

公司治理——论基于我国国情的一公司两治理型 梁建刚

论《公司法》第149条下的司法裁判困境 彭海新

国有资产管理中职工合法权益的保护 胡可明

[案例评析]

公司董事的“罪与罚”

论我国上市公司独立董事制度应用业务类评述 任自力

2006年第2辑 (总第6辑)

公司法评论

赵旭东 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办

人民法院出版社

Review On Corporation Law

2006年第2辑 (总第6辑)

公司法评论

赵旭东 主编

中国政法大学民商经济法学院商法研究所 主办

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法评论. 2006 年. 第 2 辑: 总第 6 辑/赵旭东主编.
北京: 人民法院出版社, 2006. 12
ISBN 7-80217-379-5

I. 公… II. 赵… III. 公司法-研究-中国
IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 142052 号

公司法评论 2006 年第 2 辑 (总第 6 辑)

赵旭东 主编

责任编辑 林志农 沈莹
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250563 85250575 (责任编辑)
85250516 (出版部) 85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 204 千字
印 张 11.75
版 次 2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-379-5
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

目 录

[专 论]

- 1 从日本公司形态整合看中国统一公司法趋势 / 吴建斌
- 11 新《公司法》背景下的司法裁判困境
/ 罗培新
- 20 是“先进”还是“激进”
——关于新《公司法》的几点质疑
/ 毛卫民
- 27 国有企业改制中职工合法权益的保护
/ 胡可明
- 37 追究董事责任时适用法令的范围
/ 马太广

[重大事件分析]

- 49 “救赎”赵新先
——“三九事件”的再解读 / 朱宣烨
- 61 混业涅槃：银河金融控股公司之辨
/ 全丽珠

[法治杂谈]

- 71 中国近代资产阶级的黄金时代
/ 胡胜国

[案例评析]

- 76 股份合作制企业改制过程中的股权转让
与资产转让如何区分？
——对一起股份合作制企业股东诉董事
损害公司利益集团诉讼案的评析
/ 杜前 施迎华





- 81 公司董事的“罪与罚”
——迪斯尼公司股东诉董事违反信用
义务案评述 / 任自力

[法官·律师论坛]

- 91 债权人保护与法人格否认 / 金剑锋
95 中小股东和债权人权利的民事执行保障
/ 唐学兵

[境外公司法]

- 103 证券欺诈监管的国际合作与协调
——以 IOSCO 为中心 / 邱永红
118 国际投融资的离岸公司之道 (上)
——一个中国背景的公司法观察
/ 张诗伟
130 股东派生诉讼费用担保的美国法发展及
借鉴 / 陈碧珍

[公司法史话]

- 139 晚清官督商办企业与股份公司：“形”
似与“神”非 / 吴冬

[高峰对话]

- 150 德国、意大利、香港地区公司法的发展
状况和未来趋势 / 主持人：王家福
165 中国、美国、日本公司法发展现状及未
来趋势 / 主持人：王保树

[编后语]

180

[专论]

从日本公司形态整合看中国统一公司法趋势

吴建斌*

一、引言

在经济全球化的格局中,公司制度的竞争在一定程度上决定着各国企业国际竞争力的水平。正因为如此,各国《公司法》近年均在经历大幅度的修改调整,以充分发挥制度的直接生产力作用,毗邻我国的日本尤其令人注目。日本于2005年5月制定、6月颁布了新《公司法典》,并从2006年5月1日起施行。该法典共计8编34章979条,30余万字。它包含了诸多制度创新的内容,其中之一是在整合原来分散的公司法规范的同时,废止了施行60余年的有限公司制度,通过设置股份公司和份额公司两大形态,将英美法系国家的开放式公司和封闭式公司、大陆法系国家的股份公司和有限公司融入前者;同时新设份额公司,纳入原《商法典》中的无限公司、两合公司,以及脱胎于美国LLC(Limited Liability Company)的合作公司制度,打破甚至颠覆了两大法系传统公司分类体系,形成独创性的全新格局,为投资者提供多样性、便捷化的公司形态选项。日本最新立法反映出《公司法》基本理念及具体规则的巨大变化,既能顺应全球公司法制发展的趋势,又可更好地发挥法制促进交易的功能。中国刚完成《公司法》的大规模修改,在将来,旧法的基本框架总会突破,统一化、法典化的目标也会实现。我们需要未雨绸缪,及早考虑目前过于偏狭的两类公司形态如何拓展,外商投资公司法律制度怎样归并,《公司法》与其他企业法律制度的关系怎么协调的问题。日本公司立法的包容性、引导性立法实践对中国“统一公司法”的趋

* 南京大学法学院教授。



势，不无借鉴意义。

中国学者从 20 世纪 90 年代初就开始关注我国企业形态及法律体系的协调完善问题，相关文章不断涌现。不过，参酌国外公司、企业形态整合的最新动向，展望中国“统一公司法”前景的扛鼎之作尚未出现。我们期望通过本文的探讨，能够起到抛砖引玉的作用。

本文除引言外，分为四个部分：一是日本新《公司法典》体例及其立法考量；二是中国公司形态现状分析；三是中国“统一公司法”整合思路；最后部分为结语。

二、日本新《公司法典》体例及其立法考量

如何吸收借鉴西方法制，赋予东方神韵，使其尽可能适应本国的实际需要，日本的做法值得称道。

日本的公司法制，一开始师从当时最为先进的大陆法系法德两国体例。1899 年《商法典》确定的公司形态为无限公司、两合公司、股份公司及股份两合公司四种。1938 年以单行法的形式引进德国 1892 年创制的有限公司形态。1950 年废除股份两合公司制度后，剩下按照大陆法系传统责任形式划分的四种公司形态。不过，本来主要供大型企业选择的股份公司制度，在日本没有发挥应有的功能。实践中大量小型家族式企业，出于种种考虑，也采用了股份公司形态。这固然与日本商法不设置公司最低资本限额有关，但 1990 年明确股份公司最低资本限额为 1000 万日元以后，情况并未根本改观。因为日本自 1950 年就实行授权资本制，公司设立时只需发行 1/4 的股份即可，所以法定最低资本限额功效不大。据说在现有约 250 万家商事公司中，无限、两合公司合计 10 万家左右，有限公司与股份公司平分秋色，而在 120 万家左右的股份公司中，有 90% 属于小型企业，家族式企业又占其中的绝大部分。为了维护封闭性，家族式股份公司就有限制股份转让的需求。对此，立法只能顺应。因此，日本商法 1974 年修改时，颁布了意在大小公司区分立法的关于股份公司监察的商法特例法，一方面强化对大型股份公司的强制性规范，另一方面扩大小型股份公司的任意性规范范围。在原则承认股份公司股份转让自由化的同时，允许公司章程对小型封闭式股份公司的股份转让作出限制。而日本引入有限公司时，虽然将股份公司的股东改称为有限公司中的“社员”，股份也转换成“份额（持分）”，但没有坚持德国法中份额原则上不均等的做法，社员的权利基本上按照出资比例而非人头确定，导致日本的有限公司与股份转让限制的股份公司之间无法进行严格区

分。而在立法路径选择上,既不能刻意设置不同于股份公司的有限公司特殊规则,又无法取消章程任意规定股份转让限制的自由。这是日本最终归并两类公司形态的内在原因。

综观欧美国家公司、企业形态的流变,股份公司、有限公司分离立法的模式备受质疑。德国是有限公司形态的发源地,很多德国人至今仍引以为豪,但反思的声音也从未间断过。特别是在面临欧盟内部英国“廉价的”私人有限公司(private company limited by share)的冲击时,德国也深感这种人为创制的公司形态的生存危机。英国的保证有限公司,更是务实地解决了鼓励创业与债权人保护不同立法价值目标之间的协调平衡。美国是个实用主义法学思潮盛行的国家。美国早年承袭英国的公司制度,但很快扬弃私人有限公司的称谓,创设与开放式公司(public corporation or publicly held corporation)相对应的更为合理的封闭式公司(close corporation or closely held corporation)概念。美国《示范商事公司法》以及各州实定《公司法》上的公司,通常就是指开放式公司,而封闭式公司是通过设置特例供社会公众选择的,后者除了章程限定股东人数、不公开募股、股票并不上市之外,其他与开放式公司并无根本性区别,而章程限制也是可以通过股东大会或者全体股东协商同意方式随时予以改变的。因此,美国公司股东在设立阶段就统称为发起人、认股人,没有有限公司设立中股东的概念,德国法上刻意区分股份公司的股东与有限公司的社员、股份公司的股份与有限公司的份额的做法,在美国也并不存在。另外,由于美国的开放式公司设立、营运成本高昂,法律规范严格,而封闭式公司又有很多对内管理及对外税负、信用上的不利、不便之处,LLC应运而生并大行其道。这种1977年首现于州法的新的非公司企业形态,不同于两大法系任何传统企业形态,因具有融合合伙、公司特点,对内章程意定,对外责任有限,可免缴企业所得税的优点,故从20世纪80~90年代以来迅速风行全美。

日本对上述欧美企业形态的消长变化以及背后原因的关注、跟踪,一直没有间断,经反复研究比较,权衡利弊,最终在统一公司法典中吸收、糅合两大法系不同公司形态的精髓,打破其传统分类界限,形成既博采众长、又富有特色的新公司分类体系。在具体做法上,日本新《公司法典》保留了股份公司形态,并新增与其对应的份额公司(持分会社)。前者又按照开放式、封闭式以及规模大小分为四个类型,设置不同规范,并在废止有限公司法律、取消有限公司形态的同时,允许依据旧法设立的公司保留原来的名称,作为特例股份公司继续存在,适用封闭式股份公司的规定,新法中不准设立



新的有限公司,意味着实行了 60 余年的有限公司制度成为历史。后者包括从商法中改造而来的无限公司、两合公司,以及脱胎于美国 LLC (Limited Liability Company) 的合作公司(日文汉字为“合同会社”,也有人称其为合同公司、有限责任合伙公司),原来有限公司法规范的公司,分别融入封闭式股份公司和合作公司。在整合公司形态的同时,日本《商法典》在分离出《公司法》后,仍保留有关类似于中国个体企业的个体商人(小商人)的规定,以及有关隐名合伙的规定;有关普通合伙的规定,仍保留于《民法典》之中。另外,又从美国引进有限责任合伙(LLP, Limited Liability Partnership),通过新设单行法规范,形成与公司体系并列的非公司商事主体体系。日本法上的公司、企业体系,为投资者提供了多样性、便捷化的公司、企业形态选择。不过,日本引进合作公司这一制度时,又进行了适当的改造。例如,将其糅合到《公司法典》之中,作为取消有限公司制度后与股份公司中的封闭式公司不同的一类新公司形态,而非美国那样公司形态之外的其他企业形态对待;又如,在出资形式上,美国各州大多不作限制,已提供或约定提供的劳务也可以出资,日本则限于财产类的出资形式;再如,美国符合一定条件的 LLC 可享受免缴企业所得税的待遇,日本则作为公司法人不能享受免税待遇。这也是 LLC 与日本同时引进的 LLP 的最大区别。当然,LLC 在日本究竟能发挥多大作用,还有待于实践检验。

三、中国公司形态现状分析

中国公司形态整合及“统一公司法”的走向,所涉问题要远比日本复杂。其原因在于,即使限于商事主体层面并放到市场经济条件下进行考量,我们也不但要解决《公司法》本身所规范的公司形态分类是否合适、种类是否足够的问题,而且要考虑如何破除所有制标准与法律标准并行格局的问题,还要整合规范公司形态的外商投资企业法律制度。

中国“统一公司法”进程所面临的障碍,恐怕莫过于企业所有制标准与法律标准并行格局尚未破解。1956 年中国大陆对私有制改造完成之前,在没收官僚资本的基础上建立了国营(国有)企业,而对民族工商业实行保护性政策。因此,1950 年颁布的“私营企业暂行条例”,就规定有独资企业、合伙企业和公司三种按照法律标准划分的企业形态,公司中又有无限公司、有限公司、两合公司、股份公司及股份两合公司。1956 年实行公私合营之后直至 1966 年民族工商业者定息终止之前,公私合营企业也采取公司形态,其后的所有企业几乎均为清一色的国有形态,以及在手工业合作社基

础上发展起来的另一公有制形态——集体企业。从此，法律形态企业特别是公司形态几乎绝迹。伴随改革开放进程，新的经济、企业形态不断出现，经济标准特别是所有制分类标准无法涵盖所有企业形态，国外通行的法律形态分类自然出现。尽管有的学者从 20 世纪 90 年代初就开始关注我国企业形态及法律体系双轨体制的协调完善问题，并提出了一系列建议，有人直接呼吁我国企业立法模式应当实行转换，有人还提出要协调《公司法》与外商投资企业的关系，甚至《公司法》体系本身也要进行重构，有人对国外公司、企业形态的新发展进行介绍与评述。可惜的是，十余年之前学者提出的无论是先统一内资法，形成与外商投资企业法暂时并列企业法律体系作为过渡的方案，还是在充分认识国外企业法律标准划分体系合理性的基础上，淡化、消除所有制分类标准，逐步走向单一法律标准的方案，均未被官方所采纳。实际的企业形态及其法律体系整合方案，是按照强化所有制标准，并不得不同时出台法律形态、企业规范的思路进行的，以致于时至今日，中国仍主要按照所有制标准划分企业形态，形成企业体系以及相应的企业法律体系，并设置配套的设立登记、经济统计制度。在内资、港澳台商投资、外商投资企业三分法的框架下，前者的国有企业、集体企业、股份合作企业、联营企业、有限责任公司、股份有限公司、私营企业与其他企业共 8 种，分别适用不同层次的法律规范；中者与后者细分出来的合资经营、合作经营、独资经营企业以及股份公司，也由自成体系的法律法规所规范。其中虽然可见隐含的公司、合伙、独资企业影子，但与先后颁布施行的《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》规范三类法律形态企业，形成交叉、重合、矛盾、冲突的混乱局面。这一状况不解决，中国“统一公司法”的趋势展望就无从谈起。

与上述问题有牵连的是如何认识和评价规范公司形态的外商投资企业法律制度。中国改革开放初期陆续制定颁布的《中外合资经营企业法》（1979 年颁布，1990 年、2001 年相继修订）、《中外合作经营企业法》（1988 年颁布，2000 年修订）、《外资企业法》（1986 年颁布，2000 年修订），与其说是商事主体法或者商事组织法，还不如说更接近于外国人投资法，起码属于特定投资活动法性质的内容更多一些。当然，“三资企业法”颁布时，中国的《公司法》尚在襁褓之中，当时的立法目的也是为了吸引外资，而非理顺企业法律体系，故不具备完善组织法意义上的“三资企业法”的条件。《中外合资经营企业法》虽然确定企业采取有限公司的法律形态，但寥寥 15 条内容，不可能就组织法方面的规则进行细化；另两个法律显然也能规范合作、



外资形式的公司，但组织法上的立法用意似乎更为宽松。因此，法律仅规定合作企业、外资企业“符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格”（《中外合作经营企业法》第 2 条、《外资企业法》第 8 条），而对该两类符合法人条件的企业是否采取公司形态，立法并不明确。在实际操作中，各地工商行政管理机关是将符合中国法律法人条件规定的外资、合作企业登记成公司的，而少数不具备法人条件的两类企业，也有可能作为独资企业、合伙企业进行登记。后来的《公司法》第 18 条以及新《公司法》第 218 条，将外商投资企业纳入其规范对象，并确立了《公司法》与外商投资企业的一般法与特别法关系。

问题是，立法顺序通常先有一般法后有特别法，而“三资企业法”远在《公司法》之前，加上前述组织法的内容偏少，在与《公司法》的协调衔接上存在诸多疑问。有关外商投资股份公司形态，由于“三资企业法”上并未规定，1995 年外经贸部发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》的时间在《公司法》施行之后，情况要稍好一些。但无论如何，市场经济发达、法制相对完善的国家，一般不会根据投资者的不同身份分别立法的，因为这不符合民法主体平等原则。另外，中国加入 WTO 多年，入世过渡期也即将结束，为贯彻落实国民待遇原则，中国近年在赋予各种经济成分平等待遇方面作了大量努力，清除了很多障碍。当年外商投资企业通过分别立法吸引外资导向，成绩卓著。中国外汇储备跃居全球第一，上述法律政策功不可没。现在吸引外资的历史使命已经基本完成，而其影响主体平等、国民待遇的实现，导致不公平竞争的弊病则逐渐显露。这也是刚刚完成的中国《公司法》修改思路中，本来包涵统一内外资企业法律制度动议的主要原因，只是由于过分敏感，特别是担心部分大型跨国公司因发生误解撤离中国而不得不暂时放弃。但外商投资企业分别立法的格局不可能永远维持下去，中国“统一公司法”的目标迟早会实现。否则，法制混乱、身份歧视带来的额外制度成本，最终必然会严重影响我国综合国力的提升。

至于中国《公司法》本身所规范的公司形态分类是否合适、种类是否足够，则不能一概而论。1993 年的《公司法》考虑规范的公司形态时，学界尚未完全弄清公司尤其是非有限责任形态的公司与合伙的关系，大多认为无限公司与普通合伙、两合公司与有限合伙并无本质区别，英美法系国家公司法上也没有非有限责任形态的公司，就置按照责任形式分类的大陆法系国家公司法几乎均同时规范四类公司形态的法例传统于不顾，轻率地限定股份、有限两类公司形态。实际上，国外普通合伙、有限合伙虽然与无限公司、两

合公司有许多相似之处，但其法律地位相差甚远。合伙并无法人资格，没有独立地位，公司即使有人承担连带责任，也有法人资格，本身地位独立。因此，在债务清偿方式上，无限责任合伙人承担的是第一位的直接的无限连带责任，无限责任股东（社员）则是在公司承担第一位的直接的清偿责任后，就公司财产不足清偿的部分，承担第二位的间接补充性的连带填补责任。因此，普通合伙、有限合伙与无限公司、两合公司完全可以在一个国家的商事主体体系中同时并列。另外，英美法系国家公司法上仅规范股东承担有限责任公司的形态，但对公司并不分为股份公司和有限公司。在那里公司就是公司，都可以募集股份，只是章程特别限制股份发行与转让时，才成为封闭式公司；章程一旦撤除限制，就又恢复开放性，甚至通过申请股票上市交易而转化为上市公司。显然，英美法系国家的做法不但方便人们创业以及公众投资，而且国家也减少很多管理上的麻烦，而中国的做法，特别是在新《公司法》将股份公司设立改为准则主义，允许采取私募方式设立，最低资本限额大幅降低，并同样实行一次认足、分批缴纳的资本制度后，封闭式股份公司与有限公司的差别，已经微乎其微了。这样，中国现行公司形态不仅分类不合理，而且种类明显偏少，极大地限制了人们的选择余地。

四、中国统一公司法的整合思路

考虑中国“统一公司法”的整合思路，上述问题当然要予以解决。不过，我们暂且不要急于设计对策，而应当站在更高的立场上，首先从宏观角度审视公司法的目的与性质，看看不同公司立法理念下的不同选择。否则，就有可能犯下只见树木不见森林的错误。

公司法究竟是为了限制还是引导人们的行为，它的性质属于强行性规范还是任意性规范，古今中外素有争议。我国当年《公司法》出台的目的，除了服务于国有企业改制需要之外，还有治理整顿公司的诉求，因此，更多地体现加强管制的立法理念，与《公司法》发源地欧洲大陆早年的《公司法》传统一脉相承，学界主流观点也正是据此认为《公司法》属于强行性规范或者强行性规范居多的法律。但是，近年来世界各国的公司法属性发生了很大的变化，《公司法》转向任意法性质法律的趋势日益明显，甚至干脆用合同法理论解释《公司法》，认为其是国家为了减少交易成本，而向社会提供的示范性质的标准合同文本。

上述变化具有深刻的经济背景。如前所述，经济全球化格局中的制度竞争，对各国公司法律制度模式的选择，产生着广泛而深远的影响。当今美国



成为独霸世界的超级大国，其法律制度很容易波及其他国家甚至成为各国的楷模，而美国公司法任意化的走向，又与其联邦制下各州的法律制度竞争有关。由于公司法律制度与投资资金走向、企业顺畅营运关系极大，因而美国各州竞相放宽公司管制，以便吸引更多的资金、更好的技术，推动本州社会经济的快速发展，美国特拉华州《公司法》就是典型。该州的立法机构甚至将制定高度灵活的《公司法》作为政府的服务项目对待，不仅精心设计，而且不断改进，以致于美国纽约证券交易所近半数、NASDAQ 交易系统大多数上市公司选择在该州进行设立登记。当然，放松并非放任，毕竟在美国还有联邦法系统。美国在 20 世纪 30 年代经济大萧条后，就制定了联邦法层面上的《证券法》及《证券交易法》；2001 年安然事件牵连出美国大型公司系列财务丑闻后，国会也出台了公司财务改革法。联邦法走向往往与州法相反，上述公司财务改革法就有点严刑峻法的味道。但它与《证券法》一样，都是在基于对证券市场公众投资者特别保护的观念下所作的立法选择，与普通公司法引导、促进投资的基本价值取向不但没有矛盾，反而相互之间形成协调配合的关系。

我国《公司法》与《证券法》虽然均是国家统一立法，但两者的立法目的和性质还是有所不同的。出于这样的考量，我国公司法从管制型的强行性法律，转化为引导型的任意性法律，应当势在必然，今后统一公司法的走向，不可能改弦更张、背道而驰。

综上，在中国“统一公司法”的进程中，首先要将中国企业的双重分类标准单一化。对于经济类型中的内资企业，除了极少部分关系国计民生、国防安全的国有企业仍然维持国有国营，按照公企业或者国家机关的管理模式营运之外，其他竞争性领域中的商事企业分别通过改制，转化为有限公司或者股份公司，至于国有独资、控股还是参股，则相机抉择；集体企业采取公司、合伙形态；股份合作企业的法律形态归类方向，无非是公司、合伙或者合作社；私营企业已有法律明文规定的独资、合伙、有限公司几种法律形态选项，依据公司法设立股份公司也没有任何障碍；联营企业具有法人资格的，登记机关早就已经登记为公司。这样，商事主体性质的内资企业，就无须再按照所有制或者其他标准分为不同的经济形态了，企业形态单一分类目标很容易实现。

其次，如何整合港澳台商、外商投资企业。在现行港澳台商、外商投资企业四类形态中，股份公司本来就是公司，已按 1995 年的《公司法》配套规则进行规范，属于公司法上的公司没有疑问；另外的“三资企业”，有的

法律明确为有限公司，与《公司法》规范的有限公司并无本质区别；其他符合法人条件的企业应当为公司的，也可纳入公司法进行规范，最多如国有独资公司、一人公司那样设置专章专节特别规定而已；其中的合作企业不能被《公司法》完全包容，可另作考虑；不实行公司制度、不具有法人资格的外商投资企业，则纳入《独资企业法》、《合伙企业法》进行规范。当然，原来有关外国人投资的规则，可以新设外国人投资法进行统一规范。

至于未来的中国“统一公司法”如何实现公司形态的多样性，可有多种选择方案，但无论怎样，一定要突破现行只限于两类公司形态的格局。上述日本的做法值得借鉴但不宜全盘仿效。日本新《公司法典》虽然融合了两大法系的公司法规则，但仍在取消有限公司后保留股份公司称谓的做法，并不十分妥当。因为尽管股份公司的出现时间早于有限公司，但早期的股份公司，如英国东印度公司、荷兰东印度公司等，原本为特许制公司，并非现代意义上的股份公司，而当今英美已经不见股份公司称谓的影子，没有有限公司对应称谓的股份公司涵义并不明确。在不采取德国式有限公司的国家，公司是在股东有限责任的意义上区别于其他企业形态的，故都是“有限”公司，香港特别行政区、新加坡等开放式公司，甚至上市公司，在中文中通常都用“有限公司”表示，其源盖出于此，故日本新《公司法典》中所称的股份公司，用有限公司的称谓似乎更好。法国、德国、日本等国家的无限公司、两合公司，尽管采用的企业数量已经不多，但仍没有完全丧失生命力，应当引入中国“统一公司法”中以增加选择余地。前述中国中外合作经营企业与美国的 LLC、日本的合作公司十分相似，似可经改造后加以保留，既能保证外商投资企业形态的持续性、稳定性，又可反映吸收国外最新的立法成果。这种公司形态在所有股东责任有限特性上，虽与原来的有限公司一样，但内部关系接近于合伙，与有限公司原则上按出资比例决定不同，且如美国那样可允许股东约定选择承担无限责任，灵活性更大。另外，在美国似乎不曾见到，日本也并未引进的英国保证有限公司，我们最好也纳入“统一公司法”的视野。它在只承诺不出资的条件下设立容易、运行方便，因有债权保障的出资保证机制，一般不会加大债权人的风险。

最后，在理顺“统一公司法”中的公司体系的同时，对合伙体系也要进行梳理，不但协调《民法通则》与《合伙企业法》上合伙之间的关系，而且择机引入隐名合伙、有限合伙以及有限责任合伙，形成与完整的公司体系并列的合伙体系。



五、结语

面临世界各国公司法制急剧变动的情势，中国的《公司法》已经作了重大修改，但还远未达到完美无缺的程度，制定“统一公司法典”成为未来中国完善公司法的必然趋势。日本同一时期出台《公司法典》的制度创新远多于中国，其参考两大法系传统公司形态的整合与创新，对如何确立中国“统一公司法”典中的公司体系很有启发。日本从师承法德转向师承美国，根本原因在于美国法极强的适应性、实用性，而撇开具体做法的细枝末节，日本那种勤于吸收改造的精神更值得学习。尽管中国未来“统一公司法”的模式不止一个，但日本已有的立法成果也是值得吸收借鉴的。



新《公司法》背景下的司法裁判困境

罗培新*

题记：“公司章程必然是不完备的合同，没有司法的支持、补充和解释，它们只能是一个空的躯壳。”——阿道夫·伯利（Adolf Berle）

2006年1月1日起实施的新《公司法》，无论是总则部分的浓墨重彩，抑或是分则部分的细笔勾勒，都大大拓展了司法介入公司运作的空间。在我国目前成文法传统日深和法官未多受商业氛围浸淫等约束条件之下，对修法之利弊及《公司法》可能的运作绩效予以审慎评估，或许不无价值。

司法介入公司治理，其法理基础除了提供权利救济外，还有一种更为新颖的解说。

一、司法介入公司运作的一种解说：弥补公司合同的“缝隙”

在公司法学研究领域，一种颇具影响的理论是公司法“合同主义”学说。该说通常将公司法视为合同法在公司领域的延伸。他们认为公司法在很大的意义上就是合同法，公司法规则应当主要是“补充性”的，出于公司的个性化要求，当事方可以选择适用（opt in）、也可以选择不适用（opt out）这些条款。这一学说的代表人物有大法官弗兰克·伊斯特布鲁克（Frank Easterbrook）和丹尼尔·费舍（Daniel Fischel）教授^①。

* 华东政法学院教授。

^① Easterbrook & Fischel, Corporate Control Transactions, 91 Yale L. J. 698, 700-03 (1982); Easterbrook & Fischel, Voting in Corporate Law, 26 J. L. & Econ. 395, 401-03 (1983); Fischel, The Corporate Governance Movement, 35 Vand. L. Rev. 1259, 1264 (1982) 等。他们将文章结集出版了 The Economic Structure of Corporate Law 一书，中译本《公司法经济结构》（张建伟、罗培新译，北京大学出版社2005年版）。





就公司法“合同主义”理论而言,一个值得深思的问题是,既然允许当事人创造规则,甚至允许当事人选择不适用公司法规则,在如此宽泛的意思自治情势下,法院对公司合同的介入,是否违反了公司法中的契约自由原则?法院为什么有权对公司参与方缔结的合约进行审查?对此存在以下解说:其一,传统观点认为,公司管理者和股东之间存在信托关系,而彼此信息不对称、股东集体行动导致的“搭便车”问题,都使得公司合同的合意基础并不十分牢固。加上公司合同的长期性,股东因为对风险估计不足而草签合同,这都会遗留大量的合同缝隙,这就为司法介入以平衡各方利益提供了合理依据;其二,根据“交易假说”观点,当一项合约遗漏了某些条款而显得不尽完备之时,法院应试图发现,如果当事方已经注意到这些事项时可能会达成什么条款。^①这种以事后的眼光来弥补事先的缺漏,可以认为是“理性默示着同意”(rationality implies consent)。

对公司这类长期合同的分析愈深入,就会认识到司法的介入不是对公司合同的背离,而是公司合同的重要组成部分。它们起到了“弥补合同缝隙”、“解读隐含合同条款”的作用。

英美国家的法官在长期审判实践中,创设了许多宝贵的公司法规则,如“经营判断准则”(Business Judgment Rule)就是一判例法规则。在英美国家,司法裁判的“临事立法”机制使得即便面对极不确定的公司商业活动时,公司法还维持着必须的正当性。而在我国,在公司法赋予了法院极大的介入公司运作的空间时,是否能够发挥期待中的功效?下文试作一分析。限于篇幅和文章意旨,下文着重于指出可能存在的问题,解决方案则另作探讨。

二、《公司法》总则框架内的司法介入

法律的总则奠定了整部法律的精神气脉,其对分则具体规定的指导意义不言而喻。新《公司法》的总则部分对司法可谓寄望殷殷,留下了大量的合同缝隙供法院填补。

(一) 关于公司的“社会责任”

《公司法》第5条规定,公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社

^① See R. Posner, *Economic Analysis of Law* 79-85 (3d ed. 1986).