

改革开放以来商法学研究回顾、现状与展望

赵磊 谢晶*

目次

- 一、引言
- 二、改革过渡期的徘徊与探索:1978~1992
- 三、商法创制期的积累与前进:1992~2002
- 四、制度完善期:2002~2015
- 五、新时期商法学研究展望
- 六、结语

摘要 十一届三中全会为商法制度和商法学的发展吹响了号角。党的第十四次全国代表大会明确“建立社会主义市场经济体制”,商法学随着商事制度的完善进入高速发展期。商事立法的速度与规模、商法学研究的深度与广度,取得了前所未有的成就。近十年来,改革开放的不断深化推动了商法制度的健全与完善,商法制度也反作用于经济发展。二者相辅相成,相互映照。在新的历史时期,商法学研究应当适应现实需要,为经济发展提供全方位、多角度的理论供给。

关键词 商法学 制度建构 经济发展 研究综述

一、引言

与商业有关的法律制度及实践,在我国自古即有,^[1]但近现代意义的商法实则继受自西方诸国。^[2]这一继受的过程肇端于清末,^[3]并在民国时期初具规模。当是时也,商事立法、商法学研究均

* 赵磊,中国社会科学院法学所副教授;谢晶,中国政法大学法学院讲师。本文为国家社科基金项目“融资类信托系统性风险法律治理研究”(项目号16BFX163)的阶段性研究成果。

[1] 参见李功国主编:《中国古代商法史稿》,中国社会科学出版社2013年版。断代商业法制的具体研究,可参见郑颖慧:《宋代商业法制研究——基于法律思想视角》,法律出版社2010年版;赵晓耕:《宋代官商及其法律调整》,中国人民大学出版社2001年版;邱澎生:《当法律遇上经济:明清中国商业法律》,台湾五南图书出版有限公司2008年版。

[2] 参见毛健铭:《西方商事法起源研究》,载《现代法学》2002年第6期。对西方商法发展史的整体介绍,可参见何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版。

[3] 参见李秀清:《中国近代民商法的嚆矢——清末移植外国民商法述评》,载《法商研究》2001年第6期。徐立志:《清末的商事立法及其特点》,载《法学研究》1989年第3期。

取得一定成果,^[4]这在现今台湾地区得到了一定程度的传承。

新中国成立之后,从1949年到1978年三十年的时间里,商法及商法学在大陆几乎是空白。改革开放之后,以1979年的《中外合资经营企业法》为开端,才迈出了商事法制的建设步伐,但商法及商法学的兴起,尚须待到1992年小平同志南巡讲话之后。1993年,将“国家实行社会主义市场经济”写入《宪法》(第7条),同年又通过《公司法》,自此便正式拉开大规模商法创制的序幕,直到2002年《证券投资基金法》出台,中国商事立法的初创任务基本完成。伴随着这一过程,商法学的研究也蓬勃展开,为各部门商法的制定、修改建言献策。

本文对商法学发展的述评,尝试挖掘并展现商法学、商法制度及政治经济体制改革三者间的相互砥砺、水乳交融关系,并从商法学如何进一步促进商法制度及政治经济体制改革的角度,对商法学在新形势之下的发展趋势提出一管之见。

二、改革过渡期的徘徊与探索:1978~1992

在中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议的闭幕式上,邓小平同志发表了题为《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的重要讲话,这一报告中提出的“解放思想、实事求是”思想路线,成为我国商法学获得空前发展的“进军令”。^[5]

与商法制度的建设相伴随,商法学的研究也在这一时期萌芽、发展,“十一届三中全会将中国推进到经济体制改革的洪流中,也将民商法学的春天展现在人们面前”,在当时《宪法》规定的“在公有制基础上的有计划的商品经济”的经济形态之下,人们消除了对商品经济和商法“姓公”还是“姓私”的顾虑与担心,而“对内搞活和对外开放”的实践成果,更是赋予商法学以新的活力。^[6]

当时的商法研究主要围绕两个方面展开,一是对新颁法律的解读、分析,二是对现有制度的批评以及相应的立法、修法建议。

《中外合资经营企业法》颁布之后,有学者即著文解析该法的本质及作用,值得注意的是,那时的研究尚须作一些意识形态上的澄清与辩驳,强调其是一部社会主义的法典、符合建设社会主义的根本利益。^[7]不过,已有不少学者超越意识形态的范围,仅从学术角度讨论问题,如陈伟强从该法运行的法制环境出发,提出修法及执法的建议,^[8]再如周子亚从法人问题、管理问题、经营范围、投资比例与方式、专利问题、利润/所得税和外汇关系、合同问题、仲裁问题等诸多方面出发,提出批评与建议。^[9]这些探讨也促成并影响了1990年对该法的修正。

[4] 商事立法的情况,可参见张松:《变与常——清末民初商法建构与商事习惯之研究》,中国社会科学出版社2010年版;李婧:《民商法史再研究:史料、路径及方法》,法律出版社2015年版;王志华:《中国近代证券法》,北京大学出版社2005年版;商法学的发展状况,可参见何勤华:《中国近代民商法学的诞生与成长》,载《法商研究》2004年第1期。商法学的代表著作,如刘朗泉:《中国商事法》,商务印书馆2011年版(初版于1937年)。

[5] 参见杨振山:《“解放思想,实事求是”是中国民商法学获得空前发展的进军令》,载《政法论坛》1998年第5期。

[6] 参见叶林:《中国民商法学20年》,载《法学家》1999年Z1期。

[7] 参见张序九、代大奎、李开国:《中外合资经营企业法的本质和作用》,载《现代法学》1979年第2期。

[8] 参见陈伟强:《中外合资企业的法制环境》,载《法律科学》1990年第5期。

[9] 参见周子亚、卢绳祖:《谈〈中外合资经营企业法〉中的几个问题》,载《社会科学》1979年第3期;周子亚:《泛论中外合资经营企业法》,载《法学杂志》1981年第2、3期;周子亚:《对中外合资经营企业法及其实施条例的分析研究》,载《政法论坛》1985年第1期。

在《外资企业法》颁布之前,即有学者对立法提出诸多建议,^[10]颁布之后,更引来学者的广泛解读或批评,讨论了有关该法的理论依据、立法目的、调整对象,外资企业的性质、法律地位,以及对外资企业的税收、管理与监督、鼓励措施等问题,^[11]并在实施几年后,从理论与实践两方面指出其中可能存在的问题及其对策,如立法缺乏系统性、执法缺乏严肃性、设立程序缺乏科学性、组织机构缺乏权威性、经营管理缺乏自主性等。^[12]当然,彼时正值改革开放初期,因而学术讨论也免不了意识形态的澄清。^[13]

《企业破产法(试行)》的出台,也受益于学者们前期的倡导与立法建议,对立法之目的、原则、具体内容等均有所论证,^[14]而在出台之后,讨论更加热烈并具体,不仅有偏重理论的论述,^[15]还有从实践出发的对破产法项下的许多重要分论题有深入研究,如破产法律关系、破产界限、债务清偿顺序、撤销权等。^[16]此外,在解决我国问题的同时,学者还不忘研究、译介诸如美国、德国、法国等各国的相关立法例,以资我国立法及司法借鉴。^[17]

《全民所有制工业企业法》与《中外合作经营企业法》的颁行,因为有了新宪法的背景,又有了上述三部商事法律的立法及施行经验,而显得更为顺理成章并游刃有余,故而学者们此时已能较少对意识形态的问题进行辩驳与澄清,而能更多仅从学术本身出发研究问题,在立法之前贡献立法建议、助益立法,^[18]在立法之后诠释法律、推动施行。^[19]

当然,这一时期的商法学研究,除了与这些已出台法律相关者,还有许多关于并助益于下一时期出台的商事法律者,如对相关制度、理论的评析以及对制定我国的公司法、证券法等立法建议,^[20]

[10] 参见曹建明:《制订〈外资企业法〉需解决的若干问题》,载《法学》1985年第12期。

[11] 参见张月姣:《学习〈外资企业法〉的体会》,载《中国法学》1986年第4期;王河:《外资企业的法律地位和法律监督》,载《现代法学》1987年第3期;赵一平:《我国外资企业的法律地位》,载《政治与法律》1987年第3期。

[12] 参见雷兴虎:《外商投资企业存在的问题及其对策》,载《中南政法学院学报》1989年第4期。

[13] 参见张勇:《我国〈外资企业法〉立法中的几个问题》,载《政法论坛》1986年第3期。

[14] 如江伟、刘春田、甄占川:《论我国制定破产法的客观必要性》,载《中国法学》1986年第1期;刘晓星:《论建立我国企业破产制度》,载《法学研究》1984年第5期;杨荣新:《论破产法——增强企业活力,促进经济改革的重要法律》,载《政法论坛》1985年第6期;曹思源:《起草企业破产法需要研究的若干问题》,载《法学杂志》1985年第3期;陈桂明:《我国破产法基本原则初探》,载《政法学刊》1986年第3期。

[15] 参见叶希葆:《〈企业破产法〉是社会主义促进法》,载《法学》1987年第8期;王书江:《论破产》,载《法学》1987年第6期;孙亚明:《论企业破产法的积极意义和作用》,载《法学杂志》1987年第1期。

[16] 参见徐明:《对破产界限及债务清偿顺序的探讨》,王新欣、李磊:《析我国破产法中的撤销权》,均载《法学》1987年第8期;吴卫国:《破产法律关系研究》,载《现代法学》1987年第3期。

[17] 如潘华仿:《美国的破产法》,载《政法论坛》1986年第6期;潘琪:《美国破产法概述》,载《法学研究》1987年第2期;[法]罗辛尼·洛罗德:《现行法国破产法的修订》,李立强、李启欣译,载《法国研究》1986年第4期;[法]克里斯托夫·利瓦达:《法国破产法中停止支付的概念》,王建平译,载《外国法学》1986年第4期;[德]马·波尼多尔夫:《联邦德国破产法概要》,高敏译,载《外国法学》1986年第3期;王存学:《南斯拉夫的破产立法》,载《法学研究》1987年第2期。

[18] 如贾育林:《论全民所有制工业企业经营决策权的行使》,载《政法论坛》1988年第1期;赵威侯:《中外合作经营的法律问题初探》,载《社会科学》1983年第1期;袁海涛:《中外合作经营企业的若干法律问题》,载《政治与法律》1984年第6期;钟惠华:《论中外合作经营企业的特点和立法中的若干问题》,载《中国法学》1986年第2期。

[19] 如王保树:《论〈全民所有制工业企业法〉在企业立法上的突破》,载《中国法学》1988年第4期;王保树:《论全民所有制工业企业法性质》,载《法学杂志》1988年第2期;雷兴虎:《外商投资企业存在的问题及其对策》,载《中南政法学院学报》1989年第4期;李铀、袁冶:《中外合作经营企业合同及其法律适用》,载《法学评论》1989年第6期。

[20] 参见王峻岩:《公司法刍议》,载《法学评论》1984年第1期;赵旭东:《论我国公司法的调整对象及其法律特征》,载《中国社会科学》1986年第3期;赵旭东:《公司法上的有限责任制度及其评价》,载《比较法研究》1987年第1期;顾功耘:《公有制的第三种形式——关于公司法的理论探讨》,载《法学》1991年第4期。

并有大量对外国立法例的译介,其中既有资本主义国家,^[21]亦有社会主义阵营,^[22]且以前者为多。

如上所述,这一过渡时期的商事法制建设及商法学研究,虽则取得了诸多可观之进展,但正如叶林教授的评论,法制及法学的发展与健全都不是一蹴而就的。首先,建设商法的思想坚冰虽然逐渐被打破,但建立商法体系的信念和方向尚未建立;其次,建立商法的经济和社会基础尚欠扎实,还缺乏一个让商法大展前程的经济体制;最后,尽管观念在更新,但立法技术及学说理论尚不足以支撑建立完整的商法大厦。^[23]

因此可见,商事法制建设及商法学研究的“春天”,在那一时期实则并未真正到来。

三、商法创制期的积累与前进:1992~2002

1992年初,邓小平视察南方并发表重要讲话,倡言抓住时机加快改革开放步伐、迅速发展经济,标志我国的改革进入新阶段。当年10月,党的第十四次全国代表大会举行,会上江泽民作了关于“建立社会主义市场经济体制”的论述。

1993年3月29日,第八届全国人民代表大会第一次会议通过宪法修正案,将“国家实行社会主义市场经济”“国家加强经济立法”写入《宪法》(第7条),这也是此次新一轮改革在制度层面上最为首要、直接的反映。^[24]

不过,尚在此次宪法修正案之前,还诞生了一部新的商事法律——1992年11月7日由第七届全国人大常委会第28次会议通过的《海商法》(次年7月1日生效)。^[25]该法的出台与学术界的努力密不可分,早在1988年11月15日即在北京成立了“中国海商法协会”,并于1990年创办专门的学术辑刊《中国海商法年刊》,进一步推动海商法的研究。

这一时期商事法制的飞速发展,以《公司法》的颁布为标志和开端。1993年12月29日,第八届全国人大常委会第五次会议审议通过《公司法》(次年7月1日正式实施),学术界围绕该法的探究与争鸣正式展开。在最初的一两年间,研究多以对该法之原则、特色、具体内容等的介绍和阐释,较为泛化的客观描述及正面评价居多。^[26]但逐渐地,随着实践经验的积累以及理论水平的提升,学者们开始转向对公司法项下具体论题的法解释,并在此基础上指出该法存在的问题、不足以及相应的修法建议。这些探讨均直接或间接影响了1999年《公司法》的修订。此外,这一时期还出

[21] 参见王书江:《法国公司法中的股份公司》,载《法学译丛》1984年第4期;[美]阿尔弗雷德·科纳德、亨利·布兹德:《英、法、美和联邦德国公司法之比较》,赵旭东译,载《法学译丛》1985年第4期;[英]弗·罗至尔汤普森:《欧洲公司法比较》,高敏译,载《国外法学》1985年第3期;[英]尼古拉斯·鲍恩:《英国1989年公司法概要》,王保树译,载《法学译丛》1990年第6期;建袁国:《美国的证券管理法律制度》,载《法学评论》1990年第3期;[加]托马斯·英格兰:《加拿大证券法的最近发展》,王积善译,载《国外法学》1988年第2期。

[22] 赵旭东:《苏联和东欧国家的公司法律制度的现状》,载《国外法学》1985年第6期;[德]弗·明策尔:《匈牙利新公司法概述》,载《比较法研究》1990年第3期。

[23] 参见叶林:《中国民商法学20年》,载《法学家》1999年Z1期。对这一时期商事法制的整体性研究著作,可参见徐学鹿:《改革开放中的商法理论与实践》,中国法制出版社1991年版;薛军等编著:《当代中国商业法制》,中国商业出版社1990年版。

[24] 参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》(下卷),福建人民出版社,2005年版,第530-538页。

[25] 参见玉琢、朱曾杰:《〈中华人民共和国海商法〉的特点评述》,载《中国海商法年刊》(第3卷),大连海事大学出版社1992年版。

[26] 参见刘俊海:《我国公司法的特点》,载《法学杂志》1994年第2期;俞建平:《略论〈公司法〉的中国特色》,载《法商研究》1994年第5期;孙永明、蒋继业:《对我国〈公司法〉若干问题的认识》,载《法学》1994年第5期。

版了多部对公司法的整体性研究的专著,^[27]以及专门的教科书,^[28]反映出这一时期相关学术研究及法学教育工作的繁荣景象。

继《公司法》之后出台的重要的商事法典,是1995年5月10日、6月30日第八届全国人民代表大会常务委员会第十三次、第十四次会议通过的《票据法》(次年1月1日施行)与《保险法》(当年10月1日施行)。

在《票据法》正式通过之前,学术界即已出版多部专著,介绍相关理论及外国立法例,倡言我国亦宜尽速立法,并有具体的立法建议。^[29]在该法通过之后,相关专著、专题论文更是大量面世,既有整体性的全面研究,^[30]也有对票据权利、^[31]票据抗辩^[32]等具体问题的专门探讨,其中尤以对票据行为的关注为多,涉及了其项下的票据行为能力、^[33]票据保证^[34]等更细节的话题。

学术界对《保险法》的关注和研究,也得追溯自立法前多年。早在上世纪八十年代,即创办了《保险研究》《中国保险》《上海保险》等专门研究保险的学术期刊,还出版了一些相关教科书以及对外国制度介绍的翻译作品,^[35]到了20世纪90年代以后,更是有多部论著问世,^[36]这些都一定程度推动了日后的立法及司法工作。待该法正式出台之后,相关的学术成果既不乏整体性研究的专著,^[37]亦有对该法项下具体问题进行的探究,如保险利益、^[38]告知义务、^[39]索赔与理赔^[40]等。

继《票据法》和《保险法》之后,另一重要的商事行为法,是于1998年12月29日在第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过的《证券法》。该法之订立与出台与我国证券市场的发展息

[27] 参见范健、蒋大兴:《公司法论》,南京大学出版社1997年版;孔祥俊:《公司法要论》,人民法院出版社1997年版;徐燕:《公司法原理》,法律出版社1997年版;石少侠:《公司法》,吉林人民出版社1996年版;叶林:《中国公司法》,中国审计出版社1999年版;蒋大兴:《公司法的展开与评判:方法、判例、制度》,法律出版社2001年版。

[28] 如江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版;史际春主编:《公司法教程》,中国政法大学出版社1995年版;石少侠主编:《公司法教程》,中国政法大学出版社1997年版。

[29] 参见谢怀栻:《票据法概论》,法律出版社1990年版;姜建初:《票据原理与票据法比较》,法律出版社1994年版;赵新华:《票据法》,吉林人民出版社1994年版。

[30] 参见王明锁:《票据法理论与实务》,河南大学出版社1997年版;赵新华:《票据法论》,吉林大学出版社1998年版;刘心稳:《票据法》,中国政法大学出版社1998年版;郑孟状:《票据法研究》,北京大学出版社1999年版。

[31] 参见赵威:《票据权利研究》,法律出版社1997年版;郑孟状:《论票据对价》,载《中外法学》1997年第1期;刘志军:《论票据权利的善意取得及法律保护》,载《法学杂志》1997年第2期;吕来明:《票据权利善意取得的适用》,载《法学研究》1998年第5期;梁作民、王雷:《论票据权利之取得与票据对价》,载《法商研究》1999年第1期。

[32] 参见钱卫清、郭玉元:《票据抗辩权的确认》,载《法学》1996年第2期;傅鼎生:《票据抗辩的举证责任研究》,载《法学》1997年第3期;赵威:《票据抗辩限制研究》,载《中国法学》1997年第6期;王宇:《论票据抗辩切断制度》,载《法律科学》1999年第4期。

[33] 潘攀:《论票据行为能力的法律冲突》,载《法学研究》1998年第6期。

[34] 谢石松:《论票据的保证》,载《法学评论》1996年第4期;汪世虎:《论票据保证》,载《现代法学》1996年第2期。

[35] 参见庄咏文主编:《保险法教程》,法律出版社1986年版;[英]约翰·伯茨:《现代保险法》,陈丽洁译,河南人民出版社1987年版。

[36] 参见关涛非:《保险与保险法》,吉林人民出版社1990年版;覃有土主编:《保险法概论》,北京大学出版社1993年版;孙积禄等编著:《保险法原理》,中国政法大学出版社1993年版;徐卫东等编著:《保险法》,吉林人民出版社1994年版。

[37] 参见徐卫东等:《保险法》,吉林人民出版社1996年版;孙积禄:《保险法论》,中国法制出版社1997年版;李玉泉:《保险法》,法律出版社1997年版;胡文富:《保险法通论》,中国检察出版社1998年版。

[38] 参见曾东红:《我国保险利益制度的法理分析》,载《政治与法律》1998年第3期;蓝邓骏、凌哲胥:《保险受益权的撤销探析——〈保险法〉有关条文的修改意见》,载《当代法学》2001年第4期。

[39] 参见赵启进:《论保险法的告知义务》,载《法律科学》1996年第3期;周玉华:《保险法上的告知义务制度》,载《法学杂志》2001年第1期。

[40] 参见贾林青:《投保与索赔》,法律出版社1996年版。

息相关。^{〔41〕}

证券市场一步步逐渐进入规范化的轨道,因而可以说,《证券法》的出台实为证券市场发展后的必然结果。但同时也不可忽略,其与学者们的大力呼吁以及有益立法建议有很大关系,^{〔42〕}且在出台之后,学者们继续研究、解释、建言献策,出版了大量专著,^{〔43〕}以及卷帙浩繁的专文,重点关注了该法的调整范围、^{〔44〕}原则、^{〔45〕}上市公司收购^{〔46〕}等问题,且大多为对立法不足之处的修法建议。在2001年,还创办了专门研究本法的辑刊——《证券法律评论》,继续推动对本法的学术研究。

此外,这一时期还有《合伙企业法》(1997年)^{〔47〕}、《信托法》(2001年)^{〔48〕}、《证券投资基金法》(2002年)^{〔49〕}等一系列商事法律相继出台,至此,我国商事法律体系的制度创建工作宣告基本完成。

当然,这一时期的商法学研究,除了上文对各商法部门法的探讨,尚有对商法总论部分、商法理论的阐释,^{〔50〕}并有多种集刊、论文集出版,较为知名的主要有《商事法论集》(王保树主编)、《民商法论丛》(梁慧星主编)等,^{〔51〕}对商法学研究的广度和深度均有极大的拓展。

与上述商事法律创制的步调几乎一致,2001年,中国法学会商法学研究会从原来的民法学经济法学研究会中独立出来,正式成立专门的学会,并创办会刊《中国商法年刊》,商法学的研究再次迈上一个新的阶段。商法学在各大法学院校的教学工作也在这一时期走上正轨,出版了多本经典教科书,^{〔52〕}为商法学术研究及实践工作培养了大量人才,并在1998年被教育部正式列为法学的十四门“核心课程”之一。

有学者曾把这一时期的商法学研究评价为“全面、深入和高速发展的黄金时代”,商事立法快速发展,商法理论也同样获得了快速发展,“学术研究不断提高水准,在学术研究的深度与广度上,更是达

〔41〕 证券市场的发展过程,参见张红:《有中国特色的证券法体系之探讨》,载《法学家》1998年第5期。

〔42〕 参见金德环:《进一步健全证券市场监管体系》,载《政治与法律》1995年第5期;王祖志:《〈证券法〉的出台是当务之急》,载《现代法学》1996年第1期;梅慎实:《透过〈证券法〉弥补〈公司法〉漏洞之探讨》,载《法学》1997年第2期;吴滨:《我国证券立法的若干重大问题分析》,载《中外法学》1997年第4期。

〔43〕 参见于绪刚、郑琰:《证券法热点问题探析》,法律出版社1999年版;张舫:《证券上的权利》,中国社会科学出版社1999年版;胡英之:《证券市场的法律监管》,中国法制出版社1999年版;于纪渭:《证券法概论》,复旦大学出版社1999年版;叶林:《证券法》,中国人民大学出版社2000年版,等等。

〔44〕 参见李飞:《关于如何确定证券法的调整范围问题》,载《中国法学》1999年第2期。

〔45〕 参见钟付和:《证券法的公平与效率及其均衡与整合——兼论我国证券法之立法连续性不足》,载《法律科学》2000年第6期。

〔46〕 参见李伟:《论我国证券法中的上市公司收购》,载《政法论坛》1999年第1期;白玉琴:《评我国证券法第四章“上市公司收购”》,载《法学评论》2000年第4期;王肃元、周江洪:《上市公司收购中股东权的保护》,载《政法论坛》2000年第2期;翁海生、姜玉梅、何江琳:《试论公司收购的信息公开制度》,载《法商研究》2000年第5期。

〔47〕 参见卞耀武:《合伙企业法》,中国财政经济出版社1997年版;马强:《合伙法律制度研究》,人民法院出版社2000年版。

〔48〕 参见周小明:《信托制度的比较法研究》,法律出版社1996年版;施天涛、余文然:《信托法》,人民法院出版社1999年版。

〔49〕 参见中国证券业协会基金公会编:《证券投资基金法规体系研究》,中国法制出版社2002年版。相关研究还可参见贺绍奇、涂靖:《证券投资基金的法律透视》,人民法院出版社2000年版;王苏生:《证券投资基金管理人的责任》,北京大学出版社2001年版。

〔50〕 参见王利明:《民商法理论与实践》,吉林人民出版社1996年版;徐学鹿:《商法总论》,人民法院出版社1999年版;任先行:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版;张艳:《商事代理法》,人民法院出版社2000年版;郑远民:《现代商人法研究》,法律出版社2001年版。

〔51〕 此外还出版了《私法》《复旦民商法评论》《中国商法学精萃》等集刊,以及多本论文集,如赵中孚主编:《民商法理论研究》,中国人民大学出版社1999年版;《民商法论丛:江平教授七十华诞祝贺文集》,中国法制出版社2000年版。

〔52〕 如王保树主编:《商事法学》,法律出版社2000年版;徐学鹿主编:《商法教程》,中国财政经济出版社1997年版;赵中孚主编:《商法总论》,中国人民大学出版社1999年版;赵万一主编:《商法学》,中国法制出版社1999年版;范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2000年版。

到从前无法比拟的水平”。〔53〕

笔者也一定程度上赞同上述评价。在我国这一商事法律体系的创制时期,无论商事立法抑或商法学的研究,确实均得到前所未有的飞速发展。商事立法的速度与规模、商法学研究的深度与广度,均是前一“过渡期”所无法比拟的,如今在商法学界起着中流砥柱的著名学者们也大多是在这一时期涌现出来的。

不过,若我们以后来人的眼光来重新审视这一时期的商法学研究,仍可发现其中存在的不足与缺陷。在笔者看来,这时研究中的最大问题乃在研究方法上,大多数研究重在用心于指出立法之不足,而缺乏法教义学上的深度阐释。这样的研究范式在当时也有其历史的必然性,因为法律体系尚在创制阶段,又是飞速创制的阶段,故而各项法律本身必然存在各种矛盾、漏洞,也故而学者们常将关注点置于立法的欠缺,并进一步提出修法的建议。这一现象也表明,这一时期的商法学研究也尚在“创制期”,以稳步的前进为主线,为下一时期的日臻成熟积累智识经验。

四、制度完善期:2002~2015

2002年至2015年,商事法制的建设与商法学的研究均又到达一个新的高度。商法各部门法纷纷迎来修订,商法学研究名家新秀辈出、成果丰硕,呈现出“井喷”之象,法制建设与学术研究之间形成良性互动。

法律法规的修订与完善和学术的发展与努力之间的关系密不可分。这一时期的商法学研究主要体现出两方面的特征:一是从宏观上讲,在理论深度上较大程度的拓展;二是从微观而言,对具体问题有更精深的阐释。

在商法基础理论方面,范健、赵万一、童列春等学者有重要成果,尝试对商法学这一实践性学科进行理论体系的构建,深入探讨了商法的本质、价值、原则等最基本的理论话题,使得商法学这一实践性学科的理论品质得到极大提升。〔54〕另有王保树、徐学鹿等学者,从商法变迁的角度讨论现代商法、我国商法的理论体系。〔55〕甚而有学者提出商法本位论、部门论、外观主义、权利结构理论等独到观点。〔56〕

不少学者研究商法的立法体系,〔57〕或专门研究商法的总则部分,〔58〕并更进一步,提出在我国制定一部类似于《民法通则》的《商法通则》的立法建议。〔59〕更多的学者则集中探讨商法总论项下的具

〔53〕 叶林:《中国民商法学20年》,载《法学家》1999年Z1期。

〔54〕 参见范健、王建文:《商法的价值、源流及本体》(第2版),中国人民大学出版社2007年版;范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版;赵万一:《商法基本问题研究》(第2版),法律出版社2013年版;童列春:《商法学基础理论建构:以商人身份化、行为制度化、财产功能化为基点》,法律出版社2011年版。

〔55〕 参见王保树:《商法的改革与变动的经济法》,法律出版社2003年版;徐学鹿:《商法的轨迹:从传统到现代》,法律出版社2013年版。

〔56〕 参见周晖国:《商法本位论:商法作为独立法律部门的内在依据》,法律出版社2010年版;高在敏:《商法部门论》,法律出版社2008年版;全先银:《商法上的外观主义》,人民法院出版社2007年版;陈醇:《权利结构理论:以商法为例》,法律出版社2013年版。

〔57〕 参见王建文:《中国商法立法体系》,法律出版社2009年版;任尔昕等:《商法的体系构建与制度完善》,高等教育出版社2011年版。

〔58〕 参见张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版。

〔59〕 参见曾大鹏:《中国商法通则理论与立法研究》,法律出版社2013年版。

体理论或制度,如商事物权与商事债权制度、^[60]商事责任与追诉机制等。

《公司法》向来是学界着力最多的商法部门法。以 2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订本法为界,在这之前的作品多为对旧法在资本制度、组织机构、公司治理等方面的内容提出的修正意见,^[61]在这些意见被修法部分采纳后,学者们开始一方面进行大规模的法释义学阐述,另一方面继续指出该法仍然存在的不足,并成为 2012 年 12 月 28 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议又一次修订本法的学术基础。

仅在该法刚修订并开始施行的 2006 年,即有王保树、施天涛等学者出版了多部重要专著,包括对《公司法》的整体性解读,^[62]以及对发起人、^[63]控股股东^[64]等具体问题的深入解析。其中,蔡立东教授的论述颇值关注,他聚焦于反思我国公司法实践中出现的正式制度与商事生活实践样式严重背离这一问题,总结公司制度生成的历史逻辑,发现公司制度从来就是人们自发行动的结果,而非国家建构的产物的结论,故而颇具洞见地指出,公司的本质是合同网络,从而经由契约自由的正当性这一中介,论证了公司自治的正当性,证成了公司制度应由当事各方自发互动而形成的论断。蔡教授独特的观察视角和理论视野,为商法学研究的理论转型、现代企业制度的理论研究和实践考察提供了一个崭新的切口。^[65]

在公司法的总论部分,朱慈蕴教授考察了公司法人格否认制度理论与实践。2005 年《公司法》修订时,学术界形成了对公司法人格否认采取“积极引入,慎重适用”的共识,“积极引入”已在那时《公司法》的修订中解决了,因而朱教授所要解决的是“慎重适用”的问题。在经过一系列历史考察及理论论证后,朱教授得出结论,“慎重适用”绝不是“谨小慎微”,而应是妥当地解决适用中的问题,并提出个案考察是解决这一问题的最佳方案。^[66]在朱教授这一开创性的研究之后,又有黄辉、高旭军等多位学者有相关的及进一步的探讨。^[67]

公司治理是公司法项下备受学术界关注的部分。段威从公司所有与公司经营关系的角度出发,从整体上解读公司的治理模式。首先,强调公司的法律制度设计、公司内部当事人的行为等都必须为全体股东最大利益服务;其次,试图妥善解决公司所有与公司经营之间的关系,构建公司内部权责明确、分立制衡的体系;再次,直面我国公司治理结构的具体性和特殊性。^[68]郭富清则从公司权利与权

[60] 参见曾大鹏:《商事物权与商事债权制度研究》,中国法制出版社 2012 年版。

[61] 参见蒋大兴:《公司法的展开与评判:方法、判例、制度》,法律出版社 2001 年版;汤欣:《公司治理与上市公司收购》,中国人民大学出版社 2001 年版;赵旭东:《公司资本制度改革研究》,法律出版社 2004 年版;傅穹:《重思公司资本制原理》,法律出版社 2004 年版;赵万一、卢代富主编:《公司法:国际经验与理论构架》,法律出版社 2005 年版;王保树主编:《全球竞争体制下的公司法改革》,社会科学文献出版社 2003 年版;王保树主编:《转型中的公司法的现代化》,社会科学文献出版社 2006 年版。

[62] 参见王保树:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社 2006 年版;施天涛:《公司法论》,法律出版社 2006 年版;周友苏:《新公司法论》,法律出版社 2006 年版;张国平:《公司法律制度》,南京师范大学出版社 2006 年版;张民安:《公司法的现代化》,中山大学出版社 2006 年版。

[63] 参见刘刚仿、赵奇志:《公司发起人法律制度研究》,对外经济贸易大学出版社 2006 年版。

[64] 参见汤欣等:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社 2006 年版;习龙生:《控股股东的义务和责任研究》,法律出版社 2006 年版。

[65] 参见蔡立东:《公司自治论》,北京大学出版社 2006 年版。

[66] 参见朱慈蕴:《公司法人格否认制度理论与实践》,人民法院出版社 2009 年版。

[67] 参见黄辉:《中国公司法人格否认制度实证研究》,载《法学研究》2012 年第 1 期;高旭军:《我国公司法人格否认制度适用研究》,法律出版社 2014 年版。

[68] 参见段威:《公司治理模式论:以公司所有和公司经营为研究视角》,法律出版社 2007 年版。

力二元配置的视角出发,主张公司权力源于权利,并受权利监督,公司各权力之间应互相制衡,法权形态必须制约事实权力形态。^{〔69〕}更多的学者则进一步关注公司治理中更具体的内容,如股东大会制度、^{〔70〕}经理权^{〔71〕}等。

五、新时期商法学研究展望

近年来,改革开放进入攻坚期和深水区。十八届三中全会提出,使市场在资源配置中起决定性作用和更好地发挥政府作用。而市场在资源配置中发挥作用的手段只能是法治,其核心为民商、经济法律制度。十八届四中全会更为明确地指出,全面推进依法治国,必须加强市场法律制度建设。在此大背景下,商事法律制度完善的重要性凸显。这需要商法学研究适应现实需要,为经济发展提供全方位、多角度的理论供给。习近平总书记指出,中国特色哲学社会科学应该不断推进学科体系、学术体系、话语体系建设和创新。^{〔72〕}商法学自身也需要加强基础理论研究,完成商法学学科体系和学术体系的构建。

(一) 商法的独立性

多年来,商法作为部门法的独立性一直受到学术界特别是民法学界的质疑。十八届四中全会决定中明确提出编纂民法典,这一史无前例的重要决策使得整个法学界非常振奋,商法学界也表现出强烈的参与意识。^{〔73〕}不过,在关于民法典编纂的热烈讨论中,民法学者占据绝对主导地位,商法学者的声音极其微弱。^{〔74〕}当然,民法学者们也认识到民法典编纂中应处理好民法与商法的关系。^{〔75〕}但是从几大民法典专家意见稿以及全国人大常委会公布的《民法总则(草案)》来看,商法规范没有得到足够重视,上述认识并未真正落到实处。

现有的民法典编纂思路采用先总则后分则的模式,基本框架与《德国民法典》大致相同。需要注意的是,《德国民法典》是民商分立立法模式下的产物,而我国民法学界一直以来坚持认为我们的立法模式属于民商合一。这就产生了立法模式选择上的悖论:采用民商分立模式国家的民法典结构,而又没有关于商法典或者商法通则的安排。《民法总则(草案)》与商法有关的条文寥寥数语,远不能成为指导商事特别法的“总则”,其他条文也无法统摄民法与商法。这使得商法学界不得不反思在民法典立法中商事法律处于何种位置。这一问题解决的好坏将直接关系到民法典立法的成败,甚至影响中国法治进程、影响中国市场经济的发展。在民法典中既然没有给予商法应有的位置,商法学者应该

〔69〕 参见郭富清:《公司权利与权力二元配置论》,法律出版社2010年版。

〔70〕 参见李小宇:《公司法视角下的股东代表诉讼》,法律出版社2009年版;毛文清:《均衡视角下的股东代表诉讼研究》,中国时代经济出版社2012年版。

〔71〕 参见杜军:《公司经理权问题研究》,法律出版社2011年版;刘文科:《商事代理法律制度论》,法律出版社2013年版。

〔72〕 参见习近平:《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》,载《人民日报》2016年5月19日第4版。

〔73〕 2015年6月13日,中国商法学研究会还专门在北京杏林山庄召开了“民法典编纂与商事立法研讨会”,大陆顶尖民法学者、商法学者云集香山脚下,讨论民法典立法与商事立法问题。2015年9月25日至26日,中国商法学研究会2015年年会在郑州召开,年会主题为“商法的现代化与民法典的编纂”。2016年5月7、8两日在北京召开的中国商法学研究会2016年年会,其主要议题之一为“民法典编纂与商事立法的独立性研究”。

〔74〕 如2015年4月14日,中国法学会民法典编纂项目领导小组成立,20多位成员基本上都是民法学者,商法学者仅有一两位。

〔75〕 参见孙宪忠:《从基本法视角看民法典编纂》,载《中国经济报告》2016年第8期;王利明:《民商合一体例下我国民法总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期;崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,载《清华法学》2014年第6期;等等。

面对现实,不能再抱有在民商合一模式的框架下实现商法制度构建的幻想,不得不重新考虑抛开民法典,另起炉灶进行商事立法。^[76]

从表面看,产生上述问题的原因是民法典编纂工作对商法重视不够,忽略了商法学者们的呼声。但是,我们认为深层次的原因是,学术界包括商法学界自身对商法作为部门法和法学学科是否有独立存在的意义一直缺乏统一认识。^[77]长期以来,在私法领域,民法思维以及民法话语体系占据绝对主导地位。这导致商法基础理论缺乏自有的理论支撑,“商主体”“商行为”等概念即为这一僵化思维的结果。许多商法学者提出商法具有营利性、营业性等特点,只是商法的表征,并非商法制度的内在支撑。

近年来,有些商法学者已经意识到上述问题的存在,开始尝试思考如何构建商法独有的话语体系。^[78]我们认为,随着民法典编纂工作的推进,商法学界的自觉意识将进一步加强,商法思维和商法独立性会持续成为研究热点,中国商法学应该可以完整商法基础理论的体系化工作。

(二)自由贸易区建设与“一带一路”保障立法

2013年9月29日中国(上海)自由贸易试验区正式成立,标志着中国新一轮改革开放的开始。截至2016年9月,我国已经设立了三批共11个自由贸易区。上海自贸区设立后,进行了一系列的制度创新,其中最为重要的就是负面清单管理制度。负面清单制度的法理基础是“法无禁止即可为”,其目的是放松市场准入管制,以激发市场活力,鼓励投资,促进经济发展。除此之外,上海自贸区还出台了一系列金融创新政策。随着自贸区建设在全国的大规模建设,有关自贸区制度创新的商法学研究将成为未来相当长一段时间内的热点问题。

2013年9、10月,习近平在出访中亚和东南亚国家期间,先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的重大倡议,得到国际社会高度关注。三年来,“一带一路”建设成果显著,超出预期。^[79]“一带一路”建设还有很长的路要走,贸易政策改善和金融制度创新都有赖于商法学研究贡献智慧。

(三)破产重整

近年来,在世界经济复苏乏力和长期积累的深层次矛盾凸显的情况下,我国宏观经济增长速度明显放缓,出现持续低迷现象。这具体表现为实体经济不景气,大量的企业经营困难,陷入财务危机。截至2016年7月31日,全国企业破产重整案件信息网统计的全国法院正在审理的破产案件共计7000余件,其中2016年新收案件2000余件。^[80]企业破产重整案件的大量发生,将会促使学术界进

[76] 2016年9月24日,中国社会科学院法学研究所主办的“民法典编纂与商法规范表达”学术研讨会在北京举行。与会的40余位民法学者一致认为,商法规范的正确表达对民法典编纂至关重要,未来的民法典必须对商法规范予以适当安排。许多学者认为,现有的民法典编纂工作未能完成这一任务,未来中国商事立法应该走实质民商分立的道路,出台“商法通则”。有的学者甚至提出,应该实行民商分离模式,制定“中国商法典”。

[77] 商法因此被有的民法学者揶揄为寄居蟹。参见张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第6辑),清华大学出版社2005年版。

[78] 如有学者提出商事主体制度与传统民事主体制度在社会背景、价值目标、立法技术上都存在明显差异,民事人格向商事人格的转化需要遵循“从社会伦理到市场理性”的演进路径。参见汪青松:《商事主体制度建构的理性逻辑及其一般规则》,载《法律科学》2015年第2期。

[79] 参见《总结经验 坚定信心 扎实推进 让“一带一路”建设造福沿线各国人民》,载《人民日报》2016年8月18日第1版。

[80] 参见刘子阳:《最高法院多措并举剑指破产案件“启动难”网上公开七千余件破产案件》,载《法制日报》2016年8月2日第3版。

进一步加强相关研究。

(四)资本市场法律问题研究

2014年5月,国务院《关于进一步促进资本市场健康发展的若干意见》出台,明确了积极稳妥推进股票发行注册制改革的思路原则和主要任务。2015年12月,第十二届全国人大常委会第十八次会议审议通过《关于授权国务院在实施股票发行注册制改革中调整适用有关规定的决定(草案)》的议案,授权国务院可以根据股票发行注册制改革的要求,调整适用现行《证券法》关于股票核准制的规定,对注册制改革的相关制度作出具体安排。股票发行注册制涉及公司法、证券法等多部商事法律法规,这方面的学术研究已经并将持续成为商法学界的研究热点。

2013年以来,由于IPO审核严格,周期较长,并购、重组成为公司实现资产证券化的最佳选择。同时,许多上市公司也通过并购、重组,实现整合资源、获取领先技术、提高盈利能力以及占领市场等目的。与非常活跃的并购、重组市场相比,这方面的学术研究则较为冷清,相关研究成果不多。

六、结语

三十多年来,中国改革开放不断深化,经济体制由计划经济向社会主义特色市场经济的逐步发展。在这一过程中,市场活力逐步被激发,阻碍商品交易的制度逐渐被消除;这一过程中,调整商品交易的法律制度逐步确立、完善;这一过程中,中国商法学随之萌芽与发展。虽然存在诸多公法因素,但商法的本质属性是私法。市场经济是法治经济,市场经济更是私法经济。社会主义市场经济的确立必然带来我国商法制度的发展,也必然会带来中国商法学的繁荣。可以断言,改革开放以来的中国商法学,从无到有、从有到精,根本原因在于国家选择了正确的发展道路。同时,也是几代商法学人努力奋斗的结果。特别是以王保树教授为代表的老一辈商法学人,筚路蓝缕、砥砺前行,为中国商法学的拓荒、奠基和发展奉献终身。吾辈更当发愤图强,中国商法学下一个繁荣的三十五年可期也。

(责任编辑:马长山)