

冲突与衡平

契约视角下
股东不公平损害问题研究

王 月 刘倚源 著



CHONGTU YU HENGPING

QIYUE SHIJIAO XIA

GUDONG BUGONGPING SUNHAI WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

冲突与衡平

契约视角下股东不公平损害问题研究

王 月 刘倚源 著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

冲突与衡平——契约视角下股东不公平损害问题研究/ 王月, 刘倚源
著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 8
ISBN 978-7-5620-4884-8

I. ①冲… II. ①王… ②刘… III. ①公司法—研究—中国 IV. ①
D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第186574号

书 名	冲突与衡平——契约视角下股东不公平损害问题研究
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088 邮箱 fada.zb@sohu.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880mm×1230mm 32开本 8.5印张 198千字
版 本	2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4884-8/D·4844
定 价	29.00元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

引言

公司作为现代经济生活的主要缔造者和参与者既给人类社会带来了高度繁荣的经济文明，但同时公司过于膨胀的躯体和永不知满足的逐利之心也使得公司在发展的过程中无论是内部的股东之间、股东与管理层之间还是外部的公司与债权人之间、或其他利害关系人之间总是充满着不断的矛盾和斗争。

自“所有权和控制权相分离”之命题面世，诸如股东“理性冷漠”、“搭便车”、“内部人控制”等问题便如影随形。保护股东利益、特别是中小股东的利益就成为各国公司法改革的重心。越来越多的学者将“中小股东受到不公平损害”这一现象作为研究领域。

股东不公平损害制度起源于英国公司法，美国公司法对此制度进行了演进，并将之称为“股东压制”。在注重实用主义的英美国家，显然并不苛求法律体系和法律概念在表述上的同一性，但是其内涵却都反映了控制股东以其在公司中的优势地位，打击、压迫和排挤非控制股东，不当剥夺或限制非控制股东参与公司经营管理和获得应有的投资回报的行为。我国公司法制度上并没有使用“不公平损害”这一术语，但是我国公司法也强调公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益，

否则应对因此造成的损失承担赔偿责任。

不公平损害产生的原因很多，主要取决于公司内部各种利益关系的现状及在此基础上制定的公司内部契约的完备程度。1937年科斯以“企业的性质”一文初创了公司契约理论，给制度经济学带来了学术上的新天地，几经后世学者的演绎进化，公司契约理论已经成为综合经济学、法学、社会学等多学科、多领域的一种综合理论，它为解释公司内部错综复杂的关系和利益构成提供了一个全新的研究视角和研究工具。

传统公司法理论中法人学说只注重研究公司对外的能力与行为，而对股东权产生的经济根源多失于考察，所以这些制度多集中在设计具体的行权方式上，注重实证研究。公司契约理论认为“公司乃一系列契约的联合”。在此前提下，以契约中的平等性、合意性、不完备性来看待股东间的不公平损害就会发现其实质源于股东间利益的冲突，由于公司是众多利益相关者组成的契约集合体，股东的行为对其他利益相关者会产生直接或间接的影响，某些时候就可能会造成严重的不公平损害。

在契约的不完备性因素的干扰下，并不是每个股东的合理预期都能在公司契约中完全明确地固定下来，也不可能在公司经营过程中完全实现。在信息不对称的市场条件下，股东之间、股东与管理层之间不但不能真正在平等条件下实现契约的达成，相反还极有可能引发股东的机会主义行为。由于缺乏有效的监督方法，大股东的信义义务有时会成为一纸空文。更重要的是，由于公司议事规则——资本多数决原则的特殊性，公司的决策以及公司契约的制定都存在被异化的可能。与民主决策机制的发展相类似，公司的议事规则也经历了从“一致同意”到“多数决”的过程。在公司制度初创时期，公司基本上都是规模较小、业务和组织结构相对简单或由家族统治和经营的形式，这

使得在公司运营决策过程中有可能全面考虑公司各个成员的意见，一致同意原则成为这一时期公司决策时的基本选择。但是当公司的组织体规模日益扩大时，一致同意原则就必然因其实现的高成本和低效率而被摒弃了。取而代之的则是以福斯规则为依据的资本多数决原则。以这个原则为出发点，拥有资本多数者对资本少数者就形成控制上的优势，同时借助“分权与制衡原则”、“效率与公平原则”等公司治理的一般规则，限制了一般资本所有者的参与权和表达权，导致公司权力中心向公司管理层、少数控股大股东以及实际控制人方面进行转移。公司制度中的一些缺陷也因此被放大出来，这就必然加剧中小股东在公司控制方面的弱势地位，那么产生股东不公平损害现象也就不足为奇了。

本书意图将对在股权配置的矛盾冲突中股东所受不公平损害的现象、实质、救济的研究都纳入一种契约的理性之下，股东不公平损害恰恰是由股东契约的不完备性造成的。

本书的主旨在于：股东权利（力）的配置亦可基于契约理论考察。公司契约理论认为，公司作为一项富于风险的集合性事业，每个参与者都有权根据契约来构建符合自身利益的公司内部事务模型，特别是公司的各个股东都是通过自愿缔约而加入公司，毋庸置疑，其所为经济利益而来，向“自身利益最大化”目标奋力前行。因此，在逐利的过程中就有可能漠视甚至损害他人利益。因而又衍生出对“股东不公平损害”制度之研究。

以契约角度审视不公平损害的成因，或可源于因精细详尽条款制订成本高昂而被摒弃所遗之漏洞，或可因契约的不完全性和公共性而产生；又或基于久未修订的契约缺乏适应性而难以面对新的权力生态环境。

本书以契约理论为研究切入点,以股东不公平损害现象为研究具体模型,拟深入研究股东不公平损害发生的契约原因,不公平损害具体现象后的契约特质,在此基础上为最大限度地避免和纠正股东不公平损害设计了事先的契约预防机制,与法定事后救济措施互为补充,共同构成预防和规制股东不公平损害的有机系统。

全书拟从以下几个方面进行论证:

一、契约理论下的公司及公司法

在本书的第一章,我们以契约理论为研究路径,分析公司、股东、公司法的契约本源,比对了传统公司法理论中对于公司本质认识的法人说和现代公司法多元理论中的公司契约理论。对公司契约理论既在纵向上比对了古代、近代和现代的不同,同时在横向上比对了法学、社会学和经济学上各自的特点。本章还以公司契约理论分析了公司、公司治理结构、公司法、股东权、公司章程等公司制度中众多要素的契约属性。

二、股东不公平损害的契约解读

在本书的第二章,我们以契约观点对股东不公平损害行为的构造进行研究——不公平损害究竟从何而来?不公平损害的外延极其宽泛,事实上,不公平损害至今仍不是一个法律概念,即使在其肇始的英国,也并无具体法律概念之界定,学者们对是否要予以界定也是莫衷一是。本部分试图对不公平损害的概念和适用制度做比较法的研究,考察英美两国的不同法律规则。研究重点则在于分析不公平损害的成因。不公平损害的直接原因在于公司参与各方利益的冲突,从契约视角审视,则可以发现,依据“公司是契约的联结”理论,利益冲突来源于契约的

不完备。以契约这一“股东权产生的逻辑原点”为镜，仔细审视研究，可以看到“股东合理期待利益”、“大股东的信义义务”、“股东机会主义”、“资本多数决与股权平等之博弈”等公司法基本制度和行为各自呈现出不同寻常的面目。

三、股东不公平损害的类型

在本书的第三章，我们首先对股东权利受损做了契约解读，在契约的视角下，当股东利益发生冲突时，一部分处于弱勢的股东就有可能受到不公平损害。常见的有：①大股东攫取和滥用公司更多资产，包括：不公平的关联交易；违规为股东提供担保；控制股东非法占用公司资金。②拒不分配股利造成的不公平损害。③违反信息披露制度造成的不公平损害。④侵犯股东知情权造成的不公平损害。⑤不当增发造成的不公平损害。⑥不当修改公司章程所造成的不公平损害。

四、股东不公平损害的契约预防

在本书的第四章，针对上一章所研究的不公平损害的具体现象，我们以受益权为中心研究股东权构建的契约属性，关注协议、章程、法律的具体功能和相互衔接，实现自由与强制的衡平。在股权行使规则、股权转让规则、股东退出规则中建立尽可能完备的契约预防机制。

五、股东不公平损害的诉讼救济措施

在本书的第五章，我们主要研究在契约机制失灵的情况下如何对股东不公平损害进行公力救济。契约的理念和预防机制的作用更多的在于宣示规则和权利。制订一个完备的契约不但为和谐时的公司参与者划定了行动的标尺，也是未雨绸缪，为

以后冲突中的利益体确定一个定纷止争的依据。但是由于契约本身的缺陷很多时候会导致这种机制失去原有的作用，因此以公司法规范的强行性规定对公司契约不能予以衡平的利益上的不公损害做出干预也是公司法的主要功能之一。特别是在不公平损害已经发生的情况下，往往要通过各种直接或间接诉讼来实现。在此情况下股东可以以诉讼的方式请求司法强制保护自己受损的利益。常见的诉讼种类有请求撤销及确认股东会、董事会决议无效之诉、股东实现知情权之诉、股东派生之诉、司法解散公司之诉。契约和法律永远是相依而生。不可盲目宣扬“契约自由统治一切”而藐视甚至抵制公司法的作用。公司的累进经验表明公司法是降低公司风险与成本的最后的屏障。

以上部分中第一章、第二章、第三章由王月撰写，第四章、第五章由刘倚源撰写，由于我们的水平所限，文中疏漏难以避免，我们在期待专家指正的同时，也愿意承担相应的文责。

作 者

2013 年 4 月

目 录

引 言	(1)
第一章 契约理论下的公司及公司法	(1)
一、人格色彩下的公司	(1)
(一) 法人拟制说	(4)
(二) 法人实在说	(5)
(三) 法人否认说	(7)
二、契约理论：公司内部关系构建的独特基础	(9)
(一) 契约：从私人到社会的进路	(9)
(二) 传统公司契约理论	(12)
(三) 经济学中的公司契约理论	(13)
(四) 契约重生——麦克尼尔的关系契约理论	(22)
(五) 公司法理中的契约理论	(24)
三、契约理论对于公司内部基本问题的影响	(25)
(一) 公司性质契约观点	(25)
(二) 公司治理结构的契约性	(28)
(三) 股东权的契约性质	(33)
(四) 公司法的契约色彩	(38)

第二章 股东不公平损害的契约解读 (47)

一、不公平损害的法概念解析 (47)

(一) “不公平损害”法学内涵的界定 (47)

(二) 多数股东、少数股东和控制股东的界定 (57)

二、对不公平损害的认定 (61)

(一) 不公平损害的认定原则——在资本多数决和 少数股东利益维护之间寻求平衡 (61)

(二) 不公平损害的认定标准 (63)

三、不公平损害产生的原因：契约观点 (67)

(一) 不公平损害的内部成因——股东间委托代理 契约的不完备性 (67)

(二) 不公平损害的外部成因——大股东和经营者 一体化的局面 (69)

(三) 不公平损害根源于利益冲突 (70)

四、不公平损害产生的关联性因素 (74)

(一) 股东因合理期待所生的不同诉求 (74)

(二) 股权平等原则与资本多数决原则的博弈 (77)

(三) 股东的机会主义行为 (85)

(四) 大股东违背诚信义务 (88)

第三章 不公平损害的典型形式 (94)

一、股东权利受损的契约解读 (94)

二、大股东攫取和滥用公司更多资产 (99)

(一) 不公平的关联交易 (99)

(二) 违规为股东提供担保 (104)

(三) 控制股东非法占用公司资金 (106)

三、拒不分配股利造成的不公平损害	(109)
四、违反信息披露制度造成的不公平损害	(114)
五、侵犯股东知情权造成的不公平损害	(120)
六、不当增发造成的不公平损害	(127)
七、不当修改公司章程造成的不公平损害	(132)
第四章 权利构建：股东不公平损害的契约预防	(139)
一、预防不公平损害的契约机制	(139)
(一) 协议、章程、法律：自由与强制的衡平	(143)
(二) 股东权配置的基本框架：以受益权 为中心	(153)
二、股权行使规则中的契约预防	(158)
(一) 股权行使的基本依托——股东会的构建	(159)
(二) 股东权行使的群体性与个体性	(166)
(三) 表决权的限制	(168)
三、股权转让与股东退出的契约预防	(191)
(一) 对我国现行股权转让限制立法的检讨	(191)
(二) 对股东退出机制的探索	(194)
第五章 契约力不能尽的保护：股东不公平损害的 诉讼救济措施	(200)
一、股东会决议的无效及撤销之诉	(202)
(一) 我国《公司法》对股东会、董事会决议 瑕疵诉讼的基本规定	(202)
(二) 构建完善的股东会、董事会决议无效、 可撤销诉讼制度	(204)
二、股东实现知情权之诉	(207)
(一) 股东知情权的内涵	(207)

(二) 股东知情权的内容	(210)
(三) 股东知情权的救济	(214)
三、股东派生之诉	(222)
(一) 股东派生诉讼的概念界定	(222)
(二) 股东派生诉讼的功能	(224)
(三) 派生诉讼和直接诉讼的区别	(225)
(四) 我国《公司法》对于股东派生诉讼制度的 相关规定	(226)
(五) 滥用诉权的相关防范机制	(229)
(六) 派生诉讼的现实意义	(232)
四、司法解散公司之诉	(233)
(一) 司法解散公司之诉内涵的界定	(234)
(二) 司法解散公司之事由	(237)
(三) 我国立法对司法解散公司之诉的规定	(240)
参考文献	(247)
后 记	(260)

第一章

契约理论下的公司及公司法

一、人格色彩下的公司

从来没有哪个时代像今时今日这样崇尚经济的腾飞,从来没有哪个社会像现代社会这般物质生活高度发达,也从来没有哪个组织像现代的公司这样与人们的生活息息相关。人们如同生活在商品经济的大潮中,公司则成为人们衣食住行、生老病死的见证者和承载者。公司不但是整个市民社会物质财富和精神财富以及各种服务的创造者和提供者,还承载着社会经济发展的深层动因,不遗余力地推动着社会财富增长。更重要的影响表现为“公司是市场经济社会的主人翁,是经济发展、科技进步、国家富强、百姓富足的物质基础,是社会稳定、社会和谐的重要影响力量。”^[1]公司自身没有生命但却寄托着各个利益主体的殷殷希望——股东、管理层、普通雇员、债权人等诸色人等在寻求各自利益的过程中又因利益聚首于公司这样一个组织内并努力地平衡着冲突的利益、维系着公司的发展。公司起源的真正动力是私人对财富的追求——自发的逐利行为。^[2]公

[1] 刘俊海:《新公司法的制度创新:立法争点与解释难点》,法律出版社2006年版,序言,第1页。

[2] 蔡立东:《公司自治论》,北京大学出版社2006年版,第19页。

司制度首先是“一种自生自发的扩展秩序，其生成和演进体现为人类对经济生活需要的适应性反应，是公司自治——人类行动的造化，而非理性设计的产物；是一种进化的成就，而非依正当性建构的功绩。公司制度这一自由人经由自生自发的合作而创造的成就，确实要比任何个人的心智所能充分理解的东西更伟大。”^{〔1〕}随着社会的发展和技术的进步，现代公司规模日益壮大，形态日趋复杂。当今的公司不仅是当事人在经济关系上的联合，也是政治关系、社会关系的联合。^{〔2〕}

自从公司初具形态至今，学者们从未停止过对公司的思索与探寻，总是试图将真正的公司面目展现给世人。也因此造就了公司理论流派中学说林立、异彩纷呈的现象。公司作为一种企业形式，其商主体身份和商事活动的色彩肇始于中世纪的欧洲。在历经数百年商事实践、文化浸润和法律沉积后，现代西方的公司制度不但体系日臻完善，法律逐步严格，而且公司内部组织的治理亦日渐完备。可以说“公司是西方法理社会演化出来的产物。”^{〔3〕}在《布莱克法律词典》中对于公司做了如下定义：“作为一个单独的、与拥有它的股东相区别的‘人’，在法律授权下运作，有权利发行股票并能无限期存在的一个实体（通常是商业性的）；一个团体或人的联结体，依据法律规则其被确定为与组成的自然人相区别的具有法律人格的法律或法理上拟制的人，无限期存在，并具有章程赋予的法定权力”。^{〔4〕}但是这并没有解决公司的性质这一本质问题。

〔1〕 蔡立东：《公司自治论》，北京大学出版社2006年版，第43页。

〔2〕 William W. Bratton, “The Economic Structure of the Post-Contractual Corporation”, 87 *Northwest University Law Review*, 1992, pp. 207 ~ 212.

〔3〕 胡国亨：《法人的统治——迈向以公司为本的经济学》，香港大学出版社1998年版，第1页。

〔4〕 *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, West Group, 2004, p. 365.

长久以来,“公司是什么?”成为了困扰着法学家们的难题,对公司本质的争论数百年来也从未停止。思考愈是深入、困惑愈加深切,虽然这种争论往往带有形而上的色彩,然而对于公司及公司法律制度的研究与实践,它又是一个永远无法回避的前提性问题。^[1]当公司制度被法学、经济学、管理学、政治学、社会学等诸多学科争相引为研究对象时,各种学派更是莫衷一是、众说纷纭。其中公司独立人格理论占据了传统公司理论的统治地位。

在传统的公司法理论下,无论是重视法律概念界定的大陆法系国家公司法还是更加务实的英美法系国家公司法,都认为公司具有独立的法律人格并视之为公司与其他企业组织形式相区别的核心特征^[2]。在此之前的古典企业制度以业主个人制和合伙制为主要形态。虽然在企业构成上有所不同,但异曲同工之处在于这两种企业都不具备独立的人格,也不产生业主和企业之间所有权和经营权的分离。而公司历经几个世纪的因循渐进成为一种现代企业形态后,它使企业创办者摆脱了以个人财富完成资本供给的传统模式,在此基础上形成的传统的公司法人性理论“完成了公司从客体到主体的转变,简化和明晰了公司对外交易中的法律关系。”^[3]法人性确认了公司财产和责任的自己性,赋予了出资人有限责任的庇佑,进而鼓动了人们投资创业的热情,标志着公司制度逐步成熟与健全。在这种学说中,“独立人格”成为了认识公司的索引。据现有史料研究考证,

[1] 常健:“回归与修正:对公司本质的重新解读——兼评《中华人民共和国公司法》的相关规定”,载《法商研究》2007年第1期。

[2] [美] 罗伯特·C. 克拉克:《公司法则》,胡平等译,工商出版社1999版,第265页。

[3] 石旭雯:“公司法律本质的双维分析”,载《政法论丛》2009年第4期。

“人格”一词来自于罗马法的概念，是罗马市民的身份标识，即一个人必须同时具有“自由人”、“家父”与“市民”三种身份，才能在市民名册中拥有一章的资格，才是罗马共同体的正式成员，成为权利义务之主体，否则就被视为奴隶或者从属者或者外邦人^{〔1〕}。近代社会则认为人格是自然人、法人及其他团体可享有权利、承担义务的法律资格。后世的公司正是逐步以罗马法中的团体人格为基础一步一步得到了法律所赋予的能承担权利义务的独立人格，进而成为一个独立的法人。这一资格的获得使得现代公司与其成员人格截然分离，奠定了现代公司法的理论基石。

仅从法律角度而言，对于公司法人本质的研究主要有“法人拟制说”、“法人实在说”和“法人否认说”等学说。

（一）法人拟制说

所谓“法人拟制说”，其中心观点是世上本无法人身，法律模拟设立之。法律上的拟制就是立法者在理由充足的情况下根据需要设计某种制度，有意识地忽略事物的差异，将不同的物视为相同的、不存在的模拟现实存在生成。在具体的法律条文中，拟制的法律技术经常使用“视为”这样的表达方式，作为一项法律上特有的技术，至今被各个法律部门广泛运用，很大程度上塑造了现代法律的面貌。^{〔2〕}

法人拟制说是最早论及法人本质的学说，也是对后世公司法学说影响最大的一种学说。中世纪的注释法学家们就曾将“法人”解释为“有团体名义之大多数人的集合而独立存在的抽象人”。14世纪罗马教皇英诺肯季四世以“法人的人格是基于

〔1〕 参见徐国栋：“‘人身关系’流变考”，载《法学》2002年第6期。

〔2〕 参见蒋学跃：“法人本质理论的重新审视与评判”，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第39卷），法律出版社2008年版，第226页。