

# 论中国公司法的供给侧结构性改革<sup>\*</sup>

## ——兼论中国公司法的“服务型”转向

吴飞飞

**摘 要:** 无论是从公司合同主义的理论解说路径出发, 还是从优化营商环境改革的实践背景切入, 甚或是从商主体治理的制度诉求出发, 公司法的基本定位都应当是“服务型”的。以“服务品质”为标准重新检视中国公司法, 我们会发现其至少存在“知识源”供给不均衡、公司合同范本“老化”以及过于依赖后置型公司合同“漏洞”填补机制三个层面的问题。这意味着中国公司法需要进行一场深入的供给侧结构性改革。通过引入与更新立法“知识源”、缺省性规范增量扩容、公司法规范的清单式指引设计、程序性规则体系化完善, 以及构建创新导向型公司法基础规则、以信息信用为核心统筹公司信用监管体系、打造有助于投资而非投机的公司金融规则等举措, 提升中国公司法在私人治理和国家战略两个维度上的服务品质。

**关键词:** 公司法改革 供给侧改革 服务型公司法

**中图分类号:** DF411.91 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330(2020)02-0035-14

**DOI:**10.13893/j.cnki.bffx.2020.02.004

### 一、问题之提出: 中国公司法文本与实践的供需鸿沟当如何填补

在法律文本层面, 中国公司法迄今为止大致经历了管制主义时期(1993—2006年)与自由主义时期(2006年至今)两个发展阶段。到今天, 以商事自由主义为基本价值理念的中国公司法已经颁行实施了14年时间。在此期间, 除2013年对公司资本制度、2018年对股权回购制度进行变革调整, 以及陆续出台了5部司法解释之外, 单就《公司法》本身而言无其他变化,<sup>①</sup> 甚至可以说中国公司法在这14年里主要是在做“减法”。在商事实践层面, 近年来随着“双创”政策的推进以及互联网时代的到来, 公司尤其是新型公司的组织机制与管理模式不断推陈出新。动态股权架构、花式股权激励、超越

<sup>\*</sup> 本文系2018年国家社会科学基金青年项目“《民法总则》与公司决议制度适用对接问题研究”(18CFX045)的成果。

[作者简介] 吴飞飞, 西南政法大学经济法学院副教授, 法学博士。

<sup>①</sup> 大量的公司治理相关法律规则越来越多地被放在证券法、金融法之中予以规定, 公司法中有关上市公司治理的规则有逐渐被后者抽空的趋势。

股东会与董事会之上的“事业合伙人制”、纷繁复杂的融资对赌条款、别出心裁的“另有规定”“另有约定”等对公司法的“创造性破坏”<sup>②</sup>尝试层出不穷,诸多公司治理的创新实践处于“半脱法”“脱法”甚至违法状态,公司治理创新实践可谓“乱花渐欲迷人眼”“轻舟已过万重山”。在公司纠纷裁判中,一方面公司担保、股权转让、公司决议等相关纠纷数量庞大,且“同案异判”现象高发、司法裁量标准不统一问题突出;另一方面以“物权式”“合同式”纠纷裁判路径处理公司纠纷现象犹存,公司法的“裁判法源”地位亟待伸张。在国家宏观经济层面,提升中国公司创新创造能力、促进金融脱虚向实、振兴实体经济呼声日涨,亟待公司法、证券法、金融法等部门法的战略性回应。

因此,我们似乎可以说:中国公司法实践愈渐丰满、文本依旧骨感。我国现行《公司法》条文仅218条,同样是以商事自由主义为立法价值导向并且还是判例法国家成文法的《英国2006年公司法》条文有1300条之多,<sup>③</sup>《日本公司法典》全文共计979条,<sup>④</sup>《美国特拉华州普通公司法》也有近400个条文。<sup>⑤</sup>尤其是《英国2006年公司法》,修法时英国公司法审议指导小组(The Company Law Review Steering Group)发布的修法《战略性框架》确定了“便于交易”“便于适用”和“规则界线”三大指导原则,本期望公司法修法“删繁就简”,<sup>⑥</sup>而最终修法却是一部包含47个部分、1300个条文和16个附件的“巨大的立法工程”,有观点称之为“现代立法模式的楷模”。<sup>⑦</sup>并且前述公司法文本的单个条文在内容容量上也比我国现行《公司法》丰富得多。如《美国特拉华州普通公司法》的单个法条动辄上千字甚至几千字,<sup>⑧</sup>我国现行《公司法》容量最大的法条也不过两三百字而已。通过比对可以发现,中国《公司法》主要“薄”在了指引和示范性条款上,而指引和示范功能恰恰是作为公司合同范本的公司法的核心功能之所在,如德国公司法学家格茨·怀克与克里斯蒂娜·温德比西勒在《德国公司法》中所言“作为组织法,公司法以设计建构和法律咨询(为其)定位。”<sup>⑨</sup>

从优化营商环境的视角来看,作为商法“龙头法”的公司法属于现代市场经济的核心基础设施之一,具有“公共产品(服务)”属性,因此也就有所谓“示范公司法”“标准公司法”之说。作为“公共产品(服务)”的公司法,其改革之重心在于“产品(服务)品质”的提升,最终落脚点在于一个“服”字。如果以“供需关系”来重新解构公司法及其所调整的法律关系,我们可以将文本层面的公司法归入“供给侧”,将宏观经济、商主体<sup>⑩</sup>等公司法的适用者纳入“需求侧”。然后再以“品质”为标准重新审视中国公司法的“供给侧”。然而,自由主义的公司法绝不简单地等同于“做减法”“一放了之”,中国公司法应当跳跃出“放”与“管”的思维定式,着力于“服务”,注重提升国家、商主体、法律实践者对公司法的“用户体验”,进行一次深入的供给侧结构性改革,以促成中国公司法的“迭代升级”。日本公司法学家神田秀树指出:(“公司法的发展方向应)围绕着为了提高企业的‘性能’(performance),到底需要什么样的‘公司治理’而展开讨论。”<sup>⑪</sup>

② [美]柯提斯·J. 米尔霍普、[德]卡塔琳娜·皮斯托《法律与资本主义:全球公司危机揭示的法律制度与经济发展的关系》,罗培新译,北京大学出版社2010年版,译者序第6页。

③ 参见《英国2006年公司法》,葛伟军译,法律出版社2012年版。

④ 参见《日本公司法典》,吴建斌、刘惠明、李涛译,中国法制出版社2006年版。

⑤ 参见《特拉华州普通公司法》,徐文彬、戴瑞亮、郑九海译,中国法制出版社2010年版。

⑥ 参见林少伟《英国现代公司法》,中国法制出版社2015年版,第18—19页。

⑦ 参见前引⑥,第2页。

⑧ 如该法的中文译本第141、151等条款的字数超过两千字,第262条的字数接近4000字。参见前引⑤,第38—43、50—54、143—150页。

⑨ [德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第12—13页。

⑩ 在本文中,为便于行文和理解,笔者会根据具体的语境交替使用商主体、公司合同当事人、创业者等几个相近词汇,而未统一使用某一固定词汇,谨在此予以澄清说明。

⑪ [日]神田秀树《公司法的理念》,朱大明译,法律出版社2013年版,第204页。

## 二、中国公司法的“供给侧”之检讨

### (一) “知识源”供给不均衡

#### 1. 法学领域内长期依赖民法学的知识供给

长期以来,我国一直贯彻的是民商合一的立法体例与学术研究路径,民法作为商法的上位法存在,民法学则作为商法的“知识源”存在,作为商法之一部分的公司法同样以民法学为其重要“知识源”。在民法学的知识荫蔽之下,公司法乃至商法一直未能真正形成独立的理论体系、分析范式和方法论。<sup>⑫</sup> 公司法对民法学“知识源”的依赖主要体现在两个层面:一是价值观与方法论上深受民法个人主义思维影响。近现代民法学受康德的“伦理学人格主义”哲学观影响,秉重以自然人为中心的个人,所以近现代民法从价值观到方法论无不浸透着浓郁的个人法色彩。法人拟制说、公司合同理论、公司章程合同说、代理理论等在公司法上占据一席之地甚至主导地位的学说理论在价值观、方法论上均带有明显的个人主义烙印。尽管前述理论均来源于经济学而非民法学,但这几种理论之所以能够在公司法乃至商法上占据一席之地,与其契合了民法的个人主义价值理念有很大关系。甚至还可以说是公司法理论界习惯性地用民法的思维去重新解构前述理论。例如,当下公司法上的公司合同理论与经济学上的公司合同理论已经有很大出入,<sup>⑬</sup>刻意回避“公司契约相对于契约法一般原理的特殊性”,<sup>⑭</sup>径直将公司合同理论与合同法进行适用对接的现象时有发生。二是具体制度及其适用上直接复制、嵌套民法规则。比较典型的如,公司法规范沿用民法的强制性与任意性规范分类方法、股东出资责任套用民法的违约责任原理、公司章程与股东协议适用合同法的效力规则、股权的转让与处置照搬物权处分规则等等。必须承认,来自于民法学的知识给养对公司法结构体系的形成、裁判规则的构造起到了至关重要的“补充适用和漏洞填补功能”。<sup>⑮</sup>

#### 2. 法学领域外主要偏重经济学的知识供给

经济学对公司法的知识给养完全不亚于民法学。现代公司治理理论、控制权理论、代理理论、交易成本理论、公司契约理论几乎均肇始于经济学。经济学对公司法的影响还深入到了方法论维度,其中“法律经济学分析方法,因为其效率导向与公司法的财富和效率最大化目标堪称完美的契合”,<sup>⑯</sup>已然成为公司法领域的主流性方法范式。然而,经济学在给予公司法知识给养层面存在一个明显的局限性,即经济学的视角主要是市场视角、交易视角而非组织管理视角,即使是被认为刺破了企业治理黑箱的科斯定理也存在这个问题。“科斯把企业看成是一种合约关系,在性质上有别于现货市场交易……实际上,这还是一种市场理论。”<sup>⑰</sup>换言之,经济学对公司法的指导与给养主要是类比性的,即将市场模型、交易模型类比于公司的组织管理模型,类似于市场理论、交易理论在公司治理中的类推适用,公司治理中的委托代理理论就是典型例证。公司法对经济学的知识依赖在一定程度上使其难以对公司治理中的人合性、团结型情感、科层制治理结构、企业家精神、智识要素<sup>⑱</sup>等非市场要素、特性尤其是对公司的组织性做出有效解构和合理安排。

<sup>⑫</sup> 参见张谷《商法:这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载高鸿钧主编《清华法治论衡》(第6卷),清华大学出版社2005年版,第1—51页。

<sup>⑬</sup> 关于公司合同理论法学解构的观点,参见吴建斌《合意原则何以对决多数决——公司合同理论本土化迷思解析》,载《法学》2011年第2期,第55—65页。

<sup>⑭</sup> [澳]斯蒂芬·波特姆利《公司宪治论——重新审视公司治理》,李建伟译,法律出版社2019年版,第28页。

<sup>⑮</sup> 钱玉林《民法总则与公司法的适用关系论》,载《法学研究》2018年第3期,第51页。

<sup>⑯</sup> 罗培新《公司法的法律经济学进路:正当性及其限度》,载《法学研究》2013年第6期,第27页。

<sup>⑰</sup> [日]青木昌彦《企业的合作博弈理论》,郑江淮、李鹏飞、谢志斌等译,中国人民大学出版社2005年版,第3页。

<sup>⑱</sup> 参见吴飞飞《现代公司控制权分配中“智识多数决”现象探究》,载《证券市场导报》2019年第8期,第4—12页。

### 3. 管理学、政治学以及财会学等知识供给严重不足

公司法兼具组织法和财产法双重属性,即“人格—财产的双重性”。<sup>①</sup>早期的公司财产属性或者说物的属性突出,与之相应,彼时公司法的“知识源”也就更多地来自于民法学中的财产法学以及经济学。如今,公司的人格越来越独立,公司的组织性色彩越来越浓郁,大型公司在规模、财力上甚至堪比国家。故而,现代公司治理应更多地倚重管理学、政治学以及财会学等的知识供给。遗憾的是,中国公司法目前并未积极地回应现代公司治理在“知识源”层面的新诉求。例如,针对股权架构如何设计更能提升公司治理效能,股东会会议怎样召开更公正、更能促成科学决策,股权如何转让更具财务成本优势等,现行《公司法》几乎未发挥任何指引和示范作用。

#### (二) 公司合同范本“老化”现象渐显

##### 1. 指引和示范功能未能充分彰显

现行《公司法》的这一功能局限集中体现在“另有规定”“另有约定”等缺省性规范上。一方面,或许是基于“立法宜粗不宜细”的立法思维观,这类条款仅规定了在哪些事项上公司章程、股东协议可以排除公司法,而并没有就如何排除提供方法性指导,亦未提供可选择的示范性规范,这也是有学者所批评的缺省性规范设计重“填空”功能而不重“选择”功能的体现,进而导致实践中的“另有规定”“另有约定”形式五花八门、乱象丛生。另一方面,现行《公司法》明确允许“另有规定”“另有约定”的范围过窄,大量一刀切式的法律条款更无多少指引和示范性能可言。实际上,实践中商主体在这方面也未严守公司法划定的可排除范围。并且,对于公司能否在现行《公司法》所明确允许的情形之外对其他法律条款作“另有规定”或“另有约定”,其他法律条款又具体指涉哪些具体条款等问题,无论是立法者、监管者还是裁判者均未有明确态度,留给商主体自行探索。而如果商主体越来越多地选择在公司合同范本的“菜单”外行动,很大程度上说明一个问题,即我们的公司合同范本可能已经面临着日趋“老化”的危机,以致于商主体不得不在既定“菜单”基础上或者跳出既定“菜单”对公司合同进行自主更新升级。<sup>②</sup>

##### 2. 程序性规则过于粗疏,无法满足现代公司治理的精细化、规范化诉求

团体法与个人法的最大区别之一是团体法重程序、个人法重意思表示。<sup>③</sup>公司自治最终的落脚点多半集中在股东会、董事会会议上,而会议规则或者决议规则主要是程序性规则,因此在某种程度上可以说公司自治就是程序之治,公司法主要是程序之法,甚至可以说未来公司法的提升空间也将主要集中在程序性规则上。然而,反观中国公司法,其程序性规则不可谓不粗疏。首先,对程序性规则的认知还存在一定偏差。当前我们对公司法程序的定位主要局限于纠纷解决的前置程序和司法介入公司治理的程序干预导向两个层面,所以现行《公司法》中的程序性规则也主要集中在这两个层面。其次,常规治理程序规则十分粗疏简陋。以股东会会议规则为例,《英国2006年公司法》第13部分以81个示范性条文专门规定“决议和会议”,几乎到了事无巨细的程度。<sup>④</sup>《美国特拉华州普通公司法》第7节以23个条文对股东会的会议、选举、投票和通知等程序性事项做了详尽的规定,甚至连会议的记录程序、休会的通知程序等细节性问题均有专门的示范性规定。<sup>⑤</sup>反观我国现行《公司法》,针对股东会会议程序的规定几乎仅仅体现为通知程序、议事程序、表决程序、答辩程序等均付之阙如。即使是通知程序,规定得亦不甚清楚,实践中因此而引发不少争议。

<sup>①</sup> 邓峰《作为社团的法人:重构公司理论的一个框架》,载《中外法学》2004年第6期,第742页。

<sup>②</sup> 由证监会、保监会发布的《上市公司治理准则》《上市公司章程指引》《保险公司章程指引》等行业规范的示范引导作用偏重于监管合规,而非公司自治层面上的一般性指引和示范。

<sup>③</sup> 吴飞飞《论中国民法典的公共精神向度》,载《法商研究》2018年第4期,第13页。

<sup>④</sup> 参见前引<sup>③</sup>,第174—223页。

<sup>⑤</sup> 参见前引<sup>⑤</sup>,第80—107页。

### 3. 对实践的预见性、回应力不足,导致部分公司治理创新实践处于“半脱法”状态

近年来,实践中涌现的大量新型互联网公司、创新创业公司在股权结构、融资形式、生命周期等多方面均明显不同于传统公司,而现行《公司法》对这些问题目前尚未有成型的回应举措,甚至是公司法理论界也鲜少有人对这些公司治理的特殊性进行针对性研究。又如对现代公司去科层制、扁平化的治理结构变化趋势,越来越倚重人力资本的要素结构调整动向。虽然由国务院、证监会等部门所发布的《关于开展优先股试点的指导意见》《优先股试点管理办法》等文件尝试在股权结构差异化配置层面予以回应,但改革举措过于保守而远远落后于公司运行实践。<sup>②①</sup>

受法律文化传统影响,我们的公司法立法及理论研究下意识地偏重于“定分止争”的诉讼视角。实际上,公司治理对公司法的制度诉求其实包含两大维度,即“诉”与“非诉”,而相对于诉讼而言,“非诉”事项才是公司治理的常态,处在公司治理的最前沿。甚至可以说,任何一种公司治理新规则、新模式的诞生几乎都首先发生于“非诉”业务的创新性设计。公司法立法与理论研究偏重于“诉”之维度,导致公司在进行治理创新性规则设计时难以在公司法规范中找到可资适用的“模板”,进而容易处于“半脱法”“脱法”甚至违法状态。我们绝大多数公司法论著,要么是纯粹的理论研究,要么就是基于司法裁判视角的解释论研究,基于“非诉”视角的理论文献凤毛麟角。这在很大程度上导致公司法立法以及理论研究很难站在公司规则变迁的最前沿,公司法的预见性和回应力自然会受此影响。

#### (三) 过分依赖后置型公司合同“漏洞”填补机制

##### 1. 大量公司治理规则采取的是“立法搭架子、司法填内容”的建构路径

基于立法经验不足和降低改革试错成本的考虑,我国公司法规则基本上遵守这种建构路径,这本身也是“摸着石头过河”的立法思维在公司法上的体现。例如,现行《公司法》就股东会、董事会各自的权力范围作了列举式划分,但股东会决议、董事会决议的效力规则却主要是由司法解释来建构的;《公司法》对股东知情权、利润分配请求权等股东基本权利作了初步规定,但股东权的行权规则也主要规定在司法解释中。《公司法》第11条对公司章程的法律地位作了统领性规定,但公司章程的内外效力识别与认定却主要依赖法官以学理为基础的个案判断以及指导性案例的示范效应,等等。

##### 2. 公司自治尺度的定量权已经部分性地归属于司法机关

换言之,部分公司自治问题是“立法规定可以自治,司法决定如何自治”。最典型的的就是《公司法》中以“另有规定”为代表的缺省性规范,立法允许“另有规定”,但司法机关对“另有规定”的尺度拥有最终意义上的定量权。如,“另有规定”条款可以限制但不能剥夺股东固有权、初始章程与章程修订案中的“另有规定”条款具有效力差异性等等,均是由司法机关借助对个案裁判经验的逐步总结提炼为公司章程自治划定的边界尺度。

##### 3. 中国公司法对后置型司法填补机制的过度依赖,弊端明显并且富有本土色彩

其一,公司法相关纠纷“同案异判”现象高发。从近年的司法裁判实践来看,公司法相关纠纷可以说是民商事纠纷中“同案异判”现象最为突出的领域之一,公司合同“漏洞”过度依赖后置型司法填补机制无疑是其一大诱因。具体而言,现行《公司法》在部分规范设定上甚至“一放了之”,而给公司自治留下了非常大的想象性的自由空间,转而以司法裁判为公司自治“兜底收腰”,进而出现公司自治“前松后紧”的局面。不独商主体在订立公司合同时,于现行《公司法》规范体系内难以直接找到精细、可资套用的成熟范本或示范条款,法官在处理公司法纠纷时同样面临“找法”困境,在裁判规范缺失不全的情况下,难免在法律适用中出现法官各秉其法、多路齐发的情况,“同案异判”现象自然会频频出现。相关典型例证如股东出资责任加速到期纠纷、公司越权担保合同纠纷等皆是如此。其二,裁

<sup>②①</sup> 参见吴建斌《从“孟文公案”中的优待股争议看类别股权益的平衡路径》,载朱慈蕴主编《商事法论集》(第29卷),法律出版社2017年版,第242页。

判者的“知识结构性偏见”导致案件裁判习惯性偏离公司法思维。这可以说是中国公司法适用中普遍而又隐蔽的一种现象。在公司法案件纠纷处理中,法官脑海中的民法思维、法律适用方法很容易成为“知识结构性偏见”,致使案件的裁判路径、方法、结论偏离公司法。此外,在很长的时期内,中国各级法院所处理的民商事纠纷主要是物权纠纷、合同纠纷,过往的裁判经验对法官而言也会形成某种程度上的“知识结构性偏见”,容易习惯性地将物权法、合同法的“格式塔”<sup>②⑤</sup>套用于公司法纠纷,而疏离本应作为裁判规范的公司法规则。典型例证如在认定公司章程效力时套用合同效力规则;在公司越权担保合同纠纷处理中,偏重债权人的合同利益,而忽视担保公司的资本安全。

### 三、中国公司法供给侧结构性改革的立法思维转向

#### (一) 私人治理维度: 由保守主义转向积极主义

##### 1. 从公司合同范本视角审视,中国公司法散发着浓郁的保守主义色彩

首先,其自身定位偏重被动“填空”兜底。这一定位的潜在思维逻辑是,当事人比立法者更懂如何订立公司合同,“让公司自由选择,将要远比由法律开出药方要有意义得多”,<sup>②⑥</sup>只有当事人订立的公司合同出现“漏洞”时,公司法才会被适用。前文所述的中国公司法对于后置型公司合同“漏洞”填补机制的偏重本身就是立法保守主义思维的折射。其次,基础性规范衡平法色彩浓重、效率导向不强。如根据《公司法》第34条规定,“有限责任公司全体股东按照实缴出资比例分红、优先认缴出资”,当股东协议没有“另有约定”时,该缺省性规范就会被推定适用于填补公司合同“漏洞”。“按照实缴出资比例分红、优先认缴出资”所偏重的是股份平等,而非股东激励、公司治理效率。又如《公司法》第71条前3款在立法设计上也是试图在股权自由转让权、其他股东优先购买权、有限责任公司人合性之间求取一个平衡点。现行《公司法》上的大多数基础性规范,其首要的立法目的几乎都是在各方之间求取权力、权利的平衡点,其次才是效率,这可以说是公司法的一条隐含的立法理念。进而言之,中国公司法的自由主义是带有“保守主义”色彩的自由主义。

##### 2. 积极主义比保守主义更具实践基础

首先,大多数公司合同当事人自主缔造公司合同的意识与能力并没有达到立法者的预期状态。在现实中的情况是,小型公司成立时,基于成本考虑,倾向于直接套用互联网上的公司章程、股东协议模板,至多找“懂法律的人士”把把关,所以实务中会有“公司章程靠百度”之说。诸多创业者尤其是传统行业创业者仍旧有尚未褪去的“草莽色彩”,机会或者项目一到手,公司即仓促上马,公司章程、股东协议亦来不及斟酌。直观上,公司合同订立在有律师等专业人士操作的情况下,在一定程度上可以确保其质量,而实际上目前中国专业的公司股权律师并不多,并且服务费用高昂,非一般创业者所能承受。理论上当事人可以通过修订公司合同的途径降低公司合同的不完全性,然而实际情况经常是“无病不求医”,只有当公司治理出现问题之后,当事人才会想到重签股东协议、修订公司章程,而此时往往股东间的矛盾已到不可调和之境地。由于对公司法上的制衡条款立法意图理解不充分,实践中当事人订立股东协议、制定公司章程时彼此间过度使用制衡条款,背离团体法的合作主义精神,导致公司治理、股东权行使陷入僵局的情况亦非常多见。最关键的是,尽管越来越多的公司章程、股东协议已经走向“私人定制”,但仍旧有大量的内容是“照抄”公司法,在这种情况下作为公司合同范本的公司法的立法质量实际上会比较直接地反映在商主体的公司章程、股东协议中。那么,从“服务型”公司法的立法导向来看,中国公司法就不应继续固守“保守主义”的立法姿态。其次,在非个性化

<sup>②⑤</sup> 邓峰《物权式的股东间纠纷解决方案——〈公司法司法解释(三)〉评析》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第1期,第186页。

<sup>②⑥</sup> [美]弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔《公司法经济结构》,张建伟、罗培新译,北京大学出版社2005年版,第4页。

问题上,立法者缔造合同的能力实际远远强于合同当事人。伊斯特布鲁克与费希尔在《公司法经济结构》一书中不无幽默地写到“那些用自己的钱做赌注的人可能会犯错,但比起那些用别人的钱做赌注的学者和监管者,他们犯错的几率还是要小的多。”<sup>②7</sup>这句话如警钟一样长鸣于公司法立法者、裁判者的耳畔,令他们心生怯意、步履迟疑。然而,细想之后,问题的逻辑远非如此。只要我们承认公司法立法是一项专业性工作,就应当对自身的专业能力抱有应有的自信。除非我们认为公司法立法毫无专业技术性可言。就缔造合同而言,立法者至少在下述三个方面有其优势:其一,立法者拥有合同当事人所无法比拟的专业优势,对于缔造合同而言,专业性显然比利益攸关性更重要,而且会越来越重要。其二,立法者拥有合同当事人所无法比拟的立法资源,可集聚一流的公司法理论与实务专家为其所用,尤其是在互联网时代,立法者所掌握的公司法相关大数据资源已非当事人所能比。就公司法立法者的劣势而言,与其说是立法者不拥有订立合同的“地方性知识”,不如说是立法者确实无法做到合同的私人订制而已。其三,尽管合同范本亦可由市场化法律服务机构提供,然而,法律服务机构的“付费者立场”很难确保它可以如立法者那样站在衡平法视角权衡各方利益。

## (二) 国家战略维度:由促增长转向提质量

有观点或许会认为,以公司法回应国家的宏观经济战略需求,可能会肢解公司法体系,导致公司法规则的政策化。然而,如有学者所言,“公司治理制度不是纯粹的技术规则,公司治理要讲政治”,<sup>②8</sup>任何一个国家或地区的公司法都不可也不应回避本国、本地区的宏观经济战略需求。美国公司法的州际竞争、德国公司法上的“共决制”等等,无不带有浓重的“政治烙印”。尤其是在全球经济竞争的大背景下,没有宏观战略视野的公司法改革难免会落入“只见树木、不见森林”的微观泥沼。唯须谨慎的是,公司法对国家宏观经济战略需求的回应应以引导性手段为主,以避免戕害公司团体自治。

### 1. 中国公司法“促增长型”回应模式检视

改革开放四十余年,中国经济所取得的巨大成就,与公司法的贡献有着密不可分的联系。1993年《公司法》的主要贡献在于为彼时进行的国有企业改革保驾护航,为国有企业建立现代企业管理模式提供初步的示范引领。2005年修法至今的《公司法》对经济发展的贡献主要体现在降低商主体营商成本与市场进入难度、提升商主体治理与经营自由度两个层面。总结而言,中国公司法对经济的基本回应模式是自改革开放以来一以贯之的“做大增量、盘活存量的经验主义改革模式”,<sup>②9</sup>我们可以将其称之为“促增长型”回应模式。中国公司法的这一回应模式,受由计划经济向市场经济转型的阶段局限性影响,具有一定程度上的粗放型色彩,在当前促进中国宏观国民经济进一步转型升级方面的功能效用已经呈现出递减趋势。在这方面,最具典型性的是公司资本制度的持续宽松化改革。自2005年修法开始,公司资本制度越改越宽松,并于2013年取消了有限责任公司最低注册资本额以及出资期限限制。这一变革的积极影响是,大量公司如雨后春笋般涌现出来,商主体数量呈几何式增长。然而,世异则事异,当下中国经济所面临的困境已经不再是以公司为代表的市场主体数量不足、活力不够的问题,而是创新、创造能力与工匠精神匮乏,实体经济萎靡,金融脱实向虚的问题。进而言之,反馈到公司法层面,核心症结已经不再是公司设立与治理自由够不够的问题,而是一味强调放松管制、提升自由度的公司法模式在回应经济转型升级方面已然显得应对乏力的困境。换言之,公司法的促增长型回应模式可能已经呈现出边际效用递减的趋势。

<sup>②7</sup> 参见前引<sup>②6</sup>,第35页。

<sup>②8</sup> [美]柯提斯·J. 米尔霍普、[德]卡塔琳娜·皮斯托《法律与资本主义——全球公司危机揭示的法律制度与经济发展的关系》,罗培新译,北京大学出版社2010年版,译者序第3—9页。

<sup>②9</sup> 张军《中国企业的转型道路》,格致出版社、上海人民出版社2008年版,第1页。

## 2. 以“提质量”模式回应经济转型升级愿景

中国公司法以提质量为其革新进路,需要解决的最为核心、紧要的问题在于:什么样的公司法体制才能支持创新。<sup>⑩</sup>现代公司法由于深受新古典经济学理论影响,习惯于从交易、交换视角认识与解构公司,企业所有者理论、代理理论、公司契约理论无不如此。新古典经济学理论对公司的逻辑假设是“一个企业(公司)被看作一个黑箱,它将市场上的各种生产要素组合起来(其中包括企业特质性资源),然后生产出可以在市场上销售的产品。”<sup>⑪</sup>这与自动售货机别无二致,输入原材料、资金即可输出产品或服务。其最大的理论局限性在于忽略了作为公司核心功能的创新、创造功能,而这一点则是中国公司法进行供给侧结构性改革的关键努力方向之所在。从回应经济转型升级之所需的视角考虑,中国公司法除了要肩负激励、引导公司创新的任务以外,还至少应当回应下述两个相关性问题,以在整体上实现“提质量”的目标。其一,公司信用体系是现代市场经济体系之基石。“资本积累需以信用为其媒介”,<sup>⑫</sup>公司信用体系不健全,则公司融资、交易成本必然高昂,进而公司创新、创造的条件和空间必然会被挤压。其二,创新、创造本身具有高风险性和长期性特点,这意味着我们必须拥有鼓励长期投资而非投机的公司金融体制,让资本服务于创新、创造而非挤压、盘剥公司的创造力。因此打造有助于长期投资而非投机的公司金融体制,是提升公司创新、创造能力的前提与保障。提到创新、创造能力,部分观点会直观地将其限定于科创类公司。然而,公司的创新、创造能力并不仅仅指涉产品、服务的创新、创造,还指涉公司的外部监督机制、内部治理机制、战略经营能力等诸多维度。在竞争性市场中,任何一个公司想要做大、做强乃至保持“基业常青”都必须时刻保持创新应变能力,因此有学者提出,公司治理是一种“创新型资源配置活动”。<sup>⑬</sup>

## 四、中国公司法供给侧结构性改革的主要推进路径

### (一) 公司法“知识源”的导流与更新

#### 1. 管理学知识的引入

直观上看,管理学应当是除法学外离公司法最近的学科,公司治理尤其是公开公司治理甚至主要依赖于管理学知识。由于受管理活动的直观性、经验性等特点制约,管理学很晚才成为一个独立学科体系,学科地位尚无法与经济学、法学等传统学科比肩。但近年来管理学越来越受企业家群体青睐,从公司战略性管理到公司治理模式的扁平化设计等等均有来自于管理学的知识支撑,这也说明管理学是一门更接近实践的学科。<sup>⑭</sup>就中国公司法的迭代升级,尤其是迎合商主体私人治理需求这一层面的改造升级而言,管理学始终是一个绕不开的“知识源”。具体而言,中国公司法至少可在下述两大方面吸纳借鉴管理学知识:一是公司法上的公司机关职权分配规则。股东(大)会、董事会、经理以及法定代表人之间的职责权限如何配置,在今天已然越发具有战略性色彩,职权如何分配不仅涉及公司内部的权力监督制衡,还关乎公司管理决策的效率性、战略性。在实践中越来越多的公司正在“去科层制”,推行“扁平化管理模式”的当下,公司法上以“科层制”为依托的公司机关职权分配规则有时候不免会成为影响公司决策效率的掣肘,亟待向管理学学习,作出某些调整。二是公司法上的激励性规则。激励理论是管理学上的重要理论分支,该理论对公司法上激励性规则的改进具有颇多借鉴意义。

<sup>⑩</sup> [美]玛丽·奥沙利文《公司治理百年——美国 and 德国公司治理演变》,黄一义、谭晓青、冀书鹏译,人民邮电出版社2007年版,译者序第1—2页。

<sup>⑪</sup> 前引⑩,第3页。

<sup>⑫</sup> [日]大塚久雄《股份公司发展史论》,胡启林、胡欣欣、江瑞平等译,中国人民大学出版社2002年版,第17页。

<sup>⑬</sup> 前引⑩,第20—23页。

<sup>⑭</sup> 参见《再问管理学——“管理学在中国”质疑》,载《管理学报》2013年第4期,第473页。



## 2. 政治学知识的引入

团体自其伊始便是政治学的研究对象,公司等私人团体遁入私法,不过是晚近的事情。伯利与米恩斯在《现代公司与私有财产》一书中写到“所有权的非个人化、企业的客观化、财产和其所有者的分离,造成了这样的一种状态,企业开始转变为一种在性质上类似于国家的机构。”<sup>⑤</sup>的确,现代公司尤其是公开公司,已经形成了“类政治体”的权力结构,政治学、政治体制的运行逻辑对公开公司治理规则的设计因此而具有参考借鉴意义。具体而言,中国公司法至少可在下述几个方面借鉴政治学知识:一是公司股东(大)会、董事会决议规则的规范化构造。私法决议与政治体的公法决议在决议规则上有诸多可相互借鉴之处,如著名的“罗伯特议事规则”最初起源于美国立法机关,如今已成为“通用议事规则,广泛地适用于各种不同目的和情况的非立法组织与会议”。<sup>⑥</sup>因此,政治体议事规则对公司法上决议规则的设计非常具有借鉴意义。二是公司内部权力监督与制衡机制。政治体内部的权力监督与制衡问题是政治学的主流研究题域,已经形成了相对成熟的理论和方法体系,并且当今世界也有既成的差异化的政治体实践样本可供参选。(3)公司治理的归责机制。现行《公司法》中公司治理的归责机制尤其是内部归责机制尚十分粗疏,如法定代表人越权代表应承担何种责任、违反公司决议的责任到底是违约责任还是侵权责任等均不明朗。对此,政治体的责任形态虽多为公法责任,但其归责原理、归责程序及救济机制等均可为公司法所借鉴。

## 3. 财会学知识的引入

很大一部分公司治理问题最后都会落脚于财会学,股权转让、增资扩股、利润分配、公司合并与分立等皆是如此。现行《公司法》第八章即“公司财务、会计”仅8个条文,规定得大而化之,引导与示范功能不强。这方面,《英国2006年公司法》第15、16部分共使用160个法律条文对公司账目、报告与审计事宜作出详尽规定。<sup>⑦</sup>由是观之,现行《公司法》对财务会计问题的立法方法可以称之为“默示引致”,即既不作规定,也不明确可适用其他法律哪些条款,而是把“找法”事宜抛给裁判者、执法机关或者当事人。中国公司法若要提升公司合同范本的质量,将来修法就不能再对财会事项持回避态度,至少应当为公司财会事项提供初步的“一般性默示条款”供公司合同当事人选用。

### (二) 公司合同范本的更新与再造

#### 1. 缺省性规范增量扩容

艾森伯格教授将公司法规范分为强制性规范、赋权性规范与缺省性规范的三分法是当前关于公司法规范的主流性分类方法。<sup>⑧</sup>三类规范在公司法上虽各有侧重、各司其职,但最能体现公司法的公司合同范本角色、体量最大的规范类型无疑应当是缺省性规范。抛开判例资源仅看公司法条文数量,中国公司法同英、日、法等国公司法相比体量小就体现在缺省性规范数量严重不足上。这主要体现在我国现行《公司法》中充斥了大量“应当”“必须”等强制性词汇,而英、美等发达国家公司法文本大多数法律条文是以“可以……”的形式进行表述,而“可以……”则是缺省性规范的典型呈现方式。同传统的“宜粗不宜细”立法方法相迥异的是,公司法上缺省性规范立法方法恰恰应当是“宜细不宜粗”。因为缺省性规范本身是服务性而非管制性的,条文越精细入微,则公司法的立法品质就越高。因此,中国公司法应当对缺省性规范进行增量扩容。同强制性规范不同,缺省性规范在生成机理上属于“多数主义默认规则”,这决定了它的生成路径主要是自下而上的。在互联网时代,立法者可以通过司法案例大数据提炼分析、吸纳公司法实务工作者参与立法等方式从公司治理及纠纷裁判实践中提

<sup>⑤</sup> [美]阿道夫·A.伯利、加德纳·C.米恩斯《现代公司与私有财产》,甘华鸣、罗锐韧、蔡如海译,商务印书馆2005年版,第358页。

<sup>⑥</sup> [美]亨利·罗伯特《罗伯特议事规则》,袁天鹏、孙涤译,格致出版社、上海人民出版社2008年版,原著导论第1—2页。

<sup>⑦</sup> 参见前引③,第235—353页。

<sup>⑧</sup> 参见[美]M.V.艾森伯格《公司法结构》,张开平译,载王保树主编《商事法论集》(第3卷),法律出版社1999年版,第391页。

炼出大量的“多数主义默认规则”将其吸纳进公司法之中,用以填补公司合同“漏洞”。除了自下而上地从公司治理及纠纷裁判实践中提炼以外,缺省性规范还有一种扩容路径,即将部分强制性规范调整为缺省性规范或者单向缺省性规范。如《公司法》第43条第2款规定“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”该款至少有两处可设置为单向缺省性规范,其一为决议事由,如允许公司章程增加但是不能缩减重大事由;其二为通过比例,如允许公司章程提高但不能降低三分之二以上的比例要求。

## 2. 公司法规范的“清单式指引”设计

近年来,在行政管理领域以“负面清单”“正面清单”“责任清单”为代表的“清单式管理模式”已然成为继续深化改革的重要突破口。<sup>③</sup> 行政管理与公司治理在诸多方面存在相通之处,这就意味着“清单式管理模式”对我国公司法规范构造的革新具有参考借鉴意义。将行政管理中的“清单式思维”借鉴到公司法上,即体现为公司法规范的“清单式指引”设计,给予商主体一个“选择框架”。<sup>④</sup> 一是正面列举指引。正面列举指引在现行《公司法》体系内已经有所体现,遗憾的是其并不是基于清单式思维的主动设计,而是基于纠纷裁判经验总结提炼,并主要以司法解释的形式完成的倒逼式改进。然而,现行《公司法》上存在大量的法律规范亟待正面列举指引设计,如公司股东会、董事会到底应当如何召开,通知程序、议事程序、表决程序等到底如何设计;公司章程如何修改;投票权如何委托;股权结构如何设计;股权激励如何实施,等等,均可以“正面列举指引”的方式发挥出公司法的示范效应。如果翻阅英、美、欧盟公司法,我们会发现其绝大多数条款都是正面列举指引的设计模式,这种做法非常值得我们借鉴。二是负面清单指引。直观上而言,负面清单指引似乎与公司法的自由主义价值观相悖。然而,负面清单指引在公司法上不仅有极大的适用空间而且极具必要性。自2005年修法以来,现行《公司法》上的任意性尤其是赋权性规范大幅增加,随之而来的问题是,被强化了的公司自治权与股东、债权人等相关主体的权益冲突现象频发,前者挤压、侵害后者的情况也越来越常见。关键诱因在于公司法在赋权的同时没有充分意识到公司自治权的肆意滥权风险,而负面清单指引则可以在一定程度上缓解上述问题。如2013年修法取消了最低注册资本限额、出资期限改由公司章程自由约定后,实践中注册资本显著不足、约定出资期限过长的情形比比皆是,从而危及债权人利益。对此,亦可通过负面清单指引的立法设计思路,在放松资本管制的前提下,列式几种“不法情形”,如恶意修改章程延长出资期限以逃避债务、注册资本数额与公司实际经营投入相比显著不足等。对于违反负面清单指引之行为效力问题,可采差异化对待方式。换言之,公司法上的负面清单指可多层次设计。有的层级违反之则无效;有的层级违反之不会无效,但是须承受特定不利后果,如当前针对上市公司分红的“半强制分红政策”<sup>⑤</sup>即可归为此类;有的违反之须在企业信息公示系统、企业年报或者定期报告中予以公示并说明理由,如英国的《公司联合治理准则》规定,如果公司没有依照“准则”的“条款”部分行事,须在公司的年度报告和公司账目中说明理由,这一规则被称为“遵守或解释规则”。<sup>⑥</sup>

## 3. 程序性规则的体系化构建

具体而言,笔者认为中国公司法程序性规则的体系化构建至少应当包含下述几个层面:一是以股东(大)会、董事会为中心的会议(决议)程序。在现代公司治理中,股东(大)会、董事会承载了主要

<sup>③</sup> 张静焕《清单式法治思维中的法律方法》,载陈金钊主编《法律方法》(第18卷),山东人民出版社2015年版,第186页。

<sup>④</sup> 潘林《论公司法任意性规范中的软家长主义——以股东压制问题为例》,载《法制与社会发展》2017年第1期,第39页。

<sup>⑤</sup> 所谓“半强制分红政策”,是证监会针对上市公司自2001年开始陆续出台的一系列将上市公司分红情况与公开再融资资格相挂钩的诱导性监管政策。参见魏志华、李茂良、李常青《半强制分红政策与中国上市公司分红行为》,载《经济研究》2014年第6期,第100页。

<sup>⑥</sup> 参见伍坚《公司治理准则实施中的“遵守或解释”方法探析》,载《北京工业大学学报(社会科学版)》2010年第1期,第46页。

的公司治理事务。因此,现代公司治理在某种程度上亦可称为“会议(决议)治理”,而“会议(决议)治理”则主要依赖于程序性规则。股东(大)会、董事会的提案程序、会前通知程序(内容、时间、地点)、主持人中立保持程序、会议记录与休会程序、议事程序、表决权回避程序、质询答辩程序、表决程序、生效程序、决议诉讼与保全程序等均须进行全面地、体系化地建构。二是以股权转让、对外担保为代表的涉第三人程序。股权转让、公司担保等涉第三人纠纷长期以来一直是公司法上的疑难问题。当前这些纠纷的处理,主要还是沿用过去的合同法、物权法路径。笔者认为,目前此类纠纷会成为“疑难案件”的主要原因在于,公司法与其他部门法尤其是合同法之间缺少必要的适用衔接机制。在涉第三人合同关系中,从维护公司方利益的考虑出发,需要将公司法的立法目的以具体规则嵌套入涉第三人合同之中。在这种情况下,以程序规则而非实体规则嵌套其中,既可以避免公司法与其他部门法之间发生冲突、伤及第三人权益,又可以在一定程度上起到关照公司利益的效果。如在《公司法》第16条基础上增设第三人对公司章程及相关决议文件的形式审查程序,不仅不会给第三人增加过多的交易负担,还可以大幅降低越权担保的可能空间,维护公司的资产安全。<sup>⑬</sup>三是程序瑕疵规则。程序瑕疵规则是程序性规则的拘束力来源,也是司法介入公司程序之治的途径。笔者认为,未来公司法上程序瑕疵规则之完善应着重于下述几个层面:其一,程序瑕疵区分规则进一步精细化构造。瑕疵类型不同、效力状态不同,但该类型化区分还须进一步进行精细化构造。例如,部分存在重大程序瑕疵的决议其危害性完全不亚于决议内容违法,如“会议未对决议事项进行表决”其实无异于直接剥夺了股东的表决权,在法理上应属无效决议而非决议不成立。其二,注意程序瑕疵与内容瑕疵的区分和冲突衔接问题。在公司法上,程序瑕疵与内容瑕疵交织含混,由程序瑕疵导致内容瑕疵的情况非常多见,在这些情况下如何厘定二者的边界以及处理二者间的竞合、冲突与衔接问题亟待相关规则予以回应。如前述“会议未对决议事项进行表决”之情形,在程序上存在瑕疵,在内容上直接剥夺了股东表决权,程序瑕疵与内容违法处于竞合状态。在这种情况下,到底是“择一重”还是“合并”处理需要有相应的冲突规范予以明确。其三,因程序瑕疵而导致相关决议或行为归于无效或者被确定不成立时,具体负责人或公司机关应当承担怎样的责任后果的问题。对此,《公司法解释(四)》第6条规定“股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”抛开该规定本身有无问题不论,该规定仅涉及瑕疵决议对公司与第三人关系的影响,而没有提及瑕疵决议被确认无效或者撤销后,造成决议瑕疵的机关或者个人是否承担以及承担何种后果,如果决议需要重新作出是否需要设定一个重新决议的时间期限等问题。

### (三) 公司法的国家宏观战略服务能力之提升

#### 1. 构建创新导向型公司法基础规则

提升公司创新、创造能力的突破点在于激发具有创新、创造能力的公司成员的主观能动性和专业主义精神,设计有利于激励创新、创造的公司治理基础范本亦复如此。一是在公司资本制度层面,扩充股东出资形式,承认人力、智力的要素属性。我国公司法长期以来对于公司出资形式的严格限定,在某种程度上反映出我们对资本信用及资本担保功能的偏执认知。公司制能否保障债权人权益,从根本上看取决于公司的人格、意志以及财产是否真正独立,而非取决于股东出资及其形式。出资形式多元化是当今世界公司资本制度的演变趋势。我国当前商事实践中逐渐趋热的股权激励,以及不按出资比例分配利润的股东协议等做法实质上是在对现行《公司法》的出资形式限定规则进行“创造性僭越”,已经在实然层面上承认了人力、智力的要素价值。近年来,有限合伙制因为允许劳务出资,恰好迎合了私募股权投资基金“专家理财”的制度诉求,因而在金融投融资领域流行起来,这给我们进行公司法的供给侧结构性改革颇多启示。二是在公司控制权分配层面,改革“一股一权”以及“资

<sup>⑬</sup> 参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》第18条。

本多数决”规则。通过逐步放开对AB股等特殊决议架构的管制,倾斜性地保护拥有企业家精神的创始股东、家族企业主对公司的控制权,让对公司治理拥有“智识优势”的人掌握公司治理话语权。如果公司法在这方面有实质性的改革,大陆资本市场将可以留住大批如阿里巴巴、腾讯这样的创新型互联网公司,也能够吸引更多的海外上市公司回归大陆资本市场。此外,在中国上市公司不断融入全球资本市场的背景下,前述方案还有抵御敌意并购、保护民族产业的作用。2019年3月,由中国证监会发布的《科创板上市公司持续监管办法(试行)》允许科技创新型公司设置“特别表决权”股份,首开国内资本市场AB股试行的先河,值得期待。<sup>④④</sup>笔者认为未来公司法在这方面的改革,应重点关注下述几个方面:首先,扩大可采用“特别表决权”等AB股股权结构的公司类型,将文化传媒类公司、家族公司等特殊的控制权保护需求的公司也纳入进来。其次,逐步将“特别表决权”等AB股股权结构推广应用到多层次资本市场尤其是主板上市公司治理中。再次,放开对AB股等特殊决议架构的管制,意味着我们过去以“一股一权”“资本多数决”规则为前提和基础所建立起来的股权保护规则不可避免地会遭受到某种程度上的冲击,如何在“同股不同权”的新型权利框架下跟进改造我们的中小股东权保护规则也是一个亟待公司法回应的命题。

## 2. 以信息信用为核心统筹公司信用监管体系

信用是中国公司能否在全球竞争中占据有利地位之根基。不可否认的是,信用也是当前中国公司最为匮乏的品质之一。从国民经济转型升级的宏观战略视角出发,中国公司法进行供给侧结构性改革所承载的一个不可回避的任务就是完善、重构中国公司信用体系。何为公司信用,在传统公司法理论上,我们倾向于立足债权人保护基点围绕股东出资与公司资产,将公司信用界定为“资本信用”或者“资产信用”,对此有学者将其界定为公司信用的狭义解释。<sup>④⑤</sup>笔者所要讨论的公司信用,则是广义层面上公司的依法合规经营、履约守信情况,即公司的整体诚信度。在互联网时代,随着“放管服”改革的深入推进,公司信用已然高度信息化,换言之,公司信用将主要以信息信用的形态呈现出来。相应地,公司信用体系也就主要体现为信息信用体系。在商事信用监管实践层面来看,国家市场监管总局、国家发改委、银保监会等监管部门均在着力打造各自的信息信用监管机制,信用监管已逐渐成为商事监管的主要抓手。<sup>④⑥</sup>基于提升中国公司信用水平的视角考虑,需要公司法以信息信用为核心统筹公司信用监管体系。笔者认为,公司法至少可在下述两个方面有所作为:其一,在公司法中对公司信用监管作出一般性规定。由公司法在归纳、吸收《产品质量法》《食品安全法》《消费者权益保护法》《证券法》《广告法》等部门法以及各部门规章、行业规范中相关信用监管规则的基础上提炼出公司信用监管的一般性规则,如公司信息的法定披露义务人、披露标准、披露形式、信息及信用责任等均可由公司法作出一般性规定,以确保公司信用监管“底线规则”的规范性、统一性。这可以极大地缓解当前公司信用监管中立法层级低、政出多门、执法标准不统一等制度痼疾。其二,厘清公司信息对第三人效力的规则。公司信息中,有些属于法定应登记信息,有些属于未登记信息;有些规定在公司章程里,有些则约定在股东协议中。不同的信息对第三人是否产生效力、产生何种效力至今缺乏统一规则,在股东出资责任加速到期纠纷、公司担保纠纷、股权转让纠纷都不同程度上涉及公司信息对第三人效力的问题。厘清不同类型、以不同载体存在的公司信息的对第三人效力,不仅关乎交易安全与第三人利益,还可以激励公司更加主动地公示相关信息,提升自身的“可信赖性”。

## 3. 打造有助于投资而非投机的公司金融规则

范健教授指出,“在资本泛滥的冲击下,众多公司偏离了原有的轨迹,经营发生了‘异化’。”<sup>④⑦</sup>而

<sup>④④</sup> 参见《科创板上市公司持续监管办法(试行)》第8条。

<sup>④⑤</sup> 参见王坤《公司信用重释》,载《政法论坛》2012年第3期,第120页。

<sup>④⑥</sup> 例如,2018年9月,国家市场监管总局设立信用监管司,专司信用监管工作;国家发改委正探索推进建立健全事前信用承诺、事中信息公示、信用分级分类监管以及事后信用联合奖惩的全流程信用监管机制,实现“信用管终身”。

<sup>④⑦</sup> 范健《资本泛滥时期的公司治理与金融监管》,载《法学杂志》2019年第2期,第23页。

这种“异化”即为投机性。中国公司法可从下述几个层面改进,以重塑股权的投资本位,弱化其投机色彩。一是改进股利分配规则,引导股东长线投资。对于如何改进股利分配机制,笔者认为,囿于股利分配的经营判断特性,并不宜采取一刀切的强制分红政策,以免干扰公司的商业经营战略。<sup>④⑧</sup>但是可以从下述两条路径以“曲线救国”的方案起到改进股利分配机制的效果:其一,改进股利税收政策。从个人所得税角度,进一步调整股息红利税收政策,增大股票长期持有与短期持有的税差梯度;在企业所得税角度,“对分红多、连续分红的上市公司,给予其分红支出在所得税前一定比例的扣除等,以鼓励上市公司分红,提高其分红积极性”。<sup>④⑨</sup>其二,完善上市公司分红信息博弈与监管机制。在这方面证监会已经出台了一系列的规章政策,但整体而言效力层级较低且具有倡导性色彩,缺乏体系性、强制力。<sup>⑤①</sup>对此笔者认为,可尝试在《公司法》或《证券法》中将上市公司年度分红计划、计划执行情况等分红信息纳入强制信息披露事项,并就该信息披露义务设置独立的法律责任形态。同时对不遵守分红承诺且未能提供正当充分之理由的上市公司设定严苛且具有操作性的民事、行政责任。如有学者主张“对无正当理由或者虚构理由、夸大理由等不履行分红承诺的行为,按照虚假陈述制度来追究法律责任”。<sup>⑤②</sup>二是规范融资对赌行为,积极引导风险共担、人资共赢的投融资关系。近年来,“逢投资、必对赌”已然成为现今私募股权投资的真实写照。出现在对赌协议里的“股权回购条款”“业绩补偿条款”“强制随售条款”“优先清算权条款”等花样繁多的附带性条件变相地由融资公司、融资公司创业团队股东为私募投资方的收益提供担保,进而确保私募投资方对基金投资者的“刚性兑付”。公司是一种“共同体”,股东关系是一种“团结型关系”,股东彼此间应共同面对商业风险、分享经营收益。前述对赌条款显然已经背离了公司的团体性本位、公司商业模式的本质以及对赌的本源性功能定位。“股债融合论”不应成为资方在投融资关系中兼得债之保障和股之利益的合理说辞。2019年11月,最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《纪要》)业已承认与目标公司对赌合同的效力,对赌在一般性层面上普遍合法化的时代即将到来,如何引导风险共担、人资共赢的投融资关系亟待破解。针对这一问题,笔者认为有两条可供参选的路径:第一,明确规定与目标公司对赌合同的履行条件和程序,强化公司资本安全保障。不过笔者对这一路径的作用抱有疑虑,因为《纪要》尽管在一般性层面承认了与目标公司对赌的合法性,而立足于投资人视角来看,与目标公司对赌的条件和程序要比与股东对赌烦琐得多,投资人极有可能会选择继续与股东对赌,为确保本金与收益,可以要求目标公司为其与股东对赌提供担保,进而避开公司法的相关规定。第二,由公司法中的优先股规则收编对赌协议。“中国式对赌”归根结底其实是封闭公司在制度夹缝中采取的一种“类优先股”策略。而美国私募、风投领域并无“中国式对赌”,<sup>⑤③</sup>英文文献也无法找到“对赌协议”或者“估值调整机制”(Valuation Adjustment Mechanism, VAM)的专门术语。<sup>⑤④</sup>其实,美国仅仅是没有“中国式对赌”。究其原因,在美国的私募、风投领域,对赌基本是在优先股的框架下行动,即通过一系列合同条款架构起优先股股东的权利体系。<sup>⑤⑤</sup>换句话说,美国的对赌本质上是一种通过合同机制设计的优先股股权

④⑧ 实际上一些闻名遐迩的公司长期奉行不分红战略,如著名的亚马逊公司(Amazon)自上市以来至今从未分红。参见杨欣《高分红存在三大“坑”分析:并非所有企业都适合高分红》,资料来源于人民网:<http://money.people.com.cn/n1/2018/0418/c42877-29933427.html>,最后访问时间:2018年11月25日。

④⑨ 吴德军、沈彦、欧理平《股息红利个人所得税差别化政策效应实证分析》,载《税务研究》2017年第7期,第64页。

⑤① 例如,根据2012年证监会《关于进一步落实上市公司现金分红有关事项的通知》的规定,上市公司首次公开发行股份时,应当在招股说明书中披露公司制定利润分配政策时所考虑的主要因素及决策程序。若上市公司利润分配政策中明确不进行现金分红或者有现金分红比例安排的,应当进一步披露制定政策时的主要考虑因素。

⑤② 张辉《上市公司分红监管的经验与对策》,载《证券市场导报》2013年第5期,第62页。

⑤③ 张巍《资本的规则》,中国法制出版社2017年版,第4—9页。

⑤④ 刘燕《对赌协议与公司法资本管制:美国实践及其启示》,载《环球法律评论》2016年第3期,第138页。

⑤⑤ See Steven N. Kaplan & Per Strömberg, *Financial Contracting Theory Meets the Real World: An Empirical Analysis of Venture Capital Contracts* 70 Rev. Econ. Stud., 2003, pp. 286—287.

规则。由优先股规则收编对赌协议,借助公司法中优先股股东与普通股股东之间的权利博弈与平衡机制重塑投融资关系,是改变当前对赌关系中普遍性不对等现象的一条可行路径。

## 五、结 语

无论是从公司合同主义的理论视角出发,还是从优化营商环境的改革实践视角理解,公司法的基本价值定位都应当是“服务型”的。以“服务品质”作为检验标准审视中国公司法,我们不得不追问:中国公司法到底是为公司治理创新提供了源源不断的制度供给与强力支撑,还是已经成为时下创新之掣肘?甚或如美国学者 Bayless Manning 对美国公司法所下的论断,“公司法作为知识的一个领域,在美国早已死亡……留下的只有繁杂而空洞的公司法条文,如同那些由生锈钢筋建成的摩天塔楼,框架虽在,其中却荡然无物,唯有长风呼啸而过。”<sup>⑤</sup>答案虽不至于太令人悲观,但也一定不会令人过于乐观。近年来,我们在经济领域进行了持续的、卓有成效的供给侧结构性改革,与之相对的经济制度领域的公司法亦应与之同步进行一场深入的供给侧结构性改革。我们对公司法的认识,在很长一段时间内停留在“管”与“放”的争扯之间,近年来公司法着力于“放”,甚至相当一部分观点认为公司法的条文越少,说明“放”得越充分。如果按照这个逻辑推导,那么最自由的公司法似乎就是没有公司法,这显然是说不通的。中国公司法的供给侧结构性改革,归根结底就是要将视线跳跃出“管”与“放”的认知藩篱而着眼于“服务”,以回应商主体治理创新、国民经济转型升级的规则需求。对于中国公司法而言,由“管”到“放”的转变体现在文本与规范层面主要是在做“减法”,而再到“服”则主要是要“做加法”,只不过增加的不再是强制性、管制性条款,而是示范性、指引性、可选择、可排除条款。未来的公司法或许看起来更像是一部关于公司治理的“指导手册”,成为最不像“法律”的部门法。

## The Supply – side Structural Reform of China’s Company Law —Comments on the “Service – oriented” Diversion of Chinese Company Law

WU Fei – fei

**Abstract:** Whether from the theoretical interpretation path of corporate contractism, or from the practical background of optimizing the business environment reform, or even from the institutional demand of business subject governance, the basic orientation of Corporate Law should be “service – oriented”. Reviewing Chinese Company Law on the basis of “quality of service”, there are at least three problems, namely the imbalance in the supply of “knowledge source”, the “aging” of the corporate contract model and the over – reliance on the “gaps checking” mechanism of the post – position company contract. This means Chinese Company Law needs to be reformed in depth on the supply side. By introducing and updating legislative “knowledge source”, incremental expansion of default specifications, inventory – based guideline design of corporate law norms, systematization of procedural rules, and building basic rules of innovative – oriented corporate law, coordinating the company’s credit supervision system with information credit as the core, and creating corporate financial rules that help invest rather than speculate, so as to improve the service quality of Chinese Company Law in the two dimensions of private governance and national strategy.

**Key words:** Corporate Law reform supply – side reform service – oriented company law

<sup>⑤</sup> [美]迈克尔·克劳纳《公司法和公司治理中的现实与幻象》李诗鸿译,载《华东政法大学学报》2018年第3期,第138页。