

公司组织形态重构与公司法结构性改革

Corporation Form Reconstruction and Corporation Law Structural Reform in China

李建伟

LI Jian-wei

【摘要】 公司组织形态的科学设置以及在此基础上的公司法规范结构的合理安排,是公司法结构性改革的主线与核心。围绕公司组织形态设置与规范结构安排存在的缺陷而展开的我国公司法结构性改革包括几个层面:公司组织形态的设置,立足于封闭公司、公众公司的分类体系进行公司类型的重新整合;规范结构的设计,立足于公司在封闭性与公众性上的实质差异重新安排有限责任公司与股份有限公司的规范结构;具体法制的设计,一要重视企业规模在公司立法中的意义,为中小型企业提供更具灵活性、针对性、适应性的制度安排,二要回应本土经验,关注股东的身份之于公司制度运行的影响。

【关键词】 公司组织形态 封闭公司 公众公司 分类规制 公司法现代化

【中图分类号】 DF411.91 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2015)05-0005-017

Abstract : A reasonable settings of corporation form and based on which, constructing the regulatory structure of corporation law, is the main line and core content of the modernization of corporation law. There are several significant structural defects in the settings of corporation type and its regulatory arrangements of Chinese Corporation Law, in order to remedy these defects, the modernization reform of Corporation Law carried out, including the following several levels: in the level of the settings of corporation form, the type of corporation should be re-integrated based on the substantial classification system of close corporation and public corporation; in the level of the designing of corporation system, the regulatory structure of limited corporation and joint stock limited corporation should be re-arranged, based on the substantial difference between closure and publicity; in the level of the designing of specific legal regulation, the size of the enterprises should be emphasized on, and corporation legislation should provide regulatory arrangements with more flexibility, pertinence and adaptability for the small-medium limited corporations; in the level of response to the local experiences, attention should be given to the impact of the corporation operating based on different identities of shareholders.

Key Words: Corporation form Structural reform Close corporation Public corporation Modernization of corporation law

【收稿日期】 2015-07-12

【作者简介】 李建伟,男,1974年4月生,中国政法大学民商经济法学院教授,研究方向为民商法。

【基金项目】 国家社科基金青年项目“政府规制公司法律制度研究”(批准文号:08CFX027);中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目。

近 10 多年大陆法系的主要国家、地区涌现出一轮公司法现代化的改革浪潮,其中一条主线是公司组织形态的改革,也即通过公司组织形态的创新性整合来实现公司法现代化的各项要求。公司组织形态的设置是构建公司法律制度的基本单元,也是公司法的主要规范内容,建立在其上的分类规制原则是公司法的规范构造之基石,公司法的理念、基本原则和制度功能主要通过这一基石而获得实现。因此,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就是公司组织形态的制度现代化。

我国《公司法》自 1993 年颁布以来的 20 多年间历经多次修订,但还没有一次围绕“公司组织形态的创新性调整”这一命题展开,学界也较少关注这一命题,似乎有限责任公司与股份有限公司的既定划分及存在乃应然的“金科玉律”,无所谓合理与否。这让我们多少忽视了大陆法系在公司分类规制上的传统“两分法”的固有逻辑缺陷,还有更严重的立法逻辑预设与社会经济现实的割裂问题。

比如,大规模的有限责任公司和小规模的股份有限公司的大量出现事实上已然违背了公司分类规制的立法逻辑预设。对于前者,某些方面本应接受股份有限公司甚至上市公司的规则规制,但“两分法”赋予这类公司运用自治规则减轻自身义务与责任的机会;对于后者,本应适用更多授权性规则,但“两分法”却使得这类公司受到较多强制性规则的束缚。

所以,重新检讨我国公司法上的既有公司分类实有必要,为此需要回答三个问题:公司法为何需要公司组织形态的分类规制?如何实现合理的分类规制?与分类规制相应的公司法规范结构如何设置?结合我国公司立法与公司实践经验,本文的研究试图来回答这些问题。

一、大陆法系公司组织形态的设置及其变革的由来

(一) 分类规制乃公司法的共通规则

公司组织形态的划分是公司法的核心,也是公司法的基础问题。将公司进行类型的划分是公司法进行分类规制的需要,也即在规则设计上区别对待不同类型的公司,进而满足不同投资者的需求。由于事涉不同投资者的投资预期与选择,公司组织形态的划分在公司立法中意义重大,而非人们所认为的只具有纯粹的描述意义与抽象的理论价值。分类规制原则保障了公司法对于不同类型公司的特殊性予以足够的关注,在公司设立、资本规则、治理结构、债权人保护、社会责任等基本层面适用不同性质的规范,不同类型公司的规范区分变得相对清晰,相互间就有了“不可替代性”,公司类型的划分自身也获得了意义,公司法的规范体系由此也更具丰富性、层次性。分类规制原则的实现与公司组织形态的分类息息相关,因为公司分类是实现分类规制的前提与载体。由于两大法系的公司法在公司类型划分上的思路迥然有别,因此公司法规范构造上的分野由此决定并展开。

(二) 大陆法系的公司“两分法”

在大陆法系公司法中,公司的法定类型主要就是有限责任公司与股份有限公司^①。有限责任公司(LC, limited company),立法的经典表述就是“股东以认缴的出资额为限对公司承担责任”。股份有限公司(joint stock limited company, limited company by shares),立法定义的经典表述就是“公司全部资本分为等额股份,股东以其认购的股份为限对公司承担责任”。大陆公司法的这一分类体系存在的主要问题是两类公司

^① 在大陆法系传统公司法上,还有两合公司、无限公司以及股份两合公司三种法定类型,但在现今的各国、地区公司实践中,这些公司实际上已经普遍地趋向式微乃至消亡,故不在本文的研究视野之内。

的实质区别太小^[1]，区别似乎仅在于是否将资本化为等额股份而已，难有实质性意义。如我国《公司法》人为地将有限责任公司的股权客体称为“出资”、股份有限公司的股权客体称为“股份”，前者禁用“股份”（share）一词。细究起来，这一区别既流于形式而缺乏实益，逻辑上也过于牵强，难以令人信服。^①在我国《公司法》文本上，两类公司的规范无论从结构体系上还是内容构造上都同质化，甚至让人感觉立法者在立法时似乎是“剪切+粘贴”，难以体现两类公司的不同性质与用途，遑论公司法的规范结构的优化。

在实质意义上，大陆法系的公司法理论将有限责任公司的特质描述为：资合公司；封闭性，“仅在少数股东之间封闭运营”^[2]，强调股东间的人身信任关系，“即在有限责任公司的成员之间存在着某种个人关系，这种关系很像合伙成员之间的那种相互关系”^[3]，对股东的数量及变动设有限制；设立程序简单，成本较低；治理相对灵活，强调自治；规模上定位为中小型公司，即在净资产、总销售额、从业人员数额等方面均属于比较小的规模。^[4]相应地，股份有限公司的特质被描述为：典型的资合公司；公众性，股东人数不受限制，股份可以自由转让^②；严格的设立程序；治理受到较多法律干预，运行成本相对较高^③；定位为大型公司。只是关于这两类公司的实质性制度区分究竟为何，未有共识。有的强调有限责任公司的资本非股份性、筹资与运营的封闭性与股份有限公司的资本股份性、筹资与运营的公开性。^[5]有的强调公司资本是否分为等额股份。^[6]有的则认为在于公开性的要求不同，有限责任公司具有的封闭性对应于股份有限公司的开

放性。^[7]究竟哪种认识抓住了问题的实质，尚需展开论证。

（三）公司立法与公司实践的背离

在现实社会经济生活中，主要作为大型、公众公司存在的股份有限公司与主要作为中小型、封闭公司存在的有限责任公司，是过去100年来大陆法系国家、地区的公司主力，不仅在数量上占据压倒性多数，而且在资本额、经营业绩额、利润总额以及对社会影响等各方面都占压倒性优势。在最近一轮大陆法系的公司法改革浪潮中，公司组织形态的整合以及与此相配套的公司规范的结构改革是核心，焦点是有限责任公司法制的变革。在日本，两类公司的区别只能从立法创立有限责任公司制度的宗旨看出：股份有限公司是为了满足大型、公众性企业需要所设计的制度体系，而有限责任公司则是考虑到封闭性、中小企业的企业需要所做的制度设计，此处的封闭性就是指股份转让受到限制的意思，两类公司“在法律上只是所预计使用的企业的规模以及性格不同而已”^[8]。但大部分中小企业选择（股份转让受限制的）股份有限公司组织形态的现实使得立法设计与实践情况相去甚远，貌合神离的趋势愈加明显。这迫使20世纪90年代股份有限公司法制几经修改，修改的逻辑与思路是力图使封闭性中小企业也符合股份有限公司法的规定，结果一步步地使得股份有限公司法制与彼时的有限责任公司法制愈加一致。

另一方面，商法典多对股份有限公司采取强制性规定，使得在中小企业本来易于解决的一些纠纷如因股东会的召集、通知程序引发的争议，须严格适用这些强制性规定，从而导致中小型股份有限公司的运营基础土崩瓦解。这样一来，就

① 所以，有限责任公司的股东不能说自己持有多数股份，只能说自己的出资占公司资本的比例为多少。例一，股份有限公司也可以有股东所持股份占公司总股本的比例之说，比如A股份有限公司总共发行100股，甲股东持有10股，也就可以表述为其占公司10%的股份；例二，有限责任公司在现实生活中也被人们习惯性地使用股份的概念，比如乙股东占B有限责任公司10%的股权，人们还是习惯性地表述为在B公司的100股中，乙持有10个股份。

② 实际上，股份有限公司的资本之所以一律分为等额股份，是适应了大规模募集资本及股份自由转让的需要。股份既是公司资本的最小单位，也是计算股东权利义务的基本单位，股东依持有的股份数享有股东权益。

③ 立法者将该规定视为关于公司法定形态的规定。参见安建主编：《公司法释义》，法律出版社2005年版，第20~21页。

没有必要让股份转让受限制的股份有限公司制度与有限责任公司制度两种内容同质的制度并存,所以2005年日本《公司法典》干脆另辟蹊径,直接废止有限责任公司制度。依据《公司法典》的设计,股份有限公司分为两类:股份转让受限制的股份有限公司与公众公司,前者是指全部股份转让都受限制的股份有限公司,后者又包括两类:部分的种类股份转让受限制的股份有限公司与全部的股份或者种类股份转让都不受限制的股份有限公司。^[8]

台湾地区公司法制订之初也采用“两分法”设计,即以有限责任公司规范中小型、封闭公司,设定股份有限公司供大型、公众公司使用,但在实际运作中也产生了不合时宜之处,既具有一定股东人数、一定资本额之“大”有限责任公司,亦有未对外筹资而深具家族特征的“小”股份有限公司。此与日本20世纪90年代面临的困境如出一辙。对于数量占绝对优势的有限责任公司数次爆发存废之争,其中引入“闭锁型股份有限公司”与否被议论最多。所谓“闭锁型股份有限公司”,是指允许股份有限公司通过全体股东一致同意的股东协议排除公司法规定的适用此设计显然与现行有限责任公司有很大重合,如引入之,有限责任公司还有无存在的必要,需要重新考量。由于担忧遽行废止存量巨大的有限责任公司可能对现实经济造成不利影响,最后选择继续存续有限责任公司。

(四) 英美公司法的经验及启示

当我们把目光转向英美公司法时,发现其对于公司的法定分类标准简明便捷,就是以公司的股票是否公开发行及股票是否允许自由转让为标准,分为封闭公司(close corporation,或称私人公司,private company)与公众公司(public corporation)。所谓“股份移转限制和缺乏股份交易市场是封闭公司的本质特征,比股东人数或

股东参与管理这两点要重要得多”^[9]。英美法系中的封闭公司与公众公司的分类体系,与大陆法系的对等概念在外延上具有一定类比性,但不存在对应关系。^①两法系公司分类的思维差异,一言以蔽之,英美法重实质、是动态化的,大陆法重形式、是静态化的。就立法规范设计的科学性而言,英美法无论在实践理性还是制度理性上都胜出一筹。这一判断的论据有三。

其一,封闭公司与公众公司在实质意义上的制度差异远大于大陆法上的对应概念。公司的法定分类对于立法的反馈意义在于,只有不同类型公司之间存在实质性差异,才能制定出不同的法律规范以进行针对性的调整,实现分类规制的立法目标,据此反观大陆公司法律文本上的两类公司,仅仅形式上的有所差异使得关于两类公司的立法规范的区别终究难有实质价值。更大的弊端是,股份有限公司内部尚存性质迥异的公司类型。兹以我国为例,发起设立股份有限公司与上市公司在公众性程度上存在质的区别,却适用同样的法律规范;发起设立股份有限公司与有限责任公司之间存在相通性,却适用不同的法律规范,由此弊病滋生乃至公司法制的异化。^[10]比较之下,英美法的分类抓住了制度的实质差异,并在此基础上分设差异性的法律规范。^[11]

其二,封闭公司与公众公司的分类暗合了公司规模大小的分类,满足了不同投资者在选择企业形态时的个性需求,而在现代公司法中,对不同规模的企业设置不同的法律规则乃为基本的立法理念。

其三,英美法系的两类公司在形式上属于单一体制,也即都属于股份有限公司(limited company by shares),只是二者在公众性以及由此决定的股东人数、公司规模、股权转让等方面存在实质差异,和大陆法系相比,这一区分标准更为实质与动态。虽然封闭公司与公众公司之分

① 举例说明,英美法系的封闭公司的外延大致相当于我国的有限责任公司、发起设立股份有限公司加私募设立股份有限公司,公众公司的外延大致相当于我国的公募设立股份有限公司。所谓“大致相当于”的含义有二:一是不能彼此一一对号入座,二是关于公司分类的基本理念与具体规则都不尽相同甚至差异很大。所以,有的公司法著述把英美法系的封闭公司和公众公司分别译为有限责任公司和股份有限公司,殊为不当。

野并非楚河汉界^①，但比起有限责任公司与股份有限公司之间的区分辨识度无疑要高。从历史上看，封闭公司不像有限责任公司那样源于立法者的创造，而是在经营实践中出现了小公司、大公司之后的立法与司法上的反应，也即将现实运作中的股份有限公司进行分类，有意识地进行区分并设计、适用不同的规则，封闭公司在实践中表现出来的基本特性与立法的制度预设之间体现出更多的吻合性。^[12]由于大陆法系的区分标准是静态的、形式性的，一旦深入到法律规范适用的具体实践，就会失去确定性的区分价值。举例说明，公司法设定有限责任公司的股东人数在50人以下、法定最低注册资本3万元，股份有限公司的股东人数无上限、法定最低注册资本500万元，立法用意在于要让有限责任公司成为中小企业的选择、股份有限公司成为大型企业的选择，但由于投资者的趋利避害之心，不同公司间的特殊性会被利用。除此之外，中国还存在一个特殊国情，就是由不同的股东身份带来的企业规模的巨大差异，大型国有企业、国有投资主体等单个股东投资设立的有限责任公司也可能规模巨大。这些因素导致公司类型在形式上的立法预设与实际的公司实践之间出现背离。

要之，大陆法关于有限责任公司与股份有限公司的区分点虽非全无意义，但显然不具有本质性，封闭性与公众性之区分具有本质意义，但未引起足够的重视。这一本质性的区别及其立法含义，还需要回溯到两类公司的起源来找寻。

（五）回归本源：两类公司的本性再探寻

公司组织形态划分的内在依据蕴藏在公司发展的历史路径中。回溯历史，股份有限公司乃18世纪法、德等欧陆国家继受英国合股公司(joint stock company)的成果，与英美法系的公众公司同宗同源。彼时，超越人格化、大规模的集资需求催生了股份有限公司，股份有限公司也顺应时势满足了这一需求。与最大规模的资本市场

为一个整体的股份有限公司制度应该是怎样的？为何股份有限公司能够适应并自如地运用资本市场？答案在于二者在公众性的契合上。

支撑股份有限公司的公众特性发展的，主要有两个制度因素。一是等额股份的设置。将公司资本分为适合资本（证券）市场的等额股份，虽为一种技术手段，但内含一个巨大的市场便利——解决了大规模股份发行与交易的技术难题。由此将原来的以人（作为社团成员的股东）为中心的社团法理论成功转换为以抽象的股份这个物为中心的理论。1万股由一人持有抑或一万人持有，对于公司而言既都有可能也都无所谓。接下来，利润分配请求权、剩余财产分配请求权、表决权等当然附着在股份这个物上。股东仅是股份的抽象持有者、证券市场的投资者，公司不知道也无须关注谁是股份的购买者，因为资本市场的“购买”与“出售”是对等的，购买股份而成为股东之人也随时成为“出售人”，由此股份有限公司成为经由投资者概念而被公诸全体市民社会的存在。这一事实决定了股份有限公司的公众性，或言之，证券市场的公开性伦理决定了股份有限公司法即是公众公司法。^[13]

二是绝对的有限责任。成员承担有限责任的现代企业不限于股份有限公司，但股份有限公司中作为有限责任成员的此人是并不存在的，股东总是指股份（share）的持有者（holder），具有具体人格化的“有限责任成员这个人”完全不存在。质言之，这里不存在有限责任成员这个人，而是作为持有“责任限定的金融商品”也即股份这个物的结果，他的责任就是有限责任^[13]，有限责任不是附着在股东这个人而是附着在股份这个物上。为何股份这个物必须是有限责任？这是因为作为集合体的独特的股份 stock 变形成为均一同质的大量的抽象单位 share 这一形态，且因为以金钱作为前提使得“一份多少钱”这一价格形

^① “当然，虽然我们认为公众公司与闭锁公司属于不同的公司形态，但与此同时，我们也认为其实这种界限远远不够清晰。” [美] 弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔：《公司法与经济结构》，张建伟、罗培新译，北京大学出版社2005年版，第258页。

成成为可能,由此公开的证券市场之形成才成为可能。巨大的股份(share)市场变得带有强烈的抽象资本(capital)市场这一特性,股份的转让从人的意思表示的场所变质为资本伦理遍布的世界,从保护只出资而不参与经营的人的这一观点出发,就必须确立股份持有者的有限责任。一句话:作为公众公司的股份有限公司法的内在原理,有限责任成员这一人的伦理转化为作为责任限定金融商品的股份这一物的伦理,这为股份市场或者资本市场的产生提供了可能。^[13]有史以来,公开资本市场的交易客体从来都是股份、公司债等由股份有限公司产生的金融商品,这体现了股份有限公司与资本市场之间存在共生性的历史原理。^[13]

与股份有限公司不同,有限责任公司作为立法者的“桌上造物”,其诞生即带有强烈先验理性的人为设计色彩。其被人为“创造出来”,是因为百余年前德国立法者从当时的公司实践中意识到,并非所有的事业经营都需要大规模资本的聚集,甚至有的不需要太多资本,投资人需求的是有限责任待遇、熟人之间的合作并以公司形式开展营业,彼时的股份有限公司不能满足这些投资者的需求,社会经济发展迫切需要一种满足以上投资需求的新公司形式,也即小型股份有限公司的组织形式。脱胎于股份有限公司的有限责任公司即为满足这些需求而生。但是,这一源头的区别已经不能涵盖百余年后当下的两类公司,因为小规模、资本较少的股份有限公司和大规模、资本巨大的有限责任公司同样存在。当下投资者给大陆各国公司法提出来的共通压力,也即需要着眼于整合公司组织形态的设置,提升公司制度与中小企业发展之间的契合性,满足中小企业渴望的自治性、灵活性和简便性之制度需求,改革的核心触及有限责任公司具体法制的变革,实则牵动的是公司组织形态的体系性改革。关于股份有限公司之设计,各国大同小异,均以大型、公众性股份有限公司为预设规范对象,在平衡诸多利害关系人利益之目标下具有机构分权、信息披露强制、法律关系划一、国家介入监督等特点,是一个“严格而复杂”的强行法规范

体系。但长期的实践结果,基于对较佳信用形象、优惠税负、资合性等制度需求,中小企业纷纷利用股份公司制度的现象在各国都有,以致两极分化出两类异质的股份有限公司:大型、公众性股份有限公司与中小型、封闭性股份有限公司。由是,以大型、公众企业为蓝本的股份有限公司法制,适用于中小、封闭企业身上发生的种种不适应症,犹如小孩穿大衣,以致动弹不得。^[14]面对中小企业之需求重新审视公司法的妥当性,应有的制度取向定位于降低运营成本,促进组织弹性,寻求人合与资合、强制规范与任意规范之平衡点,思考公司权利义务关系契约化之可能性,以追求“简易合理、弹性自治”之制度目标。^[14]

(六) 我国公司组织形态设置存在的问题

从我国的公司实践看,一方面有限责任公司发生了重大变化,大型有限责任公司普遍出现,中小企业不再是有限责任公司的唯一适用领域;另一方面股份有限公司的包容性过大,以至于其制度特色被淹没,即便以公开性来揭示公司实践中的股份有限公司,也难有准确性。比如,发起设立的股份有限公司的封闭性不容否认:股东人数受到限制不得超过200人^[15];公司资本不得对外募集;股份不能进入证券市场公开上市交易。但有限责任公司相对灵活有效率的措施并未在发起设立的股份有限公司中适用,这导致了两个实质性的封闭公司却实行两种制度的不平等问题。公司组织形态的结构性改革的目标,就是要使得公司组织形态的分类真正具有意义,其标志是这种分类最有利于公司法规范的实施,最有效地调整公司社会关系。为此,必须消灭公司组织形态中的模糊状态甚至混乱状态。一个根本性解决方案是,在公司法内部将封闭性公司的制度资源进行有机的整合,而不问该资源在什么名目之下,科学地运用封闭公司、公众公司划分的工具,重塑股份有限公司与有限责任公司的分类格局,在此基础上重构公司法的规范结构,为实现公司法的现代化奠定基础。

二、大陆法系公司法的结构性改革的基本命题与我国的选择

(一) 公司法的结构

公司法的结构具有多重含义。规范结构是公司法结构的一种主要形态,由于公司法所调整的社会关系的不同,需要不同的拘束力性质以及对行为后果做出不同效力判断的规范,也即任意性规范和强制性规范的分野,公司法的规范结构就是指任意性规范和强制性规范配比的公司法结构。公司法结构的另一种表现形态,是公司组织形态的构成及其相应规范配比的结构。由于不同的公司组织形态所需求的任意性规范与强制性规范的配比不同,故可以说公司组织形态的构成也决定了公司法的规范结构。

法律规范的组成及其体例不是任意的,有什么样的公司社会关系,就有调整什么样社会关系的公司法规范。^[16]因为公司法的规范结构设计是为了实现公司法的目的,包括体现公司自治,有利于股东利益保护和利益相关者利益平衡,最有效地调整公司社会关系。^[17]公司法的规范结构涉及多个层面的公司立法问题,依法律规范的性质及其对当事人的影响,公司法规范由任意性规范和强制性规范构成;依所规范的主体对象主要有有限责任公司规范与股份有限公司规范之分,以及单一公司法规范与公司集团法规范之分。这些规范的协调构造都是实现公司立法目的之考量因素。无论从哪一层面来讲,我国公司法都需要进行相应的结构性改革,受限于题目,本文只探讨有限责任公司规范与股份有限公司法规范的构成,这首先涉及公司组织形态的设置与变革问题,这是因为公司法的规范结构在很大程度上取决于规则的主旨与公司的组织形态。^[18]

公司组织形态的改革包括公司组织形态的增减与调整,表面上表现为公司组织形态的变化,实则是结合公司组织形态变化而富有生命力内涵

的革新。^[17]2005年的我国公司法改革主要涉及若干具体现代公司法制度的引入与完善,并不具有结构性的内涵,也缺乏在公司法整体意义上的考量,因此留待下一步改革的空间很大。结构性改革的范围宽广,涉及很多层面,核心的是公司组织形态的结构性改革以及由此决定的任意性规范和强制性规范的配比的改革。

(二) 大陆法系公司法的改革选择

近10多年来大陆法各国多借鉴英美法系的经验来进行公司类型的变革,但选择的路径有所不同。20世纪90年代日本开启公司类型的改革,彼时的思路不是统合有限责任公司与股份有限公司,而是扩大二者的分野,修法举措包括拉大最低资本金的差距、简化公司转换的手续等,但与现实经济发展的实态似乎并不合拍,股份有限公司仍被中小企业采用,这导致股份有限公司内部的错位,以及中小型股份有限公司与有限责任公司之间的混乱。^[19]2005年《日本公司法典》反向行之,统合两类公司也即形式上取消有限责任公司,股份有限公司的内部先分为公开、非公开公司,再依据规模区分为大公司与中小公司。这样公司大体分为四类:公开的中小股份有限公司、公开的大股份有限公司、封闭的中小股份有限公司、封闭的大股份有限公司,四类公司分设不同的组织机构^①,同类公司也可以选择不同的组织机构,借此建构起新的公司分类,并在公司法规范结构设计上实现了分类规制思想。

《韩国商法典》第三编“公司”的设计是以股份有限公司的规范为主的,有限责任公司的规范在其后,除了个别的自有规范,主要参照准用前者的规范。2011年4月立法机关颁布第10600号法律,废立改260多个条文,涵盖全部的公司法规范尤其股份有限公司法部分,是一次真正意义上的结构性变革。此次修法目标,是积极利用国内外的最新制度经验提高公司的经营效率与公开透明度,确保韩国公司法成为符合国际标准

^① 依据公司可以选择的组织机构的不同,可以细分为21类之多。参见[日]永井和之:《日本公司法制的现代化》(代序),载崔延花译《日本公司法典》,中国政法大学出版社2006年版,第11~13页。

(Global Standards) 的发达国家的公司法。^[20]关于股份有限公司, 应实业界的要求, 依据公司的公众性程度与规模大小的不同在诸领域赋权公司选择更多的治理模式选择; 关于有限责任公司, 废止了最低资本金与股东人数的限制, 股东得自由转让股份。这样, 一方面, 两类公司在股东人数、股权转让自由度等传统领域的区别趋于模糊, 另一方面保障有限责任公司的规范设计更适应中小企业的要求。

依据欧盟法, 任何成员国合法设立的公司可以将住所变更到其他成员国且在该国实际经营, 即使从未在设立国实际开展经营。此举为欧盟各国的公司提供了平等竞争的平台, 投资者会倾向于选择设立程序最简便、成本最低的公司组织形态, 而不论属于哪个国家。由此展开的国家竞争中, 英国公司法展现的独特优势, 德国则成为“受灾区”, 出现了一批股东为德国人、资本为德国资本、主要营业地在德国境内的英国公司, 到2010年已逾46 000家。^[21]为扭转这一局面, 提升本国公司法的竞争力, 德国开启有限责任公司法制的重大改革, 2008年颁布《有限责任公司现代化及反濫用法》, 修订举措包括有限责任公司设立的迅捷和简易化、运营制度的改革、克服濫用有限责任的弊端等。^[22]同时设计出一种新的公司形式——有限责任经营者公司。此类公司适用有限责任公司的基本规则, 但最低注册资本仅为象征性的1欧元, 此举的能效立竿见影, 自2008年11月施行以来已有2万余家公司注册。

俄罗斯公司法的主要渊源是联邦《民法典》、《有限责任公司法》与《股份有限公司法》。商事公司占到法人总数的82.9%, 其中包括93.1%的有限责任公司、4.5%的股份有限公司。^①股份有限公司原来分为公众性与封闭性两类, 2012年4月国家杜马通过的民法典修订案删除了该分类, 将封闭性股份有限公司与有限责任公司并称为非公众公司。这样, 所有的公司实质性划分为

公众公司与非公众公司, 前者的规范具有强制性, 后者相比之下更具任意性, 比如一个简单的判断标准, 关于公司清算、重组、股权变化等事项凡要求股东“一致通过决议”的, 即属非公众公司。^[23]可见, 俄罗斯的最新改革也是实质性采纳公众公司与非公众公司的分类思路。

以上四国公司法改革的共通之处, 归结为三点: 在框架性结构上, 公司实质性区分为公众性与封闭性两类; 在细节处, 细化公司分类, 或者增加公司类型的制度供给; 注重为中小企业量身设计适合其发展的新的组织形态。这些举措都不无英美公司法的影子, 实质的制度目标有三, 一则, 采股权转让受限与否的划分法, 意在避免封闭性股份有限公司与有限责任公司不适用相同规范的不合理性; 二则, 采公司规模大小的划分法, 意在避免规模大小迥异的公司适用同样的规范; 三则, 无论采何种形式改造既有的公司分类, 都意在保证公司组织形态的分类具备真正的规范意义, 也即最有利于公司法规范的实施和最有效率地分类调整公司社会关系。只不过, 与其他大陆法不同者, 日本选择了废除传统公司分类的“另类”之举, 形式上取消有限责任公司, 只保留股份有限公司, 与其他国家对照鲜明。有人指出, 日本式改革的逻辑缺陷在于模糊了股份有限公司与有限责任公司之间的差别, 低估了有限责任公司存在的必要性。这一做法是否取得了成功, 暂时还难以得出结论。^[24]由是反观我国, 大陆各国公司法改革的背景与理由在我国也都存在, 加之此前公司组织形态划分本来就失之单薄, 提供给投资者的选择项相对较少, 立法预设与公司实践之间的异化现象相对严重, 分类规制的效应显现很不充分, 适时改革是非常必要的。

(三) 我国公司组织形态的设置及其规范结构存在的问题与变革选择

1. 问题

就公司组织形态的设置与公司法规范结构的

^① 2012年9月1日法人国家统一登记的工作报告, 根据俄罗斯联邦税务局官网的资料整理, 见 http://nalog.ru/gosreg/reg_u/reg_ur/lic/。

表现形式来看,不外乎两种立法例,一是单行分散立法体例,分别制定有限责任公司法和股份有限公司法,如德国、俄罗斯等;二是在同一部公司法典或者商法典中统一规定有限责任公司与股份有限公司,但严格区分两类规范的适用,如法国、韩国、台湾地区以及英美法系国家。我国1993年颁布的《公司法》采用后一立法例,但从公司组织形态与公司法规规范结构的视角观察,存在着较严重的非现代性问题,没有严格区分有限责任公司与股份有限公司的规范适用,或者区分颇不合理,如有限责任公司的股东会、董事会的职权和活动规则同股份有限公司几无区别,即饱受批评。^[7]之所以如此,是因为彼时无论是有限责任公司还是股份有限公司基本上都由国企改制而来,公司法就是对披上公司面纱的国企进行规范的法律^[25],历史使命是推进“建立现代企业制度”的建立。^①2005年颁布的《公司法》有所进步,将许多现代公司制度落在纸面上,消除了此前与主要市场经济国家公司法的诸多无谓差异,尤应肯定的是增加了公司组织形态的制度供给,一是在“有限责任公司”中新增“一人有限责任公司”形式,二是在“股份有限公司”中设专节特别规定“上市公司的组织机构”,三是在公司法的规范结构上努力突出有限责任公司和股份有限公司的区别,凸显有限责任公司的特殊要求。但对照境外公司法的改革和中国的现实需求,2005年的《公司法》仍难谓一部真正现代意义上的公司法,具体到公司组织形态与公司法的规范结构安排,存在的主要问题有三。

其一,制度预设与企业布局现实的偏离。所谓“偏离”,突出体现在两点。一者,现实中的有限责任公司出现“两头大”的极端,绝大多数有限责任公司是中小企业(这符合公司法的制度预设),但也有一部分有限责任公司,无论从资本额、雇员人数还是营业额等要素衡量,都属于大型、特大型企业集团,这与公司立法关于有限责任公司的制度预设差之万里。二者,大部分股

份有限公司基于发起设立,在规模上属于中小企业,在投资者人数上与有限责任公司的情形也差不多,人数、资本额均有限,也不存在一个公开的股份转让市场。后两点说明这些股份有限公司不具有公众性,在企业规模与封闭性上也类同于大多数的有限责任公司,但却适用与有限责任公司不同的法律规范。推究偏离之原因,可以一分为二,一方面是由于国有企业在改制过程中很多大型、特大型企业集团选择有限责任公司(甚至国有独资公司)所致,是国企改制实践的问题,不能将板子打在立法上。另一方面,就现行公司立法而言也难脱干系:有限责任公司与股份有限公司的制度安排区分度颇为不足。对于后一点,也是所有的大陆公司法共同面临的窘境。推究窘境之根源,乃在于有限责任公司与股份有限公司之概念体系的欠科学及其制度区分度的不足。相比于英美法上的封闭(私人)公司与公众公司之概念体系,更暴露出大陆公司法的概念体系及其制度设计上的根本缺陷。

其二,有限责任公司的制度安排得严重错位。有限责任公司本来应该严格定位于适用于中小企业,那么其制度安排就要尽力满足中小投资者与中小企业的制度需求,但现行公司法关于有限责任公司的规定羁绊于大型、特大型国企改制有限责任公司之一时之需,对于中小投资者、中小企业的制度需求回应力不从心,致使错位严重。

其三,立法规范结构安排得不合理。现行公司法的立法基础是,先将公司分为有限责任公司与股份有限公司,在此类型划分基础上展开篇章结构:先规定有限责任公司的规范,次规定股份有限公司的规范,再规定二者共用的规范。但观诸境外同类的立法例,基本都遵循先详细规范股份有限公司、次明确有限责任公司准用前面的股份有限公司的部分规范、尔后再规定有限责任公司的个别规范的体例。对比之下,我国公司法的立法体例存在的结构性缺陷包括:一是重复,大

① 1993年的《公司法》第一条就明确了这一点,“为了适应建立现代企业制度的需要……制定本法”。

量的条款在有限责任公司、股份有限公司的章节里重复表述；二是冲突，有些条款在两类公司的各自章节里要么缺乏表述，要么表述不一致，至于为何不一致，法理上终究不明所以；三是混乱，很多规范到底是适用于某一公司还是也适用于另一类型公司，连立法者也不明确，更遑论裁判者与公司参与人。

2. 选择

两大法系关于公司分类的模式孰优孰劣？中国公司法改革如何取舍？这些问题的答案与有限责任公司、股份有限公司的形态设置和制度设计紧密相连。前文所述的大陆法系中有限责任公司的特质，最基本的层面实际有三：封闭性；股东间的人身信任；中小型规模。^[26]分而述之，封闭性乃指不得公开招募股东，限制股东转让出资，由此将股东圈子限定在具有一定信任关系的少数人之间；股东间的人身信任关系，乃指股东之间的关系契约性质明显，全体股东协议优先于缺省性法律规范适用；^[27]中小型规模，指股东间的人身信任关系和公司的封闭性决定了有限责任公司只能适宜以中小企业的规模运营。^[28]可见，封闭性乃人身信任关系的必然结果，中小型规模则是封闭性、人身信任关系的外部表现，封闭性与公众性是区分有限责任公司、股份有限公司的核心标准。借鉴英美法系的公司分类经验，大陆公司法的改革应当在坚持使用有限责任公司、股份有限公司的概念的同时，对于这两类公司的应然制度设计进行更清晰的分野，围绕封闭性与公众性的实质区分，由此展开的规则设计也就自然分野了。英美公司法系中的封闭公司与公众公司的区分标准，形式上看是股东人数之多寡，实质上则在于有无一个公开的交易市场可供股权自由的流动，从而决定股东之间的关系具有封闭性还是公众性。如股东可以自由流动，公众投资者可以轻易地进出公司，股东之间的关系松散；反之，股

东之间的关系密切，强调彼此之间的信任关系，需要更多的股东权利保护制度。确立这样的改革思路，意味着大陆公司法系面临的挑战是调整现行的有限责任公司法系之架构，以避免封闭性股份有限公司法制与有限责任公司法制并存，人为地造成法律架构的复杂化，并能彻底坚持与贯彻公司法二分之体例，使利用有限责任公司者为封闭性公司，利用股份有限公司者为公众公司。同样地，基于制度、知识传承与路径依赖等考虑，我国公司法可以在形式上继续采用大陆公司法系的有限责任公司、股份有限公司的概念体系，但在实质制度设计上借鉴英美法系中公司分类的经验，以封闭性、公众性为核心标准来重新组织公司组织形态的划分，公司被法定分为两大类：有限责任公司（封闭公司）和股份有限公司（公众公司）。

三、我国公司法结构性改革题目的具体展开

（一）公司组织形态的整合

1. 我国的特殊课题

关于有限责任公司，现行公司法也面临着适用对象模糊与错位的双重困境。本来，立法者寄希望于通过悬殊的注册资本额度要求将两类公司在企业规模上区分开来，但在实践中，相当数量的两类公司在企业规模上不仅区分不明显，甚至不少有限责任公司比股份有限公司更为巨大。这是因为多数大型国企改制时选择了有限责任公司，所以资本金数额巨大。^①另一方面，股东的身份多为法人而非自然人，没有参与公司管理的迫切愿望，多委任专业经理人管理，这导致此类有限责任公司不具备股东亲自管理之特征。此外，也有一部分中小企业为追求好大喜功的企业

^① 1994年发布的《关于选择一批国有大中型企业进行现代企业制度试点的方案》关于公司组织形式的章节规定，“大部分试点企业应改组为有限责任公司，具备条件的可改组为股份有限公司，其中上市公司只能是少数”。实践中，现代企业制度试点企业绝大多数也是改制为有限责任公司，包括国有独资公司。显而易见，有限责任公司制度成了国有企业，特别是国有大企业的救命稻草。参见王睿、胡贞珍：“论我国有限责任公司制度的重新定位——以中小企业为目标模式”，《武汉理工大学学报》（社科版）2005年第5期，第77～80页。

形象而选择设立股份有限公司,但又未严格遵循股份有限公司法制之要求,导致相关规定于此等小规模企业身上形同虚设。此类情形在日本、意大利、台湾地区等大陆法系国家、地区皆有出现。^①凡此种种,可以归结为公司法之制度预设与公司实践之间出现了严重偏差。有限责任公司的制度设计之初乃因应中小投资者的特殊需求,契合中小企业发展的需求,但在实践中却看到这件精心裁制的衣裳少人问津或者“小人穿大衣”、“大人穿小衣”的现象。^[29]2005年公司法修订对于有限责任公司的定位,尤其是在和股份有限公司的比较上仍缺乏在整体意义上的考量。比如,关于有限责任公司封闭性的一些应有规则没有引起足够的注意。^[17]还有,面对由于大型国企改革的选择而导致大型有限责任公司的普遍出现、中小企业不再是有限责任公司适用的唯一领域的特殊国情,公司法的应对明显不足。

现行法中的股份有限公司可以细分为三种:发起设立股份有限公司、私募设立股份有限公司(即向特定对象募集设立的股份有限公司^②)、公募设立股份有限公司,前二者是非公众性的,股东人数理论上为2~200人,但实际上多在10人以下。目前股份有限公司达30余万家,截至2012年年底,沪深上市公司也即公募股份有限公司有2400多家,另有私募设立的1.3万家左右,其余均为发起设立。^③显然,股份有限公司中的绝大部分为非公众股份有限公司,其基本制度层面与有限责任公司更实质接近:股东人数较少;股东间关系密切,多具有亲朋好友之身份关系;股东参与公司管理,“两权不分离”;股票不具有公开市场而难以转让(目前OTC市场也有1000多家企业,OTC也即股份代办转让市场,实行特定对象之间的协议式股份转让方式,故OTC市场上市交易的股份有限公司不具有公

众性)。这表明,非公众股份有限公司的封闭性不容忽视,公开性只适用于那些公开募集股份并上市交易的少数公司。另一方面,有限责任公司特有的灵活性规范不能适用于为数众多的非公众股份有限公司,衍生了一个实质不公平现象:同为实质意义上的封闭公司却适用性质迥异的两种规范。为此,整合有限责任公司、发起设立股份有限公司与私募设立股份有限公司势在必行。

2. 公司组织形态整合的路径选择

我国的立法选择应该遵从路径依赖,维持有限责任公司与股份有限公司的分类格局,维护制度的稳定性。近年来有多位学者提出数个改革方案,虽说具体内容有所差异,但基本的思路与目标一致:保持现有公司类型格局,包括有限责任公司与股份有限公司的用语;重整目前两类公司的关系,立法上引入公众性公司、封闭性公司的实质性分类。也有学者认为,这一改革思路只走对了一半,立法依据静态的标准来确定公司的封闭与公众性,还缺乏司法上的动态认定标准予以补充,依然不能解决公司立法预设与公司运作实践之间出现的偏差乃至背离。问题在于,对于实践与立法之间的偏差乃至背离问题,实际上无法完全凭借立法规定的规范引导与利益诱导获得解决,因为现实生活中的人们对于任何一项既定制度的选择偏好和规避都再正常不过,无法想当然地认为投资者选择的公司类型就应该与立法预定完全一样,利用立法来完全实现人们选择的一统性,在任何领域都是既不现实也不必要的。在我国,对于这一问题的解决在很大程度上不在公司立法,而在于借助司法的力量与寄望国企改革的进一步推进。前者是指司法审判实务中引入动态

① 在意大利,2004年有限责任公司法改革前,有限责任公司的公司治理规定基本上与股份有限公司雷同,自治空间有限,无法满足中小企业的现实需求,中小企业选择了合伙形式,甘愿放弃有限责任公司的有限责任待遇。参见吴越:《意大利有限责任公司法的改革》,载吴越主编:《私人有限公司的百年论战与世纪重构》,法律出版社2005年版,第485页。

② 按照《证券法》第10条的规定,公募与私募的区分标准在于发行股份的对象累计是否超过200人。

③ 参见中国证监会2012年12月统计数据,http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/sjtj/,2013年1月14日访问。

的实质性区分标准,如公司内部构造的变化,已经构成了实践对于立法设定的某种违反,法官在面对公司纠纷时不能仅仅看公司类型,更关注公司内部架构等参数,以决定如何适用具体规范。后者是指尽量减少或者杜绝单个、少数投资主体投资设立规模巨大的有限责任公司的现象。由于事实上这些都是国企的行为,所以最终的解决还仰赖于国企的改革进程。总之,如何让公司立法预设与公司实际状况尽可能保持一致,不仅要求公司立法的合理制度选择,还要借助于司法的实质判断以及国企改革的配套。

如前所述,改革的目标就是科学整合封闭性公司的制度资源,而不问名义上的公司组织形态为何。问题是,改革的路径如何选择?概括起来理论界提出的方案主要有三。方案一,彻底调整公司类型以及公司法的结构,废除有限责任公司,并入股份有限公司,尔后主要依据股份转让受限制与否,将股份有限公司细分为封闭性与公众性两类。方案二,坚持股份有限公司与有限责任公司的概念体系,将股份有限公司“瘦身”、有限责任公司“扩容”,非公众性股份有限公司纳入有限责任公司。方案三,保留现行有限责任公司的范围与类型不变,将股份有限公司区分为封闭性、公众性两类并适用不同的规范。对于方案一,一个普遍的担心是,有限责任公司一旦遭废除,势必深度影响存量达数百万之众的企业,变革方式过于激进,成本过高。对于方案二,一个担心是,“虽然非公众股份有限公司在许多方面和有限责任公司相类,但也存在着差异,如非公众股份有限公司在规模及股东人数上往往要大于有限责任公司,若将其强制性地纳入到有限责任公司中,会抹杀二者的区别,且罔顾股东对公司类型的选择”。对于方案三,似乎获得了较多的认同,“一方面强调有限责任公司的封闭性,另一方面将股份有限公司做出细分,对于非公众性股份有限公司做出例外性规定,赋予此类公司更大的自治空间以满足其人合性和封闭性的需

求”^[30]。分析上述三种方案,其实最后的结果有一点是共同的:公司被实质性划分为封闭公司和公众公司,只不过在公司具体名称、类型以及相应的概念体系上有所差异。表面上看方案三的“折腾”程度最低,成本似乎最小,但问题是仍然没有解决大陆法系公司类型划分的痼疾。依此,改革后的股份有限公司与公众公司的概念仍然相差甚远,“股份转让受限制的股份有限公司是非公众公司,而股份转让不受限制的股份有限公司即是公众公司”^①,在股份有限公司形式内部仍然要“人格分裂”般地区分为封闭性与公开性,名称的一元化与制度的一元化没有同步获得实现。在此意义上可谓是一个“换汤不换药的”思路,难免抱残守缺之讥。对于方案一,日本公司法典可谓探索的先行者,从实施至今的效果看似并不理想。此种改革,形式上消灭“有限责任公司”,实质乃保留之,好处是同时实现了股份有限公司制度与名称的一元化,整合了封闭性公司资源,但在其股份有限公司内部再区分封闭性与公开性公司,模糊了股份有限公司和有限责任公司之间的差别,漠视了存量巨大的有限责任公司的现实价值,低估了形式意义有限责任公司的存在必要性。

我们主张采取方案二。我国立法要充分借鉴英美法系中封闭公司(私人公司)与公众公司的概念体系与制度设计,统一整合封闭性公司的制度资源,在公司法定形态的设计上将非公众股份有限公司并入有限责任公司,使有限责任公司等同於英美法系中的封闭公司,涵盖所有封闭公司的制度资源。为此需要进一步改革有限责任公司规范,使其成为有限责任公司、发起设立股份有限公司、私募设立股份有限公司的通用规范。同时,将股份有限公司限定为公募设立股份有限公司,在概念上等同於英美法系中的公众公司。如此,仍保持两类公司的概念体系,但各自的内涵、外延与现行法已经大异其趣。有限责任公司即封闭公司,股份有限公司即公众公司,后者不

① 日本《关于公司法制现代化的纲要试案》第四部分;日本《关于公司法制现代化的纲要案》(第二稿),第二部分。

再区分为发起设立公司与募集设立公司，募集设立公司更无须再进行私募与公募之细分。这样一来，不仅两类公司的区分度明显，而且在价值认知上获得了最大的共识，避免了同一部公司法中存在两种封闭公司或者多种股份有限公司的概念，也便于人们生活中的制度识别。方案二之相对更为可取，还有两个重要的理由。一是立法技术可取。从技术上看，相当于以往的有限责任公司加上发起设立股份有限公司、私募设立股份有限公司，适用改革后的有限责任公司法（实质意义上的有限责任公司法）规范。二是改革成本低廉。立法改革的一项基本原则，是要重视人们对于一个既定的传承已久的制度的认知。在此意义上，形式上消灭有限责任公司的成本过于高昂。关于这一点，通过上文引述的台湾地区争论便知一二。只是将封闭性股份有限公司并入有限责任公司后，需要解决一个技术问题：彻底取消目前有限责任公司与股份有限公司资本“是否划分为等额股份”的形式区别，有限责任公司的资本也如股份有限公司一样划分为等额股份，股东的出资权益不再被人为地界定为“出资”、“出资额”，与股份有限公司一样也称为“股份”，二者在立法上的区别仅仅在于“公司资本是否公开募集、股份是否在证券交易所等公开资本市场公开竞价交易流通”。

要之，大陆法系语境下的关于有限责任公司存废之讨论，并非真的废除之，其实只有两个选项：一是形式上废之，实质上存留之；二是形式上保留之，改革公司立法对有限责任公司的现行界定，使之回归原位，并以此为基础将有限责任公司改革成为名副其实的封闭公司，以真正贴近中小企业的发展需求而浴火重生。公司组织形态结构的改革是使公司法定形态的区分度真正地落到实处，兼收概念体系的科学性与制度设计的实效性，彻底消除现行公司组织形态体系的模糊甚

至混乱状态。这种区分应最有利于公司法的实施，最有效地调整公司社会关系，且法律改革的社会成本最小。

（二）与公司组织形态整合配套的公司法规规范结构的改革

1. 分类规制与规范区分原则

在公司组织形态的整合方案中，若不辅以公司法的规范结构变革，无异于隔靴搔痒。两类公司的规范区分涉及公司资本、股东出资、公司治理以及公司设立、解散、清算等多领域，限于篇幅，下文只以公司治理的规范设计为例证。我国公司法一直未解决的一个突出问题，是两类公司治理模式的区分度严重不足，未能体现不同公司类型的特殊利益结构，下一步的改革应当更显著地区分两类公司的规范设计，为不同公司参与人提供恰当的利益平衡框架。归纳各国公司法现代化的一般做法，对于封闭公司主要突出自治，授权当事人自行安排利益结构；对于大型公司而言，主要强化信息披露，确立“董事会中心主义”。但是，我国公司法规定股份有限公司股东大会的职权简单准用有限责任公司股东会的规定^①，这意味着股份有限公司在法律上奉行“公司是股东的公司”的精神，实行“股东会中心主义”的权力结构^②，这与“两权分离”之现实相去甚远，更折射出立法对于两类公司实质差异的体认不足。实际上随着公司制度的演进，两类公司在权力配置上的差异日渐显著。封闭公司的股东一般对管理权和控制权有较强的欲求，同时由于规模较小、股东会召集方式简便，章程可以自由地配置和划分股东会与董事会的权力，“股东会中心主义”的权力配置模式在公司演变过程中未发生明显的变化；但在大型公众公司，股东大会作为公司“至高无上的机关”^[31]并直接干预董事的经营行为的模式已经式微，董事会权力日渐

① 2014年《公司法》第99条规定：本法第三十八条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会。

② 有观察者早已指出，立法将公司的多数治理权能赋予股东会而不是董事会，其根本原因可能在于国家想维持对企业的最终控制权，因为在多数大公司里国有股权占多数比重。参见焦津洪、丁丁、徐菁：《证券监管与公司治理》，载《比较》第22辑，中信出版社2005年版，第129页。

扩张的权力配置模式得到普遍的认同和推行,与此相适应的法律规则体系是“董事是公司的代理人而非股东的代理人”^[32]。

2. 统一立法体例下的分类规制与规范区分

与多数大陆法系公司法相同的是,我国公司法实行法典化的统一立法例,但与多数大陆法系公司法不同的是,我国公司法结构上将有限责任公司放在首位,股份有限公司放在其次,且股份有限公司参照适用有限责任公司的规范。这种规范结构的安排扭曲了两类公司的关系,造成了法律规范的适用与解释的诸多困难。既然股份有限公司不宜参照有限责任公司的相关规定,那么有限责任公司能否参照股份有限公司的规定呢?答案是不能完全参照。不能参照的理由是不可以股份有限公司多数的公开性、强制性规范适用于有限责任公司,否则会导致大范围的规范异位。可以部分参照的理由有二:一是因为同为现代化的资合公司,肯定存在一些共同的制度规则,如股东出资、公司设立、公司解散等领域即存在大量的共通规则;二是对于股份有限公司的部分强制性规范,可以采用授权规范的范式适用于有限责任公司,同时允许有限责任公司章程选择(opt in)或者排除适用(opt out),借此大大缓解强制性规范适用于有限责任公司带来的过于刚性问题。

公司立法规范的区分原则在我国得不到应有的贯彻,还有两个具体的制度原因,一是与公司的设立方式有关。由于募集设立需要证监会批准,所以阻碍了募集设立在现实中的大量适用,多数的股份有限公司选择了与有限责任公司的设立方式完全相同的发起设立,这客观上助长了有限责任公司与多数的股份有限公司的实质雷同。二是近年来任意性规范的扩张。在放松管制的时代背景下,近年来协商机制在所有的公司内部得到扩大适用,过去原本属于刚性的规范现在可以通过协商机制被排除,随之带来的是任意性规范的扩张与强制性规范的减缩,强制性规范的减缩意味着股份有限公司独特性的减弱,这导致公司之间的差异性越来越小,助长了不同公司的规则趋同趋势。

比之修订前,2005年的公司法更多地贯彻了规范区分原则,后来的司法解释也延续了这一思路,在股东知情权、提案权、分红权、累积投票制、股东派生诉讼、股东会召集、股东除名等领域在规范的区分原则与公司的分类规制方面获得更大的进展,但仍存在很大的改进空间。比如,有限责任公司与股份有限公司共同适用的规则,以及股份有限公司准用有限责任公司的规则,都存在必要性与合理性的检讨问题。

在立法体例上,大陆公司法有统一立法与单行立法之分。统一立法体例的优点是便于理解和适用,同时适应公司法频繁修改的品格,但面对两类公司的重大差异性,在立法技术上难免顾此失彼,难以应对周全。我国《公司法》一开始就采用了统一立法体例,现在的问题是两类公司不甚科学的简单分类导致相关规范与公司实践的脱节,特别是使那些处于中间形态的公司难以得到有效规范。为此,在坚持统一立法体例的前提下,应该着眼于公司法的规范结构改进。对此,英国2006年公司法改革提供了借鉴经验:公司法重视中小公司的规范设计,将大公司特别是上市公司的特别规制交由证券法及其他立法完成,以发挥公司统一立法和多部法律协调调控的优势。我国的公司法改革沿袭前述公司组织形态的重整思路,股份有限公司的形态将高度单一化,在有限责任公司内部需要根据规模大小、股份身份等要素进一步区分,使公司法能够容纳更丰富的公司组织形态及其复杂多样的利益结构。

3. 重视公司规模大小的分类意义,提升法律规范的选择性与适应性

两大法系的各国公司法对于公司分类的一个共通做法,皆首先以股东责任之不同作为区分标准,其次重企业规模大小之划分。这在英美法系中体现得尤为明显。如英国公司法奉行“小公司立法优先”(think small first)战略,区别对待不同规模的私人公司,在财务会计信息的准备与披露方面,区分为大型、中型、小型和微型四类而承担不同的披露义务,目的在于简化中小公司

的适用规范，减轻中小企业的法律义务负担与运营成本，提升竞争力。在美国与澳大利亚公司法中，也是如此。^{[33][1]}

相关实证研究表明，企业规模是影响（决定）某一企业的类型归属的一个重要因素。^[34]大小公司之区分具有立法上的相当实益，因为二者适用的法律规范应有所区隔。困扰各国公司法的一项难题是，公司之大小究竟如何区分与规范？在法学理论与实定法上，大小公司规模标准是多元的：雇员人数；股东人数；资本额度等。主要市场经济国家的实践也确实如此：判断公司应否设立董事会及监事会，主要采用股东人数标准，同时参照资本额标准；判断是否允许职工进入监事会，主要看雇员人数标准；在税收优惠待遇适用上，判断小规模纳税人的标准是营业额。^[35]上述多元标准的辩证统一也得到实证数据的支持。^[36]英国1985年公司法认定公司规模的标准有三：总营业额；资产负债表总额及雇员人数，只要符合其中两个设定条件即被认定为中小公司。在诸标准中，股东人数作为分类标准较为精确，也更有立法上的实益，因为“股东人数之多寡将直接影响所有权与经营权的互动关系”^[14]。现今多数大型公司之特征即在于股东众多且股权分散，因之又衍生“两权分离”之诸问题；相形之下，小型公司的股东人数少，股东身兼经营之职，“两权合一”。从立法政策看，应否针对大型与中小型企业之不同性质与需求制订各自的运作规范，成为各国公司法制之基本议题。^[14]尤其对于我国数百万之众的中小企业而言，为提升其竞争力，公司法不宜繁杂滋章或窒碍难行，以免增加其遵法成本，或者迫使它们采取阴奉阳违的政策。由是，公司法的制订宜针对大小企业之不同需求来量身定做规范，以求人合与资合、强制规范与任意规范之妥当平衡点。只是，在此问题上两大法系选择了不同路径。大陆公司法多以大型股份有限公司为主要的预设规范对象，在此之外人为设计出“有限责任公司”章节（或另行制订单行法）作为例外。英美公司法虽然也以大型公众公司作为主要的预设规范对象，但针对

封闭公司规模小、封闭性强的特性，制订出独立性较强的规范体系，赋予充分的灵活弹性的空间。^[37]就公司法的规范结构安排，两法系的主要差异是，大陆法系虽然也意识到小型有限责任公司与大型股份有限公司复杂法制的格格不入，因而尽力提出一套简易化的规范以示区分，但就其整体仍然难以脱离公司法乃“强制化的标准化的权利义务体系”的桎梏，英美法系则充分立足于公司法制尤其是封闭性公司法制乃是一套“预设之任意组织形态”的“权利义务的契约组合”，允许多样而弹性的规范体系存在。在最新一轮的公司法改革浪潮中，一些大陆法系国家实质性地借鉴了英美法系的做法。日本的大小公司区分立法始于1990年《商法典》修订，对于小公司的惠顾措施包括导入最低资本金、允许一个发起人、发起设立手续简易化等。^[8]最终完成于2005年的《公司法典》废止有限责任公司，在股份有限公司项下根据股份转让受限制与否划分为公开公司与非公开公司，下一层次的制度设计即是按照规模区分为大公司与中小公司，授权不同规模的公司选择不同的治理结构。^[29]这种与规模大小相挂钩的可选择性的制度安排反映了公司规模之于公司法的规范设计的客观要求。

在我国现行公司法中，关于公司规模大小判断标准的表述分别使用“股东人数较少”、“规模较小”或者“经营规模较小”等不同术语，其矛盾在于，股东人数较少不一定意味着公司规模较小；反之亦然。在涉及是否应当允许职工进入监事会的问题上，股东人数、经营规模与公司雇员人数之间更不存在必然联系。^[38]现行公司法在个别规则设计上稍见区分规模大小分别规范的影子，如对规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，机构设置实行从简原则，可以只设执行董事而不设董事会，只设1至2名监事而不设监事会，这样也就不需要设立职工监事。^[39]但仅这些规定还远远不够，还需要为中小企业提供更多的可选择性制度供给。有限责任公司之区别于股份有限公司的规范设计，实质上就是为中小企业所做的多样性、选择性、适应性

的制度设计。如在财务信息披露方面,对小型有限责任公司可以规定更大程度的豁免,对于财务会计报表的制作宜允许小型公司更简化的报表制作格式和准则。

4. 一个中国式经验: 股东身份因素之考虑

根据20年多来我国公司法制的本土经验,公司法的制度安排似有必要考虑股份的身份因素。在我国,即使其他要素如注册资本、资产规模、雇员数量相同,但由于股东身份为自然人、法人的不同,公司治理仍表现出较大的差异性甚至异质化。^①兹举一例,股东为自然人的,多数情形下会亲自参与管理,几乎不发生“两权分离”,代理成本主要发生在多数股东与少数股东之间而非股东与经理之间;反之,股东为法人尤其国企的,股东难以参与管理,多委派职业经理人控制公司,产生另一种意义上的“两权分离”,代理成本突出。还有,实践中首尾两端的有限责任公司之所以规模悬殊,直接原因也是股份身份: 股东为自然人的,公司注册资本与资产规模都较小; 股东为法人尤其大型国企的,注册资本与资产规模巨大,这是由单个国企法人的巨量投资能力决定的。根据股东身份进行公司类型的区分从而适用不同的法律规范,立法不乏先例,比如一人有限公司就是根据股东身份而分为自然人一人有限公司与法人一人有限公司,并适用不同的法律规范。^②留给中国

公司立法的课题,是根据股东身份之不同设计出更丰富化的法律规范。

结 论

总体上可以说,公司法结构是为了市场经济的发展而存在与发展的,所以也就需要因应市场经济的发展需求而变革。这种变革体现了公司法与市场经济实践的互动,一方面市场经济需要公司法刺激投资者的投资积极性,公司法的结构需要符合鼓励投资、便利投资的要求,另一方面市场经济需要公司法创造资本流动的环境,公司法的结构性改革要着眼于从根本上、全局性而非个别、局部地解决这些问题。为消除现行公司法的制度性结构缺陷,极具关联度的几个层面的改革势在必行: 公司组织形态的设置要立足于封闭公司、公众公司的分类体系进行公司类型的重新整合; 公司规范结构的设计要立足于公司在封闭性与公众性的实质差异来重新安排有限责任公司与股份有限公司的规范结构; 公司具体法制的设计,一要重视企业规模在公司立法的意义,为小微、中小型的有限责任公司提供更具灵活性、针对性、适应性的制度安排,二要回应本土经验,关注股东的身份之于制度运行的影响。

参考文献

- [1] 黄辉. 现代公司法比较研究 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2011: 71.
- [2] [韩] 李哲松, 吴日焕译. 韩国公司法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 64.
- [3] [德] 罗伯特·霍恩, 海因·科茨, 汉斯·G·莱塞, 楚建译. 德国国民商法导论 [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 280.
- [4] [日] 尾崎安央. 小规模闭锁公司法理与有限责任公司法 [M] // 志村治美先生还历纪念论文集编辑委员会. 现代有限责任公司的判例与理论. 东京: 晃洋书房, 1993: 11.
- [5] 范健, 王建文. 商法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 92、93、96、97.
- [6] 刘俊海. 现代公司法 [M]. 北京: 法律出版社, 2008: 32.

^① 对此问题的深入分析,可以参见汪青松:《股份有限公司股东身份异质化法律问题研究》,光明日报出版社2011年版。

^② 参见《公司法》第二章第三节“一人有限责任公司的特别规定”。

- [7] 施天涛. 商法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 47, 304-307.
- [8] [日] 前田庸, 王作全译. 公司法入门. 第12版 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 11、13.
- [9] [美] 罗伯特·W·汉密尔顿著, 李存棒译. 公司法概要 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1999: 11.
- [10] 郑若山. 公司制的异化 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 107-115.
- [11] 李建伟. 公司法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 32.
- [12] Jesse H. Chopper, John C. Coffee, Ronald J. Gilson, Case and Material on Corporations, Aspen Publishing, 2000, p. 710-711; Donahue v. Rodd Electrotype Co., 328 N. E. 2d 505, 511, Mass. 1975.
- [13] [日] 上村达男. 公开公司的法理与资本市场 [M] // 公开公司与闭锁公司的法理. 商事法务研究会, 1992, 1-98.
- [14] 王文宇. 公司法论. 台北: 元照出版有限公司, 2006: 60, 290.
- [15] 《公司法》第79条、《证券法》第10条。
- [16] 郑玉波. 公司法 [M]. 台北: 三民书局, 1980: 2.
- [17] 王保树. 公司法律形态结构改革的走向 [J]. 中国法学, 2012 (1): 115、108.
- [18] [美] 梅尔文·爱森伯格. 公司法的结构//比较. 第14辑. 北京: 中信出版社, 2004: 125-126.
- [19] 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 [J]. 当代法学, 2012 (2): 105-111.
- [20] [韩] 郑灿亨. 2011新修订韩国公司法的概观及治理结构的改革 [C]. 中韩商法高峰论坛, 北京, 2012.
- [21] Vgl. Die Daily Mail Entscheidung, Rs. 81/87; Die Centros Entscheidung, Rs. C-212/97; Die Oberseering Entscheidung, Rs. C-208/00; Die Inspire Art Entscheidung, Rs. C-167/01. 2010-08-02.
- [22] 潘星, 仝斌斌. 德国有限责任公司法改革述评 [J]. 德国研究, 2009 (1).
- [23] [俄] 希特金娜·伊琳娜·谢尔盖耶夫娜. 俄罗斯公司法: 当前规制的现实问题与立法趋势 [C]. 清华大学, 21世纪商法论坛第十二届国际学术研讨会, 2012年11月, 北京.
- [24] 中日民商法研究会第九届大会会议记录 (2010年) // 中日民商法研究. 第十卷. 北京: 法律出版社, 2011: 387.
- [25] 张民安. 2005年《公司法》在我国公司法现代化中的地位 // 赵旭东主编. 国际视野下公司法改革. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 51.
- [26] 王保树. 有限责任公司法律制度的改革 [J]. 现代法学, 2005 (1): 39-45.
- [27] 张学文. 股东协议制度初论 [J]. 法商研究, 2010 (6): 111.
- [28] 徐强胜. 企业形态的法经济学分析 [J]. 法学研究, 2008 (1): 30-39.
- [29] [日] 永井和之, 崔延老译. 日本公司法制的现代化 (代序) // 日本公司法典. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 7.
- [30] 雷兴虎, 刘丹妮. 有限责任公司的存与废——比较法视野下的有限责任公司制度改革 [C]. 中国商法学研究会 2011年会, 云南澄江, 2011.
- [31] 张民安. 公司法上的利益平衡 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 341.
- [32] [英] 保罗·戴维斯. 英国公司法精要 [M]. 北京: 法律出版社, 2007: 124.
- [33] 李建伟. 中国企业立法体系改革: 历史、反思与重构 [M]. 北京: 法律出版社, 2012: 364.
- [34] [日] 青木昌彦, 格里高利·杰克逊. 认识公司治理和组织架构的多样性 // 比较. 第34辑. 北京: 中信出版社, 2007: 141.
- [35] 林汉川, 邱红主编. 中小企业管理 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2006: 5.
- [36] Cary and Eisenberg. Corporations Cases and Materials [M]. 7th edition. The Foundation Press, 1995: 241-243.
- [37] Paul L. Davies. Gower's Principles of Modern Company Law [M]. 6th ed. 1997: 91-96.
- [38] 吴越. 意大利有限责任公司法的改革 [M] // 吴越主编. 私人有限责任公司的百年论战及世纪重构. 北京: 法律出版社, 2005: 485.
- [39] 2014年《中华人民共和国公司法》第51~52条。

(责任编辑: 缪因知)