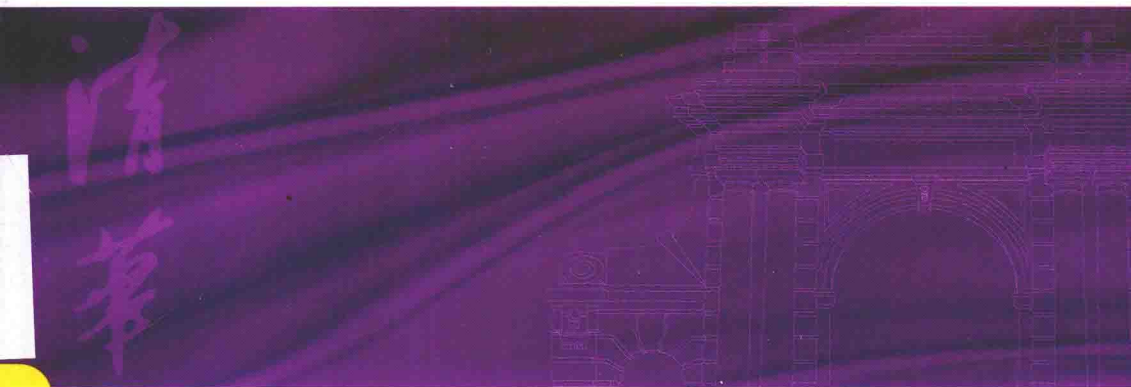


朱慈蘊 著

全球化与本土化互动中的 公司制度演进

清華法學文叢



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

朱慈蘊 著

全球化与本土化互动中的 公司制度演进


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

全球化与本土化互动中的公司制度演进 / 朱慈蕴著.
—北京:法律出版社,2015.4
ISBN 978-7-5118-7649-2

I. ①全… II. ①朱… III. ①公司法—研究 IV.
①D912.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第046513号

全球化与本土化互动中的公司制度演进

朱慈蕴 著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 26 字数 404千

印次 2015年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7649-2

定价:70.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

朱慈蕴

女，民商法学博士，清华大学法学院教授，博士生导师。现任清华大学商法研究中心主任，中国法学会商法学研究会副会长兼秘书长。曾获全国第二届杰出中青年法学家提名奖（1998）。

自1998年取得民商法学博士学位以来，作为一个以财务会计背景而又“半路出家”到法学领域中遨游的学者，关注企业公司制度成为一种“自然而然”的选择。朱慈蕴教授的研究成果主要集中在公司领域，专著《公司法原论》（2011年）应当是对公司法领域的基本问题都有所讨论，虽然规模并不雄厚，但无论从章节体例还是到具体内容，都有一些独到之处。但若提及最为著名的成果，依然是被认为奠定朱慈蕴教授学术地位的专著《公司法人格否认法理研究》（1998年）。这本专著不仅成为她进入商法学领域的奠基之作，而且也为她带来了诸多的荣誉：如获北京市第六届哲学社会科学二等奖（2000年）、第四届吴玉章奖金优秀奖（2002年）、第三届中国高校人文社会科学研究优秀成果三等奖（2002年）、第二届钱端升法学研究成果奖三等奖（2008年）。此后，在承担最高人民法院2007年重点调研课题《关于完善法人格否认制度的调研》的基础上，再次出版与这一主题相关的专著《公司法人格否认的理论与实践》（2009年），并再次获得第二届“中国法学优秀成果奖”二等奖（2011年）。

迄今为止，朱慈蕴教授已发表学术论文九十余篇，其中不乏有发表于《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》《中外法学》《清华法学》《现代法学》《法商研究》等核心刊物上。朱慈蕴教授还作为主编和副主编出版了多部商法学教材，并主持了国家自然科学基金、国家社会科学基金、教育部、司法部等课题12项。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科学府的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大珩院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

绪 论

为了庆祝清华大学法学院复建 20 周年,清华大学法学院与法律出版社合作,推出“清华法学文丛”。借此之际,我得以整理已经发表的“科研成果”,发现其中绝大部分集中于公司法领域,这恰好与我的企业财务会计知识背景及法学领域半路出家的学术生涯比较吻合,即比较关注微观组织形态的法律架构。

回过头来看,与其他国家的公司法相比较,中国公司法至少有三大特点:

第一,中国公司制度的确立和发展,具有公司法国际化的特点。这是因为,中国公司法是于上个世纪 80 年代中国改革开放后开始建立的,与其他发达国家的公司制度相比,具有后发优势。它既没有历史包袱,亦没有立法的传统局限。如同一张白纸,可以绘上最美的图画。由此导致中国公司制度的确立和发展充分利用了其后的后发优势,无论英美法系还是大陆法系,何种具体规则更具先进性和针对性,可以解决中国公司实践中的问题,就可以引入中国公司法和证券法(重点规制上市公司)。应该说,在拿来主义之下,中国公司法制得以快速建立。并且,中国公司法具有国际化的特点。

第二,中国公司法的本土化特点十分突出。作为一个经济大国,虽然在改革开放后才出现经济腾飞,才开始建章立制,并借助于发达国家成熟的公司制度为我所用。但是,作为一项与一国市场经济体系和经济腾飞紧密相连的法律制度建设,该国的经济、文化、政治、民族等传统因素,必然会对其影响重大。因此,综观中国的公司法制,其本土性特点十分突出,表现在引入一些国际通行的先进经验的同时,依据自己的本土特点进行了大量的制度创新。例如,中国的公司,无论从国有企业改制而来还是家族企业发展而来,股权结构高度集中是基本现状,这使得中国公司治理问题与美国模式和德国模式均不相同,除需就股东会与董事会之间的代理成本架构公司监督机制,更需将

股东之间的利益平衡和对控制股东滥用公司控制权的滥用行为进行制约放在公司治理的核心地位。由此,中国公司法将对控制股东的法律规制用成文法予以明确,表现在《公司法》第20条中关于股东不得滥用控制权利损害公司利益和其他股东利益,也不得滥用股东权利损害公司债权人利益;第151条第3款对滥用股东权利损害了公司利益的股东,其他小股东可以通过股东代表诉讼对其进行起诉,追究相应的责任。

第三,中国公司法始终紧密联系实际,与时俱进。当今的世界经济格局发生了重大变化,经济发展的中心已经移向东亚地区,发达国家与发展中国家之间的差距日益缩小。增强一国的竞争力,鼓励不同投资目的的人精诚合作,公司法在降低设立门槛、放松经济管制、促进金融创新、鼓励公司自治方面发挥着重要的作用。从1993年《公司法》到2005年《公司法》再到2014年《公司法》,我们看到上述精神的体现。当然,摆在我们面前的重任是,公司资本门槛的不断降低与多重股东权利的融合之下,传统公司理念将如何演变,如怎样解读股东平等,怎样有效地保护债权人利益,怎样理解公司非资本要素在公司永久存续中的重要作用,甚至怎样在公司社会责任的命题之下再次探讨公司的本质,等等。

根据论文内容的不同,本论文集依据三大主题进行编排。上编为商事组织的选择与公司制度的创设,主要强调不同的商事组织形态具有不同的特点,投资人应当根据自己的不同投资目的选择不同的商事组织形态,以便发挥各类商事组织的优势。同时,公司作为上市企业中的基本类型,公司章程的起草和完备十分重要,应当关注公司组织的现代化和章程的初始创设等。中编为利益平衡中的公司治理,主要强调在全球经济一体化的背景下,中国公司制度作为舶来品,既大量吸收了境外的先进制度,同时又保留自己的本土特色,形成中国公司治理的特色,其中不乏具有先进性的制度。例如,中国公司法中关于“揭开公司面纱”规则的成文化、“实际控制人”的规制、对控制股东适用“股东派生诉讼”、中国公司监事会制度,等等。下编为公司融资的现代化与相关利害人的保护,主要强调现代公司组织是一种重要的融资工具,融资的现代化必然导致传统公司制度的组织架构和功能会发生变化。比如,类别股带来的公司传统理念的变化、公司资本制度与债权人利益保护以及公司融资工具的选择与公司并购重组的关联性,等等。

目 录

上编:法治社会下的公司自治

公司自治与政府规制:法治社会一个永恒的课题	003
必须尊重和维护公司的独立人格	033
公司章程两分法论——公司章程自治与他治理念的融合	054
法定最低资本额制度与公司资本充实	070
一人公司对传统公司法的冲击	079
公司作为普通合伙人投资合伙企业引发的法律思考	094
我国商事登记立法的改革与完善	109

中编:利益平衡中的公司治理

公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析	131
公司的社会责任:游走于法律责任与道德规范之间	161
论公司法人格否认法理的价值取向	172
公司法人格否认:从法条跃入实践	208
将实际控制人纳入公司法人格否认适用中的法律思考	230
股东派生诉讼的前置程序研究——“紧急情况”之外是否存在可豁免情形	237
二十年的扬弃——中国大陆公司监事制度之走向	246

下编:公司融资的现代化与相关利害人的保护

类别股与中国公司法的演进	269
对中国公司债市场法律制度的反思——以债券投资者利益保护为中心	291

职工持股立法应注重人力资本理念的导入	311
股东违反出资义务应向谁承担违约责任	326
公司资本理念与债权人利益保护	341
对大陆股权分置改革的回顾与思考	358
换股并购:值得关注的并购上市方式	382
结语	403

上编：法治社会下的公司自治

公司自治与政府规制： 法治社会一个永恒的课题*

目 次

- 一、公司具有独立人格是公司实现自治的前提
- 二、自治性的公司只能产生于法治社会
- 三、公司自治与行政权力的介入：政府干预的自控与有度
- 四、政府监管以有形之手为自治公司保驾护航
- 五、对公司自治盲目与行政权力扩张的约束：可以替代政府的公司自律机构
- 六、公司自觉履行社会责任标志着公司自治走向成熟

法治社会崇尚依法治国，而依法治国所要实现的是整个社会无论处于何种层次、何种环节，所有主体等都需依法行事，都需在法律框架下行使权力（利）、履行义务，公主体、私主体概莫能外。法治社会的形成和发展，不仅依赖于市场经济之“看不见的手”引导下形成的自然秩序之社会经济基础，而且依赖于各项法律制度日趋完善，依赖于政府规制之“看得见的手”在辅佐市场时的依法行政，依赖于各个中介机构在维护私主体基本利益的同时，担负起自我监管的重任；更依赖于公司这一典型的私主体不断完善公司治理结构，在公司内部良性循环的自秩序中求生存、求发展。

* 本文系高鸿钧教授主持的清华大学“985”项目的子课题，其中一部分内容载高鸿钧等：《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社2002年版，第388~470页。金明义同学曾协助我一起完成这个项目，对本文贡献很大，在此表示感谢。

现代公司制度是围绕着公司具有独立人格而设计的,这是公司法人作为市场经济中独立、理性经济人的必然要求。这一制度不仅划定了公司法人与其出资人相互之间不得混同的界限,而且也划定了政治国家或者政府机构进入公司领域的空间范围,使公司主体意识、人格平等观念和私法自治观念深入人心。但同时,公司私主体之行为并非是无任何限制的绝对自由行为。之所以要对经济组织进行规制,是因为市场中的私主体具有追求“财富”最大化的内驱力,而如果在无约束的情况下,这些追求“财富”最大化行为会导致“霍布斯丛林”的生存环境。所以,公司必须文明,必须接受约束,这种约束既有来自公司外部的法律强制性管束,也有来自公司内部自觉自愿的律己管束,即通过公司的自治来谋求公司利益最大化。

一、公司具有独立人格是公司实现自治的前提

公司以自治为主,还是以他治为主,首先取决于公司是否具有独立人格。因为无独立人格者不可能具有自治的能力。

公司具有独立人格,集中表现在它与公司的出资人或股东的人格相区别。这种区别决定了公司与其股东在人事上、财产上、财务上是完全分离的。公司不仅能以自己名义行使权利,而且能以自己名义对外承担责任,即独立地对外承担责任。公司行使权利时,无须借助于其股东的人格与能力来实现,同样,公司为自己行为后果承担责任时,也无须借助于股东的帮助来完成。

公司具有独立人格,必须依赖于其拥有独立的财产。因为法律确认一个独立的人格,不仅需要法技术为其在自治下生存创造外在的法律条件,而且更需要有相关实质性的内在条件使其自治能有物质上的保证。这就是公司要拥有自己独立的财产和公司能够以自己的财产对外独立承担责任,只有这样,公司才可以达到自治和自律的最高境界。当然,公司的资本是由公司股东投入的,但只要这些资本进入公司,其所有者的身份就从股东转向公司。而股东之所以同意放弃对其投入公司的资产的所有权和控制权,是因为他们享有有限责任制度的好处,将投资风险通过公司的独立人格合法地转嫁给公司债权人;因此,公司股东在享有有限责任的同时,必须放弃对其出资的财产所有权和直接控制权,由公司独立享有和运作这些资产,并且能用这些财产

对外独立承担责任。试想,如果公司没有自己的独立财产,或者公司还需借助于其股东对外承担责任,那么,公司股东为避免自己的损失过大,就必须时刻“关注”公司,甚至指挥公司,公司的自治则无从提起。

公司具有独立人格,还表现在公司具有独立的权利能力和行为能力。公司“之所以被认为是一个人,就由于法律秩序规定某些权利和义务,它们关系到社团成员的利益但却又似乎并非是成员的权利和义务,因而就被解释为社团本身的权利和义务。”^①公司的权利能力之具体内容不仅因法律、法规的限制有所不同,而且还因其经营目的及公司章程的规定而各异。公司的行为能力与其权利能力同时产生、同时终止,其范围和内容与其权利能力的范围和内容相一致,即公司有权从事实现公司经营目的所必需的一切合法的法律行为。

但是,公司是法人,拥有的是一种法律上的团体人格,它无法自己进行意思表示,而需借助于自然人代表来完成。虽然组成公司的成员有若干个,但却不是每个人都能代表公司作意思表示。凡可代表公司者不仅需经法定程序产生,而且其行为也只有符合公司法及公司章程规定时,才作为公司的意思表示,其行为后果才由公司来承担。正如凯尔森所言,“将个人的行为归入作为人格化了的秩序的共同体,就是将这种行为归责于共同体。”^②这表明,公司法人虽需借助于个人进行意思表示,但此时的个人行为必须符合法定秩序和公司成员约定秩序的要求。由此,个人人格被公司人格所吸收,个人行为既成为公司的行为,公司自治得以实现。

公司是一个自组织体,其内部设有股东大会或股东会(公司权力机关)、董事会或执行董事(公司经营决策机构)、监事会或监事(公司监督机构)的“三权分立”式的内部管理系统。三大机构之间相互分工、相互制衡,股东会作为公司的最高权力机关,选任及解聘公司经营者的权力是其基本权力之一,并且有权决定公司的重大经营事项;董事会及其领导下的经理是公司的业务执行机构,他们以受任人的身份善管公司资产,并享有对外代表公司进

① [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第109页。

② [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第112页。