

# 关于我国《公司法》修改的若干问题

叶 林 樊 涛

**摘 要** 公司制度竞争已成为各国资本竞争的重要手段。随着我国社会经济环境的变迁,工商业的快速成长,我国现行《公司法》的某些条文已不合时宜,亟待修改与完善。建议删除利害关系人保护的条款,建议对国有独资公司单独立法,建议公司法采用自主原则,建议修改有限责任公司与股份有限公司的两分法,建议整合外资公司立法,建议增设关联企业(公司)的立法,建议修改我国《公司法》的其他相关制度。

**关键词** 我国公司法 公司法结构 修改与完善

中国图书分类号 D922.291.91 文献标识码 A 文章编号 1671-4741(2014)01-0019-07

世界各国的经济活动均以公司组织为基石,公司制度竞争已成为各国资本竞争的重要手段,公司法的良莠,对提升一国竞争力的重要性不言而喻。2005年,我国对《公司法》进行了大幅度的修改,已取得较好的效果。但随着我国社会经济环境的变迁,工商业的快速成长,我国现行《公司法》的某些条文已不合时宜,亟待修改与完善。

## 一、建议删除利害关系人保护的条款

出于历史原因及意识形态的考量,我国《公司法》对公司的监督机关作出了相关规定,除有公司外部的主管机关及公司内部股东会、监事会等,还有我国特有的党组织、职工代表大会、工会等监督机关。从立法技术而言,我国《公司法》对公司的设立、组织、运营及管理予以规范,因此,具有组织法的属性。公司法的首要任务就是保障公司营利目的的实现,其作用重心在于公司内部的关系规范与调整,从而构建公司内部运行机制。

我国《公司法》第十七条和第十八条关于职工代表大会与工会的规定,适用于国有公司无可厚非,因国有公司的所有权属于国家,职工代表大会及工会等组织可以发挥监督国有财产、保证国有公司经营效率的功能。但是,非国有公司属于自负盈亏、自

主经营的企业法人,公司经营者既然是自负盈亏、自主经营,则其在经营时自会作出最佳经营选择,而无须另求其雇佣的职工监督、保证其业务经营及财产管理之必要;同时,对于一个公司的发展而言,所需要的是善于经营管理、创造利润的优秀管理人才,其与公司有无党组织毫不相关。<sup>①</sup>笔者建议,基于我国国情,应在国有公司中继续保留设立党组织的规定,而对非国有公司是否设立党组织交由公司自行决定,毕竟公司法属于中性形态,不宜涉入太多政治因素与意识形态的规定。

我国《公司法》第五条规定“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。”该条款要求公司在追求自身利益最大化的同时,兼顾对政府、社会、社区、债权人利益的维护。笔者认为,不同的法律有其特定的作用对象和与之相应的法律属性。各项法律都有其各自的主导性功能,我国《公司法》毕竟不是以债权保护为核心的债法,也不是体现对弱者保护立法精神的劳动法和消费者权益保护法,更不是规范人与自然关系的环境保护法。我国《公司法》关于债权人、职工、工会、党组织等的规定背离了公司法本身的基本属性,这不仅难以实现其对利益相关者立法规范的目的,

而且还有可能扰乱了公司法自身的法律特性。<sup>②</sup>

## 二、建议对国有独资公司单独立法

基于我国国情,我国制定《公司法》的初衷在于国有企业能够依照《公司法》的相关规定转化为公司组织,这便注定其具有一定的历史局限性。在一定程度上而言,我国《公司法》是一部国有企业改制意味浓厚的法律,无论是对国有独资公司的规范还是对股份有限公司的设立、股票的发行及股份有限公司的上市,我国《公司法》都规定了远比其他类型公司更优惠的条件。同时,我国《公司法》也鼓励并调整非国有公司的规范。国有独资公司与非国有公司虽然均为公司组织,但两者追求的目的不同,国有独资公司不仅以追求公司最大利益为目的,而且负有落实国家、社会重要政策的义务。《公司法》作为我国商业组织法的基本大法,能否同时妥善地适用于国有独资公司与非国有公司,承担起为所有市场参与主体提供普遍适用规范的任务。事实证明,我国《公司法》的立法体制,使执法及法律适用时常出现无法两全的窘境。例如,国有独资公司的董事系由股东(国家)委派,同时该董事还与国有独资公司存在委任关系。所以,当国家利益(股东利益)与公司利益有冲突时,国有独资公司的董事必将优先考量股东利益,此举明显违反董事对公司应尽之忠实义务。一般公司的董事或监事均通过选举产生,而国有独资公司的董事及监事则为国家委派,从而改变了公司高级管理人员的产生规则,同时也侵害了股东或股东会对董事及监事的任免权。<sup>③</sup>另外,我国《公司法》规定的“公司人格否认制度”能否适用于国有独资公司也值得商榷。因此,我国《公司法》对国有独资公司的特殊规定破坏了一般法律规则应有的功能。

因此,基于国有独资公司“公共性目的”,应该将其有关的规范从我国《公司法》中移除,另行制定国有独资公司法,从而使我国《公司法》还原为单纯的商业组织法。

## 三、建议公司法采用自主原则

公司法并不排斥民法之准用,但民法并非当然全部可以准用于公司法。我国《公司法》的建构和解释,仍大都受限缩于民法基础概念的解释,故常常依民法原则建构,自主性较弱。但是,民法是规范单

一的自然人与自然人之间简单法律生活的个人法,公司法则是规范公司等团体法律行为的团体法。因此,在当下的商业社会,如果固执地用以自然人为模型的民法规则调整公司等团体的交易规则,其司法实践必然会产生困难。例如,公司法中关于公司决议行为中意思表示的认定标准、合意是否构成、意思表示是否可被撤销、股东会及董事会的无效及可撤销等,传统民法显然无法直接适用。解决公司纠纷,必须关注公司法的目的和本质,避免将民法僵化的效力规则和解释规则直接套用于公司法之中。

因此,公司领域不能原封不动地适用民法规则,必须将其加以修正后才可有限适用。公司法应有自身特有的效力规则和解释规则,例如,必须审慎对待公司法的“无效”,不应轻易使之无效,若坚守民法上无效乃自始、确定、绝对之无效,无需法院介入的说法,将会给公司及善意第三人造成巨大的损失,损害法律关系的安全。因此,股东会决议之瑕疵的规定,应比民法中关于法律行为瑕疵的规定要严格得多,对公司的法律行为,宜采取“宣告无效”的方式,并且,于宣告无效之同时,也应奉行“嗣后无效”的效果,原因在于,“此一决议可能已发生各种社团上或交易上变动的法律效果,为保护股东及公司债权人计,实宜另设规定”。<sup>④</sup>令人遗憾的是,我国《公司法》第二十二条规定“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。”此条款关于股东会决议及董事会之瑕疵的处理模式仍基本承袭了民法对法律行为瑕疵的规定。同理,我国《公司法》第二十八条规定“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”此条规定显然是以合同法理论来规范公司股东行为,将公司与一般契约等同,不仅混淆了契约行为与共同行为的界限,而且忽视了公司作为共同行为所衍生的组织体存在的客观事实。

因此,民法作为个人法,公司法作为团体法,分属不同的立法体系。对于公司的行为,不应完全采取民法的规则和思维方式,而应另行设计更适合于公司环境的法律制度。在某些特殊议题上,公司法应与民法脱钩,形成自主的原则。<sup>⑤</sup>

#### 四、建议修改有限责任公司与股份有限公司的两分法

我国《公司法》将公司分为有限责任公司与股份有限公司两类,又把股份有限公司分为上市公司与非上市公司,并据此分别设立了不同的规则。对公司的这种划分存在以下两方面问题,一方面,上市公司与非上市公司虽然区别很大,却适用相同的公司治理准则。实际上,我国中小企业多采用非上市股份有限公司这一设立形式,这使得这种小规模、闭锁性股份有限公司在法律上却适用内容繁多的强制规则,此种现实与法规范分离的现象,对其造成负担,导致资源误用、法规范形骸化;<sup>⑥</sup>另一方面,有限责任公司不论其规模大小,一律适用相同的规则。我国有限责任公司现状表现为两级分化,一类为超大型规模的有限责任公司,另一类为自然人设立的小规模有限责任公司,这就在实践中出现“小孩穿大鞋、大孩穿小鞋”的窘境。

区分不同规模的公司并进行相应的立法调整,已成为各国公司法改革的趋势。具体来说,根据公司的规模将其分为大公司与小公司。大公司具有以下三个特点:一是股东人数众多,形成所有权与经营权分离;二是资产大众化,资金多通过发行股票来募集;三是以强行规定取代利害关系人之协议磋商。小公司具有以下五个特点:一是股东人数少;二是股权转让可依契约决定;三是股东权益之分配不必依持股比例为之;四是公司的所有权与经营权有一定程度的结合;五是公司运作之自由化。针对大小公司的不同,对其量身定作相应的法律规范,以寻求人合与资合、强制规范与任意规范之间的平衡点。各国的公司实践已充分证明,区分大小公司是非常有益的,一方面,两者表现出的外部特性不相同;另一方面,两者应区隔所适用的法律规范。针对大公司,各国公司法主要是强化公司之组织机构法定化、确立“董事会中心主义”、股东权内涵之强制化、公司内容之公开化。针对小公司,各国公司法主要是强化自治,并将契约自由贯彻于公司组织中,而不是以

法律强制划定公司机构、股东权内涵及权利义务关系。<sup>⑦</sup>

关于如何改革我国的公司类型,笔者认为,我国公司法可借鉴英美法封闭公司与公众公司的概念体系及制度设计,统一整合封闭性公司资源,即在公司法定形态上,将非上市公司并入有限公司,使有限责任公司几乎等同于英美法上的封闭公司,成为涵盖所有封闭公司制度资源的制度,使其成为有限责任公司、发起设立股份有限公司、私募设立股份有限公司的通用规则。<sup>⑧</sup>同时,在有限责任公司内部则应根据公司的规模大小,适用不同的规则。针对小规模有限责任公司,应简化有限责任公司组织,废除“双规制”,应适用合伙企业的有关规定,即有限责任公司的意思机关为全体股东,故无股东会的设置;执行业务机关为董事,代表机关为董事或董事长,故无董事会的设置;监督机关为非董事之股东,故无监事会或监事的设置。同时,应允许股东间彼此合意以达成共治公司的目的,建议股东之间利用“股东协议”的方式,安排股东之间及股东与公司之间的权利义务关系,从而可以看出小型公司运作模式对契约自由之重视。另外,对于规模较大的有限责任公司,则适用相对较为严格的公司治理规范。

股份有限公司中大型的上市公司应调整适用证券法规范。为减少法理及适用上的矛盾与磨擦,宜将公司法主要定位于中小公司的组织与运作,而将股份有限公司公开募集发行有价证券的程序及运行规范移至证券法规范,从而厘清公司法与证券法的规范范围。

#### 五、建议整合外资公司立法

一个国家的经济发展水平与对外开放程度,直接影响其制定外国直接投资法律规范时所采取的立法模式。就立法体例而言,发展中国家多采取制定专法或特别法的方式来规范外国直接投资者,而发达国家则多采取直接适用其内国法的方式来规范外国直接投资。就规范内容而言,发展中国家的外资立法侧重于准入管制(例如,投资领域、投资期间、投资方式、投资金额、持股比例、股权转让等)、投资审批、限制性投资措施(例如,外汇管制等)、征用或国有化等方面,虽然不乏奖励措施,相对而言限制性较强,原因在于因发展中国家经济实力较弱,虽希借助外国直接投资者的引入加速经济发展,但却又恐

惧其经济命脉遭到外人控制,进而影响其经济自决。至于发达国家的外资立法则较侧重于环境保护、反垄断等方面,且相对而言其自由化程度较高。<sup>⑨</sup>很显然,我国外资立法奉行的是发展中国家的立法模式。

我国对外商投资企业采取了内、外有别的立法模式,亦即对国内企业的投资关系由我国各类性质的企业法加以规范,对外商投资企业的投资关系由涉外的三资企业法加以调整,从而形成了针对不同市场主体、同一适用对象却制定出两套不同法律、法规的“双轨制”立法模式。由于两者立法背景不同,外资企业法系在计划经济时期制定,内资企业法系(主要指公司法)则在市场经济时期制定,致使规范内容存在着不协调及冲突,主要体现在所确立的立法原则、资本制度、出资方式、出资转让、减资限制及企业的组织机构等方面均不相同,导致内资企业、外资企业之间形成“差别待遇”,进而产生不公平。

我国加入世界贸易组织之后,国民待遇原则被赋予了突出地位,在此变化下,我国法律应奉行公司规格与标准相同、适用规则相同,是理所应当的。<sup>⑩</sup>在此格局下,需要在企业法内部重新整合外商投资企业法与公司法。整合应坚持“组织法与行为法分离的原则”,具体做法是,将我国现行的三部外资企业法中公司部分的组织法内容并入我国现行的《公司法》。组织法的性质决定了公司法制度的统一性要求,决定了一国之内相同公司形式应适用同一的公司法规予以调整,实现由按所有制身份立法向按出资方式和责任形式的平等立法的转变。关于外资的准入与待遇、鼓励与保护、国有化征收与补偿、外资优惠及义务减免、投资争议的解决等政策问题或适度监管的内容,宜另行制定《外商投资管理法》。<sup>⑪</sup>

#### 六、建议增设关联企业(公司)的立法

关联企业(公司)的协调生产,可以产生规模效应,促进资源配置的优化。但是,关联企业(公司)往往伴生着不正常的关联交易。关联企业(公司)可能造成的损害主要有侵害债权人、小股东的利益,以及逃避税收等。各国公司法关于关联企业(公司)的规制目标是尽量发挥关联企业(公司)的优势,同时确保母公司、子公司少数股东及债权人的正当权益。

一般来说,各国认定关联关系不尽相同,主要有

两种不同的认定方法,即形式标准与实质标准。<sup>⑫</sup>形式标准采用股权比例尺度,即一个企业拥有对另一个企业的约定份额的资本,或者持股达到一定的比例。实质标准,则是采用对控制力的判断,除了股权以外,还包括一个企业对另一个企业在经营、人事、购销、筹资、盈利分配等方面实际拥有的控制权。显然,形式标准比较容易判断,易于实务操作,但难免存在挂一漏万的弊端。实质标准则强调事实上的影响和控制,比较宽泛和灵活,充分考虑到了商业现实,但存在不确定、适用较难的缺陷。我国《公司法》第二百一十七条规定“控股股东,是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十,但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。”很显然,我国《公司法》对关联关系的认定结合了形式标准与实质标准。

关联控制一定是组织形态上的控制,是对主要经营活动及决策的稳定的、持续的控制,而不能是偶然的或者短暂的。通常以下三种情况一般不认为构成关联企业(公司):一是来自公权力的控制。这是根源于主权的公共性而产生的豁免。二是来自于合同的控制。这是基于合同而产生的短暂、临时或者控制不构成关联上的控制。三是国有企业。多数国家公司法规定,关联企业(公司)不适用于带有公共性质的国有企业。<sup>⑬</sup>

关联企业(公司)法律规制的难点在于,一方面要促使关联企业(公司)整体上的高效率,同时又不能侵害各组成企业(公司)的股东及债权人的正当权益;另一方面是子公司董事的窘境,子公司董事对子公司负有善管注意义务,即使有母公司的指示,当该指示侵害子公司利益的情况下,从公司集团经营的整体利益出发,能否期待子公司董事作出反对呢?若子公司董事反对母公司的指示,该子公司董事可能面临不能连任或被解聘的风险。面对该利益冲突,子公司董事该作何选择?法律该作何选择?这的确是一个两难的窘境。<sup>⑭</sup>

从世界范围看,各国对关联企业(公司)的法律规制各不相同,基本可以分为两类:一类是将关联企业(公司)中的各组成企业(公司)视为法律上的独立实体,相互之间分离;另一类是将关联企业(公

司) 视为一个单个的企业(公司),各组成企业(公司)不再具有独立性。当然,有些国家的法律同时糅合了上述两个模式。英美法系主要采用了“分离模式”,此模式包含了以下三个原则:第一,关联企业(公司)中的各个组成企业(公司)都具有独立的法人格;第二,各组成企业(公司)中的股东均承担有限责任;第三,各组成企业(公司)中的董事都只对本企业(公司)负责。以德国为代表的一些大陆法系国家采用了“单个企业”模式,此模式具有以下三个特点:第一,企业(公司)集团总部可以为了集团企业(公司)整体的利益而统一协调下属企业(公司)的经营,甚至可以要求下属企业(公司)作出牺牲;第二,各组成企业(公司)的董事对公司集团总部或整体承担信义义务而不仅对自己任职的企业(公司)负责;第三,母公司对于子公司作出的牺牲需要进行赔偿,并对子公司的债务承担连带责任。<sup>⑮</sup>同时,各国公司法在鼓励创建关联企业(公司)的同时,为防止控制企业(公司)滥用统一管理的权限、保护从属企业(公司)及其少数股东与债权人的利益,还建构了一系列的制度,例如,股东表决权行使的限制、关联企业(公司)的资讯揭露、关联企业(公司)合并财务报表、揭开公司面纱、控制公司对从属公司之债权居次原则、穿越投票原则、二重代位诉讼等。

我国《公司法》基本上是以单一公司个体为规范对象,显然无法满足公司集团经营的实际需要。就关联企业(公司)而言,我国《公司法》仅确立了两个制度:一是关联交易所导致的公司损害赔偿制度;<sup>⑯</sup>二是关联交易的回避制度。<sup>⑰</sup>总的来说,我国《公司法》对关联企业(公司)的认定标准及其承担责任的法律规则,均缺乏可操作的具体标准,应进一步完善。鉴于关联企业(公司)可能涉及到责任所有种类的公司,如上市公司、非上市公司及有限责任公司等(我国现行《公司法》仅适用于上市公司,显然不够周延),将来有关关联企业(公司)的规范内容,应设置在公司法总则中,以便适用于所有种类的公司。

## 七、建议修改我国《公司法》的其他相关制度

(一) 建议依照《深圳经济特区商事登记若干规定》的先进理念修改我国《公司法》。

《深圳经济特区商事登记若干规定》确立了许

多新的制度,以支持企业发展,我国《公司法》修改时可以借鉴,例如,商事登记机关对申请人提交的材料进行“形式审查”<sup>⑱</sup>、行政审批由前置改为后置<sup>⑲</sup>、有限责任公司实行注册资本认缴登记制度<sup>⑳</sup>、营业执照不再记载经营范围<sup>㉑</sup>、商事主体无需年度检验<sup>㉒</sup>、实行经营异常名录制度等<sup>㉓</sup>。但是,该规定遭到了一些学者的批评,有学者批评该规定系越权立法;该规定创设的“认缴资本制”违反了我国《公司法》的“法定资本制”及我国刑法的“虚假注册公司罪”;“取消强制验资”的规定违反了我国《公司法》的“强制验资”及我国会计法和税法的相关规定。因此,该规定严重违反了上位法,损害了我国现行的法律体系,不利于我国的交易安全。<sup>㉔</sup>

为发展特区经济,我国赋予特区享有一定的立法特权。但是,这种立法体制必然将造成特区发展的矛盾:特区为发展经济,客观上需要制定新法,但却与更高位阶的国家现行法的效力产生冲突,若是遵守现行的国家法律,则势必延缓且束缚改革的推动。<sup>㉕</sup>笔者认为,此种矛盾倒逼着我国《公司法》应尽快修改。

### (二) 建议删除验资的相关规范。

我国《公司法》均强制规定公司验资<sup>㉖</sup>,该规定过于严格,同时也致使公司设立的费用成本及时间成本大大提高。建议可行的做法是:对有限责任公司,交由股东自己估价;对股份有限公司,则可由董事会估价。如果出现出资不实或估价过高,股东或董事依法应承担相应的责任。对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》已作出了较详细的规定。<sup>㉗</sup>

### (三) 建议删除最低注册资本金的规定。

学界普遍的共识是,在全球竞争和改变本国营商环境的压力下,随着相关防范措施的健全(例如,揭开公司面纱、董事的注意义务、公司经营信息公开等),公司法最低注册资本金的规定已经过时,既无必要,也不实际,反而会成为投资者设立公司的障碍。2012年4月15日修改的《韩国公司法》已删除了公司最低注册资本金制度。因此,我国应顺应各国区公司法的修法潮流,删除最低注册资本金的规定。

### (四) 建议增设电子投票及视讯会议的规定。

基于现今科技与网络的发达,应更广泛地运用最新科技以节省公司的经营成本。因此,宜增设电

子文件及电子方式为意思表示的效力、承认股东会与董事会以视讯会议的形式召开、引进通讯投票等。

(五) 建议在我国《公司法》总则中增设公司登记的效力及经理权的规定。

公司登记制度,系将应公示的事项借助一定的公示方法公开,以确立公司内外关系,并供公众查询,从而维护交易安全。法律之所以选择以公司登记制度作为确立公司内外关系的手段,原因在于公司登记制度具有明确且查证方便之优点,对于公司组织庞杂的法律关系,有一定的厘清作用。<sup>②</sup>同时,公司登记事项的公示效力,对民商事行为的效力,尤其是过错认定、举证责任、义务分配等均具有非常关键的作用。令人遗憾的是,我国《公司法》除了公司主体登记的行政效力及股权转让登记的对抗效力外,对其他登记事项的效力规定,则付诸阙如。因此,我国《公司法》应在总则中增设“公司登记的效力”规范。

经理权是公司经理在法律、章程或契约所规定的范围内辅助执行公司业务所需要的一切权利。经理权具体包括对内的管理权和对外的代理权。从对外的法律关系上看,经理权实为商法上的代理权。经理人对外的代理权,事关交易相对人与交易安全。因此,这种代理权虽然仍以民法上的代理权为基础,但却有着自身的特殊性质。多数国家多以商法、公司法等形式对经理权授予方式、权限范围、行使方式等问题作出区别于民法的特别规定,使它具有浓厚的法定权利色彩。<sup>③</sup>我国《公司法》关于经理权仅规定了对内的管理权,并未赋予经理人对外的代理权。同时,允许公司章程及董事会对经理权作出限制。其理由在于“公司的经营管理应以董事会为中心,经理的职权法定化,可能导致经理个人对公司经营管理权的控制”<sup>④</sup>。因此,我国的司法实践中,实难认定经理人的职权范围,对公司交易相对人而言,判断经理人权限困难重重。为保护交易安全,我国有必要在《公司法》总则中增设“经理权”,并明确经理权授予方式、权限范围、行使方式等。

(六) 建议删除外国公司分支机构的审批制度。

我国《公司法》第一百九十三条规定“外国公司在中国境内设立分支机构,必须向中国主管机关提出申请,并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件,经批准后,向公司登记机关依法办理登记,领取营业执照。外国公司分支机构的审批办

法由国务院另行规定。”依此规定,外国公司在我国设立分支机构,必须先获得外商投资主管部门的审批文件后,才可以持审批文件向工商部门办理登记手续。笔者认为,考虑到我国对外开放的渐进性,政府对外国公司实施监管是必要的,但需要反思的是,究竟应当监管企业的设立行为,抑或是应当监管企业的营业活动。<sup>⑤</sup>在全球化大背景下,该项“行政审批”职能已不合时宜。原因在于,外国法人既依外国法设立,已成为一个法律上具有人格的实体,在无碍于我国利益的范围内,原则上应承认其具有法人资格。因分支机构的责任由外国法人承担,依营业权的法理原则,其在我国设立分支机构不宜再加以创设或赋予效力。假若外国公司未经审批在我国设立分支机构,且业已从事了大量的交易行为,试问该分支机构所谓的交易行为效力如何?对此,我国《公司法》仅规定了相关的行政责任<sup>⑥</sup>,假若我国一概否认其法律效力,其结果只能是我国当事人的利益受损。更何况,现今的国际贸易大都通过网络、电话、电子邮件等方式与我国当事人进行,若武断地依我国《公司法》的规定,否认众多事实上的交易在法律上应有的效力,必然影响我国的国家贸易活动。正确的做法是,依“主体资格与营业资格相分离”的法理,删除外国公司在我国设立分支机构的审批制度,修改为“外国公司的分支机构,经工商行政管理部门登记后,得在中华人民共和国境内营业。”

注 释:

①王文杰《民间社会规范在基层司法中的应用》[J],《月旦法学杂志》2006年第1期,第170页。

②沈贵明《论我国公司社会责任的立法规范问题》[J],《法学》2009年第11期,第104页。

③我国《公司法》第六十八条“国有独资公司设董事会,依照本法第四十七条、第六十七条的规定行使职权。董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派;但是,董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人,可以设副董事长。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。”我国《公司法》第七十一条“国有独资公司监事会成员不得少于五人,其中职工代表的比例不得低于三分之一,具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派;但是,监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。”

④柯芳枝《公司法论》[M],北京,中国政法大学出版社 2004 年,第 231 页。

⑤⑦⑧王文宇《公司法论》[M],台北,元照出版有限公司 2008 年,第 172 页,第 60~64 页,第 679 页。

⑥王泰铨、王志诚《公司法新论》[M],台北,三民书局 2010 年,第 44 页。

⑧李建伟《中国企业立法体系改革:历史、反思与重构》[M],北京,法律出版社 2012 年,第 220 页。

⑨吴煜贤《经济全球化背景下中国外商投资企业法制的发展——开放与管制政策思维之牵动》[M],台北,台湾商务印书馆 2011 年,第 300~301 页。

⑩王保树《公司法律形态结构改革的走向》[J],《中国法学》2012 年第 1 期,第 114 页。

⑪⑬叶林《转型中的外商投资企业法》[J],《扬州大学学报》2012 年第 3 期,第 26 页,第 22 页。

⑫邓峰《普通公司法》[M],北京,中国人民大学出版社 2009 年,第 152~153 页。

⑬我国《公司法》第二百一十七条“关联关系,是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系,以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是,国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。”

⑭刘连煜教授认为,“依现行法律规范,不能认为从属公司的董事对控制公司负有忠实及注意义务,但为兼顾发挥关系企业结构上的功能及保护从属公司之利益,宜采取从属公司董事如不积极请求控制公司及其负责人及受有利益之他从属公司依我国《台湾地区公司法》第三百六十九条第四款第一项、第二项及第三百六十九条第五款规定连带赔偿从属公司之损害时,应负其对从属公司背信之责。”刘连煜:《现代公司法》,新学林出版股份有限公司,2012 年,第 623 页。

⑮黄辉《现代公司法比较研究》[M],北京,清华大学出版社 2011 年,第 291~292 页。

⑯我国《公司法》第二十一条“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

⑰我国《公司法》第一百二十五条“上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的,不得对该项决议行使表决权,也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行,董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足三人的,应将该事项提交上市公司股东大会审议。”

⑱⑲⑳分别参见《深圳经济特区商事登记若干规定》第十一条,第十二条,第十六条。

㉑㉒㉓参见《深圳经济特区商事登记若干规定》第二十条。

㉔北京大学法学院甘培忠教授于 2013 年 5 月 31 日在中国人民大学法学院所做的报告。

㉕王文杰《嬗变中之中国大陆法制》(第三版)[M],台北,国立交通大学出版社 2011 年,第 244 页。

㉖参见我国《公司法》第二十九条、第八十四条、第九十条。

㉗《最高人民法院关于适用〈〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定〉》(三)第十三条:“……股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务,依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告,请求未尽公司法第一百四十八条第一款规定的义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任的,人民法院应予支持;董事、高级管理人员承担责任后,可以向被告股东追偿。”

㉘赵旭东《公司法学》(第三版)[M],北京,高等教育出版社 2012 年,第 382 页。

㉙全国人大常委会法《中华人民共和国公司法释义》[M],北京,法律出版社 2013 年,第 183 页。

㉚我国《公司法》第二百一十三条“外国公司违反本法规定,擅自在中国境内设立分支机构的,由公司登记机关责令改正或者关闭,可以并处五万元以上二十万元以下的罚款。”

(作者简介:

叶林 中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国商法学研究会副会长

樊涛 中国人民大学法学院 2011 级博士研究生)

(责任编辑:雨 风)