

经贸法律文库

公司法的边界

徐摇菁摇著

对外经济贸易大学出版社

摇(京)新登字 182 号

摇图书在版编目(CIP)数据

摇公司法的边界/徐菁著. —北京:对外经济贸易大学出版社,
2006

摇ISBN 7-81078-647-4

摇 I. 公... 摇 II. 徐... 摇 III. 公司法 - 研究 - 中国
IV. D922.291.914

摇中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 017392 号

©摇2006 年摇对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有摇翻印必究

公司法的边界

徐菁著

责任编辑:王晶

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号摇摇邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338摇摇发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com>摇摇E-mail: uibep@126.com

北京市山华苑印刷有限责任公司印装摇摇新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm × 232mm摇19.375 印张摇252 千字

2006 年 4 月北京第 1 版摇摇2006 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-647-4

印数: 0 001 - 3 000 册摇摇定价: 33.00 元

序

记得三年前，当作者拿着这个题目来征求我意见，问我是否适合作为博士论文选题时，他还有一些犹豫。因为这是一个理论性颇强的选题，而公司法研究的聚光灯总是照射在一些细节问题上，更何况“公司法的边界”这样一个题目听起来似乎也过于“新颖”了，以至于这样的提法在国内法学研究中并不多见。但我还是鼓励他勇敢地选择这个题目。因为，多年来我总感到，如果就一些基础的理论问题，能有基本的共识，哪怕只要多作一些深入的分析，许多目前争论不休的问题就不再成为问题，一些所谓的细节问题就会迎刃而解。我也并不认同这是一个新的选题，因为正如作者研究后所作的结论——“回顾公司法的历史，可以说就是不断厘定公司法边界的历史”。

虽然各国公司法演进轨迹会有所差异，公司法改革的努力也会有所不同，但人们在某一特定时间断面上追求的目标都是相同的，就是寻求一部适合于当时当地的“松紧适度”的公司法，既能有效规范公司组织运行与相关的各类行为，也不过度地限制公司的自治，最好还能鼓励公司的创新。这就给我们一个启迪：寻求一部“适度”公司法的关键，不是在各个具体问题上作出似乎能够“放之四海而皆准、跨越时代而永适”的恰当判断，而是需要使用好一个能自动寻求法律平衡点的制度天平。

从历史经验与国内外实践看，使用好这样的制度天平并没有有些人想象的那么困难。其实只要注意以下一些基本规则，平衡点还是容易实现的。

第一，要有一种符合逻辑的使用方法。即应以砝码来确定称量对象的重量，而不是用称量对象来确定砝码的标准。这就要求我们在确立我国公司法律规范时，首先应该遵守公司法的一般原则。在此前提下，再针对现实问题作出相应的调整。我国的公司法律规范大多是从具有不同经济、社会制度、法律传统、文化背景的经济体中移植过来的，只有在与我国自身的经济、法律、文化环境充分融合，即实现真正的本土化后，一些规范机制才能有效地运转。但在制度移植过程中，不应该以“国情”、“特色”为借口，否定制度赖以发挥作用的基本机制。

第二，寻求制度平衡的核心是保持权利与责任的对等。实际上，这是一个最浅显的道理，不仅对公司这个商事组织如此，对公司各个利益相关人如此，对制定公司法律规范的政府来说，也是如此。公众公司在

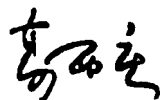
享受便利募集资金、有效定价的同时，必须承担真实、准确、完整、及时披露信息的义务；公司中的控股股东在享受控制权的同时，必须承担不侵害中小股东利益的义务；同样的，政府在制定公司法律规范与具体执法时，也应该受到一整套公共治理制度的约束。

第三，由于公司法所处的外部经济与社会环境变化频繁，公司的运营对外部环境的变化十分敏感，公司法律规范使用的频率也很高，因此需要经常调节制度天平，以便时时维持制度天平的精确性。重要的是平常就应该不断对法律规范作出微调。多数国家公司法修改都甚为频繁。从我们国家的经验看，每隔较长一段时间，才对制度作一次系统梳理，这当然是必须的。在这种梳理过程中所作出的一些强制性的公司法律规范，确实能在短期内收到比较理想的效果。然而，如果不根据情况的改变及时作出相应的调整，却可能使原来很好的规范不再适应新的环境，甚至造成坏人进一步铤而走险，好人更加谨小慎微这一事与愿违的后果。化单一的禁止为合理的疏导应是更为可取的做法。

第四，制度天平的调节、称重等一系列行为必须置于一个开放、透明的过程中，而不是一个封闭的暗箱里。这样一种机制，不仅有利于各利益相关人都能有公平参与的机会，而且这样讨论出的结果也更容易为各方接受，合规成本即会因此而大大降低。

总之，我认为公司法边界的研究是很重要且非常有意义的。当然，选择这样一个基础性的理论问题来研究，是需要付出很多努力的。其中有许多问题，并不是仅仅从公司法角度就能阐述清楚的，还要从其他法律问题的研究中，从其他学科对相关问题的分析中寻找答案。好在作者有扎实的经济学与法学教育背景，而且有探究问题的浓厚兴趣，勤学好问、锲而不舍的钻研精神。从结果看，我认为这是一部不错的著作，特别在文献整理与分析方面，有一些多角度的比较分析，相信能给读者带来某些启迪。当然，文章也有一些不足之处。作者对文章结构的把握有待提高，文中的一些观点还需要作更深一步的思考。

最后，我对本书的出版表示祝贺。我也希望有更多的人能关注、探讨公司法律规范问题。相信，只要在一个开放、严谨、务实、理性的氛围中讨论，真理应该是越辩越明的。不仅公司法律问题如此，其他问题也会如此。



2006年3月19日

前 言	(1)
第一章 引 言	(1)
第一节 结 构	(1)
第二节 概 念	(17)
第二章 公司法边界理论回顾	(24)
第一节 公司的本质	(24)
第二节 作为组织的公司	(44)
第三节 追求效率的公司	(58)
第四节 公司的外部市场效率	(69)
第五节 公司的社会责任	(77)
第六节 法律的目标	(91)
第七节 公司法边界理论比较分析小结	(100)
第三章 公司法的应然边界	(110)
第一节 从封闭到开放：公司法的应然边界结构	(112)
第二节 从实体到程序：应然边界下公司法的内容 转换	(134)
第三节 从公司治理到公共治理：决定公司法应然 边界的外部机制	(143)

摇 公司法的边界

第四章摇公司法现实边界的决定机制	(150)
第一节摇理论演进与公司法现实边界演进	(152)
第二节摇替代机制与公司法律规范之间的现实选择	(161)
第三节摇立法、司法、行政视野下的公司法边界	(181)
第四节摇公司法竞争与公司法边界	(210)
第五章摇我国公司法边界的确定	(224)
第一节摇改革开放后我国公司法律规范的历史演进	(225)
第二节摇我国公司法边界：一般性的回答	(234)
第三节摇特异性问题之一：公司法改革与整体改革	(257)
第四节摇特异性问题之二：公司法移植问题研究	(267)
参考文献	(284)

“经贸法律文库”由对外经济贸易大学法学院主办，从2006年开始陆续出版，是我院“211项目”重点学科建设的又一阶段性成果。

“经贸法律文库”推出学术专著系列，从我院中青年教师、博士生、博士后流动站研究人员创作的优秀专题研究成果中遴选精品，成熟一本，推出一本，是年轻学者展示自身专业才华的舞台。全部论著的研究课题根据国际经贸法律和我国涉外经贸法律发展的趋势斟酌选定，力求推出能够反映在上述领域具有创新性和前瞻性的、符合学术规范的研究成果。当然，我也衷心希望，“经贸法律文库”能够和我院前期主办的《国际商法论丛》、《公司法与证券法论丛》以及其他系列教材一样，体现我院一直坚持的研究为教学服务，为社会需求服务，为国家的法制建设服务的理念。“经贸法律文库”也是我院一直探索多样化、高效率的科研模式的又一次尝试，意在激励中青年教师和博士生的学术热情，培养学术骨干和带头人，不断带动、提升整体的科研创新能力，夯实科研基础，锻炼和壮大科研团队。

为实现学科发展和人才强校的战略目标，我院注重从不同的法学兄弟院校中吸收优秀的、有志于教学与科研工作的年轻人充实我们的队伍，教师规模迅速扩大，中青年教师成为教学和科研的生力军；同时，来自全国各地的青年学子经过激烈的竞争，到我院完成法学博士的学习，希望有朝一日成为具备优秀专业能力

的高级研究人才和决策人才。从事学术研究工作需要热衷于潜心研究的兴趣、严谨的学风、孜孜以求的钻研精神、扎实的研究功底和自得其乐的心态，当然，敏锐的观察和领悟力、科学的研究方法也是必不可少的要素。选入“经贸法律文库”的每一部著作都是作者的呕心之作，希望读者和我们编者一样仔细阅读文库中的每一部作品，体会作者多年磨砺的研究心得。我也和每一位作者一样真诚地期待来自学界同行的真知灼见。这会帮助作者们拓展视野，激励他们继续冲击新的科研高峰，也有助于我们的“经贸法律文库”越办越好。

“经贸法律文库”能够最终启动，也得益于我校出版社的积极合作和大力支持，在此表示诚挚谢意！



2006年3月4日

2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议修订通过了新的《公司法》，这是12年后对《公司法》的一次系统性修改，也算是对诸多公司法律规范争论的一次整体性回应。虽然修法的大幕已经徐徐落下，但帷幕背后仍然包含着许多矛盾，例如股东法律救济、监事会与独立董事之间的监督协调、职工权益保护等等。要解决这些矛盾，就需要人们回答两个更为根本的问题：公司法律应该规范什么？应如何来规范？这实质上都属于公司法边界研究的范畴，即公司法律规范的边界何在？是怎样的边界？

回顾公司法的历史，可以说就是不断厘定公司法边界的历史。总体来看，随着公司和公司法的发展，界定公司法边界正变得越来越困难，公司法边界也变得更为模糊。产生这种趋势的原因是多方面的。

首先，法律与经济理论的发展丰富，使得对公司法边界的认识不断朝纵深发展。随着人们从各个不同的角度审视公司和公司法，随着人们对公司分析由公司外部行为进一步深入到公司内部组织结构，公司法律理论及其背后构成支撑的经济学、社会学、政治学理论都在过去的一个多世纪中得到了空前的发展。正因为人们观察公司法边界的工具由以往的“一般透镜”升级为“电子显微镜”，所以促使人们对公司和公司法的了解比过去任何一个时期都更为细致与深入，但与此同时，人们对公司和公司法认识

所存在的分歧也比过去任何一个时期更为显著。由此，在理论研究层面导致了公司法边界模糊度的提升。

其次，公司法律规范仅仅是调整公司众多规范中的一类规范。除了公司法律规范之外，市场机制、自律组织、诚信机制等市场规范与社会规范对公司及其相关方都实实在在地发挥着影响。公司法主要是“规范公司的组织和行为”〔1〕的。从公司法的历史看，公司法对公司组织和行为的规范呈现出一定程度的不平衡：对公司行为的规范越来越清晰，但对公司内部组织的规范却越来越模糊。事实上，当对公司某类行为形成较为清晰统一的法律规范意见时，往往对该类公司行为单独立法，加以规范调整。从最初涉及公司间竞争行为的反垄断法到涉及公司产品安全的产品安全法，从关乎公司雇佣行为的劳动法到涉及公司生产经营行为对外部环境产生影响的环境保护法，都体现出公司行为法律规范逐渐清晰的趋势。与此形成鲜明对照的是，虽然多数学者都认为公司法首先应是组织法〔2〕，但实际上，对公司内部组织的法律规范却变得越来越模糊。如果说早前公司法的模糊性还集中体现在究竟采用哪种法律规范措施能更有效确保股东利益这一核心问题上举棋不定，那么现在公司法则退回到更为根本问题的讨论：公司应为谁的利益服务？除了股东，是否还应该为其他的利益相关者服务？如果答案是肯定的，那么公司法又需要通过哪些具体的规范来保护哪些利益相关者的利益？

再次，如果从公司法理论复归公司法立法和司法实践，无论是对各国公司法的国别比较研究，还是对一国公司法的历史比较分析，不仅体现出公司法边界的模糊性，还体现出公司法边界的

〔1〕 参见《中华人民共和国公司法》第1条。

〔2〕 江平：“公司法是有关市场经济主体的法，所以它首先是一种组织法”，“公司法不仅是组织法，而且也是一种行为法，虽然公司法规范中组织法是第一位的，行为法是第二位的”。参见江平、方流芳主编：《新编公司法教程》，法律出版社，2003年1月第2版，第1~2页。

摇摆性。管制时期的公司法边界无疑是倾向强化国家干预一边的，虽然管制在一定程度上能防止公司失范行为的发生，但管制行为本身也可能会带来更多的问题。从公司角度看，管制不仅会扼杀公司的创新能力，还会提高公司因遵循法律规范而产生的守法成本，从而损害了公司各方的利益。管制行为也可能为自身套上各种枷锁，如难以避免的过度管制必将导致管制体系的复杂化。这不仅要求管制主体为管制行为的实施支出更高的成本〔1〕，也增大了管制体系内部冲突的几率，影响管制效率的发挥〔2〕，从而由管制前“‘没有法律的秩序’（order without law）变成管制后‘没有秩序的法律’（law without order）”〔3〕。而另一方面，全面严格的管制并不意味着法律的空隙减少了，而仅仅是意味着大片的法律空白被种种管制分割成相对细小的缝隙。因此这种内部相互冲突却又布满缝隙的管制非常容易被既得利益集团所俘获，削弱管制存在的合理性。在外部条件成熟时，管制潜含的各种负面影响会形成强大的合力，冲破管制设立的藩篱，此时便导致了既有管制的放松，公司法边界的天平又开始倾向公司自治一边。

〔1〕 柴芬斯：“获取和遵从法律建议并严格地执行协议的所有条款会是既费钱又费时的事”，参见〔加〕布莱恩·R·柴芬斯：《公司法：理论、结构和运作》，法律出版社，2001年4月第1版，第26页。

〔2〕 如有学者认为“政府对企业经营的干预政策数量是如此之多，以至于没有任何一个企业可以忠实地服从所有相关的法律和规则”。参见〔美〕乔治·斯蒂纳、约翰·斯蒂纳著，张志强、王春香译：《企业、政府与社会》，华夏出版社，2002年1月第1版，第317页。

〔3〕 张维迎：“必须界定法律的管辖范围，法律管辖的范围不能过宽。法律不应向社会规范抢夺地盘，不要把‘没有法律的秩序’（order without law）变成‘没有秩序的法律’（law without order）”。参见张维迎：“所有制、治理结构及委托—代理关系——兼评崔之元和周其仁的一些观点”，《经济研究》，1996年第9期。

然而现实中的公司以及相关利益各方都是以营利为目的的〔1〕，加之自律机制并不总能发挥理想的作用，所以过度尊崇自治的结果往往导致公司、乃至市场风险的积聚爆发。尽管一种类型的公司自治失败并不意味着其他类型的公司自治机制都毫无用处，即便是所有的公司自治机制都失灵了，也并不意味着再度管制必然会走向成功，但公司自治的失败确实确实为管制的再度兴起提供了最好的借口。安然、世通财务丑闻爆发之后，美国国会通过了一系列公司改革法案。〔2〕新法案不仅强化了对违规人员的处罚，还把公司法的触角进一步深入到许多传统的公司自治领域，例如公司改革法案允许美国证监会（SEC）在其认为公众公司董事和其他管理者存在欺诈行为或者“不称职”的情况发生时，可以有条件或者无条件、暂时或者永久地禁止此人在公众公司担任董事和其他管理职务。而此前 SEC 必须先向法院申请解职令，申请亦

〔1〕 现有公司法理论从普遍性角度大多认为“公司是以营利为目的的”。参见谢怀斌：《外国民商法精要》，法律出版社，2002年11月版，第253、256、260页；*Revised Modern Business Corporate Act* § 1.40（4）；司法领域多数判例也基本遵循 *Dodge v. Ford Motor Co.* 所确立的原则（*Dodge v. Ford Motor Co.*（1919）204Mich. 495，170 N.W. 668，3 A.L.R. 413）。但公司社会责任说和利益相关者理论则从立法角度提出了不同的观点。《纽约商业公司法》允许公司以“任何合法的商业目的”组建。参见 N.Y. Bus. Corp. Law § 201（a），转引自 William L. Cary and Melvin Aron Eisenberg, *Cases and Materials on Corporations*, The Foundation Press, Inc.（1988），p.103。不管公司法理论、立法或司法原则是主张公司“应该”、“可以”还是“不应单单”以营利为目的，现实的公司和公司各利益相关者都是谋求利益最大化的。

〔2〕 主要包括由参议员 Patrick Leahy 提出的 *Corporate and Criminal Fraud Accountability Act* 和由参议院银行委员会主席 Paul S. Sarbanes 及众议院金融服务委员会主席 Michael G. Oxley 提出的《会计改革法案》（*Sarbanes-Oxley Act of 2002*）。公司改革法案包括要求 CEO 或 CFO 以个人书面保证的形式保证公司定期报告的准确性；防止公司高层管理人员与公司间的利益冲突，如禁止公司向公司高管提供贷款；设立公司审计委员会，强化外部审计的行业监管等等。具体参见 <http://leahy.senate.gov/press/>；<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>。

有前提，SEC 必须证明相关人士存在“实质性不称职”的情况。类似对传统公司自治领域的国家干预，目前在各国公司法中都有相当普遍地体现，而且还有不断蔓延的趋势，即便在具有悠久自治传统的美国亦是如此。故而，有学者指出：“实际上企业和整个经济活动，没有一个方面是对政府行为封闭的。尽管经济相对来说是开放的，但关于美国经济的突出事实已经不是政府控制了经济生活的多少方面，而是多少方面政府还没有控制。”〔1〕对管制、放松管制与再管制的循环〔2〕，有人曾形象地把其比喻成公司与政府的双人舞。“工商业与政府至少已经一起跳了两个世纪的双人舞，这是一场复杂的双人舞，它们的角色不时发生转换，不时看着对方的影响范围在扩大和缩小。”〔3〕面对复杂的双人舞，往复的管制循环，人们不禁要问：是否存在明晰的公司法边界？如果存在，明晰边界究竟在哪里？究竟如何体现？如果不存在，那么又是否存在确定公司法边界的明晰标准？甚或根本连确定公司法边界的标准都不存在。毫无疑问，这些都是制定或修改公司法不得不面对的重要问题，也是必须首先予以解决的问题。

当然，没有从根本问题上对公司法边界作深入的研究，并不意味着就不能根据当前公司法律规范所存在的问题直接提出修改建议。但这容易陷入“头痛医头，脚痛医脚”的模式，形成支离破碎式的法律修改，而且还容易被暂时现象所蒙蔽。因此要完善我国公司法，就不得不对公司法边界这一现实而迫切的基本理论问题，结合相关理论的最新发展与我国面临的现实问题作全面而深入的研究。

〔1〕 [美] 乔治·斯蒂纳、约翰·斯蒂纳著，张志强、王春香译：《企业、政府与社会》，华夏出版社，2002年1月第1版，第319页。

〔2〕 即便从公司法内容上，可以把管制、放松管制和再管制周而复始的循环看成是螺旋式上升，而不是简单的重复循环，在理念上仍然逃脱不了固有的模式，即在公司自治和国家干预之间根据具体情况做出综合平衡取舍。

〔3〕 [美] J. 布拉德福特·德龙：“政府与工商业的双人舞”，《比较》，第1期，第121页。

虽然修法的大幕已经落下，但我们都相信它还会再一次缓缓开启，甚至是在不远的将来，希望本文的研究能为公司法研究提供一些有益的资料。

本文是在我的博士论文基础上修改完成的。回忆过去四年的研学日子，心中充满了对老师、同学、家人、朋友的感激。感谢导师高西庆教授，四年来他对我学业给予了精心指导，特别是在学习方法与思考方法方面的培育教导，对我学习工作带来了莫大的帮助。感谢对外经济贸易大学法学院各位老师的指导，焦津洪教授自我入学以来，不仅给予我许多具体指导，还为我创造了一些研学的机会。与丁丁教授的讨论给予我许多启发。本研究作为对外经济贸易大学法学院 211 重点学科建设项目的成果之一，自始至终获得了法学院沈四宝院长、王军副院长、丁丁副院长的关心与支持，在此特表感谢。还要感谢肖梦老师与《比较》编辑室对本研究提供的帮助及同窗好友杜宏伟、胡华勇、丁文联、丁斌。最后感谢我的家人，这本书的出版也算作是对他们无私支持的一点绵薄回报。

著摇者
2006 年 3 月

第一章 引言

第一节 绪论

—

面对是不是需要公司法律规范,需要怎样的公司法律规范? 众多法学理论及其相关的经济学理论、社会学理论、政治学理论都从各自角度提出了不同的主张。有一些理论,如合同理论^[1]、代理理论^[2]、交易成本理论^[3]、利益相关者理论^[4]、社会责任理论^[5]都早

-
- [1] Michael C. Jensen & William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 *Journal of Financial Economics*, pp. 305 - 60 (1976); Jeffrey N. Gordon, The Mandatory Structure of Corporate Law, 89 *Columbia Law Review*, pp. 1549 - 98 (Nov. 1989).
- [2] Holmstrom, Moral Hazard and Observability, 10 *Bell J. Econ.* 74 (1979); Shavell, Risk Sharing and Incentives in the Principal and Agent Relationship, 10 *Bell J. Econ.* p. 55 (1979); Klein, Crawford & Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, 21 *Journal of Law and Economics*. p. 297 (1978).
- [3] Ronald H. Coase, The Nature of the Firm, 4 *Economica*, pp. 368 - 405 (1937); Armen Alchian and Harold Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization", 62 *American Economic Review*, pp. 777 - 95 (1972). Oliver E. Williamson, Transaction Cost Economics and Organization Theory, *Institutional and Corporate Change*, 2 (2): pp. 107 - 156 (1993).
- [4] Margaret Blair, Ownership and Control: *Rethinking Corporate Governance for the 21 century*, Washington: the Brookings Institution (1995).
- [5] Henry G. Manne, The Social Responsibility of Regulated Utilities, *Wisconsin Law Review* 4 (1972); Saleem Sheikh, *Corporate Social Responsibilities: Law and Practice*, Cavendish Publishing Limited (1996).

已为人们所熟知。不仅如此，其中相当一部分观点还被消化吸收，体现在现有公司法律规范中。但是，仍然有相当一部分学者并不满足于现有的理论研究^{〔1〕}，而从新的视角提出了自己的主张。面对立足于不同角度的各种理论，对公司法边界展开研究，首先必须对上述理论做一系统而全面的回顾与分析。

本文对公司法边界理论的比较研究，从分析公司法核心问题开始，然后由内向外层层展开。即首先比较分析公司本质理论，然后依次比较分析公司内部组织理论、公司运营效率理论、公司置身的外部市场效率理论、公司应承担的社会责任理论及法律目标理论等。

对于公司本质的认识，传统公司法提出了公司拟制论、公司否认论、公司实在论等诸多观点。^{〔2〕}而当代公司法较具影响力的学说为合同理论。各种理论争论的焦点在于公司是法律拟制的主体，还是一系列自治合同的集合。如果公司是法律拟制的主体，那么拟制公司的公司法首先必须是存在的，其次对公司事务还应具有广泛的强制约束力。如果公司是利益相关者通过合同自治达成的一系列合同的集合，那么就无须借助法律规范来解决问题。即便需要法律规范，也完全可以通过一般性的合同法来解决公司

〔1〕 例如 Hart 认为尽管经济学家对企业有更多的了解，但事实上企业理论与现实企业仍存在很大的差距……而致力于阐述真实企业的理论因为缺乏精确性，且不严格而不为理论主流所接受，参见 Oliver Hart, *An Economist's Perspective on the Theory of the Firm*, 89 *Columbia Law Review*, pp. 1757 - 74 (Nov. 1989), p. 1757, 又如 Gilson 认为现在对公司治理和经济效率之间联系的研究仍然是肤浅的，因为现在对公司治理的研究都是静态的。而目前关键的问题不是研究静态特点，而是由一种治理模式向另一种治理模式的动态过渡。参见 Ronald J. Gilson, *Corporate Governance and Economic Efficiency: When Do Institutions Matter?* 74 *Washington University Law Quarterly*, pp. 327 - 345 (Spring 1996)。威廉森也对现有理论提出了尖锐的批评，参见 [美] 奥利弗·E·威廉森：“法、经济和组织学解析”，《比较》，第 9 期。

〔2〕 参见王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》，中国政法大学出版社，1988 年 7 月第 1 版，第 215 ~ 226 页的相关评述。

面临的各种问题。当然，有鉴于订立合同所需的成本^[1]和合同必然的不完备性^[2]，公司法也可以以标准合同或缺省规则（default rules）的形式存在。^[3]但合同理论中的公司法，因为前提必须尊崇合同自治，所以必然要放弃强制性色彩，而成为一部任意性法律。

对于公司组织的认识，在传统公司法理论中，董事会作为股东的受托人，对股东负有信托义务，董事会以一定的标准选择和任命适合于公司的经理人员，并负责对公司经理人员的行为进行监督，以维护股东的利益。董事会与经理人员之间存在着一种委托代理关系。因此受托人责任^[4]（fiduciary duty）成为约束董事与经理人员的主要法律武器。但现实中受托人责任并不能发挥理想的作用，甚至成为了没有牙齿的法律^[5]（Law without bite）。代理理论则围绕着股东与董事和经理人员的关系，希望通过减少代理成本的法律制度设计实现股东利益的最大化。利益相关者理论则抨击了股东中心主义的公司法，提出确定公司法边界时应考虑公司职工、债权人、上下游厂商、公司所处社区等各类利益相关者的利益。但迄今为止，利益相关者理论并没有提出系统的、切

[1] Klein, Transaction Cost Determinants of “Unfair” Contractual Arrangements, 70 *American Economic Review Papers & Proc.*, p. 356 (1980).

[2] Sanford Grossman and Oliver Hart, “The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration”, 94 *Journal of Political Economy*, pp. 691 – 719 (1986); Oliver Hart and J. Moore, Property Rights and the Nature of the Firm, 98 *Journal of Political Economics*, pp. 1119 – 58 (1990).

[3] 在 Clark 眼中，合同理论的内容主要有三项，其中有一项就是认为公司法提供了一套起步或缺省规则（starting or “default” rules）。参见 Robert C. Clark, Contract, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law, *Columbia Law Review*, pp. 1703 – 47 (Nov. 1989), pp. 1705 – 1708.

[4] 该中文翻译参见薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社，2003年5月第1版，第550页。本文如无特别指明，翻译均参照《元照英美法词典》。

[5] Roberta Romano, Answering The Wrong Questions: The Tenuous Case for Mandatory Corporate Law, *Columbia Law Review*, pp. 1599 – 1617 (Nov. 1989), p. 1602.