

公司法的合同路径与 公司法规则的正当性

罗培新*

内容提要:新古典主义经济学的公司合同理论认为,公司是一组合约的联结,多方博弈的结果将创造出内生性合理秩序,不应强行加入外生性制度安排。然而,与普通合约迥然相异的是,公司合同是长期合同和关系合同,存在着诸多漏洞,仅靠合同法并不足以保障各方预期。作为公司合同的模本机制和漏洞补充机制,公司法补充而不是代替了公司参与方的合约安排。因而,立法者只有按照合同的规则和市场的路径来进行公司立法,公司法规则才能获得正当性。

关键词:公司合同 公司法 正当性

对公司法研究感兴趣的学者,应当不会忽略这样一场影响深远的论争:1988年12月9日,美国哥伦比亚大学法学院法律经济学研究中心举行了主题为“公司法中的合同自由”的研讨会。美国公司法学界极富影响的代表人物罗伯特·C. 克拉克(Robert C. Clark)、弗兰克·H. 伊斯特布鲁克(Frank H. Easterbrook)、丹尼尔·R. 费舍(Daniel R. Fischel)、杰弗里·N. 戈登(Jeffrey N. Gordon)、约翰·C. 科菲(John C. Coffee)、梅尔文·阿伦·爱森伯格(Melvin Aron Eisenberg)等,纷纷对“公司法中合同自由的界限”这一在学术上饶有兴味、在实践中又极富意义的论题,展开了针锋相对的论战。^[1]

这一论战缘于美国公司法律实践引起的公司法理论上的重大困惑。1985年,在特拉华州最高法院审理 Smith v. Van Gorkom 一案^[2]之后,业界认为该法院对信义义务的解释太过严苛。为缓解来自公司董事层的批评,特拉华州立法机关颁布了一项旨在减轻董事义务的法令,授权公司可以通过修改章程的方式,对董事违反注意义务而导致的金钱损害赔偿赔偿责任,予以限制或者取消。^[3]长期引领美国公司法变革之风的特拉华州这一举动,旋即引发了减轻董事责任的风潮。连董事的法律责任都能通过合同而免除,公司法框架内的合同自由是否还存在边界? 如果没有边界,在合同法和侵权法之外,公司法又有什么存在价值?

从历史上看,特拉华州的这项法令只是一个触发点。事实上这场论战蓄势已久,而且在此之前已有多次交锋,但多呈零散之势。而1988年发生于哥伦比亚大学的这次集中研讨,淋漓尽致地揭示了

* 中国社会科学院法学研究所博士后。

[1] 这场论战的详细资料,请参见 *Columbia Law Review*, 1989, No.7。

[2] 488 A.2d 858(Del. 1985)。

[3] 65 Del. Laws 289 (1986), codified principally at Del. Code Ann. tit. 8, § 102(b)(7)。

这一论题的丰富性和复杂性,也极大地暴露了双方的优势和弱点。其中,经济学帝国主义侵入传统的公司法领地所引发的、几乎是规律性的公司法学者的防守和反击,以及法律经济学者在传统公司法学者毫不相让的诘问下的窘迫和反思,在给人以思想愉悦的同时,也带来了方法论上的启示:我们究竟应当如何认识公司法?应当遵循怎样的路径去创造公司法规则?

在公司法相对发达的英美国家,这一论战远没有结束,而且似乎永远也不会结束。市场的灵活多变,造就了公司法的相对不确定性。正如美国前证监会主席亚瑟·莱维特在联邦储备银行所做的演讲中指出的,几乎没有明确的做法和方案可以确保产生有效的公司治理结构。即便是英美等公司法发达国家,也一直在顺应经济发展状况,不断地修改公司法,以努力寻求最佳的公司治理范式。^{〔4〕}

在我国,公司法的修订已迫在眉睫。2003年6月16日,全国人大常委会将公司法的修订列入“抓紧时间研究起草、待条件成熟时适时安排审议”的30件法律草案之一。遵循怎样的修改路径,才能为公司提供最优的制度安排,无疑是当下必须考虑的重大问题。

一、我国公司法修改的背景分析

(一)管制型的公司立法模式

20世纪90年代初,我国处于计划体制向市场体制转轨的关键时期。作为基本市场主体的大量国有企业要转换经营机制,建立现代企业制度,两项要素就显得极为重要:资本金向国企的排它性注入和保证这一目标实现的法律制度安排。因而,和大多数新兴市场经济国家一样,在这个经济转轨的特定阶段,我国一直强调证券市场是一个融资市场,承担着国企改革脱困的重任。1993年颁布的公司法即承载了这一功能,其规定中的历史痕迹随处可见。如第152条规定,股份有限公司申请其股票上市必须满足的条件包括:公司股本总额不少于人民币五千万;开业时间在三年以上,最近三年连续盈利等。而由原国有企业依法改建而设立的,或者本法实施后新组建成立,其主要发起人为国有大中型企业的,可连续计算。通过这些上市门槛的规定,就基本上把非国有企业挡在了门外。因为受政治意识形态的影响,非国有企业在银行贷款等金融政策上得不到扶持,起步较晚,其发展规模和盈利记录,在90年代初尚达不到上述要求。

另外,长期的计划模式使得政府在推进国企公司化改革方面的知识和经验准备不足,政府担心国有资产流失的深重忧虑^{〔5〕}直接促成了管制型的公司立法。如我国公司法中详细规定了股东会、董事会、经理的职权以及股东会、董事会的召开条件,甚至对哪些事项应由持股多少比例的股东通过,公司法也做了一体规定。有学者统计,公司法“股份有限公司的设立和组织结构”一章共设56个条文,条文中出现“应当”43处、“必须”11处、“不得”17处、“严禁”1处,而出现“可以”仅13处;“有限责任公

〔4〕 公司制的发祥地、长期引领风气之先的英国,惊醒于本国公司立法之陈腐守旧,自20世纪90年代始,连续完成五份长篇报告,对英国的公司治理进行了全面的反省,分别是1992年的Cadbury Report,1995年的Greenbury Report,1998年的Hampel Report,1999年的Turnbull Report,以及由工业贸易部(DTI)于2001年6月做出的最终评估报告Final Report—Modern Company Law: For A Competitive Economy。其实,英国公司法自1844年颁布以来已经历经数十次改革,但最近的改革与以前迥然不同,既不是部分条款的修补,也不是若干法规的合并,而是由贸易工业部(DTI)的筹划小组根据当今经济技术发展的需要,对公司法全部内容进行的全面、深入、实质性的审查。最终评估报告的内容不仅涉及成文法,还包括数百年来形成的卷帙浩繁的判例法规则。此次公司法改革目标明确:公司法规则应有利于资源配置效益的最大化,讲求经济效率。为此,公司法的内容和形式均应该删繁就简,减少不必要的法律管制,增强法律规则的灵活性,以减少执法的成本、提高组建公司和经营管理公司的自由度,以适应现代市场竞争的环境。英国在世纪之交着手进行的这一市场取向的公司法改革耐人寻味。同样地,美国司法判例的造法功能,更使得相关规则得以灵活迅速地发展完善起来。

〔5〕 我国公司法第4条规定,公司中的国有资产所有权属于国家。这一规定虽然只是宣示性的,但却真切地体现出了管理层担心国有资产在公司化过程中大量流失的隐忧。

司的设立和组织结构”一章共 44 个条文中,“应当”为 23 处、“必须”3 处、“不得”16 处、“可以”则为 12 处。^{〔6〕}公司法的管制色彩之浓、公司内部合约空间之狭小,由此可见一斑。除此之外,公司法还就公司上市、发行新股、公司退市的标准和条件等市场化极强、在国外通常由交易所上市规则规定、因而便于根据市场变化而调整的事项,做出了刚性的规定。

显而易见,公司法颁布之初,在为国企改革提供制度框架的指引下,政府目标取代了法律原本应有的制度建设目标。而我国政府历来拥有广泛的行政权力,同时肩负着繁重的社会责任,发展地方经济、创造就业机会、维护社会稳定,毫无例外地成为了每一届政府的头等大事。在各级政府事实上行使着各级国有企业(公司)产权的情况下,行政安排介入公司的行为可以合乎情理地演化为大股东行使股权的行为,在这个意义上,一味地苛责政企不分,理论上似乎是存在问题的。在这种情况下,在国有企业向公司制转化以及国有公司相当长的存续时期里,为其提供制度安排的主要是中央政府和各级地方政府的行政决定。从公司上市到企业兼并、破产,处处都活跃着政府的影子,公司法只是作为一种制度框架而存在着。于是,国有企业的公司法制演进,主要体现为一种政府主导型的行政意志变迁,而远非西方成熟市场经济国家的市场变迁。

与此同时,绝大多数公司的国有性质,使得市场主体本身对于规则的可预期性需求也并不强烈。这部分解释了为什么在十年间,尽管市场发生了巨大的变化,但作为市场主体法的公司法规则却未有大的变动,而仅仅在 1999 年修改了区区两条。政府对市场的政策微调,已经使得公司法的部分规则“边缘化”。对此有力的解释是转轨经济呼唤软性规则,如学者指出的,“在改革过程中,许多法律制度和程序都尚未定型,如果采用法律的方法,可能会增加改革的成本,特别是时间方面的成本”。^{〔7〕}换言之,在经济转轨时期,行政措施远比法律手段富有成效。

(二)政府主导型公司制度供给的弊病分析

政府主导型公司制度供给的范式,的确具有历史合理性,但其弊病也显而易见:

第一,任期制约下的政府所追求的短期效应与制度建设的长期性要求,不可避免地存在着矛盾。行政决定所固有的不稳定性,严重破坏了人们对市场规则的预期。而且,中央政府内部各种利益的错综交织(典型如财政部与证监会对上市公司的权力分配问题)以及随着经济形势变动其主导地位的交替更迭,共同构成了中央政府制度供给的利益驱动力,从而形成了我国独特的公司制度供给不连续现象。

第二,在我国中央和地方的行政分权体制下,拥有相对独立利益和一定资产配置权的地方政府,在我国公司制度供给中发挥着特殊的作用。中央政府必须从政治、经济、社会等方面全盘考虑,而地方政府则只对本地区的经济发展负责,不必对其它地区负责,更不必对宏观经济的稳定负责。基于税收利益和地方形象或社会稳定的考虑,地方政府往往对本地公司给予特殊优惠政策。而且,在对上市公司的规范化运作方面,地方政府也往往并不是中央政府政策不折不扣的实施者,上市公司作为本地面向全国的“圈钱窗口”,是本地政府财政的利税大户,地方政府对上市公司的一些不规范行为,如通过会计造假而“圈钱”等采取了纵容、包庇甚至鼓励的态度。

第三,法院解释公司法的作用受限。在英美国家,法院判例本身即构成了公司法的渊源。也许正是由于这个原因,出于创立规则的慎重,司法扩张和司法谨慎贯穿于英美国家公司法的发展历程。在公司法合同自由化倾向愈加明显的同时,司法对公司运作的介入也越发积极,起到了“弥补合同缝隙”、“解读隐含公司合同条款”的作用。在我国,尽管成文法体例不允许法官造法,但丰富的司法实践还是生发出许多规则形成的契机,又通过最高法院批复成为具有裁判指导意义的规则。在这个意义

〔6〕 汤欣:《论公司法的性格——强行法抑或任意法》,《中国法学》2001 年第 1 期。

〔7〕 参见吴志攀教授为法学论丛“国际金融法系列”所写的总序;于绪刚《交易所非互助化及其对自律的影响》,北京大学出版社 2001 年版,总序部分第 2 页。

上,司法解释也可被视为公司法。而各地方法院对公司法的理解和运用,也发挥着相当多的弥补公司合同缺漏的作用。然而,由于政府主导着公司的制度供给,而法院的裁判行为在相当程度上受制于政府目标,判案时必须考虑社会稳定因素,即所谓追求“社会效益”,因而司法判断不可避免地受到了地方政府的诸多影响。而且地方各级司法机关的财政和人事权都隶属于地方,在实践中,地方党委和地方政府的人事部门拥有地方司法机关主要领导干部的推荐权或指派权,这种权力结构和权力隶属、依附关系更使得地方司法机关无力抗衡地方政府的权力干预。因而,在某种程度上,地方政府的判断,可能成为地方法院审理具体案件的准则。在司法地方化的情形下,原来“合同漏洞补充”意义上的对公司运营的司法介入,极可能被异化为变相的行政干预。而且,政府对短期效应的追求,在本质上是排斥司法的,因为法院裁判为市场参与主体建立起的长远市场预期,正是处于转轨时期的政府所着力避免的。

但是,制度转型终有结束之日。加入WTO后,国民待遇、透明度等外生性约束规则的导入,大大强化了我国经济的市场化取向改革。企业产权主体明晰、政府的社会管理职能和出资人职能相分离、减少各种隐性和显性的政府补贴,已经成为我国企业改革的必然要求。以此为背景,2003年7月10日,瑞银证券亚洲有限公司投下了QFII对中国A股的第一个买单。2003年10月14日结束的十六届三中全会则再次强调指出,要“大力发展混合所有制经济,实现投资主体多元化”。可以想见,国有股一元垄断格局被打破后,公司参与方对规则的可预期性要求将大为提升,这些都将带来中国公司法从管制型向市场导向型的全面转轨。而就在此经济转轨过程中,有关公司法案件已经层出不穷:爱使公司限制股东的董事提名权、郑百文重组合约剥夺股东半数股份、嘉兴五芳斋公司担保引发董事百万个人责任、司法叫停方正科技股东会等一系列引起广泛争议的事件,无不昭示着我国公司立法准备之不足。公司法应遵循怎样的修改路径,已成为目前不容回避的现实问题。正是在这一意义上,公司合同理论的实践意义得以凸显。

二、公司合同理论及公司合同的基本属性

(一)公司合同理论:基本观点及思想渊源

早在20世纪30年代,科斯就曾提出一项被后人称为是公司合同理论的奠基性见解。在1937年《企业的性质》(*Nature of the Firm*)这篇文章中,他指出,企业 and 市场是合约的两种形式,企业内部科层制的组织形式,起到了很好地协调合约各方、减少交易成本的作用。时隔近40年,这一见解得到了广泛的关注。20世纪70年代,阿尔钦(Alchian)、德姆塞茨(Demsetz)、詹森(Jensen)和麦克林(Meckling)等通过公司合同理论,将公司的内部行为,导入了新古典经济学的研究视角,正式开创了“公司合同理论”。

公司合同理论主张,公司“乃一系列合约的连结”。这一系列合约关系,根据詹森和麦克林的见解,包括法律拟制物(企业)与原材料或服务的卖方签订的供应合同,同向企业提供劳动力的个人签订的雇佣合同,同债券持有人、银行及其他资本供应方签订的借贷合同以及同企业产品的买方签订的销售合同。包括文字的和口头的、显性的和隐性的、明示的和默示的各种合约。^[8]1972年,阿尔钦和德姆塞茨在美国《经济学评论》上发表了《生产、信息费用和经济组织》(*Production, Information Costs, and Economic Organization*)^[9]一文,同时,詹森和麦克林在《公司理论:管理行为、代理成本和所有权结构》(*Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*)一文中

[8] Jensen & Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305, 360 (1976).

[9] Alchian & Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, 62 AM. ECON. REV. 777 (1972).

关于公司理论的阐释,也堪称分水岭之作。^[10]这两篇论文后来分别被认为是公司合同理论的两个分支——交易费用理论和委托代理理论的代表之作。

根据公司合同理论,公司作为一种合同机制,之所以能够取代市场,是因为公司内部的科层序列很好地降低了合同各方的交易成本。这一理论中公司合同的基本分析单位是个人,即各个合同方,而股权只是公司这一合同联结体的诸多投入要素之一,其他还包括资本、经理才能、劳动力和原材料等。公司合同理论认为,市场竞争的结果将达成最优的合同安排,而不需要国家法律的介入,正如威廉姆森所言,政府没有任何特别的权力来取代公司组织结构创新。

将公司合同理论放到合同自由的思想长河中,不难看出该理论与自由主义大师哈耶克所提倡的“自发秩序”^[11]观一脉相承。根据哈耶克的政治哲学,个人追求自己的利益将自发地形成社会秩序,更高层级的权力组织无须向他们发号施令。与外部秩序相对应的外部规则,尽管是人类社会秩序所不可或缺的治理工具,但是它绝不能因此侵扰、或者替代内部秩序得以生成并继续的内部规则,否则自生自发的内部秩序和植根于其间的个人行动自由,就会蒙受侵犯并遭到扼杀。哈耶克得出这个结论的一个关键理由是,现代社会结构的复杂性,远远超过了刻意安排的组织所能达致的任何程度,它并不是依赖于组织,而是如同自生自发秩序那般生成发展。^[12]

新古典主义经济学将自生自发社会秩序观导入公司理论中,认为合约化了的公司,其秩序来源于市场经济人的合约安排,而不是更高层级权力机构的计划和命令,包括法律的制度安排。在某些方面,他们甚至比哈耶克走得更远。例如,哈耶克还把公司视作“组织”(Organization),而他们却只把公司视为合约联结的虚体,由公司合同方通过断断续续的合约安排来实现自己的利益,而公司正形成于这些数量众多的、呈原子状态的公司合同之中,^[13]因此不存在更高层级的机构凌驾于这些个体之上。

将公司合同理论置于自由经济理论的长河中,其思想脉络清晰可循。但在这种自由化倾向下,公司法辖制公司的正当性基础何在?公司合同的基本属性,对此提供了比较合理的解说。

(二)公司合同的基本属性

根据公司合同理论,公司只是各项合约的一个连结点。^[14]既然如此,从理论上说,只要有旨在于保护合约各方预期的合同法就已足够了,为什么在合同法之外,还必须另设公司法?这必须从公司合同的特殊性中寻求解释。

1. 公司合同是长期契约

与大多数即时清结的民商事合同迥然相异的是,公司合同是长期契约,除非发生特殊情形,公司将永远存续。公司合同的长期性,使得在完全的合约自由下,合同的订立和履行机制都存在种种问题。

其一,在立约机制方面,对于闭锁公司(在我国的公司法中指有限责任公司)而言,尽管因为股东人数较少而合意相对充分,但他们事实上无法完全预见公司长期合同的种种细节,并做出相应的规定。而且在企业运行之初,股东各方通常沉浸在一种轻率的乐观主义和共同的良好意愿气氛中,彼此都不愿提及可能面对的争议事项,因为这可能带来导致合作夭折的悲观气氛。同样,立约合意的缺

[10] Supra note, [8].

[11] 参见 Hayek, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order* (2), The University of Chicago Press, 11, 289 (1973). 对于哈耶克而言,公司存在本身,即足以说明其为个人服务的目的。

[12] 参见前引 Hayek 书,第 19, 113 页. 转引自邓正来:《社会秩序规则的二元观——哈耶克法律理论的研究》,《北大法律评论》1999 年第 2 期。

[13] Meckling, *Values and the Choice of the Individual in the Social Sciences*, 112 *Schweizerische Zeitschrift Fur Volkswirtschaft Und Statistik* 148 (1976).

[14] Supra note, [8].

陷,对于公众公司(在我国的公司法中指股份有限公司)而言,更是有过之而无不及。股东人数众多,而且大都另有正业,理性的冷漠、信息的不利偏在,都使绝大多数股东宁作壁上观。此外,即便体现为公司章程的公司合同设有明文,但由于各方理解不一,也会存在种种问题。凡此种种,均表明公司合同与当事人合意自由之间存在着矛盾和冲突。如果只是依靠公司成立时的一纸合约来处理公司发展过程中潜在的种种机会主义行为,则表面上是在执行公司合同,保护股东预期,而事实上却恰恰违背了股东各方的合理预期。

公司合同的长期性使得其合约机制存在着天生的缺陷。即便是力主自由放任思想的约翰·密尔也承认长期契约中自由意志的局限:“个人是自身利益的最好法官,但这一原则的例外情形是:个人试图在当前做出一项不容更改的判断,即在某一未来甚或长远的未来中,什么是他的最佳利益的判断……当约束人们的契约规定的不只是简单地做某事,而是在一个相当长的期间内持续地做某事,并且本人没有任何权力撤销这一约定时,我们就不能假定这一契约是他们自愿达成的,否则将十分荒唐。”^[15]密尔的这一论述获得了经验的支持。基于经验证据的调查,肯尼思·阿罗(Kenneth Arrow)得出结论:“对于未来将会出现的无数意外,个人无法完全认知,这是一个值得赞赏的假定;简而言之,大量的证据倾向于认为,的确存在低估不确定性的倾向”。^[16]换句话说,当把现在的效益和成本的价值衡量与未来的效益和成本的价值衡量进行比较时,就容易犯系统性错误,特别容易低估风险。

由于长期契约所固有的这种系统性错误,尽管闭锁公司中股东合意相对充分,也不可以将公平价值之维护完全系于股东各方的意思自治,而必须保留一些强制性规则,如大股东对小股东的信义义务等,这正解释了公司法部分规则的强制性。

其二,在履约机制方面,即使在公司合同初始阶段各方合意是相对充分的,但事实上相当部分的合约随后都会被改变。如改变公司注册成立地、增加或减少注册资本、聘任或者解聘董事等等。而这些公司合同的后续修改机制存在着重大的合意问题。

这些改变合约的建议,一般是由现任管理层提出,然后由股东投票通过。但股东通过投票控制公司合同的不当变更这一做法虽然在一定范围内有效,却远非尽善尽美。因为从理论上说,只有合同方获取全部收益,同时承担全部成本,这样的合同变更才能充分体现合同方的意志,但公司合同的履行机制显然无法满足这一条件,最大的障碍是代理成本(产生第三方效应)和集体行动问题。代理成本问题存在于两个层面:其一,股东无法获取其投票所产生的全部收益,也无须独自承担投票所产生的全部不利,所以理性的冷漠、不负责任的投票甚至股东诉讼敲诈等情形都存在于公司合同之中。其二,董事等管理层没有获得作为代理人的全部回报,这使得其存在怠惰、以权谋私等种种有损股东利益的行为。故而,即使是由股东投票批准改变公司合同,也可能并不反映其真实的意志,因为公众公司中的散股股东完全没有足够的时间、信息和激励来审议所有的动议。

总体而言,由于公司合同的长期性,合同任一方都无法预见合同各方将为公司所做贡献之大小,因而也就无法事先分配各方应得的收益。事实上,在公司合约履行过程中,有些参与方兢兢业业、善始善终,另有些则中途谋变,提前结束合约,这种团队生产带来的贡献非均衡性,更使得事先分配各方收益变得极不现实。而且,如果事先就收益做一体划分,则无论公司合约方努力与否,其合同收益都将保持不变,这反而会鼓励搭便车行为。

以上分析表明,在解释公司合同的成立、履行、修改等方面的问题时,传统的合同机理已经显得捉襟见肘。所以许多经济学家也往往把公司看作一项不完备的契约。在经济学上,完备的契约是指准确地描述了与交易有关的所有未来可能出现的状况以及每种状况下契约各方权利和责任的契约。在韦伯的眼里,这只是一种理想型的合约,在现实世界中并不存在。格罗斯曼和哈特则认为,契约的不

[15] 约翰·密尔:《政治经济学原理》,W. Ashley 编,1961年英文版,The Colonial Press,第959页。

[16] Kenneth Arrow, *Risk Perception in Psychology and Economics*, 20 *Econo. Inquiry* 1, 5 (1982).

完备主要归因于以下三点:(1)由于个人的有限理性,契约不可能预见一切;(2)由于外在环境的复杂性、不确定性,契约条款不可能无所不包;(3)由于信息的不对称与不完全,契约的当事人或契约的仲裁者不可能证实一切,这就造成了契约激励约束机制的失灵。^[17]

在这里,引述布鲁德尼(Brudney)和克拉克(Clark)的一句话无疑是极为贴切的:公司法包含着立法者的一项假定,即公司法有自身的特性和路径,而不主要是蕴藏着公司合同方的明示或默示的同意。^[18]所谓公司法在本质上具有合同属性,这只不过是一项隐喻,就如同哲学中关于社会的契约理论一样。^[19]

2. 公司合同是关系契约

传统的合同观念都奠基于这样一个前提:合同是不连续的交易行为,存续时间较短,人际接触极为有限,交易标的容易测度。^[20]其典型的情形是简单的即时清结合同,各方当事人在这种合同中能够将未来的各种因素都提前纳入缔约时的考虑范围,并据此明定交易规则,以求拘束各方。美国社会法学家麦克尼尔(Macneil)最早将这种情形称为“提示法”(presentation)。而不管是以威利斯通(Williston)为代表的古典主义合同法学者,还是以卡宾(Corbin)为代表的新古典主义合同法学者,都主张合同各方在缔约之时,必须细为考量将来的各种情形,并以合意为基础,将其一体纳入合约范围。如果事后生变,也必须重新协商,修改合同,否则原来的合同将一体适用,甚至可达数年之久。^[21]

正因为如此,不论是在欧陆法系还是英美法系,契约都构建于承诺——过去的意思表示行为之上。^[22]然而,建构于约因、合意(要约加上承诺)等核心要素基础之上的正统契约法,在解释公司合同这一长期契约时,却暴露出了许多致命的缺点:许多合同长期存续、合同各方接触频繁、其利益需求因外界情形变化而随时调整,而且这种契约的存续也并不以明确的承诺为前提。这种传统合同法无法解释的合同,被麦克尼尔教授称为关系合同,包括婚姻、雇佣、特许权、合伙等合同。^[23]

麦克尼尔教授把契约现象分成两种理想的形态:个别契约和关系契约。个别契约意味着“除了物品的单纯交换外当事人之间不存在关系”。^[24]这种范式在新古典主义微观经济学理论的交易行为中可以找到,但这种一次为限的个别契约,其实在现代社会中并不普遍,契约行为应当理解为从个别交易到关系性交易的有阶段的连锁,即一切契约都必须在社会关系中才有实质的意义。麦克尼尔指出,研究契约必须从源头着手,而源头就是社会,但这却常常为经济学和法学所遗忘。“在这两门学科中我们的记忆力之所以经常有偏差,都是因为我们象吸食海洛因上瘾一样地只注意到个别性的交易”。^[25]事实上,在社会经济实践中,处于继续性伙伴关系中的当事人一般都将许多契约条款悬而不决,留待今后根据商业需要再随机应变。正如威斯康辛大学教授怀特佛德(William C. Whitford)在评论麦克尼尔对于契约法学的贡献时指出的那样,“与其将一切进行一次性处理,不如把重要的条款委诸交涉、同时容许以多种方式进行履行并依次达成合意,这样更有利于当事人”。^[26]在关系合同

[17] 转引自刘宝明等:《论中西方产权研究的不同范式及产权残缺——一个理论框架及其对分析我国国有企业改革的意义》,《清华大学学报》(哲社版)1999年2月。

[18] Brudney, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 Colum. L. Rev. 1414(1985).

[19] Clark, *Agency Costs versus Fiduciary Duties*, in *Principles and Agents: The Structure of Business*, J. Pratt & R. Zeckhauser ed. 61(1985).

[20] Paul J. Gudel, *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*, 46 Buff. L. Rev. 763(1998).

[21] See *A Contracts Anthology*, Peter Linzer ed., 2nd ed. Anderson Pub. Co., 92(1995).

[22] 根据法国民法典第1101条的规定,“契约是一种合意。根据这种合意,一人或数人对于其他人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”这种定义代表了欧陆法系对契约的认识。美国第二次契约法重述也对契约下了一个经典定义:“所谓契约,是一个或一组承诺,法律对于契约的不履行给予救济或者在一定的意义上承认契约的履行为义务。”

[23] *Supra* note, [20]. 在该文中,作者对 Ian R. Macneil 教授的著作 *Contracts: Exchange Transactions and Relations* 赞誉有加。

[24] 麦克尼尔,《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社1994年版,第10页。

[25] 参见上引麦克尼尔书,第10页。

[26] 转引自季卫东:《关系契约论的启示(代译序)》,载上引麦克尼尔之著作中译本。

中,合同各方在任何一个时间点上并没有、也不能被期望能够预料到将来会发生的种种情形,而只能将这种关系,视为在很大程度尚属未知领域的整体行为的一部分。^[27]只要缔结这种关系,就不能期待一次缔约,终身受用,而必须应时而变。所以,与传统合同论者主张合约各方受合约的初始条款拘束不同,关系合同论主张合同各方的权利和义务,处于一种开放式的修正状态当中。

特别应引起注意的是,麦克尼尔把企业组织也视为关系性契约的典型。根据他的主张,公司不仅是契约主体,这种组织本身就是契约关系体,而介于市场和企业之间的关系性活动是关系合同生长和发展最肥沃的土壤。公司、特别是闭锁公司中股东之间形成了紧密的合作关系,他们之间的预期随着合作的深入、公司的发展变化而随时进行着调整。这种预期的变化和调整,无须、事实上也无法以书面合同的方式加以固定。而且,由于关系合同的当事人众多,他们形成了网络状的关系。随着合作的深入,这种关系越趋复杂,它们常常涉及到一系列的或者是多系列的、以复杂的方式同时发生并且不能够被区分为个别阶段的交换。在一定的情形下,为实现共同的利益,合约方必须做出牺牲,学会放弃眼前的利益。比如,涉及公司重组的时候,股东个体必须本着合作的精神,而不能存有机会主义心理,否则就无法达致多赢的格局。

正是由于个别交易契约与关系契约存在着以上诸多不同之处,完全依赖传统的合同法并不足以保障公司参与各方的合理预期。

三、合同路径下公司法之价值分析

以上分析表明,将公司视为合约联结点的公司合同理论,无法对公司中绝对的公司自由提供圆满的解说。在传统的合同法规则下任由公司参与各方自由协商、拟定公司合同条款的做法,存在许多缺陷。在此情形下,目前法学界很流行的一种观点是:国家基于社会利益的考虑,为克服市场缺陷和痼疾而实行的宏观调控……使公司法中存在着体现国家干预的强制性规范……^[28]这种以市场缺陷要求国家干预、社会利益本位等宏大的解说为公司法强制性提供的理论基础曾一度被广为接受,公司法也曾因此而被归入以国家干预为本质特征的经济法部门。笔者在此无意涉入部门法论争,而只愿意指出,我们应当着意避免一种“纳维纳错误”,即不能仅仅指出与A政策有关的问题后就主张B政策优于A政策,而对B政策存在的弊端却视而不见。^[29]公司参与方即便存在合约缺陷,但立法机关以公司法取代公司参与方的自发秩序的正当性何在?立法机关的制度安排为什么就优于公司参与方自己的合约安排?如果将其解释为专家的智识和经验能够弥补市场机制的不足,认为专家立法的程序足以使得法律获得正当性,问题就又转化为,挑选和评判专家的程序是否足以保障所谓专家是名符其实的?

这似乎已经陷入了一个笔者自己构造的论说僵局。本文无意评说公司的立法程序,而试图就公司法权威性的渊源做一解析。法律权威的渊源是什么?这是个看似简单、其实非常复杂的问题。根据庞德的解释,这一问题至少包含两个层面,直接的渊源可以在一个政治组织社会的立法和执法体制中去找寻,这也是一种最通常的法学解说,有着社会强力支撑的立法机关颁布公司法,这本身就赋予了其权威性。而最终的渊源则属于政治科学的问题,古典政治理论给我们的教义是,自由人们的同意,这是法律最根本的渊源。如奥斯汀和梅因认为,除了对相当少数的争端和对相当少数人的行为

[27] Ian R. Macneil, *Contracts: Exchange Transactions and Relations*, 2nd ed., The Foundation Press, 13(1978).

[28] 吴弘、李霖:《我国公司章程的实践问题与法理分析》,载顾功耘主编:《市场秩序与公司法之完善》,人民法院出版社2000年版,第230页。事实上,许多学者,特别是经济法学学者都持这种观点,为此还一度引发了公司法属于经济法还是民商法的争论,似乎经济法和民商法都有把公司法纳入自己部门的倾向。笔者以为,这种论争对于公司法本身的制度设计恐怕助益不多。

[29] 德姆塞茨:《信息和效率:另一个观点》,《法律和经济学杂志》(1969)第12期。

外,就没有必要适用强力。^[30]笔者也认为,立法机关颁布公司法,只是使其获得了形式上的合法性,公司法的实质合法性还必须从市场中去寻找。前述关于公司合同基本属性的阐释,特别是公司长期合同以及公司关系合同固有的缺陷和漏洞,为公司法的存在提供了正当性基础。也就是说,公司法是作为公司合同的模本、公司合同的漏洞补充机制而存在的,虽然在特定的历史情况下基于对非效率目标的追求,公司法可能会稍许偏离市场轨道,获得了一些公的属性,但这不应成为公司法的主导价值取向。

(一)公司法价值之一:公司合同的模本机制

在经济生活中,存在着大量的交易合同模本。无论是购房、贷款,还是购买保险、接受邮政服务,我们都必须面对标准合同。这些标准合同的设计,都由相关的政府部门来完成。如在我国,由建设部设计房屋销售合同的标准条款、由中国人民银行主持完成贷款合同的标准条款、由保监会完成保险合同的必备条款等等。这种制度的建立奠基于以下理论预设:其一,标准合同有利于节约交易成本。如果成千上万的重复交易,都需要交易各方细为谈判,将产生昂贵的交易成本。标准合同范本浓缩着人们不间断地试错和纠错的过程,考虑到了绝大多数参与主体都将面临的问题,并将最优的解决方案条款化,这样就大大降低了交易成本;其二,政府部门、而不是由合同的一方负责标准合同的设计,有利于平衡各方利益,使合同本身获得正当性。

当然,对于第二方面,即国家提供公司法标准条款的问题,一个难以回避的诘问是,为什么律师事务所、投资银行或其他中介服务机构等,尽管因为不是合同的一方而同样具有“公正”的外观,却不能、事实上也没有提供公司合同的范本?

从理论上说,尽管投资银行、律师事务所和其他市场中介服务机构,也可能事先事无巨细地考虑一切情形,详细设计一切解决方案,并通过对合同条款的反复试错而最终取得最优方案,但由于公司运营形态各异,要设计这些能够适应绝大多数公司的标准范本,将产生大量的成本。更根本的原因是,标准合同范本作为一种公共产品,极易为市场免费复制,具有明显的“第三方效应”,没有哪个提供方能够获取提供该产品服务的全部收益,而且,对这些产品进行市场估价也相当不易。这种种情形都使得权利外溢,其结果是没有哪一方愿意为此付出努力,而在这方面,国家和政府具有绝对的优势。它能够通过法院系统对成千上万案件的审理,将公司合同中碰到的问题及其解决途径转化成公共产品,向公司参与各方提供。这样,公司法中提供的一整套规则,如投票规则、派生诉讼持股数量最低限度规则、会议议事规则等等,由于是成千上万次试错总结的成果,能够满足绝大多数参与方的要求,从而有效地降低了协商成本,使他们能够将协商的焦点集中于特定的事项中。此外还有很重要的一点是,政府提供公共产品,可以国家强制力为后盾一体推行。这使得遵循相同规则的公司及其产品,如公司发行的股票、债券等具有了极大的可比性,有利于市场的形成,而这是私人机构无法比拟的。

(二)公司法价值之二:公司合同的漏洞补充机制

其一,就特定的事项而言,公司参与各方尽管会在事先尽可能地考虑周详,但由于长期合同所固有的信息难以周全等原因,难免挂一漏万。举例而言,涉及投票委托书的种种细节问题,如委托他人投票后,股东后来又愿意自行投票,前述委托是否自动撤销等情形,在立约时可能并未进入股东的视野。而委托他人投票面临的种种道德风险问题实际上也无法全部依靠合同法规则来解决。在此,各国公司法一般禁止设定不可撤销的投票委托,从而给予了股东反悔的机会,有效地解决了这一问题。

其二,公司参与方为促成合同,对一些遥远的、可能引发争议的偶然事件往往避而不谈,以免破坏交易达成的良好前景,这就产生了长期合同的缝隙。如关于股东提案权、股东和董事会的职权分工方面,因为事涉大小股东间的利益分配,细谈下来将使公司的成立面临流产。为避免这种结果,股东就宁可临事再议。而公司法的信义义务规则要求无论在何种情况下,董事都必须本着公司和股东的最

[30] 转引自[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第28页。

佳利益行事。这种概括性的规定就赋予了法院极其灵活的临事裁判机制,可以考虑在各个具体情形下,当事各方将会选择何种合同条款以符合公司和股东的最佳利益。这样就较好地发挥了拾遗补缺功能,填补了公司参与方的合意空白。

其三,长期合同固有的不确定性,将使公司参与方陷于认识错误。由于相当多的意外情况在公司运作过程中才会产生,股东无法意识到、或者无法确切地评估公司合同的每一条款可能使自身面临的风险。举例而言,股东可能无法想象通过章程将一定比例的董事选举权配置给在任董事,将会留下巨大的监控空白;更无法预料到在一定情况下免除董事的信义义务,最终反而成为董事不忠实的催化剂。在这种情况下,公司法通过对章程条款的合法性做出价值判断以及强制性的信义义务的规定,也能缓解公司参与方预见不足的重重弊病。

另外,股东参与各方经常面临的认识错误是忽视了债权人、雇员的利益。故而,任由其自由协商而造就的公司合同,还可能存在大量的债权人、雇员利益保护方面的疏漏,最终使公司合同难以为继。公司法的存在,同样能够有效地弥补这些漏洞。

总而言之,公司法补充了、而不是替代了当事方的协商。也正是在这个意义上说,公司法构成了一项对开放性合约的补充机制。因此,应当反复强调的是,公司法应当提供的是那些一旦被统一适用,将在总体上增进公司参与各方利益的规则,而不应当提供一些替代当事方自由协商但却对其总体福利无所增进的条款。

(三)公司法价值之三:追求非效率目标

政府试图获得市场效率以外的目标,这构成了公司法存在的第三部分价值。在笔者看来,以纯粹的市场眼光来看待公司法其实是忽视了公司法的政治属性。如有学者认为,“公司法事务经常并不是属于需要高度优先解决的问题,因为他们本质上倾向于非政治性,并且不大可能与政府感觉需要立刻解决的危机有关”。^[31]然而事实上,法律与政治从来就没有彻底分开过,即便是英美国家,党派之争就经常以法律大战的形式表现出来。公司法也不例外。关于公司法政治性一个极好的注脚是最近的美国萨班斯-奥克斯利法案(Sarbanes-Oxley Act of 2002),接连出现的重大市场欺诈激怒了美国社会,美国政府为了赢得民众的支持率,仓促之间就推出了这一旨在肃清资本市场的严酷法令,而立法者甚至没被赋予足够的时间去思考问题的成因和症结之所在。

应当承认,公司法中的市场和效率取向无疑居于主导地位,但在特定的时期,它可能还被要求负载效率之外的目标,甚至是政治目标。如许多国家公司法中规定了员工参与计划;由法律、而不是由章程来规定公司财富的分配办法,如规定法定公积金、公益金的提取比例等;我国公司法还规定了国有公司中必须有职工董事和职工监事。如前所述,为了保证国有企业向公司制转轨的成功,我国公司法还规定了极高的、在当时基本上只有国有企业才能满足的上市门槛,如资本金要求、开业时间要求、盈利记录要求等,以确保民间资本向国有企业的排它性注入;对一些规模庞大、员工众多、无法整体上市的国有企业则采取了优质资产剥离上市的办法,而这些上市了的国有公司又要对原来的母体企业承担相当部分的隐性关联债务。凡此种种,政府和法院都保持着相当程度的容忍,因为原国有企业的员工就业问题事关社会稳定的大局。这是典型的公司法非效率目标的体现。但无论如何,公司法对这种非效率目标的追求,在绝大多数情况下都只能是过渡性安排,而绝不应成为公司法的主导价值取向。

四、合同路径下公司法之品格分析

在解说一部法律的性格时,法学界通常的做法是将其贴上公法(强行法)或私法(任意法)的标签。

[31] [加]布莱恩·R.柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第251页。

关于公司法的私法属性,大体上在法学界取得了共识。但对于公司法中存在的强制性条款,如前所述,通常的解说仍然是“国家宏观调控、社会利益考虑”等。

但应当注意的是,法院在审理公司案件时,运用得最为频繁的却是合同的解析方法。在考察公司合同的种种缺漏或模糊之处时,法院会着重考虑当事人在充分协商的前提上将会选择怎样的条款。甚至可以这样解释,公司合同的“沉默”或者不明确本身也包含着合意的因素,只不过是因为达成此项合意的成本过于高昂而已。因此,笔者认为,公司法中以强制性规范面目出现的条款,如股东一股一票规则、信义义务规则等,都深深地打上了合同的烙印,因为它们可以分别被认为是公司合同的标准条款和公司合同的漏洞补充条款。一股一票规则之标准合同条款属性,莫基于表决权须与剩余索取权相对称、否则将引发道德风险这一经济原理;而信义义务规则之所以成为合同漏洞补充条款,则是出于弥补公司长期合同种种缺漏之目的。所以公司法条款,应当是公司参与各方在协商成本足够低的情况下,必定会采纳的制度安排;公司法条款,应当体现并最终维护公司参与各方的合理预期。

从合同的角度来解释公司法,笔者认为,必须考虑公司法的适应性品格。公司法的适应性,体现为其对技术和市场变化方面的灵活应变性。

(一)公司法适应性之一:技术挑战制度

传统的观点认为,股东会必须在一个有形的场所进行,以便于股东集中听取、表达意见,这似乎是一项默认的条款,以至于世界各国的公司法几乎都是本着股东实际到场的考虑来设定相应的股东会规则。然而,英国1990年发生的一起公司法案例却对此提出了挑战。某公司召开股东会,但由于预定的会场太小,安排的视听联系发生了故障,主席不顾反对意见将会议休会,但反对者对休会决议的有效性提出了质疑。英国上诉院的判决认为,既然许多股东不能进入原定的会议场所,会议不能开始,当然也根本不可能做出休会的决定;布朗威尔金森爵士则认为,如果视听恢复正常,会议可以正常召开:“1985年公司法对会议规定的原理在于股东能够亲自与会,以便对足以影响公司的事务进行辩论和表决。那时只能通过每个人在同一间屋子里面对面才能实现。但随着现代科技的发展,不需要所有股东面对面就可以达到相同效果,通过电子设备,就可以听见看见他人也可以被听见、被看见。在法律第一次规定时,还可能没有预见到这种变化,但这并不要求我们认为这种会议不是1985年公司法所称的‘会议’。”^[32]

现在已经进入后工业时代的信息社会,网络等新型通讯方式的广泛运用必将对公司法的适应性提出更高的要求。但由于法律总是落后于现实,如果公司采用了公司法规则之外的通讯联络甚至是会议表决方式,如进行网上投票,法律应如何面对?笔者认为,一个总体的思路是,不能仅仅因为这些做法不在法律规定之内,就认为其无效,而应当本着公司法适应性的考虑,结合股东合理预期是否因此遭受挫折进行分析。其实,正如威廉姆斯所称,公司的产生在很大程度上应归功于通讯和交通技术的发展,它使得公司内部的合作比市场合约更为有效。^[33]而作为标准合约的公司法规则,无疑必须对技术的革新保持足够的敏感,否则将遭到被遗弃的命运。

(二)公司法适应性之二:市场检验规则

在理解公司法时,不能忽视市场对规则的检验和评估机制。如果忽视公司法的适应性品质,而试图强行导入一种公司参与各方都不愿接受的治理模式,可能恰恰事与愿违。例如,如果公司法无条件地禁止经理层盗用公司机会,则他们可能会通过提高工资、增加在职消费或者减少工作时间以开辟“自留地”等种种办法,来达到同样的目的。

事实上,绝大多数公司法规则的生发契机都在于市场的变化。以闭锁公司的法律规则为例,在闭

[32] *Byan v. London Life Association Ltd.*, 1990 1 Ch 170, 第183页。转引自何美欢:《公众公司及其股权证券》,北京大学出版社1999年版,第593页。

[33] See Williamson, *The Modern Corporation: Origins, Evolutions, Attributes*, 19 J. Econ. Lit. 1537 (1981).

锁公司诞生之前,对于小型的营运事业,人们习惯于采取合伙的形式,而对于大型营运事业,则采取公众公司对外募股的形式。但由于有些小型事业的投资方不愿承担合伙人的无限责任,而规模的限制又使其无法采取公众公司的形式,就应运而生了介于两者之间的闭锁公司形态:投资者绝大多数参与公司经营管理,无须承担无限责任,但公司不得对外公开募集股份。美国最初将闭锁公司与公众公司在同样的商业公司法案下注册,甚至一度适用公众公司的公司法规则来处理闭锁公司中股东的争端。然而这种做法却遭到了市场的极大排斥,其原因在于公众公司与闭锁公司的治理结构存在着巨大的差别。一般而言,适用于公众公司的治理范式为,股东通过资本多数决选举产生董事并组成董事会,由董事会聘任经理负责公司的日常营运,股东则退居幕后,领取股息和红利,而绝少过问公司事务。但在闭锁公司中,股东人数较少且彼此熟识,资本和劳动关系结合紧密,对于选聘管理人员、出售公司资产等公司具体事务,都希望能够拥有相当程度的表决权,并且倾向于通过排除外来人员的进入来维护股东团队的相对稳定。这样,他们就更倾向于以具体合同来形成相应的公司治理范式。如有些闭锁公司在章程中规定,股东转让股份,必须得到持股达一定比例的其他股东同意,而且其他股东有优先受让权;另有些公司为了维持既有的权利平衡架构(持股比例),在章程中规定,股东转让其股份时,必须回售给公司。再如,股东合作日久,可能心生嫌隙,积怨渐深以至于关系无以为继,但由于缺乏象公众公司一样通畅的退出通道,股东出售股份时极可能遭受其他股东的压榨,他们就希望能够象解散合伙一样方便地解散公司,通过清算维护自己的权益。这些都表明由于闭锁公司与公众公司的股东预期以及实现预期的方式多有差异,闭锁公司争端的解决,必须更多地考虑具体案件事实、尊重当事人的意思表示和不断变化的心理预期,故而相应的公司法规则也应体现这些区别。正是由于市场机制做出了反应,美国又出现了专门适用于闭锁公司的公司法规则。美国律师协会公司法委员会在1982年制定了闭锁公司补充示范法,专门适用于闭锁公司。1984年又制定了闭锁公司模范补充法案。它在注册许可程序、公司章程、董事选举、股东保护、公司自愿解散和清算等公司治理规则方面,都与公众公司的法律规则大有差别,这才适应了现实的需要。

总之,公司法起草者必须确信,公司法规则能够经得起市场的检验和评估,否则该规则将走向“边缘化”。而目前我国立法范式存在的问题之一就是,不够注重市场的内生要求与民意表达,因此受到了市场的排斥。如公司法第152条规定了包括股本总额、股权分散等公司上市的条件;第157条规定了退市的条件。这种刚性的法律规定与富于弹性的市场需求间存在内在的冲突,不利于交易所根据市场变化进行相应的调整,为达此条件,不少上市公司就铤而走险,制造假账,与标准相博弈。^[34]又如,公司法第177条强制性地规定,股份公司按股份比例分配利润,有限公司按出资比例分配利润,这又使得有限公司的股东按贡献大小而不按出资比例分配利润的约定,面临合法性危机。

五、结语:公司法规则的正当性

法律的终极原因是社会的福利。未达到这一目标的法律规则不能永久性地证明其存在是合理的。^[35]法律制度的正当性则取决于“正当化的过程”以及为了达到这一目的而运用的“说理的技术”。

公司法的不确定性,使得我们无法通过纯粹的逻辑方式来证明它是否合理。在很大程度上,公司法的合理性必须由其所处的市场环境来检验。即便同处一国,美国特拉华州所具有的种种优势,使得该州的公司法远远不足以为其他各州所效仿。我们所习惯的“从外向里看”问题分析范式,在此必须得到一次警醒。最近的一个例子是美国的公司改革法案。接连出现的重大市场欺诈激怒了美国社

[34] 2002年7月,笔者在深圳证券交易所调研时,业界人士对公司法规定公司上市和退市条件的做法,表示质疑,他们认为应当由交易所的上市规则规定。

[35] [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第49页。

会,民众强烈要求必须从重从快处罚肇事者,政治家顺应多数民意,立足清理整顿的公司改革法案很快就出台了。正如有学者指出的,在一片呼吁惩罚、严格管制和加强立法的声浪中,只有少数人发出了不同的声音:“如果相信当前最重要的需求就是新的法律和管制,我们就没有从此次和此前的丑闻中得到什么教训。我们可以颁布一系列的法律,但是,下一轮公司丑闻就会证明它们大多并没有什么用处,从而又被废止。自由经济真正的敌人是道德相对主义,每一个人的良心才是真正管用的市场警察。”^[36]的确,市场丑闻几乎属于经济发展的周期反应,将美国接连出现的市场欺诈丑闻完全归咎于法律之粗疏,这无疑有欠公允,美联储主席格林斯潘先生也说,是股票期权的巨大诱惑使人们丢掉了良心。美国希望通过严苛的公司法案恢复美国民众对市场的信心,但却在同时挫伤了冒险和创新的精神,其利弊得失的衡量,还是个有待市场检验的问题。

公司法实质意义上的正当性,来源于立法机关制定公司法时所运用的思想和智识合理性。在制定公司法时,立法者必须按照合同的规则和市场的路径来进行,而不能依赖于国家的强制力而恣意妄为,这样,作为结果的公司法规则才能获得合理性。“寻求合法性的过程,即在一种不可避免地存在着强制意味的环境中,实现当事方如果完全自愿的参与所可以获得的价值。”^[37]

Abstract: The amendment of Company Law in China is now in a rapid process. With the chief goal to serve SOEs' reform, the Company Law in China is deeply embedded with the attributes of control. The neoclassical economics argues that the company is the nexus of a series of contracts, and the inherent rational order would be created by competition from various contracting parties, so the exterior institution should not be imposed upon companies. The company contracts, however, are the long-term and relational ones. The company law, construed as a standard contract, makes up loopholes of various company contracts, but does not replace the contracts among parties. Only with the contractual perspective and the market orientation, could the legislators lay out the company law as it should be.

Key Words: the company contract, the company law, legitimacy

[36] 方流芳:《关于美国公司改革法案的另类思考》,中国民商法网,2003年3月1日访问。

[37] Thomas Nagel, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 93(1991).