



编辑提示:《公司法》和《证券法》作为我国资本市场的重要法律制度,经过多年的发展、完善,在拓宽企业投资领域,改善企业融资环境,保护投资者权益以及构建多层次资本市场体系等方面发挥着重要作用。但由于资本市场的变动不居以及资本市场法律关系的错综复杂,现行《公司法》与《证券法》在实施过程中也发现了很多问题亟待完善。2013年9月7日,由中国人民大学商法研究所主办的“2013年中国资本市场法治论坛:公司法与证券法联动修改的前沿问题”紧密围绕我国当前资本市场改革与发展中面临的新情况、新形势和新问题,从立法论角度对公司法与证券法修改面临的重大热点、难点、争点问题进行了深入研讨。本期特别策划选登论坛部分精彩论文,以飨读者。

建议《公司法》与《证券法》 及三套外商投资企业法联动修改

刘俊海

今年是《公司法》颁布20周年、《证券法》颁布15周年。为鼓励投资兴业,落实转方式、调结构、稳增长、控风险、防通胀、惠民生、促和谐、保稳定的工作方针,笔者在2013年1月30日参加全国人大常委会法制工作委员会召开的十二届人大立法规划专家座谈会时,曾强烈建议将《公司法》修改列入立法规划项目。在中国人民大学商法研究所2013年9月7日召开的“2013年中国资本市场法治论坛”上,广大与会代表也一致呼吁联动修改《公司法》与《证券法》。2013年10月25日,国务院总理李克强主持召开的国务院常务会议强调,改革注册资本登记制度涉及面广、政策性强,要抓紧依照法定程序推进相关法律法规的修订工作。^①笔者认为,此处的“法律”主要是指《公司法》、《证券法》以及三套外商投资企业法。

遗憾的是,在纪念两法颁行之际,虽然《证券法》的修改已列入全国人大常委会于2013年10月30日公布的《十二届全国人大常委会立法规划》,《中外合资经营企业法》、《外资企业法》与《中外合作经营企业法》的修改亦榜上有名,^②但《公司法》的修改尚未列入立法规划。鉴于《公司法》与《证券法》以及三套外商投资企业法是一般法与特别法的关系,笔者认为,为进一步释放改革活力,鼓励投资兴业,加速商事流转,优化资源配置,推动技术进步,创造财富,提高企业的生产效率和社会公众的生活质量,健全我国资本市场法律体系,最终实现富民富国强的中国梦,抓紧推动《公司法》与《证券法》以及三套外商投资企业法的联动修改已经迫在眉睫,刻不容缓。

一、《公司法》与《证券法》联动修改的必要性与紧迫性
(一)修改《公司法》是释放全社会投资能量,激发市场主体活力,实施创新驱动发展战略,打造中国经济“升级版”的需要

公司是市场经济的微观细胞,公司法是市场经济法律体系的核心。宏观经济的质量和活力取决于微观经济细胞的质量与活力。如果说宪法是政治生活中的根本大法,是治国安邦、执政富民的总章程,公司法则则是经济生活中的根本大法,是投资兴业、治企理财的总章程。1993年颁布并于2005年大幅修改的《公司法》的贯彻实施对保障公司、股东及其他利益相关者的合法权益,构建和谐公司法律新秩序(尤其是协调好公司股东与管理层之间、大小股东之间、公司内部人与外部人之间的利益冲突),鼓励投资兴业,维护交易安全,促进社会主义市场经济健康发展,提高我国公司乃至民族经济的竞争力,发挥了重要作用。

毋庸讳言,2005年的《公司法》虽有诸多制度创新,但受制于历史的局限性与过渡性,此次修改难免带有阶段性修改、中度修改的特点,无法满足当前投资兴业活动的立法需求。例如,公司自治原则尚未得到充分体现,仍显僵硬的公司资本制度和登记前置审批程序抑制了投资兴业活动,外商投资企业法与公司法的分割分散的碎片化现象削弱了内外资企业之间公平竞争的制度基础。因此,公司法的修改永无止境,不可能一蹴而就。

改革是我国发展的最大红利,也是立法创新的不竭动力。改革的实质就是变法。改革与变法应当同步推进,

* 该文为教育部2009年人文社会科学重点研究基地重大项目《金融危机背景下的我国公司法现代化研究》(2009JJD820009)的核心研究成果。

[1] http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-10/27/c_117888946.htm.

[2] http://www.gov.cn/jrzq/2013-10/30/content_2518276.htm.

确保经济改革与立法改革同频共振。要全面建设投资者友好型社会,要实现转方式、调结构、稳增长、防通胀、控风险、惠民生、促和谐、保稳定的经济发展目标,必须与时俱进,推出《公司法》的升级版。

(二)修改《公司法》是在投资领域转变政府职能、全面建设服务型政府的需要

十二届人大一次会议通过的《国务院机构改革和职能转变方案》明确提出了改革工商登记制度的大方向:“对按照法律、行政法规和国务院决定需要取得前置许可的事项,除涉及国家安全、公民生命财产安全等外,不再实行先主管部门审批、再工商登记的制度,商事主体向工商部门申请登记,取得营业执照后即可从事一般生产经营活动;对从事需要许可的生产经营活动,持营业执照和有关材料向主管部门申请许可。将注册资本实缴登记制改为认缴登记制,并放宽工商登记其他条件”。^[3]

上述职能转变方案与公司法密切相关。根据国务院制定的路线图与时间表,工商总局会同有关部门于2013年6月底前负责提出将注册资本实缴登记制改为认缴登记制等放宽工商登记条件、实行“宽进严管”的方案,提出修改相关法律、行政法规和国务院决定的建议。中央编办、工商总局会同有关部门于2013年9月底前负责清理工商登记前置审批项目,提出拟取消的前置审批项目和改为后置审批的项目以及加强监督管理的措施,提出修改相关法律、行政法规和国务院决定的建议。^[4]

2013年10月25日,国务院总理李克强主持召开国务院常务会议,专门部署推进公司注册资本登记制度改革,降低创业成本,激发社会投资活力。会议指出,改革注册资本登记制度,放宽市场主体准入,创新政府监管方式,建立高效透明公正的现代公司登记制度,是新一届政府转变职能总体部署和改革方案中又一项重要举措,目的是为了进一步简政放权,构建公平竞争的市场环境,调动社会资本力量,促进小微企业特别是创新型企业成长,带动就业,推动新兴生产力发展。将这一改革举措全面推开,十分必要。这样做不仅顺应广大市场主体的热切期盼,有利于扩大社会投资,巩固经济稳中向好的发展态势,而且符合新技术、新产业、新业态等新兴生产力发展的要求,有利于建设服务型政府,减少对市场的微观干预,保障劳动创业权利,营造良好营商环境,创造更多就业机会,使人民群众在深化改革、不断解放和发展生产力中更多受益。^[5]

鉴于调整公司资本制度的主要法律依据是《公司法》,而非国务院颁布的《公司登记管理条例》,因此国务院有权修改《公司登记管理条例》,但无权修改全国人大常委会颁布的《公司法》。笔者认为,对政府职能转变的改革实践,立法者应满腔热忱地及时通过立法改革予以鼓励与支持,从而早日彻底实现立法规则与政府职能的同步改革与无缝对接,避免立法改革滞后拖住改革的后腿。

实际上,笔者在2013年5月14日参加工商总局召开的工商登记制度改革座谈会时,就曾明确提出改革必须与立法同步推进、必须抓紧启动《公司法》修改程序的立法建议。

(三)修改《公司法》是深化我国经济体制改革、完善社会主义市场经济体制的需要

国务院2013年5月10日批转的国家发展改革委《关于2013年深化经济体制改革重点工作意见》除了重申“改革工商登记制度”之外,还指出要“建立健全覆盖全部国有企业的国有资本经营预算和收益分享制度”;“健全投资者尤其是中小投资者权益保护政策体系”;“推动大型国有企业公司制股份制改革,大力发展混合所有制经济。推进国有经济战略性调整和国有企业并购重组,着力培育一批具有国际竞争力的大企业”;“探索建立与国际接轨的外商投资管理体制”;“建立合格境内个人投资者境外投资制度”。^[6]

上述改革措施触及到的公司资本制度改革、公司登记制度改革、国家股东权利的保护、中小股东权利保护、国有企业公司制改革、外商投资企业制度改革以及投资者跨境保护等热点问题都是公司法的核心内容。

党的十八大报告提出,要“提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力”。为实现改革与法治的协调统一与同步推进,避免脱离法治搞改革的现象,必须抓紧修改《公司法》。

(四)修改《公司法》是推动与保障《证券法》顺利修改与实施的需要

资本市场包括证券发行与交易市场,不仅受《证券法》调整,也受《公司法》规制。例如,上市公司不仅受《证券法》调整,也受《公司法》调整。无论《公司法》,抑或《证券法》,都不是包打天下的“一本通”。从总体上看,《证券法》与《公司法》是特别法与一般法的关系。依据法理,除《证券法》作出特别规定、应予优先适用外,其余事项均应适用《公司法》。有鉴于此,《证券法》第2条第1款明确规

[3] http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhhy/12_1/2013-03/15/content_1784337.htm..

[4]《国务院办公厅关于实施〈国务院机构改革和职能转变方案〉任务分工的通知》,国办发〔2013〕22号。详见:http://www.gov.cn/gongbao/content/2013/content_2371593.htm。

[5] http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-10/27/c_117888946.htm。

[6] http://www.gov.cn/zwgk/2013-05/24/content_2410444.htm。



定,“在中华人民共和国境内,股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易,适用本法;本法未规定的,适用《公司法》和其他法律、行政法规的规定”。

既然《公司法》与《证券法》是一般法与特别法的关系,两法必须联动修改,同步实施,不宜顾首不顾尾。两法之关系,犹如自然人之双手。没有《公司法》的同步跟进,《证券法》的修改必将陷入孤军奋战的境地,缺乏《公司法》升级版的有效支撑。倘若新《证券法》在《公司法》修改前仓促出台,必然沦为日后《公司法》修改的羁绊。倘若早产的新《证券法》确认不合理制度,即使立法者想在《公司法》中纠偏也将无能为力。倘若《公司法》的既有内容需要纳入《证券法》,一旦新《证券法》抢先出台,立法者也将无法在两法之间进行内容的增减和调节。可见,两法联动修改是提升《证券法》修改与实施质量的关键。

(五)两法联动修改是推进资本市场改革、发展多层次资本市场的需要

要发展多层次债券市场,要整合当前由证监会监管的公司债券市场、国家发改委监管的企业债券市场与中国人民银行监管的银行间票据市场三足鼎立的债券市场规则与监管制度,必须修改和完善《公司法》第7章“公司债券”的相关规定。

要完善上市公司治理结构,就需要强化《公司法》第6章“公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务”,充实第4章“股份有限公司的设立和组织机构”中有关公司治理的规定,尤其是扩写第5节“上市公司组织机构的特别规定”。现行第5节规定仅有5个条款,略显单薄(第121条至第125条)。

要对国有股推行优先股制度改革,必须细化《公司法》第5章“股份有限公司的股份发行和转让”中有关种类股份尤其是优先股的制度规则。笔者建议,除法律另有特别规定的产业领域外,国有股原则上应当界定为无表决权的优先股。

2013年8月16日发生的光大证券的乌龙指事件暴露出了光大证券的内控制度在严密性与可操作性方面存在的重大漏洞。但是,公司内控的有效性的缺失并非个案,而具有一定的普遍性。鉴于公司内控制度是横跨公司治理与公司财务会计的重要制度设计,建议《公司法》将公司内控制度纳入调整范围。无论将公司内控制度纳入《证券法》,还是纳入《会计法》,均有不妥。

(六)《公司法》与《证券法》联动修改是对我国成功立法经验的继承与发展

2003年7月18日,全国人大财经委成立证券法修改起

草组。根据2003年立法规划,全国人大常委会将于同年12月审议《证券法修正案草案》。实际上,全国人大常委会推迟至2005年4月24日进行一读审议。有人误以为,证监会主导制订的证券法修订稿在全国人大财经委和法工委审议环节遇到了较大争议,争议无法在证券法修改小组内部得到解决,导致了证券法修订工作进展缓慢。殊不知,个中主因在于《公司法》与《证券法》的联动修改。

笔者当时力主放缓《证券法》修订步伐,实现两法联动修改。笔者2003年12月接受《中国证券报》采访时更加明确主张,“对证券市场而言,2004年最主要的立法项目是修改好《公司法》和《证券法》。两法修订应遵循以下思路:一是联动修改,同步进行;二是归零思考,全面修正,不是小改,而是进行全面修改;三是宜细不宜粗,增强法律可操作性;四是提高任意性规范比重,减少不必要的强制性规范”。^[7]

全国人大常委会先于2005年2月25日一读审议《公司法修订草案》,后于2005年4月24日一读审议《证券法修订草案》。2005年10月27日,两法的升级版顺利联袂出台。对两法联动修改的成功经验,立法者不可不察。

二、建议原则废除形而上学的法定最低注册资本制度

2013年10月25日,国务院总理李克强主持召开国务院常务会议强调,推行注册资本登记制度改革,就是要按照便捷高效、规范统一、宽进严管的原则,创新公司登记制度,降低准入门槛,强化市场主体责任,促进形成诚信、公平、有序的市场秩序。首当其冲的改革措施是要放宽注册资本登记条件。除法律、法规另有规定外,取消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)的首次出资比例和缴足出资的期限。公司实收资本不再作为工商登记事项。其次是按照方便注册和规范有序的原则,放宽市场主体住所(经营场所)登记条件,由地方政府具体规定。^[8]这是对传统的最低注册资本制度的颠覆性改革,应当成为我国新《公司法》的核心制度创新。

所谓最低注册资本制度,是指公司成立时股东缴纳的注册资本不低于立法者规定的最低限额。最低注册资本制度滥觞于欧陆立法传统,最典型的立法例就是《欧盟第二号公司法指令》第6条第1项规定:“为使公司得以设立或者开业,成员国法律应当规定实际认购股本的最低数额。此种数额不得低于25000欧元”。日本1990年修改《商法典》时,借鉴该指令和某些欧陆国家立法经验引入

[7] 浩民:“刘俊海:2004法治化将加速前行”,载《中国证券报》2003年12月30日。<http://www.china.com.cn/chinese/OP-c/471207.htm>。

[8] http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-10/27/c_117888946.htm。

了最低注册资本金制度。我国台湾地区《公司法》亦授权主管部门规定最低资本金制度。

受大陆法系最低注册资本制度的影响,我国1993年《公司法》第23条和第78条规定了最低注册资本。为打造平民化公司法,鼓励包括下岗职工和农民在内的社会公众投资兴业,2005年《公司法》第26条第2款不再根据不同产业分别规定公司最低注册资本,并大刀阔斧地将有限公司最低注册资本统一降至3万元,但法律法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的除外。为降低股份公司的设立门槛,把股份公司制度重塑为公众投资者可望可及的公共产品,该法第81条果断地将股份公司注册资本最低限额由1000万元人民币降至500万元人民币。

存在者皆有其存在理由。任何制度设计皆有背后的理念和逻辑。最低注册资本制度也不例外。一些国家将债权人保护的希望寄托于被神化的最低注册资本制度。美国在20世纪70年代末之前也曾存在最低注册资本制度。倘若公司在开业前没有收到最低注册资本,公司董事会要对公司债务承担连带责任。只不过美国各州最低资本门槛不高。多数州确定为1000美元,有些州确定为500美元,有些州则规定不得低于授权资本的特定比例。但最低注册资本制度一直饱受诟病,主要理由是该制度未充分考虑到不同公司的特定资本需求,难免有主观臆断之嫌。此外,20世纪50年代的1000美元的含金量随着通货膨胀等因素的变化,到了20世纪80年代就大打折扣。^[9]

鉴于立法者主观臆断、闭门造车的最低注册资本制度不但在保护债权人方面效果不彰,压抑投资创业活动有余,《美国模范商事公司法》在1969年一鼓作气废除了最低注册资本制度。受其影响,美国诸州在20世纪70年代开始步其后尘。从理论上说,股东只需投入1美分的股权资本,即可在现今绝大多数州设立公司。^[10]这一改革潮流显然有助于鼓励社会投资。倘若某股东投入的股权资本显著不足,导致公司资本显著不足(undercapitalization),严重损害债权人利益,公司的债权人亦可请求法院揭开公司面纱,责令该股东对公司债务承担连带清偿责任。

在最低注册资本制度诞生摇篮的欧洲大陆,最低注册资本制度的实质功能也开始遭到质疑。欧盟委员会于2001年9月成立的公司法高层专家组经过深入研究,在《欧洲公司法的现代调整框架》中一针见血地指出,最低注册资本不足以确保公司具备开展经营活动所需的财力资源。他们认为,最低注册资本制度的唯一功能在于阻止

人们兴高采烈地设立公司,因为他们必须在设立公司前筹集最低资本。问题是,这种功能是否构成保留最低注册资本的充分理由。如果答案是否定的,改革思路只有两种选择:要么废除最低注册资本制度,要么大幅提高最低注册资本门槛。鉴于资本形成与维持原则旨在保护债权人,他们建议采取更有效保护债权人的变通措施。^[11]笔者预言,欧盟在未来有望逐渐废除最低注册资本制度。

在日本公司法修改和法典化过程中,曾有三种立法建议:一是股份有限公司与有限责任公司均采300万日元;二是将两种公司的最低资本金调至300万日元以下;三是对最低注册资本金不作规定。步美国之后尘,并受欧盟未来最低注册资本制度改革思潮的影响,2005年日本《公司法典》毅然废除了最低注册资本制度。作为日本邻国,我国立法者对此不得不察。

我国2005年新《公司法》大幅下调公司最低注册资本门槛的选择是正确、理性的,但是仍打着阶段性、过渡性、妥协性的烙印。殊不知,作为虚拟数字的公司注册资本不简单等同于现实具体的公司的实有资产。实际上,形而上学的最低注册资本制度在实践中无力阻止失信之人采取虚报注册资本等方式滥设公司,却能把胸怀创业梦想的诚信人群尤其是中低收入阶层挡在公司制度之外,致使公司沦为“高富帅”、“白富美”等高收入阶层与个别失信者的“垄断专利”。此外,我国社会信用状况也在不断改善,债权人自我保护意识也在不断增强,普通产业领域的公司最低注册资本已然很低。

为从根本上消除立法者闭门造车的苦恼,进一步降低公司设立门槛,有效地鼓励中低收入阶层投资创业,笔者建议立法者及时回应国务院的公司注册资本制度改革,认真借鉴《美国模范公司法》等先进立法例,对最低注册资本采取原则废止、例外保留的态度。除非法律和法规对公司注册资本实缴另有规定,任何单位和个人都不得以注册资本限额作为公司的市场准入条件。具体说来,新《公司法》应当一举废除各产业领域、各类公司组织形式(包括有限责任公司与股份有限公司)的法定最低注册资本制度,仅在法律和行政法规另有规定的情形例外予以保留。此种例外领域包括但不限于商业银行、保险公司、证券公司与基金管理公司。

三、稳步推进由资本实缴制转变为资本认缴制的注册资本登记制度改革

除了原则废除最低注册资本制度的门槛,2013年10月25日的国务院常务会议还强调,不再限制公司设立时

[9][美]R.W. 汉密尔顿:《公司法》(第4版),中国人民大学出版社2001年版。

[10]同上注。

[11]A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts, Brussels, 4 November 2002.



股东(发起人)的首次出资比例和缴足出资的期限;公司实收资本不再作为工商登记事项;并推进注册资本由实缴登记制改为认缴登记制,降低开办公司成本。在抓紧完善相关法律法规的基础上,实行由公司股东(发起人)自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等,并对缴纳出资情况真实性、合法性负责的制度。因此,新《公司法》应当顺乎改革潮流,积极稳妥地将注册资本实缴登记制改为认缴登记制,并放宽工商登记其他条件,设计出兴利除弊兼顾的“宽进严管”新制度。

主要市场经济国家的公司注册资本的缴纳制度有三种立法例:(一)股东在公司成立之前一次性全部认缴注册资本、并在公司成立之前一次性实缴全部注册资本的严格资本制度;(二)股东在公司成立前一次性全部认缴注册资本、在公司成立前实缴部分注册资本、在公司成立后分次实缴其余注册资本的折中资本制度;(三)股东在公司成立之前只需认缴注册资本但无需实缴注册资本、在公司成立后按照公司章程或者股东约定分次实缴注册资本的自由资本制度。

我国2005年《公司法》第26条第2款规定,有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额;公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的20%,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足,投资公司可在5年内缴足。可见,我国2005年《公司法》废除了1993年《公司法》确定的第一种立法例,采取了温而不火的第二种立法例。

我国《公司法》的下一步改革应当采取第三种立法例。为突出注册资本制度改革的鲜明主题,建议将此次认缴制改革定位为继续推进服务型的一次认缴、分次实缴制改革。换言之,此次资本制度改革的实质是对2005年《公司法》中资本制度改革的继承与发展。

根据2013年10月25日的国务院常务会议的精神,建议新《公司法》不再限制公司设立时股东(发起人)的首次出资比例和缴足出资的期限;不再将公司实收资本列为工商登记事项。这意味着,公司股东(发起人)有权依据意思自治原则,自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等,并对缴纳出资情况真实性、合法性负责。因此,注册资本实缴登记制改为认缴登记制的核心有二:一是充分尊重股东(发起人)的意思自治;二是充分保障股东认缴及实缴出资信息的真实性、准确性、完整性。

股东有权自由决定首次实缴出资额的出资比例以及末次实缴出资的期限。2005年《公司法》规定的首次实缴出资额的出资比例以及末次实缴出资的期限较为僵硬。为鼓励中低收入者投资兴业,建议彻底放宽首次实缴出资额的出资比例以及末次实缴出资的期限。股东可自主

约定注册资本的实缴期限,但不得长于公司营业期限,也不得约定为无期限。

建议取消《公司法》第26条有关全体股东首次出资额不得低于注册资本20%以及注册资本实缴期限不超过2年和5年的限制。建议取消原外经贸部与国家工商局于1988年1月1日联合发布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第4条之限制:“合营合同中规定一次缴清出资的,合营各方应当从营业执照签发之日起六个月内缴清。合营合同中规定分期缴付出资的,合营各方第一期出资,不得低于各自认缴出资额的15%,并且应当在营业执照签发之日起三个月内缴清”。建议废除《外资企业法实施细则》第30条规定之限制:“外国投资者可以分期缴付出资,但最后一期出资应当在营业执照签发之日起3年内缴清。其中第一期出资不得少于外国投资者认缴出资额的15%,并应当在外资企业营业执照签发之日起90天内缴清”。

鉴于公司注册资本并非债权人保护的唯一手段,发起人在办理公司设立登记时,无需提交验资报告,也无需登记实收资本。虽然公司实收资本无需列入公司法定登记事项,并不禁止公司自愿前往公司登记机关办理备案,并将备案实收资本作为营业执照记载事项。公司向登记机关办理实收资本备案时应提交验资报告,并向社会公示之。

注册资本认缴登记制应普适于各类公司,既包括有限责任公司,也包括股份有限公司;既包括股权多元化的公司,也包括一人公司;既包括发起设立的股份有限公司,也包括以公开募集和定向募集方式设立的股份有限公司。

为盘活资源存量,让创造财富的源泉尽情涌流,建议进一步放宽出资形式限制,鼓励出资形式多元化。我国2005年《公司法》第27条综合采用列举和概括的方式,大幅放宽股东出资方式:“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”。《企业财务通则》第14条也规定:“企业可以接受投资者以货币资金、实物、无形资产、股权、特定债权等形式的出资。其中,特定债权是指企业依法发行的可转换债券、符合有关规定转作股权的债权等。企业接受投资者非货币资产出资时,法律、行政法规对出资形式、程序和评估作价等有规定的,依照其规定执行。企业接受投资者商标权、著作权、专利权及其他专有技术等无形资产出资的,应当符合法律、行政法规规定的比例”。因此,债权、股权、采矿权、探矿权等物权均可作价出资。

但2005年《公司登记管理条例》第14条禁止股东以劳

务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等6种非货币出资方式。鉴于劳务、商誉与特许经营权的客观商业价值,建议允许股东以劳务、商誉与特许经营权作价出资,盘活市场资源,强化公司信用,最终造福广大债权人。为尊重股东自治,建议放宽非货币出资比例,取消《公司法》第27条第3款有关货币出资不得低于注册资本30%的僵硬规定,允许股东出资全部采用非货币出资形式。

四、建议更加重视交易安全,创新债权人长效保护机制

2013年10月25日的国务院常务会议既注意鼓励投资兴业,也强调对交易安全的维护。会议强调将企业年检制度改为年度报告制度,任何单位和个人均可查询,使企业相关信息透明化;建立公平规范的抽查制度,克服检查的随意性,提高政府管理的公平性和效能;大力推进企业诚信制度建设。注重运用信息公示和共享等手段,将企业登记备案、年度报告、资质资格等通过市场主体信用信息系统予以公示。推行电子营业执照和全程电子化登记管理,与纸质营业执照具有同等法律效力。完善信用约束机制,将有违规行为的市场主体列入经营异常的“黑名单”,向社会公布,使其“一处违规、处处受限”,提高企业“失信成本”。会议还要求各地区、各有关部门要密切配合,加快制定完善配套措施。各省级政府要按照统一标准和规范,抓紧建设本地区的市场主体信用信息公示系统。工商行政管理部门要优化流程,完善制度,确保改革前后管理工作平稳过渡。要强化企业自我管理、行业协会自律和社会组织监督的作用,提高市场监管水平,切实让这项改革举措“落地生根”,进一步释放改革红利,激发创业活力,催生发展新动力。^[12]这为创新债权人保护机制指明了方向。

法乃公器。负责任的立法者必须一碗水端平,公允对待公司的所有利益相关者,包括但不限于投资者、债权人与劳动者。投资兴业与交易安全同等重要。二者既有一致的一面,也有相互冲突的一面。投资鼓励措施往往要求放松对公司资本制度的严格管制,但在客观上也会对债权人保护带来新挑战。立法者设计顶层制度时,必须统筹兼顾,既要鼓励投资,也要关注债权人冷暖,维护交易安全,促进商事流转,实现兴利除弊并举。立法者要创新债权人创新保护机制,既要健全事先风险防范机制,也要强化事后权利救济机制。

虽然资本认缴制是一种允许与鼓励股东先上车后买票的新型制度设计,但股东“吹牛也要上税”。由于股东认缴的注册资本在公司成立之处不必现实缴纳,有人开始担心一些不理性、不诚信的投资者为了误导投资者可能会认缴天价的虚高注册资本。笔者认为,此种担心是正常

的,但是没有必要。从法理上看,股东认缴注册资本的行为构成了对社会公众与广大潜在债权人的承诺。认缴注册资本虽然在公司成立之时不必缴纳,但迟早是要缴纳的。倘若公司资不抵债、陷入破产偿债程序,曾经信誓旦旦地认缴天价注册资本的股东就必须在其承诺的认缴注册资本的范围内对公司的债权人承担连带清偿责任。因此,笔者敦促所有投资者在认缴注册资本时量力而行,适度承诺;否则,便会陷入作茧自缚的窘境。可见,资本认缴制度下的公司实际上是股东以其认缴注册资本对公司债务承担连带清偿责任的新型公司组织形式。正因为如此,笔者不认为资本实缴制改为资本认缴制后会滋生大量投资者肆无忌惮虚报天价注册资本的巨大公司虚设泡沫。

阳光是最好的防腐剂,灯泡是最有效的警察。严格的法定资本制尤其是最低注册资本制度的设计本意是善良的,旨在确保公司“优生优育”,事先为债权人提供预防式保护。但由于该制度无法从根本上消除投资者的机会主义行为,加之公司信用信息的严重不透明,此种事先预防机制在实践中经常失灵。相反,即使债务人公司的注册资本微薄,股东认缴的股权资本亦未缴纳完毕,债权人只要能及时、真实、准确、完整地采集与分析债务人公司的资本信息、财务状况、经营情况及其他信用信息,也能睿智地选择诚信交易伙伴,淘汰失信公司。因此,公司注册资本认缴制的确立与最低注册资本制的废除并不必然损害债权人利益。换言之,债权人保护的关键不在于形而上学、貌似高额、实则空虚的注册资本,而在于债务人公司的透明度及其公信力。这就需要建立理性债权人教育制度,提高债权人自我保护意识,增强债权人获取与分析公司信用信息的能力,降低信息搜索与加工成本,彻底破除对最低注册资本制度的迷信与过渡依赖。

为鼓励公司诚信经营,遏制公司失信行为,降低交易成本,控制交易风险,必须抓紧完善公司登记信息包括年检信息查询制度、公司财务信息披露制度与公司信用记录查询制度。我国当前信用体系建设存在碎片化现象。既有中国人民银行征信中心的基础信用数据库,还有民间征信机构的征信信息系统,更有工商部门的经济户籍库。建议把产品质量、食品安全、工商登记、税收缴纳、工资支付、社保缴费等信息纳入诚信体系建设,实现诚信体系从碎片化到完整统一的过渡,以降低社会诚信风险。当务之急是,以工商部门的经济户籍库为基础,全面深度整合工商部门、央行、税务、公安、海关、法院等国家机关的各类诚信数据库,早日实现公司各类诚信建设数据库之间的互联互通与无缝对接,最终建成全国统一的跨地域、跨部门、跨产业、信息共享、快捷高效、24小时全天候、360度全

[12] http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-10/27/c_117888946.htm.



方位的用户友好型的公司信用信息数据库。任何公众和债权人皆有权免费、快捷地通过在家中或者办公室点击电脑鼠标,自由查询公司及其法定代表人的海量信息。

公司登记信息的搜集与加工本身不是目的,而是造福信息终端用户,尤其是广大债权人(包括潜在债权人)的手段。建议立法者与公司登记机关高度重视解决公司登记信息的查询难问题。2005年《公司法》第6条第3款授权公众向公司登记机关查询公司登记事项,并要求公司登记机关提供查询服务。但某些地方工商局在实践中无理拒绝公众(含律师和记者)查询公司登记信息的查询难现象普遍存在,阻碍了当事人及其代理律师的民事诉讼活动,也人为加大了新闻媒体对公司违法失信行为的监督难度。为保护公众知情权与查询权,各级公司登记机关必须遵循建设服务型工商局的理念,及时向公众提供快捷高效的公司登记信息查询服务,切实提高工商登记行为透明度,坚决扭转某些地方工商局的懒政、惰政与怠政现象。

在公司注册资本认缴制的框架下,债权人不应再过度夸大、迷信、崇拜甚至痴迷于注册资本的作用。担保制度(包括独立保函制度)在维护交易安全方面大有可为。当务之急是,抓紧整合《公司法》、《物权法》、《担保法》与《合同法》中有关公司担保的制度资源,消除担保制度漏洞,切实增强担保手段的真实性、合法性与充分性。建议在国内外商事交易中承认独立保函制度。

债权人也要善于对担保行为开展尽职调查,在审查各类担保手段时慎之又慎。倘若担保公司章程规定了对外担保限额或决策程序,债权人就要审慎地审查担保公司的章程、股东会或董事会决议的真实性与合法性,尽到具有普通伦理观念和智商的理性人在同等或近似情况下应有的审慎、注意和技能。当然,这种审慎的形式审查并非严格的实质审查。债权人倘若对担保公司的章程和公司决议进行了合理审慎审查,但仍无法发现决议文件虚假或无效的事实,即使股东会或董事会决议在担保合同签署后被法院撤销或确认无效,也不影响善意债权人与担保公司签署的担保合同的效力。

为统一裁判思维,避免同案不同判的现象,建议《公司法》对公司法定代表人越权签署的担保合同的效力作出明确规定。《合同法》第50条规定的越权代表制度旨在维护交易安全,在法定条件下例外将法定代表人的越权代表行为视为有权代表行为,并对其签署的合同赋予法律效力。债权人被推定为善意相对人,但担保公司有相反证据时可以推翻。倘若担保公司能够证明债权人并非善意相对人,则担保公司法定代表人的越权代表行为无效,其越权签署的担保合同亦归于无效。担保公司要举证证明债权人并非善意相对人,只要将法定代表人越权签署

的担保合同的内容与公司章程规定的决策程序、决策权限与担保限额作一简单对比即可完成举证责任。倘若债权人能证明自己已对担保公司的章程与相应决议进行审慎审查,且仍未能发现担保公司法定代表人的越权代表瑕疵,则担保合同对担保公司产生拘束力。倘若债权人拒绝或怠于认真审查担保公司法定代表人的越权事实,则担保公司有权拒绝承担相应的担保义务。

虽然防患于未然是至善境界,但债权人由于信息占有不对称、市场结构不均衡等因素,仍会不可避免地陷入失信陷阱。为确保受害债权人获得及时公平的权利救济,必须完善对失信公司及其关联失信者的责任追究机制。这种对债权人提供事后救济的后端控制模式,与事先预防机制(前端控制模式)相辅相成,缺一不可。与曾长期作为核心前端控制模式的法定资本制尤其是最低注册资本制相比,秋后算账的后端控制模式既体现了对债权人权益的充分保护,也不妨碍中低收入投资者投资兴业,堪称兴利防弊的最佳制度选择。

随着公司注册资本认缴制的普遍推行,各类优秀的诚信公司将会脱颖而出,但失信公司及不肖投资者也会潜滋暗长。建议立法者完善揭开公司面纱的制度设计,明确实体法与程序法中的相关争点问题,理顺《公司法》第20条第3款与第64条之间的相互关系。建议最高人民法院通过司法解释与指导案例等方式,提高揭开公司面纱制度的可操作性与可诉性。建议强化瑕疵出资股东与抽逃出资股东对公司债权人的清偿责任,将最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第13条与第14条规定的瑕疵出资股东与抽逃出资股东对公司债权人的补充清偿责任改为“连带清偿责任”。建议确认失信评估机构和审计机构对公司债权人的连带清偿责任。

市场有眼睛,法律有牙齿。“市场有眼睛”侧重保护债权人与社会公众事先与事中的知情权,“法律有牙齿”则强调保护受害者事后的索赔权。法律的牙齿包括民事责任、行政责任与刑事责任。建议立法者进一步理顺三大法律责任之间的相互关系,实现三大法律责任之间的无缝对接。虽然投资兴业中的债权债务纠纷难以杜绝,只要上述两大机制得以扎根发芽,债权人保护力度就会不断增强,而不会削弱,我国目前严进宽管的花瓶制度就可以平稳过渡为宽进严管的长效机制。

五、废止有限责任公司制度,建立大小公司区分立法的新框架

我国《公司法》既要锦上添花地鼓励以国有企业为代表的大型企业做大做强,打造商业领域的“航空母舰”,也要雪中送炭地鼓励中小企业尤其是小微企业破茧而出,茁壮成长。这就需要立法者为不同规模的企业量体裁衣,

分别立法。我国《公司法》虽区分有限责任公司与股份有限公司,但仍未能精准体现大中小微企业的差异化制度需求。症结在于,我国《公司法》只有一部,但现实生活中的公司成千上万,而每家公司的产品和服务、盈利模式、发展战略、资本规模、股东人数、投资理念、公司文化和经营规模又千差万别。为早日终结“小孩穿大鞋”的现象,立法者应区分公司的类型与规模,并对不同类型公司作出不同规定。例如,大公司的行为规范应尽量统一,而中小微企业的行为规范应尽量具有弹性,以包容和鼓励更高层次的公司自治与股东自治。

我国现行《公司法》先将公司分为股份有限公司与有限责任公司,又把股份有限公司分为上市公司与非上市公司,非上市公司又有公众公司与非公众公司之别。此种划分留下了两大悬疑问题:一是非上市股份公司与有限责任公司的实质区别究竟有多大?立法者究应如何廓清两者边界,这些边界的正当性何在?二是非上市公众公司与上市公司虽区别甚大,却适用《公司法》中的相同公司治理规则,令人费解。此种制度设计与立法者潜意识地将股份有限公司误以为上市公司有一定关系。

其实,有限责任公司未必是小公司,股份有限公司也未必是大公司。1892年德国《有限责任公司法》的调整对象定位于中小企业,而《股份公司法》的调整对象锁定为大公司。我国现行《公司法》继受了德国的立法理念与制度设计。首先,有限责任公司最低注册资本低于股份有限公司。其次,立法者在确认公司资格性的基础上,揉进了公司的闭锁性元素与股东间的人合性元素,老股东在其他老股东向公司外部第三人转让股权时享有知情权、同意权与优先购买权。由以上制度设计可以推知立法者的立法思维是,有限责任公司的资本规模、股东人数和经营规模均逊于股份有限公司。但从我国公司实践来看,有限责任公司并非都是公司侏儒,股份有限公司也并非都是公司巨人。许多有限责任公司的资本规模和经营规模超过了股份有限公司。

有限责任公司与股份有限公司的简单划分还制造了中等规模公司的立法真空,限制了股东的投资自由。既然立法者假定有限责任公司为小公司,股份有限公司为大公司,介于其间的必为中型公司,而且数量不菲。遗憾的是,立法者仅对公司族群中的一头一尾(大公司与小公司)作了规定,而对介乎其间的中型公司视而不见,致使此类公司在公司类型法定主义的框架下要么胎死腹中,要么被迫从事脱法行为乃至违法行为。由于股东人数超过50人、最低注册资本又不足500万元,这些投资者面临

诸多困惑:由于股东人数突破了有限责任公司股东50人的上限,他们不能成立有限责任公司;由于其出资能力有限,公司注册资本远远低于股份有限公司的法定最低注册资本,他们也无法成立股份有限公司。为规避恶法条款,投资者要么通过股权代持协议,把名义股东数量压缩为50人以下,把众多隐名股东推到名义股东身后,进而削足适履地注册成立有限责任公司;要么打肿脸充胖子,通过虚报注册资本方式,拔苗助长地注册成立资本虚空的股份有限公司。但无论哪种方式,均遗患无穷,要么在隐名股东与名义股东之间埋下争股夺权的地雷,要么误导债权人、破坏交易安全。

有限责任公司制度肇始于德国1892年《有限责任公司法》。区分有限责任公司与股份有限公司是德国的立法创造。而在没有继受德国有限责任公司制度的立法例(例如美国各州及受其影响的公司法)则不采取有限责任公司与股份有限公司的分类调整模式,而采取对各类公司统一调整、但适度区分公众公司(publicly held corporation)与闭锁性公司(closely held corporation)的立法思路。即使继受德国有限责任公司制度的立法例也开始反思并修改有限责任公司与股份有限公司分别调整的立法模式。我国台湾地区学者亦承认,该地区“公司法对公开性公司(如上市上柜公司)与闭锁性公司(如一人公司)之定位不明,以致无法针对公开发行人公司及中小企业之相异需求,量身订作而加以规范”。^[13]

笔者建议立法者大胆废止有限责任公司制度,一举废除有限责任公司与股份有限公司的两分法。以其股份是否在证券交易所公开流通为准,股份公司分为上市公司与非上市公司;以其股份是否公开募集为准,非上市公司分为开放型公司与闭锁型公司。立法者应针对不同类型的公司,设置不同的公司治理规则和其他行为规则。现行公司法框架下的有限责任公司则纳入股份有限公司中的非上市公司予以调整。当然,立法者应授权股份有限公司章程自由增加人合性元素,自主设定股权对外流转时其他老股东的优先购买权。

值得注意的是,笔者主张废除有限责任公司制度的构想已在学界引起共鸣。例如,笔者与王保树教授在2013年4月1日接受《法制日报》采访时,均认为我国的有限公司和股份公司并无本质区别,并主张将公司分为封闭公司和公众公司最为适当。^[14]

六、在大力推进“先证后照”制度改为“先照后证”制度的同时,全面深化审批制度改革

在经济生活中,行政许可项目的过多过滥直接束缚

[13]财团法人万国法律基金会,《公司法制全盘修正计划研究案总报告》,台北:自印1992年版。

[14]周芬棉:“现行法律将公司分为有限和股份两类,专家称修订公司法需重构公司分类”,载《法制日报》2013年4月1日。



了投资兴业的步伐。行政许可项目不但铺天盖地,而且耗时耗力,造成巨额公司资源包括金融资本与人力资本在公司获得行政许可之前的巨大浪费。而且,从法律逻辑上看,公司发起人必须在启动公司设立登记手续之前完成全部行政许可申领程序。这在逻辑上是混乱的。既然公司尚未取得企业法人资格,没有独立的权利能力、行为能力与责任能力,安能取得行政许可,何以与银行签订借款合同、与劳动者签订劳动合同与不动产权利人签订房屋租赁合同?

党的十八大报告指出,要在“更大程度更广范围发挥市场在资源配置中的基础性作用”;“经济体制改革的核心问题是处理好政府和市场的关系,必须更加尊重市场规律,更好发挥政府作用”。基于简政放权、放松管制、加强监管的理念,《国务院机构改革和职能转变方案》指出,对按照法律、行政法规和国务院决定需要取得前置许可的事项,除涉及国家安全、公民生命财产安全等外,不再实行先主管部门审批、再工商登记的制度,商事主体向工商部门申请登记,取得营业执照后即可从事一般生产经营活动;对从事需要许可的生产经营活动,持营业执照和有关材料向主管部门申请许可。

为尊重公司自治,鼓励公司创新,理顺公司设立流程,提高公司设立效率,建议《公司法》和行业管理法以壮士断腕的勇气,大胆废除不必要的公司准入许可项目,并将例外保留的全部行政许可项目由登记前置改为登记后置。当前,我国投资兴业制度的改革涉及两个难点问题:一是将公司注册资本实缴制改为认缴制;二是将发起人股东首先前往行业主管部门领取行政许可、然后前往公司登记机关领取企业法人营业执照的制度(以下简称“先证后照制度”)改为公司发起人首先前往公司登记机关领取企业法人营业执照、然后前往行业主管部门领取行政许可的制度(以下简称“先照后证制度”)。

值得注意的是,先证后照制度向先照后证制度的改革绝不是简单的行政审批制度与行政登记制度在时间维度上的机械位移,而是全面削减和约束政府审批权、全面重构公权力、大幅提升政府公信力的重大制度创新,蕴含着改革创新巨大正能量。

首先,先照后证制度可以提升公司的存活率,降低公司设立成本,促成公司尽快开展商事活动。该制度有助于确保发起人股东在最短的时间内从公司登记机关取得企业法人营业执照和企业法人主体资格,进而名正言顺地与利益相关者开展经营活动,开展从事获得行政许可之前的其他开业筹备工作。即使在获得特定市场主管部门的行政许可之前、或者公司最终未能获得行政许可,公司就可以光明正大地开展法律法规不禁止、且不属于行政许可范围的任何经营活动,从而鼓励公司生产商品、提

供服务,创造财富和积累财富。

其次,先照后证制度可以倒逼行政审批部门的审批制度改革。此即先证后照制度产生的多米诺骨牌效应。笔者认为,公司登记机关全面提速公司登记效率、快捷发放企业法人营业执照的改革举措和巨大成效必然会倒逼和引发行政审批部门的一系列审批制度改革。既然公司登记机关能够实现发起人股东当天注册、数日内甚至当天即可取得企业法人执照,行政审批部门耗时几个月、甚至数年的马拉松审批局面倘若依然如故,则公众与媒体必然颇有微词。因此,行政审批部门只有积极推进三项改革举措:一是以壮士断腕、刮骨疗毒的勇气与魄力,大幅取消一切阻碍投资兴业的行政许可项目,既可取信于民,又可从制度上消除钱权交易的腐败土壤;二是对于例外需要保留的行政许可项目也要自证清白,主动论证保留行政许可项目的必要性、正当性、合法性、科学性、公平性、合理性、可操作性、副作用与负能量,并以海纳百川的魄力与善意主动征求消费者、投资者与专家学者的话语权;三是对已经被公众和法律确认为必要、正当的行政许可项目,全面提速审批效率,缩短审批时限,彻底实现网上审批。

七、大力弘扬股权文化,完善上市公司投资者权益保护法律体系

资本是财富之母。资本市场的温度取决于投资者的幸福指数。要推动我国资本市场和谐永续健康发展,必须大力培育股权文化,全面建设投资者友好型社会。当前我国资本市场暂时处于低迷的症结并非资金之匮乏,而是信心、诚信与法治之匮乏。而这些匮乏都可归结为股权文化之不彰。实践已经并将继续证明,大力培育多赢共享的股权文化,全面建设投资者友好型社会,是我国资本市场尽快摆脱亚健康状态的政策抉择,是我国资本市场可持续发展的重要保障,是我国资本市场存在与发展的根本宗旨,是提升上市公司治理水平的关键点,是贯穿我国资本市场发展、改革、创新、监管与稳定的主旋律。弘扬股权文化不仅是法治工程、规范工程与监管工程,也是规模宏大的发展工程、民心工程、和谐工程。

股权文化的核心内容有六:(一)股东主权;(二)股东平等;(三)向弱势股东适度倾斜;(四)股东民主;(五)股东诚信;(六)多赢共享。要大力弘扬股权文化,必须进一步建立健全投资者友好型的法律体系、行政监管体系、公司治理体系、司法救济体系、社会监督体系和投资者维权教育体系。

建议以同步修改《公司法》与《证券法》为契机,全民升级投资者友好型的法律体系。弘扬股权文化作为法律的灵魂,应当贯穿于公司法与证券法。不仅资本市场的基本法律(如物权法、信托法、证券投资基金法)要弘扬股权

文化,其他配套法律(如包括合同法、侵权责任法、民事诉讼法、行政诉讼法、行政程序法、仲裁法、税法)也要体现投资者友好型的价值取向。要提升我国资本市场的国际竞争力,必先提升我国资本市场法律的国际竞争力,进一步增强法律的公正性、统一性、包容性、开放性、前瞻性、可操作性、可诉性。为加大投资者保护力度,建议在《公司法》与《证券法》中增设股东权保护的专章,并在条件成熟时制定《投资者权益保护法》。

为强化股东的分红权,建议法律对具备可分配利润的上市公司采取强制分红的政策,要求上市公司将可分配利润的1/2以上用于现金分红。当然,如果能够把控股股东界定为无表决权的优先股,立法者也可以不强制分红,但分红的决定权应当交给由广大中小股东参加表决的股东大会决议。

为鼓励股民依法维权,遏制证券欺诈行为,建议把惩罚性赔偿制度从消费领域引入投资领域,鼓励一大批疑假买假的“王海”式投资者向欺诈者提起惩罚性赔偿诉讼,鼓励中国版本的“浑水公司”运用做空机制和揭露上市公司欺诈真相的方式把资本市场中的浑水搅得更清澈。

鉴于全面推出投资者友好型的法律改革要遵守《立法法》规定的三度审议的期限限制,为尽快提振投资者的投资信心,建议国务院尽快出台《关于加强投资者权益保护的若干问题的决定》。

要依法重构投资者友好型的行政监管体系。投资者友好型政府是和谐资本市场的重要特征。弘扬股权文化,资本市场监管者责无旁贷,更要以身作则。监管者要带头尊重、敬畏和保护投资者权益,进一步强化服务型政府和法治政府的意识。为改善和加强我国投资者权益保护工作的统一协调,建议成立国务院投资者权益保护委员会。在证券市场的“三公”秩序受到践踏、投资者权益和信心严重受挫时,监管者要旗帜鲜明地与广大投资者站在一起。我国社会主义市场经济体制虽已建立,但尚不完善。当前,我国资本市场还存在不理性、甚至失灵的现象。当契约自由、市场博弈机制失灵或被强者滥用时,监管者就不应迁就畸形的契约自由与市场博弈,而应挺身而出,康复契约正义,完善公平交易与自由竞争机制。当市场主体慎独自律、市场理性自治时,政府就应减少干预;当市场主体丧失理性、市场失灵时,政府干预必须到位,以康复市场功能。

要依法重构投资者友好型的公司治理体系。公司治理的关键在于妥善处理股东与经营者、控制股东与非控制股东、公司内部人与公司外部人之间的利益关系。上市公司经营者要牢固树立敬畏股权的股东主权意识,要全面尊重广大股东尤其是中小股东的各项权利,尤其是知

情权、决策参与权、分红权、监督权等。经营者要时刻对投资者心存感恩心态,真正做到诚实守信,勤勉尽责。对控制股东与非控制股东,经营层要一视同仁,并主动关心处于相对弱势地位的非控制股东。证券公司与基金管理公司等中介机构在向投资者提供服务时,也要树立投资者本位的经营理念,并加强细节管理,完善内控措施。

要重构投资者友好型的司法救济体系。没有救济,就没有权利。在民事、行政与刑事三大法律责任之中,民事责任立于基础性地位。股权文化应成为法官和仲裁员裁判投资者权益争讼的重要裁判思维。人民法院应对投资者权益争讼案件采取“开门立案、凡诉必理”的积极态度,在立案、审理、判决和执行诸环节充分体现公正、快捷的原则,重点解决立案难、执行难的问题。鉴于投资者权益争讼案件量大面广、专业性强,建议在法院内部设立专门合议庭审理投资者权益争讼案件,加强对法官的资本市场法律业务培训,培养一大批德才兼备的资本市场法官队伍。法官在裁判活动中应当慎思明辨,求索规则;析案以理,胜败皆明;平等保护,关怀弱者。

要重构投资者友好型的社会监督体系。团结就是力量。为进一步推进投资者权益保护事业,建议建立投资者协会制度,由中国证监会负责指导组建中国投资者协会。投资者协会要充分借鉴消费者协会的成功工作经验,切实发挥好投资指导、投资纠纷调解的投资者维权职责。投资者协会可代表公众投资者提起公益诉讼。投资者协会还可与上市公司协会与证券业协会开展对等谈判,共同协商制定资本市场的执业规范、伦理规范和纠纷解决机制,彻底消除“霸王合同”的根源。要满腔热忱地鼓励新闻媒体和自媒体根据自负其责、理性文明的原则对侵害投资者权益的行为开展监督。要允许和鼓励投资者通过做空机制和揭露失信行为获得合法利润,并为公众投资者权益保护工作提供具有价值的案件线索。

要重构投资者友好型的投资者维权教育体系。资本市场是信心市场。加强投资者教育工作对刺激投资信心具有重大意义。投资者教育的核心是弘扬股权文化,主旨在于帮助广大投资者成为成熟理性的投资者,全面树立科学、睿智、理性、合规、文明、审慎、价值与诚信的投资意识。广大投资者在选择投资目标时要自觉树立“三品合一”的投资理念,破除对技术分析和亲朋好友推介的迷信与依赖,重点关注上市公司的产品(包括内在品质与外在品牌)、企品(企业的综合竞争力与社会责任感)与人品(董监高、控制股东与实际控制人的价值观与道德操守)。投资者既要大胆行使与维护权利,也要珍惜与严肃对待权利。要强化投资者的法律风险防范思维,自觉识别和抵制欺诈等失信行为。个别投资者痴迷于内幕信息,要么卷入内幕交易,要么遭受虚假信息之苦,教训十分深刻。要



进一步拓宽投资者教育客体。决不能把最容易侵害投资者权益的行为人排斥在投资者教育活动之外。受教育者既包括广大投资者,也包括上市公司、控制股东、董监高、证券公司、基金管理公司与中介机构。“投资者教育”不应被狭义地理解为“教育投资者”,而应被理解为“有关投资者权益的教育”。为避免歧义,建议把投资者教育更名为“投资者维权教育”。

八、外商投资企业立法与公司立法应尽快并轨

为推进中国(上海)自由贸易试验区加快政府职能转变,探索负面清单管理,创新对外开放模式,国务院总理李克强8月16日主持召开的国务院常务会议讨论通过了拟提请全国人大常委会审议的关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区等国务院决定的试验区域内暂停实施外资、中外合资、中外合作企业设立及变更审批等有关法律规定的决定草案。^[15]这表明,现行三资企业法的存在已经在一定程度上阻碍了我国社会主义经济体制改革的进一步深化与对外开放范围的进一步扩大。而治本之策是废除三套外商投资企业法,将外商投资企业纳入《公司法》升级版的调整轨道。

在邓小平同志改革开放思想的指引下,我国自1979年开始陆续颁布了《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》和《外资企业法》,制定了诸多配套法规和部门规章,从而在1993年《公司法》出台之前建立了三套外商投资企业法体系。外商投资企业法为我国吸引外来资本、技术和先进管理经验,维护外国投资者合法权益提供了法律保障,也为我国1993年《公司法》的出台和国有企业进行公司制改革提供了制度标杆。例如,外商投资公司的董事会制度、注册资本制度、投资者有限责任制度基本上奠定了我国有限责任公司制度的雏形。

外商投资企业立法迄今经历两次大规模修改。第一次是20世纪90年代,第二次是21世纪初。为优化外商投资环境,放宽市场准入条件,赋予中外合营企业更大经营自主权,全国人大1990年4月4日修改了《中外合资经营企业法》,增加国家征收条款、修改董事长任命条款、降低企业享受税收优惠的门槛、允许企业自由选择开户银行。我国在加入WTO之前,根据我国承诺与WTO规则尤其是《与贸易有关的投资措施协议》再次对外商投资企业法进行修改,废除了外汇收支平衡条款、本地含量条款、对外资企业出口实绩的强制性要求以及企业的生产计划备案条款,简化了企业设立的行政审批程序。

由于外商投资企业立法先于《公司法》出台,大多数外商投资企业又是有限责任公司,致使《公司法》与外商投资企业法在内容上存在许多冲突。为理顺法律适用关

系,1993年《公司法》第18条与2005年《公司法》第218条均将公司法视为一般法,将外商投资企业法视为特别法。据此,《公司法》与外商投资企业法规定不同时,优先适用外商投资企业法;《公司法》没有规定、外商投资企业有规定时,优先适用外商投资企业法;《公司法》有规定、外商投资企业无规定时,补充适用《公司法》;《公司法》外商投资企业法均无规定时,适用《公司法》的基本原则(如资本多数决定原则、股东平等原则)、商事习惯和公司法理。法院和仲裁机构裁判有关外商投资企业纠纷时,也应根据上述精神确定裁判依据。

2005年《公司法》第218条虽有进步,仍滋歧义:“有关外商投资的法律另有规定的,适用其规定”中的“法律”究竟仅指法律,抑或包括行政法规、部门规章、地方性法规在内的各类立法文件?为澄清该条涵义,理顺《公司法》与外商投资企业法在公司审批登记管理环节的适用关系,国家工商总局、商务部、国家外汇管理局与海关总署2006年4月联合印发了《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》。

融入并引领经济全球化是我国经济走向全球化的必由之路。平等善待国内外投资者已成我国立法改革的潮流。1999年新《合同法》的出台终结了《涉外经济合同法》、《经济合同法》与《技术合同法》的三足鼎立局面,在合同法领域确立了中外合同主体的平等原则。我国曾对内外资企业实行不同税收制度:1991年《外商投资企业和外国企业所得税法》仅适用于外商投资企业与外国企业,而1993年《企业所得税暂行条例》仅适用于内资企业。为落实国民待遇原则,2007年《企业所得税法》一举废止了《外商投资企业和外国企业所得税法》与《企业所得税暂行条例》的二元格局。我国既然在合同法和税法领域能贯彻中外平等原则,在企业法领域也不应例外。

通过股权信托和股权代持规避内外资企业法律的现象值得关注。一些外商投资者通过股权信托方式,按照我国《公司法》在我国设立有限责任公司而非外商投资企业。而一些中国投资者通过股权信托方式,按照外商投资企业法在我国境内设立外商投资企业。一些中国投资者不远万里到开曼群岛和维尔京群岛及我国港澳地区注册境外公司,然后返回我国大陆成立外商投资公司。笔者在仲裁实践中,许多外国公司的控制股东和实质股东具有中国国籍,且实际居住在中国大陆。但由于外国公司的注册地在海外或港澳地区,仲裁机构送达仲裁文书也旷日持久。股权信托现象催生了名义股东与隐名股东的分离现象,也引发了投资者是否因涉嫌规避法律而导致公司设立无效的争议。由于外商投资企业曾比内资公司享有

[15] http://www.gov.cn/jdhd/2013-08/16/content_2468379.htm.

额外税收优惠,人们有充足理由谴责“假合资”现象。从我国法治改革长远目标看,过去仅向国外投资者开放的许多市场领域也将逐步向国内投资者打开大门。

基于投资者国籍而对内外资企业分别立法有其产生的历史背景,在对外开放政策刚刚启动之时通过立法昭告天下,也是正确的。但随着时间的推移,内外资分别立法的思路违反了公司平等与股东平等的原则,容易诱发制度间的不当竞争,徒增公司与股东等公司利益相关者的守法成本,降低了投资兴业效率。为在投资领域落实国民待遇原则,笔者在1998年参加商务部(原对外经济贸易部)召开的外商投资企业法改革座谈会时曾建议立法者坚持国民待遇原则,废止外商投资企业法,将所有外商投资公司全部纳入公司法调整轨道,打造统一公司法、普通公司法、一般公司法,适时废止与普通公司法相抵触的立法文件。遗憾的是,直至2005年《公司法》修改之时,由于立法改革的阶段性特点,立法者仍维持了内外资分别立法的格局。殊不知,不必要的制度设计重叠是立法技术粗糙的表现,是立法败笔。不必要的制度设计冲突则直接违反了市场经济中的平等原则,与我国加入WTO后应采用的国民待遇原则更是背道而驰。

鉴于2005年《公司法》是统一公司法、普通公司法,而非狭义的内资公司法;鉴于现行外资企业法的某些特别规定不符合国际惯例,也落后于我国现行公司立法,为鼓励和规范外商投资,建议立法者尽快废止外资企业法,实现外资企业法与《公司法》的并轨,赋予外商投资企业国民待遇。凡涉及外商投资企业的设立、组织机构、股东权、合并、分立、破产、解散、清算和财务、会计等事项,均与内资公司一体纳入《公司法》调整,立法者不应、也不必作出与《公司法》相重叠、相抵触的规定。简言之,传统的外商投资企业法应被统一《公司法》所取代。为贯彻平等原则,建议拓宽我国的投资者范围,允许中国自然人与外国投资者出资设立中外合资经营企业或中外合作经营企业。不采取法人形式的外资企业虽不能适用《公司法》,但可分别纳入《合伙企业法》、《个人独资企业法》和《合作社法》的调整范畴。当然,针对外商投资的特殊性,立法者可制定《外商投资促进法》。该法不是商法中的组织法,也不是公司法的特别法,而是经济法中的促成型干预法,具有浓厚的公法色彩,主要规制允许、限制、鼓励、禁止外商投资的产业政策,以及政府鼓励外商投资的经济杠杆。

九、修改《公司法》的其他建议

建议立法者充分运用信息技术,打造电子化公司法。近代公司法是马车时代与蒸汽机时代的产物。而当今世界是互联网世界。方兴未艾、无远弗届的信息技术与互联网技术的诞生与推广,催生了波澜壮阔的电子商务与电子政务浪潮。美国《模范商事公司法》和诸州的公司法均

与时俱进,及时将电子技术和先进技术手段转化到公司法律关系之中。2005年日本《公司法典》的电子化使命也已基本完成。我国《公司法》也应奋起直追,充分运用现代信息技术手段,降低公司的设立、运营和治理成本。公司与股东间的意思表示可以采用电子形式。公司向股东发送通知,既可采取纸质版形式,也可根据股东请求采取电邮、微博或微信形式。股东可请求查阅电子版的公司帐簿、财务会计报告或审计报告。公司召开股东会、董事会及其专业委员会、监事会的会议时可采用互联网技术。身在天涯海角的股东、董事与监事完全可以通过网络会议技术而直接出席会议,提出问题,参与辩论,进行表决。简言之,公司治理的各个环节均可插上电脑技术与互联网技术的金色翅膀。

建议立法者授权仲裁机构按照仲裁协议积极受理公司争讼。公司法律关系当事人运用一裁终局的仲裁方式化解纠纷,具有省时、省事、省力、省钱、省心、保密的优点。仲裁机构的服务性、民间性、专业性、独立性、自治性与包容性等六大竞争优势决定了,仲裁在公司争讼金字塔体系中居于公信力最高的地位。现行《公司法》对仲裁方式语焉不详的主要原因是,立法者在2005年修改《公司法》时沿袭了1993年《公司法》的立法思维,而1993年《公司法》出台之时《仲裁法》尚未诞生。建议立法者深入研究仲裁制度的魅力,大力弘扬仲裁文化,在《公司法》中明文赋予仲裁机构在裁决公司争讼中的法律地位,明确将仲裁途径列为公司争讼的重要解决途径。为避免法院与仲裁机构间的管辖真空,建议确立股东代表仲裁制度。当债权人公司与债务人公司存在仲裁协议,而债权人公司的董事会或监事会拒绝或怠于对债务人公司主张权利时,债权人公司的股东有权以自己为申请人、以债权人公司为实际受益人、以债务人公司为被申请人向仲裁机构提起股东代表仲裁。

此外,建议立法者确认控制股东对公司和其他股东负有诚信义务,明确控制股东的赔偿责任范围和责任追究机制;完善一人公司制度,将一人公司制度引入股份有限公司领域;妥善处理公司法与相邻法,尤其是证券法、国有资产管理法、劳动法、刑法等法律之间的相互关系,并对相邻法作出相应的修改与完善(如刑法中的虚报注册资本罪、抽逃出资罪等);并不断改进立法技术,提高立法质量。

笔者希望并相信,我国新一轮的《公司法》与《证券法》的联动修改与全面修改必将为鼓励投资兴业、维护交易安全、推动国民经济稳定增长奠定坚实的法治基础,立起不朽的历史丰碑!

(作者单位:中国人民大学商法研究所)