

关于目前中国商法研究的几个问题

趙 万 一*

商法作为调整市场经济的基本法律制度，在整个法律体系中占有非常重要的地位。但由于中国没有单独的高法典，对商法学的研究长期依附于民法而进行，因此不但使中国商法学的研究长期徘徊不前，而且对商法学的一些基本理论问题也一直没有取得共识。2001年9月，中国法学会商法学研究会宣告成立，从而标志着商法作为一个独立法律部门开始获得社会的认同。对商法学的研究也开始步入一个新的研究阶段。2002年9月10日至22日，笔者应邀到广岛修道大学进行学术交流。在校期间，受到儿玉正宪校长、川内 副校长、法学部丰田博昭部长、大贺祥充教授、藤井隆助教授、王伟彬副教授、国际交流中心课长大津章先生、国际交流中心主任熊谷次 先生等诸君的热情接待，在此深表感谢。根据安排，笔者为广岛修道大学的部分学生作了“中国的民商法律制度”的演讲，取得了预期的效果。尤其值得一提的是，法学部副教授铃木正彦先生自始至终参加了整个演讲活动，并与我多有交流，使我获益匪浅，对此表示感谢。演讲结束后，铃木君嘱我将演讲内容整理一下，以作交流之用。回国后根据铃木君的建议，我对演讲内容进行了整理，并对部分内容进行了增减，由我校民商法专业博士研究生周超先生翻译成日文，不足之处谨请各位指正。

一、 关于商法的若干基本理论问题

最近几年中国学者对商法学的研究比较活跃，新观点较多，择其要者简述如下。（一）关于商法的独立性问题。商法是调整市场经济关系中商人及其活动的法律规范的总称。商法是否具有独立性是决定商法是否能够独立发挥作用和是否具有持久生命力的基础。而商法的独立性主要取决于商法能否在内容上能

* 中国西南政法大学民商法学教授 博士生导师

否区别于民法而独立存在。关于民法与商法的区别，我认为主要体现在以下几个方面：

1. 立法价值取向不同。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。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。民商法作为两个不同的法律部门，之所以为绝大多数大陆法国家确认，除了二者在调整对象和调整内容上有明显的差异性外，二者在价值取向上也具有显著不同。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至上兼顾效益与其他。由于世界上根本就没有绝对的公平存在，因此民法的公平主要强调和保护的是个体公平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，而不能从社会整体利益出发去追求实质的公平和平等。民法只能是个人利益的本位法和个人权利的维护法。公平的实现虽然会有助于个人利益的实现，但并不当然有利于整个社会的公共利益，在有些情况下甚至会对抗社会的公共利益。民法既强调形式上的公平，更强调实质的公平，因此公平既要强调对法律规则的严格适用，但并不仅仅拘泥于对法律条文的机械理解，更加注重立法的主旨，强调探究当事人内心真实的意思表示，以实现实质的公平。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采取的是效益至上兼顾公平与其他。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。效益包括个人效益（个人收益）和社会效益（社会收益）两部分。“个人收益率是经济单位从事一种活动所得的总净收入款。社会收益率是社会从这一活动中获得的总净收益（正的或负的）。它等于个人收益

率加上这一活动使社会其他个人的净收益¹⁾。效益体现了社会活动实现的利益和耗费之比。对个人利益的追求是推动社会进步的主要动力之一。正是这种对效益的强烈追求和对效益追求的充分尊重与保护才促进了社会的进步和经济的发展。古典经济学家认为，自利行为具有合理性，这种合理性可以从两个方面来理解：一个方面是因为自利行为可以服务于有用的目的，这是所谓的结果主义者的市场合理性；另一个方面认为个人有权利按照自我利益去行动，这一推论是以权利观念为基础的²⁾。诺思认为：“有效率的经济组织是经济增长的关键因素；一个有效率的经济组织在西欧的发展正是西方兴起的原因所在³⁾。商法只不过是将这种对效益的追求通过一定的法律规则的形式表现出来，将社会经济主体的行为限定在一定的制度范围内。即“通过经验来发现并通过理性来发展调整关系和安排行为的各种方式，使其在最少的阻碍和浪费的情况下给予整个利益方案以最大效果⁴⁾。值得注意的是，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。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。

2. 二者产生的经济基础不同。民法产生的经济基础是商品经济，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。商品经济必须有两个存在条件：一是由于社会分工是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。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。与此适应，就产生了所有权制度和合同制度。而商法产

1) 诺思《西方世界的兴起》，学苑出版社1998年版，第1页。

2) 参见拉尔斯·马格努松主编《重商主义经济学》，上海财经大学出版社2001年版，第86-87页。

3) 诺思《西方世界的兴起》，学苑出版社1998年版，第1页。

4) 庞德《通过法律的社会控制》，商务印书馆1984年版，第71页。

生的经济基础则是市场经济。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。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。商品经济和市场经济的主要区别在于：商品经济是与自然经济相对应的概念，指的是一种社会经济形态，强调的是社会产品的实现方式，即必须进行等价劳动相交换以实现各自的生存和发展需要。而市场经济作为一种经济实现方式所对应的是非市场经济（主要是计划经济、国家垄断经济、独裁经济等），主张市场是实现社会资源配置、满足人们需要的手段和场所。市场包括人的要素、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纯粹的经济人，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。市场经济的基本要求完全与商法的基本内容相吻合。因此可以笼统地说，民法是商品经济的基本法，而商法则是市场经济的基本法。

3. 适用主体不同。民法在适用主体上具有广泛性，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等要求之后社会才能够和谐发展。而商法的适用对象则通常仅限于商人。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，是以从事营利性活动为其唯一存在目的的经济人。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⁵⁾。经济人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。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⁶⁾。除此之外，商人范围比较特

5) 参见亨利·勒帕日：《美国新自由主义经济学》，北京大学出版社1985年版，第24页。

6) 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，商务引书馆1981年版，第14页。

定，要求有较高的专业知识和技能，这些都直接影响到商法的规则体系和规则内容。

4. 法律规范的表现形式不同。民法规范具有强烈的伦理性。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。正是由于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。而商法规范则具有较强的技术性特点。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，而后虽经多次进化，“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。商法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。商法的技术性既体现在其组织法上，也体现在其行为法中。

(二) 关于民法典与商法典的问题。对于中国是否需要制定商法典，学者间有较大争议。有的学者从商法独立的历史轨迹出发，提出在经过商事习惯法和国家单行商事法以后，商法典是商法独立与发展的高级阶段。但大多数学者均认为中国目前并没有制定独立商法典的必要。其主要理由是：(1) 目前我国并不具备制定商法典的社会经济条件。(2) 目前中国所缺乏的不是商法典，商法典并不代表一个国家的商事活动的发展水平；中国目前所需要的是商法意识，是实质上的商法精神。(3) 民法和商法的区别主要是一种形式上的差别，实质性的差别比较小。无论是采取民商合一还是采取民商分离，在法律适用上都是采取的特别法优于普通法的原则。(4) 商法和民法在基本价值追求上具有重合性，受某些相同价值规则和价值取向，如平等、意思自治、合法性等的约束。在调整手段和调整方法上也有明显的相同之处。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。(5) 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，作为商法存在的社会基础已不存在。(6) 法律性质属性上具有相同性。民法和商法在性质上都属于私法范畴，在规范内容上都属于权利法。完全实行民商分立有人为割裂同一法律关系之嫌，既有害于私法体系的统一性，也不利于私法理论的深入发展。(7) 民商分离的立法条件并不具备。一般言之，民商分立必须以民法的高度民主发达为条件，是在民法发展到一定阶段后现有的民法规范无力调整纷繁复杂的社会经济关系时才产生对商法的渴求。目前我国的实际情况是民法本身尚有待完善和弘扬，民法观念也有待于进一步深化。在民事立法尚待进一步发展特别是民法典尚付阙如的情况下实行民商分离，无异于在沙滩上修建摩天大厦。

但民商合一并不是简单地将商法并入民法之中，或是将商法完全融入民法之中，或是完全由民法取代商法。民商合一这个概念本身就表明商事并不完全等同于民事。即是说民商合一一是以承认民商有别为条件的。不是由民法典包揽一切，将纷繁复杂的市场经济关系包容在一部民法典中，而只是强调民法对商事法规的指导和统率作用。现代意义上的民商合一应是在充分承认民法和商法各有其特殊性的基础上将民法内容和商法内容进行充分整合，以最大限度地发挥民法和商法在促进社会经济发展中的作用。

(三) 关于商法中的意思自治与强制性规范问题。民商法属于私法，私法不同于公法的最基本的一点就是私法特别注重对私人权利的保护。民商法是市民社会的基本法，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，各国民商法典中强调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和效益公平，均是以避免国家对个人权利的侵犯。“在私法范围内，政府的唯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⁷⁾。与民法中的绝对意思自治不同，商法中的意思自治则有一定的受限性。其主要表现是：在商事交易关系中，行为人对财产交易的方式陌生，以此要求当事人实现完全的意思自治显然有失苛刻；商事交易中比较注重效率、强调交易的迅捷性，出现了交易的定型化、权利的证券化等手段，因此没有时间和条件保障当事人的充分意思自治。商法对意思自治进行限制的目的在于追求社会公平与效益的统一，激发行为人自主自力进行交易和平衡各方利益，是人权精神在商法领域的具体体现。另外，民法中的意思自治与商法中的意思自治在出发点上也是不同的，民法强调人的平等性，而商法则较多的强调人与人的不平等性，因此商法中才有大量的强制性规范。

二、关于商法与经济法的关系

(一) 经济法的概念与特征。“经济法”一词是由法国空想社会主义者摩莱里 (Morelly) 在其 1755 年出版的《自然法典》一书中首次加以使用，主要是用来表述某种经济运行规则。法律意义上的经济法是德国学者李特尔 (Ritter) 在 1906 使用的，其主要目的是用来说明与世界经济有关的各种法律。经济法出现后，国内外理论界对经济法的概念、调整对象和范围仍是众说纷坛，莫衷一是，但基本观点认为：从法自身的发展来看，“经济法是政治法和市民法的补充和必然产物⁸⁾；从经济法的本质来看，“经济法为国家对经济干预之法⁹⁾。从经济法与商法及行政法等部门法的关系来看，“经济法应位于商法与行政法之间，它与商法分享对经济事务的调整，与行政法分享政府管理经济的职能¹⁰⁾。笔者认为，现代意义上的经济法是国家为了克服市场调节体制缺陷、弥补和矫正遭到破坏的市场条件和市场环境，而进行的以经济性手段为内容的强制性法律规范的总称。其主要作用机理在于通过国家的强制性手段，保障市场经济赖以正

7) 参见梅里曼：《大陆法系》，西南政法学院印行，1983年，第106页。

8) 李昌麒主编《经济法学》，中国政法大学出版社1994年版，第4页。

9) (日)金泽良雄：《经济法概论》，甘肃人民出版社1985年版，第24页。

10) 王继军等：“经济法是市场中规制法与市场调控法的有机结合”，《法律科学》1999.1

常运行的外部条件和环境符合市场的要求,并克服市场调节机制本身所隐含的缺陷。在性质上经济法属于社会法的范畴。作为社会法经济法与其他法律部门相比具有以下几个方面的特点:

1. 调整目标上具有单一性。经济法律体系以维护社会公共利益为其首要目标,强调的是社会本位和社会利益至上。经济法体现的既不是私人意志也不是国家意志,而是社会公共意志;经济法保护的也不是纯粹的私人利益或建立在统治阶级意志基础上的国家利益,而是以全体社会成员作为受益主体的社会公共利益,这种社会公共利益带有普遍性和公共性。

2. 调整内容上具有经济性。经济法的调整既不能通过对被调控主体进行人身惩罚,也不能对被调控主体进行道德惩罚,而只能用经济手段,通过经济引导、经济惩罚、经济制裁、经济激励等手段对市场主体的行为进行引导和规制。

3. 调整手段上具有多样性。经济法对社会关系的调整既可以通过规制手段将市场主体的行为限制在市场所许可的范围内,也可以通过引导性、促进性规范为市场主体的行为指明方向,并促成社会总体经济目标的实现;对有害于市场运行的一些行为则通过矫正性规范和制裁性规范进行强制性矫正和救济,使之符合社会总体利益的要求。

(二) 经济法与商法的区别。由于调整范围、立法目的上有诸多不同,因此商事法和经济法在有关部门的法律理念、法律机能上也是明显不同的。商法以个别经济主体的利益为基础,主要调整的是经济主体之间的利益关系;经济法则以社会经济利益为基础,着眼于整体经济利益的协调和保护,即着重于所有商事主体利益的全局性调整。因而,商事法和经济法应作为两个不同的法域而存在。两者的区别主要体现在以下几个方面:

1. 商法和经济法所调整的社会经济关系的性质不同。商法主要调整的是商人之间的以平等性为特征的的社会经济关系;经济法则调整的是国家与公民、国家与企业(商人)之间的社会关系,这种关系主要体现为管理与被管理、指挥与被指挥的纵向关系。

2. 商法和经济法调整对象的内容不同。商法主要规定的是商人和其他经营者的法律地位、组织形式、商事交易行为规则和行为后果等,这些内容反映在

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

法律上即为公司法、票据法、信托法和保险法等法律制度。经济法主要规定了商事活动中商事主体的竞争行为规范、竞争规则以及政府如何对不正当竞争行为和垄断行为进行调整，以维护正常的经济运行环境和运行条件。反映在法律上则为计划法、投资法、反垄断法、反不正当竞争法、生产振兴法、消费者保护法以及资源法等等。

3. 商法和经济法的作用内容和作用基点不同。商法的作用内容和作用基点 是确认和保护商人的(经营者)合法地位和利益,侧重于保护作为商人的企业和自然人之间的平等利益关系,以满足商人的营利性要求。经济法的作用内容和作用基点则是平衡个体利益与社会利益之间的利益矛盾,其作用内容侧重于社会的整体经济生活和社会的整体经济利益。

4. 商法和经济法的法律性质和法律理念不同。商法是属于具有公法因素的私法,其中自由、平等、公平、效益、安全等法律理念被侧重于从法方面来理解和阐释。即强调个体的自由,个体之间的平等,个体相互关系的公平以及个体行为的效益和安全。经济法是具有私法内容和公法内容的社会法,自由、平等、公平、效益、安全、秩序等一些法律的基本理念,被侧重于从社会的角度去理解和阐释,强调社会整体效益和交易安全。

(三) 经济法的内容和体系。所谓法律体系,是指基于客观存在的同种类调整对象之间的互相联系、互相作用而形成的一系列法律规范的总和,或者说是基于相同的调整对象基础而形成的具有密切内在逻辑联系的法律规范和制度的系统结构。正是基于经济法是社会公共利益维护法的基本认识,所以我们认为经济法可以而且也应当作为一个独立的法律部门,其调整内容主要应当包括市场条件保障、市场行为矫正、市场行为引导和市场行为促进四个方面。

1. 市场条件保障法。市场经济的正常运行离不开良好的市场环境和完备的市场条件,为市场条件提供有效法律保障是经济法的最基本作用之一。经济法在这方面的作用主要表现为市场建立条件保障、市场运行条件保障和市场延续条件保障。(1) 市场建立条件保障法。市场的正常运行既有赖于各项内外部条件的综合作用和有效配合,同时也要求市场必须按其自身的内在要求和规律进行组建,要求市场建立的基础必须格外稳固。市场条件保障法主要包括应以下

内容：市场体制的构建法；市场准入法；市场主体资格授予、剥夺和监控法（典型的如《商业登记法》）。（2）市场运行条件保障法。市场的正常运行必须有赖于良好的内外部条件的保障。这些保障条件主要包括：市场公平条件保障法，即利用法律手段为市场主体的经济行为创造公平外部环境的法律制度和法律规范，其内容主要包括税法、价格法、公平交易法等；市场秩序维护法，即通过法律手段对各种有害于正常市场秩序的行为进行强制性矫正的一些单行法规和具体法律规范，典型的如《市场秩序法》；市场限制条件法，即国家出于社会整体利益的需要而对市场主体的一定行为进行限制或管制，典型的如食盐专卖法、烟草专卖法、外汇管制法、对外经济贸易管制法等。（3）市场延续条件保障法。主要内容包括：可持续发展法，即“环境、人口和自然资源协调发展法”；弱势群体保护法，主要包括劳动法、工资法、劳动报酬法、社会救济法、社会保障法和社会保险法等；市场客体合理利用法。

2. 市场行为矫正法。出于追逐最大限度利润的动机，市场主体的行为往往有一种强烈的利己主义倾向，并会以牺牲他人或社会利益为代价而求得个人利益的实现。经济法在这方面的主要作用就是利用法律的强制性规定对市场主体的逾常行为或有害行为进行矫正。这方面的主要法律就是反不正当竞争法和反垄断法。

3. 市场行为引导法。经济法在这一领域中的主要作用是：在对国民经济发展情况及其趋势的充分研究的基础上，通过经济预测、经济计划等方式，为市场主体的行为设定一定的目标和提供一定数量可供选择的行为空间，并引导市场主体行为符合社会经济发展的实际需要。其主要内容包括：国民经济计划法、经济协调发展法、综合开发规划法、城镇与乡村规划法、产业政策法等法律和法规，同时应辅之于大量的政策性指导规范，如国家鼓励发展或限制发展专业目录等，共同保障市场主体的行为符合社会整体利益的需要。

4. 市场行为促进法。市场经济的健康发展除了有赖于市场主体的自主行为之外，国家对市场主体行为的有效引导和积极鼓励同样是必不可少的。经济法在这方面的主要作用是通过经济振兴法为国民经济的振兴和发展提供必要法律手段；通过内资投资法、外商投资法和投资鼓励法，鼓励国内外资产所有者积

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

极进行投资行为；通过欠发达地区经济促进法和欠发达地区工业开发促进法，提升欠发达地区的经济实力，以求得整个社会经济的平衡发展；通过移民鼓励法大城市人口控制法调整不合理的人口布局；通过产业再配置促进法对不合理的产业结构和产业布局进行重新规划和调整；通过就业促进法减缓或解决日益严重的显性失业和隐性失业问题；通过竞争促进法，强化市场主体的竞争意识，加大市场的竞争烈度，提高社会整体的竞争能力和竞争水平。通过制定农业调整法、农村振兴发展法改善农村的不合理生产结构，加速农村的城市化和工业化进程。

三、投资者利益的商法保护

（一）投资者利益在公司治理中的地位。传统的公司法理论认为，股东是公司的所有者，公司的经营目标是为了实现股东利益的最大化，因此，对公司的控制权只能由股东或其代理人行使。公司法理还认为，表决权是股份公司股权制度的核心，而股东权益的最终实现就体现在董事对公司经营决策权的表决权和监督权上。因此公司股东享有对公司行为的最终决定权和广泛监督权。但按照现代公司法律理念，公司的最终目标并不应仅仅局限在股东利益的最大化上，而更应当关注的是全体利益相关者的共同剩余最大化。与此相适应，治理也不再仅仅是股东们的事，所有的利益相关者都有为保护自己的利益而参与公司治理的权利与义务。在公司制尤其是股份制企业中，虽然股东不直接管理企业，但股东是企业的所有者。企业的经营管理者不过是所有者的“代理人”，所以经营管理者应为股东服务，行为目标应该与股东的目标一致，应以实现股东利益最大化为一切行为的基础。

由于公司利益并不是与所有股东的利益完全一致，股东尤其是大股东在追求利益最大化的同时可以采用损害他人利益的办法来获利。同时由于公司的“内部人”存在自己的独立利益，因此在缺乏必要监督的情况，公司内部人可以凭借自己所掌握的巨大权利，为自己谋取不当利益，并进而侵害广大中小股东的利益。

（二）投资者利益保护的完善。为了切实保护投资人特别是中小投资

者的合法权益，牢固树立股东至上的观念，在立法上应从以下几个方面对公司的治理结构进行完善。

1. 正确协调投资者、债权人和职工之间的关系。可以考虑沿着两条思路对我国公司治理结构进行改进和完善：(1) 改革董事会的构成及其职权，强化非执行董事在公司战略、治理、薪酬和提名委员会中的地位和作用，增强董事会决策上的独立性。(2) 改革现行的监事会制度，并推行独立监事制度，强调监事会成员须拥有管理、财务方面的资格和能力，将英美国家赋予独立董事行使的审计监督职能交由监事会行使，建立由监事会领导的审计委员会，该委员会全部由独立监事组成。赋予审计委员会对公司财务报告流程及内部控制的监督权，明确规定审计委员会负责推荐会计师事务所及参与商定审计计划等。

2. 完善公司董事会的内部结构，积极引入独立董事制度。由于独立董事不像内部董事那样直接受制于公司控股股东和公司高级管理阶层，因而有利于董事会对公司事务的独立判断。在公司治理结构中引入独立董事制度，一方面可制约内部控股股东利用其控制地位做出不利于公司和外部股东的行为，另一方面还可以独立监督公司管理阶层，减轻内部人控制带来的问题。并可以从法律制度、组织机构两个方面保证了股份公司所有权与经营权的分离，并保证股东利益最大化的实现。

3. 规范关联交易，切实维护中小股东的利益。为此一是要规范关联交易环境。二是要规范关联交易程序。

4. 积极改善不合理的股权结构，改变公司“一股独大”的局面。为了实现这一目的，首先要积极推进股东结构的合理化，实行分散的股东结构，通过积极推动国有股、法人股上市流通，减少国有股的持有比例，限制家族性股东的持股比例等措施，努力培育公司内部制衡机制的形成。特别是针对国有股一股独大的情况，目前应当把国有股减持作为工作的重点。通过国有股减持，使国有资产从竞争性行业中退出，只控制少数关键性、关系国计民生的行业。二是要实行投资主体多元化。在股份公司设立过程中，应引进更多的投资者，积极培育机构投资者，引进社会保障基金、金融资产管理公司、中外证券投资基金等机构投资者，允许和引导基金、保险、养老金机构持股，适当分散过于集中

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

的股权，用分散的股权制约大股东的控权行为。三是逐步推行经营者持股制度。一方面可以把经营者的个人利益同企业的利益结合起来，强化经营者的责任，建立起对企业经营者有效的约束和激励机制；另一方面，经营者为了个人的利益就有可能抵制大股东的违法和不轨行为，形成对大股东的制约，以此建立起有效的约束和制衡机制。

5. 完善股东的权利保护和权利救济机制。股东权既是公司一切权利的基础，也是公司一切权利的来源。为了充分保护股东权利，需要进行以下几方面的工作：一是要强化股东权的权利内容，树立股东权利神圣的观念。二是要积极扩大股东权利的实现途径。从立法上为股东参与公司事务和行使表决权创造条件，包括积极推行代理投票制、投票权征集制、累积投票制、分类投票制和远程(电子)投票制等，努力为中小股东参与公司决策活动提供一切可能性条件。三是要强化股东的权利救济手段，确立股东代表诉讼、集团诉讼和违规行为的民事赔偿制度。

6. 加强信息披露和信息监管，保证信息披露的真实性、合法性和及时性。一是要强化上市公司信息披露，提高信息披露标准。二是要充分发挥中介机构和各种媒体的监督作用，鼓励全面信息披露和信息追踪披露。三是要加强监管，对上市公司违规行为、恶意包装上市以及与操纵股市、散布虚假信息和隐瞒真实信息等违法行为进行严厉惩处。

(三) 关于证券民事责任。中国现行《证券法》中民事责任的弱化是导致中国证券欺诈行为比较猖獗的重要原因之一。有证券市场就有投机和欺诈行为。法律的主要作用就是将证券欺诈行为限制在最小范围内，使适度的投机行为有利于证券市场的健康发展。对证券欺诈应注意以下几个问题：

1. 关于证券欺诈民事责任承担的主体。证券市场的多边性给合理界定证券欺诈民事主体带来了很大困难。“如果当事人范围限定过宽或过窄，既不能保护受损失的投资者，使真正的责任人承担责任，还要给管理层和司法机关增加不合理的工作负担¹¹⁾。因此证券责任的承担主体应限于行为的施动者以及与其

11) 陆泽峰：“探讨当事人范围的合理性”，《政治与法律》1999年第2期第27页。

有恶意通谋行为的内幕人员和中介机构,而不应包括盲目跟进者和一般投资者。受害主体应界定为在证券欺诈行为存续期间遭受损失的直接受害者,但不包括恶意投资者和自身投资失误者。

2. 关于证券欺诈民事责任承担的客观要件。证券欺诈行为有各种不同的表现形式,概括说来主要有内幕交易、虚假陈述和操纵市场三种行为。

3. 关于证券欺诈民事责任承担的主观要件。过错责任是一般民事责任的承担条件,但在证券欺诈民事责任中,单纯适用过错责任并不利于保护受害人。其主要原因在于,证券交易本身具有虚拟性的特征,是通过一系列的指标和数据来完成交易行为的,证券交易的网络化和无纸化也使许多欺诈行为能够不留痕迹。因此,适用过错责任会给受损人举证造成困难。因此一般认为适用过错推定原则,将举证责任归于拥有专业技术优势的加害人,从而使受害人免受举证之累,以便平衡双方的权利和义务。

4. 关于证券欺诈民事责任承担的因果关系。证券欺诈民事责任的承担要求证券投资人所受的损失必须与证券欺诈行为之间有直接的因果关系。这里的因果关系有两层含义:一是“交易因果关系”,即受害人的交易行为与加害人的加害行为之间必须存在因果关系;二是“损失因果关系”,即受害人所遭受的损失完全可以归结为加害人的证券欺诈行为。

5. 关于证券欺诈民事责任的赔偿范围。关于证券欺诈民事责任的赔偿范围的确定,一般认为应采取实际损失赔偿原则。但同时应考虑受害人的可得利益损失和欺诈行为的情节轻重,包括证券欺诈行为的时间长度、次数、成交额、非正常拨动幅度、社会影响等各个方面。

四、关于中国公司法的修改与完善问题

1993年颁布的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)在中国公司法的发展历史上具有非常重要的意义,它的颁布对于中国现代企业制度的推进和现代市场经济体系的建立发挥了重大作用。但由于该法颁布的时间较早,近十年来中国的社会经济关系发生了很大变化,从而使一些原有的规定已不能完全适应已经发展变化了的社会经济现实。另一方面,由于该法理论准备不足,

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

且过分强调中国特色，没有充分考虑世界各国公司法的立法趋势，因此导致一些规定在理论上存在明显瑕疵或是与经济发 展的趋势相抵触。为此有必要从理论上对我国公司法的利弊得失进行深刻反省，以便为今后公司法的修改提供必要的理论准备。

(一) 关于公司法人人格与公司法人财产所有权。公司作为市场经济关系的参与者，是最重要的民事和商事主体。而作为民事和商事主体的最基本条件，是该主体应享有独立的法律人格。与自然人的 人格不同，作为法人享有人格的前提是，法人成员(社员)必须放弃对其已作为出资的财产的直接支配权，才能换取仅以其出资为限对法人债务承担有限 责任。公司社员对公司债权人所承担这种有限 责任被称为公司法人制度赖以存在的基石。这块基石的存在，在公司法人与法人社员及社员与债权人之间设立起了两道屏障：第一道屏障在于社员必须向公司让渡作为出资的财产所有权，同时还必须让渡对该项财产的直接控制权。这种分离不但可以降低法人的经营成本，更重要的是，它可以对法人交易的相对人发出一种信号，使之确信与之交易的对方当事人是法人而不是法人的社员。第二道屏障在于社员以放弃对法人财产的直接支配权换取法人债权人对社员有限责任的容忍。这道屏障可以保护社员免受法人债权人的直接追索。从而实现以法人与其成员的双重分离，实现以法人为中心的法人出资者群体与法人债权人 群体的两极利益的平衡。

在以上决定公司法人人格的诸项因素中，享有独立的财产既是公司法人人格的核心内容，也是公司法人赖以存在的基本条件。而法人的独立财产最基本的要求就是法人要享有财产所有权。但遗憾的是，我国现行的公司法中对公司法人的独立财产以及公司和股东之间财产权利的划分等问题则有比较矛盾的规定，这集中体现在我国《公司法》的第 4 条的有关规定中。在该条的第二款规定：“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，承担民事义务。”第三款规定：“公司中的国有资产所有权属于国家。”这条规定有以下几个问题：第一、用法人财产权取代了法人财产所有权。而法人财产权概念本身就没有比较确切的含义，在学理上有人理解为就是所有权，有人则理解为仅属于经营管理权，还有人则理解为既包括所有权也包括经营管理权。如果是第

一种理解，那实在没有用财产权替代所有权之必要，因为所有权概念无论就其含义本身，还是就其社会大众的接受程度都远比财产权概念更为恰当。如果是第二种理解，这显然与法人的独立财产要求本身存在矛盾，因为经营管理权显然不同于所有权，它并不包含有所有权所要求的所有权能内容。如果是第三种理解，同样不能自圆其说，因为一项权利在同一个法律制度下不能有含义不同的理解，否则就会引起法律适用上的不便。第二、公司中的国有资产所有权属于国家的提法本身明显不妥。一是公司资产表示的是公司财产的实物形态，在任何情况下公司都应当对这部分财产享有无可辩驳的所有权，这是公司从事任何正常生产经营活动的前提。二是公司资产的外延比较广泛，它是指由公司实际拥有和控制的所有财产，既包括由股东出资所构成的公司资本财产，也包括公司的其他权益和负债；三是公司中的国有资产所有权属于国家，那么公司中的非国有资产又该属于谁呢？是属于其他股东还是属于公司，如果也属于股东则公司就没有任何自己的财产；如果该部分资产是属于公司，则对其他股东明显不公平。第三、既然公司中的国有资产所有权属于国家，公司对这部分财产享有那些权利？公司和国家股东之间又是什么关系？如果我们承认国家对这部分财产享有所有权，根据所有权的一般原理，所有人对其财产享有占有、使用、处分和收益的权利，并且这种权利具有排它性。我们可否说，作为所有人的国家对已经投入公司的财产仍然享有包括撤回在内的处分权。如果享有这项权利，我们对公司概念和公司的特征应当重新进行定义，如果不享有这项权利，则国家所有权就没有任何实质意义。

(二) 关于国有独资公司的法律问题。国有独资公司是我国《公司法》中所特有的概念，按照我国公司法的规定，“国有独资公司是指国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司¹²⁾。与其他企业形态和公司形式相比，国有独资公司具有以下法律特征：从投资主体来看，国有独资公司的投资主体具有单一性和特定性；从财产性质上来看，国有独资公司的财产具有国家性和全民性；从责任的承担方面来看，作为国有独资公司唯一股东的

12) 《中华人民共和国公司法》第64条第1款。

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

国家对公司债务只承担有限责任；从经营范围来看，国有独资公司的经营范围具有受限定性，仅限于国务院确定的生产特殊产品或者属于特定行业的公司。国有独资公司与其他国家的一人公司有许多相同之处，如都具有股东单一性的特征、股东与公司的人格各自独立性等。但是，国有独资公司与一人公司之间仍有差异，主要表现在：（1）立法目的不同。由于传统公司制度强调公司的人合性、法人的社团性，各国公司法制定之初几乎毫无例外地将一人公司排除在外，只是迫于现实的需要和维护法律的尊严，20世纪以来西方各国开始对传统公司给予重新认识，在立法上对一人公司给予确认。我国的国有独资公司是应国有企业改革的特殊需要而产生的，其目的在于为现阶段国有大中型企业公司化改造创造一种有效的法律形式。（2）公司的存在形态不同。一人公司的存在形态比较复杂，按其产生的时间因素可分为原生型一人公司和次生型一人公司；按其表现形式可以分为形式上的一人公司和实质意义上的一人公司。而国有独资公司都是原生型的独资公司，它也没有所谓形式意义上的独资公司和实质意义上的独资公司之分。（3）产生的原因不同。为大多数国家所认可的比较典型的一人公司通常是在公司成立之后基于公司的股份转让或股权转移而逐步演变而成的。而我国的国有独资公司均是在公司设立时就被依法界定为此种公司形态，在性质上是指国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司。由于公司经营范围的受限定性和设立方式的特殊性，因此国有独资公司不能因普通有限责任公司股权的转让而自然生成。（4）股东身份不同。西方国家一人公司可以分为国家投资的一人公司、法人独资公司和自然人独资公司。而国有独资公司责任只能由国家单独投资而设立。

国有独资公司的法律确认对于深化国有企业的改革，将公司运作的法律机理引入企业领域具有极其重要的意义。但也有一些问题：（1）国有独资公司与传统公司法的法人特征相冲突。公司的法人特征是指公司作为一个典型的人合主体所享有的可以区别于公司股东的独立法律人格或权利能力。公司的法人性是以公司组织的统一性和公司行为的规范性为其外在表征的。传统的公司组织机构以公司股东的多元化和公司机关的合理分工制衡为基础的。但在国有独资公司中，由于股东单一性上具有一元化的特征，从而使传统公司法中科学完备的

内部分工和监督制约机制难以真正实现，国家作为公司的唯一股东可以直接控制公司，可以任何方式将公司财产移转于自己或他人，从而必然会衍生出股东利益与公司利益的矛盾。(2) 国有独资公司与有限公司中普遍实行的有限责任原则相抵触。在有限责任公司中，公司股东对公司债务承担的是出资范围内的有限责任，而这种股东的有限责任原则对公司股东来说又是最为有利的一项原则。基于公平原则的一般要求，法律规定某一主体在享受某些权利的同时，必须履行将其对公司的出资财产完全交付给公司，由公司经营管理和支配的义务。但当公司股东只有一名时，其直接后果是使复数股东之间相互制约的机制无法真正发挥作用，已经作为出资投入公司的财产是否与股东的其他财产完全分离难以考察¹³⁾。(3) 国有独资公司投资主体的特殊性，导致国有独资公司可以利用自己的独特优势与其他市场主体进行不公平竞争。国家既是财产的所有人，同时又是政权的组织者；既享有广泛的财产所有权，又享有较多的行政权。同时国有独资公司的出资人在名义上仍然与政府身份合而为一，其职责、权益与法人制度所要求的独立出资人相距甚远，从而使国家投资主体在公司的运作与制衡关系中无法起到真正出资人的作用。

作为国有独资公司改革的目标我们面临着两个选择：一是在规范公司法各项制度规定的基础上，最终取消国有独资公司这一公司存在形态；二是通过改进现有的国有独资公司的各项具体制度，通过规范国有独资公司的行为，减少国有独资公司实施过程中出现的弊端。具体包括规范国有独资公司的组织制度建设，规范国家股东的投资行为，同时要完善《公司法》对董事任职资格的规定，强化监督机制，改革国有独资公司监事会的职责范围。另外要严格限定国有独资公司的适用范围，在确保国家必要宏观调控的基础上，逐步淡化国家直接参与经济活动的的能力，逐步退出带有竞争性的所有经营行业，让利与民；同时对单一投资主体的国有企业改建为国有独资公司的条件作出必要的限制，将国有独资公司主要限定为非竞争性行业或企业。

13) 参见柳经纬“论国有独资公司”，《法学研究》1996年第5期。

五、关于公司治理结构的法律完善问题

(一) 公司治理的概念与特征。

公司治理 (corporate governance) 一词源于英文, 也称公司管制、公司督导, 是指用来协调企业内部不同利害关系者之间的利益差别和行为的一系列法律、文化、习惯和制度的统称, 有狭义和广义两方面的含义。狭义的公司治理结构主要侧重于公司董事会的结构与功能, 董事长与总经理的权利和义务, 以及相应的聘任、激励与监督等方面的制度安排等项内容。而广义的公司治理结构除以上内容外, 还包括公司的人力资源管理、收益分配与激励机制、财务制度、内部控制和风险管理系统、企业战略发展决策管理系统、企业文化和一切与企业高层管理控制有关的其他制度。公司治理制度的理论基点是公司与其组成人员之间的合约关系, 它以股东利益最大化为基础, 以增加股东投资回报, 提升企业竞争力, 实现所有权与经营权的分离和所有权与决策权分离为目的。

公司治理以明晰的产权结构为基础, 就法学层面上讲, 公司产权结构的清晰至少有两种好处: 其一, 明确的产权是公司这个虚拟主体存在的前提, 没有公司的法人财产所有权, 也就没有真正法律意义上的公司。其二, 公司拥有产权是公司与其它法律主体进行交易的前提, 也是其承担法律责任的基本保障。在此基础上, 公司治理通过建立利益制衡机制, 规范公司内部的权力配置, 确保企业的经济运行效率和可持续发展。

(二) 公司治理的作用。公司治理的作用主要体现在以下几个方面:

1. 合理配置权利。公司治理的核心是明确划分股东会、董事会、监事会及经理人员各自的权力, 确保公司制度的有效运行。公司治理的分权理念, 直接来源于政治学说“三权分立”的思想。一般来说, 谁拥有资产所有权, 谁就拥有剩余控制权。公司治理的首要功能, 就是配置这种控制权。不仅如此, 公司治理对股东大会、董事会、经理和监事会规定了清晰的权力边界, 在法律和契约规定的范围内, 它们各自享有相应的权利, 承担相应的义务。也就是说, 权力机构、决策机构、监督机构和执行机构间既彼此依赖, 又相互制衡。每一主体不能同时拥有几项权力, 有所有权就无经营决策权, 有监督权就无决策和经

营管理权。

2. 利益制衡作用。从理论上讲,利润最大化为公司发展的根本目标,而利益最大化则是公司每个相关利益主体的终极目的。因此,“公司治理结构就是这样一种解决股份公司内部各种代理问题的机制。它规定着企业内部不同要素所有者的关系,特别是通过显性和隐性的合同对剩余索取权和控制权进行分配,从而影响企业家和资本家的关系。股东、董事、经理、职工等是公司的主要利益主体¹⁴⁾。公司治理法律制度通过对各利益主体权限的授予和义务的规定,来规范各利益相关主体的权利边界和义务范围。股东完成出资后,不再对公司财产拥有所有权。董事会根据公司实际经营需要对执行层进行授权委托。管理者接受有偿聘用,对公司利益负责,独立于股东行使法人代理权,并获得相应报酬;监督者代表出资者行使对企业经营管理的监督权,维护出资者的利益,使监督者的利益与出资者的利益相一致。

3. 激励与监督机制。公司治理的激励功能是指通过公司治理的作用,使代理人在追求自身利益的同时,能够更好地实现委托人的利益或目标。激励包括货币激励和非货币激励。货币激励又分为短期激励和长期激励。短期激励是用工资、奖金、福利和津贴对代理人予以激励,长期激励是采取如股票期权、购买社会保险等形式对代理人进行激励。但任何激励机制也只有在与监督相结合的前提下才能有效运行。因此,就有必要在公司内部建立一监督机制,约束代理人的行为,减少代理人道德风险,同时对代理人的渎职行为进行惩罚和制裁。

(三) 公司治理的架构。公司治理结构主要体现在董事会、监事会和高级管理团队之间的责权利划分和相互制衡机制上的。

1. 公司治理的主体。公司治理的主体是指公司治理的参与人和权利义务的承受人。公司治理主体的范围及其职权划分,不但决定了公司治理的目的,而且也影响到公司治理的成效。在现代社会中,各国公司治理职能主要是由股东、董事会及其成员、监事会及其成员、债权人、经理人员和职工以及其他利益相关者共同行使的,这些人共同构成公司治理的主体。公司治理的主体除了

14) 张维迎著:《从公司治理结构看中国国有企业改革》,载于《企业理论和中国企业改革》,北京北京:北京大学出版社,1999年版,第106页。

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

包括股东、债权人、经理人员和职工外，还包括供应商、消费者(客户)、政府和社区居民等。

2. 公司治理的机构及其职能。作为公司治理主体的股东、债权人、经理人员、职工等利益相关者，其对公司的治理活动主要是通过委派自己的代表进行所谓的‘相机治理’。治理的方式是委派自己的代表进入公司的董事会和监事会。董事会是由全体董事组成的公司法定必备常设机关，是公司的最高决策参与者和执行者，同时也是公司内部活动的监督者。董事会的职能可分为两大类：一类是管理职能，一类是监督职能。尽管各种模式中对董事会的结构和程序有很大差别，但保持董事会的独立性，特别是保持董事会必须有独立于股东和经理层的客观判断却是各国立法的共同要求。董事会作为公司的意思机关和执行机关必须代表的是公司利益，其行为也代表的是公司的行为。同样无论其产生方式如何，董事在履行职务过程中，其出发点也应当是为了实现公司利益而不是为了代表股东的利益。

鉴于目前我国公司治理的实际情况，我国的公司治理结构可考虑采取以下两种创新模式：一是改变现有董事会和监事会权力并行的做法，提升监事会的地位，扩大监事会的职权，要求董事会同时对股东和监事会负责。二是引入外国法中的独立董事制度。从制度上提供独立于经营者的立法支撑，使独立董事成为全体股东利益的保护神。

六、关于独立董事制度问题

为了改善上市公司的治理结构，提升上市公司质量，进而建立一个让国内外投资者有信心的、由较高治理水准的上市公司组成的证券市场，我国证券监管部门从1999年开始在上市公司中引入主要流行于英美等西方国家的独立董事制度。

(一) 独立董事的概念与特点。独立董事是独立的非执行董事和外部董事的简称，独立董事(Independent Director)这一概念来自英美法上的外部董事和非执行董事。据考证，独立董事制度起源于二十世纪上半叶的美国。是其上市公司股权结构、经营方式和特定的经济、法律背景的产物。与公司的一般董事

相比，独立董事具有以下几个主要法律特征：

1. 独立董事是只在部分公司中设立的董事职位。外国的独立董事通常只存在于少数具有较大社会影响的大公司，特别是上市公司中。我国的独立董事也同样是只要求在上市公司中才设立的董事制度。我国立法上之所以仅仅要求只需要在上市公司中设立独立董事，主要是基于以下几方面的原因：一是上市公司具有比较强的社会公众性，其行为通常涉及到社会公共利益，客观上需要一种超脱于公司的外在力量对公司的行为进行监督和控制；二是上市公司的股权通常比较分散，按照现有的公司治理结构，小股东的利益得不到有效保护，从而使不代表大股东利益的独立董事的存在成为必要；三是上市公司数量不是很多，仅在上市公司中设立独立董事具有一定的可操作性。

2. 上市公司独立董事是与上市公司没有特殊经济利益的董事。作为独立董事的基本要求是独立董事的产生和职能行使应具有独立性、客观性和公正性。所谓独立性又有两层含义：一是指独立董事在法律地位上是独立的。二是指意思表示独立，即独立董事在对董事会的有关决议事项进行表决时，完全是出于对全体股东利益的保护和基于自己独立的价值判断。所谓客观性是指独立董事在对董事会决议发表意见和建议时能抱着比较客观的态度，使董事会的决议内容最大限度地与客观实际相一致¹⁵⁾。

3. 上市公司的独立董事是具有某种社会公益目的的董事。国家要求上市公司设立独立董事的目的，是维护公司整体利益，尤其是要关注中小股东的合法权益不受大股东侵害。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。

(二) 独立董事的意义和作用。独立董事作为一种全新的公司运作模式，对改善我国的董事会构成，完善我国的公司法人内部治理结构，提高董事会的决策水平，维护中小股东和社会公共利益无疑具有重大意义。

1. 独立董事的引入可以提高董事会对股份公司的决策职能，并保证决策的科学性和合理性。独立董事制度的确立，改变了股份公司董事会成员的人员构成，并使公司董事会的利益结构发生了变化，从而可以弥补公司董事完全由作

15) 中国宏观经济信息网，今日观察 2001年7月31日，魏志刚文

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

为股东的国有资产管理部門、投资机构等进行推荐或委派的缺陷和不足。其结果不但使董事的产生机制发生了变化，而且使公司董事会的整个运作机制都会发生重大变革。

2. 独立董事制度的引入有利于保证董事会决策的公平性和公正性。从理论上说，作为独立董事其独立性要表现在两个方面：一是应独立于大股东，二是应独立于经营者。因此独立董事制度首先可以对大股东滥用权利的行为形成比较强的立法硬约束，从而有利于保护中小股东乃至整个社会的合法利益。大股东由于其所具有的明显经济优势和信息优势使其可以通过黑幕交易、关联交易等方式实现大股东利益的最大化。在立法上引入同样具有信息优势的独立董事作为维护广大股东利益的手段不失为一项有益的探索。

3. 独立董事制度的引入有利于从制度上完善法人的治理机制和治理结构。独立董事制度的引入，可以从法律制度、组织机构两个方面保证了股份公司所有权与经营权的分离，并保证股东利益最大化的实现：一是在公司法人治理结构中，由于独立董事参与董事会决策，对于董事会始终处于股份公司枢纽地位，对公司生存和发展起到了更好的监督作用，避免董事会更多的陷入公司的具体事务性工作提供了保证。二是在股份公司法人治理结构中，设立独立董事制度对于完善董事会内部的组织结构，股东会、董事会和经营管理层三者之间的分工协调关系，提供了组织机构上的保障。

(三) 独立董事的职权、义务与职责

1. 独立董事的职权。独立董事不是一个摆设，而应握有公司董事的实权，是作为公司最高决策层的一分子而存在的，他它与持有股权的董事在权利上是平等的。独立董事所进行的一切工作都必须符合《公司法》的要求，除非企业章程中对其有例外性的规定。并享有公司法上所赋予公司董事的一切职权。根据我国《公司法》第46条和112的规定，董事会的职权可概括为以下几项：(1) 经营决策权。即有权决定公司的重大经营方针、经营计划和投资方案。(2) 议案权。包括制定公司的年度财务预(决)算方案、利润分配方案和亏损弥补方案以及公司注册资本的变动方案，拟定公司的合并、分立、变更、解散的方案。(3) 人事任免权。即有权聘任或解聘公司经理等高级管理人员，并决定其报酬。

(4) 事务执行权。包括负责召集股东会、执行股东会的决议、决定公司内部管理机构的设置和制定公司的基本管理制度。为了充分发挥独立董事的作用，独立董事除应当具有公司法和其他相关法律、法规赋予董事的职权外，上市公司还应当赋予独立董事以下特别职权：(1) 提案权。主要包括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；提议召开董事会。(2) 聘任权。主要是独立聘请外部审计机构或咨询机构；对董事会提交股东大会讨论的事项，如需要独立财务顾问出具独立财务顾问报告的，独立财务顾问由独立董事聘请。(3) 征集权。可以在股东大会召开前公开向股东征集投票权；独立董事行使上述职权应当取得全体独立董事一致同意。如果上市公司董事会下设薪酬、审计、提名等委员会的，独立董事应当占有二分之一以上的比例。(4) 决策建议权。即对公司的重大决策活动，从专家的角度考虑其可行性并提出相应建议。(5) 组织领导权。即直接在董事会下属专业委员会中担任具体职务。

2. 独立董事的职责。为保证独立董事能真正担负起对上市公司及全体股东的诚信与勤勉义务，在赋予独立董事以较多职权的同时，还使其负担相应的职责，这既是权利义务相一致的法律体现，也是保证独立董事充分发挥董事作用的必然要求。这些职责主要体现在以下几个方面：(1) 独立发表意见的职责。独立董事应当对公司重大事项向董事会或股东大会发表独立意见。这些重大事项主要包括：重大关联交易；聘任或解聘高级管理人员；公司董事、高级管理人员的薪酬；独立董事认为可能损害中小股东权益的事项；公司章程规定的其他事项。独立董事就上述事项应当发表以下几类意见之一：保留意见及其理由；反对意见及其理由；无法发表意见及其障碍。如有关事项属于需要披露的事项，上市公司应当将独立董事的意见予以公告，独立董事出现意见分歧无法达成一致时，董事会应将各独立董事的意见分别披露。(2) 战略参与职责。独立董事应充分发挥其专业知识结构的长处，积极参与企业战略规划制定。对企业拓展新的经营领域进行长远规划；利用其掌握的许多无形资源，在综合管理、贸易关系、政策影响力等方面为企业创造丰厚的有形价值。特别是在目前我国体制不完善、企业高级管理人员素质普遍偏低的情况下，更应强调独立董事的战略参与职责。(3) 内部审计职责。为维护公司整体利益尤其是保护公司中小股

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

东的合法权益不受侵害，独立董事应担负起内部审计职责。大多数国家都要求独立董事中至少包括有一名会计专业人员，这使独立董事作为一个整体有能力担当起内部审计的职责。这一职责的良好履行，一方面为独立董事参与公司战略规划的制定提供了良好的机制保障，另一方面也为独立董事关注和保护中小投资者的利益提供了条件。特别是在国有股一股独大的情况下，更应该强化独立董事的内部审计职责。（4）独立评价与任免职责。独立董事的独立评价职责是指独立董事有责任根据自己的判断对整个董事会特别是执行董事的工作作出评价，以改进董事会自身的建设特别是对执行董事的工作进行有效监督。任免职责是指独立董事在公司新董事提名及高级管理人员任免方面担当主要责任。而任免职责的履行又是与前述评价职责密切相关的。独立董事必须发挥积极作用，参政议政而不干政。不干政是指不干涉公司的日常行政工作。但对公司每年的大政方针、相关问题、重大诉讼等，作为独立董事，都必须慎重地提出自己的建议和看法，这是一种责任。

3. 独立董事的义务和责任。独立董事与其它董事一样，对上市公司及全体股东负有诚信、勤勉和谨慎等项义务。（1）诚信义务。所谓诚信义务是指独立董事在履行职务过程中应该按照《公司法》和公司章程的要求，认真履行董事职责，维护公司整体利益，而且独立董事尤其是要关注中小股东的合法权益不受大股东侵害。即就要求独立董事在行使职责过程中应当独立履行职责，不受上市公司主要大股东或者其它与上市公司存在利害关系的法人和个人的影响。（2）勤勉义务。即是指独立董事要确保有足够的时间和精力能有效地履行其职责。为了保证股东正确履行勤勉义务，应从时间上、精力上和工作态度上对独立董事作出严格要求。例如我国规定的独立董事每年实际参与公司工作的时间不得少于15个工作日、每个符合条件的自然人最多不得担任超过5家公司的独立董事。（3）忠实义务。它又具体包括对公司的忠实和对股东的忠实两个方面。根据我国《公司法》第59条之规定：公司负责人“应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利，”“不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。”（4）竞业禁止义务。（5）双方代表的禁止义务。（6）保密义务。

(四) 独立董事的任职条件及任职程序。独立董事的任职条件包括积极条件和消极条件两个方面。所谓积极条件就是作为独立董事应当具备的条件；所谓消极条件就是作为独立董事应予禁止的条件。根据我国的有关规定，担任独立董事应当符合下列基本条件：根据法律、行政法规及其他有关规定，具备担任上市公司董事的资格；必须具备必要的独立性；具备上市公司运作的基本知识，熟悉相关法律、行政法规、规章及规则；具有五年以上法律、经济或者其他履行独立董事职责所必须的工作经验；公司章程规定的其他条件。另外在实践中，个人综合素质及其信誉情况也会成为公司聘任独立董事时需要考虑的问题。不仅如此，从事不同业务内容的公司出于自身需要，对独立董事的技能要求也不一样。但一般认为，独立董事不仅仅是行业里的技术权威，最好是综合性人才，能够做出有价值的商业判断，必须具有相当的企业和商业阅历，要具有一定程度的教育背景，同时要有直抒己见的勇气和魄力。

(五) 完善我国上市公司独立董事制度的对策。通过上述分析，可以不难发现目前我国上市公司的现状及其运行环境与独立董事职能的发挥并不完全协调。要想使独立董事真正发挥其监督职能，需要从各个方面改善上市公司的内、外部环境，努力实现独立董事制度与上市公司的对接。

1. 尽快完善有关独立董事的法规建设，为实行独立董事制度创造良好的法律运行环境。在法律层面上，首先需要对《公司法》等相关法律进行必要修改，为独立董事制度的实行提供必要的法律运作空间。在基本法律中应对独立董事的含义、提名和任职资格作出明确规定，消除独立董事运作上的随意性和模糊性，真正将独立董事制度上升为法定制度。同时要通过具体的法规、规章对独立董事的权责和激励机制作出规定，对通过运用自己的专业知识，增加公司价值和保护广大股东利益的独立董事要进行奖励，对没有履行职责的独立董事要追究法律责任，受害人可以起诉他，要求其赔偿。在独立董事自律性准则层面上，监管部门、证券交易所和机构投资者对独立董事制度也应提出相应的要求，通过修改上市规则和制定公司治理方面的准则与指引，强化对独立董事的监督和增加对上市公司的指导。在公司层面上，上市公司应在现行的有关法律框架内，结合自身的实际情况，制定关于公司治理和独立董事的最佳做法，并在公

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

司章程中对独立董事制度的运作作出具体规定。

2. 完善我国上市公司董事会的结构。董事会的结构是指董事会的组成及各组成部分相互之间的关系。董事会结构的首要表现形式是内部董事与独立董事在董事会中的构成情况，称为董事类型结构。这种结构形式将直接决定董事会的行事方式及作用发挥。因此，如何限制内部董事数量，优化董事类型结构，是我国上市公司董事会建设的重要课题之一。董事会结构的另一种表现形式是董事会内部的职能分工情况，称为职能分工结构。我国上市公司董事会需考虑设立范围小、人数少的职能委员会，具体落实董事会的有关职能，而且职能委员会人数少，灵活性好，在董事会休会期间也能酝酿探讨有关问题，这就弥补了董事会人数较多、召集困难的缺陷。为避免“内部人控制”，充分发挥董事会和经理层的作用，董事会与经理层应严格分开，不能交叉重叠，责任和义务区分明确。不能将股东对董事的信托责任与董事会对经理层的委托代理关系混为一谈。

3. 设立独立董事自律组织，培养高素质的独立董事人才。由于我国市场经济制度建立和培育的时间很短，专业人才市场建设还处于起步阶段，具有企业家素质的独立董事资源奇缺，并且经营管理经验缺乏，其本身的商誉体系几乎不存在。在这种情况下，选择一定的组织方式对独立董事的行为加以约束就显得很有必要。因此应参照英美等国家的模式，成立“独立董事事务所”之类组织，实现独立董事职业化。事务所的主要职责就是，（1）负责制定独立董事培训计划，定期培训独立董事，提高独立董事素质；（2）制定相关制度约束独立董事行为，保证独立董事真正发挥独立判断和监督管理的职能；（3）独立董事违反公司章程行使职权造成损失时，应首先由事务所承担责任，事务所承担责任后，再追究独立董事的责任，这一点正是建立独立董事事务所的目的所在。

4. 强化独立董事的议事制度。独立董事的议事制度是与独立董事的性质、设立独立董事的目的密切相关的。在性质上，独立董事是对上市公司来说具有客观性和独立性、超脱性的董事，引入独立董事制度的目的是维护公司整体利益，尤其是要关注中小股东的合法权益不受大股东的侵害。与此相联系，独立董事参加董事会会议，应公开地发表其独立意见，不受上市公司主要大股东的

干预。独立董事的议事制度至少应包括以下要点:独立董事必须就公司重大事项公开地发表其独立意见;应当尽量限制独立董事投弃权票。

5. 对独立董事的任职条件及其职责履行进行必要限制。如果一位独立董事在多个公司任独立董事职务,这就难以保证他会对所有任职公司都付出所要求的时间和精力。另外由于独立董事会参与公司的决策活动并因此掌握一定数量的公司秘密。出于保守秘密的目的,应该对独立董事的任职进行一定的限制。其次必须保证所有独立董事在任职期间充分参与公司重大事项的决策。这样,关于独立董事的任职限制中必须具备有关独立董事参加公司董事会会议的最低限制,比如三分之二以上的限制等。

6. 建立合理的独立董事经济补偿机制。独立董事一旦行使了责任或义务,就应该获得相应的经济补偿。上市公司给予独立董事适当的经济补偿,可考虑采用津贴的方式而不是采取工资的方式。津贴的标准应当由董事会制订预案,股东大会审议通过,并在公司年报中进行披露。但对独立董事的津贴是不是应与董事会的其他成员相同?则应慎重对待。这一问题直接涉及到独立董事的权限范围及其责任承担。如果不同,独立董事和董事的权力义务有何差别呢?如果对独立董事的薪酬支付太少,就很难保证其积极性,而支付太多又会影响其独立性。另一个非常敏感的问题是从哪里列支独立董事的津贴?如果由上市公司董事会支出,那么独立董事就会在经济上依赖于当董事的薪酬,其独立性就有可能受到影响以至削弱。为此可以考虑在公司中设立专项基金的方式解决这一问题。要通过合同规范加以落实,并且要和公司利润脱钩以保持独立性。另外,对于独立董事可不可以持有公司股份的问题,不妨借鉴美国等国外的合理立法例,允许持股但要限制比例。

7. 建立合理的独立董事责任承担与责任补偿制度。上市公司应当建立必要的独立董事责任补偿制度,以降低独立董事正常履行职责可能引致的风险。基于独立董事职务的行使带有风险性,必须承担连带责任的履职特点,因此为降低独立董事正常履行职责可能引致的风险(如公司重大经济损失、股东、债权人、员工可能的投诉),上市公司应建立必要的独立董事责任补偿制度。立法上可以援引国外有关独立董事购买保险的做法,在立法上不予区分主观客观而一律要

趙：关于目前中国商法研究的几个问题

求独立董事进行投保以分摊归责风险。独立董事的责任补偿制度应以独立董事投保职业责任险的方式来确立。独立董事应投保职业责任险，其费用可由上市公司和独立董事共同分担。

8. 完善独立董事的约束机制及辞职和解职制度。应积极将竞争机制纳入独立董事的选聘工作中，用市场机制对独立董事的行为进行约束。独立董事人员在独立董事市场上受到的竞争约束对监督行为具有关键作用，通过独立董事市场的竞争，如解聘、择优聘任等，竞争不但可以对独立董事人员的实际能力和经营绩效作出动态化的鉴别和比较评价，而且给独立董事人员以潜在压力，独立董事市场的竞争迫使独立董事人员勤奋工作，对公司的资产尽职尽责，否则就会被淘汰。