

公司法的比例性规制

——保障公司发展权的另一种思路

杨 琼*

目次

- 一、错置的公司法定位：发展促进法 VS 公司监管法
二、比例原则嵌入公司发展权规制的正当性
三、比例原则嵌入公司发展权规制的路径
四、结语

摘要 在以往的研究中,谈及公司内部规制时就极大地扩张自治的范畴,涉及公司外部规制时就极大地扩张公共权力的范畴,形成一种矛盾的规制状态——内部无限放权与外部无限压抑。此种矛盾的规制状态使《公司法》缺乏主导的价值旋律:法官在处理疑案时,常常失语于不知道该采取“强制的立场”抑或“自由的立场”,这使公司法成为一部“很难”的法律。实际上,无论自治还是管制都是促进公司发展的手段,“促进公司发展”才应是公司法的目标。促进公司发展的关键不在于“立场”的选择,而在于刚性与弹性、强制性与任意性的比例的调配,《公司法》修改需要通过比例性规制保障公司发展权。具体而言,规制的前提是合目的性,在保障公司发展权的前提下,实现差异性规制及动态规制;公司外部规制要符合适当性原则,即对公司外部规制进行减负与转型;公司内部规制应符合必要性原则,即对公司内部规制进行增效与强化;公司法改革要遵守均衡性原则,保障公司内部规制与外部规制的平衡,并寻求《公司法》与临近法律部门的制度联动。

关键词 公司发展权 比例原则 内部规制 外部规制

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 206 条规定要保障一切市场主体的发展权利。公司作为最重要、最活跃的市场主体,保障其发展权理应是公司法修改的重大命题。2021 年 12 月 24 日,《中华人民共和国公司法(修订草案)》[以下简称《公司法(修订草案)》]正式面向社会征求意见,《公司法(修订草案)》在现行《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的基础上实质新增和修改了近 70 条。修改内容主要涉及党对国有企业的领导、国家出资公司的特别规定、公司设立及退出制度、公司组织机构设置、公司资本制度、控股股东和经营管

* 中南财经政法大学法学院博士研究生。

理人员责任、公司社会责任等方面。对深化国有企业改革、持续优化营商环境、完善产权保护制度、健全资本市场基础性制度有着重大意义。时隔一年,全国人大常委会于2022年12月30日发布《中华人民共和国公司法(修订草案二次审议稿)》[以下简称《公司法(修订草案二审稿)》]。《公司法(修订草案二审稿)》在《公司法(修订草案)》的基础上,进一步细化股东出资责任、恢复董事会职权的列举式规定、明晰审计委员会与监事会之间的关系、严格规范上市公司信息披露及上市公司股权代持、明晰类别股的信息披露要求、增加董事保险制度、新增强制注销制度……这些修改着重关注公司成员之间或公司机构之间权利义务的配置及责任的承担,试图使公司内部治理更加自洽。换言之,公司法修改关注的重点是股东、董事、监事、债权人等个体之间的权责,但对于公司作为市场主体的权利与义务关注甚少。即使在《公司法(修订草案二审稿)》中提高了股东知情权的行使门槛、一改往日保障中小股东的立场而转向保护公司,但此种修改与规定也在整部《公司法》中少之又少。公司发展不仅是实现公司成员及社会发展的工具,于公司法而言,公司发展本身就是一种目的。如何利用公司法律制度保障公司发展权,如何从工具理性转向主体理性,仍是公司法改革所应关注的重点。

需要说明的是,以往的研究多将规制等同于“强制”,常识性地认为其是“否定性干预”,是凭借“强力”实现“矫正性正义”的手段。^{〔1〕} 本文所谓的“公司法的比例性规制”中的“规制”实则分为两种类型,既有约束、禁止的负向规制(消极性规制),也有鼓励、促进的正向规制(激励性规制)。^{〔2〕}

一、错置的公司法定位:发展促进法 VS 公司监管法

基于制度对于国家发展不同的影响,阿西莫格鲁和罗宾逊将制度分为“包容性制度”与“汲取性制度”,前者有助于社会发展,后者会导致国家的失败。^{〔3〕} 这是以结果为导向进行的分类。除此之外,还可以以目的为导向将制度分为“发展型制度”与“监管型制度”,前者以促进社会多领域发展为导向,后者以便于监管为导向。纵观法律发展史,在政治、道德、法律的交错影响中,逐步形成“压制型法”“自治型法”“回应型法”。^{〔4〕} 公司法作为特别法,理应呈现出管制型—自治型—发展型的历史演进脉络。目前公司法部分实现了由管制型到自治型的转变,接下来的目标是转向发展型。之所以说目前公司法部分实现了管制型到自治型的转变,是因为其是一个矛盾的体系:其在某些方面给予公司极大的自由,释放出巨大的自治空间,其中最为典型的是公司资本制度与一人股份公司的规定;但在其他方面十分严格,如复杂的核名制度、企业住所与经营场所制度、对公司出资形式的严格限制等。

(一) 内外比例失衡的规制现状

公司法律规范大致可分为两个维度:一是外部维度(外部规制),处理公司与社会的关系;二是

〔1〕 参见蒋大兴:《信息、信任与规制性竞争——网络社会中二手房交易之信息传递》,载《法制与社会发展》2014年第5期,第137页。

〔2〕 参见王首杰:《激励性规制:市场准入的策略?——对“专车”规制的一种理论回应》,载《法学评论》2017年第3期,第83页。

〔3〕 参见[美] 德隆·阿西莫格鲁、詹姆斯·A.罗宾逊:《国家为什么会失败》,李增刚译,湖南科学技术出版社2015年版,第51—58页。

〔4〕 参见[美] P.诺内特、P.赛尔兹尼克:《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4页。

内部维度(内部规制),处理公司内部成员之间的关系。^{〔5〕} 在以往的研究中,在谈及内部的时候就极大地扩张自治的范畴,在谈及外部的时候就极大地扩张公共权力的范畴,形成一种矛盾的规制状态——内部无限放权与外部无限压抑。外部规制过度,内部规制不足表达的是对秩序的追求,而非对公司全面发展的促进。

1. 过度的外部规制

基于功能主义的视角,公司法应当是“公司发展促进法”而非“公司监管法”。监管法的特征表现为对涉及公司外部关系/市场秩序的事项严格审查,尤其是立法者基于监管便利的考量对公司设立进行诸多限制。例如,《公司法(修订草案二审稿)》第48条对出资形式的限制,虽然相比于现行《公司法》增加了债权与股权出资,但是仍将劳务、商誉、特许经营权等出资方式排除在外。再如,《公司法(修订草案二审稿)》第32条规定住所是公司登记的必备事项,这与目前公司去实体化、非财产化的大趋势不符。^{〔6〕} 又如,《公司法(修订草案二审稿)》第6条规定公司享有名称权,但是公司核名制度存在的诸多限制增加了公司设立成本。^{〔7〕} 此诸多规制并非是为了促进公司的发展,而是为了监管便利与市场秩序。从《公司法》的立法目的条款可以看出《公司法》的首要目的是“规范”公司的组织与行为,而非“促进”或“保障”公司发展。虽然《公司法(修订草案二审稿)》在一审稿的基础上增加了“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”的规定,此表述引自中共二十大报告,自有提高公司法站位之功用,但仍未体现出公司法促进公司发展之目标。

2. 羸弱的内部自治

在公司法改革中,不断加强公司自治似乎是应有趋势,也是公司法改革所不断追求的目标。^{〔8〕} 秉承加强公司自治的原则,只要对于市场秩序、公共利益及公司独立人格没有产生直接的影响,立法者似乎都想将其划入公司自治的范畴。公司契约论是典型的主张公司自治的理论。曾几何时,经济分析在公司法理论中形成话语霸权,公司契约论便采用经济分析的视角,认为公司并非独立存在的实体,而是为公司各方主体设定权利义务的“合同束”。^{〔9〕} 伴随公司的兴起与发展,公众、政府与公司之间的互动呈现出“肯定公司力量兴起”到“分散公司力量集中”再到“抚平公司所造成的创伤”的叙事主线。进步主义公司法学者充分认识到公司行为的公共性。故他们提出团队生产理论、企业社会责任、利益相关者学说等以公共利益为导向的观点,与公司契约论这种以私人利益为导向的观点形成对立。^{〔10〕} 公共利益导向的底层逻辑是将公司自治限制在非涉他行为中,对于涉他行为加强法律管制。这看似将公司内部治理全部放入自治的板块中。然而,完全不涉他的公司行为是不存在的。

对于公司本质的认知,我国与英美法系国家不同,在我国公司不是“合同束”,而是“具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织”。^{〔11〕} 公司的法律人格

〔5〕 参见[美] 弗兰克·H.伊斯特布鲁克等:《公司法的逻辑》,黄辉译,法律出版社2016年版,第251页。

〔6〕 参见郭富青:《我国企业住所与经营场所分离与分制改革的法律探析》,载《现代法学》2020年第2期,第145页。

〔7〕 参见蒋大兴:《徒增的商事成本——法律及管制如何影响企业设立(行为)?》,载《法学家》2016年第1期,第76页。

〔8〕 参见刘俊海:《基于公司理性自治的公司法规范重塑》,载《法学评论》2021年第5期,第1页。

〔9〕 参见[加拿大] 柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2000年版,第2页。

〔10〕 参见薛前强:《多元视角下的公司法:以性别分析方法为框架》,法律出版社2022年版,第49页。

〔11〕 《民法典》第57条。

是拟制的,但公司却是真实存在的市场主体。故无论是从公司理论演进的角度,抑或着眼于本土实际,自治都不会成为公司法的改革目标。管制与自治皆是促进公司发展的手段。

完整的法律规则由假定条件、行为模式及法律后果三部分组成,只由假定条件与行为模式组成的法律规则虽具有行为指引的功能,但是缺乏司法裁判的实用性。公司法中很多关于公司内部规制的条款未规定法律后果,无法作为裁判规范。例如,《公司法(修订草案二审稿)》第73条、第81条、第119条分别规定董事会、监事会、股东会会议记录及签名规则。但若未形成会议记录,或者未在会议记录上签名会产生什么样的法律后果?是否会影响决议效力?这些规范在法律后果上的阙如,使其失去司法强制性,导致规制效果不佳。与内部规制条款缺乏强制性相反,外部规制条款通常具有强制执行力。因为外部治理条款往往明确规定违反法定行为模式的法律后果。例如,公司登记涉及公司外部法律关系,《公司法(修订草案二审稿)》第34条明确规定公司未登记或未经变更登记的法律后果是不得对抗善意相对人。

(二) 以发展为核心的规制理念重塑

传统公司法在价值目标、基本立场上的混乱,导致在立法、司法以及法律解释过程中缺乏一种主导性价值立场。法律是平衡的艺术,法律适用是价值衡量的过程。缺乏基本理念就无法明确价值衡量的方向。民法的主旋律是意思自治,故在遇见冲突、模糊的内容及条款时,其解释的方向是明确的;刑法的底色是管制,无论如何强调轻刑、谦抑或无罪推定,刑法都不会改变其严厉的品性而变成完全可商谈的体系。但公司法的立法目标却是摇摆的,我们在处理疑案时,常常失语于不知道该采取“强制的立场”抑或是“自治的立场”。这使公司法成为一部“很难”的法律,如果将“促进公司发展”作为公司法的规制目标,我们将会减少分歧、达成共识、明确方向。

1. 公司角色的转向:从“贪婪的逐利者”到“文明的创造者”

公司法的体系安排、制度建构及规范解释皆属于公司法表层结构,与之相对应的是公司法深层结构。即公司法表层结构背后的关于公司及公司法的观念认知、功能理解,展现有关公司法的政治伦理、经济逻辑及文化理念。例如,由于英国东印度公司所存在的社会文化极度重视“私人秩序”,并且将公司视为商业“政治体”,故其在内部治理、外部交易、公司与政府关系处理等维度体现出“民主型”。而荷兰东印度公司所建构的制度、所坚持的理念则体现出“专制型”,这是由于其所处社会环境中“国家主义”极度膨胀,公司的职能在很大程度上是服务于领土的扩张与财富的积累。^[12]由“公司监管法”转变为“公司发展促进法”需改变其深层结构,认识到追求公司利益并不是以牺牲社会利益为代价,公司发展与社会发展可以协同进行。公司规制强制主义建构在一个设想与一个共识之上。一个设想是传统观念认为“无奸不商”,公司发展是以损害社会发展为代价的,故作为商主体的公司需要承担更多义务。一个共识是当私权与公共利益发生冲突时,要对私权进行限制以保障公共利益。基于公共利益对公司权利进行限禁是公司法中强制性条款的重要来源。20世纪30年代爆发了股东中心主义与公司社会责任论的理论争鸣,在美国经济大萧条时代存在为寻求短期经济利益牺牲环境、剥削工人的现象,在理论探讨时将公司利益与社会利益对立起来,认为公司是“贪婪的逐利者”。但这其实是学者与立法者的“冲突性关系假定”,实际上公司发展与社会发展具有一致性。

政府与市场分别是促进公司发展的两个维度,基于此二元结构,公司发展权分为消极/被促进

[12] 参见夏小雄:《公司法的深层结构:从东印度公司到中国公司法》,载《交大法学》2023年第1期,第101—105页。

发展权与积极/自我发展权。^[13] 消极发展权是指公司所享有的政府通过金融、财税、市场规制等手段从外部保障公司发展、减轻公司发展负担的权利。积极发展权是指公司作为主体实现自我发展、享受发展成果的权利。这与公司的双重属性是契合的,公司兼具自然性与社会性,理想的公司法目标应当是促进公司与社会共同发展。法律的终极原因是社会的发展与福利,未达到这一法律目标的法律规制不能永久性地证明其具有存在的合理性。^[14] 尤其当公司社会责任进入中国并经过社会主义洗礼之后,公司最优与社会最优之间具有协同性。公司作为市场经济中最重要的主体,其是“文明的创造者”,其发展是社会主义市场经济发展的重要表现。

2. 立法目的的明晰:以保障公司发展权为核心

法学作为目的性运作的学问,法规范始终在追寻特定的目的。目的性思考是一种从高位阶的总体出发所做出的思考,也是由目标出发的思考。^[15] 以往的研究往往混同公司目的与公司立法的目的。域外公司目的的研究中,公司目的论主要有三个阵营:一是股东至上论,认为股东利益最大化是公司目的。^[16] 二是多元主体利益论,认为股东利益最大化只是美国法律规定,但公司目标应指向更多元主体利益。^[17] 例如,2019年8月美国商业圆桌会议发布了一份由181名有影响力的首席执行官签署的关于公司目的的修改声明,表明公司目的是促进为所有美国人服务的经济。^[18] 三是公司目的虚无论,认为公司本身没有内在目的,无论是私人利益最大化还是公共利益最大化,都是一种历史发展,并不是公司内在固有的要素。^[19] 公司仅仅是一种组织,被不同主体用以实现不同目的。^[20] 中国学者则多从营利性与非营利性的角度研究公司目的。但这都是在工具论的层面研究公司目的,是从公司投资经营决策过程中应当优先考虑哪方主体利益的角度出发定义公司目的。而本文所言以保障公司发展权为公司立法目的,则是从主体论的角度出发,不再陷入股东、债权人、利益相关人等具体主体的利益纷争中,将公司作为主体探寻其发展之道。公司不再仅仅是其他主体获益的工具,公司发展本身就是目的,公司法的核心目标则是保障公司发展权。

公司发展权是指公司依照自己的意志依法开展经营活动,实现公司从小到大、由弱变强的权利。^[21] 现代法律发展史就是一部为获得权利不断抗争的历史。权利之所以成为现代文明的标志性词汇,是因为其在实践中具有极端重要性。将发展作为公司的一种权利,使其具有了一种规范

[13] 参见张守文:《发展法学:经济法维度的解析》,中国人民大学出版社2021年版,第88页。

[14] 参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第49页。

[15] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印刷馆2003年版,第12页。

[16] See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 *Georgetown Law Journal* 439, 439-468 (2001).

[17] See David G. Yosifon, *The Law of Corporate Purpose*, 10 *Berkeley Business Law Journal* 181, 181-230 (2013); Afra Afsharipour, *Redefining Corporate Purpose: An International Perspective*, 40 *Seattle University Law Review* 464, 465-496 (2017).

[18] See J. Murray Haskell, *Corporate Purpose and the Business Roundtable*, 21 *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law* 361, 361-372 (2020).

[19] See David B. Guenther, *Of Bodies Politic and Pecuniary: A Brief History of Corporate Purpose*, 9 *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 1, 1-68 (2019).

[20] See Lynn Stout, *The Troubling Question of Corporate Purpose*, 3 *Accounting, Economics, and Law: A Convivium* 61, 61-70 (2013).

[21] 参见雷兴虎、杨琼:《〈公司法〉宜确立公司的生存权与发展权》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2022年第5期,第109页。

性力量,能够被直接援引作为保护公司利益的依据。^[22] 在面对相反的意见或决定时,公司作为权利主体可以直接诉诸权利,无需再迂回地寻找间接性支撑及依据。例如,商业机会对公司发展至关重要,但是合同法却不保护公司商业机会,也慎用惩罚性违约金。《公司法》确立公司发展权后,其就可以成为保障公司商业机会的法律依据。

二、比例原则嵌入公司发展权规制的正当性基础

(一) 比例原则在公司法领域的适用缘由

比例原则作为公法上的基本原则缘何可以在公司法中适用? 首先是因为传统公法与私法的界限逐步模糊,其次是因为公司法作为团体法,既有交易法上的私法性质,也有组织法上的公法性质。

1. 公法—私法界限的突破

乌尔比安对于公法与私法的划分自古罗马时期至今影响深远,随着社会经济的发展,公私二分法被不断挑战,其中最为典型的是商法对公私二分法的突破。这主要体现在两个维度上:其一,国家对经济的干预,即“私法公法化”;其二,国家对经济的参与,即“公法私法化”。^[23] 在“私法公法化”的场域中,国家公权力机关对作为商事主体的公司进行监管,构成行政主体与行政相对人之间的行政关系,比例原则是其秉承的原则。在“公法私法化”的情景下,政府与公司是地位平等的交易主体,诚实信用原则是双方行为所要遵守的首要原则。《公司法》第5条明确规定公司经营应遵守诚实信用原则,限制权力滥用的比例原则在其中也具有适用空间。因为诚实信用原则与比例原则的本质都是禁止权利/权力滥用,此两项“帝王原则”的适用也逐渐超出公法与私法的二分法界限。

一方面,诚实信用原则悄然进入公法领域。所谓“弟子入则孝,出则弟,谨而信,泛爱众,而亲仁,行有余力,则以学文”。^[24] 诚实信用本质上是道德原则,是最低限度的自然法,而非绝对的私法原则,适用于民法领域并不代表其天然地不能适用于其他领域。^[25] 行政机关制定的规范性文件不可朝令夕改、行政法律规范的适用不可溯及既往、行政相对人的信赖利益保护等都体现出公法上的诚实信用原则。^[26] 另一方面,比例原则也约束着私法行为。比例原则蕴含的目的与手段间的理性思维本就具有张力,加之受全球“私法宪法化”浪潮的影响,使比例原则在辐射范围上完成从公法到私法的渗透。^[27] 上海市浦东新区人民法院发布的2020年度知识产权司法保护十佳案例之五即为:“小老板”海苔商标侵权纠纷案——比例原则在商标侵权损害赔偿判定中的适用。^[28]

2. 公司法“公”“私”兼具的本质

除了公法与私法的界限逐渐模糊,以及比例原则在私法领域的渗透为比例原则在公司法领域

[22] 参见张泽键:《权利无法新兴吗?——论既有权利具体化的有限性》,载《法制与社会发展》2022年第3期,第48页。

[23] 参见陈岳琴:《论商法的公法化》,中国人民大学出版社2015年版,第109页。

[24] 《论语·学而》。

[25] 参见阎尔宝:《行政法诚实信用原则研究》,人民出版社2008年版,第117页。

[26] 参见许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第25页。

[27] 参见蒋红珍:《比例原则适用的范式转型》,载《中国社会科学》2021年第4期,第107—110页。

[28] 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书,(2018)沪0115民初62173号。

适用提供理论支撑外,公司法“公”“私”融合的本质使其比其他具有私法性质的部门法更加适合引入比例原则。

公司权主要由两种形态构成:权利与权力。首先,公司法是交易法。当公司与其他市场主体进行交易时,其构成平等主体之间的民商事法律关系。例如,债权作为平等主体之间权利分配的方式,实质是平等主体之间进行权利交换的行为。^[29]在此层面上,公司属于“权利主体”。但是伴随亚马逊、阿里巴巴、百度、京东等超级平台的兴起,传统“公权力—私权利”的二元结构转变为了“公权力—私权力—私权利”的三元结构。^[30]基于用户协议的权利让渡、政府公权力的默许或授权、技术先占中的自我赋权等原因,平台内部形成了规则制定权、审查权、管理权及处分权等具有公权力属性及样态的“权力”。^[31]超级平台企业与平台内经营者、消费者、中小型平台企业之间突破了传统意义上的平等主体的关系,转而形成非平等的控制关系。

其次,公司法是组织法。公司作为一个组织体具有类似于共和国一样的严密而有效的组织结构和运行程序。^[32]股东会是公司的权力机构,董事会是公司的执行机构,监事会是公司的监督机构。股东会、董事会、监事会作为组织机构对于其成员而言具有“权力”的性质,公司机构具有“权力”主体的身份。

最后,基于政府与公司的关系,公司的角色是行政相对人。公司法中关于公司核准登记的规定、国家对公司监督管理的规定以及关于公司犯罪的规定都是具有公法性质的法律规范。^[33]公司作为主体是行政权力、司法权力的相对人,比例原则是保障其权利的基本原则。

在某种意义上,公司既是“权利”主体,也是“权力”主体,亦是“行政相对人”;公司“公”“私”兼具的性质决定了公司法“公”“私”并存的本质。“私”的一面需要遵循诚实信用原则,“公”的一面需要内嵌比例原则。但这并非意味着在公司法文本中明确规定“遵循比例原则”的字样,而是将其“合目的性”“适当性”“必要性”与“均衡性”的要求贯穿于整个公司法立法之中。

(二) 比例原则嵌入公司发展权规制的必要性

1. 比例原则的功能性价值

从功能主义视角出发,比例原则通过协调“强制性—任意性”“自由—管制”“弹性—刚性”等“矛盾”,促进公司发展。早在2004年就有学者指出《公司法》立法目的条款虽然有促进市场经济发展的明文宣示,但更加关注的是对股东、债权人的权益及社会经济秩序的维护,表现出的明显倾向是强调规范、限制及管理,而忽略鼓励、支持及引导,法律规定呈现出过度的刚性与强制性,而缺少应有的弹性和任意性。^[34]此后历经2005年、2013年、2018年《公司法》修改,立法中的管制与发展失衡、刚性与弹性比例失调的问题仍未得到解决。

尤其是内外比例失衡的规制现状阻碍了公司发展。因为“外紧内松”的规制模式是典型的民法思维的体现。意思自治是民法的灵魂,其意味着当事人内部的自由。一旦涉及第三人,意思自治就受到约束,甚至是失效。此为合同相对性原理。当此逻辑运用到公司法中则转化为:公司内

[29] 参见郭富青:《公司法权形态二元配置的法理解析》,载《甘肃政法学院学报》2010年第2期,第55页。

[30] 参见马长山:《迈向数字社会的法律》,法律出版社2021年版,第116页。

[31] 参见马治国、占妮:《数字社会背景下超级平台私权力的法律规制》,载《北京工业大学学报(社会科学版)》2023年第2期,第118—122页。

[32] 参见[澳]斯蒂芬·波特姆利:《公司宪治论:重新审视公司治理》,李建伟译,法律出版社2019年版,第5页。

[33] 参见雷兴虎:《公司与非公司企业法基本问题研究》,湖北人民出版社2020年版,第57页。

[34] 参见赵旭东:《公司法修订的基本目标与价值取向》,载《法学论坛》2004年第6期,第11—12页。

部法律关系是意思自治的范畴,故公司法强调公司自治。但是公司外部法律关系往往涉及第三人甚至是公共利益,所以强制性规范所占的比例就大。但这不符合商法逻辑。首先,本文将公司规制分为内部规制与外部规制,是从公司内外法律关系的角度进行的分类,而非规制效果的角度。因为公司的所有行为几乎都具有内部性与涉他性效果,只是其强弱程度不同而已。^[35]其次,外部规制是对公司的“他律”,内部自治则是公司的“自律”。内因是事物发展的根本原因,“自律”亦是公司发展的根本动力。在诚信系统健全的国家,公司的生存发展主要靠“自律”,减少甚至没有“他律”是可行的,而在诚信系统并不是十分完备的国家,过多地期待“自律”会增加机会主义行为。适当性原则、必要性原则、均衡性原则是实现“比例适当”的方法,而这些手段比例适当的目的是促进公司发展,这亦是合目的性原则的要求。

2. 比例原则对公司发展权的规范建构的意义

从公司发展权与比例原则的本质出发,比例原则与保障公司发展权极度契合。公司发展权的核心是尊重并保障公司正面的、积极的、向上的变化。由于权利本身所体现的自由,其必然包含一定的选择空间与幅度;比例原则的重要价值一方面在于为实现目标的手段适用提供尺度,另一方面则在于为权力及权利的运行提供尺度,即为公司发展划定边界。发展是一个哲学概念,这使公司发展权天然地带有哲学底色。哲学是深刻的、抽象的、辩证的,同时某些哲学概念亦是难以精确界定的。公司发展权是动态的、过程性的权利,此种具有哲学特色的权利在公司立法中难以进行有效的法律架构。若不依靠比例原则/理念规制公司发展权,在公司立法中只能规定“公司具有发展权”,但发展权具体如何实现及保障便难以确定。比例原则/理念将公司发展权从宣誓性权利转向具有规范力的权利。公司发展权具有回应性、弹性、内源性、系统性等特征,比例原则/理念亦可将这些特征转化为法律表达。

四阶层比例原则包含四个子原则:目的正当原则、适当性原则、必要性原则与均衡性原则。均衡性原则也被称为“狭义比例原则”。首先,公司发展权具有回应性,比例原则的子原则——合目的性与其契合。公司发展权所回应的“促进公司发展”这一现实问题,是合目的性所保障的“目的”。功能主义是实现公司立法回应性的有效手段,公司发展权具有明显的功能主义色彩——为促进公司发展提供权利保障。合目的性在一定意义上是“合功能性”,如同我们用圆规画圆,圆的半径可以随意变化,但是圆心始终处于中心的恒定位置。比例原则是一个动态调整的原则,正当目的是其“圆心”。公司发展权的规制也具有同样的特征,保障公司发展权作为其目的是恒定的“圆心”,但是实现此目的的规制手段与方式是多变的“半径”。

其次,公司发展权具有弹性。公司发展权涉及规范类型、规范构造的弹性化调整。发展并不一定简单地等同于自由;发展在很多场景下是依靠规制实现的。促进公司发展也并不意味着规制越少越好。发展本身具有动态性,可能在此阶段规制多一些有助于其发展,在下一阶段自由多一些有助于其发展;在此区域强规制有助于其发展,在彼区域强自由有助于其发展。适当性原则是从目的与手段的角度出发,要求对公司采取的规制手段必须与保障促进公司发展权的目标相匹配,不能单纯为了监管的便利对公司加重规制,也不能为了立法“成果”极度追求公司自治。

再次,公司发展权具有内源性。公司法改革中的外源性与内源性问题,主要是处理法律移植及本土资源的关系。公司发展的外源性与内源性区分主要解决的是公司发展动力的问题。外源性公司发展是指公司发展主要依靠政府通过外力推动,内源性公司发展是指公司发展主要依靠

[35] 参见蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第284页。

“自律”实现。必要性原则体现公司权利本位,若是对公司限制是不可避免的,则要求采用对公司损害最小的方式进行。规制并非总是指令性、公益性及集中化的,在某些领域,它的形成与实施都是通过自我规制机构实现的,而非通过公共机构完成。^[36]在公司发展过程中内部规制更加及时、直接,甚至比外部法律规制更加有效、成本更低、损害更小。加强公司内部规制的效率是必要性原则在公司法领域的要求,亦是公司发展“内源性”特征的法律阐释。

最后,公司发展权具有系统性。公司发展权有两种不同场域的体现:一是公司正常经营状态下的发展权,主要体现在公司设立后,清算解散之前规模由小变大、能力由弱变强的过程;二是公司困境中的发展权,主要体现在公司濒临破产或者破产重整过程中扭转经营劣势、重回正常经营轨道的过程。故公司发展权贯穿公司从小到大、从弱到强、从“生”到“死”的整个过程。此过程既涉及公司内部关系的处理,亦涉及公司与公司、公司与环境、公司与社区、公司与政府等多种法律关系的调整。均衡性原则为此种系统性的特征提供法律实现的路径。均衡性原则要求比较、分析、平衡总体收入与成本,对于公司采取的规制手段,若是其收益大于成本则是可取的,但是若成本大于收益则是不可取的。^[37]均衡性原则要求整体地、系统地衡量成本与收益。系统性的视角既体现在将公司内部关系与公司外部关系视为整体进行调整,也体现在将《公司法》及其他相关法律作为促进公司发展的一个系统。

三、比例原则嵌入公司发展权规制的路径

比例原则在公司法中的嵌入意味着摒弃以往一味追求自治的改革理念,比例适当的自治与管制才应当是公司法改革的思路。

(一) 目的正当性: 动态规制理念

1. 规制目的: 公司发展权的确立

实现促进公司发展的目标的核心在于确立公司发展权。现行公司法体系既无关于公司权利体系的表述,又无关于公司发展权的规定。只有《公司法》第3条规定公司享有法人财产权,基于体系解释的视角,似乎公司只拥有法人财产权。而拥有成熟、周延的公司法律制度的国家,一般对公司权利有系统性规定。例如,《特拉华州普通公司法》第二节专节规定公司权力,规定了公司的一般权力、特别权力、公司行为能力或权力缺乏的效力、越权、权力与职责等事项,从权力内容、权力行使到法律责任的承担,形成了完整的公司权力体系。而我国公司法不仅对公司权利的规定十分单薄,更为关键的是法人财产权是一个归属性的保护方式,属于静态的观点。但公司不是静止的,其是一个进化的现象。^[38]在公司权利群中,发展权是核心权利,亦是本质性权利,其他权利是衍生性权利。无论是财产权还是其他权利,这些权利皆为发展权之表象与组成。发展权才是公司拥有的活的权利,公司存续发展的每一阶段均涉及发展权。此外,财产权、身份权等权利都是工具性权利,发展权才是目标性权利。

故应当将公司发展权作为公司的基本人格权,并在立法中明确表述为:

^[36] 参见[英] 安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第3页。

^[37] 参见刘权:《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》,载《法商研究》2021年第4期,第105页。

^[38] 参见[美] 乔治·斯蒂纳、约翰·斯蒂纳:《企业、政府与社会》,张志强、王春香译,华夏出版社2002年版,第104页。

第 X 条 公司依法享有发展权,公司发展权是公司的基本人格权。

公司发展权是公司按照自己的意志依法开展经营活动,实现公司从小到大、由弱变强的权利。一切公司发展机会均等。其他主体要尊重公司发展权,不得阻碍、损害公司的持续健康发展。^[39]

此外,立法目的需要同步进行修改。立法目的的修改不仅具有立法论上的意义,也具有解释论上的意义。一方面,立法目的体现立法者的意旨,决定一部法律的品格。另一方面,立法目的条款具有多种司法适用的功能:当法律文本出现多条解释路径时,借助立法目的条款可以引导法律适用者确立最终的法律解释;当面对多类型利益需要做出取舍时,利用立法目的条款可以确定利益衡量标准;当法律存在漏洞时,援引立法目的可以弥补法律漏洞。^[40]

基于此,笔者建议将《公司法(修订草案二审稿)》立法目的条款改为:

第 1 条 为了鼓励、支持和引导公司持续健康发展,维护公司及利益相关者合法权益,完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,制定本法。

2. 规制主体与手段:多元共治

公司生存是公司发展的前奏,只有放宽公司设立条件,才能有更多的公司进入市场之中,从而有进一步发展之可能。故以公司发展权为本位设计公司规制理念,对于涉及公司生存的外部规制,尤其是一些新兴行业的公司的设立,应当减少负向规制,以激励性规制为主要规制方式。激励性规制的方式除传统的减免税收、奖励、政府补贴等经济手段,还包括模糊地带的不予管制及竞争性规制。^[41]对于涉及公司发展权的内部规制,应当加强规制力度,可以采取负向规制手段。除规制手段外,规制主体也应由单一主体转向多主体。例如,共享经济的发展打破了以往以政府为中心的规制体系,转向由政府、平台公司、营业者多主体合作规制的体系。^[42]

3. 规制过程:类型化与阶段化

比例原则的核心是对于目的及手段的衡量,此种衡量是一个动态的过程,这就要求对于公司发展权的规制也是一个动态变化的过程。没有一成不变、放之四海而皆准的公司治理模式。虽然有学者认为公司法的历史终将终结,所有公司法律制度发展会趋同于美国公司治理路径,从而形成全球公司治理的高度统一,^[43]但事实证明,公司的发展史就是那些公司治理结构不能适应商业竞争而不断被淘汰的公司的历史。那些试图将所有公司统一为单一规制模式的法律终将被湮没在历史之中。^[44]

首先,对于公司的规制方式及程度会随着市场发育程度的不同而变化。在市场发育初期,对公司经营行为及相关信息反映并不迅速,价格机制不成熟,市场监督能力弱,此时加大对于公司的强制性规制有利于保障投资者及债权人。但是随着市场监督机制的不断成熟,公司行为及章程条款会受到市场灵敏而严格的关注与监督,即使减少对于公司的强制性规制,相关利益者的权益也能得到保障。^[45]

[39] 见前注[21],雷兴虎、杨琼文,第113页。

[40] 参见杨铜铜:《论立法目的的司法适用的方法论路径》,载《法商研究》2021年第4期,第86页。

[41] 见前注[2],王首杰文,第82页。

[42] 参见王敬波:《面向分享经济的合作规制体系构建》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第102页。

[43] See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *supra* note [16], at 439-468.

[44] 参见[美]罗伯塔·罗曼诺:《公司法基础》,罗培新译,北京大学出版社2013年版,第162页。

[45] 见前注[5],弗兰克·H.伊斯特布鲁克书,第68页。

其次,对于公司的规制方式与程度会因公司类型不同而改变。学者普遍认同公司形态立法应当遵循差别对待的要求,通过对不同规模、不同功能的公司设置不同的公司治理规则来实现分类调整目标。^[46]《公司法(修订草案二审稿)》依然采用有限公司与股份公司的分类,但在实践中早已产生更加丰富多元的公司类型谱系。例如,于有限公司而言,呈现出封闭性有限公司、公开性有限公司及介于两者之间的多元谱系;于股份公司而言,形成上市公司、非上市公众公司、非公众公司的差序格局。^[47]在动态规制理念的指引下,公司规制在公司类型不断演变的同时也发生变化,将原有的静态的分类调整转变为动态的分类调整,将发展的哲学方法论运用于公司治理之中。

最后,对于公司规制的方式与程度会伴随公司发展阶段不同而相异。公司进行经营、控制代理成本、进行融资及回报投资者的方式会因公司发展阶段的不同而不同。^[48]

(二) 适当性: 公司外部规制的减负与转型

回顾公司法改革的历史,诸多措施体现出减负与转型的理念,例如授权资本制、市场主体登记制度三证合一、企业名称自主申报、电子投票等。但是基于公共利益优位的传统,当涉及公司外部规制时还是习惯性采取严厉的立场。此种严苛的外部规制立场不仅体现在“显形的法律规范之中”,还存在于“事实的规制之中”。^[49]

1. 减少公司发展权的显形限制

公司设立是公司发展的前提与基础,但现有公司法规范中对于公司设立有很多不当的法律规制。我国公司法对于出资额及出资期限的规制已达竞争底线,甚至可以与弱资本规制模式的美国相媲美。但是在出资形式及经营场所等方面的规制甚至超越强资本规制模式的欧盟。^[50]

首先,应当扩展股东出资方式,取消对出资形式的限制。世界各国立法对股东出资形式的规制有三种模式:以美国法为代表的宽松模式,其采用交易规制路径;以德国法为典型的严格模式,其采取出资形式限定模式;以英国法为范式的折中模式,其采用混合规制路径。伴随财产形式多元化发展,出现了放松对出资形式限制的趋势。例如,法国作为强资本监管模式的欧盟的成员,2001年修改后的《法国商法典》第223-7条规定,公司章程可以确定以劳务技艺出资的公司的股份认购方式。出资形式本应是股东与公司之间股份发行合同中的自治事项。但基于对债权人的保障,我国放弃内部自治的路径而采用外部规制的视角并且使用强制规制的方式。此种严苛的资本形式规定无法应对日渐多元的财产形态,在实践中亦可以轻松被规避。例如,法律禁止以特许经营权出资,但实践中可以通过设定特许经营权质押获得融资,再以货币的方式进行投资入股。对于商誉、技术等资产形式,出资人可以通过合同安排进行财产的对价转换后再入股。出资形式的核心要素是“有益性”与“可估值性”,目前商业估值技术的发展逐渐融合董事会判断、第三人验证机制及法院裁断的优势,为我国取消对出资形式的限制提供技术支持。^[51]公司法应当将事前禁止转为过程规制,通过及时完整的信息公示、商事交易判断机制、股份留存制度调解债权人利益

[46] 参见赵吟:《公司法律形态研究》,西南政法大学2014年博士学位论文,第111页。

[47] 参见刘斌:《公司类型的差序规制与重构要素》,载《当代法学》2021年第2期,第109页。

[48] 见前注[5],弗兰克·H.伊斯特布鲁克书,第19页。

[49] 蒋大兴、杜一华:《公司设立及迁移中的隐性规制——消除营商环境改善中的实践痛点》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第151页。

[50] 参见岳冰:《论我国资本形成制度的规制坐标与自治重构》,载《法学杂志》2021年第5期,第119页。

[51] 参见刘燕:《公司资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》,载《法学研究》2014年第5期,第42页。

与公司发展权之间的冲突。

其次,应当取消公司设立中对住所的强制性要求。有学者指出,真正成为公司成立障碍的不是资本制度,而是高昂的住所及人力成本。^[52]我国公司法立法应当对企业住所与营业场所分别加以规制,对企业住所进行规制的目的是方便联系企业,维系企业主体资格的健全。而对于营业场所进行规制是为了保障交易安全展开,应当将其交由房管、住建、规划、土地、公安等归口进行管理。宜对住所采取申报登记制而对经营场所实行备案制。^[53]相较于2020年6月发布的征求意见稿,2021年4月通过的《市场主体登记管理条例》在法律术语的使用上对住所与经营场所进行了区分。^[54]但在实际法律效果上其仍坚持了住所与经营场所合一的立场,对于很多“静默办公”的非互联网公司仍设置了提供住所证明的障碍。笔者建议直接开放住宅注册,或者在一照多址、一址多照等登记方式的基础上不加区分地推进住所自主申报制度。申请人只需填制申请表,无需提交房屋权属证明、房屋租赁合同等证明文件。市场监管部门只进行形式审查,无需进行实质审查。同时建立公司联络员制度,通过公司联络员而非公司住所与公司进行联系,对于无法通过公司联络员进行联系的企业,将其列入企业经营异常名录,在企业信用信息网上进行公示。并在“企查查”“天眼查”等查询软件上进行交易风险提示。

2. 消除公司发展权的隐性障碍

公司发展权的隐性障碍分两类:一类是执法者在执法过程中过分解读法律形成的障碍,一类是由于文化观念形成的障碍。

前者包括公司设立地对于经营业态的隐性许可、公司办公场所的空间资源分割、公司设立后的税务报道等。注册地属于公司自由选择的事项,法律并未规定公司的此项选择需要行政许可。但有些地方却以“业态调整/业态控制”为理由对本应由市场竞争机制调整的事项设置行政许可。例如,北京市海淀区中关村西区管理委员会办公室实行“入驻中关村西区业态审核”制,对于入驻中关村西区的公司实行设立前许可。且以教育培训、法律咨询等为公司经营范围的公司在北京其他地区可以设立,但在中关村西区禁止设立。^[55]国务院《“十三五”市场监管规划》要求保障企业自主登记权,规定应“尊重企业自主经营的权利,允许企业根据实际情况选择组织形式与注册地。除法律明确规定外,不得限制企业依法注册登记,不得限制企业必须采取某种组织形式……”隐性规制往往属于阻碍公司发展的“事实规制”,未引起学界重视是因为往往只有那些切身实践过在中关村西区设立公司、办理税务迁移等事项的当事人才了解信息并深受其害。消除隐性规制最简单的方法是“一刀切”,不允许其存在。但这种方式过于粗暴,在一定程度上而言,隐性规制有一定的地域性基础,是基于地域现实做出的差异性考量。笔者建议,可在《公司法》的公司设立条款中授权省级人大及常委会根据自身状况做出合理的另外规定,此种授权将“隐性”变“显形”,在中央统一立法的前提下将部分事项授权地方立法机构,形成公司法立法竞争。

文化观念形成的障碍主要指“无奸不商”“商人重利轻别离”“君子喻于义、小人喻于利”之说盛

^[52] 见前注〔7〕,蒋大兴文,第73页。

^[53] 参见郭富青:《我国企业住所与经营场所分离与分制改革的法律探析》,载《现代法学》2020年第2期,第150页。

^[54] 《商事主体登记管理条例(征求意见稿)》第17条第1款规定:“商事主体的住所(主要经营场所)只能有一个,并与其经营活动相适应。”作为正式施行的条例的《市场主体登记管理条例》第11条第1款规定:“市场主体只能登记一个住所或者主要经营场所。”

^[55] 见前注〔49〕,蒋大兴、杜一华文,第145页。

行,抑商的文化基因、贬商的社会政策、排商的思维对公司发展产生负面影响。^[56]立法者对于公司设立采取慎重的态度,以设立成本的增加、设立效率的降低作为抑商的手段,并在处理公司外部关系时对公司行为进行负向规制,注重公司所承担的义务,而忽略其权利的保障。故在公司法改革过程中,既要注重法律规范层面的制度优化,也要注重实际运营层面的法律适用。构建科学客观的商人文化,逐步消除对商人的偏见,实现通过公司发展促进社会发展之期许。

(三) 必要性:公司内部规制的增效与强化

1. 完善公司问责机制

加强内部规制需要责任下沉,转变“重集体责任、轻个体责任”的立场,打造“决策者管理、管理者负责”的权责体系。以往在公司法制度结构设计中立法者将董事会预设成“夹层机构”,^[57]但是此种定位是简化了公司内部的代理环节,因为在公司经营过程中,普遍存在权利下沉的现象:股东大会的权利常以授权的方式下沉到董事会,董事会的职权也常以授权的方式下沉到经理层。法律预设的是董事会决策,但实际是经理层在决策。尤其在我国,经理才是主要的业务执行机关,其功用与法定代表人并无二致。将董事会作为业务执行机关只不过是历史事实的重述或对境外公司法立法的移植。^[58]但是经理层的代理问题并未被重视,这导致实践中出现“决策者不管理、管理者不负责”的问题。

同时,传统公司法规范注重集体责任,而忽略个体责任差异,实行身份责任而非行为责任。现行《公司法》第147条笼统地规定了公司董监高应遵守忠实义务与勤勉义务,但并未对不同管理者的不同履职条件与履职行为进行区分。此次《公司法(修订草案二审稿)》第180条看似对董监高的忠实义务与勤勉义务的内容进行了细化,但并未列举勤勉义务的免责条款,依然不具有个体归责的可操作性。当然,此种团体性责任理念有一定的文化诱因。中国式的责任观很容易由“天下兴亡,匹夫有责”的饱满的责任热情发展为责任虚无主义。因为自我往往被团体所吞没,当分担罪责时往往是由“我们”而非“我”来承担。^[59]团体责任的依据往往是身份而非行为,此种追责方式不符合比例原则的规定。

基于此,合理问责与精准追责的责任体系构建需从两方面入手。第一,法律责任是行为规范的主要动力之一,权利下沉的同时责任也需下沉。公司内部治理的核心在于劝诱、激励或者迫使管理层遵守他们对投资者做出的承诺。^[60]明晰的法律责任是促使管理层信守承诺的最有力的要素。与其走向“董事会中心主义”,不如走向“经理人中心主义”,在规范经理人的行权方式的同时,要求经理人对于违规决议给公司造成的损失承担赔偿责任,但是在经理人会议上明确表示反对的成员可免除责任。^[61]第二,打破传统团体性文化的藩篱,从集体责任转向个人责任,从身份责任

^[56] 参见薛波、雷兴虎:《“中国特色”民法典编纂方法及其对商事立法的镜鉴》,载《学术界》2020年第10期,第148页。

^[57] 参见蒋大兴:《公司董事会的职权再造——基于“夹层代理”及现实主义的逻辑》,载《现代法学》2020年第4期,第125页。

^[58] 参见赵旭东:《再思公司经理的法律定位与制度设计》,载《法律科学》2021年第3期,第36页。

^[59] 参见胡道玖:《以责任看发展:多元视阈的“责任发展观”研究》,上海交通大学出版社2014年版,第13页。

^[60] 参见[美]乔纳森·R·梅西:《信守承诺是公司治理的基石》,戴欣、赵万福、赵舒窃译,法律出版社2017年版,第1页。

^[61] 见前注^[57],蒋大兴文,第125页。

转向行为责任,从关注形式转向关注实质。^[62]使责任制度兼具“向后看”与“向前看”的双重功能,即不仅要防止恶性事件的重现,而且要有利于公司未来的繁荣发展。^[63]

2. 指引主义迈向裁判主义

加强公司内部治理的效率需要增加裁判规则的数量。在立法技术上,对于涉及公司法人人格独立、公司整体利益及公众利益的事项进行法律规则编纂时应注重法律后果的规定。例如,为结束公司对外担保在司法实践中的乱象,在对现行《公司法》第16条、《公司法(修订草案二审稿)》第15条进行修改时可以直接指明“违反前款规定担保协议不成立”的法律后果。对于《公司法(修订草案二审稿)》第73条、第81条、第119条进行修改时可以明确规定“未在会议记录上签名的董事或监事承担违反勤勉义务的后果”。抑或设置公司秘书作为公司程式的“看护者”,备置会议记录及签名是其职责,违反职责承担违反勤勉义务的后果,以“违反即不成立/无效/不生效”取代“违反可能无效/生效”的思路。这或许是交易成本最低、最尊重法律文本的方式,也更加地符合民众“简化规则”的文化心理。同时,通过此种方式形成立法规则与司法规制的合力,避免法官越俎代庖充当立法者的角色,减少成文法的可预见性及稳定性的优势被消耗的可能性。^[64]

(四) 均衡性: 系统性视角下的公司规制

1. 公司内部规制与外部规制的联动均衡

对公司的认知经历了从“股东营利的工具”到“扩大了个人”再到“缩小了的社会”的过程,这使公司法所负担的功能超越了传统的公司组织与公司管理的范畴,使其早已成为社会治理中的一环。^[65]伴随经济全球化而来的国际及地区的竞争在很大程度上体现为现代公司法律制度的竞争。整体主义观认为事物之间是相互联系的;任何事物都存在于复杂的系统中,是多重关系的复合体和多重属性的统一体。公司法的性格、气质深深地嵌套于经济与社会的规范之中。现行公司法内外规范失衡的现象是由于未将公司内部治理与外部规制视作整体,割裂了内部与外部之联系。故公司法改革需要改变公司内部规制一味强调自治、外部规制一味注重强制的立场,增强公司内部规制的效率,减少公司外部规制的事项。内部增压的同时外部释压,达到公司规制的内外部平衡,在整体主义视角及发展观的指引下,平衡公司复杂的内外关系,保障公司发展,使公司法律制度成为国际竞争中的优势。

2. 公司法与其他相关法律的关联制度供给

其他相关法律有助力公司法实现其促进公司发展之目标的功用。例如,《民法典》通过对法人财产权、民事主体人格权、法人民事权利能力及行为能力等方面的规定,从一般法的层面保障公司发展权。再如,证券发行与交易是实现公司发展的重要行为,《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)通过规范公司证券的发行与交易的过程以保障公司发展权。公司发展是全方位、持续性的过程,单靠公司法无法穷尽所有事项,需要其他相关法律配合公司法来更加全面、立体地促进公司发展。故《公司法》与《民法典》《证券法》等相关法律的联动修改是必要的。

此外,其他相关法律更加重要的一个功能是划定公司发展的边界。虽然在通常情况下公司

[62] 参见赵旭东:《中国公司治理制度的困境与出路》,载《现代法学》2021年第2期,第103页。

[63] 参见[日]神田秀树:《公司法的理念》,朱大明译,法律出版社2013年版,第29页。

[64] 参见蒋大兴:《公司法改革的文化拘束》,载《中国法学》2021年第2期,第104页。

[65] 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70—72页。

发展与社会发展具有一致性,但并非所有的公司发展都是有利于社会发展的。当公司积累了巨大的权力与财富,它既可能是促进人类发展的“利器”,也可能是毁灭人类的“凶器”。2020年新冠疫情暴发,大多数公司的生存与发展都受到影响,但核酸检测公司却“逆风起飞”。根据企查查数据研究院统计,2022年前三季度含“新冠检测”概念的109家上市公司共计营收约为3638.78亿元,净利润共约854.29亿元。近3年成立的医学检验公司近20000家,已有数千项与新冠有关的行政处罚。^[66]公司成为个人敛财的工具,如张核子担任法定代表人的企业有20家,实际控制的公司多达30家。^[67]张核子实际控制的这些核酸检测公司屡屡因违法违规受罚,但其核酸检测规模却达到惊人的7亿人次。^[68]2022年5月,北京房山区卫健委副主任杨大庆等三人因在对北京朴石医学检验实验室监督管理过程中涉嫌严重违纪违法,接受房山区纪委监委纪律审查和监察调查。^[69]2022年10月,中央纪委国家监委网站发布消息,北京市政协原副主席、北京市卫生健康委员会原主任于鲁明涉嫌受贿一案,由国家监察委员会调查终结。其利用职务上的便利,为他人谋取利益,非法收受他人财物,数额特别巨大,依法以受贿罪追究其刑事责任。^[70]若将权力交给卖伞的人,那么雨将永远也不会停。注册大量的核酸检测公司,甚至筹备核酸检测公司上市,这是公司发展的异化。这些公司为牟利,勾结政府官员,就再次加深了公司发展的不正义。

公司发展不能危及人类生存、自由、尊严、健康等本质要素,这是发展的“元价值”所在,亦是公司发展的边界。^[71]将公司发展框定在合理的边界之内,避免其恣意生长,通常需要《公司法》之外的其他法律助力。例如,当公司发展形成垄断时,《中华人民共和国反垄断法》将对其进行规制;当公司发展采取不正当竞争手段时,《中华人民共和国反不正当竞争法》需对其进行制止;当公司发展以牺牲劳动者的权益为代价时,《中华人民共和国劳动法》会让其承担责任;当公司发展污染环境时,《中华人民共和国环境保护法》有相关的规制措施。公司发展促进社会发展是常态,公司不当发展损害社会发展只是例外,并且此种例外一般有配套法律进行规制,故《公司法》的主要目标依然是保障公司的发展权。

四、结 语

公司不仅仅是股东获得利润、促进市场经济发展的工具,公司发展本身就是《公司法》立法之目的。此次《公司法》修改突出了国有企业、授权资本制、类别股等亮点,但司法实践中面临的部分难题仍未得到解决,如公司担保效力、董事勤勉义务的免责条款、审计机构选聘考核主体等。《公

^[66] 参见《A股109家新冠检测概念公司净赚854亿 近3年新成立的公司近20000家》,载中华网2022年12月2日, <https://3g.china.com/act/news/10000169/20221202/44010183.html>。

^[67] 参见徐艺航、乐琰:《核子华曦兰州实验室被通报,实控人张核子今年新成立16家核酸检测机构》,载第一财经网2022年11月27日, <https://www.yicai.com/news/101607241.html>。

^[68] 参见杨佼、黄琼、曹璐:《多次受罚却带病狂奔,做了7亿人次核酸的核子基因,这10年都干了啥?》,载第一财经网2022年11月30日, <https://www.yicai.com/news/101609504.html>。

^[69] 《北京房山区卫健委副主任杨大庆等三人接受审查调查》,载人民网2022年5月27日, <http://society.people.com.cn/n1/2022/0527/c1008-32432407.html>。

^[70] 《检察机关依法对于鲁明涉嫌受贿案提起公诉》,载中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会网站2022年10月30日, https://www.ccdi.gov.cn/yaowenn/202210/t20221030_227570.html。

^[71] 参见黄荟:《发展伦理的哲学基础研究:阿玛蒂亚·森与德尼·古莱发展伦理思想比较研究》,陕西人民出版社2016年版,第46页。

司法》修改不应当仅仅是制度创新的体现,更要实现一定的现实价值。如何通过法律制度的设置促进公司发展,如何通过公司发展促进市场经济的发展,如何通过市场经济的发展保障人自由而全面的发展,或许是贯穿公司法改革始终的元命题。而此元命题的原点是将公司发展权利化,并保障公司发展权利的实现。或许我们应当从“董事会中心主义”与“股东会中心主义”、“股东至上主义”与“利益相关人主义”等各种“主义之争”的泥潭中抽身出来,转而关注不同元素、理念、规则在公司法中的比例配置。将比例原则内化于《公司法》修改过程中,减少公司的外部规制,增效公司的内部规制,内外均衡规制以保障公司发展权。

Abstract In previous studies, the scope of autonomy is greatly expanded when talking about the internal regulation of the company, and the scope of public rights is greatly expanded when talking about the external regulation of the company, forming a contradictory regulatory state—unlimited internal decentralization and unlimited external repression. Such a contradictory regulatory state makes the Company Law lack of dominant value melody, and judges often find it hard to take a “compulsory stance” or a “liberal stance” when dealing with suspicious cases, which makes the Company Law a “difficult” law. In fact, whether autonomy or regulation is a means to promote the development of the company, “promoting the development of the company” should be the goal of the Company Law. The key to promote the development of a company is not the choice of “stance”, but the proportional allocation between rigidity and flexibility, compulsory and arbitrary. The revision of the Company Law should protect the company’s right to development through proportional regulation. More specifically, the prerequisite for regulation is purposiveness. On the premise of protecting the company’s right to development, the regulation of difference and dynamic regulation can be realized. The company’s external regulation should conform to the principle of appropriateness, that is, to reduce the burden and transform the company’s external regulation. The internal regulation of the company should conform to the principle of necessity, that is, to enhance and strengthen the internal regulation of the company. The Company Law reform should abide by the principle of balance, ensure the balance between internal regulation and external regulation of the company, and seek the system linkage between the Company Law and the adjacent legal departments.

Keywords The Company’s Right to Development, Principle of Proportionality, Internal Regulation, External Regulation

(责任编辑:段磊)