

国际视野下公司法改革

——中国与世界：公司法改革国际峰会论文集

赵旭东 / 主编

中国政法大学出版社

D922.291.91/52

2007

国际视野下公司法改革

——中国与世界：

公司法改革国际峰会论文集

赵旭东 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际视野下公司法改革——中国与世界:公司法改革国际峰会论文集/

赵旭东主编. —北京:中国政法大学出版社,2007.7

ISBN 978-7-5620-3064-5

I. 国... II. 赵... III. 公司法-研究-中国-文集 IV. D922.291.914-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 104776 号

书 名 国际视野下公司法改革

——中国与世界:公司法改革国际峰会论文集

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

E-mail: zfs620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 37.25 印张 740 千字

版 本 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3064-5/D·3024

定 价 68.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

2006年4月22日至23日，由中国政法大学民商经济法学院主办的“中国与世界：公司法改革国际峰会”在北京成功召开。

本次峰会是一次世界范围内具有高度影响力的公司法学界的盛会，峰会立足“高层次、高水平”，邀请了美国、英国、德国、法国、意大利、俄罗斯、澳大利亚、日本、韩国以及我国台湾和香港地区等十几个国家和地区的二十余位公司法学界的顶尖学者，与来自我国的全国人大、最高人民法院、国务院法制办、国家工商总局、中国证监会等部门的高层领导和专家齐聚一堂，就“各国、各地区公司法发展现状与未来趋势；公司资本制度的改革与发展；公司监督机制的改革与发展；公司治理与股东权益保护制度的改革与发展、债权人保护与法人格否认制度的改革与发展”五个专题分七个单元进行交流和研讨。

制度的改革和创新一直是各国、各地区公司法发展的基本趋势，公司法虽说不一定要与时俱进，但顺应时势进行修订和更新的要求确是比其他法律来得更为强烈，几十年来，各国、各地区的公司法理论和立法在许多方面都已经和正在发生重要的变革。在美国、英国、欧洲大陆、日本、我国台湾地区等，公司法都是改革形象非常突出的法律领域，各国、各地区的公司法无不表现出经常更新的活跃天性。在美国，通过判例进行的公司法律规则创制当然比复杂的立法程序来得便捷灵活；在英国，从19世纪末形成了每隔二十年左右对公司法进行全面审查修订的惯例，而近几十年的修订更为频繁；即使在历来形



象保守的日本，受欧美公司法的影响，公司法的一些制度也在进行一些重大的变革，如对一人公司的最终承认、独立董事制度的引入等；在我国台湾地区，2001年进行的公司法修订已是第十二次，其修订内容涵盖公司组织运作、资本结构及资金供给、经营架构调整、行政监督、成本精简及效率提升等等，其修订幅度之广、力度之大令人瞩目。

在经济社会之全球化发展和公司法国际改革浪潮背景之下，本次峰会系统地总结了近些年来各国、各地区公司法改革的国际经验，深入地分析了世界公司法发展的新趋势，创造性地探索了21世纪公司法进一步改革的思路和途径，形成了一系列权威的理论成果，产生了广泛的国际影响。

本书收集了峰会期间各位学者提交的论文，汇集了十几个国家和地区的公司法学者关于公司改革的最新理论成果，涉及到公司法制度的各个方面，具有很高的学术价值。尽管本书中的论文篇幅不一、文风各异，但都具有一定的代表性，编者综合考虑均予以收录，以供读者参阅。希望本书的出版对中国公司法学的研究能起到推动作用。本书的出版得到了中国政法大学出版社的大力支持，特此感谢。

赵旭东

2007年7月



目 录

新公司法纵论

- 论我国《公司法》进一步改革和完善的两个问题 周友苏 沈柯 (1)
- 简评中国新《公司法》的修改 雷兴虎 (14)
- 对我国新公司法的若干思考与建议 刘永光 (18)
- 谈《公司法》修订及其对公司会计与审计的影响 张苏彤 刘灿 (26)

公司法理念

- 《公司法》框架下中国企业制度的改革方向 范健 (34)
- 新《公司法》的类型化问题与实践图景 吴越 (41)
- 2005 年《公司法》在我国公司法现代化中的地位 张氏安 (48)
- 公司法律制度理念基本问题研究 宁金成 (58)
- 公司法律规制理念的选择 刘智慧 于雯雯 (71)
- 新公司立法规范解析
- 从价值判断的角度释法 薄燕娜 (89)
- 从一人公司制度读解中日公司立法理念的差异 李立新 (99)

域外及我国港台地区公司法的现状与未来

- 英国公司法改革 [英] 保罗·戴维斯 (112)
- 后安然时代的美国公司法和公司治理 [美] 柯蒂斯·米尔哈特 (118)



澳大利亚公司法的未来走向

- 公司法执行中的挑战 [澳] 唐曼荣 (131)
- 日本公司法之现状与未来 [日] 滨田道代 (147)
- 法国公司法的现在与未来 [法] 皮埃尔·亨利·康纳克 (157)
- 韩国公司法的现在与未来 [韩] 李哲松 (170)
- 香港公司法的改革进程和发展趋势 张宪初 (179)
- 俄罗斯联邦公司法的改革：现状和发展前景
..... [俄] 维塔利·瓦西里耶维奇·别兹巴赫 (200)
- 意大利公司法的现在与未来 [意] 安东尼奥·塞拉 (203)
- 我国台湾地区“公司法”的改革历程和发展现状 赖源河 (211)

公司形态

- 从日本公司形态整合看中国统一公司法趋势 吴建斌 (214)
- 保证有限公司组织形态与银行资产证券化关系研究 管晓峰 (224)
- 公司改革的热点
——LLP（有限合伙）制度的可行性研究 姜一春 (244)

公司资本制度

- 关于日本授权资本制度的考察 [日] 布井千博 (249)
- 行政授与下的补偿协商
——论中国的股权分置改革 王文字 陈建霖 (255)
- 两岸公司法修订后有关股份有限公司资本制度之比较研究 赵德枢 (262)
- 中国公司资本制度的改革与发展：功能、
内容与环境 [美] 雅克·德莱尔 (275)
- 中国公司资本制度的改革与未来 赵旭东 (278)
- 矿业权出资与新《公司法》修订 李显冬 王帅 (281)
- 浅论我国新《公司法》的资本制度 倪才龙 (292)



公司治理制度

认真对待股东权利

- 公司治理在美国和德国 [德] 西奥多·鲍姆
[美] 肯·斯科特 (300)

英国公司治理与小股东保护概述 [英] 丹·普林蒂斯 (332)

股东代表诉讼制度的司法运用 [日] 周剑龙 (339)

我国新《公司法》对股东民主和公司自治推进政策的评价 甘培忠 (352)

论董事会的职能定位与职权配置

- 理论、运行与制度设计 李建伟 (358)

论公司治理中的国家干预 郑俊果 (374)

论股东代位诉讼的当事人 刘金华 (381)

机构投资者在公司治理中的角色定位及其法律规制 李东方 张俊娟 (391)

充分发挥私人诉讼的作用, 提高上市公司的质量 贺绍奇 (408)

论一人公司治理

- 兼论一人公司利益失衡的矫正机制 刘丹 (422)

美国公司法注意责任制度研究 苗壮 (429)

股东表决权排除的制度分析

- 兼论我国公司法中股东表决权排除制度

的完善 陈丽苹 陈广辉 (443)

股东投票、投票权征集与因特网

- 扩大股东参与投票的可能性与降低信息

成本的一种方式及路径 马更新 (456)

其他公司制度

日本股份公司监事制度的变迁

- 明治时期至当今新公司法 [日] 大冢英明 (465)

迈向闭锁性公司之路

- 美国、日本及我国台湾地区股东协议比较分析 王志成 (481)



公司捐赠法律问题研究	赵万一	张晓玲 (499)
论新公司法中的揭开公司面纱制度	刘俊海	(515)
新《公司法》背景下的司法裁判困境	罗培新	(525)
公司瑕疵设立制度改革: 问题、理念与取向	王建文	(533)
公司瑕疵设立制度研究		
——两大法系公司瑕疵设立效力的比较分析及		
我国公司法的选择	胡利玲	邵江丽 (545)
论公司分立之定义	陈俐茹	(556)
中国股份电子化的进程与挑战	范中超	(563)
公司章程三论	周昀	(575)
2005 年《公司法》中的“职工”一词辨析		
——2005 年《公司法》改变了什么之一	姜朋	(582)



新公司法纵论

论我国《公司法》进一步改革和完善的两个问题

周友苏* 沈 柯**

2005 年我国《公司法》修改获得重大突破,得到学界和实务界的一致肯定。在一片赞扬声中,我们还应当保持冷静和清醒的头脑,关注新《公司法》在实施过程中不断改革与完善的问题。限于篇幅,本文只讨论公司管制与自治和公司法的稳定与更新两个关涉公司法修法理念的问题。

一、公司管制与自治

公司管制与自治在《公司法》修改过程中被认为是公司法的基础理论问题。尽管许多学者从不同角度对其进行了讨论,但仍有广度和深度不够之感,需要对此从理论层面再作些审视和思考。

(一) 管制与自治对公司法改革发展的影响

公司的管制与自治,实际上是指在对公司的法律调整中股东意思自治的程度问题,管制意味着股东意思自治的空间较小,而自治则意味着股东享有较大的意思自治空间。在法律对公司的调整中,管制与自治总是并存的,不可能出现绝对管制或绝对自治的情形。因而,研究管制与自治所要解决的不是在二者中选择其一的问题,而是回答在对公司的法律调整中是管制成分多一些,还是自治成分多一些的问题。

公司的管制与自治问题在法律上有两方面的体现:①公司法中强制性条款和任意性条款的配比,强制性条款意味着管制,而任意性条款则意味着自治。②行政机关对于公司进行管理的范围和程度,行政管理的范围和程度与管制成正相关的关系,而与自治则成反相关的关系。

* 四川省社会科学院教授。

** 四川泰益律师事务所律师。



在我国现有的公司法研究中，不少学者的论著涉及到公司的管制与自治问题。譬如，近年来，江平教授在不同场合多次提到公司法中强制性条款和任意性条款的问题。他认为，公司法中凡涉及到第三人的内容，应当采用强制性条款，而规范公司内部关系时则应更多地采用任意性条款。另外，在对公司法中某些具体制度的研究中也会讨论到管制与自治的问题，如关于公司资本制度的不同观点的激烈碰撞中，主张维持，甚至进一步强化法定资本制的观点实际上代表了管制的态度；而主张放松或缓和法定资本制，甚至实行授权资本制的学者所持的则是自治的态度。我们也注意到，学者们的研究虽然不乏精辟的见解，但多是围绕公司法中的具体问题来提出观点和展开论述的，少有从公司法律制度总体的高度来深度审视管制与自治的理论意义和价值。我们认为，管制或自治是公司法研究中的一个基础性理论问题，其意义犹如大厦的基础，公司法中的基本原则和制度的设计，以及权利、义务和责任的配置很大程度上取决于对管制与自治问题的认识。以公司设立为例，审批主义与自由主义分别代表着管制和自治，而二者在设立条件、设立程序，以及设立人（发起人）的权利义务等方面有着较大的区别，两种设立制度虽不至于迥异，但也可以说是大相径庭，这正体现了管制与自治问题对于公司法律制度的影响。因此，在公司法研究中确有必要对管制与自治的问题从理论上进行剖析，并作出回答。

研究公司的管制与自治，首先必须明确管制与自治各自解决的问题是什么，或者说公司为什么需要管制，为什么需要自治。通常而言，对公司实施管制的理论依据在于公司是一个社会化的市场主体，在其设立、存续和终止的各个环节不可避免地会因从事法律行为而与其他不特定的市场主体产生法律关系。而且，这里所说的法律行为和法律关系并不局限于民商事领域，在现代社会中，公司的活动已经渗透到几乎所有的社会领域。因此，从总体上讲，公司是一种高度社会化的组织，其行为规范与否，直接关系到交易安全和社会秩序的稳定。那么，对公司进行管制的意义也就主要在于保护交易安全，维护社会秩序稳定。换言之，对于公司的管制源于公司的社会化特征。而公司自治，与管制一样，也有着深刻的理论依据：①公司是由股东投资设立的，股东最初的投资行为实际上是一种合同行为，因此从本源来看，公司的产生与合同有着密切的联系，而当事人意思自治恰恰是合同的精髓；②公司作为股东投资的产物，其产生、存续以及终止在事实上是为了满足股东的某种需要，因此股东有权根据自身需要决定公司的设立、存续以及解散等问题，这也正是股东意思自治的基本含义。归纳而言，公司自治所解决的问题是尊重和保护股东的投资意愿和投资利益，以便吸引和促进投资。

管制与自治各自的意义已如前述，接下来我们需要讨论的问题是对公司制度以及公司法的价值取向进行定位，也就是说，回答公司制度和公司法在保护交易安全和尊重投资意愿、促进投资这二者之间应当如何偏重的问题。①从公司制度的起源来考察，公司的产生满足了人们对于投资的需求以及对于投资安全的渴望。公司制



度一方面能够迅速集中社会闲散资金，另一方面又能够最大限度地规避投资风险，保障投资安全，这既是公司制度产生的基础，也是其蓬勃发展的生命力所在。^{〔1〕}与公司制度的产生和发展相适应，公司法产生之初的首要任务便是以在法律上对投资安全和投资者利益的保护来刺激和促进投资；发展至今，虽然公司法的内容不断的更新和充实，但其保护投资、促进投资的基本理念并未发生变化。②公司作为市场主体，与其他市场主体，如自然人、其他法人或非法人组织在法律地位上是平等的，在从事交易行为时应当遵守同样的规则。譬如，签订履行合同应遵守合同法，转让、抵押财产应遵守物权法等。就合同法、物权法等法律而言，制定统一的交易规则、规范交易行为、维护交易各方的合法权益是其主要内容，也是其意义所在。因此，前文所述对公司交易行为的规范，对相对方利益的保护，对交易安全的维护等问题，在很大程度上属于合同法、物权法等法律的调整范围。虽然公司法无法回避保护债权人、保护交易安全等问题，但这不是，也不应当是公司法的主旋律。因此，我们认为，公司制度应当以吸引和促进投资为价值取向，公司法应当以尊重投资意愿，保护投资者利益为本位。

至此，我们似乎已经可以就公司的管制与自治问题作出回答，既然公司法以尊重投资意愿，保护投资者利益为本位，那么当然也就应当赋予股东较多的意思自治空间。但问题并非这样简单。如前文所述，对于公司的管制源于公司的社会化特征，而前文所讨论的公司社会化问题仅限于交易行为的社会化，并没有涉及投资行为的社会化；如果投资行为中也存在社会化问题，即使公司法以尊重投资者意愿，保护投资者利益为本位，也须对公司进行管制。

在公司交易行为社会化的问题上，社会化的程度因公司经营规模的差异有所不同，但这只是量的差异。在投资行为上，社会化的问题则因公司形式的不同而存在质的区别。譬如，上市公司的股东在数量上可能远远超过其债权人，这显然是社会化的投资；但在小规模的小规模有限责任公司，特别是新公司法规定的一人有限责任公司，其投资则很难说是社会化的。正是由于这种质的差异，我们似乎无法在管制与自治的问题上作出明确的回答，研究因此陷入困境。

困境的产生并非源自于前文关于管制与自治，以及公司法价值取向的分析和结论，而是来源于我们对于公司这一概念的认识。公司本身是一个集合概念，仅就我国而言，公司就存在有限责任公司和股份有限公司之分；而在股份有限公司中又分为发起设立的股份有限公司和募集设立的股份有限公司，后者中还可以再区分为上市公司和非上市公司。在公司法中，不同类型的公司在制度设计上存在着显著的差异，这就启示我们：在管制与自治的问题上，不同类型的公司也完全有可能作不同

〔1〕 江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社1994年版，第41～47页。



的选择。当我们把公司作为一个集合概念进行研究而陷入困境时，这一启示为我们打开了新的思路。①有限责任公司。有限责任公司属于人合兼资合的公司，其股东之间具有一定的人身信任关系，而公司的产生和存续也在一定程度上依赖于股东之间的人身信任关系。这种人身信任关系的存在首先决定了有限责任公司的股东人数不可能太多，虽然公司法对有限责任公司的股东规定了50人的上限，但在实践中，有限责任公司的股东多在2~10人之间，超过20个股东的有限责任公司就非常少见了；②人身信任关系还使得有限责任公司的股东一般具有相似的社会背景和经历，而且相互之间多是熟识的，如果套用社会学上的概念，可以说有限责任公司的股东多来自于熟人社会；③为了维护有限责任公司股东之间的人身信任关系，公司法还对股东转让股权作出了一定程度的限制，使得有限责任公司的股权难以大范围和大规模的流转。正是因为上述限制，尽管有限责任公司可以形成较大的经营规模，但其投资者却只能局限在一个较狭窄的范围内，很难达到社会化的程度。

而股份有限公司则不同，股份有限公司属于典型的资合公司，在一般情况下，股东之间非但不具有人身信任关系，而且公司股东的人数在理论上可以无限增加；股东的来源不受地域、身份、背景、经历的限制，任何人都可以因购买股票成为股东；在股权转让上，股份有限公司股权的转让通常不受限制，可以大范围、大规模地流转，特别是上市公司，其股票在证券市场上自由流转的情形在一定程度上已经类似于货币的流通。由此不难看出，股份有限公司的投资者与投资行为是高度社会化的，这与有限责任公司有着本质的区别。

有限责任公司与股份有限公司在投资社会化问题上的区别决定了他们在管制与自治的问题上应当作出不同的选择。由于有限责任公司的投资者及其投资行为的社会化程度很低，或者完全不具有社会化特征，因而股东与公司之间，以及股东之间出现的问题相对于交易而言，属于内部问题，法律对这类问题的调整应当注重维护股东之间的人身信任关系，赋予股东以更大的意思自治空间。简言之，有限责任公司适于自治。而对股份有限公司来说，投资者及其投资行为是高度社会化的，因此公司中有关投资者的问题绝非内部问题，事实上，就股份有限公司，特别是上市公司而言，投资者问题往往会产生重大的社会影响，其影响力远远超过其经营问题。因而，对股份有限公司投资者的保护在一定程度上也就是对社会公众利益的保护，对于这类问题的法律调整无疑应以管制为主要手段。需要进一步阐明的是，无论管制还是自治，其目的均是保护投资者利益，通过对投资者利益的保护来刺激和促进新的投资，而这正是与公司法的价值取向相契合的；质言之，管制与自治虽然在形式和手段上相矛盾，但应用于不同类型的公司，实现的目的则是一致的。

在管制与自治的问题上，我国公司法修订前未能科学地区分有限责任公司和股份有限公司，采取了一体管制的做法。新公司法在这一问题上进行了重新设计，扩大了有限责任公司意思自治的空间，而对股份有限公司则在某些方面加强了管制，



应当说这是我国公司法发展中的一个可喜的进步。但作为理论研究，我们的目光不应止步于新公司法，而应当以此为基础作更进一步的展望。随着我国经济市场化程度的加深，股份有限公司的社会化程度也会日益加深，因此对于股份有限公司的管制将更为严格；而另一方面，法律对于有限责任公司的调整将更加灵活。也就是说，随着社会经济的发展，有限责任公司和股份有限公司在法律调整上的差异将会越来越大，当这样的差异大到一定程度时，将二者置于同一部法律中进行调整就会产生问题。届时，作为法典的公司法也许将不复存在，取而代之的是有限责任公司法和股份有限公司法。事实上，在其他国家和地区，对有限责任公司和股份有限公司分别立法进行调整的情况并不少见，^{〔2〕}这完全有可能成为我国公司法改革发展的一个重要趋势。

（二）关于事前管制与事后管制的立法设计

既然公司管制是基于公司具有社会化的特征或者说是与公共利益相关，那么，法律对公司的管制是否有效，就直接影响到对社会公共利益的保护。从这个角度出发，我们有必要对公司管制的问题作进一步的研究。从另一个角度看，自治意味着法律赋予股东以较大的意思自治空间，因而对于自治的方式方法，法律并不作过多的限制，如何实现自治主要由股东自主决定；如有限责任公司股东会的决议，股东既可以召开正式的股东会议作出决议，也可以不召开会议，而通过各方股东书面确认的方式形成决议。但管制则完全不同，由于是法律的强制性规定，而且体现了法律的强制效力，因此管制必须具有严格的制度内容，也就是说，法律必须解决如何管制的问题。因此，我们对于公司管制的研究也就不能止步于对是否管制作出回答，还必须进一步解决在法律上如何有效实现管制的问题。此外，由于股份有限公司，特别是上市公司涉及较多的管制问题，因此，对管制作深入研究对于解决我国目前面临的上市公司法律规制问题具有重要的现实意义。

通常而言，管制可以被分为事前与事后两种模式。所谓事前管制，也可以称为立法预设，是指法律为从事某种行为所设定的条件，当事人必须符合法定的条件才能够从事相应的行为。在公司法中，最低注册资本额的规定即属于典型的立法预设。而事后管制则是法律为违法行为人设定的不利后果，当行为人实施违法行为后，法律设定的不利后果才发生效力。事实上，事后管制主要涉及法律责任的问题。在任何一部法律规范中，事前管制与事后管制均是同时存在的，但是在不同的法律中，

〔2〕 在美国，我们通常所说的《示范公司法》（Model Business Corporation Act）是规范开放式公司的，类似于我国募集设立的股份有限公司以及上市公司；1982年，全美律师协会公司法委员会制定了《封闭公司补充示范法》（Model Statutory Close Corporation Supplement），用以调整封闭式公司，类似于我国的有限责任公司和发起设立的股份有限公司。在德国，《股份及股份两合公司法》调整股份有限公司和股份两合公司，《有限责任公司法》专门调整有限责任公司。



二者的比重则是有区别的：在宪法类规范中的事前管制，也就是立法预设所占比重较大；而在刑法类规范中则以事后管制为主要内容。之所以存在这样的区别，主要在于不同法律的规范对象以及立法目的是不同的，而不同的规范方式也有着不同的效果。这就引申出规范方式同规范对象及立法目的的适应或匹配问题。具体到公司法，应当如何配置事前管制与事后管制的比重，我们拟从法律经济学的角度来加以考察。

法律经济学的观点认为，法律的制定和实施是需要花费成本的：对于国家而言，主要指立法成本、司法成本和执法成本；对于法律规范的对象而言，成本则主要是守法成本和违法成本。所谓守法成本，是指当事人为了遵守法律规定，达到法律所要求的条件而支出成本，仍以最低注册资本额为例，当事人设立公司的投资额必须符合这一法律规定，这就是一种守法成本；违法成本则是当事人因违法行为而应承担的不利后果，如受到经济处罚，同时也会造成其名誉减损、社会评价降低等。^{〔3〕}我们对于公司法中的事前管制与事后管制的研究主要以当事人为出发点，着重考察其在事前管制和事后管制条件下不同的成本支出情况。

在事前管制的情况下，为了符合法律预设的条件，所有当事人均须支出必要的成本；也就是说，当事人的成本支出是均等的。对于当事人而言，这种均等的成本（守法成本）支出方式并不存在“有利”或“不利”的区别。因此，事前管制下的成本支出既不能促使当事人守法，也不能对当事人的违法行为予以震慑。由此可见，事前管制的主要意义在于设定准入标准或为当事人规定行为模式。

而事后管制则不同，由于事后管制所解决的是当事人实施违法行为后承担不利后果的问题，因此在事后管制中涉及的成本就是违法成本。显然，违法成本不是每个当事人都要支出的，只有违法者才会面临这种成本的支出。相对于其他当事人，违法成本的支出对于违法者而言明显是不利的，而这种不利的后果恰恰能够对其他当事人起到震慑作用。因此，事后管制的意义：①在于震慑当事人；②当事人真正实施违法行为后，事后管制便会产生实实在在的惩治效果。

在对事前管制和事后管制进行抽象的成本分析后，我们再以实例对二者的区别和联系作进一步的阐述。以公司法维护资本真实原则的制度为例，公司法为维护这一原则，在公司设立程序中要求股东的出资必须经过法定机构验资，这就是一种事前管制；而验资必须向验资机构支付一定费用，这便是守法成本。这项成本是任何一家公司设立时都必须支出的，但这一成本并不能约束当事人在公司成立后的行为。一旦发生抽逃出资等违法行为时，便会产生相应的法律责任，事后管制开始发生效力；违法的当事人会面临罚款、民事赔偿甚至受到刑事处罚等后果，也就是违法成

〔3〕 名誉减损、社会评价降低等后果并非纯粹经济性的后果，但也属于违法成本的范畴，这是因为法律经济学中的成本与纯粹经济学中的概念有所不同，并不仅仅局限于经济成本。



本的支出。违法成本的支出对于违法者而言是法律的惩治,对于其他当事人而言则体现了法律的震慑。事后管制正是通过震慑和惩治这两种手段来实现对公司及股东行为的有效调整。

至此,我们不难发现,事前管制与事后管制有着不同的功能,同时具有一定的联系。在一部法律规范中,事前管制往往是事后管制的前提和依据,事后管制则是事前管制的保障。如果缺乏有效的事后管制,法律设计事前管制的目的便有可能落空;更为严重的后果则是,缺少事后管制的震慑完全可能刺激当事人为了弥补在事前管制所支出的守法成本而从事违法行为。^{〔4〕}因此,二者相比较,事后管制更加体现了法律对于人们行为的规范,体现了法律的威严和强制效力。

关于事前管制与事后管制的前述分析并不足以回答公司法应如何配置二者比例的问题,还需要结合公司法的立法目的作进一步的研究。如前所述,公司法应当以尊重投资意愿,保护投资利益为本位;或者说,公司法的立法目的主要在于鼓励和促进投资。实现鼓励和促进投资的最直接,也是最有效的做法莫过于降低投资成本。依据前文关于法律成本的分析,在法律中实现投资成本的降低就需要放宽,乃至减少公司法中的事前管制,使当事人能够在投入较少成本的情况下合法地设立和运作公司,也就是通常所说的降低设立公司的门槛。但同时,鼓励和促进投资并不意味着对公司放任自流,对投资者利益以及社会公共利益的保护又要求法律对公司予以管制。因而,在放松事前管制以鼓励和促进投资的情况下,强化事后管制便成为公司法的必然选择。在公司法中强化事后管制包括这样几个方面的内容:①强化法律责任,公司法中的任何一项强制性条款都应当有法律责任条款相对应;②加重违法成本,通过高昂的违法成本来震慑所有的当事人,同时惩治,甚至淘汰违法者;③真正落实法律责任,保证每一项法律责任条款都可以通过司法程序或行政程序得以落实。

事前管制与事后管制在我国公司法中的配置曾经长期处于不协调的状态。一方面,原公司法中过多过严的事前管制,如严格的法定资本制,过高的最低注册资本额等,严重地阻碍了投资行为和公司制度的发展。另一方面,原公司法又缺乏有效的事后管制:①部分强制性条款没有法律责任予以对应,如关于公司转投资的规定,虽然明确限制公司转投资的比例,但整部公司法对此却没有任何法律责任的规定;^{〔5〕}②缺乏可诉性,由于条款的粗疏,部分法律责任无法通过司法程序落实。因此,原公司法中的很多缺陷都可以归结为事前管制与事后管制的失衡。正因为如此,

〔4〕 参见[加]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第269页。

〔5〕 新公司法虽然对转投资放开了投资比例的限制,但在投资对象上仍有所限制;遗憾的是,新公司法仍然没有规定违反法律规定进行转投资所应承担的法律责任。



这次公司法修订特别注意了部分事前管制的放松,乃至取消,同时在一定程度上强化了事后管制的力度。这当然是值得称道的进步,但同时我们也应当看到,由于有限责任公司和股份有限公司在管制与自治问题上的差异,新公司法中关于有限责任公司的某些事前管制仍有进一步放松的空间,如现物出资的强制评估问题;而在股份有限公司,特别是上市公司的问题上,新公司法虽然较以前强化了管制,特别是事后管制,但是否能够真正落实,还涉及到其他法律法规以及司法、执法机关的问题,如证监会的监管力度和实效,与上市公司有关的民事赔偿诉讼的受理与审判等。由于这些问题已经超出了本文的探讨范围,在此只能点到即止,但却可以引发我们关于中国公司法律制度更多和更深层次的思考。

(三) 管制与自治的理论引申

管制与自治作为公司法的基础理论,还可以启示我们从其他角度来关注和深入思考公司法改革和完善的问题。

1. 公司法与证券法的调整取向。在讨论公司管制与自治问题时,我们会很自然地联系到证券法的有关问题。之所以产生这样的联系,是因为公司法与证券法之间有着天然的关联性:证券法主要调整的是证券的发行和交易行为,其中尤以股票的发行和交易为重;^{〔6〕}股票的发行与交易是上市公司运作中的重要内容,而上市公司的基本问题,如设立、组织机构等则是由公司法进行调整的。可见,公司法与证券法之间的天然联系之一就在于二者在对上市公司的调整上有所重叠。但是,重叠并不意味着重复,二者对于上市公司进行法律调整的重心是不同的:公司法调整的主要是上市公司的设立、存续以及消灭等问题,其重心在于上市公司这一组织本身;而证券法调整的则是上市公司这一组织的若干行为,即股票的发行与交易。调整重心的差异反映了两部法律的区别与联系:公司法主要是一部组织法,而证券法则是一部行为法;如果将公司法作为普通法看待,则证券法就是公司法的特别法。

正是由于二者之间天然的联系,我们很自然地引用前述管制与自治的理论来研究证券法的问题。当我们真正这样做时,感觉问题似乎非常地简单和明了。上市公司股票的发行和交易显然是社会化的行为,而且是高度社会化的行为;在发达的市场经济国家,证券市场被看作是国家经济的晴雨表,其社会影响不言而喻。因此,从社会化的角度来看,证券法应当是一部以管制色彩为主的法律。但另一方面,股票是证券化的股权,股票的发行和交易实质上是一种财产性权利的转让,或者说买卖;而对财产或财产性权利的转让或买卖实际上是一种合同行为,对于合同行为进行法律调整的基本原则是当事人意思自治。那么,证券法作为规范股票交易的法律,似乎又应当贯彻自治的原则。管制或是自治,在公司法中已经阐明的判断标准在证

〔6〕 正因为如此,本文关于证券法的讨论主要针对上市公司及其股票的发行与交易。