

的矛盾,从而是稳定的和自我实施、自我强制的,相应选择也才是真正可预测的。纳什均衡使得预期效果与实际效果一致成为可能。立法目标与法律规则实施后的结果要一致,必须使参与博弈的各方达到纳什均衡。否则,立法就仅仅是正式或官方规则,而实际有效的是潜规则。任何有限博弈都至少有一个纳什均衡,纳什均衡的普遍性使得法律博弈论的应用范围广泛。当然,对纳什均衡应用的广泛性和有效性也不能过分夸大。纳什均衡分析仅仅保证有个体理性的人的博弈结果是唯一纯策略纳什均衡时的预测。现实中的博弈可能是下面三种情况之一:(1)有许多博弈不存在纯策略纳什均衡;(2)有些博弈是多重纳什均衡;(3)博弈方可能是集体理性或有限理性。此时纳什均衡分析就不是绝对有效的。目前,这些问题已有不同程度的解决,如实验经济学和行为经济学的成果为寻找有限理性时的博弈均衡提供了支持,一些新的均衡概念如帕累托上策均衡、风险上策均衡、聚点均衡和相关均衡等,为多重纳什均衡时的决策找到了方向。

总之,实效主义法学试图将法律的应然效力与实然效力统一起来,试图通过法律经济学和法律博弈论等实证科学方法来实现社会欲求,最终追求正当性法律目标的有效实现。

公司法的法律经济学进路:正当性及其限度

罗培新(华东政法大学教授)

社会科学学术史的经验证明,影响一个学派的际遇和发展的重要因素之一是其质量本身,即它是不是一种强有力的分析和解释工具,能否据此有效地积累和传承智识。近年来,以法律经济学视角分析公司法问题逐渐成为一种趋势。这与法律经济学内在的品格息息相关。

通常认为,现代意义上的法律经济学诞生于20世纪50、60年代,其标志性事件为1958年芝加哥大学法学院创办《法律经济学杂志》和1960年科斯发表《社会成本问题》。后者通过对外部性问题独辟蹊径的分析,创设了著名的“科斯定理”,为运用经济学的理论与方法研究法律问题奠定了基础。20世纪70年代以后,法律经济学进入蓬勃发展时期,代表人物与研究成果大量涌现,最著名的就是理查德·A·波斯纳及其《法律的经济分析》。波斯纳借助经济学分析范式,通过著述、讲座对美国法律的各个具体领域进行了深入而细致的分析,构建了一个比较完整的法经济学理论体系,其影响不言而喻。1981年,美国前总统里根任命了波斯纳、博克、温特等有着经济学思维倾向的法学家为联邦上诉法院法官,并通过12291号总统令,要求所有新制定的政府规章必须符合“成本—收益”分析的效率标准;要成为美国各级法院的法官,也必须事先通过法律经济学课程的培训和考试。这无疑标志着法律经济学在法律实践中获得了巨大的成功,得到了广泛的认同。在此过程中,法律经济学还把研究的触角伸展到了宪政、刑事、民事、婚姻家庭、政府管制、程序规范等几乎无所不包的法律场域。可以说,在法律的意义上,所谓的“经济学帝国主义”,其实就是“法律经济学方法论上的帝国主义”。

然而,社会科学学术史表明,从来都没有无懈可击的理论。20世纪70年代末80年代初,在法律经济学试图以自己独有的效率分析方法来解构所有的法学领域时,受到了施密德等经济学家和德沃金、弗莱德等法学家不同角度的猛烈批判。这些批评和责难的要义在

于：法律制度是一个价值多维的制度体系，法律经济学意义上的“效率”是否完全等同于法律意义上的公平与正义？在婚姻家庭等注重情感治理的法律场域以及在关乎人之生死的刑事法律场域，我们还能够以效率作为正义的实现标准吗？

上述批判一针见血地指出了法律经济学的局限性：在衡量法律规则的正当性时，并非总是能够以促进社会财富的最大化为标准。然而，公司法调整的是被抽象为一个个理性的经济人在公司运作中发生的经济关系，盈利是各个微观主体的趋同性目标，尊重情感、伦理等在其他法律场域中可能要考虑的多维目标，在公司法中则无须顾及。就此而论，法律经济学分析方法的效率导向与公司法的财富和效率最大化目标堪称完美的契合。

也正因为如此，在公司法领域，法律经济学的研究范式具有顽强的生命力。作为法学家和经济学家之间成功合作的典范，20世纪30年代伯利（Berle）和米恩斯（G. Means）共同撰写的经典著作《现代公司与私有财产》甫一问世，就引起世人瞩目。从此以后，有关公司治理的法律经济学交叉研究开始蓬勃地开展起来。1937年科斯《企业的性质》一文发表，给法学学者的研究带来了一股清新的风气。受科斯影响，美国第七巡回区上诉法院大法官伊思特布鲁克和芝加哥大学法学院费希尔教授率先对公司法和证券法展开较为全面而深入的经济分析。作为“科斯传统”的继受者，他们像科斯一样，以合同或契约为切入点，以交易成本的节约为主要思想线索，对公司合同、有限责任、投票权、信义原则、商业判断规则与股东派生诉讼、公司控制权交易、估价救济、公司合并与反接管条例、闭锁公司、内幕信息交易、强制性信息披露、最优损害赔偿等问题都作了新古典主义经济学的分析和契约化解释，试图发现公司法条文背后的效率含义。这一研究进路为一度彷徨且沉闷的公司法研究重新注入了生机与活力。

伊思特布鲁克和费希尔在著述中设问：什么是公司？公司法的性质究竟是什么？是强制性还是任意性的？还是二者兼而有之？为什么存在公司法？是公司参与方的合约创造了公司，还是公司法创造了公司？闭锁性公司和公众公司的公司法规则应否保持结构性一致？在雇员、高管、董事、债权人和股东等多元利益群体中，应当由谁拥有投票权？能否在章程中议定合约条款，进而排除公司法的适用？公司法条文是否可以由当事人自由地加以选择？对于这些问题，伊思特布鲁克和费希尔并没有拘泥于概念法学和规范分析的研究程式，而是以法与经济学的交叉理论视角去探究隐藏在公司法背后的经济逻辑。

这些研究进路与传统的规范分析迥然相异，为公司法学研究带来了一种“计算”的可能。以投票权这一基础性制度安排为例，我国早期的教义告诉我们，职工是企业的主人翁，现在仍未废止的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》第9条规定：“国家保障职工的主人翁地位”。然而，随着国有企业改制的深入开展，许多企业职工纷纷下岗，这对“职工是企业的主人翁”的法律规定带来了严峻的挑战。如果说这条法律规定是泛意识形态的法条，那么在法律的意义之上，企业的“主人翁”究竟应当是谁？换句话说，公司的投票权应当如何配置？

这一问题之所以至关重要，是因为投票权在公司治理中发挥着基础性作用，弥补着公司法规则之于具体公司治理的种种不足。在法律经济学的分析框架内，公司法是规范公司设立与运作的标准合同形式。立法者将公司设立及运作实践中遇到的问题及其解决途径，以法律的形式转化成公共产品，向公司参与者提供，便形成了公司法规则。这些规则能够

满足绝大多数公司参与方的需求,从而有效地降低了协商成本,使他们能够将谈判焦点集中于特定事项。但面对纷繁复杂的公司实践,规则本身的不周延使公司法规则难免挂一漏万,公司的特殊事项必须留待公司各参与方自行议定。

投票机制正发挥着此项功能。投票权意味着权利人有权对公司法未予明确规定的事项作出决议。在法律经济学的语境下,作为“一系列合约的连结”的公司,有着股东、经营管理人员、雇员、债权人、原材料供应商、客户等多个参与方,他们存在着明显的利益异质性。如果把公司的表决权配置给他们每个人,将存在极大的“集体行动成本”。该成本是指不同的决策主体在利益上存在异质性而产生的额外成本。举例而言,在一个八层楼高的大楼里,修理电梯的决定给住在一层的人们带来的益处,远不及给住在八层的人们带来的益处大。所以,因为楼层的不同,对于要不要多付加班工资以加快电梯维修进度,各方会持不同意见。这种不同的见解,常常拉长决策的过程,增加决策成本,甚至会使电梯的维持无法进行下去,最终降低了参与方的总体福利。这种对效率的损害,就表现为“集体行动的成本”。

在这些多元利益群体中,将投票权配置给股东的原因在于,股东是公司财产的剩余索取权人。在公司的诸多利益相关人中,债权人拥有固定的利息收入,经理及雇员已就薪酬计划与公司有过协商安排,无论他们如何努力以作出正确的投票,都无法获得超额的回报。因而这些对公司收入拥有固定索取权的人缺乏适当的投票激励。而对于股东而言,无论公司经营情况如何,都必须一体承受,他们永远站在最后一线与公司兴衰与共。作为剩余索取权人,股东拥有最适当的激励去作出理性的投票。在美国各州,关于股东投票的绝大多数基础性规则都保持着一致:所有的普通股都拥有表决权,所有的投票都拥有相同的权重;除股东外,其他公司参与方都没有表决权,除非合同中另有明确约定。

在实践中出现的另一问题是,如果股东不想行使投票权,能否将其出卖以获得利益?就纯粹的私权交易而言,股东投票权买卖似乎并无违法之处。有学者即认为,如果投资者不能或不愿行使他们的表决权,应当允许他们将其出卖。然而,在法律经济学的分析框架内,投票权与剩余索取权必须相配比,也就是说,如果每股所拥有的剩余索取权相同,则其所附着的投票权权重也应相同。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。这样,利益和风险机制的匮乏使得他们不可能作出最优的决策。或者更为糟糕的是,如果一方股东拥有相对于其持股比例而言过高的投票权,还会诱发损害其他股东利益的关联交易等道德风险。因而,买卖股东的投票权应为法所不许。

此种分析路径显然与传统的规范分析差异极大。在评价法律经济学对于公司法研究的贡献时,不妨借用弗里德曼的一句话:“从一个共同的目的出发,法律经济学提供了一种评价法律规则的确定的方法”(《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版,引言,第2页)。在商法特别是公司法领域,这个“共同的目的”就是公司参与方福利或效率的最大化,而这种确定的方法,就是计算各方的福利。

然而,以公司参与方福利或效率最大化为目标,却也会面临“计算”方面的难题。“活熊取胆”的福建归真堂药业股份有限公司(下称“归真堂”)谋求上市所面临的争议,淋漓尽致地体现了这一点。2012年2月,国内动物保护组织致信证监会反对“归真堂”上市,

迅速引发公众关注。美国《纽约时报》等西方媒体纷纷报道，指责“活熊取胆”行为，呼吁中国将其取缔。与此同时，国内媒体也纷纷报道此事，指责“归真堂”虐待动物，主张采用人工合成产品代替天然熊胆汁制品。

“归真堂”应否上市？有观点认为，单纯从上市资格角度看，只要公司的主营业绩不存在欺诈行为，历史业绩能够证明公司具有可持续经营能力，符合上市条件，就应允许其上市。在上市公司充分披露的前提下，投资者必须承担上市公司的经营风险。证监会对上市文件的审查并不涉及伦理层面。只要是合法存在的公司，都有可能获批上市。如果投资者厌恶“活熊取胆”的盈利模式，自然会拒绝购买该公司的股票，“归真堂”最终也将发行失败。

然而，历史多次证明，只要能够盈利，投资者从来不会因道德方面的可责难性而放弃对公司的投资，国外的烟草公司或军火公司屡受资金追捧即为适例。倚赖市场机制并不可靠。因而，法律经济学论者试图抛开市场机制，转而运用福利效用之“计算”来为证监会拒绝“归真堂”上市寻求正当性。该观点认为，熊胆制品虽具有清热解毒、平肝利胆等一定的医疗功能，却并不能治疗癌症等绝症，不具有药理上的不可替代性，而其保健功能亦非人类所不可或缺。相反，“活熊取胆”已经违背了大多数人的内心感受，伤害了人类对动物的基本情感，引发了国际舆论对于中国企业道德水平的质疑和担忧，影响了中国企业的国际形象，因而违背了我国公司法第5条关于公司“必须承担社会责任”的规定。鉴此，“活熊取胆”减损了社会总福利，应予禁止，该公司也不应上市。

然而，以上判断所面临的责难在于，任何公司行为甚至是任何交易行为，都不可避免地带有外部性。在计算这些行为的福利效应时，应当在多大程度、多大范围内考虑这些外部性，从而决定该行为是否具有正当性，颇难计量。如果处理不当，极易破坏交易的相对性，影响各方预期，最终伤害法律的安定性。也正因为如此，尽管公司法将“遵守商业道德”明确为公司义务，“公司缺德”现象仍层出不穷。对于公司的悖德行为，裁判者向来缺乏“以德入法”的意识和技术准备，而法律经济学方法对此提供的支持也嫌不足。

尽管法律经济学方法运用于公司法学研究仍然存在诸多缺陷，但正如波斯纳所言，至少“在一个目的共同的场合，将一个法律的问题转化为一个社会科学的问题，可以使法律问题变得确定起来，并因此可以推进有效的边沁式工程，即把法律建立在一种更为科学的基础上”（《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第485页），对于存在着简洁明快地解决纠纷需求的商事裁判领域而言，此点尤为重要。