



教育部人文社会科学重点研究基地重大项目成果丛书

Publication Series: MOE Supported Projects of Key Research Institutes of Humanities and Social Sciences in Universities

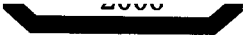
法学类 Law

公司自治论

蔡立东 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



公 司 自 治 论

蔡立东 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公司自治论/蔡立东著. —北京:北京大学出版社,2006.9

ISBN 7-301-10921-0

I.公… II.蔡… III.公司法-研究-中国 IV.D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第084836号

书 名:公司自治论

著作责任者:蔡立东 著

责任编辑:周 菲

标准书号:ISBN 7-301-10921-0/D·1535

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印刷者:三河市欣欣印刷有限公司

经 销 者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 17印张 288千字

2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷

定 价:23.50元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

公司法哲学理化的有益探索(代序)

最近二十年,国内外部门法哲学(或如西方学者所称的“应用法哲学”——“applied legal philosophy”)的研究和教学活动日渐活跃,成为法学知识生产和传播的一个亮点。部门法哲学对法学领域经典的、重大的、前沿的、疑难的问题的研究极大地推动了法学理论的创新和发展,有效促进了法学知识生产的增长。大约十年前,我在为美国哲学家、法学家迈克尔·D. 贝勒斯的部门法哲学专著《法律的原则——一个规范的分析》中文版出版而作的评介中指出:“在当代西方法学研究中,法哲学(法理学)研究逐步扩大和深入至具体法律领域,出现了一批从法哲学(法理学)的层面、用法哲学的方法探讨部门法中的一般原则和原理的论著。这些论著提供了对部门法的伦理基础、价值基础、社会基础及其发展规律的哲学反思,构成把法哲学与民法、刑法、宪法、程序法等部门法学连接起来的中间学科。”^①这本译著对我国学者开展部门法哲学研究产生了一定的推动作用。此后,我本人在吉林大学不间断地积极倡导、推动开展部门法哲学研究和教学活动。吉林大学理论法学研究中心成立后,在法学理论、法律经济学等学科点设置了部门法哲学研究方向,开设了针对研究生和高年级本科生的部门法哲学讲座课程(这门课程被学生们称为“高水平研究型课程”)。2004年,我们还与中国政法大学诉讼法研究中心共同策划,举办了“部门法学哲理化”学术研讨会。

为实质性地推动部门法哲学研究,2000年吉林大学理论法学研究中心学术委员会针对中国建立现代企业制度实践中出现的正式制度与商事生活实践样式严重背离这一前沿问题、热点问题,决定设置教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“现代企业制度的法理研究”,以期对中国建立现代企业制度遭遇的种种困惑和尴尬进行系统的理论反思,并提出相应的理论解决方案,推动法学的理论创新和发展。本书作为该项目的最终成果,是中心所倡导和推动的部门法哲学研究初见成效的标志之一。

在我看来,本书的突出特点首先在于它的研究视角。全书的理论追

^① [美]迈克尔·D. 贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,封底。

求在于建立一个反思和评判公司立法的理论立场和基本框架,破解中国建立现代企业制度实践中的根本矛盾和主要症结,并提出理论的解决方案,而不是设计或诠释具体的公司法律制度。作者聚焦于反思中国建立现代企业制度实践中出现的正式制度与商事生活实践样式严重背离这一问题,总结了公司制度生成的历史逻辑,得出了公司制度从来就是人们自发行动的结果,而非国家建构的产物的结论。在此基础上,遵循历史与逻辑相统一的研究进路,对理论上关于公司(法人)本质的承诺进行了批判性回顾,提出了公司的本质是合同网络。以公司的合同理论作为全书的理论立场,经由契约自由的正当性这一中介,论证了公司自治的正当性,证成了公司制度应由当事各方自发互动而形成的论断。作者独特的观察视角和理论视野,不仅能为部门法学研究的理论转型、理论法学与部门法学的对接,从而为法学研究的转向提供范例,而且可以为中国法学界乃至整个人文社会科学界对现代企业制度的理论研究和实践考察提供一个崭新的切口,为中国现代企业制度理论研究的深化和拓殖提供更大的可能空间。

其次在于明晰的问题意识。全书直面我国公司实践中存在的根本问题,以反思和批判中国建立现代企业制度的实践为基调。作者强调,建构论唯理主义对中国公司制度的生成和秩序的形成具有深刻影响,是中国制度建设问题的症结。通过对公司本质作出明确的承诺,对公司制度生成路径进行历史性的梳理和理论上的正本清源,系统清理了建构论唯理主义,客观地分析了其有效射程。在此基础上,对公司法功能作出理性定位,并围绕功能确定公司法的品格和内容,给出公司法由纸面上规则转变为实践中制度的基本方案,形成了较为全面、系统、有效的现代企业制度理论,对于理性审视和批判反思中国建立现代企业制度的实践,对于破解中国建立现代企业制度的实践谜思,对于破除对建构论唯理主义的路径依赖及由此给中国公司制度建设带来的负面影响,对于为脚踏实地的具体制度建设提供理论支持,具有重要的现实意义。这种直接面对真问题的法学理论研究,才可能为中国公司法的发展乃至现代企业制度的推进在指导思想和具体制度设计等方面提供全方位的有效智力支持。

最后在于高远的立意。作者强调改变传统的公司治理路径,国家必须主动以放松管制作为主要的规制手段。这意味着中国的公司立法必须实现根本的转型,即从以强制性规范为主转向以任意性规范为主;从以实体性规范为主转向以程序性规范为主。通过这些转向,为公司自治营造适宜的场所,使公司制度能够在法治的呵护下成为一个开放的结构,不断

演化创新。

总之,本书采用理论方法(theoretical approach)去研究法律的特殊领域或特殊方面,以聚焦法律环境中的道德关怀、政治关怀的方式来处理法的一般理论问题。在研究方法上具有哲学属性,同时又以法律知识为基础,致力于对现实法律和法律制度的批判和改革。^①作者以一种富含生活逻辑与理论逻辑的分析理路考察和研究现代企业制度的建立与成长,可以说是公司法哲学理化的一次有益尝试,是推动部门(应用)法哲学研究的有益探索。

当然,作者虽然试图超越部门法律学,但还存在用部门法律学自身的理论资源实现对部门法律学的基本范畴、基本原理、基本命题的批判与重构的倾向,本书还带有诸多的部门法律学的痕迹。作者在采用法哲学的理论框架和话语系统,建构理论法学与部门法律学研究和教学的共同学术空间、学术平台等方面也还有许多的工作要做。

尽管本书还存在着较大的提升空间,但它毕竟代表了作者一个时期的思想高度。作为作者的老师,我非常高兴与作者共同见证了中国部门法哲学的起步和发展,不仅深知作者在写作过程中付出的巨大努力,而且也为作者取得的成绩感到由衷的欣慰。我也热切地期望越来越多的学者投身部门法哲学的研究,在这一充满希望的领域中,摘取更多的学术瑰宝。

张文显

二〇〇六年六月于长春净月书屋

^① See T. D. Campell, *Series Preface to Applied Legal Philosophy*, Ashgate Publishing Company, 2002.

目 录

引言	(1)
一、问题的缘起及意义	(1)
二、本书主导的学术思想	(6)
三、本书的研究方法	(7)
四、本书对基本概念的界定	(12)
五、本书的逻辑结构	(17)
第一章 公司制度生长的历史逻辑	(19)
一、公司自治与罗马时代的公司制度	(19)
二、公司自治与中世纪公司制度的复兴	(22)
三、公司自治与特许设立主义时代的公司制度	(29)
四、公司自治与准则设立主义时代的公司制度	(37)
五、几点结论	(41)
第二章 公司制度生成的理论逻辑	(44)
一、本质观念的现代诠释	(44)
二、既存公司本质学说的同情式解读	(48)
三、本书的公司本质观	(57)
第三章 公司自治的主体	(85)
一、界定公司治理(自治)主体的基本逻辑	(86)
二、人力资本出资者取得公司治理(自治)主体地位的 正当性论证	(89)
三、公司制度回应人力资本产权要求的实证分析	(96)
四、出资者共同治理的现代公司治理模式	(102)
五、中国公司法对人力资本产权要求的回应	(105)
六、公司社会责任与利益相关者理论之评价	(109)

第四章 公司自治与公司制度的生成	(120)
一、制度及其生成路径	(120)
二、公司自治与公司制度的生成路径	(131)
三、建构论唯理主义制度生成路径之批判	(135)
四、决定公司制度实际样式的相关因素	(146)
第五章 公司自治局限性之克服	(160)
一、克服公司自治局限性的进路	(162)
二、“多数派暴政”问题及其克服	(168)
三、公司人格否认与债权人利益保护	(188)
第六章 公司自治与中国公司法的转型	(212)
一、中国公司制度生成的建构论唯理主义路径依赖	(213)
二、我国公司制度摆脱建构论唯理主义路径的 可行性分析	(242)
三、公司自治与中国公司法品格的转型	(249)
后记	(262)

引言

——法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。*

埃里克森

一、问题的缘起及意义

虽然因应建立现代企业制度的需要,我们出台了公司法典,随之有了越来越多的冠以公司名称的企业^①,企业制度创新的实践呈现出极为红火的景象。但实证考察表明:多数公司名归而实不至,治理结构和运行机制依然与国有企业或家族企业无异,根本未实现我们所企盼的实质性制度创新。^② 资本神话的不断破灭、控制股东占用上市公司资金和上市公司违规担保的接连曝光还昭示着公司制的推行甚至带来了公司被异化为汲取社会资金的“圈钱机器”等我们始料未及的问题。面对这样的事实,我们的问题是,现代企业制度为何没有像人们希冀的那样与公司立法如影形随;经由何种路径才能生长出真正的现代企业制度;具备何种品格的正式制度才能成功地转化为企业运行机制的实践样态。破解这一问题的意义远不止于满足学者们的求知偏好^③,其中蕴含着巨大的经济功利,毕竟有效率的经济组织是经济增长的关键。^④

面对这些问题,求诸于市场发育较为完善、公司制度较为成熟国家的

* [美]罗伯特·C.埃里克森:《无需法律的秩序》(中译本),中国政法大学出版社2003年版,第354页。

① 我国股份制独立核算工业企业的数目从1993年的2579万家发展到1997年的12522万家,到1999年底,仅全国国有及规模以上非国有工业企业中,股份有限公司数目已达4480万家,总计资产达9190.91亿元。参见《中国统计年鉴》(1994—2000年)。

② 张卓元先生就曾指出:不少企业的情况也许是仅仅初步搭起了现代公司制度的框架,离规范的要求还相当远。参见张卓元:《国企改革仍然任重道远》,载《经济参考报》2001年1月3日,第5版。

③ 著名经济学家科斯曾有言:他所能想像到的任何其他研究都难以超过研究中国经济制度可能带来的成果。参见王成:《侵权损害赔偿的经济分析》(代自序),中国人民大学出版社2002版,第19页。

④ [美]道格拉斯·诺斯、罗伯特·托马斯:《西方世界的兴起》(中译本),华夏出版社1999年版,第1页。

经验,我们的目光必然为这样一个堪称普遍的现象所吸引:尽管公司制度面对的问题没有实质的差别,但同为市场经济国家、同样拥有较为完备的公司立法,现实中的公司制度、尤其是非正式制度,相应于公司的具体境遇和制度环境,却各有千秋而远非千篇一律。^① 对此的合理解释只能是:在公司制度的生成上,法律的作用固然重要,但却无法克尽全功,生活实践中最终决定着公司制度具体样式的是法律等正式制度之外的因素。这似乎昭示着公司制度的实践样态是当事方自发行动、自主选择 and 制度环境锤炼的成就,而无法完全归功于法律的塑造。事实上,与此适成对应的是,这些国家的公司立法为公司自治预留了广阔的空间,其理念表现为自由企业——保护当事方的利益,促进资本的自由联合;其规则以任意性规范为主,提供可供当事方选择的模范样态,以实现交易成本的节约。^② 这意味着在提供公司当事方自由博弈的基本框架,保证集体决策结果符合法律和公司当事各方共同的基本正义观外,公司立法对当事方而言,仅仅意味着制度安排的范本,而不是必须遵行的指令。

先发国家的经验给求解中国建立现代企业制度的实践之迷带来了思路上的启迪。公司的组织形态的变化以及公司的组织行为都是私人决定的事务,立法者没有任何理由将自己认为正当的秩序强加于公司当事方,应该相信,生活中的常人在追逐利益的过程中有足够的智慧创造能够实现其利益最大化之商业组织。微观经济组织的制度创新,只能诉诸于当事方自发的逐利行为,仰赖法律导引之下的人类理性自由探险。对于建立现代企业制度,完备的公司立法虽不可或缺,但就中国而言,这决不意味着问题的解决,毋宁说仅仅是问题的提出。当我们带着这个问题,再次“凝视”公司法时,思考的重心必然转换为:现实中的公司制度是如何生成的,谁是公司制度的真正创造者,什么是公司立法对现代企业制度的贡献,适应现代企业制度的公司立法应秉承何种理念、具备何种品格,对这些问题的回答直接决定着公司立法的合法性基础及其对型塑公司制度之其他力量的态度,也决定着 we 建立现代企业制度之努力的成效。

由此反观我国的法治实践,囿于传统的治理路径和独特的现代化进程,即使在法治被提升为意识形态、成为流行话语的今天,依法治理仍止步于国家主义立法频仍,法律并未成为独立于各种社会力量的中立性权

^① See Mark Roe, "A Political Theory of American Corporate Finance," 91 *Colum. L. Rev.* 10 (1991).

^② 西方国家公司立法有三大出发点:一是保护资本的自由流通和安全流通;二是确保公司这种经济组织能够自由经营、安全经营以及尽可能快地扩大经营规模;三是保护善意第三人的合法权益。参见江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第9—10页。

威,其基本功能仍然是为权力提供正当化基础。这集中表现为国家管制通过法律规制的形式、以前所未有的规模和速度吞噬社会生活。体现在公司法,较之于市场经济国家,立法对公司内部组织作出了繁细的规范,如有关经理权力^①、出资种类等本应由公司自治解决的问题,公司法却作出了不容当事方更改的强制性规定;限缩的公司形态法定主义抑制了当事人的选择空间;公司法中还充斥着对国务院的委托授权,预留了行政权力吞噬公司自治的通道。企图通过国家立法的建构推行现代企业制度的思想,初衷固然不容怀疑,但运行的实际效果却无法令人心安理得,成为导致前文提到困惑的主要症结。

由于现行公司立法不具有节制权力、这一法律在法治社会的基本功能,其支配下的实践中,公司未能依法获得不受国家权力干预的自治空间,企业、尤其是国有企业也就没有因为在名义上建立公司制度而与政府实现真正的政企分开,回归自己的本真;正式制度强行推行单一模式的治理路径无视公司本应具有的鲜活个性,使公司制度表现得相当僵化、单调,自然无法适应纷繁复杂的公司实践需求。实践中,有些公司甚至由于遵守这样的公司法形成了扭曲的治理结构,典型的表现就是董事长和总经理的权利均获得了立法的支持,有了法律的后盾,二者或者两雄并立而内耗不绝,或者其中之一无法行使公司法确定的权力而形同虚设;更为关键的是,人的理性行为机制是社会关系形成和发展的人性基础;制度的有效性取决于规范对象的认同,对制度的认同只能在利益的诱导下才能达成,公司法提供的外在制度罔顾当事方利益,没有为当事方提供推动法律实施的激励,不可能赢得公司当事方的忠诚,转化为他们的实际行为模式,而政府又不适合于、也没有能力全面负起推动法律实施的责任,公司法规因而也必然无法转变为生活中的现实,收到预期的实效。我们承担了现代企业制度的成本,却未获得相应的实惠。

对比先发国家的成功实践,我们有理由把中国公司制度所遭遇的种

① 尽管多数国家(地区)除允许民法有关代理权的一般规则原则上适用于经理权以外,还以商法、公司法等特别法对经理权的授予方式、权限范围、行使方式、撤销或解除等问题予以特别规定,从而使经理权带有浓厚的法定权利色彩,但是经理权中的代表权功能是法律规制的中心问题,强化代表权功能,弱化其管理权功能,则为各国经理权制度的立法趋势。参见蒋大兴:《公司法的展开与评判》,法律出版社2001年版,第585页以下。而我国公司法关于经理权的制度安排却反其道而行之,着眼于公司内部权力,即管理权的分配,在立法体例上也将“经理”与“董事会”并列置于公司的“组织机构”一章中,在立法者眼里,经理是与董事会几乎并列的公司机关,而非公司的雇员代理人,这体现了对公司自治的不屑一顾。

种尴尬的症结归因于:公司自治的缺失。^① 因为法治真谛在于对率性不羁的权力的制约,法治国家的宏伟蓝图的实现必须仰赖团体自治和社会自治对权力的节制作用。走向法治的过程中,应该而且必须精心培育包括公司自治在内的社会自治。更为重要的是,尽管对秩序或制度的形成,向有建构论唯理主义和进化论理性主义的分野,但无论孰是孰非,法律在其间的作用如何,法律的普遍性和一致性的诉求使其永远没有能力渗透到社会生活的每一个角落、每一个细节,实现对社会生活全面的笼罩或吞噬。法律可以将主体抽象为没有个性的人,但却没有改变、也不可能改变,作为主体的人分属于不同的团体这样一个社会现实。事实上,不论是否获得正式制度的称许,每个团体都有自己内部的自治性规则,这些规则对团体成员利益的影响可能远强于法律,违反这些规则所招致的制裁也往往比法律责任更为可怕。在法律与内部规则相冲突时,人们往往会选择遵守后者而理性地置前者于不顾,此即“宁犯天条,不触众怒”。可见,法律要赢得主体的自觉遵守,获得独立的权威,必须对团体自治给予必要的尊重,法律的过度规范既不必要,也不可能产生预期的实效,进而必然造成自身权威的流失。因此,自治是一个团体所具有的本体意义上的必然逻辑,任何规制都不可能在所有方面剥夺所有组织的独立,关于自治的争论不应该是其是否存在,而只应该是关于自治程度和方式的不同主张。相对于法律规制,自治居于本位的地位,它不仅提供了法律规制的正当性基础,而且界定了法律规制的范围、形式和方式。本文的意义也不在于描述自治这一有目共睹的事实,而在于主张将自治视为道德上许可和赞赏之事,为自治获得制度支持提供正当性论证。

在发生学的意义上,公司是便利当事方追求财富的制度安排,而不是其行为的囚笼。生活中,成功企业各有各的成功之道,失败企业则各有各的失败原因。凡政剧事繁者则败,政宽事简者必成。所谓的现代企业制度没有、也不可能有统一的、百试不爽的模式。公司制度应该由法律规制和团体自治共同构筑:

相对于公司制度的生成,在法律规制与公司自治的关系上,公司自治具有本位性,自治界定了法律的作用限度与方式。回应自治的

^① 这种缺失不仅表现为国家对各种形式的社会自治缺乏必要的尊重,社会成员自治观念的匮乏和自治能力的孱弱,而且表现为学理研究的薄弱。在 www.cnki.net 中文期刊数据库中,输入“公司自治”,检索文章内容,共可检索到 61 个结果,但该网站并未把“公司自治”作为固定搭配对待,因此,这些结果只有很少一部分与公司制度真正有关。

需求,公司法的四大功能是:首先认可当事方自主选择之制度安排的法律效力,纵民为之并加保护,将公司自治置于国家权力的任意而为之之外,给公司自治预留广阔的空间;其次是克服公司自治的局限性,即按照公司当事方的共同正义观,确认中立于当事各方的一般行为规则,并以此为标尺裁断当事人之间的纠纷,监控公司集体决策的正义性,把当事各方的利益置于受到司法保护的非个人法中,阻却形形色色的私人强制对当事方自由的妨碍,以宪政的堤坝导正经济自由与民主激发出的活力;再次,根据公司制度基本逻辑,为公司当事各方确立联合的基本架构,供给当事方自治的初始条件,明确当事方的基本法律地位,为他们行使自治权利提供适宜的场所;最后,提供凝结人类在无数次真实交易中不断试错、纠错成果的公司制度模本,供当事各方根据公司选入或选出,以节约交易成本。

因此,公司法必须保持必要的作用限度,坚守明智的规制方式,把制度的决定权归还公司,其主要任务和功能是筑起公司当事方抵御外来干预的屏障,拓殖公司自治的空间,确认公司自治的结果的效力,提供可供公司当事方选择和参考的模范制度样式,同时诉诸于公司当事方共同的正义观,规范公司的组织,规定公司制度的轮廓,为公司当事方确立自治的基本架构,裁断当事方的利益纠纷。在规范类型的搭配上,任意性规范、程序性规范应取代强制性规范、实体性规范,成为法律的主体部分。公司内部权利的具体配置应由公司根据自己的实际情况作出符合实际的选择,通过公司自治来完成;在整体品格上,公司法应由行为管制法转变为权利保障法,借助公司当事方理性行为机制,诱使他们成为法律实施的促进力量,主动推动法律的实施。可以说,颁布一部公司法典,对于建立现代企业制度而言仅仅具有有限的意义。我们不能指望通过公司法解决建立现代企业制度所有问题,在中国或许对公司法的功能和局限的理智认识,才是对建立现代企业制度最有意义的观念支持,公司制度的去法规化才是中国的当务之急。

本书的目的在于确证公司自治的理念,并以此为基础,对中国公司立法和推行公司制度的实践进行全面的反思。自治作为一个历久的论题,或许已经没有论证的必要,但旧有的真理若要保有对人之心智的支配,就必须根据当下的语言和概念予以重述。人们在过去对旧有真理所做的最为有效的表述,已日渐失用,因而也就不再含有明确的意义。尽管这些旧真理赖以为基础的理念(ideas)之确当性一如往昔,但其语词却已不再传送其往昔的信念;其论辩的情境也已不为我们所知悉;而且它们对我们所

面临的问题亦几乎无力做出直接的回答。这种情形可能是无可避免的,因为任何可能支配人之思想的对理想的陈述,都不可能是全涉的(complete);因此,这类对理想的陈述,都必须适应于某一特定的语境,必须以当时所有的人所接受的大多数观点为基础,而且还必须根据这些人所关注的问题来阐明一般性原则。^① 确信本书的意义绝不仅在于推动中国企业的制度创新,而且对于建设社会主义法治国家这一鸿篇巨制具有重要意义。公司自治的理念与实践必将扩大社会自治的广度和深度,并最终形成良性的国家与社会的分工、合作和互动关系。因此,公司自治理念的确证将引领着新世纪的中国扎实地走向法治社会。

二、本书主导的学术思想

在开始本书的写作之前,作者已被以下学术思想所征服,在本书的展开过程中,这种思想则逐渐演化为坚定的信念:非中心化社会力量对制度和秩序形成具有至关重要的作用。立基于无知论的人性论,虽然国家是相对于社会而存在的一种必要的外部力量,但社会发展的主要动力和人类文明的主要创造者是分散的个人和团体,而不是某个集中的权威。因此,在国家与社会的对立统一中,主张必须保卫社会,严守国家与社会的分工,国家主导政治生活,社会是私人活动的场域,具有独立于国家的运行逻辑,经济生活属于私人生活之列,当属私人自治的范畴。在消极自由(negative freedom)与积极自由(positive freedom)^②的位次上,主张消极自由属于防卫性或保护性自由,是积极自由的前提和条件,必须得到居先的强调。要实现积极自由,就不能忽略消极自由。假如我们一时忘却了不受干预的权利,我们的整个自由体系就将处于危急之中。原因在于,个体与国家之间的力量是不对等的,相对于国家而言,个体的权利更容易遭到

① [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理(导论)》(中译本),北京生活·读书·新知三联书店1997年版,第1—2页。

② 英国思想家柏林把关于自由的思想划分为消极自由与积极自由两种基本的自由观。消极自由观包括三个互相联系的核心思想,即自由就是不受他人的干预、限制自由是因为存在着与自由的价值同等或比自由的价值更高的价值、必须保留最低限度的自由。在消极自由观看来,个人不能没有自由;自由就是不受限制;对自由的限制本身不能不受限制。积极自由观来自主体要成为自己主人的愿望,主体希望自己的生活 and 活动取决于自己的选择,而不是取决于某种外在的力量,是一种主要指涉控制范围的思想。柏林认为,各种形式的积极自由观最终都导致一个不自由的结论,因此,积极自由观所追求的自由是虚假的自由,不切实的自由,只有消极自由观所追求的自由才是真正的自由。参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第523页以下。邓正来教授认为将二者分别译为否定性自由和肯定性自由更为贴切。参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(中译本),北京三联书店1997年版,第14页译者注。

侵害,因而他们的自由必须具有以防卫机制为前提的特征。个体要是没有独立地位,所谓“行使”无异于空谈。在进化与建构这一制度生成路径的矛盾中,主张在社会整体层次上,制度应以进化理性主义为主要生成路径,重视分散的个人和团体对制度建设的贡献和制度建设的点滴积累,拒斥建构理性主义;但着眼于社会个体,强调私人团体利用自己的有限理性,积极建构适用于自身的制度是主体的天赋权利,对社会而言,这种建构也是一种有益的探索和尝试。

本书的展开过程中,作者还牢记这样的信条:追求完美是人类的天性,诚然,没有缺点的理想状态才是最优的状态,然而人类理性的有限性让我们不得不承认这样的现实:我们无论如何都找不到从此岸到彼岸的方法。我们在追求可望而不可即的完美时,会因此毁坏或失去原本可以得到的美好的东西。^①正是形形色色的至善论,不时摧毁着各种社会业已获致的各种程度的成就。如果我们多设定一些有限的目标、多一份耐心、多一点谦恭,那么我们事实上便能够进步得更快且事半功倍。^②我们和我们的伙伴既然不是天国中的全知全能的上帝,就必须脚踏实地,安心于在能够找到实现方法、具有现实可行性的次优中作出选择。

本书就是在这样的基础和视角上展开的,得出的结论尽管包含着对其他理论、更主要的是对以立法为代表的实践活动的批判,但也必然成为其他理论的批判对象,同时当然不能排斥其他结论的正确可能性或者对本书结论的补充性。或许理论的批评与反批评就是理论的宿命,也是理论进步的真正动力。

三、本书的研究方法

本书的基本研究进路是“方法论个人主义”。本书认为,个人构成了人之科学中分析的终极单位,也是各种价值的最终归宿。不考虑有目的的行动者个人的计划和决策,所有的社会现象都不可能得到理解。社会中的确存在超越个体的规则、结构和可理解的模型,但这些规则、结构和模型是个体协商和选择的结果。结构不是简单地被个体传递而实际上是依靠行动者在个体不断的实际交往中创造出来的,个体不仅仅具有自由成分,而且能够在连续不断的历史阶段改变社会秩序的基础。基于这种

^① 参见王成:《侵权损害赔偿的经济分析》,中国人民大学出版社2002版,第21页以下。

^② [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(中译本),北京三联书店1997年版,第11页。

观点,个体并非在其内部传递秩序,而是根据个人的主观意愿遵从或违反社会秩序。^①也就是说,个体绝不是制度的被动接受者,而是制度的主动创造者,至少是能动的反应者。更进一步,个人的利己本性是一切社会关系形成和展开的人性基础,除非利用个人所表达和追求的利益,否则不可能导出规则的逻辑。结构的价值体现为个人因此获得的满足,只有有利于个人利益的实现,才能规范层面获得合法性。在此基础上,运用的具体方法主要有:

(一) 历史与逻辑相结合

社会科学研究是一个连续的思想进程,必须提出一整套连贯一致的变量说明体系,能够说明可在经验中观察到的大量事实,即必须具有逻辑连贯性、系统性和经验可证伪性。^②社会科学的进步往往体现为解释原则和评价标准的创新,但逻辑的方式……无非是历史的方式,不过摆脱了历史的形式以及起扰乱作用的偶然性而已。历史从哪里开始,思想进程也应当从哪里开始,而思想进程的进一步发展不过是历史进程在抽象的、理论上前后一贯的形式上的反映。^③运用历史与逻辑相结合的分析方法研究本书的主题,就是要首先从历史线索中寻找公司制度生成的基本路径,并从中归纳、挖掘对公司本质的合理承诺,然后以对公司本质的承诺为前提和根据,逻辑地推导公司制度的生成路径,使客观存在的公司制度生成过程和路径在思维逻辑中正确反映出来。具体到本书,在对历史上公司制度生成的实证资料进行梳理和对有关法人(公司)本质的各种承诺进行批判性分析的基础上,主张明确区分事物的本质和关于事物本质之承诺,即强调法人(公司)的本质和为建构理论而对法人本质的承诺绝非同一,进而认为超越既有学说,对其进行前提批判,对公司的本质做出符合生活实际和理论需要的其他承诺是完全可能的,有时甚至是必须的。本书认为公司是当事方的契约之网,进而沿着契约自由的理论逻辑,借助其理论力量,证成自己后续的理论主张。

(二) 法律的经济分析方法

经济学绝不仅仅或者并不主要是研究经济问题的科学,而是一种思

① 参见〔美〕杰弗里·亚历山大:《社会学二十讲》(中译本),华夏出版社2000年版,第9页。

② 参见邓正来:《研究与反思》,辽宁大学出版社1998年版,第13页。

③ 《马克思恩格斯选集》第二卷,人民出版社1995年版,第43页。

思维方式。更精确一点,经济学是研究人类理性选择的思维方法。^①所谓法律经济学、法律的经济分析不是以研究经济学和经济问题本身为目的,而是通过对经济方法的研究,达到使用经济分析方法研究和解决法律问题的目的。也就是把人置于一定的社会关系博弈之中,以激励、效率和均衡作为核心概念解释实践中的制度或分析问题、解决问题——理念和制度的基本指向。

本书研究的出发点在于立基于经济分析的个人主义方法论,假定人是自然的和社会的,成本—收益比较是人类的基本思维模式。这种思维模式不仅符合个人的功利追求,而且具有伦理上的正当性。因为在一个资源稀缺的世界里,浪费资源是不可能获得正当评价的。相应地,法律的主要目的在于对自愿交易提供保护,同时弥补市场的不足,提高经济效率。法律的正义性必须以经济上的可行性、合理性为基础。成本—收益这种人类的基本思维模式所导致和追求的效率本身,以及对效率追求的自由符合现代社会的道德标准,与法律的正义诉求不谋而合。

首先,本书所论证的理念、设计的制度体现为对主体的激励,旨在保护主体的合法利益,便利主体个人目的的实现,而非强制地推行外在于主体的其他目的。法律经济学努力的方向是使激励而不是强制成为法律制度的核心,鼓励人们自由地追求自己需要的满足,引导人们在实现自己利益的过程中心甘情愿地做出社会可选的选择。在达至法律所应当具有的人文关怀的同时,满足社会功利的需求。

其次,效率是制度的基本指向。在一个资源相对稀缺的社会,缺乏效率的法律制度至多只能具有残缺的正义性。制度变迁的方向是交易成本的节约,即以交易成本较低的制度代替交易成本较高的制度。全部法律制度都应以有效地利用物质资源、激励人力资源,最大限度增加社会财富为目的。根据科斯定理(Coase Theorem)^②,经济分析法学家认为效率原理应该决定着国家是否运用法律手段干预经济生活以及权利保护的具体方法。当交易费用很小或不存在时,只需要“微政府”,而且政府只需通

^① 参见张维迎:《经济学家看历史、法律与文化》,载于文池主编:《在北大听讲座——思想的力量》,新世界出版社2000年版,第175页。

^② 由罗纳德·科斯提出的一种观点,认为在某些条件下,经济的外部性或非效率可以通过当事人的谈判而得到纠正。科斯定理这一术语是由美国著名经济学家斯蒂格勒概括出来的,是法律的经济分析的理论基础和基本框架,具体包括两层含义,即科斯第一定理和第二定理。前者的意义是在没有交易成本(交易成本为零),并且对产权作出明确规定与实施的条件下,如允许当事人进行谈判交易,就可以导致资源的有效配置;后者的含义则是一旦交易费用不等于零,则产权的初始界定将会对市场配置资源的效率产生影响。〔美〕保罗·A.萨缪尔森:《萨缪尔森词典》,陈迅、白远良译,京华出版社2001年版,第111—112页。