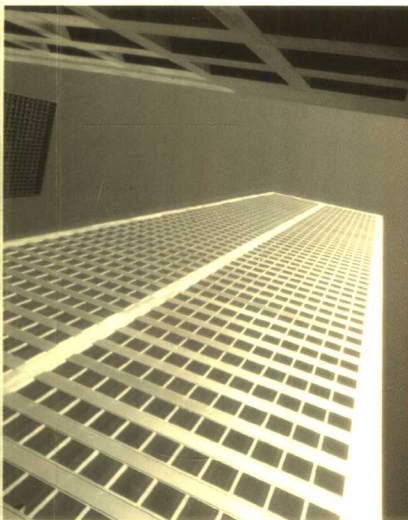


American Corporation Law
Institutions and Cases



美国公司法

制度与判例

苗壮 著
MIAO Zhuang

2



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



美国判例法丛书
American Case Law Series

American Corporation Law
Institutions and Cases

美国公司法

制度与判例

苗壮 著

MIAO Zhuang



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国公司法:制度与判例 / 苗壮著. —北京:
法律出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 5036 - 6896 - 8

I. 美… II. 苗… III. 公司法—研究—美国
IV. D971. 222. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 142138 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 坚

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2007 年 3 月第 1 版

印张/38 字数/640 千
印次/2007 年 3 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939822

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	西安分公司/029 - 85388843	重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636	北京分公司/010 - 62534456	
深圳公司/0755 - 83072995	苏州公司/0512 - 65193110	

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 6896 - 8

定价:80.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



苗壮 外交学院法学学士、北京大学法律硕士、美国弗吉尼亚大学法学硕士(LL.M.)。现为美国弗吉尼亚大学法学博士候选人(Candidate for S.J.D.)。

北京市柴傅律师事务所律师、合伙人，吉林大学法学院法律与经济研究所客座研究员、中国政法大学破产与重组研究中心研究员、清华大学法学院法律硕士研究生联合导师。曾任中国社会科学院经济研究所科研组织处处长、国家开发银行国际合作局欧美业务处处长。

主要业务领域：公司法（改制与重组、兼并与收购、中外合资等）、金融法等

主要研究领域：法与经济学，中美比较公司法、证券法、财产法、合同法等

在经济学或法学的权威期刊或核心期刊发表了以下学术论文：“制度变迁中的改革战略选择问题”，载《经济研究》，1992年第10期；“论中国的渐进改革道路”，载《经济学动态》，1993年第1期；“90年代中国西部经济开发展望”（合作），载《管理世界》，1994年第5期；“改革中期的战略思考”，载《改革》，1999年第1期；“法律经济分析的一般理论”，载《法制与社会发展》，2004年第1期；“美国证券法强制披露制度的经济分析”，载《法制与社会发展》，2005年第2期；“美国财产法妨害制度的经济分析”，载《环球法律评论》，2006年第1期。

此外，还在中国与日本发表了一些著作或译著（多为合作），并在《光明日报》、《人民法院报》、《中华工商时报》、《经济学消息报》等报发表了一些文章。部分论文、文章或研究报告曾在《人民日报内参》、《中国社会科学院要报》、《体改内参》等内部刊物以及《中国的过渡经济学》（盛洪主编）、《中国与世界：公司法改革国际峰会论文集》（中国政法大学民商经济法学院主办）等论文集中转发。

推荐序

随着中美两国之间的商业和投资以不断加快的速度持续增长,中美两国的律师将会越来越地被要求共同工作,以实现其各自客户的目标。因此,对于这两个国家的律师来说,不但了解对方的法律制度至关重要,与其同等重要的还有了解彼此的法律文化。后一句话指的是律师学习法律的方式及其用于解释法律并将法律适用于具体情况的分析工具。对于美国公司法来说,它指的是了解司法判例的影响——不但在解释成文法方面,而且在创造普通法的信托责任方面,以及了解法律经济分析日益增强的重要性。上述普通法的信托责任并非固定的或僵化的,而是不断地适应于诸如未经邀请的、旨在取得控制权要约收购之类的创新上。

苗壮的《美国公司法:制度与判例》一书为寻求了解美国公司法和公司法律师的中国法学生和律师提供了一个重要桥梁。苗先生非常适合提供有益的见解——作为一名有经验的中国律师,在获得了弗吉尼亚大学法学硕士(LL. M.)学位的同时,苗先生还研究了美国公司法以及相关法律。他现在是弗吉尼亚大学法学博士(S. J. D.)学位的候选人——该学位是美国法学最高的学术学位。

在简要说明了美国的公司治理、公司所发行的证券以及诸如公司兼并之类重大交易的同时,本书向读者介绍了许多最有影响力的公司法判例。渴望更多地了解美国法律制度的中国法学生和律师将会发现,本书是一个宝贵的工具。

迈克尔·P.杜利

威廉·S.波特法学教授

研究生法学研究部主任

弗吉尼亚大学法学院

2006年11月

于夏洛特斯维尔,弗吉尼亚

PREFACE

As commerce and investment between China and the United States continues to grow at an ever-increasing pace, Chinese and American lawyers will increasingly be called upon to work together to accomplish their respective clients' objectives. It is therefore vital that lawyers from each country understand not only their counterpart's legal system but its legal culture. By the latter phrase, I mean understanding the ways in which lawyers learn the law and the analytic tools they use to interpret and apply the law to specific situations. For American corporate law, this means understanding the influence of judicial opinions, not only in interpreting statutes, but in creating a common law of fiduciary duties that is not fixed or rigid but constantly adapts to innovations such as the unsolicited tender offer for control, as well as the growing importance of economic analysis of law.

Miao Zhuang's book, *American Corporate Law*, provides an important bridge for Chinese law students and lawyers who seek understanding of American corporate law and lawyers. Mr. Miao is uniquely qualified to provide useful insights: an experienced Chinese lawyer, Mr. Miao studied U. S. corporate and related law at the University of Virginia, while earning the Master of Laws (LL. M.) degree. He is currently a candidate for the Doctor of Juridical Science (S. J. D.) degree, the highest academic degree in American law, at the University of Virginia.

The book introduces the reader to many of the most influential corporate law decisions, while providing straight forward explanations of U. S. corporate governance, the types of securities corporations issue and the kinds of fundamental transaction, such as merging with another corporation. Chinese law students and lawyers, who aspire to learn more about the U. S. legal system, will find this book an invaluable aid.

Michael P. Dooley
William S. Potter Professor of Law
Director of Graduate Legal Studies
University of Virginia School of Law

November, 2006
At Charlottesville, Virginia

序

—

本书相当于一本修正版或中国版的美国公司法教科书。

近代以来,中国法律制度的创新始终伴随着对包括美国在内的西方法律制度的引进、吸收和借鉴。^{〔1〕}改革开放以来,随着中美两国之间在各个领域的交流与合作不断加强,两国法律人之间对彼此法律制度的兴趣也在不断加深。然而,由于社会制度与“法系”的不同,两国之间不但在法律制度上,而且在思维方式与表达方式上都有相当大的差异。本书的目的就是帮助中国读者全面、准确地了解美国的公司法律制度,并在此基础上更为深入地理解其内在的思维方式及其相关的表达方式。

在弗吉尼亚大学法学院学习期间,我切身体会到,美国法律教育的根本目的是指导学生如何思考;或者更确切地说,如何“像法律人那样思考”。^{〔2〕}这一点首先体现在美国法学院的入学考试中,^{〔3〕}更体现在其教学活动中,尤其是其独具特色的苏格拉底教学方法与判例教学方法。^{〔4〕}

〔1〕 在公司法领域同样如此。最近,中国公司法的修改就大量借鉴了包括美国在内的西方公司法律制度。

〔2〕 To think like a lawyer.

〔3〕 美国法学院入学考试(LSAT)包括三个部分:阅读理解(reading comprehension)、逻辑推理(logical reasoning)、分析推理(analytical reasoning)。显然,其所考查的不是法律及其他相关领域的专业知识,而是法律人所必备的分析能力。

〔4〕 Socratic Method and Case Law Method.

事实上,美国的法律教育就是以司法判例为中心的。在美国的法学院,教科书被称为“判例汇编”。〔5〕“判例汇编”的主体就是各种各样的判例,其主要内容包括针对判例所作的注释、所提的问题、所附的文章以及所列的参考文献等。教学与考试的主要内容也是针对判例所进行的讨论、辩论、分析、评价,等等。〔6〕可以说,判例教学方法是美国法律教育的基本方法。〔7〕

为什么美国的法学院如此重视判例教学?从根本上讲,这是为了指导学生在全面、准确地了解本国法律制度的基础上,培养其提出问题、分析问题和解决问题的能力,使之能够“像法律人那样思考”。〔8〕

众所周知,美国属于普通法系国家,而普通法最基本的法律渊源就是司法判例。〔9〕因此,要想全面、准确地了解美国的法律制度,必须精通判例。

当然,建国伊始,美国就有一些制定法。〔10〕后来,随着工业化、城市化的发展,在南北战争,特别是大萧条以后,美国政府,特别是联邦政府逐渐加强了对社会经济活动的干预和管制,并为此而制定了许多法律。此外,为了实现法律的统一,更好地适应社会经济发展的需要,美国法律人在法律,特别是“民商法”的“成文化”、法典化方面做出了很多努力,并取得了相当大的成就。〔11〕即便如此,要想全面、准确地了解美国的法律制度,包括其制定法,仍然需要精通判例。

之所以如此,首先,很多制定法就是在总结司法判例的基础上形成的;其次,制定法的模糊、两可与空白之处有待于在审判过程中澄清、填补;最后,法官创造性地解释、适用乃至“制定”法律仍然是法律发展的强大动力,至少在美国是这样。

因此,在美国以及其他一些普通法系国家,制定法的存在与法律的“成文化”、法典化等并没有削弱司法判例的作用,也没有否定遵循先例的原则。相反,一些民法

〔5〕 Casebook/cases and materials.

〔6〕 当然,美国法学院的教科书及其教学与考试都会涉及制定法(statute)的内容,但其主要目的与其说是研究法条本身,不如说是更好地研究判例。无论是教师还是学生,都不会在法条上浪费时间。

〔7〕 苏格拉底教学基本上是围绕着判例教学进行的。基本上可以说,没有判例教学,就没有苏格拉底式教学。

〔8〕 作者曾经在中国政法大学美国法研究中心举办的一次学术会议上讲:美国法的皮毛是制定法,其血肉是判例法,而其精髓则是法官在审理案件,特别是疑难案件的过程中,澄清法律的模糊、两可之处,填补法律的空白,创造性地解释、适用乃至“制定”法律等所体现的提出问题、分析问题和解决问题的方法。这一点也在本书得到了充分的体现。

〔9〕 在“民商法”领域(e. g. contracts, torts, property, etc.)更是如此。

〔10〕 例如,美国宪法就是一部制定法。

〔11〕 如“统一商法典”(Uniform Commercial Code, UCC)的制定与实施。

法系国家也越来越重视司法判例的作用。^[12]

更为重要的是,只有精通判例,才能更为深入地理解法官在审理案件,特别是疑难案件的过程中澄清法律的模糊、两可之处,填补法律的空白,创造性地解释、适用乃至“制定”法律等所体现的提出问题、分析问题和解决问题的方法。

如前所述,法律,特别是制定法往往是不完全、不完善和滞后的。法律的模糊、两可与空白之处固然在所难免;随着社会经济的发展,法律也有可能逐渐过时,甚至最终丧失合理性或公正性。这就有必要在实践中,特别是司法实践中,不断地检验并发展、完善法律。

法律之所以具有上述局限性,首先是因为环境的复杂多变性与人类理性在语言和立法技术等方面的有限性。在立法过程中,人们很难全面、准确地设想到各种情况,特别是全面、准确地预见到未来的各种情况。因此,法律往往是不完全、不完善和滞后的。

其次,法律不但涉及对未来的预测,而且涉及对利益的分配。因此,立法者不但要考虑到法律的技术可操作性,而且要考虑到法律的社会可接受性。从某种意义上讲,立法就是各种利益集团之间互动、交易或博弈的过程。作为上述过程的均衡点,法律往往是各方当事人之间妥协的产物。在这种情况下,法律的模糊、两可与空白之处往往是立法者有意而为之。这样做往往是为了分解难题、化解矛盾。

最后,人类总是有所发明、有所创造、有所前进的。^[13] 在无数的行为主体无穷无尽的想象力、创造力面前,^[14] 法律往往是粗糙的、滞后的。因此,在立法时比较完全、比较完善的法律,随着社会经济的发展也有可能逐渐过时,甚至最终丧失合理性或公正性。

从根本上讲,法律的生命不是逻辑,而是经验。^[15] 归根结底,法律是在实践中产生并不断发展、完善的。法律是否可行、是否可欲,也要在实践中不断检验。

审判过程就是一个在司法实践中检验、发展并完善法律的过程。在审判过程中,法官所要解决的是当事人在社会经济活动中产生的现实的、有时是难以预料的纠纷。后者则往往处在法律的模糊、两可或空白之处。这就需要审理案件的法官从

[12] 在我国,在某种意义上讲,司法解释就发挥着类似于司法判例的作用。此外,我国法院系统近年来所实行的指导案例制度则直接加强了司法判例在司法审判中的作用。当然,在我国,司法判例不是法律的正式渊源。我国司法系统也不实行遵循先例原则。因此,有关司法判例只有指导或参考作用。

[13] 这包括法律规避行为。

[14] 包括法律规避方面的“想象力”、“创造力”。再严密的法律也是“有隙可乘”的。

[15] 霍姆斯:《普通法》(波士顿,1923年),第1页。

实际出发,创造性地适用、解释法律,甚至“制定”法律。

作为司法实践的主体,法官的独特优势在于,他们必须“听了原告听被告”,尽可能做到“兼听则明”;可以听取受过各种专业训练、具有丰富的理论知识与实践经验的律师与专家的意见;还可以参考过去的判例、^[16]习惯惯例、^[17]社会通行的价值观念、现行的公共政策^[18]等。在这个意义上讲,司法判例是法官与当事人及其律师、专家等众多行为主体集体智慧的结晶,具有强大的生命力。^[19]

一般来说,大陆法系具有更强的理性主义、演绎主义色彩,而英美法系则有更强的经验主义、归纳主义色彩。^[20]由于判例法的特点,在审理案件时,美国法官往往需要进行更多的归纳推理或类比推理。例如,根据遵循先例原则,在审理案件时,他们往往需要对众多先例所确立的法律规则进行归纳,以确定本案所应适用的法律规则。^[21]再如,根据同等情况同等对待的原则,在审理案件时,他们往往还需要对本案中的事实与众多先例中的事实进行类比,^[22]以确定上述先例所确定的法律规则是否适用于,在什么意义或多大程度上适用于本案,等等。

进一步说,由于先例具有约束效力,美国法官在审理案件时还承担了类似于立法者的职能。就像立法者在立法时需要提出立法理由一样,他们也需要在判决时提出判决理由。在阐述判决理由时,他们往往不但需要进行形式推理,而且需要进行辩证推理;在进行辩证推理时,他们往往不但需要考虑法律的规定,而且需要考虑很多社会经济因素,如公共政策、价值观念、经济现实、商业惯例、社会福利、经济效率,等等。一般来说,大陆法系国家的法官不一定要进行如此复杂的辩证推理,也不一定要撰写如此详尽的判决理由。

因此,要想全面、准确、深入地引进、吸收、借鉴包括公司法在内的美国法,并在此基础上有所创新,必须从研究、分析具体的司法判例入手。只有这样,才能全面、准确地了解美国的法律制度,并在此基础上更为深入地理解其内在的思维方式及其相应的表达方式。在这个方面,包括公司法在内的美国法学院教科书发挥着不可替

[16] 根据遵循先例原则(stare decisis),在审理类似案件时,法官必须遵循上级法院或本法院的先例。

[17] 如所谓的“course of performance, course of dealing, usage of trade”,等等。

[18] 如所谓3P公式(precedent, principle, policy);再如所谓value;再如所谓“公序良俗”,等等。

[19] 有的法律人甚至认为,法律就是法官对案件所做的判决;法律的功能就是帮助当事人对法官将如何做出判决进行预测。

[20] 当然,上述差异并不是绝对的。例如,三段论式的演绎推理也是美国法律人基本的推理方式。

[21] 这相当于确定演绎推理的大前提。

[22] 这就是所谓的“区分技术”(analogy/distinction)。

代的作用。这不但是因为这类判例汇编正是为了实现上述目的而作的,而且是或者更是因为它们长期法律教学实践的产物,是在长期的法律教学实践中发展、完善并得到检验的产物,具有强大的生命力。

对习惯于大陆法系的思维方式与表达方式的中国读者来说,在阅读、理解包括公司法在内的美国法学院教科书时至少存在以下障碍:

首先是逻辑和语言方面的障碍。^[23]

在语言方面,除了一般的障碍,还有一些与专业知识相关的特殊障碍。这是因为,在美国法学院的教科书中存在着大量的专业术语。^[24]即使对于美国人来说,有的专业术语都像是“外国语”。^[25]这一点,再加上两大法系之间在法律术语和对应概念等方面的差异,对于一般的中国读者来说,语言方面的障碍之大可想而知。如果不能有效地克服这方面的障碍,不但很难理解美国司法判例的判决理由,甚至很难弄清其案件事实与争议焦点。分析、评价更是无从谈起。

其次是体例与内容方面的障碍。

如前所述,美国法学院的教科书是以判例为中心、为主体、为主要内容的。^[26]其中,既没有对包括制定法与判例法在内的有关法律制度的全面阐述和深入分析,也没有多少对判例本身的概述和分析。^[27]即使在美国的法学院,也不是所有的学生都能很快适应这样的体例和内容;来自大陆法系国家的学生更是如此。对于后者来说,法律似应主要体现为法典或法条,而他们在教科书中所看到的却主要是形形色色的“寓言”或“故事”。并且,这些“寓言”或“故事”往往篇幅很长、内容丰富、结构复杂。对此,习惯于大陆法系国家法学院教科书的内容与体例的中国读者应当不难体会。

在美国,为了帮助学生更好地理解判例,有的法学院编写了一些制定法汇编,有

[23] 关于逻辑方面的障碍,参见上文对两大法系思维方式与表达方式等问题的分析。

[24] 既有法律术语,又有其他专业的术语。例如,在美国公司法判例中,就有大量的财务、金融、商务、经济等方面的专业术语。当然,从根本上讲,上述专业术语方面的问题是由专业知识方面的问题所引起的。

[25] 在美国的法学院,有时候也需要将一些专业术语“翻译成英语”。

[26] 即使是制定法也是如此。例如,美国宪法教科书就是如此。不但整个美国宪法,就是其十项修正案,甚至其第一项修正案就可以写成1000页左右的判例汇编。其他制定法亦然。例如,兼并与收购(美国公司法的一部分)同样可以写成1000页左右的判例汇编。再如,证券欺诈(美国证券法的一部分)也可以写成1000页左右的判例汇编。

[27] 这样的内容和体例是由判例教学与苏格拉底教学的目的和方法所决定的。

的出版社编写了一些教学辅助材料。^[28]在课堂上,不少教授也会对有关的法律制度和判例本身进行一些必要的阐述、概述和分析,虽然上述阐述、概述或分析往往是蜻蜓点水式的。^[29]更为重要的是,美国法学院的学生都能直接参与并逐渐适应判例教学与苏格拉底教学的实践和方法。而这样的信息资源和教学环境都是中国读者所不具备的,至少是不完全具备的。

考虑到上述因素,作者决意写出一本适合中国读者具体情况与特殊需要的美国公司法教科书。这有利于降低学习成本,提高学习效率。美国法律人有一个口头禅:reasonable under the circumstance。对于具有法律经验主义、法律实用主义和法律现实主义传统的美国法律人来说,这似乎是理所当然的。对于具有实事求是传统的中国法律人来说,这也是可以理解的。^[30]

当然,凡事“有经有权”。既然是一本美国公司法教科书,那么无论如何“修正”,如何“中国”(权),都必须保持美国公司法教科书的基本内容、基本形式、基本体例和基本风格(经)。否则就不成其为美国公司法教科书了。

顾名思义,从体例和内容上讲,本书主要由两个部分组成:“制度”与“判例”。在“制度”部分,将比较全面地阐述包括制定法与判例法在内的美国公司法基本制度,并对其进行一定的分析和评价,特别是社会经济分析。在这个部分,除了正文以外,还有一些参考性的附件。^[31]在“判例”部分,将比较全面地概述美国公司法判例的案件事实、争议焦点、司法判决与判决理由,并对其进行一定的分析和评价,特别是社会经济分析。如果说,上述阐述、概述的目的主要是“知其然”,那么,上述分析的目的主要是“知其所以然”。只有不但“知其然”,而且“知其所以然”,才算是“像法律人那样思考”。

由此可见,本书不但涉及典型的美国公司法教科书所涉及的内容,而且涉及美国的法学院或出版社所编写的制定法汇编或教学辅助材料所涉及的有关内容。与典型的美国公司法教科书相比,本书对有关法律制度与判例本身都进行了更为全面、更为具体的阐述、概述与分析。不难理解,这有利于更好地适应中国读者的具体情况和特殊需要,从而降低学习成本,提高学习效率。

[28] Supporting materials. 包括对有关法律制度或判例本身比较全面、具体的阐述、概述或分析。

[29] 这同样是由判例教学与苏格拉底教学的目的和方法所决定的。从根本上讲,学习是学生自己的事情。上述种种阐述、概述、分析等同样如此。在美国法学院的教学活动中,学生的作用是主导性的,而教授的作用则是辅助性的(帮助、启发、指导,等等)。

[30] 用我们的话说,这叫具体情况具体分析;或者说,“在什么山上唱什么歌”。

[31] 即“文章”(essay)。

有必要指出的是,本书同样是以司法判例为中心、为主体、为主要内容的。并且,归根结底,更为深入地研究与分析是读者自己的事情。因此,在本书中,作者对美国公司法有关制度与判例所进行的阐述、概述、分析、评价等,都只能帮助,而绝不能代替读者自己对美国公司法,特别是美国公司法判例的更为深入地研究与分析。

进一步说,美国的司法判例以说理见长。这正是美国法的精髓之所在。法条与先例都有可能过时,但其中所蕴涵的法律人的经验和智慧则有更强的生命力。此外,法律是以语言为载体的。因此,更为深入地研究与分析美国法,不但有必要阅读判例,而且有必要阅读并理解其原文。美国公司法也不例外。因此,作者建议读者认真阅读并理解作者所概述、分析、评价过的所有判例原文。这样可以收到一箭双雕的效果。

当然,作者并没有忽视或低估一般的中国读者在阅读并理解美国公司法判例原文时有可能遇到的困难。事实上,作者对美国公司法有关制度与判例所进行的阐述、概述、分析、评价等,不但能够在语言、逻辑、内容等方面帮助读者克服阅读、理解判例原文的障碍,而且能够在理论和方法上帮助读者对美国公司法的制度和判例进行更为深入的研究与分析。在这个基础上,独立地阅读并理解判例原文应当是可以做到的。

二

公司的基本特征是“所有与控制的分离”^[32]和有限责任。这就产生了董事与高级职员、控股股东或股东的“代理问题”。^[33]具体来说,由于利益不一致和信息、力量不对称,在“两权分离”和有限责任的条件下,董事与高级职员、控股股东或股东就有可能利用信息、力量优势损害股东、少数股东或债权人的利益。公司法的基本目的就是保护股东、少数股东以及债权人的利益。上述基本目的体现在公司法的各项基本制度中。美国公司法也不例外。

从静态上讲,美国公司法的基本制度包括股东、董事与高级职员之间的权力配置,股东的权利,董事与高级职员、控股股东的信托责任,公司的社会责任^[34]等;从动态上讲,美国公司法的基本制度包括公司设立、公司重大变更、^[35]公司解散,等

[32] Separation of ownership and control.

[33] Agency problem.

[34] 包括在特定情况下股东对公司债务的连带责任。

[35] 包括权限与程序、信托责任等。

等。上述基本制度及其相关判例就构成了本书的基本内容。

美国公司法是市场经济的产物。“合同自由”与“企业自治”是市场经济的两大支柱。在市场经济条件下,政府对市场、企业的干预、管制并没有否定、取消上述原则,而是为了在限制的同时更好地保护当事人的自由与自治。可以说,公司自治是美国公司法的灵魂。

公司是“一系列的合同”。^[36] 在没有交易成本或者交易成本很低的情况下,当事人完全可以通过平等、自愿的协商对其权利与义务做出全面、具体的约定。美国法律人普遍认为,当事人对自己的利益最有发言权。一般来说,如果没有欺诈、胁迫等情形,当事人之间所达成的协议最能体现其个人利益;如果没有负的外部效应,上述协议也最能体现社会公共利益。因此,一般来说,只要不违反法律的强制性或禁止性规定,^[37]当事人就可以任意地对公司的产权结构、治理结构、争端解决机制等事项做出约定。这是公司自治原则在美国公司法中的首要体现。

由于环境的复杂多变性与人类理性的有限性,当事人之间就公司治理所做出的约定往往是不完全、不完善和滞后的。在交易成本较高的情况下,“公司合同”的模糊、两可与空白之处在所难免。这就有必要制定默认规则或填空规则,^[38]以降低交易成本。事实上,美国公司法主要就是由这类授权性规则^[39]组成的。这类规则的主要功能是为当事人提供格式化的标准条款,填补当事人约定的空白。一般来说,当事人可以任意选择是否采纳这类规则。这也是公司自治原则在美国公司法中的重要体现。

不仅如此,出于对市场竞争机制与合同自由原则的尊重,在设计上述授权性规则时,美国法律人往往采取“模拟市场”的方法。其所考虑的基本因素是,如果没有交易成本或者交易成本很低,大多数当事人通过平等、自愿的协商会达成什么样的协议?^[40]事实上,许多授权性规则就是根据当事人所达成的协议而制定的。这既是公司自治原则在美国公司法中的一个体现,也是理解其众多授权性规则的一把钥匙。

当然,市场竞争机制不可能是完美的。在存在交易成本、外部效应等的情况下,

[36] Nexus of contracts.

[37] Mandatory/prohibitory rules.

[38] Default rules or gap-filling rules.

[39] Enabling rules.

[40] i. e. “What the parties would have agreed had they bargained over the terms at the time of contracting?”

当事人之间完全有可能通过欺诈、胁迫等方式相互损害,或者通过恶意串通等方式损害他人或社会公众的利益。^[41] 上述行为不但有失公平,而且有损效率。这就有必要实行干预、管制。在美国公司法中,上述干预、管制具体体现为其强制性与禁止性规则。

然而,政府干预、管制同样不可能是完美的。由于信息不充分、利益冲突等原因,政府同样有可能“犯错误”。^[42] 更为重要的是,实践证明,市场竞争机制能够更为有效地解决信息与激励问题。从效率最大化的角度来说,市场竞争机制应当是调整资源配置的基础性机制。因此,政府干预、管制既要适度,更要适当。其目的不应当是否定、取消市场竞争机制,而应当是在限制的同时更好地保护合同自由与企业自治。这一点同样体现在美国公司法的强制性与禁止性规则中。^[43]

从20世纪70年代起,美国法学界兴起了一场声势浩大的法与经济学运动。^[44] 作为一种跨学科的法学理论,法与经济学旨在以经济学,特别是制度经济学的分析方法研究法律现象。现在,法与经济学已经渗透到美国的法律研究与教学、立法与司法等各项活动中,并几乎渗透到美国的各个法律部门,特别是“民商经济法”领域,成为一种基本的法律分析方法。从某种程度上讲,不了解法与经济学的基本假定、基本概念、基本模型与基本原理,就很难理解美国的法律制度与司法判例。在美国公司法领域更是如此。

需要指出的是,法律经济学的分析方法虽然是一种基本的法律分析方法,但也只是其中的一种方法,而不是,也不可能是唯一的方法。作者认为有必要提醒读者注意上述方法的局限性。当然,任何方法都有局限性。世界上没有包治百病的灵丹妙药。因此,作者尊重任何科学的法律分析方法,并在本书中尽可能地从多种角度来分析问题。不过,与其他分析方法相比,作者更为擅长经济分析方法,或者说社会经济分析方法,并在本书中大量采用了法律经济学的分析方法。这也是本书的特色之一。

三

本书的顺利出版离不开法律出版社的大力支持。因此,首先感谢法律出版社对

[41] 这就是所谓的“市场失灵”(market failure)。

[42] 这就是所谓的“政府失灵”(government failure)。

[43] 有的法律人甚至认为,美国公司法中的强制性或禁止性规则也像其中的授权性规则一样,是模拟市场的结果,二者之间并没有本质的区别。

[44] Law and economics, also economic analysis of law, etc.