

文章编号: 1674-5205(2019)06-0070-(013)

公司法民事责任的解释方法

——以公司股东内部法律责任分析为视角

杨志壮

(山东政法学院民商法学院 山东 济南 250014)

摘要 公司法在狭义范围内调整并规范公司股东以契约方式联合的内部关系和外部关系,即成员相互之间及其与公司本身之间的法律关系。在此基础上产生了公司章程所生契约责任和侵犯公司成员权益而导致的侵权责任。由于公司法自身运行的特点,只有使违反公司章程所涉契约责任与侵犯公司成员权而产生的侵权责任相分离,才能使公司法更有效地规范其成员的行为。虽然法律规制结果出现了请求权聚合的现象,但在民法体系的整体框架之下,两种法律责任并行设置,可以更好地发挥公司法应有的规范功能。公司治理是遏制公司成员侵权行为的有效方法,因此,为公司法设置惩罚性损害赔偿是一种合理的探索。

关键词 公司法; 民事责任; 解释方法; 公司治理

Abstract: In a narrow range, the company law adjusts and regulates the shareholders of the company's internal and external relationships and produces contractual liability and tort liability. Because of the characteristics of the company law, only the separation of contract liability and tort liability can make the company law more effectively regulate the behavior of its members. Although the concurrence of claims, two kinds of legal liability in parallel can better play the normative function of the company law. Corporate governance is an effective way to prevent the infringement of company members. Therefore it is a reasonable way to set up the system of punitive damages in the company law.

Key Words: company law; civil liability; explanation method; corporate governance

中图分类号: D923.8 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2019.06.014

公司法的适用涉及公司、股东、董事、债权人、职工等诸多主体利益的冲突,同时也关系到公法与私法、公司利益与社会责任、股东利益与公司发展等相互关系的协调。因此,如何实现不同主体和各类关系的利益平衡,是公司法适用的永恒主题,因而对公司法律规范的解释和论证^①,应该达到法律正当性的要求。就公司法民事责任的解释方法而言,我们应当进一步探讨三个问题:其一,哪些解释对象有意义?其二,为什么要探究公司法民事责任的解释方法?也就是说,这种解释方法对公司法的适用方法有何价值?其三,解释的有效性在于对意义的发现吗?⁽¹⁾⁵ 公司法民事责任的解释原则应准确把握公司内部和外部关系——之所以如此,是因为就公司内部而言,如果

相关行为违反法律、行政法规和公司章程,应当依法认定该行为无效或撤销该民事行为,甚至依法追究相关人员的法律责任。但是,依据该行为与其他市场主体形成的民事法律关系,则应区别对待。对此,公司法民事责任的解释应当与《民法总则》第61条、第62条、第85条、第153条、第170条、第172条、第179

^① 法律的解释和论证是一个密不可分的问题。为了评价法律论证的是非曲直,人们预设了某些合理性规范,据此可以确定某一论述是否合理。法律的解释和论证视法律为一种制度性文本,并试图厘清法律运行的一般(universal)标准和特殊法律(special legal)标准。参见(荷)伊芙琳·T·菲特丽丝《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》,张其山等译,商务印书馆2005版,导论第4页。法理论中的一个核心问题是:法律裁决何时能被认为是合理的?这一问题也关涉到法律裁判应当满足的合理性的一般标准和特殊法律标准。公司的法律特征是公司在法律上所具备的特殊性质,是对公司法律现象总体状况和主要方面的归纳和抽象,是公司制度的核心内涵。可以说,公司的任何一个法律特征都是有关公司某类主要法律现象的一个论题。而且,如果把公司的法律特征中的每一个都视为论题的话,那么每一个论题都有令人非常头痛的反论题。长期以来围绕公司的法律特征展开的一系列争论实际上勾画出了公司制度永恒的结构性问题,因而公司法民事责任的解释方法,切实地反映了这种结构性问题的一个层面。

收稿日期: 2018-05-24

基金项目: 山东省社会科学规划研究项目(15CFXJ27)“公司法民事责任的解释方法”

作者简介: 杨志壮(1968—),男,陕西定边人,山东政法学院民商法学院副教授、硕士生导师。

条等条文相互对接。

公司法调整并规范股东以契约方式联合的内部和外部关系,即成员相互之间及其与公司本身之间的法律关系,以及相对于第三人,特别是公司债权人的法律关系。仅就公司成员相互之间及其与公司本身之间的法律关系而言,其民事责任可概括为公司合同即公司章程所生契约责任(以下简称“公司章程契约责任”),以及股东侵犯公司成员合法权益而导致的侵权责任(以下简称“公司股东侵权责任”)。就本文而言,我们讨论的对象主要集中于公司章程契约责任和公司股东侵权责任。研究公司法民事责任的解释方法,其目的是寻求解决公司章程契约责任及公司股东侵权责任的法律问题、前述法律责任的并行设置以及为公司治理提供法律分析框架。为此,本文拟就公司法民事责任解释的对象及其实现基础、有效性等问题,做些阐释和评述,以求教于专家学者。

一、公司法民事责任解释的几个基本范畴

(一) 公司法民事责任的私法理据

我们对公司及公司法所持的论点,常常会不自觉地建立在我们对内部投资者、雇员和其他参与者,是如何紧密地与风险事业联系在一起假设上。在法经济学文献中,公司被视为一个“契约网”^①,几乎已成定论。根据这种观点,公司只不过是一系列明示或默示契约关系的联结点,契约当事人包括股东、债权人、经理、员工、供应商和客户等。然而,这个观点存在问题,因为它是基于经济学而非法学的“契约”概念:在经济学家看来,当事人之间的任何具有相互期待和行为的安排都是契约,这显然远远超越了法学家眼里的以法律上可以执行的权利和义务为特征的契约概念。法学家对于公司契约理论进行了进一步的阐述,赋予它们法律改革的力量。根据公司契约理论,公司不仅被描述为一个契约网,即实然之论,而且公司被认为应当按照契约自由的理念运作,即应然之论。在此,关于“公司契约主义”的论辩不是简单的术语争辩,因为从其应然之论中派生出两个重要的原则。第一个原则是,公司法的内容应当是公司契约当事人在缔约成本为零的情况下可能达成的契约条款。因此,这个原则可以称为“内容原则”。第二个原则是,公司法的功能应当是提供一个标准契约和格式条款,而且公司参与人应当可以根据自身需要完全自由地改变这些条款。这就是所谓的“选择退出条款”。⁽²⁾⁵²⁻⁵⁵有关契约^②的措辞可能会引发一系列有关政治和哲学的争议。契约反映了关于评判社会正当性的有关“社会契约”学说的争议。然而有关“社会

契约”的争议本身存在疑问。因为严格说来,这些所谓的“社会契约”其实只是一些指导性原则,而非真正意义上的合同。所以,我们与其把公司视为一整套合同,还不如把它确认为一个利益共同体。

公司有很多真实的合同。公司章程中那些关于公司成立或发行股票的条款就是真实的协议之一。在公司增加注册资本时生效的条款也是如此,无论是通过借贷筹资,还是通过发行股票筹资。公司许多规则的变革通常是在与管理层协商之后,由大股东同意并确认。当然调整如何变革规则的规则,也属于真实的合同(有关公司合并的章程就是典型的例证——它规定,允许通过协议或多数决议规则将其变更)。

① 公司契约论或法经济学理论目前是英美法系公司法的金科玉律。需要指出,公司契约论的“契约”与我国民法上的“合同”存在重大区别。近年来,法经济学理论中“合同”的概念载体被引入到我国法学界,而很多学者在研习该理论的过程中,很自然地产生这样一个疑问:既然公司本质上就是一组合同关系,为何不直接适用合同法,而还要另外制定公司法呢?一种解释就是所谓的“标准契约”理论。要更好地理解公司法的角色,有必要重新审视法经济学的实质。经济学意义上的契约是指非常广泛的基于当事人意思自治达成的任何安排,并不限于双方的利益交换行为,其内容几乎等同于协作。而法学意义上的契约(我国的正式称谓是“合同”)则要狭义得多,对于其构成要素有严格的界定,契约强调合意和对价等问题,且具有法律的约束力。实际上,经济学家在构建公司契约理论时只是将契约作为一个分析工具,主要特征是参与人的意思自治,基于自愿进行合作,而至于其他细节则在所不问。参见(美)弗兰克·H. 伊斯特布鲁克等《公司法的逻辑》,黄辉编译,法律出版社2016年,第一版前言第14-15页。公司法的本质到底是什么?近年来出现的公司团体生产理论是对公司契约论的一个建设性修正,其实质在于将大型公司视为一个具有层级制度的生产团队,从经济分析的角度解释公司架构和治理的实然性与应然性。此外,追问公司法的本质在理论上尚有美国 Washington & Lee 大学法学院教授大卫·米伦为代表的公司社区论、美国哥伦比亚大学法学院教授杰弗里·N. 戈登主张的公司法的强制性结构、澳大利亚国立大学法学院院长斯蒂芬·波特姆利教授提出的公司宪政论等理论。上述理论虽然各有其侧重点,但却从不同层面探讨了如下问题:公司本质为何?公司的权利和合法性来自哪里?公司的价值目标是什么?公司法的正当性基础是什么?公司法规则应当是强制性还是任意性?

② 西方在旧的身份共同体的解体与资本主义新秩序的确立这一历史进程中,有两项制度起到了神奇的作用。一个是社会或私法领域里的契约,另一个是国家或公法领域里的秩序。关于契约的作用,人们并不陌生。卢梭认为,需要通过契约去再现自然状态中的自由与平等。债权在现代法律中占有优越的地位,契约自由成为支配整个经济和社会的根本原则。为什么契约会有如此魔力?因为契约把自由选择与信守承诺结合在一起,适应了重建社会结构的需要。契约一方面在日常事务中起到非常实际的作用,另一方面作为一项制度实际上又把一切具体的规范留待未来解决,是非常精巧的装置。参见季卫东《法律程序的意义》,中国法制出版社2004年版,第65-66页。卢梭的社会契约论学说已经散布到整个世界,并且对政治思想产生了深刻影响。在历史上,法国并没有将这种学说付诸实施。这应当归因于法国的大多数法学家,他们总是持续不断地批驳卢梭所提出的专制主义结论。与此相反,卢梭的学说在德国受到普遍的欢迎,许多德国思想家从中得到启发,建构出他们的国家主义理论,即:个人只有借助国家,而且只有作为国家的成员才能获得自由,国家的全能性不仅可以使个人的自治性得到完整的保留,而且只有这样才能保障个人的自治性。

这些契约性的选择作为法律认可的备用条款,不会因为某个具体的公司行为而改变。在此意义上,许多关于公司运行的备用条款都是契约性的。绝大多数国家的公司法都是一种“授权性”的法律,我国《公司法》的修改自始至终坚持了这一原则。这样一个授权性法律允许公司管理层和股东自由地协商确立他们自己的权利义务关系,建立公司治理机构而无须监管者进行实质性的审查。有关公司治理的条款,从他们在利益集团交易过程中被充分估计的意义上来说,都具有契约性质。如果被公司选定的条款无法反映股票的价格,同时在根本上有悖于投资者的立场,那就需要用法律来设定强制性条款。这也可以说明,只有一个人对他所选择的条款,确有把握地将会给合同参与各方带来财富的增进时,那么这个条款才可以说是在合同各方充分知晓和无成本的情况下签订的。这也是从合同的视角来看待公司的例证。由于合同不可能涵盖公司事务每一项内容,那么让法律去填补合同中不可避免的漏洞,就非常必要。

以上只是说明公司合同的一个方面——开放性。然而,确定公司合同的法律性质尤其是其内在结构的特殊性(公司章程的性质),既是学术界的一个难题,也是本文论证的重点。这是因为公司合同既确定了股东之间的个人法律关系,又为公司法人的规范性文件——章程提供了基础。在过去的理论研究中,公司合同的契约学说与规范学说相互对立。前者认为公司章程只是债法意义上公司合同的变种。相反,规范学说^①认为,公司合同不是合同,而是单方面的社会立宪行为。根据修正之后的规范学说,公司合同是一种组织合同,即一种特殊的合同类型,该合同既建立了参与设立公司的股东之间的权利与义务关系,又构建了规范股东创建公司组织的法律框架。公司各方参与人之间的相互关系通常取决于契约和相应的契约法——如我国《民法总则》《合同法》等,而不是取决于公司法或者公司作为一个实体的法律地位。所以,将公司视为一个实体的观点有时会掩盖公司行为的本质。将公司视为一个“契约网”,是对公司中很多种类复杂关系的一个简略的表达。

在实践中,不少公司在其成立后的初期并不开展经营活动,设立公司的目的是为以后的需要做准备(储备设立或空壳设立)。设立此类公司经济上的理由是为了避免耗时的登记程序,同时也可以防止在公司登记之前从事经营活动并由此承担责任的风险。但设立这种公司是否必须经过全体股东同意并为法律所允许,值得探讨。同样,如果一个发起人购买一个原来曾经活跃的、但后来停止或许已经没有资产的

公司的股份,并且试图将其用于自己所筹建的新企业时,也会出现上述同样的问题(空壳购买)。与设立储备公司相比,这类法律问题更加复杂。⁽³⁾⁴¹⁰⁻⁴¹¹依照我国现有的法律规定,上述设立行为以及收购行为是否规避法律,颇值研究。这样一个问题的提出,使我们意识到仅靠公司契约理论来解释并规范公司行为,面临司法实践的困境。为此,关注公司章程契约责任的强制性问题,是研究公司法永不过时的课题。

作为商法的公司法,对交易安全和信赖利益保护有较高要求,因而法律责任的强制性是商法固有的特征。较之于民法,公司法民事责任的强制性更为突出,这是公司法民事责任解释方法正确与否的另外一个基础。如果前述空壳购买行为违反了法律、行政法规和公司章程的规定,则应当依法认定其无效或依法予以撤销,理由在于该行为既违反了我国《民法总则》等法律的相关规定,又违背了公司契约责任的强制性要求。

(二) 公司章程契约责任的强制性思考

最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法司法解释(四)》)中的部分条文体现了私法自治中的强制原则。虽然公司法在修改过程中极大地贯彻了意思自治原则的基本精神,但是彻底放任当事人私法自治,在公司运营过程中将会减弱法律执行的稳定性。

如前所述,在相当重要的意义上,公司参与各方之间的关系属于合同关系当无异议。将参与各方绑在一起的主要合同是公司章程(或者在一些国家中称为“组织章程”或“宪章”)。在公司与其雇员或债权人签订的契约中,也可以通过明示或默示的方式,使章程成为该合同的一部分。然而,在研究法律的细节之前,我们必须回答一个根本的,而且是出人意料的难题:公司法究竟发挥了什么作用?

在回答这一问题时,区分以下两类规则非常重要:一类规则是,如果各方主体没有明确另作约定,则该规则当然生效,这类规则就是默认规则;另一类规则是,各方主体除了遵循之外别无选择,这类规则是

^① 参见:Otto v. Gierke Genossenschaftstheorie 133. 转引自(德)托马斯·莱赛尔(德)吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第405页。

强制性规则^①。强制性规则的功能之一是抵制公司机会主义的主张,从而保护债权人的利益。因为完全依赖债权人的自我救济对公司机会主义者主张权利,走不出法律的困境。在此,有以下路径可以选择。第一,一些债权人没有做好保护自己的准备。明显的例子就是那些在成为公司债权人之前与公司没有任何较早联系的人,这种债权人被认为不能在自我救济的基础上同公司有效订立合同。这种不能利用自我救济主张权利的债权人必定是法律规则保护的主体。第二,也是实践中最重要的,利用强制性法律规则可能为公司和债权人之间的讨价还价提供一个强制性的法律框架。当立法机关能够提前预测哪个规则或哪种类型的机制在应对机会主义行为的特定形式方面有效,立法机关就可以将它明确下来。这是法效益的内在要求,同时也是公司法诚信义务规则的内涵——它不允许当事人通过意思自治原则予以排除。然而,立法机构提前预测用一个特定的法律规则去处理特定的公司事务问题,的确不是容易的事情,因为公司法充满了粗略的规则。第三,有限责任产生的一些机会主义形式可能涉及到某种非法行为。最为典型的例证就是欺诈发行证券的行为。当然,通常反欺诈的民事和刑事规则只简单地并经常适用于公司事务的执行。然而有可能的是,有关欺诈的刑事和民事法律的有效性能通过立法预测特别适用于公司欺诈行为。

在现代公司法中,主要存在四种强制性规则:程序性规则、权力分配规则、经济结构变更性规则和诚信义务规则。⁽²⁾¹⁰⁴很多公司法的强制性规则都是分配权力的,这种权力分配体现在整个公司治理中,尤其影响到董事与股东之间的权力平衡问题。典型的例子包括,董事会的管理角色,股东在选择董事过程中的投票权,以及股东罢免董事的权力等。由于公司契约不可避免的相当不完整,因此,很多将来的公司决策问题都需要通过公司治理结构解决。董事、高管和控股股东的强制性诚信义务规则的存在有两个理由。第一个理由是公司契约论方面的。根据该理由,即使诚信义务的内容应当是契约各方在一个交易成本为零的环境下通过自由谈判达成的契约条款,但订约过程中的各种缺陷和外在性问题使我们必须拒绝“选择退出原则”。具体而言,由于公司内部人实质上控制着章程修改的程序,他们一直有机会放宽那些约束自己行为并可能让他们承担法律责任的诚信义务标准。强制性的诚信义务规则能够消除这种投机性行为问题,同时又允许在适当的时候通过立法程序进行修改和创新。另外,一个稳定的诚信义务理念只

有通过在大量案件中适用一个相同的义务标准才能得以确立,这样的共同义务标准就是一个重要的公共产品。如果没有一个强制性的义务规则,则该义务的语言表述和实际标准将会在各个公司之间大相径庭,从而难以形成一个共同的诚信义务概念,也无法获得公共产品的效用。第二个理由是诚信义务适用于公司契约与适用于其他公司事务的方式不同。诚信义务提供了一套重要的约束公司内部人员的行为标准,特别是在出现了缔约时无法预见的情况后,公司内部人行使对公司和股东的自由裁量权时必须遵守的行为标准。

强制性规则的范围主要由两个机构决定。第一个是法院。在解释成文法规则时,法院可以扩大或缩小他们的适用范围。对于诚信义务问题,除了立法上的小修正外,主要规则可以通过司法解释予以创新。第二个是立法机关。在面临基于公司契约主义的相关法律请求时,这些机构该如何应对?由于诚信义务是强制性的,除法律另有明文规定,因此,法院应当拒绝那些试图通过修改章程而退出诚信义务规则的要求。同时,如果契约安排的非常具体,其涉及的事务是在缺省状态下由诚信义务规则处理,法院应当同意这些具体的契约安排。

必须指出,近期颁布的《民法总则》对我国商法尤其是公司法制度的发展和完善,会产生诸多积极影响。归纳民法、商法与公司法的相互关系时,民法的功能类似于建筑物的承重墙,它发挥的是基础性作用。在公司法研究领域,学者通常不会使用“权力机构”这一术语,而宁愿采用股东会或股东大会的表述。《民法总则》创设了“执行机构”和“权力机构”的术语,将股东会界定为权力机构,这其实是为公司决策设置了一个刚性的框架规则。然而,将权力集中在权力机构,公司行为的主观性会更加突出,公司股东特别是大股东的侵权行为会愈发挣脱诚信义务规则的约束。当然,解决这一问题的法律机制在于权力机构所承担的民事责任应是强制性的,这是裁判者必须重视和关注的一个问题。

探讨公司法民事责任解释方法的一个重要方向,

^① 在公司法领域,依托自由主义哲学立场而建构的私人自治并非没有限度。在法律制度的构成要素上,自治的限度表现为强制性规范。强制性规范的设定有积极和消极两种方式,立法多通过消极强制的方式——禁止性规范来设定强制性规则。因此,理解禁止性规范的法理,诸如禁止的意义和逻辑、禁止的范围、禁止规范与社会(行动)环境的关系、制裁的正当性与实效性、禁止规范的连带效果等,有助于我们理解公司法中自治和强制的界限,从而更加准确地把握裁判的边界。参见蒋大兴《公司法的观念与解释·II 裁判思维 & 解释伦理》,法律出版社2009年版,第22页。

是为公司治理提供法律基础。如大股东对小股东的利益侵害和压迫问题,这涉及到股东侵权是否承担无限责任的理性分析以及违约责任和侵权责任如何在公司治理过程中进行配置,从而创建一个更加合理的法律责任体系。

(三) 公司股东侵权的无限责任

民法是私法的基础。特别私法的各个领域都是从作为一般私法的民法中分离出来的。这些法律领域必须在一般私法的背景下被理解,因此对民法的认识是探究特别私法的前提条件,“虽然特别私法已经独立于一般私法,但是直到今天它们和民法之间仍然存在着大量的交错”。⁽⁴⁾¹⁸ 公司法是关于商人的特别私法。公司作为商事主体,在其自身运作及对外经营过程中所产生的法律责任既是一种契约责任,亦是一种侵权行为,或者兼而有之。债与责任的发展经历了不同历史时期,表现为5种不同的形态:责任与债务联系;责任与债务融合;责任与债务区别;责任与债结合;责任与债分离。这5种不同的形态各有其不同的社会与法律文化背景。⁽⁵⁾^{序2} 我国《侵权责任法》第2条规定了侵权责任法的保护对象为“民事权益”,明确了投资者因投资于公司成为公司股东而享有的民事权益——股权。因此,公司行为在民商法框架之下及法律体系结构之中,公司章程契约责任与公司股东侵权责任独立设置,关涉法律能否正确适用等诸多问题,尤其是公司侵权中股东无限责任规则的设计^①。

股东无限责任规则设计的一个先决问题是,引入无限责任是否可行。一些学者认为,在无限责任制度之下,债权人难以从高度分散的股东中获得有意义的救济。但笔者认为这种做法显然可行:一套行文精细的无限责任规则不会带来过高的维权成本。要使股东无限责任规则具有可操作性,选择一种时机规则尤为重要,即哪些股东在侵权发生之后负有责任。确定股东何时承担侵权责任的时机规则,不可避免地面临着操作的复杂性及被规避的可能性之间的冲突。权衡公司股东侵权行为所涉及到的各种因素,一种合理的折中方案是“诉请提出”规则^②,即在侵权损害赔偿请求提出之时要求股东承担责任。“诉请提出”规则与侵权之诉密不可分。在该规则之下,应认定在以下时间点最早的一个时刻,可以要求持有股份的股东承担侵权责任:(1)当侵权之诉提出之时;(2)当公司的管理层首次意识到此类诉请极可能提出之时;或者(3)当公司解散且没有权利义务主体继受之时。

在无限责任条件下,法院必须决定的是,公司及其股东承担何种成本是有效率的,而且是平衡的。法院在确定无限责任制度下的侵权责任的范围时,应当

适当地考虑具体的被告公司的结构。例如,当被告公司是一家大型母公司的全资子公司时,判处侵权责任的赔偿数额可能会超过公司的净资产。然而,当公司的股东是个人时,股东要承担责任的预期,或许会成为调低损害赔偿数额的理由。另外,在拥有个人股东的公司中,区分小型的封闭公司和公众公司,不无裨益。例如,基于风险承担而具有正当性的公司责任,施加于公众公司的个人股东比施加于封闭公司的个人股东,更为合理。因为公众公司的个人股东通常被假定能够更好地多元化投资。类似地,针对封闭公司更小额的请求损害判决,更容易在阻却侵权行为的目的下赢得正当性。相对于公众公司的持股分散的股东而言,责任的威胁更容易遏制集中持股的股东。侵权法作为约束他人行为的一种手段,确实不无功效,更有助于遏制最为严重的机会主义的成本外化行为。因而,允许公司通过简单的有限责任机制来规避侵权责任,至少值得怀疑。

如何理解侵权法?方式之一就是将其视为对人身伤害事故这种社会问题的功能回应。根据这种理解方式,侵权法围绕着过失行为而展开。然而,侵权行为在出自故意且并不局限于人身伤害时也成为侵权法的规制对象,这是侵权法的政策选择。虽然这种功能性的理解方式至今仍有争议,但它确实是学说的正统。⁽⁶⁾¹⁹⁴ 面对着侵权法,我们更应关注其概念结构及法律地位,而不应该仅停留在政策考量方面。“侵权”是一个纯粹的法律术语,同样,侵权法作为一种实体法律,它调节的对象并不局限于因合同而产生的民事责任。同刑法相对应的救济措施是民事上的过错责任,包括违反合同在内。但是侵权法却排除了违约,同时纳入了一些对财产和人身权利的民法保护。而且,考察那些为侵权诉讼所救济的权益,它们彼此之间也不存在任何可以从正面描述的共同特征。完善侵权法的内部结构,一定程度上可以弥补侵权法在

^① 2005年10月27日修订的《公司法》,引入了公司人格否认制度。对于人格否认制度的内涵,在我国法学界和实务界还存在着不同的看法。争议的核心问题是:在适用《公司法》第20条第3款的具体案件中,除了股东必须直接对公司债权人承担无限的赔偿责任以外,是否还同时剥夺了相关公司的法人地位?有的学者认为:在公司人格否认案中,公司被剥夺了独立的法人资格,股东也因此应该对公司债务承担连带清偿责任。但相当数量的学者并不认同这种观点,他们认为:在适用《公司法》第20条第3款的案例中,该条款并没有剥夺公司的法人资格,相反,它仅仅剥夺了相关股东享有的“有限责任”特权。参见高旭军《我国公司人格否认制度适用研究——以与德国比较为视角》,法律出版社2014年版,第26-27页。

^② 参见(美)罗伯特·罗曼诺《公司法基础》(第二版),罗培新译,北京大学出版社2013年版,第105页。在我国公司法体系中,公司股东承担无限责任的法律基础分别见诸于我国《民法总则》第83条、第84条,《公司法》第20条、第21条、第63条等法律的具体规定。

准确定义上的欠缺。因为侵权法既能遏制不安全的活动,同时缓冲了受害人所承受的冲击。针对公司股东的恶意侵权行为,尤其如此。侵权法的一个重要功能是对营利性侵权行为的利润剥夺,以此来防止营利性侵权行为。在公司法领域中侵权法所保护的是财产性法益,其目的在于有效威慑故意利用他人的权利来从事营利性目的的行为,因而侵权不得盈利原则得以普遍适用。侵权法发挥预防功能的剥夺利润的请求权,不得扩展适用于过失行为,而必须限制在故意侵犯公司股东和损害公司债权人利益的情形。如果对过失行为设置过度的损害赔偿请求权,会诱导行为人采取过重的预防措施,从而对公司发展产生不利影响。

为什么民法法系的分类体例会留下如此混乱的遗产,一种解释就是认为罗马法学家未能发展出一种对应着多种义务的法律权利的抽象概念。同理,既然无法从权利和义务的角度来思考,也就遮蔽了由侵权诉讼所保护的实体诉求而具有的不同性质。相比之下,现代民法法系的学者充分理解了法律权利的概念。对于他们而言,正是权利将法律同社会契约的政治理论联系在一起,才证成了组建政府的正当性,政府因此得到授权,通过法律来界定个人的自然权利,与此同时通过常规的惩罚和救济去执行权利。但是现代民法学者继续效仿罗马法学者,将侵权界定为一种与合同相提并论的特定债务,而不是根据现代分析法所证明的那样,将侵权视为总括性的混杂概念。⁽⁶⁾²¹⁵

公司股东侵权行为虽因公司合同而产生,但其本质与一般侵权行为并无二致。因此,只有公司章程契约责任与公司股东侵权责任并行设立,才能使受害人的请求权建立在合理的民事责任体系基础之上。针对目前的司法实践,公司法的最新司法解释着重解决了公司决议无效和不成成立之诉、公司决议撤销之诉、股东知情权保护等十大审判实践中存在的问题,但是股东特别是中小股东权利如何实现,则应当考虑公司股东侵权责任和公司章程契约责任的平衡设置。

二、公司法民事责任的实现基础

《公司法司法解释(四)》出台的理论依据根植于股东权利保护原则和公司治理机制等法律理论,然而无论是股东权利保护还是公司治理,与公司法民事责任紧密相关的法律措施则是合同责任与侵权责任的设置以及如何设置问题。

合同责任与侵权责任之间最重要的差异主要涉及过错的作用、证明责任问题、有关赔偿种类和范围

的规则、纯粹经济损失的可赔性问题、合同自由对责任的限制和排除以及诉讼时效问题等。合同责任与侵权责任均承认同质救济,但也可以采用支付金钱的方式。人们甚至认为,侵权法中的预防性法律保护措施只不过相当于合同法中的强制实际履行救济措施。尽管合同法和侵权法之间存在一些差异,但这并不能掩盖一个事实,即这两个部门法的共同基础通常多于其差异。然而,合同责任产生的基础在于债的相对性原则^①。该原则之所以被认为是民法理论的中流砥柱,与大陆法系重逻辑讲体系有很大关系。债的相对性原则的主要功能之一是区分合同法和侵权法的调整范围,这是公司股东侵权责任和公司章程契约责任独立存在的基础。

(一) 公司股东侵权责任的独立性

如前所述,侵权责任和契约责任存在非常明显的区别。作为两种不同性质的法律规则,侵权法与契约法各自有不同的调整内容及其方法。作为社会经济的某种基础,合同自由的理念已被我们的社会制度所接受,而对这种自由设定明确限制的必要性自古以来已被人们清楚地认识到了。⁽⁷⁾²³在公司法领域,仅仅对合同自由进行限制,尚不能解决公司法面临的所有问题。在此,实现矫正正义是当前侵权法正当性的最常见理由。矫正正义理论侧重于侵权法的自治,置侵权法于一些实际的考虑之上,这些实际的考虑涉及资源分配等问题。矫正正义的基础解释力在于其能够进行细微的区分。对于一些学者来说,受害者的赔偿请求权有赖于被告所实施的不法行为,这一点很重要,要求强调这一点可以为限制以及类似控制措施找

^① 债的相对性原则维系了债法结构的形式理性,但债的相对性原则在近现代确实发生了深刻的改变,尤其是经济的发展对该原则本身提出了挑战。现实生活及法律实践表明,债的相对性原则作为一种固守理论,在某些情况下必然以丧失公平正义为代价。债的相对性原则的不断突破或者修正已经使得债法体系得以维系的形式理性遭到破坏。债的相对性原则的嬗变对债法最大的影响,不仅仅反映在内容的调整上,更主要的是对债法立法体例的影响。尤其是侵权法的发展,内容越发丰富,涵盖的范围越发广泛,其本身要求突破债法藩篱的动能就越大。因此,债的相对性原则的嬗变给债法的最大影响是对传统债法结构的变革。参见张素华《请求权与债权的关系及请求权体系的重构:以债法总则的存废为中心》,中国社会科学出版社2012年版,第109-117页。合同理论的发展,也给债的相对性理论的嬗变提供了理论支持。在美国契约法学界有两个苏格兰出身的风云人物,一个宣告了现代的正统契约法的“死刑”,而另一个则为契约法死里逃生找出了理论依据。前者叫麦考莱(Stewart Macaulay),是威斯康辛大学法学院的教授,1963年因发表《企业中的非契约性关系的初步研究》一文而名声大振。至1974年,吉尔默(Grant Gilmore)出版了《契约的死亡》,使得契约法在当代社会中的困境从此成为学术界的一个焦点问题。后面那个试图为契约法起死回生的人叫麦克尼尔(Ian R. Macneil),他的新社会契约论植根于契约法理从主观性的意思论的普及到客观性理论的发展,是社会及法律发展的必然结果,即合同必然具有第三方效应。

到正当性。对于矫正正义,另有一个明确的表述是,矫正正义意味着它是存在于确定当事人之间的、彼此密切相关的一种权利义务制度,而且它只缘于特定的事件。

侵权行为法矫正正义理论起源于英国。在早期的英国普通法体系中,侵权行为法——即有关非基于合同损害的民事诉讼,产生于刑法。⁽⁸⁾³¹⁴以《公司法司法解释(四)》第4条为例,股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议,符合《公司法》第22条第2款规定的,人民法院应当予以支持;该解释第5条列举了决议不成立的5种法定情形,而支持该司法解释的根据则是侵权法的基本理论。同理,本次司法解释中的诸多条文自始至终贯彻了侵权法的基本规则。现代的侵权法已经发展成了一种经济调整方式,根据这种解释,因果关系^①则不是一个必要的分析要件。因此,“如果侵权法的目标是促进经济效益,那么当要求被告对侵害结果承担责任有利于促进对安全及资源的更经济的分配时,我们就可以认为被告的行为是造成侵害的原因”。⁽⁹⁾²⁵⁰

在当代公司法与商法理论中,效率是一个主导性理论范式。它所呈现的是融合历史问题、道德问题、方法论问题以及制度设计问题等为一体的混合物。然而,任何一个法律体系所必须面对的首要问题,就是被我们称之为“权利”的问题。一旦社会确定了一项初始权利,它就必须决定是用财产规则、责任规则还是不可让与性规则来保护该项权利。当法律面对两个或更多人群的利益冲突时,它必须做出决定。否则,强者或者精明之人将会取胜。深入考察公司法的原则可以发现,在股东的权利和义务方面适用所有股东一律平等原则^②,是公司法这种特别私法的基本要求。由于公司机构拥有管理权和决定权,而且又实行多数决议规则,因此在公司管理机构行使权力过程中,可以对股东施加影响。正因为这些情况,管理者必须平等对待受其影响的人,这也符合一般的社会公正原则。但是,随着资本/收入比的提高以及经济增长速度的放缓,资本所有权日益成为人们关注的话题。财富差距可能不断拉大,在某些方面,它甚至比超级经理人和其他人之间不断扩大的收入差距更令人担忧,因为后者迄今为止还只是一个特定区域内的现象。⁽¹⁰⁾³⁴⁵在此,公司侵权行为及其所产生的责任将愈加复杂。

我们可以通过分析公司股东侵权民事责任如何包含和体现在历史上总是被作为侵权法核心内容的自由、安全和财产利益——股东成员权的权益,来解释公司股东侵权责任的结构性面貌。在所有公司当中,

股东的成员权可以分成管理权和资产权,而管理权的终极目的在于实现出资人的资产权益,因而纯粹经济利益损失^③就成为侵权法所讨论的主要问题之一。股东侵权所产生的这种经济利益损失是否应受法律保护、如何受到法律保护以及在何种程度上受到法律保护,都与法律制度里侵权责任法的权利和利益体系密切相关。股东侵权所造成的经济利益损失的解决方式,横跨私法边界尤其是侵权法和合同法,并在一定程度上涉及到侵权法和合同法的未来走向。公司股东侵权行为涉及到我国《侵权责任法》诸多基本问题,对其进行剖析,既为迫切之需又具有重要意义。

公司股东侵权行为所直接指向的对象是受害人的财产利益。侵害是所有侵权行为责任的基础,这个事实要求我们对于成员权的利益如何受到损害这一点进行概念化。有许多种侵害,如对股东有形财产的损害,如果受害人愿意接受足够的金钱来弥补损害,那么对于受害人来讲,侵害就是可以消除的。公司股东侵权责任主要包括了金钱上的支出,保护或者促进一个集团的利益就必然会对另一个集团的利益施加负担,这两种相互独立的利益需要通过侵权法原则来协调。在某种程度上,公司章程契约责任与公司股东侵权责任的区分是责任基础的区分,而不是损害赔偿判定标准的区分。公司股东侵权责任与公司章程契约责任的损害赔偿评定有所不同。在合同法中,损害评定的通常标准是:如果合同予以适当履行,则债权

① 在侵权法领域中,确定行为人的侵权责任,“因果关系最少主义(causal minimalism)”是一个值得借鉴的理论方法。参见(美)哈特、奥诺尔《法律中的因果关系》(第2版),张绍谦、孙战国译,中国政法大学出版社2005年版,第二版前言第2页。在解决公司侵权法律责任归属时,应更多地考虑立法宗旨及部门法之间的互通性,特别是我国《民法总则》《合同法》《公司法》《侵权责任法》等法律之间的相互对接。否则,“因果关系”这一法律理论体系会因其负载过多而混杂着诸多不一致的意见,从而导致法院难以对纠纷做出准确判决。

② 有学者指出,“平等原则”乃是宪法原则而非民法原则;“我国《民法通则》第10条属于错误规定,应予删除”等,然则以马克思主义为指导的社会主义民法理应坚持“平等原则”,重归“中国法治自信”。参见宋云博《法治多元性视域下考察我国民法“平等原则”》,载《政法论丛》2015年第4期。之所以出现上述理论争议,是因为每当论及“法治中国”时,国内不少学者可能会下意识地对欧美法治模式为标准加以衡量,从根本上忽略或者回避了源于政治、经济、社会、文化及生态多样性的法律文明应具有多元性的本质。

③ 纯粹经济损失(pure economic loss)是侵权法里所讨论的经济利益损失。学理上通常将经济损失划分为直接经济损失(direct economic loss)和间接经济损失(consequential economic loss)。前者指侵权行为或准侵权行为直接导致的受害人财产损毁或财产减少。后者指受害人因为直接经济损失而此后再次发生的损失,如某些可得利益的损失等。对纯粹经济损失与直接经济损失做出区分,在自然逻辑上是难以实现的。但在司法实践中,不对之进行区分就无法切断诉讼的链条,将会有无穷无尽的“纯粹经济损失”有待处理。参见(意)布萨尼、帕尔默主编《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义、钟洪明译,法律出版社2005年版,代中译本序,第2页。

人可以得到的相关利益(期待利益或“履行利益”);而侵权法的通常标准是:如果没有侵权行为和有侵权行为时,受害人状况的实际差异(固有利益或“消极利益”)。⁽¹¹⁾²⁷⁸为了评定受害人的情形是否存在不利的变化,应比较受害人的实际情形和假定没有侵权的情形,这一假定情形在公司章程契约责任和公司股东侵权责任中有明显区分。

(二) 公司章程契约责任的理论基础

公司章程契约责任的基础产生于公司合同,公司合同是公司财产权的流动化、债权化的直接体现。在参与或抵制激烈的竞争时,财产权关系的组合活动必然变得十分活跃;它一方面促成法人制度的诞生,另一方面则带来了契约关系的繁荣昌盛。在18世纪,契约性债务的正当化根据是交易本身内在的实体性正义和公平,所以当约定不具备充分的对价性(权利义务对等性)时,不仅无法获得衡平法上的救济,在普通法上的请求损害赔偿之诉中应有的赔偿金亦要被减额。然而,不拘泥于契约字面协议而要从交易的实质性均等的立场上检查其内容的法律原则,事实上造成了契约法与商业活动的脱节。随着商业化的进展,旧的价格制度已经开始瓦解,因此契约法功能的根本性改变就势在必行。各种原因的汇合使得承认“履行期待利益”赔偿的法律变化成为导致现代契约法诞生的重要机缘。期待利益的认识与期货契约的大量出现有着直接的关联。期货交易的扩大同时也使人们发现了价格的主观性。当价值客观性的信念幻灭之际,当事人的“意思”就成为契约债务唯一的算定标准,法律争论的焦点也就转移到是否存在“意思表示一致”的问题之上。⁽¹²⁾⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰

意思表示一致的根本在于真实,宗旨在于诚信原则,对于公司章程这种标准合同条款尤其如此。因为根据公正的要求,个人不应使他人基于其行为的正当预期落空,即个人行为的确定性比规则的确定性更为重要。在法律上,诚信原则虽囿于对事物的理性和实质内容的强调,但它主要源自法律即道德的理念。稳定性是道德行为的基本特征。衡平法将诚实信用这一道德要求纳入法律义务的努力,取得了极大的成功。现在,合同法一个最重要且最具深远影响的学说发展是对标准合同条款的司法控制。根据我国商事法律,如《公司法》第5条之规定,任何违背诚信要求而不合理地使对方处于劣势的格式合同条款,都应无效。

正如我们已经看到许多合同是经由讨价还价达成的协议。就公平与正义而言,法律的首要功能在于保证程序公平——合同必须依法订立,而且确由法律

保证程序公平。比如:我国《合同法》使合同订立过程中的欺诈、虚假陈述、胁迫行为不产生绝对效力;有的法律要求,当事人仅受其实际同意的条款的约束;有的法律规定,当事人在一定程度上不受重大错误的影响;有的法律要求,当事人在缔约能力上大致平等。在这些方面,法律均涉及公平问题,主要是程序公平,而合同结果却是一个实质公平或正义的问题。但现代契约法理论并不十分关心合同的结果或结局,当然这并非意味着现实中法院的唯一功能在于完全机械地执行当事人约定的事项。毫无疑问,程序公平和实质公平的这种区分作为一个基本观念,已经影响并将继续影响合同立法,以及合同法对具体个案的适用。

我们将公司视为契约进行分析之后,一个自然而然的问题就是:为什么需要公司法的存在?为什么不干脆废除公司法而让人们自由地协商订立任何他们想要订立的契约?一个简短但不能让人完全满意的答复是,公司法是一组现成的公司契约条款,从而公司参与人能够直接援用而节省自己协商订立契约的成本。在社会关系普遍通过立法来调整的情况下,在立法没有堕落成权力恣意的地方,立法总是寻求公正的行为秩序,以合理地平衡各方契约参与人的利益。⁽¹³⁾¹³⁻¹⁵公司章程契约责任产生于公司成员相互之间及其与公司本身之间的法律关系,其根本性法律文件在于公司合同。即使现代契约法在很大程度上保护了公司合同的程序公平,但由于标准格式合同的大量使用,以及势力强大的行业协会与公司的不断增多,致使交易自由明显减少,程序公平有时难以保障。另外,“如果公司合同的谈判过程在程序上存在瑕疵,那么在实体上可被拒绝的合同就不应被强制执行”。⁽¹⁴⁾⁴¹因此,任何股东都可以对其他股东以违反成员义务为由或对经理违反组织义务的行为而提起诉讼,这也是成员权的基本内容。不过,公司法民事责任能否得以实现,我们首先必须解决这些问题的归责事由与归责原则。

三、公司法民事责任解释的有效性

(一) 公司股东侵权责任的归责事由与归责原则

虽然侵权法的快速扩张正在扭曲矫正正义模型的理论框架,但是侵权法除了是一组概念外,它还是一种诉讼救济规则,或者说是诉因。这对于学术界而言,很有必要对其所持侵权法系维持矫正正义之法的观点进行系统化;而对于法官来说,对其所持侵权法的唯一功能在于损害赔偿,从而使其与刑事司法制度区分开来的观点进行系统化,亦很有必要。我国《侵权责任法》第16条列举的10余种侵权责任形式,已

不再限于损害赔偿。我们在侵权责任的构成要件上采纳的是传统意义上的狭义侵权概念,但在责任承担方式上采纳的则是广义的侵权概念。

依照多数学者的观点,“侵权责任方式的归责事由与归责原则等同”,⁽¹⁵⁾¹²而这种等同是从过错责任角度阐释归责事由和归责原则。侵权法的目标在于赔偿损害,因此如果没有法律承认的损害,就没有请求权。值得注意的是,在20世纪上半叶出现了过失责任的客观化现象,判断侵权人是否有过错,不是以其个人的主观判断能力为依据,而是采用客观的认定标准。而在无过错责任的情况下,过错不再是承担侵权责任的唯一事由和归责原则。随着侵权行为归责原则的扩张,证明责任的分配及其依据已成为受害人获得法律救济的前提条件。目前理论上已经达成一致的是,“原告只须对权利产生的事实加以证明,而被告则须对权利妨碍的事实和权利消灭的事实加以证明”。⁽¹⁶⁾⁹⁵据此,原告必须证明他占有公司股份这一事实。公司股份代表股东对公司的成员资格,它既体现着持有者与公司法之间的一种利益关系,也代表着许多具体的权利与义务。虽然它在法律上依然是一个统一的整体,但它仍然是一种管理权和资产权。如果这种权利受到侵害,股东当然可以对公司提起侵权之诉。

公司股东侵权责任往往涉及到行政法规和管制法^①规则,这也构成股东侵权责任归责原则的法律依据。大部分学者认为管制法是在私法领域之外制定的各种社会领域的行为标准或规则,侵权法是与行政法和刑法并列的独立法律制度。特别是,刑法似乎与侵权法完全独立:刑事制裁并不排除侵权法上的损害赔偿。尽管如此,在法的不同领域之间也确实存在着相互影响。某些法律制度在私法与管制法之间有原则性的等级结构,但是大部分法律制度不认为管制法比私法具有优越性或者是比私法级别更高。⁽¹⁷⁾⁴⁶⁷⁻⁴⁶⁸然而在实践中,法院在审理民事案件、行政案件和刑事案件存在的管辖权问题,使得司法权限划界排序成为不可避免的事实。这种划分通常遵循民事审判在侵权案件中倾向于根据“违法性”“因果关系”等这些自治概念来评价股东侵权行为。但这并不意味着民事审判忽视行政案件判决做出的涉及相同案件的决定。从以上可以看出,管制法推动着侵权法的发展,侵权法促进管制法进步亦是可行的。同样,两个法域的合作为公司治理提供了有效空间——在政策层面上,侵权法能够被看作是管制的自治体系,它设定股东行为标准,事后监测股东行为,并且对那些不遵守标准引起损害的侵权人强制执行这些标

准。

(二)公司股东侵权责任与公司章程契约责任并行设置辨析

股东资格是法律关系的一个客体,它可以转让,而且可以继承。由于公司合同兼具组织合同的特性,因而股东相互之间存在着一种特别法律关系,从这种关系中进而推导出股东相互之间必须承担特定的忠诚义务。任何合同都有它自己的“规则”,这些规则与一般合同法规则几乎同样重要,当事人如果愿意,均可以通过约定排除这些规则。如果他们约定排除这些规则,法官通常适用有关该种典型合同的一般规则。这些规则通常能够避免合同内容因不确定而无效。但是,在公司法背景下合同的默示条款因公司法的强制性,不允许当事人通过约定而排除特定的商业规则,如前述的忠诚义务。

在公司法的适用过程中,这种方法有一定的合理性,因为公司合同的默示条款源于商业习惯。例如,合同当事人之间关于严守商业秘密的规则。但在另外一些情况下,在公司法语境中产生的义务,被认为是法定义务,这些义务产生于法律而不是源于当事人的约定。进一步来说,这些被认为由法律创设而不是由合同约定的义务,其中部分被认为具有合同义务的特征,部分则被认为属于侵权法上的责任。公司法的复杂性常常意味着公司合同“并入”了各种各样的在合同以外制定的条款。⁽¹⁸⁾²¹⁰公司章程不能被简单地理解为与个人法上的契约完全相同的契约,公司章程是一种典型的团体性契约。⁽¹⁹⁾²⁰在一些案件里,法院为合同增加了某些他们认为依照公平正义而由当事人应当达成的条款,即使法官意识到该事项不会在合同中明示。例如,对于公司决议,股东认为公司股东(大)会、董事会决议的内容违反法律、行政法规的,股东会或者股东大会、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,或者决议内容违反公司章程的,股东可以向人民法院提起诉讼,要求确认股东(大)会、董事会决议无效或者撤销股

^①“管制法”是一个很模糊、不够精确的术语,它包含了各种各样的控制和限制工具,目前已经被宽泛地定义为“任何意图规制主体行为的规则制度”。在这个定义中,行政法和刑法都是管制总体框架的一部分。而且,严格来讲,甚至私法可能也是管制框架的一部分,只是它是被相关立法主体当作满足管制政策目标的手段来使用。在更加具体和严格的意义上讲,管制法被表述为“被国家使用的一套与众不同的控制市场运行的技术”。传统上,管制与公法联系在一起。所以,似乎大部分律师倾向于认为管制法是私法领域之外的法律制度。但是,如果以一种更加抽象的方式来理解,侵权法则具有某些管制的特质。参见(荷)范博姆、(奥地利)卢卡斯、(瑞士)基斯林主编:《侵权法与管制法》,徐静译,中国法制出版社2012年版,第463-464页。

东(大)会、董事会的决议。尽管最高人民法院对与公司有关纠纷的案由做了修改,但是股东的前述诉讼到底是违约之诉还是侵权之诉?这不仅涉及到股东诉讼救济的请求权是否聚合问题,更涉及到如何选择适用的法律,甚至指向我国民事责任体系构建的全局性思考。

侵权责任与合同责任都是在一定条件下让行为人(加害人或者债务人)负担受害人(合同责任的情况下是债权人)所产生的损害。在这一点上,两者发挥的功能相同。但是合同责任本来的归责根据在于,违反了基于合同而产生的面向于实现给付利益的义务。因此,原则上依据合同约定债务人没有实现债权人的给付利益时,应当承担民事责任。与此相对,承担侵权责任的基础在于,当事人之间事先并不存在基于合同的特定义务,而是基于不得损害他人的财产性、人身性的利益(完全性利益)。侵权责任与合同责任在下述情况下可能发生重叠:第一,以保护他人的完全性利益作为合同主要内容的场合,或者完全性利益的保护与主要的给付有着密不可分关系的场合。第二,即便不是在以保护他人财产性、人身性利益为内容的合同中,也可能发生合同责任与侵权责任相互交错的问题。⁽²⁰⁾²¹⁴ 根据公司运行的基本特征及其法律责任,公司章程契约之债和公司股东侵权责任在公司法中并行设置,可以更有效地保护当事人的权益。前文已经论述,公司章程(公司合同)包含调整当事人之间关系的债法性条款;公司章程契约责任的基础产生于公司合同。就公司合同性质而言,无论是其债法功能,还是发起人或股东的财产流转,均体现了合同法的目的“或支持市场运作,或履行允诺,或保护合理的预期利益。”⁽¹⁸⁾³⁴ 合同法推动和鼓励自由交易,并以这种方式赋予市场运作以法律效力,以使交易和商事活动有序运行。这是合同法的基础甚至是其专有的功能。在此意义上,违反公司合同所产生的责任属于契约责任当无异议。因此,这些法律关系由我国契约法体系,包括《民法总则》《合同法》《公司法》等法律予以调整,符合基本的立法宗旨。

然而,在维护市场秩序、促进交易进而保护交易的法律需求方面,契约法体系的功能不宜毫无节制地夸大。控股股东、公司董事和其他管理人员必须为信义义务^①受益人的利益而履行职责。信义原则在契约关系中虽不陌生,但在公司运作过程中却成为常态。公司合同虽然使得公司管理层成为投资者的代理人,但却没有详细规定也无法详细规定代理人的职责。当代理人行使权利的同时,对其他人的财富构成了影响,这就可能产生利益分野问题。该问题可以通

过数种方法加以缓解,而信义原则是对公司合同予以细致规定和进行额外监督的替代性解决方案。因此,“在很大程度上,一个秩序井然的社会取决于自治和他治的结合”。⁽²¹⁾²¹⁴ 违反信义原则所产生的侵权责任无法被契约责任囊括,更不能被替代。公司董事信义义务的问题最早是普通法法官在正式成文法之外阐述的。即使大陆法系国家,对董事义务的成文法规定也常付诸阙如。控股股东、公司董事和其他管理人员违反信义义务而构成侵权行为,理论上不会有太大分歧。值得关注的是,信义义务直接触及到公司治理的深层次问题。

公司合同所产生的法律责任诉讼反映了契约之债的根本属性,与侵权责任之诉属于性质不同的诉,因而两种诉讼并无竞合的理由。真正的请求权竞合在于,责任者的同一行为既构成侵权行为,又使契约债务不能履行,“两者均以损害赔偿为给付内容,债权人不得双重请求”。⁽¹⁵⁾⁷⁹ 有时,法律也规定民事主体享有两个或多个请求权,因而权利人可以同时主张权利,它们相互并无妨碍。如果请求权可以转让,权利人可以将各个请求权单独转让或者单独起诉,也可以合并起诉。而且,每一种以诉讼提起的请求在诉讼程序中都构成一个单独的诉讼标的。这种情形称为“请求权聚合”。⁽²²⁾³⁵⁰ 请求权竞合和请求权聚合的区别在于,请求权竞合的所有请求权是针对同一给付义务,而对此义务只能要求一次。如果其中一个请求权得到了履行,由于它和其他请求权在内容上是重叠的,因此其他请求权随之消灭。然而,聚合的各个请求权则可以单独行使,或者合并提出诉求。请求权聚合体现了民事责任体系结构的复杂性与表现形式的不同,但却为公司股东维护自己合法权益增加了一种功能上的选择。

我国《侵权责任法》是一种保护民事权益的法律,它以高度概括性的立法方式,列举了侵权责任法的保护对象——法律明文规定的民事权益。《侵权责任法》中的赔偿损失是平等主体之间的责任关系,具有财产性质,在具体案件处理过程中除法律另有规定之外,权利人请求权的实现还可以适用债法总则的

^① 在英美法中,信义关系(fiduciary relation)起源于信托法,信义义务是指受信人(fiduciary)对于受益人(beneficiary)所承担的义务。后来,信义关系逐渐扩展到其他领域,包括公司法等。参见黄辉《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2011年版,第246页。控股股东义务与公司董事义务截然不同。美国法官将信义义务扩展至控股股东,使用了控股股东信义义务的概念。澳大利亚为了防止多数股东滥用权利,施加的是衡平限制原则。总而言之,能否将控股股东的义务称为信义义务,取决于对信义义务本身含义的理解。

规定。因此,侵权责任法并没有削弱传统债法的地位和功能,而是使债法体系更加严谨,民法体系更加科学和统一。公司章程契约责任和公司股东侵权责任分别由不同的法律调整,虽然法律规制结果出现了请求权聚合的现象,但在民法法系的整体框架之下两种法律责任并行设置,可以各自发挥其应有的规范功能。而且,公司股东侵权责任的单独设立,为公司治理提供了有效的责任规范。

四、公司股东侵权责任与公司治理的框架分析

公司治理的法律机制究竟是什么?恐怕是公司法学者们人所共知但又难以准确阐释的一个法律范畴。如果对公司治理研究要超越单纯的描述,那么我们必须将它放入规范性模式中进行分析。但是不可避免地,任何规范性模式都受到人类认知能力的局限。公司法的目标不仅仅在于确立公司作为商事主体的地位,更在于妥帖界定公司及其当事人的权利义务,而后者实则是配置权利(权力)的政治过程。⁽²³⁾检测公司治理模式的预测能力的标准体现在三个方面,即“模式能在多大程度上正确预测到所有权与控制权的分离、由该分离现象而产生的企业组织治理结构,以及针对该分离现象而出现的法律规则”。^①正如我们所看到的,作为公司所有者的股东几乎无力控制公司日常运营或者长期决策,而公司事实上被持多数股的董事(股东)和经理人所掌控,因而公司掌控者利用职务之便实施侵权行为便成为可能。

在债法制度内部,侵权行为是与合同并列的、使法律关系得以成立的主要原因,“侵权行为法的主要任务在于如何构建法益保护与行为自由之间的矛盾关系”。⁽²⁴⁾侵权和合同的边界必定是变动的,对它们作出区分的基本逻辑仍然建立在是否存在原义务(primary obligation)基础之上:如果是,就与合同责任相关;如果不存在原义务则与侵权责任相关。⁽²⁵⁾¹⁰⁹由此可见,一旦我们厘清了侵权和合同的共同基础以及它们的运作方式,我们就会发现,以缩减侵权责任的方式扩张合同责任或者采取相反的措施,理论上均不可取,因此理解的关键是寻找相似的法律原则。侵权责任和合同责任的基本差异还表现在,合同责任中存在未获履行的原义务,而侵权责任中则没有这种义务。一般认为,合同法只允许赔偿协议成立时可预见的损害,而侵权法还准予赔偿不可预见的损害。“个人主义政治哲学与共产主义政治哲学之间的差异在许多方面影响了赔偿制度的选择。”⁽²⁶⁾⁸大陆法系有的国家倾向于赞成在向那些需要的人提供帮助与照顾中积极的国家介入,而个人主义者常常提倡国家应

仅仅提供强制机制——侵权法律制度,以使受害人能够从加害人处得到赔偿。综合考虑两大法系的前述责任机制,是公司治理的路径选择。

各国公司治理结构的制度特征体现了路径依赖性。澳大利亚极富特色的公司监管技术——民事惩罚机制,为我们打开了一个新的视野。民事惩罚机制(civil penalty scheme)^②兼具民事责任和刑事责任之特征,旨在并蓄二者之长,提升执法效率,是一个重大的理论与制度创新。该机制的责任方式包括罚金、剥夺个人担任公司高管的资格,进行赔偿等,这些责任形式既可单独使用,也可合并使用。虽然民事惩罚机制具有惩罚性,但其使用民事诉讼程序和举证标准,从而避免了追究刑事责任中的诉讼成本高和举证责任难等问题。这就意味着侵权责任与契约责任的并行设置,在公司法民事责任的架构中十分必要,亦即公司治理需要法律责任的板块结构。有时,侵权法涵盖了更适于给予刑事制裁的领域,如我国《公司法》第215条的立法规定。公司股东侵权责任的设立有助于保障股东的基本利益,并以此建立相应的公司法民事责任体系。公司治理在某些层面上可被视为公法的一部分,为了实现公司的社会目标,所有权与控制权的分离是法律对公司治理进行监管的基础。

公司治理的核心问题是公司治理目标的实现,即公司究竟代表谁的利益,从而如何实现公司利益最大化。这个问题在公司内部大致可以分为两个层次:第一,传统观点认为公司利益就是股东利益,因此需要处理董事与股东之间的关系,主要是通过董事义务和股东救济等机制减少代理成本,保证董事服务于股东而使其利益最大化;第二个层次是股东之间的内部矛盾,即大股东对中小股东的利益侵害和压迫问题。⁽²⁷⁾¹⁴⁶公司治理实质上是对公司内部的侵权行为在制度层面上构建法律约束机制。股东救济最主要的技术措施是股东诉讼,包括直接诉讼和派生诉讼。虽然两种诉讼的内容有所区别,但其核心总是围绕着公司法中的侵权行为而展开,其实质是侵权之诉。既然是侵权之诉,就涉及到赔偿数额甚至惩罚性赔偿金的确定问题。

惩罚性赔偿制度在侵权法领域,与衡平法有异曲同工之妙,都能以其弹性扩大、变更或者更改现行法律以符合舆情;然而,这种适用需要有较高的裁判智慧以及说理技巧,否则就会弄巧成拙。⁽²⁸⁾就侵权行为

① 参见(美)斯蒂芬·M·贝恩布里奇《理论与实践中的新公司治理模式》,赵渊译,法律出版社2012年版,引言第3页。

② 参见黄辉《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2011年版,第45页。

的法律责任而言,刑法和行政法在其作用范围内受到了必要的限制,需要通过私法手段来补充。惩罚性损害赔偿更适于恶意的侵权案件,并给予个人行使权利的动力。和刑法一样,预防也是私法的一个正当功能。⁽²⁹⁾196-199 惩罚性赔偿责任的主要问题集中于以下三项:首先,为什么需要采用惩罚性赔偿?其次,侵权行为人何种行为应该判决其支付惩罚性赔偿金?第三,在判决惩罚性赔偿金时,多少数额适当?

如从法律的整体性功能探究,无论是行政法还是刑法,要单独实现对今天这样一个复杂的社会进行有效规范,是过于苛求的事情。由于现代行政法屡受执法缺陷的责难,它与私法的合作成为必然;而“刑法在其固有核心范围以外对侵权行为的规范作用亦十分有限”。⁽³⁰⁾132 惩罚性赔偿责任具有损害填补、惩罚被告、阻却被告或他人从事不法行为等功能。惩罚性赔偿从经济学观点来看,旨在发挥补偿性赔偿金难以弥补损害的情况下加强侵权法的预防功能。公司法设定惩罚性赔偿的目的是,防止侵权行为人承担责任的可能性过低,并以此来平衡社会性违法成本。适用惩罚性赔偿制度而不用刑法规则的优势在于,可以避免刑法高昂的运行成本,并且可以使受害人得到终极救济。

在许多侵权案件中,一般损害赔偿并不足以阻却所有危害社会的行为。惩罚性损害赔偿具有双重功能,即惩罚和威慑。关于契约关系案件判决承担惩罚性赔偿责任,肇始于英美法系。近年来美国法甚至在保险契约诉讼领域中,将恶意违约视为独立侵权行为而判决惩罚性赔偿金。我国公司法中的侵权责任表现形式多样。检讨其中之一即可发现,如果当事人权利不对等时,被告可以凭借该权利伤害弱势者,进而对股东利益造成不公平损害,或具有不公平的歧视

性,对此应判决侵权行为人承担惩罚性赔偿责任,是正义分配的具体要求。附带一提的是,损害公平性的判断不是孤立的,需要考量各种利益冲突的衡平问题。为了实现惩罚性赔偿制度的规范目的,有决定性意义的不是对单个受害者所受损失的准确补偿,而是让加害人对其所造成的所有损害买单。在此基础上,超过正常损害填补范围而科以惩罚性赔偿金可以分为两种情形:(一)威慑侵权行为人利用他人法益进行营利活动的行为;(二)弥补因受害人未完全行使损害赔偿请求权所造成的补偿漏洞。⁽³⁰⁾137

关于惩罚性赔偿金的数额如何确定,确系司法难题。无论英美法系还是欧洲大陆,均在持续争论与探索之中。在此,我们可以借鉴邻国日本在商法修改中,对于董事侵权责任赔偿数额的原则性规定——“代表董事为年报酬总额的6倍,其他公司内部董事为年报酬总额的4倍,公司外部董事为年报酬总额的2倍”,⁽³¹⁾推荐¹ 据此提出符合我国国情的具体赔偿标准。

我国《侵权责任法》第47条产品责任中规定了惩罚性赔偿。但这对董事或股东侵权造成投资人受损等类型案件无法适用。我国《民法总则》在第179条第2款中明确规定了惩罚性赔偿:“法律规定惩罚性赔偿的,依照其规定。”这一规定,为公司股东侵权行为承担(无限)责任,奠定了法律基础。虽然惩罚性赔偿至今争议不断,但在公司法民事责任范围内,对于故意或恶性行为,无论是侵权还是违约,判令被告承担惩罚性赔偿责任,不会距离私法的价值渐行渐远。在比较法的基础上,彻底地讨论惩罚性损害赔偿制度在公司法中的本质、作用以及合理性,对于明晰公司法民事责任种类乃至构建我国新的民事责任体系,均具有积极作用。

参 考 文 献

- (1)〔美〕迈克尔·穆尔.解释的解释(M)//〔美〕安德雷·马默.法律与解释.张卓明等译.北京:法律出版社,2006.
- (2)〔美〕杰弗里·N.戈登.公司法的强制性结构(M)//〔美〕弗兰克·H.伊斯特布鲁克.公司法的逻辑.黄辉译.北京:法律出版社,2016.
- (3)〔德〕托马斯·莱赛尔,吕迪格·法伊尔.德国资合公司法(第3版)(M).高旭军等译.北京:法律出版社,2005.
- (4)〔德〕布洛克斯,瓦尔克.德国民法总论(第33版)(M).张艳译.北京:中国人民大学出版社,2012.
- (5)魏振瀛.民事责任与债分离研究(M).北京:北京大学出版社,2013.
- (6)〔美〕托马斯·格雷.美国法的形式主义与实用主义(M).〔美〕黄宗智,田雷选编.北京:法律出版社,2014.
- (7)〔德〕斯塔姆勒.正义法的理论(M).夏彦才译.北京:商务印书馆,2016.
- (8)〔美〕马克·格斯特菲尔德.经济学、道德哲学及对侵权行为法的实证主义分析(M)//〔美〕波斯特马.哲学与侵权行为法.陈敏等译.北京:北京大学出版社,2005.
- (9)〔美〕兰德斯,波斯纳.侵权法的经济结构(M).王强等译.北京:北京大学出版社,2005.
- (10)〔法〕托马斯·皮凯蒂.21世纪资本论(M).巴曙松等译.北京:中信出版社,2014.

- (11)〔德〕乌尔里希·马格努斯. 损害赔偿法的比较报告〔M〕//〔德〕U. 马格努斯. 侵权法的统一: 损害与损害赔偿. 谢鸿飞, 译. 北京: 法律出版社, 2009.
- (12)季卫东. 法治秩序的建构(增补版)〔M〕. 北京: 商务印书馆, 2014.
- (13)〔德〕齐佩利乌斯. 法学方法论〔M〕. 金振豹, 译. 北京: 法律出版社, 2009.
- (14)〔美〕阿伦·施瓦茨, 卡尔·卢埃林与合同理论的起源〔M〕//〔美〕克劳斯, 等. 公司法和商法的法理基础. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- (15)王泽鉴. 侵权行为法(第一册)〔M〕. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- (16)〔德〕罗森贝格. 证明责任论: 以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写〔M〕. 庄敬华, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002.
- (17)〔荷〕威廉·范博姆. 侵权法与管制法之间的相互影响——比较分析〔M〕//〔荷〕范博姆,〔奥地利〕卢卡斯,〔瑞士〕基斯林. 侵权法与管制法. 徐静, 译. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- (18)〔英〕阿狄亚. 合同法导论(第五版)〔M〕. 赵旭东, 等译. 北京: 法律出版社, 2002.
- (19)蒋大兴. 公司法的观念与解释Ⅱ〔M〕. 北京: 法律出版社, 2009.
- (20)〔日〕吉村良一. 日本侵权行为法(第4版)〔M〕. 张挺, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2013.
- (21)〔美〕罗伯特·A. 希尔曼. 合同法的丰富性: 当代合同法理论的分析与批判〔M〕. 郑云瑞, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- (22)〔德〕卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册)〔M〕. 王晓晔, 等译. 北京: 法律出版社, 2013.
- (23)邓辉. 公司法的政治功能〔J〕. 政法论丛, 2015(5): 3-12.
- (24)〔德〕马克西米利安·福克斯. 侵权行为法〔M〕. 齐晓琨, 译. 北京: 法律出版社, 2006.
- (25)〔奥〕F. D. 布斯奈利, G. 科芒达. 意大利法律制度中的违法性问题〔M〕//〔奥〕U. 考茨欧. 侵权法的统一: 违法性. 张家勇, 译. 北京: 法律出版社, 2009.
- (26)〔英〕彼得·凯恩. 阿蒂亚论事故、赔偿及法律(第六版)〔M〕. 王仰光, 等译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.
- (27)黄辉. 现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示〔M〕. 北京: 清华大学出版社, 2011.
- (28)唐东楚. 当事人真实义务立法与民法诚信原则的裁判适用〔J〕. 政法论丛, 2015(1): 104-110.
- (29)陈聪富. 侵权归责原则与损害赔偿〔M〕. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- (30)〔德〕格哈德·瓦格纳. 损害赔偿法的未来: 商业化、惩罚性赔偿、集体性损害〔M〕. 王程芳, 译. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- (31)〔日〕高桥均. 股东代表诉讼的理论及制度改进〔M〕. 梁爽, 等译. 北京: 法律出版社, 2013.

(本文责任编辑 肖新喜)