



*Modernizing Company Law:
Path and Rules*

公司法的现代化：方法与制度

曹兴权/著

4



90.4



法律出版社
LAW PRESS CHINA

公司法的现代化：方法与制度

*Modernizing Company Law:
Path and Rules*

曹兴权/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法的现代化:方法与制度/曹兴权著. —北京:法律出版社,2007.7

ISBN 978-7-5036-7507-2

I. 公… II. 曹… III. 公司法—研究—中国

IV. D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第096467号

© 法律出版社·中国

公司法的现代化:方法与制度

曹兴权 著

责任编辑 刘文科

张春喜

装帧设计 李 瞻

开本 A5

印张 10.75 字数 280 千

版本 2007年8月第1版

印次 2007年8月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京民族印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7507-2

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

再进公司法(代自序)

公司法律制度最终体现为一系列规则,而公司法学是以实践性为基本导向的一门学问。因此,围绕公司法的有关概念和规则,公司法律职业者应培养严格的法律思维能力。完善的公司法,须建立起逻辑严密、体系合理的规则体系。在这个意义上,公司法学习与理论研究的首先任务,就是要走进公司法的规则之林。根据对外来文献的“中国阅读”或“复制”,我们建立起了一整套有关公司法规则的逻辑解释概念或工具,并且通过这种对公司法律规则的逻辑解释活动而为公司法立法与实施提供了一种条理化和系统化的手段。

在对公司制度进行概念解释、逻辑分析时,我们也不得不正视如此问题:公司法的真谛,就仅仅为这些规则体系吗?为什么公司制度需要这些规则?为什么各国公司法有显著差异、甚至是功能性的差异?为什么一个特定国家和地区的公司法也在不断发展变化着?公司法的本质到底是什么?显然,以逻辑分析、语义分析为核心的公司法研究传统方法,是无法难以面对这些追问的。

于是,走出公司法就成为一种必要。而这,在当下的公司法学界已经相当盛行。越来越多的法律学者,企图超越公司法的实体规则,运用经济学、管理学的理论工具,在公司法规则林之外来研究公司法。特别是公司法的经济分析、公司治理,几乎成为了公司法研究的代名词。

在经济分析理论中,公司在本质上是一系列合同关系的集合。

在此基础上,自由论、效率论、公司法的国际统一论则是三个相互关联的流行词语。在公司合同论者看来,公司参与者之间完全是合同交换关系,各方对交易过程有理性预期,所作出的决策能够使自己福利最大化。公司合同机制达成的效率是一种事先的效率,市场也能够在外部约束这些主体之间的关系,能够促使这些事前效率的实现。因此,如果参与者之间的这种合约不会带来消极的外部成本,法律就应该对之采取尊重和宽容的态度,公司法在原则应当上是任意法。公司制度要有效率,必须最大可能地减少公司中的国家强制,公司法现代化的实质就是还公司法以任意法的面貌。基于效率的考虑,伴随着经济全球化,各个公司制度也会在竞争中逐渐走向统一。因内在自由而具有明显的效率优势,全球公司法将最终统一到英美公司法中。

公司治理成为时髦的话题,是经济学、管理学、政治学、伦理学等各个学科共同关心的对象。经济学理论研究公司治理中的产权结构与代理现象,考察公司内部控制权和剩余索取权的配置,论证公司内部谁应当是委托人与代理人以实现最优产权结构的问题。因控制权和剩余索取权在不同主体之间的分配,公司内部各主体之间必然存在委托代理关系,包括股东与管理者之间、控制股东与非控制股东之间、股东与债权人之间的代理关系。围绕这些关系,公司法实质对代理人进行约束与激励的规则。管理学则关注公司内部各个机构之间如何形成有效激励与约束、公司如何有效运转的实际问题。政治学关注公司制度对民主的挑战,甚至提出了从资本家手中拯救资本主义的强烈呼吁。伦理学关注公司制度的正当性,关注公司本身承担社会责任的必要性。

的确,这些研究极大地深化了人们对公司现象的认识,推动了公司制度的发展。原来,在规则分析之外,还有这么多彩的世界。公司法,确实应当关注资本市场的效率;公司法,应当围绕这些主要矛盾展开;我们也应当关注公司制度本身的异化问题、现实的运作

问题。知悉公司表象的缘由和公司外壳下的核心内涵后,公司制度的某些难题得到迎刃而解了。

不过,这里有两个现象不能不令人反思:技术思维与轻规则思维。对待公司法的技术思维,在公司合同理论中相当明显。该理论从微观和应然的角度揭示了公司法在对待公司内部权利配置上应当坚持的立场。但是,公司法是纯技术性的吗?应然一定等于实然吗?在本质上,公司法律制度应当是一种社会性的活动。因此,公司法的合同思维在方法论上明显具有局限性。在法制实践中,即使鲜明坚持公司法合同理论的美国,也不得不承认公司法对非效率目标的追求。在竞争环境下,因制度效率的追求会导致公司法有走向统一的确是一种可能,但是我们还不能够得到该可能一定会转换为现实的结论。对公司法律制度的检视,还应当离不开宏观的、社会性的视野。至于轻规则思维,是走出公司看公司法的有关理论很容易走向的一个极端。虽然有学者曾经说过,经济学家常常不知道影响经济秩序的法律规则,这是经济学与法学的分离给学术研究带来的一个主要障碍。^①但是,对法学中的规则思维,经济学毕竟不会那么专业。管理学、伦理学也不例外。职工参与、公司社会责任、独立董事,这些最早在非法学领域中出现的内容,在上升为具体法律制度后遭遇了很多实践的难题。这,不能不说与此有关联。规范的不完备,一直是困扰我国公司法生命力的一个重大问题。在某种程度上,这与理论中的轻规则思维不无联系。

2005年《公司法》的颁布与实施,对于我国公司法的现代化来说,不是终结而是开始。再进公司法,就成为恒久的必要。公司法是什么,是一个高深的哲学命题。如果把这个复杂问题简单化,那么公司法是表现为一系列规则的社会性制度事实。再进公司法,在

^① 弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来译,北京:中国大百科全书出版社2000年版,第7页。

应然与实然、可能与必然、微观与宏观、法律与政策等范畴之间不停地游走,关注公司制度规则,关注公司制度规则背后的经济逻辑、政治逻辑、伦理逻辑。

曹兴权

2007年3月23日偶得于西南政法大学

目 录

第一章 导论	1
第一节 公司法现代化的全球浪潮	1
第二节 新《公司法》的欣喜与反思	9
一、新《公司法》的欣喜	9
二、新《公司法》之后的反思	11
第三节 公司法现代化的理论检视	18
一、公司法现代化的理论内涵	18
二、公司法现代化的理论研究现状	25
第四节 问题的提出：中国公司法何以现代化	33
第五节 本书的目的、思路与结构	35
一、研究目的	35
二、研究思路	36
三、本书结构	42
第二章 公司法的规范框架：从功能路径解剖	43
第一节 公司法的经济与法律分析	43
一、公司的经济结构和法律关系	43
二、公司法的规则体系	65
第二节 公司法的功能与实现	72

一、公司法的功能图谱	72
二、公司法功能的实现:权利分配	74
三、公司法的权利结构	83
第三节 权利配置主体的结构模式	91
一、公司法的意义追问	91
二、国家强制的限度	99
三、国家强制的实现方式	117
第四节 公司法演化:一个功能路径的阐释	124
一、公司法的时代挑战	124
二、公司人格公法意蕴的消解	130
三、公司自治与国家强制关系的消长	138
四、股东权利的兴衰	139
五、公司内部监控的强化	146
 第三章 公司法的规范选择:从历史路径考察	 149
第一节 公司法的现代化演进,会走向全球统一吗	150
一、公司法的统一论	150
二、公司法的分化论	165
三、对争论的评析	171
四、公司法现代化的发展趋势:统与分的二元观	182
第二节 法律发展运动与公司法的现代化运动	186
一、从“理性约束”到“效率约束”:困境依然存在	188
二、俄罗斯与日本的实证	192
三、小结:公司法现代化的适应性约束	200
第三节 公司制度的求异性考察:以英美公司法为例	200
一、公司法规则	202
二、社会根源	209

第四节 公司法现代化：一个适应性改进的理论框架	218
一、公司法现代化的目标约束	218
二、公司法现代化的路径约束	226
三、公司法适应性改进的具体展开	240
 第四章 中国公司法现代化的政策选择与制度展开	250
第一节 中国公司法现代化的历史智慧	250
一、清末公司法	250
二、民国公司法	252
三、新中国公司法	255
四、中国公司法现代化的历史启示	257
第二节 公司法现代化的法政策思考	264
一、公司法现代化的政策目标取向	264
二、公司法现代化政策目标实现路径的选择	268
第三节 我国公司法权利结构的完善	273
一、股东权利	274
二、债权人权利	287
第四节 公司法的实施	292
一、强制与自治之间的关系协调	293
二、公司诉讼的推进：规则与标准的协调	300
三、行政监管机制的完善	311
 第五章 结论	317
 参考文献	319
致谢	332

第一章 导 论

第一节 公司法现代化的全球浪潮

2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议审议并通过了《〈中华人民共和国公司法〉(修订草案)》(以下简称“新《公司法》”),一部全新的公司法终于在历史的期待中诞生。近年来,全球范围内掀起了一场公司法现代化运动。我国新《公司法》的出台谱写了其中的一个重大乐章。

英国在1825年废止了早被现实抛弃的《泡沫法案》,确立了公司自由设立制度。《1844年合作股份公司法》,在人类历史上首次在立法上确立了公司的独立法人地位。1855年颁布的《有限责任法》确认了股东有限责任的普遍特权。在1856年,修改了《合作股份公司法》。这些法律奠定了公司法的基础。此后,英国公司法又为顺应社会经济的变革而经历了多次修订,最为显著的成果是《1985年公司法》。在20世纪末,英国又掀起了一场公司法的改革运动。在著名的Cadbury、Greenbury、Hampel报告之后,英国贸工部(DTI)1998年3月启动了一项对公司法进行根本性改革的审查工作,成立了一个由资深法官、学者以及专业人士组成的独立的公司法改革指导委员会,组织各方面人士对150年来公司法最基本条款内容进行了全方位的评估和研讨。1998年发布了题为《适应经济竞争的现代公司法》(Modern Company Law for Competitive Economy)

的报告。以此为基调,该委员会在 1999 年发布了该报告的《战略框架》(The Strategic Framework),在 2000 年发布了《框架发展》(Developing the Framework)和《结构完善》(Completing the Structure)。此后,在汇集了社会各界和各个行业的意见后,该委员会终于在 2001 年 7 月提交给政府一份《最终报告》(Final Report)。2002 年 7 月英国政府发布了名为《公司法现代化》(Modernizing Company Law)白皮书,确立了公司法改革的基本目标,即贯彻“自由经济选择是实现经济效率的最好保障”的思想,减少管制,发展一个简单的、现代的、低成本高效能的、公平的和透明的公司法架构,使公司法适应经济竞争的需要变化的需求,保证英国经济在 21 世纪的竞争力和持续繁荣;^①明确了改革的基本方向,即以简化烦琐的法条,使之更加容易为经营服务;罗列了需要修改的有关制度架构,诸如规范股东与股东决策机制、明确公司董事和执行官的职责,强化了董事义务特别是注意义务、减低资本上的管制、规范公司兼并重组与信息披露;等等。^②

美国在 19 世纪晚期到 20 世纪早期就已经形成了比较完善的公司制度。自 20 世纪 80 年代以来,公司法又有了很多变革。为了抗御“恶意收购”,宾夕法尼亚州议会在 1989 年率先提出了新的公司法议案,赋予经理人以保护利益相关者的利益为目的的反敌意收购权,公司的利益相关者利益保护思想在收购法则的演进中被立法明确规定。此后,美国已有 29 个州修改了公司法,引进了该规则。^③美国“统一州全国委员会”在 1994 年通过并在 1996 年作重要修订

① 把管制性干预仅仅局限于确保人格独立、提供补充性规则、利益相关人保护以及维护公共利益上。

② Robert Goddard, “Modernizing Company Law”: The Government’s White Paper, *Modern Law Review*, May 2003, pp. 402, 406, 421-423.

③ 崔之元:“美国二十九个州公司法变革的理论背景”,载《经济研究》1996 年第 4 期。

的《统一有限责任公司法(示范法)》,创造了有限责任公司(LLC)这种公司新形式。1995年,美国通过了关于股东诉讼的改革法案,对公司集团诉讼规定了很多的限制。2001年10月,华尔街惊爆的上市公司财务造假丑闻对美国资本市场信用造成了严重威胁,整个美国资本市场深深陷入投资者信心危机之中。美国国会迅速作出反应,于2002年7月出台了《2002年公众公司会计改革和投资者保护法》(以下简称《公司改革法》)。针对会计造假,该法引进了公众公司会计监督委员会这个非盈利的公司法人组织,专门对会计行为进行监督;实行审计与咨询分业,以确保审计的独立性;强化财务信息的准确披露,强调信息的准确、真实与完整;加大公司的社会责任和刑事欺诈责任,建立防范虚假信息披露的威慑机制;延长诉讼时效,确保投资者救济的有效性。^①《公司改革法》以严厉的法律措施为显著特色,“成为继20世纪30年代美国经济大萧条以来,政府制定的涉及范围最广、处罚措施最严厉的公司法律”。^②

在20世纪90年代以前,德国公司法改革较少。进入90年代以后,随着国际融资的日益发达,原有法律已渐渐不能满足现实的需要,由此引发了德国股份公司法的修改浪潮。1994年8月10日,议会通过了《针对小股份有限公司以及调整股票规定法》。^③该法允许一人就设立股份有限公司,放松对公司经营管理的限制,减少负担,以达到为中小企业开辟利用股份有限公司形式的方便途径的目的。^④在20世纪90年代,德国几家大公司经营不善引发了市场

① 孙光焰:“美国公司法的最新改革”,载《江汉论坛》2004年第1期。

② 朱璠:“美国公司法的新发展——评《萨班斯·奥克斯利法案》”,载《法制日报》2002年10月10日。

③ 当然,最近几十年来还有其他立法活动。《有限责任公司法》、《无限责任公司法》等商事组织法作了较大修改。国会于1994年7月通过了《合伙公司法》,创立了合伙企业这种新的企业组织形式。

④ 马维麟:“德国股份有限公司法的最新修正——小股份有限公司法”,载《月旦法学》1996年第8期。

危机,导致了投资者对公司经营和股票市场的信心的丧失,进而削弱了德国企业在国际市场上的竞争力,由此也引发了公司治理问题的大讨论。德国联邦政府于2002年夏季提出了公司治理改革的10点计划。2003年2月15日,德国联邦司法部长和财政部长在该10点计划的基础上共同提出了《联邦政府改善公司治理的措施目录》,此后又颁布了《德国公司治理准则》,提出旨在完善公司内部机制、增加公司透明度、限制控制股东利用控制权,以实现保护中小股东利益目的之具体建议。这些建议,涉及了德国公司立法的基本价值取向、德国公司共同治理模式的走向问题。^①在德国公司法修改讨论中,围绕“股东利益”和“公司治理结构”两个主题而发生的公司法的视角变化,是最为引人注目的地方。“通过对民族特性的尊重尽量去除国际合作中的障碍以及创造最大限度的国际间的透明度”,或许是德国公司法未来的发展方向。^②

法国。1994年通过了一个新法律,创立了一种能够集股份公司、有限公司、合伙企业形式中有关经营的灵活、融资的便利、税收的优惠、股东的有限责任保护等优点于一体的简化股份有限公司。^③新世纪到来后,法国又连续通过了多个修改公司法的法律。2001年5月15日通过了《新经济规制法》(以下简称《NRE法律》)。该法是自《商法典》“重生”之后,近20年来法国公司法领域所经历的最大一次更新。^④2002年5月3日还颁布了《关于NRE法律涉及公司事项的实施条例》,使得NRE法律涉及公司的部分最终发生实

① 齐树洁、陈文清:“德国公司治理改革的新动向”,载《福建政法管理干部学院学报》2003年第7期。

② Helmut Kohl:“德国公司法的发展”,杨继译,载《现代法学》2003年第6期。

③ 保罗·勒嘉:“向所有人开放的简化股份公司(SAS)”,孙涛译,载《法学家》2000年第4期。

④ 长孙子筱、安娜·阿波乃尔:“法国公司法最新改革综述”,载史际春主编:《经济法学评论》2003年第4期,中国法制出版社2003年版。

际、完全的效力。这两个法律,改变了公司内部管理模式的规范,提升了股东大会对经理人的控制能力。通过扩展股东大会监督权、便利股东大会召开、降低公司诉讼限制的方式、改变管理鉴定书使用范围和操作方式的途径强化股东权利;引进司法作为令制度,强化了股东权利行使程序保障。通过强化公司内部企业委员会地位的方式,完善对股份制公司运营中的企业劳工权利的保护。通过增加公司管理透明度的方式,保护股东。确立审计行业的独立法律地位,企图强化公司内部的财务监督。另外,与公司法修改相关的法律还包括:2002年1月17日颁布的《社会法现代化法》,2003年8月1日的《金融安全法》,2003年8月1日的《经济创新法》,2004年3月25日颁布的《简化公司及公司各种程序》(第2004-74号法令)。《经济创新法》与《金融安全法》贯彻了公司法自由化改革的思想。前者,取消了有限责任公司的自由化中一直存在的最低资本限额;简化创立企业的手续,允许在线登记,引进创办企业证明制度,只要创业者提交完整的注册申请材料,便可以取得创办企业证明;放宽关于住所地的限制性规定。后者,涉及公司治理,力图修补NRE法粗糙痕迹,以实用主义的态度去除NRE法的非现实主义印记,体现了立法当局希望交由行业道德纪律来实施公司治理的意愿。^① 74号法令则主要缓和对有限责任公司的管制。^②

欧盟。在成员国进行公司法改革的同时,欧洲国家在欧盟统一的高度上追赶时代潮流。欧洲委员会于2001年设立公司法高级专家组(the High Level Group Company Law Experts),以帮助欧盟委员会起草关于公司收购的指令和确定欧盟范围内公司法未来发展的优先问题。这个专家组在2002年11月公布了关于公司治理结构

① 长孙子筱、安娜·阿波乃尔:“法国公司法最新改革综述”,载史际春主编:《经济法学评论》2003年第4期,中国法制出版社2003年版。

② 施鹏鹏:“法国有限责任公司立法的最新发展”,载吴越主编:《私人有限公司的百年论战与重构》,法律出版社2005年版,第412~424页。

的报告。^① 在 2002 年 4 月,欧洲议会和欧盟委员会要求公司法高级专家组进一步审查公司治理结构和安然公司所反映出来的审计问题。2003 年 5 月 21 日,欧盟委员会提出了一个名为“欧盟公司法现代化和公司治理走向完善”的行动计划(Europea Commission's Action Plan on Modernizing Company Law and Enhancing Corporate Governance in EU)。该行动计划的主要目标在于:强化股东权,加强对雇员、债权人和其他公司涉及的对象的法律保护;修改公司法和公司治理规范,使之适应不同类型的公司;培育企业的效率和竞争力。这个行动计划,针对欧洲委员会认为是需要急切解决的问题,提出了立法与非立法建议,为欧盟公司法改革提供了一个比较成熟的、清晰的框架。^②

日本。20 世纪 90 年代以后,日本公司法修改的频率明显增加。20 世纪最后十年,就经历了 1990 年、1993 年、1994 年、1997 年、1998 年、1999 年和 2000 年七次修改。2001~2002 年间又进行了“号称 1950 年以来规模最大的商法、公司法修改”。^③ 2001 年共修订了三次,涉及对库存股取得与持有管制的缓和、单位股份限制的废除、缓和股份发行限制、增加了限制表决权股等股份新种类、引进股票认购和新股预购权、引进公司文档信息的电子化处理规范、强化了公司监察人机能、引进了董事对公司责任的限制制度、改进了股东代表诉讼制度。2002 年的修订,规定了外部董事制度,并在此基础上引进了美国式的公司委员会治理模式、引进了重要财产委员会制度以改进公司董事会经营管理决策的灵活性、简化股东大会程序、缓和股东大会定足数的限制、明确了类别股东大会对董事的任

① Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe 129, November 4, 2002, <http://europa.eu.int/comm/internal>.

② 胡田野:“欧洲公司法最新改革与发展”,载《广西政法管理干部学院学报》2004 年第 6 期。

③ 吴建斌:“近年日本商法、公司法修改试析”,载《日本学刊》2004 年第 1 期。

命制度、引进了股份证书无效宣告、建立了资产鉴证制度,等等。^①此后,公司法的全面修改工作还在继续进行。2003年10月29日,日本法务省公布了《关于公司法制现代化的纲领试案》,向社会公众征求意见,想制定一部《日本公司法》以取代现行的日本商法典第二编——有限责任公司法和商事特例法。2005年7月26日,正式公布了《日本公司法典》。本次修订的基本方针在于,一方面实现“公司法制的现代语化”;一方面则在整合公司法规范体系的基础上,对公司法进行内容方面的“实质性改正”,以应对最近的社会经济形势的变化,^②“满足振兴经济向公司法提出的要求”,从“全球竞争的角度考虑”以“增加日本企业的竞争力。”^③因为经过2002年的重大修订后,人们或许认为《日本公司法典》的重要任务在于形式与体例的理性了。但是,2005年的修订又涉及了很多实质性修改,再次降低设立、重组以及利益分配上的管制,使得公司成立、重组和利益分配更加容易;增加了公司章程条款的自治性;建立了内部审计员这个新的公司机关;对大型公司制定了更加详细的信息披露规范。^④

还有其他国家比如韩国、俄罗斯、意大利、澳大利亚、智利、阿根廷也经历了公司法现代化运动。我国台湾和香港地区的“公司法”在最近十年也正在经受现代化的洗礼,有相当大程度的修改。

虽然无法对所有国家和地区的公司法改革运动进行回顾,不过我们还是相信这几个有限的立法例能够展示出全球公司法现代化运动的基本图景。第一,在立法政策的选择上,把公司法竞争作为提升国家经济竞争力的重要手段,以“效率之上的安全”为公司立法

① 王全、张伶:“变革中的日本公司法”,载《郑州经济干部管理学院学报》2005年第1期。

② 于敏:《日本公司法现代化的发展方向》,社会科学出版社2004年版,第79页。

③ 于敏:《日本公司法现代化的发展方向》,社会科学出版社2004年版,序。

④ Michiyo Hamada, *The Present and Future of Company Law in Japan*, 载中国与世界:公司法改革国际峰会论文集, 2006。