

# 我国公司法建构中的国家角色

甘培忠 周游\*

内容提要: 考察公司制企业发展的历史可以发现, 现代公司制并非单纯源自商人实践。不管是在西方还是在东方特别是中国的公司制度变迁中, 国家在其中扮演着极为重要的角色。在中国, 重农抑商的传统思想与自古以来因官商关系形成的国家对商业的深入渗透, 并加之中国特色的国企问题, 造就出中国公司法的一种独特结构。改革开放以来我国法学界对企业所有制及法人本质的争论, 从侧面反映出国家与公司之间、国企改革与公司法之间的盘根错节。因为不得不囊括国有公司与私人公司, 因此需要建构兼具包容性、融合性的公司法律制度体系。国有背景公司的特殊出身和股权结构以及治理模式存在浓厚的意识形态元素和官商文化气质, 需要公司法作出差异性的制度应对, 以便契合中国国情。国家角色在公司法制的演变中会持续发挥作用, 但其功能也会适时调整, 近期公司法的修订中国家应当集中关注强化国有公司治理制度、推进公司社会责任的诉讼机制发育及因应资本约束软化完善债权人利益保护规则体系。

关键词: 公司法; 国家角色; 国有公司; 制度完善

从公司法律制度与社会经济发展状态应当密切关联之理念考虑, 自2005年我国《公司法》修订已过去八年时间, 公司法的新一轮修订理应提上国家的立法日程。要废弃旧的或者建立新的规则, 使公司、市场与社会之间的关系适应经济发展的需求, 审视时下修法启动的环境条件与法律界意见固然重要, 然而借机回味考察一下近现代中国公司制度的发展脉络也不无裨益。我们不妨把后者归结为“公司与国家之间的关系”如何考量的问题。从古到今、自西往东, 公司法构建都难以摆脱国家在其中的角色扮演。

学界在认识公司究竟为何物时总有这样一种误区: 因为公司自治<sup>(1)</sup>的存在而认为公司制的生成也源于商人实践和私法自治。然而, 西方公司发展的历史事实向我们展示了完全不一样的图景。一者, 近现代公司设立从一开始走的便是特许之路, 这无非就是公司被赋予了寻租的垄断特权<sup>(2)</sup>。就十七、十八世纪西方国家的公司而言, 这种垄断体现了国家通过公司形式来进行海外掠夺, 最终沦为国家搜刮利益的工具。例如英国东印度公司, 其所表现出来的国家色彩异常浓厚: 在殖民地进行贸易的同时被赋予了领土自治特权, 其涵括了民事、军政、财税等职能<sup>(3)</sup>。由此可见, 国家在公司制企业形成之初就将公共意志凝练于其中。二者, 西方公司形式所体现出来的诸多特征都不可能通过私人契约安排得以确立。例如股东有限责任原则, 乃至德国有限责任

\* 甘培忠, 北京大学法学院教授, 博士生导师; 周游, 北京大学法学院2012级经济法专业博士研究生。

(1) 有关公司自治影响公司制度生长的不同解释, 可参见蔡立东《公司制度生长的历史逻辑》, 《当代法学》2004年第6期。

(2) Ann M. Carlos, Stephen Nicholas, Agency Problems in Early Chartered Companies: The Case of the Hudson's Bay Company, *the Journal of Economic History*, Vol. 50, 1990, p. 854.

(3) M. B. Hooker, The East India Company and the Crown 1773-1858, *Malaya Law Review*, Vol. 11, 1969, p. 2.

公司形式的发端,都显示出国家角色对公司法建构的决定性影响。故而,西方国家公司制的发展脉络为探讨中国公司法建构提供了一个极其重要的历史背景参照:单纯考量商人实践的自然选择,无法观测公司制度的全貌;尤其是在商人实践还严重缺乏、商人文化尚处在较低层级的国度里制订和修订公司法律制度就更应当理性审视国家在其中的角色扮演。

### 一、国家角色如何影响中国公司制发端

公司制企业在中国是“西法东渐”的产物,并非自然繁衍于本土的农耕和商业文明。但是,“商业”、“商人”从产生商品交换之日起就已存在。据《盐铁论》记载,桑弘羊等大夫坚持盐铁官营,并认为“夫权利之处,必在深山穷泽之中,非豪民不能通其利。”<sup>(4)</sup> 此处所谓豪民是指掌握资本、拥有话语权和社交资源的土豪商人。凡商人,以渔利为其宗旨,集资浩大后兼并土地,豢养食客、家丁,评论朝政,结党官府、山林甚或组建私人武装,威胁朝廷<sup>(5)</sup>。于是,重农抑商国策从两千多年前就已经基本定调且历朝历代奉行不迁,似乎官商关系在“商”之卑微背景下没有互动、博弈的社会前提,士农工商皆是天下王土上的芸芸众生。由审慎观之,中国本土商事制度的开化发育与西方商业普世价值存在自然对接与逻辑融合,其中国家首先启蒙和不间断发力推进是制度移植成功的关键<sup>(6)</sup>。

#### (一) “重农抑商”与“官商关系”之语境释疑

重农抑商与官商关系,这两个词语在商业发展史料中频繁出现。的确,在不断更替的奉行重农抑商国策的王朝中官商之间却又时常相互勾结而形成紧密的利益往来关系,持续存在着江山社稷大计和知府县衙宾客商贾的社会背离。这种在表面上看来充满魅惑的复杂国情,深深地影响到了商人的生存与发展悲欢离合,也造成了近代以来公司制度构建的无比辛酸和艰难。

重农抑商成为中国封建王朝的国策是与国家发展理念密切相关的。以土地为基础的各项税赋是封建国家赖以存续的最重要支柱。有外国学者指出,“至少对中国来说,可以认为,一个通常能够依靠现行的以土地为基础的税收制度生存的政府,比它的欧洲同行对其商人干涉较少,但为商人创造的机会和特权地位也更少。”<sup>(7)</sup> 因此,与其说是政府主动“抑商”,还不如说是从一开始政府就没有发现通过商人来垄断贸易可能会使国家更加富强。例如有研究表明,在古代亚洲统治者的脑海里,从来没有出现过这样的观念:比直接向商人征税更好的方法,可能是通过权力占有能产生持久利益的商业投资<sup>(8)</sup>。当然,国家发展理念的固化必定源于多方面因素,但上述学者的思考的确给予我们一种富有启迪意味的解释路径:国家发展理念决定了国家本身以及整个社会与民众的发展倾向,趋于稳定的社会发展模式也在一定程度上抑制了经济发展所需要的冒险精

(4)王利器校注《盐铁论校注(上)》,中华书局1992年版,第67页。显而易见,在士大夫看来,豪民之对立面是以农、工为主的一般老百姓,倘若只是豪民得利,那么盐铁就应当官营。从我国两千多年来之超稳定结构的存续与发展来看,这种专营尽管打压了商业的发展,但也的确维护了社会的稳定。

(5)北京大学法学院李启成教授认为,中国古代社会之所以长期奉行“重农抑商”政策,主要有三个方面的原因:第一,维护专制帝国统治的需要。商人有钱,往往也有文化,易做官商勾结,影响官员廉政和对帝国的忠诚,也间接影响百姓安心务农。国家稳定的基础是自耕农,交官粮、当壮丁皆是国家根本。如果土地被豪强兼并,一遇天灾人祸,民就造反,封建政权基础就会动摇。第二,为中国地理环境所决定。传统的中国文明属于黄河流域冲积平原的农耕文明,适宜农业耕作,精工细作和投入许多劳力才能养活更多人口。第三,思想文化方面的影响。儒家、法家本是对立,但在重农抑商方面两家完全一致。重农抑商也获得了广大地主阶级的支持。

(6)有学者认为,中国商业法制建设首先要考量的就是官商关系。参见姜朋《官商关系:中国商业法制的—个前置话题》,法律出版社2008年版。

(7)[美]彭慕兰《大分流:欧洲、中国及现代世界经济的发展》,史建云译,江苏人民出版社2010年版,第212页。

(8)K. N. Chaudhuri, *Trade and Civilization in the Indian Ocean: An Economic History from the Rise of Islam to 1750*, Cambridge University Press, 1985, p. 228.

神，当然也就意味着商人实践的先天不足。

人类社会自存在私有制以后就渐次形成商品经济。商品经济条件下就会有商品交换，交换即催生贸易。缺乏商人实践的“抑商”社会并不代表商人与商业就不存在了，而是有可能变异为其他发展态势：其一，政府专营。“官”在本质上成为最大的“商”，亦即由国家实行全面的行政性垄断，这种形式一直延续到清末的公司制尝试。这也在很大程度上影响到新中国时期国企发展与改革之理念，中国在上世纪50年代到改革开放前事实上因袭了封建时代重农抑商的方针政策。其二，商人与政府（或某些官员）勾结，形成紧密的官商关系。因为国家主导商品贸易并对商人实行严苛税赋而使得商人阶级的生存极其艰难，那么商人要发展则必须设法依附于权力。不管是哪一种态势，共同之处都是“国家及其代表的公权力一直都先于商人和商人组织得到发展。”<sup>(9)</sup>故而，基于重农抑商之政策而形成的政府专营或是官商关系，已经使得国家成为商业法构建的重要角色，这种角色扮演到如今仍是如此。正如有学者指出，由于历史上“官方”力量如此深入地嵌入商事经营，官办企业的现代形态——国有企业在中国的诞生就十分自然<sup>(10)</sup>。也正是在这种不可避免的社会现实下，倘若“公”与“私”的经济组织适用同样的法律机制的话，就可能因为实质的不平等而诱致挤出效应的发生。

按照这种分析，似乎一种貌似合理的结论自然而然就会出现：国家在公司法构建中的角色扮演，阻碍了公司制的发端，故而，公司法制的建立首先要摆脱国家羁绊，以推翻封建王朝为前提。然而在革命党建立共和体制以前，没落的晚清政府已然启动了公司新律的建构。其后的民国时代，国家颁布的公司法律就有三部之多。由此可见，中国公司制从一开始就受到国家角色的影响，法律不仅催生了公司企业，而且持续看护其成长发展。

## （二）制度供给的此消彼长：商人实践的欠缺与国家介入的正当性

清末修律是中国法制近代化的开端，这场变迁从一开始就已经定格为自上而下的制度革新<sup>(11)</sup>。自耕农、富农社会的一个重要特征是要么发动革命以推翻旧王朝，要么平静地维持日出而作、日落而息的自然状态，柔性的社会政策制度革新大都来自王朝中央的顶层设计，商鞅、王安石、李鸿章尽皆如是。改革成功与否，除受历史条件的制约、帝王的支持以及官僚体制内部斗争形势的影响外，还要看改革实质内容的素材来源与规则形式。素材来源侧重关注改革是否广泛、全面地吸纳既有规则的优良元素，而规则形式则侧重关注改革是否审慎、妥当地采取了符合经济社会发展的表现形态。就公司制企业诞生与发展看，重农抑商的文化锁链捆绑了中国社会两千多年，压制和束缚扭曲了国民的人格，自下而上的制度变迁往往空中雷声大，地面雨点小，显得异常艰难。

旨在自强求富以救国的洋务运动是近代公司制得以尝试的契机。1872年官方督办的轮船招商局，是我国仿照西方制度成立的第一家股份制公司。从现有史料可看出，传统商业惯例并未融入中国公司的实践当中<sup>(12)</sup>。相关研究表明，洋务运动时期官督商办企业的形式主要有两种，一种是政府以股份公司的形式吸收私人资本投资开办，政府参与企业经营管理，是官督商办的高级形式、普遍形式；另一种是若干小矿由私人资本家自行负责经营管理，官方不直接参与企业的经

(9)前引〔6〕，姜朋书，第16页。

(10)蒋大兴《公司法政治约束——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129页。

(11)实际上，我国法制变迁一直以自上而下的方略进行，古代律法脱胎于礼，而礼绝非民众自发形成并自下而上产生影响的机制。故有“汉沿秦制，顾其时去古未远，礼与律之别，犹不甚严”之说。参见程树德《九朝律考》，中华书局2006年版，第11页。

(12)轮船招商局的创办经过可参见聂宝璋编《中国近代航运史资料（第一辑，1840—1895）》（下册），上海人民出版社1983年版，第779—783页。

营管理，是官督商办的低级形式、次要形式<sup>(13)</sup>。由此可见，股份公司从一开始只是政府控制经济的抓手，这种制度移植也仅仅在表面上保持了股份公司的形态，政府没有也不可能尝试将过多的本土商业习惯融入其中。所以在我国，商人实践和私法自治对公司制形成的作用就非常微弱。研究中国文化的论著表明，中国人的个体无力作自我组织，必须由他人去组织；中国社会也无力作自我组织，必须由国家去组织<sup>(14)</sup>。这种看法尽管过于绝对化，但其的确在很大程度上反映出整个中国社会的运作模式。个人、社会缺乏自发生成秩序的能力与条件，强大的国家成为制度的主要供给者。清末时政府不仅聘请日本专家帮助起草《公司律》，而且开启以奖励顶戴花翎的方式鼓励民间投资<sup>(15)</sup>。由此，可以断言，我国公司制企业的直接发端是清末政府的改革开放政策实施的结果，这时传统社会的重农抑商国策已经显现风雨飘摇之势，无力救国，政府开始引领社会资本向高级的企业形态发展，并为之设立法律的轨道。

因此说，国家与公司的关系自公司制引入中国之时起就注定要比公司制起源地更为紧密，国家角色在中国公司制的形成中有着更为重要的影响：国家的介入因为商人实践的欠缺而获得充分的正当性。况且，当企业组织形式更多地彰显人为添加的因素时，它就越脱离人们自然选择的一般规律，也就越需要刻意地给予保护，倘若这种人为添加的因素来源于国家，那么保护的举措也主要来源于法律<sup>(16)</sup>。故而，对于我国这样一个商业文化不甚发达的国家，在市场经济体制建立过程中运用国家之手推动市场机制的形成亦为合理<sup>(17)</sup>。这其中的关键只是如何把政府与市场以及企业的关系处理得当罢了。

## 二、从两个理论视点考察我国公司法制建设中的国家功能定位

我国的公司法制充分体现了社会主义条件下市场主体法律所应具有的国家本位特色，与社会本位、个人本位并存，将私人资本和国家资本融于一体。1993年制定颁行的《公司法》，至今已逾20年历史。虽然，经济社会的发展态势形成了法律出台的原始胎动，但事实上一方面国家一直在推行改革开放的政策，引领相关的制度建设导向公司法的制定发布，另一方面在中国特殊的社会环境下由国家最高领导人做出了非常关键的深化改革决定，正式、直接催生了公司法立法程序以及国家证券市场的形成<sup>(18)</sup>。此外，在立法的具体内容及其架构上，充分体现中国国情也表明了公权力的差别意志，国家介入公司制企业的产生与发展当然是不争的事实。

本文在这里避开对公司法律中设定国有公司的一系列制度规范的背景和条款的直面解读，而是试图从当时法学界针对国有情景如何凝结于公司法制的纷争中揭示本文所述命题，在研究方法上可定义为侧面穿插法。的确，在如何准确把握国家在公司法制构建的功能定位问题上，理论界的纷争一度呈现烽火连绵，云蒸霞蔚，一派壮观景色。这其中囊括了国家对公司法基本原则的确定、国有企业改制后公司中的国家控股比重、国有资产在公司制企业中的产权保护以及国有独资公司是否入法等种种国家扮演不同角色的问题。其中，对公司法立法影响深重长远的有两个问题：一是有关企业所有制问题的讨论，这涉及到国家所有权与现代公司治理制度的契合与冲突。二是对公司法人本质的争论，这涉及到国家如何对待公司人格的独立性。这些讨论，即使在公司

(13) 黄逸平 《近代中国经济变迁》，上海人民出版社1992年版，第266页。

(14) 孙隆基 《中国文化的深层结构》，广西师范大学出版社2004年版，第299页。

(15) 甘培忠 《企业与公司法》，北京大学出版社2012年版，第159页。

(16) 甘培忠、周游 《论当代企业组织形式变迁的趋同与整合——以国家需求与私人创新的契合为轴心》，《法学评论》2013年第6期，第72页。

(17) 甘培忠 《国有股减持中的政府与市场——国有股减持困境的经济法分析》，《法学家》2002年第4期，第90页。

(18) 这里仅是指小平同志南巡讲话。

法颁行以后仍未结束，持续至现在。检讨这些讨论，我们不难看出，我国的公司法制不仅要复制其他市场经济国家的立法模板，体现法的普适性标准，而且还要对社会主义市场经济体制下国企改革等现实问题作出符合逻辑与实际的制度回应，彰显国家在其中的特殊需求。

### （一）有关企业所有制的争论

企业一词在我国曾经有着非常特殊的涵义，因其早先与意识形态发生关联。改革开放初期的企业法论著，都围绕着所有制问题来探讨企业制度。例如有学者认为，按照企业生产资料所有制形式的不同将企业分为国家所有制企业、集体所有制企业、混合所有制企业和私人企业<sup>(19)</sup>。这也是当时的一种通行说法。相关论著进一步指出企业立法的发展趋势之一就是单行企业法规主要按照企业所有制的不同形式分别制定<sup>(20)</sup>。在这样的理论格局下，公司仅作为一种企业组织形式而被简单介绍。学者从实体企业存在的现实出发，勾勒企业的理论框架，虽然欠缺对公司制企业的舆论引导，但存在着历史合理性。这期间不乏股份制试点的举措，而且在改革开放初期，我国一度迎来“公司热”。这种情况和清末洋务运动时的境况极其相似：公司制在没有《公司法》的前提下开始了实践。但正如有学者后来指出，这些被称为公司的企业，绝大多数都不是现代企业制度所要求的公司，不是市场经济所要求的主体<sup>(21)</sup>。这种无序状态导致了中共中央和国务院多次整顿公司，甚至社会上把某种因制度实验出现的混乱视为是公司形式的祸害<sup>(22)</sup>。1987年，国家经济委员会交国务院审议的“有限责任公司条例”与“股份有限公司条例”也因国有企业改组为股份公司的试验引起一些意识形态方面的争议而被搁置<sup>(23)</sup>。随后，《中华人民共和国全民所有制工业企业法》与《中华人民共和国私营企业暂行条例》在1988年得以制定，从而又回到了以所有制形式为内核的企业法体系。这的确是改革开放初期企业制度从无法状态向有法可依状态转化的一种低空盘旋。

中国是社会主义国家，对企业所有制的态度也是改革中不可回避的问题。1993年《公司法》第4条第3款规定，公司中的国有资产所有权属于国家。这样的规定和通常理解的公司产权制度是有冲突的。因而有学者解释，全民企业享有法人所有权，它与国家所有权的关系是实物所有权与价值所有权的关系<sup>(24)</sup>。事实上，国家以国有资产出资，将资产的财产权转换成对公司享有的股权，这在本质上并未改变权利的根本归属<sup>(25)</sup>，只要通过明确的立法规范管理国有股，就不会大量存在国有资产流失的隐患<sup>(26)</sup>。

据上，我们认为，有关企业所有制形式问题的争论代表了我国公司制企业产生和发展过程中所面临的首要的聚焦点，我国的公司法也恰当地体现了对此问题的研究成就，促成了国有企业向公司化、股份化的改制，实现了国家期望的政策和制度目标。即使存在某种不尽规范的做法，在

(19)王保树、崔勤之《工业企业法论纲》，时事出版社1985年版，第9页。

(20)王保树、崔勤之《企业法论》，工人出版社1988年版，第27页。

(21)刘瑞复《中国公司法》，法律出版社1998年版，第23页。

(22)其中的重要文件包括：1984年《中共中央关于严禁党政机关和党政干部经商办企业的决定》；1985年《国务院关于进一步清理和整顿公司的通知》；1988年《中共中央、国务院关于清理整顿公司的决定》；1989年《中共中央、国务院关于进一步清理整顿公司的决定》。

(23)有关1993年《公司法》制定的其他背景资料，参见方流芳《试解薛福成和柯比的中国公司之迷》，梁治平主编《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社2002年版，第291-298页。

(24)李友根《企业法教程》，南京大学出版社1994年版，第20页。

(25)2005年《公司法》删除了1993年《公司法》有关“公司中的国有资产所有权属于国家”的规定，官方释义还表明“公司享有法人财产权才能体现公司的法人人格。”这无疑是公司法建构中面对国家角色问题的明显进步。参见安建主编《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社2005年版，第22页。

(26)在1993年《公司法》的相关释义中，作者表明了之所以要规定国家所有权的原因“任何人无权宣称对国有资产的所有权，借股份制改组的名义，无偿瓜分国有资产是不允许的。”但实际上，防止国有资产流失明显不是《公司法》所能肩负的使命。参见王欣新、朱大旗《中华人民共和国公司法释义》，中国国际广播出版社1994年版，第7页。

事后的制度修订中缓行解决了。法律，有时也不得不曲线进步。

(二) 有关法人本质的争论

在我国，有关法人本质的思考最初是从探讨法人人格的民法保护开始的<sup>(27)</sup>。随着企业与公司法在学界日益受到重视，而法人制度又主要涉及到企业与公司的问题，因此争论渐次从民法扩展至商事法乃至经济法领域。在表面上看，“法人本质”之争貌似是一个纯粹的哲学问题，但是，诚如本文所坚持的解释路径，若将国家角色嵌入到法人本质的争论中时，这一问题就会具体到社会现实的利益结构。按照传统理论的划分，有关法人本质的不同观点可归纳为三种：法人实在说、法人拟制说以及法人否认说<sup>(28)</sup>。其中，法人实在说与法人拟制说的重大区别就在于前者认为公司先于法律，而后一种学说则刚好相反。当然，正如有学者指出，这种对法人本质争议的“三元论”，每个理论都并不是站在法律规则的分析上进行的，而是站在对公司的实体化认识基础上的<sup>(29)</sup>。

批判一种观点的不足要远比赞同一种观点的长处来得容易。更何况，很多在西方国家已经尘埃落定的问题置于中国场合却可能成为全新的争点。故而，不管学者持有何种看似落后的观点，都需要将其置于特定的背景予以思考。法人拟制说尽管有其诸多不足之处，然而在我国 20 年来公司法定制定与修订的历程中一直发挥出引领作用。江平先生在上世纪 80 年代时就曾主张拟制说的合理价值<sup>(30)</sup>，在 2005 年《公司法》修订之后仍有学者继续探究这个问题，认为这是“社会需要的法律确认”<sup>(31)</sup>。不仅如此，将拟制说理论嵌入中国特色的社会实践，就能看出其恰好反映出我国公司制度变迁中的国家角色。

公司制发端在我国存在先天不足，中国社会不仅缺乏公司成就的文化资源，甚至还存在阻碍公司成就的文化资源<sup>(32)</sup>，国家若不能做出有效的制度安排，要让公司成为主要的企业组织形式并推动经济发展几无可能。在私法自治与国家干预、私人需求与国家需求的衡平下，由于商人实践欠缺而无法自行意思自治，公司的制度供给只能经由国家加以满足。在 1993 年《公司法》秉持的以核准主义为主要原则的公司制度下，公司法人资格的获取需要通过国家审批和许可被赋予；而到了 2005 年《公司法》，严格准则主义的公司制度则要求在一般情况下公司获得法人资格须经国家的行政确认。实际上，不管是核准主义下的行政审批，还是准则主义下的行政确认，都是需要发起人按照法律规定履行相关行为方可成立公司，故而明显是“法律先于公司”。此外，根据我国公司法规则，法定代表人制度也建立在法人意思表示须由自然人代表而为之的基础上，法定代表人并不独立于法人之外，其行为归属于法人本身，这种制度明显也是拟制说之立场。继而，社会主义市场经济体制下的国有企业之法人人格更加需要国家的确认与拟制。毕竟，基于商人实践的缺乏连“私”的公司都无法实现制度自足，那么距离商人实践更加遥远的国有企业对于国家拟制的人格就有着更为强烈的需求。

当然，国家过分充任管制的角色不会获得社会的认同。公司设立核准主义的时代自然有其负面影响，但我们应当充分考虑当时的社会状况，包括市场发展程度与社会诚信体系等等。正如拉德布鲁赫感言，法人的人格是否根据法律而产生、“拟制”或先已存在……是不可解决的法哲学

(27) 例如参见张宇：《谈谈法人人格权的法律保护》，《河北法学》1986 年第 2 期，第 34-36 页；史浩明：《论法人人格权的民法保护》，《新疆社会科学》1990 年第 2 期，第 69-72 页。

(28) 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 65 页。

(29) 邓峰：《作为社团的法人：重构公司理论的一个框架》，《中外法学》2004 年第 6 期，第 743 页。

(30) 参见江平、龙卫球：《法人本质及其基本构造研究——为拟制说辩护》，《中国法学》1998 年第 3 期，第 71-79 页。

(31) 王建文、范健：《论公司独立人格的内在依据与制度需求》，《当代法学》2006 年第 5 期，第 17-22 页。

(32) 参见王延川：《公司人格理念及其在我国继受之困境分析》，《当代法学》2007 年第 3 期，第 129 页。

基本问题<sup>(33)</sup>。既然如此,哪一种解释更符合社会现实,那它就更能站得住脚。法人拟制说在我国能站得住脚的最大根由是其能客观反映出公司制度演变当中的国家与公司关系联动的一般规律。

### 三、国家角色在当下公司法制度变革中的使命担当

从我国清末肇端公司制企业尝试,到新中国第一部《公司法》的制定与修改,我们不难看出国家在公司法制建构中的主导性影响。国家在第一时间成为公司企业诞生的助产婆,随后又伴随时代的发展和文流变不断调整其主权意志,既对公司法基本制度框架进行顶层设计,也将其认可的主流法律价值渗透融合到具体规范编制和公司企业生存空间的布局上。这种局向是历史图景也是社会现实画卷,更是我们下一步公司法改革的理性的逻辑前提。在中国共产党三中全会提出全面深化改革,提出建立由市场在资源配置中起决定性作用的未来时期,公司法律制度势必追随这一历史性进程,使自己不断革新,不断现代化,为国家在新时期的经济社会发展事业提供制度保障。从公司制企业运行二十多年的实践和公司法学界的理论研究的深度以及公司诉讼的规模和利益缠绕的复杂状况看,公司制度改进的市场力量和专业水准今非昔比,政府部门、法院、仲裁庭、证券交易所和各类私人机构包括律师、会计师、证券市场从业人员、基金、机构投资者、中小股东、公司董事与高管等等不仅在业务活动中具体体验公司法制的保护与约束的经纬度与冷暖春秋,而且对法律的革新表达了意见,甚至已经采取了某种“自由行动”。<sup>(34)</sup> 公司法律面临革新的现实而紧迫的压力。这是一种新的法律发展格局,国家角色在其中的功能也应当随风起舞,在坚守传统、矜持、保守、稳健的国家立场的前提下,关注社会舆情、以发展的眼光审视中国特色、总揽全局但不失细节、平衡建设利益结构、公平发展机会、权衡债权人利益保障和交易安全等都将是立法聚焦点。

公司法革新中的国家角色内涵比较丰富,本文不能一概而论。这里只对相关性充分确定且价值厚重的三个问题做些讨论,以与学界同仁商榷:一是国有背景公司的特殊治理情景问题;二是公司行为的公共利益制衡——公司社会责任指引问题;三是资本约束软化与交易安全问题。

#### (一) 补充国有背景公司治理制度的特殊规则

国有背景的公司被誉为“共和国长子”,其存在动因和社会价值在理念和实践方面均是非常的混沌不清,传统社会的官本位文化稳固地附体于其身,核心治理人员长期游走于官商两道,营造出不同于普通私人公司的独特商道文化结构和治理模式。1992年颁行公司法的目的之一就是为国有企业建立现代企业制度铺设法律轨道,甚至被有学者指斥:着眼于国有企业改革的《公司法》在许多制度设计和安排上未有遵循公司制度的一般规律,使其难以成为真正意义上的商事主体立法,更像一部“国有企业的改革促进法”<sup>(35)</sup>。也有学者认为,国企带有公共团体之性质。公共团体与结社自由无关,对其设立甚至还需要坚持“特许制”<sup>(36)</sup>。本文作者认为,这些观点过于偏激,不接地气,但应看做一种警示。

基于我国政权的意识形态的辐射力,公司法以放弃制度规范为代价为国有企业改制让道,对

(33)[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1997年版,第63页。

(34)2012年年末,广东一些地区的工商登记机关突破公司法的规定,在公司设立登记时擅自取消有限公司最低注册资本和实缴要求,美其名曰“改制”,这些做法最终催生了公司法在2013年12月28日的重大修订。

(35)冯果《现代化视野中的中国公司立法——中国〈公司法〉修订之思考》,《法学杂志》2004年第6期,第21页。

(36)参见叶林《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》,《法学家》2010年第4期,第146页。

公司中国有资产的保护设立了区别化的有违常理的警戒线<sup>(37)</sup>，试图从外部关系切入对国有资产给予特殊保护，由此在公司法的条款外观上赤裸裸地显示出国有公司与其他民营公司之间的不平等待遇。不仅如此，更重要的是国家在特定时期通过建立对核心产业的垄断，以使国有公司独占现金流丰富的行业而坐享利润，只有到了这种垄断状态严重伤害到市场公平时，政府才可能萌生破除垄断的压力和动力。垄断助长了国有公司的治理困境和腐败滋生、蔓延。2005 年公司法修订时已经注意到这些明显无理的制度规定的弊端，做了删除调整，但国有公司体制内的亚健康状况不可能由公司法承担调理改善的主要职责。公司法不仅不能直接规范国有公司的资产关系和内控背景，而且在治理环节完全丢失了董事会、监事会制约机制，党政机构通行的一把手专权复制到国有公司，于是控制权滥用、亲属作业、贪腐、挥霍奢华等现象俯拾皆是，2013 年年末党和国家治理中石油腐败窝案的情形就是明证并且类似情形在其他国有公司中存在大同小异、彼此彼此的场景。于是，人们怀疑公司法对改制产生的国有公司的接纳是否是一种历史误区，原产于政府体制中的腐败病毒感染到国有公司中根本没有排异反应，对国有企业改制的真正价值到底何在？

反腐败自然不属于公司法的法律功能范畴，但没有阻却的国有公司的腐败劣迹和治理失常日渐蚕食公司法的社会正义，反而对公司法的权威形成了挑战。既然，国家把对国有企业的公司化改制作作为一种体制变革的战略安排，未来将还会有新的企业改制以及新设的国有背景的公司出现，为着保障国家最核心的法律利益和投资利益，在特定时期和特殊背景下赋予公司法针对国有公司反腐败的有限的隐形的功能应该是合理的选项，本质上讲就是针对国有控股的公司和国有独资公司安排一些特殊的治理规则。

对国有公司（尤其是特殊大中型国有公司）与非国有公司进行差异性规制，将会是公司法修订中沿袭的必经路径。反腐败是一种施政理念和公共意识形态的行动纲领，它的践行和贯彻需要执政党的决策、政府机构的科层和权能体系的设置、系统性的强力法律调查与处理手段的资源配置、教育和处罚的不间断的落实等，作为商业主体组织法的公司法的确不便跨界插手。但是，国情是决定法律价值有效形成的基本因素之一，如同没有两片树叶是完全一致的一样，也不会有不同国家的两部同性法律完全一致的情形。传统国有企业是存在腐败病因的经济组织，对它在改制进入公司企业时一般不可能进行血液透析，资产、债务、官本位文化习性、贪腐潜势会伴随改制活动带入新公司。就现实条件而言，我们所主张的特殊治理措施是指凡国有独资公司和国有控股的有限公司、股份公司其董事会结构中，一律实行独立董事达到董事会组成人数的三分之二以上的制度，从而彻底改变国有公司的一把手统管局面特别是淡化与董事长存有上下级联系的董事群体内部人控制的旧有模式。

表面上来看，国家改变国有公司的内部人控制的这种安排，不能一时就可改变一把手强力体制，也不能影响到公司的日常管理事务，对于公司里边发生的鸡鸣狗盗的“苍蝇”式腐败也许作用微小，但通过投资事务的参与而阻止亲属作业和巨额资金非正常外流必然会产生正能量。这种是一种信号，是对国资公司董事长超级权威形成威慑的信号，也是一种内控机制，借助独立董事专业性、外部性、责任约束压力的合成能量对国有公司实施监管。从我国上市公司实行独立董事制度的效果看，我们认为在国有公司中推行居多数的独立董事制度一定会大有裨益，国家在公司法修订时值得一试。

## （二）建立公司社会责任规范的诉讼机制

<sup>(37)</sup>1992 年公司法中曾规定，股份有限公司发起人为 5 人以上，但国有企业改制设立时可以少于 5 人；公司中的国有资产所有权属于国家。



上世纪30年代已有美国学者提出了公司社会责任的理论<sup>(38)</sup>。历经数十年的社会实践，这一制度在世界范围内被企业界、学术界和各国政府以及公众所接受，越来越多的上市公司、跨国公司不仅率先践行社会责任，而且公布年度社会责任报告，许多国际性的经济组织发起或参与制定了行业性的公司社会责任规则。人类社会进入21世纪后，公司社会责任伴随全球化已然普及到世界的任何角落，原先作为道德高地的一种经营哲学被导入法制规范的轨道。2005年我国公司法修订时规定“公司从事经营活动，……，应当承担社会责任”，这在世界公司法成文法历史上是一个突破。我国公司法制度的建立时间较短，公司社会责任被学界关注尚不足20年，但公司社会责任和我国的政治体制具有同质的思想文化根源，其理念和理论体系很容易为我国的立法机构和社会科学界无缝对接。公司法上明确规定公司承担社会责任，旗帜鲜明地昭示了国家在引导公司企业经营方向上的基本态度，把关注股东利益和维护社会利益一样设定为公司治理的目标，具有历史丰碑的价值。从这些年的公司实践看，公司履行社会责任不再是简单的口号和公司形象建设的外观标志，的确成为了部分公司特别是上市公司实实在在的行动，从职工利益保护、环境保护、消费者利益维护及至社区关系改善、社会灾难救助等方面都能看到企业所做的重要贡献，公司企业自身的精神文明品质也有极大提升。

但从事物发展的另一面看，公司社会责任的约束力还处在法制洼地，一些公司经营活动猖獗违法，制假售假行为泛滥，侵害职工利益和消费者利益的恶性事件不断发生，破坏环境、违法排放有毒废料废水和废气的状况非常严重，全国性的雾霾天气和水质、土质的恶化影响到了民众的健康和民族的生存条件。针对这些现象，国家已经在采取各种法律、行政、经济方面的措施加以对付，公司法当然不能置身事外，应当在法律的修订中体现科学发展的理念，作出进一步的制度建设，强化公司社会责任的有效约束。

检视2005年公司法关于社会责任的规定，我们注意到以下因素导致了其约束力的弱化：因为是首次在法律文件中出现，经验缺乏，只能将公司承担社会责任和公司守法、遵守社会公德等普遍义务整合在公司法总则的同一条款中，淡化了法律强制性标准，甚至被误解为没有刚性拘束力的道德宣示。这种逻辑安排，几乎摧毁了公司承担社会责任法律规范的可诉性条件，修法八年多来的零案件的现实情形略见一斑<sup>(39)</sup>。因为没有案件被诉和被裁判，法律规范的效力减损很大，就不能建立起自身的权威。也许，公司侵害消费者利益的案件依据消费者保护法被裁判，公司破坏环境的案件依据环境法处理，而公司法第五条规定的社会责任却被束之高阁或者被人遗忘，并没有影响到实体案件的处理。但是，如果通过具体案件的处理，把公司承担社会责任的制度直接变为法官的判决语言，国家的意志体现在法院的司法行动上，将会整体促进公司文明经营的水平提升，对社会的教化作用也会彰显。因此，我们建议，将公司承担社会责任的内容从公司法第五条中移出，独立以第六条加以规定，其具体内容不仅概括书写公司承担社会责任的方方面面，而且直接缀以另一款规定“公司违反本条第一款规定，侵害社会和其他人利益的，应当承担赔偿责任。”此外，最高法院也应当就公司社会责任条款的司法适用条件和标准作出必要的司法解释，形成公司法的补充。

### (三) 应对资本制度约束软化变革，完善交易安全制度

自2012年起，广东省多地的工商登记机关依据其执法经验的判断，启动了降低公司设立门槛的废除有限责任公司最低注册资本的改革试验。直到2013年12月28日，最终由全国人大常

(38)1924年，美国学者奥利弗·谢尔顿（Oliver Sheldon）首先提出了公司社会责任的概念。

(39)截至目前，我国的法院系统除上海黄浦区法院在2010年4月2日就一起消费者起诉中国移动通讯集团上海有限公司的案件判决（2010）黄民一（民）初字第226号《判决书》中提到“社会责任”几个字之外，尚未发现有直接适用公司法第五条判决公司承担社会责任的案件。这使得公司法的制度创新被置于尴尬的窘境，似是公司诉讼律师和法官无人问津的“制度剩女”。

委会通过了废止有限公司 3 万元、一人公司 10 万元、股份公司 500 万元最低注册资本标准和分期实缴、股东出资须经验资机构验资的法律规定。据称，法律的这种调整是为了降低投资门槛，鼓励新设公司进入市场，增加就业机会，发展经济并向制度要红利。这一巨变来势突然和凶猛，给我国长期坚持的法定资本制撕开了一个缺口，学术界、司法系统、社会和未来公司的交易潜在对方尚未建立充分的思想准备，是福是祸难有定论。改革中提出了“认缴制”这样一个 400 年来公司发展史上从未有过的概念，它和没有最低注册资本要求和实缴要求的法定资本制的制度剩余有何逻辑联系，以前沿袭的注册资本必缴、实缴、不得抽逃等规范对公司债权人保护的机制在今后将如何贯彻，债权人除了自力防范交易风险外在损失发生后还是否能够基于对资本制度的信任而获取法律救济，国家的立法机关面对这一场景需要做些什么以便把这次变革的负面影响限制到最低程度，这一系列的问题马上就要成为现实。国家在方便投资者的方面大开栅栏<sup>(40)</sup>，国家也要统筹安排交易安全的制度，防止我国诚信环境不佳的现状下债权人成为不良投机者待宰的羔羊，因为不顾国情的制度和失去衡平的制度一定是效果败绩累累的制度。

公司资本制度约束软化的这一变革，自然也是国家角色在公司法修订中的一次表演。但是，本次变革，出现的背景是十三大以来的新的中央集体大规模经济体制改革中的一个选项，由政府简政放权的组合拳中打出的一个套路，压力、急迫、非常态和缺乏系统性考量是其出笼的内外环境因素。公司法是企业组织法，公司法承载对公司、投资者、职工、债权人利益全方位保护的功能职责，如果说我们原先的注册资本制度设计是体现了这种立法精神的话，那么 2013 年年底修法完成后，法律自身的天平必然会倾斜。维护法律的尊严和公正，就是国家角色不得不为的另一次表演。

在取消了公司注册最低标准和实缴要求后，两种畸形的公司注册现象必然如同癌细胞一样滋生、蔓延：一是公示资本数额极低如两元钱，其进入市场的交易模式无非是公司借款由股东担保或者股东向公司出借资金而将公司的优质资产抵押给股东债权人，对其他普通债权人包括雇员的利益风险极大，只能由债权人自己当心对付；二是公示资本无限制标大如 100 亿元，而实际投入可能仅有 10 万元，且在章程中约定资本缴付的期限是公司成立后的 30 年或者 50 年，这类公司的债权人利益的保护在公司法上亟需添加诉讼救济制度。针对第一种情形，美国曾经有法官判决资本明显偏低的衡平居次原则（又称“深石”原则）进行校正，但我国不是普通法国家，让我国的法官以公司注册资本数额偏低为由判决公司股东对债权人债权承担连带责任将非常困难，因为没有了最低资本数额的法定标准，任何人对拥有多少资本做多大规模的生意都难以做出客观化的令人信服的法律判断。也许，通过最高法院的司法解释把资本数额极低且又把公司优质资产抵押给股东债权人的行为看成是股东违反公司法第 20 条（主要内容是禁止股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益）的行为加以补救，或者径行宣告抵押无效。我们赞成这样安排。针对第二种情形，我们认为，股东约定的资本缴付期限未到但公司对债权人负有清偿到期债务的责任而无力偿付的，破产法第 35 条规定了债权人申请公司破产逼使股东提前缴付资本的制度，但破产的手段比较惨烈，有些公司雇员较多或者承担较重的产品售后服务义务，不能因为股东没有履行出资义务而导致公司破产，这对社会经济生活负面伤害太深，我们建议公司法增加债权人可以起诉未履行出资义务的股东提前缴付出资以清偿公司债务的制度，从而以较小的社会成本支付实现债权人利益的平衡保护。

(40)在某种角度说，2013 年的资本制度改革如同牧场主为了羊方便吃草，在没有给牧羊人加诸责任的情形下，茫然决定拆除羊群的栅栏，羊会不会被狼吃掉，羊会不会走失和毁坏邻居的庄稼在所不顾。特别是把股份有限公司 500 万元注册资本最低标准撤掉，如同取消飞机上头等舱、公务舱和经济舱的区别，人们或者抢座位的号，或者直接抢座位，乘机秩序必然凌乱；或者说让任何人到五星级大酒店随便吃喝、随便住宿，至于有无能力结账，在所不顾。

对于资本被抽逃或者被挪用，公司董事应承担连带赔偿责任，最高法院司法解释已有规定，公司法应当吸收。德国公司法上关于董事明知公司已经满足破产条件，隐瞒公司债务状况仍持续经营造成债务扩大，对新增债务承担连带赔偿责任的规定，我国公司法实有借鉴价值。

此外，在完成公司法 2013 年年底修订后，除特殊公司外，原公司法第十二章中关涉公司注册资本的行政责任、刑事责任安排必然失去正当性基础，股东缴不缴、何时缴都由公司章程或者投资协议安排，已缴的资本被抽逃、被挪用只能由公司或无责任股东或公司债权人通过民事手段追究，公权力机关除了在信息平台上做出负面公示外无权过问，更无权实施所谓的监管，因为不缴资本或者抽逃资本不再违反公司法的强制性规范，公司法已经没有了强制性规范。因此，清理是必然的。当然，这种清理必须把普通公司和特殊公司加以区别（特殊公司是指法律、法规、国务院决定对注册资本有最低资本标准和实缴要求的公司）。

## 结 论

不管是在西方还是近代中国，公司发展历程都充分说明国家在公司法构建中重要的角色扮演。尤其是在中国，重农抑商的传统思想与自古以来因官商关系所形成国家对商业的深入渗透，并加之中国特色的国企问题，造就出中国公司法的一种政治解释模型。这就决定了当代公司法构建不可避免地要回应国家与公司紧密关联的社会现实。无论是从 1993 年《公司法》制订前后对于企业所有制问题，还是一直以来都未有定论的公司法人本质之争，都反映出实务与理论层面对这一现实的关切。继续充分理解国家与公司的关系，也是下一步公司法改革的前提。

不同历史条件下，国家在公司法之中的角色会有不同，我国早期是法律引领助产公司，到新中国公司法对国有公司的种种偏爱袒护，到今天关注更多实体正义的问题，体现国家公平公正的立场，斑斓而不失本色，丰富但坚守道法。在当下，在国有公司中施行独立董事占据董事会多数席位的制度，以强化监管，阻止腐败；着力建立公司社会责任的诉讼保障制度，增进公司经营文明和全社会的进步和福祉；针对资本制度改革软化约束的情形，补充债权人利益保护的救济手段，以实现公司和谐。

公司法的制度产生和演进完善，需要国家角色的持续、深度的切入，发挥主导作用。

责任编辑：李国强