



东方公司法与清算法文丛

Concepts and
Interpretation on
Company Law

蒋大兴 著

公司法的观念 与解释 II

裁判思维&解释伦理



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D922.291.914
J557-2

公司法的观念 与解释Ⅱ

裁判思维&解释伦理

蒋大兴 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法的观念与解释·Ⅱ,裁判思维 & 解释伦理/蒋大兴著. —北京:法律出版社,2009.6

(东方公司法与清算法文丛)

ISBN 978-7-5036-9507-0

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(2009)第 061920 号

公司法的观念与解释Ⅱ
——裁判思维 & 解释伦理

蒋大兴 著

责任编辑 刘彦洋
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2009 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 保定市中国画美凯印刷有限公司

印张 23.25 字数 278 千

印次 2009 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9507-0

总定价:168.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

导读说明

本书是《公司法的观念与解释》系列的第二部。全书包括“裁判思维”和“解释伦理”两编,共六章。前者旨在透视公司法司法过程中的裁判逻辑,后者旨在发现和提取公司法文本解释的伦理基因。当然,这一界分也只具有相对的意义。

尽管公司法之研究基本呈现出规则主义的导向或偏好,但大量规则主义爱好者的兴趣主要停留在立法文本的建构和解构上,很少深入行动中的规则世界,观察法的“活动过程”。因此,规则主义的发达与裁判解释的贫弱是同时并存的。而且,裁判解释的过度文本化也暗示了解释伦理的衰落。

本书旨在通过若干篇什整理公司法案件的裁判思维,指明私法伦理在法律解释,乃至规则进化中的意义。如果丧失伦理立场,裁判解释就如同“行尸走肉”,不可避免地将被工具化和虚无化。

走在更前面 ——代总序

蒋大兴

我们关心真理。

我们的存在,一切为了思想。

我们的存在,一切为了走在更前面。

偶然造就了一切。这世间的事情,大多有机缘巧合。这套丛书的起源,也来自一个十分偶然的巧合。

近十年来,我一直致力于公司法的实务研究。2001年,我主张在裁判中解读公司法文本。我认为,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。^{〔1〕}其后,在中信出版社的大力支持下,我试图以民间编辑《公司法律报告》的形式,推动实证主义立场的研究。^{〔2〕}我致力于发现,包含在立法中的本源性期待是如何在实务中消解和展开的。这些不成熟但一直执着的尝试,获得了很多关心、安慰和鼓励。

〔1〕 参见蒋大兴:《公司法的展开与评判:方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,封面。

〔2〕 参见蒋大兴:“认真对待公司法:一个实用主义的视角”,载蒋大兴主编:《公司法律报告》(第1卷),中信出版社2003年版,卷首语。

诉诸历史作为目的和意图的指导是法律人论证框架中的一个核心步骤。^{〔1〕}我在这些“历史性”的关心、安慰和鼓励中思考,不断检讨自己的判断和行动。我坚持收集和阅读裁判文书,坚持立足于司法的立场形成学术判断,坚持事实和理性的调和,并且开始触摸、诊断企业运作实践。如同罗伯特·C. 所罗门说的那样,我们发现,企业家建立企业,都希望完成预定的事业,他们不但具有创造力和事业心,而且愿意冒很大的风险,并依个人思想而工作,使其梦想和观念成为可销售的实体。但是,企业一旦形成,便不会依照这种具有冒险倾向的创新原则运作,虽然正是这些原则曾经激励着企业的创始者。^{〔2〕}这些变化,经常表现为公司法上的纠纷。我十分清醒地意识到:作为一个学者,尤其是法学者,在时下中国的法治背景下,要比一般人遭遇更多的无奈和痛苦。这些个性化实际上也是群体化的体验,这些精神上的煎熬,难免会影响我们继续思考的勇气。我庆幸自己坚持了下来。我也相信,中国公司法的研究仍将继续前行——继续走在商法学科的前面。

这些年来,公司法研究整体上已经有了一些实务转型的迹象。我在实务调研中,也得到了很多朋友各种形式的支持,他(她)们的名字、他们的帮助以及我的感谢都难以尽表。在领略实务热闹的过程中,我也时常感悟孤独,感验实证调查的困难,感怀公司法学科发展的封闭。尽管借助于法典的修改,公司法的学术研究看起来繁荣一片,但其实隐含了深刻的危机。这些危机的根源或许可从诸多方面进行归整,但就理论途径而言,有两点是不容忽略的:一则在于作为公司法研究基础的商法理论过于贫弱,公司法学者也还未能有意识地从所发现或积累的公司法素材中,尽速延伸商法的理论思考;二则在于公司法的学术思考过于孤立。这种孤立,不仅体现

〔1〕 参见丹尼斯·M. 帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第235页。

〔2〕 参见罗伯特·C. 所罗门:《伦理与卓越——商业中的合作与诚信》,罗汉等译,上海译文出版社2006年版,第82~83页。

在公司法与法科外学科体系间的联络思考不多,还体现在公司法与法科内其他学科的关联思考欠缺,甚至体现为公司法学科内存在的大量研究盲区。例如:公司破产、公司清算这些问题,基本没有引起学界足够重视,前者被视为破产法学者的专利,后者虽有学者意识到确为公司法问题,但并无深入关注。现在的“社会倾向于朝规模更大的方向增长,朝在各种各样的组分之间形成更错综复杂的关系的方向发展,朝建立更大量和更灵活的相互作用模式的方向前进”,^[1]因此,这种学科内的研究淡化现象值得我们注意。这也在一定程度上表明:中国的公司法研究还十分欠缺独立的品格。也许,我们还高兴得太早。

我一直设想从学科完整性的角度突破公司法的实务研究,一直试图对公司破产、公司清算等问题施展更多关注,但因精力所限,这些年我也是兴之所致——“想得比做得多”。因此,当徐东生先生融集资金,约请我创办和主持东方公司法与清算法研究中心时,我意识到这是一个很重要的学术机会,欣然答应。东生兄早年毕业于南京大学法学院,充满学术情结和社会责任,对很多问题都有自己的见解。在他和他主持的江苏东方清算事务所有限公司的大力支持下,于是,有了东方公司法与清算法研究中心;有了本套丛书。

奥修说:“永远都不要压抑自己,压抑是发生在人类身上的最大不幸,事情之所以这样发生,是因为一些非常美丽的理由。”^[2]我们记住了奥修的话。《东方公司法与清算法丛书》选题立足学术前沿,鼓励言说他人未予言说或未能言说之事,鼓励不一样的学术思想,并且开放投稿。凡属公司法、清算法、破产法领域有独到思考的作品,特别是交叉研究的成果,都是我们可能支持出版的对象。当然,我们尤其欢迎实证研究与理论研究并重、文

[1] 参见欧文·拉兹洛:《人类的内在限度——对当今价值、文化和政治异端的反思》,黄觉等译,社会科学文献出版社2004年版,第172页。

[2] 参见奥修:《自由——成为自己的勇气》,林妙香译,生命潜能文化事业有限公司2005年版,第146页。

字和思想俱佳的作品到来。我们会一直等你。

我们关心真理。

我们的存在,一切为了思想。

我们的存在,一切为了走在更前面。

2008 年 1 月 2 日中午
于南京峨眉岭居所

目 录

走在更前面——代总序 1

第一编 裁判思维 1

第一章 公司法案件的裁判思维 3

第一节 导论 4

第二节 法官的角色基础:自由主义的立法偏好 7

一、法官角色常规:尊重立法偏好 7

二、公司法中的立法偏好 9

三、裁判宽容作为基础 10

(一)社会多元 11

(二)裁判宽容 11

第三节 裁判宽容的思维构成 13

一、尊重私法自治 13

(一)股东自治:完全的私法自治 14

(二)公司自治:不完全的私法自治 18

(三)公司法私法品格的表现:法律适用的规则 21

二、慎重解释自治和强制的界限 22

(一)法理上的禁止规范 23

(二)公司法上强制性规范的设定基准 27

三、司法干预的有限性和程序性 103

(一)程序性干预 104

(二) 实体性干预的前提 104

(三) 司法实践 105

四、公司法不是推行公共政策的合适领域 106

(一) 迷失的公司法本性 107

(二) 司法治理中的公共政策压力 107

(三) 公共政策回归原位 108

五、区分法官角色和商人角色 110

(一) 法官不是商人 110

(二) 商人是自己利益的法官 111

六、宽缓和灵活的审判方式 112

(一) 宽缓的案件审理方式 113

(二) 灵活的案件审理方式 113

第四节 结论 113

第二章 作为弹性条款的公司社会责任的可裁判性 116

第一节 导论 117

第二节 法律规则的效力模式 119

一、经典的效力模式 119

二、道德条款作为效力模式 122

(一) 法律中的道德条款 122

(二) 公司社会责任作为道德条款 125

第三节 公司社会责任的可裁判性 126

一、裁判规范的诠释和构成 126

(一) 裁判规范的解释 127

(二) 公司社会责任的规范属性 128

(三) 文献态度和个案调查 128

二、社会责任的具体类型 129

- (一)以责任对象为基础的类型化 129
- (二)以行业为基础的类型化 134
- 三、社会责任的比重和法律关系基础 135
- 四、影响公司社会责任的可裁判性的因素:模糊性认识及其澄清 137
 - (一)关于请求权主体的模糊认识 137
 - (二)关于社会责任内容的模糊认识 139
 - (三)营利性目标和社会责任目标之间的平衡困难 144
 - (四)公司社会责任目标内部的冲突 149
- 五、诉讼对推动公司社会责任履行的意义:调查数据 153
- 第四节 结论 154

第三章 股东会的代表权的案例观察 156

- 第一节 导论 157
- 第二节 公司代表权的享有者:一般机理 159
 - 一、以自然人为模型的法律拟制:谁是公司的代表者 160
 - 二、公司意思和管理行为的类型化:何谓公司事务 163
 - (一)模糊的普通法 163
 - (二)类型化的试验之一:公司事务的类型化和管理分层 165
 - (三)类型化的试验之二:公司意思和行为的类型化 167
- 第三节 公司代表权作为法律事实:域外制度和案例法 168
 - 一、成文法中的形象:零散的强制要求 169
 - 二、表 A (Table A) 或者公司法案中的选择性规则 (Replaceable rules): 一种自主安排 172
 - (一)英国 172
 - (二)澳洲 173
 - 三、有章可循的案例法:谁是公司代表权的享有者 175
 - (一)公司是股东的影子:股东会自己保留公司事务管理权 175

(二)公司作为真实的人格存在:公司事务管理权下移到董事会 180

(三)被遗忘的股东会诉权 187

四、小结:股东会代表权的试金石 191

第四节 公司代表权:中国的立法、学理和新近案例 193

一、立法:代表权集中到法定代表人 194

二、学说:否定股东会的对外代表权 196

三、新近案例:认可股东会的对外代表权 200

第五节 股东会代表权的重新型构 202

一、股东会代表权与公司事务管理权有别 202

二、股东会代表权经历了一个式微的过程 203

三、股东会不享有一般公司事务的代表权 205

四、股东会应当享有特定情形下的诉讼代表权 208

(一)公司管理机关不存在 208

(二)公司管理机关集体瘫痪 208

(三)诉讼与公司管理机关成员有利害关系 209

(四)股东会的诉讼代表权与股东个人的代表诉讼权的关系 209

第六节 结论 211

第二编 解释伦理 213

第四章 股权收购定价规则的私法伦理 215

第一节 导论 216

第二节 闭锁性股权收购定价误区的实证分析 218

一、制度实证 218

二、社会实证 220

第三节 为什么评价体系失灵 226

一、“针对过去”的评价体系 226

二、残缺的评价体系	228
(一) 评价体系的问题	228
(二) 学者对资产所下的定义:以德国为例	229
(三) 会计核算中对资产的确认	230
第四节 股权收购定价中的私法正义	233
一、感性认识强制定价的非妥当性	233
二、私法正义的一般构成	234
(一) 私法正义属于交换正义	234
(二) 私法正义属于过程正义	236
(三) 等价交换观念的进化	238
三、私法正义的正当性基础:方法论个人主义	240
四、股权收购定价本性:回归“私法自治”	242
第五节 结论	245
 第五章 验资机构民事责任的司法政策	248
第一节 导论	249
第二节 验资机构民事责任的规则体系	250
一、文本体系	250
二、图表体系	260
第三节 法[2002]21号中的司法政策检讨	262
一、检讨什么:法[2002]21号的限缩立场	262
二、进化论:“弱者保护”作为一项公共政策	263
(一) 进化论作为规律	263
(二) 进化论的完整形象	264
(三) 强者 vs. 弱者:关于公共政策	265
三、法[2002]21号是如何背离公共政策的	267
(一) 何种债权人应获得优越保护	267

(二)为何不保护侵权行为受害人 268

(三)无效合同债权人是否无需保护 271

四、为验资机构辩护的底线规则:是否损害了主流公共政策 272

(一)限缩解释的理由 272

(二)验资机构的法益保护 273

(三)坚持还是放弃 277

第四节 结论 278

第六章 夫妻公司法人格否认的裁判解读 279

第一节 导论 281

一、四川广汉法院的态度 281

二、江苏省某法院的态度 284

三、浙江省上虞市法院的态度 285

四、流行裁判思维的问题点 288

第二节 夫妻设立公司的规则:文件和实践 289

一、典型场合表明的规制理由 290

(一)广案表明的规制理由:旨在避免单一主体设立公司 290

(二)江苏省高级人民法院等表明的规制理由:旨在确保公司
财产的独立性 293

(三)一些折衷性的见解:错误相叠 299

(四)一些司法动向:徐州凤凰大酒店有限公司诉郑郁青、陶
修明借款纠纷案 300

二、其他场合表明的规制理由 304

(一)“黄丽华诉陈建平离婚纠纷案”等表明的规制理由:公司
财产应由两个以上不同财产所有权的财产构成 304

(二)A公司诉B公司、某甲、某乙欠款纠纷案:确保公司人格
的独立性 306

三、反向解读:《公司登记管理若干问题的规定》第23条的

悖法性 309

(一)域外立法例和理论观点:共同共有关系存续期间,共有财产的分割禁止 309

(二)我国民事立法的精神:分割禁止与处分许可 311

(三)“分割”还是“处分”:对《公司登记管理若干问题的规定》第23条的解释 313

(四)无理论根据的差别待遇的设定:贬损公平 318

(五)背离宪法精神、损害婚姻自由 318

四、不分割夫妻共同财产的后果:股权共有及其规制 319

第三节 否定法人格的管道和司法态度 326

一、广案的实质:否定法人格理论的司法运用 326

二、对广案所采代理说的批评 327

三、是否有替代的方法:对广案或有裁判思路的考量 331

(一)法人格否认的多种方法:最便捷原则 331

(二)反思前提:公司法人格否认与公司瑕疵设立 332

(三)一点误解:法人是承担有限责任的吗 333

第四节 结论 334

参考文献 337

后记 352

第一编

裁判思维

第一章 公司法案件的裁判思维

第二章 作为弹性条款的公司社会责任的可裁判性

第三章 股东会的代表权的案例观察

第一集

革命年代

革命年代的书信往来（一九四一—一九四五）

革命年代的书信往来（一九四一—一九四五）



革命年代的书信往来（一九四一—一九四五）