



中国公司理论的演变和制度变革方向

邓 峰^{*}

目 次

- 一、制度和规则背后的理论演化
- 二、财产、合同与实体的婆娑魅影
- 三、实践变迁和不对称的理论回应
- 四、理论自觉下公司法修订的模式选择
- 五、结论

摘 要 规则、标准形成制度，而具体制度的采纳则有赖于法律理论，以及更为深层的正义观念。公司法也不例外。从理论视角进行考察，中国公司法 40 多年的演进历史表现出从合同到财产，再到合同、财产、实体三元冲突的不同阶段。不同的理论实际上在“公司是什么”的实证性命题和“如何是好的公司法”的规范性命题中形成分野，在中国现行法之中呈现出共时、层叠、积淀的存在。中国《公司法》的修订应当面对这种理论分歧并承认冲突的存在，提供更加充分的规则，允许公司自行选择公司治理模式，回应现实的复杂和多元需求的挑战。

关键词 公司法 公司治理 公司理论 比较法 公司立法

“理性/理由 (reason) 应当被用于发展经验，当理性/理由提出新的东西，以满足于新的人类欲望的推动时候，它应当被经验所检验和发展。”⁽¹⁾

——罗斯科·庞德

改革开放之后的中国公司法存在着明显的路径依赖，⁽²⁾ 一方面依赖于改革路径，一方面依赖于公司法学的知识产生和共识形成。其起源是 1979 年面向外资公司的《中外合资经营企业

^{*} 北京大学法学院教授，法学博士。

感谢北京大学法学院硕士研究生李舒豪的文字校对和编辑。

(1) Roscoe Pound, *Comparative Law and History as Bases for Chinese Law*, 61 Harvard Law Review 749, 751 (1948).

(2) 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。

法》；而面向国内公司，1988 年的两个公司条例是一个尝试，1993 年《公司法》致力于服务国有企业改革，后于 2005 年进行了中等水平的修订，并且最高人民法院也在十余年之间制定了五个司法解释，以满足不断扩张的公司实践。中国公司法的进化，和其他的司法辖区相同的是，都是立法驱动的，即通过法律规则的不断改进，形成对公司治理和商业行为的调整。

但是和最早探索公司制度、治理和模式的司法辖区不同，在这个过程中，中国公司法学的知识供给上更多依赖于规则层面的比较和借鉴。伴随着中国不断扩展的公司实践以及所需要面对的制度回应，快速演化的过程中存在着不同规则、制度背后的理论身影。这种公司理论的变化，某种程度上是潜移默化的。这可以从不同的群体视角（立法者、学者和公司实践者、司法者等）的主张来进行考察，但本文将经过了“过程民主”的规则制定的实证法以及相应提炼后的裁判规则作为一个分析的对象。中国公司的理论演化，可以提炼为“集合财产”——“不完全合同”——“实体”的“层叠”的竞争、相互侵蚀和共存的过程。

中国公司法，已经从分散的部分规则形成了系统性制度，从服从于国有企业改革的目标到逐步变成了适用于所有主体的一般治理规则，并且对诸如民办学校、医院等以股权为基础的非营利组织在实际司法裁判中产生参考意义。可以说，一种当代中国版本的模式已经初现雏形。而在规则的形成和解释、在解决具体实践问题的不断拷问中，折射着“理论—范式”的公司本质问题的偏移。

一、制度和规则背后的理论演化

过往 40 多年的中国改革，有不同的定义方式，但市场主体的类型扩展、数量增加和公司治理不断格式化是制度变迁的核心，甚至取得了“增量改革”的称呼，即新类型企业的增长；与之对应，也可以用“存量”的数量变化和治理模式的调整来刻画中国改革，将其称为“国企改革”也是成立的。无论是从增量还是存量角度，公司都构成了新增市场主体类型的主要部分，也就意味着公司法在其中所扮演的重要角色。这种情况也并非中国所特有，历史上公司法规则的主要创新国家，都存在着这种公司法和经济增长之间的关系。^{〔3〕} 当代也不例外，比如 20 世纪 80 年代以来美国的 LLC 等公司类型的暴增和美国资本市场扩张有紧密的联系。^{〔4〕} 这种法律和资本市场的关系也得到了经济学家们的支持，^{〔5〕} 并以此为核心形成了世界银行的营商环境（doing business）评价体系。因此，市场化过程可以被理解为两个相互支撑的方面：以交易为中心的市场范围和深度的扩展，和市场主体及其相应治理规则的演化。公司法的改革和变化居于这种市场化进程的核心。

〔3〕 See James Willard Hurst, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States: 1780 – 1970*, University Press of Virginia, 1970, pp. 18 – 20.

〔4〕 美国的“有限责任公司”（广义上来说，包括了 LLC、LLP、LLLP）的扩张也是和监管竞争、全球化以及美国资本市场的持续扩张是联系在一起的。例如 Larry E. Ribstein, *The Rise of the Uncorporation*, Oxford University Press, 2010, pp. 200 – 201.

〔5〕 See Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes & Andrei Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 *Journal of Economic Literature* 285, 285 – 332 (2008).



立法是公司法演进的主要推动力。⁽⁶⁾ 在局部制度之中,比如诚信义务 (fiduciary duty) 的判断,可能判例法的作用更为突出一些,⁽⁷⁾ 但公司的支柱性规则必然是经由政治过程进而体现为立法才能实现。今天的公司法模式的确立,尽管有沿袭传统的因素,但也仍然需要革命性的主张。⁽⁸⁾ 中国现行公司法来自于立法机关的推动也是毋庸置疑的,包括 1979 年的《中外合资经营企业法》作为伊始,1987 年《民法通则》所确立的法人资格和有限责任,1993 年《公司法》以及 2005 年的修订,都阶段性地推动了市场主体的扩张和经济快速增长。

中国的现行公司法和其他主要立法的早期阶段一样,处于比较法借鉴的阶段,并且更局限于比较法律规则分析。在当代中国的改革路径之下,知识学习和制度规则的进步都带有明显的渐进过程,制度变迁之中更带有“边干边学”“试错”的特点。这也意味着法律规则的变化带有两个特点:首先,制度和规则带有“就手”(ad hoc)的特点,褒义使用的话是随时调整 and 变化,贬义使用的话则是“头疼医头,脚疼医脚”;其次,比较、借鉴甚至复制构成了来源。

上述进程,按照一般的理论框架对制度转轨的解释,特定制度的选择可以从利益、制度以及理想观念⁽⁹⁾的不同视角分析。从这个视角出发,公司法学界对制度理论的研究是极其不足的,这当然和研究方法相关。利益和制度而非理念可能扮演了更为主要的角色。公司法的立法、司法规则不断回应现实需求,随着整体制度的转轨、信息收集能力的提高而进行调整和变化,增强了对利益诉求的回应,“放权让利”增强了制度的冲突而推动了制度的理性化,但是在理念、观念和理论上建树较少。中国的公司法学更多服从了特定时期的反馈需要,不是一种系统性的思考和理论推动的过程,因此也忽略了公司理论在制度转轨之中的重要性。

而公司法在历史上的每一次重大进步,实际上和公司理论是紧密相关的,这当然和在立法者制定规则的过程中,公共辩论、专家立法等扮演更为主导的作用有关。理论未必会提炼到一个标志形象⁽¹⁰⁾(比如“利维坦”“公民社会”)的水平,但一个可以有效改变社会的制度,在确立的进程中,需要满足“是什么”“是否是有益的”(实证性命题, positive)和“应当是什么”(规范性命题, normative)的追问,至于“规则如何理解或应用”则更多是一个解释问题。“法律理论区别于法律规则之处,在于法律诸理论设定了对世界的实证性或描述性的论断,即关于公司是什么的论断。规范的意义是从实证论断之后展开的。”⁽¹¹⁾“当一个人作出一个规范性主张,意欲说明特定理论能够或不能正当化特定的法律规则或社会实践时,其实是如何解释如公

(6) See Katharina Pistor et al., *Evolution of Corporate Law and the Transplant Effect: Lessons from Six Countries*, 18 The World Bank Research Observer 89, 89–112 (2003).

(7) See E. Norman Veasey & Christine T. Di Guglielmo, *What Happened in Delaware Corporate Law and Governance From 1992–2004? A Retrospective on Some Key Developments*, 153 University of Pennsylvania Law Review 1399, 1411 (2005).

(8) See Pauline Maier, *The Revolutionary Origins of the American Corporation*, 50 The William and Mary Quarterly 51, 51–84 (1993).

(9) See Robert C. Lieberman, *Ideas, Institutions, and Political Order: Explaining Political Change*, 96 The American Political Science Review 697, 697–712 (2002).

(10) See Mark M. Hager, *Bodies Politic: The Progressive History of Organizational “Real Entity” Theory*, 50 University of Pittsburgh Law Review 575, 576 (1989).

(11) David Millon, *Theories of the Corporation*, 1990 Duke Law Journal 201, 241 (1990).

司诸理论之类的法律理论问题。”⁽¹²⁾ 近代准则制下的公司法，事后有不同的提炼和总结，但每一次重大制度变化，都伴随着理论变化，就体现为“公司是什么”的追问。从 19 世纪上半叶受制于公司更多提供公共产品的特性，符合布莱克斯通、萨维尼事后解释的“拟制/特许”理论，到 19 世纪下半叶到 20 世纪初期，按照 Hager 的总结，催生了第一个系统出现的，基尔克和梅特兰所提出的“自然实体理论”（entity），以及 20 世纪 30 年代随着公司多元化和社会化，推动了“实体理论”、伯勒—都德“公司公民理论”（corporate citizenship）的影响扩大，并产生了反对面“加总理论”（否认论、合同连接体等经济理论）。代表性的立法文件也是，从 19 世纪早期的纽约公司法，到 19 世纪末期的新泽西公司法，到 20 世纪初期堪萨斯的蓝天法，到 20 世纪 30 年代的伯勒等人起草的标准公司法，⁽¹³⁾ 再到艾森伯格等人起草的修订标准公司法，“公司是什么”的实证性理论和“如何是更好的公司法”的规范性理论均构成了主要动力。立法者在对社会制度的设计之中，回应民意，有所作为地追求对经济增长的主动推动，通过实证性命题的追问，去改革相应的不断放松规制的公司法。立法以改革，在美国 50 个州的竞争下，⁽¹⁴⁾ 更加充满动力。与之相应的，则是法律理论通过研究和明确主张，作为对立法底层知识供给的来源。

相比之下，中国公司法的历史较短，对理论性命题的探索和追问，更多是借鉴性的，并且由于知识引入的特定历史阶段的局限性，在“公司是什么”和“什么是更好的公司法”问题上，并没有引发学界的激烈争论和更多深入的挖掘。当然也有一些理论争议，在 1993 年《公司法》通过之后，争论最为持续、多元的代表性命题，是围绕着“法人财产权”而展开的，民法学者的“集合财产”观念也由此得到了凝固。⁽¹⁵⁾ 之后在 21 世纪初期，伴随着制度经济学在特定时期的引入，出现了“不完全合同”理论的介绍和展开，⁽¹⁶⁾ 近年来也有学者在介绍公司的宪政理论，⁽¹⁷⁾ 但这些更多是停留在介绍层面。中国的转轨制度进程特色决定了，纯粹的理论研究尚未取得对规则的统率和指导，更不用说可以在公司法修订的时候，以理论共识去系统性地约束规范选择了。

当然，法律制度的实际运动并不会完全受制于理论。从立法到具体的司法实践，不同法律理论、观念和主张，也会存在着不断的浸润、侵蚀和沉淀，借用顾颉刚的名言来形容的话，可能是“层累”的存在。即便是高度系统化的规则体系，站在司法者的立场上也会不同，比如 Allen 教授（前特拉华州最高法院法官）在其名篇之中强调了美国现有规则中财产与实体的对立，甚至称之为“精神分裂症”。这种分裂也是公司概念的理解不同，“法律规则是外在那里的，由我们普通法法律文化共享的解释而构成，它们同时在此文化中通过解释而不断重新创造。如

(12) 同上注，第 245 页。

(13) See Harwell Wells, *The Modernization of Corporation Law, 1920 - 1940*, 11 University of Pennsylvania Journal of Business Law 573, 595 (2009).

(14) See Roberta Romano, *The Genius of American Corporate Law*, The AEI Press, 1993, pp. 45 - 48.

(15) 关于法人财产权争论的较早归纳，参见史际春《国有企业法论》，中国法制出版社 1997 年版，第 188 - 220 页。

(16) 比较有代表性的，参见汤欣《论公司法的性格——强行法抑或任意法？》，载《中国法学》2001 年第 1 期；罗培新《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》，载《法学研究》2004 年第 2 期；等等。

(17) 参见邓峰《董事会制度的起源、演进与中国的学习》，载《中国社会科学》2011 年第 1 期，第 164 - 176 页；[澳] 斯蒂芬·波特姆利《公司宪治论：重新审视公司治理》，李建伟译，法律出版社 2019 年版。



果我们不尝试去将法律放在其丰富的历史和社会文本中，我们就无法起步去理解法律的进程。公司概念的进化可以帮助我们看到这些”。⁽¹⁸⁾ 这也表明，具体规则本身会归属于不同的理论、规则、制度之间的不协调。

从关注规则本身，到关注背后的理论，研究焦点的转换本身也是比较法研究的内在逻辑和需要。随着国际比较法学界对法律的认识深入，更加侧重于法律作为一个有目标的社会过程。从这个角度，比较法经历了从注重法律功能的“作为规则的法律”，进而到关注整体法律的“作为系统的法律”，以及作为一个有目标的社会进程的“作为文化的法律”的进程。⁽¹⁹⁾ 这其中法律理论才能贯穿立法、判例和习惯，并决定着法律秩序和方法。这也意味着中国公司法在比较方法上也需要升级。

二、财产、合同与实体的婆娑魅影

中国公司法在“拿来主义”的方式下，不断地、分散地、分部门地通过借鉴和学习引入了具体的解决方案和规则。这些对策研究、立法建议、司法解决方案中，不可避免地包含着不同的乃至冲突的公司理论。公司理论的核心是“公司是什么”，衍生的命题是“如何是更好的公司法”或者“应当有什么制度”。回顾一下，中国公司法经历了“合同 + 法人”——“集合财产”——“财产、合同、实体”并存的三个阶段。

(一) 第一阶段：合同 + 法人

1979 年的《中外合资经营企业法》作为公司制度的起点，影响巨大。作为一个对外改革开放的重要机制，实际上是将合资、合营的联营方式作为公司的原型。合资企业事实上属于股权式联营，而合作企业则更为放松，属于合同型联营。其中《中外合资经营企业法实施条例》（中华人民共和国国务院令 709 号，已失效）第 10 条规定是最为典型的表述，合同构成了这类公司的基础，章程受制于合同。在当时设立的外商投资审查制度之下，合资公司的所有公司重大行为都必须以“合同 + 审批”的方式进行，类似于美国 19 世纪早期的“特许 + 合同”模式。大多数中外合资合同，遵循合同的原则审理，可以约定管辖（实践中以中国国际经济贸易仲裁委员会和香港仲裁中心为多数，其中在 20 世纪 80—90 年代的中国国际经济贸易仲裁委员会的案件近一半是合营、合作企业的股东间纠纷，并以出资违约为主）。1998 年统一的《合同法》，将合资、合营合同列入其中，形成了上位法。之后在 2010 年 5 月 17 日《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（法释〔2010〕9 号，已被修改）中，就股东间关系进行了全面规定，共计 24 个条文，均属于对合同的效力、性质等方面的规定，对章程只字未提。起源于合同的特性给中国公司法带来了非常强的起点依赖，股东间协议常常替代公司章程，⁽²⁰⁾ 成为公司治理、权力分配，乃至公司存续等的依据，并且会造成极其复杂的冲

(18) William T. Allen, *Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation*, 14 Cardozo Law Review 261, 261–280 (1992).

(19) See Mark Van Hoecke & Mark Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, 47 The International and Comparative Law Quarterly 495, 495–536 (1998).

(20) 参见陈群峰《认真对待公司法：基于股东间协议的司法实践的考察》，载《中外法学》2013 年第 4 期，第 831–846 页。

突。联营与公司不分的思维习惯，制约了有限公司的实践，造成了章程、程式、公司独立性不足等方面的问题。

这也极大地影响到 20 世纪 80 年代的公司实践：第一，公司是和股东，尤其是非公有制的主体（私人或者非公部门）多元化的理解联系在一起的，乡镇企业、城镇集体所有制企业等，均会采用公司的名称。这也表现为之后的“股份制”就等同于公司制。合同式公司也成为社会焦点，诸如“皮包公司”“官倒公司”，以及禁止干股的规定等是当时的典型例子。第二，认缴资本制以股东间合同关系的方式确立下来，并影响至今。第三，公司内的权力分配带有联合、均等化的特点，形成了董事席位瓜分或派出机制——但反而带有初步的董事会中心特点（1979 年《中外合资经营企业法》第 6 条）。第四，在外商投资审查机制下，有限责任保护和当时的内资企业并无类似制度相比，成了一种特许的对价，以有限责任作为特权（privilege）换取“公共利益”，这和美国建国早期马歇尔对公司的论述是一致的。⁽²¹⁾ 第五，注重公司作为招商引资的手段，将公司作为塑造和发展市场的工具，而忽略公司和股东的退出成本和机制设计，制约至今。

之后，1987 年《民法通则》的确立，也在某种程度上是一种将作为特权保护的有限责任平等化的机制。值得注意的是，在此之前，中国学术界对法人本质的讨论，主要是集中在刑法学界，民法学界对公司本质的探讨，从来是沿用 30 年代梅仲协先生的总结，⁽²²⁾ 除了梁慧星教授的法人所有权主张之外，⁽²³⁾ 均属于普及文章。《民法通则》的法人制度，直接赋予了国有企业法人主体资格和有限责任的保护，从而避免了采用苏联模式——对国际上不断涌现的产品出口引发的侵权诉讼，只能使用绝对国家豁免的原则来避免法律责任的承担。⁽²⁴⁾ 这形成了两个特点：第一，通过法人使得国有企业获得有限责任的保护，形成了民法的法人理论对法人和有限责任的绑定。内资企业的有限责任更多与法人联系在一起，而不是公司，这直接体现在“法人治理结构”概念的出现。⁽²⁵⁾ 第二，和国有企业采用的一长制、单位制度等制度相吻合，以及东亚国家在引入公司法的特定时期实际上采用的是“荷兰东印度公司”的模式，法定代表人⁽²⁶⁾ 而不是公司的集体决策机制，对公司权力的行使扮演着更为重要的角色。

（二）第二阶段：财产理论的主导时期

内资公司，或者说现行公司法的母板，其立法进程是和股份制的提出和确立联系在一

(21) See Brandon L. Garrett, *The Constitutional Standing of Corporations*, 163 University of Pennsylvania Law Review 95, 127 (2014).

(22) 参见邓峰《论公司的出资形式和出资监管》，载《安徽大学法律评论》2002 年第 2 卷第 1 期，安徽大学出版社 2002 年版，第 187—200 页。

(23) 参见梁慧星《论企业法人与企业法人所有权》，载《法学研究》1981 年第 1 期，第 26—31 页。

(24) See J. A. Sgro, *China's Stance on Sovereign Immunity: A Critical Perspective on Jackson v. People's Republic of China*, 22 Columbia Journal of Transnational Law 101, 127 (1983). 同时参见宋彪《论国家对国有企业的责任——“恒裕”轮南非德班被扣案的法理分析》，载史际春主编《经济法学评论》第一卷，中国法制出版社 2000 年版，第 260 页。

(25) 参见吴敬琏等《大中型国有企业改革：建立现代企业制度》，天津人民出版社 1993 年版，第 188 页。

(26) 参见方流芳《国企法定代表人的法律地位、权力和利益冲突》，载《比较法研究》1999 年第 21 期，第 419—428 页。



起的，⁽²⁷⁾ 这当然存在着众多意识形态的争论，⁽²⁸⁾ 它们也是和国有企业改革联系在一起的。这导致了针对内资公司的正式制度形成中，公司被等同于多元股东及其权利确认和实现，股权也与中国式资本市场的形成联系在一起。最典型的是，从 1992 年国家体改委的《有限责任公司规范意见》和《股份有限公司规范意见》（体改生〔1992〕31 号，均已失效）开始，“有限责任公司是指由两个以上股东共同出资，每个股东以其所认缴的出资额对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的企业法人”，“股份有限公司是指注册资本由等额股份构成并通过发行股票（或股权证）筹集资本，股东以其所认购股份对公司承担有限责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人”，而少见其他的立法例对公司采用明确的定义，并延续至今。

值得注意的是，《股份有限公司规范意见》中使用了出资和发行两个行为的表述，但发行在一年之后的《公司法》中被删除，变成了“其全部资本分为等额股份”，不再是“认购”而是“所持”。这可能是因为将两个规范意见统一为一个文件时一致化的需要，但更可能是对发行的高度警惕。仅仅用股东贡献出资一个概念，缺乏相对应的公司发行股份给股东的概念，是法国法系的典型特点。缺乏发行概念，破坏了发起（全体股东）设立和募集（部分股东）设立的划分，导致有限公司不使用发起设立而变成了股东间关系，不是设立作为主体的公司而是公司财产的聚合过程。这甚至制约到正式规则的表述，比如“股权所在地是指股权所在公司的住所地”，⁽²⁹⁾ 其实更准确的表达应为“发行（或者登记）股权所在公司的住所地”。刻意避免对非上市公司采用发行的表述，将发行等同于证券市场公开发行，强化了公司的客体属性。

两个更基础的理论来源合并成为主导中国公司法的集合财产观念：尽管有所修饰，但维涅吉科托夫在解释国营企业时提出的“经营管理权”理论，在《民法通则》之后与法人理论相结合，形成了“授权经营”的框架，⁽³⁰⁾ 尽管授权的大小和范围是存在争议的，但仍然是一种在前苏联理论和大陆法系法人框架下的努力。⁽³¹⁾ 而在法人框架下，19 世纪在美国形成的斯托里（Story）大法官所提出的“信托财产”和“集合财产”理论，与中国在 1838 年以来继受的“群商贮本钱做生意”⁽³²⁾ 的底层认识相结合。来自于国有企业改革和法人观念的结合，体现在 1993 年公司法的独特条文，第四条关于“法人财产权”的规定，学界在物权的理论框架下产生了长达数十年的争论。

用集合财产解释公司成为 1993 年之后公司法的坚硬内核：①用股东包括其出资和有限责任公司去界定公司。②采用了股份制中对“现代企业制度”的描述和区分，将公司作为企业法人的一种具体表现形式，即以有限责任和股东人数作为划分标准，将独资、合伙和公司三分，形成了

(27) 参见厉以宁：《所有制改革和股份企业的管理》，载《中国经济体制改革》1986 年第 12 期，第 25 - 28 页。

(28) 参见北京大学经济研究所报导组：《坚持、改善和发展社会主义公有制——北京大学“关于国营大中型企业所有制改革理论研讨会”纪实》，载《经济科学》1989 年第 6 期，第 78 - 79 页。

(29) 《最高人民法院关于人民法院强制执行股权若干问题的规定》（法释〔2021〕20 号）第 3 条。

(30) 参见佟柔、史际春：《我国全民所有制“两权分离”的财产权结构》，载《中国社会科学》1990 年第 3 期，第 159 - 174 页。

(31) 参见王利明：《国家所有权研究》，中国人民大学出版社 1991 年版。

(32) 同前注〔17〕，邓峰文，第 164 - 176 页。

和任何国家都不同的最狭小的公司外延。③与外资公司采用分期缴纳不同，内资公司采用了严格的法定资本制，甚至 1994 年《最高人民法院关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》（法复〔1994〕4 号，已失效）中将出资是否满足法定标准作为是否可以享有有限责任保护的标准，并由此衍生了一系列问题。^{〔33〕}由此，刺破公司面纱也变成了法人人格否认。④对转投资、公司分配盈余等公司行为的限制也是基于注册资本的。⑤公司合并、分立（这两种其实大多数并不降低股东享有的股权和面值），与注册资本变动采用相同的规则。⑥之后的 2005 年《公司法》中被迫确立的一人公司（国家、法人和外商的一人公司早就存在）直接采用财产标准而非公司独立性标准进行判断。⑦最极端的财产理论应用是最高人民法院在 2003 年《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2003〕1 号，已被修改）创造了“债随物走”的规则，并备受争议。^{〔34〕}而采用财产理论的最高峰，则是“公司法司法解释三”（法释〔2014〕2 号，已被修改），在该规定之中，许多规则比如未经登记转让、一股二卖都明确规定直接参照适用《物权法》，仅仅在公司作为主体地位上确立了公司对股东未出资股权的裁减，以及实际出资人未经股东会确认并不能享有集体性权利。其他的各项制度，尤其是债权人可以对股东出资瑕疵、抽逃出资等方面的直接请求的权利，都是参照集合财产理论所得到的规则。^{〔35〕}

与这一阶段相呼应的，国有企业改革进程中的“国有资产流失”主张声调变大。原本积极推进公司制的国有资产管理局升级为国资委之后，趋向保守，不断强调“资产保值增值”，并深度介入，对公司行为的审批大幅度增加。对公司资产的行政监管越来越强，不仅公司重大资产和国有股权转让采用评估和竞价模式，到 2016 年后，甚至以增资方式进行股权多元化（混改的本意），也要受到与资产转让相同的监管。^{〔36〕}国企改革进程的一波三折，强化了“集合财产”的观念，并实际上割裂了公有和非公有的公司资产、股权的交易规则，而这原本是国有企业改革的战略性目标之一。

（三）第三阶段：合同、实体对财产的冲击

财产理论在 2005 年《公司法》修订过程中得到了一定的抑制，之后对公司法规则的绝对统治力不断下降。这首先是设立“集合财产”的门槛大幅度降低，对“增量改革”、创业等政策目标的追求，并伴随着放松规制与全球化的进程，法律不断大幅度降低了对注册资本的要求。这导致出资不足而被否认法人人格丧失了意义，“法人人格否认”的判断标准从“注册资本不符合法定标准”转变成了“滥用”。其次，放弃了诸如转投资、出资形式、股份回购等方面的限制，增加了对外担保、内部权力限制、重大交易等方面的规则，以适应公司自身对财产的利用需要。

〔33〕 参见邓峰《普通公司法》，中国人民大学 2009 年版，第 216—218 页。

〔34〕 参见彭冰《“债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2008 年第 6 期，第 147—158 页。

〔35〕 参见邓峰《物权式的股东间纠纷解决方案——公司法司法解释（三）评析》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015 年第 1 期，第 178—189 页。

〔36〕 参见《企业国有资产交易监督管理办法》，2016 年 6 月 24 日发布并实施，国务院国有资产监督管理委员会、中华人民共和国财政部令第 32 号。



合同理论一直仅仅停留在外资企业领域。内资公司法中,可能只有股东间的出资协议按照合同来解释属于合同理论。2005 年《公司法》修订将全体股东书面一致决作为股东会决议的一种形式(激进的特拉华模式,极少国家采纳),是合同理论的新扩张——当然在现实中具有非常重要的应用。两个监管变化另外扩大了合同理论对公司法的影响:在“放管服”的推动下,在法定资本制已在实践中大部被抛弃的情形下,2013 年工商部门将适用于外资公司的认缴资本制扩展到了内资公司;另外一个 2017 年外商投资审查制度的放松,将不涉及准入特别管理措施的中外合资经营合同、中外合作经营合同审查从审批改为备案。

一旦股东与公司的关系用合同来解释,新的交易类型就不断涌现。由于引入外资的需要,之前在中外合资公司之中,允许外商在借款总额中划出一个比例登记为注册资本,⁽³⁷⁾ 中外合作企业之中允许一方以约定的方式提前收回投资。这种股与债的灵活合同观念,在“大众创业”“金融创新”等政策推动下,启发了以“对赌”方式进行融资的商业实践,其现在几乎已经成为创业公司融资合同的必备条款。以合同的方式,约定公司的控制(VIE 结构)、分配或者融资(对赌),加上并购活动的加剧,成为了中国公司在 2010 年之后的商业实践特点。

这一时期的理论研究中,不完全合同理论作为新制度经济学在企业理论中的一种延伸,⁽³⁸⁾ 在法学中也得到了提出和关注,直接削弱了集合财产和特许理论。这一经济学理论尽管本质上属于法人否认论或者公司的“加总理论”,⁽³⁹⁾ 但其政策性结论趋向于采用合同来解释公司与各组成群体的关系,并强调“放松规制”,进而强调司法作为事后解决的优先性和优势。合同理论的制度规则成果体现在:①对赌协议通过《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民纪要”)(法〔2019〕254 号)成为独一无二的中国式规则,并确认了按照合同原则进行司法处理,并兼顾公司特性的定性;②通过对公司法的强行性、效力性规范的质疑和限缩(这种解释框架本身就来自于合同理论),法院和仲裁机构对股东间协议的执行扩张,从而对股东间协议常常涉及公司资产处置等的合同实践予以确认;③废弃了“债随物走”的规则,而代之以合同加速到期、撤销权方式对逃避债务等进行责任追究;⁽⁴⁰⁾ ④公司越权担保行为,从“九民纪要”开始,采用善意相对人保护的作法。

合同理论比财产理论有助于公司主体地位的确认。认缴资本制后,合同理论进一步扩张,司法解释三扩展了公司对股东出资到位等方面的请求权。但合同对财产的替代标志,则是“公司法司法解释四”(法释〔2017〕16 号,已被修改)。与司法解释三采用财产理论不同,司法解释四在处理股东个体性权利的时候,采用了合同模式。其中最具有代表性的,首先是第 14 条关于股东分配盈余的规则,尽管无法在司法解释上直接用理论语言来表述,但明确放弃了将股息等同于孳息的财产解释,而代之以各国均采用的方式:一旦形成了决议,就转化成为股东的债

(37) 参见国家工商行政管理局《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》(已失效)第 3 条,工商企字〔1987〕第 38 号,1987 年 3 月 1 日。

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

(39) See David Gindis, *From Fictions and Aggregates to Real Entities in the Theory of the Firm*, 5 Journal of Institutional Economics 25, 25-43 (2009).

(40) 参见章恒筑等《认缴资本制度下的债权人诉讼救济》,载《人民司法(应用)》2016 年 16 期。同时参见《最高人民法院关于人民法院强制执行股权若干问题的规定》第 8 条。

权。其次是第 17 条、第 18 条和第 21 条按照合同理论进行判断和解释，尤其是优先购买权的救济，明确采用了合同法中的优先权模式，而未采用物权法上的模式。⁽⁴¹⁾

由于合同，尤其是不完全合同⁽⁴²⁾本质上属于否认或者加总理论，和中国改革注重引资、忽视退出的现实是一致的。公司自行清算注销的时候，全体股东实际上需要向公司登记部门承诺，就未清结的债权债务承担连带责任。这甚至在 2021 年底《公司法（修改意见）》中体现为第 235 条的法定规则，“公司通过简易程序注销登记的，全体股东应当对注销登记前的债务承担连带责任”。合同理论还随着解决执行难得到了加剧，股权执行作为债权实现的最后手段要求股东承担责任；而如果从投资者保护尤其是资本市场扩张的角度，应当更好地实现有限责任。不完全合同理论天然地内含债权人利益的实现，这就会造成一个倾向：有限责任的弱化。

作为历史上第一个系统理论化并指导公司法规则进化的理论，实体理论在美国法上已经居于主导性地位，但中国公司法接受和吸收实体理论是一个渐进的过程。从时间上来说，在《公司法》将无限公司、两合公司抛弃之后，从中关村创业园开始，允许“有限 + 无限”的双重“权益”方式出现，以便支持风险投资、创业团体和职业群体。2006 年《合伙企业法》更多受到了美国标准合伙法的启发，引入了“特殊的普通合伙”“有限合伙”，合伙法不断修订的过程中更进一步在合伙企业中充实了“实体理论”下的种种规则：合伙协议对权力分配的自治、集中管理、以执业风险基金设置责任限制、派生诉讼。合伙企业在私募基金等领域的大行其道，合伙法诉讼纠纷的困扰少于公司法的现实，表明了实体理论的优势。反过来，这形成一个甚为讽刺性的结论：合伙法规则的内在逻辑一致性超过公司法。如果忽略有限责任，不考虑股东投资的退出，立法者和司法者显然对合伙问题处理起来更得心应手。

2005 年《公司法》修订，增加了一些实际上是其他国家受实体理论推动出现的规则：①增加了公司社会责任的表述，尽管这一规则引发了学界数年的争论。这种公司社会公民的理论始于伯勒-都德，到 20 世纪 80 年代的“利益攸关者条款”而达到顶峰。但在中国法上，董事会作为权力中心的地位并未实际确立，公司相对于控股股东的独立性在财产、合同理论下远远不足，公司社会责任变成了仅仅是对捐款的授权（之后实践中国有公司也受到了国资委的限制），而更多成为承接过度监管义务的机制；②增加了对控股股东的义务，包括控股股东滥用股权，对关联交易的控制，公司担保权力限制等，但这些规则难以司法化，担保的权力限制等因为直接和财产理论冲突形成了非常重大的争论；③大幅度增加了小股东保护的规则，甚至某种意义上过度地赋予了小股东的制约权利，包括累积投票，以及五年不分配利润、公司存续等情形下的异议股东赎回请求权，但由于用力过猛而导致无法实施；④强化了公司分权和董高监义务，这包括利益攸关者视角下的职工董事、职工监事制度，分权制衡视角下的监事会职权扩张、上市公司董事会秘书、重大资产处置的纵向分权、回避表决等，其中有些治理规则过于机械，责任规则并不能实质得到司法的支持，比如针对诚信义务的司法解释，在 17 年之后仍然未能出台；⑤确立了最为典型的实体理论规则，即派生诉讼，并且在司法解释四中（13 年后）通过司

(41) 参见杜万华主编、最高人民法院民事审判第二庭编著《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》，人民法院出版社 2017 年版，第 460 - 489 页。

(42) 与不完全合同理论相对的是关系型契约理论。See Oliver E. Williamson, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 The Journal of Law and Economics 233, 233 - 261 (1979).



法规予以明确。这些实体理论的规则通过立法予以明确，但实际上在 2005 年之后，可能是与财产、合同理论冲突，受制于理论界、司法界的公司理论观念，并未得到有效和完全实现。

2005 年之后的几个法律制度及其所对应的公司实践，强化了实体理论，也削弱了财产理论的影响（不同于合同理论对财产理论的替代）。一个是因为上市公司的股票价格和“市值管理”的需要，证监会主导的修正案形成了对公司回购股份的放松；一个是公司法司法解释四，将原本司法裁判中的标准“对决议未产生实质影响的”，增加了“仅有轻微瑕疵”的双重限制，以及第 15 条对决议的强调，都表现了对决策程序和形式（formality）的强调。但是后者有所反复，在“九民纪要”关于股东出资加速到期的表决权限制（第 6 条）和公司为他人担保的规则（第 19 条）中，又恢复了 2/3 的法定标准和绝对多数决的判断规则，即局部恢复了“对决议产生实质影响”的标准，而忽略了程序自治和正当的标准。第三个虽然在实践中已经存在，但是在“司法解释五”中得到了强调，即关联交易不能仅仅程序正当，而且需要实质公平（第 1 条），并且股东可以提起派生诉讼否定公司的交易（第 2 条）。

三、实践变迁和不对称的理论回应

从各国公司法的理论图谱来看，上述的三种公司理论也仍然是共时和层叠存在的。但是，沉积在规则和制度背后的理论和范式，已经不同。与美国法上早已进入的理论推动形成立法改革的模式不同，另外，一些新的诸如公司宪政理论^{〔43〕}、组织学习、程式、知识等^{〔44〕}也并无相应的研究和制度规则。但中国公司法通过分散的比较法规则的借鉴、引入，其背后的理论身影的进化，也大致遵循了这些公司理论在历史上的演化顺序。

中国公司理论中的不完全合同理论，和改革开放、全球化的趋势，以及第一代的以新制度经济学为框架和理论基础的法学经济学相共振，在放松规制的政策主张层面产生了对广义的公司立法、司法实践的冲击。而实体理论的主张，则在中国公司法的研究中，有意无意地呈现为一种折中甚至模糊的主张，即“组织”的观念。^{〔45〕}两个理论共同对财产理论形成了冲击，最重要的结晶是《民法总则》第 125 条将股权单列，界定为“投资性权利”（2017 年 3 月 15 日）。但强调公司作为商事组织，其目的本身在于强调公司的主体性，实际上与合同、财产理论并不冲突，同时，组织理论所能提供的规范性命题，只是资产分区而已。^{〔46〕}公司法的组织法特性作

〔43〕 关于公司宪政理论争议的例子，参见 Larry E. Ribstein, *The Constitutional Conception of the Corporation*, 4 Supreme Court Economic Review 95, 95 – 140 (1995); David Ciepley, *Neither Persons nor Associations: Against Constitutional Rights for Corporations*, 1 Journal of Law and Courts 221, 221 – 245 (2013)。

〔44〕 See Erica Gorga & Michael Halberstam, *Knowledge Inputs, Legal Institutions and Firm Structure: Towards a Knowledge-based Theory of the Firm*, 101 Northwestern University Law Review 1123, 1123 – 1206 (2007); Geoffrey Martin Hodgson & Thorbjorn Knudsen, *The Firm as an Interactor: Firms as Vehicles for Habits and Routines*, 14 Journal of Evolutionary Economics 281, 281 – 307 (2004)。

〔45〕 比较有代表性的，参见李建伟《公司组织形态重构与公司法结构性改革》，载《财经法学》2015 年第 5 期，第 5 – 21 页。

〔46〕 See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 Yale Law Journal 387, 387 – 440 (2000)。

为实证性命题的提出，缺乏既有的各种理论所统帅的明确规范性命题。组织理论貌似建立在商法之中，但实际上在《民法总则》中通过重构法人规则，将原本属于公司法应当界定的，如权力机关、执行机关、监督机关的划分（第80条、第81条、第82条），将法人和组织等同，而进一步形成了对公司法的制约。

中国公司法更多是制度规则的引入，而非系统性的、理论自觉上的应然性命题对应的规则推动，截止到目前，并没有完整地回应现实挑战，从而导致实体理论对公司法的影响被显著地忽视了。实体理论的确立，也是在公司实践的相应回应下逐步取得美国法中的主导地位的，在其成长的过程中，以下的领域形成了20世纪公司法的主要制度：⁽⁴⁷⁾ ①公司犯罪，尤其是犯意（mens rea）的争论，之后在1890年的谢尔曼法中确立了公司犯罪并逐步形成了公司合规制度；⁽⁴⁸⁾ ②越权行为的归责，逐步发展并区分了“上级责任”“目的”与“能力”的划分；③公司侵权中的“金主”（deep pocket）导向和商业保险的发展；④参与式民主，包括累积投票、派生诉讼和异议股东赎回请求权；⑤劳资矛盾和工会的合法化，包括事实上的公司的出现，对群体、团体、公司的区分；⑥对资方的限制，包括公司资本分配等方面的规则，以及⑦公司的言论自由问题。

实体理论在中国的应用与发展来自于实践需要的推动：第一，股权分散后（尽管分散的还远远不够）的股东利益异质化；⁽⁴⁹⁾ 第二，不同群体的利益冲突下，公司日益成为利益攸关者模式；第三，公司行为的多元化以及其他组织对公司治理的规则需求，即公司日益介入公益、慈善、特定目的，乃至社会、政治领域，而民办学校、医院乃至社团法人的内部冲突和纠纷日益需要公司治理作为默认规则和参照。这些都要求公司独立性的增强、章程自治、分权制衡和程式以及对控股股东、权力行使者的制约。在中国的快速增长过程中，需求的推动力越来越强：首先，通过证监会的部门努力，上市公司治理规则的公共化趋势越来越强，比如法定代表人、法定资本、股东的绝对平等（一股一权、同股同权）这样的财产理论对应的制度已经实际上虚化；其次，公司合规化要求“照章办事”，按照明确的程序、形式、分权来行为，这也体现在对上市公司、银行等金融公司、保险公司、国有公司的大量合规性行为监管上。在具体解决方案的引入中，中国的公司实践非自觉地吸收了实体理论对应的一些应然规则。

合同理论的推动，虽然有理论引入，但也更多是现实实践的需求和公共政策的推动，这包括市场扩张、创业型公司、融资多元化以及监管竞争。合同理论对应于放松规制的主张，强调以授权性规范为主，而对投资者提供更多可选择的空间。美国迅速扩张并被移植到日本（虽然遇到了阻力）单重征税的LLC等，中国的非公司化有限合伙的兴起，乃至平台公司兴起之后的无商业居所（得到了法律的确认）、未登记小商户的商业经营行为（通过《电子商务法》遭到了公司登记部门的限制）等，都典型地表现了合同理论的扩张。当然，基于大陆法系的传统，出于对资本市场的担忧，⁽⁵⁰⁾ 促进公司并购和控制权争夺，作为合同理论最为重要的制度主张，

(47) 参见同前注〔10〕，Mark M. Hager 文。

(48) 参见邓峰《公司合规的源流及中国的制度局限》，载《比较法研究》2020年第1期，第34-45页。

(49) 参见邓峰《作为社团的法人：重构公司理论的一个框架》，载《中外法学》2004年第6期，第742-764页。

(50) See John C. Coffee Jr., *Law and the Market: The Impact of Enforcement*, 156 University of Pennsylvania Law Review 229, 229-311 (2007).



仍然在中国受到极大的限制。

合同理论其实存在着不完全合同理论和关系型契约理论的区分，后者在中国几乎并不存在，这是因为后者将董事会作为公司权力的中心签约人，⁽⁵¹⁾ 而前者则是股东间的合同主导公司的治理安排，甚至严谨的经济学家都承认不完全合同理论不能解释诚信义务。⁽⁵²⁾ 这就意味着，财产理论与不完全合同理论在大多数情况下是可以并存的，中国公司法的 40 年历史也反映了这种共存。但是，两者的主要战场在于：首先，股权和债权的划分，以及相应的股东资格的产生和确认，⁽⁵³⁾ 无论是法定资本制还是授权资本制，都有赖于公司财产的法律确认，进而需要明确会计规则。不完全合同理论会淡化这种划分，而财产理论则会引发资本规制。其次，对利益攸关者的优先顺序上，合同理论的局限性在于“失序”，也会导致有限责任的弱化。比如司法解释三对债权人股东出资不足的权利扩张。再次，在资本市场的并购之中，不完全合同理论有助于解释控制权争夺的效率，当然这个命题存在着激烈争论。⁽⁵⁴⁾

合同理论中的关系型契约理论和实体理论的共生能力更强一些，不完全合同理论和实体理论的冲突，在公司合规上的冲突是最为紧张的。⁽⁵⁵⁾ 交易安全和公司权力分配的多元化、权力制衡，以及内部关系和外部关系的重叠、排序等问题，在美国公司法学界已经争吵了多年，乃至公司的合同—实体二重性也得到了承认。⁽⁵⁶⁾

财产理论和实体理论的冲突在美国法上持续，涉及公司存续的目的问题、何为公司利益、向公司扩权还是限权。在中国公司法的现阶段，两大理论的主战场是：第一，公司相对于股东的独立性问题，财产理论倾向于防止公司越权，向股东利益负责，而实体理论则倾向于为公司尤其是董事会扩权，进而向更多的群体负责。中国某些公司法理论将有限公司的股东看成是内部人，但是对股份公司的投资者看成是外部人的自相矛盾就是一个典型例子。财产理论采用出资标准判断内部人，而实体理论则采用行使权力标准判断。第二，对资本市场的支持水平，显然实体理论在诸如增资、发行、控制等问题上更符合资本市场扩张的需要。⁽⁵⁷⁾ 第三，财产理论更倾向于事前规制，而实体理论侧重于司法的事后责任规则，倾向于过错判断。

上述的三种理论的共生、层叠和撕扯，也会在中国公司制度中依旧并存，继续上演。⁽⁵⁸⁾ 在

(51) See Oliver E. Williamson, *Corporate Boards of Directors: In Principle and in Practice*, 24 *The Journal of Law, Economics, and Organization* 247, 247–272 (2008).

(52) See Oliver Hart, *An Economist's View of Fiduciary Duty*, 43 *The University of Toronto Law Journal* 299, 299–313 (1993).

(53) See John Armour & Michael J. Whincop, *The Proprietary Foundations of Corporate Law*, 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 429, 429–465 (2007).

(54) See John Pound, *The Rise of the Political Model of Corporate Governance and Corporate Control*, 68 *New York University Law Review* 1003, 1003–1071 (1993).

(55) 参见同前注〔49〕，邓峰文。See also William T. Allen, *Contracts and Communities in Corporation Law*, 50 *Washington and Lee Law Review* 1395, 1395–1408 (1993).

(56) Melvin A. Eisenberg, *The Conception That the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 *Journal of Corporation Law* 819, 819–836 (1999).

(57) See William Redmond, *Evolution of Corporate Governance Principles among U. S. Firms*, 44 *Journal of Economic Issues* 615, 615–627 (2010).

(58) See Christopher M. Bruner, *The Enduring Ambivalence of Corporate Law*, 59 *Alabama Law Review* 1385, 1385–1450 (2008).

中国现行公司法研究尚未明确的理论自觉下，导致了公司法修订过程中的重大争议问题的缺乏共识，究其根源，在于“公司是什么”的认识分歧，导致了“如何是更好的公司法”的命题无法形成共识。当然在学术研究之中，有更多的更高层次的共存和理性化方案提出，⁽⁵⁹⁾ 但对中国当下的许多实践挑战命题而言，演化的速度受制于理论自觉。

四、理论自觉下公司法修订的模式选择

面向现实的回应是中国改革的经验，解决现实问题是“实用式”制度转轨的真正动力。全国人大在 2021 年底的一审征求意见稿，对现实的焦点问题的回应并不充分，⁽⁶⁰⁾ 也忽略了改革以来的演进经验。

制度并非必然是理论推动的，但从长期来看，制度是由理念决定的。理论是现实、实践和应然规范之间的纽带。尽管缺乏理论层面的争议，但制度规则背后的理论冲突在规则选择上，形成了共识的缺乏和分裂的应然主张。中国法上缺乏以公司理论的提出并形成系统性的前瞻性解决方案的制度改进，但通过立法以回应现实，也是法律演化的甚至主要的途径。那么，在如何改造公司法以适应不同理论下的现实存在分歧的情形下，是否有更好的回应模式呢？

寻求“如何是更好的公司法”的规范性命题，在今天的三元理论并存的情形下，难以继续在“强制性—任意性”的矛盾下提出系统方案。面临狭窄的公司类型、对立的公司理论、现实需求的拉扯下，讨论“如何是更好的公司法”的困难，立法方案的解决途径，可以回到“公司是什么”的实证性命题。

就现实挑战而言，中国当下面临更加多元、自由地推动市场化的深入，既面临更多的创业、融资和公司交易乃至创造更大更好的资本市场的要求，也面临公司治理和行为的合规要求，公司应遵守各种行业规则、社会习俗、商业伦理乃至主动追求的公共或者社会美德；既面临允许公司自治以探索中国模式的公司治理需要，也面临权力正当行使的程式化、编码化的问题。

在理论冲突和多元现实需求之下，公司法修订，立法者应当将视角从“如何是更好的公司法”的规范性命题，转换成“公司是什么”的实证性命题，将不同理论对应的不同规则系统，分解成不同的模式，同时提供，以更充分的规则供给满足现实需求。而作为法律调整，在规则多元供给之后，由公司来选择特定的模式，而司法者根据事实判断（公司在实际运行中是合同、财产还是实体），判断个体案件中“该公司按照何种模式在实际运作”，进而选择“公司应当如何规范”的规则适用。换言之，放弃在“强制—任意”中的司法裁判僵化思维，回到事实判断在前，根据实证性命题选择规范，充分提供规则，而规范性命题在后，根据公司的实际运作去决定责任规则的选择，才符合法律的应有之义，更符合“实事求是”的改革道路。

由此，大而言之，公司法修订可以：①增加以合同为基础的公司（股东管理的、合同的、股东会中心的）和以章程为基础的公司（集中管理的、实体的、董事会中心的）的两种基础类

(59) See Tamara Belinfanti & Lynn Stout, *Contested Visions: The Value of Systems Theory for Corporate Law*, 166 University of Pennsylvania Law Review 579, 579–631 (2018).

(60) 参见邓峰《修订公司法，不如退而结网》，载《财经》杂志，2022 年 1 月 10 日，第 74–78 页；邓峰《公司法修订面临挑战时刻》，载《财经》年刊 2020：预测与战略，2019 年 11 月 30 日；邓峰《展望〈公司法〉修订：定位、原则和蓝图》，载《财经》年刊 2019：预测与战略，2018 年 11 月 30 日。



型,前者实际上对应于外资公司的实践,后者实际上对应于上市公司的实践。公司设立者可以采用自选方式,公司法规定两者之间的区分标准,从而解决内外资并轨问题,也可以和世界各国普遍出现的合同与实体理论的两极化现实需求相对应;②采用法定强制条款规定必备最低限度的公司治理规则,但是借鉴英国公司法的实践,制备不同治理机制的公司默认章程,许多竞争的甚至冲突的公司权力分配模式,都可以以不同的默认章程方式,允许公司选择适用(option in) 和不适用(option out)。这既可以解决现在的有限公司章程“千人一面”、无法应对具体问题的问题,也可以应对上市公司在章程指引名目下过于严格僵化、缺乏自治空间的情形。比如,对于“公章”的困扰,就可以允许公司选择不适用“法人—法定代表人”的集权模式;③就单层董事会、共同决策机制(职工董事)、传统荷兰模式(现行模式)等几种不同模式的权力分配,可以借鉴法国立法,允许公司自行选择;④在资本制度上,也可以允许有限公司或者合同公司自行在授权资本制度和认缴资本制度之中选择;⑤以及,最具有挑战性质的,放弃按照公司住所地规则(real seat rule) 决定法律适用,采用适用注册地法律的方式,允许公司在不同地区之间选择适用法律,甚至包括中国香港地区、澳门地区的公司法,并且更多地授权给地方立法,以使其作出例外或不同规则。“竞争”的公司法才会产生更好的公司法。

五、结 论

长期以来,2005 年及以后版本《公司法》的许多制度规则是“空置”的,司法解释出台的缓慢,规则变化的停滞,表明了公司实践中“法域”的狭小。“规定一套,操作一套”是常见的中国公司法律实践,并且,大量的公司冲突并不进入法律调整的领域,这些实际表明了制度转轨中的编码化(codification) 不足,⁽⁶¹⁾ 诸如家族、宗亲、会社、社会规范等替代治理填补了实然法与应然法之间的空白。⁽⁶²⁾ 同时,中国公司的商业实践,或者因为外资公司的合同约定其他管辖权,或者因为海外上市或者 VIE 结构的创造,也受到了外国法的制约。加上国内不同局部领域,诸如上市公司更多受到证监会低层级规章制约的现实,正式法律规则与非正式法律规则,本国法和外国法,乃至刑事、民事、行政、经济监管的适用具体界限不清而产生的竞争,是必然存在的。与其依赖于强行“变法”模式,不如在公司理论已然多元化的今天,采用充分供给的模式;与其因为理想冲突而无法形成“应然”,不如采用“兼容并包”的模式。换言之,《公司法》的修订,可以以事实性判断和实证性命题来决定不同的应然性命题来解决,“维齐非齐”,而不是坚持使用直接规定“公司应当如何做”的“范天下之不一而归于—”的做法。这样的选择,在回应型法成为主流观念的今天,可能恰恰是中国公司治理模式的最佳途径。

(61) See Max Boisot & John Child, *From Fiefs to Clans and Network Capitalism: Explaining China's Emerging Economic Order*, 41 Administrative Science Quarterly 600, 600–628 (1996).

(62) 参见张维迎、邓峰《国家的刑法与社会的民法: 礼法分野的法律经济学解释》,载《中外法学》2020 年第 6 期。