

# 第一章 公司纠纷与司法救济

## ——以请求权基础建构的司法救济体系

### 第一节 公司利益冲突

#### ——永恒的话题

#### 一、公司的参与人与公司的演进

现代社会中的公司，交织着多种社会关系并折射出不少社会信息。公司已不仅仅是商事工具而成为经济关系中的基本主体，随着公司实践和公司制度的演进，公司甚至成为社会关系交织的中心。公司参与人的概念也就是在这一背景下提出的，公司成为各类参与人进行经济活动的一个舞台。

传统的公司制度认为，只有股东才是公司的参与人，而从现代公司法学和制度经济学的角度看，公司的参与人还包括其他主体——董事、经理以其人力资本进行参与，债权人则以其金钱资本参与其中。其他主体虽不具有法律上的投资者的权利和义务，其在公司中的利益却类似于投资者，共同围绕着公司这一核心主体演绎出各类经济活动和交易关系。从这个意义上讲，他们都可以成为“公司游戏”的参与人，公司本身自然是其中的基本主体。公司就是公司的参与主体（公司本身、股东、董事、高级管理人员、债权人）之间的一种制度安排或权利结构的有形形态。<sup>①</sup>

从制度经济学的角度看，公司是公司参与人之间发生的各种法律关系的集合体，换句话说，公司是公司参与人以公司为中介进行各种交易，发生各种法

牟宪魁：《论公司权利结构》，载《山东大学学报》（哲学与社会科学版）2001年第3期。

律关系的一个纽带；在信息经济学上看来，公司即是各个公司参与人之间进行利益博弈的一个舞台。从法律上看，公司从静态上表现为公司参与人的权利结构状态，从动态上表现为公司参与人之间互动的法律过程。

## 二、公司参与人之间的利益博弈格局

现代公司是多种利益主体、多元产权主体的有机统一体，形成了独特的公司法人财产权制度。公司的财产权独立于股东权，而由董事会为主体的经营层所控制，大股东又可通过对经营层的控制掌握公司的实际控制权，债权人作为公司投资者也成为利益一极。<sup>①</sup> 公司权力（利）的多元化势必会导致股东与公司，股东与董事、经理，小股东与大股东，乃至债权人与公司、股东之间的多重利益冲突与失衡。<sup>②</sup>

### （一）股东（公司发起人）与公司之间的利益冲突关系

股东（严格的说是公司发起人）在公司设立阶段即与公司存在利益冲突。公司的生命来源于公司发起人最初投入公司的财产，公司发起人在公司设立过程中对公司的命运和前途具有决定性的影响。此时公司的内部制约机制和外部制约机制都没有最终到位或运作起来，公司发起人有动力进行虚假出资等损害公司利益的活动；即使公司成立后，股东也会试图通过各种形式撤回出资，进行“无本万利”的商业冒险。另外，公司发起人会借口公司设立的需要而将大量的不合理的费用转嫁给公司，甚至会借口公司设立的需要而代表未来的公司缔结有损公司利益的契约。<sup>③</sup>

### （二）董事、经理人员与股东和债权人的利益冲突关系

董事、经理人员包括通常所说的董事、经理以及担任经理职务的董事（即经营董事）。董事、经理人员的谋私行为会对所有其他公司参与人尤其是股东和债权人产生不利影响。一是渎职，二是掠夺和挥霍。这两类行为会使股东、债权人蒙受代理成本。<sup>④</sup>

闫小龙、邓胜涛：《股东与非股东的利益冲突与平衡》，载《法商研究》2002年第6期（总第92期）。

② 缪剑文：《公司运作的司法程序保障初探》，载《法学》1998年第5期。

张民安：《公司法上的利益平衡》，北京大学出版社2003年版，第2页。

④ 罗作汉：《论股东与经理的利益冲突对公司价值的影响》，载《经济师》2001年第9期。

现代经济学研究表明：大企业往往会偏离利润最大化目标，原因之一是由于在所有权和控制权分离的体制下，掌握公司控制权的管理人员可能有可供选择的其它目标。管理人员和股东可能有不同的动机——股东只要关心高股息和股票价格的上升，而管理人员可能想获得高薪水或统治一个大企业。<sup>①</sup> 经济学的伟大奠基人亚当·斯密甚至曾评论说，股份公司这种企业形式不可能发展起来，因为董事和经理人们受股东之托代人理财，不可能像业主型企业家们那样节俭和勤奋。

在这方面，英美法是通过规定董事（主要是经营董事）对公司负有某些法定义务来实现对董事和经理人员的约束的。如在特定情况下，尤其在小型的封闭式公司产生的案件中，已有判例确认了董事直接对股东负有信义义务。而新西兰和澳大利亚等一些国家的判例更是把董事义务扩张至债权人，特别是在公司将破产的场合，董事义务向股东和债权人的扩张趋势正日益明显。<sup>②</sup>

### （三）债权人与股东之间利益冲突的防范措施

公司的债权人可以分为业务债权人、机构贷款人（如银行）、债权证书持有人（如公司债券持有人）。公司债权人与股东之间利益冲突的根源很大程度上在于公司的“有限责任原则”。股东只以其出资为限对公司债务承担有限责任，但同时股东对公司有很大的控制权，相反，公司债权人却只对公司本身拥有普通的债权请求权，除非在个别的“否定人格”情况下，债权人不能要求股东直接对公司债务承担责任。

债权人与股东冲突表现在：（1）公司低价把公司财产转让给股东，股东会获利而债权人可能受到歧视（因为公司的财务状况会恶化）；（2）公司采取慷慨的分红政策，股东当然乐意而债权人借以保护自身的股权屏障则受到一定程度的侵蚀，违约风险因而增加，且清算发生时减少清算财产的价值；（3）举借新债，可能对股东有利，因为股东因此不必向公司追加融资，公司可能因此抓住潜在的商业机会。而债权人并不能因公司的高利润而获得更多的回报，新债反而会提高公司的负债率，稀释债权人对公司资产的请求权，增加公司的财务负担从而使违约风险加大；（4）股东利用债权人的钱进行冒险投资，股东将得到大部分利益而债权人则最多得到贷款本息，如失败，股东最多只失去其投

[美] 萨缪尔森、诺德豪斯，胡代光等译：《经济学》（第十四版），首都经济贸易大学出版社1998年版，第343~345页。

② John H. Farrar, *Farrar's Company Law*. BUTTERWORTH, 1988, P325~343; See also Ross Grantham, *The Judicial Extension of Director's Duties to Creditors*. (1991) 1 JBL1.

资的那部分资金，而债权人却负担血本无归的风险。<sup>①</sup>

#### （四）股东之间的利益冲突

股东虽然在很多场合中可以被视为一类公司参与主体，但其实股东之间也是存在利益冲突的。股东因持股数量而因此对公司控制权的大小可以划分为控股股东和少数股东两种基本的类别。这两类股东因“资本多数决原则”发生作用而可能引发结构性、普遍性的利益冲突。

控股股东对公司拥有控制权，从而少数股东有理由担心控股股东可能把公司财产据为己有或把公司的业务转移给控股股东直接或间接拥有的企业，而实际上公司的控制股东往往无视小股东利益，通过关联交易牟取私利甚至直接侵占公司财产。在上市公司中控股股东和小股东之间的利益冲突关系表现得更为明显，大股东经常以各种伎俩肆意掏空上市公司，损害小股东的利益；同时，小股东从参与公司活动之始就抱有很大的投机态度，实际上很少参与公司的经营，只想搭车获利，从而也会与大股东的利益取向发生冲突。另外在家庭经营的公司（家族式公司）中，也潜藏着较强烈的利益冲突，公司外部的事件，如婚姻不如，会导致股东之间的利益冲突。<sup>②</sup>

### 三、利益冲突与公司法的制度安排

在公司发展史上，先有公司事实上的存在，然后才有作为法人的公司。公司演变为法人的立法动因乃是从法律上确认和实现相关利益主之间合理的利益均衡。为实现公司法的利益均衡之目的，在立法技术上就必然表现为对公司人格的确认，使公司免受来自股东和第三人的非法干预，超然于各原始利益主体之上，并通过其正式建立的机关（主要是董事会）为一定的行为。因此，公司之具有法人格乃是为了使法律关系单纯化而由法律所认许的一项法技术。<sup>③</sup> 日本学者大隅健一郎认为：“无论是在理念上还是在现实上，股份公司都是股东利益、公司债权人利益、社会公共利益等各种利益的错综物，不仅这些利益本身屡有矛盾对立，而且各利益内部也还包含了利益抗争的可能性……在这样的

<sup>①</sup> 聂卫东：《公司参与人的利益冲突及合同安排》，载《社会科学》1999年第3期；孙业群：《论公司债权人与股东利益的冲突及其限制》，载《河北法学》2000年第4期；张双才、齐寅峰：《股东与债权人的利益冲突及协调机制》，载《河北学刊》2001年7月刊，第21卷第4期。

林晓镛：《股东利益的冲突与衡平——探寻股东关系的基本原则》，载《法学评论》（双月刊）2001年第1期（总第105期）。

贾登勋、王勇：《现代公司制度的法理学基础》，载《兰州大学学报》（社科版）1999年第1期。

矛盾对立中努力寻求真实的形式，乃是股份公司立法的任务。<sup>①</sup>

那么公司法是通过怎么的制度设计来实现对公司的各类参与主体的利益制衡的呢？通过对公司参与主体之间主要的利益冲突类型和公司法几个主要原则之间的对应关系我们就可以发现其中的奥秘。

股东与公司——“资本三原则”、“有限责任原则”

董事、经理与股东和债权人——“诚信义务原则”、“经营判断原则”

股东与债权人——“有限责任原则”、“资本三原则”

股东与股东之间——“资本多数决原则”、“股东平等原则”

在股东与公司之间，“资本三原则”<sup>②</sup> 首先要求公司发起人在设立公司时要向公司投入足额的出资，并且在公司登记后不能以任何形式撤回出资（《公司法》第三十六条），这就防止了股东的投机行为；同时股东只以其出资为限对公司债务承担有限责任，避免了股东因公司的经营而承担不确定的风险；在董事、经理与股东和债权人之间，董事和经理人员对公司股东（现代公司法也包括对公司债权人）负有作为一个善良管理人的诚信义务，给董事和经理以制度约束，避免代理成本的任意扩大化；同时公司法设置“经营判断原则”避免公司股东和债权人任意干涉公司的经营管理事务，保障董事、经理可以充分自由发挥自己的商业才能；在股东和债权人之间，股东首先通过“有限责任原则”限定自己的责任，避免对公司债权人承担无限度的义务；同时“资本三原则”要求股东必须向公司实际投入一定的财产并且在公司经营期间应当维持一定数额的资本存在，未经法定程序（尤其是债权人的同意），不得任意变更公司资本，这在很大程度上保障了公司债权人的利益；在股东与股东之间，大股东由于对公司的投入较多，承担更大的风险和责任，因此通过“资本多数决原则”赋予大股东更多的控制权也是必要的，同时通过“股东平等原则”协调股东之间的利益冲突，避免大股东对小股东的欺诈和各种形式的利益侵夺行为。

总之，公司法的重要作用之一就是为公司法上的利益主体提供法律上的保护。而无论从公司法提供法律保护的经济合理性还是从公司法提供法律保护的法律合理性上来看，公司法对公司法上的利益主体提供法律保护的目的在于实现相关利益主体之间合理的利益均衡，制止某些主体以牺牲其他主体的利

<sup>①</sup>聂卫东：《公司参与人的利益冲突及合同安排》，载《社会科学》1999年第3期。

<sup>②</sup>“资本三原则”，即资本确定原则、资本维持原则、资本不变原则。资本确定原则，又称法定资本制，是指公司在设立时，必须在章程中对公司的资本总额做出明确的规定，并由股东全部认足，否则公司就不能成立；资本维持原则，又称资本充实原则。是指公司在其存续过程中，应经常保持与其资本额相当的财产；资本不变原则，是指公司资本总额一经确定，非依法定程序，不得任意变动。

益为代价实现不正当利益行为的发生，确保公司组织的稳定、健康和持续发展。<sup>①</sup>

## 第二节 公司利益冲突约束的基本路向

### 一、利益冲突的普遍性与公司纠纷的产生

利益冲突不仅在公司中，而且在社会生活的方方面面都是作为一种常态的形象存在的。应当明确的是，利益冲突本身并不必然导致纠纷的产生，它仅仅是纠纷产生的一个潜在发生要素，只有在利益冲突无法合理化解的情况下才会导致纠纷的实际发生。利益冲突的化解机制从发展阶段上可以分为两种：事前化解机制和事后化解机制。事前化解就是通过有效的制度安排而将利益冲突控制在一定的范围之内，避免纠纷的产生；事后化解其实纠纷解决，而纠纷的解决本身也是一种利益冲突化解机制，可以说，如果利益冲突突破事前的制度安排控制范围时，可以有事后的救济方式及时化解掉，利益冲突失控而引发的纠纷就不会造成任何实质性的影响，从这个意义上讲，也仅仅从这个意义上讲，纠纷只是在逻辑层面上存在的。

具体到公司来讲，公司参与主体之间普遍存在的利益冲突可能在两种情况下导致公司纠纷的实际发生：（1）控制公司利益冲突制度缺位或无效；（2）化解利益冲突的事后救济机制的缺位或无效。从实际的公司实践上看，公司的利益冲突首先是通过公司股东在设立公司之处所进行的谈判以合同安排的形式来解决或预防的，这种合同安排在公司成立后演变为公司的章程从而成为一种主要的事前的利益冲突化解方式；同时，公司法为公司构造的内部治理结构也构成对利益冲突的重要的事前约束力量；另一方面，公司法和其他法律制度可能提供的外部干预和救济构成了公司纠纷的事后化解机制，当公司参与人的利益冲突超出事前的制度安排的控制范围时，及时将冲突消弭于无形，从而及时排除了公司纠纷的存在。但是，公司利益冲突的事前约束和事后救济制度都可能因为各种因素而无效，甚至这些制度根本就不存在，利益冲突一旦脱离约束与化解的藩篱就可能爆发而导致公司纠纷的实际和持续的发生。

张民安：《公司法上的利益平衡》，北京大学出版社 2003 年版，第 2 页。

我国的公司很多是由原来的国有企业直接改制而建立的，在我国的公司实践中，不仅存在着一般意义上的公司参与主体之间的利益冲突，而且许多本不该带到公司中来的问题也“鱼沙并进”而侵入了公司这一新生的市场主体，这就使得整个利益博弈格局更加的复杂化。从表现上来看，主要体现为三点：

（1）国有股东地位畸高。由于国有股直接关系到国有财产从而牵连到经济所有制的问题，因此公司法对国有股东多方照顾，<sup>①</sup>加上独特的国有股“一股独大”的独特的股权结构，使得公司实践基本上成为国有股东利用公司这一道具进行的“非公非私”的乱舞，而其他公司参与者充其量也只是与国有股东共舞。更为严重的是，原《公司法》甚至规定公司中的国有资产所有权属于国家，这样一来，整个公司制度实际上就留有一个非常重大的缺口，国有股东在保有对公司出资所有权的情况下而享有股东地位，从而形成一个无法克服的逻辑困境和法律死角。（2）公司内部治理结构虚设。由于我国大部分股份公司，尤其是上市公司，多数都是原来的国有企业改造而来的，从内部的治理结构上，也仅仅是将原有的“老三会”变为现在的“新三会”，新瓶装旧酒，不仅由工会转化而来的监事会形同虚设，而且股东会和董事会也成了国有股东其实是国有股东代表即公司管理层的一言堂，内部人控制严重，内部治理结构这一重要的制衡机制处于失效状态。（3）债权人的软约束。公司的主要债权人限于“工、农、中、建”四大有银行和其他国有或国有控股的银行，这样国有控股的公司和国有银行之间基本上就是同受国家控制的“关联交易人”关系，公司与公司债权人“同气连枝”，甚至公司债权人是在受到国家意志控制的情况下被动进入公司这个是非舞台的，债权人对公司的约束基本处于有气无力的状态。

## 二、合同安排与合同安排的局限

一般情况下，公司参与人均可通过讨价还价达成合同安排以解决或预防利益冲突的产生。美国芝加哥大学的两位学者 F·H·Easterbrook 和 D·R·Fischel 在其力作《公司法的经济结构》中提出：从规范意义上说，公司法应当尽可能允许公司的参与者自由谈判，减少强制性规定，才能维持市场效率。强制性的规定只不过是為了补充公司参与者的契约所留下的缺口或空白，从而

公司法不顾商事法律制度的规范性标准，凡为国企皆可变通，创造出国有股、国有法人股、国有独资公司、国企改制为股份公司可少于五人的发起人人数最低标准等五花八门的事物，导致了整个公司运行体制的混乱。

使他们之间的契约趋于完善或变得更有约束力。<sup>①</sup> 这种合同安排在公司实践中通常是公司发起人在公司设立阶段制定的发起人协议和公司章程等，公司成立后，公司章程成为约束公司、股东、董事和经理等各个公司参与人的协议。<sup>②</sup>

虽然公司的股东具有谈判愿望又不乏寻求合同保护的机制，但在实践中，预防利益冲突的谈判很少发生。其原因可能有：（1）信息不足。股东之间是一种长期的、变动的关系，因此股东难以预知将来会有什么事件影响其关系。（2）交易成本的存在。有限责任公司的股东为了节省费用，不愿或不能聘请法律顾问为其起草相关的综合性的合同文件。（3）由于股东在创立公司之时是处在一种过于乐观和信赖的氛围之中，各方不愿提出潜在的争议事项，以免产生悲观甚至因此丧失良好的商业机会。（4）有限责任公司股东可能对其利益作出错误判断，因而不愿意费劲去作出一些自己都不知道是好是坏的特殊安排。<sup>③</sup>

即使股东愿就其未来的利益冲突进行谈判，由于信息不足和交易成本等原因，并非总能就对其有影响的所有事项达成明确协议，章程也就难免有漏洞。公司的长期性和环境的变动使问题进一步复杂化——原来的协议可能变得不合时宜而需要修改。我国《公司法》规定，章程的修改经代表 2/3 以上表决权的股东通过即可。这样，即使少数股东原来在章程中作出保护自己的规定亦无济于事——多数股东可以随后修改章程取消这些规定。故而，应允许股东订立“修改章程须经股东一致同意”的规则。不过，英国的经验表明：即使股东有这种选择权，大多数情况下股东仍是以投票方式来解决影响其权利的事项。这是由于采取一致同意方式来修改章程，股东们作出对整体有利的变化就十分困难。当然，投票机制亦有其缺陷，需要法律作出弥补。从这个角度出发，可以更深刻地认识到公司法律何时介入及如何介入本质上属私人安排的事务，从而使立法具有原创性和科学性。

### 三、利益冲突的制度约束机制

通过对整个公司制度整体把握和分析来看，公司参与人之间利益冲突的制度约束很明显是通过两方面进行的：公司内部的制衡机制和公司外部的校正力

<sup>①</sup>张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 25~26 页。

《公司法》第十一条：设立公司必须依照本法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力。

[加]布莱恩 R·柴芬斯，林华伟、魏旻译：《公司法：理论和结构和运作》，法律出版社 2001 年版，第 47 页、第 68 页。

量。公司首先要有一个良好的治理结构，这是保障公司顺畅运作和协调公司参与人之间利益冲突的基本机制。当内部机制不够好或者陷入停滞、失效时，可以通过外部的力量进行合理干预，以校正公司利益的失衡状态，避免公司纠纷的实际发生。

### （一）内部制衡机制——公司的内部治理结构

公司的各个参与主体有着不同的利益取向，这是客观存在的事实，在一定程度上甚至是不可避免的，但是基于通过公司活动获取利益这一相同的目的共同走入公司这一商业形式之中，就必须找到或建立一套制度规范，协调、约束各方利益，达到一种均势状态，维持公司的正常运作，不致使各参与人之间的利益冲突失控。这种状态的避免与调整首先由公司内部法人治理结构所实现的分工与制约机制来完成，即“投资者、经营决策者、监督者之间透过公司权力机关、经营决策机关、监督机关而形成各自独立、责任明确、相互制约的关系，并依法律、公司章程等规定予以制度化的统一机制”。<sup>①</sup>从某种意义上说，公司内部治理结构是公司运行的内部驱动和自我调节机制。公司有了良好的治理结构，在一定程度上就能保证任何一个公司参与主体不能以牺牲其他主体的利益为代价而任意扩大自己的利益范围，从而达到一种均衡，协调各种力量共同为公司的发展做出贡献，在公司规模和总体利益扩大的同时实现自己的利益，从而达到公司参与人的“共赢”，避免使公司成为公司参与人之间的“零和游戏”。

然而，法人治理结构的确立只是法律或章程上的应然规定，是一种理想状态，其功能的具体发挥有赖于公司的各类参与主体积极、自觉地行使职责和权利。各主体间是一种互动关系。一旦出现相互制约关系的一方越权，而另一方急于行使制约权，如监事会对董事会的纵容，法人治理结构这种自我约束机制就易于陷入停滞、失效。

### （二）外部校正机制——公力的合理干预

为克服上述缺陷，必须设置有效的外部干预机制来及时纠正公司参与主体之间利益失衡的状态，重新启动公司的内部驱动系统。“商事主体在商事活动中的自我调节机制是有局限性的，需要国家以社会的名义进行整体调节”。<sup>②</sup>

梅慎实：《现代公司机关权力构造论》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 91 页。

②王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载王保树主编《商事法论集》（第一卷），法律出版社 1997 年版，第 7 页。

国家承担了从外部干预公司运行的任务：（1）行政干预与监督。现代国家对公司行政干预主要体现为公司登记主管机关对公司设立、变更、注销登记的管理，证券主管机关对股份公司股票发行、交易的监管等来影响公司运作。这种行政干预实际上是把公司作为整体从外部进行的管理活动，虽然有利于督促公司内部治理结构的合法、有效运作，但并不直接涉及该公司内部各利益主体之间的权利、义务的协调。这是由“市场经济下行政机关的活动以维护公权为目的，一般不涉及私法领域的性质决定的”。<sup>①</sup>（2）司法救济。直接对公司内部各主体间的权利冲突、利益矛盾进行整合、协调的任务只能由司法机关来完成。司法机关的独立地位及其专负法律实施的职责，使其有足够的能力和权威去救济私法主体的权利并预防治理结构的有效运作提供程序保障。

就公司内外两种机制的关系而言，内部机制是外部机制存在的基础，外部机制通过内部机制起作用，是为克服法人治理结构——公司运作的自我调节机制——的局限性而存在的，尤其是司法程序保障对内部机制有恢复运作或替补的功能。<sup>②</sup>

### 第三节 权利救济途径

#### ——公司纠纷的请求权基础与公司诉讼

#### 一、权利与权利的救济

我们这里所说的“救济”是指司法力量对权利的救济，即通过法律方式及其“类法律方式”对权利冲突的解决。《牛津法律大辞典》对救济的定义是：“救济即纠正、矫正或改正已发生或业已造成伤害、危害、损失或损害的不正当行为……”<sup>③</sup>

任何权利的冲突都意味着一定的权利主体的合法权利受到侵害，或特定的法定义务无法得到履行，故而权利救济追求的根本目的就是使受冲突或纠纷影响的合法权利及法定义务能够实际得到实现和履行。换言之，救济追求的根本

刘楠：《论公私法二元结构与中国市场经济》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第四卷），法律出版社 1996 年版，第 52 页。

<sup>②</sup> 缪剑文：《公司运作的司法程序保障初探》载《法学》1998 年第 5 期。

<sup>③</sup> 《牛津法律大辞典》光明日报出版社 1988 年版，第 764 页。

目标要么使得权利主体的权利得到实现或者使不当行为造成的伤害、危害、损失、损害得到一定的补偿；要么使未履行的义务得以履行。其含义是，通过排除权利行使的障碍，促使冲突主体继续履行应履行的义务，以使权利的原有状态得以恢复。在不能“恢复原状”的情况下，通过和解或强制的方式使由冲突或纠纷影响造成的实际损失、伤害、危害、损害得到合理补偿。<sup>①</sup>

## 二、作为权利救济要件的请求权基础

与英美法系以救济和程序为中心不同，大陆法系的民事法律体系是以实体权利为中心。我国民法理论也一样，合法利益的损失必须先通过证实某种民事权利受到了侵犯才能获得法律的救济。受害人请求保护的利益，必须构成权利的内容和利益，或至少与受法律保护的权利有密切联系。<sup>②</sup>换句话说，受害人要想寻求司法力量或任何外部力量对自己的某种利益进行保护，就必须明确该种利益的请求权基础是什么。我们从下面的案例中可以清楚地看出这一点。

### 【案例 1】

A 公司乃为开发 A 大厦而成立的项目公司，B 公司为其股东之一。各股东之间对于所开发的 A 大厦房产的具体分配进行了约定。A 公司与 C 公司签订有参建合同，C 公司支付了参建款。后参建合同解除，双方签订返还购房款协议并办理抵押登记，A 公司抵押给 C 公司的房屋中包括了原拟分配给 B 公司的部分房屋。B 公司以 A 公司未经股东同意擅自签订抵押合同为由提起诉讼，要求确认 A 公司与 C 公司的返还购房款协议及抵押合同无效，但在事实理由的陈述中又提出 A 公司与 C 公司的行为系恶意串通损害原告利益。

本案 B 公司是以股东身份提起诉讼的，认为 A 公司未经其同意擅自处分房产的行为违反公司章程，应属无效，但在陈述理由中又提出 A 公司和 C 公司恶意串通损害其利益。对于本案的处理：如果 B 公司以股东身份提起诉讼，要求确认公司与他人的合同无效，不具有主体资格，应裁定驳回起诉；但如果 B 公司以恶意串通损害第三人利益为由起诉则具有诉权，法院应当依法保护 B

程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社 1998 年 7 月第 2 版，第 360 页。

② 郑立、王作堂：《民法学》，北京大学出版社 1995 年版，第 702 页。

公司的合法利益。

从上述案例中我们可以看出，请求保护的利益必须在由立法所确定的权利体系中有明确的位置，即为某种权利所包含或与之密不可分。因为他们认为，法律的出发点和落脚点在于权利，利益损失只有与“法定权利受侵犯”挂钩，才能获得法律的保护，只有借助“权利”的桥梁，才能获得法律上的救济。也就是说，一项利益受损要获得救济，必须是该利益构成了某项权利的内容。利益的具体权利属性，是该项利益能获得法律保护的必要条件。在具体的诉讼活动中，则要求主张权益者明确无误地援引法律条文中规定的权利作为其主张利益的法律依据，也即应当指明其请求保护的利益的具体权利属性。<sup>①</sup>

### 三、请求权基础分析方法——一种纯法律的思维进路

法学方法论是研究法现象的各种方法、手段、程序的综合性知识体系。<sup>②</sup>其核心内容就是如何运用各种法学方法。方法一词来源于古希腊语，意为“遵循某一道路”，是主体为了特定的目的必须遵循某一道路、步骤、程序、才能与客体相接触。<sup>③</sup>其意近似于古代汉语中“法”、“术”、“道”等词表达的意思。法学方法是一般的科学方法论和其他学科专有的方法被法学所吸收，并经过滤、加工和改造，变异而形成的方法。

案例 1 也给了我们以法学方法论上的启示。法学是一门世俗但不庸俗的学问，公司法作为部门法更是有着很强的实践性，这就要求我们公司法学者，尤其是从事公司法实务的法律人，要对整个公司法抱有务实的研究态度，尤其面对具体的公司个案时，应当具有良好的法律思考和分析方法，从这种意义上讲，“请求权基础”作为一种法律分析方法也是极有价值的。

从请求权基础检查的角度看，分析和解决实际问题的法律思维方式主要有两种：一是顺序思维方式，也称历史思维方式，是指按案件事实发生的先后顺序，历史地依次分析其法律关系，并寻找其法律基础。二是请求权思维方式，即以请求权为核心，分析其法律关系，并寻找其法律基础。<sup>④</sup>关于顺序思维方式，本文不拟作详细探讨，现仅就请求权方式做一些研究。

梁上上：《控股股东侵权案的法律障碍与制度创新》，载《法学》2002年第7期。

② 吕世伦、文正邦：《法哲学论》，中国人民大学出版社1999年版，第612~621页。

孔幼真：《法的方法论职能试探》，载《法学》1991年第12期。

舒国滢：《法学研究方法的历史演进》，载《法律科学》1992年第4期。

④ 蓝承烈：《请求权基础检查论》，载《学术交流》2002年第6期，总第105期。

请求权思维方式的内容模式可表述如下：

1. 谁（诉讼程序中的原告，仲裁程序中的申请人）？
2. 可以向谁（诉讼程序中的被告，仲裁程序中的被申请人）？
3. 提出何种请求（请求权，包括请求权的种类、内容、救济方法等）？
4. 其法律依据是什么（即请求权的法律基础）？

请求权思维方式的基本特征是：一方面要依据案件事实去寻找法律依据，即请求权法律基础；另一方面又必须将抽象的法律规范适用于具体案件事实。即是一个双向互逆，互相说明的思维过程。即 English 教授所称的“上位规范与生活事实间来回穿梭的观察”，或 Scheurele 氏所称的“事实认定行为与其法律定性之间的相互渗透。”这种“案件事实”与“法律规范”之间来回互逆的穿梭思考，就是从“具体事实”到“抽象规范”，从“抽象规范”到“具体事实”的思维过程。<sup>①</sup>它是分析和解决实际问题的起点，也是法律解释、论证和适用的核心。

“请求权基础”的分析方法是台湾民法学者王泽鉴先生所极力推崇的一种法律分析方法和思考方式。王泽鉴先生称其早年在德国慕尼黑大学参加拉伦兹教授民法讨论会时认识到请求权基础实蕴涵着法律思考的精义。<sup>②</sup>笔者尝试以请求权基础方法分析公司法问题尤其是处理公司纠纷的实际案例，首先乃是受到王泽鉴先生之启发，然则笔者浸淫公司法研究尤其是实际从事公司法实务工作的经验也时时告诉我“请求权基础”的分析方法对解决公司法问题和处理公司法案例的重要价值和现实功效。从某种意义上讲，笔者本书正是以“请求权基础”的分析方法探讨公司法问题的一个试验，并且本书通过对公司运营各个环节所可能发生的各种纠纷所涉及到的请求权基础的论述，试图构建一个公司法上的请求权基础的基本体系，使得纷繁复杂的公司纠纷与公司法上的请求权基础类型化、体系化，搭建公司法的请求权基础框架，不仅使得公司法作为一个体系更加科学化，而且也为广大的公司法从业人员，尤其是非法律职业者，描绘一幅公司法的简明图谱。让居庙堂之高的公司法脱离玄妙的经济学解构分析，绕开统率一切的宏伟公司法理论建构之路径，从请求权基础这一最实在处着眼，化公司法为经世致用之真学问。

<sup>①②</sup>王泽鉴：《法律思维与民法判例》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 37 页。

## 第二章 公司设立纠纷 与司法救济

### 第一节 概述

设立公司的过程也就是孕育公司的过程，公司这一市场主体并不是骤然出现的，在其成立之前有一个漫长而复杂的设立过程。一个公司能否在未来健康发展在很大程度上即取决于公司正式诞生之前阶段是否得到了充足的营养和良好呵护，用法律的语言来讲，即在设立公司的过程中，公司发起人是否对拟设立的公司进行了充分的设计，是否对公司设立过程有了充分的认识和计划，是否对公司进行了充分出资，以及发起人本身是否具有相应的法律资格，这些都直接关系到拟设立公司能否有一个合法、规范、良好的设立过程。可以毫不夸张地说，一个好的公司设立过程是公司成功的一半。

公司设立是指发起人依照法律规定的条件和程序，为组建公司，使其取得法律人格而必须采取和完成的一系列法律行为的总称。<sup>①</sup> 公司设立过程，从经济的角度观察是发起人组织人、财、物形成一个具有一定生产经营能力的实体的过程；从法律的角度观察，则是发起人依照法律的规定，组建一个具有独立人格的法律主体的过程。为使公司这一有机体得以成立，其独立人格得以形成，发起人须实施一系列的法律行为，主要包括：（1）确定公司的股东，建立公司作为具有独立人格的社团的人的基础；（2）确定公司的资本，建立公司作为具有独立人格的社团的物的基础；（3）制定公司的章程，建立公司作为独立人格社团组织和活动的规则；（4）设置公司机关，建立公司作为独立人格社团的意思形成和意思表示的基础；（5）履行设立登记手续，进行社会公示，公司

取得法人资格，完成公司设立行为。<sup>①</sup>

在此阶段，必然涉及很多复杂的法律问题与法律风险，同时，也正是由于设立阶段特有的复杂性，公司设立过程必然伴随着公司纠纷的产生，因此可以说，公司的诞生，同人的诞生一样，也是一个跌宕起伏、布满荆棘的道路，不同的是，人生是无从设计的宿命，而公司诞生则完全是可控的，只要我们充分认识到公司设立过程中可能产生的纠纷的类型与属性，从法理与法律上探究各种纠纷的请求权基础，我们完全可以利用现有的司法救济手段解决、克服公司设立过程中的法律风险与纠纷，即使在现有法律不完备或现有司法救济手段缺失的情况下，也可以从法理上探询纠纷的解决与避免，从而推动立法的发展，完善我国公司设立制度，为公司设立创造一个良好的法律环境。

从这一思路出发，首先基于笔者数十年从事公司诉讼的丰富实践经验，结合我国公司设立制度中存在的主要问题，例析公司设立中可能存在的主要法律问题以及伴随这些问题可能产生的纠纷类型；在对公司纠纷类型有所认识的基础上，从法律与法理的双重角度分析探讨公司设立纠纷中所涉及权利的请求权基础，进而给出在现有的司法救济框架下可资利用的救济手段，以及在救济缺失状态下，我们的应对之道和相关的法律改革建议。

下面首先让我们概要的看一下，公司设立过程中可能存在的法律问题与法律风险，以及相伴随的公司设立纠纷类型。值得注意的是，本章对于公司设立纠纷类型的划分，并不是按照严格的形式逻辑进行的，数十年的公司律师从业经历，使笔者坚信霍姆斯大法官所说的那句名言，“法律的生命不是逻辑，而是经验”。下文对公司设立纠纷类型的排列与其说是法律逻辑化的，不如说是法律经验化的，它是公司设立过程中所实际发生或涉及的问题的直观反映，意在给公司从业人员和公司法学者与学生提供一个生动的公司设立画面，从实践性角度展现公司设立过程特有的纹路与状态。

### 1. 设立中公司相关纠纷

设立中的公司，如同孕育腹中的胎儿一样，是一种独特的法律形态，在法律上具有独特的地位。但是在此阶段又必然要进行一系列的经济活动，如需要为公司的筹建租房、购进办公用品、雇佣工人等等，而此时拟设立的公司尚未成立，如果发起人以拟设立的公司名义进行了上述活动必然构成没有被代理人的无权代理，导致行为无效，从而引发纠纷，等等。与设立中公司相关的或者未来公司成形之前的阶段发生的相关纠纷都可归为设立中公司纠纷。

<sup>①</sup>曹顺明：《设立中公司法律问题研究》，载《政法论坛》（中国政法大学学报），2001年第5期。

## 2. 出资纠纷

这是公司设立阶段最容易出问题的环节，一个公司能否有效设立，以及公司设立之后能否良好运营，在很大程度上取决于公司在设立阶段有没有得到充足、有效的营养来源，如果出资人出资存在问题，必然导致拟设立公司先天不足，甚至夭折腹中。

在出资问题上，常见的纠纷情况可以概括为：（1）股东不履行出资义务纠纷；（2）股东不适当履行出资义务纠纷。

## 3. 公司设立不能纠纷

并不是每一个公司设立方案都能最终得到实现，公司设立常常因为各种客观不能的原因归于失败，如拟从事的业务环境发生重大改变，以募集方式设立股份公司但未能募集股份等等，都可能导致公司设立失败。但此时，公司发起人以及其他公司机关可能已经进行了一系列的经济活动，这些行为的后果处理以及由此带来的纠纷都属于公司设立不能纠纷。

## 4. 公司成立无效纠纷

公司成立无效是指已获准登记的公司由于其设立时不可补正的瑕疵在事实上不具备法人资格而被有权机关依法认定其自始不成立。我国公司法对公司成立设定了较为严格的条件，如果公司设立时没有达到上述条件，即使公司通过弄虚作假，蒙混过关，取得了经营执照，公司成立也是有法律上的瑕疵的。比如某一乡党委书记利用受贿得来的赃款与其另外一个亲戚共同设立一家有限公司，而且工商机关迫于压力颁发了营业执照，该公司也实际从事了营业活动。但是该公司的本身是不能成立的，因为法律要求有限公司股东不能少于两人，而且党政机关干部不能与他人合办公司。<sup>①</sup>但是此时公司已经取得营业执照且实际进行了经营活动，由此往往会引发纠纷，这种纠纷就是典型的公司成立无效纠纷。

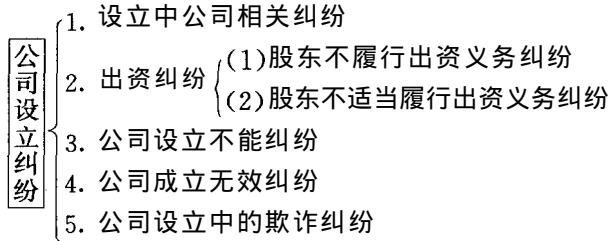
## 5. 公司设立中的欺诈纠纷

公司设立是一个纷繁复杂的过程，一些熟悉公司设立运作过程，或者在其他方面具有优势信息的人，往往会利用他人对公司知识的缺乏和开设公司经营创业的善良愿望从事欺诈活动，如同在其他经济领域一样，公司设立过程中，欺诈也是无处不在的。罗马法谚有云：“欺诈使一切归于无效。”行为后果无效往往伴随着纠纷的产生，这类纠纷我们称之为公司设立中的欺诈纠纷。

为了清楚地反映在公司设立过程中可能产生的公司纠纷类型，笔者尝试以图表的形式将上述纠纷予以类型化。（见下图）

<sup>①</sup>最高人民法院 1987 年 8 月 29 日《关于行政单位或企业开办的企业倒闭后债务由谁承担的批复》。

图一：公司设立纠纷类型图



## 第二节 设立中公司相关纠纷

### 一、问题的提出

#### 【案例 1】

1995年初，A、B、C、D四公司商议筹办E公司，共同制定了《E公司章程》。由于E公司尚未取得企业法人资格，故对该公司既定的经营项目——南海酒类批发市场的建筑工程，由A公司发包给F公司承建，双方于1995年5月2日签订了《建筑工程施工承包合同》。合同约定F公司以包工包料方式承包整个酒类批发市场的土建工程。合同签订后，F公司即进行施工，工程竣工验收合格，经建设部门核定，工程总造价为0.6亿元。A公司共向F公司支付了工程款0.4亿元。E公司于1997年7月25日成立，取得法人资格，该公司共向F公司支付了工程款400万元。尚欠工程款0.16亿元，经F公司多次催收未果，F公司于1999年6月将A公司作为被告至人民法院提起诉讼。在诉讼过程中，E公司以第三人身份参加诉讼。

本案涉及设立中公司的法律地位、设立中公司的权利义务归属、公司设立

案例来源：刘子平、梁朔梅著：《设立中的公司的权利义务与责任》，载《人民法院报》2000年12月8日版。