

公司法改革的文化拘束

蒋大兴*

内容提要 虽然经济是法律发展的原动力,但文化才可能最终决定公司法的实际表现和边界,中国文化对公司法的影响是多方面的。首先,熟人交易模式表明,公司法应从关注物的信用与合同信用转向关注人格信用,重视股东信用要素的公示。其次,儒家传统所宣扬的集权文化、家长制、等级制等无不暗示着适合我国的有效率的公司治理不是“集体会议、决议制”,而是“精英决定制”,应取消强制设立集体董事会的规定。虑及“面子文化”的影响,还可考虑减缩或取消董事会的决策权,让其回归民主讨论的场所。再次,“法人格否认泛化”可能激发股东无限责任危机,促使法人制度死亡。虑及家族企业传统,关系企业内部相互支持符合交易理性,应缓和集团内部法人格否认之运用。最后,公司法还应简化强制性规范的效力识别规则,以“违反即无效/不生效”取代“违反可能无效/生效”的裁判理路,这可能是交易成本最小、尊重法律最多的方式,也更符合我国民众“简化规则”的心理需求。

关键词 公司法 中国文化 人格信用 公司治理 法人格

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2021.02.004

引言

全球公司法改革一直被认为是受经济环境制约的行动,^①是经济发展在刺激法律发展包括公司法改革。如果这样的逻辑是准确的,全世界只要致力于形成最佳公司法文本,然后进行全球批发或推销即可。“对现代主义者而言,国家是普世的主要表达方式,而法律则是普世性得以表达的专用语言。”^②因此,学术常识认同这样的判断——法律尤其是商事法的全球化,是商法发展的主要途径。公司法的修改因此很容易如反腐败、反贫困或者保护环境、保护人权的运动一样,发展成全球的一致行动。所以, Henry Hansmann 和 Reinier Kraakman 早已宣称“公司法历史的终结”,预测法律发展会依循美国公司法的路径而呈现出全球趋同。^③但 Gilson 在其著名论文《全球公司治理:形式趋同还是功能

* 北京大学法学院教授。

① 参见王保树:《竞争与发展:公司法改革面临的主题》,载《现代法学》2003年第3期,第15-26页。

② [美] 络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第8页。

③ See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law* (January 2000), Yale Law School Working Paper No. 235; NYU Working Paper No. 013; Harvard Law School Discussion Paper No. 280; Yale SOM Working Paper No. ICF-00-09. at <https://ssrn.com/abstract=204528> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.204528> (Last visited on Oct. 11, 2020).

趋同》中,区分了形式趋同和功能趋同。^④事实上,无论是欧洲的英国、德国、法国,还是北美洲的美国或者亚洲的日本、我国台湾地区,发达国家(地区)的公司法修改常常直接影响到其他国家的行动。我国公司法长期也是在这样的环境中被刺激着进化。

这样的修法逻辑隐含着一些前提。例如,人类行为的一致性、类同性、社会心理(同情心)预期的同质性,等等。可是,法律的进化往往并非“单线演绎”的产物,公司法的进化同样也受复杂因素影响。尤其是政治权力、国家利益竞争、社会结构以及家族、个体文化等因素,每时每刻都在影响着公司法的规范设计。当现有机制无法提供有效治理,或其对经济、政治领域的变化不能作出及时反应时,就会催生法律变革。^⑤为什么共同进步的公司法规则,却很难在所有国家得到同等执行?当我们片面关注经济因素对公司法改革的作用时,我们只看到了公司法发展的一条道路。公司法改革、公司法的实施还受各种文化规则、文化习俗的制约,这使曾被公认的一些“常识规则”,在企业实践中常被违反,或得不到预期贯彻。可见,商业的全球化未必能使公司法低成本地实现全球化,公司法改革受到特定地域文化的拘束,公司法规范的设计若忽略这些文化因素,则一定会在商业实践中执行受阻。尽管文化传统本身存在“描述困难”,但中国文化在整体上呈现出“看重熟人关系”(诸如对人情面子和“圈子—关系”的重视)、“尊重集权规制”(诸如对以家长制为核心的家族文化的迷信)的特点,^⑥却无争议。其中,“熟人文化”是内核,“集权规制”是外衣。许倬云先生认为,儒家思想是中国思想体系的主轴。西周建构的分封制与其配套的观念,早已奠定儒家思想的基础,周天子承受天命治理天下,以君主为道德的裁判者,从而形成三纲五常的集权文化。周代的封建制度是分封亲戚、以藩屏周。所有封君,其权力来源于周王,政治权力分配与亲属关系网络两者叠合为一,形成中国特有的“集权政统”和“熟人宗统”的融合。^⑦而且,“熟人文化”和“集权规制”都事实上形成了一种“秩序体系”,将直接影响我国有关公司信用基础、治理模式和法人人格否认制度的构造,起到简化规则、节约法律、维护秩序的效果。因此,本文拟从若干中国文化关键词,例如人格信用(熟人交易)、关系一面子、集权与家长制等的角度,历史性地解释公司法在我国可能会有有的地域表现,为公司法的若干规范设计——诸如公司信用基础的重构、公司治理的调整、法人人格否认制度的缓和提供一种可能的方向。

④ See Ronald J. Gilson, *Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.49:329, p.329-357 (2001).

⑤ See Martin Gelter & Geneviève Helleringer, *Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law*, *Berkeley Business Law Journal*, Vol.14(2), Forthcoming; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 3074537; European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper No. 378/2017. at <https://ssrn.com/abstract=3074537>(Last visited on Nov. 12, 2018).

⑥ 费孝通先生在《乡土中国》一书中,对“乡土本色”“差序格局”“礼治秩序”“长老统治”等都有经典论述。参见费孝通:《乡土中国》,上海人民出版社2006年版。

⑦ 参见许倬云:《中西文明的对照》,浙江人民出版社2013年版,第51-52页。

一、改造公司的信用基础：从“物”到“契约”再到“人”

以往公司法的改革都致力于如何建立、维持公司的信用基础。中国文化对公司法改革的拘束,首先体现在其对公司信用基础的影响上。按照公司信用基础的不同,我们大体上可将我国公司法的发展分为三个时期:早期公司法贯彻的是一种“物的信用”,重视公司资本制度和公司资产的规制,这是一种物权主义、资本主义的公司法逻辑;中期公司法采取资本认缴制,将公司的信用基础奠定在“合同信用”上,公司法被演绎为合同法的变种;现代公司法应关注中国熟人文化的特质,将公司的信用基础建立在“人格信用”上,公司法的发展亦将呈现出一种“人格信用法”的倾向。

(一) 早期公司法:“物的信用”时期

长期以来,我们认为公司的信用基础在于物的效用,无论是重视“资本信用”,^⑧还是“资产信用”,^⑨都是一种物的信用范畴。因此,公司法致力于规定股东出资财产类别,致力于股东出资的评估、验资、实际缴纳到位,致力于关于公司资本变动的各种严格规范。例如,公司增资、减资、回购股份、利润分配、发还剩余财产等可能影响公司资产或资本行为的程序控制。^⑩有关公司资本形成、资本维持和资本运动或变动的规范成为公司法中的核心规范,所谓资本三原则、所谓法定资本制度,都是此一时期,我们认识到的物的信用观念的规范反射。

早期公司法及公司资本制度松绑改革前后的公司法,基本上都是以此种信用逻辑构建。^⑪与此相适应,在商法公示制度上,也是围绕公司资本、资产的注册、登记、公示而展开,公司会计制度也基本反映这种“物的信用”的需求。资产负债表就是最明显的证据,它集中记载了以物资资产为核心的公司财产的得失变更过程。大陆法系国家早期公司信用都是建立在公司资本、资产这样的物的基础之上。甚至确保交易安全的尽职调查制度,也是基于物的信用而形成的交易安全保障制度。所以,尽职调查的核心内容是关注公司物质财产的构成是否属实,股东或公司关于物质财产构成的表述是否存在虚假陈述可能。研究发现,在其他国家公司法发展的历史上也存在着与我国类似的法定资本制度,但随着社会生活的发展和法律规制技术乃至法律理论和理念的变化,这些僵化而无效的制度被不断舍弃,信用社会的资本规则被重新配套设计。

(二) 中期公司法:“合同信用”时期

将公司信用维系在物的信用之上,是早期民法“所有权、物权帝国主义”在商法中

⑧ 参见陈甦:《资本信用与资产信用的学说分析及规范分野》,载《环球法律评论》2015年第1期,第41-54页;傅穹:《公司资本信用悖论》,载《法制与社会发展》2003年第5期,第96-99页。

⑨ 参见赵旭东:《从资本信用到资产信用》,载《法学研究》2003年第5期,第109-123页。

⑩ 参见冯果:《股东现物出资若干问题研究》,载《中国法学》1999年第6期,第73-84页。

⑪ 参见蒋大兴:《质疑法定资本制之改革》,载《中国法学》2015年第6期,第137-140页。

的反射。随着商业社会的发展,合同超越了物权成为交易中最重要因素。产权虽然曾是交易的前提,但并非不可缺少的前提。合同的充分运用,大大拓展了商业的范围和空间,最为典型的是,一些尚未取得产权的财产——将来之物或利益,在产权尚未现实化之前,也可成为交易标的。例如,部分曾被视为投机倒把的买空卖空交易开始取得合法性,无权处分、远期现货、期货交易以及各种衍生品交易,都是通过合同或债和担保机制实现的。然而,合同之所以能在商事领域越走越远,本质上还是借用了“物的信用”。例如,各种担保物权工具的运用,确保或增进了合同信用级别,使合同信用最终成为逐渐取代资本、资产信用的交易手段,但潜藏于此种合同背后,真正起作用的是物权。合同信用的兴起,表现为全社会对公司履约的重视。例如,为宣扬公司信用,评选重合同、守信用的企业,根据企业守约率公示其信用状况。再如,公司征信体系的建立也非常重视公司对合同的严守。合同信用成为社会评价主体信用的重要工具,违约之人可能被纳入“信用黑名单”。

授权资本、分期缴纳以及资本认缴制的改革,都是将合同信用运用于公司信用的构造,是将公司信用建立在契约信用基础之上,从而在公司法中快速地实现了“从财产到契约”的转变。但在契约信用不佳的国家、地区,以合同信用为基础构造公司信用,最终可能颠覆了组织法的基础,使组织法向合同法逃逸,甚至异化成“第二契约法”^⑫。美国公司法是以合同信用为基础的,其有关董事、经理的信义义务,基本都是通过统一的法定契约和订立私人的服务契约的方式固化。公司的“合同说”,^⑬也逐渐成为我国公司法学界的主流观点和分析工具。普遍认为,公司是一系列合同的联结,公司可通过内生性制度安排,促进公司参与者的福利。公司合同属关系合同、长期合同和不完备合同,需要公司法提供标准合同文本,释放自治空间,纾解信息不对称问题带来的交易成本。公司参与各方可通过合同排除公司法、补充公司法以及引入外生性制度设计获取效率和公正价值。国家强制不能代替公司合同中的意思自由。公司法应通过市场检验规则获得正当性。

合同信用之所以能位居优位,是因为其适应了当代金融社会的需要。金融社会就是靠合同联结起来的社会,合同是融资的工具,也是融资的中介和保障。但在以利益为中心的商业社会,合同信用可能被滥用。日益涌现的集资诈骗、非法集资、非法吸收公众存款等投融资领域中的混乱现象表明,合同信用存在其固有局限。在没有人格信用的社会,合同信用值可能降为零,再完备的合同也没有商业上的价值。以此为基础构建公司信用,不仅无法解决上市公司的欺诈发行,也无法解决大股东占用资金、掏空公司等问题。虽然合同信用是评价营商环境的重要指标,但在合同信用良好国家能够解决的问题,在我国,依托合同信用却几乎无法解决,这也是为何债务催收在我国能迅速发展为一种“营

^⑫ 蒋大兴:《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》,载《法学》2017年第4期,第135页。

^⑬ See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, Columbia Law Review, Vol.89:1416, (1989); [美] 弗兰克·H. 伊斯特布鲁克、丹尼尔 R. 费雪:《公司契约论》,黄辉译,载《清华法学》2007年第4期; [美] 弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,张建伟、罗培新译,北京大学出版社2005年版。

业”的原因。债务催收公司鹊起,意味着合同信用的终结。因此,如果只是一味地支持以合同解决商业信用之不足,无异于认同以法律、合法方式公然支持欺诈。

(三) 现代公司法: 回归“人格信用”

无论是“物的信用”还是“合同信用”,都有其内在局限,都无法确保债权人的交易安全。在我国,很有意思的是,一些交易之达成,并不看重交易相对人特定时期的资产状况,甚至在交易主体之间也无合同,但交易却可能成立和安全履行。当事人保障其交易的主要逻辑是与我交易的主体是谁? 这提示我们,交易信用的维持,除了“物的保障”(The security by the things)和“合同保障”(The guarantee of the contract)之外,还有“人格保障”(The guarantee of the personality)。不同的主体有不同的信用,这种信用可能与该主体拥有的某项具体财产或某项具体交易是否签订合同无关。可见,人格本身在现代商业社会也可能是一种“信用资源”。法律上所谓人格,大多从主体角度理解,^⑭但人格其实还是一种“立体性的利益结构”,^⑮是一种综合性的资源构成,人格成为资源是人格利益商业化的自然结果。^⑯这也是为什么在无财产担保与书面合同的情况下,某些口头交易也能达成的重要原因,因为人格本身是一种信用力量,甚至可以或足以保障交易进行。人格也因此可能成为一种金融工具,是融资的中介和保障。例如,我们常在生活中说“我以人格担保……”,这样的交往模式正好是人格作为信用资源的映射。

我国社会一直盛行熟人交易模式^⑰——越熟悉、越信任,越容易交易。此种交易模式充分彰显了“人格信用”对普通的“财产信用”和“合同信用”的超越。或言之,我国社会特别关注“人格信用”,甚至可以说是“人格信用”高于“财产信用”及“合同信用”的社会。人格作为信用资源是因为“道德、伦理的力量”。如同张企泰描述的那样:“按我国工商业,尚未十分发达。法律保障亦未切实有效。一般人对于信用之观念,向不着重某一工业家或商人之物的价值,如英美或德国然;而尤注重其本身之殷实、信誉,及其他道德上价值。故投资于股份有限公司者,向不踊跃。其有合股经营者,往往彼此均系亲亲密友或相知有素……我国宗法制度,在法律上虽已不再承认,而家族观念,事实上仍深固如昔。家人合资创设一工厂或商号,或因祖先遗业,其子若孙,继续共同经营,事属常见。此种极密切而不公开之组合,原不求外人参加,自无成立股份有限公司之必要,今后必纷纷采用有限公司,可断言也。”^⑱可见,在我国,交易之所以发生,可能与财产、合同无关,而与“人格信用”密切相关。因此,我国早期商业社会中,大量交易是发生在熟人之间或通过熟人促成的。熟人之间的交易一旦毁约,会产生“圈内的评价”,这会形成

^⑭ 参见付翠英:《人格·权利能力·民事主体辨思——我国民法典的选择》,载《法学》2006年第8期,第71-79页;胡玉鸿:《“人格”在当代法律上的意义》,载《法商研究》2008年第4期,第114-122页。

^⑮ 参见张平华:《人格权的利益结构与人格权法定》,载《中国法学》2013年第2期,第43-57页。

^⑯ 参见刘召成:《人格商业化利用权的教义学构造》,载《清华法学》2014年第3期,第118页。

^⑰ 参见陈丰、张久祥:《基于熟人社会的市场交易模式研究——以笨鸡蛋交易市场为例》,载《商》2016年第26期,第128页。

^⑱ 张企泰:《评有限公司立法之得失》,载《中华法学杂志》1948年第1期,第1-2页。

特别的“道德约束”——评价不会只针对毁约者实施的某项交易,甚至会影响毁约者终生,直至将其逐出“圈子”。因此,信用丢失是“熟人交易失败”最大的惩罚。国人为了便利交易进行和保障交易安全,首先都会选择寻找熟人关系。公司设立如此,营业进货如此,营业销售甚至税务节省、公司关闭都是如此。“熟人好办事”,“熟人交易”是一种节省交易成本的理性交易方式。勿需详查对方资信状况,勿需就合同细节繁琐磋商,甚至不需订立任何合同(“合同简化”也是我国古代社会合同交易的普遍特点)也能达成并履行交易。这种交易模式基本全靠“人格力量”来建立商事信用。因此,我国企业十分在意“治理的精英化”,每个成功企业都有一个可为其信用背书的灵魂人物。凡此种种也能解释,为何我国历史上针对财产实况的有关商业征信调查的营业和制度一直不发达。

“人格信用”作为公司信用的基础意义,意味着公司信用的高低,可能不在于股东为公司提供了多少财产或认缴了多少资本,也不在于公司是否在特定交易中签订了完备的合同,而取决于股东、实际控制人或董事、经理这些控制主体本身的信用。这是因为“控制”本身是一种“信用传导机制”,股东、实际控制人组建或控制了公司,相应地也控制了公司的董事会、总经理,若股东、实际控制人本身守法规、讲信用,则该种控制关系也会使被控制主体“学样”——守法规、讲信用。可见,公司信用可能不完全在于公司本身的财产能力,也不完全在于相关主体与公司之间是否存在某种合同关系,而在于公司股东、实际控制人本身的财产及信用能力,在于股东、实际控制人的人格信用。因此,公司的信用建设,应从过分关注资本信用、资产信用以及合同信用,转向逐渐关注股东的人格信用。是投资者的人格信用形成了信用链条,最终传递或保障了公司信用。一旦股东或者实际控制人发生改变,公司的信用值就可能发生变化。这可能也是监管部门管控上市公司大股东、实际控制人的行为及其变更的理论逻辑,股东的人格信用初步决定了公司管理者(包括董事、经理)受信义务的履行状况;公司管理者的人格信用又进一步或最终决定了公司对外的偿债信用。此种“信用传递和串联的现象”,才是公司信用的真实情况。因此,公司的资本、资产都只是在一定程度上反映了公司的信用能力,唯股东的人格信用才是最终决定公司信用能力的试金石。

“公司信用在于股东信用”的最佳释例,是社会对国企、央企信用的重视。在商业信用普遍欠缺的今天,国企为何比普通企业商业信用更高,为何有国资背景的企业在投资、交易中更受青睐?例如,实践中常常见到“央企开发”“国企开发”的房地产宣传广告,这意味着该楼盘不容易烂尾、开发商更有信用。之所以如此,很大程度上是因为国企投资主体的人格信用更高,作为投资者的政府,以其公共信用为国企的商业信用背书。“政府投资背景”不啻一种“增信机制”。例如,政府投融资平台的信用好过普通商业投融资平台,这是因为政府掌握着庞大的国家资源,具有强大的资源调度、纠纷解决能力。这也使得国企在一般意义上成为今日中国信用最强的企业,此即股东人格信用增强公司商业信用之典例。另一个释例是韩国财阀集团的投资体制。韩国是财阀体制,若干财阀控制了国家经济。有财阀集团投资的企业明显比无财阀集团投资的企业更让人信任,个中

原因也是因为财阀集团作为股东用其自身的人格信用增进了所投资企业的商业信用。上市公司、金融机构控股股东或实际控制人信息披露制度以及股东管理制度的形成,也是以此种人格信用为基础的。监管部门认为,控股股东或实际控制人的人格信用会直接影响到上市公司、金融机构的信用。因此,监管部门对这两类公司中的各种隐名控股、持股等现象都实行穿透式监管,要求“披露到底”。监管者认为,“强盗的儿子极有可能是强盗”,因此,对可能存在资金饥渴的实体企业,设置了诸多严格限制其投资金融机构的管制措施。

一旦认同人格信用的价值,投资者就可能忽略考察特定主体的财产状况及合同信用,这是因为人格本身就是资产,也会带来“信用值”甚至“财产利益”。当信用高的人愿意与某投资者合作设立公司时,该投资者可能只需确认其是否是该人,一旦确认就不必去调查其此刻的资信及违约情况。这是因为该人早年积累的人格信用,已经淡化了对其财产及交易信用的考察需求。这是人格具有信用价值的典型表现。

(四) 公司法信用基础修正: 人格信用的规范构造

当公司法学者将公司信用基础建立在公司资本、资产或合同信用基础之上时,我们忽略了所有这些“民法工具”背后主体的信用价值——公司信用的真正基础不在于公司资本、资产,不在于股东之间是否签订了某种出资契约,而在于股东本身作为人格主体所展现出来的信用价值。因此,“好公司”是由“好股东”构成的,有“好股东”就可能“好管理者”,就可能建立“高信用值”的公司。非常遗憾的是,公司法一直采取“封闭的逻辑”,致力于围绕公司本身建立其信用基础,形成公司信用的规范体系,从而忽略了公司信用基础背后真正的决定者——股东。事实告诉我们,控制股东或实际控制人是决定公司信用状况好坏的最终掌舵者。一个公司只有凝聚了“讲信用的股东”,才可能形成“讲信用的公司”。换言之,一群哪怕很有钱、也很能生钱的骗子,是不可能建立起讲信用的公司的。例如,“e租宝”之所以涉嫌犯罪,是因其股东安徽钰诚控股集团、实际控制人钰诚国际控股集团有限公司在不具有金融机构资质的前提下,通过“e租宝”“芝麻金融”两家互联网金融平台发布虚假融资租赁债权项目及个人债权项目,包装成若干理财产品进行销售,并以承诺还本付息为诱饵对社会公开宣传,向社会公众非法吸纳巨额资金。其中,大部分集资款被用于返还集资本息、收购线下销售公司等平台运营支出,或用于违法犯罪活动或被挥霍,造成大部分集资款损失。^⑨可见,股东信用确实能影响甚至决定公司信用。这也是公司法为什么要重点规制控股股东和实际控制人的原因。

早期非商事公司时代,交易信用之基础在于人。其后,公司法选择以“物的信用”和“合同信用”(交易信用)作为设计公司信用规范之基础,未能真正建立适合我国国情

^⑨ 参见《e租宝案一审宣判: 公司罚金19亿 CEO被判无期》,载腾讯科技网, <https://tech.qq.com/a/20170912/032298.htm>, 2021年2月16日访问;《e租宝》案件二审宣判: 驳回上诉维持原判》,载央广网, http://finance.cnr.cn/gundong/20171129/t20171129_524043614.shtml, 2021年2月16日访问。

的以人格信用为基础的公司信用制度,这是现今《公司法》在规范设计理念上的最大缺陷。例如,资产负债表基本未体现股东人格信用的要素,企业信用信息公示系统也不重视股东人格信用的公示内容设计,甚至不强制要求公示股东的个体信息及出资信息。《公司法》本身更是全部关注股东与公司的人格分离,试图形成独立的公司法人地位,让股东与公司保持适当距离,更是不可能规定应如何公示影响公司信用的股东人格信用的要素。

因此,《公司法》的改革应改造公司信用基础,从关注公司本身财产的“公司规制”,转向同时关注股东信用的“股东规制”,建立两套信用规制模式和规制逻辑。首先,在公司规制方面,一般性地维持现有的规制传统,致力于解决法人财产完整性问题,倾向于采用实体控制和资产维持的方式,直接调整股东与公司之间是否存在试图掏空公司资产的逆向财产回流行为——禁止欺诈转让交易,促使公司资产维持(但企业集团内部的财产控制将另行安排,详见后文);其次,在股东规制方面,采取信息披露的规制方式,致力于促进股东信用的完整呈现。为此,应针对有限公司股东和股份公司控股股东、实际控制人建立更严格、更完整的信息披露制度,不仅应披露其在现有公司的出资安排(是否存在代持股契约),还应披露其历史上存在的违法违规处罚情况、重大违约情况、对外负债及担保情况、净资产(法人)情况、涉及诉讼情况,等等。目前“天眼查”采取的“多维度”企业信息查询系统,对公示股东的信用状况具有积极的借鉴意义。只有对股东、实际控制人的人格信用进行多维度披露,才能通过对股东信用的控制来实现公司信用的维持。这是中国特有文化决定的公司信用增进逻辑,也是受中国现有文化影响,公司法改革的拘束所在。如果不考察股东信用,是很难判断公司本身信用的。事实上,企业对投资项目的尽职调查早已不仅仅是关注公司本身的资信状况,而是同时披露公司控股股东、实际控制人的情况,以判断公司是否诚信。可见,实务界对公司信用基础的判断基准,早已超越了传统公司法的理论范畴,已经进入“股东人格信用判断”阶段。

二、改造公司治理：规范的治理与有效的治理

另一个受文化影响较大的是公司治理领域,中国的集权文化对民主式公司治理存在内在抵制。因此,公司治理应当考量集权文化的可接受性。相应地,应改造影响效率决策的“集体董事会制”和董事会的“集体决策权”,让公司治理远离“形式合规”,逐渐回归其效率本质。

公司治理不仅是一种全球化的概念,更是一种受地域文化影响的“地方性知识”。随着1980年代后期公司治理概念的出现,以及1990年代比较公司治理的诞生,理解文化在公司治理中的作用日益重要。^{②①} Lucian Bebchuk 和 Mark Roe 强调,路径依赖必然胜

^{②①} See Edward B. Rock, *America's Shifting Fascination with Comparative Corporate Governance*, WASH. U. L.Q., Vol. 74, p.367 (1996); Donald C. Clarke, “Nothing but Wind”? *The Past and Future of Comparative Corporate Governance*, American Journal of Comparative Law, Vol.59, p.75 (2011).

过全球竞争趋同的压力。因此,多样性在短期和中期将占主导地位。^{②①} Roe 认同公司治理的此种独特性,他指出,公司治理在每个国家都非常特殊,这种特殊性是由历史和政治因素形成的,而这些因素各国并不相同。这为公司治理的可能发展设定了最有效的解决方案。^{②②} 公司和国家作出的选择有更大影响,即使面对市场压力需要更具经济效率的公司治理体系,但由历史和政治根源预先选定的路径也可能阻止公司治理的调整。在实践中,过去的制度变迁已经创造出股东利益集团,他们在现有制度下享有优势。^{②③} 我国学者也认为,所谓“最佳”公司治理做法是在特定社会、政治、文化等制度环境下各种复杂社会力量和利益群体进行“建构”的结果,其作用的发挥很大程度上取决于是否契合所在的制度环境,并不存在普适的“最佳”公司治理模式。^{②④} 可见,公司治理具有明显的路径依赖性。^{②⑤} 因此,所谓公司治理趋同,可能仅仅是形式上的,而不是功能上的。当一个国家移植国外法规时,可能会发生这种情况,但这种法律会特殊执行,比如用它来处理不同于国外的事实情况。表面上看,公司法可能已经趋同,但实际上并没有。

公司法的一个重要特征是,它打造了一种结构,使众多人士得以通过购买股份而共同投身于规模更大、风险更高的事业,并使这种参与权与公司的管理权相分离,后者被委任给规模更小的一群专业人士,他们构成了董事会的一部分,并在一定程度上受到董事会的监督。但有争议的是,公司的“所有权”(也就是股权)与“控制权”(也就是管理权)的分离是大型公司的特征之一,因而调整公司的组织法必须对此种分离的后果进行规制。^{②⑥} 公司法致力于建立这样一种股东会与董事会分离的结构,并且还形成了专门的监督机构(监事会、独立董事),这种公司治理架构被认为是“规范的”“有效的”,因而也就成为一些进口公司制度的国家热衷追求实现的目标。

可是,公司治理是要追求实效的。“规范的公司治理”未必是“有效的公司治理”。如果我们片面关注“规范的公司治理”,就忽略了公司治理最初产生的经济原因,也忽略了公司治理的商业价值,进而背离了公司治理的本质。通过一次次清理整顿公司的运动,我国《公司法》及《证券法》正在步入此种“追求公司治理规范性”的怪圈之中。

(一) 追求规范的公司治理:一场失败的法律运动

学术常识认为,大型公司有两大决策机构,即股东会和董事会,而在管理职责方面,

^{②①} See Lucian Arye Bebchuk & Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Governance and Ownership*, Stanford Law Review, Vol. 52, p. 127-169 (1999).

^{②②} See Mark J. Roe, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, Harvard Law Review, Vol. 109, p. 641, 646-652 (1996); Mark J. Roe, *Political Determinants Of Corporate Governance*, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 451, at <https://ssrn.com/abstract=472366> (Last visited on Feb. 16, 2021).

^{②③} See Lucian Arye Bebchuk, *The Case for Increasing Shareholder Power*, Harvard Law Review, Vol. 118, p. 833, 912 (2003).

^{②④} 参见杨典:《公司治理与企业绩效——基于中国经验的社会学分析》,载《中国社会科学》2013年第1期,第72页。

^{②⑤} 参见邓峰:《中国公司治理的路径依赖》,载《中外法学》2008年第1期,第58-65页;周天舒:《中国公司治理法律规则发展模式的再探讨:一个路径依赖的视角》,载《中国法学》2013年第4期,第99-107页。

^{②⑥} 参见[英]保罗·戴维斯:《现代公司法原理》(第9版上册),罗培新等译,法律出版社2016年版,第46-47页。

董事会始终是更为重要的机构。^{②7} 这甚至形成了董事会中心主义,足见董事会在公司组织机构中的重要性。我国《公司法》的制定和修订一直致力于形成“规范的公司治理”。从厂长经理负责制走向董事会制,以新三会(股东会、董事会、监事会)取代老三会(党委会、工会、职代会),曾被认为是公司治理优化、规范化的“不二道路”。可是,自2017年以来,国有企业党委会在公司治理体系中的全面回归,促使我们思考到底什么是终极、规范、有效的公司治理?公司治理是以合规为目标,还是以提升公司经营效率为目标?

我国公司治理从20世纪90年代初建到现在基本形成。一个非常有趣的现象是,规范的公司治理可能只是增加了公司管理人员的规模却并未改良管理绩效,我们与国际流行模式可能只是形式趋同而无实质趋同^{②8}。相较于不设董事会的厂长经理负责制而言,公司内部决策机构的法定人数确实大大增加了(除经理层外,有限公司董事会定员3-13人,股份有限公司董事会定员5-19人),但公司治理的绩效并未因此得到太大改观。公司治理是一种“精英式决策”,人数增加未必形成“人多力量大”的局面,更勿言有效治理。因此,虽然现今公司董事会已初具规模,但公司民主治理的改善却无成效。董事会仍是“董事长一言堂”,无论是有限公司还是上市公司,很少出现不同表决意见,通常只在发生控制权争夺或收购时,才会出现表决分歧。^{②9} 我们以为决策民主贯彻较好的民营企业同样如此。有学者通过调研民营上市公司发现,18.8%的终极控制人选择直接控制,这说明有相当数量的民营上市公司终极股东不愿放弃大股东身份。^{③0} 即便采取独立董事、外部董事制度,试图通过利益分离来改善内部监督,但实践效果不佳。这些来自外部的公司领导人,并未如制度设计者想象的那样,能够保持独立地位、充分知情、敢于发表不同意见,“董事长一言堂”经常在其眼皮底下发生。

虽然法律移植是一个历史事实,德国、法国公司法中也存在法律移植的成功案例,^{③1} 但法律移植的接受条件和实际影响一直存在争议。^{③2} 根据 Alan Watson 的描述,尽管它们

^{②7} 参见前注^{②6},保罗·戴维斯书,第48页。

^{②8} 参见傅穹、曹理:《公司治理模式:全球一体化与中国本土化的相互渗透》,载《国家检察官学院学报》2012年第1期,第135-144页。

^{②9} 参见蒋大兴:《重思共同决议行为之功能》,载《清华法学》2019年第6期,第135-158页。

^{③0} 参见马磊、徐向艺:《两权分离度与公司治理绩效实证研究》,载《中国工业经济》2010年第12期,第108页。

^{③1} 关于德国法律移植的内容,参见 Holger Fleischer, *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht* Aufsatz, NZG (2004), 1129. 关于法国法律移植的事例,参见 L'américanisation du droit, Arch. Phil. Droit 45 (2001) 7-267; Holger Fleischer, *Legal Transplants in European Company Law – The Case of Fiduciary Duties*, ECFR 2005, 378, quoted in Martin Gelter & Geneviève Helleringer, *supra* note 5.

^{③2} Savigny 强烈地认为,任何国家的法律都是从习惯法中自然生长出来的,不存在自主立法 (grows up naturally by customary usage and without legislation). Vgl. Friedrich Karl Von Savigny, *Vom Beruf Unserer Zeit Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft* (1814), quoted in Martin Gelter & Geneviève Helleringer, *supra* note 5.

深受当地历史影响,不同法系经常相互借鉴,而且也能在不同地方运作。^③但随着法律融入特定的“法律文化”,移植的法律将受到当地法的影响,遵守和实践当地法。而且,移植也会影响整合它们的法律文化。为捕捉这种现象触发的进化动态,学者们创造了“法律刺激”和“法律共振”这些词汇,试图涵盖移植所带来的社会、经济、政治和理论维度。^④如果我们花大力气推行的公司治理制度,最终只是扩大了公司治理机构的规模,而未形成法律共振,未能从根本上改善公司治理绩效,则需要我们反思。到底是应当继续追求“规范的公司治理”,还是应当追求“更有效的公司治理”?在笔者看来,走向“有效的公司治理”可能是更本质的需求。

(二) 走向有效的公司治理: 回归公司治理的本质——追求经济表现

试图在公司治理中贯彻民主决策的理想是一种空想。公司治理主要应服务于企业长期绩效的提升,好的公司治理是有助于公司经营绩效长期提升的治理,这就是为何很多研究致力于发现公司治理与企业经营绩效间的关系的原因。^⑤因此,良好的公司治理至少不应是“高成本—低收益”的结构形式,而应是“低成本—高收益”或至少是“高成本—高收益”的结构形式。如果公司法设计的公司治理机制是“高成本—低收益”的结构形式,则应当反思此种公司治理的正当性。

如果坚持效率的规则,则现有公司治理存在诸多不合效率的安排。因此,应当修改现行规则,回归公司治理的本质,以妥当的组织形式实现有效的治理,提升企业经济表现。为此,需要修正时下流行的常识规则: 废除强制设立董事会的制度,或者大幅限制甚至取消股东会、董事会的经营决策权。

1. 改革强制设立集体董事会制,推进董事会组设的自由

虽然中国古代文化强调“三个臭皮匠能抵一个诸葛亮”,但这并不意味着集体董事会制是有效的治理形式,实际上再多的臭皮匠也未必能抵上一个诸葛亮。公司决策是“精英决策”,多元的董事会构成、民主的议事方式都增加了企业运行成本(工资、福利、决策效率等都将因此提升),但却未必能形成真正的民主决策。在那些设立了董事会的

^③ See Alan Watson, *Comparative Law and Legal Change*. CAMBRIDGE L.J., Vol.37, p.313, 313-314 (1978); Alan Watson, *Legal Change: Sources of Law and Legal Culture*, U. PA. L. REV., Vol.131, p.1121, 1125 (1983); John Cairns, *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, GA. J. INT'L & COMP. L., Vol. 41, p.637, 672 (2013), quoted in Martin Gelter & Geneviève Helleringer, *supra* note 5.

^④ See Otto Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, MOD. L. REV., Vol.37(1):1, p.8 (1974), quoted in Martin Gelter & Geneviève Helleringer, *supra* note 5.

^⑤ See Bernard S. Black, HasunJang & Woonchan Kim, *Does Corporate Governance Affect Firms, Market Value? Evidence from Korea*(2003); Sanjai Bhagat & Bernard Black, *The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance*, The Business Lawyer(1999); Black & Bernard, *Does Corporate Governance Matter? A Crude Test Using Russian Data*, University of Pennsylvania Law Review(2001); Carleton Willard, James Nelson & Michaels Weisbach, *The Influence of Institutionson Corporate Governance through Private Negotiations: Evidence from TIAA -CREF*, The Journal of Finance(1998). 转引自南开大学公司治理研究中心公司治理评价课题组:《中国上市公司治理指数与治理绩效的实证分析——基于中国 1149 家上市公司的研究》,载《管理世界》2004 年第 2 期,第 104-113 页。

国家,董事会的运行绩效也令人担忧。例如,哈佛商学院的 Lay W. Lorsch 教授在 1990 年批评道:“董事们当然不再像 15 或 20 年前那样只是充当经理的马前卒 (pawns),但其依然未能像法律要求他们的那样成为掌权者 (potentate)”^{③6}。

《公司法》强制大多数公司建立集体董事会,并赋予董事会广泛的经营决定权,试图让董事在董事会上独立行使商业判断权,实现民主决策的智囊功能。可是,董事会民主决策功能发挥的好坏,主要取决于董事能否真正民主决策。事实上,在我国公司中,集体董事会基本是一种无效的制度。在封闭性的有限公司,集体决策几乎完全被董事长个人决定所左右,董事会属于可有可无的机构。在公开性的上市公司,此种集体决议无效或无意义的现象也很常见。“长期以来,一把手体制下的中国企业,重大决策实际上是一个人了算。即便不少建立董事会制度效果尚可的国有企业,在很多人看来,董事会制度也仅是帮助一把手避免决策失误的工具。”^{③7} 如果集体董事会不能发挥民主决策的功能,为何要高成本地以“强制性制度”支持这样的机构设置?

因此,《公司法》在公司治理的改进方面要坚持自由和效率原则,可以考虑取消一般企业强制要求设立董事会的规定。现行《公司法》按照企业规模和股东人数多少强制要求设置集体董事会。只有股东人数较少或规模较小的公司,才可豁免设立董事会。一些国企股东人数少(甚至只有一人)但公司规模并不小,若按法律规定必设董事会,可事实上只有董事长一人的决定才有意义。强制要求设立董事会,不仅导致公司决策链条增长,而且徒增公司治理成本。因此,应修改《公司法》相应条款,无论公司类型、规模大小、股东人数多少,都应允许其自行决定是否设立董事会,避免强制设立董事会而导致经营自由受到压抑、管理成本无谓增加的现象。正如保罗·戴维斯所说的那样,如果我们的公司法只是提供了一套机制,其仅对最为基础的方面进行了规定,而在这种情况下,公司所有权与控制权相分离的情形是否会在该机制下繁盛生长?^{③8}

取消强制设立董事会,使股东会在公司治理时更加直接地站在舞台中央、经理层更凸显对经营的控制。当然,这主要表现在股东会对董事长、总经理的直接选聘,以及经理层直接负责经营方面。在现行立法中,董事长、总经理多由董事会选聘,但该种选聘也仅是形式,若无大股东同意,二者不可能获聘。可见,此类改革无非是恢复了选任权和经营权的真实面貌。由董事长、经理层取代董事会进行精英化管理,只是还原了管理真相。由于原来大量董事会行使的职责自动转移到董事长、经理层身上,并未因此增加股东会的特别负担。至于董事长、经理层可能滥权的问题,则可在“代理权下沉”时,进一步强化组织法上对基层代理人的控制等方式,落实责任,予以规制^{③9}。

^{③6} Jay Lorsch & Jack Young, *Pawns or Potentates: the Reality of America's Corporate Boards*, Academy of Management Executive, Vol.4, p.85-87(1990).

^{③7} 陈志军:《求解董事会“一言堂”——“一言堂”现象土壤深厚》,载《董事会》2011年第6期,第28-29页。

^{③8} 参见前注^{②6},保罗·戴维斯书,第48页。

^{③9} 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113-126页。

2. 改革董事会的集体决策权,推进公司内部代理关系扁平化

即便在废除强制实施集体董事会制度之时,仍有必要取消或限制董事会的决策权。对那些自愿设立董事会的企业,要废除董事会表决权的强制安排,将其转为公司自治事项。我国公司经营效率低下,其中很重要的一个原因是经营决策的链条太长,一项经营决策从动议提出,到部门讨论,总经理办公会决策,再到董事会决策,一般至少要经过4-5轮的决策过程。若系子公司的决策,上报到母公司,则更是可能需要经历8-10轮的讨论。这导致公司内部会议极多,决策层次复杂,不仅使决策响应市场的效率不足,而且使决策保密变得困难。尤其在上市公司中,决策效率和决策保密的问题会更为突出。按照法律设计,本来居于决策顶端的董事会是最为重要的决策机构,是对属下各个层级决策进行最终把关的权力中心,但因为制度设计叠床架屋,董事会这一“最终决策机构”基本异化为“形式化决策机构”。

为什么董事会决策形式化?一些观点认为,这可能是董事会不重要的体现,是我国传统家长制文化不重视董事会民主的反映。几千年的集权制文化,使得我国公司仍是重视董事长、总经理之类决策精英,并不重视其他民主化机构。^④尤其是,我国有着很强的“面子观念”“关系文化”特点,在这些隐秘的文化传统、习俗影响下,人都是趋利避害的,人与人之间讲求“和为贵”,很难当面发表不同意见,更勿言投票反对和直接对抗。当赋予所有董事独立表决权,令其对董事长、总经理事前确定的决策表达不同意见时,更无人愿冒得罪董事长、总经理的风险进行“异议”。这也如同古代专制体制之下,谏官等敢于直言的忠臣极少一样。可见,在现行精英体制下,强制赋予董事会成员以决策权,实质上就是赋予董事挑战董事长、总经理的权力,这对于内部董事而言,若无其他特别矛盾,几无可能。

对于董事为何沉默?实务界还提出了另外的看法。这是因为在决策前期,企业对该待决事项已经过多轮讨论,内部董事在董事会上已无必要再次发言,只有未参与公司日常经营的外部董事或独立董事才因首次在董事会上接触到该议案,进而有表达意见之必要。无论董事沉默的原因如何,但“沉默的大多数”毫无疑问使董事会趋于“形式化”,公司法中的相应条文成为具文。

可见,“沉默董事会”或多或少是因为公司内部叠床架屋的决策机制所致,或是因“好人文化”所导致的“不敢挑战董事长、总经理之权威”所致,这样的决策权配置就是“高成本—低效率”的。因此,即便设立董事会,不如取消董事会之强制决策权,让其变成民主评议机构,或仅将否决权赋予外部董事、独立董事可能更好。取消一般董事之强制决策权,也有助于董事会成为民主讨论机构。如此,至少内部董事不用有太大心理负担,发言或异议的积极性可能会因此提高。可见,只要没有强制性的决策功能,让集体董事会成为民主讨论场所,可能就能改变目前此种“董事会集体沉默”的状况,进而能让

^④ 参见前注^③,陈志军文,第28-29页;董轼:《拆掉“一言堂”知易行难》,载《董事会》2011年第6期,第32页。

董事们在会上畅所欲言。因此,在《公司法》修订过程中,如果考虑此种“好人文化”,不强制性地将会董事会设计为决策机构,而以公司自治为原则,引导将其设计为咨询、监督机构,这可能会使公司治理从“追求规范”而人为增加合规负担转向“追求效率”,也就回归了公司治理的本质。当然,当董事会变成咨询场所后,监督机构就要有更大的独立性和刚性(或者可以强化董事会对经理层的监管权),以确保取消董事会后的“扁平化管理”和取消董事会强制决策权后的“咨询化管理”不酿成新的治理危机。

如果不取消强制性的董事会集体决策权,为提升决策的科学性,是否有可能将董事会的职权外包?允许社会设立专门负责运营公司的精英机构来代替董事们进行集体决策?在美国,有支持董事会主权的学者专门讨论董事会外包事宜。早在1991年,斯坦福大学的 Ronald J. Gilson 和哈佛大学的 Reiner Kraakman 两位教授就曾提出过一些类似方案。他们认为需要提高外部董事的专业技能、时间投入和履职激励,因而主张培育一批专业董事,并通过建立一家非营利的中央调配机构(clearinghouse)来调配并监督这些专业董事。^{④①} Stephen M. Bainbridge 和 M. Todd Henderson 于2013年7月提出一种全新的系统的“董事会服务提供机构(Board Service Provider, BSP)”模式,由其提供专门的董事会服务。^{④②} BSP模式的核心内容是,法律应允许公司如同将内部审计职能外包给会计师事务所承担一样,可以将董事会的职能外包给 BSP 承担,让 BSP 充当公司董事会,不论 BSP 是合伙企业、责任有限公司、股份有限公司抑或其他企业。^{④③} 此种 BSP 在地位上,有点类似有限合伙中,担任普通合伙人、负责执行业务的有限合伙企业。如果不废除董事会,是否可以用此种 BSP 模式来改进董事会的科学性呢?当然,这可能涉及公司商业秘密的保护、管理成本等众多因素,也与前几年争论不休的“公司承包经营模式”的合法性密切相关。

3. 改革董事长、总经理并设体制,弱化公司治理的内部派系

另一个抵消公司治理效率的公司法配置是董事长、总经理并设体制。中国文化向有“一山不容二虎”之说。董事长、总经理并设体制直接抵消了公司内部的经营效率。公司治理效率与国家、政治组织治理效率一样,“多头负责”要么导致无人负责,要么导致争权夺利、抵消效率。可见,双层并设体制若运行失当,可能倍增运行成本、诱生治理派系、影响治理效率,公司内部并设董事长、总经理,其对治理效率的负面影响同样如此。

虽然《公司法》规定,公司法定代表人实行选设制,可以由董事长、总经理或执行董

^{④①} See Ronald Gilson & Renier Kraakman, *Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Shareholders*, Stanford Law Review, Vol.4, p.860-906 (1991).

^{④②} See Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, Northwest University Law Review, Vol.119(6), p.547-606 (2002-2003); Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, Harvard Law Review, Vol.119(6), p.1735-1758 (2006).

^{④③} See Stephen Bainbridge & Todd Henderson, *Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards*, Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 646, 2013, at <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html> (Last visited on Feb.24,2021).

事担任,^④但董事长、总经理分设制,在公司内部人为形成了矛盾根源,法定代表人的可选择性,更是导致了代表权不确定、增加社会查询成本等问题。因此,建议在《公司法》修订时,废除董事长、总经理并设体制,在公司内部形成一元化的领导机制,等级权力分明,更有利于形成统一、高效的决策体系,从而顺利实现企业内部纵向一体化的管理秩序。至于滥权问题,可通过内部自治监管和信义义务严苛化得以实现。

(三) 走向有效的公司治理: 监督机制外部化

另一个受到文化影响,与公司治理有效性相关的问题,是公司监督机制的有效性。公司的看门人制度如何有效是世界性难题,也就是通常所谓“代理成本”问题^⑤。现行《公司法》上的监督机制虽然并非“单元结构”(是很复杂的构造),但监督效果并不明显。无论是常设的内部监事会,还是外部董事、独立董事都未能充分发挥其监督职责,未能对公司内部经营决策起到应有效果。Karmel教授在2005年曾指出:“独立董事是公司事务的兼职参与者……无论其多么有才华、努力或聪明,除个别议题外,他们没有时间和基础工作来支持其对经理人的判断作出挑战。”^⑥施天涛教授也指出:“监事会最多只是法律拟制的傀儡而已,虽有其形,不得其神。”^⑦由此产生的问题是,如何设计公司内部监督机制,才能实现治理有效?对此,至少有“内设熟人性监督机制”“外设陌生人监督机制”和“内设陌生人监督机制”等几种选择。

因为惯常流行所谓“熟人文化”“关系文化”的原因,在我国,无论是政府部门还是私人企业,如果将监督权交给熟悉的主体,都很难发挥正常的监督效果。熟人文化和关系文化直接抵消了熟人之间的监督刚性。因此,在公司内部,有效的监督一定是来自外部(陌生人)的监督。这也能解释为何国企实行外派监事会、稽查特派员制度能产生良好的监督效果,而内部常设的监督机构基本形同虚设。外部监督虽然可能成本更高,但无疑是最有效的监督模式。对于这种熟人社会而言,“吃人家的嘴软、拿人家的手短”,唯“不吃不拿”的陌生人才可能对公司进行有效监督。在这样的“圈子文化”中,熟人之间往往不容易发生损害行为,除了“下不了手”以外,还有违法了很难跑掉,因此“兔子不吃窝边草”。当然,熟人之间也不需制定严格的交往规则,或者无法强制执行规则,甚至是可以“软化规则”的。在存在利益关联的情况下,这种熟人文化甚至有“同化陌生人”的力量。这就是为何外派监事可能比内部监事有效;职工董事、监事可能完全无意义;以及为何外部董事比独立董事有意义、监督者的流动性比固化更有效的原因。外部董事是国

^④ 参见《公司法》(2018年修正)第13条。

^⑤ See Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, AM. ECON. REV., Vol. 62, p.777 (1972); Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, J. FIN. ECON., Vol.3, p.305 (1976).

^⑥ Roberta S. Karmel, *Realizing the Dream of William O. Douglas—The Securities and Exchange Commission Takes Charge of Corporate Governance*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol.1, p.79-144(2005).

^⑦ 施天涛:《让监事会的腰杆硬起来——关于强化我国监事会制度功能的随想》,载《中国法律评论》2020年第3期,第138页。

资委委派和付酬,相较在企业内部取酬的独立董事,属于更彻底的“陌生人监督”。

因此,公司法改革欲解决监督有效性的问题,应采取“内设陌生人监督机制”的方式。例如,内设监事会,但其成员外派,以及实行监事、独立董事“职业化”等方式,形成来自公司外部的专门监督力量,甚至将“公司治理监督”变成类似于外部审计那种由第三人实施的陌生人监督机制,才可能从根本上改变目前监督机构软化,外部监督内部化、外部监督临时化等监督治理乏力的现象。

三、重识法人独立:缓和集团内部法人格否认

考量传统集权文化和熟人文化的影响,集团内部公司法人格否认制度还应当予以缓和。公司法人格是一种法律拟制。可是,当下的“法人独立”可能矫枉过正了。美国人生活在根据“人”进行思考的法律体系中,由此造成的后果是,美国公司法的一项重要任务旨在证明诸如公司这般“集合性实体”依循个人自由主义而存在的合法性:每一个法律行为者必须是一个人。这种要求最终产生了将公司按照其自身特点拟制为一个人——法人的结果。在过去几个世纪中,这种法律拟制一直都是诸多法学争论的焦点。^{④⑧}例如,认为“公司人格的基本特征在于,公司是区别于其成员的法人实体。因此,公司才享有不同于其成员的权利,承担不同于其成员的义务。换言之,它拥有‘法律人格’,而且这经常被描述为公司是迥然相异于人类(即自然人)的拟制的人”^{④⑨}。

可是,今天,在对公司人格的性质进行无数次辩论之后,美国公司法似乎已最终放弃了这种形而上的思考。如同一位学者的宽慰之词,我们已经走出了“在过去两千年中……累计的柏拉图式的浓雾”^{④⑩}。美国公司法理论家通过把公司概念化为纯粹的“契约间的联结”,即在股东、管理者、雇员、供应商以及其他人与人之间形成的一套协议——从而把公司彻底“个人化”。^{⑤⑪}我国现代《公司法》虽然也引入了契约信用的因素,但《公司法》现在还在“形成法人独立地位”的阶段。因此,法人格独立在《公司法》中具有不容贬损的“公共政策”的价值。全部公司治理规则的重心以及《公司法》的诸多核心条文都在致力于维护法人格的独立。

(一) 法人独立作为教条的失败

在我国《公司法》中普遍的教条是——法人是有独立地位的民事主体,控制权应当正当行使。^{⑤⑫}法人的独立性,是我国民商事立法的追求目标。我国当代法人独立运动是

^{④⑧} 参见前注②,络德睦书,第65页。

^{④⑨} 前注②⑥,保罗·戴维斯书,第34页。

^{⑤⑩} Bayless Manning, *The Shareholder's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker*, Yale Law Journal, Vol.72(2), p.245 (1962), 转引自前注②,络德睦书,第65页。

^{⑤⑪} 参见前注②,络德睦书,第65页。

^{⑤⑫} 参见甘培忠:《公司控制权的正当行使》,法律出版社2006年版,第61-282页。

从国企改革开始的,旨在解决政企不分导致企业缺乏市场主体地位的问题。因此,从20世纪90年代《全民所有制工业企业转换经营机制条例》(国务院令第103号,1992年7月23日发布)颁布以来,如何将法人打造成为独立的市场主体一直是我国立法者关注的问题。《公司法》基本延续了此种对法人的教条理解,设计了诸多条款试图解决法人不独立问题。例如,该法第20条有关法人人格维持的规定;该法第21条有关控股股东、实际控制人、关联关系的规定等等,无不旨在实现法人与股东之间的分离。在理论上,也多是坚持此种分离主义的观点理解法人的特征。一些文献还明确将股东与公司的分离(所有权与经营权的分离)作为公司法的重要特征。例如,认为:“在法律上,公司是不同的人,它区别于所有的出资人……;而且,尽管公司成立之后的经营行为或许与其成立之前并无二致,且由同样的人担任经理,由同样的人获得利润,公司在法律上并不是出资者的代理人,也不是他们的受托人。同样的,作为成员的出资者除了在公司法规定的方式和范围之外,无须承担任何形式的责任。”^⑤无论理论设想如何精美,法人独立的教条已在很大程度上走向了破产。

现实情况是,法人的独立性根本无法维持。这也是为何法人格否认盛行的重要原因。在企业实践中,忽视法人独立性的现象可能体现在两方面:其一,股东过分控制公司,将公司视为利益输送工具,形成对公司人格的不尊重。^④这在盛行等级制特权的中国极为常见,在中国文化中,控股公司就像高高在上的家长,很难对其子公司平等对待;其二,公司过分利用股东,将股东视为利益输送工具。这在我国上市公司表现比较突出。上市公司存在很多股东向公司输血的现象,股东为支持上市公司发展,经常为上市公司培育项目或输送利益。诸如,实施关联交易输血、以定向增发形式将优质资产注入上市公司等。如同中国的家长们甘愿为孩子做出一切牺牲一样。可见,法人独立性的破产与中国的家族文化密切相关,这意味着现行有关法人独立性的诸多规则,尤其是法人格否认规则在集团企业内部应适当缓和。

(二)缓和法人格否认:回应家族一体化和集团管理的需求

自从理论界提出法人格否认设想,《公司法》第20条第3款开放了法人格否认制度以来,涉及法人格否认的诉讼大大增加。以北大法律信息网为例,援引《公司法》第20条进行裁判涉及的案例和裁判文书有49467篇,其中民事49533篇,行政61篇,执行2263篇。在这些文书中,最高人民法院有292件,北京市有2082件,上海市1448件,山东省3382件,浙江省2532件,广东省7095件,河南省3735件,江苏省3275件,在内蒙古等不发达区域,案件数量也很多。例如,内蒙古1180件,四川省2552件,宁夏自治区357件,新疆自治区366件等等。^⑤虽然这些案件并非全是基于《公司法》第20条第3

^③ 前注②,保罗·戴维斯书,第36页。

^④ 参见赵旭东:《公司治理中的控股股东及其法律规制》,载《法学研究》2020年第4期,第92-108页。

^⑤ 参见北大法律信息网, https://www.pkulaw.com/clink/pfnl/chl/aec0c211a78989e9bdfb/20_0_0_0.html, 2021年3月16日访问。

款而判,也未必全是作出了否定法人格的裁决,但法人格否认扩大化乃不争事实。

再以聚法网为例,涉及案件更多,直接援引《公司法》第20条第3款裁判的文书达到4354件。^{⑤6}从省份来说,广东、河南、江苏、山东、四川位居前五;从审判年份来看,自2006年以来,运用法人格否认技术裁判案件在趋势上呈现逐年增长态势,尤其是2013年后开始出现高峰。在法院层级上,我们看到基层法院更倾向于运用法人格否认技术裁案,基层法院裁判的法人格否认案件占全部该类案件的63.68%,这可能也暗示着该种制度在实践中被滥用了。

实务中法院都会对法人格否认的运用进行严格限制,在普通法中,这种严格甚至到了不可思议的境地。但在我国,如同最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号,简称《九民纪要》)中所说那样,“实践中存在标准把握不严而滥用这一例外制度的现象,同时也存在因法律规定较为原则、抽象,适用难度大,而不善于适用、不敢于适用的现象”^{⑤7}。法人格否认案件繁多,意味着法定的法人格独立性要件并未得到很好贯彻。这可能与集权文化和家族企业传统有关,“传统中国并不存在作为法律个体之公司的观念。大的商社只是家族事务……家族风格一直持续影响着中国的经济组织,甚至在官方废除传统的法律体制之后,仍旧如此。历史上,移植西方公司法进入中国的几次尝试,多数显然没有取得效果。相对而言,家族自身一直持续维持着一种独特的法律地位(类似于它在帝制中国晚期那样),中国人继续利用这种身份来组织他们的商业活动”^{⑤8}。集权文化以及家族企业盛行的家长制作风,导致企业内部股东直接控制现象比较普遍,这也暗示着中国的文化传统可能并不十分适应股东有限责任的生长,股东连带责任可能是更适应中国文化的商事交易责任机制。尽管如此,在法律明确认可法人独立性的同时,此种法人格否认泛化的现象,将导致公司股东面临集体危机,这无异于直接激活股东无限责任。在国外,也有以股东无限责任取代有限责任的激进主张。因此,如果认同法人格独立性,是否有必要考量中国特有的集权文化的影响,在修改公司法时,更为缓和地规范集团内部的法人格之否认?这是公司法改革必须关注的重要问题。

我国的集权和家族文化直接影响到企业的治理体制,控股股东、实际控制人就如同家族中的家长一样,可能对“作为子孙”的企业进行严密控制。同时,企业的家族化,也意味着我国文化中盛行的“关系—权利”结构,在企业资源分配体系中很容易体现。这也能解释为何内部担保、关联交易、内幕交易、操纵市场等都成为我国企业无法回避的“治理魔咒”——无论法律采取多么严密的规制政策,都不能彻底解决此类“近亲交易”问题,这是文化对企业治理的约束。“家族一体化”的另一表现是集团公司内部治理的集权化。在我国公司集团内部,通常都实行“产、供、销、人、财、物”一体化管理,控股公司对子公司的管控极为严格。例如,在亚邦股份公布的控股子公司管理制度中,其对控

⑤6 参见聚法网, <https://www.jufanli.com/search2?TypeKey=1%3A>, 2021年3月17日访问。

⑤7 最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第二部分第(四)项。

⑤8 前注②, 络德睦书, 第64-66页。

股子公司在人事、交易、财务等诸方面都实行严格的归口管理,甚至控股子公司高管备选人员也由公司招聘,这就直接影响到控股子公司的法人独立地位。^⑤此种集团对子公司的管理与家族内部治理极为类似家长对子女的全方位管控。也可能正是因为家族内部的传统治理习惯,企业集团内部才可能存在这样的治理。按照目前的法人格否认标准,此种严格管控很容易导致子公司法人格被否认。可是,若公司集团内部都坚持完全独立的法人格逻辑,相互之间如同陌生人交易、按照市场原则、欠缺友好照顾性合作,则集团化的动因将不再存在。因此,法人格否认如何在公司集团内部予以缓和,法律如何在适当范围内认可企业集团的一体化管理,这是目前《公司法》特别需要解决的问题。过多的法人格否认,对企业的集团化以及集团内部的协同发展无疑都是致命打击,至少这意味着中国文化促成的管制严格的公司集团可能大比例地会遭遇法人格否认的风险。而内部管理一体化,本来是一种有效率的“集团避险”的方式。

有人认为,公司是多方参与者不同利益交汇的平台,引入“利益关系”的概念有利于厘清公司各参与方的利益冲突。公司法需要沿着分配正义与矫正正义、实体正义与程序正义的不同路径,结合利益衡量方法,对不同主体之间的利益关系作出恰如其分的规范。^⑥因此,在我们欢呼法人格否认制度所取得的巨大成就时,更需考量我国公司是否能够承受大规模法人格否认之打击。在公司发展不规范的现阶段,过多的法人格否认对公司制度的顺利引进无异于“自断后路”。因此,应当缓和公司法人格否认的制度安排,限制法人格否认泛化的现象,尤其对公司集团内部的法人格否认更应采取“缓和政策”,承认集团内部强化管理的积极意义。在公司集团内部进行法人格否认时应软化标准,对普遍存在的“归口管理”及“管理一体化”等现象,不宜轻易地视为法人格混同的表现或证据。在企业多元化投资,集团管理普遍失控之情形,公司集团内部流行的“一体化管理”是提升公司治理安全、治理绩效的有效措施,这也是我国盛行的政治集权文化及家族控制权在经济领域的自然演绎,是政治及文化影响规范、规范认可现实的结果。最高人民法院在《九民纪要》等司法解释中,认可集团内部个别无决议担保行为之效力(例如,公司为其直接或者间接控制的公司开展经营活动向债权人提供担保,无需特决议)^⑦,即是对集团内部法人格独立的一种无奈的缓和。

四、简化强制性规则的识别:尊重法律

《公司法》改革中另一个必须解决的问题,就是复杂无比的强制性规范的识别问题。自原《合同法》第52条第5项规定“违反法律行政法规的强制性规定”的合同无效以来,

^⑤ 参见《亚邦股份:控股子公司管理制度》,载中财网, <http://www.cfi.net.cn/p20170808001004.html>, 2020年2月24日访问。

^⑥ 参见梁上上:《论公司正义》,载《现代法学》2017年第1期,第56页。

^⑦ 参见前注^⑤,最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第二部分第(六)项第19条;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号)第8条第1款第3项。

在所谓鼓励交易的价值观的影响下,合同法司法解释对强制性规范进行了管理性和效力性区分^②。但此种区分的标准又是模糊的,导致司法实务中一直无法解决强制性规范效力识别的问题,使得商事交易处于极不确定状态。交易之确定性是商人的最低追求,也是商法致力于实现的法益。普遍存在的交易之不确定性,直接影响到商事交易效率的提升,甚至影响商事交易的顺利开展,导致“交易设计复杂化”或“交易套利”问题严重。

最近几年,争议较多的是有关违反《公司法》第16条的担保行为、担保合同之效力问题。^③一种意见认为,该条属管理性规范,违反并不导致合同无效;另一种意见认为,该条属强制性规范,违反则导致合同无效。还有一些法官试图避开对该条规范性质的理解,从第三人是否善意、是否形成表见代理的角度,考量担保合同的效力,^④《九民纪要》以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》基本坚持了这一立场^⑤。

长期以来,在合同效力认定上,理论界一直存在一种“尊法轻规”的现象。尤其是原《合同法》第52条第5项强行划定可以影响合同效力的规范范围之后,从事民商事审判的法官在所谓“鼓励交易”的导引下,完全忽视规章对合同行为的规范效力,直接抵消了行政规制的效果,也直接背离了普通民众的常识。例如,有人主张:“在合同效力与合同履行相区分的制度平台上,行政审批的法律意义与权利转让合同的效力并非绝对绑定。实现国家管控权利变动的政策目标,存在行政审批与合同效力绑定、行政审批与合同效力区分两条进路。相较于二者绑定的现实选择,依循二者区分的进路,行政审批的法律意义仅在于控制相关合同的履行,由此权利转让合同即使未获审批,亦为有效合同。这便于助推合同机制的运作,相符于比例原则,且有利于合理分配因权利转让合同而产生之风险与负担,防范当事方的机会主义行为,为立法论层面的应然选择。在解释论层面,亦应厘清合同效力的长成逻辑,并采用目的论限缩的解释方法,尽量对现行立法做出权利转让合同效力与行政审批无涉的解释结论。”^⑥这种观点主张对法律、行政法规及行政规章的合同效力采取区别对待的双分法规则,看似分析精细,但与我国普通民众的常识认知相悖。遗憾的是,《九民纪要》继续在此路径上渐行渐远,认为违反规章一般情况下不影响合同效力,唯该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的,才应认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时,要在考察规

② 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2009〕5号,现已失效)第14条;最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第15、16条。

③ 参见钱玉林:《寻找公司担保的裁判规范》,载《法学》2013年第3期;高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013年第2期;罗培新:《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,载《中外法学》2012年第6期。

④ 参见周伦军:《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,载《法律适用》2014年第8期,第2-9页。

⑤ 参见前注⑦,最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第17、18条;前注⑥,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第7条第3款。

⑥ 蔡立东:《行政审批与权利转让合同的效力》,载《中国法学》2013年第1期,第60页。

范对象基础上,兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量,并在裁判文书中进行充分说理。^{⑥7}此种“充分说理”,无异于一次“重新立法”。我国长期盛行的集权文化向有“官方禁止、即不可为”的习俗理解,若违反行政规章不影响交易行为的效力,只影响行政处罚的有无、只阻碍合同的履行,那么鉴于行政处罚中普遍存在的选择性执法问题,且合同是否履行并未完全如物权变动一样有直观的控制方式,则很容易导致违章行为无法得到矫正,规范秩序不能得以确保。因此,所谓“管理性—效力性”强制规范类别的区分,完全不合大众目前的文化认知,实为司法裁判中的“神经规则”。按此规则,任何一部新法出台,均需斟酌、识别其中何种强制性规范为效力性强制,何种强制性规范为非效力性强制。这不仅导致裁判尺度不一,而且导致司法效率低下、法律尊严严重受损。遗憾的是,《民法典》实质继受了此种模糊立场,^{⑥8}依然会不断引发争议。

我国历史上曾经存在“简明法律”的好时代。例如,汉代司马迁的《史记·高祖本纪》记载刘邦曾“与父老约,法三章耳;杀人者死,伤人及盗抵罪”。这是指公元前208年,汉高祖刘邦率大军攻入关中,得咸阳后,为得民心所宣布的律令。刘邦之所以如此遂得天下,建立西汉王朝,皆因此前秦朝严刑苛法,百姓深感疾苦。因此,其约法三章直接改善了百姓的法律待遇,遂得民众支持。今日天下,同样如此,法规繁密、深不可测、解释困难,直接影响到商事交易行为的确定性。故应对强制性规范的识别采取简化立场,“简化其类型区分”,“以违反即无效/不生效”取代“违反可能无效或生效”的裁判理路。这可能是交易成本最小、尊重法律最多的方式,也是更符合民众“简化规则”的文化心理。可见,商事公司法有必要直接建立“违反即无效/不生效”的规范立场。此种规范立场不是说要改变公司法的私法品格,让其全部变成“公共性规范”,不是说公司法要以强制性规范为主,而是说一旦立法者在公司法中设定了强制性规范,就应当支持其对交易行为效力的影响,以此区分立法者与司法者的角色,维持二者活动空间的差异,进而形成行政规制与法院规制的合力。这样的原则不仅适用于《公司法》,也适用于其他法律。如此,则不仅体现出对法律的尊重,更体现出对立法者的尊重,避免“积极主义”的法官忘记了作为裁判者的角色、任务和工作方法,处处乐于越权充当立法者的角色。

结 语

公司法改革一直被视为“技术活”,参考发达国家的公司法文本进行“移植手术”,是我们变革公司法的主要方式。可是,现实生活反馈的信息是,再好的公司治理准则和法律规范,在不同国家、地区都有不同的表现。由此衍生出这样的问题:到底是什么在决

^{⑥7} 参见前注^{⑤7},最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31条。

^{⑥8} 例如,《民法典》第153规定:“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效”。

定公司法的发展方向?主流的观点认为,是经济需求决定了公司法的发展。不可否认,经济需求是公司法改革的重要推力,但如果我们只看到经济与法律发展的关系,就不能准确把握公司法背后制约其发展的其他因素。

如同亨利·梅因所说的那样:“东方人实际上所依附之物,便是其当地的习惯。”^{⑥9}基于中国文化的特殊性,甚至有人主张“有必要将儒家亲属法重新解读为一种公司法”^{⑦0}。如果我们的《公司法》改革,只是通过学习全球规则,增加企业交易成本,却未真正改变或改善公司治理,我们为何需要这样的改革?同样的公司法规则之所以会在全球有不同的表现,是因为文化存在地域差异。Hannerz 指出文化具有复杂性,即文化是不断进化、相互影响和变化的;它是野性的、复杂和转换的、在同一时期是充满问题和不平衡的。^{⑦1}因此,文化作为地方性知识仍会直接影响公司法的实质边界。正是中国传统文化习俗影响了公司法的最后表现,尤其在公司的信用基础、公司治理以及公司法人独立地位等核心区域,中国文化对公司法的影响更为直接。这甚至形成了公司法的东方面孔,这种面孔是多元的,它是儒家文化传统中的家长制、等级制、关系一面子、熟人交易等文化语言共同缔造的。

文化对《公司法》规范设计的影响是多方面的。首先,我国《公司法》的规范设计长期将公司的信用基础固化在公司资本、资产或合约上。熟人交易模式表明,一些交易之所以发生,交易主体并不特别看重对方的财产信用或合同信用,二者之间甚至没有合同,但交易能照常进行和维持,这是我国特有的人格信用文化所决定的,人格信用才是维系公司信用的基础。因此,《公司法》的规范构造应从关注物的信用、合同信用转向关注人格信用。公司人格信用首先来自股东信用,法律应当关注股东信用的公示。其次,我国法律一直致力于建立“规范的公司治理”,可“规范的公司治理”并未提升公司治理绩效,进而实现“有效的公司治理”,这意味着我们努力追求形成的“规范的公司治理”可能只是徒增了企业成本。公司治理是精英的事业,集权文化、家长制、等级制等文化元素都暗示着有效的公司治理可能不是董事会“集体会议制”,而是董事长、总经理“个人决定制”。因此,可以考虑取消强制设立集体董事会的规定,将是否设立集体董事会作为公司自由决定的事项。同时,虑及面子文化的影响,在设立董事会的公司,也可考虑适当减缩甚至取消董事会的决策权,将其变成民主讨论的场所。再次,虽然法人格独立是公司法致力实现的目标,但法人格不独立是现实生活的常态,不加区分地推行法人格否认标准,将面临股东无限责任危机,最终也将消亡法人制度。虑及集权文化和家族企业传统,关系企业内部相互支持现象普遍,集团一体化管理也是常态,故应缓和企业集团内部过于泛化的法人格否认政策。最后,我国《公司法》还应简化强制性规范的效力识别规

⑥9 Henry Sumner Maine, *Village-Communities in the East and West*, 2nd ed. J. Murray, 1872, p.39. 转引自前注②, 络德睦书, 第89页。

⑦0 前注②, 络德睦书, 第100页。

⑦1 See Hannerz, U, *Culture Complexity*, Columbia University Press, 1992.

则,以“违反即无效/不生效”取代“违反可能无效/生效”的裁判理路,这可能是交易成本最小、尊重法律最多的方式,也更符合民众“简化规则”的文化心理。

在全球化背景下,当我们热衷于法律移植时,移植的法律可能会产生“移植休克”的风险。在某一法域运作良好的法律,可能在历史、政治或文化背景不同的另一法域不具有相同效力甚至可能被拒绝。凡此种种,都是因为文化决定了法律的发展道路,文化也决定了我国公司法迄今为止的表现。如果认可文化对公司法改革的拘束,我们就应当相信公司法不只有一种西方的进化模式,也可能还存在另一种“东方主义的姿态”。

Abstract: Although the economy is the driving force of legal development, culture may be the ultimate determinant of the actual performance and boundary of the company law. The influence of Chinese culture on company law is multifaceted: firstly, the acquaintance trading model shows that the company law should transfer attention to personality credit and publicity of shareholder's credit from the capital/asset credit and contract credit. Secondly, the authoritarian culture, patriarchal system and hierarchy advocated by the Confucian tradition imply that the effective corporate governance suitable for China is not a 'collective meeting, resolution system', but a 'fine decision system'. The consideration could be given to abolishing the mandatory establishment of a collective board of directors. Meanwhile, by considering 'face culture', decreasing or abolishing the decision-making power of the board and turning it into a forum for democratic discussion could be a way out. Thirdly, 'the generalization of disregard of legal personality' may arouse the crisis of shareholder's unlimited liability and cause the legal person system to die. Therefore, in consideration of the family business tradition, the mutual support among the related companies conforms to the transaction rationality. The practice of disregarding the legal personality within the enterprise group should be eased. Finally, the company law should also simplify the legal effect identification criterion towards mandatory rules, replacing the 'violation may be invalid' with the 'violation is invalid'. This may be the way with minimum transaction costs and the most respect to the law, and is more in line with the psychological needs of the Chinese people to 'simplify the rules'.

(责任编辑:王莉萍)