

公司法程序规范优化的逻辑转向

林少伟

〔摘要〕 重实体轻程序的传统理念,导致我国公司法程序规范出现诸多偏失,进而引发股东权利弱化、董事行权无序以及监督机制落空等公司内部弊端,以及诱生交易安全不确定性与社会责任承担模糊化等公司外部弊端。故应重塑公司法程序规范的价值功能定位,要认识到程序规范不仅是公司法第二次现代化的必经之路,也是公司意思独立的必要保障,其不仅能及时纠正公司内部主体利益异质化趋向,也能适时回应智能科技革命的发展。在新一轮公司法修订背景下,优化公司法程序规范应在基本逻辑遵循上有所突破,在定位逻辑上由工具论转向本位论,在价值逻辑上由内部治理转向体系治理,在场域逻辑上由管制—自治单极化转向菜单式选择,在肇始逻辑上由外植程序转向内生程序,以及在目的逻辑上由被动反应转向前瞻预防,进而制定出一部“通情达理”的本土化公司法。

〔关键词〕 公司法修订;程序规范;股东权利;公司自治;公司法本土化

一、公司法修订中的程序之维

在公司法现代化转型的过程中,公司纠纷案件的盈千累万暴露出我国公司法精神理念与具体规则的不足与弊端。2021年12月颁布的《公司法修订草案(征求意见稿)》(以下简称《公司法修订草案》)通过较大力度的修订回应“乱花渐欲迷人眼”的商事实践创新,并试图在强制与自治、保守与创新、自信与迷信之间取得平衡。具言之,首先,《公司法修订草案》意图通过放宽管制、加强自治的方式焕发公司活力。例如,废除一人公司的特别规制并允许设立一人股份公司,^①施加“适度”的公司社会责任等。^②但此种过于强化自治的革新亦可能诱致一人公司股东恣意扩大对公司人格形骸化的利用,遂因有损公司债权人利益而遭受抨击。此外,公司社会责任的软约束力也容易导致该条款再次被束之高阁,成为点缀公司法文本的花瓶。其次,《公司法修订草案》也试图在保守与创新之间取得平衡。例如,面对废除法定代表人之呼声,《公司法修订草案》仍坚守这一制度,并在选任来源、选任机制与变更方法方面作出修改。^③但此种仅止于皮毛的小修小补,仍然无法从根本上解决法定代表人制度所引发的内生性矛盾。最后,《公司法修订草案》试图立足本土,借鉴域外先进经验,通过发挥

林少伟,法学博士,西南政法大学民商法学院教授、博士生导师,公司治理法律研究中心主任(610074)。本文系国家社科基金项目“公司法程序规范优化路径研究”(21BFX097)的阶段性成果。

①《公司法修订草案》第93条。

②《公司法修订草案(征求意见稿)》第19条。

③《公司法修订草案》第10、41和28条。

后发优势实现在公司法轨道上的弯道超车。例如,结合大陆法系与英美法系的公司监督机制,采取颇具中国特色的监事会与独立董事并存的模式,并植入审计委员会,以改进监事会的监督功能。但此种二合(选)一或化一为二的机制能否在公司内部发挥有效监督作用有待考证。

鉴于上述,不难看出,《公司法修订草案》表面上要在强制与自治之间划清界限、在保守与创新之间实现平衡、在自信与迷信之间进行有效借鉴,其实质核心是试图直接疏通与拨开困扰公司法多年的众多理论滞碍与实践迷雾。然而,层出不穷的商业创新规律注定了公司立法不可能一劳永逸。通过深入研究,提供修法的范式或路径建议,或许能更好地未雨绸缪,指引公司纠纷的解决。对此,体系化与精细化的程序规范可在很大程度上化解上述难点。因为粗疏糟劣的程序不仅无法提供有效“指引”,还会产生更多本可避免的公司争议与纠纷。实践中产生五花八门的公司决议纠纷,究其源头,莫不在于公司法对决议程序规定的粗糙与阙如。此外,若没有完善的程序规范,弱化管理、偏向自治的公司法可能为弱肉强食之行径提供合法外衣;失去明确的程序导向,公司正义可能走向虚无缥缈、无法落地生根;而缺乏清晰的程序指引,公司法的服务质量也可能会大打折扣。通过对公司法程序规范的体系化安排与精细化设计,为市场主体提供更妥善的制度保障和更贴切的服务指引,可以开拓并畅通通往自由、正义的公司法之路。有鉴于此,本文提出,新一轮公司法修订应注重程序之维,遵循公司法程序规范的逻辑转向,力图对公司法程序规范作出精细化、周全化、前瞻化的革新与修订。如此一来,才能使公司法既具有完整肉身,也富含灵魂精神,成为一部令人心悦诚服的本土化公司法。

二、公司法程序规范偏失之弊端

重实体轻程序的传统法思维,加上对程序性规范定位的认识偏差,导致我国公司法在程序规范方面有所偏失。具体言之,我国公司法程序规范呈现出有程序但不周全、有权利但无对应程序以及应设程序但未设这三大问题,^①进而引发诸多弊端。根据内外区分原则,公司立法对公司内部法律关系与公司外部法律关系应区分规制,^②故可从公司内外部分梳公司程序规范弱化或缺失之弊端。

(一) 公司内部弊端

1. 股东权利的弱化

作为公司的权力机关,股东(大)会由公司法赋予的种种权利需要依托于具体的程序规范,方能让股东行权有秩、维权有序,否则可能会弱化股东权利,甚至使其形同虚设。譬如,我国《公司法》虽赋予股东对董事、监事和高管的质询权,但却没有对此项权利的行使期间、场合等具体要件作出程序上的规定。公司程序规范在此处呈现出有权利但无对应程序之症结,会引发公司内部股东权利弱化的弊端。就行使期间而言,我国《公司法》第150条将质询权限定在股东(大)会,但第97条关于公司经营管理的质询权则无具体场合和时间的限制。这不免让人发问,此项质询权是否可以限缩解释为仅存在于股东(大)会召开期间?就质询方式而言,我国《公司法》尚未作出具体规定,应采书面抑或口头方式尚不明确。进言之,如果是书面方式,是否应当在股东(大)会召开之前提交?如股东事先提交书面质询但在股东(大)会召开期间未出席,答询人是否必须回应?如采口头方式,是否应对质询时间予以限制?就质询范围而言,股东所提质询是否必须限于会议事项所涉范围,尚不可知。即使借

^①林少伟:《程序型公司法的证成与实现》,《当代法学》2022年第1期。

^②赖虹宇、吴越:《法定代表人越权担保中的内部责任配置方式》,《四川理工学院学报》(社会科学版)2018年第1期。

鉴《德国股份公司法》第131条,将股东质询范围限于“对股东大会议题作出实际判断所必须”,又将引发何为与议题相关之疑问。此问题实际上又延伸至董事、监事和高管的说明义务。故此,囿于公司法程序规范在股东质询权问题上的不周全,股东行使质询权将在行使期间、场合、方式、范围等方面遭遇重重障碍,难以真正发挥其威力,甚至显得弱不经风。除此之外,有关股东(大)会行使无因解除董事职务的权力机制、股东决议机制等亦缺乏相应程序设计,这就会使股东行权进入无序状态。可见,公司法程序规范的弱化或缺失,将首先消减公司权力机关的效能。

2. 董事行权的无序

作为公司运营的执行机关,董事(会)是公司内部治理与外部交易的主要力量,对内管理公司事务,对外代表公司进行经济活动,其职权责规范秩序与公司运营效率息息相关。对此,公司法应以程序规范为基架,构筑董事(会)的职权责体系,否则可能造成董事(会)行权的无序性,进而直接影响公司运营效率。举例而言,根据《公司法修订草案》第62条,除法律和章程另有规定外,董事会行使属于股东(大)会职权之外的职权,其因此成为公司内部权力配置的中心。^①然而,在此种董事会中心主义导向下,董事会权力行使易滋生任意性。公司法虽试图通过设置忠实、勤勉义务制度作为董事权力与责任之平衡点,^②但现有规定一直困囿于操作性缺失而难以实现制度效能。尽管《公司法修订草案》第180条对勤勉义务补充以“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”之概括性标准,但仍未配套相应的程序规范。无论是董事行权还是司法裁判,均可能再次落入操作不明的窠臼当中。以最基本的积极参与公司事务之要求为例,尽管我国《公司法》对此未予规定,但中国证监会已通过指引的形式明确上市公司董事要经常了解公司的经营管理事务,而这离不开董事积极参与与董事会会议,并对会议事项进行表决。^③董事则可据此明确自身义务要求,并通过会议记录这一明确化的证据顺理成章地自证其已履行该种勤勉义务,否则董事将面临事前履行与事后证明之无措。由此可见,缺乏明确的程序规范,董事行权将可能脱离秩序的轨道,董事(会)职权责体系亦存在失衡的风险。

3. 监督机制的落空

我国公司治理面临内部监督机制运行不畅、内外部监督机制运转乏力的困境,究其根源,有关公司监督权运行的程序规范规定不明或不全是重要诱因。例如,《公司法修订草案》规定,公司监督机制可采取监事会与独立董事并存的模式,并植入审计委员会。此种赋予公司选择权的监督机制是否真正有助于解决我国公司监督机制落空之难题尚有待观察,但该监督机制缺乏精细化、体系化的程序规范无疑是当前首难。就监事(会)而言,其难以充分履行监督职责的根源在于监事与大股东、董事、高管之间存在身份依赖,这与其选任程序规范的粗糙化不无关联。^④根据我国《公司法》第51条第2款和第117条第2款,有限责任公司与股份有限公司的监事会成员包括股东选派的代表与适当比例的职工代表。囿于缺乏保障监事身份独立性之程序规定,股东采用“资本多数决”所选任的监事极易被控股股东操纵,甚至成为控股股东所选派的董事、高管之傀儡,遑论发挥监督职能并对董事、高管行为进行纠正。就独立董事而言,其难以发挥监督权能同样也源于身份依赖性。除此之外,我国《公司法》未对其尽职履责提供必要的程序保障,也会导致其监督不能之困境。虽然中国证监会颁布的《上市公司独立董事规则》和上市公司协会编写的《上市公司独立董事履职指引》均对独立董事

①刘斌:《董事会权力的失焦与矫正》,《法律科学》2023年第1期。

②王真真:《董事勤勉义务制度的利益衡量与内涵阐释》,《财经法学》2022年第3期。

③王真真:《董事勤勉义务制度的利益衡量与内涵阐释》。

④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》,《中国法律评论》2020年第3期。

履职程序有所规制,但这些文件因效力层级较低而存在约束力不足的问题。^① 此次《公司法修订草案》仅规定独立董事之设置问题,未对前述指引规范加以吸收,导致独立董事监督职能仍缺乏程序保障。就审计委员会而言,《公司法修订草案》第 64 条与第 125 条分别明确有限责任公司、股份有限公司可以在董事会中设置审计委员会对公司财务、会计进行监督,且在一定条件下代替监事会行使职权。然而,这一概括性规定却缺乏必要的程序设计,使得审计委员会代替监事会履行财务、会计监督职权的进路不明。此外,审计委员会能否以及如何履行财务、会计监督以外的职责,不无疑问。^② 可见,无论就监事会、独立董事抑或审计委员会而言,监督机制效用的发挥皆可能因程序规范的弱化或缺失而落空。

(二) 公司外部弊端

1. 交易安全的不确定性

公司法程序规范不仅会诱发公司内部矛盾和引致裁判的过度自由,也会影响公司对外交易的安全和稳定,因为公司法程序规范是交易安全原则在公司治理领域中落地生根的制度保证。^③ 具言之,商法与民法的重大区别之一在于商法体系的构建是围绕着商事组织(典型如公司)而展开,而民法制度的确立则是以自然人为中心。商事组织与自然人虽在法律上均被视为法律主体,但也存在根本区别。自然人有思想和内心活动,因此民法上的意思表示往往是探求自然人的内心真意,意思表示的瑕疵因而与自然人的内心活动息息相关。但法人无血无肉无躯体,更无所谓“内心”可言,故对法人意思表示的考察主要是通过外在程序来进行,即是否遵循规定或约定的程序会影响商行为的效力。甚至有学者提出,应将“表示过程是否符合法定程序”列为表示生效的一般要件。^④ 可见,如要确保公司对外意思表示的效力无瑕疵,则应审查其是否遵循相应的法定或约定程序,否则交易安全存在相当程度的不确定性,最终会降低交易效率。我国《公司法》关于公司对外担保的规定,虽有须由内部机关决议的程序要求,但关于这些程序要求的效力仍存在极大争议,最终也导致公司对外担保纠纷案件数量居高不下。《九民纪要》最后一锤定音,要求债权人负有合理的审查义务以证明自己是善意相对人,可谓是在公司内部程序与外部交易安全之间进行了妥当安排。^⑤

2. 社会责任承担的模糊性

在 ESG 理论背景下,程序规范弱化或缺失所诱发的公司外部弊端不再局限于与债权人利益相关的交易安全层面,同时也彰显于与其他非股东利益相关者相关的公司社会责任承担层面。详言之,公司是否已承担社会责任、承担社会责任的程度何如,需仰赖具有可操作性且流程规范、标准明确的程序规范。这是因为,缺乏相对客观且规范化的程序规范不仅会因缺乏指引而消减公司的履行积极性,也会因缺乏依据而不利于外部监督。《公司法修订草案》显然希冀对这一时代性问题予以回应,遂于第 19 条明确公司应考虑非股东的利益相关者之利益,并提出鼓励公司公布社会责任报告。^⑥ 遗憾的是,如何使社会责任报告制度落地生根的程序规定,却暂付阙如。这就会引发很多疑问,如社会责任报告应当在公司内部履行何种程序才能予以发布、社会责任报告应当包含何种内容、社会责任报告内容应当如何确认等。从这些疑问来看,程序规范的缺失显然是公司社会责任承担存在模糊性

^①袁康:《独立董事的责任承担与制度重构——从康美药业案说开去》,《荆楚法学》2022 年第 2 期。

^②杨大可:《审计委员会能替代监事会吗?——兼论公司内部监督机构的应然职责》,《中国政法大学学报》2022 年第 5 期。

^③龚浩川:《〈公司法〉程序转向论——以股东(大)会制度完善为例》,《法制与社会发展》2021 年第 2 期。

^④陈醇:《商行为程序研究》,北京:中国法制出版社,2006 年,第 146 页。

^⑤2019 年 11 月 8 日最高人民法院公布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254 号)第 17 条。

^⑥《公司法修订草案》第 19 条。

的重要诱因。无论是公司对已承担社会责任的证明,还是公众对公司履行社会责任的监督,均需要可视化、客观化的程序规范加以明晰。是故,在落实社会责任报告制度之际,应引入适当的程序规范,以消融公司社会责任承担或履行的模糊性。例如,《公司法修订草案》应当进一步规定,公司在公布社会责任报告前,应当召集非股东利益相关者,充分听取利益相关者意见,尽到充分的公司说明义务,甚至实施举办听证会等符合正当程序原则的行为。^①如此一来,便可使公司的社会责任报告充分考虑利益相关者的看法,并可为公司自证社会责任履行程度提供透明化、明确化的行为模式。

三、公司法程序规范之优化价值

放宽管制、加强自治的提出与盛行,立基于破除传统公司法浓厚管制色彩的共识之上,因此其具有一定的历史背景与现实意义,又符合后现代自由主义的精神导向。但自治型的公司法也会因过于放松管制而导致股东利益备受剥削,进而具有内生性弊端。故此,如何回应政府与市场、管制与自治、干预与自由之间的纠缠关系,是一个永恒话题。通过向市场主体提供清单式服务指引,并在解决纠纷和规范行为等方面有所着力,公司法程序规范大有作为,也应有作为。

(一) 从公司法而言:程序是公司法第二次现代化的必经之路

公司法的现代化固然不仅仅包括规范层面的现代化,也应包括公司原则、公司精神和公司价值的现代化。^②但从立法中心主义角度出发,公司法的现代化首先应当是规范层面的现代化,因此,回应实践需求、增强公司法的适应性也是公司法现代化的基本目标。^③从公司法现代化的历史维度来看,我国1993年《公司法》确立了公司的市场主体地位并对公司基本制度进行较为全面的规定,可谓为我国公司法的第一次现代化奠定了基础;此后的2005年,《公司法》完成大修,从“刚性”层面增强了股东权利,强化了董事义务,并从“柔性”层面提出公司应承担社会责任,直接回应了诸多实践需求,也改进和完善了诸多制度规则,可谓开启了我国公司法的第一次现代化;2013年的资本制度改革和2018年的股份回购修改实则是对2005年《公司法》修订精神的延续,也是公司法第一次现代化的收尾。笔者认为,应借着此次修法契机,实现我国公司法的第二次现代化飞跃。具言之,受制于当时国内经济社会发展条件,公司法第一次现代化主要是从关注权利的有无逐渐过渡到权利的分配、到最后重视权利的合理分配。故此,公司法的第二次现代化应立基于第一次现代化的成果,从规范制度和体系框架上注重权利的行使,强调权利应如何行使以及权利如何有效行使,如此才能让权利本身落地、生根和发芽。而程序作为沟通权利义务的桥梁,可使实体权利得以切实保障、实体义务得到严格履行。更为重要的是,通过提供周全化、体系化和精细化的程序规范,可以为纠纷冲突提供事先的解决路径,也可以通过程序的确定性促成实体正义的可得性。有鉴于此,从重视实体规范的有无转向强调程序规范的设计,是我国公司法第二次现代化的必经之路。

(二) 从公司意思表示而言:程序是公司意思独立的必要保障

公司是独立的法律主体已众所周知,但从这一常识出发,有必要反思公司何以能独立于股东或其他主体?换言之,隔离公司责任与股东责任的有限责任机制何以能够产生?究其缘由,公司的独立性基于其独立的意思表示。更有学者提出,正是因为有程序的存在,才能保障公司独立的意思表

^①吴维锐:《公司权力行使的正当程序原则》,《中国政法大学学报》2022年第5期。

^②夏小雄:《公司法现代化:制度改革、体系再造与精神重塑》,《北方法学》2019年第4期。

^③曹兴权:《公司法的现代化:方法与制度》,北京:法律出版社,2007年,第218页。

示,进而才能让公司具有独立于世人的主体资格。^①一方面,程序能够让董事与股东之间相互制衡,有所分离。无论是股东会中心主义,抑或是董事会中心主义,董事会作为公司的独立机构,享有独立于股东会的职能,也能通过一定的程序规则免受股东的恣意指使。比如,在偏僻地点或改变既定日期举行股东会,可在很大程度上减少股东参与股东会的热忱,进而削弱股东的影响。董事与股东此种分离能在公司与股东之间创造出一个隔离区(the zone of insulation),确保公司与股东不会合二为一,进而在很大程度上实现公司的独立性。另一方面,股东作为公司的投资者,对公司也并非无可奈何,而是能通过一定的程序将其意思转化为公司意思。比如通过召集股东会并行使表决权的方式形成公司决议,此种情况下,股东意思与公司意思融为一体。以此而言,公司意思的生成显然是股东会决议的结果,而股东会决议的过程实际上是股东依据相关程序规则参与、表达并表决的过程。此外,对于公司而言,其本身的治理过程也是程序运行的过程。换言之,程序不仅能够从静态上保障公司具有独立的意思表示,也能从动态上确保公司实现自治。^②因为程序不仅能规范股东行为和构建公司秩序,更为重要的是,公司本身的运行也有赖于通过一定程序形成的决议和章程等自治性文件。有鉴于此,没有程序,公司作为组织就无法形成独立的意思,更遑论实现公司的自我治理。

(三) 从公司内部成员而言:程序是对主体利益异质化的及时补正

公司作为独立的法律主体固然具有独立的意思表示,其内部组织架构却存在意思形成机构与意思执行机构之分离,^③二者之间利益的异质化早已被公司法学者所确认。然而,传统公司法却忽略作为整体的股东会、董事会中个体的利益差异。首先,传统公司法理论将股东视为同质之一体,这种股东同质化的假定既包括人性同质,也包括利益同质。^④股东同质化的假定衍生出股权平等、一股一票、资本多数决等原则。然而,股东同质化的逻辑基础不断遭受质疑和挑战。实际情况是,基于一股一票等原则可将多数股份持有者的意志轻易转变成公司意志,控股股东可借此滥用权力,满足私利。此时,形式上的平等将导致实质上的不平等,貌似公平的资本多数决制,也将逐渐沦落为多数资本持有者的保护伞。故此,通过植入分级董事会、分离股权与股权行使等程序设计,在很大程度上可纠正因股东异质化所导致的利益冲突。其次,董事仅对公司而非股东负有义务这一理论假定,实质上抹杀了董事因受不同股东之委派或指派而存在利益偏好的可能性。换言之,董事的异质化使得公司法上的传统信义义务规则须根据董事角色的嬗变而作出必要的调整和改造。此种解决问题的路径也可通过程序规范予以实现。最后,即便认可股东积极主义,也可将其分为两种类型:防御型股东积极主义和进攻型股东积极主义。对于前者而言,股东在面临董事或高管的不端行为时,主要选择被动的应对方法(如售卖股份)。但对于后者而言,股东则会选择发出声音,主动采取各种措施(包括提起诉讼)以纠正不端行为。故此,程序规范也有其用武之地,如通过建立非正式机制(如定期或非定期的私下接触)或正式的沟通机制,使公司与机构投资者能够畅顺沟通,以免落得两败俱伤。

(四) 从公司外部发展而言:程序是对智能科技革命的适时回应

智能科技的日新月异也会对公司法造成一定的影响。电子通讯方式的便捷化与普及化,使得股东会决议可采取更为便利的方式,而公司法关于股东会的程序规则也应作出相应的改变,以回应时

^①王湘淳:《论公司意思独立的程序之维》,《中外法学》2021年第4期。

^②吴泽勇:《从程序本位到程序自治——以卢曼的法律自治理论为基础》,《法律科学》2004年第4期。

^③蒋大兴:《公司组织意思表示之特殊构造——不完全代表/代理与公司内部决议之外部效力》,《比较法研究》2020年第3期。

^④汪青松、赵万一:《股份公司内部权力配置的结构性变革——以股东“同质化”假定到“异质化”现实的演进为视角》,《现代法学》2011年第3期。

代化的发展。《公司法修订草案》第76条明确规定股东会和董事会可以按照公司章程的规定采用电子通讯方式,即为例证之一。然而,仅作出此种回应尚且不够,智能科技仍会对董事产生影响。^① 具言之,人工智能与董事之间的关系在不同发展阶段有所不同。在弱人工智能阶段,人工智能因尚未达到可模拟人脑进行抽象思维的水准,虽然可作为董事的辅助工具,但公司法需解决董事是否可将部分职权授权于人工智能以及董事是否负有向人工智能咨询的义务等问题。此时,公司法需要对如何授权以及在负有咨询义务的情况下,满足何种要求才能视为符合义务作出细化的程序性规定。在强人工智能甚至超人工智能阶段,在人工智能担任独立的董事且不存在法律障碍的情况下,因人工智能与自然人董事之间存在本质差别,需要重新建构围绕传统代理成本理论而搭建的公司法规则框架,而当中所涉及的董事注意义务,则由传统的注重董事决策的善意与知情,转为对输入的信息、既有的算法和代码设定等进行把控,并须据此从程序上对人工智能生产商、供货商和系统设计者等进行有效规制,以确保注意义务不因人工智能的特性而被弱化或虚置。

四、公司法程序规范之优化逻辑

公司法程序规范的优化是一项系统性工程,不仅须从价值理念上重新审视程序规范在公司法中的定位,也须在全面梳理既有程序性规则的基础上,从体系化、整体化和精细化的角度,改进和完善我国公司法的程序性规范。但无论何种优化,其面向应在基本逻辑遵循上有所突破,以匹配当前及未来对程序规范的实践需求。

(一) 定位逻辑上由工具论向本位论转变

功利主义大师边沁曾坦言程序法唯一正当的目的在于最大限度地实现实体法,因此,程序法是否最终取决于实体法的效用。^② 边沁这一绝对工具主义程序观在很大程度上揭示了其对程序法的偏见与歧视。此后,德沃金虽反对边沁过于强调程序的工具性价值观点,但其对程序的观点,仍然没有脱离功利主义的本质,即依然从成本-收益分析和收益最大化的角度评价程序法与实体法的关系,并进而形成相对工具主义程序观。^③ 程序须服务于实体这一传统法理观点在我国也具有较大市场,并在公司法领域呈现出重实体轻程序的特点。比如,我国《公司法》赋予股东股权回购请求权,但在具体行使方面,第74条第2款规定“自股东会会议决议通过之日起六十日内,股东与公司不能达成股权收购协议的,股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼”。这是否意味着异议股东在提起诉讼之前必须履行前置的与公司进行“股权收购协议”的磋商或谈判程序?有学者认为,收购协议的启动与谈判并非必要的前置程序,而仅仅是立法者设置的倡导性规定,因为如果双方能够自行达成收购协议,法律也乐见其成,但倘若股东未经磋商径行提起诉讼亦未尝不可。^④ 也有学者认为,该处的前置程序应理解为强制性程序,否则无法达到分流纠纷的目的,同时也有违尊重公司自治的精神。^⑤ 不同观点反映出程序规范是否具有独立效力的争议。进言之,将程序仅仅看作是实现实体法上目的的工具,而未对诸如异议股东回购请求权的前置程序等进行实质层面上效用与价值的思考,进而未对此类程序进行全方位、周全性的规定,不仅将造成程序适用的窘境,

①林少伟:《人工智能对公司法的影响:挑战与应对》,《华东政法大学学报》2018年第3期。

②G. J. Postema, “The principle of utility and the law of procedure: Bentham’s theory of adjudication”, *Georgia Law Review*, Vol. 11, 1977, pp. 1393 - 1424.

③陈瑞华:《程序价值论的四个模式》,《中外法学》1996年第2期。

④刘俊海:《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,北京:法律出版社,2006年,第222页。

⑤胡田野:《公司法任意性与强制性规范研究》,北京:法律出版社,2011年,第199—217页。

也将对实体目的的实现带来阻碍。此类问题在公司法程序规范中比比皆是,而正是这类看似琐碎的程序性规定,最终将影响相关行为的效力。故此,只有将公司法程序规范在定位逻辑上从工具论转向本位论,回归其应有之地位,重视其应有之角色,才能让公司法的实体规范与程序规范相互融通,共同发挥应有之作用。换言之,未来公司法修订应重视程序规范的独立性,根据其对于行为效力的直接影响作用,分梳明晰强行性程序、倡导性程序等规则。

（二）价值逻辑上由内部治理向体系治理转变

传统公司法程序规范主要针对公司内部运行,但庸置疑又会波及公司外部人,如公司交易相对人,并与其他部门法程序息息相关,故公司法程序规范在价值逻辑上应转向体系治理。在影响公司交易相对人方面,典型如股权转让和对外担保,我国《公司法》第71条对股权转让作出了貌似细致的规定,但出乎立法者意料的是,司法实践中因股权转让而引发的纠纷案件数量高居不下,原因之一就在于第71条之程序性规定仅面向公司内部,而没有涉及外部股权受让人的规定。同样屡见不鲜的是《公司法》第16条关于公司对外担保规定引发的纠纷,因为该规定只从公司本身出发,只考虑公司对外担保须履行何种内部程序,而忽略其对外的涵摄力。换言之,无论是股权转让抑或是对外担保,之所以出现种种纠纷,是因为公司法缺乏与合同法或物权法衔接的机制,而此种衔接机制的构建完全可以通过植入程序性规范实现“里应外合”的效果。具言之,在某些涉第三人权益的条款中,可增设或细化与第三人相关的程序性权利或义务。比如在公司对外担保中,赋予交易第三人审查公司章程与相关决议的权利,不仅不会增加太多交易成本,反而能明确交易行为的标准与尺度,更有力保障交易当事人的期待利益。由此,实现公司法程序规范在价值逻辑上从内部治理向体系治理的转变至关重要。

公司法程序规范的影响不仅存于私法领域,也可能跨越私法而触及公法领域,此不可谓不涉及体系治理的价值逻辑。例如,公司法与行政法也有交集之处。我国《公司法》第198条规定如当事人提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实而取得公司登记,情节严重的,行政机关可撤销公司登记或者吊销营业执照。但正如学者所提出的,这一规定既不符合行政法之基本原理,也与我国《行政许可法》第69条存在冲突,^①原因在于撤销公司登记与吊销营业执照并不可随意适用。此外,公司登记既有设立登记,也有变更登记,更有注销登记,如三种不同形态的登记均可能因材料虚假或隐瞒重要事实而受到撤销登记或注销营业执照的处罚,则属一刀切的简单规制,既不符合行政法理,也可能引发实践难题。因此,《公司法修订草案》第244条修正这一规定,将相关法律后果限于“吊销营业执照”,无疑是正确的选择。有鉴于此,要求程序规范的逻辑遵循从内部治理转向体系治理,不仅关系该程序规范的目的价值能否得以彰显,也关系公司法在私法体系中的地位与作用,更关乎公司法与其他部门法的调适与衔接。

（三）场域逻辑上由管制—自治单极化向菜单式选择延展

无论是学理解释还是司法裁判,我国《公司法》程序规范多体现为保障程序正义、限制恣意行为的管制型程序,这与深化“放管服”改革、扩大自治权的公司法修改方向有所背离。故,公司法程序规范的场域逻辑应摒弃管制过严或放权过松的单极化倾向,而应往菜单式选择面向延展,关注公司章程型程序、股东协议型程序以及商业习惯植入型程序等。首先,章程在公司法中的地位举足轻重,凡公司法没有强制规定之处,皆有章程发挥作用之余地。《公司法修订草案》共计260条,提及“章程”

^①王太高:《公司登记瑕疵制度研究——基于行政法的视角》,《政治与法律》2012年第10期。

二字的有112处,其中有59处明确允许章程可作另行规定,由此可窥章程之地位与功能。故此,应基于不同类型、规模的公司,制定并推广不同的示范章程,并在章程中明确不同事项的具体程序指引,细化公司法没有规定或无法规定的相关程序规范,以菜单式指引理念为市场主体提供无微不至的贴心服务。其次,延展菜单式选项意味着不能忽略股东协议。有学者认为协议治理只代表公司治理的过去,决议治理才是公司治理的未来。^①其言下之意是公司之治,应当重视决议而摒弃协议。笔者认为,股东协议作为公司治理的必要工具,其与决议之间并非势不两立。在股东协议当中植入程序规范,也能有效补充组织性文件难以规定或者没有规定的条款,进而有效补充或扩展公司法程序规范。例如,在关于公司分红方面,除了公司法和章程所规定的分红条件与程序外,股东之间也可在协议中规定分红的相关程序,如明确分红时某些特定股东享有一票否决权等。协议与决议的并存,也不代表决议的无能或失败。相反,恰恰是决议内生的强大生命力,才为协议提供了生存与发展的空间。最后,菜单式的程序规范选择意味着商业组织习惯也应被纳入公司法的法律渊源体系之中。一般认为,我国《民法典》第10条所规定的习惯主要指向交易习惯,^②但在商业习惯中,除广为人知的交易习惯外,还有组织内部习惯,即公司内部根据惯例流程或程序所形成的习惯。这些商业组织习惯,在形式上如同一个国家的不成文宪法,在组织体内部具有相当高的认可度。特别是涉及公司内部运作的具体程序时,肯认这些组织习惯,将之纳入程序规范的体系范畴,不仅有利于克服单一的或管制或自治的单极化弊端,也能拓宽程序规范的多元化,扩充公司法程序规范的场域逻辑。

(四) 肇始逻辑上由外植程序向内生程序延展

我国《公司法》具有浓厚的外植法色彩,以致许多外植型程序规范呈现水土不服之症。故公司法程序规范在肇始逻辑上应有所延展,对自生自发的内生型程序予以识别、养护和吸收,以生“师夷长技以制夷”之效。我国2005年《公司法》借鉴域外股东保护机制,确立股东代表诉讼。根据该法第151条的规定,股东在提起代表诉讼之前须先穷尽公司内部救济,再向有关机关提出书面请求,只有在被拒绝或者三十日之内未收到答复的,才能向法院提起诉讼。这一前置程序的要求实际上是意图让公司知悉,并以自己名义向不法行为人提起诉讼,毕竟利益直接受损的是公司而非股东。但如果情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,符合资格的股东也可无需履行前置程序而径直向法院提起代表诉讼。这一前置程序豁免的规定源于美国的《示范商事公司法》(MBCA)和特拉华州相关判例,但我国在植入这一前置程序豁免规定时,仅规定了“情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的”这一情形,而没有囊括其他情形。比如,当董事与监事相互勾结,向其中一方主体提起书面请求已丧失意义,此时如仍按第151条的规定要求股东履行前置程序,则显无价值可言。又如,《公司法修订草案》第64条规定,有限责任公司可在董事会中设置由董事组成的审计委员会,设有审计委员会的公司可以不设监事会或监事。对于不设监事会或监事的公司,股东要对董事提起代表诉讼时,依据《公司法修订草案》第188条的规定,须向监事会或者监事履行前置程序,但此种情况并无监事会或监事。显然,我国在引入审计委员会制度时未因应我国实践特殊情形加以补充规定,从而导致制度疏漏之弊病。这些问题本可通过对程序规范进行规定、补正和完善予以解决,却因为立法之际未周全考虑本国实际情况,生搬硬套国外相应规定,而导致适用疑难。有鉴于此,公司法程序规范的设计要及时走出局限于外植型程序的怪圈,将肇始逻辑由外植程序向内生程序延展,生发出契合中国实践需求的程序规范,以防止公司法的“南橘北枳”。

^①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。

^②李建伟:《法源意义上的习惯与习惯法合一论——以商事习惯与商事习惯法为视角的研究》,《政治与法律》2021年第11期。

（五）目的逻辑上由被动反应向前瞻预防延展

我国公司法程序规范总体上属于事后救济的反应型程序规范,因救济成本、范围、效果等因素制约,难以充分定分止争。因而我国公司法程序规范应从被动反应向前瞻预防逻辑延展,通过事前规制防患于未然。比如,在股东经济性权利方面,法院一般仅支持具体分红权,而不支持抽象分红权,即人民法院只有在公司作出具体分配方案的有效股东会决议之后,才能支持股东的分红诉求。^①但若公司已作出分红的股东会决议,如无特殊理由,公司无不执行之理。实践中更多的是公司长期不分红或仅象征性分红,大股东则通过包括担任高管“合法”领取高额薪酬等各种方式维持自己的“饴甘饕肥”,小股东只能仰天长叹,而法律对此也未作过多干预。更为甚者,公司即便已作出分红决议,如有正当理由,仍然可以在事后拒绝分红,这无异于视分红决议为无物。我国《公司法》第74条以及《公司法司法解释四》第14、15条的寥寥数语,也仅是设置了对分红纠纷的前置程序以及因分红纠纷而诉诸法院时司法介入的程序干预导向,并没有从程序规范的角度规定股东在特定情形下可有效行使分红权。这种被动式程序规范,仅仅针对纠纷的解决进行规定,而未对如何避免纠纷的产生予以考量,将更容易诱发股东矛盾,助长纠纷的产生。有鉴于此,对于股东分红权的规定应当按照前瞻预防的逻辑展开,而非仅仅注重事后纠纷的解决与权利的救济,以此尽量避免事后救济存在的不确定性、高成本性。在股东参与性权利方面,我国《公司法》对于股东提案权的规定也是寥寥数语,^②诸多问题亟待厘清。比如是否只要提案属于股东大会职权范围,并有明确议题和具体决议事项,股东就可随意提出?此时何为明确议题?何为具体决议事项?标准何在?是否应限定股东提案数量和字数,以避免公司被无尽的提案所扰?审查主体是董事会还是监事会?审查标准何在?股东提案如被董事会否决,有何救济措施?如果相关程序规范没有对此进行详尽规定,纠纷将会一触即发。而一旦相关纠纷出现,也将会加剧冲突。精细化规则的事先安排,可对公司治理起到良好的指引作用,亦可提前预防此类纠纷的发生,减轻司法裁判的压力。故此,在优化公司法程序规范的目的逻辑上,要从传统的被动反应向前瞻预防拓展,以尽量减少潜在纠纷和消解可能的冲突。

五、结 语

回首并展望我国的公司法现代化征途,来路已然无从改变,去处仍需吾侪深思。目下,公司法修订大有沛然莫之能御之势,但关于公司法价值与理念变向的莫衷一是,不仅将导致理论体系和规范制度的天差地别,也会左右处于商事组织“生态圈”中的公司及其进化的可能与方向,^③甚至会对市场经济释放出迥然不同的信号,并直接影响市场主体的内部组织与外部交易。故此,重实体轻程序的传统理念显然已与如今的公司法发展方向相脱节,程序性规范已适时值得浓墨重彩地出场。一言以蔽之,唯有重塑程序规范的功能定位,正视程序规范的内在价值,并在优化程序规范时遵循基本的逻辑转向,才能让公司法的实体权利不致成为一种“权利假象”,也才能制定出一部“通情达理”的本土化公司法。

（责任编辑：吴 欢）

^①《公司法司法解释四》第14、15条。

^②《上市公司章程指引》和《上市公司股东大会规则》对股东提案权有所细化,但相关条款仅从提案股东资格、提案程序和提案内容作出原则性规定,虽短小精悍,可惜缺乏具体指引路径。

^③李诗鸿:《意识形态与公司法的变迁——兼论公司立法理念的演进》,《人大法律评论》2015年第2辑。

The Logical Turn in Optimizing the Procedural Norms of the Company Law

LIN Shaowei

Abstract: The traditional idea of stressing substance and despising procedure leads to many deviations in the procedural norm of the Company Law, which triggers the internal drawbacks, such as the weakening of shareholders' right, the disorderly exercise of power by the directors and the failure of supervision mechanism; as well as the external drawbacks, such as the uncertainty of transaction safety and the vagueness of social responsibility. Therefore, we should reshape the value and function orientation of procedural standards of the Company Law, and realize that procedural standards are not only the inevitable path to the second modernization of the Company Law, but also the necessary guarantee for the independent will of the corporations. Procedural norms can not only correct the heterogeneity of interests among the corporations, but also respond to the development of intelligent technology revolution in a timely manner. Against the background of the new revision of the Company Law, the optimization of the procedural norms of the Company Law should have a breakthrough in the following basic logics: in terms of positioning logic, it should be transformed from instrumentalism to departmentalism; in terms of value logic, it should be transformed from internal governance to system governance; in terms of field logic, it should be transformed from regulation-autonomy unipolarity to menu selection; in terms of initiating logic, it should be transformed from external program to endogenous program; and in terms of goal logic, it should be transformed from passive response to proactive prevention. As a result, the reasonable and localized company law could be formulated.

Keywords: revision of the company law; procedural norms; shareholders' rights; corporate autonomy; localization of company law

About the author: LIN Shaowei, PhD in Law, is Professor and PhD Supervisor at School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law (Chongqing 610074).