

Commercial 商法界论集

第1卷
公司法改革

Law

陈 洁 / 主编
夏小雄 钟 维 / 副主编
中国社会科学院法学研究所
商法研究室 主办

商法界论集

公司法改革
第1卷

陈 洁 / 主编

夏小雄 钟 维 / 副主编

中国社会科学院法学研究所

商法研究室 主办

图书在版编目(CIP)数据

商法界论集. 第1卷 / 陈洁主编. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2654 - 6

I. ①商… II. ①陈… III. ①商法—中国—文集
IV. ①D923.994 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 203076 号

商法界论集(第1卷)
SHANGFAJIE LUNJI (DI-1 JUAN)

陈洁主编
夏小雄 钟维 副主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 刘晓萌
装帧设计 马帅

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马丽
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 16.5
字数 365 千
版本 2018 年9月第1版
印次 2018 年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2654-6

定价:69.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任 陈 甦

委 员 崔勤之 邹海林 陈 洁

赵 磊 夏小雄 钟 维

总 序

1992年10月,在党的十四大报告确定建立社会主义市场经济体制的改革目标之后,王保树先生以敏锐的学术观察力及时做出反应,建议将中国社会科学院法学所经济法研究室改为商法经济法研究室,并坚持将“商法”放在名称构成的前面。王保树先生的该项提议被迅速采行,商法经济法研究室在1992年10月即实现更名,成为我国最早的冠以商法名称的科研机构之一。当时在商法经济法研究室工作的我学轻而识浅,却与保树先生言谈无忌,曾言“商法不就是个词嘛,在研究室名称中商法之先后甚或有无没啥实际意义,只须追求科研有实在内容就行了”。至今我还记得,当时保树先生很意味深长地看了我一会儿,伴以扣桌之声而很有节奏地对我说:“你以后就知道叫商法有啥意义了。”10年之后,商法经济法研究室分立为商法研究室和经济法研究室,商法研究室以商法学科为专属科研领域,作为一个充满理论创造力与学术号召力的专业团队存续并壮大于商法界,为中国商法的法治进步与学术繁荣不断做出努力与贡献。

在我随着法学所商法研究室的发展而成长的20多年间,时常感怀保树先生的学术擘画之功及对我的提携之情,亦因年轻时一句“有啥意义”而更为深刻地体悟精心建构学术平台的重要意义。如果没有保树先生当年率先对商法概念的再本土化,以及在此过程中殚精竭虑地建构各种形式的商法学术平台,如主编《商事法论集》、在单位设立商法研究中心、领导中国法学会商法学研究会等,那么中国商法及商法学即便也会应时出现并有所发展,但或许是另外一个样子。

因承继积淀与创新拓展,法学所商法研究室已是一个科研效益与学术能量颇为可观的平台。为学养培植与学识增进,商法研究室并不囿于本单位课题研究与编制内团队培育,愿意并努力秉持更广阔的学术情怀与更勤勉的学术担当,为整个商法界的兴盛繁荣付出努力,包括为商法界精心搭建并维护更有特色与效益的学术平台。继开设微信公众号“商法界”广获影响之后,又再接再厉,创设《商法界论集》系列,以期商法界同人可以在此坦诚砥砺学问、系统阐释观点、集萃思考精华。

商法研究室开设的微信公众号“商法界”旨在“以商新法,以法促商”,《商法界论集》仍将秉持这一学术理念,并努力使之在商法制度建设和学科发展中持续彰显、不断增效。“以商新法,以法促商”概括了商与法的关系,既反映了经济社会发展中商与法之间的互动规律,也标明了商法研究中学术生长的基本机制。把握“以商新法,以法促商”,商法研究者要作为敏锐、睿智且负责的观察者深度介入商事活动实践,与市场主体同时感受市

场运行中变化着的力量与趋向,及时发现新的业态、交易模式、资源配置方式,且比一般的市场主体更能深刻地观察到商事创新的动因、性质、结构以及规则表现与运行效果;秉持以法治方式促进经济社会发展进步的学术立场,在科研实践中充分认识到商法建构与实施的能动性要服从市场运行的规律性,科学运用法治思维认识并以法律语言表述商事活动的事物属性、法律关系结构及应有的法律评价,进而做出有效的商法理论创新或者提出适当的商法制度建议,推动市场经济的良性运行与协调发展。

改革开放40年以来,尤其是社会主义市场经济体制确立以来,中国法治建设特别是商法建设具有前所未有的时空场域,商法及商法学经历了前所未有的跨越式发展与爆发式扩张。在这一时代背景中,商法界面临前所未有的贡献于学术、贡献于法治、贡献于社会的机会与责任。商法界专家学者在其科研实践中的睿思宏想、真知灼见是珍贵的学术资源和社会财富,《商法界论集》有心通过精心选萃和用心推广,使商法研究之圃的理论之花更多、更明媚地绽放于学界、灿烂于社会、辉煌于时代。商法研究室作为《商法界论集》这一学术新平台的维护者,希冀获得商法界专家学者的大力支持和深度参与,资深者率先倡导,莫自谦一得之见,再作学术示范;新锐者勇于展现,莫拘谨一议之功,放飞学术理想。只要我们用心过、合作过、努力过,《商法界论集》对中国商法学科体系、学术体系和话语体系的建构意义,以后我们就知道了。



2018年8月23日于北京

* 中国社会科学院学部委员,法学研究所所长,研究员、博士研究生导师。

目 录

专题 “公司法改革:理论反思与制度重构”

中国《公司法》改革的思考	范 健 李 欢(3)
公司与有限合伙型基金中的信义义务法律制度	甘培忠(22)
瑕疵股东会决议效力的体例考察	
——以比较法为视角	王延川(30)
公司基本关系的公司法构造	
——从股东知情权谈起	徐强胜(47)
企业名称登记规则的问题与应对	姜 朋(55)
公司法现代化:全球趋势和中国问题	
——“公司法改革:理论反思与制度重构”学术研讨会侧记	夏小雄(61)

论 文

日本商法典的解法典化:历史、成因与未来	
——兼论对我国商事立法体例的启示	姜 川(67)
民法法典化背景下商事登记制度改革的理论诠释与立法展望	刘训智(83)
论公司法人格反向否认的制度借鉴与构成要件	
——以组织法原理为观察视角	程 威(97)
资本认缴制:与其补丁,毋宁废除	肖 雄(106)
从出资额到出资价款:股东出资义务范围之厘清	王湘淳(121)
再探公司瑕疵决议制度	辛雨灵(134)
对赌协议效力认定的司法裁判路径探析	董芝铤(151)

案例评论

金融监管行政规章与商事合同的效力	
——评福建伟杰公司、福州天策公司、君康人寿保险公司营业信托纠纷案	(165)

中国香港特别行政区与内地关于内幕交易执法异同的比较分析

——以孙某“汇源果汁”内幕交易案为解剖的微样本 夏中宝(181)

学 位 论 文

商行为概念与立法研究 解于申(197)

征稿启事 (257)

专题 “公司法改革：理论反思 与制度重构”

中国《公司法》改革的思考

范 健* 李 欢**

摘要:改革开放以来,伴随着市场经济的不断深化,公司制逐步脱离了最初的国企改革色彩,成为我国经济体系中最重要商事主体形式。在经济变革、商业创新不断涌现的当下,中国《公司法》的滞后和不适应日益显现,亟待新一轮的制度革新。通过《公司法》的修改,回应商事交易现实需求,实现社会治理和经济竞争力的提升已经成为中国《公司法》需要应对的问题,为此,《公司法》应在改革导向、改革路径、改革重点、改革目标方面实现突破和创新。

关键词:公司法 改革 制度重构

用“改革”一词替代“修订”,喻义着中国公司法需要进行一次从规则到制度的反思与重构。从理论界到实务界,一定会有不少同人认为这一判断言过其实。然而,如果我们正视当今中国的经济现状,我们就不会对中国公司法面临的困境麻木不仁。股票市场恶意操纵、上市公司频繁造假、金融平台充满欺骗、电子商务充塞造假、国有公司垄断资源、平台公司债台高筑、混改公司利益输送、公益公司逐利异化、公司治理形同虚设、有限责任普遍滥用……现实经济中的问题,固然有社会综合性因素,但为中国经济改革做出巨大贡献的公司法,面对迅猛发展的经济现实中出现的大量问题,其现有规则已经失去完全有效的对应能力,原有制度的不适应性和滞后性越来越明显。

1978年中国改革大幕拉启,商事,即营利性活动开始在社会主义体制下获得了些许活动空间。15年之后,一部以保护营利主体和营利行为为宗旨的商事大法《公司法》在社会主义中国诞生,从此,中国经济制度发生了根本性变革。中国的生产组织出现了从资产型工厂向资本型公司的转变;中国企业出现了从借贷经营向投资经营的转变;中国社会出现了从劳动创造财富向资本增值财富的转变;中国人出现了从对资本家仇恨到对股东倾慕的转变;整个中国实现了从贫穷落后向富裕发达的转变。公司法改变了中国经济,改变了中国人,改变了中国社会,更改变了中国。公司是商人的一种形式。18世纪

* 南京大学法学院教授。

** 南京大学法学院博士研究生。

初,英国的一位国务秘书在他的书中写下了这样一段话:“在一国之内,商人是最重要的社会成员,他们通过商业交流将人们联系在一起,分配大自然所能赐予人类的物品,为穷人找到他们需要的工作。为富人带来财富,为统治阶级带来威严。”^①300年前对商人的赞誉,今天献给公司作为现代商人的一种高级形态,依然恰如其分。公司对当代中国的影响不言而喻。但是,对于社会而言,公司是特定时期发展经济的一个工具,是一柄“双刃剑”。基于资本的特定功能和“商事”的营利本性,公司可以造福于社会,也可以造孽于社会。西方资本主义发展了几百年,直至公司资本制诞生之后,才出现了一次又一次波及全球的经济危机,并引发过两次世界大战。中国公司诞生几十年来,因资本跳动造成的社会经济风险比以往任何时期对社会的冲击都明显和频繁。

公司法是约束公司野马的缰绳。一部优良的公司法可以正确引导公司向社会释放出正能量。何为良法?顺应时代发展的公司法才是一部良法。

一、公司法改革方向:回应社会现实

(一)社会背景变迁中的中国公司法改革历程

在人类社会漫长的演进过程中,公司作为一种特殊的商事组织先后诞生了多种不同的形态,经历了从原始向现代的转变。古罗马法上有一种商事组织叫“索西艾塔斯”,后人推崇它为公司的萌芽;中世纪时期,该组织发展后称为“康曼达”,一般认为是近代公司的雏形;工业革命之后,欧洲出现了无限公司、两合公司、股份公司,显示了近代公司的成熟和普及;19世纪末第一部有限公司法的制定,标志着现代公司时代的真正到来。超越了作为个体的商事自然人,借用法律拟制商事人格,以组织体的形态创制商人,这是人类的一个伟大发明,与创设国家一样具有同等意义。公司这一商事组织,既创立于不同时代并推动时代发展,其自身又不断紧随时代进步而变革,由此,不同历史时期的“公司”呈现出了既存在联系又存在差异的线性发展形态。回看历程,今天所熟知的现代公司类型也不过是整个公司演进长河中的一段。在我国,公司的发展一直与特定时期的社会变革目标紧密相连,它始终是历史转折关头振兴经济的首要工具。

1. 形态初现:自强求富背景下的法律移植

17世纪始,“公司”一词流行于我国广东、福建和台湾地区。大量以公司命名的经济贸易和秘密社团组织在民间出现,如天地会在婆罗洲创建的“兰芳公司”、新加坡的“义兴公司”等。^②这时期公司一词具有称谓上或文本上的意义,在商事习惯的范围内使用。现代法律意义上的公司,无疑是清末法律移植的成果。清末西方列强的经济入侵和清政府的洋务运动使公司这一组织形态在中国广泛的开展起来,立法对此也进行了确认和调整。1904年清政府颁布的《大清钦定商律》、1914年北洋政府颁布《公司条例》以及1929年国民政府颁布的《公司法》,均专门对公司制度作出了规定。不可否认,西方列强的入

^① [英] M. M. 波斯坦主编:《欧洲剑桥经济史》(第5卷),王春法主译,经济科学出版社2002年版,第183页。

^② 参见范健、王建文:《公司法》,法律出版社2014年版,第11页。

侵在很大程度上推动了公司制度在中国的落地,但更为重要的是在自强求富思想的影响下,当时社会精英普遍认为,公司制度是西方在经济竞争中取胜的重要制度工具。并希望借助这种商业组织形式挽救民族危亡,实现国家富强。

清朝末年,当时的政府为了振兴经济以挽救王朝的命运,起草了大清商律和大清公司律,但最终只颁布了大清公司律。民国时期,为提振经济,民国政府第一批颁布的法律就有公司法。此后,公司法始终是维护经济发展的重中之重。

2. 涅槃重生:国企现代化改革的制度工具

当代中国公司制,是中国传统社会主义生产组织形式经历40年的探索国家整体经济陷入长期萧条和困境之后被迫做出的一种尝试性选择。社会主义改造完成后到改革开放前夕,我国的企业组织基本上只有两种形式:全民所有制企业和集体所有制企业,历史上出现过的公司制度在我国一度中断。^①但是在原有的计划经济体制下,旧的企业组织形式暴露出效率低下、创新不足等一系列问题。20世纪80年代后期,面对企业改革步履维艰的困境,当时的中央领导重新认识现代企业与资本之间的关系,大胆借鉴现代西方的公司制度。当时社会普遍认为,公司制是现代企业的一种组织形式,有利于提高企业和资本的运营效率。1993年新中国第一部《公司法》的出台,就与这种看法密切相关。1993年党的十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》指出:“建立现代企业制度,是发展社会化大生产和市场经济的必然要求,国有企业实行公司制,是建立现代企业制度的有益探索。”可见,中国《公司法》在诞生之时就担负着弘扬现代企业理念,推进市场经济体制建设的重任。党和国家冀望借助《公司法》推行现代企业组织的一些基本理念,完成国有企业的现代改革和社会主义市场经济构建。《公司法》在中国诞生,最伟大的意义在于以资本为纽带的公司组织,不再是资本主义的专利,社会主义同样需要,同样赋予其法律上的地位。但是,因为缺乏公司的实践经验,缺乏对营利本性和资本本性的深刻认识,我们对公司的副作用,尤其对公司的破坏力缺乏认知,因此出现了这些年来,我们对公司制度的创新有余,但对公司风险的防范规制不足。

3. 发展革新:市场经济建设的重要推手

1992年党的十四大明确提出建立社会主义市场经济体制之后,公司发展的理论障碍被扫除,《公司法》也于1993年顺利出台。此后,随着市场经济的深化和发展,《公司法》在1999年、2004年、2005年以及2013年进行了四次修改。其中,又以2005年的修订最为突出。这次修订积极与世界潮流融合,以大量赋权型规范取代了强制性规则,在降低公司设立门槛、强化公司治理和劳动者参与、中小股东利益保护、法人人格否认等方面进行了重大的突破和创新。当时修订公司法的目标是清晰的,即以完善市场主体制度来构建市场经济的基础,将《公司法》作为创建社会主义市场经济体制的重要推手,这一理念后来得到了进一步确立。2013年党的十八届三中全会提出,“使市场在资源配置中起决

^① 参见周友苏:《新公司法论》,法律出版社2006年版,第3页。

定性作用和更好发挥政府作用”;2017年党的十九大提出“经济体制改革必须以完善产权制度和要素市场化配置为重点”,这些构建社会主义市场经济体制的理论是中国公司法历次修订的要求和指引。但是,此次修订的最大问题在于,我们在借鉴以西方为代表的公司理念时,没有充分研究不同社会体制下的法制、伦理,以及社会民众对商事行为认知的巨大差异,尤其是社会信用基础的巨大差异,使我国对公司大胆放权的同时,却没有分层,没有对不同类型的公司予以不同的规范设计,最终导致滥用公司人格的现象大量出现,造成了社会经营者普遍缺乏责任感,欺骗横行、唯利是图。另一个缺陷是,缺乏现代商法思维的统一指导。

(二)现代社会治理中的公司法表达

连带性是现代社会的一个重要特征,作为现代社会最重要的组织体,公司的生产、经营活动已经同整个社会联系在了一起,而公司法所担负的功能事实上也超越了我们传统中所理解的公司组织和公司管理的范畴。公司法不只是商主体的组织法,更是社会治理中的重要环节,公司法的功能定位也需要完成从公司管理到社会治理的变迁。

1. 连带性是现代社会的重要特征

在自给自足的自然经济时期,个体依靠自身劳动即可维持自身的生存,但是随着社会化大生产时代的来临,人与人则不可避免的联系了起来。在工业化和城市化的推动下,社会分工在全社会范围内展开,并且不断深化,任何个体都难以脱离社会而存在。对此,马克思写道:“人们只有以一定的方式共同活动和相互交换其活动,才能进行生产,为了进行生产,人们之间便发生一定的联系和关系”。^① 法学家对社会的变革也提出了思考,社会法学派的代表人物科勒主张,个人主义应与集体主义相综合。在他看来利己主义可以激发人们的积极性,而社会聚合力则可以避免人类社会分崩离析,变成一盘散沙。社会连带主义法学的开创者狄骥亦提出社会连带关系是一切人类社会广泛存在的事实,人们为了生存,就必然要建立一种关系,通过相互之间的帮助满足共同的需要。^② 经济基础的变更使得连带性成为现代社会的重要特征,全社会的普遍联系成为一种常态。

2. 现代公司本质上是社会的

“公司到底是谁的?”对这一问题,可能大多数人的回答都是公司是属于股东的,但如果放在更广阔的层面去思考,我们就会发现这种看法的局限性。首先,公司的主体人格决定了不可能将公司简单等同于一般财产归属于股东。一方面,公司本身是一项财产,这个财产属于股东,是交易的客体;另一方面,公司所拥有的资产属于公司,对于这些资产而言,公司是主体,是这些客体性资产的所有者。由此,公司不仅是财产的客体,其本身亦是财产的主体。其次,从公司存续的实际情况来看,公司的价值已经超越了单纯意义上的营利。公司存续的近期目标是营利,这是毫无争议的。但从长远价值来看,公司

^① 《马克思恩格斯文集》(第1卷),人民出版社2009年版,第724页。

^② 参见[美]E. 博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第147页、第194页。

的存续不仅为社会缴纳税款,更提供了商品、服务和就业岗位。作为国民经济的细胞,公司的生产、组织已经和社会成员的生活状态联系在了一起,直接关系到每一个社会成员的生活状态。

公司的诞生就是个体联合的结果,世界市场的形成则对公司的生产、经营活动提供了广阔的市场,而公司的生产和经营活动又与社会大众相联系。公司并非单纯的营利工具,其本身的社会属性随着社会发展程度的提升正在日益彰显,从某种意义上讲,现代公司本身就是社会的产物。

在过去的100年,尤其第二次世界大战之后,人们正是借助公司这样一种特殊的能力在不同私人团体和个体中产生连带关系的组织,化解了传统资本主义社会劳方和资方的对立冲突,公司成为各方共存的社会性组织体,不再是仅仅属于个人的财富。

3. 公司法需要承担一定的社会功能

现代公司法具有公司组织法和社会治理法的双重功能。公司法是以规范公司的设立、组织、活动和解散为主要内容的法律。^①但在全体成员互相联系的现代社会,公司已经成为社会的一部分。因此,公司法除了承担公司本身的组织、设立、活动、解散等内容外,亦应当承担一定的社会功能,成为整个社会治理体系中的一部分。公司法不仅有义务造福股东和债权人,而且肩负着关心消费者、劳动者、社区利益、环境利益和社会公共利益的责任。^②当公司成为超越私人利益的存在之后,公司的存续就不仅是股东个人的事情,一个公司的解散背后可能涉及一整个社会群体的基本生活。跳出单纯的公司治理,在社会治理的层面考虑公司法的功能,是公司法改革中应当做出的理论突破。

(三) 中国公司法改革的社会需求

1. 市场主体成熟化与多样化

1993年《公司法》颁布后的25年间,中国完成了经济领域的巨大跨越。1996年国家经贸委提出重点扶植宝钢等6家公司在2010年进入“世界500强”。^③戏剧性的是,根据美国《财富》杂志的统计,2017年在“世界500强”公司中,中国已经达到了115家,其中4家进入前10的行列。^④在经济大跨越的背景下,中国商业组织的进步亦非常显著。市场主体的成熟化对《公司法》提出了新的要求,建立适应激烈市场竞争的高效组织形式已经是实践的迫切需要。

同时,随着移动互联网技术的成熟,各式电商大量涌现,商事主体多元化的特征也逐步显现。此前社会普遍认为,随着经济发展程度的日益提升,以大公司为代表的企业组织体会凭借其资金、规模以及组织优势在竞争中超越中小型企业,而中小型企业组织会逐步走向衰弱。但在我国,互联网商业平台的发展为中小企业带来了新的助力,虽然在

① 参见周友苏:《新公司法论》,法律出版社2006年版,第3页。

② 参见刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2015年版,第5页。

③ 参见吴晓波:《激荡三十年:中国企业1978—2008》,中信出版集团2017年版,第102页。

④ 参见吴晓波:《激荡十年,水大鱼大:中国企业2008—2018》,中信出版集团2017年版,序。

规模和影响力上,其依然无法与传统的大公司相抗衡,但依靠互联网平台,大量中小企业在竞争中取得了一席之地,整个经济体系呈现出一种多元化的主体组织形态。

如果说30年前我们面临的是一群需要借助现代公司制度提升企业组织效率的商事主体,那么今天需要面对的情况则要复杂得多。一方面,大量优势公司在商海中久经考验,富于创造,期待更加灵活的公司组织制度;另一方面,数量庞大的中小企业不断发展,期待设置特殊的保护规则和责任规则。制度何去何从,这是中国《公司法》改革中必须面对的现实问题。

2. 科技创新常态化

现实基础变革的第二点就是科技创新的常态化。在过去几十年里,中国在科技领域发生了翻天覆地的变革,各式创新不断涌现,如高铁、共享单车、移动支付、网络购物等。科技的进步不仅影响了社会个体的日常生活,而且对经济领域产生了重大的影响,各式高新技术公司和科创公司在经济体系中发挥着越来越重要的作用。从国家统计局第三次经济普查的数据来看,我国高新技术企业已经达到了54,832家,文化创意企业更是达到了918,482家,^①从某种意义上说,科技创新企业已经成为我国社会经济发展的重要推动力量。

相比传统的公司类型,科技型企业人才价值、资金投入产出以及灵活的股权架构等方面带有诸多自身的行业特色。鼓励创新,培养新的经济增长点,单纯靠政府孵化是难以实现的,必须在制度上做出考量,在公司组织、融资等方面进行相应的制度安排。随着科技创新的常态化,实践中科创型公司的特殊组织需求也需要立法上的回应。

3. 经济运行风险化

在美国次债危机影响仍未完全消除,中美贸易战争打响的当下,预防系统性经济风险在我国已经基本形成共识。2018年政府工作报告中明确提出,要坚决打好三大攻坚战,推动重大风险防范和化解取得明显进展。^②从本源上追索,经济风险源于商业竞争的逐利性,商人的营利本无可厚非,但是当商人的欲望无限膨胀却不受制约,就必然引发灾难性后果。当下市场上的虚假盛行、金融欺诈以及假冒伪劣商品的出现均是商人过度逐利的表现。这种负外部性一旦控制不当,就会被迅速放大,从而引发市场动荡。

国务院副总理刘鹤在其关于两次全球大危机的研究报告中指出:“危机只有发展到最困难的阶段,才有可能倒逼出有效的解决方案,这一解决方案往往是重大的理论创新。”^③在经济风险多发的情形下,中国《公司法》亦应该做出理论上的突破,及时回应经济运行中的多种风险。

^① 《第三次经济普查主要数据》,载国家统计局官网:<http://data.stats.gov.cn>,最后访问日期:2018年3月21日。

^② 参见《2018年国务院政府工作报告》,第十三届全国人民代表大会第一次会议通过。

^③ 刘鹤:《两次全球大危机的比较》,载《管理世界》2013年第3期。

二、公司法改革路径:走向体系协调

从制度体系上看,实质意义上的公司法是由《公司法》《证券法》《破产法》等一系列法律规范构建的规范束,各个规范互相配合共同形成了整个公司规范体系。《公司法》的改革应尽力避免单打独斗,不仅应该符合基本的商法原理,亦应与整个公司规范体系相协调。

(一)公司法与商事一般法的协调

公司法作为商法的特别法,其本身虽然存在独立的体系和适用空间,但不能脱离商法的一般原理,离开一般原理的宏观指导,公司法不仅面临着指导原则缺失,制度方向偏差的问题,还面临制度空白时法律适用不足的问题。公司法改革的理想状态应当是与整个商法体系的完善联系起来,在商事一般法的指导下实现改革目标。

1. 公司法与商法一般原理的衔接

首先,公司法改革应符合商法的基本原则。脱胎于欧洲中世纪商人法的现代商法,与民事法律有着截然不同的法律理念和法律逻辑。现代商法贯彻鼓励交易与保障交易便捷原则、商事特权与限权平衡原则、维护市场竞争和保护消费者利益平衡原则等基本原则,在《公司法》修订的过程中,应注意这些基本原则的应用和贯彻。特别需要关注的是商事特权与限权平衡原则,该原则是商法引入国家利益和社会公共利益的重要体现,也是现代商法的特征所在。虽然商法是私法,但随着现代商业活动的扩张,商事交易不仅关系到私人利益,还会对社会乃至国家产生影响。在公司社会化程度加深、金融风险突出的当代社会,这一原则具有很强的针对性和可应用性。在允许公司经营自由的同时,对其商事主体的财产关系和组织关系加以限制,并按法律规定的程序公示。该原则所倡导的理念与现代公司的理念也是一脉相承的。

其次,公司制度应与商事主体制度衔接。商事主体制度决定了现代社会中商事主体的范围,解决了“何人可以经商”的问题,是区分营利主体与非营利主体的标准。为了确保商事法律关系的稳定与统一,也为了商事交易的安全与便捷,防止商事主体任意创设各种商事组织,商事主体法定被各国商法和理论所接受。目前,我国对经商资格的确认采取的是分散式禁止性规范模式,即以特别法中的条款通过禁止性规定确定不得经商的主体,如《法官法》《检察官法》《公务员法》《人民警察法》《预备役军官法》等。公司作为一种典型的营利法人,其与商事主体制度存在天然的联系,商事主体制度事实上确立了公司设立主体的范围。公司法与商事主体制度的协调统一,不仅有利于商法对公司活动的系统调整,而且有利于加强对公司活动的保护。

最后,营业转让理论对公司并购交易的指引。公司之间的并购是公司扩展经营、占领市场以及获取利润的重要方式,但这一问题在公司法理论研究领域仍欠发达。从商法的基本理论来看,公司之间的并购交易与营业转让理论存在密切的关系。在商法上,财产的集中是一种常见的现象。财产的集合不仅产生了人格(如公司),更是成为交易的标的。在很多情况下,如果单独处分商主体的各个财产将会导致商主体的解散,而商法创制了以财产的集合体作为转让标的的营业转让概念,以维持企业的各项资产。不同于单