

部门法专论

后立法时代的中国公司法可诉性

赵万一 张长健

摘 要: 如何实现从文本主义公司法向实践主义公司法的历史性转变,是后立法时代中国公司法发展所面临的主要任务。如何实现公司法的可诉性则是实现这一转变的关键之所在。现有公司法无论是在实体法层面还是在程序设计层面均表现出不同程度的可诉性劣态。这种状况的改善有必要从宏观视域和微观途径两个方面入手加以解决。宏观视域主要立足于对公司可诉性应然价值的重塑和辨析,从而为完善公司法可诉性的路径设计指明前进的方向;微观途径则倾向于对公司可诉性实然价值的把握,其基本做法是对公司法可诉性的制度设计提出一些初步的构想。其最终目标是确立实体法、司法介入和主体参与三位一体的公司法可诉性逻辑架构并明确其各自的功能定位。

关键词: 后立法时代 可诉性 法律解释

中图分类号: DF411.91 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673-8330(2014)01-0039-11

引 言

伴随中国特色社会主义法律体系的基本形成,未来中国的法治建设将会从建章立制阶段逐步转向具体制度的完善和法律的适用上来,中国也由此步入了市场经济法治建设的后立法时代。与此相适应,在中国公司法历经2005年带有脱胎换骨性质的大幅度修改之后,已基本形成较为先进的法律观念体系和较为完善的法律规范体系。但如何使公司法设计的各项制度规定落到实处远比法律条文的拟定更为重要。可以预见的是,未来中国公司法的发展将主要围绕两个维度展开:一是如何真正实现从文本主义公司法向实践主义公司法的转变,二是如何通过公司法的现代化充分发挥现代公司制度对中国经济转型的推动作用。在公司法制度体系的规范化过程中,公司法制度体系可诉性的实现无疑扮演着非常重要的角色,它不但是实现从文本主义公司法向实践主义公司法转变的桥梁和纽带,而且是实现法律预设价值的重要手段。正是基于这一判断,笔者试图从较为宏观的视野对后立法时代的公司法可诉性问题作出一些讨论,以期对中国公司法的司法应用和相关制度的完善有所裨益。

一、对公司法可诉性的反思:内涵、功能与研究现状

(一) 公司法可诉性的内涵界定:实体法、司法介入和主体参与

关于法律可诉性的内涵,学界主要有两种观点,一种将其界定为法律规范可以判别是非并作为争议

[作者简介] 赵万一,西南政法大学民商法学院教授、博士生导师。张长健,四川康维律师事务所律师。

解决程序(特别是诉讼程序)的判断依据;^①第二种观点认为法律的可诉性除了具有法律意义的社会行为的可诉讼性之外还包括法律本身的可争讼性。^②笔者更倾向于第一种观点,即法律的可诉性主要指的是实体法上的可诉性,而法律本身的可争讼性更多涉及的则是法律的违宪审查问题。按照第一种观点,法的可诉性包含四个制度要点:一是法的可诉性指向的对象是社会纠纷;二是法的可诉性实现的前提是纠纷主体的自愿选择;三是法的可诉性的必然实践方式是司法;四是法的可诉性是法具备的基本属性。^③从某种程度上说,法的可诉性既是法的基本属性之一,同时也是作为现代法治国家法律的基本特征之一。^④

但是,将实体法上的可诉性完全等同于法的可诉性事实上却是一种以偏概全的演绎和归纳,实际上,实体法上的可诉性仅仅属于狭义的法的可诉性范畴,而广义的法的可诉性内涵则既应包括实体法的可诉性,又应包含实现法的可诉性在内。换言之,实体法的可诉性与实现法的可诉性是两个相互联系又互相区别的命题,只有通过二者的结合才能实现法的可诉性的完美。^⑤从两者的区别来看,前者侧重于法条本身具备判断是非的属性,并可被纠纷主体诉求于法院或者其他裁判机构,是一种静态的过程,而实现法的可诉性即纠纷解决是一个更为宏大并且动静结合的系统,除了法律本身的可诉性之外,还需纠纷主体的自愿选择以及司法实践的参与;从两者的联系来看,前者是后者的根基之所在,而后者则是前者的具体实现路径。

基于以上理解,笔者认为,所谓公司法的可诉性,指的是公司法所具备的判断主体之间纠纷的是非并使争议进入诉讼程序的属性以及实现这种属性的途径和手段。它需要满足三个层面的要求,即实体法的明确规定、司法的有效介入和主体的方便参与。在具体内容设定上,实体法的明确规定又可以细分为两个层面:其一,公司法必须具备判断利益主体间纠纷是非的功能,这种功能主要通过公司法条文规范的权责安排来加以实现;其二,在作出是非价值判断之后,公司法条文还必须满足能够将争议付诸诉讼程序的功能,这就将那些仅具有价值判断功能而无具体诉诸程序救济的所谓宣示性条款排除在外。

(二) 公司法可诉性的功能定位: 架设从法条到实践的桥梁

德国法学家坎特洛维奇认为,法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和。^⑥从世界各国的公司法实践来看,公司法的功能呈现出一种实体性和程序性二元化分野的趋势:前者主要是为各种法律实体提供一整套的规则体系,例如股份公司、有限责任公司以及有限责任合伙的界分;^⑦后者则主要是为了解决公司内部三大冲突,即经营者与股东之间的冲突、股东相互之间的冲突、股东与公司其他利益相关者之间的冲突。^⑧从某种意义上说,前者是公司法的“静态功能”,即组织塑造功能;后者则是公司法的“动态功能”,即纠纷解决功能。值得注意的是,无论是公司法的静态功能还是动态功能,最终都只有通过公司法的可诉性才能得到实现。因此,公司法可诉性是实现公司法立法目的的关键之所在。

在2005年公司法的修改过程中,由于吸收了大量的先进理论和丰富的实践成果,从而使中国公司法成为世界最先进的公司法之一。但是,公司法的立法价值需要通过法律的有效实施加以体现,即只有

① 参见王晨光《法律的可诉性:现代法治国家中法律的特征之一》,载《法学》1998年第3期,第19页;谢晖《独立的司法和可诉的法》,载《法律科学》1999年第1期,第302页。

② 龙宗智《相对合理主义》,中国政法大学出版社1999年版。

③ 前引①谢晖文,第302—304页。

④ 前引①王晨光文,第18页。

⑤ 国内公司法学者在专著中鲜有对公司法实体法的可诉性与实现公司法可诉性或者说公司纠纷可诉性进行区分,仅有少数学者对此问题提出了探讨。参见蒋建湘《公司诉讼研究》,法律出版社2008年版,第16页;刘敏《论纠纷的可诉性》,载《法律科学》2003年第1期。

⑥ Hemann Kantorowicz, *The Definition of Law*, Cambridge University Press, 1958, p. 79. 转引自前引①王晨光文,第19页。

⑦ Henry Hansmann and Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 Yale Law Journal 2(2000)。

⑧ R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda and E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2004, p. 2.

将法条上的公司法真正转化为实践中的公司法,法条的预设目标才能达成,而要实现这种转化则需要公司法各类实践主体的广泛参与才能完成。^⑨因此,公司法是否具有可诉性不但影响到公司法实施效果的优劣,而且直接关系到公司法所追求的立法目的是否可以有效实现。

通过以上分析我们可以看出,公司法可诉性的功能价值集中体现在架设了一条从法条通向法律实践的桥梁。因此,处在公司法的后立法时代,检视、完善公司法的可诉性无疑应作为公司法的努力方向和改革重点。作为2005年公司法修改的亮点之一就是化解了诸多广受诟病的“公司法欠缺可诉性”问题,^⑩这方面的表现是不但通过严密的条文设计对股东权利及救济进行了扩充和细化,而且单就公司法法条而言,“法院”一词在新公司法中出现的频率就由原公司法的9处变为23次,^⑪这从一个侧面说明公司法在实体规范层面确实增加了对公司行为可诉性的关注。但另一方面我们也应当充分注意到,公司法所创设的一些实体性规范,由于欠缺明确的行为要素、责任后果、纠纷解决途径和诉讼运行机制,从而使得公司法的可诉性无法真正在程序上得以实现。为了解决公司法在程序适用上的困难,最高人民法院不得不先后出台若干个司法解释为法院的审判行为提供更加详尽的裁判规范依据,但司法解释的出台不但有明显的“越级造法”之嫌,而且并不能作为行为规范对公司行为起到导引作用。另外,从司法介入角度讲,时至今日公司纠纷都没有完全被纳入民事诉讼法的视野,^⑫中国现行的整个诉讼程序仍以传统的民事纠纷为基础,^⑬公司法区别于一般民事实体法的可诉性特质以及公司审判对于法官特殊要求的有意无意被忽视,使公司法的可诉性实践变得越加困难。

(三) 对公司法可诉性研究现状的反思

目前,学术界对于公司法可诉性的研究现状的确让人担忧。首先,从时间上看,学术界对于公司法可诉性讨论较多的时间段集中于2005年公司法修改前夕。其次,从研究的路径上看,许多学者习惯于将公司法可诉性的讨论单纯置于公司诉讼或者公司纠纷解决即实现公司法可诉性这一宏大命题之下,进行泛诉讼论或者泛纠纷解决论的研究,而对公司法可诉性的具体要求却鲜有涉及;^⑭也有许多学者醉心于对公司法可诉性的前置性问题即司法介入公司治理的必要性以及界限的问题进行研究,^⑮而徘徊于公司法可诉性问题的殿堂之外;还有相当数量的学者以及司法实务界的律师和法官倾向于利用自身对某一理论的钻研以及对某一类型的实务经验对具体的公司诉讼类型进行解释论或者立法论的讨论,而缺乏对公司法可诉性的宏观把握。^⑯从研究的成果来看,迄今为止,学界尚无一本专著对2005年公司法可诉性的现状、公司法欠缺可诉性的深层原因以及应对方式作出系统和有针对性的研究,既缺乏对公司法可诉性的实证分析,同时也缺乏进行宏观与微观结合、立法论与解释论双管齐下的探讨,这不能不说是有关公司法研究的重大理论缺憾。

⑨ 王保树《从法条的公司法到实践的公司法》,载《法学研究》2006年第6期,第21页。

⑩ 蒋大兴《公司自治与裁判宽容——新公司法视野下的裁判思维》,载《法学家》2006年第6期,第70页。

⑪ 罗培新《填补公司合同“缝隙”——司法介入公司运作的一个分析框架》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2007年第1期,第125页。

⑫ 笔者认为应严格定义公司纠纷这一概念。公司纠纷应该仅仅指基于公司法所规定的各主体之间权责关系的违反而引发的争议,例如《公司法》第16条所规定的转投资和对外担保问题,第20条所规定的法人人格否认问题,第34条的知情权问题等。而对于诸如以公司作为一方主体而产生的单纯民事关系,例如买卖合同关系,则不用称作公司纠纷。

⑬ 杨勤法《公司治理的司法介入——以司法介入的限度和程序设计为中心》,北京大学出版社2008年版,第242页。

⑭ 对公司诉讼进行泛论的代表性著作有:钱卫清《公司诉讼司法救济方式》,人民法院出版社2006年版;褚任军、俞宏雨《公司诉讼原理与实务》,人民法院出版社2007年版;前引⑤;奚晓明、金立峰《公司诉讼研究与实务问题研究》,人民法院出版社2008年版。

⑮ 对司法介入与公司治理关系问题进行讨论的代表性专著有:前引⑬杨勤法书;蒋学跃《司法介入公司治理法律问题研究》,人民法院出版社2010年版。

⑯ 一般公司诉讼泛论的专著都会设置类似于分类性质的部分,对类型化公司诉讼进行探讨。对于特定类型公司诉讼为研究对象的专著有:朱慈蕴《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版;朱慈蕴《公司法人格否认制度理论与实践》,人民法院出版社2009年版;钱玉林《股东大会决议瑕疵研究》,法制出版社2009年版;蔡福华《公司解散的法律责任》,人民法院出版社2005年版;刘金华《股东代表诉讼制度研究》,中国人民公安大学出版社2008年版。

二、中国公司法可诉性的劣态分析及其生成原因

以海淀区法院 2006 年至 2010 年审理的涉及公司诉讼的案件为例,新公司法实施以来呈现出以下特征:一是公司案件数量总体呈现上升状态;二是案件类型明显增加;三是公司诉讼在保护股东权利方面的趋向更加明显;四是涉案利益主体多元化、法律关系交错重叠;五是案件事实认定难、调解难度大、判决比例较高;六是连环诉讼较多、串案现象突出。^{①7}归纳为一点,即公司审判愈加纷繁复杂,审理难度加大,公司法可诉性亟待完善。具体而言,公司法可诉性劣态可以从实体法层面和诉讼层面加以分析:

(一) 实体法层面的可诉性劣态

1. 条文规范具有不完整性。首先,制度设计过于简单,很难操作。一大批涉及公司法可诉性的条文在假定条件、行为模式和法律后果以及诉讼规则等方面均出现了不同程度的欠缺。例如,《公司法》第 5 条和第 6 条即如是。其次,缺少程序设计。许多条文带有较强的宣示性色彩,而缺乏具体的程序规定。目前我国公司审判业务水平尚待提升,而条文本较强的技术性与程序设计疏漏之间的矛盾又为法官的司法适用增添了困难,降低了公司法可诉性。例如《公司法》第 21 条禁止关联交易行为就是单纯的强行性规定,缺乏供给股东自我保护的程序设计,使可诉性大打折扣。

2. 任意性与强行性规范标识语言使用混乱。法律语言最好是确切的、简洁的、冷峻的和不为每一种激情行为左右。^{①8}仅从法文判断,强行规定应带有“应”、“不得”、“非不得”等字样,任意性规定带有“得”、“契约另有订者不在此限”、“契约另有订者,从其订定”等。^{①9}但现行公司法条文对于“应当”、“必须”、“可以”等措辞的适用没有严格规范和限制,导致规范的性质无法单从用语上加以明判,除了司法解释的诠释之外,法官的个别解释会产生理解的偏差,影响公司法可诉性。

3. 司法解释对公司法可诉性的潜在威胁。为了让公司法适用走出个案争议,司法解释对各方诉讼主体地位等程序问题以及案件事实和法律适用作出了规定和解释。但是,公司法司法解释对于可诉性的潜在威胁也是不容忽视的:其一,大量详细的解释出台伴随的是公司法本身修改的滞后,如果许多司法解释条文缺乏系统性和远见,就可能危及到整个公司法立法体系。典型的如关于公司的隐名投资问题,现有的公司法未作规定,但根据《公司法司法解释三》第 25 条的规定虽然赋予了隐名投资的实际出资人身份,但并没有解决其股东资格问题。^{②0}其二,司法解释带来的“短暂安宁”极易造成公司法立法修改的“麻痹和惰性”。其三,法官对司法解释的过度依赖会降低其对公司法解释方法论学习和运用的积极性,降低公司法可诉性。

(二) 诉讼层面的可诉性劣态

1. 法官个案裁判法律解释现状令人堪忧。2005 年之前的公司法因欠缺可诉性而致法官常需在个案处理中做立法目的之思考,^{②1}现有公司法则要求法官回到解释论的路径上来。然而,法官的法律解释呈现以下几个方面的劣态:一是因为缺乏指导公司诉讼的权威解释范式而致解释方法运用方面缺乏统一性,司法结论难以获得社会普遍认可;二是缺乏对公司法法律解释方法特殊性的认识,对于比较法解释和引用商事习惯解释等特殊解释方法使用不当。

^{①7} 杨靖、魏玮、裴悦君、孙寒《公司法修订以来公司诉讼案件审判实践中疑难问题的调研报告》,载《法律适用》2011 年第 8 期,第 32—33 页。

^{①8} [德]阿图尔·考夫曼《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2002 年版,第 293 页。

^{①9} 罗传贤《立法程序与技术》,五南图书出版公司 2002 年版,第 187 页。

^{②0} 根据《公司法司法解释三》第 25 条的规定“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无合同法第 52 条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。”

^{②1} 蒋大兴《公司法的观念与解释 II》,法律出版社 2009 年版,第 113 页。

2. 现行公司诉讼类型划分开放性不高。最高人民法院在2011年对《民事案件案由规定》进行了修改,虽然在内容上体现了公司诉讼类型划分的开放性,^②但是开放程度仍然不够。其中“与公司有关的纠纷”这一二级案由对于公司诉讼案件类型的划分过于宽泛,三级案由类型太少,四级案由的细化还远远不够,因此,亟待我们从严密的逻辑角度概括公司争讼案件类型。

3. 公司法律裁判在诉讼程序中缺乏系统而权威的准则。公司法和民事诉讼法均缺乏对公司诉讼程序问题的详细规定。一是相关主体的诉讼能力。例如设立中的公司和分公司是否有诉讼能力,监事在公司诉讼中是否享有诉讼能力。二是相关主体的诉讼地位。例如在股东之间发生股权转让争议,公司是否具有诉讼地位或者列为第三人,提出公司决议无效或者可撤销的股东是否包括董事、监事,非股东的职工是否可以提起。三是诉讼管辖。目前,公司诉讼的管辖一般依照原告就被告原则,但这也可能滋生大量问题,诸如被告多且分散时容易引发管辖权争议,在公司住所地之外的法院诉讼不利于举证、调查,并会增加诉讼成本等等。^③四是举证责任分配。公司诉讼中原告方相对于被告常处于举证责任的弱势地位,有举证责任倒置之必要。虽然《证据规定》没有对公司诉讼的举证责任分配作出特殊安排,但是《证据规定》第7条赋予法官在没有明确法律依据的情况下可以行使自由裁量权,然而法官却因为案件的复杂和担心承担责任而不敢运用此条主动进行举证责任的分配。^④

除此之外,公司纠纷主体寻求争议解决的主动性不高也是一大顽疾。而公司纠纷的非诉化处理机制没有建立正是制约这种主动性的关键所在。很多公司纠纷选择非诉程序解决更加符合利益主体对自治和效率的追求。例如股东查阅权纠纷、异议股东评估权纠纷如果经过长久的诉讼程序,带来的只是“迟来的正义”。^⑤虽然公司法规定了公司清算纠纷的当事人以申请方式而非诉讼方式向法院提出,类似的还有股东知情权问题,但立法与司法解释均缺乏对这方面的系统规定,导致法官常以法无明文规定拒绝裁判。

三、完善公司法可诉性的宏观视域:基于商事思维理论进路的切入

公司法可诉性问题既有一般法律所具有的通病,也有公司法的特性;既有实体法上的缺乏,也有程序上的不足以及思维和理念上的欠缺。首先必须从宏观视域完善整个系统运行的设计理念,这些理念是具体制度建构的基础与灵魂。

(一) 司法介入公司自治的合理性以及界限

法律的可诉性是法律天然特征之一。但是公司作为意思自治的拟制产物,明确公司法可诉性即司法介入的合理性和界限,是讨论如何完善公司法可诉性的前提和基础。

司法介入公司自治的合理性在于其对公司合同的“缝隙填补”。公司的性质,在理论上存在着拟制实体说和契约关系说两种代表性学说。拟制实体说让公司披上了法律规定的强制性色彩。公司契约关系理论(nexus of contract law)肇始于科斯的经济分析实践,因为人类行为的假设充其量只是部分有效,要让公司契约关系理论下的公司模式成为规范性模式,^⑥必须发挥公司法的“填补功能”,在其内部增加

② 最高人民法院在2011年对《民事案件案由规定》进行了修改,在二级案由“与公司有关的纠纷”下增加了13项,变更了2项,删去1项,扩展1项;同时《民事案件案由规定》也在最高人民法院关于印发《民事案件案由规定》的通知中提到了案由的开放性问题,一是地方法院可以将审判中新出现的第三、四级民事案由报告最高人民法院,最高人民法院也将定期收集和补充相关案由;二是第一审法院在适用时应当按照从第四级案由到第一级案由的顺序依次适用。

③ 胡田野《公司法律裁判》,法律出版社2012年版,第79页。

④ 前引③,第81页。

⑤ 李建伟《公司诉讼专题研究》,中国政法大学出版社2008年版,第54页。

⑥ 关于模式的分类主要有两种:一是“规范性模式”,即描述现实应当是什么而不是实际是什么的模式;二是“描述性模式”,即描述现实是什么的模式。描述性模式的使用可以使人发现在现实世界中看不见的内部关系。当麦克切斯尼(McChesney)教授在区分“实证经济学”——企图理解使然世界——和“规范经济学”——对应然世界的研究——的时候,他已经将这个区别概括进去了。参见McChesney and Fischel *Positive Economics and All That – A Review of the Economic Structure of Corporate Law* by Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel 61 Geo. Wash. L. Rev. 272(1992)。

必要的公司无权修改和放弃的强制性要求,^{②7}这些强制性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,从而使他们之间的契约趋于完善或变得更有约束力。^{②8}2005年公司法回应了在世界公司法占主流的公司契约理论,增加了公司的自治性并增设了大量的任意性规范,减少了政府对企业干预的强制性规范,而这些赋权性规范对于权利类型的丰富也在客观上加大了权利保护的难度。公司自治的增强和强制性规范的减少意味着公司法上的直接内部监控机制转移到公司法之外的司法救济等制度之上,^{②9}客观上提高了对可诉性的需求,司法介入成为“竭尽公司内部救济”原则的必要补充、^{③0}事后救济以及外部监控。

虽然司法介入公司自治时仍保持审慎的态度,但介入的界限却让人困扰。鉴于界限的模糊性和个案差异性,笔者认为确定介入的界限可以从以下几方面考量:其一,司法介入必须以明确实体权为基础。与英美法系不同,大陆法系民商事法律以实体权利为中心,司法介入也必须基于明确的请求权基础。其二,司法介入一般应以公司法明文规定为限。拿破仑民法典第4条规定“审判员借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者,得依拒绝审判罪追诉之。”^{③1}民法作为奉行“法无明文规定皆自由”的权利法,其可诉性并不应限于法的明文规定。但公司法内容具有复杂性、具体性和技术性特征,区别于民法规范的系统性、抽象性和伦理性特征,^{③2}因此,公司法可诉性一般应以公司法明文规定为限。其三,涉及股东诉讼的启动必须基于股东诉权。股东诉权除了具备实体法上明文规定的权利外,还必须符合程序要件。例如公司法上对于股东派生诉讼持股数量与持股时间的要求。股东诉权在公司法中应该区别于“本源性”的股东实体权利体系。^{③3}从反面来看,司法介入与公司自治的界限在于防止“合同漏洞补充”异化为变相的行政干预,^{③4}尤以《公司法》第5条的社会责任为最甚。

(二) 诉讼程序与公司法实体规范

仅就诉讼程序与实体法的关系来看,程序法的制度设计应当满足实体法制度设计所追求的目标,实现实体法所确定的权利、义务和责任。^{③5}虽然公司法没有专门的程序法,但公司法可诉性的实现却离不开程序救济特别是诉讼程序。公司实体规范的修正和诉讼程序的建构,二者不可偏废。

诉讼程序应该最大限度实现公司法实体规范的可诉性。为公司诉讼设计专门的程序法确无必要。但是,公司诉讼多样性和民事诉讼法单一性之间的冲突却愈发明显。^{③6}另外,公司诉讼程序的立法空白也导致如何限制法官自由裁量权,以及如何引入商事惯例和判例作为法律渊源缺乏依据。笔者认为,可以考虑在维持一般民事诉讼法基本制度的前提下,在单行的公司法中加入类型案件的具体诉讼机制。同时,公司审判应树立效益优先、侧重动态保护、强调利益均衡、尊重当事人意思自治以及保证交易安全的审判理念,并考虑引入公司非讼程序。

公司法实体规范的完善是实现公司法可诉性的关键。如果将实体法目的之实现全部寄托在程序法,尤其是一般民事诉讼法上,会在粗略的实体法和民事诉讼法之间形成大量真空地带。例如《公司法》第22条中无效之诉的原告范围以及当事人的诉讼地位均很模糊。另外,虽然公司法兼具行为规范和裁判规范双重身份,但其仍然具有区别于民法的强烈自治色彩,对于裁判规范的需求大于行为规范,公司法司法解释就是裁判规范的典范。实体法的完善可以采用修改公司法或者颁布司法解释的路径。

^{②7} [美]罗伯特·W. 汉密尔顿《美国公司法》,齐东祥等译,法律出版社2008年版,第42—46页。

^{②8} [美]伊斯布鲁特、费希尔《公司法经济结构》,罗培新译,北京大学出版社2005年版。

^{②9} 胡田野《公司法的任意性与强制性规范》,法律出版社2012年版,第12页。

^{③0} 蒋大兴、金剑锋《论公司法的私法品性——检视司法的立场》,载《南京大学学报(人文社会科学版)》2005年第1期。

^{③1} 《拿破仑民法典》,李浩培、吴传颐、孔鸣岗译,商务印书馆1979年版,第9页。

^{③2} 赵万一:《商法的独立性与商事审判的独立化》,载《法律科学》2012年第1期,第55页。

^{③3} 英美法系国家常常将股东权利概括为三大类,即表决权、诉讼权和资讯权。参见[美]罗伯特·C. 克拉克《公司法》,胡平等译,工商出版社1999年版,第70页。

^{③4} 前引①,第131页。

^{③5} 前引②,第56页。

^{③6} 赵蕾《司法介入公司自治的第二条路——公司特别诉讼的基本程序》,载《法学论坛》2011年第1期,第156页。

例如《合同法》就在代位权制度中直接规定原告、被告或第三人的诉讼地位,^{③7}公司法司法解释亦如是。但存在并不一定合理,中国特色的司法解释模式之所以具有旺盛的生命力,与立法产品供应严重不足、判例制度没有形成有很大关系;^{③8}而有“违宪造法”之嫌的司法解释利弊孰大仍需反思。

(三) 公司法规范的类型化认识与法律解释

提高公司法可诉性除了实体法和程序的完善之外,准确适用法律尤为重要,而这就需要正确理解法律和掌握准确适用法律的方法。^{③9}要找到恰当的法律规范必须首先对公司法的规范类型作出准确的判断;其次则需要通过法律解释确定大前提的规范要件和法律效果。

未来公司法必须在任意性规范和强制性规范间寻求一个最佳的比例组合。^{④0}这两种规范类型在公司法上涉及两个基本问题:一是前置性问题,包括概念界定、功能以及公司法何以需要任意性和强行性规范等;二是区分任意性和强行性的标准。对于前置性问题本文不赘述,而明晰任意性和强行性规范的标准则应从应然的角度和现行公司法实然判断的角度寻找。从应然的角度来看,涉及公司效率以及分配事项一般应为任意性,而涉及诉讼、法律责任以及授信义务应为强行性规范。从实然的角度来看,对于任意性和强行性规范的识别首先是借助一些标示性语言的形式判断;但是由于公司法标示性语言的缺乏和滥用,还必须结合实质标准以及法理判断标准加以分析,这也涉及到法律解释的问题。

公司法法律解释的特殊性及其重心安排。立法中对细节和广泛性的强调并不一定是引人误导,司法系统倾向于以小心和谨慎的方式解释和适用法令以填补公司所遗留的大量合同缝隙。^{④1}当然公司法对于法律解释的渴求主要并不是源于民法本身所带有的强烈概念主义法学色彩,而是因为公司法可诉性的不足。另外从影响法律解释的角度来看,公司法区别于其他部门法特别是民法的最大特点就是其为了适应市场经济环境变换以及保障经济活动顺利进行而具有的频繁变动性和技术性。公司法立法解释是空白一片,而司法解释则呈现欣欣之景;学理解释仍然扮演着“软性解释”的角色;个案裁判者所运用的解释方法与一般的民法解释方法并无太大不同,其在个案裁判中解释的局促主要来自公司审判本身特殊性以及公司法的频繁变动性、技术性给法官解释带来的困难,同时各地各级法官缺乏规范统一的法律解释方法,导致司法难以统一和得到社会认可。^{④2}因此,公司法解释的重心应放在两个层面,一是借鉴日本的经验提高公司法修改的频率,同时辅之以一定的实施细则和司法解释让法官有法可依;二是从审判思维和审判程序方面提升法官对于公司法的利用效率,同时现有公司法对于新兴行业特别是资本市场反应的滞后性要求法官必须规范其运用法律解释和漏洞填补的方法。我国带有极强工具主义色彩的公司法律制度移植伴随的是公司伦理文化的缺乏,而国家制定法与民间法的相互沟通、理解以及在此基础上妥协和合作将是制度创新的一个重要的途径,^{④3}因此,我们必须挖掘逐渐生成的原生性商事习惯并将其作为法律解释的渠道。另外,加强体系解释,比较法解释的训练也是必要的。

(四) 公司审判思维下的公司法立法理念

独立的公司审判思维是提高公司法可诉性的重要保障。公司法作为商法的核心和灵魂,其审判的独立化问题至今没有引起广泛重视,直接影响到了公司法可诉性的提高。公司审判独立化首先要解决的就是独立的公司审判思维问题。应然的审判行为除了要最大限度符合实体法的文字含义,更重要的是要实现成文法的立法宗旨和精神,最大限度地实现法律的价值导引功能。^{④4}2005年公司法历经了“合

③7 崔建远《民法:给程序以应有的地位》,载《政治与法律》2008年第2期,第1页。

③8 沈岷《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》,载《中国社会科学》2008年第1期,第104页。

③9 王利明《法学方法论的基本问题(上)》,载中国民商法律网: <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=56093>,最后访问时间:2012年10月15日。

④0 王文宇《进出公司法——几点跨领域的观察》,载《公司法发展之走向》,清华大学出版社2004年版,第8—9页。

④1 [加拿大]布莱恩·R.柴芬思《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第382页。

④2 段匡《日本民法解释学对中国法解释学的启示意义》,载《法商研究》2004年第4期,第10页。

④3 苏力《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第69页。

④4 赵万一:《商事审判独立化是大势所趋》,载《法制日报》2010年9月15日第12版。

同法式”的改革——鼓励交易、确保股东和公司自治成为公司法的品行。^{④5}因此,公司审判应该适应这种新品行,确立独立的公司审判思维:一是效益优先理念,受民法公平理念的影响,公司审判中法官时常忽略了公司的营利性前提,妨碍了公司相关主体对效益的实现。二是商事外观主义理念,不同于民法的真意探求,商事外观主义是商事交易稳定和安全的基石。因此,法官应避免纠缠于当事人的内心真意,对于公司与公司以外第三人的交易,以权利外观为基准保护善意第三人。三是尊重私法自治和商业判断规则理念,公司法的私法自治包括股东自治和公司自治,除非公司或股东的行为违背了强行性规范,否则应认可公司内部或股东之间的自行安排。商事判断规则,即“商业的归商人,法律的归法官”,是公司私法自治理念的延伸。尽管在美国学术界对此存有争议,但在案件的司法审查中适用商业判断规则的现象却非常普遍。美国公司法的商业判断规则是针对董事决策的事后审查标准,但中国公司法审判中应该树立的是适用到公司裁判方方面面的规则理念,例如股权交易、股东会议议事规则、公司运作方式等,只要这种商业运作未违法,司法就应当尊重。^{④6}另外,2005年公司法大量借鉴英美公司法中的制度结论,但实践中运用的仍是大陆法系的思维方式,这种思维与制度的对接也成为关系公司法条文可诉性的关键。《公司法》第20条的公司法人人格否认制度和第183条的司法解散制度就是典型。^{④7}

正确的公司法立法理念是提高公司法可诉性的必然要求。虽然“立法宜细不宜粗”的新理念在2005年公司法修改中起到了重大作用,但立法者更多关心的还是具体法律制度本身的体系和逻辑结构的完整性,对于法律在实践中的效果即法的可诉性则缺乏长远的视野。法条中一些已有的可诉性规定因为追求精细,导致在司法实践中缺少变通;而一些本应细化的条文却是依旧语意不详抑或用词模糊。作出的制度安排对于主体是否具有请求权,这些请求权是否构成依据以及权利实现的程序等直接决定纠纷是否可以进入诉讼程序的关键往往缺乏规定。因此,笔者建议在“宜细不宜粗”的理念下,采用粗细结合的方法,一方面重视具体制度规范的可诉性安排,减少简明、缩写式的法律条款,法律规范的逻辑构成既要从正面揭示行为规则,也要从反面明确违反行为规则的法律后果。^{④8}另一方面在一些条文上也要考虑长远,为未来的制度完善预留“接口”。

四、提高公司法可诉性的微观途径:完善程序设计的初步构想

在经过对公司法可诉性概览、劣势分析以及前提性问题反思之后,本节立足具体措施试图从微观途径来讨论对提高公司法可诉性的初步构想。

(一) 公司实体法与司法解释的重塑

1. 公司法实体规范的可诉性完善。首先,应该在继续坚持“宜细不宜粗”的立法理念下进一步完善不同案件类型的可诉性,并将条文本身的可诉性上升到与具体制度体系和逻辑结构完整性的同等高度。其次,对于实践中非常重要并且处置较为成熟的纠纷应该尽量在公司法条文中将其成果上升为规则,细化条文中强制性规范的假定条件、行为模式和法律后果,并将重要条文在诉讼中有关诉讼主体、诉讼地位等规则加入公司法条文。另外,对于那些引入的域外先进经验可以先规定得“粗”一点,为未来细化和完善预备制度“接口”。最后,在法律语言方面,文字必须尽量客观、严谨、精确以及合乎事理,应避免夸张、主观或暗示性的词句。^{④9}特别是在区别强制性规范与任意性规范上,应该明确二者在语言形式上的不同之处,并在司法实践中形成共识。

2. 司法解释制度的可诉性完善。为避免公司法最终成为最高人民法院的公司法,笔者建议首先应该加快公司法本身的修改频率,增加公司法内容,增强条文的可诉性。日本最新的公司法法典仅条文就有近1000条,其内容丰富程度远远大于我国公司法。其次,可以借鉴日本公司法授权司法机关进行配

^{④5} 前引⑩,第72页。

^{④6} 前引②3,第15页。

^{④7} 甘培忠、刘兰芳《新类型公司诉讼疑难问题研究》,北京大学出版社2009年版,第9页。

^{④8} 乔欣《公司纠纷的司法救济》,法律出版社2007年版,第9页。

^{④9} 王泽鉴《法律思维与民法判例》,中国政法大学出版社2002年版,第302页。

套(如司法省令)的具体问题、具体解决的立法解释;最后,公司法司法解释应该在注重“问题对问题”即“点对点”的解决方案的同时,进一步加强司法解释的体系化,提高其科学性。

(二) 公司诉讼立法体例的选择以及公司集团诉讼的引入

1. 公司诉讼立法体例的借鉴与选择。公司诉讼只是一种诉讼类型,而不是一部法典。民事诉讼法缺乏对公司诉讼的特殊规定,因此,中国公司诉讼只能借助公司实体法和司法解释的诉讼化来完成。目前,世界各国关于公司诉讼的立法模式主要有三种:一是公司诉讼类型散落在公司法或商法的若干条款之中,公司实体法与诉讼法合二为一,例如1966年《法国公司法》和2006年《英国公司法》。二是公司诉讼类型同时规定在公司法和程序法中。例如德国公司法、日本商法(2005年之前)规定公司诉讼实体法条款,另又在《民事诉讼法》和《非讼事件程序法》中规定了广义公司诉讼程序。前者包括狭义公司诉讼(诉讼事件),后者包括非讼事件。三是公司诉讼单独在公司法典中规定。例如2005年日本新公司法在第7编杂则中专门对公司非讼作出规定,并将原由《非讼事件程序法》调整的内容划入公司法典中。^{⑤0}关于中国公司诉讼立法的模式选择,笔者认为首先应明确几大观点:一是公司诉讼既涉及公司实体法,也关乎民事诉讼法和非讼程序法,没有必要将公司法完全改造成为集实体法和程序法为一体;二是由于公司诉讼与一般民事诉讼在程序上仍然是“同大于异”,制定独立的公司诉讼法典也没有必要。笔者认为,可以借鉴日本新公司法典,专章规定公司诉讼与非讼事件,在保持现有公司法实体法性质的前提下通过对诉讼类型的体系化提高公司法可诉性。^{⑤1}

2. 建立我国的公司集团诉讼机制。面对日益增多的集体纠纷和大规模侵权,借鉴美国的集团诉讼是可行和必要的。对于公司特别是公开募股的上市公司而言,建立公司集团诉讼机制对于提高我国公司法的可诉性大有裨益。正如路易斯·罗斯教授所言“联邦的最终效力……在很大程度上取决于集团诉讼手段的适用。”^{⑤2}简言之,公司集团诉讼鼓励中小投资者在可能的巨大补偿费吸引下获得有能力的律师的帮助。^{⑤3}反对者主要认为,该项制度助长了律师的贪婪,使得诉讼激增,高额的赔偿常常让公司走向破产的边缘;特别是当个人由明确签字加入(opt in)变为除非明确表示退出(opt out),否则“默示推定”之后,此情形由甚。^{⑤4}美国在2005年通过新的《集团诉讼公平法》一方面称颂该制度所发挥的巨大作用,另一方面也承认被滥用的现实并正努力改变这种现状。就我国来说,建立公司集团诉讼机制应该有选择性地借鉴美国的集团诉讼制度,一是在确定公司集团诉讼的集团成员时,应该区别具体情形适用加入制和退出制,退出制主要适用那些实力雄厚、影响广泛并且危害性较大的公司诉讼中;二是加强法院在公司集团诉讼中的职权管理和监督。

(三) 公司法律裁判的完善

1. 法官在公司诉讼中应掌握请求权基础分析方法。一项权益受损要获得救济,必须是该权益构成了某项权利的内容。^{⑤5}现行公司法已经以请求权为基础建立了多种公司法律关系,也赋予了不同公司主体实体请求权,但法官运用请求权基础分析方法的能力却有待提高。请求权思维方式要求法官,一方面要依据案件事实去寻找法律规范,另一方面又必须将法律规范适用于案例事实。^{⑤6}有人形象地称之为“目光来回穿梭”。^{⑤7}在对公司纠纷作出裁判时,法官应该在案件中提炼出请求权,然后在法律规范中寻求请求权基础,反对单纯依靠法律纠纷与法律规范的类型化比对来适用法律进行裁决。

⑤0 李求轶《公司诉讼类型化探析》,法律出版社2010年版,第194—195页。

⑤1 日本公司法在第七编第二章诉讼中规定了“有关公司组织之诉”、“股份公司的责任追诉等之诉”、“股份公司的高级管理人员的解任之诉”、“有关特别清算之诉”、“持股份公司的股东除名之诉等”、“清算持股份公司的财产处分撤销之诉”、“发行公司债券公司的清偿等撤销之诉”。参见《日本公司法典》,崔延花译,中国政法大学出版社2006年版,第413—432页。

⑤2 [美]路易斯·罗斯、乔尔·塞里格曼《美国证券监管法基础》,张路等译,法律出版社2008年版,第979页。

⑤3 张长健《未雨绸缪抑或亡羊补牢:证券市场国际板投资者权益保护法律机制研究》,载《兰州商学院学报》2012年第3期,第125页。

⑤4 章武生《论群体性纠纷的解决机制——美国集团诉讼的分析和借鉴》,载《中国法学》2007年第3期,第23页。

⑤5 梁上上《控股股东侵权案的法律障碍与制度创新》,载《法学家》2002年第7期,第78页。

⑤6 前引④9,第36页。

⑤7 [德]迪特尔·梅迪库斯《请求权基础》,陈卫佐、田士永、王洪亮、张双根译,法律出版社2012年版,第6页。

2. 发挥最高人民法院指导性案例制度对提高公司法可诉性的作用。最高人民法院在2010年颁布了《最高人民法院关于案例指导工作的规定》^{⑤⑧}, 这项制度是我国司法制度的创举, 从公司法可诉性的角度讲, 其提供了公司法的法条解释和适用方法。例如已公布的8个指导性案例中, 第8号案例就是关于公司法第183条对于公司僵局如何理解的问题, 提高了司法解散制度的可诉性。当然目前的最高人民法院指导性案例制度也有一些不足, 需要我们在实践中进一步完善: 一是裁判要点抽象, 有必要完整公布裁判全文; 二是裁判要点的剪裁应该让法律工作者广泛参与其中; 三是对于裁判要点的效力, 是执法拘束力抑或指导力还是其他缺乏明确的规定; 四是案例指导制度应作出法律解释的示范, 其功能不应仅限于个案的解决。^{⑤⑨}

3. 明确公司法任意性和强行性规范的识别、适用方法以及违反的法律后果。避开这两种规范划分和规定的应然层面, 仅从涉及公司法可诉性的实然层面来看, 对两种规范的正确识别是前提。识别公司法任意性和强行性规范首先是形式识别, 即通过标示性语言识别。例如, “可以”一般代表选择适用的任意性规范, “由公司章程规定”、“全体股东约定的除外”等一般为排除适用的任意性规范, “应当”、“必须”、“不得”一般代表强行性规范。在形式识别方法无法准确判断时, 则应该采取实质识别方式。当然实质识别方法对于法官解释法律的能力要求较高, 在司法解释作出进一步明确之前, 对于实质识别我们还是应该给予一些原则性的参考。例如, 结构性、分配性规则一般为任意性规范, 信义性规则一般为强制性规范; 有限公司的赋权性规则和补充性规则要多于股份公司。^{⑥⑩} 调整对象的变化也会直接影响到任意性规范和强行性规范的识别。对于任意性规范的适用原则是: 法官应当特别尊重当事人约定, 如果当事人对任意性规范作出了约定, 应当首先按照约定; 如果没有, 则看有没有补充约定; 如果也没有, 则需要法官对章程和协议进行解释; 如果都没有, 就应当按照任意性规范裁决。对于违反后的法律效果主要针对强制性规范, 而法律后果也因为强制性规范的不同而不同。对公司法的强制性规范划分, 笔者认为可以参考合同法的相关内容, 分为效力强制性规范和管理性强制性规范。违反效力强制性规范直接的法律后果就是交易或者行为的无效, 而违反管理性强制性规范的后果则是除了无效之外的其他, 例如履行或者赔偿责任。

4. 商业判断规则的中国化。美国有学者甚至将商业判断规则奉为公司法核心准则, 其广泛影响董事、高管以及控股股东的地位。^{⑥⑪} 《示范商事公司法》是我们研究商业判断规则的主要参考, 1998年的修改涉及到了董事的行为准则, 归纳起来主要有三个标准: (1) 善意; (2) 为公司利益最大化行事; (3) 合理的谨慎和勤勉。目前我国还没有建立起商业判断规则。虽然《公司法》第148条提到了勤勉义务, 但是没有对勤勉义务的内容和判断标准予以具体化和明确规定。作为弥补, 《公司法》第150条和第152条分别规定了股东派生诉讼和直接诉讼, 但其适用被严格限定在违反法律、行政法规和章程上, 同时其适用不限于商业判断规则的勤勉义务以及董事这一单一主体。引入商业判断规则迫在眉睫, 但是引入关键在于如何取舍和实现其中国化。如果一引入就像判例法国家一样将其适用的标准直接交给个案法官, 只能导致法官不敢用或者乱用。因此, 公司法可以先在司法解释中对此作出原则性规定, 并应重在职责的方式和程序的判定而非简单的“结果论”, 待其适用成熟之后再上升到公司法。商业判断规则适用要处理好与公司法直接诉讼和派生诉讼的关系, 应主要发挥其弥补对董事、高管等注意义务标准不明确的立法缺乏, 为司法介入划定边界。如此, 对于董事、监事以及高管的行为判定就有两条标准, 首先看在执行公司职务中是否有明显的违法或者违反章程的行为; 如果没有, 则看其是否违反商业判断规则的

⑤⑧ 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》强调案例指导工作的目的在于总结审判经验, 统一法律适用, 提高审判质量, 维护司法公正。同时还对选取的指导性案例的性质作出了限制, 即社会广泛关注的; 法律规定比较原则的; 具有典型性的; 疑难复杂或者新类型的以及其他。

⑤⑨ 《聚焦最高人民法院第一批指导性案例(上)》, 载中国民商法律网: <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=55459>, 最后访问时间: 2012年10月15日。

⑥⑩ 罗培新《公司法强制性性与任意性边界之厘定——一个法理分析框架》, 载《中国法学》2007年第4期, 第82页。

⑥⑪ Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, Vand. L. Rev., 2004 p. 1.

一般注意义务。最后,应该通过引入商业判断规则强化对公司章程作用和重要性的认识,帮助发起人、股东等主体树立尽量在明细的章程中规范董事、监事以及高管行为的意识。

(四) 发挥诉讼替代程序的作用

1. 公司非讼程序的建立。公司纠纷的调处需要更加快捷和高效的手段,特别是对于那些利害关系人没有民事权益争议,仅仅需要请求法院确认某事实是否存在的情况,这就为非讼程序提供了广阔的适用空间。以德日为代表的大陆法系国家已将非讼程序广泛运用于公司纠纷的裁定之中。我国现行民事诉讼法没有非讼程序,只有内容极其有限的特别程序。^{⑥2}目前,我国在公司诉讼中亟待在股东查阅权纠纷、股东会召集权纠纷、股份评估中的股份价格认定纠纷、公司解散中涉及公益原因的纠纷以及部分不涉及实体权利争议的公司清算纠纷等领域引入非讼程序作为公司诉讼程序的补充。^{⑥3}对于立法模式的选择,笔者建议首先宏观上在民事诉讼法中对于非讼程序作出规定,然后借鉴新日本公司法典的经验,在公司法中专章规定非讼程序。

2. 推动商事调解是提高公司法可诉性的另一条途径。目前,我国调解制度主要有三个,即法院调解、行政调解和人民调解。传统的调解偏重于依据常识、常理和常情来判断普通民事纠纷,而大量商事纠纷所具有的技术性、复杂性和非伦理性,同时重效率、重外观以及重行业惯例等商事思维使得一般的调解制度难以奏效。因此,在商事审判中引入特别调解制度,通过商事专家以及专业人士的参与提高商事审判的质量,实现调审分离。^{⑥4}这种商事调解制度还可以弥补一般 ADR 制度所存在的不足,一是商事调解是在法院主持之下完成,但其调解人非法官而是特定的商事专业人士,这样就在提高调解的效率的同时保证了程序正当和合法性;二是商事调解案件经法院审查之后出具调解书,就保证了其执行力,弥补了一般民间调解协议的效力缺陷。2010 年 8 月 18 日,北京市首家中关村企业家商事调解中心揭牌。但是,如何完善商事调解员制度以及如何保证商事调解中的保密性将是未来研究的重点。

The Suability of Chinese Company Law in Post-legislation Era

ZHAO Wan-yi ZHANG Chang-jian

Abstract: In the post legislation era, there is a major task for Chinese company law to make, which is a historical transformation from textualism to activism. And the key lies in the suability of the company law. Actually, the weak suability of the current company law can be found both in substantive law and procedural law. Improvement should be accomplished from both macro and micro perspectives. As to the former perspective, the value of company suability should be reconstructed and identified to act as directions and guidelines for improvement path design. As to the latter perspective, preliminary ideas based on practical value of company suability should be constructed. The ultimate goal is to establish a trinity logic pattern for suability of company law composed of substantive law, judiciary and the participating subjects with their respective functions clearly identified.

Key words: post litigation period suability interpretation of law

^{⑥2} 需要提及的是,非讼程序与非诉讼纠纷解决程序(ADR)是两个不同概念。非讼程序简言之,即简便程序行之,非以实体权利存否为审理对象,适用职权主义和职权探知主义,以裁定不经公开宣示之方式宣示其结果,法院之决定仅具暂时性、未来性,当事人对实体权利本身仍有以诉讼方式再为争议之可能。参见魏大猷《新非讼事件法总则问题解析》,载《月旦法学杂志》2005 年第 123 期,第 12 页。

^{⑥3} 前引^⑤,第 102 页。

^{⑥4} 赵万一、吴晓锋《商事思维下的公司法实务研究》,中国法制出版社 2009 年版,第 18 页。