

文章编号:1674-5205(2026)03-0161-(014)

企业家精神在公司法中的制度性嵌入

李安安

(武汉大学法学院,湖北 武汉 430072)

【摘要】 我国新《公司法》中与企业家精神相关联的既有制度规范,侧重于前端设计而轻视后端保障,重责任配置而轻制度赋能,再加上人力资本出资规则与商业判断规则的立法缺失,使得弘扬企业家精神的目的条款与具体的公司法制度规范之间存在明显的不适配。要想真正发挥企业家精神的价值和功能,必须实现其从形式入法到实质入法的跃迁,逻辑前提在于对企业家精神进行法律重释并做出规范化的制度表达。企业家精神在公司法中的制度性嵌入,需要确立国企民企平等保护、营业自由、公司生存权和发展权保障的基本原则,在削减民营企业制度性交易成本、构建以企业家为中心的公司治理体系、激活企业家精神条款的司法适用等方面做出必要的制度回应。

【关键词】 新《公司法》;企业家精神;立法目的条款;企业家中心主义

Abstract: The existing institutional norms associated with entrepreneurship under China's newly revised Company Law prioritize front-end design over back-end safeguards and emphasize responsibility allocation over institutional empowerment. Coupled with the legislative gaps in the rules for human capital contribution and the business judgment rule, there exists a prominent mismatch between the purpose clause of promoting entrepreneurship and the specific institutional norms of the Company Law. To truly realize the value and function of entrepreneurship, it is imperative to achieve its transition from formal enshrinement to substantive enshrinement in law, the logical prerequisite of which lies in the legal reinterpretation of entrepreneurship and its standardized institutional expression. The institutional embedding of entrepreneurship in Company Law requires the establishment of the basic principles of equal protection for state-owned and private enterprises, freedom of business operation, and protection of companies' right to survival and development. It also demands necessary institutional responses in aspects such as reducing the institutional transaction costs of private enterprises, constructing an entrepreneur-centric corporate governance system, and activating the judicial application of clauses on entrepreneurship.

Key Words: newly revised Company Law; entrepreneurship; legislative purpose clause; entrepreneur-centrism

中图分类号: D922.91 文献标识码: A

我国在经历持续高速的经济增长后,当前正面临需求收缩、经济增长预期转弱的多重压力,不确定性成为经济发展的新常态,亟待以制度规则的确定性应对经济发展的不确定性,进一步挖掘潜能、稳定预期和重振信心。2024年7月1日起施行的新《中华人民共和国公司法》(以下简称“新《公司法》”)将“弘扬企业家精神”写入立法目的条款,开创了全球公司法的先河,将对公司法的价值体系起到实质塑造的效用。^[1]2025年5月20日起施行的《中华人民共和国民营经济促进法》(以下简称《民营经济促进法》)在总则部分亦将“培育和弘扬企业家精神”作为提倡性条款加以确立。企业家精神是企业家创新创业的心理支撑,是企业可持续高质量发展的动力源泉,也是提升企业核心竞争力的关键因素。如果我们以新《公司法》的施行为契机,将“弘扬企业家精神”这一立法目的加以具体化,构筑激励企业家投资兴业的法律规范及保障体系,那么“未来的中国不但可

收稿日期:2024-10-13

基金项目:国家社科基金项目(21BFX095)“公司法制度竞争视野下股权结构变革研究”

作者简介:李安安,武汉大学法学院教授、博士生导师。

[1] 刘斌:《中国企业家精神的法律内涵与规范适用》,《北方法学》2024年第5期,第22页。

以在这个基础上应对那些灾难性的不确定性,而且可以在这个基础上承接机会、承接运气、承接未来”〔2〕问题的关键在于,新《公司法》能否担当起固根本、稳预期、利长远的时代重任?新《公司法》能否扭转讨伐资本、贬抑私有企业的社会氛围并彻底终结“私营经济离场论”等荒谬论调?弘扬企业家精神的立法目的条款是否具有足够的涵摄性与融贯性以便有效指引公司法具体规范的建构?本文尝试以反思性视角审视新《公司法》中的弘扬企业家精神条款,权衡其利弊得失,研判其规范定位和体系效应,探究其从形式化引入到实质性嵌入的制度进阶之道,进而为民营企业的健康发展奠定有效的组织法律保障,为我国经济的可持续增长寻求新的动能和方案。

一、公司法立法目的中的“弘扬企业家精神”及其意义

立法目的决定着一部法律具体规范的内容,统领着一部法律全部规范的价值取向,最能反映该部法律的内在灵魂和精神实质。具体到公司法,公司的本质是什么、公司为谁而设、公司法的边界何在等本源性的问题均可以在立法目的条款中寻踪觅影。新《公司法》第1条开宗明义规定:“为了规范公司的组织和行为,保护公司、股东、职工和债权人的合法权益,完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,根据宪法,制定本法。”与修订前的立法文本相比,该立法目的条款最大变化是增加了“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”的表述,强化了公司法的包容性,也喻示着公司法将承载更丰富的制度功能〔3〕“弘扬企业家精神”具有鲜明的价值指向,蕴含着多元的功能诉求,将其嵌入立法目的的条款,有望从根本上改变公司法的精神气质。诚如有学者所言,弘扬企业家精神是公司法大厦的灵魂支撑,是公司创造财富的内在驱动,是社会责任担当的基石底盘,是促进社会主义市场经济发展的中流砥柱〔4〕申言之,“弘扬企业家精神”立法目的条款的引入至少在应然层面呈现出多重意义。

其一,完成从公共政策倡导到法律践行的转换,为企业家精神实现提供法治依托。2017年9月8日,中共中央、国务院发布了《关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神 更好发挥企业家作用的意见》(以下简称《弘扬企业家精神意见》)。这是中华人民共和国自成立以来首次在国家层面聚焦“企业家”这一群体并围绕“弘扬企业家精神”进行系统规定的政策文件,具有标志性意义。自此以后,“弘扬企业家精神”反复出现在党和国家的政策文件中,并作为一项权威性公共政策被确立下来。但公共政策毕竟不是法律,若没有法律的确认和保障,容易在执行过程中出现偏差,甚至背离法治轨道。一个典型例证是,中共中央、国务院于2016年11月4日发布《关于完善产权保护制度 依法保护产权的意见》(以下简称《完善产权保护意见》)之后,由于缺乏刚性的法治约束,“新官不理旧账”“关门打狗”等侵害民营企业产权的事件时有发生,政府失信与营商环境恶化等困扰企业家的现象还在潜滋暗长〔5〕新《公司法》第1条的回应性修改,意味着弘扬企业家精神不再是纯粹的政策宣誓,而是明确的法律规定,以法律的稳定性替代了政策的不确定性,有利于稳定企业家的预期,强化企业家的信心。

其二,重塑公司法的价值理念,提升公司法的制度品格,推动公司法现代化进程。传统的法律价值理念包括平等、自由、正义、秩序等。它们在公司法中则具体化为股权平等、章程自治、分配正义、交易安全等原则立场或制度规范。当企业家精神这一充满时代气息的新兴元素嵌入立法目的条款,传统的公司法价值位阶必然受到冲击,公司法的理念、原则和制度亦会发生相应改变。例如,企业家精神的一个重要内涵是“激励创新,宽容失败”。由于创新具有长期性、高风险性和不确定性的特点,有效激励企业创新需要对创新活动给予足够的失败宽容〔6〕为此,公司法需要确立“安全港”规则,为企业家设计“试错—容错—纠错”机制,避免“成王败寇式”的严苛追责。这些契合企业家精神的机制一旦有机融入公司法,公司法的制度样貌将焕然一新,服务型公司法的制度品格将得以彰显,公司法的现代化水平亦会显著跃升。

〔2〕 周其仁:《改革的逻辑(修订版)》,中信出版集团2017年版,第352页。

〔3〕 汪青松:《中国特色现代企业制度的公司法进路》,《上海政法学院学报》2024年第3期,第23页。

〔4〕 傅穹:《新公司法的“最具影响力条款”》,《董事会》2024年第Z1期,第44页。

〔5〕 刘俊海:《论〈公司法〉的法典化:由碎片化走向体系化的思考》,《法律科学》2024年第1期,第17页。

〔6〕 田轩:《创新的资本逻辑(第二版)》,北京大学出版社2021年版,第25-26页。

其三,打破思想束缚,释放中国特色现代企业制度红利,助益于发展新质生产力。波澜壮阔的改革开放史伴随着一场又一场思想解放运动,其中的一个焦点问题是公有制经济和非公有制经济的关系,核心在于民营经济的定位之争。直到20世纪90年代,我国市场的产权制度基础还不明确,占比很大的民营经济产权关系模糊,其正式地位只是“公有制经济的补充”。为了取得生存空间,不少民营企业依附于国有或集体企业,靠让渡部分控制权和给公有制企业缴纳“管理费”换取一项“公有制企业下属单位”的“红帽子”〔7〕。这种带有计划经济痕迹的做法随着市场化改革的深入逐渐消退,但并没有彻底退出历史舞台,反而会在特定条件下沉渣再起。例如,近年来不少民营企业为破解“融资难、融资贵”的困境,竞相选择“挂靠”这种形式,成为名义上的国企子公司,借助国资名头和背景来融资,频频引发重大的金融风险〔8〕。挂靠式融资背后的制度逻辑是融资价格双轨制,这说明在改革开放40余年后,所有制歧视的隐性规则依然存在,针对民营企业的金融抑制与金融排斥在部分地方仍旧有恃无恐。在此情势下,我们需要推动一场思想观念革命,淡化甚至取消国有企业与民营企业的身份区别,以“完善中国特色现代企业制度”为导向,重构企业组织形式以便为企业家投资兴业提供多元化选择,推动公司制度竞争以便中国更加深度融入世界经济体系〔9〕。经过企业家精神的洗礼,中国特色现代企业制度将更具竞争力,助推创新驱动发展战略的深入实施,进而为发展新质生产力提供有力的制度保障。

二、形似而实不至:企业家精神与公司法制度的脱嵌隐忧

弘扬企业家精神嵌入公司法的立法目的,向人们描绘了一幅通过适应性变革来实现公司法现代化的美好画面。但这一愿景知易行难,毕竟立法目的条款具有高度抽象性,若其对整个法律文本之条文设计缺乏充分统摄作用,则会面临曲高和寡的尴尬境地。企业家精神概念本身具有较大弹性,边界不易厘清,需要一套务实、管用、操作性强的制度规则加以落实,否则将被虚置。从目前的公司法立法文本看,“弘扬企业家精神”的立法目的条款与具体的制度规范之间存在明显的不适配,可能导致立法目的难以充分实现甚至落空的风险。

(一)弘扬企业家精神的关联性制度规范检视

新《公司法》与弘扬企业家精神有关联的条款零散地分布在各章节中,其中比较重要的制度规范包括:(1)优化公司登记制度。畅通的市场准入是企业家投资兴业的基本前提,设立企业所需要的程序、时间和成本是企业家关心的头等大事,“开办企业”也是世界银行营商环境评估指标中的第一项〔10〕。在吸取前期工商登记制度改革有益经验的基础上,新《公司法》赋予电子营业执照与纸质营业执照同等效力,并要求公司登记机关优化登记办理流程,提高登记效率,提升登记便利化水平。这些规定简化了开办企业的程序,缩短了开办企业的时间,降低了开办企业的成本,对于振奋企业家精神大有裨益。(2)创设类别股。新《公司法》第144条规定,股份公司可以发行类别股,包括优先股和劣后股、特殊表决权股、转让受限股等。这意味着自2019年以来由科创板探索的“同股不同权”机制或曰双层股权结构得到了公司法确认,企业家普遍担心的股权稀释过程中公司控制权保持难题得以化解。类别股可以巧妙分割投资者的经济利益和对公司的事实治理权,合理分配股东之间的利益和风险,满足公司融资多样化和投资偏好差异的双重需求〔11〕。鉴于类别股与风险投资、私募股权投资的紧密关联,其创设对敢于冒险、追求创新的企业家而言不啻雪中送炭,将产生极大的激励效应。(3)推出董事责任保险。在“强监管”的政策背景下,新《公司法》着力强化控股股东、实际控制人责任,完善董监高的信义义务和民事责任,新设董事、高管对第三人责任制度。为消除董事的后顾之忧,激励董事开拓创新,新《公司法》第193条规定了董事责任保险制度。董事责任保险有助于控制董事履职的法律风险,体现宽容失败的价值取向,而这正是弘扬企业家精神的要义所在。除上述比较明显的制度规范外,还有一些立法变动与弘扬企业家精神相关联。例如,单层制公司治理架构的引入丰富了企业家的选择空间,授权资本制的引入扩大了企业家

〔7〕 吴敬琏:《中国经济改革进程(第2版)》,中国大百科全书出版社2023年版,第182页。

〔8〕 李安安、侯子璇:《挂靠式融资的制度检讨与法治化改造——以中科建融资乱象为视角》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》2024年第4期,第87-88页。

〔9〕 陈甦:《我国公司立法的理念变迁与建构面向》,《中国法律评论》2022年第3期,第27页。

〔10〕 罗培新:《世界银行营商环境评估:方法·规则·案例》,译林出版社2020年版,第19页。

〔11〕 朱慈蕴、沈朝晖:《类别股与中国公司法的演进》,《中国社会科学》2013年第9期,第148-151页。

的融资自主权,简易合并、简易减资与简易注销等规则的引入削减了企业家的交易成本。在肯定上述与弘扬企业家精神相关联的制度规范之价值的同时,应认识到这些制度供给本身具有明显的缺憾。

一方面,侧重于前端设计而轻视后端保障,未能在公司全生命周期彰显服务型公司法的特质。受世界银行营商环境评估指标等因素的影响,新《公司法》新增“公司登记”专章,并重点就市场准入环节的相关事项加以规定。但登记机关习惯于追求公司数量的外延扩张,忽略了公司发展质量的内涵提升,准入环节“红灯”有余而“绿灯”不足,对法不禁止即自由的“黄灯”功能缺乏深刻理解与真诚包容。^[12] 在2013至2023年推行绝对彻底的认缴制模式下,我国的公司数量急剧攀升,极大地激发了市场活力,但由于缺乏相关制度配套,一时间泥沙俱下,大量“皮包公司”“侏儒公司”“无赖公司”进入市场,导致资本泛滥、市场欺诈、公司异化等乱象丛生。新《公司法》第47条锁定了股东缴足认缴出资的最长期限,有利于控制股东道德风险外溢,构建公平诚信的公司生态环境。除本条外,市场准入的制度设计还可以进一步改进,比如免费提供公章刻制服务,全面引入电子印章和电子发票,优化社保登记等。在市场退出方面,新《公司法》引入了简易注销制度和强制注销制度,对解决“僵尸企业”等困扰企业家的现实难题具有重要意义。但仔细检视公司退出的制度规则,依然可以发现诸多不足之处:吊销营业执照、责令关闭、撤销三种行政解散措施的适用边界模糊,司法强制解散缺乏替代性救济方式,公司强制注销的法律性质是行政确认、行政处罚抑或撤回行政许可不明确,公司被错误注销后缺乏注销回转的救济通道等。这些后端保障措施的缺失如果不加以填补,将引发行政解散权的扩张与司法解散权的误用,加大公司退出的制度交易成本,从而妨碍市场主体自治,影响行政干预与司法保障的良性互动。

另一方面,重责任配置而轻制度赋能,约束有余而激励不足,造成新的利益失衡。新《公司法》大量补充和增加了民事责任条款,特别是强化了针对董事的责任配置,包括未尽催缴出资义务情形下的赔偿责任、股东抽逃出资情形下的连带赔偿责任、违规财务资助情形下的赔偿责任、过错执行职务情形下的赔偿责任、违法分配利润情形下的赔偿责任、违法减资情形下的赔偿责任等。其中,不利于弘扬企业家精神的最典型责任条款当属第191条,即“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”。本条确立了董事、高管对第三人的责任制度,与法人人格否认制度“珠联璧合”,共同搭建起公司组织法为保护包括公司债权人在内的第三人所提供的有效、周延的救济体系。^[13] 然而,该条款不乏争议,董事对第三人责任性质在侵权责任说、法定责任说、特别法定责任说之间纠结不已,公司与董事、高管的责任关系游离在按份责任说、补充责任说、平行连带责任说、补充连带责任说、不真正连带责任说之间,难有定论。再加上该条款未明确董事、高管对履职行为抗辩免责的法律标准,未虑及董事异质化的现实,对行为人主观过错缺乏差异化认定思维,在适用过程中极有可能导致对董事、高管的不合理苛责,引发寒蝉效应,进而抑制企业家精神。诚如有学者所言,董事责任的内容设计是法律平衡的艺术,过于严苛的责任将大大打击董事行使权力的信心和动力,虽说权力行使应当“戴着镣铐跳舞”,但倘若这具镣铐太过沉重,再好的舞者也难以施展绝妙的舞姿。^[14] 权利、义务与责任相匹配,风险、利益与责任相平衡,既是朴素的法理,也是基本的经验和常识。为确保约束与激励相对称,防止利益失衡,后续在完善公司立法或出台司法解释时,应构建宽严相济的精准问责、公平减责、善意免责的规则体系,通过制度赋能让董事和高管轻装上阵,勇于创新,敢于试错。

(二) 契合企业家精神的关键性制度设计缺失

除了既有的关联性制度规范之局限,新《公司法》还缺少一些关键性的制度设计,从根本上制约了弘扬企业家精神的立法目的实现。这主要表现在:(1)不允许人力资本出资。尽管实践中有强烈需求,但新《公司法》第48条以及《市场主体登记管理条例》第13条关于出资方式的规定明确排除了人力资本出资的合法性,对新经济公司的发展造成不利影响。这是因为,新经济公司的一个典型特征是“轻资产”,不需要大量的固定资产投资,核心竞争力来自其独特的商业模式、创新的产品设计或卓越的品牌形象,非常注重人力资本价值。正如有学者所言,在新型经济形态下,伴随物质资本地位下降的是人力资本、技术资本等创新资本的崛起,富有市场

[12] 刘俊海:《新公司法的制度创新:规范内涵与合规治理》,中国法制出版社2024年版,第3页。

[13] 李建伟主编:《公司法评注》,法律出版社2024年版,第772页。

[14] 王毓莹:《新公司法二十四讲》,法律出版社2024年版,第508页。

竞争力且引领时代前沿的商业模式、业务模式以及盈利模式一跃成为企业创业成功的关键,兼具企业家特质与企业家精神的创始人成为企业的灵魂。^[15] 如果不允许人力资本价值在出资中得以体现,会挫伤“创客”这一群体投资兴业的热情。公司法之所以禁止人力资本出资,无非是担心人力资本难以评估和难以移转,但事实上随着估值技术的发展,人力资本的评估与作价难题已不复存在,股东约定的人力资本价格就是妥当的市场价格;人力资本的移转本质上相当于分期缴纳股款,其履行风险完全可以通过股东补缴责任、其他股东连带责任等加以化解。^[16] 至于债权人保护这一法律假设难题,可借鉴《美国商业示范公司法》的规定,通过账户托管、利益分配延后、未履行服务的持股消除等机制加以破解。^[17] 鉴于此,不允许人力资本出资的法律规定已失去正当性,有必要适时解禁。(2)未引入商业判断规则。商业判断规则是对公司经营决策者合理失误免责的一项法律制度,核心内容是:公司决策者作出与己无利益冲突的商业决策,只要是出于善意并基于合理的信息,即使该决策在事后看来是对公司有害或失误的,也不能追究决策者的责任。^[18] 公司所处的商业世界变幻莫测,风险重重,客观上要求赋予公司董事、高级管理人员充分的决策权,并通过商业判断规则限制或豁免其民事责任。商业判断规则起源并兴盛于美国,被德国、日本等国家公司法广为接受,被视为欧美企业家创新能力领跑全球同行的主要制度秘籍之一。^[19] 遗憾的是,尽管学界呼吁多年,且不乏司法实践的零星适用,^[20] 新《公司法》还是未引入商业判断规则,而是拟采用董事责任保险作为董事责任限制与豁免的主要制度选项。董事责任保险与商业判断规则具有不同的制度逻辑,前者是通过“风险转嫁”与“责任外包”的方式来控制董事履职的法律风险,是一种由外部人(保险公司)来承担董事错误决策成本的风险分配机制;商业判断规则的价值则在于凸显经营判断与司法判断之间的界限,默认法官并不如董事等公司经营者优先了解商事经营事项,从而避免法官在案件裁判中取代经营者来对公司决策行为是否正当进行实质审查。^[21] 因此,董事责任保险并不能代替商业判断规则。

不允许人力资本出资与未引入商业判断规则,使弘扬企业家精神这一立法目的实现失去了两个关键性的制度依托。再加上既有的关联性制度规范乏力,企业家精神在我国公司法中的引入尚停留在形式层面,可谓“形似而实不至”。那么,这是立法的无意之失还是有意为之?立法是利益博弈和妥协的产物,我们不能武断揣度立法背后的复杂叙事,但也不宜过度拔高立法者的智慧。深入考量公司法修改的底层逻辑,可以发现弘扬企业家精神的立法目的条款与具体的制度规范之间之所以难以适配甚至存在脱嵌隐忧,原因在于立法者只是把“弘扬企业家精神”作为一种公共政策话语而不是作为一种法律话语,在思想观念上未认识到企业家精神的革命性法律意义,在立法技术上将“弘扬企业家精神”限定为政治宣誓与道德提倡而缺乏融贯性的制度规则回应。鉴于此,有必要重新理解企业家精神,强化对其的学理化阐释、学术化表达和体系化建构。

三、企业家精神的公司法重释:本体诠释与规范表达

(一)企业家精神的本体诠释

自从2017年《弘扬企业家精神意见》发布以来,企业家精神成为一个热度很高的语词,受到学术界与实务界的广泛关注。但时至今日,企业家精神整体上还属于经济学、管理学的研究范畴,直到2022年底《中华人民共和国公司法(修订草案二次审议稿)》公布后法学界才有零星讨论。新《公司法》将“弘扬企业家精神”写入立法目的条款,意味着企业家精神不再是一个飘忽不定的观念或符号,而是有着明确的价值指向和清晰的功能定位,完全可以作为一个学理概念进行教义解释和规范证成。但这一解释和证成的过程殊为不易,毕竟新《公司法》采取了“拿来主义”的方式,直接将公共政策话语照单全收,未加以创造性转化。由此需要追问的是,经

[15] 胡晴、陈德球:《数字经济时代中国公司治理:理论范式与创新实践》,中国人民大学出版社2023年版,第155页。

[16] 梁上上:《人力资源出资的利益衡量与制度设计》,《法学》2019年第3期,第60页。

[17] 傅穹:《弘扬企业家精神的公司法意蕴》,《学术论坛》2025年第1期,第58页。

[18] 周友苏:《中国公司法论》,法律出版社2024年版,第522-523页。

[19] 刘俊海:《董事责任制度重构:精准问责、合理容错、宽容失败——以弘扬企业家精神为视角》,《交大法学》2023年第3期,第115页。

[20] 安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖01民终7901号民事判决书。

[21] 王毓莹:《新公司法二十四讲》,法律出版社2024年版,第524页。

济学、管理学上的企业家精神与法学上的企业家精神存在可通约性吗?企业家精神可以成为公司法的规范研究对象吗?如何挖掘“弘扬企业家精神”的公司法意涵?回应这些问题,需要从主体特性、行为逻辑、权利构造等维度对企业家精神加以重释。

“企业家”(entrepreneur)这一概念最早由经济学家理查德·坎蒂隆于18世纪30年代提出,其将企业家界定为“从事某项实业,为赚取利润而冒风险的人”。^[22]阿尔弗雷德·马歇尔是最早将企业家作为独立生产要素进行研究的经济学家,他认为企业家是消除市场不均衡性的特殊力量,企业家的特殊性是敢于冒险和承担风险。^[23]在其后的数十年中,以约瑟夫·熊彼特、威廉·鲍莫尔为代表的德国学派,以法兰克·奈特、西奥多·舒尔茨为代表的芝加哥学派,以米塞斯、科兹纳为代表的奥地利学派,均对企业家的概念、类型、特点、功能进行了广泛而深入的讨论,形成了蔚为壮观的研究热潮。^[24]不同于法学注重概念分析与利益衡量,经济学与管理学很少给企业家“下定义”,多采取描述性的方式来揭示企业家的特质与作用。这些描述尽管不是“法言法语”,但已经充分反映出企业家的主体特性,包括富有远见、追求创新、善于决策、专注务实、勇于担当等。反映到公司法中,企业家对应的主体可能是董事与高管,也可能是股东与实际控制人,毕竟公司的情况千差万别,不同类型和不同成长阶段公司的企业家角色各有不同。但如此泛化地理解企业家的主体范围无益于聚焦研究现实问题,为此有必要通过限缩解释,将企业家界定为公司的灵魂人物,一般指向的是创办并执掌公司经营的董事。这种限定可以防止企业家概念的标签化、泡沫化,也能够促进“企业家”作为一个具象化的主体概念,通过赋权机制进入公司法的规范体系。

商事实践已经表明,成功公司的背后总是有一位灵魂人物,恰如乔布斯之于苹果,任正非之于华为。灵魂人物的视野、胸怀和价值观会给公司打上深深的烙印。这些灵魂人物勇立时代潮头,不断开拓创新,理想信念坚定,富有情怀担当,具备宝贵的精神品格,是最能够反映企业家精神的群体。在行为逻辑上,企业家遵循务实主义、专业主义、长期主义、人本主义的价值导向,致力于“从不确定性中寻找确定性”。从这个意义上讲,企业家就是在不确定和不可预测的条件下进行创新的人。^[25]不确定性中既蕴藏着商机,也隐含着风险,如何从中发现机会并有效规避风险,极大地考验着企业家的决策能力,这也正是企业家精神的难能可贵之处。正如有学者所言,企业家决策不是科学决策,不是基于数据和计算,而是基于想象力和判断;企业家决策不是满足约束条件下求解,而是改变约束条件,把不可能变为可能。^[26]但人非圣贤,孰能无过?企业家决策失误在所难免,作为确定性的公司法规则理应为其提供容错机制,为其商业判断和试错式决策提供舒缓的制度空间。

企业家“从不确定性中寻找确定性”的行为逻辑其实是一个惊心动魄的创新过程,成功与否受制于各种制度约束。创新的秘诀中,最重要的佐料是自由,自由的环境是创新的土壤。创新是自由之子,因为它是人类为了满足自由表达的欲望而进行的创造性的尝试。^[27]自由意味着权利的赋予和充分享有,也意味着当权利遭遇侵害时能得到有效的法律保障。诚如公共选择理论的主要奠基者奥尔森所言,经济成功有两个必要条件:存在可靠且明确界定的财产权利和公正的契约执行权利,不存在任何形式的强取豪夺。^[28]新制度经济学的代表人物诺斯也曾指出,产权和个人权利必须得以很好地界定,国家必须提供尊重这些权利的可信承诺,以保护人们不受公共官员的机会主义以及剥夺行为的侵害。^[29]对于企业家而言,其在公司中的权利主要体现为以股权为中心的投资收益权和经营控制权,其信心和预期主要取决于财产权能否依法得到保护以及自主经营权能否免

[22] [爱尔兰]理查德·坎蒂隆:《商业性质概论》,余永定、徐寿冠译,商务印书馆2009年版,第24-28页。

[23] [美]彼得·德鲁克:《创新与企业家精神》,蔡文燕译,机械工业出版社2009年版,译者序第XVI页。

[24] 董鸣:《体制转轨视角下的企业家精神及其对经济增长的影响——基于中国典型事实的经济分析》,经济管理出版社2012年版,第26-40页;冯兴元、孟冰:《经济科学中的企业家理论:总体演化脉络与重要研究贡献》,《学术界》2023年第10期,第101-113页。

[25] [美]罗伯特·F.埃贝尔、[美]阿尔伯特·N.林克:《企业家精神理论史》,熊越译,广西师范大学出版社2023年版,第140页。

[26] 张维迎:《重新理解企业家精神》,海南出版社2022年版,引论第14-15页。

[27] [英]马特·里德利:《创新的起源:一部科学技术进步史》,王大鹏、张智慧译,机械工业出版社2022年版,第340页。

[28] [美]曼瑟·奥尔森:《权力与繁荣》,苏长和、嵇飞译,上海人民出版社2018年版,第207-208页。

[29] Douglass North, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton University Press, 2005, p. 107-108.

遭外界不当干预。新《公司法》第1条中的“弘扬”二字实际上内嵌着“为企业家赋权”的意蕴,不但涵摄既有权利的认真对待与积极行使,而且指向潜在权利的精心培育与适时确认。例如,新《公司法》第144条规定,公司可以按照章程规定发行类别股。这事实上赋予公司自由调整股权权能的权利。企业家完全可以据此设计契约式股权、有限合伙式股权、虚拟股权、动态股权等创新性的股权结构,以便优化公司治理结构或实现特定的投融资目的。再如,为改变“有融资优先权的国有企业不需要融资,有融资需求的民营企业无法融资”的悖论,公司法应当明确不同类型公司的“平等融资权”。^[30]如此,困扰民营企业多年的金融抑制、金融排斥等难题有望从根本上得到化解。

(二)企业家精神的规范表达

经过主体、行为、权利等维度的重释,企业家的公司法形象得以具体化,企业家精神也不再虚无缥缈。但企业家精神的公司法重释不能止步于此,而应深入规范层面,进一步厘清其在公司法规范体系中应如何表达。只有将企业家精神转化为公司法的规范化要求,将公司法规范作为企业家精神的制度载体,才能实现弘扬企业家精神的立法目的。在这方面,我国《民法典》关于社会主义核心价值观的规范表达方式值得借鉴。“弘扬社会主义核心价值观”被写入《民法典》的立法目的条款后,《民法典》在落实该目的条款时并未追求面面俱到,而是着重通过公平原则(第6条)、诚信原则(第7条)、不得违反公序良俗(第8条)、不得滥用权利损害他人合法权益条款(第132条)、“好人条款”(第183条)、保护见义勇为条款(第184条)来实现弘扬社会主义核心价值观的立法目的。^[31]《弘扬企业家精神意见》所归纳的“爱国敬业遵纪守法艰苦奋斗,创新发展专注品质追求卓越,履行责任敢于担当服务社会”,内容极为丰富,边界弹性较大,不适合也没有必要在公司法规规范体系中一一复制呈现。其中,“爱国敬业”“艰苦奋斗”与“专注品质”因过于偏重道德自律而难以转化为具体的公司法规范,“遵纪守法”“履行责任”“敢于担当”与“服务社会”因过于强调义务和责任而有悖于“为企业家赋权”的制度逻辑,只有“创新发展”与“追求卓越”能够体现出冒险、不满足、英雄主义等契合企业家精神的特质,因而企业家精神的规范表达只需要围绕这两个关键词展开即可。

学界关于企业家精神的研究派别林立,表述各异,但通过“提取公因式”的逻辑方法可以发现,创新是企业家最为鲜明的印记,创新精神是对企业家精神最为精准的提炼。在支持企业家创新发展方面,《弘扬企业家精神意见》提出要“依法保护企业家拓展创新空间,……引导金融机构为企业家创新创业提供资金支持,探索建立创业保险、担保和风险分担制度”。该表述抓住了问题的关键,也印证了熊彼特的前瞻性洞见,即“经济发展的关键在于企业家的创新活动,而金融的本质或核心功能就是筛选具有创新精神的企业家”。^[32]无独有偶,2025年的诺贝尔经济学奖授予乔尔·莫吉尔等三位经济学家,以表彰他们“对创新驱动型经济增长的阐释”。他们的理论可以被视为对熊彼特创新理论的再发展。据前文的分析,企业家创新的前提条件是自由和权利的充分享有及有效保障,与“创新发展”相对应的主要规范条款可具体表述为:

(1)企业家的人身自由、人格尊严、人格权益受法律保护,不受侵犯。自由不仅是发展的首要目的,也是发展的主要手段。^[33]在自由的谱系中,人身自由是行使其他一切权利的前提和基础,当企业家的人身自由受到侵害时,虽然可以诉诸《民法典》等法律寻求保护,但“企业家”的这一身份标签反而使其维权更加困难。特别是在一些营商环境差的地方,民营企业常被视为“唐僧肉”和“软柿子”,有关方面以行政、刑事手段干预经济纠纷的现象多发常见,民营企业的人身自由难以得到有效保障。在自媒体网络环境下,一些别有用心之人恶意散布“民营企业卖国论”“民营企业离场论”“消灭私有制”等言论,诋毁、贬损和丑化企业家,对企业家的人格尊严以及名誉权等具体的人格权益造成极大伤害。目前,这类反市场化改革的思潮并没有收敛和停止,导致不少企业家焦虑迷惘,身心俱疲。实证调研显示,有33.3%的企业家认为“对未来存在迷茫、悲观情绪”是“企业觉得最难以应对的挑战”之一。相较于20多年前,近些年企业家需要面对更复杂的形势和更不确定的压力,

[30] 蒋大兴:《公司法修订草案中的关键缺失》,《中国法律评论》2022年第5期,第147页。

[31] 张新宝:《〈中华人民共和国民法典总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第3页。

[32] 江春、李安安:《法治、金融发展与企业家精神》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期,第90页。

[33] [印度]阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,任贻、于真译,中国人民大学出版社2002年版,第7页。

“心情沮丧”“疲惫不堪”“挫折感强”的出现频率都有所上升。^[34]为振奋企业家精神,我国《公司法》总则部分有必要引入“企业家的人身自由、人格尊严、人格权益受法律保护,不受侵犯”的立场性条款。

(2)国家平等保护不同性质公司的法人财产权。有恒产者有恒心。“两个毫不动摇”与平等保护民营企业产权是党和国家确定的一项重大政策,其落实情况很大程度上影响着企业家的信心。从表面看,国企与民企的平等保护在立法和政策上并无障碍,企业家的社会和政治地位也已经达到很高的水平,但深究下去可发现,所谓的“平等保护”在很多时候仍是一纸空文,民营企业普遍面临“卷帘门”“玻璃门”“旋转门”等隐性歧视。市场所起的作用不仅取决于市场能做什么,而且取决于市场被允许做什么。^[35]为防止民营企业出现“躺平”心态,激励其投资信心,应将平等保护民营企业财产权的政策宣示转化为公司法制度规范,严格落实负面清单管理模式,全面清理制约民营企业发展壮大的隐性障碍,在公司的全生命周期提供服务型法治保障。

与“创新发展”相比,“追求卓越”具有冒险、试错的意涵,意味着敢闯敢试、敢为天下先、敢于承担风险,要求企业家具有发现商业机会的敏锐性和洞察力。在高度不确定的商业社会,敢于冒险、勇于试错是一种宝贵的精神品质。有学者在总结美国硅谷创新与创业精神时,将“鼓励冒险、容忍失败的氛围”作为其核心要点之一,认为“一个使不成功的企业家蒙受羞辱的环境和较低的风险回报,都将是创业的巨大障碍”。^[36]企业家的冒险与试错不是赌徒式的孤注一掷,而是在全面掌握有关知识、能力的基础上作出谨慎周密的判断。前文提及的商业判断规则无疑是激励企业家冒险、试错的主要制度工具。商业判断规则内含着“不以成败论英雄”的理念,核心功能在于为企业家的冒险和试错提供“安全港”,防止企业家暂时的失败演变成难以承受的法律风险,^[37]将决策风险可能带来的不利后果限制在一定范围,从而确保公司决策者的正常履职。在我国短期无法修改《公司法》的情况下,可以考虑通过司法解释与指导性案例相结合的方式引入商业判断规则,其中司法解释应重点针对新《公司法》第191条,将董事、高管对第三人的赔偿责任限缩解释为“补充赔偿责任”而非“连带赔偿责任”,审慎控制第三人赔偿责任的适用范围,最大程度减少企业家的顾虑。除引入商业判断规则外,解禁人力资本出资也将对激励企业家追求卓越起到至关重要的作用。这是因为,企业家群体在“四新”经济(即新技术、新产业、新业态、新模式)中的分布相对最为集中,依托“四新”经济成立的公司多为“专精特新”企业,均比较重视人力资本价值。在商事实践中,有不少创新创业型公司已突破资本多数决规则,赋予创始人等人力资本提供者更多投票权,出现了“智识多数决”现象。^[38]企业家的“智识”包含预见性、想象力、智慧、胆识、专业素养、组织与决策能力等,具有极为重要的价值,允许其在股东出资时以特定的方式计量并进行确认,对于弘扬企业家精神意义重大。当然,人力资本出资毕竟面临着因为高估而导致资本不实等风险,需要在评估、登记、公示、履行、责任等方面做出细化规定。将来完善我国公司法时,可以总结上海浦东新区、珠海、温州、天津等地的人力资本出资试点经验,在现有的《公司法》出资方式条文中增加一个特别条款:“国家鼓励创新创业型公司探索人力资本出资方式。关于人力资本出资的具体管理办法,由国务院另行规定。”

四、超越形式入法:企业家精神实质性嵌入公司法的制度回应

前文对企业家精神的学理化阐释与学术化表达,得以使其走出经济学、管理学的话语体系,进而有机融入公司法的知识范畴。但要想真正发挥企业家精神的价值和功能,必须推进其从形式入法到实质入法的跃迁,即从公司法的实施、解释、裁判等维度推进企业家精神的实质性嵌入,由此需要在削减民营企业制度性交易成本、构建以企业家为中心的公司治理体系、激活企业家精神条款的司法适用等方面做出制度回应。

(一)民营企业制度性交易成本的有效削减

新《公司法》的企业家精神条款虽然对国有企业、民营企业一体适用,但严格来讲企业家精神主要是针对民营企业而言的,甚至有学者认为国家所有制下不可能产生真正的企业家,原因在于国有企业不可能使经营者

[34] 李兰编著:《中国企业家成长30年:企业家精神引领企业迈向高质量发展》,清华大学出版社2023年版,第71页。

[35] [印]阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,任贻、于真译,中国人民大学出版社2002年版,第118-119页。

[36] [美]李钟文等主编:《创新之源:硅谷的企业家精神与新技术革命》,陈禹等译,人民邮电出版社2017年版,第8页。

[37] 沈云樵、谢梓菁:《企业家精神动态性与公司控制权调适的共轭演进》,《西南政法大学学报》2025年第2期,第26页。

[38] 吴飞飞:《现代公司控制权分配中“智识多数决”现象探究》,《证券市场导报》2019年8月号,第8-10页。

具有以财产增值为目标的长期行为,不可能从根本上改变企业预算约束软化的问题。^[39]该观点虽然看似武断,却一语中的,揭示出国有企业与民营企业对企业家精神需求的差异性。当前,民营企业的发展正面临“市场的冰山、融资的高山、转型的火山”等结构性困难,民营企业家普遍存在信心不足、预期不稳等问题。正因如此,《民营经济促进法》将“培育和弘扬企业家精神”纳入民营经济组织经营者队伍建设的条款。综合考虑这些因素,在理解和适用新《公司法》的企业家精神条款时,应重点关注民营企业的制度诉求。最近一项权威性调查发现,保护企业家合法权益的法治环境、公平公正与稳定透明的营商环境,都对企业家精神的有效发挥影响巨大,民营企业家对“不搞运动式、一刀切式执法”“营造公平环境”“保持政策稳定性和可预期性”的呼吁最为强烈。^[40]这些诉求均指向政商关系这一本源性问题,反映到公司法中则可以具体化为如何削减企业的制度性交易成本问题。

随着世界银行营商环境评估在我国的深入开展,制度性交易成本这一概念受到高度关注。世界银行认为,商业监管规则必须有效且易于遵循和理解,只有消除不必要的繁文缛节才能推动经济增长、减少腐败和促进中小企业繁荣,其营商环境评估的方法论是以降低制度性交易成本为主线,以更美好的制度构建更美好的生活。^[41]所谓制度性交易成本,是指企业因受制于政府的各种制度工具所带来的成本,包括准入成本、证照成本、税费成本、合规性成本、监管成本等,属于企业自身经营性成本以外的外部成本。由于改革进入攻坚期和深水区,改革的难度与阻力骤然加大,面临思想观念的束缚与利益固化的藩篱等多重挑战,“触动利益比触动灵魂还难”成为沉重的社会现实。再加上外部环境的重大变化,企业的制度性交易成本开始反弹,甚至不少民营企业面临生存与发展危机。以税费成本为例,一些地方不是按照企业的实际经营状况而是按照定指标的方式征收税费,甚至直接采取向企业“摊派”的方式来征收税费。特别是在地方财政吃紧的情况下,回溯性收税明显增多,“税务倒查”让市场主体不堪重负,动摇了企业扩大投资的积极性并重创了其经营信心。在这种病态的政商关系下,官商之间的“潜规则”大行其道,双方陷入“寻求关系、建立关系、维护关系、利用关系、发展关系”的恶性循环。但这种关系非常脆弱,极易因信任缺失而破裂。正如有学者所言,地方政府与私营企业的利益联盟,只有在交易成本主要是经济成本的情况下才具有可操作性……在一个还没有建立真正法治和政治问责的世界里,一旦政治和社会稳定的重大利害考量发挥作用,地方政府可能很容易牺牲其弱势的商业伙伴。^[42]

在进一步全面深化改革的背景下,削减民营企业的制度性交易成本,当务之急是构建亲清政商关系,为企业家提供包容性的制度环境。制度本身存在好坏之分,好的制度具有包容性,能够产生有效率的经济组织进而带来经济增长和繁荣,而坏的制度呈现出汲取性特征,通常会造造成停滞和贫困。^[43]关于制度的优劣,企业家最能感同身受,也最具有评判权,这是因为制度变迁的主角是那些能对根植于制度框架内的激励作出反应的个体企业家,变迁的源泉则是变化着的相对价格与偏好。^[44]我国的改革开放之所以取得成功,秘诀在于找到了适合国情的发展道路,在实践中探索出一套行之有效的制度安排,其中一点就是对民营企业家的包容性扶持。在整个20世纪80年代,由于肩负经济发展的政治任务,同时受益于经济发展对企业家精神的培养,政府比较容易能够在国有企业改革的过程中与新生民营企业家走得足够近,这就是中国式“重商主义”的来源。^[45]亲清

[39] 张维迎、盛斌:《企业家:经济增长的国王》,上海人民出版社2014年版,第267-268页。

[40] 李兰编著:《中国企业家成长30年:企业家精神引领企业迈向高质量发展》,清华大学出版社2023年版,第100-101页。

[41] 罗培新:《世界银行营商环境评估:方法·规则·案例》,译林出版社2020年版,第5-11页。

[42] 郑永年、黄彦杰:《制内市场:中国国家主导型政治经济学》,邱道隆译,浙江人民出版社2021年版,第284页。

[43] 诺斯认为,有效率的经济组织是经济增长的关键,因为有效率的经济组织要求适当的制度安排和明确的产权,这样才能创造激励,把个体的经济努力汇聚成能够使私人收益率接近社会收益率的经济活动。参见〔美〕道格拉斯·诺斯、〔美〕罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起:900—1700》,贾拥民译,中国人民大学出版社2022年版,第3页。关于包容性制度与汲取性制度的分析,可参见〔美〕德隆·阿西莫格鲁、〔美〕詹姆斯·A.罗宾逊:《国家为什么会失败》,李增刚译,湖南科学技术出版社2015年版,第64页。

[44] 〔美〕道格拉斯·C.诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版,第98页。

[45] 张笑宇:《商贸与文明:现代世界的诞生》,广西师范大学出版社2021年版,第459页。

政商关系是一种比较理想的模式,其核心要义在于正确处理权力与资本的关系,强调政府与民营企业家身份平等、彼此独立、各尽其职、合作共赢。^[46] 从公司法维度来构建亲清政商关系,关键是消除国企与民企二元结构所隐藏的制度设计不公,确保民企获得平等的市场机会和法律地位。

新《公司法》在削减企业制度性交易成本方面尽管可圈可点,但仍然有改进空间,具体表现为:(1) 股权变动成本可进一步削减。司法实践中,股权转让纠纷、股权让与担保纠纷、股东资格确认纠纷层出不穷,“一股二卖”与“人走股留”等案件总是让法官焦头烂额,同案不同判现象时常发生。这些都源于公司法关于股权变动规则的立法不明确,采取股东名册与工商登记并存的二元模式,纠结于纯粹意思主义、修正意思主义、记载形式主义与登记形式主义之间而难以抉择。^[47] 遗憾的是,新《公司法》在股权变动规则上未进行实质性改革,导致企业的股权变动成本继续放大。后续在完善股权变动规则时,应取消股东名册的确权功能,实现股权工商登记对股东名册的功能替代,将工商登记作为股权变动的唯一生效要件,进而实现股权变动纠纷裁判规范统一。(2) 风险隔离成本可进一步削减。公司从摇篮到坟墓,始终与风险相伴,除了一般性的民商事交易风险,还有特殊的监管风险和刑事风险。为了隔离风险,企业会设计各种复杂的商事交易结构,如股权代持、股权家族信托、有限合伙架构、协议控制架构(Variable Interest Entities,简称VIE架构,也称“可变利益实体架构”)等。一旦公司的资本运作涉及跨境并将信托作为离岸金融策划的主要工具,逃税、洗钱、规避监管等负面评价便接踵而至,成为困扰企业家的一大痛点。正如学者所言,海外离岸公司和离岸信托的设立是中国公司风险隔离的最大成本,离岸法区隐藏了大量的财富,其中涉及的资本外逃问题不可小觑。^[48] 事实上,大部分新型商事交易结构都是金融创新的产物,反映出趋利避害的商业逻辑,因而应秉持引导和规范的思路加以对待,防止用简单粗暴的方式进行打压。(3) 产权保护成本可进一步削减。清楚的产权界定是市场交易的前提,但对于不少民营企业而言,其产权的界定、行使和保护尚存在困难,《完善产权保护意见》的出台亦从侧面反映出这一点。例如,司法实践中民营企业遭遇不当立案、选择性执法司法、趋利性执法司法或地方司法保护的案件不在少数,以行政、刑事手段干预经济纠纷的做法极大地伤害了民营企业产权。在新《公司法》的施行过程中,应将《完善产权保护意见》《弘扬企业家精神意见》等政策文件精神以及《民营经济促进法》的立法意旨体现在个案裁判中,通过公正司法降低民营企业的产权保护成本。

(二) 推进企业家中心主义导向的赋权改革

关于公司内部权力的配置模式,学理上长期存在着股东会中心主义与董事会中心主义之争,实践中除了二者的兴衰交替外,还存在债权人中心主义、经理层中心主义甚至控股股东中心主义的特殊状态。这些公司治理模式均隐含有一个重要的制度信息,即公司是一个科层制的组织,必须有一个“中心”。这一逻辑前提在工业社会和制造经济时代基本上是成立的,但到了信息社会和知识经济时代则不再当然正确。随着数字经济的飞速发展以及平台企业等新型组织的出现,商事组织正在经历一场“去中心化”的革命,“去中心化自治组织”(Decentralized Autonomous Organization,简称DAO)的兴起对组织法单一中心化的假设带来严峻挑战。^[49] 公司法作为典型的组织法,不可避免地受到“去中心化”浪潮的冲击,特别是区块链技术的运用将大大扩张公司的边界,全新的共识机制、激励机制和社群机制将从根本上改变公司制度的底层逻辑。^[50] 如果说存在中心化的公司治理架构对应着科层制的话,那么去中心化的公司治理架构则对应着“扁平化”,其特征是公司内部的管理层级减少,每个人都要承担分享信息的责任而不是单纯地执行上级的指令,管理转变为治理和赋能。^[51] 在这种扁平化的公司中,企业家型股东的地位显著上升,大股东转化为“财务型投资者”,股东甚至自愿放弃对企业的控制,让具有企业家精神的经营者大显身手。如在阿里巴巴、腾讯这样的互联网科技平台企业中,股东对

[46] 王帅:《法治、善治与规制——亲清政商关系的三个面向》,《中国行政管理》2019年第8期,第101页。

[47] 赵旭东、邹学庚:《股权变动模式的比较研究与中国方案》,《法律适用》2021年第7期,第10页。

[48] 王涌:《新公司法、企业家精神与企业家风险》,《董事会》2024年第21期,第60页。

[49] 冯果、刘汉广:《去中心化理念对传统组织法的冲击与再造——以“去中心化自治组织”(DAO)为中心的考察》,《社会科学》2023年第5期,第172-173页。

[50] 龚炎、李磊、于洪钧:《公司制的黄昏——区块链思维与数字化激励》,机械工业出版社2020年版,第212页。

[51] 许小年:《商业的本质和互联网(第2版)》,机械工业出版社2023年版,第250-251页。

经营团队具有较高的依赖性,股东资本不再是公司的核心关注,经营者对数据网络技术的运用和创新才是关键。^[52]为了留住稀缺的企业家资源,互联网科技平台企业倾向于赋予企业家超级投票权,在创业团队与外部投资者之间建立合作共赢的长期合伙关系,其治理目标由防范股东与管理层之间的委托代理高成本变成保持创始团队的控制权稳定,通过一系列的机制设计激励创业者向企业长期持续投入创新资本。^[53]有学者就此认为,不平等投票权的股权设计理念,本质上反映出从股东中心到企业家中心的变革趋势。^[54]

分析至此,似乎出现了一种悖论,即公司治理“去中心化”过程中出现了“再中心化”。事实上这并不矛盾,因为公司治理的“中心化”“去中心化”与“再中心化”并不是简单的线性演进关系,而是复杂的交织演化过程。换言之,未来世界的公司非但会出现“中心化”与“去中心化”的互存共生,也会呈现出“去中心化”与“再中心化”的同频共振。但“再中心化”不是简单地回到过去的股东会中心主义或董事会中心主义,而是可能进化到企业家中心主义,这将是公司治理范式的蝶变。我国新《公司法》优化了股东会与董事会的职权配置,整体上体现出向董事会中心主义的偏移特点,但由于未对剩余权力的归属作出明确规定,事实上为其他类型的权力配置模式提供了解释空间。由于世界上并不存在公司治理的最优标配模式,我国亦没有必要做出非此即彼的选择,而应在设计和肯定多种治理模式的基础上,将公司法中的治理规则视为任意性规范,允许公司当事人根据自身需求和不同情况自主决定。^[55]按照这样的思路推演,以企业家为中心的公司治理模式完全可以作为一种新型的公司权力配置架构,企业家中心主义也能够为立法者超越股东会中心主义与董事会中心主义之争提供“第三条道路”。

前文指出,新《公司法》第1条中的“弘扬”二字实际上内嵌着“为企业家赋权”的意蕴,不但涵摄对既有权利的认真对待与积极行使,而且指向对潜在权利的精心培育与适时确认。由于立法目的条款能够统率全部条文,后续在解释和适用新《公司法》时,应秉持赋权论的立场,尽量给公司及其相关方赋权而非限权,尽量允许公司及其相关方通过意思自治来调整各自的权利义务。^[56]在企业家中心主义导向下,可以分别从公司法总则、分则两方面推进赋权改革。其中在公司法总则部分,应确立与“弘扬企业家精神”相匹配的立法原则,打通“理念—原则—规范”的逻辑链条,解决因企业家精神过于抽象而容易与公司法制度规范脱节的问题。企业家精神本身具有浓郁的道德色彩,作为立法目的条款的“弘扬企业家精神”虽然上升到了法理念层面,但与具体的公司法制度规范仍然存在鸿沟,原因在于二者之间缺乏衔接的纽带。原则居于理念与规范之间,理念与规范之间的断裂可以通过立法原则的引入来弥合。与民法、刑法等传统部门法相比,公司法在立法技术上不够重视基本原则的设置,以至于法官在面对疑难案件时很难根据基本原则所构建的弹性空间进行补充解释,案件处理容易陷入“具体规范的泥潭”,几乎在所有公司法重要问题上都存在立场相反的歧义判决。^[57]缺乏基本原则的公司法只是群龙无首、一盘散沙的枯燥条文而已。因此,在后续完善公司法时,总则部分有必要确立基本原则条款,其中与弘扬企业家精神相契合的原则包括平等保护原则、营业自由原则、公司生存权与发展权保障原则等。鉴于前文就平等保护原则已有论述,下文将围绕后两项原则稍作展开论述。

营业自由是经济自由的重要组成部分,对市场主体而言是一项带有宪法性质的基本权利。在西方发达国家的公司法中,营业自由居于基础性地位,公司设立自由、资本流通自由等作为营业自由的核心要义被立法确认后,成为提升公司法竞争力的重要手段。^[58]从权利维度看,营业自由旨在赋予市场主体营业权,权利内容包括营业机会的平等享有、营业资格的自由取得、营业领域的自愿选择、营业事项的自主设定、营业方式的自我决

[52] 徐晓松:《公司控制视阈下中国公司治理法律制度研究》,中国政法大学出版社2022年版,第104页。

[53] 胡晴、陈德球:《数字经济时代中国公司治理:理论范式与创新实践》,中国人民大学出版社2023年版,第155页。

[54] 郑志刚:《从“股东”中心到“企业家”中心:公司治理制度变革的全球趋势》,《金融评论》2019年第1期,第70页。

[55] 赵旭东:《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,《法学评论》2021年第3期,第81页。

[56] 缪因知:《新〈公司法〉条文解释的赋权导向》,《地方立法研究》2024年第2期,第1-2页。

[57] 蒋大兴:《公司法修订草案中的关键缺失》,《中国法律评论》2022年第5期,第143页。

[58] 崔文玉:《营业自由与公司资本制度的变革——以欧洲国家公司法中的营业自由为研究视角》,《环球法律评论》2014年第1期,第153-158页。

定、营业权利的独立行使、营业救济的自力主张等。^[59] 营业自由原则一旦写入公司法总则,意味着公司设立自由、投融资自由、组织形式转换自由、治理结构选择与设计自由有了统合性的原则指引,其意义不仅在于提高公司法立法的科学性,更在于激励企业家投资兴业。将来在完善公司法时,可以考虑在现行《公司法》第9条的经营范围条款中,将公司营业自由原则作为一款增设其中。

在国内外环境发生深刻变化的背景下,不少公司的生存与发展遭遇困境,为其提供生存空间和发展保障成为当务之急。所谓公司生存权,是指公司一旦有效成立,有权免于在缺乏法律依据或未履行法定程序的情况下被随意解散、清算和注销;公司发展权则是指公司在不违反强制性法律规定和公序良俗的前提下,有权决定自身发展目标,有权选择适合自身情况的发展战略,有权自主享受和支配发展成果。^[60] 生存权和发展权是首要的基本人权,这是被普遍认同的社会共识。在公法意义上,生存权和发展权的主体是公民;但在私法意义上,生存权和发展权的权利主体呈现出扩张之势,我国《民法典》第206条第3款正式赋予市场主体发展权。公司作为最重要的市场主体,享有发展权理所当然;生存是发展的前提和基础,因而,赋予公司生存权是公司的题中应有之义。公司生存权与发展权保障原则一旦被公司法确认,不仅意味着企业维持这一商法基本原则在公司法领域的贯彻,也意味着自主决断这一企业家精神的核心要旨得以实现。

公司法分则方面的赋权改革,可以着重从解释论的维度进行回应。新《公司法》的不少制度设计具有一定的制度弹性,具备赋权性解释的法理基础。除了前文述及的第144条关于类别股的规定可以解释为赋予公司自由调整股权权能的权利,第193条关于董事与高管对第三人的责任应当解释为“补充赔偿责任”而非“连带赔偿责任”之外,还有一些条文值得关注:(1)第14条关于公司转投资的规定,应当解释为除了允许传统的股权投资、债权投资外,还允许明股实债、对赌协议等具有股债融合性质的新型投资方式。公司长期受困于“股债二分”的制度逻辑,似乎只能在股权投资、债权投资中选择其一,否则将面临被法律否定和被裁判无效的结果。^[61] 但商事实践早已突破了“股债二分”模式,涌现出夹层融资、永续债、分级基金、结构性资管计划等股债融合型的投融资工具。^[62] 后续出台的公司法司法解释有必要对明股实债、对赌协议等新兴投资方式的合法性进行确认,以此激励商事实践创新,释放企业家创新发展的新动能。(2)第152条关于授权资本制的规定,应当解释为赋予公司融资自主权。新《公司法》在引入授权资本制的同时,保留了认缴制。如果说认缴制重在突出股东的出资自主权,那么授权资本制则强调公司的融资自主权,即允许董事会依据自身专业能力自主决定增资的时间和规模,从而达到将融资自主权授予公司的目的。^[63] 授权资本制优化了公司融资决策的权力配置,实现了融资权向公司的回归,某种意义上将新《公司法》塑造成了“公司融资现代化促进法”。^[64] 但授权资本制的引入可能引发新旧股东之间、股东与债权人之间的利益冲突,后续的司法解释需要对新股发行的瑕疵救济、股东优先认购权、董事的公平对待义务等作出细化规定。(3)第180条第2款关于董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务的规定,“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”中的“合理注意”应通过司法解释将“合理注意”的判断标准明确为客观标准而非主观标准,并通过商业判断规则的引入将标准的判定加以具体化。

(三) 激活企业家精神目的条款的司法适用

企业家精神能否实质性嵌入公司法,很大程度上取决于司法适用,这是将“纸面上的法”转化为“行动中的法”的关键所在。正所谓“一个案例胜过一沓文件”。只有在个案裁判中落实立法目的,“弘扬企业家精神”条款才不会被束之高阁。由于新《公司法》刚实施不久,直接援引企业家精神条款的裁判案例寥寥无几,但这并不妨碍就如何激活企业家精神条款的司法适用进行经验观察和法理分析。事实上,《弘扬企业家精神意见》《民营经济促进法》出台后,最高人民法院均很快发布了相关通知或具体实施方案,并注重通过发布典型案例

[59] 肖海军:《商事权利论——基于营业自由与机会平等视角》,法律出版社2022年版,第179页。

[60] 刘俊海:《论公司生存权和发展权原则——兼议〈公司法〉修改》,《清华法学》2022年第2期,第8-9页。

[61] 赵旭东:《第三种投资:对赌协议的立法回应与制度创新》,《东方法学》2022年第4期,第98页。

[62] 李安安:《股债融合论:公司法贯通式改革的一个解释框架》,《环球法律评论》2019年第4期,第39-43页。

[63] 冯果:《论授权资本制下认缴制的去与留》,《政法论坛》2022年第6期,第99页。

[64] 傅穹:《授权资本制的中国运行机理》,《中国社会科学》2024年第6期,第78页。

的方式加以贯彻。在其中一个案例中,针对某专业自媒体从业人员就小米公司及其创始人雷军的贬损性言论,法院依法适用行为保全措施,及时消除对民营企业名誉权的侵害,有效维护了民营企业家的信心。^[65] 在另一起案例中,针对某知名能源实业公司破产重整案,法院灵活采取“破产不停产+分离式处置资产”等举措,不但帮助企业起死回生,而且帮助公司实际控制人进行信用修复,达到了“企业脱困+个人重生”的理想效果,营造出“激励创新、宽容失败”的社会氛围。^[66] 这些案例传递出的一个重要信息是,人民法院承载着践行公共政策的制度功能,在本文语境下具象化为通过个案裁判来落实“弘扬企业家精神”这一公共政策。但在新《公司法》付诸实施的背景下,由于企业家精神已经从政策话语转变为法律话语,作为立法目的条款的“弘扬企业家精神”具有了规范性意涵和直接适用空间,这意味着将来出现的涉及企业家精神弘扬方面的案件,无论是裁判依据还是说理论证都将出现明显变化。

激活企业家精神目的条款的司法适用,逻辑前提在于明晰企业家精神的制度功能,并将这些抽象的制度功能与具体的公司法制度规范对接起来。企业家精神的制度功能主要表现在:第一,法律解释功能。基于立法目的条款具有统摄全部立法条文的作用,在对不确定法律概念或者具有学理争议的条文进行解释时,应重视体系解释方法的运用,将其置于企业家精神的制度语境下加以考量。以新《公司法》第20条的公司社会责任条款为例,由于其吸收了“环境、社会和公司治理”(Environmental, Social and Governance, 简称 ESG)因素,对公司的性质和目的、公司的组织结构设置、董事的义务和责任均产生较大影响,因而需要从整体主义的维度审视该条款的构造与逻辑。仅从董事义务角度看,如果说传统公司法中的董事义务是以商业判断为核心,那么在 ESG 时代,对董事义务的判断需要进行商业判断与社会判断的“交错考量”。^[67] 在司法适用过程中,关于违反公司社会责任条款之判断需要区分董事会决议和公司日常经营等不同情形,董事责任的具体认定则应并入新《公司法》第180条第2款的勤勉义务规则体系。^[68] 第二,利益衡量功能。公司法中存在着复杂的利益冲突,如何化解利益冲突,实现公司、股东、债权人以及其他利益相关者之间的利益平衡,是隐含在公司法中的一条制度主线。但在公司利益、股东利益、债权人利益甚至国家利益、社会利益等利益圈层的融合、竞争、冲突过程中,公司法仍未形成一种完美的权力/权利/利益/责任的分配格局。^[69] 新《公司法》第1条中“保护公司、股东、职工和债权人的合法权益”的表述并不意味着是对保护对象的穷尽式列举,“弘扬企业家精神”实际上隐喻着企业家作为重要的公司法主体的登场。企业家利益虽然在多数情形下可以被公司利益、股东利益、董事利益所吸收,但在不少情形下有独立存在的正当性和制度空间。企业家是社会的稀缺资源和宝贵财富,企业家利益具有超越个人利益的公共性品格,所以在企业家精神条款的司法适用中,应认识到企业家利益的独特性,充分发挥其价值判断、利益调和的功能。第三,漏洞填补功能。法律具有不完备性,处在变动不居的商业社会中的公司法更是如此。在“为企业家赋权”的价值导向下,最高人民法院可以通过制定司法解释、发布指导性案例等形式弥补公司法的制度漏洞。如在董事责任方面,可借助司法解释形成精准问责、公平减责、适度免责、合理容错、宽容失败的责任减免机制。值得关注的是,在备受争议的斯曼特案中,^[70] 最高人民法院采纳了最高人民检察院的抗诉意见,于2025年初终审改判,判决胡某生等3名董事仅对斯曼特公司损失的10%共同承担赔偿责任,否定了先前认定的6名董事须对公司全部损失承担连带赔偿责任的判项,确立了“过错程度与责任后果相适应”的精细化裁判范式,为董事责任抗辩提供了理性指引。

鉴于前文将公司法语境下企业家精神的内核限缩为“创新发展”与“追求卓越”并分别就其对应的规范表达进行了阐释,激活企业家精神目的条款的司法适用,就应重点围绕这两个关键词所对应的规范表达展开裁判说理。例如,在审理关于保护企业家人身自由、人格尊严、人格权益纠纷以及保护企业家财产权益、创新权益纠纷时,均可以直接援引新《公司法》第1条中的“弘扬企业家精神”作为裁判依据或说理依据,并适当运用目的

[65] 北京互联网法院(2021)京0491民初51722号民事裁定书。

[66] 浙江省乐清市人民法院(2020)浙0382破69、70号民事裁定书;浙江省乐清市人民法院(2021)浙0382破13号民事裁定书。

[67] 蒋大兴:《ESG对董事义务的改造:从商业判断到社会判断的进化》,《中国法学》2024年第4期,第107-108页。

[68] 吴维锭:《公司法上社会责任条款司法化的逻辑与再塑》,《法学研究》2024年第3期,第126-127页。

[69] 沈晖:《公司利益的法律解释》,北京大学出版社2023年版,序一第2页。

[70] 最高人民法院(2018)最高法民再366号民事判决书。

解释、体系解释等方法增强裁判说理的充分性和裁判结论的可接受性。当然,这并不意味着《弘扬企业家精神意见》所设定的“专注品质”“履行责任”“敢于担当”等内容就不能进行司法适用,只是说这些内容由于很难直接转化为公司法的正式法源,在司法适用中发挥的主要是道德教育宣誓、补强证成结果等作用。^[71] 客观而言,由于企业家精神的抽象性及其与公司法制度规范的脱嵌,目前在司法适用过程中难免会遭遇形式援引说理不充分、实质援引场景单一化等困难。真正激活企业家精神条款的司法适用,尚需将平等保护原则、营业自由原则、公司生存权与发展权保障原则确立为公司法的基本原则,解禁人力资本出资、确立商业判断规则并赋予公司融资自主权等权利,弥合价值理念与制度规范之间的空缺,打通抑制企业家精神的制度堵点。唯有如此,企业家精神条款的司法适用才会更为通畅,企业家精神的强大制度潜能才能得到充分释放。

五、结语

制度优势是一个国家的最大优势,制度竞争是国家间最根本的竞争。公司法是市场经济的基础性法律,公司法律制度之间的竞争是国家间竞争的重要组成部分,而作为市场经济灵魂的企业家精神的嵌入将极大提升公司法的包容性、适应性和竞争力。在百年变局的关键节点,党的二十届三中全会高举“进一步全面深化改革”的旗帜,锚定“中国式现代化”的战略目标,重新释放制度改革红利,在危机中育新机,于变局中开新局。以此为契机,新《公司法》实施过程中应进一步完善制度规则,实现企业家精神从形式入法到实质入法的跨越,通过制度性嵌入的方式完成公司法的价值转换与功能进阶。

(本文责任编辑 肖新喜)

[71] 社会主义核心价值观融入司法裁判的实务经验可以为企业家精神条款的司法适用提供参考。有实证研究发现,“诚信”“自由”等价值观可以通过裁判理由、裁判依据和价值冲突的解决基础三种路径融入司法裁判,而“富强”“民主”等价值观,多数情况下只能扮演裁判理由的角色。参见雷磊:《社会主义核心价值观融入司法裁判的方法论反思》,《法学研究》2023年第1期,第10页。