

〈最新公司法修订版〉

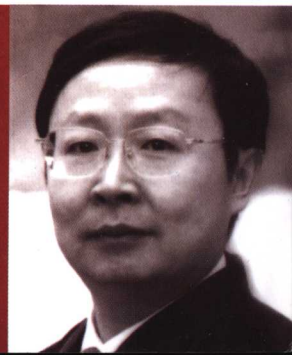
公司诉讼

司法救济方式

钱卫清 著

公司设立纠纷与司法救济
控股股东侵权纠纷与司法救济
公司法人人格否定诉讼的司法运作
公司僵局纠纷与司法救济
股权转让纠纷与司法救济
董事经理责任纠纷与司法救济
股东代表诉讼与司法救济
公司清算纠纷与司法救济

人民法院出版社



〈最新公司法修订版〉

公司诉讼

司法救济方式

钱卫清 著

图书在版编目 (CIP) 数据

公司诉讼：司法救济方式/钱卫清著. —2 版 (最新公司法修订版) —北京：人民法院出版社, 2006. 3

ISBN 7-80161-645-6

I. 公… II. 钱… III. 公司-经济纠纷-研究-中国
IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 016842 号

公司诉讼

——司法救济方式 (最新公司法修订版)

钱卫清 著

责任编辑 陈燕华 陈海光 谢 庆
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010)85250583 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 www. courtpress. com
E - mail courtpress@sohu. com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 408 千字
印 张 21
印 次 2006 年 3 月第 2 版 2006 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-645-6/D·645
定 价 40.00 元

版权所有 侵权必究

再版前言

——《公司法》修改催生的新公司诉讼生态

本书2003年出版后，受到读者的广泛欢迎，很快销售一空。原准备加印，适逢全国人大启动《公司法》修订工作，加之近两年来新的公司诉讼类型不断增加，作者也办理了一些新的公司诉讼案件，参加了许多公司法修订研讨会，有了新的实践和思考，值此新公司法颁布和实施之际，作者对本书进行了全面的修改和补充。

2005年10月27日，第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过了《中华人民共和国公司法（修正案）》（修改后的《公司法》于2006年1月1日正式实施）。现行《公司法》颁行于1993年12月29日，后历经1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议第一次修正，2004年8月28日第二次修正。此次修正为《公司法》历史上的第三次，也是最彻底的一次修正，可以说，此次《公司法》的修正是《公司法》发展史上的一个里程碑！

新《公司法》^①出台，将对经济活动和法治发展产生深远影响，其中一个立竿见影的效应，即是从根本上改变了当前公司司法救济乏力的状况，催生了一个崭新的公司诉讼生态。

修正之前的《公司法》仅有一个条款，即第一百一十一条，直接涉及公司诉讼问题，该条规定：“股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。”

此次《公司法》修改，打破了原有的公司诉讼格局，创建了崭新的公司诉讼生态。从公司诉讼的角度看，不仅原来《公司法》司法解释拟定重点处理的

^① 赵旭东教授在中国政法大学的一次报告上称，虽然此次仅是对现行公司法的修正，但鉴于改动幅度之大，宁愿把修改后的《公司法》称为新公司法。本书中“《公司法》”均指“新公司法”。

股权转让、股东权益诉讼、否认公司法人人格、公司设立四类纠纷均有涉及,而且新《公司法》还创设了多种公司诉讼新类型。较之原《公司法》,新《公司法》增加的诉讼类型包括:小股东对大股东的滥用控制权诉讼;公司人格否定诉讼;董事、监事、高级管理人员赔偿诉讼;股东决议撤销与无效诉讼;股东知情权诉讼;异议股东评估补偿权诉讼;公司设立不能诉讼;股东代表诉讼;公司司法解散诉讼。解决了长期以来困扰公司诉讼实践的多个难题。

从具体规定上看,新《公司法》也注重了公司诉讼的可操作性。比如第一百五十二条关于股东代表诉讼的规定,既对诉讼主体做了明确限定(有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东),又设置了详细的诉讼前置程序及其例外(监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的),使股东代表诉讼具有了相当的可操作性,一改修正前《公司法》语焉不详的模糊状态。

《公司法》修改,拓宽了公司诉讼渠道,解决了长期以来困扰公司诉讼实践的法律难题。新《公司法》实施后,公司诉讼无论从数量上还是从复杂程度上,都会大大增加,其中特别是公司诉讼的法律技术化程度会大大提高。比如公司人格否定诉讼,股东代表诉讼均涉及较为复杂的法律技术设计,这样便引发了一个当事人能否以及如何“接近司法”(access to justice)的问题,即《公司法》苦心设计了多种诉讼制度,这些制度设计也确是实践急需的,但由于技术性和复杂程度的提高,可能导致当事人(往往是非法律专业人士)不知利用、不会利用或错误利用。同样,法院也面临一个如何司法的问题。为此,最高法院已启动新《公司法》司法解释的起草工作,笔者也以多种形式参与其中。新《公司法》实施引发的新问题,如新旧《公司法》衔接问题等,都需要我们做出科学的回应。在此大背景下,笔者对本书的第一版进行了全面修订,使本书能够与时俱进,一方面增加了对《公司法》新型诉讼制度的阐释,方便当事人接近司法;另一方面,对新《公司法》实施引发的新问题,做了较为深入的思考,并尝试提出了解决思路,供有关机关参考。

本书修订过程中,李寿双律师提出了许多宝贵的意见。北京大学法学院硕士研究生吕卓、陈苏华两位同学也为本书的修订付出了辛劳。在此一并感谢!

钱卫清

2005年12月7日

序

随着我国市场经济体制的逐步完善，公司之核心主体地位亦日加凸显，公司制度这一非内生性的法律机制由最初嵌入，而后磨合，至今日，已逐步成为我国整个法律体系的一个有机组成部分。然而，较市场经济，尤其是公司实践的复杂、多样和其内在的创新冲动而言，公司法的演进某种程度上总是存在着一种制度学意义上的滞后。我国《公司法》自1993年颁行以来，历1999年修订，对指导公司运作以及与公司有关的经济活动有着不可或缺的价值，但是面对生动的、非规则化的、纷繁复杂的公司实践，《公司法》终究也无法逃脱“否定之否定”的哲学意义上的宿命。

最高人民法院于年初正式启动公司法司法解释的制定工作，准备重点针对股权转让、股东权益诉讼、否认公司法人人格、公司设立四类纠纷的法律适用问题提出法律上的应对之策。目前公司法司法解释工作正在紧锣密鼓地进行中。钱卫清先生的《公司诉讼——公司司法救济方式新论》正是在这一大的背景下适时推出的一部最新力作。为推动公司法司法解释工作提供了很好的借鉴，同时也为公司实践中出现的新问题的解决提供了很好的思路和方法。该书面向司法解释但又超越一般的法规诠释类著作，以公司参与人相互关系作为问题切入点，以请求权基础分析为基本方法，系统地论述了公司从设立到终结整个过程可能出现的纠纷类型及其解决方案。

新的公司法分析认为，公司是联结各个公司参与人之间法律关系的中继站，包括股东、董事和经理、公司债权人等公司参与人在内的各类主体围绕公司这个法律平台开展一系列的经济活动，经公司法的透视便构成了一个公司法律关系群，或者套用法律经济学的用语来讲，即是构成一个公司利益博弈格局。

钱卫清先生的新作便是从这一新的角度研究公司法问题的尝试，该书以此为切入点，沿用务实主义路线，从司法救济视角，运用纯法律的请求权基础的

分析方法，探求错综复杂的公司法律关系群中所可能引发的纠纷的请求权之基础。

公司纠纷是与公司实践相生相随的一种法律现象。公司制度首先是通过公司内部制衡机制来化解公司参与主体之间的利益冲突，从而最大程度避免公司纠纷发生的。当内部制衡机制缺位或处于无效状态的时候，潜在的冲突就会演变为现实的纠纷。公司纠纷，从经济实质上表现为一类公司参与主体不当地扩展自身利益范围从而对其他参与主体利益造成侵害；从法律角度看，往往是权利滥用和权利受侵害的并存。英国法谚告知我们一个朴素的法律道理，“无救济则无权利”，当公司纠纷出现时，如果利用外部力量救济受侵害的权利，矫正公司的运行，便成了首当其冲的问题。在追求救济方式多样化的今天，司法救济仍然发挥着重要的作用，同时它还扮演着权利救济最后屏障的角色。然而，与我们理论工作者不同，对于普通的公司从业人员来讲，面对一个实实在在的公司纠纷时，他们最渴望知道的有什么具体的法律依据可以救济自己的受到侵害的利益。大陆法系的逻辑是通过公司法为不同的主体设定不同的权利，然后通过主张权利达到救济利益的目的。在受侵害的利益和具体的法律依据之间存在着一个普通公司从业人员看不到的法律桥梁——请求权。钱卫清先生著作的可贵之处正是揭示了公司法上的请求权体系并指引出了每一种请求权的法律基础，为广大公司从业人员有理有据地维护自身权益提供了十分有益的参考。

钱卫清先生虽身在实务界，但热衷于对理论问题的研究，多次参加各种全国性的大型公司法研讨会。在几次会议上我与卫清先生相识、相知，深知他在公司法研究上所倾注的心血。卫清先生一直坚持“以实践促动学术，以学术引领实践”，在他身上兼容了公司法学者和公司律师两种角色，他用理论化的方法和语言，佐之新鲜的实践经验，为我们烹制了一道道关于企业、公司等盛宴。作为钱卫清的知交，我非常高兴有机会向理论界和实务界的同仁推荐他的最新力作，以共飨之。是为序。

王保树·

2003年7月9日

目 录

再版前言	(1)
序	(1)
第一章 公司纠纷与司法救济	
——以请求权基础建构的司法救济体系	(1)
第一节 公司利益冲突	
——永恒的话题	(1)
第二节 公司利益冲突约束的基本路向	(6)
第三节 权利救济途径	
——公司纠纷的请求权基础与公司诉讼	(10)
第二章 公司设立纠纷与司法救济	(14)
第一节 概述	(14)
第二节 设立中公司相关纠纷	(17)
第三节 出资纠纷	(23)
第四节 公司设立不能纠纷	(34)
第五节 公司成立无效纠纷	(38)
第六节 公司设立中的欺诈纠纷	(45)
第三章 股东权与股东权的司法救济	(48)
第一节 概述	(48)
第二节 优先认购权及其司法救济	(51)
第三节 公司盈余分配权及其司法救济	(57)
第四节 股东知情权及其司法救济	(60)
第五节 公司股东会议召集权及其司法救济	(67)
第六节 我国股东权司法救济制度之检讨	(74)
第四章 控股股东侵权纠纷与司法救济	
——从股东利益冲突角度论小股东权利的	

司法救济·····	(81)
第一节 概述·····	(81)
第二节 控股股东侵权纠纷的法律分析·····	(82)
第三节 小股东权利的司法救济 ——股东代表诉讼的具体运作·····	(90)
第四节 打破公司僵局 ——封闭公司小股东的司法退出机制考析·····	(108)
第五节 我国股东权与司法救济制度之再检讨 ——论我国现行小股东权利司法救济制度 及其完善·····	(115)
第五章 公司控制与公司人格否认诉讼的司法运作·····	(120)
第一节 概述·····	(120)
第二节 公司人格否定制度及其适用·····	(122)
第三节 公司人格否定诉讼的司法运作·····	(131)
第四节 我国公司人格否定制度的实践与完善·····	(137)
第六章 股权转让纠纷及其救济·····	(144)
第一节 概述·····	(144)
第二节 股东出资外部转让程序纠纷·····	(149)
第三节 违反公司章程的股权转让合同效力纠纷·····	(162)
第四节 导致“一人公司”股权转让合同效力纠纷·····	(166)
第五节 与股东变更登记有关的纠纷·····	(169)
第七章 董事经理责任纠纷及其司法救济·····	(182)
第一节 董事经理法律地位概论·····	(182)
第二节 董事高级管理人员忠实义务纠纷及其法律救济·····	(192)
第三节 董事高级管理人员勤勉义务纠纷及其法律救济·····	(205)
第四节 董事高级管理人员对作为股东的第三人的责任·····	(220)
第八章 公司清算纠纷及其司法救济·····	(231)
第一节 公司解散与清算制度概述·····	(231)
第二节 公司清算纠纷的主要类型及其法律救济·····	(240)
第三节 公司被吊销营业执照或注销后的清算纠纷及其 法律救济·····	(254)
第九章 以请求权为基础的司法救济体系·····	(267)
第一节 公司纠纷与诉讼的类型化与体系化·····	(267)

第二节 公司纠纷当事人请求权及其基础综述·····	(269)
第十章 新旧《公司法》适用衔接问题的初步探讨·····	(289)
附录·····	(298)
后记·····	(327)

第一章 公司纠纷与司法救济

——以请求权基础建构的司法救济体系

第一节 公司利益冲突

——永恒的话题

一、公司的参与人与公司的演进

现代社会中的公司，交织着多种社会关系并折射出不少社会信息。公司已不仅仅是商事工具而成为经济关系中的基本主体，随着公司实践和公司制度的演进，公司甚至成为社会关系交织的中心。公司参与人的概念也就是在这一背景下提出的，公司成为各类参与人进行经济活动的一个舞台。

传统的公司制度认为，只有股东才是公司的参与人，而从现代公司法学和制度经济学的角度看，公司的参与人还包括其他主体——董事、经理以其人力资本进行参与，债权人则以其金钱资本参与其中。其他主体虽不具有法律上的投资者的权利和义务，其在公司中的利益却类似于投资者，共同围绕着公司这一核心主体演绎出各类经济活动和交易关系。从这个意义上讲，他们都可以成为“公司游戏”的参与人，公司本身自然是其中的基本主体。公司就是公司的参与主体（公司本身、股东、董事、高级管理人员、债权人）之间的一种制度安排或权利结构的有形形态。^①

从制度经济学的角度看，公司是公司参与人之间发生的各种法律关系的集合体，换句话说，公司是公司参与人以公司为中介进行各种交易，发生各种法

^①牟宪魁：《论公司权利结构》，载《山东大学学报》（哲学与社会科学版）2001年第3期。

律关系的一个纽带；在信息经济学上看来，公司即是各个公司参与人之间进行利益博弈的一个舞台。从法律上看，公司从静态上表现为公司参与人的权利结构状态，从动态上表现为公司参与人之间互动的法律过程。

二、公司参与人之间的利益博弈格局

现代公司是多种利益主体、多元产权主体的有机统一体，形成了独特的公司法人财产权制度。公司的财产权独立于股东权，而由董事会为主体的经营层所控制，大股东又可通过对经营层的控制掌握公司的实际控制权，债权人作为公司投资者也成为利益一极。^① 公司权力（利）的多元化势必会导致股东与公司，股东与董事、经理，小股东与大股东，乃至债权人与公司、股东之间的多重利益冲突与失衡。^②

（一）股东（公司发起人）与公司之间的利益冲突关系

股东（严格的说是公司发起人）在公司设立阶段即与公司存在利益冲突。公司的生命来源于公司发起人最初投入公司的财产，公司发起人在公司设立过程中对公司的命运和前途具有决定性的影响。此时公司的内部制约机制和外部制约机制都没有最终到位或运作起来，公司发起人有动力进行虚假出资等损害公司利益的活动；即使公司成立后，股东也会试图通过各种形式抽回出资，进行“无本万利”的商业冒险。另外，公司发起人会借口公司设立的需要而将大量的不合理的费用转嫁给公司，甚至会借口公司设立的需要而代表未来的公司缔结有损公司利益的契约。^③

（二）董事、经理人员与股东和债权人的利益冲突关系

董事、经理人员包括通常所说的董事、经理以及担任经理职务的董事（即经营董事）。董事、经理人员的谋私行为会对所有其他公司参与人尤其是股东和债权人产生不利影响。一是渎职，二是掠夺和挥霍。这两类行为会使股东、债权人蒙受代理成本。^④

① 闫小龙、邓胜涛：《股东与非股东的利益冲突与平衡》，载《法商研究》2002年第6期（总第92期）。

② 缪剑文：《公司运作的司法程序保障初探》，载《法学》1998年第5期。

③ 张民安：《公司法上的利益平衡》，北京大学出版社2003年版，第2页。

④ 罗作汉：《论股东与经理的利益冲突对公司价值的影响》，载《经济师》2001年第9期。

现代经济学研究表明：大企业往往会偏离利润最大化目标，原因之一是由于在所有权和控制权分离的体制下，掌握公司控制权的管理人员可能有可供选择的其他目标。管理人员和股东可能有不同的动机——股东只要关心高股息和股票价格的上升，而管理人员可能想获得高薪水或统治一个大企业。^① 经济学的伟大奠基人亚当·斯密甚至曾评论说，股份公司这种企业形式不可能发展起来，因为董事和经理人们受股东之托代人理财，不可能像业主型企业家们那样节俭和勤奋。

在这方面，英美法是通过规定董事（主要是经营董事）对公司负有某些法定义务来实现对董事和经理人员的约束的。如在特定情况下，尤其在小型的封闭式公司产生的案件中，已有判例确认了董事直接对股东负有信义义务。而新西兰和澳大利亚等一些国家的判例更是把董事义务扩张至债权人，特别是在公司将破产的场合，董事义务向股东和债权人的扩张趋势正日益明显。^②

（三）债权人与股东之间利益冲突的防范措施

公司的债权人可以分为业务债权人、机构贷款人（如银行）、债权证书持有人（如公司债券持有人）。公司债权人与股东之间利益冲突的根源很大程度上在于公司的“有限责任原则”。股东只以其出资为限对公司债务承担有限责任，但同时股东对公司有很大的控制权，相反，公司债权人却只对公司本身拥有普通的债权请求权，除非在个别的“否定人格”情况下，债权人不能要求股东直接对公司债务承担责任。

债权人与股东冲突表现在：（1）公司低价把公司财产转让给股东，股东会获利而债权人可能受到歧视（因为公司的财务状况会恶化）；（2）公司采取慷慨的分红政策，股东当然乐意而债权人借以保护自身的股权屏障则受到一定程度的侵蚀，违约风险因而增加，且清算发生时减少清算财产的价值；（3）举借新债，可能对股东有利，因为股东因此不必向公司追加融资，公司可能因此抓住潜在的商业机会。而债权人并不能因公司的高利润而获得更多的回报，新债反而会提高公司的负债率，稀释债权人对公司资产的请求权，增加公司的财务负担从而使违约风险加大；（4）股东利用债权人的钱进行冒险投资，股东将得到大部分利益而债权人则最多得到贷款本息，如失败，股东最多只失去其投

①[美] 萨缪尔森、诺德豪斯，胡代光等译：《经济学》（第十四版），首都经济贸易大学出版社1998年版，第343～345页。

②John H. Farrar, *Farrar's Company Law*, BUTTERWORTH, 1988, P325～343; See also Ross Grantham, *The Judicial Extension of Director's Duties to Creditors*, (1991) 1 JBL1.

资的那部分资金，而债权人却负担血本无归的风险。^①

（四）股东之间的利益冲突

股东虽然在很多场合中可以被视为一类公司参与主体，但其实股东之间也是存在利益冲突的。股东因持股数量而因此对公司控制权的大小可以划分为控股股东和少数股东两种基本的类别。这两类股东因“资本多数决原则”发生作用而可能引发结构性、普遍性的利益冲突。

控股股东对公司拥有控制权，从而少数股东有理由担心控股股东可能把公司财产据为己有或把公司的业务转移给控股股东直接或间接拥有的企业，而实际上公司的控制股东往往无视小股东利益，通过关联交易牟取私利甚至直接侵占公司财产。在上市公司中控股股东和小股东之间的利益冲突关系表现得更为明显，大股东经常以各种伎俩肆意掏空上市公司，损害小股东的利益；同时，小股东从参与公司活动之始就抱有很大的投机态度，实际上很少参与公司的经营，只想搭车获利，从而也会与控股股东的利益取向发生冲突。另外在家庭经营的公司（家族式公司）中，也潜藏着较强烈的利益冲突，公司外部的事件，如婚姻不如，会导致股东之间的利益冲突。^②

三、利益冲突与公司法的制度安排

在公司发展史上，先有公司事实上的存在，然后才有作为法人的公司。公司演变为法人的立法动因乃是从法律上确认和实现相关利益主之间合理的利益均衡。为实现公司法的利益均衡之目的，在立法技术上就必然表现为对公司人格的确认，使公司免受来自股东和第三人的非法干预，超然于各原始利益主体之上，并通过其正式建立的机关（主要是董事会）为一定的行为。因此，公司之具有法人格乃是为了使法律关系单纯化而由法律所认许的一项法技术。^③ 日本学者大隅健一郎认为：“无论是在理念上还是在现实上，股份公司都是股东利益、公司债权人利益、社会公共利益等各种利益的错综物，不仅这些利益本身屡有矛盾对立，而且各利益内部也还包含了利益抗争的可能性……在这样的

^① 聂卫东：《公司参与人的利益冲突及合同安排》，载《社会科学》1999年第3期；孙业群：《论公司债权人与股东利益的冲突及其限制》，载《河北法学》2000年第4期；张双才、齐寅峰：《股东与债权人的利益冲突及协调机制》，载《河北学刊》2001年7月刊，第21卷第4期。

^② 林晓鍊：《股东利益的冲突与衡平——探寻股东关系的基本原则》，载《法学评论》（双月刊）2001年第1期（总第105期）。

^③ 贾登勋、王勇：《现代公司制度的法理学基础》，载《兰州大学学报》（社科版）1999年第1期。

矛盾对立中努力寻求真实的形式，乃是股份公司立法的任务。”^①

那么公司法是通过怎么的制度设计来实现对公司的各类参与主体的利益制衡的呢？通过对公司参与主体之间主要的利益冲突类型和公司法几个主要原则之间的对应关系我们就可以发现其中的奥秘。

股东与公司——“资本三原则”、“有限责任原则”

董事、经理与股东和债权人——“诚信义务原则”、“经营判断原则”

股东与债权人——“有限责任原则”、“资本三原则”

股东与股东之间——“资本多数决原则”、“股东平等原则”

在股东与公司之间，“资本三原则”^②首先要求公司发起人在设立公司时要向公司投入足额的出资，并且在公司登记后不能以任何形式抽回出资（《公司法》第三十六条），这就防止了股东的投机行为；同时股东只以其出资为限对公司债务承担有限责任，避免了股东因公司的经营而承担不确定的风险；在董事、经理与股东和债权人之间，董事和经理人员对公司股东（现代公司法也包括对公司债权人）负有作为一个善良管理人的诚信义务，给董事和经理以制度约束，避免代理成本的任意扩大化；同时公司法设置“经营判断原则”避免公司股东和债权人任意干涉公司的经营管理事务，保障董事、经理可以充分发挥自己的商业才能；在股东和债权人之间，股东首先通过“有限责任原则”限定自己的责任，避免对公司债权人承担无限度的义务；同时“资本三原则”要求股东必须向公司实际投入一定的财产并且在公司经营期间应当维持一定数额的资本存在，未经法定程序（尤其是债权人的同意），不得任意变更公司资本，这在很大程度上保障了公司债权人的利益；在股东与股东之间，大股东由于对公司的投入较多，承担更大的风险和责任，因此通过“资本多数决原则”赋予大股东更多的控制权也是必要的，同时通过“股东平等原则”协调股东之间的利益冲突，避免大股东对小股东的欺诈和各种形式的利益侵占行为。

总之，公司法的重要作用之一就是为公司法上的利益主体提供法律上的保护。而无论从公司法提供法律保护的经济合理性还是从公司法提供法律保护的法律合理性上来看，公司法对公司法上的利益主体提供法律保护的根本目的在于实现相关利益主体之间合理的利益均衡，制止某些主体以牺牲其他主体的利

^①聂卫东：《公司参与人的利益冲突及合同安排》，载《社会科学》1999年第3期。

^②“资本三原则”，即资本确定原则、资本维持原则、资本不变原则。资本确定原则，又称法定资本制，是指公司在设立时，必须在章程中对公司的资本总额做出明确的规定，并须由股东全部认足，否则公司就不能成立；资本维持原则，又称资本充实原则。是指公司在其存续过程中，应经常保持与其资本额相当的财产；资本不变原则，是指公司资本总额一经确定，非依法定程序，不得任意变动。

益为代价实现不正当利益行为的发生,确保公司组织的稳定、健康和持续发展。^①

第二节 公司利益冲突约束的基本路向

一、利益冲突的普遍性与公司纠纷的产生

利益冲突不仅在公司中,而且在社会生活的方方面面都是作为一种常态的形象存在的。应当明确的是,利益冲突本身并不必然导致纠纷的产生,它仅仅是纠纷产生的一个潜在发生要素,只有在利益冲突无法合理化解的情况下才会导致纠纷的实际发生。利益冲突的化解机制从发展阶段上可以分为两种:事前化解机制和事后化解机制。事前化解就是通过有效的制度安排而将利益冲突控制在一定的范围之内,避免纠纷的产生;事后化解其实纠纷解决,而纠纷的解决本身也是一种利益冲突化解机制,可以说,如果利益冲突突破事前的制度安排控制范围时,可以有事后的救济方式及时化解掉,利益冲突失控而引发的纠纷就不会造成任何实质性的影响,从这个意义上讲,也仅仅从这个意义上讲,纠纷只是在逻辑层面上存在的。

具体到公司来讲,公司参与主体之间普遍存在的利益冲突可能在两种情况下导致公司纠纷的实际发生:(1)控制公司利益冲突制度缺位或无效;(2)化解利益冲突的事后救济机制的缺位或无效。从实际的公司实践上看,公司的利益冲突首先是通过公司股东在设立公司之处所进行的谈判以合同安排的形式来解决或预防的,这种合同安排在公司成立后演变为公司的章程从而成为一种主要的事前的利益冲突化解方式;同时,公司法为公司构造的内部治理结构也构成对利益冲突的重要的事前约束力量;另一方面,公司法和其他法律制度可能提供的外部干预和救济构成了公司纠纷的事后化解机制,当公司参与人的利益冲突超出事前的制度安排的控制范围时,及时将冲突消弭于无形,从而及时排除了公司纠纷的存在。但是,公司利益冲突的事前约束和事后救济制度都可能因为各种因素而无效,甚至这些制度根本就不存在,利益冲突一旦脱离约束与化解的藩篱就可能爆发而导致公司纠纷的实际和持续的发生。

^①张民安:《公司法上的利益平衡》,北京大学出版社2003年版,第2页。

我国的公司很多是由原来的国有企业直接改制而建立的,在我国的公司实践中,不仅存在着一般意义上的公司参与主体之间的利益冲突,而且许多本不该带到公司中来的问题也“鱼沙并进”而侵入了公司这一新生的市场主体,这就使得整个利益博弈格局更加的复杂化。从表现上来看,主要体现为三点:(1) 国有股东地位畸高。由于国有股直接关系到国有财产从而牵连到经济所有制的问题,因此公司法对国有股东多方照顾,^① 加上独特的国有股“一股独大”的独特的股权结构,使得公司实践基本上成为国有股东利用公司这一道具进行的“非公非私”的乱舞,而其他公司参与人充其量也只是与国有股东共舞。更为严重的是,原《公司法》甚至规定公司中的国有资产所有权属于国家,这样一来,整个公司制度实际上就留有一个非常重大的缺口,国有股东在保有对公司出资所有权的情况下而享有股东地位,从而形成一个无法克服的逻辑困境和法律死角。(2) 公司内部治理结构虚设。由于我国大部分股份公司,尤其是上市公司,多数都是原来的国有企业改造而来的,从内部的治理结构上,也仅仅是将原有的“老三会”变为现在的“新三会”,新瓶装旧酒,不仅由工会转化而来的监事会形同虚设,而且股东会和董事会也成了国有股东其实是国有股东代表即公司管理层的一言堂,内部人控制严重,内部治理结构这一重要的制衡机制处于失效状态。(3) 债权人的软约束。公司的主要债权人限于“工、农、中、建”四大国有银行和其他国有或国有控股的银行,这样国有控股的公司和国有银行之间基本上就是同受国家控制的“关联交易人”关系,公司与公司债权人“同气连枝”,甚至公司债权人是在受到国家意志控制的情况下被动进入公司这个是非舞台的,债权人对公司的约束基本处于有气无力的状态。

二、合同安排与合同安排的局限

一般情况下,公司参与人均可通过讨价还价达成合同安排以解决或预防利益冲突的产生。美国芝加哥大学的两位学者 F·H·Easterbrook 和 D·R·Fischel 在其力作《公司法经济结构》中提出:从规范意义上说,公司法应当尽可能允许公司的参与者自由谈判,减少强制性规定,才能维持市场效率。强制性的规定只不过是补充公司参与者的契约所留下的缺口或空白,从而

^①公司法不顾商事法律制度的规范性标准,凡为国企皆可变通,创造出国有股、国有法人股、国有独资公司、国企改制为股份公司可少于五人的发起人人数最低标准等五花八门的物事,导致了整个公司运行体制的混乱。