

法律文明史研究院文库·何勤华主编

法律文明史文库
西方经典

公司法的逻辑

[美] 弗兰克·H·伊斯特布鲁克等 著
黄辉 编译

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律文明史研究院文库·何勤华主编

国家重点学科华东政法大学法律史学科项目
上海市社会科学创新研究基地“法律文明演进研究” 资助

法律文明史文库
西方经典

公司法的逻辑

[美] 弗兰克·H. 伊斯特布鲁克等 著
黄辉 编译

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法的逻辑 / (美) 弗兰克·H. 伊斯特布鲁克等著; 黄辉编译. —北京: 法律出版社, 2016. 6

(法律文明史研究院文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9608 - 7

I. ①公… II. ①弗…②黄… III. ①公司法—研究—世界 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 130779 号

公司法的逻辑

[美] 弗兰克·H. 伊斯特布鲁克 等著
黄 辉 编译

策划编辑 沈小英
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 2016 年 7 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 35 字数 423 千

印次 2016 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 财经出版社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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 - 9608 - 7

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

文明,是指人类进化(发展)到一定阶段而形成的生存方式(行为样态)以及其所创造的成果。其主要标志有八:一是私有制的产生;二是阶级的形成;三是文字的诞生;四是创造财富的能力达到了能够养活一部分无须直接从事生产(获取食物)的人口,从而形成了社会分工;五是国家的正式诞生;六是法律的基本定型并发挥着主要的社会规范作用;七是除了物质生活之外,形成了相应的精神(宗教、艺术、建筑等)生活;八是人类的思想觉悟和道德品格达到了“我为人人,人人为我”以及“己所不欲,勿施于人”的境界。

法律,是文明的重要内容和主要标志,法律文明就是人类文明中与法律相关的各项元素的总和,具体包括法律意识和法律思想(观念),法律规范、法典和判例,法律制度,法律实施、法律行为以及其相应设施(法院、监狱等),法律教育,法律学术,法律遗存等。法律文明的萌芽,最早可以追溯到早期人类(公元前 200 万年)的非洲能人“奥杜韦(Olduvai)遗址”,其被考古学家初步认定为游群社

会,已经出现了“集体决议”、“权力”、“国体”等意识之萌芽。经历了漫长的发展之后,才与私有制、阶级、军队、国家和文字等一起诞生。公元前3500年苏美尔人在美索不达米亚南部建立乌鲁克(Uruk)城邦,公元前3100年美尼斯(Menes)统一埃及,公元前2350年印度的村落形成哈拉帕(Harappa)城邦,公元前2070年禹在中国建立夏王朝,分别标志着法律文明在美索不达米亚、埃及、印度和中国的正式诞生。

人类法律文明诞生以后,至今已经过去了5000多年。在这历史的长河中,涌现了众多的法典、判例、人物、作品和法律事件,吟唱传诵着无数的法律诗歌和故事篇章:《梅腾自传》,《汉穆拉比法典》,皋陶,摩西,《赫梯国王哈吐什尔和埃及法老拉美西斯二世的同盟条约》,“哈里斯”大纸草,《摩奴法典》,《法经》,梭伦立法,《十二表法》,柏拉图与《法律篇》,《圣经》,《古兰经》,《唐律疏议》,《大宪章》,格劳秀斯与《战争与和平法》,《威斯特伐利亚和约》,孟德斯鸠与《论法的精神》,布莱克斯通,《独立宣言》,《人权宣言》,《美国宪法》,“马伯里诉麦迪逊案”与马歇尔大法官,《拿破仑法典》,奥斯汀,康德,萨维尼,梅因,沈家本,梅特兰,霍姆斯,美浓部达吉,罗斯科·庞德,等等。对这些丰富厚重的法律文明遗产进行发掘、整理、研究和总结,对我们了解、吸收和借鉴人类在创造法律、治理社会、促进生产、富足生活方面的经验,建设现代法治国家的意义极为重大。

鉴于此,华东政法大学于2015年6月成立了法律文明史研究院,以为开展上述研究工作提供一个学术平台。编辑出版《法律文明史研究院文库》就是这一平台的中心工作之一。由于法律文明史所涉时间跨度很大,上下五千年;牵涉范围很广,涵盖世界众多国家;研究专题非常丰富,耕耘空间极其宽广,光靠几个或几十个人是无法从事这项宏大学术事业的。因此,在法律出版社的支持下,我们尝试搭建一个出版的园地和平台,热忱欢迎全国英才一起参与这

一研究工作,踊跃惠赐文稿,以推进我国的法律文明史研究,为繁荣法律学术做出贡献。

何勤华

2016年2月26日于华东政法大学
法律文明史研究院

前 言

黄 辉

一、本书的缘起

在过去的二十几年时间,中国的公司法发展迅速,已经借鉴国外经验建立了相对比较完整的公司法制度,但同时需要指出,由于各种原因,与国外的公司法相比,中国公司法还是在很多方面存在差距。除了在具体制度方面还有待完善之外,一个更为重要的问题是对于公司法内在逻辑的把握仍显不足,在理论方面缺乏真正的检讨和创新。理论逻辑有助于理解公司法的实然性,从而不迷失于公司法的具体制度和条文之中,同时又可用于评价其应然性,指明立法改革的正确方向。“他山之石,可以攻玉”,评判性地学习和借鉴国外公司法的经典理论对于中国公司法的未来发展意义重大。

我在 2011 年出版的《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》一书中,曾经对国外的公司理论进行了一些简要的评述。这几年来,不断有人对我讲,评述的内容很精彩,但意犹未尽,希望能够读到原文,就像看完了影评更想去看

电影一样。实际上,评述中涉及的一些文献已经在国内有翻译或介绍,但并不是全部,对于相关理论的不同偏好导致在引进过程中有所偏颇,如公司契约论备受推崇,但对其不足和其他理论的关注较少,从而难以全面把握国外公司法理论的发展状况。根据朱熹提出的“博学——积累——贯通——推类”的格物致知模式,只有放开眼界,兼容并蓄,在尊重和学习他人成果的基础上进行批判性思考,自己才可能进行真正的创新。

因而,本书有两个主要目的。首先,尽量挑选代表性文献,力求观点的全面覆盖,提供一个国际性视野。其次,将相关文献尽量准确、忠实地翻译出来,让读者真正了解原文观点,以纠正目前在引进过程中出现的一些理解偏差甚至舛误。为实现上述目的,本书不仅仅是被动地翻译,更有主动地选择。当然,这个选择过程不可避免地带有主观性,但其优点是具有开放性和针对性,能够更好地符合我国读者的需要。诚然,本书选取的有些论文实际上后来被其作者放进专著,但坦率讲,真正去读专著可能耗时太长,各章节质量也经常良莠不齐,相比之下,论文独立成章,更具可读性,也是精华之所在。就形式上而言,将核心论文集在一起,更加方便阅读和比较。当然,在读完这些核心论文之后,如有需要和兴趣,还可以进一步去读专著和其他文献。

二、本书的内容

本书一共选取了12篇文章,分为三个部分,第一部分是“公司法的本质”,包括5篇文章;第二部分是“公司法的运行”,包括4篇文章;第三部分是“公司法的未来”,包括3篇文章。下文对这些文章做个导读。

(一)公司法的本质

公司本质为何?公司的权利和合法性来自哪里?公司的价值目

标是什么？公司法的正当性基础是什么？公司法规则应当是强制性（指令性）还是任意性（赋权性）？这些都是公司法的基本理论问题，对于公司法的制定和实施具有直接的现实意义。此节选取了5篇文章，涵盖了公司法的契约理论（公司契约论），公司法的社区理论（公司社区论），公司法的团体生产理论，和公司法的宪政理论（公司宪政论）。^① 这些理论对于以上问题进行了不同视角的分析，观点也各不相同，精彩纷呈，蔚为大观。

1. 《公司契约论》^②

该文是公司法契约理论的代表作，其作者是弗兰克·H. 伊斯特布鲁克和丹尼尔·R. 费希尔，属于著名的“芝加哥法学派”（即经济分析法学派）。该学派主张自由放任的经济模式，反对政府干预，强调使用经济学方法分析法学问题。在公司法领域中，该学派倡导公司自治，减少政府监管，主张利用私法性质的契约解决公司问题，因此该理论通常被称为“公司契约论”（contractarian theory），亦称为“法经济学理论”（law and economics theory）。根据该理论，公司不是一个独立的实体，而是被解构为公司各参与人之间设定权利和义务关系的明示和默示契约所组成的一个契约网（a nexus of contracts）；公司法的主要作用就在于减少这个契约机制的交易成本，其基本特征应当是任意性规范而非强制性规范。

公司契约论发轫于诺贝尔经济学奖获得者、芝加哥大学法学院教授罗纳德·科斯（Ronald Coase）构建的法经济学意义上的公司模型。按照科斯的模型，公司是一个用以替代市场进行契约交换和生产

^① 公司法的基本理论除了以上几种之外，比较重要的还有特许权理论和自然实体理论，由于相对比较简单且早已广为人知，本书没有专门选取代表文献，拙著《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）第一章对这两个理论有评述。

^② Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "The Corporate Contract" (1989) 89 *Columbia Law Review* 1416 - 1448. 本文后来成为其专著 Frank H Easterbrook & Daniel R Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard University Press, 1991) 的第一章，是全书的总纲和核心，经典地阐述了公司契约论。

的机制。因此,公司实质上可以解构为一组契约关系,当事人包括股东、经理、其他雇员、债权人、供应商和其他公司参与人等。换言之,公司机制与通常的当事人之间的市场契约关系并无任何不同,公司只不过是一个“高度专业化的替代市场”而已。之所以选择通过公司形式进行生产,是因为公司能够减少代理成本(agency cost)。代理成本存在于任何涉及决策行为的代理关系之中,即只要一个人雇用另一个人从事包含决策行为在内的工作,就必然会产生代理成本。这种成本来源于代理人与被代理人之间的利益偏离。概而言之,代理成本可以分为三部分:第一,被代理人为了防止代理人的自我交易行为或懈怠渎职行为而付出的监督成本;第二,代理人为了向被代理人表明自己的忠诚而付出的证明成本;第三,其他成本,如尽管代理人勤勉努力,但仍然没有使被代理人的利益最大化等。

在公司中,代理成本主要来源于董事与股东之间存在的利益偏离,比如,董事的利益在于公司的成长、工作的稳定、报酬的增加和个人声誉的提高等,而股东的利益在于公司利润最大化和投资回报率。为了降低代理成本,公司形式中包含了各种相应机制。当公司发起人或董事发行股票时,证券市场上的投资者就会首先审查公司的治理结构和措施,包括董事的忠诚和能力以及股东控制权等,然后决定是否投资。根据契约理论,这是一个优胜汰劣的自然选择过程。只有那些市场投资者赞同的公司治理措施才会生存下来,这些治理措施也就是最优的措施,如独立董事和股东救济制度等。除了资本市场之外,其他市场机制也有这方面的作用,比如,公司控制权市场、经理人市场和产品市场等。

根据公司契约论,公司不过是一组契约,而不是一个真正的实体,因此公司不存在上下的等级制度。公司中降低代理成本的各种措施完全是由市场机制决定的,并体现在相关的契约中;公司中的各方契约当事人都被视为理性的经济人,有权利也有能力按照自己的意愿缔结契约。公司契约论主张公司自治,公司事务被视为契约当事人之间

的私人事务,它们应当交由市场力量的“看不见的手”决定,尽量减少国家干预。在此理论下,公司法的主要作用就在于减少契约机制的交易成本,具体而言,第一,通过提供一个标准的格式契约而减少契约订立的成本;第二,通过国家统一的执法机关而减少契约履行的成本。在一个完美的没有交易成本的科斯世界中,也许可以完全通过契约途径解决公司中的代理问题,但现实世界存在交易成本。^③ 比如,订立契约需要成本,特别是由于“搭便车”(free-ride)和集体行动(collective action)等问题的存在,使单个契约订立的成本都可能很大,社会总体的契约订立成本就会更加高昂。实际上,这些订约成本中有很大部分是纯属没有必要的浪费,因为每家公司中的参与人每次都需要不断重复地订立一些内容上几乎雷同的契约。为了避免这部分重复性的订约成本,国家应当提供一套标准的契约格式条款,以便公司参与人在需要时方便援用。当然,这些标准条款应当尽可能地接近于在一个交易成本为零的世界中公司参与人通过协商所可能达成的契约条款。公司法律规范实际上就是这些标准契约条款。在有些情况下,这些标准契约条款可能并不符合具体公司的最佳利益,公司参与人可以改变那些标准条款,并专门订立适合自己特定情况的具体契约条款。因此,公司法应当主要是任意性规范而非强制性规范。

2.《公司法的强制性结构》^④

该文作者杰弗里·N. 戈登是美国哥伦比亚大学法学院教授。

^③ 科斯关于交易成本为零市场就能有效配置资源的观点实际上有一个内在的逻辑问题。如果交易成本真是零,那还会有市场吗? 还需要市场吗? 市场必然存在交易成本,因为市场机制就是由各种商业中介和法律设施等组成,良好运行的市场的交易成本往往并不低。当然,市场的作用又在于降低交易成本,但到底降低了什么交易成本呢? 根据 F. H. Knight (奈特)、H. S. Gordon (戈登) 和张五常等人发展的租值消散理论(dissipation of rent, 也称为租值耗散), 市场可以降低租值消散, 其核心在于形成一个有效的价格机制, 在通常情况下, 这是成本最低的一种资源配置机制, 与政府的行政管制甚至私人的武力抢夺等方式相比, 市场机制的资源配置效率更高(需要指出, 非价格机制有时在配置资源方面可能更有效率, 这正是政府干预经济的正当性基础)。

^④ Jeffrey N. Gordon, "The Mandatory Structure of Corporate Law" (1989) 89 *Columbia Law Review* 1549.

1988年12月8日至9日,哥伦比亚大学法学院召开了一场关于公司法应当是任意性抑或强制性规范的“华山论剑”,当时美国顶尖的公司法学者悉数到场,盛况空前,而本文作者正是该大会的召集人,本次大会的论文随后发表在1989年《哥伦比亚法律评论》第89期的专版上。可以讲,对于公司法任意性和强制性问题的讨论,这次会议代表了一个巅峰,至今仍未逾越。

本文与上面的《公司契约论》都是此次会议的论文,分别代表了两派观点。如上所述,《公司契约论》强调公司法的任意性品格,而本文指出公司法应当在某些方面具有强制性结构,即公司法应当是一个任意性与强制性规范的混合型。本文首先阐述并评判几种支持混合型公司法的假说,即投资者保护假说、不确定性假说、公共产品假说、创新假说和投机修改章程假说。除了第一个假说之外,其他四个假说都是基于以下观点:强制性规则的僵硬缺陷所导致的效率损失小于这些规则通过解决订约过程中的问题而产生的收益。戈登教授认为,后三个假说,特别是最后一个假说,具有强大的理论说服力,然后根据这些假说提出的标准分析某些强制性的公司法规则,包括程序性规则、权力分配性规则、经济结构变更性规则和诚信义务规则等,并且探讨两个相互联系的观点:第一个观点认为,一组数量有限的“非构成型”强制性规则——比如,给异议股东提供一个退出机制的异议股份收买请求权——难以取代目前存在的“构成型”规则;第二个观点认为,由于董事诚信义务的目标是为了保护公平,而不是私人利益最大化,因此,允许选择退出诚信义务在本质上是错误的。

3. 《公司社区论:法理基础及法律改革》^⑤

本文作者大卫·米伦是美国 Washington & Lee 大学法学院教授, Frances Lewis 法律中心主任,是公司法社区理论的代表人物。社区理

^⑤ David Millon, "Communitarianism in Corporate Law: Foundations and Law Reform Strategies" in Lawrence Mitchell (ed.) *Progressive Corporate Law* (1995) 1.

论(communitarian theory)将公司视为一个社区,关注董事在服务于股东利益的过程中对非股东公司利益相关人的负面影响问题。此理论的兴起是因为20世纪80年代发生在美国的敌意收购浪潮,在收购后,为了获得收购效益,收购方通常对被收购方进行重组,将一些工厂关闭或搬迁,从而造成大量工人失业,当地社区损失原本为吸引公司而进行的投资等。如上所述,公司契约论认为,这些非股东公司利益相关人能够通过契约机制有效地保护自己。但是,社区理论认为这种观点不成立。

第一个理由,非股东公司参与人利用契约机制进行自我保护在现实中不可行。社区理论认为,公司契约论只关注公司行为的经济成本,但实际上公司行为包括更为广泛的非经济的社会成本。比如,工人下岗后的损失不仅仅是工资的损失,而且包括心理上的痛苦和自尊上的伤害;即使该工人找到了新工作,他也会由于上一次的解雇经历而存在心理障碍,成为惊弓之鸟,难以适应新的工作环境。这些负面影响都是真实存在的,但都难以用金钱衡量和弥补。另外,非股东公司利益相关人不可能预见到所有的可能对自己造成伤害的公司行为,从而不可能在契约中进行规定。这首先是由于信息不对称的原因。在缔约过程中,公司管理层通常享有信息上的优势,知道公司以后的经营方针和计划等。其次,有些事情连管理层也无法预见。市场形势瞬息万变,存在很多不确定因素,任何人都难以把握。最后,即使有些公司行为可以预见,但是,由于尚未发生,难以准确估计它们的影响后果。

第二个理由,即使通过契约进行自我保护在技术上是可行的,但是,由于谈判力量的不对等,非股东公司参与人难以获得充分的契约保护。这实际上是一个实质公平与形式公平的问题。契约理论主张的是形式公平,认为契约是双方平等协商的结果,人人都有讨价还价的自由。因此,契约当事人的权利和义务完全按照契约规定,外界因素不得介入。相反,社区理论主张的是实质公平,认为由于当事人之间的谈判力量不同,绝对的契约自由不能保证契约公平。与股东相

比,非股东的谈判力量较弱,因此,非股东的公司参与人的权利不能只限于他们在契约谈判中所争取到的权利,而需要法律的特殊保护。这个问题实质上反映了社区理论与公司契约论对于市场机制的不同态度,具体而言,社区理论认为不能完全依赖市场机制。

那么,法律的特殊保护是什么呢?社区理论进一步提出,各种公司参与人之间负有相互尊重和相互支持的义务,而这种义务来源于公司参与人之间的相互信任和依赖的关系。比如,雇员基于在公司长期工作的预期而进行了大量的与公司相关的人力投资,进行职业培训,放弃其他的工作机会等,因此,如果公司让雇员下岗,就是损害了相互之间的信任和依赖关系,违反了相互尊重和支持的义务。具体到董事义务问题,主张社区理论的学者之间分歧较大。温和派认为,董事在决策中可以考虑非股东的公司参与人的利益,有义务(但不是信义义务)去避免损害他们;激进派认为,董事应当对于所有的公司参与人都负有信义义务,在决策中必须考虑所有人的利益,此观点在学界称为“多重信义义务”。

本文还指出了通过契约进行自我保护的一个重大理论缺陷:契约机制的运行效果不仅有赖于契约订立和执行方面的规则,而且取决于作为契约交换对象的公司权利的初始界定。根据科斯定理,只有法律进行了初始的权利界定,才能开展市场交易,对于法律界定的初始权利进行重新配置。如果交易成本为零,那么,无论初始的权利界定如何,最终都会达到一个有效率的结果,就像不倒翁游戏一样,无论开始将不倒翁扳至什么位置,它最终都会恢复到平衡状态;但是,如果交易成本很大,初始的权利界定就很重要,将会影响最终结果,就像不倒翁受到很大的外力干扰而无法最终恢复平衡状态一样,将不倒翁扳至的初始位置将决定它的最后位置。显然,现实世界中都是有交易成本的,权利的初始界定也就非常重要。然而,目前的初始权利界定都是偏袒股东的,而这种权利界定又是先于且独立于契约机制的,因此,契约机制的最终结果必然是偏袒股东的。鉴于此,公司社区论认为,除

了契约机制外,还需要考虑初始权利界定的问题,对于在初始权利界定中受到损害的一方,应当提供补偿。

4. 《公司法的团体生产理论》^⑥

本文作者玛格丽特·M. 布莱尔和林恩·A. 斯托特两位教授是公司法团体生产理论(team production theory)的提出者,自20世纪90年代以来发表了一系列文章。与社区理论一样,公司法团体生产理论也是挑战契约理论的股东利益至上原则,不过,它建立在法经济学的基础之上,而不同于基于公平理念的社区理论,因此该学说在法理上更为充实和具体,也更易为信奉法经济学分析的英美法系公司法学者接受。尽管该理论出现时间晚于社区理论,但甫一问世就反响很大,其影响力已经迅速赶超后者。

团体生产理论认为,公司是由不同的参与人为了共同的利益而组成的一个生产团体,各种参与人贡献不同但是地位一样,比如,股东出金钱,董事出管理,雇员出劳力等。因此,该理论反对将公司视为股东财产从而股东利益至上的观点。在这个生产团体中,每个公司参与人都进行了与具体公司相关的投资(firm-specific investment),这种投资一旦做出,就与公司紧密联系在一起,不能自由撤出,否则就会减少价值或完全丧失价值。比如,雇员在一家公司工作,花费了大量时间和精力获得了工作经验,但是,这个工作经验在一家业务不同的公司中可能就没什么价值。由于这种投资存在很大风险,那么应当如何鼓励公司参与人积极地进行这种投资呢?团体生产理论认为,各种公司参与人之间实际上是一个相互信任和依赖的关系,因为任何一方的不当行为都会影响公司生产,从而损害其他人利益。简而言之,一荣俱荣,一损俱损,因此,大家负有相互保护和支持的义务,否则,尔虞我诈,争权夺利,公司就难以为继。

^⑥ Margaret M. Blair and Lynn A. Stout, "A Team Production Theory of Corporate Law" (1999) 85 *Virginia Law Review* 247-328.

但这里关键的问题是如何保证大家相互保护和支持从而维持公司这个经济共同体？如何防止有些人的懈怠和寻租行为？通过契约机制难以做到这点，因为现实中情况复杂，不可能事先进行详细的规定。因此，各种公司参与人建立一个公司内部的利益协调机制，同意将公司中的所有利益分配问题交由这个机制进行解决，而这个机制就是公司的管理层。这样，公司就变成了一个协调性的层级组织（mediating hierarchy）。董事的任务就是平衡和协调不同公司参与人的利益分配，使每个人都安心工作从而保证公司的正常运行。如果董事过度偏重于一方利益，比如，股东利益，就会引起其他人的不满，以至于离开公司，造成公司作为一个团体生产组织的解体。简而言之，董事必须公平考虑所有公司参与人的利益。

因此，团体生产理论认为，董事是公司的受托人，服务于公司各方参与人的利益，而不仅仅是股东。在这方面，该理论与社区理论一致，提倡公司的社会责任。为了保证董事能够公平处事，董事需要相对独立于所有的公司参与人，特别是股东。在这方面，团体生产理论从某种程度上支持公司的内部人控制现象。当然，为了防止董事本身的不当行为，团体生产理论要求对于董事进行必要的监督。比如，董事义务和股东的投票权等。不过，赋予股东投票权并不是因为股东是公司的所有者或董事是股东的代理人，而是因为股东更适合监督董事，比如，作为剩余财产请求权人，他们具有投票的动机，而且最能代表全体公司参与人的利益。

5. 《鸟、兽与蝙蝠的故事：公司宪政论之发展》^⑦

公司宪政论（corporate constitutionalism）是由澳大利亚国立大学法学院院长斯蒂芬·波特姆利教授近年来系统提出。与公司契约论

^⑦ Stephen Bottomley, "The Birds, The Beasts, and The Bat: Developing a Constitutionalist Theory of Corporate Regulation" (1999) 27 *Federal Law Review* 243 – 264. 本文后来成为其专著 Stephen Bottomley, *The Constitutional Corporation: Rethinking Corporate Governance* (Ashgate, 2007) 的第三章。

不同,公司宪政论将公司视为一个类似于共和国的政治实体(*body politic*),具有严谨有效的组织结构和运行程序。在大型的、股权分散的公众公司中,股东直接管理公司是不可行的,但又需要让股东尽可能地参与公司事务,因此,就像代议制的政府体系一样,公司治理结构在本质上也必然是代议制的。比如,公司股东选出董事会,由后者负责公司的经营管理,这种经营管理权不应受到股东的随意干涉,这与代议制政府选举出来之后选民就不应随意干涉议会和内阁运行的道理一样,因此,这种代议制的政治理论为董事会的权力正当性提供了基础。

需要指出的是,公司宪政论并不是简单地将相关的政治理论套用到公司的场合,将公司完全等同于代议制的国家政体。确实,虽然公司结构与国家政体存在一定的相似性(很多公司法学者可能都有这种感觉),但二者实际上存在很多重大区别。比如,议员本身就是选民,而公司董事未必是股东;议员主要代表自己选区的选民利益,而公司董事必须服务于公司的整体利益,其义务对象通常是公司而不是个别股东。当然,这些区别并没有堵塞利用政治理论研究公司和公司法的路径,只是要求不能直接将政治理论适用于公司研究,而需要对于相关政治理论进行甄选和改造,以构建一个适用于公司的政治理论。

在其理论建构的过程中,公司宪政论从很多宪政理论中汲取了营养,包括自由宪政主义(*liberal constitutionalism*),即尊重个人权利和利益;社群主义(*communitarianism*),即在尊重个人权利的同时考虑整体利益;共和主义(*republicanism*),即强调全体成员的共同利益。为了实现这些理念,公司宪政论着重强调公司的决策过程,希望通过程序正义实现实质正义。这些理论揭示了一个实体中成员个人与组织整体之间关系的变迁性和复杂性,对于成员身份的“公共”和“私人”属性都予以关注,从本质上讲,宪政主义的目标就是协调社会生活中公共与私人之间的各个方面。将宪政主义运用在公司的场合,公司被可以视为一个既包含公共利益又包含私人利益的组织机构,既体现在公司