

• 部门法哲学 •

论公司法任意性规范中的软家长主义
——以股东压制问题为例

潘 林*

摘 要: 我国公司法历经了从管制到自治的变迁, 但自治并不必然带来效率, 公司自治在回应以股东压制为典型代表的公司机会主义行为方面具有局限性。在由缺省性规则、赋权性规则、章程示范文本等共同构成的公司自治选择架构中, 不同于为降低交易成本而因循的规则设计的多数路径, 贯彻降低代理成本的立场将导向软家长主义的规则设计路径, 从而矫正信息与权力的不对称, 克服现状偏见, 敦促主体做出理性选择。由此, 重新设计公司自治的选择架构, 设置惩罚性缺省并形成清单式指引将在保全主体选择自由的前提下促成对小股东的保护, 进而有效回应股东压制问题, 实现软家长主义对公司自治的提升。

关键词: 公司自治; 股东压制; 软家长主义; 选择架构; 任意性规范

主体的选择总是在一定的社会背景下做出的, 这一背景被称为“选择架构”(choice architecture)。^①对选择架构的规划和设计会影响主体的选择结果。例如, 对自助餐厅中食物的摆放做出不同安排会影响不同食物的消费数量。这就意味着, 如果期待改变主体的膳食结构, 使其消费更多的健康食物而非垃圾食品, 可以通过重新安排餐厅中食物摆放的位置、次序等(比如将甜点放在前排还是后排, 将薯条还是胡萝卜放在与眼睛等高的位置)影响主体的选择。食物的品种并没有变化, 主体依然有选择自由, 仅仅是主体做出选择的背景即选择架构发生了改变。^②

在放松管制、尊重自治的商事立法理念之下, 任意性规范的扩张标志着我国公司法的进步。任意性规范释放了公司的自治空间, 但公司组织和财产关系的逻辑预设了公司自治天然的局限性。近年来的我国公司实践已然揭示出公司自治在促进公司效率方面的局限性。行为法律经济学的研究表明, 选择架构的设计虽然不能限制或替代主体选择, 但会影响主体选择。可以被选择、变更以及排

* 山东大学法学院讲师, 法学博士。

本文系山东省社会科学规划研究项目“山东省区域创业投资制度研究”(15DFXJ02)、法治建设与法学理论研究部级科研项目“类别股合同的效力与履行问题研究”(16SFB3030)、山东大学基本科研业务费资助项目(人文社科青年团队专项)“民法典中合同规则的构造以及与组织规则的牵连”(IFYT15024)、教育部人文社会科学研究规划基金项目“有限责任公司内部治理研究——以股东利益冲突解决机制为中心”(13YJA820007)的阶段性成果。

① See Cass R. Sunstein, “The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism”, *Yale Law Journal*, Vol. 122, No. 7 (May, 2013), p. 1834.

② See Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, pp. 1-3.

除适用的任意性规范保全了主体的选择自由，但这并不意味着在干预自治方面无所作为。与强制性规范对公司自治的硬家长主义式干预相比，公司法任意性规范是否可以通过更多的提示（而非限制）、引导（而非替代）以贯彻软家长主义，从而推动更为理性的公司自治？

一、公司自治的局限：公司法的变迁与软家长主义

公司合同理论对我国公司法影响深远，尤其是体现在 2006 年《公司法》为公司释放了大量自治空间。但自治并不必然意味着效率，以有限责任公司为例，股东压制问题严峻，以致减损了有限责任公司作为一种商事组织形式的吸引力。软家长主义一方面避免了强制性规范中硬家长主义式的武断，另一方面旨在回应由信息不对称、偏见、公司缔约权力格局等带来的公司自治局限。

（一）从管制到自治——公司合同理论影响下的我国公司法变迁

“合同是一个强有力的概念。研究私人秩序的形成及主张私人行动在制度演化中的优先性的不同学科的理论家，不约而同地以合同来论证自己的理论主张。”^③ 公司的合同本质观、公司法学的合同进路兴起于上世纪 70 年代，在上世纪 90 年代成为公司法理论研究的主导进路，并深刻影响了公司立法。公司被解读为“合同束”，在公司参与方之间，如股东、管理者、雇员、债权人等等主体之间形成一组互相联结的自愿合同关系。^④ 在公司合同的拟定中，只要不会产生外部效应从而减损第三方利益，缔结合同的个体通常能够在自愿安排中做出优于立法者的选择，因为“那些用自己的钱做赌注的人可能会犯错，但比起那些用别人的钱做赌注的学者和监管者，他们犯错的几率还是要小得多。”^⑤ 否定公司自治的强制性规范具有严重的局限性。一方面，它无法包罗万象，不可能回应不同类型的公司在所有情境下面对的困境和难题；另一方面，不允许参与方排除或变更适用的强制性规范可能会给特定的公司制造麻烦，阻碍参与方对公司结构的设计和创新。“公司法的发展历史，也就是那些试图将所有的公司统一为单一模式的法律不断被淘汰的历史。”^⑥

由于我国制定《公司法》的最初动机在于解决国有企业的问题，所以它自始就承载着维护社会稳定的政治任务，对稳定的追求在未能成为一种自觉行动之前都必须依靠强制来实现。^⑦ 公司合同理论以及美国公司法学界关于“公司法中合同自由的界限”的论战逐渐受到我国学者关注，1993 年《公司法》抑制公司自治的弊病受到批判。江平指出，现代企业是独立法人、自治企业，并强调了公司自治的三层意思。^⑧ 有学者对公司法规范是否可以由公司以章程的形式加以修改进行了深入探讨，并区分有限责任公司与股份有限公司加以讨论。^⑨ 公司法作为公司合同的模本和漏洞补充机制，它补充而非替代公司参与方的合约安排。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。^⑩ 公司法的品格在立法政策上被表达为公司人格自由主义、公

③ 蔡立东 《公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读》，《法制与社会发展》2004 年第 1 期，第 62 页。

④ See Michael C. Jensen and William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, No. 4 (July, 1976), pp. 314-315.

⑤ [美] 弗兰克·伊斯特布鲁克、丹尼尔·费希尔 《公司法与经济结构》，张建伟、罗培新译，北京大学出版社 2005 年版，第 15 页。

⑥ 同注⑤，第 15 页。

⑦ 参见蒋大兴、金剑锋 《论公司法的私法品格——检视司法的立场》，《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2005 年第 1 期，第 39-46 页。

⑧ 参见江平 《公司法与商事企业的改革与完善（丑）》，《中国律师》1999 年第 6 期，第 59-61 页。

⑨ 参见汤欣 《论公司法的性格——强行法抑或任意法》，《中国法学》2001 年第 1 期，第 109-125 页。

⑩ 参见罗培新 《公司法的合同路径与公司法规则的正当性》，《法学研究》2004 年第 2 期，第 71-83 页；罗培新 《公司法强制性性与任意性边界之厘定：一个法理分析框架》，《中国法学》2007 年第 4 期，第 69-84 页。

司设立自由主义、公司资本自由主义、公司治理自由主义、公司交易自由主义。^⑪ 学界持续、广泛的关注促成了2006年《公司法》对任意性规范适用范围的拓宽、^⑫ 以及对公司自治之商事精神的秉持,其中,又集中体现在公司章程重要地位的凸显。^⑬

(二) 公司自治是否必然带来效率?——以股东压制问题为例

公司内部的三大冲突——经营者与股东之间、股东相互之间、股东与公司其他利益相关者(包括债权人和职工等)之间的冲突——被概括为“代理问题”,占据了公司法的主要篇幅。^⑭ 有限责任公司、封闭公司所面对的问题不同于股份有限公司、公众公司:第一,是否应认可公司当事方修正公司法所提供的规则的努力?这些修正是否有效?第二,针对多数股股东压迫小股东的问题,公司法应在当事方达成的协议之外提供多大程度上的保护?^⑮ 由于公司股东人数较少并积极参与公司经营管理,公司法的基本问题——代理成本问题——在有限责任公司中体现为股东之间的利益冲突、大股东利用其优势地位侵害小股东利益。这一现象被概括为股东压制,它是指控制股东对少数股东参与权的不当剥夺,其中参与权包括公司治理、分配、任职等诸多方面。^⑯ 同时,有限责任公司缺少公众公司所具备的股权转让的公开市场,股东退出困难,一旦股东之间的冲突无法化解,这一矛盾将尤为尖锐。

法律经济学的公司合同理论的指向在于市场效率,但公司自治是否必然带来效率?种种原因使我们难以期待公司自治能够应对公司关系中的机会主义行为。第一,特定的公司参与方面对着信息不充分的难题。这不仅是因为参与方的有限理性和公司关系发展的无限可能性使得参与方所依赖的信息是不完全的,更是因为,对于公司关系中的特定情事,参与方占有的信息并不均等。而且占有更多信息的一方往往是公司权力的掌控者,也是机会主义行为的可能实施者,他们并没有激励向信息占有的弱势一方做出主动披露。第二,特定的公司参与方面对着集体行动的困境。股东(在经营者与股东的关系中)或者小股东(在大股东与小股东的关系中)在拟定相关方案时均希望从其他股东或小股东的努力中获益,而无需支付成本。这就使得那些偏向经营者或大股东、对股东或小股东不利的动议最终约束公司参与方。第三,公司自治的过程往往被董事高管、大股东等机会主义行为的可能施行者掌控。比如,公司章程的修改须经股东(大)会特别决议,而主要由大股东选举的董事会是最常见的股东会议召集主体,并通常由董事长主持股东会议,大股东在相关决议的通过中又往往有压倒性的表决权。

同时,在公司制度框架中,司法对公司机会主义行为的干预也具有先天的局限性,信义义务规则与公司自治之间的紧张关系难以调和。以司法干预股东压制问题为例,股东之间的信义义务是受到压制的有限责任公司小股东获得救济的重要制度依据。在美国,有限责任公司股东信义义务之诉是实践中频繁出现、理论上饱受争议的诉讼类型。马萨诸塞州最早支持了少数股东的此类诉讼请

⑪ 参见施天涛《公司法的自由主义及其法律政策——兼论我国〈公司法〉的修改》,《环球法律评论》2005年第1期,第81-88页。

⑫ 根据学者统计,“可以”、“由公司章程规定”、“依照公司章程的规定”、“全体股东约定……的除外”等任意性字眼,在2006年《公司法》中总共出现119处,1993年《公司法》中此类字眼则仅出现75处。参见罗培新《公司法强制性与任意性边界之厘定:一个法理分析框架》,《中国法学》2007年第4期,第69页。

⑬ 参见沈四宝、沈健《公司章程在新〈公司法〉中的重要地位与作用》,《法律适用》2006年第3期,第32-34页;王保树:《从法条的公司法到实践的公司法》,《法学研究》2006年第6期,第21-29页。

⑭ 参见[美]莱纳·克拉克曼等《公司法剖析:比较与功能的视角》,刘俊海、徐海燕等译,北京大学出版社2007年版,第2-3页。

⑮ See Edward B. Rock and Michael L. Wachter, “Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in Close Corporations”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 24, No. 4 (Summer, 1999), p. 914.

⑯ See Robert W. Hamilton and Richard D. Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 6th edition, West Academic Publishing, 2010, pp. 223-224.

求。在 *Donahue v. Rodd Electrotpe Co.*^{①⑦} 一案中, 法院认为, 封闭公司中的所有股东互相负有最大善意及忠实的信义义务, 而且不能出于贪婪、利己或私利违反他们对其它股东以及公司的忠实义务。但是, 该州法院仅仅在一年之后就修正了这一立场。在 *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.*^{①⑧} 一案中, 法院认为公司多数股股东有权利以一种“自私”的方式管理公司。控制股东在以下情况即满足信义义务的要求: 控制股东表明其行为的合法商业目的; 少数股股东无法提供一种替代方式, 这一替代方式将对少数股股东的利益造成较少的损害。“一些法院很明显地感觉到存在一个合法的范围, 在这一范围里控制董事或股东以其私利行事, 即使少数股股东因此而受损。”^{①⑨}

之所以在干预公司自治方面如此克制, 根源在于封闭公司的大股东掌控公司经营, 控制股东既是管理权的最大享有者, 又是经营风险的最大利害关系人。认许控制股东的“自私”在管理权与风险负担合一的封闭公司中具有深刻的正当性, 因为此种经济结构决定了控制股东的“自私”是推动公司进步的最深层动力。

我国《公司法》第20条第1款前半句规定“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程, 依法行使股东权利, 不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益”, 关于这一条文是否意味着我国公司立法确立了股东之间的信义义务, 理论界看法不一。^{②⑩} 法院基于对公司自治的尊重, 在适用这一规定干预有限责任公司股东间纠纷方面十分谨慎和克制。在日益频繁和突出的公司盈余分配纠纷中, 控制股东操控公司在利润可观的情况下不予分红, 尤其是将剥夺小股东在公司中的任职机会与公司拒不分红相结合,^{②⑪} 进而实现对小股东经济利益的压榨。此时小股东能否请求强制分红, 我国司法实践秉持分红由公司决策、尊重公司自治的立场, 不予干预。在最高人民法院指导性案例层面, 这一倾向亦有体现。指导性案例10号“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案”^{②②} 中, 被告是一家只有三位股东的有限责任公司, 其中两位股东联手, 以捏造的理由通过董事会决议, 罢免了另一位股东的总经理职务。本案二审法院并未适用《公司法》第20条关于禁止控制股东滥用股权的规定, 而是依据《公司法》第22条第2款, 认为决议召集程序、表决方式并未违反法律、行政法规、公司章程, 决议内容也并未违反公司章程, 因此决议并不存在可撤销的情形。至于决议的事实依据, 法院认为应当尊重公司自治, 无需审查其是否属实。法院以公司自治为由对公司分红决策、高管罢免决议背后的股东压制问题置之不理, 这种做法确实有失妥当,^{②③} 却也反映出司法干预股东压制与公司自治之间的紧张关系。

(三) 在自治与管制之间: 软家长主义对自治的另外一种干预

对公司自治的尊崇是我国公司法的一大进步, 但公司自治并不必然带来效率, 尤其是公司自治

^{①⑦} 328 N. E. 2d 505 (Mass. 1975) .

^{①⑧} 353 N. E. 2d 657 (Mass. 1976) .

^{①⑨} *Wilkes v. Springside Nursing Home, Inc.* , 353 N. E. 2d 657 , 662 (Mass. 1976) .

^{②⑩} 肯定说可参见朱慈蕴《对股东诚信义务的再思考》, 《中国法律》2007年第4期, 第9页; 否定说可参见张学文《封闭式公司中的股东信义义务: 原理与规则》, 《中外法学》2012年第2期, 第273页。实际上, 信义义务规则在大陆法系的适用效果并不理想。“内容的难以确定性以及适用过程对司法机制的强烈依赖, 导致其对大陆法系法律传统的不适应性, 导致诚信义务制度移植的困难。”曹兴权《公司法的现代化: 方法与制度》, 法律出版社2007年版, 第198页。

^{②⑪} 依照税法规则, 公司向自然人股东分红面临双重税负, 公司所得须缴纳企业所得税, 这部分所得通过分红的形式派发给自然人股东时, 自然人股东获得的红利须缴纳个人所得税。由于有限责任公司中股东积极参与公司管理, 这种税制使有限责任公司更偏好以薪酬的方式将公司所得回报给在公司中任职的股东, 此时的薪酬是公司的经营成本, 纳税时予以扣除, 这就避免了公司环节的税负。参见《个人所得税法》第6条、《企业所得税法实施条例》第34条。

^{②②} 参见《最高人民法院关于发布第三批指导性案例的通知》(法〔2012〕227号)。

^{②③} 对有关案例的批判, 参见梁上上《论股东强制盈余分配请求权——兼评“河南思维自动化设备有限公司与胡克盈余分配纠纷案”》, 《现代法学》2015年第2期, 第67-81页; 彭冰《理解有限公司中的股东压迫问题——最高人民法院指导案例10号评析》, 《北大法律评论》2014年第1期, 第74-105页。

只能对公司关系中的机会主义行为作出有限回应，同时，对公司自治的强调又制造了司法干预机会主义行为中的矛盾和困局。那么，能否在保全公司参与方选择自由的前提下实现对公司自治的另外一种干预和提升？

法律对主体选择的干预往往秉持法律家长主义的姿态和立场。法律家长主义，又称法律父爱主义，从语源上看，“它来自拉丁语 *pater*，意思是指像父亲那样行为，或对待他人像家长对待孩子一样”^{②④}，即“毋庸考虑他人意志而作出的强制性的权利义务配置”。^{②⑤} 家长主义式的干预，按照对主体选择所施加成本的大小，组成一个成本序列，在这个成本序列的两端，是最为强硬的家长主义和最为软弱的家长主义。在硬家长主义（*hard paternalism*）中，为增进主体福利，为其选择施加实质成本（*material costs*），而软家长主义（*soft paternalism*）仅仅是影响主体选择，并未对主体选择施加实质成本。^{②⑥} 为主体保留选择自由是软家长主义的一个核心特质。软家长主义不强迫主体作出某种选择，主体可以低成本地作出不同的选择。在此意义上，软家长主义为那些可能作出糟糕决定的主体带来巨大福利，同时仅仅为那些能够在充分理性的前提下作出不同选择的主体施加极小的成本。^{②⑦} 软家长主义的要义在于“只有‘真实’（即那些在认知上和意志上没有欠缺）的决定才值得尊重……不是阻碍自治，而是在实际上保护和提升自治”。^{②⑧}

在保留选择自由的前提下对个体决策的干预被称为“敦促（*nudge*）”。^{②⑨} 敦促功能的实现往往借助于信息披露、警示、缺省性规则等策略，这些策略既保证了主体的选择自由，又引导了个体的理性决策。对公司合同缔约方的敦促将一方面保留公司的自治空间，另一方面实现对特定公司参与方的保护。强制性规范的规整策略是一种硬家长主义，而敦促式的干预则是一种软家长主义。^{③⑩} 公司参与方在做出选择时会受到有限理性、信息不充分乃至偏见的影响，软家长主义通过设计选择架构敦促公司参与方做出更有利于增进自身福利的选择。贯彻软家长主义，解析并重新设计公司自治的选择架构，将首先避免强制性规范在调整公司关系上的武断，并且会成为对机会主义行为的一种有效回应。

二、公司自治选择架构的要素：公司法任意性规范及其实现

公司法任意性规范释放了公司自治的空间，股东选择与公司自治在任意性规范之下展开，任意性规范的内容构成公司自治的选择架构。在公司法的语境下，任意性规范又被细分为赋权性规则与缺省性规则，并遵循不同的规整逻辑。同时，行政管理使得任意性规范的实现、公司自治选择架构的构成在政府与市场的关系中有了更为丰富的内涵。

（一）公司法任意性规范的类型与定位

以法律规则与私人秩序之间的关系为标准，公司法律规范可以划分为赋权性（*enabling*）规则、缺省性（*default*）规则以及强制性（*mandatory*）规则。^{③⑪} 其中，赋权性规则与缺省性规则为任意性

②④ 孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，《中国社会科学》2006年第1期，第48页。

②⑤ 孙良国：《法律家长主义视角下转基因技术之规制》，《法学》2015年第9期，第132页。

②⑥ 参见注①，第1859-1860页。

②⑦ See Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O'Donoghue and Matthew Rabin, "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for 'Asymmetric Paternalism'", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, No. 3 (Jan., 2003), p. 1212.

②⑧ 同注②④。

②⑨ 同注②，第6页。

③⑩ 参见注①，第1835页。

③⑪ See Melvin Aron Eisenberg, "The Structure of Corporation Law", *Columbia Law Review*, Vol. 89, No. 7 (Nov., 1989), p. 1461.

规范,私人秩序可以变更、排除这些规范的适用,但二者又存在明显的差异:对于赋权性规则,只有在公司参与方主动选入(opt in)的情况下,才会被适用于特定的问题;而对于缺省性规则,如果公司参与方没有主动选出(opt out)这一规则,它会自动适用于特定的问题。也就是说,如果公司参与方无所作为,赋权性规则不会自动适用,而缺省性规则将获得自动适用。那么,在赋权性规则、缺省性规则与强制性规则背后,立法者的考量是什么?将特定规则设置为某一规范类型而非其他,其原理何在?

从赋权性规则到缺省性规则再到强制性规则,法律的强制性在逐级递增,私人安排的作用在减弱。赋权性规则的适用依赖于参与方的主动选择;缺省性规则自动适用,除非参与方主动排除;强制性规则的适用不容参与方变更或排除。立法者将某一做法或安排纳入法律规则、将一项规则设计为赋权性规则意味着,参与方一旦选入,即具有法律上的效力。这表明该做法或安排获得了立法者的认许,立法者将其明示在法律规则中以供参与方选入,法律的这种明示消弭了参与方作出此种安排时所面对的不确定性。^{③②}

再进一步,立法者将一项规则设计为缺省性规则表明,除非参与方明确排除了这一规则,对特定问题作出了不同于该规则的私人安排,否则,缺省性规则将规整这一问题。此时,如果参与方对某一问题保持沉默,缺省性规则将填补私人安排的这一漏洞,参与方如果就该问题在事后发生争议,该规则将对纠纷的解决提供方案。这表明,其一,缺省性规则所规整的问题在公司关系中具有关键意义,需要明确的规范对此问题作出调整,如果私人安排在此问题上存在漏洞,公司法应该填补这一疏漏;其二,缺省性规则的内容具有导向意义,因为如果没有相关的私人安排,这一规则将自动规整公司参与方之间的关系;其三,缺省性规则尽管体现了立法者在特定问题上的取向,立法者并不自信这一做法符合所有公司的实际,法律允许公司参与方做出不同安排以排除该规则的适用。同时,从缺省性规则的规范构造来看,排除某一规则的适用,须符合法律规定的条件和程序,这些将缺省性规则选出的法律程序被称为“变更规则(altering rule)”。^{③③}变更规则的宽严程度不一,如要求全体股东的简单多数、绝对多数或者一致同意,这决定了公司选出特定缺省性规则的难度以及不同缺省性规范内容的强制性色彩,从而也代表了立法者就某一问题的立场和态度。^{③④}

更进一步,即便是公司参与方之间的安排不会产生外部效应,如果立法者认为公司参与者缺乏商业经验、信息或者谈判力严重不足,不能像在缺省性规则中那样“作出明智和有意义的排除适用的决定”,^{③⑤}其同意排除某一规则的决定有悖于自身利益,此时立法者就会以强制性规则而非缺省性规则的规范类型规整特定的问题,不容许公司参与方的变更或排除。

(二) 行政管理与公司法任意性规范的实现

在我国,公司章程是股东自治最为重要和关键的载体,^{③⑥}“逐步演化成为公司治理的宪章”。^{③⑦}在公司法律规则中,对于公司自治事项,通常也表述为“公司章程对……另有规定的,从其规定”

^{③②} 参见[加]布莱恩 R. 柴芬斯《公司法:理论和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第269-273页。

^{③③} See Brett H. McDonnell, “Sticky Defaults and Altering Rules in Corporate Law”, *SMU Law Review*, Vol. 60, No. 2 (Spring, 2007), p. 393.

^{③④} 例如,关于有限责任公司股利分配、新股认购优先权以及表决权的计算依据,《公司法》第34条规定“股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”这里的变更规则为“全体股东约定”。《公司法》第42条规定“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”这里的变更规则为“公司章程另有规定”。显然前者更为严格。

^{③⑤} 同注^{③②},第256页。

^{③⑥} 股东协议也是重要的公司自治工具,但我国公司法中的公司自治主要体现为章程自治。参见张学文《股东协议制度初论》,《法商研究》2010年第6期,第117页。

^{③⑦} 常健《论公司章程的功能及其发展趋势》,《法学家》2011年第2期,第76页。

(缺省性规范)、^{③⑨}“……,公司章程另有规定的除外”(缺省性规范)、^{③⑨}“……,除本法有规定的外,由公司章程规定”(赋权性规范)^{④⑩}以及“……由公司章程规定”(赋权性规范)。^{④①}任意性规范中的赋权性规范和缺省性规范在与公司章程的关系中定义了公司自治的空间,^{④②}任意性规范的自治理念在不同公司章程的个性化设计中获得实现。

同时,公司章程是自治与他治的融合,^{④③}是公司设立登记时必须报送的文件之一。公司章程有违反法律、行政法规的内容的,工商行政管理机关有权要求公司作相应修改。^{④④}在我国公司登记实践中,各地工商局通常为新设公司提供章程的示范文本。示范文本的提供有其必要性,域外公司法制发达国家也存在这一现象。^{④⑤}从本质上讲,这一文本是行政机关提供的公共服务。新设公司基于效率的考量,可以套用符合自身商业需求的若干条款,从而加速章程拟定、公司设立的进程。同时,该文本也提供了涵盖绝对必要记载事项、不违反强制性规定的章程示范,为新设公司提供了参考对照,从而成为章程个性化设计的起点。

但目前实践中章程范本对章程拟定的影响已经超过必要限度,甚至在有些情况下侵犯了公司的自治权利。“工商行政管理部门未能转变国家严格规制公司之旧有观念,加上为了节约审查章程的成本并提高工作效率,往往鼓励新设公司套用登记机关提供的标准章程范本,导致有利于公司实际运作、符合公司实际需求的特别条款无法顺利备案。”^{④⑥}“更有甚者,如投资者事先拟定了不同于公司法明文规定的章程,则被登记管理机关要求更正,否则可能无法登记注册。”^{④⑦}章程示范文本从公共服务蜕化为管制手段,在此,行政权力的扩张本性^{④⑧}使政府与市场的关系发生了扭曲。

章程示范文本并非公司法任意性规范的组成部分,但公司法任意性规范的实现、公司自治的落实无法绕开行政管理与工商登记这一通道,无法脱离政府与市场关系的语境,无法回避章程范本这一模板式文件。在这个意义上,缺省性规范、赋权性规范、章程示范文本共同成为公司自治选择架构的核心要素。通过设计公司自治的选择架构干预和提升公司自治也以此三者为依托展开。

三、公司法任意性规范的设计:从多数路径到软家长主义

公司法任意性规范允许公司参与方将其变更或者排除适用,其中,赋权性规范须参与方选入才会被适用,缺省性规范可被参与方选出而排除其适用。任意性规范并未预设公司参与方的设计和安

^{③⑨} 在有限责任公司相关规定中,如《公司法》第71条关于股权转让的规定。

^{③⑨} 在有限责任公司相关规定中,如《公司法》第41条关于股东会会议通知的规定、第42条关于表决权分配的规定、第75条关于股权继承的规定。

^{④⑩} 在有限责任公司相关规定中,如《公司法》第43条关于股东会议事方式和表决程序的规定、第48条关于董事会议事方式和表决程序的规定、第55条关于监事会议事方式和表决程序的规定。

^{④①} 在有限责任公司相关规定中,如《公司法》第44条关于董事长副董事长产生办法的规定、第45条关于董事任期的规定、第50条关于执行董事职权的规定、第51条关于监事会职工代表比例的规定。

^{④②} 也存在例外,比如《公司法》第34条规定,“股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”作为缺省性规则,排除适用的条件是全体股东另有约定而非公司章程另有规定。但是,股利分配与新股优先认购权作为公司重要事项,往往也被记载在公司章程之中。

^{④③} 参见朱慈蕴《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理理念的融合》,《当代法学》2006年第5期,第9页。

^{④④} 参见《公司登记管理条例》第23条。

^{④⑤} 在美国,公司设立者可通过州政府秘书获得章程大纲(Articles of Incorporation)的范本。See Judd F. Sneider, “Soft Paternalism for Close Corporations: Helping Shareholders Help Themselves”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 2008, No. 5 (2008), p. 925.

^{④⑥} 赵箭冰、俞琳琼《有限责任公司章程设计的奥妙》,法律出版社2014年版,第14页。

^{④⑦} 乔宝杰《对我国有限责任公司治理结构的反思》,《政治与法律》2011年第8期,第116页。

^{④⑧} 参见陈甦《商法机制中政府与市场的功能定位》,《中国法学》2014年第5期,第58页。

排,与公司法强制性规范对公司参与方自治的约束和限制相比,公司法任意性规范是如何影响公司自治的?与此相关的一个问题是,任意性规范与公司自治的选择架构应如何设计?这又取决于对任意性规范功能的不同诠释。

(一) 降低交易成本:多数路径

在公司合同的拟定中,在对公司利益与控制权分配格局的安排上、以及在对公司参与方之间关系的设计上存在交易成本。同时,特定缔约方支付此种成本,在合同安排中对公司运作问题事先提供解决方案,但他们无法从中获得全部收益,因为这些方案可能被其他公司仿效,而无需支付任何费用。在此意义上,公司架构的设计是一种公共物品。^{④⑨}公司立法者提供此种公共物品,对公司运作过程中可能会出现的问题事先给出解决方案,为公司的组织和治理提供一个初始的架构,为公司参与方的自治提供了一份标准合同和模板。立法者还会根据公司实践的发展修订公司法律规范,这也降低了私人调整、更新过时的设计和安排所支出的成本。同时,这样一份标准合同并非是对私人的限制和管制,公司参与方可以通过选入以采纳特定的安排或者通过选出以排除特定规则的适用。

从公司立法中的任意性规范可降低私人安排的交易成本这一角度看,任意性规范的拟定应因循多数路径(majoritarian approach),即采纳大多数公司在特定情况下会采纳的方案,因为这样可以最大限度地降低交易成本:对于赋权性规范,大多数公司可以直接选入公司立法者设计的方案;对于缺省性规范,大多数公司可以在此事项上不作为,立法者提供的方案将获得自动适用。交易成本的考量在决定将某一规范设计为赋权性规范还是缺省性规范时仍将发挥作用,如果某一安排符合更多公司的实际需要,将其设计为缺省性规范将省却公司参与方主动选入的成本,如果就此降低的成本大于少部分公司选出的成本,就会从整体上节约交易费用。^{⑤⑩}

公司法任意性规范会降低公司参与方缔约的交易成本,因此任意性规范的拟定应遵循多数路径。这一分析思路的前设在于,公司合同之所以是不完全的,在于议定相关方案的交易成本。^{⑤⑪}立法者所提供的公共物品回应了交易成本的问题,公司法的相关安排以及私人的个性化设计就可以基本应付公司架构启动后所面对的种种问题。但是,公司合同的不完全性并非仅仅是交易成本所致,代理成本所导致的公司合同不完全性戕害了公司组织的公平与效率。

(二) 降低代理成本:软家长主义

防范公司关系中的机会主义行为、降低代理成本的功能期待意味着,公司法任意性规范作为一种对公司合同缔约方的敦促,至少应在以下方面有所作为,以提升公司自治。

第一,逼迫居于信息优势地位的公司参与方向其他缔约方披露信息。对于缺省性规则,只要没有被选出,该规则就会自动约束公司参与方。那么,如果缺省性规则内容的设置对公司信息的占有方不利,上述主体便有激励选出这一缺省性规则。规则的选出通常应获得其他公司合同缔约方的同意,居于信息优势地位的公司参与方必须向其他缔约方主动披露相关信息(information forcing),^{⑤⑫}以求得这一不利于自身的规则被顺利选出,这就促成了信息在当事方之间的有效分享。^{⑤⑬}同理,如果“清单(menu)”^{⑤⑭}式的赋权性规则为公司参与方提供的选项涵盖了不利于公司信息占有者的

^{④⑨} 参见注⑤,第39页。

^{⑤⑩} 参见注②,第274、283页。

^{⑤⑪} See Ian Ayres and Robert Gertner, “Majoritarian vs. Minoritarian Defaults”, *Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 6 (July, 1999), p. 1592.

^{⑤⑫} See Ian Ayres, “Making a Difference: The Contractual Contributions of Easterbrook and Fischel”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, No. 3 (Summer, 1992), p. 1398.

^{⑤⑬} 参见伍坚《论公司法上的缺省性规则——兼评新〈公司法〉相关规定之得失》,《法学》2007年第5期,第92页。

^{⑤⑭} See Ian Ayres, “Menus Matter”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Winter, 2006), p. 3.

防范其机会主义行为的方案，居于信息优势地位的公司参与方也将被迫披露信息以说服其他缔约方放弃这一方案。

第二，利用公司合同拟定中的现状偏见（status quo bias）。惯性的心理力量使个体在做出选择时偏好现状，反悔理论为现状偏见提供了有力的支持。该理论认为，对于同样的不利后果，如果这一后果是因为采取行动所致，那么，相对于这一后果是因为不采取行动所致，其在心理上会更加令人后悔。同样，对行动产生不好结果的反悔预期，通常强于对行动产生好结果的喜悦预期。因此，为最小化未来可能的反悔，决策者将偏好不行动、偏好现状。^{⑤⑤}“现状偏见表明默认合同规则与恒定的（immutable）合同规则也即交易双方不能协议改变的规则，此二者之间的区别，这种区别也许是程度上的，而不是性质上的。”^{⑤⑥}在公司法任意性规范中，缺省性规范是在未被选出的情况下自动适用的方案，赋权性规范提供了可被选入的方案，相对于其他替代性方案，这些方案是更受参与方偏好的现状方案。同时，在公司合同的拟定中，缔约方对通过合同手段事先为自身谋划利益往往心存顾虑，他们会担心：提出公司法规未涵盖的个性化方案可能会破坏组建公司时缔约伙伴之间良好的信任和合作氛围。这种情况在人合性较强的封闭公司或者有限责任公司中会更加突出。^{⑤⑦}由此，公司自治选择架构的设计必须考虑到它们对公司参与方缔约心理的深刻影响。从降低代理成本的角度，偏向弱势一方的缺省性规则、囊括防范机会主义行为方案的清单式赋权性规则可以利用缔约方的现状偏见，进而引导公司合同条款的有效设计。

第三，消解公司权力格局对缔约过程的负面影响。管理者、大股东等公司权力的掌控者是公司关系中机会主义行为的可能实施者，他们同时控制了公司合同的缔约过程，比如主导公司设立、公司章程制定和修改中压倒性的谈判力和表决权、相关议案的提出、股东会议的召集与主持等等。缔约过程中的这一权力格局使得偏向管理者或大股东的缺省性规则很难有机会被选出，赋权性规则所提供的自治空间则很容易被最终设计为偏向管理者或大股东的方案，即使这种局面对于特定公司而言是不效率的。而偏向股东或小股东的缺省性规则如果不符合特定公司的实际，将会相对容易被选出；赋权性规则中偏向股东或小股东的方案如果不能适应特定公司的需要，也相对容易被放弃。因此，有效的立法安排并不是仰仗立法者设计出最有效率的方案，而是打通一个渠道，使得对特定公司而言无效率的方案能够被顺利选出，^{⑤⑧}有效率的方案能够进入公司缔约方的议价和谈判。

任意性规范的敦促功能获得了实证方面的支持。例如，美国各州针对上市公司反收购措施的做法不一，有的州将反收购措施作为缺省性规则，只有公司选出才会排除适用；有的州将反收购措施作为赋权性规则，公司必须选入才能获得适用；而有的州没有相关规则。上市公司收购是对公司高管的有效约束，而反收购措施则对公司管理者而非股东有利。实证研究表明，在作为缺省性规则的州，反收购措施获得了最为普遍的适用，其次是作为赋权性规则的州，而在没有相关规则的州适用率是最低的。这表明，一方面，偏向管理者的缺省性规则难以被选出；另一方面，赋权性规则或者

⑤⑤ 参见[美]凯斯·R. 桑斯坦主编《行为法律经济学》，涂永前、成凡、康娜译，北京大学出版社2006年版，第144-150页。

⑤⑥ 同注⑤⑤，第152页。

⑤⑦ See Margaret M. Blair and Lynn A. Stout, "Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 6 (June, 2001), pp. 1805-1806.

⑤⑧ See Lucian Arye Bebchuk and Assaf Hamdani, "Optimal Defaults for Corporate Law Evolution", *Northwestern University Law Review*, Vol. 96, No. 2 (Winter, 2002), p. 492.

说公司立法提供的清单也能够影响公司参与方的缔约。^{⑤⑨}

公司法任意性规范中的软家长主义一方面保全了私人自治，另一方面引导主体作出防范机会主义行为并降低公司关系中代理成本的理性选择。公司法任意性规范的这一功能取向要求对公司缔约方的选择架构进行重新观察、评价与设计。不同于多数路径，在这一选择架构中，缺省性规则的内容应偏向通常作为弱势一方的股东或小股东（尽管这可能不是多数公司的最终选择），这种缺省性规则的设计方法被称为“惩罚性缺省（penalty default）”，^{⑥⑩}同时可通过变更规则调整其选出难度；赋权性规则应成为尽可能囊括防范机会主义行为方案的清单，以供缔约方选入。

四、公司法任意性规范的重构：软家长主义对股东压制问题的回应

公司自治的突出地位及其局限性使得任意性规范中的软家长主义成为回应有限责任公司股东压制问题的有效策略。以软家长主义的立场反观由缺省性规范、赋权性规范、章程示范文本构成的章程拟定、股东自治的选择架构，存在缺省性规范偏向大股东、赋权性规范粗略、章程范本照搬公司法规定而没有形成清单式指引等问题，未能实现对公司缔约方的有效敦促。应对此选择架构作如下改造：

（一）设置惩罚性缺省

我国《公司法》的缺省性规则存在偏向大股东等机会主义行为可能施行者的问题，例如有限责任公司表决权的分配。“表决权是股东的最本质性的固有权利。”^{⑥⑪}表决权连接了股东与公司决策，进而实现股东对公司的控制。表决权配置在公司权力分配格局中居于核心地位。我国《公司法》以缺省性规则的形式确立了有限责任公司股东分配表决权的自由。第42条规定“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。”可见，这一缺省性规则的内容因循了资本多数决的逻辑，按照出资比例分配表决权，如果公司章程没有作其他设计和安排，这一规则将获得适用。以出资的多寡决定话语权的大小，显然，这是偏向大资本、大股东的缺省性规则。

资本多数决具有深刻的正当性，它对接了利益与风险，使控制权与剩余索取权获得集中与结合。一人一票、按人头分配表决权实际上分离了控制权与剩余索取权，这种分离可能会制造不必要的代理成本。因为，“如果投票者的表决权与其剩余索取权不成比例，则他们无法获得自己努力所带来的等同于其表决权比例的利益份额，也无须按其表决权比例承担可能造成的损失，这（利益和风险机制的匮乏）使得他们不可能做出理想的选择。”^{⑥⑫}同时，也不利于鼓励投资者向公司注入更多的资本，发挥公司集聚资本的功能。

但这并不意味着应将资本多数决设计为表决权分配的缺省性规则。这种偏向大股东的缺省性规则会因为现状偏见、信息与权力的不对称等因素而难以被选出，尽管对于某些人合性较强的公司而

^{⑤⑨} See Yair Listokin, “What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 6, No. 2 (2009), pp. 292–306; See Ian Ayres, “Menus Matter”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 1 (Winter, 2006), p. 15. 乔治亚州是将反收购措施作为赋权性规则的代表。该文认为，这一清单使管理者做出的采纳反收购措施的提议更容易被股东接受。这些结论的得出实际上仍依赖如下前提：鉴于反收购措施的重要性、普遍性以及上市公司参与方在商业方面的成熟程度，立法者在法律中明示反收购措施、将特定规则设计为主动选入的赋权性规则还是自动适用的缺省性规则，在降低上市公司设计反收购措施的交易成本方面，其作用微乎其微，交易成本的视角难以对上述实证发现提供充分的解释。

^{⑥⑩} 同注⑤⑨。

^{⑥⑪} [韩]李哲松《韩国公司法》，吴日焕译，中国政法大学出版社2000年版，第369页。

^{⑥⑫} 同注⑤⑨，第82页。

言，适用资本多数决的缺省性规则是不效率的。偏向小股东、按人头分配表决权的惩罚性缺省至少能够逼迫大股东向小股东披露信息。由于存在自治空间，这一惩罚性缺省如果对于公司是不效率的，在大股东主导的公司章程拟定过程中也相对容易被选出。毕竟，缺省性规则设计的原理并非是试图为公司提供最有效率的方案，而是使得对于按人头分配表决权这种偏向小股东的方案，如果对特定公司而言是有效率的，能够被议价和谈判，如果是无效率的，能够被顺利选出。这种缺省性规则的设计方式也并非没有先例，如我国台湾地区公司法针对有限公司的表决权分配，其缺省性规则为人头多数决。其 102 条规定“每一股东不问出资多寡，均有一表决权。但得以章程订定按出资多寡比例分配表决权。”

实际上，我国《公司法》也存在偏向小股东的惩罚性缺省。第 71 条有限责任公司股权对外转让规则中，股权转让应当经其他股东过半数同意，这里的过半数为股东人数的过半数。^③当然，作为缺省性规则，这一设计可以被公司章程选出，设计为出资比例的过半数。按出资比例计算过半数对大股东有利，比如大股东可以通过反对股权对外转让，购买待转让股权，^④进而巩固控制地位。按股东人数计算过半数则对小股东有利。

（二）形成清单式指引

我国《公司法》中大部分赋权性规则采取了“……由公司章程规定”的方式，并没有进一步的提示和指引。例如，对于作为公司最高权力机构的有限责任公司股东会，《公司法》第 43 条第 1 款规定“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”该条第 2 款规定了公司特别决议通过的表决权数，另外，《公司法》第 16 条针对为公司股东或实际控制人提供担保的股东会决议设置了通过条件。除了这两个条文，议事方式与表决程序中的诸多事项则归属公司的自治，同时《公司法》也没有针对这些事项作出任何引导。而工商局提供的公司章程示范文本，则在相当程度上照搬了公司法规定（参见表 1）。以北京市工商局提供的范本为例，该条援引了《公司法》第 43 条第 2 款的强制性规定，括号中的注解实际上重复了《公司法》对于公司章程的授权，没有作任何进一步的提示和指引。

表 1 《公司法》与部分章程示范文本的条款设计（股东会议事方式与表决程序）

《公司法》	第四十三条 股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。	
北京市工商局章程示范文本 ^⑤	第十三条 股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。（注：股东会其他议事方式和表决程序可由股东自行确定）	重申《公司法》的强制性规定，并以注解的形式重复《公司法》的授权

^③ 参见“张建中诉杨照春股权确认纠纷案”，《最高人民法院公报》2011 年第 5 期，第 46-48 页。

^④ 按照《公司法》第 71 条第 2 款的设计，“其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权”。尽管按照本条第 3 款，“经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权”，大股东仍然可以最终获得待转让股权。但在取得其他股东过半数同意而转让股权的情况下，大股东优先购买权的行使受到“同等条件”的制约。

^⑤ 北京市工商行政管理局《2014 版有限责任公司章程》，http://www.baic.gov.cn/zxbs/djzc/bgxz/djzc_zchhxy/201408/t20140827_1187166.html，2016 年 6 月 15 日访问。

上海市工商局章程示范文本 ^{⑥⑥}	第十一条 …… 股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表全体股东三分之二以上表决权的股东通过。 股东会会议作出除前款以外事项的决议，须经代表全体股东<u>二分之一</u>（注：可由股东自行约定）以上表决权的股东通过。 第十二条 股东不能出席股东会会议的，可以书面委托他人参加，由被委托人依法行使委托书中载明的权力。	重申《公司法》的强制性规定，并对普通决议通过的表决权数与表决权计算的基数、表决权的代理行使等事项有所指引
广州市工商局章程示范文本 ^{⑥⑦}	第十一条 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则 …… 股东会的议事规则如下： 1. 股东会对公司增加或者减少注册资本、合并、分立、解散或变更公司形式作出决议，须经代表三分之二以上表决权的股东通过； 2. 修改公司章程的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过； ……	重申《公司法》的强制性规定

此时，如果公司参与方套用章程范本，那么对于股东会的议事方式和表决程序，其中的一些重要事项如表决权的代理行使、出席法定数即是否限制会议最低出席股东人数和表决权数、普通决议通过的表决权数、表决权计算的基数采用出席会议股东还是全体股东^{⑥⑧}等将缺乏事先安排。而这些事项结合特定公司的股权结构，可以在一定程度上促成对小股东的保护。例如，如果对出席法定数中的最低出席股东人数做出较高要求，会成为小股东对控制股东的钳制，小股东可以选择不参加特定会议来阻止某一决议的通过。^{⑥⑨} 公司法赋权性规范尤其是章程示范文本对这些事项的沉默，一方面缺少了对公司参与方的提示和引导，另一方面则强化了公司参与方的现状偏见，即使股东预见到某一安排可以实现对自身利益的保护，可能也不会主动提议。加之章程制定中的权力格局，保护小股东的方案最终很难进入公司章程。

因此，至少应在章程示范文本中作清单式、列举性的提示和指引，例如，股东会的其他议事方式和表决程序可由股东自行确定，如表决权的代理行使、出席法定数（即是否限制会议最低出席股东人数和表决权数）、普通决议通过的表决权数、表决权计算的基数（可约定为出席会议股东或者全体股东，但不得违反《公司法》第16条第3款以及第43条第2款的规定）等。

^{⑥⑥} 上海市工商行政管理局 《设董事会设监事会的合资有限公司章程示范文本》，<http://www.sgs.gov.cn/shaic/innerDocExamp!toIndex.action?section=3>，2016年6月15日访问。

^{⑥⑦} 广州市工商行政管理局 《有限公司章程（设董事会）》，<http://www.gzaic.gov.cn/fwzc/bgxz/nzdjfb/>，2016年6月15日访问。

^{⑥⑧} 根据《公司法》第16条，对于公司为股东或者实际控制人提供担保的股东会决议，表决权计算的基数为除了作为被担保人的股东或者实际控制人支配的股东以外的出席会议的其他股东。根据《公司法》第43条第2款，对于特别决议，表决权计算的基数为全体股东。这些规定为强制性规范，公司章程的约定不得违反。

^{⑥⑨} 应同时防止多数股东单方面修改此类章程条款，例如要求修改决议的通过须经全体股东一致同意。参见段威 《有限责任公司股权转让时“其他股东同意权”制度研究》，《法律科学》2013年第3期，第119页。

结 语

我国公司法历经了从管制到自治的变迁，公司实践的发展愈发凸显出公司自治的局限性。这一事实促使我们认识到，在公司组织与财产关系的安排问题上，释放自由与干预自治并非不可调和、非此即彼，强制性规范并非是干预公司自治的唯一手段。任意性规范能够在保全主体选择自由的前提下，敦促参与方作出理性选择，从而贯彻软家长主义。在此立场下，惩罚性缺省、清单式赋权性规则以及章程示范文本都将为推动更为理性的公司自治发挥重要作用。

Abstract: Corporate law in China has undergone the transition from regulation to autonomy. Yet autonomy does not necessarily bring about efficiency. Corporate autonomy has its limitation in responding to opportunism, which is represented by shareholder oppression. As to the choice architecture of corporate autonomy that is composed of enabling rules, default rules and model articles of association, different from the majoritarian approach that aims to reduce transaction cost, reducing agency cost would lead to soft paternalism, thus it help to rectify the asymmetry of power as well as information, overcome status quo bias, and nudge the parties toward rationality. Manipulating choice architecture of corporate autonomy and setting up penalty default and menu could offer protection for minority shareholders under the premise of the freedom of choice, and deal with shareholder oppression effectively and improve corporate autonomy by soft paternalism.

Key Words: Corporate Autonomy; Shareholder Oppression; Soft Paternalism; Choice Architecture; Optional Rule

[责任编辑: 王 珏]