

2007年第6辑 (总第38辑)

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

本辑要目

【专论】

叶林 / 我国公司法之现状与未来走向

【法官论坛】

卯俊民 / 对业主委员会法律地位的思考

【调查与研究】

何波 / 关于商事二审案件改判、改裁与发回重审的研究

【判例评析】

马强 / 股权转让若干问题研究

刘锐锋 麻锦亮 / 从一则案例看我国的发回重审制度

人民法院出版社

2007年第6辑(总第38辑)

ISSN 1002-0154

判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2007年. 第6辑: 总第38辑/王利明主编.
北京: 人民法院出版社, 2008. 1
ISBN 978-7-80217-628-7

I. 判… II. 王… III. ①判例-研究-中国-丛刊
②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. D920.5-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第011430号

判解研究

2007年第6辑(总第38辑)

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办
王利明 主编

责任编辑 吴秀军 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号 邮编:100745

电 话 (010)85250571(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司印刷

经 销 新华书店

开 本 787×1092毫米 1/16

字 数 222千字

印 张 12.625

版 次 2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-628-7

定 价 28.00元

加強判解研究
推進司法改革

肖揚

二〇〇〇年

七月一日

《判解研究》编辑委员会

主任：王利明

副主任：杨立新

委员：(以姓氏笔画为序)

王运声 龙翼飞 刘春田
刘德权 江 伟 孙华璞
纪 敏 杨润时 吴汉东
俞灵雨 姚 辉 钱 锋
郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚 辉 吴秀军

编 辑：兰丽专 熊诤龙

麻锦亮 刘生亮 周云涛

电 话：(010) 85250571 62514868

传 真：(010) 85250586 62514868

E - mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网 址：www.xinxinglaw.com

E - mail: xinglaw@yahoo.com.cn

目 录

专论

- 我国公司法之现状与未来走向
..... 叶 林(1)

法官论坛

- 对业主委员会法律地位的思考
..... 卯俊民(12)
- 动产所有权善意取得制度若干问题研究
..... 欧宏伟(24)

调查与研究

- 关于商事二审案件改判、改裁与发回重审的研究
..... 何 波(42)
- 论农村物权纠纷的法律适用
..... 姚海放(64)

判例评析

- 股权转让若干问题研究
..... 马 强(78)
- 从一则案例看我国的发回重审制度
..... 刘锐锋 麻锦亮(95)
- 民事裁判中的举证责任分配与举证责任转移
..... 程春华(112)
- 政府特许经营合同的性质与法律适用
..... 周悦丽(132)

船东互保协会特别补偿条款(SCOPIC)分析
..... 王 静 戴 晨(147)

重构法律解释学中的反面解释
..... 王文胜 周晓晨(157)

海外判例选介

从“波黑诉塞黑案”解析国际法上的国家责任
..... 沈 鸿(180)

编辑后语 (195)

我国公司法之现状与未来走向

叶 林*

我国于2005年完成公司法修订，在研读和消化公司新规之际，展望我国公司法未来发展，看似不合时宜，但却又不失合理。公司新规的进步性毋庸置疑，然而，法律修改必然受到社会、政治、经济、文化习惯的影响，必然承继原有的法律基因，也必然带有局限性。如何认识我国公司法历史，是发展公司法的前提；如何发现影响我国公司法走向的主要因素，是发展我国公司的核心。笔者认为，资本市场的变化、外国法的影响、国内法的竞争以及司法理念的改变，将成为影响我国公司法走向的重要因素。

一、资本市场的影响

把公司法当作自给自足的封闭体系，或者简单承认物权法、合同法对公司法发展的影响，是公司法的研究误区。我国公司法最初是在证券市场以外产生和发展起来的封闭性规范体系。参酌我国既有公司立法并借鉴大陆法理论，我国立法机关按照组织法逻辑构造了公司法的主要内容。我国1993年实施公司法时，沪深两家证券交易所刚刚成立，证券市场处于初创和实验阶段，还不足以对公司法构成实质影响。原公司法规定的股份（股票）发行和交易规则，其宣誓意义或许超过了实践价值，抽象的纸面文字未能清晰展现公司法与资本市场的内在联系，公司法和证券法相对独立的观点占据了主流地位。

资本市场是现代公司制度发展的原动力，如果脱离了资本市场，企业制度或许依然停留在独资经营、合伙经营或者无限公司

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

的原始阶段上。日本学者大冢久雄提出，股份有限公司“就是个别资本在集中过程中表现出来的存在形式，并且主要是个别资本通过‘结合’的方式，在更高的个体性中扬弃自己，从而转化为社会化的单一个别资本的过程中表现出来的形态。用一句话概括就是：股份有限公司显然是个别资本的集中形态”，“应当将股份有限公司的形成历史作为资本集中形态的变迁史”。^①换言之，资本市场具有集中资本的功能，现代公司籍此才能发展成富可敌国的巨型企业；资本市场具有促成资本流动的功能，投资者据此获得了重要的避险机制。资本集中与流动是相互配合的要素，资本缺乏流动性，就无法实现资本集中，就此而言，股份有限公司与资本的集中和流动，都只是针对同一现象的不同描述。

长期以来，我国公司直接融资规模较小，上市公司数量较少，公司对资本市场的依赖程度较低。多数公司通过银行贷款来解决企业资金短缺局面，商业银行则采取各种担保措施保障信贷资金安全。在这种结构下，公司法很难发展出与保护投资者利益相关的复杂体系。最近数年，证券市场规模逐渐扩大，公司直接融资比例不断提高，资本市场对公司组织和运行规则的影响加剧。西方国家的经验表明，资本市场是完善公司法的重要推动力。在英美等国，银行贷款主要满足企业短期资金需求，公司长期融资有赖于股票市场。资本市场在服务于企业融资之时，在公司治理和保护投资者利益方面，创造了许多崭新规则。当这些规则被植入公司法时，必将改变公司法传统观念和制度，并将推动现代公司法的形成。

独立董事制度最初产生于资本市场，后来才被引入现代公司制度。1940年，美国投资公司法首次规定，基金公司董事会必须拥有半数以上的独立董事或者外部董事。1956年，纽约证券交易所规定，公开上市公司必须至少选任两名外部董事。1977年，纽约证券交易所再次要求，每家上市公司“在不迟于1978年6月30以前设立并维持一个全部由独立董事组成审计委员会（Auchit Committee）；这些独立董事不得与管理层有任何会影响他们作为委员会成员独立判断的关系”。随后，美国股票交易所也提出了设立独立董事的要求。这样，美国上市公司最先设置了独立董事制度，并被作为成功经验推广开来。上市公司设置独立董事，未必能够提高上市公司的赢利能力和运营效率，但却有助于完善公司内部治理，有助于增强公众投资者信心，

① [日] 大冢久雄：《股份公司发展史论》，中国人民大学出版社2002年版，第6~7页。

有助于促进证券市场的稳定。或许是基于独立董事的天然合理性，或许是众多欧洲公司意欲到美国证券市场融资使然，美国式的独立董事制度，最终侵入了大陆法系的公司法体系中。我国 1993 年公司法没有规定独立董事制度，为了提升公司治理水准，证监会首先将独立董事制度引入上市公司领域，2005 年公司法专门规定独立董事制度，使之成为我国公司法重要组成部分。此外，证监会要求证券公司设置独立董事，国资委要求大型国有独资公司设置功能类似的外部董事。随着独立董事和外部董事制度的推行，关联交易应由无利害关系的董事独立判断，已发展成重要的公司法规则。

在公司分类上，大陆法国家历来将公司分为有限责任公司和股份有限公司。在前者，最为重视公司成员的人合性，表现为股东不超过法定人数、股权转让受到限制、允许成员之间进行内部契约安排。在后者，尤其强调公司的资合性，公司成员没有最高人数的限制，重视股份的自由转让，重视以法定主义方式调整公司成员之间的关系。按照设立方式不同，股份有限公司又分为发起设立与募集设立的股份有限公司，而募集设立的股份有限公司，再分为公开募集设立与非公开募集设立两种。

关于公司种类的立法划分，清晰地反映了立法者对复杂法律逻辑的重视。然而，逻辑严密的分类标准，无从对应地实现其实践价值。在各国公司成文法上，我们已很难找到有限责任公司与发起设立之股份有限公司的清晰界限，或许，两种公司主要是在股份转让的限制以及契约安排的范围上有所不同而已。发起设立的股份有限公司只说明了股份有限公司采取了特殊的设立方式，但却无法排斥发起设立的股份有限公司可以取得上市公司资格的事实；同样，公开募集也只是一种特殊的设立方式，募集设立的股份有限公司未必就是上市公司。可见，传统公司法崇尚公司分类的严谨逻辑，但却无法清晰表达公司的现实地位，无法揭示真实的公司关系。是否继续照搬大陆法系关于公司分类的传统标准，是否应该引入新的公司分类标准，疑虑丛生。

美国各州公司法没有采取德国式的公司分类，而将公司分为上市公司与非上市公司。前者，系指股票在证券交易所挂牌交易的公司，后者泛指其他各种没有上市的公司。在非上市公司中，还根据不同标准再作分类。英美法分类不似德国法那样逻辑严谨，但却具有形式简洁、适应性强的优点。有限责任公司、发起设立的股份有限公司以及募集设立而未上市的公司，无论称谓如何，均可纳入非上市公司之列。就内部成员的关系来说，在上市公司中，主要依赖各种任意性规范，上市公司却要遵守法律规定的强制性规范。这样，适应证券市场发展的需求，公司法逐渐接受了董事勤勉义务规则、投

资者利益的特别保护规则以及公司折中资本制等弹性的融资规则。

传统公司法或许真得难以适应资本市场的全面需求，在公司分类方面，德国学者分析到，从经验来看，基于现有分类而产生的公司法，在保护股东利益方面和法律的灵活性方面的作用，是极其有限的。德国已制定了《资本市场法》并于1998年颁布了《有关加强企业控制和透明度的法律》，该法第3条第2款分别规定了上市公司和非上市公司。在保护股东权利方面，《资本市场法》在很大程度上排除了《股份法》的适用。^①

在被奉为大陆法系代表的德国，立法及理论界已经高度关注资产市场对公司法的实质影响，为了发展证券市场，甚至不得不牺牲公司法的某些传统理论。在我国，如何看到证券市场对公司法的影响，国内学者观点未必一致。除较多学者坚持证券法与公司法相互独立的学说外，笔者听到过这样的大胆预测，今天的上市公司法则，就是日后的公司法。这种说法或许有些言重，但却提出了公司法发展上的一种可能路径。

二、外国法的影响

笔者不主张匆忙使用“全球化”或者“国际化”的概念，宁肯沿用法律继承或者移植的概念。一方面，在全球化或者国际化的含义上，各界尚未达成共识，“全球化”的含义泛化而模糊。如果基础概念泛化和模糊，构建在这些概念之上的制度结构将失去稳定，法律规范之适用将失于弹性。另一方面，各主权国家在经济、社会、政治、科技、文化和法律上存在很大差异，随着各国经济往来的不断拓展和法律交流的加深，各国学术界都在努力吸收他国的优秀成果，但是，最终目的是实现自我完善而非自我放弃。就此而言，参考外国法经验，只是完善本国法律的途径，“全球化”的概念难以表达立法者“为我所用”的价值偏好。

商法是国际化色彩浓厚的法律领域之一，公司法作为重要的商法制度，不可能置身于商法的国际性以外。加之，无论在发达国家或者发展中国家，公司都已成为社会财富的最大拥有者。公司数量庞大，不仅意味着税收增加、就业率提升以及社会福利的改善，它还是国力强盛与否的标志。在历史上，公司就曾被用来实施殖民地政策，在现代社会，公司依然可能转化为“经济侵略”的工具。全球最近爆发了不同量级的石油争夺战，不仅有人将

① [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔：《德国资合公司法》，法律出版社2005年版，第71页。

美国和伊拉克的战争称为另一个战场上的石油争夺战，还有人把中国公司向海外石油产业投资解读为国家之间的竞争。必须看到，国家之间的竞争根基于经济实力的对比，如何提升公司的国际竞争力，如何促进本国公司的快速发展，必然成为各国立法者的关注重点。伴随着各国和地区之间的法律竞争，投资正在流向社会环境稳定、成长性高、法律管制宽松的国家和地区，从而诱发了各国法律环境的转变。

在借鉴外国法时，存在被动接受和主动借鉴两种情况。被动接受，是以国家主权丧失或者受到限制作为标志，通常出现在殖民政策时期。我国香港地区沦为英国殖民地以后，几乎全盘照搬了英国公司法，英联邦其他国家和地区也几乎照搬了英国公司法的全部内容。主动借鉴，通常是局部借鉴。为了促进本国经济和公司制度的发展，主权国家会努力吸收外国法的成功经验，有选择地运用于本国公司法中。

日本公司法原来遵从德国公司法模式，在公司分类上，将公司分为股份有限公司、有限责任公司和无限公司等组织形式，在具体规则上，亦仿效德法等大陆法系的公司立法。当然，日本公司法也注入很多本国法因素，成为东亚法系的重要代表。二战以后，日本公司法开始重视并引入了许多美国法元素。日本1950年修改商法典时，在以德国公司法为蓝本的公司法基础上导入了美国法，强化了公司的筹资投机性、缩小股东大会权限，还创设了股东代表诉讼等制度等，实现了“第一次美国化”。2005年，日本启动公司法现代化进程，不仅从商法典中抽出公司法部分单独立法，还借鉴了美国公司法基本思路、理念和制度，此次修订被称为是“第二次美国化”，主要是为创业企业的发展提供制度基础，为加快日本经济的机构改革而推进企业并购重组以及应对资本市场的全球化趋势。日本2005年修改公司法是在很短时间内完成的，对德国法和美国法的融合和调整是不充分的，特别是对制度滥用方面缺乏防备措施。^①然而，经过两次重大的公司法修改，日本公司法已基本脱离了大陆法系传统，将公司分为股份公司和持份公司，前者实际指向上市公司，后者泛指无限公司、有限责任公司以及其他非上市股份公司。日本法逐渐形成了跟随美国法的习惯，何种原因促使日本改弦易辙？究竟是跟随美国法的惯性使然，还是日本发现了美国法的合理性，有待于进一步研究。

在欧盟内部，各国公司法正在走向统一，各国学者试图在未来的统一公

① [日] 布井千博：《日本公司法的美国法化》，载于敏、杨东译：《最新日本公司法》，法律出版社2006年版，第28~35页。

司法中增添更多的本国法元素。对于未来的欧盟公司法来说，究竟应遗传德国法传统，还是应传承英国法模式，或者是仿效法国模式，自是欧盟公司法统一化面临的重要问题。可以预想，统一的欧盟公司法最终将采取折中形式，折中体制既是借鉴，又是创新，必然是融合欧盟各国既有制度而形成的新型体制。欧盟先后发布了至少 12 项公司法指令，包含诸多公司法的创新规则。在时机成熟时，不排除欧盟出台统一的公司法。当然，欧盟统一公司法不是简单地主动接受或者被动移植，而更像是顺应地缘政治体现象而产生的新型体制。

在国家与国家的法律竞争中，为了吸收更多投资者到本国设立公司，有些国家采取了“朝底竞争”（race to the bottom）策略，这种策略促成了外国法对本国法的影响。“朝底竞争”，是指在与相关国家法律的竞争中，通过降低本国公司法限制，为在本国设立和运营公司提供更优越的条件，有学者将其解释为向投资者提供最佳的投资环境。“朝底竞争”主要表现为：降低公司设立成本、给予公司参与人更大自由空间、给予相关权益人更多保护以及放松对公司的管制。

数年前，不少来华投资的境外资金来自英属百慕大，最近，英属维京群岛（BVI）再度成为组建海外上市公司的首选之地，也成为外商来华投资的重要资金来源地。在维京群岛设立公司，其主要优势如下^①：首先，投资者通过代理人申请注册公司，无须将真实姓名记载于公司注册档案，公司注册档案不显示真实投资者信息，公司注册机关不提供投资者信息查询，最大程度满足了投资者的保密需求。其次，公司设立和运行成本较低。公司无须拥有最低注册资本额，每年只需要缴纳 2000 美元的费用，无须承担纳税义务，即能维持公司资格。最后，公司不受转投资规则的限制，公司拥有小额资本，亦可在海外拥有庞大投资。尤其是，BVI 公司无须与被控股企业合并财务报表。可见，BVI 公司具有境内注册公司无法比拟的优势，并已对我国现实生活产生重大影响。^②

我国经济的快速成长掩盖了公司法的许多缺陷，如果把经济成长解释为商业利益，把公司法缺陷理解为商业风险，那么，商业实践正在评估我国经济成长性与法律缺陷之间的投入产出关系。宽松的投资环境有利于吸引投

^① 就 BVI 公司现象，笔者曾与香港执业律师进行讨论，形成了对 BVI 公司优势的概括。

^② 据称，法国达能公司与娃哈哈公司的争端中，就涉及十余家 BVI 的离岸公司。

资，我们应该重视 BVI 公司背后隐藏的合理成分，还要加强对 BVI 公司来华投资的管制，尤其是通过外国公司认许制度，减少 BVI 法律对我国公司法律及商业实践的振荡，努力消除法律之间的不公平竞争，促成“朝底竞争”向“规范竞争”的转变。

三、国内法的竞争

法律竞争包括国家之间的法律竞争，也包括地区之间的法律竞争。在美国，各州制定了本州公司法，这就诱发了各州法律之间的竞争。特拉华州是公司注册数量最多的州，也是公司法重要规范的发源地，特拉华州公司法已成为美国公司法典范，还是美国律师协会起草标准公司法的主要参照，它实质地影响了其他各州公司法的走向。

与美国联邦制不同，我国是以中央集权为主导的单一制国家，地方政府无权制定适用于本地区的公司法律。然而，所有制性质、外资因素以及企业所在地等，都已导致了实质性法律差异，并引起了国内法之间的竞争。在我国企业法体系中，至今保留了按照所有制性质划分企业和适用法律的传统。在吸引外资方面，我国自上世纪 80 年代实行对外开放政策，深圳、珠海、厦门和海南四个经济特区分别制定适用于本地区的特殊政策。此外，为了促进本地区经济发展，有些地方还制定了地方股份合作制企业的规范。因此，我国企业和公司法领域中，存在法律割裂现象，潜伏着本国法竞争的可能性，而外资企业法和股份合作制企业立法，对我国公司法冲击最大。

在制定鼓励外商投资方面，我国企业立法取得了积极成就。如何看待外商投资企业法与公司法的关系，国内学术界争论不断。有学者主张将外商投资企业法并入公司法，^①有学者建议保持外资企业法的独立存在。必须看到，我国吸引外商投资的法律，既包括鼓励外商投资的政策，也包括规范企业组织和行为的法律。就前者而言，无法纳入公司组织法范畴；就后者而言，至少说明境外投资者可能选择与内资公司不尽相同的新型公司形式。内资与外资分别适用不同的法律，加之其他因素的影响，客观上造成了内资与外资公司之间的不公平待遇，背离了法制统一的社会观念。

然而，无论将外资企业法并入公司法，还是保持外资企业法的相对独立，都不能漠视外资企业法的特质。在将外资企业法并入公司法时，应该吸

^① 参见甘培忠：《外商投资企业审批制度应彻底废除》，载《法制日报》2005 年 12 月 30 日。

收而非废弃外资企业法的优秀元素。笔者认为，重视投资者间的合同关系，是中外合营、中外合作企业法的共同属性。中外投资者签订合营合作合同组建企业，形成了投资合同关系，这就为解决股东争议提供了新型法律工具。而就内资公司来说，即使公司法规定了股东承担违约责任的条款，但各级法院通常拒绝承认股东之间存在合同关系，也不太顾及股东协议的地位，而是偏重于遵从公司法的强制性规定。

如果承认有限责任公司的设立章程是合意的产物，如果承认公司法包含更多的任意性规范，这可能提出这样的初步结论：在有限责任公司股东之间，并非当然排斥合同关系；引入合同机制，将有助于规范股东关系，有助于解决股东争议。上市公司的股权分散程度较高，彼此陌生的股东可能充当公司成员，但却难以结成合同关系。惟在少数亲密伙伴或者亲属组成的公司中，公司内部关系接近于合同关系；在上市公司中，公司内部关系远离了典型的合同关系。而在两种典型公司类型之间，必然存在股东关系或亲或疏的复杂情况。我国公司法界向有崇尚公司类型法定化的倾向，不太关注公司现实关系的多样性和复杂性。公司法规范强调法律规范的强制性，任意性规范略显单薄，难以满足公司实践的实际需求。

笔者认为，引入美国公司法上的 LLC 制度，或许能很好地改造中外合营、合作企业，实现公司法与外资企业法的合理嫁接。LLC 公司主要是在美国税法规则引导下产生的特殊公司。在公司意义上，LLC 之内部关系类似于合伙关系，在外部关系上，LLC 具有法人资格，属于合伙与公司混合体。在税法意义上，LLC 按照合伙企业办理纳税，本身无须缴纳企业所得税，而由 LLC 成员缴纳个人所得税。我国引入 LLC 制度，无须当然引起美国的税法规则，但却达成了公司组织规则的统一。LLC “内为合伙、外为法人”的特点，将不仅适合于现有的中外合营、合作公司，还将适合于少数股东组建的、内部关系密切的公司。惟在立法上，需要重新设计 LLC 的名称，以免造成法律适用上的混乱。

除了外商投资企业外，我国各地还推行过股份合作制企业。组建股份合作制企业，不仅表明我国公司法的制度供给不足，还加剧了国内法的冲突。上世纪 90 年代，国务院有关部委先后发布多个涉及股份合作制的规章，不少地方政府发布了发展股份合作制企业的地方法规，工商登记机关批准了不少股份合作制企业。与公司相比，股份合作制企业的确具有独特优势：一方面，投资者亦为劳动者，投资者与劳动者身份重叠，实现了“按资分配”与“按劳分配”相结合的理论构想。然而，相关部委和地区在设计股份合

作制企业时，没有充分考虑投资的流动性和劳动关系的变动，有些股份合作制企业已转变为个人把持的家族或者私人企业。另一方面，在股份合作制企业中，成员人数不受公司法规定的最低股东人数的限制，股份合作制企业也不属于股份有限公司，即使公司成员人数众多，也不属于公开募集，不受证券法约束，从而满足了某些企业社会集资的目的。尤其是该种企业具有独特的融资功能，使之成为许多中小型企业改制的重要选择。

投资者选择组建股份合作制企业，无须遵守公司法的严格规定，这造成了复杂的实践问题。核心问题在于，股份合作制企业的准据法是部门规章和地方法规，立法机关从未正式承认股份合作制企业的地位。然而，股份合作制企业的管制措施宽松，投资者自由选择权利较大，营业自由思想得以彰显，折射了现有公司法规范的缺陷。因此，不应该简单否定股份合作制企业中包含的合理要素，而应该在修改公司法过程中，参考股份合作制企业放宽企业最高人数和容忍企业向员工融资的优势，使得公司法上的公司具有更强的适用性。笔者认为，在理论和立法上，员工投资者人数多寡以及企业是否向员工融资，不应识别企业类型的根本标志。必须看到，企业员工投资者有别于公众投资者，员工持股不仅有融资效果，还有凝聚员工与企业关系的社会效果。正因如此，在员工持股问题上，许多国家公司法采取了有别于公众持股的管控措施，采取了相对开放的态度。如果把多数员工持股归类于社会募集股份，进而参照股份有限公司或者上市公司的监管规则，无异于否认员工持股的社会合理性。

四、公司法的实践

司法实践是推动公司法发展的重要动力。然而，各界对成文法传统的理解失于僵化，对公司法案例或者先例的重视程度明显不足。在英美法国家，法院既有判例属于特殊的法律渊源，可适用于此后同类型的案件。在大陆法国家，先前案例不是法律渊源，不存在“援引判例”的问题。然而，学者解释成文法规范时，都非常重视既有案例在法律解释上的功能。就此而言，重视既有案例是境外公司法实践的重要特点。

我国公司法遵从大陆法系传统，既有案例不是法律渊源，但是否具有解释法律的功能，各界看法未必一致，最高人民法院未曾给出明确指导意见，案例地位的不确定性容易造成司法审判的混乱。首先，除了《最高人民法院公报》刊载的案例外，学术界和实务界难于查找到既往的相关案例。法院对既往案例公开不充分，也就无法接受既往案例的效力。其次，各级法院

又不完全忽视既往案例，如果当事人提供了相关法院作出的类似裁判文书，有可能对讼案裁判结果产生影响。有些当事人占据了独特优势，对方当事人却难以合理预测裁判结果，这就引发了裁判结果是否公平的质疑。其三，为了支持自己的主张和意见，有些当事人参引了在任法官编辑的相关案例，引用了立法参与者编写的法条释义或者公开出版物。这对法官解释法律产生影响，而法院判决书却不加提及，使人产生误解。最后，司法解释和批复缓和了成文法过于抽象、难以适用的尴尬。然而，无论是制定法，还是司法解释或者批复，都无法终结个案差异带来的问题。

笔者认为，既往案例是解决公司法制度供给不足的重要方式。法官审判活动是创造性活动，不是简单和机械地运用法律，法官审判活动积累的知识是社会财富，不能浪费。如果忽视既有案例，法院必须进行大量的重复劳动，这是对法律资源的浪费，更是法律适用混乱的重要原因。如对应否支持股东申请公司分配盈余的问题，有的法院判决连续数年不分配的公司必须分配盈余，有的法院却奉行“穷尽公司内部救济”原则，不主张强制公司分配盈余。法院自由裁量权过大，即使案情相同或者相似，不同法院却可能作出不同裁判。法律运行效果失去了可预测性，不仅容易诱发法官的道德风险，还将影响法制的统一。

笔者赞成推行案例指导制度的主张，^①即使不把案例视为法律渊源，却应该承认案例具有相对确定的参照效力。这样，既有案例不仅能够真正成为司法实践的指导，还能发挥对未来活动的约束效力。

五、结束语

资本市场、外国法引入、本国法竞争以及司法实践是影响我国公司法发展方向的重要因素，但却非全部因素。信息技术的发展、国内产业界的需求以及解除管制的社会潮流，也将对公司法发展产生重要影响。^②公司法作为最为重要的商事法和实证法，公司法必须跟进社会变动、发展的步伐，必须契合于经济全球化和法制现代化的发展趋势，必须植根于本土化法律资源，

^① 《人民法院五年改革纲要》第14条明确规定：“2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案件予以公布，供下级法院审判类似案件时参考。”

^② 参见黄铭杰：《公司治理与企业金融法制之挑战与兴革》，台湾地区元照出版社2006年版，第6~10页。