方面来看，我国的商业银行法和证券法又受美国法中的Glass Steagall条款的影响，即禁止商业银行拥有公司的股票和实行银行与证券业分离，结果形成的债权人与股东的分离，从而将商业银行排除在公司法人治理结构之外。禁止商业银行持有公司的股票，在我国既可能出于控制金融风险 and 保持银行贷款业务的稳定等方面的考虑，又可能出自于我国国有商业银行还不是利润最大化的追求者等方面的担忧，因而这一规定在制定的当时具有一定的积极意义。但是，鉴于银行在公司法人治理结构中所具有的信息优势和较强的监控能力，因此，我国目前的国有银行商业化改造的措施逐步到位后，适时地修改现行商业银行法和证券法的有关条款，

使商业银行战略性持股得到法律许可，并让银行参与公司法人治理结构，将是一件十分明智而又经济的选择。

(3) 大力推行职工董事制度

从国外公司法人治理结构的发展趋势看，职工参与公司治理，既是人的“经济价值”提高和民主理念向公司内部延伸的结果，也是为了缓和劳资冲突以提高公司的组织效率的需要。按照企业社会责任论的观点，职工是企业的重大利害关系人。他们对公司有长期的人力投入，并承担了相应的风险，应该有自己的代表参与公司的决策。我国是一个人民当家作主的社会主义国家，“全心全意依靠工人阶级”是党中央的一贯主张，为了充分发挥职工的主人翁意识，更应当创造条件让职工参与公司法人的治理，而大力推行职工董事制度则是一种有效的选择。我们认为，在我国推行职工董事制度首先应遵循两个原则：一是普通性原则，即职工董事制度原则上应适用于职工人数达到一定规模的所有的公司制企业，将现行公司法中有关职工参与公司法人治理的“例外”规定变为“一般性”规定，扩大职工参与制度的适用范围；二是平等性原则，即将公司权力机关所拥有的权力平等地分配给人力资本所有者和非人力资本所有者，让生产要素的所有者能平等地涉入公司的权力机关，根据平等原则来共同组建公司的最高权力机关，彻底改变公司权力机关由物质资本所有者垄断或者向物质资本所有者倾斜的局面。在上述原则的指导下，我们认为德国模式在我国具有较为直接的借鉴意义，即由职工大会选举的职工代表和股东大会选举的股东代表充任公司的监督董事，并由他们平等地组成公司的最高权力实体即监事会（相当于我国的董事会）；再由监事会选择公司的经营董事，由这些经营董事组成公司的经营机关。在这种治理结构中：（1）监事会为公司的最高权力机关，其成员由职工与股东的代表对等组成；无论是职工代表还是股东代表，其权利应当平等，以体现劳动要素所有者与资本要素所有者对公司的“共同治理”。监事会应对职工、股东以及公司法人负责，其职责应当是“监督型”的，即充当公司所有活动的监督人。代表职工、股东以及公司法人对经营董事的活动进行“全方位、一揽子”监督。（2）由经营董事组成的高层经理组织是公司的经营机关，它只对监事会负责，并受监事会监督，其职责应是“经

营型”的，即负责整个公司的经营。(3)职工大会和股东大会是两个平行的机关，相互之间不存在依附关系，其职责是独立地选举各自的代表（即监督董事）进入监事会。值得注意的是，在建立现代企业制度的过程中，出现了一种不同于股份制试点初期的“内部职工股”的“员工持股制”。所谓“员工持股制”，即公司内部员工个人出资购买本公司的股份，并委托公司持股会进行集中管理的一种新型的公有制产权组织形式；持股员工选举产生员工股东代表，按照公司法进入股东大会、董事会、监事会。“员工持股制”可以使员工股份的制衡力量在公司法人治理结构中得到长期、充分的体现，增强员工对公司的关心与参与，达到劳动与资本有机结合的目的。这种通过改变公司产权结构，来改善公司法人治理结构的做法，值得中小型企业借鉴。

（本文原载于《法学研究》2000年第2期，与聂德宗合著）

公司治理机制的本土化

——从企业所有与企业经营相分离理念展开的讨论

叶 林

作者简介

简历

叶林，男，汉族，1963年11月出生。1987年毕业于中国人民大学法学院民商法专业研究生班，留校任教后，1993年获得法学博士学位。现为中国人民大学法学院教授、博士生导师、民商法教研室副主任；兼任中国法学会商法学研究会副会长、北京市法学会民商法学研究会副会长。

主要学术成果

《公司法》，中国审计出版社1997年版。

《违约责任及其比较研究》，中国人民大学出版社1997年版。

《公司设立与改组》，中国人民大学出版社1998年版。

《证券法》(21世纪法学系列教材)，中国人民大学出版社2000年版。

Individual Enterprise in Contemporary Urban China: A Legal Analysis of Status and Regulation, The International Lawyer, Spring 1987, V21. The Tort System In China, Law and Contemporary Problems, V52, Spring and Summer 1989, Nos.2&3, Duke University.

“诚信的商法地位”，《中国商法年刊》2002年版。

“关于我国公司法的基本评价和修改意见”，见《证券法律评论》第三卷，法律出版社，2003。

“公司治理机制本土化：从企业所有与企业经营相分离展开的讨论”，《政法论坛》2003年3期。

“上市公司引入独立董事的法律评价”，公司治理与资本市场监管——中国·台湾·日本企业制度比较研究(日文版)，名古屋大学 CALE 丛书3。

目 次

前言：问题的提出	三、中国实践
一、基本概念	四、片段建议
二、基本理念	五、结束语

前言：问题的提出

现今公司法学界高度关注着我国公司治理机制建立的问题,^① 但如何看待国内企业现状, 如何将国外公司治理成功做法引入国内, 如何实现与国内企业合理嫁接, 借此推进国内企业制度深化改革, 却始终未形成体系化解决方案。同时, 公司实务界创造出了许多旨在实现理想状态的公司治理机制规则。从加强信息披露开始, 到推行上市公司国有股份减持方案; 从上市公司设立独立董事, 再到推行上市公司退市及收购兼并制度等, 无不显示出监管者和实务界的孜孜追求。这些改革措施确已显出一定成效, 但在理论层面上总是形成在传统制度体系上“打补丁”的感觉, 我国公司治理制度远未达到体系化、合理化的状态。

我国现有企业脱胎于传统的国有企业制度, 它有别于我国传统企业, 但又异于西方现代企业。其特点可概括性归结为: 所有制形态是判定企业地位的重要标志, 各种所有制形态下的企业并未获得完全相同的社会地位; 投资者事实上的单一性是其核心特点, 投资主体多元化往往只是外在表现形式; 企业管理上一人专权是其鲜明属性, 民主制并未真正贯彻在企业管理实践中, 监督机制明显失灵; 投资缺乏流动性及超稳定股东结构是其市场表现, 股东投资后难以有效退出; 企

^① 如李维安等著:《现代公司治理研究》,北京:中国人民大学出版社,2004年版;梁能主编:《公司治理结构:中国的实践与美国的经验》,北京:中国人民大学出版社,2000年版。

业信息不对称现象明显，信息失真是社会生活中的普遍现象。在此情况下，将社会、经济和文化等背景差异巨大的那些国家的法律移植过来，会产生什么效果呢？是否会通过制度嫁接而形成劣于现有制度的新制度呢？或者一定会创造出至少优于现有制度的新制度呢？我无意贬低某种制度性工具有着超越国境的更广泛适用性，独立董事制度就是很好的例子。我们虽然难以从统计数字上精确地证明设立独立董事比不设独立董事好，但从对企业董事会及管理层所形成的潜在制约来说，独立董事制度的实际功效不容抹杀。

一、基本概念

公司治理是公司制度的重要组成部分，是公司法学和企业管理学共同探讨、研究的重要课题，但侧重点有所不同。公司法学主要解决相关法律规则建立与完善问题，而企业管理学则首先要解决所确立的相关法律规则合理性问题。无论如何，公司治理的经济学及管理学研究，是建立健全相关法律制度的前提和基础。如果要充分了解公司治理的法律制度，首先必须明确公司治理的经济学或管理学意义，并在此基础上探究公司治理的法律制度。

在管理学领域中，公司治理有广义和狭义两种解释。广义上，公司治理可以解释为关于企业组织方式、控制机制、利益分配的所有法律、机构、文化和制度安排，它不仅仅要界定企业与股东之间的关系，还要调整企业与所有利益关系集团（雇员、客户、供应商、所在社区、债权人和银行）之间的关系。狭义上，公司治理所研究的是各国经济中的企业制度安排问题，即在企业所有与企业经营相分离的情况下，投资者与公司之间的利益分配和控制关系。公司治理制度的管理学理论要解决的核心问题是：（1）公司管理层、公司内部人及其与外部投资者的利益和社会利益的兼容问题，例如，怎样对管理层实行激励，企业应承担什么样的社会责任；（2）公司管理层的能力问题，即由于公司管理层的管理能力、思想方式与环境要求的错位问题及管理层出现管理失误问题；（3）什么样的公司管理制度最有利于投资者获得最好的保护与利益回报，且此等合理利益不被企业管理层侵蚀。沿着这

样的思路，经济学及管理学创设出许多学说和理论，试图全面揭示企业运作过程中的各种不协调因素，以推动企业的全面、高效发展。

如果说前述公司治理概念具有浓重的经济学及管理学色彩，这种学说成果必须以适当方式确定化和固定化，才能使成熟的经济模式具有普遍推广的意义，公司法制度正是实现这种经济模式确定化和固定化的重要途径。公司法是以公司组织机构及运行为核心规范对象的法律，它必须合理地反映公司组织及运行发展的实际需要，必须精确地确定哪些规则具有强制性，哪些规则又必须保持足够的弹性。如果强制性规范主导着立法者思想，强制性规范就自然会成为公司法的核心规范，各公司丢失个性以遵从范围广泛的强制性规范，必然造就出千篇一律的公司。这不仅难以形成公司治理机制的比较优势，难以使企业创造出差异性企业文化，实际上也更难以确保企业严格践行这些强制性规范。反之，如果任意性规范支配着立法者的思想，任由企业选择、修改、变通公司法规则，使公司法退化成为一种纯粹指导性规范，这又势必会给社会交往及交易造成巨大妨碍。我认为，公司法强制性规范更多地具有划界功能，即允许企业在公司法给定规范的范围内创造性地运用规则，以体现企业个性及管理差异。

问题在于，管理学与法学在研究的侧重点上似乎始终存在着某种背离，虽然这种背离状况随着时间的推移及实践发展会呈现出逐渐弥合的趋势，但两者之间始终存在着差别，这是不言而喻的。这种差异首先体现为价值观念差异。经济学始终具有超前性观念，始终存在着一种打破现有规程，追求经济效益最大化的倾向。一旦现行规则与其价值观念产生背离，经济学总会表现出打破既定法律规则，鼓励采取新规则与制度的动力。在这个意义上，经济学是个“无法无天”的学问。法律制度则始终以追求安定为己任，通常不会追求单纯的“高效率”。在交易安全与交易快捷发生无可弥合的矛盾时，任何一部法律和任何一个立法者都不会以牺牲交易安全换取交易快捷。所以，法律科学虽然是以经济学为先行者，但在将经济学研究成果转化为法律制度的过程中，不得不考虑经济学以外的许多社会和技术因素，如某种经济学模式是否在技术上已趋成熟、某种经济学模式是否具有普遍性和可推广性、相关法律对采用新经济模式的制约因素，人们甚至不得不

考虑某种崭新经济模式被定型化后可能产生的观念冲突和实施难度。一旦将不成熟或不协调的经济规则确立为法律规则，将导致社会关系的整体不协调^②（P.45）。

我们也不能忽视公司治理所包含的浓厚企业文化色彩。公司章程通常记载着公司的宗旨性条款，众多企业希望将实行现代企业制度、促进社会和企业利益同步发展、实现经济和社会利益双丰收、促进社会就业和职工利益等加入其公司宗旨性条款。一些企业还将这种公司追求或宗旨等写入企业精神的宣传资料。然而，公司到底希望在多大程度上实现其既定宗旨呢？在国内企业中，我们较多地看到这些宗旨停留在纸面上，而非表现在制度上。但在许多西方国家，我们不仅可以从纸面上看到公司精神和企业文化的宣扬，而且可以在制度规则层面看到这些文化与精神追求的具体再现。欧美国家实施的、以企业所有与企业经营相分离为特点的公司治理机制相当鲜明地展现在国人面前，以管理层期权、职工持股、累积表决权、职工社会福利等为载体的企业精神正在逐渐显现；在以日韩等国为代表的东方国家中，职工的企业归属感、长期合同制、交叉持股、银行或财团持股等为载体的公司治理同样显现出其独特魅力。

它山之石，可以攻玉。但当我们把国外现行规则移植到国内法体系时，往往面临多种问题。国外独立董事制度被移植到我国上市公司时，学者提出了独立董事与监事会间的关系协调问题，更有人将独立董事称为花瓶董事，这或许就是法学上制度移植带来的抗体。我们遇到过这样的困惑，欧美日韩等国家先进或通行的做法，一旦移植到中国或中国企业，其实际运行效果似乎难以与预期相符。探究这种差异，我们看到了理念层面和制度层面上的两种移植。在严格的意义上，理念是政治、经济、历史、传统、文化、经验、法制等诸多因素共同作用下的产物，它的改变是逐渐而缓慢的，有些改变甚至是难以普遍接受的；在理念转变尚未完成的情形下，他国行之有效的规则移植过来，难免失去其原有意义。所以，对国外公司法规的移植都只是旨在实现国内公司规范化运营的手段，全面照搬只会以失败告终；但规范移

^② 吴晓求，主笔．中国资本市场：创新与可持续发展 [M]．北京：中国人民大学出版社，2001。

植将会使我国公司法改革少走弯路，甚至我们无法拒绝去学习、了解和掌握其他国家的先进做法和经验。然而，法律作为既定社会关系及上层建筑的综合反映，不同的社会及经济关系基础上会派生出完全不同的法律观念，若只照搬规则而忽视其他，不仅无法产生预期效果，有时甚至难以产生积极效果。在这个意义上，公司法及公司治理的本土化，将成为摆在国内公司法学者面前的艰难论题。

二、基本理念

按照这样的思路，我们至少会提出这样一些问题，国内企业与他国企业间到底存在什么样的根本性差异？我国企业与他国企业所处环境到底存在什么不同？如果这种区别是非根本性的，移植国外法会在相当程度上弥补国内立法的缺憾；如果这种区别是根本性的，就必须对国外规则进行变通性移植，甚至完全放弃他国行之有效的规则。在后种情况下，不仅要理念层面上做出分析判断，还要在规则修改及法体系的建设方面作出巨大努力。否则，永远无法实现理想的适合我国企业需求的公司治理模型。

如果我们仔细观察国外公司治理的诸多理论，会发现这些理论背后隐藏着若干前提性条件。在这些被忽视或省略了的前提性条件中，企业所有与企业经营相分离是我们最经常提及，但又是在根本上最为忽视的核心前提条件。在字面含义上，企业所有与企业经营相分离是指投资者因为缴付出资而取得股权，并保持着对公司剩余资产的追索权；企业本身是独立的法律主体并保持着经营自主权。国内企业是否也在按照企业所有与企业经营相分离规则行事？从我国20世纪70年代末80年代初国家推行扩大企业自主权试点政策以来，国有企业逐渐获得越来越大的自主权和越来越宽松的外部经营环境；随着民法通则及公司法的颁布实施，企业公司化、公司法人化趋势愈发明朗，甚至还出现全资附属子公司起诉母公司的典型个案；随着联营企业及以投资主体多元化为特点的公司制企业之出现，公司制企业更多地显现出其人格、财产及责任的独立性，两权分离成为国内企业现代化改革的重要口号和普遍实践。然而，恰逢这一时期，学者及实践者开始纷纷

指责国内企业的传统化，并尽力推崇采取企业所有与企业经营相分离理念的西方现代企业制度。

如果对比国内外上市公司作出分析范例，我们会发现国外推崇的企业所有与企业经营相分离已不再是口号或概念，而是活生生的法律实践。学者们普遍认为西方国家公司已明确地放弃了股东会中心主义，转而采取董事会或管理层中心主义。然而，国内企业究竟采取什么主义？什么是具有实证意义的股东会中心主义、董事会或管理层中心主义，学者们则语焉不详。我认为，判断一国是否采纳企业所有与企业经营相分离，不能停留在概念和抽象的层面上，而应侧重分析其现有法律规范的具体内容。我国公司法除在第4条中以不完全列举方式概括规定了股东权利外，第38条、第103条分别规定有限公司和股份有限公司股东会的10余项权利。公司法未采取股东会是公司最高权力机关的表述，但从众多学者关于股东会是公司最高权力机关的表述上看，我国公司法及理论极度地崇尚股东会中心主义^③（P.169）。姑且不论股东会是否真正有效地行使着这些法定职权，股东会是否是最高权力机关或者需要拥有如此广泛的权利？

学说曾假定，上市公司实现了股权分散化，单一股东难以全面支配和操纵上市公司，为了实现上市公司的高效决策，西方国家公司股东会地位日渐卑微，故转而采取董事会中心主义。这种推测或许有若干范例加以佐证，但从法律规范角度来说，它至多只是董事会中心主义产生的一方面原因，而更直接的原因来自于法律强制性地剥夺了股东的传统权力，并将其移交给董事会。翻阅欧美公司法，各国股东会权力都被公司法限定在极狭小范围内。根据美国标准公司法，股东会权力包括选举或者撤换公司董事、批准或者不批准公司的营业、批准或者不批准公司章程以及批准或者不批准非正常经营过程中的根本性变化，如公司合并、强制交换股票、解散和全部或大部资产处置；其他事项原则上均由董事会或管理层享有。类似规定在法国和德国公司法中也有具体体现。从公司实务层面来看，股东或股东会权力受限制的情况也屡见不鲜。从美国新浪第一大股东王志东淡出上市公司管

^③ 江平，主编：《公司法教程》[M]，北京：法律出版社，1987。

理职位的案例中，我们可以得到更清晰的印证。王志东失去了公司董事局主席及管理职位，但却依然保持着公司第一大股东地位；王志东失去公司董事局主席及管理职务，并不是作为第一大股东的王志东的主动隐退，而是公司董事会意见左右下股东表决直接导致的。从这些规定及做法来看，企业所有与企业经营相分离必须有其实证法表现，才能显示其真实含义。

我国现行公司立法并未彰显出公司权力由股东会向董事会的过渡，相反却明显表现出强化股东会地位的趋势。我国公司法对股东会法定职权的规定为其一例；国务院及其所属主管机关多年来颁布的许多行政法规和部门规章亦无不显现出政府对股东会权力的高度重视，此为一例；证监会就上市公司股东大会、配股等事宜做出的若干指导性意见，也表现出近乎相同的观念，此又为一例。^④ 我认为，董事会是现代公司的权利中心，只有当董事会对公司重大事务拥有实质性决策权时，才能称之为真正实现了企业所有与企业经营相分离。我无意反对确立股东会权威和给予股东会以必要权力，因为股东固有权及其派生性权利是不容剥夺的；董事会权利本源和历史性地来源于股东会，它不仅受制于股东会，同时也是制约股东会的重要力量。过度强调股东会地位和职权，不仅难以推进我国企业现代化改革，而且根本上会诱发传统企业制度的复古。必须同时强调的是，本人无意吹捧国外企业所有与企业经营相分离的做法，事实上，企业所有与企业经营相分离在中国商业史上也并非罕见。如果研究山西平遥古城旧时钱庄的经营模式，人们更会坚信企业所有与企业经营相分离并非西方国家的专利。李宗镔《香港合约法与公司法》曾做出非常接近旧时平遥钱庄经营模式的概括：中国式合伙经营生意，在中国清朝时代，通常有二至三位司理，另有一位或数位资本家出资金。但资本家通常都不直接参与公司管理。负责管理的合伙人由于是外间所熟知，自然要对生意的一切事务负全责。如果有不法勾当或其他舞弊情况，司理要负责店号的全部债项，不论他们在合伙人之间所占的股份是多少^⑤（P.99）。

^④ 如原国有资产管理局1994年4月4日发布的《关于在上市公司送配股时维护国家股东利益的紧急通知》，如证监会1998年发布、2000年修订的《上市公司股东大会规范意见》。

^⑤ 李宗镔：《香港合约法与公司法》[M]，香港：商务印书馆香港分馆，1986。

三、中国实践

在对比国内外公司治理机制以及企业所有与企业经营相分离的理念时，我们不仅可以发现这种比较差异，还会发现更令人担忧的现实问题：以往数年上市公司年报中都有大股东占用上市公司资金的大量记载，上市公司已成为大股东的“圈钱机器”！翻阅众多上市公司披露的股东会决议，出席会议的表决权数与大股东持股数相当接近，股东大会正在演变成“大股东大会”！董事会相当数量的成员曾在大股东单位任职，股东会决议极少与董事会议案相佐，几年前许多上市公司的董事名片上，往往还显赫地印有其在大股东单位的任职，公司董事蜕变为大股东的代言人！

若欲反映企业所有与企业经营相分离的准确含义，必须借助公司法具体规范的诠释；惟有恰当体现企业所有与企业经营相分离思想，才能为董事会的超脱决议奠定坚实基础。可以想象的是，在资额主义投票机制下，如果大股东可以左右股东会决议，可以实际控制上市公司，可以左右公司董事会和管理层，怎么能指望他主动地不去左右或控制呢？如哲人所言，权力没有限制，就必然演化为权力的滥用。行使权力者一定会将手中权力行使到法律的边界，才会主动或被迫停止下来。如果大股东左右公司董事会在法律上是可能的，如果这种左右可以带来额外的经济利益，谁会主动停止这种控制呢？

董事会中心主义至少可以给我们这样的启示，当法律限定了股东会权力并将公司决策权交给公司董事会时，大股东除在出资权益和持股比例上保持其控制权外，将无法从公司获得额外利益。如果依照企业所有与企业经营相分离机制将公司决策权和控制权授予董事会，董事会又发展成为由众多独立董事执掌评判大权的权力中心，大股东向公司伸手的时机就大大降低。有人统计 2001 年上市公司年报后发现，大股东占用上市公司资金总额高达数十亿元；上市公司被大股东占用资金的多达 200 余家，占上市公司总数的 20% 以上。这无疑佐证了本人判断，一旦有机会，大股东决不会放弃对所投资的上市公司进行控制。寻着这样的思路，我们还会提出这样的问题，大股东究竟是借助

什么方式占有上市公司资金和资产？虽然我们有时习惯地使用大股东“侵占”上市公司资金的说法，但事实是大股东几乎很少采取暴力或强制性手段占有公司资产和财产，他们主要通过推荐任职的董事或经理的努力，或以借用资金，或以资金往来，或以垫付款项等理由“侵占”上市公司财产。当某些董事反对大股东占用上市公司资金，甚至鼓动向大股东提出诉讼时，这也就几乎同时葬送了其董事前程。从实践情况来看，只有限制股东会权力，才能构建起良好的公司治理机制。

董事会中心主义还将有助于保护中小股东利益。在采取股东会中心主义、投票上资额主义和董事任职上的大股东推荐主义的前提下，在无法抵消大股东左右公司事务并借此谋取私利的前提下，为数众多的中小股东必然成为大股东控制行为的直接受害者。虽然股份平等与股东平权的含义并不完全异样，但我国公司法学者普遍接受着股份平等或股东平权的思想^⑥ (P.84)^⑦ (P.30)。然而，控股权及管理权集于一身的大股东，难道真的能与持有少量股份而没有控制或参与权的中小股东实现真正意义上的平等吗？现实生活说明，这种平等是不存在的，真正存在的恰恰是客观上的不平等。因此，我们的结论只有一个，股东平权或股份平等的思想只是一种理论幻想。在股东平权思想成为幻想之时，也就是小股东以脚投票之时。然而，中小股东必须得到某种利益满足，在对公司事务失去参与可能和兴趣的同时，他们必然会转换角色，成为二级市场的投机者或短线炒作者，以寻求二级市场可能带来的收益。

有学者提出，既然大股东控制上市公司有如此恶果，不如通过减持股份使之失去某种程度的控制权。这种建议是幼稚的。我国多数上市公司是从传统国有企业改制而来的，民营企业并没有享受到更多的直接利益，相当部分的民营企业通过“买壳方式”实现间接上市。无论以往企业改制及上市政策是对是错，但不可否认这种现状是10年来企业改制上市政策直接导致的。虽然这种政策值得今天反思并可指导未来，但就已取得上市资格的公司来说，追究以往政策及体制责任没有任何实际意义。那么，是否在现有上市公司中减持国有股份就是实

⑥ 顾功耘，主编：《公司法律评论》[M]。上海：上海人民出版社，2001。

⑦ 刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》[M]。北京：法律出版社，1997。

现科学的公司治理的良策呢？我认为，已实施和正在酝酿的许多减持国有股份的方案，将会遇到更实质的法律及法理障碍。如前所述，大股东持有绝对控制股是依照以往政策法律下形成的事实，大股东合法持有较多股份或拥有控制权的状态是不容否定的客观且合法状态；在此情况下，大股东为降低持股比例而自愿让出部分股权，这种做法无可厚非；但若强迫其转让股权，显然有侵犯“私权”的嫌疑。虽然私权概念尚未被人们广泛接受，^③如果在相对于政府或国家机关的立场上使用“私权”概念的话，我们会发现各部门、地方、集团与政府利益的相异之处，姑且以“私权”概括之。在正常发展的社会经济秩序中，若以法律手段强制私权权利人转让股份，即使是有偿转让，但又与剥夺私权有什么差别呢？从另一方面看，一旦剥夺私权成为普遍的社会共识，还有什么私权应受到尊重呢？正是在这个意义上，我认为目前考虑的绝大多数减持国有股份做法必然失败。这种失败或者以市场抵制为表现形式，或者是以损害私权为表现形式。

四、片段建议

如果说减持国有股份虽有助于实现企业所有与企业经营相分离，但又必然失败；如果说大股东过度控制又必然损害中小股东乃至证券市场利益，甚至还会引伸出异常复杂的关联交易和内幕交易，出路何在？我认为，提升和强化董事会地位，限制股东会权力，并同等地限制股东权利，才是完善我国上市公司治理机制的正确途径。

首先，通过立法方式限制股东会的权力，实现对股东权利的平等削弱。以“一股独大”为题的文章最近数年频频见诸报端，我认为这种指责未必言过其实，但明显有失公允。我们可以在德国、日本及其他东南亚国家寻找到许多类似国人所称“一股独大”的例子，甚至在以股权高度分散化的美国也可以找到这样的公司，这些公司是否都出现了类似我国公司治理上遇到的艰难问题吗？没有！一股独大，何罪

^③ 讨论私法或私权的学术文章较少，但易继明以《私法》为题，编成文集陆续出版，至少说明私法及私权观念的逐渐强化。该论文集由北京大学出版社出版。

之有?^⑩我国面临的问题是,现行法律已赋予给股东会太多的权力,而这种权力又被实际地转化为大股东权力,从而出现了损害小股东利益的“一股独大”现象。如果能够合理削弱股东会权力,相信会有助于遏制大股东滥用权力的情况。从法律技术上讲,法律上非常清晰划分大股东与中小股东的界限;在传统思维上讲,即使能够确定中小股东的范畴,但依靠削弱大股东权力来维系中小股东权力的做法,不具有常规的公平性;从国外立法例来看,单纯依靠提升中小股东地位和表决权又必须做到合理且具有相当的技术难度。考虑到中小股东实际较少参与公司事务的现状,在总体上削弱股东会权力是可行的,但必须配合以修正“国有资产流失”的概念。

其次,扩大董事会职权,增强董事会的代表性和独立性。削弱股东会权力同时意味着扩大董事会监事会职权,这是权力分配制衡理论推导出的当然结论。在扩大董事会职权的同时,必须增强董事会成员的代表性和独立性。就我国实践层面来看,董事是由股东推荐并经股东大会选举产生的。由于推荐权通常是由持股10%以上股东做出的,除在公司收购中遇到过被推荐者落选情形外,很少发生被推荐者落选情况。于是,大股东推荐往往与选举无实质差别,更甚至这些人选董事往往同时兼任着公司管理职务,这就使得大股东意志得到彻底贯彻。借鉴国外公司法累积表决权制度,似乎有助于缓解此类问题。道德教化显然有助于促进董事努力实现独立性,但道德教育成本过巨。我国上市公司董事大多都经过任职前的培训,这一传统由来已久,^⑪但实际效果不得而知,公司治理未见明显好转,这至少说明道德教化没有立竿见影的效果。我认为,董事独立性只有法律规则才得以产生和维持。国内上市公司随意解除董事职务者不乏其例,稳定任职和适当激励是董事独立行使职权的重要环节。同时,独立董事数量应继续增大。上市公司董事大体可分为大股东推荐任职董事、小股东推荐任职董事

^⑩ “一股独大”曾被选定为清华大学2002年商法论坛原订议题,但后因极少论文提交而被取消讨论。

^⑪ 据了解,凡在上海或深圳证券交易所上市之公司董事,依照交易所要求均须接受一定期限的任职前培训。自2000年开始,证监会也在建立上市公司独立董事制度同时,配合开展独立董事资格培训。

及独立董事。大股东除对所推荐的董事情有独衷外，对小股东推荐产生的董事难免有所抵触，小股东推荐任职的董事偶尔担心其职务会在大股东操纵下被免除，大股东推荐任职的董事似乎表现出先天的优越感；对大股东推荐任职的董事来说，他们没有表现出这样的顾虑和担心。独立董事似乎没有特别的担忧或优越感，但其拥有的外部信息优势与公司内部信息的疲乏之间形成鲜明对比。实践中，独立董事或多或少与大股东有所牵连，即使由董事会提名独立董事，我们依然可看到大股东左右董事会意见的情况，独立董事依然无法摆脱对大股东的依赖。这些优越感、担忧和依赖来源于董事的选任程序。我认为，独立董事代表性或独立性不能简单地归结为与上市公司或主要股东之间没有利害关系，而应主要通过选任程序使其可以超脱地参与公司决策。

其三，修正或取消法定代表人制度，推行共同代表制度。我国在公司治理机关设置和职权划分上，采取了金字塔结构：塔基是股东会，它由公司全体股东共同组成，并作为公司权力机构决定着公司所有重大事项。塔身是董事会和监事会，分别承担着公司事务的决策权和监督权，董事会是公司的核心与灵魂。塔尖是被称为公司法定代表人的董事长，能够不经授权而代表公司。董事长作为公司治理结构顶端是由现行法确定下来的。根据公司法，董事长是公司法定代表人，即是惟一对外代表公司的人。其余人员或机构必须取得法定代表人的授权后才能代表公司。我国民事诉讼法规定，公司起诉时应出具法定代表人身份证明，法定代表人应签署授权委托书，否则案件可能不被法院接受，甚至遭遇诉讼请求被驳回的风险。我国法律明显地认可了董事长的特殊地位。公司法还规定，董事会闭会期间，由董事长代行公司董事会的部分职权。这一规定不仅暗示了董事会以会议形式行使职权的立法意图，而且在客观上赋予董事长以相当大的职权。据此，董事长是公司管理权的核心承担者。导致董事长权力扩大化的原因是多方面的。以往《国营工业企业法》强调企业厂长经理地位，无疑影响着对公司法的解释，我国经济生活中出现的“能人现象”似乎也体现着董事长万能论的思想。难道公司法定代表人或董事长是个不会犯错误的人吗？实际上，任何制度设计都以一定的理论假定为前提。就法定代表人来说，我们或是假定其始终善意行事而无个人利益，也可以假

定其是极端追求个人利益的代表者。前提假定的科学与否，直接影响着公司治理制度的效率。关于董事或董事长始终行善且能自动趋利避害的假定，显然与实际情况存在巨大背离。如前所述，董事利益始终与股东利益存在背离趋势，股东追求投资收益和回报最大化，而董事则更重视保持其职位。对董事来说，长期稳定地保持其董事地位，其重要性似乎远远高于实现股东利益最大化；在某些情况下，董事追求投机利益的动力也非常巨大，即使撇开道德风险不谈，过度追求异常利润同样会导致股东利益受损。我们显然也不能假定董事长是个愿意故意犯错误的管理者，因为他们毕竟是股东的受托人，股东不会选择不顾及股东利益的人作为管理者。但同时，我们又必须承认董事长容易犯错误。因此，必须建立其监督机制、制约机制，避免由于董事道德危机及管理错误而导致的各种损害^①（P.40-59）。应注意到，我国公司法理论已习惯地将公司民主制理解为集体讨论作出决议的民主并附之以董事长的个人代表权，我国的公司法更是已习惯地将监督机制理解为设置专门监督机构进行的监督。这种理解虽然存在明显的理论偏误，但的确是我国公司制度的现实情况的真实反映。没有一个国家的公司法会将董事会成员降格为议事机构的成员，也没有一个国家的公司法会将董事长的地位提升的如此之高。普通董事与董事长之间只是职责分工上存在差别，并无高低之分。在英美公司董事会制度中，董事长更像是董事会主席或者会议召集人，除德国在个别情形下赋予监事会主席以两票表决权外，每个董事或监事均只是同等票数的表决权，除外部董事外，每个董事均具有同等的对外代表权。我国公司法虽未规定，但多数公司在设立董事会或监事会时均采取奇数组成原则，即指望在每人享有一票表决权情形下作出公司事务的决议。我国公司法排斥其他董事的对外代表权，惟授予董事长以对外代表权，这实际意味着董事长意见与董事意见不一致时，董事长的对外行为依然有效。这种体制显然涉及非常复杂的法律问题，如董事长与董事会其他成员之间发生争议时，董事长的对外代表权有无缺陷？董事长究竟是会议召集人，还是对外代表人？董事长代行董事会部分职权时损害公司利

^① 叶林：《构建规范的公司治理制度》[A]，吴晓求：《中国资本市场：创新与可持续发展》[C]，北京：中国人民大学出版社，2001。

益，到底应独立承担责任，还是与其他董事共同承担责任？

最后，实现企业所有与企业经营的科学分离，必须辅以更强有力的信息披露制度。良好的公司治理与信息披露制度的合理结构密切联系在一起。只有在实行企业所有与企业经营相分离的公司中，信息披露制度才最有存在价值；信息披露尤其是强制性信息披露，将向不参与公司决策的股东及潜在股东提供投资的充分信心，为其正确判断投资创造条件。必须注意的是，法学界经常重复着的信息不对称，主要是指管理层信息优势与股东信息劣势之间的对比程度。就我国上市公司来说，还须同时注意到我国社会特有的信息不对称，即大股东与小股东之间的信息不对称。虽然信息不对称是现实社会无法彻底避免的现象，但信息明显不对称将导致严重的交易失衡后果，这是不争之理。以往证券市场经常出现“套作交易”，即收购者与大股东初步接触并形成初步收购意向后，即可能在证券市场上低价收集筹码（也可能先收集筹码，再与大股东接触），随后，借助各种方式散布信息哄抬股价；在股价飙升时，再将手中筹码抛出，获得巨额利润，随后或与大股东坐地分赃，或以股票收入作为向大股东收购股票的资金。于是，收购者可以不花分文，取得巨额利润，或者换取控制地位。反观套作交易中的小投资者，若未能与大股东或公司管理层形成密切关系，他们不仅无法从套作交易中谋利，而且绝大多数将成为套作交易的牺牲品。

五、结 束 语

我国公司法的制订有其特殊历史背景，在强调通过推行公司制改造传统国有企业过程中，关于公司治理的公司法规定更显得缺乏体系性和合理性。公司法已颁布实施了近10年，可总结的经验很多，国外可借鉴的成果也很多，经济学和管理学领域中也有诸多建设性见解，这些都是我们重新审视公司治理制度现状的良好素材。观察我国公司法并比照国内实践，我们有必要从崭新的视角重新构造我国公司治理制度，纠正以往立法中存在的误解与偏差。

（本文原载于《政法论坛》2003年第3期）

公司法人格否认法理与公司的社会责任

朱慈蕴

作者简介

简历

朱慈蕴，1955年生，安徽省泾县人。1982年2月毕业于天津财经学院商经系，获经济学学士学位。1995年考入中国社会科学院研究生院，师从于法学研究所王保树研究员，研习民商法，1998年7月毕业，获民商法学博士学位。

现任清华大学法学院教授。

主要学术成果

《经济法概论与案例分析》(主编)，中国财政经济出版社1993年版。

《公司法人格否认法理研究》(专著)，法律出版社1998年版。

“公司法人格否认法理与公司的社会责任”，《法学研究》1998年第5期。

“论公司法人格否认法理的适用要件”，《中国法学》1998年第5期。

“公司法人格否认法理与诉讼程序”，《法商研究》1998年第5期。

“公司法人格否认法理与一人公司”，《法学评论》1998年第5期。

“论证券交易所与会员公司的法律关系——两者关系法律构造的问题点”《法商研究》2001年第3期。

“一人公司对传统公司法的冲击”，《中国法学》2002年第1期。

“反思反垄断：我国应当建立温和型的反垄断制度”，《清华大学学报(哲学社会科学版)》2003年第3期。

目 次

- | | |
|------------------------------|-------------------------------|
| 一、公司法人格否认法理与公司社会责任的实现 | (一) 税收法领域中公司法人格否认法理的运用 |
| 二、公司法人格否认法理与公司债权人的保护 | (二) 竞争法领域中公司法人格否认法理的运用 |
| (一) 股东有限责任与公司债权人风险 | (三) 环境法领域中公司法人格否认法理的运用 |
| (二) 契约之债与侵权之债对适用公司法人格否认法理的影响 | 四、强化公司社会责任与借鉴公司法人格否认法理 |
| (三) 契约债权人的保护与公司法人格否认法理的适用 | (一) 公司法人格在中国的滥用与公司社会责任的忽视 |
| (四) 侵权债权人的保护与公司法人格否认法理的适用 | (二) 借鉴公司法人格否认法理强化公司社会责任之探索 |
| 三、公司法人格否认法理与其他相关利益群体的保护 | (三) 完善我国公司法人格否认法理以强化公司社会责任的建议 |

一、公司法人格否认法理与公司社会责任的实现

公司的社会责任从广义角度讲,是指公司应对股东这一利益群体以外的与公司发生各种联系的其他相关利益群体和政府代表的公共利益负有的一定责任,即维护公司债权人、雇员、供应商、用户、消费者、当地住民的利益以及政府代表的税收利益、环保利益等。传统的公司法理念一直将公司视为股东获取利益之工具,而且公司之营利性特征,也决定了公司似乎只能为追求股东利益最大化服务。当论及公司行为的具体执行者董事的义务时,所强调者虽为增进公司的利益,实现公司利益的最大化,但股东作为公司所有人,当然是公司利益的

最大受益者，公司利益的增加就等于是股东利益的增加。在公司发展的初期，由于公司规模较小，大量的公司都为闭锁公司，公司主要为这一种目的而存在是可行的。公司法律制度也将维护股东利益作为主要目标。即使在司法环节中，法院也将维护公司股东利益作为己任，这在美国早期的“道奇诉福特汽车公司”（Dodge v. Ford MotorCo.）^①一案中得到了充分的体现。福特汽车公司的董事们为降低汽车成本、提高汽车质量和增加就业机会，打算缩减对股东的红利和股息的派发，引起公司小股东的诉讼。虽然被告辩称，公司需要资金扩大生产规模，以便降低汽车成本是有利于社会的，但受理的法院却认为，如果公司董事要追求社会目标，就只能用自己的钱，而不能用别人的钱，所以裁定原告胜诉。

然而，随着社会经济的发展，公司规模的扩大，公司在社会经济生活中所起的作用越来越大，以至于影响到与公司直接或间接相关的各个利益群体，影响到社会经济生活和政治生活的方方面面。因而，就不能再简单地将公司的责任仅归结为只为股东的利益服务。有学者用公司的社会责任（corporate social responsibility）一词来说明，公司在实现股东利益的同时，对社会的其他群体同样负有一定的责任。但是，公司特别是一些规模较大的开放型公司，是否应承担社会责任，始终是一个有争论的问题。有人提倡公司应对社会负有责任，有人则认为公司的责任就是对股东负责；有人强调国家立法也应该注重公司的社会责任，有人又惟恐国家强化公司社会责任的立法，是否会动摇自由市场经济的根基。^② 对何谓公司的社会责任，公司的社会责任包含哪些内容，更是其说不一，甚至意见相反。^③ 尽管如此，无论是学术界、司法界还是公司实务界，又都已经意识到强化公司社会责任之重要性

① 204 Mich.459, 170 N.W. 668, 3A.L.R.413 (1919) .

② 例如，自由经济学派的代表人物弗里德曼就曾指出，在自由市场经济中从事商事活动的惟一社会责任就是在无欺诈的条件下，依照游戏规则进行公开竞争，充分利用资源去实现增加利润的目标。另一代表人物哈耶克则忧虑到，公司的管理人员如果在其经营决策中考虑社会公众利益或支持社会福利，就会改变他们只作为股东的受托人并为其利益而运用资源，同时受其监督而避免滥用公司权力的状况，从而发生公司权力无法控制的局面。

③ 关于公司的社会责任的概念以及西方各国对这一问题的讨论，可参见刘俊海：《强化公司的社会责任》，载《商事法论集》1997年第2期，第55页以下。

与迫切性。这里可借助美国曼恩教授之言来证明：“时下非常时髦公司的社会责任的概念，仍未获得一个清楚的界说。直到最近，尚无人作出努力把这一提法融入公司行为的系统理论之中。但坚实的逻辑基础的缺乏并未阻碍学者们断言，资本主义的生存大计完全取决于公司对社会责任态度的接受”。^④ 其实，早在美国 1929 年经济危机过后，美国哈佛法学院的多德（E. M. Dodd）教授就指出，公众舆论如今已对商事公司的看法发生了变化，商事公司应具有社会服务和追求利润两方面的功能。公司从事商事活动不仅要对社区负责，而且应自动地承担这种社会责任，即把对公司的雇员、主顾、消费者、地区居民乃至一般公众的社会责任，作为从事商事经营活动的公司应采取的适当的态度，而不能等待法律的强制。^⑤ 虽然多德教授的观点遭致另一位著名学者伯乐（Berle）教授的激烈反对，但关于公司应承担社会责任的观点还是逐渐得到了社会的广泛承认，就连伯乐教授自己在 20 年后也承认多德教授的观点是正确的。

日本的经济界在 1956 年也提出了企业的社会责任问题，并把承担社会责任视为现代企业的基本特征。甚至进一步指明，如果一个企业仍象过去那样，只追求企业的个别利益而无视企业个别利益与社会利益的协调发展，则会影响国民经济的繁荣稳定。“说来，今天的企业，本已摆脱了单纯朴素的私有领域，而作为社会制度有力的一环，其经营不仅受到资本提供者的委托，而且也受到包括提供者在内的全社会的委托。……换言之，即无论在理论上或实际上，已再不允许片面地追求企业一己的利益，而必须在与经济和社会的协调中，最大效率地与各种生产要素相结合，并须立足于生产‘物美价廉’的商品而提供服务的立场。因此，只有这种形态的企业经营才能堪称之为现代化的企业，而所谓经营者的社会性责任也就不外是要完成这个任务”。^⑥

实际上，公司在现代社会中担负一定的社会责任，是公司经济实力不断壮大的必然结果。美国经济开发委员会（Committee for Economic

^④ Henry C. Manne, *The Social Responsibility of Regulated Utilities*, 转引自刘俊海：《强化公司的社会责任》，载《商事法论集》第 2 卷，第 58 页。

^⑤ 张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 166 页。

^⑥ 金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，甘肃人民出版社 1985 年版，第 149 页。

Development) 1946年在《企业的社会性责任》一文中就提到,这类大型企业,在全美各地和社会所有各阶层中,都拥有着数以万计的雇员、股东、主顾和地区居民。美国的企业对这些依附集团担负着广泛多样的责任,其重大性并不亚于其他的一些机关,在许多方面,亦颇类似于政府所负的责任。而企业的这种经济力量的增长,迟早都会产生出相应的社会性责任的。^⑦ 美国学者汉密尔顿(R.W.Hamilton)教授也指出,“这些大型的公司拥有极为广泛的经济权力,它所作出的任何决定,诸如工厂在何处选址、安装何种环境设备、制造何种产品、对谁负有责任等,都既是经济的决定,又是社会的决定,都将影响到个人、社团和整个地区。”^⑧ 的确,从正面讲,公司的大量存在,不仅对资源的合理配置、环境的积极保护、劳动力的充分就业、市场的繁荣昌盛、税收的源源不断以及经济的高速增长等发挥着难以估量的积极作用,而且还可以影响乃至左右一个国家的政治结构和社会的安定。从反面看,如果公司只把满足股东利益作为其存在的惟一目标,那么,它浪费国家资源、污染破坏环境、制售假冒伪劣商品、无视劳动力的保护、对契约债权人背信弃义、以卑鄙手段进行不正当竞争、破坏市场秩序、偷税漏税等利欲熏心之行为都将无可厚非。如此看来,仅承认公司只为股东利益而存在,确实不符合公司以及社会发展之现状。

对公司的社会责任问题发生异议,主要是源于公司是投资者的意思自治实体的观念。反对强调公司社会责任的学者担心,一旦规定公司除对股东利益最大化的实现负有义务外,还要对股东以外的利害关系群体负责,一方面会使股东不能再以公司的惟一获益者的身份去有效地实施监督,另一方面公司经营者的同时服务于两个目标、两个主人,就有可能对谁都不负责任。“面对两者中的任何一方的要求,他都可以另一方的利益为托辞”,^⑨ 由此可能导致公司经营者滥用权利。其实,在这两者中,公司股东除通过股东大会进行监督外,还可通过自由转

⑦ 金泽良雄:《经济法概论》,满达人译,甘肃人民出版社1985年版,第152页。

⑧ Robert W. Hamilton: *The law of Corporation in a Nutshell*, 3rd Ed. West Publishing Co. 1991, p.9.

⑨ F.H.Esterbrook & D.R.Fischel: *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard University Press, 1991. p.38.

让股份行使“用脚投票”的权利，来维护自己的利益，由此来约束公司实现股东利益最大化的目标。而公司的社会责任，却必须依靠法律来进行规制。因为现代公司已与社会的、经济的、乃至政治的等各种因素相连，即使不强调公司的社会责任，公司权力的触角也会伸向社会的各个方面，滥用权力现象难以避免。

承认公司具有社会责任，还应将公司的社会责任之目标摆在一个恰当的位置上。如果认为，公司的存在就是为了追求公司利益最大化之单一目标，公司承担社会责任，只不过是长从长远利益角度促进公司获取最大利益，或者相反，失之偏颇地将公司实现社会责任摆在公司目标之首位，都是错误的。例如，美国法院在本世纪 80 年代以前，就从实用主义的角度出发，要求公司的社会责任不得与公司股东利益相冲突。在弗吉尔诉弗吉尔公司 (Virgil v. Virgil Co.)^⑩ 一案中，法院就强调，公司作出对非股东有利的决定时，只要该决定有可能给公司及股东带来利益，这种决定就是正当的。这一判断原则几乎成了法院决定公司有利于非股东利害关系人的行为是否有效的基本原则。在最为著名的史密斯制造公司诉巴劳 (Smith Manufacturing Co. v. Barlow)^⑪ 一案中，法院在肯定了公司所作的、与股东利益 (近期利益) 不一致、但对社会公共利益有利的为普林斯顿大学捐款行为的同时强调，“现代形势要求公司作为其经营所在地的一员，承认并履行所应承担的私人责任和社会责任”，股东们的长远利益将会因这些捐助行为而得到促进。这似乎给人一种感觉，公司承担社会责任乃权益之计，最终还是为公司及股东获取更多利益而服务。实际上，公司承担社会责任，虽然有助于公司树立良好形象，为公司获利创造更好的条件，但绝不能将其视为公司获利的工具。同样，公司作为经济实体，营利目标应该是永恒的，无论如何强调公司社会责任之重要性，永远也不能舍本求末。正象汉密尔顿所强调的，当公司作出重要决定时，既应考虑社会政策的需要，也应明确可为投资者带来效益的“底线”，而不应将这两者对立起来。^⑫ 要言之，公司的这两大目标应该是比肩同高，相得益彰的。

^⑩ Virgil v. Virgil Co., 68 N.Y.S.2d 335, 337.

^⑪ Smith Manufacturing Co. v. Barlow, 13 N.J. 145, 98 A.2d 581, 1953.

^⑫ 前引 Hamilton: The Law of Corporation in a Nutshell, p.9.

对公司社会责任作出明确的法律规定，始见于1937年的德国《股份公司法》。该法强调，公司之董事“必须追求股东的利益、公司雇员的利益和公共利益”。英国也在1980年修改公司法时，规定董事必须考虑雇员的利益。^⑬ 还有英国的《城市法典》(City Code)第9条规定，“在董事向股东提供建议时，董事应当考虑股东的整体利益和公司雇员及债权人的利益”。最为引人注目的是美国法律研究所在1984年4月提供的一份关于《公司治理原则：分析与劝告》的建议，其中第2·01条关于“公司的目的与行动”的规定，显然扩大了公司的目的，使公司不仅具有追逐公司利润和股东利益的经济目的，而且还要对社会负担一定的责任。^⑭ 那么，依照此条的基本命题，公司既是一种经济组织，又是一种社会组织。所以，它在追求营利目标的同时，必须受社会责任或社会需要的制约。值得称道的是，美国的宾夕法尼亚州率先在该州1989年《商事公司法》中，将美国法律研究所关于公司社会责任的建议，赋予了法律效力。随后，美国29个州都在公司法中加入公司管理者应当对公司的利害关系人负责的条款。规范公司社会责任的法律决不仅局限于公司法，其他相应的法律都将考虑公司社会的需要而不断进行修改。当然，除公司法外，契约法、劳动法、侵权法、产品责任法、环境保护法、竞争法等，都对公司的社会责任进行规制。然而，在某些特定的场合，当公司股东滥用公司独立人格和股东有限责任，损害了公司债权人及其他利害关系群体时，单靠这些实定法的规制，是很难制裁股东的滥用权利行为的，因而需要适用公司法人格否认法理。

公司法人格否认法理，作为一种对股东滥用公司法人格和股东有限责任行为导致的不公平事实进行事后规制的手段，应是在实定法已无法完全救济受损害的当事人利益时，为着公平、正义之永恒价值目

^⑬ 1980年《英国公司法》第46条、1985年《英国公司法》第309条。

^⑭ 该草案第201条规定，事业公司从事事业活动，应该以增加公司利润和股东利益为目的。但是，不论公司利润与股东利益增加与否，公司在其营业活动中，都必须(a)与自然人一样，负有在法定范围内行动的义务；(b)可以考虑与其所行事业的责任相应的合理的伦理因素；以及(c)可以为公共福利、人道主义、教育事业及慈善事业使用适当金额的资源。转引自：[日]川内克忠：《股份公司的目的与社会的行动》，载于《公开公司与闭锁公司的法理》，酒卷俊雄先生还历纪念，商事法务研究会1992年版，第198页。

标的实现，配合各种实定法而运用于不同的具体场合，从而发挥着任何单一法律的调整都难以达到的最佳效果。例如，一些公司在利润目标的驱使下，以污染环境为代价攫取高额利润，致使当地住民遭受严重损害。象日本的“水俣病事件”和印度的“博帕尔毒气泄漏事件”等，受害者成千上万，损失金额数以亿计。如果根据环境法或侵权赔偿法追究肇事者的责任，一般场合下即使将该肇事公司的全部财产都用于赔偿，也难以弥补受害者的损失。那么，根据公司法人格否认法理，就可以追究肇事公司背后的控制股东的责任，以更好地救济受害的当事人。所以，当控制股东之干涉，造成公司合同不能履行而导致合同债权人受损害时，该法理可配合合同法的规定追究该股东的责任；当控制股东之操纵，使公司发生产品质量责任或其他侵权行为时，该法理可配合产品责任法或侵权行为法令该股东承担必要的责任；当控制股东之故意或过失，使公司在追求自身利益的同时而污染了环境，依该法理控制股东则有不可推卸的责任等。

应当明确，公司法人格否认法理一定是在相关实定法难以救济受损害的当事人时，才发生作用。换言之，如果相关的实定法可以制裁股东滥用公司法人格和股东有限责任的行为，特别是能足以弥补受损害的当事人，则无必要适用公司法人格否认法理。还应当明确，即使公司法和其他相关的实体法不足以矫正失衡的利益体系，需要运用公司法人格否认法理时，仍必须严格把握适用该法理的基本要件。即必须存在公司背后的支配股东；该支配股东的行为属于滥用公司法人格的行为，而且具备适用该法理的基本理由，如财产混同、业务混同、人事混同、帐簿混同等，以及这种行为给公司债权人或其他相关利益群体带来了损失，而且该损失必须通过法人格否认法理的适用才能得以弥补。如果不存在适用该法理的要件，即使相关实体法难以弥补受害人的损失，也不得适用该法理。

二、公司法人格否认法理与公司债权人的保护

在公司的经济活动中，与公司关系最为密切的两类利益群体就是公司股东和公司债权人。公司是股东用来进行投资的一种基本形式。

股东享受有限责任的优惠，将自己的投资风险限定在一定范围内，实际上是将投资风险外化在公司的外部，由公司债权人承担，由此构成他们之间明显的利益消长关系。公司法人格否认法理作为一种制裁公司股东滥用公司独立人格和股东有限责任的规制手段，受益最大者莫过于公司债权人。

（一）股东有限责任与公司债权人风险

股东有限责任原则作为公司法人格制度的一大基石，实际上是一种风险分配机制。它并没有消除公司股东的投资风险，而只是对这种投资风险进行分配和再分配。所以，当股东有限责任制度一经确立，其具有的分散并大大降低股东投资风险的功能，就促使社会公众迸发出极大的投资热情，对公司规模的扩大和数量的激增起了推波助澜的作用。但同时公司仅以公司财产对外独立承担责任，一旦公司处于资不抵债状况下，公司股东由于有了有限责任的保护屏障，公司债权人就不能穿过公司的面纱，直接向公司股东行使追偿权，以期获得充分补偿，从而使公司债权人承担了本应由公司股东承担的投资风险损失。在这种情况下，如果不加节制地或滥用股东有限责任原则，就使公司债权人面临更为严峻的风险挑战，最终必然会危及到市场交易的安全和交易秩序。难怪有些学者危言耸听，认为对整个社会而言，股东有限责任原则并无任何积极意义，因为它并没有化解投资风险，相反它却对传统的民事责任应与民事行为相对应的经典理论形成了挑战，而且还使公司就其投资的失败风险外在化，^⑤对公司债权人极不公平。但另一些学者反驳说，在承担投资风险责任方面，公司债权人似乎比公司股东具有更强的能力，他们可以通过各种方式将风险分散，因而不存在不公平问题。当然，这里的公司债权人主要是指自愿债权人。那么，公司自愿债权人是否比公司股东更具承担风险的能力，我们可以从著名法律经济学家理查德·A·波斯纳（Richard Allen Posner）的分析中窥见一斑。^⑥

^⑤ Landers, A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, 42U. Chi L.Rev.589, 619-620 (1975) .

^⑥ R. A. Posner, Economic Analysis of Law, Little Brown and Company, 1992, 4th ed., pp.391 (1992) .

首先，波斯纳从一般情况下公司股东比公司自愿债权人更厌恶风险的前提出发，认为公司债权人具有较强的承担风险的能力。这表现在：(1) 公司债权人有估计风险的较高能力和较低成本。在与公司进行经济活动的自愿债权人中，有相当一部分是商业银行、投资公司等金融机构。这些金融机构债权人不仅资本实力雄厚，而且拥有一批专业人员和丰富的信息资料。当它们向商事公司提供流动资金时，一般都会充分发挥自己的专业技能和综合判断能力，对贷款投资进行全面的、谨慎的分析、判断和抉择。因而，其判断、抉择的失误率较低。由于金融机构的这些优势，使它们往往比一般股东更容易了解公司的实际经营能力和资产、财务状况，并能及早采取必要的防范措施以避免投资风险。即使是那些非金融机构的自愿债权人，也会尽力去了解对方公司的实际资信、财务状况，以避免承担与资信度低且财务状况恶化者发生债权债务关系可能带来的风险。相比之下，由于公司股本的分散化吸引了大量的投资小股东，这些小股东反而缺乏估价投资风险的实力和能力，并且面临较高的发现公司真实情况的信息成本。所以，他们倒可能较少或者全然不知其所要投资的公司的真实情况。(2) 自愿债权人在与商事公司进行交易时，通常处于谈判的优势地位。当自愿债权人预见到该公司的风险很大时，他们将要求获得更多的补偿。诸如获得较高的利息支付，或者由公司股东以个人名义为公司债务担保，或者采取其他限制债权人风险的措施。同时，自愿债权人还会坚持约束公司在其债务存续期间，必须限制其负债总量、应付股息总量以及任何其他不当处分财产的行为，如以低于市场价值的方式转移公司财产，以防止自己遭受更大的风险。此外，公司法中还以标准契约的方式作出一些规定，如股息的支付必须在公司财务帐簿上明确表明盈利时才能进行，而且还要先行提留法定公积金和法定公益金等。^①这无疑可使公司债权人免受公司债务人于契约订立后增加违约风险之累。相反，普通股东在进行投资时，一般不具有如此优势，他们既不能要求公司退还投资本金，也不能在确定股息红利分配时拥有决定性

^① 如德国 1965 年股份公司法就规定，一般情况下，董事会要把公司收入的一半作为法定公积金，另一半收入由股东在股东大会上决定是作为公益金还是作为红利分配（股份公司法第 58 条、第 174 条）。我国公司法也有相应的规定。

的作用，更不能决定投资的限制风险和回报的条件。(3) 公司的自愿债权人往往比公司股东在承担风险和获得补偿时具有时间差上的优势。一方面，当公司既有股份资本又有借入资本时，如果公司经营不善而亏损，在股东投资全部消耗完毕之前，债权人的投资不会受损。即使公司的负债比率很高，公司债权人仍然比公司股东在时间差上具有较少的投资风险。当然有担保的债权人这种抵御投资风险的能力则更强，他们只要关心担保物的价值不致降到其债权额之下就可以了。如果公司经营不善以至于倒闭，公司债权人也会在公司股东之前先行获得清偿。就这一点而言，显然公司债权人比公司股东具有更强的“抗拒风险的能力”。

然而，波斯纳的分析中并未将公司自愿债权人能够承担被外化的公司经营风险和承担责任的能力绝对化，理由是：(1) 虽然自愿债权人可以于事先充分估计可能遇到的风险，并通过合同采取各种必要的、有效的措施，如贷款人要求获得较高的利息回报，或者提供担保等。但无论何种措施，都会增加公司的经营成本，因而必定会有极限限制。水涨船高，当公司经营成本过高时，无疑又会加大公司违约甚至破产的可能性，使自愿债权人承担的经营风险比预期的还要高。特别是当公司增加借入资本而加大了股东的预期风险时，股东们就会采取“杠杆投资”的方式来降低自己的投资风险，而如此之行为无疑是雪上加霜，使公司债权人处于更为不利的境地。(2) 尽管自愿债权人具有较强的对经营风险进行综合评价的能力，但是，对债务人试图故意增加其债务风险的概率不仅很难预测，而且很难量化。因而，自愿债权人于事先谈判中，就不能毫无根据地要求公司债务人提供特殊防范措施，施加其他的制约，规定直接或间接的保护手段(3) 即使在自愿交易的情况下，事先确定公司债务人应承担的、用于补偿公司债权人可能遭受的经营风险之责任范围实际上很困难，而且对责任范围进行明确谈判的成本之高也是难以估价的。

以上分析表明，作为公司的自愿债权人虽然可以通过一定方式来分散自己的交易风险，但这种能力是有限的。如果公司股东利用公司独立人格及股东有限责任于合法目的，并且不存在任何诈欺行为，那么作为自愿与公司进行交易活动的债权人，应当具有或者在采取必要

措施的基础上具有承担交易风险的预期和能力。但是如果公司独立人格及股东有限责任被用于非法目的，特别是被用于欺骗债权人，或者误导债权人对交易风险作出不恰当的判断，法律上则必须采取一定的措施对公司债权人给予救济，以体现公司法人格制度公平、正义这一永恒之目标，公司法人格否认法理之作用即在于此。

(二) 契约之债与侵权之债对适用公司法人格否认法理的影响

从理论上讲，由于公共政策目标的倾向，法院似乎应该在侵权判例中比在契约判例中更愿意“揭开公司面纱”，让公司股东直接对公司侵权行为之受害人负责。许多法律评论家也认为应该如此。因为作为契约之债的债权人，通常是“自愿地”选择是否与公司发生关系。这样，当他们与公司进行交易时，就应当知悉公司资本是否充足及其他情况，或者有机会、有能力去调查公司的财务状况，从而就要自愿承担公司在资本不足下交易不能如实履行的风险。相对于契约判例而言，侵权判例中不存在第三人与公司事先交易的自愿状态。被侵权的债权人在与公司交往时，无法履行自己应有的谨慎注意义务，也无法事先采取有效的防范措施，故而资本不足通常就成为股东对公司侵权之债负责的一个决定性因素。^⑩因而，法院在适用公司法人格否认法理时，就可能较为关注受损害的债权人是否存在“自愿”因素及“自愿”程度的大小。对非自愿债权人的申请，法院就可能乐于接受。因为公司在资本不足的情况下从事高风险事业而又把风险损失转嫁给无辜大众，明显违背社会公正的伦理道德目标。

然而，这种理论上的预测却与司法实践的结果大相径庭。据美国华盛顿大学法律教授罗伯特·汤普森（Robert B. Thompson）先生主持的一项关于“揭开公司面纱”的实证分析资料表明，^⑪法院判决揭开公司面纱的比例在契约判例中高于侵权判例，前者为42%，而后者只有31%。导致这种理论预测与司法实践的反差，笔者认为，关键之点在于对欺诈因素与公司资本不足的因素在揭开公司面纱判例中的地位应

^⑩ See Hamilton, *supra* note 43 at 988. Note, *Piercing the Corporate Veil in Louisiana*, 22 *Loy. L. Rev.* at 1013 (1976) .

^⑪ Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1036 (1991) p.1058.

如何看待。特别是公司资本显著不足的因素，评论家们倒是很乐于对此因素进行详细的分析，为什么？因为他们认为这在理论上很重要。而在司法审判中，几乎不存在只依靠公司资本不足这一惟一因素揭开公司面纱的情况。换言之，“资本不足”这一因素，直接导致公司面纱的揭开，而让股东对公司债务承担个人责任的场合非常少，但许多法院都将其视为相关的因素。详言之，有以下几点值得注意：

首先，理论分析和法院实际操作的出发点是不同的。法学评论家们认为，股东有限责任制度中隐含着一种“道德危险因素”，它会导致有限责任公司千方百计地将投资风险和意外风险转移到公司外部，由公司外部的债权人承担。^①而公司资本显著不足，就是“道德危险因素”的一种重要表征，可以作为股东将投资风险不正当地外化的基本标志。但法院并不把公司资本显著不足作为“揭开公司面纱”的惟一因素或重要因素，而是将其作为一种相关因素综合考虑。相反，还要考虑自愿债权人有事先知晓公司资本不足的可能和有事先防范的机会，并不倾向于鼓励合同债权人寻求揭开公司面纱。而非自愿债权人没有事先防范的能力，故而法院更愿意适用揭开公司面纱的法理来保护非自愿债权人。^②这样，法院在审理合同案件时，通常都要比在侵权案例中，适用更严格的标准揭开公司面纱。例如，在 *Laya v. ErinHomes, Inc* 的判例中，法院就声称，必须对与公司签定合同的特定第三方债权人进行调查，特别是像银行或其他贷款机构这样的有能力保护自己的第三方，调查该第三方在与公司签定合同之前，是否了解公司的资本状况，或者说公司是否公开了自己的资本状况、负债比率等。如果第三方对公司资本不足的情况了如指掌，该第三方则被视为已预见到公司资本严重不足的风险，因而不允许事后请求揭开公司面纱。^③但如果公司支配者隐瞒公司资本的事实真相，欺诈或者诱导第三方与之签定合

① Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1036 (1991) p. 1068.

② F. H. Easterbrook & D. R. Fischel: *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard Univ Press, 1991, p. 58.

③ Jess H. Choper, John C. Coffee, Jr., Ronald J. Gilson: *Case & Materials on Corporations*, 4th ed, Little, Brown & Company. pp. 267.

同,情况就大不一样。实际上,法院特别关注是否涉及到对债权人的“虚伪陈述”或类似于诈欺的因素,“除非公司对债权人虚伪陈述其真实的财务状况,使债权人在被误导下决定与公司进行交易,否则,债权人不能在以后指责公司是不完备或不健全的”。^②或者说,只要法院发现有虚伪陈述的事实存在,法院几乎百分之百地判决“揭开公司面纱”。^③要言之,如果自愿债权人是因股东的虚伪陈述,致使其错误地估计公司资本之实力,或因受欺骗而与之交易,或因公司的诈欺性资产转移,而致公司无法履行义务时,则“自愿”承担风险之事实不复存在,法院即可适用“揭开面纱”的原则而要求公司背后的股东承担责任。

其次,在契约判例中,“揭开公司面纱”要求必须有债务人的欺骗等不诚实的行为要件,是比较容易满足的。我们应该注意到这样的事实,与公司进行交易而签约的双方当事人应该是契约债权人与公司。但公司作为法律组织体与自然人是不同的,它不能自己作出任何意思表示,而必须借助于公司的代表机关实施具体行为。这样,虽然自愿债权人有了解公司真实情况的机会和条件,但代表公司作出具体意思表示的董事,有可能真实反映公司的财物状况,也有可能为了控制股东(也许他自己就是控制股东)的利益,隐瞒事实真相,提供虚假事实,以便诱惑自愿债权人与之进行交易。这意味着契约债权人与公司进行交易是自愿的,但由于有“第三人”(即公司机关的代表者)的参与,这种间接性就使该契约所预见的风险和利益,呈现出不确定性。如果再加上隐含的虚伪陈述的可能性,这种不确定性就更大。法院一旦发现有虚伪陈述或其他诈欺行为,就将力主揭开公司面纱。而在侵权判例中,由于非自愿债权人的不确定性,公司经营者没有可能事先选择非自愿债权人去作虚伪陈述,虚伪陈述等诈欺性行为就比契约判例中少。根据前述的实证分析材料,法院是非常重视虚伪陈述这一因素的。在当事人提起揭开公司面纱之诉的判例中,申诉理由中提到存在虚伪陈述事实的,法院判定揭开公司面纱的比例高达94%,而提到

^② United States V. Jon-T Chemicals, Inc., 768F.2d 686, 693 (5th Cir. 1985) .

^③ Cases and Materials on Japanese and U.S. Business Corporation Law, Volumel, Temporary Edition, 1993., p.3-21.

公司资本显著不足理由的，公司面纱最终被揭开的比例只有 73%。当然，除了虚伪陈述外，公司是否被当成股东的另一个自我或工具，往往都是法院重点考虑的因素。如果原告提出公司为控制股东的另一个自我的证据，法院揭开公司面纱的比例为 95.6%。而如果公司被证明只不过是控制股东的工具，则揭开公司面纱的比例可高达 97.3%。^⑤

再次，从有些公司法对股东有限责任排除的规定来看，表明立法机关也倾向于惩戒欺诈行为。如《1993 年得克萨斯州商事公司法》第 2.21 条规定：认购人或股东对公司和公司的债权人承担直接责任的情况，一是债权人能证明股东或认股人使公司被用于非法目的，并对债权人实施了实际诈欺；二是认购人或股东不遵守公司形式，如没有遵守本法或公司法规或公司章程的任何要件，或没有遵守本法或公司法规或公司章程规定的公司必须采取的其他要件，如股东会、董事会等……。从上述规定可以看出，立法机关对公司契约场合下的责任扩张，仍以股东实施诈欺的事实和不遵守公司形式的事实这两点为主。

最后是关于侵权保险。为了更好地补偿因公司各种侵权行为致使非自愿债权人所受到的损害，公司法及一些相关的法律都要求公司提供必要的保险基金。虽然公司相应地增大了保险费用的开支，但公司可以将其摊销在成本当中，然后通过公司产品和服务的价格，最终由消费者承担。故而，一般情况下，公司都乐于通过保险来分担自己投资或经营的风险。那么，侵权之债的债权人往往可以通过保险金获得补偿，无须依靠公司面纱的揭开来弥补自己的损失。

如是观之，虽然法院非常重视契约之债和侵权之债中债权人之“自愿”程度的不同，也很关注公司资本是否充足，但却更为注重诈欺因素，而这一因素在需要揭开公司面纱的契约之债中又普遍存在。所以，尽管法院对契约之债中的公司适用更为严格的条件去揭开公司面纱，但比例仍然高于侵权之债的场合。

（三）契约债权人的保护与公司法人格否认法理的适用

1. 一般契约债权人的保护

在契约场合下，一些投资者利用公司的独立人格和股东有限责任，

^⑤ 前引：Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, p.1063.

规避契约责任的情况非常普遍。如当一公司因债务不履行而被诉诸法院，该公司控制股东为逃避强制执行的债务，设立一新公司，并将原公司财产转移至新公司。又如，一公司资本不足，或超过自有资产能力大量对外签约、举债，最终再通过破产、清算等逃避债务。

在相关的安全措施中，法院强调，“个人希望获得公司之伞保护下的有限责任恩惠，就必须创建并保持公司的基本形式，这是与有限责任有关的小小的‘对价’。此外，如果公司资本显著不足并伴随公司形式要件的忽略，导致不公平发生，足以使法院揭开公司面纱，令积极参与公司经营活动的股东，对与公司签定合同的对方当事人承担个人责任。”^⑥也就是说，依案件实际情况，法院完全可以揭开公司面纱。实际上，Kinney Shoe Corp. v. Polan 案的被告之所以设立两个公司而又不能保持公司的基本形式，是企图通过在实业公司和 Polan 实业公司之间设置障碍，来保护其投入 Polan 实业公司的资产，也可以阻止原告对被告的公司资产提出要求，这对公司债权人是不公平的。并且，股东 Polan 之行为实际上也是对债权人的一种诈欺。

2. 特殊自愿债权人——劳动者的保护

劳动者虽然属于自愿与公司签订劳动契约的债权人，但在劳动者与公司雇主之间，显然劳动者处于相对弱势地位。所以，各国都非常重视对劳动者的特殊保护，并颁行大量专门的法律、法规予以调整。甚至在公司破产、清算时，绝大多数国家的破产法都将劳动者列为公司之首位受偿人。即使如此，仍难免发生劳动者权利被侵犯之现象。因而，公司法人格否认法理在一些特定场合，就可以发挥保护公司劳动者的作用。

（四）侵权债权人的保护与公司法人格否认法理的适用

侵权行为是一种侵犯他人合法权益，依照相关侵权行为法应承担民事责任的行为。由于现代经济中，侵权救济主要采取损害赔偿的方式，故而侵权行为法也被视为损害与赔偿的法律。一般情况下，民事损害赔偿以补偿性为基本特征，因而无惩罚性。但其补偿性的特征将要求加害方必须对受损害一方的直接损失和间接损失全部予以补偿，

^⑥ Laya v. Erin Homes, Inc., 352 S.E.2nd 93, p.100, 101 - 102.

否则将有失公平性。

然而，随着科学技术的进步和生产力水平的提高，侵权行为所致损害具有了范围广、情况复杂、危及生命健康的损害不可逆转等特点，由此导致巨额损害赔偿的发生。即使可以通过现代越来越完善的保险制度分散这种风险，仍可能发生加害人之全部财产都用于赔偿，也难以弥补受损害之当事人损失的情形。如果该公司事先有意识地转移财产，企图规避侵权责任，则更使补偿问题难以落实。在这种场合下，公司法人格否认法理不失为一种可行的方法。依据该法理，如果存在公司背后控制股东滥用公司控制权，致使公司形骸化，那么就可以揭开公司面纱，由公司背后的控制股东对公司的加害行为负赔偿责任。这可以视为是公司法人格否认法理与侵权行为法对侵权行为之共同调整。

三、公司法人格否认法理与其他相关利益群体的保护

(一) 税收法领域中公司法人格否认法理的运用

利用公司独立实体，实现公司股东规避法定税收义务的目的，在现实经济生活中绝非少见之事。虽然从某种意义上讲，避税是当事人利用了税法中的漏洞或各国税法间的差别，设法将自身的税收负担最小化，是一种合法行为，但其带来的社会负效应却很大。如减少了政府税收收入，形成纳税人之间税负的不平等，导致资本或利润在国际间无效率地转移，滋生不必要的纷争等。所以，各国政府都采取积极措施，防止投资者利用公司形式而又不履行一个独立实体的纳税义务。特别是针对一些跨国企业集团，利用大量避税地的存在，在避税地设立各种名目的基地公司，使公司独立人格被用于减少税负之目的，公司法人格否认法理在这一领域里就可以大显身手，揭开只为避税目的而存在的公司面纱，令纳税人履行必要的纳税义务。例如，加拿大一钢铁制造商在巴哈马设立一附属子公司，然后将母公司以前直接进口的钢材改由子公司去购买，再卖给母公司。这样，母公司将它的部分利润留在避税地巴哈马的子公司中，以获得妥善保管。而且，根据其

税法的规定，母公司可随时将这些利润调回加拿大。法院即根据公司法人格否认法理，裁决对母公司的这些利润征收所得税。又如，某英国公司拥有三个在肯尼亚注册的公司，尽管公司章程确认各个公司的董事会均应在肯尼亚召开，但事实上三个公司均由其英国公司控制、管理。法院认为，在肯尼亚注册实为一个骗局，三个公司的住所地均应为英国，并应在英国纳税。

然而，公司法人格否认法理在税收领域里的运用，有其明显地特殊性。表现在：

1. 在决定被控制公司纳税人身份时，法院通常拒绝适用揭开公司面纱法理

对公司集团适用税法，首先就要确定谁是纳税人，是子公司或被控制公司，还是母公司或控制公司。美国联邦法院遇到的第一个涉及此问题的，是1918年 *Southern Pacific Co. v. Lowe*^⑦ 的判例。该判例主要解决子公司付出的税前收入利息是否为应纳税额的问题。法院认为，由于母公司对子公司的完全所有和控制，母公司和子公司实际上是完全同一的。虽然两个公司各为独立法律实体，但为了所有的实际目标，两个公司实质上“合并”了。子公司只是作为母公司的一个部分而存在，以代理机构的身份行动，一切事务均服从母公司的指示和控制。所以，应由公司集团统一纳税。本案似乎利用了企业法或揭开公司面纱法理，来决定被控制纳税人的纳税责任。在此后的几个判例中，法院很快改变了这种做法，拒绝适用公司法人格否认法理来决定纳税人是否应负有纳税责任。

在 *Moline Properties, Inc. v. Commissioner*^⑧ 一案中，一个被惟一股东全部拥有的公司，只用于为股东的利益买卖不动产这一目标，所以它仅仅是一个法律拟制物。纳税人依赖于此，声称该公司只是股东的代理人。但法院拒绝了这种论点，坚持认为该公司是有纳税能力的实体。法院指出，公司实体法则对公司的业务生涯提供了有益的目标，如可以获得经营的便利，可以避免债权人的直索，可以享受股东有限责任特权等。那么同样，公司作为独立纳税人的实体身份必须保留。所以，

⑦ 247U.S.330 (1918) .

⑧ 319U.S.436 (1943) .

实体法则是一个原则，只要被控制公司实施了一些业务活动，公司就必须作为一个主体发挥作用，而不是一个代理人。

在 *National Carbide Corporation v. Commissioner*^② 一案中，法院的上述观点得到了进一步的发展。母公司拥有四个全资子公司，它们分别在四种主要化学领域内，由公司集团安排，从事制造和销售化学产品的活动。四个子公司主张，根据母公司实施控制的程度，以及与母公司的控制合同，它们只是代理人，它们的经营收入属于母公司，应对母公司征税。法院也注意到，母子公司之间的合同证明，子公司是被当作代理人从事管理和经营生产、制造、销售活动，母公司为此要提供运营资本、执行经理和其他管理设施等。虽然母公司提供的一些资本是以无息贷款的方式进行的，但母公司获得的股息却大大超过正常的6%的比例。而且，母子公司之间在组织机构、人事管理上混同，也证明子公司只是母公司的一个部分而已。即使如此，法院还是拒绝了子公司的争辩，确定每一子公司为独立纳税主体。法院声明，为了营业目的而组建公司就必须承担税收负担，而不管其与所有者之间的真实身份。公司的完全所有和完全控制，这一构成 *Southern Pacific* 判例重要组成部分的因素，将不再对决定纳税能力具有重要性。^③ 由此表明，法院已将母公司的控制程度视为与决定子公司纳税能力不相干的因素。这意味着在税收领域，不能适用揭开公司面纱法理，相反，必须保持公司的独立实体状态，以便其履行独立纳税人的责任。

2. 在对公司之间纳税责任进行分配时，法院又需要运用揭开公司面纱法理

如前所述，在决定子公司或被控制公司的纳税人身份方面，这里是惟一一块固守实体法则而使揭开公司面纱法理无法发挥作用的领域。税法允许实体法则控制着确认子公司或被控制公司纳税人独立法律人格和决定其纳税责任的目标，只要该公司实施了经营活动，而不管其是否被完全所有和完全控制。换言之，实体法则是绝对的，揭开公司面纱的法理被完全排除。

② 336 U.S. 422 (1949) .

③ Phillip I. Blumberg, Kurt A. Strasser: *The Law of Corporate Groups, Statutory Law-Specific*, Little, Brown and Company 1992 p.278.

然而,这只是第一阶段的问题。在确定子公司或被控制公司的纳税人及其纳税责任后,税法为了大量的其他目标,又转而承认揭开公司面纱的作用。特别在处理母子公司之间或控制股东和被控制公司之间交易的纳税结果时,揭开公司面纱法理则继续发挥着其传统的作用,诸如收入的确认,扣除的拒绝,税收责任的明确等。实际上,子公司和被控公司的纳税责任一旦确定,政府就像债权人一样,试图从子公司或被控公司那里收回债权,为此有可能在揭开公司面纱法理下寻求到母公司或控制股东处。美国上诉法院第七巡回法庭在审理 *Avco Delta Corp. Canada Ltd. v. United States*^① 一案时,虽然判决中拒绝无视公司主体身份以宣称其纳税责任,但又并不阻止公司主体被无视,以期获得征税职权的满意实现。通过这种途径,揭开公司面纱法理执行着税法为实现税收职责而扩展责任范围的功能。该法理的适用,就意味着为税收责任而“践踏”有限责任原则。

大量税收判例表明,适用揭开面纱的法理,就要将公司集团中一公司的纳税责任强加于公司集团的其他公司上。因为揭开面纱原理的适用不具有单向性,这种纳税责任的追加,既可能是由母公司承担子公司的纳税责任,也可能相反,由子公司承担母公司的纳税责任,还可能发生在姐妹公司之间。至于如何在公司集团中或控制股东与被控公司之间运用公司法人格否认法理,要视合理分配纳税责任的需要而定。

(二) 竞争法领域中公司法人格否认法理的运用

欧盟各国十分重视母公司对子公司的控制是否属于反竞争行为,如果属于竞争法规制的行为,则要求母公司对子公司承担责任。欧洲的判例法也表明,对母公司追究集团内部责任决不是局限于该公司集团是否属于集中控制型,在一些非集中控制的公司集团中,只要母公司对子公司具体的自主决策权施加了影响,就要对子公司之不法行为负责。^②

在帝国化学工业有限公司诉欧盟委员会 (*Imperial Chemical*

^① 540F.2d 258, 264 (7th Cir.1976), cert. Denied, 429U.S.1040 (1977) .

^② Jose Engracia Antunes: "Liability of Corporate Groups" —— *Autonomy & Control in Parent Subsidiary Relationship in US, German & EU Law*, Kluwer Law & Taxation Publisher, p.435.

Industries Ltd. v. Commission EC)^③一案中,一份价格协议在母公司领导下的公司集团的各个子公司之间达成。委员会调查发现,1964年1月至1967年10月之间,三种一直稳定不变的染料价格提高了。这就是说,所有属于这一集团的经营中的子公司,都在这一时期提高了他们的产品价格。根据欧盟条约第85条第1款之规定^④,欧洲法院在调查之后,提出三方面问题:第一,虽然公司法中强调公司独立人格和股东有限责任是不言自明的公理,但在这一领域,法院不仅拒绝适用传统的“实体”原则,去承认公司集团中各公司的独立法律实体地位,而且明确地将竞争规则作为首要原则来适用;第二,欧盟委员会和欧洲法院主要测试子公司是否是享有经济自主权的经营者,如果没有,则无视子公司的独立法律人格,而将母子公司视为单一经济决策体;第三,母公司对子公司的控制程度较深,如本案中子公司日常产品价格的制定及销售条件的确定都由母公司决定,就很有可能导致公司面纱的揭开。所以,法院支持了欧盟委员会的决定,将众多子公司反竞争行为的责任归咎于母公司,并根据欧共体条约第85条规定,对该集团公司课以罚款50000元欧洲货币。

在Johnson & Johnson有限公司一案中,^⑤该公司在欧洲14个国家里拥有38家子公司,其中28个是在欧盟的成员国内。在一次调查中,欧盟委员会认为,J&J的许多子公司具有反竞争行为,其中有三家全资子公司在其与当地的药品经销商签定的合同中,订有目的在于禁止或阻碍类似商品输出到其他成员国的特别条款,通过防止这些产品在其

^③ Jose Engracia Antunes: “Liability of Corporate Groups” —— Autonomy & Control in Parent Subsidiary Relationship in US, German & EU Law, Kluwer Law & Taxation Publisher, pp.415.

^④ 欧盟条约第85条第1款的内容为:事业间之协定或公会所为之决定或其他事业共同之行为,对会员国间贸易有妨害之虞,且其目的或效果对共同市场之自由竞争产生阻碍、限制或扭曲之情形者,因其与设立共同市场之意旨不相符合,应予禁止之。下列行为尤应予以禁止:1.直接或间接设定买入价格、卖出价格或其他交易条件者;2.对生产、市场、技术发展或投资有所限制或控制者;3.瓜分市场或供给之来源者;4.就同等的交易,对其他交易之另外一方,给予差别的条件,致该他方受有竞争上之不利益者;5.缔结契约另附以他方当事人应接受其他附带之义务,而该义务,依其性质或商业上习惯,与该契约之标的无任何牵连者;6.任何协议或决定违反本条之禁止规定者,无效。转引自刘连煜:《论关系企业是否适应我国公平法联合行为管制规范》,载《台大法学论丛》第23卷第1期。

^⑤ Johnson & Johnson, O.J.1980, n^o L 377/16.

他国家的转卖而保护分割的国内市场，因而严重触犯了欧盟反竞争法的规定，应追究母公司责任。欧盟委员会在决定母公司是否承担集团内部责任时，并不一定以母公司是否拥有子公司的全部股份或大部分股份为标准。相反，在一些母公司只有少数股份甚至根本没有投资关系的子公司中，却判定母公司要对子公司之不法行为负责。其根据就是母公司是否控制了子公司的具体决策过程，如销售政策、价格政策、分配体系、商业政策的决定等。^⑤

（三）环境法领域中公司法人格否认法理的运用

环境保护是人类社会的共同责任，也是公司的社会责任。由于环境保护涉及的范围很广，尤其是有关的环境法律、法规及政策，通常要纳入到某一具体社会背景中去理解。本文仅从公司社会责任的角度，讨论环境法领域中的损害赔偿责任问题。

由于环境的污染与许多实体所经营的带有污染性的事业有关，比如，一些企业制造、加工或运输、贮存化学物品或带有放射性物质的物品，造成当地的水源、土地等自然资源的污染。这种污染一旦发生，治理起来则需要投入巨额费用。根据谁受益谁承担责任的公平原则，当然那些加害企业应当负有治理环境污染的义务。但有时，由于加害企业是受控制于他人而为此种行为，且它们的财力有限，为实现环境治理和环境保护的最终目的，就需要追究加害人背后支配者的责任，特别是母公司的责任。在一些判例中，法院通常要坚持对母公司进行相关的测试，以确定母公司是否积极参与了子公司的危险废料的管理，或者是否通过对子公司的控制而实际上作出管理人的决策行为。在美国诉东北药物化学公司（United States v. Northeastern Pharmaceutical and Chemical Co.）^⑥一案中，由于母公司拥有对子公司职员行动的直接控制权力，而这些职员掌管着引起污染的设施及他们有防止和减少损害的能力，于是法院以此为由，追究母公司的责任。在 State of Idaho v. Bunker Hill^⑦案中，法院采用了与前案相同的标准，而且特别强调母

^⑤ Jose Engracia Antunes: "Liability of Corporate Groups" — *Autonomy & Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German & EU Law*, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1994, pp.438.

^⑥ 579F.Supp1.823 (W.D.Mo.1984) rev'd on other grounds, 810F.2d 726 (8th Cir.1986) .

^⑦ 645F.Supp.665 (D.Id.1986) .

公司对子公司实施控制的具体事实。如母公司处于控制着子公司对废料的处理和释放，掌握着子公司的决策权和履行防止损害发生的行为，特别是子公司所有关系到污染事项的超过 500 美元限度的开支决定，都必须经集团总部批准等。法院所适用的“控制”理由，也被采纳于个人控制股东与其被控制公司之间的类似判例中。美国的《综合性环境反应、赔偿与责任法案》（简称 CERELA），应该说是涉及环境治理赔偿方面最著名的一部法律。根据这部法律，美国许多法院确定母公司应承担环境责任，这种责任导源于母公司作为其子公司的危险废料设备的所有者或经营者的身份。在美国诉开塞罗斯有限公司（United States v. Kayser - Roth Co.）^⑨一案中，开塞罗斯公司被地方初审法庭判决，要对美国环境保护代理机构为清理其全资子公司——Stamina Mill Inc（一纺织材料厂）引起的三氯乙烯泄漏的污染而开支的费用，承担相应的责任。而此判决就是依据 CERELA 关于“所有者”和“经营者”的含义，认定开塞罗斯母公司对其子公司的污染行为负有“所有者”的间接责任和“经营者”直接责任。但开塞罗斯公司辩称，依据法律，自己不应对其子公司的行为负有“经营者”的直接责任。法院拒绝了该公司的辩称。地方法院的观点认为，开塞罗斯公司对其子公司的经营施加了实际的影响和控制，具体证据概括如下：（1）开塞罗斯公司控制了子公司的金融事务，甚至包括托收应付款；（2）开塞罗斯公司对子公司的财政预算进行限制；（3）开塞罗斯公司与子公司之间存在直接的管理联系；（4）子公司需要租赁、买卖不动产须经开塞罗斯公司批准；（5）子公司关于资本转移或 5000 美元以上的开支须经开塞罗斯公司同意；（6）几乎子公司的所有董事和经理都由开塞罗斯公司任命。以上种种迹象表明，子公司是准确地实施和贯彻开塞罗斯公司政策的工具。开塞罗斯公司对其子公司的控制当然包括了环境事务的控制，如子公司清理环境设施的安装要经过其允许。或者说，开塞罗斯公司拥有直接控制引起有害物质释放过程，以及阻止或减少损害发生的权力。这种控制足以确定开塞罗斯公司属于 CERELA 所规定

^⑨ 910F.2d 24 (1st Cir.1990) .

的经营者的责任。^④

美国 CERELA 的一大特色就是它以制定法的形式，直接规定了母公司对子公司或者控制股东对被控制公司应承担的环境保护责任，实际上达到的法律效果与揭开公司面纱的法律效果是相同的。依据 CERELA 的规定，母公司（或控制股东）将以其子公司（或被控制公司）所有人的身份，特别是经营者身份，为子公司（或被控制公司）导致的污染承担责任。这种为更好地保护环境而追究加害公司背后者责任的结果，与公司法人格否认法理的适用结果是如出一辙的，但毕竟两者有一定区别。

其一，依据 CERELA 追究对环境造成污染的公司背后者股东的责任，属于实定法的适用。虽然也存在对这一法律具体内容的不同司法解释；但适用标准明确恐怕是实定法的基本特征；而揭开公司面纱主要是衡平法上的判例规则，主要由司法机关依照一些基本原则，对滥用公司法人格及股东有限责任的行为进行规制。所以，它的适用标准并不统一。当然，从广义讲，前者的实定法也可以被看成是揭开公司面纱法理在环境污染治理的场合下，对赔偿责任进行分配的具体应用。

其二，运用 CERELA 的有关规定，主要问题是如何确定母公司或控制股东“经营者”的身份，所强调的是母公司对子公司的经营活动是否实施了控制，如果存在控制因素，就可依据 CERELA，追究母公司或控制股东“经营者”的责任。就这一点而言，与揭开公司面纱要求存在母公司对子公司的控制事实是一致的。但是，CERELA 在判断是否存在控制因素时，其标准远比揭开公司面纱通常适用的要宽松，而且随着环境污染问题越来越引起社会的重视，判断这种控制行为的标准还有放宽的趋势。如前面提到的开塞罗公司一案中确定的原则，已被一些法院接受，即“母公司的经营者责任，在甚至没有母公司对子公司的环境决策施加控制的证据之下，只要能表明母公司存在对子公司的渗透性控制就足够了”。^⑤有些法院对母公司的经营者身份进行的测试为，“对子公司实施了实际的渗透性的控制，并使这种控制达到

^④ Lawrence E. Mitchell, Lewis D. Solom on: *Corporate Finance and Governance Cases, Materials, and Problems for an Advanced Course in Corporations*. Carolina Academic Press, 1992, pp. 80.

^⑤ *Lansford-Coaldale Joint Water Authority v. Tonolli Corp.*, 4E.3d 1209 (3d Cir.1993).

了实际上陷入子公司的日常经营中的程度，判决中的‘实际陷入’有害物质处理的条件，虽不必要，但足以对母公司施加经营者的责任”。^④还有的法院主张母公司作为经营者的直接责任时，适用的标准不在于母公司是否实际控制了子公司，而在于母公司是否对子公司引起的污染有权去控制。^⑤显然，这与公司法人格否认法理的适用时，不仅必须确定控制股东对公司存在控制之事实，而且通常都要证明子公司或被控制公司的形式被用于不法目的，或存在利用公司进行欺诈的行为等是不同的。

四、强化公司社会责任与借鉴公司法人格否认法理

（一）公司法人格在中国的滥用与公司社会责任的忽视

我国自1978年经济体制改革以来，基于发展市场经济的需要，开始大规模地设立公司。与此前我国普遍不承认企业为一种营利性法人组织相比，改革开放后迅速发展起来的公司，其营利性首先得到了广泛的认可，这无疑是一个巨大的历史进步。强调公司的营利性，符合公司法人制度经济价值目标的客观要求。特别是公司独立人格和股东有限责任的制度安排，将股东的责任限定于其投资范围之内，使股东责任与公司债务隔离，公司利益最大化地实现，就意味着股东利益最大化地实现，投资者设立公司之主要意图即在于此。所以，公司制度一经在我国确立，就极大地刺激了投资者的积极性，使其发挥着前所未有的推动经济发展的作用。

但是在实践中，一方面，单纯强调公司的营利性特征，容易产生注重保护股东的利益而忽视公司社会责任的问题。西方国家公司制度历经余年的发展，直到本世纪中叶，随着公司规模扩大和经济实力的增强，公司的社会责任问题才引起立法界、司法界以及社会各方的普遍关注。我国公司制度仅有20年的历史，但它是建立在本世纪80年代世界经济高度发达的高起点上和我国改革开放的有利之时，公司

^④ Jacksonville Electric Authority v. Bernuth Corp., 996F.2d 1107 (11th Cir.1993) .

^⑤ Kaiser Aluminum & Chem. Catellus Dev. Corp., 976F.2d 1338, 1341 (9th Cir.1992) .

的发展速度极快，公司资产超过亿元者为数不少，其中上市公司已达800多家。因而，公司的存在，对公司债权人、公司雇员、公司主顾、公司当地的居民利益以及社会公共利益影响很大，忽略公司社会责任是不能容忍的。另一方面，单纯追求公司法人制度的经济价值目标，可能因公司人格制度中潜藏的“道德危险因素”^④，即公司股东将投资风险与经营风险过度地转移到公司外部的诱因迅速膨胀，而导致公司独立人格和股东有限责任制度的滥用。这不仅使公司法人制度中原本应当平衡的价值目标体系背离公平、正义的价值目标而向另一极的经济价值目标倾斜，造成个案中的不公平，而且直接损害公司股东以外的相关利害关系群体的利益，使公司之社会责任落空。并且，上述两方面具有合流倾向。现实中，滥用公司法人格及股东有限责任之行为极为普遍，如注册资本显著不足、抽逃资本空壳经营者有之；名为公司实为个人企业、子公司完全丧失经济独立性、公司与股东财产混同、人格混同者有之；同一笔资金、同一个组织机构挂数个牌子经营、逃避债务狡兔三窟式经营者也有之。而玩弄合同毁约弃信、制售假冒伪劣商品致人损害、追求产值利润而污染环境、利用公司集团转移财产、不当竞争、逃避税负等无视公司社会责任之现象，更非鲜见。这表明，如果公司股东滥用公司法人格而将投资风险和经营风险转移至公司外部，基于公司的社会地位，必将损害公司债权人及其他利害关系人。所以，在中国，通过借鉴公司法人格否认法理规制股东滥用公司法人格的行为，保护公司债权人及其他相关利害关系人的利益，强化公司社会责任已是十分紧迫之事。

（二）借鉴公司法人格否认法理强化公司社会责任之探索

强化公司社会责任，当然需要在相关法律中作出明确规定。我国公司法在第1条中虽已开宗明义地将保护公司债权人的合法权益作为公司法之基本宗旨，但就公司社会责任而言，该范围显然过窄。这就

^④ 道德危险因素是经济学家使用的一个术语，通常用于讨论在个体可以采取私人行动来影响分配结果的情况下，风险分担的问题。原文是“Moral Hazard” is a term that is used by economists to refer to risk-sharing under conditions in which individuals can take private actions that affect the probability of the distribution of the outcome. 参阅：L. E. M. itchell & L. D. Solom on, *Corporate and Governance Cases*, Carolina Academic Press, 1992, at 61.

要求公司法应与其他法律如劳动法、侵权行为法、产品质量法等配合，共同规制公司的社会责任。即使如此，还需要通过适用股东有限责任之“例外”——公司法人格否认法理，来制裁股东滥用公司法人格之行为，维护公司债权人及其他相关利害关系群体的利益，实现公司社会责任的目标。

应该说，到目前为止，我国法律中既无股东有限责任例外之条款，也无公司法人格否认法理之规定。但值得注意的是，在我国调整公司法人制度的个别清理公司债权债务的规范性文件中，如《国务院关于清理整顿公司中被撤并公司债权债务清理问题的通知》（1990年12月12日）和《最高人民法院关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担的批复》（1994年3月30日），有针对特定情形作出的类似公司法人格否认法理的规定。这两个规范性文件与公司法人格否认法理的共同之处为：都以公司法人的合法有效成立为前提；出资人的欺诈行为均为责任承担的构成要件之一；都是由出资人（或与组建公司有关的其他责任人）直接承担企业的债务，但本质上不能等同公司法人格否认法理。因为两者运用的法律后果迥异，前者的适用将导致企业法人的永久消灭，而后者仅在特定法律关系中否认法人格的机能，并不最终消灭公司的法人资格。被适用的主体有差别，前者不仅仅适用于出资人，还适用于直接批准开办公司的主管部门或者开办公司的申报单位；而后者被适用的主体只能是实施滥用行为的股东（出资人）。责任人承担责任的范围不同，前者采用多元原则所确认的承担责任的范围是不同的，有的坚持以出资额为限，如在注册资金范围或自有资金与注册资金差额范围内承担责任。有的则突破了出资额的界限，如在受益的范围内或抽逃、转移资金、隐匿财产的范围内承担责任。并且首先由公司、企业以其财产清偿债务，责任人所承担的责任具有连带补充清偿责任的性质，因而，还不能简单地称之为“无限责任”；后者则强调实施滥用公司法人格行为的股东当然应承担无限责任。换言之，该股东承担责任的财产范围不限于持有公司的股份（出资额）。可见，两者在保证债权人实现债权上有共同的功能，但两者所依赖的理念和所实现的价值目标不同。前者所依赖的是债法中的代位履行债务的理念，并不要求责任人对债权人负无限责任，它所追求的目标是

债权人债权的实现，尤其不要造成累债；而后者则依赖于完善法人制度和企业维持的理念，它所追求的是矫正偏离法人制度本质的不公平。因此，无论是理论上还是实务上，将上述两个文件规定的措施视同为公司法人格否认法理，是不正确的。^⑤

在我国法无明文规定“公司法人格否认”制度的情况下，可否运用司法手段制止滥用公司法人格行为，保护债权人利益和社会公共利益，已成为人民法院进行积极探索的一个重要领域。实际上，我国司法实践中已经出现对公司与股东或不同公司之间人格或财产混同场合下，适用揭开公司面纱法理的尝试。虽然这些判例不够典型，且适用该法理的法律依据不够准确，但毕竟是将该法理引入我国司法判例的良好开端，值得称道。

（三）完善我国公司法人格否认法理以强化公司社会责任的建议

如前所述，强化公司社会责任是现代经济对公司的客观要求，而滥用公司法人格和股东有限责任，直接影响公司社会责任的履行。所以，应当积极引入公司法人格否认法理规制公司法人格滥用行为，以保障公司社会责任的实现。在我国，借鉴公司法人格否认法理的经验同样是广义的，既包括在司法审判中运用判例，也包括从立法上作出规定。而且，就经验积累而言，可以先在司法审判中采用公司法人格否认法理。待总结经验后，再从立法上加以完善。

首先，要注重把握民、商法（包括公司法）中诚实信用原则、公序良俗原则和权利滥用禁止原则等基本原则的功能特性，解决该法理的法律适用问题。无疑，这三项基本原则都具有强行法的功能，但具备强行法功能并非这三项原则独有的特性，其功能特性在于它们还具有解释的功能和补充法律漏洞的功能，以及这三项功能的统一。只有把握住这样的功能特性，公司法人格否认法理在我国的适用才有可能。因为，根据诚实信用等原则的功能特性，可以判断支配股东滥用公司法人格或使公司形骸化是滥权行为，且违反诚信原则，构成对公司债权人、其他相关利害关系群体或社会公共利益的损害。由此，即可依据这三原则，对具体案件作出适当解释，确定支配股东的责任。

^⑤ 南振兴、郭登科：《论公司法人格否认制度》，《法学研究》1997年第2期。

其次，采用判例制度，解决公司法人格否认法理的适用手段问题。判例即为“判决先例”，是指“就目下须重为判断之同一法律问题，法院针对另一事件已为决定之判决”，^{④⑥}或依据本院或上级同级法院已成的判例，于法律上及事实上受其拘束者。^{④⑦}判例具有约束力和说服力，并具有解释和补充法律的作用。判例制度在公司法人格否认法理的适用中意义重大：其一可补充诚信原则等内涵、外延不确定性之缺陷。判例是具有先例的既往的个案的判决，确定性是它的显著特征。因此，判例的确定性可以矫正成文法中的诚实信用原则的模糊性，亦即使诚实信用原则的不确定性通过判例在个案中的作用而变得确定，从而使确认支配股东滥用公司法人资格或致使公司法人形骸化的违法性和责任承担变得容易。其二为类推适用。所谓类推适用，是指“相类似者，应为相同的处理”。它既是认定法律漏洞的手段，也是填补法律漏洞的方法。依判例进行的类推适用，有利于维持“揭开公司面纱”的司法裁决的一致性及其持续性，同时亦有助于法安定性的达成。^{④⑧}其三是判例的衡平性与注重个案的特性，是适用公司法人格否认法理所必须的。采用判例，最适宜重建因滥用法人资格或法人资格形骸化破坏的法人制度原本具有的个别正义。因此，判例为适用公司法人格否认法理所不可缺少。

最后，应以制定法确认公司法人格否认法理的制度。显然，适用公司法人格否认法理可以促进法律制度的完善。就其稳妥性考虑，应在充分适用公司法人格否认法理并总结经验之后完善制定法。其一，强化违反出资义务的民事责任，如控股股东或支配股东因虚报注册资本、虚假出资或抽逃出资造成公司不能清偿债权人的债务的，承担连带清偿责任。其二，规定滥用公司法人资格的情形和公司法人形骸化的情形，前者包括利用公司法人资格规避法律义务的，利用公司法人资格回避合同义务的，利用公司法人资格回避和分散侵权责任的，利用公司法人资格诈欺债权人的等；后者包括名为公司实为自然人独资企业，虽为子公司，但利润全部上缴母公司，自行承担全部债务，公

④⑥ Karl Larenz:《法学方法论》，(陈爱娥译)五南图书出版社1996年版，第336页。

④⑦ 林纪东:《法学通论》，台湾远东图书出版社印行，第29页。

④⑧ Karl Larenz:《法学方法论》，(陈爱娥译)五南图书出版社1996年版，第336页。

司的董事长、业务、财产全部地、持续地混同，无视公司法关于召开股东大会或董事会的规定，连年不召开股东大会或董事会。其三，规定支配股东的责任和其他相关责任人的责任，如控股股东或支配股东滥用公司法人资格，应对公司债权人承担无限责任；企业主应对名为公司实为自然人独资企业的债务承担无限责任；子公司利润全部上缴母公司而自行承担全部债务的，应视为分公司。母公司承担其全部债务，无视公司法规定不召开股东大会或董事会的，控股股东、支配股东对其公司债务负无限责任等。

总之，现代公司负有一定的社会责任，这应是无可争辩的事实。公司法及其他相关法律对公司之社会责任进行规制，也是各项法律制度进一步完善的必然。然而，公司法人格否认法理在约束公司社会责任方面，仍然有着各项制定法所无法替代的作用。因此，应注重研究公司法人格否认法理与各项制定法之如何配合，以便更好地规范公司行为，发挥公司这一现代市场经济工具的重要作用。

(本文原载于《法学研究》1998年第5期)

中国加入世贸组织后公司法的修改前瞻

刘俊海

作者简介

简历

刘俊海, 1969年生于河北泊头。1989年毕业于河北大学法律系, 获法学学士学位。1992年毕业于中国政法大学研究生院, 获经济法硕士学位。1995年毕业于中国社科院研究生院, 获民商法博士学位。1996年至1997年, 赴挪威奥斯陆大学从事博士后研究。1999年9月被北京市法学会授予“优秀中青年法学家”称号。

现为中国社会科学院法学所研究员、所长助理、中国社会科学院研究生院教授、民商法博士。

主要学术成果

《股份有限公司股东权的保护》, 人民法院出版社1995年。

《公司的社会责任》, 法律出版社1999年。

《商法经济法热点案例评析与立法问题》, 经济科学出版社2000年。

《国际经济社会文化权利公约研究》, 中国法制出版社2000年。

“我国公司法的特点”, 《法学杂志》1994年第1期。

“股东权保护的理论与实践”, 《法学》1995年第8期。

“国有企业公司制改革中亟待解决的四个法律问题”, 《法学》1996年第3期。

“论股东的代表诉讼提起权”, 《商事法论集》, 第1卷, 法律出版社, 1997年1月第1版。

“国有企业公司制改革的法律思考”, 《中国法学》2000年第1期。

“论投资基金法律关系中的当事人”, 《法学杂志》2000年第1期。

目 次

- 一、全面修改《公司法》迫在眉睫
- 二、准确把握公司的法律性格是完善《公司法》的前提
 - (一) 明确公司所有权、股东权概念, 坚持公司的法人性
 - (二) 强化股东权保护, 坚持公司的营利性
 - (三) 强化公司社会责任, 坚持公司的社会性
 - (四) 承认一人公司, 抛弃公司的社团性
- 三、进一步压缩行政权作用空间, 扩张公司与股东的自治空间
 - (一) 废除公司经营范围制度, 扩张公司权利能力与行为能力
 - (二) 重视公司章程和股东协议的效力
 - (三) 对各类公司一律采行登记制为主、审批制为辅的设立原则
 - (四) 公司有权选择法定代表人的 一元化或多元化
- 四、完善公司资本制度, 维护交易安全
 - (一) 改革资本确定原则, 大胆引入授权资本制
 - (二) 资本维持原则有待具体化
 - (三) 资本不变原则有待进一步弹性化
 - (四) 原则上应废除法定最低注册资本原则
- 五、健全公司治理结构
 - (一) 妥善处理独立董事与监事会的相互关系, 授权公司章程选择单层制或双层制
 - (二) 激活股东大会制度
 - (三) 完善董事会和独董制度
 - (四) 完善监事会制度
 - (五) 改革经理制度
 - (六) 确认控制股东的诚信义务
- 六、实现外商投资企业立法与公司立法的并轨, 赋予外商投资企业国民待遇
- 七、人民法院和仲裁机构应积极受理公司法未作规定或规定不明的公司纠纷案件

一、全面修改《公司法》迫在眉睫

公司制度是市场经济社会的伟大发现, 是推动市场经济进步的原动力。即使计算机与互联网技术也无法与之媲美。由于我国公司实践

起步晚、公司法理论研究薄弱、起草时间仓促，颁布于1993年的现行《公司法》虽经1999年细微修改，仍存在着原则性强、可操作性差、法律漏洞多的不足。面对我国“入世”后的经济全球化趋势，立足于我国公司实践，大胆借鉴国际先进立法例、判例与学说，全面修正《公司法》势在必行。

修改公司法是我国抓住“入世”机遇，保护投资热情的需要。在资本市场国际化的今天，川流不息的国际资本无国界和“国籍”可言，总是倾向于流向法律环境好、投资预期稳定、投资者权利有保障的地方。若不及时修改我国《公司法》，极有可能将国际资本拒之门外甚或导致国内资本外流。国力竞争不仅是公司间的竞争，更是各国立法者间的竞争。

修改公司法是我国资本市场走向法治的需要。为公平、高效地协调好公司、股东、董事、监事、经理、雇员、供应商、债权人、竞争者、政府、社会中介机构等诸多当事人间的利益关系，必须制定一部具有前瞻性、可预期性、严谨性、开放性、实用性和可操作性的《公司法》，使各方当事人各行其道，各得其所。

修改公司法是提高我国公司竞争力的需要。公司的竞争力取决于公司对资本、劳动力和管理等生产资源的开发和整合能力，而这种能力的发挥又取决于公司制度能否最大限度地降低交易与代理成本，提高公司的商事活动效率。世界公司五百强大多诞生在公司法健全的国度。

公司制度是舶来品。为更好吸引外资、留住内资，我国《公司法》修改既要大胆移植国际立法经验，又要注重国际经验的本土化。对两种不同立法例进行借鉴时，应采取洋为中用、择善而从、实用优先的态度。

二、准确把握公司的法律性格 是完善《公司法》的前提

现行《公司法》缺乏公司的精确定义。建议将公司界定为：“依照本法在中国境内设立的、以营利为目的的法人，包括有限责任公司

(含一人公司)和股份有限公司(含上市公司与非上市公司)两种形式。”以下“有限责任公司”简称“有限公司”,“股份有限公司”简称“股份公司”。

(一)明确公司所有权、股东权概念,坚持公司的法人性

公司法学界对于法人本质虽有特许说、实体说、虚拟说、合同网络说之争,但公司作为独立法人参与民事活动,独立承担民事责任,则为不争之事。新《公司法》应坚持公司的法人性。可惜现行《公司法》对公司财产独立性表述不清,致使公司与股东间产权关系模糊。

现行《公司法》第4条第2款以“法人财产权”一词取代“法人所有权”概念,^①。“法人财产权”似乎优于“两权分离理论”指导下的“企业经营权”,但逊于“国家所有权”。似乎承认公司“法人所有权”,“国家所有权”就受到挑战,国有资产就有流失危险。为图安全计,立法者将公司享有的财产权利称为“法人财产权”,又在第4条第3款专门强调“公司中的国有资产所有权属于国家”。公司作为独立民事主体,必须享有法人所有权。同时,国有资产在法律上有多种表现形式,除了所有权,尚包括债权和股东权。国家将其享有所有权的财产作为出资财产让渡给公司后,虽丧失对投资财产的静态所有权,但换回了内容丰富的股东权。股东权与物权是两种互不相同的民事权利。若将国家股东权解释为所有权,或走向否定公司法人所有权和公司法律人格的理论误区,或陷入违反“一物不得二主”原则的“双重所有权”泥坑。建议立法者使用“公司所有权”或“法人所有权”的概念,确认公司对股东投资和经营利润形成的全部财产享有法人所有权;国家对公司享有股东权,而非财产所有权。当然,“公司所有权”一语并不排斥公司依法享有他物权、债权、知识产权、股东权、诉权等。“公司中的国有资产所有权属于国家”一语有欠严谨,且违反股东平等原则,在国际社会又容易导致中华人民共和国是否要对国有公司债务负责的不必要争论,应予删除。

股东权是公司所有权的孪生姐妹。现行《公司法》第4条第1款将股东权界定为“公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有

^① 该款规定:“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权,依法享有民事权利,承担民事责任”。

者的资产受益、重大决策和选择管理者等权利”，颇值推敲。投资者履行出资义务、成为公司股东后，不再对其出资享有所有权，将股东称为“所有者”欠妥。“资产收益”是经济学色彩较浓的概念，宜改采“分取股利”的法律术语。重大决策权属于股东大会或董事会，每位股东仅有权参加股东大会的决策程序，而非单独决策。故“重大决策权利”应改称“股东大会出席权、表决权”。同理，“选择管理者”也分属股东大会（选择董监）或董事会（选择经理）等权利，而非每位股东。建议将该款改为“公司股东依本法和公司章程的规定，享有股利分取请求权、股东大会出席权、表决权、股东代表诉讼提起权、新股认购优先权、公司信息知情权等股东权”。^②

股东有限责任原则（股东无责任原则）是公司制度长盛不衰的奥秘所在。该原则与公司法人性互为表里、互相依存，前者自股东角度而言，后者自公司角度而言。建议立法者明确规定：“公司开展商事活动时以其全部财产对债权人承担民事责任。股东对公司债务不承担责任”。鉴于实践中一些股东尤其是控制股东运用“草船借箭”、“借尸还魂”、“坚壁清野”、“瞒天过海”等阴谋诡计，滥用法人资格、欺诈坑害债权人的情形比比皆是，立法者应在诚实信用原则和公平原则的指引下，大胆导入公司资格否认制度，承认股东有限责任原则之例外：“当股东为回避其法定或约定义务而滥用其股东有限责任待遇、致使其与公司在财产、人格方面混淆不分、损害债权人利益时，法院或仲裁机构有权在该特定案件中否定公司的法人资格，责令有过错的股东直接向公司债权人履行法律义务、承担法律责任”。当然，该制度在世界范围内仍处于演变过程之中。

（二）强化股东权保护，坚持公司的营利性

公司与慈善法人不同，以追逐营利为目的。公司法历来把最大限度地营利，实现股东利益最大化视为公司最高价值取向。公司法史乃是一部股东权保护史。我国当前股市投机性过强的主要原因在于，股东领取的股利甚少，物质股利仅具“精神鼓励”作用，有些公司甚至不分股利；为追求投资回报，只能寄希望于股票投机。为确保公司经

^② 关于股东权的概念、本质与分类，参见拙著《股份公司股东权的保护》，法律出版社1997年版。

营者谋求公司利益与股东利益的最大化,新《公司法》除建立经营者的激励与约束机制外,应详细规定股东股利分取请求权、剩余财产分配请求权、建设利息分配请求权、新股认购优先权、股份买取请求权、转换股份转换请求权、股份转让或质押权、股票交付请求权、股东名义更换请求权等自益权;还应确认其表决权、股东大会召集请求权和召集权、提案权、质询权、股东大会决议撤销诉权、股东大会决议无效确认诉权、代表诉讼提起权、累积投票权、新股发行停止请求权、新股发行无效诉权、公司设立无效诉权、公司合并无效诉权、知情权、检查人选任请求权、董事监事和清算人解任请求权、董事会违法行为制止请求权、公司解散请求权、公司重整请求权等共益权。为最大限度增进自身利益,股东有权在投资之时用钞票投票,在投资之后用手投票、用脚投票、用诉状投票。一些营利甚丰的公司滥用“公司利益高于股东利益、股东长远利益高于股东近期利益”的理论,过分提取高额公积金,长期推行低股利甚至零股利的分红政策。公司经营层和控制股东虽能通过高薪、关联交易等方式攫取私利,却使许多小股东饱受其害。《公司法》应就小股东股利分取权被无理剥夺的行为提供救济之道。还应早日建立股东协会制度,发挥投资指导与股东维权的职责。

(三) 强化公司社会责任,坚持公司的社会性

现代公司社会责任理论认为,公司不能仅以最大限度地为股东们赚钱作为惟一存在目的,还应最大限度考虑公司其他利害关系人的利益,包括职工利益、消费者利益、债权人利益、中小竞争者利益、当地社区利益、环境利益、社会弱者利益及整个社会公共利益。强化公司社会责任的理论依据在于公司的经济力量及其推动社会权实现的社会义务。公司的社会责任,既包括商法上的社会责任,也包括商业伦理上的社会责任。公司法为公司设定的社会责任是有限的,而商业伦理为公司设定的社会责任是无限的。正确处理公司社会性与营利性之间的辩证关系是推动《公司法》不断变革的动力。建议立法者明确要求公司“保护和增进公司股东之外其他利害关系人的利益”,也可将强化公司社会责任理念列入公司法的立法宗旨;并设计一套充分强化公

司社会责任的具体制度。^③

（四）承认一人公司，抛弃公司的社团性

传统公司法理论将公司界定为以营利为目的的社团法人，强调公司的社团性特征，要求公司具有两个以上股东。在现代公司法纷纷确认一人公司的历史背景下，公司社团性已摇摇欲坠，新《公司法》只能与时俱进。将公司纳入财团法人的范畴，比纳入社团法人的范畴更科学。现行立法原则禁止设立意义上的一人公司，但国有独资公司例外；而对于存续意义上的一人公司未置可否，致使不少法院和公司登记机关否定该类公司的效力，动辄予以解散。殊不知《公司法》第20条第1款“有限公司由二个以上五十个以下股东共同出资设立”的要求，写在第二章“有限公司的设立和组织机构”之中；并不适用于公司设立之后的存续活动。新《公司法》既应承认设立意义与存续意义上的一人公司，也应承认形式意义和实质意义上的一人公司。公司登记机关无权强行干预股东的股权（出资比例）比例，更不得随意将夫妻公司、兄弟公司、父子公司断定为实质意义上的一人公司，进而否定该类公司的效力。

三、进一步压缩行政权作用空间， 扩张公司与股东的自治空间

公司的旺盛生命力源于公司与股东自治。我国“入世”将不可逆转地加速我国经济的全球化、市场化、自由化、开放化进程，新《公司法》只能更加尊重公司自治、公司自由、公司民主和公司权利，同时大幅减少国家行政权和国家意志对公司生活的不必要干预。从规范形式上看，应提高民事规范、任意规范和保护规范的比重，并慎重拟订禁止规范。从内容上看，亟待进行如下制度重新。

（一）废除公司经营范围制度，扩张公司权利能力与行为能力

现行《公司法》第11条要求，“公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应

^③ 详见拙著，《公司的社会责任》，法律出版社1999年版。

依法经过批准。公司应在登记的经营范围内从事经营活动”。若把公司比作一只鸟，公司经营范围就像一个鸟笼子。我国公司经营范围制度源于计划经济条件下对企业经营自由的极大限制，与英美早期公司法中的“越权原则”（*ultra vires*）殊途同归。1993年之前，我国对企业经营范围持苛刻态度。1987年7月21日最高人民法院在《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法的若干问题的解答》中曾指出，“工商企业、个体工商户及其他经济组织应在工商行政管理部门依法核准登记或主管机关批准的经营范围范围内从事正当的经营活动。超越经营范围或违反经营方式所签订的合同，应认定为无效合同。全部为超营项目的，全部无效；部分为超营项目的，超营部分无效”。

1993年之后最高人民法院开始解放思想，对经营范围采取较为宽松的解释方法，取得了成全合同当事人、尽量使合同有效、加快商事流转的社会效果。最高人民法院1999年12月《关于适用合同法若干问题的解释（一）》第10条指出，“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外”。但公司仍应根据《公司登记管理条例》第71条就其超营活动承受行政处罚。

从国际公司立法的演变趋势看，放松对经营范围的法律管制乃大势所趋。《美国模范公司法》第3.04条以“越权”为题，在第1款明确规定：“除非本条第2款另有规定外，不得以公司缺乏权利能力为由否认公司行为的效力”。我国正阔步迈向市场经济社会。建议废除在我国行之多年的公司经营范围制度，结束公司营业执照中必须一一写明经营范围的历史。滑稽的是，目前经营范围制度似乎允许公司将法律不禁止的经营活动一一写下来。但实际上，一张营业执照上的有限空间根本容纳不下成百上千的经营项目。建议规定：“除法律和行政法规中的强制性规定另有规定外，公司有权开展各种商事活动，不受任何单位和个人的非法干预”。“强制性规定”主要指法律、行政法规中限制经营、特许经营和禁止经营的规定。公司可将拟从事的经营活动一一载明于公司营业执照或公司章程，也可笼统载明：“本公司可以从事法律和行政法规不禁止的各类经营活动”。为进一步扩张公司权利能力，除专属于自然人的权利外，公司享有自然人根据宪法、实体法和

程序法享有的一切权利。在变法之前，只有违反强行法律规范（包括效力规定与训示规定）的超营行为才应承受行政处罚；至于一般超营行为，不应承受行政处罚。

（二）重视公司章程和股东协议的效力

公司章程作为充分体现公司自治的法律文件，堪称“公司小宪法”，是公司法的重要渊源。当股东加入公司时，应推定其已承诺接受公司章程的拘束；董监等高管人员依委托合同、雇佣合同当然有义务遵守公司章程。

现行《公司法》第11条“设立公司必须依照本法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力”之规定可修改为：“公司章程是规范公司组织与行为，调整公司、股东、董事、监事、经理和其他高级管理人员之间权利义务关系、具有法律约束力的文件。章程自公司成立之日起生效，对公司、股东、董事、监事、经理和其他高级管理人员具有约束力”。所谓“其他高级管理人员”，包括公司财务负责人、董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

法日等立法例规定公司章程只有一种书面文件；而美英德等立法例中的公司章程由两种书面文件组成。为尊重现行立法传统和公司习惯，新《公司法》可维持单一公司章程。对公司章程的记载事项的区分有两分法与三分法之别。两分法将其分为强制条款与任意条款；三分法将其分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项与任意记载事项。为求立法简明，宜采两分法。强制条款利于保护交易安全、维护小股东和非股东利害关系人的利益，但不能过多过滥，以免妨碍公司效率。为鼓励公司自治，应允许公司章程通过任意条款在不违反强行法、诚实信用原则、公序良俗原则和公司本质的前提下，自由规范公司内部关系。

为尊重股东自由，还应允许股东之间就公司内部关系作出约定。如，两股东可约定不按出资比例分取股利：出资90%的股东可分取60%股利，出资10%的股东可分取40%股利。现行《公司法》第177条第4项硬性要求按股东出资比例（持股比例）分配股利，无变通余地。该强制规范宜转为任意规范。

（三）对各类公司一律采行登记制为主、审批制为辅的设立原则

现行《公司法》对股份公司设立一律采取审批制（第77条）；对

有限公司设立原则上采取登记制，例外采取审批制（第 27 条）。为保护投资自由，建议对各类公司（包括有限公司、股份公司乃至上市公司、外商投资公司）的设立以登记制为原则，以审批制为例外，进一步取消不合理的登记前置审批程序，扩大登记制适用范围。对公司上市申请也应从核准制过渡到登记制。公司重组程序应予简化。对于包括外国投资者在内的股权转让行为原则上不应以政府部门的审批为生效条件。鉴于现行立法未规定公司登记期限，《公司登记管理条例》第 45 条将该期限规定为 30 天，建议进一步缩短。

就例外保留的登记前置审批程序而言，应限定审批期限，明确审批机关拒绝审批的理由说明义务。为扭转低效行政现象，立法者应将逾期不作任何决定的情形，推定为公司设立申请已获默示批准。要使该规定具可操作性，审批机关应在受理申请时向申请人出具载明受理日期和申请材料清单的收据，作为申请人日后主张权利的证据。

（四）公司有权选择法定代表人的一元化或多元化

受计划经济体制下传统企业立法思路的影响，现行《公司法》第 45 条第 4 款、第 51 条第 3 款、第 68 条第 4 款、第 113 条第 2 款将董事长或执行董事视为公司法定代表人。公司法定代表人一元化容易导致公司经营活动僵化和代表权过分集中。而公司法定代表人多元化利于公司把握商业机会，提高公司经营效率。公司法定代表人一元化弊端也可通过公司代理人多元化予以补救。公司法定代表人的一元化或多元化的抉择应由公司自主决定，立法者不宜干预。

为确保投资自由，有必要承认一人公司等多种公司组织形式；允许公司发行无表决权股、优先股、无面额股等多种股份；允许有限公司与小型股份公司自由确定其内部公司治理关系；允许公司担任合伙人（含一般合伙人和有限合伙人）；废除现行《公司法》第 12 条对转投资的不当限制，鼓励各类公司尤其是风险投资公司 and 公司型投资基金拓展投资业务。为鼓励投资热情，股东外延应涵盖可作为公司出资人的全部自然人、法人或其他组织，包括记名股东与无记名股东、作为股份受托人的名义股东与作为股份信托受益人的受益股东。鉴于《信托法》颁行后股份信托（含股份表决权信托）现象将会日愈普遍，宜将股份受托人与受益人同时纳入股东范畴。为避免同一股份的受托

人与受益人重复行使权利，或行使权利发生冲突，当事人应遵守公司法、信托法、信托合同和信托文件的要求。

四、完善公司资本制度，维护交易安全

为维护公司对外关系中的交易安全，新《公司法》需要纳入必要的行政规范、强制规范和管理规范。而其核心在于公司资本制度的健全。股东财产并非公司责任财产，股东原则上不对公司债权人负责。公司的信用基础与公司债权人的担保皆系于公司财产。为奠定公司生存与腾飞的物质基础，也为公司潜在债权人保留最低限度的公司资产，以减轻股东有限责任原则对市场交易安全的冲击，保护善意第三人的利益，传统公司法创设了资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。我国《公司法》还确认法定最低注册资本原则。如果说资本确定原则和法定最低注册资本原则从形式上预先确定公司资本金额，资本不变原则从形式上预防资本额的减少，而资本维持原则从实质上维持公司资产。在修改《公司法》之际，以上资本四原则值得改革。

（一）改革资本确定原则，大胆引入授权资本制

现行《公司法》采行传统资本确定原则，要求公司章程必须确定、载明并公示注册资本数额（第22条、第79条），并要求公司募足与该金额相对应的股份。相应地，股东必须充分、及时、确实地根据股东协议或股份认购合同缴纳出资。资本确定原则虽利于保护公司债权人，但易阻碍公司高效、及时、低成本的筹资活动。为避免公司设立初期由于经营活动尚未充分展开导致的资本闲置和浪费现象，并避免资本确定原则下烦琐的公司资本增加程序，尤其是股东大会决议程序，建议立法者追随现代公司立法潮流，引进授权资本制，允许公司设立时不必募足全部股份，而是允许公司董事会根据公司章程事先授权、斟酌公司的资金需求状况和资本市场的具体情况而适时、适度发行适量股份。

（二）资本维持原则有待具体化

根据资本维持原则（资本充实原则或资本拘束原则），公司在存续过程中必须经常保持与抽象的公司资本额相当的公司现实资产。该原

则在我国现行《公司法》中多有体现。公司设立或发行新股时，认股人原则上应以货币出资，并严格审核评估非货币出资的价值，限制工业产权和非专利技术的出资比例（第24条和第80条）；股票发行价格不得低于票面金额（第131条第1项）；有限公司股东在公司登记后不得抽回出资（第34条）；股份公司发起人、认股人缴纳股款或交付抵作股款的出资后，除法定情形外不得抽回其股本（第93条）；公司应提取弥补亏损的法定公积金（第177条第1项）；公司资产在未满资本额时，不得向股东分配利润（第177条第5项）；等。该原则有待创新。

(1) 放宽对股东出资形式的限制。现行《公司法》列举五种出资形式，限制工业产权、非专利技术作价出资的金额在公司注册资本中的最高比例，不尊重公司尤其是高科技公司的实际情况和公司的自由意志，缺乏合理性，应改采对货币出资设定下限（如25%）的立法思路，以确保公司资本的流动性，并为技术出资提供灵活的生存空间。现行《公司法》第24条提到的“高新技术成果”与“工业产权、非专利技术”的逻辑关系如何，语焉不详，有待澄清。借鉴《美国模范商事公司法》第6.21条第2项的立法经验，其他能够作出价值评估的财产利益（如已提供之服务、服务提供合同、债务之减免），也可作股东出资形式。总结近年“债转股”实践，立法者应允许股东以债权作为出资形式，但应严格规制。鉴于股东权具有财产价值，且能作出价值评估，股东权亦可作为出资形式；但鉴于股东权与公司所有权实际上均作用于同一笔公司财产，股东权价值具有变动性与高风险性，立法者应禁止股东以同一股东权重复对不同公司出资，并严格股东权价值评估制度。当然，非货币出资形式的多样性有可能导致出资价值不足，以及股东间在履行实质出资义务方面的不平等。为杜绝此弊端，立法者应保留现行《公司法》对非货币出资评估作价的立法态度。

(2) 现行《公司法》第28条规定公司成立后，非货币出资的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应由交付该出资的股东补交差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。但未说明该责任是否适用于股东以货币形式出资时出资不足的情形。新《公司法》应持肯定态度。因为该责任旨在确保股东出资的真实性、充分性，而且货币出资

的真实性、充分性比非货币出资更容易监督。善意第三人有理由假定，在闭锁性、人合性较强的有限公司中，股东之间存在合理信赖与监督。

(3) 有限公司发起人的责任有待明确。现行《公司法》第 97 条规定了股份公司发起人的三种民事责任，而未规定有限公司发起人的责任。鉴于有限公司只能采取发起设立方式，不能采取募集设立方式，全体出资人均为公司发起人，均承担股份公司发起人的义务与责任；无论是公司设立不成时的设立债务和费用负担、出资返还责任，还是公司成立后有过错的发起人对公司所负的民事赔偿责任，均应一体适用于有限公司与股份公司。因此，现行《公司法》第 97 条应作为有限公司与股份公司共同适用的条款。当然，立法者可允许全体出资人自由约定公司设立不成时的设立债务和费用的分摊比例。

(4) 明确股东违反《公司法》第 34 条和第 93 条抽回出资或股本的民事侵权责任，公司有权向抽回出资或股本的股东提起财产返还和损害赔偿之诉；若公司机关怠于提起诉讼，股东可提起代表诉讼。

(5) 明确规定验资机构对债权人和投资者的民事责任。现行《公司法》对会计师事务所出具虚假验资证明的民事责任未作规定，但有些司法解释持肯定意见。^④ 新《公司法》有必要进一步明确：验资机构出具虚假验资证明，给公司债权人、股东和其他利害关系人造成损失的，应在其证明金额内承担民事赔偿责任。

(三) 资本不变原则有待进一步弹性化

严格遵循资本确定原则的立法例，一般坚持资本不变原则。而在实行授权资本制的国家和地区，董事会有权决定新股发行，致使资本增加具有较大灵活性；加之公司增资惠及公司债权人，资本不变原则已演变为限制资本减少原则，即：当公司将其资本减至合理金额时，必须严格履行法定程序。^⑤ 现行《公司法》第 30 条第 8 项和第 103 条第 8 项规定，公司减资须由股东会作出决议，第 186 条又规定了严格的减资本条件和程序。

^④ 最高人民法院 1996 年 6 月 1 日给四川省高级人民法院《关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何处理的复函》明确要求出具虚假验资证明的会计师事务所在其证明金额内承担补充赔偿责任。

^⑤ 田中诚二、堀口亘、川村正幸合著，《新版商法》，九全订版，第 112 页至第 113 页。

资本减少限制原则应根据公司实践中的新情况作出必要调整。例如，开放式公司型投资基金的投资者有权随时要求基金赎回其持有的基金股份，这就使基金资本经常处于变动状态。倘若苛求公司型投资基金在投资者每次赎回之前都召开股东大会作出减资决议，既不现实，也不必。又如，立法者应允许持有可赎回股份的股东按其发行条件请求公司赎回其股份，应允许公司为推行职工持股计划购回本公司股份，由此涉及的减资问题均应在新《公司法》中得到解决。

（四）原则上应废除法定最低注册资本原则

我国《公司法》第23条和第78条规定了公司最低注册资本原则：针对不同行业的有限公司规定了不同的最低注册资本限额（从10万元人民币至50万元人民币不等），并将股份公司的最低注册资本限额确定为1000万元人民币；法律和行政法规另行规定最低注册资本限额的，从其规定。例如，《商业银行法》第13条将设立商业银行的注册资本最低限额确定为10亿元人民币；《保险法》第72条将设立保险公司的注册资本最低限额确定为2亿元人民币。

法定最低注册资本制度在《公司法》颁布前即已在我国企业法人制度中确立。例如，《民法通则》第41条要求取得法人资格的“全民所有制企业和集体所有制企业有符合国家规定的资金数额”。1988年《企业法人登记管理条例实施细则》第15条第7项更是针对不同行业的特点规定了自3万元人民币至30万元人民币不等的最低注册资金。^⑥最高人民法院1994年3月30日《关于企业开办的企业被撤销或歇业后民事责任承担问题的批复》更是把投资者实际投入的自有资金是否达到《企业法人登记管理条例实施细则》第15条第7项或其他有关法规规定的数额，作为衡量一个企业是否具有法人资格的重要标准。

法定最低注册资本制度对于确保公司责任财产的充实性、保护债权人的利益居功甚伟，在我国公司制度起步初期、投资者和经营者法治与伦理观念较弱的背景下，更具合理性。该制度虽能强制股东缴纳最低限度的公司资本，但由远离商业生活的立法者或行政机关硬性规定统一标准，很难与每个公司的具体行业性质、经营规模、经营风险

^⑥ 《公司法》出台之前的企业立法中只有“注册资金”的概念，而无“注册资本”的概念。

和实际资本需求状况吻合。“法定最低注册资本数额”理念虽好，但其合理性、客观性、可行性很难确保。例如，6位股东根据《公司法》第23条要成立一个拥有多家连锁店的商业零售有限公司，只需投入30万元人民币注册资本；而根据《公司法》第78条要成立一个具有同等规模商业零售股份公司，却需1000万元人民币。问题在于，在前一种情况下，30万元的最低注册资本门槛显然过低，而在后一种情况下，1000万元的最低注册资本门槛又可能过高。法定最低注册资本数额还易成为某些投资者逃避债务的护身符。现实生活中，某些公司的注册资本与其经营活动性质和规模相比显然过低、但符合法定最低注册资本门槛的“小马拉大车”现象比比皆是。一旦债权人援引“揭开法人面纱”理论追究股东连带清偿责任时，股东很容易成功地以自己实际出资达到了法定最低注册资本数额为由予以抗辩。

建议立法者借鉴《美国模范公司法》等先进立法例，大胆废止法定最低注册资本原则，仅在立法者认为确有必要的场合例外保留；改由投资者根据所设公司经营活性的性质和规模投入公司所需资本，由法院或仲裁机构根据公司经营活性的性质和规模确定公司股东是否履行了足额出资义务、公司是否属于应“揭开法人面纱”的资本不足的公司（undercapitalized corporation）。这不仅可消除立法者闭门造车的苦恼，也可赋予法院和仲裁机构具体问题具体分析的自由裁量权，更可斩断股东滥用法定最低注册资本门槛为其投资不足行为进行恶意抗辩的后路。这对法官和仲裁员的品德和公司法人素养无疑是一大挑战。

为维护交易安全，还应进一步改进公司公示制度，包括证券市场中的信息披露制度，确保公司债权人和投资者的知情权。在扩张公司自治和股东民主范围的同时，要注重强化登记机关和登记行为的公信力。公司财务会计制度应进一步与国际会计标准接轨。要填补公司清算程序中的立法空缺，尤其解决好公司未通过年检或故意不申请年检被吊销营业执照，而股东逃匿不予清算的问题。倘若清算组履行了公告程序、但尚未具体通知债权人，致使债权人未能获偿，理应追究清算人怠于具体通知、未善尽清算义务的民事赔偿责任。

五、健全公司治理结构

公司治理的好坏关系到投资者保护，更关系到公司和民族的竞争力。公司治理不健全是前几年东南亚金融危机爆发的主要原因之一。我国公司治理水平普遍不高，国际公认的诚实性、透明性、负责性原则在公司治理实践中难以得到落实。《公司法》有必要完善公司治理结构制度。

（一）妥善处理独立董事与监事会的相互关系，授权公司章程选择单层制或双层制

根据现行《公司法》，股东组成股东大会就公司的宏观或基本事项作出意思决定；为贯彻股东大会决策，选任董事组成董事会，由董事会就其他经营事项作出决定，董事会选举董事长作为公司法定代表人，董事会聘任经理负责实施董事会决议，董事会还负责监督董事长、执行董事、经理的业务执行活动；股东除通过股东大会对董事会、董事长和经理进行监督外，还选任监事负责监督董事和经理的业务执行活动。

市场经济发达国家的公司治理机构主要有双层制与单层制之分。双层制是以德国、荷兰为代表的股东大会——监事会——董事会结构。股东大会选任监事组成监事会，监事会又选任董事组成董事会负责公司经营之指挥；监事会除任免董事、决定董事报酬外，尚负责监督公司业务，并就一定事项享有同意权。单层制是以英美为代表的股东大会——董事会结构，无监事会之设。股东大会选任董事组成董事会，董事会负责指挥公司经营，聘用经理人员（officer）负责具体经营，董事会并负责监督经理人员的经营活动。董事可兼任公司经理，但人数规模占优势的独立董事（以下简称“独董”）控制执行董事的提名、薪酬、审计等监督大权。独董实际上行使双层制中监事会的职能。

我国《公司法》确立股东大会——董事会——监事会——经理结构。看似双层制，实则不同：监事会与董事会为平行机关，同时对股东大会负责；监事会既无重大决策权，也无董事任免权和薪酬决定权，仅负责监督。那么，新《公司法》究竟应选择单层制抑或双层制？

《欧盟第5号公司法指令草案》（修改稿）指出，“就公司管理机构

而言，目前在欧共体范围内存在着两套不同的法律制度。在实践中，即使是在单层制公司机关内部也进行事实上的职能分离，即执行成员负责公司的经营管理；非执行成员只负责监督公司的经营管理。虽然强制性地全面推广双层制，从近期看是不切实际的，但是该制度至少应作为所有股份公司都能自愿选择的一种模式。当然，只要赋予单层制某些法律特征，以使其作用与双层制的作用相协调，就可以继续保留单层制。”^⑦此种中庸之道值得肯定。1966年《法国股份公司法》第118条和第198条也允许公司选择单层制或双层制。我国新《公司法》更应授权公司章程自由选择。在“双层制”下，监事会作为董事会的上位机关享有董事任免权、董事报酬决定权、监督权与重大决策权。在“单层制”下，应全面导入英美法系的独董制度。还应进一步完善职工董事和职工监事制度，并将其推向达到特定资本与雇工规模的全部公司。

（二）激活股东大会制度

股东大会是公司治理结构的基础。没有健全的股东大会制度，就没有完善的公司治理结构。股东大会是股东行使监督权、表决权和知情权等一系列权利的重要平台。现行《公司法》第37条和第102条将股东大会界定为“公司的权力机构”，并在第38条和第103条分别列举其12项和11项职权。其中某些权限在西方公司法中属于董事会（如决定股利分配、决定董事报酬等）。同时，《公司法》第46条和第112条列举了董事会的10项职权，如执行股东大会决议、决定公司的经营计划和投资方案、决定公司内部管理机构设置等，从而将董事会确定为经营意思决定机构。

问题在于，除《公司法》第38条和第103条列举之外的决议事项是否在股东大会法定权限之内？换言之，股东会是否是公司的万能最高权力机构，是否有权推翻董事会在其法定职权范围内依法作出的有效决议？该问题大多发生在控制股东已发生变化、而董事会尚未重新组阁的情况下，而现行立法尚无答案。新《公司法》应持否定态度。董事会权限与其说源于股东大会的授予，不如说来自立法者的授予；

^⑦ 拙译作，《欧盟公司法指令全译》，法律出版社2000年版。

股东大会有权任免董事，并不意味着董事会权限由股东大会一一授予。故立法者应划清股东大会与董事会的权限边界。

股东大会的召集频率逊于董事会。为确保公司经营的灵活性，应顺乎董事会中心主义的立法趋势，进一步扩张董事会经营权限，将部分经营权限（如决定公司的经营方针和投资计划）由股东大会转给董事会。鉴于会计师事务所所在审计公司账目方面的重要角色，为预防会计师事务所对公司经营者趋炎附势、助纣为虐，单层制下的股东会应有权决定会计师事务所的聘用、解聘。除《公司法》明文列举外，应允许公司章程结合公司具体情况在不违反强行法律规定的前提下，对股东大会和董事会职权予以微调。鉴于有限公司与股份公司的股东会职权大同小异，建议立法者把股东会职权置于同一条款。

鉴于有限公司股东人数有限，股份转让受严格限制，立法应对有限公司股东会设计一些特殊规则。如，公司章程可对股东会职权作出灵活规定，或将股东会的某些职权授予董事会、监事会，或将董事会、监事会的某些职权授予股东会。其次，现行《公司法》第35条“公司股东向股东以外的人转让出资的，必须经全体股东过半数同意”中的“全体股东”与“股东会”关系如何，“过半数同意”是资本多数决，还是股东人头多数决？实践中易滋歧义。借鉴《德国有限公司法》第17条^⑧与《日本有限公司法》第19条^⑨之规定，“全体股东过半数同意”应改为“股东会同意”，而且采取资本多数决原则；也可借鉴我国台湾地区《公司法》第111条“股东非得其他全体股东过半数之同意，不得以其出资之全部或一部转让于他人”之规定，将“全体股东过半数同意”改为“其他全体股东过半数同意”。

现行《公司法》将股东会视为公司权力机构，但不少上市公司的股东大会存在着形式化、“大股东会化”现象；由于《公司法》对股东会议事规则规定不明，与股东会有关的纠纷也连绵不断。为确保股东大会运转的民主化、公开化、公平化和公正化，有必要完善相关游戏规则：

^⑧ 该条规定：“出让股份的一部分只有经过公司同意方可进行”。

^⑨ 该条规定：“股东得将其份额的全部或一部转让给其他股东。股东将其份额的全部或一部转让给非股东时，须经股东大会同意”。

(1) 强化股东的股东大会召集请求权或召集权。我国《公司法》第 104 条第 3 项规定，当持有公司股份 10% 以上的股东请求时，“应在二个月内召开临时股东大会”；但对董事会拒绝召集时小股东的自行召集权未设规定。建议降低行使股东召集请求权的持股比例；股东若遭董事会无理拒绝，股东有权自行召集，费用由公司承担。

(2) 明确董事、监事、经理、董事会秘书等高管人员出席股东大会的义务。高管人员是否有权利或者义务出席股东大会，现行《公司法》未作规定。现实中曾发生股东自行召集临时股东大会，却将公司董监拒之门外的案例。召集股东应意识到：公司董事会和监事会职权在新一届董事会成员被选出之前不得中断。董监出席股东大会，回答股东质询，是公司机关正常运转的必然要求。被召集股东拒之门外的董监有权以公司名义对该股东提起诉讼，要求法院强制股东允许董监出席会议；对于临时股东大会在排除董监参加的情形下作出的决议，董监有权以公司名义要求法院撤销该决议。

(3) 确认股东为有效参加股东大会必需的知情权，使其高效行使表决权。每位股东在股东大会召开之前都有权在公司登记住所和股东大会举行所在地查阅年度财务报表、年度报告、注册会计师事务所出具的意见书，有权请求免费获得这些文件的复印件。

(4) 确认股东提案权，允许符合法定持股条件的股东以书面形式向公司送达提案。公司应将提案中属于股东大会职责范围内的事项，列入会议议程。

(5) 明确股东质询权。任何股东均有权就公司经营事项质询董监。除质询与会议议题和议案无关、质询涉及公司商业秘密不能在股东大会上公开外，董监应现场予以答复或说明；董监需另作调查，延期答复的除外。

(6) 确保议题的确定性。股东大会不得就会议议程中没有载明的议题作出决议。但是，所有股东均出席股东大会，且无股东提出异议要求股东大会不得讨论某一问题、并记录于股东大会会议纪要的除外。

(7) 规范授权委托书的公开征集程序，方便股东寻求代理人以及代理人寻求被代理人股东。自然人、法人、股东所在公司均可依法公开邀请股东向其发送授权委托书、并担任代理人。

(8) 建立利害关系股东表决权排除制度。立法者应禁止股东及其代理人就股东大会审议的下列利害冲突事项行使表决权：该股东责任的解除；公司可以对该股东行使的权利；免除该股东对公司所负的义务；批准公司与该股东或其关系人之间订立的协议。利害关系股东不应参与投票表决，其所持或所代表的表决权股份也不计入有效表决总数。

(9) 明确表决权拘束合同的效力，原则允许股东间约定表决权行使方式。但含有下列内容之一的表决权拘束合同无效：股东永远按照公司或其机关的指示行使表决权；股东永远批准公司或其机关提出的议案；股东永远以特别方式行使表决权，或以取得特别利益为对价而放弃表决权行使。

(10) 建立董监选举累积投票制度。股东大会选举董事和监事时，股东所持每一股份都拥有与当选董监总人数相等的投票权。股东既可以把全部投票权集中选举一人，也可分散选举数人，最后按得票之多寡决定当选董监。

(11) 建立种类股东大会制度，保护种类股东权益。股东大会通过的章程修改决议案及优先股等种类股东利益时，该决议要生效不仅须符合股东大会决议要件，且应由该种类股东组成的种类股东大会通过。

(12) 允许股东就瑕疵较轻的股东大会决议，即违反法律、行政法规以及公司章程中的程序性规定，侵犯股东在参与股东大会方面的程序性权利的决议提起撤销之诉；就瑕疵较重的股东大会决议，即违反法律、行政法规以及公司章程中的实体性规定，侵犯股东依法律、行政法规和公司章程享有的实体性权利的决议提起无效确认之诉。

(13) 赋予新闻媒体旁听采访上市公司股东大会的权利。上市公司是开放型公司、社会化公司、全国性公司。散居全国各地、持股比例较低的中小股东很难亲临股东大会现场。新闻媒体旁听采访上市公司股东大会，有利于激活股东大会制度、完善公司治理、维护中小股东权益。新闻记者可对新闻事实进行客观公正报道，并可在不干扰股东大会正常进行的前提下，当场向董监提问。至于非上市公司，由于股东人数有限，股东参与公司治理成本较低，公司信息具有较强的封闭性和保密性，新闻媒体是否有权旁听采访上市公司股东大会应尊重公

司和股东自愿。

(14) 确认股东在不同意股东大会所作的决议（特别是营业转业，公司合并，修改章程限制股份转让等内容）时，享有股份買取请求权。

(15) 允许与鼓励公司运用现代网络技术，推动股东大会的电子化，鼓励公司在召开现场股东大会时启动虚拟股东大会，允许无法或很难亲临现场的股东网上投票，或行使其他相关权利。

（三）完善董事会和独董制度

依现行《公司法》第3章第2节，董事会为就公司经营的中观事项作出意思决定的合议制业务执行机构，并选举董事长、聘任经理，并就董事长、董事和经理执行业务的合法性与妥当性进行监督。

董事长作为公司法定代表人，代表公司实施法律行为。借鉴《合同法》第50条规定的表见代表制度，新《公司法》可规定，董事长超越董事会授权范围与善意第三人订立合同的，董事长的代表行为对公司具有拘束力。董事长作为业务执行机构的职权之一是，依董事会授权，在董事会闭会期间行使董事会的部分职权。新《公司法》应将“部分职权”界定为董事会明确授予董事长的、就一般业务事项所作的决策权，但不包括重要财产的处理、转让、受让、巨额借款、经理的聘任和解聘等重要事项的决策权，以免董事长权力过分膨胀。董事会决策遵循少数服从多数原则，而非民主集中制原则。在董事会表决时，每位董事都平等地行使一票表决权。但董事会表决出现僵局时，应允许董事长破例行使第二次表决权。

建立独董制度是对我国公司治理结构的一大制度创新。我国《公司法》未规定独董制度。国家经贸委与中国证监会1999年联合发布的《关于进一步促进境外上市公司规范运作和深化改革的意见》要求境外上市公司董事会换届时，外部董事应占董事会人数的1/2以上，并应有2名以上独董。2001年中国证监会公布了《关于在上市公司建立独董制度的指导意见》，意在向上市公司全面推开独董制度，以解决上市公司普遍存在的“一股独大”和内部人控制导致的消极问题。

独董资格保障机制应予建立。独董既应具备普通董事的任职资格，也应具备其他特殊资格。后者既包括利害关系上的独立性和超脱性，也包括过硬业务能力。立法上应采取枚举法与概括法相结合的原则，

严格界定独董的消极资格。在一定年限内受雇于公司或其关联公司（包括母公司、子公司和姊妹公司）人员，为公司或其关联公司提供财务、法律、咨询等服务的人员，公司大股东，以及上述人员的近亲属（不限于直系亲属）和其他利害关系人（如合伙人），均应被排斥于独董范围之外。独董还应具备足以与内部董事相匹配，甚至更强的业务能力，包括担任独董所必需的专业知识和工作经验，如企业管理、法律、财务、工程技术和其他专业技术。鉴于独董的业务素质关系到成千上万投资者的切身利益，立法者应干预独董的业务知识结构。为培育独董市场，加强独董自律，设立独董协会有其必要性。

独董责任确保机制应予建立。独董应维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的冷暖。独董既应考虑股东利益，也应考虑其他利害关系人利益。为确保独董对全体股东利益负责，《公司法》应建立独董对广大股东和社会公众的报告义务，开辟独董与中小股东之间的信息沟通和互动渠道。

独董利益激励机制应予建立。立法中可规定独董的报酬组成结构，也可授权公司自由斟酌。至于独董的具体报酬数额应由市场确定。

独董的集体规模优势应予强化。独董的能力和品德不管如何优秀，但孤掌难鸣。为使独董的声音不被内部董事淹没，建议将独董的比例提升至51%。为确保独董不沦为稻草人，独董应拥有自己控制下的专业委员会，如审计委员会、提名委员会、报酬委员会、投资决策委员会、诉讼委员会等。委员会的多数委员应由独董担任，主席也应由独董担任。

（四）完善监事会制度

强化监事会功能对于改善公司经营业绩、保护股东权益意义甚大。依我国《公司法》第3章第4节之规定，监事会对公司财务会计及业务执行进行监督的必要常设合议制机构。新《公司法》应重新设计监事会制度。就其功能而言，监事会作为股东大会的下位机关、董事会的上位机关，享有董事任免权、董事报酬决定权、监督权与重大决策权。就其构成而言，除了股东监事，应鼓励职工监事和外部监事参加监督。应转变目前由公司章程确定职工监事比例的立法态度，由立法直接规定该比例。监事会应下设审计委员会、提名委员会、报酬委

员会、投资决策委员会、诉讼委员会等专业委员会。

监事会监督既含会计监督，又含业务监督；既含合法性监督，又含妥当性监督；既含事先监督，又含事后监督。要使监事会监督收到实效，必须扩充监督职权，强化监督手段：（1）监事会有权随时要求董事、经理和其他经营管理人员报告经营活动，有权直接调查公司业务和财产状况，有权就公司经营层提交股东大会的财务会计文件进行调查并将其认为违反法律、章程或显然不当的事项向股东大会报告。（2）监事会有权列席董事会并陈述意见，有权在董事或经理实施或即将实施违法违章行为或不当行为时，请求董事会予以制止。（4）监事会有权代表公司向违反忠实与注意义务、侵害公司利益的董事和经理提起诉讼。（5）监事会有权以公司费用聘请会计、审计人员和律师以提供专业协助。（6）监事有权为履行职责从公司预支合理费用。（6）监事有权在其被解任的股东大会上陈述意见。

在《公司法》修改之前，上市公司既有独董，也有监事会。独董的出现不能也不应取代监事会。监事会仍应依法履行监督职责。单层制下的独董职权是在没有监事会的制度环境下设计出来的，而我国上市公司已存在监事会，因此独董权限应限于《公司法》载明的董事会职权之内，如向董事会提议聘用或解聘会计师事务所；向董事会提请召开临时股东大会、董事会；聘请独立财务顾问对董事会提交股东大会讨论的事项出具独立财务顾问报告。监事会与独董都对公司利益负责。只要独董在董事会权限范围内运作，不侵入监事会的权限范围，就不存在相互撞车问题。

（五）改革经理制度

现行《公司法》第119条将经理确定为公司法定必要机构，集高级雇员、代理人角色于一身，对公司日常经营管理负总责。经理既独立行使法定经营权限，又在许多方面受制于董事会：在人事任免上，经理由董事会聘任或解聘，并对董事会负责；在决策权上，董事会享有中观决策权；在对外代表权上，董事长处于代表机构的重要地位；在对内业务执行上，董事长也是业务执行机构（第114条和第120条）；在经营者兼任上，董事亦可兼任经理。因此，我国《公司法》直接规定经理的法律地位并赋予其法定经营权限，无疑限制了董事会中

心主义，似乎在推动董事会中心主义向经理中心主义的转变；但又直接规定了董事会对经理的诸多法律制约，似乎排斥了经理中心主义的可能。借鉴美国立法经验，建议《公司法》不再列举经理的法定职权，将经理职权的界定转由董事会授予。

（六）确认控制股东的诚信义务

在现实生活中，控制股东利用资产重组等方式攫取公司财产，坑害公司和中小股东利益的行为比比皆是，为广大中小投资者深恶痛绝。为在资产、人员、财务、治理机构与业务等方面划清母公司与子公司的法律边界，杜绝母公司漠视子公司独立法人资格，从子公司“抽血”，把子公司视为“取款机”、“担保器”的非法行为，《公司法》应确认控制股东对公司和其他股东负有诚信义务。除履行法律、行政法规或公司股份上市的证券交易所的上市规则规定的义务外，控制股东在行使股东权时，不得损害公司和其他股东的合法权益，不得利用其特殊地位谋取额外利益；否则，应对公司和其他股东遭受的损失承担赔偿责任。

六、实现外商投资企业立法与公司立法的并轨，赋予外商投资企业国民待遇

在《公司法》出台之前，我国已颁布《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》和《外资企业法》。这些外资企业中相当一部分是有限公司。《公司法》与三套外商投资企业立法就同一事项有不同规定的情形不少。

三套外资企业立法对于吸引和规范外资企业的设立与经营管理发挥了重要作用。但随着时间推移，从立法技术上和实体内容看存在不少缺陷，不再适应对外开放需要。例如，《中外合作经营企业法》和《中外合资经营企业法》将外方投资者界定为“外国公司”、“企业”和“其他经济组织或个人”，而对中方投资者的界定中没有“个人”。这对中国个人投资者不公平。《中外合资经营企业法》将中外合资经营企业界定为“有限公司”，其董事会为最高权力机构，公司不必设立股东会 and 监事会。而国内投资者设立的有限公司应根据《公司法》设立股东

会、董事会及监事会等公司机关。又如，外资企业立法对外资企业设立实行绝对审批制，一律报经对外经济贸易主管部门批准；而《公司法》第8条对国内股东设立有限公司实行登记制为主、审批制为辅的原则。受外商投资企业特别立法的影响，《外商投资企业和外国企业所得税法》在区分内外资企业的法律待遇上走得更远：在所得税税率、税收减免、税收返还三个方面对外资企业实行分地区、有重点、多层次的税收优惠办法，创设了所谓的“超国民待遇原则”，既违反WTO规则中的国民待遇原则，也为《补贴与反补贴措施协议》所禁止。

鉴于现行外资企业法的某些特别规定，不合乎国际通行的立法惯例，也落后于我国现行公司立法，立法者应尽快废止三套外资企业法，实现外资企业法与《公司法》的并轨。凡是涉及外商投资企业设立、组织机构、股东权、合并、分立、破产、解散、清算和财务、会计等事项的，都应与内商投资的公司一体纳入《公司法》的调整轨道，立法者不应、也不必就这些内容作出与《公司法》相重叠、相抵触的规定。不必要的立法重叠，是立法技术粗糙的表现；不必要的立法抵触，则直接违反了市场经济社会中的平等原则，与国民待遇原则更是背道而驰。1999年新《合同法》的出台标志着涉外经济合同法、经济合同法与技术合同法三足鼎立局面的结束，也标志着中国与外国的法人、自然人与其他组织之间在合同领域已确立了平等原则。既然在行为法和债法领域能贯彻中外平等的原则，在组织法和公司法领域也不应存在例外。

不采取法人形式的外资企业虽不能适用《公司法》，但可分别纳入《合伙企业法》、《个人独资企业法》和《合作社法》的调整范畴。当然，针对外商投资的特殊性，立法者可制定《外商投资促进法》。该法不是商法中的组织法，不是公司法的特别法，而属于经济法中的促成型干预法，具有浓厚的公法色彩，主要规范鼓励、允许、限制、禁止外商投资的产业政策及相应的经济杠杆。

七、人民法院和仲裁机构应积极受理公司法 未作规定或规定不明的公司纠纷案件

立法者并非圣贤，无法对日后不断涌现的各种公司法律现象先知

先觉。法院和仲裁机构能否以《公司法》未作规定或规定不明为由拒绝受理呢？否。现代刑法倡导罪刑法定，反对类推制度；而现代商法则倡导商法自治，鼓励扩大商法适用范围。《法国民法典》第4条规定：“法官借口法律无规定、不明确或不完备而拒绝审判者，以拒绝审判罪追诉之”。崇尚成文法的大陆法系尚且如此，崇尚判例法的英美法系更不必多言。我国新《公司法》应步《法国民法典》之后尘，要求法院受理公司、股东、公司高级管理人员和债权人等公司利害关系人相互之间发生的各类争议。限制行政权过多干预公司生活，与鼓励司法权适当介入公司生活并不矛盾。在立法不完善的情况下，一审法院可能错判。但我国实行二审终审制，且有审判监督程序纠偏，加之法官业务素养的提升，有理由相信一审错判最终能得到避免和纠正。

既然《公司法》规定不详，法官或仲裁员就会面临寻找判案依据的难题。鉴于公司法为民法特别法，应根据特别法优先适用、一般法补充适用的原理，补充适用《民法通则》与《合同法》等民事法律；《证券法》作出特别规定的，还应适用《证券法》。根据私法自治原则，公司章程、股东协议、证券交易所自律规章也应成为判案依据。如仍然找不到依据，应援引商事习惯判案；缺乏商事习惯的，应援引法理判案。我国台湾省《民法典》第1条开宗明义规定，“民事，法律所未规定者，依据习惯；无习惯者，依据法理”，值得借鉴。所谓“法理”，既包括国内外学者间的通说或多数说，也包括新说和少数说。判决书和裁决书无论援引何种学说，均应详述其采纳理由，以杜绝司法和仲裁专横。

（本文原载于《中国法学》2002年第6期，选入本书时作者作了修改）

公司设立者的出资违约责任 与资本充实责任

陈 甦

作者简介

简历

陈甦，男，汉族，1957年12月23日出生；1985年毕业于辽宁大学法学系，获法学学士学位；1988年毕业于中国社会科学院研究生院，获法学硕士学位。

现为中国社会科学院法学研究所副所长，专业职称为研究员（博士生导师），社会兼职为中国法学会商法学研究会副会长。

主要学术成果

柜台交易？上市交易？——析“《公司法》对股票交易场所的规定”，《法学》1994年第8期。

“公司法对股票发行价格的规制”，《法学研究》1994年第4期。

“公司设立者的出资违约责任与资本充实责任”，《法学研究》1995年第6期。

“信息公开担保的法律性质”，《法学研究》1998年第1期。

“论上市公司信息公开的基本原则”，《中国法学》1998年第1期。

“论《公司法》与《证券法》的立法协调”，《商事法论集（5）》，法律出版社2000年版。

“析证券发行审核制度的二元结构”，《法学杂志》2001年第1期。

现代公司制度以股东的有限责任制为基本的责任形式，我国公司法亦如此确认。但是，有限责任制度尽管有许多优点而为法律所肯定，但毕竟是一个尚有缺陷的制度，其主要表现在对公司债权人保护的相对薄弱。^① 为了完善投资环境，保障交易安全，必须在公司股东权益与公司债权人权益之间实现必要的均衡，以保障公司股东权益与公司债权人权益均能公平地实现，这就需要在法律上建立一个公平均衡的权利体系和与之相适应的责任体系。所以，有限责任制度只是在公平均衡的责任体系中，才是一个合理的存在。资本充实（或维持）原则以及据此而形成的法律责任，便是有限责任的法律平衡物之一，公司股东要承担有限责任，就必须贯彻资本充实原则。也就是说，“有限责任原由得以成立，是以作为其补偿的资本充实原则的确立为前提条件的。”^②

由资本充实原则衍生许多公司法上的重要制度，如注册资本制度，提取资本公积金制度等，对公司设立者出资义务的严格约束，^③ 亦是资本充实原则的内容之一。根据资本充实原则，公司设立者应按公司章程规定，足额缴纳所认缴的出资，不仅其本人要承担违约责任，其他设立者亦要承担相应的民事责任。我国公司法的立法宗旨中，体现了平等保护股东和债权人合法权益的原则，^④ 为贯彻资本充实原则，公司法对公司设立者违反出资义务的民事责任亦有所规定，本文试就此展开论述。

我国公司法对公司设立者违反出资义务的民事责任，规定于第二章“有限责任公司的设立和组织机构”中。依公司法规定，参与设立有限责任公司的股东违反出资义务包括两种情形：一是出资义务不履

① 参见王利明：《公司的有限责任制度的若干问题》，《政法论坛》1994年第2、3期。

② 奥岛孝康编：《公司法论点集》，法学书院1992年版，第15页。

③ 本文所称“公司设立者”指参与有限责任公司设立的股东和股份有限公司的发起人。

④ 见公司法第1条。

行，此为公司法第 25 条所规定；二是出资不实，此为公司法第 28 条所规定。

所谓出资义务不履行，是指“股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时账户，以实物、工业产权、非专利技术或土地使用权出资的，应当依法办理其财产权的转移手续”，^⑤ 如果股东未按此规定缴纳所认缴的出资或办理相关手续，即构成出资义务不履行。

在实践中，股东出资义务不履行的情形有多种，其情形不同，对公司、公司债权人以及其他股东产生的影响亦有所不同，因而其所承担的民事责任的范围与方式也不同。按行为方式的不同，可将出资义务不履行划分为拒绝出资、迟延出资、不能出资、虚假出资和抽逃出资等。拒绝出资，指股东在章程制定后又表示拒绝按章程规定出资；迟延出资，指股东不按章程规定的期限缴纳出资或办理财产权转移手续；不能出资，指因客观条件变化使股东不能履行出资义务，如准备出资的建筑物在办理财产权转移手续前毁损或灭失，非专利技术在出资前泄密等；虚假出资，指表面上出资而实际上并未出资，如公司法第 208 条所指的情形；抽逃出资，指股东在公司成立后将所缴出资暗中撤回，如公司法第 209 条所指的情形。按出资形式的不同可划分为货币出资义务不履行和现物出资义务不履行，其中现物出资是指以货币以外的其他财产出资，如公司法所列举的实物、工业产权、非专利技术或土地使用权等。按行为发生时间的不同可划分为公司成立前出资义务不履行和公司成立后出资义务不履行。比如，如以货币出资而又拒绝出资，只能发生在公司成立之前，因为不把货币存入银行的临时账户，便不能验资，亦不能进行公司登记，公司登记成立后，在形式上必须是货币出资全部到位。再如，现物出资义务不履行则经常发生在公司成立以后，因现物出资办理财产权转移手续，其中以建筑物、工业产权或土地使用权出资，还须办理登记手续，上述财产权的受让人只能是已登记成立后的公司。公司成立前出资义务不履行有可能导

^⑤ 公司法第 25 条第 1 款。

致公司不能成立，而公司成立后出资义务不履行有可能导致公司变更注册资本或解散，严重者可能导致公司被撤销。

所谓出资不实，是指“有限责任公司成立后，发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额”。^⑥公司资本以货币表示，以现物出资，必须折合成相当的货币额，这就必须进行财产评估。出资现物多是特定物，具有价格上的特定性，其实际价额与章程所定价额不可能总是完全一致，但其差额必须限定在合理的范围内，所以公司法将实际价额“显著低于”章程价额规定为投资不实。

从实践中发生的情况来看，造成出资现物实际价额显著低于章程价额的原因主要有：（1）作为出资的现物仅由出资股东报价，而未经专业机构评估作价；（2）虽经专业机构评估作价，但因评估标准、方式或计算上的原因，导致评估结果有误；（3）现物出资的股东与评估人员合谋，进行虚假评估；（4）从公司章程制定时到公司成立时，其间出资现物的市场行情大幅度跌落，公司章程制定时对出资现物评估作价确定的价额，与公司成立时以市场行情计算出出资现物所得价额之间，出现了后者显著低于前者的差额。

二

违反出资义务的股东自应承担民事责任，其归责原则与承担责任的方式，可比照有关债的不履行的一般原则处理。但是，违反出资义务的民事责任毕竟是公司法领域中的问题，在其请求权的归属与行使、以及责任范围等方面，存在着特殊性。然而，公司法的有关规定尚嫌简略。

关于出资义务不履行的民事责任，依公司法第 25 条的规定，不履行出资义务的股东，应当向已足额缴纳出资的股东承担违约责任。如前所述，出资义务不履行在公司成立前后均可发生，不履行出资义务的股东是否一概向已足额缴纳出资义务的股东承担违约责任，都不无

^⑥ 实质上，虚假出资、抽逃出资也属于“出资不实”，但本文为行为方便，仅指公司法第 28 条所指的情形。

疑问。

公司法第 25 条所指的“违约”，显系指违反公司章程而言。公司章程是规范公司的组织关系和活动方式的总规则，从章程是由股东（或发起人）约定而成这一点而言，它确属一种“约”，然而却不是合同之“约”。公司章程规范的不是股东个别人之间的关系，而是股东与股东全体、法人成员与法人之间的关系。所以，公司章程，尤其是经公司设立登记后的章程，既不同于通常的约束双方当事人合同（即使公司只有两个股东亦如此）；也不同于所谓的多数人合同（如合伙合同）。基于公司章程的性质，在公司登记成立后，不履行出资义务的股东，并不是要向已足额缴纳出资的股东承担违约责任，而是直接要向公司承担违约责任。因为：（1）出资义务不履行是违反公司章程，因此出资义务不履行的股东违反的不是对其他股东的义务，而是对公司的义务；（2）出资义务不履行的责任承担，首先是依章程履行出资义务，这种出资是向公司缴纳，而不是向任何其他股东缴纳；（3）已经成立的公司，在发生个别股东不履行出资义务（如虚假出资、抽逃出资）时仍有可能继续运行，如果不发生不出资股东参与分配或其他股东替不出资股东履行出资义务等情况，出资义务不履行的股东对其他股东不产生债务；（4）在有其他股东替不出资股东履行出资义务时，后者也仅对前者负有偿还义务，而不是向所有已足额缴纳出资的股东承担违约责任；（5）需要对股东的出资义务强制执行时，首先应由公司作为原告依据公司法和公司章程提起民事诉讼。因此，《有限责任公司规范意见》第 70 条所规定的“股东未按本规范的规定缴纳出资的，公司有权向股东追缴。经公司追缴股东仍不履行缴纳义务的，公司可以依诉讼程序，请求人民法院追究股东的违约责任。”确有其道理。

与公司已成立的情形不同，如果出资义务不履行导致公司不成立，解散或公司被撤销时，出资义务不履行的股东要向其他已足额缴纳出资的股东承担违约责任。出资义务不履行如发生在公司成立之前，如导致注册资本达不到法定最低限额，则公司不能成立。在现物出资的场合，如果出资现物是实现公司目的的必要条件，如为设立房地产公司而以土地使用权出资，出资义务不履行发生在公司成立之前可导致公司不成立，发生在公司成立之后则可导致公司解散。因出资义务不

履行而使公司虚报注册资本，情节严重的可导致公司被撤销。在发生上述情况时，公司章程或不能正式生效，或失去作为章程的效力，但其中有关股东的出资方式 and 出资额的规定，可视为股东间的合同，由出资义务不履行的股东据此直接向其他已足额缴纳出资的股东承担违约责任。

据此而论，公司法第 25 条的规定仅适用于因出资义务不履行而导致公司不成立、解散或被撤销的场合。但从贯彻资本充实原则、维护公司债权人权益的需要出发，法律应明确规定在公司成立后，出资义务不履行的股东应对公司承担违约责任，赋予公司对出资义务不履行股东的追缴出资权。当然，一个公司成立后，如果可以发生虚假出资或抽逃出资的情形，这个公司是否能自觉有效率地行使追缴权，是值得怀疑的。因此，公司法以“责令改正”作为纠正措施^①“责令改正”措施由公司登记机关行使，自有其行政强制性和效率性。但是，实践中确有“责令改正”而不能改正的情况，比如，现物出资的股东将准备出资的土地使用权转移给了第三人，其转移是否合法有效，就不能由公司登记机关确认，亦不能由公司登记机关提请法院确认；再如，出资义务不履行的股东如果拒不改正，公司登记机关也不能强制执行该股东的财产作为出资。所以，出资义务不履行首先是要承担民事责任，赋予公司追缴权确有必要。

出资义务不履行的责任范围，应根据不履行行为发生的时间和后果而定。(1) 出资义务不履行发生在公司成立之前。在此场合下，如果出资义务不履行导致公司不能成立，那么出资义务不履行的股东应对设立行为所产生的债务和费用承担责任。如果公司依然能够成立，那么出资义务不履行的股东应对变更设立行为而多产生的债务和费用承担责任。公司法第 34 条规定：“股东在公司登记后，不得抽回出资。”根据相反解释，在公司登记前，股东是可以抽回出资的，因此，并不能认为股东已在章程上签字，就可以通过强制执行的方式要求其履行出资义务。在公司登记成立前，出资义务不履行的股东的责任范围，应限于与其出资义务不履行行为有因果关系的损失范围内。(2)

^① 公司法第 208、209 条；《公法登记管理条例》第 60、61 条。

出资义务不履行发生在公司成立之后。在此场合下，如果出资义务不履行并不影响公司的存续，出资义务不履行的股东应向公司补交出资及其迟延利息。但是，如果出资义务不履行的时间足够长时，公司的净资产额很可能高于出资额与利息之和。为避免补交出资时出现减少其他股东对公司净资产的按份持有量的情况，可以考虑这样一个原则：出资义务不履行的股东补交出资时，如果净资产与资本的差额低于银行利息，可要求补交资本加上利息；如果其差额高于银行利息，则可要求补交资本加上其按份持有净资产与资本的总额。在出资义务不履行导致公司解散或被撤销时，不履行出资义务的股东应对因此给其他股东造成的损失负赔偿责任。

出资不实的民事责任范围，包括应补交的出资差额及迟延利息。这里存在的一个问题是，纯粹因市场行情变动而导致的出资差额，是否应由出资股东承担出资不实的民事责任，因为现物出资股东对其现场的市场行情并无控制力，因而对出资差额的出资并无任何过失。根据公司法的规定，公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额（或实收股本总额）。由此可引申出这样一个原则：股东应当出资的价额由公司章程确定，而实际出资的价额以公司成立时所交付的为准。以现物出资，即使在制定章程时依当时的市场行情进行了正确的评估作价，如果公司成立时市场行情显著跌落，公司实收资本便在实际上低于章程所定资本，因此造成的出资不实的结果与现物出资过高作价在客观上是一样的。所以，现物出资时对差额的补充责任，“不仅当然适用于当初财产过大评价的情况，亦适用于因经济变动而导致物价下跌的情况，是为公司资本充实而设定的无过错责任。”^⑧

三

违反出资义务的公司设立者要承担出资违约责任，目的是要贯彻资本充实原则，但出资违约责任并不是公司法理论上的资本充实责任。

^⑧ 加美和照：《公司法》，劲草书房1994年版，第80页。作者所论是指资本充实责任而言，但该项差额补充责任既然为全体公司设立者承担，为该项现物出资的股东自然更应承担。

资本充实责任是指为贯彻资本充实原则，由公司设立者共同承担的相互担保出资义务履行的民事责任。根据资本充实责任，因某些公司设立者违反出资义务或其他原因，而致公司资本不能按章程规定缴足时，其他公司设立者要为此承担连带的缴足义务。资本充实责任的承担，就是要保证公司设立时，其实收资本与章程所定资本确为一致。

资本充实责任具体包含以下内容：（1）有限责任公司设立时股东的出资担保责任。在设立有限责任公司时，如果有的股东不按章程规定出资，其他参与公司设立的股东对该不出资部分负有连带的补充出资义务。（2）股份有限公司发起人的认购、缴纳与交付担保责任。认购担保责任指为设立股份有限公司而发行股份时，其发行股份如未认足或认购后又取消时，由发起人共同认足。缴纳担保责任指股份认购人未按招股说明书或公司章程所定期限缴纳股款时，发起人对股款未缴纳部分负连带缴纳义务。交付担保责任指现物出资的发起人按章程规定交出资物时，其他发起人应按未交付现物的价额，承担补交出资的连带义务。（3）差额填补责任。在公司成立时，如果出资现物的实际价额显著低于章程所定价额时，其他公司设立者对不足的差额部分承担连带的填补责任。

资本充实责任有以下特点：（1）资本充实责任是公司法上的法定责任，不以公司设立者的约定为必要，亦不能以公司章程或股东大会决议来免除。（2）资本充实责任是违反出资义务股东以外的其他公司设立者的责任，违反出资义务股东承担的是出资违约责任，其内容与资本充实责任不同。（3）资本充实责任因公司设立行为而产生，其承担者限于公司设立者。在公司成立后接受出资或股份转让的股东，或股份有限公司发起人以外的应募股东，均不承担资本充实责任。（4）资本充实责任是无过错责任，只要存在资本不足的事实即可构成，公司设立者的全部或一部是否有过错，在所不问。（5）资本充实责任是连带责任，全体公司设立者中的任何一人对资本不足的事实均负全部充实责任，先行承担资本充实责任的公司设立者，可向违反出资义务的股东求偿，亦可要求其他公司设立者分担。

资本充实责任是公司法上的一种特殊的民事责任制度，其目的是在公司设立者之间建立一种相互督促相互约束的出资担保关系，以确

保资本充实，维护公司债权人和社会公众的权益。我国公司法第 28 条所规定的公司设立时其他股东对出资不实承担的连带责任，在性质上属于资本充实责任。有限责任公司规范意见仅规定，实物出资如有估价不当的，政府授权部门可以责令验资机构重新验证。相形之下，公司法的规定在贯彻资本充实原则方面更进了一步。但是，公司法将资本充实责任仅限于出资不实的场合，似嫌过窄，不足以充分贯彻资本充实原则。公司采行有限责任制度后，资本便是公司对其债务的基本担保。公司因合意而设立，并且以足额出资为设立的基础，公司设立者确保资本足额认缴，是其最起码的义务。出资义务不履行与出资不实，尽管表现形式不同，但客观结果是一样的，都造成公司资本部分虚置。公司法既然规定公司设立者对出资不实承担连带责任，就更应规定公司设立者对出资不履行承担连带责任。这是符合逻辑的，也符合规范公司设立行为的实践需要。虽然公司法对虚假出资、抽逃出资规定了严格的处罚措施，包括责令改正、罚款以至追究刑事责任，但这些都只是对某些出资义务不履行行为的惩罚。所以，规定公司设立者对出资义务不履行也承担连带责任，不仅可以更有效地保护公司债权人的利益，也可以在公司设立者之间产生互相监督、自觉约束的制约力，减少诸如虚假出资、抽逃出资之类现象的发生。

在通常情况下，资本充实责任的请求权归于公司，公司设立者应向公司补交出资不履行部分的出资或出资不实的差额。履行认购担保责任的公司设立者可自然取得认购部分的股权，但履行出资担保责任、缴纳与交付担保责任及差额填补责任的公司设立者，并不能因此而当然全部或部分取得履行责任部分的股权。股东的权利与义务由章程规定，股权的转让要受法律或公司章程的某些限制。股东违反出资义务的原因也很复杂，因此股东违反出资义务并不等于其放弃股东权利。履行资本充实责任的公司设立者只是代行出资义务，然后向违反出资义务的股东行使求偿权。为避免因求偿不能再行使股权转让请求权时增加代行出资者的负担，代行出资者可以拥有如下选择权：要求违反出资义务的股东偿付所代交的出资，或者要求其按章程所定价额或股票发行价格转让股权。但该项选择权应在一定期间行使，如日本商法规定为 6 个月（第 192 条）。

在实践中不能排除这样情况：在公司设立者没有履行资本充实责任时，公司已经破产。在公司破产时，如果存在公司设立者违反出资义务并未得到改正的情况，公司债权人可以要求公司设立者承担资本充实责任，就资本未充实部分直接向公司债权人承担连带偿还责任。虽然资本充实责任因公司设立行为而产生，但资本充实责任的承担不应只限于公司存续期间，如果因公司破产便可免除公司设立者的资本充实责任，这一责任的设立便失去了保护债权人的意义。公司破产时，股权转让请求权已失去意义，因此先行履行连带责任者只能向违反出资义务的股东行使求偿权，在求偿不能的情况下，应由全体公司设立者共同分担责任。

在上述情况下就存在一个问题，公司设立者承担资本充实责任后，很可能其责任范围超出其出资额所持股份，这是否有违有限责任制度的宗旨呢？有限责任制度是公司法上的一项基本制度，但股东的有限责任是有条件的，并不是在任何情况下，股东都可以用有限责任抗辩公司债权人的追索，如在公司法人格否定的场合，股东就要向公司债权人承担直索责任。^⑨ 公司设立者在公司存续期间没有履行资本充实责任，在公司破产时应当向公司债权人直接承担责任，其责任范围超出其出资额或股份，正是为贯彻资本充实原则而向公司设立者附加的义务。但是，在公司法人格否定的情况下，“公司发起人对公司债务承担无限的连带责任”^⑩，而资本充实责任仍是一种有限责任。因为，公司设立者履行资本充实责任后，仍可以向违反出资义务者求偿，在求偿实现的情况下，公司设立者的责任仍以自己出资额或所持股份为限；在求偿不能实现的情况下，公司设立者的责任仍以自己出资额或所持股份为限；在求偿不能实现的情况下，其责任范围也仅限于违反出资义务股东的未出资部分，超过该部分的债务，公司设立者自不必负担。由此看来，在建立资本充实责任制度的情况下，公司设立者的有限责任与一般股东是不同的，是附加了以公司资本总额为限的担保责任的有限责任。

^⑨ 关于公司法人格否定情况下的直索责任，详见王利明：《公司的有限责任制度的若干问题》，《政法论坛》1994年第2、3期。

^⑩ 石少侠：《公司资本制度研究》，《吉林大学社会科学学报》1993年第3期。

四

公司法有关公司设立者的出资违约责任与资本充实责任的规定，只规定在“有限责任公司的设立和组织机构”一章里，立法上的处理使人感到股份有限公司发起人的责任大大低于有限责任公司的设立者。从公司法平等保护股东与债权人权益的原则出发，贯彻资本充实原则不仅适用有限责任公司，也同样适用于股份有限公司，对公司债权人权益的保护，不应因公司形式不同而有所不同。在日本，资本充实责任既适用于有限责任公司，亦适用于股份有限公司，以此可为参照。股份有限公司发起人也可以用现物出资，因而也可能发生出资不实或不转移财产权的情况，其他发起人对此有必要承担差额填补责任；发起人同样可能虚假出资或抽逃出资，对此也应承担违约责任。募集设立的股份有限公司发起人不仅要向债权人负责，而且还要向应募股东负责。所以，从理论上讲，股份有限公司发起人的责任应当重于有限责任公司的设立者，而公司法的规定看起来却是相反。按公司法规定，股份有限公司未按期募足股份时，可以抽回股本，^①这往往会导致公司不能成立。实际上，公司不能按期募足股份的情况是经常发生的，当前发行股票供不应求的情况是暂时的。如果在股份未募足时，由发起人承担资本充实责任，补足股份而使公司成立，这将是一个更为合理的选择。

“股份有限公司规范意见”第21条规定公司发起人责任时，将“公司发行的股份未能缴足时，应负连带认缴责任”列为第1项。而公司法未采用类似规定，弱化了发起人的责任，外贸部“关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定”对此予以补充，其第13条规定“发起人在公司发行的股份缴足之前应承担连带认缴责任。”但是，该规定只是行政规章并仅适用于外商投资的股份有限公司，不足以从整体上强化发起人的责任，因而也不足以弥补公司法规定的缺陷。

我国公司法体现了平等保护股东和债权人权益的原则和民事赔偿

^① 公司法第87条、91条、93条、228条。

责任优先的原则,^⑩这在立法实践上是一个相当大的进步。但是综上所述,公司法具体规定并没有充分地实现这两个原则,主要表现在公司法确立的责任体系的失衡与欠缺上。失衡表现之一,行政责任、刑事责任的比重超过民事责任。如对虚假出资、抽逃出资等,仅规定责令改正、罚款、构成犯罪则追究刑事责任。“这些责任都只是对国家所负的责任,而不是对债权人的责任,债权人所受的损失并没有因为这些责任的承担而得到弥补。”^⑪失衡表现之二,民事责任的规定有欠缺。如资本充实责任的内容只有有限责任公司设立者的差额填补责任一种,没有规定股份有限公司发起人的出资违约责任,公司成立后的出资违约责任亦不明确,也没有规定董事对第三人的赔偿责任等,这些欠缺使债权人的权益得不到有效保护。失衡表现之三,股份有限公司发起人的民事责任在一些方面小于参与有限公司设立的股东。如参与有限责任公司设立的股东要承担出资违约责任和部分资本充实责任,而股份有限公司发起人对此项民事责任均不承担。至于公司法第97条所规定的发起人责任,除第2项以外,参与有限责任公司设立的股东实际上也要承担类似责任。失衡表现之四,资本充实责任弱于有限责任。关于资本充实责任的欠缺前面已有论述,而资本充实责任的欠缺是当前公司滥设、资本虚置的重要原因之一。日本学者认为,“股份公司之弊端多存在于设立时,且其弊端通常起因于发起人的责任,故商法对发起人的责任给予特别严格的规定”。^⑫相形之下,我国公司法对公司设立者责任的规定,显然偏轻。

为弥补公司法责任体系失衡的状态,在立法与实务中可采取以下措施:(1)在实务上,将出资不实的差额补充责任进行扩张解释,使之适用于现物出资义务不履行而导致资本虚置的场合。(2)在实务上,股份有限公司发起人的出资违约责任和差额填补责任,可适用公司法有关有限责任公司设立股东的规定。(3)募集设立的股份有限公司发起人的认购、缴纳和交付担保责任,可在今后的证券法律法规中予以

^⑩ 公司法第87条、91条、93条、228条。

^⑪ 同①。

^⑫ 堀口巨:《新公司法概论》,三省堂1994年版,第87页。

规定。(4) 在制定统一的破产法时，可规定公司债权人在公司设立者违反资本充实责任时，有权直接向公司设立者提出偿还债务请求，但应以资本虚置部分为限。

(本文原载于《法学研究》1995年第6期)

论可转换公司债债权人的法律保护制度

时建中

作者简介

简历

时建中，男，1964年10月出生，河北省康保县人。分别于1994年、1998年在中国政法大学取得法学硕士学位、博士学位，2003年破格晋升为中国政法大学教授。1998—2000年荣获三项省部级优秀科研成果一等奖。

现为中国政法大学经济法系教授，兼任中国法学会经济法学研究会常务理事、副秘书长、中国科学技术法学会理事、北京市法学会理事，并担任国内多家仲裁委员会仲裁员。

主要学术成果

《可转换公司债法论》，法律出版社2000年。

《合同法教程》（参编），法律出版社2000年。

《公司法》（参编），中国政法大学出版社2002年。

“论可转换公司债债权人的法律保护制度”，《政法论坛》1998年06期。

“论关联企业的识别与债权人法律救济”，《政法论坛》2003年05期。

传统公司法理论认为，股东是公司的成员和所有者，公司董事会对股东负有诚信义务，股东的利益受到公司法的保护。债券持有人是公司的债权人，与公司之间是债权、债务关系，属于公司的外部关系，并在很大程度上只是一个合同的问题，债券持有人的利益只能依靠合同法来保护。因此，除非在十分极端的情形，没有任何法定的机构来保护债券持有人，尤其是无担保债券持有人的利益。传统公司法的上述理论对现代公司的立法，尤其是对我国的公司立法仍然有很大的影响。在这种情况下，有必要深入探讨以下一些问题：可转换公司债券债权人在公司的法律地位；公司的股东与公司债权人在现代市场经济条件下的关系；传统公司的内部治理结构与公司债券债权人的关系以及在此基础上研究如何建立保护可转换公司债券债权人的法律制度。

—

关于股东和债券持有人在公司中的地位以及两者之间的关系，与传统公司理论相比，现代公司理论有许多不同的观点。例如，克里普卡（Kripke）称，一般的股东认为自己并不是公司所有者的一小部分（*Partial owner of The Corporation*），而仅仅是无须承担忠诚义务的并且可以自由地进出公司的投资者，只是与债券持有人有不同特点的投资合同的持有人（*a holder of an investment contract*），^①伊斯特布鲁克（Easterbrook）和菲谢尔（Fischel）认为，股东与公司的债券持有人、公司的普通的债权人以及公司的雇员一样不再是公司的所有者。^②菲谢尔认为，股东和债券持有人向私人公司提供其所需的资本，以从公司的资产中换取他们所期望的、来源于资金流动所产生的利润回报率。^③勃

① “As an investor free to move in and out of the corporation without loyalty, simply as a holder of an investment contract with different attributes from the bondholder’s”. See Kripke, *The SEC, Corporate Governance, and the Real Issues*, 36 *Bus. Law* 173, 177 (1982).

② “Shareholders are no more the owners of the firm than are bondholders, other creditors, and employees”. See Easterbrook & Fischel, *Voting in corporate Law*, 26 *J. L. & Econ.* 395, 396 (1983).

③ “In exchange for an expected rate of return generated by cash flows from the firm’s assets”. See Fischel, *The Corporate Governance Movement*, 35 *Vand. L. Rev.* 1259, 1262 (1982).

特勒 (Baysinger) 和巴特勒 (Butler) 认为, 尽管在传统上将股东视作公司的所有者, 但是现代企业契约理论表明, 股东是公司的所有者的观点没有任何意义 (meaningless)。最为恰当的观点是, 股东向公司提供了一种形式的资本, 是风险的承担者 (risk bearers)。^④ 沃尔夫森 (Wolfson) 认为, 股东不是所有者, 他们是风险承担者。股东与债券持有人相像, 只是他们更为乐观一些 (similar to bondholders except that they are more optimistic)。^⑤ 曼宁 (Manning) 认为, 作为一个经济学的问题, 购买公司股票的投资与购买公司债券的投资从事的是同一种活动, 且为同一种基本的目标所驱动, 两者都期望他们的投资能在有所回报的基础上回收。^⑥ 布鲁德尼 (Brudney) 和柴若乐斯泰 (Chirelstein) 认为, 应该将企业看作是一个潜在的赢利渠道 (a potential stream of earnings), 并且有着在未来清算时资产被分配的可能性, 而证券投资合同可以被视为载明了投资者有权分享赢利渠道、清算分配, 以及对公司行为施加影响的权利, 以增强这种权利的价值。^⑦ 因此, 还有的西方学者认为, 在现代证券市场, 债务证券为益证券同样的目的进行交易, 并且被赋予了同样多的可以随意投机的机会 (debt securities of many issuers are traded for the same purposes as equity securities, and present the same opportunities for speculative abuse)。债券持有人和股票持有人已不再是有着明显区别的两组投资者。投资者可以在债券与股票之间不

④ "It is meaningless to think of shareholders as owners: they are properly viewed as risk bearers who supply the firm with one form of capital". See Baysinger & Butler, *Race for the Bottom v. Climb to the Top: The All Project and Uniformity in Corporate Law*, 10J.Corp.L.431, 433n.9 (1985) .

⑤ See Robert W. Hamilton, *Supplement to Cases and Materials on Corporate Finance*, p.41, West Publishing Co., 1986.

⑥ "Engaged in the same kind of activity and are motivated by the same basic objectives. Both are making a capital investment and both expect to get their money back plus a return on their investment". See B. Manning, *A Concise Textbook on Legal Capital* 8 (2nd.Ed., 1981) .

⑦ "That the enterprise should be regarded as a potential stream of earnings with the possibility (generally remote) of a distribution of its assets in liquidation. The securityholder's investment contract may, in turn, be viewed as describing his claim to share in that earnings stream and in any liquidating distribution and his right to affect the conduct of the enterprise to protect and enhance the value of that claim". See V. Brudney & M. Chirelstein, *Cases and Materials on the Corporate Finance* 79 (2nd. Ed. 1979) .

断地转换。因此，如果利率上涨而股票价格下跌，投资者就将出售股票而购买债券；如果利率下跌而股票价格上涨，投资者则出售债券而购买股票。今天的股票持有人可能就是明天的债券持有人，反之亦然（Today's stockholder may be tomorrow's bondholder and vice versa）。

基于上述理论和观点，有的西方公司法专家得出的结论是，在现代的资本市场，债务证券与权益证券之间的区别已经变得日益模糊，^⑧而且，从经济学的观点来看，公司的股东和公司债券持有人都是公司的证券持有人（securityholders），只是他们对公司的资产有着不同的要求罢了（with different claims on the assets of an enterprise）。^⑨在笔者看来，这种对公司的资产的“不同的要求”，是具有法律意义的。同时，也正是这两类不同的证券持有人对公司的资产的“不同的要求”，说明了权益证券持有人与发行公司之间法律关系的性质不同于债务证券持有人与发行公司之间的法律关系。投资者买进股票这种权益证券之后就成为了公司的股东，除了担负解散及破产的风险外，其股息红利的分派，均需视公司的盈亏而定。对于公司的债务证券投资者而言，尽管从理论上讲，公司的盈亏并不提高或降低公司债应付利息的利率，然而，公司一经解散或破产，就必然会减弱甚至丧失支付公司债本息的能力。更重要的是，股东有权参加股东会，参与决定公司的重大事项，而多数国家的法律尚没有赋予公司债券持有人这一权利。更何况，尽管同样是公司证券持有人，但是发行公司的股东，或者是基于法律的直接规定，或者是由于他们与发行公司之间所具有的更为紧密的关系，他们得到的保护要多于债务证券的持有人，他们得到的利益也要多于债务证券的持有人。例如，公司在债券发行之后，常常会以种种理由，其中有的是善意的（benign），有的则是恶意的（pernicious），要求修改债券发行合同，迫使债券持有人放弃一些既定的权利。这样，尽管发行公司没有履行其原先对债券持有人所承诺的义务，然而，公司的股

^⑧ “Distinctions between debt and equity securities are increasingly blurred in today's capital markets”. See Robert W. Hamilton, *supra* note 5, at 41.

^⑨ *Id.* at 40.

东却继续仍然拥有 (Own) 对公司的权益 (the firm's equity)。^⑩ 所以, 若要考虑如何均衡公司、股东及公司债券债权人的利益, 首先应该考虑如何在法律上构架股东与公司债债权人之间的关系, 股东与公司债债权人在经济目的方面的相似不能掩盖法律地位的相异。

美国学者波斯纳先生在对现代公司中所有权与管理权的分离进行法律经济学分析的时候指出, “由于债券持有人有固定的利息率, 所以他所关心的并不是企业得到令人满意的经营, 而是不要经营得过糟以至于无法向他支付利息、或债券到期无力清偿其本金、或产生一些他在商谈利息时无法料想的事件”。^⑪ 笔者认为, 波斯纳先生在这里所提及的“债券持有人”只是限于普通公司债券的持有人, 没有包括可转换公司债券持有人。因为即使仅仅从对投资收益的关切度考虑, 可转换公司债券的票面利率很低, 投资于可转换公司债券的收益主要是债券的转换价值, 不仅仅是债券的本息, 而转换价值与发行公司的经营情况密切相关, 所以, 面对公司的经营情况, 可转换公司债券持有人根本不可能像普通公司债券持有人那样的从容、超脱和冷漠。更为令人不安的是, 由于可转换公司债券在转换之前, 其持有人只是公司的债权人, 不是公司的成员, 所以无权像股东那样能够以法定的方式对公司的经营进行一定程度的参与或者干预。然而, 发行公司的经营状况又与可转换公司债券持有人利益的相关程度并不次于股东, 却不能享有股东的权利, 这是一种让人感到心急但又无奈的情形。可见, 在转换之前, 尽管可转换公司债券持有人仍然是公司的债权人, 但是对债权人的保护方法并不足以保护其正当的利益。同时, 由于在转换之前, 可转换公司债券持有人尚不是发行公司的股东, 所以不能享有只有股东才能享有的权利。可转换公司债券持有人既不同于普通公司债券持有人, 又不是公司股东, 在公司的利益结构中的地位十分特殊, 甚至有些尴尬, 更容易成为弱者, 需要与此相适应的法律制度对其正当利益予以保护。

^⑩ See John C. Coffee & William A. Klein, Bondholder Coercion: The Problem of Constrained Choice in Debt Tender Offers and Recapitalizations. 58 UCL. Rev 1212 (1991) .

^⑪ 理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》, 中国大百科全书出版社 1997 年版, 第 535 页。

二

上文已经提及，依照传统的公司法理，除了债券发行合同之外，债券持有人并没有其他保护措施。然而，债券发行合同并不能充分地保护公司债券持有人的利益，由此可见，在股东与债券持有人之间，尤其是与可转换公司债券债权人之间的在经济利益方面的差别日益淡化的今天，上述传统公司法的理念已经不能适应现代公司的实践，尤其不能适应现代公司的融资要求，鉴于此，有的学者提出，公司的董事同样应对公司债券持有人负有信赖义务 (Afiduciary duty)。^⑫ 但是，因为债券持有人毕竟不是股东，因此，即使是在公司法律制度已经相当完善而且公司融资的活动频繁、可以利用的金融品种繁多的西方国家，还没有在有关法律中一般性地规定公司的董事应对公司的债券持有人负有信赖的义务。^⑬

即使是在给予公司债持有人以较多保护的美国，这种情形也没有多大的改观。例如，在 1975 年，美国特拉华平衡法院在 *Harff v. Kerkorian* 一案的判决中写道，除非出现了非常情形 (special circumstances)，例如，欺诈、失去偿债能力、或者制定法变动，并且致使作为发行公司债权人的债券持有人的权利受到了影响时，否则，债券持有人的权利应当被限定在债券合同条款约定的范围之内。^⑭ 即只有上述非常情形即例外情形出现时，发行公司及其董事的信赖义务才扩展到债券持有人。在扩展发行公司及其董事信赖义务的问题上，即

^⑫ See McDaniel, *Bondholders and Corporate Governance*, 41 *Bus. Law*. 1986.

^⑬ 关于公司的董事是否应当对公司的债券持有人承担信赖义务，将要遇到两个难以解决的问题：其一，何为“信赖义务”？对其予以定义之难，是非常有名的 (“Fiduciary duty” is notoriously difficult to define)；其二，如果公司的董事对公司债券持有人承担信赖义务，这是对传统公司法律和理论的挑战，也是对传统公司法律所构架的利益关系的挑战，同样会遇到很大的阻力。因为作为传统公司法律和理论的一般原则，公司的董事只对公司的股东负有信赖责任，并不对公司的债券持有人负有信赖义务。

^⑭ “unless there are special circumstances which affect the rights of the debenture holder as creditors of the corporation, e.g., fraud, insolvency, or a violation of a statute, the rights of the debenture holders are confined to the terms of the Indenture Agreement”. See Andrew Laurance Bab, *Debt Tender Offer Techniques and the Problem of Coercion*, 91 *Columbia Law Review*, 856, 1991.

使是对那些具有权益特征的证券，法庭的表现一直是吝啬（stingy）的。甚至是对可转换公司债券的持有人，也只有在其行使了转换权之后，发行公司及其董事才承担信赖义务。另外，对于那些纯粹是可以购买股票的期权和认股权的持有人，公司的董事同样不负有信赖义务。^⑮

在对特拉华平衡法院的判决进行评论时，有的学者认为可以对判决作如下的解释：即该判决意味着在发生了判决所列举的非常情形时，在发行公司与债券持有人之间存在着一种信赖关系。但是，法院还是非常谨慎的，尽量避免得出明确的或者默示的结论。^⑯例如，1988年特拉华法院对 *Simons v. Cogan* 一案的判决又似乎表明，上述例外并不一定导致发行公司及其董事对债券持有人的信赖义务。在该案的判决中，不仅强调除上述例外情形之外，债券持有人的权利应被限定在债券合同规定的范围之内，而且，该判决中还特别指出，债券持有人没有独立的权利提出针对违反信赖义务的诉求（a debenture holder has no independent right to maintain a claim for breach of fiduciary duty）。因此，对法院判决更为妥当的解释是，对于欺诈和制定法的变动等这些例外，如同其他债权人一样，债券持有人拥有某种依据侵权法授予的权利，即不受欺诈的权利和不因制定法变动而受损的权利。对于公司的董事而言，他们负有不得侵犯这些权利的责任，但是，这些责任并不导致勤勉和忠实的义务（care and loyalty），^⑰因此，法院坚持将债券持有人的权利限定在债券合同条款约定的范围之内是正当的。信赖责任源于普通法上的关系，债券持有人与发行公司及其董事之间并不存在这种信托关系，正是这种信托关系是与信托责任相适应的。面对法院的判决，有的西方学者十分伤感地称，不幸的债券持有人因此只好指望他们的合同来支持提起诉讼的理由了（Unhappy bondholders must therefore look to their contracts to sustain a cause of action）。^⑱

尽管现行的法律和有关判例按照上述原则来解决公司的董事对股

^⑮ Id. at 856.

^⑯ Id. at 856.

^⑰ Id. at 859.

^⑱ Id. at 860.

东和债券持有人之间的关系，但是这并不妨碍促进法律进化的学说争论。在主张公司及其董事应对债券持有人承担信赖义务的学者中，最为突出的是麦克丹尼尔（McDaniel）教授和巴凯（Barkey）。对公司的董事应该对公司的债券持有人负有信赖义务持有反对意见的人认为，一个代理人不能同时为两个“本人”服务（an agent cannot fully serve two principals）。然而麦克丹尼尔教授和巴凯教授认为，在公司董事责任中，有将公司资产价值予以最大化的特征，这就使得上述困难有了得到解决的基础和可能。巴凯教授同时认为，如果从经济学的角度分析，债券持有人在一些方面也拥有（own）发行公司，因此，公司的管理者应该既对公司的股东也对公司的债券持有人负有信赖义务，这是因为，在保护公司债券持有人方面的失败，将损害公司充分保护股东财富的能力。^①然而，由于公司的股东常常是期望公司的长期发展，而公司的债券持有人关心的则是事先确定的债券本息的支付如何得到保证，即两者的利益是冲突的。在这种情况下，即使公司的董事真的对债券持有人也负有信赖义务，又怎能期望其成功地处理好对具有利益冲突的、不同的证券持有人同时负有的信赖责任？

无论是传统的公司法理论还是多数现代公司法专家，均普遍认为公司的债权人，包括可转换公司债券债权人在内的公司债债权人与公司之间是债权、债务关系，属于公司的外部关系。公司的所有债权人均不享有公司的经营管理的参与权、决策权和监督权，这些权利应由公司的股东独占，理由是公司的经营风险要由公司的股东来承担，因而公司的股东对公司最有责任感。然而，笔者认为，事实上并非如此。对公司关切程度的高低只能取决于公司经营状况与其利益相关的程度。利益相关程度越高的利害关系人，对公司经营状况的关切度才能越高。

就股东而言，并非所有的股东都能一样地关心公司的经营状况。因为有的股东只是消极的投资者，而且由于其利益的流动性，他与企业只是一种松散和暂时的关系，他的利益像债权人一样，是一种金融利益而不是一种管理利益。^②在现实的经济生活中，有的股东从其持有公司股份之初，关心的就是公司股票在二级市场上的表现，追求的

^① Id. at 857.

^② 前掲书，理查德·A·波斯纳著，第535页。

是公司股票在二级市场的差价，他们是证券市场上的投机者，他们也希望公司的经营业绩优良，但是其真实的目的是为了在二级市场上获取更大的收益；有的股东在其持有公司股份之初，本来是准备要做长期投资的，目的是享受公司的红利并可能会视公司为实现某种关联交易的工具，因此，他们较上一类股东对公司自身的关切度要强一些。但是，如果公司的股票在二级市场上有较为突出的上涨表现时，这类股东将会放弃当初的长期投资的想法，转而成为公司股票投机者。更有甚者，有的股东为了获取较高的投机利差，不惜制造和传播虚假信息来误导投资者。尤其是在公司成为收购活动的目标公司、公司的股票不正常上涨的时候，这些投机心理较强的股东极有可能在较大利差的驱动下，毫不犹豫地抛售其持有的部分甚至全部股票，而不会顾及公司被收购的危险。由此可见，在一定程度上可以这样讲，越是在公司的处境艰难、甚至危险的时候，股东对公司越不负责，这种情形的发生所呈现出的规律性已经被大量的事实证明。所以，哥伦比亚大学法学院教授贝纳德·布雷克（Bernard·Black）感慨道：“本杰明·富兰克林（Benjamin·Franklin）1789年断言，死亡和税收是生活中最确定的两件事。如果他活到今天，他会加上第三件确定无疑的事实，即股东从收购中获利”。但是，值得注意的是，股东接受“恶意收购（hostile takeover）”的短期行为，往往与企业的长期发展相违背。一个企业在发展中，已经建立起一系列的人力资本、供销网络、债务关系等，这些安排如果任意被股东短期获利动机所打破，必将影响企业的生产率。“恶意收购”只代表财富分配的转移，并不代表财富的创造。通用汽车公司（General Motors）前总裁托马斯·墨非（Thomas·Murphy）在1990年说，“许多所谓‘投资者’，只注意短期股票投机生意，这些人根本不配被称为‘所有者’”，因此，受“恶意收购”之害的债权人、被收购公司的员工、被收购公司的高级管理人员、甚至被收购公司所在地的共同体居民，也有对“恶意收购”进行控制的强烈愿望。正是由于“恶意收购”给某些股东（Stockholders）带来了暴利，却损害了公司的其他“利益相关者（Stakeholders）”，因此，美国宾夕法尼亚州遂先对本州的公司法做了巨大的变革：基于对股东之外的其他利益相关者的保护，对传统的公司治理结构（Corporate Governance）的制度做

了修改，并且认为股东只是“利益相关者”中的一部分，而公司的员工、债权人和共同体的居民则为“利益相关者”的另一部分。这已经明显地突破了传统公司法理论的主要观念，即股东是公司的“所有者”，改变了以此为基础而制定的公司管理层必须并且仅仅为股东的利润最大化服务的法律制度，要求公司的管理层对比股东范围更广的“利益相关者”负责，从而给予了经理拒绝“恶意收购”的法律依据。^①公司法的这一重大变革，突破了似乎是天经地义的所有制逻辑，成为近年来美国政治、经济舞台上最有意义的事件。由于是对传统公司法的重大变革，引起了全美金融企业界的大论战。在宾夕法尼亚州实践的影响下，美国重要思想库鲁金斯研究所（Brooking Institution）开展了对新公司法的大量研究，于1995年出版了《所有制与控制权：重新思考21世纪的公司治理》一书，其核心思想就是认为将股东视为公司的所有者是一个错误，公司经理应对公司的长远发展和全部“利益相关者”负责。^②

笔者认为，公司的股东作为投资者，同样要受经济利益的驱动，他们为了其自身的投资收益而抛售所持有的股票也是一种可以理解的、正常的投资行为。换言之，因为是投资者，他们对投资获利本身的关切度在许多时候要高于对公司生存的关切度也是无可厚非的。但是，如果因为公司是股东投资设立的，就当然地认为股东对公司是最负责的观点和理论以及以这样的观点和理论所设计的制度是不可质疑的，则是不严谨的。因此，如果要想使包括可转换公司债券在内的公司债券市场有一个大的发展，发挥其对经济生活的积极作用，我们就应当改变观念，不能陶醉于传统公司法的“经典结构”，应该加强对公司的债权人，当然也包括对公司债债权人的保护。不仅如此，从法律应有或所能引发的社会效益的角度分析，我们同样可以而且应该得出

^① 崔之元：《美国二十九个州公司法变革的理论背景》，《经济研究》1996年第4期。

^② 对宾夕法尼亚州公司法的修改，美国社会各界并非众口一词地予以赞誉。例如，美国商业界的主要刊物之一《商业周刊》（Business Week）对宾夕法尼亚州的新公司法极为不满，认为它“破坏了资本主义的核心概念：董事会和经理对股东的责任”。另一家颇具影响的商业期刊《福布斯》（Forbes）则干脆用了“宾夕法尼亚州式的社会主义”（Socialism, Penns）一词。面对强大的反对力量，宾夕法尼亚州的新公司法仍显示了生命力，目前美国已有29个州采用了类似宾夕法尼亚州新公司法中的规定。参见崔之元著前揭文。

这样的结论。同时，美国宾夕法尼亚州为代表的 29 个州对公司法的修改，应该对我们有所启示，并且在设计我国的公司债法律制度时，应该对此有所借鉴。甚至可以考虑，允许公司债券持有人可以有条件地进入公司的内部，对公司的经营管理进行一定程度的监督。

三

传统公司法理在现代市场经济条件下所表现出来的缺陷、可转换公司债券债权人与发行公司股东关系的特殊性以及公司法人内部治理结构的特殊性，决定了应该建立一个完整、系统的可转换公司债券债权人法律保护制度体系，以充分地保护可转换公司债券债权人的利益，并且实现与发行公司的利益、发行公司老股东的利益相互均衡，从而使可转换公司债应有的经济功能得到充分发挥。在对可转换公司债券债权人保护的法律制度中，不仅要保护可转换公司债券持有人所享有的最为基本的两项权利，即债券本息请求权和转换权，同时还要保护基于这两项基本权利所产生的并用于维护这两项基本权利实现的其他权利，例如，可转换公司债券持有人的知情权、请求转换前的债券利息的权利、可转换公司债券持有人的诉权、优先购买发行公司新发行的权益证券的权利、参与发行公司管理的表决权、回售的权利，等等。^②

由于可转换公司债券本身就是一种债务证券，在保护方式的选择上，既要采纳最为普遍的债权保护方式来保护可转换公司债券债权人的权益，还要考虑针对公司债券的特殊性来建立特有的物权担保保护方式。

所谓物权的保护方式就是指通过在物上设定担保的方式，来保护可转换公司债券持有人所享有的还本付息请求权和将债券转换为发行公司股份的请求权。换言之，物权担保的范围不仅仅是可转换公司债券持有人所享有的债券本息的请求权，还包括将债券转换为股份的转换请求权。当然，可以寻求物权保护的只能是附有担保的可转换公司债券持有人。我国《担保法》规定担保的方式有保证、抵押、质押、

^② 当然，并不是所有的学者都同意可转换公司债券债权人可以享有这些权利，尤其是参与发行公司管理的表决权。

留置和定金。但是，考虑到可转换公司债券的特点，留置和定金的担保方式并不能适用。因此，可供选择的物权担保的方式只有抵押、质押这两种形式。在我国关于可转换公司债券的法律规范中，并没有规定上市公司发行可转换公司债券时，能否及应否提供保证担保或者物权担保；也没有规定重点国有企业发行可转换公司债券时，除了应当依法为之设定保证担保之外，能否为之选择物权担保的方式。但是，从保护可转换公司债券投资者的利益的角度和有利于可转换公司债券的试点得以成功的角度来分析，应该对此作出肯定的解释。与债权保护方式相比，物权担保的保护方式是一种特殊的保护，需要当事人作特别约定，是对债权保护方式的一种补充。对于公司债债权的物权担保而言，需要特别予以探讨的问题是物权担保的成立与生效。

根据担保的一般原理，担保合同从属于所担保的主合同，因此，物权担保法律关系是从属于对可转换公司债券所形成的债权债务法律关系的。值得注意的是，对于一般的担保来讲，在主合同尚未成立之前，担保合同也就没有成立的基础，换言之，担保法律关系不会成立于所担保的主合同成立之前。但是，基于可转换公司债券所形成的债权有其特殊性，所以，对于可转换公司债券债权的担保的成立与生效应该予以专门的规定，以强化对可转换公司债券投资者的物权保护。在这方面，法国的规定可资我国借鉴。根据法国的规定，在发行附担保的公司债券时，为了公司债券持有人的共同利益，要求发行公司在发行公司债券之前就应在专门的文件中设定担保，并且在公司债券的认购之前公告担保的事项。只要投资者认购债券，即视为接受担保，接受的效力追溯至担保的设定成立之日。如果根据担保法律规定，发行公司债券所设定的担保必须进行登记，接受的效力则追溯至担保登记之日。从接受之日起，公司债券的投资者就可以受到相应的担保物权保护。^④ 对于在公司债券发行之后再设立担保的情形，法国商事公司法第 329 条作了专门的规定，“在公司债发行后建立担保，由董事长、经理室代表或经理经章程为此授权的公司机构批准后作出决定；担保由集团代理人予以支持”。笔者认为，法国的上述规定充分地注意到了

^④ 法国商事公司法第 325 条、327 条的有关规定。

公司债券的特殊性，有利于对公司债券持有人的保护。^⑤

如果可转换公司债券既无物上担保又无保证的，债券持有人与公司的其他无担保债权人处于同样的地位。此时，我们不仅要注意到债权保护方式的不足，还必须注意到由可转换公司债券所形成的债权的特殊性，不能对可转换公司债券持有人所面临的发行公司违约风险而无所作为，应该借鉴其他国家的有关规定，建立和健全我国对可转换公司债券持有人保护的法律制度。在日本，为了保护无担保公司债券债权人，不仅发行公司有义务确保土地、工厂建筑、有交换价值的有价证券等资产，而且，募集的受托公司定期作资产的保留状况报告，或依情况决定是否作保留资产的追加、担保的设定。此外，为了确保发行公司能有一个健全的财务结构，防止债券持有人的利益因为股东红利的分配受损，切实保障债券持有人的利益，日本的有关法律还规定，在发行公司债之后，公司的红利分配额和中期分配额的总额应限定在一定数额范围之内，这一限额是根据公司税后的利益累计再加算一个定额来确定的。^⑥对于无担保的债券持有人，英美法系国家有“消极担保”的措施来提供保护。例如，美国纽约州的公司法规定，为了保护与公司的其他一般债权人处于同一地位的无担保债券持有人的利益，可以在无担保公司债的发行合同中作出相应的规定，限制公司的借款，对公司的负债与资产的比例提出一个边际要求，限制红利分配，限制股份的赎回和买卖，要求公司实施资产的保留，同时限制发行新的证券等等；^⑦再如英国，在发行公司不能清偿还本付息的义务时，无担保

^⑤ 当然，在可转换公司债券的发行条件中，也可以规定采取保证的方式作为可转换公司债券债权人的担保，即发行附保证的可转换公司债券。例如，为了充分保护可转换公司债券持有人的权益，保障可转换公司债券试点的顺利进行，我国《可转券办法》以强制性规范的形式规定，重点国有企业发行可转换公司债券，必须有具有代为清偿债务能力的保证人的担保。对于保证担保，同样存在如何确定担保的成立和生效的问题。对此，法国的上述规定同样具有借鉴的价值。

^⑥ 张卫平等编译：《股票制度的规范运作——日本股票制度法律实务》，山西高校联合出版社1992年7月第1版，第37页。

^⑦ “To protect debenture holders who rank as general creditors, the debentures and /or indenture might limit borrowing, impose a current liabilities-as-sets margin requirement, restrict dividend payments, limit share redemption or purchase, require the maintenance of certain reserves, or restrict additional issues of securities. Common protective provisions are so-called ‘negative pledge’ and similar covenants”. Henn and Alexander, Law of Corporations, p389, 3rd ed., West Publishing Co., 1983.

公司债券持有人在能够证明债券是无担保的情况下，可以申请要求公司歇业。^② 所有这些，都是在建立和健全我国的可转换公司债券持有人保护制度中有借鉴价值的内容。

在设计可转换公司债债权人法律保护的具体制度时，还应该就一些特殊情形作出专门的规定。例如，发行公司增加或减少注册资本、发行公司发生合并或分立、发行公司变更组织形式、发行公司解散、发行公司重整、发行公司被收购、发行公司破产等情形出现时，如何保护可转换公司债债权人的债券本息的请求权和转换权等问题就非常值得探讨。

可转换公司债券区别于其他公司债券的标志性特征之一，就是可转换公司债券的投资收益的主要部分是债券的转换价值，需要通过将所持有的债券转换为发行公司股份来实现。所以，在一定意义上可以这样讲，对可转换公司债券持有人利益保护的重点，是其所享有的转换权。从整体上讲，保护可转换公司债券转换权的法律制度，应该使这一权利的“质”和“量”都能够得到保护。在这里，所谓“质”是指有转换愿望的可转换公司债券持有人能够顺利地实现其转换请求权。对于发行公司而言，就是完全地履行其转换义务。所谓“量”是指债券持有人行使转换权之后，依据发行合同所享有的利益在“量”的方面同样能够得到保障。对于发行公司而言，既不能仅仅部分地履行其转换义务，也不能因其资本结构、组织形式的变动而致使可转换公司债券持有人的利益受损。将债券转换为发行公司股份，即可转换公司债券持有人的转换请求权，是债券持有人依据可转换公司债券的发行合同取得的，是可转换公司债券持有人所享有的债权的一部分，同样受到相关法律法规以及发行合同中所约定的违约条款、赔偿责任条款以及担保条款的保护。换言之，对可转换公司债券持有人所享有的转换权的保护，从保护的方式上，同样可以分为债权的保护和物权的保护两种。在发行公司不能依约履行债券发行合同规定的转换义务时，或者在可转换公司债券的转换价值遭受不当稀释而受损时，可转换公司债券持有人可以寻求相应的债权保护与物权保护。

^② (英) R.E.G. 佩林斯、A. 杰佛里斯编：《英国公司法》，《公司法》翻译小组译，上海翻译出版公司 1984 年 3 月第 1 版，第 258 页。

四

在对可转换公司债券债权人保护的法律制度中，既需要考虑对债权人个体利益的保护，同时也要考虑对债权人整体利益的保护，即有必要建立可转换公司债券债权人整体利益保护的法律制度。这是因为同一次发行的可转换公司债券持有人本来是权利与义务十分相近的利益群体，但是由于人数众多而且分散，每一个可转换公司债券持有人都难以独自与发行公司相抗衡，即单个可转换公司债券持有人的自我保护能力是非常微不足道的。同时，可转换公司债券持有人的分散性特征，决定了单个投资者监督发行公司履行债券发行合同的成本很高且与所得利益不成比例，这种成本主要是由获得发行公司履约的信息以及为了矫正发行公司的违约行为而发生的。所以，在发行公司有违约情形时，由于可转换公司债券持有人的人数众多、分散而且身份不易确定，使得为维护债券持有人的共同利益而采取具体的行动受到阻碍，可转换公司债券的持有人也难以采取一致的行动来维护他们自身共同的利益，不能对发行公司是否履行债券条件进行有效的监督。这是因为，一方面，单个可转换公司债券持有人所持有的债券数额非常少，以至于缺乏监督发行公司履约的积极性；另一方面，可能会有相当数量的可转换公司债券持有人还存有投机心理，寄希望于其他可转换公司债券持有人对发行公司进行监督，以保证发行公司充分地履行债券发行合同，而自己则是“免费搭乘便车者 (Free Rider)”^④。此外，即使是发行公司为其所发行的可转换公司债券提供了物的担保，可转换公司债券的持有人也不可能来分割担保物，而且，公司债券是一种有价证券，具有流通性，随着债券的转让，债券持有人会经常地发生变化。在公司债券转让之后，如果债券所附担保不断地随之转移，将会给债券的转让增加难度，这样，不仅公司债券的流通性将要受到影响，而且随之所产生的法律关系也将更加复杂。但是，如果债券所附担保不作转移，根据担保的原理及担保法的要求，所附担保不对受让人发生担保

^④ See Clifford W. Smith, JR & Jerold B. Warner, On Financial Contracting: An Analysis of Bond Covenants, 7 Journal of Economics 117, 1979.

的效力。上述情形的发生不利于保护可转换公司债券持有人的整体利益，将会给可转换公司债券的发行带来困难，影响可转换公司债券应有的经济功能的发挥，最终也将使公司失去这一有利的融资途径。鉴于以上原因，为了维护同一次发行的可转换公司债券持有人整体利益，有必要供给一种法律制度、创设一种可以使可转换公司债券持有人采取集体行动（Collective Actions）的法律机制。

建立债券持有人可以采取集体行动的法律制度，对债券发行公司也是有利而无害的。因为从发行公司的角度分析，由于国家经济政策的变化、科学技术的发展、经营环境的改变等多种因素的影响，也会需要对公司债券有关的事宜作适当的调整，即变更发行公司与债券持有人之间的权利义务关系。因为债券一般多是长期负债，发行合同在整个债券有效期内均有约束力，但是其中约定的某些事项和违约事件，在债券的发行时是适当的，但随着情况的变化就有可能成为对发行公司不必要的限制，例如，发行公司无法进行对债券持有人利益并无损害的交易。再如，由于消极担保条款（negative pledge）的限制，发行公司不能向新的债权人提供某种物权担保，还有可能仅仅因一件纯属技术性违约事件（a technical event of default）的发生，但是由于任何一个债券持有人都可以单独对债券发行公司行使加速到期权，而激发交错违约（cross-defaults），从而致使债权人对发行公司失去信心。根据合同法的原理，合同的变更必须征得另一方当事人的同意。然而，如果要求发行公司为此而征求每一位债券持有人的同意，则是一件效率低、成本高、成功概率微乎其微的事情。相反，在可转换公司债券债权人可以采取集体行动的法律机制建立之后，如果发行公司因某种原因需要对有关债券的事项作出新的安排时，不再需要征求每一个债券持有人的同意，集体行动中的多数决机制可以为发行公司调整其与债券持有人的利益关系提供便利，可以使发行公司免受个别债券持有人所采取的不合理行动的影响，并可使债券更加富有灵活性。这也正是各国将债券持有人集体行动法制化的重要原因之一。

这种法律制度的立法体例在世界上有很大的差异，在大多数大陆法系国家表现为可转换公司债券持有人会议（Meeting of Debentureholders）制度，在大多数英美法系国家表现为可转换公司债券

的信托制度，在部分其他国家和地区表现为兼采上述两种制度于一体，还有一些国家是通过建立可转换公司债券持有人代表（Denbentureholders Representative）制度来保护可转换公司债券持有人利益的。^③ 英美法系的信托制度与大陆法系的公司债券持有人会议制度属于殊途同归，是保护公司债券债权人的另一种方式。但是，如果能够将两者有机地结合起来，将是一种更为理想的模式。

在我国，由于证券市场的历史短暂、鲜有股份有限公司发行公司债券的实例等多种原因的制约，目前尚没有建立任何旨在保护公司债券持有人集体行动的法律制度，既不利于保护债券持有人的整体利益，又不利于发行公司作出对债券持有人可能是更为有利的安排，这是十分令人遗憾的。所以，笔者建议我国尽快建立起符合我国法律传统、适合我国国情的公司债券持有人集体行动的法律制度。

在选择或者设计保护可转换公司债券持有人整体利益法律制度时，必须要注意以下几个基本的事实：其一，人数众多的、分散的甚至是不确定的可转换公司债券持有人几乎不可能采取一致的行动；其二，如果是单独设立可转换公司债券信托制度或者是单独设立可转换公司债券持有人代表制度，债券的受托人或者债券持有人代表也无法确定每一个债券持有人或者其整体的意思；其三，了解和确定大多数债券持有人意思的最佳机制是“民主控制（democratic control）”。而且通过上文对两种典型的债券持有人整体利益保护制度的介绍和评析，可以得出这样一个结论：如果离开了另外一种制度的配合，无论是债券持有人会议制度或者是债券信托制度，都有其自身难以克服的缺陷。因此，作为制度的选择和设计，最好是将这两种制度有机地结合起来，创设一个集两者的优势于一体的制度，以充分地保护可转换公司债券持有人的个体利益和整体利益。将可转换公司债券持有人会议作为债券持有人整体意思表示的机构，即通过可转换公司债券持有人会议由债券持有人集体来作出表达出其整体的意思。将可转换公司债券的受

^③ 指定债券持有人代表的方式在欧洲和大多数拉丁美洲的一些国家得到了采用。债券持有人代表行使成文法赋予的权力，有些权力比英美法系国家的债券受托人所享有的权力还要广泛，例如，债券持有人代表有权出席发行公司的股东大会会议甚至发行公司的董事会会议，债券持有人代表通常所承担的职责也要比普通的代理人承担得多。

托人作为可转换公司债券债权人会议的执行机构,^①即由可转换公司债券的信托人来执行可转换公司债券持有人会议的决议,并且承担履行信托合同确定的其他义务来维护可转换公司债券持有人的整体利益。正是由于债券信托制度有着自身的优点,所以就连日本这样一个典型的大陆法系的国家也规定,在募集附担保公司债时,必须选定受托公司、缔结公司债信托合同,兼采这两种制度的立法体例。当然,在制定具体的法律规范时,还应当借鉴其他国家的利益冲突禁止制度,以此防范债券受托人的失职行为和滥用权利的行为,同时还要考虑对少数债券持有人利益的保护和救济。而且,如果兼采这两种制度,还可以通过债券持有人会议来实现对债券受托人的监督。

构架可转换公司债券持有人会议法律制度,首先应明确可转换公司债券持有人会议的性质、功能和法律地位。具体的制度内容主要包括:可转换公司债券持有人会议的组成、会议的召集及权限、决议的作出及其认可和效力、可转换公司债券持有人会议的费用负担、少数债券持有人的保护。概括其他国家的法律规定和司法实践,可转换公司债信托制度的具体内容包括:受托人的资格及其产生、受托人的权利与义务、^②债券受托人的地位与其利益之间的冲突,在对以上内容进行相应的法律规范之后,应对有关附担保公司债的信托合同的缔结进行规范,规定信托合同的主要条款及其构架的权利义务法律关系的内容。^③

(本文原载于《政法论坛》1998年第6期)

① 柯芳枝:《公司法论》(台)三民书局印行1988年3月版,第459页。

② 受托人权利与义务的主要内容有:调查的义务(Investigatory duties of trustee)、通知发生违约事件义务(Notification of defaults)、决定加速到期的权力(Acceleration)以及代表债券持有人提起强制执行(Enforcement)的诉讼。

③ 参见日本《附担保公司信托法》第19条的规定。

董事的法律地位研究

张民安

作者简介

简历

张民安，男，1965年12月29日生，湖北黄冈市人，1991年9月考入中国吉林大学研究生院，师从李忠芳教授，攻读民商法专业硕士学位，1994年7月获法学硕士学位；1999年9月考入中国社会科学院研究生院，师从梁慧星教授，攻读民商法专业博士学位，2002年7月获得法学博士学位。

现为中山大学法学院副教授，主要研究领域为公司法、商法总则和侵权法；中山大学民商法专业硕士生导师。

主要学术成果

《现代英美董事法律地位研究》，法律出版社2000年。

《公司法上的利益平衡》，北京大学出版社2003年。

“现代英美董事法律地位的新特点”，《中外法学》1995年第4期。

“公司债权人权益之保护与我国公司法的完善”，《中山大学学报》1996年第12期。

“董事忠实义务研究”，《吉林大学社会科学学报》1997年第5期。

“公司的目的性条款研究”，《中山大学学报》1998年第3期。

目 次

- | | |
|--------------------------------------|--|
| 一、董事义务之承担 | (一) 关于董事的忠实义务，我国公司法应当借鉴英美法系国家的规定，确定董事不得非法获取和利用公司商事机会的义务。 |
| (一) 董事的忠实义务 | |
| (二) 董事的注意义务 | |
| (三) 董事的其他法定义务 | |
| 二、董事权利之享有 | (二) 关于董事的注意义务，我国公司法应借鉴英美法系国家公司法的规定，确立缺席董事的注意义务。 |
| (一) 董事对公司事务的不受限制的管理权之享有 | |
| (二) 董事会的自我持续 (self-perpetuating) 的管理 | |
| (三) 公司越权有效原则的确立 | (三) 适应现代公司法的发展趋势，我国公司法应摒弃以股东会为核心地位的体制，确立公司董事会的核心地位。 |
| (四) 董事法律责任免除途径的增加 | |
| 三、董事权利之抑制 | (四) 借鉴两大法系国家公司法关于董事权利的抑制制度的规定，完善董事权利的抑制制度 |
| (一) 公司对董事的诉讼 | |
| (二) 公司股东对董事的诉讼 | |
| (三) 股东请求法院解散公司 | |
| (四) 不公平行为的法律救济 | |
| 四、董事法律地位与我国公司法 | |

董事的法律地位是董事权利和义务在法律上的体现。在英美法系国家公司法中，董事居于代理人和受信托人的地位，在大陆法系国家公司法中，董事居于受托人的地位。传统公司法主要是从董事义务的承担方面来论证董事在公司中的地位，虽然它也赋予董事一定的权利。现代公司法则主要是从董事权利之享有方面来确立董事的法律地位，虽然它仍然十分强调传统公司法中董事义务承担这一点。伴随着现代公司法中董事核心地位确立的是对公司董事滥用权利的抑制手段的加强。我国公司法虽然较全面地规定了董事的义务和职权，但是，它没有就董事在公司中的一般地位问题作出规定。法律规定的欠缺表明我

国公司法的不完善性的事实之存在。借鉴两大法系国家公司法律制度中的成功经验,完善我国公司法有关董事法律地位的规定,是本文旨趣之所在。

一、董事义务之承担

董事在英美公司法中的双重法律地位是由英美判例法确立的。早在19世纪中期 Caim L.J. 指出:“一个对外招股的公司董事,其法律地位是什么?他们不过是公司的代理人。公司本身不能由自己来进行活动……它只能通过董事来进行活动。因而,只要是代理人应承担责任场合,董事就应承担责任的。”^①在另一案中, Romily M.R. 指出:“董事是被选任来为公司股东之利益而管理公司事务的人。它为一种受信托义务,该种义务一旦承担,董事就必须充分地、全面地履行好该义务……。”^②因此,在英美公司法中,董事既是公司的代理人,也是公司的受信托人,“是公司钱财的受信托人,是为公司利益代表公司从事交易活动的代理人。”^③在现代英美有关公司的判例法和制定法中,董事的双重法律地位仍然得到广泛的承认和尊重。在大陆法系国家公司法中,董事是公司的受托人,享有传统民法关于受托人所享有的权利,承担传统民法中受托人所承担的义务。《日本商法》第254(三)条规定:董事与公司间的关系从有关委任的规定。《台湾公司法》第192(三)条也规定:公司与董事间关系……依民法关于委托之规定。日本和我国台湾学者均认可董事的受托人的法律地位。^④

两大法系国家关于董事法律地位的描述虽然不同,但是,它们关于董事所承担的义务的内容则是相同的。综观两大法系国家的有关法律,董事所承担的义务主要是忠实义务、注意义务和其他法定义务。

(一) 董事的忠实义务

《日本商法》第254条之三规定:董事负有……为公司忠实执行其

① Caim L.J. in *Ferguson v. Wilson* (1866) L.R.2 (h.7) .

② Romily M.R. in *Yorkand North Midland Ry v. Hudson* (1853) 16 Beav.485.

③ Lord Selborne in *G. E. Ry v. Turner* (1872) L.R.8 Ch.245.

④ (日)森本滋:《董事会的善管义务与忠实义务》,早稻田大学出版部,第202-203页。武忆舟:《公司法论》,亿林印刷文具有限公司(台北市),1980年9月新版,第343页。

职务的义务。董事的忠实义务主要是指：董事不得侵占公司的财产^⑤；不得在代表公司进行活动时收受贿赂或其他好处^⑥；不得与公司缔结合同，从事交易^⑦；不得泄露公司秘密^⑧；不得非法获取和利用公司的商事机会^⑨，以及不得与公司从事非法竞争^⑩。董事如果违反这些义务，应对公司承担相应的法律责任。

（二）董事的注意义务

董事在管理公司事务中必须对公司事务尽合理的注意。关于此种注意，两大法系国家的公司法或民法均规定了其应达到的标准。在英美公司法中，董事之义务：①须以善意为之；②在处理公司事务时负有在类似的情形，处于类似地位的具有一般性谨慎的人在处理自己事务时的注意；③并且以一种他有理由相信是为了公司的最好利益的方式为之^⑪。在大陆法系国家中，董事对公司的注意义务之标准是不同的。在我国台湾，有报酬的董事，应对公司尽善良管理人的注意义务；如为无报酬的董事，则仅与处理自己事务负同一注意即可^⑫。而在日本，董事不论是否有报酬，均应对公司承担善良管理人的注意义务。当然，在大陆法系国家中，董事的责任可以由当事人以契约的方式加重或减轻^⑬。

（三）董事的其他法定义务

董事的注意义务和忠实义务主要源于民法或普通法中的代理法和受信托人法。董事在承担这些义务的同时还应承担法律所规定的各种其他义务。这些法定义务多种多样，但主要有：负有根据法律规定支付股利或分配股息的义务，不得收购公司股份的义务，在清偿期内，

⑤ Boston Deep Sea Fishing, etc. Co. v. Ansell (1888) 39 Ch. D. 339; 《日本民法》第 647 条; 我国《台湾民法》第 542 条。

⑥ Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver (1942) 1 All. E. R. 378.

⑦ 美国《修正标准商事公司法》第 8.31 节; 《日本商法》第 265 条。

⑧ 《瑞士债务法》第 398 (二) 条。

⑨ Robert W. Hamilton: The Law of corporations, West, P. 332 - 334.

⑩ 同注释⑨, P. 335; 《日本商法》第 264 (1)、(3) 条, 《台湾公司法》第 209 (3) 条。

⑪ 美国《修正标准商事公司法》第 8.30 节。

⑫ 梁宇贤:《公司法论》，三民书局股份有限公司印行，1980年5月初版，第369页。

⑬ 史尚宽:《债法各论》，荣泰印书馆股份有限公司印刷，1981年7月台北五刷，第

不得未支付、清偿公司债务和义务前分配公司资财，不得对公司董事、经理或股东提供贷款或为他们的贷款提供担保^⑭。

传统公司法认为，董事的上述义务仅为对公司的义务，而不是对公司股东和债权人的义务。董事不对公司股东和债权人承担义务，是传统公司法的中心信条。正如英国 Jerkins 委员会在评述 *Percival v. Wright*^⑮ 一案时指出的那样，“公司董事对于公司的成员不承担受信托义务，而仅对公司本身负有受信托义务，对于不是公司的成员更无受信托义务可言^⑯。在现代公司法中，此种原则已被废除，代之以董事对股东和债权人承担义务的原则。澳大利亚法庭在 *Neffree v. National Corporations and Securities Commission*^⑰ 一案中认为，公司董事对于公司债权人，无论是现在还是将来，均负有受信托义务。加拿大商事公司法第 231 节明确规定，董事如果违反了义务，公司股东和债权人可以提起法定派生诉讼。在大陆法系国家的公司法中，法国、丹麦和瑞士等国的公司法虽然认为董事应对公司股东和债权人承担义务，但是，这些义务如果被违反，债权人不能对董事起诉而只能请求公司就董事之行为对自己负责。意大利、卢森堡和比利时公司法不仅承认董事对公司债权人义务之承担，而且还赋予公司债权人诉讼权，要求董事对自己承担责任^⑱。董事不仅对公司债权人承担义务，而且该种义务如果被违反，还能由公司债权人对董事提起诉讼原则之确立，具有重大意义。它打破了公司法的固有观念，加重了公司董事的责任，保护了公司债权人的合法权益，保证了公司事业的健康发展，因而，被誉为公司法上的一次革命^⑲。

⑭ 参见注释⑨，P.341

⑮ (1902) 2Ch.421.

⑯ the Jerkins committee Cmnd.1749 (1962) .

⑰ (1989) A.L.C.556.

⑱ 张民安、丁艳雅：《公司债权人权益保护与我国公司法的完善》，《中山大学学报》（社会科学版），1996年第2期，第38页。

⑲ 参见 Razeen sappideen: Fiduciary obligations to Corporate Creditors, the Journal of Business Law, No.4, July 1991. P.388 - 389.

二、董事权利之享有

董事作为公司的重要机关，在管理公司事务，执行公司职务，代表公司进行活动时，享有许多重要的权力，诸如执行职务的权利、管理公司事务的权利以及代表公司对外进行活动的权利。然而，在传统公司法中，董事这些权利的行使必须受多种条件的限制。首先，根据传统的公司法、董事只能在公司章程规定的范围内从事经营活动，不得超越公司的经营范围，否则，其行为为越权无效的行为，对公司无约束力^②。其次，根据传统公司法的观念，公司股东会是公司的权力机关，有选任和解任公司董事的权利，有就公司重要事项作出决议的权利，而公司董事会则是股东会决议的执行机关，必须不折不扣地执行公司股东会决议，否则，应对公司承担责任。第三，根据传统公司法，董事在行使权利时还应受公司法规定的限制，不得超出公司法对董事的权利所作出的肯定、明确的范围之限制，否则，应对公司承担责任。董事的权利之行使受到这些原则的限制，一方面固然能约束董事权利之滥用，防止越权行为之发生，但是，另一方面它也抑制了董事管理公司事务的积极性和创造性，阻滞了公司的发展壮大，也不利于公司股东利益和回报最大化目标的实现，因而，并不受现代两大法系国家的欢迎。在现代公司法中，股东会的核心地位已被废除，而公司董事会的核心地位则被确立，成为公司的最重要的机关。这表现在：

（一）董事对公司事务的不受限制的管理权之享有

现代公司法常常明确、具体、清楚地规定公司股东会的权利，而将不是由股东会行使的权利以抽象性的条款授予公司董事，因而，现代两大法系国家的公司法并不详细规定董事的职权。我国台湾公司法第202条规定：公司业务之执行，由董事会决定之。除本法或章程规定，应由股东会决议之事项外，均得由董事会决议行之。英国1948年公司法表A第80条规定：董事会可以行使……公司法和本章程中未规定必须由公司股东会行使的一切权利。在英美公司的实践中，公司章

^② Allen v. Hugatt (1914) 30 T.L.R. 73.

程时常也以抽象性的条款将公司事务的管理权授予给公司董事会。公司法的此种立法例和公司的此种实践,实际上意味着公司董事会享有公司事务的完全性的管理权^①。此种管理权之享有由董事会独立地为之,不受股东会指示或决议的约束^②,也不得被股东会宣告为无效^③,并且,如果善意地行使,也不受司法上的审查^④。

(二) 董事会的自我持续 (self-perpetuating) 的管理

在现代英美公司的实践中,股东会对董事会的控制权十分松弛,而既有的董事会总是能够有效地控制股东会,保证自己决议在股东会获得通过。其理由在于:第一,在英美公司实践中,公司股东所关注的是自己投资能否附加丰厚的利润和回报,而不是公司是由谁管理、如何管理的。从理论来说,虽然董事应在公司事业不断壮大的基础上保证股东利润和回报最大化目标的实现,但是,股东一方面欠缺某种有效的手段矫正董事偏离此种目标的管理行为,另一方面也由于他们对于现代管理所必须具备的各种优良素质的欠缺,因而,他们对于公司的管理仅通过公司公布的各种信息来加以了解。只要能使他们的投资获益,就能获得他们的支持。第二,股权之分散使那些较小股份的持有人能够团结一致,共同联合,控制公司董事会的组成。事实上,在现代英美公司实践中,拥有某一大型的上市公司的5%至10%的投票权的股东就能够控制公司董事会的人选。第三,董事们能够利用投票代理制度保证他们的决议获得股东会的通过。第四,董事会可以通过将面临辞职的董事安排在两次股东会召开的中间的一段期间内进行,并运用他们的职权增选新的董事以保证他们内部意见的统一^⑤。

(三) 公司越权有效原则的确立

公司越权从无效向有效原则的发展,是公司法上的一大发展与进步^⑥。现代公司法赋予公司越权有效,一方面是为了保护处于弱势地

① C.M.Schmitt off J.H.Thompson: Palmer's Company Law. Twenty-First Edition, P.528.

② 同注释⑬,第76页。

③ 同注释⑭,第528页。

④ 张民安:《现代英美董事法律地位的新特点》,《中外法学》,1995年第4期第78页。

⑤ R.R.Abbott: Company Law, D. P.Pulications, P23.

⑥ 张民安:《论公司法上的越权行为原则》,《法律科学》1995年第2期第68页。

位的公司债权人的利益，使他们免受公司董事越权行为的侵害，一方面也是为了适应高效快捷性原则的需要，使商事活动无障碍地进行。德国公司法规定，董事的行为即使超出了公司的宗旨范围，仍然对公司有约束力。英国《1972年欧共体法案》第9(1)条规定：为了保护一个善意与公司从事交易的人，任何由公司董事会决议的交易，即便超出了公司组建大纲所规定的宗旨范围，对公司也仍有约束力。

(四) 董事法律责任免除途径的增加

董事违反义务，滥用职权，对公司所承担的损害赔偿 responsibility 可基于三种途径而免除：第一，因股东会决议而免除。公司法的基本规则为“大多数规则”，董事对公司的法律责任可因公司大多数股东的同意而被免除^②。第二，因公司董事会之决议而免除。美国《修正标准商事公司法》第8.31节规定：董事之责任可由董事会决议免除，但是，此种免除须以有利害关系的董事没有参加董事会表决、董事已向董事会就其有关的交易情况作了完全的说明为发生效力的前提条件。《日本商法》第264条也对此作了规定。第三，因法庭之同意而免除。董事在管理公司事务时，如果所作出的决议是基于合理的资料，采取的措施也是适当的，则即便此种决议对公司造成的损害是严重的，灾难性的，董事也可不对公司承担责任，公司股东不得阻止、撤销或攻击董事的决议^③。

三、董事权利之抑制

正是由于上述一系列原则的确立，董事在公司中享有的权利是不受约束的，公司、股东和债权人的利益有随时被践踏的危险。为防止公司董事在代表公司进行活动时，滥用职权，为所欲为，任意从事损害公司、股东和债权人合法权益的行为，两大法系国家公司法在确立董事核心地位的前提下也用大量的条款规定了董事权利的阻却和抑制制度。综观两大法系国家的公司法，此种阻却和抑制制度主要包括公

^② 张民安 陈良波：《论董事责任之免除》，《中山大学学报》（社会科学版）增刊，第47页。

^③ 同注释^②，第79页。

司对董事的诉讼, 股东对董事的诉讼, 股东要求法庭解散公司的权利以及对股东不公平性行为的替代性法律补救等。

(一) 公司对董事的诉讼

公司董事如果滥用职权, 从事违法越权行为的, 公司可以对董事提起要求董事抑制其越权行为或由其违法越权行为对公司承担损害赔偿责任的诉讼。根据英美“大多数规则”, 在公司董事造成公司损害发生时, 只有公司才能对此提起诉讼, 公司少数股东不得提起之。否则, 公司就会受到无数个别股东的起诉和撤诉等一系列行为的困扰, 而且由公司起诉能阻止多重诉讼的发生。在我国台湾, 公司董事如对公司有损害时, 股东会得以普通决议, 对于董事提起诉讼, 公司应自决议之日起一个月内提起之^②。公司对董事的诉讼由谁代表公司进行? 两大法系的公司法是有区别的。在英美等国, 公司对董事的诉讼, 其代表人应当是公司的董事会, 这是作为管理公司的一种事件而被授予给公司董事会的^③。如果董事会不愿或不能提起之, 则由公司的股东会提起^④。而依据我国台湾公司法, 公司对董事的诉讼, 应由监察人代表公司而提起, 但股东会亦得另选代表代表公司为诉讼人^⑤。

(二) 公司股东对董事的诉讼

由于“大多数规则”将公司大多数股东置于一种几乎是无可辩驳的位置上, 因而, 如果严格适用之, 则势必会严重地损害某些或某类股东的合法权益。因此, 英美判例法认为, 如果受到侵犯的是某一股东或某一类股东的利益, 则受到损害的股东亦可对董事提起诉讼。正如 Jerkins L.J. 评议的那样, “……他们中的每个人作为公司的成员所享有的个别性权利已被一种无效的变更行为所侵犯……在这种情形下, 对我来说, Foss 诉 Harbotthe^⑥ 一案的原则根本不能适用, 因为, 正在提起的诉讼是以他作为公司成员所享有的个人性权利受到侵犯为理由

② 《台湾公司法》第 212 页。

③ Shan & Sons (salford) Ltd. v. Shan (1935) 2K. B. 113 C. A.

④ Pender v. Lushington (1877) 6 Ch. D. 70.

⑤ 同注释②, 第 213 条。

⑥ (1843) 2 Hare 461 该案件确立的原则也就是“大多数原则”——作者注)

的”^④。在大陆法系国家、公司股东也可以对董事提起诉讼。依据股东的诉讼之性质，股东对董事的诉讼可以分为个人诉讼，以公司名义提起的诉讼以及派生诉讼三类。个人诉讼也称直接诉讼，是指股东在作为公司的成员所享有的个人性权利或集团性权利受到侵犯时由公司某一或某类股东对董事提起的一种诉讼。它包括了所谓的代表人诉讼或集团诉讼^⑤。以公司名义提起的诉讼，在日本也称为代表诉讼，是指公司股东在公司不就董事的不适行为提起诉讼时，以公司的名义代表公司而就董事的行为向法庭提起的诉讼^⑥。派生诉讼是英国、美国、加拿大等国公司法规定的一种诉讼方式。它是指在公司与包括董事在内的任何第三人发生争执时，公司的股东或法庭依自由裁量权确定的其他人被允许代表公司作为原告而对董事提起的一种诉讼^⑦。

（三）股东请求法院解散公司

公司董事在管理公司事务时，如果不公平地损害了某些股东的利益，股东可以向法庭提出申请，要求法庭解散公司。法庭如果认为解散公司是“公平、合理的”，则发布公司解散的命令。美国1950年《标准商事公司法》第97条规定：如果股东提起诉讼并能证明董事的行为是不合法的、不公平的或欺诈性的，或者公司的资财正在被滥用、浪费，则法庭可以下令解散公司，对公司予以清算。丹麦公司法也规定，被授权代表公司行为的人不得从事那些显然以牺牲别的股东的利益而使某些股东获不当利益的行为，公司股东会也不能通过以牺牲某些人利益的方式而使别的股东获得不当利益的决议。否则，代表公司资本10%的股东可以申请法庭解散公司，法庭如果认为有必要的話，可以作出公司解散的裁判。两大法系国家的公司法虽然均将公司解散作为对董事权利的一种抑制制度加以规定，但是，此种制度并不是十分理想的制度。因为，它过于严厉，也不一定就符合要求法庭解散公司的股东利益，因而，只有在“必要和可能”的情况下，始为法庭所采取。并且在现代两大法系公司法中，此种制度已逐渐为一种新的抑

^④ Jerkins L. J. in *Edward v. Halliwell* (1950) 2 All. E. R. 1064, 1067.

^⑤ 张民安《公司少数股东的法律救济》，《法制与社会发展》，1995年第3期，第40页。

^⑥ 《日本商法典》第267条。

^⑦ 同注释^⑤，第41页。

制制度——不公平性行为的法律救济所取代。

(四) 不公平行为的法律救济

公司董事如果以一种让人难以承受的、严厉的和不法的方式行使其权利，并且已达到了公司解散时所要求的“公平、合理”的程度，公司的成员可以向法庭提出申请，要求法庭发布自己认为是适当的任何命令。法庭可以发布下列的各种命令但不限于这些命令：①发布调整公司将来事务的命令；②发布由公司别的成员购买公司成员股份或由公司收购公司某些成员的股份的命令；③发布减少公司资本的命令；④授权公司某些成员以公司名义提起、控告、抗辩或撤销特定诉讼程序；⑤限制公司某些成员从事、不从事、抑制或积极从事某些行为或活动等。这就是英美法系和大陆法系某些国家所规定的不公平性行为的法律救济制度。

四、董事法律地位与我国公司法

董事在我国公司法中居于何种法律地位，公司法没有规定。理论学界大多数学者基于三种理由提出我们应采以大陆法系公司法中的受任人说：我国有继受大陆法系国家法律制度的传统，采董事受任人说，人们心理承受能力强，符合中国人的习惯和传统；信托制度为英美法的制度，对我们很陌生，我国也没有信托法，其适用范围尚不得而知；我国的代理制度和公司与董事关系的实态相去甚远，与传统民法中的代理制度格格不入^⑧。因此，董事不能作为公司的代理人和受信托人，只能作为公司的受任人。然而，此种分析是欠缺理性认识的结果。第一，我国虽有继受大陆法系国家法律制度的传统，但我国公司法则主要是继受英美法系国家公司法的规定。在大陆法系国家法律制度中，民法被认为是公司法的基础，公司法则被认为是民法的特别法，因此，就董事的有关事项而言，公司法有规定的适用公司法，公司法没有规定的则适用民法有关委托的规定。对公司董事的各种义务和权利而言，

^⑧ 王保树：《股份有限公司的董事和董事会》，华《外国法译评》，1994年第1期，第5页；王斌、沈红华：《试论我国公司法规定的董事忠实义务》，《法学与实践》，1995年第2期，第45页。

大陆法系国家公司法一般不作规定，因而应适用民法有关委托的规定。而英美公司法则集中地规定了董事的各种权利和义务。我国公司法借鉴了英美公司法的体例，以大量的条款规定了董事的义务和权利，排除了适用民法通则所带来的弊端。第二，“信托法”在我国虽尚付阙如，尚不为人们所熟知，但是，这同我们进一步从广度和深度方面发展商品经济的要求是不协调的。正是基于信托法在市场经济中的重要地位和作用，全国人大常委会的有关部门正在着手起草信托法、信托法的出台指日可待。我国目前也无委托法，甚至民法通则关于委托的一般性原则也没有规定，人们对委托法不也是陌生的吗！为何又要来董事受任人说呢！第三，代理制度和委托制度究竟如何区别，也是难以了然于心的。在大陆法系国家中，人们认为，代理关系存在于本人和第三人之间，而委托关系则存在于委任人与受任人之间^③。然而，董事作为公司的代表人，在对外进行活动时，并不仅仅是董事与公司间的关系，还必然要涉及到第三人的利益，董事就其行为应与公司一起对第三人承担连带的法律责任^④。可见，在大陆法系国家法律中，董事作为公司的受任人已不完全同于传统民法所规定的受任人，他的行为对公司股东、债权人的影响是巨大的。这就是前述董事应对债权人承担责任的缘故。实际上，董事作为公司的受任人还是代理人，难以分清，法国民法因此将两者混同^⑤。第四，大陆法系国家关于委任的规定，并不完全相同，各个国家民法关于受任人的义务之规定，也不完全一致。如受任人的应注意义务，各个国家的民法就不同，已如前述。再如，我国台湾民法无保密的义务，而瑞士债务法则有明确的规定。学者所谓采大陆法系受任人说究竟是哪一个国家的学说，恐怕他们自己也说不清。本文认为，在现代两大法系国家的公司法的发展中，虽然两大法系国家彼此有相互借鉴对方的规定的现象，从而使现代公司法的发展表现出现代化、国际化和统一化的趋势，但是，就公司法的发展方向而言，英美法系国家有关公司方面的判例法和制定法所发展和创造出来的一系列的原则，是现代公司法发展中最具生命力

③ 同注释⑫，第 362 页。

④ 《日本商法典》第 266 条三。

⑤ 同注释⑫，第 362 页。

的部分，符合时代发展的潮流，代表了现代公司法的发展方向，对大陆法系国家公司法的发展和完善起了重要的推动作用，我们应直接迎合英美公司法尤其是美国公司法的发展趋势，吸收它们的成功经验，完善我国公司法，使我国公司法既具有中国特色，又能同世界发展趋势和国际惯例接轨。就公司董事的法律地位而言，赋予他们双重法律地位，一方面，董事对外是公司的代理人，另一方面，董事对内是公司的受信托人。享有代理人和受信托人的权利，承担代理人和受信托人的义务。

(一) 关于董事的忠实义务，我国公司法应当借鉴英美法系国家的规定，确定董事不得非法获取和利用公司商事机会的义务。

公司在从事商事活动中必然有着众多的商事机会，董事能否运用？公司法没有规定。我们应当借鉴英美判例法在这一问题上的成功经验，确立董事对公司的此种义务。某一商事机会是否为公司的商事机会，在美国有两个判断标准：“营业范围”标准和“公平”标准。某一商事机会如果为公司的营业范围所涵盖、所包含或接近营业范围，即为公司的商事机会——“营业范围标准”。“公平标准”是指董事利用某一商事机会，如果为法庭所认可，董事无须对公司承担责任。一般说来，在决定某种商事机会是否是公司的商事机会，除公司的营业范围外，有关的机会是否在公司以前的交易中出现过，该机会是提供给公司的还是公司董事，董事是否是因为他在公司的职位才了解到的，董事是否利用了公司的便利条件或利用了公司的资本去利用该机会，以及公司需要利用该机会的重要性程度等因素均要予以考虑^④。

(二) 关于董事的注意义务，我国公司法应借鉴英美法系国家公司法的规定，确立缺席董事的注意义务。

董事作为公司的管理机关，应积极地参与公司事务的管理，对公司事务尽应有的注意，否则，应对公司承担法律责任。然而，董事并不是必须参加董事会的每一次会议。那么，缺席董事是否对其他董事的过失行为承担法律责任？本文认为，董事之职位并不是一种象征，

^④ 同注释^③，第334页。

也不是一种荣誉，而是对公司事业发展有重大影响的公司的管理机关。因此，虽然董事在被选任时有自由承诺的权利，但是，董事一旦承诺成为公司的管理机关成员，就应孜孜不怠地为公司服务，勤于公司事务，定期参加公司会议，即便他们仅为“普通董事，仅定期参加董事会，但考虑到他们的地位，人们仍然期待着他们能够……对公司事务投入尽可能多的时间和注意”^④。因此，缺席董事应对其他董事的过失行为承担或共同承担连带责任。

（三）适应现代公司法的发展趋势，我国公司法应摒弃以股东会为核心地位的体制，确立公司董事会的核心地位。

根据我国公司法第 37 条、第 46 条、第 102 条以及第 112 条的规定，公司股东会是公司的权力机关，处于支配的地位，而公司董事是股东会决议的执行机关，必须受公司章程、公司股东会决议的约束，因而，处于被支配的地位。公司法的此种体制是计划经济的体制仍在统治着我们的思想的反映，它使我国公司不能有效地参与国际经济的竞争，延误了发展时机，影响了公司事业的发展。为更好地适应公司法的国际化、统一化的发展趋势，我们应当摒除此种体制，确立起董事会的核心地位。为此，第一，董事会应对公司事务享有完全的管理权，公司股东会的决议不能对董事会加以约束；第二，董事的行为即便超出公司的经营范围，也仍然对公司发生约束力，公司不得借口董事行为越权而拒绝履行自己的义务；第三，董事虽然就其滥用职权的行为对公司承担法律责任，但是，此种责任可由股东会、董事会决议免除，也可基于法庭的裁判而免除。

（四）借鉴两大法系国家公司法关于董事权利的抑制制度的规定，完善董事权利的抑制制度。

董事权利的拓展以及董事核心地位的确立，意味着公司、股东和债权人遭受董事权利滥用危险的增加，董事权利抑制制度是此种危险的缓冲器。我国公司法虽然也规定了此种制度，但是，此种规定不完善，也不全面。为此，我国公司法应借鉴其他国家的成功经验，规定

^④ Jessel M.R. in *Re Forest of Dean Co.* (1878) 10Ch. D.450.452.

股东的直接诉讼，代位诉讼（或派生诉讼），申请法庭解散公司以及对董事不公平性行为的法律救济等制度。同时，我国公司法也应适应两大法系公司法的发展趋势，赋予债权人的诉讼权，使他们在遭受公司董事不适当行为侵害时，有防卫和保护自己的手段。

（本文原载于《现代法学》1998年第2期）

评新公布的我国票据法

谢怀栻

作者简介

简历

谢怀栻，男，汉族，湖北省枣阳人。1919年8月15日生。1938年在重庆入中央政治学校大学部法律系，1942年毕业。次年参加高等文官考试司法官考试合格。1944年后历任重庆、台北、上海各地法院推事。1948年任上海国立同济大学法律系副教授，兼任上海大夏大学教课，讲授民法、民事诉讼法。

1979年到中国社会科学院法学研究所民法研究室工作，任副研究员、研究员，担任过硕士生导师，兼任中国社科院研究生院教授，于1988年退休。

主要学术成果

《合同法》，中国社会科学出版社1986年版。

《票据法概论》，法律出版社1990年。

《外国商法精要》法律出版社2002年。

“大陆法国家民法典研究”，《外国法译评》1994年03期。

“大陆法国家民法典研究（续）”，《外国法译评》1994年04期。

“评新公布的我国票据法”，《法学研究》1995年06期。

“论民事权利体系”，《法学研究》1996年02期。

“从德国民法百周年说到中国的民法典问题”，《中外法学》2001年1期。

“关于日本民法的思考”，《环球法律评论》2001年03期。

“物权行为理论辨析”，《法学研究》2002年04期。

目 次

- | | |
|-------------|------------|
| 一、关于票据的使用范围 | 四、其他问题 |
| 二、票据关系与基础关系 | 五、票据法的立法政策 |
| 三、空白支票问题 | |

《中华人民共和国票据法》(以下简称《票据法》)于1995年5月10日公布,将于1996年1月1日起施行。这是我国第一个关于票据制度的法律。我国在计划经济时期,不存在真正意义上的票据制度。改革开放以后,在极其有限的范围内恢复了票据的使用,但仍谈不上真正的票据制度。而作为规范这种票据制度的文件,也只有由人民银行发布的规章(如1985年的《商业汇票承兑、贴现暂时办法》、1988年的《银行结算办法》等)^①和地方政府发布的地方法规(如上海市人民政府于1988年发布、1989年修正的《上海市票据暂行规定》),没有关于票据的法律。《票据法》的公布,使我国的票据制度有法可依,对使用票据的人和审判票据案件的法院都大有好处。

《票据法》较之《银行结算办法》有了很大的改进,摒弃了《银行结算办法》中的一些陈旧过时的、落后的、不适合于市场经济的内容,这是值得称赞的。不过前面说过,《银行结算办法》本来就不是关于真正票据制度的法规(它只是银行内部的结算办法),我们不应该拿它来与《票据法》比较。评价《票据法》的标准,首先是我国实行社会主义市场经济的需要,其次是现在世界各国的通行的惯例。如果以这两点标准来看票据法,《票据法》与我国已公布的《海商法》、《保险法》等比起来不能不说其不足的一面实在太重要了。甚至可以说,较之海商法等,《票据法》是一部令人失望的法律。

本文想就管见所及,提出票据法中一些带原则性的问题来,并由此进一步探讨几点更深一层的问题,供法学界讨论研究,以引起司法

^① 对《银行结算办法》中有关票据的规定的介绍和评价,参见谢怀栻:《票据法概论》(法律出版社)第88-89、199-212页。

界和立法界的注意。

一、关于票据的使用范围

我国在计划经济时期，汇票和本票没有了，支票的使用被限制在极其狭小的范围内，八十年代后期的《银行结算办法》仍然对票据的使用作了很大的限制。九十年代中期，我国的社会主义市场经济已经有了很大的发展，票据法理所当然地应该以促进市场经济的发展为主旨，在票据使用方面采取更加开放的方针。但实际上怎样呢？

《票据法》第2条第2款规定：“本法所称票据，是指汇票、本票和支票。”这一规定，乍一看来，是与国际惯例一致的，似乎是说，只要是汇票、本票和支票，在我国都是法律所承认的。但实质上不然。根据该法其他条文的规定，票据法对汇票和本票都有很大的限制。

(一) 汇票 《票据法》第19条第2款规定，“汇票分为银行汇票和商业汇票。”依照这一句话的字面，特别是把这一句与第73条第2款比较起来，这句话似乎不是对汇票的限制。但是如果这句话只是说明汇票包括这两种，这一款就是没有意义的。因为在票据法里再没有对于这两种汇票分别对待的规定。^②我们只好说，这一规定是对汇票的限制。即票据法只承认“银行汇票”和“商业汇票”，不承认其他的汇票。

《票据法》对银行汇票和商业汇票未作解释，我们只好到《银行结算办法》里去找解释。根据该办法，银行汇票是银行签发的汇票，商业汇票则是“在银行开立账户的法人之间根据购销合同进行商品交易”而使用的汇票。^③再根据《上海市票据暂行规定》，银行签发的汇票称银行汇票，企业、事业、机关、团体等单位签发的汇票称商业汇票（第4条）。这两种解释的共同处都是对汇票加以限制的。虽然现在我

^② 在1993年12月中国人民银行根据国务院审批的《票据法送审稿》中，区分银行汇票与商业汇票是有实际意义的。该稿的第26条（时效）、第29条（发票地）、第30条（记载）、第31条（付款人）、第45条（承兑）都有对两种汇票不同的规定。但票据法没有类似的规定。

^③ 《银行结算办法》第14条二。

们还不敢说，对票据法也应该如此解释，但也没有人敢说票据法中的汇票不是这样。^④ 因此，我们可以初步地说，至少从票据法的文字看来，我国的汇票仍然限制在：（1）汇票的发票人限于银行和“单位”，个人是被排除在外的；（2）汇票限于在有“真实的交易关系和债权债务关系”时使用的。

前面说过的 1993 年 12 月中国人民银行拟订的《票据法送审稿》在这一点上要比票据法开放一些。该稿第 4 条第 2 款规定：“银行签发的汇票，称银行汇票；银行以外的人签发的汇票，称商业汇票。”所谓“银行以外的人”可以包括个人，从而可以说，该稿对汇票的使用，没有作很大的限制。票据法不采用这样的规定，显然是别有用意的。

如果说，在我国改革开放初期，限制汇票的使用，不许可个人签发汇票，更不许可个人因非商业目的而签发汇票，还说得过去的话，^⑤ 现在制定票据法还要这样，就有点说不过去了。签发汇票、使用汇票，完全是一种民事活动，法律有什么必要去加以限制呢？如果说，不许可个人签发汇票是防止欺诈行为，“单位”签发汇票就不会有欺诈行为吗？

实际上，个人签发汇票，甚至非因商业目的而签发汇票，完全有此必要，并不是没有意义的，也并不是有害于社会经济的。例如一个北京人的儿子在上海上学，这个北京人在上海的一个公司有资金，他要叫他的儿子每月到该公司去取一笔钱作生活费，他就可以签发几张汇票，以他的儿子为收款人，以该公司为付款人，几张汇票上的到期日不同。他的儿子持有这几张汇票可以在每次到期日去取一次款。这对于他们父子二人不是很方便的么？法律何必不准许他们这样做呢？又何必一定要通过银行呢？

汇票，依其性质，是支付工具和结算工具。在市场经济里，支付和结算是所有人都能参与的事，而不仅仅是银行和企业的事。银行和企业固然需要使用这种工具，个人也需要使用这种工具。我国过去实行计划经济时，一切支付和结算活动都必须由银行去进行，不准许企

^④ 现在已有讲述票据法的书这样去解释这一点。

^⑤ 谢怀栻在《票据法概论》中就说：“我国现在个人仍不能签发汇票……是我国现在商品经济不发达、票据制度也不发达的标志。”（第 89 页）

业间直接进行。现在放开了，准许企业相互间进行支付和结算活动，但是不准许个人进行这种活动。把个人排除在市场之外，是没有理由的。

(二) 本票 《票据法》第73条第2款规定：“本法所称本票，是指银行本票。”这一款明显地表明，我国只承认银行本票，不承认其他的任何“本票”。第75条又规定：“本票出票人的资格由中国人民银行审定，具体管理办法由中国人民银行规定。”

把本票限制为银行本票，而签发银行本票的银行又要经中国人民银行审定。这是对本票范围的一种严格的限制。

对本票的发出作某种限制，在理论上和实务中都有一定的根据。^⑥但是票据法只承认银行本票，并且对银行签发本票也要再限制（须经中国人民银行审定），则是一种不合理的规定，是值得研究的。

首先，只许银行发行本票，不许其他企业发行本票（《上海市票据暂行规定》还准许商业本票），这是只承认银行信用，不承认商业信用。这是我国在计划经济时期的作法，现在还保留这种作法，不仅已无必要，而且是不利于市场经济的发展的。现在在我国，除人民银行以外的银行都是商业银行。商业银行的地位与一般企业基本上相同。这时再对银行信用和商业信用区别对待，容许前者而排斥后者，是不合理的。何况在我国，有一些国有大企业，在信用方面不会比某些银行差，不准许这些大企业发行本票是说不过去的。

其次，就是个人，不许其发行本票，也没有必要。个人如果没有信用，发行本票根本不会被人接收，也不可能市场里兴风作浪，个人如果有信用，不许其发本票，他可以用其他方式进行信用活动。

在一个开放的市场经济社会里，要搞活经济，应该开放多种信用渠道，而不应该堵塞各种渠道。我国过去曾经为了堵塞商业信用渠道而严格禁止企业预付款，禁止企业间进行贷款，但实际上禁而不止，反而导致企业间经济关系的混乱和纠纷，就是一个经验。

关于限制汇票和本票的问题，提高到理论上和政策上，这是对票据的认识问题，特别是在市场经济里票据行为和票据活动的性质问题，

^⑥ 参见前引书：《票据法概论》，第214-215页。

也是我国现在要建立一个什么样的票据制度的问题。

汇票和本票作为支付工具、结算工具和信用工具，起初只是在商人之间使用，所以在德国商法和日本商法里，“有关票据的行为”，都属于“绝对的商行为”（《德国商法典》第1条第2款，《日本商法》第501条）。以后随着市场经济的发达，票据逐渐不限于由商人使用，而为全社会的人（市民）所使用。我国在计划经济时期，汇票和本票的使用范围极其狭小，甚至不许使用。在进入市场经济时期以后，票据的使用才逐步放开。在现代市场经济国家里，汇票和本票的使用已不受任何限制。这表现在，各国的票据法对汇票和本票上的当事人（出票人、付款人、收款人）不加任何限制。对本票的限制表现在其他方面，如表现在金额上而不表现在当事人上（参看台湾地区票据法第120条第6款）。我国现在既非欧洲初期使用票据的时代，也不是我国实行计划经济的时期，对当事人加以限制，实在没有什么理由。如果说，使用范围太广容易发生流弊，因而加以限制，则系因噎废食，毫无必要。

再从票据行为、票据活动的性质说，票据行为（主要指出票）完全属于民事行为（商事行为也属于民事行为），票据活动属于民事活动。在现代国家里，人民（自然人）和法人（企业）的民事行为和民事活动，除了有害于公共利益（公共政策）的以外，国家不应干预，不应限制，更不能剥夺公民进行民事活动的权利。对人民的民事行为和民事活动滥加干预和限制，是违反市场经济的原则的。我国现在实行社会主义市场经济制度，要搞活经济，更不应对人民的民事活动滥加限制。限制汇票出票人的资格，剥夺银行以外的当事人签发本票的资格，都属于这种性质的事。

关于汇票本票的这种限制规定，票据法没有从《银行结算办法》向前进。这对于我国的市场经济是“促进”呢，还是“促退”，值得三思。

关于本票，由于《票据法》第73条第2款已经订死了，除非修改法律，已无法补救。关于汇票，由于《票据法》第19条第2款的文字和第73条第2款不同，希望我国的有权机关能利用有权解释来澄清这个问题，说明这一款的规定不是限制性规定，以资补救（至少是消除

误解)。

二、票据关系与基础关系

票据是无因证券，票据关系与其基础关系相互独立，这是现代票据法的原则，已经再没有人否认了。当然在初期的票据法里，也有将基础关系订入的。例如日内瓦统一支票法（1931）也曾将支票的资金关系订入第3条，但同时在该书中规定“未依此规定而发出的支票仍有支票的效力。”再说，这是六十余年以前的规定了，没有供我们采用的价值。^⑦

对于票据关系与基础关系，我国在改革开放初期，是将二者联系在一起。1988年的《银行结算办法》（第14条第3项）规定：“签发商业汇票必须以合法的商品交易为基础。禁止签发无商品交易的汇票。”《上海市票据暂行规定》（第7条第3款）规定：“商业汇票和商业本票的签发，以合法的商品交易为限。”这些规定对票据关系与基础关系不划分开，搅在一起，破坏了票据的无因性，在过去几年里，曾经在我国的票据使用中造成了许多混乱和纠纷，给法院的审判工作也带来不少困难。经过长时间的曲折和徘徊，我国法院不得不坚持票据的无因性，委婉地排除了上述规定对审判工作的干扰。最高人民法院在一份判决书中说：“中国人民银行颁发的《银行结算办法》虽然规定签发商业汇票必须以合法的商品交易为基础，但这并不是对汇票的效力的规定。票据关系的存在并不以原因关系的成立和有效为前提，票据关系与其原因关系各自相对独立。”^⑧我国法院的这种作法完全正确，令人赞赏。

就是中国人民银行在草拟票据法草案时，也认识到原来《银行结算办法》的规定不适于市场经济的需要，所以在草拟票据法送审稿（1993年12月）时，虽然保留了《银行结算办法》中的某些规定（如银行汇票可以记载两个金额），却没有保留《银行结算办法》关于商品

^⑦ 参见前引书：《票据法概论》，第249页。

^⑧ 《中华人民共和国最高人民法院民事判决书》，（1994）法经提字第1号，1994年7月11日。载《最高人民法院公报》1995年第1期。

交易的规定。在1994年12月，国务院向人大常委会提请审议的票据法（草案）中，也没有上述的规定，而且在中国人民银行副行长周正庆向人大常委会所作的《说明》中，他代表国务院特别就票据的无因性一点指出：“票据属于无因证券。根据这一特征，草案没有沿用现行银行结算办法关于签发商业汇票必须以合法的商品交易为基础的规定。这是因为……票据关系成立后，即与其原因关系相分离。票据关系与票据原因关系是两种不同的法律关系，应由不同的法律进行调整和规范。……因此，签发票据是否有商品交易或者交易是否合法，不属于票据法规定的内容，应由其他有关的法律加以规范。”^⑨

但是，票据法在这一点却大步后退了。票据法在几个地方，不顾票据的无因性，把票据的基础关系（原因关系和资金关系）拉扯进来。其具体条文有：

1. 第10条第1款：“票据的签发、取得和转让，应当……具有真实的交易关系和债权债务关系。”这个规定较《银行结算办法》是更为落后的。《银行结算办法》第14条第3项只是关于商业汇票的规定，至于对银行汇票则没有类似的规定。现在票据法把这个规定扩大到整个“票据的签发、取得和转让”。这样，把三种票据的票据关系和原因关系混在一起了。也就是说，完全否定了票据行为的无因性。

2. 第21条第1款：“汇票的出票人必须与付款人具有真实的委托付款关系，并且具有支付汇票金额的可靠资金来源。”这个规定把汇票出票人与付款人之间的资金关系拉扯进来，在理论上是错误的，在实践中也是无法贯彻的。难道法院在办理汇票案件中，还要去审查出票人与付款人之间的资金关系，还要去审查出票人的资信情况吗？这恐怕是任何国家的法院都无法承担的任务。

3. 第83条第2款：“开立支票存款账户和领用支票，应当有可靠的资信，并存入一定的资金。”这里说的是领用支票的人与银行的关系，属于资金关系。所谓“开立存款账户，应存入一定的资金”，等于说“存款应存入一定的款项”，是毫无意义的。难道有这样的银行吗？没有收到存款就给人存款单？再说，这完全是银行自己的事，不是票

⑨ 《中华人民共和国票据法》，法律出版社1995年版，第31页。

据法上的事。支票出票人与银行之间的资金关系也不限于“存入一定的资金”（支票合同关系），还有透支合同关系、交互计算合同关系等。^⑩ 所以就以资金关系说，这一款的规定也是不全的。

4. 第 88 条第 1 款：“支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。”支票出票人在付款人处有无存款属于资金关系。支票出票人与银行（支票付款人）之间的资金关系也不限于存款关系，还应包括透支关系（即垫款关系）等。如果出票人与银行订有透支合同、交互计算合同，即使他签发的支票金额超过其付款时在银行实有的存款金额，也是可以的。所以这一款与前面的第 83 条第 2 款一样，是不必要的也是不全的。

5. 第 90 条第 2 款：支票的“出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在当日足额付款。”这一款如果是规定付款人（银行）不得延期付款（必须当日付款），不得分期付款（必须足额付款），还没有问题。如果是说付款人有付款义务，也就涉及资金关系，值得研究。旧中国票据法第 137 条有与此类似的规定，即：“付款人于发票人之存款或信用契约所约定之数足敷支付支票金额时，应负支付之责。”（台湾地区票据法第 143 条同）。有的台湾学者甚至说此时支票付款人倘不付款，持票人对付款人得行使直接诉权。^⑪ 这种说法显然是有问题的（详细理由，在此不论）。日本的判例与通说都认为支票持票人对银行没有付款请求权，^⑫ 因而付款人（银行）不负支付义务。银行即使在出票人有足够存款时拒绝付款，也只对出票人负违约（资金关系里的合同）之责，而对持票人（付款请求人）不负责任。

总之，票据是无因证券，票据关系与基础关系相分离，这是现代各国票据法的共同原则。在十九世纪以前的法国法系票据法里，票据关系与基础关系并未截然分离，“致妨票据之流通及信用，无法适应现代社会经济生活之需要”，^⑬ 所以法国以后也改采日内瓦统一票据法，修订其商法中有关票据的规定。

^⑩ 参见前引书：《票据法概论》，第 38-39 页。

^⑪ 梁宇贤：《票据法理论与实用》（下），第 739 页。

^⑫ [日]服部荣三等编：《票据·支票基础（实用编）》，青林书院新社，第 312 页。

^⑬ 前引梁宇贤书，第 9 页。

这个问题不仅是理论问题，更是一个重要的实务问题。前面说过，《银行结算办法》中的规定给我国的审判工作造成困难，最高人民法院不得不设法解决。人民银行也认识到这一点，于是在票据法草案中否定了《办法》中的规定。现在票据法在这么多条文中作出这些规定，其后果又将如何。

具体地说，法院在审判票据案件中，根据第 10 条第 1 款，要不要去审判原因关系？根据第 21 条第 1 款，法院要不要审判汇票里的资金关系？根据第 83 条第 2 款、第 88 条第 1 款、第 90 条第 2 款，法院要不要审判支票里的资金关系？如果要这样办，将造成多么大的混乱！

总之，在票据法施行后，法院在票据案件中，如何处理票据关系与基础关系，将是一个难题。由于在这些条文中，用的是“应当”、“必须”、“不得”这样的文字，表面上这些都是强行规定。当事人一定会援用来为自己服务，法院怎么办呢？票据法与《银行结算办法》不同，是法律，法院能同对待后者一样去解释认定吗？如果法院这样做（即不顾这些条文，甚至否定这些条文），这些规定又有何意义？有何作用？法律的严肃性何在？

三、空白支票问题

《票据法》第 86 条规定的是空白支票，第 87 条第 1 款规定的在字面上也是空白支票。这两处的规定都有要研究的问题。

1. 第 86 条 这一条的规定是：“支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用。”

空白票据问题，在各国票据法中都存在。日内瓦统一票据法、英国票据法、美国流通证券法及统一商法典均有规定。我国票据法虽只规定空白支票，现在也是必要的，应该的。

空白支票在我国实际早就存在。最常见的，如单位派采购员出去购物，因出票时不能确知能采购到的货物的数量与价格，遂将签章后的空白支票交与采购员。在购货完成后，采购员填写金额后，或采购员迳将空白支票交由卖货方填写，然后该支票成为完全的支票，即可由卖方（收款人、持票人）持以向银行请求付款或背书转让与他人。

还有一种常见的，某机关干部患病住院。入院时，该机关签发支票，不填写金额与出票日，交给医院，俟患者出院结算住院的一切费用后，再由有关人员（或为患者本人或其家属，或为机关来人，或为医院人员）填写金额与出票日，医院持以向银行请求付款。

在理论上，这种票据又称为空白授权支票。其特点是（1）已由出票人签章；（2）出票人有意地不填写某种事项，通常为金额与出票日；（3）出票人有意使（即授权）他人填写，即授权他人将空白支票补充成为完全支票。

空白支票与不完全支票不同。前者在出票时，或者在使用过程中，是不完全的，但在揭示付款时则一定是完全的，即已补充完成的。后者不仅在出票时是不完全的，即在最后提示付款时仍然是不完全的。因此，在前者，揭示付款后，付款人（银行）可以根据票面记载付款，持票人取得款项，与支票自始就是完全的一样。在后者，揭示付款时支票上仍欠缺（未记载）法定必要事项，依票据法第 85 条第 2 款，该支票无效。付款人（银行）当然拒绝付款。

因此，在空白支票，法律应就此规定，也就是法律应该明确的是：（1）出票时可以不记载的事项；（2）出票人的授权行为；（3）有权补充的人；（4）补充的最后时间；（5）付款人付款前的抗辩权与付款后的责任；（6）出票人的责任，特别是在补充人未遵守出票人的授权（指示）时的责任；（7）对善意持票人的保护。

《英国票据法》第 20 条特别就第（2）点、第（7）点作了规定。《日内瓦统一支票法》第 11 条特别就第（5）点、第（7）点作了规定（《日本支票法》第 11 条同）。《美国统一商法典》第 3~115 条特别就第（2）点、第（4）点作了规定。

在空白支票中，最重要的问题是前述第（6）、（7）两点。我国票据法恰恰对这两点没有规定。而对可以补记的事项只限于金额一点，与我国已行之多年的习惯不合。这种规定将来能否实行得通，是值得怀疑的。至于第 86 条中的“未补记前的支票，不得使用”一语，并无意义。因为“使用”如指出票人将支票交付与人，显然不是；如指将支票转让与人，也行不通；如指最后持票人请求付款，则不必规定（因为如持未补记的支票请求付款，此时的支票即为不完全支票，亦即

无效的票据，用不着再规定“不得使用”）。所以这句话是不必要的。

2. 第 87 条第 1 款 第 87 条第 1 款也用“经出票人授权，可以补记”，未记载收款人名称的支票，依第 85 条是允许的（该条并未以收款人名称为必须记载事项），这里也只说“可以补记”，当然也可以不补记。如不补记，那就是无记名支票。如允许发出无记名支票，“补记”又有什么意义呢？如允许发出无记名支票，关于转让的方式（交付转让）就也应该规定。

四、其他问题

票据法里，除上述三个带原则性的问题外，还有一些不明确、不合理、不完善的地方。举例如下：

1. 第 15 条规定失票人可以向人民法院提起诉讼，而无详细规定，这是一个欠缺。如果要把这一点交给第 110 条里的“票据管理的具体实施办法”去规定，是不应该的。因为失票人应该（可以）以谁为被告去提起诉讼，是票据当事人之间的实体权利关系问题，不属于“票据管理”的问题，而法院对这种诉讼应如何审判，更不是可以由人民银行规定（即使经国务院批准也不行）的问题。如果任令失票人自己去决定，也是不行的。失票人在自己遗失票据后，不论对票据上的付款人（包括汇票的承兑人）或出票人或背书人，都没有起诉的权利。所以这个问题必须要以法律专门规定。

票据法施行后，如这个问题还不解决，失票的当事人无所遵循，法院也无所遵循，那么，这种规定就毫无作用。

2. 第 18 条把“因票据记载事项欠缺而丧失票据权利”作为“票据利益偿还请求权”的发生原因之一。票据欠缺法定必须记载的事项，依《票据法》第 22 条第 2 款、第 76 条第 2 款、第 85 条第 2 款，应为无效。既然无效，又赋予持票人“利益偿还请求权”，就是不合理的。因为“利益偿还请求权”是票据法上对票据的严格技术性（要式性）起调和作用和缓和作用的一种救济性规定，^⑭ 所以这种权利只给予因

^⑭ 参见前引书：《票据法概论》，第 83—84 页。

未遵守票据法上的严格技术性规定而失去权利的人，而不给予原来就未享有票据权利的人。取得无效票据的人，自始就未曾享有票据权利，也就无所谓“丧失票据权利”可言，又怎能享有“利益偿还请求权”呢？所以一般票据法书上均以“票据上之权利有效存在”为利益偿还请求权之要件之一。^⑮ 票据法第 18 条把不应该列入的“因票据记载事项欠缺”列入，而对一些大陆法国家票据法中的“因手续之欠缺”^⑯ 一点却不列入，这是不对的，成为“当保护的不予保护，不当保护的不予保护”的不当立法。

在第 18 条中有“仍享有民事权利”数字，这几个字是多余的，反而足以引起混乱。这个“民事权利”如指利益偿还请求权，有了下文（即“可以请求……”）就够了，不需要这几个字；如另有所指，即应指明是什么权利。事实上，第 17 条已规定，票据权利在时效届满时“消灭”，这里规定“仍”享有民事权利，适足引起混乱。

3. 第 39 条规定定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。这里用“应当”，似乎持票人有提示承兑的义务，用语不确切。这两种汇票的到期日是确定的，请求承兑与否是持票人的自由，法律强制其承兑，完全不必。

4. 第 62 条第 2 款规定，持票人提示承兑或者提示付款被拒绝的，承兑人或者付款人“必须”出具拒绝证明，或者出具退票理由书。未出具拒绝证明或者退票理由书的，应当承担由此产生的民事责任。

依此规定，似乎拒绝承兑或拒绝付款的人有出具拒绝证书的义务，这是没有根据的。承兑或付款本身是付款人的自由而非义务，拒绝承兑或拒绝付款亦是自由的，怎么会有出具拒绝证书的义务呢？作成拒绝证书是持票人的义务，而非拒绝付款人或拒绝承兑人的义务（参见台湾地区票据法第 86 条、第 107 条第 2 项）。^⑰ 正因如此，各国票据法才有由公证人或其他人作拒绝证书的规定。票据法把作成拒绝证书规

^⑮ 参见前引梁宇贤书（上），第 382 页。

^⑯ 《德国票据法》第 99 条、支票法第 58 条；《日本票据法》第 85 条、《支票法》第 72 条；我国台湾票据法第 19 条等。

^⑰ 《日内瓦统一汇票本票法》第 44 条虽未规定拒绝证书应由持票人作成或请求作成，但第 46 条第 1 款则明文规定“持票人得不作成（或译免除作成）拒绝证书”。

定为拒绝者的义务而没有由公证人作拒绝证书的规定，在法理上是讲不通的。^⑧

该款进一步规定，拒绝承兑或拒绝付款的人如“未”（不是“不”）出具拒绝证明，应当承担“由此产生的民事责任”。不知这里所说的“民事责任”是指什么。

5.《票据法》第65条规定，“持票人不能出示拒绝证明……，丧失对其前手的追索权。但是，承兑人或者付款人仍应当对持票人承担责任。”

本条的问题在于，承兑人是汇票上的主债务人，如果他不付款，持票人不必请求作成拒绝付款证书，持票人也不必去“追索”，而可以直接向承兑人行使付款请求权（可以直接起诉）。

至于付款人本来不是汇票上的义务人，如果他拒绝付款，他对持票人本来就没有什么责任，怎么能要他对持票人“仍”承担责任呢？

所以承兑人和付款人没有什么“仍承担责任”的问题（至于承兑人的利益偿还义务则属另一问题），因而本条中的但书，可以不要。

五、票据法的立法政策

《票据法》里的问题，除了纯法律问题（包括立法技术问题）外，更重要的是立法政策问题。

上面讲的限制票据使用范围的问题，除了涉及对票据的认识问题外，主要是在立法政策上对票据的态度问题。在我国，由于计划经济的影响，有些人总在担心，放开使用票据会引起通货膨胀和信用膨胀，引起货币总量的增加而导致金融危机。关于这个问题，应该由经济学界去研究，这里不能详论。但是有一点可以肯定，我国的通货膨胀问题，绝不能归咎于使用票据。因而限制使用票据是无助于解决我国的通货膨胀和信用膨胀问题的。

从立法政策方面说，我国的《票据法》，应该主要从其对市场经济的作用去要求。对社会主义市场经济，是促进呢，还是促退呢？像现

^⑧ 第63条中的“依法”，实际上“无法可依”。

在这样的一部票据法，很难说它会促进我国市场经济的发展。

这里顺便提到另外一个问题。这次票据法的立法，有一个令人注意的现象。有几点重大原则问题，如限制票据使用问题，否定票据无因性问题，都是在人大常委会讨论阶段对国务院所提草案修改的结果。把《票据法》与国务院提请人大常委会审议的票据法草案比较一下，就可看出，《票据法》第10条第1款中“具有真实的交易关系和债权债务关系”的话，第21条（关于汇票出票人与付款人的资金关系），第83条第2款（领用支票应存入一定资金），第73条第2款、第74条、第75条关于限制本票的规定，都是原草案中没有而由人大常委会加上的。又有的条文，原草案的规定是对的而被改错了，如第18条关于利益偿还请求权的规定，原草案（第16条）中“超过本法规定的行使票据权利、保全票据权利期间”的话是对的，被改成“因票据记载事项欠缺”，反而错了。读一读中国人民银行副行长周正庆关于《票据法草案》的说明，就更看出这一点。这提出了一个很重要的问题，我国的立法机关和立法工作是否有需要改进的地方呢？

（本文刊载于《法学研究》1995年第6期（1995年12月出版）。值得一提的是，对于这部很多错误的法律，立法机关一直未加修改。而司法机关不得不采取补救措施。最高人民法院于2000年11月15日发布《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》，对《票据法》中许多问题（包括本文中提到的一些问题）作了补充、修正乃至纠正。例如该规定的第14条规定：“票据债务人以票据法第10条、第21条的规定为由，对业经背书转让票据的持票人进行抗辩的，人民法院不予支持。”这样就等于是把票据法第10条、第21条给否定了。其他类似情形还有不少——2002年作者记。）

关于提单的法律及其新发展

杨良宜*

作者简介

简历

杨良宜，男，1948年生于上海，5岁时移居香港。国际著名航运与贸易法律专家。现任海事、商事仲裁员；北京大学、中国政法大学、大连海事大学、上海海运学院及香港城市理工大学等十余所著名大学的客座教授。

主要学术成果

《提单及其付运单证》，中国政法大学出版社2001年。

《海事法》，大连海事出版社1999年。

《提单》，大连海事出版社1994年。

“无提单交货”，《中国海商法年刊》1994年（与田大正合著）。

“船舶滞期费计算的几个法律问题”，《中国海商法年刊》1994年。

“1995年11月1日协会船舶定期保险条款述评”，《中国海商法年刊》1995年。

“国际商事仲裁中的证据——问题领域及最新发展”，《中国海商法年刊》2002年。

* 本文根据杨良宜先生2000年3月13日、14日在北京大学所做讲座录音而整理。

目 次

- | | |
|-------------------------|------------|
| 一、物权凭证的作用 | (三) 假提单 |
| (一) 提单制度 | (四) 信用证 |
| (二) 英国“劳合法律报告”的
有关解释 | (五) 无单放货 |
| | 二、提单作为运输合约 |

众所周知，提单有三大作用，今天我们集中讲其中两个，即物权凭证的作用和运输合约证明的作用。

一、物权凭证的作用

(一) 提单制度

过去，在英国，货装船后，船长开出一份提单作为物权凭证，然后货便固定在船上。货物的表面状况、数量都签在批注栏中。假如货主见船未开走，要求开箱检查，那么船长便可要回提单。这样使货物在被人提走时，必须有提单出示。提单不能流通，因为船方不能“无单放货”，所以大家才有信心做国际贸易。银行拿到一套单证可以质押，收货人见到提单也会有信心，从而才能毫不犹豫地付款。

提单可使买方与卖方都有信心，但使用提单可能造成时间上的延误，最明显的是飞机运输。飞机运输中不存在提单一说，它们使用其他单证。货到达目的地后，马上可以交货，讲明谁是收货人即可。如果使用提单的话，货物到达目的地后，单证一般来说还没有到达，如果坚持一手交货一手交凭证，这样会带来延误，并且货物滞留在目的地，每天也需要交纳一定费用。这是因为如今海运中，船速越来越快，且短途运输路线增多，所以带来一个问题，即有可能货已到港而单证仍未发出。例如一艘船，天津到大阪，星期五下午装船，下周一一大早便到了大阪，这时提单绝不可能与货同时到达。天津的船长授权外代来签提单，可是周六、周日不工作，有可能未签发提单，这样会耽误船期。而耽误船期又会造成滞期费，船期损失可能超过利润。所以

有人提出不再使用提单。但不使用提单，又没有更新更好的东西来替代它。现在海运就面临这么一个问题。

在某些领域，提单仍是很重要的。第一，若此买卖涉及到银行质押即向银行贷款情况下，银行就需要提单来作为担保。第二，在某些货种中，如海上转卖，假设船期较长，如1个月，则有可能在这一过程中货物已被转卖很多次。譬如原油的买卖，如从波斯湾至欧洲或到美国，这些都不讲明卸货港，只表明从沙特阿拉伯到西方。海上转卖在某些领域很有必要，那么在转卖时就靠提单作为根据。提单背书转卖，海上转卖典型的做法是CIF，而不是FOB，因为CIF买卖本身就是一个单证买卖。

提单作为一个物权凭证仍是很重要的。现在有人开始着手解决这些新问题，如利用电子提单。短航次运输，根本解决不了无单放货问题。一般短航次运输中都是无单放货，要不然船期损失巨大。解决的办法就是使用电子提单，货物到港后，船方可以查看电子提单在谁手中，谁是最后一个持有者，然后问一下把货物交给谁，这样问题就解决了。这类似于“登记物权”。

电子提单有一个著名的做法称为“Bolero”。它使整个买卖通过电子进行。早在十几年前，美国有一家银行投入一笔资金，开发了一个叫SeaDocs电子提单工程，希望依靠它来解决“无单放货”、“欺诈”等问题。但SeaDocs没有成功。我想“Bolero”也不是很成功，总之电子提单目前在航运中很不成功。

提单最早作为物权凭证源于习惯。最早是欧洲商人将提单代表货权，可用于买卖，这样就形成了习惯。后来英国判例确立了这一制度。

下面讲一下背书。背书，是在提单背面签字或盖章，它实际是作为一个指示。两三百年前通讯很不发达，最安全的办法就是“背书”，大家都这样做，于是形成了一种习惯。承运人、船方、托运人如何得知货能交给正确的人呢？那就需要：(1)一份正本提单；(2)肯定该指示准确。

背书需要一个个环节连续下去。但也有特殊情况，如石油转卖了很多次，其中有很多人只是为了投机。这时背书只有签字而未表明给谁。那么这份提单就变成了一份持有人提单。谁持有提单，谁就享受

货权。无论何人持有提单，他都可以提货。当提单用于银行质押时，便背书给银行。例如，假设甲背书提单给乙，乙也可以背书下去，提单用于银行质押时，便背书给银行。提单可作为抵押，甚至可用于其他地方。最近有这么一个案子，甲向乙借钱（朋友间），答应用一批将到的钻石的利润来还款，用提单作抵押。后来钻石未到，还不了钱，承押人便要求提这批货。所以用提单作抵押不一定是银行。

有一个案例，货物从中国某港口运至中国香港，货到了，可单证未到，香港是通过一个中间商来取得单证的，但中间商还未得到单证，中国大陆的发货人还未结汇。中间商等不及，要求船方或自己偷偷地出了第二套提单。这样一来便出现两套提单。中方到银行结汇，但由于一些原因，结不了汇，于是发货方便持单证向船方要求归还货物，但由于收货人手中也有一套提单（第二套），那么发货方与收货方便需要证明货权归属。怎么办呢？船方不敢随便放货，那么货物便存在仓库或变卖掉，这种案子，中方明显应享有货权，他持有的第一套提单具有优先效力，由于中间商未拿到第一套单证，船方也就无权将货权转让给收货人。由此，有些人说提单只不过是货物权利转让，但不能流通。

如果在运输中没有必要出一份物权凭证的话，就最好不要出。因为凭证本身反而可能带来麻烦。如短途运输最好出一份海运单，海运单类似于空运单，标明了不可转让与流通，并且习惯做法也认为海运单不可转让。所以在班轮运输中海运单占有很大比例。可还是存在一半为海运单，一半为提单的情况。

提单一式几份是由于两三百年前，通讯不发达，纸张不好等原因，需要好好保护好提单。到现在实际已没有必要，但这个习惯做法一直延续到现在。有这样一个案例，20万吨原油从科威特运出，后伊军攻入科威特，结果那份提单失踪。船方坚持不出具提单便不肯放货，可发货人与收货人没有提单，对货物权属也产生争议。后来由法院确定了货物所有权的归属，但船期损失巨大，船东就船期耽误向期租租船人要租金。而期租租船人说“我可以停租”。但判决不许停租。整套提单丢失便带来这一系列问题。不过提单一式三份也带来很多欺诈。100多年前有一个案子，在该案中，确认了交货只需任何一份正本提

单船方便可以放货，发货人向银行贷款，背书给银行，并表示持该提单便可以拿到货，银行也乐意接受。谁知发货人手中有两份提单，发货人利用另一份提单提走了货物，而后失踪了。银行发现货物失踪了，便告船方交错了货。英国贵族院一审判决认为：在没有可疑的情况下，有人拿一份正本提单，即可提走货物，船方可能没有任何责任。对于船方，看到正本提单即可；对于银行则要小心点，银行需要复审，几份提单俱在才可决定贷款。发货人有单在手可以在半途提走货。英国一位法官认为：当事人应当在合约中约定要全部提单，若没有注明需要全部提单，那么一份提单即可，交货不需要全部提单。

提单一式三份的目的就是为防止丢失提单。副本提单则没有这一顾虑，副本提单上盖有“Copy”印，并注明不能转让。甚至发货人有时会给收货人一份副本提单以用于清关。但这一做法带来一个问题。如甲给收货人一份副本提单，收货人便用这一本伪造一个正本提单，然后拿去提货，船长一看没有什么可疑便放了货。这一问题到现在还很难解决，但由于副本提单是习惯性做法，因此要改变也很难。比如在一个案子中，货物运到非洲一国家，双方（一方为外商，一方为本地一家国有公司）对货物所有权有争议，若要在当地打官司，那很可能判货物权属归该本地公司。由于该船是班轮运输，结果将货又拉回起点英国，由英国法院管辖，即由英国法院来确定货物权属。中国也面临这一情况。

总之，提单制度延续了两三百年，也没有什么更新更好的制度来替代它。电子提单显得很遥远。“无单放货”问题仍没办法彻底解决。

（二）英国“劳合法律报告”的有关解释

根据判例可以看出，在英国有这样几个原则：

原则1：收货人一定要交回提单；船方不得无单放货。

原则2：只要无单放货船方便要负责任。对于这一点英、美法院无一例外。审单时要看背书正确方可放货。法院对此坚持简单的判断标准和做法，以保证提单的作用。

提单作为物权凭证，其依据有二：1. 习惯做法；2. 立法。但还有另一种就是依靠合约，即通过建立一种合约关系来把提单确定为物权凭证。你将货物交给别人托管，可约定一个条款，表示谁拿到这份单

证，托管方便可将货交给他。靠合约来约束，而不是靠立法或习惯法。

集装箱多式联运单或货代出的单证中包括了提单与其他方式单证。有争议的是这到底是不是一个物权凭证，而且在这些单证中都注明不可以转让。有些立法也有其他规定，如联合国 1980 年《多式联运公约》规定多式联运单证可以转让。实务中的做法是：在多式联运中，只要货代或多式联运人出一份单证表明不可转让，不论银行或 UCP500 等都把它当做一种物权凭证。UCP500 也承认，只要一个多式联运承运人愿意做承运人，那么他出的单证，银行也可以接受，等等。多式联运单或货代出的提单，可以通过背书，作为物权凭证。这成为一个习惯做法，但尚没有判例，也没有立法。

多式联运中也会出现海运单或标明不可转让的单证，不过发货人多需要多式联运人为他出一份标明不可转让的单证，有时人们叫它提单，有时叫它多式联运单。

对于船方，如果在装港出了物权凭证，那么交货时要坚持看到这一份单证才行。如果船方在装港出的是一份海运单，那么只要知道谁是收货人船方便放货，如同签运单一样。有这样一个案例，货物（两箱皮鞋）从中国运往加拿大，船到加拿大后，提单马上也要到了，收货人便出了一份多式联运单并讲明是物权凭证。他向船方说单证马上就到，能否先将货物给我。船方便答应了。结果中方结不了汇。于是中方在上海海事法院告该船公司无单放货，船方便到加拿大要求把两箱皮鞋拿回来，结果却拿不到。请了一个律师后，律师马上到法院申请了一个禁令，冻结鞋子与收货人的银行账户。但最后仍只拿回部分鞋子。收货人宣布破产了，那么多式联运承运人要赔偿全部损失（因为它无单放货）。

原则 3：提单一式三份，船方只要见到一份正本提单即可放货。

原则 4：真正的买方要退回提单才能提货。

对于真正的买方，即使由于提单晚一点到，法院也完全支持它。这有一个 100 多年前的案子，买方与卖方都要求船方放货，可船方拒绝，结果带来船期损失，法院认为：真正的货方要拿回提单，一份即可，这样便能提货。因为除买卖双方外，还可能有除双方之外的分买方或银行承押人。法院不会下令船上交货，除非货方提出证明（提

单),例如船到不了目的港,在中途船便被拍卖,或因意外船沉了,被推定全损等。如果由于海难引起推定全损,符合海牙规则关于免责的规定,那么等于这个合约合法受阻,这样一来承运人无需继续把货物运到目的地去。那么收货人需要自己去转运货物到目的地。这样,由于海难造成航次不能完成,就会产生保险公司赔偿问题。如果船东倒闭,那么收货方只有自认倒霉,自己去转运。类似这种案子有很多。

船出了事故或船公司倒闭,你就应当在船拍卖前把货物卸下来。船长可能不让卸,需法院出面。一般做法是首先你应出示提单;提单遗失或被偷了,那你只有去法院,让法院判决物权归属。

如果提单未到目的港,那么船期损失应由谁承担?责任人可能是提单持有人,一般是货方,也有可能是租船人。这样一来,不论承租还是期租,都不能停租,滞期费照算。所以船方没有损失,但若船东还有其他损失,可否向货方索赔呢?不一定。因为船方若滞期费订得很低,租金很低,或在这个租约后有一个很好的租约或谈好价格准备卖船,结果在卸港却耽误了,这就不止是船期损失那么简单了,它可能会影响下一个合约。那么对于这一损失能否告收货方呢?也不容易。收货人有义务提货的时间视具体情况而定。若在合理时间内收货人仍未来提货,那么船方有权告收货方;若合理时间内收货方没有拿到提单,则船方仍需等待,不可乱交货或处理货物,船方仍是托管人,负有托管责任。其他损失除船期损失外,不能要求收货方赔偿。除非提单上有明示条款表明收货方必须在船到时提货,否则视为违约。没有明示那么就看默示条款,即要在“合理时间内”提货。但船东也有其难处,船东的船期很紧,一般做法是一个租约还没完便紧接着签另一个租约,而且有些租约还保证什么时候能到,然后再希望某些收货方延期;但收货方这么做也有困难,它若向买卖另一方商量延期,对方便有可能敲竹杠。如果无法延期,船东会面临被起诉的危险,所以船东也有顾虑。那么船东能否把货卸在码头呢?这里有几种情况:第一,货物可能是很多散装货,码头不一定有地方放;第二,船方可能不敢卸下来,比如收货方地方势力强大;第三,卸下来后费用也昂贵。这样一来,船东不敢卸货,但又可能影响船期,它会处于很矛盾的境地。班轮有一种做法是:班轮一般在岸上都有代理人,它习惯于把货卸在

港口，摆放在仓库中，也有可能有些港口也不敢卸货，但这种情况较少。一般做法是将货卸在岸上。

(三) 假提单

租船时，有时会租不到合适的船。有时候租到的船太小，1万吨的货，船只能装5000吨，可信用证中还写明要“No Partial Shipment”，所以就把剩下的5000吨也要装到船上去，不过却是装在船甲板上，当然这是不符合规定的。发货人这个时候可能会搞鬼，背后换一套提单说1万吨货都装在舱里了，这就是假提单。对于假提单，在先进国家都是犯法的行为，美国规定得很明确，要坐监5年。在美国也有公司做假提单，可是一般都是电话与客户联系，很少留下文书证据，这样一旦去到法庭就很容易赖掉。

刚刚讲的是发货人出假提单，但更厉害的是有的骗子根本没有船也没有货，他出一个完全符合信用证要求的单证去银行结汇，银行付了钱，然后他溜之大吉。中国很多做外贸的人老是认为银行会在这方面把关，可是船长都看不出来有假，更别说银行了。况且UCP300、UCP400、UCP500都明确规定银行没有责任，怎么能说靠银行把关？

为什么外国不受骗呢？因为外国买家自己把关，首先识货识人，哪些卖方是可靠的，哪些来源是可靠的，他都一清二楚。对于非要买的那些来源不明的货，它首先会查明卖方；如果无法查明，就货到了再给钱，由国际银行开一个备用信用证。还有一个办法就是做成FOB的买卖，由买方派船，这样买家就会知道到底有没有货装船，同时它还会与银行保持联系，一旦发现船未装货却已有人来银行结汇，就可以要求船长开个证明拿一个禁令禁止信用证支付。所以说谁负责运输谁就在明处，不负责的人就在暗处。

中国的问题在于：一来没有这种概念，而且业务水平不高，遇到来源不明的货也敢买进。他虽晓得用FOB买货，却不懂得要自己租船。我自己就碰到这样的案子：18年前中国广东的一个公司要进口烟草，找了一个香港中间商人联络卖家，了解到这样一条信息，即印度的一家皮包公司说有货，国内这家公司就开信用证给香港中间商，香港中间商以5元钱的价差转给印度人，印度人租了一条中国广远的船，运了一船4级的烟草，只值200万元，而中国公司要买的烟草为500

万元。船到了广东黄浦，收货的中国公司吓坏了，就把货全部退回去，实际上这批货应该收下的，因为这样可以减少损失，否则退回去的话500万元会全部蚀掉。后来广远找我追运费，我就怀疑这个印度公司是否可靠，因为一般来说运费是没得赖的，它不像滞期费可能会产生争议。于是我跑到印度人的那家公司，看到他们的两本账只写着它的存款银行。第二天得到广远的授权后，我就直接到法院申请拿了玛瑞瓦禁令，把这家公司的账户冻结起来，最后印度人乖乖地付了运费。外贸局的公司这时来找我，我说要快点行动，因为已经冻结过一次银行账户，钱可能马上会被印度这家皮包公司转走。后来我又去拿了玛瑞瓦禁令，只追回160万，其他钱都转走了，损失了300多万。我还遇到这样一个案子：大概四、五年前，海南岛有一家公司想买糖，因为卖方糖的价格比市场便宜太多，他也很怀疑，但他又不知道用FOB方式来试探。卖方是香港公司，它背后是新西兰公司。海南岛的这家公司就想出个土办法：因为合约中声明糖是曼谷来的，曼谷与海南岛很近，只有四、五天的航程，于是他就要求开证结汇的中资银行拖卖家几天，等货到了看一看是不是属实，如果货物属实再给钱，他却没有想到用FOB租船。于是糖以CFR方式卖到海南岛，新西兰人拿着伪造的提单到银行去结汇，银行就一个劲地拖延时间，但又讲不出不结汇的理由，中资银行的经理只能避开风头不去上班。银行不能总拖着不付款，于是催促买家即海南岛公司赶快行动。海南岛公司就联系卖家询问为什么船还未到，卖方就说主机坏了，要10天后才能到。香港中资银行就更着急了，经理也不能总在外边避风头，要回来上班。这时海南公司找到我们，这下找对了人，我们对有关情况很熟悉，所以下就查到这个船是一个巴拿马船，船东是日本人。我们马上打电话给日本船东要求确认，未被理睬后，我就打了一个很急的电传，说再不回应，就要扣船。日本船东就回复说：有这个船，可船名被冒用了，现在还在大修。我们拿了电传去法院申请禁令，洋人法官认为船名有可能相同，但船期可能不同，所以不能轻易给信用证止付禁令。因为事态已很严重，所以我们当晚就叫泰国港口的代理查一下有没有船货发出；另一方面找英国劳氏的情报网查询有无同名的其他国家的船，结果两方面都确认没有。我们第二天拿了确认电传找到另外一个洋人

法官，开出了止付禁令，中资银行于是止付，经理就上班了，新西兰这个公司的老板也无话可说了。可是他在香港却仍然大摇大摆。尽管做假提单是很严重的违法行为，属于刑事犯罪，起诉是要警察来做的，可是警察不知道就不会对他提起起诉。所以大家做生意要自己小心。从上面我们可以看出提单作为物权凭证千变万化的事情和现象。

（四）信用证

船长出具的提单加上有经验的专家咨询后就已经可以很好地保证收货人的利益了。可能有的人会认为船长只是对提单的表面状况进行适当的检验，所以收货方的利益无法得到切实保障。其实在许多国内货物买卖中也只能做到这一点。就像在商店里面去买罐头，也不会在现场马上就打开进行检验，不可能达到 100% 的保障，只能是大体上保障了买方的利益，风险是始终存在的。如果良好的包装下面的货物并不符合要求，这种情况下，收货方也不能对船方提出要求，因为船东的义务只是检验货物的表面状况。买方应该根据买卖合同进行索赔或提出其他的要求。由此可以看出，提单对收货人是很重要的保证，它在船长的头上强加了一些法律规定的义务。国际货物买卖中，一般都没法直接看到人或看到货物，要维持这种交易关系，就势必要有对这种交易方式的信心。在国际上来说，做到一手交钱一手交货也是不容易的。所以怎么付钱怎么交货就成为很重要的问题。

信用证只是国际货物买卖付款的一种方式，法律上对付款的方式往往并不做出强制性的规定。英美法系非常强调合约自由，除非违反法院地的公共政策，一般都认为约定有效。这样，就可能会出现货早已收到，但按照合同的约定要 10 年后才付货款。不过在实践中，我们看到的一般都是通过信用证进行付款的，这是什么原因呢？前面我们说过，国际货物买卖中难以做到“一手交钱一手交货”，由于有提单的出现，可以做到的只能是“一手交钱一手交单”。在国际上的买卖活动，除非是非常有信誉的公司作为买方，否则不可能出现先交了钱再去提货的情况。另一种有可能采用上述方式付款交货的情况也只能是诸如邮购等小宗买卖活动，而且有可能上当，我自己就曾经是受害者。而先交货后收款的方式显然也不易行得通。在国际上的买卖活动，由于双方的信用程度有限，加上不可能一手交钱一手交货，付款交货

就必须在一一定的条件保障下进行。国际上的买卖双方不可能对对方的信息有全面的了解，这样在做买卖的时候就会有上当受骗的风险，当然还有其他一些风险，如交易双方中的一方有可能在买卖的过程中就倒闭破产了，这样的情况也并不少见。我们知道，商人做生意关键在于把握商机。即使在国内货物买卖中如果要求任何情况下都做到一手交钱一手交货，举个简单的例子来说，一个百货公司向电视机厂购买彩电去销售就不可能是成批量的购入，而只能是卖出去一两台，再进一两台。再说到公司倒闭的风险，有时为了规避这种风险，在国内买卖中，卖方合同中就会要求订立这样一个条款，我们一般称为保留货权条款，即在合同中订明：除非货款收到，否则卖方仍然保留有货物的所有权。这样如果买方倒闭的话，在债权人进行清算的时候，还可以把没有被卖掉的货物收回，减少损失。相对来说，国际上做买卖的风险就更加不可预测了。怎么办呢？你可能会说还是可以一手交钱一手交货。但我们首先必须明确的是，收货方去装货港一手交钱一手交货是不可以的，因为如果那样的话，就不是国际货物买卖了，而变成了本土货物买卖了。别忘了，有许多国家鼓励出口，这样做买卖可能就得不到相应的优待了。

下面我们举个例子来说明。比如 CIF 买卖，发货人从美国把货运到上海，然后告诉收货人：货到了，一手交钱一手交货，请来尝一尝 2 万吨糖甜不甜。这样倒是很好了，可是如果你作为卖方，你会不会这样干呢？不会！为什么？因为运费太贵了，装货太贵了，卸货太贵了。换句话说，你这样简直是送上门让上海的买家宰你。你可能是在两个月前定的合同，如果你把货运到上海，市场价跌了，你对买方说一手交钱一手交货，那这样你的货物就没人要了。因为你的货是 Floating Cargo，你去找别的买方的话，别人可能敲你敲得更厉害。你可能会选择告上海买方，但是很有可能合同中规定的仲裁条款在时间上又会给你带来更大的损失，所以最终你可能只能选择妥协，以低于合同价格的条件把货物卖给买方。买方也会立刻要求你订立一个“Full and Final Settlement”，避免你以后再以原来的合同起诉他。在国际货物的买卖中，有经验的卖家，没有付款的保证是不会发货的。那么在这种你不相信我、我不相信你的情况下怎么做生意呢？于是 100 多年前，

英国人就发明了信用证这个东西，即由银行开出信用证，只要卖方提供单证说明货物已经装运，银行就付款。一般信用证由国际银行开出。如果卖方还是不放心的话，他可以再多花点钱找一个自己的银行作为保兑银行。这样一来，一旦发生问题，他就可以以保兑银行作为第一被告，以开证银行作为第二被告，因为两个银行都有合同上的义务付款，从而避免银行破产的风险，两个银行同时破产的可能性不大。卖方只要能够在合理的时间内提供合乎银行要求的单证，银行就会付款。所以，我们容易看出提单和信用证是保证国际货物买卖交易的两个重要的工具和手段。

另外需要说明的是，信用证是付款凭证，有的商人就往往利用信用证可以转让的特性，作为中间人，不花一分钱就可以赚到大笔的利润。信用证长远的存在价值就是保证给卖方付款，卖方才愿意用信用证进行国际货物买卖。所以 UCP500 中有一条讲到，有不符之处，必须在拿到单证 7 天内提出。为什么要在 7 天内提出？就是趁信用证还在有效时间内受益人（即卖方）可以进行及时更改。有经验的卖方一定会把信用证要求的单证控制权掌握在手中，而不会让它控制在买方手中。信用证中一定要避免这样的条款：单证之一必须经过买方的验船师确认已经装船。因为这样的话，买方如果不想要货，就会很容易赖掉。而这样信用证会很容易过期。法律上真正默示的两项条件，对 CIF 或者是信用证来说，就只要求保单和发票。卖方答应太多的条件只能为日后带来许多的麻烦。只有在特殊的条件下才会要求有特殊的单证。如出口食品，就会相应地要求一些诸如装港出口证单据，进口港才会允许船进入。也就是说，卖方最好只答应开具进行运输一定或必须的单据。由于信用证之下有相当的付款保证，一般来说，只要不出大问题，卖方就愿意在信用证下做生意。但如果向有的国家卖出货物，而该国又比较专制，你作为卖方，如果没有信用证的保证，货款要拿到手里恐怕只能派出一支敢死队才行。

（五）无单放货

有这样一个案例：船到了目的港，收货方要求船方无单放货。于是船方与发货人联系，得知第一套提单仍在发货人手中，船方便不放货。收货方主张租船合同中已约定应当“无单放货”。但船方认为：虽

然有约定，但若是同意做违法事情，该条款则无效。现在经确认提单仍在发货人手中，且发货人也称不能无单放货，所以相当于该条款无效。针对这种情况，租船人便会想办法，即使船方不放货，那也可以，但所有因此而停滞时间不得计入租期或不算滞期费。如货物从天津运至大阪，船到大阪，租船人要求货方无单放货，并出具了一份保函，船东不同意。船东又以单证仍在发货人手中，该条款无效为由对抗收货人。收货人就称有合约条款表明，如果船东不放货，那么船方的等待时间不计入租期。船方见此招不灵，赶紧放货。所以还有很多问题尚待解决，在实务中大家把责任推来推去，即使拿保函也得看是哪家银行所出，根据信用而定。有时即使打官司也占不了便宜。有案例判决在没有合约规定的情况下，不存在船方一定要接受保函的情况。船东可以有两种做法：首先是见正本提单放货；其次若没有正本提单也可以，只要有银行出具的保函。只是有时船东会顾虑自己的船期损失。另外有时合同条款约定：根据租船的保函来卸货，但格式要依据互保协会惯用的格式。互保协会不管无单放货，但有时为保护船东利益，会出具一份保函。

英国一直支持船方必须见正本提单再放货。因为有了正本提单再放货，应该不会再有什么危险，并且船期损失也可拿回来。但还不能保证船方除了船期之外的损失也能得到赔偿。因为收货人没有提单，他在合理时间内无法提货，此时他是没有过错的。这样船方的损失便得不到赔偿。如今国际贸易中大约有 50% 是无单放货，在短期运输中则几乎全部都是无单放货（这只是根据提单统计出的数字，还不包括海运单）。在短期石油贸易中，如今世界上各大石油公司之间的交易，一般不用信用证，全根据买卖合同付款，一般都是无单放货，然后过一段时间后再向卖方付钱，一般买方不会赖，这种买卖是其他国际贸易无法相比的，而且石油公司也有预防政策。国际贸易中有一个原则，即货款应先付。假如你主张货物数量、质量不合要求，那要跟付款分开来，不能混淆在一起。此外还要防止公司倒闭。所以石油公司在订立买卖合同时，订入一条款：合约订立后一段时间内买方应开一个备用信用证出来，以用于担保。油轮一定是无单放货，一些油轮租约（甚至一些标准租约中）都有一条：船东一定要答应无单放货，租家自

己担保，但不给银行担保。例如 CIF，发货人是一家大公司甲，另一公司已开出一备用信用证，然后货到目的地，租船人要求船东无单放货。由于合约有约定无单放货，且发货人是大有信誉有保证，这些大公司不像一些小公司或皮包公司。收货人（小公司）出一份保函，那么船东表示接受，放货。但到最后，发货人去结汇时收货人主张有不符点而不要这一套单证来扯皮，那么发货人可以根据买卖合同告买方或根据租船合约告船方无单放货，但你需要考虑一下哪一方对你更有利，更能弥补你的损失，在哪诉讼对你有利。或者可以联合起来告，在英美国家允许这一做法，将船方与买方分别列为第一、第二被告。

船方也有一套做法：任何一人出保函都可，第一，若有人扣船，那么你们来提供担保放船，否则要赔偿所有有关损失；第二，船方抗辩，律师费由你们预付。有一个案例：租船合约讲货到港后要“无单放货”，但所用格式是互保协会的担保格式。可船东到目的港后，对租船人的信用有怀疑，于是船方就称互保协会的格式有一栏使用银行保函，本合约虽然没有明示，但默示有这一条款存在。但法院判决：“不须银行担保，既然合约明确约定租船人出具保函，那租船人出具保函即可。”银行担保有一优点即银行是第三者，与各方没什么实际利益冲突，因此不会与船东扯皮。但有一个问题是银行担保费用昂贵，租船人一般不愿意，现在精明点儿的租船人的租约订得很好：“船东到港后，无单放货；若不无单放货，那么滞期费等损失由船东自己负责；船东无单放货，租船人可以出具保函，但船东不得要求第三人担保”。还有这样一个案例：中国船东将货物从澳大利亚运至马来西亚，收货人要求无单放货，并出具一份保函。船方同意了。结果后来收货人不付款，发货人又找不着收货人，便告中国船方无单放货。新加坡法院一审中方败诉，中方抗辩理由是：1. “背书”。但该提单背书是延续的；2. “在船方无单放货之时，正好提单在发货人手中”，但该抗辩也未成立；3. 货物到目的地后，提单背书停止。但这一说法，英国早就推翻了，因为这样提单的物权凭证作用便丧失了。中方三个抗辩理由都未成立，结果败诉。本案中，中国船方太大意，本来合约中没有任何一条条款要求船方必须无单放货，即使无单放货，那也需要收货人出具有一定可信度的保函，或者银行保函。

这些问题现今的制度难以解决。利用 Bolero 电子提单，显得太遥远，很多人不是很了解它，还不相信这一制度。

我们再来看一个案子：货物（煤）从秦皇岛运至台中，由香港中介公司卖给一家荷兰公司，FOB 方式，荷兰公司再以 CIF 卖给我国台湾省。货很快就到港，台湾就去结了汇。中方却由于单证不符结不了汇。中方就向荷兰公司要钱，荷兰公司就找各种理由扯皮。一个理由是货有瑕疵，但它又拿不出证据；另一个理由是说根据中国政府政策有退税，要求中方把退税给他。这也没道理。但中方也做了让步，答应在货价中减 10%，荷兰公司却又说要减 30%。就这样拖了快 1 年，《海牙规则》规定的时效是 1 年，时效不能过。我先从买卖合同入手，因为对方是一个大公司，所以我放心了。其次合约中没有仲裁条款，也没有管辖权条款，这就意味着要到荷兰去告。我就问一位朋友，他说：要告的话，时间很长，并且律师费用很高。我打一个电传给荷兰公司问他要钱，他还是扯皮。于是我就找船东。船东有几条船去新加坡，我就发一份传真给船方：几个月前秦皇岛至台中的一批货。船方：早就已放货。我：那你当时怎么放的货？船方：依据第二份提单；我：那怎么行，第二份提单怎么能是物权凭证？船方无言。我：你有一船要到新加坡，我已向那边申请准备扣船。船方一听慌了，于是船方就借互保协会向荷兰公司施加压力。虽然后来荷兰公司仍未理会，但最后船东同意给钱并支付利息。

还有一个案例：马斯基公司一份提单被人冒签了。马斯基出具一份提单（不是船长签发的）。收货人拿了一份副本提单伪造了一份正本提单，船东一看没有可疑就交了货。有人提出每一份正本提单船东都应确认，但这有难度，现在货物转卖次数很多，要确认是否是一份正本提单都有很大困难，而且有可能根本做不到，即使做到船期也损失了。本案一审、上诉审马斯基都败诉，现又上诉到贵族院。马斯基这次上诉，是根据《海牙规则》有一条免责条款：“班轮运输中，货卸下来后，岸上责任一概不理”。本条款只有三个地区管不了：美国（《哈特法》）、汉堡规则（10 个国家）、第三个便是中国（《海商法》）。根据《海牙规则》，岸上责任免责。很多无单放货案子中，针对这一条款就问：船东可不可以免责？班轮因为船期的原因，船到目的港就把所有

货卸下交给岸上人员管理，而岸上人员则会由于各种原因而无单放货。这样一来，发货人、提单持有人就会告船东无单放货。船东有几个抗辩理由：一个是船期，另一个是“禁反言”，但“禁反言”的情况不多。于是船东依靠一些习惯做法来抗辩（但这成功的可能性不大，因为，首先，一个做法要成为习惯很难；其次，即使这已成习惯，英美法院还有一个杀手锏来对付承运人，即习惯法不能是不合理做法：第三就是用这条免责条款抗辩。）

“无单放货”这一现象的出现，使得无论约定得多明确都得小心。除非写得很明确：如果货到目的地，“我不管是谁都可以给他，而不负任何责任”。否则不能确保船方的利益。

我们上面谈的是一个非常重要的问题——无单交货。中国在这方面的损失非常大。有许多这方面的案例，许多骗子也甚至因此发了大财。国际商会曾公布：某君靠单证欺诈在过去 20 年里骗取了 1 亿英镑。而且这种诈骗是很难抓到的。因为这种文件诈骗跨国进行，许多国家的刑法对此没有规定，受害国多是像中国、孟加拉等不发达国家，而骗子所在国一般为发达国家，且由于其诈骗数额巨大，大量钱财流入所在国，当局就更“懒得理”了。所以基本没人管这些跨国欺骗。因此有人称假提单是“完美的犯罪”，因为其成本小，便于操作，无风险且收入大。这种人骗发展中国家是很难被抓到的。前面所述某君我也曾对付过他。他是栽在一个对英国某公司的诈骗上，结果被抓住了 9 年监。

中国目前因为这些文件是物权凭证，对付不了，而且也没找到问题所在。我常常听到“银行把关”的说法。要这样的话，不受骗都几乎是不可能的。懂外贸懂航运才可以很好地把关。我已经讲过，可以利用 FOB 买货。你可以比较 FOB、CIF 哪个合算。大公司骗你，发现没有到货，可以马上通过仲裁告它。不懂的人则很容易上当受骗。他们往往认为信用证是十分可靠的，实际不然。一个很好的方法是用 FOB 买货，自己租船。许多人往往认为太麻烦，当然租船的技术性和法律难度不下于货物买卖合同。但不麻烦怎能挣大钱呢？许多外贸公司图简单用 CFR 或 CIF 买卖，货装上与否根本不知道。中国许多公司受骗以后，法院无奈只好要求中国银行进行信用证止付，国际影响极

其恶劣。信用证的操作在 UCP 中已明确写明，而且双方合约中也一般是明白写定的。国际商会对中国的信用证止付禁令提出了严重抗议。这种不知预防所谓的把关对策，实际上是没把关系搞明白。

电子提单也会带来许多新问题。但目前电子提单可以解决无单放货的问题。而且有人也认为电子提单还可以防止一定的欺骗，如假提单。因为提单的背书等情况都要向电子提单中心登记，较难欺诈。但要求承运人买卖双方所有环节参加电子提单计划，这在目前是很难实现的。各方都不愿意出维持这一计划的费用。所以电子提单还是很遥远的，要推翻已存在了很长时间，而且也比较可靠的这种提单制度是很困难的。

二、提单作为运输合约

现在我再谈提单的第二个作用：作为运输合约。有的人认为提单是运输合约证明。其实理清关系也不难。从发货人立场而言，如 CIF 中由发货人与承运人签运输合同。他们之间，提单是合约的证明。因为提单是装货以后签发的，装货已经是在履行合约了，因此提单是合约证明而非合约本身。证明合约在更早之前已存在，规矩的班轮公司做法是非常简单而且有根有据的。运输合约往往在订仓的时候成立。他们订有仓单，里面合并了班轮提单的条款。这实际上是一个合约，条款是照班轮提单签发的。发货人发不出货，货物短缺，班轮即可以索赔。若班轮船期晚了，货方也可以告班轮公司。最规矩的班轮公司，订合约的时候，也就是订仓单的时候。然后发货人将货运至装运港，装上船以后，才签发提单。因此提单是运输合约的证明，而非合约本身。但讲提单是运输合约也未尝不可。这要看谁跟谁的关系。英美有提单法，若提单转让以后，到了无辜的提单持有人手中，新的合约便产生了。从这个层面上讲，第三人持有的提单是基于提单法的，所以说其是合约也未尝不可。因为其双方本来就不存在合约。这两种说法都是可以的。但搞清这一关系也很重要，因为收货人是从这一关系来的。

现在我来谈一谈提单法，英国 100 多年前的一个案例确认了合约

的相互关系。合约是甲与乙之间的关系，第三人均不得参与，责任也不能强加于第三人。后来一直因循下来，但带来许多不便。本来这种理论是没有错的，英美合约要求双方有合意（meeting of minds），而与第三人是不可能有的。欧洲大陆做法中也有不能将双方的责任强加于第三人的规定。但若合约给第三人带来好处，而第三人却不能插足，这在现实中带来很大困难。提单问题中最早出现这个问题的。我用岸上来举几个例子。人寿保险，受益人为我妻子，若我去世以后保险公司不付，谁来执行？我是没法起诉的，而我妻子是第三者。可能的办法是，妻子作为遗产执行人要求法院执行。若受益人是给我另一朋友，但他不是我的遗产执行人，这就出问题了，带来了头痛医头脚痛医脚的问题。英国因此有了这方面的立法。认为合法的妻子是可以执行的。但不合法的妻子呢？显然也应尊重其意志。再举个例子：转让问题（assignment）。把合约的好处转让给第三者，《国际商务游戏规则》中对这一问题已讲得很清楚了。海运里有一“喜玛拉雅条款”，都是由这一问题而来的。责任不可以强加于第三人。那给第三人合约中的好处，为什么不给第三人以自己的名义起诉的地位呢？这不是一句话可以简单概括的。

第三人可以享有合约的利益，并可以其自己的名义起诉，这可能带来这样的危险：没有人敢订合约。因为一个合约中若想由第三人占有利益，如运一票货到中国这一运输合约，若10个人主张自己有益，认为船东不适当，则显然不合适。英国最近立法改掉了。另外，同政府签订的公路合约，若允许在该合约里可得到好处的第三人可以以其名义起诉，那没有人敢订合约了，因为如果公路造到某处，有人预先去买房子，结果公路因故晚完工或不能再造了，那面对的将是诸多的告状者。因此，不是允许第三者去告一句话可以解决的。

最早发生相互关系的是在提单中，卖方订仓单，去租船，然后出一份提单。班轮合约则更简单，提单作为运输合约的证明，若没有人质疑其内容，提单的转让便与合约无关，是纯属于其物权凭证作用。最后提单转到买家手中，他到船上提货，当然可以，因为这是基于其物权凭证的性质。那么他们之间可否互相告？船方告货方，要滞期费等，货方能否告船方货损等？当然不能。因为他们之间没有合约关系。

这受限于合约的相互关系，不能告。他们能告什么呢？全部是不靠合约存在的东西。第一，货可以提；第二，船方要运费，可以留置货物，但不能要滞期费。这是英美法里面的规定。运费是普通法的问题，不单纯是合约、提单里的，船方将货运到目的地，不基于运输合约也可以要求合理报酬，这是法律赋予的不需要合约支持的权利。船方、承运方可以要求运费，这个运费不是合约中的运费，而是合理报酬的运费。船方将货由装运港运至目的港，进行留置后，收货人不能以没有合约关系为由而拒绝。但所有与合约有关费用，如滞期费，一概都不能要求。提单持有人告船方一样存在问题，因为他们之间不存在合约关系，他们告的是侵权关系。托运人在运输期间，货物有损害，同样提单持有人可以告之，不必需合约关系，难处在于举证，船方没有免责条款，货方也有不利之处。像《海牙规则》中要求船方恪尽职守使船适航，承担严格的适航责任的好处都没有了，时效等各方面也不同了。

Lambert rules 最近应用于岸上（但对于提单来讲，它是过时了）。Lambert rules 希望买方与承运方直接有合约关系，这样他们之间可以互相告，十分方便。船方可以告收货方要滞期费，货方也可以方便起诉。而许多并非合约关系的细节，可由侵权解决。英国在 Lambert 案中认为发货人虽然与船方订立合约，但双方均知提单以后是转让的。最后因提单发生问题，所以根据提单起诉，被诉的是以后的持单人英文即 contract for the benefit of the buyers。根据这一理论 Buyers 可以与承运人产生关系。法官对业务越了解，则轻重掌握得越好。英国于 1855 年出台提单法，这就结束了 Lambert rules。此后 Lambert rules 100 多年一直摆在那儿，直到最近又“跳”了出来。几年前英国又出现了一个岸上装修房子的著名案例 Linden Gardens，它适用了 Lambert rules。老房子是用石棉做的，装修的时候将之除掉。主人 A 与装修公司 B 订合约，双方晓得装修后的房子会卖掉。装修途中房子卖给第三者 C。第三者对装修极不满意，认为装修工人违约。有人认为可以用侵权来告，但合约关系是严格的，包括疏忽，应做到的事情必须做到。而这是基于疏忽而产生的合约责任，责任比侵权重。侵权不解决问题，C 就不能去告了。现在问题是：A 跟 B 订了合约，现在 A 把房子卖给了 C，那么

C不能告B, C也就只能委托A了, 但是A不一定会接受委托。我已经讲过, 因为他没必要为了出名帮C告, 就算是A愿意出名为C告, 也存在一个问题, 即A没有损失。Linden Gardens这个案件很出名, 一直打到贵族院, 把lambert rules挖了出来。就是说在装修合约订立的时候, 双方都知道房子可能会卖出去, 所以这个合约是for the benefit of buyers, 所以A可以拿回损失给C。但是这样做仍然会存在很多问题: 首先C要借用A的名义, 其次C有可能担心A拿到赔款后不给自己, 而要求签订一个预先转让协议, 然后可能在有些情况下还要申请法院的禁令才能拿到钱; 另外一方面需要注意的是, lambert rules并不是在所有情况下都适用, 如果在订立修理合约时, 双方并不知道房子要卖出去, 就不能适用。

英国1999年11月有一个很重要的立法“Property of Contract for Party Act 1999”, 这就是由于Linden Gardens这个案件的影响所致, 因为实际生活中这样的情形实在是太多了。判例法有其自身的局限: (1) 如果当事人不把案件打到贵族院, 就不能形成较有影响的判决, 以形成先例; (2) 即使打到贵族院, 只要当事人不对法院想解释的问题进行争论, 法官也没办法。实际上, 判例法受双方当事人的影响较大。这个时候, 采纳了大家的意见的成文法就会显示出其威力。英国1999年这个法到底会产生什么样的影响还很难说。它有几个原则: (1) 它不准备把门打得太开, 能够得到这种便利的人必须是合约规定的第三者, 典型的如保险合同。若是合约中默示的第三方, 这一点就比较不明确, 你想提单转让后是无法明确谁是最后的买家的。同时该法也允许通过合约自由订立不许第三方占便宜, 英国的一些标准合约, 如建筑师协会的合约就已经更改了, 说明: 本合约不允许第三方来赚便宜, 因为他们怕以后发生合同风险: (2) 这个法律说明, 一旦合约确定了这个第三方的权利, 任何一方都不能进行修改了, 这一点很重要。举个例子, 如果一家美国公司去英国投资办工厂, 他和英国的一家保险公司签订了合同, 为职工进行保险, 结果有一工人因工伤住了院, 花销很大, 这个时候美国公司在英国的工厂倒闭, 工人只能去向保险公司要钱, 他要依合约直接起诉。但在这个过程中, 英国的保险公司可能会要求与美国公司重签合同, 以避免索赔。所以立法中规定, 第三

方权利一旦确定，就不能由原合约方修改和解除。但是这样一来又带来了新的麻烦，在海上运输中，买卖合同和租船合同中往往有关于经纪人佣金的约定，经纪人是第三方，现在可以不靠其他人自己起诉，但是如果合约不可以修改，就会给船东或租船人带来很大麻烦，如运费或租金就不能减少或者改变了，所以在越来越多的这种合约中都明确地写明 1999 年的法律不适用。我在《国际商务游戏规则——英美合约法》中写了很多自己的想法，大家可以自己去看。

下面我继续讲提单，提单这方面的问题早在 1855 年通过提单法就解决了，普通判例法没有跨越的障碍在提单法中早就跨越了，也就是提单经过转让，提单持有人就与船方有直接合约关系。1855 年的提单法，说明针对第三者有个责任：如果提单到了第三者手中，一个合约将产生，这个第三者可以享受有这个合约的权利，同时也须承担一定的责任，那么船方可以向他索赔滞期费或其他一些合约项下的内容。例如船方运的是危险品，发生了事故，收货人也要同样承担责任，而不仅仅局限于发货人。同时 1855 年的提单法加了一句：只有提单经过背书转让，为了转让货物所有权，才产生新的合约。这实际上是考虑了银行的利益，因为银行作为承押人，他有提单保障，提单是物权凭证，但是银行与有关各方没有合约关系，这样就有利于银行从事融资等系列服务。有人认为银行的这种保障是一种特殊货权，只有在买方不付钱的情况下才生效，也就是说 1855 年的提单法的目的只是通过提单的转让，把货权从卖方手里转到买方手里。但在这样的字眼下，提单法就不适用于银行。后来，英国法院越解释越严格，背书不是为了转让货权，只有在有买卖合同的情况下才能认为是可以代表货权的转让，不是这样的话，就不能适用 1855 年的提单法。不能适用提单法，也就是说，提单仍然可以当作提货的凭证，但是合约就不能转让了，这就带来过去 10 年里的一系列同类案子，我们称之为 Title to Sue。前面谈到背书不连贯，现在英国的法律钻到死胡同里不出来了，里面判的案子有一种是无单放货，在背书的时候，货已经被吃掉或用掉了，那么这个时刻背书转让提单是否具有转让货权的效力？英国法官判定：这时的背书转让提单不是为了转让货物。那么这样可能使短航次的提单都不能适用 1855 年的提单法，问题很严重，1979 年的英国货物销售

法认为分不开的货是不能转让货权的。比如散装货，混在一起，给不同的买家，如从日本运10,000吨化肥给青岛的客户，运5,000吨化肥给天津的另外一个客户，为了省钱，就只用一条船运，如果船上的货物在半途中损失，全部损失好定，但如果只损失一半，你说是谁损失呢？在这种情况下，这种提单背书结汇是否是为了转让货权，法律的规定或者实际上都不大好处理的。因为货物都没有分开，怎么转让？1855年提单法不适用。英国有一个很有名的案子打到贵族院，叫“Aliakmon”案，说的是韩国一家公司卖钢材到英国，托收，但是买方给不出钱，英国买家说要把货物分销了才有钱，韩国公司也愿意这样做，就把提单背书给英国买家，但约定直到货物分销以后给钱，货权才能转让，货卸下后发现货损货差。分销后，英国买家付钱给韩国公司。1年时效还未到，英国买方开始告船方。船东的律师说提单法根本不适用，因为背书的时候不是为了把货权转让，背书只是给收货方用来提货。这样一来问题就大了，英国买方说要告侵权，可是用侵权告也有问题，因为货损货差发生时，买方没有货权，而对于侵权，英国法律认定是比较严格的。只有经济上的损失没有实质的权利是不能告的，也就是要求英国买方在发生货损货差的时候是货主。这样人们发现1855年提单法的规定已经不行了，于是现在出了1992年的提单法。

1992年提单法首先认为有关单证转让的同时就代表合约的转让，除了提单以外也包括海运单或未装船提单。海运单不是物权凭证，但是已经可以作为运输合约出现了。它说任何人拿了提单成为lawful holder都可以与船方发生合约关系，也就是相对船方来说，收货方也要负担一定的义务。1992年的提单法要求要成为lawful holder，必须具备两个条件：（1）经背书转让获得提单；（2）拿提单去提货或起诉船方。关于这方面有一个很著名的案例：美国的一家石油公司卖给西班牙石油公司一批石油，西班牙的石油公司很精明，叫美国卖家将提单背书给他控制的一个皮包公司，第一次背书错了，写成了西班牙石油公司为收货人，后经西班牙石油公司要求改为收货人是另一个公司，而这个公司实际上是皮包公司。运石油的船在到达港口时，发生原油泄漏事故，合同是FOB条件，由于在合约中只是标明运到西班牙的

main port, 所以承运人要对 lawful holder 提出诉讼, 要其承担港口不安全
的责任。英国法院一审认为: 西班牙石油公司并非是 lawful holder,
lawful holder 是其设立的皮包公司, 因为租船人和被背书人以及收货人
都是皮包公司。这个案例告诉我们, 如果你要买进危险品, 发生了事
故, 千万注意, 如果损失较大, 就干脆别提货了, 即使提货也只能设
计一个皮包公司, 不过 1992 年的提单法这样做确实照顾了银行的利
益。

(本文原载于《海商法研究》, 法律出版社 2000 年第 1 辑)