

英国公司法改革及其对我国的启示

葛伟军*

内容提要：英国《2006 年公司法》的制订及其规则，对于我国新一轮《公司法》修订具有一定借鉴意义。公司类型改革，应当与国际接轨，建立以股份公司为主的公司类型制度，并改造有限责任公司，与联合国贸法委有限责任组织相衔接。应当厘清公司章程、股东会决议和股东协议之间的关系，关注股东合意所呈现的不同层次，完善股东会决议的相关技术规则。认缴制在理论和实务上存在极大争议。资本制度的改革应当在澄清一些基本概念的基础上进行，考虑引入授权股份制及禁止财务资助制度。董事的概念具有一定的开放性。应当明确董事和股东、债权人等之间的关系，把握董事义务的双层结构，丰富董事义务的内容。

关键词：英国《2006 年公司法》 公司类型 公司决议 资本制度 董事义务

英国公司法具有悠久的发展历史。经过 8 年磨砺而成的《2006 年公司法》，是英国历史上最长的单行成文法，对英联邦国家和地区公司法产生了重大的影响。恰逢我国新一轮《公司法》修订之际，重温英国公司法改革，有助于加深对公司法精神和理念的理解。虽然孕育公司法的土壤各不相同，受到各国政治、经济、历史和文化等因素的浸染，但是一些商事属性的基本规则仍然具有共通性。

一、英国《2006 年公司法》概况

1998 年，英国政府（贸易工业部）^{〔1〕} 成立公司法审议指导小组（Company Law Review

* 葛伟军，复旦大学法学院教授。

本文为 2018 年司法部国家法治与法学理论研究项目“股权代持法律问题研究”（18SFB2036）、2021 年国家社科基金一般项目“受益股东的法律地位及权利保护研究”（21BFX096）的阶段性研究成果。

〔1〕 贸易工业部（Department of Trade and Industry）后来先后改名为商业、企业和管理改革部（Department of Business, Enterprise & Regulatory Reform, BERR），商业、创新和技能部（Department for Business, Innovation & Skills, BIS），目前，该部门称为商业、能源和产业战略部（Department for Business, Energy & Industrial Strategy, BEIS），其官方网站为 <https://www.gov.uk/government/organisations/department-for-business-energy-and-industrial-strategy>，最后访问时间：2021 年 9 月 11 日。

Steering Group), 肩负起提出全面修改意见的任务, 开始对以前公司法的实施情况进行综合审议。指导小组随即发布《现代公司法: 为了一个有竞争力的经济》, 列明了公司法审议的机制和时间表。公司法审议实质上是贸易工业部的项目。指导小组负责监督该项目的管理, 组长由贸易工业部公司法和调查理事会的理事长担任。还有一个咨询委员会, 由贸易工业部竞争和市场总监担任主任。指导小组是一个小型的委员会, 由资深律师、大公司和小公司的代表、各个工作小组的主持人、一位苏格兰代表以及项目主管组成。咨询委员会的成员包括一些主要团体的代表, 例如会计团体、律师协会、英国工业联合会 (CBI)、英国劳工联合会议 (TUC) 以及其他政府部门。此外, 还有各个工作小组从事政策和问题的分析, 在指导小组的督导下起草各类建议草案。^[2]

公司法审议的主要指导原则是, 让英国公司更具竞争力。政府已决定, 此刻正是对核心公司法的框架进行基本审议的时候, 从而考虑为公司法核心如何现代化, 提供一个简要、高效和划算的框架。审议分成数个阶段并且在各个阶段发表了相关的报告。2006年11月8日, 公司法草案获得皇家御批, 即产生了《2006年公司法》。至此, 历经8年的这一轮公司法改革暂告结束。

从指导小组的报告、社会各界的反应以及最终形成的法律来看, 这次改革是英国150年来规模最大的一次公司法改革。其主要目的在于适应经济全球化发展的需要, 提升英国公司在世界上的竞争力。具体地, 这一轮公司法改革的目标被确定为: 促进股东参与, 营造长期投资的文化; 确保更好的规制和“小公司优先”原则; 使得设立、经营公司更加容易; 为将来的变化提供灵活性。^[3]

《2006年公司法》一共1300条, 分成47个部分, 包括16个附件。该法主文的各个部分分别于2007年1月、4月和10月, 2008年4月和10月以及2009年10月生效。该法颁布之后, 几乎每年都有不少修订。目前该法共有48个部分。

费伦 (Ferran) 强调, “小公司优先”原则的含义, 是指立法的基本模式应当是小型私人公司, 并附加适用于大公司的规定。^[4] 但是, 希利 (Sealy) 指出, 该法自始至终都没有真实的迹象显示, 曾经给予小公司特别的考虑, 更不会说小公司应当是常态, 而大公司是例外。小公司很少被提及, 即使被提到, 也经常是事后的想法 (马后炮)。他总结道: “真相是, 小公司优先仅仅是烟幕弹, 已被立法者完全忽视了。该法的大部分, 是未加批评地来自之前的公司法, 只有微小的打扮, 而这个打扮没有将小公司置于任何人的脑海中。”^[5]

韦德伯恩 (Wedderburn) 法官在给《金融时报》的一封信中写道: “《2006年公司法》是一部体量巨大但实质谦逊的法律。即使是在工业和地区部部长玛格丽特·霍奇 (Margaret Hodge) 最近提出的关于披露的修正案之后, 其色彩也很难说是‘左翼煽动’的。……因此, 同样地, 将其董事义务以及股东派生诉讼的条款贴上极端激进之标签的早期尝试, 终于失败, 留下一部比传统的最佳实践好不了多少的法律。……十年以后, 下一轮公司法审议, 将有必要解释我们最近公

[2] See Arad Reisberg, Corporate Law in the UK After Recent Reforms: The Good, the Bad, and the Ugly, in *Current Legal Problems*, Vol. 63, Oxford University Press, 2010, pp. 325-326.

[3] See Company Law Reform, March 2005, p. 12.

[4] See Eilis Ferran, Company Law Reform in the UK, 5 *Sing. J. Int'l & Comp. L.*, 516, 527 (2001).

[5] Len Sealy, Sweet & Maxwell's Company Law Newsletter (2006) 18, 3. 转引自前引 [2], Arad Reisberg 文, 第345页。

司法争论的奇怪的结果。”〔6〕

阿拉德·瑞斯伯格（Arad Reisberg）认为，应当跳出固有思维模式。不要试图重塑旧的体制，同时试图使之更好（从而导致更多层坏的规制）。相反，改革者应当有不同的视角。他们应当聚焦于未来（例如，未来20年），而不是试图纠正或改进过去或现有的缺陷，正如英国公司法改革所经常发生的。〔7〕

英国《2006年公司法》的立法过程，具有如下特点。第一，制定过程较长，前后持续8年时间，经历了多个咨询文件及草案的颁布，公开向社会征求意见。第二，参与人众多，他们各自从不同视角对立法条款提出修改建议。立法本身是各方团体利益平衡和相互妥协的产物。第三，整个制定过程全透明，所有材料及时在官方网站上公开，供各界随时下载、查看及讨论。虽然内容庞杂，但层层推进，立法工作效率较高。

英国《2006年公司法》的立法文本，带来如下启发：第一，《公司法》应当具有可操作性。例如，在责任设置方面，摆脱了原则性、空洞化言辞，针对董事和高管违反公司法的行为，在具体条文中加入责任承担内容或方式。一旦违反义务，这些人的很多行为将导致自己和公司构成犯罪。第二，《公司法》应当具有适应性，及时跟上时代的发展。例如，通信方式的突飞猛进，不仅改变了每一个体的生活方式，也改变了公司运行的方式。该法很多地方提到了电子文本、电子格式。允许公司以电子方式提交或通过网站公布文件，可以极大地减少公司经营以及政府运作的成本。第三，《公司法》应当措辞严谨、定义明确。该法有非常详细的定义条款，对法律中出现的特定术语的概念作出解释。这些条款很有必要，有助于理解每一个概念的准确含义。当然，英国有体系庞大的普通法，即使该法没有定义，也可以在以前的判例中找到概念的解释。〔8〕

二、公司类型的划分

（一）我国公司分类的弊端

我国公司的现有分类，无法与国际接轨。英美的公司类型比较接近，主要将公司定位于股份公司，并将其分为私人公司/封闭公司、公众公司/开放公司两大类。日本保留了股份公司，废除了有限公司，同时将无限公司、两合公司和合同公司纳入持分公司。

《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）（征求意见稿）》第29条（限制股权转让的章程条款的效力）〔9〕折射出了公司章程自治和股权自由转让之间的矛盾，充分反映了有限责任公司在我国公司法中的尴尬地位。一方面，只要内容不违反法律的强制性规定，章程可以根据需要作出安排；另一方面，股权可以自由转让是公司的基本特征之一，如果股权完全不能自由转让，那么其性质相当于合伙，而不是一般意义上的现代公司。换言之，对

〔6〕 前引〔2〕，Arad Reisberg文，第361-362页。

〔7〕 参见前引〔2〕，Arad Reisberg文，第373页。

〔8〕 参见葛伟军：《英国2006年公司法》，法律出版社2017年版，第13-15页。

〔9〕 该条规定：“有限责任公司章程条款过度限制股东转让股权，导致股权实质上不能转让，股东请求确认该条款无效的，应予支持。”

于公司而言,章程可以对股权自由转让作出限制,但是一定要留出一部分可以自由转让、不受流通限制的股权。实践中相当一部分有限责任公司,规模较大,股东人数众多,已经脱离了人合性,具有强烈的资合性质。如果用准合伙的思维去管制,不适合此类公司的发展,例如股份的优势就无法被此类公司所利用。而另外一部分真正意义上的准合伙公司,则应当强化人合性,用合伙的思维去管制。

(二) 英国公司的主要类型

英国《2006年公司法》第1部分(一般导言条款)有4个条款涉及公司类型,具体包括:第3条(有限和无限公司)、第4条(私人和公众公司)、第5条(具有股本的担保有限公司)、第6条(社区利益公司)。

第一,有限公司和无限公司,这是按照股东承担责任方式的不同所进行的基本分类。有限公司的股东依法以其固定投资额或者公司章程载明的投资额承担有限责任。无限公司的股东对公司债务承担无限责任。

第二,股份有限公司和担保有限公司。按照公司是否具有股本,有限公司又可分为股份有限公司和担保有限公司。对于股份有限公司,股东的责任被限定在其所持有股份的未缴付金额的范围内。对于担保有限公司,股东承诺将在公司清算时按照章程所载明的固定数额向公司缴付出资,即在此类公司中,股东的责任受章程限制,股东承诺当公司清算时分担多少数额,公司即可成立。^[10]

第三,公众公司和私人公司,这是按照公司股份是否向社会公开发行以及公司是否具有最低资本要求而进行的分类。公众公司,是指具有股本的、在公司章程中载明是公众公司的股份有限公司或者担保有限公司。私人公司,是指除公众公司外的任何公司。公众公司须标明“plc”,私人公司则是“ltd”。

根据《2006年公司法》第7部分(作为变更公司地位之手段的再登记),公众公司与私人公司可以互相转化。两类公司之间的区别主要有二。首先,私人公司的股份不能向社会公众发行,也不能上市交易。公众公司的股份可以向社会公众发行。如果一个公众公司足够大,并且满足了上市的条件,那么可以在证券交易所通过发行股份而取得大量低成本的资本。其次,私人公司资本数额较少,法律不要求最低资本。而公众公司,则需要最低资本。英国法规定是5万英镑,但是只要缴纳了四分之一,公司就可设立。^[11]

第四,社区利益公司。2004年《公司(审计、调查和社区企业)法》,加强了对审计师的监管、会计和报告要求的执行、公司调查等方面的规定。该法同时对设立社区利益公司作出规定。该类公司形式被纳入《2006年公司法》第6条。社区利益公司,作为社会企业的一种组织形式,是指那些利用企业盈利和资产来服务公共利益的社会企业。其成立手续简单,形式灵活。任何慈善组织及非政府组织都可以成立社区利益公司,并且可以选择(私人或公众的)股份有限公司或者保证有限公司的任何一种形式。

[10] 公司必须要有一个担保声明,其内容为:每一个股东承诺,如果公司清算而其为股东时,或者其停止作为股东后的一年内,那么该股东将向公司分担出资一个不超过担保声明所载明的数额。参见英国《2006年公司法》第11条。

[11] See Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, Oxford University Press, 2009, p. 59.

（三）我国公司类型的改革方向

现有的两分法类型，已在我国实行多年。如果要改革，势必考虑改革的成本、对商业社会可能带来的剧烈动荡以及社会公众对既往分类的依赖度等。关于公司类型改革，充满争议。要考虑的因素包括：现有类型的弊端、具体国情（公众对现有类型的接受度/路径依赖、改革的成本）、与国际接轨〔优化营商环境/吸引外资、联合国贸法委有限责任组织（UNLLO）立法指南的影响、股份的优势〕等。主流观点有三种。第一，激进派/改革派主张以股份公司为基础，在此基础上，股份公司分为公众公司、封闭公司；公众公司要区分不同的类型，包括上市公司、新三板公司、退市公司等。第二，折中派主张发起设立的股份公司与与有限公司整合，依然称为有限公司（实践中数量大）；募集设立的股份公司作为另外一类。第三，保守派主张维持现状。^{〔12〕}

首先，公司类型的改革，应当以社会实践需要为目的，不能被《民法典》条文所禁锢。《民法典》条文也处于动态发展之中。《民法典》关于营利法人部分的条文本来即来源于公司法的凝练。公司法改革，应当影响《民法典》条文的修改，而不是反过来，以《民法典》条文来固化、限制公司法的发展。

其次，公司法应当为大多数服务，应当首先应对数量最多、参与人数最多的公司类型。我国《公司法》在修改时，也应当坚持这个原则。首先要明确这个社会上最需要这部法律的是哪一种公司类型，然后主要针对这种类型的公司制定详细的规则。在立法体例上，以股份公司为主，其他类型公司参照适用。

最后，笔者支持改革派，其观点虽然激进，但是最为彻底和理想。现有的有限责任公司，应当将其分化，一部分归入合伙企业（或新设无限公司），一部分归入股份有限公司，与以发起设立的股份有限公司合为一类，类似于私人公司/封闭公司，将募集设立的股份有限公司归为另一类，类似于公众公司/开放公司。将国有企业等特殊类型的公司，排除于公司法之外。同时建立以类别股份/类别权利为中心的股份制度。

进一步而言，如果要保留“有限责任公司”的称谓，最佳之举是改造其内涵，引入联合国贸法委有限责任组织。联合国贸法委正在讨论制定该组织的立法指南。^{〔13〕}其前身是美国的有限责任公司、日本的合同公司。股东/成员承担有限责任，但是组织的内部治理采取合伙架构。这些公司具有很强的灵活性，按照合伙企业单层征税，大大减轻了股东和公司的税负，契合大众创业、万众创新的时代背景。

三、公司决议的属性与规则

（一）公司决议的商法属性

关于公司决议的性质，存在一些不同的理论，例如共同行为说、特殊多方法律行为说、意思

〔12〕 2020年10月31日-11月1日，在厦门举行了“公司法重大修订与商事法治现代化”研讨会暨中国法学会商法学研究会2020年年会。会上有关公司类型的观点主要区分为以上三种。

〔13〕 联合国贸法委有限责任组织立法指南的官方网站，参见 https://uncitral.un.org/zh/working_groups/1/msmes，最后访问时间：2021年9月11日。

形成说等。公司法关于决议瑕疵的效力，从二分法（无效/撤销）发展为三分法（无效/撤销/不成立）。从商法的角度看，最终应当回归本源，从其本义探寻修改完善的思路与方法。

首先，公司决议是一种议事方式、解决问题的手段/方法，是一种找寻/识别大多数人意见的机制。公司主体（股东/董事等）充分表达意见，进行沟通交流，且在意见不一致时，形成最终能够约束各方主体以及公司之效果的必要途径。有学者指出，公司内部关系的基础是合作性博弈，不是竞争性博弈，所以公司决议旨在建立一种信息交流、沟通机制，重点不在决议本身，而在于交流和讨论。股东会/董事会应当成为一种“沟通的场所”，因此要淡化对表决权的授予及规制，要软化对公司决议的司法干预。^{〔14〕}决议主要通过会议的方式作出。对会议的理解，判例法有一个演进的过程，结合科技的发展，其含义变得越来越宽：最早期，强调在同一个房间里，至少两个人面对面；后来，可以在不同场所，但是每个人可以看到/听到发生的事情，参与其中（视听设备连接）；^{〔15〕}再后来，没有可视设备的电话会议，也被认可；^{〔16〕}现在，只要处在一个能和参会的所有人员沟通的位置上，有权说话和表决，就构成会议（如微信群开会）。

其次，决议不一定要通过会议的方式作出。例如，通过“书面决定”也可以（《公司法》第37条第2款）。在我国公司法中，决议形式二元化的机制已形成，但不完善。学者大多用“公司意思”或者“公司表意”等措辞。应当用“公司决定”来统合这些模糊的表述。公司的决定（或决策），包含了两层意思：一个是股东会决议/董事会决议（意思表示的形成）；另一个是以公司名义作出的决定，一般由法定代表人、员工或者代理人代表公司作出（意思表示的作出）。《公司法》第37条第2款，应当单独抽取出来，并从以下三个方面进行修改。第一，建议将书面决定改为“书面决议”，从而与会议决议保持一致。决定，包含了决议，但是比决议的范围广大。第二，书面决议目前采一致决，要求太高，表决权数应当改为与会议决议的要求相同。第三，书面决议的相关规则过于简单，建议大大丰富内容，增加关于提议人（董事或股东）、除外事项（如任期届满之前罢免董事）、文件传阅、期限要求等条款。

最后，决议是一种公意。从其产生的约束力来看，也是一种合意。要注意合意在公司法中的各种呈现方式，以及彼此之间的关系。合意，是指意愿相同、共同的意愿。“协议/合同”常常就是指“合意”。大陆法学者通常用“意思表示一致”或“合致”的表述来概括这种合意。股东会决议，是股东合意的体现。合意的本质，并非在于合意主体对合意内容必须一致同意，而在于合意结果对全体合意主体产生了约束力，即合意的主体，依据法律规定或者自己事先承诺，受到合意结果的约束，即使一部分合意主体对结果持有反对意见。

（二）英国法关于股东会决议的主要规则

英国《2006年公司法》第13部分一共有7章，包括决议的一般条款、书面决议、会议决议、对年度股东大会的附加要求（公众公司和可交易公司）、对上市公司和可交易公司的附加要求、决议和会议的记录、补充条款。

第一，对于私人公司，英国法存在两种决议方式，即书面决议和会议表决。前者意味着，不

〔14〕 参见蒋大兴：《重思公司共同决议行为之功能》，载《清华法学》2019年第6期。

〔15〕 See *Byng v. London Life Association Ltd* [1990] Ch 170.

〔16〕 See *Re Giga Investments Pty Ltd* [1995] 17 ACSR 472.

需要召开股东会会议，即可以通过表决，但是如果表决的事项是在其任期届满之前罢免董事或审计师，则必须通过会议表决的方式。书面决议，既可以由董事提议，也可以由股东提议。书面决议的通过，采多数决规则。^{〔17〕}书面决议，应当在章程所指定的期间内，或者（如无指定）自传阅之日起 28 日内通过，否则拟议决议失效。

第二，英国法对于会议决议，允许两种表决方式，即投票表决和举手表决。举手表决的场合，每个出席的股东享有一票，公司章程另有规定除外。举手表决的场合，如果代理人参与表决的，每个代理人享有一票；如果该代理人被数个股东委托，并且一部分股东指示投赞成票，而另一部分股东指示投反对票，那么该代理人享有一票赞成票和一票反对票。^{〔18〕}

第三，英国法对于会议决议程序的规定非常详细，涉及召集会议、会议通知、股东声明、会议程序、代理人、电子通信等内容。

召集会议的主体包括董事、股东或法院。法院召集的前提是，通过正常途径召集股东会议变得不切实可行，且基于任何董事或有表决权的股东的申请。^{〔19〕}

对于会议通知，英国法区分了私人公司（提前 14 日）和公众公司（提前 21 日或 14 日）分别加以规定，章程可以规定更长的提前通知时间，或者经股东多数同意，也可以采取更短的提前通知时间。会议通知的发出，可以通过纸质或电子格式，或者通过网站等方式。有权收到会议通知的人，包括公司每个股东（含因股东死亡或破产而有权取得股份的人）以及每个董事。^{〔20〕}

关于股东声明，英国法赋予股东要求传阅声明的权力，即股东可以要求公司向有权收到股东大会通知的公司股东传阅不超过 1000 字的关于即将在会议上处理的拟议决议所指事项以及其他事务的声明。被要求传阅声明的公司，负有义务向每个股东发送该声明。^{〔21〕}

对于会议程序，英国法规定得比较细致。（1）会议法定人数。对于股份或保证有限且只有一个股东的公司，法定人数为一个出席会议的合格的人；在其他情况下，受限于公司章程的条款，法定人数为两个出席会议的合格的人。^{〔22〕}（2）投票表决的提前表决。章程可以规定，在会议上以投票方式对决议进行表决时，该表决可以包括提前表决的票数。但是，提前表决应当在（如果是召集之时起 48 小时后举行的投票表决）实行投票表决之前 24 小时内，或者（对于任何其他投票表决）召开会议之前 48 小时内。^{〔23〕}（3）在会议上代表公司。如果 A 公司是 B 公司的股东，那么 A 公司可以授权一个人或数个人，作为其代表在 B 公司的股东大会上行事。如果 A 公司授权数个人，那么有两种情况。其一，举手表决的场合，每个被授权的人具有与 A 公司享有的表决权相同的表决权。其二，投票表决的场合，如果该数个人旨在以彼此相同的方式行使该权力，该权力视为

〔17〕 根据英国《2006 年公司法》第 284 条，表决的一般规则如下。对书面决议表决时，或者在会议上以投票方式表决时：（a）对于具有股本的公司，每个成员针对其持有的每一股份或每 10 英镑股额享有一票，并且（b）在任何其他情形下，每个成员享有一票。在会议上以举手方式对决议表决时，每个出席的成员享有一票。公司章程另有规定的除外。

〔18〕 参见英国《2006 年公司法》第 285 条。

〔19〕 参见英国《2006 年公司法》第 302 条至第 306 条。

〔20〕 参见英国《2006 年公司法》第 307 条至第 311 条。

〔21〕 参见英国《2006 年公司法》第 314 条和第 315 条。

〔22〕 参见英国《2006 年公司法》第 318 条。

〔23〕 参见英国《2006 年公司法》第 322A 条。

以该方式行使；如果该数个人并非旨在以彼此相同的方式行使该权力，该权力视为没有行使。^{〔24〕}

关于代理人，英国法包含了任命代理人的权利。股东有权任命其他人作为其代理人，行使该股东全部或任何参加且在会议上发言以及表决的权利。代理人必须根据对其予以任命的股东所做出的任何指示表决。在会议上举行投票表决时，一个股东所有或任何的表决权，都可以由一个或数个代理人行使。当一个股东任命数个代理人时，该数个代理人集合起来行使的表决权，不得超过该股东亲自行使的表决权。^{〔25〕}

此外，一般公司章程可以限制股东表决权的行使。但是，股东所持的表决权也可以因法律规定的原因受到限制。例如，如果私人公司的章程规定，当一项决议作为书面决议通过时以及在会议上以投票方式通过时，一个成员享有的与该决议相关的票数有所不同，那么应当以该成员在该决议以书面决议通过时的票数为准，即章程关于该决议以投票方式通过时享有多少票数的条款是无效的。^{〔26〕}

（三）我国法关于股东会决议及其规则的完善

首先，应当准确理解股东合意在公司法中的层次性。在公司法上，章程是股东合意的呈现结果，股东会决议和股东协议是股东合意的呈现路径。这三者各有功能和约束对象，彼此之间的关系可以表述为：决议不同于协议，协议在一定程度上具有决议的属性，章程的修改必须通过决议或协议。

对股东来说，能够表达其合意并对全体股东（甚至公司）产生约束力的方式，已经超越了“决议”的范畴。也就是说，决议以外的其他方式，也能产生类似决议的效力。例如，“全体股东约定”即为一例。^{〔27〕}该表述其实并不准确，建议改为“全体股东一致同意”。无论全体股东以何种方式作出一致同意（不要求在相同地点或者相同时间；可以采取书面或任何其他方式），只要通知了公司或者被公司所知晓，就应当对公司具有约束力。换句话说，公司受到全体股东一致同意的约束。股东可以通过正式的股东会决议所做的事项，如果全体股东一致同意，也可以通过非正式的途径去做。^{〔28〕}

公司法上应当承认非正式的全体股东一致同意的决议属性及其效力，因为从终极意义而言，这意味着全体股东对决议程序的“豁免”。公司法关于决议程序的强制性要求，是用来对抗大股东滥用权利、侵害小股东权益的，而在全体股东一致同意“豁免”程序要求的情况下，程序正义应当让位于实质正义。按此逻辑，《公司法》第34条关于分红与出资比例脱钩的全体股东约定，理解为修改了公司章程条款的公司决议，可能更有意义。

综合起来，在公司法中，股东合意从上而下，分层递进如下：（1）股东会决议：会议决议；（2）股东会决议：书面决议；（3）全体股东签订的协议（全体股东约定）；（4）全体股东一致同

〔24〕 参见英国《2006年公司法》第323条。

〔25〕 参见英国《2006年公司法》第285条、第324条和第324A条。

〔26〕 参见英国《2006年公司法》第285A条。

〔27〕 参见我国《公司法》第34条、第41条，以及《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）》（以下简称《公司法司法解释四》）第8条、第16条、第20条。

〔28〕 See *Re Duomatic Ltd* [1969] 2 Ch 365. 这一原则又称为 Duomatic 原则。

意（全体股东约定/非正式）。越往下，越重实质、轻程序。非正式的全体股东一致同意，可以治愈程序上的不规范，具有股东会决议之属性，并能产生类似之效果。

其次，在召集会议、会议通知、会议程序、代理人等方面，我国法应予完善。（1）召集会议的主体。目前仅提到有限责任公司的董事会（执行董事）、监事会（监事）、代表十分之一以上表决权的股东，^{〔29〕}以及股份有限公司的董事会、监事会、连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东^{〔30〕}。建议扩大到法院召集。（2）会议通知。有3个条款涉及会议通知，^{〔31〕}虽然规定了通知的期限，但是没有规定通知的方式。（3）会议程序。可以增加法定人数、投票表决的提前表决、在会议上代表公司等内容。（4）代理人。股东可以委托代理人出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。^{〔32〕}但是，代理人的权利义务，以及代理终止的效力等问题，并没有过多涉及。

最后，关于会议记录。《公司法》中共有20处“记录”。（1）《公司法》中有“股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议”的表述。会议记录与会议决议之间是什么关系？会议记录，是指对所议事项之决定的书面记录。会议决议，是指对某个事项作出的决议。会议记录的范围比较广，包括了会议决议。会议决议可以作为会议记录的必备附件或者主要内容。董事会和监事会，也有会议记录，^{〔33〕}是否应当在第33条和第97条体现出来？两类文件的概念和功能各不相同，目前的条款，刻意区分措辞，并不合理。（2）置备义务不完整。其一，仅针对股份有限公司，在第96条有所规定。对于有限责任公司，并无提及。其二，即使第96条有规定，置备时间也不明确（上市公司另有规定/保存期限不少于10年），且“置备于本公司”的含义不清楚。本公司，到底是注册地址，还是实际经营场所，是否还包括其他地址？其三，要注意的是，置备义务的主要目的是为了股东行使查阅权。（3）如果违反置备义务，或者拒绝股东查阅，公司及高级管理人员的责任并不清晰。在英国法下，这一行为构成犯罪，较为严厉。

四、简化公司资本制度

（一）我国认缴制的缺陷

公司资本制度，是指围绕股东向公司缴纳出资、公司在经营过程中将资本维持在一定水平以及公司向股东作出财产返还等一系列规则组成的总称。自2013年底《公司法》修订之后，我国实行的就是注册资本认缴登记制。该制度在理论和实践中充满争议，缺陷显著。

第一，对于股东而言，认缴制导致缴纳期限尚未到来、出资尚未缴清的股东，对公司将来缴纳出资的承诺，变成了一种对公司债权人真实的担保，而不是实缴制下那种虚幻的担保。任何试图减少已认缴、未缴纳的数额的想法，都是不可行的，因为必须要经过公司债权人的同意。这对

〔29〕 参见我国《公司法》第40条。

〔30〕 参见我国《公司法》第101条。

〔31〕 参见我国《公司法》第41条、第90条第1款、第102条第1款。

〔32〕 参见我国《公司法》第106条。

〔33〕 参见我国《公司法》第48条第2款、第55条第4款、第112条第2款、第119条第4款。

于债权人是好事,对于股东则不利。认缴制,束缚了股东的手脚,特别是股东缴资能力薄弱、但是基于债权人/市场/行政部门/行业准入等条件的要求,做出了一个远远超过其负担能力的缴资承诺,这相当于变相突破了股东有限责任的保护,让股东对公司债权人承担更大的责任。

第二,对于公司债权人而言,认缴制只有在破产情况下才能适用加速到期,这个思路不妥当。其后果,相当于将公司能否进入破产、何时进入破产的问题,交到了缴纳期限尚未到来的股东手中,对于其他已经缴纳出资的股东而言,他们可能希望让公司存续。事实上,也可能存在这样的情形,只要让该股东认缴的出资加速到期,公司可能得到拯救,无需进入破产。应当以成本更低的方式来解决破产问题。破产追求的是公司人格的消亡,且过程漫长、程序复杂,因此以破产的思路来解决加速到期,并非最好的选择。

第三,对于股东或公司而言,规定在章程中的条款相当于在股东和股东之间、股东和公司之间缔结了合同。股东之间以期限尚未到来为由进行抗辩,可以理解。但是,如果股东以此为由对抗公司,则显得并非合理,因为公司是资金的实际需求方和使用者,只有公司才知道自己什么时候需要资金,因此,如果公司因偿债能力减弱等原因,要求股东认缴部分加速到期,应当是合理的。需要确定哪些情况下是合理的,还是说,公司任何时候都可以提出(即通过董事向股东发出催缴通知)?

总而言之,(1)认缴制将注册资本对债权人的保护,由原来的虚幻变成了真真切切的保护,因为认缴制下,股东缴纳出资的义务还未到来。公司如果无法偿债,股东的承诺,某种程度上变成了对债权人的担保。(2)资本制度的核心,是资本真实/资本维持。股东应当按其承诺,及时、足额地缴纳出资。缴纳期限的约定仅能约束股东和公司,无法约束外部的公司债权人。允许加速到期,可以让股东对其承诺缴纳出资的数额予以认真对待,让其知道担保效果的存在。(3)传统的注册资本是僵硬的,不够灵活,忽视了股东也是社会中的商事主体,其缴纳出资的能力很有可能随着时间的经过而下降。是否保留注册资本的概念或者改造其内涵,将是未来资本制度改革的重要内容之一。

(二) 英国法对资本制度的缓和

英国《2006年公司法》没有对资本制度进行激进改造,但是对于私人公司有所缓和。资本制度应当分为两个层面来看。一个是最低资本要求,一个是资本维持。^[34]

第一,最低资本。最低资本要求包含两个部分:一个是在开展经营之前,股东必须投资的数额,即“有限责任的进入价格”;另一个是股东为取得股份而提供的对价衡量的措施,以确保公司收到适当的价值。

根据《2006年公司法》,公司不再要求具有授权资本。要求所有具有资本的公司,无论公众公司还是私人公司,必须向登记处提交一份资本和最初持股声明。^[35]《1985年公司法》包含了“授权资本”的概念,即公司在设立的时候,必须在公司宪章(备忘录或章程)中载明公司可以发行的最高股本限额。在发行新股的时候,必须满足两个条件:一个是要有公司已授权但未发行股本,另一个是在该未发行股本的范围内,同意发行新股的股东授权。授权资本只是记载于公司

[34] See Jennifer Payne, Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No. 13/2008, 2008, pp. 21-30.

[35] 参见英国《2006年公司法》第10条。

宪章的一个数字，其本身并不反映公司实际发行股份的情况，因此授权资本没有很大意义。《2006 年公司法》删除了“授权资本”的概念，不再要求公司具有授权资本。根据该法，董事根据公司授权（章程或决议）可以配售股份。章程并不需要规定具体的授权金额，而是公司授权应当载明授权的股份数额，可称之为“授权股份制”。^{〔36〕}

对于公众公司，仍然有最低资本的要求，但是只要缴纳四分之一即可开展经营活动。^{〔37〕}这与《1985 年公司法》第 117 条和第 118 条的规定相比没有变化。没有变化的还包括：私人公司不需要最低资本；为了确保收到适当的对价，所有股份必须要有固定的票面价值；^{〔38〕}公司不得折价发行股份；^{〔39〕}公司的股份可以以任何货币或数种货币计价；^{〔40〕}票面价值仍然保留。《2006 年公司法》创新了一个新的法定程序，所有公司不经过向法院申请即可以对资本的币种重新计价。^{〔41〕}

至于是否需要非货币对价进行强制评估也视不同类型公司而定。对于私人公司，这属于董事的商业判断。^{〔42〕}对于公众公司，和《1985 年公司法》一样，《2006 年公司法》也要求非货币对价进行强制评估；^{〔43〕}将来提供劳务或服务，不得作为对价；^{〔44〕}独立评估人要在发行的 6 个月之前提供详细的报告；^{〔45〕}该报告必须要支持公司收到的对价不低于股份的票面价值加上溢价的结论^{〔46〕}。

第二，资本维持。《1985 年公司法》（根据第 2 号公司法指令）引入了资本维持规则，适用于所有类型的公司，很多条款要求必须维持公司资本。“资本维持”的目的，主要在于保护债权人。这些条款包括禁止提供财务资助、与分红相关的规则、公司溢价账户的使用、资本减少等。《2006 年公司法》的趋向是，缓和与私人公司相关的这些条款的规制。

最明显的例子是财务资助。原来私人公司有漂白程序，即法律原则上禁止，然后再规定一系列例外（即“漂白程序”）。但是这适用起来非常麻烦，私人公司首先要了解禁止财务资助的规则，再去认定是否符合例外情形，而且例外情形的措辞也并非简单易懂。《2006 年公司法》删除了针对私人公司的禁止财务资助规定，禁止财务资助仅仅适用于公众公司。^{〔47〕}

对于资本减少，与《1985 年公司法》一样，《2006 年公司法》保留了经法院批准的资本减少程序，适用于公众公司和私人公司；^{〔48〕}债权人有权提出异议；^{〔49〕}如果债权人利益没有得到适

〔36〕 参见英国《2006 年公司法》第 549 条至第 551 条。英国法保留了票面价值，故只要确定增发股份的数量，乘以既定的票面价值，即可得出该次增发所募集的资本数额。

〔37〕 参见英国《2006 年公司法》第 763 条和第 586 条。

〔38〕 参见英国《2006 年公司法》第 542 条。

〔39〕 参见英国《2006 年公司法》第 580 条。

〔40〕 参见英国《2006 年公司法》第 765 条第 1 款。

〔41〕 参见英国《2006 年公司法》第 622 条至第 628 条。

〔42〕 See *Re Wragg* [1897] 1 Ch 796.

〔43〕 参见英国《2006 年公司法》第 593 条。

〔44〕 参见英国《2006 年公司法》第 585 条。

〔45〕 参见英国《2006 年公司法》第 596 条。

〔46〕 参见英国《2006 年公司法》第 108 条第 3 款。

〔47〕 参见英国《2006 年公司法》第 677 条至第 680 条。

〔48〕 参见英国《2006 年公司法》第 641 条。

〔49〕 参见英国《2006 年公司法》第 645 条和第 646 条。

当处理,法院有权决定是否确认资本减少^{〔50〕}。但是,《2006年公司法》的创新之处在于,对于私人公司引入了一个崭新的关于资本减少的程序,即通过特殊决议加上董事作出的清偿能力声明。^{〔51〕}该声明的内容,几乎与被废除的私人公司财务资助漂白程序所要求的“董事法定声明”相同,即需要载明:每个董事已经形成意见,对于作出该声明之日的公司状况,没有理由可以认为当时不能缴付或清偿其债务,同时也已经形成意见,如果自该声明之日起12个月内开始清算公司,自清算开始后12个月内公司将能够全额偿付或清偿其债务,以及在任何其他情形下,公司将能够偿付或清偿自该声明之日起1年内的到期债务;为形成这些意见,董事必须将所有的公司债务考虑在内。如果董事没有合理理由而作出清偿能力声明,将构成犯罪。^{〔52〕}

董事控制公司资本之能力的缓和。根据《2006年公司法》,只有一个类别股份的私人公司的董事,具有发行该类别股份的授权,除非章程禁止这样做。而公众公司的董事,以及具有两个以上类别股份的私人公司的董事,只有经章程或公司决议的授权,才可以发行股份。^{〔53〕}

股份的赎回和回购,^{〔54〕}仍然得到允许。私人公司的可赎回股份,不再要求章程的事先授权,尽管这个要求仍然适用于公众公司。^{〔55〕}《2006年公司法》引入了对于赎回条款和方式的一些缓和,允许公众公司和私人公司的董事,如果得到公司章程或普通决议的授权,可以确定赎回的条款和方式。^{〔56〕}赎回条款不再要求赎回时缴付,可以在赎回后缴付。^{〔57〕}类似地,拟议购买自身股份的公司,不需要章程的事先授权,但是受到章程条款的限制或禁止。^{〔58〕}

对于分红,《2006年公司法》第23部分,大体上是对《1985年公司法》第8部分的重述。一个创新之处在于实物分红,消除了原来的一个疑问,即向股东转让资产是否构成分红。^{〔59〕}

詹妮弗·佩恩(Jennifer Payne)主张,对于债权人保护而言,应当区分有偿债能力的公司 and 无偿债能力的公司。有偿债能力的公司,对于控制自己的资本,应当不受法定资本规则的限制。应当废除公众公司的最低资本要求。对所有公司来说,应当废除面额股。资本分配,包括分红、减少资本、回购和赎回,无论私人公司还是公众公司,都应当采用偿债能力测试,即如果公司能够在可预见的未来偿还债务,董事应当不受限制地向股东作出分配,或者以其他方式操控公司的资本,仅仅受到所列情形的限制。公众公司的财务资助条款也需要改革,也可以采用偿债能力测试。英国《2006年公司法》已使用该标准处理法定资本规制的某些特定方面。例如,《2006年公司法》第709条至723条关于私人公司可以从资本中回购股份,第642至第644条关于私人公司不用去法院即可减少资本。但是该标准如果更广泛地被成功用于规制公司,还需

〔50〕 参见英国《2006年公司法》第648条。

〔51〕 参见英国《2006年公司法》第642条。

〔52〕 参见英国《2006年公司法》第643条。

〔53〕 参见英国《2006年公司法》第550条和第551条。

〔54〕 参见英国《2006年公司法》第684条至第708条。

〔55〕 参见英国《2006年公司法》第684条。

〔56〕 参见英国《2006年公司法》第685条。

〔57〕 参见英国《2006年公司法》第686条。

〔58〕 参见英国《2006年公司法》第690条。

〔59〕 参见英国《2006年公司法》第845条。

要谨慎的适用。^{〔60〕}

（三）授权资本制或授权股份制的引入

首先，资本制度的一些基本概念需要进一步明确和统一。例如，认缴和实缴。两者并非对立，而是前后承接。先有认缴，再有实缴。认缴制和实缴制的区分是简单粗暴的。目前的认缴制导致缴纳期限延长，缴纳出资变得不确定或不稳定，因为股东资信能力随时发生变化。这个延长其实不科学、不合理。

其次，应当准确认识授权资本及授权资本制的含义，并在此基础上考虑规则的引入。

通说认为，资本制度可分为法定资本制和授权资本制。^{〔61〕}法定资本制等同于资本确定原则，是指公司设立时股东必须充分、确实地认购公司的全部股份，公司才能合法成立。与之相对应的概念是授权资本制，是指公司章程预先确定公司的资本总额，并授权董事会在公司成立后作出决议，发行资本总额中尚未发行的股份。^{〔62〕}法定资本制的核心是确保并维持一个固定的数额，以作为对公司存在的认定依据和对债权人的保护。授权资本制是法定资本制的对照。授权资本制下，公司资本的筹集、发行的控制权都掌握在董事会手中；而法定资本制下，这些权力集中在股东手中。^{〔63〕}

然而，在英美法文献中，只有法定资本和授权资本的界定，而无法定资本制和授权资本制的区分。授权资本仅是一个概念，与其相对应的是已催缴资本、已缴纳资本（全额缴纳/部分缴纳/未缴纳），并无对应的授权资本规则一说，更谈不上授权资本制。^{〔64〕}英美法文献反而存在法定资本的措辞和论述。^{〔65〕}所谓法定资本，仅仅是指发行的股份数量乘以每股票面价值的总额；公司可以在需要的时候发行股份，向股东融资，但是每次发行股份而获得的资本总额，相加起来不得超过章程所规定的授权资本。^{〔66〕}

对于资本制度的整体性修改，观点不一。第一种观点认为，适当修正认缴制即可。认缴期限交给股东在章程中自由约定，这并不妥当。应当通过法律限定更短的期限，由股东及时按照其该次认缴的数额缴纳。第二种观点认为，注册资本改为授权资本，同时制定配套制度。第三种观点更为激进，主张取消注册资本，采授权股份制，由股东在章程中授权董事会将来可以发行的股份数量。公司章程没有必要规定与资本相关的任何数额。按照授权股份+实收资本+及时披露的方

〔60〕 参见前引〔34〕，Jennifer Payne文，第36-38页。

〔61〕 有些学者还提出了折中资本制。参见冯果：《现代公司资本制度比较研究》，武汉大学出版社2000年版，第22-25页。

〔62〕 参见刘俊海：《现代公司法》，法律出版社2011年版，第133-134页。

〔63〕 参见邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第311-319页。

〔64〕 See John Armour, Legal Capital: an Outdated Concept, 7 (1) *E.B.O.R.*, 5, 6-7 (2006).

〔65〕 参见前引〔64〕，John Armour文，第5页；Luca Enriques, Martin Gelter, Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection, 7 (1) *E.B.O.R.*, 417 (2006)；Reinier Kraakman, Concluding Remarks on Creditor Protection, 7 (1) *E.B.O.R.*, 465 (2006)；前引〔34〕，Jennifer Payne文，第21-30页；James J. Hanks, Legal Capital and the Model Business Corporation Act: an Essay for Bayless Manning, 74 *Law & Contemp. Probs.*, 211 (2011)。英美法关于法定资本的一本重要著述是：Bayless Manning, James J. Hanks, *Legal Capital*, Foundation Press, 1990。

〔66〕 See Paul Davies, Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 2012, p. 285。而在我国，法定资本是指章程所规定的注册资本，要求股东在公司设立时全部认购完毕。由此观之，对于法定资本的含义，我国法和英美法之间存在差异。

式,构建新的资本制度。第四种观点主张同时规定认缴制和授权资本制,让投资者可以选择其一。从长远来看,第三种观点符合国际潮流,应予仔细考虑。

最后,关于财务资助的规定,我国法可以总结如下:第一,早在1993年和1994年,^[67]我国相关文件就已经出现财务资助的措辞。究其含义,与英国法相一致。第二,目前关于财务资助的规定,主要适用于上市公司、非上市公众公司或者国有企业。^[68]受到限制的资助主体的范围比较广泛,包括公司、控股股东或者实际控制人,以及保荐机构、承销机构等。财务资助的目的涉及发行证券、转移公司资金、购买企业股权等。^[69]第三,财务资助的含义并未统一。有些作了限缩,将其与保底收益、补偿、垫付费用等并列,有些则比较泛泛,并未予以限定。我国法律法规没有对财务资助的含义、范畴及例外等内容进行明确的规定。

英国法和我国法相比,共同点在于,财务资助制度主要适用于股份公司/上市公司,该制度通常不适用于有限责任公司。不同点则主要体现在下述几个方面:第一,提供财务资助的主体。英国法限于其股份拟被取得的公司本身,我国法则除了公司本身以外,还包括控股股东、实际控制人、保荐机构/承销机构等。第二,财务资助的目的。英国法强调财务资助必须是为了取得股份之目的,而我国法关于财务资助的目的,更为宽泛,适用于证券发行/取得证券,包括股票、股权和债券等。第三,财务资助的方式。英国法规定得比较详细,还包括兜底条款。我国法则比较散乱,没有在《公司法》中规定,散见于多个文件,且缺乏统一。第四,财务资助的例外。英国法有完整的例外情形,包括一般例外和特定例外。我国法没有规定。第五,违反财务资助的后果。英国法规定了刑事和民事责任等后果。我国法没有规定。

从英国法的角度看(提供者为公司本身),财务资助导致公司和第三人之间发生交易,且该交易的内容是为了帮助第三人取得公司股份。对公司利益的损害并不是财务资助构成的必要条件。即使该交易对公司有利,也是不允许的,因为这容易产生控制股价、操纵市场的后果。我国《公司法》是否已有条款规制公司与第三人的交易?答案是肯定的。《公司法》中的一些条款,或者司法解释,或者最高人民法院颁布的司法解释性文件,已涉及公司与第三人的交易,例如公司对外担保、对赌协议、公司对董事/经理的贷款、公司对第三人的赠与等。纵观这些条款,我国法的特点是“无目的限制性”。公司法强调公司的一些交易,必须要经过股东会/董事会的批准;如果公司利益受损,公司可以起诉,或者股东可以提起派生诉讼。这些条款并没有特别提到,第三人从公司获得财产用于购买股份的特定场合。

我国法需要思考的问题是:第一,现行散见于各类文件的财务资助规定,目的是什么?将提供财务资助的主体扩展到控股股东、实际控制人、保荐机构和承销机构等,证券法上是否有充分

[67] 参见《到境外上市公司章程必备条款》第五章(购买公司股份的财务资助);《到香港上市公司章程必备条款》第2.2条(购买股份的财务资助)。

[68] 参见《上市公司收购管理办法(2020修正)》第8条;《非上市公众公司收购管理办法(2020修正)》第8条;《非上市公众公司监督管理办法(2019修正)》第16条;《上市公司股权激励管理办法(2018修正)》第21条第2款;《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》;《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》第20条。

[69] 根据上交所的《上海证券交易所信息披露公告类别登记指南》:财务资助一般指一个主体直接或间接地将自有的货币资金或其他形式的资产以一定的方式或条件提供给其他主体的行为,且所收取的使用费低于行业一般水平。深交所《上市公司规范运作指引》规定:上市公司及其控股子公司有偿或者无偿对外提供资金、委托贷款等行为是对外提供财务资助。

的理论依据？对于目前散乱的规定，能否提炼且统一？第二，如能提炼且统一，那么有没有必要在我国《公司法》中加以规定？第三，区分公司类型的意义在哪里？为什么有限责任公司可以提供，而股份公司/上市公司不能提供？第四，如何在我国公司法中建立类似规则？我国公司法是否已有类似的替代制度？

五、董事义务的法律框架

（一）我国法关于董事义务的规制

首先，我国公司法并未对董事的概念作出界定。^{〔70〕}学者大多也不会尝试对董事的概念作出完整、全面的定义，取而代之的是，从董事的身份与资格、选任与解任、权利与义务等方面出发，勾画出董事的内涵和外延。例如，有些学者认为董事作为董事会的构成人员，是公司法定、必备、常设之业务执行机关。继而在概念上，董事可以分为机关董事和个人董事。前者系公司组织之一部分，与公司互为一体，其行为即为公司之行为，其本身并无权利能力可言。后者具有权利能力，与公司属于委任关系。^{〔71〕}

其次，我国《公司法》第147条第1款参照两大法系的观点，将董事义务一分为二。一为忠实义务，是指董事对公司负有忠诚尽力，殚精竭虑，个人利益服从公司利益的义务。该义务禁止背信弃义和自我交易。无论何时，经营权行使主体都应代表公司的利益，当个人利益同公司利益相冲突时，应将公司利益置于首位。^{〔72〕}二为勤勉义务，要求董事在作出决策时，其行为标准必须是以公司的利益为出发点，以适当的方式并尽合理的注意履行职责。^{〔73〕}在判断董事是否尽到勤勉义务的时候，通常采取一个双重标准，既要看该董事是否具有一个处在其位置上的适格第三人应该具有的知识、经验和技能（客观标准），也要看该董事本身所具有的知识、经验和技能（主观标准）。^{〔74〕}

再次，关于董事责任，我国《公司法》上有两个比较重要的条款，即第149条和第152条。^{〔75〕}第149条强调“执行公司职务时”。而第152条，少了这几个字，理由是什么？是作为一般意义上的讨论吗？表面上看，董事的行为，如果在一般意义上（并非强调执行公司职务），损害了股东利益，那么股东可以起诉。董事和股东之间，是什么关系？董事对股东负有义务吗？如果负有，这个义务是否是公司法上的义务？董事的行为，如果是执行公司职务时，那么应当视为公司的行为，股东利益受损的，股东应当起诉公司，而不是董事。此外，为什么仅仅是股东，债权人、雇员或者其他呢？

〔70〕 根据我国《民法典》第81条，董事会或执行董事被定性为营利法人的执行机构。

〔71〕 参见柯枝芳：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第240-241、560页；王文宇：《公司法论》，中国政法大学出版社2004年版，第278页。

〔72〕 参见赵旭东主编：《新公司法制度设计》，法律出版社2006年版，第162页。

〔73〕 参见前引〔72〕，赵旭东主编书，第160页。

〔74〕 参见姜惠琴：《英美董事的注意义务及其对我国的立法启示》，载《中国人民大学学报》2006年第6期。

〔75〕 《公司法》第149条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”《公司法》第152条规定：“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。”

此外,董事未依法履行职责,导致公司未依法制作或保存法律规定的文件材料,给股东造成损失的,该股东可以请求负有相应责任的公司董事承担民事赔偿责任(《公司法司法解释四》第12条)。股东知情权行使的对象,是公司,而不是董事。董事未依法履行职责行为的后果,应当由公司来承担。因此给股东造成损失的应当是公司。股东为什么可以直接要求董事承担赔偿责任?股东怎么知道到底是哪一个董事的责任?行事成本,是否大大增加?

简言之,股东可以直接起诉董事,但是要明确该类诉讼的性质是什么,股东直接诉讼还是股东派生诉讼,董事侵害的是股东个体性权利,还是股东集体性权利。

(二) 英国法下董事义务的法典化

首先,《2006年公司法》没有对董事作出明确的定义。根据该法,“董事”包括处在董事职位上的任何人,不管其称呼。^[76]董事是根据某个人的功能或作用,同时结合公司的性质、公司章程、董事的服务合同等等来判断的,而不是看他有没有董事这个头衔。公司可以把董事称为管理人、受托人或咨询人等等,但这不会影响这个人作为董事的法律地位。英国法下,董事的类型非常丰富,包括执行董事、非执行董事/独立董事、影子董事、事实董事、公司董事、提名董事、替代董事以及常务董事等。^[77]

其次,普通法关于董事义务,确立了双层结构:一是董事对谁负有义务,二是董事义务的内容包括哪些。基本原则是,董事必须善意地以公司的利益行事。董事只对公司负有义务,对股东、债权人和雇员不负有义务。这是个主观性标准,只要董事自己认为符合公司的利益就可以,而不是以法院可能认为符合公司的利益作为判断标准。^[78]

普通法上的传统观点认为,董事的受信义务包括:(1)善意地(good faith)为了公司的利益而行使的义务,具体地,例如董事必须善意地以公司的利益行事,诚实、适当地行使权力和履行义务;董事必须为正当的目的而行使权力。(2)熟练和谨慎义务,例如董事在履行其职务过程中,必须具备合理的谨慎以及其掌握的、有一定程度的熟练技能;董事必须为公司的事务尽责;对于可以正确地交托给其他人员的义务来说,董事因其相信该人员诚实地履行了义务而被认为尽到义务。(3)忠实义务,主要涉及两方面内容,一是不得谋利的义务,指董事不能凭借其董事地位从任何机会当中谋取个人利润,即使他是善意地为了公司的利益而在行使权力;二是避免冲突的义务,指董事不得将自己置于这样的位置,即如果置于这样的位置,将造成董事自己的利益和义务相冲突,或者董事对公司的义务和对其他人的义务相冲突。

最后,《2006年公司法》实现了董事义务的法典化。2006年之前,董事义务主要由关于受信义务的衡平法原则以及关于过失的普通法来规制。《2006年公司法》的一个重要变化是将董事义务法典化,并且对董事义务作出全新的规定。该法第10部分(公司董事)第2章对董事的一般义务作出规定,其中第171条至第177条包括了7项一般义务的内容。这些义务分别是:在权力内行事的义务(第171条),促进公司成功的义务(第172条),独立判断的义务(第173条),行使合理谨慎、技能和勤勉的义务(第174条),避免利益冲突的义务(第175条),不得从第三

[76] 参见英国《2006年公司法》第250条。

[77] 参见葛伟军:《英国公司法要义》,法律出版社2014年版,第214-220页。

[78] See *Re Smith and Fawcett Ltd*, (1942) Ch 304, p. 306 per Lord Greene MR.

人处接受权益的义务（第176条），在拟议的交易或安排中公布利益的义务（第177条）。尽管仍有很多地方需要解释，但法典化意在通过归纳、总结，明确董事义务的内涵，使董事更清楚他们的义务是什么。

《2006年公司法》强调公司社会责任，并且认识到公司社会责任在公司法中首要体现为强化董事义务。在讨论董事对谁负有义务这个问题上，该法最终放弃了“多边主义”模型，而采纳了“开明的股东价值”模型，即董事在面临各方利害关系人利益冲突而需要做出选择的时候，只对公司负有义务（公司利益被视为股东的长期利益），而不对其他利害关系人负有义务，但是董事在做出决定的时候，必须要考虑其他利害关系人的利益。该法虽然保持董事只对公司负有义务这个传统原则，但是要求董事在作出决策时，必须考虑下列因素：（1）从长期看，该决策可能的后果；（2）公司雇员的利益；（3）促进公司与供应商、消费者及其他人之间商业关系的需要；（4）公司运作对社区和环境的影响；（5）公司维持商业行为高标准之声誉的愿望；（6）在公司成员之间正当行事的需要。^{〔79〕} 董事的决定是一个主观性的检测标准，由董事善意地对如何促进公司成功作出决定，法院不会调查该决定实际上是否是最佳决定。

（三）我国法关于董事义务的发展

首先，英国法关于董事的开放性定义及不同类型的划分，带来了三方面的启发。第一，扩大了承担责任的主体范围，有利于保护公司、股东或债权人的利益。第二，明确了实际控制人的责任。实际控制人的地位，根据其发挥的作用，有可能是股东，也有可能是董事。一旦构成董事，即需承担相应的董事责任。第三，澄清了借助实际控制人引入事实董事的观点。事实董事的范围，比实际控制人更为广泛，主要涉及三种情形：从未被任命为董事却以董事身份行事；曾经被任命为董事，其任命期限已满却仍然以董事身份行事；曾经被任命为董事，但是其任命是有瑕疵的。

其次，原则上董事仅对公司负有义务。但是，在一些特殊情况下，董事对其他人也负有义务。例如，在一些特殊类型的公司，包括商业银行、保险公司等金融机构，董事对股东负有义务。至于董事对债权人是否负有义务，并不清晰。如果我国公司法要增加董事对债权人的责任，该责任应当是侵权责任，而不是违反受信义务产生的责任。原则上，董事对债权人不负有受信义务，其背后有公共政策上的考量。公司因董事的行为而受到损害时，公司的债权人也会相应地受到损害。此时债权人可以起诉公司，但是不能直接起诉董事。如果允许债权人可以直接起诉董事，则会：（1）导致针对董事的诉讼大幅增加，从而影响到公司经营；（2）增加法院的负担以及其他成本；（3）大量的诉讼可能会造成这样的结果，即由于原告不同、适用的义务标准不同以及其他情况不同，不同的法院会作出不同的判决，从而引起混淆；（4）可能引起双重诉讼，除了债权人诉讼外，公司也可能对董事提起诉讼。^{〔80〕}

日本法规定的是董事对第三人的责任。董事等公司负责人执行其职务有恶意或重大过失时，

〔79〕 参见英国《2006年公司法》第172条。

〔80〕 See Zipora Cohen, Director's Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View, 26 *Journal of Corporation Law*, 351, 357 (2001).

对遭受损害的第三人负有连带赔偿责任。^{〔81〕}有学者认为：该责任是为了强化对第三人的保护而规定的特别法定责任，其责任范围既包括第三人的直接损害也包括间接损害；董事的恶意、重大过失是该责任的构成要件；所谓的第三人既包括公司债权人也包括股东。^{〔82〕}第三人的范围，应当作更广泛的解释，把股东、债权人、雇员、当地社区、消费者、地方政府等都囊括在内。此处的责任，不等同于违反受信义务而应当承担的后果。

将重点放在董事对第三人（股东或债权人等）责任的做法，忽视了董事对第三人的义务。其中可能的原因是：第一，混淆了责任与义务的内涵，误将两者视为同一个命题。义务是前提，责任是后果，免责是例外。第二，受日本、我国台湾地区公司法和相关规定的影响比较大，而对英美公司法的研究相对不足。因为前者有强化董事个人责任的明确规定，所以将研究重点放在这个上面。然而，在英美法中，董事义务而非责任，才是被大量讨论的话题。

最后，董事义务是公司治理的核心内容。关于董事义务，还有一系列问题要去解决。第一，董事义务的二分法，是否过时？国内学者结合美国法，开始介绍并探讨董事的其他义务，例如善意（或诚信）义务、监督义务。^{〔83〕}但是英国法表明，义务的内容比分类更重要，应当关注董事义务到底包括哪些内容，以及违反董事义务所产生的责任及免责情形。至于采纳二分法、三分法还是多分法，可能不是最关键的。第二，关于公司和董事之间的关系、董事义务的性质，存在受信关系（英美法）、委托关系（大陆法）两大争议。如何认识两者之间的差异对具体规则构建的影响？第三，董事义务的双层结构：其一，董事对谁负有义务，除了公司以外，还有股东、债权人、雇员等利害关系人，董事对他们是否也负有义务；其二，董事义务的内容包括哪些，忠实义务的边界，是否在拓展，勤勉义务的标准，是否应确立？第四，商业判断规则（与所从事的交易无利害关系；该决策是在充分收集信息和了解情况的基础上作出的；合理地相信该决策对公司是最有利的，并善意地进行判断）在实践中已然兴起，被法官写入裁决书，但是经常把该规则作为是否尽到忠实义务和勤勉义务的判断标准，有失偏颇。^{〔84〕}商业判断规则，是保护董事自由裁量权的司法审查机制，不是董事免责事由。如何认识两者之间的关系？是否可以一边引入商业判断规则，一边完善董事免责体系？

六、结 论

英国公司法改革二十年一轮回，彰显了公司法具有极强的实践性。社会经济的发展，不断要

〔81〕 参见日本2005年《公司法》第429、430条，载王保树主编：《最新日本公司法》，于敏、杨东译，法律出版社2006年版，第244、245页。

〔82〕 参见周继红：《简论日本股份公司董事对第三人责任制度》，载《青海民族学院学报（社会科学版）》2002年第3期。

〔83〕 参见王建文：《论董事“善意”规则的演进及其对我国的借鉴意义》，载《比较法研究》2021年第1期；吕成龙：《上市公司董事监督义务的制度构建》，载《环球法律评论》2021年第2期；梁爽：《董事信义义务结构重组及对中国模式的反思：以美、日商业判断规则的运用为借镜》，载《中外法学》2016年第1期。

〔84〕 例如在官波等与孙超等公司利益责任纠纷上诉案中，法院认为：“基于公司经营业务的复杂性和商业决策自身的特点，考量公司执行董事的责任，应当参照商业判断规则。根据执行董事这一公司治理机构的运作特点，如果作出商业判断的执行董事与作出判断的内容没有利害关系，其有正当理由相信其在当时情形下掌握的有关商业判断信息充分、妥当、可靠，其商业判断符合公司的最佳利益的，就应当认定为忠实、勤勉地履行了义务。”安徽省合肥市中级人民法院（2017）皖01民终7360号民事判决书。

求调整既有的公司法规则，以便让法律跟上商业的步伐。

我国《公司法》颁布实施以来，面临着法条更新速度缓慢、不能及时解决疑难问题、大量问题需要司法解释予以补充、有些条款原则性强/缺少可操作性、为国有企业改革服务、用所有权解释股东和公司之间的关系、公司类型设置不尽合理、公司法内外体系重新审视/与民法典的衔接等各种问题。

我国《公司法》的新一轮修订，具有优化营商环境、民营企业权益保护、中小企业重要性等时代背景，是深化改革的必然结果。此次改革的目标应当包括小公司优先、强化公司社会责任、提高公司竞争力等，具体考虑公司类型的合理化、资本制度的缓和、治理机制的灵活性、与国际接轨等因素。

公司法应当为大多数服务。公司法改革，要跟得上时代，要与国际接轨，要回应社会需求。改革应当全方位，从公司类型、资本制度、公司治理等方面切入。公司法改革应当向社会公开、放开，让更多的公司实务界代表参与讨论。公司法改革应当着眼于未来，不能因短期成本而忽视修法带来的长期收益。社会经济的发展，除了法律外，还需要政治、文化等各种要素的良性互动。我们所处的新时代，正在提供这样一个机会。

Abstract: The enactment of UK Companies Act 2006 and its rules, have some certain referential significance for the new round of company law amendment in China. The reform of company type shall be in line with the internationally recognized practice, establishing a system dominated by joint-stock companies, and remodeling the limited liability companies connecting to UNLLO. The relationships among the articles of association, the shareholders' resolution and the shareholders' agreement shall be clarified, focusing on the different levels presented by the shareholders' consensus, and perfecting the technical regulations of shareholders' resolution. Subscribed capital system is controversial in theory and practice. The reform of share capital rules shall be based on the clarification of some basic concepts, considering the implantation of authorized share capital and financial assistance regulation. The meaning of director is somewhat open. It is critical to clearly figure the relationships among the participants such as director, shareholder and creditors, etc., grasp the dual structure of directors' duties and enrich the content of directors' duties.

Key Words: UK Companies Act 2006, company type, company resolution, share capital rules, duties of directors

(责任编辑：周 游 赵建蕊)