

公司自治与司法干预的平衡艺术： 《公司法解释四》的创新、缺憾与再解释

刘俊海

(中国人民大学法学院 北京 100875)

内容提要：《公司法解释四》基于中小股东友好型的司法理念，提高了公司法的可诉性、可裁性与可执行性。公司自治失灵，司法权不能失灵。法官既要精准把握司法解释背后的核心价值观，也要认真甄别公司自治与司法干预的边界。公司决议效力瑕疵案件的裁判要遵循程序严谨、内容合法的公司民主决策理念。股东知情权案件的裁判要遵循强化信息披露、遏制滥权的公司透明治理理念。股东分红权案件的裁判要遵循自治为主、强制为辅的股东价值投资理念。股东优先购买权案件的裁判要遵循内外有别、动静结合的股权诚信转让理念。股东代表诉讼案件的裁判要遵循严控程序、拓宽外延的股东积极治理理念。

关键词：公司自治 司法干预 中小股东 公司诉讼 公司法

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2017.12.004

一、《公司法解释四》的出台背景及核心价值

如同电影和音乐，立法从来都是遗憾的艺术。世界上没有不存在缺陷的法律。我国1993年颁布、2013年修改的《公司法》概莫能外。我国公司立法曾长期遵循“宜粗不宜细”的传统立法思维，因而篇章结构粗放，立法文字简约。此种立法风格利弊参半。其利在于为公司自治预留了制度借口，有助于鼓励公司章程与股东协议为载体的公司自治与股东自治。其弊在于，“草色遥看近却无”的立法产品缺憾降低了公司法应有的稳定性、透明度、预期度、可诉性、可裁性与可执行性。因此，强制性规范与

倡导性规范之间的边界模糊不清，强制性规范中的效力性规定与管理性规定（训示性规定）之间的甄别标准语焉不详，公司自治的理性常态与自治失灵的滥用异化也难以精准识别。这不仅直接导致在公司自治和股东民主的自律机制失灵时公司法律关系当事人容易成讼，而且严重妨碍了法官甄别与寻求裁判依据。

我国虽非判例法国家，但与成文法国家追求立法之系统抽象、精准严密的立法风格亦相去甚远。鉴于我国改革开放以来长期处于计划经济走向市场经济的转型阶段，而转型阶段的商事关系尤其是公司法律关系的规律性与复杂性暴露得并不充分，鉴于对域外公司立法经验

作者简介：刘俊海（1969—），男，汉族，河北泊头人，中国人民大学法学院教授、博士生导师，商法研究所所长。

的借鉴与吸收仍需契合国情,鉴于域外公司法律制度犬牙差互、并非千篇一律、更非一成不变,我国公司立法自然会打上“立法宜粗不宜细”的历史烙印,这是无可回避的历史事实。

既然公司法存在漏洞,就需要裁判者综合运用文义解释、逻辑解释、系统解释、历史解释、目的解释、诚实解释、比较法解释和习惯解释等多种解释方法去寻求裁判规则。学者亦可做出学理解释,作为裁判者解释和适用公司法的参考依据。但个体解释的必然结果是,对同一公司法条款或制度的解释可能不谋而合,也可能仁智互见。

为统一法律解释的价值观与方法论,最现实但未必完美的选项是引入有法律效力的权威解释(含立法解释与司法解释)。《立法法》第45条将法律解释权交给全国人大常委会“法律解释权属于全国人大常委会”。依该法第50条,全国人大常委会法律解释同法律具有同等效力。该法第64条还授权全国人大常委会工作机构(法制工作委员会)对有关具体问题的法律询问进行研究予以答复,并报常务委员会备案。然而立法者往往无暇对公司法作出解释。《立法法》第46条并未明确司法解释地位,仅授权最高人民法院向全国人大常委会提出法律解释要求。唯有《人民法院组织法》第32条授权最高人民法院对在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题进行解释。这为最高人民法院在法律可诉性、可裁性欠缺的情况下出台司法解释提供了正当、合宪与合法的依据。

我国《公司法》弘扬了股东主权、股东平等、关怀弱者、股东民主、股东诚信、社会责任的核心价值,明确保护小股东充分享受公司法与公司章程规定的知情权、分红权、表决权、转股权等一系列自益权与共益权。然而在实践中,由于信息不对称、财力不对等以及代理人的道德风险等诸多因素,小股东在控股股东、实际控制人和董事、监事与高管(以下简称“董监高”)等内部控制人面前容易沦为弱势群体。有些控股股东和实际控制人滥用控制权,有些

“董监高”滥用代理权,有些控股股东与公司高管沆瀣一气,合谋通过侵占挪用以及不公允的关联交易等多种利益输送手段恶意掏空公司资产,攫取不法利益,既损害公司利益,也损害小股东利益。有些公司盈利甚丰,大股东赚得盆满钵满,但小股东颗粒无收,分红权沦为画饼。大股东美其名曰“公司利益高于股东利益,长期利益高于短期利益”。股东会奉行一股一票为基础的资本多数决规则。董事会虽遵循一人一票为基础的人头多数决规则,但董事会的多数席位往往掌握在控股股东之手。因为董事会多数成员容易成为效忠于控股股东的代理人或代言人。小股东要想挑战大股东一手遮天的局面,推翻内容虽不公平但程序无显著瑕疵的股东会决议,罢免大股东一手提拔的“董监高”,势比登天还难。小股东行使知情权时也会绝望地发现,大股东炮制的财务会计报告和会计账簿无法真实准确完整公允地反映公司经营与财务状况。虽说“三十六计走为上”,但进退维谷的小股东欲出让股权时也难上加难。因为,倘若小股东如实相告其遭受控股股东侵权之苦的真相,大吃一惊的买主必然退避三舍;倘若小股东胆敢隐瞒真相,买主必在签订股权转让合同后以遭受欺诈为由提起合同撤销之诉。

可见,如果大小股东缺乏共同的价值观和核心利益基础,且大股东无法慎独自律,小股东很容易陷入“赶人入穷巷、穷巷狗咬人”的窘境。即使执著维权的小股东有意复制“秋菊打官司”的成功模式,也会很快陷入“为了追回一只鸡,必先杀掉一头牛”的尴尬境地。小股东利益受侵后无法获得公平及时有效的司法救济,不仅是小股东之不幸,也是社会之不幸。这将压抑“大众创业、万众创新”的投资热情,影响实体经济可持续发展,制约供给侧结构性改革进程,助长弱肉强食、劣币驱逐良币的假、恶、丑现象,直接污染商业文化与社会风气。为提振投资信心,建设法治中国与诚信中国,法院必须旗帜鲜明地保护小股东免受控股股东和内部控制人侵权之苦。

无救济,无权利。最高人民法院 2017 年 8

月25日公布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《公司法解释四》)弘扬了股权文化,提升了公司法的可诉性、可裁性与可执行性,统一了法官裁判思维,加大了中小股东司法保护力度,有助于倒逼控股股东、实际控制人与“董监高”慎独自律,稳步提升公司治理水平,全面提振投资信心,全面建设投资者友好型社会。虽然司法解释是事后裁判规则,不是事先行为规则,但公司法律关系主体仍应心存敬畏、反躬自省,以求无讼。

公司自治失灵,司法权不能失灵。要贯彻好《公司法解释四》,法官既需精准把握司法解释背后的核心价值观及裁判理念,也需审慎把握好公司自治与司法干预的边界。公司内部法律关系原则上由公司自治机制(包括民主决议机制、谈判协商机制、权力制衡机制、对外代表制度、契约自由机制)调整。因此,对公司内部法律关系的司法救济原则上以公司自治失灵为前提。公司自治失灵或公司治理失灵的主要原因是控股股东、实际控制人和内部控制人滥用形式意义上的公司治理架构,窒息功能意义上的公司治理机制。倘若原告尚无证据证明公司自治机制已经失灵,则法院原则上应告其启动公司自治机制,竭尽公司内部治理程序;除非依据法律之规定或公司自治失灵之性质,此种竭尽公司内部治理程序显属不必要、不可能。一旦公司自治和股东自治机制被滥用或被窒息,法院就应依法启动司法纠偏程序,而不应将控股股东滥用控制权盛赞为“公司自治及股东在公司治理中自由行使股东权利”的合法行为。其实,无论是公司决议效力瑕疵之诉,还是知情权诉讼、股东分红权诉讼、股东优先购买权诉讼抑或股东代表诉讼,本质上都是对公司自治与股东自治的呵护与守望。

二、公司决议效力瑕疵案件的裁判思维

公司决策的科学性与民主性是公司良治之魂。《公司法》规定了公司民主决策机制。其中,公司宏观决策由股东会负责,微观决策由管理层负责,中观决策由董事会负责。但股东会和董事会作为公司治理机构,均通过召开会议、

民主审议、投票表决的方式作出决策。盈亏多少属商业判断范畴,是非曲直属法律判断范畴。立法者与法官无力、无权从商业与经济学角度评判公司决议之优劣得失,但法官有能力、有资格从法律角度判断公司决议的合法性。从法理上看,真实合法有效的公司决议(包括股东会决议与董事会决议)必须遵循程序严谨、内容合法的基本要求。但在实践中,有些公司决议程序有名无实甚至走过场,公司决议结果完全由一言九鼎的控股股东或实际控制人恣意操纵。有些公司为了欺诈股东、债权人、监管者与其他利益相关者,无中生有地炮制出形式逼真、内容虚假的公司决议。有些会议从召集到表决的每个环节都有程序瑕疵,有些决议内容严重违反法律法规及章程。上市公司的决议效力之争(如2016年6月万科公司董事会决议引发的纠纷)还经常演变为资本市场的新闻焦点。因此,《公司法解释四》的首要任务就是为决议效力瑕疵提供司法救济,倒逼公司决策的民主性、严谨性与合法性,实现公司治理的有效性。公司决议效力瑕疵案件的裁判要遵循程序严谨、内容合法的公司民主决策理念。

笔者历来主张,公司决议凝聚了公司意志,代表着公司意思表示,属于民事法律行为范畴,瑕疵决议必须纳入司法审查范围。但反对者认为,召开会议并作出决议,是公司意志的形成过程,而非公司的意思表示,因此不属于民事法律行为,不存在是否成立的问题。《民法总则》第6章“民事法律行为”第134条一锤定音地将法人决议视为民事法律行为之一种“民事法律行为可以基于双方或者多方的意思表示一致成立,也可以基于单方的意思表示成立。法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立”。该法第85条还指明了瑕疵决议救济之道“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程,或者决议内容违反法人章程的,营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议,但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法

律关系不受影响。《公司法解释四》起草者表示,“《民法总则》明确将包括公司在内的法人的决议行为,规定在民事法律行为制度中,对此《解释》应当严格贯彻”。^①这就彻底否定了阻碍瑕疵公司决议接受司法审查的错误观点,给公司决议性质学术之争画上了句号。

鉴于决议内容瑕疵与程序瑕疵之外尚有决议不成立的极端情形,鉴于决议不成立、决议内容瑕疵、决议程序瑕疵的瑕疵程度依次递减,《公司法解释四》导入了决议不成立之诉,与《公司法》第22条规定的无效决议确认之诉及决议撤销之诉一起构成了决议效力瑕疵的三大救济支柱。传统两分法项下的决议瑕疵或指向实质内容,或指向决议程序,二者必居其一。由“两分法”走向“三分法”是该司法解释精细化的重要标志。

然而,两分法裂变为三分法后,由于新设概念的边界设定需要相应压缩既有概念的外延,决议不成立之诉与决议撤销之诉的界限随之模糊起来。依《公司法》第22条第2款,决议撤销之诉主要针对会议“召集程序、表决方式”违反法律法规或章程的情形。而细究《公司法解释四》第5条列举的决议不成立的四类瑕疵,包括公司未召开会议(应开会而未开会)、会议未对决议事项进行表决(表决程序欠缺)、出席会议人数或股东所持表决权不符合公司法或章程规定(出席定足数不适格)及会议表决结果未达到公司法或章程规定的通过比例(表决结果未达标),在本质上均属表决程序瑕疵。加之《公司法解释四》第5条第5项的兜底条款,有些法官在甄别这两类诉讼与寻求裁判依据时会大惑不解。

鉴于决议不成立之诉中的程序瑕疵程度比决议撤销之诉中的程序瑕疵更严重,笔者认为,为消除裁判不确定性,“召集程序、表决方式”的普通程序瑕疵原则上属于可撤销范畴,仅有情节严重的前述四类瑕疵方属于决议不成立情

形。因此,建议法官对兜底条款“导致决议不成立的其他情形”做严格限缩解释,以免掏空决议撤销之诉制度,进而危及公司决议稳定性。

《公司法解释四》第4条引入了合理容错机制。股东请求撤销决议时,倘若“会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵,且对决议未产生实质影响的,人民法院不予支持”。这意味着法院不允许个别股东吹毛求疵,随意动摇公司决议效力。笔者赞赏最高人民法院遏制股东滥诉、追求决议效率的良苦用心,然而也担忧“轻微瑕疵”的过度解释与滥用会带来新的不确定性裁判变量。实践中常有被告公司承认其未依法通知原告小股东参加股东会会议,但辩称即使原告参会,也因持股比例很少而无法撼动股东会决议结果。按照该说法公司不通知小股东参会仅属轻微瑕疵。该谬论颇有诱惑力与欺骗性。

有些法官潜意识中也有忽视程序正义、程序民主的思维定势。一种表现为,法官着眼于原告股东的举证责任而认为:若原告股东能举证证明不存在某程序瑕疵,决议结果必然受实质影响,则该瑕疵不轻微;否则该瑕疵认定为轻微。另一种表现为,法官着眼于被告公司自证清白的举证责任倒置而认为:若被告能举证证明不存在某程序瑕疵,决议结果也不会受实质影响,则该瑕疵就属轻微;否则就不属轻微。尽管后一思维方式比前者对原告股东更友好,但本质上并无二致,都体现了结果导向,忽视了程序导向,容易助长控股股东和内部控制人以强凌弱的公司治理乱象。殊不知,程序正义、程序严谨、程序民主恰恰是公司良治的精髓。

过分强调少数服从多数的民主理念,会忽视程序正义以及中小股东或少数派董事参与决议程序的权利,包括但不限于质询权、发言权、辩论权,忽略资本多数决暴政的危险。控股股东、实际控制人及内部控制人只要能控制多数

^① 《最高法举行适用公司法若干问题的规定〈解释〉发布会》,http://www.scio.gov.cn/xwfbh/qyxfbh/Document/1562030/1562030.htm,访问日期:2017年9月18日。

股份或表决权以及董事会多数席位,便可高枕无忧、肆无忌惮、堂而皇之地以公司名义作出损公肥私、损人利己的决议。即使剥夺反对派股东和董事参会、审议、质询、辩论并表决的正当权利,违反了会议召集与表决程序,也属于忽略不计的“轻微瑕疵”。在我国股权结构高度集中、一股独大现象司空见惯的特殊背景下,公司决议的黑箱作业现象时有发生,“轻微瑕疵”标签之滥用如同溃坝蚁穴,将会摧垮公司民主、股东民主、董事民主、程序正义、公开透明的价值观与公司治理根基,导致控股股东和内部控制人更任性、更蔑视中小股东以及少数派董事的声音,并催生出更多的公司决议瑕疵。

有鉴于此,“轻微瑕疵”四字必须做严格限定解释,只要违反了公司法或章程规定的决议规则,践踏了诚实信用、公开透明、民主开放的公司决议惯例,不管是恶意而为的雕虫小技,抑或属于厚黑学的阴招损招坏招,均不属轻微瑕疵。比如,会议比预定计划迟延了十分钟,会议室没有提供饮用水与空调设施,就属于轻微瑕疵。临时股东会就召集通知中未载明的事项作出决议、公司未通知反对派小股东或董事参会、公司不合理提前并缩短参会注册时间并将无法注册的反对股东或董事拒之会议室门外、故意制造交通事故导致参会者无法参会、临时改变会议地点迫使参会者扑空、采取鼓掌通过等不精准的计票方式等都不属于轻微瑕疵。

由于程序“轻微瑕疵”属于被告主张的抗辩利益,原告不就瑕疵之轻重承担举证责任。原告股东仅需举证证明公司决议存在程序瑕疵,而无义务举证证明决议结果受到该程序瑕疵的实质影响。被告却有义务举证证明程序瑕疵之轻微、决议结果实际未受该瑕疵实质影响以及该程序瑕疵不可归咎于被告过错(故意或过失)。法官在判断是否采信被告举证时,应站在中立公允立场,以具有通常智商和伦理观念的理性股东作为衡量标准,结合诚实信用原则和商业习惯,对个案予以审慎判断。

从长远看,笔者建议《公司法》或《公司法解释四》修改时将决议撤销之诉的例外容错情

形限定为“会议召集程序或者表决方式仅有不可归咎于公司过错的显著轻微瑕疵,且未对决议产生实质影响的”情形。即使在规则修改之前,笔者也建议法官判案时采此解释,以倒逼公司治理水平之提升。

桥归桥,路归路。《公司法解释四》第6条基于内外有别、善恶不同的理念指出,“决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响”。这有助于维护交易安全、保护善意第三人对公司决议外部辐射效力的合理信赖,美中不足的是对决议被确认无效或撤销后的内部效力语焉不详。笔者认为决议被确认无效或撤销后的内部效力陷入自始、确定、当然、绝对无效的境地。

正由于决议无效和不成立的瑕疵较重、危害较重,《公司法解释四》拓宽了原告范围,既包括股东,也包括董事监事等。笔者认为,此处的“等”仅限于与本案有利害关系的其他自然人、法人或者其他组织。银行债权人在债务人公司作出决议、违反借款合同约定而继续举债或为他人提供担保时,可对相关公司决议提起无效确认之诉。当涉及公司改制或并购的决议损害职工利益时,职工亦应对该瑕疵决议享有诉权。

而决议撤销之诉的原告仍仅限于股东且在起诉时保有股东资格。根据《公司法》第22条第2款,会议召集程序、表决方式违反法律法规或章程,或决议内容违反章程的,股东只能自决议作出之日起60日内请求人民法院撤销。现实中有些公司故意把有程序瑕疵的决议锁进保险柜,等待决议作出之日起60日后再拿出来晓谕全体股东,即使股东愿意起诉,也超越了除斥期间。可见,从决议作出之日的时点起算除斥期间,存在被恶意滥用的立法漏洞,惜《公司法解释四》未能弥补。笔者建议将60日除斥期间“自决议作出之日起算”改为“自原告股东实际知道或应当知道决议作出之日起算”,时点起算的选择权按“孰优原则”交由原告选择。

《公司法》第22条第3款规定的原告股东

担保制度旨在预防股东滥诉,但在实践中常被被告滥用,致使许多中小股东面对巨额担保费用望而兴叹。例如,两位小股东曾诉请法院撤销某上市公司董事会决议,被告要求二原告分别提供6亿元诉讼担保金,数额之巨震惊市场。《公司法解释四》未能弥补这一漏洞,诚属遗憾。为在预防股东滥诉与预防公司封杀诉权之间寻求平衡,建议最高人民法院明确诉讼费用担保费用的计算方式与酌量因素。

三、股东知情权案件的裁判思维

阳光是最好的防腐剂。中小股东沦为弱势群体,其主要根源在于信息不对称。为扭转中小股东弱势地位、方便股东行使监督权、表决权、诉权等相关权利,《公司法》第33条、第97条赋予了股东法定知情权。在实践中,股东依法行使诉权依然困难重重。一些公司动辄以股东行权目的不当、动机不纯为由拒绝股东查阅文件资料。有的公司拒绝专业人士陪同股东协助查阅。有的公司拒绝或怠于备置相关文件资料,一些公司甚至公然销毁会计账簿。

股东知情权案件的裁判要遵循强化公司信息披露义务的公司透明治理理念。鉴于股东知情权为固有性、基础性股东权利,与股东资格密不可分,《公司法解释四》第9条从裁判者角度间接重申公司章程、股东协议等无权实质性剥夺股东知情权,公司不得以此作挡箭牌、拒绝股东查阅或复制文件资料。为保护股东依法行权,第7条第1款承诺对股东知情权诉讼开门立案、凡诉必理。股东知情权需要公司信息披露义务予以保障。为确保股东查阅的文件资料真实准确完整,第12条明确支持受害股东诉请拒绝或怠于制作或保存公司法定文件材料的董事高管承担赔偿责任。

最有创新意义的是,《公司法解释四》第7条不仅保护现股东的诉权,而且保护权益受损的前股东(已经出让股权的股东)的诉权。《公司法》对前股东知情权语焉不详。笔者在最高人民法院征求《公司法解释四》专家意见时曾力主保护原股东(前股东)的知情权。允许前股东查阅会计账簿等文件资料是诚实信用原则

在公司法领域的必然要求。我国《合同法》第92条根据诚实信用原则确认了当事人的后合同义务。《合同法》调整的合同关系既有持续性的、要求缔约各方高度精诚合作的交易关系,也有一次性清结的松散型交易关系。鉴于松散合同关系尚应遵循诚实信用原则,按照举轻明重的解释规则,团体性公司组织关系就更需公司对前股东善尽诚信义务(可称之为“后股东义务”),进而为原股东查询文件资料提供必要协助。

允许前股东查阅公司会计账簿有助于规范公司治理,帮助前股东对显失公平的股权转让合同行使撤销权。根据资产基础法与资产收益法等评估方法确定股权转让价值时,股权转让价款都与公司净资产状况密切相关。倘若老股东无权查账,作为受让方的控股股东或董事高管就可肆无忌惮地压低公司净资产和股权价值,帮助受让方以不合理低价取得股权。而允许前股东查账,有利于股权出让方获取行使撤销权的充分证据,进而倒逼作为受让方的控股股东或董事高管诚信行事。前股东行使知情权还为其主张持股期间所受损害的赔偿请求权开辟了绿色通道。

为避免原股东滥诉,《公司法解释四》第7条第2款要求前股东提供初步证据证明在持股期间其权益受损,且仅能请求查阅或者复制其持股期间(不含出让股权后的期间)的公司特定文件材料。

《公司法解释四》征求意见稿第17条曾全面剥夺了“出资存在瑕疵的股东”的知情权,其未虑及以下两种情况:一是在注册资本由实缴制改为认缴制以后,很多公司的股东都存在未实缴出资的问题;二是全体股东若由于存在瑕疵出资问题而均无权查阅公司文件资料,显然匪夷所思。笔者曾建议起草者在确认股东资格的基础上全面考虑上述情形,进而删除该条款。最终出台的《公司法解释四》采纳了这一建议。

为合理平衡公司商业秘密与股东知情权,《公司法解释四》确立了事先预防股东滥用权利与事后救济公司损失的机制。就预防机制而

言,第8条细化了股东查账“不正当目的”的识别类型,第10条强调查阅辅助专业人士的保密义务;就救济机制而言,第11条明确了泄密股东及查阅辅助人对受害公司负损害赔偿赔偿责任。

《公司法》第33条允许公司在有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的、可能损害公司合法利益时拒绝提供查阅。为澄清“不正当目的”的模糊语词、预防公司滥贴“不正当目的”的标签,《公司法解释四》第8条在兜底条款前列举了三类情形:1.除章程另有规定或全体股东另有约定外,股东自营或为他人经营与公司主营业务有实质性竞争关系业务的(竞业经营冲突);2.股东为了向他人通报有关信息查阅公司会计账簿,可能损害公司合法利益的(商业间谍);3.股东在向公司提出查阅请求之日前的三年内,曾通过查阅公司会计账簿,向他人通报有关信息损害公司合法利益的(商业间谍前科)。为避免歧义,建议在学理解释上澄清三点。第一种情形的关键词是“经营”,而非“投资”本身。股东倘若投资但未参与经营两家以上互有竞争关系的公司,并不当然丧失查账权。第二种情形中的“他人”主要指有可能滥用信息、攫取不正当竞争优势的企业以及损人不利己的第三人,但不包括被告公司的其他适格股东。倘若股东查账旨在刺探国有控股企业的核心军事产品机密、获取广大用户的个人隐私与商业秘密,则属于兜底条款所述的其他不正当目的。

遗憾的是,《公司法解释四》虽使用了“特定公司文件资料”的概念,但未能明确股东有权查阅的文件资料是否包括原始凭证。《公司法》第33条提及了股东有权查阅的三类文件材料:第一类是公司章程和规章制度;第二类是股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告;第三类是会计账簿。其实,在公司财务会计实践中,还有第四类公司文件资料,即原始凭证(包括合同、原始发票及收据)。在非上市公司,这四类文件文件的透明度依次降低,保密程度依次增强。在上市公司,公司财务会计报告以及年报、中报、季报及临时

报告的透明度与公司章程相当。笔者在2005年《公司法》修改过程中力主确认股东查阅原始凭证的权利,终因存在反对意见而未能如愿,立法者对股东最关注的原始凭证未置可否。

鉴于会计账簿并非无源之水、无本之木,而是依据原始会计凭证制作;鉴于小股东最急需查阅而控股股东和高管最害怕的查阅对象乃为原始凭证;又鉴于会计账簿造假难度虽高于财务会计报告,但低于原始会计凭证;建议法官运用目的解释方法,对“公司特定文件资料”与“会计账簿”做扩张解释,以囊括原始凭证,旗帜鲜明地支持在查阅会计账簿时对特定科目存疑的股东查阅该科目对应的原始凭证。一旦真相大白,股东维权难题将迎刃而解。

由于股东有权查阅的公司文件资料透明度及保密程度不同,《公司法解释四》未能全面系统地量身定制诉讼救济规则,笔者认为,应区分不同查阅对象而量身定制不同的法律规则:1.任何股东均有权查阅与复制公司章程和规章制度,且无需签署保密承诺书;2.任何股东均有权查阅与复制股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告,但应签署保密承诺书;3.任何股东(除非公司有证据证明股东查账目的不正当)均有权查阅会计账簿,但要事先向公司提出书面请求、说明目的,并在查阅前签署保密承诺书;4.查阅会计账簿的前述适格股东对特定科目存疑时,有权顺藤摸瓜、深入查阅该科目对应的原始凭证,但亦应在查阅前签署保密承诺书。当然,保密义务是法定的,不以签署保密协议为前提。保密义务不影响股东在行使诉权时提交其查阅的文件材料作为证据。

《公司法解释四》第10条明确了法院在支持原告诉请的判项中明确查阅或复制公司特定文件材料的时间、地点和特定文件材料的名录,并允许股东聘请会计师和律师等中介机构执业人员辅助查阅。顺乎科技发展潮流,“复制”二字应作扩张解释,除复印、抄录外,还包括拍照、录像、扫描、拷贝电子文档。然而《公司法》第33条提及第一类与第二类文件材料时使用了

“查阅、复制”的概念,在提及第三类文件资料时仅使用了“查阅”二字,容易引发会计账簿是否仅允许查阅而不允许复制的争论。鉴于《公司法解释四》虽然未直面回答,但在第7条、第9条、第10条时将“查阅或复制”相提并论,而且一般股东无法在短暂查阅时间内消化与牢记相关文件资料信息,因而有必要复制相关文件资料,以便深入研究,笔者认为,法院应准许适格原告股东在查阅会计账簿及其支撑性原始凭证时予以复制。

四、股东分红权案件的裁判思维

行使分红权(股利分取请求权)、取得投资回报是股东投资兴业的主要目的。假定全体股东理性诚信,股东们在公司盈利时可基于对股东近期利益与远期利益的审慎权衡,共同博弈出合理可行的分红政策,因此公司是否分红、分红几何、如何分红,均属公司股东自治和商业判断的范畴。影响公司分红政策的因素不但纷繁复杂,而且变动不居,包括但不限于公司的商业模式、发展战略、投资风格、公司类别(闭锁型公司或开放型公司、上市公司)、公司持续盈利能力与发展潜力、金融市场环境及税法等。例如,有些公司愿意奉行平稳分红政策,有些公司则青睐于以工资、利息、租金等形式向股东分红,或干脆不分红,一直等到公司资产积累到一定程度再由股东出让股权而获利。

法官既缺乏干预公司分红政策的合法性、正当性,也缺乏制定合理公司分红政策的商业智慧与判断能力。因此,《公司法解释四》第14条、第15条明确,股东请求公司分配利润的,应当提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议;未提交的,法院原则上不予支持。这体现了尊重公司自治的司法理念,也弘扬了有诺必践的契约精神。合法有效的股东会决议一旦载明具体股利分配方案,股东分红权就由抽象期待权转化为具体债权,法院就有权判令被告公司按股东会决议确定的分红方案向原告股东分配股利。

我国《公司法》将股利分配决策权主体确定为股东会。法院对股利分配行为进行司法审

查的落脚点主要在于股东会决议的程序性瑕疵(包括召集与决议程序的瑕疵)与实体性瑕疵。倘若股东会决议存在程序性瑕疵,股东可向法院提起公司决议撤销之诉。倘若股东会决议内容违反了法定强制的利润分配条件与顺序,股东可向法院提起公司决议无效确认之诉。因此,即使强调尊重与保护公司自治,也并不意味着股利分配行为完全游离于司法审查范围之外。

法院不干预公司股东自治的潜在默示法理基础与逻辑前提是且仅仅是,公司股东会的决策是理性的。但问题在于,这种假设前提在一些公司荡然无存。有些公司完全被恣意任性的控股股东和实际控制人把持操控,他们惯于通过不公允关联交易和不合理高薪等歪门邪道而间接分红,却不光明正大地与中小股东一起分取股利,这就使得公司自治机制和股东民主机制陷入名存实亡的失灵状态。常有控股股东与内部控制人滥用资本多数决原则,甚至滥用“大河不满小河干”“公司利益高于股东利益”“股东长远利益高于股东近期利益”的理论,公然搬出“控股股东利益高于中小股东利益”的错误理论,故意过分提取公积金、不分红或很少分红。面对这些压榨手段,小股东被迫黯然离场。控股股东及内部控制人表面上与中小股东同甘共苦,实质上通过关联交易与高薪获得变相分红。有鉴于此,笔者多年来一直呼吁,遭受长期不分红之苦的中小股东有权提起强制“铁公鸡”公司分派股利之诉。当分红政策沦为控股股东、实际控制人和内部人(管理层)压榨、排挤中小股东的手段时,法院只有破例对饱受压榨或排挤之苦的中小股东提供强制分红的司法救济,才能迫使公司回归为股东创造投资价值的理性轨道。

为矫正公司自治失灵现象,《公司法解释四》第15条基于尊重公司自治为常态原则、强制公司分红为例外规则的裁判理念,首次导入了例外强制分红的裁判规则“股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议,请求公司分配利润的,人民法院应当驳回其诉

讼请求,但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润,给其他股东造成损失的除外”。股东分红权案件的裁判要遵循自治为主、强制为辅的股东价值投资理念。法官在适用该条规定时既要勇于担当,也要积极稳妥,审慎而为,关键是要严格把握强制分红的适用条件(含积极与消极要件)。

首先,公司须有可资分配的税后利润。这是强制分红的前提条件。“巧妇难为无米之炊”。依我国《公司法》第166条,股利分配资金来源为当年税后利润弥补亏损、提取法定公积金与任意公积金后的余额。倘若公司亏损或虽无亏损、但在依法提取法定公积金与任意公积金后无红可分,法院就不能判令公司强制分红。只有当公司符合法定股利分配要件、遵守公司与债权人有关限制股利分配的合同条款时,方能分红。在没有可资分配利润、不具备分红条件的情况下强行分红,不管是公司自愿分红,还是法院强制分红,都缺乏主动性与合法性。法官要高度警惕控股股东、实际控制人与内部控制人通过做假账等方式恶意隐匿、转移、雪藏公司利润。不能让贪婪慵懒的董事高管高枕无忧地断言“难言之隐,一亏了之”。中小股东认为公司亏损不正常时可行使知情权,查阅财务会计报告、会计账簿及原始凭证,追根溯源地彻查公司亏损真正原因。倘若公司亏损因董事高管违反对公司诚信义务(忠诚与勤勉)所致,尤其是通过不公允关联交易及做假账等方式掏空公司资产的,股东有权提起股东代表诉讼,诉请法院判令失信董事高管对公司承担赔偿责任。倘若公司获赔后满足了法定股利分配条件,法院就可进入司法审查第二步。

其次,控股股东和实际控制人滥用股东权利导致公司不分配利润,给其他股东尤其是中小股东造成损失。我国《公司法》第37条和第99条将分红决策机构界定为股东会。有实力操纵与股东会分红决议的主体要么是控股股东,要么是隐居幕后的实际控制人。虽然《公司法解释四》第15条漏写了滥权主体,但从目的解释看,滥权主体为控股股东或实际控

制人。《公司法》第20条确认了股东滥用股东权利的违法性以及滥权股东对受害公司和股东的赔偿责任“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”。根据《公司法解释四》第15条,控股股东和实际控制人滥用股东权利导致其控制下的傀儡股东会拒绝作出分红决议的消极行为,或作出不分红决议的积极行为,均因司法强制矫正机制而无法得逞。但原告股东应举证证明以下三项事实:1. 控股股东实施了滥用股东权利的行为;2. 该滥权行为与公司不分配利润之间存在因果关系;3. 公司不分红的给原告股东造成了财产损失。滥权权利的核心是控股股东为独自不法攫取公司利益,违反诚实信用原则与股东平等原则,故意通过不分红的方式排挤、压榨小股东。

最后,公司提列巨额任意公积金的决策欠缺必要性、合理性与正当性。失信控股股东常借口追求公司的长远、根本利益提列巨额任意公积金,进而规避分红制度。参酌主要法域判例与学说,基于兼顾公司与股东利益、平衡股东长期短期利益的原则,法院例外干预公司分红政策时应重点关注三个问题:1. 巨额任意公积金之提列是否必要?被告公司有义务举证证明,经斟酌公司经营现状、财务状况、发展战略、投融资环境、产品或服务市场状况和宏观经济形势等因素后,公积金提列确为公司渡难关、图生存、谋发展、求壮大所必需。倘若公司所提公积金已能满足公司发展需求,公司执意提列巨额任意公积金,推行零分红或象征性分红政策,漠视中小股东分红利益诉求,就欠缺必要性。2. 巨额任意公积金之提列是否合理?即使公司提列任意公积金、牺牲股东近期分红利益符合公司大计,也应控制在必要限度内。倘若股东长远利益与公司利益之维持增进仅需股东牺牲10%分红利益,公司就不应苛求股东牺牲80%分红利益。3. 巨额任意公积金之提列是否正当?股东平等原则要求大小股东按各自持股

比例同舟共济,共享公司提列任意公积金之甘苦。控股股东不得“吃小灶”,不得以任何途径从公司获得其他股东无法获得的不当利益。公司提列巨额任意公积金、拒绝分红时,应一碗水端平,以公司利益与全体股东福祉之维护为最高指导原则,不得厚此薄彼地鱼肉部分股东、图利控股股东,更不得借助不分红或零分红的伎俩排挤和打压中小股东。

五、股东优先购买权案件的裁判思维

股权作为民事权利尤其是财产权利可依法自由流转,但公司类型不同,股权转让自由度有别。股份公司重资合性,而有限公司重人合性,即股东间的高度信任与信赖。开放型股份公司尤其是上市公司的股东享有的股权转让自由度远超闭锁型有限公司的股东。

基于公司闭锁性及股东人合性,《公司法》第71条第1款允许有限公司内部的股东之间自由转让股权,第三方股东应乐见其成,不享有优先购买权,除非公司章程另有规定或股东协议另有约定。股东受让股权或源于对公司发展前景和核心价值观的认同与坚守,或源于打破公司僵局的策略与无奈。

与外部人相比,内部股东一般熟悉公司财务、经营和治理现状,能辨识与控制受让股权风险。在司法实践中,股东间转让股权的争讼较少。而在市场风险、道德风险与法律风险等多重风险叠加的情况下,有限公司股东向外部第三人出让股权时引发的争讼较多。争讼类型与成因很多,但裁判难度最大、当事人预期度最低的争议案件围绕股东优先购买权而展开。

为维护有限公司闭锁性及股东间的人合性,《公司法》第71条第2款至第3款赋予老股东在其他股东向外部第三人出让股权时的一系列优先性既得权利,包括但不限于知情权、同意权、异议权、优先购买权及诉权。这些权能既严格区别,又密切关联。由于这些条款可诉性与可裁性较弱,致使上述权利的行使程序、救济权利、救济程序、除斥期限等都存在立法盲区。例如,侵害老股东同意权与优先购买权的股权转让合同的效力为有效、无效、可撤销抑或效力待

定? 恶意规避老股东行使优先购买权的效力如何? “同等条件”的具体内涵如何理解? 要营造活而有序的有限公司股权转让市场,《公司法解释四》必须对症下药,靶向解决疑点难点争点问题。

没有全面的知情权,就没有理性的选择权。为强化股东知情权保护,《公司法解释四》第17条强化了出让股东信息披露义务,不仅将《公司法》规定的股权转让事项的“书面通知”形式扩张解释为“书面或者其他能够确认收悉的合理方式”,以囊括手机短信、微博通知、微信群通知、微信语音留言等通知形式;而且明确其他老股东有权要求出让股东通知转让股权的同等条件。其他老股东,无论同意还是反对将股权出让给外部第三人,都享有知情权。股东优先购买权案件的裁判要遵循内外有别、动静结合的股权诚信转让理念。

权利皆有保质期。为督促股东及时行使优先购买权、避免股权转让项目久拖不决、方便外部第三人早做打算,《公司法解释四》第19条要求有意优先购买股权的股东自收到通知之日起,在章程规定期间、转让股东通知期间和30日最低期间内提出购买请求。至于选择上述三类期间中的哪个期间,由股东按照先后顺序与“孰优原则”确定。

《公司法解释四》第17条第3款支持其他股东在同等条件下主张优先购买权。然而第20条允许转让股东基于股权处分自由原则改弦易辙,放弃出让股权的打算,除非章程另有规定或全体股东另有约定。这是由于,在尊重与保护出让股东股权的产权神圣的法治思维框架下,优先购买权并不简单等同于强制缔约权,也不宜上升为强制缔约权。基于契约自由原则,老股东不能强迫已放弃出让股权计划的股东继续向自己出让股权,但基于诚实信用原则,出让股东先将对外出让股权的事项告知其他股东,在其他股东有意购买时又突然变卦、取消出让股权的意思表示,显有缔约过错。因此,信赖股权转让事实的老股东有权就此等出尔反尔之举主张合理损失赔偿。该规则设计体现了财产法

和公司法层面对股东产权的尊重与保护,也体现了合同法层面对契约自由原则和诚实信用原则的敬畏与守望。

为确保出让股东的公平交易权,优先购买权的行使基准只能是“同等条件”。由于股权转让对价的内容、形式与期限在个案中均有特殊性,不少股东优先购买权案件的焦点在于对《公司法》规定的“同等条件”这一模糊语词的解释。《公司法解释四》第18条要求法院在解释“同等条件”时,“应当考虑转让股权的数量、价格、支付方式及期限等因素”。因此,不能将“同等条件下”简单机械地理解为同等价格。笔者认为,从商事习惯看,“同等条件”作为丰富多彩的概念,既包括司法解释列举的同等价格条件,也包括非价格因素之外的其他对价,例如接受或安置现有职工、续聘现任高管、承诺增资扩股、承诺推动公司公开发行并上市。建议法官高度警惕出让股东与受让第三人恶意串通、滥设和虚报不合理交易条件(比如天价保证金)以吓退其他股东行使优先购买权的行为。

在实践中,有些股东为规避规避其他股东的优先购买权,恶意采取化整为零的方式、分阶段披露股权出让信息并向第三人出让股权,致使其他股东优先购买权被彻底悬空。在某案例中,股东甲先以畸高价格向外部人乙出让1%股权,以吓跑老股东丙的优先购买权。等乙进入公司后,甲再以合理价格向乙自由转让其余大宗股权。真相大白的老股东丙再主张优先购买权时往往被法院驳回,理由是在两个阶段的股权转让环节都不存在对原告股东知情权与优先购买权的侵害。

魔高一尺,道高一丈。《公司法解释四》第21条规定,转让股东未就股权转让事项征求其他股东意见或以欺诈、恶意串通等手段损害其他股东优先购买权的,其他股东有权要求以同等条件(实际成交条件)优先购买该股权。为

尽快稳定股权交易秩序、股权结构与公司经营秩序,优先购买权受损后的救济措施应自股东知道或应知同等条件之日起30日内主张,最晚不得迟于股权变更登记之日起1年。为提高股权转让效率并兼顾股权出让方利益,预防原告股东损人不利己的诉讼请求,法院鼓励股东开门见山地直接诉请按同等条件购买转让股权,或在提出确认股权转让合同及股权变动效力等诉请的同时诉请按同等条件购买转让股权,不支持其他股东仅提出确认股权转让合同及股权变动效力等请求而不同时主张按照同等条件购买转让股权。这并不妨碍原告股东非因自身原因而无法行使优先购买权时对出让股东主张损害赔偿。有意购买而无力购买的中小股东可以联合行使优先购买权,亦可通过借贷、信托等方式融资,因此不必对该制度设计感到失落。

法院无法回避的问题是,损害股东优先购买权的股权转让合同效力究竟是有效、无效、可撤销还是效力待定?起草者认为,“对此类合同的效力,公司法并无特别规定,不应仅仅因为损害股东优先购买权认定合同无效、撤销合同,而应当严格依照合同法规定进行认定。正是基于此类合同原则上有效,因此人民法院支持其他股东行使优先购买权的,股东以外的受让人可以请求转让股东依法承担相应合同责任”。^②《公司法解释四》第21条规定,“股东以外的股权受让人,因股东行使优先购买权而不能实现合同目的的,可以依法请求转让股东承担相应民事责任”。这体现了外部受让人对有限公司人合性及老股东优先购买权的礼让,也体现了转让股东与外部受让人之间的契约精神。

然而起草者关于此类合同效力“原则上有效”的观点并未完全转化到《公司法解释四》之中,“合同责任”也被“民事责任”所取代。无例外,无原则。由于《公司法解释四》未明确合同无效、可撤销或者效力待定的例外情形,显然增加了裁判不确定变量。因此,《公司法解释四》

② 《最高法举行适用公司法若干问题的规定〈解释〉发布会》,http://www.scio.gov.cn/xwfbh/qyxfbh/Document/1562030/1562030.htm,访问日期:2017年9月20日。

通过使用务实灵活的裁判技术与抽象概括的民法术语,成功回避了对损害股东优先购买权的股权转让合同效力的精准认定。

为彻底厘清损害股东优先购买权的股权转让合同效力、实现公司法与合同法之间的有机衔接,鉴于此类合同违反了《公司法》有关出让股东行使处分权的法定限制条款,侵害了其余股东法定优先购买权,又鉴于其他股东是否有意愿和财力行使优先购买权并不确定,笔者建议,未来《公司法》修改时将此类合同界定为相对无效合同(可撤销合同)。此种合同有别于绝对有效合同,否则其余股东优先购买权会落空。此种合同也有别于绝对无效合同,因为出让股东毕竟享有股权,其余股东未必一定反对该股权转让合同。把撤销合同的选择权与主动权交给其他老股东,也足以保护其优先购买权。倘若其他股东在知道或应知股权转让后的合理期限内无意或无力购买,但在股权价值大幅飙升后的数年甚至几十年以后再请求法院确认该合同无效,则不应获得法院支持。这种态度有助于保护老股东优先购买权,也有助于督促老股东及时行权。

《公司法解释四》未触及间接股权转让引发的优先购买权之争、一股两卖合同的效力之争、老股东坚持受让部分股权导致外部受让人放弃购买其余股权之争等诸多难题。笔者在最高人民法院征求专家意见时曾力主规定间接股权转让情形下优先购买权问题,但因争议较大,最终出台的《公司法解释四》选择了回避。鉴于母子公司各有不同法律人格,鉴于对股权出让自由的尊重,鉴于间接转让股权的目标公司是子公司,而孙公司股东主张优先购买权的目标公司指向孙公司,因而老股东出让的股权与其他股东主张的股权并非指向同一目标公司的股权,笔者认为,除非公司章程或者股东协议另有相反约定,股东在间接股权转让情形下不享有优先购买权。当然,倘若当事人通过股权间接转让策略恶意规避公法条款(如市场准入许可制度、职工民主管理制度),必然产生相应的公法责任。

实际上,《公司法解释四》也无法穷尽和终结老股东行使优先购买权与转让双方对抗优先购买权的智慧博弈。例如,为跨越老股东优先购买权的障碍,第三人在受让股权计划受挫时往往作为缓兵之计,退而改采股权代持(信托)策略。出让股东表面上虽然依旧为名实相符的显名股东,实质上却摇身一变成为名义股东。此类股权代持合同虽在转让双方内部有效并被双方遵守,但不能对抗善意第三人(包括公司和其他股东)。倘若隐名股东请求公司确认股东资格,其他老股东仍享有优先购买权。因为,除非隐名股东被公司与其他股东确认,隐名股东的突然现形会危及其他股东的人合性期待。又如,为预防其他股东节外生枝的优先购买,有意出让股权的股东可先一网打尽,购买其他股东所持全部股权,然后再将股权出让他人。法律智慧与商业智慧的博弈永远在路上。

六、股东代表诉讼案件的裁判思维

股东提起的诉讼以请求权来源为准,分为股东直接诉讼与股东代表诉讼(间接诉讼)。前者是股东基于自身股东地位而提起的诉讼,包括自益诉讼(分红权之诉)和共益诉讼(比如查账权之诉)。后者是股东基于公司的请求权而提起的诉讼。

为激励与支持中小股东积极参与公司治理,2005年《公司法》修改时引入了英美法系的股东代表诉讼制度。根据该法第151条,在董事高管和他人(控股股东、实际控制人与公司外部人)侵犯公司合法权益但公司拒绝或怠于对侵权人提起诉讼的情况下,有限公司任何股东、股份公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东均有权以自己名义为公司利益而提起股东代表诉讼。在实践中,法条中的股东代表诉讼制度尚未被彻底激活,中小股东提起股东代表诉讼之路依然充满荆棘。

鉴于公司直接诉讼相较于股东代表诉讼更能减轻中小股东负担,为充分激活公司自身免疫机制,《公司法解释四》第23条重申了“竭尽公司内部救济”原则,细化了公司直接诉讼制

度。监事会或监事起诉董事高管的,列公司为原告,依法由监事会主席或监事代表公司进行诉讼。董事会或执行董事起诉监事或他人的,依然列公司为原告,由董事长或执行董事代表公司进行诉讼。督促公司直接对侵权人提起诉讼,可大幅节约中小股东维权成本。当然,热心公益的中小股东可在公司直接诉讼过程中为公司献计献策,提供证据支撑。

人性有弱点,谁都无法咬自己的鼻子。内部救济程序也会存在道德风险。当监事会主席代表公司对董事长提起诉讼时,董事长与监事会主席可能达成诉讼共谋,悬空公司诉权。董事与监事之间、公司内部人与外部人之间、控股股东与内部控制人之间沆瀣一气后,公司自治机制将失灵,竭尽公司内部救济原则将空转,公司利益岌岌可危。

为督促控股股东、实际控制人与内部控制人慎独自律,《公司法解释四》第24条细化了股东代表诉讼操作规则,明确公司在股东代表诉讼中为第三人,允许原告股东之外的其他股东作为共同原告以相同诉讼请求申请参加诉讼;第25条明确胜诉利益归属公司(而非原告股东);第26条明确公司应承担胜诉股东因参加诉讼支付的合理费用。股东代表诉讼案件的裁判要遵循严控程序、拓宽外延的股东积极治理理念。

《公司法解释四》确认胜诉原告股东对公司的费用补偿请求权有利于奖励股东铁肩担道义的义举,但要做诚信解释;否则会便宜、放纵了损害公司利益的被告。鉴于被告失信侵权行为与股东代表诉讼之间存在因果关系,为提升失信成本、降低失信收益,与其让受害公司承担胜诉股东费用,不如让败诉方承担更公平合理。因此,法官在适用《公司法解释四》第24条时应树立“竭尽败诉被告承担胜诉原告合理诉讼费用”的理念。具体说来,在原告股东胜诉时,

法官要尽量将原告支出的合理诉讼费用(包括案件受理费、律师费和其他必要合理的实际诉讼费用)转嫁给败诉被告承担。仅无法转嫁给败诉被告的合理诉讼费用才由公司承担。例如,倘若原告股东部分胜诉、部分败诉,败诉部分对应的合理诉讼费用无法由被告承担,只能由公司承担。倘若原告股东全部败诉,其支付的合理诉讼费用如何承担成为疑问。笔者认为,即使原告股东全部败诉,倘若公司无法举证证明原告股东是滥用诉权,公司仍应承担补偿原告支出的合理诉讼费用。

《公司法解释四》在股东代表诉讼制度方面仍有挂一漏万之处。例如《公司法解释四》没有确认胜诉股东的利益分享权(奖励获取权)。股东代表诉讼的价值在于直接捍卫公司利益,并间接维护股东和其他利益相关者的利益。胜诉利益当然归于公司,而非胜诉股东个人。问题是公司对胜诉原告股东的补偿义务不同于公司对胜诉原告的奖励义务。如果胜诉股东无法获得奖励,败诉时却要自担全部或部分诉讼费用,显然不符合收益与风险相匹配、权利与义务相平衡的法律理念与逻辑常识,而且公司失而复得的胜诉利益有时又落入被告魔爪。倘若不对胜诉股东予以利益激励,则公司和股东利益会再次受侵。为激励股东提起股东代表诉讼,美国判例法承认胜诉原告在三种情形下享有胜诉利益分享权(shareholders' right to individual pro-rata recovery): 1. 代表诉讼的被告是滥用公司财产的内部人;^③ 2. 代表诉讼涉及的公司中既有善意股东,也有恶意股东;^④ 3. 公司不再是运营良好的兴旺企业。^⑤ 美国法学会《公司治理原则》第7.18条第5项也授权法院秉持公平原则,斟酌个案具体情况,在将必要金额留给公司债权人的前提下,将判决金额的全部或一部按照股东持股比例分配给股东个人。为充分发挥法律的补偿、激励、制裁、警示、阻遏、教

③ Eaton v. Robinson, 19 R. I. 146, 32 A. 339 (1895); Backus v. Finkelstein, 23 F. 2d 531 (D. Minn. 1924).

④ Brown v. De Young, 167 Ill. 549, 47 N. E. 863 (1897).

⑤ Bailey v. Jacobs, 325 Pa. 187, 189 A. 320 (1937).

育、安慰的功能,建议法院在不害及公司债权人的前提下判决胜诉股东按持股比例从公司胜诉利益中获得一定奖励(如胜诉金额的1%)。

我国《公司法》仅例外确认了股东代表诉讼制度,并未确认股东代表仲裁制度。《仲裁法》亦未确立股东代表仲裁制度。这究竟属于立法者无心之失,抑或源于尊重与保护当事人意思自治和公司自治的立法理念,不无争议。倘若两家公司签署的合同中载有仲裁条款,但因两家公司同受控股股东控制,守约方公司无法对违约公司提起诉讼,守约方公司的小股东拍案而起后却进退两难:倘若小股东对违约公司提起诉讼,法院以违约公司与守约公司之间存在仲裁条款为由裁定驳回起诉;倘若小股东对违约公司提起仲裁,仲裁机构又以违约公司(被申请人)与小股东(申请人)之间缺乏仲裁条款为由拒绝立案。笔者建议《公司法》和《仲裁法》修改时确立股东仲裁制度,《公司法解释五》对此亦应表态。

《公司法解释四》未明确股东代表诉讼机制是否普适于民事诉讼与行政诉讼。在笔者参加某案件专家论证时,有人认为,股东代表诉讼仅是解决民事纠纷的手段,仅限于民事诉讼范畴,不是解决行政诉讼的手段,不应存在股东代表行政诉讼。笔者对此难以苟同,因为从《公司法》第151条完全可以推导出行政诉讼中的股东代表诉讼。首先,既然公司提起民事诉讼的权利因公司治理失灵而卡壳,亟需股东代表诉讼破局,公司提起行政诉讼的权利因公司治理失灵而卡壳时,也亟待中小股东毛遂自荐。因此,股东代表诉讼制度既适用于民事诉讼,也适用于行政诉讼。股东代表诉讼被告既包括民事主体,也包括行政机构。其次,《公司法》第151条第3款并未将被告限定于民事主体,亦未将股东代表诉讼限定于“民事诉讼”。该条款明确规定“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”。因此,其中的“他人”既包括民事主体,也包括行政机关。当原告股东对侵害公司权益的民事主

体提起代表诉讼时,该诉讼属民事诉讼范畴,适用《民事诉讼法》;当原告股东对侵害公司权益的行政机关提起代表诉讼时,该诉讼属行政诉讼范畴,适用《行政诉讼法》。其实,早在2000年《最高人民法院关于执行行政诉讼法若干问题的解释》第15条已确认股东代表行政诉讼:“联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方,认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受具体行政行为侵害的,均可以自己的名义提起诉讼”。除最高人民法院承认股东代表行政诉讼外,国务院法制办也鼓励股东代表行政复议。国务院法制办公室2001年12月28日对国家工商总局《关于中外合作经营企业的合作一方是否具备行政复议申请人资格的请示》的复函[国法函(2001)282号]指出,“中外合作经营企业的合作一方,认为中外合作经营企业合法权益受具体行政行为侵害的,可以依法以自己的名义申请行政复议”。笔者建议《行政诉讼法》导入股东代表行政诉讼,《行政复议法》引入股东代表行政复议,并扩大适用于公司、合伙企业、合作社等商事组织。

总之,《公司法解释四》体现了中小股东友好型裁判理念,既有裁判规则的创新突破,也有规则设计的漏洞盲点。法学界对该司法解释的学理再解释责无旁贷。对股东基于公司决议效力瑕疵诉权、股东知情权、分红权、优先购买权和股东代表诉权而提起诉讼的各类案件,人民法院都应开门立案,凡诉必理、慎思明辨、求索规则、辨法析理、胜败皆明、尊重自治、鼓励创新、平等保护、关怀弱者、服务为本、裁判亲民、以和为贵、调解优先、动静结合、恪守中立。中小股东友好型裁判理念离不开对公司自治与司法干预之间的边界划分。倘若一家公司理性自治、治理井然、内安外顺,自觉弘扬股权文化,真正实现中小股东友好型的理念、制度与实践的三位一体,则该公司处于善治状态,中小股东权益保护也就进入趋于无讼或少诉的新常态。倘若公司治理出现失灵或僵局现象,法院作为公司治理医生必须挺身而出,匡扶正义。但司法

权尤其是自由裁量权行使的目的不是取代和否定公司自治与公司治理,而是要激活和康复公

司治理。因此,在公司自治与司法干预之间寻求平衡是一门永无止境的法律艺术。

The Art of Balance between Corporate Autonomy and Judicial Regulation: Innovations, Loopholes and Reinterpretation of Company Law Judicial Interpretation No. 4

Liu Junhai

Abstract: Based on the minority shareholder – friendly judicial philosophy, Company Law Judicial Interpretation No. 4 has made it easier both for the parties to litigate and for the courts to hear and to enforce the court rulings on corporate law disputes. In case of the failure of corporate autonomy, the judicial power shall not fail to step in. Judges should precisely understand the core values behind the Judicial interpretation, and carefully delineate the boundaries between corporate autonomy and judicial regulation. In hearing the case of defective corporate resolutions, the philosophy of transparent corporate decision – making shall be followed in terms of procedural justice and substantial legality. In hearing the case of shareholder’s right to information, the philosophy of transparent corporate governance shall be followed in terms of holistic disclosure and prevention of abusive inspections of books and records. In hearing the case of shareholder’s right to dividend, the philosophy of shareholder value investment shall be followed in terms of corporate voluntary declaration of dividend and mandatory declaration of dividend in exceptional cases of fraud on minority shareholders. In hearing the case of shareholder’s preemptive right to purchase the shares from other fellow shareholders, the philosophy of honest share transfer shall be followed in terms of differentiation between internal and external relationships, between shareholder’s ownership and transactional security. In hearing shareholder derivative suits, the philosophy of shareholder activism in corporate governance shall be followed in terms of rigorous procedure and broad application.

Keywords: corporate autonomy; judicial regulation; minority shareholders; corporate litigations; company law

(责任编辑: 刘宇琼)