

论中国公司法本土化与国际化的融合

——改革开放以来的历史沿革、最新发展与未来走向

朱慈蕴*

内容摘要:公司法作为规范投资人设立公司、运营公司的商事组织法,与公司实践密切相关,是为解决公司运行中的问题而诞生。我国历次公司法修改都体现了本土化与国际化相互交融的特点。为中国企业的创新创业保驾护航,提升国际化的竞争力,是本次公司法修正启动的动因。中国公司法的现代化已经初具规模,而本次修改,应在较高层级上实现公司法的国际化与本土化的融合。具体而言:在公司组织形态上,应采用公开公司与封闭公司的分类;在公司治理上,应进一步扩张中小股东权益保护力度,进一步完善公司股东会、董事会以及监督机制,将公司社会责任具体化;在公司并购制度上,应增加公司合并、分立不同角度的分类规定,确定公司收购与反收购的决策权归属;在公司集团制度建构上,应引入、建立、健全公司集团的相关法律规定。

关键词:中国公司法 商事组织法 公司法本土化 公司法修改 公司回购 上市公司治理
中国分类号:D913.99 文献标识码:A 文章编号:1674- 4039- (2020)02- 0091- 102

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.20200226.004

就全球而言,任何一国或者地区的公司法,都是本土化与国际化相互交融的体现。中国公司法的诞生是在中国改革开放 15 年后,即 1993 年。这一年出台公司法具有怎样的历史背景?而后,中国公司法在 2005 年进行了较大修改,这次修改又有什么重大举措?从 2005 年到现在,公司法经过了几次小的修改,每一次修改,都是在回应公司运行的实践需要。目前中国公司法已经正式启动修法程序,未来的中国公司法将会怎样发展?笔者将尝试回答上述问题。

一、改革开放带来了中国公司法出台的机遇

(一)从 1949 年新中国成立以来至改革开放前,中国企业形态经历了私营公司的全面退出与公有制企业占主导地位的过程

1949 年新中国成立以后,实施了社会主义改造,大量的私营公司通过公私合营改造为公有制企业,统称为国营企业。而这一时期的企业立法十分简陋,并与社会主义改造运动相契合。主要有 1950 年 12 月 29 日颁布的《私营企业暂行条例》^[1]是第一个规范公司的法规。该条例规定了五种公司形

* 清华大学法学院教授、博士生导师,清华大学商法研究中心主任。

[1]《中央人民政府法令汇编》(1949—1950),第 539 页。

式,即无限公司、有限公司、两合公司、股份有限公司和股份两合公司。而在1954年9月5日又公布《公私合营工业企业暂行条例》,^[2]主要规范公私合营企业内部如何进行管理。这两个条例虽然强调了私营企业和公私合营企业的组织形态是公司,但更多地体现计划经济的倾向与政府管制的政策性,用以配合新中国成立以来所选择的社会主义公有制目标,配合逐步开展的公私合营运动。1956年开始实行全行业公私合营时,《私营企业暂行条例》就不再发挥作用。此后的20多年,中国的经济结构为单一的公有制企业,包括全民所有制企业和集体所有制企业。

(二)从1978年中国开始推行改革开放政策以来至公司法正式出台,中国的公司制企业在改革开放政策引领下萌芽、发展

1978年,中国开始实施改革开放,经济实体逐渐开始有了独立自主的地位,公司制度也被积极引入。最具影响力的是1979年7月颁布的《中外合资经营企业法》,该法第4条明确规定,合营企业的形式为有限责任公司。此后于1986年和1988年分别出台的《外资企业法》《中外合作经营企业法》,^[3]都明确了有限责任公司的组织形态,并围绕公司设立与注册资本、董事会与管理层、财务与会计、解散与清算等具体制度展开立法。可见,虽然中国公司法还未出台,但是立法者已经注意到公司制是市场经济中最稳定、最具活力、最为规范的投资工具,因此,为了适应对外开放引入外资的需要,特别是给境外投资者合法权益的法律保障,上述三部先行的法律^[4]都起了极其重要的作用。甚至可以说,三资企业法不仅保障了外资进入中国投资的合法权益,促进了中国对外开放和融入全球市场经济体系,更对中国公司制度的推进发挥了重要作用。此后,国务院于1988年6月25日颁布的《私营企业暂行条例》,对自然人出资的有限责任公司作出了规定,使有限公司制度在私营经济领域中得以恢复。

(三)中国公司法制的里程碑标志是新中国第一部公司法的出台

自1978年中国宣布正式开启改革开放之国策后,立法者就在对外开放吸引大量外资到中国投资的过程中探讨中国自己的公司法,这一立法活动自1983年由当时的国家经委法规司牵头开始。但对当时的中国而言,公司实践少之又少,特别是市场经济体系还没有确立,使得公司立法不可能仅仅依赖于本土实践的推动。因而,向成熟的市场经济国家和地区学习公司法的经验是中国公司立法很重要的路径。就1993年公司立法的经验来源方面,一是英美法系的公司法,以美国、英国公司法为蓝本;二是大陆法系的公司法,以德国、日本、韩国的公司法为蓝本。而成为公司法域外经验输入管道的恰是改革开放后大量走出海外学习的留学生,他们翻译或者介绍一些主要国家和地区的公司法,让立法者了解到境外公司立法例中通行的国际规则。到了1986年,公司法的草案已初具形态,与当时的全民所有制企业破产法草案一起,具有很高的颁布呼声。但很遗憾,由于涉及国有公司与股份制公司能否融合?如何在公有制的视角下解释公司股东多元化现象?以及公司所有制性质等意识形态的桎梏,使得公司立法暂缓。

此后,国家体改委为了推动国有企业的公司化改制,出台了两个“规范意见”,^[5]作为股份制改制的法律依据及规范标准;同时还颁布了《股份制企业试点办法》,规范股份制改制的实施步骤和具体办法。^[6]显然,在公司法起草停滞的阶段,这两个规范意见成为国有企业公司化改制的助推器,极大地推动了中国公司制度的实践。

1993年,中国一方面大力推进中国经济尽快从计划经济向市场经济转变;另一方面坚持对外开放,同时提出加入世界贸易组织的请求,表达遵守国际经济贸易秩序、参与全球经济一体化体系的愿望。特别是1992年党的十四大召开,确立了建立社会主义市场经济体制的改革目标,中国经济发展

[2]《中央人民政府法令汇编》(1954),第65页。

[3]《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》并称为三资企业法,在中国对外开放引入外资方面发挥了重要作用。

[4]统称为三资企业法。

[5]1992年国家体改委发布了《有限责任公司规范意见》和《股份有限公司规范意见》,主要规范国有企业。

[6]参见江平:《〈公司法〉立法前后的争论》,载《中国经济周刊》2013年第18期。

全面进入了转型期。在此后的一段时间,一大批与市场经济密切相关的法律陆续出台。^[7]《公司法》终于突破了自1986年起草这部法时就一直争论不休的意识形态桎梏,即关于以多元化股东为特征的公司与公有制关系,在1993年12月29日正式颁布。显然,中国公司法能在此刻出台,与中国为加入WTO而加快市场化进程密切相关。而《公司法》的颁行,规定公司为独立法人,表现为有限责任公司与股份有限公司两种组织形式,并且规定了不同行业下最低注册资本限额。新中国的首部公司法,一方面为传统的国有企业大规模地进行公司化改制提供了制度依据,以求引入公司治理的有效规则,提升传统国企的效率;另一方面为民营企业的发展也奠定了制度基础。

二、公司制度的稳步发展与2005年全面修改公司法

(一)1993年公司法成为中国公司发展的重要法律保障

1993年的公司法,无疑成为公司迅速发展的助推器,特别是中小型的有限责任公司,已经成为民间资本创业的首选组织形态。从1994年7月1日颁行的《公司登记管理条例》开始,据国家工商行政管理局出版的年鉴显示,登记在册的公司数量逐年稳步上升,其中以有限公司形态为主。1995年公司数为179901家,有限公司179021家,股份公司只有880家;1996年公司数为311703家,增幅为73.3%,有限公司和股份公司分别为309416和2287家。此后公司数量逐年上升,到2005年底,登记在册的公司总数为768688家,其中有限公司和股份公司分别为760514和8174家。值得强调的是,尽管有限公司在整个公司中占比很高,1995年为99.5%,2005年为98.9%,但股份公司的增速更快,从1995年仅880家到2005年的8174家,十年间增加了9倍。^[8]当然,伴随着经济体制改革和对外开放的深入,特别是2001年中国加入WTO后,中国积极履行入世承诺,国有资产、民营企业、外商投资一视同仁,形成了国企、民营、个体、外资共存共荣的局面。

(二)公司实践的快速发展凸显1993年公司法的缺陷

如本文标题所言,1993年出台的公司法,作为我国第一部系统规定公司事项的法律,不仅将许多境外成熟有效的立法例规则引入了中国,同时也不可避免地与中国当时的经济体制现状有关,具有本土性。例如,国企改制的公司与其他公司区别对待。^[9]而且因为第一部公司法颁布时,我国刚刚实行社会主义市场经济体制,公司实践非常不充分,因此,这部公司法注重框架设计,但忽视规则的具体化;规定了一些主体的权利义务,但没有相应的责任与救济路径;还有许多国际通行的规则未规定等,因此被认为是一部缺乏操作性的公司法。^[10]正如时任国务院法制办公室主任曹康泰所言:1993年公司法,“一是公司设立门槛过高,难以满足社会资金的投资需求。二是公司治理结构不够完善,股东会、董事会、监事会、经理层的权利义务需要进一步明确。三是对股东尤其是中小股东合法权益的保护机制不够完善,对公司债权人、其他利害关系人和社会公众利益也缺乏有效的保护手段。四是关于股份发行、转让和上市的规定已经不能完全适应公司投融资活动的实际需要。五是对上市公司监管中出现的新情况、新问题缺乏有效的应对手段,不利于维护资本市场的秩序。六是缺少对公司以及董事、监事、高级管理人员诚信义务及其法律责任的规定,不能满足建立社会信用制度、维护交易安全的要求,等等。”^[11]为此,2004年3月,根据全国人大常委会和国务院的立法计划,由国务院法制办牵

[7]从1993年至2003年十年间,有十几部与市场经济密切相关的法律出台,如1993年12月《公司法》、1995年5月《票据法》和《商业银行法》、1995年6月《保险法》、1997年2月《合伙企业法》、1998年12月《证券法》、1999年8月《个人独资企业法》、2001年10月《信托法》、2003年10月《证券投资基金法》颁布。因此,这10年被称为经济立法的春天。

[8]以上数据根据国家工商行政管理局历年的工商管理年鉴统计得出。

[9]具体条文,参见1993年《公司法》第4条第3款、第20条第2款、第75条第2款、第159条等。

[10]王保树:《公司法修改:直面竞争与发展主题》,载《中国证券报》2003年12月26日。

[11]曹康泰:《关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉的说明》,载《中华人民共和国公司法》,中国民主法制出版社2005年版,第47-48页。

头,正式启动对1993年公司法进行大规模的修改,以使2005年公司法具有更强的实践性、适应性与可操作性,当然也更具有生命力。

(三)2005年公司法是真正意义上的现代公司法,具有重大历史突破

在2005年修改公司法时,笔者非常荣幸作为10人专家小组的成员,全程参加了修法过程。而本次修法,是中国公司法走向现代化的开始,践行和探索着国际化与本土化怎样有机结合。这种结合首先就体现在本次修法的指导思想中:一是要适应我国公司参与全球经济竞争的需要;二是应合理把握好公司法规范结构;三是要增强公司法的可诉性,为司法介入公司纠纷提供空间;四是公司法修改与国有企业改革立法应当适当分别进行。就具体内容而言,在注重引入境外成功的公司法立法例时不是简单地照搬照抄,而是结合中国国情进行本土化改造。如在引入股东派生诉讼时,将中国公司股权高度集中、存在大量控制股东的情况考虑进来,允许公司小股东针对控制股东侵害公司利益的行为提起股东代表诉讼,而非仅局限于董监高的责任追究。^[12]再如揭开公司面纱制度,在境外绝大多数公司法立法例中都是以判例法的方式存在,主要由法官在诉讼中衡平适用。但是在我国,一方面是因为公司股权高度集中,控制股东滥用控制权掏空公司、转移财产,随意侵害公司利益谋取私利,对债权人构成重大伤害;另一方面我国司法体现依然以成文法为主导,法官通常依具体法条审理案件,因此,我们将揭开公司面纱的规则原则性地写进公司法。^[13]

2005年公司法在具体规则、内容方面有以下几个方面的变化:

1.鼓励投资兴业,方便公司设立。这其中大大降低设立公司的资本门槛,包括最低资本额的降低。其中有限公司不分行业,一律降为3万元,股份公司则为500万元;允许股东部分分期缴纳出资,大大减轻股东设立公司的负担;出资方式上实行抽象定义加列举的方式,使出资形式更加具有灵活性;放开设立一人有限公司的限制,自然人或者非国有法人也可以享受不与他人合作而又受到有限责任庇护的好处;股份公司与有限公司一样,采取准则设立原则而不再由政府审批,因此,股份公司的数量大幅度增加。

2.赋予公司更多的自治权利。众所周知,中国的改革开放过程亦是计划经济走向市场经济的过程。对于公司而言,放松政府管制强化公司自治,就是深化改革的体现。特别是“私法自治”原则在有限责任公司章程中,有其适用的广阔空间。^[14]2005年公司法大量增加了有限公司的章定条款,如允许股东通过公司章程自行选择分红比例、表决比例;在股东会的召集程序方面,包括通知时间、开会方式、表决方式等可以自行选择;扩大了公司的特别权限,包括明确公司对外担保的权利、放松公司转投资的限制、增加回购自己股份的场合;取消国有公司的个别特权,如国有企业改制为公司时发起人可以少于5人以及只允许国有的有限公司发行公司债等,旗帜鲜明地落实了股东平等原则,将国家股东与其他股东之间上述的制度歧视一扫而光。^[15]

3.完善公司治理,健全公司内部监督机制。2005年公司法注意到之前的公司法对公司治理模式的设计过于僵化,特别注意了使公司内部组织机构高效运行的设计。例如,强化董事、监事和高管人员的责任以使之克尽职守,通过透明的信息加强监督机制等。主要有:强调了股东选择董事的权利之绝对性,取消了“董事任期届满前,股东会不得无故解除其职务”的规定;为防止董事、监事辞职带来公司机关停摆的风险,建立了看守董事、监事制度;公司代表人由“法定”变为“章定”,允许公司自行选择适格代表人;为了改变监事会的“花瓶”现象,充实了监事会的职权,包括列席董事会时可以质询和提出建议,可以对公司自行展开调查等;健全对董事、监事、高管的约束机制,首次引入董监高对公

[12]具体参见《公司法》第152条第3款之规定:“他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”此处的他人,通说解释为公司滥用控制权的控股股东、控制股东或者实际控制人。

[13]《公司法》第20条第1款和第3款。

[14]朱慈蕴、毛健铭:《有限责任公司法修改与提高中小企业竞争力》,载《商事法论集》第8卷,法律出版社2005年版,第59页。

[15]刘俊海:《新〈公司法〉的制度创新》,载《法制日报》2005年11月1日,第9版。

司负有忠实义务和勤勉义务,对忠实义务不仅完善了具体场合,还确立了归入权制度。较为遗憾的是公司法没有具体解释勤勉义务的内涵,但结合公司法对董事履职的要求、看守董事以及出席股东会接受股东质询等规定,也一定程度上弥补勤勉义务过于疏漏的缺陷;在上市公司中特别引入独立董事制度,强化公司的监督,等等。

4.注重多重保护机制,平衡多种利益关系。2005年公司法在鼓励投资兴业,扩大公司自治,提升公司竞争力的同时,也特别关注各类主体利益的衡平,并以强制性规则的方式对控制人施以义务。如公司法的第20条强调股东不得滥用权利损害公司利益、其他股东利益和债权人利益,否则将就给公司、其他股东带来的损失负赔偿责任,或者通过揭开公司面纱对债权人予以救济;^[16]为了保护中小股东的合法权益,明确规定了股东的知情权、异议股份回购请求权、选举董事的累积投票权、提案权和质询权等;同时,公司法还完善了股东诉讼机制,不仅包括自身利益受损时对董监高的直接诉讼和公司决议瑕疵之诉,还引入股东派生诉讼;公司法亦将公司应当承担社会责任明确写入公司法,意味着中国公司法已经将公司的社会责任理念升华为立法。

三、鼓励企业创新创业、繁荣资本市场成为近几年公司法修正的基本动因

中国公司法经过2005年的大规模修正,极大地释放了公司的活力,公司质量大幅度提升,大型公司数量上升。而公司利用资本市场扩容、融资,或者通过资本市场进行收购,亦是许多公司追求的目标。据统计,2005年年底中国的上市公司总数为1381家,2019年年底达到3777家,^[17]是2005年上市公司总数的2.73倍。自2005年中国公司法颁行以后,公司法的修改,多为回应资本市场的改革或者工商登记制度的改革。

(一)配合公司登记制度的改革而产生的公司资本制度的变革(2013年)

2013年10月25日,李克强总理在国务院常务会议上部署推进公司注册资本登记制度改革,目的是改善企业登记环节高昂的设立成本、复杂的程序以及法律不确定性而导致的公司设立障碍。同年11月召开的党的十八届三中全会,决定对商事登记制度进行改革,由注册资本实缴登记制改为注册资本认缴登记制,取消了原有对公司注册资本、出资方式、出资额、出资时间等硬性规定,从以往的“重审批轻监管”转变为“轻审批重监管”。为此,公司法进行了相应修改:一是除法律、行政法规另有规定的,将公司注册资本实缴登记制改为认缴登记制。相应地取消了关于公司股东(发起人)应当自公司成立之日起两年内缴足出资,投资公司可以在五年内缴足出资的规定;取消了一人有限责任公司股东应当一次足额缴纳出资的规定。公司股东(发起人)可以自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等,并记载于公司章程。二是除法律、行政法规另有规定的,取消了有限责任公司最低注册资本3万元、一人有限责任公司最低注册资本10万元、股份有限公司最低注册资本500万元的限制;不再限制公司设立时股东(发起人)的首次出资比例;不再限制股东(发起人)的货币出资比例。三是简化登记事项和登记文件。有限责任公司股东认缴出资额、公司实收资本不再作为公司登记事项,无须验资报告。

总的来说,这次配合工商登记制度改革而进行的公司法修订,给予了投资人创设公司更多的便利,但也留下了一些法律空白。比如,全面认缴制未对最长期限进行规定,亦未规定在公司无法清偿债务时股东认缴出资须加速到期,故而成为出资人逃债、侵害债权人的工具。

(二)中国证监会主导下的股份公司回购制度改革(2018年)

与境外成熟市场相比,我国上市公司回购股份的积极性不高,公司法关于股份回购制度的规定

[16]揭开公司面纱在绝大多数国家和地区的公司制度中是以判例法的形式存在,但结合中国国情,为了有效实施对债权人的保护,创新性地以成文法的形式引入了揭开公司面纱的规则。

[17]数据来源:《证券市场快报》2019年12月31日。

比较僵化,作用发挥不够充分。2014—2017年,中国上市公司主动回购股份的总金额仅为同期现金红利金额的1.5%。同期,美国、英国上市公司回购股份分别达到4127起和2086起,回购总金额与其同期现金红利金额的比例分别为43.57%与49.50%。^[18]因此,为公司规范实施股份回购行为,充分发挥股份回购的积极作用,根据中国证监会及沪深两个交易所提出的方案,以及网上公开征求实务界、理论界的各种建议,全国人大常委会决定对《公司法》第142条进行修改,除了增加上市公司可以回购自己股份的场景外,还特别要求上市公司股份回购行为必须规范信息披露和决策程序,按照规定的方式合法合规地进行。这对服务深化国企改革和金融改革,建立健全长效激励机制,维护公司投资价值,完善公司治理,优化投资者回报机制具有重要作用。^[19]

修改内容主要为:一是增加股份回购情形,从原来的四种情形,修正为六种情形加兜底。主要变化为:明确可以回购股份用于员工持股计划;上市公司为配合可转换公司债券、认股权证的发行用于股权转换的;上市公司为维护公司信用及股东权益所必需的;法律、行政法规规定的其他情形。二是在股份回购决策程序方面,尝试董事会享有决策权。规定公司实施员工持股计划或者股权激励,上市公司配合可转债、认股权证发行用于股权转换,以及为维护公司信用及股东权益等情形实施股份回购的,可以依照公司章程的规定或者股东大会的授权,经董事会三分之二以上董事出席,并经全体董事过半数同意,收购不超过已发行股份总额百分之十的股份。三是建立库存股制度,最长不超过三年。这意味着回购的股份可以转让、注销或者将股份以库存方式持有。当然,股份回购制度依然有一些缺憾,比如,没有明确回购股份的资金来源等。

(三)为了提升上市公司的质量,适时修改了上市公司治理准则(2018年)

在2018年9月,为了回应世行对中国公司制度的考察,完善公司治理,中国证监会将2002年出台的《上市公司治理准则》予以了修订。这次修订的指导思想是:立足中国国情、借鉴国际经验,着力推动上市公司规范运行、改善治理、提高质量,保护投资者尤其是中小投资者合法权益,促进资本市场稳定健康发展。事实上公司治理的完善一直是公司法的核心内容,而上市公司作为公众公司,具有规模大、公众性强以及对资本市场秩序影响大的特点。本次修改上市公司治理准则,在内容的修订上注重与国际接轨,如,强调企业履行社会责任,践行绿色发展理念;弘扬企业家精神,建立公司内控机制与风险管理机制;强化中小投资者合法权益保护措施,^[20]特别增加了机构投资者参与公司治理;强化董事会审计委员会的职责,确立了环境、社会责任和公司治理的信披基本框架等。同时也关注中国上市公司自身的主要问题,有针对性地提高公司治理的标准。如加强对控股股东、实际控制人及其关联方的约束;确立上市公司控制权变动中,不得通过公司章程、股东大会决议或者董事会决议剥夺或者限制股东的法定权利等。当然,本次《上市公司治理准则》的修订还有许多不足,特别是关于“遵守或说明”的应用规则仅保留在关于公司分红规则上,导致《上市公司治理准则》之软法优势得不到更好的发挥,不能不说是比较遗憾的。

(四)新建科创板,试水差异化表决机制(2019年)

在2019年年初,中国资本市场推出了科创板,其中不仅试点了证券上市的注册制,而且还引入了差异化表决机制。这不仅有助于鼓励高科技企业上市融资,有助于化解企业融资与创始人维护控制权的矛盾,同时也为差异化表决机制下怎样防止控制股东滥用控制权,以及衡平股东之间的利益进行了尝试。

[18]中国证监会:《关于〈中华人民共和国公司法修正案〉草案(征求意见稿)的起草说明》,http://www.nsrjlb.com/indexm.php?c=msg&id=8276,2019年12月31日访问。

[19]中国证监会:《关于认真学习贯彻〈全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定〉的通知》,https://neris.csre.gov.cn/falvfagui/rdqsHeader/mainbody?navbarId=3&secFutrsLawId=f5bdce2d912147709a3638a76e7fc575&body=股份回购,2019年12月31日访问。

[20]2018年《上市公司治理准则》特别强调了现金分红政策、股东大会的网络投票方式、控制权超过30%的上市公司必须累积投票选举董监事以及发挥中小投资者保护机构的作用等。

四、中国公司法的特点与未来发展的方向

(一) 中国公司法的发展体现了三大特点

第一, 中国公司制度确立和发展, 具有国际化的特点。这是因为, 中国公司法是于 20 世纪 90 年代中国改革开放后开始建立的, 与其他发达国家的公司制度相比, 具有后发优势。它既没有历史包袱, 亦没有立法的传统局限。如同一张白纸, 可以绘上最美的图画。由此导致中国公司制度的确立和发展充分利用了其后的后发优势, 无论英美法系还是大陆法系, 何种具体规则更具先进性和针对性, 可以解决中国公司实践中的问题, 就可以引入中国公司法和证券法(重点规制上市公司)。应该说, 在拿来主义之下, 中国公司法制得以快速建立, 也由此奠定了中国公司法的国际化特点。

第二, 中国公司法的本土化特点亦十分突出。作为一个经济大国, 虽然在改革开放后才出现经济腾飞, 才开始建章立制, 并借助发达国家成熟的公司制度为我所用。但是, 作为一项规制经济细胞的制度, 该国的经济、文化、政治、民族等传统因素, 必然会对其影响重大。因此, 综观中国的公司法制, 其本土性特点十分突出, 表现在引入一些国际通行的先进经验的同时, 依据自己的本土特点进行了大量的制度创新。例如, 中国的公司, 无论是从国有企业改制而来还是家族企业发展而来, 股权结构高度集中是基本现状, 这使得中国公司治理问题与美国模式和德国模式均不相同, 除需就股东会与董事会之间的代理成本架构公司监督机制, 更需将股东之间的利益平衡和对控制股东滥用公司控制权的行为进行制约放在公司治理的核心地位。由此, 中国公司法将对控制股东的法律规制以成文法予以明确, 表现在《公司法》第 20 条关于股东不得滥用控制权利损害公司利益和其他股东利益, 也不得滥用股东权利损害公司债权人利益, 否则将承担赔偿责任的规定中; 该法第 151 条第 3 款对滥用股东权利损害了公司利益的股东, 其他小股东可以通过股东代表诉讼对其进行起诉, 追究相应责任的规定中。甚至在某种意义上, 这种对控制股东(包括实际控制人)的公司法规则在全球范围内具有一定的先进性。

第三, 中国公司法始终紧密联系实际, 与时俱进。当今的世界经济格局发生了重大变化, 经济发展的中心已经移向东亚地区, 发达国家与发展中国家之间的差距日益缩小。增强一国的竞争力, 鼓励不同投资目的的人精诚合作, 公司法即是通过降低设立门槛、放松经济管制、促进金融创新、鼓励公司自治方面来发挥重要作用。从 1993 年公司法到 2005 年公司法再到 2013 年、2018 年的修订, 我们看到了上述精神的体现。当然, 摆在我们面前的重任是, 公司资本门槛的不断降低与多重股东权利的融合之下, 传统公司理念将如何演变, 如怎样解读股东平等, 怎样有效地保护债权人利益, 怎样理解公司非资本要素在公司永久存续中的重要作用, 甚至怎样在公司社会责任的命题之下再次探讨公司的本质; 等等。

(二) 对中国公司法未来走向的思考

1. 关于中国公司法的竞争力问题

进入 21 世纪以来, 公司法学者期待的全球一体化的公司制度并未出现, 相反, 公司法的竞争却越演越烈。因为在这个世界的许多地方, 从个人或者企业的角度来讲, 他们会将公司法作为设立公司时一个重要的考量因素, 以求最大限度地利用不同法律规定所能提供的便利, 同时避免或者降低法律风险。谈到公司法的竞争, 通常第一个进入人们视野的是美国特拉华州的公司法。^[21]在欧洲, 根据《建立欧洲共同体条约》第 43 条, 某一成员国的公民或者公司在本国之外的其他成员国境内以完全迁移的形式, 或者以建立办事处、分支结构、子公司的形式设立一个常设的工商业的或者职业的中心是被视为

[21] 自 20 世纪初以来, 美国特拉华州一直以公司的注册圣地而著称。世界财富 500 强中, 有一半以上是在这里注册的。

开业自由而不被禁止的。20世纪90年代起,欧洲法院通过对具体案例的判决贯彻开业自由的原则,这导致德国等一些国家奉行的住所理论被逐步放弃,而英国的设立理论适用范围逐步扩大。这就给公司设立者赋予了较大的法律选择自由,欧洲公司法领域的法律竞争也由此而生。为了防止本国公民或者公司因本国公司法的设立门槛过高或者过严,以规避法律为目的将公司设立在门槛低的国家,而后通过迁徙方式设立分公司实现其投资的真实目的,于是,各国纷纷降低公司设立门槛,放松管制。这种现象其实正在全球上演,名曰提升公司法的竞争力,不免有学者担忧会出现“race to the bottom”的景象。

中国公司法应如何前行?中国公司法事实上几经变革,设立公司的门槛已经很低,赋予公司的自治空间已经很大,是否中国的公司法就具有竞争力了呢?笔者想提醒中国学者的是,我们在关注公司管制更加放松、公司设立、运营条件更加灵活的同时,更应当关注与公司设立、运营自由相关的法律整体环境是否具备,是否为中国公司法已经蕴含的竞争力之爆发创造了合适的环境。我们不仅注意到美国特拉华州公司法的优越性,还应当特别关注特拉华州公司法的强竞争力,在于它拥有在衡平法院之下的公司法庭,以及思维与运作方式更像公司的州务卿办公室,特别是那些准备进行法律上较为复杂的、容易引起纠纷的交易的企业投资者,更加信赖特拉华州司法体系。^[22]也就是说,中国公司法的竞争力之提升,不仅取决于其内容的科学性、先进性的进一步完善,其实很大程度上将取决于公司法的行政适用与司法适用。我们需要越来越多的具有商事思维理念、且具有务实和探索精神的高素质的监管者和好法官。

2.关于中国公司法将向何处去的问题

一直以来,总有一个问题困扰着我——公司到底为何物?为什么它能如此神奇地解决融资与发展(多重目的出资人的集合)、控制与协调(控制权与多重利益关系的平衡)、变动与存续(股权转让、企业并购重组与百年老店)这些十分复杂的问题。公司从传统走向未来,其本质是否会发生根本性改变?因为现代世界在一定程度上可以说是“公司的世界”,公司的规模在不断扩大,公司的数量在不断增多,公司的财富在不断累积。因而,公司已经成为社会中对经济、政治等方方面面具有举足轻重作用的一种力量,一种在过去每一个孤立公司中所不曾有的聚合力量。“公平对待雇员和顾客,摆脱短缺和污染物,生产高质量的产品,深谋远虑地利用自然资源,平等的就业条件,有益于健康的工作场所,如此等等,这些问题必须公正地和直截了当地处理”。^[23]正如丹尼尔·贝尔在其《后工业社会的到来》一书中所言:“把营业公司看成仅仅是一种经济工具,就是完全不理解过去半个世纪的社会变革的含义。”^[24]企业的经济作用和社会作用之间的这种密切关系表明,大企业陷入困境不是因为它缺乏创造利润的足够资本或自由,而是因为不能把社会的利益同公司的经营结合起来。^[25]

自20世纪末以来,公司社会责任的理念越来越深入人心,这种社会责任不是一种强加给公司的外在的义务,而是一种内在的责任。美国的发展委员会(CED)早在1971年就发表了划时代意义的声明,提出“企业的职责要得到公众的认可,企业的基本目的就是积极地服务于社会需要——达到社会的满意”。^[26]1981年,美国200家最大企业领导人在参加企业圆桌会议时发表的“企业责任报告”中也指出,企业的社会责任并不意味着与其经济责任相抵触。在现代社会,企业的所有责任都是如此紧密地联系在一起,即追求利润与承担社会责任是不矛盾的。^[27]而且已有大量统计资料表明,现代公司越来越注重公司对社会效益贡献的考核,^[28]尽管这种考核评价的标准难以确定。就在2019年8月

[22] Romano, Roberta: *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, in: *Journal of Law, Economics and Organization* (JLEO), 1985, S. 225ff.

[23] [美] W.E.哈拉尔:《新资本主义》,冯韵文等译,社会科学文献出版社1999年版,第235页。

[24] 同上书,第256页。

[25] 同上书,第261页。

[26] *Committee for Economic Development, Social Responsibilities of Business Corporations* New York: CDE, 1971.

[27] 参见[美]乔治·斯蒂纳、约翰·斯蒂纳:《企业、政府与社会》,张志强、王春香译,华夏出版社2002年版,第133页。

[28] 前引[23], W.E.哈拉尔书,第248—250页。

19日《纽约时报》上,整版刊发了181位美国大企业的CEO集体签署的名为《公司的目的》的宣言,强调企业的目的不能仅仅是代表股东利益,而应该更重视履行企业对消费者和社会的责任。这一宣言警示我们,到了再次反省公司为何而生的时候了。

当今,强调公司社会责任理念,意义十分重大。虽然在传统观念看来,公司是一个市场中的“经济人”,它应当是自私自利的,应当以追求公司(或者股东)利润最大化为己任,而不需要去考虑公司的社会责任。但今天,我们必须看到,公司在追求自利的目标时,已经在其中加入了“利他”的效用函数。公司自治,需要谋求来自公司各方利害关系人的支持。也就是说,人们越来越多地关注公司对股东以外相关利益者的利益平衡问题,或者说关注公司是否将社会责任的目标置于公司自治与发展的决策中。而最为关键的是,公司的管理者应当认识到,企业组织由社会产生并且要得到社会的接受是很重要的。彼得·格鲁克在其《管理实践》一书中指出,“重要的是管理者应当意识到他们必须考虑公司政策和公司行为对于社会的影响。他们必须考虑一定的行为是否有可能促进公众的利益,有利于社会基本信仰的进步,有利于社会的稳定、强盛与和谐”。^[29]这就是说,公司作为一个自治体,其自治行为是否合理、妥当,其自治后果能否被社会接受,其能否作为一个独立的自治体求得生存和长足的发展,在很大程度上与公司能否履行社会责任有关。

中国公司无法脱离世界潮流,它不能始终停留在自我逐利的阶段,不能总是无视公司的社会责任,不能让那些无良商人堂而皇之地存在而不受法律制裁与道德谴责。中国的公司要在社会责任方面有所突破,要在全社会形成基本共识,小到公众股东利益、员工利益、债权人利益、消费者利益的维护,大到资源运用、环境保护、代际平衡的考量,都是公司应当追求的目标。也许,现在是时候应当重新审视公司的本质问题,即公司到底是谁的?

五、未来中国公司法修改必须关注的几个问题

在2019年3月,全国人大法工委正式启动公司法的修改程序,这意味着中国公司法又要迎来一次较大规模的修改。显然,本次公司法的修改不同于1993年公司实践不足与立法空白的背景,也不同于2005年主要是回应社会的呼声,完善公司中一些基本制度。应该说,中国公司法的现代化已经初具规模,而本次修改,应在较高层级上实现公司法的国际化与本土化的融合。对此,本人有以下思考:

(一)公司组织形态的变革对中国公司法进一步现代化具有基础性作用

中国公司法对于公司形态的选择,一直采用大陆法系国家的传统分类:有限公司与股份公司。^[30]随着2005年公司法取消了股份公司设立的行政审批,导致大量的股份公司诞生,其中相当一部分为没有上市的封闭公司。据不完全统计,2018年年底大约有股份公司48万家,但在A股资本市场上市的公司仅为3583户。就是说,绝大多数股份公司都是不上市的。理论上讲,封闭的股份公司与有限公司没有什么本质区别,但由于中国公司法是以有限公司与股份公司分别立法的,于是实践中经常发生股份公司不能适用有限公司规定的情形,如股东知情权范围有限公司比较宽,异议股份回购请求权的场景有限公司多,甚至封闭的股份公司股东转让股份,其他股东不能行驶优先购买权等。显然,这样的公司立法模式不适应我国现行的公司实践。那么,采用公开公司与封闭公司的分类,是更好的选择。

[29]参见前引[27],乔治·斯蒂纳、约翰·斯蒂纳书,第6页。

[30]中国公司法放弃了无限公司、两合公司的模式,一是因为新中国成立后进行了公私合营,历史上可能存在的无限公司、两合公司、有限公司、股份公司都不复存在;二是无限公司、两合公司事实上在境外数量也很少,而且类似的组织形态还有有限合伙。

对于公开公司而言,最基本的规范要求就是强制的信息披露,同时公司治理的要求比较高。因此,公开公司除了公司法进行规制外,还需要证券法的规制。我国除了在主板上市的公开公司,还有在新三板挂牌交易的近万家非上市的公众公司。这两类公开公司应该有不同披露义务。对于绝大多数的封闭公司(采股份公司形态),应是中国公司法规范的主要内容。其中应当关注强制性与赋权性、选择性、自治性的结合。在封闭的股份公司中,可以考虑确立一种简易股份公司,允许其在公司内部组织架构、权利义务配置等方面有更大的自由。

此外,应当对国有独资公司甚至国有控股公司进行单独立法,其中可以要求党建工作入章程。

(二)公司资本制度的继续革新将促进中国公司法更上一层楼

中国公司法对公司资本制度的修正一直没有停息,特别是2013年实行全面认缴,许多人似乎认为,中国公司法的资本制度无须修订。事实上,我们应该反思,公司资本制度的核心功能是什么?是否就是一味地向股东倾斜?众所周知,公司法是以股东为基本权利、义务主体进行制度设计的,且股东还可以通过公司章程或者股东会决议的方式对自己进行更加有利的安排。相对于股东而言,债权人在公司中的地位基本是被动的、不在场的消极当事人。因此,对股东与债权人之间的利益平衡,更需要公司法进行一些制度安排保护其合法权益。而公司资本制度的选择在很大程度上影响债权人的利益。

就公司资本制度修正而言,有三个要点需要强调。一是公司资本制度的理念问题,主要是从债权人利益保护的角度出发,特别是要修补公司资本管制放松给债权人利益维护带来的困境应对之理论认识问题。二是公司资本的进口问题,主要解决全面认缴制带来的巨额资本注册但通过各种路径最终不实际缴纳的问题;^[31]认缴制下公司不能清偿债务的加速到期制度;非现金出资的价值评估问题以及瑕疵股权转让的限制问题等。三是公司资本的出口,即公司资本或者权益除利润分配以外是否还有其他场合可以流向股东,以及允许流动的合法条件是什么。如股份回购的场合扩大、股东的股本回购、公司融资中的对赌协议执行等。这将涉及两个路径,一是资本维持,即公司资本是最终的底线,只要不触动公司注册资本,就可以灵活对待公司向股东支付利益或者财产。但这一路径因公司法放弃法定资本制而备受诟病;二是偿债能力测试,即只要董事会认为公司未来一定时间内不会发生债务支付不能,就可以动用公司资产支付给股东。但这将涉及对未来债务的确认和对公司资产的合理评估。两个路径都有难点和困境,但哪一个路径更适合中国国情值得深入讨论。

(三)促进中国公司治理水平的整体提高是公司法改革的核心内容

根据世界银行公布的全球营商环境报告,中国的排名自2013年的低点第96位一路爬升至2016、2017年的第78位,而2018年该排名跃升至46位,跻身于世界前50排名中,^[32]2019年继续跃升至31位。世行关于营商环境的评估,公司法律制度的改善是其中相当重要的一部分。我们注意到,这一期间公司法制建设的主要变化涉及:2018年《公司法》对公司回购自己股份制度进行的修正,2017年9月1日起施行的《公司法司法解释四》和2019年4月29日起施行的《公司法司法解释五》,^[33]以及2018年9月30日开始实施的新的《上市公司治理准则》。这些内容涉及公司治理方方面面的问题,一方面代表了世行等国际机构对公司治理的关注度和全球公司法制的目标,另一方面也表明中国不仅重视公司治理水平的提高,而且切实地努力去改善之。应该说,这些制度的完善,抓住了中国公司实践中具有本土特色的问题,即在公司股权过度集中、控股股东或者公司的实际控制人将公司视为自己获利的工具而欺负众多小股东的情况下,产生了公司决议形式化或者被操纵、公司

[31]如,甲公司成立时,股东A认缴资本1亿元,认缴期20年。但在公司成立5年后,股东A将股权100%转让给B,但仅依靠退休金生活的B并无足够资产支付1亿元。15年后,股东B不能支付1亿元,此时追究前股东A的责任,具有理论上和实践上的困境。因此,需要构建适当的制度填补这样的漏洞。

[32]参见罗培新:《论世行营商环境评估“获得信贷”指标得分的修法路径》,载《东方法学》2020年第1期。

[33]《公司法司法解释五》以改善营商环境为直接目的,包括再次强调股东利润分配请求权的享有;强调关联交易价格不公允时可以追究不公正交易关联方赔偿公司损失;强调股东有权解除任期内公司董事的职务。

长期不分红、公司不尊重股东的知情权、股权转让中优先购买权争议、公司利益被侵害而小股东难以行使股东代表诉讼权等问题。而《公司法司法解释四》主要解决的就是上述问题。^[34]但是,司法解释虽有一定的造法功能,依然不能替代公司法层面的制度建设。

首先,公司法在提升小股东利益保护方面还需要下大力气。一是加大对公司控制股东或者实际控制人的规制。这是因为,公司是拟制人,它必须依赖于自然人来代表或者代理其行为。而拥有代表权或者代理权的人若无制度制约,他们一定会利用控制权力通过各种路径将公司财富转移给自己,如高薪消费、过度补偿、转移定价、关联交易等。中国公司法早在2005年公司法中就引入了股东信义义务的规定(公司法第20条),但过于简单、原则,操作性不强,特别是对实际控制人的责任明示比较缺乏,需要在公司法的相应条款中增加实际控制人的列举。一是对中小股东权益的进一步扩张,包括股东法定权利不得变相剥夺;引入股东欺压定义、场景与救济路径;充实股东提案权的保障性措施;公司特别重大事项的分类表决规则;小股东代表公司提诉侵权董事、高管、股东或实际控制人时需实行激励机制等。

其次,完善公司股东会、董事会以及监督机制。一是完善股东会、董事会的程序规则需以便利和保障小股东权利行使为中心;二是针对不同类型的公司,诸如公众公司与封闭公司,规模大小不一的公司,成员多寡不同的公司,允许采用不同的治理模式,或者赋予不同的选择权利,包括与公司持续性经营密切相关的决策事项赋予董事会决策等;三是处理好传统的监事会和独立董事的关系。上市公司要解决监督机制的双轨制问题,根据上市公司的公众性与较强的国际性,以及资本市场的全球化趋势,应当在上市公司中保留独立董事制度;而在封闭公司中,则允许继续采用监事会制度。四是强化董事、高管的信义义务。一方面尽可能在公司法中明确规定董事、高管具体的义务与追责机制,包括细化董事、高管注意义务的内涵与场合;另一方面也要考虑董事高管的激励机制,引入安全岛规则。

最后,完善公司治理的目标不仅仅为股东利益最大化,还应明确为公司利益相关者的利益最大化。在中国公司法已经明文公司承担社会责任的前提下,需要将社会责任具体化,如公司并购中对公司员工利益的维护,公司发展中对资源、环境保护的具体要求等。

(四)公司并购制度的内容填补将是公司法修改的难点之一

无论是1993年公司法还是2005年公司法,关于公司合并分立的规则十分简陋,与现行经济生活中中国企业积极参与境内境外并购的浪潮十分不匹配。实践中,无论是并购方式、并购手段,还是并购规模、融资渠道,都已多样化,且并购涉及的法律关系也十分复杂。当公司法不能提供适当的制度供给,许多公司并购的复杂行为将可能被简单、粗暴地通过合同法进行规范,或者无法可依争议频发,或者导致某一利益群体的利益受损且无恰当的救济渠道等,不能很好地体现公司并购的商事活动特殊性。因此,在公司法中加强公司并购制度供给,是填补公司制度空白的重要内容。主要有:一是要增加公司合并、分立不同角度的分类:如国内并购与跨境并购、三角并购与反三角并购、股份移转与股份交换、资产重组与股权交易、简易并购及挤出式并购、管理层收购与引入战略投资者式收购等;二是应当确定公司收购与反收购的决策权归属:股东会决策下的中小股东利益保护,如异议股东股份回购请求权的实施路径、现金选择权的效率性与公正性;董事会决策下将涉及董事会中立与否的价值取向;三是从政策角度考量公司反收购措施的选择,如白衣骑士、毒丸计划、金降落伞等。

(五)确立公司集团的法律规制有助于推进中国公司法有效地治理泛滥的关联交易痼疾

公司已经经历了几百年的发展历程,成为市场经济中一种基本的投资工具。但今日之公司与公

[34]《公司法司法解释四》以保护小股东利益为核心,主要围绕五个内容进行详细规定:一是公司决议瑕疵制度的完善,增加了决议不成立的情形;二是充实了股东知情权的可操作性,特别是对股东查阅公司账簿的不正当目的进行了列举;三是强调股东在何种场合下享有利润分配请求权;四是对公司诉讼争议案件最多的有限公司股权转让中的问题进行程序性细化,包括股东优先购买权的认定;五是关于股东代表诉讼的程序保障规定,有利于鼓励小股东利用这一武器维护公司利益。

司制度创设之初已今非昔比。君不见,今日公司之股东,绝大多数为法人股东。股权的金字塔结构安排,使公司层层嵌套,深深地遮挡住金字塔尖上的实际控制人。这些最终的实际控制人以小博大,滥用权利的道德风险也数倍放大。因此,有效地规制公司集团是公司法现代化的重要标志之一。本次修改公司法,是引入、建立、健全公司集团制度的极好机会。我们要认真研究企业集团法的内容,包括母子公司、总分公司的严格划界,以集团利益统一安排经济活动而导致集团内部子公司或者分公司利益受损的补偿机制,公司集团内部关联交易的程式规则及交易价格公允性审查,公司集团的强制信息披露规则,公司集团中的债权人利益保护等。

总之,公司法是鼓励人们投资兴业的重要大法,中国采用一部什么样的公司法,将关乎中国企业能否健康发展、中国经济能否继续腾飞。借此公司法修改之际,科学评估中国公司法已经走过历程的得与失,认真研究境外立法例的经验与教训,深入分析中国公司法实践中的问题,我们才有可能造就一部现代的、具有核心竞争力的、能够鼓励和保护投资者的公司法。

Abstract: The Corporate Law as a commercial organization law that regulates the establishment and operation of companies by investors, closely related to company practice, it was born to solve the problems in the operation of the company. All the previous amendments to the corporate law in China have embodied the characteristics of the integration of localization and internationalization. To protect the innovation and entrepreneurship of Chinese enterprises and enhance the competitiveness of internationalization is the driving factor of this amendment of the Corporate Law. The modernization of The Chinese Corporate Law has begun to take shape, and this amendment should realize the integration of the internationalization and localization of the corporate law at a higher level. Specifically: in terms of company organizational form, the classification of open company and closed company should be adopted; in terms of corporate governance, we should further expand the protection of the rights and interests of small and medium-sized shareholders, further improve the shareholders' meeting, board of directors and supervision mechanism, and concretize the corporate social responsibility; in terms of the system of merger and acquisition, we should increase the classification provisions of different angles of the company merger and division, and determine the ownership of the decision-making power of the company's acquisition and anti-acquisition; in terms of the construction of the company group system, we should introduce, establish and perfect the relevant legal provisions of the company group.

Key words: China's corporate law; commercial organization law; corporate law localization; corporate law revision; corporate repurchase; listed company governing
