

# 论股东强制盈余分配请求权

——兼评“河南思维自动化设备有限公司与胡克盈余分配纠纷案”

梁上上

(清华大学 法学院,北京 100084)

**摘要:**“河南思维公司与胡克盈余分配纠纷案”存在的问题在于法院仅仅以尊重公司自治为由驳回小股东盈余分配请求并不妥当。目前法院所遭遇的困局不仅与对公司自治的误解有关,也与公司盈余分配制度的立法疏漏有关。公司自治原则存在边界,不能与公司正义原则相违背。法院应该充分发挥主观能动性,对现行公司法存在的制度漏洞在司法裁判中加以弥补。借鉴美、德等国经验,可以看出,强制性盈余分配纠纷案件不能仅有撤销之诉,对这类纠纷的司法审查标准、董事及控制股东的被告地位、盈余分配的具体数额应当明确。对于胡克案,法院应当判决强制公司盈余分配。

**关键词:**盈余分配请求权;小股东;董事信义义务;公司自治;公司正义

中图分类号:DF411.91 文献标识码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2015.02.08

盈余分配请求权是重要的股东权利<sup>[1]</sup>。在我国,股东与公司之间的盈余分配纠纷<sup>①</sup>日益频繁,出现了许多股东未经公司股东会决议直接向法院请求公司盈余分配的案件。在这此案件中,法院是否应当支持股东的强制盈余请求?学术界存在争议,不同法院也有不同的做法<sup>②</sup>,在实践中产生了困惑。究竟该如何处理才妥当呢?本文结合最高人民法院的一则判决,对这一问题进行分析,提出解决问题的方案。

## 一、问题的提出:胡克案的疑问

### “河南思维自动化设备有限公司与胡克盈余分

配纠纷案”(以下简称“胡克案”)是涉及股东盈余分配的著名案例<sup>[2]</sup>。

两审法院查明的案件事实是:河南思维自动化设备有限公司(以下简称“河南思维公司”)于1998年4月29日成立,胡克等四人为发起人,每人出资75万元,注册资金为300万元,其公司章程规定的盈余分配制度与公司法的规定相同。该公司2004

<sup>①</sup> 关于盈余分配权,有的称为“股东利润分配请求权”,有的称为“公司红利请求权”。根据最高人民法院发布的《民事案件案由规定》的规定,这类纠纷称为“公司盈余分配纠纷”。据此,本文称为“股东盈余分配请求权”。

<sup>②</sup> 如针对“河南思维自动化设备有限公司与胡克盈余分配纠纷案”,一审与二审有不同意见。再如《江苏省盐城市盐都区人民法院(2006)都民二初字第370号民事判决书》、《广东省高级人民法院(2008)粤高法民二终字第110号民事裁定书》,对原告不予支持;《江苏省常州市中级人民法院(2003)常民二初字第164号民事判决书》,则对类似案件的原告予以支持。

收稿日期:2014-10-22

作者简介:梁上上(1971-),男,清华大学法学院教授。

年度的企业财务会计报表载明,截止 2004 年 12 月底,该公司未分配利润(历年)期末数为 103 812 679.64 元,资本公积金期末数为 34 803 668.26 元,盈余公积金期末数为 63 351 871.29 元。2005 年 3 月 3 日,胡克以河南思维公司自成立以来长期拒不向股东分红、损害股东利益为由,向河南省高级人民法院提起诉讼,请求判令该公司向其分红 4 000 万元。河南高院认为,河南思维公司有巨额利润而长期拒不向股东分配,违反了公司法规定,特别是在股东之间发生纠纷时,损害了占股比例较小的股东的利益。故该院作出一审判决,依据 1993 年公司法第 33 条的规定,以 2004 年底未分配利润期末数为基数,按照 25% 的持股比例,胡克应分配到 25 953 169.91 元。<sup>①</sup>

河南思维公司不服,向最高人民法院提起上诉。最高人民法院审理后认为,“1993 年公司法第 38 条和第 46 条的规定<sup>②</sup>,有限责任公司利润分配方案应由公司董事会制订并由公司股东会审议批准。因此,在河南思维公司董事会、股东会未就公司利润分配作出决议之前,胡克以股东身份直接向人民法院起诉请求分配公司利润,其诉讼请求本院不予支持。由于公司是否分配利润以及分配多少利润属公司董事会、股东会决策权范畴,原审判决认定思维公司有巨额利润而长期拒不向股东分配损害了占股比例较小的股东的利益,并据此逐行判决公司向股东分配利润,不符合公司利润分配的法律规定,应当予以纠正。”

在本案中,最高法院判决的核心观点是:公司是否分配利润以及分配多少利润属公司董事会、股东会决策权范畴,法院不予干预。所以,在公司董事会、股东会未就公司利润分配方案进行决议之前,公司股东直接向人民法院起诉请求判令公司向股东分配利润缺乏法律依据,法院不予支持。但存在的疑问是:面对公司巨额盈余,自公司成立以来拒不分配,小股东不能取得分文利润,小股东投资公司的获利目的显然难以实现。如何才能实现其投资公司的期待呢?而最高人民法院以属于公司

自治为由驳回起诉是否妥当呢?如果不妥当,应该如何处理呢?怎样保护小股东的利益呢?

## 二、股东盈余分配诉讼的主要类型与区分处理

根据股东是否基于公司股东会盈余分配决议所提出的分配请求,股东的盈余分配纠纷可以分为以下几种:

类型 I:基于股东会决议提出的盈余分配请求纠纷。即公司股东会已经就某一会计年度作出公司盈余分配决议,但是公司没有在规定的期限内向股东予以支付,股东基于决议向法院提起给付某一具体盈余分配额的诉讼。

类型 II:非基于股东会决议提出的盈余分配请求纠纷。具体可以分为:一是公司没有召开股东会,自然就不存在任何公司决议;二是,虽然召开了股东会,但股东会议做出不分配盈余的决议。例如,本案属于这类诉讼。

类型 III:因认为股东会决议不合适所提出的盈余分配请求纠纷。具体可分为:1. 分配数额过少。也就是说,公司股东会虽然做出了盈余分配的决议,但是股东认为,与当年的公司盈余相比,用于分配的公司利润明显过低,向法院提取的诉讼。例如,美国著名的 Dodge 案、Zidell v. Zidell 案都属于这一类型。2. 盈余分配方式不当。一般而言,公司盈余分配的方式可以有:现金、财产、普通股、优先股、债权、甚至威士忌(控酒的战争期间)<sup>[3]</sup>。例如,公司用非现金方式支付当年盈余,股东对此提起的诉讼。

就类型 I 而言,由于公司已经作出分配盈余的决议,股东的盈余分配请求权已经转化为数额明确的债权,所以可以获得法院的支持。这在理论与实践中都没有争议,本文不予讨论。

<sup>①</sup> 但是该院认为,胡克要求对资本公积金和盈余公积金作为公司盈余分配的主张,缺乏法律依据,不予支持。

<sup>②</sup> 2005 年 10 月以及 2013 年 12 月修订后的公司法亦保留了上述内容。

但是,关于类型II,股东没有股东会议的决议作为基础,是否可以直接向法院起诉强制公司分配盈余呢?或者说,法院是否应该支持该股东的强制盈余分配请求呢?这在我国的理论界与司法实践中都存在很大争议,具体讲有两种不同观点:一种观点认为,股东没有公司股东会议的决议作为依据,不能获得法律的支持;另一种观点认为,未经公司股东会决议的请求,也可以获得法律支持。关于类型III,我国较少涉及,但美国存在这样的案例。类型II与类型III具有相似性,本文主要对这两类诉讼进行研究。

### 三、法院对非基于公司决议的盈余分配诉讼不予支持的理由

公司股东会没有就公司盈余分配作出决议,直接向法院起诉要求分配一定数额的盈余,许多法院不予支持<sup>①</sup>,其理由主要有:

#### (一)理念上的理由:公司自治原则

事实上,从最高人民法院判决的“胡克案”等案件可以清晰地看出,法院的重要理由是:是否对公司盈余进行分配属于公司自治的范畴,法院不应干预。也就是说,与公司的外部行为不同,公司盈余分配属于公司内部事务,法院不能干预。公司盈余是否应该分配,是否应该留下发展基金,分配的比例如何等都属于公司商业上的判断范畴,应该遵循商事判断规则。相对于公司董事等管理层而言,法官对商事判断属于外行,是无法做出妥当判断的。只有公司董事、公司经理才是商场上的专家,法官介入公司事务不但不会取得良好的经济效果与社会效果,反而会损害公司效率损害公司利益。法官应该严守“公司自治”的原则,不能越界。

#### (二)具体制度上的理由

##### 1. 股东盈余分配请求权的性质具有特殊性

许多国家、地区的通说认为,股东盈余分配请求权可以分为抽象意义上的请求权与具体意义上的请求权<sup>[4]</sup>。抽象意义上的盈余分配请求权,是指公司在每个会计年度进行决算,向股东进行盈余分

配,股东可以接受盈余的抽象的权利。具体意义上的盈余分配请求权,是指公司股东会对有关盈余分配事项已经做出决定时,股东所享有的分配请求权。抽象盈余分配请求权与具体盈余分配请求权的性质是不同的。前者属于股权中的固有权<sup>[4]470-471</sup>,属于股东的一种期待权<sup>[5]</sup>。超过合理的范围或期间剥夺或限制该项权利,即使通过股东大会的多数决也是不允许的<sup>[4]471</sup>。而后者属于债权<sup>[4]472</sup>,属于盈余分派给付请求权<sup>[6]</sup>。

但是,德国有的学者认为盈余分配请求权属于债权,该权利在两个不同的阶段有所不同。在公司作出分红决议之前,分红请求权只是一项未来的、数额不确定的债权。而在公司作出决议之后,该权利成为数额确定的到期债权<sup>[7]</sup>。美国也认为这是一种债权。公司盈余分配决议一旦通过,董事会无权撤回决议,除非其盈余没有合法授权或者突发灾害使分红变得不恰当<sup>[3]520</sup>。

综合以上观点可以看出,虽然不同国家或者地区的学者对盈余分配请求权的性质认识有些许不同,但其基本见解却是相同的。据此,有的学者进一步认为,具体意义上的股东盈余分配请求权是可诉的,因为它是具有确定数额的到期债权;而抽象意义上的股东盈余分配请求权是不可诉的,因为它不具有确定数额的未来债权。

##### 2. 股东盈余分配需经决议程序作出

我国《公司法》第37条规定,“有限责任公司股东会行使的职权包括‘审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案’”。该法第46条规定,“董事会对股东会负责,行使‘制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案’等职权”。据此,有人认为,公司盈余分配必须要经董事会提出方案,并经股东会批准;决定公司是否分配利润的决定权属于股东会,未经股东会决议,股东无法直接行使盈余分配请求权<sup>[8]</sup>。

##### 3. 存在其他替代性措施

<sup>①</sup> 这里的不予支持包括:不予受理;受理后驳回起诉等。例如,邯郸中院等部分法院在民事立案标准中规定,公司未作分红决议前,对股东提起的公司盈余分配纠纷不予受理。

我国《公司法》第 71 条规定,有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。而且,如果符合一定条件,股东也可以向股东以外的人转让股权。此外,该法第 74 条还规定,在某些情形下,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。所以,有人认为,处于困境中的小股东提起强制盈余分配的诉讼并不可取,相反,应该采取其他替代性措施。这些措施包括要求公司回购、向第三人转让股权等<sup>[8]79</sup>。

#### 四、法院一概不予支持可能与公司正义原则相冲突

在法院的诸多判决中,表面上看似充足的理由似乎是尊重公司自治。但是,如果因为这属于公司自治而法院不加干预,是否违背公司正义原则呢?

##### (一)公司自治不能违背公司正义

公司自治原则的确是公司法上的重要原则,它要求司法机构在处理公司问题时充分尊重公司的自我决定。但是,公司自治原则并不是公司法所遵循的唯一原则。公司法作为法律,同样需要遵循法律正义的基本价值<sup>[9]</sup>。也就是说,除了公司自治之外,公司法还应该遵循公司正义原则。没有公司自治原则,公司法这座大厦就会没有根基,但没有公司正义原则,让公司自治原则无限膨胀,公司法整个大厦就会倾覆;所以,公司自治原则与公司正义原则是公司法的两个重要支柱,两者相辅相成,缺一不可。

公司正义原则的重要意义,可以从合同自由与合同正义之间的互动发展关系中得到启示。众所周知,合同法是自由的法,尊重当事人意思自治,合同自治是其基本原则。但是,法律并非不干预,在合同自由原则之外,还存在公序良俗原则。更有学者指出,合同正义原则的历史比合同自由原则更为悠久。欧洲契约法的主要历史潮流是,从中世纪到 19 世纪前半叶,契约正义的观点处于支配地位,而 19 世纪后半叶开始强调契约自由,而进入 20 世纪之后又开始重新重视契约正义的实现<sup>[10]</sup>。在现代

社会,契约自由与契约正义是并列的基本原理<sup>[10]154</sup>。事实上,合同正义原则作为合同法的指导性原则,无时无刻不影响着合同法的发展与适用。我国合同法也不例外,无时无刻不体现着该原则的存在。例如,我国《合同法》第 52 条对无效合同的干预,第 54 条对订立合同时显失公平的干预,第 114 条第 2 款对约定违约金的干预,都可以看到合同正义原则的存在。

同样,公司正义原则也存在于公司法的每一个角落。例如,我国《公司法》第 20 条第 3 款规定的法人人格否认就是适例。在通常情形之下,公司具有独立人格,债权人与公司之间的债权债务关系具有相对性,股东对公司债务不承担责任,债权人不能请求股东清偿债务。但是,如果公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,则应当对公司债务承担连带责任。这种“非常规性”的法律规范体现的就是公司正义原则。又如,董事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。但是,由于董事与公司之间存在较为特殊的关系,公司一般不愿对董事提起诉讼。为保护公司利益,《公司法》第 151 条允许符合一定条件的股东以自己名义对董事提起诉讼。显然,如果依据公司自治原则,是否对董事提起诉讼是公司内部事务,属于公司自治范围,应该由董事会决定。但是,这显然又与公司正义原则相违背,正是公司正义原则才有可能把“股东派生诉讼制度”镶嵌到公司法中来。总之,公司正义原则与公司自治原则一样,是公司法的重要原则,正是两种不同原则之间的互相促进与互相制约,才能促进公司法的发展。

##### (二)替代性救济措施不一定可行

有的法院指出,对股东行使强制盈余分配请求权不予支持,是因为还存在其他替代性救济措施<sup>[11]</sup>。所谓的其他替代性救济措施主要就是股东行使退股权。该替代性救济措施是否可行呢?

根据我国《公司法》第 74 条的规定,股东行使

退股权需要符合以下条件:1. 实体条件,即:公司连续5年不向股东分配利润,而公司该5年连续盈利,符合公司法规定的分配利润条件的;2. 程序条件,即:有的股东对股东会该项决议投反对票。如果符合这些条件,行使退股权的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。自股东会会议决议通过之日起60日内,股东与公司不能达成股权收购协议的,股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼。

但是,这种替代性措施并不一定可取。这是因为:1. 行使退股权需要符合严格实体条件(例如,连续5年不向股东分配利润)与程序条件,寻求救济的股东不一定能够符合这一条件,难以实现其目的。2. 即使小股东有意通过行使退股权来实现其营利目的,但是公司并不一定愿意配合股东来购买其股权,使其目的难以实现。3. 对小股东的救济目的不一定能够通过行使退股权真正实现。例如,他可能只想分取红利而不想离开公司,行使退股权与其真正目的并不一致。4. 从立法目的来看,立法者有义务制订较为完备的法律,为股东提供多种救济途径,让不同的法律制度发挥不同的功能,让股东有多种选择的机会。这才符合私法自治的真谛。

总之,要求小股东避开强制盈余分配请求权选择其他方式进行救济的观点只能是建议者的一厢情愿,而对具体的小股东来说,由于其存在复杂的时空背景,并不一定可取。当然,如果小股东愿意以行使退股权等措施来保护自己则另当别论了。

### (三)公司正义原则要求司法适度干预

从公司实践看,处于现实经营活动中的公司是极为复杂的。剖析公司盈余分配制度中的利益构造,我们可以发现:在公司盈余分配上,一方面中小股东分不到利润,另一方面在公司任职的控制股东凭借其任职机会,获取高额薪资。这与公司正义原则相违背。

为什么会出现这一现象呢?这与我们的理论假设有关。我们在进行公司立法时,均假设所有股东的利益都是一致的,是整体意义上的股东。其

实,一个公司中的股东既有相同的属性,也有不同的属性,甚至他们之间的利益是完全冲突的。所以,公司法规范股东问题时,一方面,既要重视共性,忽视其差异性,给予股东同等对待;另一方面,又要重视其差异性,忽视其共性,对不同股东差别对待。从股东与股东之间的关系伴随着权力性这一规律的发现,法律应该禁止控制股东权利滥用,并且赋予其对小股东的必要义务。

正是这种从“普遍意义上”的抽象股东到“具体意义上”的“有差异”的股东的转变,从保护处于社会劣势地位者的利益出发,需要贯彻公司正义原则,对公司盈余分配行为进行必要干预。事实上,一些国家也是这么做的。例如,在美国,长期以来都承认股东有权向法院起诉不公平的盈余分配政策<sup>[12]</sup>。又如,《德国股份法》第254条明文规定,符合一定条件的股东有权获得不低于4%的利率。

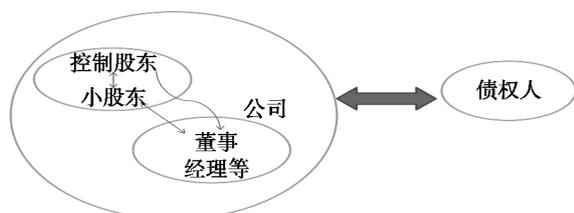
就公司盈余分配制度而言,公司自治原则应该受到尊重,但对小股东的盈余分配请求权也应该予以恰当关照,防止公司大股东或管理层滥用权利损害小股东利益。公司实践与法律现实是复杂的,这更要求处于复杂案件中的法官能够充分发挥主观能动性<sup>[13]</sup>。也就是说,法院应该看到其真实的一面,摆脱形式主义,放弃概念法学,在具体的事实背景之下,适度追求实质正义。

## 五、现行股东盈余分配制度的立法疏漏:忽视小股东利益保护

### (一)公司盈余分配制度的利益结构

公司盈余分配制度直接涉及公司本身、管理层、股东、债权人等不同主体之间的关系。这些关系可以分解为公司与管理层之间、公司与股东之间、公司与债权人之间、管理层与股东之间、管理层与债权人之间、股东与债权人之间等不同的法律关系,而且这些法律关系又往往交叉在一起,使问题变得更为复杂。在这些关系中,股东与债权人之间的关系需要借由公司这一中介进行传达与输送,所以,公司处于这些关系的核心地位,也是所有法律

关系的载体。由于公司并不是自然人,是法律所拟制的人,其意志需要通过其代理人行使,董事、经理等公司管理层的行为就至为关键。而且,这些种类众多的复杂关系,可以大别为两类,即对内关系与对外关系。公司(含公司管理层)与债权人的关系为对外关系,其他关系为对内关系。由于公司与债权人的关系属于对外关系,容易受到公司的侵害,需要法律加以特别规范,以保护债权人利益。所以,公司盈余分配制度在对这些复杂关系的处理上,主要是从债权人与社会利益的角度来考量的。公司盈余分配制度的复杂利益结构关系,见下表:



## (二) 强调对债权人利益的保护

我国《公司法》第 166 条规定,公司税后利润应依照下列顺序依次分配,即:弥补公司亏损、提取法定公积金、提取任意公积金以及支付普通股股利。而且,公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的,公司在提取当年的法定公积金之前,应当先用当年利润弥补亏损。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润,有限责任公司依照本法第 34 条<sup>①</sup>的规定分配;股份有限公司按照股东持有的股份比例分配,但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。第 166 条还规定,股东会、股东大会或者董事会违反这一规定,在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的,股东必须将违反规定分配的利润退还公司。可见,这里着重规定了公司的可分配的盈余额度。正如“周慧君诉嘉兴市大都市置业有限公司、嘉兴大都市实业集团有限公司盈余分配权纠纷”案所指出的,公司分配盈余,应当以确有可分配利润为前提<sup>②</sup>。而且,如果公司违反规定给股东分配利润的,股东必须退还给公司,从而确保公司有足够的资金来偿还债务。所以,从本条的立法设计看,是从公司可分配盈余额的角度

规定了债权相对于股权具有优先地位,债权人利益可以获得比公司、股东更为优先的保护。

事实上,大多数国家或地区的规定与我国公司法的规定相同或类似,都强调对公司债权人的保护。例如,我国台湾地区“公司法”的规定与祖国大陆《公司法》的规定相一致。<sup>③</sup>又如,《日本公司法典》第 454—465 条也是从保护公司债权人角度对公司盈余分配做了类似规定。美国、英国、德国等国家的公司法的规定也与此相同。应该说,给予债权人保护的立法指导思想基本是可取的。

## (三) 公司盈余分配制度的漏洞:忽视对小股东利益的恰当保护

从我国公司法关于公司盈余分配的法律规定看,主要是从保护债权人的角度,限制公司进行盈余分配。但是,公司盈余分配制度的利益结构已经清晰地显示,不仅应该对公司与债权人的外部关系加以规范,而且应该对公司与股东之间的内部关系作出规范。这些内部关系涉及公司治理的根本问题。

其实,在公司内部,股东这一群体内部也存在相当大的差异性。在大多数国家中,大量企业存在着控制股东<sup>[14]</sup>。小股东与控制股东在公司中的地位是不同的,控制股东处于强者地位,小股东处于弱者地位。而且,他们在利益分配上也会有不同倾向或者意见。小股东常常会受到控制股东的压制,使其利益受损或得不到保护。有人认为,世界上大

<sup>①</sup> 公司法第 34 条规定,股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

<sup>②</sup> 参见:嘉兴市中级人民法院(2005)嘉民二初字第 151 号;浙江省高级人民法院(2005)浙民二终字第 288 号。

<sup>③</sup> 我国台湾地区“公司法”第 232 条规定非弥补亏损及依本法规定提出法定盈余公积后,不得分派股息及红利。公司无盈余时,不得分派股息及红利。但法定盈余公积已超过实收资本额百分之五十时,得以其超过部分派充股息及红利。公司负责人违反第一项或前项规定分派股息及红利时,各处一年以下有期徒刑、拘役或科或并科新台币六万元以下罚金。该法第 233 条违反前条规定分派股息及红利时,公司之债权人,得请求退还,并得请求赔偿因此所受之损害。

多数公司的主要代理成本问题是控制股东掠夺小股东<sup>[14]</sup>。同时,由于股东与公司管理层之间的利益也存在冲突。换言之,控制公司财产的管理层基于各种利己的目的,可能会对公司或者股东的利益造成损害,全体股东的利益最大化原则经常面临挑战。由于公司董事等人选往往是由控制股东决定的,所以大股东与小股东的矛盾也可能转化为小股东与管理层的冲突,受到公司控制股东与管理层的压制。从这个意义上讲,与债权人一样,小股东利益也应当获得法律的适当关注与保护,避免受到公司管理层或控制股东的压制。

在美国,闭锁公司小股东经常遭受大股东或者管理层的压制 Oppression<sup>①</sup>。闭锁公司的控制股东或者管理层限制分配股利、拒绝给小股东投资回报是压制小股东的典型方式之一<sup>[15]</sup>。当小股东无法分取红利而利益受损时,除了采取转让所持股份、请求解散公司等救济措施外,可以通过起诉董事、控制股东等违反信义义务而强制公司分配盈余。而且,相对于解散公司等较为激烈的救济措施,这种救济方式更为常见。此外,德国也有类似的制度。

这是因为,公司毕竟与公益性企业不同,它的最大特点在于其营利性。所谓营利性,是指公司不但要积极地获取利润,并且要把利润分配给股东。这与非营利性的其他组织是不同的。作为非营利性组织,并不是追求利润,法律可以把规范的重点放在债权人利益的保护上。从公司盈余分配制度的利益结构的解剖中可以看出,公司法需要对股东与公司之间的利益分配关系作出规范。有的国家甚至在法律中规定一定比例的强制性股利分配。<sup>②</sup>所以,当公司存在巨额盈余而公司基于不恰当目的而故意不分配,致使股东投资公司的目的难以实现时,应当允许股东直接向法院提起盈余分配之诉。

显然,从我国公司法相关规定的立法模式看,其规范的对象是一般情形。但是社会是复杂的,可能存在许多立法者所无法预见的情形。也就是说,还可能存在“一般”之外的“例外”<sup>[13]140-144</sup>。我国公

司法并没有预见到“公司存在巨额盈余但不予分配”的情况,没有对股东的强制盈余分配之诉加以规范是公司法的一大漏洞。但是,由于这一漏洞具有一定的“隐蔽性”,在其他国家也存在。例如,韩国公司法也未对这一情形作出规定,有学者早已指出这是该国公司法上的一个漏洞<sup>[16]</sup>。如何规范溢出立法者预见的“例外”情形呢?这需要司法者发挥主观能动性,结合具体案件,弥补法律漏洞,做出妥当裁判。

## 六、强制盈余分配请求权救济的具体问题

目前,我国公司盈余分配纠纷的主要争议在于:多年连续盈利,但多年未分任何盈余所提起的诉讼。就股东盈余分配请求权诉讼的具体问题,美国、德国等有较为成熟的理论、立法和司法实践经验,可资借鉴。

### (一) 公司类型对强制盈余分配请求权的影响

在美国,相对于公开公司而言,法院更愿意对闭锁公司的股东给予盈余分配的救济<sup>[17]</sup>。在我国,公司可以分为有限公司与股份公司。相对于有限公司而言,股份公司的股权转让较为自由。如果股东对公司行为不满,可以采取“用脚投票”方式离开公司进行自救。上市公司的股份流通更为方便,而且其红利分配制度也较为完善。但对于上市公司

<sup>①</sup> Oppression 一词,在公司法上是指公司(特别是闭锁公司)董事或者控制人对小股东的不公平对待。(参见:Oppression, In Black's Law Dictionary, 9th[M]. 2009, p. 1203.) 压制又与 Squeeze-out, Forceout 存在密切联系。有人认为, Squeezeout 包括 Freezeout 和 Forceout, 其中, Freezeout 是指以不让小股东参加公司股利分配的方式,迫使其以不利条件向大股东出售或购买股份。 Forcesout 是指大股东通过操纵公司基本结构来消除小股东的利益,例如大股东把公司资产出售给自己控制的公司。(参见: Lewies D. Solomon, Alan R. Palmiter, Corporations, 3rd, China Fangzheng Press, 2004, p. 487.)

<sup>②</sup> 例如,巴西规定上市公司将公司当期净利润的 50% 作为红利以现金方式分配给股东,智利为 30%, 哥伦比亚为 50%, 厄瓜多尔为 50%, 希腊为 35%, 乌拉圭为 20%。(参见: Rafael La Porta, Florencio Lopez — de Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, Law and Finance, Journal of Political Economy, 1998, 106(6), p. 1130—1131.)

的分红状况也不能过于乐观。为此,自 2001 年的《上市公司新股发行管理办法》(证监会令第 1 号)起,中国证监会、上海证券交易所与深圳证券交易所都出台很多规定,鼓励上市公司建立长期分红政策,给投资者以现金回报。特别是 2012 年 5 月,中国证监会还发布了《关于进一步落实上市公司现金分红有关事项的通知》,以落实现金分红制度。这些规定与《上市公司证券发行管理办法》、《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 2 号》等规范性文件相结合,实际上具有了强制分配公司盈余的性质。所以,股东强制盈余分配之诉更多发生于有限公司,也需要较股份公司获得更积极的保护。<sup>①</sup>

### (二)诉的种类:不能局限于撤销之诉

最高人民法院认为,如果当股东会违反章程的规定过分提取公积金,而不分配股利或者很少分配股利并以其作为压榨小股东手段时,受害股东可以申请法院对该决议予以撤销<sup>[18]</sup>。的确,《德国股份法》第 254 条有类似规定,如果根据理性商人的判断,即使为了确保可预见的一定时期内公司在经济上和财务上的生存能力与抗风险能力,也没有必要设立盈余公积金或者将利润结转到下年度,并将红利分配率降至股本的 4% 以下,那么股东就可提起公司股东会决议撤销之诉<sup>[19]</sup>。另外,《德国有限公司法》第 29 条也规定,公司如果以董事会、股东会决议的方式将某一年度所有利润转设为盈余公积金或者作为盈余结转,记入下一年度的账目,则少数股东可以向法院提起撤销之诉<sup>[20]</sup>。可见,股东提起撤销之诉是一种可行的选项。

但是,股东强制盈余分配之诉不能局限于撤销之诉。这是因为,撤销之诉本身具有局限性,并不适合所有案件。根据我国《公司法》第 22 条第 2 款的规定,股东可以向法院提起撤销之诉的有两种情形:一是股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程的;二是决议内容违反公司章程的。如果属于这两种情形之一的,股东可以自决议作出之日起 60 日内,请求人民法

院撤销。就股东强制盈余分配纠纷而言,存在以下情形:1. 如果年度股东会议根本没有召开,虽然违反了公司法的程序性规定,但不存在撤销的对象,股东并不适合提起撤销之诉。2. 如果公司已经作出不分配或少分配股利的决议,其决议程序并不违法,而且其决议内容也没有违反公司章程,股东也不能提起撤销之诉。其实,这两种情形的妥当诉讼种类是,股东向法院提起强制分配诉讼或者强制分配适当盈余额的诉讼。例如,作为判例法国家的美国就允许股东向法院提起强制诉讼,Dodge 案与 Zidell 案就是适例。所以,除了撤销之诉外,对强制盈余分配纠纷还应允许强制分配之诉或者强制分配适当盈余额之诉。

### (三)董事、控制股东的被告地位

在美国,正如 Dodge 案所表明的那样,董事、控制股东与公司一起可以成为共同被告。与美国不同,我国《公司法》的规定是:由董事会制订盈余分配方案提交股东会决议通过。这里存在的主要疑问有:1. 是否可从公司控制人、董事的角度加以规范?的确,我国《公司法》规定,股东会是盈余分配的决定机构,而董事会并不是最后决定机构。但是,从公司的实际运营看,真正其决定性作用的仍然是控制股东与公司董事。所以,对控制股东与董事加以法律规范是必要的。2. 什么是董事的信义义务?我国《公司法》第 147 条第 1 款规定,董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务。这一规定,通常被解释为董事等管理层的信义义务。也就是说,赋予董事在公司盈余分配上某些义务,并不违反公司法的本意,也不违背我

<sup>①</sup> 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法若干问题的规定(四)》(征求意见稿)规定,有限责任公司小股东请求分配利润并提供证据证明公司有盈利但长期不分配,且大股东利用其控制地位,滥用多数表决权,压榨小股东利益的,人民法院应判决公司依照公司法或者公司章程的规定分配利润。有学者认为,基于上市公司分红存在的问题,只赋予有限公司股东股利分配请求权是片面地杜绝上市公司股东获得救济的最后途径。(参见:朱芸阳,王保树,上市公司现金分红制度的自治与强制——以股利代理成本理论为逻辑基础[J]. 现代法学,2013,(2):169).

们对管理层的期待。但是,对董事等管理层的责任也不能过重,否则法院会成为事后“诸葛亮”,反而影响公司正常经营活动,需要商事裁判规则对董事加以保护。由于我国缺少商事判断规则的明确规定,在赋予其义务时需要注意平衡,不要赋予董事过重的义务与责任。3. 控制股东也对小股东承担信义义务吗?虽然我国公司法没有关于控制股东的信义义务的规定,但是有关于禁止控制股东权利滥用的规定。该法第20条规定,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。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。这一规定与民商法长期以来所坚持的诚实信用原则、禁止权利滥用原则是一脉相承的。而且,控制股东与董事一样对小股东承担信义义务符合惯常处理方法。例如,美国等经济发达国家一直把董事的信义义务沿用到控制股东上来,取得了很好的效果。

董事(或者控制股东)在公司盈余分配诉讼中是否需要参加诉讼?目前,我国没有明确董事作为被告或者第三人参加诉讼。只有董事长作为公司的法定代表人参加诉讼,而且也不是被告。其理由主要有:(1)长期以来的民商法理论认为,公司作为法人具有独立的人格。董事、董事会等只是公司的内部机构,是其构成部分,并不具有独立的主体身份。反映到民事诉讼法上,董事长、董事、控制股东等就不能成为诉讼参加人。(2)盈余分配请求权指向的是公司对股东的分配义务,股东之间并无相互向对方支付红利的义务,董事也不向股东支付红利<sup>[21]</sup>。其实,这一思路与公司法的实践是不相符的,需要修改。

我认为,董事应该作为共同被告参加到公司诉讼中来。这是由公司诉讼的特殊性决定的。虽然股东会所谓的决策机构,但是真正在盈余分配上发挥作用的是董事与控制股东。董事等参加诉讼,有利于查明案件事实,做出公正裁判;有利于公司执行法院判决,防止判决成为一纸空文。而且,把

董事与公司作为共同被告是有充分的民事诉讼法理依据的:其一,股东可以直接以董事为被告。根据我国《民事诉讼法》第119条的规定,原告是与本案有直接利害关系的人。而对于被告,我国采取了与原告不同的认定标准,被告只需明确即可。《民事诉讼法》第121条规定,起诉状应该写明当事人的姓名、性别、工作单位、住所等信息。可见,对被告的确认,采取的是“表示说”,摒弃了适格当事人的判断标准<sup>[22]</sup>。其二,董事与公司的行为之间存在一定的联系,其中一人在诉讼中的作为或者不作为,会对其他被告产生作用,具有“牵连性”。这种牵连性主要表现在:(1)主张共通原则。共同被告中的一人所提出的主张,如果对其他共同被告有利,而其他共同被告对此又不表示反对的,其效力及于其他人。(2)证据共通原则。共同被告中的一人所提出的证据,可以作为对其他共同被告所主张的事实进行认定的证据。也就是说,该证据可以作为共同被告的共同证据。(3)抗辩共通原则<sup>[23]</sup>。如果被告中的一人所作的抗辩足以否定原告主张的权利,法院可以考虑将该抗辩视为全体被告对原告的抗辩。实际上,在我国审判活动中存在将公司的控制股东作为被告的案例。例如,在“周慧君诉嘉兴市大都市置业有限公司、嘉兴大都市实业集团有限公司盈余分配纠纷案”中,控制股东与公司一起为共同被告<sup>①</sup>。所以,赋予董事(控制股东)被告地位是合适的。

需要注意的是,如果被告方败诉,作为被告的董事、控制股东并不与公司承担相同的责任。有人认,如果控制股东与公司成为共同被告,就要承担连带责任。而公司法并未规定股东对公司的盈余分配负有连带责任。所以,让控制股东成为被告于法无据<sup>[24]</sup>。我认为,这种理解是存在问题的。其实,决定某一诉讼事件,其当事人是否适格,应就该具体事件,原告所主张的诉讼标的在其所起诉的当

① 一审:嘉兴市中级人民法院(2005)嘉民二初字第151号;二审:浙江省高级人民法院(2005)浙民二终字第288号。

事人之间是否适当且有意义作为判断标准,与法院的审理结果、原告所争执的权利或者法律关系是否存在无关<sup>[25]</sup>。换言之,诉讼法上的当事人概念与实体法上权利义务所归属的当事人并无必然的联系<sup>[26]</sup>。例如,《担保法司法解释》第125条规定,“一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的,人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是,应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时,由保证人承担保证责任。”可见,虽然将债务人与保证人作为共同被告,但是法院在判决书中应明确在对债务人依法强制执行后仍不能履行债务时,才由保证人承担保证责任。类似的情形,董事与公司虽然同为被告,但在诉讼中的地位是各自独立的,法院可以形成内容不同的判决。

有人认为,可以将董事(或控制股东)作为第三人参加民事诉讼。我认为,董事不能成为第三人。这是因为:第三人可以分为有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人。我国《民事诉讼法》第56条第1款规定,对当事人双方的诉讼标的,第三人认为有独立请求权的,有权提起诉讼。据此,有独立请求权第三人在诉讼中的地位相当于原告。他既不同意原告的主张,也不同意被告的主张,他是为了维护自己的民事权益,以独立的身份向法院提起了一个新的诉讼。他享有原告的诉讼权利,也承担原告的诉讼义务<sup>[23]186</sup>。显然,董事不符合有独立请求权第三人的构成要件,不能成为这一类型的第三人。同样,根据我国《民事诉讼法》第56条第2款的规定,无独立请求权第三人含义是指,对当事人双方的诉讼标的,第三人虽然没有独立请求权,但案件处理结果与其有法律上的利害关系的,可以申请参加诉讼,或者由人民法院通知其参加诉讼。所谓有法律上的利害关系,其实质是该第三人与本诉讼的当事人存在另一法律关系,而且本诉讼当事人争议的法律关系和该第三人与本诉讼当事人之间的法律关系具有一定的牵连性<sup>[23]188</sup>。而且,由于董事在诉讼过程中与公司是否承担责任密切相关,

如果只享有“无独立请求权第三人”的诉讼权利,不利于公司利益的保护与查明案情。

#### (四) 股东盈余分配请求权之诉的司法审查

与我国的公司制度不同,美国公司的决定盈余分配权力属于董事会。在美国,股东的强制盈余分配请求权往往与小股东遭受压制联系在一起。但是,究竟什么是压制,美国法律留给法院通过司法实践去认定。过去20年,“对股东合理期待的拒绝”成为判断是否构成压制的标准<sup>[27]</sup>。对于压制,美国可以对公司与公司董事提起强制性的盈余分配之诉。基于公司董事对股东承担的信义义务,小股东往往以董事违反信义义务为由起诉。

在公司法上,董事(或者控制股东)对小股东负有诚信义务与公平对待义务。如果公司作出不分配或者少分配盈余的决议是恶意的,就可以强制分配公司盈余。但是,与处理其他公司事物一样,董事可以获得商事判断规则的保护<sup>[28]</sup>。所以,就盈余分配政策而言,如果其决定是善意作出的,反映了公司正当商业目的,而不是控制股东将来的私人利益,那就可以免责。Gay v. Gays' Super Markets, Inc. 案指出,要使司法干预合法,需要证明董事会不分配盈余的决定构成欺诈、恶意或者滥用决定权(an abuse of discretion)<sup>[29]</sup>。也就是说,法院的任务是处理不法行为(Wrongs),而非处理相互竞争的不同商业利益。没有欺诈、没有恶意、没有违反信义义务、不存在滥用决定权,就没有不法行为<sup>[29]</sup>。

什么是董事或者控制股东的恶意呢?美国主要是通过法院的判例来发展的,判例与判例之间也存在细小差异。美国Gottfried v. Gottfried案指出,判断恶意的基本标准是董事是否把私人利益凌驾于公司利益之上<sup>[30]</sup>。但同时认为,关于恶意,并没有什么绝对可靠的标准。以下事实与恶意有关,可以作为恶意的证据:控制股东对小股东的深刻敌意;排斥小股东在公司就业;对管理层的高工资、高奖金以及公司对其进行高额贷款;巨额盈余分配将导致控制方缴纳高额个人所得税;董事存在以尽可能低的价格获得小股东的股份等。但是,如果没有

动因(Motivating Causes),他们也不构成法律上的“恶意”<sup>[30]</sup>。

有人认为,在涉及盈余分配的案件中,关键性的因素是公司储备着巨额的不合理现金。这一储备只可能解释为控制多数派股东的恶意<sup>[31]</sup>。著名的案例是 Dodge v. Ford Motor Co. 案<sup>[32]</sup>。在该案中,原告股东是 Ford 汽车公司的两位小股东,而大股东 Henry Ford 则持有 58% 股份并控制该公司。1916 年该公司获得巨额利润,其可分配盈余额高达 6 千万美元,但实际上仅仅分配了 3 百万美元,仅占可分配盈余额的 5%。令人吃惊的是,10 多年来,平均每年的实际分配利润占可分配额的 45%,而且 1916 年的可分配额却是 1914 年、1915 年的大约 2 倍<sup>[33]</sup>。但是 1917 年,公司董事会却决定该年度的公司利润用于扩展生产工厂、降低汽车价格,不给公司股东分发红利。原告 Dodges 提起诉讼,初审法院判决禁止公司扩建生产工厂,并命令公司支付 19 275 384.96 美元用于分派红利,约占公司当年可分配利润的 32%。但是,密歇根最高法院维持初审法院分红判决,撤销其他判决。又如在 Miller v. Magline Inc. 案中,法院认为,多数派股东给自己支付巨额奖金,公司存储了大量的工作资金,是一种过多过剩的工作资金,判令给股东分配盈余<sup>[34]</sup>。

关于“恶意”的举证责任在原告一方,这是适用商事裁判规则的必然结果。在美国的 Zidell v. Zidell 案<sup>[35]</sup>中,原告是公司的离职股东,其他股东则在公司中担任董事等重要职位,原告与其他大股东之间存在矛盾,公司支付给这些担任职位的股东的薪资与奖金非常大方,但他无法享受薪酬上的利益。为此,原告向法院起诉,请求提高 1974 年度的公司盈余分配额度。但是,被告解释了其保守的盈余分配政策是基于:公司提升硬件的需要,公司可能重建主要工厂的需要,用现金支付大额存货的需要,重建近于报废的船坞的需要,资金紧张时应付银行短期借款的需要。被告还证明,1973 年与 1974 年高额的利润是因为不寻常的经济环境所带来的,而这一经济环境并不具有可持续性。原告要求被

告提供会计报表等材料加以证明,但是法院认为应该由原告承担举证责任,被告不承担举证责任,驳回了原告起诉。有人认为,正如 Zidell V. Zidell 案所表明,商事裁判规则与股份多数决导向的传统偏见依然留给多数派股东实质性决定权<sup>[36]</sup>。小股东的举证困难有时还与公司的经营状况联系在一起。特别是面对经营业绩突出的公司,正如 Cookies Food Products, Inc v. Lakes Warehouse Distributing, Inc. 案<sup>[37]</sup>所表明,即使由董事与控制股东承担其所作决议对公司是否公平的举证责任,小股东也会遭遇败诉。但是,对公司小股东而言,起诉“公司控制人违反信义义务”毕竟是一种救济途径。最近 30 多年来,一些法院对处于困境中的小股东施以更多同情,已经加强了公司董事等人的信义义务<sup>[38]</sup>。

#### (五)“多年未分配”是董事失职的重要证据

超过合理的范围或者期间剥夺或者限制股东的盈余分配权利,即使通过股东大会的多数决也是不允许的<sup>[4]471</sup>。股东强制盈余分配请求权与股东会制度密切相关。

最高人民法院认为,有限公司股东会不是每年召开,股份公司每年要召开股东大会<sup>[39]</sup>。这种观点并不符合公司法的精神,是不正确的。通说认为,股份公司每年有一次会议,有限公司每年也应该召开至少一次股东会会议<sup>[40]</sup>。我支持这一说法。因为,我国现行《公司法》第 37 条第 1 款第 5 项与第 6 项、第 99 条的规定,股东会的职权是审议批准公司的“年度财务预算方案、决算方案”;审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案。与此相呼应,第 46 条第 1 款第 4 项与第 5 项、第 108 条第 4 款规定,董事会制订公司的“年度财务预算方案、决算方案”;制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案属于董事会的职权。而且,《公司法》第 164 条第 1 款规定,公司应当在每一会计年度终了时编制《财务会计报告》,并依法经会计师事务所审计。而《会计法》第 11 条规定,会计年度自公历 1 月 1 日起至 12 月 31 日止。《企业会计准则——基本准则》第 44 条第 2 款规定,《财务会计报告》包括《会计报表》及

其附注和其他应当在《财务会计报告》中披露的相关信息和资料。《会计报表》至少应当包括《资产负债表》、《利润表》、《现金流量表》等报表。可见,虽然我国现行《公司法》没有规定有限公司应该每年召开一次会议,但是可以从《公司法》与《会计法》的相关规定中推导出来。

实际上,我国的股东年会规则也与先进国家的规定相一致。例如,《美国示范公司法》第 7.03 节规定,如果在公司会计年度结束后 6 个月或者上次年度会议后 15 个月(以两者中较早的一个时间为准)公司年会未能召开的,基于任何有权参加年会的股东的申请,法院可以要求公司召开股东会议。

不论是有限公司还是股份公司,每年都应该召开股东会,并且就上一会计年度的利润分配(不分,分多少)与弥补亏损做出决议。这是董事会与股东会的职责所在。就职责的本质而言,其内容并不仅仅是权力,更是含有义务,具有一定的强制性。相对于西方国家每年的股东年会后就可以提起诉讼的制度相比,如果公司多年来获得巨额盈余,但不召开股东会议或者未作出利润分配决议,受害小股东更应该获得法律保护。董事会不召开会议等事实本身,就是其失职的重要证据。

#### (六)公司盈余分配具体数额的确定

股东行使强制盈余分配请求权,必然涉及公司应分配盈余的具体数额。关于公司盈余分配的具体数额,法院能否干预呢?如果可以,如何干预呢?有人认为,法官不是商人,是无法确定盈余分配具体数额的,让法院介入该具体数额的确定并不合适。也有人认为,应该允许直接判令公司分配股利,包括根据商务经营惯例确定具体的分配数额<sup>[41]</sup>。

我认为,法院可以确定具体的可分配盈余额。公司自治并不是排除法院干预的充分理由。就像在合同法领域,虽然合同自由是合同法的基本原则,但是合同法并不禁止法院的干预。例如,《合同法》第 114 条第 2 款规定,约定的违约金低于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构

予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”其实,确定可分配盈余额的实质是证据问题,可以根据证据规则加以确定。根据我国《公司法》、《会计法》等确立的会计准则,以及《民事诉讼法》等确立的证据规则,法院是有能力进行干预的。具体而言:

#### 1. 确定最高盈余分配额

也就是说,公司分配利润应该以有可分配利润为法定前提<sup>[42]</sup>。根据我国《公司法》第 166 条的规定,公司获取的当年税后利润,不能全部用于分配股利。其需要在弥补亏损,提取法定公积金之后才能进行分配。所以,公司的最高盈余分配额=税后利润-公司亏损-公积金(主要是法定公积金)。

#### 2. 确定最低盈余分配额

根据《公司法》的规定,公司股东会有权决定提取一定数额的任意公积金。提取任意公积金的数额直接影响股东实际可以获得分配的数额。一方面需要考虑公司经营发展的需要,另一方面又要考虑股东分取适当红利的需要。对此,德国《股份法》第 254 条规定,如果根据理性商人的判断,即使为了确保可预见的一定时期内公司在经济上和财务上的生存能力与抗风险能力,也没有必要设立盈余公积金或者将利润结转到下一年度,并将红利分配率降至股本的 4% 以下,那么股东就可提起公司股东会决议撤销之诉<sup>[19]</sup>。可见,公司资本金 4% 是最低的盈余分配比例。此外,德国《有限责任公司法》第 29 条不是强制性规定,没有规定盈余分配的最低限额。但是有人指出,这会危及少数股东的利益,建议无论如何应在公司章程中规定一个最低股息率<sup>[7]611</sup>,并认为应该将《股份法》第 254 条的规定作为判断分配最低红利的适当标准<sup>[7]610</sup>。

我国没有规定最低分配额,由于公司的盈余分配通常是按年度进行的,所以可以参照 1 年期的银行定期存款利率为基准加以确定。我国目前大多数银行的 1 年期定期存款利率为 3.15% 左右,1 年期的贷款利率为 6% 左右。股东向公司出资,在

资金流向上更类似于银行向公司贷款,而且其风险一般比贷款更大。在我国实际贷款活动中,公司对银行付出的综合成本会远远高于显性的6%利率。所以,如果公司年度可分配盈余率较高时,按照6%的1年期贷款利率作为最低分配额是合适的。当然,这不是绝对的,需要与具体的案情相结合。

### 3. 参考上市公司分红比例

中国证监会2006年发布的《上市公司证券发行管理办法》对上市公司的现金分红做了量化规定。该《办法》第8条第(5)项规定,最近三年以现金或股票方式累计分配的利润不少于最近三年实现的年均可分配利润的20%。2008年颁布的《关于修改上市公司现金分红若干规定的决定》规定,将其修改为:“最近三年以现金方式累计分配的利润不少于最近三年实现的年均可分配利润的30%”。可见,有限公司按照年度可分配利润的30%左右进行盈余分配具有较大的合理性。

### 4. 可以委托会计师事务所等中介机构进行审计

我国《民事诉讼法》第76条规定,当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。可见,原被告双方可以委托会计师事务所等机构进行审计。双方达不成协议,法院可以委托审计事务所、会计师事务所等中介机构提出鉴定意见。在我国的司法实践中,许多案件都是委托审计机构提出专业意见的。所以,在最高盈余分配额与最低盈余分配额之间,结合原告与公司的具体情况是可以确定合理的分配数额的。

## 七、结论

在“胡克案”中,河南思维公司经营状况良好,注册资本仅为300万元的公司已经累积盈余1亿

多元,另有资本公积金约3500万元与盈余公积金6300多万元,公司累积总额高达注册资本的67倍。但是,自该公司成立6年多以来竟然未向股东胡克分派1分钱的利润。显然,这是违背公司正义原则的,法院对胡克提出的诉讼请求应该予以支持。

公司盈余分配纠纷日益频繁,我国法院越来越倾向于以公司自治的名义而不加干预,限制了小股东正当权利的行使。这与公司正义的基本精神并不符合。在公司自治与公司正义的关系上,我们一方面尊重公司自治,法院不宜多管闲事;但另一方面,公司自治不是画地为牢,更不能排斥法院干预。公司不是准慈善机构(semi-eleemosynary institution),而是商业机构。股东设立公司、经营公司的主要目的是为了获取利润。董事或者控制股东应该围绕这一目的行使自己权利,不能用减少利润或者不分配利润的方法去实现其他不正当目的。所以,法院对受害股东给予救济在任何时候都应该是开放的。

造成目前司法实践的困局,既与对公司自治的误解有关,也与公司立法的疏漏有关。这需要法官面对复杂案件,能够积极地发挥其主观能动性,切实弥补公司法漏洞,抛弃公司自治与司法干预对立的不正确观点,谨慎处理公司自治与公司正义的关系,妥当保护小股东利益。也就是说,公司盈余分配纠纷案件是极为复杂的,不能因为属于公司自治的简单理由而不予支持,法院应该坚持公司自治与公司正义并重的原则,遵循情境主义原则,紧密结合具体案件的事实、逻辑、价值,采取具体案件具体分析的个人利益衡量方法,最终决定是否干预<sup>[43]</sup>。ML

### 参考文献:

[1] 格茨·怀克,克里斯蒂娜·温德比西勒.德国公司法[M].殷盛,译.北京:法律出版社,2010:500.

[2] 中华人民共和国最高人民法院.民事判决书(2006)民二终字110号[C]//奚晓明.最高人民法院商

- 事审判指导案例·公司卷.北京:中国法制出版社,2011:293—298.
- [3] Alan R. Palmiter, *Corporations*, 4th, Aspen Publishers, 2003, p. 55.
- [4] 前田庸. 公司法入门[M]. 王作全,译.北京:北京大学出版社,2012:470.
- [5] 廖大颖. 公司法原论[M]. 台北:三民书局,2012:301.
- [6] 柯芳枝. 公司法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:332.
- [7] 托马斯·莱塞,吕迪格·法伊尔. 德国资合公司法[M]. 高旭军,等,译.北京:法律出版社,2005:608.
- [8] 陈颖. 股东利润分配请求权纠纷之司法裁判困境与出路[J]. 人民司法·应用,2009,(1):79.
- [9] 梁上上. 异质利益衡量的公度性难题及其求解——以法律适用为场域展开[J]. 政法论坛,2014,(4):8—9.
- [10] 大村敦志. 近30年来日本的民法研究[J]. 渠涛,译. 清华法学,2012,(3):153—154.
- [11] 吴庆宝. 最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题[M]. 增订版. 北京:中国法制出版社,2011:83—84.
- [12] Charles R. T. O'Kelley, Robert B. Thompson, *Corporations and Other Business Associations*, 5th, Aspen Publishers, 2006, p. 434.
- [13] 梁上上. 利益衡量论[M]. 北京:法律出版社,2013:55—62.
- [14] Rafael La Porta, Florencio Lopez-de Silanes, Andrei Shleifer, *Corporate Ownership around the World* [J]. 54 *Journal of Finance*, 1999, 54(2), p. 471—517.
- [15] Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law* [J]. Matthew Bender & Company, Incorporated, 1999, p. 75.
- [16] 李哲松. 韩国公司法[M]. 吴日焕,译. 北京:中国政法大学出版社,2000:632.
- [17] Steven L. Emanuel, *Corporations*, Aspen Publishers INC., 2002, p. 548.
- [18] 吴庆宝. 最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题[M]. 增订版. 北京:中国法制出版社,2011:83—84.
- [19] 德国股份法、德国有限责任公司法、德国公司改组法、德国参加决定法[M]. 杜景林,卢谡,译. 北京:中国政法大学出版社,2000.
- [20] 托马斯·莱塞,吕迪格·法伊尔. 德国资合公司法[M]. 高旭军,等,译. 北京:法律出版社,2005:609.
- [21] 公司分配利润应当以有可分配利润为法定前提[C]// 江必新,奚晓明. 公司诉讼指导案例选评[M]. 北京:法律出版社,2013,(8):77,79.
- [22] 江伟. 民事诉讼法[M]. 北京:高等教育出版社,2013:97.
- [23] 谭兵. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2004:184.
- [24] 江必新,奚晓. 公司诉讼指导案例选评[M]. 北京:法律出版社,2013:79.
- [25] 陈计男. 民事诉讼论(上):修订四版[M]. 台北:三民书局,2006:103.
- [26] 陈荣宗,林庆苗. 民事诉讼法(上):修订7版[M]. 台北:三民书局,2009:167—168.
- [27] Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law* [M]. Matthew Bender & Company, Incorporated, 1999, p. 296.
- [28] Alan R. Palmiter, *Corporations*, 4th, Aspen Publishers, 2003, p. 520.
- [29] *Gay v. Gay's Super Market* [S]. Inc., 343 A. 2d 577 (Me 1977).
- [30] *Gottfried v. Gottfried* [S]. 73 N. Y. S. 2d, 692, 695 (Sup. Ct. 1947).
- [31] Charles R. T. O'Kelley, Robert B. Thompson, *Corporations and Other Business Associations*, 5th [S]. Aspen Publishers, 2006, p. 438.
- [32] *Dodge v. Ford Motor Co.* [S]. 204 Mich. 459. 170 N. W. 668.
- [33] M. Todd Henderson, *The Story of Dodge v. Ford Motor Company: Everything Old is New Again*. In *Corporate Law Stories*, ed. J. Mark Ramseyer [M]. Foundation Press, 2009, p. 58—59.
- [34] *Miller v. Magline Inc.*, 76 Mich. App. 284, 306, 256 N. W. 2d 761, 771 (1977).

- [35] Zidell v. Zidell, 277 Or. 413, 560 P. 2d 1086 (Oregon Supreme Court, 1977).
- [36] Charles R. T. O'Kelley, Robert B. Thompson, Corporations and Other Business Associations, 5th [S]. Aspen Publishers, 2006, p. 434-435.
- [37] Cookies Food Products, Inc. v. Lakes Warehouse Distributing, Inc. 430 N. W. 2d, 447 (Iowa 1988).
- [38] Lewies D. Solomon, Alan R. Palmiter, Corporations, 3rd [M]. China Fangzheng Press, 2004, p. 489.
- [39] 宋晓明. 加强调查研究, 探索解决之道——最高人民法院民二庭庭长宋晓明就在全国民商事审判工作会议中提出的若干疑难问题答记者问 [C] // 奚晓明. 民商事审判指导. 北京: 人民法院出版社, 2007, (1): 73.
- [40] 赵旭东. 公司法 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2012: 352.
- [41] 王新欣. 论法院对股利分配请求权的保护 [N]. 人民法院报, 2007-01-17 (05).
- [42] 公司分配利润应当以有可分配利润为法定前提 [C] // 江必新, 奚晓明. 公司诉讼指导案例选评 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 77, 79.
- [43] 梁上上. 制度利益衡量的逻辑 [J]. 中国法学, 2012, (04).

## On Shareholders' Claim to Declare Dividends:

### Huke v. Henan—Siwei Co. Ltd.

LIANG Shang-shang

(Tsinghua University School of Law, Beijing 100084, China)

**Abstract:** The suit was filed by Huke, a minority stockholder, seeking to compel Henan—Siwei Co. Ltd., the defendant corporation to declare dividends. It would not be reasonable that the court dismissed a minority stockholder's request, by the excuse that it was the province of the corporation to manage by itself. The court attitude involved in misunderstanding with the principle of corporation's self-governing. In fact, the principle of corporation's self-governing which having its board, should not contradict the principle of corporation's justice. The court should make up the gap of the corporation law while applying the law to dividend-related disputes. According to American and German experiences, the remedies of compelling a corporation to declare dividends should not be limited in rescinding the corporation's solution. The article also discusses the judicial review test to these disputes, the qualification of the defendant directors and the controlling stockholders, the amount of forced distributing dividends, and so on. As far the Huke case, the court should order the defendant corporation to declare dividends out of its earnings.

**Key Words:** claim to declare dividends; minority stockholder; fiduciary duty of director; the principle of corporation's self-governing; the principle of corporation's justice

本文责任编辑: 林士平