

# 脱法实践下公司法规则变迁之逻辑

林少伟\*

## 目次

一、问题的提出	(二) 作为进路展开的合法性评价
二、脱法实践与公司法规则变迁之耦合基础	四、公司法规则变迁之三维逻辑样态
(一) 法的社会性与脱法行为的实践性相通	(一) 正向评价的法与违法的脱法之竞争逻辑
(二) 法的价值性与脱法行为的逐利性相倚	(二) 负向评价的法与合法的脱法之替代逻辑
(三) 法的不完备性与脱法行为的指向性相成	(三) 负向评价的法与违法的脱法之重塑逻辑
三、公司法规则变迁之逻辑进路	五、结语
(一) 辩证视野下制度耦合的进路演绎	

**摘要** 新一轮公司法修订工作已启动,从宏观层面探讨并反思公司法规则变迁无疑意义重大。脱法实践作为一种“失范的自治行为”与公司法规则变迁紧密相连,并存在耦合基础,即法的社会性、价值性与不完备性与脱法行为的实践性、逐利性和指向性具有相通、相倚和相成的共性。脱法实践与公司法规则变迁之间产生耦合的逻辑进路是对应然层面法秩序的判定,而判定此种应然层面法秩序的必要前提则是对脱法实践以及相应的公司法强制性规范分别进行合法性评价。经过合法性评价后的脱法实践与公司法规则之间存在四种耦合形态,并可以类型化出三维逻辑样态:正向评价的法与违法的脱法之竞争逻辑、负向评价的法与合法的脱法之替代逻辑以及负向评价的法与违法的脱法之重塑逻辑。不同逻辑样态下的变迁范式呈现出各异特征,并对公司法规则变迁产生不同程度的影响。

**关键词** 法律规避 脱法行为 公司法 制度变迁 合法评价

## 一、问题的提出

制度作为一种会不断自动建立、修正、改革和创新的存在,其演变过程在制度经济学理论中被

\* 西南政法大学民商法学院教授、公司治理法律研究中心主任、法学博士。本文是国家社会科学基金项目“公司法程序规范优化路径研究”(项目编号: 21BFX097)、2020年教育部霍英东教育基金会项目“公司法制度变迁路径之检视与展望”的阶段性成果。

称为“制度变迁”。〔1〕从供求角度而言,制度变迁可谓是一个社会中供给和需求力量相互影响的产物。〔2〕公司法制度何以生成并因何种因素得以变迁,无疑值得深入研究。〔3〕我国《公司法》自初创以来的历次修改或修订,似乎呈现出一种融合政府主导的强制性变迁与法律移植等多种路径的交叉演变范式。〔4〕但深入探究公司法规则在正式修订前所面临的种种实践挑战,便可发现,在新《公司法》出台之前,那些原本为法律所明确限制的领域,各种法律规避行为却早已屡见不鲜,它们在实践中已然成为一种惯例,市场主体与监管部门均对此心照不宣。新《公司法》减少的某些强制性规范,恰恰与曾经市场主体所规避的规范不谋而合。从某种程度上而言,中国公司法的既往规则变迁实际上沿着“脱法”的路径前行。脱法行为的背后,实际上映射出我国公司法规则变迁可能存在“不为人知”甚至被“视而不见”的一面,即我国公司法规则的废除或重塑很大程度上是在市场主体自发选择的脱法行为基础上改造而成。注册资本制度的重大变革、分红由强制性规定转变为缺省性规则、对一人公司的敌视转变为正式承认其合法地位以及逐步解禁股东出资的形式限制,凡此种种,无疑集中反映出公司及其投资者超越强制法边界而出现的“失范性自治行为”,这些行为很可能因存在规避法律的嫌疑而被给予违法性评价,进而成为司法裁判否定的对象。然而,尔后的立法却对上述失范自治行为予以承认,这不仅表明公司自治行为确实会对公司法规则的变革产生重要影响,同时亦隐约显露出我国公司法规则演变过程中脱法行为闪烁的影子。有鉴于此,本文拟以脱法实践与公司法规则变迁之耦合为切入点,解析脱法实践与公司法规则的耦合进路,并据此探寻脱法实践背景下公司法规则变迁之逻辑,以尝试揭开公司法规则变迁的另一副面相。

## 二、脱法实践与公司法规则变迁之耦合基础

脱法行为,〔5〕源自德文 Umgehungsgeschäft,也称为规避法律行为、〔6〕规避法律〔7〕或者规避行为,〔8〕是指当事人为规避某些特定法律规范的适用而采取的各种策略行为。〔9〕脱法行为无可避免会面临法律上的评价,因此,从法律效力角度可将脱法行为分为合法型脱法行为和违法型脱法行为。这意味着并非所有的脱法行为都会被予以违法否定性评价,而存在着位于法律效力灰色

〔1〕 参见林毅夫:《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载〔美〕罗纳德·科斯等:《财产权利与制度变迁》,上海三联书店1994年版,第10—25页。

〔2〕 参见〔美〕道格拉斯·诺斯、〔美〕李·J.阿尔斯通:《制度变革的经验研究》,罗仲伟译,经济科学出版社2003年版,第30页。

〔3〕 参见林少伟:《制度经济学视野下公司法规则变迁路径之检视与重塑》,载《经济法论坛》2020年第25卷,法律出版社2020年版。

〔4〕 在法律移植方面,学界更多从本土化与国际化相互交融的角度审视公司法修订的动因。可参见朱慈蕴:《论中国公司法本土化与国际化的融合——改革开放以来的历史沿革、最新发展与未来走向》,载《东方法学》2020年第2期。

〔5〕 “脱法行为”一词的翻译见诸我国台湾地区大多数学者的翻译,也有不少学者倾向于用“法律规避”这一表述。本文认为,脱法行为与法律规避的概念并无实质区别,因此将两者概念相互通用。关于脱法行为的概念,可参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第199页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第333页;郑玉波:《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第309页。

〔6〕 参见〔德〕维尔纳·弗卢梅:《法律行为》,迟颖译,法律出版社2013年版,第484页。

〔7〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第492页。

〔8〕 参见〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第214页。

〔9〕 参见王军:《法律规避行为及其裁判方法》,载《中外法学》2015年第3期。

地带的部分脱法行为。有学者通过检索裁判文书发现,在所能检索到的43个相关案例中,判定脱法行为有效的仅有4例,无效的则有39例。<sup>[10]</sup>然而,这种以“绝对无效模式”为中心的审判路径可能存在“矫枉过正”的嫌疑。事实上,最高人民法院在重庆雨田房地产开发公司与中国农业银行重庆分行房屋联建纠纷案中就曾指出脱法行为并非绝对无效。<sup>[11]</sup>有学者提出,我国对脱法行为的效力认定,经历了从一概违法性评价到适度合法性认定的转变。<sup>[12]</sup>但在具体认定脱法行为合法性判断标准和识别方法方面,学界仍存有争议。有学者建议,可从规避法律之规范目的的角度,检视该禁止性规范是目的性禁止规范抑或是手段性禁止规范。<sup>[13]</sup>如果被规避法律之规范旨在于禁止某种目的或结果,则无论规避行为外表何其完美无缺、手段何其天衣无缝,也因其违反强制性规范的意旨而遭受法律的谴责并直接归于无效。但如若该规避法律之规范目的只是禁止某种行为或手段,规避行为仅是采取其他手段或行为,则完全可以逃脱违法之桎梏而进入合法之保护范畴。也有学者摒弃此种以规范目的类型为依据的判定方法,而纯粹从保护目的出发,认为可从被规避法律之规范目的来进行识别判断。<sup>[14]</sup>如规范目的是维护交易安全,则规避行为不会因违反“维护交易安全目的”而无效。但如若规范目的在于保护经济上的弱者,则规避行为因此可能导致弱者利益不仅没有受到有力保护,反而备受剥削和欺诈,则该规避行为无效。此外,有学者认为,上述两种识别标准均是从规范目的出发,这种识别方法过于注重规范本身,而未能超越规范,应从社会大局来认定规避行为的法律效力。因此,有学者提出应超越法律本身,从“社会需要”的角度审视规避行为的法律效力。<sup>[15]</sup>如果某个规避行为的产生是出于社会需求,则不应任意否定该行为的效力,而应当倾向于认定有效。笔者以为,既然标准未定,何不跳出判别标准的既有场域,转而关注脱法行为的正外部性?因为恰恰是这类未被予以否定评价的脱法行为才在很大程度上直接推动相关法律制度的修改和变迁。以此而言,脱法实践与公司法规则变迁存在耦合基础。

#### (一) 法的社会性与脱法行为的实践性相通

法形成于社会关系,亦超越社会关系并反向规范社会关系,故法的本质特征之一是具有社会性,而法的社会性决定了公司法与脱法行为之间具有相通性。以《公司法》对公司担保的规制为例,担保作为以第三人信用或者特定财产设定权利,确保特定债权人实现其债权目的的法律制度,是促进资金融通和商品融通的重要方式。<sup>[16]</sup>公司作为独立主体加入担保债权债务的关系中,成功实现了公司、债权人、债务人三个独立法律主体之间社会关系的互联,此即体现了担保这一社会关系是法律调整的对象。而脱法行为内生的社会契合性无疑搭建起通往公司法规范之桥梁。脱法行为的主体是普遍存在的社会成员,其产生机理是自然博弈和人类理性建构的结果。无论是正式制度还是非正式制度,人类的利益偏好会在制度的选择上展现得淋漓尽致。因此,脱法行为就

[10] 参见张新:《论民法视域中的法律规避行为》,载《华东政法大学学报》2019年第3期,第90页。

[11] 本案中,最高人民法院认为“双方虽有规避法律的行为,但未给国家造成损失,不影响合同的效力”。最高人民法院从是否给国家造成损失的角度来评价脱法行为的效力固然多少有失公允,但该案也从另一角度展示了法院对脱法行为的态度:从绝对无效向个别有效的转变。具体参见(2011)民抗字第48号,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第5期。

[12] 参见董淳鐸:《在合法与违法之间——国内法领域法律规避现象的实证研究》,中国政法大学出版社2015年版,第23页。

[13] 见前注[5],胡长清书,第237页;前注[8],布洛克斯、瓦尔克书,第212页。

[14] 参见[日]我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第252页。

[15] 参见刘得宽:《民法总则》,中国政法大学出版社2006年版,第198页;崔建远:《合同法总论(上卷)》,中国人民大学出版社2008年版,第263页。

[16] 参见高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期,第111—112页。

会承载人们的期待向往和利益选择,并不断对现有的客观规范制度和约束条件发起冲击,从而选择个人或群体所期待的规则体系,以构建起对自身友好的政治传统和法律制度。<sup>[17]</sup>

脱法行为依附于法律存在的特性,决定了脱法行为的作用对象与法律调整的对象并无二致,均为社会关系。社会关系虽包括社会经济关系、公民的人身关系及其财产关系等,但并非所有社会关系都会被纳入法律的调整范围,即并非所有的社会关系都是脱法行为的作用对象。当社会关系的公共性需要一种共识来调整时,针对这种关系的行为调整规范才具有上升为法律的可能。而通过“名正言顺”的立法表达,公共利益的衡量和公共秩序的保护才被纳入调整此种社会关系的法律中。<sup>[18]</sup>此时,脱法行为因其依附于法律而存在的特点,才存在对社会关系起作用的可能,从而具有成为客观存在而非空中楼阁的实践性。

### (二) 法的价值性与脱法行为的逐利性相倚

法的价值是指法对人的一切意义,这种意义包括法的一切有用性。法的价值在促进社会成员遵守法律方面的作用不可忽视。<sup>[19]</sup>当社会成员认可现行法律及其价值,他们就会以现行法律所规定的条件作为自身行为的模板;当社会成员对现行法律及其价值进行否定评价时,现行法就会被社会成员违反破坏。因此,只有将社会成员向往的价值渗透在具体法律制度之中时,才能形成良好的法律。<sup>[20]</sup>而行为主体,特别是商事主体,其趋利避害的本性也会促使其进行选择守法或脱法。以此而言,脱法行为与法的价值存在多个可以相互对接的联结点。

脱法行为有其非正式制度属性的一面,当它能够被正式制度所采纳时,实则是其价值理念得到了正式制度的认可。法律作为正式制度是自上而下的贯通,难以对人的所有行为进行预测并有效规制。因此,正式制度虽然是社会运行的基础,但日常交易行为很少会选择其作为明确而直接的来源。<sup>[21]</sup>在脱法行为能够践行和维护法价值的情况下,当需要运用法律进行社会活动时,理性的社会成员会计算成本,从而在风险承担和收益取得的比较结果下择取脱法行为,以获得最大的行为效果。从产生的时间来看,非正式制度的产生和运作时间早于正式制度,而正式制度除因特殊历史时代而采取应对域内外突发因素的应激性立法外,大多是选择逐步替代非正式制度的方式,这实际上是非正式制度的价值理念得到了正式制度的认可。2014年公司资本制度的改革,正是出于对脱法行为的正视,将实缴制改为认缴制,实现了对正式制度的查漏补缺。2021年12月24日颁布的《公司法(修订草案)征求意见稿》进一步放宽股东出资限制,将股权和债权正式列入法律文本之中,也无疑彰显出公司法的内在价值与市场主体的逐利性相响相济。

### (三) 法的不完备性与脱法行为的指向性相成

法的不完备性背后原因众多,既有立法者的有限理性与社会实践复杂性之间的矛盾,也有语言的模糊性和法律确定性之间的矛盾,更有交易的特殊性和法律普适性之间的矛盾。<sup>[22]</sup>因此,看似完美无瑕的法律并非完备,作为正式制度的法律尚留有空间,这也给脱法行为的产生和实施留

[17] 参见伍装:《非正式制度论》,上海财经大学出版社2011年版,第36页。

[18] 参见高志宏:《公共利益法律关系的主体论及其功能实现》,载《南京社会科学》2017年第6期,第102—103页。

[19] 参见江必新、程琥:《论良法善治原则在法治政府评估中的应用》,载《中外法学》2018年第6期,第1480页。

[20] 参见杨春福:《全民守法的法理阐释》,载《法制与社会发展》2015年第5期,第67页。

[21] 参见[美]诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,上海人民出版社2014年版,第44页。

[22] 参见刘春彦、黄运成:《不完备法律理论及对我国证券市场监管的启示》,载《河北法学》2006年第6期,第15页。

下了空间。一方面,恰恰是因法的不完备性,导致行为人能够钻法律的漏洞而肆意地规避法律。这些避法行为一旦被反复试用,则可能成为某个行业或某种交易结构的惯例。另一方面,就正式制度与非正式制度之间的关系而言,在正式制度缺位之时,就有非正式制度的介入之机。诚如商事领域,法律缺位之处,就有商事习惯的应用之地。<sup>[23]</sup>

脱法行为与商事习惯存在多种关联,部分脱法行为甚至具有商事习惯的属性。脱法行为作为非正式制度表现形式,除去“潜规则”对于正式制度的不良反应,保留了“商事习惯”这一有益于制度变迁的路径。就产生方式而言,两者都具有减少交易成本、增加商事活动收益的相同动机。脱法行为是商事主体在正式制度的约束下,通过寻找法律规范的漏洞而自生的一种行为方式。故商事交易的一种形式便是以脱法行为的样貌出现。而商事习惯是商事主体在缺乏正式制度约束或正式制度约束不利的情况下,为了促成商事交易的可持续而演化成的非正式制度。就持续时间而言,脱法行为会随着法制的完善而被正式制度否认或替代,或者由于法制的完善而丧失脱法的空间进而消失。商事习惯亦可因正式制度的规范而丧失作用的空间,或者被正式制度吸纳,进而完成制度变迁的路径。我国1993年《公司法》禁止一人公司的设立,但实践需求并未因此禁令而烟消云散,形为非一人公司但实为一人公司的现象可谓人所皆知。此后2005年修订的《公司法》有限度地承认一人公司,并对之采取特殊规制。市场主体为规避此种特殊规制,又继续“我行我素”,视此禁令于无物。2021年颁布的《公司法(修订草案)征求意见稿》对此予以正面回应,并彻底、全面放开一人公司的限制。由此可见,公司法每一次对一人公司的规制,均因其规范本身的不完备而导致脱法行为,最终引致规则的全面变革。

### 三、公司法规则变迁之逻辑进路

韦恩先生曾对“法律”一词做出如下评述:“法律不是某种不变的或者超历史的现象,而是在不同的社会历史环境下构建起来的不同的经验现象。”<sup>[24]</sup>此言贴切地表明法律变迁是一种必然,没有所谓一劳永逸的法律制度,所有规则皆是在规则与实践不断的互动演变中所寻求的最利于当下的妥适安排。在法学研究视域下,最妥适的安排就是对实质法秩序的正当性追求。脱法实践与公司法规则变迁之耦合就是两者争夺实质法秩序代表地位的博弈进程。在这一思路指引下,欲探究公司法规则基于脱法实践而产生的变迁范式,须先勾画脱法实践与公司法规则之间追求实质法秩序的演进路线,以廓清两者展开互动的必要前提。

#### (一) 辩证视野下制度耦合的进路演绎

脱法实践与公司法规则之间是如何展开博弈的?这看似无从下手的问题其实可从“马克思主义辩证法”展开。“马克思主义辩证法”是经典的思维方式和科学的方法论,强调要以联系的眼光、发展的方法和对立统一的观点去分析问题、解决问题和化解矛盾。<sup>[25]</sup>这一辩证法已被应用于金融监管领域,即监管辩证法(regulatory dialectic),该理论认为要以辩证的思维方法对待金融监管

<sup>[23]</sup> 学界对习惯与习惯法存有区分论与合一论两种观点,但在商事领域,商法几乎为习惯(法)的代名词。具体参见李建伟:《法源意义上的习惯与习惯法合一论——以商事习惯与商事习惯法为视角的研究》,载《政治与法律》2021年第11期;许中缘、高振凯:《司法裁判文书中商事习惯的实证研究——以〈民法总则〉第10条中的“商事习惯”的适用为视角》,载《民间法》(第20卷),厦门大学出版社2017年版,第357页。

<sup>[24]</sup> [英] 韦恩·莫里森:《法理学:从古希腊到后现代》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第5页。

<sup>[25]</sup> 参见杨巨人:《以辩证法的方法与观点正确处理金融监管工作中的一些重要关系》,载《金融纵横》2001年第9期,第36页。

领域中市场监管政策与被监管者经济行为的循环互动关系。<sup>[26]</sup> 故在监管辩证法下,监管的政治过程和规避监管的经济过程被看作是对立统一的力量,不断地相互适应。对立性体现在监管者与被监管者各自均在活动过程中寻求最大限度的自我目标实现,而统一性则体现在最终一方认同或者妥协另一方的行为。<sup>[27]</sup> 在这一层面上,由于公司法在某种程度上也可归属于金融监管法律体系之内,因此监管辩证法所蕴含的理念同样可适用于公司法。在辩证法的思维范式下,根据我国《公司法》规则的不同起始背景可归纳出两类规则的耦合进路。

其一,该规则是法律移植的产物,在我国缺少相应的制度实践基础。有学者认为,我国公司法是舶来品,有关公司运作的商事习惯积累少之又少。<sup>[28]</sup> 也有学者认为,由于我国公司法是20世纪90年代中国改革开放后开始建立的,在拿来主义的影响下,中国公司法得以快速建立并彰显出明显的国际化特点。<sup>[29]</sup> 不管何种观点,一个毋庸置疑的事实是:在公司制度建设初期,在缺乏相关知识及经验的背景下,我国确实通过“拿来主义”的方式移植了大量西方国家成熟的制度安排,故而现行《公司法》可谓是政府主导下的渐进式改革成果。某一强制性规则的制定是为了限制公司主体从事某种行为,其中既体现了不同利益主体的平衡点,也蕴含了立法者的某种政治偏好、目标设定或价值趋向。此类公司法规则将推动公司实践的产生,即市场主体或顺从法律指导做出相应的合法实践,或基于自身利益驱动做出相悖的实践反应,对抗的基本形式可能是直接的违法行为,也可能是徘徊于合法与非法之间的脱法行为。当然,对于市场主体的反抗行为不能一刀切,而应采取辩证思维,既要看到市场创新的正面效应,也要充分注意其可能带来的风险。是故,监管主体对此同样应予以两方面回应,一方面需限制或纠正相关风险,另一方面也应做出改变以鼓励或至少不压制创新。而上述两种不同应对之法均会引致规则的变迁。对于前者而言,立法者可能会通过填补规则漏洞,使之能直接攻克脱法行为。对于后者而言,立法者则可能会改变规则,承认或允许相关脱法行为,使之摆脱“脱法”之外衣。不管何种改变,新的规制又会引起新的创新行为,规制方(监管方)与被规制方(被监管方)会不停陷入新的循环往复博弈过程(该博弈过程可以通过图1予以明示)。

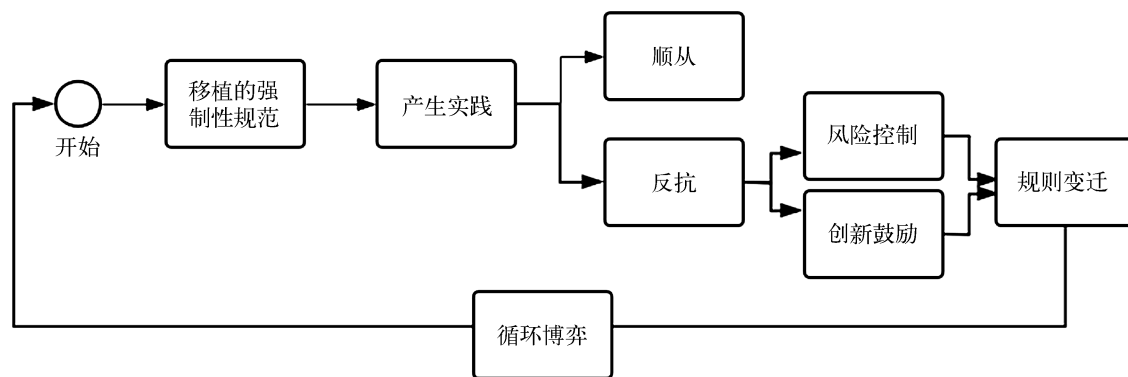


图 1

[26] See Edward J. Kane, *Accelerating Inflation, Technological Innovation, and the Decreasing Effectiveness of Banking Regulation*, 2 *The Journal of Finance* 353, 355(1981).

[27] *Ibid.*, at 360.

[28] 参见魏淑君:《移植与创新:近代中国公司立法之路》,载《江淮论坛》2009年第3期,第97—98页。

[29] 见前注[4],朱慈蕴文。

其二,该规则在我国本土存在相应的制度实践。此情形下,某一规则的立改废释通常是为了解决本土实践的疑难问题,以维护公司秩序为意旨,旨在禁止或规制破坏公司秩序的行为。根据产生的法律实效,此类规则当属良法,应获得普遍性遵循。然而,根据监管辩证法的思维逻辑,被监管者对监管者肯认的公司秩序或背后追求的价值莫衷一是,可能会基于个人的主观判断做出不同于监管者肯认的行为选择。<sup>[30]</sup>亦即,公司法规则的出现会启动市场主体的反馈机能,做出顺应法律的实践或对抗法律的实践。换言之,针对公司实践的公司法规则刺激(或诱发)了公司主体的创新能力,而对抗法律的实践即包括脱法行为。旨在规制某一脱法行为模式的公司法强制性规范,也往往会诱发新的脱法行为模式。<sup>[31]</sup>对此,同样需要以辩证法思维予以看待,而这又再一次陷入规则变迁的循环圈中(具体演进路径可以通过图2予以明示)。

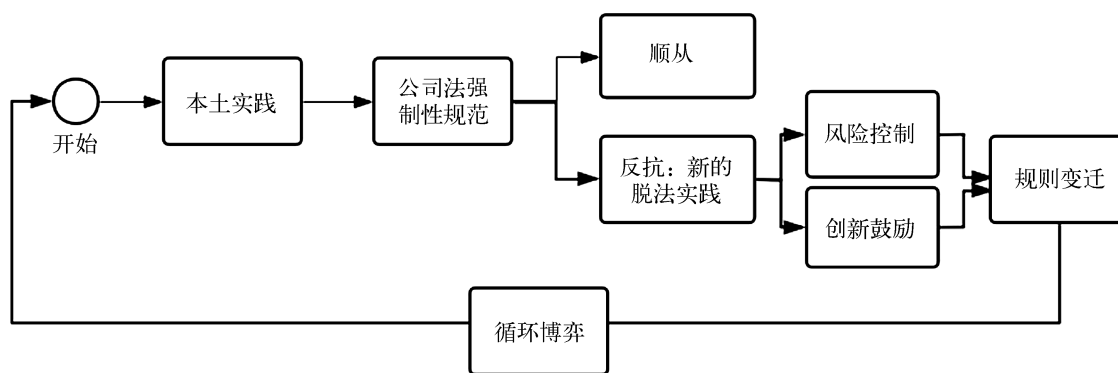


图2

前述两类制度变迁路径均展现了政治权力与经济活动之间的对立统一关系。对立关系中的竞争角逐不仅能激发公司主体的创新实践精神,同时也可以促进公司法规则的与时俱进。最终,脱法实践与公司法规则走向统一耦合,耦合的时点是一方做出认同或妥协的举动之时。一方面,当脱法实践被认为是应当予以控制的风险时,公司法规则蕴含的价值理念占优,应当对该公司法规范做出良法评价,但仍需要进一步通过法律条文的技术性改造,进而实现对脱法行为模式的规制,使市场行为得以被劝服或压制并最终实现法律的预期效果。另一方面,当脱法实践蕴含的价值观念优于相应的公司法强制性规范时,应当对该法律规范做出恶法的评价,进而相应修改公司法规范以匹配本土的实践需求(见图3)。在这一价值竞逐的过程中,被认同的价值目标就是所谓的实质法秩序。因此,从宏观意义上讲,脱法实践与公司法规则之耦合目的是追求公司领域的实质法秩序,而与之相应的微观意义上的耦合进路是对脱法实践与公司法规则之价值理念予以优劣比较或良恶评价。这一价值选择的过程就是以合法性评价为必要前提,故进行合法性评价是判定是否要根据脱法实践对公司法规则予以变迁的前提要义。

## (二) 作为进路展开的合法性评价

实质法秩序理论是贯穿脱法实践与公司法规则变迁耦合路径的逻辑起点,即恶法会催生众多合理的“违法行为”,良法才能得到各阶层民众的良好遵循,<sup>[32]</sup>而通过监管辩证法能够较好地梳理

[30] 参见[澳]柯武刚、[德]史漫飞、[美]贝彼得:《制度经济学:财产、竞争、政策》(第2版),商务印书馆2018年版,第39页。

[31] See Kane, *supra* note [26], at 360.

[32] 参见柴瑞娟:《法律禁止下经济绕行行为及其规制路径》,载《湖湘论坛》2017年第4期,第146页。

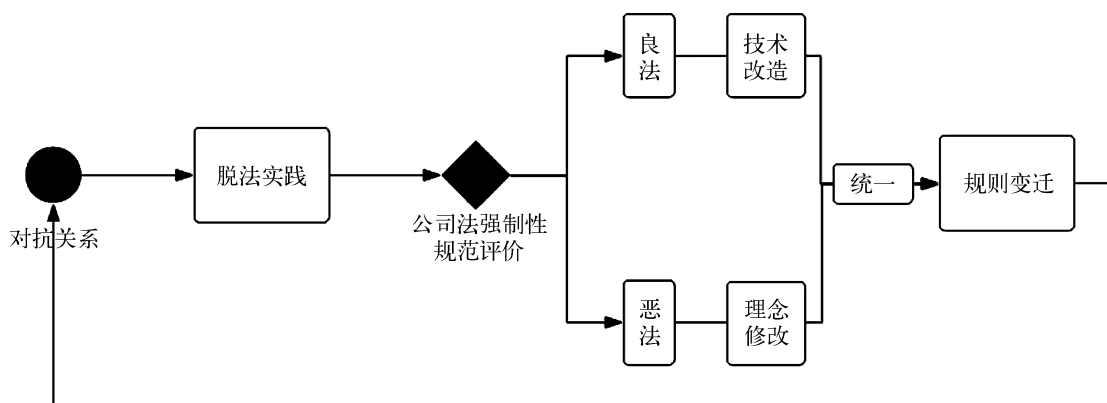


图 3

出脱法实践与公司法规则之间的耦合进路,即优者胜劣者汰。脱法实践与公司法规则蕴含的这种关系机理,是决定脱法实践为何能够作为以及如何作为法律价值倒错之救济资源和救济方式之根本。一言以蔽之,只有通过价值比较和价值衡量,对脱法实践之“法”与公司法之间的价值优劣做出判断,才能决定脱法实践之“法”是否需要,以及是否能够对公司法的价值倒错施以外部救济。<sup>[33]</sup> 职是之故,研究脱法实践与公司法规则变迁之耦合进路的必要前提是分别对脱法实践以及公司法强制性规则进行合法性评价,以判定孰优孰劣。那么,何谓合法性评价? 公司法秩序中的合法性评价是否具有独特性? 合法性评价的判定标准何如?

一般意义上,对于公司实践合法性评价中的“法”指的是实定法,但作为法律规则变迁的实践资源,合法性评价显然不止合乎法律规定这一唯一含义。同样,对公司法规则的合法性评价也有诸多含义,不同学者从各种角度赋予法律合法性评价以不同内涵。其一,有学者认为合法性评价仅是一种形式评价,包括法律是否存在外在权威性以及是否与上位法相悖。<sup>[34]</sup> 前者可进一步分为立法权限和立法程序两个方面:立法权限意为是否具有制定或执行某种法律的权力;立法程序意为是否遵照法定程序。只有以法定方式产生和实施的法律才可以对人们施加约束力,否则该法律将不具备外在权威性,作为恶法而不能获得人们的认可与遵守。后者则指的是下位法不能违背上位法的规定。根据《立法法》第8条、第9条的规定,<sup>[35]</sup>公司法的法源包括法律、经授权的行政法规。行政法规不得违反公司法的规定,<sup>[36]</sup>而公司法则不得有悖于宪法,这是合法性的最高要求。然而,这一合法性评价的内涵仅限于国家法,脱法实践等民间法并没有统一明确的制定者和制定程序,故不能对其科以形式合法性要求。其二,有学者对合法性评价予以实质判断的内涵释义,即法律的合法性评价系其正当性或道德性评价。德沃金认为,法律的合法性问题应从法律实践的最佳诠释中去寻解,法律并不是纯粹的技术问题,“法律是什么”与“法律应该是什么”这两个问题历史性地相互伴随,法律的合法性问题必然涉及价值判断

<sup>[33]</sup> 参见谢晖:《论民间法对法律合法性缺陷外部救济之范围》,载《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第72页。

<sup>[34]</sup> 参见严存生:《合法性、合道德性、合理性——对实在法的三种评价及其关系》,载《法律科学》1999年第4期,第14—16页。

<sup>[35]</sup> 《立法法》第8条、第9条。

<sup>[36]</sup> 司法解释并非《立法法》下的公司法法源,但在实践中成为事实上的法源,其具体内容也应当遵循公司法的相关规定。



要素,具有合法性的法律必然关联到道德内容的判断和证立。<sup>[37]</sup>换言之,法的合法性的评价对象是法律的目的、价值或理念,以探究其是否与社会所公认的社会理念、价值观念和伦理道德等相统一。这种评价的实质是审查所谓的法律内在权威性,背离公认价值的法可能成为立法者个人牟利的工具,应视为恶法。该合法性评价标准同样适用于对脱法实践的评价,只有符合社会一般需求、社会交往的公共常识或者人类社会的一般道德情感的,脱法实践才可能被判定为合法,<sup>[38]</sup>进而产生修正法律的影响。

在标准上,笔者认为,作为探究脱法实践与公司法规则变迁之耦合方式的前提,合法性评价应当采取“形式+实质”的判定标准。具言之,脱法实践的合法性评价应以“实质”合法性为判定标准,公司法规则的合法性评价以“形式+实质”合法性为判定标准。实质标准中的法并非指实定法,而是公司法规则或脱法实践指向的价值理念、价值取向。一般而言,公司法强制性规范追求的价值理念包含安全、公平、效益、公共利益等多元价值。形式标准中的法是由许多个具体法规、法律和其他形式组成。<sup>[39]</sup>在形式合法性评价方面,公司法法律体系可能面临以下几方面的考验:第一,公司法法律规则是否有违宪之嫌,或者有与其他法律、法规的有关规定相悖之疑;第二,公司领域的行政法规是否经授权而制定;第三,公司法司法解释是否遵循了公司法法律规则之规定,而不是担任创设规则的角色。其中,第三个问题是当前实践中的普遍现象,在做出否定性评价后,有必要重新审视其与脱法实践之间的关系。

在方法上,由于脱法实践与公司法规则之间的耦合是一个双向互动的过程,因此,合法性评价是秉持“价值相对主义”,在基于比较权衡而生的更优解情境下进行的。“价值相对主义”在哈贝马斯眼里则表现为同一社会内不同族群之间的疏远和分化,即在统一社群中最终选定的价值是相对的。如此,在人类社会中,越是价值多元、相对,越需要在不同的价值之间进行甄别选择,选取能够成为人类“共识”并最终能够有效规范社会成员行为的价值。<sup>[40]</sup>进言之,基于合法性评价而产生的耦合活动,要么是一场零和博弈的竞赛,即在竞争中存在最终胜出的一方,另一方所主张的价值追求则相对地被评价为违法;要么是一场双方皆输的逐鹿,即在既有公司法规则与脱法实践两种方案之外,尚存在着一个更优解。

#### 四、公司法规则变迁之三维逻辑样态

脱法实践与公司法规则在对立中实现统一,在统一中又逐渐对立。根据上文所述,两者耦合的逻辑进路是判定实质法秩序,而判定实质法秩序的必要前提是对脱法实践以及相应的公司法强制性规范分别予以合法性评价。一般而言,经过合法性评价后的脱法实践与公司法规则之间存在四种匹配情形,即合法的脱法实践与正向评价的公司法、合法的脱法实践与负向评价的公司法、违法的脱法实践与正向评价的公司法、违法的脱法实践与负向评价的公司法(见表1)。根据这四种耦合样态,笔者认为可提炼出三种形态的公司法规则变迁逻辑,即正向评价的法与违法的脱法之竞争逻辑、负向评价的法与合法的脱法之替代逻辑以及负向评价的法与违法的脱法之重塑逻辑,这三种不同逻辑的变迁范式亦呈现出截然不同的特征。

[37] 参见[美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第21页。

[38] 见前注[33],谢晖文,第75页。

[39] 见前注[34],严存生文,第14页。

[40] 见前注[33],谢晖文,第73页。

表 1

	合法的脱法	违法的脱法
正向评价的法		竞争
负向评价的法	替代	重塑

脱法实践与公司法规则耦合的第一种样态是正向评价的法与合法的脱法,即公司法规则所设计追求的价值理念是正当的、美好的,如为了保障交易秩序的安全、稳定或者保障社会公众利益等;另一方面,公司主体实施的脱法实践并非出于“恶意”,通常情况下,公司主体是出于追求效率价值而做出相应的规避行为(当然也存在诉求公平的脱法实践)。这种情形是可能存在的,原因有二:一是公司法强制性规范追求的价值是多元的,包括安全、效率、公共利益等,立法者以及公司主体基于不同的主观考量可能做出不同的价值选择,但这样的价值选择都可能是利好的正当性追求;二是制度设计与市场实践之间存在信息壁垒,基于这一客观要素,立法者设计的公司法规则可能成为乌托邦式理想,而公司主体则是公司运作的实践者,两者在各自获取的信息中进行利好的制度博弈和设计。例如,《公司法》第 27 条对股东出资形式和要求等做出强制性规定;<sup>[41]</sup>同时,《公司登记管理条例》第 14 条对公司出资方式做出了更详细的限制要求,<sup>[42]</sup>规定股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。上述出资方式的规定基于资本维持原则而设计,立法者的规制初衷是保护债权人利益,<sup>[43]</sup>降低公司运营可能产生的负外部性。该制度理念不可谓非正当,应当被认为是正向评价的法。但是,立法者的理念显然与公司主体的想法相左,实践中已出现许多以劳务、教育资本或干股出资的行为。如存在当事人以劳务作为股权转让的对价,进而取得股权的情形,实际上这是一种以劳务为出资形式的“违法行为”,但却借股权转让的形式予以规避。公司主体的此类脱法实践是在多样化出资形式需求下演变形成的,实际上也不违背资本充实原则,反而是对公司法中自由、效率等价值的彰显及回应。以此而言,此类脱法实践不可谓非法,故应评价为合法的脱法。

上述讨论实际上是建立在“价值多元主义”理论的基础之上,但基于“价值相对主义”之主张,同时存在正向评价的法与合法的脱法之可能性非常低,或者说该情况本身可能是个伪命题,因为价值本身就是一个言人人殊的话题,是故才产生所谓的“价值多元主义”和“价值相对主义”之主张。<sup>[44]</sup>“价值多元主义”主张同一社会群体中容忍实现多个价值的共存,故从该意义上讲,正向评价的法与合法的脱法是不可能同时存在的。然而,在“价值相对主义”主张下,脱法实践与公司法规则几乎不存在同时合法的情形。进言之,正向评价的法与合法的脱法之样态实际上最终可能是正向评价的法与违法的脱法,或者负向评价的法与合法的脱法之样态。是故,笔者认为,对正向评价的法与合法的脱法之间的关系无需花费太多笔墨,其也不足以形成强大的制度变迁推动力量,而应将关注重点转移至正向评价的法与违法的脱法、负向评价的法与合法的脱法以及负向评价的法与违法的脱法之样态上,如此才能一窥公司法规则变迁之逻辑样态。

[41] 《公司法》第 27 条:“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的,从其规定。”

[42] 《公司登记管理条例》第 14 条:“股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条的规定,但股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。”

[43] 参见刘斌:《股东出资形式的规制逻辑与规范重构》,载《法学杂志》2020 年第 10 期,第 62 页。

[44] 见前注[33],谢晖文,第 72 页。

### （一）正向评价的法与违法的脱法之竞争逻辑

立法主体与公司主体之间产生价值分歧不可避免,此时需要结合国际环境及本土实践进行妥善的利益衡量及价值选择。公司法是市场经济法律体系中的重要法律部门,通常情况下应尊重市场自治,以最大程度尊重公司主体的自治行为。<sup>[45]</sup>然而,市场自治需要宏观调控,否则可能陷入失范秩序的风险之中,这也是各国公司法设置强制性规范的原因所在。尤其是公司在我国属于舶来品,公司制度在我国匮乏实践土壤,为了实现我国市场建设初期快速搭建基础设施的初始目标,我国公司制度是在自上而下的强制性制度变迁和法律移植的共同作用下产生和发展起来的。<sup>[46]</sup>换言之,国家法不仅代表着社会公共利益、整体利益,还可能象征或代表着全球范围内具有先进性、创新性以及前瞻性的制度价值。此时,相关的公司法规则应当被给予肯定的合法性评价,以通过国家先进价值、正当价值来改造公司生态环境,构筑崭新的公司基础设施。与此同时,与正向评价的公司法规则相异甚至是相悖的脱法实践则成为违法的脱法。其行为动因既可能是旧有价值认识作祟,也可能是新的个人私益主导,但皆可视为旨在破坏公司秩序的以追求效益价值为借口的违法行为,并不符合整个公司生态秩序或社会的整体期盼,应当接受正向评价的法之规制、约束及指引。

我国《公司法》历经多次修改,从具有制度先进性的西方国家中汲取了较多经验,公司法的整体设计也从最开始的强管制色彩转变为现在的自治基调。其中,许多公司机制的改革历程表明,即使面对有益的制度价值,脱法实践现象也不可能消失殆尽。相反地,由于立法技术的局限性,大量脱法实践有机可乘。例如,关于我国股份有限公司发起人的人数修改,就体现了正向评价的法面对违法脱法实践时做出的制度应对。具言之,我国股份公司的设立分为发起设立和募集设立两种方式。根据我国1993年《公司法》的规定,<sup>[47]</sup>募集设立的程序极为烦琐。从程序上,募集设立并非完全的公司自主行为,而是需要向国务院证券管理部门递交募股申请,如果募股申请书不被相关部门批准,则公司募集设立的发起人不能得偿所愿。此外,在需要准备的材料上,募集设立的发起人事前准备手续或材料繁多。<sup>[48]</sup>相对而言,发起设立的程序就较为简单,只需要缴足公司章程规定的份额,并办理相应登记手续即可,属于完全的自治行为。因此,募集设立的成本远高于发起设立,这便为脱法行为的产生提供了经济诱因。在设立公司的操作规范上,2005年修改以前的《公司法》对设立股份有限公司,只规定了“应当有五人以上为发起人”的人数下限,并没有规定人数上限。因此就出现了名义上发起设立,实际上募集设立的股份有限公司。<sup>[49]</sup>这种方式能够让公司在短时间内获得大量的资金,超出了制度规范允许的法律范围,规避了募集设立的强制性规范,也绕开了证券监管部门的监管。为了实现股份有限公司的规制初衷,2005年《公司法》第79条规定,设立股份有限公司,应当有二人以上二百人以下为发起人。从人数层面直接对发起设立和募集设立两种模式进行了统一规制,限制了股份有限公司设立环节的相应脱法行为。<sup>[50]</sup>

[45] 参见赵万一、赵吟:《中国自治型公司法的理论证成及制度实现》,载《中国社会科学》2015年第12期。

[46] 参见冯果:《整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑》,载《中国法学》2021年第2期,第82页。

[47] 1993年《公司法》第74、75条。

[48] 1993年《公司法》第84条。

[49] 参见赵旭东:《新公司法条文释解》,人民法院出版社2005年版,第152页。

[50] 《公司法(修订草案)征求意见稿》第93条将发起人的最少人数从2人进一步降至1人。世界范围内,发起人的法定数额是多少,“各国公司立法规定不一。法国、英国、比利时、卢森堡、日本等国家的公司立法规定发起人数不得少于7人;德国公司法规定不得少于5人;挪威、瑞士、丹麦、泽西等国和美国多数州公司法规定为3人以上;意大利、奥地利、荷兰等国规定为2人以上;瑞典和列支敦士登公司法规定发起人有1人即可;美国示范公司法则没有规定发起人的数量”。谭玲:《股份公司设立条件之比较》,载《政法学刊》1999年第3期,第55页。

再如,公司法在规制隐名股东的脱法问题上做出了诸多制度修订。与隐名股东相关的脱法实践主要表现为以下方面:(1)外商为规避我国对重点领域的企业准入规制,借用中国企业的名义,以隐名股东的方式进行投资。反之,中国大陆企业为获得外商的优待地位和优惠政策,也会以隐名股东的方式借助外商为名义股东进行投资。(2)为规避法律对投资主体的限制,如我国法律规定公务员不得从事营利性活动,实践中部分公务员会以他人名义投资,并从中获利。(3)犯罪分子为了洗钱,以隐名股东的方式投资经营公司,实施违法犯罪活动,以规避相关监管机关的监察。(4)在外资参与合营、合作的企业中,当外商出资比例不到25%不能享有政策优惠时,中方以隐名股东方式,使外资出资比例达到法定比例。(5)《公司法》对于有限责任公司股东的人数,设置了50人的人数上限。为规避这一投资人数限制,行为者会采取隐名股东的方式加入公司,直接参与公司治理。(6)对特殊人群的扶持政策,如下岗人员、退伍军人、大学生等群体享有的创业优惠,也被投资者以隐名股东的形式借用,实现法律规避的效果。<sup>[51]</sup>因此,为了避免隐名股东脱法行为对相应公司制度的实效损害,原《公司法解释(三)》第25条对隐名股东的合法性地位进行了规制。<sup>[52]</sup>就代持股协议而言,本质上是以当事人意思表示为核心的民事行为,虽然最终公司完成交付出资,但重点在于协议是否符合相关法律规范。在不违反法律强制性规定的情况下,代持股协议与普通合同并无二致,因此该协议对双方当事人均具有约束力。在协议内容上,显名股东与隐名股东就权利义务达成合意,主要考量的是在公司这个市场主体中,是否对包括债权人等在内的第三人产生影响。如果不涉及第三人利益,那么代持股协议就是只对显名股东和隐名股东生效的合同,应当尊重合同约定的内容。综上可见,正向评价的法与违法的脱法共存样态是可能存在的,并且在我国公司法架构基本完善的当下仍大量存在。此时,两者之间是相互竞争的关系,在此竞争态势下,公司法如何回应此种脱法实践以实现对其的规制、引领及约束等作用,无疑是诱致公司法规则变迁的重要源泉。

## (二) 负向评价的法与合法的脱法之替代逻辑

国家法也是立法者的主观意志体现,根据价值多元主义与价值相对主义,其并非一定是合理的、正当的。法律正当性问题是学者们长期研讨的问题,也是自古以来自然法学派与实证法学派争议之焦点,即“恶法非法”抑或是“恶法亦法”。法律作为人为创制的社会规范,它会因为立法者的认知缺陷、法律的相对稳定与社会的不断发展之矛盾以及立法者的价值选择等形成价值倒错。<sup>[53]</sup>基于前述原因关系,有必要对法律追求的价值要素进行正当性考量,其考量的关键在于法律能否获得社会、人民群众的价值认同或普遍共识。“任何统治都企图唤起并维持对它的‘正当性’的信仰。”马克斯·韦伯认为,正当(legitimation)乃是一个统治集团为他们自己所做出的要求;与此对应地,正当性(legitimacy)则涉及上述要求被受统治群体接受和认可的条件,“服从正当秩序的行动”意味着要求受统治群体自觉地取向于一种被预设为

[51] 参见郑瑞平:《论隐名股东利益之法律保护》,载《中国政法大学学报》2010年第5期,第105—106页。

[52] 《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(三)》第25条规定,有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无《合同法》第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。

[53] 见前注[33],谢晖文,第73页。

有效的共识。<sup>[54]</sup> 单向前行的立法活动更多是立法者理想中的乌托邦式理念建设,因缺少同社会实践的价值沟通、协商及比较等,而可能普遍地不被遵循。最终,相应立法将沦为虚设,成为制度累赘,甚至对市场经济发展具有反作用。此时,所谓的法应当被予以否定性评价,而对应的脱法实践则相对成为合法的脱法。法律不仅是理性的结果,更是实践的产物,尤其在市场经济环境当中,制度架构应遵循哈耶克所述的“自生自发而非理性设计和强制干预的逻辑演进”。<sup>[55]</sup> 因此,法律应当以社会实施效果为据不断进行制度变革,即立法应具备回应性与适应性。以此而言,合法的脱法在一定程度上能替代负向评价的法。

我国《公司法》颁布至今已有 30 年,公司的制度理念、逻辑和结构已具雏形,但仍欠缺归零性思考。西方的公司制度在很大程度上是基于公司实践缔结的果实,然而,囿于制度经验与实践资源的匮乏,我国公司制度具有明显的外植型色彩。作为一种后发优势,这固然是推动市场经济快速发展的必然路径,也是一种实然的政策导向,更是一种应然的制度选择。然而,随着市场基础设施的日臻完善以及市场主体意识的逐步觉醒,《公司法》的精神、价值和原则已难以满足本土需求,<sup>[56]</sup>《公司法》需要“更多、更好地回应客观世界的需求”。<sup>[57]</sup> 其中,外来制度内嵌后必然会与中国本土实践或传统文化相互碰撞,即产生外部型制度与内生型制度之间的博弈。这种冲突与矛盾在实践中就表现为典型的脱法行为,即由于某种正式规范的滞后性或冲突性,市场主体基于效率追求而产生的符合市场效率需求的商人自治行为或组织自治行为。<sup>[58]</sup> 原则上,该行为因违反实质法秩序而无效。然而,新制度主义理论认为,商事制度的演化始终遵循哈耶克所称的“自生自发逻辑”<sup>[59]</sup>或者青木昌彦等人所称的“制度内生博弈路径”。<sup>[60]</sup> 而脱法实践背后集合而成的行为模式或规范实际上可归于一种隐形的制度内生性变迁模式,商事主体因追求效益而创设的新规则在被普遍、广泛采用后可能会上升为一种正式制度。因此,也有学者认为,某些脱法行为实际上是一种合理的商人自治规范(习惯),不当被一概否定,甚至可以通过自下而上的方式推动公司法的诱致性变迁。

脱法实践对公司制度的修正作用在我国《公司法》修改历程中已有所体现。例如现行《公司法》第 27 条规定的股东出资方式,采取了列举式与概括式并行的立法模式,形成了开放型的股东出资方式。但实际上,1993 年《公司法》第 24 条、第 80 条仅列举了五种股东出资形式,是一种封闭型立法。这种严格限定出资形式的立法市场中无疑会受到一定程度的“抵制”甚或“反抗”。为了保持公司资金畅通、满足公司多元化运营之需求,实践中有诸多投资者以法律严格限定之外的其他出资形式对公司生产经营予以投资。这种出资并非法律所承认和保护的出资形式,所以不能明示记载于公司章程中,于是投资者通过对合同的精细设计,私下承认投资人为“隐名股东”并通

[54] 参见吴冠军:《正当性与合法性之三叉路口——韦伯、哈贝马斯、凯尔森与施米特》,清华大学出版社 2004 年版,第 51 页。

[55] See Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, University of Chicago Press, 1978, p.51.

[56] 参见夏小雄:《公司法现代化:制度改革、体系再造与精神重塑》,载《北方法学》2019 年第 4 期。

[57] 参见[美] 诺内特·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 10—17 页。

[58] 参见董淳铎:《公司法改革的路径检讨和展望:制度变迁的视角》,载《中外法学》2011 年第 4 期,第 821 页。

[59] See Hayek, *supra* note [55], at 51.

[60] See Masahiko Aoki, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, The MIT Press, 2001; Andrew Schotter, *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge University Press, 2008.

过其他方式向投资人支付收益。<sup>[61]</sup> 当大量类似的私人机制代替法定限制成为常态时,严格限定出资形式的规定实际上就被架空。因此,在随后《公司法》的修订中,立法者根据这些脱法行为对该条款进行修正,解放股东出资形式的严格限定。第27条的制度变迁就蕴含了脱法实践行为的影像,甚至可以说是脱法实践被成文化的历史溯源。《公司法(修订草案)征求意见稿》第43条增加了股权、债权的出资形式,但与脱法实践体现的自治需求相比,该强制性规范的管制强度仍超出债权人保护的最低限度。就债权人利益保护的必要性而言,出资形式的限制规定并非必要措施。有学者甚至直言,人力资源出资不但有利于社会公共利益,也有利于出资人与其他股东,而且不会损害公司与债权人利益。<sup>[62]</sup> 未来《公司法》也应当进一步放松出资形式的限制,采用“有益性”的出资形式实质标准,以纳入包括劳务、特许经营权和信用等在内的多元出资形态。<sup>[63]</sup>

再如,《公司法》第42条规定公司章程可以约定股东不以出资比例行使表决权,而1993年《公司法》明令要求股东表决权比例须与出资比例相同。该制度修订的原因同样是基于脱法实践的反馈。实践中不同股东存在不同的投资需求,有的纯粹期待投资回报与收益,而不参与公司治理,因而他们通过订立表决权委托合同把参与决策权完全委托给少数具有实务经验以及决策意愿的股东。在此情形下,实际负责公司经营的股东事实享有的表决权比例显然与出资比例不匹配。除上述例子之外,还存在诸多基于脱法实践情形而进行《公司法》修改的情形。比如,1993年《公司法》第24、80条要求股东非货币出资比例不得高于20%,但在具体实践中,为规避这一规定,股东往往在公司章程中约定压低某一财产所占的出资比例,以获得登记管理机关的同意,同时另外通过交易设计,达成提高相应的分红比例,作为被低估财产的补偿之合意。此后,2005年《公司法》第27条将股东非货币出资比例上限调整到70%,以回应市场主体的需求。2014年《公司法》则直接彻底废除这一限制,交由市场主体自行决定。2021年《公司法(修订草案)征求意见稿》也维持这一规定,未作任何变化。又比如,1993年《公司法》第41条明确股东表决权比例与出资比例相同。但实践中,股东通过订立表决权委托合同把公司决策完全委托给少数具有实践经验的股东负责,在此情形下,实际负责公司经营的股东拥有的实际表决权比例显然与出资比例不等。基于此,2005年《公司法》第43条允许公司章程对股东会的议事方式和表决程序自行规定,完全废除1993年《公司法》的相关规定。此外,1993年《公司法》第23条对不同类型公司的注册资本予以不同规定,某些类型的公司注册资本要求高,某些类型的公司注册资本要求低。有鉴于此,市场主体采取挂羊头卖狗肉的方式规避较高的注册资本要求,例如以科技开发名义注册公司却从事商品批发业务。2005年《公司法》第26条取消不同类型公司的资本差异化要求,采取统一的最低注册资本要求,仅对一人公司的最低注册资本做出额外规定。2021年《公司法(修订草案)征求意见稿》更为激进,完全废除了一人公司的特殊规定,包括对其最低注册资本的特殊要求。

由此可见,脱法实践可能隐含的现实需求无疑对立法者修法方向有所启迪,即我国公司法的规则演变与制度变迁,应更关注本土实践和本土问题,重视合法的脱法对负向评价的法之修正作用,正视合法的脱法对负向评价的公司法所产生的替代逻辑样态,并据此进一步考量是否可以通过断长接短或以退为进的方式完善相应的公司法规则。

### (三) 负向评价的法与违法的脱法之重塑逻辑

脱法实践与公司法规则耦合的第三种可能样态是负向评价的法与违法的脱法共存的情形。

[61] 见前注[12],董淳鐸书,第206页。

[62] 参见梁上上:《人力资源出资的利益衡量与制度设计》,载《法学》2019年第3期,第65页。

[63] 见前注[43],刘斌文,第67页。

不同于正向评价的法与合法的脱法共存之假命题,负向评价的法与违法的脱法并行是任何一个历史阶段都可能存在的,其本质归因于人的有限理性。无论是国家法还是由脱法实践应运而生的民间法,都是人类理性设计的规则模式,其中蕴含的价值要素在碰撞、冲击、融合及选择中形成统一的社会共识。然而,应当认识到,立法者在社会实情把控中亦会剑走偏锋,引致可能的立法的价值倒错。此时,基于市场自治衍生的民间规则并非均是有益的价值填补,有时对秩序维护而言甚至堪称雪上加霜。尤其在商事领域,相较于西方数百年的商事实践发展,我国并无丰富的商事实践经验,商人的自觉性及自律性并不高。<sup>〔64〕</sup>相反地,各种商事投机行为却是层出不穷。从短期视野来看,此种以效率为导向的脱法实践行为有助于快速提升市场经济活力,但从长期视域来看,其对市场经济的高效稳定发展绝无裨益。这种情形表明国家法以及脱法实践产生的民间法各有各的价值缺陷,即构成本文此处所言的负向评价的法与违法的脱法。此时需要重塑新的社会秩序,通过立法与脱法实践之间交织互补、相互协作的机制,在各自价值优劣之上寻找新的价值理念。同时,这种互有缺陷、互为救济机制的过程,也可被视为两者动态博弈的过程。

负向评价的法在违法的脱法启迪之下进行制度修正的情形在《公司法》修法史中也可获证。例如1993年《公司法》明确规定,公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。<sup>〔65〕</sup>这一规定即是英美国家公司法中的越权原则,是英美法系国家以判例方式形成的,对公司目的范围予以限制的原则。按照越权原则相关理论,公司章程中的目的范围条款是不可逾越的,即使一项经营行为符合其他法律的规定,但一旦超出公司经营范围,也会被认定为无效。善意第三人不能要求公司承担责任,只能通过返还原物的方式减少损失。<sup>〔66〕</sup>认定公司越权行为无效,会滋生大量的脱法行为。有的可能是合法的脱法,符合市场经济发展需求,有利于资源的合理配置。但是,也存在违法的脱法实践,即刺激了不诚信的交易行为。具言之,交易多方签订合同时,因市场环境变化迅速,多方急于达成较为稳定的交易合意而实施超出经营范围的行为,其虽不被法律认可,但并无当事人申请或职能部门宣告,使其无效。但当交易一方需要履行合同义务时,却往往以法定的“超越经营范围无效”为由主张合同无效,并拒绝履行,从而获得越权行为的利益,而拒绝承担相应的责任。<sup>〔67〕</sup>此类私下超越经营范围进行营业,在产生纠纷后通过主张越权而逃避责任的行为,即当事人先施行违反强制性规范的行为,尔后通过援引强制性规定来否定行为效力进而实现其目的的反向规避行为。这种脱法实践显然应当被予以否定性评价,否则不利于诚信市场的建立,也会助长此种以法律为规避工具的不正之风。另一方面,不可否认的是,反向规避的公司脱法实践也对公司法规则变迁具有启迪作用,立法者应当审视相应的公司法规则是否具备正当性。是故,2005年《公司法》第12条做出了修订,规定除特许经营行业外,允许公司章程自行约定经营范围。此外,2005年《公司法》第44条规定“有限责任公司设董事会,其成员为三人至十三人”,第108条规定“股份有限公司设董事会,其成员为五人至十九人”。确立董事会人数上限的强制性规范无疑属于技术型规范,旨在确立有效率的董事会结构。然而,这一上限规制对某些有特殊需求的公司而言无疑构成障碍,有不少公司出于股东个体需求或公司内部权力配置的特质需求,需要突破董事会人数的上限,但迫于《公司法》的规定,只能通过其他方式规避,比如实践中存在未登记为董事但实质行使董事职权的脱法实践。旨在提升董事会决策效率的规定在实践面前,却面临着阻滞公司权

〔64〕 参见赵磊:《商事信用:商法的内在逻辑与体系化根本》,载《中国法学》2018年第5期,第160页。

〔65〕 1993年《公司法》第11条。

〔66〕 参见齐恩平:《论公司目的范围的限制》,载《法学杂志》1998年第1期,第26页。

〔67〕 参见赵旭东主编:《新旧公司法比较分析》,人民法院出版社2005年版,第14页。

力配置、忤逆股东个性需求的意外结局。事实上,对董事会人数设置上限并没有任何“理性”可言。人数多并不一定意味着决策效率的低下。与之相反,人数少的董事会,也有可能因内部的种种矛盾而导致决议迟迟难以达成。故此,对董事会人数是否应设置上限,法律不应越池半步,而应交由公司自治以进行效率化改进。对此,2021年《公司法(修订草案)征求意见稿》第63条和第124条正视实践,废除了董事会人数的上限。由此,上述公司法规则的变迁除回应公司领域合法的脱法之实践需求外,也是为了规制此类违法的脱法情形,并由此体现负向评价的法与违法的脱法之间的重塑逻辑。

## 五、结 语

国内对公司法的研究或注重于宏观层面的价值取向指引,或倾向于对具体制度等“细枝末节”进行剖析。而通过制度变迁,特别是以脱法的视角探讨公司法规则何以生产和变迁的研究甚为少见。然,一方面,通过剖析脱法现象,并结合制度变迁理论研究我国公司法规则的生成与变迁,可检视我国公司法诸多制度的得失,为我国新一轮《公司法》的修改提供理论基础与实践依据。另一方面,通过对脱法行为、制度实践与规范演变分析,可窥探立法者与市场主体之间的博弈关系,由此探究公司法规则背后的逻辑支点。故此,本文在脱法实践与规则变迁的耦合基础上,阐明脱法实践耦合公司法规则的逻辑进路,提出公司法规则变迁的三维逻辑。当然,制度变迁理论博大精深,本文仅从脱法实践这一切入点分析公司法规则变迁中到底“由谁(推动)立法”这一核心命题,希望借此引发学界对此展开更为深刻的研究,以揭示未来公司法规则变迁的更多可能图景。

---

**Abstract** The new round of corporate law revision has been launched, and it is undoubtedly significant to discuss and reflect on the evolution of corporate law rules from the macro level. As a kind of “dysfunctional autonomous behavior”, the practice of law evasion is closely related to the change of corporate law rules, and there is a basis for coupling, in which the two are unified in opposition and gradually opposed in unification. The logical progression of the coupling is to determine the substantive legal order, and the necessary prerequisite for determining the substantive legal order is to evaluate the legality of the practice of law evasion and the corresponding mandatory corporate law rules respectively. Generally, there are four types of coupling between the legality-evaluated decriminalization practice and the corporate law rules, which can be typified into three-dimensional logical patterns: the logic of competition between the positively evaluated law and the illegally decriminalized law, the logic of substitution between the negatively evaluated law and the legally decriminalized law, and the logic of reinvention between the negatively evaluated law and the illegally decriminalized law. The paradigms of evolution under different logical patterns show different characteristics and have different degrees of influence on the evolution of corporate law.

**Keywords** Legal Avoidance, Law Evasions, Corporate Law, Institutional Change, Legitimate Evaluation

---

(责任编辑:蒋澄澜)