

我国公司类型制度的问题检视与规范再造

马可欣*

摘要:公司类型化的立法设计是一个随着商业社会的发展与时俱进的改革事项,几个发达国家的公司立法对此从未停歇。依据商业实践与各国公司立法之间互动机制的差异,公司类型制度的立法理念可以区分为功能主义与形式主义。我国公司类型立法应当遵循功能主义立法理念,充分回应商业实践对组织类型的多样化需求,实现从商业实践到立法确认的功能性规制。在立法上,公司治理从自治性到公共性的规制特征反映了外部干预强度对公司类型的规则塑造。我国公司类型重构应当遵循公司自治强度频谱变化的特征,构建不同类型公司的差序格局。为实现我国商业组织法的法典化编纂,立法上可以利用公司类型重构的契机编纂“公司法典”。体系化的“公司法典”在公司类型制度上应当遵循从非法人到法人的差序格局,在公司类型的种类上区分为非法人公司和法人公司。非法人公司在属类上进一步分为无限公司和两合公司,而法人公司在属类上包括一人公司、合同公司、封闭公司和公开公司。

关键词:公司法 公司类型 公司治理 非法人公司 法人公司

公司类型制度的立法更新是公司法结构性改革的基础问题。面对市场经济发达国家普遍存在的公司类型改革浪潮,在公司类型法定主义的要求下,我国现行公司法上有限公司与股份公司的“二分法”显然存在可选择性不足、组织工具功能单一、规则差异不明显、改革迟滞等弊端。然而,2023年12月29日修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称新《公司法》)第2条^①在公司类型的制度设计方面承袭了1993年《公司法》的规定。在公司类型法定的要求下,我国公司类型制度总体上保持不变。为贯彻商业自由的立法理念,弘扬企业家的创新精神,公司制度的类型化设计应当充分尊重商业效率和商业秩序,以开放的姿态包容商业的组织形态创新,利用体系化的方法弱化公司类型法定原则过于刚性的弊端。为此,立法上有必要从组织制度的整体视角,检视我国公司类型制度存在的问题,探寻商业实践与公司类型化设计的基本规律,进而对我国公司的

* 中国政法大学营商环境与企业合规研究中心助理研究员
基金项目:国家社会科学基金资助项目(20ZDA044)

^① 2023年12月29日新修订的《中华人民共和国公司法》第2条规定:“本法所称公司,是指依照本法在中华人民共和国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”

类型制度进行规范再造。

一、我国公司类型制度的问题检视

系统检视我国公司类型制度的立法现状,对照市场实践对不同公司类型的选择样态,可以发现我国现行公司类型制度存在诸多问题,因此有必要对这些问题进行检视并剖析其成因。

(一)我国公司类型制度存在的主要问题

1. 有限责任公司与股份有限公司类型制度的同质化

依据大陆法系国家的公司立法传统,通说认为人合性较强的公司与资合性较强的公司在规范设置方面应当有所区分,立法上应当分别设置为不同的公司类型。人合性较强的公司应当在内部机构设置、意思决策等方面进行灵活处理;而资合性较强的公司在立法上应当采取更为严格的规制方案。^① 在新《公司法》上,这两类公司分别被定义为有限责任公司和股份有限公司。然而,系统检视新《公司法》的相关规则,可以发现有限责任公司与股份有限公司存在明显的同质化特征。

在新《公司法》中,有限责任公司与股份有限公司的主要区别集中于公司设立规则、组织机构规则和股权转让规则方面。除此之外,有限责任公司与股份有限公司在具体的公司治理规则上存在大量的同质性规则,甚至大量的规则相互之间以参照适用的形式呈现。例如,股东会的职权设计、公司章程的条款设计、“董监高”的职权和任期规则、股东诉讼制度、股份回购规则、公司的解散和清算规则等,除个别条款外,有限责任公司与股份有限公司的这些规则几乎是通用的。由此可知,新《公司法》上的有限责任公司与股份有限公司的差异其实已经很小,两者在公司设立规则、组织机构规则和股权转让规则方面的差异已经很难支撑两类公司的区分立法。

此外,在有限责任公司与股份有限公司类型制度的同质化方面,尤其需要强调的是有限责任公司与非公众型股份有限公司的同质化。有限责任公司与非公众型股份有限公司在人合性或资合性程度、封闭性特征方面几乎没有区别,立法上对两类公司进行区别对待完全没有必要。^② 更值得进一步反思的是,由于非公众型股份有限公司与公众型股份有限公司同属于股份有限公司类型,尽管两者差别较大,却适用同样的公司法规则。^③ 概括而言,新《公司法》上有限责任公司与股份有限公司类型制度的同质化导致新《公司法》的逻辑体系不太科学,由于体系化不足使得有关的法律制度设计难免顾此失彼,难以满足不同公司类型实践的需求。

2. 现有公司类型制度的供给短缺难以满足商业实践的多样化需求

我国的商事组织立法本来就是一个“舶来品”,制度改革在驱动和引领市场经济发展的同时,立法对市场活动的规则形塑已经成为一种“改革惯性”,这也是我国经济发展过程中强制性制度变迁的具体表现。商业实践严格遵从商事组织类型立法的结果是,大量的组织治理矛盾本可以通过公司类型制度改革解决,最终却反映到股东权利、公司资本制度与财务会计制度、公司治理机构设置及其职权配置、决议制度、股东诉讼制度等不同公司治理模块关于自治与强制的案件纠

^① 参见王延川:《公司类型:规范区分与司法适用》,《当代法学》2015年第3期。

^② 参见王建文:《论我国公司类型的重构》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2021年第4期。

^③ 参见王保树:《公司法法律形态结构改革的走向》,《中国法学》2012年第1期。

纷中。产生这些问题的根本原因就在于,现有公司类型制度的供给短缺难以满足商业实践的多样化需求。

公司作为市场经济活动的重要参与者,其类型化的制度设计尽管并不影响其市场交易上的权利能力和行为能力,但基于类型化的治理模式差异必将深刻影响其经济竞争能力、创新能力和市场资源的配置能力。^①对于特定类型的公司而言,建立在制度供给之上的公司治理水平决定了其持续经营和发展的能力。^②我国现行公司立法上的有限责任公司和股份有限公司的形式类型设计显然已经难以满足商业实践中组织工具创新发展的需求。社会主义市场经济制度完善阶段的公司立法应当倡导和保护商业自由,而商业自由的重要特征之一就是组织工具的多样化需求。然而,在我国商事组织立法实行公司法与非公司制企业法分置的背景下,非公司制企业法中的个人独资企业法和合伙企业法的组织类型规则长期以来维持较强的稳定性和适应性,这在一定程度上削弱了公司法上公司类型改革的动力。为了在最大程度上减少公司立法的制度成本,适应我国公司立法的科学化和体系化要求,制度供给上必须解决的问题就是重构我国公司类型制度。

3.立法上公司类型的稀缺难以释放不同公司类型制度竞争的经济效益

市场经济的本质是各类市场主体充分且有序的竞争。经济的发展除了需要基于市场禀赋条件和个体能力差异的竞争之外,不能忽略经济制度的竞争。在经济全球化的背景下,公司法的相关规则出现了全球化竞争的局面。公司法规则的全球化竞争更多地体现在公司类型制度的全球化竞争上,而公司类型制度全球化竞争的实际表现就是公司治理水平的全球化竞争。^③就我国市场经济制度的演化史而言,实践中同样存在市场主体制度的竞争与发展。^④在商事立法领域,立法者应当充分给予市场上的投资者或者创业者利用不同的公司类型制度展开制度竞争的空间。系统检视我国现有的公司类型制度,公司种类的稀缺显然无法满足制度竞争的需求。制度的充分竞争有助于释放相应制度的经济效益,我国立法上公司类型的稀缺也就难以释放不同公司类型制度竞争的经济效益。

另外,立法上若要充分释放不同公司类型制度竞争的经济效益,必须在公司类型制度设计上充分实现不同公司类型制度的功能错位。纵观新《公司法》上的有限责任公司和股份有限公司,在人合性和资合性问题上,功能的错位并不明显。对于非公司制企业的个人独资企业、普通合伙企业、有限合伙企业而言,尽管存在明显的功能错位,但由于这些非公司制企业与公司制企业分立模式的立法,不同组织类型缺乏有效的制度竞争条件。因此,若要充分释放公司类型制度竞争的经济效益,立法上有必要以体系化思维重构我国公司类型制度。

(二)我国公司类型制度相关问题的成因分析

系统检视我国公司类型制度的上述问题,可以发现这些问题的产生不仅有政策层面的原因,也有立法层面的原因。

^① See Ofer Eldar and Lorenzo Magnolfi, Regulatory Competition and the Market for Corporate Law, 12 American Economic Journal: Microeconomics, 60—98(2020).

^② 参见李维安、徐建等:《从公司治理到国家治理》,江苏人民出版社2018年版,第25页。

^③ See Lucian Bebchuk and Mark Roe, A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, 52 Stanford Law Review, 127—170(1999).

^④ 参见蒋大兴:《公司法修订草案中的关键缺失》,《中国法律评论》2022年第5期。

1. 政策层面的改革惰性

在我国以建立和完善市场经济体制为导向全面深化改革的宏观政策指导下,全国人大及其常委会启动的每一轮公司法修改以及涉及的修改内容都有相应的政策动因。《公司法》自 1993 年颁布后的三十多年间,虽然经历了两次大修和四次小修,^①但至今还没有一次围绕着“公司类型制度的创新”这一公司法现代化的话题展开修法。在公司法学界,针对我国公司法上的有限责任公司与股份有限公司“二分法”的规则区分和逻辑缺陷,学者们展开了许多讨论。^②但是,这些讨论大都集中于解决有限责任公司与股份有限公司的规则同质化问题,并未从制度演进的角度回应商业实践对公司制度类型化的与时俱进的改革需求。宏观政策层面对公司类型制度的改革动力还不够强烈,其背后所反映的并非实践对制度改革需求的不足,而是宏观政策因应实践需求的惰性。公司组织制度的类型化设计是公司法结构性改革的具体反映,而公司法的结构性改革又是商业实践对立法决策提出的改革诉求。

就公司制度的演进历史而言,公司的类型化方案系商业实践与立法决断的混合产物,不仅反映商业活动对组织工具多样化运用的实际需求,也体现特定市场经济发展阶段的立法者理性。^③其中,商业实践对组织工具创新的需求已经反映到了各类公司治理制度纠纷中,而立法决断的不足所反映的就是缺乏宏观政策的推动力。究其原因,当政策力度不足以支撑立法决断时,公司类型制度的改革目标就容易被立法者搁置。当然,公司类型制度改革必然面临较大的制度变革成本,而这种实践变革成本仅是短期的,对市场的长期发展而言将意味着持续的正向收益。为了维持市场低效率的稳定,减少公司类型制度变革的实践成本,宏观政策力度不足的实质就是政策改革的惰性。商业实践是纷繁复杂的,在组织工具运用的实践中存在各种典型和非典型的组织形态,由于立法者的有限理性,公司法对公司类型的设计不应只是对实践中组织类型的简单挑选和确认。

2. 立法层面对商事组织类型制度缺乏体系化安排

新《公司法》第 2 条沿袭原有的公司类型制度,公司类型继续保持有限责任公司和股份有限公司的两类分置。由于公司类型制度创新关系到公司法的结构性改革,具有牵一发而动全身的影响,因此立法者为减少修法成本,避免理论争议,选择回避了公司类型制度的规范再造问题。立法者选择退缩的实质原因还在于,立法者对商事组织类型制度的体系化安排还未形成相对明确的共识。公司法学界尽管对公司类型的规范再造提出了不同的方案,^④但由于规范再造背后理论研究的缺漏,至今无法形成相对一致的类型化方案。

基于此,为有效解决现行公司法上有限责任公司与股份有限公司在治理模式上的同质化问题,回应商业实践对组织工具选择的差异化需求,突出多样化的公司目的在公司类型多样化、差

^① 两次大修分别是 2005 年、2023 年的修订,四次小修是 1999 年、2004 年、2013 年、2018 年的修正。

^② 参见张辉:《中国公司法制结构性改革之类型化思考》,《社会科学》2012 年第 9 期;李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,《财经法学》2015 年第 5 期;王建文:《论我国公司类型的重构》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2021 年第 4 期。

^③ 参见周游:《企业组织形式变迁的理性逻辑》,《政法论坛》2014 年第 1 期。

^④ 参见张辉:《中国公司法制结构性改革之类型化思考》,《社会科学》2012 年第 9 期;李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,《财经法学》2015 年第 5 期;王建文:《论我国公司类型的重构》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2021 年第 4 期。

异化方面的体现,立法上有必要从组织制度的整体视角切入,利用法典化的方式整合不同类型的营利组织,体系化重构公司类型。学理上,商业自由应当具体反映在公司治理样态的多样化上,而公司治理样态的多样化需要在制度上配套公司类型的多样化。因此,在立法上,依据公司治理自由程度的差序格局,立法者可以设计出不同的公司类型,由此实现从合同自治到组织强制治理的不同公司类型的差序格局。

二、公司类型化的影响因素分析

公司治理从自治性到公共性的梯度变更决定了公司立法的外部干预强度,而公司立法的外部干预强度质的区分,对公司类型产生规则形塑的效果。公司治理自治强度的区分塑造了公司类型的差序格局。因此,立法者若要对公司类型进行重构,必须在公司治理自治强度量化分析的基础上,进行类型区分。对此,尽管公司治理的自治强度很难进行量化分析,但公司治理活动本身可以进行量化分析。^①因此,具体思路可以将公司治理抽象拆解为不同模块并对这些模块进行自治强度的区分,由此达到对公司治理整体效果的类型化区分。

(一) 公司治理的外部干预强度对公司类型化的影响

基于公共利益与特定经济活动关联程度的差异,公司治理在实践中呈现出从自治性到公共性的差序格局。公共利益如何嵌入及以怎样的方式嵌入公司治理,是分析公司治理外部干预强度的重要路径。在传统的讨论中,公司治理是一种区别于公共治理的经济活动,以私人主体之间的合作与利益分配关系为外在表现。^②但是,鉴于出资主体的多元化和公司目的的多元化,公共利益在一定程度上就可以通过股东属性和公司目的嵌入公司治理。其中,典型的代表就是以国有资产出资的股东和以实现特定公共利益为目的的公益公司。^③公司治理作为一种复杂的经济活动,杂糅着不同成分的公共利益和私人利益的利益结构。从公司目的视角观察,股东设立公司除了追求财富、收入的最大化之外,还应当存在其他社会制度所允许设定的目标。^④公共利益的嵌入意味着公司治理并不能完全实行私人自治,公司治理规则必须在某种程度上体现公共利益所能够实现的共性特征。

首先,公司治理的自治性越强,意味着公司立法的外部干预强度越弱。公司治理的自治性所表达的是公司参与主体依照其自由设定的章程规则,自由设置组织机构与决策机制,不受立法者设置的强制性规则的约束。现代私法的最核心原则是意思自治,^⑤体现在组织法上的公司治理行为就是团体自治。^⑥依据公司契约理论,公司法的本质是立法者提供的标准治理契约,是对商

^① 参见李晓璐、任中华、唐建:《公司治理定量评价研究综述》,《财会通讯》2014年第22期。

^② 参见赵忠龙:《论公司治理的概念与实现》,《法学家》2013年第3期。

^③ 参见蒋大兴:《政治/政党与企业——政治权力参与资源分配的文明结构》,《当代法学》2018年第1期。

^④ 参见[美]道格拉斯·C.诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版,第88页。

^⑤ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》,范雪飞、吴训祥译,法律出版社2018年版,第11页。

^⑥ 参见刘俊海:《基于公司理性自治的公司法规范重塑》,《法学评论》2021年第5期。

业实践中反复使用的有效治理规则的总结和确认,因而公司法应当以任意性规范为主。^①但是,为解决实践中那些无法通过契约机制实现却又不得不订入公司契约的规则需求(这些规则通常是支撑公司制度得以有效运行的基石,如债权人保护规则、董事的信义义务规则等),立法者不得不从外部进行强制性治理活动的干预。^②由此,除了契约机制之外,现代公司法的属性也被部分学者称之为“强制性规范”。^③从现实角度而言,现代公司永远不存在百分之百的自治,而立法者所确认的应当纳入强制性规则的内容则决定了公司治理外部干预的强度。换言之,公司治理的自治性或者自由度越强,意味着立法者在公司法文本中制定的强制性规则越多,即公司立法的外部干预强度越弱。

其次,公司治理的公共性越强,意味着公司立法的外部干预强度越强。公司治理的公共性是经济行为和经济目标社会化的产物,代表着现代商业文明从纯粹的自由自发秩序转向对公共秩序的兼顾。^④公司治理的公共性要素除了立法者对私人秩序中特定主体利益的关照之外,还有基于特定公司目标的公共利益对公司治理行为的强制性约束。其中,基于特定公司目标的公共利益除了国家利益之外,还有基于公司利益的涉众性和流通性的公众利益。例如,公开的公众公司因为治理效果涉及众多不特定的公众投资者,其公司治理的公共性显然强于封闭的有限责任公司。国有独资公司因为治理效果属于纯粹的国家利益,其公司治理的公共性应当强于国有资本与私有资本混合出资的公司。^⑤公司治理因为存在公共性要求的差异,而不同强度的公共性要求意味着公司立法的外部干预强度的差异,由此相应产生不同规制模式的公司类型。

最后,公司治理从自治性到公共性的差异化,体现了公司立法的外部干预强度对公司类型制度的规则塑造。由于人员规模、经济规模、股东属性、利益分配结构、治理目标诉求等方面的差异,公司治理从自治性到公共性存在显著的梯度差异。从自治性到公共性之间,可以切分出不同自治性特征和公共性特征的公司类型。不同自治性程度和公共性程度搭配的公司类型体现了国家公司立法外部干预强度的类型化区分。在宏观的商业组织法框架下,立足于组织法的整体性立法安排,如果将所有的商业社团组织都纳入公司的范畴,那么在民法典对法人有限责任的基本要求下,^⑥公司立法对公司治理外部干预强度的差异可以在非法人组织和法人组织的两大类之下作出进一步区分。对于非法人组织而言,即消灭个人独资企业和合伙(包括普通合伙和有限合伙),将其所有的组织类型都纳入非法人公司框架去进行差异化设计。对于法人组织而言,即对现有公司法上的有限责任公司和股份有限公司进行归纳、整合和类型化区分,以消除公司“二分法”框架下公司治理同质化、商业实践中对法人公司类型的可选择性不足等问题。对此,由于公司治理从自治性到公共性之间呈现的是量变的差异,如何在这种增减式差异之间有效切割出具有质的区分意义的公司类型,这有赖于立法者的立法技术。

① 参见朱慈蕴、沈朝晖:《不完全合同视角下的公司治理规则》,《法学》2017年第4期。

② 参见罗培新:《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》,《法学研究》2004年第2期。

③ See Jeffrey N. Gordon, The Mandatory Structure of Corporate Law, 89 Columbia Law Review, 1549—1598 (1989).

④ 参见蒋大兴:《论公司治理的公共性——从私人契约向公共干预的进化》,《吉林大学社会科学学报》2013年第6期。

⑤ 参见龚浩川:《论国有企业的人民性目标及其治理机制》,《当代法学》2023年第3期。

⑥ 《中华人民共和国民法典》第60条规定:“法人以其全部财产独立承担民事责任。”

(二)公司治理不同模块自治强度的排列组合构成公司类型制度的差序格局

公司治理尽管是一个复杂的分析对象,但作为一个实践中可供观察和描述的组织治理行为,学理上应当可以对其进行抽象化的解构分析。理论上,公司治理并没有形成一个相对统一的定义。^①从根本上说,公司是以公司治理活动的形式而客观存在的。公司治理活动的制度要素的差异区分了不同的公司类型。在公司治理这一宏大且抽象的概念中,其构成要素的具体分析对公司类型的规范再造具有决定性意义。

由于法学界和经济管理学界对公司治理进行研究的目标、范式、工具等方面的不同,两者对公司治理的构成要素具有不同的认识。在法学研究视野中,研究公司治理的首要目标是解决不同公司治理参与主体之间的权利或利益分配问题,其基本研究范式是通过规则的组织治理,即“制定规则—治理行为—完善规则—治理行为……”的规则与行为互动反馈机制。基于此,法学上对公司治理的主要研究工具就是规范分析和利益衡量。^②在经济管理学的研究视野中,研究公司治理的首要目标应当是提高治理效能和促进公司发展,其研究的基本范式就是通过构建公司治理的行为模型去试验或检测相应的治理效能,以此通过比较分析得出最优的公司治理行为模型。^③由此,经济管理学上对公司治理的主要研究工具就是数理模型和定量分析。^④鉴于法学界和经济管理学界对公司治理研究存在的差异,两者很难在公司治理类型化问题上达成一致意见。为了使公司类型化区分的结果能够被法学界和经济管理学界最大程度地接受,在最大程度上实现立法结果的求同存异,研究方法上有必要从公司治理的实践基础和客观构成要素出发,对作为整体分析对象的公司治理进行模块化解构,并在具体模块上进行自治程度的差异化分析。

公司治理究竟由哪几个模块构成,这不仅是一个理论问题,也是一个重要的立法技术问题,关涉公司法的体系结构问题。从公司的基本抽象模型分析,公司治理涉及三个阶段:第一阶段是公司的产生阶段,涉及什么人通过什么方式设立并维持公司的存在,它反映的是公司的“人”和“财产”问题,对应的公司治理模块就是“股东权利”和“公司资本制度与财务会计制度”;第二阶段是公司设立后的维持运营阶段,涉及由哪些机构通过什么方式作出和执行日常的经营管理决策,它反映的是“团体组织”和“意思表示”的问题,对应的公司治理模块就是“公司治理机构设置及其职权配置”和“决议制度”;第三阶段是发生纠纷后的争议解决阶段,涉及纠纷解决的程序机制问题,对应的公司治理模块就是“股东诉讼制度”。概括而言,公司治理可以具体解构为五大模块,包括“股东权利”“公司资本制度与财务会计制度”“公司治理机构设置及其职权配置”“决议制度”和“股东诉讼制度”。

另外,对于公司法涉及的其他重要制度为何不构成公司治理的独立模块,对此有必要提供合理解释。例如,债权人保护制度是公司立法的重要组成部分,但它并不构成公司治理的独立模块,即债权人保护制度不因公司类型区分存在质的差异。原因在于,债权人保护是一个系统问题,涉及公司法整体制度体系的方方面面,并不构成一个具有独立完整理论、逻辑严格自洽的独立制度分支。实际上,债权人保护在某种程度上构成公司立法的重要理念之一,既涉及股东权利

^① 参见张宇、徐向阳:《公司治理:一个概念辨析》,《现代管理科学》2010年第6期。

^② 参见赵忠龙:《论公司治理的概念与实现》,《法学家》2013年第3期。

^③ See Franklin Nakpodia, Emmanuel Adegbite, Folajimi Ashiru, 47 Accounting Forum, 73(2023).

^④ 参见李维安、郝臣、崔光耀等:《公司治理研究40年:脉络与展望》,《外国经济与管理》2019年第12期。

的限制、公司资本的流入与流出和公司决议制度,也涉及公司治理的监督机制和公司诉讼制度,是公司治理各模块都需要贯彻的重要立法理念之一。^①又如,信息披露制度是公司治理制度内容的重要组成部分,但它同样不构成公司治理的独立模块。信息披露制度所规范的实质是公司外部投资者(包括股东和债权人)的信息知情权,因而应当归入股东权利的范畴。除此之外,包括股权转让制度、公司的合并与分立制度、公司的监督制度、公司的解散与清算制度等,都由于理论的体系定位、制度的内容构成等多种原因,它们都不构成公司治理的独立模块。概言之,公司治理模块的“五分法”,具有相应的合理性和区分意义。

在公司治理模块“五分法”的基础上,不同公司治理模块制度在立法上有着不同的自治强度表现。在立法者看来,公司治理模块制度的自治强度代表了立法者对相应公司治理模块外部干预的强度,而公司治理的不同外部干预强度对公司类型制度有规则塑造的影响。^②基于此,公司治理五个模块制度的不同自治强度可以通过排列组合,形成不同的公司治理制度整体方案。对于特定公司治理制度方案而言,立法上即构成一种特定的公司类型。概言之,公司治理不同模块自治强度的排列组合也就构成公司类型制度的差序格局。

三、公司类型制度规范再造的基本思路与基本方案

公司类型制度的改革属于公司法的结构性改革,牵一发而动全身,直接关系到公司法的体系化和体系效益。^③公司类型制度的科学设计,既要尊重市场习惯,也要符合商业组织形态演化的历史规律。公司类型制度规范再造的基本思路是,在坚守公司类型法定原则的条件下推动商事组织法的法典化改革;基本方案是在明确法人公司与非法人公司区分标准的基础上对我国现有公司(企业)制度进行体系化改造。

(一)规范再造的基本思路:法人公司与非法人公司二分框架下商事组织法的法典化

无论在哪一个改革阶段,公司类型制度改革的基本目标都是维护和促进市场的有序竞争,充分激发公司类型制度的经济效益。就我国市场经济制度改革的基本理念而言,基于市场禀赋和组织个性差异的企业组织类型的差异化竞争,是我国公司类型制度规范再造的基本遵循。^④制度功能的差异是产生竞争的基本前提,而制度功能的区分必须明确不同商事组织的制度属性。市场经济条件下的有效竞争要求市场禀赋和制度供给的统一配置,进而要求不同商事组织制度具有相同的立法背景、立法条件和市场竞争环境。其中,相同的立法背景和立法条件在分别立法的情况下显然无法真正实现,因为只有由同一部法律在同一个立法程序、由同样一群立法者共同进行讨论,才能真正实现立法背景和立法条件的统一。因此,为实现商事组织类型制度的市场竞争,充分激发商事组织类型制度的经济效益,有必要对我国商事组织法进行法典化编纂。

理论上,商事组织法的法典化的基本前提是各种类型的商事组织能够抽象出通用的组织概

^① 金融学上,关于债权人保护与公司风险承担的关系,有不一样的实证研究结论。有学者经过实证研究认为,公司立法上对债权人保护的加强,将进一步增加公司风险的负担。参见王红建、吴静桦、曹瑜强:《债权人保护与公司风险承担——基于〈破产法〉和〈物权法〉实施的准自然实验》,《金融研究》2023年第2期。

^② See Robert Romano, *Corporate Law and Corporate Governance*, Oxford University Press, 1996, p.331.

^③ 参见沈朝晖:《公司类型与公司法体系效益》,《清华法学》2022年第2期

^④ 参见蒋大兴:《公司法修订草案中的关键缺失》,《中国法律评论》2022年第5期。

念。从我国当前的立法供给和制度实践来看,有两个概念适合统辖所有的商事组织类型,分别是“企业”和“公司”。对于“企业”这一概念而言,不管是民法典还是其他单行立法,都没有对其进行过严格的定义。换言之,“企业”这一概念并非严格意义上的法律概念,而是经济学或者管理学上的概念。^① 在市场实践中,“企业”这一概念已经逐渐沦为口语化表达,难以有效涵摄类似一人有限公司、一人股份公司、有限合伙等特殊的商事组织类型,即“企业”这一概念不适合统辖所有的商事组织类型。对于“公司”这一概念而言,尽管民法典和新《公司法》将其严格限定为“营利性法人”,但在比较法上,“公司”这一概念并不局限于以有限责任为特征的法人,还包括非法人的商事组织,^②即“公司”这一概念只要在我国立法上稍加改造,完全能够统辖所有类型的商事组织。以“公司”这一通用组织概念统辖所有的商事组织类型,是对商事组织法进行法典化编纂的有效技术方案。立法技术上,重新定义的“公司”概念应当是“商事组织”概念的替代表达。

在“公司”这一概念对所有商事组织类型进行立法统辖的条件下,商事组织法的法典化编纂还需要进一步明确“公司”概念内部有效的逻辑构造,以此实现对商事组织法的体系化编纂。商事组织法的体系化编纂也就是公司法的法典化。在“公司”这一概念内部,以有限责任制度为区分标准,可以区分为法人公司和非法人公司,前者是指所有出资人承担有限责任的公司,而后者是指至少存在一个以上的出资人承担无限责任的公司。从公司类型的划分上,法人公司和非法人公司属于公司类型的种分类,即公司类型的一级分类。在公司类型的一级分类之下,还有公司类型的属分类,即法人公司和非法人公司内部的再分类。基于此,公司法典的宏观逻辑构造应当是法人公司与非法人公司的二分框架。

公司法的法典化实质是企业法的体系化,不仅有助于为民法典所确立的各类企业形态建立和谐、一致、清晰的法律规范体系,同时也有助于实现公司类型制度立法的经济目的。^③ 法人公司与非法人公司二分框架下的公司法典编纂应当从我国现行的公司(企业)制度的实践出发,在维护我国商事组织类型制度实践稳定要求的条件下,对我国现行的公司(企业)制度进行体系化改造,在改造现有的非法人类公司类型基础上,适当地增加适应实践需求的类型,由此在公司法的法典体系内部构建起公司类型制度的差序格局。

(二)规范再造的基本方案:现有公司(企业)制度的体系化改造

公司类型制度规范再造的基本出发点就是实现公司类型的体系化,以进一步促进商事组织法的法典化。从微观层面而言,公司类型的重构实质上呈现为公司治理各模块制度的系统性改革,立法上关系到公司法的结构性改革。^④ 从宏观层面而言,公司类型的重构代表着商事组织法的体系化立法,体现了作为市场经济基础制度的市场主体法的发展。公司法的法典化必须体现科学性和合理性。上文提到,从整体主义视角考量,公司类型在大类上可以区分为法人公司和非法人公司,以体现组织工具选择的差序格局。

1. 法人公司与非法人公司区分标准的明确

^① 参见王艳梅:《企业概念与地位的法律分析》,《社会科学战线》2012年第1期。

^② 参见钱玉林:《公司法总则的再生》,《环球法律评论》2019年第4期。

^③ 参见钱玉林:《中国企业法的整合及其可能的路径》,载朱晓喆主编:《中外法商评论》(第2卷),上海财经大学出版社2022年版,第3页。

^④ 参见刘斌:《公司机构设置的组织法逻辑与改革路径》,《法律适用》2021年第7期。

公司是营利性组织法的重要调整对象,而公司法是商事组织法的重要组成部分。从商品经济过渡到市场经济时代后,在实践中,公司惯用的“企业”称谓依然保留着。理论上,“企业”应当是一个比公司范畴更大的概念。“按照传统企业的分类,企业可以区分为独资企业、合伙企业和公司企业三种。”^①但是,随着公司的功能和地位不断扩张,理论界越来越多的人主张对不同的企业类型进行公司化改造,用一部体系化的公司法典来对企业法律制度进行统一立法。^②对各类企业组织统一立法的可能尽管还存在争议,但有相当部分学者认为,在民法典已经实现民商合一的私法制度背景下,通过公司立法对不同企业类型实现统一立法,可以间接实现公司法的“商法总则”功能,以此可以弥补商法缺乏统合立法的不足。^③笔者认为,对于中国商事立法而言,真正欠缺的可能不是“商法总则/商法通则”,而是一部具有体系化功能的商事组织法。现有分散的商事组织立法不仅对营利性组织的基础功能进行差别对待,也在立法上忽略了公司之外其他企业类型的组织治理行为的重要性。对此,通过对公司类型的重构实现对不同企业组织的体系化立法,既可以解决商事组织法的体系化立法缺失的问题,也可以利用组织自治自由度的差别设置充实立法上企业家或者创业者可选择的公司类型。

首先,公司应当是一个比法人更广的概念,立法上的公司应当包括法人公司和非法人公司。公司是欧洲大航海时代商业文明的产物,起初是凭借特许状而设立,其最初的表现形式就是航海家为了某次航行或者贸易,以项目的形式向社会公众筹集资本,当该项目完成后即实行按出资份额的清算分配。^④换言之,这种康曼达组织具有为了某次活动一次性筹资并一次性分配的特点。该组织的特许设立就是为了某次航海或者贸易活动,并不具有法人所应该具有的持续经营特征。随着公司的设立由特许制发展到核准制,公司这一组织工具也就从海上活动运用到了陆上的生产和贸易活动,但起初核准制公司的出资者承担的是无限连带责任,股东缺乏有限责任的保护。但是,按照我国民法典关于法人的规定,营利性法人的出资者能够获得有限责任的保护。因此,从公司制度的发展史而言,公司这一概念与法人并不能画等号。

其次,在民法典对法人作出基本定义的前提下,法人公司区别于非法人公司的最重要特征就是全体出资人是否承担有限责任。《中华人民共和国民法典》第60条规定:“法人以其全部财产独立承担民事责任。”法人公司与其出资者(股东)不仅存在主体资格的分割,还有财产和意思表示行为的分割。^⑤在我国现行立法例和理论选择的背景下,有限责任已经成为法人的特征之一。对于非法人公司而言,立法上已经排除了其出资者通过契约方式设置有限责任的“资格”。法人公司的出资者既获得了法定的有限责任的保护,也无法通过契约的方式放弃这种保护。而对于非法人公司而言,其出资者既缺乏有限责任的法定特权,法律也不承认其通过契约的方式获得这种特别保护。由此可知,法人的有限责任制度对当事人之间的自由约定而言,具有强制性规则的特征。依据立法者的安排,当事人是否需要有限责任的保护,可以通过组织制度的选择实现其诉求。有限责任既然只是法人公司出资者的特权,那么其不应当属于作为更大概念的公司特征。

① 赵旭东:《独资企业、一人公司与国有企业辨析》,《中外法学》1991年第3期。

② 参见钱玉林:《公司法总则的再生》,《环球法律评论》2019年第4期。

③ 参见钱玉林:《公司法总则的再生》,《环球法律评论》2019年第4期。

④ 参见江平:《新编公司法教程》,法律出版社2000年版,第42~45页。

⑤ 关于法人的学说,理论上一直在讨论,但民法典上采用的法人学说遵循民法学界特有的学术观点。

即有限责任并不是公司的特征,仅仅是法人公司的特征。

最后,法人公司与非法人公司存在所得税适用的区分。前者适用现有的企业所得税制度,对公司所得和股东所得双重征税;后者适用现有的个人所得税制度,对公司的出资人所得单层征税。由于法人公司与其所有者股东之间存在责任财产的分割,两类主体在法律上的主体资格、权利能力、行为能力等各方面都存在绝对的区分。基于这种破产隔离的法定保护的特许,法人公司与其股东之间作为各自独立的民事主体,应当各自适用相应的税制。但是,对于非法人公司而言,由于其至少存在部分出资者对非法人公司的对外债务承担无限连带责任,因此非法人公司与其承担无限连带责任的出资者之间并不存在责任财产的分割。为了维护这种财产上的连带责任关系,至少在财产法上应当将非法人公司与其承担无限连带责任的出资者视为同一主体,适用单一的税制。法人公司与非法人公司在法定税制上的区分,充分体现了财产法和税法在功能上的联动关系。

2. 现有公司(企业)制度的体系化改造

按照我国现行公司(企业)的制度体系,现有分散式立法的公司(企业)包括个人独资企业、普通合伙企业、有限合伙企业、一人有限公司、有限责任公司和股份有限公司。在我国现行立法体例下,各项公司(企业)制度之间不仅分散,而且各自缺乏联动。不同类型的公司(企业)所适用的理论具有独立性和自治性,公司(企业)治理不同模块的自治程度缺乏体系化的功能比较。在制度上,不同类型的公司(企业)之间缺乏相应的转换制度。^①实际上,这些问题并不是立法者的疏忽,而是由现行公司(企业)制度缺乏体系化立法而产生的。为对我国公司(企业)制度的体系化立法,发挥商事主体制度体系化编纂的优势,弥补商法总则立法的缺失,立法上有必要对上述这些不同的商业组织类型进行体系化安排,编纂一部完整的公司法典。^②因公司类型的体系化设计,在大类上可以区分为非法人公司和法人公司。故公司法典可以将我国现有分散式立法的个人独资企业、普通合伙企业、有限合伙企业、一人有限公司、有限责任公司和股份有限公司进行体系化改造,构建从非法人公司到法人公司的公司类型差序格局。

(1)非法人公司。非法人公司的典型特征是至少存在部分出资者对公司的对外债务承担无限连带责任,公司与该部分出资者之间不存在责任财产的分割。按照现有立法的规定,现有的非法人公司包括个人独资企业、普通合伙企业和有限合伙企业,这些组织都不属于现行立法上的公司,仅仅是传统概念上的企业。因此,为了对这些非法人企业进行公司化改造,整合法人公司并编纂一部具有体系化特征的公司法典,有必要在名称上将“企业”表达改为统一的“公司”概念,且在表述上对不同类型的非法人公司进行必要的区分。

对此,德国和日本公司法上的“无限公司”和“两合公司”的概念具有充分的借鉴意义。^③其中,无限公司的特点是所有出资人对公司的债务承担无限连带责任,而两合公司的特点是部分出

^① 参见蒋大兴:《论公司/组织法上的类型转换》,《法学评论》2021年第3期。

^② 有学者提出,在民法典规定法人制度的背景下,可以通过公司法的法典化,实现中国企业法的法典化。参见钱玉林:《公司法总则的再生》,《环球法律评论》2019年第4期。

^③ 参见[德]格茨·怀克、[德]克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》(第21版),殷盛译,法律出版社2010年版,第136页。

资人对公司的债务承担无限连带责任,另一部分出资人承担以出资额为限的有限责任。^① 对照我国现行立法上的个人独资企业、普通合伙企业和有限合伙企业,可以发现,个人独资企业和普通合伙企业可以纳入无限公司的范畴,而有限合伙企业可以纳入两合公司的范畴。其中,同属于无限公司的个人独资企业和普通合伙企业的差异在于,前者只有一个出资人,后者存在两个以上的出资人。通过这样的公司类型的合并、改造和转换,不仅有效增补了现有的公司类型,也使得这两种典型的非法人公司在公司法典中,与法人公司共同形成完整的公司类型体系。概言之,在非法人公司这一大类中,无限公司和两合公司的这两类具体类型公司的区分可以说是泾渭分明的。基于此,本文对非法人公司子类型的区分并不作进一步的论述。

非法人公司除了部分或全部出资人对公司债务承担连带清偿责任的典型特征之外,另一个重要特征就是出资比例制。非法人公司的出资人是按比例对公司分享所有者权益,而不是将出资人的出资划分为等额股份。不同出资人享有所有者权益的比例,可以通过出资人协议或公司章程进行约定。其中,鉴于公司章程的约定具有对外公示效力,因而当出资人协议约定的出资比例与公司章程记载的出资比例不一致时,作为出资人团体内部约定的出资比例不具有对抗不知情的公司外部债权人的效力。由于出资比例对承担无限连带责任的出资者的重要意义,因此立法上应当明确非法人公司的出资比例属于公司章程的必要记载事项,即若公司章程未记载非法人公司出资人的出资比例,则公司登记机关不予登记或变更登记。另外,当出资人协议或公司章程未约定或约定不明时,非法人公司的不同出资人按实缴出资的份额所形成的出资比例分享所有者权益。

(2)法人公司。在体系化的公司法典设想中,非法人公司与法人公司构成公司类型化的差序格局。法人公司的实质特征是出资者的有限责任。有限责任是法人公司出资者的法定特权,这种特权既不能通过出资者之间的出资协议进行变更,也不能放弃。^② 投资人选择了法人公司,也就选择了法定的有限责任。在我国现有的立法框架中,法人公司的类型集中规定在《公司法》中,包括一人有限责任公司、有限责任公司和股份有限公司。由于现有立法中的有限责任公司与股份有限公司的同质化缺陷,^③公司治理制度的各个模块缺乏不同程度调整的治理自由度差异,现有的法人公司类型显然已经无法满足商事实践的需求。因此,立法上有必要对现有的一人有限责任公司、有限责任公司和股份有限公司进行体系化改造,依据公司治理自由度的差异,明确不同公司类型的边界,增补新的公司类型,构建法人公司类型的差序格局。

为了实现对法人公司类型的体系化改造,首先需要明确的是公司治理的法定治理模式与约定治理模式的区分,^④在公司治理制度的不同模块中对这两种治理模式进行排序式搭配,可以构建不同类型公司的治理自由度的差序状态。其次,立法上要注重对不同类型的法人公司之间进行合理的边界区分。公司类型的多样化是为了便利创业者对自身利益的处置和投资者对投资工具的选择,创业者或投资者一旦选定某种公司类型,就意味着相关权利义务的确定,不同公司类

^① 参见刘小勇:《论股份有限公司与有限责任公司的统一——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示》,《当代法学》2012年第2期。

^② 参见孟勤国、张素华:《公司法人格否认理论与股东有限责任》,《中国法学》2004年第3期。

^③ 参见李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,《财经法学》2015年第5期。

^④ 参见赵旭东:《公司组织机构职权规范的制度安排与立法设计》,《政法论坛》2022年第4期。

型之间的边界明晰能够稳固这种预期。最后,立法上应当对不同的法人公司类型提供便利高效的转换制度。创业者或投资者由于受创业预期或投资预期的影响,其选定的某种法人公司类型与后续的公司实际发展情况充满不确定性。随着公司规模、经营发展状态、市场状态、行业状态等不同因素的影响,不同类型的法人公司之间应当存在类型转换的需求,而立法者有必要为这种需求提供便利且高效的制度安排。

法人公司除了全体出资人承担有限责任的典型特征之外,另一个重要特征就是出资股份制。区别于非法人公司的出资比例制,出资股份制度要求对所有出资人的出资划分为等额的股份。但是,不同出资人所持有的股份比例并不等同于出资人对公司所享有的所有者权益。对于所有者权益的分配规则,除了严格执行法定治理模式的特定类型公司外,其他公司类型应当允许利用约定治理模式自由分配权利。

四、法人公司类型制度规范再造的具体进路

有限责任不仅是创业者或投资者的法定特权,也是现代商业文明的产物。从便利资本流动和提升资源配置效率的角度而言,具备有限责任特征的法人公司应当是现代公司的主流,同样也应当是体系化的公司法典中公司治理制度的模范。^①因此,立法上对法人公司进行科学的类型化,对于公司法的体系化具有重要意义。法人公司的类型化有必要以公司治理的自由度为依据进行体系化思考。

公司法上的有限责任公司与股份有限公司的二分法已经被市场上的创业者和投资者广泛接受,因而要在制度体系上重构公司的类型,显然必须形成一套规范的类型化方案。比较公司法上,英美国家对采用法定标准化治理模式的公司,是以股份是否可以自由流通为标准,区分为封闭公司和公开公司。^②另外,为增加组织类型选择的自由度,确保公司自治的制度价值,美国、日本等发达国家还增设了合同公司。在我国,公司法上设置了一人有限公司。在充分借鉴比较法和整合我国现行公司法的基础上,我国的法人公司类型在制度上可以区分为一人公司、合同公司、封闭公司、公开公司。这种基于公司治理自治强度的差异化设计,可以充分实现我国法人公司类型的体系化功能。

(一)一人公司的自由化改造

一人公司是法人公司的特殊类型,其特殊性在于作为股东的出资者只有一人,且既可以是自然人,也可以是法人。我国现行公司法针对一人公司设置了很多特殊的规则,包括一个自然人只能设立一个一人公司且不能转投资设立新的一人公司,一人公司可以不设股东会但作出决定必须以书面形式,一人公司必须编制年度资产负债表并经会计师事务所审计等。这些特殊规定都体现了一人公司与普通有限责任公司的区别。一人公司的这些特殊规则充分彰显了立法者对一人公司股东滥用权利行为的担忧。^③比较而言,一人公司区别于非法人公司中的无限公司类型的个人独资企业,差别就在于出资者是否承担有限责任。一人公司和个人独资企业都属于商个

^① 参见郭富青:《论公司法律形态现代化再造与创新》,《北方法学》2022年第1期。

^② 参见李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,《财经法学》2015年第5期。

^③ 参见朱慈蕴:《一人公司对传统公司法的冲击》,《中国法学》2002年第1期。

人制度,理论上组织治理都应当享有充分的自治权。但是,从现行立法来看,立法者有意对一人公司的自治权加强规制,其与一人公司的个人充分自治理念并不协调。因此,未来的公司法修改应当最大程度地解除对一人公司的强化规制,通过补充其他的关联制度来防范股东滥用权利的行为,以此消除强化规制的隐忧。

实际上,立法者强化对一人公司股东滥用权利防范的基本目标就是实现对债权人的充分保护。^①为了解除这种强化规制,实现一人公司的自由化改造,立法上应当明确规则设计的关键点在于债权人保护。对于债权人保护的具体制度而言,直接涉及两个方面的内容:一方面是在确保公司独立性条件下的清偿能力维持,主要涉及公司资本的流入制度和流出制度,如一人公司股东的认缴出资必须按期足额缴纳,非货币出资必须依法经过验资,明确公司无利不分红规则,明确公司与股东之间不得进行借贷等影响公司维持清偿能力的行为。另一方面是突破公司独立性特征条件下的法人人格否认制度,在公司的资产、业务、人员、财务管理、机构治理五个方面,体系化设计完整的法人人格否认制度。现行公司法上的一人公司特殊规则,都不直接涉及这两个方面的内容。从类型化的效果评价来看,在确保上述两个方面制度的前提下,赋予一人公司充分的自治权,既可以消除立法者对一人公司股东滥用股东权利的隐忧,又可以充分实现一人公司的自由化改造,突出一人公司充分自治的典型特征。

(二)增设合同公司

公司治理规则的合同化是公司法研究的一个重要价值取向,在公司法的众多制度分析中,公司契约的分析范式也是一种较为常见的制度分析工具。^②在提倡公司法研究和公司治理的合同主义背景下,在公司类型的立法上,我国是否需要引入英美法上的合同公司,是一个必须认真对待的问题。对此,有学者提出,在现行的有限责任公司和股份有限公司之外,我国公司法上真正缺乏的是股东自治化程度更高的公司类型,诸如对经营的集中管理、资本多数决、公司权利分配等规则予以灵活处理的公司类型。^③在比较法上,以股东自治为价值追求的公司类型就是英美公司法上的合同公司。^④美国法上的合同公司也叫有限责任公司(LLC),是《美国标准公司法》^⑤(第1编第1章第1.40节)上的一类典型的公司,其除了出资者享受单层税负之外,更为重要的是为创业者提供了股东治理更为灵活的法人公司类型,兼具有限责任和契约治理的双重特征。^⑥合同公司的重要特征就是充分利用章程治理和股东协议治理,在确保法人公司基本功能的基础上,使股东意志在公司治理活动中得到最大程度的体现,尽量减少公司治理规则的外部干预。契约理念因此在该公司类型的立法中获得最大的体现。

合同公司主要以组织成员管理为基础,在立法上通过缺省性规则,在默认模式下由组织成员

^① 参见彭真明、常健:《盲目照搬还是尊重国情——对当前〈公司法〉修改中几个问题的反思》,《法商研究》2005年第4期。

^② See Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 *Columbia Law Review*, 1416-1448(1989).

^③ 参见刘斌:《公司类型的差序规制与重构要素》,《当代法学》2021年第2期。

^④ See Larry E. Ribstein, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford University Press, 2010, p.120.

^⑤ 参见《最新美国标准公司法》,沈四宝编译,法律出版社2006年版,第21页。

^⑥ 参见沈朝晖:《公司类型与公司法体系效益》,《清华法学》2022年第2期。

进行契约式管理,但同时也可以兼容经理管理模式。^① 在经理管理模式的情况下,除了法律有明确的规定,其他事项均由经理自主决策。在比较法上,英美公司法都允许合同公司的组织决策采用非会议形式。^② 合同公司的成员自治使其在公司类型上独具特色,既不同于非法人公司的股东与公司责任财产的融合,也不同于其他类型的法人公司的过度强制性干预,因而其实际是介于非法人公司与标准法人公司(封闭公司和公开公司)之间的公司类型。实际上,合同公司在市场实践中应当有广泛的适用余地,对于那些规模较小、股东结构简单、治理需求相对单一的现行有限责任公司都可以适用合同公司类型。

合同公司与非法人公司、标准法人公司(封闭公司和公开公司)之间的区分是立法上设置合同公司必要性的另一方面体现。合同公司与非法人公司虽然都执行成员治理模式,但两者在成员与组织的资产分割要求、债权人保护方面有所区分。前者在填补后者的出资者不享有有限责任之劣势的同时,也弱化了对债权人的保护功能。理论上,合同公司虽然也属于封闭公司,但其与封闭公司设立的趣旨并不同。^③ 不论是我国现行的有限责任公司立法,还是比较法视角下的封闭公司立法,几乎所有的封闭公司立法都执行公司治理的授权管理模式,其与合同公司的成员管理模式有本质的区分。作为标准法人公司的封闭公司和公开公司,不仅很难突破由董事会或执行董事接受股东会委托管理公司的治理模式,也在资本多数决、公司权利配置、利润分配等一般规范的制定上,很难被投资者利用公司章程或股东协议的方式予以一一约定排除。这是合同公司与标准法人公司(封闭公司和公开公司)的重要区分,这项区分也使得合同公司填补了标准法人公司被立法者过度强制治理干预的不足。

(三)区分封闭公司与公开公司

封闭公司与公开公司的分类设置是我国目前学术界多数学者主张的观点。^④ 学理上,以股权能否自由对外转让和有无股权流通市场为区分要件,法人公司项下的标准公司制度区分为封闭公司和公开公司,这是英美法系国家的公司法进行公司类型化的基本逻辑。这一逻辑也为我国大多数公司法学者所接受,集中体现在多数学者主张对非公开发行股份的股份有限公司和现行有限责任公司、非上市的公众公司和上市的公众公司分别进行同类合并的观点。^⑤ 同类合并后的公司类型,分别归类为封闭公司和公开公司,并且都属于法人公司项下的标准公司制度。

封闭公司和公开公司在大类上都属于资合公司,在民法上都是以财产聚集为基础的社团法人。资合公司的特征是强调以财产的聚集为基础,创业者或者投资者以特定财产的聚集及其管理使用的增值或价值创造为目的,以资本的聚集带动人员的协同,以此实现特定的公司目的。资合公司区别于以契约治理为主的人合公司,而人合公司的典型代表包括非法人公司中的无限公

^① See Nikolovski, Change of the Concept of LLC in the EU Member States——Case Study of German Legislation, 13 Journal for European Issues Evrodijalog, 175(2010).

^② See Ava L. Healy, A Comparison of State Limited Liability Company Legislation and Proposals for Model Laws, 10 Tax Management Real Estate Journal, 63(1994).

^③ 参见崔文玉、赵万一:《美国 LLC 制度及其对中国公司法变革的启示——以日、韩修法对 LLC 制度的引入为视角》,《现代法学》2013 年第 6 期。

^④ 参见李建伟:《公司组织形态重构与公司法结构性改革》,《财经法学》2015 年第 5 期;王建文:《论我国公司类型的重构》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)2021 年第 4 期。

^⑤ 参见刘斌:《公司类型的差序规制与重构要素》,《当代法学》2021 年第 2 期。

司和两合公司、法人公司中的合同公司。因此,封闭公司和公开公司的资合公司特征不仅使其区别于非法人公司,也使其区别于法人公司中的合同公司。

在明确资合公司特征的基础上,封闭公司和公开公司区分的另一个重要标准在于是否存在自由的股权流通市场。^①前者不存在一个自由的股权流通市场,而后者通常存在一个自由的股权流通市场。自由的股权流通市场意味着股东的股权可以自由地向公司成员之外的人进行转让,而公司股权的流通意味着公司股东的流通,投资者的投资可以通过市场自由变现。在资本市场上,流通市场是资产价格形成的必备前提。换言之,公开公司的股权有一个充分的价格形成市场,而封闭公司的股权缺乏相应的价格市场。

在公司类型化的研究中,学者们的研究主要是在有限责任公司和股份有限公司基础上进行公司类型的制度改造,就是在法人公司基础上的改造,坚守了现行的法人公司法。随着公司制度现代化的演进,我国有必要进行组织制度的体系化立法,编纂一部服务于市场经济制度改革的“公司法典”。“公司法典”强调的是组织制度的体系化立法,在坚守营利性特征和组织功能的基础上,不仅要对法人公司进行类型化立法,也应当对非法人公司进行类型化立法。但是,对这两类公司在一部法典中进行类型化设计的前提是民法典对公司这一概念重新定义,将其扩展至一般的营利性组织,而摆脱有限责任的束缚。有限责任并非法人天生就具有的特征,且在公司制度发展史上,法人的概念本来就不局限于有限责任。为更好地实现公司制度的体系化改造,编纂一部具有体系化功能和特征的“公司法典”,借鉴英美公司法对法人的定义,拓宽我国立法上对法人的定义,应当是相对科学的选择。因而,学者们对封闭公司与公开公司类型化区分的研究,可以为体系化的“公司法典”中的法人公司类型化提供有益的参考。另外,在“公司法典”的背景下,公司类型化的研究应当摆脱封闭公司与公开公司“二分法”的研究方法。

对于封闭公司而言,一方面,其具有法人公司中的合同公司的特点;另一方面,其大量的治理规则遵循法律的强制性规定。因此,封闭公司应当是介于合同公司与公开公司之间的特定公司类型。一般情况下,封闭公司为了满足公司治理的法定强制要求,股东往往会化身为董事、监事、经理等经营管理者身份,但在公司的管理决策中,真正起决定性作用的还是其股东身份。^②换言之,封闭公司股东参与治理的董事、监事、经理等经营者身份仅仅是公司法上的“面具身份”,封闭公司实际执行的还是所有者治理模式。相对于公开公司而言,封闭公司形成意思表示的决议活动更多依赖于股东协议,加上我国公司治理文化中的会议文化并不浓厚,在公司治理实践中,股东协议对公司股东会、董事会、监事会的会议决议往往有替代作用。在公司法规范中,相关的规则和司法解释也允许有限责任公司的股东以全体股东书面一致同意的方式替代股东会的决议程序。^③鉴于封闭公司的治理活动因公司法较少干预而更类似于法人公司中的合同公司,因此,为更好地规范封闭公司的治理,确保公司治理的有效性,在具体的治理规则立法上应当破除公司治理的形式,抓住公司治理的实质,即合理地引导和规范公司控制权的行使,将公司治理活动的规制中心聚焦于控股股东和实际控制人。概言之,在立法上,封闭公司治理规则的核心主体是控股

^① 参见刘小勇:《论股份有限公司与有限责任公司的统一——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示》,《当代法学》2012年第2期。

^② 参见钱玉林:《我国〈公司法〉体系的重构——一种解释论的观点》,《政治与法律》2021年第2期。

^③ 参见吴飞飞:《论公司治理中协议与决议的区分》,《财经法学》2019年第2期。

股东和实际控制人,公司治理立法中的强制性规则应当聚焦于如何使公司控制权规范、公平地行使。

对于公开公司而言,其公司治理特点是依赖于法律的强制性规则。在日益强调公司自治的背景下,公开公司尤其是上市公司的治理在内部主要依赖于公司章程的自治,在外部则依赖于法律的强制性规则。从内部治理规则来看,公开公司的决策权力呈现出下移的特点,即公司权力从股东会下移至董事会,进而从董事会下移至公司经理层。因而,公开公司真正的内部控制者是掌握经营决策信息并实际掌控公司决策程序的公司经理。实践中,每年召开的股东会和董事会次数稀少且时间并不充裕,使得不管是股东还是董事,都难以有充分的时间和精力投入去获得充分的信息,进而对公司的经营决策作出即时判断。因此,随着作为公开公司内部控制人的经理层权力的实质扩张,股东会、董事会的决策权和监督权逐渐弱化,监事会的监督职能也逐渐弱化。为此,也有学者提出,公开公司的公司治理权力的集中,既不是股东会中心主义,也不是董事会中心主义,而是经理层中心主义。^①由此可知,公开公司的股东会和董事会执行的是虚位控制,其治理权仅仅在少数公司重大决策事项时发挥作用。公开公司相比于封闭公司而言,具有典型的所有权和控制权分离的公司治理特征。在两权分离的治理背景下,在立法上,公开公司治理规则的核心内容就是减少公司治理的代理成本。公司治理规则中的前置性规则设计应当聚焦于作为受托人的经营管理层对作为委托人的公司所有者的信义义务。同时,在公开公司的信义义务制度日益强化和资本市场对投资者保护的呼吁下,立法上大量的强制性规则(包括强制性信息披露规则)都服务于投资者保护的法政策,但这些规则都在间接强化公司受托管理人的信义义务。

五、结 语

公司类型化的设计反映的是公司法结构性改革的基础性问题,不同类型的区分标准决定了公司治理的组织机构安排及其权力配置的基本框架。在经济全球化和公司制度全球化竞争的背景下,各国公司法上的公司类型设计持续保持着与时俱进的改革。尽管从新《公司法》文本来看,公司类型重构的问题虽然还未涉及,但立法者依然对此保留了从长计议的改革初心。公司类型的立法应当回应商业自由对组织工具多样化的需求,为创业者或投资者提供从组织治理自由到组织治理强制的多样化选择。公司治理是一个宽泛且具有多面特征的话题,从自治性到公共性的变化体现了公司治理的外部干预强度对公司类型的规则塑造。基于此,公司类型重构的基本思路应当是在对公司治理的不同模块结构进行自治强度差别分析的前提下,基于公司自治强度整体评价的区分,构建不同类型公司的差序格局。在日益强调立法法典化的时代要求下,对我国的商事组织法进行法典化编纂具有充分的可行性和必要性。公司类型重构的基本出发点就是实现公司类型立法的体系化,以此进一步促进公司法的法典化。按照我国现行公司(企业)的制度体系,现有分散式立法的公司(企业)都可以纳入“公司法典”。体系化的“公司法典”在公司类型上应当遵循从非法人到法人的差序格局,在大类上可以区分为非法人公司和法人公司。在非法人公司和法人公司的种类区分下,可以进行公司类型的属类的区分。对于法人公司而言,除了对现行立法上的一人公司进行自由化改造之外,还应当增设合同公司,并将封闭公司和公开公司作

^① 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》,《现代法学》2020年第4期。

为标准法人公司制度,以此实现具有差序格局的体系化立法。

Abstract: The legislative design of company types is a reform issue that keeps pace with the development of commercial society. The company legislation in several developed countries has never stopped in this regard. Depending on the differences in the interaction mechanism between commercial practices and national company legislation, the legislative concept of company types can be divided into functionalism and formalism. China's legislation on company types should follow functionalism, fully respond to the diverse needs of organizational types in commercial practices, and achieve functional regulation from commercial practices to legislative confirmation. In terms of legislation, the regulatory characteristics of corporate governance, from autonomy to publicness, reflect the influence of external intervention on the shaping of corporate type rules. The reconstruction of company types in China should follow the characteristics of the spectrum changes in corporate autonomy intensity and establish a hierarchical pattern of different types of companies. In order to codify China's commercial organization law, legislation can take the opportunity of company type reconstruction to compile a "Company Code". A systematic "Company Code" should follow a hierarchical pattern from non-legal persons to legal persons in the company type system, distinguishing between non-legal person companies and legal person companies. Non-legal person companies are further divided into unlimited companies and two-partner companies, while legal person companies include sole one-man company, partnership companies, closed companies, and public companies.

Key Words: company law, company types, corporate governance, unincorporated company, incorporated company

责任编辑 翟中鞠