

# 中国法学会商法学研究会2016年年会会议实录

## 第三分会场

### 【分会场主题】

国际化背景下的商法新问题

### 【第一单元】

主持人：

1、徐卫东（吉林大学法学院教授）



2、宁金城（郑州大学法学院教授）



**【主题报告】**

- 1、论股权众筹的统合立法与分类监管，马其家（对外经济贸易大学法学院教授）
- 2、金砖国家商事主体信息披露传统、沿革与现状，陈怏怏(华东政法大学国际金融法律学院副教授)
- 3、电子票据法律风险问题研究，张继红（上海对外经济贸易大学副教授）
- 4、公司法迈向国家化的法律框架，李梅芳（香港恒生管理学院助理教授）
- 5.“一带一路”背景下我国企业对外投资法律风险防范，张敏（西北工业大学法学院副教授）

与谈人

- 1、李青武（对外经济贸易大学法学院副教授）
- 2、赵意奋（宁波大学法学院副教授）

自由发言

## 【分会场主题报告】

### 一、论股权众筹的统一立法与分类监管

马其家（对外经济贸易大学法学院教授）



马其家：谢谢大家，各位专家、各位同学，我把有关股权众筹在我们国家的立法和生活当中的一些情况简单的汇报一下，我的题目叫“论股权众筹的统一立法和分类监管”，股权众筹和传统的股票发行所不同的地方，是通过互联网作为平台来进行的。从本质上来说它从发行来说也是一种资金流通的方式，一种投资行为，从投资者来说是一种投资行为，唯一不同得就是发行人要通过发行股权来筹集资金，它的信息是通过一个网络平台发布的。而投资者要投资也是通过网

络来进行的，它和传统的像股份有限公司和其他的发行人或者上市公司通过发行股票融集资金所不同的地方就是一个平台的不同。互联网我们知道它有虚拟性，这个东西看不见摸不着，所以它相对于传统的股票发行、股票投资，它的风险要大一些。所以从全球来看对股票的众筹，尤其是通过互联网的发行股票融资或者筹资、投资都有监管。国外来看像美国是在2012年通过了一个法案，像新型企业在起步阶段的融资行为还有投资者的投资进行监管，从我们国家的立法来看，我们国家证券法是在2006年修改了一次，去年为了推出股票发行注册制，全国人大常委会搞了证券法的修改草案，在这个修改草案里面大家看见了，其中把股权众筹、股票发行的方式在这个草案里面做了规定。但它仅仅是个草案，全国人大的证券法的修改稿是通过了一投，二投还没通过，一般要三投才能成为法律，所以它今年是否能通过可能还要思考。这就是从我们国家的最高立法机关全国人大来看没有这方面的立法，国家的行政机关像国务院它的行政立法也没有，在2014年12月份由中国证券业协会起草了一个有关《私募股权众筹的管理办法的征求意见稿》，而且仅仅只针对私募的股权众筹，通过一个中国证券业协会的自立监管规则来进行规制，而且还没有成为一个生效的规则，仅仅是在征求意见。这是我们国家有关股权众筹的新的融资和投资模式，我们国家现有的法律方面仅仅是个空白，像中国证券业协会也是仅仅就私募股权众筹做了征求意见稿发布了，还没有生效。我们说股权众筹既然是众筹要涉及到很多人，我们国家法律规定，向公众或者向特定对象发行股票超过200个人就是公募，像美国和其他国家对公募监管比较严一些，通过发行股权融资比较严一些，我们国家是核准制，要向中国证监会提交材料，通过开会表决是否符合标准，美国来看是注册制，要向美国证监会提交注册材料，通过强制性的注册，发行人批了本次发行股票或者证券有关的财务信息、经营信息、发行人主体本身的信息也做出了强制性的规定，这是注册制，公开发行的。我们国家的股权众筹在生活当中也有，从2013年就开始已经有了，像北大有个咖啡馆，北大毕业的学生在社会上已经比较成功的可能回北大在咖啡屋喝茶喝咖啡交流一下，通过这些筹集资金找机会、找项目，而且在生活当中还有一些公司也是通过众筹的方式来融资。但是存在的问题是，我们国家也有，国外为了鼓励中小微企业、刚起步的企业，这个时候需要钱，这个钱通过向银行借款，银行因为风险的问题也不愿意给，通过主板、新三板申请公开发行股票、上市、或者挂牌融资都有门槛限制，主板是三年，创业板是两年要求，有的公司刚起步成立可能只有几天几个月不到两年三年，它需要资金怎么办？而且它的财务方面也是有，它没有盈利，通过我们国家的主板、中小板、创业板，通过新三板发行股票融资没有可能性的，所以在我们国家借鉴美国的股权众筹的立法，来制订相应的监管规则，发展我们自己的股权众筹这还是很有意义的，一方

面可以解决一些小微企业的融资问题。另外我们国家钱很多，钱多但是项目比较少，现在都是钱找项目，所以它对投资者也可以提供一个投资的品种。所以我们国家无论怎么样说也是需要出台一个有关股权众筹的法律。从全国人大制订相关法律的细化规定可能性不大，因为这个还是新东西、很多东西不成熟，可以由中国证监会出台一些部门规章来对私募股权众筹或者公募股权众筹进行统一立法，这就应该比中国证券业协会搞的有关私募股权众筹立法好多了。当然中国证券业协会是自立监管机构是自立监管的规定，法律上不是部门规章，所以我觉得简单的把股权众筹统合立法的主要内容和分类监管的想法跟大家交流一下。向各位专家请教：

一个是监管问题，既然是公募股权众筹和私募股权众筹统一立法，那么就涉及到通过网站或者网络平台公开发行股票的问题，公开发行股票按照现行法是要报中国证监会核准的，如果是私募的无论是哪个国家不仅是中国还是像西方这些国家他们也是实行，后面私募涉及到的少而且是专业的机构投资人，即使是个人参与进来都是有一定门槛的，都是比较有钱的人，像我们国家草案规定各种投资者起码要最低三年的，平均收入不少于50万或者是他持有的金融资产不少于300万，基本上这类人还是很有钱的，他们通过网络参与股权众筹项目的投资还是可以的。因为他毕竟有钱，有风险能力。另外机构投资人有自己的团队，所以私募可以交由中国证券业协会管，具体可能涉及到私募股权众筹项目，假如它的形式是个有限合伙制的，那么就按照现行体制由中国证券投资基金业协会，它那个系统备案，如果是公司制的就是，如果是私募的则不能超过200个股东，人数是有限的，采用的是有限合伙制那么投资者人数也是有限制的，我们认为合伙企业法规定是不能超过一定人数的。

**主持人 徐卫东：**由于临时投影不能使用，听会的各位代表稍微困难一点，听了教授的介绍得翻一下论文，这个问题大家很关注，我们跟宁老师商量，想这样，有一位老师没来，我们5位都发言完，在这个期间想做出提问的，比如想对马老师提问的可以稍作准备，等到与谈人最后发言完之后还有大概半小时的时间，下面再对各个教授提出不同的研究的问题再提问、再回应，我们这样进行。时间可以给予每个发言人10分钟，因为李杏杏老师不一定能按时赶到。下面由陈秧秧老师做发言。

## 二、金砖国家商事报告比较研究

陈秧秧 华东政法大学国际金融法律学院副教授



陈秧秧：各位专家，下午好！我报告的主题是金砖国家商事报告比较研究。这个选题是针对今年年会“商法的国际化”主题特地投过来的，旨在思考我国商法体系、商事法律制度安排对商事主体会计账簿和财务报告的规范重视不足的现实问题。这里，商事报告指商业簿记和财务报告。在我们国家，企业会计账簿和财务报告长期由财政部负责宏观统筹和具体制定，这些规则在技术含量和准则背后的理论体系构建上事实上已经做出很明显的改进和提升，并且，基本上这些规

则和国际上的商业惯例已经高度一致了。但是，财政部门主导的更多体现了商事主体意思表示的规则构建和商事法律制度安排之间出现了一定程度的分离态势，也就是说，我们的簿记与报告规则没有充分镶嵌在现有商法架构中，商法体系也没有充分吸收现实商业世界的实际处理规则。所以，从商法角度，这项缺失可能影响商法体系的内在一致性和完整性，进而影响商法的效力、解释以及适用。基于这样的逻辑，我的报告拟从比较法的视角，对金砖国家以公司类商事主体为代表的商事报告制度安排进行考察。

首先，我们看一下巴西。巴西这个国家公司法的历史是非常悠久的，可以追溯到1940年公司法，巴西的公司商事报告在公司法的驱动之下已经形成了一套十分健全的范式。从1940年到2007年的公司法改革，巴西的公司法在立法层面非常清晰地奠定了簿记与报告的基本原则和框架，譬如资产负债的计量标准，利润如何确认，分红如何分配，所以，截止当前，现代化的巴西公司法从立法层面就强调了商事经营结果的可比性，强制性外部审计，通过公司立法灌输财务数据的真实与可靠性理念。与此同时，巴西公司法也非常及时地对国际上商事报告规则的变化做出回应和借鉴，具体地，已经确立与国际财务报告准则（IFRS）相趋同的路径，正在比较快地实现国际化转型。

第二个国家南非。南非深受英国的影响，所以，总体上南非公司的商事报告框架带有英国公司法的明显烙印。这表现在南非的公司法明确规定，南非的公司应该按照南非企业界普遍接受的会计实务（SA GAAP）编报财务数据。受英国公司法的影响，南非公司商事报告过程中，商业界（以会计职业界为代表）广泛介入到公司法律规制的过程之中。当前，从国际视角，南非比较快地实现了跟国际商业报告标准（IFRS）完全一致的进程，所以，南非比前面的巴西可能跟国际接轨的程度更进一步。这也表现在南非的约翰内斯堡证券交易所要求国内上市公司从2005年开始就按照国际标准编制财务报告。所以，南非的公司商事报告特征表现为南非的公司法、商事报告规则、代表商业界的会计职业界以及国际惯例是高度契合的。

第三个国家印度。印度也是深受英国的影响。从1947年国家独立到20世纪90年代初，印度的商事报告以公司为例基本上是跟英国完全一致的，也是受英国的会计职业界高度自治的影响，印度公司的商事报告规则制订过程中充分体现了作为商业界代言人的会计职业界自治的深刻影响。从90年代中期开始，印度开始深层次的经济改革，这一进程中强化了商事报告和对外披露。这主要表现为《2002年印度证券交易所法案》和2006年公司法的一项具体改革措施（组建报告准则委员会，加大对规则制定的介入），强化对当前的商事报告安排。概括讲，印度的公司商事报告特征是代表商业界的会计职业界和公司立法层面是密切互动的。

第四个金砖国家是俄罗斯。总体上，俄罗斯的公司商事报告特征可以表述为国家控制下的经济核算和市场改革工具。这是它的整体特征。俄罗斯公司商事报告的法定要求主要来自于两个部分：一是俄罗斯民法典和股份公司法律规定；二是俄罗斯中央银行和财政部制定的俄罗斯会计准则（RAS）。俄罗斯商事报告的主要特征是它的商业簿记是高度统一的，上述两大法律渊源对这些企业主体的报告框架和编报程序等都做出了非常严格的规定。而这些报告主要是提供给俄罗斯的国家统计部门、税务机构和公司股东，其他利益相关方是较少被考虑的层面。结合上述制度背景与特征，就不难发现并理解，俄罗斯跟国际商业报告惯例的差距是非常明显的。这里有很多具体的事例，比如在俄罗斯法定报告是公司自身的个别报表，对合并报表没有做出强制性要求，那么，如果公司存在子公司，合并报表不在法定的编报要求之列。与此相关联的，俄罗斯没有具体的企业合并规则。与金融市场创新相关的衍生品与套期会计等也几乎空缺。因此，在俄罗斯，商事报告带着明显的簿记烙印和政府管理色彩，所发挥的对利益相关方的信息供给和对外报告职能是比较薄弱的。

再来看我们国家。我们国家就企业公司层面的商事报告而言，其实遵循一种比较严格的强制主义。我们有一部法律是《会计法》，对账簿制作、报告编制等进行规范，但是，这部《会计法》是粗线条的，从与国际对接而言，这个问题更加突显了。一方面，在商业活动跟世界一体化进程中，作为商业界代言人的会计职业界事实上已经主导了（或正在主导）我们商事报告规则的制订过程，也就是说，通过会计职业界的经验判断与意见表达、具有由财政部制订的企业会计准则和会计制度，这些业界的规范事实上已跟国际惯例高度一致了。但是，从商法角度看，比如公司法，可能对此没有做出很及时的回应，它会表现在我们商事领域中的簿记语言、记账规则等没有在商法、公司法中得到具体和充分的体现，财政部主导的会计准则也没有在商事立法中得到充分和及时的回应。所以，这就引发出一个问题：我们的商法是不是有意无意地忽视了商事报告，这一商事领域中十分重要的商事主体财务报告的现实世界？

因此，经过这一项初步的比较法研究，我们有几项粗浅的发现和建議：首先，基于对金砖国家商事报告的分析，我们倾向于认为，比较发达的商法或者公司法应当匹配比较发达的商业簿记和财务报告规则，如果国家的市场经济是相对发达的，商法和公司法已经比较成熟和健全的话，商业簿记与报告规则也应当天然地包含在这些商事法律安排之中。第二，真实的商业世界中的报告语言（其实是会计语言）能不能跟商事立法之间加强沟通和对话？就目前而言，双方之间的交集很少，而在商事报告法律制度构建中，对现有会计准则、会计制度的借鉴与吸收或将能很大程度上且较为快捷地填补现有商事立法中的这一缺陷。第三，面向国

际化。商业世界是没有边界的，现实的商业活动已经充分融合在全球一体化进程中。在这个过程中，商法体系的内部完善是否应当向更多融合职业经验和国际标准的多元化方向发展？以上是我的发言，谢谢！

**主持人 徐卫东：**谢谢陈老师！她提出了一个非常好的问题。在赵会长的讲话当中也提到这一届中国商法学研究会一个重要的规则是制订商事立法、商法通则，其中，按照传统的大陆法系商法，商业账簿部分是商法的重要组成部分。事实上现在在我们的教学当中商业会计的部分基本上是没有的，这个领域将来从企业的经济活动的社会监督、市场监管、信息披露包括公司治理都有很多具体的规则，是不是现有的会计制度简单的对商法的承认还是一种什么样的模式选择？这个问题非常有价值。第三位发言的教授是上海对外经贸大学的张继红教授。

### 三、电子票据法律风险问题研究

张继红（上海对外经贸大学副教授）



张继红：非常感谢组委会给我这样的机会，组委会给我的是命题作文，电子票据法律风险研究。我从事票据法教学十年了，电子票据也是当前票据立法研究中的一个热点问题。更多的学者关注于商法其他领域，早上开大会的时候看到有

公司、证券、信托、破产等等专业委员会，好象涉及到票据这块就被忽略掉了。我作为票据法专题的唯一一位发言人，承载着重要的使命和意义。下面就我国的电子票据的立法建设谈几个比较重要的法律问题。

传统纸质票据——汇票、本票和支票在我们国家的使用和流通范围是比较窄的，一般的商事主体使用票据的机会也比较少，我国票据立法又具有典型的中国特色。电子票据也是衍生出来的一种新的形式，首先介绍一下电子票据与传统票据的差异，这种差异性决定了今后在电子票据立法的着眼点中必然有与传统纸质票据不同的规制思路。主要的差异性体现在五个方面：1、权利载体、期限、签章、金额不同。从形式上看电子票据显然是无纸化交易，通过信息的流转、发布指令进行资金的收付、结算，与传统纸质票据在载体上有明显的差异。期限方面，纸质商业汇票是作为短期融资工具使用的话，它的期限通常不超过6个月，但电子票据可以长达一年。从短期融资工具角度看，电子票据利率比较低，手续更加便捷。签章方面，传统的就是签名、盖章、签名加盖章，而电子票据采用了电子签章。这里，传统的伪造、变造、涂销等票据瑕疵风险在电子票据上已经不复存在，所以风险关注点亦应有所不同。再看金额，传统纸质票据最高一亿元，电子票据单张金额可以高达十亿，这也是电子票据新的亮点。

2、票据法律关系主体不同。电子票据有了新的票据法律关系的参加主体，我们以前讲到票据关系的当事人，即出票人、背书人、保证人、承兑人等，但电子票据还需依托两个机构：第一是电子商业汇票系统（ECDS）。经央行批准，依托网络和计算机技术，接收、存储、发送电子汇票数据电文；第二是电子签名认证机构。即票据当事人在进入电子票据交换系统中后，会有严格的数字证书体系对其加密，并获取唯一的认证数码，安全性更高。

3、效率成本角度考量，电子票据效率更高、成本更低。电子票据在使用过程中由于不受时间空间限制，交易手续被简化，大大缩短了交易在途时间，降低了传递与保管的成本，提高了资金使用效率。

4、从法律监控的角度来看，电子票据更加安全、便于风险控制。票据业务电子化确实会让信息可追踪、更透明，十分利于风险防控。监管机构可以快速的了解在电子商业汇票系统内存在哪些漏洞，它的风控能力比传统的纸质更加有效。而且，电子票据的出票人要在电子商业汇票上记载它的评级机构、信用等级及评级到期日。

5、流通范围角度看，电子票据相较于传统纸质票据更窄一些。电子票据依托网络计算机，只能在专用网络系统中进行传输。因此，其流通性小于传统纸质票据。

统计数据显示，15年前三季度出票总量，传统纸质票据占到15.2万亿，电子

票据1.4万亿，也就是说接近10%；票据贴现及承兑总量上看，电子票据则超过了20%。可以这样预测，电子票据将是票据市场未来的一个发展趋势。

第二，电子票据概念。目前还是有着广泛的争议，主流观点认为它是票据电子化的信息记载、生成和流转以及业务处理过程。我认为，纸质票据表面形式的变化并没有脱离权利本身，也就是它仍然是票据权利的一个物质载体，只不过现在变成了一个信息化、电子化的载体。

第三，电子票据立法现状。对于电子票据的法律规范只有两个，即2009年《电子商业汇票业务管理办法》以及2005年《电子签名法》。仅从名称上看，我国目前电子票据规制范围极其有限，仅仅规范了电子商业汇票，并未涉及电子本票和支票，存在立法真空；而电子签名法也仅仅就签章问题作出规范，立法亟待完善。事实上，《电子商业汇票的管理办法》仍然保留了电子票据交易的真实性原则。第33条、35条、46条，反复强调“真实的交易关系和债权债务关系”，这些词汇频繁的出现和使用。如果在第一时期或者说在票据市场的初创培育阶段强调交易安全性的话，到了电子票据发展阶段，我觉得就应该肯定融资性电子票据的法律地位，回归票据无因性的本质，为融资带来相应的便利。实际上，我国目前票据已经发挥了短期融资的积极作用。

第四，立法完善思路。说到立法模式，学者提出三个主要观点：第一是制定一部专门的电子票据法，这个立法成本比较高。第二，在《票据法》专设一章，总则中就电子票据设定为一种新的票据类型，同时添设一节专门就电子票据的新型风险以及它的特点规定相应规则。第三，通过司法解释进行扩大化解释。我比较赞同第二种模式。

同时，应明确电子票据法律关系主体的权利义务安排。配套制度的完善里，我认为可以借鉴台湾地区的集中登陆保管制度。目前电子票据的信用评级主要是依赖第三方民间机构来完成的，我们如何保证评级的客观性、真实性、不发生利益冲突，如何完善电子票据信用评级制度，需要作进一步的思考，因为时间关系就不展开了。

此外，因为接入机构以及运营机构和电子签名认证机构都掌握了客户的真实信息，在大数据时代、互联网+背景下客户信息更容易遭遇泄露等风险，因此电子票据领域不同于传统纸质票据的一个突出风险，就是信息安全问题，也需要完善相关法律制度。

以上就是我的汇报内容。谢谢！

**主持人徐卫东：**20世纪50年代我们国家指定的几个具体的商法和基本法大多数进行了修改，唯有票据法修改困难重重这个问题的研究实际上很有理论上的意

义。张老师介绍的后面大家提问题的要赶紧准备说一下法律风险问题，因为你介绍的问题在标题当中考虑法律风险这块，一会儿希望你再做一下解释。下面李梅芳老师。

#### 四、公司法迈向国家化的法律框架 李梅芳（香港恒生管理学院助理教授）



李梅芳：各位专家同志好，因为我的国语说的不好，多多包含。我本来预备了PPT的，现在用不了了，所以听不清楚可以再问我，我的题目是“公司法迈向国际法的法律框架”，而且是针对香港新的公司条例里头的中小股东的利益、权益的保护。中国公司法跟香港的公司条例两个都是在2014年3月做了修改，中国公司法在3月的修改只是做了非常基本的修改，应该还是比较小的修改。可是在香港的公司法以前是300多条文，现在改了900多条，改了很多，而且改的层面比较广、比较深，所以我就针对中小股东的条文再说一下。香港公司法在承兑方面比较长一点，而且在部门法里头是各级独立的，香港公司法不一样，会说明有一个范例就在公司法里说清楚有更正的。我下面再说清楚一点。

首先说在香港公司法里头做了什么东西。香港公司法是跟从英国法的，有150年的历史。在香港里头改的公司法主要有三个阶段，从前都是跟英国的，现在因为向金融中心方向走，所以公司法改的时候不是跟英国，都是跟从其他国家改的，好像是澳洲、加拿大、新加坡的公司法改的，不单单是跟英国。而且在从前因

为要修改公司法它很久以前在84年已经成立了一个公司法改革的委员会，这个委员会的委员包括不同的界别。金监、银监、律师、会计师不同部门的人，是固定成员的，不单单是短期的，是长期的。而且通常他们的建议，公司法都是接纳的。修改这个新的公司法在2006年已经改了，我之前说是根据不同国家全面的改，尤其是公司治理的方面，在公司治理方面主要，因为香港跟大陆都有，很多公司是大股东为主，香港是家庭股东为主，所以在公司治理里头，在小股东权益的保护比较多一点，尤其是近期话语权方面都有很多不同的规定，比较长期的规定，而且在法律诉讼比如派生诉讼里头都有保护。在保护小股东权益里头我们也有一些执行，因为小股东如果没有限制他们的权利，他们可以令公司有一些，运作有些问题，比如很多小股东让公司查阅他们文件的时候，公司很麻烦了。我们要做保护权益跟限制他们权利的里头做个平衡。在香港改善小股东里头有两个层面，第一个层面是在内部的，就是我说得公司披露跟参与权利。另外一个是我说的第二层面是外在的，就是法律诉讼里头。

针对第一个层面披露方面，披露有董事部报告，董事报告里头他们新的公司章程有个新的规定，一定要包含业务审视，就是对公司多一点的披露，比如顾客跟供货商的关系，公司将来的发展，种种不同的风险都要披露出来，这是一个规定，每家公司都要做的，不一定是上市公司，其他公司都要做。可是小的公司就有另外一些规定，因为太小了，这个需要很多钱做的，所以如果是小的公司就不用做了。中国的公司法在披露方面通常不是在公司法里规定，是在上市公司里规定的。这个在中国公司法没有规定，这个披露不是自己还有关联人，关联人的范围涵盖了很多，不一定是结婚的伴侣，同居、同居的子女跟董事一起住了都要披露。

在查阅记录方面，简单说主要是，我想说的比较明显的是个人的资料，在香港公司法明确规定一定要根据个人资料私人条例做，在公司法里可以看见他们是互相引用，在中国没有这个做法。而且在记录方面的查阅上市公司和非上市公司都可以的。

另外一个话语权，话语权我想说的是回避制度，回避制度在香港条例的改变比较多，有很多行为都一定要有利益关系的人不可以投票。贷款、董事会的受雇都是要用回避制度，中国的制度就没有这么讲。在股东大会发言权，新的公司章程说明了费用都是公司付的，中国公司法没有规定诉讼条例，香港有不公平的损害股东权益的补救，在香港很多股东都可以用，而且在赔偿方面法庭有很大的权利，其中一个权利就是公司很健康，如果股东权益受损，公司可被要求清盘。在中国有相类似的条文，但是只是关于违反法律就可以申请，可是在香港不一定是违反法律，就是你的权益就可以了。另外是派生制度，中国有持股的时间及数

量规定，香港没有的。香港法庭方面有很大的讼费权力，中国没有。香港法律的改变在方法跟内容上可以做一个参考。方法上可以成立一个委员会，香港委员会内容就是加强一些清晰度多一些条文让股东怎么精准的去做。谢谢！

**主持人徐卫东：**谢谢李教授，没有PPT我们听着也很费劲，香港这次条文修改变化很大，对中小股东利益的保护尤其很多制度有突破性，我特别听到了没有法律他的利益受到了损害，法官有很多自由裁量的权力，这块给大陆研究公司法修改很有借鉴，我们会继续拜读您的文章。下面由张敏老师说您的学术观点。

## 五、“一带一路”背景下我国企业对外投资法律风险防范 张敏（西北工大法学院副教授）



我是西北工业大学的张敏，借着徐老师的话简单介绍一下我们学校，我们学校是位于西安，是西安两所的985院校之一，另外一所是西安交通大学，但是我们学校可能特别突出的是三航院校，现在隶属于工信部，突出的特色是航天，基本上每年的经费20亿，理工科非常强，我们学校又定位是综合性院校非常强调文

科方面的发展，相比来说文科比较弱、理工科比较强的情况下如做法学方面的学术研究也是我想向各位老师讨教的。我的题目是“一带一路”背景下我国企业对外投资法律风险的防范。题目是比较大的，我准备了PPT有很多数据和图表想向大家展示一下，现在没办法展示我只介绍报告的框架和研究思路请各位指正。

我的报告主要从5个方面进行，1、关于“一带一路”和我国企业对外投资的基本的研究背景。2、企业对外投资的设立阶段，准入风险和运营阶段最后退出阶段分析一下可能存在的风险。最后一部分是就上述风险提出防范的对策。

“一带一路”是习近平主席在2013年9月、10月出访中亚、东南亚期间提出的丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路重大倡议，2015年3月28日国家发改委、外交部和商务部联合推出了这两大愿景行动，我在这儿介绍一下丝绸之路中的“一带一路”，一带指陆地上的丝绸之路经济带，主要三个走向，一个是从中国出发经过中亚、俄罗斯到欧洲，第二走向是经过中亚、西亚到波斯湾和地中海。第三走向是到东南亚、南亚和印度洋。一路指21世纪海上丝绸之路，重点是中国南海到印度洋到欧洲，第二是从南海到南太平洋。一带一路国家有66个国家，没有办法展示具体国家的名称，简单说66个国家除了中国之外包括中亚5个、蒙古、俄罗斯、东南亚的11个国家，南亚8个国家，中东欧19个国家，虽然“一带一路”提出的时间不太长，但是已经同22个国家签署了文件，17个国家签署了协议，国家投资总额达到1276亿美元，许多项目取得了早期收获，对外承包工程涉及66个国家，签订合同3987份，数额达到926.4亿美元，从国家投资的行业来说主要在能源矿产行业，也向基础设施、制造业、文化产业多个领域转变，尤其对“一带一路”沿线国家这些国家大多处于发展中国家主要以能源矿产为主要领域，比如在哈萨克斯坦主要在石油天然气的开采、矿产资源的加工、纺织品等等行业，主要以中兴、华为等大的公司，目前我们占石油开采份额的23-24%，天然气11%-12%。投资的比例非常明显。下面我们从中国企业对外投资过程中本身也是有很多风险的，有成功的也有失败的项目，项目失败有很多种风险，除了商业风险之外，对外投资风险涉及国家的政治风险、外交风险，这儿主要探讨一下法律风险，项目最初准入阶段来说，一般来说企业会跟国外东道国政府和政府代表的国家签订一个国有企业，项目通常是因为投资项目工程量比较大、周期很长，涉及面很广，盈利比较大，所以这种项目通常以东道国掌控为主，限制我们国家的投资资产的范围、股权数额甚至会通过各种文件、协议中的约定来削弱股权所代表的决策权，这种情况都是可能存在的风险。对于投资准入范围的角度来说，从范围上来说，一般早期各国家都是通过正面肯定性的清单列举一个国家鼓励投资的企业，现在更多采用负面清单形式明确禁止投资的产业，除了禁止投资的产业之外其他的我们是可以选择投资的，哈萨克斯坦会明确说优先发展的领域包括道

路交通设施、通信基础设施建设设施，行业上来说特别鼓励我们向非自由性的行业投资，它有明显的特点，我们可能对国外招标监管体系不是特别熟悉的情况下就开始盲目的竞标往往造成后期项目的可行性、盈利性存在问题，最后项目没有办法执行，这种是普遍存在的现象。

实际上项目签订后在履行过程中还会涉及其他的风险，比如贸易平衡问题、外汇、管制、进口的问题，这些都是在项目各个具体节点、项目要求标准上都有明确的要求。外资准入在除了刚才说到的其他方面也会，比如外资审批制度，东道国对于企业透明度的要求、资本转移等等问题都存在一些风险，这些都可能最终导致项目投资的失败。还有一种特殊的情况，一般国家会对投资除了全面规定之外会有另外的规定，“一带一路”沿线国家特别明显，像哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦这些国家，关于这个会比其他多几十个文件，这个特殊因素不能忽视，特殊主要体现在国家安全审查风险和特许审查风险，这点我们国家有失败案例，比较早的2005年中海油收购美国的石油企业因为涉及国家安全审查风险导致失败，中铝集团收购澳大利亚的力拓集团因为特许审查的风险导致失败，这些是项目准入最初设立阶段可能碰到的风险。

项目设立之后运营过程中基本上有4个方面的风险，主要是环保、税收、知识产权、劳工方面，国外投资过程中，多次被东道国指责破坏环境，甚至说我们国家掠夺性开发、中国环境威胁论，确实给我们造成了严重的负面影响，“一带一路”沿线国家自身因为处在发展阶段，自身环保法律制度特别不健全，何况我们投资的都属于污染行业，这块往往存在更大的问题。国际上环保公约非常多，这方面我们国家吃过非常大的亏，2005年1月墨西哥联邦环境保护署全年叫停了我国国家中资企业的商城项目，2007年我国国家在缅甸投资兴建了基础设施的工程，由于没有遵守环评报告具体的要求在2010年9月被叫停，环境风险非常大，往往是我们在投资过程中容易忽视的风险。税收风险在税收差异重复征税方面，第三是知识产权方面，碰到的案例更为明显，比如恶意抢注。也是因为我们缺乏相应的保护意识。劳工方面的风险可以这样说，因为考虑到对外投资是投资与基础领域和能源矿产必然会带动东道国就业的问题，也会为东道国提供非常多的就业机会，劳工风险在两个方面，一方面是东道国劳工保护，另外一方面怎么在东道国的政策下维护中方劳工的权益。在退出方面风险，退出一般来说指的是或者经营不善退出，或者建设完工退出，在“一带一路”国家中可能还会存在一种可能退出的风险就是国有化的风险仍然可能存在的。最后一个问题简单跟大家汇报一下关于风险防范的对策，从原则和具体对策两方面说，原则方面“一带一路”给中国企业提供了机遇也提供了挑战，在“一带一路”背景下还是要坚持立足于合作共赢建设共商共建共担原则，注重国内规则国际规则相结合的原则，具体阶

段比如准入阶段，我们能够规避风险的最重要的措施还是前期的尽职调查，可能对东道国整体法律、投资项目、投资企业，甚至包括东道国法律方面调查，这个可能需要专业律师团队完成。运营方面四个方面的风险，环境、税收、知识产权、劳工方面的风险，一方面更多依靠中国政府，税收方面需要国与国之间解决这个问题，对于企业来说更多考虑自身环境、知识产权和劳工风险。从企业退出阶段来说，更大的层面上是依据国与国之间合作的协议，因为比较好的政治关系、外交关系肯定是有利于项目的退出方式，对企业来说注意两个问题，一个在项目谈判的时候就要设立灵活的退出机制，同时选择对我们国家的仲裁法律国际仲裁规范有利的解决机制，避免最后出现风险。

**主持人 徐卫东：**对“一带一路”企业对外投资提了非常好的建议，对风险来说，我们企业经营的指导思想还有个提升的问题。上面按照表上安排的6位教授一位没有来，5个题目都已经报告完了，时间掌握的整体上不错，谢谢各位。下面有两位与谈人要对上述教授提出的问题也可以自己感兴趣的问题发表自己的学术思想，首先请对外经贸大学的李青武教授发言。

## 与谈人

### 1. 李青武（对外经济贸易大学法学院副教授）



李青武：首先感谢5位专家精彩的报告，我们说公司的主要参与者是股东，

债权人、雇员、董事与经理，公司法的理论研究与制度构建也是围绕这些主体的权益保护、责任追究与利益制衡，今天5位报告人主题主要是围绕这几个方面进行阐述，材料新、角度新、研究方法新，本人很受益。同时我思考的问题是，在市场经济条件下，商法如何保护社会理想？如何保存社会道德？这里讲的社会理想和社会道德这两个词不是我杜撰的，是来自于国外的公司法专家提出来的，但是我研究完之后发现，他们所讲的社会理想主要指股东及其利益依附者和家庭、股东之间的忠诚、友情和亲情。他们所讲的社会道德实际上指的是股东之间的、中小股东、大股东之间的公平竞争，因此我认为西方公司法的研究当中缺乏对人民的关注，更多关注的是股东及其利益的依附者。2016年5月6日《经济参考报》报道，我们日常所使用的艘药当中发现了硫黄，类似于三聚氰氨，前段时间发现莆田事件，监管机构没有采取及时有效的监管措施，因此经济领域当中的公司行为也就是我们经常讲的商行为如何规制？这是经济全球化背景下值得我们学界与业界共同探讨的问题。国际化背景下商法创新其应有的内涵应该包括加强商事主体监管制度的研究，这在当下的中国迫于眉睫。是构建社会安全的重要环节。保险业法可能为我们商法当中其他部门法的立法提供借鉴，比方说保险业法包括保险公司的设立条件、保险公司的经营范围同时也明确监管机构对商主体行为的严格监管措施，我们说商法最大的特征、最大的难度主要在技术性，因此加强商法国际化的研究恐怕真的要客观的、全面的研究发达国家的一些先进的做法。比方说美国为了加强对保险公司商行为的监管出台了一系列值得我们国内监管机构借鉴的制度，比方说广告监管明确规定，你的分红金保险的广告宣传分红率必须是上一年的平均收益率，我们国家说的是最高收益率，说本分红率不代表本分红保单的收益率，美国就明确规定，上面说的收益率下面明确要指明收益是怎么来的，它能否适用本保单都有严格的限制。同时美国为了防止保险公司这样一种投资的扩张，还明确规定了纠偏措施，这些是我们商法其他部门法当中也值得借鉴的，这是我一点粗浅的学习体会。谢谢！

主持人 徐卫东：下面宁波大学的赵意奋教授。

## 2. 赵意奋（宁波大学法学院副教授）



**赵意奋：**各位老师、各位同学下午好，非常荣幸，刚才我们听了5位专家从各个方面阐述自己的学术观点，对我来讲是个学习的机会。因为除了张继红老师的论文听得懂之外，其他老师的研究范围我都不是很懂。刚才张老师说研究票据法是很孤单的，我想我们不孤单。下午在这个分会场一坐下，然后看到董老师坐在那里，我就安心了。我们这么小的会场，这么小的票据法，有三位老师在这里，所以不孤单。那么，我接着张继红老师的话题发表一些意见。电子票据在签发以及流转过程中均会存在一定的风险，我与张老师的观点是完全一致的，认为如果票据法修改的话是没有必要再单独去立法，仅仅需要在票据法内设立一章即可。而像数字签名的规定，只需在票据签名这一条里来确认数字签名的效力，根据数字签名法的规定作出的数字签名可以作为票据签名的一种方式。关于电子票据的签发，目前法律规定依然要有真实的交易背景。我国票据法强调票据签发的时候要求有真实的交易背景，最近央行和银监会的126号监管文件当中再次重申了票据的签发要求有真实交易背景，并是特别强调的。关于这个问题我也思考了很久，刚才张老师也说到，电子票据单张金额可以达到十亿，如果没有真实交易背景，或者说法律允许可以没有真实交易背景的话，这是很可怕的问题。银行承兑汇票

对真实交易背景还是可以控制的，而商业承兑汇票就很难控制。我国现在虽然说不同意签发无真实交易背景的票据，票据法还否定签发商业本票，但事实上它其实换一种方式，可以商业承兑汇票的形式而存在的，因为出票人和承兑人都可以是自己，本质上就是商业本票，自开自承汇票。商业本票如果允许以融资为目的，很多人可能会搞不清楚，票据投资利息又可能是比较好的，如果又以电子票据形式融资，票面金额很大；可能比P2P更可怕，甚至不需要平台，只要票据就可以了，最后票据到期，票据责任人告诉持票人“我没有钱了，支付不了”就可以了。所以我个人觉得，如果没有真实交易背景的融资性票据，无论是电子票据还是纸质票据，因为这两种票据不过是形式上的差别，本质上是一样的，如果完全以融资为目的的话，是要对出票人做区别的。尤其在江浙一带这种无真实交易背景的情况是很多的，甚至就是为了你做担保，就帮你签发，然后把这张票据交给另外一个人，这个拿到票据人的名字是没有出现在票据中的。他拿了这张票据进行民间贴现，各种情况都会出现。我觉得应该对这种融资目的的票据签发有个条件，比如多少金额以上的时候，应该有个资质的审核。甚至包括银行，银行的承兑汇票，我在实务当中有接触到，纸质票据因为有交易背景要求，出票人搞个形式，银行做形式审查，事实上这个形式是假的。在浙江去年发生的事情是这样，山东企业即收款人，跟宁波其中一家企业是一直有交易的，但是交易不是一笔一笔，而是常年的经销，宁波企业签发出了大概总额2000多万的200多张票据给山东企业，有些额度是非常小的，以打包形式一次签发。实际一年交易共400多万，原来约定多余的1600多万总额的票据退还给承兑银行，结果山东企业退给了出票人，出票人伪造了假章就把这些票据流转出去了，出票人没有钱了，收款人在承兑协议当中做了出票人的担保人，既是票据关系又是基础关系的当事人，都是牵连在一块。山东收款人就在宁波的基层法院对200多张票据总额是1600多万进行公示催告，因为很多票面并不大，只有十几万，小企业搞不明白是怎么回事，觉得银行有承兑是非常放心的。的确这件事情发生了，这1600多万总额的票据就是没有真实交易背景的票据。如果说现在这个票据的面额，如果面额小问题不是很大，如果这张面额是很大的，如果再采用电子票据的形式，再跟票据证券化一结合的话，就会牵扯到很多中小投资者，甚至包括普通的投资者。因为现在很多票据单张票据一般自然人不太会介入到票据当中去的，但如果电子票据数额很大，保管票据的机构以票据再搞个证券化，钱没有了，整个票据市场都会受到影响。所以我还是觉得融资性票据应该有区别，一般票据签发应该有个原因关系。无因性问题上一定要主张是相对的无因性，在间接相对人之间坚持票据无因性，但直接相对人之间还是要坚持有因，坚持支付对价。当然，原因关系不一定是交易关系，也可以是借款关系，民间小额贷款也是允许的。我觉得未来票据法修改过程

当中对原因关系问题要进一步思考，比如支付对价的时候，支付的时间、支付的对象。支付对象仅限于票据关系当事人是不对的，有可能A和B之间有票据关系，但有可能是A为了C签发票据，像本票一样，支付的对象未必是票据关系的一个当事人，这些我觉得需要进一步把它研究下去。我在这方面也一直在思考希望各位专家指正，我的论文在558页。

**主持人徐卫东：**谢谢赵老师，刚才说票据法比较少，今天我看是票据法的主场，下面由董惠江说说票据。

**董惠江：**这次会长开会包括其他领导也没有提到商法学科里有票据法，这个学科确实比较小，某种程度上票据在衰弱也是不争的事实，清末的时候忧国忧民的志士讲到国民教育，票据本身教育法技术性太强，搞商法的同仁说，包括我的同事说，别的什么法都可以，比如朋友咨询之类的都可以解释几句蒙几句，一提票据法就说找董老师，这个学科受冷落一个是市场问题，还有中国票据法的断代，中共执政之后一段时间搞计划经济断代，现在国民包括专业人士票据法意识很弱，一提票据法，它要支付的话，支付功能电子支付的方式与纸质有差异性，全世界支票在很多国家处于不用的状态，但是我们国家还在大量用，这种使用方式实际上还有一个什么问题。一方面说票据很多角度、很多方面已经在衰落了，但另一方面大家听到的是什么呢？听到赵老师说沿海发达地区票据，利用票据犯罪的特别多，又成了负面的东西。回到刚才我讲的，票据有些规则确实技术性太强，刚才讲本票搞专业的人都知道，现在几乎是，仅仅规定了银行本票其实处于不用的状态，没有人发行过交通银行法行的那种，实际上懂票据法的根本不用在乎这个，通过汇票方式完全可以达到使用本票的目的。还是就这个问题，很大的问题是票据法懂得人太少，这些年关注的人也太少。所以我记得前几年提起这个话题还是有一次，好像也是赵老师在会上发言，顾老师在这上，我说你们会里领导对票据法太不关注了，顾老师马上答应搞一次会，后来我在通江搞了一次会，这些年推动票据法具体活动的不是太多，实际上今天晚上约了全国人大法工委副主任我还要跟他聊票据法修改的问题。没有那么大的声势但是票据法你们或多或少知道毛病太多，一时是放不下的。票据法是民商法里头横跨两个学科最典型的学科，很多原理是非常奇妙的，如果说马克思的原理讲，很多法律是源于社会实践，但实际上从票据法来说很多是一个人智慧的精准设计，这种设计不是从生活中来，但是恰恰是使生活在过去相当长的票据辉煌过，当时跟公司、合同都并列过的，恰恰是这种人为的设计支撑了当时社会生活的，大家知道公司主体设立起来要进行交易的话就离不开金钱的支付，这个票据曾经在历史上承担了或者起到非常大的作用。现在我们说中国的票据法尽管历史的原因，使用和现实的，被人所关注的程度都不尽如人意但是还是应该把它修改的比较好的在那里。另外我再强调一

下，张继红老师的文章，电子票据我也想说一下，电子票据我希望张老师以后关注国外的，国外不太主张搞电子票据，因为风险确实很大，有的国家搞电子债务法什么的，但是另一方面电子票据的话如果能够把票据上的原理、好的东西用起来，像票据一样的类似这样的也很有意义。比如从背书的角度、追索权其他很多这些很好的原理如果能用在电子票据上也还是值得研究的，当然这个问题很复杂，也不是说简单的，像背书，因为形式刚才讲到电子票据和纸质票据不同，第一就是形式，形式上已经不是在背面背书的形式了，这个背书怎么完成，完成之后追索等等相关联的制度，能不能简单在票据法设一章背书规则，准用前面几章的规则，能不能直接准用？形式上的不同怎么准用？这个表述还有很多具体细致的工作要做，总之我觉得票据法并没有，一时也不会衰亡。而且这个原理，大家有机会去学一学也很有意思。谢谢！

### **史正保：**

我是兰州财经大学法学院的，也是从事票据的，我感觉我的论文不是很成熟，今天讲的主要是实践中的问题，去年在甘肃省高院挂职当副庭长，甘肃省高院去年三个票据案件我主动要求做，因为法官说我们的案子多的根本办不完而且票据案子没人想办，是董老师说的情况一旦拿到手里案子怎么往下走？我刚好挂职，觉得理论方面有很多东西，实践中怎么做？我觉得能拿下来，主动要了三个票据案子，拿来以后办案过程我主审，结果跟法官起了比较大的冲突，第一个牵扯到票据方面，付款请求权，如果没有实现是追索权，这个案子也是票据诈骗问题，公安局跟银行说这个票据中间背书过好几次了，这个票据不能再进行付款，结果银行没付款，这样他们传统思维是听公安局的，长达一年多，公安局解决以后，说票据无条件支付长达两年多，最后我们支持判决，判决方面按照票据法付款请求权、追索权，这个方面有关利息、费用，牵扯利息方面怎么判的问题，我坚持按照银行贷款说，银行有相关规定，其他两个法官同意了观点，我们用中国的国情，当时案子经过庭长同意我们庭委会审议中引起了争议，庭长办过民事案件说这块按照贷款算利息太高了，应该按存款，按存款没有依据，我按第几条第几款写，庭长不同意我的意见就放下来了。如果不按照执行这个判决出来可能有问题，我们重新讨论认为这个问题我们观点可以，所以这个案子就这样判决下来了。但这个案子紧接着出了一个问题，这个票据中间进行贴现，过程中出现一个问题，贴现应该拿增值税专用发票，这个票据是四张一张五百万，合起来是两千万，两张出现了问题，可能是银行方面出了问题，这次没有拿真实的原件，两张增值税发票一张过期了，一张是把上面的日期变造了，拿来以后最初可能看到了原件，接着又拿走了。但是后面整个过程没有原件，由于这个原因引起，前面案子既然是按照票据法方面，按利息折算、按贷款这样损失很大，利息怎么办？他

们说是贴现造成的，银行没有严格审查，就说贴现行为有问题，引起贴现的到底是什么行为？是票据行为还是基础行为？当然我们国家目前的立法方面，票据法对贴现行为没有规定，最高人民法院司法解释里面其中一个把贴现作为票据行为，这种情况下到底应该怎么办？这种情况我查了好多相关资料，我认为贴现方面目前来说是能够让票据正常履行下去的一个基础的东西，不能够决定票据的内容，因为票据方面更多看形式，于是这个观点提出以后另外两个法官，其中一个同意另一个不同意，现在审理案子如果三个法官一个不同意必须上庭委会，庭委会又不一致，就是到底贴现行为能不能导致放弃赔偿，这个观点不一致领导说要报审委会、甘肃省高院，没有办法又单独向最高人民法院提出建议，能不能给我们指导性的东西，他们提出来这个方面应该按照票据方面的无因性、独立性这些因素，如果更多考虑有因性问题，肯定票据无法进行。这个应该是按照最初签发票据百分之百有因，想更多调原因的情况下，票据的特点就不能够发挥它的作用和价值。通过这两个案子，我觉得在这个过程中我同时考虑到一个问题，当时我们看到票据应该贴现非常多，我向专门的银行了解说，票据为什么大量采取贴现的方式，也可以采取质押贷款嘛，可能银行内部有贸易的东西。我们通过票据案子以及银行贷款案子是银行非常多的风险方面，我们在甘肃银行召开了会议，觉得金融系统方面风险非常多，希望注意这样的问题。通过这两个案子的办理我感觉，目前来说我们法院系统理念上好多习惯于以前的方式审理这类案件，希望以后在民法典和商法通则中能不能考虑这点单独设立。同时民事诉讼法，如果审理过程按民事诉讼法程序，下一步民法通则、商事通则出台以后，应该说民事诉讼法是不是也要考虑修改，考虑民商事诉讼法？这也是借这个机会，希望能把民事诉讼法改为民商事诉讼法，使得从程序方面有个支撑的依据。

**主持人徐卫东：**时间非常快，不知不觉这段时间剩下两分钟，不要耽误下面一场由宁老师做个总结。

**主持人宁金成：**

不做什么总结了，我刚才跟徐老师看这个表，我们小组的汇报人是中南财经政法大学的冯兴俊教授，你辛苦了，明天把汇报搞好一点。

**冯兴俊：**这是我应该做的，因为我的任务要完成一会儿要私下跟各位老师确认一下你们的观点，请大家支持我一下。谢谢！

**主持人宁金成：**今天下午我们的发言就到此结束了，时间还有两分钟多一点，本来会议的安排是要给大家更多发言时间，但是由于发言内容太多，大家都讲不了。给大家的时间不够，转到其他会场还可以说。今天下午我们单元的讨论应该说异彩纷呈，涉及的方面非常多，观念总体来讲非常新颖，涉及证券法的问题、股权众筹，这个问题在实务界实践中都出现了，炒的沸沸扬扬，但是股权众筹怎

么规范这个问题？它不单单是商品融资，涉及到信息披露、投资利益保护、监管问题，这些问题解决不了出来也是个病态的。是个很复杂的问题。另外陈秧秧教授提出来的问题刚才徐老师也讲了这个问题，是个很前瞻性的、新颖的问题，商法培养的学生大都不了解上市帐户更不了解上市规则，这些同志在上市公司待了很多年勉强能看懂上市报表，这就是我们商法教育的缺陷，作为上市主体它的上市报告搞商法的人不懂，教的学生还不懂，恐怕和国际化距离太远了。还有香港的教授谈了公司法国际化问题，相当受启发，我们公司法也面临着下一步的修改问题，很多问题必须得解决了，再不解决我们公司法就赶不上实践的要求了，实践上虽然有很多问题我们没有制度规定，是空白的，搞的理论界司法界很为难，没有法律根据，我觉得我们的发言很好，引发我们进一步对商法各个方面的问题进行深入的思考，特别是引导我们进行深入的研究。刚才说票据法不受重视，其实今天1/3的时间全部是票据法的学生发言，这说明我们票据法至少在我们这个组还是很发达的很兴旺的。最后感谢发言人的积极发言，精彩发言，感谢全体与会的同行、同仁对我们组织人的支持，谢谢大家！

(以上部分发言未经发言人本人审阅)