

# 中国商法国际化问题刍议

## ——从美国对华“双反”调查等案例引发的理论思考

范 健\*

内容提要: 商法国际化是全球经济一体化带来的必然要求。从商法国际化的理论基础出发, 通过分析商法国际化面临的法律困境, 思考中国商法国际化的未来发展方向, 提出商法的中国国情与法律移植和法律辐射的协调, 力求为中国商法国际化提供理论支撑, 为中国经济走向世界提供法律保障。

关键词: 商法国际化; 法律移植; 法律辐射

全球经济一体化时代, 商法在调整国内市场商事活动的同时, 越来越多调整跨越国界的商事关系及与此相关的其他关系, 这对中国商法的国际化提出了更高要求。然而, 我国市场经济起步不久, 商事领域的法律体系虽初具规模, 但具体规范尚有许多缺失, 尤其与国际惯例接轨有待时日, 导致国际商事贸易争端不断。2012年10月10日, 美国商务部称, 将对中国出口到美国的太阳能光伏产品, 征收14.78%至15.97%的反补贴税和18.32%至249.96%的反倾销税, 具体征税对象包括中国产晶体硅光伏电池、电池板、层压板、面板及建筑一体化材料等。<sup>(1)</sup> 2012年10月8日, 美国众议院情报委员会发布报告显示, 华为和中兴通讯可能威胁美国国家通信安全, 对华为和中兴进行禁止销售。<sup>(2)</sup>

这些争端给我们法律领域敲响了一个警钟, 在跨国商事交易和争端如此频繁的今天, 我们解决国际经济冲突, 不能仅仅停留在贸易冲突法领域, 更应从中国商法中寻找引发争端的企业机制和市场规则等深层次问题, 在理论上探寻中国商法国际化的路径, 在吸收国际条约和国际惯例的基础上, 结合我国国情完善中国商法。同时积极参与国际立法, 在国际商事制度设计中发出我们贸易大国声音, 将中国商法的新理念灌输到具体的国际规则之中, 使之更好地维护我国的商事利益。

### 一、商法国际化的理论基础

#### (一) 商法国际化的必要性

随着世界市场的发展和国际商法纠纷的频繁, 跨国商事法律适用已成为一个现实问题。假如一国商法没有国际化, 会带来以下问题: 首先, 各国之间商法规定差距很大, 当事人自然会通过各种手段, 选择对自己有利的实体法, 规避对自己不利的实体法, 从而可能造成不公平、不合理

\* 南京大学法学院教授, 博士生导师。本文写作中, 研究生王有惠帮助收集整理了本文资料。

(1) 参见《美国宣布对华光伏双反终裁税率》, <http://finance.sina.com.cn/china/20121012/112713351807.shtml>。

(2) 参见《美国会称华为中兴威胁国家通信安全》, <http://tech.sina.com.cn/t/2012-10-08/09107680166.shtml>。

的判决结果。其次，当事人之间遵循的交易规范不统一，通常，双方会花大成本去研究其中的利与弊，考虑如何选择对自己有利的交易规则，从而使不必要的交易成本增加。最后，商事纠纷处理比实体规范多了一道选法程序，尤其当各国实体法存在差异时，法官会因为不熟悉外国法律而发生适用外国法困难，这些情况都是与商事活动追求效率、快捷和安全的理念相背。

## （二）从商法的历史与现状看商法的同源性

近代商法起源于中世纪的欧洲，为当时商事活动中形成的交易习惯的总和，这些交易习惯是不同国家或民族的商人在商事交易时形成的习惯，这些交易习惯与诸法合一的古代社会中各民族或国家基本法典规定的交易规则不相同。英国法学家施米托夫认为，从历史上看，国际商法经历了三个发展阶段：第一阶段在中世纪，它是以商人习惯法的形式出现的，即事实上支配那些往返于商业交易所在文明世界的各港口、集市之间的国际商业界普遍适用的国际习惯法规则；第二阶段始于国家主权这一概念被普遍采纳的时期，在这一阶段中，商人习惯法被纳入各国的国内法律制度。这一进程尽管是世界性的，但各国在实施上却出于不同的原因和采用不同的方式，并且实施的程度也不同；第三阶段始于第二次世界大战结束以后，随着科学技术的发展进步和世界一体化、经济全球化程度的逐步提高，商法国际化的呼声日渐高涨，作为政治和经济领域中国际主义概念的恢复的补充，法学领域中则恢复了国际商法的概念，出现了旨在发展为国际商业自治法的新商业习惯法。它是具有普遍性的法律，尽管由各主权国家的主管机关适用，却在试图摆脱各国国内法的民族色彩，这一发展值得密切注意。<sup>(3)</sup>

从商法产生和发展的历史进程来看，它产生于不同地区商人之间的商事交往而形成的商事交易习惯规则，是作为商人阶层特有的自治性法律而存在，是商人团体的统一法律，是超越国界的。可以说，国际性是商法与生俱来的品格<sup>(4)</sup>。虽然后来经过各个国家的立法机关按照不同的理念和方式上升到国内法律层面，但是无法否认其源于同一渊源这一历史事实，当今社会，随着科学技术的发展，商事贸易全球一体化的背景下，商法更加明显地表现出它的国际化，从侧面也反映了商法的同源性。

从商法的现状来看，比如公司、票据、海上运输等方面的规定，究其本源，都可以从中世纪的商事交易习惯中看到影子。因为这些交易习惯是商人在长期的交易活动中总结出来的经验法则，经过时间长河的检验和磨合，已经具有相当的科学性和合理性，所以，各国成文商法将其纳入规范体系。虽然由于某些原因和历史特殊情况，各国商法中的具体规定会有所不同，但是商事交易的规则具有很大的趋同性。

## （三）从商法的原则与理念看商法的同质性

商事交易规则设置倾向于方便、快捷和防范风险，这种设置的特点是商事交易有自身一套技术性很强的交易规则，这些规则是商人之间（不管是国内商人，还是国际商人）通过长期交易活动形成的习惯，较少与一个国家或者民族的特点密切相关，这是商法的同质性。一个国家制定国内商法时，其实不是在创造商法规则或者说主要不是在创造商法规则，而是将现有已经存在的商事习惯规则，赋予其法律效力。这也从另一个侧面证明了商法一开始是商人之间的交易规则，后来得到各个国家的确认，形成了国内商法。只有充分认识商法的国际性，才能使商法彻底摆脱简单商品经济完善法的理念，摆脱“商法是民法特别法”思想的束缚，克服民法“民族性”、“地域性”的限制，走国际化的道路。<sup>(5)</sup>

(3) [英] 施米托夫 《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 4-5 页。

(4) 前引 (3)，施米托夫书，第 4-5 页；姜世波、吴庭刚 《商法的国际化》，《大连海事大学学报（社会科学版）》2006 年第 3 期。

(5) 李军 《论商法的国际性》，《北京工商大学学报（社会科学版）》2003 年第 3 期。

商法规范偏重于技术性，反映了现代经济讲求效率和便于国际贸易交往的要求，带着很强的通用性和创新性<sup>(6)</sup>。商人之间在进行互通有无的商事交易活动时，往往可以跳出市民社会的限制和伦理道德的约束，更多的是追求交易效率和安全。这些具体规则是对商事交易活动的直接调整，因此有很强的针对性，什么样子的交易活动就相应有什么样子的商法规范进行调整，这就让商法形成很强的技术操作性。比如票据法中的无因性原则、承兑背书转让模式。当出现纠纷时，商人选择的是由商人阶层自己组成的专门法院来处理，这样做的结果是，商人法院通过判例的方式，将商人在交易活动中普遍适用并得到各方认可的习惯做法，上升到法律层面，使其更具有普世性。总而言之，商法的技术性立法理念，打破了地域、文化、传统和小市民社会的束缚，成为各个地区能普遍接受的一种技术性法律规范。

随着全球市场经济的同质进程加速推进，商法的趋同化趋势日益加强，并构成“法律全球化”实践最突出的一部分。<sup>(7)</sup>其具体表现为：一方面是商法统一实体规则和程序规则的迅速扩张，国际层面的立法不断得以加强。另一方面即为国内商法的国际化，在全球化背景之下，商事法律规则正在进行着国内法与国际法之间、不同法系之间的互动融合。<sup>(8)</sup>

## 二、商法国际化困境分析

### (一) 法律国际化的困境

所谓法律发展的国际化，主要是指在法律文化的传播与交流过程中，各个主权国家的法律制度蕴含着世界法律文明进步大道上的共同的基本法律准则，使各国的法律制度在某些彼此接近乃至融合，进而形成一个相互依存、相互联结的国际性法律发展趋势。<sup>(9)</sup>法律国际化是一种发展趋势，在各个国家法律制度相互交流和借鉴的过程中，体现的是人类社会对于法律价值的一种普遍性认可。然而，由于经济和政治体制，以及意识形态、传统习惯和观念的差异，不同国家和民族对法的价值观并不能同步进展，相反，还会产生抵触和冲突，常常使法的国际化陷入困境。

### (二) 商法国际化面临的特殊法律困境

#### 1. 从传统和现实的路径，探寻商法国际化的特殊法律困境

几千年封建社会“重农抑商”的思想，使中国不像西方社会那样能够有孕育“商法”的土壤，近代中国商法的制定几乎全部是吸收和借鉴西方发达国家的法律制度。而改革开放前的新中国在相当长的时间内实行高度集中的计划经济体制，使得中国无现代商法可言。实际上中国商法的发展从九二年中国进入市场经济体制至今，不过二十年。现阶段，我国经济体制仍处于转型期，一方面计划经济思想根深蒂固，另一方面市场经济需求愈益强烈，现实立法和规则仍在二者平衡，其结果，这种从观念到体制上的矛盾以及基于此形成的企业与市场格局造成了中国商法国际化的法律障碍，造成我国市场经济地位不被国外所承认。

#### 2. 从经济利益特有的角度，探寻商法国际化的特殊法律困境

既然各国商法有着同源性和同质性，那么在协调统一方面应该不会遇到很大障碍，可是在现实中并非如此。各个国家为了维护本国的国家利益和商人利益，都会打着国家调节市场的名义采取一定的贸易保护主义做法。所谓国家调节，就是国家为了防止市场中的恶性竞争行为，保护正常的商事交易行为而进行的干预活动。不可否认这种国家调节行为在国内市场发挥的不可替代作

(6) 顾耕耘 《关于商法基础理论的几个问题》，徐学鹿主编 《商法研究》第三辑，人民法院出版社 2001 年版。

(7) 王春婕 《商法重构：在全球化背景下的思考》，《法商研究》2003 年第 3 期。

(8) 刘辉 《论“商事通则”立法的国际化》，《国家检察官学院学报》2004 年第 6 期。

(9) 公丕祥 《法制现代化的理论逻辑》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 365 页。

用,可是在国际市场上,可能会导致事与愿违的结果,比如说国际市场上同样存在垄断、限制竞争以及不正当竞争行为,它们由于背后存在国家的支持而更为严重。再比如倾销和补贴行为,更是国与国之间争夺对方市场而采取的不正当竞争行为。这些利益的争夺,造成了商法国际化的特殊困境。

### 3. 从立法缺失的角度,探寻商法国际化的特殊法律困境

商法典作为一般性规则,不仅单纯将各商事单行立法加以简单分类,更通过统一规范,解决各种单行法规之间的冲突。随着世界性大市场的形成,为调整国际商事贸易关系,全球范围内各国之间协调、统一的商法成为大势所趋。而商法典能解决法律规范之间冲突的价值恰恰能为各国之间商法的协调发挥特别的作用。但我国目前既没有商法典的编纂,也没有统一的商事通则,各个单行商事立法各自为政,自然面临着法律冲突繁杂、混乱的局面,造成中国商法国际化的严重障碍。

## 三、商法国际化的现实意义

纵观人类战争史,其实是一部商法国际化的挫折史。不同国家之间贸易规则的差异,导致了贸易冲突,进而引发了国与国之间的战争,战争的结果,无论一方获胜还是双方调停,都会导致新规则诞生,贸易冲突得到暂时缓和;一旦一方违反新规则,则又重燃战争导火线。因为贸易发展千变万化,规则冲突无时不在,战争也就周而复始。直至近代,第二次世界大战之后,人们才达成共识:以战争方式解决贸易冲突违背人类社会本性,应该建解决贸易冲突的新机制,由此延生了 WTO、IMF 等一系列国际性机构以及统一的国际商事规则。2001 年中国加入 WTO,就是为了适应经济全球化发展,通过加入统一的国际商事法律框架,融合各国之间的商事规则,以促进跨国贸易的发展。然而,加入 WTO 之后,我国企业却屡屡面临反补贴、反倾销等不利的局面,究其缘由,是因为国内的商法规则与国际规则之间仍然存在很大的冲突,无法通过加入 WTO 来回避所有问题。中国商法国际化之路任重而道远。

### (一) 企业治理结构的国际惯例与我国国有企业改革

所有权和经营权分离是我国国有企业改制面临的核心问题。在全球市场一体化和现代公司治理理念趋同的大背景下,我国国有企业仍然存在权属不分、补贴不透明、管理行政化、垄断多于竞争等等,商法对国有企业的调整远远背离国际商事惯例,这导致中国国企走向国门,融入国际社会必然会遭遇很大的法律障碍。

在西方,法国是拥有国有企业较多的国家,政府与国有企业之间的关系始终遵守国际商事规则,这就是权责清晰、财务透明、补贴受限、维护竞争、限制垄断、保障企业经营自主权。法国国有企业,尤其一些与公共服务相关的国有企业<sup>(10)</sup>(如铁路运输、邮电通讯),在经营过程中也较大程度出现亏损,也需要政府公共财政补贴。对于向国有企业做出的公共补贴,政府奉行透明化原则。2003 年,法国政府创造性地推出合同化管理模式,由政府与亏损企业签订扭亏为盈合同,政府在法律和合同范围内履行补贴义务,企业完成政府确立的公共服务目标,所有合同内容公开透明,接受社会监督。2003 年,法国政府提出了国有企业治理的基本原则,包括:其一,清晰界定政府所有者、政策制定者及其他角色的职能、权力和责任;其二,由来自私营企业和政府部门的专业人员共同组建政府机构,代行国有股东权,并担任国有企业董事;其三,确立董事会在国有企业治理中的核心地位,清晰界定董事会与政府所有者之间的关系,废除政府对国企决

(10)从经营的性质看,法国国有企业可以分为三类:一类是非法人的公用事业和从事工商活动、具有行政性质的公共事业机构;一类是工商性质的公共事业机构和营企业,具有法人地位;一类是竞争性行业中的国有混合股份公司。

策,尤其对投资专业委员会、人员配备及财务的直接干预;其四,缩减董事会规模,鼓励设立外部董事,建立包括劳动者在内的董事会成员间的平等权利和责任;其五,竞争性行业国有企业的经营活动接受私营企业公司法的调整。<sup>(11)</sup>

法国的经验表明,国有企业的存在以及接受国家政策性补贴并不是中外企业差异的根本原因,相反,能否按国际商事惯例,使国有企业成为市场经济体制下的平等竞争主体,这才是关键所在。所以,中国商法国际化的一项重要意义在于助推中国国有企业的国际化治理水平。

## (二) 商事企业补贴规则的完善与遵守国际惯例

从法国的实例中可以发现,对包括国企在内的企业进行补贴在很多国家都存在,理论上说,这是对企业承担社会责任的一种回报,但从经济学角度看,是对市场经济规律的背离,从法律角度看,则违反了WTO达成的国际反补贴协议。

补贴与反补贴协定是发达国家和发展中国家权力较量的结果,是双方谈判的妥协物。反补贴对发展中国家的管制往往比较严厉,而发达国家受到的约束则较少,这是由经济实力和规则的制定权所决定的。尽管这一规则对发展中国家存在着不公平,但加入这一规则,就应该遵守,而在规则之内如何有理、有利运用,这是发展中国家可以把握的。

在反补贴领域引发贸易冲突的主要问题是,我们在对企业实行补贴时,补贴机制不透明,信息不公开,对受补贴企业肩负维护经济和社会稳定的特殊作用介绍不充分,补贴过程缺少市场运作机制等等,这些增加了国际贸易补贴摩擦几率。由此,中国商法的国际化,有助于推动我们通过完善立法的形式将国际惯例与规则融合到我们对商事企业进行合理的政策调整与扶持之中,例如通过立法规定政府在推行补贴政策时,严格将从价补贴率控制在5%以内、不得将补贴用于弥补企业或产业经营亏损、不得采取直接债务免除等补贴形式,即确保相关补贴不超越WTO《补贴与反补贴措施协议》第6条<sup>(12)</sup>设定的范围。

## (三) 商事企业的知识产权保护与遵守国际惯例

当代国际经济发展模式已经从“资本拉动型”转向“创新拉动型”,各个国家和地区均意识到,知识产权对经济发展的重要作用,采取多种措施对拥有知识产权的高科技企业进行扶持。我国在这方面也做出了很大努力,例如制定国家知识产权战略,出台相关的专利扶持政策等等。然而,国家扶持力度与实际成效差距较大,据统计,2011年国家知识产权局受理的发明专利申请量首次超过美国,跃居世界第一位,占到全球总量的1/4。<sup>(13)</sup>但是目前专利的交易和转化率不足10%,科技创新资源浪费较为严重。我们在专利扶持方面出现两个思维偏差:一方面,混淆专利制度和奖励制度,导致专利发明的动因不在技术创新,而在获取奖励;另一方面,颠倒了专利实用性和专利数量的关系,盲目追求专利数量,导致大量无经济和实用价值专利出现,造成资源极大浪费。专利扶持政策成了政府向企业发放不公平补贴代名词。我国在推动知识产权产业化的过程中,以政府为主导的奖励和补贴政策,很大程度上违背了市场竞争规则,违反了公正公平、公开透明原则,已经和正在给企业的国际竞争造成不必要的麻烦,由此,推动中国商法的国际化,加强我国高科技商事企业运营和政府扶持的公平、公正规则的制定,完善相关立法,同样具有重要意义。

## (四) 中小型高科技企业的融资与遵守国际惯例

我国中小型高科技企业的发展规模对提高科技产业竞争力意义重大,而制约这类企业发展规

(11)李志祥、张应语、薄晓东 《法国国有企业的改革实践及成效》,《经济与管理研究》2007年第7期。

(12)余莹 《WTO反补贴规则下我国国企补贴的特殊法律问题》,《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2007年第6期。

(13)[http://finance.sina.com.cn/china/20121129/191413844465\\_shtml](http://finance.sina.com.cn/china/20121129/191413844465_shtml)。

模的瓶颈主要是融资难。<sup>(14)</sup> 而在此方面,发达国家有不少成功经验。有的利用其完善的证券市场,为中小企业直接融资提供良好的平台和环境,如美国纳斯达克市场。它一方面充分满足中小型高科技企业对融资的需求,另一方面为风险投资资本提供投资渠道,它以完善的监管体系和有效的退出机制,促进了中小型高科技企业的发展;有的借助银行完善的管理体系,为企业间接融资,如日本各类银行将储蓄转化为投资,并由银行直接参与到企业的监管之中,有效的监控企业活动。

不管是直接融资还是间接融资,西方国家都通过制定一系列的法律法规进行规范,如美国的《中小企业贷款增加法》、《国家证券市场改进法》、日本的《中小企业基本法》。我国虽然有《中华人民共和国中小企业促进法》,但是很多规章制度仍然是处于空白领域,造成目前我国中小型企业融资秩序的混乱的局面。我国在发展中小型高科技企业时,不能再一味地通过政府的补贴、奖励扶持和政府优惠政策,这样不仅容易造成不公平和无竞争,造成资源浪费、效率低下,同时还妨碍着资本市场的健康发展。由此,通过商法国际化过程,借鉴国外商事立法的成功经验,完善资本市场的法律环境和制度创新,对解决我国中小型高科技企业的融资难有重要意义。

#### 四、从现代商法的价值思考中国商法国际化的发展方向

古希腊来有句谚语,“跑得太快的人需要停下来,等等自己的灵魂”,面对快速发展的经济,我们需要静下来,从现代商法的价值反思我们的“商法制度”。作为经济全球化时代的的中国商法要跟上经济发展的步伐,必须充分认识商法的国际性;商法的国际性可能带来中国市场经济格局的根本变革,对此我们应有所准备。<sup>(15)</sup> 只有完善的商法制度,才能让中国经济更快更好的发展。

##### (一) 法律的移植

##### 1. 移植理念上——防止盲目西方中心主义和片面强调实际的教条主义

中国商法起步较晚,需要借鉴国外的先进经验,认真研究国外和国际的通行制度,结合我国现阶段市场经济制度不完善的特点,对符合商事交易一般规律的法律制度大胆移植,而对于目前还不宜直接搬用的法律制度,可以通过一定的改造吸收,使之能适应我国经济制度过渡阶段的特殊国情。

在法律移植的理念方面,也需要避免片面的强调我国处于向市场经济过渡期的实际情况,不顾商法国际化的趋势,在吸收借鉴国际通行商法制度时,一味篡改扭曲那些真正反映经济规律的规范,硬使之成为“中国特色的”法律规定。如《仲裁法》,国际上的做法是遵守商事规律,让商人自治,而政府尽量减少直接干预,但是我们看到,《仲裁法》至今仍有很强的官方仲裁的色彩。

##### 2. 制度设计上——公司治理结构的完善

在商法移植的制度设计上,首先要避免国内法和国际法的冲突,在这方面《美国统一商法典》为我们提供了一种连接国内交易规则和国际交易规则的模式,在法律规范制定上,不需要对国内与国外进行区分,而是采取内外一体的做法,在参与商事实践中,通过研究国际公约、条例和国际惯例,将其上升到法律层面,从而避免了国内法和国际法的冲突,消除因为交易规则不统一带来的弊端。

在制度设计上,公司治理结构的借鉴无疑是最为频繁的,新修定的《公司法》做出许多方

(14)洪琼莹《西方国家中小高科技企业融资的成功经验及启示》,《会计师》2010年第9期。

(15)前引(3),施米托夫书,第12页。

面的改进,如强化中小股东权益的保护,提供知情权、查阅权等保护途径;引入独立董事制度,改善公司内部监督机制;完善信息披露制度,提高资本市场透明度。这些都使我国公司治理规则文本呈现博采众长的综合模式色彩。<sup>(16)</sup>但是我们对于发达国家公司法的借鉴仍然还是粗线条、停留于表面的,未能深入理解制度背后那些或保护中小股东利益,或优化公司治理结构等方面的价值,以至于许多制度没有发挥其应有的作用。如公司自治原则与司法机关公权力介入的矛盾问题、证券市场上市公司退出机制的不完善问题、公司控股大股东的权力限制问题、高层管理人员集体离职与他们股票套现的问题、控股股东或实际控制人操控下的独立董事独立性与监事会的监督性问题。此外,一直被视为具有中国特色的公司中党组织的设立、作用、功能及实际运行,党组织对公司是否具有实际控制权,以及党组织权、责界定及其透明度问题等等。这些问题均成为阻碍我国公司治理完善的因素长期存在。

一般来看,公司治理结构可以划分为两种模式:一是市场导向模式,主要为英美等少数国家所采用,其特点是有发达的证券市场,信息披露制度完善,公司股权分散;二是银行导向模式,存在于德国、日本等欧亚国家,其特点是证券市场相对弱小,市场透明度较低,一般大股东享有控制权,资金来源于银行。两种模式在股权结构、信息披露、目标取向、监督机制方面都有很大的区别。20世纪90年代以来,随着资本市场的自由化和全球化,两种模式之间出现了相互渗透和融合。一方面,随着贸易壁垒被打破,公司的活动地域边界不断拓展,一国的产品市场难以再如以前一样受到国家保护,如果某一治理模式下的公司的生产和销售更有效率,市场份额不断扩大,那么其他治理模式下的公司必将向其趋同,不然将会导致市场份额的减少乃至最终失败。<sup>(17)</sup>另一方面,资本流动的国际化,外国投资者的增加,投资者权利意识的增强,也迫使各国必须加强公司治理,否则投资将会从未曾采取最优公司治理模式的公司中转移出来,从而导致该国在全球竞争中处于劣势。<sup>(18)</sup>由此,不同效率的公司治理模式之间的竞争将导致不同国家公司治理模式最后趋向于单一的最有效的模式。

《公司法》不仅引入了德国的监事会制度,还吸收了美国的独立董事制度,然而实际考察公司监督效果,我们发现,情况并不乐观。如监事会被董事认为是“花瓶”。比如,根据《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》,上市公司董事会、监事会、单独或者合并持有已发行股份1%以上的股东均可提名独立董事,并由股东大会选任,最新调查数据则显示,我国上市公司90%的独立董事是由控股股东实际提名的。<sup>(19)</sup>由此可见,独立董事的“独立性”无法保证。甚至监事会和独立董事二者职权的重叠,在现实中也产生了相互掣肘与推诿,导致监督效率低下的负面作用,因此还有学者提出,取消监事会制度,而将董事会改造为公司唯一监督机关。<sup>(20)</sup>我国将德国的监事会和美国的独立董事同时规定在《公司法》中,初衷肯定是为了更好地对公司进行有效的监督,但是在现实中暴露出不少问题,这主要是因为我们对这些制度的理解还不到位,而且没有认真考虑制度与制度之间的协调问题。为了改进公司治理结构“貌合神离”的现状,我们需要推进商法的国际化。

### 3. 法律实践上——防止法律被束之高阁

由于国际商法制度与国内商法在出发点和落脚点都存在一定的差异,自然在实践的过程中会造成法律思维的冲突,这会在实践中造成两个结果:一方面在法律移植过程中会避重就轻,立法

(16)傅穹、曹理《公司治理模式:全球一体化与中国本土化的相互渗透》,《国家检察官学院学报》2012年第1期。

(17)莽景石《日本公司治理结构:对美国模式的偏离与回归》,高闯《比较管理》2009年第1期,经济管理出版社2009年版,第57页。

(18)胡汝银等《中国公司治理:当代视角》,上海人民出版社2010版,第13页。

(19)前引〔18〕,胡汝银等文,第132页。

(20)王晓雁、高健《赵旭东教授大胆建议取消监事会》,《法制日报》2010年3月11日。

者仅仅将符合国内法律制度的国际商法进行吸收,而对与国内法律有冲突的国际商法保留意见,甚至视而不见;另一方面,在实务操作中,由于对涉外案件处理有限,执法者未形成一套专门的涉外案件的执法理念,同时一些国际公约和国际惯例也缺少相应的法定转换程序,因此执法者容易陷入一味遵守国内商法的困境,造成国际条约或国际惯例被束之高阁的尴尬局面。

对于这种情况,我们需要深刻理解关于法律移植的一个经典假定:从外国法中复制成文法几乎很少会产生法律变革和创新的自我持续过程,未来的发展并非取决于谁拥有最好的复制者,而主要取决于国内法律体系触发创造性的破坏与重建过程的能力。<sup>(21)</sup>

## (二) 中国商法的辐射之路

美国自我标榜为贸易自由化的先驱,可是透过现象看本质,其做法是让其他国家贸易自由化,而自己却经常搞贸易保护主义。通过这次对华为和中兴的“封杀”,我们不难看出,美国的贸易保护主义才是最严重的。对于中国企业来说,在走向国际市场的过程中遇到了种种障碍,结果往往吃亏的是我们。反思这些挫折,有企业没有做好相关预案的原因,更多的是我们的市场经济制度和商法规则并不被国际社会所认可和接受。面对美国的贸易保护主义,甚至是冷战思维下的贸易保护,我们不能仅仅停留于谴责和抗议,真正要做的是在研究透彻国际社会商业领域的制度规则,将其纳入我国商法领域,然后最大程度参与到国际社会规则的制定当中,只有这样,我们才能从被动走向主动。

### 1. 积极参与游戏规则的制定——通过参与国际商事领域立法

国际社会从上世纪初就开始了各个领域的国际化统一立法活动,商事领域尤为活跃,制定了许多国际条约和国际惯例,这些不仅推动了经济和贸易的发展,更是极大地影响了商事贸易活动。中国身为贸易大国,要想在竞争如此激烈的国际社会中维护本国的商业利益,除了继续完善自身的商事法律之外,更重要的是积极参与到国际商事领域立法中去。通过这种参与,不仅能及时了解到这些商事规则,为中国企业参与跨国商事贸易活动提供法律规则依据,而且能在国际商事规则的制定中发出自己的声音,将自身的需求潜移默化地加入规则,成为游戏规则的制定者而不仅仅是被约束者。

同时,贸易全球化让中国与第三世界国家,特别是经济迅速发展的国家,如巴西、印度等“金砖四国”有了密切的商事交流,也出现了越来越多的贸易争端,这些争端亟待商法国际化进行解决。然而这些国家与发达国家并不相同,他们作为与中国一样的发展中国家,市场经济制度并不完善,法律制度也存在许多空白,因此中国在与这些国家进行商事往来时,产生的冲突不再是游戏参与者与规则制定者之间的冲突,而是商事活动无游戏规则或游戏规则不明确的冲突。如何解决这一类冲突,成为中国商法国际化的另一个重要问题。

### 2. 注重商事救济制度,促进商法国际化

如何对商事交易中的争端采取救济措施,成为各国商法规定的重中之重,然而我国无论是理论还是实务界对商事救济的研究都不多,这方面的缺失让中国企业的跨国贸易少了法律保护这一坚实的后盾。加入WTO十多年来,虽然说在2011年12月,有过中国轮胎企业告赢美国商务部的特殊例子<sup>(22)</sup>,2012年有过中国商务部对欧盟的太阳能级多晶硅进行反倾销和反补贴立案调查<sup>(23)</sup>。但这些都只是凤毛麟角,更多的是中国企业与外国政府或企业发生纠纷时,往往莫名其妙地成为被告,而最后的结果也往往是败诉。这其中有我们对国家贸易规则的不熟悉,但是更多

(21)[德]卡塔琳娜·皮斯托等《法律演进与移植效果:六个法律移植国家中公司法发展的经验》,汪辉敏译,吴敬琏:《比较》第2期,中信出版社2002年版,第94页。

(22)<http://news.sohu.com/20100806/n274035274.shtml>。

(23)<http://news.163.com/12/1102/08/8F9U7P9800014AED.html>。

的是法律救济问题，因此当我们考虑商法国际化的时候，不得不反思商法救济制度的国际化。

在商事领域，仲裁具有程序简便灵活，节省时间等特点，体现了商人追求效率和利益最大化的目标，是商人们最常采用的争端解决方式，尤其是跨国商事活动中，仲裁早已成为一种解决商事纠纷的惯例，近年来，国内学界和实务界已意识到仲裁是中国商界面临经济全球化时必须掌握的救济手段。但中国自身的仲裁体制依然存在内外有别的双轨制，商事仲裁缺乏统一的规划和协调，与国外的制度存在差异。因此，在国际化的过程中，我们一方面参考 1985 年联合国贸易法委员会制定的《国际商事仲裁示范法》等规定，完善仲裁立法；另一方面需要将我国通过 30 年改革开放积累的经验进行法律化，然后在经济一体化和商法国际化的大背景下，通过法律制度的辐射，进行国际商事救济法律制度的传播和影响，以期在未来的商事活动中能最大程度地对我国商人利益和国家利益进行法律保障。

## 结 语

随着全球经济一体化，世界范围内的商事领域活动越来越需要一种统一的商事实体法和程序法进行规范，而中国由于自身市场经济体制刚建立不久，商事法律规范还不完善，在面对日益频繁的商事贸易活动时显得准备不足，甚至可以说十分被动，这些从美国对中国一轮又一轮的贸易制裁行为可以看出来。因此身为法律人，我们能做的就是通过对商法国际化的困境以及如何化解困境的研究，为商法国际化提供一种可行性的途径。值得欣慰的是，商法国际化无论是从理论上，还是实践中越来越得到重视。

责任编辑：李国强