

# 论公司正义

梁上上

(清华大学 法学院 北京 100084)

**摘要:**我国应该借鉴合同正义原则的经验,在公司法中引进公司正义原则,使其成为与公司自治相并列的基本原则。该原则应以“法理阐释”的方式存在,无需在公司法总则中作出明文规定。公司正义既包括分配正义,也包括矫正正义;既包括实体正义,也包括程序正义。公司是多方参与者不同利益交汇的平台,引入“利益关系”的概念有利于厘清公司各参与方的利益冲突。公司法需要沿着分配正义与矫正正义、实体正义与程序正义的不同路径,结合利益衡量方法,对不同主体之间的利益关系作出恰如其分的规范。公司正义的含义具有模糊性,但有利于其弹性适用。这需要法官借助法律解释方法来妥当地适用现有公司法条文,也需要法官借助利益衡量等方法来填补法律漏洞,创造性地适应社会对法律的需求。公司自治是公司法的基本原则,但没有制约的公司自治会导致不正义。法官需要借助公司正义原则对公司自治进行制衡,但是应该采取谨慎而节制的态度。

**关键词:**公司自治;公司正义;衡平;利益关系;利益衡量;法律漏洞

中图分类号:DF411.91 文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2017.01.05

随着我国经济与社会的发展,加上我国公司法不够完善,法官在解决具体纠纷时往往难以找到妥当的公司法条款加以适用,出现了大量的疑难案件。例如,在著名的“胡克案”中,注册资本仅为300万元的有限责任公司,未分配盈余额却已经超过1.7亿元,高达注册资金的57倍之多,而且自公司成立以来一直未对股东进行任何盈余分配。但是,当小股东胡克提起盈余分配之诉时,最高人民法院却认为这属于公司自治而驳回起诉<sup>①</sup>。这一案件的判决引起人们的广泛质疑:当在公司中担任董事、经理等职务的股东利用其职位获取高额薪酬时,小股

东却因未在公司担任职务而长期不能分享公司的高额盈余,对他们是否符合公平正义呢?最高人民法院“仅仅”以盈余分配属于公司自治为由驳回起诉是否合理?公司自治能否成为法院不审查公司事务的“挡箭牌”?如何妥当地解决这一纠纷?

疑难案件的解决往往借助公司法基本原则的指导,我国对公司法基本原则研究并不深入<sup>②</sup>,对其

<sup>①</sup> 《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》,该案的全称是“河南思维自动化设备有限公司与胡克之间的公司盈余分配纠纷案”。

<sup>②</sup> 在目前的公司法教科书中,较少论及公司法基本原则。论及基本原则的学者则有不同的归纳。有人主张公司法基本原则为:公司准则设立、依公司章程自治、公司权利和合法利益不受侵犯、股东有限责任、股东权利平等、利益相关者受到尊重与保护、社会责任等原则。(参见:王保树,崔勤之.《中国公司法原理》[M].北京:社会科学文献出版社,2006:49-56.)也有人认为公司法基本原则为:鼓励投资、公司自治、公司及利益相关者保护、股东平等、权力制衡、股东有限责任、公司社会责任等。(参见:赵旭东.《公司法》[M].北京:高等教育出版社,2012:46-50.)

收稿日期:2016-09-05

基金项目:司法部课题“公共利益原则的法律适用”(155FB2029);“清华大学自主科研计划”项目

作者简介:梁上上(1971),男,浙江新昌人,清华大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

在具体案件中的应用也缺乏研究。我国司法实践中较为强调公司自治原则,有时甚至将其理解为神圣不可突破的原则。“胡克案”提出的疑问是:这种“仅仅”强调某一原则的思维方法是否可取?法院对该原则的理解是否存在误解?是否需要引入其他原则对此加以制衡?反观合同法,其既有合同自治原则又有合同正义原则<sup>①</sup>。有人已经指出,缺少公司正义原则的指引,在司法实践中出现了许多令人错愕的现象,应该借鉴合同法的经验,在公司法中引入公司正义原则<sup>[1]</sup>。基于该原则的重要意义,本文对此进行研究。

## 一、公司正义原则的引入

### (一) 认识正义的路径

人类社会自古以来都把法律与正义紧密地联系在一起,正义被认为是法律的基本价值<sup>[2]</sup>。古罗马法谚云:“法律是一门正义的艺术,法学是关于正义与不正义的科学<sup>[3]</sup>。在古罗马,“正义是分给每个人以其权利的不懈的、永恒的意志。”<sup>[3]</sup>在罗马历史的早期,西塞罗也曾把正义描述为“使每个人获得其应得的东西的人类精神取向”。

人们在过去的几千年中,对正义有着广泛而激烈的讨论。有人从政治角度来讨论正义,有人则从法律角度来讨论正义;有人从自然法上来分析正义,有人则从实在法上来分析正义;有人把正义理解为个人德性,有人则把正义理解为社会实践或社会制度;有人认为正义是客观存在,有人则认为正义是主观价值。正如有人指出的那样,正义有着一张普洛透斯似的脸(a Protean Face),变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌<sup>[4]</sup>。

这些讨论并非没有结果,经过学者的不断努力,人们对正义的认识越来越深入。虽然还存在一定的分歧,但已经形成越来越多的共识。正义作为抽象的哲学理念,不同的学者从不同的角度来分析研究正义问题,确实会存在“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”的现象,难识“庐山真面目”。但是,从司法适用的场合来看,正义与法律的关系是可以把握的。法律与正义的关系大致可以分为三种情形:一是正义内在于法律。法律是正义的载体,正义通

过法律充分地实现;二是法律与正义不一致。法律一般与正义是一致的,但是在某些特殊情况下,法律可能与正义并不一致,不能体现正义理念;三是正义用来检验与评判法律。此时,正义作为评价的工具,对法律是否符合正义原则作出判断。例如,西塞罗认为,非正义的法律根本就不具有法律的性质,不能称为法律<sup>[5]</sup>。阿奎那也认为,法律是否有效取决于它的正义性<sup>[6]</sup>。第二次世界大战后,德国最高法院曾经宣布一些法规因为违反正义原则而无效<sup>[4]338</sup>。可见,用正义来评价法律依然是一项具有现实意义的古老传统<sup>②</sup>。

分类是理解和把握事物的重要方法,是认识正义的妥当路径。依据不同的标准,正义可以分为不同的种类<sup>③</sup>。这些分类或者体现了人们理解正义的独特角度,或者体现了正义存在的不同方式,或者体现了正义对法律的重要功能。

亚里士多德对正义的分类最为经典,他把正义分为分配正义与矫正正义(交换正义)<sup>④</sup>。分配正义(Distributive Justice)所关注的是在社会成员或群体成员之间进行各种权利、权力、义务和责任配置

① 我国合同法虽然没有明文规定合同正义原则,但是该原则是公认的合同法基本原则。(参见:崔建远.合同法[M].北京:北京大学出版社,2012:16-18;韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2004:39-40;朱广新.合同法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2012:33-38;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.)

② 与自然法学不同,分析实证主义法学则将正义与法律合二为一,将法律规定作为正义的标准,将正义理解为遵守和执行法律。例如,霍布斯认为,法律是主权者的命令,由法律宣布什么是公道、什么是正义、什么是道德并使他们具有约束力。(参见:霍布斯.利维坦[M].黎思复,蔡廷弼译.北京:商务印书馆,1985:206-207.)凯尔森也以合法性(Legality)取代正义,其认为将一个一般规则实际适用于按其内容应该适用的一切场合,那便是正义的。(参见:凯尔森.法和国家的一般理论[M].沈宗灵译.北京:中国大百科全书出版社,1996:6-14,51-53.)

③ 正义依据不同的标准有多种分类,在此仅仅阐述与本文主题紧密相关的分类。此外,正义还可以分为主观正义与客观正义,分为个人正义与国家正义,分为绝对正义与相对正义等。

④ 参见:亚里士多德.尼各马科伦理学[M].苗力田译.北京:中国人民大学出版社,1130b-1133a;苗力田.亚里士多德全集(第8卷)[M].北京:中国人民大学出版社,1992:97-105。有人认为,矫正正义是并列关系中的正义,而分配正义则在上下级关系中有效。前者是私法的正义,后者是公法的正义。(参见:G·拉德布鲁赫.法哲学[M].王朴译.北京:法律出版社,2005:33.)

的问题<sup>①</sup>。正如亚里士多德所言,正义的(合法的)分配是以应该付出恰当价值的事物授予相应收受的人。而矫正正义(Corrective Justice)主要关注的是对过失作出赔偿或剥夺一方当事人的不妥当获利。这是因为在交往中的一方打破了原有的秩序或状态,出现了增益或损失,交换正义(Commutative Justice)就是要恢复这种被打破的原有秩序或状态,使增益与损失达到均衡。按照亚里士多德的理论,分配正义与交换正义都旨在达到均衡。交换正义旨在达到增益与损失之间的均衡,分配正义则旨在通过各取所值的原则来分配财富,平衡社会中实存的各种利益与价值,达到均衡的社会效果。这样,亚里士多德的“为各人应得的归于各人”的原则在政治行动和社会行动中进行校验指出了主要的检验场域<sup>[4]</sup>。

在亚里士多德那里,正义主要应用于人的行为,其涉及的是行为正义。然而,在近现代的西方思想家那里,“正义”的概念越来越多地被专门用作评价社会制度的一种道德标准<sup>[7]</sup>。在罗尔斯那里,正义被看作社会制度的首要德性<sup>[7]3</sup>,涉及的是制度正义问题。在他的正义论中,正义的对象是社会的基本结构,即用来分配公民的基本权利和义务、划分由社会合作产生的利益和负担的主要制度。法律制度天然地与正义联系在一起,受到正义的多方检验。在我们的现实生活中,总是存在许多不正义的现象,不论是假冒伪劣商品的泛滥,还是权钱色的交易,时刻提醒我们正义制度的设计才是最重要的。

罗尔斯把正义分为实体正义与程序正义为人们认识正义提供了崭新的路径。就法律制度而言,与实体法相对应的是实体正义,与程序法相对应的是程序正义。程序是为了实现实质正义而设计存在的,但是并非所有的程序设计都能够带来实质正义,程序与过程的差异可能会带来结果的极大不同。从历史看,程序在实体法产生之前就已经存在,实体法由程序产生。据此,有学者认为,程序是实体之母,或者说程序法是实体法之母<sup>[8]</sup>。一般而言,实体法规定“应当如此”的具体内容,其中包含的法律权利与法律原则得到落实就是实体正义;程序法规定实现实体法规则内容的程序、手段与方

式,这些程序、手段与方式能够带来实体正义的实现,不违背某些正当的价值要求就是程序正义。司法领域的自然正义(Natural Justice)、正当程序(Due Process)都体现对程序正义的价值追求。

从法律的制订到适用的运作方式看,把正义分为一般正义与个别正义也是极为重要的。法律通常是针对社会生活中的一般情形作出的一般性规定,可以适用于大多数人和大多数情形,体现的是一般正义的普遍性价值。但是,现行法律可能忽略了特定人与特定情形,它在某些特定的案件类型中加以适用,可能会导致不正义。柏拉图早就指出,法律在任何时候都不可能完全准确地给社会的每个成员作出何谓善德、何谓正当的规定。人之个性的差异、人之活动的多样性、人类事务无休止的变化,使得人们无论拥有什么技术都无法制定出在任何时候都可以绝对适用于各种问题的规则<sup>②</sup>。亚里士多德也持有相同的观点<sup>[9]</sup>。这凸显了个别正义不能被一般正义所覆盖,更不能以实现一般正义为名而忽视它的存在。克服这种因适用一般性规定导致不正义的主要方法是衡平(Equity)。衡平被视为个案的正义<sup>③</sup>。普通法一直存在衡平法传统。个案正义主要出现在适用普遍性法律规则不能带来正义或者将会造成非正义的场合。此时,法官不能通过法律的严格适用来实现正义,需要通过衡平方法来具体案件的正义。在这种场合,衡平已经与具体案件的具体事实紧密地联系在一起,已经脱离了法律的一般性规则,似乎是“外在”于现行法律的。但是在现代欧陆民法中,衡平理念也已经融入法律,成为法律的一部分,而非法律外的控制因

① 这是一种引申义。(参见:E·博登海默.法理学 法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:270.)亚里士多德的原意是,根据一定的比例关系对公物的分配。这种分配永远是出于公共物品按照各自提供物品所有的比例。(参见:亚里士多德.尼各马科伦理学[M].苗力田,译.北京:中国人民大学出版社,2003:1131b;苗力田.亚里士多德全集(第8卷)[M].北京:中国人民大学出版社,1992:101.)

② 参见:Plato, the statesman, transl. J. B. Skemp, New York, 1957, 294b. (转引于:E·博登海默.法理学 法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:30.)

③ 但是,如果说衡平即是个案正义也是不准确的。每一个规范都必须普遍化,只是普遍化程度不同而已。(参见:考夫曼.法律哲学[M].刘幸义,等,译.北京:法律出版社,2004:237.)

索<sup>[10]</sup>。需要指出的是,衡平虽然有助于熨平“编织物”上的“皱褶”,使具体案件获得妥当的解决,避免了机械适用法律的弊端,但是法官的自由裁量也可能带来适用法律的恣意,给法律的确定性与安定性带来威胁。所以,在利用衡平方法解决具体纠纷时,需要通过严格法律程序、强化说理等多种方式对法官的自由裁量进行限制。

从实践经验来看,从正反两方面出发也有利于对正义进行描述。从正面看,正义的关注点可以被认为是一群的秩序或一个社会的制度是否适合于实现其基本的目标。满足个人的合理需要和主张,并与此同时促进生产进步和提高社会内聚性就是正义的目标<sup>[4]252</sup>。从反面看,虽然正义很难界定、不可估量,其边缘地带可能会仁者见仁、智者见智,但是不正义的典型情形得到了一致确认与普遍拒绝<sup>[11]</sup>。无论是改革开放初期曾经出现的“手术刀不如剃头刀”的“脑体倒挂”现象,还是近年来流传的“官二代”、“我爸是李刚”等网络词汇背后所映射的地位和资源分配不平等的问题,都反映了社会对这些不正义现象的不满。从不正义情形的角度来认识、观察与判断往往是一种可取的途径。类似地,当正义在公司法中出现时,也可以从正反两方面加以理解,从而把握其精神。

## (二) 引入公司正义的必要性

在公司法中,为什么需要引入公司正义原则?

正义为法律的基本价值,整个法秩序臣服于正义,但是法律的任何理念都需要在具体的法律规则中加以贯彻与呈现。在这一过程中,在正义与具体制度(或者具体规则)之间需要架起理念上沟通的桥梁,公司正义原则在公司法中扮演的就是两者之间的通道。

从公司立法看,公司正义是公司立法的准则。正义一直被认为是一种高级(Higher Law)的法,而且社会中的实在法也应当与其相符<sup>[4]270</sup>。立法者在制订、修改或废止公司法的某一具体条文时,需要充分考虑公司正义原则,促使公司法的具体制度体现公司正义的精神。从法律适用看,公司正义是解释、补充公司法的重要准则。在司法实践中,公司法规范往往较为抽象,适用于具体案件时需要加以解释。法官在解释时需要按照公司正义原则探寻

法律条款的真实含义,也应该依据该原则来补充法律漏洞;而且,公司法作为裁判规范,公司正义也是法官解释、评价公司利益相关方行为的依据。较为常见的现象是,由于公司法规则是为适用于一般情形而制定的,如果原封不动地适用该规则,在面对某一具体情况时就可能会产生不当的结果。公司正义原则可以矫正这种不当结果,使得法律应对具体情况成为可能。所以,如果缺少公司正义原则,会使公司法的许多规范无法得到合理的解释。

需要注意的是,公司正义原则常被忽视的特殊功能是,与公司自治等不同法律原则之间的相互制衡。在正常情况下,公司自治与公司正义之间并没有什么不相容之处。而且,在某些情况下,公司自治本身就体现公司正义,它们会彼此重叠。某一行为既符合公司正义原则,也符合公司自治原则。在法律适用时,既可以从公司自治原则中获得解释,也可以从公司正义原则中获得解释<sup>①</sup>。但是,有时公司自治原则会过于扩张,甚至会被董事、控制股东等滥用,以损害中小股东等弱势群体的利益。合同法的经验表明,合同正义与合同自由均为合同法的基本原则,必须相互补充,彼此协力,才能实践合同法的机能<sup>[12]</sup>。同样,公司法也需要借助公司正义原则对公司自治原则加以制衡。在这些根本原则之间所存在的不可避免的冲突中,需要寻求妥当的均衡,从而实现公司法的宗旨与目标。

## (三) 公司正义的存在模式

在公司法领域,公司正义以基本原则的方式呈现出来<sup>②</sup>。它是以正义理念确定公司法上各个利益主体的权利、义务与责任的基本规则。

从法律原则的立法模式看,有两种不同的立法模式。一种方式是在法律中明文规定某一法律原则。例如,我国《合同法》第4条明文规定了“合同自由(自愿)”原则。另一种方式是,不在法律中明

① 某一具体法律问题可以从两个不同的法律原则中获得解释是常见的现象。例如,诚实信用原则与禁止权利滥用原则之间存在交叉,在法律适用时可以灵活适用。(参见:山本敬三.民法讲义I总则[M].解亘,译.北京:北京大学出版社,2004:407-408.)

② 原则为多义词,有不同含义。有时,原则指一般规则,与例外相对应。有时,原则指更具普遍性的规则,如诚实信用原则。有时,原则指法律的基本价值,即基本原则。

文规定某一原则,而是分解到不同的法律条文中。例如,我国“合同正义原则”就是采取这一模式。我国《合同法》并没有明文规定该原则,但是《合同法》第54条第1款、第114条第2款都体现了这一原则<sup>①</sup>。与我国《合同法》一样,《欧洲示范民(私)法典草案》对该原则采取的也是这一立法模式<sup>②</sup>。

同样,公司正义的立法模式,也不需要有一个明确的法律条文,也可以分解到不同的具体法律规定之中。它作为基本原则,是从具体的规则中抽象出来的,承担着更多的描述性功能,需要在不同层面发挥作用。从公司法的具体条文中,可以妥当地解决公司正义原则的具体应用问题。这是因为针对公司法规范需求的不同状况,公司法的许多具体条文或者在特定的上下文中,或者为适应特定的上下文,会出现许多限制与例外。这些限制与例外需要设定精确的构成要件或者限制条件。如果仅仅凭借公司法总则中的一个条文,是难以反映这一要求的。可见,公司正义原则在公司法中以某一具体条文的方式出现并不合适。所以,虽然公司正义没有在公司法总则中呈现出来,但是并不意味着我国公司法中不存在公司正义原则。其实,它是以另外一种方式存在。

虽然不能在公司法中找到明确的法律条文,但是不妨碍公司正义在公司法的“法理阐释”中确立这一原则。事实上,许多法律基本原则都是通过“法理阐释”方式存在的。不用说合同正义是以这种方式存在的,就是在公司法上,公司自治原则也是以这种方式存在的。我国从计划经济向市场经济发展的过程中,不断排斥政府对企业经营干预,逐步确立公司的经营自主权,公司自治原则经过《全民所有制工业企业法》的实践<sup>③</sup>,最终在公司法中得到确立。该原则不论在学术界还是在实务界都被公认为是公司法的基本原则,但是并不能从公司法中找到含有“公司自治”字样的具体条文。其实,其他国家法律的基本原则也存在类似的情形。众所周知,意思自治是民法的基本原则。但在法国,意思自治的阐释从来都是仅仅存在于法学理论中,法国民法典对之并未予以明文规定<sup>④</sup>。但是,这丝毫不妨碍在法国的民法理论中确立、认可与贯彻该原则,丝毫不妨碍该原则对司法实践发挥极为

重要的指导作用<sup>⑤</sup>。所以,公司正义原则同样可以在公司法理论中加以阐述,在公司法适用中得到实现。

## 二、公司正义的基本构造: 实体正义与程序正义

就社会而言,社会正义原则是要把主要的社会制度安排成为一种合作体系<sup>[7]42</sup>。类似地,公司正义原则是把公司的设立、运营、组织变更、清算等制度安排成为一种各参与者相互合作的合作体系。这一原则在公司各项制度中指导权利与义务的设置,决定利益与负担的恰当分配。植根于公司事务的不同性质,法律不但需要从实体正义的名义进行介入,也需要从程序正义的角度进行干预。

### (一) 行为法属性——实体正义

公司法需要实体正义的理念,这与公司法的行为法属性密切关系。公司的基本特质在于具有营利性。围绕以营利为目的,公司开展各项经营(或交易)活动,在公司内部与公司外部形成了不同的法律关系。在这些纷繁复杂的交易活动中,主要涉及的是行动参与各方的实体权利。公司法不仅要保护股东的权益以鼓励投资者的积极性,也要保护与公司交易的当事人权益。这需要遵循实体正义

<sup>①</sup> 我国《合同法》第5条规定,当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。在论及合同正义原则时,有人引用了该条款。(参见:韩世远.《合同法总论》[M].北京:法律出版社,2004:39.)但更多学者没有引用该条款。(参见:崔建远.《合同法》[M].北京:北京大学出版社,2012:16-18;朱广新.《合同法总论》[M].北京:中国人民大学出版社,2012:33-38.)该条款与合同正义原则存在较大的差别,不能等同于合同正义原则。

<sup>②</sup> 不过,《欧洲合同法指导原则》立法模式与此不同。(参见:欧洲民法典研究组,欧盟现行私法研究组.《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》[M].高圣平,译.北京:中国人民大学出版社,2012:9-10.)

<sup>③</sup> 在我国公司制度发展的特定时空背景下,《全民所有制工业企业法》是确立企业自主经营权的重要法律文件。该法第2条第1款规定:“全民所有制工业企业(以下简称企业)是依法自主经营、自负盈亏、独立核算的社会主义商品生产和经营单位。”

<sup>④</sup> 参见:尹田.《契约自由与社会公正的冲突与平衡——法国合同法中意思自治原则的衰落》[G]//梁慧星.《民商法论丛》第2卷,北京:法律出版社,1994:252.

<sup>⑤</sup> 但是,可以从该法典的一些条文得到暗示。例如,《法国民法典》第1134条第1款规定,依法成立的契约,对缔结该契约的人,有相当于法律之效力。

的理念,在当事各方的权利分派与义务设置上,做到既能利益兼顾,又能根据具体情形而适当调整。

法人人格否认是体现公司实体正义的妥当制度。法人人格否认最早出现在英美法系国家的判例中。公司法人制度的创立使公司获得了独立人格,并使股东承担有限责任,极大地刺激了投资者的积极性,推动了经济的快速发展。但在现实生活中,公司独立人格与股东有限责任经常被绝对化,出现了各种滥用公司法人人格和股东有限责任以谋取不正当利益的现象。这使得法人制度本身所具有的社会伦理价值无法实现,导致粘附在法人制度上的不同主体之间的本应平衡的利益关系向股东一方倾斜。这种现象的出现并不是偶然的,而是源于法人制度本身的缺陷。所以,在承认公司具有法人人格的前提下,对特定法律关系中的公司人格及股东有限责任加以否认,直接追索公司背后的股东责任的法人人格否认就在英美法国家出现了。许多大陆法系国家随后陆续引进了该制度。我国2005年修改《公司法》时引入了这一制度。该法第20条第3款规定,“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,应当对公司债务承担连带责任。”公司法人人格否认是对公司当事人之间利益失衡的一种救济,体现了公司实体正义原则。但是,我国《公司法》第20条第3款规定的法人人格否认的构成要件过宽,也容易造成该制度的滥用。在法律适用的过程中,仍然需要借助实体正义的理念做适当限制。

## (二) 程序法属性——程序正义

公司法需要体现程序正义的理念,这与公司法的程序法属性密切相关。程序不但是实体权利的根据,而且还具有不同于实体权利的独立价值<sup>[8]65</sup>。罗尔斯把程序正义分为三种。第一种为“完善的程序正义”,其特征是:有一个决定什么结果是正义的独立标准和一种保证达到这一结果的程序。第二种为“不完善的程序正义”,其特征是:尽管有一种判断正确结果的独立标准,却没有可以保证达到它的程序。第三种为“纯粹的程序正义”,其特征是:不存在判定正当结果的独立标准,而是存在一种正确的或公平的程序<sup>[7]66-68</sup>。罗尔斯关于程序

正义的这三种分类恰当地反映了程序正义的性质。程序正义总是被与通过程序而达到的结果正义联系起来考虑的<sup>[8]2</sup>。公司法的中心议题是调整公司内部的组织架构,规范公司的股东(大)会、董事会、监事会的职权与运行模式,规范公司决议的形成。这些都是围绕公司治理展开的,涉及公司董事会、股东会和监事会之间的关系,特别是公司决议的形成,与程序正义有着极为紧密的关联。

程序正义应当反映在我们所采取的程序之中。但在我国长期的法律实践中,存在着“重实体轻程序”的传统,认为程序是为实体权利服务的,弥漫着程序工具主义的偏见。这种观点在公司法上并不可取。在公司法上,程序规则与实体规则具有同等重要的地位<sup>①</sup>。公司法的核心问题是如何恰当地规范“公司治理”,而“公司治理”的核心问题是其运营程序。例如,对于有限公司股东会而言,不但涉及董事会、监事会的关系,更触及公司股东权利的实现。这需要基于程序正义的理念,才能恰当地从组织关系上规范其职权,并妥当设计股东会的召集、通知、召开、决议等程序性规范。但是,我国公司法有些制度没有很好地体现程序正义原则。例如,《公司法》第101条第2款规定的少数股东自行召集临时股东大会权利属于程序性权利,但该规定没有妥当均衡行动参与各方的程序性权利,缺少对该权利的程序性控制,极易出现该权利被滥用的现象<sup>[13]</sup>。可见,应该从公司法的组织法属性出发加强程序正义的设计。

公司法在某些场合需要“突破常规”给予程序上的“特别安排”以达到实现正义的目的。通常,要成为民事权利主体,首先须是适于享有民事权利之社会存在;其次须经法律之认可。近现代民法所认可的民事主体为自然人与法人<sup>[14]</sup>。公司法是直接规范公司成为民事主体的法,对公司市场主体地位、公司的权利能力与行为能力等作出规范。在我国,民事权利主体通常局限于自然人、法人与其他

<sup>①</sup> 关于程序与实体并重的观点,有学者批评它是“重实体轻程序”的延伸。(参见:江伟. 民事诉讼法[M]. 北京:高等教育出版社,2013:22.)

组织<sup>①</sup>。但是,公司法基于公司正义的理念,有时需要突破这些规则,使法人的内部机构也有机会成为民事法律行为的主体。例如,我国《公司法》第53条第6项规定,监事会、不设监事会的公司的监事可以依照《公司法》第151条的规定对董事、高级管理人员提起诉讼。这是因为,公司董事与高级管理人员往往是公司行为的决策者或者决定者,就他们对公司造成的损害,公司往往不愿意对其提出损害赔偿的主张。作为公司的专设监督机构,有义务对他们进行监督,必要时赋予他们提起诉讼的权利也就顺理成章了。在实践中,有的公司监事会已经在行使这样的权利,取得了较好的效果。例如,“北京艺进娱辉科技投资股份有限公司监事会诉王莘等损害公司权益案”就是适例<sup>②</sup>。类似地,第54条第2款规定,监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常,可以进行调查;必要时,可以聘请会计师事务所等协助其工作,费用由公司承担。一般情况下,对外聘请会计师事务所是公司的职权,监事是无权聘请的,但是当公司经营情况出现异常时,法律赋予监事特别的权利。应该说,基于程序正义的考量,公司法赋予监事、监事会等特殊主体特别的民事权利能力是妥当的。

### (三) 实体正义与程序正义的交织

实体正义与程序正义属于公司法的一体两面,两者在很多情况下是交织在一起的。有时实体正义包含程序正义,有时程序正义体现实体正义,两者很难截然分开。正是这种水乳交融的现象映照出公司法的完整属性。所以,公司法在制度设计上既要体现实体正义,也要体现程序正义。

股东代表诉讼是体现这一精神的适例。股东代表诉讼是公司利益受到损害,公司怠于提起诉讼时,股东为了公司利益而以自己名义提起的诉讼。在公司运营过程中,经常出现董事等公司管理人员违反勤勉义务与忠实义务损害公司利益的情形。《公司法》第149条规定,董事、监事、高级管理人员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。对公司造成的损失,本应由公司法规定的机构代表

公司对董事等提起诉讼。但是,由于利益冲突发生于董事自身与公司之间,董事们往往不会代表公司对自己提起诉讼。当存在大股东支配时,董事、监事、高级管理人员都在其操纵之下,很难形成有效的监督机制,董事等不可能提起诉讼追究相关人员的责任。所以,应当建立股东代表诉讼以维护公司利益。我国《公司法》第151条第2款规定,监事会、不设监事会的有限责任公司的监事,或者董事会、执行董事收到符合规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼,或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼,或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的,前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。而且,第3款规定,他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,符合规定的股东可以向人民法院提起诉讼。在股东代表诉讼的制度架构中,既规定了公司的实体利益,也规定了少数派股东实现公司实体利益时的程序性权利。可见,这一制度是实体正义与程序正义“共同作用”下的产物。在修正该制度时,也应该从实体权利与程序权利两方面进行完善。

### 三、公司正义与利益衡量

公司正义作为公司法的基本理念,似乎处于高高的云端,如何才能使其落地扎根,在公司法的具体制度中得到实现呢?需要遵循分配正义与矫正正义的基本路径。这是因为分配正义与矫正正义的理念指引着对公司法所涉及的不同利益主体之

<sup>①</sup> 我国《合同法》第2条规定,本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。可见,其他组织也可以成为民事主体。在德国,法学界对把民事合伙归类为无权利能力的组织持批评态度,该国最高法院的判例逐渐认可其享有权利能力但又不是法人。(参见:迪特尔·施瓦布·民法导论[M].郑冲,译.北京:法律出版社,2006:106-107;迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,等,译.北京:法律出版社,2000:852-854.)

<sup>②</sup> 该案一审为北京市海淀区人民法院,判决书(2008)海民初字第23876号;二审为北京市第一中级人民法院判决书,(2009)一中民终字第14727号。

间的权利、义务与责任的恰当配置、衡平与矫正。

但是,分配正义与矫正正义的具体实现,还需要按照利益衡量的方法,扎根到具体的利益关系中进行选择。法律是为解决社会现实中发生的纠纷而确定的基准。成为其对象的纷争无论何种意义上都是利益的对立和冲突<sup>[15]</sup>。立法的本质就是利益衡量的过程<sup>①</sup>。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,以合理地平衡各参与人的利益<sup>[16]</sup>。所以,公司法在调整人们的行为时,需要紧扣不同利益主体之间的利益冲突,结合分配正义与矫正正义的基本原则,使财富和负担得以公正地分配,互相抵触的利益得到公正衡量,从而确定不同行为人之间的权利、义务与责任的设置。

(一) 解析公司构造的工具:从法律关系到利益关系

传统的民商事主体观念上,公司作为市场主体,具有法人资格,是一个实体。但从公司内部的角度看,公司其实是一个复杂的利益构造物<sup>②</sup>。换言之,公司的本质并不在于公司本身,而在于公司各利害关系方行为的集合体<sup>[17]</sup>。在此,我们需要打开公司这个“黑匣子”,并揭露隐藏在这“黑匣子”之中的各种利益关系。这些利益关系纵横交错、繁复复杂,有些是同质利益之间的冲突,有些是异质利益之间的冲突<sup>③</sup>。对处于不同法律关系中的不同主体的利益进行利益衡量时,需要结合具体的时空背景,比较哪一方当事人的利益更值得法律对其进行保护,从而进行制度设计,最后确定制度利益<sup>[18]</sup>。这是一个分解、构建分配正义与矫正正义、实体正义与程序正义的过程,也是进行利益衡量与制度设计的过程,还是贯彻与实现公司正义的过程。

需要强调的是,在公司法上引入“利益关系”的概念具有重要意义。利益关系是与法律关系密切相关的概念,但属两个性质不同的概念。法律关系中最为典型的是债权债务关系。这种法律关系的实质是人与人之间的法律纽带<sup>[19]</sup>,其法律构成是清晰的,由主体、客体与内容共同构成。法律关系的根本特点在于,将生活关系限制在现实的某些部

分<sup>[20]</sup>。就一般的债权债务关系而言,法律关系的相对性通常将第三人排除在外。而利益关系是围绕当事人之间的利益冲突而产生的,当事人之间不一定“直接”构成传统意义上的法律关系。在现代社会,法律关系的概念仍然重要,但面临重大挑战,使引入利益关系概念成为必要。在许多领域,需要突破“狭窄”的法律关系,将某些具有特定利益的人吸纳进来。例如,我国《合同法》第73条规定的“代位权”与第74条规定的“撤销权”就突破了合同法律关系的相对性原则。在公司法上,由于公司成为各种利益的交汇平台,不同主体之间的利益冲突频繁,更需要引入利益关系的概念来解决各种类型的纠纷。例如,滥用法人独立人格的股东与债权人之间并不存在直接的法律关系,但存在利益关系。在这种场合,我们遵循的是法律情境主义的原则,法律制度需要与具体情境相联系是普遍存在的规律<sup>[21]</sup>。所以,法律基于公司正义的理由,突破“法律关系”的束缚,对这些利益关系加以规范是妥当的。

(二) 公司利益构造的解析

公司本质上仅仅是法律拟制的产物,是各种不同利益关系的构造物。由于这些利益关系较为多样复杂,难以对公司法中所涉及的所有利益关系进行分析,这里选择几对最为重要的利益关系加以分析。这些利益关系已经足够体现公司作为利益构

① 相对于司法裁判中的利益衡量而言,立法过程中的利益衡量被称为“第一次利益衡量”。(参见:梁上上,《利益衡量论》[M],北京:法律出版社,2013:95.)

② 关于法人的性质,在19世纪有过激烈的争论。一种观点以 Von Savigny 与 Windscheid 为代表,将法人视为某些自然人的拟制;另一种观点以 Otto von Gierke 为代表,将法人视为实在的团体人格。现在这种争论被认为无益之争。(参见:迪特尔·梅迪库斯,《德国民法总论》[M],邵建东,译,北京:法律出版社,2000:822-823.) 在德国,有人认为拟制说占据统治地位。(参见:格茨·怀克,《克里斯蒂娜·温德比西勒,德国公司法》[M],北京:法律出版社,2010:31.) 在我国,有人则认为法人实在说为现代法人理论的通说。(参见:孔祥俊,《公司法要论》[M],北京:人民法院出版社,1997:127.) 但本人认为,这是从两个不同的侧面对公司本质的不同认识,互相并不矛盾,可以根据不同的情境选择适用。

③ 相对于相同性质之间的利益衡量,异质利益之间的衡量较为复杂。但是,并不意味着异质利益之间不能衡量。(参见: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).)

造物的特质。具体地:

### 1. 管理层与公司之间的利益衡量

公司与董事、经理等管理层之间的关系是公司治理中的核心问题。在这一关系中,公司作为法律关系的一方,与另一方当事人董事有所不同。公司本质上仅仅是法律拟制的产物。而董事则是公司中真正意义上的王者,是公司的内部控制人。这就造成所谓的代理成本,表现为公司与董事之间的信息不对称,以及董事的机会主义倾向,公司利益容易被董事侵害。

为此,法律赋予董事对公司负有注意义务与忠实义务<sup>①</sup>。我国《公司法》第147条与第148条对此也有规定。但是,法律在規定董事对公司的注意义务时,需要贯彻公司正义原则,把握好注意义务“伸缩有度”。通常,注意义务要求公司董事以善意方式,并有理由相信是以公司最佳利益的方式从事经营活动,而且要求处于相同地位的人在类似环境中,有理由相信这样做是合理的<sup>②</sup>。但是,我们也不能对董事责之过于严格,不能做“事后诸葛亮”。所以,有的国家引入了商事判断规则以减免董事的责任。这既符合商事活动的基本规律,也符合公司正义的基本要求。

### 2. 股东与公司之间的利益衡量

股东与公司之间是投资关系,是公司内部的基本关系。股东对公司承担出资义务,相应地,其对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。股权可以分为自益权与共益权。共益权为公司利益而行使,并不仅仅为股东自身的利益而行使。例如,临时股东(大)会召集请求权是股东共益权。自益权是为股东自身利益而行使的权利,主要是盈余分配请求权、异议股东的股权回购请求权与剩余财产分配请求权。但是,股东与公司之间基于不同的利益需求,往往会存在各种冲突。

异议股东的股权回购请求权是法律平衡了公司与股东之间利益冲突的结果。一方面,公司存在合并、分立等变更组织形式的切实需求,另一方面,部分股东对这些行为也可能存在不同意见,有的股东甚至要求逃离该公司。因此,大多数国家赋予股

东对公司享有股权回购请求权。我国《公司法》第74条也规定,有下列情形之一的,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:(1)公司连续5年不向股东分配利润,而公司该5年连续盈利,并且符合本法规定的分配利润条件的;(2)公司合并、分立、转让主要财产的;(3)公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现,股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。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,我国《公司法》关于异议股东回购请求权的规定并不完善。不但该制度所列举的适用事项过少,而且其规定的权利行使程序过于简单,操作性不强,需要加以完善。

### 3. 公司与债权人之间的利益衡量

公司在运营过程中,需要开展各种经营活动,将与第三人产生不同的债权债务关系。这些债权债务关系可以是合同之债,也可以是侵权之债,分别接受合同法、侵权责任法的调整。但在公司运营过程中,也会涉及公司治理、公司组织变更等问题,需要从公司正义的角度通过公司法对债权人加以保护。

在公司的运营过程中,公司法对债权人的保护主要采用两个措施:一是避免公司亏损而加强履行债务的能力。《公司法》第166条第1款规定,公司分配当年税后利润时,应当提取利润的10%列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上的,可以不再提取。该条第2款规定,公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的,在依照规定提取法定公积金之前,应当先用当年利润弥补亏损。二是防止向股东过度分红而弱

<sup>①</sup> 董事与公司之间关系的性质,在大陆法系与英美法系有不同的学说与制度基础。英美法系是从信托关系来推演董事对公司的注意义务与忠实义务的。而大陆法系是从民法中的委任关系来推演出董事对公司的注意义务,近来增加了忠实义务。可以说,对性质的不同认识并不影响董事对公司义务已经基本相同。

<sup>②</sup> 参见:Model Business Corporation Act §8.30. (a) (b).

化承担债务的能力。《公司法》第166条第4款规定,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《公司法》第34条的规定分配;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。该条第5款还规定,股东会、股东大会或者董事会违反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。公司法设置这些措施的目的在于从公司内控机制的角度来加强债权人保护,是贯彻公司正义的体现。

当公司组织发生重大变更时,则需要对债权人采取特别的保护措施。主要有:两个以上的公司合并时,将对债权人的债权清偿带来影响。我国《公司法》第173条规定,“公司合并,应当由合并各方签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”当公司减资时,《公司法》第177条也有相同规定。当公司解散清算时,将对公司债权人产生根本性的影响。此时,公司法对债权的保护最为全面与彻底,要求设置清算组来进行清算。不论是清算组的设置,还是清算程序的顺利进行,都是以保护债权人利益为中心展开的。这些措施都是基于债权人与公司之间的力量对比,平衡公司与债权人之间利益的产物,是公司正义原则的体现。

#### 4. 大股东与小股东之间的利益衡量

在公司内部,大股东与小股东之间也存在利益冲突。大股东处于公司的控制地位,而小股东则处于公司的边缘地位。大股东可以凭借其控制地位,通过各种手段实现自己利益的最大化,损害小股东的利益。从保护处于社会劣势地位的小股东利益出发,需要贯彻公司正义原则,对公司控制股东的行为进行必要干预或者赋予小股东必要的权利救济。

我国公司法已经规定了股东不得滥用权利损

害其他股东利益。该法第20条第1款与第2款规定,“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其他股东的利益。公司股东滥用股东权利给其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。”这是禁止权利滥用原则在公司法上的体现,也是公司正义原则的必然要求。但是,公司法仅仅规定禁止权利滥用还不足以保护中小股东的利益。受信义务原本是公司管理层对公司承担的义务。因为从公司运营的现实情况看,控制股东凭借其持有的优势股份在公司中安排其代理人,通过各种手段实现其自身利益,损害中小股东的利益。所以,可以借鉴其他国家经验,有必要赋予控制股东对中小股东的受信义务。

#### 5. 股东与债权人之间的利益衡量

公司与债权人发生法律关系时,一般不会涉及股东。因为公司与股东已经相互独立,是两个不同的法律主体。公司具有法人资格,作为企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。但是,现实并不完全与理想一致,在某些特殊情形下,股东与公司之间还会以某种形式纠缠在一起。这需从公司正义的理念出发,采取特殊措施对债权人加以保护。未出资股东对债权人的补充赔偿责任就是基于这样的安排而产生的。

在我国,未出资股东对债权人承担补充赔偿责任的规定有一个不断发展的过程。最早出现未出资股东的补充赔偿责任是1994年3月最高人民法院发布的《最高人民法院关于企业开办的其他企业被撤销或者歇业后民事责任承担问题的批复》。该批复第1条规定,“如果该企业被撤销或歇业后,其财产不足以清偿债务的,开办企业应当在该企业实际投入的自有资金与注册资金差额范围内承担民事责任。”可见,该规定有两个限制,一是时间上的限制,即只能适用于“该企业被撤销或歇业后”;二是主体的限制,即未实际出资到位的某一开办企

业。2001年9月,最高人民法院在《最高人民法院关于对帮助他人设立注册资金虚假的公司应当如何承担民事责任的请示的答复》中指出,“如果确认上海鞍福物资贸易有限公司应当承担责任,可以判决并未实际出资的设立人承担连带清偿责任。”这一答复的缺陷在于,设立人与公司一起对债权人承担连带责任虽然可以有力地保护债权人利益,但是设立人与公司毕竟是两个不同法律关系的主体,在承担责任上没有前后顺序之分,对股东过于严苛。2010年12月,最高人民法院发布的《公司法司法解释(三)》第13条第2款规定,“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持;未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任,其他债权人提出相同请求的,人民法院不予支持。”该条款是关于未出资股东对债权人承担补充赔偿责任的规定。该责任是一种独立的多数人之债的责任形态,不同于一般的连带责任。其本质特点在于,未出资股东对债权人承担的是“补充性”责任。这一责任形式较好地平衡了股东、公司与债权人之间的关系,恰如其分地体现了公司正义原则<sup>①</sup>。

#### 6. 中介机构与债权人之间的利益衡量

在公司设立、股票、债券发行等公司行为中,往往需要中介机构进行资产评估、验资、验证等。以设立公司时的发行股份为例,发行股份的股款缴足后,必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。从合同角度看,与中介机构建立验资法律关系的是公司发起人,只有中介机构与发起人之间才存在合同上的权利义务关系。公司债权人并不是委托合同关系当事人,不受合同法律关系的约束。但是,《公司法》第207条第3款明确规定,“承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实,给公司债权人造成损失的,除能够证明自己没有过错的外,在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。”可见,验资机构等中介组织对债权人承担责任突破了合同相对性原则。这是因为,验资机构是由具有资质的专家组

成的。这些专家工作内容高度专门化,具有与资格相符的专业知识与技能,具有高度的职业道德,与顾客存在信任关系<sup>[22]</sup>。中介机构专家所提供的信息不仅为委托人利用,也被第三人作为权威的信息加以传递与利用。债权人对专家所提供的信息产生了信赖,专家需要对债权人承担赔偿责任<sup>②</sup>。但是,验资机构承担的责任是连带责任还是补充赔偿责任?《公司法》第207条第3款没有明确规定。颇具参考价值的是,我国2007年6月《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第10条规定,法院确定会计师事务所承担与其过失程度相应的赔偿责任时,应先由被审计单位赔偿利害关系人的损失。被审计单位的出资人虚假出资、不实出资或者抽逃出资,事后未补足,且依法强制执行被审计单位财产后仍不足以赔偿损失的,出资人应在虚假出资、不实出资或者抽逃出资数额范围内向利害关系人承担补充赔偿责任。应该说,如果让承担资产评估、验资或验证的机构承担所有的损失而不加限制的话,对承担资产评估、验资或验证的机构也是不公平的<sup>[23]</sup>。所以,验资机构等对债权人承担补充赔偿责任符合公司正义原则。

(三) 利益关系的层次与制度修正:以清算义务人责任为例

在公司内部,以利益关系为工具,可以体察到一个利益关系两端的利益权重与利益倾向。但是,现实世界是复杂的,利益关系也是不单纯的,呈现

<sup>①</sup> 需要注意的是,这里的“未履行或者未全面履行出资义务的股东”既包括已到出资履行期而未履行出资的股东,也包括尚未到履行期的股东。

<sup>②</sup> 关于会计师事务所等中介机构因提供错误信息而承担专家责任的责任性质在德国有不同的学说。德国普通法院所发展的判例法,主要是以契约责任为基础,并利用侵权责任的形式为补充,朝着积极认可专家的信息提供者责任的方向发展起来的。但学说尝试依照新的法律构成创设概括的责任要件,主要有信赖责任说与侵权责任说。(参见:浦川道太郎,德国的专家责任[G]//梁慧星,译,梁慧星,民法论丛:第5卷,北京:法律出版社,1996:538-542。)在我国,对会计师事务所承担的责任性质也有大量的讨论,有违约责任说、侵权责任说与第三种责任说。(参见:蒋大兴,公司法律报告:第2卷[M],北京:中信出版社,2003:3-247)

出多样性与变异性。有时,不同的利益关系之间存在着交叉与重叠;有时,涉及的利益关系并不是双方当事人之间的关系,而是多方当事人之间的关系;有时,若干不同的利益关系基于某一特定因素而连接在一起,形成利益关系之束。面对这些复杂的利益关系,我们不能只进行单线条、平面式分析,而应该进行多层次解析与立体式建构。不论是对法律制度的多层次解析,还是立体式建构,利益选择始终是核心问题,需要贯彻公司正义原则。这可以从有限公司股东的清算义务人责任的设计看出来。

我国2013年《公司法》第183条规定,“有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。”<sup>①</sup>《〈公司法〉司法解释(二)》第18条规定,“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算,导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失,债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的,人民法院应依法予以支持。有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务,导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失,无法进行清算,债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的,人民法院应依法予以支持。”从这些法律条款可以看出,与股份公司清算组的构成不同,有限公司清算组由公司股东构成,有限公司的股东是公司清算义务人。

相应地,第9号指导性案例“上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案”<sup>②</sup>从法律适用的角度对有限公司股东的清算义务人责任做了阐释。在该案中,终审法院裁决认为,“存亮公司按约供货后,拓恒公司未能按约付清货款,应当承担相应的付款责任及违约责任。房恒福、蒋志东和王卫明作为拓恒公司的股东,应在拓恒公司被吊销营业执照后及时组织清算。因房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务,导致拓恒公司的主要财产、账册等均已灭失,无法进行清算,房恒福、蒋志东和王卫明怠于履行清算义务的行为,违反了公司

法及其司法解释的相关规定,应当对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。拓恒公司作为有限责任公司,其全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务人。公司法及其相关司法解释并未规定蒋志东、王卫明所辩称的例外条款,因此无论蒋志东、王卫明在拓恒公司中所占的股份为多少,是否实际参与了公司的经营管理,两人在拓恒公司被吊销营业执照后,都有义务在法定期限内依法对拓恒公司进行清算。”经法院确认的事实是,股东蒋志东和王卫明确实没有参加公司经营活动,而且也已提起清算但无法启动。此时,让他们承担责任是否妥当呢?

我国公司法上的清算义务人的责任设计是否符合公司正义原则?应该说,我国《公司法》与司法解释的关于清算义务人责任的规定是存在问题的。从有限公司、股东与债权人三者之间的关系看,有限公司与债权人之间存在债权债务关系,有限公司与股东之间存在投资关系,但股东与债权人之间并不存在法律关系,股东无需对债权人承担法律责任。但是,股东与债权人之间存在利益关系。当股东利用其隐身于公司背后的特殊地位损害债权人利益时,股东与债权人之间就产生了利益冲突,债权人的利益理应获得优先保护。这是符合公司正义原则的。但是,如果股东并没有利用其地位损害债权人利益,或者根本无法利用其地位而损害债权人利益,法律强制性赋予其责任就有失公允。所以,有人认为,当股东蒋志东和王卫明没有参加公司经营活动,已经提起清算但无法启动的情况下,仍然让其承担责任是不妥当的<sup>[24]</sup>。可见,如果对多重关系中的利益相关者的责任缺乏层次性与类型化,就会导致权责失衡,违背公司正义原则。

综上所述,公司正义在公司法中的全面实现需

<sup>①</sup> 该条文存在法律漏洞。当公司逾期不成立清算组进行清算时,其只规定“债权人”可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。其实,有限公司股东、股份公司董事和控制股东也应有权申请法院组成清算组进行清算。

<sup>②</sup> 指导案例9号:上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案,最高人民法院审判委员会讨论通过,2012年9月18日发布。房恒福、蒋志东和王卫明作为拓恒公司的股东,所占股份分别为40%、30%、30%。

要借助利益关系的概念。当然,这一概念与法律关系存在着紧密的联系,是法律关系的适当扩展。正是利益关系的概念使公司正义变得具体而生动,把不同时空背景中出现的不同类型的利益冲突实实在在地呈现出来。它要求我们,严格遵循分配正义与矫正正义、实体正义与程序正义所确定的基本路径,利用利益衡量的方法,适当突破法律关系的束缚,恰如其分地确定利益相关方的权利、义务与责任。

#### 四、公司正义对法律适用的指引

##### (一) 公司正义原则对法律适用的指导

在现代社会中,一方面法律非经解释难以适用<sup>[15]</sup>;另一方面,法律存在漏洞成为普遍现象<sup>[25]</sup>。一般地,国家的立法与法适用应受实质正义的最高原则拘束,以及法官的法适用不仅要实现立法者的个别目的,毋宁也应实现绝对的法律价值。这种公共确信渐居支配地位<sup>[26]</sup>。我国《公司法》自颁布以来,虽然经过多次修改,但是依然存在一些不完善地方,需要通过法律解释或者弥补法律漏洞的方式来适应司法裁判的法律需求。在这一过程中,公司正义原则发挥着重要的指引功能与评价功能。公司正义的内涵具有相当的模糊性,但恰恰是模糊性特点也为其司法适用带来了灵活性,使公司法更有效地适应现代生活的快速变化。

公司正义原则会渗透到每一种法律解释方法的运用之中,但比较明显的是对限缩性解释与扩张性解释的影响。限缩性解释在公司法中适用的典型例子是《公司法》第151条第3款“他人”的解释。该款规定,“他人侵犯公司合法权益,给公司造成损失的,本条第1款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”在这一条款中,“他人”的字面含义极广,债务人等第三人都包括在内。但是,如果股东可以向违约的债务人提起诉讼,那么公司法人的独立人格就不复存在,不仅对第三人带来诉讼上的无尽烦恼,也会对公司的经营活动带来不当干扰。显然,这违背了公司正义原则。所以,

应当对“他人”作限制性解释,将其解释为“控制股东、公司清算时的清算人等”,从而缩小“他人”字面含义的范围。扩张性解释的妥当例子是《公司法》第216条第2项对“控制股东”的规定。以股东持股比例为标准,控制股东应指其出资额占有限责任公司股本总额50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东。但是,仅以持股比例为判断标准,不能反映社会实际情况,还应该包括“出资额或者持有股份的比例虽然不足50%,但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东”。可见,《公司法》第216条第2项采取的是扩张性解释。

就法律漏洞而言,法官需要在公司正义原则的指引下,往往采取类比推理等方法来弥补其漏洞<sup>①</sup>。由于法官欠缺关于待决法律问题的规范,需要参考其他调整类似问题的法律规范。在此,法官的出发点是,待决利益状态与法律已经规定的某个利益状态非常相似,以致立法对没有规定的事实情况也会作出相应的规定<sup>[27]</sup>。法律上之所以允许类推,主要是基于正义的思想<sup>[28]</sup>。

在美国的公司法适用中,由于判例的广泛适用,类比推理是很常见的。例如,早在20世纪20年代,Cardozo大法官在著名的Meinhard v. Salmon<sup>[29]</sup>案中,就把合伙企业中合伙人之间的受信义务类推适用到了闭锁公司,认为作为控制股东对其他股东也负有受信义务。又如,在Donahue案<sup>[30]</sup>中,原告Euphemia Donahue是被告Rodd Electrotpe公司的小股东。1970年,Rodd Electrotpe公司与原公司的董事、经理、控制股东Harry C. Rodd签订了购买45股(每股800美金)公司股权的合同。Harry C. Rodd是公司现任董事Charles H. Rodd、Frederick I. Rodd的父亲,三人均为本案被告。1965年至1969年之间,公司曾经多次以每股40—200美金的价格向原告购买其所持股权。原告认为控制股东Harry

① 填补法律漏洞的方法不限于类推适用,还有反向推理、目的性限缩、目的性扩张等。

与公司之间的股权转让合同是把公司财产违法转移给了控制股东, Hodd 父子违反了对小股东的受信义务, 损害了其对公司转让股权的平等机会。原告请求法院判决公司以每股 800 美金的价格购买其所持股权。Massachusetts 最高法院认为, 闭锁公司与合伙企业具有本质相似性, 相互信任是根本基础, 就像在合伙企业中合伙人存在受信义务一样, 股东之间也存在受信义务。该受信义务的判断标准也与合伙人相同, 是“最大善意与忠诚( Utmost good Faith and Loyalty)”。法院认为, 原告有权获得救济, 即相同机会。具体救济方法为, 或者要求 Harry Hodd 退还所得价款及利息, 或者 Rodd Electrottype 公司以相同价格购买其所持股权。在美国公司法中, 在公司正义原则的指导下, 采取类比推理的方法解决纠纷的案例很多。

我国也有类推适用的大量案例。指导性案例 15 号“徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案”<sup>①</sup>是这方面的适例。在该案中, 原告徐工集团工程机械股份有限公司(以下简称“徐工机械公司”)诉称: 成都川交工贸有限责任公司(以下简称“川交工贸公司”)拖欠其货款未付, 而成都川交工程机械有限责任公司(以下简称“川交机械公司”)、四川瑞路建设工程有限公司(以下简称“瑞路公司”)与川交工贸公司人格混同, 三个公司实际控制人王永礼以及川交工贸公司股东等人的个人资产与公司资产混同, 均应承担连带清偿责任。请求判令: 川交工贸公司支付所欠货款 10916405.71 元及利息; 川交机械公司、瑞路公司及王永礼等个人对上述债务承担连带清偿责任。法院生效判决认为: 川交工贸公司与川交机械公司、瑞路公司人格混同。一是三个公司人员混同。三个公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商手续经办人均相同, 其他管理人员亦存在交叉任职的情形, 川交工贸公司的人事任免存在由川交机械公司决定的情形。二是三个公司业务混同。三个公司实际经营中均涉及工程机械相关业务, 经销过程中存在共用销售手册、经销协议的情形; 对外进行宣传时信息混同。三是三个公司财务混同。三

个公司使用共同账户, 以王永礼的签字作为具体用款依据, 对其中的资金及支配无法证明已作区分; 三个公司与徐工机械公司之间的债权债务、业绩、账务及返利均计算在川交工贸公司名下。因此, 三个公司之间表征人格的因素(人员、业务、财务等)高度混同, 导致各自财产无法区分, 已丧失独立人格, 构成人格混同。从本质上看, 三个公司的行为违背了法人制度设立的宗旨, 违背了诚实信用原则, 其行为本质和危害结果与《公司法》第 20 条第 3 款规定的情形相当。如果不予债权人保护, 是违背公司正义原则的。二审法院维持一审判决, 判决川交机械公司、瑞路公司应当对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任。可见, 该案是对《公司法》第 20 条第 3 款法人人格否认的扩张性适用。

(二) 对不正义行为的规范有利于实现公司正义

从司法适用的经验看, 从反面来对不正义行为加以规范, 不但是一种方便的途径, 而且可以促进公司正义的实现。罗尔斯指出, “某种法律和制度, 不管它们如何有效率和安排有序, 只要它们不正义, 就必须加以改造或废除”<sup>[7]3</sup>。司法实践进一步表明, 虽然对公司正义的具体内容进行界定会存在一定的困难, 但是从“不正义”的角度对具体情形进行判断是相对容易的。这是因为, 在社会共同体中, 应得(Desert)观念能够为有关美德与非正义的判断提供基础<sup>[31]</sup>。在这方面, 林承恩与李江山等损害公司利益纠纷案<sup>[32]</sup>是适当的例子。

在该案中, 原告香港股东林承恩代表香港新纶公司向另一香港股东李江山及他人提起损害公司利益之诉。原告认为, 被告股东李江山利用实际控制香港新纶公司及该公司在内地设立的全资子公司华通公司等机会, 伙同他人采取非正当手段, 剥夺了本属于香港新纶公司的商业机会, 从而损害了该公司及其作为股东的合法权益。但法院查明, 原

<sup>①</sup> 指导性案例第 15 号, 最高人民法院审判委员会讨论通过 2013 年 1 月 31 日发布。该案一审为江苏省徐州市中级人民法院, 案号为(2009)徐民二初字第 0065 号; 二审为江苏省高级人民法院, 案号为(2011)苏商终字第 0107 号。

告林承恩对香港新纶公司可能获得 700 亩土地使用权的商业机会是明知的,李江山、涂雅雅、华通公司没有隐瞒这一商业机会,也没有采取欺骗手段骗取林承恩放弃该商业机会。林承恩是在获知该商业机会之后不仅没有采取积极行为为香港新纶公司获取该商业机会创造条件,反而要求李江山退还其已投入香港新纶公司并通过香港新纶公司转投江西新纶公司注册资金的投资款,林承恩的保本撤资行为必然使香港新纶公司面临对中方违约的境地,李江山为避免违约并继续经营内地投资项目,也必然要寻找其他投资者或者合作者。最高人民法院指出,李江山、涂雅雅、华通公司在本案中的行为,不但不应被认定为侵权行为,反而应当定性为为避免香港新纶公司违约而采取的合法补救行为,更是各方为维护其自身权益而采取的正当经营或者交易行为。林承恩无权在自己拒绝继续投资、放弃投资项目且拒绝承担任何经济和法律责任的条件下,要求李江山停止继续经营内地投资项目。最高人民法院终审判决最终驳回了原告的诉讼请求。从本案可以看出,原告撤资等不当行为在先,其不当行为造成了公司困境,违反了公司正义原则,当然不能从后来的公司机会中获取不当利益。

### (三) 适用公司正义原则应结合利益衡量

在现代社会,法律需要解释,法律漏洞需要弥补。法律解释与法官造法本质上并非截然不同。解释几乎可以没有中断地过度到开放的法的续造阶段<sup>[33]</sup>。不论是《公司法》的解释,还是公司法的漏洞弥补,往往需要在公司正义原则的指引下完成。法官在利用公司正义原则对案件进行裁判时,应该利用利益衡量方法,妥当分析不同利益主体之间的利益构成,谨慎评估判决结果对当事人利益的不同影响,紧密结合《公司法》等相关法律的具体条文做仔细说理与充分论证,作出妥当判决,避免滥用权力损害当事人利益。

例如,在 15 号指导案例中,该案所涉及的核心问题是关联公司(兄弟公司)之间是否适用法人人格否认。在该案中,法官综合运用了《民法通则》第 4 条<sup>①</sup>、《公司法》第 3 条第 1 款<sup>②</sup>与《公司法》第 20

条第 3 款。关于法人人格否认,我国《公司法》第 20 条第 3 款明确规定“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,应当对公司债务承担连带责任。”可见,法人人格否认是发生于股东与公司之间,是基于否认公司的人格而直接追究股东的责任。如果严格适用该法律条款,本案是难以适用法人人格否认使其他关联公司——兄弟公司来承担责任的。但是,本案与《公司法》第 20 条第 3 款所确立的法人人格否认的基本精神是完全一致的。结合《民法通则》第 4 条与《公司法》第 3 条第 1 款,可以得出:公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。当关联公司的财产无法区分,丧失独立人格时,就丧失了独立承担责任的基础。本案中,三个公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人,但实际上相互之间界线模糊、人格混同,其中川交工贸公司承担所有关联公司的债务却无力清偿,又使其他关联公司逃避巨额债务,严重损害了债权人的利益。这样,法院在对当事人具体利益进行深入分析的基础上,参照《公司法》第 20 条第 3 款的规定判决川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任,这是符合公司正义的。

### 五、公司正义对公司自治的制衡

虽然我国《公司法》并没有明文规定公司自治原则,但是公司自治是公司的天性,其必然成为《公司法》的基本原则。但在实践中,该原则已经演变为——法院不能对公司自治范围内的事项进行司法审查。鉴于这一极端化理解对法律适用造成了较为严重的误导,需要运用公司正义原则进行制衡。

#### (一) 对公司自治的误解:法院不能干预公司自

<sup>①</sup> 《民法通则》第 4 条规定:民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

<sup>②</sup> 《公司法》第 3 条第 1 款规定:公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

## 治事项

人们普遍认为,自从公司成立之日起,公司自治就扮演重要角色。公司自治意味着公司经营由公司自主决定,公司的行为意思由公司自由作出,但公司要对自己的行为负责。对于公司自治范围内作出的法律行为,法律赋予其效力,对其加以保护,并赋予其强制执行效力。公司自治的主要方式是基于公司章程的自治<sup>[34]</sup>。公司章程是公司的宪章,其规定了公司的基本结构与公司运营的基本方式<sup>①</sup>。但是,公司自治并不限于公司章程的自治,也可以借助其他方式进行公司自治。例如,借助公司股东(大)会、董事会决议进行自治。从对外关系上讲,合同自由本质上也是公司自治的一种方式。可见,公司自治在公司法中无处不在。

公司自治作为公司法的基本原则,不论是在公司立法中,还是在公司法适用中都扮演着极为重要的角色。它可通过公司的自主决策权利与采取行动的权利,实现自己利益,并适当排斥国家政府等其他主体的介入。但是,在司法实践中,公司自治的理解与适用也存在“极端化”倾向。换言之,当某一公司以公司自治为名利用各种手段实现自身利益最大化时,即使损害了他人利益,并产生了纠纷,但司法机关在适用公司法时,往往以该纠纷“属于公司自治的范围”为由而采取“绝不干预”政策,放任弱势群体利益受到该公司的不当损害。这方面的典型案例是本文一开篇提到的“胡克案”。

在该案中,两审法院查明的案件事实是:河南思维有限公司于1998年4月29日成立,胡克等4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年度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103812679.64元,资本公积金期末数为34803668.26元,盈余公积金期末数为63351871.29元。2005年3月3日,胡克以河南思维有限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。河南高院认为,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25953169.91元<sup>②</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,“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,并据此迳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。”

最高人民法院对胡克案的判决不无疑问。该判决的理由是,公司盈余分配属于公司的自我“决策权”范围,法院不能予以干预。显然,公司自治成为法院不介入公司内部事务的借口,是对公司自治的僵化理解。最高人民法院对“胡克案”作出判决时,“仅仅”以属于公司自治范围为由不予支持是值得考虑的,需要给出更为充分的其他理由。我个人认为,该判决违反公司正义,是不妥当的<sup>[1]</sup>。

## (二) 公司正义对公司自治的制衡

## 1. 立法上,公司正义对公司自治划定范围

公司自治是公司法的基本价值,但公司正义也是公司法的基本价值,与公司自治处于相同地位。公司自治不能突破公司正义的底线,需要接受公司正义的制约。换言之,公司自治不是无限制的,其只能存在于特定的法律范围之内,并且具有一定的限度。这种范围与限度的界限通常由强制性规范划出。强制性规范意味着该规范不可以被法律关系当事人现有的或者计划中的协议排除或者

<sup>①</sup> 我国《公司法》在第24条与第81条对有限公司与股份有限公司的公司章程应该载明的事项分别做了规定。

<sup>②</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,该院不予支持。

修改<sup>[35]</sup>。

在规范公司自治的具体实践中,法律对其进行限制的方式主要有:其一,直接规定某一行为违反法律,排除公司自治的存在。例如,根据《刑法》第140条的规定,公司不得在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品,否则会被科以刑罚。又如,《公司法》第203条规定,公司不依照本法规定提取法定公积金的,由县级以上人民政府财政部门责令如数补足应当提取的金额,可以对公司处以20万元以下的罚款。其二,某一行为虽然属于公司自治的事项,但法律对该行为的内容做了限制。例如,《公司法》第21条规定,公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反规定给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。其三,某一行为虽然属于公司自治的事项,但是法律对该行为做了程序上的控制。例如,《公司法》第16条第1款规定,公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议。

2. 在法律适用中,公司正义对公司自治进行司法审查

司法裁判是正义的最后一道防线,必然要求法院对所谓的“公司自治行为”是否符合公司正义原则进行审查。这可以从“合同自由与合同正义”的关系中得到借鉴。在合同法中,当事人可以选择合同签订的对象、可以商议合同条款的内容、可以对违约责任等作出自由约定。而且,其约定具有相当于法律的效力,当事人应该遵守<sup>①</sup>。但是,这不意味着法律对合同不加规范,更不意味着法院不能对合同进行司法审查;相反,在具体的合同纠纷中,法院需要对合同效力要进行审查,作出合同有效还是无效的判决,只有不违反法律、行政法规强制性规定的合同才能获得法律的保护。事实上,在现代合同法中,合同正义是与合同自由并列的原则,合同自由正遭受着合同正义的广泛制约<sup>[36]</sup>。有人早已恰当地指出,国家不再是中立的旁观者,必须扮演积极的角色,透过立法、司法解释以及典型案例,使合

同自由与合同正义相调和,获得最大程度的实现<sup>[12]</sup>。应该说,“合同自由与合同正义”的关系同样适用于“公司自治与公司正义”之间的关系。有人指出,像篮球规则一样,告诉你何时由谁取得发球权,何时必须在边线发球,规则的目的在于让所有球员都能把投、跑、跳、传的体能技巧发挥到极致,而唯一不变的精神就是公平<sup>[37]</sup>。法院对公司行为进行审查是其固有权利,是其天职所在,属于审判权的正当行使。所以,在法律适用中,公司自治不能排除法院基于公司正义原则对公司行为进行司法审查。

法院基于公司正义原则对公司行为进行审查时,可以分为两种情况进行考察:

(1) 当公司行为违反法律、行政法规的强制性规定时,法律、行政法规对具体行为的法律效力、法律后果等已经有明确的规定,法院根据具体的法律规定作出裁判即可。

(2) 当公司行为没有违反法律、行政法规的强制性规定时,法院基于公司正义原则对公司行为进行审查的,应当对公司自治有足够的尊重,对公司自治范围内的行为有相当程度的容忍,只有在明显违反公司正义时才可以加以干预。

什么是明显违反公司正义原则?可以从合同法关于违反合同正义的规范中获得启示。合同正义属于平均正义,以双务合同为其主要适用对象,强调一方给付与他方的对待给付之间应该具有等值性<sup>[38]</sup>。合同当事人的行为违反合同正义时,法院给予干预是合适的。例如,《合同法》第54条第1款规定,合同在订立时显失公平的,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。该制度经历了漫长的发展过程。早期罗马法奉行的是形式主义。合同的效力根据在于固定程式的完成。只要完成了规定的仪式,不管合同内容是否显失公平,都具有法律效力。但在罗马帝国的不动产

<sup>①</sup> 《法国民法典》第1134条第1款规定:依法成立的契约,对缔约该契约的人,有相当于法律之效力。(参见:法国民法典[M]. 罗结珍译.北京:国际文化出版公司,1997:263.)

买卖与不动产分割中出现了显失公平制度的雏形<sup>[39]</sup>。目前,许多国家都在合同法中确立了这一制度。可见,订立时显失公平的合同违反了合同正义原则的,法律应该加以规范,是共通的准则。又如,《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。”违约金的数额过高或过低时允许调整是适宜的。违约金协议潜藏着滥用自由与私罚的不公平基因,大陆法系诸国或地区的立法为此皆确立了将过分高于实际损失的违约金减少的规则<sup>[40]</sup>。违约金的数额与损失额应大体一致是合同正义的体现,是合同法追求的理想之一<sup>[41]</sup>。从合同法的这些规定可以看出,法院在适用合同正义原则对当事人行为进行判断时,具有两个基本特征:一是采取实质判断方法,是从实质正义的角度对形式主义作出修正。二是损害程度是决定是否适用正义原则的主要判断标准。只要当损害程度达到“显失公平”时,才会启动救济程序。

法院在审查公司行为是否违反公司正义原则时,关键之处在于:首先,树立最小干预的观念。对公司自治进行干预的正当性来源在于公司正义。但是,即使对公司自治的干预具有正当性,也应当考虑干预的形式。因为,公司自治虽然不再具有绝对性,但依然作为基本原则而存在,仍然发挥着重要作用。公司正义是对该原则的纠偏,应该限制在恰当的程度与范围之内。其次,法院在审查所谓的公司行为是否违反公司正义原则时,应该做类型化处理。明显违反公司正义的行为很难作抽象概括或者笼统描述,在不同的法律行为中存在不同的判断标准。相较于合同法,公司法更为复杂。在公司构造中,存在公司、董事等管理层、大股东、小股东、中介机构、债权人等不同主体,形成了具有不同层次的利益关系。在法律适用过程中,需要对这些处于不同法律关系中的不同主体的利益状态做仔细的梳理、归类,并划分出不同层次,做区别处理。法院应该根据具体法律环境与行为时空对某一具体

行为是否违反公司正义作出判断。再次,对公司正义应当采取弹性标准。由于现实生活的复杂性,法院需要对具体的法律规范做适应性解释。公司正义的模糊性恰好可以提供弹性标准。相对于一个随个案情况变化的标准,这可能给法律适用会带来一定的困难,但可以获得较为满意的裁判结果。

## 六、结语:公司正义是看得见的正义

我国应该借鉴合同正义的经验,在公司法中引进公司正义原则。公司正义是与公司自治相并列的基本原则。正像缺少合同正义原则会导致合同法困境一样,缺少公司正义原则,不但会使许多公司法规则无法解释,也会使大量的疑难案件无法裁判。它应该以“法理阐释”的方式存在,无需在公司法总则中作出明文规定。

公司正义既包括分配正义,也包括矫正正义;既包括实体正义,也包括程序正义。在公司法中,程序正义与实体正义同样重要,没有程序正义就无法真正实现实体正义。公司是多方参与者不同利益交汇的平台,利益主体之间的关系往往会超越法律关系。在公司法中,作为分析工具的“法律关系”往往成为被突破的对象,引入“利益关系”的概念才能厘清公司各参与方的利益纠葛。公司法需要沿着分配正义与矫正正义、实体正义与程序正义的两种不同路径,结合利益衡量方法,对不同主体之间的利益关系作出剖析,并在公司的一般规则与衡平之间达成正义,最终作出恰如其分的规范。

公司正义原则不但有利于对公司立法进行指导,也有利于公司法的司法适用。公司正义原则与公司自治原则一样,从来都不能绝对地、僵硬地适用,需要发挥其积极方面,抑制其消极方面。公司正义的含义具有模糊性,有利于公司正义的弹性适用,具有积极作用。为此,需要法官借助法律解释方法来妥当地适用现有法律条文,也需要法官借助利益衡量等方法来填补法律漏洞,创造性地适应社会对法律的需求。特别需要强调的是,公司自治是公司法的基本原则,但在实践中存在被滥用的风

险。没有制约的公司自治会导致不正义。就像合同正义原则可以对合同自由加以制衡一样,法官也需要借助公司正义原则对公司自治进行适当干预。但是,法律对公司事务的审查通常不能过于积极,而是应该采取谨慎而节制的态度。<sup>[14]</sup>

参考文献:

[1]梁上上.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”[J].现代法学,2015(2):70.

[2]张文显.法律基本范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,1993:252-277.

[3]优士丁尼.法学阶梯[M].徐国栋,译.北京:中国政法大学出版社,1999:11.

[4]E·博登海默.法理学 法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:252.

[5]西塞罗.国家篇 法律篇[M].沈叔平,苏力,译.北京:商务印书馆,1999:182.

[6]阿奎那.阿奎那政治著作选[M].马清槐,译.北京:商务印书馆,1964:116.

[7]约翰·罗尔斯.正义论修订版[M].何怀宏,何包钢,廖申白,译.北京:中国社会科学出版社,2009,“译者前言”4.

[8]谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新,刘荣军,译.北京:中国政法大学出版社,2002:7,65.

[9]亚里士多德.尼各马科伦理学[G]//苗力田,译.苗力田.亚里士多德全集(第8卷).北京:中国人民大学出版社,1992:117.

[10]王泽鉴.民法学说与判例研究(第8册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998:30.

[11]欧洲民法典研究组.欧盟现行私法研究组.欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则[M].高圣平,译.北京:中国人民大学出版社,2012:68.

[12]王泽鉴.债法原理(第1册)[M].北京:中国政法大学出版社,2001:76.

[13]卢文道,方俊.我国上市公司控制权之争的最新态势与监管路径研究[G]//证券法苑:第13卷,北京:法

律出版社,2014:19-21.

[14]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996:51-52.

[15]梁慧星.电视节目预告表的法律保护与利益衡量[J].法学研究,1995(2).

[16]齐佩利乌斯.法学方法论[M].金振豹,译.北京:法律出版社,2009:15.

[17]落合诚一.公司法概论[M].西村朝日律师事务所西村高度法务研究所,监译.北京:法律出版社,2011:49.

[18]梁上上.利益的层次结构与利益衡量的展开[J].法学研究,2002(1).

[19]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔,等,译.北京:法律出版社,2003:256.

[20]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].邵建东,译.北京:法律出版社,2000:53.

[21]梁上上.制度利益衡量的逻辑[J].中国法学,2012(4).

[22]能见善久.论专家的民事责任——其理论架构的建议[G]//梁慧星,译.梁慧星.民商法论丛:第5卷.北京:法律出版社,1996:504-505.

[23]桂敏杰.安建.新公司法条文解析[M].北京:人民法院出版社,2006:479;安建.中华人民共和国公司法释义:第2版[M].北京:法律出版社,2013:323.

[24]李清池.清算义务人民事责任辨析——兼评最高人民法院案例9号[G]//北大法律评论:第15卷第1辑.北京:北京大学出版社,2014:54.

[25]梁上上.利益衡量的界碑[J].政法论坛,2006(5).

[26]弗朗茨·维亚克尔.近代私法史——以德意志的发展为考察重心[M].陈爱娥,黄建辉,译.上海:上海三联书店,2006:572.

[27]伯恩·魏德士.法理学[M].丁小春,吴越,译.北京:法律出版社,2003:381.

[28]杨日然.法理学[M].台北:三民书局,2005:116.

[29]Meinhard v. Salmon, 249 N. Y. 458, 164 N. E. 545(1928).

[30]Donahue v. Rodd Electrotpe Co., Massachusetts

Supreme Judicial Court ,1975 ,367 Mass. 578 ,328 N. E. 2d 505.

[31]阿拉斯戴尔·麦金太尔. 追寻美德: 道德理论研究[M]. 宋继杰,译. 凤凰出版传媒集团,译林出版社,2011: 319.

[32]林承恩与李江山等损害公司利益纠纷案(案号: 最高人民法院民事判决书(2012)民四终字第15号)[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报,2014: 28.

[33]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京: 商务印书馆,2003: 247.

[34]王保树,崔勤之. 中国公司法原理[M]. 北京: 2006: 50.

[35]迪特尔·施瓦布. 民法导论[M]. 郑冲,译. 北京: 法律出版社,2006: 37.

[36]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).

[37]苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 台北: 元照出版有限公司,2002: 20.

[38]崔建远. 合同法[M]. 北京: 北京大学出版社,2012: 16-17; 韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社,2004: 39.

[39]债·契约之债[M]. 丁玫,译. 北京: 中国政法大学出版社,1992: 37-38.

[40]朱广新. 合同法总则[M]. 北京: 中国人民大学出版社,2012: 609.

[41]韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社,2004: 774.

## Corporation Justice

LIANG Shang-shang

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

**Abstract:** The principle of corporation justice shall be introduced into corporation law , making it a basic principle together with the self-governing principle. Corporation justice could not only be divided into distributive justice and compensatory justice , but also into procedural justice and substantive justice. The corporation is the platform where stakeholders gather together and different interests overlap. The meaning of corporation justice is vague , which makes it possible to be applied flexibly in different cases. In order to interpret the existing corporate law provisions and apply them into cases suitably , to make up the legal loophole and match the needs of the society , the court shall use the measure of interests , specially guided by the principle of corporation justice. Applying the principle of corporation ' s self-governing into cases without constrains may result to unfairness. So it is necessary to use the principle of corporation justice to check it.

**Key Words:** the principle of corporation self-governing; the principle of corporation justice; equity; relationship of interest; measure of interests; legal loophole

本文责任编辑: 林士平