

股东自治的基础、价值及其实现

常 健

摘 要 公司的法人性仅是公司外在的特征，股东是公司的所有者权益的承担者，公司为股东投资的工具则是公司最为基础的本质。股东作为公司的所有者在公司自治中居于核心地位，现代公司自治实质上即为股东的自治。公司及公司制度的产生与发展均是以股东为核心力量进行的，公司制度功能的发挥关键在于股东自治的实现。在我国，股东自治的实现要通过公司立法的完善、政府角色的转变和法院能力的提升等多渠道建构。

关键词 公司的本质 股东 股东自治 公司法

作者常健，法学博士，华中师范大学法律系副教授、中国政法大学博士后研究人员。

“公司是西方法理社会演化出来的产物，公司正好是西方制度的典范，包含着西方文化一切的优点与矛盾。”作为一种企业形式，经过数百年西方文化传统与深层历史的经验浸润，西方国家的商事公司不但在企业组织的自然演进中成熟，逐步形成完善的公司法律体系，而且在逐步发展与演化之中形成良好的商事公司传统，公司内部组织的种种运作机制相对成熟、为世人所熟知。在对公司的理解方面，公司是一个独立的法律实体，其应为股东

所掌控，已经成为共识。在公司的法人性与公司为股东掌控两者之间，公司的法人性仅是公司外在的特征，股东是公司的所有者权益的承担者、公司为股东投资的工具则是公司最为基础的本质。基于对公司本质的理解，深入探讨公司最根本的所有者——股东——在公司中居于何种地位、股东自治的基础与价值以及股东自治的实现途径等问题，也许更能科学地探求出真理。

一、何谓股东自治？

从辞源角度讲，“自治”是多义词。在汉文化谱系的相关语境中“自”乃寓示第一人称，表“自己”、“本身”之意；“治”蕴含治理、管理、惩处等义项。而“自治”则大致被赋予了三种意义，即自行治理，“百姓则君以自治也”（《礼记·礼运》）；

自我治罪，“其所不善事，弗下吏，辄自治之”（《史记·陈涉世家》）；自己治理自己，“太祖叹曰：‘用人如此，使天下人自治，吾复何为哉！’”（《三国志·魏志·毛玠传》）。“自治”在英文中大体对应“self-government”一词。《布莱克维尔政治学百科全书》对此

胡国亨：《法人的统治——迈向以公司为本的经济学》，香港大学出版社1998年版，序言。

参见常健：《回归与修正：对公司本质的重新解读——兼评 中华人民共和国公司法 的相关规定》，载《法商研究》2007年第1期。

《辞海》，上海辞书出版社1999年版，第5363页。

条目的解释,“自治”指个人或集体管理其自身事务,并单独对其行为和命运负责的一种状态。在我国汉语语义中与之相对应的显然是第三种含义,即“自己治理自己”。马克斯·韦伯曾说过:“一个团体可能是:a)自治的或他治的,b)自主的或不自主的。自治意味着不像他治那样,由外人制订团体的章程,而是由团体的成员按其本质制订章程(而且不管它是如何进行的)。自主意味着,领导人和团体的行政班子依照团体自己的制度任命的,而不像不自主的团体由外人任命的那样(不管任命是如何进行的)”。公司作为一个团体或组织,其本质上是自治的与自主的。但是,公司自治的实质是什么,股东作为公司的所有者在公司自治中居于何种地位,显然是需要首先面对的问题。

(一) 公司自治抑或股东自治

在1993年公司法颁布实施之后,“公司自治”成为了我国法学界使用颇多的词汇,但“公司自治”在大陆法系经典的民法教科书上却不多见,一般只提及公司是自治企业,即自律企业或自我监管和管理的企业。在我国,学者们大多会针对公司法的过强的刚性以及政府对公司内部事务的过多干预提出放松政府管制并加强公司自治的建议。对“公司自治”一词的使用,其含义往往被归结为:公司自治是私法自治在公司法领域的延伸体现,它的本意是公司作为私法的主体,应当充分享有自由或自治的权利;公司自治主要是指公司在法律规定的范围内,享有自主构建公司制度、自主管理和自主经营,不受他人非法干预的自由。江平教授曾对公司自治作出了较有代表性的分析,他认为从公司的角度看,公司自治包含三层意思,第一层意思是公司必须是独立的法人,能够真正做到经营自

主、盈亏自负,而独立的法人要具备两个条件,即这个公司能支配他的全部财产和公司能以它的全部资产来抵债;第二层意思是现代企业是章程企业,它靠章程来维系,在计划经济下国家靠指令性计划和上级主管部门来约束企业行为(生产什么计划规定好了,重大事项要向政府报告),而在市场经济条件下从西方的经验看要靠法律和章程来约束企业行为;第三个意思是自治企业要独立于政府,没有上级领导机构一说,现代公司是跨所有制、跨部门、跨地区、跨国界,所以不应有任何主管部门来管。不难发现,我国学者对“公司自治”一词的使用,其理解或表达公司自治多是从公司与政府的关系展开,侧重于公司对政府过多干预的脱离并在“人格”和行为上自主、自立,即公司自治是公司成为自主自立自为的市场主体。所以,我国学者在论述公司自治的含义与表现形式时,显然是立足于企业的独立法人地位或称为企业为独立的市场主体的理论基础之上的,倡导公司自治的目的也大多在于防止政府对公司事务的直接干预。

然而,公司的法人性仅仅是公司外在的特征,而股东是公司的所有者权益承担者、公司为股东投资的工具则是公司最为基础的本质。公司在法律上被称之为社团法人,而股东则是组成社团的基本构成要素,依据自治的含义,即“自己治理自己”、“个人或集体管理其自身事务,并单独对其行为和命运负责的一种状态”,那么,公司自治首先应当表现为股东自治。而我国学者对于“公司自治”的运用显然夸大了公司法人性的公司外部特征,而忽略了最根本的所有者——股东。

从历史角度看,公司是在没有公司法的情况下发端的,公司起源的真正动力是私人对财富的追求

[美]戴维·米勒、韦农·波格丹诺主编:《布莱克维尔政治学百科全书》,邓正来主译,中国政法大学出版社2002年版,第745页。

[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷),林荣远译,商务印书馆1998年版,第78页。

王红一:《公司法功能与结构法社会学分析——公司立法问题研究》,北京大学出版社2002年版,第89页。

参见张云:《公司自治的表现形式》,载《云南财贸学院学报》2003年第3期;朱慈蕴、毛健铭:《有限责任公司法修改与提高中小企业竞争力——公司自治抑或政府规制?》,载王保树主编:《商事法论集》(第8卷),法律出版社2005年版,第42—52页;周文洋:《试论我国公司自治存在的主要问题及对策》,载《玉溪师范学院学报》2005年第5期;许家庆:《政府管制与公司自治——兼论我国公司法之改革》,载《广西社会科学》2003年第11期;司徒:《契约视野下的公司自治与政府干预——从“健力宝事件”看我国公司法律制度应强调的理念》,载《贵州警官职业学院学报》2005年第4期;左岫仙、徐凯:《公司自治与我国公司法修改》,载《绥化学院学报》2005年第1期;董慧凝:《公司自治与公司法修改》,载中国法学网<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=13595>,2008年1月30日访问。

参见江平:《公司法与商事企业的改革与完善》(五),载《中国律师》1999年第6期。

参见蒋大兴:《公司裁判解散的问题和思路——从公司自治与司法干预的关系展开》,载王保树主编:《全球竞争体制下的公司法改革》,社会科学文献出版社2003年版,第395页。

——自发的营利性行为。^⑩而公司制度实际上是西方社会中私有财产制度的演进形式，是为社会上的个人提供以自己的财产进行投资，承担相应的风险，获得相应的利益分配，这样一种“让每个人各得其所”的机会。^⑪在公司制度创始之初，船舶共有与康枚达契约中投资者自主设计契约（章程）的内容决定“企业”的发展。即使在公司特许设立之时，投资者暨股东依然是公司的主要发起者与制度的主要供给者。英国的高尔（Gower）教授曾指出：“当公司只能通过取得特别法令或特许状才能设立之时，发起人能够按照他们的自主意愿提出申请，但由立法机构或国王决定他们实际上获得什么。在理论上，就法定公司和特许公司而言情况的确如此，但在实践中，主动权实际上已经转移给了发起人，他们起草并提交他们自己的议案或者在他们的申请之后附加一个草拟的章程，虽然提交的这些文件可能被拒绝或被修改，但发起人等到的结果将可能是或者被完全拒绝或者被批准按照他们自己的意愿成立公司。”^⑫而在公司准则设立阶段，情况更是如此，依公司法注册的公司，“如果公司制度在法定的框架内建立，则发起人拥有完全的自由。这是因为现代公司在很大程度上是由非公司化的合伙发展而来的，公司制度当然应取决于参与人的协议”。^⑬公司组建之后，全体股东所组成的股东（大）会是公司的权力机关；执行和监管公司业务的董事、监事均须由股东（大）会以投票表决的方式任免；公司所有重大事项均需由股东（大）会作出决议；股东（大）会或创立大会所制定的公司章程是公司的内部自治规则，它对公司本身、股东、董事、监事和经理均具有约束力。可见，从公司内

部关系角度看，发起人暨股东在公司设立及经营管理过程中居于主导与主动的地位，公司自治显然等同于股东自治。从公司的外部关系角度看，公司自治，如同我国多数学者主张的那样，表现为公司具有独立的法人人格，具有权利能力和行为能力，公司在私法领域享有契约自由、营业自由等广泛的自由，不受他人非法干预。然而，公司依法取得独立的法人资格，股东的个人人格与公司的法人人格相分离，这只是为实现公司运营与国家管理的便利而进行的技术处理。将企业想象成“它”存在，显然是便利的。要不然，当埃克森公司订购办公设备时，为确保所有投资者按比例承担成本，而附上该公司每一个投资者的名单，这样做岂不愚蠢。^⑭公司的人格是法律所拟制的，它是不可能真的像自然人一样具有思想的，公司的意志虽然不同于股东的意志，但其却是加总的股东的意志，^⑮股东通过制定并修改公司章程、选任经营管理者、行使表决权等手段掌控公司。即使在现代公司中出现所谓所有权与控制权分离的状况，公司法律中诸多制度的目的也在于将公司的所有权与控制权相分离的危害降低，使得经营者的行为不会对公司暨股东的利益造成损害。^⑯所以，公司在私法领域享有的契约自由、营业自由同样是基于股东的意志或加总的股东的意志作出的行为，而公司享有的契约自由、营业自由等目的也在于经营的便利而最终促进股东利益的实现。在法律上维护股东的自由意志并保障股东自治实际上就是在维护股东的“私有财产”，公司为股东所有，股东的私有财产是不容他人非法干预的。而在我国“公司自治”的理解中，过分强调公司的法人地位而忽视股东自治的本质，不仅会使大

^⑩ 蔡立东：《公司制度成长的历史逻辑》，载《当代法学》2004年第6期。

^⑪ 参见张乃根：《论西方法的精神——一个比较法的初步研究》，载《比较法研究》1996年第1期。

^⑫ Paul L. Davies, *Gower's Principle of Modern Company Law*, (6th Edition), Sweet & Maxwell, 1997, p. 13.

^⑬ See note ⑫, p. 14.

^⑭ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991, pp. 11—12.

^⑮ 社团的意志不同于股东的意志，社团的意志是加总的股东意志，而股东与加总的股东的意志这两种意志的分离程度，构成了公司独立性的基础。作为应然的判断，当公司的公共性增强的时候，股东的加总意志和股东的意志的分离程度大，在这种情况下，法律应当赋予公司以更为独立的权力，董事会拥有更大的决策权，而可以更多地要求公司考虑社会利益、外部利益者，越趋向于 stakeholder 治理模式。反之，公司的公共性程度越小，越应当考虑限制董事会的决策权，公司不过是股东寻求商业利益的工具，而公司的治理上也应当坚守 stockholder 的原则。依据公共性的维度，将现代各类公司进行排序，依次应当是：独资企业——合伙企业——有限责任公司——股份有限公司——国有的“私法”公司——商业银行、保险公司——非营利性组织——非政府组织，按照此种顺序股东的意志与加总的股东的意志的分离程度越来越大，而公司内部治理结构也自然随着公共性维度而变化。参见邓峰：《作为社团的法人：重构公司理论的一个框架》，载《中外法学》2004年第6期。

^⑯ 参见常健：《论我国公司制度实践的深层障碍》，载《法商研究》2008年第6期。

股东更容易滥用公司法人人格,破坏社会经济秩序,也会导致股东缺乏投资的信心与热情,对公司发展产生不利的影响。总之,现代公司自治实质上是股东自治,强调股东的价值也正是对公司本质——股东是公司的所有者权益的承担者、公司为股东投资的工具——的回应。

(二) 为何是股东的自治?

在公司经营管理过程中会涉及到各方面的利益关系,而公司的参与者除了股东之外,还有董事、监事、经理等高级管理人员以及职工、债权人等。但是,公司中为何只有股东享有自治权,成为公司自治的唯一主体呢?传统的理论认为,公司作为社团法人,股东是社团的基本的组成成员,由股东享有自治权是社团的根本属性决定的;而且股东被称之为公司的所有者权益的承担者,其也意指某些权利和特权天经地义属于股东。^①但是,随着公司及公司法理论的发展,公司的传统理论受到了极大冲击。公司合同论者认为,公司是由包括雇员、管理者、股东、债权人(包括长期客户、债券持有人,甚至包括企业侵权的债权人)等自愿结合起来自行安排各种交易的一种复杂的合同束;^②企业利益相关者理论者从公司的社会责任角度考虑,也认为公司是由股东、顾客、经理人员、债权人、供应商、劳动者、政府、公共机构,甚至是公司所在社区等“相关利益者”共同治理。^③上述理论显然对公司的股东自治的传统提出了挑战。

然而,无论公司及公司法理论如何变化,依然无法改变公司中股东自治的这一天然现象。从应然角度而言,其一,股东在公司中的地位是自公司制度创立以来就明确的,虽然公司的种类不断发展,但股东在公司中的所有者地位并未改变,没有哪一个国家的公司立法或公司制度否认股东的公司剩余资产的所有权、资产收益权、参与重大决策权和选择管理者权。公司制度实际上是西方社会中私有财产制度的演进形式,维护股东对公司的所有与控制

即在于维护其私有财产,此种法制观念深入人心,成为西方市场经济国家经济、政治、社会发展与进步的根源之一。^④而股东上述权利的拥有也是其控制公司并实现自治的基础,这是公司中其他参与者所无法比拟的。其二,股东自治是在公司成立过程中形成并确立的。公司制度是“让每个人各得其所”的机会,在公司成立的过程中,起主导作用的是公司股东。发起人暨股东通过制定公司章程,贯彻自身的自主意志从而为公司(社团)组织的经营管理提供自治规则,公司章程不仅是股东自治的基础与公司经营管理者行动的指南,还发挥着“连通器”的功能,成为连接公司与股东、股东与股东、股东与经营管理者、公司与职工、公司与政府等关系的纽带;发起人暨股东通过对初始董事的选任,保障董事依照公司章程行事,从而防止公司所有权与控制权的过度分离。可见,在公司成立过程中,发起人暨股东为了实现对公司的控制,其自然不会将公司的自治权,尤其是公司事务决定权交由他人。相反,公司的其他参与者,在公司成立过程中有的尚不存在,有的力量尚小,也不可能与股东的力量抗衡,自然无法获得参与自治的权利。其三,股东投资公司的目的多是为了获取公司经营的利润,^⑤在公司经营管理过程中,如果股东丧失其对公司的主导地位及控制权,那么也就意味着股东丧失了利润的决定权。基于此,在有限责任公司中,股东往往自己直接经营管理公司,公司的所有权与控制权合一。在股份有限公司,尤其是上市公司中,虽然可能由于公司股权的高度分散,经营管理者利用自己信息优势与管理权力而试图掌控公司。但一方面,公司章程中的特殊制度设计可以通过事前的规划与安排防止这种情况出现;另一方面,公司股东所拥有的表决权则成为公司所有与公司控制的联结点,表决权如同股东手中的“风筝线”发挥着调节控制权的功能。^⑥此外,公司法律中的诸多

① [美] 玛格丽 M 布莱尔:《共同的“所有权”》,赵振宁译,载《经济社会体制比较》1996年第3期。

② See Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, (4th Edition), West Group, 1996, pp. 6-7.

③ 参见[英] 大卫·威勒、[芬] 玛利亚·西兰瑟:《利益相关者公司》,张丽华译,经济管理出版社2002年版,第155—157页。

④ 同注。

⑤ 当然,也并不排除有人出于公益目的设立公司以及部分在证券市场中投资的人目的在于追求股票涨幅差额的投机利润。

⑥ 参见梁上上:《论股东表决权——以公司控制权争夺为中心展开》,法律出版社2005年版,第28—33页。

制度设计也能够降低公司所有权与控制权分离的危害。^{②③} 这些制度的安排使股东能够保留对公司组织的自治权。其四，财富创造的核心激励机制与基本逻辑在于，财产权主体享有财产权的各项收益并承担相应的风险。公司制度是为社会上的个人提供以自己的财产进行投资，承担相应的风险，获得相应的利益分配的机会。公司的资本来源于股东，在公司经营过程中相应的风险是不可避免的，如果公司经营失败则损失最大的也当非股东莫属。^{②④} 基于此，公司的控制权的配属则要实现风险与控制权的对应，即公司的控制权只能由真正的风险承担者享有。一方面，风险承担者投资于公司的目的是通过资产运营实现保值增值、获取相应的收益。如果他们无控制权，就无法有效保障投资收益的实现，因此也就不会投资。这是公司活动的逻辑和现实起点。另一方面，风险承担者也最能谨慎行使控制权，一旦公司经营失败，首当其冲遭受损失的就是风险承担者，其出资的财产价值及由此产生的权益必然因此贬值。^{②⑤} 所以，相对于其他的公司参与者而言，将公司自治的权力赋予股东显然是最为合适的。

在实践中，公司股东相对于其他公司利益者而言，也是最有动力行使自治权的。较之其他拥有固定收入请求权的人，除了公司设立来源于股东的财产投入外，股东作为公司剩余财产的所有者，也有更大的激励去行使自治权。在公司所有的相关利益关系者中，董事、监事、经理与职工的收入相对固定，^{②⑥} 一般在短期内不会受公司经营状况的影响。在这种条件下，固定收入者如果不是基于别的因素

的考虑，其不会在没有利益驱动与激励下积极行使自治权，为公司的盈利献计献策。而股东则不同，股东投资公司的收益来源为公司经营的收益，公司经营的好坏直接关系到股东的财富的多寡。例如，在福布斯杂志公布的全球富豪排行榜中，比尔·盖茨名列榜首，其 400 多亿美元的财产中的绝大多数并不是银行存款与不动产，而是其所持有的微软公司的股票的市值，微软经营的好坏直接关系到公司的股票的市值，也直接关系到比尔·盖茨的财富。所以对于公司投资新的产品或新的企业，股东的收益和成本是成正比的，虽然股东要承担绝大多数的成本，但是新项目一旦经营成功股东也就可以获得绝大多数的收益。所以，股东，也只有股东，有相当的激励去作出判断，合理地行使自治权。

当然，在德国采取职工参与决策的机制，不仅股东参与公司自治，公司的职工在其中也有一席之地。但是，这种法律机制是在德国特有的政治经济背景下产生的，而规定职工参与决策机制的 1976 年《德国参与决定法》则是工会与资方政治妥协的产物，^{②⑦} 所以，这种自治体制的安排并不具有代表性。在公有财产投资主导的企业中，职工的民主参与或民主管理制度也普遍存在，但是根据历史经验，这种参与不应也不能超越资本所有者控制这个度。^{②⑧} 所以，公司制度中，贯穿的股东至上精神理念，从根本上决定了在公司中股东成为自治的主体，公司组织只有在股东自治的基础上才能正常地发展，公司的意志和利益是作为独立主体的公司资本所有者的意志（加总的意志）和利益，否则这个公司就异化了，异化成为股东和社会的异己物。

二、公司为何需要股东自治？

（一）股东自治的价值

近代中国法治现代化的进程，实际上一直是西

^{②③} 现代公司法律中的股东权利设置、公司章程的功能设计、公司治理结构的完善、中小股东权益保障、公司高管的义务规则等制度，都在于确保股东或出资者的意志与其所投资的公司的意志的高度统一，法律不允许企业或公司的行为违反股东或出资者的根本利益。

^{②④} 对于债权人而言，其与公司的权利义务关系明确，债权人可以获得多少本金及利息、在何时获得清偿都非常明确。即使公司经营失败，公司对债权人的清偿也是排在股东剩余财产分配之前的。

^{②⑤} 蔡立东：《公司法制的人文主义转向》，载《法制与社会发展》2003 年第 4 期。

^{②⑥} 当然，随着股票期权计划的实行，越来越多的上市公司董事、经理等人拥有公司股票，而在我国内部职工股的数量也不在少数。

^{②⑦} 关于德国的职工参与决策机制的形成过程与法律规则，参见〔德〕罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞：《德国商法导论》，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 305—308 页。

^{②⑧} 史际春、温辉、邓峰：《企业和公司法》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 134 页。

方法的移植 (transplanting) 的过程, 在立法过程中的“拿来主义”十分盛行, 许多现代西方的法律制度纷纷被移植与嫁接到中国的法律之中。其中这种“拿来主义”表现得最为明显的莫过于公司法律制度。1903年的《大清公司律》就是以英国1856年《合股公司法》、1862年《公司法》以及1899年《日本商法》为蓝本制定的。新中国第一部公司法——1993年《公司法》同样也是在充分比较和借鉴其他国家(地区)公司立法的基础上制定的, 甚至还闹出了在引进过程中语序调整而使某些公司法律条文成为“无人领会的语言”的笑话。^{②9} 2005年《公司法》的修订更成为了西方公司法律先进制度的移植与嫁接的“盛宴”, 许多学者因此评论, 中国公司法迈进了世界先进公司法之列。然而, 在法治化进程中, 物质的、技术性的法律制度, 即法治的“硬件”系统, 相对而言是比较容易构建或引进的, 但它们若要真正发挥其应有的作用和价值, 必须有与之相适应的精神、意识和观念, 即法治的“软件”系统予以奠基和支撑。而可以肯定的是, 只有物质的、制度化的“硬件”系统而缺乏相应的精神意识、观念和情感等“软件”系统支持的所谓“法治”, 不是真正的法治, 它只有法治的外表和骨架而没有内在的灵魂。^{③0} 我国的公司法律所缺乏的恰恰是“软件”, 在引进的各种先进的公司法律制度的豪华配置的“硬件”系统中, 缺乏统领和贯穿法律整体的理念与精神。那么, “硬件”系统的工作效率可想而知。从1993年公司法在实践中的效果看是不难证明上述论断的。

法律理念对“人类文明有过不可磨灭的贡献”, “它使现行的法规得以表现, 提供方法, 使这些规定有机会作合理的发展, 或是创造新的规则, 同时提供一种指导人类行动的工具”。^{③1} 法理念反映法的质的方面, 是一种高度抽象、理性的法意识, 是具体法律制度的灵魂。法条、法规好比驱壳, 同样的驱壳置入不同的灵魂, 就成为不同的体制, 效果

不尽相同甚至大相径庭。这就是法理念的力量和价值所在。^{③2} 公司的本质在于公司归资本所有者所有、为股东投资的工具, 那么, 天然地, 在公司中股东应当拥有至高的地位; 公司制度则是让公司资本提供者“各得其所”的机会, 那么, 公司的各种制度与人员的安排中, 股东理所当然地要成为核心。公司法作为规范公司行为和规定公司制度的基本法律, 其法律规则中体现公司及公司制度的本质与精神是天经地义的。那么, 公司法律中突出股东自治暨以股东为本理念也应当是顺理成章的了。但是我国公司法却抹杀了公司及公司制度应有的理念与精神, 将公司定位为独立的市场主体, 将公司制度当作实现公司所有权与控制权分离、构建现代企业制度的工具, 公司法律被置入了不同的灵魂, 使公司、公司制度及公司法在我国社会经济实践中发生了异化。^{③3} 对于公司法律制度的完善, 早有学者指出: “公司制度不等于《公司法》或其法条, 《公司法》的好坏不等于公司 and 公司实践的好坏, 拘泥于条文是没有意义的, 关键是要搞清公司究竟是什么, 要牢牢地把握住以股东为本的理念”。^{③4} 具体而言, 贯彻股东自治以股东为本的理念, 具有以下几方面价值:

第一, 如前所述, 公司及公司制度的产生与发展均以股东为核心和主导力量进行的, 公司法作为规范公司及公司制度的基本法律, 确立股东自治的理念实质上是法律作为上层建筑对在实践中形成的公司组织及公司制度这种经济基础与社会实在的回应与反馈。由此, 在公司、公司制度及公司法中股东自治以股东为本成为一条主线, 将三者紧密联系在一起。公司法中的股东自治的理念也成为公司作为股东投资工具本质的反映, 有效地防止公司异化情况的发生。

第二, 公司及公司制度的产生与发展是来自民间社会人们对于财富追求的自发的演进, 公司法是在公司与公司制度发展到一定阶段产生的, 是公司

^{②9} 参见方芳芳:《读无人领会的语言: 公司法第12条第2款的诊断》, 载梁治平编:《法治在中国: 制度、话语与实践》, 中国政法大学出版社2002年版, 第319—326页。

^{③0} 姚建宗:《信仰: 法治的精神意蕴》, 载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

^{③1} [英] Dennis Lloyd:《法律的理念》, 张茂柏译, 台湾联经出版事业公司1984年版, 第318、329页。

^{③2} 史际春、李青山:《论经济法的理念》, 载史际春、邓峰主编:《经济法学评论》(第3卷), 中国法制出版社2003年版, 第5页。

^{③3} 同注^{③2}。

^{③4} 史际春:《探索经济和法互动的真谛》, 法律出版社2002年版, 第330页。

历史的一个总结。而在现实中,公司法的发展是滞后于公司制度的演进的,其根植于公司及公司制度产生与发展的社会之中并随着经济生活和公司制度的发展而不断发展完善。当公司及公司制度的发展对公司法规范的客观需求转化为立法动机后,就要将这种立法动机转换为现实的法律规范,而与公司本质及公司制度价值相联系的股东自治的理念便构成了公司立法需要与法律规范之间的一个不可或缺的中介环节。立法者运用股东自治之理念对调整公司法律关系的公司法模式与规则进行评判与优化选择,将人们传统具有的股东自治的理念外化为现实的公司法律规范。可以说,有什么样的公司法理念便可能产生什么样的公司法律模式与规则。所以,贯彻股东自治的理念便于保障公司法发展与完善的正确方向。

第三,股东自治的理念在公司法的实际运作中也有着巨大的引导作用。正如美国学者埃德加·博登海默所言:“任何值得称之为法律制度的制度,必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值。”^{③⑤}而科学的、现代的法律理念既是主体进行法律运作的基本价值,也是主体进行法律活动的观念动力。^{③⑥}良好的理念有利于促进人们对于法律精神的理解,指引人们的公司立法行为、司法行为和守法、用法行为。立法者可以在正确的法律理念的指导下使立法内容与公司实践相切合,法律保障并促进公司发展的良好秩序的出现;司法者(法官)针对个案,即使法律中缺乏明文规定,但根据正确的理念将现行法律的原则运用于案件,同样可以做出合理的判决并通过司法发展完善相应的制度。而在公司实践中,贯彻股东自治理念的公司立法也使得公司所有者——股东的合法权益得到保障,防止内部人控制等不正常现象的出现。所以,以股东为核心的理念将公司、公司制度及公司法连接成为一个整体,在某种程度上具有了指导包括立

法、司法、守法、法律实施等所有法律实践活动的作用,也使整个法律实践活动朝着正确的目标运转和迈进,并最终促使公司的发展与经济的繁荣。

(二) 股东自治与公司制度功能的发挥——以公司章程为视角

通过对西欧中世纪经济变迁的历史的研究,经济历史学家道格拉斯·诺斯和 R·P·托马斯认为,有效率的经济组织是增长的关键:在西欧有效率的经济组织的发展导致了西方的崛起。而有效率的组织的核心是确立某种制度安排和财产权利,为把个体的经济努力转化为能使个人收益率接近于社会收益率的行为提供激励。^{③⑦}公司作为有效率的经济组织,公司法与公司章程将公司中的各种制度安排和财产权利予以确立,从而保证构成公司的个体(主要是股东)的经济收益并有效的降低风险。在对公司组织的各种制度安排和财产权利予以确立的公司法与公司章程两者之间,公司章程作为公司内部的自治规则,其地位与意义在现代公司运作中愈加显得重要,^{③⑧}甚至有学者提出现代企业是章程企业,靠章程维系。^{③⑨}公司章程作为公司内部“宪章”,其记载的内容涵盖了从公司设立、运营到解散清算的方方面面,公司中具体的管理规则和特殊的制度安排均由股东自主在章程中设计并详细规定。那么,以公司章程为视角审视股东自治与公司制度,更能有效的论证公司制度功能发挥关键在于股东自治的实现这一命题。

从公司本身来看,各国公司法律与实践都无一例外地要求公司成立必须制定章程,公司内部章程的功能在于:公司成立与独立人格的基石、股东自治的基础、公司管理者行动的指南。^{④①}显然,在公司内部,公司章程上述功能的发挥立足于股东自治的实现。第一,在公司成立过程中股东的重要性是无可替代的,公司股东们在充分合意基础上制定章

^{③⑤} [美] E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,作者致中文版前言,第5页。

^{③⑥} 谢晖:《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》,山东人民出版社1998年版,第78页。

^{③⑦} Douglass C. North, *Structure and Change in Economic History*, New York: Norton & Co., 1981, pp. 58—66.

^{③⑧} 公司章程存在的历史显然要比公司法久远,甚至有人提出“章程自治行为的法律化——产生了公司法”。参见蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法、判例、制度》,法律出版社2001年版,第286页;而在现代各国(地区)公司法律中“由公司章程规定”、“公司章程另有规定的除外”等字样的条款数量大量增加,甚至成为了公司法现代化的标志之一。

^{③⑨} 同注。

^{④①} 参见常健:《论公司章程的功能——基于公司内部构造与外部关系视角之考察》,载《中国法学会商法学研究会2007年年会论文集》,第985—1006页。

程而结成社团组织,为他们共同的对利益追求的目的走到一起。作为社团组织的公司,章程的性质在于公司组织的内部自治规则,这种自治规则不仅约束制定章程的股东,同样对公司中的董事、监事、经理等高级管理人员,甚至职工具有约束力。公司章程的约束力来源于公司股东,股东作为公司的所有者,其制定公司内部规则的目的在于合理界定公司内部人员的权利与义务、明确公司运作的方式方法、规范公司内部人员行为,使公司沿着股东规划的方向发展并为股东带来利益。而公司的独立人格是经股东合意并在其明确公司目的、制定章程、投入财产的基础上经国家登记机关登记而在法律上得到认可的。虽然公司的独立人格是法律赋予的,但不可否认的是这种独立人格来源于股东对公司财产的投入、章程的制定等行为,国家只是在此基础上对公司这种状态的认可。而作为公司的独立人格表现之一的公司的自主意志,实质上也是在资本多数决基础上产生的加总的股东意志。第二,股东自主制定的公司章程中的制度安排为公司经营管理过程中股东自治的实现提供了依据。例如,在公司经营管理过程中,股东通过行使表决权对公司的重大事项进行决策、选择管理者等实现自治,而在世界大多数国家公司法中均规定,股东可以在公司章程中对表决权结构作出自由的安排。显然,股东自治形成的章程又对公司经营管理中股东自治权行使提供保障,反言之,在公司经营管理过程中没有股东自治,公司章程作为股东自治基础的功能只能是虚幻的。第三,股东自治的实现对于管理者的行为无疑是一种强有力的约束。以英国一家公司章程为例,其章程细则均有两万余字,但又绝不重复章程大纲及英国《公司法》中已列明的条款和规定,记载的内容相当丰富,包括序言、股份、特别股、股票、股权与变更、催缴股款、股权的没收和留置、股份的转让、转移、变换、股东大会、议事日程、股东表决权、董事会、董事的借款权、董事的权力与责任、董事资格的取消、董事任免、董事会议程、执行董事、董事会秘书、印鉴、储备金、股息、盈利资本化、账目、审计师、公告、为雇员提

拨的预留款、清盘、损害赔偿,等等。^④ 公司章程记载内容的详细和丰富,不仅能够减少纠纷的发生,而且能有效约束公司经营管理者行为,防止公司管理者作出损害股东权利的行为。但如果缺乏股东自治,像我国的国有企业,公司的内部人员很容易控制公司,使公司成为为自身牟利的工具,股东的权益就失去了保障。

从公司法中所规定的公司章程制度来看,公司章程的功能在于保障公司内外部参与人的经营安全、促进公司内部人员以及国家与公司的衔接、保障公司组织与公司法律的和谐并促进公司创新。考察各国(地区)公司法,不难发现,有关公司章程制度的规定中绝对必要记载事项逐步减少,而任意记载事项日益增加,股东自治的空间与范围明显增大;并且像公司目的条款、资本条款等具有安全保障功能的条款的外部效力弱化,其主要作用演变成对股东提供保护和约定股东投资份额。那么,在公司法律规定的公司章程规则中,原本的强制性条款逐步成为了“公司内部的管理规则”。^⑤ 公司法中公司章程制度的发展变化,也显示出国家通过为公司创造一个基本的框架与格局,由股东在自治的基础上在设定的框架或格局内部自主行事,并达到一种自我平衡、自主发展,从而实现国家管理的目标。国家采取间接的方法实现对公司的调整,实际上进一步强化了公司章程在确立公司中的各种制度安排和财产权利的地位,从而使章程作为公司内部人员以及国家与公司联结纽带的功能进一步加强。从更宏观的层面讲,对于公司法中股东自治空间扩大的发展趋势实际上是同市场经济发达国家在20世纪80年代开始的政府放松管制的潮流相吻合的,甚至2002年度美国《总统经济报告》也认为,25年来的放松管制,已经成为美国经济活力和生产率增长的重要原因。^⑥ 在此种发展趋势下,公司法将公司内部规则的设置权利通过“由公司章程规定”、“公司章程另有规定的除外”等条款大量地授权给股东在章程中自主安排,股东在公司治理中的自主权利扩大,股东自治得以更好的实现。在这种

④ 参见陈燕平、曾东红:《两大法系股份有限公司章程制度比较与启示》,载《南方经济》2003年第10期。

⑤ 同注④。

⑥ 张忠军:《让政府与市场各就各位——从安然事件看美国拯救华尔街的制度选择》,载2002年9月2日《学习时报》。

条件下, 股东能够在公司章程中自主设置某些特殊条款, 使得公司的特色鲜明, 并不断推动公司制度的创新。毋庸置疑, 也正是在公司法律放松管制和股东自治的条件下, 近三十年来公司制度创新的速度明显加快, 独立董事制度、董事会委员会制度、CEO 制度、公司反收购制度等公司制度创新层出不穷,

在各个大型公司内部如联合利华的双董事长制度等的特殊安排也并不鲜见。可见, 股东自治空间的增大并未使公司发展出现异常, 反而促进了公司法律规定的公司章程功能的发挥, 并且公司章程中的自主创新也不断推动公司立法的进步与发展。

三、如何实现股东自治?

股东自治作为公司法的基本理念, 其毕竟是主观的, 股东自治的理念必须体现在公司法律制度之中, 并在法律制定与实施过程中表现其存在和价值。然而, 人类的任何理性进而理念都是经验和教训的产物, 法的理念是在人们长期的社会和法的实践中产生的, 而不是先验的。^[44] 所以, 我们也必须认识到, 确立符合公司本质要求的公司法律理念并不是一蹴而就的, 而是一个长期的、综合系统工程。股东自治真正实现的根本在于民众、在于股东, 只有股东具有强烈的权利意识与自治精神的情况下, 股东自治才能具有良好的社会基础。但是, 由于股东自治具有极大的民主色彩, 在一些落后或发展中国家, 通过公司法的贯彻养成普通民众的民主意识和民主习惯, 在公司内部率先实现民主, 并使民主逐渐从经济领域顺理成章地扩张到政治领域, 正在被证明是通向民主世界的成本最小的道路。^[45] 甚至在美国, 为了保证经济民主与股东自治的实现, 当大股东或经营者控制公司而使经济民主与股东自治扭曲之时, 利用“股东积极主义”(stock holds activism)思潮吸引股东积极参与公司治理, 股东除了可以直接或间接参与表决外, 还拥有提案权, 以及可以寻求“评价救济”(appraisal remedy); 在1980年代中期, 联邦政府决定鼓励股东参加公司投票选举, 称选举也是一种资产。^[46] 可见, 股东的民主意识与自治精神的培养与塑造是股东自治实现的根本。然而, 股东民主意识与自治精神的培养是一个渐进的过程, 而股东自治的实现是

一个长期的、综合系统工程。如果仅从股东民主意识与自治精神的培养角度着手促进股东自治的实现, 显然会费时长、见效慢。那么, 从立法与制度的变革入手逐步培养民众暨股东的民主意识和自治精神, 为股东自治创造良好的外部环境 with 实施条件, 通过外部因素的完善逐步促进人们观念更新, 也许效果会更为明显。可以设想, 当人们在对公司、公司制度及公司法的了解不断加深的情况下, 发现其内在的规定性使股东的核心地位得以确立, 在此基础上形成股东自治的公司法的基本理念; 在这种理念的指引下, 立法者开始自觉地将股东自治的理念运用于公司法律的制定与修改, 执法者与司法者将其适用于社会生活和具体的个案, 最终通过广大社会成员对股东自治理念的接受, 使公司法律制度在社会经济实践中发挥应有的作用。

(一) 完善公司立法

2005 年公司法修改的指导思想在于: “贯彻落实党的十六大、十六届三中全会和温家宝总理在十届全国人大二次会议上的政府工作报告的精神, 按照科学发展观的要求, 认真总结十年来公司法施行的经验与教训, 分析、研究社会各方面提出的意见和建议, 适时、适度地调整有关制度, 维护市场经济秩序, 减少交易风险, 使公司法更加适应经济和社会发展的需要, 为深化经济体制改革、促进经济社会全面发展提供法律保障。”^[47] 这种政治色彩浓厚的指导思想, 实质上能够成为我国现阶段所有立法的指导思想, 并未突出公司法所应当具有的基本

^[44] 同注^[32], 第21页。

^[45] 蒋大兴、金剑锋:《论公司法的私法品格——检视司法的立场》, 载《南京大学学报》2005年第1期。

^[46] 参见阳东辉:《经济民主: 现代公司控制权扭曲的解决思路》, 载《现代法学》2004年第2期。

^[47] 参见曹康泰:《关于中华人民共和国公司法(修订草案)的说明》, 载 <http://www.npc.gov.cn/cwh/common/zw.jsp?label=WXLK&id=343120>, 2008年10月20日访问。

理念。那么,没有贯穿整部法律的基本理念统领,公司法的完善只能是基本制度的引进与修补,各种制度之间难免相互冲突,制度的价值功效也将大打折扣。当然,理念作为人们的主观认识是不可能如同具体制度一般在法律中明确规定的,而是像一种精神蕴涵于整部法律之中,成为法律的中心价值;但与此同时,理念的产生与存在基础是客观的,任何的法律理念都是建立在人们主观对客观存在的法律现象与社会关系的一种反映,而理念的存在则是通过法律中每个具体制度所具有的应然规定性而反映的。所以,就公司立法的法律条文而言,股东自治的理念可以在法律的具体制度中予以体现,这是法律理念客观性的表现。在公司立法的具体制度中贯彻股东自治的理念,使之成为整部法律的精神或中心价值,这也可以促进执法与司法,甚至促使民众逐步接受理念,并将其运用于社会经济实践。

首先,公司法中应当进一步明确公司的本质,即公司为资本所有者所有、是股东的投资工具。一方面,从公司的起源开始,股东投资于公司,从而公司为股东所有、为股东投资的工具,在市场经济发达国家一直被认为是理所当然、天经地义的事情,这是西方悠久的产权保护和完善的私有财产制度的传统与精神的写照;而公司制度则是西方社会中私有财产制度的演进形式。即使在现代公司或企业、尤其是大公司企业,无论怎样被股东或出资者以外的利益主体,包括经营者、职工、银行、公众和社会团体、政府等(不排除这些主体本身就是股东)所支配,公司或企业归根到底是处于股东或出资者的监督、控制之下,法律绝不允许公司或企业的行为违背股东或出资者的根本利益。^④虽然,在西方国家的法律中几乎没有“股东是公司的所有者权益承担者、公司为股东的投资工具”字样的规定,但传统的法治精神以及渗入骨髓的权利意识,使公司的本质如同“天赋人权”、“人生而自由”、“私有财产神圣不可侵犯”等一样成为人们的共识。在我国,公司的本质被人们所曲解,而这种曲解在

现实公司实践中引起了相当多的问题。2005年《公司法》的规定使本来就存在误解的公司本质变得更加混沌。^⑤基于此,在我国公司法中进一步明确公司的本质,不仅有利于促进公司法中各种具体的公司制度功能的有效发挥,也为人们对公司认识与观念的转变提供了必要的指导。另一方面,公司法对公司本质的明确规定是公司法股东自治理念确立的前提与基础。公司、公司制度与公司法三者是紧密联系在一起,而三者关系除了历史的渊源与制度的依存之外,股东的存在及其权益的保障成为另一条贯穿三者的线索。而在我国,却鲜有学者对此展开论述,而主流“当家的”学说——公司(法人)所有权说的本质和作用只在于使公司完全独立于小股东,确保大股东或公司内部人员对公司的控制和操纵;由此也就可以理解,中国上市公司的大股东或董事等高级管理者何以在侵害小股东的权益上毫无顾忌。^⑥实质上,公司法中公司本质的明确并不只是单纯地为了说明“公司是股东的财产,还是一个独立的实体?”,^⑦而是进一步确立股东在公司组织之中的核心地位,这样在公司法中确立股东自治的理念时,人们才能将公司法理念的客观性认识得更加清楚。

其次,淡化公司法中的行政干预色彩,在公司法中确立法院中心主义。虽然国家对于公司事务可以基于效率与非效率等众多理由进行干预,^⑧而且公司企业的经营发展往往涉及第三人利益,由此企业的财务会计外在化为强行法律制度,信息披露及其管理、职工参与、国有企业制度等规则逐步进入公司法律内部,成为公司法的重要组成部分。但是,就公司内部的经营管理而言,公司作为股东的领地,国家几乎不会主动地介入公司内部的经营管理。在公司法体系中,公司内部的经营管理一般受到内外两方面的机制制约。内部制约机制源自公司内部法人治理结构的互动与制衡;外部制约机制则来自行政机关与司法机关的公力干预与监督。而现代国家对公司行政干预主要体现为公司登记主管机

④ 史际春:《关于法人财产权与股东权的法律规定刍议》,载《法制与社会发展》1995年第6期。

⑤ 同注。

⑥ 参见孟勤国:《郑百文重组与公司法人所有权说》,载《法学评论》2001年第4期。

⑦ 参见邓峰:《作为社团的法人:重构公司理论的一个框架》,载《中外法学》2004年第6期。

⑧ 参见[加拿大]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏受译,法律出版社2001年版,第139—175页。

关对公司设立、变更、注销登记的管理, 证券主管机关对股份公司股票发行、交易的监管等来影响公司运作。这种行政干预实际上是把公司作为整体从外部进行管理, 虽然有利于督促公司内部治理结构的合法、有效运作, 但并不直接涉及该公司内部各利益主体之间的权利、义务的协调。直接对公司内部各主体间的权利冲突、利益矛盾进行整合、协调的任务只能由司法机关来完成。司法机关的独立地位及其专负法律实施的职责, 使其有足够的能力和权威去救济私法主体的权利并为治理结构的有效运作提供程序保障。所以, 司法程序的监督与保障又是现代公司外部作用力的主要源泉。翻开诸西方国家公司法, 可以发现法院不仅仅以诉讼程序为相关利益主体提供权利救济, 而且还充当“监护人”一样的角色以非诉讼程序不时地介入公司的自力运行机制。^{⑤③} 就公司内外两种机制的关系而言, 内部机制是外部机制存在的基础, 外部机制通过内部机制起作用, 是为克服法人治理结构——公司运作的自我调节机制——的局限性而存在的, 尤其是司法程序保障对内部机制有恢复运作或替补的功能。^{⑤④} 所以, 法律机制总体上来说只应当作为私人意志的中立的推动者。^{⑤⑤} 国家对公司内部事务干预的手段, 主要是通过公司立法为公司的设立与发展提供良好的参照和提供纠纷解决的途径, 公司的内部事务主要是交由股东自治而完成的; 干预的目的也仅仅在于为公司竞争有效率的开展提供便利 (防止公司僵局的出现)、恢复公司的经营秩序以及维护社会公平、正义。然而, 在我国公司法律中, 虽然较之 1993 年公司法, 2005 年公司法中的行政干预色彩已经大为减少, 但是毋庸讳言, 传统的干预思维与立法习惯的惯性, 使得 2005 年公司法中的行政干预色彩依然明显, 尚未完全确立法院中心主义。例

如, 在我国公司法中还尚存大量对于违法行为的行政制裁, 主要采取罚款或撤销公司登记的行政手段来制裁有关责任者或公司。这种行政干预方式实质上是国家取代了公司股东的地位, 对公司内部经营管理行为的直接干预, 对于公司股东自治而言具有极大的危害性。^{⑤⑥} 而成熟市场经济国家的公司法采用法院中心主义, 为公司运作所提供诉讼与非诉讼的司法程序保障。这种方式是被动实施的, 是股东或其它利益主体自我选择的救助, 直接出于维护自己或者公司的合法权益的动机, 如果股东不提起诉讼, 法院并不会主动介入公司的经营管理。显然, 这种方式的发起, 主动权是在股东的手中, 股东可以依据自己的利益和意志提出救助, 实质上也是股东自治的一种表现。

(二) 转变政府角色

在市场经济发达国家, 国家对经济的干预必须具有法律依据, 依法行事。一般而言, 经济立法往往是市场经济发达国家干预经济的基本方式。国家在市场经济发展过程中发挥三方面功能, 即在市场经济中起到最低程度的保护作用, 通过制定必要的法律维护市场公平竞争和经济秩序, 国家充当“守夜人”的角色; 国家在市场经济中充当仲裁人的角色, 对违反法律的行为进行裁决, 维护市场经济的有效运行; 国家采用财政和货币政策实现保障宏观经济的稳定增长, 实现充分就业或降低失业率, 调节社会收入分配, 处理公平与效率的关系。^{⑤⑦} 而在我国, 受长期的计划经济体制的影响, 国家、主要是行政机关对于人们生活的干预已经达到细致入微的程度, 大到分房结婚, 小到买米买面, 无不渗透着政府的身影, 人们的自主、自治空间极小。在企业设立与经营管理方面, 也均由国家下达指令性计划进行, 企业几乎没有经营自主权。改革开放以

^{⑤③} 公司运作的司法保障中, 通过诉讼机制解决的包括: 关于公司登记的无效或纠正之诉、股东大会决议无效或撤销之诉、对“自我交易”(self-dealing)的撤销之诉、公司增资、减资、合并的无效之诉、股东代表之诉、公司解散之诉; 通过法院的非诉讼机制解决的包括: 公司设立的司法审查及其他有关司法许可、股份的司法评估、股东会的司法召集、董事的司法任免、股东出资及公司财务的检查、发行公司债的监督、关于公司整顿、解散、破产及清算程序的启动与主持等。参见缪剑文:《公司运作的司法程序保障初探》, 载《法学》1998 年第 5 期。

^{⑤④} 参见缪剑文:《公司运作的司法程序保障初探》, 载《法学》1998 年第 5 期。

^{⑤⑤} 同注⑤④, 第 229—230 页。

^{⑤⑥} 由于政府行为的公法性质以及政府权力的扩张性, 决定其着眼于公权和公共秩序的维护并乐于干预公司内部事务, 这种干预不仅不能有效地避免、预防公司利益主体损害的发生, 而且公司相关利益主体的权利损害也并不能通过政府行为得到弥补、赔偿。显然, 从效率角度考虑, 政府干预方式使用的性价比是较低的。最重要的是, 政府的行政干预往往是主动实施的, 权力的行使容易失控。

^{⑤⑦} 参见吴振国:《西方发达国家企业法律制度概观》, 中国法制出版社 1999 年版, 第 32 页。

后,虽然随着市场经济体制的建立,国家对经济与社会的干预程度有了显著的降低,但是,众所周知,我国的改革是在政府主导下进行的,政府主导着改革的所有制度供给,使包括法律的制订(立法)与执行(司法)中都包含着政府的目标。^⑤对于我国法治的实现,有不少学者曾经直接指出,“依法治国”中的“治”就是“法治”,治国的根本首先是指国家机器,然后才是指人民;不先治好国家机器和官员,人民是治不好的。^⑥法治的根本在于对政府的规制。在实现股东自治方面,实际上情况也是如此。如果我国政府,尤其是行政部门没有确立股东自治的理念,那么,公司设立与经营过程中的过多的行政干预显然将成为阻碍公司自治开展的最大障碍。

但在我国,除了传统的计划经济时期残留的干预思想作怪之外,理论界与实务界对政府干预公司事务,往往认为是由于我国存在大量国有企业的缘故。虽然在我国公有制为主导的经济体制下,公司法的主要作用是规范公有财产投资经营和公有主体之经济结社行为。^⑦但是,这并不说明公有主体投资设立的公司就无法实现股东自治,政府就可以随意的干预企业的经营与管理。实际上,公有或营企业并非是我国所独有,即使是国有经济水平较低的美国,其整个国有经济成分在国民经济中的比重也有5%—10%。^⑧一般而言,市场经济发达国家基于法治的要求认为政府承担着三种角色,即社会经济管理者;国资总老板或抽象的所有权人;国资的具体老板或出资人(股东)、占用者。^⑨首先,在市场经济与法治条件下,政府的首要角色是公共事务管理者暨社会经济管理者。政府对公共事务暨社会经济进行管理时,一方面,其职权的行使必须

具有法律依据,不能任意解释法律、任意规避法律的限制,也不能将行政权力无限扩大,要严格地依法办事。另一方面,政府中承担社会经济管理职能的机关应当秉持中立与公正的立场,一视同仁地对待市场中的每一个参与者,不应有所偏袒或歧视。此外,政府管理公共事务暨社会经济事务时,必须科学决策、民主决策,政府的决策权力应当受到审计、监察等部门的制约。^⑩其次,对政府担任国资总老板或抽象的所有权人的角色,在西方国家这一角色往往由财政部担当。在我国则由国务院担当国资总老板或抽象的所有权人的角色。政府的国资总老板或抽象所有人的角色应制定相关的政策与规则、代表人民对任何掌握着一定国有资产的主体行使监督的职权,从法律层面和监管者的角度对于国有资产及国有企业行使监督管理的职权。再次,国资的具体老板或出资人(股东)、占用者的角色,则是由国务院、地方各级人民政府授权的部门以及具体的占有使用国有资产的部门充当。^⑪政府的国资具体老板或出资人的角色,意味着这些部门实际上行使国有企业股东的权利,即制定章程、选择经营管理者、参与重大决策以及资产收益等权利。

政府参与经济活动的三种角色设置还要做到不得利益冲突、角色扮演不得错位,担当角色的机关及其工作人员应具有可问责性,并在角色定位准确、清晰的基础上落实责任,即“角色不得错位、利益不得冲突,人人可(被)问责。”^⑫这不仅是市场经济对政府提出的基本要求,同时也是政府在参与经济活动时所必须具备的基本法治理念。其一,角色不得错位。政府作为公共事务管理者暨社会经济管理者,其权力来源于法律的授权,权力行使也要受到法律的规制。如果政府的行政权力任意扩

⑤ 例如,公司法中就包含着政府对国有企业进行现代企业制度改造的政治目的,而法院对于案件的裁判行为也在相当大程度上受制于政府的目标(法院在判案时必须考虑社会稳定因素,即所谓追求“社会效益”)。

⑥ 蔡定剑:《依法治国评述》,载《法学》1997年第8期。

⑦ 同注⑥,第17页。

⑧ 徐向艺:《比较·借鉴·创新——企业改革的国际经验与中国道路选择》,经济科学出版社2001年版,第174页。

⑨ 史际春:《新发展观与经济法治新发展》,载《法学家》2004年第1期。

⑩ 然而,在我国现实中,由于行政部门有着天然地扩张倾向;最重要的是,笔者认为,也是由于我国某些政府部门固守着传统计划经济理念,乐于干预,也勇于干预,却忽视市场经济与法治社会对其角色定位的要求,忽视对每个市场主体自主性与平等竞争要求的尊重,从而为腐败行为的滋生打开了方便之门。现实中的行政机关滥用权力的行为十分普遍,更需要对政府社会经济管理者的角色加强制约。有关政府行政管理中存在的问题,具体可以参见杨宝琦、台建林:《依法行政不那么简单——一个副市长眼中的基层行政十弊》,载2006年1月19日《法制日报》。

⑪ 参见《中华人民共和国企业国有资产法》第4条、第11条、第12条;《中华人民共和国公司法》第65条等。

⑫ 同注⑥。

大,随意伸向政府其他角色管理的领域,不能依法行使,那么,此时政府的角色就错位了。^{⑥⑤}其二,利益不得冲突。政府在经济活动中角色的错位必然导致利益的冲突。例如,像国资委这样的机构,不能集国资总老板职能和具体老板职能(企业的出资人或股东)于一身,否则就会出现自己监管自己、自己调控自己的利益冲突,构成了法治之大忌。^{⑥⑦}其三,人人可(被)问责。《法国民法典》早在200年前就确立了“过错责任”的基本原则。人人都要对自己的行为承担责任,政府及其工作人员也是如此。从法治的要求来看,这本不应该是一个问题,但是“过错责任”到了政府这里却打了折扣。在政府主导的市场经济体制改革的过程中,政府的地位被抬升到了极点,从而使其行为往往处于监督的“真空”状态,即使被要求承担责任,其也能以“集体决定”、“行政特殊”等抵挡之。如此这般,没有责任与制裁的法律只能成为一纸具文。法治的精神关键在于责任。市场经济与法治的发展呼唤着每一个市场经济参与者,包括政府在内,守规矩、讲诚信、平等问责、平等竞争。当政府参与经济活动时,尤其是参加经济实体法律关系中,如企业竞争、政府采购等关系中,其与公民法人一样,应当平等地承担责任,而不能动辄就以“集体决定”、“行政特殊”等原由开脱。当责任到位,追究到人之时,政府及其工作人员在参与经济活动时就不得不视法律为准则,不得不审视自身角色,不得不谨小慎微,最终公平维护的是每个市场参与者的利益。

(三) 提升法院能力

在股东自治理念的指引下,公司法逐步采取法院中心主义,大量的公司纠纷将由法院最终裁决,显然,法院受理的公司类纠纷案件的数量将会大量增加,而且由于公司类纠纷的复杂性,公司法规则往往为法官的自由裁量留下较大的空间。但是,法院的法院中心主义并不是授权法院或法官在处理公司纠纷案件时可以自以为是,代替股东作出判断或者侵犯股东的自治权利。公司股东自治的理念表明,

“个人是其自身利益的最佳法官”,一方面,法院对于公司行为的审查应当尊重公司股东对公司事务的自主安排,另一方面,即使法院需要对公司进行干预,也应当在一定的限度之内,坚持有限干预的原则。

实际上,基于对公司法中股东自治理念的充分理解,在市场经济发达国家,法院与法官具有很好的传统,能够非常好地保障公司中股东自治的实现。英国的法官否认其具有商业知识并宣称对干预公司事务保持沉默。早在1902年,戴维大法官代表审理Burland v. Eagle一案的枢密院说:“与共同股份公司相关的法律的一个基本原则是法院不会干涉公司在其权力范围内的内部事务,并事实上根本没有这么做的管辖权”。而法官不干预公司内部事务也反映在盎格鲁——美利坚精心制定的法律原则中,通常被称为商业判断规范的美国原则可能是一个最好的例证。根据该规范,法官不干预由公司管理层作出的商业判断,只要该决定是经过某种程度的勤勉和谨慎以及不存在欺诈、非法或利益冲突。美国法官也明确承认该原则的理性基础之一是法院不适于评价商业决定。^{⑥⑧}在股东自治理念的指引下,市场经济发达国家法院与法官对于公司内部事务的不干预态度在具体的案件中表现得更为明显。例如,在英国1994年上诉法院判决的Harman v. BML Group Ltd一案中,一家小私人公司中的两种股东产生了纠纷。在这家公司中,股票被分为A种和B种,A种股票持有者是多数,但是股东协议给予B种股票持有者以一些权利,包括除非有B种股票持有者参加,否则股东大会就不视为达到法定人数。当由于对自利行为的指责而产生纠纷之后,B种股票的持有者拒绝参加会议,两名A种股票持有者根据《1985年公司法》第371条寻求法院的命令。第371条允许在召开股东大会是不现实的时候法官下令开会。初审中,法院颁布了命令,但是上诉法院推翻了一审的判决。迪龙法官代表法庭判定第371条不应被用来推翻B种股票持有者的权利。正如他所说:“法院不应该重新准备一份股东协议并强加给各方。”法院还认为在

^{⑥⑤} 例如,中国人民银行作为国家货币政策的制定者与执行者,其职责是制定与执行货币政策、防范和化解金融风险、维护金融稳定,如果它直接投资商业银行,关心其能否赚钱、能否上市,那么人民银行作为一国中央银行的角色就错位了。参见常健:《外汇储备投资国有商业银行的法律分析——兼谈政府参与经济行为的法观念》,载《法律科学》2004年第3期。

^{⑥⑦} 同注⑥②。

^{⑥⑧} 同注⑥②,第337—339页。

一般情况下,股东应该能以他认为合适的方式行使表决权,即使这样做更多地是为了他自己而不是公司的利益。^{⑥9}由此可见,股东自治的理念在司法实践中具有重要的指导意义,而法院与法官亦需要对股东自治予以充分地尊重。

但是,法院与法官对于股东自治的尊重并不是意味着其仅能对公司内部的纠纷袖手旁观。如前所述,在公司法体系中,公司内部的经营管理一般受到内外两方面的机制制约。内部制约机制源自公司内部法人治理结构的互动与制衡;外部制约机制则来自行政机关与司法机关的公力干预与监督。就公司内外两种机制的关系而言,内部机制是外部机制存在的基础,外部机制通过内部机制起作用,尤其是司法程序保障对内部机制有恢复运作或替补的功能。^{⑦0}在司法程序保障对内部机制发挥恢复运作或替补功能时,同样股东自治的理念是不容破坏的。一般而言,法院或法官仅为公司纠纷当事人提供程序性救济,由股东按照法院或法官提供的程序自主决定公司事务,法院或法官不应当也不能直接干预公司内部事务的处理。在实践中,经常有股东在公司股东会未对可分配利润作出分配决议的情况下,以公司为被告诉诸法院要求分配股利。依据股东自治的精神,法院的司法活动仅应当是一种程序性监

督,即法院可以判令公司召开股东会决议分配事宜,由股东自主决定股利的分配,而不能由法院越俎代庖。可见,为了确保股东自治,法院或法官对公司应当采取有限干预的原则,即法院或法官应遵循“竭尽公司内部救济”的原则,先由股东与公司参与者在法定的程序内自行解决,只有公司内部救济用尽,当事人仍无法通过自主协商的方式解决纠纷时,司法才能进行实体性的公力救济。因为,按照自治的理念,公司的未来、去留、利益安排等都应由公司构成成员(股东)自己决定。^{⑦1}这也是市场经济法治对于法院提出的基本的要求。

司法救济作为私人权利保护的最后一道防线,对于私人权利的维护具有举足轻重的作用。然而私人权利的维护显然应当首先由私人按照“私力解决程序优先”原则进行处理,只有当私力解决无法奏效的情况下,国家的公权力才能介入私人的领域。公司内部纠纷的处理同样如此,股东自治是公司法律的基本理念,股东对公司内部事务的自主处理理应受到尊重,只有当股东无力解决,即“竭尽公司内部救济”之时,法院才能对公司事务进行实体性的干预。法院或法官尊重股东自治的理念的确立,才能使股东自治的理想逐步得到实现。

(责任编辑:姚海放)

^{⑥9} 同注^{⑥2},第351—352页。

^{⑦0} 同注^{⑥4}。

^{⑦1} 仔细扫描包括我国在内的各国的公司法典,不难看出,公司法中的诸多制度体现了上述理念。例如,如果公司急于召开股东会,法院的任务是判令公司召集股东会,而不是直接帮助公司决定股东会所与讨论的事项;又如在股东代表诉讼中,大多数国家都将是否穷尽内部救济——请求公司机关(董事会或监事会)起诉作为股东能否提起代表诉讼的前置程序;再如,在请求宣告公司设立无效的诉讼中,许多国家立法都许可公司补正有关设立瑕疵,从而不作无效宣告。参见蒋大兴、金剑锋:《论公司法的私法品格——检视司法的立场》,载《南京大学学报》2005年第1期。

sity of China.

At Crossroad for Japanese Law School System

Suzuki Ken 31 ·

This paper will introduce the institutional context and the system concept of the Japanese law school system and the new judicial examination, both of which were established under the influence of the United States. It will focus on interpretation of the issues and challenges arising during the implementation of the Japanese law school, and in-depth analysis of the conflicts and the contradictions between the new legal profession education system and the old one. It will also make a comparative law study on the institutional reforms in Japan and South Korea, and propose some meaningful conclusions for the institutional reform in China.

Keywords Japanese Law School; Lawyer Educating; Bar Examination

Suzuki Ken, Professor of Hokaido University Law School in Japan.

The Reforms of Legal Education and Bar Examination in South Korea

Yooncheol Choi 38 ·

The Reform of the Judicial Education and Mode of the Judicial Examination in Korea begin March 2009. But many people afraid that new system, law school and bar-examination, make adaptation effective on the Korean continental judicial system and education tradition over 60 years because the system of law school and bar-examination are peculiarly America's own. Now China also plans to reform the system of judicial education and the legal system as Korea, Japan. China must take a close look at their experience to prevent side effects.

Keywords Korean Law School; Judicial Education; Bar-Examination; Legal Profession; Lawyer

Yooncheol Choi, Ph.D., Professor of Konkuk University Law School in Korea, Visiting Professor of Law School at Renmin University of China.

On the Foundation, Value and Achievement about the Autonomy of Shareholder

CHANG Jian 49 ·

The legal person's nature of company only is an extrinsic feature. It's the basic essence of company that the shareholder is the undertaker of rights of the company owner and the company is a tool of shareholder investment. Essentially, the autonomy of company is the autonomy of shareholder. Thus, as the owner of company, shareholder is in the central status of the autonomy of company. Shareholders, who is the important power, contribute company system to appear and develop; Reforming the autonomy of shareholder can encourage to realize the functions of company system. In China, completing the company law, transforming the governmental role and developing the count capability will help to realize the autonomy of shareholder.

Keywords The Essence of Company; Shareholder; The Autonomy of Shareholder; Company Law

Chang Jian, Ph.D., Associate Professor of Huazhong Normal University Law Department, Post-doctoral Staff of China University of Political Science and Law.

Analysis on the Home Supervisors' Responsibilities of Cross-border Bodies of
International Banking Groups

YANG Song 63 ·

One of the reasons of global spread of America subprime mortgage crisis is that there are aggravated negligences on the home supervisors' responsibilities of international banking groups. This paper analysis the international agreements and some practices on the home supervisors' responsibilities of cross-border bodies of international banking groups, such as Basel Agreements, GATS of WTO, EEC Directives. This paper also compares the different functions between consolidat-