

# 公司治理准则的司法适用

曹兴权\*

**摘要:**我国公司治理准则的实践,应关注司法审判中当事人和法院很少选择适用的困境。其被消极对待的根本原因在于,自上而下的制定与推行机制背离公司治理准则的自律逻辑和内生属性。若坚持现有体制,则应主动利用司法裁判活动的检验、推广与发展促进效应,引导作为软法规范的公司治理准则规范向企业组织习惯回归,弥补因自上而下的监管实践而内生的体制性缺陷以及因资本市场不成熟导致的遵守或解释评判机制而内生的市场性缺陷。为此,公司治理准则的制定者应关注司法对公司治规范的需求以及审查立场,完善修订机制与推广实施机制。

**关键词:**公司治理准则 公司治理 组织习惯 习惯 软法

## 一、问题的提出

在“深圳市卢堡工贸有限公司诉新都酒店股份公司侵害股东权纠纷案”中,被告在2002年股东大会选举独立董事时,未实行累计投票制,法院直接以该股东会决议违反《上市公司治理准则》第31条的规定及被告的《公司章程》而认定有关独立董事选举的股东大会决议是违法而无效的。<sup>①</sup>虽然该案判决在《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)现行规定下值得商榷,但在裁判过程中运用《上市公司治理准则》的现象值得关注。无独有偶,在“佛山照明虚假程序系列案件”中,广州市中级人民法院认为:《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国证券法》《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》等法律法规均对关联关系或关联交易进行规制和指引,信

---

\* 西南政法大学民商法学院教授,法学博士。

① (2003)深罗法民二初字第1727号。

信息披露义务是法律法规对关联关系或关联交易进行监管的基本要求。<sup>①</sup>

作为一种社会规范,公司治理准则在公司纠纷司法裁判活动中可以被运用。并且,作为一种自律性规范,公司治理准则在公司纠纷司法裁判活动中理应被广泛运用。但是,我国的司法实践并非如此。以“公司治理准则”检索中国裁判文书网,相关案例有17例;其中13例涉及佛山照明虚假陈述案,另外4例分别涉及股东会决议纠纷、挪用公款的刑事案件、<sup>②</sup>信息公开行政处罚的行政案件、<sup>③</sup>证券公司之间的股票质押回购协议纠纷案。<sup>④</sup>以“公司治理准则”检索北大法宝案例库,民事案件仅有4例,其中2例涉及联营合同纠纷、1例为侵害股东权利纠纷、1例为损害公司利益纠纷。综合各种收集渠道,2000年至今,法院在民事、刑事、行政审判中涉及“公司治理准则”的不超过30例。其中,法院对当事人提出的公司治理准则主张进行回应或者在裁判及推理中运用公司治理准则的案例,不超过20例。

2002年《上市公司治理准则》被认为是证券监管的一项重大举措,被理论和监管部门看好的公司治理准则却很少被法院运用,此种现象值得反思。问题的根源是在公司治理准则质量不佳的本身,还是在法院的态度和方法?如果是前者,需要反思对公司治理准则内容以及其制定机制与实施机制;如果是后者,需要完善公司纠纷审判机制。利用司法审判的权威性审查,或许是推广甚至发展公司治理准则的良好途径。

对该问题的反思,在《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)出台后尤为迫切。一方面,《民法总则》第10条确立了习惯的补充性法源地位,而公司治理准则的那些被社会普遍接受的行为规范可能已经转化为组织类的习惯;另一方面,《民法总则》第86条对营利法人提出的遵守商业道德、履行社会责任的抽象要求,很难通过强制性的法律来实现,这些衡量公司治理水平的具体要求最好通过公司治理准则之类的自律性文件来规定,通过公司治理准则特有的约束机制来推行。

---

① (2015)穗中法金民初字第430号。

② (2015)金刑初字第100号。在该案中,被告利用《上市公司治理准则》进行抗辩,认为《上市公司治理准则》可以证明“控股股东不能对股东大会人事选举决议和董事会人事聘任履行任何审批手续,不得越过股东大会、董事会任免上市公司的高级管理人员”,但法院对此抗辩未予回应。

③ (2014)一中行初字第6842号。在该案中,原告以《上市公司治理准则》来指责监管部门,认为天津市证监局所作确认关于设立劳动人事部门和解决职工身份置换的关系问题存在瑕疵。

④ (2016)京01民终1965号。

## 二、司法视阈中公司治理准则的法律属性

公司治理准则在本质上是一种社会规范,但社会规范客观事实的判断并不能够对法院的裁判提供思维的直接指引。法院在适用这些规范时,先要根据其社会属性,运用司法语言进行语境定性。在公司治理准则的社会属性方面,自律规范的定性反映的是自律要求;司法话语体系的定性则要在证据事实与法律之间进行选择。

### (一) 自律规范与软法

运用公司治理规范推进公司治理,反映了公司制度发展的一种趋势。从1993年英国《卡德伯利公司治理准则》到2011年3月埃及颁布的《上市公司治理准则》,世界上已经有85个国家或地区颁布了近200个公司治理规范。<sup>①</sup>

#### 1. 自律规范

这些公司治理准则具有显著的自律性色彩,体现了自我约束、内在约束的特征。

首先,这些公司治理多是由非官方组织负责制定和修订的,具有“自下而上”的显著特征。这些非官方组织反映公司、股东的意愿,归纳和总结出关于公司治理的最佳行为模式。比如,英国《卡德伯利公司治理准则》是由卡伯利委员会根据公司财务治理问题提出的《卡德伯利报告》制定的,而该委员会是由伦敦证券交易所成立的。德国《公司治理法典》,是由民间人士组成的“公司治理法典委员会”起草的。在美国,美国法学会发布了多个版本的《公司治理原则:分析与建议》。美国法学会跟踪公司治理实践以及法院立场,将实践中的有效做法以及那些得到法院肯定的公司治理做法纳入《公司治理原则:分析与建议》。我国《上市公司治理准则》由中国证监会、原国家经贸委(现商务部)之类的政府监管机构负责制定与修订,相较上述模式之间,有显著差异。

其次,这些公司治理准则的实施主要依靠以市场约束为基础的自我遵守机制,此点以英国的“遵守或者解释”为代表。英国《公司治理联合准则》规定,对于该准则的规定,可以在遵守与不遵守时通过解释进行选择。至于公司是否选择以及怎么解释,多由股东的市场选择行为进行约束。换言之,如果公司对该准则中的某一个或某些规定选择不遵守,那么必须给股东一个仔细的、清晰的解释,以由股东据此作出评价。

<sup>①</sup> 蒋学跃:《他律与自律之间的公司治理软法规范》,载《中国金融》2012年第12期。

我国香港特别行政区也如此。香港证券交易所要求上市公司对照香港特别行政区《公司治理常规守则》中的规定,如果公司治理运作对守则规定的模式有任何偏离,那么必须在年报和半年报中对此提供经过深思熟虑得出的理由。当然,这并不意味着对于是否遵守不存在任何强制约束。要求上市公司必须在遵守与解释之间进行选择,解释必须符合一定标准的规定,这本身也是一种强制。证券交易所对上市公司有正式的约束机制,虽然这种约束机制的强制性远远无法与国家机关的强制性相比较。

## 2. 软法规范

软法的英文为“soft law”。在《布莱克法律词典》中,“soft law”有两种意义指向:在一般意义上,软法指既没有严格的约束力也不是完全缺乏法律意义的规则;在国际法意义上,软法指设定了行为准则但不具有法律约束力的章程、政策声明、行动准则。

我国的软法理论,首先发端于行政法领域。根据行政法理论,软法是与硬法相对应的一个术语。在硬法体系中,被规范的社会主体必须遵守其中的行为模式,否则将面临由国家强制力作为后盾的不利法律后果。在软法体系中,具有针对被规范社会主体的行为模式,但是不具备违反所致强制性不利法律后果。<sup>①</sup>也就是说,硬法与软法的共同点在于规范属性以及行为模式,区别在于违反导致法律后果是否以国家强制约束力作为基础。在行政法的框架中,我国存在很多只有行为模式而不具有国家强制约束力的行政文件,诸如行政指导文件。如果考虑到行政权行使的授予行为或者委托行为,行政法领域的软法将更宽。罗豪才教授认为,软法的外延包括四个部分:第一是法律、法规、规章中那些具有描述性、宣示性、号召性、鼓励性、促进性、指导性、原则性的规范;第二是国家机关依法创制的诸如纲要、指南、标准、规划、裁量基准等规范性文件;第三是各社会共同体创制的自治规范与指导性规范;第四是司法判例。<sup>②</sup>

在私法领域,特别是经济监管、资本市场证券监管涉及的私法领域,法学界也在逐步引入软法的概念来考察那些在私法领域中不具有强制约束力的规范性文件现象。<sup>③</sup>在此,需要注意两个方面:

---

<sup>①</sup> 参见罗豪才、宋功德:《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第329页;翟小波:《“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2007年第2期;陈安:《国际经济法专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第170页;姜明安:《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》2006年第2期。

<sup>②</sup> 罗豪才、凌燕:《中国法治要软硬并举》,载《检察风云》2013年第10期。

<sup>③</sup> [法]伊夫·居荣:《法国商法》(第1卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社2004年版,第29页。

其一,在法律渊源上,行政监管这类公法制度与私法制度之间有显著差异。《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)规定,法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法;国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。此外,该法还对授权全国人大常委会制定法律解释的问题作了专门规定。根据《中华人民共和国宪法》与《立法法》,我国的法律渊源包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、国务院部门规章、地方政府规章以及全国人大常委会制定的法律解释。从这个意义上来看,那些由各级政府及政府部门制定的、不能归属于规章的行政性文件,不属于法律渊源的范畴。用软法来涵盖这些法律文件,似乎正当其时。需要注意的是,并非所有法律部门的法律渊源均相同,从审判依据角度来看,行政诉讼与民事诉讼之间有显著区别。在行政诉讼中,上述法律渊源都能够作为审判依据。在民事诉讼中,只有法律、行政法规、极少情形下的地方性法规、自治条例和单行条例、全国人大常委会制定的法律解释可以作为审判依据;根据《民法总则》第10条的规定,习惯也可以作为裁判依据。就此而言,软法在不同法律领域应当有不同指向。相较而言,私法领域的软法要比公法领域的软法多得多,私法领域的软法不仅包括那些由国家机关制定但不能够作为裁判依据的法律文件,还可能包括那些由国家机关以外的其他制定主体制定、事实上具有某种约束力的文件。当然,如果这些文件中的规范已经转化成了习惯,那么这些习惯性规范不宜再被看作软法。

其二,应当关注市场治理中的自律现象。在资本市场领域,一些法定交易市场如证券交易所值得被法律授权行使市场自律职能。这些交易市场制定的市场治理规范文件,适宜归入软法的范畴。此外,大量的行业自律组织也参与到市场规范之中,制定了行业规范文件。这些行业自律文件对本行业的所有业者具有约束力,也适宜归入软法的范畴。

我国《上市公司治理准则》是由中国证监会、原国家经贸委(现商务部)制定的。当然,不排除未来版《上市公司治理准则》转由证券交易所或者社会组织制定的预期。就公司治理有关的民事审判而言,无论制定主体为谁,该文件均不是法律渊源,而将其作为软法较适宜。

## (二)法源习惯或事实

### 1. 公司治理准则规范:法律与事实之间

将公司治理准则中的行为要求,定性为自律规范、软法规范,有助于帮助法院认

识法律性质,但这一做法并不具有直接的指导意义。《中华人民共和国民事诉讼法》第 7 条规定:“人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。”在面对公司治理有关的民事纠纷时,法院必须进行事实判断与法律判断,根据当事人的主张确定进行裁判的证据事实,根据法律关系确定适用的法律。在当事人提出公司治理准则并且以此为基础提出权利主张时,法院必须将其在事实与法律之间进行定性和选择。将公司治理准则中的行为要求定性为自律规范、软法规范,只是定性事实与法律的手段而非目的。

就内容而言,公司治理准则主要涉及股东与股东之间的关系及公司机关运行制度,特别是董事会制度、公司信息披露制度。这些内容的规范,如果是对公司章程的再次转述,在审判中转而依据公司章程即可,不必再考虑治理准则规范的法律性质;如果其本身是对公司法的再次转述,在审判中转而适用法律即可,也不必再考虑治理准则规范的法律性质。

如果公司治理准则规定的内容没有被公司章程、公司法涵盖,那么法院就应当慎重对待了。此时,公司治理准则中的行为规范是法律还是事实呢?

该问题涉及对《民法总则》第 10 条的理解与适用。该条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”如果已经转化成习惯,那么公司治理准则中的规范可以作为习惯法源适用;如果尚未转化为习惯,那么这些规范只能被当作解释当事人之间法律行为的事实来使用。

## 2. 作为习惯法源的公司治理准则规范的认定

如果不考虑事实与法源的区分,习惯有广义与狭义的区别。狭义说认为,习惯仅仅包括当事人之间长期从事商事交易形成的习惯;<sup>①</sup>广义说认为,习惯不仅包括当事人之间的商事交易习惯,还包括商会章程、行业规范、行业惯例等。<sup>②</sup>对于习惯的认定,这种理解仅仅有助于划分出大致的范围,无益于精确性。

对习惯法源规范的认定,需要经过习惯的认定、作为法源的习惯的认定两个步骤。

对于习惯,一般认为需要满足两个条件,即长期为主体所遵守的规范的客观条件、广泛认定的主观条件。王利明教授认为:“习惯法是指长期和恒定、获得特定群体内心确信为行为规则,且具有合法性的习惯……由此,习惯要转化为习惯法,必须要

<sup>①</sup> 王利明:《论习惯作为民法渊源》,载《法学杂志》2016 年第 11 期。

<sup>②</sup> 马思斯:《商事习惯的优先适用条款加入民法典的法经济学分析》,载《社会科学家》2017 年第 6 期。

经过合法性的评价。”<sup>①</sup>该主张所言长期和恒定的行为规则,或者被众人认可的规范性即客观条件;获得特定群体内心确信即主观条件。习惯意味着自觉,因此主观条件是判断某个社会规范属于习惯的关键。即使公司治理规范被公司长期遵守,但如果该遵守是基于外部强制而非自愿选择的结果,那么该规范也不能够被认定为习惯。在习惯认定的两个条件上,理论界几乎不存在争议。<sup>②</sup>

关于法源习惯的认定,涉及习惯和习惯法之间的关系。对此,理论上的争议相对较大。第一种理论认为,习惯就是习惯法。“习惯中,人类以法意识或法感情惯性者便为习惯法。”<sup>③</sup>“交易习惯效力的展开,未必通过其法律性格的承认,经由契约行为的解释,交易习惯已被纳入契约的规范中,成为规范具体契约关系的行为规范,当有争议时,并得以约束法官,从而成为裁判规范。”<sup>④</sup>第二种理论主张,习惯和习惯法之间有本质区别。“习惯法是指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯,是法的渊源之一……在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质。”<sup>⑤</sup>“习惯法存在于通常所说的风俗礼仪中,它首先应该是一种社会规范,习惯法与制定法的差异主要不是来自显现方式上的区别,而是在于权威性和公正性来源的差异。”<sup>⑥</sup>根据该习惯,习惯要转化为法源习惯,必须得到国家认可。第三种理论认为,并非所有习惯都有资格成为习惯法,但习惯法一定是习惯。“习惯不一定是习惯法,习惯法则属习惯的一种。”<sup>⑦</sup>真正法学意义上的习惯着重强调的便是它的社会属性。<sup>⑧</sup>但是,一旦从法律的角度去考察,就必须注意它本身的法制实践的语境性特征。因此,从法制实践的角度来看,能够成为法律渊源的行为规范,必然获得国家强制力的支撑。因此,作为客观行为规范的习惯要转化为法源性习惯,也必须获得国家的认可或者评价。对此种认可性条件或者评价性条件,在我国民法学理上达成了共识。<sup>⑨</sup>

① 王利明:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第56页。

② 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第63页;刘政:《法学绪论》,新学林出版社2012年版,第11页。

③ 刘得宽:《法学入门》,中国政法大学出版社2006年版,第17页。

④ 陈自强:《整合中之契约法》,北京大学出版社2012年版,第217~218页。

⑤ 中国大百科全书·法学卷委员会:《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第87页。

⑥ 周勇:《习惯法在中国法律体系中的历史地位》,载《上海社会科学院学术季刊》1991年第4期。

⑦ 江必新、何东宁、朱燕、孙超:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用 合同卷四》,中国法制出版社2015年版,第76页。

⑧ [美]E.博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第399页。

⑨ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年版,第24页;王利明:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第56页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第63页。

关于经过何种国家认可或者评价,理论存在争议。梁慧星教授认为:“习惯经法院承认并引为判决依据,即成为习惯法。”<sup>①</sup>该观点与德国学者卡尔·拉伦茨教授的观点一致。卡尔·拉伦茨教授更强调法院的作用,他认为,民法典制定之后的习惯法,“是通过所谓的法院实践,尤其是通过各个最高法院的长期判例产生的”。<sup>②</sup>王利明教授则认为,经过合法性评价即可,而该评价不一定专指法院判决。<sup>③</sup>该观点与法国民法学者雅克·盖斯旦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫-马南的观点一致。他们认为,习惯法之所以是法的一种渊源,乃是因为社会群体(le groupe social)本身明确了规范的内容,立法机关只限于赋予其效力,并且也不总是这样的。法院对一种惯例的认可也不是习惯法有效的条件,是实践而不是法院决定规范的内容。<sup>④</sup>

或许,法院的既有认定可以为我们提供帮助。某种社会规范经过法院审判而被认定为习惯的,后来人当然可以将其作为法源性习惯。但是,那些没有经过法院审理认定的社会规范,就不能够成为法源性习惯了吗?答案应当是否定的。根据《民法总则》第 10 条的表述,我们看不出法院判决认定为法源习惯构成的前提,该条规定仅规定了法律没有规定、不背离公序良俗原则这两个条件。从社会实践来看,是否背离公序良俗原则的认定程序,不一定仅针对法院审判。

回到公司治理准则规范是否转化为法源习惯的问题。第一,需要考察文本表述的内容是否为行为规范。这本不是一个问题,但对于我国现行《上市公司治理准则》而言,则是一个问题。由于该准则条文的内容规范性缺少的现象的存在,导致这些条款不可能转化为法源习惯。第二,是否被公司长久地实践。从 2002 年制定该准则至今仅仅 16 年,从社会习俗形成的一般常识看,该条件似乎难以达到。但是,时间长久并非绝对,特别是在商业领域。因此,我们不能简单地从 10 多年来的事实进行绝对的否定。当然,如果在该准则出台后就立即主张准则规范构成习惯性规范、并以此为依据提出主张或者抗辩则需要商榷。第三,被公司广泛认可。换言之,在内心认同的基础上,上市公司对公司治理准则规范的遵守处于内省的自觉。也就是说,公司治理准则有关规范的推行并非处于外在强制,哪怕是市场强制。此点在我国特别值得关注,因为现行《上市公司治理准则》并非遵循自下而上的逻辑制定,而是由作为监管机

① 梁慧星:《民法总则立法的若干理论问题》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2016 年第 1 期。

② [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 14 页。

③ 王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社 2017 年版,第 56 页。

④ [法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博、缪黑埃·法布赫-马南:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社 2004 年版,第 476~490 页。

关的中国证监会与当时的国家经贸委(现商务部)联合制定。并且,上市公司对《上市公司治理准则》的遵守,并非来自市场约束而是来自国家强制力。虽然按照证监会的规定,上市公司可按照遵守或者解释的原则来对待《上市公司治理准则》,如中国证监会《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第2号〈年度报告的内容与格式〉》第27条规定:“公司应对照中国证监会发布的有关上市公司治理的规范性文件,说明公司治理的实际状况与该文件要求是否存在差异,如有差异,应明确说明。”但是,此种要求是由中国证监会提出的,并且《上市公司治理准则》规定,中国证监会还有权根据情况要求对公司治理存在重大问题的上市公司,按照准则的要求进行整改。在中国特有的市场环境中,“哪家上市公司还敢公开声明自己没有遵守《准则》”?<sup>①</sup>在主要由外力强迫而非内心认同驱动下的机制中,要将公司治理中的规范认定为法源习惯,是相当困难的。第四,国家认同。《民法总则》已经确立了习惯的法源地位,国家机关制定和推动执行公司治理准则,此条件的满足应当没有问题。当然,如果某个规范被法院的司法裁判认定了,那么该规范作为法源习惯的实际意义将更大。

在没有同时满足上述条件的情况下,《上市公司治理准则》中的规范可能很难被认定为法源性习惯。基于现实条件的约束,特别是内心认同与外力推动之间矛盾的约束,《上市公司治理准则》规范也很难不被认定为作为事实的习惯。

### 三、对司法适用《上市公司治理准则》的评论

#### (一) 当事人的立场

##### 1. 整体情况

如前所述,在民商事审判中,涉及《上市公司治理准则》的案例相当少,在裁判文书中涉及的不超过30例。总量绝对值如此之少,在公司治理纠纷案件中的占比就更加少了。这意味着,在公司治理纠纷案例中当事人利用《上市公司治理准则》相关规范主张和抗辩的积极性不高。

##### 2. 典型案例

在一例证券公司之间的股票质押回购协议纠纷案中,<sup>②</sup>一审原告、二审上诉人以《证券公司治理准则》为依据而提出主张:证券公司“具有制定专人向上诉人讲解融

<sup>①</sup> 蒋学跃:《他律与自律之间的公司治理软法规范》,载《中国金融》2012年第12期。

<sup>②</sup> (2016)京01民终1965号。

券业务规则的义务,以及对有关产品的内容和风险予以充分披露的义务”。

在“深圳市卢堡工贸有限公司诉新都酒店股份公司侵害股东权纠纷案”中,<sup>①</sup>原告以公司股东会选举的独立董事不是专业人士、不符合《上市公司治理准则》的要求为理由,要求确认该决议无效。

在“谭某某诉武汉锅炉股份有限公司公司决议纠纷案”中,<sup>②</sup>被告以《上市公司治理准则》以及《深圳证券交易所主板上市公司规范运作指引》为依据,就章程修正案将征集投票权主体限制为独立董事、董事会和持股 1% 的股东的正当性进行抗辩。被告认为,《上市公司治理准则》对征集人须符合一定条件的规定体现了限制的精神,并且进行限制的做法在实践中被多家上市公司采用,因此自己的限制也是正当的。《上市公司治理准则》的规定、多家公司的做法,是支持抗辩的两个理由。当然,到底主要依据哪个证据进行抗辩我们不得而知,并且抗辩主张没有提及《上市公司治理准则》中的征集主体条件规范被多家上市公司实践的内容。

### 3. 对当事人选择的评价

由于《上市公司治理准则》不属于民商事法律的渊源,因此在法律或者公司内部文件没有规定时,当事人难以直接以该准则中的规范为基础提出有效的主张或者抗辩。但是,如果该准则中的某些规范能够成为权威证据或者已经属于法源性习惯时则另当别论。公司治理涉及专业判断,法院一般需要依赖此领域的专业证据或者专家证据来确定某个行为的合理性,能被当作权威证据的前提是相关规范背后的公司治理实践得到广大公司的认同而成为通常做法。从这个意义上来讲,此种公司治理的行为模式已经成为事实上的习惯。在此种场合,如果法律、公司章程均无涉及,当事人还可以进一步将此行为模式当作法源习惯,要求法院直接以此习惯进行裁判。对当事人而言,主动利用公司治理准则中行为规范的前提在于,这些习惯已经转化成为习惯,至少得到本行业相当一部分主体的认同。如此便利的途径当事人没有主动运用,<sup>③</sup>问题的根源不应在当事人身上,而是《上市公司治理准则》没能够得到公司的认同。

---

① (2003)深罗法民二初字第 1727 号。

② (2013)鄂武东开民二初字第 00287 号。

③ 权威机关制定的不属于法律渊源的法律文件,可以显著降低当事人主张适用习惯时的证明责任。对此,意大利《民法典》第 9 条规定,未有相反证据的,推定机关和团体的正式汇编中公布的惯例为已存惯例。

## (二) 法院的立场

### 1. 典型案例

“佛山照明股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷系列案”<sup>①</sup>“北京怡和百生科贸有限公司诉刘某某损害公司利益责任纠纷案”,<sup>②</sup>是法院主动运用《上市公司治理准则》的典型案列。

在前者中,广州市中级人民法院在论证因果关系的问题上,主动适用了《上市公司治理准则》。广州市中级人民法院认为:“为确保投资者独立判断是否应买入或者卖出证券,法律法规均要求上市公司充分履行信息披露义务,否则上市公司就应对因信息披露不实导致投资人误判产生的损失承担赔偿责任,而无须再考虑客观上是否存在交易因果关系。”“《中华人民共和国公司法》、《证券法》、《上市公司章程指引》、《上市公司治理准则》等法律法规均对关联关系或关联交易进行规制和指引,信息披露义务是法律法规对关联关系或关联交易进行监管的基本要求。”“被告认为是否披露关联交易并不会影响投资者股票交易决策是被告的主观判断,没有法律依据,也不符合制度设计。”在该案中,广州市中级人民法院将《上市公司治理准则》与其他法律并列,以相关规定没有规定责任承担以因果关系为前提,来否定被告的相关抗辩。

在后者中,法院根据《上市公司治理准则》的相关标准,将政府行为归入商业风险。《上市公司治理准则》从第34条到第37条,为董事的勤勉义务设定了“保证有足够的时间和精力”“认真出席股东会”“遵守法律、法规及公司章程的规定”“参加培训,掌握知识和技能”等标准。法院最终认为,刘某某的借款、报销行为并没有违反法律、行政法规或者公司章程,是合法合规的职务行为。

“深圳市卢堡工贸有限公司诉新都酒店股份公司侵害股东权纠纷案”<sup>③</sup>“谭某某诉武汉锅炉股份有限公司公司决议纠纷案”,<sup>④</sup>是法院回应当事人根据《上市公司治理准则》提出主张的典型案列。

在前案中,针对原告提出的公司股东大会决议违反公司章程和《上市公司治理准则》应当无效的主张,法院认为,《上市公司治理准则》第31条规定对控股股东控股比例在30%以上的上市公司,必须采用累积投票制。虽然公司章程也规定了独立董事的选举规则,但是公司的此次股东会的独立董事选举的决议违反《上市公司治理准

① (2015)穗中法金民初字第430号。

② (2011)东民初字第00883号。

③ (2003)深罗法民二初字第1727号。

④ (2013)鄂武东开民二初字第00287号。

则》第 31 条的规定及公司章程,导致选举出来的 2 名独立董事不是公司章程和《上市公司治理准则》中要求的会计专业人士,因此该决议是违法而无效的。需要注意的是,在该案中,法院将《上市公司治理准则》当作了法律。

在“谭某某诉武汉锅炉股份有限公司公司决议纠纷案”中,被告依据《上市公司治理准则》第 10 条关于征集人须符合一定条件的规定,对股东征集投票权作出了持股 1% 的限制。原告认为此限制侵害公众股东的权益,而被告认为此限制具有正当性。法院认为,不但没有相应的法律法规禁止对征集投票权进行最低持股比例的限制,而且《上市公司治理准则》也支持公司设定征集投票权的股东条件。但是,在诉讼过程中国家监管政策发生了变化。2013 年 12 月,国务院办公厅发布了《关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》,该意见在第 4 部分明确表明,为了保护资本市场中小投资者的利益,禁止上市公司对征集投票权提出最低持股比例限制。法院认为,在司法审判中要将该意见的精神作为裁判的参照,因此按照这个逻辑,应当否定被告的抗辩。不过,为落实国务院办公厅所发意见的精神,被告于 2014 年 5 月召开股东会,对先前通过的章程修正案进行了修改,消灭了 2013 年 6 月调整股东表决权的内容。法院在参照该意见的基础上,认可了该公司的修正行为,最终以该案诉讼标的不具有继续诉讼的意义为理由驳回原告起诉。

在上述股票质押回购协议纠纷案中,法院没有回应当事人的主张。

## 2. 对法院立场的评价

在公司治理纠纷的民事审判中,法院对公司治理准则的适用,要么是回应当事人的主张,要么是主动提及。不过,这些案例的绝对量相当少。按照上述检索条件,总共不到 20 例。可见,法庭主动利用这些规范进行推理和裁判的意愿也可以忽略不计。

根据《民法总则》第 10 条的规定,法院可以运用习惯进行裁判。事实性的习惯属于证据的范畴,法院没有主动查找的义务。但法源习惯属于裁判依据的范畴,法院为推动审判的公正进行而主动查找无可厚非。当然,法院如此处理的前提在于,《上市公司治理准则》的相关规范已经转化成为市场的通常做法甚至权威做法,已经转化成为法源性习惯。法院之所以不愿意对当事人主张进行回应,一方面可能是没有认识到治理准则规范与治理习惯之间的联系;另一方面可能是因为这些治理规范本身没有得到市场广泛认同,或者与法律、公司章程相比较没有增量的内容。前者属于法院对待公司治理准则的态度问题,后者则属于公司治理准则本身的质量问题。如果真

正回到自律规范的轨道和对公司章程、公司法规定的公司治理行为进行细化、补充或者进一步解释的轨道,那么治理准则规范在法庭中的生命力将获得极大提升。

当然,或许我们可能认为,法院主动适用或者回应治理准则规范的案件数量少的事实本身,并不能够证明治理准则存在问题。因为,明确确立习惯作为补充法源的《民法总则》于2017年10月才开始实施,之前尚没有法律作出如此的规定。虽然《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)也确立了交易习惯在合同解释中的意义,但公司治理习惯不属于交易习惯,而解释合同时运用习惯不等于承认习惯的法源效力。此种解释表面上看似有说服力,但经不住深入分析。首先,市场中的习惯的确存在交易习惯与组织习惯之区分,但二者在认定标准上并不存在差异。对交易习惯作适当扩张解释,公司治理的组织习惯即可被纳入。其次,虽然《合同法》关于习惯的规定似乎均指向合同的解释,但由于法律本身可以作为解释合同的依据,因此无法排除法律已经承认习惯作为法源的意思。所以,我们还是应当将法院不愿意运用公司治理规范的根源归结到公司治理准则上。公司治理准则之于公司实践的外部性、强制性,以及公司治理准则规范对公司法或者公司章程的补充性差、公司治理准则规范的规范性与可操作性差,才是亟待我们关注的问题。

#### 四、公司治理准则实践司法裁判的效用

##### (一) 公司治理准则规范的检验机制

公司治理准则规范与作为正式制度的公司法规范二者的关系,不外乎以下几种情况:第一,公司治理准则规范是对公司法规范的简单重述,或者公司治理准则规范是对公司法规范的发展,后者又包括公司治理准则规范对公司法现有规定的细化解释、对抽象理念的规范化表达。在简单重述的场合,公司治理规范存在的价值仅仅在于文本完善,并且表达除对立法的支持或者遵从,产生的实际规范作用可以忽略不计;并且,其质量受公司法规范质量的制约。第二,对现有规范进行细化解释。此类治理准则规范的质量受制于公司法规范本身以及解释内容两方面,并且对于那些相对抽象的规则来说,质量的命脉主要由解释内容所掌控。比如,《公司法》第20条第3款关于有限责任的“滥用”、第21条关联关系规范中的“滥用”、第147条中的“勤勉”。第三,对抽象理念的规范化表达。比如,对《公司法》第5条中“商业道德”“社会责任”的具体化。

公司治理准则的生命在于实践,规范的质量则是其生命力的保证。基于市场自律机制的定位,公司治理准则中的这些解释性规范或者抽象理念的规范化表达性内容,质量的判断主体应当不是制定者是市场主体。在市场主体的自愿接受过程中,司法裁判是一个相当重要的检验机制。

在“北京怡和百生科贸有限公司诉刘某某损害公司利益责任纠纷案”中,<sup>①</sup>法院表达了对《上市公司治理准则》第 34 条到第 37 条关于董事的勤勉义务阐释性规定的肯定立场。根据这些条款,只要在经营决策中“保证有足够的时间和精力”“认真出席股东会”“遵守法律、法规及公司章程的规定”“参加培训,掌握知识和技能”,董事就尽到了勤勉义务。只要不存在利益冲突关系,就不能苛责董事对所有决策的结果都承担责任。法院裁判对《上市公司治理准则》勤勉义务具体标准的运用,就是对其合理性进行的检验。

当然,法院对《上市公司治理准则》进行检验的结果,在逻辑上还包括认定违反法律规定而予以否定、认为虽然不违法但不符合现实需要而进行否定或者修正这两种情形。我国《上市公司治理准则》是由国家监管机关制定的,因其违反法律规定而被法院否定的情况几乎可以忽略。但是,不违法但不符合现实需要而进行否定或者修正的情况,是客观存在的。因为《公司法》在 2002 年后经历了两次大的修改,市场环境也在 16 年间经历了显著变化,制定于 2002 年的《上市公司治理准则》规范的某些内容可能已经与现实脱节。在“谭某诉武汉锅炉股份有限公司公司决议纠纷案”中,法院对公司治理规范的审查立场是此类情形的典型。

在该案中,法院驳回原告诉讼请求的原因,不在于被告限制股东表决权征求资格的限制行为因符合《上市公司治理准则》的要求而正当、合法,而在于被告在诉讼过程中对诉争决议的修正导致诉讼继续进行无意义。法院的隐含立场是,如果被告修正诉争股东大会决议,即使该决议是依据《上市公司治理准则》的精神作出的,但由于《上市公司治理准则》背离最新监管政策,其规定及精神已经失去正当性。

## (二) 公司治理准则的推广机制

作为自律规范的公司治理准则,理应遵循市场主体自愿实施的推广逻辑;否则它将成为国家强制的另一种样态。这种自愿实施逻辑,主要是通过遵守或者解释机制,以及治理准则作为交易所上市规则组织部分来表现的。在治理准则当作交易所

---

<sup>①</sup> (2011)东民初字第 00883 号。

的上市规则中的自律规则时,经由拟上市公司与交易所之间协议,遵循治理准则或者在不遵守时进行的合同解释,成为上市公司的契约义务。交易所的竞争力,是特定治理准则推广的一个重要因素。公司治理规则本身的质量,当然会成为判断特定交易所市场竞争力的一个因素。虽然契约机制带有某种强制,证券交易所本身可能受到金融监管机构的强力监控,甚至国家的监管意图也可能融入交易所的公司治理规则或其他自律规则,但交易所的相对自主性以及公司对交易市场的选择自由在很大程度上可以确保此种推广机制的自愿属性。并且,司法审判对公司治理准则的运用也能够助力此种自愿推广机制。

在我国,特有的证券市场监管机制对公司治理准则的自愿性推广机制产生了诸多负面影响。国家证券监管机构在整个市场监管中占绝对主导地位,交易所的自律监管受到国家证券监管机构的强力管控。在公司治理准则实践方面,规范的制定与实施都由证监会主导,交易所的影响空间相当有限。加之公司治理规则之于上市公司的外在性,相关规范的遵守或解释机制本身的自愿性色彩被显著弱化。虽然公司可能接受公司公司治理准则,但此种接受可能出于被强迫而非内心自愿,因遵循的表面化问题将导致利用自律机制改善监管外在性缺陷的企图难以实现。所以,在公司治理准则的推广中,其他国家或地区作为辅助机制的司法裁判,在我国可能要转化为一种主要机制。

司法的价值,不应止于纠纷解决、法律审查。司法的过程是不同主体交流的过程,可以成为共识达成的过程。而司法裁判本身是一种相当有效的市场信息传导机制。司法审查可以为社会确立并宣传价值导向与行为导向,而这些导向成为影响公司决策的重要信息。那些被司法肯定的合法、合理的公司治理准则规范,很容易被公司在处理治理事务时接受。那些被司法否定的治理规范,在给公司带来实实在在的法律风险与市场风险的压力下,很容易被公司在处理治理事务时摒弃。相较于对中国证监会监管传导的强制监管信息的反应,市场主体对司法审查所传导信息的反应的内生性要高得多。

况且,即使在公司治理准则自律色彩相对较高的发达资本市场,受到多种因素的制约,遵守或者解释的实施推广机制本身的效应也并不尽如人意。越来越多的公司倾向于遵循,当公司不遵循时也越来越多地倾向于作出合理的解释,这是衡量公司治理准则自律机制成功的两个重要标准。利用遵守获得收益、规避风险,是确保公司选择遵守的关键。在公司选择不遵守时,获得不遵守的收益、规避因为不遵守可能带来的风

险,也是公司选择执行解释策略的关键。这其中,规避因为不遵守可能带来风险的关键在于作出合理的解释。对一般事物的合理性判断本身是可能的,更何况公司治理这类专业而复杂的事务。在公司治理准则的遵守或者解释机制中,“优质的解释”和“糟糕的解释”的判断主体为公司股东。如果股东没有能力对解释的优劣进行区分,那么可能产生一些令人失望的情况:一些公司仅遵照监管要求的字面意思,而缺乏对公司治理的严肃承诺。这些公司偏离最佳行为规范,而作出的解释却不能让人信服。结果是,这些公司仅仅遵照了法律的字面意思而不是法律的精神内涵。<sup>①</sup> 此刻,需要正式的权威机构来监督公司对“遵循或解释”规则进行的陈述和披露。<sup>②</sup> 问题是,证券交易所、政府的金融监管机构能否负担得起这一责任?显然困难,不然就不需要这一自律机制了。此时,法院的事后监督所起的弥补作用就显得必要。

### (三)公司治理准则的发展机制

司法裁判对公司治理准则的发展,体现在促进过失规范的淘汰、合理规范的增加两个方面。

关于促进过失规范的淘汰,前述“谭某某诉武汉锅炉股份有限公司公司决议纠纷案”的判决有示范意义。在该案中,法院根据资本市场国家监管政策的变化,否定了《上市公司治理准则》中限制股东表决权征求资格的规范。今后在修订《上市公司治理准则》时,应当检索所有类似的案例,对相关规范进行系统论证,以删除或者修改那些与资本市场监管规范和理念相冲突的内容。

关于促使新规范的供给,美国公司治理准则中的独立董事制度、商业判断原则就是典型。在20世纪初期,许多美国公司自愿设立外部董事组成监督委员会。由于20世纪60年代以后,股权分散化及对董事会作用的质疑,独立董事的惯例做法在理论界和实践界都得到了广泛的认可。<sup>③</sup> 但是,独立董事制度还是仅仅作为一项组织惯例存在,其自主性和随意性较大,未严格要求独立性条件,也无强制性保障。随着越南战争、水门事件等政治、经济丑闻出现,美国的几家公司又卷入向官员行贿的丑闻,法院判决要求公司改变董事会结构,并要求董事会必须由大部分外部董事组成,从而推动了美国公司治理准则对该制度的正式引入。美国法学会《公司治理原则》第4.01(a)条规定,对商业判断规则的规定,直接来源于“史密斯诉凡·高科姆案”

---

<sup>①</sup> Sridhar Arcot, Valentina Bruno, and Antoine Faure-Grimaud, “Corporate Governance in the UK: Is the Comply or Explain Approach Working?”, p. 27, Electronic copy, Accessed March 7, 2018. <http://ssrn.com/abstract=1532290>.

<sup>②</sup> Ibid.

<sup>③</sup> 彭丁带:《美国的独立董事制度及其对我国的启示》,载《法学评论》2007年第4期。

(Smith v. Van Gorkom)中美国联邦最高法院的立场。<sup>①</sup>

在我国,公司治理准则的修改须关注一些新型的公司治理现象。在这些领域如何设计规则,理论研究的梳理、公司治理之间的田野调查是必需的,对相关司法裁判的立场整理也有必要。比如,在法人人格否认案例中,法院对法人人格不独立的认定其实内涵了法人人格独立的要求;在关联交易领域,法院对不当关联关系的立场也内涵了何为正当关联交易的要求;在公司社会责任纠纷案中,法院对公司履行社会责任行为是否正当的判断,也表达出社会对什么是社会责任、如何理解履行社会责任义务的关切。这些观点,可以转化成为公司治理准则的相关内容。

## 五、公司治理准则实践中司法适用导向的强化

### (一) 中国公司治理准则实践中司法的特殊意义

#### 1. 助力破解治理准则实践的体制性难题

公司治理准则实践的优势在于,可以通过内生性规则以及执行上的自觉性与灵活性,来校正国家强制力在公司治理中的不足。因此,此种治理实践应当由市场自律组织主导,并遵守从市场实践经验到组织治理习惯的自下而上的发生逻辑。这是其他国家和地区公司治理实践中的成功经验。但是,由于我国的市场以及市场自律机制发展均已成熟,我国的公司治理准则实践无法从零起点直接进入自下而上的理想状态,必须经过从国家主导到市场主导的转化过程。所以,虽然由中国证监会等国家监管机构主导公司治理准则的制定与实施的体制存在内在局限,但是在一定意义上我们还是必须尊重这种现实。可行的做法是,在心怀远大目标的同时对现行这种自上而下的实践体制进行适用性改良,并且努力寻找消解这种机制内在局限的有效途径。

如前所述,理想状态下的公司治理准则规范,应当是具备习惯属性的自律规范。习惯的产生过程是各方主体在实践中进行反复博弈的过程。公司治理习惯性规范的生成,离不开公司有关主体的长期适用,否则难以产生“内心确信”;公司治理习惯性规范的生成,也离不开权威机关的批判,否则难以产生“法的确信”。在现行体制下,公司治理准则中的组织性规范尚属外在性规范,缺乏的恰恰是“内心确信”。但是,治

<sup>①</sup> 张明安:《现代英美董事法律地位研究》,法律出版社2007年版,第206~209页。

理准则规范的司法实践,可以在很大程度上消解此种缺陷。利用司法审判中过程各方向对相关规范的对话,可以形成何为理性做法的共识。司法审查也最终表达出针对相关规范的价值判断,并且向相关主体传导出明显的风险防范信息。当事人对审查结论的回应过程,就是相关规范的传播过程;长期回应过程,就是相关主体在理性共识的基础上对相关规范的长期践行过程。由此,社会主体对这些外在规范的内心确信将在这个过程中得以逐步形成。加之法院审判对规范合法性的再次确认,习惯赖以产出“内心确信”与“法的确信”双重条件得到满足,<sup>①</sup>自上而下的外生规范转化为自下而上的内生规范。

或许,要让某个公司治理准则文本中的所有规范都是习惯是不现实的,但可以借助于软法转化为习惯的转化机制,<sup>②</sup>促进公司治理准则软法规范向习惯的转化。通过司法审查机制来助力实现这种转化,并借助于习惯的内生机制来让公司自觉接受,是推广公司治理准则的一种有效尝试。我们可以认为,在实现促使我国上市公司治理准则从外生的被动遵守到内生的主动接受的过程中,司法审查将是一个关键环节。

## 2. 助力破解公司治理准则实践的市场缺失难题

遵守或解释的遵循机制是公司治理准则自律性色彩的一个重要方面。如前所述,此种机制会将公司遵循情况判断的重压施加给股东。因为非完全理性,股东往往难以承受这一重任。结果是,对公司治理准则的遵循流于形式。这就是公司治理准则实践的內生的市场缺失问题,该问题在中国尤为严重。与发达的资本市场相比较,中国的证券市场发展起步晚,市场、制度等各种信用约束条件都不完备,公司股东的投资判断能力以及判断的意愿与遵守或解释这种遵循机制所需要的状态相差甚远。在这种状况下,特别需要作为事后监督机制的司法审查。与资本市场的行政管理相比较,司法审查具有的被动性、个案性能够很好地适应公司治理准则的自律特性。

### (二) 几点建议

#### 1. 强化规范供给并回归组织习惯的逻辑

由于表达公司治理准则的相关文件并不属于法律渊源,法院裁判对公司治理准

---

<sup>①</sup> 内心确信,系指“以多年惯性之事实及普通一般人之确信心为其成立基础”的状态,“法的确信”系指“经国家承认”而获得的状态。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2007 年版,第 24 页。

<sup>②</sup> 曹兴权:《企业信用监管中行业自律的嵌入》,载《法学论坛》2014 年第 2 期。

则的关注,要么是回应当事人的主张,要么在其成为法源时主动适用。<sup>①</sup>在当事人依据公司治理准则提出主张的场合,如果这些规范尚不构成习惯,或者其内容能够被法律或者公司章程涵盖,法院便不会依据公司治理准则去支持当事人,其回应也是程式化的。因此,公司治理准则规范司法效应的发挥,须回到组织习惯的逻辑上来。

法院为什么选择适用公司治理规范来推理和裁判呢?是因为公司章程没有规定,法律也没有规定。从这个意义上讲,公司治理准则规范的意义,除一般文件所具有的示范价值外,还在于规范的补充供给。也就是说,今后对公司治理规范的完善要着眼于那些法律规定或者公司章程涉及或者规定相对抽象的领域。习惯的补充法源定位,正好与此相适应。

在推进公司治理准则完善的过程中,应当主动回应法院的适用需求。因此,应关注公司治理实践中那些法律与章程规定相对较少或者抽象的领域,诸如股权滥用、关联交易、社会责任、商业道德、利润分配、股东(大)会与董事会之间的权利配置、勤勉义务等,特别要关注公司社会责任和关联关系领域。之所以要重点关注公司社会责任,是顺应经济合作与发展组织(Organisation for Economic Cooperation and Development, OECD)公司治理准则所表现出的发展趋势;<sup>②</sup>之所以要重点关注关联关系,是由我国公司法对此尚无具体规定而现实中的问题又相当严重的现实决定的。公司治理准则修订的推动中应注意收集整理这些领域的实践经验,及时提出相应体系性规范。

## 2. 建立对司法裁判的体系性回应机制

在借助司法审判推进上市公司治理准则实践机制的过程中,相关主体不得利用自己的影响力去影响甚至干预司法,但可以采取对司法结论的回应性立场。为此,应建立起对司法裁判的体系性回应机制。这包括:跟踪和梳理相关判决,开展体系性的研究;针对典型案例宣传;推动法院发布公司治理准则规范适用指导案例;根据司法审判对治理规范的确认、筛选、修正和否定情况,及时修订公司治理准则文本。

<sup>①</sup> 当习惯仅为事实时,法院一般是根据当事人的主张去被动适用;但当习惯成为法源规范时,法院则有主动调查义务,也有主动适用的职权。王泽鉴教授就主张:“习惯法存在与否,除主张之当事人依法提出证据外,法院应依职权调查。”参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第63页。

<sup>②</sup> 2004年版《OECD公司治理准则》更多关注利益相关者话题,关注公司的社会责任。“OECD的苦心在于,在企业追逐利益的过程中应当透过形式上的治理结构安排和切实的运作行为,让所有人看得到企业的社会责任和道德伦理之所在。”参见陆一:《启动社会良知对资本权力的制约——简评2004版〈OECD公司治理准则〉》,载《证券市场导报》2004年第11期。

## 六、结 语

公司治理准则,是介于法律法规和公司章程之间的具有一定强制性和约束性的一种安排,具有指导性和非约束性,以“遵守”为前提又体现一定的灵活性和差异性,其是奠定中国证券市场可持续发展的制度基础的一种安排。<sup>①</sup>目前,中国证监会正在推动修订《上市公司治理准则》。<sup>②</sup>完善《上市公司治理准则》被赋予了“努力完善我国上市公司治理架构,切实提升公司治理水准”的重要意义。<sup>③</sup>实施效果评估是修订《上市公司治理准则》的必要步骤。推出该机制的预期目标是什么?10多年的实践是否能够实现该目标?如果能够实现,经验何在?如果不理想,原因何在?这些经验与教育,同准则内容本身与外在实施体制有什么关系?如果现行体制有问题,是否有必要坚持以及如果坚持应当在何处着力进行纠正?对这些问题,公司治理准则完善的推动者应当有体系性的把握。本文从司法适用的角度探讨了现行《上市公司治理准则》的不足,提出了利用司法资源促使《上市公司治理准则》规范向组织习惯回归、校正实施体制与市场双重缺陷的建议,但愿这些建议能够引发思考。就司法裁判而言,法院对待公司治理规范的消极态度也可能源于法院本身的态度或者对组织习惯法源地位的僵化理解。关于组织习惯法源地位,涉及如何理解“法律没有规定的”这一习惯的适用前提。相应的问题可能包括:在公司治理这种商事活动中,对理解“法律没有规定的”是否持相对宽松立场?

---

<sup>①</sup> 李维安:《上市公司治理准则:奠定中国证券市场可持续发展的制度基础》,载《南开管理评论》2000年第2期。

<sup>②</sup> 朱宝琛:《刘士余:正修订上市公司治理准则》,载《证券日报》2017年9月12日,A01版。

<sup>③</sup> 刘士余:《抓紧修订上市公司治理准则 完善上市公司治理架构》,载新浪财经网:<http://www.chinanews.com/cj/2016/09-01/7991482.shtml>,最后访问日期:2018年3月2日。