

中国商法学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

引言

在既有法律制度体系及法学学科的划分下,通常认为商法在范围上包括公司、证券、破产、保险、票据、海商等法律部门。但考虑到海商法的专业性及与本刊经济法发展评价的协调,本评价报告仅针对商法总论、破产、保险、票据及信托等五个法律领域。

根据《中文社会科学引文索引来源期刊(2012年—2013年)目录》(CSSCI来源期刊目录)确定的核心期刊范围,本报告筛选其中三类期刊:法学来源期刊(21种)、高校综合性学报来源期刊(70种)及综合性社科期刊来源期刊(50种)共141种作为本评价报告所涉论文来源期刊范围。

本评价报告努力覆盖2012—2013年全部正式公开发表在所选期刊上的学术论文,尽量向读者展现2012—2013年中国商法学的发展概况及脉络,不违本刊设立学科评价之初衷。但由于期刊、文章总数较大,很难保证不存在任何遗漏。另外,尽管努力试图避免,但评论者个人的主观认识、知识结构以及研究偏好还是会影响对论文的筛选、分类及评价,故本评价也难免有所偏颇。不足之处,还请方家指出,以待未来改进。

在论文选取标准上,本评价主要坚持两点:其一,须遵守学术规范,即论文是在进行了充分细致的文献综述的基础上展开的,言之有据而非空发议论。其二,须有知识增量,即无论在研究进路上采法教义学还是社会科学(或者二者的结合),均应在既有研究的基础上有所发展,有所创新,或者是提出新问题并作出有说服力的回应。

一、数据来源与主题分布

依上述学科范围及期刊范围两方面的标准,纳入本报告评价范围的期刊论文共208篇。其中刊于法学类CSSCI来源核心期刊的100篇,刊于非法学类CSSCI来源核心期刊108篇。

上述208篇论文在各主题领域的分布情况如下:商法总论部分共有论文69篇(法学核心36篇,非法学核心33篇)。其中以商法一般原理为主题的论文有31篇(法学核心16篇,非法学核心15篇),主题主要包括商法的价值与原则、商法的源流、商法强制性规范、法律移植、商法法典化与体系研究、商事营业以及商事登记等。以商主体为主题的论文有22篇(法学核心13篇,非法学核心9篇)。以商行为为主题的论文有8篇(法学核心5篇,非法学核心3篇),主题主要包括商行为一般理论、商事担保和商事责任等。以商事诉讼与仲裁为主题的论文有8篇(法学核心2篇,非法学核心6篇)。企业破产法部分共有论文46篇(法学核心26篇,非法学核心20篇)。保险法部分共有论文61篇(法学核心28篇,非法学核心33篇)。票据法部分共有论文14篇(法学核心7篇,非法学核心7篇)。信托法部分共有论文18篇(法学核心3篇,非法学核心15篇)。

二、代表性论文述要

(一)商法总论

纳入本报告评价范围的期刊论文共35篇,其中法学类CSSCI来源核心期刊17篇,高校学报论文12篇,综合性社会科学期刊论文6篇。论文涉及的主题主要有:商法的价值、源流、商法规范、商法法典化、商事营业和商事登记等。

1.民商关系及商法的制度线索

作为一个学科,商法在体系上面临两方面的挑战。一方面,商法与民法密切相关甚至相互交融,二者的关系须认真厘定;另一方面,商法内部体系相对松散,各个部门之间的沟通较少,归纳贯通商法的制度线索较为困难。而二者都关乎商法作为一门学科的独立地位。

针对民商关系问题,赵万一与赵吟^[1]研究了商法的地位与对象,认为民法是市场经济中的前置法(经济法 is 市场经济的保障法),而商法是市场经济中的基本法。商法注重对商事主体营利利益的保护,直接以市场交易关系作为其调整对象。王建文^[2]认为商法的核心价值不是“效率”或“效益”,而是“自由”,即私法自治与经营自由,同时认为,大量强制性规范所代表的秩序价值界定了自由的边界。史际春^[3]准确定义了“营利性”这一法律概念(指企业的出资者或股东为了获取利润而投资经营,并依法得从所投资的企业获取资本收益的过程),并以

[1] 赵万一等:“论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用”,《现代法学》2012年第4期。

[2] 王建文:“我国商法的核心价值”,《法学杂志》2012年第1期。

[3] 史际春:“论营利性”,《法学家》2013年第3期。

其作为商法与经济法、非营利组织法等的区分依据。他认为,对“营利性”的正确认识有助于理解国有资本的正当性及非营利组织的规制方式。具体而言,国有资本的价值就在于将资本的利润用于社会目的,为社会福利和公共善治提供物质基础,因此,国有资本的利润虽由具体出资人收取,但实际为全民谋利,具有正当性;而非营利组织的“非营利性”主要体现在盈余分配和变相取利的禁止,这与禁止从事营利活动本身仍有较大区别,因此应当允许非营利组织以营利方式从事章程设定的活动,以改善经营和治理,并推动社会事业的发展。针对近来要求制定“商事通则”的观点,赵磊^{〔4〕}认为对商法形式理性的正确理解是法的确定性、可预测性与可计量性,而这未必通过制定商法典来实现。从商法学者对“商事通则”的构想上看,其结构、体系与主要内容,与大陆法系国家商法典的总则大同小异,均包含了商人、商号、商事登记、商行为等内容。其实质与大陆法系的商法典没有太大差别,仍属于“实质商法主义的民商分立”而非对民商合一及民商分立的超越。作者指出,商法典并不是实现法律的高度形式理性化所必需的媒介,在讨论商法通则之前应先解决商法内容、体系及发展趋势的问题,将研究重心聚焦于那些直接影响商事交易活动的单行法律、法规。

针对商法的制度线索,叶林^{〔5〕}认为我国现行商法建立了以“企业”为核心的术语系统,“企业”尤其是“主体性企业”(相对于“客体性企业”而言)可以取代“商人”或“商行为”成为商法体系整合的有效工具。在这一过程中,应厘清相关法律术语的含义,同时引入或创造其他术语,整合营业、营业活动和营业资产等概念,以期构建独特的商法语言系统。王艳华^{〔6〕}提出应当以资本为视角研究商法体系。认为资本理念的出现使商法制度原型由传统的买卖关系转换为现在的资本关系,在这一背景下,现代商主体是资本人格化的载体,现代商行为是投融资行为。作者认为,这一标准既便于正确区分民法与商法,又便于拓宽商法的研究方法论,降低商法研究的创新成本。

除了关注传统商法中所关注的效率、营利等价值外,近年来源于公司法的利益相关者理论也影响了对商法价值的再认识,一些学者从这一角度对商法的价值作出了论述。徐学鹿^{〔7〕}指出,近代商法强调商人以营利为目的的行为规则存在着范式危机,而代表和谐商法范式的企业资本营运和资本结构优化、增值的行为规则是化解该范式危机的途径,应当通过坚持市场本位、商法本位和群体本位来推动商法的范式变革。赵莉^{〔8〕}以企业社会责任为着眼点研究现代商法的属性,认为企业社会责任的提出和发展使传统商法由强调商人特权转向强调商人对社会应负的责任,增强了商主体的社会性,推进了商法公法化的趋势和商法内容的拓展,影响着商法对商人资格消极要件、商业登记、商业会计制度、破产法与证券法等内容的规制。

2. 商法的法源

商事习惯及习惯法在商法法源中占有重要的地位。正如《日本商法典》第一条在法源及法

〔4〕 赵磊:“反思‘商事通则’立法”,《法律科学》2013年第4期。

〔5〕 叶林:“企业的商法意义及‘企业进入商法’的新趋势”,《中国法学》2012年第4期。

〔6〕 王艳华:“商法研究的资本视角”,《西北大学学报》2012年第4期。

〔7〕 徐学鹿:“商法的范式变革”,《法学杂志》2013年第2期。

〔8〕 赵莉:“论企业社会责任原则对商法的扩展”,《法学杂志》2013年第9期。

律适用顺序上的明确规定(“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法典”),商事习惯法在处理商事纠纷中有至关重要的作用。

因其较为分散,实践中长期以来对这一问题的研究较少,也欠深入。马明贤与马茂青^[9]认为中国商事传统的价值理性和工具理性分别体现在“义利之辨”与“农商之辨”中,古代中国更注重商法的价值理性,对工具理性的探究并不成熟;但我国近代的“法律西化”则试图完全抛弃传统,有许多矫枉过正的缺失。郭金鹏^[10]对晚清时期的商事立法进行了研究,晚清较完善的工商立法保障了民族商人的权利,具体体现为赋予各地商会解决纠纷权,加强了对商事纠纷的公力救济以及规定了有限责任原则,对这一时期的法律发展提供了史料。

3. 商法规范理论

在商法中,自由与规制有激烈的碰撞;其一方面要强调对自由的维护,以实现交易的效率,另一方面又要管制交易形式与维护信赖,因此又要制定大量的强制性规范。透彻理解这些规范的属性,对于理解商法至关重要。对于强制性规范的性质,蒋建湘^[11]认为应当分为自治型、国家确认型和国家介入型三类。其中,自治型和国家确认型均来源于商主体按照传统习惯法的自行约定,为私法规范。国家介入型规范依目的不同而有所区分,若国家的介入既维护公共利益又维护私人利益,则为私法规范;若国家介入仅维护公共利益或虽涉及私人利益但非主要目的,则为公法规范。为实现商法的效率优先价值,国家确认型强制性规范的边界由商事主体的意思自治决定,而国家介入型强制性规范的边界应以维护公共利益所必需为限。

4. 商法法典化与国际化研究

聂卫锋^[12]总结了2000年《法国商法典》相比于1807年《法国商法典》在总则部分的体系与内容以及总则与分则关系上的变化。指出其变化的主要原因是当年法典的具体规范被淘汰,法典的内容已经在相当程度上被掏空,修法目的是实现商法典的“再法典化”。在具体内容上,1807年商法典以商主体为规范对象,而现行法典将商行为提升为第一概念,作为商法典适用的主要依据。此外,新商法典还增加了有关商业资产、企业破产的规范等内容。

范健^[13]分析了中国商法国际化的必要性、困境和方向,认为商法的国际化有利于减少当事人法律选择成本,商法的同源性和同质性也促使商法的趋同化趋势日益加强。但是由于市场格局、国际环境和立法缺失的问题,我国存在特殊的商法国际化法律困境。作者认为在中国商法的国际化进程中,既要在进行法律移植时防止西方中心主义、避免国内法与国际法的冲突,又要主动参与国际商事领域立法,注重国际商事救济制度对我国商人利益和国家利益的保障。

5. 营业

在商法中,营业是一个基础性概念。对此,我国目前的研究仍不深入。关于营业的一般理

[9] 马明贤等:“价值理性与工具理性视野下的中国商事传统”,《兰州大学学报》2012年第2期。

[10] 郭金鹏:“进步与局限:晚清工商立法与民族商人的权利救济”,《山东大学学报》2012年第5期。

[11] 蒋建湘:“商法强制性规范的类型:性质与边界”,《法学杂志》2012年第7期。

[12] 聂卫锋:“《法国商法典》总则述评”,《比较法研究》2012年第3期。

[13] 范健:“中国商法国际化问题刍议”,《当代法学》2013年第2期。

论,徐喜荣^[14]认为营业是界定商法调整对象的基本点,是构建商法体系的核心,应当以商事通则作为规制营业法律制度的立法模式,以营业自由为理念,构建主观意义与客观意义相统一的二元结构,对营业行为和营业财产分别进行规定,分别以“营业”和“营业资产”加以定义:“营业”是指自然人、法人、其他组织以营利为目的而进行的连续的、有计划的专业性经营活动,“营业资产”是指自然人、法人、其他组织在营业中所形成的组织化、总体性的各类有形财产、无形财产及固定下来的各种事实关系的总和。

对于营业转让的相关理论,王文胜^[15]认为营业转让合同与买卖合同类似,可以参照适用有关买卖合同的规定,但由于“营业转让”的客体是为实现一定的营业目的而组织化了的、被作为有机一体的机能性财产,基于其特殊性,民商法需要在瑕疵判断、已有债务的处理、劳动者保护、出让人的竞业禁止义务等方面对其发展出独特的规则。对于重大资产转让,作者认为“重大资产出售”与营业转让在界定标准上的侧重点并不相同,重大资产出售在质的方面要求是经营性资产,而作为营业转让客体的营业财产,所强调的是多种生产要素共同构成的一个有机整体。而俞俊峰^[16]认为,营业转让的标的是为实施某一营业所必须的全部经营性资产,因为营业转让标的必须具有同一性,即受让人于受让营业后,得以处于与转让方相同的经营状态。

6. 商主体一般理论

在2012—2013年的商法学研究中,关于商主体一般理论的研究主要集中在对商主体的类型、法律地位等的讨论上。

(1)商主体类型。在商事主体立法安排方面,沈贵明^[17]认为公司法是基本商事主体规范中的主要法律与基本模版。英美法系的分离式立法模式(将公司与合伙分别由不同的法律予以规范)凸显了“公司的独立人格”和“集中(专门)管理”等核心特征;大陆法系的合并式立法模式(将公司与合伙统一由公司法予以规范)则凸显“责任形式”和“人合性与资合性”理念。我国的公司立法模式与上述两种均有别,应积极发挥单行立法的优势,突出不同种类公司的核心特征,并疏通不同基本商事主体间的转换路径。

对于公司形态改革问题,王保树^[18]认为我国现行公司法中的公司法律形态存在结构性问题。具体主要有以下两个方面:其一,应当借鉴封闭公司与公开公司的分类,使有限责任公司涵盖所有封闭公司,使股份有限公司仅包含公开公司,不再涵盖发起设立的公司。其二,应当实现公司法体系一元化,将外商投资有限责任公司与内资有限责任公司等并轨。刘小勇^[19]认为大陆法系将公司分为股份有限公司与有限责任公司的标准是不绝对的,有限责任公司只是为中小企业设计的股份有限公司的特别形式而已,两者在本质上同属一种公司类型。日本2005年修订后的公司法将这两种公司统合成一种公司类型,并依据股份是否可自由转让、公司规模大小的新

[14] 徐喜荣:“营业:商法建构之脊梁”,《政治与法律》2012年第11期。

[15] 王文胜:“论营业转让的界定与规制”,《法学家》2012年第4期。

[16] 俞俊峰:“营业转让标的的要义”,《甘肃社会科学》2013年第5期。

[17] 沈贵明:“基本商事主体规范与公司立法”,《法学》2012年第12期。

[18] 王保树:“公司法律形态结构改革的走向”,《中国法学》2012年第1期。

[19] 刘小勇:“论股份有限公司与有限责任公司的统合”,《当代法学》2012年第2期。

标准对公司进行划分。德国等其他大陆法系国家虽然仍维持着传统的两分法,但根据公司的规模大小制定了不同规则。我国可仿照日本进行公司类型的变革,统合股份有限公司和有限责任公司,以规模划分公司类型,这种制度设计更能满足现实需求,具有更高的合理性。张辉^[20]也认为应当以上市与否作为公司类型化的标准,以闭锁性公司的概念统一非上市公司,并在闭锁性公司内部区分大小公司。此外,关联公司作为多种公司形态的联结点,具有经济价值,应通过公司法规范的形式有限度地给予承认。

对于法人制度与公司制度关系的问题,张力^[21]认为法人制度为构建现代公司制度创造了条件,与公司制度融合,存在逻辑循环。法人制度提供的“完人化”标准改变了公司在传统社会组织身份格局中的不利地位,但因法人获得“广义财产”和“基本权利”而产生了“公司帝国”的风险。这一风险在我国表现为“官商公司帝国”的崛起,表现为名弱实强的公司法人权利群、改革发展利益分配渠道的内部化以及对非公司制国有企业独特性的遮蔽。换言之,“法人‘完人’标准主动服务于国有企业改制、脱困、振兴之目标,主动与国家股份公司融合,而不是被广泛的市民社会公司实践渗透,是我国与西方‘法人—公司’制度融合史的重大区别”。应通过法人“去完人化”、国家公司去官商化、完善国家公司利润与民营化价值社会分享途径以及建立“国库企业”制度予以控制。

对于企业形态创新问题,王妍^[22]总结了近二三十年美国、日本、德国、欧盟出现的新型企业形态,认为企业形态在西方当代发展的最突出特征是去规范化:所有权与经营权分离理论被颠覆,资合企业和人合企业的严格区分被消解,公司与合伙的企业形态之间的藩篱被打破,大型公司的神话破灭。在这一背景下,我国严守“企业形态法定主义”的做法缺乏灵活性、进取精神及创新动力。应尊重市场,培育企业形态创新机制,拓宽企业形态自由发展的空间。甘培忠和周游^[23]通过总结美国和德国企业形式的变迁,指出在全球化的现代进程中,企业组织形式变迁的路径呈现出强烈的趋同态势。具体体现在两个层面:各种企业组织形式之间相互吸取有益的特性;各国的企业组织形式之间也在相互吸取有益的特性。制度的趋同意味着走向虚化,这种虚化本质上就是在确保组织内核稳固性基础上,充分拓展企业可能存在的形式。而形式的多样化预示着法律对于形式本身的强制性弱化,投资者由此拥有了自由的个性化选择。国家用干预的力量打破商人阶级本身自我形成的封闭的企业组织形式,以此达到国家利益与私人利益的平衡。

(2)作为商事主体的合伙。在合伙民事主体理论方面,刘召成^[24]总结了德国传统合伙理论在合伙财产、合伙债务以及合伙成员状况变化上的不足,并清晰地总结了德国学界为弥补该不足所提出的集合体理论以及部分权利能力理论。作者认为我国应借鉴德国法上的经验,强

[20] 张辉:“中国公司法制结构性改革之公司类型化思考”,《社会科学》2012年第9期。

[21] 张力:“法人与公司制度融合风险的法律控制”,《现代法学》2013年第2期。

[22] 王妍:“超越规范”,《比较法研究》2012年第6期。

[23] 甘培忠等:“论当代企业组织形式变迁的趋同与整合”,《法学评论》2013年第6期。

[24] 刘召成:“德国法上民事合伙部分权利能力理论及其借鉴”,《政治与法律》2012年第9期。

化对传统理论内在矛盾的论证,明确合伙是不同于自然人和法人的集合体,并具有部分权利能力。在合伙协议的属性与作用方面,王利明^[25]认为合伙具有合伙协议与合伙组织体的双重属性,而合伙协议是合伙组织体的法律基础。合伙协议的双重属性进一步决定了违反合伙协议的合伙人应向其它合伙人和合伙组织体承担的双重责任。作者认为立法应针对合伙的双重属性采取分别立法模式,赋予合同型合伙的合伙人在确定合伙协议内容方面较宽的自治空间。

在个人独资企业与商个人体系方面,李建伟^[26]针对研究较少但实践意义巨大的个人独资企业进行了研究。他认为个人独资企业在商个人体系中属于高层次的形态,为“组织商人”,与同属商个人体系的个体工商户(“自然人商人”)间具有“主体独立性、规范性、组织性与规模性”的不同,但未达到本质不同的程度。个人独资企业与个体工商户竞争处于劣势地位有着复杂的原因,如“个体工商户的制度先行和路径依赖”、“政治正确”、“立法错位”等。论文认为应取消二者的划分并适当拉开不同商个人形态的制度区分度,还认为个人独资企业与一人公司各有优劣,应当降低前者的设立条件和运行成本。

(3)设立中公司。针对设立中公司的法律地位问题,胡晓静、殷艳梅^[27]认为设立中公司是作为共同共有体的民事主体,不具有法律人格,但具有部分权利能力。设立中公司始于发起人制定公司章程,而发起人协议仅是合同关系的体现,我国应建立公司章程预登记制度。论文指出,我国应区分发起人类别及分工确定是否属于设立中公司的机关以及何种机关,另外,发起人与股东也有差别。

(4)法人人格否认制度。在法人人格否认制度方面,高旭军^[28]通过文义解释的方法,认为我国《公司法》第20条第3款规定的“公司人格否认”概念与英美法中的“揭开公司面纱”概念、德国公司实践中的“穿透责任”概念具有相同的内涵;在具体的案件中,不仅剥夺股东有限责任的特权,而且否认被告公司的法人地位;同时通过分析我国《公司法》第20条第3款的立法本意、第3条和第23条等条文的内涵,以及英美德国家的判例实践,找到了支持上述结论的法律依据。

7. 商事登记

2012年—2013年商事登记部分的论文较之往年大幅减少,仅有三篇对商事登记的性质进行讨论,一篇探讨商事登记之效力,而对于商事登记机关的设置、登记机关法律责任等方面的研究均无新进展。就商事登记的性质,王太高^[29]从公司登记瑕疵制度入手,指出《公司法》第199条规定的公司登记瑕疵制度与《行政许可法》第69条的规定直接冲突。认为在公司登记有瑕疵时,通过撤销登记而非吊销营业执照来处理才符合公司维持原则,且有助于保护第三人的合法权益。论文进一步指出,这一内在冲突表明我国现行法将商事登记规定为行政许可不

[25] 王利明:“论合伙协议与合伙组织体的相互关系”,《当代法学》2013年第4期。

[26] 李建伟:“个人独资企业法律制度的完善与商个人体系的重构”,《政法论坛》2012年第5期。

[27] 胡晓静等:“论设立中公司的民事主体地位”,《吉林大学社会科学学报》2013年第6期。

[28] 高旭军:“论‘公司人格否认制度’中之‘法人人格否认’”,《比较法研究》2012年第6期。

[29] 王太高:“公司登记瑕疵制度研究”,《政治与法律》2012年第10期。

具有科学性,也有失妥当。

(二)破产法

2012年,破产法颁行进入第6年。破产法,尤其是破产实体法的研究进一步深入,具体体现在以下诸方面。

1. 破产法的功能

关于破产法的功能,齐明等^[30]认为,作为私法的破产法应面向市场加以建构。如应通过商品市场完成破产企业财产的定价和变现,通过人力资本市场完成破产企业职工的分流和安置,通过破产管理人市场完成合格破产管理人的选任。作者认为,要将市场机制纳入破产法以债权人保护为中心的制度构建中,避免破产法成为“职工安置法”和“国有企业拯救法”。破产立法应尊重市场机制,减少破产本身对经济制度和非破产法制度的冲击(如破产撤销之于善意取得)。

2. 破产案件的管辖

关于跨境破产,郑维炜^[31]研究认为,我国应当明确跨境破产管辖权承认的具体标准,在承认与执行他国破产判决时,应审查其合理性和公正性,破产立法上应继续保留互惠原则的规定,但在实践中要采用相对灵活的处理办法。

3. 破产原因

韩长印和何欢^[32]探讨了破产原因问题,认为对于自愿申请应不审查破产界限而自动受理的模式更符合保障当事人及时、便利获取破产救济的目标;对于强制申请,破产界限的推定规则虽能大大减轻债权人的举证责任,却容易忽略强制申请的不当使用问题。在这些方面,应多借鉴比较法如美国破产法上的经验。

4. 破产债权

郝伟明^[33]认为,对逾期申报的债权应当引入“重大过错”或“恶意”的要素,根据已向特定债权人发出个别申报通知(非公告)但对方仍未按期申报这一事实,推定该特定债权人对逾期申报具有重大过错或恶意,以制裁和威慑恶意不按期申报的债权人,同时又尽量避免误伤那些非因自身过错而延误申报的债权人。论文认为,其他补充申报的债权应根据逾期申报的原因(债权人的过错情况)而规定不同法律效果:对于破产重整计划草案表决前补充申报并获法院确认的债权,原则上应列入重整计划清偿方案中,并应允许其就破产重整计划草案的议决行使表决权;对于破产重整计划草案表决前尚未补充申报的债权,重整计划中不应预留偿债资金;对于在重整计划执行程序中补充申报的债权,应通过债务人的后续经营所得进行清偿。

吴春岐^[34]借鉴比较法上的资料,研究了预告登记之债权在破产法中的地位,指出在破产

[30] 齐明等:“破产法体系构建的功能主义指向及其市场依赖”,《当代法学》2012年第5期。

[31] 郑维炜:“中国应对跨国破产法律问题的策略选择”,《当代法学》2012年第1期。

[32] 韩长印、何欢:“破产界限的立法功能问题”,《政治与法律》2013年第2期。

[33] 郝伟明:“论破产重整中未按期申报债权之处置”,《法商研究》2012年第6期。

[34] 吴春岐:“论预告登记之债权在破产程序中的法律地位和保障”,《法学评论》2012年第1期。

申请受理阶段,预告登记排除个别清偿无效原则、管理人选择权的适用,在破产清算中,预告登记后债权的处理,应根据其实际的债权顺位加以确定。

冯辉^[35]探讨了破产债权顺序问题,认为应基于整体主义的思想及方法寻求合理的制度设计,在保障担保物权优先受偿的基础上,整合企业、政府和社会的力量建立赔偿基金,以便在大规模侵权导致责任企业破产时尽量增加对受害人的赔偿。

张钦昱^[36]研究了融资租赁中的破产问题,将法律对待融资租赁的规则区分为形式主义和实质主义两种。形式主义依照表象认定融资租赁,实质主义从经济实质入手,又将融资租赁区分为一般租赁与动产担保两种样态。在破产时,与形式主义立法任由出租人的管理人行使解除权不同,在被实质主义确认为动产担保的融资租赁中,融资租赁协议不再适用待履行合同的相关规定。比较而言,实质主义立法有助于增加租赁物归属承租人的可能性。我国理论与实务界试图矫正形式主义的弊端,但效果不甚理想。

对于破产程序中大规模人身侵权债权清偿问题,王欣新和方菲^[37]主张通过采用固定比例优先权规则的破产分配方案,将部分物上担保债权转化为普通债权,用于清偿人身侵权债权,以保护侵权受害人。

关于共益债权中的不当得利之债,娄爱华^[38]指出,只有德国和受到德国影响的若干国家和地区在破产法中规定了不当得利之债作为共益债权优先受偿。德国法确立这一规则是因其特有的物权行为理论,不当得利之债优先受偿的学理解释与物权行为理论紧密相关。《日本破产法》受德国影响规定了相同规则,但其民法学理并不认可物权行为理论,因而另辟蹊径地用破产财团的独立性理论解释该规则。我国《破产法》虽规定了该规则,但因对其学理背景欠缺了解而存在立法缺陷,可借鉴日本法上的理论,通过解释论予以弥补。

5. 破产管理人

破产管理人是破产程序的主要推动者,也是主要的破产案件从业者。2012—2013年,破产管理人撰写了数量可观的论文,以阐明目前管理人制度的缺陷及改进途径,但见诸CSSCI核心期刊的论文并不多。在不多的几篇论文中,王欣新等^[39]认为,应当借鉴其他国家规定,明确证券投资者保护基金有限责任公司可以豁免其利害关系人身份,在特定情况下可以被选任为破产管理人,赋予保护基金公司单独行使债权人会议部分监督职能的权利,明确规定保护基金公司在作为最大债权人或持有一定比例以上债权等情况下应当成为债权人委员会的成员。

6. 破产程序的开始

破产程序开始的问题,是连接破产法与公司法的桥梁。对这一问题的研究,应结合这两个

[35] 冯辉:“破产债权受偿顺序的整体主义解释”,《法学家》2013年第2期。

[36] 张钦昱:“论融资租赁中的破产”,《政法论坛》2013年第5期。

[37] 王欣新、方菲:“破产程序中大规模人身侵权债权清偿问题探究”,《政治与法律》2013年第2期。

[38] 娄爱华:“《破产法》第42条涉不当得利条款解释论”,《社会科学》2013年第4期。

[39] 王欣新等:“试论证券投资者保护基金有限责任公司在证券公司破产中的作用”,《法学杂志》2012年第4期。

法律领域,综合地加以考虑。张学文^[40]便采取了这一路径,认为当公司处于破产边缘时,董事具有以债权人的利益为代价实施高风险、高收益商业决策的不当激励。文章比较了英国法与德国法的相应规定,建议在破产法上规定董事承担在一定期限内提出破产申请的义务,否则就应对债权人因迟延履行破产所受的损失承担赔偿责任。

韩长印和何欢^[41]则提出以“隐性破产规则”这一概念来描述那些存在于《破产法》之外,却又实际调整或涉及破产事项的非破产法规则。根据其是专门针对还是可能涉及破产临界或事实破产问题,可以将隐性破产规则分为特别隐性规则和一般隐性规则。对两种规则进行破产法检视所采用的具体标准及所涉效力并不相同。前者若不是破产中立的,则其正当性及其特别创设的权利不应予以承认;对于后者,破产法不否认其正当性,但可根据破产程序的特别需要,必要时限制其行使。

7. 公司集团破产

贺丹^[42]认为,我国《企业破产法》建立在单一企业模式的基础上,没有考虑到公司集团化经营的特殊情况。在公司集团破产程序的设计中,在程序上要考虑联合申请问题、不同法院之间程序协调问题以及破产程序中止的效力范围;在公司集团的资产处置上,会涉及实质合并、债权居次、摊付令、公司集团内部融资等问题。

8. 破产中的股东代表诉讼

刘颖^[43]研究日本法指出,由于股东代表诉讼本质上是一种代表诉讼,其不以公司具有诉讼资格为前提,因此并不受破产程序的影响。一些判决认为,因破产管理人有权维护债权人的利益,而管理人不会怠于追究高管人员的责任,故股东无权在重整(更生)程序中对管理层等提起代表诉讼。但也有观点认为,考虑到股东在破产重整程序中的利益仍然需要法律的保护以及管理人追究高管人员责任的消极态度,因此,在破产重整程序中,股东代表诉讼仍有适用的余地。上述论述言之成理,值得我国法借鉴。

9. 破产撤销

破产撤销制度是债权人保护制度的关键环节之一。在2012—2013年,几位学者不约而同地对这一问题展开了研究。韩长印^[44]对破产撤销权的行使问题进行了研究,认为在破产重整程序中,在债务人自行管理财产和营业事务之后,破产撤销权应当由债务人行使;在破产程序中,多重抵押之撤销利益宜采次序固定主义模式;在判断“对到期债务的清偿”是否可撤销时,应注意以下四个构成“使债务人财产受益”的例外情形:同时交易例外、常规付款例外、后续返还的新价值例外、浮动担保的固定价值例外。

房绍坤和崔艳峰^[45]研究了破产临界期内强制执行行为的撤销问题,认为,在破产临界期

[40] 张学文:“公司破产边缘董事不当激励的法律规制”,《现代法学》2012年第6期。

[41] 韩长印、何欢:“隐性破产规则的正当性分析”,《法学》2013年第11期。

[42] 贺丹:“上市公司重整中的公司集团破产问题”,《政治与法律》2012年第2期。

[43] 刘颖:“日本破产重整程序中的股东代表诉讼”,《政治与法律》2012年第2期。

[44] 韩长印:“破产撤销权行使问题研究”,《法商研究》2013年第1期。

[45] 房绍坤、崔艳峰:“论破产临界期内强制执行行为的撤销”,《甘肃社会科学》2013年第5期。

针对债务人的强制执行行为,即使已经执行终结,只要其符合可被撤销的要件,就可由管理人根据我国《民事诉讼法》第227条的规定提起再审程序,通过该再审程序撤销错误裁判,确定该强制执行行为的可撤销性,并追回强制执行的财产。

(三) 保险法

纳入本报告评价范围的期刊论文共57篇,其中法学类CSSCI来源核心期刊27篇,高校综合性学报来源期刊8篇,综合型社会科学来源期刊22篇。论文涉及的主题主要有:保险法的基本概念与基本原则、保险人的说明义务、因果关系、代位求偿、保险合同的解除、复保险、定值保险和各类保险合同。

1. 保险法的基本概念与基本原则

相对保险法的具体规则制度而言,对于保险法的基本原则的研究较少,主要集中在对最大诚信原则、保险合同条款的不利解释原则的重新梳理和反思上。曹兴权和罗璨^[46]通过对案例的收集和检索,指出了保险合同条款的不利解释原则在实践中有任意扩张或限缩的风险,应当严格遵循不利解释原则的前提条件,在实现保护弱者功能的同时,也维护保险的技术特性,坚持合理扩张与严格限定的二维路径。韩永强^[47]梳理了最大诚信原则在英美法判例上的起源和发展,并指出该原则已经日渐式微,而且在消费者保险领域几近消亡,说明了现代保险技术、市场和监管的发展以及司法主权的独立对于保险法原则的变迁的影响。方志平^[48]指出,保险业使用的保险惯例是一个应当在司法程序中认定的事实,而不应一概以格式条款为由否定其效力,应当认识到保险惯例具有保险技术上的意义。在对保险惯例的司法审查中,不仅应当从传统的规范角度进行审查,也要考虑到保险人的技术论证,从而对保险惯例的善与恶进行严格的界定。

2. 保险人的说明义务

保险人的说明义务是保险法的重要问题之一,说明义务的范围、内容、履行方式在实践中引起了较多争议,《保险法司法解释二》也并未从根本上解决这一问题。

陈群峰^[49]认为,区分免责条款与其他条款、区分明确说明义务与一般说明义务的形式二分法存在缺陷,导致实践中说明义务的范围不断扩大,应当引入大陆法系国家的“意外条款不订入合同”规则和英美法系国家的“合理期待原则”对保险人说明义务进行重构,以在实质上保护各方利益。潘红艳^[50]提出除了可以借鉴合理期待原则之外,还可以引入“犹豫期”和合同示范文本制度。

杨茂^[51]也认为明确说明义务的对象不包括保证条款、程序性条款,但包括免赔额(率)条款。对于明确说明的程度标准判断应从形式和实质角度分析,形式判断主要是举证责任问题,

[46] 曹兴权、罗璨:“保险不利解释原则适用的二维视域”,《现代法学》2013年第4期。

[47] 韩永强:“保险合同法‘最大诚信原则’古今考”,《法学论坛》2013年第1期。

[48] 方志平:“论保险惯例”,《中外法学》2012年第3期。

[49] 陈群峰:“保险人说明义务之形式化危机与重构”,《现代法学》2013年第6期。

[50] 潘红艳:“保险人免责条款明确说明义务检讨及替代制度研究”,《甘肃社会科学》2013年第3期。

[51] 杨茂:“完善我国保险人明确说明义务的法律思考”,《现代法学》2012年第2期。

而实质判断是证明程度的问题,应采取理性人判断标准。

3. 因果关系

在存在多个引起损害结果发生的原因时,如何判断因果关系进而确定保险人的责任,一直是保险法上的难题。马宁^[52]系统地梳理了近因规则的内涵及因果关系理论从近因传统规则到有效近因规则,再到帕特里奇规则和比例分配原则的发展过程。他认为,在有多个近因存在的情况下,传统规则违反被保险人的预期,对被保险人保护不力且不存在正当性基础;主力原因规则依赖法院的实质判断,不确定性太强;帕特里奇规则虽然对被保险人有较大保护,但对于保险人和保险业过分不利,也导致保险人开始加入反多因除外责任条款;因此最有效的方法是区分多种原因发生的情形,分别适用不同的因果关系判断规则。

4. 代位求偿

保险人的代位求偿权是学界关注的一个重点问题。对于代位求偿权的构造,武亦文、丁婷^[53]认为,代位求偿权实质上是法定的债权转移,对于被保险人而言,第三人和保险人承担不真正连带债务,并以此为基础分析了代位求偿权的构成要件,得出了给付保险金应当作为代位权的取得要件、代位权无需被保险人完全受偿、损害赔偿的标的应当一致这三个结论。

对于保险金额不足以完全补偿被保险人,被保险人对第三人仍有请求权时,可能发生被保险人的请求权与保险人代位权的冲突这一问题,马宁^[54]认为此时仍应当允许保险人行使代位权,核心问题在于如何将第三人支付的有限赔偿在保险人与被保险人之间进行分配;在同意以被保险人优先受偿为原则的基础上,在被保险人理解风险结果的前提下,应当适用比例分配法。文章同时也对被保险人完全受偿的判断标准和保险人扣减数额的计算方法进行了分析。黄丽娟^[55]指出,针对中间性保险合同,应当对“被保险人优先受偿原则”进行适度修正,赋予当事人以约定改变该原则的权利,从而适应中间性保险业务的发展需求。

保险代位求偿权请求对象的范围在实践中也是一个有争议的问题。武亦文^[56]认为,如果第三人是投保人 or 国家时仍可作为保险代位求偿的对象;如果是被保险人或被保险人的利益一致人,则一般不得作为保险代位求偿的对象,但在汽车强制责任保险中被保险人本人和被保险人的连带赔偿责任人例外地可以成为代位求偿权的行使对象。

关于保险代位求偿权的程序构造,樊启荣和康雷闪^[57]认为,我国现行立法对妨碍代位求偿权的行为的规定在体系、逻辑和立场上存在问题,应当在坚持区分说的基础上,对被保险人在合同缔结前与合同缔结后、保险事故发生前的免除行为分别适用告知义务与危险增加通知义务的法理予以规范;对于被保险人在保险事故发生后、保险理赔前的放弃或和解,将现行法

[52] 马宁:“保险法因果关系论”,《中外法学》2013年第4期。

[53] 丁婷等:“保险代位权的非定义化解读:内涵、区分及构成”,《华东政法大学学报》2013年第2期。

[54] 马宁:“论保险人代位求偿权与被保险人损害赔偿请求权的冲突”,《法学家》2013年第2期。

[55] 黄丽娟:“被保险人优先受偿原则在中间性保险领域的修正”,《西安交通大学学报》2012年第6期。

[56] 武亦文:“保险代位求偿对象的类型化分析”,《法学评论》2013年第3期。

[57] 樊启荣、康雷闪:“我国《保险法》妨碍代位规范之完善”,《法学评论》2013年第4期。

所规定的“免除保险给付义务”改为“依妨碍程度相应减轻责任”。武亦文^[58]强调保险人应当以自己的名义行使代位求偿权进行诉讼,这一点已为现行司法解释所支持;另外,文章还提出应当允许保险人进行代位的预追偿,以解决追偿时机错失的问题。

5. 保险合同的解除

针对保险合同的解除,梁昊然^[59]提出,投保人的任意解除权与混业经营、保险连结证券等新型保险发展方式无法融合,保险合同当事人地位不平等、信息不对称不足以作为支持投保人任意解除权的依据,应当对投保人的解除权作出一定限制。针对保险人解除权与撤销权的竞合这一老问题,刘勇^[60]认为为避免《保险法》第16条对投保人背信行为的激励,应将《合同法》第54条第2款作为调节和平衡机制:即便《保险法》第16条规定的除斥期间届满,保险人仍然可以依据《合同法》第54条第2款主张投保人的欺诈而撤销保险合同。

6. 复保险

针对复保险中的损失分摊原则,樊启荣^[61]详细梳理了复保险损失分摊原则从以单一理论为基础的顺序主义到以复数理论为基础的分摊主义的变化;从被保险人与多个保险人之间的损失补偿关系的角度,论述了保险人连带责任主义的发展趋势和优点;从保险人内部分摊的角度总结了最大责任制与独立责任制的区别与优缺点,指出英美法系和大陆法系统一改采独立责任制的趋势,并建议我国《保险法》第56条在外部关系上改采保险人承担连带责任,内部关系上由最大责任制改为独立责任制。

7. 定值保险

樊启荣^[62]提出,判断是否构成定值保险合同,不能仅考虑合同中是否约定并记载了保险价值,还须从实质上考虑保险事故发生后是否可以鉴价,必须具备“事后鉴价困难”才构成定值保险;从法理基础上,承认定值保险的合法性是为了满足事后鉴价困难之标的物的保险可获得性,是补偿原则对效率原则在承保技术上作出的适度退让,但为了防止定值保险诱发道德危险,立法应当对定值保险适用范围及条件作出明确限制,并增补关于超额定值效力的规定。

8. 其他保险类型

许多文章对包括责任保险、商业健康保险、融资保险在内的各类保险合同相关制度进行了分析和论述。针对责任保险,武亦文^[63]分析了责任保险中保险人抗辩义务的性质与内容,并分析了美国法上判断抗辩义务成立与否的三种规则,以及出现利益冲突的可能情形及相应解决措施,总结了违反抗辩义务的法律后果,并提议我国立法加入对保险人抗辩义务的规定。董惠江和徐广海^[64]分析了保险人参加民事赔偿诉讼或其他程序的三种途径,并提出抗辩与和

[58] 武亦文:“我国保险代位求偿困局的破解”,《政治与法律》2013年第12期。

[59] 梁昊然:“论投保人法定解除权的当下立法与制度构建”,《学术论坛》2012年第8期。

[60] 刘勇:“论保险人解除权与撤销权的竞合及适用”,《南京大学学报》2013年第4期。

[61] 樊启荣:“复保险中损失分摊原则之现代整合”,《法商研究》2012年第6期。

[62] 樊启荣:“论定值保险之合法性及其边界”,《法商研究》2013年第6期。

[63] 武亦文:“论责任保险人的抗辩义务”,《法商研究》2013年第4期。

[64] 董惠江、徐广海:“责任保险人参与赔偿模式的路径选择”,《学术交流》2013年第1期。

解控制模式虽可以控制被保险人的道德风险,但可能严重损害被保险人乃至第三人利益;抗辩与和解义务模式对法律环境要求高,难以移植,不适合我国责任保险制度;我国台湾地区“保险人参与权”模式既避免了被保险人因“被代理”抗辩与和解而产生的利益冲突,又明确了保险人滥用参与权之后果,可资借鉴。

针对重置成本保险,康雷闪^[65]从机动车商业险“高保低赔”争议出发,对重置成本保险的概念和特征进行了分析,并从历史发展和法理基础的角度论证重置成本保险的必要性,提出重置成本保险的重置成本法是对保险损失估定技术的变革,重置成本保险是对保险损失补偿原则之创新及偶发性原则之突破,认为我国应当明文规定重置成本保险,并就制度构建提出了具体建议。

针对农业保险,温世扬和姚赛^[66]提出,“农业保险”在逻辑上应区分为“农业社会保险”和“商业性农业保险”,两者性质不同,分别适用不同法律规范;无论是开办农业社会保险还是发展属于商业性农业保险的政策性农业保险,均应由公法规制。

(四) 票据法

2012—2013年票据法方面的研究成果相对于其他部门法较少。结合2010年我国票据法学界启动票据法修订工作的背景,多数研究成果以对现行《票据法》立法理念及相关制度的分析及完善为落脚点。

吴京辉与李绍章对票据法的基本性质及特征进行了反思。关于票据法为公法还是私法,吴京辉^[67]认为,票据法的调整对象地位平等、自主自愿、对等有偿,票据权利皆为财产权、私权,因此票据法为私法。但是我国现行《票据法》具有浓厚的行政管理色彩,几近公法,不必要的监管条款大大缩小了票据市场的发展空间。因此修订《票据法》时,应当剔除《票据法》中不必要的行政色彩,调整立法宗旨,开放票据的融资功能,扩展票据种类范围,还原《票据法》的私法性质。

《票据法》第10条自立法以来颇受争议,争议焦点在于该条的规定与票据无因性之间可能存在的冲突。殷志刚^[68]以公法与私法的区分为视角,认为现行《票据法》第10条在性质上属于管制性的公法规范,禁止在没有真实交易关系为基础时作出票据行为。但票据行为为私法上的行为,对《票据法》第10条的公法效力和私法效力应当作出区隔,违反该条规定的私法效果并非必然导致票据行为无效,该条规定与票据无因性原则并不矛盾。在《票据法》修订中,该条款应保留,同时也应当对其加以完善。

王艳梅^[69]与邹德刚^[70]均关注了票据效力的认定问题。认为票据效力的认定是适用票据法解决票据纠纷、判断票据上权利义务的起点。票据本质上为有价债券,具有文义性、

[65] 康雷闪:“重置成本保险:法理基础及制度建构”,《法商研究》2012年第3期。

[66] 温世扬、姚赛:“我国农业保险及其法律规制”,《江西社会科学》2012年第5期。

[67] 吴京辉:“《票据法》修订:私法本性的回归”,《法商研究》2013年第3期。

[68] 殷志刚:“《中华人民共和国票据法》第10条存废之探讨”,《法商研究》2013年第2期。

[69] 王艳梅:“票据效力确认的起源、原则与外在表达”,《当代法学》2012年第6期。

[70] 邹德刚、王艳梅:“票据效力认定研究”,《法学杂志》2012年第4期。

要式性以及无因性等基本特征,其中是否符合要式性为决定票据效力的绝对因素。票据的记载内容、记载方法以及记载介质三者均要符合法律规定,票据方为有效。在确认票据效力时,票据形式真实应高于实质真实,在解释票据效力时,应当遵循有效性解释原则以保护权利人的利益。

对于票据行为的要件,传统票据法理论认为包括实质要件和形式要件。董惠江^[71]对票据行为是否存在实质要件提出了质疑,认为若将票据能力及意思表示作为票据行为的实质要件,与票据行为的要式性、文义性、无因性、独立性等特征相矛盾,也与票据法促进票据流通的理念相冲突。考虑票据法及票据行为的特征,票据能力的欠缺及意思表示的瑕疵仅能作为抗辩事由,而不能被认定为欠缺实质要件并以此否定票据行为的效力。作者认为“票据的相对无因性”是错误的提法,将会影响到对票据行为效力的判断。

票据的生命在于流通,票据的转让是学者们研究讨论的重点。董翠香^[72]讨论了票据单纯交付转让的效力。我国票据立法并未明确规定票据单纯交付的效力,依据传统票据法理论,票据转让的方式包括背书转让与单纯交付转让两种,世界各国和地区的票据法以及我国司法实践也普遍认可票据单纯交付的效力。我国《票据法》应当明确规定票据转让的方式以及空白票据转让的方式,承认票据单纯交付转让的效力。郭站红^[73]对期后背书这种特殊的票据背书进行了分析。根据《日内瓦公约》以及日本、英国、我国台湾地区等地的“票据法”,“期后背书”有期限后背书及期日后背书两种立法例,而我国《票据法》的规定杂糅了这两种不同立法例的制度,忽略了该制度背后的票据法观念,造成了法律适用上的混乱。因此,我国《票据法》有必要完善期后背书制度,重新界定期后背书的涵义,规定期前背书的推定规则,划分期前背书与期后背书的界限,并在确定期后背书具有一般债权转让效力的基础上赋予特殊情况下期后背书之被背书人主张善意取得的权利。周东威、史黎^[74]讨论了回头背书中票据债务人与被背书人之间的对人抗辩是否可被善意的其他背书人切断的问题,同时介绍了日本关于该问题的六种学说并逐一分析六种学说的优缺点,主张属人性说的权利再取得说较为合理。属人性说认为,回头背书的被背书人再次取得票据时同时取得原先失去的权利,如首次取得的权利存在瑕疵,经过回头背书后再次取得票据权利,仍然要受到原债务人的对人抗辩。

从2012—2013年两年的研究成果来看,绝大多数票据法学者着眼的问题集中于既有票据法理论中几个争议较大的焦点问题,主要体现在我国《票据法》中的几个重点条文。在对问题的论述上,多数学者借鉴域外的立法例,指出我国《票据法》以及票据法理论中存在的不足。少数的几位学者提出了自己独到的、对传统票据法理论构成挑战的观点,对我国《票据法》的修订与完善具有一定借鉴意义。

[71] 董惠江:“票据行为实质要件之否定”,《环球法律评论》2012年第1期。

[72] 董翠香:“论票据单纯交付转让的效力”,《法学论坛》2012年第2期。

[73] 郭站红:“期后背书制度新解”,《法律科学》2013年第5期。

[74] 周东威、史黎:“回头背书与人的抗辩的限制”,《兰州学刊》2012年第9期。

(五)信托法

1. 信托法律关系主体

就受托人法律地位问题,赵磊^[75]认为《信托法》混淆了“委托”与“信托”(前者是两方主体即委托人和受托人,后者则是三方主体即信托人、受托人和受益人),造成受托人及信托财产法律地位的不明确。论文澄清了有关双重所有权的争议,认为“英美法中信托受益人的所有权,并不是为了占有与管理信托财产所设,该所有权是否具有诸如大陆法系所有权的物权效力,受益人通常并不关心”。论文细致地分析了受托人身份的问题,认为在实践中,商业银行、证券公司与保险公司等金融机构从事的各种理财活动,都属于实际意义上的信托活动。其行为应当通过营业信托制度加以规范。论文提出,要确立客观标准判断受托人是否违反信托义务,并明确受益权的特殊物权性质,由受益人而非委托人行使救济权利。

2. 信托财产

信托财产方面,楼建波^[76]对信托财产的归属问题进行了研究,指出信托财产转移给受托人只是实现其独立性的安排之一而非唯一安排。我国《信托法》第2条对信托财产归属的规定虽不明确,但恰恰提供了由当事人自行决定是否转移信托财产的可能性。信托财产独立性是信托制度的灵魂,而信托财产权属的转移并非实现信托财产独立性的唯一途径。实践中当事人可以根据信托的目的及信托财产的性质,选择转移或者不转移信托财产的归属。作者认为,应结合信托法的具体规定与交易结构,赋予当事人更加灵活的选择权利。

3. 公益信托

为便利更多公共资源用于公益事业,徐孟洲^[77]提出,应改革现行公益信托设立的许可主义为登记主义,设立全国统一的登记机关,立法规定登记事项和效力等。张娜^[78]也对公益信托设立的许可主义提出批评,在许可主义框架内,提出了设立统一登记机关、丰富募集方式和增加形式要件等建议。胡卫平、杨海林^[79]指出公益信托具有与私益信托不同的法律属性,这些属性应在《信托法》有关规定中得到体现,并在公益信托设立、财产形态、监督机制和配套制度等方面受到尊重。

4. 信托制度实践

在信托制度的应用方面,集合信托产品质押是缓解该类金融产品流动性问题的重要手段,但其一方面缺乏法律依据,另一方面类推适用应收账款质押制度难以满足实现担保价值的需求。对此,潘为^[80]认为,鉴于信托受益权作为可出质权利尚无《物权法》依据,《信托法》也未有明确规定,应构建独立的集合信托产品质押法律制度,改《物权法》、《担保法》现有的可出质权利列举式为权利特征概括式,并在立法过程中引入金融分业监管机构意见,构建专门金融商

[75] 赵磊:“信托受托人的角色定位及其制度实现”,《中国法学》2013年第4期。

[76] 楼建波:“信托财产的独立性与信托财产归属的关系”,《广东社会科学》2012年第2期。

[77] 徐孟洲:“论我国公益信托的设立”,《广东社会科学》2012年第5期。

[78] 张娜:“我国公益信托基金设立研究”,《河南社会科学》2012年3月第20卷第3期。

[79] 胡卫平等:“我国公益信托法律制度的完善”,《江西社会科学》2012年第7期。

[80] 潘为:“集合信托产品质押融资问题研究”,《社会科学家》2012年第3期。

法制度。关于挥霍信托,徐卫^[81]认为我国《信托法》第47条为其留下了适用空间,为“后代挥霍”问题提供了治理手段,但作者也指出仅仅允许当事人约定限制并不能绝对防范挥霍行为,有必要建立完善的挥霍信托制度以发挥其在挥霍问题私人治理上的制度价值。

5. 信托业法

在信托业法方面,席月民^[82]认为我国应制定强行法性质的《信托业法》以规范信托业监管,结合信托业实践对经营资格、信托运用方式等问题加以明确;整合信托业监管权,改多头监管为统一监管,改机构监管为功能监管,将信托业监管权授予中国银监会,并以《信托业法》的名义固定下来,一方面独立规范,另一方面对《信托法》起重要补充作用。

三、展望与反思

以下以商法总论和破产法这两个具体商法部门和商法方法论的研究为中心,谈谈本刊对未来几年商法学研究的展望。

(一) 商法总论

在本评价所搜集的论文中,商法总论方面的论文有69篇。在这些论文中,本刊上一次评价^[83]时提及的问题依然存在,因此值得引述的代表论文寥寥无几。从内容上看,论文作者所花费的努力不可谓不多,但实益着实有限,其原因一方面在于开拓不足,仍羁绊在既有研究的窠臼之中,缺乏创新;另一方面在于对部门商法的研究不够深入透彻,进而导致对共同性理论的把握失准。

商法总论原本是整个商法中最富潜力、最能产生广泛的一般性影响的研究领域。在具体内容上,目前我国的研究至少在以下几个方面值得进一步拓展:

(1) 民商关系。对于民商关系研究的不足,本刊上一次评价已有所涉及,但截至目前,这方面的进展仍然很缓慢。我们认为,能够准确揭示民商关系的研究,并不是大而化之的理论建构,而是细致入微的制度对照。这要求研究者能够洞悉不同交易在内容与结构上的差异,并熟练运用商法与民法的相应材料准确地加以阐释。

(2) 商事习惯。商事习惯及商事习惯法是指引商行为及用于商事裁判的重要规则,是商法的重要法源。对此,既有研究多集中在抽象理论层面的讨论上,而对具体的商事习惯则缺乏系统全面的整理。未来这一领域仍有大量工作可做。

(3) 商主体的一般理论。商主体的一般理论在内容上可分为以下几个方面:其一,商主体所有权结构理论,研究所有者在选择特定法律形式过程中的主要考虑及其背后共通的原理;其二,商主体的类型划分,研究应如何设计与区分商主体的类型,并根据社会经济的发展及时地

[81] 徐卫:“挥霍信托与我国信托制度完善:挥霍问题的私人治理”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2013年第5期。

[82] 席月民:“我国《信托业法》的制定”,《广东社会科学》2012年第5期。

[83] 本刊编辑部:“中国商法学(商总)发展评价(2010—2011)”,《中外法学》2013年第5期。

作出调整;其三,商主体的融资及资本问题,主要研究企业资本筹集,企业与资本市场关系等问题;其四,商事(主体)登记制度;其五,以公司治理为代表的商事组织治理问题;其六,商主体的形式变动及控制权变动问题。针对上述问题,比较法上交易费用理论、企业财产权理论、委托—代理理论、公司资本结构理论及机制设计理论等都已深入进展,而我国仍限于对这些理论在概念层面的介绍,缺乏灵活应用这些理论的研究,更遑论在基本理论层面的创建。

(4)商法上的信赖—外观理论。信赖—外观问题在登记制度、代理制度、经理人制度、各类商行为中都有所体现。对此,一些民法、商法领域的具体研究已有所涉及,但在一般理论层面的好文章仍值得期待。

(5)贯穿商法的制度线索。形式上完全不同的具体商法规范之间,有很多内在的关联。如果能够有效揭示这些关联,将有助于更好地理解商法的不同部门。例如,保险制度具有远超过该制度本身的解释力,既可以用来解释不同类型的交易结构,又可以补充其他民商法制度,甚至可以被用作政府规制的替代。又如,信托法与公司等各类商事主体法之间,也能相互补充和相互解释,既有研究虽然有所提及,但互通的细节、相互解释的内在原理及其对现行法的具体影响仍待探索。

(二)破产法

破产是各商事单行法中综合性最强的一个。既有研究在破产实体法领域已取得了相当的成绩,但以下几个方面仍待深入。

(1)破产程序法。目前破产法领域的研究对破产申请、受理、宣告、破产衍生诉讼、清算、变现、重整等程序性问题的研究有明显的不足,这既有我国诉讼法的研究较弱的原因,又有立法、司法体制的原因,其中后者所占比例较大。

(2)破产的社会经济影响。破产是社会经济的晴雨表,不仅可以展现一个企业的兴衰过程,也可以综合性地反映行业状况、经济政策乃至经济环境的变动,后者可以反作用于破产法乃至其他商事法律规范,促进这些法律制度的完善。对这种互动关系,我国目前的研究仍然非常有限。

(3)破产实体法。破产法规范与民商事实体法密切相关,后者常常是分析破产中权利分配问题的起点。但实体权利的内容极其复杂,其在破产中的处置须结合实体权利的具体内容一一整理,未来这方面的工作量仍将很大。

(三)商法的研究方法

相比较为完善的民法、刑法而言,商法尽管在社会经济中的应用广泛,但其制度建设仍相对落后,主要原因有以下几方面。

其一,商事立法粗疏、迟滞。商业经营存在于不断变动的社会经济环境之中,其交易模式、交易规则不断演进和更新。在这样的背景下,商事立法应当及时地作出反应以满足市场的需求。实践中,我国商事立法的更新速度极为缓慢。这不仅阻碍了商事裁判的发展,也在一定程度上导致研究成果不能尽快转化,阻碍了制度的演进。

其二,商事裁判的水准仍待提升。商法的许多部门都具有较强的专业性,多年来,商事裁判中法院消极应对或违背法律基本原理的态度在证券法(如证券欺诈、虚假陈述的民事赔偿责

任)、保险法(同案不同判的情形普遍存在)和破产法(近年来破产案件的受理数量连年下降)等领域都有较为明显的体现。与民法不同,商法的发展动力更多来源于裁判的推动,而商事裁判的落后与封闭直接阻碍了这一学科的发展。

其三,商法学研究既要求熟悉具体交易实践,又要求了解(常常是以民法为基础的)商法理论,导致真正有说服力的、可以传承的理论拓展不足而低效重复性劳动泛滥,难以形成可持续发展的理论发展环境。

在上述原因背后,商法研究方法的探索不足可能更为关键。其中几个关键的问题急需解决:

其一,商法中自由与强制的内在原理。这是理解诸多商法制度的关键。须注意的是,因法律目的各异,自由与强制的问题通常很难一般性地讨论而更多应结合具体规范加以具体分析。

其二,商法的法条理论,包括商法上的法条类型、商法上的请求权基础、法条适用理论等。例如,民法上普遍适用的类推规则,在商法上就要受到一定的限制;又如一些商法上特殊的请求权基础已不能被传统民法上的请求权体系(合同、准合同、无因管理、物上请求权、侵权、不当得利)所包容,如何对这些请求权进行有效地归类,需要做长期而细致的工作。

其三,商法与关联学科的互动。商法的很多部门在经济学、社会学等领域都有直接相对应的研究,如公司法上关注的董事勤勉与忠实义务与工商管理所研究的公司治理,如保险法上的保险合同与保险学上的保险产品等。将法律之外的研究成果纳入到法律中来,主要应当是由法律人承担的工作。今后若能够更加主动地进行这方面的工作,商法的研究将更加精彩。

其四,商法的续造机制(Fortbildung)值得深入研究。营利是商事活动的主要目的。但因个体的能量有限,往往需要多方合作才能最终实现营利。而在合作的过程中,信赖、信义或诚信扮演着极为重要的角色。但当事人如何行为才能满足信赖、信义或诚信的要求?这不仅影响当事人的交往过程,也是裁判机构所处理的多数争议中的焦点问题。对此,成文法固然可以在确定性、可预见性方面做很多工作(如设定相对具体的判断标准),但真正恰切的判断,还是要回到具体案件的权衡之中。若无高水平的司法续造,商法很难有突破性的发展。如何在我国既有体制之下构建商法的续造机制,是牵涉实体法、程序法乃至司法体制的重要课题。

(责任编辑:许德风)