

我国公司人格的基本制度再造

——以公司资本制度与董事会地位为核心

徐强胜

内容提要: 公司具有独立的法人格,其核心要素在于确定并独立于股东的财产制度,最大表征与实现者则为权力界定清晰的管理人制度。现行认缴资本制度使财产区分原则遭到破坏,作为管理人的董事会的执行机关地位并不明晰,股东会、董事长、经理的地位和权力被有意无意地加重或扩大。公司法修改应当废除认缴的注册资本制,建立仅公司实际发行且股东实缴出资部分为公司法定资本的制度。我国公司法采股东优位主义,但董事会仍应是公司的中枢,相关制度的设计应体现出其应有的权力、义务与责任,并以此清晰界定董事会与股东会、法定代表人及经理之间的关系。股东仅因股东身份而围绕着公司产生股东的价值与意义而予以定位,从而更好地体现并实现公司人格。

关键词: 公司人格 公司资本 股东会 董事会

徐强胜,中南财经政法大学法学院教授。

一 问题意识

自1993年《公司法》出台以来,我国基本上全面接受了发达国家的公司制度,公司法人理论成为我国公司法的基本认知,并贯穿于整个公司法之中。公司的法人格对于公司具有根本性的意义,其型塑着包括国有企业在内的微观市场主体的独立价值,决定着公司关系及非公司关系的顺畅与否,保证着公司自身的稳定性。

关于公司人格,我国学界也仅是提到公司为独立法人,并表现为公司财产的独立价值,进而股东不得滥用公司人格,否则产生法人人格否认制度的适用问题。但对于公司法如何塑造并实现公司人格,则少有研究。本文认为,公司法是创造公司的法律,而其关键,则是通过公司独立财产与管理人制度塑造并体现着公司人格,前者是公司人格的核心要

素,后者则是公司人格的彰显与实现者。

作为舶来品,由于天生不足,在学习借鉴发达国家公司立法及改革的过程中,我国相应制度的出台及司法实践,都无意地忽视了公司法对于公司人格的塑造,出现了非公司化与去公司化现象,导致公司的主体性并不突出,常常是股东而非“公司”本身代表着公司的存在。特别是 2005 年和 2013 年公司法关于公司资本制度的改革,将投资者应当认缴而非实缴的出资当作注册资本,将股东对于公司的承诺当作股东对于公司债权人的保证,其结果是将股东当作了公司,而公司则成为了股东。在公司治理上,则因复杂的公司治理架构而使董事会地位模糊,进而使公司人格没有很好地得以体现和实现。事实上,并非是公司自由化不够,而是公司人格不足成为我国公司法实施中的最大问题。公司的财产区分涉及公司资本的一系列制度安排,但其基础是公司资本的确定性价值;公司管理人制度因公司形态不同而有所区别,并涉及管理人信义义务等安排,但核心是董事会的执行机关地位问题。限于篇幅,本文主要就我国公司法涉及的公司人格的两个基础性制度——公司资本认缴制度及董事会执行机关制度存在的问题及改造进行探讨。

二 公司法关于公司人格的基本制度构造

现代公司法上的公司人格理论是指,公司与其社员互为独立的法律主体,公司作为团体可以在“公司”的名义下享有权利、承担义务,而公司的财产和债务都不会直接归属于公司的社员或公司的代表人。易言之,公司一旦依法成立,便是一个独立的人,有自己的利益和行为规则,其不但可以以自己的名义对外从事经营活动,也能够以公司之名并以公司利益为重协调并处理公司内外部关系。关于公司人格,涉及公司法一系列制度及规定,不同国家和地区也有不同的认识,但就多数国家和地区,包括我国民法理论及民法总则、公司法规定而言,决定并实现公司人格的,是公司的财产区分与管理人制度。

(一) 公司的财产区分制度及公司资本的确定原则

现代公司法首先是通过公司财产独立塑造公司人格的。“财产独立”是公司人格的核心要素,指公司不仅能够以自己的名义对外签订合同,更重要的是能够拥有独立的财产,并可以将这些财产独立地向公司债权人提供担保。此即公司法理论上所谓“积极的财产区分”,它使公司的财产免于被公司股东或者经营者的债权人追索。对于该“积极的财产区分”,有两个相对独立的法律规则:一是公司债权人对于公司财产的优先受偿规则;二是保护公司免于清算规则。前者是指公司的债权人优先于股东个人的债权人就公司财产获得清偿,其效果是提高了公司履行合同的可信度;后者是指公司股东一旦投资于公司,不仅个人不能随意退出公司,且个人的债权人也不能因股东个人欠其债务,随意取回该股东在公司中的财产份额,从而避免公司动辄进入清算状态。由于公司人格具有这两方面的规则保护,故被称为强式的法律人格,^[1]此种法律人格强化了公司的稳定性与

[1] 参见[美]莱纳·克拉克曼等著《公司法剖析:比较与功能的视角》,刘俊海等译,北京大学出版社 2007 年版,第 9 页。

可信度,使得作为一种筹资工具的公司形态富有吸引力——资金供给方可以因此专注于资金接受方的特定风险的评估、调查和监督,借此可以避免本来会通过寻求外部融资的企业传递过来的风险。⁽²⁾

以财产区分为核心要素的公司人格是建立在公司资本制度及相关资本原则之上的。资本一词有多种含义,但公司法上一般认为其作为与股东的间接有限责任紧紧联系在一起并被规定的。⁽³⁾ 公司资本一方面是股东与公司之间的法律纽带,另一方面则构成公司的经营基础与对外的最低担保。

公司资本首先是由其法定性加以保证的,它要求,公司依法成立之际,应当具有确定的资本,由股东认购并实际缴付,从而构成所谓的公司资本。不论是传统大陆法系的法定资本制、英美法系的授权资本制,还是现行大陆法系的许可资本制、英美法系的声明资本制,都要求公司一旦成立,资本必须是确定的,由此形成所谓的公司资本确定原则。确定的公司资本成为公司的法定资本,奠定了公司的独立财产基础,构成公司独立主体资格的外观条件之一。⁽⁴⁾ 尽管现代很多国家和地区的公司法并不要求必须具有最低或初始的资本,但法律允许公司选择自身的法定资本额度,并对此承担责任。⁽⁵⁾

为保证公司法定资本的确定性,公司法同时确立了公司资本充实与维持原则,以及公司资本的不变原则。尽管现代公司信用已由资本信用转向资产信用,⁽⁶⁾ 公司净资产可能大于或小于法定资本,但法定的公司资本对于公司人格的塑造具有基础性的意义与价值,它是一个可以赖以制定某些公司法规则的数字:首先,它是公司对外提供的最低担保,被认为是公司履约能力的重要表现;其次,它是公司能否分配利润的基本标准,公司只有在没有亏损的前提下才能分配;再次,它是确定股东权利的依据,一般情况下,只有实际缴付的股东才能按照出资比例或事先约定享有相应权利。当然,公司财产远不限于股东缴纳的资本金,还包括因经营或通过其他方式获得的财产,它们均因财产区分而使公司成为这些资本或财产的合法“所有者”,对这些资本或财产拥有完全的决策权,公司因而在自身经济力量的驱动下运转。⁽⁷⁾

公司人格不仅在形式上解决了作为团体的公司能够以自己的名义对外进行交易,更在实质上确立了作为团体的公司与其出资人之间,以财产区分为主要内容的公司人格及信用基础,并因此赋予了公司法中大量强制性规范的价值与意义。

(二) 公司治理与董事会制度

财产区分构成了公司人格的核心要素,而要使公司财产得以发挥作用或实现目的,则需要相应的管理者,以使公司人格得以有效表达和实现。从管理学上来看,良好的公司治

(2) 参见[英]艾利斯·费伦法著《公司金融法律原理》,罗培新译,北京大学出版社2012年版,第14页。

(3) 参见[日]前田庸著《公司法入门》,王作全译,北京大学出版社2012年版,第17页。

(4) 参见施天涛著《公司法论》,法律出版社2018年版,第168页。

(5) 参见[英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿著《现代公司法原理》(第九版)(上册),罗培新等译,法律出版社2016年版,第267页。

(6) 参见赵旭东《从资本信用到资产信用》,《法学研究》2003年第5期,第109页。

(7) 参见[美]阿道夫·A.伯利、加德纳·C.米恩斯著《现代公司与私有财产》,甘华鸣等译,商务印书馆2005年版,“导读”第27页。

理既能够实现股东的价值追求,也能够鼓励管理者努力工作以实现股东的价值。但在法律层面,公司法只是为良好的公司治理提供一个合理、清晰的权利、义务和责任框架,该框架能够较好地处理股东、公司与管理层之间的关系,使其各尽其权、各司其职。

在整个公司治理的法律框架中,是不能离开“公司”这个主体讨论的。进言之,股东之间、股东与管理层之间、管理层之间均是通过公司这个人格体产生公司法律关系的。正是以公司为主体而非客体,股东、公司、管理者之间才因此权利义务清晰、责任归属到位以及关系顺畅,最终使公司信用得以保障。在这个意义上,公司治理的实质也是公司人格能否妥当实现的问题,进而使得股东会、董事会和监事会之间的关系得以良好处理。

关于股东与公司之间关系,在公司法的历史发展进程中以及不同的国家、地区,有所谓股东优位主义与董事会优位主义。二者的区别在于公司权力的分配上,是侧重于股东,还是侧重于董事会。但不论是采股东优位主义,还是采董事会优位主义,均须按照法定或章定程序,通过公司并以公司之名行使相应的权力,故都并不偏离公司自身主体的核心价值,而体现公司主体价值和地位的关键是其管理人——董事会制度。世界各国公司法在重点关注股东权利的时候,更多地是通过提升董事会的地位与加强董事会的责任,以维护公司的独立人格价值与保障股东权利的实现。

公司一旦成立,并选举了董事会,团体成员实际上就创设了一个全新、独立的法律实体。⁽⁸⁾该法律实体的角色是平衡相互冲突的利益,而具体“操盘者”则是董事会。如果说财产独立是公司人格核心要素的话,董事会则是公司人格的最大表征和实现者,主要是董事会而非股东和其他机构代表并实现着公司利益。尽管作为闭锁型的有限公司常常由股东担任董事会成员,但他们是以董事而非股东身份行使有关权利并承担义务与责任,并以董事会名义为之。现代各国普通公司法基本上赋予了董事会对公司事务的独断权或自主决策权,董事会享有不受限制的商业决策自由,⁽⁹⁾而股东只能通过股东会并以表决的形式行使法定的职权。如果没有董事会这个管理者,公司所谓独立的人格实际上无以体现并实现。⁽¹⁰⁾

从各国公司法及实践看,董事会制度有三个隐性的统领原则,即:董事会是公司权力的集中行使者;董事会采一人一票平等且集体会议的方式行事;董事会对公司制度的有效运行和正当运作负有最后责任。正是这三个原则维系着公司主体的价值与意义,⁽¹¹⁾是董事会将股东与公司区分开来,并处处体现公司的人格意义;同时,也是董事会将股东与公司连接起来,使体现股东的意愿与利益的公司意志得以表达与实现。

随着现代各国关于最低资本金制度的取消和不要求初始资本,作为法律创造的公司人格的表征与实现几乎完全是通过董事会进行的。通过董事会代表公司,其财产及经营得以实质上独立化,进一步实现了公司人格的价值,并彰显着公司而非股东的信用。⁽¹²⁾

(8) 参见[美]玛格丽特·M.布莱尔《公司法的团体生产理论》,载黄辉编译《公司法的逻辑》,法律出版社2016年版,第185页。

(9) 参见[美]斯蒂芬·M.贝恩布里奇著《理论与实践中的新公司治理模式》,赵渊译,法律出版社2012年版,第11页。

(10) 参见[日]大塚久雄著《股份公司发展史论》,胡企林等译,中国人民大学出版社2002年版,第11-12页。

(11) 参见邓峰《董事会制度的起源、演进与中国的学习》,《中国社会科学》2011年第1期,第164-165、171页。

(12) 参见[英]约翰·斯科特著《公司经营与资本家阶层》,张峰译,重庆出版社2002年版,第36页以下。

具体而言,董事会对于公司人格的意义主要在于,一般情况下仅董事会才能代表公司对内执行有关公司事务,对外代表公司。董事会就是公司的化身。

我国公司法建立了股东会、董事会和监事会的“三会”结构,专门明确其中的股东会系公司最高权力机关,监事会则为监督机关。尽管如此,相对于董事会而言,股东会和监事会两个机关重视的是公司内部但不是一种积极的存在,股东会虽然是权力机关,但不是常设机关,监事会则只以监督机关名义表现。二者存在的价值或意义是毋庸置疑的,但能否较为完全地实现公司人格似存疑问,股东会和监事会的功能主要是关涉公司重大决策和监督。事实上,在股东会或监事会可随时执行公司事务的情况下,公司所呈现的关系与状态必然是非正常的,也难谓是一种健康的常态。尤其是在对外关系上,无论是股东会还是监事会,它们都只能在非常例外的情形履行自身职责,才符合其定位以及公司治理目标,比如董事会没有成员或董事不行使其职权的情形,它们才可以临时并特别地代表公司。

无论是股东优位主义还是董事会优位主义,二者的差异主要在于董事会权力来源不同。比如英国法上主要强调股东优位主义,认为董事会以及董事的权力根本上源于股东以章程所进行的授权;而美国法上则主要强调董事会优位主义,认为董事会以及董事的权力主要来自于法律的规定,而非源于股东以章程所进行的授权。但无论两种模式如何对公司权力予以配置,对于应由董事会执行公司事务并代表公司,实无差异。在关于公司人格的实现上,主要由董事会为之。

在公司法中以及公司运作过程中,有一个关系始终存在但又可能往往会被忽略,即为投资者的股东与作为具有独立人格地位的公司之间的关系。他们之间的关系类似于平等主体之间的关系,但又并非是完全意义上的平等。公司既是股东的投资客体,又是独立于股东的主体,兼具“人”与“物”之双重属性并发挥双重作用。“股东—公司”是各国公司法的基本关系架构,此架构中的“公司”是一个相对于股东的人格体,是抽象意义上的概念。作为法律主体,其作为法人,本身具有民事权利能力与民事行为能力,但任何法人或组织的权利行使及义务承担都要通过相应自然人进行。公司法在明确抽象意义上的“公司”具有独立人格的同时,尚需将此种抽象人格予以具象化、具体化并设定实施进路,尤其是应规定由谁代表行使公司权利,实现一种人格意义上的转化。因此,现代公司法关于公司基本关系的架构其实是“股东—公司—管理人(或执行人)”,该架构既体现出最基本的股东与公司之间的关系,同时也体现出二者之间的关系以及公司本身的运作都是通过确定与具体的自然人或相应机构实现的,是一种抽象到具体的转化,也使其事务与行为具有可操作性及归责性,以实现公司的人格价值。

对于公司人格的塑造,是公司法的主线并贯穿整个公司法之中,由此使得公司法摆脱了传统财产法和行为法的束缚,成为具有主体意义的团体法。其中,财产区分形成公司人格的核心要素,董事会则为其最大表征与实现者。前者保证了公司与股东之间的财产区分,后者实现了公司与股东之间意志的区分,使公司具有了自己的意志表达者,二者最终使作为团体的复杂的财产关系与相关关系人的关系得以简化。

三 公司法关于公司人格基本制度构造之缺陷

20 世纪 70 年代末至 90 年代初,我国的国有企业改革经过了承包制、租赁制、厂长负责制等各种各样的模式,但基本没有成功。个中原因固然很多,但从法律上而言,这些国有企业由于产权不清导致无人格,进而无信用。尽管《民法通则》与《全民所有制工业企业法》已经规定了国有企业为法人,但它们仅具法人形骸,而无法人实质,既无独立的财产,也无负责任的管理者。1993 年《公司法》则较好地规范了股东、公司、管理层及债权人之间的合理期待及预期,为我国国有企业改革奠定了扎实的法律基础。建立现代企业制度、完善公司治理结构、理顺个中关系,其实质是确立公司自身应有的人格。可以这样说,当今包括国有和民营企业在内的中国的企业成功,应归功于 1993 年《公司法》所确立的公司法人格价值。虽然我国的公司法借鉴了发达国家的经验,但也包含不少体现中国特色的规定,作为公司法根本的公司人格制度就在一定程度上体现了中国问题的需要,只不过该制度构造存在明显不足。

(一) 认缴资本制: 公司资本处于不确定性状态

现行《公司法》第 3 条第 1 款规定了公司的法人格,第 2 款规定了股东的有限责任。亦即,它将公司的两个基本特征放在了同一法条,这是一种教科书式的立法。可以说,该第 3 条是公司法中最具核心和最有价值的规定。整个公司法规范应当由此展开,相应制度应主要围绕此来设计,司法实践也须基于此解释和运用有关法条。

1993 年《公司法》是将该两个基本特征分别规定在第 3 条、第 4 条和第 5 条,并在其他有关法条进一步强调了公司法人格的基本要求。这些规则使公司与出资人财产得以明确区分,保证了公司自身应有的信用,为我国现代企业制度的建立打下了坚实的法律基础。为顺应世界各国公司法放松规制、鼓励投资的发展趋势,2005 年《公司法》修改之时,降低了股东最低出资要求,将完全的法定资本制修改为有期限要求的分期缴纳资本制。这种修改,尽管已经开始混淆公司资本与股东个人财产,但总体上并不明显损害公司自身的应有信用,因为公司资本仍在相当可控的程度内具有确定性和可区分性。

2013 年《公司法》修改,不仅取消了一般公司的法定最低资本的数额要求,且一改原来要求的实缴登记制,独创了完全的“注册资本认缴制”,废除了公司设立的验资程序。这种独创的制度本意是为了进一步鼓励投资,实现政府所希望的“大众创业、万众创新”的局面。但由于该制度既非大陆法系的法定资本制,也非英美法系的授权资本制,也非如日本那样的折衷资本制,学界颇有争议。赞成者认为,“公司资本从有限制的认缴制到无限制的认缴制,改变的只是股东履行出资义务的期限,股东以其认缴而非实缴的出资额为限对公司债务负责,资本的认而不缴并不免除股东的出资义务或责任。”⁽¹³⁾ 质疑者则认为,如此“重认缴资本、轻实收资本”的登记模式,是与公司资本制度的重要目的——资本

(13) 参见赵旭东《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》,《法学研究》2014 年第 5 期,第 18 页。

公示大相径庭的,这是一种无边无际的放宽。⁽¹⁴⁾

认缴制确实有利于鼓励投资,但这种独创的资本制度存在着根本缺陷,导致公司资本、资产关系严重偏离其制度意旨,使公司财产与股东财产之间的区分原则遭到破坏,不仅削弱公司独立人格,弱化公司的稳定性与可信度,同时还不利于股东有限责任功能的发挥。因为,完全的认缴制其实是将本应由法律必要强制的资本制度交给了股东个人的自愿,是股东而非公司决定着公司的资本需求与缴纳,从而使公司资本存在极大的不确定性。

严格来讲,取消公司注册资本的最低额限制,并不会引致公司资本的不确定,仅会产生所谓的零注册资本公司而已,但完全的认缴资本制则使公司资本事实上处于一种不确定状态。举例言之,假如甲、乙二股东成立公司A,二人在公司章程中约定共认缴出资100万元,若干年后缴纳。那么,如果认缴出资到期而尚未实际缴纳,而此时公司与甲、乙二股东个人均已经欠债若干,则甲、乙二人个人财产属于公司还是属于个人?是先由公司债权人优先受偿还是由股东个人债权人优先受偿?这显然都是无法确定的。如果股东认缴出资未到期,则更会存在同样的状况。而且,完全的认缴资本制将认缴的权利交给了股东,而非在公司需要资本时由公司确定,从而既无法保证公司自身经营需要,也无法保证公司债权人确定资本担保的预期。

事实上,完全的认缴资本制带来的最大问题是如何保护债权人。如股东已认缴但未到期的出资能否成为公司债权的担保,甚至未届出资期限的股东转让股权后应否对公司债权人承担责任等问题均成为司法实践中的争议热点。对于这些问题,理论界提出,可以通过股东出资责任的加速到期,⁽¹⁵⁾或对股东出资采债权强制执行模式⁽¹⁶⁾等来解决,司法实践中也出现诸多相应做法。这些认识与做法是典型的单纯债权债务解决模式,即尽管股东出资期限未至,但为保护公司债权人,可以由公司债权人以代位权人的名义行使追偿权。如果单纯从债权人保护角度来看,这些做法与认识具有合理性,但它们将本为团体法下的问题变成了行为法的对象,忽视了公司人格的意义与价值。

也许正是认识到上述问题,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)(下称“《九民纪要》”)第6项规定股东出资不允许随意加速到期,其理由是为保护出资人的期限利益,并规定两种除外情形。应当说,《九民纪要》的规定是比较符合公司法为团体法及公司人格本身价值的,但该纪要基于出资人期限利益而不允许随意加速到期,仍是一种较为简单的行为保护思维,而不是基于公司人格的原理要求而在厘清“股东—公司—债权人”之间的关系之下问题的解决方案。股东出资的期限利益并非其对公司债权人不承担责任的理由,而是这种期限利益仅在股东与公司之间有意义,且在缴纳期限之前并不导致股东的财产成为公司的财产,进而不能成为公司的债权担保。

以上认识及做法只能说是基于债权人保护思维下的修修补补,不能解决公司的财产

(14) 参见王文字《简政繁权——评中国大陆注册资本认缴制》,《财经法学》2015年第1期,第58页。

(15) 参见李建伟《认缴制下股东出资责任加速到期研究》,《人民司法》2015年第9期,第50页。

(16) 参见丁勇《认缴制后公司法资本规则的革新》,《法学研究》2018年第2期,第164页。

区分,会产生严重的公司人格偏差问题。该思维的逻辑是,股东因出资承诺构成对公司的债务,公司因此取得对股东出资的债权请求权。在公司欠债不还的情况下,公司债权人自可以通过代位请求权而要求股东偿还。从债法原理来看,该逻辑顺理成章。但是,依此逻辑,公司人格并非建立在公司财产与股东财产的明确区分之上,其仅是法律简单授予的产物。如此推论,《民法总则》第 102 条所规定的包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等在内的非法人组织,因被依法授予可以自己的名义从事民事活动,似乎也可以视为法人了。但这个结论显然是不成立的,依我国民法理论和《民法总则》,法人完全系因财产区分而不同于非法人组织。

无论是大陆法系的法定资本制度,还是英美法系的授权资本制度,即使不要求最低资本,也都明确表达了公司资本的确定性价值与公司财产的积极区分要求,这是公司人格的核心要求。我国独创的认缴资本制并非不能通过有关制度的完善,如通过董事会或股东大会的催缴、完善公司信息披露等来减少其存在的问题,但均无法从根本上解决公司财产的区分,不能支持公司人格独立所需要的确定的公司资本范围要求。而且,从股东有限责任角度来看,认缴资本制将使股东的有限责任无限化,因为它将股东预定的未来的认缴期限当成了谁也不能保证的公司存续期限。那么,该所谓以认缴为限的出资责任,事实上就会成为股东未来无法保证的一种责任。公司人格的意义不仅在于保护公司自身对内对外的确定性,也在于通过积极的财产区分明晰出资人的确定责任界限,从而同时达到鼓励投资的作用。

(二) 复杂的公司治理架构与模糊的董事会地位无法彰显公司法人格

借鉴大陆法系典型国家立法模式,我国公司法确立了股东会、董事会和监事会制度。从形式上观察,公司法关于“三会”制度的设计与定位是比较清楚的。但是,公司法关于“三会”的功能定位,更多的是确立股东会和监事会如何牵制董事会,而对于如何更好地发挥董事会的作用,殊值探讨。

首先,公司法未明确规定董事会的全面执行机关地位。在理论层面,董事会是公司的执行机关地位是毫无疑问的,但我国公司法对此却均无明确规定。当然,《公司法》第 36 条和第 98 条规定了股东会为公司的“权力机构”,并在第 46 条关于董事会的职权规定中,明确董事会须对股东会负责。学界因此认为,它规定了董事会的执行机关性质地位,董事会既是公司的业务执行机关,也是公司的经营意思决定机关。⁽¹⁷⁾显然,这种认识只是一种学理上的解释。如果从第 46 条文义上看,董事会只是股东会的执行机关和经营决策机关,而非公司的执行机关,其隐含的思想是公司纯粹只是股东投资的工具,董事是股东(往往是大股东)而非公司的代言人。

其次,公司法关于股东会与董事会之间的权力分配没有区分股份公司与有限责任公司。从《公司法》第 37 条、第 46 条、第 108 条规定来看,我国的股份公司与有限责任公司的股东会与董事会之间的权力分配完全一样。这种不作区分的权力分配,一方面使股份公司的董事会权力的法定性及经营管理的全面性无法凸显,另一方面使有限责任公司的董事会的权力过于形式化,不符合中小型企业实际情况。列举式的职权规定表明,股份公司的董事

(17) 参见王保树、崔勤之著《中国公司法原理》(最新修订第三版),社会科学文献出版社 2006 年版,第 104 页。

会的独立负责性是受到股东会严重制约的; 有限公司的股东会与董事会之间的权力配置, 则不存在多少可以由公司依其实际情况的自由表达, 其应当按照公司法, 而非依股东意愿或公司章程自由分配权力。

再次, 公司法关于董事会的权力定位还受到法定代表人制度的侵蚀及作为纯经营管理机构经理制度分割。按照《民法总则》, 法人代表机关采所谓法定代表人制度, 该代表一经法律或者章程确定, 则具有法定性与唯一性。从理论上讲, 公司代表的法定性与唯一性具有对外交往便利的优点, 易于第三人判断, 有利于交易安全的保护。但是, 法定代表人的法定性与唯一性不仅易陷公司于“被代表”的困境之中, 且易引致公司代表人在公司中的中心地位之嫌。因为代表人的法定性意味着“法定代表人以法人名义从事的民事活动, 其法律后果由法人承受”(《民法总则》第 61 条第 2 款), 唯一性意味着对于第三人而言, 法定代表人就是“负责人”(《民法总则》第 61 条第 1 款)。从一般理论上讲, 单一法定代表人有损良好的公司治理结构, 甚至与现代公司治理结构在根本上是矛盾的。⁽¹⁸⁾

在公司治理架构上, 《公司法》同时规定了经理制度, 其中第 49 条规定有限责任公司“可以设经理”, 第 113 条规定股份公司“设经理”。尽管经理是“由董事会决定聘任或者解聘”, 并“对董事会负责”, 但经理一旦设置, 则权力很大, 享有较多公司经营管理方面的法定权力。可以说, 公司法关于股东会、法定代表人、董事会(执行董事)、经理、监事会(监事)的权力架构设计是比较复杂并过于形式化, 不仅导致作为公司管理中心的董事会和董事的角色、功能与定位的尴尬,⁽¹⁹⁾ 而且显然不符合现代公司运营所要求的效率与精简原则, 也将无助于公司内部应有的权力制衡, 反而会导致权力或集中或分散的局面。

由于公司法关于董事会地位的规定模糊, 使得公司法中本应由公司以主体身份出现的公司内部事务的处理, 却由股东之间自行解决, 致使作为主体的公司被置于一旁。前述一再强调, 公司一旦依法成立, 即具有独立人格, 股东、董事、债权人等相关利益人之间均以公司这个独立人格体为中介产生公司法律关系, 它们之间一般是不应有直接的公司法律关系的。⁽²⁰⁾ 但我国公司法一些规定, 直接规定了无视公司这个人格体存在的股东之间的非公司法律关系问题。典型者如《公司法》第 28 条第 2 款, 其所规定的是未按期足额缴纳出资的股东是否应向其他股东承担违约责任, 而并非公司关系, 不属于公司法范畴;⁽²¹⁾ 非典型者如《公司法》第 71 条关于股权转让的规定。根据该条规定, 股东转让股权, 完全是股东自己的事情, 与公司没有关系。一般情况下, 不通过公司, 股东之间并不产生公司法律关系, 即使是股东之间的忠诚义务也是在公司内部并以公司为载体而产生的义务, 并非在股东个人之间直接产生。⁽²²⁾

(18) 参见叶林著《公司法研究》, 中国人民大学出版社 2008 年版, 第 207 页。

(19) 参见邓峰《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源》, 《中国法学》2013 年第 3 期, 第 104 页。

(20) 参见徐强胜《论公司关系: 公司法规范的分析基础》, 《法学》2018 年第 9 期, 第 158 页。

(21) 参见朱慈蕴《股东违反出资义务应向谁承担违约责任》, 《北方法学》2014 年第 1 期, 第 32 页。

(22) 这方面的问题, 还包括《公司法》第 30 条关于有限公司成立后发现非货币财产出资显著不足时的其他股东连带补足义务、第 93 条关于股份公司发起人之间的连带责任规定、第 183 条关于清算组的组成规定等。这些规定中涉及的问题均为公司事务, 而非股东个人或股东之间的事情, 但公司法却将这些事务的处理交给了股东而非执行机关, 从而弱化了公司应有的人格意义。

综上所述,我国公司法存在的一个较大问题是董事会作为执行机关的地位不明晰,股东会、董事长、经理的地位和权力被有意无意地加重或扩大,使得公司董事会应有的权威与共管模式流于形式,并进一步导致董事会成员不能或不愿发挥其应负的勤勉职责,但最后他们却要承担公司最后的责任,导致权力、义务与责任的不一致。^[23]

四 公司法关于公司人格基本制度的改革与续造

(一) 以资本确定为原则

从公司人格独立法理来看,只有股东认缴且实际缴纳部分方构成公司的法定资本,即公司的资本,并进而成为公司债权人的最低担保。股东尽管认缴但未实际缴纳部分不构成公司资本,仅系股东与公司之间的债权债务关系。

现行的认缴资本制基本上颠覆了我国一直以来所认知的注册资本制度。完全的认缴资本制既不同于法定资本制,也不同于授权资本制,是一种独创的中国式公司资本制度。^[24]既为独创,就应当在建立该制度时,修改既有的以法定资本制为基础的有关资本制度,但因为并没有修改,导致对完全不同于法定资本制的认缴资本制的有关规定,仍然是法定资本制的,使该制度在实施中出现极大混乱。现行的认缴资本制存在的最大问题是,其使支撑公司人格的公司资本处于一种不确定状态,进而导致作为第三人的债权人期待具有不确定性。更重要的是,认缴资本制由股东个人而非股东会,更非公司决定资本的缴纳,使得公司无法确定自己应当在何时获得出资。

从 2014 年认缴资本制实施以来的效果来看,该制度完全不符合公司资本的确定性基本要求,将不是公司的资产当成公司资本。公司法修改应当以资本的确定为原则重造公司资本制度。我国公司法是基于传统大陆法系法定资本制设计的,故从修改而言,可以考虑在取消最低资本额的情况下,回归 2005 年公司法关于公司资本分期缴纳的制度规定,甚至回归非常低的最低资本制下的法定资本制或许可资本制,都是适当之选。这种设计,既符合我国公司法以股东为中心的原则,也无损于政府鼓励投资之希求,也能够解决公司基础信用问题。或者可以考虑采英美法系的授权资本制,^[25]由股东会授权董事会根据公司发展需要而在一定时间和限度内发行股份。当然,董事会对于未及时催缴承担相应责任。如是,又进一步强化了公司人格。因为此时是董事会代表公司而非股东决定,并由董事会承担相应责任。

总之,从认缴资本制极大的不确定性与复杂性来看,其不适合成为决定公司人格基础的资本制度,公司法修改应当就此重新审视,以资本的确定与简化为主线重新构筑有关资本制度。

[23] 参见邓峰《董事会制度的起源、演进与中国的学习》,《中国社会科学》2011 年第 1 期,第 175 页。

[24] 参见王文宇《简政繁权——评中国大陆注册资本认缴制》,《财经法学》2015 年第 1 期,第 50 页。

[25] 参见卢宁《论公司资本形成制度的改革与发展——以认缴制的定性为起点》,《法学论坛》2017 年第 3 期,第 116 页。

(二) 明确规定董事会的执行机构地位

由经济、文化等国情决定,我国公司法采股东优位主义,但这仅是公司权力配置上的不同,其仍须以董事会为必备、常设的执行机关。因此,我国公司法仍应遵循以董事会和董事为中心的模式,以体现公司主体的价值。

首先,公司法应明确规定董事会应有的执行机关地位。作为公司的机关,股东会、董事会只是分工和功能不同。董事会的执行机关地位是由公司为法人的性质决定的,而不是由股东和股东会决定的。既为公司法人性质所决定,作为管理人的董事会就不仅需要执行股东会的决议而向股东会负责,还需要执行所有涉及公司的事务而对公司负责,如股东名册的置备、会计账簿的制作与保管等等。在一定意义上,凡是涉及非属于股东会决议的公司经营、管理之事务,均应由董事会为之。

从比较法观察,各国公司法无一例外地明确规定了董事会的执行机关地位。《德国股份公司法》第76条关于“股份公司的经营”明确规定,“董事会应自己负责经营公司”。依此,德国股份公司的董事会不仅可以确定企业的经营政策和经营方向,而且可以采取具体的经营措施,即它可以实现企业本身固有的经营功能。《德国有限责任公司法》关于“公司设立”中第6条要求,“公司必须设置一个或者数个业务执行人”。相对于股份有限公司,德国的有限责任公司的股东及股东会享有更多的权力,其业务执行人一般须听从于股东会的命令。不过,这些业务执行人仍然作为公司的代表对内处理有关事务,并对外代表公司。⁽²⁶⁾ 美国《商业示范公司法》第8.01条第2款规定,“公司所有权利均应由董事会或经其授权统一行使,且公司所有的商业经营与事务管理亦均必须集中在董事会的统一指导下,但应遵循公司章程或依本法第7.32条拟订的协议中所作的限制性规定。”也就是说,美国公司的董事会集决策、管理、监督、对外代表权于一身。英国《2006年公司法》没有关于董事会地位的规定,但一般认为,董事会毫无疑问是公司最为重要的决策机构。《英国公司治理守则》第1条原则规定,“每家公司都应当由有效的董事会来主导,后者对公司的成功运营负有集体责任。”

依《民法总则》第80条、第81条和第82条规定,作为营利法人,应当设权力机构、执行机构,并可根据自身情况设相应的监督机构。显然,这些规定为作为营利法人的公司的机构设置作出了应有的指引,在一般法层面正式明确了董事会的执行机关地位。但是,根据第81条第2款的字面含义,执行机构的职权涉及召集权利机构会议、决定经营计划与投资方案、决定内部管理机构设置以及章程所规定的相应职权。可见,民法总则对于营利法人的执行机构的定位,仍难免逃脱“思维定式”与“路径依赖”,因此在法律规定上仍致力于赋予其“重大事务处理权”,而并非是重要且全面的业务执行权。在一定意义上,该规定是比较符合中国社会实际的,实践中的董事会的任务主要是决定公司的重大事务。但这种规定不能全面地体现出董事会的执行机构地位。因此,可以从目的角度解释这个规定,即拥有重大事务执行权的董事会,自然应有公司业务的执行权力与责任。对于那些

(26) 参见[德]托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔著《德国资合公司法》(第6版,下),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第184、652页。

具体的事务执行权,董事会可以委托或通过下属单位处理。

事实上,我国公司法的修改毋须简单照搬《民法总则》,作为专门的法律,须明确规定董事会的执行机构性质。对此,可以在公司法有关章节中明确规定董事会或执行董事执行公司的业务以及董事会或执行董事可以授权公司经理执行公司的业务。如此规定,既不会损害我国传统上已经接受的股东优位主义的理念与实践,同时也确立了董事会应有的执行机构地位,“董事会中心主义”若隐若现,更为制定法在体系协调上明确执行者的信义义务与责任打下基础。

其次,对于股东会与董事会之间的权力分配,公司法应当在明确董事会为公司执行机关的基础上,区分股份有限公司与有限公司,前者强调股东大会与董事会之间权力分配的法定性;后者强调股东会除了法定的职权之外,可以通过章程规定其他可以行使的职权范围。但公司必须设置作为公司的经营管理机构和代理机构的经理,通过经理参与法律活动。

再次,回归“董事会中心主义”,设置以董事会为中心的代理制。对于传统意义上的法定代表人作为负责人的立法理念与实践观念,应有所转换,致力于从代理制度角度构建相应制度,法定代表人仅具有对外法定的公示意义。法定代表人须受董事会的管理与监督。从公司法理论来看,董事会作为公司的执行机构,对内管理权与对外代表权应当是统一的。但我国一直奉行的法定代表人制度的问题在于,其会削弱本为公司中心的董事会应有的权威,从而事实上形成了执行机构之外的另一套“执行体系”并可能形成一定权威性,从而在相当程度上架空了董事会的地位与权威。因此,我国的公司法修改,应在强调董事会对内对外具有执行机构意义的基础上,确认法定代表人的代表权仅因其董事会成员身份而被法律赋予代表权,其逻辑是先是董事才能被赋予代表权,董事会有权力也有义务监督并随时更换法定代表人。

最后,关于经理制度,总体上应将其纳入董事会制度之中,明确规定经理的设置与否、权力清单均由董事会自行决定,将其作为担当业务执行的机关,地位类似于英美法上的执行董事。⁽²⁷⁾这不仅可以使经理因其法定的董事身份而参加董事会决策,也可以解决代表机构与执行机构的不当分离状态。不过,对于国有公司,其出资人存在特殊性并且所适用的制度与规则也有另外的一套思路与体系,因此董事会往往可能会享有股东会的某些职权甚至是较多的职权,因此可以在公司法中有关国有公司章程中专门规定经理的设置及权力,以达到社会对国有公司所希望的权力制衡机制。

(三) 在强化董事会执行机关责任原则下理顺股东与公司之间的关系

决定公司经营活动最原始的出发点是股东,这是现代公司形态的根本,也是公司法被视为公司基本法的理由。⁽²⁸⁾但公司依法成立后,公司是由“公司”而非股东经营的,相应法律关系均应由“公司”以公司之名予以处理,作为投资人的股东主要通过股东会并在股东会上行使相应权利,股东的利益是通过选举产生的董事会或执行董事,以公司名义实施

(27) 参见王保树、钱玉林《经理法律地位之比较研究》,《法学评论》2002年第2期,第43页。

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

有关活动来体现的。一定意义上而言,股东之间仅因公司并在公司内部产生公司法上的权利、义务与责任。不论在实体上或在程序上,股东的权利与义务均与公司产生直接关联,并以公司为媒介。易言之,股东的相对方是公司,其权利义务等是针对公司并通过公司这一“实体”与“中介”而表达和实现。

因此,公司法中有关股东权利的规定,应明确其是以公司为中介或主体而体现二者之间的相关关系。

首先,立法应明确股东资格的获得系因公司依法成立,并由董事会或执行董事依公司法规定登记在股东名册之中。股东资格直接关联公司人格问题,因为这关系到作为主体的公司何以并最终确认某投资者为公司的股东,并因此向其履行义务或主张权利;反之亦然。对于股东资格的认定,我国目前的公司法过于复杂化了。作为个体的投资人,需要以一种程式连接并被公司认可为股东;作为团体的公司,需要以法定或章定的程序和形式接纳并固化投资人为股东,这是团体与成员之间带有某种神圣感的必要仪式。进言之,修改公司法之时,应就股东与公司之间的关系作出形式上的明确规定,要求管理者有权力也有义务及时登记,或以其他方式及时确认投资人的股东资格。

其次,在股东之间的关系方面,公司依法成立后,他们之间原则上仅通过公司这个主体产生相应的公司法律关系,而不再具有个人之间的公司法上的问题。对于前述《公司法》第28条第2款存在的问题,规定股东不按相应规定缴纳出资的,公司应当及时催缴,并有权要求支付逾期利息;公司催缴后仍未在规定时间内缴纳的,董事会应及时召开股东会,由股东会表决限制或剥夺其相应的股东权。换言之,所谓股东权利在相当程度上系于其出资,而股东资格之获得也并非“一劳永逸”而无相关制约机制,以此可以较好地弥补第28条第2款的法律漏洞。再如,关于《公司法》第71条所规定的股权转让,可规定股东转让股权,应通知公司并由公司通知其他股东;因公司怠于或其他原因没有通知的,受有损失的股东可以要求董事或章程规定的执行人员赔偿损失。此种修改可以将该条改造为一种类似于“准完全法条”的表现形式,对于构成要件、法律效果与请求权基础似都比较明确,而使法律规定更为完备。

从法律角度明确以公司为主体处理股东之间或与股东相关问题,既符合公司人格独立性的法理,也符合作为团体的复杂法律关系所追求的公平原则与效率目标。故此,作为具有独立人格的公司,既有权利也有义务处理股东相关问题,同时也有实施的路径与工具。

五 结 论

自1993年以来,我国公司法就试图塑造作为信用载体的公司人格,但实践中的公司常常重视的是个人性信任,缺乏应有的对于公司的制度性信用。⁽²⁹⁾ 原因固然很多,但与

(29) 参见徐强胜、王亚霏《从个人信用走向制度性信用——基于公司认缴资本制改革的观察》,《经贸法律评论》2019年第1期,第132页。

公司法本身对公司人格重视不足是有很大关系的。现行公司资本制度的缺陷和公司治理结构的复杂特别是董事会地位的模糊等问题,导致股东与公司、董事会、法定代表人、经理等公司关系有待进一步清晰与明确。

从我国经济文化社会背景来看,股东优位主义将是公司法的基调,但不能因此认为,公司人格是可以由股东任意揉捏的。公司人格产生于法律,其财产和管理的基本制度与要求均由公司法确定。股东只有实际缴纳了出资,该出资才成为公司的资本;投资人一旦成为股东,其只能按照公司法和公司章程的规定通过股东会行使基本的权利,而经营管理,则完全是交由管理人独立进行。管理人一旦被选举为董事等,则是以公司之名并以公司利益为导向行使权利并履行义务的。公司的独立人格不是虚幻的,而应是实实在在体现于确定的公司资本制度,以及具有完全执行权的管理者之上的。由是,我国的公司治理才能摆脱有法律而无秩序的状态,进入既有法律,也有秩序的环境之中。

[本文为作者主持的 2017 年度国家社会科学基金项目“我国合同法中民商合一的规范技术研究”(17BFX007)的研究成果。]

[Abstract] A company has an independent legal personality, which is based on the property system that determines and is independent of the shareholders. Its largest representation and realization is a clearly defined board system for the exercise of corporate power. The principle of property division is undermined by the current system of capital subscription in China. At the same time, the central position of the board of directors as an executive organ is not clear, and the status and power of the shareholders' meeting, the chairman, and the manager are deliberately or unintentionally increased and expanded. In the future revision of the Company Law, China should abolish the system of registered capital subscription and establish the system whereby the legal capital of the company consists only of shareholder's paid-up capital contribution. Although the Chinese Company Law adopts the principle of shareholder primacy, the board of directors should still be the center of the company, and the relevant systems should be designed to reflect its due powers, obligations and responsibilities. In this way, the relations between the board of directors and the shareholders' meeting, the legal representative and the manager can be clearly defined. Shareholders should only have the value and significance of shareholders around the company because of their shareholder status, so as to better reflect and realize the company's personality.

(责任编辑:姚佳)