

公司法司法解释中的理论冲突

邓 峰^{*}

内容提要：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》的公布，引发了学界的诸多关注和讨论。其试图体系化的努力，过早地将对新法的理解固定化。在文字的表述中，存在着诸多缺憾和不足。规则的表述当然可以不断地优化，公开征求意见的目的也是如此。但现行文本，存在着对公司理解的理论错位和不足，也没有很好地基于中国公司的实践对立法条文进行解释。这些问题在理论上分别可以界定为：如何理解民商合一；公司究竟应当被理解为集合财产还是合同连接体；在限期认缴资本制度下，股权是否仍可被视为单纯的权利；商法学界所采用的组织法表述，能为规则的制定提供何种理论指导；对于公共性较强的上市公司、监管性公司及国有企业的处理，尚未形成充分区分，亦需要进一步考虑公共性相对较弱的中外合资与中外合作公司。同时，具体的规则表述也存在着诸多细节问题。

关键词：公司法 司法解释 公司理论 商法

经历了四稿的《公司法》修订已经落下帷幕，最高人民法院循例开展了司法解释的制定和征求意见工作。与此同时，中国经济发展进入新的阶段，公司作为社会生产与资源配置的重要组织形式，其地位日益凸显，股权逐渐成为财富承载与分配的主要制度载体。融资领域的强监管政策的变化，也促使对赌协议等公司融资领域的诸多实践成为焦点问题。因此，司法解释的征求意见引发了律师、学者的高度关注，并出现了当前立法和司法解释中并不多见的公共讨论。

在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）的公共讨论中，各方意见呈现出不同的强度。最强的主张，如围绕

^{*} 邓峰，北京大学法学院教授。

对赌协议在当下政策环境中的正当性问题的讨论，已明显超出了最高人民法院制定司法解释的解决范围；多数中等强度的主张如采用何种资本制度的讨论，实际上属于对既有公司法司法政策的改变；最弱的主张，则是对文字表述风格的聚焦。但总体上来说，目前针对《征求意见稿》的意见，实际上都指向公司法司法解释的定位：其究竟应当作为新近通过法律的具体适用工具，抑或在一定程度上承担司法政策的扩展与立法空白的补充功能。

相较于最高人民法院不断发展出来的诸如会谈纪要、指导案例、入库案例等制度，司法解释在功能、效力上存在着明显不同，更近似于对已有立法的注释和扩展，并在一定程度上呈现规则制定的特征。然而，正是在这一意义上，司法解释的规范定位亦面临困难：是否应以最高人民法院的视角，对《公司法》中的空白或不足作出扩展性补充，换言之，司法解释中可能隐含了以具体适用规则表达司法政策的路径尝试；此外，司法解释是否应被理解为实现整体政策目标的一部分，抑或仍应主要限定为对立法本意的具体适用？

上述定位本身即构成一种困难的制度窘境，但就公司法而言，又涉及更具体的难题。2023 年修订的《公司法》在整体上属于幅度较大的制度更新，立法机关作为改革者的角色是清晰的，但最高人民法院在合并既有公司法司法解释进入同一个文本时，具体定位尚不清晰。面对不同时期制定的司法解释，最高人民法院究竟是作为规则的纯粹解释者或者注释者，还是体现其作为改革者的角色，呈现出一定的复杂性。进一步而言，在立法约束之下，最高人民法院是否享有一定范围内的规范选择空间亦成为关键问题。当公司法存在规范留白或多种可能解释路径时，对其中某一方案的取舍，究竟属于对立法本意的内在阐释，还是已经构成对既有制度的实质性扩展？司法解释上述定位问题，实质上反映了一种“公司观念”的需要，既包括了对公司本身的实践理解，也包括面向中国式现代化的认知下的未来改革的考量。然而，当前公司法学对于公司法理论的学习和探讨，整体上并不充分。立法和司法的规则制定，对于理论一致性的要求是不同的。立法旨在融汇不同的主张、观点乃至制度需求，可以采用更为兼容并蓄的表述。但在司法解释中，面对可能分化为不同路径的具体规则问题，一种世界观性质的公司理论对于司法规则的一致性而言，其重要性程度要高于立法结论。

但无论是在《公司法》的制定过程中，还是在司法解释的制定中，部分观点自 2015 年以来在学界影响力持续上升。其中相当多的部分，本身并没有经过严肃的学术辨析。从某种程度上而言，一些观点更像是一个标签，或者是“法律概念化维度上的标志”（“Iconic” dimensions of legal conceptualization）^{〔1〕}。毫无疑问，在存在分歧的时候，这些标志性的词语，不仅会影响到征求意见参与性民主过程中的主张和意见统计比例，也会制约具体的方案选择。本文将立足于对《公司法》修订和司法解释中的标志性观点的总结和理解，对现有公司法解释中的理论模糊乃至冲突之处作出分析。

〔1〕 Mark M. Hager, *Bodies Politic: The Progressive History of Organizational Real Entity Theory*, 50 University of Pittsburgh Law Review 575, 576 (1989).

一、民商合一与外观主义

（一）试图独立的商法学

民商合一还是分立的命题，在改革开放之后并未处于学界讨论的中心位置。在法律部门的争论中，经济法和民商法之间界分的争论占据了更多的关注。^{〔2〕}有几个原因导致了民商分立的主张崛起：第一，随着商法学界的自主意识出现，商事行为中的外观主义作为一个标志性的口号被提出，尽管该主张缺乏系统化与完整性的论证；第二，自从《民法典》制定完成之后，商法学界产生了对商法总则立法的憧憬和愿景；第三，焦点的法律规则争论加剧了民商观念的冲突。冲突起点可追溯至公司对外担保效力的争论，在投资者保护和债权人保护之间产生了明显的立场分化，之后争论延伸到股权是否属于独立的权利性质、社团法人内部决议行为的对外约束力，以及随着商事仲裁的经验积累而出现的“民事思维”和“商事思维”的分化争议等等，不一而足。

在这个进程中，受制于大陆法系的特点，法学专家在规则形成中扮演更为主导性的作用。与此同时，在缺乏判例制度对法官裁判逻辑约束的背景下，中国司法体系又强调裁判思路与司法政策的统一。因此，最高人民法院在规则制定与意见征求过程中，往往需要对不同学理立场加以整合与平衡，并在面对理论分歧时倾向于采取相对中性的立场。这集中表现在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）的官方表达之中。比如，“民法总则与公司法的关系，是一般法与商事特别法的关系”，但“就同一事项，民法总则制定时有意修正公司法有关条款的，应当适用民法总则的规定”，“民法总则在公司法规定基础上增加了新内容的”，应当适用民法总则。这样的态度并没有认可公司法律制度属于营利社团法人的子制度，但又承认存在着后法替换前法。其次，否定了以外观主义为主张的商事关系独立性，比如，《九民纪要》规定：“特别注意外观主义系民商法上的学理概括，并非现行法律规定的原则，现行法律只是规定了体现外观主义的具体规则，……外观主义是为保护交易安全设置的例外规定，一般适用于因合理信赖权利外观或意思表示外观的交易行为。”^{〔3〕}再次，对公司程式（formality）的要求采取了摇摆态度。比如同时期制定的《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（四）》^{〔4〕}第5条第1项规定“公司未召开会议，但依据公司法第三十七条第二款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外”，前述条款表明决议行为必须以开会为前提。但《九民纪要》第19条则规定：“存在下列情形的，即便债权人知道或者应当知道没有公司机关决议，也应当认定担保合同符合公司的真实意思表示，合同有效：（1）公司是以为他人提供担保为主营业务的担保公司……（4）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上有表决权的股东签字同意。”按照该规定，担保行为则构成例外，不需要以开会为条件。^{〔4〕}这种规

〔2〕 参见邓峰、张巍：《中国经济法学四十年：回顾与展望》，载张守文主编：《中国法学四十年》，商务印书馆2019年版，第252-305页。

〔3〕 《九民纪要》“引言”。

〔4〕 该第19条规定在《公司法》修改后的效力仍然存疑，因为新法第27条规定：“有下列情形之一的，公司股东会、董事会的决议不成立：（一）未召开股东会、董事会会议作出决议……”

则上的模糊甚至摇摆，源自上述规则面向学者征求意见过程中存在的学理分歧，以及对不同意见的采纳范围与权重。

以“外观主义”为中心的所谓商事审判思维也成了热点话题，在当下的语境，甚至上升到了“民商分立”的层面。商法的这种困境，与商法学自身理论积累的不足密切相关。中国学界过于局限于商主体法，仅仅基于传统大陆商法典提炼出诸如“外观主义”的观念。这些主张本身是陈旧的，并没有对 20 世纪以来的政治、经济与社会的变化作出反应，尤其是没有对诸如公共公司、国有企业、金融和证券制度，以及政府在经济生活中的主导性等方面进行反思。例如，保险法领域，从公司主体到具体合同都已经实现了完全公共化，但相关主流研究仍然停留在基于买卖合同的解释框架，顶多加上消费者权益保护的思路。又例如，在票据法已经被银行间支付甚至第三方支付替代的时代浪潮中，无论是最注重外观主义的票据法的研究现状，还是对新的银行间支付和结算体系完全陌生甚至回避的研究态度，均表现出现有商法研究仍然局限于对 18、19 世纪以来陈旧理论的迷恋。因此，近年来的商法研究中提炼的主题，如商事外观主义，囿于强制性和任意性之间的摇摆或折中的法律规范性质等抽象概念，对诸如商业行为、商业模式、销售模式、融资途径和方式等重大现实问题，并未真正关注。这种研究脱离现实，简单对比一下《统一商法典》（Uniform Commercial Code）中的主要内容即可以发现差距，尤其是在中国已经成为世界第一的制造国（产品市场）和第二大资本市场的背景下，这种差距更值得注意。在此相对薄弱的知识积累基础之上，试图以公司法为中心构建商事通则的想法，合理性有待进一步检视：一方面，这一思路仍属于对法国模式下商主体法的执念；另一方面，在中国法的语境中，该提法并没有被正式接受，官方文件和正式立法中采用的是市场主体的表述，而后者的提法和整体社会科学的思路更为吻合。

在这种背景下，司法解释陷入了民商合一的另一个方向的理论冲突：在已经存在合同法规则、财产权规则的情况下，最高人民法院仍试图单列一套公司法上的交易规则，其理由可能仅仅是基于商主体法的特性或者外观主义的考量。这次《公司法》修改较大，《征求意见稿》在这个问题上扩展了更多的特殊规则。具体而言，部分规则与既有合同法规则存在重复，而真正需要加以解释的制度特殊性，反而付之阙如。

（二）具体法条评析

1. 第 1 条关于法定代表人的规定，显然并不是《公司法》上的核心规范，而且法定代表人的解任问题也并非公司所独有的事项。尽管《公司法》受制于法人概念而作出了规定，但是，这一条的规定显然会导致将来其他“主体”或者“组织”的司法解释也重复该规定。虽然《公司法》有相关的规定，但实际上属于引致条款。法定代表人的辞任、解任问题之所以会出现问题，并不是因为办理变更登记本身的公司登记程序问题，而是因为公司登记机关无法判断股东会、董事会是否有权。

在公司法上，更换法定代表人问题，涉及深层的股东间关于控制权的争夺问题，在形式上体现为应当是股东会还是董事会决议的问题，或者是股东间协议是否具有效力的问题。而司法解释并没有致力于解决公司法上的问题，而是去解决一个法人层面的问题。或者，在采取民商分立立场并假设商事通则观点成立的情况下，可以理解为最高人民法院在司法解释中直接表态：公司在

某一阶段中，即便不存在法定代表人，也并不妨碍公司行为的作出。事实上，对于合规水平较高、公司治理的程式遵守较为完善的上市公司等主体，法定代表人的实际功能已明显弱化。因此，现有文本的第1条既没有推进这个商主体法的独立性问题，更没有区分不同合规水平的公司对这个规则的需求。

2. 第12条的规定，不仅表述上不符合合同效力的情形，且规定股东协议的可执行性并不具有必要性。该条款本质上和《民法典》第465条无异。公司法应当回答：股东协议是否可以设定股东会或者董事会的事项；股东协议、股东会决议和公司章程之间的关系为何；在股东于股东协议中承诺公司权力或治理规则中的义务，但在股东会决议时反悔的情形下，是否应当适用禁反言规则。同样地，《征求意见稿》并没有回答合同规则的边界问题，反而片面重复了合同规则。

3. 第13条的规定，来源于《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）》[以下简称《公司法司法解释（三）》]。但实际上《民法典》第75条已经有相同的规定，且未体现明显的制度改进。在此情况下，其继续保留的必要性值得商榷。即便没有规定，适用《民法典》第162条关于代理的规定并无问题，且《民法典》中关于代理权限的表述更好。而公司法上的问题则是，如何理解设立中公司的名义，即，是使用了名称预先登记的公司名称（现实的中国公司登记实践）还是相同的发起人（集体行动）。而且，《公司法司法解释（三）》对设立人的定义的表述更好。

4. 第17条的规定，第1款的表述几乎是对《民法典》第311条的援引，第2款并无实际意义。这个规定也充分体现了对民事规则的重复。如果保留本条文，则应当对其中的关键概念“当事人”作出解释，即除公司作为受让人外，其他股东、债权人是否可以替公司作出主张。但这个问题并不容易，因为某一个股东并不能代表整体公司。因此，现在的规定，重复了《民法典》，但又没有真正解决公司层面的问题。但如果联合考察第19条，则其中特殊的规则在于，股东抵销非货币出资采取了“经公司股东会决议”，且“主张抵销的股东应当回避表决”，尽管抵销行为是否应当将权力配置给股东会有待商榷，但显然第19条认识到了这一公司法上的问题。

5. 第20条的规定，存在着两种可能的解释。如果重点是“全面履行”，即在是否履行出资义务的争议中，将出资人的证明义务范围扩大到全部出资的全面履行，但这一举证责任扩展的正当性基础何在，尚不明确。尤其是在出资问题的时间顺序上，抽逃出资的审查实际上在现行司法实践中是持续到破产阶段的，那么出资人的全面履行是否包含了“不存在抽逃出资”，而后者又会产生如何证明否定性事实的问题。从正常的诉讼证明能力来看，如果强调“全面”，显然是不可能的。但如果重点并不是“全面履行”，那么本条只是对“谁主张、谁举证”的重复。而公司法上的特殊情况，比如母公司或者控股公司是否负有相关义务，在本条款中没有得到回应。

与这些问题类似，第21条试图处理瑕疵出资下的违约责任，第22条试图处理多个平行诉讼的管辖权问题，第23条试图处理多个股东的情形，这些规定均属于基于一般的合同关系可以推导而出的规则，并无特殊性。

这些规定不仅折射了民法学者们在《征求意见稿》中所批评的违反民商合一原则的问题，即在并无真正特殊性的问题上，甚至是不完整地、累赘地复述了《民法典》中已有的规则，而且反过来说，也折射了对公司法上的核心问题，乃至公司本质的理解薄弱。这些问题的出现并非孤

立，与当前商法学界的理论研究方向相关。

商业领域中对传统法学的挑战，可以上溯到 20 世纪早期美国商业现实法学对旧的形式主义法学的反思。^{〔5〕} 这些反思实际上是从合同、财产、公司等法律制度、关系和概念开始的。^{〔6〕} 而显然，中国的商法研究仍然拘泥于对民事规则而言的形式化，并未关注现代商业关系、交易模式及其产生的公共性问题。在当前中国制度转轨过程中，人们行为的“编码化”不足，^{〔7〕} 即便在合同、财产领域，也没有完全以文本为中心进行交易和司法裁判。皮之不存，毛将焉附，在这样的制度实践背景下寻求商事外观主义无疑是不合时宜的。民法学界对此的直接否定体现在《民法典》中加入了关于虚假意思表示的条文。同样，最高人民法院在《九民纪要》中明确表达了对外观主义的怀疑。随着强监管、“放管结合”等经济监管政策的变化，对外观主义的否定更加强烈。商事研究的方向迷失和理论薄弱，折射到公司法司法解释的起草之中。这和多年前的民法学者所提出的“寄居蟹”的描述是一致的，^{〔8〕} 以“外观主义”为核心主张的研究仅仅是民事规则的一种具体化，或者构成了一个分支。

二、财产还是合同

（一）刻舟求剑的集合财产

商法试图将自身区分于民事规则的尝试，使得现有的公司法研究更多聚焦于民事规则的特殊化方向，但忽略了对公司乃至公司实际运行的内在本质和现实实践的关注和检讨。尽管有部分学者注意到了这一层面，比如 2000 年受到第一代法律经济学影响所引入的早期公司契约理论，也比如近年来引入的尚未开花结果的宪治论，^{〔9〕} 但总体上并未对中国公司实践以及不同的发展方向有过深入的理论探讨。

公司法司法解释规则的供给水平和速度，与这个领域的国际回应性相比，是令人吃惊的。最高人民法院在 2005 年《公司法》中等程度修改之后，在不同阶段分别就公司自行清算、股东出资、股东集体权利进行了规定。这些规定分别形成在不同的中国经济发展阶段，由于持续时间较长，本身存在着对公司理解的微妙不同。^{〔10〕} 但是，现在的公司法司法解释试图在之前的规则基础上进行整合，又面临着新的时代、发展水平以及学术供给。而制定规则中经常出现的保守心态是，已经成型的规则就不再改动。因此，这种对持续近 20 年产生的四个司法解释的加总式汇编，导致了现在的《征求意见稿》中，不同时期的公司理解在同一个规范文件中的并存。

前述问题主要体现在《征求意见稿》中公司的合同理论与传统大陆法系的“集合财产”理论

〔5〕 See Roscoe Pound, *The Call for a Realist Jurisprudence*, 44 Harvard Law Review 697, 708 (1931).

〔6〕 See Arthur L. Corbin, *Mr. Justice Cardozo and the Law of Contracts*, 52 Harvard Law Review 408 (1939).

〔7〕 See Max Boisot & John Child, *From Fiefs to Clans and Network Capitalism: Explaining China's Emerging Economic Order*, 41 Administrative Science Quarterly 600 (1996).

〔8〕 关于相关问题的研究，参见张谷：《商法，这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》，载《清华法评论衡》2005 年第 2 期。

〔9〕 关于相关问题的研究，参见〔澳〕斯蒂芬·波特姆利：《公司宪治论——重新审视公司治理》，李建伟译，法律出版社 2019 年版。

〔10〕 关于相关问题的研究，参见邓峰：《中国公司理论的演变和制度变革方向》，载《清华法学》2022 年第 2 期。

的冲突上。原来的《公司法司法解释（三）》显然是在将股权类比于物权的理论思维下形成的产物，^{〔11〕} 将公司法的核心问题或者核心规范，等同于法人财产权的争议所带来的结果。《公司法司法解释（四）》、《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（五）》[以下简称《公司法司法解释（五）》] 则更多采用了公司的合同理论，主要体现在股东与公司的关系上。而在现实的公司实践中，实际上存在着强烈的理论设定，公共性较低的合伙企业、中外合资企业、中外合作企业都属于以合同为基础，而公共性较强的上市公司则已经趋向于实体理论。《征求意见稿》并没有明确区分不同公共性的公司，实际上和商法学界的研究是一致的，将有限公司作为默认对象。有限公司作为人为创造的产物，对其理解，在合同理论和集合财产理论上存在着明显的冲突。当然，这一问题，同样引发了前面所提到的民商合一的理论争议。

这种公司法内的理论冲突，是和《公司法》从 2005 年版对有限公司采用法定资本制，而到 2013 年版采取分期缴付制的变化相关的。集合财产理论显然是基于法定资本制而得出的，但法定资本制并不必然采用集合财产解释。有限公司存在注册资本以及实缴到位的要求，并且存在着公示登记的情形，因此股东和公司的关系存在着高于合同而近似于财产的特性，这为“物权—债权”二分思维的大陆法划分标准提供了依据。但其实并不必然，公示登记本身在合同内也可以得到区分。而《公司法司法解释（三）》制定时，适用的公司法为法定资本制。2013 年《公司法》修订，从中外合资企业制度引入了分期缴付制。但这实际上是一个根本性的改变，中外合资和中外合作企业均属于基于合同的联营模式（joint ventures），这意味着股东和股东、股东和公司之间的关系，基于合同而产生。但是这种转变并没有被纳入司法解释之中，在公司法学界仍然坚持讨论究竟分期缴付是否属于有限的授权资本制度等命题下，最高人民法院并没有对《公司法司法解释（三）》进行根本性的调整。这就形成了一个特殊现象：本来股东的出资是否到位与采用何种出资形式已无关联，因为股东与公司的关系变成了合同关系，合同中的对价是不是真实、充足、适格履行的才应当是审查的关键，但是诸如划拨土地使用权、非货币财产出资等出资形式的表述仍然保留。这甚至和国家市场监督管理总局制定的规则相比也是保守的。在股东资格确认这一关键问题上也仍然不够彻底。^{〔12〕} 而《公司法司法解释（四）》则面对新的立法规则变化，对股东和公司之间的关系采取了合同式的解释，最为典型的标志是关于优先购买权受到侵害的时候，采用了合同优先购买权的表述。

尽管 2023 年《公司法》采取了“放管结合”的思路，取消了无限期的认缴资本制度，但并没有采取恢复到法定资本制的方式。因此，在底层逻辑即股东和公司的关系已经发生根本性变化的前提下，对立法本意的解读可以理解为两种路径：其一，将五年内足额缴纳义务视为法定资本制下集合财产观念的义务满足；其二，以强制性规范对合同中的义务进行限制。相较之下，后者更为准确和适当，亦更符合制度发展的方向，而非回归既有立法表述的理解路径。

这在 2023 年《公司法》的规定中得以明晰。对于有限公司，尽管第 32 条仍然保留了股东的

〔11〕 参见邓峰：《物权式的股东间纠纷解决方案——〈《公司法》司法解释（三）〉评析》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015 年第 1 期，第 178—189 页。

〔12〕 参见《公司法司法解释（三）》第 23 条。

登记,第40条以新增的方式明确了股东信息的公示,但仍然采取了出资证明书(第55条)和股东名册(第56条)的做法。然而不遵守程式的公司实践中,很少有公司置备出资证明书和股东名册,学界对废除相关条文的呼声较为强烈。^[13]不过,第56条明确规定了“记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利”,虽然是“可以”,但是这是整部法律之中唯一的明确规则,股权并不以公共登记或者公示为基准。结合诸如认缴出资额承担责任、出资义务、失权等规定,从股东与公司之间的合同关系加上法定要求的角度,来解释股东和股东、股东和公司的关系更为彻底和周全。尽管这些规则并没有根本变化,但一旦删除了法定资本最低额度的各种要求,集合财产的解释就失去了基础。《征求意见稿》在整合司法解释时并没有理论上的自觉,从而在具体规则中出现理论不一致的情形。《公司法》在修订时已经全面考虑了包括《公司法司法解释(三)》在内的规则,并进行了扬弃式的修改,但是《征求意见稿》又将旧规则整合进来了。

(二) 具体条文评析

1. 第13条第2款是最典型的一个表现,该规则来自《公司法司法解释(三)》。设立人之间实际是合同关系(决议方式),而相对人请求设立人承担连带责任,则是将设立人之间的合同关系,默认为等同于已经成立的公司或者合同型合伙关系。但是,此时公司未成立的状态包括两种,名称登记未完成和已完成。这两种情况下的设立人之间的关系是不一样的,且由于公司并未成立,尤其是名称登记未完成的时候,既没有公示也没有登记,设立人不应当承担连带责任。这种规定明显将设立人之间尚未从合同改变为主体的关系等同于了集合财产的出资人关系。

而《公司法》第44条的规定显然更为合理,至少将公司设立时的股东仅仅作为一个群体(group)来对待,即“享有连带债权,承担连带债务”。但是这一款以将要形成的集合财产作为界定设立人之间的默认关系,将设立人,无论是基于股东身份的群体关系,还是设立人的代理关系,均等同于集合财产的参与人。其实设立人和发起股东之间的代理关系,完全可以基于已经完善成熟的代理关系在司法中根据过错、意思表示等作出裁判。不仅如此,《公司法》第44条第3款和第4款对两类情形作出了区分,分别对应以自己名义实施的合同行为与履行职责过程中的侵权责任,其设计较《征求意见稿》中粗暴的连带责任处理方式更为精细与周延。

未成立的公司产生的案件纠纷事实上可能非常有限。在当下的公司实践中,登记注册代理已经如此普遍且成熟。同时,界定这个问题实际上可以直接、简单且明确:公司的发起人之间的群体关系,可以按照将要建立的公司间的股东关系处理。其他的,要么是横向的合同关系问题,要么是纵向的代理关系问题,根本不需要规定。这样的表述,一方面是在已经存在诸多连带责任规定的情况下又增加了新规定,另一方面暴露了和立法精神不符的理论认知上的冲突。

2. 第14条到第17条,属于对不同出资形式的补充规则。虽然立法规则表述并未发生变化,但在2013年之前,公司法上存在着货币和非货币出资的区分,并且有最低额以及比例的要求,因此最早版本的《公司法司法解释(三)》有必要作出一些补充性的规定。但如果认识到股东和公司的关系本质上是现行立法所采取的立场的话,那么不作出规定,而是根据合同规则处理更好。

[13] 参见王长军等:《股东名册与股权变动——新公司法第八十六条规定的意义、影响与应对》,载《人民司法》2024年第13期,第100-111页。

不需要规定的，最为典型的是第 14 条，当双方存在着对非货币财产的价值争议的时候，当然需要进行评估、鉴定或者其他的事实查证程序，同时，若价值变动是合同之外原因所导致的，亦没有特别设定规则的必要。然而，该条体现出对“集合财产”或者“法定资本”的执迷。例如“出资人有关非货币财产作价的约定与评估机构对非货币财产所作的评估作价不一致的，应当以资产评估报告作为认定非货币财产价值的依据”，这一表述实际上预设了当事人作价约定在特定情形下不发生效力，但相关情形及其标准并未加以明确。《公司法》的规定是，“对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价”，这是一个价值准确性的要求。相比之下，《征求意见稿》将问题转化成了“谁有权确定价值”的规则。并且，当事人约定价值的表现可能是多样的，比如计价方法、参照标准，这些是否必须由资产评估机构确定有待商榷。非货币出资价值是否真实，本质上属于合同约定问题，并无单独设定公司法规则的必要。而资产价值与其对应取得的股权是否公平、是否符合对价原则，则属于另一层面的评价问题。对于对价不公的情形，《公司法》已通过相关条款（第 49—52 条）设置了相应的调整机制，无须在此重复。甚至，原有司法解释中“显著贬值”的界定，至少属于一个特殊规则，《征求意见稿》删掉“显著”后更凸显了对合同规则的重复，而且反映了对“客观价值”的执着，背后仍然是“集合财产”的思路。

与上述问题相一致，第 15 条、第 16 条、第 17 条所涉及的问题是相同的。不过第 16 条规定了有负担的财产，第 17 条规定了“问题资产”，这些都有更成熟、更完整的规则，而应当回答的公司法问题则至少包括应当明确公司是否可以拒绝“问题资产”，并扣除股权。《征求意见稿》对原有司法解释的复制，同样是合同规则的重复，但却对公司问题视而不见。

3. 第 18 条和第 19 条是针对债权出资的规定，是否在现在的资本制度下有必要作出规定也值得商榷，这和其他的非货币出资在本质上也是一样的。但这两条作为新增规定，有些特别。首先，《征求意见稿》删掉了《公司法司法解释（三）》中最具有公司法特性的第 11 条，即出资义务完成的判断标准，这可以理解为合同规则的公司法特别条款。但是在前述资产评估中的财产逻辑之后，在取消了原来的一般条款之后，在第 18 条加上了一个具体表述，“履行期限届满后债权不能实现，公司请求出资人补足出资并赔偿损失的，人民法院不予支持”。不过，但书之后将约定补偿和虚构债权并列为两种情形，也不合逻辑。如果虚构，那么更应当适用抽逃或者欺诈。至于第 19 条，抵销的规则并无必要重复表述，但是将股东会 and 回避表决作为控权机制，和《公司法》第 51 条核查出资第一义务主体是董事会的规定之间可能存在衔接问题。

4. 第 21 条至第 23 条，是关于瑕疵出资义务的相关诉讼规则。这几条新增加的规则大部分仍遵循合同原则，是否具有列举必要有待商榷。且第 21 条的第 3、4 款又陷入了集合财产的观念。

第 21 条第 1 款完全是合同规则的重复，甚至直接指向了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》。但是其中“承担损失”的表述，与第四款中“在给公司造成的损失范围内承担责任”之间的关系并不清晰，两者是否具有相同内涵，尚难确定。同时，重复违约金规则和“造成的损失”在出资问题上如何判断也不清楚。在公司持续运营过程中，存在多种不同情形及资金短缺状态，由此产生的机会损失是否受可预见损失规则的限

制，亦未得到明确。在出资或增资协议约定双倍支付的情况下，其是否应当依据合同法规则加以限制，同样缺乏清晰界定。现在的表述，属于合同规则的重复，而忽略了公司法上的“掺水股票”的特性。至于第 2 款似乎尝试区分股东与股东的合同关系和股东与公司的合同关系中的诉讼利益的不同，但是实际上上述诉讼利益在公司法上本来就有优先顺序。

第 3 款和第 4 款规定则出现了殊为难解的情形。这是因为存在着公司法学界的“入库”与否的争论。其实，入库与否，完全是坚持原则还是遵从权变规则的选择问题，即坚持公司利益先于债权人利益，还是考虑到中国公司实践的特殊情况采用直索责任。其中何种情况构成“权变”才应当是重点。但第 3 款则尝试折中，试图用两个条件进行区分，即“公司不以诉讼或者仲裁方式主张”“在给公司造成的损失范围内”，前者缺乏时间或者条件限定，后者对债权人而言难以主张。现实中必然出现的情况是，回到集合财产理论下未能向债权人起到保证作用的斯托里的“信托资金”主张。^[14] 这是一个合同外壳，但内在是财产观念下的产物。至于第 4 款，其规范意旨亦不甚明晰，似乎意在将第 3 款的规则扩展适用于认购股东，但在条文表述上并未得到充分展开。

第 22 条的管辖规定，似乎是在排除依据合同原则确定管辖法院，但其他的表述也并没有特殊性。第 23 条独立单列的理由也很难成立。

5. 第 26 条系基于新增加的失权规则而新增的。就新规则作出解释，其实非常困难。由于缺乏司法实践的检验，司法解释只能从形式上填补逻辑，或者进行扩张性质的解释。但这种形式上填补逻辑本身在新立法中可能会出现预期不到的情形。比如“公司因股东失权遭受损失”，表面上是对《公司法》第 51 条第 2 款的引用，但第 52 条的股权失权规定，更多是对到期未能履行义务情形的程序性安排规定。在该规则之下，未履行义务股东应当承担何种具体行为义务并不明确，同时，公司因股东不作为而产生损失的情形亦难以具体化。进一步而言，第 3 款关于期间计算的规定，在实践中可能受到立案困难等具体因素的影响，从而导致日期延迟。总体来说，这些表述和补充，在缺乏司法实践支持的情况下新增，更近似于画蛇添足。

6. 第 28 条抽逃出资的规定修改了《公司法司法解释（三）》的表述，但该实质性修改混淆了许多不同层次的情形。从合同还是财产的视角检讨，第 28 条显然是在这个问题上采取了合同式的解释，但抽逃出资概念本身来自集合财产。在尝试用合同方式作出解释的时候，这一条文又忽略了公司的程式问题。现在的表述，在“虚构”“挪用”这些否定性的评价之后，错误理解了《公司法司法解释（三）》中的兜底条款，“其他未经法定程序”成为“虚构”“挪用”的附加条件。“虚构”“挪用”等行为本身并不存在所谓法定程序。原来被认定为抽逃出资的“虚假……分配”“关联交易转出”，违法分配利润的法定义务仅为返回，即《公司法》第 211 条“股东应当将违反规定分配的利润退还公司”，而关联交易则存在着内部批准程序，并非必然非法。由此产生的问题即，在经合法程序完成的关联交易情形下，是否足以排除抽逃出资的认定。

抽逃出资完全是一个在集合财产概念下的产物，在《公司法》2013 年废除了注册资本后，抽逃出资就难以认定。这种困难在《公司法司法解释（三）》中就已经暴露，未全面履行出资义

[14] See *Corporate Capital and Restrictions upon Dividends under Modern Corporation Laws*, 23 California Law Review 229 (1935).

务和抽逃出资的差异仅仅是利息差异。但由于 2023 年《公司法》又增加了未全面履行出资义务的“公司损失”，这种差异实际上也就消失了。这就是《公司法司法解释（三）》小修遗留的问题，而《征求意见稿》不仅没有勇气废除抽逃出资的概念，而且采用了现在的表述。那么，未按照章程约定期限出资、未按照法定最长期限出资、未全面履行出资导致公司损失和抽逃出资，至少在过错和责任上应当分为四个等级。但按照现在文本的表述，抽逃出资的责任甚至还要小于未全面履行出资。现在的规定，实际上是试图维护集合财产理论下的概念，而采用了不完全合同的思路表述，但忽略了，如果缺乏控股股东的权利滥用，抽逃出资的情况，事实上仅仅是一个公司资产完整性的保护问题。

同样的问题在第 29 条中也存在，“公司违反公司法规定减少注册资本”，其具体所指并不明确。《公司法司法解释（三）》的表述是“违反法定减资程序”，那么现在修改成违反公司法规定减少注册资本，其涵盖情形随之扩大，但边界并未得到界定。在减资事项属于股东会决议权限的前提下，董事和高级管理人员承担故意或者重大过失责任的基础亦不明确。应当回应的是，《公司法》第 224 条关于减资的程序规则和第 225 条的账户规则。

7. 第 29 条关于冒名出资的规定，更典型地体现了财产思维，问题在于，冒名股东的确存在，因为之前的公司登记仅需要身份证复印件，加上采用无限期认缴，出现了本人不知情却被登记为股东的情形。但是在 2019 年公司登记机关建立全国企业登记身份管理实名验证系统后，实际上已经不可能出现冒名情形。因此这是一个新规则面对旧问题的情况。但作假、冒名是一个事实问题。事实问题查清楚为假，那么当然就没有法律问题的基础，即便是《民法典》也没有对冒名财产登记作出规定。现在用一个条文去处理这样的问题，缺乏合理理由。如果要处理冒名“股权”，那么法院对冒名股权的确认之诉，和应当对公司登记机关进行的行政诉讼之间如何衔接才是应当规定的重点。而冒名股权的出现，在现实中，和冒名人的过错相比，可能与控股股东、董事的过错更直接相关。现在的规定，将一个属于侵权的、未建立充分因果关系的事实问题，变成了一个法律问题。

8. 第 86 条更是一个典型的忽略了合同的例子，尤其是在《公司法》已经明确规定债券持有人会议决议参照适用公司决议规则的背景下，事实上忽略了应当按照债券发行合约来解释或者判断的优先性。

上述情形，大部分和本文前述的民商合一问题是重叠的，但同时也反映了集合财产观念的延续，而忽略了制度已经发生变化的情形。《征求意见稿》所新增的很多规则，其实变成了一个公司法领域的集合财产规则，而并没有真正针对公司法问题作出具有增量的解释。

下面第三部分要讨论的条文，是对前两个部分问题的扩展。第一和第二部分指出的问题属于不完全的民事规则单立，而第三部分中存在更为严重的整体制度的理解和解释方向问题。

三、权利还是义务

（一）“出资等同于股权”的困境

《征求意见稿》第三部分是关于股权代持和投资者权益保护的内容，这一部分显然是在《公

司法司法解释（三）》基础上的扩展和延伸，但也是理论冲突最为严重的部分，甚至存在自相矛盾之处。这体现在第四部分“股权转让与优先购买权”中的开篇，即第 40 条上，其中明确了受让人自记载于股东名册之日起取得股权，如果没有股东名册，自实际行使股东权利或者将股权转让的事实通知公司之日起取得股权，并且在第 2 款中确认了取得公司登记的对抗效力。这一条的规定，当然是对《公司法》第 86 条直接规定的确认和扩展。但实际上这种规定也体现在《公司法》第 56 条、第 102 条和第 159 条中。因此，立法规则以程式要求无论有限公司还是股份公司均需要置备股东名册，与公司实践有所脱节。大多数有限公司并无股东名册或出资证明书，而实际上依赖于公司章程记载和公司登记机关的登记公示，而股份公司中的上市公司则依赖于证券登记结算机构同步的证券持有人名册而非股东名册。程式规则既缺乏看护者，也缺乏合规的强制性和违规的法律责任。但是，由公司登记而非工商登记来确认股权，以及与之相联系的股东身份，则是毫无疑问的。

尽管存在着股东名册的登记程序，但以合同方式取得股权之后，在公司登记成为股东，符合作为社团法人的公司特性。这种登记和股东与公司之间的关系属于合同是相互兼容的，也是和各国立法例相同的。因此，既然《征求意见稿》已经确认了《公司法》的这种股权产生依据，那么在第三部分仍然保留并且扩张了《公司法司法解释（三）》的陈旧“代持”规则将缺乏合理性。《公司法司法解释（三）》实际上只是针对“代持合同”是否可以在公司法上履行进行了规定，即显名的程序规则。基于出资义务的履行而取得股权的对价，可以算是公司法上的规则。但是，《征求意见稿》的第三部分，则扩张到了 6 条，尤其是第 33 条适用善意取得规则、第 34 条和第 35 条扩张实际出资人的出资义务、第 36 条排除强制执行规则，尽管采取了限定，但完全是基于“出资=股权”的逻辑建立的，属于明显的集合财产逻辑。这种观念不仅是对股东与公司的关系属于合同关系的背离，而且在一些情形下和法人内外部关系区分的逻辑相冲突，更和《征求意见稿》第 40 条相矛盾。实际效果上，也造成了在《民法典》之外，平行创造了一套新的“非股权”的财产规则。

如果认识到代持股权的主张实际上源自 1993 年或 2005 年版本上存在着法定资本制的基础，那么最高人民法院在注释或者解释 2023 年《公司法》的时候，在公司法上应当认识到这种股东和公司之间的基础关系已经发生了变化。而这种情形在《公司法司法解释（三）》中实际上只是一个显名程序。谁出钱与谁获得股权之间的约定，本质上属于财产性质的合同，其与其他合同并无本质区别。在《公司法》已经作出明确规定，且《征求意见稿》亦在第 40 条中明确股权取得的依据与时间点的情况下，再行扩展一套新的规则，其规范必要性有待进一步说明。

废除代持制度、完全采用公司登记标准确定股权，才是更符合《公司法》进步模式的解释。问题本来非常简单，在股东名册上登记股权，取得股权和获得股东身份，则之后的权利义务基于《公司法》而产生，并接受其调整。如果出资人和股东之间存在着约定，那么显名实际上是判断代持股东是否存在取得股权的正当依据。其余的问题仅仅是委托—代理关系，只产生损害赔偿的法律责任；如果存在着来自公司（法人）社团性的障碍，也无非是一个实际履行障碍而已。这种存在错误或者非真实登记的财产权利问题，并非公司法上所独有，公司法无须作为一个单独的问题处理。

如果最高人民法院更多是考虑到现实中广泛存在的现象而制定这些公司法的外围规则，那么《征求意见稿》中的代持实际上就有一种来自日常语言的误导，即代持的内涵被减少，而外延被扩大。《公司法司法解释（三）》中的代持，其要件为：（1）存在合同；（2）出资和股权分离；（3）存在“代”的意思表示。而显然，第32条中列举的代持合同无效，不属于“代”，而是接近于“规避”。尤其是第32条第2款，在认定代持合同无效的情况下，将股权归属于实际出资人，其逻辑基础并不清晰。代的无效应当是股权归属代持人，而代持人向出资人支付出资。然而，在实际上确认了股权首先归属于实际出资人之后（财产规则），款项返回等民事责任则按照合同规则来处理。这就出现了财产规则和合同规则的典型冲突。而且，无权显名和无权取得是两个法律关系上的不同层次的问题。换言之，严格按照《公司法司法解释（三）》，实际上只有一个新概念“代持合同”，且只存在显名程序规则。但是扩展了的规则，实际上将“代持”变成了一种准财产权确权。第33条的问题也同样如此，既然是“代”，股东是代持人，那么在越权处分（《征求意见稿》没有对超出合同约定进行规定）时，应当采用赔偿责任而非财产规则。

（二）具体条文评析

《征求意见稿》中更为严重的问题，是对《公司法》中的限期认缴制度的理解。其基于集合财产的理论，沿用之前《公司法司法解释（三）》的视角，在第31条、第33条、第36条中，仍然将股权视为一种权利。但是到了第34条、第35条中，则又因为《公司法》中的强制到期制度进行了“细节化”（ad hoc）扩张。这两条分别允许公司和债权人要求实际出资人承担出资填补义务，是最为典型的“出资=股权”思维下的延伸和推理。但是这产生了以下困扰：

第一，代持合同具有相对性，公司据此请求符合显名条件的实际出资人承担责任，其规范基础并不明确。在公司知晓代持关系的情形下，通常应当首先解决股权归属问题；在公司不知情且属于第34条第2款所涉情形时，名义股东出具代持合同时，原则上亦应先行完成显名程序。现行条文基本沿用了《公司法司法解释（三）》第31条的结构，但未规定其他主体可以通过确认代持合同实现股权变动的路径。进一步而言，在代持人的主张符合显名条件的情况下，实际出资人通过解除合同或提起解除之诉以应对该主张，在逻辑上具有一定可能性，但由此引发的法律后果较为复杂。解除代持合同的后果是一个更复杂的问题，本文将在后文专门讨论。

第二，第35条中的相对性与债权人是否知晓具有相同的问题，给公司造成的损失范围的确和第21条、第23条具有相同的问题，但存在两个新的问题：首先，如果债权人知道代持关系的存在，是否应当在知道的时候就提出主张；其次，债权人是否应当等待作为案外人的实际出资人的解除生效，公司是否已经以及可能完成显名程序。第35条第2款就更加不可理解。仅仅出资而未获得股权，可以干扰到合同相对性、转让规则、股权确认规则、决议行为？这些增加的规则，将非常简单的事情以疏漏的方式复杂化。

第36条赋予了实际出资人基于合同约定而得到的合同利益以一定程度的对世权，即在执行异议之诉之中可以请求排除强制执行，其中如果已经缴纳全部出资，那么就不限于债权人对未全面履行出资义务的请求，而是一般情形下的执行股权，那么这种规定可能出现机会主义行为，即

股东和实际出资人之间的串谋。另外一种情形是符合显名条件但未履行完显名程序、仅仅基于代持合同的权利，如何能产生对他人的对抗性呢？甚至可以怀疑，这是否等于公司法司法解释在创造一种新的财产权利。

以上仅仅是在细节化强制到期制度中造成的技术性冲突。但更一般化的理论问题则是，《征求意见稿》的这些规定，将法定资本制下的集合财产理论下的“出资=股权”具体化时，忽略了从认缴制到强制限期认缴制，对股权的理解发生了根本性的变化：基于认缴制度的监管规则，股权不再仅仅是一种纯粹的正向收益的权利，同时负有义务。这种局面当然是立法规则造成的，但并非没有妥善的解决方案。而《征求意见稿》却忽视或漠视了这个重大变化。这些变化带来了几个严肃的拷问：

第一，《公司法》在规定了到期不履行出资的股东失权之后，并没有明确规定，公司是否可以依据股东之前对公司的承诺要求强制执行，即在义务成立时“强制”股东出资。那么法律或者公司是否可以强制股东出资呢？《公司法》第49条规定“股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额”，该义务在法理上唯一的成立依据在于《公司法》第4条的反面命题，即“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任”，可以推出股东虽然没有实际缴纳出资，但股权是以认缴资本来进行分配的。股东在认缴期限之前，已经享有了股权，则在到期时应当缴纳欠缴的资本。但是这一逻辑成立存在两个前提：首先，股权比例是按照认缴资本确定的，但也并不一定如此。《公司法》第65条规定仅仅是“出资比例”且允许公司章程另有规定，因此按照实缴比例甚至其他方式投票是可行且合法的。尤其令人惊讶的是，《征求意见稿》第25条第2款实际上确认了这一点。其次，事实上股东是否行使过股权并不确定，很多不遵守程式的公司，除了设立时提交的公司章程之外，并没有召开过股东会，也没有进行分配（分配是按照实缴进行的）。那么认缴出资义务成立时，股东已经没有意愿或者能力实缴的话，应当允许其放弃超出实缴部分而在认缴范围内取得的股权，而非必然通过强制执行的方式要求股东以个人财产缴付给公司。至少《公司法》明确了失权规定应当作此理解。但是《征求意见稿》显然扩张了公司请求股东缴纳出资的救济。即使是在世界上独创一个公司可以强制股东出资的情形，也是存在前述例外情形的。《征求意见稿》尽管认识到了存在着“实际行使股东权利”的可能，但并没有将这种实际情形在强制出资的时候纳入考量。

那么，更为严重的问题在于：既然基于认缴资本而取得股权是由名义股东享有的，而实际出资人并非股东，也没有享有股权，那么第34条和第35条要求实际出资人承担责任可能缺乏法理基础。

第二，第42条出资义务的法定性，主要针对《公司法》第88条。既然认识到出资义务的法定性，也尊重了股东转让时的自行约定，那么应当如何解释更为重要的股东和其他股东关于出资的约定，以及股东与公司的出资约定？该条明确第88条虽然没有例外性的规定，且转让协议中会出现自行约定，但实际应当考虑在出资、增资等情形下的合同约定。这些约定除了法定期限、公示期限以及法定条件“不能清偿到期债务”（《公司法》第54条）之外，还可能存在多种不同的情形。比如附条件，以及附条件和附期限的多种组合，常见的包括公司融资的需要，全体股东一致同意，或者经股东会决议等。在当前的公司实践之中，出资、增资等合同中的约定是非常多

样化的，这些约定在不违反强制性规定下如何处理和对待存在问题。比如，在并不满足《公司法》第 88 条的情形下，出资合同中既有期限，也有条件，那么是否构成抗辩理由呢？

第三，当股权从无期限无限制的认缴资本转为存在法定限制之后，当下实践中最为困扰的是股权在很多情形下变成了投资者的负担。这种现实中的激励效应并未被《征求意见稿》认真对待。这一问题亦体现在第三部分关于代持的若干条文之中。现有规定未充分考虑已经发生的情形，即代持人请求解除代持协议，并将代持股权（通常为仅负有义务的认缴股权）转回实际出资人的处理路径。按照《征求意见稿》的思路，其所体现的集合财产式股权观可能意味着需要设置由代持人推动实际出资人显名的机制，但相关程序并未加以规定。《征求意见稿》主要围绕无效及不能显名的情形作出规范，而对于更为关键的情形，即合同解除后的法律后果，应如何确定，仍有待进一步明确。

如果认识到在 2023 年《公司法》下，股权已经不再单纯属于权利，而是带有义务或者负担的合同关系，那么很多问题就变得非常简明和清晰。而《征求意见稿》并没有采用这种模式，将其作为一种带有法定负担的财产来对待，从而出现了认缴出资下的股权转让中的复杂规则。第 44 条即为如此，股东将存在义务的股权转让，除了受让人是否知晓，应当先考察转让合同的对价。且第 1 款规定股东承担连带责任，但抽逃出资下反而承担的是补充责任，亦有待商榷。

《征求意见稿》沿用了《公司法司法解释（三）》下的理解，从而在“名义股东”与“实际出资人”，“转让股东”与“受让人”之间产生了多种公司和债权人的主张权利。但是，2023 年《公司法》新增的第 40 条国家企业信用信息公示系统公示事项中包括“有限责任公司股东认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期”，从实践查询情况来看，债权人了解相关信息非常便捷，成本微不足道。交易成本的变化，导致基于股东未履行出资义务所产生的债权人预防成本也相应显著降低。但是《征求意见稿》或者对这种变化考虑不足，或者是过于拘泥于集合财产的股权观念，仍然沿用和扩展了《公司法司法解释（三）》的旧规则。

的确，《公司法》上的这些问题，需要全新的系统理解和解释。尽管第 88 条的确规定了受让人的第一顺位的缴纳义务，也的确规定了对价显著不足时转让人和受让人的连带责任，也确实并没有规定例外情形。但作出补充解释确认有合同先从约定，并不构成越权或者扭曲立法本意，恰恰是充分系统解释打上的最佳补丁。但是《征求意见稿》抬高了第 88 条的重要性，但降低了其他相关条文的重要性。同样的情形是《公司法》第 54 条的解释，的确法条表述上明确规定了公司不能清偿债务的，公司和债权人有权要求加速到期，但这同样应当更关注“公司不能清偿债务”是和破产界限一致的标准，而非公司不清偿债务的日常状态。如果明确在日常状态下按照合同规则，以及明确的股权变动规则，就不需要这些复杂而并不周全的新创规则，反而是整体上更加与公司法、破产法的规则相衔接。明确“公司不能清偿债务”在公司法上和破产界限相一致的高标准，恰恰才是作为一个公司法司法解释更加精准的任务。^[15]

然而第 24 条的规定，和《公司法》第 88 条相比，增加了“公司因客观上缺乏清偿能力，又

[15] 实际上应当规定不能清偿到期债务，适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》第 1 条，应当将其理解为“不能清偿到期债务并且明显缺乏清偿能力”或者“不能清偿到期债务并且资不抵债”的情形。

不以诉讼或者仲裁方式依法请求股东履行义务”的限制。如果从目的解释上，这个规定试图将第 88 条扩张到日常状态的情形，但是又试图限制在“客观上”。这种表述存在着形式逻辑的问题，《公司法》第 88 条实际应当包含了“客观上”。与“客观上”相对应的情形包括哪些呢？司法解释应当是解释法条中的概念，而非创造新概念。在公司融资原理上，不能清偿到期债务，可能是一次性的、暂时的，也可能是结构性的（资产不足以清偿债务）。辨析和区分英文中的 insolvency 和 bankruptcy 的中国具体情形，才应当是司法解释的任务，但是将第 88 条创造的实际义务扩张到两种情形，恐怕《征求意见稿》的这种司法政策导向，是一种集合财产理论下才出现的解释。

四、组织还是实体

（一）缺乏内涵的组织理论

商法学界特别主张并被流行性采纳的标签式概念主张，试图强调公司法之于民法的特殊性的，是组织法。组织本身在中文中是多重含义的，既可用于行动，也可用于主体，还可以用于制度框架。组织法，比如《人民法院组织法》《仲裁法》等，属于最广义的用法。而组织在比较法学上，含义实际上是非常特定的，即公司的组织理论，其内容不过是资产分区。而社会法学的组织学习理论在公司法学有所延伸，但其关注点和中国语境完全不同。国际公司法学界更多采用的理论名称，还是公司的合同论、实体论、集合财产论以及宪治论等。中国商法学界使用的组织法提法的流行，本文并未进行考证，推测该动机，有可能是与民法中的社团、法人相区分，也有可能是对商主体的躲避。但强调组织法在公司法学界内，的确产生了一种对“契约论”的排斥感，这使公司决策存在着多数决的决议行为，构成对一致同意的合同理论的某种程度的否定。^{〔16〕}

美国部分学者主张的组织法内容，即资产分区，侧重于基于股东和公司财产的人格归属区分，产生债权人主张的优先顺序。如果按照这个理论对照《公司法》及《征求意见稿》，并没有试图解决对分区的资产，股东和公司的债权优先顺序问题。恰恰相反，中国公司学界的组织法概念产生了公司资产优先的价值判断，这实际上还是与 18 世纪起源的大陆法系集合财产相同的观念。因此，中国商法学界喜欢使用的“组织法”标签，实际上仅仅强调了社团的财产独立性和优先性，同时也强调决议行为作为决策的特殊性，或者主张强制性规范的优先效力。就这一点而言，其实这和法人的社团性没有太大的区分，但是使用这个词似乎可以标签化区分于法人的一种特性。但实际上《民法典》通过提炼原有公司制度中的一般规则，也存在着在规则层面的反向争夺。因此，组织法的标签，和公司法中的组织理论，以及与组织相关的实体理论、政治体或者宪治理论并无实际关系，也没有具体的实质导向，甚至对“拟制论”也并不构成冲突。

缺乏实质规定性的组织理论，在“穿透式”审查、多层控制以及连带责任上，并没有形成任何制约。甚至在这个层面上，组织理论在倾向于社团性和主体独立性上，还不如法人理论。实体理论

〔16〕 参见吴建斌：《合意原则何以对决多数决——公司合同理论本土化迷思解析》，载《法学》2011 年第 2 期，第 55-65 页；李建伟、潘米：《有限公司股权变动模式的强制与自治之辩——〈公司法〉第 86 条解释》，载《广东社会科学》2025 年第 3 期，第 233-243 页。

在 20 世纪的国际层面的主导性，以及中国《公司法》在 2005 年开始增强的特性，在《公司法》以及《征求意见稿》的有限公司制度中，大幅度回退。这也可以看成组织法缺乏内涵造成的结果。

（二）具体的法条评析

1. 《征求意见稿》第 2 条关于公司对外担保的规定，扩张到间接控制。首先，这一条的规定和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度解释》）第 8 条之间的关系并不明确，而后者是在《九民纪要》基础上完善发展的。如果第 2 条的增量是间接控制，那么更应当界定什么是间接控制。并且，在国家企业信用信息系统已经成为“触屏可得”的情形下，合理审查的标准亦需要界定。

2. 第 3 条是在《公司法司法解释（五）》的基础上的最大扩张，包括范围扩展到了“间接”以及未履行公平程序对公司不发生效力。这一条文是整个《征求意见稿》中反对意见最大的，即在司法政策导向的层面上突破了现有的实践，在世界范围内第一次过度限制了关联交易。既有司法解释在相关问题上，借鉴了多数国家的立法例，采用程序公平和实质公平两个原则，但《征求意见稿》转而采取了不合程序则对公司不发生效力，是前所未有的。从规则表述而言，该条规定因为突破了现有框架，与其他规则形成了冲突。首先，“间接”的定义不明，因为间接和直接的区分，主要是指自我交易，即与公司交易的一方为诚信义务人（fiduciary）的，属于直接自我交易，而与公司交易的一方为诚信义务人控制的实体的，则属于间接自我交易。但是关联交易实际上是非常不确定和宽泛的，所谓的间接关联交易成立的话，其范围可以说无边无际。其次，在《征求意见稿》内，按照现在的思路进行了关联担保（第 2 条）和关联交易（第 3 条）的区分，那么则彻底颠倒了公司法一直所采用的对担保的限制要高于关联交易的原则。^{〔17〕}同时，第 28 条与第 4 条之间的关系在解释上存在一定的不协调。既然通过关联交易的行为被认定为对公司不发生效力，则其与抽逃出资之间的关系需要进一步说明，否则两者在规范适用上可能出现冲突。实际上，关联交易并不必然违规或者损害公司利益，如果公司提出主张，在各国公司法上都是非常困难的问题，均需要根据合同履行的情形等来判断，第 3 条既没有考虑原理，也没有考虑原有的司法政策和公司法规则间的关系。显然，这一条制定出来的思路，反映了使所谓组织法压过交易法的思路。

3. 第 4 条公司人格否定，尽管延续了《九民纪要》的大致思路，但存在将一个学理性的表述放入司法解释的困难。同时，第 4 条表述沿用原来方式，并没有认真对待 2023 年《公司法》第 23 条第 2 款和第 1 款之间要件的差异，这就意味着严重损害公司债权人利益的标准和关联控制的标准应当作出区分。但第 5 条试图作出区分，又增加了新的条件，可以看成限缩解释。同时，该条在将纵向和横向刺破进行合并处理的同时，却没有梳理《公司法》第 23 条和第 180 条、第 191 条和第 192 条的关系。同时，第 6 条也没有注意刺破公司和在执行中追加股东是不同的法律制度。

4. 第 7 条针对一人公司的表述，更近似于《九民纪要》式而非司法解释式。同时，一人公司编制财务报告，和独立会计形成的财务报告或者审计报告是不同的，且财产独立性的标准应当遵

〔17〕当然，本文的意思并不是同意立法中将关联担保单独规定的做法。

守相应的程式。例如，相比独立编制财务报告，会计制度才应当是考核重点。如果按照实际运行的财产混同更重要的标准，那么应当要求的是资产登记。但是，既然第 5 条可以进行限缩解释，那么对一人公司的概念也应当进行限缩解释。将子公司、国有独资公司、外商独资公司排除出一人公司的概念之外，是一个非常合理的选择，无论是基于整体中国法律规则的体系解释还是基于现实实践。但这一条却试图去解释属于家庭关系的夫妻二人不自动适用一人公司规则。第 8 条的逻辑也是不一致的，既然一人公司不能自动连续穿透，这当然是承认一人公司人格的原因，但是现在的这种限制不属于公司法应当考虑的问题。如果债权人可以按照第 7 条分别证明两层穿透的事实，则应当合并诉讼。是否应当支持原告采用一层穿透加上实际控制人主张也将出现争议。这似乎是想坚持所谓组织法的主张，但又多余地侵蚀了诉讼规则。

5. 第 9 条关于决议效力的问题，与前述情形具有相似性。确认有效的公司决议之既判力，其具体理解仍有待进一步明确，同时，在规范关系上亦涉及组织法与诉讼法之间的协调问题。^{〔18〕}与《公司法司法解释（四）》相比，该条在路径上发生了根本性变化，由对公司决议程式的审查转向以实质决策标准为主导，这一取向与《九民纪要》关于担保规则的思路更为接近。但是：其一，对于参与欺诈决议的主体，其对欺诈行为的信赖状态是否应作区分；其二，股东会基于持股比例进行表决，通常不以辩论为必要条件，但董事会是否同样适用这一标准，仍需加以澄清。

6. 第 10 条也实质上改变了《公司法司法解释（四）》的思路。尽管《公司法司法解释（四）》并没有明确表述，但在强制分配股息的情形下，实际上隐含了法院可以借鉴行政诉讼的方式提供行为救济，这本来是一种面向未来的潜在可能的法院提供救济而作出的规定，而在《征求意见稿》中被废除。同时，第 2 款尝试去表达法定职权，但一方面忽略了在公司实践中，这会增加回避、控制权争夺等方面的决策僵局，另一方面则忽略了全体发起股东制定公司章程、股东会修改公司章程的根本性权力。这一规定，显然对有限公司限制过严，毕竟公司实践中存在着多种情形，这本来应当通过原则加上司法案例来予以判断，而非生硬地去纯粹解释法条。现实中不召开股东会，不遵守公司程序的情形如此之多，对更严重的违规不去限制，反而计较明明理论上可以发展的一定程度的公司自治，这一态度值得反思。第 1 款显然是对“组织法”的背离，而第 2 款则又通过所谓强制性规范的解释方式，过于强化了“组织法”。

7. 第 12 条是最典型的“组织法”观念的产物，但并未回应股东协议、公司章程和决议之间的关系，反而带来了更多的问题。首先，全体股东一致同意的规则是在 2005 年立法中，通过对当时最前沿的特拉华州立法的借鉴产生的，但其中没有包含最为重要的特拉华州立法表述，即“全体股东一致同意的书面文件，具有与章程相同的效力”。《征求意见稿》不仅没有修正这个问题，反而将全体股东一致的协议或者书面文件、章程、决议的关系颠倒了。全体股东一致同意的文件高于修改公司章程的 2/3 决，那么除非公司治理中的程式是法定不可剥夺的，否则可能可以发生效力。同时，公司决议可能仅仅只有过半数，不应当能够用于否定比例高于过半数的意思表示，否则将和第 9 条第 2 款的逻辑发生冲突。相反，既然认识到了股东协议、决议的关系，那么

〔18〕 参见王涌：《公司法的商事组织法品格——〈公司法〉司法解释起草的“底层逻辑”》，载《国家检察官学院学报》2026 年第 2 期，第 21-38 页。

更加实质的问题随之而来，例如，在现实中较为常见的情形是，股东之间已签订合同并确认其接受合同约束，但在后续形成决议或者章程时出现反悔，此种情况下是否仍应遵守既有承诺，尚需明确。在规范协调上，组织法上的原则与合同法上的禁反言原则之间亦存在需要界定的关系；以章程或决议作为不履行合同的依据，在实践中亦并非个别现象。另外这个条文中的许多表述不知所指，比如“法律明确规定全体股东的约定对公司发生效力的”，究竟指代什么情形。全体股东的约定通常要么体现为设立时的章程安排，要么体现为成立后的公司决议，在此情况下，以“全体股东的约定”作为独立表述，其规范意义有待进一步说明。

8. 第25条第2款是基于限期认缴资本制而新制定的规则，同样使组织法压倒了合同法。当然现实中会存在着改变股权依据的情形，但是这么直接简单的规定还是会出现问题：第一，股东的认缴出资是股东与股东、股东与公司的合同关系，《公司法》采用的失权是认缴股东不履行义务时，由公司裁减股东的股权，但第2款并没有明确认缴出资义务的时间，因此会产生在特定股权结构下的机会主义行为问题；^{〔19〕}第二，如果发起股东在公司设立章程，或者采用一致同意的方式存在着股东间的合同约定，那么2/3决不当能改变之前的一致决。这当然也可能会出现多种多样情形的股权结构下的机会主义行为。

9. 第27条显然是“组织法”标语下的产物，即尽管并没有实质性改变股东会中心主义，但将更多义务赋予了董事会。这和公司实体论中的权力和责任都归属于董事会对比，是非常明显的。其中第1款第3、4、5项将董事关于出资的确认、失权等认缴资本制度变化的法定义务扩充成了诚信义务，这是否符合立法本意，是否超越司法解释的权限恐怕是值得推敲的。同时，原有司法解释的法定义务仅仅是造成损失，并没有设定具体的行为标准。但是诸如作出决议、识别和监督新受让人等，并非董事会能完全决定的事项，其中所需要完成的工作步骤，还涉及股东会决议、股东的出资协议（全体股东彼此之间和股东与公司之间的约定），但是赔偿的板子直接扩大了立法范围打到了董事身上。其中所限制的“违背公司利益”，似乎想作出区分，但在认缴资本的问题上，“公司利益”的内涵并不明确，其既可能被理解为维持资本、避免减资或弱化资本的要求，也可能被理解为遵守契约安排的要求。

10. 第39条应当是对第89条第3款中的“严重”进行解释，但“导致其他股东参与公司经营管理或者获取投资收益的目的不能实现”，存在着两个问题。首先，滥用是否包括了违约？公司实践中控股股东，尤其是绝对控股股东的权利滥用，通过修改章程、股东会决议方式违反股东协议、增资协议等其中的“参与公司经营管理”“获得投资收益”，是否产生退股权？法律上不可剥夺的股权并不多，参与公司经营管理甚至可能存在着劳动合同的干扰，而获取投资收益应当通过强制分红。现有表述仅仅考虑了“组织法”行为，^{〔20〕}而忽略了股东协议中的约定情形。尤其是和第37条对赌协议相结合的话，那么这种规定扩大了与控股股东的对赌。如果控股股东并不直接参与经营，那么非控股股东不仅可以要求管理股东承担合同上的对赌义务，而且还可以要求控股股东为管理股东的过失再次实质上承担对赌义务。其次，用行为类型去界定“严重”是否违

〔19〕 参见傅穹：《认缴制变革下的股东出资责任反思》，载《法学家》2025年第4期，第162-176页。

〔20〕 参见陈景善：《公司法的强制性规范谱系》，载《社会科学》2025年第7期，第177页。

反形式逻辑，是否扩大了立法本意？

11. 第37条第2款尝试去限制现行仲裁实践的做法，更体现了“组织法”对合同法的限制甚至原理违反。基于《九民纪要》的表述，在公司负有义务但并不履行其约定的减资程序时，基于合同的不能实际履行，现实生活中的确存在着股东转而要求损害赔偿的情形，这本来是合同基本原理的延伸。其中值得讨论的是，损害赔偿是否应当依据合同中所约定的回购价格计算。这并不容易回答。但是第2款现在的禁止，仅仅是组织法上的减资程序而已，用这个理由去否定实际履行不能，甚至是故意违约时，采用损害赔偿的救济途径，实际上等于去用组织程序否定更一般的交易规则。

12. 第51条和原有司法解释相比，增加了“股东请求确认相关规定或者约定无效”，但本来应当考察的请求是查阅权，现在可以一并请求确认章程或者约定无效，将股东个体性权利抬升到审理章程条款的高度，显然忽略了以下的约束条件：第一，如果该股东参与了章程制定或者签署了股东协议，是否会构成违反承诺；第二，如果章程或者合同的限制条款表述得比较复杂，这种无效认定是否会具有个体性权利诉讼的外部性。实践中，虽然《公司法司法解释（四）》作出了规定，但很少发生“实质性剥夺”的情形，而且一旦发生，不需要增加这个表述去讨论是否有效，只需要支持查阅权就可以。这种增加的条款，有些徒增烦恼，显然是过于基于“组织法”强调固有股权而忽略了合同关系。

13. 第52条删除了强制分红，可能是考虑到实践较少。但第2款增加的不公平分配表述和删除强制分红相结合，体现了“组织法”的思维而放弃了“实体论”。第一，“违反法律规定”隐含了强制性，但实际上不平等分配如何违反法律并没有规定。这恰恰本来是《公司法》应当具有的内容。第二，为什么其他股东（该表述指向了被排除分配的股东）的个体性权利受到了损害，却需采用派生诉讼。第三，既然第1款确认属于股东会决议事项，则董事，尤其是监事和高管人员承担责任的依据并不明确，同时责任承担仍应以因果关系的界定为前提。至于第3款，和《公司法》的表述相比，看不出有什么增量的内容。如果试图对《公司法》第89条作出解释，应当解释的重点是“分配利润”是否仅仅指基于审计报告而得到的“账户利润”，而按照第7条的思路，审计报告并非强制性的。

14. 第53条属于重大理论错误的法条，更加明显是“组织”思路产生的。全新的解释，似乎试图弥补《公司法司法解释（四）》的不足，即直接诉讼和间接诉讼的诉由。但这个具有学究气的表述，问题非常严重：第一，派生诉讼是限制性的诉讼，而直接诉讼则是默认的，这并非由法院自由选择。《公司法》第189条明确指向了第188条，其中的要件构成是“执行公司职务”和违规，而现在的表述通过限缩改变了标准，变成了财产性权利采用直接诉讼，将加害人标准换成了受害人标准。这个表述试图按照学理更进一步，但忽略了立法的制约。第二，派生诉讼起源于英美法，直接和间接的划分是指诉讼利益，但实际上立法表述则是诉由，即由于集体性权利还是个体性权利提起的诉讼。中国立法并没有采用这种表述，如果限缩解释，采用直接和间接的表述显然在中国公司实践中会造成极大的困扰，这个直接和间接的划分，是否影响这种诉讼本身包含的因果关系？如果采用了直接和间接的划分，应当改用派生诉讼的表述，而非坚持代表诉讼的表述。如果按照《公司法》的限定，想真正有增量，需要的不是用理论表述去替换，而是应当解释

“执行职务”是指什么。第三，“新股优先购买权”在股份公司中是以股东会决议的方式（集体权）替换了个体权（新股优先购买权），有限公司则属于一致决例外，现在的规定不仅忽略了有限公司和股份公司的区分，也没有回答股东协议、发起协议（股东间违约）、股东会决议、董事会决议（诚信义务人履行职务与受损股东的关系）之间的错综复杂情况。

15. 第 59 条也体现了和第 1 条相同的问题，并且也体现了“组织法”这一混合了法定代表人和公司治理的思维。如果法定代表人执行董事和高管人员的职责适用派生诉讼，和法定代表人身份有什么关系呢？同时该条表述也存在问题，《公司法》第 191 条规定的“董事、高级管理人员执行职务”和“执行董事、经理职务”存在歧义的可能，并不能直接合并表述。

16. 第六部分的解散与清算，虽尝试产生一定增量，但存在不少缺憾。第 60 条的表述有所改进，但没有按照新法条重点关注的问题进行讨论，比如在限期认缴资本下，如果股东会或董事会的失权决议无法作出，是否可以直接解散公司？第 66 条忽略了清算主体改变之后的实践，即股东争议而导致有限公司、中外合作公司、中外合资公司等清算组成员拒不参加清算组，致使无法达到表决比例的情形。第 69 条中，清算组是否可以从事积极营业活动规定的缺失，也没有再得到修补。第 70 条应当将具体形式的要求，改为合理通知，或者按照商业惯例尽最大努力通知等实体性规定，以弥补现实中的种种特殊情形。第 72 条、第 73 条没有考虑《公司法》新增的第 240 条的衔接问题。第 75 条对《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（二）》第 19 条的修改似乎也并无合理性。但是，最大的问题是当清算组成员从股东转变为董事时，清算组的权力才是应当回答的重点，因为虽然没有具体法条规定股东组成的清算组权力，但全体股东的清算组既可以根据“权力机关”来解释，也可以事实上采用股东会决议的方式。清算组由董事组成的情况下是否会取得原来的股东会权力并不是一个容易回答的问题。

17. 第 82 条针对上市公司涉嫌“虚假市值管理”的规定，存在着类似“强制性”规定否定多变实践的“组织法”思路。上市公司重组的情形下，取得控制权的控股股东采用融资的方式去保证上市公司的利益不受损失，这种情况不能受到支持的原因难以理解。如果违反了上市公司监管规则且损害公司利益，也同样看不出，这样的合同为何需要司法解释告知下级法院不应当支持。

从公司法历史演化的逻辑来看，公司法日益独立于法人制度，公司利益日益独立于股东利益加总是必然的趋势。^{〔21〕} 20 世纪实体理论的扩张已经被各国经验所验证，并且为中国公司法的发展所验证。然而，组织法，融合法人概念、制度和术语，主要用强制性还是任意性的规则属性作为解释路径，去强调某些并未经过严格推敲或检验的原则作为推理前提，而忽略了公司也同时作为并购重组的客体，虽然决议行为是一个典型特征，但无非是一个程式更严格的“合同连接体”。所谓组织法的主张，不仅是一个缺乏实际公司实践内容的表述，更忽略了并购和融资市场的存在。

五、公共性问题

中国公司法采取了独一无二的立法体例，既不同于大陆法系国家将股份公司和有限公司分立的

〔21〕 See Dalia Tsuk Mitchell, *The End of Corporate Law*, 44 Wake Forest Law Review 703 (2009).

模式，也不同于英国的总分模式，即在一般原理下分别规定上市公司和其他类型公司的特殊规则，更不同于美国法将上市公司作为模板、有限公司作为特例的立法模式。中国商法学界可能是受制于立法模式，也可能是因为商法理论实际上虽采用了商主体的立场，但教条式的解释方式更严重地制约了对公司、市场、政府关系的理解，所以大多数研究，实际上将有限公司作为公司模板，将上市公司作为例外。这其实是一种反历史甚至反市场的认识，有限公司在历史上是作为股份公司的简化版而人为创造的，并非基于市场演化而产生。有限公司实际上是在 1946 年由国民政府在抗日战争胜利之后增加的，并遭到了一些学者的批评。^{〔22〕} 上述研究基础上的局限性，在《征求意见稿》之中也表现出来，大多数规则并没有对股份公司、上市公司的公共性予以考量，在很多具体的问题上并没有区分不同类型的公司特点。这一问题，当然也是和将公司法理解为民事规则的例外或者增加强制性规定联系在一起。具体而言：

第一，第 48 条是一个典型忽略了股份公司的发起股东和非发起股东区分的例子。发起股东是章程制定的法定参与者，管理股东是章程运行的应然参与者，这和消极股东是不同的。不考虑股东的区分，而仅仅考虑了外部受让人，是典型的善意相对人的思路。但在实践中，虽然在国家层面并没有非上市公司的总体股权交易系统（市场），但有些地方已经建立了地方性的非上市公司股权交易系统，会对知悉与否标准提出挑战，而《征求意见稿》并没有考虑这种情况。第 55 条也同样没有考虑上市公司的情形，存在着和证券法衔接的问题。

第二，尽管第七部分是专门针对上市公司的特别规定，但其中的规定存在着有限公司的思维模式。第 78 条第 3 款中的上市公司，扩展到了被控股或者控制的非上市公司。这种规定忽略了上市公司的财务报表合并问题，子公司如果担保金额达到了上市公司的 30%，和子公司重大资产交易达到 30% 是两个不同的标准，这就对公平程序提出了更高要求。第 79 条中“明显支持或者排除特定人员担任公司董事、高级管理人员”的规定，显然应当仅仅适用于敌意收购（真正的敌意收购在中国几乎很难成功），忽略了存在着协议变动的合同约定，而该协议甚至可能得到证监会的审批同意。第 80 条所针对的情况长期存在争议，转让合同和转让行为并非同步，尽管规定了第二种方案，但看不出效力问题和是否存在履行法律障碍有何必要特别规定。第 80 条和第 81 条本来是一个合同解释问题，无须诉诸司法解释去强化监管规则。第 82 条也是重复了现有的实践，但并没有解决附条件的，或者“抽屉合同”的真问题。第 84 条则实质上取消了《公司法》所限定的“为公司利益”标准，并且“维护……监管规则”则用司法解释去强化了监管，体现出司法解释制定中的部门利益。第 85 条“退回……期权”中，已经履行的期权属于股权，没有履行的期权难以退回。同时，该条应当首先诉诸公司与董事的合同约定。第 86 条也是类似的错误，未充分考虑债券发行合同的优先适用地位，将债券发行合约简单视为一个买卖合同。

对上市公司、股份公司的理解薄弱，实际上在前文讨论的很多条文中也是非常典型的，股份公司尤其是上市公司和有限公司的根本不同，首先是上市公司和股份公司的公共性问题，可能会涉及更多的利益攸关者，存在更多的群体性行为以及相应的集体性行动和机会主义行为。同时，即便是股东，也存在着明确的不同，包括发起、认购、管理、财务投资者、公众股东等的差异，

〔22〕 参见张忠民：《艰难的变迁：近代中国公司制度研究》，上海社会科学院出版社 2002 年版，第 342—343、220 页。

而不是简单的股东—债权人关系。比如第2条和《民法典担保制度解释》相比就很明显，后者专门列举了不同公共性的主体；再比如扩大了范围的第3条中的间接关联交易，《征求意见稿》的表述显然忽略了现实中上市公司的间接关联交易的多元性和频发性。

除了股份公司和上市公司之外，《征求意见稿》也没有对国有独资公司等公共性更强的公司是否可以适用有限公司的一些逻辑进行厘清。比如，第8条是否可以适用于国有独资公司？是否可以适用于集团公司？是否可以适用法人的子公司？是否可以适用于外商独资公司？如果适用于外商独资公司，监管加强的规则是否属于“减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务”（尽管《外商投资法》只是强调了政府的义务）？

六、进步还是保守：代结论

司法解释的制定任务，首先应当是对立法中不够具体、清晰的表述进行补充，依据立法本意去扩张或者限缩。2023年《公司法》中引入了大量新的概念与表述，理应成为司法解释优先回应的对象。前文已列举部分问题，但仍有若干更具基础性的概念亟待澄清。比如，“给公司造成损失的”究竟应当如何判断？“执行公司事务”包括哪些内容，如何理解，和“执行职务”是否存在区别？在当前中国公司实践中，不同的监管规则（证行监管、银行监管与保险监管，以及国有资产监管）、会计准则等中对“关联关系”的界定并不统一，司法裁判采用何种标准？间接利益冲突如何界定？在股份公司采用授权资本制后，重大资产交易的标准是否存在着新的情形？还有更为致命的，“指示”究竟如何理解呢？作出了指示就会产生期望的后果吗，不需要用行为、授权等等要件补足吗？“勤勉义务”现在增加了学究气的表述是“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”，其中的最大利益和公司损失、公司利益什么关系，管理者如何判断，应有的合理注意又如何界定？的确，上述公司法核心规范上的问题并不容易回答。但可以成熟一条制定一条，并不需要为了体系化去改造一套新的合同规则放入司法解释之中，从而产生和民事规则的冲突或者矛盾。

司法解释所依据和对标的《公司法》条文，在微妙的文字调整中，实际上隐含着一种司法政策。当法条存在多种解释可能时，解释方式与导向的选择，实际上体现了法院在整体社会治理与公共生活中的自我定位。《征求意见稿》中大量新增用于处理代持问题的规则，在一定程度上反映出对相关市场现象的回应，但其与高标准、高水平统一大市场目标之间的关系，尚需进一步协调。在案多人少已成为常态的背景下，通过不断扩展债权人诉讼路径、增加股东义务，客观上可能对案件数量产生影响。存在着理论研究不足问题的商法学界并不能充分地为民法院真正面向的公司实践提出更多更好的方案，司法解释的制定不应当匆忙和过早地尝试体系化。

在知识基础尚未充分的情形下，解决问题的方案无非是：第一，可以以公司实践为导向，在充分调研的基础上，对已经形成共识或较为成熟的问题逐项回应，而非一次性构建完整规则体系；原来的司法解释可以删减使用，并不一定要新增。第二，也可以采用《九民纪要》的方式，公司法上的很多问题本来就很难用司法解释传统式立法语言表达，借鉴经济监管部门比如反垄断局采用的指南等方式，加入案例辅助说明，或许更具可操作性。第三，先例本来就是公司法等复

杂法律的“血和肉”，^{〔23〕} 当今实务界和学界不应当只关心司法解释，也应当重视案例、纪要或者法官的经验总结。

《征求意见稿》反映了当前学术研究中的诸多问题，对于法学研究，立法以及和立法活动近似的司法解释制定而言，仅有法条和对策，而缺乏理论是不可能完成高质量的立法任务的。而公司法则从一开始就是立法推动的，这种需求又是如此迫切。借此文或许偏颇的检讨，与学界同仁共勉。

Abstract: The publication of the draft judicial interpretation of the Company Law for public comments has garnered significant academic attention and sparked extensive discussions. However, its endeavor toward systematization has prematurely solidified the understanding of the newly revised law. In terms of textual formulation, there remain various shortcomings and inadequacies. Admittedly, the articulation of legal rules can be continuously refined, which is precisely the objective of soliciting public comments. Nevertheless, the current text exhibits theoretical misalignments and deficiencies in its comprehension of the company, and fails to adequately interpret statutory provisions in light of the practical realities of Chinese enterprises. Theoretically, these issues can be characterized as follows: first, how to comprehend the integration of civil and commercial law; second, whether a company should be conceptualized as an aggregate of property or a nexus of contracts; third, whether equity can still be deemed a mere right under the capital subscription system with a prescribed time limit; fourth, what theoretical guidance the organizational law discourse adopted by the commercial law academia can provide for the formulation of rules; and fifth, the lack of sufficient differentiation in the treatment of listed companies, regulated companies, and state-owned enterprises—which possess strong public attributes—as well as the need to further consider Sino-foreign equity and cooperative joint-venture companies, which carry relatively weaker public attributes. Meanwhile, numerous detailed issues also persist in the articulation of specific rules.

Key Words: corporate law, judicial interpretation, corporate theory, commercial law

(责任编辑：周 游)

〔23〕 See E Norman Veasey & Christine T. Di Guglielmo, *What Happened in Delaware Corporate Law and Governance From 1992—2004? A Retrospective on some Key Developments*, 153 University of Pennsylvania Law Review 1399, 1411 (2005).