公司治理中的公共秩序和私人秩序及其动态互动

王真真　　汤悦平

摘要：公司法代表着以公共性和强制性为核心的公共秩序，既包括任意性规则，也包括强制性规则，二者都体现了立法者的价值判断。任意性规则给予当事人选择的自由，而强制性规则是对自由选择的限制或者排除，这种强制性通常是为了达到提升效率的目的，或者是为了维护公共利益之必要，有时候则有可能是一种法律父爱主义思想的延伸。以决议、章程和股东治理协议为代表的私人秩序体现着私法自治的理念，是公司治理中的私人秩序。在公司治理中，私人秩序和公共秩序相互之间应当是能够进行互动的，包括允许私人秩序对公共秩序的修改，以符合高效和公平的制度利益目标，从而牵引公司法制度的进化。而公共秩序中的公共利益也制约着私人秩序，使其在法律范围内进行自治。公共秩序治理还应强调法院的事后审查机制。在处理私人秩序的纠纷时，法院可以将比例原则作为审查方法，通过厘清公司内部和外部的利益关系，从而进行妥当的利益衡量，并最终以是否符合公共利益进行渗[illegible]

制”，这些改变了公司法规定的规则往往被称为私人秩序（private ordering），从而区别于公司法所代表的具有公共性质的法律规则（也可称为公共秩序）。最为典型

在历史上存在的越权无效规则。我国 1992 年《公司法》中也以强制性规范为主，公司自治的空间相对较小，这体现了将公司类比于国家这一思想。① 那么公司法的性质究竟是什么呢？学界对此有不同的认识。

（一）公司法性质的再认识

随着公司制度的发展，人们对公司法究竟是任意性还是强制性这一问题不断进行思考。早在 1989 年，美国就举办过一次关于公司法性质的研讨会，主题就是公司法中的合同自由，与会学者就公司法应当是强制性还是任意性进行了探讨，但最终并没有达成共识。② 总体说来，目前对于公司法的认识主要有以下几种观点：第一，公司法是私法，这一观点以公司合同理论为代表；第二，公司法是公法，这一观点以公法学者为代表；第三，公司法具有公法和私法的双重属性。

实际上，对公司法规则性质的探讨依然在进行中，这看起来似乎是一个没有标准答案的问题。究竟公司法中哪些规则应当是强制性的，哪些应当是任意性的，相反的观点都有各自的理由

硃硅惴鳴声沿 司法
動燃慵[illegible]動燃慵[illegible]

这类规范为当事人的行为提供了一定的指引，比如公司机构应当如何设置、公司机构的职权配置、股东会会议的召集程序和表决机制等。

公共秩序的指引作用还体现在法律对公司治理工具的示范效应。通常认为，上市公司因股权分散而导致的代理成本问题更为突出，因而关于上市公司的法律规范多为强制性的。但是在强制性规则的缝隙中，也存在着法律的引导作用。比如证监会制定的《上市公司章程指引》作为上市公司治理的范本，更多地体现了

的内部管理规范，可以对公司法的规则作出修改，使得当事人可以选择更为合适的治理模式。

虽然章程和决议是法定的治理工具，但是从公司治理工具体系的完整性角度来看，仅有章程和决议的公司治理是不完整的。实际上，合同机制也是当事人之间自我设定权利义务的工具，在公司治理中股东通过协议约定，也可以在章程和决议之外决定公司事务。但这里的协议与一般的股东协议有着本质不同，其被广泛运用于封闭公司的治理，包括取消或者限制董事会、分配公司权力等重大事项，是与公司章程并列的公司内部管理规范。①

（二）私人秩序背后的经济理性

公共秩序在公司治理中发挥着不可替代的作用，但是这并不意味着公司法的规定总是必要且合适的，即使是公司法的强制性规则，其背后也以当事人之间的合约为原型，而之所以通过法律的形式确定下来就是为了节省当事人的谈判过程和成本。②私人秩序的构建必不可少的就是当事人之间的合约，无论是表现为合同还是章程或者其他机制。私人秩序背后体现着市场主体的商业理性。合同理论将公司法看作一个标准合同，但是在不完全合同理论看来，真实世界中完备的合同是不存在的，主要原因在约[illegible]

关系中，就是股东之间、股东与董事和高管之间的关系。公司章程的规定和股东之间的约定应当被尊重，对不违反公司法禁止性规范的企业内部约定，其效力应当得到认可。[①] 同时，对于不符合实践需求的强制性规定，应当尊重事物发展的本质，及时进行改变或者清理，使之更符合事物发展的规律。

那么公司法如何尊重私人秩序，首先，公司法应当对有限责任公司和股份公司的规则适用进行合理划分。无论是美国的封闭公司立法还是德国式的有限责任公司立法，都体现了一定的灵活性。比如德国《有限责任公司法》在关于公司管理机关的设置上，就没有强制要求设立董事会及监事会，可以由业务执行人取代之。美国特拉华州普通公司法也对封闭公司作出特别规定，封闭公司股东可以通过私人秩序调整公司治理，或者由股东亲自经营管理公司。其次，明确私人秩序作为公司内部规范性文件的效力。股东可以选择采取何种形式来调整自身权利义务以及决定由谁来管理公司。就有限责任公司的治理而言，从行为规范的角度来说，公司法并不需要规定一个详尽的范本，而仅需要规定一个最基本的范围即可。

三、私人秩序对公共秩序的修改及其效力

通常而言，公司法的立法模式为缺省规则或者说任意性规则，即股东可以通过私人秩序排除公司法规则的适用，这时候无论是决议、公司章程还是股东治理协议都可以成为自治的工具，公司法对此也予以认可，一般也无疑义。但是当涉及到强制性规则时，私人秩序的作用空间就可能会受到限制，尤其是当法律的规定滞后于社会发展，或者并不符合经济发展的客观规律时，强制性规则的蚀[illegible]

制加以排除。①这是公共利益原则的防御性要求所决定的，否则整个社会的秩序将荡然无存。但是另一方面，基于效率考量的强制性规则往往与公共利益无涉，因而允许当事人通过合意对强制性规定带来的僵化加以缓和，是相对妥当的做法。虽然在私法领域原则上采取私人自治的原则，但私法部门中仍然有大量的强制性规范，这些强制性规范本质上都是对自治的限制，其背后的理性主要来源于基于社会共同价值或者共同准则，是一种具有道德或者伦理因素的社会共识，这是人类社会由绝对的个人中心向社会本位转变的必然要求，否则整个社会秩序将无法维持。②比如民法中的公序良俗原则，刑法中保护公民生命安全和财产安全的诸多规范等。又比如前述基于公共利益原则的强制，同样关涉整个社会的基本存续。而类型强制则是基于一定历史条件下的法律选择，其背后可能具有一定的经济理性，比如鼓励交易、提高效率，因而强制性规则的合理性往往直接取决于其本身是否符合经济效率。③公司法中关于权力分配、公司组织结构、债权人保护的规范等，而这些规定一般被认为是符合效率的。

（二）私人秩序对类型强制的修改

就有限责任公司而言，股权对外转让、公司治理结构、公司权力归属与分配等内部治理事项，允许私人秩序对此加以改变，是更符合私法自治的精神的。比如，在两权分离模式下，公司的经营管理由董事会或者执行董事负责，这是公司法的强制规定。但是股东人数较少时，全体股东决定不设置董事会和执行董事，而是由全体股东共同执行公司事务，这是否可行呢？显然，公司法规定公司事务由董事会或者执行董事管理是基于普遍的实践而作出的规定，但是这一模式并不一定适合所有类型的公司。当然，私人秩序对强制性规则的变更，在立法技术上应当由法律明确作出规定。我国公司法的修订目前正在进行中，对于强制性的治理规则，是否允许私人秩序加以变更，是需要予以认真对待的。

营管理虽然是强制性的，但是允许全体一致的股东协议取消董事会设置或者限制董事会的权力。从世界范围来看，公司法优先考虑小公司的治理需求，[①]并且赋予封闭公司治理更多的灵活性也是一个普遍的发展趋势。[②]

公司法的强制性规定主要包括对债权人的保护规则、内部权力分配规则、信义义务规则等。我国公司法所确立的治理结构具有一定的强制性。因此，首先要解决的问题就是私人秩序如何能够通过这一审查。这可以从法律制度与社会发展的关系来看。一般认为，法律制度总是滞后于社会的发展，当法律制度跟不上社会的进步时，需要法律做出调整与变革，而非削足适履，让不合理的制度成为社会进步的阻碍。社会学大师鲁曼在其著作中将法律的功能看作是一个稳定化的规范性预期系统，社会预期的表达形式就是法律规范。[③]具体到公司法权力调整问题来说，需要解决的理论问题就是，私人秩序作为投资者对公司法的这种偏离，构成了一种重要的积极预期，需要法律系统对之做出改变，否则私人秩序的效力就一直处于“不法”状态。那么如何解释公司法中对股东会和董事会以及经理权力分配的规则呢？

首先，可以从法律规则的目的[illegible]

值得注意的是，允许私人秩序对公共秩序修改的前提是，私人之间能够围绕既有规则进行充分的谈判和讨价还价。换言之，当事人有实际自治的能力和地位。否则看似赋予自由选择的法律制度最终可能导向的是强制的结果，从而与自由选择的初衷背道而驰。这尤其体现在涉及债权人利益时公司法需要对其予以特别保护的场景。[①] 这是因为债权人对公司通常仅享有请求权，而非控制权，因此其实际谈判地位处于劣势。[②] 公司法给予债权人特殊保护的理由还在于，股东承担有限责任

确，公司对股东的罚款系惩罚性措施，应当受到明确性和可预见性的限制，否则可能造成权力滥用。① 总之，公司作为社团组织，固然可以设定社团的组织和运行规则，股东加入社团即表明其对社团规则的接受和同意，但社团规则作为私人秩序，同样也应受到公共秩序的限制，否则将会导致社团对个人权利的过分限制甚至剥夺，造成实质的不正义之结果。德国理论通说亦认可社团的处罚权力，但这种权力不应超出合理限度。② 公共秩序对私人秩序的限制可以包括两个方面：一是立法机关以强制性规范直接限制私人秩序；二是以法院的司法审查权制约私人秩序。

（一）以强制性规范限制私人秩序

公司法规范的性质往往决定着私人秩序的自治限度。如果公司法某一规范的性质是强制性的，那么私人秩序的治理将会受到限制甚至被排除；如果公司法的规范是任意性的，则私人秩序会被尊重与认可。但是规范性质的判断不能仅仅依赖于“应当”“可以”这些标识，而应当具有实质的理由，换言之，应当以现行规范的制度利益为标准。无论是契约论还是其他理论，都是对公司及公司法本质的一种认识，每种认识的侧重点以及想要说明的问题不尽相同。实际上，在判断公司法的性质时应当结合现行公司法的立法目的为基础，且目光在具体规范与立法目的之间来回穿梭，

司虽然可以通过章程约定股东的出资缴纳期限，但这一期限利益并不是绝对的，当公司财产无法清偿全部债务时，债权人的利益应当优先保护。这样才符合国务院认缴制改革的精神，即认缴制的前提是债权人的利益得到了恰如其分的保护。由于认缴制下债权人保护的缺位，导致了理论和裁判莫衷一是，部分法院僵化地认为股东期限利益属于意思自治范围，债权人应当自担风险。① 最高人民法院也仅仅允许在个别情况下债权人可以要求股东提前出资，但债权人和股东之间利益失衡的局面仍然存在。值得注意的是，《公司法修订草案》（二次审议稿）第 53 条对这一问题进行了回应，该

太一热力公司应当分配利润。① 应当说，法院的裁判是妥当的。私人秩序的自治是有限度的，其并不排斥法院的司法审查权。

2. 比例原则作为审查方法

那么由司法机关对私人秩序进行审查需要遵循哪些步骤与方法？首先，要准确

否正当应该如何判断？我认为应当以是否增进股东利益为标准进行审查。从根本意义上来说，公司由股东的投资而形成，如果私人秩序对股东利益的不当减损，则会挫伤投资者投资的积极性，说到底，私人秩序作为私法自治的一种工具可以为股东提供保护措施，避免控制股东滥用控制权。① 这一点可以从《公司法解释四》第9条看出。比如公司以资本多数决要求股东提前缴纳出资，法院能否对公司作出的此类决议进行审查，存在不同的观点。在魏某诉朱某、黄某股东出资案中，生效裁判认为，决议的内容应当具有合理性，能否要求股东提前出资应当考虑公司对资金需求的紧迫性和是否不合理加重了股东的经济负担。② 由此可见，即使是股东以私人秩序的方式对自我利益进行处分与放弃，也可能无法作为一方用来抗辩的绝对理由。比较复杂的是第二种类型的私人秩序，由于公司治理涉及的主体众多，利益状态复杂，因此私人秩序的效力可能是多方面的。公司治理的私人秩序主要涉及股东会和董事会决议以及公司权力配置。法官处理纠纷时应当以法律为准绳，这是依法治国的要求，但是法律规范是抽象的，面对具体的公司利益关系，法官应当准确

五、由公共秩序治理走向私人秩序治理

从起源来看，商法由中世纪的商人法发展而来，当时的商法不过是对商人之间交易规则的汇编，随着国家立法

性规范，只能将那些最普遍和典型的治理模式确定下来由私人选择，而是否采纳这些建议则由当事人自行判断。

因而，对公司治理来说，法律所发挥的作用应当是示范性的。公司法所规范的社会关系本属于私人关系，法律的作用无非是向社会推荐立法者认为可能符合社会需求的治理结构和模式，而非设置强制的规则。但是这种价值判断会受到时空的限制和制约，有可能落后于实践的发展需求。反对的观点可能会认为，公司法的强制性规则在保护小股东方面具有作用，这一担忧在上市公司中可能是有道理的，强制性规则直接排除当事人的合意，为的是在股东谈判能力弱或者无法有效谈判时能够提供有效的规则。而在有限责任公司中，这种问题并不明显，因而应当限缩强制性规则的适用空间，妥当的方法是给予当事人事前充分的“合同自由”，对自由选择之下的创新进行认可。但是，允许自由选择并不排斥事后的司法介入。如前所述，封闭公司中的自由应当以法院的事后强制介入为保障。当出现利益不平衡甚至股东压迫等情形时，法院应以公司正义原则为指引对具体的行为进行审查。①

六、结　论

公司法代表了以公共性为核心的公共秩序，无论是任意性规则还是强制性规则，都体现着立法者的价值判断。任意性规则给予当事人选择的自由，而强制性规则是对自由选择的限制或者排除，这种强制性通常是为了实现提升效率的目的，或者是为了维护公共利益之必要，但有时候则有可能是一种法律父爱主义思想的延伸。以股东治理协议和公司章程为代表的私人秩[illegible]