

本期特稿

基于公司理性自治的公司法规范重塑^{*}刘俊海^{**}

内容摘要:鼓励公司理性自治是公司法现代化的必由之路。理性自治源于公司作为营利法人的本质属性,乃市场无形之手。立法者、监管者和裁判者应尊重和保障公司自治权。公司法应尽量为公司自治法预留空间,确保其在公司法规范体系中处于基础性地位。要鼓励立法者与公司的制度竞争,章程应在登记时同步公示。《公司法》应以私法规范为主,公法规范为辅。要允许公司自由选择治理结构和规则;股东会中心主义、董事会中心主义或总经理中心主义的选择属公司自治范畴;股东人合性和公司闭锁性取决于公司自治。

关键词:理性自治 公司自治法 倡导性规范 强制性规范 效力性规范

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2021.05.001

引言

“春江水暖鸭先知”,公司自治乃公司法之魂,公司自治程度直接决定着公司活力乃至民族经济核心竞争力。我国《公司法》颁布于1993年12月29日,后于1999年12月25日、2004年8月28日、2005年10月27日、2013年12月28日与2018年10月26日历经五次修改,每次修改都着眼于为公司松绑放权。

但现行《公司法》仍存在公司自治的疲软、失灵和异化现象。一是有些倡导性规范(如《公司法》第44条第1款和第108条第1款规定的公司董事会成员数量的上下限)被误解为强制性规范。二是有些规则盲区被误解为自治禁区。章程规定的商业判断规则、有限责任公司股东一人一票表决权、董事一票否决权、董事长为打破董事会会议僵局而破例行使第二票表决权均符合自治精神。三是在公司自治与契约自由冲突时,后者经常凌驾于前者之上。虽《公司法》第16条允许章程划定公司对外担保决策权限,不少银行仍痴迷于公司印章和法定代表人签名,漠视章程条款和公司决议。四是公司自由和自律容易失衡。如,2013年《公司法》着眼于降低公司准入门槛、提高资本制度灵活性,但未同步出台注册资本认缴制滥用的纠偏机制,有重快捷轻安全、重创新轻诚信、重数量轻质量之憾。五是实践中普遍存在有名无实、有机构无机能的公司治理失灵现象。监事会和独立董事监督乏力即其适例。六是立法者为公司提供的可资选择的规范菜单(如公司类型和治理结构)有限。七是公司自治异化时的竭尽公司内部救济与外部裁判之间尚未实现高效对接。

在《公司法》今年迎来第六轮修改之际,如何评价公司自治的价值功能,如何鼓励公司理性自治,如何实现公司法和公司自治法的同频共振,如何配置任意性、倡导性和强制性规范,如何甄别公法规范中的管理性和效力性规范,是本次修法无法回避的重大课题。

一、鼓励公司理性自治是公司法现代化的必由之路

(一)公司理性自治的十大丰富内涵

公司理性自治意味着,公司有权为追求营利目标而在不违反强行法和公序良俗的前提下,对内自我设定治理规则,对外自由实施法律行为,理性行使权利,诚信履行义务,自获利益,自担风险。公司自治既是抽象理念,也是具体制度,更是自觉实践。

* 本文系2019年度全国人大常委会法工委委托项目“公司法修改研究”(项目编号:201920205)的阶段性成果。

** 中国人民大学法学院教授。

公司理性自治包括十项内容：一是从主体看，公司具有独立法人资格；二是从客体看，公司产权神圣不可侵犯；三是从规范看，公司享有自我立法权；^①四是从存在价值看，公司享有生存权和发展权；五是从治理模式看，公司自主选择最佳治理体系和代理人；六是从自由边界看，公司自我解缚，法无禁止即可为；七是从财富来源看，公司自主设计并不断创新商业模式；八是从利益分配看，公司自主决定分红政策和代理人激励机制；九是从逻辑因果看，公司承受自主行为创设的权责利；十是从商业伦理看，公司慎独自律，善待利益相关者，担当社会道义。

（二）公司理性自治源于公司作为私主体和商法人的本质属性

中共中央《法治社会建设实施纲要（2020—2025年）》强调的“坚持法治、德治、自治相结合”中的“自治”包括公司自治。《民法典》第5条重申自愿（私法自治）原则；第57条强调法人民事权利和行为能力，旨在突出其独立性和自治性；第76条重申公司作为营利法人的法律角色。

政商主体遵循不同法治原则。对法治政府而言，法无授权不可为，法定职责必须为，违法作为必问责。法若授权，可为；若明禁，不得为；若语焉不详，亦不得为。该原则仅就政府减损相对人权益的情形而言。若政府有意造福相对人权益（如在政务大厅为群众备茶），无需法律授权。而对私主体而言，法无禁止皆可为。法若许可，固可为；若明禁，不可为；若语焉不详，仍可为。“法”是广义的，涵盖行为规范、法律原则、公序良俗、核心价值观和天理（自然法理念）。

政商主体制度差异背后的法律逻辑是人民主权思想和委托代理理论：人民通过立法程序将部分权利授予政府代理行使，至于尚未让渡的剩余权利和自由仍保留在人民之手。与之平行的市场经济逻辑是：既然市场智慧多于监管者、商人智慧多于立法者，就应谦让且真诚地尊重和赋能私法自治。

公司自治淋漓尽致地体现了公司的商主体属性和商行为自由。自治性是公司本质特征。^②商行为是私法行为。公司虽冠以“公”字，但系商主体，“私”的属性乃其本质，天然弘扬理性自治精神。公司无自治权和自由度，就无竞争力和盈利能力，亦无力增进公益。公司法在财产法、合同法、代理法与信托法基础上破土而出，成长为私法体系的核心组成部分。为鼓励投资兴业、控制投资风险、降低交易成本、稳定各方预期、造福股东和利益相关者，公司法不但将股东、资本、知识和文化等资源概括拟制为独立法律人格，而且要积极确认、充分尊重、有效保护和全面激活公司自治机能。

我国1993年《公司法》受计划经济思维影响，带有重秩序轻活力、重管制轻自治的烙印，对自治精神包容不足，挤压了自由创新空间。2005年《公司法》开始鼓励自治，减少国家对公司过度干预，废除转投资管制，放宽经营范围限制，允许公司选择董事长或总经理为法定代表人，鼓励出资方式多元化。2013年，立法者推行注册资本制度自由化。2018年，立法者增设上市公司回购股份的例外情形。

公司自治失灵必然导致公司法失灵。只有鼓励公司理性自治，才能消除公司法设计缺陷，提高公司法包容度，促进公司法规范多元化，增强公司法核心竞争力。

（三）公司理性自治有助于全面增强公司活力

习近平总书记在2020年7月21日召开的企业家座谈会上指出，“留得青山在，不怕没柴烧。要千方百计把市场主体保护好，为经济发展积蓄基本力量。”公司是市场经济的干细胞，是创造就业、促进增长、创新科技、增加税收、节约资源、保护环境、稳定社会、传播文化、增进和谐的发动机，是落实“六稳”“六保”的压舱石，是推进供给侧结构性改革、推动高质量经济发展、建设现代化经济体系的重要主体。经济活力取决于市场微观细胞的活力，自治是公司活力之源和创新之基，是市场经济富有活力与免疫力的秘笈。无公司自治，也就无经济活力。

依诺贝尔经济学奖得主科斯的公司理论（Theory of Firm），公司魅力在于其内部行政成本低于外部市场交易成本。^③与自然人之间的交易相比，法人化、团体化的公司组织降低了交易成本，提升了交易效率，推动了工业和信息文明一飞冲天。当然，公司组织无法根除交易成本和市场风险（包括道德风险与法律风险），

^① 英文中的自治“autonomy”一词源于希腊语“autonomos”（自我立法），其中“autos”指自己，“nomos”指法律。

^② 参见刘俊海：《中国加入世贸组织后公司法的修改前瞻》，载《中国法学》2002年第6期。

^③ Ronald Coase, The Nature of the Firm, 4 *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp.386-405.

并蕴含控制股东与非控制股东间、新旧股东(创始股东和外部股东)间、股东与代理人间、公司内外人间的四组利益冲突。

鼓励公司自治是破解公司法利益冲突的国际通例。理性自治顺乎趋利避害的人性,有助于降低成本、创造财富、固本培元、消弭冲突、内安外顺。在对内关系中,股东、实控人和董监高理性博弈、民主决策和相互制衡,弘扬股权和信托文化,鼓励投资兴业,降低治理成本,控制投资风险,预防风险外溢。在对外关系中,公司与劳动者、债权人、消费者、交易伙伴、供应商和当地社区等利益相关者之间平等谈判、公平交易与自由竞争,弘扬契约和竞争精神,维护交易安全,降低交易成本,加速商事流转,保障公平交易,促进自由竞争,推动资源合理流动与优化配置。

公司自治也是我国企业改革的经验总结。中共中央、国务院《关于深化国有公司改革的指导意见》明确了公司自治化改革方向:“促使国有公司真正成为依法自主经营、自负盈亏、自担风险、自我约束、自我发展的独立市场主体”。国企改革迄今经历了物权模式(国家所有、国家经营)、债权模式(国家所有、公司经营)和股权模式(公司所有、公司经营,或国家享有股权、公司享有法人所有权)的三步曲。^④ 股权模式是公司自治程度最高的组织形式。举轻明重,国企改革遵循自治化逻辑,民营和外资公司也无例外。

我国2018年3月16日跨入亿户市场主体时代。^⑤ 但公司活力不够、生命周期不长,僵尸公司数量不菲。据天眼查发布的数据显示,46万家公司在2020年第一季度注销或吊销,其中约57%公司寿命不足3年。^⑥ 为增强公司活力、减少僵尸公司现象、释放自治潜能、厚植核心竞争力、推动公司高质量发展,必须鼓励公司理性选择商业模式、发展战略、治理规则和合规体系,终结盲目扩张和野蛮生长现象。

(四)公司理性自治本身就是市场无形之手

公司自治是区分计划经济与市场经济的试金石。计划经济与公司自治无法兼容。在计划经济体制下,企业仅是完成政府计划的工具和手段。而市场经济以市场主体地位平等和独立自主为前提。公司是最典型、最核心、最活跃的市场主体。公司自治和市场经济如影随形,须臾不分。市场经济的核心要义是,发挥市场无形之手在促进资源合理流动与优化配置中的决定性作用与基础性地位。

鉴于资源配置依赖市场主体缔结的契约(法锁)链,配置者并非抽象的“市场”,而是具体的“市场主体”。公司设计商业模式、研发新技术、采购设备和原材料、获得外部融资、延揽人才、挖掘消费需求、生产新产品、提供专业服务、组织物流配送、满足消费需求、缴纳税收、乐善好施的过程就是资源配置过程。公司纵横驰骋于不同要素市场中的对等博弈、公平交易和自由竞争也是为了配置资源。公司的海量契约和竞争活动汇聚而成浩瀚无垠的市场体系。公司自治既然是市场配置资源的主要手段,实乃市场无形之手。公司自治程度越高,市场体系越发达公平有效。没有公司自治,就没有市场无形之手的资源配置作用。

我国市场经济体制尚不完善,存在要素资源价格被扭曲、要素使用效率不高、要素配置不公平、要素市场壁垒林立、要素流转不畅、要素获取成本较高等短板。^⑦ 因此,《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》强调:“推动有效市场和有为政府更好结合。”公司理性自治作为实现无形之手和有形之手无缝对接、同频共振的杠杆支点,有利于鼓励公司创新发展,扩张营商自由,约束公司慎独自律,打造和而不同的公司利益共同体,构建亲清新型政商关系,建设法治政府和有限权力政府,避免公权力“父爱主义”越俎代庖的非理性冲动和副作用,预防市场和政府双重失灵。

(五)公司理性自治完全符合核心价值观

公司自治是自由平等的核心价值观在公司领域的具体体现。《民法典》将“弘扬社会主义核心价值观”列为立法宗旨。马克思曾预言:未来新社会是“一个更高级的、以每一个人的全面而自由的发展为基本原则的

^④ 参见刘俊海:《股份公司股东权的保护》(修订版),法律出版社2003年版,第546—551页。

^⑤ 参见林丽鹂:《我国各类市场主体总量突破1亿户》,载《人民日报》2018年3月17日,第5版。

^⑥ 封面新闻:《今年第一季度全国公司大数据:新增322万家公司》,载新浪网, https://k.sina.com.cn/article_1496814565_593793e502000qmz0.html, 2021年1月9日访问。

^⑦ 参见刘俊海:《论要素市场化配置的法治保障体系》,载《兰州大学学报·社会科学版》2020年第5期。

社会形式”；^⑧“自由是做任何不损害他人权利的事情的权利”。^⑨我国优秀传统文化也孕育着自治基因。“道法自然”是老子的核心论题。^⑩由“道法自然”可引申出“辅万物之自然”、“希言自然”、“百姓皆谓我自然”和“莫之命而常自然”。^⑪佛教强调责任、提倡平等、推崇智慧、鼓励奉献、张扬自由。^⑫缘起性空的世界观、中道的方法论、众生皆有佛性的平等思想、无我的人生观、五戒十善的行为规则、善因善果的人生法则、普度众生的责任担当均有机统一。^⑬儒家强调仁义礼智信、温良恭俭让，也承认理性自由。孔子推崇自治：“七十而从心所欲，不逾矩”；“无为而治者，其舜也与！”^⑭儒释道互融互补，构成了中华文化三大主脉。郑观应认为，“儒道同理、释道同理、三教合一不外一理。”^⑮文景之治传承了无为而治的儒道共法，倡导轻徭薄赋，与民休息，重农富民，轻刑慎罚。^⑯崇尚自治精神既是古代思想家的理性共识，也是草根阶层的共同信仰。据张晋藩教授考证，出土汉墓中发现的《杨绍买地券》中载有“民有私约如律令”，《潘延寿买地券》中含有“有私约者当律令”，《曹仲成买田铅券》载有“知券约，如天帝律令”。^⑰这些约款都闪烁着自治光芒。

西方主流哲学家也肯定自治。康德在十八世纪提出的道德哲学以绝对义务和道德个体自治为核心。^⑱他在《道德形而上学之奠基》中提出了五大道德公式：普遍法则公式、自然法则公式、人性公式、自治公式和目的王国公式。“目的王国”是由自由平等的理性存在者组成的道德共和国。^⑲康德继承了文艺复兴的人文主义传统，强调人的理性存在，凸显人的自由本质，倡导理性自觉和自律，也关注人的理性存在的有限性，主张对个人任性予以强制约束和他律。^⑳黑格尔则主张区分道德法和伦理法，认为道德不是形而上学的假设，需要在伦理生活中获得实现。^㉑因此，公司理性自治体现核心价值观的基本要求，也契合中外传统优秀文化。

二、公司自治法与公司法典之间的良性互动和公平竞争

（一）公司法典难以兼顾精准性与普适性的困境和出路

狭义公司法体系限于自上而下的外生性法律规则，包括以公司法典为龙头的法律、行政法规、部门规章、地方性法规和司法解释等法律规范群。将公司法典定于一尊，有助于实现公司法统一化、一元化和中心化，为国内各类公司的设立、治理和运营提供一体遵循的行为标准，划定公共利益和公序良俗的底线，预防公司法区域化和碎片化风险。我国是单一制国家，“车同轨、书同文、行同伦”的大一统历史悠久，天然具备法典化优势。在后民法典时代，公司法有望步入法典化模式。但法典化终究是遗憾的艺术。

首先，公司法典仅能捕捉和规制浮出水面的典型问题，但难以覆盖非典型问题和法律规避智慧。立法者虽中立超脱，但终非商人，无法对未来新兴商业法律问题料事如神。我国《公司法》至今尚未回应VIE架构、双重股权架构、股权代持协议、股权让与担保以及法律规避措施的效力等重大问题。既然公司法典仅能规范

⑧ [德]马克思：《资本论》，载《马克思恩格斯文集》第5卷，人民出版社2009年版，第683页。

⑨ [德]马克思：《论犹太人问题》，载《马克思恩格斯文集》第1卷，人民出版社2009年版，第40页。

⑩ 王中江：《道与事物的自然：老子“道法自然”实义考论》，载《哲学研究》2010年第8期。

⑪ 罗祥相：《论老子“自然”思想的逻辑展开》，载《哲学研究》2020年第2期。

⑫ 参见李远杰：《佛教的伦理价值》，载《宗教学研究》1999年第1期。

⑬ 参见佛日：《缘起与性起》，载《法音》1992年第4期；李革新：《再论海德格尔的存在之“无”与佛教的缘起性空——兼与张志伟教授商榷》，载《世界哲学》2020年第2期。

⑭ 北京师范大学古代文学研究所编订：《论语》，卫灵公第十五，第126页。

⑮ 马平安：《郑观应对儒释道三教的诠释与整合》，载《世界宗教研究》2020年第3期。

⑯ 罗义俊：《文景之治与儒家思想》，载《杭州师范大学学报（社会科学版）》2014年第1期。

⑰ 李显冬：《“民有私约如律令”考》，载《政法论坛》2007年第3期；张晋藩：《论中国古代民法研究中的几个问题》，载《政法论坛》1985年第5期。

⑱ 凤阳：《黑格尔社会伦理思想探析》，载《道德与文明》2016年第3期。

⑲ Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kants Werke, Band IV, Berlin: Walter de Gruyter 1968, pp. 421-438. 转引自，杨云飞：《论康德对罗尔斯正义理论的影响——兼谈哲学史对于当代哲学研究的启发意义》，载《武汉大学学报（人文科学版）》2013年第2期；杨云飞：《康德目的王国理念新解》，载《武汉大学学报（人文科学版）》2015年第4期。

⑳ 参见李海星：《主体自由：康德道德法则的价值底蕴》，载《社会科学家》2009年第8期。

㉑ 参见A·W·伍德、李金鑫：《黑格尔对道德的批判》，载《世界哲学》2013年第3期。

浩瀚无垠的公司法律关系中的一小部分，法典化之日必为漏洞显现、规则内卷之时。

其次，公司法典难以兼顾精准性与普适性的双重目标。若追求精准性，一企一法模式最理想，但不现实。若追求普适性，必须舍弃差异化制度需求，降低规则的精准性和可诉可裁性。作为妥协，立法者只能满足参照系公司的一般制度需求。但因产业、所有制和规模不同，公司的个性化制度需求得不到满足，“大脚穿小鞋、小脚穿大鞋”和“草色遥看近却无”的现象在所难免。公司法典再整齐划一、科学缜密、滴水不漏，也很难普适于万家公司。

其三，立法者摆脱两难境地的唯一策略是，打破公司法典垄断公司法体系的神话，承认公司法体系的立体性、开放性和多元性，承认公司自治法和公司法典都是公司法体系中比肩而立的重要法源。这就需要降低对公司法典的期望值，放弃法典化神话，激活公司自治法。为确保公司法规范的普适性和统一性，建议求同存异，提取公司制度需求的最大公因式，定期升级公司法典。为增强公司法规范的精准性和针对性，立法者要尽量为自治法预留最大空间，鼓励公司内生制度创新。公司法典不再追求大而全、全而精，公司自治法的个性化设计则要提速。

（二）公司自治法在公司法规范体系中的基础性地位

广义公司法体系包括外生型公司法，也包括内生型公司法（公司自治法），即公司由下至上、由内及外而制定的内生性、自治性法律规则，包括公司章程、章程性自治文件（如《公司治理大纲》）、股东会决议、公司章程制度、股东协议、全体股东签署的会议纪要、行业自律规则（如证券交易所规则）和商事习惯等。

若将外生型公司法喻为“硬法”，内生型公司法堪称“软法”。但“软法”不软。契约严守的逻辑是，契约乃当事人间的神圣法律。公司自治法也是当事人应遵守的法律规范，是公司法体系的核心组成部分。回顾历史，我国改革开放以来一直重视自上而下的外生制度变迁。展望未来，更应立足于公司法的四梁八柱，鼓励自下而上的内生制度变革。

一把钥匙开一把锁。每家公司都享有自治立法权，是自身的最佳立法者。公司量身定制、反复锤炼的自治法可满足每家公司的个性化制度需求。公司自治权的分散化、多元化和去中心化有助于弥补法典盲区，缓解法典僵化症。凡公司能自主调整的内部法律关系，都应尊重和凸显自治法的基础性地位，保持法典的谦抑性和补充性。

公司内外利益冲突易滋外溢风险、助长弱肉强食。为预防和救济公司自治失灵或异化现象，立法者要在公司风险外溢领域划定红线规则，为公司内部关系中的弱者（如中小股东、劳动者）和外部关系中的善意相对人（如债权人、消费者和社区）提供安全网。前者在公司治理程序中缺乏控制力和影响力，甚至缺乏话语权和知情权；后者通常无缘参与公司治理程序，无法设定或更改公司自治议程，难以逆转或矫正风险外溢的公司决议（如高杠杆融资或环境侵权）。因此，立法者应聚焦于保护中小股东和其他利益相关者，鼓励利益相关者参与公司治理，激励和约束公司承担社会责任。

（三）公司自治法与公司法典的良性互动与公平竞争

为预防内外规则双重失灵，建议立法者秉持求同存异、兴利除弊、活而有序的包容理念，促进两大规范体系互敬互补、互联互通、互鉴互竞、互促互动、无缝对接和同频共振。既要持续推进法典化，也要预防极端中心化；既要确立强制性底线规则，也要鼓励自治法百花齐放。不能以自治法取代公司法典，也不能以公司法典窒息自治法。和而不同的自治法和公司法典都要践行自由平等、公正法治、诚实友善、多赢共享的核心价值观。

流水不腐，户枢不蠹。在全球化和数字化时代，制度竞争已成为常态。公司之间、立法者之间、公司和立法者之间都有制度竞争。若公司法典能满足全部公司制度需求，自治法也无需标新立异。若公司法典百密一疏，自治法必会悄然而至。制度创造力强大的公司不必东施效颦照抄自治法模版，也不必照搬登记机关推荐的章程范本，而应推出自身真正需要的自治法。制度竞争有助于加速制度变革，提高制度活性，解放生产力，促进知识进步，增加社会财富。

美国仅有联邦层面的证券法和证券交易法，而无联邦层面的公司法。该立法例利大于弊。《模范商事公司法》本身并非国会通过的法律，而是美国律师协会公司法委员会推出的供各州采用的立法模版。美国的州际公司法竞争催生了特拉华州领跑全美注册公司数量之最多的奇迹。

美国学界对公司法竞争褒贬不一。有学者斥其为逐底竞争或争下游竞争(Race to the Bottom),认为公司法冠军剥夺了无力选择公司注册地点的中小股东权利。有学者赞其为逐高竞争或争上游竞争(Race to the Top),认为资本市场的定价功能反映和体现不同公司法选项的效果,特拉华州夺冠恰恰说明其能促进股东利益最大化。^② 笔者赞同后说。

但在关注美国诸州制度竞争的同时,不能忽略公司自治法的争奇斗艳也是美国公司法活力之源。截至2020年12月,277家美国上市公司采取的差异化表决权架构不仅有AB双重股权结构,也有ABC三重股权结构。有些ABC架构又不断细分,如A系列一股一票,B系列内部分别是一股十票与一股十分之一票,C系列均无表决权。^③ 我国立法者不可不察。

我国《立法法》第8条要求民事基本制度和基本经济制度规定于法律之中,排除了公司法的地方性制度竞争,但开放了公司法典与自治法、自治法相互间的制度竞争。近年来,地方政府为优化营商环境而竞相构建新型亲清政商关系,也会直接影响公司注册地点和营业场所的选择。但这不是公司法中的制度竞争,而是行政法中的政商关系竞争。

三、公司章程自治权的扩张

(一)章程的广义解释

作为公司自治法龙头的公司章程充分体现公司自治精神,堪称公司内部“小宪法”,是公司法的重要渊源。《民法典》第79条和《公司法》第11条均要求设立公司时制定章程,章程对公司、股东和董监高具有约束力。若当事人因此成讼,应以章程为裁判依据,除非章程条款违反强制性法律规定或公序良俗。

公司章程有形式意义(狭义)与实质意义(广义)之别。狭义章程仅指以“章程”命名的书面文件。广义章程是规范公司内部法律关系(公司和股东、董监高及其他利益相关者关系)的根本准则的总称,包括书面章程和章程性文件(如全体股东签署的、具有章程性质的股东会决议和股东协议)。笔者主张对章程作扩张解释。但未登记章程不得对抗善意相对人。

(二)树立个性化章程设计优位的理念

傻瓜相机很难拍出一流摄影作品,傻瓜(制式)章程也无法催生具有创新力和竞争力的公司。但许多发起人仍习惯于仿照章程范本,起草千企一律、简单粗疏的章程。原因有五:一是《公司法》中的倡导性规定被误解为强制性规定;二是章程示范文本过于简单,主要来自公司法条文,发起人无法增减删改;三是证券监管部门推出的上市公司章程指引较为详细,但仅适于上市公司,且体现监管意志,不容上市公司作颠覆性修改;四是缺乏设计专业化章程的职业化律师群体;五是商人普遍注重人际关系和政策调整,缺乏对个性化章程的内在法律服务需求。很多公司在章程失灵诱发诉讼或治理僵局、公司停摆时才会意识到个性化章程设计的重要性。但争讼两造很难重启包容普惠的修章程序。

为终结削足适履现象、实现良法善治、预防利益冲突、消除同案不同判现象,建议鼓励公司在综合考量产业属性、商业模式、资本规模、经营规模、成长阶段和文化基因的基础上,量体裁衣地设计个性化章程并适时更新改版。鉴于《公司法》束缚和限制公司自治的强大制度惯性,建议每句倡导性规定尾部增设但书条款(公司章程另有规定或协议另有约定的除外)。

(三)建议增强公司章程登记的公示公信效力

《公司法》第6条第3款允许公众向登记机关申请查询公司登记事项,要求登记机构提供查询服务;第23条与第76条将章程列为公司设立必要条件。虽章程理应是公示信息,但实践中章程被视为备案(而非登记)事项。依《公司登记管理条例》第36条,若修章未涉及登记事项,公司应将修改后章程或修正案送登记机关备案。由于备案与登记的措辞不同,公众与交易伙伴无法通过企业信用信息公示系统查询章程,也很难在

^② Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Third Edition, 2017, Oxford University Press, pp. 20-21.

^③ Council of Institutional Investors, *Dual Class Companies List*, at <https://www.cii.org/files/Formatted%20Dual%20Class%20List%202012-14-20.pdf> (Last visited on January 9, 2021).

登记机关查询章程。

由于我国章程公示制度存在盲区、章程透明度缺乏制度保障，商业伙伴无法公开查询公司的内部决策机制和外部代表代理权限配置，无法准确理解“老三会”（党委会、职代会和工会）、“新三会”（股东会、董事会和监事会）、经理层、董事长、总经理和董事会专门委员会之间的权限划分，无从知晓对外投资、借贷、担保及关联交易等重大事项的适格决策机构、代表人和代理人。在信息不对称的情况下，商业伙伴面临着三种尴尬选择：一是放弃合作机会；二是加大尽调与风控力度；三是要求对方提供充分有效的担保措施与增信手段。但上述选择都会提高交易成本，阻碍商事流转。

章程公示公信效力攸关善意相对人的保护范围，涉及公司内部良治与外部交易安全之间的同频共振，影响民法典与公司法的有机衔接。依《民法典》第 61 条第 3 款，“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”。因此，只要章程有透明度和公示公信效力，相对人就不属善意，章程对代表权的限制就可对抗相对人。该法第 66 条也要求登记机关依法及时公示法人登记信息。可见，《民法典》鼓励提高章程透明度，并未将章程排斥于登记事项。

法定代表人擅以公司之名对外签订担保合同，损害了公司及股东利益，是制约公司可持续发展的隐患。很多公司对标《公司法》第 16 条、第 104 条、第 121 条和第 148 条，在章程中精准划定股东会、董事会、董事长和总经理的决策权限区间和具体金额标准，明定担保总额及单项担保限额，要求法定代表人在代表公司签署担保合同前获得股东会或董事会授权。公司对外担保制度本属效力性规定，但因限制法定代表人代表权限的章程条款无法在登记机关开放查询，常被误解为管理性或倡导性规范。若将章程纳入登记与公示事项，公司对外担保的透明度和可预期性将大幅提升，同案不同判现象也会土崩瓦解。

“章程是商业秘密”的错误思维定势违反商业逻辑。因为，公司根本不必将商业秘密写入章程。章程既无商业秘密，当然应予公示。从第三人角度看，允许利益相关者自由查询章程，可保护善意相对人知情权，夯实债权人注意义务，明确中介机构的审慎尽调标准。从公司角度看，章程公示是公司取得独立法人资格、股东享受有限责任待遇的默示前提，是公司加强合规风控、约束代表权和代理权滥用的治本之策，也是公司改善商誉、增强核心竞争力的制度抓手。

鉴于 2016 年《公司登记管理条例》第 55 条要求登记机关将公司登记、备案信息通过企业信用信息公示系统向社会公示，鉴于《企业信息公示暂行条例》第 6 条亦要求登记机关通过该系统公示其在履职过程中产生的注册登记和备案信息，鉴于登记章程具有增进公益的公共信息属性，鉴于登记行为本质是公共服务，建议《公司法》将章程规定为登记事项，并应同步免费公示于企业信用信息公示系统，以全面赋能章程公示公信效力。

就公示公信效力而言，“公示”是手段，“公信”是目标，“效力”是效果。该效力具有两大功能：一是保护善意第三人对章程的善意合理信赖；二是允许公司以章程记载事项对抗非善意第三人。将章定的内部决策与内控程序晓谕公众，可提高公司治理透明度，降低交易成本，加速商事流转，造福中小股东、债权人和不特定的潜在善意相对人。

（四）建议包容章程二元化

我国《公司法》中的章程具有一元化特点。有些国家（如英国、美国和德国）存在二元化章程，包括基本章程（Charter, Articles of Incorporation, Certificate of Incorporation, Articles of Association, Constitution）和附属章程（Bylaws）。基本章程是调整股东间、股东与董事和其他经理人间相互关系的基本准则。通过明示或默示的契约指引，基本章程可成为公司与雇员间、公司与债权人间的契约组成部分。附属章程是对基本章程的补充，通常调整非根本性公司事务，修改程序也更灵活机动。^④

美国《模范商事公司法》第 2.02 条规定了公司设立章程的四类必要记载事项和六类任意记载事项；第 2.06 条授权发起人或董事会制定附属章程，并纳入与法律或设立章程不相抵触的任何条款；第 2.07 条授权董

^④ R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. HOPT, H. Kanda, M. Pargendler, W.-G. Ringe, and E. rock, the Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, Third Edition, 2017, p.17.

事会在发生灾难等紧急情况时制定紧急附属章程。

我国实践中的章程有详略版本之别。基于自治理念,建议包容和尊重章程详略文本的二元化惯例,允许公司自由选择一元化或二元化章程。公司可在登记简约版章程之外,另行制定内部的详细版章程(内部治理细则)。登记在册章程透明度较高,可对抗外部第三人。未登记章程具有保密性,不能对抗善意第三人,只要不害及公益、公序良俗和第三人权益,就对公司内部关系产生拘束力。二元化章程内外有别,各行其道,各得其所。“阴阳章程”的提法隐含着负面否定之意,宜改称“内外章程”或“详略章程”。

四、《公司法》的规范设计应体现公司自治友好型理念

(一)《公司法》的规范结构应以私法规范为主

公司法修改的价值观与方法论都要鼓励公司理性自治。就外延边界而言,公司法要尽量为自治法的生存和发展预留广阔空间。就内部结构而言,公司法应刚柔相济,张弛有度。鉴于公司法属私法范畴,公司法规范设计应以调整横向民事关系的私法规范(民事规范)为主,以调整纵向行政关系的公法规范(行政规范)为辅。公法规范和私法规范都要旗帜鲜明地尊重公司自治,有效保护公司及其利益相关者权利,全面规范公司内外法律关系,有效促进公司利益共同体的共同繁荣。

为拓宽公司自由创新空间、预防公司自治法失灵,建议立法者遵循“法无禁止即可为(非禁即入)”的理念,大幅扩充任意性规范(默认性规范)、倡导性规范、赋权性规范、保护性规范和促成性规范的比重,尽量压缩强制性规范,审慎拟定效力性规范,严格限定禁止性规范。要敬畏私法自治原则,全面保护公司产权(包含物权、股权、债权、知识产权、信托权益、大数据权和虚拟产权),弘扬契约精神,鼓励商事交易、促进自由竞争。面对公司的民主治理、理性选择和商业判断,谦抑是智慧,也是美德。立法者应保持必要的谦抑度、审慎度和包容度。^⑤

股东人数少、规模小的家族公司与股东人数众多的股份公司相比,国有独资公司和自然人一人公司相比,巨型公司与小型公司相比,公众公司和闭锁性公司相比,跨国公司与本地公司相比,差异化制度需求有天壤之别。建议丰富公司组织形式,允许公司和合伙企业之间、公司和非营利法人之间的组织形式转换。为鼓励社会责任承担,借鉴美国特拉华州的公益公司(PBC)立法例,建议增设公益类公司组织类型,并允许公益类公司和商业类公司的有序转换。自2020年7月16日起,特拉华州公司可通过简单章程修正案选择和退出公益公司条款。但这需要董事会的提案和已发行在外多数股份的批准,但章程可规定严格的特别多数决规则。为精准体现放水养鱼、轻徭薄赋的财税政策,鼓励中小微企业可持续发展,建议借鉴美国有限责任公司(LLC)制度,建立具有我国特色的特殊有限责任公司制度。^⑥

为充分盘活资源、实现物尽其用,立法者应允许公司自主选择多元化出资形式(如商誉、劳务、劳务合同、特许经营权、大数据和虚拟财产等财产权益),自主设计多元化股权类型(如无表决权优先股和有表决权劣后股),公平设定股东自益权与出资比例合理脱钩的规则,优选协商、调解和仲裁等多元纠纷解决机制,导入股东代表仲裁制度。要允许科技创新公司理性选择差异化表决权架构,并预防持股比例较低的创始股东滥用控制权。

(二)倡导性规范与强制性规范举棋不定时,立法者应优选倡导性规范

差之毫厘,失之千里。为预防强制性规范的泛滥,立法者在草拟每条强制性规范时都应问计于民,全面听取不同利益相关者的利益诉求和合理化建议。立法者要善于运用大数据和云计算等定量研究手段,作出扬长避短、兴利除弊的制度选择。

上善若水。若任意性规范和强制性规范的选择利弊参半、且立法者担心强制性规范过于僵硬,而任意性规范过于柔弱,则应优选倡导性规范。强制性规范过多过滥,会增加公司合规成本、限制公司自由、阻碍公司创新、降低交易效率、窒碍商事流转。而开明包容的倡导性规范可激活市场无形之手与意思自治的功能,激发公司创新活力,预防公权力的滥用和专横,减少公司法失灵现象。以柔克刚的柔性规范宣示价值取向、倡

^⑤ 参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,载《中国社会科学》2021年第5期。

^⑥ 参见徐海燕:《美国的有限责任公司简介》,载《法学杂志》1994年第5期。

导最佳行为模式，也不强压当事人就范，而是允许当事人基于利弊权衡而取舍变通。为兴利除弊、预防法律失序，立法者可在选择倡导性规范时同步激活契约自由、章程自治、市场开放、自由竞争、信息披露、信托策略、行政指导、协同共治、民事责任和行政处罚等配套机制。

（三）建议严格甄别倡导性规范和强制性规范

现行《公司法》存在公法和私法规范边界模糊、规范类型简单粗疏、规范性质表述不明、规范违反后果不清的缺憾。一是本应具有刚性的效力性强制性私法规范（如《公司法》第16条、第35条、第104条、第121条、第142条、第148条、第166条和第177条第2款）被误解为柔性的倡导性规范。有些裁判者拒绝认定违反此类规范的民事法律行为无效。最高人民法院2019年11月8日公布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第5条认为，当外部投资方请求目标公司回购股权时，即使“对赌”协议违反《公司法》第35条、第142条和第177条第2款，也仅导致协议不能履行，法院可驳回原告诉请，但不确认该协议无效。二是任意性私法规范（如《公司法》第13条有关法定代表人人选的规定）往往被误解为强制性规范。简言之，刚性规范不够硬，柔性规范不够软。

为预防裁判者将倡导性规范和强制性规范混为一谈，立法者应使用精准无误的法律概念和文字表述。在设计任意性规范时，原则上使用“可以”、“也可以”、“或者”之类的引导词。在设计强制性规范时，原则上使用“必须”、“不得”等引导词。在设计倡导性规范时，原则上使用“应当”二字，并同步跟进但书条款（公司章程另有规定或协议另有约定的除外）。

（四）私法规范中的强制性规范均为效力性规范

公司法规范应以私法规范为主体。私法规范中的强制性规范旨在捍卫公司法核心价值观，维护公序良俗，保护交易安全，预防公司内部法律风险外溢并殃及第三人，因此属于令行禁止的效力性规范。为达成规范目的，与该等规范抵触的民事法律行为一概无效，除非法律另有特别规定。

司法实践中将私法规范中的强制性规定肢解为效力性规范与管理性规范的思维定势混淆了民事关系与行政关系，抹杀了公法与私法边界，是导致各类民商事案件同案不同判的根源之一。^②《公司法》在拟定强制性私法规范时应临渊履冰，慎之又慎，确保效力性规范少而精。为预防强制性私法规范被软化或误解为倡导性或任意性规范，建议明确违反该等条款的民事法律行为（如公司章程、公司决议和契约）无效。

鉴于公司资本是公司债权人获得清偿的总体财产担保，《公司法》第35条禁止股东在公司成立后抽逃出资和第166条禁止公司在弥补亏损和提取法定公积金前向股东分红的条款旨在落实资本维持原则，保护公司外部债权人利益，应属效力性规范。与之相抵触的“对赌”条款，无论是股份回购条款，还是金钱补偿条款，抑或对赌义务担保条款，均属无效。

《公司法》第16条、第104条、第121条和第148条规定的公司对外担保制度蕴含着公司生存发展权、公司善治、股权文化、契约精神与信托文化等公序良俗，是拘束公司及其股东和董监高的内部治理规则，也是警示公司外部第三人（债权人）的外部交易规则，因而属于效力性规定。法定代表人越权签署的担保合同无效，除非由公司决议予以追认或善意相对人主张表见代表制度保护。

鉴于老股东之间基于彼此信赖而创设的私密性人合利益为正当法益，《公司法》第71条保护老股东在其他股东对外出让股权时享有优先购买权的规定为效力性规定。侵犯优先购买权的合同应确认无效，但无效合同之诉只能由权益受损的老股东主张而已。

（五）公法规范应以管理性规范为主，效力性规范为辅

鉴于公法规范中的强制性规范会剥夺或限制公司行为自由、压缩公司自治空间，立法者在确立强制性公法规范时，无论是管理性规范，还是效力性规范，都要三思而行。

立法者若有意将强制性公法规范设计为效力性规范，必须明文规定违反该规范的民事法律行为无效。否则，纵使该规范规定了行政监管和处罚措施，亦应解释为管理性规范，与之抵触的法律行为依然有效。这符合“非禁即入”的私法自治理念，也与“法无授权不可为”的法治政府原则无缝对接。

《证券法》第63条第4款禁止投资者在买入上市公司表决权股份后36个月内对超过规定比例部分的未

^② 参见刘俊海：《公司法定代表人越权签署的担保合同效力规范的反思与重构》，载《中国法学》2020年第5期。

披露股份行使表决权,但未规定该股东违法表决的效力。为维护公共投资者利益,建议《公司法》弥补该立法漏洞,明确违反该条规定的股东表决行为无效。若剔除该股东无效表决后股东会决议未能满足决议通过要件,则股东会决议属于可撤销决议。

五、《公司法》中应重点突破的公司自治禁区

(一)要允许公司自主选择公司治理的架构

全球主要公司治理架构分为四类:单层制、双层制、混合制和自选制。单层制以英美为代表,公司治理机构由股东会和董事会组成。董事会兼有经营和监督之责。公司可设外部独立董事,但不设置凌驾于董事会之上的监事会。

双层制以德国为代表,公司治理机构由股东会、监事会和董事会组成。监事会专司监督。德国《股份法》第76条第1款要求董事会负责经营战略的设计和执,第105条和第111条第4项禁止监事参与经营管理。董事会内部不设外部独立董事。监事会作为董事会上位机构,享有董事任免权、报酬决定权、重大决策权和监督权等四大权限。为确保监事会与董事会的独立性,《股份法》第105条第1款禁止董监事兼任。监事会肩负协调劳资关系、保护劳动者权益的重责大任,接受强制性规范的规制。如《共决法》第7条要求雇工规模超过两万人的公司设立20人以上监事席位。意大利、日本和巴西的监事会模式受德国影响,荷兰和挪威、丹麦和瑞典的公司治理架构也近于德国模式。

混合制以我国为代表。我国对单层制和双层制兼收并蓄,异于纯粹的双层制或单层制。董事会和监事会各自对股东会负责。监事会对董事会负监督之责,既非董事会上位机构,亦非董事会组成部门。上市公司既设监事会,又设独董。但外资公司治理有特殊性。被《外商投资法》废止的外资三法未设股东会制度,将董事会视为最高决策机构。

不同公司治理架构在分权制衡(分离指挥与监督职能)方面有异曲同工之妙。双层制中的董事会与监事会的分别设立自不待言,单层制中的独董旨在监督执行董事和高管。为提升监督效能,美国多数州公司法允许董事会下设独董控制的审计委员会。

究竟哪种公司治理模式更合适,不属于立法者的偏好,而应取决于公司的自由选择。在全球化和数字化时代,文化背景和法律传统不同的中外公司冷暖自知,有权自选单层制、双层制或混合制,也可独创更适合自己的治理模式。欧盟、意大利和法国都开始倡导自选制。欧盟理事会2001年10月8日出台的《欧洲公司(SE)条例》第38条、法国《商法典》第225—57条和意大利《民法典》第2380条都允许公司自由选择双层制或单层制。法国1966年修改《公司法》时在保留单层制经典架构的基础上,引入了双层制新架构。若公司未作选择,则自动适用单层制。意大利2003年修法时导入了公司可自选的三种治理架构:传统制、双层制和单层制。

德国马普比较法与国际私法研究所所长弗莱舍尔(Fleischer)也力主德国改采自选制,但其建议如泥牛入海。^② 笔者2015年5月27日至31日应邀出席该所举办的“德国与亚洲视野中的公司法”论坛时,他对立法者未采纳其建议而大为不快,自嘲对牛弹琴。“条条道路通罗马”。在双层制未松动的情况下,德国公司只需先转化为欧洲公司,然后即可将双层制改为单层制。

借鉴国际改革潮流,我国应采取自选制。立法者应提供可资公司自主选择的多套公司治理架构(如双层制、单层制和混合制)。公众公司有权自选监事会或独董制度,不再苛求二者并存。公司有权在董事会、监事会和管理层下设专门委员会,自主确定公司负责人(如CEO、COO、CFO和CTO)的不同岗位、称谓及职责。公司有权设计比法定规则更严格、科学的公司治理规则(如股东会或董事会会议决议四分之三、五分之四的特别多数决或全员一致决规则)。

(二)允许公司自主确定公司治理机构规模

为尊重公司斟酌自身需要确定董事会和监事会规模的自治权,建议废除《公司法》第44条第1款和第

^② Fleischer, Holger, “Der Einfluß der Societas Europaea AUF die Dogmatik des Deutschen Gesellschaftsrechts.” Archiv Für die Civilistische Praxis, vol. 204, NO. 3/4, 2004, pp.502 - 543.

108 条第 1 款有关有限公司董事为 3 人至 13 人、股份公司董事为 5 人至 19 人之僵硬规定。该等规定本是任意性、倡导性规范，但易被登记机关误解为强制性规范，致使巨型公司即使确需 20 人以上董事席位，也无法顺利办理登记手续。

鉴于董事会是公司治理机构、而非行政机关；董事津贴由公司（而非公共纳税人）承担以及董事会规模不属立法特许或行政许可事项，立法者应允许公司自主确定董事会规模。即使保留董事规模条款，也应将其重述为倡导性规范，允许章程另设安排。

（三）允许公司自主确定公司治理规则

在《公司法》修改中，存在股东会中心主义、董事会中心主义和总经理中心主义之争。殊不知，这三种模式的最终选择不应由立法者越俎代庖，而完全属于公司自治范畴。而且这三种模式都建立在股东中心主义（Shareholder Primacy）基础之上。因此，公司自治的核心是股东自治。立法者应允许章程对股东会、董事会与总经理之间的决策权限予以合理划分、适时调整与酌情增减。章程可将股东会部分决策权移交董事会，也可将总经理部分决策权上收董事会。

《公司法》第 13 条规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任。”该条易被误解为法定代表人的法定性和一元性。但实践中有些巨型公司的董事长或经理分别忙于捍卫公司治理规则、研究公司发展战略或开拓全球市场，均无法事必躬亲履行法定代表人签字职责，允许公司自选适格人士出任法定代表人必要且正当。参酌华为公司法定代表人非由董事长或总经理担任的创新做法，建议允许公司设立复数法定代表人，允许公司设立专职法定代表人，允许公司在董事长、执行董事或总经理之外另觅法定代表人。^②

（四）股东人合性和公司闭锁性应取决于公司自治

有限公司人合性与资合性间的互动关系曾长期困扰立法者与裁判者。从上市公司到公众公司（新三板公司）、非上市非公众股份公司、有限公司、有限合伙企业和普通合伙企业，资合性依次递减，人合性依次递增。资合性最强的企业为上市公司，人合性最强的企业是普通合伙企业。由于普通合伙人互为代理人，“吾友之友非吾友”的法谚足见人合性之珍贵。

有限公司的人合性通常重于资合性，但非一成不变的金科玉律。股东间是否需要人合性，人合性的性质、内容、浓度与层次如何，均应回归公司和股东的自治。

首先，有限公司可淡化、削弱甚至破除立法者预先为其设计的人合性安排。为提高股权流动性，章程可排除适用《公司法》第 71 条第 2 款中的老股东优先购买权制度。为维持创始股东的稳定性，章程可排除第 75 条规定的自然人股东资格由继承人继承的规则，允许其他股东受让已故股东所持股权。

其次，有限公司可强化股东人合性。公司可在股东间转股时赋予老股东优先购买权、排除《公司法》第 71 条第 1 款之适用。为提高股东诚信度，章程可规定股东除名制度，允许公司在担任董事和高管职务的股东恶意损害公司利益时以股东会决议将失信股东予以除名。

其三，小规模股份公司可强化人合性因素。公司可在股东向内或向外转股时赋予老股东优先购买权。

其四，公司的人合性与资合性此消彼长、变动不居，最终取决于公司和股东的谈判实力与博弈能力。公司发展所需不同资源的供需状况（含稀缺度）有很大差异，供需两侧的博弈结果必然影响人合性。强强联合的精英俱乐部和抱团创业的草根创业团队对资本、知识、技能和人脉的需求就不相同。要在个案中精准识别人合性，既要援引法律规定，更要鉴察章程和股东协议的自治安排及其背后的合作与博弈背景。

结论

公司自治程度是检验公司法现代化的试金石。无自治，即无真正的公司法人制度。对公司自治的包容度愈高，公司法的韧性和竞争力愈强；反之亦然。为全面推进公司法现代化，立法者、监管者和裁判者应信仰和敬畏公司理性自治，尊重和保障公司自治权。公司自治权是生存权和发展权的前提。公司理性自治源于公司作为商法人的本质属性和市场无形之手的本质要求，符合核心价值观与中外优秀文化。公权力不得简

^② 参见刘俊海：《新〈公司法〉的设计理念与框架建议》，载《法学杂志》2021 年第 2 期。

单粗暴地剥夺、干涉、阻挠、禁止、限制和妨碍公司自治,而应满腔热忱地予以确认、鼓励、支持、保护、规范和救济。鼓励公司理性自治是贯穿我国《公司法》历次修改的一条红线,也是推进公司法全面现代化的必由之路。公司理性自治既普适于民营公司和外资公司,也普适于国有公司和混合所有制公司。

《公司法》修改应体现公司自治友好型理念。公司法应以私法规范为主。倡导性规范与强制性规范难以定夺时,应优选倡导性规范。倡导性规范中应增设但书条款。为兴利除弊,立法者可在选择倡导性规范时同步激活契约自由、章程自治、市场开放、自由竞争、信息披露、行政指导、协同共治、民事责任和行政处罚等配套机制。私法规范中的强制性规范原则上均为效力性规范。建议严格甄别倡导性规范和强制性规范。公法规范应以管理性规范为主,效力性规范为辅。立法者应允许公司自选治理架构,自定治理机构规模。股东人合性和公司闭锁性主要取决于公司和股东的自治。

公司法典是遗憾的艺术,也是谦抑的艺术。为促进良法善治,《公司法》应尽量为公司自治法预留空间,鼓励公司内生制度的成长和创新。公司自治法在公司法规规范体系中立于基础性地位。公司自治法与公司法典既良性互动,也公平竞争。不能以自治法取代公司法典,也不能以公司法典窒息自治法。章程是公司自治法的龙头。要鼓励章程和公司治理准则的个性化设计。为全面赋能章程公示公信效力,章程登记后应同步公示于企业信用信息公示系统。建议包容与尊重章程详略文本的二元化惯例,允许公司自由选择一元化或二元化章程。

公司法保护的公司自治仅限于理性自治。要引导公司慎独自律,预防公司自治失灵(滥用和异化)现象。商业模式的合法性和可持续性是自律关键。公司控制权人假借公司之名恣意妄为,不是公司自治,而是违法犯罪。公司自治机制失灵时,裁判权不应失灵。建议确立竭尽公司内部治理程序的原则,将公司内部救济置于司法救济前面,裁判结果亦应尊重理性商业判断。要厘清公司自治与裁判救济的边界,也要实现公司自治与行政监管的无缝对接。鼓励公司理性自治应贯穿于政府“放管服”的全过程。市场失灵的主要症结在于公司治理失灵,故激活公司理性自治应成为市场监管新目标。建议立法者预留公司法与行政法同频共振的制度接口。监管重心应由产品/行为监管转变为公司治理监管。弘扬理性公司自治精神永远在路上。

Abstract: Further empowering corporate autonomy is the only road to modernization of corporate law. Corporate autonomy reflects the basic nature of business corporations, and serves as invisible hand of market. Legislators, regulators and judges should respect corporate autonomy. Corporate Law should reserve maximum space for corporate autonomous rules. The competition between the legislature and the corporations should be encouraged. Corporate constitutions should be registered and made available to the public. The majority of Corporate Law rules should be private rules. Corporations may choose their corporate governance structures and rules. The choice of shareholder meeting centralism, board centralism or management centralism is subject to corporate autonomy. The shareholder amicability in closely held corporations also depends on corporate autonomy.

Key Words: Rational Autonomy; Corporate Autonomous Law; Advocacy Rules; Mandatory Rules; Effectiveness Rules

(责任编辑:孙 晋)