

对公司法合同进路的反思

● 黄 辉*

【内容提要】 近年来,法经济学上的公司契约理论传入我国,对于公司法影响深远。由于该理论将公司视为一组契约的联结,由此引发了在理解与适用公司法时采用合同法进路的倾向。实际上,经济学意义上的契约概念并不等同于法学意义上的合同概念,在程序和实体要件上都有重大区别,具有长期性、不完备性和权威要素等特殊品质。除了公司契约论之外,还有其他关于公司和公司法本质的理论,包括公司的团体生产理论、公司社区论和公司宪政论等,对于公司契约论进行了挑战和修正,为理解和适用公司法提供了不同的视角。因此,不能对于公司法直接采用合同法的解释和分析进路,无论在实然还是应然层面,契约自由原则在公司法中的适用都是有限度的,公司法体现出异于合同法的品性,具有其独特的功能。

【关键词】 公司契约 合同 公司基础理论 任意性 强制性

公司法的理解与适用经常采用合同法的进路,不但在原则上秉持合同法的理念和精神,而且在很多场合直接以合同法作为请求权基础。其理论基础是公司的契约理论,即公司被视为一组契约的联结,因而,从合同法的角度看待公司的法律问题显得很有理据。但是,公司的契约性质等于合同进路吗?如果公司法完全遵循合同法的进路,为何不直接以合同法规制公司问题,还要另外制定公司法呢?公司法是否可作为“公司合同法”而被纳入合同法的分则,并最终宣告公司法的死亡呢?

契约自由原则在公司法中的适用空间是决定公司法与合同法分离的一个核心问题。在法条的层面,契约自由就意味着公司法规则的任意性或赋权性,即允许公司当事人根据意思自治选择适用相关的公司法规则,就像合同法中当事人可以自由缔结合同一样。那么,公司法是否应当完全变成任意性规则呢?回答是否定的,公司法应当既有任意性规则,也有强制性规则,换言之,公司法语境下的契约自由是有限度的。真正困难的问题是,限度到底在哪里呢?何时应当自由或不自由?到底哪些公司法规则应当是任意性抑或强制性呢?这个关于公司法的品性的问题可以说是公司法理论研究中的“皇冠上的明珠”,类似于数学王国中的哥德巴赫猜想。一旦这个理论问题得到解决,很多公司法的现实问题都将迎刃而解,比如目前争议极大的反收购章程条款效力、类别股设置和股东协议效力等问题。在研究这个问题时,我们必须回到关于公司和公司法本质问题的基础理论上来,包括公司法的契约理论、公司法的社区理论、公司法的团体生产理论以及公司法的宪政理论等。

因此,本文将首先讨论公司的契约理论,并对于经济学上的契约与法学上的合同两个概念进行

* 作者单位:香港中文大学法学院。

辨析,揭示它们的异同,然后从理论层面审视公司契约论的不足以及其他理论对于该理论的修正和重构,最后在上述讨论的基础上,对于公司法的品性问题进行分析。

一、公司契约理论的解说

“公司契约论”(Contractarian Theory),亦称为“法经济学理论”(Law and Economics theory),根据该理论,公司不是一个独立的实体,而是被解构为公司各参与人之间设定权利和义务关系的明示和默示契约所组成的一个契约网(A Nexus of Contracts);公司法的主要作用就在于减少这个契约机制的交易成本,其基本特征应当是任意性规范而非强制性规范。^[1]

公司契约论发轫于诺贝尔经济学奖获得者罗纳德·科斯(Ronald Coase)构建的法经济学意义上的公司模型。按照科斯的模型,公司是一个用以替代市场进行契约交换和生产的机制。因此,公司实质上可以解构为一组契约关系,当事人包括股东、经理、其他雇员、债权人、供应商和其他公司参与人等。换言之,公司机制与通常的当事人之间的市场契约关系并无任何不同,公司只不过是一个“高度专业化的替代市场”而已。之所以选择通过公司形式进行生产,是因为公司能够减少代理成本(Agency Cost)。代理成本存在于任何的涉及决策行为的代理关系之中,即只要一个人雇佣另一个人从事包含决策行为在内的工作,就必然会产生代理成本。这种成本来源于代理人与被代理人之间的利益偏离。概言之,代理成本可以分为三部分:第一,被代理人为了防止代理人的自我交易行为或懈怠渎职行为而付出的监督成本;第二,代理人为了向被代理人表明自己的忠诚而付出的证明成本;第三,其他成本,比如,尽管代理人勤勉努力,但仍然没有使得被代理人的利益最大化等。

在公司中,代理成本主要来源于董事与股东之间存在的利益偏离,比如,董事的利益在于公司的成长、工作的稳定、报酬的增加和个人声誉的提高等,而股东的利益在于公司利润最大化和投资回报率。为了降低代理成本,公司形式中包含了各种相应机制。当公司发起人或董事发行股票时,证券市场上的投资者就会首先审查公司的治理结构和措施,包括董事的忠诚和能力、以及股东控制权等,然后决定是否投资。根据契约理论,这是一个优胜汰劣的自然选择过程。只有那些市场投资者赞同的公司治理措施才会生存下来,这些治理措施也就是最优的措施,比如独立董事和股东救济制度等。除了资本市场之外,其他市场机制也有这方面的作用,比如公司控制权市场、经理人市场和产品市场等。

根据公司契约论,公司不过是一组契约,而不是一个真正的实体,因此公司不存在上下的等级制度。公司中降低代理成本的各种措施完全是由市场机制决定的,并体现在相关的契约中;公司中的各方契约当事人都被视为理性的经济人,有权利也有能力按照自己的意愿缔结契约。公司契约论主张公司自治,公司事务被视为契约当事人之间的私人事务,它们应当交由市场力量的“看不见的手”决定,尽量减少国家干预。在此理论下,公司法的主要作用就在于减少契约机制的交易成本,具言之,第一,通过提供一个标准的格式契约而减少契约订立的成本;第二,通过国家统一的执法机关而减少契约履行的成本。在一个完美的没有交易成本的科斯世界中,也许可以完全通过契约途径解决公司中的代理问题,但现实世界存在交易成本。比如,订立契约需要成本,特别是由于搭便车(Free-Ride)和集体行动(Collective Action)等问题的存在,使得单个契约订立的成本都可能很大,社会总体的契约订立成本就会更加高昂。实际上,这些订约成本中有很一部分是纯属没有必要的浪费,因为每家公司中的参与人每次都需要不断重复地订立一些内容上几乎雷同的契约。为了避免这部分重复性的订约

[1] Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "The Corporate Contract", 89 Columbia Law Review 1416-1448(1989).

成本,国家应当提供一套标准的契约格式条款,以便公司参与人在需要时方便援用。当然,这些标准条款应当尽可能地接近于在一个交易成本为零的世界中公司参与人通过协商所可能达成的契约条款。公司法律规范实际上就是这些标准契约条款。在有些情况下,这些标准契约条款可能并不符合具体公司的最佳利益,公司参与人可以改变那些标准条款,并专门订立适合自己特定情况的具体契约条款。因此,公司法应当主要是任意性规范而非强制性规范。

二、正本清源:经济学与法学的话语冲突

近年来,法经济学理论以“合同”的概念载体被引入到我国法学界,而很多学者在研习该理论的过程中,很自然地产生这样一个疑问:既然公司本质上就是一组合同关系,为何不直接适用合同法,而还要另外制定公司法呢?如上所述,一种解释是所谓的“标准契约”理论,认为公司法提供了一套标准的契约条款范本,公司参与人可以直接采用,从而节省缔约成本。^[2]但是,这个解释似乎不能令人完全信服:如果公司法被视为一个标准契约范本,就意味着其在本质上并没有超出契约法的范畴。比如,我国《合同法》就规定了很多特别的合同类型,包括委托合同、行纪合同、借款合同和融资租赁合同等等,为何就不能再增加一个“公司合同”呢?

实际上,公司契约论的“契约”与我国民法上的“合同”存在重大区别。虽然法学和经济学都使用契约(Contract)一词,但二者对于该词的理解存在重大差异。经济学意义上的契约是指非常广泛的基于当事人意思自治达成的任何安排,并不限于双方的利益交换行为,几乎等同于协作,而法学意义上的契约(我国的正式称谓是“合同”)则要狭义得多,对其构成要件有严格的界定,强调邀约和承诺等程序要件,合意和对价等实体要件,具有法律的约束力。经济学家在构建公司契约理论时只是将契约作为一个分析工具,主要特征是参与人的意思自治,基于自愿进行合作,其他细节在所不问,包括是否有实际的谈判过程,是否有法律上的强制执行力等,并刻意将其与法学上的契约概念区分开来。^[3]他们主要关注的问题是公司的内部交易与通常的市场交易在契约机制上到底有何不同,为何公司内部交易能够节省成本,从而论证公司存在的必要性。

在这方面,以威廉姆森为代表的学者采用了所谓的“关系契约”(Relational Contract)概念,强调公司缔约方之间关系的重要性。根据关系契约理论,与离散的、注重交换行为的市场契约不同,公司契约本质上是缔约方之间复杂的、长期的协作关系,强调交易的效率和安全,而不是或仅仅是交易的公平和对价。^[4]由于公司契约的特殊性,商法上的公司规则在很多方面不同于民法上的合同规则,比

[2] Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Voting in Corporate Law", 26 *The Journal of Law and Economics* 395-427(1983).

[3] 譬如,在劳动经济学中,有一个“隐式契约”(Implicit Contract)的概念,是指一个雇员在选择雇佣条件时的隐含的考虑因素。一个人在找工作时面临两个潜在雇主,二者开的工资不同,但他选择了工资较低的雇主,因为根据以往经验,该雇主让员工下岗的几率低。然而,这个下岗几率的考虑只是基于以往经验和信赖,该雇主并没有进行任何的明示或默示的意思表示,这种“隐式契约”并不具有约束力,不同于法律上的、默认于事实之中的、具有强制执行力的“默示契约”(英文是 implied contract)。实际上,这种广义的契约概念不只见于经济学中,在社会学和政治学等其他学科中也很普遍,包括婚姻关系(海枯石烂的盟誓)、朋友关系(刘关张的桃园结义)和社会契约论等。

[4] Oliver Williamson, "Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", 22 *Journal of Law and Economics* 233-261(1979); Oliver Williamson, "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes", 19 *Journal of Economic Literature* 1537-1568(1981)。需要指出,我国合同法上存在所谓的继续性合同概念,比如电力、天然气和自来水等继续性供用合同,其特征是合同的总给付数额不确定,取决于用户消费的时间,从而区别于在订约时总给付数额就确定的一时性合同。崔建远主编:《合同法》,法律出版社2016年版,第19-21页。显然,虽然二者都具有长期性的特征,但我国合同法上的继续性合同概念并不等同于经济学上的关系契约概念。

如,作为公司契约典型的章程在变更时不需要所有股东的同意,而是采用多数决原则,并且,多数决的基础是股份比例而不是股东人数;虽然理论上股东是公司契约的当事人,但在很多情况下,单个股东并不能要求公司履行契约,而是需要满足一定的实体和程序条件;公司契约通常无法撤销等。

更重要的是,经济学上的契约还带有权威等级关系的烙印。在传统的经济学理论中,诸如公司形式之类的企业组织被视为一个“黑箱”,一个投入和产出之间的生产转换函数,其研究目标是如何调配生产要素的投入数量和比例从而能够创造出最大最有效的产出,但进一步的问题是,应当由谁来调配生产要素呢,市场还是公司?这就是制度经济学的研究重点,涉及公司的本质问题,即为什么会出现公司,公司的边界是什么,对于一项产品是应当“自制”还是“外购”?

科斯认为,市场和企业是资源配置的两种可相互替代的手段,市场机制的核心在于非人格化的价格,靠“看不见的手”来调节,而企业组织的特征是人與人之间的管理协调,存在“看得见的手”,即企业家运用自觉的权威来指导生产。^[5]之所以产生企业,是因为价格机制的运用具有很高的成本,包括信息成本、谈判成本、拟定和实施契约的成本等,而通过权威管理可以大量减少本来需要分散定价的交易数目,从而节约交易成本。当然,权威管理关系像官僚组织一样也有自身的成本,比如管理的技术成本和管理失误导致的成本等,这些成本通常随着企业规模的增大而上升,因此,企业的规模是有限的,其边界取决于市场定价的成本与企业组织的管理成本之间的平衡关系。

张五常改进和发展了科斯的理论,他认为企业不仅是节约交易成本的产物,而且也是一种市场关系,是“生产要素市场”对“产品市场”的替代,是“一种合约取代另一种合约”。^[6]企业与市场本质上都是契约安排,只是形式不同而已:市场合约的交易对象是产品,而企业合约的对象是生产要素,要素所有者必须服从公司内部的管理权威,而不是纯粹通过其参加各种交易的价格来决定其行为。市场对于产品进行定价,但这个定价过程需要产生信息成本,因此,企业通过对生产要素进行估价从而间接确定产品价格,这种间接定价方式的成本通常小于对于产品进行直接定价,但相关信息可能不充分。企业规模越大,这种信息不足导致的定价错误也越大,当错误成本上升到间接定价所节约的成本时,企业的规模就不应继续扩大。可见,公司的出现是借助其内部组织的权威管理关系减少交易成本,实现比市场机制更有效的资源配置。公司契约带有权威等级关系的基因,与市场交易的平等契约有所不同。因此,如果直接将契约自由、平等自愿等原则适用于公司法的条文解释,可能会出现问题。

最后,与一般合同相比,企业契约具有不完备性的自然禀赋,因而使得企业所有权安排的问题非常重要。2016年诺贝尔经济学奖得主之一的哈特发展了产权理论,提出了“不完备合约”理论。为什么企业合约不可能是完备的呢?主要有三个原因。第一,人们不可能事前预料到未来所有可能出现的情况;第二,即使预料到了,也不可能再在合约中明确写出来;第三,即使写出来了,也会因法庭无法证实或监督成本过高而无法执行。^[7]既然合约必然是不完备的,就会存在没有规定的事情,那么,谁来最终决定这些事情呢?这就是所谓的“剩余控制权”问题,也称为所有权问题。

产权学派认为,产权的本质就是剩余控制权,即不完备合约规定之外的权利,剩余控制权应当归所有者所有。与剩余控制权相对的是剩余索取权,该概念也是建立在不完备合约的基础之上,指合约

[5] Ronald Coase, *The Firm, The Market, and The Law*, University of Chicago Press, 1990, pp.26-38.

[6] 张五常:《企业的契约性质》,载陈郁主编:《企业制度与市场组织》,上海人民出版社1996年版,第240页。

[7] Oliver Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure: Clarendon Lectures in Economics*, Oxford University Press, 1995, p.23. 如前文所述,威廉姆森实际上早在上世纪七十年代就已经讨论过长期合约的不完备问题,但哈特第一次将合约不完备问题形式化,与格罗斯曼和摩尔共同提出著名的GHM模型,描述现实经济中的事前无效率问题。

中未作出规定的收益。通常而言,剩余控制权决定剩余索取权,二者应当配置于同一主体,否则剩余控制权的所有者会侵占剩余索取权。然而,有些情况下,剩余控制权和剩余收益权也可能分离。在古典小型的企业中,企业投资者集所有权与管理权于一身,既有剩余控制权也有剩余索取权,但在现代大型的企业中,所有权与经营权相分离,采用代理机制,出现产权残缺问题,因此,需要设计适当的产权制度进行解决。比如,需要界定剩余控制权的归属,谁应当获得投票权以及如何行使投票权?由于股东人数众多,让全部股东行使剩余控制权显然效率低下,而让部分股东行使又会出现权责不对称问题,故需要在相关制度上进行安排,如有限责任制度、管理者信义义务制度等,以避免合约各方的机会主义行为,包括事前的逆向选择和事后的道德风险。与市场化机制相比,公司的剩余控制权能够通过权威性更好地制约机会主义行为。公司法旨在规定剩余控制权的配置和行使,体现公司的纵向一体化特征,是产权规则的法律化,解决合同的不完备问题。

概言之,经济学意义上的契约与法学意义上的合同在理念和要素等方面都迥然有异,必须予以区分,不可将公司“契约”等同于为法学上的“合同”,以至于生搬硬套民法上的合同规则进行商法上的公司研究。^[8]因此,合同法不能反映公司契约的特殊性,更不能解决公司剩余控制权与剩余索取权安排的问题,故无法通过我国法学上的合同法去规制公司契约,而必须单独制定公司法。

三、公司契约论的批判与发展

除了经济学上的契约和法学上的合同的概念差异之外,法经济学上的公司契约理论本身也存在不少缺陷,这进一步显示了运用契约法路径去处理公司法问题的理论困境。另外,近年来的很多实证研究表明,首次公开上市公司的章程并没有像公司契约理论所预测的那样出现多样化的创新条款和个性化条款,反而很普遍的采用了可能会减损公司价值的条款,比如交错董事会条款等。^[9]

(一)公司契约论的不足

公司契约论主张契约自由原则,强调公司的私人自治和私法属性。根据公司契约论,公司就是参与人的个体集合,通过契约联结在一起,而没有一个公司作为整体的观念,可谓“只见树木,不见森林”,其逻辑结果是,公司参与人各自追求自己的最大利益,而没有作为一个整体的“公司利益”,在这些参与人之中,股东是享有剩余索取权的人,其利益最大化就成为了公司目标;作为标准契约条款,公司法的性格应当是任意性而非强制性,国家不应干预公司事务。这种理论范式与现代公司和公司法的现实状况已经出现抵牾,特别是大型公众公司的组织化特征日益明显,公司社会责任问题日益突出,公司丑闻和金融危机高发频发等,以至于近年来颇受诟病。

首先,公司契约论纯粹从经济学的视角看待公司,而排斥其他的研究思路,导致研究方法上的片面性,使得其难以对于某些问题作出完全令人满意的解释。比如,如果公司只不过是一组契约,那么,如何解释公司享有的各种特权呢?比如永久存续、有限责任和独立人格等。这些特权并不是契约关系的必然产物,其他的商业契约关系,比如合伙就没有这些特权。其次,公司契约论将公司各参与人之间的复杂关系简化为一堆双边契约,这与现实中公司的组织结构和运营模式并不完全吻合。在现代社会中,很多大型公司已经是庞然巨物,富可敌国,内部架构已经发展得非常精细复杂,组织严密,

[8] 为了减少这种概念上的混乱,可考虑将法经济学上的 contract 翻译成“契约”,以区别于我国作为正式法律术语的“合同”,事实上,我国经济学界在翻译相关文献时多采用“契约”一词。

[9] See Michael Klausner, “Fact and Fiction in Corporate Law and Governance”, 65 Stanford Law Review 1325(2013); Laura Casares Field and Jonathan M. Karpoff, “Takeover Defenses of IPO Firms”, 57 The Journal of Finance 1857(2002).

层级分明,具有机构实体的典型特征,难以解释为一组松散的契约。再次,从契约自由原则出发,公司契约论提倡公司事务应当通过私人的、自愿性的当事人协议机制解决,反对国家进行各种公权干预。但是,现实中世界各国都以公司法等形式强制性地规制公司行为,特别是本世纪以来,先有安然丑闻,紧接着金融危机,国际共识认为,对于公司的政府监管不是过度,而是不足,因而改革方向不是“去监管”,而是加强监管。最后,公司契约论传统上秉承股东利益至上原则,反对公司社会责任理念,有违现代公司法发展趋势。根据该理论,公司被视为一个以股东为中心的私人契约网,契约当事人有权追求自身利益的最大化,因而公司应当奉行股东利益至上原则。但是,现实中公司行为不但影响到公司内部人的利益,也影响到公司外部人的利益,比如公司生产的环境污染问题。当然,公司契约论也并非完全忽视公司社会责任问题,它将公司对于外部人利益的影响视为一种外部性(Externality)或者第三方效应(Third-Party Effects),认为在出现这种情况时,契约自由原则就要受到限制。就像一般的契约订立中当事人不能订立损害第三方的契约一样,公司参与人在订立契约时必须考虑外部人的利益,在必要时国家可以制订强制性的法律规范以达到此目的。^[10]

(二)其他公司理论对公司契约论的挑战与发展

鉴于公司契约论的种种不足,有不少学者开始反思公司契约论的现代意义,试图对其进行修正,甚至推倒重来,包括社区理论、公司团体生产理论和公司宪政论等。

1. 公司社区论。公司的社区理论(Communitarian Theory)将公司视为一个社区,关注董事在服务于股东利益的过程中对于非股东的公司利益相关人的负面影响问题。^[11]此理论的兴起是因为上世纪八十年代美国的敌意收购浪潮,在收购后,为了获得收购效益,收购方通常对于被收购方进行重组,将一些工厂关闭或搬迁,从而造成大量工人失业,当地社区损失原本为吸引公司而进行的投资等。如上所述,公司契约论认为,这些非股东的公司利益相关人能够通过契约机制有效地保护自己。但是,社区理论认为这种观点不成立。

第一个理由是,非股东的公司参与人利用契约机制进行自我保护在现实中不可行。社区理论认为,公司契约论只关注公司行为的经济成本,但实际上公司行为包括更为广泛的非经济的社会成本。比如,工人下岗后的损失不仅仅是工资的损失,而且包括心理上的痛苦和自尊上的伤害;即使该工人找到了新工作,他也会由于上一次的解雇经历而存在心理障碍,成为惊弓之鸟,难以适应新的工作环境。这些负面影响都是真实存在的,但都难以用金钱衡量和弥补。另外,非股东的公司利益相关人不可能预见到所有的可能对自己造成伤害的公司行为,从而不可能在契约中进行规定。这首先是由于信息不对称的原因。在缔约过程中,公司管理层通常享有信息上的优势,知道公司以后的经营方针和计划等。其次,有些事情连管理层也无法预见。市场形势瞬息万变,存在很多不确定因素,任何人都难以把握。最后,即使有些公司行为可以预见,但是,由于尚未发生,难以准确估计它们的影响后果。

第二个理由是,即使通过契约进行自我保护在技术上是可行的,但是,由于谈判力量的不对等,非股东的公司参与人难以获得充分的契约保护。这实际上是一个实质公平与形式公平的问题。契约理论主张的是形式公平,认为契约是双方平等协商的结果,人人都有讨价还价的自由。因此,契约当事

[10] 不过,公司契约论主张,国家不应当直接强制性地规定公司社会责任,比如要求董事考虑非股东利益等,毕竟“一仆难侍二主”,这样可能会导致董事在经营决策时无所适从。更好的做法是,间接地通过对于具体公司行为(比如环境污染行为)进行法律制裁,使得公司行为的社会成本“内部化”,增加公司的经营成本,让公司自己根据利润最大化的原则作出相应的行为决策。

[11] David Millon, “Communitarianism in Corporate Law: Foundations and Law Reform Strategies”, in Lawrence Mitchell (ed) *Progressive Corporate Law*, Westview Press, 1995, p.1.

人的权利和义务完全按照契约规定,外界因素不得介入。相反,社区理论主张的是实质公平,认为由于当事人之间的谈判力量不同,绝对的契约自由不能保证契约公平。与股东相比,非股东的谈判力量较弱,因此,非股东的公司参与人的权利不能只限于他们在契约谈判中所争取到的权利,而需要法律的特殊保护。这个问题实质上反映了社区理论与公司契约论对于市场机制的不同态度,具言之,社区理论认为不能完全依赖市场机制。

那么,法律的特殊保护是什么呢?社区理论进一步提出,各种公司参与人之间负有相互尊重和相互支持的义务,而这种义务来源于公司参与人之间的相互信任和依赖的关系。比如,雇员基于在公司长期工作的预期而进行了大量的与公司相关的人力投资,进行职业培训,放弃其它的工作机会等,因此,如果公司让雇员下岗,就是损害了相互之间的信任和依赖关系,违反了相互尊重和支持的义务。具体到董事义务问题,主张社区理论的学者之间分歧较大。温和派认为,董事在决策中可以考虑非股东的公司参与人的利益,有义务(但不是信义义务)去避免损害他们;激进派认为,董事应当对于所有的公司参与人都负有信义义务,在决策中必须考虑所有人的利益,即董事需要承担“多重信义义务”。

另外,通过契约进行自我保护还有一个重大理论缺陷:契约机制的运行效果不仅有赖于契约订立和执行方面的规则,而且取决于作为契约交换对象的公司权利的初始界定。根据科斯定理,只有法律进行了初始的权利界定,才能开展市场交易,对于法律界定的初始权利进行重新配置。如果交易成本为零,那么,无论初始的权利界定如何,最终都会达到一个有效率的结果,就像不倒翁游戏一样,无论开始将不倒翁扳至什么位置,它最终都会恢复到平衡状态;但是,如果交易成本很大,初始的权利界定就很重要,将会影响最终结果,就像不倒翁受到很大的外力干扰而无法最终恢复平衡状态一样,将不倒翁扳至的初始位置将决定它的最后位置。显然,现实世界中都是有交易成本的,权利的初始界定也就非常重要。然而,目前的初始权利界定都是偏袒股东的,而这种权利界定又是先于且独立于契约机制的,因此,契约机制的最终结果必然是偏袒股东的。鉴于此,公司社区论认为,除了契约机制外,还需要考虑初始权利界定的问题,对于在初始权利界定中受到损害的一方,应当提供补偿。

2. 公司的团体生产理论。公司团体生产理论(Team Production Theory)将大型公司视为一个具有层级制度的生产团队,从经济分析的角度出发解释公司架构和治理的实然性和应然性。^[12]与上文提到的基于公平理念的社区理论不同,虽然公司团体生产理论对于公司契约论提出了质疑,但该理论还是采用经济分析方法进行理论构建和制度评判,与公司契约论具有共同的理念背景和分析母体,故而具有更强的可接受性,至少在推崇经济分析的美国是如此。

团体生产理论认为,公司是由不同的参与人为了共同的利益而组成的一个生产团体,各种参与人贡献不同但是地位一样,比如股东出金钱,董事出管理,雇员出劳力等。因此,该理论反对将公司视为股东财产从而股东利益至上的观点。在这个生产团体中,每个公司参与人都进行了与具体公司相关的投资(Firm-Specific Investment),这种投资一旦做出,就与公司紧密联系在一起,不能自由撤出,否则就会减少价值或完全丧失价值。比如,雇员在一家公司工作,花费了大量时间和精力获得了工作经验,但这个经验在一家业务不同的公司中就没什么价值。由于这种投资存在很大风险,那么应当如何鼓励公司参与人积极投资呢?团体生产理论认为,各种公司参与人之间实际上是一个相互信任和依赖的关系,因为任何一方的不当行为都会影响公司生产,从而损害其它人的利益。简言之,一荣俱荣,一

[12] Margaret M. Blair and Lynn A. Stout, "A Team Production Theory of Corporate Law", 24 *Journal of Corporation Law* 751-806 (1999).

损俱损。因此,大家负有相互保护和支持的义务,否则,尔虞我诈,争权夺利,公司就难以为继。

但这里关键的问题是,如何保证大家相互保护和支持从而维持公司这个经济共同体呢?如何防止有些人的懈怠和寻租行为呢?通过契约机制难以做到这点,因为现实中情况复杂,不可能事先进行详细的规定。因此,各种公司参与人建立一个公司内部的利益协调机制,同意将公司中的所有利益分配问题交由这个机制进行解决,而这个机制就是公司的管理层。这样,公司就变成了一个协调性的层级组织(Mediating Hierarchy)。董事的任务就是平衡和协调不同公司参与人的利益分配,使得每个人都安心工作从而保证公司的正常运行。如果董事过度偏重于一方利益,比如股东利益,就会引起其它人的不满,以至于离开公司,造成公司作为一个团体生产组织的解体。简言之,董事必须公平考虑所有公司参与人的利益。

因此,团体生产理论认为,董事是公司的受托人,服务于公司各方参与人的利益,而不仅仅是股东。在这方面,该理论与社区理论一致,提倡公司的社会责任。为了保证董事能够公平处事,董事需要相对独立于所有的公司参与人,特别是股东。在这方面,团体生产理论从某种程度上支持公司的内部人控制现象。当然,为了防止董事本身的不当行为,团体生产理论要求对于董事进行必要的监督。比如,董事义务和股东的投票权等。不过,赋予股东投票权并不是因为股东是公司的所有者或董事是股东的代理人,而是因为股东更适合监督董事,比如,作为剩余财产请求权人,他们具有投票的动机,而且最能代表全体公司参与人的利益。

3. 公司宪政论。公司宪政论(Corporate Constitutionalism)将公司视为一个类似于共和国的政治实体(Body Politic),具有严谨有效的组织结构和运行程序。^[13]在大型的、股权分散的公众公司中,股东直接管理公司是不可行的,但又需要让股东尽可能地参与公司事务,因此,就像代议制的政府体系一样,公司治理结构在本质上也必然是代议制的。比如,公司股东选出董事会,由后者负责公司的经营管理,这种经营管理权不应受到股东的随意干涉,这与代议制政府选举出来之后选民就不应随意干涉议会和内阁运行的道理一样,因此,这种代议制的政治理论为董事会的权力正当性提供了基础。

需要指出,公司宪政论并不是简单地将相关的政治理论套用到公司的场合,将公司完全等同于代议制的国家政体。虽然,公司结构与国家政体存在一定的相似性,但二者实际上存在很多重大区别。比如,议员本身就是选民,而公司董事未必是股东;议员主要代表自己选区的选民利益,而公司董事必须服务于公司的整体利益,其义务对象通常是公司而不是个别股东。当然,这些区别并没有堵塞利用政治理论研究公司和公司法的路径,只是要求不能直接将政治理论适用于公司研究,而需要对于相关政治理论进行甄选和改造,以构建一个适用于公司的政治理论。

在方法论上,公司宪政理论与公司契约论有本质不同。经济学上的公司契约论采用目的论,关注焦点在于预期经济目标的实现与否,是否节省了交易成本,提升了经济效率,而不是实现过程中对于某些人的利益影响问题。相反,宪政理论关注决策的过程和结构,而不是决策的结果,确实,民主体制强调的是人民参与决策的权利和过程,由此做出的最终决策就拥有合法性和正当性,而无论决策本身的内容是愚蠢还是英明,比如,2016年美国选举中,特朗普获得足够选票就是合法的总统,至于他是否真如媒体描述的那样疯狂和不靠谱,是否比希拉里更有能力领导美国,在所不问。

因此,公司宪政论主要关注公司的决策过程,希望通过程序正义实现实质正义,并提出公司的

[13] Stephen Bottomley, "The Birds, the Beasts, and the Bat: Developing a Constitutionalist Theory of Corporate Regulation", 27 Federal Law Review 243-264(1999).

决策过程应当遵循以下三个政治原则。第一,问责原则(Accountability),即如何有效监督公司管理层行使其职权。该原则的一个重要实现途径就是设计科学的分工和分权机制,不仅包括股东大会与董事会之间的分权,也包括董事会内部的分权,比如董事长与CEO的分权、执行董事与非执行董事的分权、董事会与下属专门委员会的分权等,甚至还包括公司与外部审计师的分权等。第二,协商原则(Deliberation),即公司的决策过程应当经过充分协商。这个协商原则既适用于股东大会,也适用于董事会,体现为股东大会和董事会在召集和召开等方面的各种程序性规定,包括会议通知要求,法定人数要求,表决权行使规则,甚至会议记录要求等。第三,争议原则(Contestability),即股东或董事能够对其认为与公司利益相违背的决策提出争议,挑战其合法性和正当性。这种争议既可针对决策的内容,也可针对决策的程序。争议原则体现为不同方式,既包括公司内部的争议机制,比如在股东大会上质询董事和高管、提出议案等,也包括公司外部的争议机制,主要是法院诉讼和向监管机关投诉,比如派生诉讼,压迫行为或不当损害诉讼等。

公司宪政论无疑是对公司契约论的一个重大挑战,在理念和指导原则上都与公司契约论迥然不同。与公司契约论代表的经济分析路径不同,公司宪政论是公司法的政治学分析,为公司本质和目标等问题提供了一个全新的分析框架,具有很高的理论价值和实践意义。公司宪政论将公司视为一个独立存在的政治体,近乎完美地阐释了公司人格的本体性问题。将宪政主义运用在公司的场合,公司被可以视为一个既包含公共利益又包含私人利益的组织机构,既体现在公司参与人相互协作的内部关系中,也体现在公司与国家和社会之间的外部关系中,从而映射出公司兼具“公”和“私”的双重特征,拥有集体和个人的二维身份,与此相应,公司法也必然是公法与私法的统一体。总言之,公司和公司法具有“公私二象性”,公司各利益相关人之间的关系也是既有私人的平等契约关系,又有公共的权威层级关系,这也就决定了公司法不能完全适用契约自由原则,公司法条款不能是纯粹的任意性条款。

四、公司法的品性:契约自由抑或契约不自由

由上可见,经济学上的公司契约并不等同于法学上的合同,而且公司契约理论存在各种不足,其他诸如公司社区论、团体生产理论和公司宪政论等关于公司本质的理论应当获得充分关注,并对于公司契约论的相关观点进行修正和调整。^[14]因此,合同法上的契约自由原则不能直接适用于公司法中,换言之,契约自由精神在公司法中的适用是有限度的,但真正问题是这个限度到底在哪里?

蒋大兴教授在其宏文中指出了公司法中的合同空间问题,系统地梳理了公司法中的诸多“合同不自由”现象,并进而认为“合同不自由”是公司契约的“主要品性”。^[15]笔者赞同大兴教授对于公司法中完全适用合同法理念的否定态度,但对其结论持保留意见。诚然,公司法中有合同不自由的诸种表彰,但合同不自由是不是公司契约的“主要”品性呢?我们对于公司法品性的判断应当分为两个层次,即实然和应然。在实然层次,我们可以像大兴教授一样举出公司法中的契约不自由的例子,但同样也可以举出契约自由的例子。在判断现实中公司法的“主要”品性是契约自由还是不自由时,我们需要对于这些例子进行定量和定性的全面对比:定量是指在数量上看契约自由和不自由的例子孰多孰少;定性是指在重要性方面评估契约自由和不自由的例子。另外,在不同国家中、同一国家的不同

[14] 当然,与公司契约论一样,这些其他的公司法理论也有自身的缺陷。参见弗兰克·H·伊斯特布鲁克等著:《公司法的逻辑》,黄辉编译,法律出版社2016年版,前言部分。

[15] 蒋大兴:《公司法中的合同空间:从契约法到组织法的逻辑》,《法学》2017年第4期。

时期,其公司法中的契约自由和不自由的例子可能都是不同的、处于不断演化之中的。因此,在实然层面上判断公司法的主要品性还需要更多数据,而且很难有统一标准。

更重要的是,我们需要在应然的层面上讨论公司法的品性,即公司法的品性应该是什么,从而为公司法的发展和改革提供方向性指导。实然层面的公司法品性问题只是描述性的,即使现行公司法有很多体现契约不自由的强制性规则,也不能说明这些规则的合理性或不合理性。如果契约自由应该成为公司法的品性,我们就需要对于公司法进行改革,将那些强制性规则改为任意性规则,反之亦然。

剑桥大学教授柴芬斯(Cheffins)认为,公司法中的强制性规则具有存在的必要性,并给出了三点理由。首先,公司管理层可能利用其掌握的权力优势在公司事务的管理安排中谋取私利,而股东不愿或不能对此进行制衡;其次,公司当事人对于公司事务的处理可能产生外部性,从而需要强制性规则对于第三方进行保护;最后,公司个体通常以经济效率为追求目标,但这有时不符合社会福祉,强制性规则可以实现经济效率之外的其他社会目标。^[16]的确,即使是极力倡导公司契约论的学者,比如伊斯特布鲁克和费希尔,也主张公司法必须有一个强制性的条款,即禁止公司采用任何反收购措施。^[17]但是,强制性的公司法规则仅仅限于此吗?

加州大学伯克利分校的爱森伯格教授猛烈抨击了公司契约论,对于公司法的结构进行了比较全面的类型化研究。^[18]他在形式上将公司法规则分为三类,包括赋权性规则(Enabling Rules),授权公司参与者自由选择公司事务的处理方式;补充性或缺省性规则(Suppletory or Default Rules),指未被公司参与者排除就可推定适用的规则;强制性规则(Mandatory Rules),指公司参与者必须适用的规则,不得修改和排除。赋权性规则和缺省性规则可以并称为任意性规则,与强制性规则相对应。至于哪些规则应当为任意性规则或强制性规则,爱森伯格教授认为,这取决于两个因素,即公司法规则的类型和公司的类型。公司法规则可以分为结构性规则(Structural Rules)、分配性规则(Distributional Rules)和信义规则(Fiduciary Rules)。结构性规则调整公司权力在公司机关、公司机关代理人之间的配置,包括行使权力的条件;分配性规则调整公司财产在股东间的分配方式;信义规则规范董事、经理和控股股东的义务。另外,公司又可以分为三类,即闭锁公司、公众公司和即将挂牌上市的公司。

原则上讲,在闭锁公司中,结构性规则和分配性规则应该是任意性规则,由公司参与人通过谈判自愿达成协议,而信义义务应该是强制性规则,由法律进行规定。闭锁公司的参与人较少,公司的控制权与索取权通常统一在股东手中,故可以通过谈判机制处理公司事务,但是,由于公司契约是长期性的关系契约,加上契约的不完备性禀赋,使得公司参与人的谈判机制有时会出现系统性谬误,导致不公正的结果。公司参与人很难事先预见到各种公司事务问题,更遑论进行准确的成本收益分析,其中的不确定性将会引发机会主义行为。然而,这些问题无法通过合同法解决。合同自由原则包括缔约自由、选择相对人的自由、决定合同内容的自由和变更或解除合同的自由等,^[19]因而可能为机会主义行为提供空间。另外,合同正义原则主要是指形式上的正义,即建立在当事人自愿真实的意思表示

[16] Brian R. Cheffins, *Company Law: Theory, Structure and Operation*, Oxford University Press, 1997, pp. 237-249.

[17] Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer", 94 *Harvard Law Review* 1161, 1173-1182(1981).

[18] Melvin Aron Eisenberg, "The Structure of Corporation Law", 89 *Columbia Law Review* 1461-1525(1989).

[19] 郑玉波:《民法债编总论》,三民书局1996年版,第4~35页;王利明、崔建远:《合同法新论-总则》,中国政法大学出版社1996年版,第110~111页。

之上的公正,而不涉及合同内容在实质上是否合理,除非存在胁迫、欺诈或乘人之危的情况。^[20]显然,这种形式上的合同正义原则也无法有效保护公司参与人,因为公司参与人通常都是自愿的。此时,我们就需要制定强制性的公司法规则,以有效保护弱势的公司参与人。

在公众公司中,公司参与人众多,无法像闭锁公司一样通过协商机制处理公司事务,而是需要采取以权威为特征的层级管理机制,更重要的是,公司控制权与索取权的分离可能导致高昂的代理成本,股东大会对于经理行为的批准都往往无法代表某些股东的真实意思表示,因此,除了信义规则之外,结构性规则也应当主要是强制性规则。在即将挂牌上市的公司中,信义规则和结构性规则也同样在原则上应当是强制性规则,因为这些规则的修改不能在发行价格上有效反映出来。

哥伦比亚大学法学院的戈登教授在爱森伯格公司法规范三分法的基础上更进一步,认为完全采用契约自由原则的公司法并不能有效地实现公司福利最大化的目标,相反,某些强制性规范的存在有助于达成此目标。他提出强制性规则存在价值的五大假说,第一,保护投资者假说,即投资者在有些情况下没有能力通过信息披露获得保护;第二,不确定性假说,即通过强制性规则消除某些条款反复无常的修改和解释;第三,公共产品假说,将公司法的一些标准条款视为公共产品;第四,创新假说,强制性规则通过修正或放松某些公司事项,可以传递有利于公司创新的信号;第五,投机修改章程假说,强制性规则可以阻止投机性的章程修改。除了第一个假说之外,其他四个假说都是基于以下观点:强制性规则的僵硬缺陷所导致的效率损失小于这些规则通过解决订约过程中的问题而产生的收益,因此,强制性规则是有净收益的。

戈登教授认为,后三个假说,特别是最后一个假说,具有强大的理论说服力。根据这些假说,公司法的强制性规则包括(1)程序性规则,这些规则不涉及公司权力和财富的分配,但在有些情况下可能被用于公司争夺控制权的策略,比如股东大会召开的通知期限等;(2)权力分配性规则,由于公司契约具有天然的不完备性,很多公司事务问题需要通过公司治理结构进行决策,这就涉及到董事会和股东大会之间的权力分配和制衡;(3)经济结构变更性规则,比如公司合并、分立和解散方面的规则;和(4)诚信义务规则,即公司董事、高管和控股股东的义务。^[21]

以上是对于公司法规则任意性与强制性问题的最具代表性的几个观点,综合来看,公司法中的强制性规则确实有其存在的空间和必要,契约自由原则在公司法中的适用是有限度的,但是这并不意味着契约不自由就成为了公司法的主要品性。至于到底哪些公司法规则应当是强制性的,目前学界尚未达成一致,其中考虑因素众多,包括公司契约的特殊性和外部市场的有效性,而且取决于具体规则的类型和公司的类型,并不能仅仅以公司法是组织法就一言以蔽之,这是一个还需要我们继续研究的领域。

(特约编辑:季奎明)

[20] 崔建远、戴孟勇:《合同自由与法治(上)》,载高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社2002年版,第313页。

[21] Jeffrey N. Gordon, "The Mandatory Structure of Corporate Law", 89 Columbia Law Review 1549(1989).