

蒋大兴/著

公司法的展开与评判

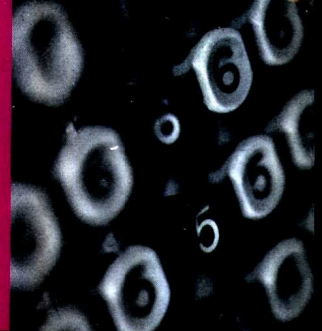
Intensive Studies on Company Law

方法·判例·制度

Methods·Cases·Systems

全书共设13个专题，主要针对公司法理论、实务中一些易被忽视或尚未完全展开的前沿性问题进行讨论。作者遵循“以裁判为中心”的研究方法，密切关注司法判例和事例，在此基础上，评判流行理论、分析现行制度、发现研究课题。作者认为，离开了司法裁判，公司法规则与一部随时可以翻看和抛弃的文学作品并无二致。本书的研究将缩短公司法理论与司法实践、立法实践的时空距离，将使判例资源在学术领域逐渐实现公共化。

法律出版社



蒋大兴/著

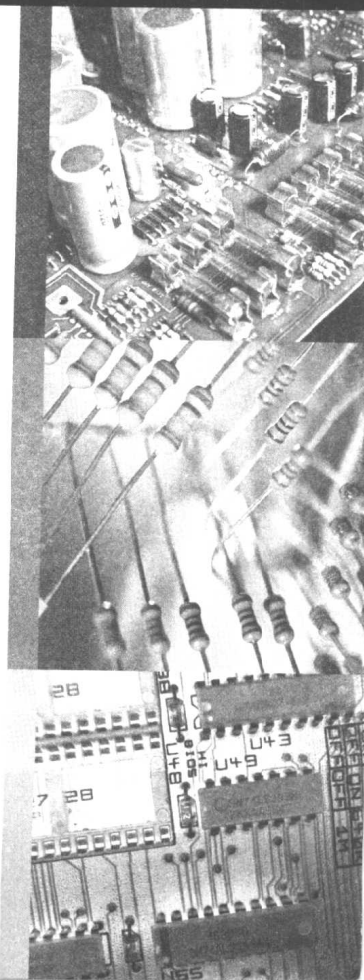
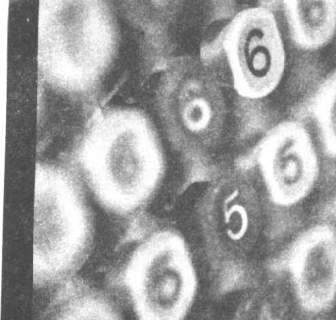
公司法的展开与评判

Intensive Studies on Company Law

方法·判例·制度

Methods · Cases · Systems

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

公司法的展开与评判——方法·判例·制度/蒋大兴著. 北京:
法律出版社, 2001. 11

ISBN 7-5036-3571-1

I. 公… II. 蒋… III. 公司法-研究-中国 IV. D922.
291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 074183 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/李 跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杨昆玲

开本/A5
版本/2001 年 12 月第 1 版

印张/26.875 字数/688 千
2002 年 10 月第 2 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414145(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.china-law-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3571-1/D·3488
定价:39.00 元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)



蒋大兴，湖南邵阳人。1993年毕业于湘潭大学法律系，获法学学士学位。曾在湖南省邵阳市中级人民法院工作3年。1999年毕业于南京大学法学院，获经济法学硕士学位。现为南京大学法学院讲师，兼任《南京大学法律评论》副主编。

合著《公司法论》（上卷，国家社会科学基金项目，63.8万字），参与撰写《担保法通论》、《邓小平法制思想研究》等多部著作。在《法学研究》、《比较法研究》、《法律科学》、《法商研究》、《法学》、《民商法论丛》、《商事法论集》、《经济法论丛》等书刊上发表学术论文40余篇。参与起草《国有企业监事会工作规程和实施要则》（中共中央企业工作委员会主持）和《海南经济特区企业职工持股条例（草案）》等规范性文件。其中，《公司法论》（上卷）获江苏省哲学社会科学优秀成果二等奖；论文《担保立法技术批判》、《刑事诉讼证人出庭作证障碍分析与对策思考》获湖南省社会科学优秀成果奖。

我们在法律教学中发现,一般性的主张是空洞的。我们发现,那些渴望来学习规则并且确实学到了规则而没有学到其他更多东西的学生,拿走的是空壳而不是其中的内容。我们发现,规则本身只是语词的形式,是没有价值的。我们认识到,要使法治或其他任何一般性的主张意味着点什么的话,那么就需要具体的实例,需要对具体实例的收集,以及现时对大量具体实例的必不可少的记忆。没有具体的实例,一般性的主张就成了包袱、障碍,它不仅与事无补,而且还碍手碍脚,给人造成阻碍。

——卡尔·卢埃林

法律,特别是私法,在其所承担的一定范围内,对社会生活关系依法进行处理,换句话说,就是以最广泛意义的裁判作为其中心职能的。

——我妻荣

离开了司法裁判,法律规则与一部随时可以翻看和抛弃的文学作品并无二致。

——作者

致 谢

本书的完成,得益于许多人的指导和帮助。数年以前,我的导师范健教授将我引入公司法研究的学术殿堂,并且,无论是在学术上,还是生活上一直给予我无微不至的指导、关怀和帮助,对他的感激,难以言表。感谢清华大学法学院王保树教授在百忙之中为本书作序,我与先生虽无太多交往,但先生勤奋严谨的治学态度、兼容并蓄的学者风范和高屋建瓴的学术眼力令我钦佩。在南京大学求学、工作期间,法学院的领导、老师和同事们为我创造了良好的学习、工作环境,我获得了许多来自他们的真诚的关心和帮助,在此,谨表诚挚的谢意。我还要感谢我的母校——湘潭大学法学院,我在那里接受了法学的启蒙教育,陈学儒、单飞跃等老师一直关心我在学术上的成长,那片土地以及土地上的人们将成为我记忆中的永恒。此外,我要特别感谢丁文联、段晓娟、王新兵等好友,他们的帮助使本书的完稿时间大大缩短。

我在联系本书的出版过程中还曾得到很多朋友无私的帮助、鼓励和支持,好友中国社会科学院常鹏翱博士、华东政法学院郑少华先生、上海浦东发展银行杨静先生、南京大学法学院张千帆教授、李斌先生、东南大学出版社刘庆楚先生以及我在研究生期间的许多同学一直关注和支持着本书的出版。尤其是法律出版社高级编辑谭臻先生更是为本书出版倾注了大量的精力,无论是书名的确定、专题的设置,还是版式设计、文字编辑都凝聚了他大量心血,本书是在他的鞭

策和努力下才如此之快地和读者见面,他的敬业精神和工作效率令我感动。在此,我要特别表示由衷的感谢。

应当感谢的人的名单显然不是这篇短短的致谢所能涵盖。这里,我要提及我的家人。尽管对我的选择不能完全理解,但父母一直以特有的慈爱、坚韧支持我完成学业。最后,我要感谢我善良、贤达的妻子郑玉梅女士,撰著本书大部分章节的时候,正逢爱女尘尘出生,我在生活的空隙中寻找时间,而妻子却毫无怨言地承担了几近全部家务,并对本书的整理出版提供了许多具体的帮助和建议。可以说,没有她的理解和支持,这部作品不会产生。

蒋大兴

2001年9月于南京大学

序 一

王保树*

蒋大兴所著《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》是一部专题研究著作。它的出版,将提倡一种好的风气,即紧密联系实际,深入研究公司法的专题。无疑,这是值得鼓励和庆贺的。

这部著作汇集了蒋大兴多年研究公司法的学术成果。其特点是:公司法理论与判例研究、法技术研究和公司法的制度分析紧密结合,表现了一个很新的角度。虽然,这部著作的每篇论文都分别有单独的内涵,但它的研究涉及公司的发起人、股东出资、公司章程、公司登记、公司设立瑕疵、公司股东资格、公司组织机构的运营、职工参与管理、职工持股、公司合并等,遍及公司法的各个领域,其连贯性和内在联系给人以对公司法的整体把握。作者着眼于中国公司法的未来和现代化,因而没有将自己的视野停留在现行公司法上,而是既有对制度规则的认真剖析,又有对学说的深入挖掘与抽象,全书贯彻比较、解释和价值分析。该书不仅给人以理论学说,而且给人以崭新的科学的研究方法。加之,这部著作不只涉及我国的公司法制度与理论,而且广泛借鉴了国外的公司立法例和判例学说,对于完善中国公司法和加强中国商法学的学科建设均有积极的意义。

* 中国法学会商法学研究会会长,清华大学法学院院长、教授、博士生导师。

《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》一书的广阔思路向我们表明,公司法需要研究的问题太多了,只是看我们如何去挖掘。该书不仅资料翔实,而且研究问题深入、细腻。我相信,读者一定会从中得到启发。为此,特作此序。

2001年9月27日于清华园

序 二

范 健*

以公司法、证券法、票据法等商事部门法为内涵的商法,作为一门新兴的法律学科,日益受到法学研究者的重视,这是因为对于我国学者来说,商法不但具有新颖性,而且伴随着中国市场经济体制的成熟和完善,商事立法纷呈,商法的实践作用和价值更显突出。

商事立法的推动和商法学的发展对商法研究提出了新的要求。近 20 年来,中国法学的研究出现了前所未有的繁荣,但是,受传统思维方式和文化积淀的影响,从理论到理论、从法条到法条的研究方法,使我们的学术著作,尤其是法学教科书,至今在很大程度上仍未摆脱理论空洞化和教条化的倾向。学术著作与实践之间,颇为明显地存在一道鸿沟。研究成果对于法律实践的指导作用仍显乏力。正是由于法学研究方法的单一,使得像商法这样一种实践性很强的学科,其研究成果亦不泛雷同或千篇一律。

德国著名法学家拉伦茨曾说过,法学是探求法律问题之答案的学问。法学家的任务就在于通过理论探索寻找事实与法律之间最好的结合点,寻找最佳结合方法,寻找运用法律解决实际问题的钥匙,由此,法学家对于法律的创造和运用起着重要作用。但法学家的这

* 南京大学法学院教授、博士生导师,1999 年当选为“中国十大杰出青年法学家”。

一作用,在公法和私法领域并不一样。“私法自治”是私法的精神,它限制着国家公权的随意、直接干预,奉行当事人意思自治原则,由此,私法文本在立法构建时即预留了很大的自由空间,为法学家创造和运用法律提供了现实需求和基础。而在私法领域,相对于民法而言,由于商法自身的特性所致,意思自治在商行为中更为普及,法学家在引导商事立法和法律运用中更能发挥作用。这是因为:

首先,商法具有很强的实践性。从商法的历史渊源考察,商法并不起源于立法者的意愿,更多地来自实践者的交易习惯;从商法的法律渊源考察,人们在长期商事交易实践中形成的习惯一直是重要的法源。与此同时,严格奉行私法自治原则的商法,将大量的交易规则留给行为人自由约定,商主体的合意已经成为每个具体商行为规则构成中不可或缺的有机组成部分。商法实践性的这一特性,无论作为公法的行政法,还是作为私法的民法都是不可比拟的。

其次,商事法律缺乏系统性和完整性。商主体和商行为种类的繁多导致了商法体系极为庞大,使商事立法的系统化和完整化增加了难度。无论大陆法系还是英美法系国家,无论发达国家还是发展中国家,无论是否制定有商法典,至今没有一个国家有能力制定一部包容各个商事部门法的统一法典,也没有一个国家的商事立法已经穷尽了全部商行为。

再次,商事法律法规具有易变性。从各国立法实践考察,商事法律、法规一直是修改频率最高的法律。以德国商法典为例,自1897年新商法典颁布至20世纪末,近100年内,修改近50次,所及条款数百处。而各国公司法的修改,其频率更是远高于此。这种易变性在很大程度上是由社会经济活动的极速变化所决定的。可以说,只要经济在发展,商法就始终处在变化之中。并且,这种变化与经济发展的速度成正比。

此外,商法具有很强的国际性,这也是导致商法不稳定的一个重要因素。尤其是进入21世纪以来,伴随着世界经济一体化进程的加快,在商法的统一化与国际化推动下,各国商法的变化进程会更为迅速。

基于商法本身的上述特性,法学家的任务不仅仅要创造理论引导立法,更要在运用商法的原则解释商事立法和事实,尤其是适用法律方面发挥更为突出的作用。因为,从法学方法论的角度观察,在许多案件中,法官或律师的价值判断可能会取代立法者的价值判断,在此过程中,可能对他们的价值标准产生影响的主要是法学家针对具体法律和事实所创造的或所阐述的理论。从这个意义上说,寻求法律实践中解决问题的答案,提出理论规则,填补立法和司法的空缺,是当代商法学家的一个重要任务,是商法学研究应该竭力倡导的一种品格。也正是这一历史责任,商法学家应该比其他法律部门法的专家更具有先导法律的作用。

令我感到欣慰的是,大兴所著《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》一书,在商法学研究方法上作出了有益的尝试。我个人感觉,本书写作的视角和展示的风格,昭示着商法学研究方法的新景象。

5年前,大兴随我一起研究公司法,他的勤奋精神和超常的研究能力,令我对他的学术潜能颇为看重,我们一起撰写了《公司法论》第一卷,这部洋洋60余万字的著作完成后,因为我有其他研究任务,我们的研究工作被迫中断。其间,在完成了研究生毕业论文《企业集团内部责任构造制度比较研究》后,大兴与我谈及他想写一部研究公司法实践问题的理论专著。有些问题,他在与我一起撰写《公司法论》一书时已经有过初步思考,有些问题正在思考之中。当时他与我谈得最多的是这部书的研究方法问题,即如何使公司法的研究从实践中来又到实践中去。去年夏天我去美国之前,他告知我该书篇幅约为二、三十万字,今年我从美国回来后,摆在我面前的是一部约70万字的书稿。我虽不能说书中的章章句句都十分精炼,但我可以肯定地说,这本书从结构到行文、从内容到形式、从思考问题的深度到广度,尤其研究方法都有独具匠心之处。她是一种新的风格。我很高兴为此作序,将她推荐给读者。

2001年10月9日于南京大学南秀村

方法与问题:本书说明和导读

本书主要针对公司法理论、实务中一些易被忽视或尚未完全展开的问题进行讨论。全书遵循“以裁判为中心”的研究方法,密切关注司法判例和事例,在此基础上,评判流行理论、分析现行制度、发现研究课题。笔者认为,离开了司法裁判,公司法规则与一部随时可以翻看和抛弃的文学作品并无二致。本书的研究旨在缩短公司法理论与司法实践、立法实践的时空距离,使判例资源在学术领域逐渐实现公共化。书中所称案例,基本来自实务部门的现实判决。所称事例,包括非案件的事实和某些为了说明、提示问题的方便而专门安排的设问。为减少阅读的烦累,所用案例、事例以及引用的部分学者的论述、作者的一些评论都以另种字体编排,全书则按专题形式编排。本书共设 13 个专题,各专题试图解决的主要问题如下:

专题壹:特殊主体的公司发起人资格研究——对若干误解的检讨。理论上一般认为,自然人和法人均可成为公司发起人,但这一观点过于笼统,因为自然人和法人之中(间)存在许多特型法律主体,如无(限制)行为能力人、非营利性法人、基层群众自治组织、中介组织等。对于此种特殊主体能否充任公司发起人,理论上存在颇多误解,本专题将以有限责任公司为中心,对这些问题“给个说法”。

专题贰:股东出资构成法律问题——从理论修正和立法检讨的路径展开。中国《公司法》贯彻法定资本制,强调资本确定和真实。问题是,股东可以何种财产出资,各种不同类别的出资应当符合何种规则,才能视为合法?对于此类问题,中国现行《公司法》的规定十分

简陋,理论研究受制于立法,通常满足于对上述条款作注释化解释,未能在理论建构方面有重大突破。在实践中,股东以非法取得或借贷取得的现金、以已经设定担保的实物、以债权、人力资本等出资的现象,并不鲜见,这些五花八门的出资,令公司登记机关倍感头疼,因股东出资构成而引发的争议或酿成的纠纷也时有发生。这是否昭示我们:既定的公司资本制度是否应当作重大变革?本专题将对这些问题展开讨论,并对有关理论学说、司法实践和法律规则进行检讨。

专题叁:股东出资瑕疵法律责任——从裁判思维的路径展开。在中国,股东出资不到位(包括自始不到位、事后抽回出资和抽逃出资)而公司又领取了营业执照的现象十分常见。据公司登记机关的工作人员估计,此种情形全国有些地方可能高达90%。可以说,出资不到位的案件是司法实践中所遇到的关涉《公司法》的最为常见的案件。问题是,股东出资存在瑕疵时,有关利害关系人应承担何种责任?尤其是验资机构对与其不存在合同关系的第三人又将承担何种责任?在公司终止时,未尽清理责任的当事人又应承担何种责任?凡此种种,中国现行立法均存在较多弊漏,实践中认识亦颇不一致,相互矛盾的司法判例屡见不鲜,本专题将以司法裁判为中心对这些问题进行集中分析和讨论。这些讨论将证明:如何在法学研究中开展“田野调查”,促使现有的判例资源在学术领域的公共化,是一个重要问题。

专题肆:公司章程与法律关系——对一组案例、规范的分析。从某种意义上说,公司章程是股东或发起人意思自治的产物。问题是,此种意思自治是否表明公司章程是一种纯粹的私人秩序?尤其是,对于《公司法》已作出特定安排的事项,公司章程能否作适当更改呢?如果允许更改,那么此种更改又将遵循何种原则(规则)呢?本专题将以案例分析和规范分析的方法,对这些前沿性问题进行探讨。本专题也将重点讨论理论界鲜见研究而实践中颇为风行的“公司承包”现象。本专题的研究表明:公司章程与法律的关系,实际上就是公司章程与强行法的关系。但强行法不能仅依其表象性标志进行判断,

法律文本中存在“假性强行法”和“隐性强行法”之分,我们在分析公司章程条款效力时,应当时刻注意“撩开法条的面纱”。本专题的研究还将证明:试图将《公司法》规范从宏观上类型化,并根据此一类型化标准简化公司章程与法律的关系是危险的。对公司章程与法律关系的思考,可能主要应当是一种关涉具体法律条文的个别化思考,此种思考方法将有助于讨论的拓展和深化。

专题伍:企业(公司)登记效力立法研究——现状·原因·出路。在司法实践中,被吊销营业执照的企业法人起诉或被诉至法院的案件较为常见。此时,法官常常会产生如下疑问:被吊销企业法人营业执照的企业,是否仍然具有法人资格?能否以自己的名义起诉、应诉?质言之,企业登记将产生何种效力?对此,无论是理论上,还是实践中均存在模糊的认识,有关企业登记的立法也不尽协调。可以说,这一问题是中国目前弊漏丛丛的企业登记制度中所存在的最大问题,也是司法实践中迫切需要解决的核心问题。本专题将结合有关立法、司法判例、司法解释对企业(公司)登记效力的制度现状、问题及其改革趋向进行探讨。这些讨论将证明:现行的企业登记效力“统一主义”立法模型是将公法问题与私法问题混为一谈的结果,这一立法模型已经失去了生存基础。中国未来的企业登记制度应当抛弃“统一主义”立法模型而改采“全面分离主义”或“部分分离主义”立法模型。本专题还对核准登记行为的性质进行了初步探讨,提出了“民事许可”的观点。这些研究成果首次在理论上对企业登记效力进行了深入解剖,有关回答将令人耳目一新。

专题陆:公司瑕疵设立制度研究——从比较法视域的观察。公司设立是为使人合团体演变为法律上的主体而进行的一系列行为的总称。从私人的角度而言,公司设立具有契约法上的意思自治的特点;而从规管的角度而言,公司设立是一种格式性活动。即发起人之间的私人合约几乎完全被公司法的标准条款格式化了,发起人必须根据立法者所预设的坐标体系行事,不得违背公司法对公司设立所设置的诸多条件限制,以确保整个商业社会的良性运行。问题

是,法律规则所体现的立法者目的与其在社会现实中所实际发生的功效绝非一致,这迫使我们思考如下命题:立法者所预设的公司设立规则是静态之物,而从“胎儿公司”(登记成立前的公司)娩为“婴儿公司”(登记成立后的公司)却是动态过程。若在这一过程中存在瑕疵孕育行为,“婴儿公司”能否顺利娩出?已娩出有生理缺陷的“婴儿公司”嗣后能否获得以及如何获得法律承认?利害关系人能否以及如何通过法律程序消灭业已存在的有缺陷的“婴儿公司”?因此而产生的法律后果,即有关的权利、义务如何配置?等等,均颇值研究。本专题将从比较法的视角对公司瑕疵设立制度进行研究和评论。

专题柒:公司股东资格取得问题研究——一个经验、理论和规范层面的报告。股东资格,又称股东地位,是投资人取得和行使股东权利、承担股东义务的基础。因此,确定股东资格的取得时点和标志性程序十分重要。但公司股东资格到底何时取得?是缴纳出资取得,还是在公司章程上签字取得,抑或登记注册或签发出资凭证取得?等等此类问题中国现行《公司法》并无十分明确的规定,公司法学界的相关研究也堪称“罕见”。这一理论发展状况与司法实践的要求极不相称:在中国现行司法实践中,有关股东资格的纠纷可谓炙手可热,诉请确认股东资格的案件时有发生。本专题将结合司法判例,从民法与商法、个人法与团体法的角度对股东资格问题进行深入探讨,本研究将缩短公司法理论与司法实践、立法实践的距离。

专题捌:股东会会议通知问题研究——从法技术到法理论之检讨。在公司法中,股东会会议通知常常被认为是一个微小到可以忽略不计的技术问题,因此,在有关公司法的研究论著中,极少有人愿意去关注和讨论这一课题。受这一思维理念的影响,中国《公司法》对股东会会议通知的规定亦极为简略。实质上,股东会会议通知是股东得以参加股东会并行使法定“干预权”的前提,尤其是在经营者和控股股东合二为一的情况下,股东会已成为少数股东要求大股东解释其政策并提出微弱反对意见的惟一场所。因此,在“超级股东”操纵公司、中小股东利益受损极为普遍的中国,这一“技术问题”

已不应再被视为可以忽略不计的问题。在中国公司实践中,因公司未遵守通知程序而产生的纠纷已偶有发生,研究公司股东会会议通知的有关问题不仅具有法技术和法理论上的价值,对司法实践更具指导意义。本部分将对股东会会议通知应规定谁负责通知、应采取何种通知方式、遵循何种通知期限、以谁为通知对象、通知内容如何记载、瑕疵通知的法律后果如何等问题作出全面解答,有关讨论将以股份公司为中心,从比较法角度不仅解析现行制度,更在研究制度的缺陷与改进之道。

专题玖:董事离任义务立法规制——理论基础、规制原则与制度构建。从时间维度而言,董事负担的义务可分为两大类,即在任义务和离任义务。在任义务,是指董事在公司任职期间所应承担的义务。离任义务,是指董事从公司去职以后所应承担的义务。董事义务与董事身份具有密切联系,是一种典型的身份性义务。因此,各国公司法几无例外地承认“董事义务始于任职”,并且大多对董事在任期间的义务作了详尽罗列,此种重视程度甚至超过对董事权力的赋予。与此相适应,学者对董事在任义务的研究亦可谓“趋之若鹜”。问题是,董事离任以后是否仍然应当对公司或其股东承担某种义务?如果答案是肯定的,那么,此种离任义务的理论基础何在?立法规制的原则和方法如何?离任义务的范围多大?等等,诸如此类问题均有待研究。立足于这一背景,本专题将从立法规制的角度对董事的离任义务进行探讨,兼及讨论中国《公司法》相关条款的修改。这一研究具有开拓意义。

专题拾:公司经理权:一般规则与制度缺陷研究——域外与本土立法的考察。在西方国家商法理论中,经理权是一个极为重要的研究领域。这是因为,科学技术的发展和社会关系的复杂化已使公司管理成为一项专业性很强的工作。当公司经理以此为契机,由单纯的“他人资本的管理人”发展到拥有公司控制权的庞大的“经理阶层”而爆发“经理革命”的时候,法学家不得不关注这一影响公司命运的特殊利益阶层的权利结构。在法学家的促动下,以成文立法著称的