

# 新《公司法》的设计理念与框架建议

刘俊海

(中国人民大学法学院 北京 100872)

内容提要:为提高新《公司法》立法质量,践行其历史使命,增强其全球竞争力,我国应推进公司法全面现代化,全面尊重和鼓励公司理性自治,提升公司法的可诉性和可裁性,兼顾立法的前瞻性与连续性,确保公司法体系的和谐统一,择优借鉴国际先进经验,优化公司组织类型,重构公司立法体例。鼓励公司在理性自治基础上进行章程个性化设计,承认章程详略文本的二元化惯例;建议明确强制性规定中的效力性规范,私法规范中的强制性规范均为效力性规范,私法规范不应被肢解为效力性规范与管理性规范。“立法宜粗不宜细”的思路应升级为“宜细不宜粗”的新模式;要增强公司法规范的可诉性、可裁性与可执行性,慎用模糊语词,适度增加程序规范,预留制度接口,增加争讼解决条款,激活股东代表仲裁与公司决议效力仲裁机制;建议《公司法》设股东权利专章,确立股东会制度,明确不同权利行使与救济的优先序。消除同案不同判现象的治本之策在于靶向立法。要重视解决法律规避现象,废除恶法条款,堵塞良法漏洞。建议立法者取消股份有限公司与有限责任公司的二分法,采取统一的“公司”概念,仅在涉及特殊类型公司时标注特殊公司。新《公司法》可由现有13章重组扩张为17章。

关键词:新公司法 公司自治 可诉可裁 靶向修法 同案不同判

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2021.02.001

一、深化制度供给侧改革,推进公司法全面现代化

(一)全面修改公司法的重要性和迫切性

党的十九届五中全会通过的《“十四五规划”和2035年远景目标的建议》强调“十四五”时期经济社会发展主要目标之一是“市场主体更加充满活力”,并要求“强化企业创新主体地

位,促进各类创新要素向企业集聚”“弘扬企业家精神,加快建设世界一流企业”。我国日均新登记注册企业1.97万户,市场主体数量已逾1.2亿户。<sup>①</sup>如果企业竞争力不强,僵尸公司就会数量不菲。据天眼查发布的全国企业大数据,我国2020年第1季度共新增322万多家企业,与去年同期相比减少28.9%;与此同时,我

作者简介:刘俊海(1969—),男,汉族,河北泊头人,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

本文为全国人大常委会法工委2019年度重点课题“公司法修改研究”的核心研究成果。

<sup>①</sup> 陈晨《日均1.97万户:市场主体持续大量涌现》,载《光明日报》2019年12月27日第1版。

国有46万家企业在此期间注销或者吊销,约57%的“死亡”企业存活时间不足3年。<sup>②</sup>

公司是市场经济的核心细胞,是做好“六稳”工作的压舱石,是落实“六保”任务的生力军,是推进供给侧结构性改革、推动高质量发展、建设现代化经济体系的重要主体。公司活力是宏观经济活力之源。公司治理现代化是市场治理与公共治理现代化之基。党的十九届四中全会强调,“突出坚持和完善支撑中国特色社会主义制度的根本制度、基本制度、重要制度,着力固根基、扬优势、补短板、强弱项,构建系统完备、科学规范、运行有效的制度体系。”

法乃公器。《公司法》作为支撑社会主义市场经济体制的基础性重大制度,应肩负起以下四大历史使命:一是尊重与保障公司的生存权与发展权,促进公司可持续发展;二是弘扬股权文化,鼓励投资兴业;三是强化交易安全,化解金融风险;四是赋能公司社会责任,促进经济高质量发展。

在我国《公司法》迎来第六次修改之际,立法者面临的首要问题是“大改”“小改”抑或“中改”?“大改”不仅意味着增删改动的文字多,更意味着根本理念的转变与重大结构的调整。不能简单机械地以条文之多寡作为判断公司法质量的唯一标准,并非条文越多越好。立法语言的最高境界是逻辑严密,开放包容,具有远见,保持定力、详略得当、恰到好处。逻辑严密性取决于调整对象、调整手段、法律概念与行为规则的确定性与周延性。“小改”仅为解决特定急迫问题而对制度漏洞打补丁。“中改”介于二者之间。现行《公司法》颁布于1993年12月29日,后于1999年12月25日、2004年8月28日、2005年10月27日、2013年12月28日与2018年10月26日经历了五次修改。其中2005年修订幅度最大,为中度修改;其余四次修正均为零星补丁。

然而《公司法》的五次修改都不同程度存在头疼医头、脚痛医脚的缺憾,有些制度之间相互脱节和彼此抵触,有些制度设计不符合商业逻辑。比如,传统注册资本制度意在维护资本信用与市场秩序,但严格的公司设立门槛压抑了投资积极性。2013年《公司法》遂大幅降低公司准入门槛,鼓励投资兴业。未料,公司登记流程由“先证后照”转变为“先照后证”之后的监管漏洞以及注册资本认缴制的滥用危害了交易安全,最终滋生了无资产、无交易、无信用的天价公司与僵尸公司现象、P2P平台跑路现象以及私募股权基金普通合伙人大范围失信乱象。又如,现行《公司法》第22条第2款规定股东对瑕疵决议提起撤销之诉的60天除斥期间“自决议作出之日起”,而非自股东知道或者应当知道决议作出之日起算,纵容了公司控制股东和董事会恶意不将公司决议事实通知股东的失信行为。鉴于现行《公司法》与其承载的四大历史使命存在较大差距,建议立法者突破与超越现行《公司法》的既定框架与思维模式,归零思考,全面修法。

(二)立法者要善于从制度需求侧与供给侧寻求修法突破口

归零思考的本质是从制度供需两侧发现长期被立法者忽视的盲点、痛点、争点、疑点问题,精准厘定修法目标,优化修法路径。

就需求侧而言,可通过实地考察、草根访谈、专题座谈、社会对话、民意调查、统计分析与学术研讨等多种途径挖掘公司法用户的真实制度需求。股东(投资者)、企业家、银行等债权人、劳动者、消费者、社区居民、监管者、公司登记机关、法官、仲裁员与律师等用户的制度需求与利益诉求多元复杂、仁智互见、变动不居、易滋冲突。立法者既要倾听用户需求,更要提取广大利益相关者最大公因式,画大利益同心圆,尽量包容与平衡不同用户的合理制度需求,力

<sup>②</sup> 《今年第一季度全国企业大数据:新增322万家企业》, [https://k.sina.com.cn/article\\_1496814565\\_593793e502000qmz0.html](https://k.sina.com.cn/article_1496814565_593793e502000qmz0.html), 访问日期:2020年4月2日。

戒顾此失彼、舍本逐末、互害多输的制度设计。诚实信用、公平公正、多赢共享、包容普惠是《公司法》的核心价值观,也是公司法民主化、包容化、科学化与现代化的晴雨表。

就供给侧而言,要通过大数据、大分析、人工智能与云计算等现代信息技术手段,精准定量评估现行《公司法》每项规则在公司的设立、治理、运营、交易、投资、借款、担保、理财、登记、监管、解散、清算与争讼化解等环节的活跃度与成本效益。公司法运行成本包括法律风险控制成本(如公司治理、合规、风控、法务与内部审计成本),也包括纠纷解决成本(如律师费、法院或仲裁机构收取的案件受理费、诉讼保全费),还包括规避法律成本(如股权代持风险、资本外流成本、家族海外股权信托成本),更包括行政处罚与刑责追诉成本。要在制度根源上消除中小股东等公司利益相关者维权时面临的“为了追回一只鸡,必须杀掉一头牛”的窘境,既要降低微观层面公司及其利益相关者负担的成本,也要降低中观层面资本市场、消费品市场与劳动力市场等要素市场萎缩失灵的成本,还要考量宏观层面的公共治理成本、诚信株连及反株连成本。公司法运行收益既体现为公司设立数量与存活率、公司利润、中概股公司在海外资本市场的融资能力与公信力、股东投资回报与投资信心,也表现为就业创造、产品服务质量提升、财税增加、债权人安全感提升、法治化营商环境优化、守信群体扩大、商业伦理培育、行业公信力提升、商事流转加速、GDP增速、经济发展质量提高、民族经济竞争力与人类命运共同体福祉增强等一系列指标。

两利相权取其大,两弊相衡取其轻。我国长期缺乏对立法修法项目进行成本效益实证分析的立法传统。笔者建议以修改《公司法》为契机,推进立法成本效益分析的系统化、规范化、常态化、量化与科学化。

(三)全面修改并不意味着所有条款都推倒重来

归零思考是立法者的重要思维方式,核心

在于鼓励立法者解放思想,开动脑筋,自我解缚,摆脱条条框框的思维定势。对《公司法》的全面修改针对立改废释的立法改革内容,强调立法者全面系统地审视并改革与公司法的历史使命和核心价值体系不一致的制度设计,尤其是阻碍公司可持续健康发展、抑制股权文化、损害交易安全和制约公司承担社会责任的法律条款。但在关注公司法的改革活力时,不能忽视公司法的稳定性和可预期性。公司法的制度和理论体系一旦形成,就会产生在公司及其利益相关者心目中的制度公信和善意信赖。因而,公司法的任何变动都会影响公司法制度用户的心理预期和商业判断。因此,立法改革必须保持临渊履冰之心,不能把修法误解为“为修改而修改”,更不能矫枉过正地把全面修改理解为对现行公司法的全盘否定,甚至误以为所有条款都推倒重来。凡被市场经济实践证明成功的公司法经验都要予以坚持,凡被公司及其利益相关者拥护的好制度都要予以巩固,凡是公司法用户耳熟能详、凝聚共识的公司法概念、规则与逻辑都要尽量予以传承,并保持公司法体系的相对稳定性。可改可不改的条文,尽量不改。

二、全面尊重和鼓励公司理性自治,合理配置私法规范和公法规范

(一)市场无形之手的精髓是公司理性自治

党的十九大报告指出,“使市场在资源配置中起决定性作用,更好发挥政府作用”。党的十九届四中全会强调,“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”。市场无形之手就是保护财产权利(尤其是私人产权)、尊重私法自治(意思自治)、弘扬契约精神、鼓励自由竞争。公司法作为私法核心组成部分,必须充分体现市场经济体制的本质要求,全面激活市场的无形之手功能。

法无禁止皆可为。公司自治是现代公司法的灵魂,是公司自主创新与可持续发展的原动力,是市场经济活力之源,是创新型国家的干细

胞。立法者要尊重公司的营商自由、理性选择和商业判断。趋利避害是理性人的天性。公司、股东、董事与债权人等利益相关者在不违反公序良俗与诚实信用原则的前提下,理性博弈、平等谈判、公平交易与自由竞争。不仅公司章程、证券交易所自律规则与公司治理指引都是公司法体系中的内生法律规则。股东、董事与证券交易所都是公司法内生规则的设计师。

### (二) 鼓励公司章程的个性化设计

公司自治的抓手是公司章程、章程性文件(如全体股东针对公司印章与账户共管规则的会议纪要)与股东协议。章程为公司内部小“宪法”。立法者要鼓励公司告别千章一律的“傻瓜”章程现象,自觉量体裁衣地升级改版公司章程。参酌华为公司法定代表人既非由董事长、也非由总裁(总经理)担任的创新做法,建议允许章程设立专职法定代表人。笔者建议修改《公司法》第13条,允许法定代表人由董事长、执行董事或经理人之外的董事或高管担任;允许公司根据自身需要合理确定董事会与监事会规模;允许公众公司从监事会与独立董事制度中选择其一,结束现行《公司法》第122条要求上市公司同时设立监事会与独立董事制度的叠床架屋规则。

鉴于实践中存在章程版本的详略之别,建议包容与尊重章程详略文本的二元化惯例,允许公司在提交公司登记机关登记的简约版章程外,另行制定备置于公司内部的详细版章程。未登记详细版章程不能对抗善意第三人,但只要不害及公共利益、公序良俗与第三人权益,就对公司内部关系产生拘束力。与其将其称为“阴阳章程”,不如将其称为“内外章程”或“详略章程”更精确。

随着公司自治理念的确立,为终结“小孩穿大鞋、大人穿小鞋”的一刀切现象,立法者应鼓励公司章程对股东人数少、规模小的公司的股份发行、股权转让与治理规则作出量体裁衣的个性化设计。

### (三) 公司自治仅限于理性自治

克服人性贪婪与冲动等弱点的良药是制度理性与文化理性。弘扬公司自治精神,不意味着放纵公司背后控制股东和实际控制人滥权营私的失信违约侵权行为。公司法只保护公司理性自治。公司自由要有边界、有限度、有规则。公司创新要有温度、有底线、有节操。弘扬契约精神时,必须同时兼顾契约自由、契约正义与契约严守的三大精义,反对盲人摸象,各取所需。要鼓励自由竞争,也要遏制不公平竞争,铲除滥用垄断优势行为。公司商业模式的设计必须坚持诚信与创新并重,更加注重诚信;安全与快捷并重,更加注重安全;公平与效率并重,更加注重公平;合规与发展并重,更加注重合规;品牌利益与财产利益兼顾,更加注重品牌利益。既要鼓励章程个性化设计,也要预防控制股东与实控人滥用修章之机塞“私货”,侵害公司与其他股东利益。

### (四) 公司自治机制失灵时,司法权不应失灵

公司自治失灵时,司法权必须显灵,以激活公司治理机制。当见利忘义的控制股东、实控人或管理层滥用公司自治时,裁判者必须及时听讼、公平止争。在小股东被不法压榨且无法以公允价格卖股退股时,唯有司法救济才能雪中送炭。在审批权、禁止权、处罚权、刑罚权保持谦抑性、淡出对微观公司生活过度干预的同时,定分止争的裁判权应逐渐扩张。这就需要增强新《公司法》的可诉性、可裁性与可执行性,适度增加程序性规范和诉讼规范。

但立法者、监管者与裁判者都非商人,虽长于法律判断,但天生不擅长商业判断,因此商业判断纯属公司与商人的自治事项。裁判权(包括司法权与具有准司法权性质的仲裁权)介入公司生活旨在康复、捍卫、弘扬和激活公平理性的公司自治机能,而非吞没和消灭公司自治。当且仅当公司自治被扭曲、商业判断被滥用、法律秩序被破坏、当事人权益被损害时,裁判者才能以法律判断矫正商业判断。

笔者建议立法者完善公司决议无效确认之

诉、撤销之诉及不成立确认之诉制度,允许裁判者通过审查公司决议瑕疵(如确认违反股利分配条件的股利分配决议无效、撤销程序瑕疵的股东会决议)维护股利分配正义。在《公司法司法解释(四)》第15条的基础上,导入司法强制分红制度,允许裁判者在公司满足以下三大条件时例外强制公司向股东分红:(1)公司有可资分配的税后利润;(2)公司过度提列公积金并非公司生存与发展所必需;(3)股东实质平等原则被违反。裁判权的行使旨在匡扶正义、鼓励创富、义利并举,不能因噎废食,扼杀公司创新,否定公司自治,抑制公司成长。

#### (五) 明确强制性规定中的效力性规范

法律规范的立体化、分层化、精细化与精准化是现代法治文明进步的标志。为呵护公司自治,构建多赢共享、各得其所、上下和谐、内安外顺的公司法律秩序,既要丰富公司法制度工具箱,也要明确不同规范工具的性质,更要确定规范工具的优先序。鉴于现行《公司法》中的公法规范与私法规范边界模糊、规范类型简单粗糙、规范性质表述不明,立法者应精准配置任意性规范(默认规则)、赋权性规范、倡导性规范、强制性规范与禁止性规范,厘定尊重、保护、引导、规范与服务公司生活的价值目标与着力点。

鉴于公司法属私法范畴,公司法规范设计应刚柔相济,以私法规范(民事规范)为主,公法规范(行政规范)为辅。若私法规范中的强制性规定过于僵硬,立法者可改选柔韧度较强的倡导性或任意性规范(默认性规范),并同步激活契约自由、章程自治、市场竞争、信息披露、行政指导与协同共治等法律机制。

就私法规范而言,应大幅扩充任意性规范、倡导性规范、保护性规范、促成性规范、赋权性规范的比重,审慎拟定强制性规范,适度减少禁止性规范。现行《公司法》的尴尬之一是,本应具有刚性的强制性私法规范在司法实践中过于疲软,本应具有柔性的任意性私法规范却过于坚硬。笔者建议废除《公司法》第44条第1款“有限责任公司设董事会,其成员为三人至十

三人”与第108条第1款“股份有限公司设董事会,其成员为五人至十九人”之僵硬规定,由公司自定董事会规模。即使保留,也应明确其为倡导性规范,而非强制性规范,更非效力性规范。私法规范中的禁止性规范与强制性规范均为效力性规范,与之抵触的民事法律行为要么无效;要么构成义务之违反,导致民事责任之承担。比如,违反《公司法》第35条“公司成立后,股东不得抽逃出资”与第166条禁止“在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润”的禁止性规定的“对赌”条款均属无效合同条款,而非属于有效但履行不能的合同条款。又如,《公司法》第27条第3款“对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产”的法律要求属设定民事义务的效力性规范,违反该规定的非货币出资行为自动被推定构成瑕疵出资行为,除非该出资股东能够自证清白。但违反倡导性、任意性规范的行为有效,且不构成义务之违反。

就公法规范而言,应甄别并释明管理性规范与效力性规范。违反管理性规范的民事法律行为虽承受公法制裁,但民事法律行为有效;违反效力性规范的民事法律行为无效。为消除裁判者与监管者在识别管理性规范与效力性规范过程中的不确定性、避免自由裁量权滥用,建议立法者在设计效力性规范时同步推出违法后果规范“违反前款规定的民事法律行为(契约、章程或决议)无效。”若法律后果规范语焉不详,建议采取管理性规范推定的解释论。

#### (六) 终结将私法规范肢解为效力性规范与管理性规范的思维定势

民商法学者与裁判者在评价公司民事法律行为效力时习惯于将所涉法律规范(包括公法规范与私法规范)中的强制性规定区分为效力性规范与管理性规范。扑朔迷离、削足适履的“二分法”思维定势混淆了民事关系(私法关系)与行政关系(公法关系),抹杀了私法规范与公法规范的边界,是导致民商事案件同案不同判的主要认识论根源。因此,有学者反对将

强制性规范区分为效力性规范与管理性规范,有学者认为在商法上适用该分类存在先天性难度。<sup>③</sup>

笔者认为,“二分法”仅适于甄别公法规范而非私法规范。私法规范中的所有强制性规范皆为效力性规范,与之抵触的私法行为要么一概无效,要么产生民事责任。顾名思义,管理性规范专属于公法(行政法)规范范畴,旨在调整行政机关与行政相对人之间的纵向行政管理关系。而私法规范仅调整横向关系,不调整纵向行政管理关系,何来管理性规范?法学界应反思并纠正将私法规范中的强制性规定肢解为效力性规定与管理性规定的缘木求鱼的思维定势。

三、坚持立法宜细不宜粗的新理念,提升公司法的可诉性和可裁性

(一)“立法亦粗不宜细”的历史由来和是非功过

在“宜粗不宜细”的立法理念指导下,我国改革开放以来的公司立法乃至经济立法带有豪放粗疏、精细不足的胎记。我国1979年《中外合资经营企业法》仅有17条,1986年《外资企业法》仅有25条,1988年《中外合作经营企业法》仅有28条,1993年《公司法》也仅有11章230条。

“宜粗不宜细”的立法思路与“摸着石头过河”的改革思路互为表里、异曲同工,都是我国改革开放初期的历史必然选择。首先,改革开放的实质是由计划经济走向市场经济。十一届三中全会后,社会主义经济体制(包括公司与法人制度)的改革目标模式经历了长期探索,直到邓小平同志1992年南方谈话时一锤定音。经济基础决定上层建筑。公司法律关系的规律性与复杂性在转型阶段暴露得尚不充分。为避免转型阶段的过渡性经济关系被立法者仓促固化而束缚未来改革手脚,睿智的立法者必须为改革开放探索预留必要的回旋余地。《公司

法》《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》与《外资企业法》(以下简称“外资三法”)及其配套法规规章的频繁修改也体现了转型经济对法律规则需求的变动不居。其次,域外公司制度并非千篇一律,更非一成不变,中外公司法共性与个性的萃取、域外经验的借鉴、国际惯例与国情的融合都需工匠精神与历史沉淀。

“立法宜粗不宜细”的立法策略发挥了积极的历史作用。在“法无禁止即自由”的法治理念的启蒙下,在平等互利、韬光养晦、善于守拙、求真务实的国际商务政策的呵护下,粗线条的公司法框架确认了公司法人资格,确立了市场主体地位,扩大了经营自由,破除了思想禁锢,解放了生产力,壮大了国有经济,催生了民营经济,吸引了外商投资,加速了商事流转,促进了企业创新,增强了企业竞争力,建构了市场体系,加速了中国经济腾飞,推进了经济全球化进程,铸造了中外多边投资贸易伙伴关系。

“一把钥匙开一把锁”。法律的有效性取决于其与经济的适配度。曾有国外学者向笔者表示其对我国经济增长奇迹与法律体系粗线条间的逻辑联系大惑不解,更不愿得出“法律越不健全,经济越发达;法律越健全,经济越不发达”的谬见。殊不知,与经济发展状况最佳匹配的法律才是良法。与我国改革开放初期经济发展与改革现实匹配最佳的法律规则必然是粗线条的制度设计。精细化规则的最佳搭档是成熟市场经济体制,而非处于变动过渡期的转轨经济体制。若立法者逆市场与法治的一般规律而动,忽视经济基础与上层建筑间的逻辑联系,照搬照抄灿然大备的精细化规则调整改革开放初期的经济活动,必将水土不服、作茧自缚、欲速不达。因此,“立法宜粗不宜细”的立法思路对我国经济增长奇迹居功甚伟。

(二)树立“立法宜细不宜粗”的新理念

“立法宜粗不宜细”理念虽契合改革开放

<sup>③</sup> 王文胜、朱虎等《效力性强制性规范的识别: 争论、法理与路径》载《人民司法》2017年第7期。

之初的实践,但有“草色遥看近却无”之憾。法律规范的粗疏与碎片化降低了法律的透明度、可预期度、可诉性、可裁性与可执行性,增加了投资与争讼成本,导致了同案不同判现象,也直接导致了民营企业成长历程中挥之不去的“原罪”。私法规范中的强制性规范与倡导性规范的边界模糊,公法规范中的效力性规范与管理性规范(训示性规范)的甄别标准不明,诚实守信的理性常态规则与失信滥权的例外纠偏规则混淆不分,都会降低公司法的预期度与透明度,削弱投资信心,导致民间资本外流、国际资本撤离等投资者集体踩踏心理现象。

随着社会主义市场经济体制的完善、两个“毫不动摇”方针的坚持、中国特色现代企业制度的完善,国有企业改革不断深化,非公有制经济逐渐壮大,混合所有制经济得到发展,《外商投资法》出台,内外资企业立法并轨,新型亲清政商关系开始构建,法治化营商环境逐步改善,新发展理念得以贯彻,供给侧结构性改革不断推进,现代化经济体系及更高水平开放型经济新体制开始建设,经济全球化进程加快,高质量发展战略提出,《公司法》转入“立法宜细不宜粗”的新常态恰逢其时。

### (三) 增强公司法律规范的可诉性、可裁性与可执行性

缺乏公平及时有效救济的权利不是真正的权利。笔者曾在2005年《公司法》修改过程中力主增强该法的可诉性。为提高立法精准度,建议立法者同步增强公司法的可诉性、可裁性与可执行性。可诉性立足于原告需求,可裁性立足于裁判者需求,可执行性立足于执行法官需求。原生态的公司法案例大数据是一座富矿。笔者建议立法者梳理与提纯司法解释、指导性文件(如会议纪要)、指导性案例与经典裁判文书中的裁判理念,将法律效果、社会效果、政治效果、伦理效果与市场效果有机统一的裁判规则转化为法律行为规则,并过滤和纠正背离公司法逻辑与商业逻辑的裁判思维。

### (四) 慎用模糊语词

我国源远流长的传统文化鼓励中庸和合,擅长定性分析与经验总结,习惯使用以不变应万变的思维模式与模糊含蓄的措辞方式去解释与应对复杂多变的世界。美中不足是实证定量分析与逻辑推理不够,政策法律文件也大量使用“应当”“一般”“原则上”等模糊语词。现行《公司法》有178处使用了“应当”二字,27处使用了“必须”二字。但“应当”二字引导的行为规范究竟是强制性规范,还是倡导性规范?“应当”与“必须”的区别何在?至今聚讼纷纭。《中外合资经营企业法》第5条提到“一般”:“在合营企业的注册资本中,外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五”。有“一般”就有“二般”;有“原则”就有“例外”。若立法者不周延列举“例外”,就会动摇法律的可预期性与稳定性。

法以载道。有些微言大义的模糊语词蕴涵着哲学智慧与核心价值。自由、平等、公正、法治、爱国、敬业、诚信、友善的核心价值观即其适例。此类模糊语词为裁判者预留了斟酌个案具体情形做出最佳法律判断的自由裁量空间,有助于预防刻舟求剑的裁判思维。但过多过滥的模糊语词会诱发自由裁量权与自由心证之滥用,滋生同案不同判现象。法定代表人违反《公司法》第16条规定的公司对外担保决议程序而越权签署的对外担保合同的效力的歧见源于该条款作为效力性规范表述的过分含蓄与委婉。执行程序中的债权人能否根据《公司法》第32条第3款“未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人”之规定,以善意“第三人”身份申请法院执行被执行人为隐名股东代持的股权,也因“第三人”是否仅限于交易关系中的善意买主而存在解释分歧。为避免“牛栏关猫”的制度漏洞,建议立法者在必要场合慎用模糊用语和缩略语。

### (五) 适度增加程序规范

程序正义与实体正义、结果正义如影随形。公司法既是组织法,也是程序法(包括公司设立、治理、解散清算的程序与诉讼程序)。程序

规范包括治理程序规范与公司诉讼程序规范。程序规范是程序正义的内在要求,也是实体规范与实体权利落地生根的必要手段。在2005年《公司法》导入股东代表诉讼制度前,《民事诉讼法》第119条苛求“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”,就严重阻碍了股东代表诉讼制度的建立。

鉴于现行《公司法》存在“重实体、轻程序”之憾,建议在强化实体规范之余,充实程序规范,激活公司治理机制与争讼解决机制。由于《民事诉讼法》中的一审终审特别程序仅适用于确认调解协议案件和实现担保物权案件等6类案件,笔者建议将股东知情权案件纳入特别程序,降低中小股东维权成本。

先于1994年《仲裁法》诞生的《公司法》仅提及法院,惜未提及“仲裁”或“仲裁机构”。而《民法典》24处提及“仲裁”,并在7处将“提起诉讼或者申请仲裁”相提并论。笔者建议《公司法》将仲裁列为公司争讼解决途径之一,并在提及“人民法院”之处增加“或者仲裁机构”六字。当事人可依章程、股东协议中的仲裁条款将争议提请仲裁机构仲裁。基于商人自治原则,仲裁机构应开门立案、凡诉必理。例如,依据仲裁条款,仲裁机构对公司决议效力瑕疵争议等案件享有管辖权。为避免法院和仲裁机构之间的案件管辖权真空,建议导入股东代表仲裁制度。当债权人公司与债务人存在仲裁协议时,债权人公司若拒绝或怠于主张债权,股东有权为维护公司利益、以债务人为被申请人向仲裁机构提起股东代表仲裁。由于《仲裁法》缺乏《民事诉讼法》中的第三人制度,建议将被代表的公司列为共同申请人。

#### (六) 适当预留制度接口

立法如建房。建房时开发商交付商品房时既要确保四梁八柱的坚固性,也要为业主预留强弱电与电信网络接口。《公司法》虽非投资兴业的百科全书,但作为公司法律关系主体的北斗星和导航仪,具有价值引领功能。学者求

异,立法者求同。立法者对价值取向有共识、操作路径存疑的制度创新难题(如股东债权居次规则),可先确定粗线条即基本制度框架,为日后公司与股东理性自治及裁判者审慎行使自由裁量权预留制度接口。制度接口有助于确保公司法、章程、股东协议、自律规则与司法解释之间的无缝对接、有机衔接与同频共振,增强公司法规体系完整性、统一性与开放性。

四、兼顾立法的前瞻性与连续性,确保公司法体系的和谐统一

(一) 推动公司法的前瞻性与稳定性的有机融合

胸怀历史责任感的立法者必须立足现实,登高望远,从法律史维度这个纵向时间维度反思历史、汲取智慧,展望未来、迎接挑战。

良法具有前瞻性。党的十九届四中全会指出,“当今世界正经历百年未有之大变局,我国正处于实现中华民族伟大复兴关键时期”。面对不确定不稳定的国内外市场风险,立法者虽非先知先觉,也要居安思危,树立底线思维,保持战略预见性,超前引领公司的商业模式与治理模式,保持开放性法律规则与公司未来生活的同频共振。为应对数字化挑战,应允许大数据成为公司核心资产与股东重要出资财产,并完善配套资产评估制度。为因应全球化挑战,立法者应尊重跨国公司投资自由,鼓励全球价值链配置,引导跨国公司担当社会责任,实现东道国、居民国与市场国等利益相关者的多赢共享。为应对新冠肺炎疫情等全球重大公共卫生安全风险及其引发的全球经济衰退的挑战,应采取轻徭薄赋、放水养鱼、藏富于民、休养生息的投资者友好理念,助力公司轻装上阵,增强公司与利益相关者共度时艰的生存发展能力。

为预防新旧法之间的真空与脱轨,应保持公司法变革的稳定性、连续性与渐进性。历史是智者,是镜鉴。历史与现实相互循环,无法切割。就公司法新旧判例的演变史来看,从美国



的道奇兄弟诉福特汽车公司的股东分红权胜诉案,<sup>④</sup>到施兰斯基诉瑞格理安装棒球场路灯并开设夜场比赛败诉案;<sup>⑤</sup>从我国最高人民法院再审的苏州海富投资有限公司诉甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司、陆波的“对赌”条款纠纷案,<sup>⑥</sup>到最高人民法院二审的福建伟杰投资有限公司与福州天策实业有限公司之间的股权代持信托纠纷案,<sup>⑦</sup>成千上万的中外公司法判例都值得立法者萃取。就我国公司的历次修改而言,始终不渝坚持市场化、法治化和国际化改革方向的成功经验与个别规划设计中存在的左右摇摆、忽冷忽热、定力不足的失败教训都弥足珍贵。1993年《公司法》针对国有与民营企业而设计的厚此薄彼的规则(比如公司债券发行能力与股份公司发起人数量的不对称)警示我们必须将公司平等原则坚持到底。2018年《公司法》注册资本认缴制被滥用的教训警示立法者在鼓励投资兴业时不能忽视交易安全。

## (二) 推动《公司法》与《民法典》的同频共振

公司是特殊的民事主体。我国民事法律制度建设一直秉持“民商合一”的传统,把许多商事法律规范纳入民法之中。<sup>⑧</sup>《民法典》是广谱性的普通法(一般法),公司法是靶向性的特别法。《民法典》不仅从法人制度视角对公司法的设计理念与制度安排进行了提纯萃取,而且重申了公司法作为特别法而优先适用的法律地位,更为公司法案件裁判提供了可资补充适用的一般法律规则。

要确保《公司法》与《民法典》之间的无缝对接、有机衔接、同频共振。《公司法》与《民法典》中的基本原则、法人制度、物权制度、人格

权制度、民事法律行为制度、代理制度、合同制度、婚姻家庭制度、继承制度、侵权责任制度与诉讼时效制度应并行不悖,相辅相成,彼此协调,平衡发展。比如,表见代表制度就是公司法定代表人制度与公司对外担保制度的自然延伸与有益补充。两项制度并不相斥,而是彼此兼容。当且仅当担保合同不违反担保制度之外的效力性强制性规定或公序良俗,且债权人已审慎审查担保公司的章程、授权决议、法定代表人身份及印章等印信资料而仍未能发现法定代表人越权担保的事实时,善意债权人才能例外寻求表见代表制度庇护。股权的共有与继承、夫妻创业者在“对赌”协议中的业绩补偿和股权回购义务既涉及公司法,也涉及婚姻家庭法。股权质押要同时接受《公司法》与《民法典》中担保制度的规制。为实现公司法的价值目标,既要充分发挥民法规则的补充适用功能,也要善于在民法规则制约或阻挠公司发展时精准突破民法规则,创设公司法特别规则。公司法规则失灵时,民法规则不应失灵。民法规则失灵时,公司法规则不失灵。立法者要力戒公司法与民法双重失灵现象。与民法中的法人制度相比,《公司法》可针对公司法人制度作更多个性化设计。

## (三) 促进《公司法》与《证券法》的联动修改

公司法与证券法为母法与子法的关系。证券法是公司法的特别法。上市公司控制权收购中的信息披露要遵守《证券法》中的监管规则,目标公司采取的反收购措施的合法性判断则要遵循《公司法》中的公司治理规则。为提振投资信心,推动资本市场健康发展,全国人大常委会2005年10月27日同时修改了《公司法》与

④ Dodge v. Ford Motor Co., 204 Mich. 459, 170 N. W. 668 (1919).

⑤ Shlensky v. Wrigley, 95 Ill. App. 173, 237 N. E. 2d 776 (1968).

⑥ 最高人民法院(2012)民提字第11号。

⑦ 最高人民法院(2017)最高法民终529号。

⑧ 王晨《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上。

《证券法》。

推进《公司法》与《证券法》再次联动修改成为学界共识。<sup>⑨</sup>但全国人大常委会2013年10月30日公布的《十二届全国人大常委会立法规划》虽纳入《证券法》修改项目,却未提及《公司法》修改。

柳暗花明又一村。为落实2013年11月12日通过党的十八届三中全会有关“推进工商注册制度便利化”的决策部署,2013年12月28日修正的《公司法》对公司登记制度特别是资本制度进行了大幅自由化改革。为放松股份回购制度,2018年10月26日《公司法》再度修改。

为追赶《公司法》修改步伐,《证券法》先后于2014年8月31日和2019年12月28日分别进行了修正和修订。新《证券法》在6处提及《公司法》,并在第2条画龙点睛地重申了公司法的一般法地位“在中华人民共和国境内,股票、公司债券、存托凭证和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法;本法未规定的,适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。”

为提高资本市场法律体系的协同性、系统性与可操作性,确保两法无缝对接、同频共振,新《公司法》必须填补《证券法》预留的制度空白,强化《证券法》弱项,弥补《证券法》盲区。笔者建议《公司法》设股东权利专章,与《证券法》第6章“投资者保护”成龙配套。建议明确目标公司为抵御敌意收购而采取的反收购措施合法性的价值判断标准,弥补《证券法》第4章“上市公司的收购”的制度漏洞。为方便《证券法》第94条项下的投资者保护机构提起股东代表诉讼,建议激活股东代表诉讼机制,降低原告股东持股门槛,增设胜诉原告股东利益激励机制,建立和解协议审查程序。鉴于《证券法》未规定投资者协会制度,建议《公司法》确立股东(投资者)协会制度。为弘扬股权文化、促进资

本市场协同共治、全面建设投资者友好型社会,笔者建议将以投资者保护机构或股东(投资者)协会作为原告的公益诉讼制度推广到上市公司和新三板公司等所有公众公司的股东维权领域,并探索建立律师事务所与首席原告股东主导的市场化集体诉讼制度。

(四) 推动公司法与其他相邻法的无缝对接

法律体系是有生命的逻辑体系。公司法无法自绝于法律体系而存在。立于一尊的宪法是包括公司法在内的诸法之母,公司法改革必须落实宪法载明的经济制度。与公司法比肩而立的相邻部门法(如行政法、刑法、社会法、经济法、三大诉讼法与仲裁法)也与公司法互动交集,直接或间接地影响着公司法的成长。为预防法律漏洞、化解法律冲突,必须强调法律的空间维度,注重公司法与横向相邻法之间的无缝对接与守望相助。《公司法》修改既不能缺位,也不能越位。

就《公司法》与《企业破产法》的互动而言,“董、监、高”在公司正常经营与破产清算情形下承担的对公司最佳利益的忠诚义务有不同形态与要求。在公司处于正常经营状态时,约束“董、监、高”忠诚义务的公司最佳利益优先主要体现为股东利益优先,因为公司背后的核心利益相关者是股东。而在公司转入资不抵债之时尤其是进入破产程序后,约束“董、监、高”忠诚义务的公司最佳利益优先转化为债权人利益优先;若股东利益与债权人利益相左,“董、监、高”必须以债权人利益马首是瞻。鉴于公司社会责任理论鼓励公司将重整与和解作为优先于破产清算的首选方案,谋求债权人利益与公司利益、股东利益的多赢共享也会挑战与刷新“董、监、高”忠诚义务的内涵。

就国有公司与国有资本监管而言,由于大多数国有企业在公司制改革以后已脱离《全民所有制工业企业法》,进入《公司法》与《企业国

<sup>⑨</sup> 刘俊海《建议公司法与证券法及三套外商投资企业法联动修改》,载《法律适用》2013年第12期。

有资产法》调整轨道,建议尽快废止《全民所有制工业企业法》,修改《企业国有资产法》。

就外商投资公司而言,虽然外资三法已于2020年1月1日废止,外资公司陆续纳入《公司法》调整轨道并享受《外商投资法》的鼓励、促进与保护等优惠待遇,但外资三法中的制度精华(如监事会并非法定必备公司机关)仍可融入新《公司法》。

就《公司法》与《刑法》交叉领域的公司犯罪而言,《刑法》应秉持罪刑法定、无罪推定、疑罪从无、过罚相当的法治理念,推行宽严相济的公司刑法政策,保护公司生命力。为鼓励投资兴业,全国人大常委会2014年4月24日通过《关于〈刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》缩小了刑罚打击圈,将虚假出资罪、虚报注册资本罪与抽逃出资罪限缩于依法实行注册资本实缴登记制的公司。为鼓励小微公司成长,在坚持保护债权人的底线思维的基础上,针对一人公司、夫妻公司或家庭公司继续推行除罪化改革,豁免适用职务侵占罪与挪用公司资金罪。

五、择优借鉴国际先进经验,提升公司国际竞争力

(一) 打造自由化便利化国际化的公司法是我国融入并引领经济全球化的需要

党的十九大报告指出,“坚持引进来和走出去并重”。党的十九届四中全会强调,“保护外资合法权益,促进内外资企业公平竞争”“健全外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度,推动规则、规制、管理、标准等制度型开放”“完善涉外经贸法律和规则体系”“推动贸易和投资自由化便利化”。为提高我国营商环境竞争力,2019年《政府工作报告》强调“打造法治化、国际化、便利化的营商环境,让各类市场主体更加活跃”。

在全球化时代,资本已成“候鸟”。股东有祖国,资本无国籍。哪里有投资回报,哪里善待投资者,哪里便是投资乐土。国家竞争的关键不仅是资本、科技与军事的硬实力比拼,更是文

明、制度与教育的软实力竞争。民族经济的全球竞争力归根结底取决于公司法的国际竞争力。打造自由化、便利化、国际化的中国公司法,有助于建设更高水平开放型经济新体制,促进“一带一路”沿线国家公司法的互学互鉴与趋同协调,推动全球公司法与公司治理现代化,构建安全、和平、繁荣、幸福的人类命运共同体。

(二) 公司法变革需要互学互鉴

顺应经济的市场化、自由化、法治化、信息化、电子化、数字化、网络化、全球化潮流,立法者必须择善而从。党的十八届四中全会决定指出,“汲取中华法律文化精华,借鉴国外法治有益经验,但决不照搬外国法治理念和模式”。党的十九大报告指出,“坚决破除一切不合时宜的思想观念和体制机制弊端,突破利益固化的藩篱,吸收人类文明有益成果,构建系统完备、科学规范、运行有效的制度体系”。在经济全球化考验人类智慧与美德的人类命运共同体时代,必须抛弃坐井观天、固步自封的狭隘视野,遵循中法为体、洋为中用、中外一致、古为今用的理念,深入挖掘域外公司法实践中顺乎市场规律与法治规律的知识营养,大胆借鉴与合理吸收国际先进有益经验,包括立法例、判例与学说。

世界上没有绝对完美的公司法。凡适合本国国情、与国际惯例接轨、推动内外公司可持续发展的公司法都是最佳公司法。各国公司法均有其独特的政治、经济、历史与文化背景,并无单一模式可循,更无优劣之别。各国公司法既有个性,也有共性。归根结底,共性大于个性。我国近年来关注世行营商环境排行榜,最高人民法院2019年4月还专门出台了中小股东友好型的《公司法司法解释(五)》,建议立法者关注中外投资者的痛点诉求以顺应全球公司法变革的时代潮流。2005年日本将《商法典》中的股份公司制度剥离出来,制定统一的《公司法典》,也展示了顺乎时代潮流的勇气与智慧。

(三) 对两大法系要兼收并蓄,择优移植

我国虽受大陆法系传统影响较深,不承认法官造法权与判例法地位,但也不能只注重吸收与借鉴欧陆经验。原因在于,其一,我国同等欢迎与保护来自两大法系的国际资本;其二,中资企业会在全球范围内投资兴业、并购设厂,而不仅限于欧陆;其三,“一带一路”沿线国家涵盖两大法系在内的多个法域;其四,外商通常对异域移植的母国法律制度产生母语般的天然亲和感。

回顾我国公司法百年发达史,我国一直采取开放包容、一视同仁、务实灵活的拿来主义态度。清政府1904年颁布的《公司律》以英国《1856年股份公司法》《1862年公司法》与日本《1899年商法典》为蓝本。其中,五分之二条文仿自英国,五分之三条文移自日本;<sup>⑩</sup>而《日本商法典》又以德国为师。可见《公司律》本身就是两大法系兼收并蓄的产物。

我国1993年《公司法》继承了欧陆公司法传统,主要借鉴了旧中国1946年《公司法》、台湾地区“公司法”及《日本商法典》。而2005年版《公司法》从英美法系导入了揭开公司面纱制度(第20条第3款)、股东代表诉讼制度(第151条)与一人公司制度(第2章第3节)。英美信托法框架下的三大制度优势(信托模式的创新性与灵活性、信托财产的独立性与信托义务的严格性)远非大陆法系物权法与合同法所可比拟或取代。我国2001年颁布的《信托法》移植了英美信托制度的精髓,也是对《公司法》的有益支撑。鉴于英美资本市场比欧陆资本市场更为发达,欧陆公司的主要融资渠道是银行间接融资而非直接融资,我国《证券法》也主要以英美法系为师。

尺有所短,寸有所长。立法者对两大法系的不同立法例举棋不定时,可把制度选择权转化为私法自治权,尽量尊重公司对不同制度选项的自由选择权。为推进公司治理现代化,破

解我国公司治理机构庞杂、成本高昂、良治功能不彰的有名无实难题,建议立法者允许公司自由选择英美单层制公司治理架构(股东会与董事会)或大陆法系双层制公司治理架构(股东会、监事会与董事会)。公司选择单层制时,可不设监事会,职工监事功能可由职工董事制度代行,并允许工会负责人列席董事会。公司选择双层制时,可不设外部独立董事,但应设外部独立监事,并有效赋能监事会,授予监事会监督权、董事任免权、董事报酬决定权与重大决策权。

(四) 借鉴国际经验时应当注重本土的配套制度设计

借鉴域外法时要实现国际经验与国情的无缝对接、传统文化与当代创新的有机融合。既要反对夜郎自大、闭关锁国的盲目排外;也要预防东施效颦、邯郸学步的制度移植。立法者若采取碎片化制度移植的思维定势,拒绝配套移植支撑性或纠偏性制度,就难免顾此失彼、南橘北枳。比如,美国股东会中心主义向董事会中心主义的制度变迁,离不开配套跟进的信托法后盾、信托文化的滋养、董事与高管诚信勤勉义务的司法审查、企业家精神的弘扬及经理人市场的约束。若仅片面赋权董事会而忽视董事激励与约束机制的配套设计,必然导致董事高管滥权谋私、恣意损害股东权益。又如,美国诸州公司法在废除最低注册资本制度的事先预防机制之后,接踵而至的是法院导入揭开公司面纱制度作为保护交易安全的嗣后救济措施。若仅废除最低注册资本而不同步完善债权人保护机制(如揭开公司面纱规则、股东债权居次规则、股东出资义务加速规则),必然导致股东滥用公司法人资格、威胁交易安全。

六、全面扭转制度供给失灵 源头遏制同案不同判现象

(一) 在坚持目标导向的同时,更加重视问

<sup>⑩</sup> Liu Junhai, Experience of Internationalization of Chinese Corporate Law and Corporate Governance: How to Make the Hybrid of Civil Law and Common Law Work, European Business Law Review, Vol. 26, Issue 1 (2015), pp. 107-128.

## 题导向

目标导向着眼未来蓝图,强调远虑;问题导向立足当下,关注近忧。问题导向与目标导向辩证统一,不可偏废。立法者要在胸怀公司法四大使命、仰望星空之余,直面公司法实践中的堵点、焦点、疑点、热点与难点问题,查缺补漏,堵疏结合,重点破解公司法失灵给公司利益相关者带来的风险痛点,全面系统精准地升级法律制度。量大面广的公司争讼有些源于市场风险、道德风险与自然风险,更多源于制度供给失灵。立法者要关注公司诉讼风险,更要关注尚未演变为诉讼的公司法律风险。无论是公司治理有名无实,抑或公司僵局、公司经营停摆、僵尸公司剧增、投资信心低迷、外资撤离与内资外流等现象,都是公司法处于“亚健康状态甚至免疫系统失灵”的主要症状。

### (二) 关注同案不同判背后的制度根源

我国是奉行成文法传统的单一制国家,因此不允许不同地方与层级的法院之间甚至是同一法院(包括最高人民法院)存在民商法领域尤其是公司法领域的同案不同判现象。虽然每个裁判结论似乎言之成理、持之有据,且有不同学术观点作为论据,但公司法领域同案不同判的现象阻碍了投资兴业,提高了制度性交易成本,加剧了系统性金融风险,抑制了市场活力,亵渎了法治的统一性、权威性与严肃性,破坏了营商环境的稳定性、透明性、公平性与可预期性,扩张了自由裁量权,滋生了司法腐败与专横现象,贬损了司法公信。同案不同判现象虽源于法律解释失灵,但归根结底源于立法失灵与制度设计缺陷。

例如,法定代表人越权签署的担保合同效力的同案不同判现象虽源于裁判者否定《公司法》第16条作为效力性规范的错误解释方法,但更源于该条款未明确违法后果的立法技术瑕疵。有些法院着眼于保护债权人,认为担保合同有效;有些法院着眼于保护担保人公司及其中小股东,认为担保合同无效;有些法院选择中间道路,认为此类担保合同效力待定。笔者认

为第三种观点逻辑不严谨。若担保人公司有意追认法定代表人越权代表行为,就不会成讼。既然债权人与担保人公司对簿公堂,裁判者要么确认担保合同有效,要么确认其无效,无第三条道路可走。又如,股权代持纠纷主要源于《公司法》未明确规定股权代持关系的性质、效力,也未确立隐名股东的法律地位,更未明确股权代持协议遗失或缺失时的证据规则。再如,权益受损前(原)小股东保护的举步维艰主要源于《公司法》第20条第2款未明确指出该条保护的“股东”包括权益受损的“前股东”。复如,外部股东与目标公司的对赌条款效力之争以及协议控制(VIE)架构项下的一揽子协议(如表决权委托协议、融资协议、技术支持协议与股权质押协议)之争的裁判难点也源于《公司法》的语焉不详。

(三) 消除同案不同判现象的治本之策在于靶向立法

作为治本之策,笔者建议新《公司法》梳理不同价值目标的优先序,厘定行为规范,统一裁判思维。靶向修法的核心是提高法律规范的针对性、精准性、科学性、公平性、可预期性与稳定性。如,为遏制法定代表人擅自对外担保风险、保护中小股东权益、培育理性审慎债权人,建议新《公司法》明文禁止公司为他人债务作保。除非法律或章程有相反规定,法定代表人或代理人以公司名义签署的对外担保合同一概无效,相对人可请求行为人履行债务或赔偿损害,但与公司无涉。又如,外资三法2020年废止前设立的外资公司一般不设股东会,设立的董事会为权力机构,且在重大事项表决时遵循全体董事一致决规则。只要任何一名董事反对,董事会就无法对任何重大事项作出决议。一些中小股东因担心自己在董事会中的表决权与控制力会被股东会会议中的资本多数决所稀释,因而不愿意将外资企业纳入《公司法》调整轨道;而缺乏中小股东及其董事代表的支持,外资公司董事会根本无法作出将该公司转制为《公司法》调整的决议。为破解该僵局,笔者建议立

法者确保存量外资公司在五年过渡期内平稳转入《公司法》调整轨道。

笔者建议立法者通过中国裁判文书网等数据库检索同案不同判的立法漏洞及其成因,并运用数学模型、大数据分析等研究手段对同案不同判的成本效益予以定量分析,筛选出经得住法律检验、社会检验与历史检验的经典判例,并分门别类提出修法建议。当然判例中的多数说未必比少数说更接近真理与公义。仲裁机构亦可就同案不同判的立法漏洞提出修法建议。

七、理性包容商业智慧博弈,分类回应法律规避现象

### (一) 铸造良法要弘扬民主与科学精神

党的十八届四中全会要求,“深入推进科学立法、民主立法”,“健全立法机关主导、社会各方有序参与立法的途径和方式”,“拓宽公民有序参与立法途径,健全法律法规规章草案公开征求意见和公众意见采纳情况反馈机制,广泛凝聚社会共识”。党的十九届四中全会要求,“依法立法,完善党委领导、人大主导、政府依托、各方参与的立法工作格局,立改废释并举,不断提高立法质量和效率”。

良法是善治的前提。有法律,未必有法治。无良法,必无善治。公平公正是法律的灵魂,落地生根是法律的生命线。公众是法律的用户,也是法律的设计者。要推进公司法现代化,必须敬畏科学、崇尚民主、公开透明、开门纳谏、广开言路,反对闭门造车、闭目塞听。科学与民主是公司法现代化的两翼,不可偏废,否则会滋生不公平的恶法(尤其是部门利益或垄断企业利益法律化的部门法)或“牛栏关猫的稻草人法”(如以《中小企业促进法》为代表的一系列促进法)。

(二) 重视解决公众参与立法的理性冷漠现象

近年来,立法者问计于民,开通了立法意见征集系统,立法质量提升明显,部门立法之弊逐渐式微。立法者应通过立法听证、学术研讨等多元途径认真听取公司利益相关者对公司法设

计与运行的善意批评与合理化建议,凝聚广泛社会共识,提炼最大利益公因式,画大新《公司法》同心圆。

我国民主立法实践虽如火如荼,但因信息不对称、专业不熟悉、搭便车心理等原因,公众参与立法的理性冷漠现象依然存在。有些话语权缺失的利益相关者(如中小股东、劳动者与消费者)在立法过程中怠于建言献策,但在法律公布后抱怨立法漏洞与规则不公。为预防“事后诸葛亮”现象,立法者应分别通过全面公开和精准定向的方式,广募利益相关者的锦囊妙计。民意的公募与私募各有其美,不能相互替代。

《公司法》未确定负责该法实施的特定执法部门,自诞生伊始也就未打上部门法烙印,在五次修改中亦无部门争权痕迹;但立法者不能忽视法院、仲裁机构、公司登记机关、国有资产监管部门、证券监管部门与外资监管部门等一线公司法用户的宝贵专业意见。

(三) 听取不同产业、规模、投资者国籍的公司及其股东、管理层的立法建议

我们要充分听取所有制、国籍与持股比例不同的股东及其目标公司的利益诉求。既要听取大股东(控制股东和实际控制人)与中小股东(非控制股东)的意见,也要听取管理层、企业家与职业经理人意见;既要听取国有股东意见,也要听取民营股东意见;既要听取内资公司与本土公司意见,也要听取外资公司和跨国公司意见;既要听取国有公司和集体公司意见,也要听取民营公司和混合所有制公司意见。

我们要甄别闭锁公司与公众公司(包括上市公司与新三板公司),充分听取多层次资本市场中不同类型公司及其股东的诉求。多层次资本市场包括上交所的主板与科创板,深交所的主板、中小板与创业板,全国中小企业股份转让系统的新三板市场与新四板市场(地方区域性的股权托管交易中心)。由于公司上市或挂牌的门槛及公司族群不同,交易场所各具特色的股票交易规则与公司治理自律规则均值得

借鉴。

我们要充分听取不同产业的利益诉求。不同产业的商业模式与盈利模式对公司的设立门槛、资本要求、诚信度与公司治理的要求有异。金融产业是金融资本与系统性风险密集型产业,对重要股东、股权资本与公司治理有着严格要求,理应排斥重要股东的股权代持。制造业是劳动力与技术密集型产业,天然需要重视劳动者保护,激活职工参与公司民主治理机制。电子商务平台是信息与诚信密集型产业,且对平台内交易的主体与行为负有自律监管职责,理应对电商、消费者与知识产权人承担更大的社会责任,并建立健全协同共治的平台治理体系。

《公司法》修改牵一发而动全身,关涉社会公益、商业伦理、公序良俗等核心价值观。我们既要广泛听取公司、股东、管理层、劳动者、债权人、消费者、社区与地方政府等利益相关者的意见,也应充分倾听工会、青年团、妇联、残联、消协、行业协会(商会)等人民团体、社会团体的意见与建议。公司社会责任制度的总则与分则条款设计均应征求利益相关者及其社会组织意见。比如,为完善职工董监制度,工会可就职工参与公司民主治理的正反经验教训提交立法评估报告。为体现男女平等原则,妇联可就鼓励适度比例的女性出任董监事提交实证研究报告。

#### (四) 格外关注法律规避现象

兼有商业智慧与法律技术含量的法律规避是公司生活中不可或缺的组成部分,也是贯穿人类法治生活全过程的一道主线。一旦立法者懈怠,规避者就会跑到法律规则前面。

笔者建议立法者关注与研究公司法规避现象及其背后的商业逻辑,而不应眉毛胡子一把抓地简单予以否定。规避法律者并非都是刁民。有些规避者是聪明的商人、公民与法人。法律规避行为也不必然违法或无效。规避任意性、倡导性规范的法律行为符合意思自治精神,当然合法有效。规避管理性规范的法律行为虽

受公法处罚,仍属有效。从核心价值观角度看,只有规避效力性规范的民事法律行为方能被确认无效。即使法律行为表面上未违反成文法中的具体条款,但若损害公序良俗、侵害公共利益,亦属无效。公司经营的基本底线是不违法(消极不作为),最高目标是遵法、守法、合法(积极作为)。两相比较,消极不违法的标准较为宽松,法律成本较低;而积极遵法、合法与守法的标准较为严格,法律成本较高。确切地说,公司“不违法”的实质是不违反强制性法律规范。而“合法守法”要求公司对标对表全部法律规范,既遵守公法规范,也遵守私法规范;既合乎强制性规范,也合乎倡导性规范。既然“不违法”与“合法守法”中的“法”的内涵存在微妙差异,《公司法》修改时只需关注违反效力性规范的法律规避行为。公司若拒绝或者怠于遵从倡导性规范与任意性规范,可顺天应命,自生自灭;若不遵从管理性规范,则应启动公法处罚机制,以激浊扬清,惩恶扬善。

为弘扬铸造良法的工匠精神,立法者要善于客观理性、一分为二地看待法律规避智慧。既要满腔热忱地褒奖规避恶法的智慧,也要抓铁有痕地粉碎规避良法的伎俩。若绝大多数社会成员尤其是诚信者、普通百姓与弱势群体均被迫竞相规避某一法律规范,甚至演变为潜规则,则被规避的法律规范要么是背离核心价值观的恶法规范,要么是束之高阁的愚法规范。立法者应反思反省被规避规范保护的价值与法益的正当性与合理性、规则设计的科学性与可行性以及法律规避的利弊效果。若被规避的规范是恶法条款,就应以壮士断腕的勇气予以废除;若被规避者是初心纯正、公平公正、合理正当的善法但缺乏可操作性,则应从速查缺补漏、因势利导,从源头上预防法律规避。我国投资者去英属维尔京群岛与开曼群岛等避税天堂注册离岸公司的现象,意味着我国公司法与税法的国际竞争力有待提升。众多民营企业热衷于对自己的家族财富采取域外信托计划,更暴露出我国产权保护的法治短板。

当然 旁观者清 ,当局者迷 ,立法者再睿智也很难发现自己的立法漏洞。法律规避者是恶法条款的啄木鸟 ,也是善法漏洞的吹哨者。立法者即使不感激这些探索法律漏洞与病灶的貌似搅局的制度竞争者 ,也应认真研究其规避法律的动机、理由与操作技巧。要鼓励法律规避者尤其是商人及其律师与会计师等专业人士现身说法 ,自曝法律规避的路线图及法律文件要点。法官、仲裁员、公司登记者、监管者与行业自律者也可针对法律规避之道提出精准的反规避建议。造福社会福祉的良善法律智慧必须上升为法律规范 ,以飨众生。良法善制不意味着无漏洞。有漏洞的良法本身固然无害 ,但弃而不用或普遍践踏 ,也会触发破窗效应 贬损法律权威 ,动摇法治信仰。因此 ,良法漏洞也须堵塞。

#### 八、优化公司组织类型 重构公司立法体例

(一) 现行《公司法》第2章至第5章分别规定有限责任公司与股份公司的立法技术有叠床架屋之嫌

现行《公司法》将公司区分为有限责任公司与股份有限公司 ,并分别予以规定 ,使第2章“有限责任公司的设立和组织机构”与第4章“股份有限公司的设立和组织机构”之间、第3章“有限责任公司的股权转让”与第5章“股份有限公司的股份发行和转让”之间存在重复性、冲突性规定。殊不知 ,两类公司在设立程序、公司治理架构、治理规则、资本制度、股东权利等方面的制度设计大同小异。

第一 ,从立法文本看 ,《公司法》第71条规定的有限公司股权转让时老股东优先购买权制度貌似两类公司的实质性制度差异 ,实则非也。首先 ,优先购买权制度并不专属于有限公司 ,因为小规模股份公司也需借助优先购买权制度 ,以维护公司闭锁性与股东人合性。股份公司的章程完全可以赋予老股东优先购买权。其次 ,并非每家有限公司都需要保持高度的公司闭锁性。《公司法》第71条第3款就明确允许有限公司排除优先购买权规则。可见 ,优先购买权

制度并非两类公司的本质区别。

第二 ,大型有限公司与小型股份公司的法律调整需求实无本质区别。有些有限公司的体量、盈利能力、公司治理复杂程度及其对利益相关者的影响力远超大多数股份有限公司甚至上市公司。在2013年《公司法》原则废除股份公司最低注册资本制度以后 ,有些股份公司的注册资本与经营规模反而逊于有限公司。

第三 ,股份公开发行制度亦非股份有限公司与有限责任公司的本质区别 ,而是股份公司中公众型公司与闭锁型公司的区别。

为提升公司法设计的严谨性、降低修法成本、提高修法质量、扩大法律调整范围、全面落实公司平等原则 ,消除闭门造车、人云亦云的制度差异诱发的公司类型歧视 ,建议立法者取消股份有限公司与有限责任公司的二分法 ,在新《公司法》中采取统一的“公司”概念 ,将各类公司统称为“公司” ,仅在涉及特殊类型公司时标注特殊公司。

(二) 股份发行与转让规则可分置于《公司法》与《证券法》之中

就股份发行制度而言 ,《证券法》第2章“证券发行”仅规定了公开发行的注册、保荐与承销程序 ,而股份发行(含股票公开发行)的一般条件及股份非公开发行制度则留待《公司法》作出精准细致规定。《证券法》第11条专门要求“公开发行股票 ,应当符合《公司法》规定的条件”。

就股权(股份)转让制度而言 ,公众公司(上市公司与新三板公司)的股份转让尤其是一对多(点到面)的股份转让已由《证券法》第3章“证券交易”作出规定 ,新《公司法》仅需设计非公众公司股份的一对一(点到点)转让规则。鉴于《证券法》第36条特别提及“依法发行的证券 ,《公司法》和其他法律对其转让期限有限制性规定的 ,在限定的期限内不得转让” ,新《公司法》可在尊重私人产权、鼓励契约自由的前提下 ,适度限制各类股份(股票)的转让期限。



(三) 专章规定特殊公司类型,以保持新《公司法》的包容性

鉴于股份公司是最标准、最经典的公司组织形式,建议公司类型原则上限于股份公司,并辅之以特殊类型公司。借鉴日本2005年《公司法》立法例,废止有限责任公司制度。但在新《公司法》出台前已设立的存量有限责任公司可按照现行《公司法》中的有限责任公司制度执行。

不同类型的公司既有共性,也有个性。立法者在致力于对一般公司作出规定的同时,可针对国有公司、一人公司、夫妻公司与家庭公司的特殊性作出特别或补充规定。

鉴于国有公司受《公司法》与《企业国有资产法》的双重调整,建议联动修改两法。除国有股东对国有公司行使股权的特殊规则由《企业国有资产法》统一规定外,所有公司法律关系均回归《公司法》。为突出董事会选贤任能的民主决策精神,建议国有独资公司的董事长与副董事长由董事会成员选举产生,删除《公司法》第67条第3款“董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定”之规定。

现行《公司法》第2章第3节“一人有限责任公司的特别规定”专属于第2章规定的有限公司范畴,过于狭窄。笔者建议将一人公司制度扩张适用于股份公司。股份公司亦可由一人股东设立。我国台湾地区“公司法”第2条第4项就允许一人股份公司“股份有限公司指二人以上股东或政府、法人股东一人所组织,全部资本分为股份;股东就其所认股份,对公司负其责任之公司”。

笔者建议针对一人公司、夫妻公司或家庭公司采取公司法人资格滥用推定的举证责任倒置制度,并对其豁免适用《刑法》中涉及公司的特定犯罪(如职务侵占罪、挪用公司资金罪等),同步加大此类公司股东对公司债务的连带责任,降低揭开公司面纱的门槛,以兼顾小微企业治理自由与交易安全。能够用民事责任化

解的道德风险尽量不启动刑事问责程序。

中小微企业多是家庭企业,且是创造就业的主要平台。为精准体现放水养鱼、轻徭薄赋的结构性减税政策,鼓励中小微企业可持续健康发展,建议借鉴美国有限责任公司(LLC)制度,建立具有我国特色的特殊有限责任公司制度。该制度仅适用于自然人设立的中小微公司。此类公司不是独立的企业所得税纳税主体,豁免适用《企业所得税法》,股东仅需在其从公司分红时缴纳个人所得税。

### 九、新《公司法》的十七章框架建议

第1章“总则”。内容包括:四大立法宗旨(促进公司发展,弘扬股权文化,维护交易安全,强化公司社会责任);立法依据(现行《公司法》未提及宪法依据,应予增补);公司的定义;公司的类型(一般类型为股份有限公司,特殊类型包括国有公司、一人公司与特殊有限责任公司);公司法的基本原则(诚实信用原则、公司自治原则、促进公司可持续发展原则、股东平等原则、股东权利保护原则、维护交易安全原则、鼓励公司承担社会责任原则);公司社会责任基本制度(若单一条款字数简约,建议在多条分别规定法定义务的强化、伦理义务的鼓励、市场激励、政府扶持、社会责任友好型公司治理、不同公司的差异化立法与监管政策与信息披露);公司章程;公司转投资的自由与限制;公司为他人作保的权利能力的原则禁止及其例外;关联交易的十二字原则(程序严谨、信息透明、对价公允)及关联交易侵权的损害赔偿赔偿责任。建议将公司决议效力之诉移入第3章“组织机构”。

第2章“公司设立”。内容包括:公司设立方式(发起设立与募集设立);公司设立过程中债务的承担;公司章程(性质、记载内容、备置、登记、查阅与复制);未登记公司章程与已登记公司章程的相互关系;发起人协议;股东出资(出资形式、瑕疵出资股东的权利、义务与责任);出资实缴义务加速到期制度;公司发起人的责任;募集设立程序(创立大会);首届董事

监事的调查义务(公司成立时当选董事和/或监事对公司设立阶段债权债务与股东出资义务真实性、合法性与充分性的谨慎调查与追偿义务)。

第3章“公司治理”。内容包括:股东会(股东会中心主义;法定职权;召集程序与表决程序;网络表决);种类股东会;董事会(董事会职权可由章程予以扩张或缩减);董事会下属专门委员会(公司章程自治);经理;监事会(同时允许监事会集体行使职权与监事单独行使职权);公司决议(股东会、董事会与监事会的决议)效力之诉(无效确认之诉、不成立确认之诉与撤销之诉);除斥期间(自原告知道或应当知道决议作出之日起算);董事长的五大权限(董事会会议召集权、主持权、表决权、打破决议僵局时的第二票表决权以及监督管理层执行董事会决议的检查巡视权);法定代表人(可由董事长、董事或经理之外的人士担任);公众公司组织机构的特别规定(独立董事、董事会秘书、独立董事秘书);董事监事选举时的累积投票制;中小微公司的缩微版公司治理机构(执行董事、执行监事或不设监事)。

第4章“股份发行”。内容包括:股份募集程序;股份认购合同;股东出资义务;股份平等原则;股份法定种类与多元化(优先股与劣后股;特别表决权股份与无表决权股份);双重股权结构的效力;特别表决权的适用范围、表决权差异倍数的限制、日落条款与权利滥用责任;股东名册(股东名册的管理人、置备及查阅);新股认购优先权;股票(记载事项;股票丧失的救济;股票的无纸化)。

第5章“股权(股份)转让”。内容包括:准据法(公司法、证券法、合同法及其他相关法律);股权自由转让原则;股权转让的限制;股权转让合同的效力;股权变动的效力;转让方的权利与义务;受让方的权利与义务;基准日与交割日之间的损益分配;公司章程和股东协议中的优先购买权条款;股份回购;股权质押;股权转让与担保;无效股权转让合同的处理(返还财

产、赔偿损失、分配收益)。

第6章“特殊类型公司”。内容包括:闭锁性公司(简易公司);一人公司;国有独资公司;特殊有限责任公司(夫妻公司、家庭公司,家庭公司的外延窄于“家族公司”)。我国台湾地区“公司法”第2条第4项将“闭锁性股份有限公司”界定为“股东人数不超过50人,并于章程定有股份转让限制之非公开发行股票公司”,值得借鉴。

第7章“股东权利”。内容包括:股东资格的认定;股东资格取得的基础证据;股东资格变动的推定证据(股东名册或其他替代证据);股东资格的公示公信证据(公司登记资料和/或证券登记结算公司的登记资料);股权的共有与分割;股东除名;股权信托与隐名股东;知情权;分红权;表决权;公司决议诉权;代表诉权;转股权与优先购买权;异议股东退股权;请求解散公司诉权;权益受损的现股东与前股东的损害赔偿请求权;中小股东权利保护的优先序;股东权利法定保护机构的职责(股东协会)。

第8章“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”。内容包括“董、监、高”的任职条件;选任与罢免程序;信托义务(fiduciary duty);对公司所负的民事责任;对股东所负的民事责任;对第三人所负的民事责任;责任减免机制;商业判断规则(business judgement rule);“董、监、高”责任保险。鉴于“董、监、高”道德风险频发与信托意识淡漠有逻辑联系,鉴于信托法项下的信托义务严于合同法项下委托合同中的受托人义务,建议弘扬信托文化,明确公司与董事间的信托关系除《公司法》另有特别规定外,补充适用《信托法》中的信托义务规则。为适度减轻作为法人股东代表的稻草人董事的法律风险,建议借鉴台湾地区立法经验,导入法人董事制度。

第9章“公司债券”。内容包括:公司债券类型;发程序;可转换公司债;公司债持有人权利;公司债持有人会议;公司债担保;公司债管理人;信用评级;公司债发行人的违约责任。

该章应定位于补强《证券法》第2章与第3章有关公司债券发行与交易的法律规则。

第10章“公司财务、会计”。内容包括:财务会计规范(法律法规与会计惯例);会计制度的一般规定(如会计恒等式与会计年度);原始凭证与记账凭证;会计账簿;财务会计报表的组成与不同要求;财务会计资料的查阅;审计机构对审计报告用户的信托义务;会计舞弊的责任与预防;利润分配的条件与程序;决定公司利润分配的股东会决议;股东按照实缴出资比例分红的一般规定;董事违法分配利润、股东违法受领股利的责任;增资程序;减资程序;公积金的减少;股东抽逃出资的禁止;股东出资财产的例外返还;对赌条款的效力。建议明确外部股东与目标公司之间的“对赌”条款无效,外部股东与目标公司控制股东、实际控制人、董事长、法定代表人或其他第三人之间的“对赌”条款有效。

第11章“公司重组及并购”。内容包括:公司组织变更(合伙企业转变为公司,公司转变为合伙企业);公司合并;公司分立;上市公司控制权收购;公司资产转让;公司营业的转让;公司的托管;股份交换;股份转移等。现行《公司法》将公司增减资与公司合并分立共同规定于第9章。鉴于公司增减资属于公司财务会计制度范畴,建议纳入“公司财务、会计”一章。

第12章“公司解散、清算与注销登记”。内容包括:法定解散与约(章)定解散;公司解散的命令;破产清算与非破产清算;清算义务人(仅限于董事)的法定义务;妨碍清算程序的行为人(包括控制股东、实际控制人,而限于董事)的责任;普通注销登记与简易注销登记程序;公司注销登记的效力;公司注销登记后被注销公司的遗留资产及债权债务处理。

第13章“公司集团(关联公司)”。内容包括:公司集团及关联公司(含母公司)的立法定

义;附属公司(子公司)小股东的保护;附属公司债权人的保护;相互投资公司以及互为控制公司与从属公司情形下的法定义务;股权间接转让时的优先购买权;公司集团股权变动时职工权益的保护;合并财务会计报告的编制及审计。

第14章“外国公司”。现行《公司法》第11章名为“外国公司的分支机构”。为适度扩大本章调整对象,借鉴日本与我国台湾地区立法经验,建议更名为“外国公司”。内容包括:外国公司的定义;外国公司的权利能力与行为能力(重申准入前国民待遇原则与负面清单管理制度,赋予外国公司在法律法规不禁止范围内与中国公司具有相同权利能力与行为能力);外国公司在中国境内设立分公司的条件与程序;外国公司应向其在华分公司拨付营业所需资金;外国公司应指定分公司在华境内代表人(负责人);外国公司分公司提交年度报告的义务;外国公司分公司在清算期间不得将在华资产擅自移出中国境外的要求;外国公司在华办事处;拟制的外国公司。

第15章“公司登记与公示”。内容包括:公司登记事项;设立登记;变更登记;注销登记;登记申请;登记程序;登记机关审慎的形式审查义务;登记资料和公司年度报告的公示;公司证照和档案管理;公司登记的效力;公司登记错误的纠正与处理;公司登记的撤销。

第16章“法律责任”。内容包括:民事责任;对行政相对人的行政处罚;对公司登记与监管工作人员的行政处分;刑事责任罪名;信用制裁;公司反腐倡廉等刑事合规要求(公司风控与合规制度亦可纳入公司治理规范);公司被行政与刑事处罚后的公司治理改进监督机制(法院任命的督察员制度和监管部门任命的特别合规协调员制度)。鉴于信用责任是生长中的第四法律责任<sup>①</sup>,而公司是守信激励与失信制裁的关键主体,信用责任入法迫在眉睫。

① 刘俊海《信用责任:正在生长中的第四大法律责任》,载《法学论坛》2019年第6期。

第17章“附则”。内容包括:立法定义;仲裁条款;诉讼条款;多元化公司争议解决;新法实施日期;新法不溯及既往(已设立有限责任公司仍适用现行《公司法》中的有限责任公司

制度);中资企业的域外法律适用;外资三法废止后外商投资企业适用本法的过渡措施《全民所有制工业企业法》的废止等。

## The Designing Philosophy and Proposed Framework of New Corporate Law

Liu Junhai

**Abstract:** To respond to the challenge of global economy recession and to improve the global competitiveness of new Chinese Corporate Law, it is necessary to reform the Corporate Law comprehensively and systematically, to respect corporate rational autonomy, to improve the suability and enforceability of Corporate Law, to introduce the best practice from both common law and civil law families, and to restructure the legislative framework in democratic and inclusive process. Rational corporate autonomy and tailor-made bylaws should be respected. The dual bylaws of detailed and simplified versions should be respected. The invalidating mandatory rules should be clarified. All mandatory rules of private law are invalidating. Private law rules should not be classified into invalidating rules and administrative rules. The rudimentary legislative philosophy should be updated to accurate and precise model. Suability, justiciability and enforceability of legal rules should be strengthened. Ambiguous wording should be avoided. Procedural rules, institutional adaptor and dispute settlement clause should be introduced. Separate chapter on shareholder's rights and shareholder association should be created. Target legislation is the solution to the problem of different rulings on the same type of disputes. Legal Evasion should be addressed by eliminating bad rules and plugging legal loopholes. The dichotomy of limited liability company and joint stock company should be abolished, and the general concept of "corporation" shall be adopted, except for the cases of special categories of corporations. New Corporate Law should be restructured and expanded to seventeen chapters.

**Keywords:** new corporate law; corporate autonomy; suability and enforceability; targeting legislative reform; different rulings on the same type of disputes

(责任编辑:刘宇琼)