



南京大学法学院
社会转型与法治发展丛书

公司冲突权利配置 实证研究

吴建斌/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南京大学法学院
社会转型与法治发展丛书

教育部人文社会科学研究规划基金项目（11YJA820083）“后金融危机时代公司治理创新研究”
江苏省社科基金重点项目（11FXA002）“江苏改制企业股权纠纷法律应对研究”

公司冲突权利配置 实证研究

吴建斌/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司冲突权利配置实证研究 / 吴建斌著. —北京:
法律出版社, 2014. 6

(南京大学法学院社会转型与法治发展)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6465 - 9

I. ①公… II. ①吴… III. ①公司法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 108156 号



责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 6 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 固安华明印业有限公司

印张 20 字数 277 千

印次 2014 年 6 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 - 6465 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

国内公司法教学与研究的理路,大体上分为法律教义学、比较法学、案例分析以及新兴的法律经济学研究。法学教义学主要体现在大部分流行的公司法教科书中,其特点是介绍公司法的基本概念、特点、原则以及重要条文,很少揭示公司法的理念以及实际问题的解决之道;公司比较法学虽有不少上乘之作,但也有很多单纯译介域外法例,而并不探究其来龙去脉、利弊得失甚或实际运行效果,对于如何引入我国,怎样与中国现行制度协调融合也往往语焉不详;案例分析多数出自实务部门出身的法官、律师之手,作为真实反映中国公司法运作情况的资料价值自不待言,而对读者的理论启迪则明显不够;公司法律经济学研究不仅在其发源地美国成为学界的主流,有的海外华人学者甚至称,法经济学理论目前是英美法系公司法的金科玉律,牢牢地统治着公司法学者的思想,特别是在美国,公司法学者几乎是言必称该理论,^①而且也日渐吸引国内学者的眼光,尤其是一批青年才俊积极尝试,成果颇丰。^②近年译介的几部

^① 黄辉,《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2011年版,第21页。

^② 如汤欣、罗培新、李建伟。

公司法律经济学著作,对公司法学界的影响也不可小觑。^①

在本人30余年的教学生涯中,一开始就与公司法结下不解之缘。假如再前溯到大学本科时代“身在曹营心在汉”的经历,^②最终确定公司法的专攻方向,也在情理之中。其心理路程,在何勤华教授主编的《中国法学家访谈录》(第5卷)中有所反映。^③不过,从停留于简单的感性认识,经主要着眼于中日公司法的比较法学研究,最后转向公司法律经济学探析,其间有学科背景知识结构因素的影响,更多的则是对法律教义学以及所谓的比较法学方法所遭遇的困境反思使然。作为长期教授公司法的大学教师,近年几乎无法胜任本科的公司法课程!不是真的不能授课,而是自己都不知如何向本科学生讲授哪怕是简单的公司法概念,主要是意识到几乎所有的公司法基本概念、基本理论、基本制度,均需要重新审视和诠释,而有些真实感受却又无法用本科生所能理解的语言、词汇解释清楚。在几年的痛苦煎熬中,尤其是反复研读法律经济学开山鼻祖科斯的经典文献,才重新找到理解公司法的钥匙,同时对于法律经济学在国内被普遍误解误读的情形及其原因有了较为透彻的认识。本书就是近年用法律经济学尤其是科斯理论解释解读公司实际问题的尝试,而中国的公司问题除了属于总体性的立法体例选择和完善方略之外,主要是基于全国各级法院有关公司纠纷的裁判所反映的理论争议。依据苏力教授的分类,大体属于实证分析。^④这样的解释不是唯一的,也不一定完全正确无误,但至少代表了一得之言一家之见,如何评介只能由读者说了算。

本书分为14章。第一章,冲突权利有效配置路径;第二章,法律人如何理解和运用法律经济学;第三章,公司法结构性改革总体思路;第四章,

① [美]阿道夫·A. 伯利、加纳德·C. 米恩斯:《现代公司与私有财产》,甘华鸣等译,商务印书馆2003年版;[美]弗兰克·伊斯特布鲁克等:《公司法经济结构》,张建伟等译,北京大学出版社2005年版;[美]莱纳·克拉克曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》(第2版),罗培新译,法律出版社2012年版。

② 本人本科就读的是南京大学政治经济学专业,实非个人兴趣所在,而对企业管理则情有独钟。当时国内陆续翻印的一些港台盗版企业管理教材,几乎全部读过。其内容当然与公司法相去甚远,但不能说没有任何内在联系。日后留校转到法律系任教讲授经济法,其中就包含企业法、公司法的内容,1989年赴日本进修商法博士课程,重点也是研修公司法。

③ 参见何勤华主编:《中国法学家访谈录》(第5卷),北京大学出版社2013年版,第366页以下。

④ 苏力:“好的研究与实证研究”,载《法学》2013年第4期。

我国外商投资企业法的统一公司法整合路径;第五章,公司章程行为的认定及其在司法实践中的应用;第六章,合意原则何以 PK 多数决议;第七章,公司设限股权转让效力研究;第八章,股份公司股份转让限制效力争议;第九章,股东优先购买权的产权边界;第十章,“百事内讧”事件法律经济学分析;第十一章,我国上市公司股权分置改革效应;第十二章,脱壳经营直索责任的效力范围;第十三章,公司法人格否认成文规则适用困境的化解;第十四章,貌合神离的公司法人格否认指导性案例。前两章主要探讨公司法律经济学的基础理论,特别是科斯理论中有关局限条件下的合约选择这样的理论内核对于公司冲突权利有效配置的指导意义;第三、四章是对中国公司立法甚或整个商事主体立法现状、问题以及未来发展趋势的分析;第五、六章涉及就公司本身性质的理解和认识,而公司究竟是一个自治性组织体还是合同束或者合同网的连结,对于法院正确裁判公司纠纷案件关系重大;第七章至第十一章,涉及公司内部不同冲突权利主体之间的权利如何有效配置问题;最后三章则涉及公司及其股东与公司外部债权人之间的权利配置议题,尽管所引案例均可归类为公司法人格否认法理或者实定规则的应用,其背后所蕴含的理论理念则要更为广泛和深刻。

本书并非公司法律经济学的体系性著作,与《公司法的经济结构》这样的论文集不同,是以冲突权利有效配置思路连结起来的专题研究,故有点类似于《公司法剖析》一书,但与后者宽泛而原则的概述性比较法著述的区别主要有二:一是立足于中国公司法具体问题的实证研究;二是追溯到法律经济学本源知识科斯理论的精髓,主张中国公司法律经济学研究受到波斯纳的误导而悖离了科斯思想,我们应当回到科斯,用本源性的法律经济学理论指导公司法律经济学研究。

本书主要适合于商法学公司法研究生教学所用;对于公司法本科教学,可以作为参考读物;而其中的公司案例研究,则对公司法律实务工作者,也具有一定的指导意义。

本书的写作过程曾受到教育部、江苏省政府和南京大学“985”三期科

研资金的资助,^①并得到南京大学、南京大学法学院有关领导、同事、同学,以及法院、检察院、律师事务所、工商行政管理部门有关人员的各种协助和支持,在此一并表示由衷的感谢。

作 者

2014 年 2 月 24 日

^① 教育部人文社科研究规划基金项目“后金融危机时代公司治理创新研究”,批准号:11YJA820083;江苏省社科基金重点项目“江苏改制企业股权纠纷法律应对研究”,批准号:11FXA002。

目 录

第一章 冲突权利有效配置路径 001

- 一、引言 001
- 二、若干典型案例简析 003
- 三、法律经济学本土化误区的法哲学根源 006
- 四、科斯冲突权利配置效率观再认识 012
- 五、结语 022

第二章 法律人如何理解和运用法律经济学 024

- 一、引言 024
- 二、法学方法论与经济学方法论的简单比较 028
- 三、科斯法律经济学的理论内核 032
- 四、法律经济学视野中的典型公司纠纷 039
- 五、结语 047

第三章 公司法结构性改革总体思路 050

- 一、引言 050
- 二、商事主体的经济分类 051
- 三、商事主体的法律分类 060
- 四、我国商事主体分类及立法体系存在的问题和
发展方向 068
- 五、结语 077

第四章 我国外商投资企业法的统一公司法整合路径 079

- 一、引言 079
- 二、整合我国外商投资企业法的主要障碍 083
- 三、日本新公司法体例及其立法考量 088
- 四、我国外商投资企业法与公司法协调整合思路 092
- 五、结语 097

第五章 公司章程行为的认定及其在司法实践中的应用 098

- 一、引言 098
- 二、章程行为与合同行为辨析 099
- 三、如何理解公司合同理论 104
- 四、典型案例探讨 108
- 五、结语 110

第六章 合意原则何以 PK 多数决议 112

- 一、引言 112
- 二、澄清公司合同理论的三层含义 116
- 三、公司纠纷裁判理由存疑 122
- 四、合意原则难以取代多数决议 128
- 五、结语 130

第七章 公司设限股权转让效力研究 131

- 一、引言 131
- 二、现行理论解释的不足 136
- 三、解决权利冲突的域外裁判经验 146
- 四、冲突权利的重新配置 151
- 五、结语 159

第八章 股份公司股份转让限制效力争议 161

一、引言 161

二、基本案情及判决结果 162

三、裁判要旨 165

四、本案总体评判及潜在价值 167

五、股份转让自由仅是原则规定而非《公司法》基本原则 175

六、结语 183

第九章 股东优先购买权的产权边界 184

一、引言 184

二、案情及其争议焦点 186

三、原审判决的法律解释学解析 191

四、原审判决的法律经济学解析 199

五、结语 208

第十章 “百事内讧”事件法律经济学分析 210

一、引言 210

二、一桩撮合而成的不和谐婚姻 212

三、不同主体之间权利冲突探究 216

四、情势变迁的合理应对 223

五、结语 229

第十一章 我国上市公司股权分置改革效应 230

一、引言 231

二、股权分置的历史解释 235

三、补偿流通股的依据所在 240

四、典型补偿方案的简要评析 244

五、结语 247

第十二章 脱壳经营直索责任的效力范围 249

一、引言 249

二、直索责任效力范围的限制及缺陷 251

三、直索责任效力范围限制的理由 258

四、现行直索责任效力范围的限制应当突破 264

五、突破直索责任效力范围限制的实践经验 268

六、结语 274

第十三章 公司法人格否认成文规则适用困境的化解 277

一、引言 277

二、最高院案例评判 278

三、主流理论反思 285

四、最高院判决的法理内涵 291

五、结语 294

第十四章 貌合神离的公司法人格否认指导性案例 296

一、引言 296

二、指导案例 15 号的基本内容裁判要旨 298

三、指导案例 15 号与原审终审判决理由的内在差异 300

四、指导案例 15 号错误的理论根源 305

五、结语 306

第一章 冲突权利有效配置路径

本章提要:公司法基础理论经由股东主权论、利益相关者论、公司合同理论转入克拉克曼和汉斯曼等人新近倡导的冲突权利有效配置理论以来,公司法学界迄今无人溯及这一新兴学说的理论渊源科斯法律经济学,而国内学者对于后者的误读,则进一步模糊了当代公司法与法律经济学之间的内在联系,本章目的在于溯本探源,澄清误解,为公司冲突权利有效配置实证研究奠定理论基础。

一、引言

面对我国社会大变动中的各种权利冲突,法学界已经倾注了极大的研究热情,相关文献不断涌现。^①其中

^① 比较重要的论文有:关今华:“权利冲突的制约、均衡和言论自由优先配置质疑——也论《秋菊打官司》案、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法学研究》2000年第3期;刘作翔:“权利冲突:一个应该重视的法律现象”,载《法学》2002年第3期;刘作翔:“权利冲突的几个理论问题”,载《中国法学》2002年第2期;李先波、杨建成:“论言论自由与隐私权之协调”,载《中国法学》2003年第5期;林来梵、张卓明:“权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析”,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2003年第6期;王克金:“权利冲突论——一个法律实证主义的分析”,载《法制与社会发展》2004年第2期;熊静波:“真实世界中的权利冲突”,载《时代法学》2004年第3期;任广浩、叶立周:“论权利冲突”,载《河北法学》2004年第8期;郝铁川:“权利冲突:一个不成问题的问题”,载《法学》2004年第9期;李常青:“权利冲突之辨析”,载《现代法学》2005年第3期;张平华:“冲突是伪命题吗?——与郝铁川教授商榷”,载《法学论坛》2006年第1期;张翔:“基本权利冲突的规范结构与解决模式”,载《法商研究》2006年第4期;张平华:“权利冲突辩”,载《法律科学》2006年第6期;熊静波:“表达自由和人格权的冲突与调和——从基本权利限制理论角度观察”,载《法律科学》2007年第1期;王岩云:“权利的张扬与追寻——2006年中国权利问题研究综述”,载《法制与社会发展》2007年第4期;张平华:“权利位阶论——关于权利冲突化解机制的初步探讨”,载《法律科学》2007年第6期;徐振东:“基本权利冲突认识的几个误区——兼与张翔博士、马岭教授商榷”,载《法商研究》2007年第6期;王克金:“权利冲突研究中需要进一步澄清的问题”,载《法制与社会发展》2010年第5期;等等。

大部分出于法理学界之手,运用的也是传统法理学哲学分析方法,有的学者引入了利益衡量论的思路,但仍然很难收到条分缕析、准确精到的效果。^①以苏力先生的论文为标志,科斯法律经济学解释方法逐渐崭露头角。^②不过,国内法学界运用法律经济学或者经济分析方法对权利冲突和权利重新配置作出合理解释的例子并不多见。有的仅仅依据某个部门法律具有营利性的特征,就推定其与法律经济学的天生契合性,^③难免失当。实际上,在法律经济学发源地美国,最早应用这一新兴分析工具解决司法裁判问题的,恰恰是体现国家干预经济生活,注重维护竞争秩序的反垄断案件,而非属于商法范畴的公司纠纷案件。有的将法律经济学的效率观,当作可以直接裁判具体法律争议的普适性原理原则,从而得出似是而非甚至有悖常理的荒谬结论;^④有的甚至专门论证充斥着浓厚封建等级色彩的“海瑞定理”的合理性。^⑤如此等等,不一而足,既贬损了法律经济学的声誉,又阻碍了法律经济学本土化的进程,还妨碍法制一体施行的权威性。更为重要的是,加剧了法学理论的混乱,甚至导致了司法实务上的无所适从,故很有必要正本清源。

我们认为,应当在科斯法律经济学本土化进路中反思冲突权利配置的效率观,尽可能避免借权力强行配置冲突权利,更不可突破受损合法权利应当得到救济的法治底线,而在救济方式救济程度上可以酌情考量,法律经济学应当成为促进权利有效配置的便捷工具,而非推行弱肉强食逻辑的不实借口。

① 梁慧星:“电视节目预告表的法律保护和利益衡量”,载《法学研究》1995年第2期;梁上上:“利益的层次结构与利益衡量的展开”,载《法学研究》2002年第1期;梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2013年版。

② 苏力:“《秋菊打官司》案、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法学研究》1996年第3期;罗培新:“公司法的合同路径与公司法规则的正当性”,载《法学研究》2004年第2期;罗培新:“公司法研究的法律经济学含义——以公司表决权规则为中心”,载《法学研究》2006年第5期;苏力:“‘海瑞定理’的经济学解读”,载《中国社会科学》2006年第6期;苏力:“医疗的知情同意与个人自由和责任——从肖志军拒签事件入手”,载《中国法学》2008年第2期;桑本谦:“疑案判决的经济学原则分析”,载《中国社会科学》2008年第4期;凌斌:“肥羊之争:产权界定的法学和经济学思考——兼论《商标法》第9、11、31条”,载《中国法学》2008年第5期;凌斌:“界权成本问题:科斯定理及其推论的澄清与反思”,载《中外法学》2010年第1期。

③ 罗培新:“公司法的合同路径与公司法规则的正当性”,载《法学研究》2004年第2期;罗培新:“公司法研究的法律经济学含义——以公司表决权规则为中心”,载《法学研究》2006年第5期。

④ 苏力:“《秋菊打官司》案、邱氏鼠药案和言论自由”,载《法学研究》1996年第3期。

⑤ 苏力:“‘海瑞定理’的经济学解读”,载《中国社会科学》2006年第6期;桑本谦:“疑案判决的经济学原则分析”,载《中国社会科学》2008年第4期。

本章除引言之外,核心内容分为四个部分:首先,我们从若干典型案例引出权利冲突命题;其次,探究科斯法律经济学本土化偏差的法哲学根源,揭示我国法理学界引进法律经济学,用以解释本土权利冲突时的理论误区;再次,追寻科斯分析实际判例的方法以及原创思想的本意,解析科斯定理和现实判决之间的关系;最后,再用源自个案而超越个案的法律经济学原理,重新探析我国本土权利冲突以及权利重新配置的进路,并对全章作出总结。

二、若干典型案例简析

我国法院裁判实践虽然不如美国那样自觉运用科斯法律经济学分析方法,但并非完全采取排斥态度。相反,在很多情况下都有意无意地将其应用于个案裁判。前引苏力论文中有关“《秋菊打官司》案”中所蕴含的贾桂花肖像权与《秋菊打官司》摄制组表现权言论自由权之间的冲突权利配置,苏力称一审法官判决思路“实际上具有法律经济学分析的意味,尽管很粗糙”。^①稍后的钢琴噪声污染案,^②也是两个非物质权利发生冲突的例证。

物质权利冲突案例更多。先举一例:注册于江苏南京的某汽车客运有限公司在徐州设立分公司后,从2002年开始从上海大众汽车销售公司购买出租车对外招租,在全省率先实行“公车公营”试点,并承诺车辆在两年内免费保修。2004年年初开始保修期陆续到期,部分租车司机在并无有效证据的情况下,借口车辆存在质量瑕疵“烧机油”严重,甚至怀疑该公司出租的车辆为翻新车,先后采取群体聚集、游行上访、围堵政府等极端方式,迫使有关部门强制公司接受退车或者降低租金等不合理要求,并严令公司不得采取查扣违约欠费司机车辆等自力救济措施,以免激起“群体事件”,拒绝缴纳租金规费的司机人数不断扩大,但车辆实际照常营运

① 苏力:《法治及其本土资源》(修订版),中国政法大学出版社2004年版,第215页。

② 李舒、李自良:“如此琴声,是乐音还是噪音”,载《检察日报》2001年6月13日,转引自刘作翔:“权利冲突:一个应该重视的法律现象”,载《法学》2002年第3期;刘作翔:“权利冲突的几个理论问题”,载《中国法学》2002年第2期;李友根:“论权利冲突的解决模式”,载浙江大学公法与比较法研究所编:《公法研究》(第2辑),商务印书馆2004年版,第287页以下。

无一人退租。公司被迫起诉个别违约司机后,法院也因顾忌所谓的群体情绪和社会影响,作出降低合同约定违约金仅让败诉方承担同期银行贷款利率的判决,导致在政府协调下与公司达成和解,已经愿意继续履行合同的100多辆出租车司机相继加入违约行列,拒交所有租金规费,甚至不再投保交强险仍照样营运,酿成租车司机对于公司横抢竖夺的闹剧。有的司机在违法营运多年赚取数十万元后,还将属于公司所有的车辆倒手转卖,出现交通事故时根本无法查明谁是责任人。更有甚者,那些临近车辆报废年限的受让方不时围堵政府部门,要求保留饭碗。结果,不仅公司累计数千万元租金及代收代缴规费等无法收回,徐州出租车市场营运秩序也陷入混乱,成为当地社会不稳定不和谐的一大隐患,问题直到2013年徐州换了几任书记市长,才决定由有关部门拘留若干闹事司机,将数百车辆强制报废,解封营运证并许可公司购买新车另行招聘司机投入运行,而大量遗留问题仍未得到彻底解决。^①在该案中,审理法院秉承注重经济效益和社会效益兼顾的裁判原则本没有错,但因担心严格依据合同裁判违约司机承担法律责任,有可能激起“闹事”司机的强烈反弹,试图以牺牲公司合法权益为代价求得社会稳定,片面理解“和谐司法”的精神实质,最终不仅导致公司受损的合法权益无法得到救济,而且也使得整个城市出租车行业陷入无序状态,更破坏了法制权威,影响到当地法院、政府的信誉以及投资环境。

再举一例:2003年至2007年期间,南京几位知名民营企业围绕南京浦东建设发展股份有限公司股权归属,先后引发多起讼争。其中有关许某等人诉南京市工商行政管理局及其他股东(案件第三人)撤销有关增资登记的行政诉讼案,经过一审、二审、再审,时间上也横跨新旧公司法,但最终未能改判。该案原告持有异议的增资决议及其章程修正案形成过程极不规范,突出表现为并未召集和召开审议增资决议的公司股东

^① 吴建斌:“如何科学认识构建社会和谐的法制保障——从江苏徐州一起出租车纠纷案件谈起”,载《法学杂志》2005年第6期;2006年11月20日苏建民抗(2006)184号江苏省人民检察院民事抗诉书;2007年6月30日苏建民建(2007)1号江苏省人民检察院检察建议书;2007年12月3日(2007)徐民二再终字第26号江苏省徐州市中级人民法院民事判决书。另据2013年11月29日修改本章时电话询问公司负责人核实的最新信息总结归纳。

大会,而是由张姓控股股东拟就决议草案,分别送交各个股东签字认可,签字同意的股东所代表的表决权数也只有61%,不足法定的2/3以上,而在签署的同日又取得了南京市人民政府同意增资的批复。^①按理,即使被告工商登记机关仅有形式审查义务,也可发现申请变更登记材料相互矛盾之处,并依据职权要求补充更正,不予核准变更登记,法院裁判并无困难。审理法院也可行使释明权,建议原告改为提起股东大会决议瑕疵争议诉讼,通过先民事后行政诉讼途径澄清本案的疑点。双方争议的焦点还有:原告股东在诉前即向工商登记机关提出了异议,张姓控股股东通过非正常手段诱使原告股东之一王某在上述“游签”^②的股东大会决议上补签名但附注保留意见,在形式上签名股东的表决权数超过2/3。此时,所谓的股东大会决议是否有效?原审法院采信了被告的主张,认为该公司股东大会决议在申请变更登记前存在的瑕疵,因王某补签名的行为得到了弥补,变更登记现有材料符合法定要求,工商登记机关进行变更登记的行政行为并无不妥,故判决驳回原告的诉讼请求,二审、再审维持原判。控股股东最终将原始投资不足1亿元的公司权益,通过定向增发方式转换成某上市公司的股份权益,不到5年,按照原来定向增发股价计算增值数十倍,而其他股东却黯然退出,获益有限。^③该案似乎暗合冲突权利优化配置思路,但合法性却备受诟病。

另举一例:北京中咨华科有限公司于2003年12月召开股东会议,并未通知持股1%的离职工股东樊女士,又冒用后者名义签名,形成全体股东“一致同意”的增资决议,引入了新的股东,导致樊女士在公司的股权比例下降。樊女士以公司行为在程序上违反了公司法的强行性规定以及

① 当时股份公司的设立和增加资本依法须经省级人民政府批准,2005年修改公司法取消了核准制,采取准则制,股份公司办理增加资本变更登记手续无须前置审批程序。

② 即为不实际召开股东大会而由实际控制人拟出书面决议,送交分处各地股东分别签字形成公司机关决议的灵活做法,与上市公司通常采取的通信表决方式有所区别。

③ 参见2004年7月14日(2003)白行初字第76号南京市白下区人民法院行政判决书;2005年2月2日(2004)宁行终字第115号江苏省南京市中级人民法院行政裁定书;2007年5月14日(2006)宁行监字第73号同院行政裁定书。另见郝倩:“富豪大战”,载《报告文学》2006年11月特刊;李瑞鹏、郝倩:“南京地产富翁暗战浦东建设 亿万富豪贴身保镖”,载《第一财经日报》2006年12月22日;“苏宁环球大股东2.49亿现金补偿上市公司”,载《证券时报》2009年6月4日;北京市时代九和律师事务所:“苏宁环球(000718)关于公司申请非公开发行股票购买资产的补充法律意见书之二”,载 <http://news.stockstar.com/info/Darticle.aspx?id=GA,20080613,00052842&columnid=76&pageno=1>,2009年7月7日访问。

公司章程为由,诉请法院确认股东会的决议无效(应为撤销之诉)。北京市海淀区人民法院在确认公司行为构成侵权的同时,却又以樊女士仅持有公司1%的股份,其是否到会及参与表决,均不会产生改变增加注册资本决议内容的结果,且公司难以回复到初始状况为由,认定该股东会决议的内容,在不违背法律禁止性规定的情形下,应属有效。最后驳回了原告樊女士的全部诉讼请求。^①其判决思路也是蕴含着苏力先生所称的经济分析考量,而判决结果则明显有失公正。

上述矛盾现象时有发生,迫使我们不得不思考这样的问题:究竟是科斯法律经济学本身存在解释论上的先天缺陷,尤其是无法消除效率追求与维护公平正义之间的鸿沟,还是法官逻辑思维出现重大疏漏?假如是前者,我们将难以解释系统阐述法律经济学思想的科斯代表作“企业的性质”和“社会成本问题”何以成为其1991年获得诺贝尔经济学奖的标志性成果,以及科斯定理历经数十年,无数人试图证伪而都无功而返的现象。我们当然不能一味盲从某种理论,但法律经济学借着“经济学帝国主义”的威势不断攻城略地,却也是不争的事实。因此,我们也许更需要内省,尽管上述“社会成本问题”一文成为美国或许同时是全球引用率最高的经典法学论文,^②国内法学界可能大多并未真正理解其真谛,误读误解者更是大有人在。我们有望从后文的分析中,充分领略法律解释学包括利益法学利益衡量论难以说清的问题,在冲突权利有效配置的法律经济学视野下是如何迎刃而解的。而在此前,需要首先揭示冲突权利配置的法律经济学本土化路径偏差。对于在国内人们的普遍认知上,往往留下法律经济学具有反道德的倾向,甚至成为推行强权理论工具的印象,究竟如何理解,问题出在何处,我们将顺便予以回答。

三、法律经济学本土化误区的法哲学根源

自伯利和米恩斯提出现代公司在所有权和经营权分离后的权利冲突

① 范静:“公司冒用股东签名海淀法院判其侵权”,载《法制日报》2006年3月7日。

② 冯玉军选编:“美国当代法律学术发展概观(代译序)”,载《美国法学最高引证率经典论文选》,第6~8页。该文在经济学论文中的引证率也同样居高不下。