

On the State Coercion in Corporate Law

论公司法中的 国家强制

邓 辉 著

 中国政法大学出版社

D912.290.4

D283

On the State Coercion in Corporate Law

论公司法中的 国家强制

邓 辉 著

 中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

论公司法中的国家强制/邓辉著. —北京:中国政法大学出版社, 2004. 4

ISBN 7-5620-2592-4

I. 论... II. 邓... III. 公司法-研究-中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 037048 号

书 名 论公司法中的国家强制

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 10.5

字 数 190 千字

印 数 0 001-3 000

版 本 2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2592-4/D·2552

定 价 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059

电子信箱 z5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

商法和民法的一个很大不同点就是商事组织和商事行为中国家强制的作用要比一般民法中的要强得多。因此，国家强制和私法自治的界限究竟应该划在哪里，这是一个很难解决的问题。在合同法、公司法和证券法中就有很大的不同；在中国和西方发达国家也有很大不同；在中国市场经济发展的不同阶段也有很大不同。

上一世纪80年代初，我初访欧州国家时，曾就当时热门的经济法请教一位比利时的学者，他的回答比其他学者都独特，他说：19世纪的商法就是20世纪的经济法；20世纪的经济法就是19世纪的商法。虽然我不能完全同意这个结论，但至少其中两点我是同意的：第一，19世纪的商法更受民法意思自治原则的管领，而20世纪，尤其是20世纪30年代以来商法越来越受国家干预和强制的影响；第二，商法既有传统民法意思自治的一面，它又有新兴经济法中国家强制的一面，这个两面性是20世纪以来商法的重要特征。

中国商法学者的一个根本性任务就是研究商法的这个两面性，研究这个融汇点（也可称为私法与公法的融汇），研究国家强制力在商法中的“度”。过分强化这个度，就使商法完全等同于经济法；过分弱化这个度，就会使商法完全等同于民法。当然，研究这个度的根本意义在于：过分强化这个度就会削弱市场

2 序

自身的功能和作用；过分弱化这个度就会加大市场自发的无序和混乱。把握好商法这个“度”是商法学者最艰难的任务。

邓辉博士的这篇专著就是力求从宏观的角度，甚至可以说是带有哲学性的角度来分析研究这一重要课题。以公司法这一具体领域作为切入点，试图回答公司法中国家强制的标准是什么以及如何进行国家强制。作者认为欲谈强制必先谈自由，而国家强制又应以防阻公司法中的私人强制为目的，这构成了这篇著作的核心命题。作者在这本书中的创新之处在于，他不仅研究国家强制与意思自治的一般关系，而且深入研究了国家强制与私人强制的特殊关系。

这本书的研究方法也颇有特色，它是一本带有宏观哲理性的著述，作者采取“提出问题——文献综述——理论假设——逻辑推导——经验论证”的研究方法。这是一种理论研究的科学方法，是最难的一种研究，也就是先要有自己的理论创新观点，然后通过理性与经验去求证。

作者邓辉是我的博士毕业生，在三年学习期间表现出的专业功底、理论研究、抽象思维以及文字表述的能力和才华使我很满意。本来希望他能留校担任我的助手，但终因江西财经大学坚持要求他任法学院副院长而作罢。我虽然未能满足自己的要求，但也为邓辉能得到有关方面的重视而为他感到高兴。这本专著就是在他博士论文的基础上写成的。它的博士论文在答辩时得到答辩委员会的高度评价。在这本著作问世之际，我很高兴将它推荐给读者，并将作者本人“推荐”给我们的法学界！

江 平

2004. 4. 10

内 容 提 要

在公司法中，国家强制与私法自治的界限到底该划在哪里？这是公司法的一个基本理论问题。这个问题又可以进一步化约为一个更为明确的问题，即公司法中国家强制的标准是什么以及如何进行国家强制，这就是本文旨在回答的核心问题。

公司法中的国家强制是指国家基于公共目的在公司法领域所施加的强制，它是一个动态的、体系性的概念，涉及公司法立法、行政、司法等环节，因此，它比公司法强制性规范的概念外延要大得多。国家在公司法中施加强制的目的与公司法视野下的自由观直接相关，有不同的自由观就会有不同的国家强制的目的。本文认为，公司法视野下的自由观是在不侵害利益相关者权益的前提下的股东本位的自由，而股东自由又是股东个人免受他人专断意志的强制的自由，而非股东的集体自由，亦非股东力量或能力意义上的自由，在这种古典自由主义的自由观下，公司法中的国家强制就应该以保护股东免受他人专断意志的强制为目的，当然亦应防阻股东滥用自由侵害利益相关者权益的行为，这意味着公司法不是一个推行公共政策的合适领域，亦表明公司法应当保持中立性。

股东受他人专断意志强制的状态以及股东滥用自由而侵害利益相关者权益的状态本质上属于一个人或一部分人将其意志强加

2 内容提要

于另一个人或另一部分人的状态,在这种状态下,一个人或一部分人被迫采取行动服务于另一个人或另一些人的意志,亦即实现他人的目的而不是自己的目的,这便构成私人强制。因此,可以说公司法中的国家强制应以防阻公司法中的私人强制为目的,这就是本文的核心命题,这一命题亦可称之为私人强制标准。

除了从自由观的角度之外,私人强制标准还可以从现有的有关公司法强制性规范的争论中推导出来。已有的文献围绕公司法中强制性规范存在的理据问题提出了丰富的理论,学者们分别就公司法中的强制与自治提出了各种理由。主张强制的理由通常可以归结为市场失灵理论,它们认为国家在缓解市场失灵方面具有不可替代的作用。而主张私法自治的理由则通常可以归结为政府失灵,认为政府失灵之害远甚于市场失灵,而且市场本身具有自我完善的能力。这两种理论是针锋相对的:每当一方以市场失灵为由主张国家强制时,另一方就有理由以政府失灵进行抗辩,而每当一方以政府失灵为由诉求私法自治时,相对方则完全可以市场失灵反戈一击。这使得这场争论几乎陷于类似于“鸡生蛋还是蛋生鸡”的论辩困境,亦难免陷于无解的境地。但是,细究之下,市场失灵理论关注的是市场过程,而政府失灵理论关注的则是政治过程,二者关注的是两个不同的过程,从严格意义上,二者其实并不成其为相互反对的理由。在本文看来,相互对峙的市场失灵理论与政府失灵理论虽然互不相让,但它们其实注视着同一个方向,即对失灵现象的关注和警惕。也就是说,如果我们把市场过程与政治过程结合起来看而不是分割开来看,二者其实关注的是同一种现象,即失灵现象。

本文指出,公司法领域的市场失灵表现为负外部性与负内部

性问题，其本质是民间的私人强制，即私力对私力的强制，它直接表现为公司当事人对公司当事人的强制；而公司法领域的政府失灵则表现为国家俘获、行政腐败与司法腐败，其本质是政府的私人强制，即利益集团或个人以公共权力为媒介所实施的私人强制，简言之就是公共权力为利益集团或个人僭越为谋取私利的工具。这也就是说公司法领域的市场失灵与政府失灵有着共同的本质的，那就是私人强制。基于法治的要求，国家必须通过威胁施加强制的方式对无论来自民间的还是政府的私人强制进行防阻，这也就是说，公司法中的私人强制必须为国家强制所防阻，进言之，公司法领域的市场失灵与政府失灵都是公司法中的国家强制所必须防阻的。此即私人强制标准，即公司法中的国家强制应以防阻公司法中的私人强制为目的。

公司法中的国家强制应以防阻公司法中的私人强制为目的，但公司法中的国家强制能在多大程度上实现这一目的以及如何实现这一目的，则涉及公司法中国家强制的有限性及有效性的问题。所谓公司法中国家强制的有限性是指法律体系以及法律运行过程中的国家强制的有限性，其直接指向的是防阻公司法中的私人强制的整个法律体制的有限性。由于法律只是影响人们行为的一个因素而已，除了法律之外尚有许多其他因素影响人们的行为。法律和非法律机制都可以在投资者保护方面发挥各自的作用，对投资者的保护不能仅仅依赖法律，法律也不能为投资者保护提供所有必要手段。应当承认，法律只能部分地解决部分问题。而且由于民商事法律包括公司法通常都没有明确的执法主体，民商事法律的消极性，使得它们的法律效力的发挥在绝大多数情况下都必须依靠当事人的告诉行为，即便存在着违反民商法

4 内容提要

律的强制性规范的行为，只要当事人不告诉，这些强制性规范的规范作用就无从发挥，因此，公司法乃至整个民商法的实际作用在很大程度上取决人们对它们的实际接受程度。另外，法律体制虽然可以寻求直接控制管理层窃取公司利益的行为（stealing），但它对于管理层的卸责行为（shirking）则几乎无法施以有效的控制。因此，公司法中的国家强制在防阻公司法中的私人强制方面的作用是有限的。实际上，市场机制、政治机制、社会机制等非法律机制在投资者保护方面的作用不容忽视，因为法律机制本身在很大程度上是对市场环境、政治环境和社会环境的反映，从根本上看，法律机制是跟随着而不是领导着其所处其间的环境的发展。

公司法中国家强制的有效性是对公司法中国家强制的应然状态的论述，公司法中的国家强制须受制于目的权威、法治原则并依状态而存。目的权威是防阻公司法中的私人强制这一目的对于国家强制的手段的权威，它具体表现为必要性原则和效率原则。根据必要性和效率原则，在均能防阻公司法中的私人强制的情况下，程序性的国家强制优于实体性的国家强制，事后的国家强制优于事前和事中的国家强制，私法执行的国家强制优于公法执行的国家强制。法治原则对于公司法中的国家强制的要求表现在公司立法、行政、司法等环节上。法治原则在公司立法上强调的是公司法的一般性、平等性与确定性、公司法的社会基础以及公司立法过程中的利益平衡。法治原则还强调司法对公司立法的制衡，为此，应赋予司法系统以司法审查的职权，以使公司法领域不当的强制性规范能够不断地得到清除，同时还应扩张司法系统的自由裁量权，以使法院有能力根据目的解释的方法限缩或扩张

强制性规范的适用范围，从而增进个别正义。针对公司法中的强制性规范，尤其值得强调的是区分其公法责任与私法责任，本文认为，如果使公法强制性规范均具有否定民事行为效力的效力，私法自治的空间就会受到极度的压迫，对公法强制性规范的违反并不必然导致民事行为的无效，对违反强制性规范的民事行为的效力的认定，法院首先应在斟酌立法目的及法益平衡的基础上明辨强制性规范的效力范围。另外，由于市场环境、法律制度以及行政和司法的廉洁和效率方面的不同，有效的公司法中的国家强制还必须回应国家强制实施环境的特殊性，即公司法中的国家强制应该是状态依存的。

中国公司法中的私人强制亦可分为民间的私人强制与政府的私人强制。民间的私人强制行为主要可以归纳为如下三种，即控股股东对非控股股东的压迫行为、管理层的官僚行为以及公司在组织过程中对公司债权人的欺诈行为。由于民间的私人强制就其本质而言是公司内部控制者（包括控股股东和管理层）对外部投资者（主要包括非控股股东和债权人）直接施加的侵害行为，因此，以防阻民间的私人强制为目的的国家强制就应该立足于强化在公司中处于弱势的外部投资者的权利以及强调在公司中处于强势的内部控制者的责任。我国公司法中民间的私人强制现象产生的原因很多，但公司立法未能有效地防阻此类现象亦为一重要原因，因此，为防阻民间的私人强制，中国公司法中的国家强制必须完善股东尤其是小股东以及债权人保护规则，并且强化控股股东、董事、经理的受托义务，而且在这些方面还应当更多地考虑程序性规则和司法救济规则。同时，中国公司法中的国家强制还必须考虑其国家强制赖以实施的环境。作为一个转型中的新兴市

场经济国家，我国公司法中的国家强制赖以实施的环境是：一方面面临着股权集中、内部人控制盛行的问题，另一方面又面对着竞争性市场环境缺乏、保护投资者的法律体系不够完善以及社会信用机制低水平运行的现状，而且司法系统和行政系统执行法律的公正性和效率性还亟待提高，在这种背景下，我国公司法中的国家强制就应该是自我实施（self-enforcing）模式的，即应当更多地赋予外部投资者（非控股股东、债权人）在公司决策程序中进行自我保护以免受内部人（控股股东、管理层）机会主义侵害的权利。为此，公司法亦应以清晰明确的规则加强股东尤其是小股东程序性权利、增强控股股东、董事责任的可诉性以及保护债权人的诉讼机制。此为中国公司法中国家强制的生长，是应然的国家强制的生长。

在公司立法中所表现出来的政府的私人强制就其本质而言则是公司领域中的立法权被利益集团僭取为确立特权的工具，在中国卿典型表现就是在公司法中为特定利益集团确立特权（公司法国企化）的现象以及政府部门基于自身利益强化和扩张管制性规则的现象。当然，防阻政府的私人强制的任务涉及法治系统的构建，绝非公司法可以独善其功，公司立法和司法对于防阻公司法中政府的私人强制甚至只能起到有限的作用，但即便如此，公司立法以及司法还是应当以国家强制的方式消解公司法中那些被滥用的国家强制，只有这样才能不辱应然的国家强制的使命。针对政府的私人强制现象，公司法立法层面的消解的办法就是强调使公司法重新回归中立的立场。公司法只有回归其中立立场才能消除公司法中存在的偏袒与歧视，而要回归中立立场，公司法就必须自觉“卸载”在不自觉中形成的公司法国企化的历史包袱。而

且对于公司法中立性的回归还有助于淡化公司法的强制色彩。针对政府的私人强制现象，公司法司法层面的消解办法是：引入司法审查制度，使得司法系统有能力去清除公司法中不当的国家强制；赋予司法系统在个案中追求个别正义的自由裁量权，这可以使公司法规则的适用更合目的性，从而限缩公司法中不当的强制性规范的适用范围；司法系统在认定违反公司法律中的强制性规范的行为的私法效力时，应参酌“三段论”的方法，即应仔细斟酌是否存在强制性规范、是否违反强制性规范以及违反行为是产生公法责任还是私法责任抑或兼而有之三个层次的问题，这种方法可以使司法系统在探究立法真意的情况下，适当地认定行为的法律效力，公法责任与私法责任的区分可以有效地防阻公法规范向私法领域的蔓延。此为中国公司法中国家强制的消解，是对实然的国家强制的消解。

On the State Coercion in Corporate Law

Abstract

Where is the clear line between state coercion and private autonomy in corporate law? This is a basic theoretical issue of corporate law. It can be simplified to be a more distinct issue, i. e., what is the criterion of state coercion in corporate law and how to exercise such state coercive power. This is the core issue this article aims to answer.

This article argues that the state coercion in corporate law should aim to prevent and prohibit private coercive behavior in corporate law. This is the criterion of state coercion in corporate law. It can be shortly called private coercion criterion. This criterion is different from that of market failure and government failure which have developed as the debate on the contractual freedom in corporate law was launched. This criterion can provide stronger explanation and wider application than previous standards. The private coercion criterion is the core theorem of this article.

The private coercive behavior in corporate law can be divided into two categories, i. e., civil private coercive behavior and governmental

coercive behavior. The civil private coercive behavior includes three types: the first is the oppressive behavior the controlling shareholder imposed upon non – controlling shareholders, the second is bureaucratic behavior of corporate management, the third is the fraudulent behavior in the process of corporate organizing. The governmental coercive behavior in corporate law also includes three kinds. They are state capture, administrative corruption and judicial corruption.

The state coercion in corporate law should be carried out under the authority of purpose, the principle of rule of law, and should be contingent. This means the state coercion in corporate law should conform to the standard of necessity and efficiency. The legislation of corporate law should satisfy the requirements of generality, equality and certainty. Corporate law should also root deeply from social foundation and strive for keeping a deliberate balance between conflicting interests. Meanwhile judicial body should possess strong enough powers to restrict the abuse of legislative power without any ifs and buts. For this purpose, the power of judicial review should be entrusted as to effectively eliminate and limit the influence of bad corporate prescriptions. Judicial body should cultivate the ability of pursuing equality case by case. Most importantly, Judiciary should differentiate the public law liability and private law liability of mandatory rule concerning corporate. This is one of the most effective systems to prevent public powers from permeating private sphere without restraint. The article also argues that China' s corporate law should adopt the self – enforcing model in consideration of its weak market mechanism and judicial system.

Key Words: state coercion; private coercion; private autonomy; mandatory rule; corporate law

简 目

引言.....	(1)
第一章 自由、私人强制与国家强制.....	(7)
第一节 公司法视野下的自由.....	(8)
一、股东本位的自由.....	(9)
二、股东自由辨	(19)
三、公司法的中立性与中国公司法的工具主义 色彩	(40)
第二节 强制与私人强制	(47)
一、强制的定义和种类	(47)
二、私人强制的定义、表现形式及私人强制的 防阻	(51)
第三节 国家强制概说	(55)
一、国家强制的定义	(55)
二、国家强制的类型	(62)
三、国家强制的法律形式——强制性规范	(66)

2 简 目

第二章 公司法中国家强制的标准

——防阻私人强制 (71)

第一节 关于公司法强制性规范应然领域的歧见 (72)

一、从市场失灵到国家强制 (74)

二、从政府失灵到私法自治 (93)

第二节 私人强制标准的理论推演 (100)

一、市场失灵说与政府失灵说的困境 (100)

二、“看不见的手”范式与法治范式在公司法 领域的交汇——私人强制标准 (111)

第三节 从私人强制到国家强制的历史痕迹 (131)

一、中国某些公司制度出台的背景 (133)

二、德、英、美等国某些公司制度出台的背景 (137)

第三章 公司法中国家强制的实现 (147)

第一节 公司法中国家强制的有限性 (147)

一、法律机制的有限性 (148)

二、非法律机制的作用 (158)

第二节 公司法中国家强制的有效性 (168)

一、目的权威 (168)

二、法治要求 (176)

三、依状态而存 (231)

第四章 私人强制标准在中国公司法中的应用 (239)