

从被动填空到主动选择：公司法功能的嬗变

●周 游*

【内容摘要】 公司合同理论影响下的公司法主要围绕公司自治与司法干预的关系展开,进而陷入如何确定强行规范与任意规范之边界的争论。公司法在填补公司合同“缝隙”过程中容易导致过度填补及“缝隙”识别困难等问题,而这种“填空”功能的定位助长了当事人对默认规则的依赖,形式上强调的公司自治也可能引致公权的隐性管制。当代公司法不能单纯以被动填补缝隙为目的,而需在公司基本框架、股东权利保护、公司机关设置等关键制度领域引入主动提供多重选项的模式。以“选择”功能代偿“填空”功能的策略需充分考虑公司实践的不同可能性,提升机制形成过程中当事人的参与度,由此促使公司自治从形式走向实质。

【关键词】 公司法功能 公司自治 填补缝隙 多重选项

一、问题的缘起

自 20 世纪中后期以来,受到伊斯特布鲁克与费舍等学者之公司合同理论的影响,公司法的存在意义长期被认为是填补公司合同的“缝隙”(Loopholes),由此彰显的是公司法的“填空”功能。^[1]这一看法根植于经济学的自由主义,放松对公司的管制,增加公司法当中的任意规范,是“填空”功能导向下的必然结果。然而,一旦公司合同界限难以确定或是过于宽泛,公司法的存在必要性就可能被弱化,似有以合同法、财产法以及侵权法调整足矣之错觉。这一无法回避的问题也引起部分法学研究者的担忧或质疑。艾森伯格强烈捍卫公司法当中应设置强行规范之传统立场,并对公司法规范进行了非常有益的类型化分析。^[2]而更多学者,例如比博绍克、戈登、科菲等人都认为,在肯定公司合同理论之立场的同时,公司法中设置必要的强行规范在一定范围内有其意义所在。^[3]深受美国法影响的国家或地区也纷纷对此予以反思,例如日本学者江头宪治郎审慎地指出,相对于充分体现契约自由的闭锁型公司而言,股份公司是否没有必要对章程自治作出必要限制,这是需要时常检讨的。^[4]显然,自公司合同理论兴起以来,法学视域下有关公司法功能的讨论,呈现的是任意规范与强行规范如何设置与

* 作者单位:中央财经大学法学院。本文受“中央高校基本科研业务费专项资金”和“中央财经大学科研创新团队项目”资助。

[1] See Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 *Columbia Law Review* (1989), p.1416.

[2] See Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of Corporate Law*, 89 *Columbia Law Review* (1989), p.1461.

[3] 包括伊斯特布鲁克与费舍、艾森伯格的论文在内,这些学者的论文都是 1988 年在美国哥伦比亚大学召开的“公司法上的合同自由”研讨会的学术成果。See Lucian Arye Bebchuk, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, 89 *Columbia Law Review* (1989), p.1395; Jeffery N. Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, 89 *Columbia Law Review* (1989), p.1549; John C. Coffee Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 *Columbia Law Review* (1989), p.1618.

[4] 参照江头宪治郎《株式会社法》有斐閣、2015 年、p.57.

平衡之争。只不过,公司法同时兼有任意规范与强行规范是制度变迁的必然结果,一国公司法究竟是以何种规范为主,实为不同时期国家对公司发展采取的紧缩或宽松之政策性问题。但就公司法功能这一基础问题而言,过多地进行政策性思考可能并未切中要害。在股东角色多样化引致的投资格局多角化、治理模式多元化等当代背景下,以“填空”为功能导向的公司法在活化公司治理乃至提升一国公司竞争力方面是否过于被动,值得斟酌。

中国的问题兴许还要复杂一些。公司合同理论自引入我国起就对公司法研究产生戏剧性的影响。^[5]新近仍有围绕强行规范与任意规范的边界、公司合同的特殊性等问题展开的专题讨论。^[6]实际上,“填空”功能在我国 2005 年全面修订的《公司法》中得以很大程度的彰显,例如公司章程对于《公司法》列示的规则在诸多场合可“另有规定”。^[7]然而,“另有规定”并没有广泛呈现于实践当中,法律所提供的模本成为绝大多数公司遵行的标准,章程对公司内部权益配置及纠纷处理没有发挥应有作用。以有限责任公司部分涉及“另有规定”的 5 个法条为例,北大法宝录入的 2016 年全年审结的 133 个相关案例中,126 例中的公司章程遵循了《公司法》的规定,公司章程另有规定的仅有 7 例(参见表 1)。^[8]个中缘由,值得深思。诸多纠纷虽根据照搬《公司法》规定的章程得以处理,但由于缺乏对公司特殊问题的针对性回应,纠纷的处理并不意味着问题已然得到妥善解决。真正涉及当事人之间核心利益的安排,则可能通过其他隐秘的甚至规避法律的方式进行。如实践中大量存在的股权代持或名股实债,实际控制人掌控公司而架空依照《公司法》设置的治理结构,乃至以阿里巴巴、百度、京东为代表的海外上市企业构建的仍不被我国资本市场所接受的决策机制等等,种种事例更进一步凸显在功能上过分被动的公司法可能成为商业进步不必要的绊脚石,还可能极大地减损中国市场在全球范围内的竞争力。

表 1 公司章程“另有规定”的案件统计(2016 年)

另有规定	案件数量				
无	126				
有	会议通知 (第 41 条)	表决权行使 (第 42 条)	经理职权 (第 49 条)	股权转让 (第 71 条)	股东资格继承 (第 75 条)
	3	1	1	1	1

问题的出路归根结底可能是需要对公司法的功能进行较为彻底的反思:被动地强调公司自治究竟是不是当前最妥当的立法取向?本文将结合相关基础理论、域外相关立法经验以及本国实践的制度需求对此予以剖析。一个简要的结论是:公司法不能单纯以被动填补缝隙为目的,而需在关键制度领域考虑建构主动提供多重选项的模式;这一从被动到主动的历程,符合公司法进化的现状,对于中国公司法而言也可能更具意义。以“选择”功能代偿“填空”功能的策略需充分考虑公司实践的不同

[5] 其中较具代表性的研究可参见罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社 2004 年版。

[6] 参见黄辉:《对公司法合同进路的反思》,《法学》2017 年第 4 期;蒋大兴:《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》,《法学》2017 年第 4 期;朱慈蕴、沈朝晖:《不完全合同视角下的公司治理规则》,《法学》2017 年第 4 期。

[7] 参见《中华人民共和国公司法》(2013)第 41 条、第 42 条、第 49 条、第 71 条、第 75 条。当然,其中还有诸多规定都赋予了章程自治的空间,这里仅以明确使用了“另有规定”一词的条文为例。

[8] 案件来源:北大法宝案例检索系统,2017 年 3 月 28 日访问。

可能性,在扩充公司自治基础上对各种形式可能存在的弊病及风险进行各个击破,这或许是公司法改革另一段里程的开始。^[9]

二、“填空”功能的症结:过度填补与“缝隙”识别之疑难

公司合同理论将公司视为一系列合同的结节点,由此形成合同束。^[10]这其中推演出来的诸如公司合同是具有长期性的不完备契约、关系契约等观点对于中外公司法学者而言也早已耳熟能详。^[11]然而这里所说的合同,既非单纯的协议(Agreement),亦非具有法律强制力的承诺(Legally Enforceable Promise),而是指称互惠安排(Reciprocal Arrangement)。艾森伯格曾就此提出一个有趣的疑问:既然如此,为何合同束理论要用合同(Contract)一词,而不直接称之为互惠安排呢?艾森伯格自己给出的答案是,合同束理论源于经济学,经济学与法学对合同的定义明显有别;同时,经济学对公司本质的理解更多是在“市场”的语境下进行的,甚至认为公司就是市场力量的产物。^[12]传统观点认为,公司与市场之间存在替代关系,权衡的进路在于分析交易成本。当公司内部的科层权威能比市场合约更节省交易成本时,公司就替代了市场。^[13]公司合同理论在经济学领域绝对具有里程碑式的意义,然而当法学家不经加工地将其用以指导制度建构时,可能就把问题简单化了。

(一)过度填补

当公司与市场被视为同一体系的不同选择时,公司与市场的规则设计也往往呈现出协同性:在公司合同理论的指导下,公司与法院之间关系的处理方式深刻地体现出对市场与政府关系处理方式之路径依赖。市场失灵引致政府干预,公司自治失灵引致司法干预。这在很大程度上就能解释法学界为何如此热衷于探讨公司自治与司法干预之关系,以及由此引申的强行规范与任意规范之区分了。考默萨指出,随着社会对法律和权利的需求不断增长和供应能力的不断降低,人数和复杂性的增长对法院提出了过多要求。^[14]但这种供应能力的降低并非不可逆转的社会发展趋势,立法的理念与技术往往能随着时代进步因应革新。而且,法律的松绑并不会减少人们对制度本身的需求,为了更好应对商业实践而将焦点从立法转向司法的初衷很可能强化了政策在制度供给中的地位。在我国,公司的制度供给主要经由政府职能而非商业惯例加以满足。政策与法律是政府职能实现的两大手段,当制度需求总量恒定时,政策与法律之间的供给量也就呈现此消彼长的态势。完全回归自治的公司法将会如何?依此逻辑,法律应当尽可能地减少对公司的干预,然而因为惯例缺乏而引起的制度需求依然存在,让本应通过法律手段规制的层面转由政策途径予以进行,从而导致政策的过度填补。其实正如皮斯托指出,法律可刚可柔,可命令可授权,对行动可刺激可禁止,对行为人的合作也可鼓励可劝

[9] 有关公司法“选择”功能的原初思考,可参见周游:《公司法上的两权分离之反思》,《中国法学》2017年第4期。

[10] See Michael C. Jensen and William H. Meckling, The Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure, 3 Journal of Financial Economics(1976), p.305, pp.310-311.

[11] 参见罗培新:《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》,《法学研究》2004年第2期;藤田友敬「契約・組織の経済学と法律学」(『北大法学論集』5号、2002), pp.480-433.

[12] See Melvin A. Eisenberg, The Conception That the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm, 24 The Journal of Corporation Law(1999), p.819, pp.822-823.

[13] See Ronald H. Coase, The Nature of Firm, 4 Economica(1937), p.386; Oliver E. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, 22 The Journal of Law and Economics(1979), p.233.

[14] [美]尼尔·K.考默萨:《法律的限度——法治、权利的供给与需求》,申卫星、王琦译,商务印书馆2007年版,第3页。

阻。^[15]故而法律对公司的存续与发展不必然是干涉性的。

同时,司法在应对商业实践时是不是必然优于立法,更值得斟酌。公司法在扩充公司自治空间的同时,对于相关行为合法性的判定并未给予充分的制度回应,这就意味着法官的自由裁量权也相应扩张。有学者警醒,填补缝隙意义上的司法介入很有可能被异化为变相的行政干预。^[16]例如在某股权转让纠纷中,法院即“活用”了所谓的关系契约理论,跳出对单个合同效力判断的常规模式,而直接以“整体合作框架下的一系列安排未能实现”从而导致显失公平为由解除了当事人之间的《合作协议书》。^[17]这其中存在的过度司法干预主要体现为两点:其一,除非能够论证这些合同之间存在不可切割的关联性,否则,无视单个合同的独立性缺乏理据。其二,显失公平是合同可撤销而非合同解除的事由,而合同履行完毕后出现的市场波动属于客观原因引致的投资风险,不能视为显失公平的情形。况且,在处理相关问题时,我们并无类似于域外的商业判断规则,这对法官而言更是严峻考验。^[18]从而,公司法在形式上尊奉的自由主义并未从根本上改变公权对公司的管制。

(二)“缝隙”识别之疑难

既然司法干预的主要任务是对公司合同“缝隙”进行填补,那么首先就应当对是否存在“缝隙”进行识别,而这在实践中恰恰是一道难题,同时也涉及有关默认规则(Default Rule)的思考,具体而言主要包含以下两点。

一是部分接受《公司法》默认规则时的效力判定。例如,根据《公司法》第71条第4款的规定,公司章程可以对股权转让另有规定。倘若章程在股权转让条款中仅规定,“股东对外转让股权应当经其他股东过半数同意”,而对《公司法》第71条有关不同意即需购买、同意即享有优先购买权等内容皆未置可否,那么这些内容究竟对该公司是否有效,换句话说,上述章程究竟是否已然另有规定,就存在争议。倘若公司章程对于某一默认规则完全未作规定,该默认规则对公司发生效力殆无疑义;然而在部分接受默认规则的场合,究竟是当事人明确表示选入的条款才发生效力,抑或是未被当事人选出的条款皆发生效力?我认为,倘若坚持后者的做法,则“缝隙”被人为夸大了。在实践中,当事人在制订章程时往往会参照《公司法》的条文以及公司登记机关提供的模板,虽然默认规则会在章程没有作出另有规定时发生效力,但为了稳妥起见,当事人往往会将默认规则也记载于章程当中,因此前述案例不可能是当事人由于疏忽而没有规定《公司法》第71条的其他内容,亦即不属于“缝隙”。

二是公司章程另有规定本身的效力判定。即便我们能够认定公司章程的确另有规定,那么对其效力进行判定也并非易事。而在应对该问题时,我们又不得不重回强行规范与任意规范之边界认定的老路。例如,司法裁判一般认为对外转让股权是股东的固有权利,公司章程剥夺股东固有权利的规定不具有约束力。^[19]《公司法》的规定在此种场合依然起到填补“缝隙”的作用,这是值得肯定的立场;

[15] See Katharina Pistor, The Law and the Non-Law, 27 Michigan Journal of International Law(2006), p.983.

[16] 参见罗培新:《填补公司合同“缝隙”——司法介入公司运作的一个分析框架》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2007年第1期。

[17] 参见“山西金业煤焦化集团有限公司与沁和投资有限公司、沁和能源集团有限公司、吕中楼、裴晓红、山西金海能源有限公司、谢江股权转让纠纷案”,最高人民法院(2011)民二终字第76号民事判决书。

[18] 虽无明文规定,但司法实践中不少法官在判决中采用了商业判断规则的表述。参见“南京润晖文化传媒有限公司与谷春宁、范加飞损害公司利益责任纠纷案”,江苏省南京市中级人民法院(2016)苏01民终3047号民事判决书;“衡阳市南东有色金属有限公司与湖南安化渣滓溪矿业有限公司、淑浦县华能矿业有限公司侵害股东利益责任纠纷案”,湖南省高级人民法院(2014)湘高法民二终字第73号民事判决书。

[19] 参见“单万有与朱外荣等股权转让合同纠纷案”,湖南省衡阳市中级人民法院(2015)衡中法民二终字第104号民事判决书。

然而股东权利当中究竟哪些属于固有权利,以及如何判定章程对这些权利行使作出另有规定之效力,不无疑问。也正因为公司章程另有规定可能存在诸多不确定性,当事人在制订章程时最保险的做法就是照搬公司登记机关提供的模板,由此助长了商业实践的惰性,也进一步体现出被动强调公司自治可能带来的隐性管制。

三、“选择”功能何以代偿“填空”功能的缺陷

要改变“填空”功能引致的当事人之行为惰性以及公权的隐性管制,妥当的策略是赋予当事人根据自身需求对不同规则的选择权。实际上,公司法自其滥觞起即已在公司组织形式方面显现出微弱的“选择”功能,但这一功能无论是在强调国家意志的管制主义时代还是力求规则松绑的自由主义时代都不存在充分彰显的空间。不过,这在当下已有所改变。一方面,受到股东角色多样化的影响,不同投资者有着截然不同的利益需求,他们在公司及市场当中也可能扮演着完全不同的角色。机构投资者的影响力渐次向公司经营渗透,并深深影响了公司与股东的关系。其中最重要的影响就是在 20 世纪 80 年代催生出所谓的股东行动主义(Shareholder Activism)。这实质上是以机构投资者为代表的要求夺回股东在公司中的权利,并且积极参与公司决策的运动。^[20]当然,亦有诸多投资者设立公司或持有股权纯粹是为了获得财产收益,他们未必看重公司法是否赋予乃至强化其参与公司管理的权利。^[21]由此,投资与投机并存,^[22]追求长远利益的群体也完全可以和只在乎短期利益的群体相互交融。^[23]公司法难以在仅提供一套所谓的标准规则之基础上对不同的投资格局及治理模式予以很好的制度回应。另一方面,基于大数据等因素激发的科技进步,以及考虑到在全球公司治理之功能趋同背景下对于域外机制借鉴的可能性与可行性,立法者要比过往更有能力考虑到实践中业已存在或在一定时期内可能出现的交易模式、运作机制以及风险应对策略,并将其置于《公司法》的相关规定当中以供当事人选择。

当然,本文并不是要全盘否认“填空”功能的意义,而是在此基础上增添公司法的“选择”功能,以提升公司法的价值,故而谓之“代偿”。归结起来,“选择”功能的代偿能力主要体现为以下两个层面。

其一,“选择”功能在很大程度上跨越了强行规范与任意规范界限之争的鸿沟。提供多重选项的公司法将大大增加法条的数量,^[24]从而似有弱化公司自治的错觉,实则不然。公司法的管制性色彩不是表现在法条数量上,关键要看所规定的内容。而在片面强调放松管制的立法理念指导下,我国现行《公司法》的规定较为简略,所谓的尊重商业实践和公司自治其实难以作为在诸多领域仍存在制度空白的妥当理由,这只是将立法的难题转嫁至司法当中,由法院对于相关规则的属性予以评判。这在

[20] See Edward B. Rock, The Logic and (Uncertain) Significance of Institutional Shareholder Activism, 79 Georgetown Law Journal (1991), p.445.

[21] See Stephen M. Bainbridge, Director Primacy and Shareholder Disempowerment, 119 Harvard Law Review(2006), p.1735.

[22] 日本学者较早作出了投机股东与投资股东之样态区分,投机行为赚取的是股权价格波动之差价,因而投机股东关心的是市场行情,而非公司内部治理;而在意持续性收益的股东更关注公司的运作经营,因为理性的股权收益应当与公司业绩存在勾稽关系,这也符合投资之应有范式。参照長浜洋一、平出慶道編『会社法を学ぶ:制度と実態を結ぶ基本テーマの解説』有斐閣、1975 年、p.112.

[23] 在传统公司法理论框架下,由于股东被定位为所有者,更多关注收益回报,往往带有短时性,而不重视公司的长期绩效。但在股东行动主义的影响下,以机构投资者为代表的主体在挑战管理层权威时往往不是基于短期利益的策略考量。See Lucian A. Bebchuk, Alon Brav and Wei Jiang, The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism, 115 Columbia Law Review(2015), p.1085.

[24] 例如日本现行《公司法》有 900 多个条文,且大多数条文规定得非常详细。

没有判例法规则传统的国度无疑增加了解决纠纷的不确定性,也徒增最高人民法院出台司法解释的压力。一旦法律条文为不同场合提供了不同的制度选择,司法过程中的解释压力也相应减轻。同时,法律也可以根据公司的类型、规模等因素对选择权的行使设定若干限制。经由法律提供选项、当事人作出选择的方式,法律的确信性也将大大提升,法官也无需在辨明法条究竟是否为强行规范方面花费过多精力。

其二,“选择”功能促使公司自治从形式走向实质,并激发当事人的主观能动性。“选择”功能之于“填空”功能在法律适用上的重要区别在于未经选入的规则将不对公司发生效力,由此淡化默认规则对公司的影响。默认规则源于合同法,合同种类及内容本来就纷繁多样,合同当事人对于合同条款的制订及实现也具备更高层次的主观能动性。默认规则作为适当补充亦理所当然。^[25]但相比之下,公司法往往只保护明文规定的几类公司,坚持放松管制的思路还可能因为规则的精简导致不同类型公司之间的辨识度降低,在无过多规则指引的条件下当事人对于进行特殊安排将极为谨慎,再加之公司团体性而呈现的网状法律关系,以至于有学者认为合同不自由才是公司法中的合约逻辑。^[26]从本质上说,所谓的合同不自由是公司合同理论指引下自治失灵的必然症结,通过强化公司法的“选择”功能,可以对此加以修补。无论是公司还是公司法律关系的各方主体,在面对制度的多重选项时,都要先行省察自身需求,并主动进行损益分析;在作出若干重大选择前,当事人之间也必然会增加洽谈、商议的流程,而不能、也不会像从前那样被动接受固有的范式,故而也在很大程度上促进了公司内部治理的完善。亦即“选择”功能将通过提升机制形成过程中当事人的参与度来实现公司的实质自治,从而也大大减少了司法在事后对公司事务的过度干预。

总之,“选择”功能是法的指引功能在公司法上的呈现。^[27]这一功能将尽可能地迎合股东角色多样化乃至投资格局多角化、治理模式多元化之发展趋势,所以也将大大提升公司法的适应性与竞争力。

四、“选择”功能在当代公司法进化中的关键呈现

当代公司法进化渐次呈现出焕然一新的面貌。从公司基本框架设计,到股东权利保护,再到公司机关设置优化,域外实践都渐次彰显“选择”功能的重大价值,这对于反思我国公司法的理念与规则而言,实为难能可贵的一次机遇。

(一)公司基本框架设计的制度选择

公司基本框架是指公司从整体上进行的制度考量。具体来说,这主要包含以下两个方面的内容:其一,每一个投资者在进行投资活动时都有不同的客观情况和主观愿望,选择企业法律形式就要根据主观和客观的具体情况,结合法律规定来进行。^[28]其二,章程作为公司宪章,其制定将确定公司内部的组织结构,确立公司管理体制和运行程序,明确股东及公司机关的权利义务关系,^[29]当然也就成为公司基本框架设计过程中的关键环节。

[25] 即便如此,也还有诸多学者对默认规则存在的问题进行了反思,例如有研究认为,默认规则在特定信息结构(Information Structure)当中解决合同问题的效果并不佳。See Alan Schwartz, The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law, 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal (1993), p.389.

[26] 同前注[6], 蒋大兴文。

[27] 在法理学研究当中,指引还分为确定性的指引以及不确定性的指引两类。本文所强调的是不确定性的指引,即通过赋予法律权利,给人们创造一种选择的机会。参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第84页。

[28] 甘培忠著,周洋、周游修订:《企业与公司法学》,北京大学出版社2017年版,第24页。

[29] 同上注,第161页。

1. 公司组织形式。如前所述,有关公司组织形式的规定最早体现出公司法的“选择”功能。在传统规则中,一般是由法律先行规定不同类型公司的设立条件,再由当事人根据自身情况进行选择。疑问在于,可供投资者选择的公司组织形式究竟应当多一些还是少一些。显然,尽可能地提供多重选项理应是制度进化的方向,不过根据公司类型的不同划分方法可能会产生似在减少类型的错觉。例如,受到美国以公司之公开程度作为分类标准的影响,日本于2005年取消有限公司形式,颁行以股份公司为最主要形式的《公司法》,有学者以此论证我国也应效仿其做法。^[30]然而不应忽视的是,在区分公开程度之基础上,日本《公司法》还依据公司规模将股份公司进一步分为大公司及中小公司,可见公司组织形式的复杂程度并未因为类型的统合而有所降低。^[31]同时,在股份公司之外,还设有无限公司(合名会社)、两合公司(合资会社)与合同公司(合同会社)三种类型。其中,合同公司是模仿美国有限责任公司(LLC)之产物。那么,我国是否有必要借鉴日本的做法呢?在此有必要提醒的是,《公司法》在设置公司类型时还需顾及其他既存企业组织形式。日本法上并没有像我国《个人独资企业法》《合伙企业法》等所规定的企业类型,所以日本《公司法》的做法有其特殊性;相反,倘若我国《公司法》也引入美国 LLC 等企业类型,很可能会与既存企业组织形式产出冲突。

继而,有待商榷的另一个问题是,倘若公司未按法律规定依法成立,其存续是否有效。这相当于当事人在采用公司组织形式的同时排除了公司法的适用,故而产生了究竟是公司先于法律存在,还是法律先于公司存在的争论。^[32]从整体来看,大陆法系往往只保护依法成立的公司,^[33]而英美法系则对此持有更为宽容的态度,这也与其所坚持的自由主义一脉相承。^[34]尤其值得注意的是美国公司法与税法结合^[35]的对号入座规则或称打勾规则(Check The Box Rule),该规则用以判断一个企业是否属于标准公司(Pure Corporation),亦即企业进行纳税申报时在社团性、营利性、存续性、统一管理、有限责任及利益自由转让等六个标准上打勾,满足四个以上的即属于标准公司。^[36]这是一项从被动走向主动的制度变迁,其意义与当前我国企业信息主动公开机制相当:官方无需再根据企业主动申请的变更登记进行被动监管,而是通过随机抽查的预防策略来提升企业诚信,而在当下,企业征信体系的构建能借助大数据等科技条件从而更进一步确保策略的有效性。

2. 章程记载事项。放松管制的思路强化了公司章程在处理纠纷时的作用。事实上,当立法过于简略,又过分单纯地强调公司自治时,恰恰不是公司法填补了章程,而是章程填补了公司法。如何在制度设计方面引导投资者更好地制订章程,是影响公司基本框架的另一重要面向。对此,英美法系主要围绕默认规则展开,与之相应,大陆法系的章程记载事项一般可分为绝对必要记载事项、相对必要

[30] 提出类似建议的学者大多以日本的经验作为论据,参见刘小勇:《论股份有限公司与有限责任公司的统合——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示》,《当代法学》2012年第2期;张辉:《中国公司法制结构性改革之公司类型化思考》,《社会科学》2012年第9期。

[31] 类似地,我国台湾地区设有闭锁性股份有限公司,法国设有简易股份有限公司(SAS)等等。

[32] 参见邓峰:《作为社团的法人:重构公司理论的一个框架》,《中外法学》2004年第6期。

[33] 例如根据我国台湾地区所谓“公司法”(2015)第6条、第19条的规定,公司非在中央主管机关登记后,不得成立;未经设立登记,不得以公司名义经营业务或为其他法律行为。

[34] 例如根据我国香港地区《公司条例》(2012)第2条的规定,公司指——(a)根据本条例组成及注册的公司;或(b)原有公司。

[35] 在美国,通过以企业组织法为显性制度和以企业税法为隐性制度的双重调整机制刺激企业组织形式分化具有较好的实践传统。参见周游:《企业组织形式变迁的理性逻辑》,《政法论坛》2014年第1期。

[36] 这一规则的确立自1935年美国最高法院 *Morrissey v. Commissioner* 一案起也经历了漫长的过程。See Steven A. Dean, *Attractive Complexity: Tax Deregulation, the Check-the-Box Election, and the Future of Tax Simplification*, 34 *Hofstra Law Review*(2005), p.405.

记载事项及任意记载事项三类。但我国《公司法》的相关规定极为特殊：第一，必要记载事项与任意记载事项统合于单个法条当中，使得股东会认为需要规定的事项也属于章程应当载明之内容，这是否合乎逻辑值得推敲。第二，相对必要记载事项零散地分布于若干条文当中，也并未明示记载事项的效力如何。^{〔37〕}

绝对必要记载事项的缺失将导致章程无效。在公司合同理论的影响下，减少绝对必要记载事项成为一种主流做法；与此同时，公司法对诸多具体细节将不作列举，而交由公司自行制定，这在一定程度上也是妥当的策略，但止步于此还远远不够。

一方面，极为关键的是，相对必要记载事项的规则设置将更大程度地彰显公司法的“选择”功能。该类事项的记载与否不会影响章程的效力，然其生效只能经章程载明，而不能通过其他途径。我国台湾地区所谓“公司法”第130条的规定即为典型，包括分公司之设立、分次发行股份场合公司设立时之发行数额、解散事由、特别股之种类及其权利义务、发起人所得受之特别利益及受益者姓名都属于相对必要记载事项。^{〔38〕}明确章程相对必要记载事项的内容，能促使当事人在公司法律关系情境下根据公司自身需求并依照程式进行制度安排，也因为这些事项只能通过章程产生效力，就可能在很大程度上降低了当事人通过协议或其他私下交易进行利益安排的概率，这对于减少冲突及处理纠纷都大有裨益。

另一方面，任意记载事项实则也存在两种制度表达：一是完全不作列举，二是进行指引性提示。在公司法完全不作列举的场合，公司根据自身需求自行规定其他事项，这非常考验当事人的实践经验与专业能力。公司法可以对章程中涉及关键领域的任意事项进行指引性提示，指引性提示的内容不必然通过章程产生效力，协议或其他行为可以达到相同效果，由此与相对必要记载事项有所区别。例如美国特拉华州《普通公司法》规定，章程大纲可以规定股东优先认购权、高于法定的表决比例、表决股东责任等条款。^{〔39〕}当然，倘若法律仅仅规定了章程可以规定的内容，却未指明能否通过其他途径进行类似的安排，就可能模糊了任意记载事项与相对必要记载事项两者间的界限，这可能给司法实践带来不必要的麻烦，也是未来修法时务必要注意之处。

但无论如何，对于章程“可以规定”的内容给予适当指引，理应是公司法的一项任务，这也是我国《公司法》较为忽视的方面。现行法几乎没有“可以规定”的规定（累积投票制等是特例），2005年修法也只是大幅度地增加了“可以”的规定，两者区别在于现行法的规定相当于赋予了当事人若干法定权利，这些内容即便未记载于章程也同样对公司及相关主体有效。故而，有关章程记载事项的制度设置，比较妥当的策略可能是：限缩绝对必要记载事项，明确并扩充相对必要记载事项，提示任意记载事项。

（二）股东权利保护的多重选项

股东权利保护需同时关注权利的享有与权利的行使。基于股东角色多样化的影响，在完善股东权利保护规则前需要对传统理念予以革新，其中最为迫切的是重述股东平等原则。我国《公司法》第126条第1款规定，股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。这是

〔37〕 早在1993年《公司法》颁布之后即有学者对于没有相对必要记载事项的规定存有疑虑，并提示制定章程时对法律中仅作原则规定的内容不应遗漏。参见王欣新、朱大旗：《中华人民共和国公司法释义》，中国国际广播出版社1994年版，第22页。

〔38〕 除此之外，还有若干相对必要记载事项的规定分布于“公司法”其他条文当中。参见我国台湾地区所谓“公司法”（2015）第130条。

〔39〕 这些条款可以根据章程大纲以外的可确定之事实予以规定，只要事实对条款产生效力的形式在章程大纲中予以明确即可。See Delaware General Corporation Law (2017), § 102 (b) (3), (b) (4), (b) (6), (d).

股份平等之经典表述。有学者指出,应当对股份平等与股东平等加以区别,前者适用面仅局限在表决权行使等少数场合,扩大适用将引致负面影响。^[40]借由以财产权为基础的股份平等规则对股东提供无差别保护之设想,与股东角色多样化而催生股东对个性化需求及公司对多层次治理之期待产生极大冲突。在公司法的未来发展中,特别股设置不仅不是股东平等原则的例外,相反,这将是实现股东之间实质平等的重要策略。日本《公司法》对股东平等原则之定义值得注意:“股份公司必须按照持股的内容与数量对股东予以平等对待。”^[41]“持股的内容与数量”之表述大大拓展了该原则的射程,^[42]而“平等”也与“同等”有所区别,前者更强调对当事人基于自由意愿而作出之特殊利益安排的尊重,这就使得优先股及其他特别股、双层股权结构等制度构建能与之相契合。

以特别股为例,是否设置特别股属于公司自治的范畴,然而,特别股严重关系到股东权利保护问题,指引性的制度供给实属必要。这归结起来至少包括以下内容:第一,明示特别股种类设置的标准,并尽可能丰富其形态,例如规定公司可根据需要设置优先股、劣后股或其他限制股等;第二,提示不同种类的股东所享有权利的范围,尤其关注利润分配、类别表决权等方面;第三,明确不同种类的股份在发行事宜及公司信息披露义务等涉及程序性规定上可能存在的差异。亦即要发行何种股份是公司的权利,但一旦发行特定种类的股份,就可能附带若干需要遵守的强行规范。日本《公司法》明确列举了股份公司可以选择发行的股份种类,例如包括附取得请求权的股份、附取得条款的股份等,与此同时,一旦选择发行特定种类的股份,章程还必须同时规定《公司法》列举的相关事项。^[43]与此类似,我国台湾地区所谓“公司法”将发行特别股列为相对必要记载事项,并明确规定公司发行特别股时章程应当载明之内容。^[44]相应地,法律可以在适当时期引入双层股权结构等新机制,以供当事人选择;与此同时,法律需设置必要的风险防范规则,当事人在选择适用特殊机制时这些规则也将产生效力。

同时,股东权利的享有与行使是分不开的,法律还有必要在权利行使方面提供必要的指引。以表决权为例,我国《公司法》第42条只是规定了有限公司章程可以规定股东不按出资比例行使表决权,至于股份公司则仍然坚守一股一权规则。表决权行使方式多元化同样是股东角色多样化的体现。当事人可能通过减少自身或增加他人享有的财产利益之方式,以便获得更多的表决权,从而影响乃至控制公司的运营决策;相反,为获得更多财产利益,也可能以限制自身表决权为对价。例如日本和我国台湾地区学界一直非常关注的表决权拘束协议问题,这既可能是大股东用以进一步控制公司的手段,也可能是小股东以此形成影响公司决策的重要力量。^[45]除此之外,包括表决权征集、表决权信托、表决权借用等早在实践中存在的策略选择,立法者宜适时将其纳入到规则当中,当事人在选择适用相关机制时,这些指引性的规定也在很大程度上能起到风险提示的作用。

[40] 参见黄铭杰:《“股东”平等原则 vs. “股份”平等原则——初探股东平等原则复权之必要性及可行性》,《月旦民商法杂志》2011年第31期。

[41] 参照日本《会社法》(2016)109条1项。

[42] 村田敏一「会社法における株主平等原則(109条1項)の意義と解釈」(『立命館法学』6号、2007)、pp.1992-2040。

[43] 参照日本《会社法》(2016)108条。

[44] 参见我国台湾地区所谓“公司法”(2015)第130条、第157条。

[45] 表决权拘束协议一般置于股东协议的范畴内予以探讨,是指“股东与他股东约定,于一般的或特定的场合,就自己持有股份之表决权,为一定方向之行使所缔结之契约”,但其效力在理论和实践中存在较大分歧,例如在我国台湾地区,其“最高法院”屡次否定表决权拘束协议之效力,有学者指出这种做法过分保守,与各国立法趋势背道而驰。参见郭大维:《论股东表决权拘束契约之效力——评“最高法院”九十六年度台上字第一三四号民事判决》,《月旦裁判时报》2011年第10期;森田果「株主間契約(一)」(『法学協會雜誌』3号、2001)、p.402。

（三）“选择”功能与公司机关设置优化

投资者迥然有别的投资需求同样对传统的公司机关设置提出挑战。首先,多样化的机关设置能兼顾不同公司之间各有特色的治理机制,是以特定的企业文化为基础进行的制度考量。^[46]同时,这种制度设计也是基于风险控制的考虑,所谓的风险不仅是指市场风险,还包括制度风险。制度风险很难通过逻辑推理发现,往往经由危机爆发方引起人们注意。例如安然事件后全球对美国制度存在的问题进行了深刻反思。更重要的是,“选择”功能的导入有助于实现不同法系或地域的公司治理结构之间的借鉴与兼容。例如,大陆法系的监事会制度与英美法系的委员会或独立董事制度在功能上类似,倘若法律强制公司必须同时设置这两种制度,则可能引起职权冲突等一系列问题;但对此还存在另外一种路径:法律可将两种制度同时置于规则当中以供选择,两者间相互独立。

我国公司机关设置的主要问题在于其仍带有浓重的管制色彩:公司对于机关设置并没有可选择的空间,而且除了有限公司在股东人数较少或者规模较小场合可只设执行董事和监事以外,两类公司的机关设置规则并无实质性差别。如此一来,预设为中小型非公开公司的有限责任公司同样需要依法构建完整的治理结构,这种过分程式化的要求从成本收益分析视角来看并不可取。例如股东会是否必须在有限责任公司(一人公司、国有独资公司除外)成为一个“机构”,值得商榷;^[47]在监事常形同虚设的情势下,强制公司即便不设监事会也必须设监事,这究竟存在多少合理性,也不无疑问。至于股份有限公司,暂且不论其中也可能存在中小型非公开公司,上市公司的机关设置如今完全体现为法律的强制,公司不仅要依照《公司法》设置监事会,还要根据相关要求设置独立董事。^[48]这样的制度设置看似是起到双重保险的作用,然而不同法系制度间的磨合可能并没有想象中简单,这只是在一个本就没有发挥应有功能的机构基础上再加上一种主要以兼职形式参与监督的角色,而没有冷静思考单个制度本身存在的问题,也可能是公司内部监督失效的症结。

日本《公司法》有关公司机关设置的规定,提供了绝佳的多重选项之样本。这展现的是一种如何既保留原有制度,又不妨碍引入新制度的策略。如图1所示,日本股份公司主要以公司的规模及公开程度作为选项设计的基本考量因素。这其中主要有以下几个重点:首先,监督机关只能在多重选项中选择其一,以防止机关设置的臃肿及职权重叠。例如在公开公司场合,大公司须在提名委员会等、^[49]监查等委员会^[50]及监事会当中进行选择,而中小公司在此基础上还存在只设监事而不设监事会的选项。值得注意的是,有关设置监查等委员会的规定是2014年日本《公司法》修订时增加的内容,这表明制度仍在进化,可供选择的模式并非一成不变。其次,倘若公司选择设置特定机关,则若干本属自由选择设置的机关也必须同时设置。例如无论是何种类型的公司,只要设置了监事会,就必须同时设置董事会,以达到机关之间的制衡效果。最后,从整体来看,中小公司较之大公司、非公开公司较之公开公司而言具有更广阔的选择空间。因此大型公开公司可选择空间最小,且必须设置会计监查人和董事会;中小型非公开公司可选择空间最大,除了必须设置董事以外,董事会、监事会、会计监查人皆

[46] 有关企业文化与公司治理的关系,可参见曾宪如:《公司法制基础理论之再建构》,台湾永法数位文化有限公司2012年版,第335~357页。

[47] 1992年当时的国家体改委颁布了《有限责任公司规范意见》,其第22条规定,公司可设立股东会,也可不设立股东会。

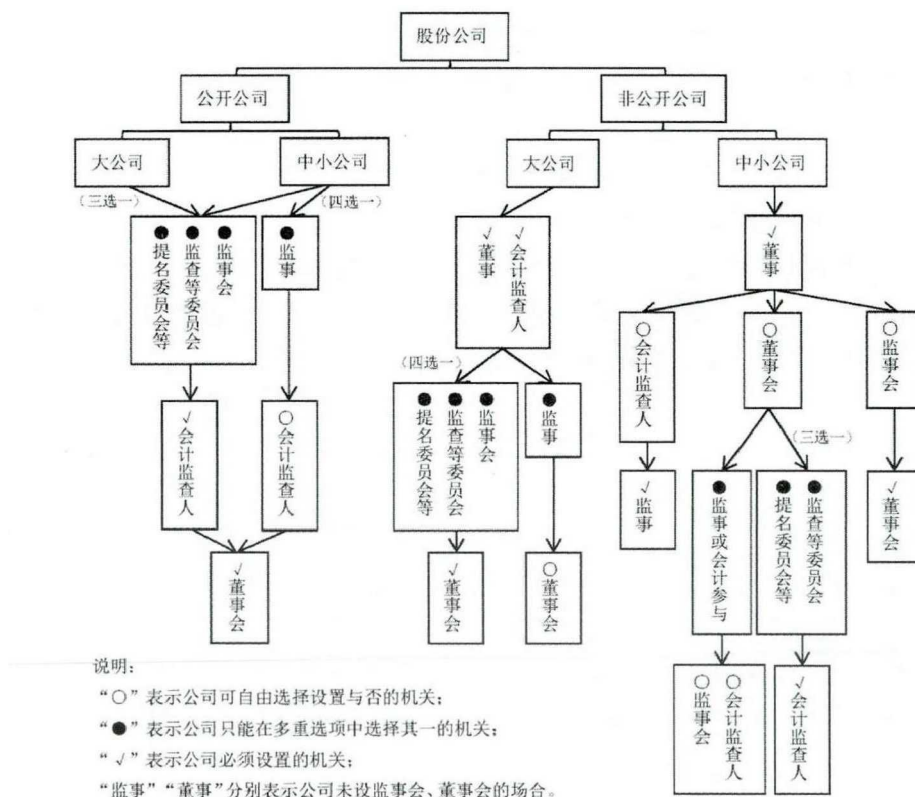
[48] 倘若公司设有薪酬、审计、提名等委员会,独立董事应当在委员会成员中占有二分之一以上的比例。参见中国证监会:《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(证监发[2001]102号)。

[49] 所谓提名委员会等,是指需同时设置提名委员会、监查委员会以及薪酬委员会的情形。

[50] 所谓监查等委员会,与提名委员会等不同,它仅仅是一个委员会,这对公司而言设置成本相对较低,而监查等委员的权限则被强化。

为自由选择设置的机关,当然,其设置也要遵守前两点规则。

图1 日本公司机关设置的多重选项^[51]



此外,为顺应公司法进化潮流,我国台湾地区几乎与日本在同一时期进行了类似的制度实践。根据台湾“公司法”的规定,监察人是必设的监督机关,然而,台湾“证券交易法”对于公开发行公司又提供了另外两种治理结构,一是在董事会中设立独立董事,二是设置审计委员会。^[52]考虑到审计委员会与监察人在功能上的重叠,所以公司只能在监察人与审计委员会两者中选其一。但“证券交易法”还规定,主管机关得视公司规模、业务性质及其他必要情况,命令设置审计委员会替代监察人。^[53]这表明公开发行公司在监督机关设置的选择权方面受到了较大限制。同时,与日本不同的是,由于“证券交易法”只对公开发行公司的治理结构进行了规定,使得非公开发行公司仍必须遵守“公司法”的规定,从而在设置监督机关时别无他选。这也引起学界的质疑与批评。^[54]

当然,日本和我国台湾地区的做法绝非个例。比如在法国,公司既可选择单轨制,也可选择双轨制,公司存续期间还可在两种机制间转换。^[55]不难想象,可选择设置公司机关的模式将成为未来很

[51] 参照日本《会社法》(2016)326-328条。

[52] 参见我国台湾地区所谓“公司法”(2015)第216条、我国台湾地区所谓“证券交易法”(2016)第14-2、14-3、14-4、14-5条。

[53] 参见我国台湾地区所谓“证券交易法”(2016)第14-4条。

[54] 学者建议非公开发行公司之监察人的设置从强行规范改为任意规范。参见公司法全盘修正修法委员会公布的《修法建议》,第3-209页, <http://www.scocar.org.tw/pdf/section3.pdf>, 2017年5月25日访问。

[55] 参见[挪威]马德斯·安登斯、[英]弗兰克·伍尔德里奇:《欧洲比较公司法》,汪丽丽、汪展、胡曦彦译,法律出版社2014年版,第250~255页。

长一段时间公司治理进化的方向。这些实践对我国公司机关设置优化而言无疑具有重要的借鉴意义,归结起来主要有以下几点启示。

第一,规则选项的设计主要以监督为中心。全球公司治理总体呈现的是功能趋同的态势:不管是否存在监事会或是外部董事,不管董事会的职权范围的大小如何,普通公司始终保持“授权—控制—监督”的结构模式。其中,公司究竟要如何监督管理层却不存在唯一的放之四海而皆准的模式,尤其是受到两大法系不同监督体系的影响,监督模式也具有更广阔的选择空间。这对于主要依靠外源性刺激进行法律改革的国家和地区尤为关键,日本为其典例,用以解释中国的情境也恰如其分。

第二,同一公司组织形式不必然需要适用同一套治理机制。传统观念聚焦于公司组织形式的不同导致的制度上的差异,这仅仅是公司法“选择”功能彰显的第一步。更关键的是,公司组织形式仍然是极为笼统和宏观的类型化处理,在同一公司组织形式当中还可能从具体和微观的视角对制度予以进一步的细化,以迎合实践之需。

第三,淡化“必设”机关的观念,促进不同机关设置之间的联动与衡平。要确定一个机关为必设机关,得首先论证其设置的必要性,而不能仅仅为了满足形式上的美感。机关设置的必要性其实是相对的,除了关注公司的公开程度外,还需斟酌公司是否设置其他机关以及这些机关之间的职权划分问题,故而这是基于公司治理质效的考量。

第四,自由度越高的领域,越需要法律提供多重选项。过分强调公司自治的后果可能是在非公开公司或者中小公司场合留下大量制度空白。将这些空白完全交由公司自行填补实际上是一种立法的盲目乐观。必须注意到,由于较少受到资本市场及监管部门的约束,这些公司的管理者在进行经营决策时更多依赖的是个人阅历与直觉;同时,较高的人合性还容易导致当事人在筹备、商谈阶段忽视规则的重要性,一旦发生纠纷却常常因为没有明确的规定而引致裁判疑难。因此,法律在这些场合增加规则的选项实属必要。

五、结语:何为一道好的选择题

一道好的选择题,至少要包括几点特质:首先,以现有条件及能力为基础充分考虑到可能存在的选项。其次,对于任何一个选项可能存在的问题给予必要的规则应对。最后,根据不同情境设置合适的题型。即便都是选择题,亦有单选、多选及不定选之分;结合是否必须作出选择,还可分为限选与任选两大类。总之,当只有一个选项时,是无所谓好坏的;而在商业实践不充分同时对公权过分依赖的情势下,只有一个选项的自由无疑是变相的管制。^[56]以“选择”功能代偿“填空”功能是公司法功能嬗变的当代潮流。不过,既然是“代偿”,就不是完全取消公司法的“填空”功能,而是在现有条件下思考如何融入“选择”功能,以此使得公司法能更大程度地适应商业实践的需要。由此,公司法的实施不再单纯地表现为主体被动接受规则设置的过程,而将充分彰显规则与主体之间的良性互动。

(特约编辑:季奎明)

[56] 戈登指出,立法在放松强制性时应提供必要的规则以供股东“选入”(Opt In),而不仅仅是允许其“选出”(Opt Out)。不过这种传统的“选入”观点往往只要求公司法提供一个选项。同前注[3],Jeffery N. Gordon 文。