

Judicial Activism and
Corporate Governance

能动司法与 公司治理

褚红军◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Judicial Activism and
Corporate Governance

能动司法与 公司治理

褚红军◎著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To Law

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

能动司法与公司治理 / 褚红军著. —北京:法律出版社, 2010. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0334 - 4

I. ①能… II. ①褚… III. ①公司法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 010408 号

能动司法与公司治理

褚红军 著

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.75 字数 284 千

版本 2010年2月第1版

印次 2010年2月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 0334 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

沈四宝*

褚红军博士在博士论文的基础上,经过一年多的修改,完成了《能动司法与公司治理》一书,并请我作序。作为他的博士指导老师,我感到高兴。

在公司法领域内,公司治理是一个重大研究课题。公司治理既涉及公司股东、管理层和其他利益相关者的利益能否实现,也关系到公司生存和竞争能力的提高。因此,以规范公司权力行使为内容的公司治理法律制度,是公司法的核心和精髓之一。尤其是上市公司治理,因为与股票市场紧密相连,也成为证券法规范的对象。20世纪80年代以来,西方国家尤其是英、美两国相继爆发了一系列上市公司违规丑闻,国际上一些大公司因治理结构不合理,管理不善而相继倒闭。因此,公司治理问题越来越受到各国的关注。由于我国的上市公司大多是由国有企业改制而来,“一股独大”这一天然问题使公司治理弊端重重,在公司法、证券法修订过程中,如何进一步完善上市

* 对外经济贸易大学教授、博士生导师。

公司治理问题就一直是学术界和社会各界关注的热点,因此,立法机关把这一问题作为重点对两部法律进行了修改完善。新《公司法》、《证券法》颁布实施之后,如何在实践层面把完善上市公司治理由纸面上的法律条文变为现实,成为一个重大的实践课题。

本书把选题集中在我国上市公司治理司法救济机制的研究上,具有鲜明的针对性和创新性。现代公司治理存在的突出问题集中于上市公司,这在世界各国是有普遍性的。但就司法救济机制缺失问题,在我国公司治理中,突出表现在上市公司。长期以来,在我国上市公司治理的外部法治环境建设方面,较为重视立法的预先规制,行政的事前、事中监管,但忽视了司法的事后救济。作者认为,其原因,既有立法缺陷方面的因素,也有司法故意退避的因素。但在2006年《公司法》颁布之后,主要是法院系统司法消极退让造成的。中国上市公司股权结构特征是高度集中型的,大股东通过控制上市公司管理层而直接控制上市公司,从而形成了具有鲜明中国特色的上市公司控股股东治理模式。这就决定了中国上市公司治理的主要矛盾是控制股东与中小股东之间的利益冲突。因此,要改善中国上市公司治理,必须通过落实法律责任机制以有效规制控制股东滥权行为和保护中小股东的合法权益,保持控制股东与中小股东之间的利益平衡。民事司法救济就是通过追究民事责任的方式,提高控制股东的违法成本进而约束其行为,并为中小股东权利保护提供个案正义。本书主张,法院应当采取能动司法的态度介入公司治理纠纷,反对消极司法、机械司法造成的司法缺位。这是作者长期考察我国实行股份制改革以来司法实践的发展演变历史得出的总结,具有很强的现实意义。

本书的另一个特色就是实践性。法律的真谛在于实践。上市公司治理领域的司法救济,不仅是一个理论问题,更是一个实践问题。作者长期在法院工作,有条件接触和了解公司治理纠纷的第一手资料,具有

挖掘、利用自身实践资源的优势。而且,作者善于用法官的思考方式,从法律适用层面考察公司治理法律规范,如控制股东违反对其他股东的信义义务而被诉,要求其承担相关民事责任时,诉讼主体如何确认,违反诚信义务的判断标准如何把握,违反诚信义务的行为效力及其后果如何确定,等等,都是司法实践中必须解决的问题。通过这样的解读,才能发现相关立法是否具有可操作性。这种思考方式是缺乏司法实践经验的理论工作者所不擅长的。司法实践是法学研究的源头活水,能把论著和自己的本职工作相结合,能够避免无的放矢或空泛议论,使研究成果来源于实践又服务于实践。

除了选题具有新颖性、针对性和实践性之外,作者采取的研究方法和观察视角也是有独到之处的:本书从中国上市公司治理所要解决的核心问题——控制股东与少数股东的利益冲突入手,采取规范分析与实证分析相结合的方法,从法哲学的宏观视角,探索法院在解释和适用公司治理法律规范过程中应当采取的司法哲学和价值取向,从而把司法究竟应当扮演能动者的角色还是被动者的角色这一法哲学问题与上市公司治理这一部门法中的具体法律制度紧密联系起来进行分析。我认为,这至少具有两个方面的意义:一方面能够把部门法的技术性分析与法哲学的宏大理论、价值、方法结合起来,拓宽和加深研究的视野和理论深度,避免部门法研究的单薄;另一方面,能够打破理论法学与部门法学在学科研究上的隔阂,使理论法学的研究获得部门法学的营养,防止从理论到理论、从逻辑到逻辑的论证方式,消除理论法学的空洞化危机。就本书的研究结论而言,中国上市公司治理的完善,要求司法者能动司法,有所作为。这是根据公司治理法律规范采取标准而不是规则这一立法技术在法律适用上的必然要求,是令人信服的。如果纯粹从理论法学上来分析中国法院当前应当采取能动司法的态度还是被动司法的态度,则很难得出一个令人信服的结论。

本书不仅涉及公司法、证券法、刑法、诉讼法等部门法学,还综合运用了理论法学,甚至是经济学等法学以外的学科知识,资料翔实,内容丰富,观点鲜明。我相信本书对从事上市公司治理法学理论研究、实务操作的同志将会有所裨益。

沈四宝

2009年11月30日

目 录

导 论 001

- 一、问题的提出:在公司治理领域,法院应当扮演能动者还是被动者的角色存在争议 001
- 二、研究的动机与背景 002
- 三、研究的意义 010
- 四、研究状况 014
- 五、概念限定和研究范围 015
- 六、研究思路及篇章结构 019
- 七、研究方法 022

第一章 司法救济与公司治理的基本问题 024

第一节 司法救济机制与公司治理法律制度的内在联系 025

- 一、现代公司治理理论的起源与发展 025
- 二、公司治理的内涵和本质 027
- 三、公司治理模式 032
- 四、司法救济机制与公司治理机制 034

第二节 司法救济与公司自治 039

- 一、司法救济与公司自治 039
- 二、美国公司治理实践中公司自治与国家干预关系的发展演变给我们的启示 047
- 三、司法救济机制的公司治理功能 049

第三节 中国公司治理问题的特殊性及其司法需求 056

- 一、公司治理中的利益冲突 056

二、中国公司治理利益冲突问题的特殊性与司法救济的特殊重要性 060
本章小结 067

第二章 司法救济介入公司治理的途径与方式 069

第一节 司法救济介入公司治理的方式及法律依据 070
一、司法救济与法律责任机制之间的关系 070
二、违反我国公司法诚信义务或忠实义务规范的法律責任 074
三、对我国现行法律关于违反忠实义务法律責任体系的基本评价 085
四、各种法律責任机制的公司治理功能比较 087
第二节 司法救济机制介入公司治理的程序路径 090
一、司法救济介入公司治理的民事诉讼途径 092
二、司法通过非诉程序介入公司治理 096
三、司法通过刑事诉讼介入公司治理 100
本章小结 103

第三章 司法救济机制与上市公司中小股东特别保护 105

第一节 我国上市公司股权结构特点与中小股东利益的特别保护 106
一、我国上市公司股权结构的基本特征 107
二、股权分置改革与上市公司中小股东利益保护 109
三、中国上市公司中“内部人控制”问题的本质与中小股东利益的
保护 112
第二节 上市公司中小股东权利保护的基本路径及其选择 113
一、行政监管机制 114
二、独立董事制度 115
三、监事会 117
四、审计机构 118
五、市场机制 119
第三节 司法救济在中小股东权利保护中的功能 120
一、司法救济的功能之一：弥补公司治理其他机制的缺陷 121
二、司法救济的功能之二：在保护上市公司中小股东权利行使方面具

有独特的作用	126
三、司法机制保护中小股东权利的主要救济手段	130
本章小结	135

第四章 违反诚信义务的法律规制与司法能动性 136

第一节 控制股东和董事、监事等高管人员的诚信义务及其立法规范特点	137
一、控制股东及董事、监事等高级管理人员承担诚信义务的法理基础	137
二、诚信义务的主要内容	144
三、控制股东、董事等高管人员诚信义务法律规范的立法技术特性	153
第二节 关于违反法定义务的司法判断	155
一、关于董事、监事等高级管理人员违反忠实义务的判断标准	155
二、关于董事等高管人员违反勤勉义务的判断标准	163
三、关于控制股东和实际控制人违反诚信义务的判断	165
第三节 违反法定义务行为的效力判断	166
一、董事、监事等高级管理人员违反忠实义务所实施行为的效力判断	167
二、董事等高管人员违反勤勉义务行为的效力判断	172
三、控制股东违反诚信义务行为的效力判断	172
第四节 违反忠实或勤勉义务的司法救济	172
一、违反忠实或勤勉义务民事责任的性质	173
二、违反忠实或勤勉义务民事责任的归责原则	176
三、追究公司董事等高级管理人员违反诚信义务民事责任案件中诉讼当事人的确定	177
四、对董事等高级管理人员违反诚信义务之诉的裁判原则	179
五、控制股东违反诚信义务的司法救济	187
本章小结	188

第五章 上市公司关联交易的法律规制与司法能动性 190

第一节 上市公司关联交易基本法律问题	191
一、公司关联交易的概念、本质及其主要特征	191

二、公司关联交易的主要类型	193
三、公司关联交易行为的认定前提——关联人的确定	195
四、公司关联交易行为的认定	202
第二节 上市公司关联交易的法律规制	204
一、关联交易中存在的主要问题——对关联交易进行法律规制的客观基础	204
二、对公司关联交易进行法律规制的法理基础	206
三、对公司关联交易法律规制的主要方式	209
四、我国《公司法》关于关联交易规定的不足	214
第三节 不当关联交易民事责任的承担	215
一、不当关联交易的内部民事责任	215
二、不当关联交易的外部民事责任	223
三、因公司关联担保行为而产生的民事责任	223
第四节 公司关联交易纠纷案件司法实务问题	232
一、公司关联交易诉讼的主要类型	232
二、审理涉及公司关联交易纠纷案件的法律适用	232
三、关于法院对关联交易进行司法审查的合理性及审查标准问题	234
四、法院对关联交易进行程序审查的标准	236
五、法院对关联交易进行实质审查的标准	237
六、公司关联交易民事责任承担的程序保障	240
本章小结	242
第六章 境外公司治理司法救济机制比较研究	243
第一节 司法救济与诚信义务的确立	244
一、美国	244
二、英国	247
三、德国	249
四、日本	251
五、我国台湾地区	252
六、比较和总结	252

第二节 诚信义务的司法判断	253
一、注意义务司法判断标准	254
二、忠实义务的司法判断	256
三、忠实义务之一——关联交易的司法判断	259
四、忠实义务之二——竞业禁止的司法判断	272
第三节 司法机构的态度对股东忠实义务法律规制效果的影响	275
一、司法救济介入范围上的比较	276
二、司法救济介入程度上的比较	277
三、关于差异原因的分析	278
四、控制股东诚信义务司法规制的实施效果	279
本章小结	281

第七章 公司治理领域的司法能动性及其限度 282

第一节 公司治理领域司法救济实践状况及其反思	282
一、司法救济机制运作情况	282
二、上市公司治理中司法救济薄弱的反思	288
三、强化上市公司治理中司法救济功能的法律对策	291
第二节 能动司法与改善中国上市公司治理	294
一、司法能动性与司法能动主义	294
二、法院在公司治理领域发挥司法能动性的合法性基础	301
三、法院在上市公司治理领域发挥司法能动性的现实性基础	308
四、司法机制在公司治理领域发挥司法能动作用的法律文化基础	312
第三节 公司治理领域司法能动性的内容与限制	315
一、公司治理领域司法能动性的内容	315
二、公司治理领域司法能动性的限度	321
三、公司治理领域司法能动性的控制	324
本章小结	334

结 语 335

一、司法救济机制的公司治理价值	335
-----------------	-----

二、中国上市公司治理的完善需要能动司法	337
三、公司治理领域司法能动性的可行性	341
四、公司治理领域司法能动性的限制	345

主要参考文献	348
--------	-----

后 记	364
-----	-----

导 论

一、问题的提出：在公司治理领域，法院应当扮演能动者还是被动者的角色存在争议

本书旨在以法律现实主义的视角，探讨法院在解释和适用公司法过程中所应当具有的公司治理功能。探讨的核心问题是，司法应当如何发挥其能动作用“释放法律的能量”，^①促进中国公司治理的完善；或者说，公司法、证券法关于公司治理方面的法律规定，如何通过司法解释填补法律漏洞而使之更具可操作性，通过法律适用增强法律制度的实效性，使纸上的法律真正成为公司治理的实践准则。

司法权力通过诉讼机制介入公司内部治理，是国家公权力对公司自治进行调节的手段或方式之一。司法裁判能否彰显其公司治理的功能和价值，与裁判者在司法哲学上采司法能动主义还是司法保守主义，关系甚巨。学术界和实务界对此争议颇大。一种意见认为，在行政权逐渐退出的情况下，应当加大司法

^① 范愉：“新法律现实主义的勃兴与当代中国法学反思”，载《中国法学》2006年第4期。

权介入的力度,司法在公司治理领域应当扮演能动者的角色。另一种意见认为,司法应当保持克制,否则会危害公司自治;而且,中国司法不独立,法官素质不高,缺乏专业知识,没有能力介入公司治理。

在法理学、法哲学领域,关于司法能动主义和司法保守主义的讨论,必然涉及法律传统、宪政体制和司法独立等宏大命题。而且,纯粹从理论法学上来分析中国法院当前应当坚持司法能动还是司法克制,从逻辑到逻辑,而不与实定法对话,不与具体法律的实施相结合,肯定是各说各话,很难得出一个令人信服的结论。但本书的初衷并不在于从宏观层面上论述司法能动主义与司法保守主义的是非取舍,而只是按照现实主义法学的进路,分析在公司治理这一具体的制度领域裁判者的角色定位问题。所谓的进路,其实就是一种思路、一种方法或者范式。^①换言之,本书的主旨是分析在公司治理领域,裁判者为什么应当扮演现实主义法学主张的能动司法者角色,而不是被动的机械司法者角色,以及在解释和适用公司治理法律规则过程中能够在多大程度上彰显这种司法能动性,应当注意什么问题(在什么情况下保持司法克制)。在中国上市公司治理的特殊背景下,如何充分发挥司法裁判的救济、矫治和引导作用,促进公司治理机制的完善,是本书的研究重点。

二、研究的动机与背景

(一) 动机

其一,新《公司法》颁布实施后,研究的重点应当从公司法的立法研究转向侧重于公司法的实践研究。如王保树先生指出:

^① 王彦志:“宪政视野中的国际经济法”,载彼得斯曼:《国际经济法的宪法功能与宪法问题》译本序(二),法律出版社2004年版,第1页。

“公司法的价值需要在实施中体现出来。而公司法的实施,则应使法条的公司法转变为实践中的公司法。无疑,这种转变是一个庞大的系统工程,需要有法官、律师、学者、行政执法者、投资者、经营者等更多的人的参与,以使公司对内对外关系得到最大范围和最大限度的调整。并且,这种转变需要深入的理论探讨和精当技术的运用,其中,特别需要法的解释。因为公司现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。从运用立法论研究公司立法,到运用解释论使公司法变成活生生的实践中的法,这是一个很大的变化,需要人们去适应。”他还进一步提出:“公司法的适用、公司法的发展、公司法理论的发展都需要解释,法解释的生命力就在于公司法的实践之中。”^①

而法律的有效实施需要可靠的制度机制来保证。司法是任何法律运行的必备要素和任何法律纠纷判断的最权威象征,它是法律实施的最重要的保障机制之一。“如同没有救济的权利不是权利一样,不受司法检验的法律,也不能称其为真正的法律。”^②新《公司法》被赋予较强的可诉性,法的可诉性的必然实践方式是司法。特别是,“在任何有疑义的情况下,法院有权解释法律”。^③是故,不论是以法律现实主义、实用主义见长的美国学者,还是大陆法系国家的西方学者,对公司法特别是公司治理法律制度方面的研究,多采取“面向司法”的研究进路。因此,关注公司法的实践,不能不关注相关的司法问题。

其二,公司治理问题是公司法的核心部分。“从一定意义上说,公司运营在很大程度上就是公司治理问题。”^④美国法律研究院院长 Geoffrey C. Hazard 说,公司治理法律所规定的应该是调整在瞬息万变

① 王保树:“从法条的公司法到实践的公司法”,载《法学研究》2006年第6期。

② 郑道晖:“论法的本质内容与本质形式”,载《法律科学》2006年第3期。

③ [德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第9页。

④ 王保树、朱慈蕴:“在发展中追求卓越——2006年商法学研究综述”,载《中国法学》2007年第2期。

的条件和巨大的竞争压力下行使公司权力的规则。^①这是公司法的精髓。有学者指出,2005年《公司法》从修改内容上看,主要集中在公司法的两大支柱制度上,即资本制度和公司治理。^②而上市公司治理制度又是修改的重中之重,加大司法介入力度也是其中的一项重要内容。司法救济机制是改善公司治理的外部保障。公司治理领域的司法救济机制,不仅仅具有解决纠纷、救济权利的作用,还具有克服公司内部治理机制局限性、协调公司正常运行的公司治理功能,构成公司治理制度体系的重要一环,是公司治理系统中的一项不可分割的组成部分。因而公司治理相关司法问题是一个具有重要理论和实践价值的课题。

其三,也许是最重要的,司法实践中对这一重大问题的认识是模糊的,对公司纠纷的裁判缺乏明确的司法理念和指导原则。尤其是对于司法机制介入公司治理应当采取何种哲学态度(司法能动主义还是司法保守主义)、持何种价值取向、坚持什么样的原则、如何正确处理司法干预与公司自治的关系,认识上分歧较大。从过去的实践来看,由于各种原因,最高人民法院在制定相关司法解释过程中,对涉及公司治理领域的案件司法介入问题采取十分谨慎甚至是消极保守的态度。^③如最高人民法院《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》(法明传[2001]406号)规定:“我国的证券市场正处于不断规范和发展阶段,也出现了不少问题,如内幕交易、欺诈、操纵市场等行为。这些行为损害了证券市场的公正,侵害了投资者的合法权益,也影响了资本市场的安全和健康发展,应该逐步规范。当前,法院工作中已出现了这些值得重

① 美国法律研究院通过并颁布:《公司治理原则:分析与建议》(上卷),院长序,楼建波等译,法律出版社2006年版。

② “公司法修改专家谈——访公司法修改小组成员中国政法大学赵旭东教授”,载《法制日报》2005年10月31日。

③ 李建伟:《公司制度、公司治理与公司管理——法律在公司管理中的地位与作用》,人民法院出版社2005年版,第371~372页。