



法学新前沿 New Law Frontiers

Research on
Function of General
Principle of Company
Law From the Perspective
of Risk Society

风险社会视域下 公司法总则的功能研究

刘斌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Research on
Function of General
Principle of Company
Law From the Perspective
of Risk Society

风险社会视域下 公司法总则的功能研究

刘 斌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

风险社会视域下公司法总则的功能研究 / 刘斌著

—北京:法律出版社,2016.8

ISBN 978-7-5118-9723-7

I. ①风… II. ①刘… III. ①公司法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 161846 号

风险社会视域下公司法总则的功能研究

刘斌著

责任编辑 王扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 13.75 字数 190 千

印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9723-7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

21 世纪以降,各国掀起修订公司法的热潮,这种趋势不仅是为了完善公司法律体系的需要,更隐含着深层次的社会原因。自 2004 年至今,我国公司法也历经三次修改,如此频繁地变动,迫使我们不得不去思考我国公司法总则的基本功能与定位。国内对于公司法总则具体制度的研究虽然已近成熟,但反映公司法总则体系与功能的研究尚显薄弱。

传统观点认为公司法是一门实践学科,学者们在研究总则时习惯性地将目光集中停留在股东权利、公司社会责任、公司设立的形式要件、公司经营范围、公司转投资及转担保、关联交易、公司决议行为等具体制度方面,而对公司法总则的整体研究尚付阙如。公司法在实践中需要怎样的总则体系?这种体系体现了何种功能?在社会转型背景下这种功能会有所变迁吗……这些理论问题都需要从政治、经济、社会等方面综合分析后才能得出结论。基于以上考虑,作者对公司法总则的规范进行了深入而又系统的整体性研究。

该书以公司法总则为载体,深入研究了公司法总则的结构体系与功能,认为我国公司法所依托的社会背景发生了重大变化——由工业社会转向风险社会。并进一步提出学界应当在风险社会视域下重新理解公司法的功能,重新阐释公司法总则的体系与规范。为此,该书对以下问题展开了分析与研究:

首先,公司法总则在风险社会与传统工业社会中反映的立法观念、基本功能是否存在着明显的不同?风险社会中未知风险的增大对传统公司法总

则构成了挑战,传统公司法中以契约理论构建起来的总则功能失去了原有的效果;而在风险社会里,公司法总则可以资产分割理论为核心法则,以适度的政治约束力为补充,二者互相支持,共同担负化解社会风险的功能。

其次,公司法总则的具体规范又是如何体现风险防范功能的?该书对比了新旧公司法总则,发现在风险社会视域下各种法律风险不断增大,公司法应当更加强化多元利益主体的保护,更加明确各个法律主体间相应的义务和责任。虽然我国新公司法总则已具备了一定的风险防范能力,但是仍然缺乏全面系统的风险防范功能体系。

再次,国外公司法总则规范中是否也存在着风险防范的功能?通过比较两大法系主要国家公司法总则的规范文本,发现在风险社会来临之后,各国公司法总则不仅在立法结构中植入了风险防范的理念与功能,而且在具体制度中也添加了风险防范的措施,重塑了公司法总则的功能定位。

最后,既然风险社会要求我们审视公司法总则功能的局限,那么我国未来的公司法总则应当如何建构起合理的风险防范体系?风险社会中应对风险之策主要是通过社会控制来达成的,因此,未来的公司法总则应当强调国家政治保障与服务功能、资产分割功能和公民社会调节功能相结合,以求完善对公司风险的社会控制,而这些功能必须要在公司法总则体系中得到回应。

从研究的视角看,该书立足于社会现实,视野跨越多个学科,从政治、经济、社会维度,全方位、多层次地考察了国内外公司法总则制度,详细梳理了公司法总则的各项功能。从研究的方法看,该书的逻辑展开有其独特之处,即试图通过贴近文本的方式来揭示隐藏在公司法总则背后的思想动因,从而接近立法者的观念世界。

总而言之,我认为公司法总则的体系与功能是值得深入研究的。作者选择这样一个基础性的理论问题为研究对象,是需要勇气和毅力的,尤其是涉及其他学科知识的理解与运用,需要付出更多的时间与精力去钻研。作者在读博期间,对公司法总则进行了广泛而深入的研究,取得了相当的成果。该书研究公司法总则功能的变迁不仅能够使我们更清晰地了解公司法律规范

的正当性与时代功能,而且能够对风险社会下公司法总则的未来趋势做出有益的预期。虽然未能完整地提出未来我国公司法总则的具体构建,但厘清了公司法总则的基本功能与定位,对于明确公司法总则体系,完善公司法基础理论有重大贡献。作为作者攻读硕士博士期间的责任导师,我相信该书能够为读者带来不一样的视角与方法,也期待作者以此为开端,推出更多、更好的学术研究成果。

特此为序!

雷兴虎

2016年6月16日

目 录

导 论	(1)
一、问题的缘起	(2)
二、研究重点与视角	(7)
三、进路与方法	(8)
四、意义与作用	(9)
第一章 公司法总则的研究背景	(10)
第一节 公司与公司法理论的历史流变及其评述	(10)
一、公司与公司法的政治解释	(11)
二、公司与公司法的经济解释	(15)
三、公司与公司法的社会解释	(22)
第二节 风险社会下公司法的功能分析	(28)
一、风险社会下公司法功能的政治维度	(28)
二、风险社会下公司法功能的经济维度	(30)
小 结	(35)
第二章 我国公司法总则的规范分析	(37)
第一节 公司法总则设置的一般原理	(38)
一、总则的优势与缺陷	(38)
二、公司法总则设置的缘由	(39)
第二节 我国新旧公司法总则规范结构的比较分析	(44)

2 风险社会视域下公司法总则的功能研究

一、公司法规规范结构类型的应然选择·····	(44)
二、风险社会下我国新旧公司法总则规范结构的比较分析·····	(48)
第三节 我国新旧公司法总则规范内容的比较分析 ·····	(53)
一、新旧公司法总则规范内容的总括比较分析·····	(54)
二、新旧公司法总则规范内容的具体比较分析一:从防范经济 风险的角度·····	(56)
三、新旧公司法总则规范内容的具体比较分析二:从防范政治 风险的角度·····	(82)
小 结 ·····	(98)
第三章 国外公司法总则的历史考察 ·····	(101)
第一节 现代公司法的社会基础分析 ·····	(102)
第二节 工业社会视野下的国外公司法总则 ·····	(108)
一、英美法系国家公司法总则的历史嬗迭·····	(108)
二、大陆法系国家公司法总则的历史嬗迭·····	(114)
第三节 风险社会视野下的国外公司法总则 ·····	(130)
一、英美法系国家公司法总则的现代发展·····	(130)
二、大陆法系国家公司法总则的现代发展·····	(133)
小 结 ·····	(146)
第四章 我国公司法总则的未来建构 ·····	
——朝向风险社会本身 ·····	(147)
第一节 现代公司法的局限性 ·····	(149)
一、公司法契约解释的诘问·····	(149)
二、公司法局限性的深层根源·····	(151)
三、资产分割在公司法中的有效实现:克服公司法局限性的 有效途径·····	(153)
第二节 风险社会视域下公司法功能的建构 ·····	(155)
一、风险社会视域下法律功能的分析:以社会控制为核心 ·····	(155)
二、未来法律社会控制功能的分析:复杂性与柔韧性的结合 ·····	(159)

三、风险社会视域下公司法功能的三维建构:国家·市场·

公民社会·····	(165)
-----------	-------

第三节 公司法总则中风险防范体系的规范建构 ·····	(169)
-----------------------------	-------

一、公司法总则中政治风险防范体系的规范建构·····	(170)
----------------------------	-------

二、公司法总则中市场风险防范体系的规范建构·····	(176)
----------------------------	-------

三、公司法总则中公民社会风险防范体系的规范建构·····	(185)
------------------------------	-------

小 结 ·····	(190)
-----------	-------

结 语 ·····	(191)
-----------	-------

主要参考文献 ·····	(195)
--------------	-------

后 记 ·····	(208)
-----------	-------

导 论

在仍旧占据优势的过去面前,改变正开始成形的未来

——乌尔里希·贝克*

公司是当代人们最为熟悉的一种商事组织形式。传统上人们对公司的法律性质及其功能的认识通常是通过其特征来实现的,公司法律规范的制定又是对传统公司性质与功能的一种即时反应。然而现代民商事法律学界对于公司法律规范的注意力正在转向一种前瞻性视角(forward-looking perspective),其注意力更多地集中于规范对将来的作用。^[1]也就是说,更多地关注未来公司法律的走向,“集中于将来效果,让过去成为过去”。^[2]我们不能局限于孤立的情形分析,而应当将公司法律规则的描述作为可以使用的事前行为指示来加以看待,这虽然适用于许多法律领域,但公司法尤其以此

* [德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何闻博译,译林出版社2003年版,第2页。

[1] 参见丹尼尔·A.法贝尔:“经济效率和事前视角”,载[美]乔迪·S.克罗斯、史蒂文·D.沃特编:《公司法和商法的法理基础》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第72页。

[2] 事实上这是将经济分析方法运用在法律时存在的一个疑问,即是否某一给定的法律规则使得社会财富最大化。为社会财富最大化(经济效率)辩护最激烈者就是大名鼎鼎的波斯纳,其成功之处就在于通过将事前视角作为事后判决的一项标准,将公平观念与将来效用这两者结合起来。这也是经济学与实用主义结合的一个典型,有其积极意义。但其不足就在于事前视角是对未来的一种预期,存在着风险与不确定性,使得规则本身存在变数与不稳定。前引[美]乔迪·S.克罗斯、史蒂文·D.沃特主编:《公司法和商法的法理基础》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第73页。

为特性,因为共同目的追求几乎就是“向未来敞开”。^[1]这就要求我们拓展现有的思路进一步分析公司法律规范的合理性与适用性,为公司法寻求一个朝向未来的理论基础与规范体系。

一、问题的缘起

若要对未来公司法律作出一个理性预期,就必须对公司法律规范的性质与功能作出一个基础性分析,即我们未来的公司法律规范所依存的正当性基础是什么?虽然众多的法学理论学派从不同的视角提出了不同的主张,^[2]但主要争论集中表现在合约理论、利益相关者理论与资产分割理论之间。学者们在关注公司法律规范的性质与功能的同时,大多首先会选择聚焦于公司的独特性和优越性上进行表达。正如汉斯曼(Hansmann)教授与克拉克曼(Kraakman)教授所说的,“任何一位熟悉商事活动的人士都会轻而易举地想到公司的如下五大法律特征:法律人格;有限责任;股份自由转让;董事会结构下的授权经营管理;以及投资者所有权”。^[3]因为这些特征是由现代商事企业的经济重要性决定的。各国在制定现代公司法时必须自然而然地规定

[1] [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第12~13页。

[2] 公司法性质的理论大多源于国外,国外学者或从法学理论以及经济学、社会学、政治学等不同学科提出了各自不同的主张。代表性的有,詹森(Jensen)和麦克林(. Meckling)提出的“合约理论”,见 Michael C. Jensen, William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, In 3 *Journal of Financial Economics*, 1976, pp. 305, 310; 科斯(Coase)提出的“交易成本理论”,见 Ronald H. Coase, “The Nature of the Firm”, In *Economic* (November), 1937, pp. 386-405; 阿尔钦(Alchian)等提出的“委托代理理论”,见 Klein, Crawford, Alchian, “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, In 21 *Journal of Law and Economics*, 1978, p. 297; 布莱尔(Blair)提出的“利益相关者理论”,见 Margaret Blair, “Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the 21 Century”, Washington: the Brookings Institution 1995, 当然还有梅恩(Manne)提出的“社会责任理论”,见 Henry G. Manne, “The Social Responsibility of Regulated Utilities”, In *Wisconsin Law Review* 4, 1972; 汉斯曼(Hansmann)与克拉克曼(Kraakman)提出的“资产分割理论”,见 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, In 110 *Yale Law Journal*, 2000, pp. 387-440.

[3] [美]汉斯曼、克拉克曼:“何谓公司法”,载[美]汉斯曼、克拉克曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,刘俊海、徐海燕等译,北京大学出版社2007年版,第1页。

这些特征。^{〔1〕}虽然学者们对公司的上述特征基本上持赞同的态度,但是却对公司法如何提供具备上述五大核心特征的法律形式,如何发挥其功能与作用上分歧,即如何发挥公司的独特性与优越性上存在意见不一,所以公司法律规范的正当性与合理性在观点上也就容易出现分歧。

但他们首先似乎忽略了或者没有深入思考一个基本问题——公司财产的地位与意义。成立公司通常会形成一个特定的公司财产,这个公司财产有别于股东财产,它的独立有利于公司结构和制度设计。投资于公司的股东财产严格说来是一种风险资本,即承受亏损的风险。公司财产与股东财产的分离能够阻止股东任意侵犯公司财产,并将公司财产优先保障债权人的风险利益。特别是在公司被作为法律上独立主体加以实现时,公司自己就能参与法律关系,是权利义务的归属主体,也是唯一的公司财产主体。“现代公司法多已确立公司独立法人地位。公司法将公司本身视为已独立于出资者外之实体,并且辅以有限责任之设计,但这仅仅是法律观点之假设,法律规范现存之实然面,而无法清楚交代此种制度设计究竟意为何,而其限制缺陷又为何。”^{〔2〕}而要交代清楚,公司本质应当有一个明确的回应。当代公司本质理论的认识中主要存在公司拟制论、公司否认论与公司实在论等观点。^{〔3〕}公司拟制论或者实在论认为公司是民事法律主体(法人),而公司否认说认为公司是股东之间的一种契约,是股东之间通过协商所达成的一种协议,此种契约同一般民法或普通法所规定的契约并没有什么区别,一般民法或普通法所规定的契约理论完全适用于公司这种契约。公司实在论从财产法的视角观察,将公司财产视为一种独立的财产,享有独立财产权,可以对外具有排他效力;而公司否认说则从债权契约上看,认为公司是一系列自治合同组成的集

〔1〕 汉斯曼、克拉克曼认为市场经济国家绝大多数大型商事企业(包括许多小型共有企业)都采用了具备商事公司上述五大特征的法律形式,并且认为公司法的两项重要功能是:为商事企业提供具备上述五大核心特征的法律形式以及为遏制公司制企业各方利益相关者从事那些减少公司价值的机会主义行为。参见[美]汉斯曼、克拉克曼:“何谓公司法”,载[美]汉斯曼、克拉克曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》,刘俊海、徐海燕等译,北京大学出版社2007年版,第2页。

〔2〕 王文字:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第7页。

〔3〕 参见王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》,中国政法大学出版社1988年版,第215~226页。

合,公司的利益相关者通过合同自治达成的这些合同,可以通过一般性的合同法来解决公司面临的问题,或者说公司法的功能仅仅是提供“公司契约”的范本,填补公司企业中的一些不必要争端,节省参与各方之间的谈判和起草契约的成本。这些争议在某种程度上影响着公司法律规范的正当性理解或者可以说是影响到公司法的法律规范解释空间。

其次,学者们忽略了公司依存的社会背景不同,公司发挥作用的空间与功能就会发生变化。公司制度走过了数百年的历程,正经历着一种社会基础之变迁,即现代性正从古典工业社会的轮廓中脱颖而出,正在形成一种崭新的形式——(工业的)“风险社会”。^{〔1〕} 公司制度是伴随着工业社会的发展而产生并且一路走来。在传统工业社会中人们不断追逐着纯粹的物质进步,他们通过人力和技术生产力进行财富扩张与积累,通过法律和福利国家对财富进行保护和规范,通过社会文化的熏陶来强化人们对于工业社会财富观点的接受。人力与技术、法律与国家政权、社会文化理念已成为支撑工业社会财富分配的三种有效手段,它们固化了工业社会的步步成果,使得“财富最大化”成为统治工业社会的逻辑前提。“这一切是那么地符合人们的逻辑想法,更重要的是这一切是那么的确定。然而从技术——经济‘进步’的力量增加的财富,日益为风险生产的阴影所笼罩。”^{〔2〕} 人们幻想着财富生产的“逻辑”统治着风险生产的“逻辑”是那么的无忧无虑的时候,我们就不知不觉地迈入了风险社会,这种关系就很可能颠倒过来。起初被人们视为合法化的物质生产逐渐被其“潜在的副作用”弄得不知所措。^{〔3〕} 当它们日益全球化,并成为公众批判和科学审查、法律追究的主题时,它们便成为社会关注的重点。风险生产与分配的“逻辑”比照财富分配的“逻辑”而发展起来。^{〔4〕} “不像

〔1〕 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何闻博译,译林出版社2003年版,第2页。

〔2〕 [德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何闻博译,译林出版社2003年版,第6~7页。

〔3〕 这在食品安全领域中就可以窥一斑而知全豹。早先的“三鹿门”事件中我们不难看出,牛奶中添加的三聚氰胺对人体有害,乳制品行业不清楚吗?我看未必,是财富追逐的核心观念使然。法律法规对三聚氰胺的含量限制也是随着乳制品行业提供的标准而定的,而当添加的三聚氰胺确实对人体造成了严重危害,这种“潜在的副作用”风险就出来了,企业破产,民众受伤。最近的“味千拉面门”、“肯德基门”等均是“潜在的副作用”的反映。

〔4〕 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》,何闻博译,译林出版社2003年版,第7页。

工业社会早期,与工厂生产、工人健康等相联系的危险成为风险之源,那时候的风险生产与分配相对于财富生产与分配的确不值一提。”〔1〕但随着社会的发展,技术风险、政策与法律风险、社会文化与系统风险正呈现出一种全球化的趋势,并且这种趋势已经覆盖了工业生产与再生产几乎所有的范围,跨越了国界,成为了一种名副其实的“风险社会”。

虽然风险概念自从人类文明发源以来就一直伴随我们左右,但真正为我们人类理性所反思确实是现代的事情。因为人类已经意识到自身所面临的风险与过去相比已经发生了本质的变化。社会学家贝克认为现代社会的风险具有以下不同于以往的特征:一是风险本身与后果的不可感知性和不确定性。高度运行和发展的现代工业社会在给人类带来巨大物质收益的同时,也会产生出一些完全超乎人类感知能力的放射性物质(特别是在空气、水中的)、食物中的毒素和污染物等,“标准的计算基础——事故、保险和医疗保障的概念等等——并不适合现代威胁的基本维度”。〔2〕一旦发生,所造成的后果是不能仅凭科学与法律制度为基础的传统风险计算方法(如保险、保障等)来评估的。二是制度性和系统性风险的出现。现代社会以前的风险主要依靠于某些特定个人和社会的手段来克服,而现代风险多数是出于现代社会制度而生,对人类制度与系统的依赖性很强,是典型的制度衍生品。这种风险因为制度适用面广而危害范围很广泛,是对人类整体的威胁,是一个系统性的风险。这种因现代社会制度所带来的风险也必须通过社会的风险控制制度来形成规范约束,如法律风险、政策风险等等。三是现代风险影响力的全球性。风险影响不仅存在民族内部,而且体现在更广泛的国家范围。社会中的每一个人、每一个群体几乎都无法逃避,它是以一种整体的、平等的方式损害着社会中的每一个人,这是一种全新的风险分配逻辑。由此看来,贝克所

〔1〕正如贝克本人所说的,一种内在于工业主义中的传统的组成部分以形形色色的方式被铭刻在工业社会的建筑物上——铭刻在“阶级”“核心家庭”“专业工作”的模式之上,或铭刻在对“科学”“进步”“民主”的理解之中——同时,他们的基础开始在现代化的反思性中瓦解和粉碎。〔德〕乌尔里希·贝克:《风险社会》,何闻博译,译林出版社2003年版,第8~9页。

〔2〕如2011年日本大地震引发的福岛核电站泄漏事件所引发的损害是人们难以计算和衡量的。参见〔德〕乌尔里希·贝克:《风险社会》,何闻博译,译林出版社2003年版,第7页。

说的“风险社会”中的“风险”,并非指的是传统农耕社会(以贝克所说的“前工业社会”)为了抗击自然灾害所引起的风险,而是一种混合了现代政治、伦理、媒体、科技、文化以及人们的特别感知而形成的、针对现代文明制度、科技发展所带来的社会、生态风险而展开的风险。^[1]

公司制度从其诞生之日迄今,无论是组织形式,抑或是结构、责任方式等方面都发生了巨大的变化。公司法律规范本身也有着决然不同的改变。但人们似乎遗忘了从前工业社会向风险社会转变过程中,公司法律规范本身正悄然发生变化的事实。既然制定公司法律规范的社会背景不同了,我们就有必要重新思考以下的问题:对于现行公司法的制定,公司立法者有无预设到风险社会的来临,是否构筑起了合理的公司风险防范体系?现行公司法律规范的制定有无前瞻性,也就是说立法、司法有没有更多关注未来公司法律规范之走向?现行的公司法是否是一部向“向未来敞开”的公司法?总而言之,必须追问:在风险社会中公司法的功能是否发生了变迁?

因此,我们必须对现行公司法进行一番细致的考量。我们知道一个部门法从规范的内容与结构上说,一般包括总则、分则与附则。总则一般在法的整体中居于统领地位,它关系到整个法的核心本质,总则可以借助于抽象的原则来宣示其最基本内涵与理念。有些学者认为从科学系统化的视角出发,主张总体概括和把握广义的公司法,并且首先将具有广泛适用性的基本原则作为“公司法总则”来加以描述。^[2]公司法总则一般诠释了公司法制定的背景、立法目的、立法根据、基本原则以及关系到整个法的基本制度与效力等内容。一部优秀的总则规范不仅有利于统领分则中的法律规范,确保公司法典的和谐统一,而且有利于公司法典本身在新的风险社会面前作出必要的自我调整。研究公司法总则能够使我们更清晰地了解公司法律规范所依存的正当性基础是什么,功能是什么,从而为公司法律规范的实践提供强大的理论支撑。因此,通过研究国内外公司法总则的规范结构与功能变迁,能够为我

[1] 参见黎宏:《对风险刑法观的反思》,《人民检察》2011年第3期。

[2] 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒著,殷盛译:《德国公司法》,法律出版社2010年版,第17页。

们解开这些问题的答案。

二、研究重点与视角

从某种角度上说,公司法总则的制定会影响到整个公司法律体系,涉及诸多公司法律制度,牵涉到公司、股东和债权人等多方利益主体之间的利益冲突与协调。研究公司法总则不仅能够使我们更清晰地了解公司法律规范的正当性与时代功能,而且能够对风险社会下公司法总则的未来趋势作出有益的预期。

虽然我国于2005年修订了公司法(在2013年作出了进一步修正),在公司法总则相关制度研究上也取得了长足的进步,如近几年中国商法学年会主题围绕总则中如公司社会责任等具体制度内容展开,^[1]但公司法总则整体研究还显薄弱。特别是风险社会下公司法功能应当如何符合时代特性?公司法在实践中需要一个怎样的总则体例、体系和规范形式?这些理论问题需要通过对公司法总则的政治、经济、社会等因素的综合分析研究后才能得出。另外,基于商法的易变性与公司制度本身的创新性,总则规范结构未来的发展路径如何,也值得进一步研究和把握。

法学界对于公司法总则中具体制度的研究已经很详细了,如刘俊海教授的《公司的社会责任》、朱慈蕴教授的《公司法人格否认法理研究》等等,但是对于公司法总则整体研究几乎是空白的。因此,选择一个恰当的视角是研究的关键。对比新旧公司法总则,我们不难发现风险社会视域下,公司法功能发生了变迁,公司法权益主体保护的内容扩大了,更加强化公司多元权益主体的保护,履行实践公司内多种组织活动的义务,相应的义务和责任更加明确了,这在后面的研究中会进一步阐述。因此,在公司法总则范围内研究公司法的结构与功能变化是我们当前的重点与主要关注视角。

[1] 如中国商法学会研究会2006年年会议题是“商事主体法律制度研究”,2009年年会的学术议题是“商法视野中的社会责任”,2010年年会议题是“商法适用中的疑难问题研究”,2013年年会议题是“法治国家建设中的商法思维与商法实践”,2015年年会议题是“商法的现代化与民法典的编纂”,这些议题都或多或少与总则具体制度相关。

三、进路与方法

一般而言,学界对于公司法的研究进路通常采用“规范主义的进路”,以分析法律规范与制度体系为主。但以法社会学、法经济学作为分析工具,结合比较法和历史分析法来研究公司法律制度的学者并不多,我们把这种进路称为“功能主义进路”。“功能主义进路”主要强调立足于社会现实,以跨学科的视角,特别是经济学、社会学的视角来检讨公司法,可以有效增进对公司法律规范的功能与变迁的了解,全面深入地把握制度的发展脉络。“功能主义作为一种研究社会整体的理论”,^[1]是以研究法律现象的整体为对象。

公司法背后总是蕴藏着强大的思想流动。若能从这种思想脉动的进路中提炼出精确的功能定位或者浑然一体的规则体系,我们也能洞悉到公司法背后的思想流动,或许还能创造或者提出引领公司法前进的最新思想潮流,减少未来的方向差,亦能获得公司法朝向未来的动力。

笔者试图通过诠释《公司法》总则的社会背景与文本规范来找寻公司法的内在功能与思想动因。对社会背景的考察依循风险社会下公司中风险运行的轨迹来完成。而通过贴近文本规范来解释公司法背后的内在功能与思想动因也许是不同的。在试图进入公司法总则体系的一系列尝试中,一种可能有帮助的“健康”方式,就是从规范的文字入手,分析文字的谋篇布局,逐渐接近、通达支配着公司法总则的立法者的观念世界。具体的操作要点可以切分成两个:一是把这种解释行为的根子放在公司法总则规范自身的范围之内,让它的论述切切实实地从总则规范里边推出来。另二是检验它的那些判断是否正确,如在环绕制定公司法总则的或紧或松的多重语境之间,看看它能够圆融无碍地进出与否。这是一种尽力追求“贴近阅读”效果的方法。^[2]笔者将在我国新旧公司法总则规范分析以及国外公司法总则规范分析中尝试这种方法。

[1] 付子堂:《法律功能论》,中国政法大学出版社1999年版,第21页。

[2] 参见周红阳:《法理教科书的知识结构》,广西师范大学出版社2014年版,第44~46页。