

Commercial 商法界论集

第3卷

民法典背景下的
公司法改革

Law

陈 浩 / 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

Commercial 商法界论集

第3卷
民法典背景下的
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

图书在版编目(CIP)数据

商法界论集. 第3卷 / 陈洁主编. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3747 - 4

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(2019)第 179834 号

商法界论集(第3卷)
SHANGFAJIE LUNJI (DI-3 JUAN)

陈洁主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 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 杨锦华
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 18.75
字数 407千
版本 2019年8月第1版
印次 2019年8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/400-660-8393

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/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

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 - 3747 - 4

定价:88.00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

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,1992年10月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纳,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。

随着法学所商法研究室的发展而成长的20多年间,我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会研究会等,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,以期商法界同仁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,进而作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,再做学术示范;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 民法典背景下的公司法改革

开幕致辞	陈 甦(3)
第一单元 民法典、公司法与营商环境 甘培忠 朱慈蕴 刘凯湘 叶 林 施天涛 管晓峰 王 轶(4)	
第二单元 公司法总则研究 周林彬 蒋大兴 钱玉林 赵 磊 刘俊海 于 莹 彭 冰 邢会强(15)	
第三单元 公司法改革:具体制度研究(上) 于 莹 梁上上 葛伟军 汪青松 王延川 林少伟 李建伟 胡改蓉 袁 康 李诗鸿 唐林垚(27)	
第四单元 公司法改革:具体制度研究(下) 彭 冰 徐强胜 曹兴权 缪因知 李安安 张 彬 张学文 高丝敏 季奎明 周 游(46)	
闭幕致辞	陈 洁(62)

论 文

股东压制与公司强制解散争议中的可仲裁性问题	张子学(69)
违反公司章程规定之股权转让合同效力裁判逻辑的实证研究	刘国栋(80)
效率原则下共有股权的认定、分割与转让	叶依梦(93)
我国股东代表诉讼前置程序的法经济学分析与完善	王远志(113)
董事自我交易合同效力规则研究	蔡卓瞳(139)
美国敌意收购规制的法律渊源、制度演化与效果评述	唐林垚(150)
私募股权投资交易中的利益权衡机制研究 ——以投资方的优先清算权为视角	韦北辰(177)
“互联网 + 相互保险”的机遇与挑战 ——从“相互保”转型看互联网保险的监管	周孟瑶(193)

论“名股实债”的法律性质 夏泽行(211)

学位论文

有限责任公司股东优先购买权行使司法裁判研究 李明月(231)

征稿启事 (291)

专题 民法典背景下的 公司法改革

2019年4月27日,中国社会科学院法学研究所第七届“商法界论坛——民法典背景下的公司法改革”学术研讨会在北京举行。与会学者从不同层面、不同视角就民法典背景下的公司法改革问题深入探讨,对未来民法典编纂以及公司法修改具有重要的意义。本专题为该次会议的实录。

开幕致辞

陈 甦*

各位老师、各位同行,大家上午好!非常感谢大家在“五一”节前最后一个休息日放弃休息时间,以实际行动庆“五一”节。我代表法学所对各位的到来表示热烈的欢迎!也对各位长期以来对法学所,特别对我们商法室的支持表示感谢!

本次会议的主题“民法典背景下的公司法改革”在立法上和研究上是有实际意义的。我国《民法总则》上的营利法人基本上是参照《公司法》抽象概括的,不是一般条文的逻辑顺序,《民法总则》先对法人进行一般规定,再回到营利法人,最后再说公司。我国《公司法》正好相反,《公司法》先提供制度模板、提供理论,否则很难作出一般性概括。但是,民法典立法的效果反过来对法律有影响。以后《公司法》会不会沿着民法典的制度框架往下发展,或是可以反向再对法人的一般规定产生影响,这值得我们深入研究。

我国《公司法》修改已经提上日程。不久前,全国人大法工委给法学所发了公函,要求法学所指派人员参加公司法修改小组,法学所准备派陈洁老师参加。当前的立法体制使我们法学所有近水楼台的优势,比如,民法典编纂的5个参加单位,中国法学会是其中一个,中国社科院也是其中一个。这次《公司法》修改参与的单位,包括全国人大财经委、最高人民法院、司法部、国资委、市场监管总局、证监会,还有就是我们社科院法学所。

法学所是法学界的一员,是诸多教学科研机构中的一个。法学所与其他教学科研单位有各自的特色、发挥不同的作用。我们法学所在公司法修改中要负起责任,我们希望能在今后的专业活动中,更充分地学习、了解、掌握大家意见,把它们梳理、汇总起来,在立法的过程中反映给立法机关。

希望大家在今天的会议上贡献真知灼见,实实在在地为我国《公司法》的发展做贡献。谢谢大家!

* 中国社会科学院学部委员,中国社会科学院法学研究所所长,研究员、博士研究生导师。

第一单元 民法典、公司法与营商环境

主持人:甘培忠教授(北京大学法学院)

发言人:朱慈蕴教授(清华大学法学院)

刘凯湘教授(北京大学法学院)

叶林教授(中国人民大学法学院)

施天涛教授(清华大学法学院)

管晓峰教授(中国政法大学民商经济法学院)

王轶教授(中国人民大学法学院)

甘培忠:第一单元研讨的主题是“民法典、公司法与营商环境”。首先有请来自清华大学的朱慈蕴教授。

朱慈蕴:我国《公司法》近几年小修不断。我国《民法总则》把《公司法》相当多的内容吸纳进去,有观点认为这是对公司制度的一种加强,也有观点认为可能会影响《公司法》,导致《公司法》的空洞化。我今天不想对此做过多讨论,想就刚才陈甦所长提到的《公司法》即将启动修改,谈一谈值得大家思考的几个问题。

第一,公司类型问题。在2005年修法的时候就已经有观点提到,要不要彻底地打破有限公司和股份公司的分类。现在有些观点主张维持现状,这种比较少见。有的主张把股份公司放在前面,把有限公司放到后面。还有一种观点是彻底地打破有限公司和股份公司的分类,实行公开公司和封闭公司的二分法。当然,不同的公司中,可能还有分类,如公开公司中有上市、非上市,或者挂牌。其实公开主要是讲它的公开募集,上市不上市是另外一个问题。到底我们要不要采纳这样一种分类?我们现在最头疼的就是不上市的股份公司,它在《公司法》中的地位是非常尴尬的。最初立法的时候,普遍认为股份公司都是上市的。1993年股份公司实行的是许可制,由当地人民政府批准,那时候股份公司数量很少,成立一家目标很明确,就是要上市。2005年《公司法》修订以后我们实行准入制,导致股份公司数量大增。股份公司跟有限公司不一样的,除了请求权、回购权等,还有一个问题很难控,即股份公司的股东全部都要在名册上,但是有限公司没有要求,股东是谁只有公司是清楚的。我个人认为,现在已经到了应该用“封闭公司—公开公司”分类方法的时候。这个问题值得大家再进一步探讨。

第二,董事受信义务的问题。董事受信义务是当前公司法的一个“短板”,一定要在这一次修法中强化董事的受信义务。学界普遍认为,公司成立以后是交给董事会的,董

事会是公司的“看门人”。我们现在在实务中其实对董事会的很多义务,尤其是董事具体的义务规定并不明确,如在融资的过程中公司股东出资时董事的义务。在认缴制之下,公司股东对公司有认缴承诺。如果公司对外负债且无法偿还,董事(会)对作出承诺的股东、还没有到认缴期的股东应当怎么做?特别是认缴制的股东转让股权的时候董事会是负有义务的。股东对公司就未来缴纳出资进行承诺后就具有了股东资格,这个时候公司是债权人,股东是债务人。股东转让股权的时候,实际上等于随着债务的转让。按照我国《合同法》的规定,其实还是应该征得债权人同意的。公司的董事会有没有对股东的股权转让,特别是缴资没有完成的股权转让有必要的作为和义务?这些我国《公司法》都没有规定。这个领域中发生的争议是相当多的,所以最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法若干问题的规定(三)〉》[以下简称《公司法司法解释(三)》]规定现任股东有义务,前任股东也要有义务。除此之外,公司有很多行为都是由董事会来决策和实施的,在这个过程中,如果公司董事会不按照《公司法》的规则或者章程的规则去做,应当履行什么样的义务?在很大程度上这些都有赖于授信义务的加强,甚至从某种意义上讲,在我国《刑法》上要增加“背信罪”,这个罪在很多国家都有。董事滥用职权处分公司财产,没有经过批准就无偿地处分公司的财产,都是背信的体现。

第三,企业集团问题。在上一次修法的时候,因为时间紧迫,对企业集团的认识也不太充分,不得不删掉有关内容。这次修法的时候把企业集团纳进来,是以企业集团的方式纳入,还是以关联企业的方式纳入?我个人觉得某种意义上使用关联企业的概念似乎更恰当一些,因为对企业集团的控制最重要的是在关联关系上进行控制,而企业集团的概念最初是经济学上的一个概念。

第四,公司治理中最基础的股东权、股东会的一些设计。从股东权的角度来看,大小股东之间的利益平衡是个重点,我们确实在这方面是比较关注的,我个人认为,引入“股东欺压”这个概念可以更好地认定大股东欺压小股东的问题。在股权方面,我们需要回应最近实践中出现的问题。比如,对股东权可不可以限制,怎么限制?在敌意并购中,敌意并购是重新配置市场资源非常重要的手段,不可以把敌意并购逼到死角,最好的监管举措是如果违规举牌就需要被限制一段时间,限制应当由法律作出明确规定,或者当事人自行约定,被限制股权的人自行同意。除此之外,我个人认为都要从严。股东的一些权利有可能被规避掉。实践中,发生了某些公司董事会换届一再拖延的案例。换届是一个法定的事由,一定要在3年到期的时候换届,如果不能换一定要公布什么样的理由不能换届,不可以毫无理由地拖延。选任董事的权利是股东的基本权利,对于提请董事会换届的会议以临时提案的方式提出,我持有异议。某些公司是由大股东提出临时议案,提出临时议案以后把所有的董事提名都提到了,然后董事会接受了这个议案,提交到到股东会上,这个时候其他的股东没有提议的机会,等于是变相剥夺了所有股东选任董事的机会,尽管我们知道资本多数决,小股东很难选出自己的代言人,但起码这个机会是要给他们的。此外,实践中还发生了许多值得注意的现象和问题,需要学界跟进研究。

甘培忠:朱老师讲了4个问题,逻辑很清晰。公司的类型化问题,到底怎么设计类型

结构,有限、无限还是公开、非公开,观点很精辟。谈到加重董事责任,这样以后当董事要注意点。还谈到上市公司无限期停牌的恶劣情况,证监会、交易所都有要求,上市公司不能没完没了地停牌。谢谢朱老师!下面我们有请来自北京大学法学院的刘凯湘教授。

刘凯湘:我国《民法总则》对关于法律行为的规则、制度进行了规定,《民法总则》的规定如何适用到公司的内部决议行为之上?《民法总则》在“法律行为”这一章中,对决议使用作了一个简单的规定,即法人、非法人组织按照法律或者章程规定的议事规则表决议程序做出的决议行为成立。原来我国的《民法通则》《合同法》这些只规定了单方行为、双方行为、多方行为,没有决议行为,《民法总则》是第一次在法律行为中规定了决议行为,但《民法总则》也只是简单规定了决议行为的概念而已。决议行为做出者是法人、非法人组织,最多的还是公司,民事法人也会有一些,如基金会、公益性的慈善组织,他们的理事会也会有决议行为,但数量不多。并且,目前单一立法当中涉及决议行为规则的只有《公司法》,或者说《公司法》规则更详尽一些。在《民法总则》中,关于法律行为的制度、法律行为的成立、法律行为的效力及意思表示,它们对公司决议行为到底有多大程度的适用性?现在《民法总则》里面,大量吸纳了《公司法》中关于法人的规则,刚才陈甦教授也讲到过,就法律行为而言,《民法总则》慢慢会不会也有一种侵蚀呢?比如,法人否认等很多制度,在民法典规定的情况下,商法是一个特别法,《公司法》更是特别法中的一个单行法,因为民法典有规定,《公司法》就可以不规定了,会不会这样?法律行为会不会也这样,《公司法》中关于决议行为的规则是不是也可以挪到民法典中去?经过梳理,目前《民法总则》对决议行为的规定还不是一条,就只那么一款。相较而言,《公司法》关于决议行为的内容有一个体系,公司决议主要是股东(大)会决议和董事会决议。至于监事会有没有决议?监事会不涉及经营,也不涉及意思表示、法律效力,所以公司决议只有股东(大)会决议和董事会决议。《公司法》加上公司法司法解释大体上形成了这么几个板块:第一,决议之诉,包括决议成立、不成立之诉;第二,提供了程序性规则;第三,决议表决议的规则。尽管分成不同的条款,但是已经形成了一套关于公司决议行为的基本规则,决议行为的成立、内容、程序、方式、救济途径等都有。

回到我今天发言的核心。《民法总则》关于法律行为效力的规定,对公司决议行为有没有影响、在公司决议行为上有没有适用的余地?从《民法总则》来说,法律行为的效力类型化,大体上,除了有效以外还有:第一,效力待定,又分成几种情形,法律行为、无权代理的法律行为、无权处分行为人的法律行为;第二,可撤销,原来《合同法》规定了可变更、可撤销,现在《民法总则》只规定可撤销;第三,无效行为,从《民法通则》到《合同法》再到《民法总则》,体系越来越复杂,现在《民法总则》取消了《合同法》规定的基于虚假意思表示所产生的法律行为,保留了公序良俗等,又增加了一些新的规则进去,还对显失公平、乘人之危、缺少行为能力等作了一些改造。现在《民法总则》在关于法律行为效力的体系上,有这么三个大的板块,即从效力待起到可撤销再到无效。这些规则是否有可能用到公司决议行为上来,作为判断公司决议行为的规则?现在实践中出现了股东、董监高对于公司股东会或者董事会作出的决议有异议的情况,能不能按照目前《公司法》提供的无

效之诉、撤销之诉规则进行解决？处理无效之诉、撤销之诉的规则和标准是什么，是否需要回到《民法总则》上去？

有一次我参与讨论一个案子，案中公司是经过改制设立的，设立时公司有5个自然人股东。设立时的公司章程规定当股东死亡的时候，法定继承人可以继承该股权。后来股东召开了一次股东会，作出一个决议，删除公司章程第×条，也就是公司股东法定继承人可以继承的条文。后来某个股东死亡，他的继承人想要继承股权，其他股东不同意，理由是章程没有规定，所以不允许。该继承人提出，原来公司章程是允许继承的，尽管公司股东会决议删除继承条款，但按照《公司法》的规定，章程规定的除外，决议删除该条款就代表章程没有规定（公司对股东资格继承没有除外的规定），自己可以根据《公司法》第75条规定继承股权。其他股东提出异议，从意思表示来说，当初规定了可以继承等于没有规定，规定不能继承才是一个特别的规定，决议删掉该条就代表不能继承。如何处理这一案件？首先牵涉到意思表示的解释规则，对章程条文和决议条文有不同的理解，那么是否可以借用《民法总则》的解释规则，或是《公司法》以后发展出自己的解释规则？目前，《公司法》没有提供相关的规则。

在某个案件之中，公司章程规定对外担保价值不得超过5000万元，但后来出现了一个超过5000万元的担保事项，公司召开股东会并通过了担保。章程没有修改，可是经过股东会决议的形式又提供了担保，这个能不能理解为关于对外担保的章程规定限额由5000万元涨到了6000万元？持异议的股东以公司决议违反公司章程为由请求撤销决议。公司抗辩，股东会决议本身是新的意思表示，股东会同意提供6000万元的担保，意味着对公司章程进行了修改，首先股东会决议本身符合程序，表决是符合多数决，所有要件都符合法律规定。这就牵涉用意思表示来解释有关问题。

关于意思表示的解释规则，我有一些想法。《民法总则》有很多解释的原则问题、规则问题，还有诚信解释、习惯解释等进路，《公司法》在公司决议行为发生纠纷的时候，尽管有的是跟民法相通，但是不是可以从特殊性出发，提供一些不同于民法的解释规则？否则，就得适用民法上的规则。此时，公司法被蚕食、被取代是不可避免的，因为没有自己的解释规则。

关于效力待定，《民法总则》中效力待定的规则对公司决议行为有没有适用的余地？我认为没有。关于无权代理，股东委托他人出席会议的时候，如果临时增加了议案，但是授权里面没有，会不会也出现无权代理决议？我认为是有可能的。关于可撤销行为，有人说我在股东会投票是因为受欺诈，董事会决议是虚假的，骗我们投票，欺诈、胁迫有没有可能性？我认为是有可能的。关于无效诉讼问题，违反法律规定是目前无效诉讼最普遍的原因，是不是涉及恶意串通，特别是股东、董事之间恶意串通？以这种原因主张无效，而不是违反法律、行政法规的强制规定。

我得出的结论是，不能按照目前《民法总则》中关于法律行为、效力、规则的规定适用到整个公司决议的行为规则，《公司法》这次修改，应当考虑让公司决议行为的效力规则更为系统和丰富。

甘培忠:很精彩!凯湘老师是从民法出身来研究公司法。我们没有民法背景的老师是从具体到抽象研究问题,凯湘老师是从抽象到具体研究问题。这里边确实也有一个互相匹配的问题,因为我们是“孙子辈”,《民法总则》是“爷爷辈”。《民法通则》怎么改,《民法总则》怎么改,《公司法》要配合。下面有请中国人民大学的叶林教授发言。

叶林:我今天发言的主题是“公司法何处安放?”刚刚陈洁在讨论到会议主题的时候,除了从民法典的角度关心《公司法》的事情,可能还有更广的意义。最近成立了两个研究机构,一个是大家已经看到的国际商事争端预防与解决研究院,另一个是最近成立的中国人民大学营商环境法治研究中心。为什么说这件事呢?实际上在整个《公司法》发展过程中,有几个问题非常值得讨论。

第一,《公司法》是干什么的?说了这么多年,我国《公司法》包括司法解释,整体上是确认现有的司法实践、经济改革等,它是一个确认型的《公司法》。确认型的《公司法》就有些问题,它本身由于点对点的确认、局部的确认将导致整体架构上可能会失去方向。从另外一个方面来说,它充其量是确认现有改革成果的《公司法》,它本身具有很强的社会性,这是一个非常大的问题。实际上我们期待的,或者至少在我心目中所讨论到的《公司法》可能更像一个推动型的《公司法》。它是不是应该只停留在确认,乃至抑制经济发展的角色上?或许应该转换一个思路,站在推动整个经济社会发展的角度上。《公司法》从1993年开始到今天都是在非常局限的圈子里“摸着石头过河”。“摸着石头过河”一个很大的问题是没有方向的问题,实际上这些年舆论争议的此观点跟彼观点之间的冲突,此做法跟彼做法之间的矛盾等都是基于微观产生的。今天来看,有两个方向性问题有助于讨论《公司法》的长期发展。一个是民法典。《公司法》是“天天变”,民法典是“恒久不变”,这样一个立场和矛盾使民法典真的不适合在《公司法》问题上着墨太多。《公司法》“三天两头”改,民法典是不是也“三天两头”改?稳定性和易变性之间的冲突很大。民法典的起草在一定程度上反倒构成了对《公司法》的制约。民法典可能是一个好的方向,也可能是一个不好的方向。另一个是营商环境。中国《公司法》每次修改都步履维艰,动不动就涉及债权人保护的问题、政府行政权力分配的问题。每一次修改都有很多实质性的问题,这次修改可以帮助我们化解在中国的体制改革过程中经济发展过程中那些制约着市场化发展的因素。我们需要引入一个标准,用来衡量中国《公司法》的发展进程。从短期来讲,营商环境是一个重要的抓手,这个抓手不仅在《公司法》中产生作用,与此同时也会对制约行政权力产生作用。有一个设立公司的指标,我们已经把设立公司的时间压缩到很短了,国务院还要求压缩。从这里我发现中国的改革有个非常有趣的特点,就是从前入口的部分是严的、出口的部分也是严的,现在一改革,要求注册公司要便利,就形成了进口很宽、出口很窄的“堰塞湖”。在这种情况下,我们怎么样推动《公司法》修改?

第二,《公司法》自身的问题。其中有很多技术性、细节性的问题需要讨论,包括大家讨论到公司决议的问题、授信的问题等,有一些是属于宏观性的,也有一些是属于微观性的。宏观性的包括民主、自由、平等到底在《公司法》里面是怎么表达的?尤其是股权架

构的问题提出来以后,实际上就使这个问题更凸显出来了。你再去讨论这里面的民主,再讨论自由和平等价值的时候非常有价值。刚才朱慈蕴教授谈到欺压问题。欺压问题是个案现象,还是普遍现象?这里面涉及我们对于民主和自由、平等的理解,还涉及《公司法》到底是凸显实体性规则还是程序性规则的法律。据我估计,包括日本《公司法》在内的境外国家公司法,有1/4的规则属于程序性规则,而不是实体性规则。可见,《公司法》是一个非常特殊的团体意义上的系统,而这个系统既需要“肉”“骨头”“血”,又需要有“经络”。而“经络”的部分要靠程序规则去实现。我们不能把《公司法》简简单单地理解为是实体权利、义务配置的规范组合,《公司法》必然会涉及权利的设置、权利的实现和权利的行使等一系列的问题,程序方面的渠道如果不通畅的话,《公司法》就“梗塞”掉了。另外,还有个《公司法》的特殊问题。在与《合同法》的关系上,到底是从主体意义上观察公司,以符合所谓建立市场经济主体方向性的要求,还是说我们可以看看境外在处理有关问题的时候,有没有使用《合同法》上的规定。在民商合一的国家中,《公司法》上的某些问题是以《合同法》为依据而讨论的,这是一种解释路径。我们是从《合同法》的方向解释《公司法》的有关问题,还是引入《合同法》的理论和观念,将衍生出来的问题都涵盖到这个部分?我国《公司法》修改每次都是打补丁,我们有一个1993年《公司法》的框架,为了改革的需要我们随时以此为基础打补丁,因此《公司法》修改得很快。但如果都变成“上行下效”的,上面提标准下面跟,那么《公司法》修改跟道理、理论、学术一点关系都没有,纯粹是为了在国际上彰显某种成绩,为竞赛而竞赛,这是一个很“夸张”的法律制度。

第三,债权人保护的问题。债权人保护已经成为高度限制中国《公司法》发展的重要因素。它可能扼杀夫妻关系,可能扼杀公司的存在。我认为应该考究一下,中国的《公司法》为什么在第一条第三句话里面讲债权人保护,以至于整个思路无处不体现债权人的保护。过度强调这一点会把我们整个公司法秩序冲击得很厉害,把有限责任、风险控制、风险转移、风险投资等淡化。短期的安定能不能换来长期的稳定?这个很难说。

第四,《公司法》的表达方式。《民法总则》出来以后我挺悲观的。我们在安放《公司法》位置的时候,习惯性地把它当作主体制度来看,所以我们坚定不移地顺着法人的那条思路把《公司法》注入民法典里面关于法人的分类,实际上相当于营利法人的分类中。原本民法典不该写那么多分类的事,写营利法人、非营利法人想说什么呢?原本不是人,为什么在法律上变成了人?不要再讨论法人到底分成10种还是8种,10种8种的结合又会不会产生第11种?法律赋予人格就够了,最终再规定代表权的问题。现在民法典把《公司法》第20条扩张到了所有立法,我觉得跟“连坐”差不多。在这个意义上,中国的民法典挺落后的,没有在里面体现出平等、自由和博爱的价值。我觉得《民法总则》和民法典是全世界最特立独行的。比如,现在保理都能写到《合同法》里面,更重要的包括交互计算等却没有,这是不可理喻的事情,我们不知道我们类型化合同的挑选原则是什么?只是因为它争议多、标的大?如果这样的话,民法就改成商法好了,这是一个很奇怪的现象。关于《公司法》发展方向的问题,我们恐怕需要先解决方向,如现阶段以营商环境为