刘俊海:公司争讼的裁判思维 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_88_98_E4_BF_8A_E6_B5_B7__c122_486367.htm 内容提要: 2007年10月24日晚，中国人民大学民商法前沿论坛在明德法学楼708报告厅举行。中心邀请中国人民大学博士生导师、法学院商法研究所所长、中国法学会商法研究会副秘书长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员刘俊海教授为同学们做题为《公司争讼的裁判思维：新公司法颁布两周年的回顾与展望》的精彩演讲。日本一桥大学法学博士、商务部与日本国际协力机构“中日经济法企业法合作项目”研究员杨东讲师，华南师范大学法学院副教授、广东省法学院劳动关系研究会副总干事周贤日博士到场评议。讲座由中国人民大学法学院博士研究生刘亮主持。刘俊海教授讲解了公司争讼的八大裁判思维，并以前三个思维方法为核心展开讨论。第一，凡诉必立，开门立案。刘教授从正反两方面论述了“开门立案”这一思维。一方面刘教授分析了当前公司争讼的六大特点；另一方面刘教授又列举了司法实践中法院不予立案的原因。此外，刘教授又针对新公司法立法中未提及“仲裁机构”作了简单论述，认为这属于立法技术的问题，不影响现实中仲裁机构对公司争讼案件的审理。第二，慎思明辨，求索规则。刘教授首先分析了法条解释中的两大问题：一是规范内容的多元化。刘教授认为商法规则的优先适用应遵循三个原则：“外观主义”法理、“既成事实尊重主义”和“企业维持主义”。二是规范形式的复杂化。刘教授针对法院裁判实务中面临的三个问题进行了探讨：最高院的司法解释与法律冲突的处理，

部分规章的效力和商事习惯的司法适用。此外，刘教授又引入介绍了法律解释的基本方法，即文义解释、逻辑解释、系统解释、历史解释、诚信解释、比较法解释和习惯解释。并且用生动具体的司法案例分别加以解说。其特有的犀利幽默的语言赢得同学们的阵阵笑声，使现场气氛达到高潮。第三，析案以理，胜败皆明。刘教授认为这种裁判思维主要有三个原则性要求：充实论证；援引法理，补缺漏洞；剖析情理，促进和谐。之后，刘教授还概括介绍了公司争讼的其他几项裁判思维：尊重自治，鼓励创新；以和为贵，注重调解；平等保护，关怀弱者；服务为本，裁判亲民；快捷高效，降低成本。在点评环节，杨东博士结合日本公司法，从比较法的角度谈了作为一名好法官应当具备的基本素质。周贤日教授结合自己的实务经验发表感想，并就股东名册、出资证明书、股权转让的优先权，以及外商投资企业股权转让的特殊规则问题与刘教授进行了较为深入的探讨。最后，刘教授就各裁判思维的冲突解决、企业破产重整、公司法的发展趋势等问题与同学们进行互动。讲座在同学们的热烈掌声中结束。

摘录人：石晓倩，刘苡玮 公司争讼的裁判思维：新公司法颁布两周年的回顾与展望?? “民商法前沿”系列讲座现场实录第302期 民商法前沿论坛系列讲座 主讲人：刘俊海 中国人民大学法学院教授、博士生导师 中国人民大学法学院商法研究所所长 中国法学会商法研究会副秘书长 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员 评议人：杨东 中国人民大学法学院讲师 日本一桥大学法学博士 商务部与日本国际协力机构“中日经济法企业法合作项目”研究员 周贤日 华南师范大学法学院副教授、硕士生导师 中国人民大学法学院民商法博士研究生 广东

省法学会劳动关系研究会副总干事 主持人：刘亮 中国人民大学法学院民商法博士研究生 中国民商法律网《民商法网刊》编辑部主任 时间：2007年10月24日18：30 地点：中国人民大学明德法学楼708室 主持人：同学们，大家晚上好，“民商法前沿”论坛为庆祝成立七周年暨论坛突破三百期，我们精心组织策划了一系列学术讲座。第三百期讲座已经由中国人民大学法学院院长王利明老师为我们带来《物权法：担保物权制度与完善》的学术演讲。今天是“民商法前沿”论坛第三百零一讲，我们非常荣幸地邀请到中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国人民大学法学院商法研究所所长、中国法学会商法研究会副秘书长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、十大杰出青年法学家刘俊海教授，为我们做《公司争讼的裁判思维：新公司法颁布两周年的回顾与展望》的演讲。同时我们也非常荣幸的邀请到日本一桥大学法学博士、中国人民大学法学院讲师杨东老师和华南师范大学法学院副教授、硕士生导师、广东省法学会劳动关系研究会副总干事周贤日老师，担任本次讲座的评议人。相信刘老师的演讲一定会给我们带来一次丰盛的学术大餐。下面有请刘老师开始精彩的报告！（掌声）主讲人：我就以最通常的方式（站起来）对大家光临今天晚上的演讲表示感谢，非常感谢杨东老师与周贤日教授的捧场，以及主持人的介绍。在新公司法颁布两周年之际，法制日报在上周刊登了一个专栏，关于公司裁判的调研报告，我给他们写了一个编者按，看了法院的调研报告，再结合我自己在国际贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会担任仲裁员的工作经历，以及我在相关的机构包括法院、律协讲课的感受，今天与大家探讨一下公司争讼的裁判思

维。我主要从八个方面谈这一问题：第一：凡诉必立，开门立案的思维应当说，法院和仲裁机构是公司法重要的守护者，而公司法又是拉动国民经济增长的重要发动机。法院和仲裁机构在公司法颁布两周年以来，受理了大量的公司争讼案件，对于保护股东权益、维护交易安全、完善公司治理、鼓励投资兴业、推动市场经济体制的完善方面发挥了积极重要的作用。但是，我们在看到成绩的同时，也应该看到公司争讼裁判的一些新问题，甚至是一些难点问题。当前的形势概括起来有这么几个特点：一是，公司争讼还是连年持续攀升，在经济发达地区如此，在经济欠发达地区也是如此。昨天奚晓明院长在讲座中提出了“经济纠纷多不是坏事情”的学术观点，我非常赞同。新公司法颁布的时候我到处去“弘法”，但是东南沿海地区去的多，西北地区去的很少，正因为如此我们这里的法院、仲裁机构对公司法的需要远远不如沿海地区。二是，公司争讼的类型全面开花，但仍然以股权诉讼为主。现在公司争讼的若干类型主要有：股东对公司提起的争讼、公司对股东提起的争讼、公司对高管提起的争讼、股东对股东提起的争讼、经营者对公司提起的争讼、债权人对股东提起的争讼，等。每一个类型里面又可以作出多种分类，我把公司对股东提起的争讼概况为二十一类：股东资格确认之诉、股东请求公司协助办理股东名册变更和公司登记机关登记变更之诉、股东要求公司给付已宣布的红利之诉、受压榨的股东请求法院责令公司分配红利之诉、股东请求公司给付应分配剩余财产之诉、出资证明或股票交付之诉、诉请公司召开股东会之诉、股东会决议无效确认之诉、股东会决议撤销之诉、董事会决议无效确认之诉、董事会决议变更

或撤销之诉、监事会决议无效撤销之诉等。另外，公司告股东的诉讼有六种情形，股东告股东的有十四种情形，公司告经营者的有三种情形，这说明公司诉讼类型全面开花。三是，法理含量较高的新型公司争讼日益凸显。很多法官认为，法理含量较高的案件往往是一些在合议庭内部产生巨大分歧的案件，往往是一审法院与二审法院有着结果截然相反的案件。大家知道，如果裁判者与裁判者对一个法律关系的梳理都有着不同的态度，这就如同两个名医对于一个病人的诊治方案有着截然相反的思路时，病人应该相信谁？会不会对医生的公信力和权威性产生某种质疑？如果会的话，大家又对法院和仲裁机构存何感想？治病只不过是救一个病人而已，但是如果一个公司争讼的裁判结果出现了偏差，这涉及到的可不只是一个人的利益，也不只是一个家庭的利益。在这种情况下，我们发现很多同一类型的案件在不同地区的法院，甚至在同一地区但不同审级的法院之间，存在着一些相左的判决。比如股东可否请求查阅公司的原始凭证？隐名股东能不能依据股权信托关系或者借名协议来主张自己的股东资格？公司法上讲的股东包括不包括隐名股东在内？这些方面存在不同的裁判观念，而且有一些公司争讼案件不仅仅涉及到股东，不仅仅涉及到公司的高管，还涉及到公司的债权人，涉及到职工、当地的社区以及广大的利益相关者，所以这成为当地公司争讼的社会热点新闻。四是，公司争讼的当事人多种多样，但是原告主体以自然人为主。上海高院有一个统计数字，2006年公司争讼的原告中自然人居多，共有572名，占原告总数的71.14%，法人包括其它非法人组织总共是232家，占原告总数28.86%；在被告里面自然人有424名，占被告总

数的47.53%，法人共468家，占被告总数的52.47%。如何解读这个数字，任何数字背后都是有原因的，这个原因可能是因为我们的经济没有健康发展，所以公司争讼的原告较多的体现为自然人，我想这有它的经济逻辑；其次，这也说明我们公司争讼各方的当事人权利意识力涨起来，他们受到了“秋菊打官司”的启发，他们要维权，当然万古不易的一个真理，就是在众多的权利主体里面真正关心自己切身利益的不是法人，而是自然人。比如看到虚假陈述的民事损害赔偿案件的结果后，有的投资者为之欢呼呐喊，因为上市公司赔了他钱。但是在上市公司背后造假的这些公司高管也是自然人，他们有没有从中遭受法律咬齿的这么一个令人心痛的痛苦呢？没有！这相当于在小羊羔身上剪一堆羊毛，然后送给小羊羔。正因为自然人在众多的权利主体中间对自己的感受和利益是最为深刻的，所以自然人作为原告为主的比例有一定合理性。大家试想，如果原告主体是以法人为主、以国有企业为主、以国资委为主，这是一个非常可怕的现象，非国有资产健康发展的战略布局就没有办法贯彻。五是，公司争讼的调解难度加大。与传统的民事案件或商事案件相比，公司争讼的调解难度明显加大，调解成功率不高。据上海高院的统计，在一审案件中调解结案的只占11.46%，到了二审阶段调解结案的只占到1.46%。为什么二审调解率比一审还低呢？这个不难理解。这个时候股东与股东之间、公司与高管之间、股东与公司之间、高管与股东之间的关系有的已经全面崩溃、全面恶化，在这种情况下，即使有回天之力也难以弥合他们受伤的心灵；加上法律裁判依据有时候存在着不确定性，各方当事人都对自己胜诉存在侥幸心理。我曾经在一个股权

转让纠纷案件当中试图调解，但经过两个多小时的周旋都没有成功，因为原告认为法律和正义站在他们这一边，被告人为他们不会败诉，双方都邀请了非常知名的律师做他们的代理人，我说你们这个猜测比在澳门赌博的赢率不会高多少，但他们认为自己百分之百都能够赢得这场诉讼，其实这个结果可能会出双方的意料。所以调解成功率不高的情况下，如何构建一个和谐的公司秩序，对我们的法院和仲裁机构来说，无疑是一个巨大的挑战。六是，当事人撤诉的比例较高。据上海高院统计，一审以裁定方式结案的192件案件中，有182件的原告经过法院准许撤诉而下达裁定，撤诉案件大多数缘于案件审理难度大，有的是缺乏法律依据。不少案件在法院做了大量调解工作之后，当事人达成合意撤诉了，这意味着这个案件里面隐隐约约存在着法官劝撤的缘故。我个人认为，法院动员当事人撤诉有利有弊，有的案件以和为贵撤回比较好，但也有的案件的撤诉使当事人对于是非曲直的判断标准更加模糊，甚至以后该做什么不该做什么更不清晰了。另外，我认为，我们的裁判者包括法官和仲裁员的能力建设还存在薄弱的环节。由于公司争讼有很多新类型的案件，裁判机构需要做一些探索性和开放性的判决，加上法官与仲裁员积累的公司法实务经验，这绝非一日之寒，所以出现了力不从心的现象。就像案件的增长比例在不同经济地区出现差异一样，不同区域的法官也感到不均衡的状态，发达地区的法院和仲裁机构审理案件的速度可能会快一些，效率高一些；但在一些经济欠发达地区，有些法官觉得审理难度非常大，有时一个案件审理两年甚至三年。当然了精工出细活，我觉得就像炖肉一样，炖的时间越长肉就越香，但是有的时

候如果把肉给炖没了，估计也不太好。（笑）总而言之，存在着以上一些新情况，针对这些情况首先树立的一个思维就是要凡诉必立，开门立案，彻底解决法院和仲裁机构失灵的现象。市场失灵、政府干预、政府失灵。所以我们有的时候要重新恢复市场的活力，如果市场失灵了，公司自治也失灵了，行政权也失灵了，司法权却不能失灵。如果司法权也失灵了，这个社会将会是什么样？那就是我们所看到的，有些法院和仲裁机构采取消极立案的态度：关于股东起诉要求确认上市公司股东大会决议无效的案件，许多法院都没有立案，没有立案的理由是，上市公司涉及的股东成千上万，万一给确认无效了，这会给多少投资者带来不利的投资后果，所以法官不愿意铤而走险，不愿意伤害社会公众。还有现在对于内幕交易和操纵市场的行为，新证券法与旧证券法相比做了非常大的制度创新，赋予这些受害投资者向人民法院提起诉讼、请求不法行为人给予损害赔偿的权利。但是最高人民法院的司法解释没有及时跟进，所以一些地方法院对于虚假陈述案件是不予立案的，但对于操纵市场的行为引发的民事争讼是暂时不予立案。还有涉及到非上市公司扩股纠纷的问题，有些法院认为，按照最高人民法院一九九八年的一百四十五号文件，对于非上市公司非法交易引发的纠纷法院不予受理。大家知道，上市公司有一个成型的二级市场的交易组织、交易体系和交易规则，但是非上市股份有限公司股权的流转对于股东资格的确认机构、登记机构，相关的法律规则现在还没有跟进。到了今天，我们是不是依然要采取暂不立案的态度？一些律师反映，有些地方法院对于一些纠纷案件既不立案也不出具不予立案的通知书，使得当事人非常被动

。我个人觉得，我们要打造一个诚信的法院，一定要坚决按照民事诉讼法和司法解释的规定，尊重各方当事人及其代理人的诉权，法院不诚信，社会是不会有诚信的。我简单地对凡诉必立、开门立案的正反两方面理由做下剖析。第一种不予立案的理由是，法无明文规定或者规定不明的案件很难裁判，既然难以裁判不如不立案。立案庭的法官会担心自己敞开立案的做法缺乏法律依据或超越司法权限的法律范围，审判庭的法官担心自己对法无明文规定的案件做出裁判的结果被上级法院改判，这就形成一个思维定式。但是，法国民法典第四条明确规定，法官借口法律没有明文规定、不明确或不完备而拒不审判者，以拒绝审判罪追究责任。我国刑法在去年修改的时候增加了一条枉法裁判罪，而且把仲裁员也加进去，这是最大的变化。为什么会这样？因为民法和刑法最大的区别就在于，刑事法律弘扬罪刑法定、疑罪从无的态度，反对类推制度的适用；而现代民法倡导私法自治、主张财产权神圣、主张扩大民商法的适用范围，法无禁止皆可为。正因为刑事案件解决的是刑事责任的追究问题，法院立案当然要慎之又慎。但是民事案件主要解决的风险、利益的分配问题，所以在当事人的品德和智慧还不足以通过协商等方式化解冲突的时候，法院当然要承担起定纷止争的重责大任。我很奇怪德国民法典怎么没有像法国民法典第四条这样的规定呢，于是在2001年请问了德国夏萨克斯州的司法部长，我问：“德国民法典为什么没有把法国民法典第四条写进去啊？”他说：“这是一个常识问题，根本无需规定，法国人浪漫他们认为写进去好玩，拿破仑民法典没有任何疏漏可言，法官不能拒绝立案，拒绝立案就是对法典最大的讽刺。”

在2002年我又拜访了日本东京地方裁判所，问的唯一问题就是：如果出现了法无明文规定的情形，法院要不要立案？他们说当然要立案！要不要实际审理？他们说当然要实际审理！要不要进行裁判？他们说当然要进行实际裁判！我又问：法律没有明文规定，法官怎么裁判啊？他说可以看看先例有没有啊！如果没有先例呢？那就看法理呗！说得非常清楚。大家都知道，英美法系的法官有时候肩负着一个为以后的裁判确立先例的重责大任，他们有沉重的历史责任感。所以，法无明文规定当然也要立案。第二种不予立案的理由是，法院对于复杂的公司争讼不予立案可以使法院保持一种对公司生活的中立态度，进而为公司创新预留空间。这个观点听起来多么的美好。但问题是，是不是法院不立案就保持一种中立态度了呢？比如说，杨东博士有力量，周教授有智慧，杨东博士准备与周教授搞一个拳击比赛，但周教授违反裁判规则，把杨东博士打的遍体鳞伤。最后，杨东博士找到我这来了，我说我为了让你们保持一个自由的创新的空间，我不予立案。实际上我这种不表态本身等于就纵容了不合规则的行为。所以说，法院想做一个中立的裁判者，但却因为不立案而没法保持中立，反而被一些奸诈商人所利用，他们就摸准了法院不予立案这个脉，哪些案件不立案他们就在哪些领域推出一些阴谋诡计来，反正法院不会立案。所以，这种被动鼓励失信行为的做法不是一个好做法。法院一直被誉为社会公正的最后一道防线，这道防线是不能够失守的。第三种不予立案的理由是，《最高人民法院案件案由的规定（试行）》当中，对民事案件的案由采列举的方式，上面列举的案件都可以立案，但没有列举的案件都不立案。但就我个人的看法，

最高院似乎还没有权力把哪些案件排除在法院的管辖范围之内。我认为，《最高院案件案由的规定（试行）》主要的职能就是方便法院立案和分类、以及结案以后的统计工作，而没有限制范围。我建议最高院及时修改《最高法院案件案由的规定》，不断把法院受理的新型案件纳入到受案范围，保持这个规定的开发性，第四种不予立案的理由是，法无明文规定或者规定不明的时候，法官可能会错判案件，由于错案追究责任制的存在，拘束了法院立案的决定。但是我个人认为，我们实行的二审终审制，还有一个非常活跃的审判监督程序，发挥了足够的纠偏作用，再加上法官业务素质的提升、司法解释的不断完善、判例指导职能的不断加强，我想一审法院的错误能够获得自我纠正。所以为了避免法官畏首畏尾的行为，建议在法官在法律没有规定或者规定不明的情况下，援引法理裁判，即使后来被二审法院撤销，也不予作为错案责任制的对象范围，因为这些不过是法官在法理层面上的不同认识，而不是主观上出于恶意为了偏袒一方当事人而枉法裁判。第五种不予立案的理由是，公司争讼案件增加速度过猛，审判力量不足，所以不能立案这么多案件。现在有的理论认为，一个国家的刑法规定哪些罪名、规定多少种刑事责任，这种刑事立法政策和刑事不法政策背后还有一些经济基础的因素在起作用。比如一个国家有十万人人口，一万名警察，那就可以把很多应当用刑事手段进行调整的行为都纳入进来；如果全国有十三亿人民，只有一千名警察，那么许多刑事责任案件可能就不追究了。其实，这有些本末倒置，如果治安秩序的维护需要增加警力的话，那么政府的失职，首先可能是编制不够，其次是经费给的不够。但对于法官来

说，我认为，还是要充实审判力量，提高公司法审判业务的专业化和职业化水准，进一步加强能力建设，这才是根本之策。第六种不予立案的理由是，公司争讼多属于内部“家务事”，法院不宜干预。其实家庭关系也需要司法权的介入，包括赡养、收养、离婚、共有财产分割等案件，说明法院介入家庭活动的必要性。那么，这个“家”推而广之，引入到公司家族里面来，道理是一样的。公司法律关系的错综复杂，不是法院不予立案的理由，而恰恰说明了法院立案的必要性和紧迫性。基于凡诉必立、开门立案的新思维，我们的法院应该参与到市场经济体制的完善中去。另外，在开门立案思维这里还有一个机构要进行分析，就是仲裁机构的问题。仲裁机构是我在“弘法”的过程中经常提出一个问题，为什么在提到人民法院的时候没有加上“或者仲裁机构”呢？合同法在五十四条就规定：“下列合同，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：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。另外，合同法第九十六条、一百一十四条也有类似的规定。应当说，这是一个立法技术的疏漏，新公司法修改蓝本是九三年的公司法，九三年的公司法在出台的时候，仲裁法还没有诞生，所以旧公司法不可能写上仲裁机构，但是九九年合同法就写进去了。所以我认为，新公司法虽然没有加上仲裁机构，但并不妨碍仲裁机构按照立法目的或者当事人的仲裁协议，对于这样的公司争讼享有管辖权。所以，我们

的仲裁机构也应当开门立案，大胆受理有仲裁协议的案件。但是，仲裁机构也有一个局限，就是不能追加第三人，所以在一定程度上不如法院依据职权或者依据当事人的申请追加第三人，可以以更快的速度和更高的效率查明案情。由于仲裁机构不能追加第三人，一定程度上影响了案件证据的调查和审查。但是仲裁机构的生命力在于契约自由，如果没有契约自由也就没有仲裁。这里面有一个问题，就是股东代表仲裁的问题，这个问题我提出十几年了，但它依然存在。比如说一家公司是债权人，另外一个公司是债务人，但是债务人公司的董事长与债权人公司的董事长互为翁婿关系，按照仲裁条款的规定，债权人应当及时对债务人公司主张权利，但是女婿要孝敬岳父，不告自己的岳父公司，这个时候债权人公司的小股东挺身而出，说他是你的岳父却不是我的岳父，我得告他，到了人民法院，法官就说你代表谁告啊？小股东说我代表我们公司啊！你的公司不是与债务人公司有仲裁协议吗？你去仲裁机构吧！到了仲裁机构，仲裁机构说，仲裁协议是谁给谁的啊？是我的公司与对方债务人公司的！那么，你现在是代理人吗？我不是代理人。那你本身与债务人公司之间有仲裁协议吗？我没有，我的公司有！那就让你的公司起诉吧！大家说这个问题该怎么解决啊？我认为，仲裁机构必须立案，因为股东提起股东代表仲裁的时候，他的请求权是源于公司，而非源于股东自己，而请求权的主体公司已经与被告公司存在仲裁协议了，这个时候公司所缔结的仲裁协议就覆盖到此时为了公司的利益而代表公司去仲裁的股东了。第二个方面，慎思明辨，求索规则的思维新法已经颁布，讨论立法论有意义，但是最有意义的是解释论。虽然新公

司法的可操作性、可诉性大幅提升，但是立法漏洞依然存在，所以需要法官到处去寻找裁判规则。辨法析理、胜败皆服，这是公司裁判重要的思维。但是更重要的还是寻找大前提，三段论首位重要的就是大前提。但是法官对大前提的寻找往往被法律本身的不确定性和模糊性所困扰，再加上现代公司法律关系盘根错节、立法文件浩如烟海、立法文件对公司关系的内容和救济的措施的立法真空，都给法官寻找妥当的立法规则带来了难题。这主要有以下几个具体问题：一是，裁判内容的多元化问题。从内容上来看，裁判依据既包括公司法，也包括公司法的特别法，还包括公司法的一般法和普通的民事法律。依据民法和商法的关系，民法是一般法，商法是特别法，民法的补充适用地位在公司争讼中非常明显。比如说我经常谈抽逃出资股东的民事责任问题，但是有的同学可能会说，公司法里面根本没有谈这个问题，你怎么说抽逃出资要让公司承担责任呢？我说，为了节约立法成本，这个问题公司法不需要规定了，因为民法规定的非常清楚，构成侵权行为就要承担侵权责任，抽逃出资的行为本身就是一个股东对公司财产权利的不法侵害，所以公司法不需要进行规定。还有一个是，对公司债权人的赔偿责任又是源于何处呢？公司法也没有进行规定，但是合同法第三条就规定了，抽逃出资的股东对公司而言就是债务人，当债权人发现债务人对次债务人、“孙子债务人”享有债权而拒绝行使的时候，“爷爷债权人”当然可以挺身而出啊，代“儿子债权人”之位可以直接告“孙子债务人”，这些民法都有明确的规定。所以我认为，学好商法必须要学好民法。（1）关于商法规则优先适用的问题，特别是要尊重商法的基本理念和基本

的制度规则，包括外观主义、既成事实尊重主义、企业维持主义。按照外观主义法理，合同法第四十九条、五十条规定的表见代理制度和表见代表制度会有更广阔的适用空间。有些公司法定代理人超越了代理权限，以公司的名义对外签署了担保合同、借款合同、买卖合同，最后老总下台，新董事长说新官不理旧账。这个话本身就存在问题，跑了和尚跑不了庙，还有一句话就是，“铁打的衙门，流水的兵”，我们也可以说，“铁打的公司，流水的董事长”，你不能据此不承担责任，原则上除了对方当事人知道或者应当知道越权了以外，作为担保人的公司和借款人的公司，一定要如约履行你的债务。至于说对方知道或应当知道与表见代理制度不同，应当由表见代表人所在公司承担相应的举证责任。再有一个例子就是，我现在发现很多名誉股东与实质股东走到一起的时候，举案齐眉，堪称莫逆之交，但是一旦公司赚了钱，利益就把友谊的眼睛给蒙住了，这个时候名誉股东有可能假戏真做，他把他的股权以假作真了；还有一个办法就是，名誉股东干脆转让给一个善意第三人，把股权卖掉，善意第三人成为股东，实质股东知道的时候可能是几年以后，等他再主张股权的时候，债权人说我是合法转让的啊，这个时候实质股东又该如何？我想对待这种名誉股东擅自倒卖其持有的股权信托协议项下的股权的时候，还是应当要尊重一个礼让善意第三人的外观主义法理。当然，也有例外的情形。如果实质股东有证据证明名誉股东和受让方恶意串通，这个时候实质股东就可以请求法院确认宣布他们所签订的合同是无效的。当然，即使善意第三人受到保护，实质股东还可以基于他与名誉股东之间的股权信托关系追究作为受托人的名誉股

东失信的赔偿责任。再如优先购买权的问题，老股东都有优先购买权，但是比如我瞒着杨东博士把股权卖给周教授了，周教授又卖给了吴春歧博士，吴博士又接着卖给了刘亮同学，刘亮又卖给了其他同学，最后老股东发现，我的优先购买权呢？杨东老师这个时候能够不能够主张优先购买权？杨东老师要求宣布我们之间所签订的合同一概无效，这样可以吗？我想这还是要严格遵守外观主义法理，看看现在的股东是不是善意第三人，如果是的话，他的股权是受到保护的。但是侵害老股东优先购买权和知情权的出让方，以及恶意串通的股东要依法承担赔偿责任。但是这个赔偿责任，以及这个损失计算的赔偿标准如何确立是值得研究的。第二个是既成事实尊重主义。在新公司法颁布之前，我们有些依据旧公司法成立的公司，原则上都是有效的。反过来，在93年公司法出台以前成立的不规范的公司，工商局都注册登记了，本身也不因此而无效，只不过以后要按照新公司法的规定进行规范，并不能否则这些主体的法人资格。第三个是企业维持主义。我个人有一个观点，裁判者要慎用公司设立无效制度，能够采取补救措施使公司能够继续存活下去的，一概不宣布公司设立无效。基本的法理依据就是，救人一命，胜造七级佛陀。昨天奚院长给我们提出了一个前沿研究课题，就是某证券公司被证券监管机构批准进入了赔偿清算程序，但由于股市的“牛市”行情，导致该证券公司从事自营业务而取得的股票价格大幅增值，进而得以清偿全部公司债务，现在存在的问题是，证券公司说我可不想死，我还想活着！监管机构说，你必须死，接着搞破产清算程序吧！这个问题现在争议非常大，因为这不光涉及到几十个券商的问题，还涉及到

许多风险投资者的利益。我的观点是，这就像火葬场正在对一具“尸体”准备火化的时候，这具“尸体”突然复活了，但火化场的工人不能说，你必须火化，因为你是从太平间推出来的，医院都签字了。这个道理是一样的，在证券公司复活之前，证券监管机构实施的行为是有瑕疵的。我个人认为，一定要保护证券监管机构依据当时的法律、依据当时该公司的债权、债务状况，依法所做的处置行为的合法性，其合法性不因此存在瑕疵，法院启动的破产清算程序也便没有瑕疵，法官是好人，证监会的官员也是好人，但是证券公司还得活着。当时这个公司为什么进行破产清算程序呢？就是因为它资不抵债、不能清偿到期债务，而且其资产也不足以清偿所有债务，干脆就让它赔偿吧，使债权人能够按照比例公平受偿，使债务人公司的股东能够得以解脱。但现在既然债权人已经能够获得足够清偿，债权人就没有必要非得逼着债务人公司必须死掉。另外，公司的效率也不能因为股东的瑕疵出资行为、抽逃出资的行为而无效。在沸沸扬扬的讨论当中，我听到一个非常有意思的观点，认为这里的合同都有效，周老板没有履行自己的出资义务，这说明出资有瑕疵，出资有瑕疵就公司设立无效，公司无效竟然还经营了十一年。这个观点是存在问题的。任何一个股东拒不按照公司章程确立的出资方式、出资金额、出资期限履行出资义务，当然要承担相应的对其他股东的违约责任、对公司的资本充实责任。如果拒绝承担这两种责任，还要对公司的运营承担补充清偿责任，但是并不必然导致公司设立无效。（2）公司规范形式的复杂化问题。从规范形式看，立法文件不同的阶位顺序，也要引起裁判者的重视。立法法也规定了法律适用的一般

原则，比如特别法优先适用，一般法补充适用；法律效力高于行政法规，行政法规高于地方性法规规章；法律之间就同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致的时候，由全国人大常委会来裁决；如果行政法规对同一事项新的一般规定与旧的特别规定不一致的时候，且不能够确立适用，由国务院进行裁决。但是立法法并没有提供所有问题的答案，比如有两个问题，一个是最高人民法院的司法解释与地方法规冲突的时候，法官以何者作为裁判依据？很多地方政府规定了许多地方实施条例，最高人民法院的司法解就很容易与地方制定的法规条例相冲突，这个时候应该怎么办？一方面，立法法并没有规定司法解释的法律地位，法律的解释权仅仅交给全国人大常委会，但是全国人大常委会很少去做法律解释；另一方面，立法法也确认了地方性法规的效力。后来我看了人民法院组织法，上面就谈到了人民法院的司法解释权。所以我认为个人的看法是，凡是地方性法规和最高院司法解释有冲突的时候，我们可以把司法解释作为法律的范畴予以解释和运用，因为司法解释唯一的目的是探求立法者的立法真意，发现法律条款的内涵。正因为如此，法官在裁判的时候要援引司法解释，更要援引司法解释所指向的法律。之所以这么做不是因为最高人民法院的司法解释比地方政府制定的法规效力要高，而是因为解释所指的对象其效力高于地方性法规。其次，关于部门规章的效力问题。民事法律对这个问题没有特别的规定。公司法第二十二条规定：“股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。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，

股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

” 合同法第五十二条规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。”但是，违反部门规章的公司决议、违反部门规章的合同效力如何，语言不详。于是出现两种对立的观点，一种观点认为，违反了部门规章没有什么，不导致无效；还有一种观点认为，部门规定也不能违反，毕竟上面盖的还有国家的公章。这两种观点都有一定道理，但是我的观点是第三种，采取中庸之道，在中国很多学术观点采取中庸之道的方法可能更为可取或者更为科学一些。原则上违反部门规章的公司的决议、合同并不因此而无效，这是为了预防部门规章、部门保护主义对市场经济秩序带来的负面作用和影响。另一方面，如果某一个部门规章背后隐藏着对国家利益和社会利益的保护，这个时候可以例外参照部门规章来认定违反部门规章的公司决议、合同行为无效或者可撤销。（3

）关于商事习惯的问题。裁判依据找不到，法律、行政法规当中没有，部门规章也没有，我看应当优先考虑商事习惯。商事习惯是在市场社会中被广大商人反复遵循、反复实践的商业做法，如果我们把公司立法比作国家制定的外生法律规则的话，商事习惯可以称为商人自己制定的内生法律规则。商法最早源于商人的商业习惯，是商人自治的立法，后来被法院慢慢所采纳，所以我们的裁判机构一定要注意发现和挖掘公司生活当中的商事习惯。我也建议同学们，注意一下商事习惯的调查研究，这也是法律漏洞补充的一个依据。但是，这些行规要能够成为裁判依据，必须满足四个条件：（一）必须是市场经济国家主流的企业、主流的商人普遍遵循的实践；（二）这个做法应当不违反我们现行的强制性规定；

（三）不应当违反传统的商业伦理；（四）符合我们中国现有的国情，特别是经济发展水平。如果不符合这四个条件，我觉得这个行规不能够作为商事习惯去援引。我附带也发表下自己的看法：我认为，酒店协会禁止顾客自带酒水的规定就是无效的，其最大的忌讳就是为行业协会成员外部的第三人设定义务。但是如果商事习惯运用得当的话，可以取得非常好的裁判效果。这不单单表现在商事案件中，对民事案件也是一样。我记得许昌法院裁决一个案件，是一位学校的校长带着四位老师邀请另外一位老师喝酒，其中一位老师因为不胜酒力酒精中毒死亡，这位老师的家属对五位老师包括校长提起民事赔偿之诉。五位被告人辩称，我们没有强行的让他喝酒，是他自己要喝的。这位审判的法官非常有经验，举出当地的喝酒习惯，一般先是端两个，你喝我不喝，然后再敬三个，于是就推定四位老师和校长每个人给这位老师敬了三杯、端了两杯，加上一块是二十五杯，反过来这位老师分别再与每位老师一人端两杯、敬三杯，一共是五十杯，五十杯可以认定对一个酒力不足的人足以造成死亡的后果，按照当地酒文化规则，就推定当时存在这个事实。大家注意，法官在裁判的时候不是把当时的酒文化规则作为一个习惯规则，而是作为一个证据认定的规则。我个人认为，这也符合最高人民法院关于民事诉讼证据规则若干规定的要求，按照当地的酒市文化和习惯就是这样做的，现在可以还是按照这种规则在进行，后来法官就这样裁判，当事人也没有提出相反意见。

（4）法律解释的几种方法。这里我也谈几点个人的看法：法官能否找到条文这是第一个困惑，第二个困惑是找到条文以后这个条文规定了什么。我想介绍几种常用的解释方法。第

一是文意解释，按照法条所印的文字，包括语法、文字所蕴含的通常含义予以解释。九三年公司法第二十四条规定，股东可以以货币出资，也可以以实物、工业产权、非专利技术和土地使用权作价出资。这条规定有没有排除第六种出资方式？没有！因为这是采取开门列举的方式进行的。但也有的法官、工商局认为，这是关门列举，列举了五种出资方式就是五种。实际上正确的文意解释是允许第六种甚至第一百种出资方式。其实旧公司法这样规定本身也没有问题，现在新公司法第二十七条规定的更加明确了。另外还有，公司法里面很多的名词比如股东债权人、公司章程等都有确定的含义。我认为，债权人在新公司法第二十条第三款揭开公司面纱的案例当中，除了包括司私法主体，也包括公法主体——国家债权人。“股东”有时候要做限缩解释，有时候需要做扩张解释。比如依限制解释，揭开面纱的“股东”二字不包括无辜的非控制股东，不是所有的股东都可以被揭开面纱承担责任的。揭开面纱之后，只有滥用有限责任和公司法人资格的股东才被追究责任。但有的时候也需要做扩张的解释，比如隐名股东、实际控制人，如果从字面上看他的确不是股东，工商局也没有他的名字，股东名册上也没有他的名字，但实际上他象幽灵一样每天在公司治理当中、分红背后随时发出令人恐惧的声音，所以这样的人要拉进来。我们要鼓励顾名思义，但是不能望文生义。法律也好，章程协议也好，有的使用的是退股协议的名字，其实整个文件不是退股协议，而是转股协议、股权转让协议，所以我们不能完全看一个名字而不看它的内容。再比如，公司法规定董事长不履行或者不能履行职责的时候，由副董事长自动代替其履行职责，这

里面包括不包括董事长为了个人私利告公司的情况？如果这种情况下法院立案了，董事长一会坐到原告席上，一会窜到被告席上，这就存在问题了。当他以一个债权人状告公司的时候，由于存在利益冲突，这个董事长就不宜以被告的法人代表身份坐到被告席上，这个就属于公司法上所规定的“董事长不能履行职务的情况”，所以说文意解释依然是最基本的解释方法。第二个是逻辑解释方法，通过形式逻辑的力量对于法律条文的内容和含义有一个清晰的认识。大家法律的力量在于经验。但法律的力量在于逻辑也好，在于经验也好，并不冲突。经验也是源于逻辑的力量，因为演绎是逻辑、归纳也是逻辑，只不过使用方式略有不同而已。比如说基于逻辑解释的方法如何看待互有矛盾的出资证明、股东名册、公司登记机关登记的资料和股权转让协议等，现在法官看到这些都懵了。有股站出来，我是股东！有人马上又站出来说，不对啊，你的股权已经卖给我了，我们有股权转让协议啊！还有人站出来说，不对啊，你把股权也卖给我了啊，我这还有股东名册呢！后来来第四个人说，他的股权还卖给我了呢，我的名字都上了公司章程了。再后来第五个人说，他的股权还卖给我了呢，我的名字在登记机关登记册上都有显示。这个时候如何梳理源泉证据、推定证据和对抗证据的效力？只有靠逻辑才能够解决这个问题，这个逻辑就是，源泉证据是认定股东资格的证据之本、证据之源；其次，股东名册作为有限责任公司股东资料的基本形式，对于股东资格的确认有推定的证明力，但有相反的证据可以推翻。第三，公司登记机关的登记资料起到保护第三人信赖的作用，登记在上面的人可以对抗第三人，没写在上面的人不能对抗第三

人；如果存在善意第三人的时候，礼让善意第三人。如果没有那就看基础证据，看源泉证据。因为有了基础证据才能够产生名册变更的问题，股东名册变更完了以后，才有公司登记机关登记的问题，这个顺序就是这样一个逻辑结构。逻辑解释里面还包括一种技术化的方法，那就是举轻名重。我看到各地法院有争议的一条规定就是，新公司法第三十一条规定：“非货币出资的股东存在瑕疵的时候，公司设立时候的股东要为其承担连带责任。”产生的问题就是，以货币出资的情况下，作为设立时的原始股东要不要承担连带责任呢？肯定观点认为，应该承担连带责任；否认的观点认为，不应该承担连带责任。否认的观点是基于文意解释，规定的就是非货币出资的股东。如果从文义解释来看，这个问题找不到令人满意的答案。所以也只能适用举轻名重的逻辑解释方法。我经常举的例子就是，我陪孩子去公园，虽然草地上面写着禁止攀折花木，我还大胆的鼓励孩子把树上的柿子摘回来，庆祝党的十七大，摘十七个回来。（大笑）公园管理处肯定制止我们这种行为，说：“刘先生你还在《今日说法》普法呢，你还自己带头违反规则。”我说“你牌子上面写的不是禁止攀折花和木，柿子哪是花和木啊？”公园需要不需要把所有的禁止事项都列出来呢？不需要！因为按照举轻名重的解释方法，花都不让摘，能够让你摘果吗？所以我就说，非货币出资的股东是否存在瑕疵，对于非专业人士股东而言监督难度非常之大，而货币出资到位是否及时、充分、足额，监督难度非常小，监督难度大的都要承担连带责任，监督难度小的更要承担连带责任。另外一个类推适用。公司法规定了有瑕疵的股东会决议、董事会决议可以寻求司法救济

，但没有谈到监事会决议的问题。现在有的股东说，监事会决议出卖我们的利益，作出的决议有问题，能够不能够诉讼到法院？法院说，公司法没有对监事会决议作出具体规定，所以不予受理。如果是我会说，应该参酌股东会董事会决议的效力的司法审查制度，参酌公司法第二十二条的规定，应该给予立案。另外，老股东主张自己法定的优先购买权、知情权被侵害，而请求人民法院撤销前股东与受让人签订的股权转让协议，这个权利有没有限制啊？要不要受到法定出资期间的限制呢？公司法没有进行规定，我个人认为，可以参酌合同法第五十五条的规定关于出资期间的规定。另外，公司法第二十二条如果大家注意的话，股东对于有瑕疵的公司决议提起诉讼的持股期限和持股比例没有任何要求，但是我们再看新公司法第一百五十二条的规定，对于股东提起代表诉讼的资格，对于股份公司股东是有要求的，持股比例是百分之一，持股期限是六个月。如果是上市公司的股东，能不能今天买的股票而第二天就告去？为了避免股东滥用权利，我主张，将来公司法司法解释可以写上一条，对于股份公司包含上市公司的公司决议提起诉讼的股东，要满足持股比例和持股期限的要求。至于有限公司因为股东代表诉讼也没有锁定原告股东的条件，所以我认为，这个就不要限制了。再有一个就是反对解释。公司法规定，债权人可以请求人民法院责令滥用公司人格的股东承担连带责任；反过来说，股东能够不能够请求人民法院揭开子公司的面纱？现在有的母公司说，我揭开我“儿子”的面纱，我代替行使我“儿子”公司的权利行不行？我起诉他的债务人行不行？我认为，还是要用法律解释的方法，写的是债权人没有写你，你就不可以

代替子公司行使权利。第三个方法是系统解释或者体系解释。现在一个有五十个股东的有限责任公司进行股权转让，最后一个人持股一个亿，一个人是买不起这么多股权的，有一百个人分别购买其中一份，每人购买一百万的股权，最后公司出现一百四十九个股东。有人就认为这个合同无效，因为违反了有限责任公司股东不能超过五十人的规定。有更甚者认为，合同不单无效，公司也应该认定为无效。我的观点是，合同有效，公司也有效。这就是基于体系解释的方法。因为有限责任公司五十个人是上限，写在公司法的第二章《有限责任公司的设立和组织机构》，而没有写在公司的解散、清算部分，更没有由立法者确定为公司解散的法定事由。第四个方法是历史解释。比如公司法第十五条规定，公司向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。有的法官就说，我解读的体会是母公司不得为子公司承担连带责任债务保证，否则不是对企业债务承担连带责任了吗！按照历史解释的方法，在公司法修改的过程当中，这一条展开争论的核心就是，公司要不要受转投资的限制，要不要与子公司做一般合伙人？而根本没有讨论过母公司能够不能够为子公司债务提供担保的问题，所以并不禁止母公司为子公司债务提供担保。第五个方法是诚信解释方法。公司法有一个缺憾，没有把诚信原则写进公司法的总则部分。但大家心里有数。比如老股东卖股权，我卖给杨东博士百分之十的股份，一百万，后来杨东博士喝完酒，与周贤日教授说，刘老师股权卖给别人才一百万，咱们自己的财产怎么才一千万啊！后来要求查账。杨东博士说，刘老师你已经不是股东了，你是前股东，前股东已

经不是股东了。我说前股东也是股东的一种啊，他认为按照文意解释不应该是这样的。基于诚信解释，合同法里面有一个后合同义务，虽然公司法没有规定后股东的公司协助义务，但是按照诚信原则或者商事习惯，公司也要对前股东履行必要的协助义务。第六个方法是比较法的解释方法。关于股东能否查阅原始凭证，看日本立法例，看美国立法例，我们就可以得到答案了，包括原始凭证的规定。第七个方法是习惯解释。比如说新公司法七十二条评价规定，老股东的优先购买权是在“同等条件下”。如何理解“同等条件”只能看商事习惯，而不能拘泥于具体的金额，金额也只是其中的一种，除了金额以外，交易的框架、交易的条件以及给付的时间、方式，以及其他配套的条件，包括职工安置问题、高管聘用的问题等等。昨天奚院长的讲座也提到，股东能够不能够复制、复印、拍照帐目？有的公司就规定，看可以，复制、复印、拍照就不可以。为什么呢？害怕泄露商业秘密。我个人的观点认为，从商人的思维考虑问题，当然包括复制、抄写权利证明。第三个思维是，析案以理、胜败皆明一是充实论证，强化推理。如果说前面讲的辩法功能在于寻求三段论，主张大前提，那么析理的功能主要在于强化逻辑论证过程。析理不仅仅要求在调解阶段和庭审阶段，对当事人明之以法、晓之以理、动之以情，更要求法官在写判决书或者裁决书的时候，周密地论证为何认定某一证据、为何援引某一条文、以及作出判决的准则。但是我发现，现在由于公司争讼案件数量高居不下，法官办案压力非常之大，有些裁判文书过于简单和武断，对裁判理由阐述的不清，过于原则概括，不利于息事宁人、案结事了。有的案件判决就是简单的两页纸

，第一页就是原告诉称，反过来就是被告辩称，然后是经本院查明，再有就是本院认为，判决如下，理由就是几条。原告胜诉了也胜的不踏实，自己都疑惑赢了没有；败诉的一方当然也不甘心。所以我认为，为了使当事人息诉服判，还要增强裁判文书的推理过程。我觉得，为了鼓励法官享受裁判理论，建议各级法院为法官撰写优秀的裁判文书引入稿费激励机制，比如一千字的给一百元钱，以一千字到二千字的给二百元，以此类推。有一次我在肇庆法院讲课，有一位法官站起来问我：“刘老师，这个制度那一天开始实行啊？”我说，问问你们院长就可以！（笑）二是援引法理补缺漏洞。援引法理办案我是这么理解的：一流法官拿法理裁判，二流法官拿法条裁判。法理具有法理漏洞补充的功能。比如说董事会发生了宫廷政变，新董事长向法院提起诉讼，要求老董事长返还公司的公章。法院可能会问，你的诉状为何最后一页没有公章啊？新董事长说了，我的诉讼请求要的就是公章啊！那你拿个企业法人营业执照我心里也踏实一些啊。你看我的第二项诉讼请求要的就是企业法人营业执照！法官又说，那你拿个税务登记证我也稍微心有所安啊。你看我的第三项诉讼请求要的不就是税务登记证嘛！这样的话，你什么都没有，不予立案，立案了反而对你不好，你想想，你今天立案了，明天老董事长拿着盖着大红公章的撤诉申请书，经查本公司公章没有丢失，请求撤诉。你别忘了，准予撤诉，案件诉讼费只能退还一半。你告一回他撤一回，对你来说要损失多少诉讼费用了，新董事长心想真是服务型的好法官啊！第二天睡一觉明白了，我还得立案，那就去公安局开证明刻公章，刻完公章好立案。公安局说可以啊，把介绍信拿过

来，一看介绍信没公章，那你到工商局拿着企业执照来我再给你开证明、刻公章吧。所以，老董事长耍耍赖的话，工商局、公安局、法院都会感到非常的为难。有的法官就问我，这样的案件怎么解决？我说就按照法理来解释啊，当董事会选举了新董事长，董事会决议的那一张纸就胜于公章，有董事会决议就可以代表公司提起诉讼。三是剖析情理，促进和谐。我们现在都讲究裁判法律效果、事实效果统一。因为法院、仲裁机构不是生活在真空之中，裁判文书不单要满足法律共同体认同的公平公正的规则，还要满足社会公众对裁判文书的价值评判标准。首先，是不是合法；如果合法，是不是合理。在这种情形下，裁判结果的公开会引起败诉方和社会公众的品头论足。所以说，裁判者除了详述裁判的法律理由，还要详述裁判的伦理根据，尽量缩小法律效果和社会效果之间的鸿沟。第四个裁判思维是，尊重自治、鼓励创新公司自治是现代公司法的灵魂，是市场经济活力的秘笈，也是新公司法修改的一个最大的亮点。弘扬公司自治就是创建创新型的国家，所以，司法权介入公司生活有一个最大的底线就是，不能威胁公司自治的存在，也不能伤害了公司自治。否则，我们还不如不要司法权的介入。基于此，我得出几点结论：第一，公司自治的精神要求裁判者首先尊重商人们的理性选择和商业判断，因为隔行如隔山；第二，公司自治行为有效推定的规则，包括公司自治行为和股东自治行为，还有各方公司法律关系，基于私法自治达成的契约或者契约的安排，只要是不违反强行性规定，不违反诚信原则和公序良俗，不损害公共利益，都属于有效的安排。第三，公司自治在裁判者“迷路”的时候，应当成为公司争讼裁判的一个指

路明灯，但是最为重要的是，善于识别禁止性规范、强制性规范、倡导性规定和任意性规范的解释方法。另外，裁判者不宜干预公司的服务政策，例外的除外。将来法院在公司生活当中要引入经营判断规则，要树立接近公司治理程序的新理念。第五个裁判思维是，以和为贵，注重调解调解的好处一个是有心理安慰作用；其次，符合公众追求实质公正的法律意识；第三，弘扬契约自由精神；第四，降低诉讼成本；第五，有利于弘扬社会治理的民族意识和理性意识。对于公司争诉而言，法官一方面鼓励包括解散公司之诉的时候，一定要尝试股权转让、公司分离等其它的不解散的方法；另外，预防当事人恶意串通，达成协议损害第三人的利益。第六个裁判思维是，平等保护、关怀弱者平等保护隐含着对弱者适度倾斜的正当性理论，向弱者适度倾斜是对平等原则的进一步发展，包括对小股东、债权人的保护。首先，从实体规则来看，我们在面临两种不同学说的时候，选择有利于弱者的观点。另外，在证据方面，也要推行弱者友好性的规则，一个是法律规定的举证责任倒置，要坚决依法办理；二是按照实质平等原则，运用证据分配规则；三是当事人由于客观原因不能搜集证据的时候，可申请法院以职权来调取证据。第七个裁判思维是，服务为本、裁判亲民法院与仲裁机构的裁判活动是一种社会公众服务，属于第三产业服务范畴，因为当事人享有裁判服务不是免费的，不管最后是败诉方承担，还是双方承担诉讼费，都是收费的。其次，诉讼和仲裁都是解决争讼的一种方式而已，只不过他们的裁能具有垄断性。基于此，裁判者要抛弃官僚主义思想，抛弃管制型裁判理念，从细微处着手，将服务性理念贯穿到裁判的全过程。另

外，服务型的裁判者还要创新司法建议，要从裁判当中吸取法律营养素，慷慨的捐献给社会大众，尽法律风险提示之责。第八个思维，快捷高效、降低裁判成本裁判做到一个快立案、快审理、快判决、快执行，重点解决一个立案难和执行难的问题，而且裁判者要尽可能地节以相对少的资源，取得最公正、最有效力的裁判结果。裁判者要严格遵守审限限制，这不光是为法院节约成本，也是为争诉双方节约成本。我觉得，现在法院不光要由败诉方承担本案的案件受理费用，而且还要承担胜诉方为了迎战诉讼而花费的必要的律师费用。现在很多胜诉方赢了官司之后，案件受理费倒是由败诉方承担了，花费的律师费用往往由自己承担，这是不公平的。我认为，这应当视为由于败诉方失信的行为而给胜诉方造成的一种实际损失，只不过这个损害不是原始损失，而且一个放大以后的二次损失或者派生损害，也是实际损失的一种。赔偿胜诉方的律师费用，才能够将由于诉讼给受害人带来的损害消除到最低状态，这样可以遏制一些恶意诉讼案件的发生。由于时间关系，我就讲到这里，谢谢大家！（掌声）

主持人：谢谢刘老师精彩的演讲，下面开始评议！杨东老师：谢谢主持人。我算不上评议，只是听了刘老师的报告以后谈几点自己的想法。因为我长期在国外留学，对于国内很多实际的案例审判接触不多。大家从刘老师的演讲中可以发现，刘老师以其独有的幽默犀利的语言，生动形象的表达方式给我们做了一场生动的报告，尤其是对如何做好法官列出了很多条件并提出了几点要求。昨天奚院长的讲座可以说是一场法官的学术讲座，今天刘老师的讲座与其说是一个学术讲座，倒不如说是一个如何做好法官的讲座。去年我陪最高

人民法院的法官去日本对公司法进行考察，就发现国外法官的学术水平是非常高的，比如日本法务省负责公司法典制定工作的很多官员原来都是法官出身，在这次日本公司法的修改中法官起了主导作用，他们公司法起草的思维理念最初是由学者制定出要纲，其后的工作比如抽象出法条都是由立法官员进行的，当然主要的立法官员以前都是法官。另外，对中国公司法与日本公司法进行比较，我发现，在我们大陆法系国家中，日本通过这次公司法的修订体现了美国法化的现象，公司法逐渐发展为一种适合经济发展的政策法，原来很多强行性的规定现在都没有了。但是最根本的变化是，从事前的规制转化为一种事后的监督，这个事后的监督就是司法系统的监督。虽然我们中国的公司法还比较简单，但是通过这次修改，很多诉讼制度被移植到公司法中。但是由于很多制度还没有被吸纳到公司法中，导致现实公司生活当中产生了很多不得已发生的诉讼，这些纠纷有必要到法院或者仲裁机构去解决。所以说中国的法官某种意义上承担着一种法律的制定或者规范制定的作用。但是如何做好一名好法官，需要具备哪些素质，我认为以下三点是必须具备的：第一，应该具备专业性知识；第二，具有创新能力，因为在公司诉讼越来越多的情况下，有些地方法律没有明确的作出规定，需要法官作出创新的工作；第三，要把原则性和灵活性相结合；同时，法官还要具备广阔的胸怀，有一种为社会大众服务的精神。周贤日老师：非常感谢主持人能够给我这次机会，使得我能够近距离接触刘老师。我来做刘教授演讲的评议人是不合适的，因为我的学问没有刘教授做的好，但是年纪与他相仿。听了刘老师的讲座以后，很多问题得到了启发。刘

老师报告当中提出了当前公司纠纷案件裁判所面临的新问题和挑战，对很多纠纷提出了解决办法和思维方式。在此我向刘老师提出几个问题：第一，在公司争讼当中如何看待股东名册的问题？第二，受让股东是起诉转让方股东，还是起诉公司，或者将二者作为共同被告？第三，司法裁判之后，可以不可以直接向公司登记机关申请变更登记，或者要求法院协助执行？刘俊海老师回答：关于股东名册效力的问题，我认为，股东名册载明人可以推定为公司的股东，但有相反证据可以推翻。我们为什么假定公司名册有这么重要的证明效力，但又不是那么绝对？这是就像自然人我们有理由推定他有理由知道自己的生身父母是谁一样，但这样推定往往是不可靠的，所以才有亲子鉴定业务的发达。所以我认为，有相反的证据可以推翻，因为有的人的确出资了，股东名册里面没有写出来，买了股权可能没有进行变更登记。所以我就说，有了股权转让协议可以把股东名册给变更过来。另外，如果没有股东名册怎么办？这个时候要看与之相当的替代的证据，也就是其他的表示公司确认契约股东意思表示的文件，比如股东会开会通知，都可以，这些都可以证明公司已经知道我是股东了，其证明力与股东名册是一样的，关键要抓住意思表示。第二，没有出资证明怎么办？没有出资的反而有出资证明，出资倒的没有出资证明，同样找替代证明。别太迷信出资证明书，因为公司法规则是为君子而立的，实践当中并不见得都是君子。对于一些如果真的没有出资证明书，可以拿出向银行出资时银行所出的收据，或者资金划拨的电子凭证，等等，都可以。另外，关于股权转让合同效力的问题，老股东之间股权转让绝对自由，但是我们也要给他们一

个公司自治的空间，让他们约定股东之间转让也得经过其他股东同意。同学问：关于公司法解释的方法，如果法解释之间相互冲突应该怎么解决？答：首先法官要行使自由裁量权，但这个自由裁量权是不能够滥用的，关键是要统一到我们主流的价值观上来，那就是公平和效率兼顾。那一个观点更接近效率和公平，就是优选的方案。如果这几种解释相矛盾，以更加公平的方式优先，而不是效率，这一点是非常明确的。（校对：石晓倩）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com