



东方公司法与清算法文丛

Concepts and
Interpretation on
Company Law

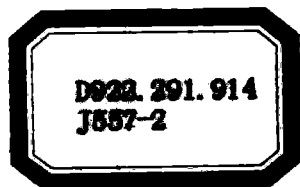
蒋大兴 著

公司法的观念 与解释 I

法律哲学&碎片思想



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



公司法的观念 与解释 I

法律哲学&碎片思想

D922.291.914
J557-2



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法的观念与解释. I, 法律哲学 & 碎片思想 / 蒋大兴著. —北京: 法律出版社, 2009. 6

(东方公司法与清算法文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9507 - 0

I. 公… II. 蒋… III. 公司法—研究—中国 IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 061921 号

公司法的观念与解释 I
——法律哲学 & 碎片思想

蒋大兴 著

责任编辑 刘彦沅
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2009 年 5 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 保定市中国画美凯印刷有限公司

印张 30.5 字数 366 千

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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/010-63939615

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9507 - 0

总定价:168.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

导读说明

本书是《公司法的观念与解释》系列的第一部。全书包括“法律哲学”和“碎片思想”两编,共十章。前者旨在透视公司法立法中的哲学元素,后者旨在整合公司法的学术方法。当然,这一界分只具有相对的意义。

公司法之研究规则主义相对发达,法律哲学、学术方法的考量较少;雷同的学术见识居多,有创见的知识贡献较少。本书集中的这些章节虽非系统地延展公司法的哲学思考和学术方法,但却旨在提示一种“意识的重要性”——我们如何在法律文本构造和公司运作实践中,发现、提炼其整体的哲学方向和哲学立场。

法典背后总是隐藏着强大的思想运动。有朝一日,当我们能把公司法的哲学立场凝固成浑然一体的规则体系时,我们也就不仅能洞察到法典背后的思想运动,还能创造或者发现引领法典前进的思想潮流,自然也能减少法律解释的“方向差”。

走在更前面 ——代总序

蒋大兴

我们关心真理。

我们的存在，一切为了思想。

我们的存在，一切为了走在更前面。

偶然造就了一切。这世间的事情，大多有机缘巧合。这套丛书的起源，也来自一个十分偶然的巧合。

近十年来，我一直致力于公司法的实务研究。2001年，我主张在裁判中解读公司法文本。我认为，离开了司法裁判，公司法规则与一部随时可以翻看和抛弃的文学作品并无二致。^{〔1〕}其后，在中信出版社的大力支持下，我试图以民间编辑《公司法律报告》的形式，推动实证主义立场的研究。^{〔2〕}我致力于发现，包含在立法中的本源性期待是如何在实务中消

〔1〕 参见蒋大兴：《公司法的展开与评判：方法·判例·制度》，法律出版社2001年版，封面。

〔2〕 参见蒋大兴：“认真对待公司法：一个实用主义的视角”，载蒋大兴主编：《公司法律报告》（第1卷），中信出版社2003年版，卷首语。

解和展开的。这些不成熟但一直执着的尝试,获得了很多关心、安慰和鼓励。

诉诸历史作为目的和意图的指导是法律人论证框架中的一个核心步骤。^{〔1〕}我在这些“历史性”的关心、安慰和鼓励中思考,不断检讨自己的判断和行动。我坚持收集和阅读裁判文书,坚持立足于司法的立场形成学术判断,坚持事实和理性的调和,并且开始触摸、诊断企业运作实践。如同罗伯特·C. 所罗门说的那样,我们发现,企业家建立企业,都希望完成预定的事业,他们不但具有创造力和事业心,而且愿意冒很大的风险,并依个人思想而工作,使其梦想和观念成为可销售的实体。但是,企业一旦形成,便不会依照这种具有冒险倾向的创新原则运作,虽然正是这些原则曾经激励着企业的创始者。^{〔2〕}这些变化,经常表现为公司法上的纠纷。我十分清醒地意识到:作为一个学者,尤其是法学者,在时下中国的法治背景下,要比一般人遭遇更多的无奈和痛苦。这些个性化实际上也是群体化的体验,这些精神上的煎熬,难免会影响我们继续思考的勇气。我庆幸自己坚持了下来。我也相信,中国公司法的研究仍将继续前行——继续走在商法学科的前面。

这些年来,公司法研究整体上已经有了一些实务转型的迹象。我在实务调研中,也得到了很多朋友各种形式的支持,他(她)们的名字、他(她)们的帮助以及我的感谢都难以尽表。在领略实务热闹的过程中,我也时常感悟孤独,感验实证调查的困难,感怀公司法学科发展的封闭。尽管借助于法典的修改,公司法的学术研究看起来繁荣一片,但其实隐含了深刻的危机。这些危机的根源或许可从诸多方面进行归整,但就理论途径而言,有两点是不容忽略的:一则在于作为公司法研究基础的商法理论过于贫弱,

〔1〕 参见丹尼斯·M. 帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第235页。

〔2〕 参见罗伯特·C. 所罗门:《伦理与卓越——商业中的合作与诚信》,罗汉等译,上海译文出版社2006年版,第82~83页。

公司法学者也还未能有意识地从所发现或积累的公司法素材中,尽速延伸商法的理论思考;二则在于公司法的学术思考过于孤立。这种孤立,不仅体现在公司法与法科外学科体系间的联络思考不多,还体现在公司法与法科内其他学科的关联思考欠缺,甚至体现为公司法学科内存在的大量研究盲区。例如:公司破产、公司清算这些问题,基本没有引起学界足够重视,前者被视为破产法学者的专利,后者虽有学者意识到确为公司法问题,但并无深入关注。现在的“社会倾向于朝规模更大的方向增长,朝在各种各样的组分之间形成更错综复杂的关系的方向发展,朝建立更大量和更灵活的相互作用模式的方向前进”^{〔1〕},因此,这种学科内的研究淡化现象值得我们注意。这也在一定程度上表明:中国的公司法研究还十分欠缺独立的品格。也许,我们还高兴得太早。

我一直设想从学科完整性的角度突破公司法的实务研究,一直试图对公司破产、公司清算等问题施展更多关注,但因精力所限,这些年我也是兴之所至——“想得比做得多”。因此,当徐东生先生融集资金,约请我创办和主持东方公司法与清算法研究中心时,我意识到这是一个很重要的学术机会,欣然答应。东生兄早年毕业于南京大学法学院,充满学术情结和社会责任,对很多问题都有自己的见解。在他和他主持的江苏东方清算事务所有限公司的有力支持下,于是,有了东方公司法与清算法研究中心,有了本套丛书。

奥修说:“永远都不要压抑自己,压抑是发生在人类身上的最大不幸,事情之所以这样发生,是因为一些非常美丽的理由。”^{〔2〕}我们记住了奥修的话。《东方公司法与清算法丛书》选题立足学术前沿,鼓励言说他人未予言说或未能言说之事,鼓励不一样的学术思想,并且开放投稿。凡属公司法、

〔1〕 参见欧文·拉兹洛:《人类的内在限度——对当今价值、文化和政治异端的反思》,黄觉等译,社会科学文献出版社2004年版,第172页。

〔2〕 参见奥修:《自由——成为自己的勇气》,林妙香译,生命潜能文化事业有限公司2005年版,第146页。

清算法、破产法领域有独到思考的作品,特别是交叉研究的成果,都是我们可能支持出版的对象。当然,我们尤其欢迎实证研究与理论研究并重、文字和思想俱佳的作品到来。我们会一直等你。

我们关心真理。

我们的存在,一切为了思想。

我们的存在,一切为了走在更前面。

2008年1月2日中午
于南京峨眉岭居所

目 录

走在更前面——代总序 1

第一编 法律哲学 1

第一章 公司法改革中的自由主义与管制主义 3

第一节 导论 4

第二节 公司法的哲学根基:法典的精神气质 6

一、两种哲学伦理 6

(一)客体化哲学伦理 7

(二)主体化哲学伦理 8

二、法典的精神气质 10

三、公司法的哲学根基:比较法 12

(一)英国 12

(二)美国 22

(三)日本 26

(四)台湾地区 28

四、公司法的哲学根基:中国大陆法 30

第三节 公司法条规中的哲学成分 34

一、自由主义因子 34

(一)总则 34

(二)公司设立 35

(三)公司营运 36

(四)公司终止 41

(五)小结 42

二、管制主义因子 43

(一)总则 43

(二)公司设立 45

(三)公司营运 45

(四)公司终止 50

(五)法律责任 50

(六)小结 52

三、立法当局的矛盾立场:自由和规制的基准 53

(一)可以更为自由的领域 53

(二)设定了不当管制措施的领域 71

四、小结 84

第四节 公司法的联邦主义 86

一、自由主义的声音 86

二、公司法的联邦:概念和历史 88

三、为什么不是联邦主义:两个基本前提 89

(一)政权结构与联邦主义 89

(二)经济体制与联邦主义 92

(三)中国为什么集中立法:揣测理由 98

四、法典构造的乌托邦 102

(一)需要分散的格局:联邦化的可能 102

(二)理想格局难以实现 103

第五节 结论 105

第二章 一人公司立法构造的哲学元素 108

第一节 导论 109

第二节 人类品性分层与公司的自然类型 110

一、人类品性分层 110

(一)联合性的一面 110

(二)非联合性的一面 111

二、公司的两种自然类型 112

(一)人类行为选择与人类品性 112

(二)公司的两种自然类型 112

第三节 国民性、营业自由与一人公司 113

一、国民性与一人公司的关联 113

(一)中国人的国民性 114

(二)一人公司吻合国民性的需求 117

二、一人公司 Vs. 个人独资企业 118

第四节 背离国民性的立法安排 120

一、立法安排 120

(一)修改草案 120

(二)学者建议稿 120

二、对国民性的背离 122

第五节 结论 125

第三章 股东权利构造的基本面 127

第一节 导论 128

第二节 过度的少数股东保护 129

一、保护少数股东的运动 129

二、股东知情权范围的法律构造 131

(一)可否查阅董事会会议记录 131

(二)否定查阅董事会会议记录的理由 133

三、股东利润分配请求权的司法模式 137

第三节 股东权利构造的基本面 141

一、股东权利分配的团体法哲学：维持公司团体人格的独立存在 141

(一) 公司团体人格 141

(二) 强壮董事会 142

二、股东权利分配的生态规则：大股东大权利、小股东小权利 143

三、股东权利保护的边界：股东的合理期待 148

第四节 结论 150

第四章 股东名册与营业执照的保管方式 152

第一节 导论 153

第二节 股东名册与营业执照的“规整软化” 155

一、股东名册的“规整软化” 155

(一) 两种争论 155

(二) 立法明定股东名册的功能 156

(三) 修法的行动 157

(四) 其他问题暗示 163

二、营业执照的“规整软化” 164

(一) 营业执照缴回规则被虚化 164

(二) 简易清算 164

(三) 营业执照电子化托管 165

第三节 股东名册与营业执照的保管方式 166

一、股东名册和营业执照的信息本质 166

(一) 作为公共信息的股东名册与营业执照 166

(二) 作为公共产品的公共信息 169

二、私人保管与公共保管：公共信息的保管方式 170

(一) 私人信息与公共信息的保管 170

(二) 公共信息的私人保管 171

(三)公共信息的公共保管 172

三、股东名册和营业执照如何保管 174

(一)股东名册由私人保管走向公共托管 174

(二)营业执照由私人保管走向电子化公共托管 176

第四节 结论 177

第五章 资本市场的自治与宽容 179

第一节 导论 180

第二节 分析工具:资本市场的核心功能 181

第三节 禁止股票折价发行的规则 184

一、比较法与问题意识 185

二、关于票面金额的废止 187

(一)理论倾向 187

(二)私见 187

三、关于受益公司的多元性 188

(一)理论倾向 188

(二)私见 189

四、发行人的营业期限限制 190

(一)设立时的折价发行 190

(二)增资时的折价发行 191

五、公司内部的审批机构 191

六、法院等公法机关的参与决定权 192

(一)理论倾向 192

(二)私见 193

七、小结 194

第四节 亏损股票的暂停上市与退市规则 195

一、规则现况 195

二、证券交易与实物商品交易 198

(一) 实物商品交易注重使用价值: 瑕疵物品的可交易性 198

(二) 证券商品交易注重交换价值: 瑕疵证券的可交易性 199

(三) 现行规则不利于鼓励证券发行者“向善” 205

第五节 资本市场的哲学: 证券交易与买菜规则 206

一、简单的生活性事实 206

二、迷失的“社会正义” 207

三、市场宽容不损害强者逻辑 209

第六节 结论 210

第二编 碎片思想 213

第六章 公司法改革中的国家所有权 215

第一节 导论 216

第二节 官不与民争利的传统 218

一、官不与民争利: 一种假称判断 219

(一) 理论假说 219

(二) 历史事实 220

二、官为何与民争利: 超稳定政治结构的需要及其他 224

(一) 超稳定政治结构的事实 224

(二) 为什么会超稳定: 国家所有权的政治功能 225

(三) 国家所有权有助于公共财政的敛集 226

第三节 政企分开式国企改革 227

一、政企分开作为国企改革的流行模式 228

二、政企分开的历史镜像: 洋务运动中的无奈 229

三、政企分开的现实命运 230

第四节 私法体系还是公法体系 233

一、30 年中国式改革之困惑:企业与政府的离合运动	233
二、国家所有权之本性:一种公共权力	235
(一)进入私法体系的国家所有权	235
(二)政府干预权力的扩张性	235
(三)官营作为特殊的经济形式:国家所有权的公共性本性的意义	237
三、观念重申:为什么需要国家所有权	239
(一)国家所有权作为经济基础	240
(二)国家所有权的社会功能	240
(三)国家所有权作为信用机制	246
(四)权力崇拜文化与国家所有权	247
第五节 结论	248

第七章 公司“死亡”政策的法律规制 250

第一节 导论 251

一、公司退市的多元主义解释	251
二、公司退市的泛化与公司人权	252
三、正常的退市机制	253

第二节 监管思维的改革:由主体主义走向行为主义 254

一、节制行政关闭权的设定	255
(一)行政关闭权的扩张倾向	255
(二)对公司停业的宽容	259
二、设定吊照处罚等资格罚以外的替代性处罚措施	260
三、按照分离原则改革“登记证明一本主义”	261

第三节 从行政到法院:监管权的配置由集权走向分权 263

一、赋予法院否决瑕疵公司设立的权力	263
二、扩大私法主体请求法院解散公司的权力	267

第四节 重整公司退市的善后程序 268

一、一般规则与问题 268

二、公司退市善后程序的重整 269

(一) 设置简易清算机制 269

(二) 清算工作市场化 271

(三) 营业执照的公共托管和依职权注销制 272

第五节 结论 273

第八章 重思公司治理结构的改革 275

第一节 导论 276

第二节 公司治理的三重机制：内部治理与外部监控失灵 277

一、外部市场监控机制 278

二、外部权力监控机制 279

三、内部治理监控机制 280

第三节 公司内部治理的结构模型、生成原因及监控课题 281

一、公司内部治理的结构模型：比较法的经验 281

二、生成原因与监控课题：经济、文化与政治因素 282

第四节 独立董事：在传统治理框架中行动 286

第五节 个别性考察行动方向：对中国问题的检讨 289

一、我国公司内部治理结构及其问题点 290

二、期待独立董事解决什么问题 292

(一) 关于资讯公开、减轻内部人控制的问题 294

(二) 关于预防大股东“一股独大”的问题 299

(三) 关于促进企业理性决策的问题 303

三、独立董事与公司绩效的其他证据 310

(一) 独立董事与公司经营绩效的正相关 310

(二) 独立董事与公司经营绩效的负相关 318

(三) 独立董事与公司绩效不相关 322

(四)合理的怀疑 325

四、抛弃独立董事的异向改革思维 327

第六节 结论 331

第九章 选择企业法律形态的诸因素实证调查 334

第一节 导论 335

第二节 样本选择、调查形式与选题设计 338

第三节 调查结果统计分析与展开 341

一、开办企业的选择因素(问题1) 341

(一)专业训练的影响 343

(二)性别构成的影响 350

二、企业类型的私人选择(问题2) 353

(一)专业训练的影响 354

(二)性别构成的影响 357

三、企业类型的国家考量(问题3) 361

(一)专业训练的影响 361

(二)性别构成的影响 362

四、企业形态法定主义民间态度(问题4) 364

(一)专业训练的影响 365

(二)性别构成的影响 369

第四节 结论 372

第十章 公司法的解释力与解释方法 375

第一节 导论 376

一、公司法的解释力与解释方法 376

(一)公司法为什么需要解释力:判决与民意 378

(二)公司法如何有解释力:解释技术 379

二、孤独的公司法学:面对社会科学 384