

中国商法评论

(~~第四~~年卷)



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国商法评论(2007年卷)/顾功耘主编. —北京:北京大学出版社, 2007

ISBN 7-301-13400-9

I. ①中… II. ①顾… III. ①商法—中国—文集 IV. ①D923.945.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第 146000 号

书名：中国商法评论(2007年卷)

著作责任者：顾功耘主编

责任编辑：张兴群、朱彦、华娜、王业龙

标准书号：ISBN 7-301-13400-9

出版发行：北京大学出版社

地址：北京市海淀区成府路 252号 邮编：100871

网 址：http://www.pup.cn

电 话：邮购部 010-62750175 发行部 010-62750176 编辑部 010-62750177 出版部 010-62750178

电子邮箱：bjw@pup.cn

印刷者：

经 销 者：新华书店

开本：787毫米×1092毫米 1/16 印张：20 字数：400千字

2007年 4月第 1版 2007年 4月第 1次印刷

定 价：35.00元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62750175 电子邮箱：bjw@pup.cn

卷摇首摇语

从 1990 年成立上海市法学会商法研究会以来,我们以研究会的名义连续出版了两卷《中国商法评论》,本卷为第三卷。我们之所以坚持不懈地编辑出版《中国商法评论》,是因为上海这样的经济中心城市具有丰富的商业文化和商法实践的资源。及时反映经济活动中的新情况、新问题,总结经济改革和发展及其法治的成就,研究解决问题的有效对策,对于促进上海乃至全国不断改善经济环境和条件,健全商法制度和各项交易规范,均具有十分重大的理论价值和现实意义。

本卷选载的是上海市法学会商法研究会 1999 年 5 月举行的年会交流论文。这些论文所研究的问题无论是从广度还是从深度上看,都大大超过往年。如果说前两卷还是围绕着公司法、证券法和破产法等如何修订展开讨论,本卷则主要讨论这些法律修订后如何进一步实施的问题。问题的讨论更加务实,建议和对策更具有可操作性。其中,有的论文还进一步探讨了新修订法律存在的缺陷,有的论文介绍了国外相关法律法规和理论研究的最新发展动向。例如“双重代表诉讼”问题的研究,不仅让我们学习到了最新的知识,而且为处理国内最新出现的一些极其复杂的公司案件提供了重要指导。

本卷论文作者的来源比较广泛,有的来自于司法机关和行政机关这些实践部门,有的来自于很有影响的大企业和金融机构,还有的来自于颇具实力的科研机构和大专院校。他们绝大多数既具有深厚的理论功底,也有丰富的实践经验。他们所提供的论文言之有物,实实在在,值得一读。

本卷论文除对公司法、证券法和破产法等作出一定的学理说明外,还对合伙企业法、信托法以及国际销售合同公约等相关问题作了必要的探究,提出的观点也很有启发性。

应当指出的是,新颁布的公司法和证券法已经建立了不少新制度,解决了不少新问题。但是有的制度如何应用、政策的界限如何把握等,亟待有权机关作出解释。本卷中的不少论文为下一步作出法律解释提供了强有力的理论支撑。

商法是一门实践性很强的学科。商法制度的发展和完善不仅需要理论界的努力,更需要广大实务界人士的共同努力。我国公司法缺乏对“商业判断原则”的规定就说明,没有企业经营管理人员的参与,立法者无法体会进而懂得公司高管人员的决策风险以及他们自我保护的需求。我们希望有更多实践部门的专家和企业界人士介入商法的研究,关心商法的法制建设。

《中国商法评论》是商法专家学者发表学术观点的园地,更是各类企业经营管理人员与立法机关、行政机关以及司法机关人士进行沟通和交流的平台。我们衷心地期望越来越多的人士加入。

顾功耘

商事制度日趋完善 商法理论仍需跟进

——上海市法学会商法研究会 2006 年年会暨
《企业破产法》、《合伙企业法》研讨会综述

上海政法学院摇沈吉利

2006 年 10 月 14 日,上海市法学会商法研究会 2006 年年会在华东政法大学隆重召开,本次年会由上海市法学会商法研究会主办、华东政法大学经济法研究中心和上海国际商务法律研究会承办。为了积极应对新颁布的《企业破产法》和《合伙企业法》,解决当前热点问题,本次会议的议题定为“上海市商法研究会 2006 年年会暨《企业破产法》、《合伙企业法》研讨会”。来自上海市法学会、上海各高校、研究所、法院、证券交易所、证券公司等金融机构和多家律师事务所等理论和实务界的专家、学者一百多人参加了会议,《21 世纪经济报道》和《上海证券报》对此次会议进行了全程报道。

本次年会主要围绕新颁布的《企业破产法》和《合伙企业法》展开,通过“企业破产法研讨专题”和“合伙企业法研讨专题”的形式进行了主题发言,分别是:上海交通大学法学院韩长印教授的《新〈破产法〉五个亮点和相关法律问题》、华东政法大学杨忠孝副教授的《新〈破产法〉的经济性解读和非经济性解读》、上海市高级人民法院茆荣华法官的《〈合伙企业法〉修改的司法应对》以及国泰基金管理有限公司朱小川博士的《有限合伙中的合伙人关系》。会场同时对主题发言进行了评议,提问和讨论极为活跃,整个会议在愉快热烈的气氛中圆满完成了各项议程。

一、会议论文展示了 2006 年上海市商法学者的研究成果

本次年会共收到论文近八十篇,内容主要涉及企业破产法律制度、合伙企业法律制

度、公司法律制度、证券法律制度和其他商法理论,展示了 1994 年上海市商法学者的研究范围涵盖商法领域的各个方面,也体现了现实市场需求和积极理论提供的高度呼应以及最新立法追踪和基础商事理论研究的高度结合。

1994 年,商事制度日趋完善,新《企业破产法》和《合伙企业法》的颁布标志着商事制度日益市场化和与国际先进制度的接轨,同时也是对我国市场经济发展和企业改革成果的总结,这两部新法所体现的先进法理精神尤其值得探究。学者们对这两部法律进行了积极的探讨。在企业破产法方面,学者们的论述主要围绕破产界限、破产财产、管理人制度、破产撤销权、破产法律责任、职工权益保护等问题展开。在合伙企业法方面,《合伙企业法》的新理念和司法应对、有限合伙的内外关系及其对创业投资的影响、合伙企业破产制度等是学者们讨论的热点。

另一方面,在传统商法的公司法和证券法等领域,学者们仍继续进行着深入而务实的研究。在公司法方面,学者们的研究仍然集中于公司资本制度、公司治理、国有企业等重点领域,具体包括股东出资、股东资格和权利、发起人制度、董事义务和独立董事制度、一人公司、公司人格否认、公司司法解散制度以及跨国公司法律管制和外商投资企业清算制度等方面。学者们还围绕着《证券法》的实施,探讨了公司股改制度、区域性资本市场、企业海外并购的风险防范、土地资产证券化、金融衍生品市场监管和期货市场等法律问题。在其他商事制度方面,学者们也对信托受托人和税收制度、知识产权保险制度、保险惩罚机制、国际商事仲裁制度和国际销售合同公约等问题进行了研究。

二、新《企业破产法》和热点问题

新《企业破产法》于 2006 年 8 月 27 日颁布,与会专家和学者对其进行了热烈的讨论。

(一) 新《企业破产法》的制度革新

韩长印教授认为,破产在一定意义上是一种社会福利。新《企业破产法》在制度上涉及五个重大问题:一是适用范围的突破和保留。新《企业破产法》规定,企业法人达到破产界限的时候,债务人和债权人可以提出破产申请。破产申请包括破产和解申请、破产重整申请以及破产清算申请。除此之外,在附则部分还有一条规定是,破产法之外其他法律规定,其他组织在进行破产清算时,可以参照本法适用。这意味着新《企业破产法》的适用范围是企业法人,同时扩张到其他组织适用它的清算程序,也就是适用它的重整和和解程序。韩长印说,企业如果因为内部的、外部的经营环境上的变化出现了财务上的困境,应该给它一种挽救的政策和措施,这被认为是政府必须提供的一种福利。新《企业破产法》并未将商自然人和商合伙、商独资企业的破产纳入其中,这就意味着它一旦经营失败,一旦出现了重大变故,就要终身背负着这个债务包袱。这一问题值得思考。二是破产程序类别的齐备与当事人的自愿选择,尤其是对破产义务方程序的优位选择。新《企业破产法》并列规定了三个独立的清算程序,一个是和解,一个是重整,一个是破产清算,当事人

可以自由选择。这符合现代社会各个国家破产立法的总体潮流,即重破产挽救,轻破产清算。三是建立了法院主导,或者说司法主导的市场化管理人制度。四是重新确定了担保债权的优先地位。新《企业破产法》规定,除了 2006 年 6 月 30 日以前欠下的工人的工资和其他劳动债权之外,其他自《企业破产法》颁布以后新产生的劳动债权只能是后于担保债权的受偿。这一制度便于优化投资环境,实现经济发展目标。但是,在接近福利国家这个目标后,国外担保债权的地位已受到很大程度的削弱,对这一制度可以重新审视。五是确定了董事的个人责任。个人责任即董事、监事和主要高管个人对破产的责任,不限于董事。但是,个人责任在什么场合下才产生、才使用,法律并没有解决。

（二）新《企业破产法》的经济性和非经济性解读

杨忠孝副教授从经济性和非经济性的角度对新《企业破产法》进行了解读。他认为，破产法不简单地是一个经济问题，也是一个非经济性的问题，即破产法有它的私法属性和非私法属性。

从经济性角度解读,破产法应当是用来解决经济问题的一个法律,是解决发生企业财务困境的法律。从传统破产法来说,破产法围绕破产债权展开,是集中公平清算债权债务关系的法律,是解决债权人债务人关系的法。破产法对调整破产程序以外的经济关系也具有意义,对信用膨胀可以起到重要的制约作用。此外,在破产程序进行过程中,以经济利益最大化为指导,发现破产财产的最大价值,直接影响其程序中的转换及使用哪一种程序。最后,破产清算中,包括破产重整和和解程序,也有很多经济性的特点。程序中有一个程序转换机制,如果有重整利益,或者当事人愿意和解,那么就优先于清算程序。杨忠孝认为,破产法的目的是鼓励不同的相关利益人,在破产风险约束的基础上进行充分博弈,这在新《企业破产法》中非常明显。

杨忠孝说,破产法也有非经济性的因素,如新《企业破产法》的指导方向是要维护社会主义市场经济秩序。一旦影响社会主义市场经济秩序,是否可以限制破产程序的法律适用,公力是否可以加以干预,就值得考虑。目前,我国的法律没有规定国家基于某种需要禁止破产的发生。将来如果有国有企业、垄断企业、某种特殊企业承担某种社会特别任务,它应该可以获得一个破产程序的豁免。此外,新《企业破产法》与重组、担保等其他法律制度的协调不够,在具体制度如破产原因的认定、破产无效行为、无价值财产的抛弃上也有些不足,仍缺乏从经济人或者商人角度进行的思考。

（三）新《企业破产法》的热点聚焦

与会专家、学者还就《企业破产法》的热点问题进行了探讨,并提出建议。有学者建议,合伙企业的破产存在两法衔接问题:一是破产界限,是合伙企业的财产不能清偿债务,还是合伙企业的财产与各个合伙人的财产加在一起不能清偿债务时为破产的界限?二是合伙人偿债的限度是什么?美国个人破产制度中不能丧失生活能力的标准值得借鉴,但具体怎样操作还是个问题。金融机构破产中,是否可以将担保债权直接打包,转接到另外

一家银行去,以使该担保债权能够继续履行?在涉外破产案件中,财产怎么处理,诉讼怎么进行,能否考虑建立一个集中管辖的制度?破产管理人如何选择,相关费用如何确定?政策性破产和职工权益的保护问题中,法院该发挥什么作用?保证金的取回是作为取回权处理,还是一般债权处理?

另有专家认为,可以引用国外公司法的经营判断规则确定企业破产中董事、高管等人员的个人责任。还有学者提议,合伙连带责任制度可借鉴德国的按份连带责任制度。

三、新《合伙企业法》及相关法律问题

与会专家、学者对《合伙企业法》的修改也给予了客观评价,认为这是理念上的重大更新,同时也指出了仍然存在的一些法律问题。

(一)《合伙企业法》修改的司法应对

茆荣华法官指出,《合伙企业法》的修改导致了审判案件中一些观念的变化。比如,有限合伙就不是全部合伙人承担无限责任,而是由部分人承担有限责任,部分人承担无限连带责任。而特殊的普通合伙就是要根据合伙人在执业过程中,是否存在故意或者重大过失判断他本人和其他人责任的形式。《合伙企业法》修改后,司法审判需对四方面问题作出应对:

一是关于合伙企业的债务、合伙企业的财产和合伙人的财产对合伙企业债务承担的顺序问题。大陆法系关于合伙企业债务的承担方式,包括并存的连带责任和补充的连带责任。我国新旧《合伙企业法》对合伙企业债务的承担方式是并存连带还是补充连带未明确规定,从条文理解是合伙企业财产承担责任在先,合伙人承担责任在后。这就涉及合伙企业经营过程中产生的债务的诉讼主体问题。茆荣华说,在司法实践中可以把连带的合伙企业作为当事人进行审理。在执行过程中,就一般的合伙人也就是普通合伙人可以直接追加。涉及有限合伙人存在有限责任限制的情况,或者特殊的普通合伙中某一个执行事务的合伙人有重大过错,可以不承担连带责任的情况,可以另案提起诉讼,从而决定是否要承担责任。

二是关于有限合伙人有限责任的限制问题。有限合伙人承担有限责任的前提是其不行使对外代表权和事务执行权,如果有限合伙人在合伙企业事务的日常执行中行使了对外代表权,或者使第三人有理由相信他能代表企业,其有限责任是否受到限制?《合伙企业法》对有限责任限制只是作了原则性的规定。茆荣华认为,如果要否定有限合伙人的有限责任,使他承担连带责任,应在以下方面作出限制:第一是从时间上设定限制,对参与合伙企业的经营管理之后的责任进行承担;第二是对象的限制,与某一个相对人产生了一个能代表企业的业务,由此产生的债务应承担连带责任;第三是行为的限制,即“有理由相信”。可以采用三种方法:第一是直接的外观主义,即他直接代表企业行使了管理经营业务的行为;第二是如果这个合伙企业本身就是以他的姓名或者名称冠名的;第三是考虑如

果工商登记本身能说明,也是适用有限责任的限制。

三是关于优先购买权问题。新《合伙企业法》规定了有限合伙的优先购买权,在现在还不允许一个人既是普通合伙人又是有限合伙人的情况下,原则上应不允许不同种类的合伙人行使优先购买权。如果行使,他必须首先行使身份的转变。

四是关于有限合伙人的派生诉讼问题。司法审判中,只要是有限合伙人,本身就有派生诉讼的权利。但是,要依照《公司法》用尽公司内部的救济,不受理没有用尽公司内部救济就直接提起诉讼。被告应该是侵害第三人权利的人,原告是有限合伙人,合伙企业可以作为第三人。派生诉讼对合伙人、合伙企业都具有拘束力。

（二）有限合伙中的合伙人关系

朱小川博士就有限合伙中的合伙人关系即合伙的内部关系作了专题发言。有限合伙是由有限合伙人和普通合伙人这两类合伙人组成的一个企业。在有限合伙关系中,有限合伙人一般只是出资金,不执行具体的合伙事务,普通合伙人一般是出劳务。有限合伙人很容易受到普通合伙人的伤害,因为普通合伙人一般很少出资或者不出资,另外又掌握了有限合伙的控制权,很有可能发生普通合伙人侵害有限合伙人利益的情况。在英美法系中,法官遇到这种情况就认为普通合伙人对有限合伙人承担的是受信义务。所谓受信义务,英文的说法是 *fiduciary duty*,它适用于很多领域。一般认为,只要当某些人利用法律的权利或地位对另外一些人采取了不合理的行为时,法官就有可能认为他们之间存在着一种受信关系。在有限合伙中,美国的一些案例表明,当普通合伙人利用自己在有限合伙企业中的有利地位侵害有限合伙人的利益时,他要向有限合伙人承担受信责任。这种责任不单是合同法上的责任,还是法律上默认的一种受信关系。在美国特拉华州,这种受信关系甚至已经扩展到普通合伙人中的董事,如果董事利用自己的身份控制有限合伙企业的经营运作,或者为自己谋取利益,法院会认为他也要对有限合伙人承担受信义务。

朱小川说,我国《合伙企业法》对普通合伙人的受信义务强调较少。希望《合伙企业法》在今后的实施中能更进一步细化,司法机关可以出更多的规则,以完善更多新的合伙企业形式。

（三）新《合伙企业法》的热点聚焦

与会专家、学者也对《合伙企业法》的一些热点问题进行了讨论。沈贵明教授对《合伙企业法》的相关问题提出了质疑,他指出:在美国已经出现有限合伙人可以适当地参与管理的趋势,我国《合伙企业法》否定有限合伙人的有限责任,让其承担风险是否合理?就合伙企业的诉讼而言,在司法中已经认可了合伙企业独立的诉讼主体地位,但是合伙人怎么能够参加诉讼?如果我们不让合伙人参加诉讼,将来判决合伙人要执行时,理论依据何在?此外,《合伙企业法》规定合伙人应当承担连带责任,但是连带责任的依据是什么?我国采用的是无限连带责任,在法国并未这样规定,而德国规定的是按份连带责任。

另外,专家、学者们还提议,应允许将合伙企业与有限合伙人列为共同被告,而不是让

其在执行阶段再重新提供证据,另行起诉。就有限合伙人有限责任限制而言,美国扩大了有限合伙人的权利,以控制权为基础,有限合伙人除非控制管理了合伙企业,否则不承担无限责任,后来又发展到“安全港”规则,1998年的《统一合伙企业法》直接规定了有限合伙人不会因为参与、控制、经营了合伙企业就对外承担无限连带责任。换句话说,当前在国外,有限合伙人的地位已经逐步地在靠近公司股东的地位。新《合伙企业法》发展下去可能也会走到这一步,就是要扩大有限合伙人的权利。专家也建议,在优先购买权制度中,普通合伙人应当享有这一权利。

四、新《证券法》实施的回顾和展望

上海证券交易所总监陆文山教授对新《证券法》的实施情况进行了总结。他认为,新《证券法》实施以来,取得了重大的制度性突破、监管思路突破和市场突破。三大突破带来了全新的格局,为资本市场的稳步、健康、可持续发展奠定了良好的基础。

(一) 新《证券法》实施以来的三大突破

第一,制度突破。《证券法》和《公司法》两部大法修订之后,下位法也紧锣密鼓地启动。尤其是行业内,以中国证券公司为主,推出了一系列有关上市公司治理架构的完善、信息披露的规范以及大股东行为矫正等各方面的制度。证券公司综合治理整顿的工作也取得了突破性进展。股权分制改革是对市场重大缺陷的矫正,虽然不能解决所有问题,但是也取得了重大成绩。股改以来的市场表现有目共睹,更重要的是解决了一些核心问题。如流通和非流通股东之间利益极不对称,股改之后有了相对共同利益的基础,同时使公司治理尽可能相对完善。另外,结合股改推出的大股东欠款的强有力清算措施,使公司若干重大的缺陷也得到了弥补。在市场效应下,上市公司的质量和治理架构以及对高管人员行为的监控都是前所未有的。原来犹豫的非流通股通过股改逐步流通后,必然带来兼并收购的踊跃。兼并收购的风起云涌,使高级管理人员会尽心尽力搞好公司。通过股改,市场最主要的主体之一——上市公司的治理、运作、价值趋向,逐步走向良性的循环,效果比较明显。除此之外,对投资者利益的保护,也被提到了前所未有的认知高度。两法的修订,应该说为投资者的利益保护提供了比较切实的法律基础。大股东和内部人、上市公司等由于信息披露不及时,可能存在连带责任。在此基础上,明确了法律的民事责任条款。更主要的在于,新《证券法》引入了英美法系国家比较推崇的股东代表诉讼和举证责任倒置。这一制度的突破是比较明显的。

第二,监管思路突破。陆文山说,监管层已开始着重在市场的基础性建设上猛下功夫,从更关注指数的涨跌到更关注市场各方主体的行为是否规范、基本制度建设是否健全、责任制度追究方面是否到位。这样,整个监管理念发生了比较大的变化,为市场的规范运作、稳步发展奠定了比较坚实的基础。

第三,市场突破。股市市值的增长非常惊人,重启了市场应有的资源配置功能,缓解了

也终于开涨,并启动了 粤 沪 的发行模式 同步发行,同步上市。这考验我们的市场运作功能,更考验我们的监管制度,并潜在地、逐步地扭转了投融资结构比例,使社会储蓄率适当下降,往直接投资方向发展,对银行和资本市场来说都是双赢局面。另一市场突破是市场创新终于成为大家所看到的常态。法律的宽容和创新为整个市场创新,无论新的交易机制还是新品种,带来了新希望和生机。

(二) 资本市场需要进一步推进的工作

陆文山认为,资本市场仍然需要进一步推进的工作,其终极目标是更加市场化,这也是两法修订的初衷或价值目标。把以前十多年一直以行政主导发展市场的理念、监管模式、市场运作的机能转变成以市场为主导,仍需作出巨大努力。市场主导方面,如何进一步规范公司治理,提高上市公司质量,明确证券公司作为资本市场尤其是交易的核心枢纽作用,需要作深入仔细的研究,并在此基础上推出相关配套的部门规章、行政法规以及基础性交易制度。

第一个要考虑的是 沪 的 市场化。从证券法立法角度看,推动市场化,推动多层次市场的发展,可能的话,将来如果条件相对成熟,沪 能不能进一步市场化?如果 沪 的条件不能进一步市场化,不能多层次发行,多层次的市场构架就失去了源头。第二个要考虑的是市场化的功能之所在。也即,如何在有效发挥行政监管功能的同时,让市场监管真正到位?行政监管是必须的、有效的,但不是万能的。让市场持续、健康、稳定地发展,市场化的监管尤为重要。市场化的监管需要市场化的运作思路,尤其是将来推出多层次市场后,应该有多层次市场发行与市场监管的标准,也应该有多层次市场的上市标准。在此基础上,还应该有多层次的不同互动。第三个要市场化的问题是必须要有市场化的纠纷解决机制。市场化的第四个问题是如何进一步提高资本市场的质和量。股改完成后,尚未股改的公司应该加大力度,将来应实施差异化的交易安排。未股改公司由于股权仍然分治,公司治理、可持续发展存在问题,可以考虑对它作特殊处理,如在交易制度安排方面,给它一个特殊的照顾,在涨跌幅方面给予特别考虑,因为它已经是不完整的公司。例如,只允许它竞价交易,而不给它连续竞价,迫使它真正能够作出和一般正常公司一样的制度安排。

(三) 立法上尚待解决的一些理论问题

《公司法》、《证券法》实施以来,在上述方面会有一些制度上的变化。当然,上海证券交易所也在不遗余力地进行制度创新,在监管、市场组织以及如何进一步适应境内大机构或大公司的 沪 方面也在作艰苦的努力。不久的将来,交易所如何进一步市场化,如何发挥交易所应有的功能,可能会有根本性的变化。例如,在吸引境内基金方面,在国内上市的基础上,能不能进一步挖掘 沪 的回流?甚至是红筹股的回归?甚至不排除在条件相对成熟时,境外的一些大公司、蓝筹股公司在境内上市。这就需要市场制度进一步的透明化、规范化。所以,在这个过程中,对于监管的理念、制度安排、交易市场的组织以及效力,

都提出了比较大的挑战。在这种背景下,该何去何从?陆文山说,市场化的步伐,只能加快,不能慢下来,更不能停顿。否则,我国交易所有什么资历、自我安排、实力甚至说效率与全球咄咄逼人的资本市场抗衡?他也提出了一些微观基础的法律问题,如 交易当事主体到底是什么法律关系?习惯通称是委托关系,能不能满足?能不能把英美法系的经济概念名正言顺地灌输到立法和司法实践中?

论公司自治与国家强制的 司法动态平衡之构建

上海市第二中级人民法院摇范黎红

一、问题的提出——《公司法》司法实践中的困惑

新《公司法》中司法干预力度的扩大主要体现在：允许股东提起申请撤销股东会或者董事会决议之诉或无效之诉；扩大股东请求行使知情权的司法保护范围；允许异议股东提出请求收购公司股份的诉讼；允许股东提起派生诉讼；允许股东提出请求解散公司诉讼；等等。新《公司法》的上述规定，拓展了司法干预公司治理的空间，同时也给司法带来了难题，即在司法干预公司治理时，如何平衡公司自治与国家强制的关系？

公司的旺盛生命力来源于公司与股东自治。^①新《公司法》在扩大司法干预力度的同时，另一个鲜明的特点就是弱化了法律的强制性，赋予了公司更多的自治空间，试图根据我国国情和国际趋势，在公司自治和国家强制之间寻找适当的平衡点。这体现在：更突出公司章程对公司的规范作用，在公司的治理结构、转投资、有限责任公司的股份转让等问题上由原公司法的强行性规定改为可由当事人以章程改变的任意性规范。诸如此类的条款还有很多，通过这种“公司章程另有规定的除外”等类似表述，使公司章程自治调整的功能得到很好的发挥。在公司纠纷诉讼中，当各方利害关系人就内部事务出现的纷争提请人民法院裁判时，虽然司法权基于中立和公正的基本要求，一般情况下并不对公司事务直接发号施令，但是司法诉讼所遵循的原则和理念、对公司事务审查的范围和方式以及判决结果的选择和执行等，都对公司的经营和发展形成一种强烈的外部干预力量。这种干预如果适度、合理，将对公司的高效、持续发展起到积极的推动作用；反之，如果过多过滥，其内蕴的国家强制力量就会干扰公司的正常经营，从而阻碍公司的发展。正如美国特拉

① 参见刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社 2005 年版，第 29 页。

华州首席大法官科曼德所说：“日前公司治理中存在的一大矛盾是尊重公司内部决策与确定司法审查范围之间的紧张关系。”^①科学平衡公司自治与国家强制的关系，合理划分二者的界限，确定司法介入公司治理的力度至关重要。然而，如何平衡公司自治与国家强制，并没有一个明确而绝对的界限。由此，给司法干预公司治理带来了难题，体现在新《公司法》的前述规定仅仅为司法干预预留了接口，审判实践中，司法在确定哪些公司纠纷案件应当受理、哪些不应当受理，受理之后司法干预的幅度多大，强制执行措施是否会干预公司内部治理等方面，都存在困惑。

二、解决的思路 构建公司自治与国家强制的司法动态平衡

从本质上而言，公司自治和国家强制二者间关系在司法领域的具体落实，建立公司自治与国家强制的司法动态平衡，是解决当前司法所面临难题的出路。在研究方法上，有必要突破根据公司纠纷的类型分别树立司法对策的惯有思路，对司法实践中公司自治与国家强制的冲突与协调进行系统考察。理由在于司法实践中，当事人为维护某一公司法上的具体权利，往往会提起一系列的诉讼。例如，公司的小股东为实现其盈余分配权，往往会先提起一个股东知情权诉讼，或者提起一个撤销暂不分配利润的股东会决议之诉，从而在案件处理上存在一定关联性。为此，系统化考察司法实践中如何平衡公司自治和国家强制的关系，可以克服仅作类案考察存在的视野局限性，为公司案件审理中如何具体应对提供一个整体化的思路。

（一）司法平衡的实质——保障公司自治权利，克服公司自治弊端，保障国家强制的顺利实现

私法中强制性规则的功能主要在于“从另一个角度支撑私法自治”，真正体现某种“公共政策目的”而设置的禁止性私法规则并不多见。^②司法介入公司治理，一方面是保障公司的自治权利，另一方面是克服公司自治的弊端，保障国家强制的顺利实现。这就需要法官在公司案件审理中结合具体案件情形，恰当运用自由裁量权。一项基本的原则就是坚持司法的限度，尊重公司正常的商业判断。法官对经济组织的经营、决策、管理等是外行，对公司内部事务是陌生的，因此不应主动插手，擅作决断。司法首先应当尊重公司的意思自治，只有在意思自治被滥用时，才可以介入公司内部法律关系。在司法介入的过程中，应当审慎而为，尊重正常的商业判断。

① 科曼德法官在《公司法》修订过程中，曾指出：“日前公司治理中存在的一大矛盾是尊重公司内部决策与确定司法审查范围之间的紧张关系。”

② 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2003年版，第10页。

（二）司法平衡是一种动态平衡

司法介入公司自治,表现为公司纠纷的个案诉讼。个案诉讼中,从立案受理到证据交换、举证责任的具体分配、开庭审理、裁判、执行,是一个司法介入公司自治的具体过程。在这一过程中,司法不断面临公司自治和国家强制的矛盾冲突。司法过程不是封闭的,根据当前流行的诉讼协同主义理论,是当事人与法官三方不断诉讼交流的过程。因此,这一过程是一个动态平衡的过程。立案条件的确立,实际上关系双方当事人的举证责任和日后案件的实体审理。案件解决方式的选择,关系案件能否顺利得到执行。这就需要法官在整个案件审理过程中,进行适当的释明,引导公司自治与国家强制动态平衡的顺利实现。

（三）司法动态平衡的解构

司法动态平衡,落实到实体上,即围绕公司滥用意思自治,破坏平等而加以纠正。落实到程序上,在于为公司案件的审理确立程序上应当把握的原则,从而使法官能够在案件审理中确立从立案到案件审理、执行阶段把握公司自治与司法强制平衡的具体原则。此外,根据我国目前的司法程序,司法在介入公司僵局等类型案件中,仍面临司法程序上相关规定尚未确立的困境。例如,新《公司法》第 229 条规定,解散判决生效后,公司应在 15 日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成。但是,该法并未规定公司股东不能自行处理解散清算事宜时,司法应如何处置。又如,对在异议股东提起诉讼请求公司收购其股权时,司法在判决时如何确定股权的公平价格,也缺乏具体规定。这就要求在诉讼程序法上确立处理上述事项的特别程序。例如,在日本,商事特别程序案件均与公司有关,包括命令公司解散,股份买卖价格的确定,自行召集股东大会的许可,临时执行董事职务人的选任,以及关于公司债、公司整顿、公司清算等案件的特别程序。

三、司法动态平衡具体构建之一 实体上围绕公司“平等”的破坏——以公司章程的司法审查为例分析

任何法律上的平等,实质上是利益的平等,这就需要利益分配决策程序的公平。公司法上,股东利益分配决策依据“资本多数决”原则。该原则有利于实现出资者基于出资份额的多少、风险分担的比例而享有资本上的平等,有利于维护公司这一团体的民主运行。然而,“资本多数决”原则容易被滥用,从而侵犯中小股东的利益。该原则的滥用体现在:公司章程违背公司法的强制性规定;公司股东会或董事会决议违法公司法的强制性规定;控制股东损害中小股东的知情权、利润分配权等;控制股东与关联企业之间的关联交易损害公司、其他股东的合法权益等。

司法介入公司治理,一方面是通过对公司运作程序的司法保障,维护“资本多数决”原则,确保公司自治的实现。例如,审查公司章程的修改程序、股东大会或董事会决议的

程序,判断章程修改条款或股东大会、董事会决议的有效性。另一方面,对符合公司内部决议程序的公司章程、股东会或董事会决议进行审查,确认是否存在“资本多数决”原则的滥用而损害公平。在第二类司法审查中,核心问题是确认相关公司内部行为是否违背公平原则。

公司法通过强制性规定,如董事的忠实义务、勤勉义务等,预先规定了公司内部平等秩序,纠正公司自治过程中可能存在的偏差。司法审判中,判断是否存在“公司内部平等的破坏”,从而确定司法是否介入公司治理,可以基于被告的行为是否违背了公司法上的强制性规定。

在新《公司法》出台之前,有一个颇具争议的案件:丁冲诉张军、李进、刘一含案。该案涉及利润分配条款是否为任意性条款。公司章程规定,公司承包给丁冲经营,在丁冲每年缴纳固定的承包金 100 万元后,公司经营利润归丁冲所有。该案中,上述有关公司承包的条款是否有效,涉及所违背的原《公司法》第 166 条第 2 款有关“有限责任公司按照股东出资比例分配利润”之规定是否具有强制性。目前,新《公司法》第 166 条允许全体股东约定不按出资比例分配红利。若依据新《公司法》,本案不存在争议。但是,本案引发的相关问题及相关争论^①正是围绕公司法规范性展开的,对新《公司法》下司法实践如何处理公司自治与国家强制的关系有一定的启发。

爱森伯格将公司法规则按其涉及的内容分为三类:一是结构性规则,主要调整公司内部各个机关和公司机关代理人之间的权力配置问题;二是分配性规则,主要调整股东的利润回报问题;三是信义性规则,主要是公司经理人和控制股东的受信义务。接着,他又将公司作了分类。对待不同的公司,公司法的态度也应当不同。封闭公司由于股东较少,往往享有充分的信息。在知情权获得充分保障的情况下,当事人是自身利益的最佳判断者。同时,封闭公司中剩余财产请求权人的数量相对较少,有利于进行契约订立和监督以减少公司的代理问题。公司法对待封闭公司应当让位于公司章程的规定,不应对此进行公平性审查,因为法官并不能完全知道当事人达成合意时的背景情况。所以,结构性和分配性规则在封闭公司中一般是以赋权型或者补充型为主,此类规则允许公司章程修改。^②受爱森伯格等人的影响,布莱恩·厄柴芬斯提出,公司法规则分为三种基本类型:“许可适用”(“可以”)、“推定适用”(“可以放弃”)和“强制适用”(“必须”和“必须不”)规范。^③我国有学者提出,公司法中的规则可分为普通规则与基本规则两种,前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等具体制度的规则,后者指涉及有关公司内部关系(主要包括管理层和公司股东、大股东和小股东之间的关系)的基本性质的规则。有

① 参见蒋大兴:《公司法的展开与批判——方法·判例·制度》,法律出版社 2003 年版,第 105 页;罗培新:《论章程“超越”公司法的合理界限——以合同为研究视角》,载沈四宝、丁丁主编:《公司法与证券法论丛》(第 5 卷),对外经济贸易大学出版社 2004 年版,第 135-136 页。

② 参见(美)爱森伯格:《公司法的结构》,张开平译,载王保树主编:《商事法论集》(第 3 卷),法律出版社 2004 年版,第 100-101 页。

③ 参见(加拿大)布莱恩·厄柴芬斯:《公司法 理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社 2003 年版,第 105-106 页。

限公司法中的普通规则以任意性规范为原则、以强制性规范为例外,而其基本规则正好相反。^① 上述理论从各自的角度提出公司法规则的分类和性质,各有其合理内核,为司法实践判断公司法规则的性质提供了理论依据,具有一定的参考价值。

值得注意的是,司法实践中,被诉公司或股东的具体行为往往涉及有关公司组织、权力运作、具体制度等多个法律条文,难以根据单一法律条文的类型判断某一行为或某系列行为是否违法。对司法裁判者而言,需要在内心进行利益衡平,考量是否存在公司法上“平等”的破坏,从而需要国家的强制干预。这意味着司法介入公司自治时法官有相当大的自由裁量权。这正是立法有意为司法预留的空间,以纠正当事人“公司合同”的偏差。同时,基于变动不居的公司实践,在法律框架内由法官在个案基础上衡量“具体正义”,较之立法以法律规则类型化地预先规定“抽象正义”,更能在个案中妥当贴切地处理好公司自治与国家强制之间的关系。在现行公司法框架内结合个案情形判断相关行为是否违法,主要有三个标准:(员) 合理预期标准,即是否符合有关股东的合理预期;(圆) 交易公平标准,即审查有关交易行为是否公平;(猿) 是否存在外部效应原则,即确认股东或公司的自主安排是否损害了公司债权人、劳动者等利益相关者主体的合法权利。合理预期标准是首要标准,确保当事人在充分知情的情况下就公司内部事务达成合意,防止公司自治过程中的欺诈行为。交易公平标准是辅助性标准,法官不能代替当事人进行商业决策,事后的司法强行介入也缺乏经济效率,且资本投资本身存在一定风险,难以要求交易绝对公平,因而在司法裁判过程中应当谨慎把握。是否存在消极的外部效应是“底线”标准,要求相关公司自治行为不得违背法律的强制性规定,损害他人或社会公共利益。

例如,在一起股东诉会计师事务所公司的案例中,涉及是否应当维护章程效力的问题。某会计师事务所作为被告,在公司章程中规定,在老股东退股问题上,采取吸收新股东、由老股东向新股东转让股权的方式,并通过股东会决议的形式调整股权分配比例。后来,依据章程的上述规定,公司以股东会决议的形式调整了股权分配比例,从而引发了争议,仍留存在公司的个别老股东认为公司章程的该条规定违法,损害了自己的优先购买权。这里涉及该会计师事务所能否在公司章程中作出允许以股东会决议的形式调整股权比例的规定。对此,公司法并没有明确规定,必须结合个案情况,基于公司法法理作出裁判。该案被告是有限责任公司性质的会计师事务所,其股东的身份与执业资格、劳动关系、劳动报酬等因素息息相关,具有人合为主、资合为辅的行业特质,不同于一般有限责任公司资合为主要的性质。此类公司的治理具有特殊性,即在公司章程规定的相关内容不违反法律法规强制性规定的情况下,公司章程具有法律效力,公司应按照章程的规定进行治理。该案公司章程自始就存在这一规定,之后才以股东会决议的形式予以调整,因此符合股东的心理预期。同时,基于行业特殊性,将股份的取得与员工的劳动关系紧密结合,符合该行业知识资本要求相应回报和建立必要激励机制的要求,同样是公平的。

^① 参见汤欣:《公司治理与上市公司收购》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 238—239 页。

四、司法动态平衡具体构建之二： 司法程序上应遵循的原则

（一）用尽公司内部救济原则

司法介入公司治理，首先必须遵循用尽公司内部救济原则，体现司法对公司自治的尊重。对于用尽公司内部救济的举证责任，应采取如下原则：立案阶段，法院进行的是形式审查，原告承担初步的举证责任；案件审理阶段，法院进行的是实体审查，适用举证责任倒置，被告承担举证责任。

在股东知情权案件中，股东必须先向公司提出书面请求，说明目的，在没有不正当目的而遭到公司拒绝时，才可以诉诸法院。对用尽公司内部救济的证明责任，立案阶段，只要股东提供证据，如要求行使知情权的申请书以及公司出具的拒绝说明，证明其曾向公司提出行使股东知情权即可。多数情况下，公司不愿出具拒绝说明，则提供股东要求行使知情权的申请书即可。案件实体审理阶段，公司若以股东未用尽公司内部救济手段为由进行抗辩，则由公司承担举证责任，表明公司内部已让该股东行使股东知情权，或者该股东从未提出该请求。

股东请求司法解散案件，要求“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东权益受到重大损失，在没有其他途径可以解决时”。对“通过其他途径不能解决”这一前置程序的审查，有学者认为，公司法作此规定的目的在于体现公司纠纷尽可能穷尽内部救济手段的原则，而无他意，因而对公司法该前置程序的设置应理解为倡导性的规定，人民法院在立案受理时应当采取从宽的原则掌握。^① 笔者认为，基于公司的司法强制解散涉及多方当事人的利益，影响重大，因而在股东请求司法解散公司案件中，用尽公司内部救济原则应当从严掌握，立案法官应根据个案情势就原告是否用尽公司内部救济作出判断，并可适当释明其他救济途径，亦可做一定的立案调解工作。

（二）谨慎受理防止滥诉原则

在程序上，除了以用尽当地救济原则平衡公司自治与国家强制的关系外，还应当根据新《公司法》相关条款规定的案件受理条件，在立案环节进行形式审查，在审理阶段进行实质审查，防止滥诉，干扰公司的正常运营。以下以对股东请求司法解散案件为例进行说明。

对股东请求司法解散案件，各国一般都规定了比较严格的案件受理条件。例如，依据美国《封闭式公司示范法（修正本）》的相关规定，只允许在以下情形下申请强制解散公司：一是僵局导致了无法弥补的损害；二是那些公司控制者“已经、正在或者将要以一种非法的、压迫性的、欺诈的或者对于控诉股东具有不公平的损害的方式从事行为”。我国新

^① 参见刘敏：《关于股东请求解散公司之诉若干问题的思考》，载《法律适用》2006年第5期。