

我国公司治理法律制度的 弊端检讨及完善路径

邹小琴

(山东政法学院民商法学院 山东济南 250014)

内容提要: 我国的公司治理立法呈现出割裂性、矛盾性与过渡性的特征,问题并不在于立法模式的选择,而在于立法体例的设计不当。目前的最佳解决途径是改变既有的公司立法体例,抛弃有限责任公司和股份有限公司的传统分类,将公司分为开放型公司和封闭型公司来有针对性地设计公司治理制度。规则应进一步细化,仅仅对开放型公司强制规定公司内部治理制度,对封闭型公司则赋予更多的自主权,由股东在章程中自由进行公司组织机构的设置。通过立法体例的改革和规则的细化来满足私法对自由价值的追求和商主体对成本的控制,保障公司营利性目标的实现。

关键词: 公司治理 股东本位 效益 代理权

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.01.009

在现代社会的市场经济体系中,市场的运行大多依托公司这一主体来实现。公司作为最为活跃也最为关键的市场主体,其法律制度的优劣与完善程度对于一国经济发展的重要影响是不言而喻的。然而,我国目前的公司治理立法制度却表现出了强烈的不适应性。为应对日趋繁荣的国内经济发展及日益紧张的国际资本竞争,如何完善我国公司治理法律制度的立法无疑是当前一个现实且紧迫的问题。

一、我国公司治理法律制度的弊端与困境
公司的内部机构设置与权力分配主要由公

司治理制度来完成,公司治理立法的科学性直接影响着公司的价值选择和目标实现。现代各国的公司治理结构基本上都是围绕公司组织机构权利分配与制衡的基本原理而设计的,但是各个国家出于法律文化传统及现实国情的需要,在公司治理具体规则的设置方面存在着较大差别。例如,英美法国家在公司治理制度的设计方面追求效率,德国模式关注利益相关者的权益实现,日本模式则具有综合性与变通性的特征。虽然目前并没有一种绝对优越并具有普适性的公司治理制度,但是法律文明成果在

作者简介:邹小琴(1980—),女,汉族,湖北荆门人,山东政法学院民商法学院副教授。

本文为山东省社科规划项目“商事审判的理念更新与机制创新研究”(项目编号:16CFXJ13)的中期研究成果,亦为山东省“十二五”高校重点人文社科研究基地山东政法学院“民商事法律与民生研究中心”建设项目资助成果。

本质上具有相通性,优秀的制度与成功的经验均值得我们借鉴。我国公司治理制度以日本模式为基础进行设计,后期又借鉴了美国公司法律制度,力求规则的完美与多样,但是兼采众人之长却并未达到预设目标,反而饱受立法混乱的困扰。由于制度的不体系性,我国公司治理法律制度存在割裂性、矛盾性和过渡性特征。

首先,治理机构职能的交叉重叠给公司运行带来了困扰。原有的分权模式将监事会定位于监督职能的实施者,而董事会则被定位于业务执行者。为了迎合公司治理模式的国际发展趋势,也希望通过双重监督加强公司的监督职能来清除我国的公司治理积弊,我国又引入了英美法国家的独立董事制度。根据中国证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》(2001年8月16日发布)的规定,上市公司的董事会中必须设置有独立董事,负责对公司内部董事进行监督和制衡。此项规定改变了原有公司法中的监督制衡模式,形成了双重监督制度,公司的监督事项由监事会与独立董事共同负责。立法者的本意是希望多重的监督能够规范公司的运作,保障公司的健康发展,但是理想中完美的双保险却造成了实践中监督权能的虚化与推诿。集合了世界上最优秀经验的公司治理立法,本应该是趋利避害、更为优越的,但是现实效果却不尽如人意。显然,法律制度的多维度移植带来了目前中国公司治理模式的割裂性。由于缺乏整体的制度安排,公司治理立法体系混乱,职能交叉重叠,优秀制度的移植产生了本土不适应性。

其次,公司治理法律制度的设计不能满足多样化的需求。现行《公司法》无视不同公司的治理需求,规定了同一的公司内部治理结构和治理规则,立法缺乏适应性和选择性,公司立法与实践的脱节很大程度上也根源于此。^①我国目前的《公司法》将公司分为有限责任公司和股份有限公司,未能充分考虑到公司类别的差异,在立法上也没有过多体现公司治理规则的实质性差异。具体而言,我国立法对所有公

司统一适用了分权模式,即引入法人治理结构的概念,在公司中设置股东会、董事会和监事会三个职能机构,对资本所有者、公司经营者以及公司监督者之间的权责关系进行规制,以此来规范公司内部不同利益相关者之间的付出与回报、利益与风险、激励与约束等问题。问题是,不同公司的股权结构与经营模式可能存在很大的差异,“一刀切”地强制要求公司按照分权的模式建立公司组织机构是不合理的。特别是对于股份有限公司而言,上市公司与非上市股份有限公司的股权结构和经营方式可能存在较大的差别,不同类型公司的需求可能各异。然而现有立法却并没有在公司组织机构的设置方面体现差别性安排,也无法满足公司在内部组织机构设置方面的多样性需求。

二、我国公司治理法律制度产生弊端的原因

不可否认,公司治理模式是一国公司治理制度的框架和基础,其对公司治理制度有着重大影响。然而,我国公司治理法律制度的弊端是否归因于立法模式的不当选择呢?笔者从公司治理模式的检讨开始分析。

(一) 对公司治理立法模式的探析

目前世界上主要存在三种公司治理立法模式。第一种是英美法系模式。该模式只设立股东会和董事会,不设监事会,董事会兼具经营与监督的双重职能,负责公司的经营管理决策与监督事项,监督职责具体由独立董事承担。第二种为德国模式。在公司组织机构的设置方面,采取监事会下设董事会的模式,由监事会来管理董事会。监事会由股东代表和雇员代表共同组成,其理念就是由资本和劳动的供给者合作执掌公司。后期即使德国陆续进行了相关立法的制订与修订及制度的创新,德国公司治理的二元制结构稳固依旧。第三种为日本和我国所采用的分权模式,在权利分离的预设基础之上设置公司内部治理机制,整体体现为金字塔式结构。此外,日本近年来为了适应股份公司

^① 参见刘俊海《新公司法的制度创新:立法争议与解释难点》,法律出版社2006年版,第421页。

多样化的特点,还设计了多样化的公司治理结构供公司自由选择。^②这种允许公司在限定范围内自由选择的治理模式,也有学者将其称作第四种立法模式。^③

不同的国家出于法律文化传统及现实国情的需要,创设了各具特色的公司治理立法模式。目前并没有一种绝对优越并具有普适性的公司治理模式,不同的公司治理模式均有利弊。首先,英美法模式为了追求效率,在董事会人员的组成方面采取内外结合、相互监督和制约的方式。该模式将股东利益最大化作为衡量公司治理效率的标准,需要完善的金融市场,对配套环境的需求也较高。股份的相对分散性环境、诚信的市场外部环境和成熟的市场激励机制等都是移植英美法模式的必要条件。我国目前各类公司规模不一,股权并不绝对分散,职业经理人制度和观念也有待进一步发展完善。因此,贸然抛弃现有的立法模式而选择英美法模式是冒险的行为。其次,德国模式强化监督职能,对董事会行严格监督,需要有完善的工会制度和职工参与的自觉精神,对配套环境的要求也很高。正是由于拥有发达的工会制度,监事会吸纳劳方参与监督,德国模式才可以有效地达到权利的监督与平衡,避免类似美国安然公司这样的恶性事件发生。对此,我们必须清醒地认识到,依照我国国情,我们无法照搬德国模式,否则只能带来制度移植的本土失灵。最后,日本三权分离的模式既能体现资本的需求,又能兼顾公司的经营效率与权利制约,是较为合理的制度设计。此外,我国与日本同为东亚国家,国内人文环境也具有一定的相似性,有借鉴和移植日本模式的基础。

总体而言,我国公司治理模式的立法是恰当而适宜的,较好地体现了现代公司治理理念。一方面,其尊重了资本的意愿。对于公司而言,资本是公司获得独立法律人格、赖以存在的必备要件,也是公司健康运转的物质保障。公司资本由股东出资构成,出资人通过让渡出资的

所有权取得股权,股东作为股东大会的成员,通过股东会来表达自己的意愿。各国均将公司的股东会作为公司的最高权力机构,我国也不例外,在现有的公司治理模式中充分尊重资本的意愿。我国《公司法》第37条规定,股东会作为公司的最高权力机构,拥有对公司诸多事项的决定权。另一方面,其体现了股权与经营权分离的理念。依照我国《公司法》第46条的规定,董事会是公司的执行机构,董事会对股东会负责,向股东会报告工作,主要行使公司的业务执行权力,并对公司的日常管理事项负责,包括股东会决议的执行,公司的经营计划、投资方案、财务方案等的制定,公司内部管理机构的设置等。此外,董事会下设经理,经理对董事会负责,主持公司的日常生产经营管理工作。综上所述,我国的公司治理模式基本上尊重了客观经济规律,体现了现代公司治理理念,是比较符合现实国情的适宜选择,并未直接导致公司治理弊端的出现。

(二) 对公司治理立法体例的探析

既然问题并不在于立法模式的选择,那么我们换一个思路,弊端产生的原因是否在于公司治理的立法体例设计出现了偏差?

公司不同于合伙企业等其他企业形态,由于出资者仅仅对公司承担有限责任,出于对经济安全的保障,立法对公司的治理机构和内部治理规则规定得较为细致,希望通过完善的立法来弱化市场风险。我国现行《公司法》分13章共219条,其中第二章和第三章是关于有限责任公司的规定,第四章和第五章是关于股份有限公司的规定。从上述规定可见,将公司分为有限责任公司和股份有限公司是立法的基础,但是关于公司的治理机构,立法对两种公司的要求并无实质性的差异,统一适用分权模式,即在公司设立股东会、董事会和监事会。股东会是公司的最高权力机构,下设董事会和监事会,董事会和监事会对股东会负责;董事会是公司的执行机构,负责股东会各项决议的执行;监

② 徐浩《我国公司治理的多样性构建——以日本公司治理的沿革为参照》载《生产力研究》2015年第5期。

③ 王建文《商法教程》,中国人民大学出版社2013年版,第156页。

事会是公司的监督机构,监督董事会的行为。不同类型的公司面临的公司治理问题并不相同,但是我国立法目前未对公司的组织机构做出差别规定,而且关于公司的分类标准存在很大的问题,这样一种过于粗放的立法直接导致了诸多问题的产生。

股份有限公司分为上市公司和非上市股份有限公司,两者在风险防范和公司运作方面存在较大差异。在公司治理机制的设置方面,上市公司特有的矛盾主要体现为公司治理中股东与管理者之间的矛盾。既存在管理者的偷懒、侵占公司财产和对经营风险的规避行为,也存在公司治理中股东之间的集体行动问题,个人小股东缺乏参与管理企业的积极性,体现出理性的冷漠和搭便车心理,最终可能导致其利益保护的缺失。非上市股份有限公司更类似于有限责任公司,其矛盾主要体现为公司僵局和中小股东受欺压问题。由此可见,以公司资本的等额性将公司简单区分为有限责任公司与股份有限公司是不合理的。要解决现有公司治理的问题,我们需要正视粗放式立法的弊端,完善和细化企业的治理机构立法,在科学分类的基础上制定适用性更强的公司治理结构规则。

(三) 结论——立法体例的设计不当造成了公司治理制度的弊端

立法体例的安排不是单纯的学术范畴,其不仅涉及公司类型在立法上的重新整合,也关系到公司内部机构的设置选择。我国现有公司治理问题的出现,不是立法模式选择错误所致,而是立法体例的设计不当所致。粗放的立法导致了法律适用的不针对性和不适应性,在法律效果上不能有效地回应社会现实需要。因此,解决我国公司治理的积弊,首先需要完善现有的立法体例。

三、公司治理法律制度完善的理论基础

(一) 公司治理领域的本位认识问题——股东本位观念的回归

公司治理规则的设计和完善需要考虑制度

的目标取向,公司治理的目标是保护股东利益还是相关者利益,不同的认识产生了不同的公司治理制度。^④现代公司治理理论经历了从“股东至上观”向“兼顾利益相关者观”转变的过程。传统观念认为公司资产由股东出资形成,股东向公司出资的根本目的是为了获取盈利,所以公司仅仅是股东实现自己利益追求的载体,股东当然成为公司首要的保障对象,股东会也成为公司的最高权力机构。在这种观念引导之下,早期公司治理理念体现为股东本位。但是仅仅有股东出资,公司无法正常运转并最终盈利,因此,利益相关者理论修正了“股东利益最大化”这一传统的公司目标,其以对公司相关者利益的关注来引导公司利益相关者在公司治理问题上分权制衡,最终达成共同的利益追求的合力,来保证公司的正常运转。从此,股东至上的单边治理模式遭到了广泛的批判,利益相关者理论被现代国家普遍接受。随着企业承担社会责任理念的发展,利益相关者理论越发受到推崇,甚至获得了多学科意义上某种不被批判的潜在共识。利益相关者理论,单纯从价值观和制度意义上来看的确很完美,如果能够在公司治理机制上实现,则无论是公司本身还是其他利益相关者均可获益。但是在利益冲突的现实之下,利益相关者理论所倡导的价值观能否被真正实践,达到制度设计本身的目的,值得我们客观对待并反思。

公司的利益应当以股东利益为主,还是以利益相关者利益为主?公司的成立与运转既不能离开股东,也不能离开高管、雇工以及社会资源,从这个意义上说,利益相关者理论的确值得关注并通过制度来落实。但是近年来也有学者对在公司法中过度夸大利益相关者权益保护和公司社会责任提出异议,学者认为,“关于公司的社会责任的一系列理论问题远未达成共识,理论界不必过度神话其在解决相关问题时的作用。”^⑤笔者认为,认可利益相关者理论不能本末倒置,利益冲突时的偏重性保护问题客观存在,

④ 傅穹《公司治理模式:全球一体化与中国本土化的相互渗透》载《国家检察官学院学报》2012年第1期。

⑤ 叶林、李辉《劳动契约下公司社会责任的实现机理》载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2015年第1期。

我们需要在公司治理立法制度的设计中确定保护的客体范围和保护顺序。那么股东利益、高管利益、雇工利益、社会利益,应该如何体现在公司治理机制的设计中呢?对此,我们可以采取反向思维的方式来分析,如果在公司中利益受到侵害,各方最可能会采取什么样的退出方式?该途径是否自由和畅通?补偿机制是否合理现实?以管理者和雇员为例,在利益相关者理论的阐述中,由于他们在公司运转中付出了感情、智慧和脑力,其在公司的利益应该被尊重,公司治理机制中要充分考虑到其利益。如果在公司实务中管理者利益主要体现为经济利益,则管理者的经济利益完全可以通过薪酬激励方式得到尊重;如果管理人员利益受到伤害,其可以“用脚投票”而轻松选择离开公司;管理者和雇员离开公司之时,利益的补偿也可以通过劳动法得到相应保护。既然劳动法对劳动者进行了倾斜性保护,在公司法上是否还有必要通过修正股东保护本位的观点来刻意强调利益相关者利益的保护?笔者认为,利益相关者的权益保障有替代方法,股东利益的保护则主要依赖公司法,没有必要过度夸大利益相关者理论和公司的社会责任。虽然股东和公司承担相应的社会责任是被普遍接受的观点,但是我们不能忽视人性的本质,商人在市场活动中有逐利的本性要求,股东出资公司的目的是获取盈利。只有尊重商人逐利的需求,经济才能健康繁荣发展。因此对于包括公司在内的商主体而言,营利永远是第一性,社会性是第二性。如果股东的利益在公司中不能实现,那么股东同雇员一样可以退出公司。但是根据目前公司制度,股东退出公司不能直接抽回出资,只能通过股份转让而退出,其退出途径远不如雇员畅通和自由。此外股东退出公司时对公司债务以出资承担无限责任,公司经营状况直接对股东利益产生影响。由此可见,股东的利益与公司利益结合更为紧密,其利益保护也没有替代措施,所以股东本位有着现实的需求。

我国存在大量的民营企业和家族式公司,家族式发展阶段也是部分公司规模化和公众化之前的发展阶段。这类公司在发展壮大、面向

公众投资者之前会经历一个集权发展和亲权主导的阶段,此时公司组织机构和人事安排方面均具有非常强烈的人合性,在这种情况下公司更需要股东本位观的支持。“一刀切”的立法无视家族式公司以及公司家族式发展阶段的现实需求,强制所有的公司一律按照分权的模式健全组织机构是武断的。一味鼓吹利益相关理论是脱离实际需要的理想主义体现。当然,现代社会也不可忽视公司利益相关者的利益保护,单纯的股东至上模式或利益相关者模式均非最佳模式。在公司制度(特别是公司治理制度)的设计方面,既要体现股东利益的保护,也要兼顾管理者和雇员利益。但是,股东利益的保护无疑仍然是制度设计的出发点。对此笔者认为,股东本位的立法理念应该始终体现在公司治理机制的立法中,股东本位观才是设计公司治理制度的出发点,利益相关者理论仅仅是对利益平衡的补充和修正。因此,在公司治理立法规则的设置中,股东利益的保护是本位,利益相关者的利益保护的重点在于“兼顾”。

(二) 公司治理领域的代理问题——对代理权的正确认识

公司治理制度的建立离不开对公司经营代理权的正确认识。资本与经营权的分离是现代发达社会的主要经济特征,现代公司企业制度也据此而建立。资本与经营权的关系经历了逐渐分离的过程。小生产时代,资本的所有权人也是经营权人,所有权人通过直接参与经营管理来实现对资本和利润的控制。随着社会分工的细化和知识的专业化,经营权的绝对控制并非一定带来资本的最大收益,资本的所有权人可以将企业托付于职业经理人,通过经营者的专业知识来发挥资本的最大效能,为出资人创造更高的经济效益。在商品经济时代,财产经营方式多样化,资本的所有权与经营权出现了分离。在资本所有者不直接参与经营的情形下,就出现了所谓的公司代理问题。股东会将公司的经营权委托给董事会行使,由此在公司的股东会与董事会之间形成了委托代理关系。在此种代理关系中,股东们将公司日常经营权和日常决策权委托给了由董事组成的董事会,

并且向董事们支付相应的报酬作为代理的费用,董事会集体则努力保障公司的健康运转和股东利益的实现。这种理论普遍被英美法系国家接受,特别是在股东分散的情形下,持有少量股份的股东亲自行使治理权因为成本太高而不切实际。但是,此处经营者对出资者的代理权决然不等同于一般的民事代理,其中最直接的区别就在于代理权所体现的主动性和全面性。公司的经营者必须具有较大的对于公司实务的自由裁量权,包括日常的公司运转实务,也包括必要的重大的经营决策,才能在工作中主动发挥积极性,完成经营公司的任务。在股权分散的情形下,公司的确需要严密并严谨的组织机构和强化公司经营者责任的安排来保护中小股东的利益。大股东操纵股东会,在资本多数决原则和一股一票制的资本市场里是普遍的问题。大股东不但引导或安排股东会向着有利于自身利益的方向进行,而且在公司的组织机构方面,为了方便控制公司的经营而操纵董事会和监事会,包括提名和掌控公司董事(既包括执行董事也可能包括独立董事)、监事的候选人等。对于大型公众公司而言,现代公司治理结构既能强调决策和执行效率,又能解决分工与监督问题,此时公司的组织机构立法显得尤其重要。

当然,所有权与经营权分离并非是毫无例外的必然现象。虽然代理权在现代公司治理领域是必要的,但是所有权与经营权分离是否是公司的主流现象和必然规律?所有权与经营权分离假设是否传达了事实真相?股权分散是否为我国资本市场的普遍现象?除英美之外,股权集中现象在世界范围内普遍存在,我国也不例外。不过,除了上市公司,我国还存在大量的有限责任公司和非上市股份有限公司,这类公司中有许多本身就是家族式公司,股东之间即使不具有亲缘关系,也具有较强的人合性。在这类具有封闭型的公司内部,并非一定需要严

格的组织机构,股权所有与经营也并非必然分离,代理权并非必须和必要的。

(三) 对公司治理机制研究方向的认识——法学与经济学相结合

公司治理问题最早为经济学界所关注,既有的相关研究成果也更多地集中于经济学界。就关注度和繁荣程度而言,法学研究领域对公司治理问题的关注远远不及。单纯经济学上繁荣的研究并不能满足公司治理的现实需求,由于立法规制研究的滞后,当前公司治理问题层出不穷,如陆续在国美、伊利、科龙电器等公司出现的诸多问题,包括公司对公众投资者的利益伤害、股东与董事关于公司的控制权争斗,屡屡出现的董事监事的侵占行为和偷懒行为等。当然,实务问题的解决不能完全依靠学术理论的研究,但是在如此严峻的公司治理问题面前,我们不得不反思既有的研究方向和研究思路。

公司治理本身是一个跨学科的课题,而目前公司治理理论研究有两点值得反思,一是相关法学研究落后,二是多学科结合研究的途径不畅通。既有的公司治理的法学研究不仅仅是关注度不足的问题,也存在视角狭窄的问题。现有为数不多的关于公司治理的法学研究成果更多关注市场的秩序与安全问题,较少关注公司治理机制立法给公司带来的运营成本压力。这也是需要引起法学研究者关注的问题,因为法学研究不能单纯将自己定位于保障者的地位,也要关注经济成本问题,经济分析的方法也要应用于法学研究。多维的视角可以避免研究的单一化与片面化,唯有学科研究密切结合,才能真正实现公司治理的制度设计目标,保障公司营利目标的实现和社会经济的繁荣。

在公司治理立法体例的设计上,“一刀切”的粗放立法不符合法经济学的效益成本观。无效的强制性制度要求不仅不能为公司带来增值,甚至直接损害了公司和股东的利益。^⑥具体而言,如果经营权的外放并非公司的唯一形态,

⑥ 张文婷、史广龙《反思法律移植模式下的资本市场创新机制》,载《证券法苑》2012年第2期。

那么对于有限责任公司和中小型股份有限公司来说,有些公司的负责人既是最大股东,也是主要的公司经营实务负责人,董事会和监事会一定程度上形同虚设,庞大的机构运行需要占用公司的资源和经营成本,“一刀切”地强制公司健全组织机构意味着成本的增加和资源的浪费。因此,统一要求公司按照所有权与经营权分离的规则设置公司治理机构是不经济的。公司出资者的最终目的是获得盈利,而且是以最小的成本获取最佳的利益。对于封闭型公司而言,由于股东之间具有较强的人合性,其本身并不需要严密的公司组织机构,在这种情况下,立法统一强制公司建立分权的公司治理机构,是对公司经营成本和社会资源的浪费,不符合市场客观规律的要求。

四、我国公司治理法律制度的完善路径

“一刀切”的公司组织机构立法是权宜之计,刚性和刻板的公司治理规则不能满足市场的需要,也无法带来良好的绩效。公司的分类并非理论意义上单纯的形态区分,而是实践意义上具体规则设计的基础。要完善公司立法,应该充分认识到不同类型公司的存在和需求,对公司进行合理的分类。一直以来,学界坦然接受了“公司分为有限责任公司和股份有限公司”的分类,研究也以此为基础进行。这是一种从形式上对公司进行的简单区分,但却是整部现行《公司法》的立法设计基础。在谈及公司法的改革之道时,也较少有人关注问题是否出在立法框架的设置方面。值得庆幸的是,现在更多的学者开始关注公司类型的划分,如有学者提出,公司组织形态的变革是公司法现代化的主线和核心,公司法的现代化主要是公司组织形态的现代化。^⑦这虽然是少数的声音,但是人文科学领域并非是简单的少数服从多数。对此,我们大胆假设,公司治理的立法弊端能否通过科学分类的方法予以解决?

(一)“新两分法”的提出

笔者建议,抛弃原有的将公司分为有限责任公司和股份有限公司的做法,借鉴英美法系国家的做法(英美法系的公司类型多样化,贴近市场的需要),根据公司股票能否在证券市场自由流通,将公司分为封闭型公司(非上市公司)和开放型公司(上市公司)。此分类的现实意义在于,封闭型公司股东内部具有较强的人合性,外部又没有证券市场的监督需求,因此类似于合伙,须加强对股东意志的尊重。而开放型公司股东更为广泛而分散,股份也具有高度自由流通性,内部人控制现象非常普遍和严重,因此中小股东的利益需要得到特别保护。

对封闭型公司,立法适宜对其公司组织机构立法进行简化处理,在立法上给予其最大的自由。这并非纯粹的理论构想,目前已经有成功的经验可供借鉴。在封闭型公司的执行机构和监督机构的设置方面,很多国家和地区采取的是章程规定而非法律规定的方式。如美国《特拉华州公司法》第315条规定,闭锁公司的章程中可以规定,公司业务可以由股东而非董事会管理。^⑧我国在公司组织机构的立法规则设计方面,可以结合公司的需求和特色灵活设置公司治理模式,重视公司治理制度的自治性和适应性。具体而言,封闭型公司的组织机构可以由股东在章程中自由选择,可采取更为灵活和自由的治理模式。有限责任公司在我国的经济市场中扮演了重要的角色,在很多时候都集中了所有权与控制权在出资人身上,而现有的公司治理模式预设的前提是所有权与经营权相分离,因此没有必要在封闭型公司立法中引进公司法现有的分权模式。

对于开放型公司(上市公司)治理机制的立法规制,则应在现有规则之上进行完善。严格意义上说,公司治理仅仅存在于上市公司之中。出于对公众利益、小股东利益等利益相关

^⑦ 王建文《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,载《财经法学》2015年第5期。

^⑧ 王延川《公司类型:规范区分与司法适用》,载《当代法学》2015年第3期。

者权益的保护,开放型公司应该适用更为严格的立法,可以继续采用现有的较为严格的公司治理机构立法,建立完善的制衡模式的组织机构。

(二)“新两分法”的优越性

1. 立足国情,迎合了家族式公司及其他人合性和较强的公司的需要。在有限责任公司和非上市股份公司中存在着很多家族式企业。在这类公司内部,根本不存在所谓的资本所有与企业控制分离的情形。如果出资人本身在控制公司方面有着强烈的愿望和需求(如大多数民营企业),那么法律就应该尊重出资人的意愿,这样可以最大可能地吸引投资、鼓励投资和繁荣市场。对于封闭型公司而言,一方面,封闭型公司股东之间有着人合性,其成立之时,股东都具有某种期望,这种期望建立在股东相互信任的基础之上。^⑨公司资本的筹集和公司的运作并不直接面向社会公众,出资者本身对出资和公司运作风险有认知的基础,并不直接牵扯公众投资者的利益。因此,作为私法主体的公司,只要不损害社会的公益,法律就应该保障其追求自身利益最大化的需求,这是商法私法性质的体现。另一方面,封闭型公司的股东意志可以通过章程来体现,而资本多数决原则可以解决股东间表决权问题。所以,新的分类立法尊重了私权与商活动的本质,是符合国情和商事交易价值观的。

2. 符合经济学理念,满足了成本与效率的要求。对于封闭型公司来说,其灵活的公司治理机构能够满足公司的运作需求,还能降低管理成本,提高工作效率。但是对于开放型公司来说,为保障公司的有效运作,必须依靠健全而协调的公司组织机制,否则经营机构和监督机构的失能会给公司带来更高的交易成本。公司治理本质是政府的一种经济管制,是政府对市

场竞争主体行为的一种矫正。^⑩因此,对不同性质的公司在组织机构的设置方面分别立法,符合经济学上关于成本与效益的追求。

3. 以最小的立法成本完成了弊端的革除。美国著名法学家博登海默曾言:“法律是一种不可以朝令夕改的规则体系。一旦法律制度设定了一种权利义务方案,那么为了自由、安全和预见性,就应当尽可能避免对该制度进行不断的修改和破坏。”^⑪但是法律规范稳定性和适应性不是决然对立的关系,而是辩证统一的关系。适度的修正能够使得法律规范符合社会生活的客观需要,不仅能避免破坏法律的权威性,而且有利于维护法律的稳定,我们需要做的是以最小的立法成本来完善立法规定。以日本为例,在2014年的公司法修订中,其并没有彻底向美国模式靠拢来颠覆现有的治理模式立法。其立法背后的权益平衡以及折中的改革途径和修订方案,也为我国未来公司治理机构的立法改革带来了启示。美国做为最强大的国家,向世界输出其公司治理结构,通过经济方式加强自己的国际影响力。在面临资本扩张和公司经营国际化的需求时,包括日本在内的国家可能面临采用美国型公司治理结构的诱惑,但是上述外力作用没有成为日本颠覆原有立法、选择英美模式的充足动力。笔者建议的新的分类立法仅仅是改变了公司法的立法分类基础,未对公司治理模式进行颠覆性的改革,从立法成本来考量,是适宜的。

4. 尊重了私权和个人意志。在经济全球化的今天,公司及其决策者们为了利益最大化具有流动的意愿,各国公司法文本的趋同也使其拥有了更多的选择机会,此时政府要想获得缘于公司注册而产生的收入以及因企业移入而带来的周边利益,就必须调整其管制规范。^⑫股权

⑨ [英]布莱恩·R·柴芬斯《公司法:理论结构和运作》林华伟、魏旻译,法律出版社2011年版,第496页。

⑩ 孙光焰《公司治理的理论分析框架与法律制度配置》,中国社会科学出版社2012年版,第2页。

⑪ [英]博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》邓正来译,法律出版社2015年版,第32页。

⑫ 彭贞明、陆剑《德国公司治理立法的最新进展及其借鉴》,载《法商研究》2007年第3期。

的构架合理与否,组织机构的完善与否,对开放型公司而言,会影响到公司的运转和对中小股东及公众投资者利益的保护,因此需要进行强制的设置。封闭型公司虽然不会影响到公众投资者利益,但是组织机构的不完善可能会影响到公司的经营。如果不涉及社会及公共利益,政府就没有理由进行强制性的规制。打着“政府父爱主义”和“温情主义”对个人进行限制是私法领域避免出现的现象。股东有合理规避投资风险和经营风险的能力,对于封闭型公司而言,股东可以通过章程来自由选择适合自己的、符合最低成本要求的组织机构。如果我们不能赋予主体最大的自由,又何来权利的保障?

五、结语

对私法精神的尊重和对经营成本的考量,均需要赋予公司和股东更大的自由选择权。我国现有立法既不区别公司的类型,也不考虑公

司的个体需求,“一刀切”的立法剥夺了公司选择内部治理制度的权利。如果说对上市公司而言严格的立法是为了公众投资者利益的保护,那么对于封闭型公司而言,立法的强制要求目的何在?正当性何在?对此,我们不妨大胆进行原因剖析并提出改革的路径建议。当然,公司治理的立法规制是一个综合性的复杂工程,改变既有的公司分类意味着公司法整体框架结构的改变。所以,单纯从法律制度的层面来探索公司治理立法机制的完善是远远不够的,我们也要认识到改革面临的困难和阻力。面对现实困难,如果不能壮士断腕,也可以在坚持现有公司法分类的基础之上,将有限责任公司实行自由的组织机构立法,而仅对股份有限公司的组织机构做出严格的强制性规制。当然,我们更愿意看到的是从立法上对组织机构规则进行彻底修正。

The Defects of Our Country Legal System of Corporate Governance Review and Perfect Path Analysis

Zou Xiaoqin

Abstract: Corporate governance legislation of our country shows the characteristics of dividing, contradiction and transitional, the problem is not the choice of legislative mode, but the legislation system of poorly designed. At present the best solution is to change the existing legislation style, abandon traditional classification of limited liability companies and joint stock co., LTD., company can be divided into open and closed again to design the organization legislation. Further refinement rules, only to open company mandatory internal governance system, the sealing ability of the company give more autonomy and freedom in the articles of association of the company by shareholders organization Settings. Through legislation system reform and the rule of the pursuit of refinement for the freedom of private law value and business subject to cost control, to ensure the implementation of company profit target.

Keywords: corporate governance; shareholder; standard; benefits agency

(责任编辑:李辉)