

新《公司法》提升中小公司治理 灵活性及其适用与展望

林一英*

目次

- | | |
|---------------------|--------------------|
| 一、中小企业与公司治理 | 四、公司法修改提升中小公司治理灵活性 |
| 二、企业组织形式的多元化及治理模式融合 | 五、中小公司治理的未来展望 |
| 三、中小公司治理的灵活性规则 | |

摘要 中小企业是经济增长和创造就业机会的重要引擎。良好的公司治理对中小企业可持续发展具有重要作用。企业组织形式日趋融合,公司法立法的演进逐渐面向中小公司。中小公司股东人数少、股权转让受限,其治理不同于大型公司。中小公司所有权与经营权合一,法律在组织机构设置及其运行方面多为任意性规范;基于人合性保护目的,允许公司章程约定股份转让限制规则;中小公司代理成本集中在控制股东与中小股东之间,立法为控制股东滥用权利损害小股东权利提供事前和事后的救济措施。公司法修改提升中小公司治理灵活性,允许股份有限公司章程对股份转让做出限制,简化中小公司组织机构设置,优化组织机构职权配置。公司治理规则的修改也影响中小公司股东权利行使方式,公司章程可以扩大股东在经营方面的权利,股东基于监督权行使应当有更大的知情权,在权利行使方面公司章程有更多自治空间,司法应谨慎适用一人公司人格否认。未来应继续总结实践经验,优化公司类型设置,构建更为完善的中小公司治理机制。

关键词 中小公司治理 灵活性 公司机构设置 公司法修改

一、中小企业与公司治理

(一) 中小企业立法优先

微型、小型和中型企业(Micro, Small, and Medium-Sized Enterprises)在全球范围内都是经

* 全国人大常委会法工委经济法室副处长、法学博士。

济增长和创造就业机会的重要引擎。^{〔1〕}截至 2018 年末,我国共有中小微企业法人单位 1 807 万家,占全部规模企业法人单位的 99.8%。^{〔2〕}中小企业是社会主义市场经济的重要组成部分,对国民经济和社会发展具有重要的战略意义。^{〔3〕}公司法的立法原则是小企业优先,不论是欧盟、英国、我国香港特别行政区还是《联合国贸易法委员会有限责任公司立法建议》均以此原则为立法的出发点。^{〔4〕}尤其是英国《2006 年公司法》修改,最大特色就是以小公司优先为立法宗旨,改变公司法将所有规范适用于所有公司的立法模式,允许小公司例外排除,减少私人公司强制性规范,降低中小企业制度成本。

(二) 中小公司的标准

中小企业的界定有定性和定量两种标准:定性标准从企业经营管理角度界定,如所有者与经营者合一,无法直接从资本市场筹集资金等;定量标准则以从业人数、资本金、销售额、资产额和市场占有率等标准界定。^{〔5〕}在促进中小企业发展相关立法中,多采用定量标准,政府基于此种标准制定扶持中小企业的政策,简单易行、便于操作。

公司治理意义上的中小企业,多以定性标准为主。股东人数和股权转让是否有限制对公司治理影响更大。股东人数少,所有权与经营权合一,股东较容易就公司事务协商达成一致,公司治理规则以任意性规则为主;股东参与经营,可以行使管理监督职责,该类公司主要的代理成本是控制股东与小股东之间而非所有者与经营者之间的代理成本。当然规模也是影响公司组织机构设置的因素,毕竟股东人数少、股权转让受限制,但是规模大的公司,在机构设置、职工保护和信息披露等方面与中小企业有差异。如英国《2006 年公司法》在会计与报告部分以年度营业额、资产总额以及雇佣人数为标准,将私人公司分为微型、小型、中型和大型企业,对小型企业的财务会计报告要求低于大型企业,可以豁免编制集团合并报表、简化董事报告提出义务、无须向公司登记处强制提交损益表。^{〔6〕}意大利要求资本达到 12 万欧元以上的公司必须设立财务监督委员会。日本根据资本金或者负债标准区分大小公司,要求其设置不同的会计监督机构。德国要求雇员 2 000 人以上的有限责任公司必须设立监事会。^{〔7〕}对于职工人数 300 人以上不设监事会的公司,我国《公司法》强制要求其董事会中有职工代表。

〔1〕 See Michael Dennis & Jose Manuel Pliego Ramos, *Creating an Enabling Legal Environment for Micro, Small, and Medium-Sized Enterprises: Simplified Incorporation and Registration*, 33 Arizona Journal of International and Comparative Law 71,72 (2016).

〔2〕 参见《中小微企业成为推动经济发展的重要力量——第四次全国经济普查系列报告之十二》,载国家统计局网站 2019 年 12 月 18 日, https://www.stats.gov.cn/xxgk/sjfb/zxfb2020/201912/t20191217_1767576.html。

〔3〕 参见乌日图(全国人大财政经济委员会副主任委员):《关于〈中华人民共和国中小企业促进法(修订草案)〉的说明》,2016 年 10 月 31 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议上。

〔4〕 参见周青松、葛伟军:《中小微企业视角下的公司类型改革——〈贸易法委员会有限责任公司立法建议〉对我国的借鉴》,载《证券法苑》第 35 卷,法律出版社 2022 年版;Paul Davies & Jonathan Rickford, *An Introduction to the New UK Company Act*, 5 European Company and Financial Law Review 48, 51-52 (2008);Think Small First-Considering SME interests in policy-making, Report of the Expert Group, March 2009, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/10038/attachments/1/translations/en/renditions/native>, last visit on 2024-06-10.

〔5〕 参见李成、吕博:《中小企业界定标准的国际比较及启示》,载《未来与发展》2009 年第 6 期,第 59—60 页。

〔6〕 参见英国《2006 年公司法》第 399、415A、444 条。

〔7〕 参见刘小勇:《论股份有限公司与有限责任公司的统合——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示》,载《当代法学》2012 年第 2 期,第 107 页。

对中小企业采用定性为主、定量为辅模式会产生中小企业与封闭公司概念的交叉。英美法系的封闭公司也是定义标准多元化的概念,如以是否公开发行、章程是否限制股份转让、股东人数等定义封闭公司。封闭公司未必是小公司,但中小公司大都是封闭公司。实际上所有定义中小公司的标准都不是充分条件,譬如英国公司法虽然预设私人公司为小公司,但是1980年其《公司法》修改,规定公开公司以外的都是私人公司,股东人数超过50人及股份转让没有限制的公司也可以归类为私人公司。^{〔8〕}美国一些州的公司法也没有规定封闭公司股东人数上限,如《俄亥俄州公司法》针对公司选择适用封闭协议时,未设置股东人数上限,如果公开募集,则不再是封闭公司。^{〔9〕}因此,本文对于中小公司的定义主要采用定性标准,也就是股东人数少、股权转让受限制,辅之以公司规模标准。股东人数少的公司股权转让要么有章程的限制,即使章程没有限制,实际也不存在可以公开转让的市场。因此,本文中的中小公司就是我国公司法中规定的“股东人数较少或者规模较小的公司”。

(三) 公司治理与中小公司可持续发展

公司治理的核心是合理设定组织机构并配置职权,提高公司经营效率,解决公司治理过程中的代理成本问题,保护公司、股东以及利益相关者的利益。^{〔10〕}通常意义上的公司治理,主要聚焦于所有权与经营权分离的现代公司组织体系,也就是公众公司或者上市公司,因为此类公司治理事关众多投资者利益和政府监管。经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development,以下简称OECD)公司治理原则所适用的对象也是在证券市场上公开发行股票的公司。当然,OECD认为,公司治理原则对于提升其他非公开发行公司的公司治理也有意义。^{〔11〕}公司治理对于公开发行公司至关重要,对于中小公司也非常必要。欧洲董事协会联盟2010年发布了《欧洲非公开发行公司治理指南和原则》,提出14项治理原则供非公开发行公司参考。^{〔12〕}

良好的公司治理有助于促进中小企业可持续发展。^{〔13〕}首先,公司治理可以为中小公司提供良好的决策程序,帮助中小公司获得外部融资支持。中小公司发展的最大障碍就是融资难,良好的公司治理有利于提升改善中小公司的前景,从而容易获得外部资金支持。其次,多数中小公司股东直接参与经营、董事会缺乏监督制衡的力量、控制股东过度控制产生问题影响中小公司的发展。健全的公司治理机制确保中小股东权利不受损,降低股东投资难以退出的风险后,可以吸引外部股权投资进而降低股东由于资金无法转出而产生的非流动性风险,使得投资人更愿意投入资金,长期支持公司。再次,良好的公司治理有助于提升中小公司形象,实现中小公司由初创到转型的成功。在新经济时代,知识、数据、人力等新的生产要素相较于传统的土地、设备等生产要素,对于新兴经济行业更为重要,也因此大的科技公司都是由中小企业孵化而来。对于初创公司,法律

〔8〕 See M. Freeman Durham, *The Companies Act, 1980: Its Effects on British Corporate Law*, 4(2) Northwestern Journal of International Law and Business 551, 553 (1982).

〔9〕 See Ohio Rev. Code Ann. § 1701.591(A)(2).

〔10〕 参见黄辉:《现代公司法比较研究:国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2020年版,第146—147页。

〔11〕 See G20/OECD Principles of Corporate Governance 2023, 7, OECD (June 10, 2024) <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>.

〔12〕 See European Confederation of Directors' Association, *Corporate Governance Guidance and Principles for Unlisted Companies in Europe* (Mar. 24, 2010), <https://bicg.eu/wp-content/uploads/2016/02/Corporate-Governance-Guidance-for-UnlistedCompanies.pdf>.

〔13〕 Ibid., at 13–15.

能否赋予公司治理灵活性的规则,允许创业者根据其创业团队特点构建合理的运行规则,是初创公司能否成功的重要因素,也是实现初创公司向大型公司转型的重要制度保障。

二、企业组织形式的多元化及治理模式融合

(一) 企业组织形式的竞争与融合

法律为投资人提供了多种组织形式以供选择,这些组织形式在不同法域有不同名称,定性也有差异。就企业组织形态看,主要有合伙和公司两种形态,当然我国还有个人独资企业,其与合伙企业一样都是个人承担无限责任的非法人组织。这些组织形式最大的差别在于是否为投资者提供资产分割功能,也就是投资者是否承担有限责任。资产分割在不同商业组织中都有运用,如有限合伙(两合公司)、有限责任合伙(limited liability partnership)、有限责任公司(LLC, limited liability company)等,有无资产分割以及资产分割程度是影响投资者选择商业组织的最重要考虑因素。^{〔14〕}虽然普通合伙企业的债务先由合伙财产清偿,但是合伙财产不足以清偿时,合伙人要承担无限连带责任;然而合伙因为合伙人承担无限连带责任的机制可以促使合伙人之间互相监督,合伙治理的灵活性最高,法律强制性规则最少。有限合伙、有限责任合伙、LLC 也可以为投资者提供一定程度的资产分割功能,又在治理方面保持灵活性,也是吸引中小企业采用的形式。尤其是 LLC,股东承担有限责任,享有合伙的税收待遇,公司无须缴纳所得税,而由股东缴纳个人所得税,免去公司双重征税的负担,允许成员以合同的方式约定投资管理方式。LLC 的出现导致封闭公司失去优势,成为小公司的首选组织形式。^{〔15〕}公司能够为股东提供完全的资产分割,可以将股东责任限定在出资范围内,公司也不会因为股东的变化影响公司组织机构的运行,公司还可以对外筹资,使公司长期存续。

从企业组织形式看,合伙企业治理具有灵活性,部分合伙企业形态也可以为合伙人提供有限责任。公司最大的优势是股东有限责任,由于组织形式竞争也促使中小公司立法越来越倾向于治理灵活性,公司也不过是投资人用以规避投资风险的工具,法人和非法人形式逐渐融合。^{〔16〕}

(二) 公司类型多元化的演进——面向中小公司

公司的历史进化不同于一般的组织体由小到大发展,而是先从大公司的出现开始,最主要原因是公司经历了国家特许、许可到准则设立的演进过程,特许设立阶段大公司才有实力采用公司制,随着国家对公司设立管制的放松,越来越多的中小公司出现,法律基于实践需求逐渐提升中小公司治理灵活性。总体来看,公司立法面向中小公司是公司治理实践和司法、立法长期互动的结果。

1. 单一公司模式下的公司多元化演进。英美法系只有股份有限公司一种公司类型,公司法面向中小公司就是在股份有限公司中创设适合中小公司的规定。以英国为例,在 17、18 世纪,设立公司需要根据皇家宪章或者在议会法案特许后才能设立,只有规模大且有对外募集资金需求的企业才愿意投入资金成立公司进行商业活动。1844 年,英国简化公司设立,向公司注册处提交申请

〔14〕 参见王文字:《中小型商业组织的法制设计与契约规划》,载《月旦法学杂志》第 287 期(2019 年),第 126 页。

〔15〕 See Howard M. Friedman, *The Silent LLC Revolution — The Social Cost of Academic Neglect*, 38 Creighton Law Review 35, 36 (2004).

〔16〕 参见王延川、董国彦:《公司类型的趋同性及结构性改革》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2021 年第 2 期,第 30 页。

材料,就可以获得公司资格。很多小型商业活动也选择公司组织形式,但是法律没有区分公司类型,所有公司都适用一套制度,没有以股东人数、资本额、股份转让与否来划分公司形态。公司法对公司财务经营信息等披露要求严格,导致小公司适用困难。^{〔17〕} 1907年,英国公司法为适应中小公司需要,创设私人公司,第37条规定私人公司指限制股份转让、股东人数为50人以下(股东在公司任职的除外)、禁止公开募集股份或者公司债的公司。^{〔18〕}

19世纪末20世纪初,因消费者需求、劳动人口及资本集中等因素,在美国产生了众多大型企业。^{〔19〕} 公司制度以所有权经营权分离模式的大企业为模版,设定强制性规范,强化董事会经营管理权限,公司经营运作必须由董事会负责。多数决原则和商业判断规则的适用,也产生不公平、不合理的情况,剥夺小股东参与公司经营的权利,助长大股东压迫小股东的行为。^{〔20〕} 于是,实践中小公司为规避法律强制性规定,通过股东协议强化股东权限、限缩董事会权限。但是,20世纪40年代以前,法院对此类协议的效力持否定态度。1964年伊利诺伊州最高法院认为封闭公司在治理方面确实不同于大型公开公司,可以排除董事会经营政策制定权限。^{〔21〕} 此后,很多州开始在立法中回应封闭公司的治理需求。1967年《特拉华州普通公司法》首次采用专节规定封闭公司立法模式,其第342条规定,封闭公司指股东30人以下、股份转让受限制、不得公开发行的公司。还有一种模式就是《示范公司法》以及很多州采用的合同型封闭公司,此种模式不对封闭公司专门规定,封闭公司规范被包含于非公开发行公司中,散见于整个公司法。

2. 多种公司类型下的多元化演进。德国1807年《商法典》规定了股份公司,1870年股份公司改采用准则设立导致股份公司被滥用,1884年立法强化股份公司设立过程和设立人责任,增加强制性规则,股份公司变成一种复杂而昂贵的法律形式。^{〔22〕} 1892年,德国制定《有限责任公司法》,立法者为采取资合形式但股东数量少及规模小而不适合采用股份有限公司的公司创造了新的组织形式。^{〔23〕} 德国《有限责任公司法》中强制性规定少,公司章程可以构建人合性的有限责任公司。由于有限责任公司份额交易市场有限,没法利用资本市场投资,德国1994年允许有限责任公司改组为股份有限公司。立法者又通过“有关小股份有限公司和简化股份有限公司的法律”放松了对小股份有限公司的法律规定,让投资者不必先设立有限责任公司再改组为股份有限公司进入资本市场。^{〔24〕}

德国的有限责任公司和股份有限公司两分法的立法模式也被大陆法系很多国家和地区借鉴。结合中小企业需求进行公司类型重构也是近些年这些国家和地区立法的趋势。法国股份有限公

〔17〕 See Ron Harris, *The Private Origins of the Private Company: Britain 1862 - 1907*, 33(2) Oxford Journal of Legal Studies 339, 343 - 344(2013).

〔18〕 See Companies Act 1907, Section 37.

〔19〕 See Dalia Tsuk Mitchell, *Shareholders as Proxies: The Contours of Shareholder Democracy*, 63 Washington and Lee Law Review 1503, 1514 - 1515 (2006).

〔20〕 See Forrest B. Weinberg, *The Close Corporation under Ohio Law*, 35 Cleveland State Law Review 165, 168 - 170 (1987).

〔21〕 See Steven C. Bahls & Marcelle Compton Quist, *The ABA Model Statutory Close Corporation Act: A New Opportunity for "Made in Montana" Corporations*, 49 Montana Law Review 75 (1988).

〔22〕 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第288页。

〔23〕 参见王建文:《论我国公司类型的重构》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2021年第4期,第153—154页。

〔24〕 见前注〔22〕,格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒书,第288页。

公司的设立门槛和治理成本也非常高,不适应实践中中小股份有限公司的需要。1994 年法国在股份有限公司中创设简易股份有限公司,历经 1999 年和 2008 年两次修改更加适应实践需要,这种公司可以由一人设立,无须设置股东会或者董事会,设置一名经理即可,且其规定基本都不是强制性的,允许公司章程充分自治。简易股份有限公司在法国取得巨大成功,2019 年新设公司中 65% 都是简易股份有限公司。^[25] 近些年,简易股份有限公司被许多国家引入,如波兰^[26]和斯洛伐克^[27],还有南美洲的智利、哥伦比亚、墨西哥、巴西等。2017 年 6 月,美洲国家组织(Organization of American States)以哥伦比亚的简易股份有限公司为模板通过《美洲简化公司示范法》,推动该种组织形式在南美洲的推广。^[28] 我国台湾地区“公司法”2015 年在股份有限公司中增加闭锁股份有限公司专节,对股东人数不超过 50 人并在章程定有股份转让限制的非公开发行公司做出特别规范。

(三) 中小公司治理立法的灵活性和合同化

按照科斯的观点,企业产生的原因就是组织的形式降低协商成本、提高效率。^[29] 公司虽然是法定的独立实体,但是公司的股东以及公司与第三人之间本质上也具有合同关系。因此,公司的实质是合同的联结(Nexus of Contracts)。^[30]

公司合同理论强调公司参与的利害关系人可以通过协商方式平衡各方关系,实现自身利益最大化。但是各方当事人无法预见所有情况,也难以制定完备的合同。在不完全合同的理论视角下,公司治理规则的功能是基于初始合同的不完备性,为当事人事后的谈判提供一套富有效率的规则,降低再谈判的成本,以改变当事人事前投资不足或者事后因无效率谈判而退出、僵持的局面。^[31] 公司法作为一种标准化合同,为当事人提供基本的交易框架,公司法中的强制规则和默认规则都具有填补合同空白或者漏洞的功能。如果规定内容是任意性的,当事人可以做出不同约定;如果是强制性的,则不允许当事人做出例外约定。

股东人数多,股东彼此之间没有信赖关系存在,无法进行有效的协商达成协议。为了降低协商成本,对于这类大公司,公司法规则多为强制性规定,例如组织机构及其职权,股东的权利义务等,当事人协商的空间小。但中小公司不同,股东人数少,多参与经营,类似合伙关系,彼此之间存在信赖关系,就一些事项可以通过协商达成符合最大利益的可能。从公司合同理论观点出发,立法应当基于中小公司治理灵活性需要,为当事人提供一套默认的任意性规则,只要所涉及事项不会危害第三人和公共利益,应允许当事人协商予以变更、排除,以降低交易成本。因此,很多国家和地区在中小公司治理方面以任意性规定为主,允许公司章程或者股东协议对公司治理做出特别

[25] See Laurent Grosclaude, *The French Societe par Actions Simplifiee SAS, All Purpose Vehicle!* 1 Central European Journal of Company Law 49, 49-53(2020).

[26] See Pawel Zdanikowski, *Simple Joint-Stock Company- A New Type of Polish Commercial Company Dedicated (Mostly) to New-Technology Entities*, 39 Review of European & Comparative Law 79 (2019).

[27] See Mária Patakyová, Matej Kačaljak, Barbora Grambličková, Ján Mazúr & Patrícia Dutková, *Slovak Simple Joint Stock Company-Critical Review and Preliminary Assessment*, 17 European Company and Financial Law Review 205 (2020).

[28] See Francisco Reyes Villamizar, *The Organization of American States' Model Law on Simplified Corporations*, 11 Journal of Civil Law Studies 1, 35 (2018).

[29] 参见[美]科斯:《企业、市场与法律》,盛洪等译,上海人民出版社 2009 年版,第 35—51 页。

[30] See Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*, 3 Journal of Financial Economics 305, 311 (1976).

[31] 参见朱慈蕴、沈朝辉:《不完全合同视角下的公司治理规则》,载《法学》2017 年第 4 期,第 153—154 页。

约定,以适应中小公司治理个性化需求。

三、中小公司治理的灵活性规则

(一) 公司组织机构及其运行的自治

1. 组织机构设置的任意性。中小公司股东人数较少,股东之间往往比较熟悉,股东设立公司并非单纯的投资,股东更加重视对公司的管理和控制权,因此通常担任董事或者重要职位,公司报酬是其主要收入来源。在所有权和经营权高度一致的公司中,股东与公司利益是一致的,经营者和公司之间的代理成本不是这类公司主要要解决的代理成本,股东与消极参与经营、股价下跌时抛售股份的大公司股东不同,有较强烈的监督动机和可能性。公司法中的结构性规则属于任意性规范。^[32] 上述中小公司治理的特点决定董事会和监事会并非中小公司必设机构。

美国在公司治理上采用董事会中心,美国《示范公司法》第 8.01b 规定,所有公司权力均应由董事会或者在董事会的授权下行使,并且公司的业务和事务应由董事会或者在董事会的指导和监督下管理。但是,公司章程或者股东协议可以限缩董事会权限,甚至不设董事会,由股东经营公司。^[33] 《特拉华州普通公司法》第 351 条规定,封闭公司章程可以规定公司的业务由股东管理。只要这一规定持续有效,则公司无须召集股东会选任董事;除非章程另有规定,全体股东即应被视为董事;全体股东应承担董事的所有责任。德国有限责任公司在公司机构设置方面有很大的弹性与自由,除股东会与业务执行人为必设机构外,除非符合员工共同参与决定要求外,监事会是任意机构,可以由公司章程创设其他机构来代替。

2. 书面决议方式。中小公司股东人数少,可以通过非正式或者不定期的方式做出决定,是否召开股东会并不重要,强制要求公司召开股东会也只是为了满足法定形式要求,并无实质意义,因此立法普遍允许中小公司股东会采用书面决议代替股东会。英国《2006 年公司法》第 288 条规定,私人公司普通决议或者特别决议,都可以由过半数或者超过持有表决权 75% 的股东以书面决议替代召开实体股东会。持有股份 5% 以上的股东也可以请求公司进行书面决议,类似股东要求召开股东会。美国《示范公司法》7.01(a) 虽然原则上要求应当召开股东会年会,但是允许通过书面同意代替股东会选举董事。但很多封闭公司不会定期举行股东年会,如果没有股东反对,实际上此种做法也不会影响任何公司行为的有效性。^[34] 除书面一致决外,公司章程可以允许全部或者特定事项,须经少于一致决的书面同意。

董事会也可以采取书面决议。根据英国示范公司章程第 8 条规定,所有有资格的董事以任何方式相互表明他们对某一事项的共同看法时,即可以采用书面决议形式,其副本由每一个有资格的董事签名,或者由每一位有资格的董事以书面形式表示同意。书面决议前,董事可以采取任何方式进行讨论,如电话会议等,但仍须以书面方式表明其同意。我国台湾地区“公司法”允许非公开发行公司公司章程可以规定经全体董事同意,董事就当次董事会议案以书面方式行使其表决权,而不实际集会。^[35]

[32] 参见罗培新:《公司法强制性与任意性边界之厘定:一个法理分析框架》,载《中国法学》2007 年第 4 期,第 78 页。

[33] See Model Business Corporation Act 7.32(a) Official Comment.

[34] See Model Business Corporation Act 7.01 Official Comment.

[35] 参见我国台湾地区“公司法”第 205 条第 5 项。

3. 会议通知、召集和表决门槛。中小公司不涉及外部投资者保护,会议通知和召集程序可以更简化,以方便股东会快速决策,发挥船小好调头的优势。英国《2006 年公司法》第 307 条规定,股东会至少在召开 14 日前通知,公司章程可以对其延长或者缩短,但是对于缩短应由有权出席股东会并投票的股东人数的过半数同意,且合计持有公司有权出席股东会并投票的股份 90% 以上(公司章程可以规定更高,但不得超过 95%)。英国公司法对于董事会召开,包括会议召集通知、召集人、定足数、开会方式、表决等程序等,完全交由公司章程规定。

《特拉华州普通公司法》第 216 条规定,除非某种类或者系列股份应分别投票,章程大纲或者章程细则可以特别规定股东会决议的出席最低人数,但其出席最低人数所持有的股份数不得少于该种类或者该系列股份的 1/3。章程大纲或者章程细则如果设有特别规定,应有代表已发行有表决权股份总数过半数的股东出席。根据上述规定,公司章程可以提高或者降低出席最低人数,但最低不得低于有表决权股份总数的 1/3。日本《公司法》第 309 条第 2 项规定,对于特别决议事项,股东会决议应以有表决权股东的过半数(章程规定有表决权数 1/3 以上通过的,按照章程规定)出席,出席股东表决权 2/3(章程规定高于该比例的,按照章程规定)以上通过。除该决议要件外,章程可以规定有一定数量以上股东同意及其要件。

(二) 股份转让限制的多元化方式

股东的身份对于中小公司经营具有重要作用,股东之间类似合伙关系,因此往往对新加入者会有限制,也就是对股东对外转让股权有限制。从限制股东转让股权模式看有三种:一是法定模式。我国台湾地区“公司法”规定股东转让股权要经过其他股东过半数同意加优先购买权。二是章程选择模式。日本、韩国、德国都是采用此种模式,法律允许公司章程选择采用经公司同意的方式。我国公司法也允许有限责任公司章程选择是否采用法定模式或者另作规定。三是章程自治模式。美国《示范公司法》和一些州公司法允许公司章程或者股东协议为合理目的设定股份转让限制,包括公司或者股东有优先购买权、强制公司或者其他股东取得股份(通常在死亡、残疾、退休或者被解雇时)、公司或者其他股东同意、禁止转让给特定人等。^[36] 公司应当将股份转让限制以显著方式记载在股权凭证或者经持有人告知限制,使第三人知悉才能对第三人有约束力。^[37]

从限制手段来看,主要有同意和优先购买权两种方式。优先购买权指股东转让股份时,公司或者其他股东有权在一定期间内优先购买该股份。如果其他股东不行使优先购买权或者未在一定期间内答复,则股东可以将股份转让给他人。取得公司同意是大陆法系国家采用最多的一种限制股份转让的方式。包括德国、日本、韩国等都采用该种方式,美国《示范公司法》和一些州的公司法也规定公司可以采用该种模式。以日本《公司法》为例,其第 107 条和第 139 条规定,股份有限公司章程可以规定全部已发行股份转让须经公司同意。除章程另有规定外,在董事会设置公司,公司同意由董事会决定,未设置董事会的公司,则由股东会决议,并允许公司章程对同意的主体做出不同规定。公司不同意的,应当由公司购买或者指定第三人购买。^[38] 我国台湾地区“公司法”采用同意和优先购买权双重限制模式。其第 111 条规定,非得其他股东表决权过半数之同意,不得以其出资之全部或一部,转让于他人。股东获得同意向他人转让的,不同意之股东有优先受让权;如不承受,视为同意转让。上述规定过度限制股东转让股权,股东表决权半数以上不同意股东转让股权,则该股东无法转让股权,股东无法通过转让收回投资,被迫一直作为该公司股东,且会造成

[36] See Model Business Corporation Act 6.27(c)(d).

[37] See Model Business Corporation Act 6.27(a)(b).

[38] 参见日本《公司法》第 139 条第 1 项、第 140 条。

不具备信赖关系的股东而陷入僵局。^[39] 而且过半数股东已经同意该股东转让股权了,其他不同意股东又可以行使优先购买权,导致少数股东否定了多数股东的决定,因为行使优先购买权改变现有股权结构,产生新的矛盾。^[40]

优先购买权不仅是保护公司人合性的手段,还能起到平衡转让各方利益关系的作用,确保转让人获得最大转让利益,克服封闭公司股份没有转让市场的弊端,使转让股东获得最优、最公平的市场价格。^[41] 经过同意的程序对人合性保护更强,公司、多数股东或者董事会能够决定股东能否对外转让股权;如果公司、股东或者董事会不同意股东对外转让就需要指定特定主体来购买拟转让的股权,此时受让人支付的价格就不是转让人拟对外转让的价格,而是经过评估的客观价格,对于转让人通过转让股权收回投资不利。

(三) 中小公司治理与股东权利

1. 公司治理灵活性与股东有限责任。除了制度合规成本外,使企业家承担个人责任也是困扰中小企业选择公司形式的一个重要因素。^[42] 有限责任是公司制度的根基,有限责任实现股东与公司资产分割,股东以对公司认缴的出资为限承担责任。事实上,中小公司治理高度灵活性后,此类公司相较于合伙企业对于投资者仅剩资产分割这一核心意义,如果仅因此就要求股东承担个人责任,那么此类公司形态也就没有存在的意义。美国律师协会(American Bar Association)发布的《封闭公司法定示范法补充条款》(The Model Statutory Close Corporation Supplement)第25条规定,即便股东选择采用合伙方式经营公司,例如不设置董事会或者采用协议约束董事会权利,或者特定事件出现解散公司,该公司也仍然是合法的有限责任实体。封闭公司不遵守公司行使权力和管理事务的一般要求不会导致股东个人责任,这些特点不应该导致法院揭开公司面纱。^[43] 《美洲简化公司示范法》第2条明确提出要合理平衡有限责任原则和揭开公司面纱原则,只有简化股份有限公司被用于欺诈或者其他不当行为时,才能适用揭开公司面纱原则。^[44]

2. 协议可以约定股东权利保护模式。税收对于中小公司经营策略有重要影响,为了避免双重征税,公司倾向于将利润保留在公司或者以报酬方式发放给参与经营的股东,加上没有可以公开转让的市场,股东想收回投资非常困难。所有权与控制权合一模式下,控制股东可以借助控制权,通过关联交易等方式获得控制权私利,侵害公司与小股东利益。允许股东事前对可能产生的损害小股东利益或者治理僵局做出约定,可以在一定程度上解决控制股东与小股东权利之间的代理成本。

股东可以通过表决权拘束协议,就表决权行使方式进行约定,使签订协议的股东一致性地进行表决权。表决权拘束协议的效力被各国立法和司法普遍认可。^[45] 表决权拘束协议有利于股东就权利义务,特别是经营权分配以及合并分立等重大事项提前做出安排,避免事后司法救济的高成本。表决权拘束协议不仅仅是控制股东强化其控制权的手段。对于小股东来说,由于其持股较

[39] 参见蔡英欣:《重省有限公司股东出资转让限制之规范》,载《台湾法律人》第27期(2023年),第12页。

[40] 参见王军:《实践重塑规则:有限公司股权转让限制规范检讨》,载《中国政法大学学报》2017年第6期,第31页。

[41] 参见蒋大兴:《股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制》,载《法学》2012年第6期,第67页。

[42] See Michael Dennis & Jose Manuel Pliego Ramos, *supra* note [1], at 72.

[43] See George J. Siedel, *Close Corporation Law: Michigan, Delaware and the Model Act*, 11 Delaware Journal of Corporate Law 383, 428-429(1986).

[44] See Michael Dennis & Jose Manuel Pliego Ramos, *supra* note [1], at 81; Francisco Reyes Villamizar, *supra* note [28], at 39-41.

[45] 参见梁上上:《表决权拘束协议:在双重结构中生成与展开》,载《法商研究》2004年第6期,第94页。

少,往往无法直接影响公司的决策,可以通过与其他股东采取一致行动强化对公司管理的参与。在公司出现僵局时,表决权拘束协议还可以被用来打破公司的僵局。^[46]

美国实务中还有几种股东权利行使的约定方式:领售权(Drag Along Right),即股东转让股权时,有权强制其他股东以相同价格和条件将其股份转让给第三人;跟售权(Tag Along Right),即股东与第三方达成转让股份协议时,其他股东有权跟随该股东以同样条件转让其股权给第三方。前者可以使小股东出售股权时强制大股东也转让,出售超过其持有量的股份,获取更好的出售价格;后者则在大股东要转让股份时,提供其他股东按其股份比例以相同条件转让相同受让人的机会。^[47] 这些方式一方面可以使少数股东有机会分享控制股东出售持股所能享有的控制权溢价以及当其他股东退出公司时避免股东被单独遗留;另一方面也有利于通过市场机制发现股份价值,使小股东利益与控制股东利益一致,避免被压制。

3. 法律设定强制保护中小股东的强制性规则。公司合同作为长期性合约必然是不完备的,公司参与人的谈判机制有时会出现系统性谬误,导致不公正的结果。^[48] 因此,对于处理中小公司控制股东损害小股东权利方面的问题,法律应当提供足够的强制性规定,给公司提供强制性补充规范。美国判例法以合理预期理论作为股东救济的理论。中小公司类似合伙,基于合伙人的人合性,合伙人对于彼此行为模式在协议之外也存在一些预期。^[49] 中小公司中,小股东除了对基本的股东权利如表决权和利润分配等有一般性的合理期待(general reasonable expectation),通常其对于能在公司任职并参与公司经营管理也有特定的合理期待(specific reasonable expectation)。^[50] 因此,普通法为中小股东被解除管理职位等典型的被压迫行为提供很多救济途径,如小股东有权要求公司或者控制股东回购其股份,甚至有权请求法院解散公司。英国公司法在股东不公平损害救济方面也提供了相当丰富的救济途径,法院可以基于当事人的请求,调整公司事务处理;要求公司作为或者不作为;规定其他成员或者公司购买公司任何成员的股份。^[51]

四、公司法修改提升中小公司治理灵活性

(一) 放松一人公司管制

大陆法系传统上坚持公司社团理论,认为公司是一种团体性质的法人,由复数成员组成。公司具有独立法人资格须以公司股东复数为前提条件,并以此区别于个人商业组织。但是,单个自然人也有利用有限责任制度设立公司分散投资风险的需求,法律上承认一人公司是趋势。^[52] 我

[46] See Harwell Wells, *The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law*, 5 Berkeley Business Law Journal 263, 297-305(2008).

[47] See the Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, *The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions*, 65 The Business Lawyer 1153, 1182-1185 (2009-2010).

[48] 参见黄辉:《对公司法合同进路的反思》,载《法学》2017年第4期,第133页。

[49] 参见翁小川:《受压迫股东的救济路径研究:股东受义务与法定压迫救济制度》,载《比较法研究》2021年第4期,第191页。

[50] See Douglas K. Moll, *Shareholder Oppression & Dividend Policy in the Close Corporation*, 60 Washington and Lee Law Review 841, 857-858 (2003).

[51] 参见英国《2006年公司法》第996条。

[52] 参见《特拉华州普通公司法》第101条(a);《加州公司法》第200条(a);英国《2006年公司法》第7条第1项;德国《有限公司法》第1条、《股份公司法》第2条等。

国1993年制定《公司法》时,有限责任公司股东为2人以上50人以下,允许设立国有独资公司;股份有限公司发起人不得少于5人,国有企业改制为股份有限公司发起人可以少于5人,但应当采用募集设立方式。2005年修改公司法,允许设立一人有限责任公司,但作了若干限制规定。股份有限公司应当有2人以上200人以下为发起人。此次公司法修改放宽了对一人有限责任公司的管制,删去对一人有限责任公司的限制性规定。同时,将股份有限公司发起人最低人数由2人降低为1人,允许设立一人股份有限公司,可以避免“拉人入伙”式实质一人公司的形态。^[53]这样可以降低股东设立公司的成本,同时也减少因为代持股份等引发的纠纷,适应个人投资创业的需求。

(二) 允许股份有限公司章程对股份转让做出限制

我国《公司法》自1993年制定起就将股份有限公司预设为大型甚至公开发行的公司:设立股份有限公司须经批准,最低注册资本1000万元,发起人5人以上;设董事会、监事会和经理,董事会成员为5人至19人;股东大会做出发行新股的决议后,须申请批准;股东转让其股份,必须在依法设立的证券交易场所进行。2005年《公司法》修改降低公司设立门槛,最低注册资本降为500万元,发起人最低人数降低为2人;除公开募集外,发行股份无须经过审批,股东转让其股份,应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。2013年《公司法》修改后,股份有限公司除了募集设立采用实缴并验资外,其余股份有限公司采用认缴制,取消最低注册资本、首期出资比例、货币出资比例限制的要求。历次修改主要聚焦于设立阶段资本缴纳方式,但未变动对于公司组织机构的设置。

2013年以后,股份有限公司数量也大大增加,除了上市公司和非上市公众公司外,绝大多数股份有限公司都是股东人数少、没有股权转让市场的中小公司。股份有限公司的规定已经不能适应中小股份有限公司治理的需要。为了更有针对性地为公司量身打造合适的治理结构,有的意见建议整合优化公司类型划分:一种意见是,将股份公司定位为公开公司,有限公司定位为封闭公司并涵盖发起设立的股份公司;^[54]一种意见是取消现有类型划分,将公司分为封闭公司和公开公司,将发起设立的股份公司并入有限责任公司统一规定为封闭公司。^[55]我国目前有5000多万家公司,要改变现有类型划分,制度转换成本巨大。但是,考虑到股份有限公司中存在大量股东人数少、人合性强、规模小、不存在实际公开转让股权市场的公司,《公司法》规定股份有限公司章程可以对股份转让做出限制。股份有限公司公司章程对股份转让的限制,不同于有限责任公司采用法定优先购买权模式,而是交由公司章程自行约定,更加灵活和包容,也为未来股份有限公司探索股份转让限制模式提供了足够的制度空间。作为示范文本,如果公司法能规定多种可选择的股权转让限制方式供选择,则更有利于为股东和公司提供指引。

(三) 简化公司组织机构设置

我国有限责任公司也是继受德国有限责任公司法,但相较于发源地的德国和移植该类型公司的国家和地区,更具有资合性,除了股东人数有50人上限和对外转让股权有限制,在组织机构设置方面,董事和监事都是必设机构,且对于允许公司章程另行规定方面的空间较小。公司法修改前要求有限责任公司至少设置一名执行董事,一到两名监事,这对于一人有限责任公司也适用。一人公司只有一个股东且为自然人股东时,股东往往自己担任董事。强制要求公司设置监事,结

[53] 参见李欢:《一人公司的立法演进与司法驱动》,载《经贸法律评论》2023年第4期,第128页。

[54] 参见王保树:《公司法律形态结构改革的走向》,载《中国法学》2012年第1期,第111页。

[55] 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,第99—100页。

果就是股东寻找挂名监事,形式意义大于实质意义。公司设置两名监事,监事履行监事会相关职责,自然也要以会议的形式决定监督事项,参照适用监事会的召集规则,决议要经过半数监事通过,则意味着两个监事都同意才能通过决议。虽然允许设置两名监事具有一定的灵活性,但是很容易产生僵局,无法做出有效决议。因此,要求公司设置一名监事更加具有灵活性,且能避免监事会履行职权的程序,降低公司的治理成本。其他股东非一个人的中小公司也存在监事挂名问题,且公司如果仅设一名执行董事后,不召开董事会,监事也无法列席董事会,实际监督意义不大。因此,《公司法》增加规定,经过全体股东一致同意,股东人数较少或者规模较小的公司也可以不设监事。

不专门设置监督机构的中小公司,也存在监督公司经营问题,此时监督的重点不是董事本身,而是由股东担任的董事或者控制股东,监督的主体则是公司股东。中小公司不设监督机构后,不担任公司董事的股东有监督权才能降低控制股东与中小股东之间的代理成本。我国台湾地区“公司法”规定,有限责任公司不执行业务的股东都可以行使监察权,可以随时向执行业务之股东质询公司营业情形,查阅财产文件、账簿、表册。^[56] 不担任董事的股东行使监督权不是基于股东身份行使一般意义上的监督,而是类似监督机构的监督权。正是因为中小公司股东作为监督者的特殊身份,多数国家和地区对于有限责任公司股东的知情权规定区别于股份公司,更加注重保护股东的知情权而非公司不受股东查阅权的干扰。例如德国《有限责任公司法》第 51a 条规定,任何股东都可以行使质询权与查阅权,任何一个股东质询公司事务和要求查阅账簿及文件的,业务执行人必须不延迟地予以答复。业务执行人基于股东查阅是为公司外目的且会给公司或者关联公司造成重大损失的,可以在经股东会决议后拒绝。公司章程不得做出与此不同的规定。股东行使查阅权有自益权和共益权两种目的。实证数据研究表明,股东通过行使查阅权获取信息后,不论是基于后续直接提起诉讼,还是与公司股东协商,都实现了对享有公司控制权或者管理权的人的制衡,这对于促进改善公司治理具有重要意义。在股权较为集中的公司,股东通过行使查阅权,依靠控制管理者治理模式,例如选任和罢免董事、与其他小股东联合对抗大股东等策略实现公司治理目标。^[57] 如果股东基于共益权行使查阅权,其查阅的范围应当与监事会可以查阅的范围相同,而不应当受到限制,除非公司能够举证股东查阅有不正当目的。股东基于监督职权对董事提起的诉讼并非股东代表诉讼,而是类似监督机构直接为公司利益起诉董事,自然也没有履行股东代表诉讼前置程序的必要。

修改前的《公司法》强制要求股份有限公司设置董事会和监事会。我国多数股份有限公司都是中小公司,所有与经营合一,要求内部设置相对严谨的经营与监督机构,增加治理成本。因此,《公司法》修改后对于规模较小或者人数较少的股份有限公司,与有限责任公司一样,规定其可以不设董事会,设一名董事,不设监事会,设一名监事。此外,《公司法》第 24 条允许公司股东会、董事会、监事会采用电子通信方式召开会议和表决,提高决策效率,降低成本。

我国自 1993 年制定《公司法》就对董事会的人数区间做了规定,有限公司为 3 至 13 人,股份公司为 5 至 19 人。尽管公司治理理论存在董事会人数最佳实践,也有研究发现上市公司董事会人数的中位数为 9 位;^[58] 然而,董事会人数一般是公司根据内外市场环境所做的一种反应,市场能够

[56] 参见我国台湾地区“公司法”第 48 条、第 109 条。

[57] See Robin Hui Huang & Randall S. Thomas, *The Law and Practice of Shareholder Inspection Rights: A Comparative Analysis of China and the United States*, 53(3) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 907, 945(2020).

[58] 参见陆智强、李红玉:《监督强度、决策效力与董事会规模——来自中国上市公司的经验数据》,载《上海经济研究》2012 年第 11 期,第 39 页。

调节,不需要法律强制。^[59]因此,《公司法》规定董事会人数为三人以上,取消人数上限规定。两种类型的公司法都可以根据治理需要,决定董事会人数;对于中小型公司,在其由小到大的转型过程中,可以灵活调整董事会人数。

(四) 优化股东会与董事会职权配置

修订草案对股东会和董事会职权的修改,再次引起了公司法上长久以来对公司治理是董事会中心还是股东会中心的讨论。^[60]何为“中心”是学者从法条文本和实践做法推导出的学理。从法律文本来看,几乎所有国家的公司法将资产受益、选任董事和重大事项决定权都赋予了股东会。^[61]虽然多数国家对董事会职权采用概括式立法而与我国列举式不同,但是都将经营管理权赋予董事会。^[62]即便是理论上贯彻董事会中心最彻底的《特拉华州普通公司法》也是如此。^[63]何种治理模式最优,需要公司根据实际决定,法律并不预设何种治理模式最优,而仅为公司提供可供选择的方式。我国公司法并没有确立股东会中心或者董事会中心,^[64]公司法对于股东会和董事会职权的规定可以有多种解释的可能。^[65]

英国并不采用董事会中心主义,根据英国私人公司示范公司章程第3—4条的规定,董事负责管理公司的业务,为此他们可以行使公司的所有权力。股东可以通过特别决议指示董事采取或不采取特定行动。^[66]此种公司治理模式下,股东会的权限较大,股东会可以通过公司章程将公司绝大部分权利划归股东会。正如前文所述,即使美国采用董事会中心主义,但是《示范公司法》《特拉华州普通公司法》都允许公司章程或者股东协议规定公司经营与业务由股东直接负责。虽然股东协议早期出现是封闭公司为改善经营灵活性、维持公司闭锁性、保护少数股东以及解决公司僵局等,由股东签订协议修正公司法规范的内容。但是实证统计显示公开发行人股东间也有股东协议治理方式,对公司事务做出特别安排。^[67]2016年《示范公司法》修正时,就删除了有关股东协议在公司全国性交易所上市后失效的规定。即便韩国《商法典》对董事会职权采用剩余权利立法模式,^[68]多数学说和司法判例都认为,基于股东大会最高权力机关性质及权限分配的自律性,在不违反股份公司本质与强制法规定的情况下,可在公司章程中将商法规定的董事会权限规定为股东大会权限。^[69]

[59] 参见李建伟:《董事会规模强制规制模式的解释与反思》,载《法学杂志》2019年第10期,第39页。

[60] 参见赵旭东:《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,载《法学评论》2021年第3期,第68页。

[61] 参见罗培新:《股东会与董事会权力构造论:以合同为进路的分析》,载《政治与法律》2016年第2期,第126页。

[62] 参见刘俊海:《董事会中心主义神话破灭后的董事会角色定位:兼评〈公司法(修订草案二审稿)〉》,载《财经法学》2023年第4期,第10页。

[63] 参见《特拉华州普通公司法》第141(a)条。

[64] 参见甘培忠:《我国新公司法对股东民主和公司自治推进政策的评价》,载赵旭东主编:《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》,中国政法大学出版社2007年版,第354—355页。

[65] 参见许可:《股东会与董事会分权制度研究》,载《中国法学》2017年第2期,第126页。

[66] See The Companies (Model Articles) Regulations 2008, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/3229/schedule/1>.

[67] See Helena Masullo, *Shareholder Agreements in Publicly Traded Companies: A Comparison between the U.S. and Brazil*, 12 Brazilian Journal of International Law 402, 405–406 (2015).

[68] 韩国《商法典》第361条规定,股东会决议事项限于商法或者公司章程规定范围之内。第393条第1项规定,除了商法或者公司章程规定为股东大会权限的事项以外,董事会享有对所有业务执行做出意思决定的权限。

[69] 参见[韩]崔竣璿:《韩国公司法(上)》,王延川、崔嫦燕译,中国政法大学出版社2020年版,第279—280、392页。

公司法修改将“决定公司的经营方针和投资计划”“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”这两项经营决策职权从股东会职权列举事项中删去,对于发行公司债券规定可以授权董事会行使,股份有限公司增加注册资本也允许授权董事会决议。此外,《公司法》第 219 条对于简易合并(公司与其持股 90% 以上的公司合并)以及小规模合并(公司合并支付的价款不超过本公司净资产 10%),允许董事会做出决议而无须股东会决议,在经营决策方面赋予董事会更多职权,有利于提高经营效率。除明确可以授权的事项外,股东会剩余事项都是与股东自身利益密切相关的所有者权利事项,这些事项属于股东会专属事项,股东会不能授权董事会行使。^[70] 第 59 条第 1 款规定,股东会可以行使公司章程规定的其他职权。对于所有权和经营权合一的中小公司,股东会可以依据上述规定,将董事会所有职权规定由股东会行使,而仅设一名董事并兼任经理,作为公司的执行机构。

《公司法》第 110 条第 2 款和第 115 条第 2 款规定,公司章程可以对行使查阅权股东的持股比例做出比法定 3% 低的规定,但是不得提高提出临时提案股东的持股比例要求。从新增规定看,法律对公司章程能否对特定事项做出不同于公司法的规定,是根据不同规定是否有利于股东行使权利这一目的做出。股份有限公司组织机构及其运行规则没有像有限责任公司那样规定公司章程可以做出不同于法律的规定。公司章程议事程序做出不同于公司法的规定,不宜一概认定为无效,而应当根据具体情况分析。如果中小公司提高公司合并、分立、重大财产转让等事项决议通过的门槛,可能有利于提高中小股东参与决策的机会,降低中小股东被压迫的可能;但是如果提高解任董事或者监事的门槛,却有可能巩固控制股东的控制权,侵害中小股东监督公司的权利。当然,无论公司法是否允许公司章程另行规定,公司章程降低决议通过表决数是不允许的。

(五) 公司治理与公司股东权利

一人公司因无其他股东的牵制,更易发生公司财产与股东财产混同,股东滥用有限责任原则的现象。^[71] 实证研究表明,我国一人有限责任公司人格否认率高达 100%。^[72] 主要原因是司法实践中,对于一人有限责任公司人格否认多数判决直接依据修改前的《公司法》第 63 条股东与公司财产混同否认一人公司人格,虽然会引用第 20 条第 3 款规定概括定性,但不会具体分析是否符合上述规定。^[73] 在财务混同举证方面,法院通常否认一人公司股东提交经审计的财务会计报告的证明力。^[74] 公司法修改保留了一人公司股东在财务混同方面举证责任倒置的规定,并没有将其单独规定,而是将其作为第 23 条第 3 款,一人公司人格否认实质也是第 1 款规定的人格否认的特殊情形,第 3 款仅是对举证责任的特殊规定。对于一人公司人格否认应当合理分配举证责任,第 23 条第 3 款仅适用于混同情形下的人格否认,其他情形的混同应当适用第 23 条第 1 款的规定。

对于股份有限公司,公司法修改完善类别股制度,赋予公司通过事前的公司章程约定来提前预防控制股东压迫行为的权利。如可以通过发行优先股或者劣后股,使不参与公司经营的小股东优先分配利润或者控制股东劣后分配利润;还可以发行复数表决权股份,赋予小股东对重大事项的更多表决权,在公司出现可能影响类别股股东权利的事项时,应当经类别股股东会的多数决通过。对于有限公司,公司法允许公司章程对议事方式和表决程序做出特别规定,公司章程可以提高出席会议人数门槛或者表决通过门槛,增强小股东重大事项决定权。事前的约定虽然可以在一定

^[70] 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 3 期,第 99—100 页。

^[71] 参见朱慈蕴:《一人公司对传统公司法的冲击》,载《中国法学》2002 年第 1 期,第 110—111 页。

^[72] 参见黄辉:《中国公司法人格否认制度实证研究》,载《法学研究》2012 年第 1 期,第 13 页。

^[73] 参见刘雅倩:《论一人公司法人格否认的法律适用——〈公司法〉第 63 条与第 20 条第 3 款适用辨析》,载《山东审判》2016 年第 2 期,第 60 页。

^[74] 参见曹明哲:《一人公司人格否认、财务会计报告与举证责任》,载《人民司法》2017 年第 16 期,第 75 页。

程度上预防控制股东滥用股东权利,但是当出现约定之外的侵害小股东权利的情况的时候,就需要事后的救济措施。修改前的《公司法》规定了异议股东回购请求权,但是行使权利的具体情形和条件比较严苛,也极易被控制股东规避,灵活性不够。控制股东滥用控制权损害小股东利益行为形态多样,主要就是剥夺小股东参与公司经营管理的权利和获得利润的权利,而且上述行为通常具有复合性。如解除少数股东在公司的职位,使其无法参与经营,大股东再通过发放高薪给自己,使公司无剩余的盈余可以分配给少数股东。公司法修改对于有限责任公司控制股东滥用股东权利行为,允许其他股东要求公司回购股份,拓宽了救济途径,但是在救济手段方面仍有进步空间。^{〔75〕}《公司法》第231条规定,公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司百分之十以上表决权的股东,可以请求人民法院解散公司。对于“经营管理发生困难”,《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(四)》规定了有限的几种情形,主要聚焦于公司僵局这种比较特定狭窄的情形。而人合性公司中,控制股东滥用股东权利侵害小股东利益引发纠纷后很可能产生公司管理的困难和僵局。赋予中小股东此种情形下提起司法解散的权利,也是小股东与控制股东谈判的重要筹码。司法实践中,法院对于“经营管理困难”的适用也已经超越司法解释的规定,将控制股东滥用权利纳入司法解释的适用范围。^{〔76〕}

五、中小公司治理的未来展望

公司法修改优化公司类型,允许一人发起设立股份有限公司,取消对一人公司特别限制的规定,增加股份有限公司章程限制股份转让的规定,完善类别股制度,增加无面额股制度,为股份有限公司股东利用新的投资工具创设更加灵活的治理结构提供了制度供给。公司法修改,简化两类公司组织机构设置,优化机构职权配置,为中小公司治理提供了更加灵活的机制。但是,两类公司在公司治理灵活性方面仍有提升空间。例如董事会虽然可以采用电子通信方式召开和表决,但是书面行使表决权更加具有灵活性。电子通信方式开会和表决,虽然方便董事在不同地点参加会议降低成本,但是仍然要履行相应的召集、通知程序,以会议的形式对所议事项做出决议。但是书面决议可以不需全部董事同步开会,就个别事项取得全体董事同意即可,更加便捷。此外,决议门槛是否允许以及允许何种程度的自治,立法也不够清晰。因此,针对中小公司的需求,立法应当继续考虑中小公司组织机构运行合同化的可能。

公司法修改后,无论从立法还是实践层面,股份转让有限制的股份有限公司与有限责任公司在治理机制上更加趋同。但是现行规定对于两类公司章程可以另行约定的内容不一致,在会议召集程序和表决机制上不同。在股东优先购买权和股东查阅权问题上,立法以公开公司为模板,规定股东原则上没有优先购买权,将查阅权设定为少数股东权,这些也与中小公司治理需要不够契合。虽然允许股份有限公司章程对股份转让做出限制,但是对于股份有限公司股份转让仍然需要进场或者按照国务院规定的方式进行交易,而国务院没有明确规定其他方式,对此类公司股份的转让也造成一定障碍。在控制股东滥用权利情形下对小股东权利保护采用差异的立场。这些都将造成现行股份有限公司的相关规定张力不足。

如果未来股份有限公司的规范模版进一步由大型公司转向中小公司,那么有限责任公司这类

〔75〕 参见林一英:《新〈公司法〉对股东权利保护的完善》,载《法律适用》2024年第2期,第20—21页。李建伟:《股东知情权诉讼研究》,载《中国法学》2013年第2期,第93页。

〔76〕 参见李建伟:《司法解散公司事由的实证研究》,载《法学研究》2017年第4期,第120页。

公司形态存在的必要性就十分有限。但是,考虑到实践中有限责任公司还将继续处于绝对多数,要求有限责任公司转换为股份有限公司,制度成本很高,实际意义并不大。如果股份有限公司为投资者普遍接受的话,有限责任公司自然也可以转换组织形式。未来股份有限公司既可以维持目前这种方式,在股份有限公司中给予公司章程更多的自由,以适应中小公司治理需要;也可以采用一些国家和地区将简易股份有限公司单独成节模式,为中小公司提供更加明确的指引,更具备可操作性。此外,我国上市公司、非上市公众公司在治理实践中已经形成一套运行规则,不断推动公司治理实践的发展。未来是否有必要总结实践经验,为不同治理需求的公司打造更为合适的机构设置和运行规则,需要理论和实践继续探索。

Abstract Small and medium-sized enterprises are an important engine of economic growth and job creation. Good corporate governance plays an important role in the sustainable development of small and medium-sized enterprises. The organizational forms of enterprises are becoming more and more integrated, and the evolution of company law legislation is gradually oriented to small and medium-sized companies. Small and medium-sized companies have a small number of shareholders and limited equity transfers, whose governance is different from large companies. The ownership and management rights of small and medium-sized companies are integrated, and the law is mostly arbitrary in the setting and operation of the organization. For the purpose of protecting personal compatibility, the articles of association of the company are allowed to stipulate the rules for restricting the transfer of shares; the agency cost of small and medium-sized companies is between the controlling shareholders and the small shareholders, and the legislation provides ex ante and ex post remedies for the abuse of rights by the controlling shareholders. The amendment to the Company Law enhances the flexibility of the governance of small and medium-sized companies, by allowing the articles of association of a company to restrict the transfer of shares, simplifying the organizational structure of small and medium-sized companies, and optimizing the allocation of functions and powers of the organizational structure. The amendment of corporate governance rules also affects the way in which shareholders exercise their rights, the articles of association of a company can expand the rights of shareholders in terms of operation, shareholders should have a greater right to know based on the exercise of the right of supervision, the articles of association of the company have more room for autonomy in the exercise of rights, and the judiciary should be cautious in applying the denial of one-person corporate personality. In the future, we should continue to summarize practical experience, optimize the setting of company types, and build a more complete governance mechanism for small and medium-sized companies.

Keywords Governance of Small and Medium-Sized Companies, Flexibility, Set-up of Company Organization, Amendment to the Company Law

(责任编辑:侯利阳)