



目前的产业形势政策与公司法改革

姜一春 吴淑霞

Current Industrial Situation, Policies and Company Law Reform

JIANG Yichun WU Shuxia

在线阅读 View online: <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.1439>

您可能感兴趣的其他文章

Articles you may be interested in

[考虑企业社会责任的绿色供应链优化决策](#)

Optimal Policies for Green Supply Chain with Corporate Social Responsible

北京理工大学学报(社会科学版). 2020, 22(2): 107 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2020.6877>

[“供给侧改革”背景下中国能源经济形势展望](#)

The Perspective of China's Energy Economy under the Background of the Supply-side Reform

北京理工大学学报(社会科学版). 2017(2): 28 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2017.0204>

[能源产业链整合与企业生产效率——以煤电纵向一体化为例](#)

Energy Industrial Chain Integration and Production Efficiency—Taking Vertical Integration of Coal and Electricity as an Example

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(4): 29 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.2382>

[新常态经济下传媒产业规制的改革逻辑](#)

The Reform Logical of the Media Industry Regulations in the New Normal Economy

北京理工大学学报(社会科学版). 2018(3): 159 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.2584>

[新贸易形势下中国能源经济预测与展望](#)

Forecast and Prospect of China's Energy Economy under the New Trade Situation

北京理工大学学报(社会科学版). 2019(2): 12 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2019.7291>

[所有制结构、市场化水平与产业政策分散性](#)

Ownership Structure, Marketization Level and the Dispersion of Industrial Policy

北京理工大学学报(社会科学版). 2020, 22(2): 79 <https://doi.org/10.15918/j.jbitss1009-3370.2020.3271>



关注微信公众号, 获得更多资讯信息

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2022.1439

目前的产业形势政策与公司法改革

姜一春¹, 吴淑霞²

(1. 烟台大学 法学院, 山东 烟台 264005; 2. 烟台理工学院 文法学院, 山东 烟台 264005)

摘要: 在全球新冠疫情、区域性战争或政治冲突形势下, 世界主要国家将政策关注点不约而同集中于重塑产业供应链上。公司法是一种政策法, 不同于民法典, 是具备权能构型中的法律静态准则和动态补充机制的法律。因此根据经济安全一系列企业政策和供应链“固链”政策, 围绕公司之间的内外合作以及延伸问题, 研究股东、董事与公司的关系等法律问题, 从而发展出公司法的一系列优化规则, 有一定的参考意义。

关键词: 产业供应链; 经济安全形势; 固链政策; 公司法改革; 跨区域相互持股; 营业转让; 行业协会商会

中图分类号: DF411.91

文献标志码: A

文章编号: 1009-3370(2022)06-0095-09

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)自1993年颁布后, 已历经1999年、2004年、2005年、2013年和2018年等五次修改。由于2020年以来的全球新冠疫情、区域性战争或政治冲突等形势的变化, 《公司法》迎来了第6次修改。2021年12月24日, 全国人大常委会法制工作委员会公布本次《公司法》的修订草案(以下简称“修订草案”), 向社会公开征求意见。每一次公司法修改都会引起“全面大改”还是“补丁小修”的争论, 本次也不例外。细读本次公司法修订草案的内容, 能够看出本次修改是对《公司法》的部分内容进行了一定的反思和重构, 能够感受到立法者“立良法、促善治”的决心。但本次修订内容中, 难以清晰地捕捉到新形势下产业供应链的全面建构和重塑问题。围绕近些年国内外的新形势, 全面重塑产业供应链, 抗住内外压力, 是保障公司生存权和发展权亟待解决的现实课题。

近几年在区域战争或地缘政治冲突等不确定性环境形势下, 尤其是全球新冠疫情暴发后世界卫生风险和近期的俄乌战争等影响, 世界其他的主要国家, 不约而同将政策关注点集中于重塑产业供应链上, 各国产业供应链战略均在做出重大调整。立足于当前的数字化、网络化、智能化为特征的数字经济时代, 可谓未来已来。新形势下多元化投资渠道和多样化市场环境不断生成, 新的融资模式和商事组织形态不断涌现, 资本市场的全球竞争也将日趋激烈^{[1]61-83}。综合国外内的新形势和产业经济政策, 《公司法》的此次修订应该聚焦哪些问题, 有待学界共同的思考和努力。

毋庸置疑, 与民法典不同, 公司法属于政策法。纵观已有研究, 主要以静态准则为核心, 关注以股东利益为侧重点的制度治理研究。一些学者研究伊始, 往往习惯要明确赋予某种规则一种本质或划定某种界限。然而, 公司法是实践中的法, 是具备权能构型中的法律静态准则和动态补充机制的法律。在面对高科技等技术或物资的供应链制裁等环境变化较大情况下, 供应链企业间的关系体现为贸易式关系、合同式关系和公司化投资合作关系, 而合同式关系往往会因境外政治、政策的复杂性干扰, 以及区域的贸易壁垒、关税壁垒、经济制裁等手段遭受挫折。往往实务中依合同法规企业间关系, 改善“要素市场”和“经营环境”, 发展供应链是受挫和失败的。而企业通过公司合作、资本参与, 融入本土市场化, 是供应链企业间非常适用的一种策略。因而, 需要政府授权和基于政策转变需求, 引入公司法规则, 对静态准则给予补充, 目标是将动态性补强的规则予以法律化。

对此, 从国家实务部门对公司法改革来看, 往往不应拘于概念, 而应从实际情况出发, 重视公司法改革, 解决供应链企业间产业化和市场化问题。公司法改革的逻辑应该是: 如何根据每一种情况, 如经

收稿日期: 2022-06-30

作者简介: 姜一春(1958—), 教授, E-mail: jyc0369@126.com; 吴淑霞(1980—), 副教授, E-mail: 27779039@qq.com

济安全一系列企业政策的研究,保障国家经济安全;如何增强供应链企业间韧性^[2](以下简称固链^①),减少控制风险概率等,来决定应该怎么办,从而发展出公司法的一系列优化规则。而不是在一开始就划定一个范围,划定一个庞杂的公司法改革框架。因此,建议在归零思考的视角下修订公司法,全面布局,立足重塑产业供应链的维度,推进中国公司法的全面现代化。

一、现行国内外供应链调整政策与公司关联立法

供应链是以核心企业为轴心,将供应、制造、分销等市场主体和最终用户联结成一个具备产供销功能的完整网链结构。完善供应链管理机制,可以有效协调并避免供应链中所有的运作风险,达成无缝连接的一体化目标。而公司法作为以保护公司、股东和债权人的合法权益为核心目的的规范公司组织和行为的法律,恰恰在公司之间合作和结合、股份联结、以及组织结构上对供应链风险防控和机制整合等方面起到至关重要的法律保障作用。

近年,由于全球新冠疫情、区域性战争或政治冲突,供应链成了国际关注的焦点问题。世界主要国家非常重视供应链的相关政策的调整和改革。美国早在2017年就将供应链上升为国家战略之一,在2021年下半年开始强化供应链风险的政策评估,主要包括建立高科技的国际技术联盟,在通信、资源、粮食、国防等战略物资方面构建国际供应链联盟。为解决上述物资供应链脆弱性问题,美国加大了相关法律改革,如修订《联邦采购供应链安全法》《出口管制改革法案》《国防授权法案》《外国公司投资风险评估现代化法案》《外国投资风险评估现代化法案》等,目的是强化供应链企业与制造业企业的结合,谋划弹性发展、融资、互补机制和供应链、制造业上下游协同合作制度,将提升供应链企业竞争力上升为国家战略。英国在2015年开始实施《加强英国制造业供应链政府和产业行动计划》,在供应链企业的技能创新、融资渠道、中小企业能力提升、企业合作、强化固链韧性等方面,调整产业政策和相关公司结合法规。2017年,英国公布《英国工业战略》,强调同盟国供应链各种类型公司的结合,目的是强化自主产业化,逐步摆脱对外依赖。东亚方面,日本调整供应链政策的动作较大,新冠病毒出现后,先是发布《新冠病毒传染病紧急经济对策》,2021年6月又制定《经济财政运营与改革基本方针2021》。在2018年,在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》生效后,针对供应链风险,日本提出了保障供应链安全等公司组织法规的调整策略。2022年6月日本发布“13国跨太平洋合作组织声明”^[2],内容之一就是“有韧性的经济(供应链)”^[3]。其中涉及有关公司法规的内容包括:要设置供应链风险防范经理制度,实现生产基地和供应链的多元化。改革供应链,主要从战略资源、核心技术和物资等方面促进供应多元化,建制相应的供应体系。目的是强化本国国内重要技术及物资的生产供应体系。

近年来,中国也高度重视产业链供应链工作。2017年十九大报告强调“在现代供应链等领域培育新增长点、形成新动能”。同年10月国务院办公厅发布《关于积极推进供应链创新与应用的指导意见》(国办84号文件)。2018年启动55个城市和266家企业“全国供应链创新与应用试点”工作。2020年5月,中共中央政治局常务委员会召开会议,将建构和固化内外产业供应链视为紧迫的战略目标。十九届五中全会上,中央将“提升产业链供应链现代化水平”,在《“十四五”规划和2035年远景目标纲要》单独用一节强调“要分行业做好供应链战略设计和精准施策,形成具有更强创新力、更高附加值、更安全可靠的产业链供应链。”2022年6月20日,工信部也在部分行业协会座谈会上,把增强产业供应链韧性列为首要任务,明确提出要健全重大突发事件下稳定产业链供应链的工作机制,指导企业完善应对风险挑战的各类预案。

结合中国上述的供应链“固链”系列政策,在国际变局和全球疫情新形势挑战之际,产业供应链固链

① 固链一词是指增强供应链企业间韧性,通俗讲就是保障国民生活及产业运营的物资供应不中断的能力。其中供应链韧性,指的是在应对潜在突发事件时,供应链通过调整自身产品、组织、技术策略、供应链结构等,以实现事先准备、发生后快速响应和恢复的能力。

② 日本经济产业省:繁荣のためのインド太平洋経済枠組みに関する声明。) IPEFの参加国:米国、日本、豪州、ニュージーランド、韓国、インド、ASEAN 7か国(ブルネイ、インドネシア、マレーシア、フィリピン、シンガポール、タイ、ベトナム)の13か国また、同会合の後に、米国のジーナ・レモンド商務長官とキャサリン・タイ通商代表が開催した「IPEF 関係国関係会合」に、同じ13か国の代表が参加し、今後の進め方について議論しました。我が国からは、萩生田経済産業大臣が出席し、IPEFを、この地域にとって具体的なメリットを実感できる取組にしていくために、関係国で共に知恵を出していく方向性を表明しました。

在经济重振中极具重要性,当下面临国际循环不畅,国际供应链的难点堵点较多;产业根植性不强,长期供应链外迁风险增加;市场作用不足,要素资源配置效率有待提高等问题^[4]。针对国内外现状,宏观层面要求国家积极政策调控,加快建设国家统一大市场,打好政府看得见的手和市场看不见的手这套组合拳等;微观层面,企业是市场经济的核心细胞,是保产业供应链稳定的生力军^{[5]19-22}。涉及公司法改革的前置环节是,公司要建立长期稳定有效的产业运行体系,应该重视内外经济循环中,保持供应链的连续性、韧性和效益。因而,应该先行围绕公司之间的内外合作以及延伸问题(公司法调整范围的扩大与下位、单行企业规范的融合、公司间合作、公司企业间联盟或集团化、跨区域股份多层次衔接等)、营业资产变动、对接社会资本等方面,研究股东、董事与公司的关系等法律问题。

二、“固链”背景下公司合作法律问题与公司法改革

随着全球新冠疫情、区域性战争或政治冲突等形势变化,企业之间竞争环境变得日趋复杂,从供应链结合上寻找效益,建立长期稳定有效的企业合作关系成为企业发展的重要选项。强化供应链企业合作,不仅仅是取得竞争优势的产业经济学研究的范畴,而是涉及知识产权、技术、资本等信息资源共享、公司信用风险防范等需要国内法律支撑的重要问题。然而中国目前却缺乏相应的公司法律规范,特别是随着经济全球化的推进,以知识共享、信息技术和网络化为特征的公司组织兴起,公司各种专用性资产的多元利益主体涌入,公司之间通过合作,谋求信息共享、优化资源配置、互补互联来获取竞争优势,成为“固链”管理模式中,依赖供应链寻求产业效益的必要环节。由此,在法律上出现的公司合作主体、合作方式的选择性赋权、股权安排、合作联盟、供应链管理的合规性等方面,以及效率瓶颈、合作收益如何分配等问题,成为公司法绕不开的研究课题。

(一)“固链”中的企业联盟或集团化问题与公司法改革

保持供应链的连续性和韧性即固链,在产业经济学上,一般认为固链是研究相同生产和具有替代性产品的企业之间的垄断、竞争关系,包括市场结构、行为绩效等方面及其相互关系的稳定效益,可以看出它是以微观经济学为基础的研究。但是供应链也是一系列产供销企业合作的商事信用的法律体系范畴问题。毋庸置疑,是公司法上确立股份、技术、资本联营等合法性规制及联营的产权组织等控制理论研究对象范畴,其意义是在公司法上确立相应的规范可以减少其供应链企业合作风险。从中国目前的公司法修改草案看,偏重于个别点线的摆摊型研究,而没有点面结合,从宏观角度考量公司间、公司与企业间的合作问题,有的将这类实务中极其重要的问题一股脑划为竞争法的调整问题。从组织类型看,中国没有统一的企业法。改革开放以来一直是采取公司法与企业单行法规并行的双轨形式。目前由于经济全球化推进,国内外经济体制急剧变革,各种企业法律问题与公司法律问题层出,规范交叉与重复、调整范围穿插、概念和分类不一致、体系和内容相互矛盾等现象,一直是公司法改革面临的问题。主要原因是中国公司和企业立法的逻辑是先框框,后立法,呈现出公司和企业立法滞后于经济实务的特征。另外,公司法的“调整对象”过于狭窄,只限于两类公司,对规范内外循环企业经济行为和供应链中的公司与非公司企业主体的多样化活动,显得力不从心。因此,公司法改革的前置环节应该是公司法与下位企业法规、单行企业法规的并轨和融合,才能解决法律上企业之间联盟或集团问题。

因此,“固链”背景下企业之间通过多种联合方式,如通过特定契约或股权关系进行实体合作,共同开发市场,形成战略联盟或企业集团。其形态多元,有跨行业、跨部门、跨所有制和跨国家;其内容特征也与传统形态不同,从单一竞争转变为多方合作模式,从硬件转变为软知识、高科技手段和技术成果。从当前实务看,联盟或企业集团结构主要有三类形态:

第一类是经营管理联盟或集团类型。该类型体系内各个企业的深层潜在的集团意识很强,依存、从属性、夹杂着人情、小团体意识比较浓。

第二类是控制型结构的企业集团,主要是通过控制发行的具有表决权的一定比例股票,管控集团系统企业的决策机构,或通过契约以及其他方式,直接或间接获得指导或引导集团系统企业的管理和经营政策方向和决策能力的权利处理企业集团的法律关系。

第三类是统一管理或会计合并的企业集团。统一管理意味着人、财、物、产、供、销等方面,能够围绕一个中心企业,进行协调并实施统一管理;会计合并意味着企业集团整体的财务状况、经营成果和现金流量,以统一财务报表出现,合并会计能够提供涵盖整个企业集团的综合性信息,对于债权人把握整个集团的财务状况、经营成果和现金流量有一定的意义。

当前中国“固链”中的企业联盟或集团化法律问题较多,主要集中在这几个方面:(1)虚拟企业合作模式单一化,主要集中在技术领域、知识产权、人力资本等领域的虚拟合作。对于企业综合实力、合作风险、合作成本、物流状况等行业因素等选择性的因素较少考虑。中国公司法对于网络企业联盟也缺少相应的规范和鼓励政策。如对于属于制造业虚拟企业集团,因具有柔性较高的管理职能结构,法律政策上较少涉及对于合作各方产品的配套性、人力资本提携等跨越时空、地域的设计、制造等成本优化的虚拟网络的管理机制和制度。(2)处理企业集团的法律关系。公司法规范单薄,基本上是从法人格否认和控制股东的关联关系违法性出发,处理涉及企业间的涉外债权人关系。(3)统一管理或会计合并联盟。主要是法律上受所有权理论的影响,公司法关于会计合并范围和合并会计报表编制方法难以统一。此外,企业集团多元化的经营方式、以及跨行业、跨部门的投资的出现,企业集团系统内部呈现经营性质不同的主体,因而会计制度也出现较大的差别。(4)股东大会制度和公司之间董事会的关系问题。企业集团系统内的从属公司结构形成的情况下,由于现行公司法对少数股东的知情权参与决策权缺乏操作性规范,会使少数股东权益的保护很难实行,如持股联盟的相互担保,以直接或间接的股权关系形成共担风险、共享利益的长期联合,无形中损害少数股东的利益。

关于企业集团系统内公司董事会之间的关系,目前主要有连锁董事的问题。连锁董事也称为派遣董事,是表示控股公司的董事,同时兼任集团其他公司的董事。连锁董事对于企业集团的整体经营战略推进和目标的实现,以及信息和人力资源的流动、管理控制等方面有其积极的意义。然而连锁董事比例过大,过于集中,会产生控股公司的近亲繁殖,形成高度组织化的企业利益集团,形成较严密的直线制组织结构和相互庇护的腐败群体结构。这类结构,必然会弱化企业集团系统内卫星公司的利益诉求和独立自主功能,从而导致经营集中与垄断。

综上,公司法应该跨越反垄断法,从公司合规角度在以下几个方面加以规范:

第一,处理企业集团的法律关系,应从控制企业的股东责任角度维护债权人的利益,扩大关联关系和关联交易范围;另外一方面是从控制企业与集团系统其他被管控企业的债权优先顺序,保护债权人的利益。不论何种角度,都是确立事实控制前提下的企业集团系统公司间的债务责任。

第二,对于股东大会制度和公司之间董事会的关系问题,特别是在企业集团系统内的从属公司结构形成的情况下,公司法应对少数股东事先的预防避险缺乏制度性安排,如可以规定股份公司股东大会表决时,到会表决权应占公司全部表决权的最低比例,以及对控股股东在股东大会做出与公司股权分配有关的决议时实行表决权禁止。

第三,企业集团系统内公司董事会之间关系的处理问题。公司法对于连锁董事制度,法律上虽然不再明确禁止,但应该设定对公司利益表达的制度化渠道,以及派遣董事的比例。如超过对方公司董事人数比例的半数时,要明确对方公司董事的1票否决权和其他救济制度。在相互持股情况下,禁止逆向派遣董事,防止形成过于密切的关联关系等。

第四,在立法上,应该考虑建立以动态联盟为基础的柔性、快速应变的虚拟企业集团体系。柔性、快速应变的虚拟企业集团体系的建立,主要是强调企业对经济国际变化需求和市场机遇变化的快速响应和有效把握,使企业集团的生产经营能力可以有效快速实现。因此,公司法以及相关法律,要在高素质的员工快速集成、企业间联作集成,快速开放和合作方式的合同管理、不同地域的国际网络空间的企业进行互利合作、集团经营实体组织制度以及集团对等思考、联合资助、联合行动以及共同意思决定的体系构建等方面,进行法律制度设计。如公司法在组织构成的动态性的规范(暂定时期内柔性组织结构,如合作多方的网络合作运营组织结构)、公司合作、相互持股、或股份交换等公司结构的可重构性规范、资源互补性、信息技术互补的制度化设计等方面,均有可探讨的空间。

(二)公司法的“调整对象”涉及的公司间合作问题和登记问题

供应链中的公司和企业的合作是所有相关利益主体之间的一系列多方契约的联合,契约的主体包括管理者、员工、所有者、供应商、客户及行业协会商会等多元参与者。解决供应链稳定性和韧性,并非单纯建构产供销的协同体系,而是供应链中公司与其他企业之间在驱动客户利益、业务竞合、链接系统整合的一种新型合作关系的构建。这种新型合作关系也包括公司法意义上的“合作”。而《公司法》的“合作”主体局限在两类公司,与产业运行实情不符。应该包括其他形式的企业。传统公司法意义上的“公司法人间联合”,如第15条的转投资和第9条之公司形式变更,结果多见于公司的法律人格的变动,是一种传统契约关系,并不能涵盖供应链整体结构和合作关系的收入共享契约,考虑企业内部结构优化问题,而“固链”意义上的“公司合作”在于企业合作产生对市场竞争的效果。如根据特许经营权成立的联合体,或互为代理的联合关系等。其中的公司企业之间合作关系属于公司治理的特殊管理的范畴,是介于市场合作和组织合作管理的一种混合形式,它不是单独依赖法律权利来协调关系,而是一种依赖于合作的关系。其中包含着关联性资产的企业间嵌入、专用性投资和组织间关系的价值培育机制等。形式上包括资金、技术、财产作为投资的比较紧密的联合体。也有依照协议的合作,以及特定时期建立的合作体,各自承担法律责任。因此,《公司法》第2条将调整对象局限为在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司,应做更为宽泛的扩充,包括其他非公司形式的企业。从公司实践看,《公司法》所规范的“调整对象”,过于狭窄,并没有重视合作产生的经济效果和事后规范。公司法修订应该赋予“调整对象”更宽泛意义,应包含实务中的“多种责任形式的公司、公司与非公司企业,以及其他混合式的企业结构”之内容。同时不拘于第15条的转投资的限定,缓和第9条之公司形式变更要件,规范设置事前风险防范的相互责任制度和事后利益归入权制度。

综上所述,《公司法》应纳入“公司合作”,其间的合作形式也应该多元化。即除了公司通过资金、技术、财产作为投资的比较紧密的联合体形式外,还应该考虑纳入公司之间的权益结合形式,具体应从以下方面探讨:(1)要有事前预防制度。如合同,并严格按照法定程序进行登记和公示,登记的效力对债权人要有明确的规范。(2)要有确保合作财产制度。如对出资种类要有限制,应该对合作财产进行分类管理,要将合作财产和固定财产进行分别管理,对债权人应以哪类财产承担责任以及做成会计帐簿并公开义务、合作财产的分配规则等方面都要制度化。(3)要有事后救济制度。如何对善意的第三人救济,清算时如何保护债权人等。特别是应该和股份公司一样,应该适用否认公司法人人格的法理。

另外,公司法修订草案征求意见稿第27条关于公司登记事项发生变更的,应当依法办理变更登记。关于公司登记,2005年以来修订的《公司法》《公司登记管理条例》,在简化便捷公司设立登记、登记效率与效力安全等方面向前推进了一步。但在登记主体功能方面体现得比较狭窄,缺少主体与营业登记、以及大数据等在技术革新下的法律构建研究。从公司法修订草案征求意见稿看,草案第27条表述的公司登记事项除了包括上述第25条规定的所有事项外,还应该包括公司法人项下活动所必要的事项的变更,《公司法》也应设置专门条款,对涉及的变更事项内容应当更为宽泛一些,如包括供应链合作关系中,信息共享机制的变更、资金分配结构的变化、组织结构中配置企业职、责、权的结构体系的变化以及组织成员之间的分工协作关系的变更事项等登记事项。另外,为了达到资源配置优化,经营方向调整、经营风险分散等目的而进行的有关公司组织变更,都有可能变更与其自身存在条件有密切关联的登记事项,应当在公司法修订时予以考虑。

三、公司跨区域相互持股的法律争议与公司法规范问题

供应链环节的相互持股,实践中常见的有交叉持股或相互持股。一般是指供应、制造、分销等公司之间通过相互投资,互相持有对方一定比例的股份,彼此互相成为对方股东,进而形成的一种相互依赖、又相互抑制的供应链环节的公司协同形式。由此,供应链环节上的公司相互持股,在公司法律上表现为公司之间以股份为纽带的、特别是相互持股的法人股权结构下的利益均享、风险共担体系。同时实务上,也将上下游关联的公司之间形成一种价值关系纽带,呈现为企业间的联盟。对外来资本的侵蚀或

兼并具备相应的抵御能力。全球化背景下,供应链企业跨国并购重组是提高核心竞争力的手段。

对于公司相互持股问题,《公司法》尚无出台专门的规定,只是简单规定转投资及子公司问题。如《公司法》第15条规定公司可以向其他企业投资。但是,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。从该法条看出,侧重于投资的债务责任承担,对相互持股并无特别规范。另外,国内对相互持股的研究也较少见,并无对公司法相互持股的立法可行性进行研究。个别学者针对国外相互持股的立法规制和利弊,提出一些诸如针对纵向和横向交叉持股的不同特征,分别进行不同的立法规制之建议。从公司治理的角度看,公司相互持股导致操纵股东会、使公司的监督功能丧失,也违反股东平等原则。有学者从银企相互持股的利益考虑,强调利用金融监管,可以消除内部人控制的弊端。从政府层面看,国资委也十分重视国企改革过程中,促进企业资本结构多元化及投资主体股权多元化、分散化的作用^{[6]9-80}。

在强化国内外供应链韧性的背景下,公司跨境通过相互持股、并购重组也是“固链、强链”的常见途径。由于国家、地区、民族存在不同的文化基础,相互间存在着文化冲突和意识形态差异,会使得供应链短期内难以稳定运行。强行组链很可能产生负面结果。这种情况下,相互持股可能成为解决供应链问题的最佳途径。

《公司法》修订应该着重解决以下两个问题:

第一,重塑《公司法》第15条规定,明确公司之间、公司与企业之间法人相互持股的可行性。为了克服法人相互持股违背资本充实的原则、以及带来市场竞争范围的缩小、不公平竞争和限制竞争等弊端,对相互货币投资持股进行必要的限制。首先,应该放宽相互工业基础(物流、原材料、半成品产权、设备)、技术产权、使用权、非专利技术等作为出资的持股范围。同时应该明确公司利用上述产权进行国际信托的法律支持,通过信托渠道,可以避开一些政策、法律障碍,促使上述产权的流通化、证券化,以便于达成公司和企业相互持股结构。其次,在一定范围,开放银行与企业相互持股,在供应链中发挥银行的监督作用。当前,公司和企业的债务很多是来自银行贷款。随着商业银行的多元化,《公司法》应该明确放宽债转股范围,加大银企股票投资的资金运用力度。这样既能避免不良债权扩大,又能够减轻公司和企业的债务负担,减少公司经营风险。同时由于银行股权的介入,在供应链中能确保公司的供销渠道的信用稳定。

第二,将企业集团公司之间相互持股规范一个必要的限度。对公司间相互持股划分一个限度份额,对虚增资本,克服缺乏真实资产支撑的空虚持股有一定的积极作用。公司法对其限度进行规范,还应该考量中国反垄断法的立法旨意,特别是对控股垄断的容忍度,以及公开上市公司与闭锁公司、特种行业公司等不同类型的公司加以区别规范。同时加强信息披露制度的规范。规范公司间相互持股的信息公开和披露,主要是考虑减少公司债权人、中小股东的投资风险。信息公开和披露应该在法律上加以明确和具体化。如涉及投股对象、持股比例、资金来源、其额度占总资产的比例、相互持股的影响因子、风险估算等事项,要在法定公开的公司的各项财务报告中予以及时公布。

四、营业转让制度与公司法修订

完善供应链管理机制中,在特定情况下会出现营业的转移。如经营权等营业内容会发生转移或个别权益变通。营业转让问题便成为公司法绕不过的问题。《公司法》以及《最高人民法院关于审理关于企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》中有散见一些零星规定外,对营业转让并没有专门而系统的规范。从理论研究角度看,对营业转让的研究,目前尚未进入完整立法研究阶段。

以营利作为目的,反复、继续从事的一系列业务,都可以视为营业转让之范围。行业界很少用“营业转让”之表述,常见的多使用“生意转让”。广义上讲,生意是以获取利润为目的的商业行为。具体体现为工厂生产产品、贸易流通物资、批发分流商品、零散出售商品、服务行业提供服务等。生意转让中的标的物不仅是业务财产的集合物,而且包括生意上的秘密、客户关系、进货关系、销售机会、商誉、经营组织等事实关系,如生产或特批项目转让、相关经营许可证照转让、服务场地店铺转让、以及结构

变更的股权转让与收购等。由此看来,生意之所以可以买卖,是因为其本身也是一种商品。生意转让的标的涵盖营业转让的范围,诸如办公用品、生产设备、厂房店铺等有形部分和营业权证、商誉、客户群体等无形部分,充分体现商品和商行为的所有特征。因此,生意转让体现供应链上公司营业转让所有特征,营业转让是指供应链上的公司将营业的全部或重要部分的权益转让,也可以说营业转让就是营业权的转让。公司的营业权中除了包括工场、生产设备等有形资产权属外,还包括商号、商业秘密、特殊客户群、专利发明等无形资产的所有权益、公司活动中产生的债权、债务、以及对公司具有经济价值的事实关系在内的组织体。总之,营业转让不是公司的转让,而是指与公司事业相关的权益、资产的转让^{[7]89-93}。

从公司运行的实际例子看,如银海公司与啤酒花公司企业转让合同纠纷案,涉及的问题有计算机控制模块是否属于营业转让中所应包括的财产?有只转让客户关系是否营业转让?营业执照和商号一并转让是否属于营业转让?有的是土地设定担保权、地上权、不动产租赁权的营业转让模式是否可行?营业转让财产以拍卖形式取得应该如何评定?其实当前面对五花八门的营业转让形式,工商部门难以界定。从法律层面看,面对众多的营业转让,当前中国只有民法典从民事财产权益角度有些说明,而从公司法方面,从公司法人角度、特别是不同的公司出资或交易角度缺乏统一的规范。主要归纳为以下问题:

第一,公司法如何规范不同性质的公司企业之间部分营业资产的转让。如以一部分营业资产作为投资设立新的公司或子公司。

第二,公司法如何规范经营实体和经营权向同类型的经营主体或者向非同类型的经营主体的转让。

第三,公司法如何规范以股权作为支付手段的营业资产转让。如工业地产、店铺、营业场所等转让拟通过股权转让的方式进行操作的方式。目前,在工业地产等交易中,由于工业地产等涉及的交易税费较高(包括土地增值税、营业税、企业所得税、印花税、契税等),而股权转让的方式涉及的税费相对来说很低,因此通过股权转让的方式转让工业地产等营业资产成为越来越多的公司优先选择的方式。受让方通过取得转让方的股权,达到控股权后,将目标公司的其他固定资产转移或置换。

第四,公司法如何规范向同类型的经营主体或者向非同类型的经营主体以专有技术、实用新发明和人力资本的价值作为营业资产一并转让的方式,国际间技术转让也是营业转让的方式之一。例如,民间企业以援助、协作等非贸易性的方式和通过买卖的方式进行的技术转让,以及主要营业部门和劳动关系一并转让、营业资产的让与担保与信托设定、营业资产的营业招租、商号或店铺单独转让、单独转让客户关系的营业转让等。

综上所述,对于营业转让,从《公司法》修订应该体现在这几个方面:

第一,营业转让涉及范围较为广泛,对于营业价值的确定方法比较复杂。如转让涉及的营业及资产的公司物权形式、公司使用范围、方式等,都应该以但书加以规范。现实中营业转让表现的财产所属权益往往是多种权利的结合,不可单一而论。

第二,工业地产、店铺、营业场所等转让拟通过股权转让的方式进行操作的规范问题。目前工业地产交易中,由于工业地产涉及的交易税费较高(包括土地增值税、营业税、企业所得税、印花税、契税等),而股权转让的方式涉及的税费相对来说要低很多。因此,越来越多的公司选择通过股权转让的方式转让工业地产、店铺等。事实上这是一种通过控股的方式,达到转移营业资产的行为。因此,公司法对于在完成股权转让后,转让公司可能由于股权结构的变化,丧失对自己公司的管理权,从而产生利益冲突。公司法应该明确导致利害关系人使用法人人格否认等追究受让方的责任途径。

第三,公司法应对营业转让与劳动关系转移加以规范。主要问题是:公司法中对“人的要素”即董事等高级管理人员,是从商业代理人的角度加以规范的,对劳动者不包括在内。附属于营业财产上的劳动关系,也不是营业转让本质内容,在法律上与劳动合同一同转让的根据是不存在的。对于这方面的问题,一些学者认为应该适用劳动法和用劳动保险合同解决。

营业转让是依托营业财产的有机的一体化权利义务的转让,与公司合并和分立不同。前者是一并继承,后者是一部分的概括继承。而营业转让是交易行为,并非组织变更。公司法应该明确经营主体是同一的营业部分转让,按照经营主体同一责任、或法人人格否认以及营业主体扩大的法理作为依据,追究

不当劳动行为责任;对于伴随着经营主体变更的营业转让,应该依据受让方当然继承和概括合意理论,追究劳动雇用责任^[8]122-127。

第四,公司内部程序瑕疵与营业转让效力。营业转让行为属于重大事项,原则上要经过股东大会特别决议表决。对于未经表决之效力或大会程序、内容的瑕疵,应该按照效力未定,追溯有效,以及公司法上的取消决议以及决议不存在等瑕疵对应处理方式。对于股东会决议瑕疵之营业转让,应该给予一定的效力未定空间,要平衡股东权益保护与受让企业营业自由和效率的关系。此外公司法还应该对董事信义违反的事后救济做出相应规范。

第五,公司停业、清算、营业废止后的营业转让。公司法应制定特别规定,营业转让应该在公司清算中具体规范。

第六,对于一部分营业或主要营业部分的转让,究竟有什么样的量化标准?公司法应该提出一个量化标准——如50%,即转让财产是否超过总财产之半数,作为判定构成主要部分营业及财产的标准。或者判断主要部分营业及财产标准,应以该营业财产在转让方整体经营中的重要性及在法律上、经济效果上之必要程度予以综合考量。

五、对接行业协会、商会体系与公司法改革问题

中国“商会法”经过十多年研讨,至今未完成立法。鉴于国家建构供应链的战略紧迫性,公司法应该在对跨境国际产业供应链协同、合作等经济互动过程中加以规范。如跨境国际产业供应链协同、合作等经济互动过程中,与一些国家的供应链公司之间的合作纠纷,对方国家出面应对的主体往往是民间行业协会或商会,大都是以协会、商会的名义向中国方面提出诉求。但中国方面出面应对的主体是政府机构,如商务部。由于政府与国外民间协会、商会协调机制不对等,特别是信用管理和经济权能的独立性和中立性体系存在体制或政治性差别。因而,双方的沟通颇为困惑,也给中国公司和企业对外供应链合作发展带来困难。对此,如何跨越迟迟未至的商会法,从公司法上研究如何对接行业协会、商会相应的自治和独立的经济权能,并从制度上加以完善,能够真正服务实体经济。

比较以往相关商会立法的研究,主要研究内容偏重于运用权利结构学说,研究商会的属性、定位、功能机制。由于供应链与行业协会商会的社会性和社会资本有很大的关联性,如商会成员间(成员即公司企业)因地缘性的乡情,身份认同感、互惠规范,相互监督机制和声誉机制等社会资本特性和金融服务、担保、经济信息平台、信用保障等,具备经济和商业属性。因此,从公司法角度规范公司在供应链中作为行业协会商会会员的经济性特征和经济权能具有一定的现实意义。

对此,《公司法》应该在第5条之公司承担社会责任义务之外,增加公司法人参与社会组织、社会资本等经济权能与层次的内容。如公司作为行业协会商会会员,应该具有会员赋权功能,包括自治权(契约制定、组织关系权)、会员权(受益权、受保护权、信息权)等^[9]63-75。增加公司作为行业协会商会会员具有接受外延授权管理之义务,包括政府中观和微观权力层次的执行性、技术性和操作性权能、知情权、行业管理权(协调权和监督权)。

除此之外,增加赋予行业协会商会一些新兴性权利,如信用权,公司法应该在公司会员赋权中予以承认。公司法还应该理顺行业协会商会经济权能运行的“机制利益性”和“非营利法人”的一致平衡关系,以缓解公司作为行业协会商会会员的法律难题。如“机制利益性”是现代行业协会商会须兼顾“以商养会”或“利益反哺商会”等目的,经常有必要突破“非营利性组织”获得盈利的关系,形成行业协会商会资本机制。《中华人民共和国民法典》第87条明确将行业协会商会等社团法人列为“非营利法人”。该条是以约束社团法人成为“利益团体”为目的,在社团的类型与利益处理方式间形成较为原则的规定(例如,不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润)。然而,供应链中行业协会商会的经济权能运行和商业运作方式的日趋复杂(如依托于第三方独立经营实体、特定项目运作、搭建商会内部共享经济平台、会员企业出资组建融资担保公司等),因此建议公司法修订应首先遵循民法典的原则,同时也应明示多元的立法目的,理顺多样化方式的关系。规定盈利动机与行动在“非营利”上的一致性的平衡、适用

条件和范围,细化规定并分类研究,划分公益属性和维持可持续的非营利分配功能,避免操作性难题。

总之,将公司作为行业协会商会会员的经济权能要素上升内化到公司法律层面,建立静态的授权性和动态的赋权性权利结构,针对供应链中行业协会商会实务运作模式,对规则进行服务性、管理性和价值性的层次结构设计。

参考文献:

- [1] 冯果. 整体主义视角下公司法的理念调适与体系重塑 [J]. *中国法学*, 2021 (2): 61-83.
- [2] 孟梅, 易弋力. 复旦大学教授冯天俊: 震荡中的供应链, 唯“韧”不断 [EB/OL]. (2022-05-07)[2022-07-25]. <http://news.gtxh.com/jinrong/2022/0507/112465.html>.
- [3] 経済産業省. 「インド太平洋経済枠組み」の立上げについて [EB/OL]. (2022-05-23)[2022-07-25]. <https://www.meti.go.jp/press/2022/05/20220523003/20220523003.html>.
- [4] 周汉民. 在经济恢复和重振中产业链供应链固链的极端重要性 [EB/OL]. (2022-07-24)[2022-07-25]. <https://www.mjshsw.org.cn/detailpage/mtjj-538329a3-d90c-49ca-aa7a-6b499d477394.html>.
- [5] 刘俊海. 后疫情时代企业如何发展 [J]. *群言*, 2021 (1): 19-22.
- [6] 甘培忠. 公司相互持股法律问题研究 [J]. *法制与社会发展*, 2002 (5): 69-80.
- [7] 马钰凤, 陈国奇. 营业转让标的要论 [J]. *社科纵横*, 2017 (10): 89-93.
- [8] 孙英. 营业转让法律制度研究 [J]. *商事法论集*, 2008 (1): 122-127.
- [9] 周林彬, 董淳铎. 中国商会立法刍议: 从契约的视角 [J]. *南开学报 (哲学社会科学版)*, 2007 (2): 63-75.

Current Industrial Situation, Policies and Company Law Reform

JIANG Yichun¹, WU Shuxia²

(1. School of Law, Yantai University, Yantai Shandong 264005, China;

2. Humanities and Law School, Yantai Institute of Technology, Yantai Shandong 264005, China)

Abstract: In the event of a global epidemic, regional war, or political conflict, major countries in the world shift their focus to reshaping the industrial supply chain. A company law is a type of policy law, which is different from The Civil Code. There are legal static norms and dynamic supplementary mechanisms in the power structure. Therefore, according to enterprise policies on economic security and the “fixed chain” policy of supply chain, to study the legal issues such as the relationships between shareholders, directors, and the company concerned with internal and external cooperation and extensive problems among companies will shed some light on optimizing the rules of company law.

Keywords: industrial supply chain; economic security situation; fixed chain policy; company law reform; cross regional cross shareholding; business transfer; trade association and chamber of commerce

[责任编辑: 箫姚]