

新《公司法》的立法缺陷及其完善

罗培新

摘 要：我国修订后的公司法取得了相当大的制度进步，但在价值与规则的协调、规则之间的协调、规则内部的协调以及立法的精细化方面，产生了诸多问题。严苛的出资制度、特别是溯及既往的制度安排，以及第三人针对董事及高管的直接诉权，有悖于鼓励冒险创新、弘扬企业家精神的价值。董事会表决权的固化安排，与公司法结构性规则的任意性不相协调。有限责任公司与非上市股份公司的章程不予公示，不利于降低交易成本。另外，在法定代表人辞任、股东查阅权、临时提案权、影子董监高及事实董监高的制度设计方面，未能对具有同样法律效果的情事进行同样表述，导致结构失衡而引发歧义。在股东会书面决议等方面的规则设计，也远远不够精细。这些立法缺陷亟需通过公司法的频密修订来解决。

关键词：公司法；价值与规则的协调；规则之间的协调；规则内部的协调

2023 年 12 月 29 日，经全面修订后的《中华人民共和国公司法》（以下称“新《公司法》”）获得通过，并于 2024 年 7 月 1 日起正式施行。本次修订，是 1993 年《公司法》发布以来第六次修改，也是规模最大的一次修订，实质性修改多达 112 个条文。毫无疑问，立法工作者为此付出了艰辛的努力。全国人大常委会法工委负责人在回答记者问时指出，这次是针对实践中的突出问题和制度短板，对现行公司法作系统的修改完善。此次修订坚持立足国情与借鉴国际经验相结合，注意吸收借鉴一些国家和地区公司法律制度的有益经验。的确，从修订内容看，新公司法完善了公司资本制度、优化了公司治理、加强了股东权利保护、强化控股股东、实际控制人和董事、监事、高级管理人员的责任、完善了公司设立与退出制度等，可圈可点之处颇多。

然而，就精细立法而言，我国公司法仍有不少完善空间。单就体量而论，与英国相比，我国与英国等发达国家就存在不小差距。我国新公司法总共 266 条，3 万余字，而英国现行《2006 年公司法》则有 1 300 条，近 50 万字，此外还有卷帙浩繁的判例法规则。^①就此而论，我们仍有充分的理由保持足够的谦逊与勤勉。笔者曾在上海市政府任职，从事地方立法八年有余，也曾翻译过多部域外公司法经典著述，对科学立法及公司领域的比较法有一定的理解与把握。在新公司法颁布后，笔者带领一些法学研究工作者及法官、律师等实务工作者，予以逐条研习。深感就立法技术而言，此次修法仍有不少完善空间，特别是立法的协调性与精细化有待加强。具体说来，我国新公司法应当加强价值与规则的协调、规则之间的协调以及规则内部的协调，对于宜作精细化安排的条文，不应粗疏待之。

一、价值与规则的协调

价值是法律的灵魂，立法者设定的规则应当守护而不是妨碍价值的实现。法律必须对时势保持适

作者简介：罗培新，华东政法大学国际金融法律学院教授。

基金项目：本文系高水平地方高校建设“中国法治化营商环境构建与优化研究”（沪教委人[2024]38号）的阶段性成果。

① 参见[英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》，罗培新等译，法律出版社2016年版。

应性,要贴近现实的需要,特别是面向变动不居的商业实践的公司法,更要保持足够的弹性,而这也是英美国家公司法频繁修订的原因。《韩非子·心度》有云:法与时转则治,治与世宜则有功。其意是指,法律应顺应时代的变化,社会才能治理得好。^①当下经济下行,社会投资意愿普遍走弱,立法要保护投资热情,鼓励冒险创新,弘扬企业家精神。故而,新《公司法》第1条开宗明义,公司法的立法目的之一即为“弘扬企业家精神”。习近平总书记指出:“市场活力来自于人,特别是来自于企业家,来自于企业家精神。”^②而企业家精神的灵魂即为冒险创新,甚至包括对产品的破坏性创造,对经营模式颠覆式创新,立法者必须对此保持敬畏,保持审慎包容的姿态。流行于英美世界的“经营判断原则”(Business Judgement Rule)正是为弘扬企业家精神而创造的安全港规则。在此情况下,实不宜给股东、董事与高管施加过重的责任。然而,新公司法整体来看,显然偏重债权人利益保护,对股东、董事及高管施加了过重的责任。

(一) 期限缩短且溯及既往的出资安排,侵扰了商业安排

以出资为例。新《公司法》第47条规定,有限责任公司全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。此条规定改变了以往法律不设实缴期的规定。另外,新《公司法》第266条规定,本法施行前已登记设立的公司,出资期限超过本法规定的期限的,除法律、行政法规或者国务院另有规定外,应当逐步调整至本法规定的期限以内。2024年7月1日,《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定》发布,为存量公司调整出资期限设置了为期3年的过渡期,旨在改变以往股东天价认缴出资、实缴却遥遥无期的状况。新公司法在一方面压缩股东实缴期限的同时,另一方面强化了股东出资的责任机制。新《公司法》第50条规定了股东之间就瑕疵出资的连带责任,第51条规定了董事的核查与催缴义务,还在第54条设定了股东出资加速到期义务,即“公司不能清偿到期债务的,公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资”。据学者研究,此条所称的“公司不能清偿到期债务”,是指一般意义上的未支付,而不是破产意义上的未能支付。举例而言,公司虽然拥有房产等大量非流动性资产,但因流动性资金困难而无法清偿到期债务,应当视为已经满足第54条规定的标准。^③

换言之,新公司法对于股东履行出资义务,设定了相当严苛的规定,股东自然会根据其对风险的评估,做出是否减资的妥当安排,否则将承担极为沉重的责任。在此情况下,新公司法还通过溯及既往的方式,要求存量公司的股东必须在新法施行一定期限内实缴到位。毫无疑问,这将改变存量公司股东之间的商业安排,他们本来可以在十年或者更长的周期内缴纳出资,现在则因为实缴时间大为缩短而被迫减资,引发了多地的减资潮,原来数百万的注册资本,减至数十万甚至数万元。^④与此同时,由于政府采购往往对供应商的注册资本数额有一定的门槛要求,大量小微企业经过一轮减资后,可能面临无法作为政府采购供应商的风险,这对于经营困难的企业而言,无疑将雪上加霜。时下进行之中的世界银行营商环境评估,采用企业调查与专家调查两种形式,企业的实际感受度在很大程度上影响着企业调查的结果。

(二) 第三人针对董事及高管的诉权,不利于弘扬企业家精神

显然,严苛的出资制度、特别是溯及既往的制度安排,有悖于鼓励冒险创新、弘扬企业家精神的价值。同样的情形,发生于新《公司法》直接赋予第三人针对董事、高管的诉权方面。新《公司法》第191条规定,董事、高级管理人员执行职务,给他人造成损害的,公司应当承担赔偿责任;董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的,也应当承担赔偿责任。该条规范,赋予了外部第三人针对董

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1951年版,第23页。

② 中共中央文献研究室编:《习近平关于社会主义经济建设论述摘编》,中央文献出版社2017年版,第62页。

③ 彭冰:《新公司法中的股东出资义务》,《中国应用法学》2024年第5期。

④ 参见邬臻杰:《新修订〈公司法〉引发多地企业“减资忙”,存量公司如何避险》,《第一财经》2024年1月11日第5版。

事与高管的直接损害赔偿请求权，穿透了公司的法人资格隔离，将存在履职过错的董事直接推向债权人。此前，我国遵循的是“公司向第三人承担责任+内部追偿”模式。换言之，当董事和高管的履职行为致害他人时，由公司承担赔偿责任，然后再向有过错的董事和高管追偿。

当然，有些公司在承担责任后并未追究董事和高管责任。故而，东亚一些国家及地区，引入了董事对第三人责任。例如中国台湾地区“公司法”第23条、《日本公司法》第429条第1款以及《韩国商法》第401条等都有相关的规定。然而，有学者明确反对这一条款。理由有三：其一，不符合董事义务法理，即董事对公司承担义务，而不是对第三人承担义务。其二，公司存在诸多利益相关人，董事作决策势必会在有利于某些群体的同时，损害其他群体的利益。例如，在公司收购发生后，董事决策只能基于公司整体利益，反收购措施的运用往往也是故意而为之，也必定会致损一方争议股东。如果受损的“他人”都有权起诉董事和高管，要求他们直接承担赔偿责任，将严重影响公司治理效率，也会极大地消减他人出任董事及高管的热情。该学者认为，应当加强股东派生诉讼制度和引入特定的股东压迫救济，而非一般性的第三人责任制度。^①另还有学者对权利滥用之下“董事承担过重义务”表示了担忧，公司、尤其是大型的公司，在发生产品责任或环境污染责任的情况下，如果第三人滥用诉讼权利，将使董事承担过重的赔偿责任。诚如立法者自身所言，如果董事经常被诉，就会选择规避风险的经营策略，从而错失商业机会。^②笔者认为，英美等公司法发达的法域，并没有普遍赋予董事及高管对第三人的直接责任，目前此种责任形态仅见于东亚少数国家和地区。而且，法律应当适应时势的需要，当下投资热情相对匮乏，公司管理层实不宜被科以过重的责任。

（三）董事会表决权及董事任期规则过于刚性

价值与规则不相协调的另一例子，还发生于董事会表决权规则的设定方面。董事会的表决规则，究竟应当设定为强制性规范还是任意性规范？必须从公司法规范的分类说起。公司法的价值之一是提供标准合同范本，以降低公司设立与运作的成本。因而，必须对公司法规则的强行法与任意法属性保持着清晰的认识。美国的法学教授梅尔文·阿伦·爱森伯格提出了公司法规范的分类学说，引发了广泛的关注。^③在他看来，公司法规范可分为结构性规则、分配性规则和信义义务规则，前两者为任意性规范，后者则为强制性规范。结构性规则（Structural Rules）调整公司机关的构成、权力分配以及权力行使的要件。代表性的观点认为，公司组织机构规范通常被划定为结构性规范，这些类型的公司法规范主要属于任意性规范。^④正因为如此，我国2018年《公司法》第44条、第108条分别规定有限责任公司和股份公司董事会成员为3-13人与5-19人，而新《公司法》都将其统一修改为三人以上，上限则不做规定。此种修订，无疑是一种有益的安排。分配性规则（Distributional Rules）规范的是公司财产性利益在股东之间的分配。一般而言，此类规则也因为不涉及第三方利益，而应为任意性规范。如我国新《公司法》第210条规定，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配利润，全体股东约定不按照出资比例分配利润的除外；股份有限公司按照股东所持有的股份比例分配利润，公司章程另有规定的除外。信义规则（Fiduciary Rules）规范的是董事、监事和高管必须承担的义务，如我国新《公司法》第180条规定公司董事、监事及高管人员必须承担勤勉义务和忠实义务等。此类规则的强制性基础在于，公司长期合同的不完备性使得股东合约漏洞颇多，这些规则即起着拾遗补缺的功用，同时因涉及债权人等第三方利益，故应为强制性规范。^⑤

① 参见张巍、李志刚、李建伟、黄辉等：《董事对股东有无信义义务——新公司法第一百九十一条、第一百九十二条之法理与现实》，《人民司法》2024年第4期。

② 林一英：《董事责任限制的入法动因与路径选择》，《政法论坛》2022年第4期。

③ Melvin Aron Eiesenberg, *The Structure of Corporation Law*, 89 Columbia Law Review 1461, 1461-1529(1989).

④ 参见赵旭东：《公司组织机构职权规范的制度安排与立法设计》，《政法论坛》2022年第4期。

⑤ 参见罗培新：《公司法强制性规范与任意性边界之厘定——一个法理分析框架》，《中国法学》2007年第4期。

鉴此,对于原公司法规定的任意性条款,如果要调整为强制性规范,必须拥有强大的正当性理由。然而,新公司法关于董事会议事规则的修订,显然并不理想。新《公司法》第124条规定,“董事会决议的表决,应当一人一票”,设定的是强制性规范。有学者认为,本款属于强制性规定,不容公司章程另设其他规则,同时也是效力性规定,如有违反,构成董事会决议的程序瑕疵,可予以撤销。^①而原《公司法》第111条的规定为“董事会决议的表决,实行一人一票”,此条显然并非强制性规则。因为“实行”可以理解为“可以实行”,也可以理解为“应当实行”。如果公司章程规定,董事会表决形成票数相同的平票僵局时,董事长可以再投一票。法律应当认可此种规定。如前所述,有关权力分配的结构性规则和有关利润分配的分配性规则,均应为任意性规范,公司法只是规定了标准条款,允许公司做出更有利的自治安排。因而,根据新公司法,既然有限责任公司与股份有限公司的利润分配规则可由公司股东设定,关于董事会表决权的分配规则,也应当允许公司来决定。“一人一票”应为标准条款,并不具有强制性,允许公司设定更适合自身的规则。在这一意义上,原《公司法》的规定更为可取,无须将“实行”变更为“应当实行”,将赋权性规范转变为强制性规范。当然,也有学者持不同看法。该教授认为,董事会不可能出现平票的僵局情形。当10人董事会投票出现5:5的时候,并没有出现表决僵局,表决结果已经出来了——由于该议案未获得过半数全体董事的赞成,该议案未获得通过。^②然而,笔者认为,如果公司章程规定,在出现平票情形时董事长有权再投一票,那么,此时仍处于投票过程之中,表决结果须等董事长再投一票方可形成。同样地,董事任期属于公司自治事项,在性质上属于结构性规则,应由公司章程规定,法律不宜做出硬性规定。有学者指出,构建公司权力规则,必须直面社会经济生活的现实,充分考虑不同类型的公司形态,为不同类型的公司提供治理机制上的便利。^③然而,我国新《公司法》第70条、第120条规定,董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过三年。董事任期届满,连选可以连任。由此看来,我国新公司法关于董事的任期规定兼具强制性和任意性,三年一届为任期的最高年限,同时赋权股东通过章程确定更短的董事任期,力求在不确定性中寻找平衡。但董事最高任职期限为三年的法律规定,似乎昭示着以下立法思想:三年的期限,能够给予董事适当的经营预期,避免其因为急功近利而损害了公司的长远利益。但以“三年”为最高期限的规则,作为一种标准安排,是否具备充分的市场基础?以法律经济学的角度分析,是否可以假定在合意成本不高的情况下,股东能够达成这种安排?

股东会是公司权力机关,既然有权选任董事,当然有权就董事任期做出安排。从尊重股东意愿、同时兼顾公司运作效率的角度,董事任期应当与股东会制度有效衔接,这也是英美国家的通常做法。美国《示范公司法》第8.05条b款规定,董事任期终止于他们被选任之后的下一次股东年会,除非章程另有规定。因为从理论上说,股东年会一年一度,在一年里,股票易手,股东换人非常频繁,让后面加入的股东无条件地接受前任股东选任的董事,法理上自难圆畅。同时,出于效率和公司经营连续性的考虑,也不可能股东每次微小的变动,都进行董事的改选。故而,将现任董事任期的终止日确定为下一次股东年会的召开之日,较为合理。当然,股东可以通过章程做出不同的规定,后来进入的股东当被视为接受了章程的规定。在公司收购场合,新的股东即使收购成功,也必须通过临时股东会修改章程,才能够改变章程的这一规定。

因而,我国新公司法关于董事“三年”最高任期的规定,一则缺乏市场基础,二则欠缺法理基础,不应当保留。立法的一项逻辑在于,公司管理者和政府官员不同,公司管理人员的“政绩”可以通过市场得以很好的检验,而政府官员则面临市场失效问题,必须通过任期制以确立足够的干事创业的预期。所以,我国应当借鉴英美法的经验,规定“董事任期终止于他们被选任之后的下一次股东年度会

① 参见李建伟主编:《公司法评注》,法律出版社2024年版,第537页。

② 同上注,第538页。

③ 参见梁上上:《公司权力的归属》,《政法论坛》2021年第5期。

议，除非章程另有规定。董事任期届满，连选可以连任”。

（四）公司章程应被纳入公示事项，以降低制度性交易成本

法条与价值的不协调，还体现在新公司法关于公司章程的公示规则方面。公司章程是公司治理的基石，其重要性自不待言。新《公司法》第15条规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会决议；第65条规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但公司章程另有规定的除外；第210条规定，公司章程可以对股东的分红另设规则……凡此种种，不一而足。也说是说，公司的交易对方必须通过查询公司章程，才能准确判断公司机关的行为能力，从而决定是否和公司发生交易。因而，公司章程必须易于获得。然而，遗憾的是，新《公司法》第40条规定，公司通过国家企业信用信息公示系统公示的事项并不包括公司章程。换言之，新公司法并未规定有限责任公司和股份有限公司的公司章程公示义务。与之形成鲜明对照的是，上市公司则有披露章程的义务。我国公司在上市时，必须披露《招股说明书》，招股说明书包含了章程（附公司章程及有关规定）。公司上市后，修改章程属于法定披露事项，体现在《上市公司章程指引》（2023年修订）第192条的规定中，即章程修改事项属于法律、法规要求披露的信息，按规定予以公告。《上市公司信息披露管理办法》（2021年3月18日证监会令第182号修订）第23条规定，上市公司变更……公司章程……等，应当立即披露。

如前所述，披露公司章程，揭示公司机关权限，提示交易风险，对于市场正常运行意义重大。故而在英美国家，公司章程（Articles of Incorporation）的公示是基本要求。按照“推断通知规则”（Doctrine of Constructive Notice），当公司登记注册后，相对方在与公司交易时应当通过合法途径获取公开的或可为公众获取的公司章程等文件（Public Documents），并据此审慎做出商业判断。^①从降低制度性交易成本的角度，规定公司章程的公示义务，显然是更为理想的制度安排。

从技术层面看，既然上市公司可以披露公司章程，其他类型的公司同样可以做到公示章程。《公司法》二审稿中曾经有公示公司章程的规定，最后出台的公司法却将其删除了，着实令人费解。一种可能的解释是，公司章程内容繁杂，公司登记机关无法逐一审查，并保证其内容真实合法有效。然而，新《公司法》第30条规定，申请设立公司，应当提交设立登记申请书、公司章程等文件，提交的相关材料应当真实、合法和有效。也就是说，公司登记机关只须进行形式审查即可，无须对公司章程的内容进行实质判断。而且，近年来，关于公司设立登记应为行政确认而非行政许可的认知越来越清晰。笔者建议，日后公司法修订时，在国家企业信用信息公示系统公示事项中，将公司章程予以纳入。

二、规则之间的协调

若非必要，勿增实体。在创造或者处理事物时，如果没有明确的理由或者必要，就不应该添加新的要素。这种哲学思想，也被称为奥卡姆剃刀原则，它的核心在于避免不必要的复杂和累赘。立法技术的一项基本要求在于，对于具有同样法律效果的情事，运用同样的语言进行表述。无论是行文还是结构，都要避免失衡而引发歧义。然而，恰恰在这一方面，新公司法多有商榷之处。

（一）法定代表人与董事的辞任规则应保持协调

新《公司法》第10条第1款规定，公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。该规定改变了法定代表人必须由董事长或者执行董事担任的做法，任何董事或者总经理，经章程确定，均可以担任法定代表人。第2款及第3款规定，担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。然而，新公司法并没有规定，如果公司未在三十日内确定新的法定代表人，法律效果如何？原法定代表人是否应当继续履行职务？依据该法条的字面意思，显然无法得

^① See Paul L. Davies, et al., *Gower Principles of Modern Company Law*, Thomson Reuters, 2021, p. 8.

出确切的结论。反观之下,新公司法关于董事辞任的规定,则更为周详。该法第 70 条第 2 款及第 3 款规定,董事辞任的,应当以书面形式通知公司,公司收到通知之日辞任生效,但如果因此导致董事会成员低于法定人数的,辞任并不生效,董事应当继续履行职务。根据“举轻以明重”的法律解释技术,普通董事尚须如此,担任法定代表人的董事或高管更应当如此。也就是说,在公司确定新的法定代表人之前,原法定代表人虽然提出了辞职请求,仍然应当继续履行职务。这是对新公司法进行体系化解释的结果,既往的一些法院裁决,也支持了这一结论。在张某诉某咨询公司请求变更公司登记纠纷案中,法院认为,法定代表人辞任后、新人尚未改选或者就任前,原法定代表人仍应履行职务,其要求涤除公司登记事项的诉讼请求,不应予支持。^①故而,新《公司法》第 10 条的规定,只能解释为向公司施加了在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人的义务,但并不产生法定代表人一经辞任即可不履行相应职责的法律效果。我国的公司采取单一法定代表人制度,“家有千口,主事一人”,不能允许不存在法定代表人的情形。然而,对于董事辞任与法定代表人辞任这一类似情事,新公司法采取不同的结构安排,即一处表述完整而另一处留白,令人有充分的理由认为两者的法效果存在差异,但法理上并不支持这一结论。

(二) 两类公司的发起人表述应保持协调

同样的情形,发生在新公司法对于两类公司发起人的表述方面。公司设立是一个从无到有的过程,必须有人承担公司设立的前期事务,如招募员工、租赁厂房、采购设备等,这些人员被称为公司的“发起人”(Promoter)。我国《民法典》第 75 条将其表述为法人的“设立人”,与我国新公司法关于“发起人”的表述指向的对象相同,这些人按照法律规定签署公司章程,认购出资份额,承担筹办事务,并对公司设立承担连带责任。

我国新公司法没有定义发起人,而是将承担同样职责的人,在有限责任公司与股份有限公司中赋予不同的称谓。新《公司法》第 92 条、第 93 条将股份有限公司的设立人称为发起人,但却在第 43 条、第 44 条将有限责任公司的设立人统称为股东。这种立法模式,不但用语结构失衡,而且语义也有失严谨。“股东”是与“公司”相对应的概念,在公司成立之前,并不存在股东,而只是出资人,他们彼此之间适用合伙法理,对设立过程中产生的债务承担连带责任。正如新《公司法》第 44 条所规定的,公司未成立的,其法律后果由公司设立时的股东承受;设立时的股东为二人以上的,享有连带债权,承担连带债务。也就是说,立法者也意识到,有限责任公司的设立人也承担着股份有限公司发起人的职责,也应当是发起人,新公司法应当将其统一表述为“发起人”。

(三) 股东名册与债券持有人名册的查阅规则应保持协调

规则之间的不协调,还体现股东查阅股东名册与债券持有人名册方面。我国新《公司法》第 109 条规定,股份有限公司应当将股东名册、债券持有人名册等置备于本公司。然而,第 110 条规定股东有权查阅和复制的范围中,包含了股东名册,但却将债券持有人名册排除在外。如此安排,颇为令人费解。既然股东名册可以查阅,同样置备于本公司的债券持有人名册,为何不允许股东查阅?反观我国 2014 年《公司法》第 96 条、第 97 条却分别规定,应当将公司债券存根置备于公司,股东可以查阅公司债券存根。既然十年前的公司法允许股东查阅相关信息,为什么现在要开倒车,反而不允许查阅了?上海清算机构发布的《债券持有人名册查询业务操作规程》规定,上市公司的债券持有人名册,只有特定主体才有权查询,例如发行人或创设人,在履行相关职责时,有权向上海清算所申请查询债券持有人名册;债券持有人会议召集人,在召集债券持有人会议时有权查询,等等。这些规定的目的,或许在于确保债券持有人名册的查询权仅限于那些在法律和规定中有明确授权的角色和机构,保护投资者权益和债券市场的正常运行。但令人费解的是,依此逻辑,为了保护市场正常运行,股东名册的

^① 参见(2021)沪01民终7923号民事判决书。

查询也要做出限制。而且,《债券持有人名册查询业务操作规程》只是规范性文件,层级很低,除了有其他更为强大的正当性理由,无权对股东查询债券持有人名册的权利进行限缩。笔者有理由怀疑,《债券持有人名册查询业务操作规程》将查询权的行使主体进行限缩,其目的是为了降低清算机构接受查询的负担。新公司法既然已经赋予股东查阅股东名册的权利,查阅债券持有人名册的法律效果,应可等量齐观。

(四) 股东派生诉讼的前置请求主体规则、破产清算规则应保持前后协调

关于股东派生诉讼的前置请求主体的规则,新公司法也存在法条之间不协调的情形。我国新《公司法》第69条和第121条分别规定了有限责任公司和股份有限公司可以按照公司章程的规定,在董事会中设置由董事组成的审计委员会,行使监事会的职权,不设监事会或者监事。然而,在第189条规定股东派生诉讼时,却只提及股东在一定条件下可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼,全然没有意识到这些公司可能依据新公司法不设监事会,从而导致股东请求权行使对象落空。显然,该条应当修改为“股东可以书面请求监事会或者不设监事会的公司的审计委员会向人民法院提起诉讼”。

同样的情形,发生于关于申请破产清算与申请宣告破产的规则中。新《公司法》第237条规定,清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后,发现公司财产不足清偿债务的,应当依法向人民法院申请破产清算。原《公司法》的对应法条为第187条,即“清算组……应当依法向人民法院申请宣告破产”。申请破产,并不必然走向破产。故而,在第237条中,新《公司法》将“申请宣告破产”改为“申请破产清算”,是非常好的修改,为重整、和解留下了空间。既如此,其他相关法条也应做联动修改。然而,新《公司法》第242条规定,公司被依法宣告破产的,依照有关企业破产的法律实施破产清算。显然属于立法条文之间未能协调一致。应当把此条的“依法宣告破产”改为“依法申请破产清算”,即表述为“公司被依法宣布进入破产清算程序的,依照……”。这样才能为破产过程中的重整、和解留下制度空间。

三、规则内部的协调

新公司法不仅要保持规则之间的协调一致,还必须保证同一规则新旧表述之间、以及同一规则前后行文的协调一致。如果要弃用老规则,必须有正当理由。如果同一规则的前后行文不一致,也应当有强大的理由。然而,我国新公司法在两个方面,都存在不少问题。

(一) 同一规则的新旧表述需协调一致

就同一规则的新旧表述而言,新《公司法》第55条规定,有限责任公司成立后,应当向股东签发出资证明书……出资证明书由法定代表人签名,并由公司盖章。原公司法只规定出资证明书由公司盖章,而并无法定代表人签名的要求。根据“若非必要,勿增实体”的原则,此次新公司法增加了法定代表人签名的要求,必须有强有力的理由。现实生活中并没有出现因为出资证明书未具法定代表人签名而酿成大量纠纷的情形,且在全面优化营商环境的背景下,减环节、减时间、降费用已经成为大势所趋,据传连法律职业资格证书都有可能取消司法部部长签名这一环节,新公司法的这一修改,理据何在?如果是出于防范造假的目的,加盖公章的要求已经遏制了绝大多数造假冲动,因为伪造公章者一旦被查实轻则被行政拘留,重则锒铛入狱。根据《刑法》第280条的规定,伪造公司印章罪一般处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金。在此种情形下,再增加法定代表人签名,徒增繁琐,委实没有必要。

同一规则新旧表述差异的情形,还发生于股份有限公司股权转让的规定中。该条规定由原《公司法》第137条修改而来,原法条规定为“股东持有的股份,可以依法转让”,非常精简,可以指向我国《民法典》关于意思表示是否真实有效的相关规定。新《公司法》第157条却将其改为:股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让,也可以向股东以外的人转让;公司章程对股份转让有限制的,其转让按照公司章程的规定进行。新公司法的此番修改,极不合理。首先,第一句“股份有限公司的

股东持有的股份可以向其他股东转让,也可以向股东以外的人转让”实属多余,因为这属于常识,多年来股份有限公司股份转让运行无碍,无须专门规定。第二句“公司章程对股份转让有限制的,其转让按照公司章程的规定进行”,委实大谬不然。公司章程对股份转让的限制,经常会成为大股东压榨小股东的工具,时时面临合法性审查的可能。例如,大股东利用资本多数决在章程中规定,公司成立五年内股东不得对外出让股权;或者规定女性职工持股,一旦怀孕,就必须将股权以较低价格转让给大股东……凡此种种,均属非法限制股权转让的规定。新公司法关于“其转让按照公司章程的规定进行”的规定,不仅在行为规范方面产生误导,而且还会在裁判规范方面造成误认,逼得法官必须做体系解释,才能理解该规定并非强行法。事实上,法官必须时时警惕公司章程埋设的陷阱,对公司章程的合法性做出评估。

(二) 同一规则前后行文需协调一致

同一规则的协调一致问题,还包括同一条文前后行文的意旨一致。新公司法在这方面也存在一些问题。该法第 110 条规定,连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东,有权要求查阅公司的会计账簿、会计凭证……公司章程对持股比例有较低规定的,从其规定。根据此条,如果公司章程对持股时间有较短规定的,是否也“从其规定”?就法理而言,此条规定一方面对股份有限公司股东查阅会计账簿与会计凭证设定了一定的门槛,以防止股东滥权;另一方面则允许公司章程降低(但不能提高)该门槛,以在国家强制与公司自治中求取平衡。但既然允许降低门槛,为什么只规定调低持股比例要求,而对调低持股时间要求却不置一词?

为求得此一问题的正解,必须对股东查阅权的性质做一梳理。根据股权的行使是否必须拥有一定比例的股份,股权可分为单独股东权与少数股东权。单独股东权是指股东无论持股数额高低均可行使的权利,自益权均为单独股东权,例如,股利分配请求权、新股认购请求权、剩余财产分配请求权等。少数股东权是指股东必须持有一定比例以上的股份方可行使的权利。这里所称“一定比例”,可以是一名股东持有一定比例以上的股份,也可以是多名股东合计持有一定比例以上的股份。共益权多为少数股东权,例如提案权、查阅权等等,也有单独股东权,例如表决权。公司法之所以将部分股权设定为少数股东权,是为了在保护股东利益与避免股权滥权之间求取平衡,降低公司的运营成本。例如,我国新《公司法》第 110 条规定,连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东,可以要求查阅公司的会计账簿、会计凭证;第 113 条规定,单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东有权请求召开临时股东会,等等。

根据股权是否可以被公司章程或者协议限制或剥夺,股权可分为固有权与非固有权。不可被公司章程或协议限制或剥夺的,为固有权,反之则为非固有权。此种分类,纯属学理探讨,二者之界分,并无明确的标准,仍须从法理上寻找依据,其中一个重要维度是关于公司法的强制性与任意性划分。^①一般而言,自益权因其拥有排它、独占等物权特征,为固有权;而共益权则因其关乎股东整体利益,可由股东通过章程或协议予以限制或剥夺。例如,公司不得在章程中规定,持股达一定数量的股东才有权出席股东会,因其属于固有权。受到侵害的股东可寻求救济,请求法院确认该章程规定无效。

经由以上分析可知,查阅权属于少数股东权和非固有权,公司章程可以对其进行限制。限制的维度包括持股比例及持股时间。故而,既然新公司法允许调低查阅权行使的持股比例,也应当允许调低持股时间要求。新《公司法》第 110 条可以修改为:连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东,有权要求查阅公司的会计账簿、会计凭证……公司章程对持股比例和持股时间有较低规定的,从其规定。当然,从立法意旨看,公司章程不能调高持股比例与持股时间要求。

与此相关的是,新《公司法》第 115 条规定,单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东,

^① 参见罗培新:《公司法强制性与任意性边界之厘定——一个法理分析框架》,《中国法学》2007 年第 4 期。

可以在股东会会议召开十日前提出临时提案并书面提交董事会…公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。然而，如果公司章程调低了持股比例要求，是否有效？这也必须从股东提案权的性质说起。

提案是股东会召集的关键一环。唯有列入会议审议事项，成为了议案，才有可能交付股东会审议表决，最终成为公司决议。提案又包括提出提案与列入议案两个环节。根据我国新《公司法》的规定，有权提出提案的主体有三类：其一，董事会。董事会是股东会的召集人，本身又是执行机关，自然有权提出股东会提案。其二，监事会。我国新《公司法》第78条明确规定了监事会有权“向股东会会议提出提案”，这是其履行监督职能的应有之意。其三，少数股东。我国新《公司法》第115条第2款规定，单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东，可以在股东会会议召开十日前提出临时提案。该条还规定，公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。依此规定，股东的提案权应为少数股东权，也就是说，章程可以对股东的持股时间与持股比例做出规定。然而，根据新《公司法》第110条的立法逻辑，公司章程有权调低股东查阅的持股比例要求，须以法律明示方可为之，此处未有类似表述，似可推定公司章程不得调低行使股东临时提案权的持股比例要求。然而，就法理而言，如果公司通过章程降低了股东提案的持股比例要求，法律并无禁止之必要。此一规定，属于典型的法条之间的不协调。当然，同理，从立法意旨看，公司章程不得调高提出临时提案的股东持股比例要求。另外，关于董事、高管与监事的规则，也存在内部不协调一致的情形。新《公司法》第180条前两款分别规定董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务与勤勉义务，也就是说，这三类主体都负有信义义务。然而，该条第3款却规定“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定”，只把董事单列出来，而对监事与高管未置一词。也就是说，名义上不是董事，但实际上执行了董事事务，同样要承担董事责任。此为事实董事的责任规范。根据黄辉教授的研究，一个人是不是事实上的董事（De Facto Directors），完全是一个事实问题，取决于该人在公司中实际扮演的角色。^①依此逻辑，既然有事实董事，也应当有事实监事与事实高管。故而，依本条法意，名义上不是监事、高管人员，但却执行了监事、高管人员事务的，同样要承担监事和高管人员的责任。因此，本条第3款可以修改为“公司的控股股东、实际控制人不担任前述职务但实际执行公司事务的，适用前两款规定”。类似地，新《公司法》第192条规定，公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。此条为“影子董事、高管”的规定。同样地，该条遗漏了“影子监事”的表述。从完善的角度，该条规定应当表述为“公司的控股股东、实际控制人指示董事、监事和高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、监事和高级管理人员承担连带责任。”

四、规则的精细程度

如前所述，我国新《公司法》共266条，3万余字，相比之下，作为公司法发祥地的英国，其现行《2006年公司法》则有1300条之多，篇幅达50万字之巨。由此带来的显见后果是，我国新《公司法》的某些规则，与英美国家相比，在精细化程度方面存在显见的提升空间。

（一）股东会的通知及表决规则需要进一步细化

公司召开股东会，必须提前告知股东相关信息，从而便于其决定是否参加会议，股东会的通知应送达在册股东。我国新《公司法》第115条第1款规定，召开股东会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东会会议应当于会议召开十五日前通知各股东。同条第3款规定，公开发行股份的公司，应当以公告方式发出通知。这里应当注意的是：其一，通知、公告应面向全体股东。股东会由全体股东组成，即便是无表决权的股东，也有权获得会议的通知。有权出席与有权表决，属于不同的概念。其二，通知、公告需载明议案。在这个方面，股东会与

^① 参见黄辉：《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》（第2版），清华大学出版社2020年版，第191页。

董事会殊有差异。董事会的召集通知,只须告知时间和地点,因为董事出席会议,是一项义务,无论审议什么事项,均须参加。而股东出席股东会,则是一项权利,通知、公告的事项,影响着其出席会议的意愿。其三,通知、公告事项的法律效果是,对于未载明的议案,虽可临时动议,但不应交付表决,否则将构成程序瑕疵,有可能导致决议不成立或者被撤销。

在股东会的通知和公告方面,英国的规定值得借鉴,特别是其富于层次感的制度安排,具体内容如下:其一,一般要求。根据英国《2006年公司法》第311条,会议通知必须载明召开会议的日期、时间和地点;对会议拟处理事项的一般性质的声明;以及公司章程规定的其它事项。其二,区分普通事项与非普通事项。根据英国《2006年公司法》第311条的规定,如果股东会拟审议的是“普通事项”,则只须列出那些事项。但如果要提出其它方面的议案,则通常须逐字逐句列出,并要视情况表明该议案须经特别决议还是普通决议通过。这对于股东判断该事项的重要性从而决定是否参会,具有极其重要的意义。其三,公告不得误导。如果拟审议的是“普通事项”之外的事项,则还必须在通知中附上公告,对提出该议案的理由进行解释,并且附上董事会对该议案的观点。众所周知,近水楼台先得月,公告会被董事用来支持其自身提出的议案或者反对他人提出的议案。而误导性的公告不仅会影响会议上的投票,还会影响股东决定是否参加会议,而且该错误极难弥补。故而,法律规定,公告必须以常识性语言来阐述,不得错误地陈述事实。在许多案例中,法院都因公告的表述过于“精巧”而撤销了据此通过的决议。^①英国的这些规定,值得我国借鉴的地方有三点:第一,关于公告的事项。在股东会应当公告的事项中,增加“审议事项的一般性质”“公司章程规定的其它事项”等内容。第二,关于公告事项的性质。根据事项的性质,将股东会公告事项分为普通事项与非普通事项。如果是非普通事项,须详细列明,并表明该议案须经特别决议还是普通决议通过。第三,关于公告的语言。股东会的公告语言必须平实,避免使用误导性陈述。

(二) 股东会的书面表决规则需要进一步优化

一般而言,股东表决有三种方式:现场投票、通信投票以及不召开会议的书面决议。其一,现场投票,是指股东或其代理人到股东会会议现场进行集中投票。根据我国《上市公司股东大会规则》第20条规定,股东大会应当设置会场,以现场会议形式召开。另外还规定,公司应当在公司住所地或公司章程规定的地点召开股东大会。因而,这里的现场,既包括公司住所地,又包括公司章程规定的其它地点。其二,通讯投票,是指股东或其代理人运用通讯工具进行远程投票。我国新《公司法》第24条规定,公司股东会、董事会、监事会召开会议和表决可以采用电子通信方式,公司章程另有规定的除外。我国《上市公司股东大会规则》第20条规定,采用安全、经济、便捷的网络和其他方式为股东参加股东大会提供便利。从实践来看,网络投票已经成为上市公司通讯投票的主要方式。其三,书面决议,是指不召开股东会议而由股东直接在决议文件上签章的决议方式。一般而言,股东会设有审议环节,股东可就议程所列事项发表意见,董事会可以做出解释,以消除分歧,最大限度达成共识,并使决议获得通过。在小型公司中,由于股东与董事属于同一拨人,要求他们严格区分自己作为董事做出的决策和作为股东做出的决策,显然过于繁琐。但又不能完全以董事会决策来替代股东会决策,因为两类会议的议事规则并不相同,董事会表决的通常规则是“一人一票”,而股东会表决的通常规则却是“一股一票”,而且股东会的召开还必须遵循一套公告通知等复杂的程序。因而,必须另辟蹊径。

英国《2006年公司法》废除了封闭公司必须召开年度股东会的默认义务,除两种情形(委任期届满之前免除董事职务,以及解除审计师职务)必须以会议方式做出决议之外,其他情形允许公司以书面方式做出决议。这项制度值得注意的有数点:其一,提起主体。董事或者对所议决事项持有不低

^① Kaye v Croydon Tramways Co [1898] 1 Ch. 358, CA; Tiessen v Henderson [1899] 1 Ch. 861; Baillie v Oriental Telephone Co [1915] 1 Ch. 503, CA; 另见 Prudential Assurance v Newman Industries Ltd (No.2) [1981] Ch. 257; [1982] Ch. 204, CA.

于总表决权5%（或者公司章程另外规定的更低的比例）的表决权的股东可以提出请求。其二，决议送达。英国《2006年公司法》要求公司将拟议书面决议的副本（只要存在合理的可行性）同时送达给有权投票的每一位成员。要求将材料几乎同时送达，这一规定的重要性不言而喻，这样可以避免提案人率先将决议送达给可能的支持者，或者那些对该事项没有强烈意见的人，因而确保议案在异议者有机会将其意见告知其他股东之前就能获得足够的支持。其三，通过比例。书面决议要获得通过，必须获得与该决议提交会议表决时所要求的相同比例的赞成票。也就是说，普通决议要通过，必须获得50%以上的赞成票；特殊决议的通过则要获得75%以上的赞成票。书面决议获得通过的比例要求与此相同。尽管比例未提升，但如果是会议表决，则该百分比以参与投票的股东所持股份为计算基数，而如果是书面表决，则以拥有投票权的股东所持股份为计算基数。因而，在实践中，书面表决要获得通过，其比例要求通常必须高于会议表决获得通过所要求的比例。^①

在这方面，我国的规定比较粗疏，只是在新《公司法》第59条第3款规定，对本条第1款所列事项（即股东会有权审议的事项）股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名或者盖章。此条规定，设定了股东会书面决议极其严苛的意思表示要件。意思表示乃法律行为的核心要素，由作为主观要件的“意思形成”和作为客观要件的“表示行为”构成。^②新公司法的这条规定，完全忽略了意思表示的形成过程（例如，谁可以提起股东会书面决议的动议），并且对决议形成的比例要求显属过苛。

借鉴英国的做法，至少在以下方面可以借鉴：其一，关于提起书面决议的主体。我国新公司法对于谁有权提起书面决议，语焉不详。借鉴英国的做法，我国可以规定，董事会或者对所议决事项持有不低于总表决权一定比例（例如，5%或者公司章程规定的更低比例）的表决权的股东，可以提出书面决议的请求。其二，关于拟议决议的送达。为避免选择性送达，伤害意见听取的公允性，我国可以借鉴英国的做法，规定公司应尽可能将拟议书面决议的副本同时送达给有权投票的每一位股东。其三，关于通过决议的比例要求。我国新《公司法》第59条第3款规定股东“一致表示同意”，方可形成书面决议。颇为令人不解的是，非书面决议通过的要求远远低于这一比例。我国新《公司法》第66条规定，股东会作出决议，应当经代表过半数表决权的股东通过。股东会作出修改公司章程、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，应当经代表三分之二以上表决权的股东通过。无论是书面决议还是会议决议，都只是决议的一种方式，做此区分，并无充足的正当性。建议借鉴英国的做法，将书面决议与会议决议的通过比例要求，做出同样的规定，即普通决议经代表过半数表决权的股东通过，特殊决议则须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

余 论

法律乃治国之重器，良法乃善治之前提。小智治事，中智治人，大智治制，可见立法之难，需要在价值判断与规则设计两个层面细为考量。诚如有学者所言，公司立法追求的目标是成本与效率的优化选择，任何对当事人义务的施加都应具有使当事人获益或促进商事交易的制度价值。^③综合看来，我国新《公司法》在价值与规则、规则之间以及规则内部都存在种种不协调的情形，相较于公司法律制度发达的域外法域，我国公司法规则的精细程度也存在相当大的差池。

习近平总书记指出：“加快构建中国特色哲学社会科学，归根结底是建构中国自主的知识体系……”^④党的二十届三中全会要求，稳步扩大制度型开放，实现规则、规制、管理、标准等相融相通。

^① 参见[英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理》，罗培新等译，法律出版社2016年版，第425-428页。

^② 参见李建伟：《决议的法律行为属性论争与证成——民法典第134条第2款的法教义学分析》，《政法论坛》2022年第2期。

^③ 参见赵旭东：《公司组织机构职权规范的制度安排与立法设计》，《政法论坛》2022年第4期。

^④ 习近平：《坚持党的领导传承红色基因扎根中国大地 走出一条建设中国特色世界一流大学新路》，《人民日报》2022年4月26日第1版。

在构建中国自主公司法知识体系过程中，我们既要立足我国实际，切实解决我国公司面临的问题，又要充分借鉴发达国家的立法例，提升我国公司法律制度的国际化水平。其中的重要路径是根据情势变化，提升公司法的修法频率。其原因在于，商事活动创新频繁，需要得到法律的回应与支持，而且现行法律规定可能会对商业实践构成阻碍，增加企业运营成本。英美公司法变革之频繁，已为世人所知，即便是采用成文法模式的日本，在 2005 年大修公司法之后，也几乎每两年修改一次，也有专门的委员会负责研究修法事宜。我国也可以借鉴此种灵活的立法模式，通过公司法“小快灵”的修订及时弥补种种立法缺失。

On the Legislative Defects and Improvement of the New Company Law

Luo Peixin

Abstract: China's revised Company Law has made significant institutional progress, but in the meanwhile many problems have arisen in terms of the coordination of values and rules, coordination between rules, coordination within rules, and refinement of legislation. The strict capital contribution system, especially the retrospective institutional arrangements, as well as the direct litigation rights of third parties against directors and executives, are contrary to the values of encouraging risk-taking innovation and promoting entrepreneurial spirit. The fixed arrangement of voting rights in the board of directors is inconsistent with the arbitrariness of the structural rules of the company law. The Articles of Association of limited liability companies and non-listed joint-stock companies are not publicly disclosed, which is not conducive to reducing transaction costs. In addition, in terms of the institutional arrangement for the resignation of the legal representative, shareholder inspection rights, temporary proposal rights, shadow directors and supervisors, and actual directors and supervisors, the same legal effect has not been expressed in the same way, resulting in structural imbalance and ambiguity. The design of rules regarding written resolutions in shareholder meetings is also far from precise. These legislative flaws urgently need to be addressed through frequent revisions of the Company Law.

Keywords: Company Law; Coordination of Values and Rules; Coordination between Rules; Coordination within Rules

(责任编辑 陈景善)