

论公司法改革中商法思维的引入和运用^{*}

薛 波

摘 要: 当前,在以法治思维和法治方式推动改革的背景下,商法思维得到理论和实务界的极大重视。我国于2013年12月28日完成的公司法改革,仅仅对公司资本缴纳制度进行了宽缓化处理,不具有结构性的突破。公司法再次修改的呼声渐隆。未来公司法改革,该如何引入和运用商法思维,目前尚缺乏深入系统的研究。以公司担保规范适用在理论和实践中存在的争点为视角切入,对商法思维的意义、内容体系及关键点等问题进行释疑和厘清,在此基础上就公司法改革中引入商法思维的能效及具体运用问题进行系统的阐释和论述,并对公司法改革引入和运用商法思维的留意点予以探讨,有重要价值。

关键词: 公司法改革 商法思维 公司章程

中图分类号: DF59 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330 (2017) 01-0071-15

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2017.01.007

经过对公司资本制度的大幅度修改之后,我国新《公司法》已于2014年3月1日正式颁布实施。^①尽管本次公司资本制度修改在内容上明显体现出由法定资本制向授权资本制转换的痕迹,但新《公司法》实行的仍然是法定资本制,^②与其配套的规范措施仍然构成公司法体系的支柱和核心。对此,有学者准确地评论到,本次公司资本制度修改仅仅是对资本缴纳制度进行的宽缓化处理,还远远没有达到“改革”的程度。时下,公司法进一步结构性改革的呼声渐隆,^③如何在未来公司法改革中,将商法思维引入和运用到公司法规范的修订和完善的过程中去,以彰显公司法自身价值目标和体系理性的基本要求,实具重大的理论及现实意义。^④笔者试图在廓清商法思维内涵及外延的

^{*} 本文荣获湖北省法学会商法学研究会2015年年会论文一等奖。在写作过程中,恰逢王泽鉴老师访学中南,在民商法思维的动态区分、商法思维的特殊性等问题上请教了王老师,在此谨表谢意。一如成例,文责自负。

【作者简介】薛波,深圳市罗湖区(委)政府办公室工作人员,法学博士。

- ① 本次公司法修改主要取消了普通公司法定资本最低限额的要求,同时将公司注册资本额和缴纳期限交由公司章程自由约定,相应的验资程序也被取消。
- ② 参见雷兴虎、薛波《公司资本制度改革:现实评价与未来走向》,载《甘肃社会科学》2015年第2期,第124页。
- ③ 王保树《公司法法律形态结构改革的走向》,载《中国法学》2012年第5期;王保树《公司法的全面改革不能着眼于堵漏洞、补窟窿》,载《环球法律评论》2014年第1期;王保树《公司法与证券法修改应联动进行》,载《清华金融评论》2014年第11期;刘俊海《建议〈公司法〉和〈证券法〉联动修改》,载《法学论坛》2013年第4期;周友苏、李红军《现代化视野下中国公司法改革前瞻——以公司形态调整为为主线》,载《社会科学》2012年第4期;张辉《中国公司法结构性改革之公司类型化思考》,载《社会科学》2012年第9期。
- ④ 2013年中国商法学会年会就法治国家建设中的商法思维与商事立法、商法解释、商事裁判之间的关系等问题曾展开过探讨。遗憾的是,之后对商法思维研究的成果寥寥。但学界的沉寂并不能抹杀商法思维的价值,诚如王保树教授所言“商法思维是商法的财富,商法研究应当珍惜并尊重。”经验主义和实用主义的商法应当型构自己的思维模式和方法,以此逐渐摆脱长期以来学界对商法理论底蕴缺乏和薄弱的诟病。

基础上,就商法思维引入公司法改革的功效及其运用、留意点等问题做一些理论上的探索。

一、公司法改革为何需要商法思维——一个前提性追问

作为社会经济生活中最重要的法律,公司法容纳了大量市场和政府职能据以发挥作用的制度措施,因此,公司法的历次修改,在某种程度上,总是嵌入在特定的社会、经济和政策背景之中,这似乎是公司法无法摆脱的宿命和路径依赖。然而,作为公司法学者,我们又不得不关注公司法自身的价值诉求和制度逻辑。公司法具有超脱于特定政治、社会、经济背景的超稳定结构,这是公司法作为理性法得以发展和完善的保障和源泉。作为融商事组织法和行为法于一体的公司法,其必定在价值目标、规范设计、司法裁判等不同环节隐形地遵循着商法特有的思维模式和方法,而这些恰是公司法价值目标、制度设计的起点和终点。

从学界研究的现状来看,部分学者依循法释义学的研究路径,就特定案例、原则和规则等中、微观问题做就事论事的分析,以彰显公司法不同于合同法、物权法等民事部门法的特殊思维方式。这种研究在规范适用层面具有一定的积极意义,但若从公司法自身理性的角度考量,未免浮游表面、难窥要领。一方面,公司法自身的价值诉求和体系理性需要商法思维的引入和运用;另一方面,学界对商法思维这一关涉到公司法部门法哲学属性的命题却缺乏深入、系统的研究,这种需求——供给两者之间的紧张关系导致了我国公司立法及司法中诸多疑题难以得到正当化解释,以下就以公司担保规范适用为例以释明。

公司担保规范适用可谓是我国公司法研究的“悬案”,学界在最基本问题上至今仍未取得共识。^⑤究竟该如何理解《公司法》第16条第1款的规范性质、效力范围、公司债权人审查义务的承担与否及标准等问题?依据笔者的观察和总结,目前学界至少存在七种观点:以崔建远、钱玉林为代表的学者认为,该条款仅仅是规范公司内部决议的程序性法律规范,立法所称的“公司为他人提供担保”指的是公司为他人提供担保这个“事项”而非指“公司为他人提供担保的行为”。^⑥如果股东(大)会或董事会担保决议违反章程规定,则属于《公司法》第22条规定的可撤销的决议,股东可据此申请法院撤销并依第113、150条追究董事的责任。^⑦股东(大)会或董事会越权担保所签订的担保合同应类推适用《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定处理,视第三人的主观状态而定,且第三人对章程不负有审查义务。^⑧而以赵旭东、高圣平为代表的学者认为,该条款的立法目的就是将公司对外担保的内部决策权限和程序对外公布,法律一经公布即具有公开宣示的效力,任何人不得以不知法律有规定、或宣称对法律有不同的理解而免受其拘束。其属于效力性的强制性规范,担保合同将因公司决议违反章程而无效。^⑨即使认定该条为管理性强制性

⑤ 最新研究成果参见高圣平《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期;曾大鹏《公司越权对外担保的效力研究——基于法律解释方法之检讨》,载《华东政法大学学报》2013年第5期;冉克平《论公司对外担保合同的效力——兼评〈公司法〉第149条第3款》,载《北方法学》2014年第2期;王文宇《论公司违法缔结担保合同之效力》,载刘俊海主编《中国资本市场法治评论》(第4卷),法律出版社2014年版;吴飞飞《公司担保合同行为的最佳行为范式何以形成》,载《法学论坛》2015年第1期;郭志京《中国公司对外担保规则特殊性研究》,载《当代法学》2014年第5期。同时,在2013年5月26日中国社会科学院组织的主题为“商法规范的理解与适用研讨会”上,有5篇论文分别就该问题展开探讨。参见陈洁主编《商法规范的解释与适用》,社会科学文献出版社2013年版。

⑥ 参见钱玉林《公司法第16条的规范意义》,载《法学研究》2011年第6期,第132页。

⑦ 参见钱玉林《寻找公司担保的裁判规范》,载《法学》2013年第3期,第136页。

⑧ 参见崔建远、刘玲玲《论公司对外担保的法律效力》,载《西南政法大学学报》2008年第4期,第80页。

⑨ 参见赵旭东《商法学》,高等教育出版社2007年版,第222页。值得注意的是,在2012年华东政法大学经济法律研究院举办的“商事担保法律制度的确立与完善研讨会”上,赵旭东教授旗帜鲜明地指出,在公司对外担保合同效力问题上,其属于“无效派”和“少数派”。但在具体分析《公司法》第16条第1款规范意义时,其又认为未经公司内部决议的担保行为属于超越管理权的越权行为,在法律上“效力待定”,前后观点矛盾。详细论述参见该研讨会现场发言实录赵旭东发言部分。参见赵旭东、宋晓明主编《公司法评论》(总第23辑),人民法院出版社2014年版,第220页。

法律规定, 违之亦不当然认定担保合同有效。^⑩ 同该种观点相类似的一种观点认为, 该条款有关公司对外投资或者担保限额的规定, 在法条中使用了“不得”字样, 属于强制性的规定, 对公司和担保权人均有约束力。^⑪ 但该观点依据对第 16 条第 1 款强制性规定之认识, 径直得出违反该条款规定的公司对外担保合同无效之结论。梁上上教授则从该条款的立法构造及立法目的出发, 指出它属于约束公司对外担保的内部意思形成机制, 违反该条款不直接导致公司担保合同无效。但是, 由于法律的明文规定, 使得该条款具有“溢出”效应。再结合《合同法》第 50 条, 公司担保合同的相对人应当对公司章程及其相关决议进行“从宽”的形式审查。^⑫ 罗培新教授通过对近年来公司担保案件的实证数据分析后指出, 《公司法》第 16 条第 1 款应当为赋权性与强制性结合的条款, 一旦公司担保的内部决策程序上升为立法规定, 即具有推定公知的对世效力, 担保权人必须承担合理的、审慎的审查义务, 否则应承担不利之后果。^⑬ 持第六种观点的学者没有纠缠于从《公司法》第 16 条第 1 款的规范性质为依托进而判断公司对外担保合同的效力, 主张担保合同的效力应依照民事法律行为的基本原理以及交易情境予以确定。也就是说, 越权担保合同性质属于效力待定合同。^⑭ 观点七来自于《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》之规定: “公司担保未履行《公司法》第 16 条规定的内部决议程序, 或者违反公司章程规定的, 应认定担保合同未生效, 由公司承担缔约过失责任。”^⑮

学理上的聚讼纷纭、混乱不一, 导致各地法院在公司对外担保合同效力案件纠纷的裁判时, 基于不同的法理逻辑和裁判思路, 做出的裁判结果各异。^⑯ 例如, 在“冯尚君诉林明龙等民间借贷纠纷案”中,^⑰ 法院认为, 五洲大酒店为林明龙提供担保未经公司董事会或者股东大会的决议, 违反了《公司法》第 16 条第 1 款之规定, 应当确认为无效。很显然, 该种裁判思路将第 16 条第 1 款理解为效力性的强制性法律规范。在“中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技有限公司等进出口代理合同纠纷案”中,^⑱ 北京市高级人民法院认为, 《公司法》第 16 条第 1 款并没有明确规定违反该条担保合同无效, 否则不利于维护合同的稳定和交易安全。在第三人为善意的情况下, 对违反第 16 条第 1 款所为的法律行为的效力应当予以认可。

上述学界和实务界对公司担保规范意义理解的乱象, 根源之一在于, 由于民商法学者基于不同的知识基础、思维方法, 导致在理解《公司法》第 16 条第 1 款的规范意义时, 出现了巨大的偏差。这种偏差客观又导源于《公司法》和《合同法》两法在保护的法益上存在着巨大牴牾, 担保合同当事人双方在本位法选择上的价值冲突。《合同法》重在保护交易相对人之合理信赖利益, 进而促进交易、保障交易的顺利完成; 而《公司法》重在公司资产之维持, 保障公司、股东、管理层、债权人、雇员等多元的利益诉求之实现。由于未能准确运用民商法思维模式和方法, 分析

⑩ 参见前引⑤高圣平文, 第 107 页。

⑪ 参见李金泽 《公司法有关公司对外担保规定的质疑》, 载《现代法学》2007 年第 1 期, 第 89 页。

⑫ 参见梁上上 《公司担保合同相对人的审查义务》, 载《法学》2013 年第 3 期, 第 23—26 页。

⑬ 参见罗培新 《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》, 载《中外法学》2012 年第 6 期, 第 1241 页。

⑭ 参见刘贵祥 《公司担保与合同效力》, 载《法律适用》2012 年第 7 期, 第 21 页。

⑮ 《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》(京高法发 2008 127 号) 第 6 条。

⑯ 根据罗培新教授对公司对外担保决议效力的裁判案件统计结果, 2007 年至 2010 年间, 共审理判决案件 18 起, 其中判决有效 12 起 (占总数 66.7%), 无效 6 起 (占总数 33.3%)。参见前引⑬, 第 1235 页。

⑰ 浙江省临海市中级人民法院 (2009) 临商初字第 205 号民事判决书。

⑱ 《最高人民法院公报》2011 年第 2 期。相同的判决意见还可以参见上海市第二中级人民法院 (2009) 沪二中民四 (商) 初字第 6 号民事判决书和北京市高级人民法院 (2009) 高民终字第 1730 号民事判决书。

《公司法》第16条第1款的立法价值导向,最终在规范解读时出现结果多元的解释困境。

公司担保规范仅仅是我国公司法规范适用中的典型著例之一,类似的问题还有很多。^①当前,无论是学界还是实务界,对商法思维的内涵、外延及内容体系等问题均存在一定程度的模糊认识,也未就民、商法思维之间的界限和关联问题做深入的研究。在此一逻辑前提下,更遑论从规范目的、体系功能视角,来准确运用商法思维解释商法规范,裁判商事案件纠纷了。而未来我国《公司法》的改革,首先需要面对和解决的恰恰就是诸如上述公司法规范适用中出现的司法难题。要达致这一目的,我国的公司法学研究,必须从宏观层面,就商法思维的内涵外延、体系内容、商法思维和民法思维之间的动态区分等问题有较为清晰的理解和认知,以促进未来公司立法的科学化。

二、商法思维的内涵、体系及关键点

根据《汉语大词典》和《辞海》的解释,思维系指客观存在反映在人的意识中经过主观活动而产生的结果。有学者据此认为,思维既是一种过程,也是一种结果。^②这是从动、静两种不同的角度对思维的认识。笔者认为,思维的重心应当是动态的思维过程,结果只不过是思维过程的最终目标指向,属当然之理,强调并无实益。所谓商法思维,系指商事法律人在商法知识结构的影响和支撑下,依据现行有效商事法律规范和法律逻辑、以价值取向的思考、合理论证解释适用商事法律的理性思维方法和过程。^③商法思维可划分为静态和动态两个向度,静态的商法思维多强调商法思维的知识结构,动态的商法思维要义在于思维方法和过程的运用。

商法思维知识结构主要包括形上和形下两个方面。

第一,商法思维知识结构的形上层,即“实质商法”。其是一个由商事习惯、商事观念、商事信念和信仰、商事目的和目标、商事价值、商事理念等诸多方面组成的“资源池和有机体”。有论者认为,所谓“实质商法”只不过是部分理论研究者纯粹的主观价值预判和思维假设,在实践中根本不具有可操作性和可行性。对此,笔者不敢苟同。“实质商法”所揭示的是商法事实、规范等各自存在和运行的“客观规律”和“道理”,是现实中的商事法律及其实践本身所包含并片段地呈现出来的客观属性以及这些属性之间的有机联系,商法学理论研究者任务之一就是将这些属性和联系通过不断的理解、总结、归纳、提炼而使之体系化和条理化。实质商法的内部体系是对商法的本质及其内在客观规律的科学认识,潜存在商法规则、原则等实在法体系之后,是商法得以独立化和部门法化的灵魂和精神皈依,也是商法学研究的根本动力所在。

第二,商法思维知识结构的形下层。它指的是商法的概念、各种规则和制度、原则以及依照商法自身的逻辑所形成的内在和谐统一的知识体系框架。商法的概念是认识商法规则和体系之“基石”。商法规范是商法知识结构的基本组成单元,其所特有的“权利—义务—责任”结构是商事思维和商法裁判据以进行的基本思维模型。商法原则是克服商法局限性的的重要工具,对各项商事

^① 例如,商事违约金和民事违约金的区别、流质契约的效力、合约和团体决议的区分等问题,也都是长期困扰商法学界的疑题。

^② 参见王保树《尊重商法的特殊思维》,载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2011年第3期,第28页。

^③ 从笔者目前掌握的资料来看,商法学界对商法思维重要性虽已有所认识,但有关该领域基本理论问题的探讨还尚未大规模展开,倒是法理学界就法律思维论述颇多。下文关于商法思维的定义及内容体系之论述便是笔者主要阅读以下文献材料后结合自己研习商法之心所得所做的提炼和思考。[德]德卡尔·恩吉施《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2013年版;王泽鉴《法律思维和民法实例》,中国政法大学出版社2001年版;郑成良《论法治理念与法律思维》,载《吉林大学社会科学学报》2000年第4期;姚建宗《法学研究及其思维方式的思想变革》,载《中国社会科学》2012年第1期;孙笑侠《法律人思维二元论——兼与苏力商榷》,载《中外法学》2013年第6期;陈金钊《法律思维及其对法治的意义》,载《法商研究》2003年第6期;陈金钊《对法治思维和法治方式的诠释》,载《国家检察官学院学报》2013年第3期;刘治斌《法律思维:一种职业主义的视角》,载《法律科学》2007年第5期;石旭斋《法律思维是法律人应有的基本品格》,载《政法论坛》2007年第7期。

法律制度和全部商法规范起统帅和凝聚作用。商法的知识体系框架是上述三个方面得以有机统一和内在逻辑科学化的关键和支撑。

商法思维的动态方面由思维方法和运行过程两大部分构成，二者相伴相生，契合于一体。

方法，是指在给定的条件之下，为实现特定目标而采取的途径、路径、手段、步骤、措施等。^② 可用以发现特定法律制度或法的体系内与具体问题或争议的解决有关的原则和规则的知识的总和，即思维方法。^③ 商法思维就是因思维方法的形式而存在的。^④ 商法思维过程中商法规范性质的意义的分析，商事裁判思考过程及裁判结论做出，均有赖于思维方法的具体运用。商法思维方法最重要、具体的表现就是商法解释技术和方法（如文义、体系和历史解释方法、漏洞填补、不确定条款的适用等方法）。商法思维围绕思维方法的运用而展开，商法思维方法以商法解释技术和方法为核心，商法解释技术和方法使得“预设的价值、规范在事实的运动场上跑起来，让他们在舞动中获得新生或延续生命”。^⑤ 可以说，没有商法解释技术和方法就没有商法思维。

法律思维是一种动态的流程模式，而非静态的结构模式。^⑥ 商法思维的运行过程，就是以掌握的商法知识结构为基础材料、运用商事法律思维方法论证和解决案件事实的思维经过。当系争商事案件出现时，选择“从事法律判断及形成终局案件事实之基础的法条”。^⑦ 然后将系争商事事实涵摄（归纳、吸纳）于法条的事实构成之下。然而，无论如何审慎从事法律，“其仍不能对所有—属于该法律规整范围，并且需要规整的一事件提供答案”。^⑧ 换言之，法律必然有“漏洞”，当法条的选择出现立法者由于“制定法律时疏忽未预见、未规定，或规定与否暧昧不明时，需要探求规范旨意”。^⑨ 旨意探寻过程中法律解释方法的运用，其本质也是价值判断的过程，此时，商法的基本原则和商法理念就会无形的具化在这一思维运行链条中。商法思维的动态运行使得思维方法这一抽象的工具之功能和效用得以最大程度的发挥。^⑩

在上述商法思维二元逻辑结构中，商法思维知识结构是思维过程及方法得以进行的“前见”和“材料”，决定着后者的广度和深度；商法思维的运行过程和方法则使得僵化的思维知识以及其构架起来的体系框架得以动态化，两方面相得益彰、不可或缺。（具体内容及构造见表 1 和表 2）

表 1：内容体系

商法思维	商法知识结构	商法思维方法	商法思维过程
静态（知识结构）	商法理念、观念、信念和信仰、目的和目标、价值等深层次的形上层面对；商法概念、原则、规则制度以及依照这些商法知识建构起来的体系框架等形下层面。		
动态（思维方法）	商法思维方法，包括法律关系的找寻、归责原则方法，商法解释、推理、论证、利益衡量等方法。其中，商法解释方法是思维方法的核心，具体又包括文义、体系、历史、目的、比较、法律漏洞的填补、不确定法律概念及一般条款的补充。 ^⑪		

^② 参见葛洪义《法律方法讲义》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 4 页。

^③ 参见 [美] 戴维·M. 沃克《牛津法律大词典》，李双元等译，法律出版社 2003 年版，第 761 页。

^④ 参见前引^②孙笑侠文，第 1109 页。

^⑤ 参见前引^② [德] 卡尔·恩吉施书，第 285 页。

^⑥ 参见王泽鉴《民法思维——请求权基础理论体系》，北京大学出版社 2009 年版，第 193 页。

^⑦ 参见 [德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2005 年版，第 121 页。

^⑧ 前引^⑦。

^⑨ 参见杨仁寿《法学方法论》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 36 页。

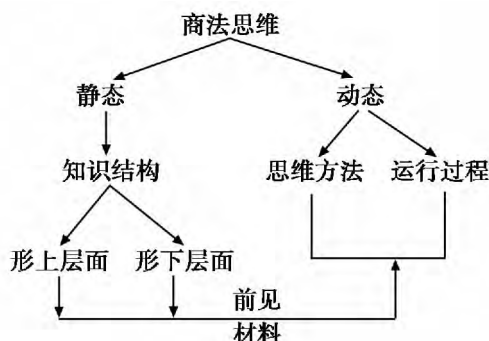
^⑩ 鉴于商法思维运行过程和方法是下文要探讨的重点，在此不做详细展开论述。

^⑪ 郑永流教授认为，我国学界存在着“泛法律解释”的倾向，法律解释的目的是结合事实确定法律规范的含义。法律规范的含义可以通过文义、体系和历史三种解释方法获得，因此，法律解释的范围仅仅限于这三种。很显然，这是从狭义上理解解释方法的，这种划分在理论法学研究中具有一定意义。在本文语境下，笔者倾向于广义理解，即将漏洞填补等造法活动也纳入解释方法中。郑永流《法律判断大小前提的构建及其方法》，载《法学研究》2006 年第 4 期，第 6 页。

续表 1

商法思维	商法知识结构	商法思维方法	商法思维过程
动态（运行过程）	商法思维的运行过程。即运用上述知识结构和思维方法，解决系争案件事实的经过。一般思维模型为：案件事实—法律规范—法律结论。		

表 2：关系构造



以上是对商法思维概念和内容体系的提炼和阐释。在商法思维的动、静二元体系结构中，商法思维的重心应当是思维过程的阐明和运用。其中，有以下几个核心要点决定着这一思维模式运用是否精确无误，在此需要进一步深化论述。

第一，商法理念是商法思维运行的核心精神。商法理念是关于商法的内在本质与客观规律的理性认识，是有关商法在调整商事生活实践中所应达到的终极方式、途径、目标的一种信仰、期待和追求。商法思维的运行过程就是在商法理念的目标指引之下，以其为精神皈依，运用商事法律规范解决系争案件事实的过程。笔者以为真正能体现商法独特性的理念主要包括以下四个方面：（1）营利为本。营利为本的理念体现了商法独特的价值取向，是商法区别于民法及其他部门法理念的核心标志。（2）商人自治。商法属于私法，无论是从私法发展的历史源流上考察，还是从商法的具体制度、规则进行思考和提炼，自治构成了商法理念的源头活水。在具体的商事活动中，只要不与强制性法律条款相悖，商人就可以依据自身的力量和需要，以约定的条款设定他的法律关系。^② 在个别的商事行为中，即便缺乏对特定事项的明示规定或事先合意，只要存在一般的商事交易惯例，仍应遵从承认。（3）效率优先。与传统民法有别，商法调整的场域、经济关系特点决定了在多维的价值目标追求中，效率被置于优先的位置。^③ 具言之，在商主体的成立上，商法通过特定的程序设计，如简化注册登记手续、降低准入门槛等，以保障商主体成立上的简便和迅捷；在商事交易过程中，商法采纳诸如契约定型化、权利证券化、程序简易化、交易电子化、短期诉讼时效等制度措施，促进社会财富最大化、保障效率优先目标之实现。（4）保障安全。逐利的驱动助长了商人的贪婪本性，商事风险随时潜伏在商事交易活动过程中，保障交易安全又成为营利和效率之外商法所追求的另一重要目标。为此，商法创设了强制主义、公示主义、外观信赖、加重责任等一系列措施，来分散交易风险，保障交易安全。

第二，外观信赖原则是商法思维运行的关键。商法的基本原则是商事主体从事商事活动的根本准则，是商事法律规范意义阐明时商法价值指引的具体化，是商事司法裁判过程中重要的裁判依据。商法思维中无处不渗透着商法基本原则的印记。关于商法的基本原则，法学界目前仍是众说纷

^② 参见 [德] 拉德布鲁赫《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 2003 年版，第 75 页。

^③ 按照法律经济学的解释，商法调整的是被抽象为一个理性的经济人在市场运作中发生的经济关系，盈利是各个微观主体的趋同性目标，尊重情感、伦理等在其他法律场域（如民法）中可能要被考虑的多维目标，在商法中则无需顾及。因此，将效率作为商法独特的理念甚为恰当、妥贴。

纭、莫衷一是。^{③④} 笔者以为,真正能体现商法特点、构成商法部门化和独立化的原则应当是外观信赖原则。外观信赖不仅体现了商法作为私法区别于同作为私法的民法在价值取向上的差异,也是商事特别法中不同的制度、规范得以统一的指导性原则。另外,外观信赖规则还是商事裁判思维的核心法则,其体现了司法裁判中法官利益平衡的偏向点,决定着商事裁判的选择和方向。

第三,商法规范性质的识别是商法思维运行的基础。我国学界通常将商事法律规范概括的划分为两大类,即商事主体规范和行为规范。^{③⑤} 主体规范注重规制商事主体的内部构造,塑造标准的商事活动的参与者,行为规范侧重对通过商事交易行为外部形式要件的规定,为商事活动的运行确立公认的格式。^{③⑥} 正如有学者指出“从历史的角度看,商法的行为规范主要规制企业活动中特定人的相互行为,本应尊重当事人的意思,以自由和迅速为依归,故大多采用任意性的规定。而商事主体规范的健全与否,间接、直接影响第三人利益及社会安全,应以严格和确实为必要,故多采强行性规定。”^{③⑦} 商法规范的任意性和强制性识别是商法思维在立法和司法中运用的关键。在商事立法过程中,立法者首先根据待设规范所调整的法律关系和调整对象,然后在此基础上确定规范的任意性或强制性。但无论哪种规范都是支撑司法自治的。即使是强制性规范,它并不管制人民的私法行为,而毋宁是提供一套自治的游戏规则,仍不涤除私法自治的理念。^{③⑧} 其最终目的乃是通过减省市场上交易参与者的“信息搜寻成本”或是“确保当事人的权益”,以符合经济效益与公平正义的目标。^{③⑨}

三、商法思维在公司法改革中的功效及具体运用

在以上行文中,笔者从法律思维视角,运用大量笔墨对商法思维进行了理论描述,但这非本文的核心目的,重要的是该如何在具体的商事部门法中贯彻和运用商法思维。就本文而言:如何在未来公司修法过程中,合理地撷取商法思维知识、运用商法思维方法,通过动态的商事思维过程,制定出理性的、合乎实践需求的商事法律规范。依此,笔者认为,商法思维的功效及具体运用应从以下诸方面阐释。

(一) 重塑公司法的哲学根基

《公司法》修订秉承怎样的哲学理念,最终决定着公司法的精神气质。我国 1993 年《公司法》制定之初就肩负着推动国有企业转型、维护社会稳定的政治任务。公司法所潜存的该种目标使得具体条文的设置充斥着浓厚的强制色彩。翻诸整部公司法条文,“不得”、“应当”、“必须”等命令性语句随处可见。(其中,“不得”出现 61 次,“应当”出现 136 次,“必须”出现 28 次。)管制主义的哲学立场昭然若揭,公司法作为私法、自治法的属性难以彰显。经过 10 多年的公司理论研究及实践发展,2005 年《公司法》修订,自由主义的哲学理念开始渗透在修法始终,从公司的设立、运营到清算、解散,立法均赋予了股东和公司一定程度的自治权。例如,在公司资本制度领域,对资本形成制度进行了有限度的松绑,放宽了有限责任公司和发起设立的股份公司出资方式 and 缴纳期限的限制,降低了法定资本的最低限额,放松了对股份发行、公司转投资、股权收回和股份

^{③④} 参见邹海林、张辉《商法基础理论研究的新发展》,中国社会科学出版社 2013 年版,第 65 页。

^{③⑤} 参见王保树《中国商事法》,人民法院出版社 1996 年版,第 36—46 页。

^{③⑥} 参见张楚《论我国商法规范的二元结构及其价值缺陷》,载《中国法学》1999 年第 2 期。

^{③⑦} 参见赖源河《学习商法与经济法需要宏观的企划能力》,载赖源河《赖源河教授六秩华诞祝寿论文集编:财经法专论》,西南图书出版社 1997 年版,第 4 页。

^{③⑧} 参见苏永钦《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 17—20 页。

^{③⑨} 参见王文宇《进出公司法——几点跨视域的观察》,载王文杰主编《月旦民商法研究》(第 9 卷),清华大学出版社 2005 年版,第 8 页。

回购等内容或程序上的限制等。但是,由于当时公司法修改时间仓促,又难免带有“阶段性、中度修改”的痕迹。“我们既不能以自由主义来刻画这部法典的气质,也不能用实用主义来描绘它的基本立场,公司法的精神气质仍然笼罩在烟雾之中。”^{④①}这一评述可谓精辟形象。2013年公司资本制度修改肇始于2012年深圳工商局发起的公司登记制度改革。尔后,在2013年3月国家工商总局制定的《关于加快广东转型升级、建设幸福广东的意见》中,明确将深圳和珠海作为统一商事登记改革的试点。^{④②}2013年10月25日,李克强总理主持召开国务院常务会议,部署全面推进公司注册资本登记制度改革,将放宽市场准入、创新政府监管方式、建立高效透明公正的现代企业登记制度,作为政府职能转变的基本要求。在这一系列社会政策的强力推动之下,2013年12月28日,第十二届全国人大常委会第六次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》。

通观历次公司法修订,基本都是在经济发展受阻,为拉动内需而由行政权力驱动下的被动式改革。这种为迎合社会政策需求而忽视公司法自身价值诉求和体系理性的修法思维,忽视了公司法制度生长的逻辑与环境约束,造成了公司法规范背后法理思想的缺失和迷离,成为我国公司法现代化进程中挥之不去的阴霾。笔者认为,如果能在我国商法学研究中,深入挖掘商法思维含义、内容、特质,形成共识,并且,在公司法规范适用中,自觉地将商法思维贯穿到公司法文本的理解、解释中去,通过微观商法注释学的研究和推进,逐步形成公司法形而上的理念基础,这种经过长期的学理研究、实践运用的公司法规范适用中特定的思维模型,将会自觉地内化到修订的公司法规范体系。

(二) 强化公司法的体系理性

任何法律规范都不是孤立存在的,都是整个法律体系的一部分,^{④③}法学最重要的任务之一,就是要指出此规范和彼规范之间的意义关联。^{④④}《公司法》作为理性法,其在规范设计上也应当遵循法律体系的基本规律。也即所有的公司法律概念、制度和规范,都应当依据公司法自身的逻辑形成内在价值一致、外在形式结构化的自治系统。由于我国历次公司法修订都是在行政权力强力介入下的被动性改革,改革者很难领会到,庞杂的公司法规范群体之间的脉络关联,亦难从“体系理性”的高度对公司法规范内容进行通盘的把握。这些我国公司法制定或修改中长期存在的疑题,成为阻碍我国公司法立法“体系化”和“科学化”^{④⑤}的因素之一。

例如,在我国公司资本制度立法过程中,由于长期奉行管制主义的哲学立场,资本制度在保障债权人利益方面被置于突出地位。然而,理论研究和实践一再表明,建立在法定资本制基础上的资本三原则在保障债权人利益方面效用甚微。通过2005年、2013年两次公司资本缴纳制度的渐进式改革,我国公司债权人保护的信用基础已经开始从资本向资产转型。^{④⑥}新资本制度下,资本三原则尤其是资本维持原则在我国目前公司法制度体系中,有无存在的必要,颇值怀疑。^{④⑦}在资本缴纳制度改为完全认缴后,资本维持下的规范体系,在理念选择、规范设计上存在着巨大的龃龉和矛盾,在此以减资规范为例进一步阐明:依照公司的净资产从公司流出与否,减资可以区分为形式减资和实质性减资。前者仅仅是减少公司的资本总额,公司的净资产并没有向外流出;后者减少的是公司

^{④①} 参见蒋大兴《没有精神气质的公司法——法典构造的乌托邦》,载王文杰主编《月旦民商法研究》(第10卷),清华大学出版社2006年版,第77页。

^{④②} 随后,2013年5月,两地分别先后出台了《珠海经济特区横琴新区商事登记管理办法》和《深圳经济特区商事登记若干管理规定》。2013年11月,国家工商总局批复同意广东商事登记改革试点范围扩大到深圳、珠海、东莞和佛山四地。

^{④③} 参见[德]伯恩·魏德士《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第141页。

^{④④} 前引^{④③},第144页。

^{④⑤} 参见孙宪忠《我国民法立法的体系化和科学化问题》,载《清华法学》2012年第6期,第46页。

^{④⑥} 参见薛波《论资本制度改革后公司债权人利益保护机制之完善》,载《时代法学》2015年第2期,第79页。

^{④⑦} 参见邹海林《我国司法实务应对公司注册资本制度改革的理性选择》,载《法律适用》2014年第5期,第17页。

的实缴资本,即将股东的出资返还给股东以减少公司的责任财产,因此,对债权人利益影响较大。我国减资的程序规范主要集中在《公司法》第177条,该条是在借鉴传统大陆法系法定资本制下严格的债权人保障模式基础之上演化而来,具体可分解为如下五层意思:其一,立法允许公司根据实际经营需要减资;其二,减资的对象是注册资本;其三,减资时必须编制资产负债表和财产清单;其四,减资必须遵守法定的披露程序,在规定的期间内告知公司的债权人;其五,债权人在接到通知的合理期限内,有权要求公司提供担保。笔者认为,认缴资本制下我国减资规范需要重新反思检讨。

第一,该条试图通过严格的减资程序来限制公司责任财产的减少,并通过赋予债权人的担保权以维护债权人利益,以期达到公司和债权人利益保护上的平衡,其制度设计的实际效果有待考量。

第二,该条明确规定减资的对象是公司的注册资本,可是在认缴资本制下,公司债权人保护的信用基础从资本走向资产,公司的注册资本仅具有形式意义,净资产率和净资产的数额才是债权人关注的重点。因此减少注册资本实质上并不必然危及债权人利益。

第三,赋予债权人就其未到期债权有权要求公司向其提供担保的权利,其立意至善,可立法就设定担保限额、标准却未具明文,实务操作中难以准确把握担保的合理限额。

第四,简洁、但不实用的立法将会使其在司法裁判过程中难以为法官所用,影响条文功能的发挥。仅仅规定减资的程序要求,没有对减资做形式减资和实质减资的区分,也没有就公司股东大会决议减资存在程序瑕疵时,赋予债权人诸如减资停止请求权和减资无效诉权之类的救济措施;同时,减资属于公司重大事项的变革,其必然引发公司内部股东之间的利益冲突,需要从立法层面对中小股东和优先股股东之利益提供合理保护,然而,翻诸整部公司法及相关司法解释,却找不到与之相配套的制度设计。

第五,减资属于常态的商业活动,在英美法系属于董事的商业判断。我国效仿大陆法系国家立法例,将减资的权限配置给股东(大)会特别决议。如果将减资定位为董事的商业判断,那么规制董事的行为而非静态的“资产负债表和财产清单”才是上策之选。其实,根据《公司法》第177条第1款前半句之表述,是否减资完全在于公司的“实际需要”,但在减资的决议程序安排上,第44、104条却规定减资必须经2/3表决权股东或所持表决权2/3以上出席会议的股东决议通过,减资决议规范和程序规范之间明显存在体系上的矛盾和不协调。

另外,我国公司法还存在大量明显的制度缺失和疏漏。如股东(董事会)决议不成立、^{④⑦}类别股制度、董事免责规则、董事对第三人责任制度、商业判断规则和公司集团等,这些在国外已较为成熟的制度,在我国公司法中还尚付阙如。

要化解我国公司法中潜存的这些体系性矛盾和制度缺失,笔者认为,未来的公司法进一步改革应着眼于以下几点:其一,应当将静态的商法思维的内容具化,贯彻到公司法条文修改的动态思维过程中来。借此强化修法者制度设计中的观念指导和约束。其二,在商法思维内容的引入和运用时,尤其应当重视和信守前述商法的四大基本理念。其三,以商法理念指导公司法具体条文的设计时,要充分重视公司法规范之间的意义脉络和体系关联,即依据“法条设计的理路”展开条文设计,^{④⑧}防止立法的“碎片化”倾向。最终使资本形成制度、资本维持原则及子规范系统之间在理念选择和制度设计上趋于统一。第四,具体就减资规范而言,《公司法》第44、104条将减资的决议

^{④⑦} 2009年10月最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的(四)(征求意见稿)》第4条明确了决议不存在的处理规则。值得检讨的是,该条规定股东或者董事签名系伪造或者其他伪造会议或会议决议时,将该情形下(决议不成立)的会议决议效力又划归到无效中去,从而混淆了决议不成立、无效和可撤销之间的法律后果。

^{④⑧} 前引^{④⑦},第73页。

权配置给股东（大）会，加大了减资的程序成本，在资本缴纳制度改为完全认缴下，注册资本保障债权人的功能日渐式微。未来公司法改革应当修改这两条的规定，直接将减资决议权配置给董事会，以消除这两条和第177条之间的体系性矛盾。

（三）突出公司法的部门法特性

将商法思维引入和运用到公司法改革中来，将有助于突出公司法的部门法特性，笔者主要从商人自治和外观信赖原则两方面详加阐释。

第一，商人自治的商法理念在公司立法中的运用，突出表现在以下两方面。一方面，应进一步强化公司章程自治。在资本缴纳数额、缴纳期限、股票发行类型、公司担保决议程序、利润分配等事项上，凡是不关涉外部第三人，皆属公司章程调整的自治事项，章程可排除公司法优先适用。另外，在诸如董事长职权、董事任期等公司法未具明文、或虽有规定但立法用语模糊的情况下，应当授权公司章程做出规定。另一方面，要尊重“资本多数决”基础上的公司自治。公司法作为团体法，在公司诸多事项的表决上，应遵循“资本多数决”的团体法思维模式，以最终形成公司自己的意思。我国既往司法实践中，一再出现下述情况：将公司章程等同于股东及利益相关者之间签订的合同束，因此，对初始章程修改，必须经过股东会决议中全体股东的一致同意方为有效，否则仅对赞成股东有效，对异议股东不发生效力。^④这种以保护少数异议股东利益为目的的裁判逻辑，貌似合理、实属不当。其根源就在于忽视了公司法作为团体法的本质属性，其没有意识到公司特有的意思形成和效力发挥机制，导致在规范适用中，僵化地将合同法的思维模型套用在公司决议事项上。

第二，外观信赖原则在公司法规范设计中的适用及限制。如前文所述，外观信赖真正体现了商法的特点，构成了商法部门化和独立化的逻辑起点，外观信赖是商事立法应普遍贯彻的独特原理。在公司法所调整的法律关系类型当中，有相当部分关涉公司外部第三人（主要指债权人）之间的利益纠纷。笔者认为，应当从保障商事交易效率和安全理念角度，考虑公司对外关系的整体性，适用外观信赖原则指导公司法的规范设计。例如，在股东资格确认、表见代理、股权善意取得、公司对外担保合同效力评价等规范设置时。鉴于商事实践中商事主体及其交易外观不一致的事实存在，商事主体的内心真意及事实真相往往并不是规范设计的重心所在；相反，外观事实的客观存在、相对人的合理信赖以及本人的与因行为才是立法需要考量的核心要素。如我国《〈公司法〉司法解释三》第25条对于名义股东处分股权引发的投资权益纠纷处理，均参照《物权法》第106条善意取得规则处理。立法如此规定其目的在于为已办理工商登记的受让股东，提供信赖保护。

然而，按照《物权法》第106条第1款，适用物权善意取得的逻辑前提是无权处分，而名义股东处分股权则属于有权处分，^⑤有权处分如何适用善意取得？其实，基于物权变动和股权变动不同的逻辑结构，物权变动仅需通过不动产登记或动产交付即可完成，而有限责任公司股权变动则需要经过股东1/2以上同意、变更股东名册和工商变更登记等程序。因此，后受让人能否取得股权，取决于公司的承认与否。笔者认为，将《〈公司法〉司法解释三》第25条称之为“股权善意取得”极为不妥，《公司法》第26条和第28条本质上赋予的是公司的“反悔权”。未来公司法进一步修订，在合理引入和运用外观信赖原则指导公司法条文的修订时，应当对第25条进行修改，实行彻底的“名义主义”，明确承认名义股东处分股权属于有权处分。

商人自治和外观信赖原则作为上述一系列具体法律制度的规范基础，有助于突出公司法作为商事部门法的特殊性，但究竟该如何把握外观信赖原则的适用范围及适用限度，目前仍然需要进一步

^④ 江苏省常州市天宁区人民法院（2005）天民二初字第497号民事判决书。

^⑤ 参见郭富青《论股权善意取得的依据与法律适用》，载《甘肃政法学院学报》2013年第7期，第12页。

研究。

(四) 限制非商法思维的入侵

从我国公司法的历史演进脉络和发展状况来看,公司法修订长期面临两种非商法思维的入侵和威胁。

第一,政策性思维的强力介入。长期以来,我国主要依靠政策治理国家。^{⑤1}同国外公司立法强调立法的“科学性”和“技术性”不同,我国公司法从制定之初,就背负着国企改革使命,后两次修法也和特定的社会政策密切相关。以刚刚完成的 2013 年公司资本制度改革为例,整个修法过程未进行任何的立法论证和实践调查,完全是在行政权力主导下的被动修改。公司资本制度改革的首要目的是服务于鼓励创业、刺激经济增长的政策目标,至于修法采用何种思维、理念则被置于次要的位置。未来我国公司法资本制度改革,如何祛除政策性影响下的“被法”之弊病?如何将特定的社会政策转换成立法政策,又将立法政策渗透到公司法理念选择、规范的制定、解释和适用过程中去,^{⑤2}从而实现社会政策—立法政策—法律规范之间的链式衔接和机制协调?笔者认为,引入和运用商法思维,具有方法论上深刻的启迪作用。通过商法思维的过滤、吸收和提炼,将社会政策转换为立法政策,再依据立法政策制定出合乎公司法理性要求的规范制度,是防止政策性修法思维武断、强力介入公司法制度改革的最有效、合理的方式之一。

第二,公法思维的强调,私法属性的忽视。公司法本质是私法,但同时又是一个渗透着公法因素的法域,适当的公法性规范在公司法中是应当和必要的。公司作为以营利为最主要目的的市场主体,追逐利润是其本性。但逐利性无节制的膨胀,又可能损害第三人或社会公共利益。^{⑤3}因此,公司法中强制性地嵌入了一定数量的公法性规范,其意在对公司的营利活动进行规制,以防范交易风险,保障交易安全。例如,我国 1993 年《公司法》第 4 条规定“公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产收益、重大决策和选择管理者的权利。”该规定表明,公司的股东(出资人)可依所有者的身份,对其出资享有收益并对公司具有绝对的控制力,公司只不过是股东个人的投资工具。究其根源,1993 年公司立法的主要目的是服务于国企改革的政治需求,立法者未能充分考虑公司法的私法属性。在出资人出资后的财产权归属问题上,坚持认为出资人对出资的财产享有完全的、绝对意义上的所有权,完全忽视了公司作为“法律上的人”的私法人地位。由于不能实行“股权”和“公司法人财产权”之间的严格分离,最终公司资本制度难以发挥应有的功能,完善的公司治理机制同样也难以建立。笔者认为,公司作为市场上的理性经济人,具有独立支配和表达自己意思的特殊机制,也是自己利益的最佳判断者。未来我国公司法改革,在引入和运用商法思维时,应进一步突出商人自治的价值和意义,保障公司独立的财产和营业自由,才能充分激发其创造性和活力,实现社会总体财富增长的目标。

(五) 完善公司法的规范配置

公司法规范配置是长期以来困扰公司法理论和实践的难点问题。公司法的规范配置,核心要讨论的是公司法的规范类型和不同类型公司法规范之间的相互关系。公司立法借助于不同规范类型、比例配置,以实现不同法律主体之间的利益保护的重心和先后位序安排。从本质上讲这是一个价值判断的过程。公司法的规范配置是否合理、科学,对公司法的解释和适用也具有重要的意义。以商法思维来指导公司法的修订和完善,在公司法的规范配置上,需要从以下诸方面予以

^{⑤1} 参见蔡定剑、刘丹 《从政策社会到法治社会——兼论政策对法制建设的消极影响》,载《中外法学》1999 年第 2 期,第 7 页。

^{⑤2} 陈甦教授以司法解释为例认为,司法解释既然要以法律文本为依据来阐释其立法本意,那么就必须严守法律文本所贯彻的立法政策。陈甦 《司法解释的建构理念分析》,载《法学研究》2012 年第 2 期,第 9—14 页。

^{⑤3} 马克思曾言“资本家有 100% 的利润就会铤而走险,有 200% 的利润就会藐视法律,有 300% 的利润就会践踏世间一切。”

完善。

第一, 公司法规范类型与比例分配。^{⑤4} 公司法规范, 按照其调整方法和强度的差异, 传统法学理论一般分为任意性规范和强制性法律规范。凡可以当事人意思变通适用的规范, 为任意性规范; 凡不能以当事人的意思变通的规范为强制性法律规范。^{⑤5} 两者在公司法规范体系中所占的比例, 直观反映出公司法的部门法属性。未来我国公司法改革, 在运用商法思维指导规范条文的设计时, 就拟设条文的规范性质, 是采用任意性规范还是强制性规范抑或两者兼而有之, 必须首先予以明确, 以最终在两者之间寻求一个最佳的比例组合。

第二, 强制性规范和任意性规范的适用领域。我国过去公司立法, 基本上将有限责任公司规则的强制性等同于股份有限公司, 带来了法律资源的浪费。^{⑤6} 在公司法规范设计中, 因所涉公司类型和事项性质有别, 自治和强制的程度多有不同。例如, 按照调整公司类型的不同, 有限责任公司和发起设立的股份有限公司, 由于其封闭性、人合性的特质, 因此, 在公司内部权限划分、利润分配和对外担保等事项上, 宜充分尊重股东协议、公司章程的自治性安排; 募集设立的股份有限公司, 因其公开性和股票市场的流动性, 在董事、控股股东和公司实际控制人的权限和义务设置时, 应以强制性规范为主。但是, 这种类型化的方法显得过于宏观抽象, 个案中法官难以操作。有学者提出, 公司法的规范都是具体的, 不同场景下的强行法规则表现不同, 很难建立一种统一化的、一劳永逸的类型化标准, 应当依据个案事实进行价值判断。^{⑤7} 对此, 笔者认为, 在我国未来公司法规范配置中, 类型化的方法在规范配置中仍具有基础性的功能, 在某些“灰色地带”无法划清时, 应当分析调整事项的性质、所涉法律关系的类型、所保护的法益等综合因素, 在此基础上确定待设的规范应为强制还是任意。

第三, 任意性规范和公司章程的关系问题。一般而言, 公司创制章程条款不得和强制性规范相抵触, 违之则该条款无效, 学界多无异议。未来公司法改革应重视的是, 该如何进一步厘定公司章程同任意性条款之间的关系。依据笔者总结, 章程和公司法任意性规定存在以下四种基本关系: (1) 限制适用关系。即公司法允许章程在特定的幅度和范围之内, 就特定事项做出安排。例如, 《公司法》第45条第1款规定“董事任期由公司章程规定, 每届不得超过3年。”该款前半句授权章程自主设定董事的任期期限, 后半句则对每届董事的任职期限加以限制, 属于典型的限制适用关系。(2) 补充适用关系。这是指公司法对有关事项做了规定, 但规定的不够详尽, 允许公司章程根据自身情况, 做出补充性规定。《公司法》第43条第1款规定“股东会的议事方式和表决程序, 除本法有规定的外, 由公司章程规定。”股东会决议, 分为普通决议和特别决议, 对涉及修改章程、减少注册资本、公司合并、分立等重大特别事项, 公司法明文规定必须经代表2/3以上表决权的股东同意, 这属于强制性法律规定(《公司法》第44条), 但章程可在此之外, 就股东会的议事方式和表决程序做出补充性规定(类似规定还有《公司法》46条第2款等)。(3) 排除适用关系。该种关系是公司法尊重公司章程自治最突出的表现, 尽管公司法对特定事项做出了明文规定, 但公司章程可完全排除该规定的适用。《公司法》第71条第1至3款规定了有限责任公司股份转让

^{⑤4} 公司法的规范类型和比例分配问题, 王保树、罗培新、汤欣等学者曾对此进行过较为深入的研究。但考虑到该问题在我国公司立法史上长期存在, 未来公司法改革也实具重大理论和实践价值, 本文在此做简要提示。

^{⑤5} 不过, 有学者通过对民法规范类型的研究认为, 该种分类方法不恰当地缩小了规范的类型。在强制性和任意性规范之间, 还存在着许多“中间地带”, 这种中间地带包括倡导性规范、授权第三人的规范和半强制性规范。参见王轶《论物权法的规范配置》, 载《中国法学》2007年第6期, 第114、116页。

^{⑤6} 参见汤欣《论公司法与合同自由》, 载梁慧星《民商法论丛》(第16卷), 金桥文化出版(香港)有限公司2000年版, 第317页。

^{⑤7} 参见蒋大兴《公司法的展开与评判》, 法律出版社2001年版, 第337页。

的程序及优先购买权,第4款允许“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”。这等于是说,公司章程可以排除上述第71条第1至3款的限定,可以是部分排除,也可以是全部排除,完全交由章程自己决定(类似规定还有《公司法》第34、42、75条等)。(4)任意适用关系。这是指在公司法没有明确禁止的事项范围内,完全授权股东(发起人)可以自主设定公司章程的条款。如《公司法》第50条第2款执行董事的职权由公司章程规定即属之。

研究各类任意性规范对确定公司章程创制条款的自由空间非常重要。在我国过去公司法实践中,大多数公司章程都是按照国家工商局制定的章程范本补充有关事项临摹而成,很多投资者自主经营公司的意思难以实现。2013年资本缴纳制度改革之后,公司资本事项完全交由公司章程自治,法律对资本缴纳的方式、期限、数额等不再强加管制和约束。在公司章程的自治功能空前强化的背景之下,章程个性化的创制规范空间也得到极大拓展,但通观整部《公司法》,在处理任意性规范和章程关系方面规定得相当简略,仅以少量“但书”条文的形式为公司章程创制条款“开了一个小小的口子”。在语句上也极为粗疏,往往采用“章程对×××事项另有规定的,从其规定”的概括授权立法模式。在当前公司法解释学欠发达的现状下,法官在适用该类规范裁判案件时,往往不明其意,极有可能在解释适用过程中陷入“有法不能用”、“有法不好用”的困局之中。笔者认为,当务之急,应当以公司资本缴纳制度改革为契机,理论及实务界需要进一步协力研究公司任意性规范同公司章程的关系、任意性规范的拘束力、效力评价等问题,以便在未来公司法改革审慎、细致厘定公司章程创制条款的空间和范围,强化公司章程作为公司法裁判法源的地位和功能。

四、公司法改革引入和运用商法思维的留意点

未来在引入和运用商法思维指导公司法的修、删、补的过程中,还需要对以下诸方面特别关注。

(一) 民、商法思维的动态区分

民法的核心理念是私法自治,“私法自治经由法律行为(尤其是合同)而践行,法律行为乃实践私法自治的主要机制”,^{⑤⑥}民事主体为一定法律行为,要么发生法律关系的变动,要么发生权利的得丧变更。法律关系是动态理解民法思维的钥匙。民事法律关系一般是民事主体之间自主设定的权利义务关系,往往具有相对性,不关涉第三人。^{⑤⑦}权利主体—权利义务—义务主体是民法思维的一般模型。其中,权利主体是民事法律关系的发动者和实施者,制度设计的重心围绕权利主体而展开。具化到民法规范的设计上,将利益衡量的重心偏向权利主体,以保护原权利人的利益为优先目标。例如,物权的追及效力、物权返还请求权、人格权保护请求权等规范,均是这一民法思维模型的典型表现。商法本质上为私法,但商法又是一个渗透着公法因素的私法领域。在商事关系的分析和评判中,传统商法理论认为,民商事关系并无本质区别,可以依据民法意思自治的理念平衡商主体之间的利益关系。然而,随着商法研究的深入和商事实践的发展,这种观念难以适应商事关系的现实需要。商事关系甚为复杂多变,其不仅仅牵涉商事主体双方的利益关系,也往往涉及第三人。“保护第三人,实际上就是以客观公正的标准,保护正常的经济秩序”。^{⑥⑧}在商事权利主体—权利义务—义务主体的基本思维模型上,第三人权利和利益的保护往往在商法的规范设计中居于中心地位。商法为了追求其效率、便捷的理念要求,怠慢了商事主体内心的效果意思,而采用客观化

^{⑤⑥} 参见王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第200页。

^{⑤⑦} 需要说明的是,一般民法学界在论述物权的特征时,均指出支配性、绝对性是物权所独有的特征。这是从抽象意义上来认识物权的特征的。笔者以上的视角是从法律思维的动态运行过程进行区分的。

^{⑥⑧} 参见孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2009年版,第172页。

的、可识别的外部标示方式,来确保商事交易的进行。例如商事登记制度、票据背书、签字和签章等均是上述原理的重要体现。笔者认为,未来公司法改革在引入和运用商法思维指导具体条文的修订过程中,应当从动态思维运行的角度,留意民、商法思维模型之间的动态区分及牵连。准确把握公司内外部法律关系主体之间的利益平衡点。

(二) 公司法律关系的复杂性

所有的法律规范均调整一定范围内法律主体之间发生的法律关系。因此,在运用商法思维指导公司法具体制度的修订时,还应对公司法所调整的法律关系有清晰的认识。以上述公司担保规范为例,由于《公司法》第16条第1款仅仅规定了公司对外担保的内部决策程序,对违反该条产生的法律效果这一要件未置可否。法律语句的意义模糊反映出立法者对该条款所调整的法律关系认识不清。《公司法》第16条第1款仅仅调整公司担保的内部决议程序,抑或包括公司外部担保的合同效力。这实际涉及以下两层法律关系:其一,公司内部法律关系,公司法定代表人、董事、股东会和董事会之间法律关系;其二,公司外部法律关系,公司、法定代表人、董事等公司利益相关者和债权人之间的法律关系。如果第16条第1款仅仅调整公司内部法律关系—公司担保决议程序,那么就不宜将该条款理解为效力性的强制性法律规范,违反该条担保合同无效;反言之,如果第16条第1款调整的是内外部双重法律关系,那么在规范设计中,应当在该条中就违法决议程序的对外担保的法律效果要件做出明文规定。然而,理性的分析结果表明,现行《公司法》第16条第1款从法条的逻辑结构、调整法律关系类型等角度分析,只宜将其定位为调整公司内部担保决议的程序性规定。公司内部决议和担保合同两者之间区分明显。在效力范围上,决议旨在形成法人单方的意思表示,不调整法人和第三人之间的关系,要调整这种关系,必须以法人的名义同第三人签订合同。^①因此,公司内部担保决议违反公司法或章程之规定,与公司担保合同之间无牵连效应。^②公司对外担保的合同效力问题应当类推适用《合同法》第50条表见代理规则处理,也即除非债权人明知公司提供担保违反了公司法或章程的规定,否则《公司法》第16条第1款原则上对债权人不具有约束力。见微知著,未来我国公司法规范设计或修改,应当对特定规范规整的对象及法律关系有准确的认识,如此,制定出的规范条文才可能涵摄特定的法律事实,做出准确的法律评价。

(三) 公司法规范的逻辑结构

公司法作为融行为规范与裁判规范于一体的部门法,一方面为公司的组织和运营提供了基本的行为准则,另一方面也为公司纠纷解决提供了所需的裁判规范。可以说,作为裁判法源的公司法规范才是其本质的特性所在。将商法思维引入公司法改革过程中来,就是要在公司法规范设计过程中,充分考虑商法思维运行过程的特点,使公司法规范设计能够有效地适用案件事实—法律规范—法律结论这一商事思维过程。应当说,我国公司法规范在该点上重视得极为不够。

仍以上文提及的公司担保规范为例。从逻辑结构上分析,法律规范是基于所预先估计的利益冲突并且试图为此类利益冲突做出一个具有约束力的评判抉择。而这种评判抉择又是通过法规范所设定的法律上的后果的方式来实现的。^③换言之,一条完整的公司法规范首先要描述法定的事实构成,然后赋予该事实构成某个特定的法律后果。^④然而,《公司法》第16条第1款在逻辑结构上,仅仅以“命令式”语句的形式明确了公司对外担保的决议机关和决议程序,缺乏越权担保行为的后果要件;同时,该条所涵摄的行为主体也不够明确,仅从该条款的规范语句中无法准确解释出该

^① 参见 [德] 卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第433页。

^② 最高人民法院在“四川绵阳市实业有限公司股东会决议效力及公司增资纠纷案”的裁判理由部分,也明确将公司实施担保行为的过程区分为公司内部意思形成和对外做出意思表示两个阶段,并且指出“在公司内部意思形成过程存在瑕疵的情况下,只要对外的表示行为不存在无效的情况,公司就应当受其表示行为的制约。”载《最高人民法院公报》2011年第3期。

^③ 参见 [德] 迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第1页。

^④ 前引^②,第61页。

条是否对担保债权人具有拘束力。这种在规范逻辑结构上存在的缺陷使得法官在寻找系争案件的裁判规范时,无法从特定的案件事实出发,目光来回流转于“事实”与“规范”之间,^⑤将案件事实涵摄于特定的法律规范之下,得出准确的法律结论。再譬如,《公司法》第 5 条以强行法的形式规定“公司从事经营活动……必须承担社会责任”,但是,翻诸公司法及相关司法解释条文,均未对“社会责任的内涵外延”、“违反社会责任的法律后果”等做出明确规定,^⑥在司法实践中无法通过诉讼途径使责任者承担不利后果,这使得该条仅具宣示性、倡导性意义,成为无法据此裁判案件的“僵尸型”^⑦法条。未来我国公司法改革,引入和运用商法思维指导公司修法时,还应当从裁判法的视角深入理解公司法条文的逻辑结构,明确一条完整的法律规范必须包含特定的构成要件和法律效果,以保证公司法规范逻辑结构的完整。

(四) 商法解释方法的逆向运用

目前,对公司法解释学的研究尚局限于个别案例或个别规范的研究,国内公司法的法解释学依然处于初步阶段。^⑧制定规则合理、科学的公司法规范体系,能够方便和简化公司法的解释。未来的公司法规范设计,立法者应当逆向运用商法各种解释方法,目光往返流转于立法论—解释论的链条之间。从有利于公司法解释和便于解释的视角,逆向思考公司法规范设计,具言之:其一,注意法律概念的内涵和外延清晰、准确。其二,注重立法的“体系化”和“科学化”。目前公司法解释学欠发达,其中一个很重要的原因就是立法不完善,立法资料不整齐、立法技术不高造成的。我国公司法的基本原理、具体制度大多属于舶来品,当前的公司法研究正面临着建立公司法学理体系和解释体系的重要任务。^⑨未来公司法改革应当从便于和简化解解释的导向出发,注重公司法立法的“体系化”和“科学化”。

The Introduction of Commercial Law Thinking into Company Law Reform

XUE Bo

Abstract: At present in the context of the rule of law and the relevant promotion of the law reform, commercial law thinking attracts great attention of the theoretical and practical circles. On December 28th, 2013, the reform of the company law only carried out a wide and slow processing of the company's capital payment system, but did not have any structural breakthrough, therefore the public called for the revision of the company law. There is still a lack of in-depth study of the system about how to introduce and use commercial law thinking into company law reform in the future. The value of this thesis lies on explanation and clarification of the significance, contents and key points of commercial law thinking; furthermore it makes explanation and argumentation on the effect and the use of the specific problems of introduction of commercial law thinking into company law on this basis as well as discusses the relevant attentive points from the questioned points in the company guarantee extent in theory and practice.

Key words: Company Law reform Commercial Law thinking articles of association

^⑤ 前引^②,第 32 页。

^⑥ 有关公司社会责任在司法裁判中的困境分析,参见罗培新《我国公司社会责任规范的裁判困境及若干解决思路》,载《法学》2007 年第 12 期,第 67—70 页。

^⑦ 参见葛云松《过渡时代的民法问题研究》,北京大学出版社 2008 年版,第 269 页。

^⑧ 参见钱玉林《公司法规范的解释学论纲》,载顾功耘主编《公司法律评论》(第 11 卷),上海人民出版社 2001 年版,第 29 页。

^⑨ 参见蒋大兴《商法:如何面对实践——走向改造“商法教义学”的立场》,载《法学家》2010 年第 4 期,第 162 页。