

公司法中的合同空间

——从契约法到组织法的逻辑

● 蒋大兴 *

【内容提要】与合同法以“契约自由”为原则不同,公司法领域虽处处存在可合同之空间,但“契约不自由”是公司法上契约行为之本质——这也是“公司法中的契约逻辑”不同于“合同法中的契约逻辑”之核心所在。此种契约逻辑之差异是由公司以及公司法的组织法或团体法本质所决定的。因为公司内蕴的团体性,公司法中的契约多为“组织性契约”。该种“组织性契约”属“私法中的公共契约”或“私法中的团体性契约”,正是因为公司契约之团体性,其意思自由及自己决定受到更多拘束——“合同不自由”成为公司契约之主要品性。无论是公司设立、运营还是解散过程中,“合同不自由”都是普遍现象。而且,随着公司治理的建立、公司人格的完成以及公共规制的介入,公司内部合同自由在下降。这也意味着“越多的公司法内容”,则“越少的合同空间”。就此而言,组织法是对合同法的一种取代,如同标准合约是对意思自治的限制一样。

【关键词】公司 合同 契约 组织

一、问题的提出

长期以来,契约法与组织法一直是分离、并列而存在的,夹杂在组织法中的契约因素并未引起重视。^{〔1〕}但随着公司契约理论的兴起,组织法越来越多地被认为属于“契约法”范畴。^{〔2〕}中国正在进行的一系列改革,例如,认缴资本制、企业信用信息公示、公司名称自主申报等,也在朝着契约法方向演进。这种理论与制度变迁的思潮使得契约法与公司法的边界越来越模糊,因此产生的问题是,公司法是否会最终被契约法所取代,从而导致公司法成为“第二契约法”或者“组织性契约法”,传统的组织治理意义上的公司法则因此退出商法的历史舞台?

关于公司法上的合约的讨论引起了一些国内学者的关注,这些讨论涉及公司的合同解释、^{〔3〕}合约

* 作者单位:北京大学法学院。本文为国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制”(项目号:14ZDC019)的阶段性成果。

〔1〕 本文对契约、合同、合约以及契约法、合同法、合约法的使用不作区分,基本在同一含义上运用,特此说明。

〔2〕 See P. S. Atiyah and S. A. Smith, *An Introduction to Contract Law*, Clarendon Press, 2005, p.5. 另见李永军:《从契约自由原则的基础看其在现代合同法上的地位》,《比较法研究》2002年第4期。转引自茅少伟:《合同自由的限制:目标、方法与后果》,载张守文主编:《经济法研究》(第13卷),北京大学出版社2014年版,第280~287页。

〔3〕 代表性成果为罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版。

与企业形态、公司契约的团体主义特质、公司合约机理与法院干预的界限、公司合约的形成机理及本质定性、公司合约理论的法理意义、公司合约的限制与效力解禁、公司章程的性质及效力,以及公司合约在公司对外担保的效力、股东资格认定、股权转让效力、公司承包行为等方面的具体运用;^[4]也有人专门讨论股东协议制度。^[5]但这些讨论并未系统性地整理公司合约的存在空间,尤其是未能系统地展示组织法与契约法在“可合同性”方面的关键差异。相反,一些法院在审理涉及公司法上的合约的案件时,习惯用“普通民法”的思路予以处理,公司以及公司法的团体性本质反而被忽略或淡化。

国外关于公司契约的讨论也要么集中在关于公司的契约本质的分析,要么集中于股东协议的研究,前者注目于一般理论分析,后者注目于具体的股东协议安排。例如,Stedman 和 Cadman 分别在其名为 Shareholders' Agreements 的书中,研究了股东协议与章程的性质及二者的关系,分析了股东协议在小股东保护、风险投资、合资企业及合伙企业中的运用;^[6]Muth 则关注英国 2006 年公司法修改与股东协议的关系,在其所著的 Shareholders' Agreements 一书中,侧重描述了英国公司法修改中与股东协议相关的部分内容;^[7]Ronald 则集中讨论了国内及跨国合资企业适用股东协议的法律及实践,以律师思维针对协议中的重要条款提出起草建议。^[8]Owen 还介绍了股东协议在我国中外合资企业法与中外合作企业法中的运用。^[9]可是,这些研究大多停留在技术层面,未能坚持区分主义立场,从理论维度厘定公司法中契约的“差异性”。

本文关注契约法与组织法中的合同逻辑是否存在差异,这种差异是如何在规范构造过程中得到表彰的,以及为什么契约法与组织法中的合同会存在这些差异。这些讨论将以公司存续过程中的各类相关规范为基础,致力于梳理公司法中的合同现象,关注其自由及不自由的一面,以发现组织法与契约法在“合同/契约自由”方面所存在的实质差异。由此,当我们言说公司法的契约性时,应更多地关注其中“可契约的空间”以及“不可契约的维度”,凸显公司合约作为“特别私法中的公共契约”之特质。

二、契约法中的合同自由

契约法以自由为基础。契约或合同自由是私法自治在契约法中的反射。合同法中的契约自由是全方位的“选择性自由”——合同自由,就是个人通过合同这一制度来安排个人生活的自由,主要包括缔约自由和设计自由。^[10]缔约自由,包括是否缔约、与谁缔约以及如何缔约的自由。诸如,选择缔约主体、形成契约条款、确定合同内容、甚至是在是否继续履约等方面都有充分的自由。设计自由,其实与缔约也密切相关,甚至难以区分。例如,合同具体内容当事人自行构造,该种合同设计与缔约密不可分。因此,“合同自由包括了缔结合同自由、选择合同相对人自由、决定合同内容自由、变更和解

[4] 有关上述问题的讨论汇集,可参见王延川主编:《公司法上的合约》,法律出版社 2011 年版。

[5] 主要成果有罗芳:《股东协议制度研究》,中国政法大学出版社 2014 年版;刘思:《股东协议法律制度研究》,中国政法大学 2016 年博士学位论文;姬莹莹:《股东协议的效力空间——基于比较法的视野》,北京大学 2017 年硕士学位论文。

[6] See Graham Stedman and Janet Jones, Shareholders' Agreements, Longman Commercial Series, 1986; John Cadman, Shareholders' Agreements, Sweet & Maxwell, 2004.

[7] See Sean FitzGerald, Graham Muth, Shareholders' Agreements, Sweet & Maxwell, 2012.

[8] See Ronald Charles Wolf, The Law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses With Multiple Clauses and Forms for the Practitioner, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

[9] See Owen D. Nee, Shareholder Agreements and Joint Ventures in the PRC, Sweet & Maxwell Asia, 2005.

[10] 同前注[2],茅少伟文。

除合同自由、选择合同方式自由等五个方面”。^{〔11〕}甚至有学者称“基于效率可以违约”，^{〔12〕}“违约是一种权利”，^{〔13〕}违约者有“违约的自由”。^{〔14〕}

合同法上的此种自由，是以民事主体地位平等为前提的——自由以平等为基础——也是由私法主体的独立地位，私人领域的“自己决定”以及“自己行为自己责任”为基础构造的。基于自由如此重要，合同自由被视为合同法的灵魂，民法的基本原则——“合同自由是私法的精髓，也是市场经济的灵魂。无论是先验伦理还是功利主义，都能较妥善地说明合同自由的正当性与可欲性”。^{〔15〕}

与合同自由相关，合同法在规范构造上主要彰显其“任意性”的一面，即便涉及违约责任，也允许当事人自由商定，这使得具体违约责任的形态呈现出多样化。很明显，合同法提供的任意性规定在鼓励交易、降低成本、传导信息等方面发挥了极为重要作用。^{〔16〕}正是因为合同自由如此重要，合同以及合同法的空间具有很大的膨胀性，合同自由确保了交易创新成为可能，而创新是交易型社会赖以存在、延续的直接源动力。诸如，互联网金融、平台交易、金融产品组合、各类资管等无不在合同自由的推动下衍生。合同自由也型构了合同及合同法的包容性，合同法因此永远无法穷尽合同类型及内容——无名合同、合同类型演化、合同权利义务的创新，成为合同法以及合同实践的永恒主题。

正是因为契约法的“合同空间”有很大包容度，合同自由与鼓励交易才会凝练成合同法首要的精神气质。但需注意的是，即便是在合同法这一“自由主义王国”，依然存在一定的不自由。基于外部性的考量，以及许多当事人透过合同名称、合同条款规避真实意图，合同法本身就设置了一定的强制性规范，例如，当事人不能约定限制合同的修改等。^{〔17〕}也有学者从其他角度指出了合同的不自由性，例如，认为合同是一种国家向个人赋权的手段。^{〔18〕}合同法的发展与人权发展并行，合同自由随着人权的发展而演进。^{〔19〕}合同法的所谓“自由”乃基于公权力之保障，^{〔20〕}丧失了公权力的强制执行后盾，合同法的自由也会灰飞烟灭——自由地约定任何条款，却可能最终面临不能履行。此外，一些特定主体间的合同，法律还会对弱势一方（例如消费者）进行特殊保护，给强势一方（例如金融机构）施加更多义务。因此，合同自由，离不开国家保障，并非绝对意义上的不受任何国家干预和限制的自由。只有当双方当事人地位平等，且该契约不关乎国家安全、人民人身安全和健康问题时，违约才能是一种权利。亦即权利必须是符合正当的社会性的目的的，必须是正义的。只有当不背离权利的精神要求时，该“权

〔11〕 张能宝：《论合同自由原则的限制》，《人民司法》2006年第9期。

〔12〕 胡蓉、蒋媛媛：《法律与道德的分离：效率违约的理论依据》，《时代经贸》2007年第9期；黄若君：《浅析效率违约与诚信原则》，《科技创业月刊》2005年第4期。

〔13〕 谢婵婷：《关于“违约是否是一种权利”的讨论》，《学理论》2010年第20期。

〔14〕 饶文平、徐静：《违约自由论》，《鄂州大学学报》2003年第7期；刘广、卫玮：《试论和谐社会中的“违约自由”》，《厦门广播电视大学学报》2007年3期。

〔15〕 同前注〔2〕，茅少伟文。

〔16〕 同前注〔2〕，茅少伟文。

〔17〕 See Alan Schwartz and Robert E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, 113 The Yale Law Journal 541-619 (2003).

〔18〕 See Robin Kar, “Contract as Empowerment”, 83 University of Chicago Law Review 759-844(2016); University of Illinois College of Law Legal Studies Research Paper, No. 16-22.

〔19〕 See Francois du Bois, “Human Rights and English Contract Law: Parallel Worlds?”, University of Leicester School of Law Research Paper No. 16/31.

〔20〕 See Hao Jiang, “Freedom of Contract Under State Supervision”, George Mason Journal of International Commercial Law(Spring 2016).

利”才能作为合格的权利。〔21〕

三、公司法的契约结构

在公司契约说的推动下,契约自由已经成为公司法中极为主流的学说,在1905年的Hale v. Henkel一案〔22〕中,法院阐释了赋予公司以第十四修正案的平等保护权的原因,在于公司为“个人的集合”。Alchian和Demsetz在1972年提出,公司不过是一个利于团队生产的合同束(包括与消费者、工人、供应商以及投资者等主体签订的一系列合同);〔23〕Jensen和Meckling迅速发展了该理论,认为“组织只是一系列个人通过合同联结而成的”;〔24〕Easterbrook和Fischel在1985年甚至提出,“公司并非真实主体,其不过是一个合同束的名字而已”。〔25〕

英国《1985年公司法案》也创造了所谓“法定合同”(Statutory Contract)一词,包括“备忘录”和“章程”。按照其公司法案的规定,两者在股东和公司之间具有合同效力。加拿大、澳大利亚、美国等国家也有类似规定。一些国家还将股东协议的界定、可契约内容、程序等法定化。在德国,约束表决权的协议一般也是有效的。〔26〕

按照公司人格理论的“聚合说”,公司是契约的产物——尤其是普通公司的组设乃契约行为之结果,而特殊公司(例如公共企业)之形成,则有可能是立法或行政特许的结果。即便是立法或行政特许,仍可解释为公法上的契约行为。只是在该行为中,契约的一方转变为国家或其代表。当然,此种契约性已非公司作为契约物之典型表现,公司作为契约物之典型表现乃“公司是股东合意的产物”。

“股东合意”在公司形成及维系中虽居基础地位,但在整体上,公司内部及外部的契约集合是多面、复杂的。该种契约集合可按“法律关系要素”及“公司存续逻辑”类型化为两类:其一,基于法律关系逻辑而产生的契约结构;其二,基于公司存续逻辑而产生的契约结构。从法律关系逻辑来看,内部契约性结构受到公司法的调整更多,而外部契约性结构受到公司法调整更少。从公司存续逻辑来看,公司设立过程中的契约结构受“公司自治规整”更多,而公司运营、解散及清算过程中的契约结构受“公司强制规整”更多。

(一) 基于法律关系逻辑的契约结构

法律关系是分析法律问题的最基本的逻辑理路,公司关系的契约结构可据此区分为两类。

一为外部关系契约。例如,公司与国家、公司与交易对方、公司与交易第三方的契约结构。此种契约结构未必都是公司法规制的范畴。例如,公司与国家的契约关系可能同时受到行政法、公司法规制;再如,公司与交易对方、第三方的契约关系,则可能受到交易法(合同法/竞争法)、公司法规制。外部关系中的契约关系可能是拟制而成,例如,公司与国家、公司与交易第三方的契约关系,其拟制成分比较明显;也可能是现实缔约而成,例如,公司与交易对方的合同关系多属现实缔约而成。

〔21〕 同前注〔13〕,谢婵婷文。

〔22〕 Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906).

〔23〕 See Alchian Armen and Harold Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization", 62 American Economic Review 772-795(1972).

〔24〕 See Jensen, Michael C. And William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", 3 Journal of Financial Economics 305-360(1976).

〔25〕 See Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation", 52 University of Chicago Law Review 89-112(1985).

〔26〕 参见〔德〕托马斯·莱塞尔等:《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第251~252页。

二为内部关系契约。例如,公司与股东、公司与董事或高管、公司与雇员之间的契约结构。此种契约大多属于公司法规制范畴,例如,公司与股东、董事或高管之间的契约结构,多属公司法规制领域;当然,也有一部分可能外溢为其他法律规制范畴,例如,公司与劳动者之间关系,随着法律部门的细分,专门演化成为劳动合同法的专门领域。

从法律关系的维度来看,公司法主要规制内部契约关系及一部分由内部契约关系而演化出去的外部契约关系。例如,关联企业之间的交易关系,虽属外部契约关系,但系从内部法律关系演化而出,多属公司法规制范畴。其他外部契约关系一般由交易法、行政法共同规制,公司法最多只是对关联性事宜辅助规制。可见,内部契约结构受公司法规制更多,而外部契约结构则受公司法规制相对较少。

基于法律关系逻辑的契约结构与法域规制表

法律关系类型	契约关系结构	契约性浓度	规制法域
外部关系	公司与国家	弱 / 推定	行政法、公司法
	公司与交易对方	强	主要: 交易法 (合同法 / 竞争法) 辅助: 公司法
	公司与交易第三方	强	主要: 交易法 (合同法 / 竞争法) 辅助: 公司法
内部关系	公司与股东	强	公司法
	公司与董事 / 高管	弱	公司法
	公司与雇员	强	劳动法

(二) 基于公司存续逻辑的契约结构

按照公司存续逻辑,公司的契约结构可区分为三类:设立过程中的契约、运营过程中的契约和解散或清算过程中的契约——公司诞生、运营、存续的生命全过程都存在可合同性问题。只是不同时期的契约重点、内容有所差异。

其一,公司设立过程中的契约。主要是股东与股东之间的平行性“私法契约”——亦可称为“共同行为契约”,以及股东与国家之间的“设立规制契约”。前者体现为股东之间订立的“设立契约”、签署公司章程,后者体现为选择公司名称、申请设立许可及设立登记,该类契约带有部分国家认许的“公法性”内容。

公司设立过程中的契约以股东间的“私益安排”为主要内容,且因公司在该阶段尚未成立,股东间的设立契约所涉事项,不会仅限于股东之间(例如,分配出资权利、义务),还会涉及公司内部(例如,确定公司治理事项及如何向公司缴纳出资事项、确定公司的营业范围等等),故属典型涉他契约。设立契约可能规范设立过程中的事项,也可能规范公司成立后的事,一旦规范公司成立后的事,则会产生契约与章程的冲突及协调问题。就此而言,不能简单认为公司成立之后,设立契约关系即告终止,股东之间的关系即由公司章程调整。设立契约关系是否终止,主要取决于其所约定的权利义务是否履行完毕。

公司设立过程中股东契约之订立,基本贯彻合同自由原则,契约之形成需股东达成合意,契约内容也由投资者自由商定,契约形式采取书面方式,设立过程中的契约订立基本可适用合同法予以规制,在这一过程中,公司人格尚未形成,公司治理亦未成形,当事人间的“合意自由度”最为充分。唯此阶段涉及国家控制、公司治理及第三人利益保护的部分内容,加入了公法或强制因素,设立契约的

自由也会受限。例如,设立契约不能随意约定公司目的;法律对设立行为的外部责任有强制规定,当事人之约定不能排除对外部第三人的责任,等等。

其二,公司运营过程中的契约。公司运营中的契约同样包括两部分内容,但多属私法契约范畴。在公司外部,运营中所形成的契约安排,大多涉及交易对方及交易第三方,契约内容多为与公司经营业务相关的交易性契约及投资并购、证券发行、融资契约。在公司内部,运行中所形成的契约安排,大多涉及公司内部的各种治理主体,例如股东与股东、股东与公司、股东与董事、董事与公司、公司与雇员,等等。运营中的外部交易契约,通常适用普通合同法规则,意思自由也能得到充分保护;唯运营中的内部契约,多与公司治理相关,可能受到公司法的强制性规制会更多。诸如,各种股东权利安排契约,可能存在与公司治理的冲突,例如,对赌协议与公司治理的冲突;股东权利的契约性与固有权的冲突;公司承包经营与公司治理的冲突,等等。由此可能会产生疑问,公司内部哪些权利属于不可修正的固有权?公司内部治理能否以契约方式予以修正?

与公司设立过程中的自由比较,公司运营过程中的契约自由度有所下降。何种情形下,契约有取代公司治理的功能,其法效力空间可否扩张到公司内部相对人之外,成为各国立法及司法规制的核心。一些国家或法院否定干预公司治理的协议的效力。^[27]有影响力的判例也反映,法官在判定章程条款是否做出不合理的限制时,会重点考虑这些条款是否损害正常的公司治理。^[28]与此相反,在制定法中,一些国家规定,“一致同意的股东协议”(Unanimous Shareholder Agreement)有取代公司治理的效果,^[29]使一致同意的股东协议对公司董事、高管及其他相关人员均有约束力,这与我国公司法第11条对公司章程效力主体的扩张性规定有类似效果。而且,这种“一致同意的股东协议”甚至还具有对第三人外部影响力。例如,第三方可以推定公司根据其章程、细则及任何一致同意的股东协议行使权力,这意味着公司外第三人可以信赖股东协议的内容,并对公司权力行使产生合理的预期。可见,在公司运营过程中,股东协议的相对性在特殊情形下可能会被打破,这是“团体性契约”不同于“个人法契约”的特点,从比较法的角度来看,那种认为公司内部股东协议完全不具有对第三人的影响力的观点可能是不全面的。为使第三人的信赖能得到保护,一些国家的法律还特别建立了第三人对公司内部协议的信任通道,赋予“一致同意的股东协议”公开性的特征,公司债权人可以亲自查看或者授权别人代表其查看,而非目前国内研究通常所称的“股东协议具有保密性”。^[30]

其三,公司解散过程中的契约。公司解散涉及公司债务清理及剩余财产分配,法律对此阶段从事与清算无关的“新营业”有明确限制。此阶段,公司很少与外部债权人达成“新的契约”,有关外部契约也主要是清理、了结已订立的“旧时契约”,非纯为公司利益出发,不得订立新契约。若公司订立了新契约,除第三人不知晓公司已进入清算状态而成立善意,以及该违规营业之行为最终使公司受益等情形外,有关契约不生效力。当然,此时能否将公司法上的“营业限制条款”视为效力性强制规定,而一律令越权契约无效恐存有争议。无论是作无效还是做对公司不生效之解释,此种越权契约的效力,原则上都不应支持。因为,此时可能存在“债权人集团的私法公益”需要强制保护。

本阶段有关内部契约的内容也较单一,主要是剩余财产分配,而剩余财产分配与其说是“新契

[27] Nevada Revised Statutes, Title 7 “Business Associations; Securities; Commodities”; Texas Business Organizations Code, Title 2 “Corporations” -Chapter 21 “For-Profit Corporations”.

[28] Glassco v. 554252 Saskatchewan Ltd., [2008] B.C.J. No. 750.

[29] Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 146.

[30] 同前注[5],姬莹莹文。

约”,毋宁说是“旧时契约”之履行——在出现解散事由时,当事人履行此前股东协议及公司章程所定之契约内容,按股东协议或公司章程规定清理公司债权债务、分配公司剩余财产,办理有关公司注销手续。解散过程中可能存在的“新契约”是“清算契约”,包括成立清算组、履行清算义务,均属“新契约”之内容。但在上述契约订立过程中,公司原有治理结构基本居于“旁观地位”(唯特殊情形下,才有股东会之复活,以确认清算报告)。公司解散清算过程中,订立及履行契约的自由度进一步受限,契约自由不如设立及运营过程中充分。

鉴于以上按照法律关系及公司存续逻辑观察公司契约结构的方法存在交叉可能,为更清晰地理解公司内部的契约结构,我们选择以公司存续逻辑为主线,分析、观察公司法中的契约空间与合同法中的契约空间有何不同,进而发现公司法中可契约的内容与强制性规范的生存空间。

四、公司法中合同不自由的表彰

与普通民法处处贯彻合同自由之基础不同,公司位于诸多法律制度交界之处(Sits at The Nexus of a Number of Legal Regimes)^[31],以公司存续逻辑为主线,我们可以发现“合同不自由”是公司法中的契约气质,甚至会影响到我们对“公司法是私法”的一般判断。以下有选择地序列展示此种“合同不自由”的具体表现。

(一)公司设立中的合同不自由

公司法上设立契约的不自由,涉及订约主体、契约条款、订约程序、契约履行及契约解除、违约责任的限制。此与合同法上的订约自由乃“相对全面的自由”有明显不同。

1. 订约主体不自由。设立契约之订约主体不自由,涉及订约主体的质与量的控制。首先,在质的方面,法律可能会控制公司设立主体之类型,例如,对未成年人、有特定身份的人(公务员、法官等)、不具本国国籍的人、非营利主体等是否有订约主体资格进行规制,这在一般契约法中常不设特别限制,只会对“有行为能力”提出一般要求。其次,在量的方面,法律可能会控制发起人的数量,例如,要求有限公司发起人是1人或者2人以上;同时,限制发起人之上限,例如,要求股份公司发起人不得超过200人。对发起人数量的限制,使得多数人契约受到限制。

2. 契约条款不自由。虽然法律通常并未直接限制发起人协议的条款内容,^[32]但无论是有限公司还是股份公司,其设立契约的条款都将受到法律限制——公司法通常会对公司设立条件、章程记载事项予以明确要求,而这些内容的核心部分,包括资本、公司名称、公司住所、发起人国籍等,通常都会被载入设立契约之中,从而形成对设立契约条款的限制。

虽在合同法中亦有对合同主要条款之罗列,但该罗列并不具有强制限制之效果。若按司法解释之立场,欠缺某些罗列条款,并不一定会影响合同成立或合同行为之法效果^[33]——合同法上尚有诸

[31] See Peer Zumbansen and Daniel Saam, “The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism”, 8 German Law Journal 1027-1049 (2007).

[32] 例如,《公司法》第79条只是规定:“发起人应当签订发起人协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务”。貌似发起人协议是“空白授权条款”,完全由当事人自己决定,但这样的结论是不准确的,发起人协议受到公司法关于公司设立条件的间接限制。

[33] 例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(法释[2009]5号)第1条:“当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。对合同欠缺的前款规定以外的其他内容,当事人达不成协议的,人民法院依照合同法第61条、第62条、第125条等有关规定予以确定。”

多解释规则可辅助明确相应条款之内容。^[34]但在公司法上,设立契约若不合法定公司设立条件之要求,则可能会直接影响公司之成立。尤其是,在公司设立之后续过程中,发起人协议中的核心内容,会转化为公司章程中的记载事项,而公司章程需提交公司登记机关予以备案,公司方能登记成立,欠缺公司章程或其中的必要条款,必会直接影响公司成立,甚至成为公司设立无效或撤销的事由。^[35]可见,设立契约条款之不自由度比一般合同条款之不自由度要更大。

3. 订约程序不自由。虽法律无强制要求,但商事惯例之实践表明,设立契约通常须以书面形式订立,少有以口头方式订约之现象。这是因为设立契约旨在明确投资人之权利、义务甚至责任等至关重要之事宜,若无书面形式,容易滋生纠纷——一旦在公司章程订立前发生纠纷、产生债务清理问题,则无书面契约,势必难以找到解决纠纷之合意依据。尤其是,当设立契约转换为公司章程时,更是须以书面形式订立,否则,无法向公司登记机关提交备案。在有些国家,甚至还要求公司章程之订立须以公证方式为之,殊见其强制程度及不自由之甚。

4. 履行期限的安排不自由。设立契约时对履行期限安排上的不自由,主要是指法律对契约之履行期限有强制要求,在特定之情形,会强制未到期之契约加速到期。一般合同法上的履行期限系由当事人自己决定,但在公司法的特定情形下,契约之履行期限应加速到期。此种加速到期有两种情形:

其一,公司正常经营过程中,出现债务清偿困难,例如,因公司资金周转困难,经债权人请求,未能在法定或约定期限内清偿债务。此时,公司股东应当在其认缴的范围内履行缴资义务,即便其认缴期限尚未届至。需要说明的是,此种加速到期在学术界仍存在肯定及否定的两种不同见解。^[36]

其二,在公司进入破产程序后,依据《企业破产法》第35条,未届缴资期限的股东出资视为已提前到期,应当予以缴纳。《公司法解释二》第22条将此种加速到期的义务扩张至公司解散时,即“公司解散时,股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。原股东尚未缴纳的出资,包括到期应缴未缴的出资,以及依照公司法第26条和第80条规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资”。加速到期的安排,使设立契约有关出资义务之履行自由度大打折扣,体现了设立契约履行之不自由。

5. 违约责任的安排不自由。在公司法中,对设立契约之违约责任的具体形态做了明确规定。例如,股东之出资违约责任、公司不能成立时发起人之责任等等。这些责任之内容、法律效果均以“法定方式”予以明确,排除或填补了意思自由的空间,此与合同法上对违约责任仅做诸如继续履行、支付违约金、赔偿损失等一般性规定有明显差异。

(二)公司运营中的合同不自由

公司运营过程中的外部性契约,多受合同法调整,不在本文重点讨论之列,而公司运营过程中的内部性契约,多与公司治理相关联,可简称为“治理性契约”,此种“治理性契约”可根据主体之不同予以区分,包括股东间的契约、股东与董事间的契约、股东或董事与公司间的契约、公司与职工间的契约等等。治理性契约之不自由体现殊为明显。

[34] 参见《合同法》第61条、第62条、第125条等相关规定。

[35] 参见蒋大兴:《两大法系公司瑕疵设立制度比较研究》,载王保树主编:《商事法论集》(第5卷),法律出版社2000年版,第173~230页。

[36] 有关争议可参见李健伟:《认缴制下股东出资责任加速到期研究》,《人民司法》2015年第9期;王晓艳、王艳华:《注册资本认缴制下股东出资责任加速到期的正当性》, <https://sanwen8.cn/p/1f5WJd6.html>, 2017年2月27日访问;蒋大兴:《“合同法”的局限:资本认缴制下的责任约束——股东私人出资承诺之公开履行》,《现代法学》2015年第5期;岳卫峰:《公司非自愿债权人的法律保护》,《法律适用》2012年第6期;邓天国:《有限公司股东认缴出资加速到期问题——兼谈〈变更追加当事人规定〉第十七条的理解》, <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=98104>, 2017年2月26日访问。

1. 因股东权利而形成的限制。股东权利对运营契约之限制,主要体现在各种股东协议中。股东权利之所以会限制运营契约的空间,盖因两种原因:

其一,法律或章程的限制,一些股东权利带有“法定”、“章定”的属性,制约了当事人的合同空间。例如,在章程无特别规定之情形,股东对外转让股权,需确保其他股东优先购买权,股权之转让自由即受此限制,“可合同”空间减少。此与一般物权法、合同法不限制财产的处分权(转让自由)明显不同。尤其在存在内部职工持股时,法院大多支持章程关于股权转让之限制。当然,在实务中,尤需厘清的是——哪些法定或章定的股东权利或权能有限制股东契约的“能力”。若从股东权能的具体内容来说,“共益权能”比“自益权能”更具刚性,故其对股东协议的限制能力要更强。由此,股东的知情权、诉权、出席会议权等对股东协议的限制力可能更强,而利润分配请求权、剩余财产分配请求权、转让权、优先认缴出资权等财产性权利对股东协议的约束力要更小。

其二,“在先契约”的限制。股东权利限制运营契约的另一个可能是,股东之间的“在先契约”限制股东签订其他内容相抵触的契约。例如,股东之间就表决权之行使订立了拘束协议,则该拘束协议限制了参与者的表决权行使行为,自然也限制了参与者再以信托、代理及其他协议方式行使权利之可能,当然,此种基于合约的限制,并不必然会影响“违反行为”之效力,但却会使违反者承担不利的法律后果。例如,违反者需根据“在先契约”对相关主体承担违约责任。因此,“在先契约”对运营契约的限制其实有“虚拟”的一面——这种限制并非一种“真正的限制”,可以违约责任为代价而得到突破。

2. 因公司治理而形成的限制。公司治理对运营契约的限制,主要在于公司治理在公司法中的具有“公共政策”的地位,是公司法极力维护的核心规范,因此,公司治理在公司法中有很多的“强行性安排”,这些强行性安排直接影响到运营契约的空间。

其一,运营契约不能损害公司治理中的分权机制。公司治理按照股东会、董事会、监事会三权分立的结构进行安排,运营契约不能废除此种监督制衡的法定安排。例如,运营契约不能规定监事兼任董事、高管;不能废除董事会向股东会负责、报告工作的安排;不能规定由董事会直接行使股东会的全部权利。在实务中,广泛存在的公司承包之所以在很长时间内被法院认定为违法,就是因为其损害了公司内部治理中的权利分立机制。此外,尤应注意,运营契约只能约束签约主体,不能跨越签约主体直接约束公司。但是,实践中的个别判决会以合同工具打破公司治理,例如实际出资人在显名出资人不协助其行使权利时,直接支持实际出资人行使股东权。^[37]

其二,运营契约不能限制公司的法定权利。在早期的公司法实务中,运营契约不能限制公司的法定权利,此种契约限制会被法院认定为无效。比如,一些股东协议规定,“公司设立或发行股本需要各方书面同意,否则不能实施”。主张协议无效的主要理由是,设立公司及发行股份是法律赋予给公司的权利,不能受到约束,而修改公司章程中股本条款的法定权利受到该股东协议中各方书面同意要求的约束,且该股东协议规定该协议条款优于章程,这表明股东并未将该协议视为私人合同,因此该股东协议是违法且无效的。主张协议有效的理由是,股东协议没有限制公司增资的权利,只是约束自己支持或反对增资决议的个人自由。^[38]尽管对上述股东协议到底旨在限制公司还是股东权利,可能仍存解释空间,但由此可见,英国法院判断股东协议条款有效与否的标准之一是该协议是否不当限制了公司法定权利。但不同国家对公司法定权利的理解存在差别,例如美国就允许协议对公司发行股

[37] 参见江苏省南通市中级人民法院(2013)港商初字第0119号民事判决书。

[38] Russell v. Northern Bank Development Corporation Ltd and others, [1992] BCLC 431.

份的权利进行限制。^[39]

其三,运营契约不能废除公司治理中的信义义务。艾森伯格认为,董事信义义务是公司法中的强制性规定,^[40]公司治理中董事、高管的信义义务是确保公司治理有效之基础,运营契约不能直接废止或免除该等义务。例如,股东与董事不能以协议方式免除董事之法定义务;公司也不能与董事以契约方式免除董事的法定义务——因为公司的该免除行为可能受到高管控制,从而损害股东之利益。问题是,若全部股东同意,可否豁免董事的该等信义义务?答案仍是否定的。因为,公司对违规董事的责任追究,实际上会充实公司的责任财产,最终有助于公司债权人债权之实现。所以,即便全体股东同意,也不能对公司债权人进行此种减少责任财产之豁免。

其四,运营契约不能与决议行为相冲突。股东协议不能违反股东会决议,因为股东均有执行股东会决议之法定义务。同理,董事与股东或公司的契约也不能违反董事会决议之内容。可见,决议对运营契约产生法律上的限制效果。当然,股东间协议能否违反董事会之决议,即法律授予董事会之职权能否由股东以契约之方式收回,股东契约收回董事会之权力需经何种程序等,仍值探讨。

运营契约的上述限制,使公司治理能依照法律、章程及公司决议的约束运行,从而维持公司作为团体人格主体之独立存在。因此,需要厘清哪些公司治理规则是柔性的,允许当事人以契约方式改变,哪些治理规则是刚性的,不能以契约方式修正,这在司法实务中仍需进一步阐释。

(三)公司解散中的合同不自由

公司解散过程中的契约不自由是最为强烈的。这不仅因为“企业维持原则”之存在,使得解散事由可能受到强制法规制。例如,《公司法》对股东何时可提起解散诉讼、消灭契约关系有严格规定。而且,还因在解散过程中,基于外部债权人利益保护之需求,公司与外部及内部之契约联系均处于“冻结”状态,公司处于“有限权利能力”及“有限行为能力”状态。

首先,公司解散过程中的外部契约之订立处于不自由状态,仅在特殊情形,公司才能订立外部契约。在外部契约活动中,所谓“合同自由”完全被“合同不自由”所取代——无论是否缔约、与谁缔约,还是如何缔约,公司均无选择自由。

其次,公司内部各种清算及剩余财产分配的契约,公司也基本居于被动状态,完全欠缺自由度。虽公司之解散本身可依合意进行(例如,按照公司章程约定解散或者全体股东一致同意解散),但一旦解散事由发生,解散就需依照“强制法”之安排运行,基本属股东无法自由控制之事。

尤其对非自愿性解散而言,诸如被法院判决解散、被债务人申请破产解散、被行政机关责令关闭解散等情形,“外在力量的控制”体现更加明显。公司的合同自由也进一步被更多的强制性规范所限制。^[41]在公司解散清算过程中,公司原有治理机构基本居于被冻结状态,公司之意思形成及表示机构基本由清算组、债权人会议所取代。解散契约及清算程序在很大程度上带有“他人决定”的色彩,私法自治中所谓“自己决定”在此环节几乎全被打破。可见,公司解散阶段的契约不自由是最为明显的。所以, Richard 调侃道,公司不是合同束,手机才是联结合同的工具。^[42]

[39] 同前注[5],姬莹莹文。

[40] [美]M.V.艾森伯格:《公司法的结构》,张开平译,载王保树主编:《商事法论集》(第3卷),法律出版社1999年版,第390~442页。

[41] See Steven L. Schwarcz, "Rethinking Freedom of Contract: A Bankruptcy Paradigm", 77 Texas Law Review 515(1999).

[42] See Richard N. Langlois, "The Corporation is Not a Nexus of Contracts. It's an iPhone", <https://ssrn.com/abstract=2856631>. Accessed: Oct. 30, 2016.

五、公司法中合同不自由的原因：组织法 / 组织契约之本质

虽然,对公司法上的契约性质可能仍存在其“是否属于法律行为 / 事实行为”,“是属于契约、共同行为,还是决议,抑或其他新型、独立行为”的争议,但可以肯定的是——与合同法以“契约自由”为原则不同,公司法领域虽处处存在可合同空间,“契约不自由”是公司法上契约行为之本质,这也是“公司法中的契约逻辑”不同于“合同法中的契约逻辑”之核心所在。

可是,为何公司法中的合同行为以“不自由”为原则?以及该种“不自由”之原则是如何分布及演绎的?笔者认为,这是由公司的组织性 / 团体性,以及公司法的组织法 / 团体法本质所决定的。因公司内蕴的团体性,公司法中的契约多为“组织性契约”。该种“组织性契约”属“私法中的公共契约”或“私法中的团体性契约”,正是因为公司契约之团体性,其意思自由及自己决定受到更多拘束——“合同不自由”成为公司契约之主要品性。

(一) 组织性契约之拘束气质

组织性契约以“拘束”为特质。团体虽系由结社自由所形成,但团体本质上乃对个人自由之限制。此种限制的集中体现是——“私法中的合意”为“团体法中的决议”所取代。在普通私法中,“自己决定”最直接的体现是,契约之订立需双方达成合意——要约、承诺是合意的基本过程,任何一方未能形成合意,则合同不能达成。但除“初始契约”外,团体之意思形成以“决议”为工具,^[43]“决议”通常并非“全体决定”,而是“多数决定”——资本多数决或人数多数决,“多数决”本身是对个体意思自治的限制。因此,团体之本质及其决策之基本方式,使得团体及其成员参与契约的行为受到限制,这是团体及团体法中贯彻“契约不自由”的主要原因。组织法中的契约不自由,使得公司法上的契约呈现出不同于合同法上契约的专门特点。

其一,契约之团体性。组织法上的契约,其参与主体多为复数,“多方契约”行为是其常态。在公司法中,这种契约主体的多方性,可能是法律强制要求形成的,也可能是基于效率安排而形成。此种团体性,也可称之为“系统性”,公司契约因此呈现出一种“网格化”状态,公司契约关系远比合同法上的契约关系复杂。^[44]这在公司设立契约中表现亦非常明显,设立契约作为“共同行为契约”,规制平行性的设立行为,以维护公司团体的安定性,此种团体性契约之本质,使公司法上的合同空间受到压缩、合同效果存在差异。^[45]

其二,契约之关联性。组织法上的契约,多为“涉他的”关系性契约,所谓关系性契约,即指契约行为牵一发而动全身之意。例如,股权转让之契约,会牵连到其他股东权利之行使,故有优先购买权此种“牵连性权利”之存在。关联性表明,公司法上的契约多有“涉他性”,因此某些公司契约之变更、解除要受到更多限制。再如,在公司解散清算过程中,此种“涉他性”表现更为明显,契约主权几乎完全让渡给债权人等公司外部主体。可见,组织法上的契约之“涉他性”有两种可能:其一,在公司内部“涉他”,例如内部股东之契约行为会牵涉其他股东;其二,在公司外部“涉他”,例如公司内部之契约行为会牵涉外部债权人甚至国家等。

其三,契约之长期性。长期契约本身意味着不自由。例如,男女结成配偶后的自由度,远小于未形成稳定、长期家庭关系前的短期恋爱阶段。公司本身为长期契约,公司法上的契约也因此带有长期

[43] 虽然以“决议”方式形成团体意思是否为团体存在最有效率的方式,仍可争议,但在实定法上,决议确为团体之意思形成甚至“团体行动”的工具。

[44] 参见史佳欣:《公司契约的形成机理及本质定性》,载王延川主编:《公司法上的契约》,法律出版社2011年版,第92页。

[45] 同前注[35],蒋大兴文。

性,此与普通合同中广泛存在的“即时清结”合同不同。组织契约的长期性,首先导源于合约主体间的互信,就如同结婚是因为相互信任一样;其次,可能与交易成本之节省有关。企业本身为市场/价格机制之替代,^[46]企业团体之形成,可稳定交易伙伴、节省继续寻找陌生交易伙伴的成本——包括收集信息确定交易主体、缔约谈判确定交易条件、监管履约避免交易落空等成本。组织契约的此种长期性,使组织契约获得了类似于法律规范的稳定性。合约的长期性意味着我们在解释公司法上的契约效力时,要坚持“契约效力维持”原则,不宜随意否定公司契约本身的效力。

鉴于组织性契约的上述特点,可将其称为“私法中的公共性契约”或“私法中的团体性契约”。由此,私法契约至少可分为两类:个人性契约与团体性契约。前者贯彻意思自由、自己决定,后者贯彻意思拘束、他人决定(或共同决定),正是组织性契约的此种本质差异,使得公司法上的契约形态与个人法上的契约形态表现出极大不同。

(二)组织性契约之外部性

在公司法上,契约自由的外部性更容易彰显。普通民事合同属“个人法”上的合同,具有“一对一”的特点,不当合同行为所外溢的损害多停留在合同主体身上。因此,合同法虽对此种个人性契约有“公共性规制”的一面,但无论是规制的广度还是力度,均不如对组织法上契约的规制。这是因为,组织法上的契约具有“多对多”的特点,团体性特质明显,这导致不当合同行为所外溢的损害会波及更多人。是故,契约自由之外部性,在组织性契约中表现更为直接,这也可能是导致公司法中的“合同不自由”的另一个重要原因。组织性契约中更强的外部性,是因为组织性契约本身所具备的关系性、牵连性、团体性本质所决定的——在组织性契约中,任何一个局部的契约行为,都可能影响到某一团体圈内部及圈外关系密切的相关主体。此外,团体关系之稳定性与长期性,也会在很大程度上增强此种影响,从而扩大契约行为外部性之可能。

当然,个人契约也会产生外部性,但这种外部性的关联主体,居于不确定状况,不若组织法那般“相对固定”。具体而言,组织法上的契约外部性,可能涉及两种情形:其一,在公司团体内部关系主体之间的外部性。例如,个别股东行为,对其他股东之影响,此种影响超越了契约主体之间,但仍在公司团体内部——主要涉及公司内部利益主体,不涉及公司外部利益主体。这种“内在的外部性”,可能通过私人契约行为纠正——比较常见的是,以股东协议或公司章程的形式自主调整。其二,超越公司团体内部关系主体的外部性。例如,个别股东行为,对公司债权人影响,此种影响的关涉主体超出了交易当事人,而且,也超出了公司内部利益主体的范围。此种外部性,若仍由当事人以私人协议方式控制,则难以实现规制之目的。因此,比较常见的公共规制方式是以强制性法律规范进行干预,例如,法律禁止股东通过协议方式约定抽逃出资;禁止股东以协议方式约定不经法定程序分配利润、减资、随意回购资本等。此种规制的法理基础在于,当事人之间的契约行为不能使第三人的法律处境更为不利,我国法律也体现了此种精神。例如,当事人之间的契约,不能为第三人设定义务或责任,仅能增进其利益,保险合同大多属于此种增进受益人利益的合同。再如,合同法规定,当事人之间涉及第三人履行的契约,不能让第三人对其未履行为承担违约责任。^[47]

(三)公共性主体之限制性

[46] R. H. Coase, "The Nature of the Firm", 4 *Economica* 386-405(1937).

[47] 例如,《合同法》第64条规定:“当事人约定由债务人向第三人履行债务的,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定,应当向债权人承担违约责任。”第65条规定:“当事人约定由第三人向债权人履行债务的,第三人不履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。”

与单体自然人比较,公司本质上是一种公共性主体。此种公共性主体的本质,使公司容易成为涉他主体从而具有团体性——公司契约因此成为“私法中的公共契约/团体契约”。公共性主体的一面,进一步强化了公司契约的不自由程度,使作为公共主体的公司及其构成部分受到较多限制。尤其在现代市场经济中,公司还是一种规制手段,是国家以“私人方式”参与市场干预的重要形式,这使公司法中的合同自由受到更多规制——公司法甚至以“公法中的私法”(Private Law of Public Law)角色呈现在公共规制中。Larry Catá Backer 强调,国家已越来越多地以“私人角色”(Behave Like Private Actors)参与市场(Participating in Markets)而非以威权主体身份去规制市场(As Sovereigns Regulating Markets)。^[48]Gillian Hadfield 和 Eric Talley 也指出,我们应该更好地认识到,法律(公司法)同时具有狭窄的经济/效率功能(Narrow Economic/Efficiency Functions)以及拓展民主的功能(Broader Democratic Functions)。^[49]由此,国家也越来越多地面临市场干预的法律选择困难——在公司法构造之时,到底是让其用“公法方式”抑或“私法方式”参与规制,越来越受到质疑。

在公司存续过程中,公司作为公共主体的涉他性或公共性(限制性)的一面,或者说公共性主体的强弱程度,呈现出动态变化过程。在公司设立之初,此种公共主体的涉他性主要体现为股东间的关系,是一种“内部涉他”为主的关系,公共限制较少。在公司运营过程中,此种涉他性主要体现为与交易伙伴间的关系,是一种以私法自治为基础的“外部涉他”,公共性限制相应增加,以维持公司团体的自己决定权——此种团体权利的强化是以股东自由的减损为代价的。尤其体现在公司内部设计的诸多程序规则上,例如,股东会、董事会之决议、章程之修改需依法定程序进行,程序成为确保公司治理独立性的法律工具。在公司解散过程中,此种涉他或限制主要体现为与债权人间的关系,是一种以“债权人控制”为主的“外部涉他”。

由于公司作为公共主体,其行为有较强的涉他性,自然会影响到其在合同领域中的自由度。公司作为公共主体之限制性,主要表现为公司内部各种程序限制,如同国家需要依靠程序保障公平、效率的实现一样,公司内部程序也具有公共政策(Public Policy)的意义。但遗憾的是,法院在裁判过程中,并不一定习惯尊重程序,例如,公司对外担保需依公司章程规定由股东会或董事会决议,一些法院并不尊重此种“程序安排”的价值,对违规担保行为倾向于做有效解释,或者完全从普通民法/合同法/代理法角度展开对该行为外部效力的理解,忽视赋予该强制规定以外部影响力对维持公司组织自治的意义。再如,值得讨论的“简式股东会”决议之效力问题。公司可能未曾召开过股东会,但同意该决定的股东掌握了多数表决权,此时法院极有可能按照控制表决权推定股东会决议成立。例如,在“张立新与张又新、江苏大通风机股份有限公司与公司有关的纠纷”案中,法院认为:在公司实际运作过程中,为效率考虑,“股东大会”或“股东大会决议”并不一定严格按照公司法或公司章程的规定程序进行,在某一个股东或某些股东的表决具有绝对多数效力的情况下,公司股东会采用简易的方式形成“股东会的决定”,其不一定具有完备的股东大会决议的形式,但在实质上可能符合公司法或公司章程规定的多数决的要件。案涉章程修正案本身虽注明“二〇〇七年七月二十八日股东大会通过”,但该修正案并未附股东会决议,而是部分股东直接在修正案上签名表示确认。故该修正案文本内容实

[48] Larry Catá Backer, "The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law", 82 Tulane Law Review 1801(2008).

[49] Gillian Hadfield and Eric Talley, "On Public versus Private Provision of Corporate Law", 22 The Journal of Law, Economics and Organization 414(2006).

质上包含了股东表决的情况,即签名股东同意该修正案内容。”^[50]可见,法院倾向于根据实质决定权而非形式上是否召开股东会判定股东会决定是否存在。

(四)公司法人格之独立性

在公司存续的不同阶段,合同自由度存在明显差异。尤其是股东等内部关系的合同自由度是随着公司人格的日趋独立而递减,随着公司人格的逐渐成型、公司内部治理的建立及强化,公司中的契约自由度也逐渐下降。换言之,随着公司治理的建立、公司人格的完成以及公共规制的介入,公司内部合同自由在下降。这意味着“越多的公司法内容”,则“越少的合同空间”(The More Company Law and The Less Contract)。就此而言,组织法是对合同法的一种取代,如同标准合约是对意思自治的限制一样。因此,从投资人开始组设公司,到公司登记成立,初步形成法人治理结构,再到法人治理结构规范运行,股东的“契约权利”在逐渐退缩,公司的法人权利则逐渐膨胀。最典型的表现是,公司在外部交易关系中,已基本交由董事、经理负责,股东则完全“退居幕后”,不再参与一般市场交易之决定——这在上市公司中表现最为明显。此与股东在公司成立前需事必躬亲、亲力亲为存在明显区别。因此,公司法中的合同不自由,可能是因为团体人格的形成,或者是因为公共利益、外部债权人利益保护之规制需求,而逐渐挤压了股东的私人契约空间。

六、结语

商业社会与法治的发展,已使我们离不开合同——合同已经事实上成为我们生活的一部分。但这一点有可能被夸大,实际上,合同只是交易型社会中一种权利义务的配置工具,而配置权利义务又是法律解决社会冲突的基本方式。因此,合同对商业社会的团结有基础性功能。这就是为什么合同会成为规制的工具,合同中的自由会受到限制。而且,在现代社会,随着经济行为与经济关系的复杂化,静态配置权利义务的做法开始受到挑战。占优的做法不再是借助权利的解释、延伸或重新定义来为经济行为之正当性寻找理据,而是通过对整体经济的影响衡量来作为特定行为合法与否之判断标准。^[51]因此,私法中日益凸显出的规制因素表明,私法已经成为规制的重要工具——组织法中的合同不会太自由,法律就是这样根据社会需求,不断游离在私法与公法、自由与规制的两极之间。我们应当认识到,并非所有的公司法特征都是排他性地关心效率(Are Concerned Exclusively with Efficiency)。现代市场民主试图实现多重目标,仅有一种是服务于有效率地提供产品和服务的。私人公司法的制度世界仍是服务于公共规制的世界(Still a World Subject to Public Regulation)。^[52]

(特约编辑:季奎明)

[50] 参见江苏省南通市中级人民法院(2014)通中商终字第0141号民事判决书。

[51] 参见叶卫平:《在合同自由与社会公益之间——特许权配置解析》,《西南政法大学学报》2008年第6期。

[52] 同前注[49], Gillian Hadfield 等文。