

汤欣 著

公司治理 与资本市场法制

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

干法學文叢

汤欣著

公司治理与资本市场法制

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司治理与资本市场法制 / 汤欣著. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7387 - 3

I. ①公… II. ①汤… III. ①公司法—中国—文集②
资本市场—金融法—中国—文集 IV.

①D922. 291. 914 - 53②D922. 280. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 302447 号



公司治理与资本市场法制 汤欣 著

责任编辑 刘文科 李峰运

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 20.75 字数 325 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7387 - 3

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

汤 欣

法学博士，清华大学法学院教授、清华大学商法研究中心副主任、《清华法学》副主编，汤姆森路透集团“中国商法”丛书编辑咨询委员会成员，曾兼任中国证券监督管理委员会第一、二届并购重组审核委员会委员，现兼任上海证券交易所上市委员会委员，中国上市公司协会独立董事委员会首任主任。先后在中国人民大学法学院获得学士、硕士学位，1998年获民商法学博士学位。1998年至2000年在北京大学法学院从事博士后研究工作并担任教职，荣获北京大学法学院1999年度“十佳教师”称号。2000年以后在清华大学法学院任教，教授证券法、公司法、比较公司治理等课程，2004年度获“清华大学青年教师教学优秀奖”，2012年荣获“清华大学凯原奖教金”。曾在美国华盛顿州立大学(University of Washington)法学院访问研究，并应邀作为客座教授，分别在美国哥伦比亚大学(Columbia University)法学院和以色列赫兹利亚跨学科研究中心(Interdisciplinary Center Herzliya)法学院讲授“证券法”和“中国公司治理”课程。在学术期刊上发表论文数十万字，在财经报纸上发表多篇文章，专著和论文数次获奖。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 重建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这 20 年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育 20 年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对 21 世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015 年 5 月 5 日

于清华园明理楼

前 言

这本文集汇集了笔者在十余年间发表的部分学术论文,论题主要集中于三个方面:公司法的基本性质与公司治理、证券市场违法行为及证券诉讼、公司并购的法律视角及周边制度。其间《公司法》、《证券法》已有若干次修改,但论文中使用的研究方法、得出的初步结论和政策建议仍然具有参考价值,故本次结集出版时基本维持了发表时的原样。

为便于阅读,把文集中收纳的篇目及其摘要胪列如下:

《论公司法的性格——强行法抑或任意法?》一文分析公司法的基本性格,探讨参与公司制度的各方当事人是否有选择法律规范的自由,论证有限责任公司法和股份有限公司法中强制性和授权性规范的相互关系。对于公司法的性格或性质问题,国外学界在1980年代后期进行了长时间的激烈论争。公司的合同论者认为公司是许多自愿缔结合约的当事人——股东、债权人、董事、经理、供应商、客户——之间的协议,而公司法从本质上看则是一套示范文本,由于公司规则的公共产品性质,它只能由国家(立法和司法机构)来提供,也适宜由此类机构来提供。既然公司是当事各方自愿缔结的合约结构,如果这种合约没有造成消极的外部成本,那么法律就应该对之采取尊重和宽容的态度,即公司法原则应当上是任意法。公司法的强行法论则认为经济学上的“合同”概念外延远较法学上强调法律认可的责任与义务的“合同”为广,经济学界和法学界在“隐含合同”概念上的差异更加明显,且公司结构和买卖结构毕竟大不相同,把分散的投资者和发行人之间的关系或者股东和公司管理层的关系称为“合同”殊为不当。本文主张,由于公司有纷繁复杂的形态,把公司法断言为纯然的强行法或任意法都难免有偏颇之处,应以发展和辩证的眼光来看待问题。公司法中的规则可分为普通规则与基本规则

两种,前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等具体制度的规则,后者指有关公司内部关系(主要包括管理层和公司股东、大股东和小股东之间的关系)等基本制度的规则。对有限公司而言,原则上普通规则可以是任意性的,而基本规则应当是强制性的,不得由当事人自由变更;股份有限公司管理层和股东的效用函数存在更为明显的差异,由于股东在意志上的瑕疵,他们没有能力与管理层协商出真正有约束力的协议,市场和其他激励机制虽能在一定程度上整合两者之间的利益差距,但却不能从根本上解决代理问题,因此强行法有存在和完善的必要。简言之,股份公司法中的基本规则和有关权力分配的普通规则适用于管理层与股东之间利益冲突最激烈的领域,原则上它们应该是强制性的,有关利润分配的普通规则则允许有一定的灵活性。在此基础上,文章对完善我国的公司法体系和结构提出了若干建议。

《控股股东的受信义务:法律移植的视角》。中国大陆上市公司的股权结构体现出集中持股的鲜明特征,尽管经济学界对此种结构在治理和效率方面的经验研究结论尚有争论,广泛存在大股东侵害中小股东利益的情形确是不争的事实,为此,众多法学界的研究以及立法的修改草案均建议在公司法中引入对大股东“诚信义务”或者“受信义务”的规定。鉴于公司股东的受信义务概念源于美国判例法,能否借鉴需要对其本国法制及我国现实情况进行了解。论文分析了美国有关闭锁公司股东受信义务的判例法,介绍了有关受信义务移植的文献,在此基础上研讨受信义务理论是否可能在我国扩张适用于股份有限公司乃至上市公司。文章认为,我国上市公司少数股东明显缺乏保护途径,在上市公司法中引入上述义务具有合理性。但相比控股股东公然占用资金等掏空上市公司的案例,受信义务更适宜运用在一些“边际”情形中,为少数股东免遭大股东的歧视性待遇发挥作用。

《法定代表人的无权代表行为与董事的自我交易》。有关公司董事长超越代表权限,以公司名义分别与本公司董事及公司外第三人签订协议,是否对公司发生法律效力事宜,比较两岸公司法的相关规定,在立法论方面,台湾地区“公司法”对于董事的自我交易方面的规定,尚有完善的必要。大陆方面相关的现有裁判规则不够清晰,且公司法上仍欠缺若干重要的规定,具体而言:(1)尚无对于董事长或法定代表人权限的限制,加上《合同法》第50条

大包大揽的规定,在保护第三人权益方面过于慷慨,而在公司治理薄弱、内部控制不足,董事义务和责任的厘定不够清晰、对董事的诉讼渠道不畅的情况下,容易滋生道德风险。(2)有关关联交易的规定极为粗略,“回避”与“披露”的要求仅限于上市公司的特殊规定。公司法对普通公司中如自我交易等管理层与股东之间利益冲突激烈的领域,急需给出强制性的规定,包括信息披露的要求、由公司监事或独立董事代表公司并规定其勤勉尽责义务、法院的实质性审查等机制。

《私人诉讼与公司治理》。为打击证券市场上大量滋生的违法行为、提升上市公司的治理水平,在强化行政执法和刑事责任机制之外,还应当鼓励(而不是限制)民事诉讼机制,要求法院积极介入有关的诉讼纠纷。规划未来的公司、证券民事诉讼机制时,关键在于设计适宜的激励机制,以克服可能出现的原告动力不足的问题。此种激励最好以市场化的方式给出,即给原告律师创造适当的动力,并最终引入证券市场上专门的集团诉讼制度。集团诉讼机制经过制度设计,完全可以避免滥诉风险,真正需要注意的是避免限制过严。在目前证券集团诉讼制度尚未建立,诉讼和执法供给不足的情况下,可以试探通过非盈利组织起诉的方式,来达到鼓励民事诉讼的目的。非盈利组织需要跟行政力量相互合作,而不是完全独立于监管机关。在此方面,我国台湾地区的“证券投资人及期货交易人保护中心”团体诉讼模式可供参考。

《证券集团诉讼的替代性机制》。面临着迫切的投资者保护和救济问题,我国证券市场急需发展群体性纠纷的多元化处理机制。本文从比较法角度考察美国之外各市场针对公司欺诈行为的民事诉讼和争议仲裁模式,发现德国的证券投资者示范诉讼和我国台湾地区以非营利组织主导的证券团体诉讼较为可取,英国、加拿大及韩国所采取的集体诉讼机制,虽然解决了美国式制度中的滥诉风险,却同时使得投资者诉讼在现实中活力不足,其经验教训值得关注。比较而言,合并仲裁和集团仲裁面临理论和实践方面的现实困难,不易发展成为解决大规模证券群体争议的重要模式。

《法律移植视角下的短线交易归入权制度》。我国现行《证券法》上有关短线交易归入权的制度系移植美国相关规定而来,但法律移植的动机向来不甚清晰,立法者对该种制度也似乎从未加以重视。因为短线交易与内幕交易

两种制度从立法哲学到规范方法上均判然有别,试图以前一制度来强化后一制度可能出现宏观适应方面的问题,而中国证券监督管理委员会和证券交易所现行规范性文件在法源上的疑问,也可能给短线交易制度带来微观适应方面的困惑。鉴于采行事前申报和公告制度可望以相对较小的成本实现短线交易机制的功用,对现有的短线交易制度加以全面改革即值得在未来法律修订时详加考虑。

《〈证券法〉第69条研究》。2005年《证券法》第69条是与虚假陈述民事责任相关的关键性条款,该项条文在立法修改之后虽有进步,但在责任性质、不实陈述民事诉讼的当事人、虚假陈述的主观过错要件、违法行为范围等方面的体系结构和具体规定仍然存在显著欠缺,凸显出立法作出进一步修改或至少由最高人民法院及时制订司法解释进行修补的必要。

《美国证券法上针对虚假陈述的民事赔偿机制》。理论上证券民事责任制度是补充行政执法和自律性处分措施的机制,但在美国证券市场的实践中,民事赔偿事实上在证券执法中占据了最为重要的地位。文章介绍了美国证券法上主要的明示和默示民事责任条款,对比作为一般性反欺诈条款的1934年证券交易法项下10b-5规则,分析其各自的责任要件和局限性。研究表明,正是明示责任条款在适用方面的局限和不便,才使得充满弹性的10b-5规则在美国证券市场的发展史上倍受法院的青睐,终于发展成为“繁茂的判例法大树”,其成长历程绝非偶然。

《美国证券执法中的公平基金:问题与出路》。公平基金(Fair Fund)制度源于美国证券法,是在证券市场民事赔偿的司法程序之外,由证券监管机构对于证券违法行为人判罚的民事罚款分配给受害投资者的特殊救济制度。现有中文文献多限于介绍该种制度的理论优势和借鉴价值,对其具体运作及学术批评则较少涉及,本文除论述该制度的立法依据和发展脉络外,分析了其实践中的实施情况以及基金的管理和分配规则,并就该制度的现存问题及未来的改良方向做了初步分析。

《我国并购法规中的基础性规定及其检讨》。国内《公司法》、《证券法》等立法上适用于并购的基础性规定相当欠缺,现行规范中的具体条文多见值得检讨之处,而上市公司实践中则缺少一些国外发达市场上常见的并购途径,如简易合并、非对称性合并、三角合并、股份交换及股份移转等,由此需要

进行法规的修改和补充。考虑到并购法制涉及方方面面的法律调整,同时还关系到反垄断、税收、会计、产业政策、经济安全审查等其他部门法的立法协调,大陆也可以考虑借鉴我国台湾地区的现有经验,先以作为特别法的“企业并购法”来整合法律的修改与移植,而后逐步使特别法的规定回归基本法。

《中国大陆上市公司管理层收购:发展与变迁》。中国大陆上市公司的管理层收购(MBO)自2001年开始出现,2002年出现流行趋势,2003年转由间接方式操作,而在2005年以后终于归于沉寂,其中的原因有政府政策导向的变化、法律对于融资渠道的严格管制、社会舆论对“国有资产流失”的严重关切、对管理层提供补偿的替代性制度的出现等。为满足上市公司管理层对薪酬和持股的要求,2006年以后推广的股权激励(包含管理层股票期权、限制性股票等选择)起到了部分的替代作用,目前大陆的相关制度也能提供相对透明的程序和比较合理的监督。但管理层股权激励计划同样涉及利益冲突,如何在成功激发管理层积极性的同时避免损害公司和股东利益,仍是立法改善、司法审判乃至市场建设过程中的重要课题。

《经济安全与外资并购审查》。商务部在2006年8月的并购规定中引入了类似美国“艾克森—弗洛瑞奥法”(Exon-Florio statute)的条文,对外资并购进行基于“经济安全”的准入审查,但现有规定过于简单而缺乏约束,未能就外资并购审查的标准、期限和程序等重要的要素进行规范。鉴于我国对于外资并购采取普遍性的审查措施,现有指导外商投资方向的相关规定和目录已包含了维护国家安全、社会公共利益、保证国防需要、保护环境等方面的政策考量,并且由于多种原因,外资对国内上市公司的收购尚不具备大规模展开的条件,本文建议对经济安全审查相关规定进行必要的补充和限制,为外资参与关系国家安全和国计民生的战略行业、重点企业提供具体的指引,避免因行政裁量权的不当行使而对外资开放政策形成冲击。

《反收购措施的合法性检验》。本文建议对于目前国内上市公司对敌意收购采取的多种事前防御措施,应当分门别类,给予不同的法律评价。我国立法还可以借鉴2004年欧盟通过的“收购指令”中的相关条款,规定“股东大会的事后审查”和“反收购措施的冻结和失效”机制。《上市公司监督管理条例》(草案)试图从国务院条例的立法高度,要求收购人具有相应的经济实力和良好的诚信记录,赋予中国证监会根据审慎监管原则认定恶意收购的广

泛权利,对可能的恶意收购规定主管机关的强行检查权和严厉的执法措施,加上《证券法》及相关规章已有的信息披露、部分强制要约和财务顾问制度,确能为防范恶意收购行为提供有效的屏障,在此背景之下,主管机关和法院即宜对上市公司采取的反收购措施秉持谨慎限制的立场,方能在收购行为的当事各方之间维系精巧的利益平衡。

成书之际,感谢父母的养育之恩、家人的鼎力支持,使我有机会品味与享受学术人生;感谢恩师赵中孚教授和魏振瀛教授,将我引入学术的殿堂;感谢清华大学法学院提供了宽松的研究环境;也感谢多年来各位老师、前辈和先进的提携和帮助。同时感谢我在文集中两篇文章的合作者徐志展和谢日曦,感谢文集责编刘文科博士,也感谢清华大学法学院研究生王婧和王亚茜帮我整理格式、校对全文。

汤 欣

2015年3月4日晚

于清华大学明理楼

目 录

论公司法的性格

——强行法抑或任意法?	001
控股股东的受信义务:法律移植的视角	027
法定代表人的无权代表行为与董事的自我交易	051
私人诉讼与公司治理	070
证券集团诉讼的替代性机制	
——比较法角度的初步考察	110
法律移植视角下的短线交易归入权制度	136
《证券法》第 69 条研究	153
美国证券法上针对虚假陈述的民事赔偿机制	
——兼论一般性反欺诈条款制度的建立	193
美国证券执法中的公平基金:问题与出路	214
我国并购法规中的基础性规定及其检讨	
——公司法和证券法上的视角	227
中国大陆上市公司管理层收购:发展与变迁	247
“经济安全”与外资并购审查	276
反收购措施的合法性检验	295

论公司法的性格

——强行法抑或任意法？

目 次

一、有限责任公司法

二、股份有限公司法——对上市公司而言

三、股份公司法——对即将发行上市的公司而言

四、结论——兼论我国公司法的体系

什么是公司法的性格？公司法规范可以由公司以章程的形式加以修改吗？公司法规范是强制性的吗，进而言之，哪些规范应该是强制性的，或者公司章程在何种程度上可以奉行私法自治的原则？这些公司法上的基础理论问题常常被人们忽视，1980年代后期却在外国学界引起了激烈的论争。回顾这些争议，并得出中肯的结论，在我国现实条件下，对于公司及证券立法、执法和司法都具有启示性意义。^①

就以上问题，公司法合同理论的支持者和反对者的观点往往是截然对立的，前者认为公司法原则上应该是授权性的，各方当事人可以自由选择适用

^① 一般认为，证券法是公司法（尤其是股份公司法）的特别法，证券法未规定的事项，可以（才能）适用公司法，参见赖源河：《证券管理法规》，台湾1996年版，第10页；陈春山：《证券交易法论》，五南图书出版股份有限公司2007年版，第3页。准此而言，公司法的性格当然影响到证券法的立法取向和司法的价值判断。

或退出(opt out)公司法的某项规定;^②后者则列举合同和市场的种种弊端,主张把公司视为合同无法导出对公司各方当事人公平、对社会有益的结果,因此公司法原则上应当是强制性的。^③ 客观而论,两种理论都有可取之处,^④问题是正如公司要面对变化万千的市场,公司法也要面对形态各异的公司,显而易见把公司法断言为纯然的强行法或任意法都难免有偏颇之处。实际上,公司种类纷繁复杂,^⑤一个公司从成立、发展到死亡的各个时期其情势也大不相同,因此,笔者主张以辩证的和发展的眼光来看待问题,即在判断“公司法是模范合同文本”这一命题的真伪时,应区分有限责任公司与股份有限公司,对于股份有限公司,还要区分其(1)初次公开发行前和(2)上市后的存续期间两个不同时期。

一、有限责任公司法

公司法中的规则可分为普通规则与基本规则两种,前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等普通制度的规则,后者指有关公司内部关系(主要包括管理层和公司股东、大股东和小股东之间的关系)

② 具体而言,持该论的学者指出:公司是许多自愿缔结合约的当事人——股东、债权人、董事、经理、供应商、客户——之间的协议,而公司法从本质上看则是一套示范文本,由于公司规则的公共产品性质,它只能由国家(立法和司法机构)来提供,也适宜由此类机构来提供。既然公司是当事各方自愿缔结的合约结构,如果这种合约没有造成消极的外部成本,那么法律就应该对之采取尊重和宽容的态度,即公司法原则上应当是任意法。参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律的经济分析》(下册),蒋兆康译,林毅夫校,中国大百科全书出版社1997年版,第519页;Easterbrook & Fischel, *The Proper Role of a Target's Management in Responding to a Tender Offer*, *Harv. L. Rev.* 1161, 1182 (1981); McChesney, *Economics, Law, And Science in the Corporate Field: A Critique of Eisenberg*, 89 *Colum. L. Rev.* 1535 - 1536 (1989); Easterbrook & Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 35, Harvard University Press (1991).

③ 该论的支持者则认为:经济学上的“合同”概念外延远较法学上强调法律认可的责任与义务的“合同”为广,经济学界和法学界在“隐含合同”概念上的差异更加明显,且公司结构和买卖结构毕竟大不相同,把分散的投资者和发行人之间的关系或者股东和公司管理层的关系称为“合同”殊为不当。Brudney, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 *Colum. L. Rev.*, 1404 - 1406, 1409 - 1411, 1416 - 1419 (1985); Benston, *The Self - Serving Management Hypothesis: Some Evidence*, *J. Acct. & Econ.* 67 (1985); Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, 89 *Colum. L. Rev.* 1556, 1567, 1571 - 1573 (1989).

④ 拙文:“公司法与合同自由”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第16卷),法律出版社2000年版。

⑤ 法国法把公司分为合股公司、简单两合公司、有限公司和股份公司,日本法分为无限公司、两合公司、有限责任公司与股份有限公司,德国法分为有限公司、股份公司和股份两合公司,我国法分为有限公司与股份公司。在英美法上,公司一般分为闭锁公司(closed company)与公开公司(public company)。