

引文格式: 刘学.《公司法》修订下公司法律规范性质的抉择与走向[J].常州大学学报(社会科学版),2022,23(1):32-38.

《公司法》修订下公司法律规范性质的抉择与走向

刘学

摘要: 公司法律规范无论是强制性规范还是任意性规范,均具有其独特价值,不可一概推崇一方而否认另一方,任意性规范与强制性规范应当同时并存于《公司法》规范之中。对法律规范性质进行区分与反思,应当以公开公司与封闭公司的形态、公司内部治理与外部治理为进路进行区分,法律规范应以服务于公司运行为导向。未来的公司法律中应当以商法的自治性为基本遵循,更多地赋予法律规范的任意性,减少强制性,尊重商业逻辑的科学安排。《公司法》是规范公司内部治理事项之法,治理规则主要是对公司内部问题的规范,法律应放松管制,更多地赋予《公司法》规范的任意性。

关键词: 《公司法》;强制性;任意性

作者简介: 刘学,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

中图分类号: D922.291.91 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2022.01.004

一、问题的提出

公司法律规范之属性问题,究竟为强制性规范,抑或为任意性规范,一直为学术界讨论之重点,针对任意性或强制性各有拥趸。揆度我国《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)之立法进程,体现为由强制性较强任意性较弱到强制性较弱任意性较强的演进过程。学界通常认为,任意性规范的增加与强制性规范的减少,赋予公司更大的自治空间,此乃立法进步之表现。然而实则不然,《公司法》虽强调意思自治、效率优先等思想,从功能主义视角看来,针对规范而言,无论强制抑或任意其各有不同价值,切不可认为,法律之进步与任意性规范之增加具有高度盖然性,其仅为在不同历史时期作出的选择。我国现行《公司法》对公司法律规范之属性未做明确,商法学学者对此观点杂驳,尚无一致观点,导致同样脱离现行公司法律制度的公司治理中的意思自治安排效力不明。公司中董事人数不符合法定董事人数的限制性规定是否有效?章程赋予董事长在决议时享有两票表决权可否有效?章程约定公司的经理由股东会选举产生是否有效?等等以上诸多问题均没有统一的答案,学术理论界对此莫衷一是,实践领域的判决也存在差异。如何对公司法律规范中的强制性与任意性作出界分?如何对公司治理规范的性质作出合理的定位?因此,急需厘清公司法律规范强制性与任意性的关系。

二、功能主义视角下的分析:规制法抑或示范法?

公司是营利性商事主体,营利性为其第一要务,主要体现在公司在对外活动中具备的筹集资金的能力^[1]。《公司法》兼具公法与私法双重属性,但私法属性更显著。因为《公司法》的理论

始终与自由价值相关联，自由价值强调《公司法》为任意性规范，当事人的意思自治优先于法律的强制性，因此，法经济学认为《公司法》乃示范法，其应当是补充合同漏洞的存在。而与此同时，公司组织进行交易过程中势必与外在主体相连接，权利义务涉及公司以外主体的利益，不可一味强调自治而不加干预。因此，传统法学理论观点认为，《公司法》乃一国法律之规定，强调规则的强制性。

（一）《公司法》为谁而设

《公司法》为谁而设立乃是探讨《公司法》之服务对象。由法条观之，《公司法》第一条规定：“为了规范公司的组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，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。”于此便可以看出，现行《公司法》在保障顺位上首先是为了规范公司的组织和行为，亦即保护公司组织运行和商业行为。作为保障和维护公司运行的《公司法》，从公司的发展演变过程来看，公司先有股份公司，也即公开公司，后有有限责任公司，亦即私人或封闭公司；从公司立法的早期来看，《公司法》主要是为了股份公司的运行而设定的，作为拥有极大融资工具的股份公司，经营与运行不仅仅关系到股东们的利益，甚至影响了一个地区乃至国家的经济发展。作为投资者的股东只在乎营利与否，对于公司的经营并非擅长，“因此毫无控制权的财富所有权与毫无所有权的财富控制权是股份公司发展的逻辑归结”^[2]，大公司的呼吸之间不单单影响公司的股东、债权人、高管经营者等主体，甚至波及区域经济运行。因此，对于股份公司而言，出于对公共利益保护与平衡的角度，势必要通过强制性规范对其进行规制，服务于公司发展的同时平衡各方主体利益。与此相对应的封闭公司主要是中小投资者为获得收益而组建，在《公司法》的立法进程中也可以窥探出，通常将公开公司视为普通规则进行规定，而对于封闭公司作为《公司法》的特例，通常进行简化或选择式规定。针对封闭公司的特殊问题进行特殊规定，其目的便是允许封闭公司在公司机构建制、公司人员聘任等方面进行自主选择，赋予其任意性以方便经营获取利润。

（二）强制性规范的功能与反思

传统经济学理论在论证强制性规范合理性时，主要理由便是市场秩序的失灵。市场经济本质上是法治经济，在国家的发展中，政府的作用一直以来都是经济学领域的根本问题，政府干预理论便是源于市场的失灵。学理上认为，社会资源最佳配置方式是依靠市场的，其通过价格的外在表现来引导供应和需求关系；有效的市场可以促进竞争，反应市场需求，利于企业制度的革新。但要明确的是，市场并非十全十美的万能机制，诸多因素皆可能让市场失效，无法完成资源配置的帕累托最优^[3]。正是由于市场失灵的弊端，市场无法达到竞争的完美状态，给强制性规范提供了合理的生存空隙。垄断可以操控市场，即可控制价格，又可以控制数量，进而导致了市场的失灵，国家强制力便有了正当合理性。

强制性规范，概言之，为关乎公共秩序之法律，其规定内容不可以通过当事人的意思进行变更；任意性规范，旨在对当事人意思进行补充或解释^[4]。《公司法》中的强制性规范则意味着，参与方必须遵守该规范，不可通过合同自行约定。传统法学理论认为，在规制法的视角下，立法论上要求公司治理规范中应当赋予更多条款强制性，减少任意性；解释论上应当倾向于做出更多强制性规范的解释结论。公司经营无法脱离经济环境，也受制于经济环境。与此同时，伴随《公司法》的发展，所有权与经营权呈现出不断融合的趋势，公司控制股东掌握公司运行，中小股东利益被侵害，逐渐被边缘化。如若国家公权力不对其进行协调，任由其自治发展，那么受侵害的股东则得不到应有的补偿，公司沦为大股东营利并侵害中小股东的工具。美国法官艾伦认为，切

不可把公司仅认为是投资工具,帮助商人营利。公司所涉及的利益主体众多,影响主体众多,甚至对政治、社会都有巨大影响,国家势必要对公司予以管制。因此,为实现特定管制目的而设置强制性规范也是必要的^[5]。从功能主体视角看来,强制性规范具备以下作用。

首先,《公司法》的强制性规范可以有效地弥补市场失灵存在的先天缺陷。任何机制均不是完美无缺的存在,市场机制也非例外。信息不对称并伴随其他因素的相互影响致使市场无序,市场无法有效协调市场供需平衡时,便需要强制规范进行干预,对其进行修正与弥补。我国《公司法》中对信息披露、董事义务、中小股东保护等规定的目的便是为了保障公司运行。其次,强制性规范可有效防止私人强制。何为私人强制?是与国家强制相对立存在的一种强势方式,体现为一个或一部分人将其个人意志强制施加给另一人或一部分人的情形。为实现自身目的迫使他方接受自己的意志时,即为私人强制^[6]。在《公司法》实践中通常表现为大股东对小股东的欺压,强势对于弱勢的压制,资本多数原则如同政治多数原则那样,产生多数资本对少数资本的欺压^[7]。此时,强有力的强制性规范可保护中小股东利益。与此同时,公司债权人与公司及其经营者存在严重的信息不对称,信息不对称问题伴随着市场的发展,不对称的信息渠道使得强制规范存在合理性,有效规范公司行为有利于保护债权人。再次,公司的目的在于营利。追求公司利润过程中势必忽视环境、社会等因素,极易对其造成损害,公司的发展轨迹表明,公司绝不是股东与债权人之间的利益实体,其早已覆盖到社会的各个方面。然基于利益优先等因素考量,公司不会主动承担环境责任与社会责任。因此,需要强制性规范做出规定,约束公司行为,承担社会责任。最后,强制性规范有助于公司章程的革新。章程为当事人约定提供了宽广的空间,意思自治的思想在章程中得以实现,但其弊病也在于当事人的约定。企业成立之初,公司股东等人拟定公司章程的目的在于维护公司利益,或者说是维护股东个人利益。对于投资者而言,目的在于获得回报,如果其对章程产生怀疑,便会消弭投资者的投资意愿。如何平衡投资者与公司原有股东间的利益需要对公司章程进行革新,既保障公司与股东的利益不断增长,又可以有效吸纳投资者的资金促进公司发展,保障投资者收益。

格外需要注意的是,公权力意欲介入《公司法》的规范之中,那就要将着眼点放在权力配置的问题上。我们所强调的政府职能,是强调其监管市场的能力,而非代替物,并不是让政府来代替市场的主体地位。立法的主要意图是对《公司法》中的各个主体利益进行梳理,通过规则的创设最大程度排除利益冲突,使市场机制回归正轨,养成良好的市场环境,促进市场自律发展,强制手段并非常规手段,必要时才予以实施^[8]。市场体系最重要的原则之一便是自治,私法自治的作用有一定限度,私法自治可以缓和权利与义务的失序状态。需要明确的是,要防止公法属性的强制性规范通过监管规则等手段进入私法属性的自治性规范之中。

(三) 任意性规范的功能与反思

任意性规范的存在是私法自治理念的体现,从公法与私法的划分看来,《公司法》显然属于私法。私法自治意味着市场主体通过意思自治来缔结法律关系,本质是对契约的尊重和对市场的信任。契约自由原则嵌入公司法律规范之中意味着条款的赋权性^[9],同时,私法自治也强调法律对于当事人主体意愿的尊重,允许当事人通过契约对权利义务进行协商约定,对于不同需求作出不同的规范。就如同在《合同法》中,当事人享有缔约自由,公司也是通过不同的契约组织其所需要的生产要素。在法律经济学理论者看来,商事组织法为示范法,存在目的在于提供合作模版,填补合同漏洞之补偿机制,应当允许当事人私法自治。传统的公司契约理论将公司视为契约的集合,而非真正的商业实体,公司之间的任何事务都可以视为契约当事人的自治安排,主张由

市场中“看不见的手”管理商业活动，排除政府的干预。亚当·斯密认为，理性人遵循个人利益最大化的理念从事经营活动。对商事组织的形式应当交给当事人自行决定，而非以立法的强制规范代替个人选择。法经济学理论主张减少法律强制性规范、增加任意性规范^[10]。崛起于芝加哥大学的经济分析法学派认为自由放任的经济模式才是最佳模式，反对政府的干预，主张减少政府监管，利用契约来解决公司问题。公司并非独立之实体，而是由一个个契约组成的契约网络，连接当事人之间的权利义务关系^[11]。

任意性规范指当事人没有特别约定时，可适用并补充私法自治的法律规定。任意性规范具有特殊的内涵和特殊用途，一方面，在当事人没有特别的意思表示时，可以作为补充当事人意思的法律规定，另一方面，可以在当事人意思表示不明确时，用于解释其意思表示的法律规定。任意性的规范可以允许当事人进行自由缔约，有助于经济效益的提高。我国传统公司法律制度体现更多的是强制性规范，这是我国在《公司法》的修订中不断强调任意性规范之重要性的因由。从法经济学的视角看来，任意性规则扮演着“预设值”的角色，可以极大程度节约前段成本（front-end cost），提升契约效率以及增加契约完整性的功能。对于任意性规范的功能作用，王文宇认为，当契约出现漏洞时，立法者设定的任意规定，便可以有效地节约当事人预测未来、规划权利义务关系的成本^[12]。基于公司契约理论的深入与发展，世界各国在公司立法过程中不断强化和增设任意性规范^[13]。

法经济学的观点认为任意性规范的最大作用便是补充合同存在的漏洞。公司契约并非完美无缺，漏洞的存在是必然的结果，那么需要对其进行不断补充完善，任意性规范便发挥填补合同漏洞的作用。此外，任意性规范的作用在于为经济交往提供标准合同。标准合同可降低交易成本。交易大量产生，如果有一份标准化文本出现，将极大减少后续合同的交易成本。标准合同经过不断调整与修改，直至最优以满足经济社会的需求。从法经济学视域看来，公司合同理论面向市场效率，但同时我们需要反思，强调公司自治是否一定会带来效率的提高？以大股东与中小股东关系为例，公司运行中信息不断变更，对于有限理性的投资人和中小股东等参与方的不充分性，使得信息出现严重失衡，掌握信息的一方并无动力向另一方主动进行信息披露。另外，公司中的大股东与中小股东之间存在天然的利益矛盾，大股东意欲获得更多利益，甚至是从小股东处获得利益。基于大股东自身地位优势，在公司治理过程中，权利极易受到大股东、董事和高管人员的控制，使得公司的决定倾向于大股东一方。公司契约理论也存在自身的局限性，强调任意性否认强制性的理论与现代公司制度已经出现抵牾。由于公司契约理论的单纯经济学研究进路的局限性，受到了公司社区论、公司团体产生理论、公司宪政论等理论的挑战，公司中各方主体利益不仅涉及私人间的平等关系，同时也涉及公共利益。因此，《公司法》中也不可一味强调任意性规范^[9]。

经过上述论证，笔者认为我国《公司法》中应当给予强制性规范以一定的存在空间，契约自由原则并不可以任意在公司法律规范中呈现，而是有限度被约束的。但究竟为何种属性，取决于具体规则的类别与公司性质、类型等要素的差别。

三、二元路径下的识别与区分

如何区分公司法律规范中的任意性规范与强制性规范，是公司治理进程中的重要一环。科学地界分二者有助于提升公司治理效率。国内外学者通过不同的标准对规范性质进行划分，然而学说观点杂驳各异，如何科学且清晰识别规范性质，解脱出学理争议的桎梏越发重要。有学者认

为,可以通过对条款中的“应当”“必须”等文字,可以将其归入强制性规范,而如果条文中出现“可以”“由公司章程规定”等文字,便可以将其归入任意性规范之中^[14]。笔者认为,该方法过于僵化笼统,应当基于目的解释的方法,探寻一种更为抽象的标准进行判别^[15]。只有这样才能更科学地推进公司法律制度的发展,纠正谬误完善法律。笔者以公开公司与封闭公司以及公司治理的内部关系与外部关系为例进行阐释。

(一) 封闭公司与公开公司的二元界分

以股份公开发行与否为界,可将公司分为封闭公司与公开公司。封闭公司在我国通常表现为中小型的有限公司和募集设立的股份公司,其中以有限公司为主要部分。适于公开公司的规则在性质上常常更加绝对,而适于封闭公司(即闭锁公司)的规则却常常更有选择性^[16]。

封闭公司具有人数确定、人合性强、规模小等特点。因此,在封闭公司中,股东与董事之间的权利义务分配完全可以通过契约的任意性规范进行调和,股东之间可以真实地表达各自的意愿,任意性规范占主导地位更加符合封闭公司的特点与需求,赋予其更多的自治空间与灵活度。对公司机构的设置也可由公司自主选择。封闭公司除了遵守强制性规范,应当更多赋予公司章程自由,遵守自治性规范。结合我国《公司法》的条款可以看出,《公司法》自治范畴应当包含两项主要内容:其一为公司内部管理事项,其二为公司内部事务事项^[17]。公开公司具备极强的资合性,涉及社会公众广泛,完全是一种资合公司,保障交易安全成为第一要务。因此,强制性规范在公开公司中应当占据主导地位,不可赋予其过多自主权,以免侵犯公众利益。以组织机构的运行为例,赵旭东认为,应当将其全部定为任意性规范,强调立法者对于公司自主性的尊重^[13]。但笔者认为,是否可以以公司类型进行区分。对于有限责任公司来说,公司设立后仅仅涉及股东、董事与债权人等主体利益,对于公众利益的影响微乎其微,其完全可以通过自我协商自我管理的方式确定公司的运作。对于召开会议程序、频次、参会方式等均可以通过自治拟定。而对于股东会而言,则不应对其释放太多自治空间,应当由强制性规范予以规定,因其涉及利益主体过多,其会议召开等事项可能会涉及较多公众的利益,因此不可允许其自治。

(二) 内部治理与外部治理的二元界分

《公司法》为团体之法,势必要求公司规范设计时要重视公司关系,维护团体的稳定与主体关系的和谐,协调主体间的利益^[18]。公司作为一种营利工具,投资人通过对公司组织进行合理安排以获得最大经济效益。对于公司的设立、发展乃至最终走向终结,既包含公司内部治理的事项,同时也要处理与外部主体之间的法律关系。对于公司法律规范而言,可以区分内部关系与外部关系来进行适当区分,内部关系通常是指仅涉及内部主体间的权利义务关系,外部关系是指涉及外部第三方主体利益的关系。以公司董事人数为例,我国《公司法》第四十四条和第一百零八条分别规定了董事人数的限制,如果实践中公司董事人数超过法定人数上限的,或者低于其下限的,效力如何确定?有学者认为其为有效,强调公司自治;而有学者主张无效,应当遵循《公司法》的规定。笔者认为,对于公司内部治理结构的规定而言,应当赋予公司自主选择的余地,人数多寡为公司内部事宜,封闭的小公司与开放的大公司均有其自身利益的考量。假设一公司股东50人,持股比例各占2%,假设每人均推举一名董事,则为50人,将人数设定的规范定位为强制性法律规范,那势必违反法律规定。然公司股权结构错综复杂,公司治理安排各不相同,对其进行强制性规定实属不该,于法不该,于理不通,实为不妥^[15]。再如,《公司法》规定经理由董事会选举产生,但实践中章程规定经理由股东会选举产生,效力为何?如果视其为强制性规范,那么该章程条款即违反法律规定,如若视其为任意性规范,则为有效。实践中对于出现条文性质

争议时，应当着眼于目的性解释的路径，以法律规范目的，阐释法律疑义之方法而言。任何法律均有其意欲实现之目的，解释法律主要任务是贯彻法律目的^[19]。如果法条性质文义不明，应当将对于内部事项规范的条款认定为任意性条款，外部纠纷的条款认定为强制性条款，同时结合案件事实进行分析，规避条款的歧义^[20]。

有学者认为，赋予过多任意性条款，可能会导致公司治理体系臃肿或过于简洁，不利于公司治理发展。这种观点完全小看了商人对于利润的追逐和狡黠，降低成本永远是商人追求的目标，低成本高收益是商业实践中商人不断创新的动力根源。当学者纠结于过去，律师关注现代，而商人已经在思考未来。

四、结语

近代社会的诸多法律制度的设计均源自立法者的刻意为之^[21]。功利色彩浓厚的制度设计，不顾与传统社会、文化等诸多因素是否和谐，生搬硬套的“拿来主义”早已破坏了法律应有的体系与规范的属性^[22]。混乱的法律属性不但难以对公司制度提供有效的制度供给，在某些层面反而成为公司治理的阻力。在优化营商环境的政策背景下，高效优越的公司治理环境不仅有益于国内企业生根发展，更有助于吸纳国外投资，促进经济繁荣。美国公司在制度改革过程中，《特拉华州普通公司法》凭借其对于公司设立、运行等一系列制度规则吸纳大量本国与海外投资，获得海内外诸多国家和地区的效仿与借鉴，成为公司立法的典范。我国公司立法对强制性和任意性规范的界分与解读，应当立足于法律的实质分析与实效性分析^[10]，基于法律的目的出发，而不是拘泥于类型化的界分。《公司法》中的规则应当在任意性与强制性之间达成某种制度平衡以追求公司法律制度的实质正当性，只有如此才能更好地促进公司的自由发展与选择。立法的滞后性与有限性无法追赶商业世界的发展逻辑与步伐，公司发展的目标便是遵循着自治理论的脉络，相应的在规范之中采纳更多任意性规范，尊重商业逻辑的安排。需要说明的是，“法律的重要作用之一乃是调整和调和种种相互冲突的利益”^[23]。而这种调和方式，通过任意性规范更具有可行性与期待性。在公司社会责任、中小股东保护、劳动者权益保护等方面要强化强制性规范的约束，但公司治理规则毕竟是公司内部问题，与组织外的他人无关，法律不应管制过多。

参考文献：

- [1] 陈景善. 公司法人营利性再考 [J]. 比较法研究, 2019 (2): 104-115.
- [2] Berle A A, Means G C. The modern corporation & private property [M]. New York: Transaction Publishers, 1932: 396.
- [3] 刘学. 预重整制度运行困境的突破：以政府与市场的关系为视角 [J]. 金融理论与教学, 2020 (3): 93-97.
- [4] 史尚宽, 张谷校. 民法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 12-13.
- [5] ALLEN W T. Our schizophrenic conception of the business corporation [J]. Cardozo law review, 1992, 14 (2): 261-281.
- [6] 邓辉. 论公司法中的国家强制 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 51.
- [7] 胡斌, 曹顺明. 股东派生诉讼的合理性基础与制度设计 [J]. 法学研究, 2004 (4): 92-103.
- [8] 李建伟. 论公司行政解散权的存废 [J]. 环球法律评论, 2013, 35 (5): 59-70.
- [9] 黄辉. 对公司法合同进路的反思 [J]. 法学, 2017 (4): 124-134.
- [10] 郭锐. 商事组织法中的强制性和任意性规范：以董事会制度为例 [J]. 环球法律评论, 2016, 38 (2): 67-80.
- [11] 黄辉. 现代公司法比较研究：国际经验及对中国的启示 [M]. 2版. 北京: 清华大学出版社, 2020: 15-16.
- [12] 王文宇. 探索商业智慧：契约与组织 [M]. 台北: 元照出版有限公司, 2019: 24.
- [13] 赵旭东. 公司法修订中的公司治理制度改革 [J]. 中国法律评论, 2020 (3): 119-130.

- [14] 张强. 商法强制性规范的法律解释方法 [J]. 法律方法, 2011, 11 (0): 260-267.
- [15] 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 [J]. 中国法学, 2007 (4): 69-84.
- [16] 罗伯特·C. 克拉克. 公司法则 [M]. 胡平, 林长远, 徐庆恒, 等译. 北京: 工商出版社, 1999: 18-19.
- [17] 钱玉林. 我国《公司法》体系的重构: 一种解释论的观点 [J]. 政治与法律, 2021 (2): 2-15.
- [18] 徐强胜. 论公司关系: 公司法规范的分析基础 [J]. 法学, 2018 (9): 157-166.
- [19] 杨仁寿. 法学方法论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 127.
- [20] 余斌. 司法裁判对公司法强制性与任意性解读之实证分析: 以有限责任公司为例 [J]. 湖南社会科学, 2015 (3): 85-89.
- [21] 韦森. 经济学与哲学 [M]. 上海: 上海人民出版社, 2005: 212.
- [22] 王妍. 公司制度研究: 以制度发生学为视角 [J]. 政法论坛, 2016, 34 (2): 162-169.
- [23] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上卷 [M]. 许明龙, 译. 北京: 商务印书馆, 2012: 383.

The Choice and Direction of the Nature of Corporate Legal Regulations under the Revision of *Corporation Law*

Liu Xue

Abstract: The corporate legal regulations, whether mandatory or arbitrary, have their unique values, neither praising one nor denying the other. Mandatory regulations and arbitrary regulations should coexist in regulations of *Corporation Law*. To distinguish and reflect on the nature of legal regulations, distinction should be made according to the form of public or close company, the route of internal or external governance, and legal regulations should be oriented to serve the corporate operation. In the future corporation law, the autonomy of commercial law should be the basic principle to follow, giving more arbitrariness to legal regulations, reducing compulsion and respecting the scientific arrangements of commercial logic. *Corporation Law* is the law regulating the internal governance matters of the company. The rules of governance mainly regulate the internal issues of the company, so law should be loosened and more arbitrariness should be given to regulations of *Corporation Law*.

Keywords: *Corporation Law*; mandatory; arbitrary

(收稿日期: 2021-11-11; 责任编辑: 晏小敏)