

公司法改革中的泛民法化风险^{*}

——兼谈《民法总则》颁布后的《公司法》修订

范 健

内容提要:在我国民商合一的大背景下,商法向民法靠拢成为一种极具路径依赖的惯性选择。随着包含大量公司法条款的《民法总则》出台,《公司法》应当如何修订就成为一个非常现实的问题。诸多观点主张直接删除公司法中与《民法总则》重复的条款,将该部分交由民法调整。从公司制度的演变和发展来看,作为一种风险化的营利组织,其本身带有的风险性与民法的人本性是相冲突的,这种看似节约立法成本的泛民法化改革方式,实则可能需要支付更大的社会成本,并会面临不同法律部门理念冲突、规范重心失调、应有体系瓦解以及伦理基础动摇等一系列问题。因此,《公司法》在修订的过程中,应当坚守风险固化与风险防范的基本立场,在尊重体系化与完整性的基础上,体现公司法的未来发展趋势。

关键词:公司法 民法总则 泛民法化 风险防范

范健,南京大学、澳门科技大学法学院教授。

中国公司法改革不仅涉及一个部门法领域的内容调整,更是不同法律部门之间的协调和衔接问题。成文法系国家和地区的部门法划分,目的在于有机安排一般规则与特别规则,使不同法律规范分别调整不同法律关系,从而实现社会关系的整体协调和有效调整。我国商事基本法律制度并不发达,民商区分理念至今未能在全社会获得普遍认同,在民法与商事部门法之间的关系处理上,向民法靠拢便成为一种极具路径依赖的惯性选择。但这种靠拢却是不慎重的,民法的人本性与商法的风险性天然存在冲突,公司法是典型商法部门,民法化的公司法将会面临不同法律部门理念冲突、规范重心失调、应有体系瓦解

^{*} 本文写作过程中,南京大学法学院博士生李欢、丁凤玲帮助收集整理了主要资料。

以及伦理基础动摇等一系列问题。

自 1993 年第一部中国公司法出台至今二十余年,公司制度推动了整个中国社会的历史性变革,同时也将经济风险和社会风险推到了前所未有的境地。虽然我们有效地利用公司制度完成了中国经济体制的转型,使企业从依赖于政府的附属经济部门蜕变为市场的独立主体,使中国的经济体制有效地从计划经济转向市场经济,使社会主义的产权制度有效地实现了所有权和经营权的分离。但是,中国公司实践仍然处于起步阶段,对公司背后资本与金融的认知还处于相对原始的状态,对以资本为根基的公司制度的本质及其背后的风险性特征更是认知寥寥。伴随中国公司的成长,二十多年来中国资本市场面临一场又一场金融风险博弈,但是至今我们还没能找到有效调控的规律。事实上,《民法总则》大量“复制”《公司法》条款的现实就是在这种片面的认知下所形成的不良后果。本文以《民法总则》营利法人制度大量复制公司法相关条款为例进行分析,认为未来的公司法改革,应当在深化对公司制度认知的基础上,尽可能纠正公司法中的泛民法化偏差,而非在错误的道路上越走越远。

一 公司制度的风险性与民法的人本性

(一) 公司制度的风险性

公司从哪里来,为何而来;又将往哪里去,为何而去?今天公司法的改革只有“不忘初心”才不至于迷失方向。公司是早期商业冒险活动的产物,它打破了人类最原始状态的权利平衡,是人类在特定时期以及在特定社会状态下,为了激发商业潜能,实现更大利益的目的而创设的特权与限权相统一的组织体。发源于商业冒险的公司,为应对商业活动中的风险而出现,公司制度不仅容忍风险,而且鼓励风险、创造风险、利用风险,还受益于风险。可以说,没有冒险就没有公司。公司制度的本质是对风险予以合理安排,最核心的内容就是对投资人、经营者以及债权人进行风险上的分配。从公司成立到公司解散,风险性是其一以贯之的特征。正是由于公司制度具有风险性特征,自古以来不同社会对公司的容忍度完全不同。

早在古希腊雅典时期就出现了带有团体人格迹象的商业组织,到古罗马时期,诞生了现代公司的雏形——索西艾塔斯,但是罗马帝国崩溃后,这种商事组织形式消失了。^[1] 通说认为,现代公司制度起源于中世纪欧洲,当时的商业活动催生了社会对商业组织的需求,以康曼达和索赛特为代表的商业组织成为现代公司制度的发展源头。^[2] 当时的贸易,特别是边境地区的贸易,几乎是一种高风险与高利润并存的冒险活动:差运时需要付出财产甚至生命的代价,好运时则可以获得丰厚的盈利。^[3] 在利润的刺激下,中世纪商

[1] 参见朱锦清著:《公司法学》,清华大学出版社 2017 年版,第 7-9 页。

[2] 参见范健、王建文著:《公司法》,法律出版社 2014 年版,第 31-32 页。

[3] 参见[英] M. M. 波斯坦主编:《欧洲剑桥经济史》(第二卷),钟和、张四齐等译,经济科学出版社 2004 年版,第 312 页。

人前赴后继地投入到商业冒险中。为了募集贸易活动所需的大量启动资金并规避可能出现的自然灾害、海盗等风险,通过团体的力量提高个体的抗风险能力,具有公司雏形的康曼达等商业组织应运而生。这种组织一方面将充当委托人或者贷款人的投资者的责任限定于其最初投资范围之内,为既想获得利润又不愿亲自冒险的投资者提供了获取财富的机会;^[4]另一方面也为实际从事贸易活动的受托人提供了在不将个人财产全部投入的情况下,利用他人资金进行营利的可能性,从而降低自身的投资风险。

公司制度创设的主要目的就在于商业领域风险的分摊与防范。有学者认为,法律人格、有限责任、股份转让自由、董事会结构下的集中经营管理、出资者共有所有权是现代公司的五个核心结构性特征,^[5]这五个特征都或多或少涉及经营风险的分配。以有限责任为例,这一规则设计如今已成为公司法上的支柱性制度,投资人仅以其出资为限对公司债务承担有限责任,这一权利义务不对等的制度设计几乎为全世界所有国家和地区的有限公司法所认同。当然,有限责任是投资属性而非公司属性。^[6]公司制度将股东责任设定为有限责任的同时,也将公司经营中可能的风险转嫁给了公司债权人。这一制度最初推出时曾遭致债权人的普遍反对,因为它打破了已经延续几千年的“权利义务对等”这一私法基本原则。1310年,当时欧洲银行中心锡耶纳推出了一项法律,规定康帕尼的合伙人对企业债务按比例承担责任,取代之前的无限连带责任,结果在当地设立的银行纷纷撤离或者不愿放贷给那里的企业。^[7]有限责任后来得到普遍认同,归功于相应配套制度的设计,投资人在获得免责特权的同时,相应放弃对投资企业的管理权和决策权。公司法不仅仅在吸引投资方面具有重要的制度价值,更通过资本制度、治理结构等配套制度强化债权人保护,使得债权人所面临的偿债不能的风险得以控制在相对较低的水平。与公司有限责任相配套的公司法律人格、董事会结构下的集中经营管理以及出资者共有所有权等制度本质上均是在风险分担上的平衡措施。

在公司存续期间,经营风险始终存在,无论是设立还是经营,公司的股东、管理人以及债权人都面临着经营风险的分配。在设立阶段,一般由公司的发起人承担公司成立不能以及后续的债务风险。一旦公司成立进入到经营阶段,公司股东所承担的风险就被限制到出资范围,由债权人承担公司可能发生的资不抵债的风险。作为一种商业组织体,公司诞生于商业冒险,发展于风险分配的商业实践,可以说风险性已经成为其不可忽视的标志性特征。

公司制度的另一个重要特点是对风险利益的肯定及对追求风险利益特殊手段的认同。由于公司利益具有一定的风险性,利益标准的设定从一开始就打破了公平、可预期、可等价等社会伦理观念。公司权利和利益的设定具有极大的或然性、射幸性,具有极强

[4] 参见范健、王建文著:《公司法》,法律出版社2014年版,第32页。

[5] 参见[美]莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等著:《公司法剖析:比较与功能视角》,罗培新译,法律出版社2012年版,第6页。

[6] 参见[美]弗兰克·伊斯特布鲁特、丹尼尔·费希尔著:《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社2014年版,第11页。

[7] 参见朱锦清著:《公司法学》,清华大学出版社2017年版,第10页。

的风险性。公司制度创造的股权不同于民法上设定的具有极强稳定性、可预见性的债权和物权,其第一本质是一种风险性权利,其利益基础在于结果的不确定性。股权可以证券化、资本化,可以溢价或贬值,是一种浮动性价值权利,其本质含有一定的对赌性。而赌博本身会造成社会恶性风险,激发了人类的贪婪本性,历朝历代、东方和西方普遍禁赌。公司这一组织形式的创造突破了禁赌的社会道德底线,创造了商人间互为认同、容忍并接受风险的商业道德。公司制度则是商业道德与社会道德的一种平衡设计,是在特定领域牺牲道德的一种风险性制度安排。但是,公司股权制度所奉行的以容忍对赌为本质特征的商业道德并不具有社会的可普及性,因为可能会导致全民道德标准混乱甚至整体性社会风险。

事实上,公司法借助一个完整的风险治理配套制度完成了公司法人的构建,公司法制度是公司法人赖以存在的基础。由此,公司法人本质上与民法上的普通法人并不是一个完全等同的概念。

(二)民法:以人为本的社会规范体系

不同于关注商业交易、追求商业利益、平衡交易风险的公司制度,民法始终以“人”作为其核心调整对象,追求人的平安和社会的平稳。民法的发展史是一部人类自我发现、自我认识、自我调节和自我发展的历史。在民法诞生之前,人们观念中存在的自然法事实上是调整人们行为的准则。当时,在人之外还存在一个神的世界,它由神法调整,这就是最原始的宗教法。当城邦构建、长官制度开启,法律被写成文字时,人类迎来了调整人与人之间最基本社会关系的民法的诞生。一个与神法相对应的概念,民法是人世间的法律,调整人与人的关系。^[8]从某种意义上讲,民法起源于“人类自我意识的启蒙”,当人意识到人类世界需要一个调整人与人之间的法律,而不再完全依靠神灵的时候,社会才产生了民法。到了近代,随着城市的发展和资产阶级力量的增强,人类社会对于世界的认知发生了转变,进一步实现了从“以神为中心”到“以人为中心”的转变。在对近代私有制建立产生重大影响的文艺复兴和启蒙运动中,理性主义、人性解放、自由平等、天赋人权等对人的崇尚成为最响亮的口号,以调整“人与人”关系为主要内容的民法,其制度内涵和制度价值都有了新的变化,实现个体权利、尊重个体意志、保障个人自由成为民法最重要的精神内核。诞生于 19 世纪初叶的《法国民法典》承认所有国民享有平等的民事权利,以财产权神圣和契约自由为内容确立了私法自治原则,体现出鲜明的个体解放色彩,成为从人的个体到整体追求自由、平等、博爱的代表性法典。^[9]

《法国民法典》之后,伴随着近代资本主义的扩张和资本的泛滥,纵欲主义、享乐主义以及物质主义成为社会的普遍追求,法律上最直观反映就是民法物文主义的兴起,将原先宗教排斥的商人习惯、商人伦理进一步扩张,强调民法在调整市场经济关系中的功能和作用。^[10]在资本主义向更高阶段发展背景下出台的《德国民法典》,将财产放置于一个更

[8] 参见徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社 2015 年版,第 4 页。

[9] 参见谢怀栻著:《外国商法精要》,法律出版社 2014 年版,第 58 页。

[10] 参见徐国栋著:《民法哲学》,中国法制出版社 2015 年版,序言第 19 页。

为重要的地位,民法上的“人”也由一个新的词语——“权利主体”所取代,以显示其与财产的密切关联,而这种关联的媒介是一个新概念——“能力”,正是“权利能力”的创造构成了主体与财产的依附或支配关系。在具有权利能力这一点上,人和一个社团或一笔基金并无不同,“人格”概念的外延得以扩张。^[11] 团体人格理论的完善是《德国民法典》的重大贡献。但是,这样一部充满着“物文主义”^[12]的民法典并不能回避“人”这一主体在整个民法体系中的地位,并不能改变“以人为本”这一民法的“灵魂规则”,传统民法“物债二分”的完美逻辑并不能合理解释亲属法和继承法等内容背后的伦理因素,法人这样一个法律拟制的主体,不得不效仿自然人予以界定,凡此种种,其根本原因就在于不管社会背景如何变革,“人”始终是民法最为核心的调整对象,其对财产关系的调整是依附于人身关系的,调整目的也是为了更好地实现对于“人”的保障。正是超越了传统民法对人的专一关注,较多地增加了对物的追求,《德国民法典》创制之时就遭到了众多法学家的批评。著名法学家奥托·基尔克(Otto Friedrich von Gierke)批评该法典显现出极端的追求物质利益的个人主义的罗马法色彩,而法学家安东·门格尔(Anton Menger)则批评其严重的经济自由主义倾向。^[13]

民法的人本主义色彩还浓重地反映在与“民”的联系上。多数法律都与“人”相关,唯独民法以“民”命名。特定范畴下的“人”的权利、财产、婚姻以及家庭构成了民法的核心内容。民法对个体独立、公平正义、意志自由、社会和谐的追求与社会基本伦理相融合,关注特定环境下人的生存和发展,这是民法永远的追求。

(三)公司的风险性与民法的人本主义相冲突

公司是商主体追求利润的载体,这意味在公司制度中,一般会将“财产”而不是“人”放至更高的位置,将财产的收益看成公司追求的目标,随之而来的则是对于人本主义的忽视。中世纪的商人对故乡、家庭和家族的热爱也难以阻挡他们对商机的渴望,他们更愿意选择在外冒险,^[14]这一现象几百年来并未随着商业的普及而有所改变,对物质的追求一定程度上意味着对人本身的漠视。历史反复证明,为了营利,投资者从来不会因为可能遭受道德方面责难而放弃对公司的投资、放弃对利润的追求,各国的烟草公司或军火公司屡受资金追捧,即为适例。^[15] 与公司法的追求不同,民法秉持的是一种人文主义精神,总是将人而不是物放到一个更高的价值位阶,^[16]追求人的平等、自由、权利、幸福与安宁。公司法与民法背后所代表的物文主义与人本主义的对立是一个难以回避的问题。

人本主义主张以人为本,追求社会稳定,但作为一种极具风险性的营利组织,公司的

[11] 参见赵晓力:《民法传统经典文本中“人”的观念》,《北大法律评论》1998年第1期,第137页。

[12] 参见徐国栋著:《民法的人文精神》,法律出版社2009年版,第26页。

[13] 参见[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第99页。

[14] 参见[英]M. M. 波斯丹主编:《欧洲剑桥经济史》(第二卷),钟和、张四齐等译,经济科学出版社2004年版,第309页。

[15] 参见罗培新:《公司法的法律经济学进路:正当性及其限度》,《法学研究》2013年第6期,第29页。

[16] 参见徐国栋著:《民法的人文精神》,法律出版社2009年版,第22-25页。

存续却与民法所要追求的社会稳定相冲突。公司制度本质上是一个鼓励投资、鼓励冒险的制度供给,其对商业风险进行控制的目的是为了将经营风险控制在各方均可以接受的水平,但商业风险本身始终存在,不仅不被消除,并且常常受到鼓励甚至追捧。一旦发生经营上的风险,必然有投资者或者债务人需要承担相应风险,并且很有可能这样的风险是其个人和家庭所不能承受的,由此引发的问题也将会对整个社会稳定造成负面影响。对于民法而言,其更侧重于保持民事主体已有的财产利益,对于财产的增值和流转往往并不过多考虑,民法所调整的法律关系也更为稳定。

此外,公司制度风险分担的基本逻辑与人本主义下的民法逻辑存在差异。公司制度在风险分配时,往往从“经济人”的逻辑出发,其本身并不附加道德色彩。比如在公司资不抵债进行破产清算时,即便股东本人资产雄厚,但其仍不需承担出资以外的责任,也不必承担道德上的负担,因为公司制度早已做出这样的风险分配安排。但在民法的逻辑下,道德是行为人必须考虑的因素,公序良俗的基本原则亦反对欠债不还的行为。相比公司法,民法更加强调的是公平原则。总之,不管是背后的法律价值还是具体的规则设定上,人本主义的民法与极具风险性的公司法都存在不小的差异和冲突。由于这种差异一直未能在民法和公司法规则上予以确认,甚至理念上未能统一,已然造成了近年来司法裁判中的众多问题。

二 泛民法化:公司法改革中的可能倾向

虽然民法与公司法在价值、功能、作用、原则与目的等诸多方面存在明显的差异和冲突,但在过去的改革中,二者之间的界限并没有引起足够的重视,整个公司法的架构都是在民法法人理论下建构的,未能充分体现公司主体的营利性、创新性、竞争性以及风险性等特质,以有限责任公司作为基础性公司类型也显得较为保守。在《民法总则》出台后,这样的倾向更加明显。《民法总则》吸收了大量原属于公司法总则的部分,并将其作为法人的一般规定应用至所有类型的法人,这种不加分辨的原班照抄,彻底破坏了中国民法法人制度,甚至破坏了整个主体制度的逻辑体系。尤其令人担忧的是,公司法的改革向民法靠拢几乎已经成为难以避免的趋势。

(一)《民法总则》出台后《公司法》的空洞化

《民法总则》在制定过程中,采用了大量“复制”《公司法》条款的做法,^[17]在法人设立、法人决议、法人清偿、法人清算、法人人格否认以及社会责任等内容上基本直接援用了原公司法的条款。在解释为何在《民法总则》中规定营利法人与非营利法人时,立法者提出,《民法总则》的一项功能是“适应中国特色社会主义发展要求”,立法者希望民法总则

[17] 参见薛波:《公司法人格否认制度“入典”的正当性质疑——兼评〈民法总则〉“法人章”的立法技术》,《法律科学》2018年第4期,第123页。

关于法人的分类方式能够引领和促进社会组织的发展,因而将传统大陆法系通常在单行法中去回应的营利法人、非营利法人问题,放在了民法总则这一基本法当中予以规定。^[18]从这一思路出发,我们也可以尝试做出这样的推断,之所以将本应由公司法调整的内容纳入民法总则,其背后是这样一种“能动主义”的思路,希望通过《民法总则》的规定引领商业组织的发展。但这样操作的后果就使得公司法出现了大量与民法重复的条款,尽管理论上讲法人是一个更为宽泛的概念,但考虑到《民法总则》在私法体系中的基础性地位,《公司法》的众多条款很可能成为“僵尸条款”,甚至有学者提出,在《民法总则》出台后,公司法总则的规范至少有三分之二应当被移除。^[19]事实上不仅是公司法总则部分,关于有限责任公司和股份有限公司的规定也有一部分与《民法总则》重复,公司法的“空洞化”已经难以避免。如下所附列表,也将较为直观地呈现《公司法》与《民法总则》部分类似条款的对比。

表1 《公司法》与《民法总则》部分类似条款对比

	《公司法》	《民法总则》
法人设立	第7条:依法设立的公司,由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。	第78条:依法设立的营利法人,由登记机关发给营利法人营业执照。营业执照签发日期为营利法人的成立日期。
法人人格否认	第20条:公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。	第83条:营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任,逃避债务,严重损害法人的债权人利益的,应当对法人债务承担连带责任。
社会责任	第5条:公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。	第86条:营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任。
分支机构	第14条:公司可以设立分公司。设立分公司,应当向公司登记机关申请登记,领取营业执照。分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。	第74条:法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的,依照其规定。分支机构以自己的名义从事民事活动,产生的民事责任由法人承担;也可以先以该分支机构管理的财产承担,不足以承担的,由法人承担。

(二) 向民法靠拢——公司法空洞化的一种应对方式

《民法总则》大量复制《公司法》条文的做法,制造了大量的“双重规范”条款,一方面使得《公司法》的规范内容被压缩,减少了制度灵活处理的空间;另一方面《民法总则》对

[18] 参见刘振:《民法总则法人制度若干基本规定解读》,《人民司法》2017年第28期,第5页。

[19] 参见钱玉林:《民法总则与公司法的适用关系论》,《法学研究》2018年第3期,第63页。

法人制度的安排过于细致、零散、繁杂,也减损了其本身的体系性。^[20] 尤其造成其制度设计上的巨大漏洞:其一,非营利性法人、营利性非法人、非营利性非法人等组织的设立、人格责任、社会责任、关联机构等方面因为没有相关法律条文可以照抄或直接移植,造成这些组织的制度设计在民法总则中仍是空白,出现了民法总则挂一漏万、制度规则方式不一致、不协调的尴尬格局。其二,从各国和地区立法情况看,公司和营利法人并不是一个等同的概念,同时也存在营利性公司与非营利性公司,营利性公司中承担国家或社会非营利性义务,国有非营利性公司获得一定程度的营利许可,以非营利目的在营利性公司中设定国有黄金股权的公司,凡此种种,《民法总则》法人制度条款为中国公司法解决当下困境与适应时代发展的制度创新制造了很大的障碍。其三,公司是特权与限权的统一,每一类型公司都是具体权利平衡设置的结果,公司是由一整套规则群构成的组织体,其健康程度与完整的制度配套密切相关,制度的完善程度决定了公司可能造成社会风险的程度。所以公司规则是一个整体,一般原则和具体规则密不可分。民法上的非营利法人是民法赋予法人主体获得营利资格的一种授权或宣誓,本身不具有这类主体构成规则的完整性或严密性,民法总则对公司法人规则挂一漏万的复制方式,无法严谨、正确适用到公司制度之中。从理论上讲,最理想的方案就是改革《民法总则》本身,不过考虑到《民法总则》刚颁行不久,短期内不会进行大的修订,但实践中的问题又不容等待,因此对《公司法》进行改革将成为协调二者冲突的唯一选择。

在《公司法》已经与《民法总则》重复的情况下,公司法的改革方案有两种:一是民法优先,直接删除已有《公司法》中的重复内容,将重复部分交由《民法总则》调整;二是维持《公司法》作为单行法调整的独立性,在尊重《公司法》体系完整化的基础上对公司法进行改革,即便是重复的内容也应进行取舍,尽量在公司法的体系内解决争议。但从学界已有观点来看,向民法靠拢的做法为大多数学者所支持。有学者主张,对于《民法总则》和《公司法》的关系,不能简单地以一般法与特别法的关系来理解,^[21]而是要从新法与旧法的关系角度进行审视。这意味着《民法总则》获得了比《公司法》更为优先的适用地位。也有更为激进的观点认为,民法总则有关法人的一般规定适用于包括公司在内的所有法人,公司法与其相重叠的规定应当通过修订予以删除。^[22] 总体而言,当前的主流观点较为提倡“公司法让位于民法”,或在法律适用上置后,或删除其被民法所吸收的内容,体现的均是一种“民法优先”的思路。

(三) 貌似合理实则偏差的改革思路

从降低立法成本的角度来看,直接删除公司法中的重复规定表面上来看是最经济的做法,避免了立法层面的法律冲突和法律适用选择,但如果从法律适用的角度来看,降低成本的理由可能难以成立。在《民法总则》出台前,公司法是作为特别法出现的,在适用

[20] 参见蒋大兴:《〈民法总则〉的商法意义——以法人类型区分及规范构造为中心》,《比较法研究》2017年第4期,第68页。

[21] 参见薛智胜、周陈:《〈民法总则〉法人制度与〈公司法〉的完善》,《政法学刊》2018年第1期,第31页。

[22] 参见钱玉林:《民法总则与公司法的适用关系论》,《法学研究》2018年第3期,第63页。

上具有优先于民法的效力,很多问题仅在公司法的框架下就可以解决。但如果采用《民法总则》优先的模式,在公司设立、公司解散等问题上则需要首先寻求民法上的依据,超出民法的部分又需要回归公司法,无形中增大了法律适用上的困难,违反了“特别法优于一般法”的法律适用方式,也与基本的法理观点相违背。更为重要的是,法人的规范内容是作为民法的一部分出现的,其必然受民法基本理念和原则所调整,这意味着民法的基本原则得以借此覆盖整个公司法领域,由此产生的民商价值冲突将会带来高昂的制度成本。

民法与商法规范重心是存在差异的,民法以“人”为本,商法以“商”为本,对于公司法而言,其核心就在于提供一个鼓励投资冒险的制度机制。民法的“法人”是作为“自然人”的对比而出现的,但在公司法上,组织体才是常态。即便是个人也是以一人公司的形态出现的,强调的也依然是其组织性而非自然人属性。如果完全交由民法规范,民法上一人公司的定位就是一个突出的理论问题,其到底应归属于自然人还是法人抑或其他组织?但在公司法上就不会有这样的疑问,这完全是二者规范重心差异所导致的。经过多年的研究,民法与商法的界限已经在逐步明确,民商区分的理念也开始在理论和实务界获得认可,而将《公司法》条款删除,全部交由民法调整的做法无疑又回到了传统民商不分的老路。因此,删除公司法与《民法总则》重复内容的做法,虽然节省了立法成本,但长远来看对于法律适用和法律体系的伤害是巨大的,是一种表面合理实则偏差的改革思路。

三 泛民法化思路的潜在风险

在一个既定的社会形态中,法律结构和政治结构、经济结构、社会结构等因素是交互影响、互相促进、互相钳制的。^[23] 公司法与民法的边界模糊影响的并非只有这两个法律部门,此种法律制度上的冲突会对社会的经济规则和社会规则产生冲击,引发潜在的风险。

(一) 相对的体系独立——世界范围内公司法的立法模式选择

就民法与商法的立法模式而言,世界范围内存在民商分立和民商合一两种不同的做法,但在公司法的体例选择上几乎所有国家和地区都不约而同选择了相对独立的模式,不同程度上保留了公司法独立的体系和内容。在民商分立的国家和地区,公司法的立法安排主要有两种:一种是虽然存在独立的商法典,但商法典一般只是规定一些原则性的条款,具体的公司法规范经常是以单行法的形式出现的,德国、法国、西班牙等采取了这种做法。以德国为例,德国在《商法典》之外,还颁布了《有限责任公司法》《股份法》《合作社法》等具体的公司法规范,与《德国商法典》一起构成了公司法的规范群。^[24] 另一种做法则是将公司法作为商法的一编放置在商法典中,2005年以前的《日本商法典》和韩国商法

[23] 参见蒋大兴:《公司法的政治约束——一种政治解释的路径》,《吉林大学社会科学学报》2009年第5期,第125页。

[24] 参见《德国商事公司法》,胡晓静、杨代雄译,法律出版社2014年版,前言。

典就采取了此种安排。2005 年后,日本则将公司法的内容从《商法典》中独立了出来,制定了单行的《公司法》。^[25]《韩国商法典》亦采取了这种模式,韩国商法发展长期受日本影响,甚至在很长一段时间内直接适用日本商法(韩国称为依用商法),采取与日本早期商法类似的体例亦是情理之中。不过,从日本的立法模式变动来看,将公司法单独立法,保持其相对的体系独立在民商分立国家和地区是一种更为主流的做法。

在民商合一的国家和地区,虽然没有独立的商法典,但公司法仍然基本保持了相对独立的体系。即便是在民法典中规定公司法内容的巴西、泰国、意大利等国,公司的内容也都是以独立的编章出现的,例如《巴西新民法典》中将企业编与人编并列,虽然人编出现了法人的内容,但主要是作为自然人的对应物出现的,规范内容也比较简略,而企业编在内容上则独立的多,并非依附于法人概念。^[26]《泰国民商法典》采取了类似的做法,法人是作为“人”章的下位内容出现的,而公司和合伙则独立成章与关于“人”的章节并列。^[27]《意大利民法典》的做法也比较类似,基本保持了公司法的独立性。

总体而言,不管采取何种立法模式,公司法的体系都是相对独立的,一方面是由于公司组织规范内容庞大,具有很强的技术性和专业性,若与法人或者其他内容合并处理,很容易引起整部法律结构的失衡。另一方面,则是因为作为一种商业组织法,公司法的规范内容是根据商业实践不断变化发展的,需要不断地改革和优化,而与其他规范合并很容易对其他规范内容的稳定性产生影响。法律结构应当具备一定的弹性空间,而立法集中可能会产生僵化滞后的风险。^[28]再则,从公司制度创立的基本原则来看,公司法的所有规则都体现着特权与限权的统一,权利与义务的协调性、对应性在规则体系构造中的定位不变,从而保证了公司规则的完整性和规范的协调性。对于公司法而言,保持一定的独立性不仅有助于公司法体系内的调整和更新,更能避免因法律僵化滞后对社会可能造成的风险,这就是不同国家和地区在公司法立法模式选择上殊途同归的主要原因。

(二)“民商共治”模式下的主要风险

一旦采用当下主流观点所推崇的“公司法减负”或“民法适用优先”思路,我国的公司法规范就会走向“民商共治”模式。这不仅不同于民商分立国家和地区公司法独立立法的潮流,亦不同于民商合一国家和地区中公司法独立成编、成章的主流思路。《民法总则》中关于法人特别是营利法人的规定会直接转换为相应的公司规范,公司的设立、解散、清算以及法人人格否认等内容将直接依照《民法总则》的规范进行,而《公司法》则是在《民法总则》没有规定或者规定不足时才发挥作用。尽管在立法形式上存在民商合一、民商分立的的不同做法,从实质意义上看,民法和商法却总是分立的。^[29]但在“民商共治”的情况下,呈现的却是一种无视公司法自身体系、民商交错适用的状态,是一种彻底的民

[25] 参见[日]山本三为郎著:《日本公司法精解》,朱大明等译,法律出版社2015年版,序。

[26] 参见《巴西新民法典》,齐云译,徐国栋校,中国法制出版社2009年版,第9-12、135-175页。

[27] 参见《泰国民商法典》,周喜梅译,谢尚果校,中国法制出版社2013年版,第19-27、178-216页。

[28] 参见刘斌、雷兴虎:《现代公司法总则的功能变迁与体系发展》,《法学评论》2014年第3期,第52页。

[29] 参见刘凯湘:《剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考》,《环球法律评论》2016年第6期,第107页。

商不分,其背后也隐藏着诸多风险。

1. 制度风险:法人与公司的制度性混同

在理论上,“公司是什么”一直是一个极具争议性的话题,主要存在法人拟制说和契约说两种观点。法人理论学说认为,公司完全是法律的产物,是一种法律的“创造品”,公司本质上就是法人。^[30] 我国《公司法》立法受法人理论影响较大,长期将公司视为法人的典型形式,甚至将二者直接等同。而在西方制度经济学理论看来,公司则是作为一种价格机制替代方案出现的,其目的在于克服市场中高昂的交易成本。在此基础上,伊斯特布鲁克进一步提出,公司本质是当事人之间的一系列契约。^[31] 契约理论是英美公司法理论中的主流范式,目前在世界范围内也有着较大的影响力。可见,虽然法律人格是现代公司的一项基本特征,但公司并不能与法人直接划等号,公司不等于法人。不同国家和地区对公司这一商业组织的认识是完全不同的,法人制度的核心在于法律赋予的主体资格,但公司之所以是法人则是为了方便人们进行商业活动。换言之,公司不过是人们进行经商的工具或者手段,公司成为法人仅仅是为了方便而不是应然。^[32]

从历史实证的角度来看,法人制度与公司制度的发展历程和制度功能也不尽相同。公司制度是早期航海冒险的产物,当时的公司是不具有法律人格的,在每一次航海结束后类似公司的商业组织就解散了。直到17世纪时,荷兰政府考虑到每一次解散麻烦且低效,难以适应多次贸易的实践需要,于是给予东印度公司永久存续权,后来各国纷纷效仿,^[33]独立的法律人格也逐步发展为公司的共同特征。而法人制度却并非自由的产物,拿破仑在制定《法国民法典》时担心宗教和封建势力借助法人团体地位卷土重来,故在民法典中根本不承认其合法地位,《法国民法典》上也没有法人制度。直到《德国民法典》颁布,法人才获得立法上的承认,但当时立法者的目的也主要是为了加强对团体的控制和管理,规定了严格的登记审查制度。^[34] 因此,虽然公司与法人在法律人格方面具有相似性,但其背后的规范逻辑是完全不同的,公司需要法人人格,在于实现存续期间的经营便捷,是一种法律的特别授权。而法人早期的原型则更多是封建领主和教会财团,其法律人格的取得是以服从管理为前提的,制度内容也更强调登记和审查。

至于我国可能出现的向《民法总则》靠拢的改革方式,则无疑是一种制度上的混同。将公司制度置于民法中法人的框架下适用,直接的后果就是将法人的管理性强加于本应强调自治性的公司法规范,也必然会引发新一轮公司法规范的强制化。但这种趋势却与国际上公司法的主流发展相违背,也不利于我国的营商环境塑造和企业创新的展开。

值得一提的是,《俄罗斯联邦民法典》将公司法的内容与法人的内容进行了融合,在

[30] 参见施天涛著:《公司法论》,法律出版社2014年版,第15页。

[31] 参见[美]弗兰克·伊斯特布鲁克等著:《公司法的逻辑》,黄辉编译,法律出版社2016年版,第3页。

[32] 参见施天涛著:《公司法论》,法律出版社2014年版,第16页。

[33] 参见朱锦清著:《公司法学》,清华大学出版社2017年版,第11页。

[34] 参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2011年版,第77页。

“法人章”规定了一些公司法的内容,在《民法典》之外又颁布了《有限责任公司法》等单行法。^[35] 不过考虑到其国内存在强调管制的历史传统,且在公司制度上可借鉴的内容乏善可陈,因此不宜作为我国参考的对象。总的来说,厘清法人制度与公司制度在规范重心上的差异,尊重公司法的自治色彩,对处于经济转型期需要借助公司组织机制创新提升经济竞争力的我国而言,可能更为重要。

2. 道德风险:营利观扩大对社会伦理的减损

除了引发制度上管制扩张抑制创新的风险之外,向民法靠拢的改革思路也可能在道德层面引发危机。一是因为这样的立法安排隐含了鼓励投资的制度设定,商业的营利性将会对一般的社会伦理产生冲击;二是对公司制度的风险性预估不足,其制度内容盲目进入民法规范中可能引发社会伦理的动摇。

“高尚之人不经商,经商之人不高尚,经商之人工于算计,整天追逐私利,他们的品德怎么能高尚呢?”^[36] 二百多年前,法国著名思想家孟德斯鸠曾在其经典著作《论法的精神》中提出了这样的诘问。虽带有一定的偏见,但不可否认的是,商业领域的基本伦理确实与社会一般的道德标准存在差异,甚至在更多时候是低于民事生活领域标准的,所谓“在商言商”便是这个道理。《民法通则》是“富强压倒启蒙”时代的产物。当时尚无公司法,《民法通则》法人一章着重规定了企业法人制度,理顺了企业与政府的关系,^[37] 其内容带有很强的时代性,在当时是进步的。然而随着中国经济数十年的高速发展,今天的社会已经在高度商事化的同时,呈现出道德下降的一面,^[38] 更为现实的问题是全民经商以及因此而引发的伦理衰退问题。《民法总则》在法人章过度强调营利属性的做法本已不当,如果继续向民法靠拢,甚至将其作为优先于《公司法》的存在,则是非常不明智的。若民法的营利色彩过于浓厚地暗含了鼓励逐利、鼓励经商的制度理念,一旦“以利为先”成为大多数社会成员的选择,对整个社会伦理的影响则是非常严重的。

作为一种具有风险性特征的组织体,公司制度在进行制度设计时往往是以商业的行为逻辑而进行的,其本身的道德色彩比较弱,最典型的就是有限责任的风险安排,股东的偿债范围仅限于其出资范围,即便其个人资金雄厚也在所不问,这直接打破了一般社会领域“欠债还钱”的基本道德理念。这在以冒险著称的商业领域是一种合适的制度安排,但离开了这个领域,特别是在一些对道德有着较高要求的行业,就不一定具有正当性了。英美等国一般禁止律师事务所、会计师事务所、医疗卫生组织、学校组织、宗教慈善机构采用公司形式,^[39] 防范可能的道德风险便是重要的立法考量。同时,公司法上的公司不仅仅是法律上的主体,更是一笔风险财产,是讨价还价的客体,是交易的标的物。而民法上的

[35] 参见《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀译,北京大学出版社 2007 年版,第 52-80 页。

[36] 参见[法]孟德斯鸠著:《论法的精神》,申林编译,北京出版社 2007 年版,第 24 页。

[37] 参见张谷:《管制还是自治,的确是个问题——对〈民法总则(草案)〉“法人”章的评论》,《交大法学》2016 年第 4 期,第 70 页。

[38] 参见蒋大兴:《论民法典(民法总则)对商行为之调整——透视法观念、法技术与商行为之特殊性》,《比较法研究》2015 年第 4 期,第 3 页。

[39] 参见范健、王建文著:《公司法》,法律出版社 2014 年版,第 18 页。

法人仅作为一种人格组织体,完全没有考虑公司的风险客体特征予以相应的制度设计,简单类同,不仅加大了公司运营的风险,也加大了法人制度的风险。在对公司制度的风险性未能充分认知的情况下,如果将其内容轻率地放至适用范围较广的《民法总则》之中,无形中扩大了可能的风险发生范围,这对于社会道德水平的维护绝非好事。

四 体系独立思路下的公司法改革

虽然《民法总则》在法人部分已经规定了诸多公司法的内容,但鉴于法人制度与公司制度并不能完全等同,且民法与公司法在制度理念和制度重心上存在差异,盲目以《民法总则》的规定取代《公司法》的规范内容是不慎重的。公司作为一种高度风险化的组织体,其本身的规范内容不宜简单置于民法的框架下,最好的改革方式还是在尊重其体系独立的基础上,根据实践需求完善已有的规则。

(一) 尊重公司法的体系化与完整性

我国当下的整个法律体系都是改革开放后在发展经济的浪潮中建立起来的,带有浓厚的“经济先行”色彩,各个部门法特别是民法与商法、经济法之间的界限本就不够明确,在很长一段时间内都是处于“共生”状态。但随着近年来理论研究的深入,不同法律部门的调整对象和法律特征逐步清晰已经成为一种趋势。而《民法总则》的颁布打破了这种平衡,其中大量规定公司法内容的做法似乎又在倒退回“诸法不分”的起步阶段。如果将这种做法进一步扩大,直接删除公司法中的重复性规定,完全交由民法调整,很大程度上意味着公司制度成为一个依附民法制度的存在,公司法体系独立性很可能遭受到冲击。对于民法本身而言,亦是一种不大明智的做法,过度商化的内容将侵蚀民法所代表的人文主义精神,动摇其伦理根基。因此在公司法的改革中,首要的问题就是需要明确公司法本身的体系独立性,改变可能出现的公司法依附于民法的倾向。

保持公司法本身体系的独立性是很有必要的,体系性缺失反映在制度层面的直接后果就是不同制度的功能错位,最典型的就营业登记与法人主体登记混同的问题。公司法颁布以前,很多有关公司规范的内容都是在《民法通则》中规定,其中关于法人特别是企业法人的规定对1993年《公司法》的立法有着非常深刻的影响。由于《民法通则》规定,企业法人应当在核准登记的经营范围內从事经营,并未区分法人的设立登记和公司的营业登记,后来的《公司法》立法亦延续了这种思路,由此造成了我国公司登记中制度混同的局面。直到工商登记制度改革展开,学界主张应区分主体性登记事项与营业性登记事项,将营业登记从主体登记中剥离出来,^[40]这种混同的做法才一定程度上得到了纠正。为此,今天的公司法改革应当引以为戒,不仅不能以民法规范取代公司法规范,

[40] 参见蒋大兴:《商事登记制度的结构性改革》,《中国工商管理研究》2013年第7期,第12页;施天涛:《构建我国商事登记制度的基本思路》,《中国工商管理研究》2013年第8期,第33页。

还应在公司法层面做出回应,以一部体系完整的《公司法》彰显公司自身的制度内容,防止制度层面公司规范与法人规范的混同,同时为公司法自身体系的发展和完善提供基本的制度框架。

(二) 坚持风险固化与风险防范的基本立场

公司是商业冒险催生的产物,通过公司这一组织体,投资者可以相对有限的投入换取丰厚的收益,这一过程带有很强的冒险性,甚至可以称之为“组织化的冒险”。但这种组织模式却不能从根本上消除商业经营中的风险,公司在提供这样一种冒险机制的同时,也将可能的风险转嫁给了公司的债权人。在这种状况下,如果公司制度不能很好进行风险分担和防控,公司就会沦为诈骗债权人的工具。并且由于公司本身所具有的资金聚集功能和规模效应,这种风险会被无限放大,成为影响商业秩序和社会稳定的危险源。因此,几乎所有国家和地区的公司法上都设置了诸多保护债权人的条款,进而对可能的风险进行防范。公司法上公司资本制度、法人人格否认制度以及公司登记和信息披露机制等都具有风险防控功能。以公司资本制度为例,资本是公司得以成立和实现经营的基本条件,也是公司承担财产责任的基本保障。^[41] 2013 年资本制度改革之前,我国公司法规定了比较严格的资本制度,对出资的数额、期限以及验资程序等均有不同程度的要求,其目的主要就是为了保护债权人与防控社会风险。

近年来,世界范围内出现了降低公司设立条件的潮流和趋势,法国、日本、德国等纷纷修改国内法律,降低公司的设立条件。我国 2013 年的公司制度改革也是出于鼓励投资、发展经济的目的而提出的。^[42] 但是发展经济绝不能在忽视风险防范的状态下进行。我国大力发展互联网金融的政策在金融领域的风险失控就非常值得警惕。据相关统计,在 2018 年,中国 P2P 网贷问题平台数量规模超过了 850 家,涉案金额规模高达 8000 多亿元,涉案人数超过了 1500 万人。^[43] 大规模“问题平台”的出现最根本还是制度上对可能的风险预防不足而导致的。庆幸的是,在 2013 年公司资本改革中,我国并未对金融、保险等类型的公司资本制度进行修改,否则互联网金融领域引发的风险可能还要更加严重。虽然过去的资本制度存在一些僵化的内容,但在维持公司信用的公司法机制中,公司资本制度仍具有不可替代的现实效用。^[44] 对于当下的公司法改革而言,应当充分认识到公司制度的风险性,在坚持风险固化与风险防范的立场上进行相应的规则设计,特别是对一些具有风险防范的制度进行改革时,应当更为谨慎,将可能造成的风险控制相对有限的范围内。

(三) 凸显公司本质与公司特征

在我国公司法的发展历程中,商事性不强是一直存在的问题,相比美国以大公司(开

[41] 参见赵旭东主编:《商法学》,高等教育出版社 2015 年版,第 114 页。

[42] 参见范健、李欢:《中国公司法改革思考》,载陈洁主编《商法界论集(第 1 卷)》,法律出版社 2018 年版,第 13 页。

[43] 参见《艾媒报告:2018 中国 P2P 网贷行业“爆雷”热点监测报告》,http://www.iimedia.cn/61966.html,最近访问时间[2019-04-01]。

[44] 参见陈旻:《资本信用与资产信用的学说分析及规范分野》,《环球法律评论》2015 年第 1 期,第 41 页。

放型公司)作为公司主要类型,我国公司法的制度设定是比较偏保守型的,基本是以有限责任公司作为基础性的公司类型进行制度构造的,其原因就在于法人拟制学说长期在公司法领域占据主导地位。在法人拟制理论的框架下,公司法规定了严格的设立和运行的程序,“三权分立”的股东会、董事会、监事会并行的机构组织形式也成为公司法上常见的机构规则。但事实上,这种思路却是一种将民法上的法人与公司等同的做法,最直接后果就是在民法法人理论下建构的公司法商事属性不足,过分强调其管理属性,忽视公司营利冒险的制度特质。近年来,公司法理论借鉴英美法系的公司制度,开始强调公司法的自治属性,在某种程度上可以视为对以往理论的一种修正。

从世界范围来看,公司的本质是什么在理论层面有着多种答案,大陆法系通常将公司的本质概括为社团法人,^[45]而英美法则往往从契约、委托代理的视角进行解读。尽管很难直接去评判这些理论孰优孰劣,但有一点是明确的,公司不等同于法人。这不仅是因为法人中存在营利法人与非营利法人之分,更为重要的是,法人制度的核心在于法律人格的获得,而公司制度的核心则在于风险的分配,这也是为什么有限责任是公司的标志性特征却从来都不是法人特征的原因。规范重心的差异造成了法人资格更加偏重管理性,强调法人资格获得程序和条件,而公司制度更为核心的内容在于股东、债权人以及公司本身之间的风险分配和权利配置。作为一种商业组织体,公司与法人不管是在行为方式还是规范逻辑方面都有着不小的差异,有必要在理论层面作出一定区分。过去的立法实践并没有重视这一点,以至于出现了公司法商事属性不足难以应对实践需求的现象。通过对公司与法人的理论区分,可以促使公司法的规范内容更加贴近商业实践,回归公司的鼓励营利、鼓励投资、鼓励创新、鼓励竞争与鼓励冒险等制度特征。

五 结 语

几千年来,人类在商业伦理与社会伦理的博弈中渐行渐进。商业的本质性特点一是竞争,二是创造。竞争导致冲突,创造导致变革。冲突造成伦理的丧失、贪婪本性泛滥、社会环境恶化;创新带来经济繁荣和生存条件的改善。商业的这种二重功能造成了制度认同上的对立性、根本性差异,造成了不同历史时期社会政治经济不同的制度走向。公司作为当代社会最主要的商业组织体,其创造与存在本身就是这种伦理博弈的产物。公司的走向直接影响着社会的走向。当下中国社会从重农抑商到全民经商、各业皆商,这是一种变化,但并非是完美的进步,它在创造社会经济繁荣的同时更可能在酝酿社会的风险。为了抑制这类风险,两百多年前的法国和一百多年前的德国,通过编纂民法典,在扫除封建势力、巩固资产阶级革命成果的同时,创造了新型社会伦理;与此同时,通过修订商法典和创制公司法,重塑商业伦理。近一百多年西方社会发展过程一定程度上表明,这种法律体制的构建,不仅有效促进了商业的创新与发展,更维护了社会的平稳转型。今天当我们试

[45] 参见朱慈蕴:《一人公司对传统公司法的冲击》,《中国法学》2002年第1期,第107页。

图以健全社会主义市场经济制度为目标编纂民法典^[46]的时候,是否真的充分认知了民法以及商法背后的法律定位和功能,作为一种高度风险化的组织体,公司法的内容不能、也不宜融入到民法的框架下,强行融入的后果只能是公司制度与法人制度的混同以及可能引发一定程度的伦理倒退,可能导致商业风险向社会风险蔓延。而这对于以人为本的民法来说亦是一次体系上的消解。

[本文为作者主持的 2018 年度国家社会科学基金重大招标项目“社会主义核心价值观融入社会主义市场经济法律制度研究”(18VHJ002)的研究成果。]

[**Abstract**] With the gradual integration of civil law and commercial law, the commercial law is drawing itself increasingly closer to civil law-which is a highly path-dependent inertial choice made by China. With the promulgation of the General Provisions of the Civil Law, which contain a large number of provisions of the company law, how the company law should be revised has become a very realistic issue. Many people propose that the overlapping provisions in the Company Law and the General Provisions of the Civil Law should be deleted from the Company Law and the relevant legal relations be adjusted by the civil law only. However, from the perspective of the evolution and development of the corporate system, companies, as risk-oriented profit-making organizations, have risks that are in conflict with the nature of the person in civil law and this seemingly cost-saving pan-civil reform may actually incur more social costs. Moreover, the company law thus reformed will face a series of problems, such as the conflict of ideas between different branches of law, the imbalance of the focus of norms, the disintegration of the necessary system and the shaking of the ethical foundation. Therefore, in the revision of the company law, China should stick to the basic position of risk solidification and risk prevention, and embody the future development trend of the company law on the basis of respecting its systematization and integrity.

(责任编辑:姚 佳)

[46] 参见全国人民代表大会常务委员会副委员长李建国 2017 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》, <http://www.npc.gov.cn/npc/c12435/201703/3963e7c79b8d4853873b747d9ed276a7.shtml>, 最近访问时间[2019-07-01]。