



Southwest University
of Political Science
and Law

西南政法大学

经

济

法

学

系

列

李昌麒 主编

公司法 强制性规范研究

Study on the Mandatory
Norm of Company Law

贺少锋 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



Southwest University
of Political Science
and Law

西南政法大学

经 济 法 学 系 列

李昌麒 主编

公司法

强制性规范研究



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公司法强制性规范研究/贺少锋著. —厦门:厦门大学出版社, 2010. 3
(西南政法大学经济法学系列/李昌麒主编)

ISBN 978-7-5615-3479-3

I. 公… II. 贺… III. 公司法-研究-中国 IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 047685 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:16.25 插页:2

字数:283 千字 印数:1~2000 册

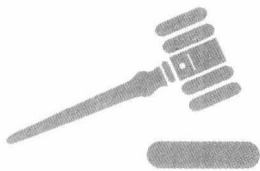
定价:24.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

· 丛书总序 ·

中国经济法学作为一门新兴的学科,经过广大法律学人的苦苦探索,已经走过了从无到有、从不成熟到逐步成熟的发展历程。现在,经济法作为与行政法、民法、刑法、诉讼法以及社会法等并行不悖的独立的法律部门,已经得到了立法的确认,对此法学界也达成了基本的共识。

二十余年来,广大法律学人坚持改革开放路线,紧扣时代脉搏,围绕着经济建设这个中心环节,把经济法理论和实践扎根于我国现实的经济土壤之中,并借鉴其他市场经济国家在法制实践中所形成的共同的法律文化,辛勤耕耘,求实创新,不断开拓进取,使经济法学在我国法学百花丛中蓓蕾初绽,繁花似锦,硕果累累。这极大地促进了我国经济法理论和实践的发展,推动了整个中国法学的繁荣,并为世界法学界所瞩目。但是,经济法作为一门发展中的学科,仍然存在着许多不成熟的地方,还需要广大的法律学人更多地培育,才能使它更好地成长。正是怀着这样一种愿望,西南政法大学经济法学学科作为教育部确立的国家级高等学校重点学科点,一方面想为广大经济法理论和实务工作者展示学术研究成果和进行学术交流提供一个平台,另一方面也想为西南政法大学经济法学学科建设开辟一个新的学术阵地,为此,我们与厦



门大学出版社共同策划出版《西南政法大学经济法学系列》。

对于怎样编辑这套丛书,我们除了遵循学术性、实践性和开放性的宗旨之外,还有一个重要的思考,就是要使这套丛书能够适应经济法理论界、实务界和教学界等多方面的需要,力求使本丛书以其广泛的适应性以飨读者。因此,本丛书拟由三个部分构成,既包括学术专著,又包括教材和案例。学术专著主要来源于经济法博士论文。考虑到我国现在有七个经济法博士授权点,每年都要产出一批具有一定开拓性、前沿性和创新性的优秀博士论文,如果这些成果尘封在作者的抽屉里,无疑是对知识财产的一种浪费。这套丛书可以为这些博士论文的发表提供一个载体。对于教材,我们是这样思考的:学生知识首先来源于教材,从某种意义上讲教材是构筑学生知识大厦的基石,没有理由不重视它。我们之所以把教材也列为这套丛书的重要组成部分,也正是基于这种考虑。我们认为,教材与科研应该是彼此依赖、相辅相成的,教材的写作过程也应当是进行科学研究的过程。经济法作为一门新兴的法学学科,其教材的编写不能仅仅停留在简单地重复已有的教材内容的基础上,要力图避免编写那些没有任何新意和创见的“拼凑式”的教材。因此,本丛书将按照这个原则选择或者组织出版那些适合本科生和研究生研习的优秀教材。对于案例,我们考虑到:从总体上讲,问世的经济法案例与其他法学学科问世的案例相比,仍然嫌少,以致在教学和实践中,很难找到足够的经济法案例。为此,我们将有意识地采取教师与实际部门人员相结合的办法,将现实生活中存在的大量的、鲜活的、具有典型意义的经济法案例精选成册,其形式既可以是案例评析,也可以是案例教程,以此弥补过去运用案例进行经济法教学之不足。

需要说明的是,本《经济法学系列》含涉外经济法系列,它将以专集的形式出版;本丛书中各种类型的著述的出版并不完全按照经济法学体系结构的顺序出版,而是成熟一部,出版一部。我们热忱地欢迎全国的经济法学同仁们惠赐佳作,为经济法学的进一步发展和繁荣,携手共进!

李昌麒

2005年元月于重庆

序

公司法的研究历来都是法学研究的一个重点和热点,因为公司这一组织形式乃现代社会经济发展中最为常见、最为重要的主体之一。政治精英们关注公司的社会责任以及本地区、本国的经济发展业绩,经济精英们关注公司经营的成败,而普通民众则既关注公司的社会责任又关注自己在公司中的利益,法学研究者关注公司法治就不足为奇了。

从公司及公司法演进的历史轨迹我们可以看出,其往往随着时局的发展而更迭。现在我们耳熟能详的有限责任、法人人格等公司必备特征,在公司发展初期却并非如此。而国人对公司的认识、了解、接受、吸纳、运用也是在西方公司在中国出现并从事相关活动后逐步开始的。因此,在“清理整顿”因“公司热”而带来的经济秩序混乱、帮助国有企业改善治理摆脱困境等大背景下出台的新中国第一部《公司法》,不可避免地带着浓厚的管制色彩,随着时间的推移和社会的发展,其受到的诟病也越来越多,修改势在必行。修改后的《公司法》赢得了一片掌声,而此时选取公司法的相关问题进行研究,面临的挑战和困难可想而知。

贺少锋博士的这本专著以公司法的强制性规范为主题,从法律规范这一基本范畴入手,首先论述了公司法强制性规范存在的正当性和局限性。尽管公司契约理论风行,尽管国家介入微观经济运行受到批评,但公司法强制性规范仍有其存在的价值和意义,构建以任意性规范为主、强制性规范为辅的公司法律规范体系仍是公司法的应然。同时作者指出,强制性规范在公司法中的存在状态不是一成不变的,而是受公司法的各种理论及外部运行环境的影响变动不居的。在纯理论剖析的同时,作者还十分重视对实践的考察,尤其在以下两个方面表现突出:从立法的角度来讲,通过公司法的移植与本土化,选择恰当的立法方式与技术是实现公司法强制性规范正确配置与表达的关键;从司法的角度来看,通过一定的技术和方式正确识别公司法规范的性质,并对相应违反行为进行判定和处置,乃是司法的一项重大而艰巨的任务。

作者在写作本书的过程中始终力求特色和创新,而且做出了一些成绩,比如坚持宏观理论界说与微观实证分析相结合,全面对涉及公司法强制性规范的问题进行系统的研究和梳理;指出强制性规范的存在呈现的是一种动态的观点;提出公司立法中各类规范配置的原则和标准,以之对照分析我国现行《公司法》存在的问题和不足并提出相应完善意见;提出了强制性规范识别的方式以及司法如何处置等。尽管作者提出的上述观点可能存在这样或那样的瑕疵,但他的研究态度和勇于探索的精神,是值得肯定的。

我是贺少锋的博士指导老师,但对他的了解是从我作为他的硕士论文答辩委员会主席开始的,他有较为深厚的专业理论功底和较强的逻辑思维能力,尤其勤于思考,善于实证分析,具有较大的法学研究潜力。这本专著是在他的博士论文基础上修改而成的,答辩时其博士论文就被评为优秀。在本书即将问世之际,我将他推荐给读者,并希望他以此为契机,在法学研究和司法实践中做出新的业绩。

西南政法大学原校长、教授、博士生导师 种明钊

2009年9月

内容提要

公司是现代社会最主要的经济组织形式,以之为规制对象的公司法也日渐凸现其重要性,但理论和实务界对公司法的性质即公司法属于强行法还是任意法的认识却不尽统一,由此也导致各国公司法中体现公司参与人自治的任意性规范与体现国家干预的强制性规范的比例及两者的地位迥异。如何调整、配置、适用公司法中的各种规范成为公司立法、执法、司法等活动中的关键,甚至成为提高一个国家经济竞争能力、促进经济发展的决定性因素。基于此,本文选取其中的一部分——公司法强制性规范作为研究对象,旨在为我国公司法的发展、完善提供基础性的研究资料,提出些许有价值的建议和意见,不管这些建议和意见的价值是否是正面的。

对公司法强制性规范的研究,势必涉及方方面面的问题,因此,本文运用经济分析、历史分析、系统分析、比较分析、实证分析等多种方法,从法律规范这一法学中最基础的范畴入手,从解决实践中的具体问题出发,运用国家干预理论和现代经济学中的企业契约理论,并针对我国现行《公司法》中强制性规范配置中存在的不足和司法实务中的困惑,提出相应的完善方式、补救措施和应对之策。

除前言外,全文共分五章:

第一章“法律规范概说”是对公司法强制性规范进行研究的前提性概述和基础性说明。什么是“法律”、何为“法律规范”,一直以来就是哲学家、法学家甚至社会学家、经济学家们争论不休的问题,而且到目前为止尚未取得一致性认识,就连占主导地位的观点也未形成。为使本文论述得以展开,对之进行界定是必要的,尽管该界定可能不太确切甚或有重大缺陷。该界定既包括了法律规范的概念,又包括了法律规范的特征、要素等方面。最终本章以法律规范的类别、主要是公司法规范分类作为结尾,而该结尾也正是本文正文的开始。因标准的不同,法律规范可以分为多种,但将之分为强制性规范与任意性规范的分类方法在传统民法中却占据着极其重要的地位,由于与民法的同质性,公司法律规范分类一方面要注意公司法本身的特征,另一方面要注重借鉴传统民法的理论,为此,本文认为公司法规范主要区分为任意性规范和强制

性规范,其中任意性规范又分为许可适用性规范和推定适用性规范;而强制性规范又分为效力性强制规范和取缔性强制规范,还可以分为程序性的强制规范和实体性的强制规范。

第二章“公司法强制性规范存在的正当性及其局限”以对公司契约理论的介绍和评价作为论述的起点,其合理性在于欲论证强制性规范存在的正当性,首先要对反对强制性规范存在者的理论加以介绍,因为事物对立面的存在,更能彰显出被人们接受的另一个方面存在的合理性。公司契约理论认为公司乃“一系列契约的联结”,公司是任意法,主要由任意规范构成。但一方面,公司契约理论忽视了公司参与人在某些情况下是没有协商自由的、公司事务中某些特定主体需要特殊保护、契约的不确定性导致效率的损失等问题,同时公司契约理论无法完成对公共利益的保护和对公平、交易安全等非效率目标的实现。另一方面,由于国家干预的低效率、高成本、对公共利益目标的偏离以及“利益集团”寻租现象的存在使公司法强制性规范呈现出先天的不足,由此本文得出结论:任意性规范应当在公司法中占据主导地位,强制性规范在公司法中处于辅助地位;公司法是以任意性规范为主、强制性规范为辅的混合体。

第三章“公司法强制性规范存在的状态”旨在论证公司法强制性规范在公司法中存在的范围及其态势。具体来讲,公司法中规定公司形态的规范、规定某些程序的规范、对公司权力进行分配的规范以及规定控股股东、董事、高级管理人员等公司负责人信义义务的规范应该是强制性的,但这只是一种大致的界定。因为随着社会经济、政治形势的发展变化,市场机制与政府干预之间是博弈互动的,研究公司法强制性规范存在范围的重点不在于进行具体而详尽的界分,更重要的是研究影响其存在范围的因素,从方法论的角度找出确定其存在范围的原则和方法。本章第二、三部分就是从公司法理论和公司外部环境两方面论述公司法强制性规范存在范围、状态受到影响的主要因素,这些因素包括:公司本质理论、公司组织结构理论、公司社会责任理论和公司法的目标、公司法赖以存在的市场机制及法律实施机制、公司法运行的文化背景及历史传统。为了使论述有理有据,实证分析必不可少,为此,本章选取了公司权力能力的逐渐扩张来说明强制性规范向任意性规范的转变,以上市公司披露制度的发展来说明任意性规范向强制性规范的转变,以公司转投资制度在各国公司法中的现状来说明强制性规范与任意性规范的并存。

第四章“公司法强制性规范的立法配置与表达”从立法角度对公司法强制性规范进行研究。既然公司法应以任意性规范为主、强制性规范为辅,那么公

司法规范的配置就必须遵循如下标准：当公司参与人有能力进行充分协商从而对公司事务达成契约性安排且该安排不产生负外部性时，公司法规范应该设计为任意性规范；当公司参与人之间达成契约性安排受阻或其安排将产生负外部性时，公司法规范应该设计为强制性规范；当程序性强制规范足以克服公司参与人达成契约性安排的障碍与负外部性时，避免将规范设计为实体性强制规范。以此标准检验我国现行《公司法》中规范的配置，就会发现诸多问题，这些问题的存在有其原因：立法指导思想和理念的错位；利益集团的影响；注重创造而忽视发现的立法方式等。为此，从立法技术和方式来讲，要实行开放式立法，正确选择语言的精确与模糊、规范与统一、简洁与精炼，注重法律规范在实践中的可操作性，同时不断适应经济发展的需求，对公司法进行及时的修改；从法律移植的角度来讲，建构主义立法模式和传统、公司法趋同性的发展趋势迫使我们必须充分认识到移植的必要性，同时又要考虑本土特色，使移植的公司法本土化，进而能够促进经济的发展与繁荣。

第五章“公司法强制性规范的识别与司法裁判”重点解决司法实践中的困惑。如何判定法律中某一规范的性质，一直是困扰法学理论和司法实践的一个难题，对公司法强制性规范的判定、识别需要对法律语言、规范类型、价值取向等多方面的因素进行综合分析和研究，唯如此才可能得出正确的至少说是具有说服力的结论。规范的类型化在识别公司法强制性规范中起着基础性的功能作用，尽管类型化可能存在缺陷和不足，但却能够为司法提供一种便捷的途径，能够作为判断规范性质初步的、粗略的标准，为进一步进行精确判定提供基础和前提；语言判断具备直观性，但只能起到参考作用，故法律用语在规范性质的判断中可以起到辅助功能；由于单纯语言判断的不足和规范类型化对精确性的欠缺，我们需要在强制性规范的识别中引入新的标准和方法——个案中的价值判断。识别只是进行裁判的基础，关键的是对违反强制性规范行为效力的判定，结合公司法的规定和相关理论，违反公司法中的强制性规范可能导致：行为绝对无效；行为无效但只是嗣后无效；行为部分无效；行为是可撤销的；行为有效。在强制性规范的识别与违反行为的处置中，都要求以价值衡量为基础，这就赋予了法官较大的自由裁量权，对自由裁量权的监督和限制有多种方式，本文主要从法律论证的角度进行分析，因为法律论证对法官提出了证立其裁判的要求，这一方面能够敦促法官不断提高自己的专业素质和裁判水平，迫使法官在法秩序范围内作出相应裁判；另一方面由于裁判的证立就是法官行使司法权过程的外化，是对裁判合法与否的一个说明，这就为司法的外

部监督提供了前提和基础。

总的来讲,本文并没有一个确定的中心,只是围绕“公司法强制性规范”这一主线,首先论述了其存在的价值,其次对其存在状态进行考察,最终落脚在公司法立法与司法上,针对公司法的不足和司法实践中的问题提出解决之道,其实这就是本文的中心——解决现实矛盾、突破现实困境。

尽管,新的、更大的困惑产生了……

Abstract

As the primary economic organization, company and company law are becoming more and more important in modern society. However the debate over the nature of the company law is still in the state of controversy in mandatory or casual mode, which consequently embodies the different situation of company participators in every country's company law with respect to the proportion between the optional norm and mandatory norm. How to dispose and collocate the different norm of regulations in company law becomes the key to the legislation, implementation and justice of company law, even the decisive factor of improving national economic competitive and economic development. Hence this book takes the mandatory norm as the main subject to offer a basic research material to develop Chinese company law, and provide some certain of valuable suggestions and advice, whether the value is positive or not.

With respect to the various issues in the study of mandatory norm, this book, starting from the point of basic legal articles and concrete problems in practice, utilizing the methodologies of economic, historical, systemic, comparative and descriptive analysis and the theories of nation intervention and enterprise contracts in economics, points out the corresponding amendment, and developing measures, on the basic of realistic shortcomings and dilemmas in company mandatory norm and juristic practice.

Apart from the preface, this book includes five chapters:

Chapter one is the General Description on Legal Norm, which is precedent description and elementary illumination for company mandatory norm. What is Law and Legal Norm is always the controversial disputes among philosophizers, jurist experts, socialists and economic experts, and still comes to no unanimous understanding and leading views. In order to expend and deepen this research, the basic definition on law and legal norm becomes

essential, even which it is not so accurate or deficient, including but not limited to the definition, characterizations and consisting factors. Finally this chapter takes the classifications on company mandatory norm as the end which definitely leads to the start point of this research. For the reason of various criteria, legal norm could be classified to different kinds, in which mandatory norm and optional norm are of extremely importance in traditional civil law. In view to the homogeneity with civil law, the classification of company rules shall be paid more attention to the characterizations of company law itself, as well as traditional theories of traditional civil law. Hence, this chapter classifies company rules into optional norm and mandatory norm, in which optional one includes application norm by permit and application norm by assumption; mandatory one includes effective mandatory norm and abolishing mandatory norm, even could be extended to procedural mandatory norm and substantial mandatory norm.

The second chapter is called The Legitimation and Limitation of The Existence of The Mandatory Norm In Company Law. This chapter begins with the introduction and evaluation of the company contractual theory. The root of the rationality of the mandatory norm is from the legitimation of their existence. First it is necessary to introduce some theories of the opponents for the comparison purpose. The company contractual theories believe that the company is “a nexus of contracts”, and the company law is composed of optional norm. However these theories neglect the problems that in some circumstances, there is no free of the contract, some special person need some special protection and the loss of efficiency caused by the uncertainty of the contracts. Meanwhile these theories can not fulfill the objects of public interest protection, justices and trade safety. On the other hand, the company mandatory norm is born with defects due to the causes such as, the low efficiency and high costs of the state intervention, the deflection of the public interests aim and the “rent-seeking” phenomena by the “interested groups”. So the conclusion of this book is that the optional norms should dominate in the company law and mandatory ones should be subordinate. The company law is a mixture of the optional and mandatory norm.

The third chapter is named The Condition of The Existence of The Mandatory Norm In The Company Law. It aims at discussing the scope and state of the mandatory norm in the company law in the following contents. Some norms should be mandatory in terms of the company form, certain procedures, the division of the power, and the loyal obligation of the controlling shareholders, the directors and top managers. But this is a rough definition, for the development and change of the social economy and political situations. The point of studying the mandatory norm scope is not to a concrete plot, but study the factors influence their scope and find out the principle and ways to fix their scope. The second and third parts of this chapter talk about the scope, states and influential factors form the theory of the company law and the company's outside circumstance. The influential factors conclude the company nature theory, the company organization structure theory, the company social responsibility theory, the purpose of the company law, the market mechanism for the company law, the implementary mechanism of the company law, and the culture and history background for the operation of the company law. To make the argument more reasonable, the analysis of the facts is necessary. Therefore this chapter cites the fact of the gradually expansion of the power of the company to prove the transfer of the mandatory norm to the optional ones, and the facts of the development of the exposure system of the on-listed company to prove the transfer of the optional ones to the mandatory ones, and the facts of the existence of the company re-investment system in many countries' company laws to prove the coexistence of the mandatory and optional norm.

The fourth chapter is named The Collocation and Expression of The Mandatory Norm In The Company Laws, which carries the research from the respect of the legislation. Since the company law is composed of most optional norms and few mandatory ones, the collocation of the norm of the company law should follow the criterions as follows; when the company participants have the ability to fully negotiate and reach the contractual agreement of the company affairs without any negative effects, these norm should be optional, otherwise, it should be mandatory; when the procedural man-

datory norm can overcome the barriers of fully negotiation and negative effects of the contractual agreements, these norms should not be set as substantial ones. If we using these criterions to review China existing Company Law, you may find a lot of problems, and the reasons of these problems include the false position of the legislation guiding thoughts and belief, the effects form the interested group, paying too much focus on the invention but ignoring the legislation way ect. . Therefore, from the standpoint of legislation technology and mode, we should adapt an opening legislation way, choose the precision and illegibility, the criterion and unification, the concision and fine of the words, pay attention on the maneuverability of the regulations in practice, and revise the company law to adapt the demand of changing economy development. Form the point of law transplantation, we should fully recognize the necessity of transplantation, and consider the local character, localize the company law to improve the development and prosperity of economy.

The fifth chapter is named The Identification of The Mandatory Norm of The Company Law and Judicial Judgment. It aims at resolving the problems in the judicial practice. How to define the nature of certain norm is always a big problem in law theory and judicial practice. To judge the mandatory norm requires the comprehensive analyses and research on the legal language, regulation mode, value tropism and other factors. Only doing that can come out the accurate and convictive conclusion. Stylization of the norms plays a basic role in identifying the mandatory norm. Although it may have some limitations, it provides a convenient way for the judicial practice, by setting a preliminary and rough standard of judging the nature of the norms to provide the basis and premise for further accurate judgment. The language judgment is intuitionistic and only can act as a reference. So the legal language can only be an assistant in the regulation nature judgment. Because of the insufficiency of the language judgment and inaccuracy of the regulation stylization, we need to introduce the new criterion and method, which is the value judgment in the single case. Identification is only the basis of the decision. The key is the determination of the force to the behaviors breaking the

mandatory norm. According to the regulations and related theories of the company law, if the behavior breaks the mandatory norm in company law, it might be absolute void, void but afterwards, partly void, cancelled, or valid. In the course of the mandatory norm identification and treatment of violating behaviors, the weigh of value is basic, which gives the judges large discretion. There are some ways to supervise and control the discretion. This paper analyses the question from the point of legal reasoning, which demands the judges to justify their decisions. Therefore, on the one hand, it can urge the judges to improve their professional quality and judgment standard, and compel them to make related decisions in the scope of legal order; on the other hand, the justification of the decisions is the surface of the jurisdiction operation process, and the explanation to the justice of the decision, which provides the premise and foundation for the judicial exterior supervision.

Generally speaking, this book does not have a definite core, instead it follows the clue of “the mandatory norm of the company laws”, and then discusses the value of their existence, reviews their existence situation, and brings forward the resolution for the shortcoming in the company law and judicial practice which is indeed the core of this book—resolving the factual conflicts and breaking the factual difficulties.

However, new and bigger dilemma occurs……

前 言

一、为什么研究公司法强制性规范

(一) 研究法律规范的意义

20 世纪以来,随着社会学法学特别是现实主义法学的兴起,分析法学(或称概念法学)日渐式微,其理论观点和地位不断受到抨击和质疑,而我国法学研究对西方国家先进法律思想的引进同样使法律的规范分析受到冷落,一时之间,似乎对法律进行规范分析变得不合时宜。然而,分析法学具有其他法学流派所不可取代的优势,特别是在我国目前的法治现状下,对法律进行规范分析更显得必不可少:

法律规范是法律的主要构成要素。法国比较法学家达维德认为,“在大陆法系法学家看来,法律就是为建立某种国家的社会秩序而制定的各种规则,是指示人们必须遵守的规范。”^①纯粹法学派的创立者凯尔森认为,法是人的行为的一种秩序,是许多规则的一个体系,而且法并不是一个规则,而是具有那种我们理解为体系的统一性的一系列规则,这一系列规则是由基本规范、宪法规范、一般规范和个别规范四个不同层次的规范构成。^②在我国,理论法学者也认为,在现代法律体系的诸要素中,“在数量上规则占绝对多数”。^③既然法律规范是法律的主要构成要素,对法律、法学的研究自然无法跨越对法律规范的研究。

法律规范乃法学体系的核心范畴。^④任何一门学科,都有一定的核心问题或范畴作为其标志,法律规范之于法学,正如物质与意识、思维与存在之于

① [法]达维德:《英国法与法国法》,舒扬、刘晓星译,西南政法学院法制史教研室 1984 年印,第 83 页。

② 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 3、141~148 页。

③ 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 49 页。

④ 谢晖:《法律规范之为法学体系的核心》,载《学习与探索》2003 年第 6 期。