

公司法修改的几点考虑^{*}

徐 明^{**}

摘要:《公司法》的修改要充分考虑公司法的权威性、稳定性和前瞻性,做好实体与程序、“入口”与“出口”、大股东与中小股东、公司法与其他法律的平衡,并加强与民法和《证券法》的联动。《公司法》的修改逻辑应当以建立“公众公司”为主轴,围绕“公众公司”这一核心,引入“公众公司”和“非公众公司”等相关概念,专章规定“公众公司”和“非公众公司”,并在具体内容上作出差异化的安排。

关键词:公司法修改 平衡与联动 证券法
公众公司

1993年颁布实施的《公司法》自2005年的修订之后,至今已有16年了。16年来,我国公司法律实践出现了许多新的情况,与《公司法》等密切相关的法律也发生了较大的变化。我国《民法典》正式颁布实施,《证券法》经过了大的修改,也已正式施行,我国《刑法》也在不断修订并日渐完善。16年来,我国社会经济发展突飞猛进,作为社会经济重

* 本文仅代表作者个人观点,与所任职单位无关。

** 全国中小企业股份转让系统有限公司党委书记、董事长。

要主体的公司也在不断发展变化,公司实践活动中出现了许多新情况、新问题,需要从立法的层面加以考虑,实践中的经验教训也需要进一步在法律中汲取和不断完善。正因如此,近年来,理论界、实务界也在积极呼吁修改《公司法》,《公司法》修改目前已正式纳入了立法计划。笔者就此次《公司法》修改谈几点粗浅的看法:

一、《公司法》修改的权威性、稳定性和前瞻性

(一) 权威性、稳定性、前瞻性是法律的重要特征

1. 权威性

立法的层级、程序和强制力都体现了法律的权威性。首先,从法律体系看,法律处于最高层级,高于行政法规、规章等,具有最高的权威性;其次,从制定程序看,法律的制定修改程序非常严肃,需要全国人民代表大会或全国人民代表大会常务委员会审议;最后,从规范强制力看,法律与政策、民俗和道德等规范不同,它由国家最高权力机构制定,代表国家意志,由国家保障实施,具有最高的强制力。

2. 稳定性

法律的稳定性是权威性的基础。法律一经颁布,非经严格程序不能变动。如果朝令夕改,法律极易产生前后逻辑不一、权利义务关系难以稳定等问题,影响实践发展,也不利于法律权威性的树立。但是,法律也不是一成不变的,作为上层建筑,法律与经济基础密切相关,既要根植于社会现实,又要随着现实的不断发展而调整完善,才能实现法律权威性与稳定性的平衡。

3. 前瞻性

法律之所以具有稳定性,原因之一是其具有一定的前瞻性。前瞻性要求法律制定、修改时应当具备发展的眼光,能够想到还没发生又可能发生的事情。但是法律亦不能太超前,否则不符合当下的社会现实,反过来又会影响其权威性和稳定性。

法律的权威性、稳定性和前瞻性三者之间关系密切,相互作用、相辅相成。法律的权威性使法律能够得到很好的执行,权威性是法律实

施的前提,如果法律失去了权威性,就不可能贯彻实施,法律的权威性保障了法律的稳定性;法律的稳定性是法律得以持续的基础,因而也是法律权威性的基础;法律的前瞻性对法律的权威性和稳定性起到了促进作用,如果法律的前瞻性不够,就会对实践形成一定的阻碍,从而影响法律的权威性和稳定性。可见,权威性、稳定性与前瞻性既是法律的重要特征,也是法律具有科学性、合理性的基本保障。

但是,在立法的实践中,要处理好三者之间的关系,实现科学立法并非易事。这是因为,社会实践中各种利益关系错综复杂、相互交织,人们的认知水平的不同所导致的看法不一等,这些都会影响立法,主客观方面的各种原因都成为影响立法权威性、稳定性和前瞻性的难题。立法者要平衡处理好三者之间的关系。

(二)《公司法》修改要考虑权威性、稳定性、前瞻性

权威性、稳定性、前瞻性是法律的重要特征,也是公司法的基本特征。本次《公司法》修改是根据我国公司制度的发展和公司法律制度的实践需要以及我国公司经营治理的现实情况进行的,顺应了形势要求和专家学者、实务部门以及社会各界的呼声。但无论如何具体修改,都要处理好公司法的权威性、稳定性和前瞻性之间的关系。要实事求是地将权威性、稳定性和前瞻性充分体现在《公司法》的修改中,体现《公司法》修改的科学性。

1.《公司法》修改要考虑权威性

《公司法》修改的内容是对实践的总结,将实践中的好经验加以提炼,对实践中的教训加以总结、吸取和避免,将好的政策、法规、部门规章、规范性文件等进一步提升,纳入《公司法》,以提升法律地位,增加权威性。实践中的这些做法以及相关部门的政策法规、部门规章、规范性文件等一旦纳入《公司法》,其权威性将大大增加。如果不慎重对待修法,修改的《公司法》不符合实践的需要,不实事求是,修改后的法律执行起来较为困难,就会使《公司法》的依法、执法、守法大打折扣,《公司法》的权威性就会受到影响。因此,慎重修法、科学修法在《公司法》的修改中至关重要。

2.《公司法》修改要考虑稳定性

《公司法》不可能随意、频繁地修改。随意和频繁修改不但会使法

律丧失权威性,而且会使法律的稳定性受到影响,使法律制定过程中的连贯性、逻辑上的一致性受到干扰和破坏。法律的不确定性使人们无法执行、无所适从,更容易使人们在遵守法律、执行法律中无法形成明确的预期,对公司的生产经营和治理等带来影响。法律的稳定性是法律与政策相区别的一个很重的因素。尽管政策也具有一定的稳定性,不应当“朝令夕改”,但政策的制定在程序上毕竟不如法律的制定具有极其严谨性。政策的制定一般具有阶段性和灵活性,而法律的制定要远比政策严谨。一般情况下,政策在执行一段时间具有稳定性后,经过立法或者修法程序可以上升为法律。从我国《公司法》的修改历程看,1993年我国《公司法》颁布实施后,尽管于1999年和2004年进行了两次修改,但这两次只是对公司法个别条款的修改,是“微改”,并没有对《公司法》形成大的改动,因此并不影响《公司法》的稳定性。2005年对《公司法》进行了比较大的修改,2013年和2018年又有两次小的修正。2019年全国人民代表大会启动的本次《公司法》修改将是在2005年《公司法》修改的基础上进行的较大修改。上述情况表明,我国《公司法》两次大修的时间均在10年以上,第一次的大修改是在《公司法》制定后的11年,目前的大修改启动于2019年,距离2005年的《公司法》已超过15年。

3.《公司法》修改要考虑前瞻性

对公司法律实践的超前性安排主要体现在两方面:一方面是对能够看得清楚的问题,虽然国内实践并不多,但国外的立法例和公司法律实践非常成熟,并且这一制度和实践也能够符合我国国情,可以在《公司法》修改时加以确认;另一方面是对在实践中争议比较大需要进一步讨论研究,或者公司改革创新实践需要法律的支持和实践的进一步探索的问题,在修改公司法律时需要留有一定的余地,给改革创新实践留出一定的空间。这样不但不会因为法律规定形成阻碍,同时也可以给相关实践和创新以足够的灵活性,还可以给政策或者部门规章等的制定获得足够的空间,待创新实践或相关政策、规章等取得了足够的成熟经验后再逐步升级并细化,体现在《公司法》中。

实际上,前瞻性的要求也贯穿在我国其他法律的修改中。比如,近期修改的《证券法》就体现了这一原则。自2015年《证券法》修订一

稿至 2019 年的四读稿即如此。以股票发行注册制为例,《证券法》修订一读稿,按照“大改”思路,对股票发行注册制作了大篇幅细致规定。但在实践中,注册制是资本市场的大事,涉及关系复杂,需要不断探索和总结。如果没有充分实践就在法律层面进行详细规定,反而不利于注册制的全面落地,影响《证券法》的权威和稳定。《证券法》二读稿结合对证券市场异常波动的反思,确定了“有限目标、问题导向、简洁务实”的立法思路,删除了一读稿中的注册制等内容,仅保留一条特别授权安排。三读稿、四读稿则在科创板实践基础上,对公开发行注册制作了进一步规定。可以看出,新《证券法》修订的总体思路是:对相关问题看得清就写,看不清则不写或者进行授权性规定,体现了修改的前瞻性。^[1]

(三)《公司法》修改中权威性、稳定性和前瞻性的具体体现

1. 充分考虑进一步完善公司法律制度中各类主体的基本规范

公司法律制度中的参与主体,包括股份有限公司、有限责任公司、国有独资公司、一人公司;公众公司、非公众公司;公司发起人、公司股东、大股东、控股股东、实际控制人、中小股东,董事(包括独立董事)、监事、高级管理人员、董事会秘书,公司员工,公司债权人、债务人等;为公司服务的各类中介机构,如会计师事务所、律师事务所、股份发行和转让的服务机构等;政府监督管理机构、股份交易或转让的场所等,这些主体在公司实际运行中都有着各自的定位、权利和义务和职责,都发挥着不可或缺的作用。因此,在公司法律层面需要就其性质定位、基本行为规范等进行规定,以为各类主体提供根本遵循,也为下位规则的细化定下基调、提供方向。

《公司法》修改要在全面规定前述主体的同时,充分体现实践发展成果,进一步丰富相关内容,科学规范公司法律制度中各类主体的基本规范。比如,在实践中已经运用的公众公司和非公众公司的概念、内容,进一步强化对公司大股东、控股股东和实际控制人的约束,进一步加强对公司中小股东合法权益的保护;应进一步加大公司及相关主体

[1] 参见徐明:《新三板理论与实践》(下册),中国金融出版社 2021 年版,第 953 ~ 964 页。

违法违规的法律责任力度,进一步加强与相关法律制度的衔接等。这些具有针对性的规定,既体现了《公司法》修改的特点,也丰富了《公司法》权威性的内涵。

2. 充分考虑进一步完善公司法律的重大基础制度

公司的正常运行和有效管理,涉及公司的设立,股份的发行、登记、转让,债券的发行、登记和转让,公司的经营与治理,公司的合并与分立,公司的撤销与解散,公司的监管与法律责任等一系列基础性制度。《公司法》是作为商事主体的公司的基本法律制度,所涉及的内容广泛而复杂。《公司法》修改要将这些基本制度尽量全面科学地体现在法律中,充分吸收公司实践中好的经验和做法,归纳总结形成制度性安排,使公司法律的重大基础制度更加扎实和完备。

在这一方面,已颁布实施的新《证券法》为本次《公司法》的修改提供了很好的榜样。新《证券法》在原有规定基础上,对相关基础制度做了较多完善,进一步提升了法律的权威性。例如,(1)全面推行证券发行注册制,按照市场化精神精简优化发行条件、调整发行程序,并强化证券发行中的信息披露和中介机构责任,为注册制的全面实施提供坚实的法律保障;(2)加强信息披露监管,将原《证券法》中的“持续信息公开”一节调整为“信息披露”专章,不仅增加了信息披露的主体和内容,还规定了自愿披露、公开承诺等制度,使相关市场实践更加有法可依;(3)明确《证券法》的域外效力,应对我国资本市场对外开放的需求,规定境外证券发行和交易活动扰乱境内市场秩序、损害境内投资者合法权益的,依法追究法律责任,将《证券法》的权威性进一步拓展至域外证券活动。

3. 充分考虑全面强化法律责任追究

法律责任追究是法的“牙齿”,是法律具有权威性的重要保障。不仅如此,部分法律责任追究方式,如罚款、要求承担连带赔偿责任等,涉及相关主体的财产权等基本权利,由法律层面规定更为适宜。

《公司法》的修改要针对原有法律规定的行政处罚力度过低等问题,在法律责任追究方面进行完善,加大公司法律制度中的法律责任追究力度,提高《公司法》的权威性和威慑力:其一,要进一步丰富违法行为认定标准,为追究相关主体法律责任提供明确依据。其二,全面大幅

提高违法成本,无论是倍数罚还是数额罚,无论是对机构还是个人,均是如此。通过加重法律责任,能够增强相关主体对法律规则的敬畏,从而减少违法违规行为。其三,完善民事责任追究机制,如规定控股股东、实际控制人在侵害公司利益行为中的过错推定赔偿责任等,进一步保护好投资者合法权益。

二、《公司法》修改中的平衡问题

《公司法》修改在考虑权威性、稳定性和前瞻性,体现良法善治精神的同时,还要考虑修改本身应当具有的平衡性。我国市场经济虽然经过了几十年的发展,取得了许多成绩,商事主体在经营过程中也有不少成功经验,公司法律制度也在逐步完善。但我国目前市场经济仍处于不断发展过程中,改革创新举措频出,《公司法》在为商事主体保驾护航的同时,也为公司的发展留下了足够的空间,在一些制度安排上也会轻重不一。《公司法》修改还涉及其他方面,因而还要注意平衡性,不断积累经验,为公司法律制度的不断完善提供立法实践。《公司法》修改应当进一步把握好“四个平衡”。

(一) 实体与程序的平衡

在我国长期的法律传统中,普遍存在重实体法轻程序法的观念。我国法律体系中的程序性法律规范没有受到应有的重视,表现为行政程序法、违宪监督程序法等重要程序法至今尚未出台,已有的程序法如《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》的相关内容如集团诉讼、公益性诉讼等也无法适应实际需要。

公司法律制度既涉及实体内容也涉及程序内容。在实体内容上,公司法律制度主要是规定和确认公司及公司所涉相关主体在参与公司活动中所发生的权利义务关系以及这种关系所导致的结果。权利和职权以及义务和责任,涉及法律关系主体依法拥有的利益、主张、资格、力量或者自由,其实现将给法律关系主体带来有形或者无形的利益。在程序内容上,主要是以保证权利和职权得以实现或行使,义务和责任得以履行的程序方面的规定,这是正确实施实体法的保障。程序对于市

场主体是极其重要的。程序的公正性在某种程度上不亚于实体内容的公正性,如没有程序正义,很难想象实体内容的正义会得到保证,当事人的权利亦是无法得到保障的。

在公司法律制度中,同样存在重视实体内容轻视程序规范的情况。一方面,是对实体内容和程序规范的差异化对待。大多数规定的是实体法的内容,涉及程序法的内容较少。比如,对公司治理有较多的规定,但对执法者或者公司活动的其他参与者规定很少。另一方面,程序规范本身的不均衡。公司经营活动中的程序规范主要体现为执法者的程序规范和公司参与主体的程序规范。就执法程序而言,所存在的问题是对执法结果强调程序规范的较多,即对行政处罚程序和行政复议程序的规范相对较多,对行政处罚的审议和行政复议规定了一系列的程序要求,而对执法本身的程序要求相对弱化,监管机构实施监管过程中需要履行何种程序的规定并不详细,程序化和透明度有待加强。就后者而言,公司经营活动中的参与者在主张权利时或者执法者履行职责时的程序性要求也不十分明确。

(二)“入口”与“出口”的平衡

公司的设立、股份发行制度和公司的关闭、解散制度都是《公司法》上的基本制度,分别为公司的“入口”和“出口”两端。但就目前情况看,在公司法律制度中,比较重视公司制度的“入口”,相比较而言,对公司的“出口”问题不如公司设立和股份发行等重视。对公司的撤销、解散等的规定不够全面、细致。因此,在《公司法》修改中要考虑这一平衡。

(三)大股东与中小股东的平衡

在公司中,股东所拥有的股份是其身份和地位的象征,公司法中的资本多数决制度也决定了公司命运。大股东、控股股东、实际控制人在公司的经营决策和公司治理中具有天然的优势和更多的话语权、决定权。公司法中所谓的公平正义和股权平等就变得相对,甚至只是形式上的公平和平等。无论是简单多数决还是重大议题的绝对多数决,在拥有更多股份获得更多表决权的情况下,中小股东的表决权就显得微不足道甚至毫无意义,自然而然地股东大会也就变成了大股东会。因此,在《公司法》修改中,要注重对大股东权利的制约和中小股东合法

权益的充分保护。

(四) 公司法与其他法律的平衡

除《公司法》外,公司经营活动也会受到其他法律的调整。比如,随着多层次资本市场的发展,公众公司、非上市公众公司的概念已经广泛使用,这些概念及相关内容涉及证券法律制度的安排;随着市场经济的复杂性、多样性的增加,违法犯罪的的手段和类型也在不断的变化,涉及刑事犯罪的种类和罪名的修改和增加;《公司法》中关于股东保护和法律责任力度的加大,涉及民事赔偿制度在体制机制及赔偿力度等方面,会导致民事规定的变化。因此,在修订《公司法》的同时,势必也涉及《证券法》、《刑法》和民事法律的相关内容,这就需要《公司法》与其他法律的协同和平衡,需要相关法律的跟进。只有这样,才能使《公司法》不断丰富完善并得到全面落实。

三、《公司法》与民法的联动修改

民法是规定并调整平等主体的公民间、法人间及其他非法人组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称,是国家法律体系中的一个独立的法律部门,与人们的生活密切相关。民法既包括形式上的民法(《民法典》),也包括单行的民事法律和其他法律、法规中的民事法律规范。民法作为我国私法领域中的最基本法律,其具有私法领域各种法律规范的统领地位;公司法作为私法领域中的基本法律制度,具体地说是市场经济领域中的基本法律制度,与民法的关系相当密切。因此,《公司法》修改时必须要考虑与民法的关系,要与民法实施联动。目前,我国《民法典》^[2]已正式颁布实施,《公司法》修改在与民法的联动方面,主要体现的是与《民法典》的联动。体现到《民法典》的条文

[2] 我国《民法典》于2020年5月28日由第十三届全国人大第三次会议通过,2021年1月1日正式实施。共计7编并加附则。分别为总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任、附则,共计1260条。

中,更多是《民法典》总则编〔3〕的相关内容。《公司法》与民法的联动主要体现在以下三个方面:

(一) 民法与公司法是一般法与特别法的联动关系

公司法的许多基本制度、基本概念、基本内容源于民法,它是民法在公司法律领域的延伸。民法中的立法结构、法人制度、民事权利制度、法律行为制度和法律责任制度等,均称为公司法中的基本法律制度。因此,民法制度的修改和重大创新,民法理念、制度逻辑和制度结构的发展变化,也会对《公司法》形成实质性的影响,进而实质性地影响《公司法》的修改。《公司法》的修改应当充分考虑与民法的一致性,在基本制度上充分依据民法的规定。“理论上,因民法典的体系化结构及其司法一般法的地位,对于民法总则已经规定的内容,公司法修改时应当避免出现重复规定;公司法仅对民法总则未表达的事项和与民法总则的规范意旨不一致的事项予以规定”,〔4〕“在这个意义上,民法总则拓展了公司法修改的空间,如何体现和丰富民法总则已经表达的制度逻辑和规范结构,全面审视公司法作为单行法的立法结构及与其对应的规范文本取舍,将为公司法修改的首要任务和必经之路。”〔5〕

(二) 民法以民事权利为中心的法律逻辑和体系化制度结构,与公司法以股东为中心的法律逻辑和体系化制度结构具有关联性

民法中的民事法律关系主体所享有的民事权利,具体到公司法中更多地体现在股东及其相关当事人的权利。从已颁布实施的《民法典》来看,总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任7编内容大多数是从民事主体的权利角度加以规定的;而《公司法》的内容大多数也是从股东权利的角度加以规定,或者以公司及公司股东为基础加以规定的。“公司法的修改应当致力于全面落实公司的独立地位和股东权利的保护,回归公司法的固有面貌,切实处理好股东之间、股东和公司之间的权利义务关系配置。以股东权利的保护为中心,将成为民

〔3〕 《民法典》总则编共十章,分别为基本规定、自然人、法人、非法人组织、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效、期间计算。

〔4〕 邹海林:《关于公司法修改的几点思考》,载《法律适用》2020年第1期。

〔5〕 同上。

法典后公司法修改方向”〔6〕

(三)民法中以私法自治为基础辅之以适当的义务和监督管理,公司法中的以公司治理为基础,辅之以适当的义务和监督管理具有较强的关联性

民法中对民事法律关系主体在法律规定的范围充分赋权,当事人可以按照自己的意志从事各种民事活动,意思自治是民法中的一项重要内容,当事人自己的真实意思表示是民法中法律行为效力的重要衡量标准。同样,公司法中强调公司自治,尊重公司、公司股东和公司章程也是公司法的重要精神。因此,在《公司法》的修改中应当充分考虑民法中的私法自治与公司自治的关联性。

四、《公司法》与《证券法》联动修改

公司法作为市场经济领域的基本法律制度,和市场经济领域的其他法律关系密切。其中,和资本市场的基本法律证券法更是如此。可以说,公司法和证券法都是资本市场的基本法律制度。《公司法》和《证券法》关联度极高,许多内容和法律规定具有高度的相似性,只不过是从不同的角度交易规定。“公司法与证券法是紧密联系的‘姊妹法’。尽管两部法律出台的时间并不一致,主要是与资本市场发展的历史有关。但是,两法所担当的角色,必然需要两法保持高度的协调性。”〔7〕因此,《公司法》的修改必然要牵涉到《证券法》,《公司法》的修改和《证券法》具有一定程度的联动。

(一)《公司法》与《证券法》联动的四个表现

1. 在主体上具有较强的联动性

在法律关系的主体上,《公司法》上的主体和《证券法》上的主体具有较强的相似性。而在证券法律制度中所涉及的法律关系主体公司及

〔6〕 前注〔4〕。

〔7〕 杨忠孝:《〈公司法〉与〈证券法〉的联动修改》,载《上海法治报》2019年9月25日,第B06版。

其相关当事人几乎和公司法律关系的主体相同,涉及较少的主要是一人公司和国有独资公司,有的主体在《公司法》和《证券法》实际上仅仅是换了一种称呼,其性质并未有所不同。比如,《公司法》中的中小股东,在《证券法》中称为中小投资者;《公司法》中的股份有限公司,在《证券法》中称为上市公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所的公司(新三板市场挂牌公司,以下简称挂牌公司)等。

2. 在内容上具有较强的联动性

在法律关系的内容上,《公司法》上的内容和《证券法》上的内容具有较强的相似性。公司法律制度中涉及证券的发行(股票、公司债)、股份的登记、股份的转让,公司治理涉及的股东大会、董事会、监事会、经理层的相关活动,公司的并购重组,关联交易,公司的分立与合并,公司分拆,公司的撤销和解散等,而证券法律制度中所涉及的这些内容也几乎和公司法律关系的上述内容相同,在《证券法》中也有所体现。只不过有的内容在《公司法》和《证券法》中实际上是换了一种称呼,其性质并未有所不同。比如,《公司法》中的股份转让,在《证券法》上为股票交易。

3. 在当事人合法权益保护上具有较强的联动性

《公司法》和《证券法》都十分注重对当事人合法权益的保护。《公司法》在对公司日常经营活动过程中相关当事人保护的基础上,更加注重对中小股东的保护。同样,《证券法》在保护证券发行和交易活动相关当事人合法权益的基础上,也注重对中小投资者的保护。比如,新《证券法》设立“投资者保护”专章,加强了对投资者尤其是中小投资者的保护。

4. 在监管和法律责任上具有较强的联动性

由于《公司法》和《证券法》中的法律关系主体在公司经营活动和资本市场发行、交易活动中具有极大的相似性,因此,这些主体所从事的活动被监管机构实施监管也具有较强的联动性。国务院证券监督管理机构作为资本市场的监管者,依据证券法律对发行人、上市公司、挂牌公司以及相关当事主体的活动进行的监管,同样涉及公司法律制度对公司主体及相关当事人的规定,而国家其他有权机关依据《公司法》进行的监管,也有可能涉及证券法律制度的规定。在法律责任上,《公

司法》中的法律责任和《证券法》中的法律责任尽管在法源上并不相同,但违法违规主体的行为有可能涉及《证券法》规定的法律责任,也有可能涉及《公司法》中的法律责任。

(二)《公司法》与《证券法》联动的两点考虑

1.《公司法》修改时要避免与《证券法》的雷同、重复、矛盾和遗漏

《公司法》和《证券法》都是市场经济领域中重要的法律制度,尤其对于资本市场而言,尽管《公司法》和《证券法》规制的内容有所不同,涉及的主体也不一样,但出发点和目的是相同的。实际上,《公司法》和《证券法》所规定的内容是一个硬币的两面。《公司法》注重的是公司的设立、公司的形态、公司的组织、股份的形成和转让、公司的运行和治理、股东的权利义务,公司的变更和消灭等,因此,《公司法》实际上是公司的组织法,它对公司的产生、运行和消亡进行了全方位的规制,对公司的主体、内容等进行了详细的规定。《公司法》又是公司的监督管理法,它对公司以及涉及公司的各个方面进行全方位的管理和监督,以保证公司、公司股东及相关当事人能够正常地运营和活动,公司及相关当事人的合法权利能够充分得到保证,并监督公司及相关当事人能够履行自己的义务,从而用《公司法》管理好公司和相关当事人的各种活动,以达到维护公司健康发展和当事人合法权益的目的。《证券法》注重的是证券的发行、交易以及围绕证券发行交易所涉及的交易场所、证券的登记结算、信息披露、中介服务机构和市场的组织运行等内容。因此,《证券法》实际上是证券市场的组织法,它对证券的产生、变更、证券市场的运行等进行了全方位的规制,对证券市场的参与主体和内容进行了详细的规定。《证券法》又是证券市场的监督管理法,它是对证券的发行交易以及围绕证券发行交易而展开的各种活动进行监督管理,对涉及证券发行交易的相关主体进行监督,监督管理他们依据《证券法》和其他相关法律法规履行自己的职责,而从维护证券市场秩序、保证证券市场公开、公平、公正,保护市场参与主体的合法权益。

可以看出,《公司法》和《证券法》的目的都是促使公司治理良好、交易秩序正常、资本市场健康稳定发展、公司的股东和市场上投资者的合法权益得以保护。但毕竟是不同的法律,有许多差异性。比如,《公司法》侧重的是公司的治理和公司的规范运营,《证券法》强调的是市

场的组织和发行交易的秩序。因此,《公司法》修改时就要特别注意和《证券法》的关联性,即使规定具有相同属性的内容,也要注意避免同《证券法》的雷同、重复、矛盾和遗漏。

2.《公司法》修改时要兼顾《证券法》有关规定,和《证券法》保持一致

《公司法》所规定的许多内容,和《证券法》所规定的相似内容并没有本质上的差异。这就要求《公司法》在制定和修改时要充分兼顾与《证券法》的协调,要在相同和相似的内容条款上和《证券法》保持一致。以股东保护和投资者保护为例,《公司法》和《证券法》具有一致性,《公司法》上的股东就是《证券法》上的投资者。《公司法》和《证券法》都注重对中小股东或中小投资者的保护,更多地对大股东、控股股东、实际控制人,大额投资者和交易者进行约束,更多地赋予中小股东或中小投资者相应的权利。

《公司法》和《证券法》之所以这样规定,是有其法律逻辑的。公平地保护每一位市场参与者,平等地规制每一个股东和投资者,这是法律和监管者的理想。但在现实中,资本的逐利性、人性的贪婪往往使这种理想很难实现。毫无疑问,在资本市场上,大股东、控股股东、实际控制人,机构投资者、大额投资者与中小股东、中小投资者相比,实际上的优势是非常明显的,他们往往会利用这种优势、滥用法律赋予的权利去侵害上市公司和中小股东、中小投资者的利益。在此情况下,法律和监管者所谓的公平保护、平等规制,所导致的结果是中小股东权利受限、利益受损。正因如此,世界各国的公司法和证券法等法律更多从中小股东、中小投资者的角度去设置权利,给予中小股东、中小投资者更多的保护。在公司法中规定了类别股东大会制度、累计投票制度、独立董事制度、关联股东回避制度、股东派生诉讼制度等一系列制度性安排;在证券法中规定了大股东的强制性信息披露制度、短线交易制度、股票交易限制制度、关联交易制度、内幕交易制度、操纵市场制度等一系列制度性安排。这些权利设置或限制、相关制度的安排,其出发点和目的都是制约大股东或大额投资者的权利,更多地保护中小股东和中小投资者的合法权利。同样的道理,监管者也是从更多保护中小股东、中小投资者的角度,去监督大股东、控股股东、实际控制人、管理层、大额投资

者的行为,防止他们做出掏空公司、违规担保、忽悠式重组、虚假估值、利益输送、关联交易、违规减持、阻却收购、虚假陈述、内幕交易、操纵股价等一系列损害公司和中小股东、中小投资者合法权益的行为。更多地保护中小股东、中小投资者合法权益是法律的责任、监管者的使命。因此,在《公司法》的修改中,要充分地考虑和《证券法》的一致性。

五、《公司法》修改的“公众公司”逻辑

(一)《公司法》修改的主轴是建立“公众公司”制度

《公司法》所规范调整的对象范围是极其广泛的,内容也极其丰富,它以调整规范商事主体——公司法人出发点为目的。公司法人的活动渗透到全社会,因此,《公司法》的制定和修改就是要规范好商事法律主体参与商事活动所形成的各种法律关系,规范好各主体的法律行为。

如何制定和修改好《公司法》是立法者必须面对的问题。法律的修改并不是简单和杂乱无章的,特别是进行大范围的修改,应具有一定的逻辑性。和立法一样,法律的修改面临着科学性问题,应具有一套科学的体系。就公司法而言,公司法的体系构造并非公司法规范的任意组合,而是始终有其内在的逻辑。按照法律体系构造的基本原理,法律规范之间的组合总是受制于特定的体系概念,不同法律规范之间必须具有一定的协调性和互补性,不得存在矛盾与冲突,这是公司法体系建构工作中非常重要的内容。对于立法者而言,功能性概念、一般性原则、类型化构造对于公司法的体系建构具有至关重要的意义。^{〔8〕}从这个角度而言,立法者必须有效地运用功能性概念、原则性规范、类型化区分等“工具”建构公司法的结构体系。要推进公司法的现代化工作,《公司法》修改时也应重视公司法的“体系化”变革,对功能性概念、原则性规范、类型化区分进行妥当安排,使《公司法》规范的内在逻辑和

〔8〕 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第279~285页。

体系关联能够得到优化。^{〔9〕}

从目前我国《公司法》现代化改革的实践情况来看,“体系化”思维的缺乏是非常值得关注的问题,在多数情形下,理论界和实务界多专注于公司法具体规则的“堵漏洞、补窟窿、打补丁”,对于《公司法》存在的结构性缺陷和体系性不足却缺乏足够的重视。^{〔10〕}即便注意到了应从整体上改革《公司法》,也多是从公司规范和公司制度层面加以推进,对于支撑公司法体系的功能性概念、一般性原则、类型化标准没有开展深入的研究。如果要推动公司法的现代化,必须从体系层面全面反思既有公司法的内在问题,并尝试从基础概念、基本原则、类型结构、规范表达等维度实现整体性重构,力争相关制度的改革、相关规范的设计能够围绕核心功能概念、重要原则规范、基本结构类型加以展开。实际上,对于上述根本性问题,理论界和实务界尚未形成共识。比如,“公司利益”和“股东利益”哪个应该成为《公司法》保护的重心;《公司法》的规范对象是要以有限责任公司为核心,还是以股份有限公司为核心;信义义务能不能成为统领所有《公司法》规范的核心概念;《公司法》应当更加强调公司资本的形成,还是仅仅侧重股东的出资;《公司法》的体系构造和制度设计应当取向于工业社会,还是应当面向信息社会;应当建构更为刚性还是更为柔性的公司治理机制;在股东和公司的关系处理上,应当强调股东的自由还是公司的约束;《公司法》是否要兼顾传统的人合性公司,还是仅仅需要处理资合性公司的问题。^{〔11〕}

对于上述根本性问题,理论界和实务界存在分歧是可以理解的。从某一角度来看,各自都有一定的道理,但有些似乎也很难一时辩论清楚。比如,“公司利益”和“股东利益”,哪个是《公司法》保护的重点这一命题似乎很难明确的回答。因为,在正常情况下,公司利益和股东利益应该是一致的。公司因股东的出资而形成,公司的生产经营不但是为了公司的发展,而且是要给股东以投资者回报。公司的重要活动、重

〔9〕 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。

〔10〕 参见王保树:《公司法的全面改革不能着眼于堵漏洞、补窟窿》,载《环球法律评论》2014年第1期。

〔11〕 同前注〔9〕。

大决策均由公司的股东大会决策,因而也听命于公司股东。但在实践中的有些情况下,公司利益和股东利益并不完全一致,或者说和公司中的某些股东的利益并不完全一致,甚至有所冲突。比如,公司被内部人控制,公司的大股东、控股股东、实际控制人等为了自己的利益同公司利益发生冲突,因此,《公司法》的制定和修改中,“公司利益”和“股东利益”,哪个应当成为公司法保护的重点的命题是成立的。

姑且不论上述问题谁是谁非、如何取舍,在《公司法》修改时,坚持《公司法》的修改逻辑,理顺公司法律体系的功能性概念、一般性原则和基本结构类型,明确《公司法》修改的主线和核心内容,对修改的科学性是十分重要的。规范公司经营、完善公司治理、保护公司经营活动中法律关系主体的合法权益,促进公司健康稳定发展是《公司法》立法和修改的宗旨。正是基于这样的认识,我们认为,《公司法》修改涉及的内容繁多复杂,但是在修改逻辑上应当以建立“公众公司”为主轴,围绕“公众公司”这一核心,引入“公众公司”和“非公众公司”等相关概念,专章制定“公众公司”和“非公众公司”,并将目前的公司形态及相关内容分别纳入。在分类上,将“公众公司”分为上市公司、挂牌公司和公众化股份公司三种类型,将“非公众公司”分为非公众化股份公司、有限责任公司、其他非公众公司三种类型。这一分类进一步模糊了股份有限公司和有限责任公司,强调了公司公众性的重要性。《公司法》修改的结构调整和内容上的差异化对待,使《公司法》的修改更符合我国的公司改革实践,更加具有自己的特色。

(二)以“公众公司”为核心,明确相关规定

1. 引入“公众公司”和“非公众公司”概念

现行《公司法》根据公司组织形式的不同,将公司类型划分为有限责任公司及股份有限公司两种,并以公众性为基础,从股份公司中划分出上市公司并对其特殊组织事项进行了特别规定。这一划分逻辑符合公司法理,与世界主要国家公司法规定相一致,较好地体现了不同公司类型“人合性”“资合性”的不同特点,成为证券市场各制度的基础。然而,随着公司实践的进一步深入,有限责任公司和股份有限公司的两分法不能完全涵盖公司的类型,也未能反映出我国公司实践,需要引入公众公司和非公众公司的概念。这是因为:

首先,实践中存在大量的非上市公众公司,同样经国务院证券监督管理机构核准并于证券交易场所公开交易,遵守公开市场信息披露要求和公司治理要求,“公众公司”概念已广泛使用,但这些概念一直未能在《公司法》层面予以体现。

其次,日本、我国台湾地区等深受大陆法系影响,传统上没有公众公司概念的国家或地区,也逐渐出现公众公司概念,如日本直接在公司法中规定了公众公司概念,我国台湾地区虽然没有直接规定公众公司,但界定了闭锁性股份有限公司,同时对相关公司应当履行信息披露义务进行了规定。

最后,新《证券法》亦引入“股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司”这一概念,与“上市公司”并列使用,在信息披露、法律责任等方面的要求与上市公司基本相同。

因此,有必要借《公司法》修改之机,对公众公司概念进行全面梳理,在《公司法》中纳入公众公司概念,与此相对应的也要引入非公众公司的概念。

2. 明确“挂牌公司”概念

引入“挂牌公司”概念,在《公司法》中明确定义为“本法所称挂牌公司,是指股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司”。主要理由在于,历经8年的实践,新三板市场已累计服务13,000余家挂牌公司,形成了一整套有自身特色的发行、交易、公司治理机制;新《证券法》亦引入“股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司”这一概念,与“上市公司”并列使用,因此,在《公司法》层面应就“挂牌公司”概念予以明确,并就挂牌公司的有关特色制度安排予以规定。

3. 明确公众化股份公司和非公众化股份公司概念

在《公司法》中确定公众化股份公司和非公众化股份公司的概念,是对我国目前公司法律实践和资本市场现实情况的确定。前者是我国实践中出现的在上市公司、挂牌公司之外的第三种公众公司,具体是指既非上市公司,又非挂牌公司,但股东人数超过200人的股份有限公司。在实践中,这类公司不但要按照《公司法》的规定运行,也要受到《证券法》的约束,接受证券监管管理机构的监管。后者是实践中大量

出现的在有限责任公司和一人公司之外的第三种形式的非公众公司,具体是指既非有限责任公司,也非一人公司,股东人数不超过200人的股份有限公司。在实践中,这类公司并不在证券监督管理机构的监督范围之内,更多是接受《公司法》的管理和约束。

4. 对公众公司和非公众公司予以差异对待

在具体内容的规定上,要注重规制公众公司,对公众公司进行更为严格的规范,而对非公众公司则进一步放松管制。在公司设立登记、公司资本制度,股份发行,股份转让,公司债券发行和转让,公司的重大行为,公司章程、公司治理,大股东、控股股东、实际控制人的监管,董事、监事、高级管理人员的监管,信息披露,公司对外担保,公司并购重组,公司合并分立、分拆,公司的解散、清算等各个环节,公众公司和非公众公司在规定的内容和要求上应有所差别。在公众公司内部,也因上市公司、挂牌公司和公众性股份公司的公众性不同而应有所区别。

(编辑:姜沅伯)