

公司制度研究:以制度发生学为视角

王妍

摘要:商业实践不但以创新的形式推动了经济的发展,而且也促进了法律制度的改造与变革,这一点在公司法领域表现的尤为突出。阿里巴巴公司的合伙人制度、股权众筹、对赌协议等都是在没有法律规定的情况下以创新的名义被商业实践所创造,并推动了相关法律法规的完善或改造。从制度发生学角度,无论是商业实践中的创新还是法律制度的改造,何以发生、为什么会发生?探究其发生的路径及原因,目的在于寻求公司制度生成的机理,公司制度乃至法律制度变迁的动因和路径也许就蕴含其中。

关键词:商业实践;合伙人制度;股权众筹;对赌协议

公司,特别是股份公司的出现创造了人类历史上最为辉煌的经济成就,公司制度也已经成为人类历史上的通识性制度,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,在公司制度的构造方面并无太大不同。但是,时至今日,公司制度的发展已经不可同日而语了。一个又一个颠覆性的超常规的商业实践正在以“创新”的名义对传统的公司制度进行瓦解或改写。在这个没有创新就没有生存空间的时代,被改写的公司制度,法律应如何对待?

一、当代社会商业实践对公司制度的改写

(一) 合伙人制度:被打破的公司治理的理念及结构

公司治理,包括公司内部所有机关及相互关系的架构,即股东大会、董事会、监事会、经理之间的权力利益制衡关系^{[1](P.90)}。长期以来,经过经济学和法学界的共同努力,公司立法都已经构筑了一套严密的公司治理逻辑和公司治理制度,在这套公司治理理论和实践中,通过股东会、董事会、监事会的权力分配与制衡,将各方利益,特别是中小股东利益都包含在了考量之中,形成了一个各方机制相互牵制和平衡的利益共同体。无论是大陆法系还是英美法系,公司治理始终围绕着股东——公司终极所有人、董事——公司业务执行者而展开,这其中,由于股东是公司的出资人和公司财产的终极所有人,因此,其利益无时无刻不受到格外的关注,可以肯定,几乎所有的公司法制度都是为了维护股东利益而设定的,正因为如此,绝大多数关于董事和高级管理人员的制度主要是围绕着对董事及高级管理人员的约束以避免其伤害到公司最终所有人的利益而展开的。所以,传统公司法中的公司治理在目的上是为了维护股东的利益亦或公司的利益,当然,也有人认为利害关系人的利益也在公司治理考量的范围之内。基于这样的考虑,在权力分配上,公司法赋予了股东会最高权力机构的地位,由股东会决定公司重大问题,并实行同股同权、同股同利原则。

但是,近年来,商业实践中采用合伙人制度的公司有很多,合伙人制度的出现却使公司治理的理念

作者简介:王妍,黑龙江大学法学院教授,博士生导师。

和规则悄然改变。引起人们关注的是阿里巴巴公司(以下简称阿里公司)。^①阿里公司的合伙人制度,主要是通过公司章程的设计而赋予特定的“合伙人”以特别的董事提名权从而控制公司董事会来维持和延续公司控制力的一种制度安排。在这一制度安排中,首先,合伙人虽然拥有公司的股份,但绝对不是控股股东;合伙人提名董事是按一人一票原则,而不取决于其所持有的股份数额;同时,谁能成为合伙人与公司股东无关;其次,合伙人提名的董事占据董事会多数席位,直接拥有了董事会的控制权;再次,如果股东不同意提名或者开除董事会成员,合伙人可以任命新的临时董事会成员。

毫无疑问,这种制度安排,与传统公司治理规则和理念相去甚远。在传统公司制度中,实行股东本位主义,股东大会是公司的权力机构,决定一切重大问题,决议的作出实行同股同权原则,董事选举采取资本多数决,即便是上市公司可以采取累积投票制度,也仍然没有背离“同股同权”、“一股一票”这种决定公司资本民主的基本方针。而阿里公司的合伙人制度却全然不同,并不掌握股份控制权的“合伙人”控制了董事的提名,而享有股份控制权的控股股东在董事选举问题上却没有太多的发言权,股东变成了单纯的财务投资人,资本变成了附庸或傀儡,决定董事人选的大权旁落到了所谓的合伙人手中。阿里公司的这种合伙人制度,按其公司章程的表述,目的是为了“坚持公司的使命和长期利益”。但无论其目的何在,将完全不在公司法语境中的“合伙人”纳入公司治理框架,其合法性、正当性无疑是一个亟待解决的问题。但无论其合法性、正当性等方面存在怎样的不足,可以肯定的是它已经成为事实并在商业实践中被热捧。

以契约约定改变公司治理规则,阿里公司并不是首次,也不是惟一。Google、Facebook、LinkedIn 等众多具有影响力的公司为了实现特定人对公司的控制,均是采用双重股权的结构。Facebook 为确保创始人 Mark Zuckerberg 对公司的控制权,除了施行双重股权结构,还设计了一个“表决权代理协议”,要求前期投资 Facebook 的所有机构和个人投资者同意在某些需要股东投票的特定场合,授权 Mark Zuckerberg 代表其所持股份进行表决,正是凭借着这样的股权结构设置,Mark Zuckerberg 取得了公司的绝对控制权。而中国在美国上市的互联网公司,如百度、人人、优酷等亦是如此。

如此看来,当学者们还在争论是“股东会中心主义”更合乎道义,还是“董事会中心主义”更加理想的时候,商业实践已经将“合伙人中心主义”推上了历史舞台。在公司治理框架中,股东会和董事会之外,将既非合伙企业法中的“合伙人”,也非公司法中的“高级管理人员”安排进了公司治理结构之中。商业实践中,野心勃勃的“合伙人”将合伙人制度以“公司自治”的名义镶嵌入了公司治理之中。这是江湖的逻辑,还是法律的逻辑?无论是谁的逻辑,可以肯定的是,商业实践中的商人们正以其生来具有的狡黠改写着公司治理规则和理念。虽然实行“合伙人制度”在目前似乎仅仅表现为大型互联网公司,但是,谁又能保证它只在大型互联网公司中传播和复制呢?

(二) 股权众筹: 融资方式突出重围

股权众筹,是指拟融资的公司(发行人)或发起人通过在线互联网络平台(众筹中介)向众多投资者出售证券筹集小额资金的一种公司融资形式^[2]。保守估计,自 2011 年 7 月我国首家众筹网站上线,截止至 2014 年上半年,仅股权众筹网络平台已经超过 100 家。^②

在股权众筹这组复杂的法律关系中,无论众筹平台的角色如何,从投资人角度,实质上是一种股权投资(equity investment)行为;从募集者的角度,则是通过发行股份向投资者募集资金。实际的情况就是:当募集者因为创业需要资本,当投资者有闲余资本需要投资,在互联网这一平台上,它们如愿以偿。

在传统的法律框架内,公司制度其伟大之处就在于可以很快地实现陌生人之间的资本集聚。依公司法,如果初创企业,可以按公司法规定的条件和程序设立有限公司或股份有限公司,如果为现有企业

^① 本文中所述的阿里巴巴公司是指阿里巴巴集团控股有限公司(Alibaba Group Holding Limited)。

^② 刘琪“股权众筹平台逾 100 家,行业发展困局难解”载《证券日报》2014 年 6 月 14 日。

扩张资本,可以以法定程序增资扩股。但是,公司法的这些安排,均因为股权众筹而变得失去了存在感!公司设立的条件和程序、资本募集的条件和程序,均被股权众筹压缩和精简。“股权众筹的出现使得初创企业能够越过传统融资模式下企业先成立发展→寻求创业投资→向银行提供担保获得信贷资金→发展壮大后再公开发行上市的漫长过程,在公司未成立尚处于项目创意阶段或者公司发展初期还不具规模时,就可通过众筹平台公开发行证券进行股权融资。”^[2]

正因为如此,股权众筹在各国发展中存在的共同问题之一是其合法性问题。就我国而言,根据公司法、证券法等有关规定,未经国务院证券监管部门批准,任何单位和个人不得向不特定对象发行证券、向特定对象发行证券累计不得超过200人,非公开发行证券不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。根据《证券投资基金法》、《私募投资基金监督管理暂行办法》,私募基金管理人不得向合格投资者之外的单位和个人募集资金,不得向不特定对象宣传推介,合格投资者累计不得超过200人,合格投资者的标准应符合《私募投资基金监督管理暂行办法》的规定。而商业实践中的股权众筹,大都突破了公司法、证券法等相关法律法规的规定,公司法、证券法等规定的资本募集条件及程序,在股权众筹模式下被无条件豁免,或者以各种方式绕过了公司法、证券法等相关法律法规的规定。其实,在现有制度框架下,股权众筹的合法性问题确实是其无法抹平的硬伤。

可见,股权众筹与合伙人制度一样,不过是商业实践“抛开”公司法制度的一种“创新”,这种创新迎合了商业实践的需要,却置颇具尊严的公司法制度于不顾。在股权众筹这种商业模式下,市场主体以降低成本、提高效率的名义规避掉了公司法、证券法中的那些繁文缛节,再一次以“创新”的名义行走于公司法律制度之外,从表面上看是融资方式的变化,其实质是:在客观上不可避免地改写了公司法所确定的资本募集的条件和程序。

(三) 对赌协议:应对信息不对称和激励问题的新方案

信息不对称充斥于社会经济生活的方方面面,在公司、特别是股份公司层面,信息不对称主要表现为投资人或股东与公司管理层之间的信息偏差。一般情况下,公司管理层更加了解公司的真实情况,而公司的股东或欲投资公司的人只能过有限的渠道得到有限的信息。信息不对称会引发各种道德风险,公司法为此付出了极大的努力,通过各种制度安排来减少这种道德风险,但是,这在客观上又进一步导致制度成本的增加,于是,产生了困扰经济学并几乎是无解的代理成本问题。公司法中,信息披露制度、董事信义义务、独立董事制度、外部监控制度、股东代表诉讼制度等几乎都是为解决代理问题而做出的制度安排。但是,“任何一项旨在降低某种代理成本的制度,它本身就是一个委托——代理安排,会引入一种新的、看似更为节约的委托——代理关系;在存在不对称信息和道德风险的情况下,假以时日,没有任何一项代理制度,能够走出代理成本的陷阱。”^[3]就在公司法殚精竭虑、无计可施之时,商业实践在此方面却另辟蹊径并卓有成效。

对赌协议(Valuation Adjustment Mechanism),直译为“估值调整机制”。“对赌协议的内容与形式多样,但多数是以财务业绩作为对赌标的,以投融资双方所持股权作为给付内容,即‘筹码’。如果达到预先约定的条件,投资方应向融资方无偿转让一定比例股权;反之,融资方应向投资方无偿转让一定比例股权。”^[4]对赌协议近年来在国内外风起云涌,蒙牛乳业、永乐电器、太子奶集团、中信泰富、碧桂园等既有成功的案例,也有因为对赌而失败的案例,特别是最高人民法院对海富投资与甘肃世恒案判决使对赌协议引起了学界极大的关注。其实,当理论界和司法实践领域在讨论对赌协议是否有效、是否违反风险共担原则、是否名为联营实为借贷、是否损害中小股东的利益等问题时,我们不妨从制度发生学角度来思考“对赌协议为什么会发生”以及它解决了什么问题。

人是利己主义的,在投资领域,精于计算、善于盘算的具有“经济人”本性的投资者在为其资本寻找投放之处时,由于信息不对称,常常无法做出对被投资企业的准确估值。为解决这一问题,投资方与融资方干脆签订“对赌协议”。一般情况下,由于投资方投入的资金数额基本不变,当被投资企业未能实现

对赌协议所约定的业绩增长指标时,投资方的持股比例将会增加,即相等数额资金所对应的股权增多,每股价值相应降低,也就意味着投资方对被投资企业的估值下调;当被投资企业实现对赌协议所约定的业绩增长指标时,投资方的持股比例将会减少,即相等数额资金所对应的股权减少,每股价值相应提高,也就意味着投资方对被投资企业的估值上调^[4]。于是,由于信息不对称或信息不完全等不确定因素而可能导致的估值错误风险被化解,双方不会再受“不确定性”的困扰和羁绊,权利义务取决于约定的条件是否成就。

对赌协议不但可以化解对被投资企业估值错误的风险,还可以轻松实现对被投资企业管理层的激励。长期以来,对公司管理层的激励问题一直困扰着公司的股东。由于公司的股东与管理层之间的目标不一致或效用函数不一致,如何调动公司管理层的积极性,各国公司法一直致力于寻求解决方案,经理股票期权制度、管理层收购制度等都是为了实现和管理层的激励而设计的,但是,效果并不尽如人意。而对赌协议的出现似乎为公司管理层的激励问题提供了一个另辟蹊径的解决方案。虽然对赌协议的种类有很多,对赌的内容也不尽相同,但大多数对赌,都是以一定的条件,如“净利润”、“上市时间”为标尺,以“现金”、“股权”等为筹码,甚至有的对赌协议直接约定条件成就时由投资方对管理层奖励,条件未成就时由管理层对投资方补偿。所以,几乎所有的对赌协议,都形成了对管理层无形的激励,弥补了现有公司法关于管理层激励机制的不足。至此,公司法制度无论怎么努力也无法圆满解决的激励问题,在商业实践面前轻而易举被化解,商业实践创造出了公司法并没有规定的新的激励机制。商业实践中商人的狡黠再一次补足了公司法制度的愚钝和迟缓,显示出比已经给定的公司法制度更加精明和灵活的一面。

二、如何发生、何以发生——以制度发生学为视角

毫无疑问,无论是阿里公司的合伙人制度,还是股权众筹、对赌协议等等,都是商业实践中商人之间对各种可能的不确定性进行权衡、考量、博弈而做出的契约安排,这些契约安排的共同特征就是:缺少现行立法的支持。正因为如此,无论是合伙人制度,还是股权众筹、对赌协议,其面临的最大问题就是合法性问题。于是,在毫无准备的法律面前,鲜活的商业实践表现出了异常的尴尬,立法和司法都表现出了一丝慌乱和无所适从。那么,在公司法领域,为什么商业实践要以“创新”之名挣脱开现有制度而另起炉灶?商业实践中的制度“创新”在正当性问题上如何考量?商业实践中的制度“创新”对于公司法制度变迁会产生怎样的影响?对这些问题从制度发生学的角度进行阐释和揭示,也许会更容易获得满意的答案。

近年来,以发生学、特别是制度发生学来阐释制度的发生和演变在社会科学领域较为流行,这种研究方法本身也具有格外重要的意义,因为发生学主要研究事物或现象及其发生的前提和过程,是一种追本溯源式的研究方式,是一种对事物本相的终极探究。因为对事物或现象发生的前提和过程进行研究可以更加深刻地洞察事物的本质和本源。因此,学者总结到:流行于社会科学研究领域的发生学方法是“反映和揭示自然界、人类社会和人类思维形式发展、演化的历史阶段、形态和规律的方法。主要特征是:把研究对象作为发展的过程进行动态的考察;有分析地注重考察历史过程中主要的、本质的、必然的因素。”^{[5] (P. 381)}按照西方学者的观点,发生学方法的“目的是为了发现和研究起源、趋势、进度、方向以及所研究对象的发展模式。”^①这正是兴起于自然科学研究领域的发生学研究方法,在被引入进入人文社会科学研究领域后受到极大重视的原因。

制度发生学关注的焦点之一是“如何发生的?”在经济学的当代制度分析史上,对于制度生成与演进的进路,美国经济学家安德鲁·肖特在其《社会制度的经济理论》中进行了归纳,肖特辨识出了经济学史上对制度产生机制认识上的两种进路:一是亚当·斯密—门格尔的演化生成论传统,一是康芒

① Kai Jensen: *Genetic Method*, *Review of Educational Research*, 1939(5).

斯的“制度是集体行动控制个体行动”的制度设计论传统^[6] (P. 65)。这两种不同的观点,可以分别概括为:一是演进理性主义,门格尔、哈耶克是其中的代表;二是建构理性主义,康芒斯、诺斯是其中的代表。演进理性主义认为,制度是不可人为设计的,制序只能产生于行为主体实现自我利益的过程中,而不能产生于某些人或组织的设计,如哈耶克认为,人类只具有有限理性,人类得以繁荣稳定就在于对于一种抽象规则的遵从,这种规则“恰恰是因人们的理性不足而人们又要把握错综复杂之现实的详尽细节渐渐学会而使用的一项工具。”^[7] (P. 81)而建构理性主义传统所坚持的命题之一是:人生而具有智识和道德的禀赋,这种禀赋能够使人们根据审慎地思考而型构文明。诺斯传承了从笛卡尔、卢梭和马克思所遗传下来的建构理性主义路径取向,提出“制序是人们创造出来的东西。制序演进着,亦为人们所改变。”^[8] (P. 97)

制度发生学关注的另外一个问题是“为什么会发生?”从制度发生学角度,制度的生成与演变必然存在制度发生学方面的动力,虽然演进理性主义与建构理性主义在制度发生的动力方面有所不同,但从普遍意义上讲,在为什么会发生这一问题上,主要由以下几个方面的动因:第一,从主体角度,制度发生和变迁的动力来自于人类的理性以及对私利的追求。经济学研究表明,单个的社会主体是理性利己主义者,他们精于计算、善于盘算,当外部环境发生了变化,一定会以其所具有的经济人的本能对遵守现行制度的成本与收益以及重新建立规则的成本和收益进行权衡。经济学中新古典理性选择理论认为:经济行为人为具有完全的充分有序的偏好、完备的信息和无懈可击的计算能力和记忆能力,能够比较各种可能行动方案的成本与收益,从中选择那个净收益最大的行动方案^[9] (P. 68-69)。第二,从制度的客观层面看,制度是发展的,将制度作为持续而稳定的行为约束只能是一种美好的愿望,经济学研究已经表明:制度总是沿着均衡—非均衡—均衡的轨迹向前发展。“所谓制度均衡,就是人们对既定制度安排和制度结构的一种满足状态或满意状态,因而无意也无力改变现行制度。”“制度非均衡就是人们对现存制度的一种不满意或不满足,欲意改变而又尚未改变的状态。其所以出现了不满意或不满足,是由于现行制度安排和制度结构的净效益小于另一种可供选择的制度安排和制度结构,也就是出现了一个新的盈利机会,这时就会产生新的潜在的制度需求和潜在的制度供给,并造成潜在制度需求大于实际制度需求,潜在制度供给大于实际制度供给。人们为了捕捉这种新的盈利机会,就会欲意和力图改变原有的制度安排和制度结构,选择和建立一种新的更有效的制度。”^[10]因此,当客观环境等发生变化,制度均衡就会逐渐被打破,出现制度不均衡,而重新实现均衡就需要对制度进行创新。

对于公司制度而言,从历史角度看,在“如何发生”和“何以发生”这个问题上,学者们已经得出了普遍共识性的结论。“完成了对公司制度发生史的考察,我们有理由坚定地说,公司制度是一种自生自发的扩展秩序,其生成和演进体现为人类对经济生活需要的适应性反应,是公司自治——人类行动的结果,而非理性设计的产物;是一种进化的成就,而非正当理性的逻辑展开。”^[11]“公司的历史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——自发的营利性行为。”^[11]

那么,当代社会,合伙人制度、股权众筹、对赌协议等等这些并没有现行立法支持的商业实践“如何发生”?“为什么会发生”呢?其是否会与公司制度生成与演化的历史一样具有同样的机理和动因呢?现实社会,厌倦了繁琐与昂贵的以股东中心主义为核心公司治理结构,商人以其天生的狡黠将合伙人制度嵌入进公司治理,实现了以非股权控制公司的“野心”;同样,在股权众筹中,融资者和投资者以互联网平台作为媒介巧妙地绕开了公司法、证券法所规定的融资条件与程序,在法定程序之外完成了投融资合意;对赌协议更是将经济学长期致力于解决却又无计可施的不确定性通过一系列契约安排巧妙化解,并实现了对当事人的有效激励。商业实践中这一系列的“创新”,与公司制度生成与演化的历史一样,在“如何发生”这一问题上,毫无疑问,与先知先觉们所描述的演进理性主义一脉相承,因为这些“创新”并没有遵循现行立法给出的路径,也不是国家或政府的授意与安排,而是一种自发的秩序,是商人们的

自觉行为,甚至是君主们理性设计不可能完成的。以阿里公司的合伙人制度为例,在公司治理中引入合伙人这一概念,既无前人的做法可以遵循,也无现有制度可以支撑,惟独美国的双重股权制度可以勉强援引,正因为如此,2013年,阿里公司欲在香港上市,因其合伙人制度不符合香港法律规定,未能被香港证券监管机构接受。在“为什么会发生”这一问题上,无论是阿里公司的合伙人制度,还是其他公司的股权众筹、对赌协议,也同样是受自我利益最大化的驱使,以实现个体的理想和诉求为目的,在对现行制度进行评估的基础上,凭借着商人天生的对成本收益的敏感而进行的制度创新,这些创新不但实现了个体目的,同时是以低于现行制度的成本实现了个体利益。所以,当代社会,无论是合伙人制度、还是股权众筹、对赌协议,都不外乎是以低成本高效率的制度取代高成本低效率的制度的自觉行动,寻求成本较低的制度安排,是商业实践中商人的永恒追求,这是商人在商业实践不断“创新”的根本原因。

三、对于改写的公司制度法律如何对待

在美国的公司法中并没有规定类似于阿里公司的合伙人制度,阿里公司能够在美国上市,源于美国公司法对双重股权结构的承认以及对创新的包容。之所以说美国对商业实践的创新是包容的,是因为虽然美国公司法承认上市公司双重股权结构,但阿里公司的合伙人制度与双重股权结构还是有一段距离的。美国的双重股权结构(Dual Class Structure),是指公司发行A、B两种不同股票,其中B股的投票权通常远高于A股。但是,阿里公司合伙人制度并不是赋予部分股东具有加倍的投票权,而是特定的合伙人享有董事的提名权,与投票权无关,而这仅仅是在部分股东有特权这一点上二者是相通的。可以说,阿里公司的合伙人制度比双重股权结构走的更远。正如学者指出的那样:马云提出的“中国合伙人制”并不完全是“双层股权制”。前者是后者的升华版,克服了后者的很多不足,存在创新之处^[12]。其实,美国的双重股权结构最终得到法律的支持也是商业实践推动的结果。双层股权公司起源于1898年international silver company发行900万股优先股和1100万股无投票权的普通股的行为。1902年,该公司的无投票权普通股也被赋予了投票权,每一股投票权相当于原始股的二分之一。这开启了历史上股权和投票权分离的先河。^①但在当时,实行双重股权的公司如果想在纽约证券交易所上市是不可能的,在20世纪80年代之前,纽约证券交易所一直坚持同股同表决权原则,直至20世纪80年代以后,实行双重股权的公司大量增加,纽约证券交易所才改变了其强硬的立场。“目前,美国法中公司发行股票的权利是相当具有弹性的。几乎所有的州都将一股一权作为默认规则,但均允许公司作出例外规定。法院对双重融资均采取支持态度。”^{[13] (P. 364)}可见,在商业实践中被创造出来的双重股权制度最终得到了法律的承认,汲取双重股权精髓的阿里公司的合伙人制度也获得了纽约证券交易所的肯定最终在美国上市。和公司法制度发展的历史一样,法律和司法实践对商业实践中的创新再一次做出了积极的回应,将商业实践中的创新合法化几乎是对美国实用主义精神最好的诠释。

如同双重股权经商业实践推动得到美国法律认可一样,股权众筹同样经过商业实践的推动从幕后走到了前台,从不合法变成了合法。2012年之前,作为一种新型的基于互联网的融资方式,股权众筹在美国受到传统证券法律的制约,只能以“遮遮掩掩”的方式艰难地前行。随着股权众筹不断被复制和繁衍,2012年初美国国会通过了《创业企业融资法案》(Jumpstart Our Business Startups Act,简称《JOBS法案》),使股权众筹合法化。其他国家也同样在经历了股权众筹商业实践后,陆续颁布了调整股权众筹的法律法规,如英国2011年2月股权众筹平台Crowdcube正式上线,英国金融行为监管局(FCA)2014年发布了《关于网络众筹融资和通过其他方式发行不易变现证券的监管规则》,正式将股权众筹作为投资型众筹予以监管。日本2014年3月通过了《金融商品交易法修正案》,该修正案增设投资型众筹(投

^① Adolf A. Berle: Non-Voting Stock and Bankers Control(1925—1926), 39 Harvard Law Review, 673(1926).

資型クラウドファンディング) ,明确承认了股权众筹的合法性。

那么 ,上述国家为什么能够顺应时代的发展尊重商人们的创新意愿快速地对商业实践中的创新做出积极的回应?道理非常简单 ,任何一个倡导自由市场经济的国家都已经深刻地认识到 “每一个人 ,在他不违反正义的法律时 ,都应听其完全自由 ,让它采用自己的方法 ,追求自己的利益 ,以其劳动及资本和任何其他人或其他阶级相竞争。这样君主们就被完全解除了监督私人产业、指导私人产业、使之最适合于社会利益的义务。要履行这种义务 ,君主们极易陷于错误 ,要行之得当 ,恐不是人间智慧或知识所能做到的。”^{[14] (P.252)} 第一 ,商人是理性的利己主义者 ,具有天生的逐利性 ,倾向于选择富有效率制度安排 ,相互之间的博弈会使他们达成对各自有利的契约安排。在逐利过程中 ,无效率的制度会被无情地规避甚至抛弃。“他们天生是一个‘破坏者’——破坏旧的秩序、旧的规范、旧的习惯。”^{[15] (P.96)} 创新 ,选择更有效率的制度安排 ,是商人不变的追求。第二 ,制度的演进或推陈出新大多表现出个体化后的群体效应 ,即个体创新后被群体效仿 ,形成一种发展态势。

正如知名的未来学家凯文·凯利在其殿堂级著作《失控》中赞颂的那样 ,我们面临全新的商业环境 ,不再是以往拥有某种主流动力 ,而是成为蜂巢一样的分布式结构环境 ,自下而上地在看似不规则的波动中形成某种递增效应 ,从而完成真正的革新^[16]。

这样的一种发展态势往往将个体创新演变成群体诉求 ,虽然在合法性方面可能还需要立法支持 ,但在与经济环境的协调性、适应性与妥当性等方面具有较大的优势。法律不可能视而不见 ,也不可能回避 ,将其纳入法律轨道 ,以立法形式对其进行规范或监管是最好的选择。

就我国而言 ,一方面 ,长期以来的公司法制度大多是自上而下推广的产物 ,公司法律制度理念和司法制度并不具备太大的可以创新的土壤 ,创新环境不够宽松 ,导致当下合伙人制度、股权众筹、对赌协议等 ,多数都是民营公司借助离岸公司来实施 ,除阿里公司外 ,中国在美国上市的互联网公司百度、人人、优酷等均是如此。另一方面 ,随着市场经济的不断发展 ,“目前中国社会内部由行政控制经济模式而残留下来的人为刻意设计的‘制’的成分在逐渐解构、弱化和消弭 ,而内生于市场运行中自生自发地形成的‘序’的成分却在生长与扩展。”^{[8] (P.26)} 虽然合法性等问题尚未解决 ,但国内公司在合伙人制度、股权众筹、对赌协议等方面已经有所实践。如 ,在合伙人制度方面 ,万科公司也正在以“合伙人制”维持控股权 ,2014年万科召开事业合伙人创始大会 ,有1320位员工自愿成为公司首批事业合伙人 ,实现员工利益共享、风险共担;与合伙人制或双重股权相比 ,立法层面似乎已经开始对股权众筹商业实践做出回应。仅2015年 ,央行等10部委联合印发了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》和证监会发布《关于对通过互联网开展股权融资活动的机构进行专项检查的通知》,不但解决了股权众筹的监管问题 ,又对股权众筹进行了界定。可以说 ,商业实践中股权众筹的蓬勃发展推动了股权众筹的相关立法。

至此 ,当我们总结了合伙人制度、股权众筹等商业实践在国内外对立法的推动 ,当我们梳理了历史上公司制度生成与发展的路径及动因 ,我们就会发现 ,公司法制度的发展其真正的动力来自于商业实践 ,来自于商人为追求利益而做出的创新。当我们还在争论股东会中心主义和董事会中心主义哪一个更理想 ,当我们还在讨论如何降低公司的委托代理成本、如何对管理层形成有效激励时 ,商业实践已经摆脱了公司立法及公司法理论上的这些繁文缛节 ,他们已经走得很远 ,他们以其特有的敏锐、狡黠捕捉到了并且还会捕捉到更具效率的制度安排。“正如一句名言所说 ,学者回顾过去 ,律师关注当下 ,而商人 ,他们已经在筹划未来了。”^[17] 几百年公司制度的发展和变化已经表明 ,公司制度的发展从来都不是按法学家或立法者的逻辑展开 ,而是由商人对利益的追求来驱动。公司立法除了有限责任公司来自于德国法学家餐桌上的创造 ,其他几乎均来自于商人们的商业实践。法人人格否认制度如此、管理层收购也是如此 ,当下发生的合伙人制度、股权众筹、对赌协议也不例外。没有永恒不变的制度或法律 ,只有商

人对利益永恒的追求。认清这一点,对我国公司法律制度的完善和构建具有非常重要的意义。

参考文献:

- [1] 梅慎实《现代公司机关权力构造论》,中国政法大学出版社 2000 年版。
- [2] 安邦坤“股权众筹在多层次资本市场中的定位概论”,载《现代管理科学》2015 年第 2 期。
- [3] 余菁“美国公司治理:公司控制权转移的历史分析”,载《中国工业经济》2009 年第 7 期。
- [4] 傅穹“对赌协议的法律构造与定性观察”,载《政法论丛》2011 年第 6 期。
- [5] 冯契《哲学大辞典》,上海辞书出版社 2001 年版。
- [6] 韦森《经济学与哲学》,上海人民出版社 2005 年版。
- [7] [英]哈耶克《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店 1997 年版。
- [8] 韦森《社会秩序的经济分析导论》,三联书店 2001 年版。
- [9] 魏建、黄立君、李振宇《法经济学:基础与比较》,人民出版社 2004 年版。
- [10] 张曙光“论制度均衡和制度变革”,载《经济研究》1992 年第 6 期。
- [11] 蔡立东“公司制度生长的历史逻辑”,载《当代法学》2004 年第 6 期。
- [12] 马一:“股权稀释过程中公司控制权保持:法律途径与边界以双层股权结构和马云‘中国合伙人制’为研究对象”,载《中外法学》2014 年第 3 期。
- [13] 邓峰《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版。
- [14] [英]亚当·斯密《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力、王亚南译,商务印书馆 1994 年版。
- [15] 张维迎、盛斌《论企业家:经济增长的国王》,生活·读书·新知三联书店 2004 年版。
- [16] 邓纯雅“众筹世界的新商业逻辑”,载《中外管理》2014 年第 8 期。
- [17] 廖凡“美国非公司型有限责任公司初探”,《法学》2003 年第 9 期。

Research on Company System: From the Perspective of Genetics of Institution

Wang Yan

Abstract: Commercial practice not only promoted the economy development innovatively, but also promoted the reconstruction of law system, which specially showed in company law field. The partner system, the equity crowd-funding, and the valuation adjustment mechanism of Alibaba was innovations created by commercial practice in the circumstances of no related regulations, and in return, these innovations promoted the development of related regulations and laws. From the perspective of genetics of institution, why these innovations in commercial practice and development of regulations? This thesis studies why these innovations could happen, aiming at studying the mechanism of the generation of the company system. Maybe the reason and generation path of company system and law system are in it.

KeyWords: Commercial Practice; Partner System; Equity Crowd-funding; Valuation Adjustment Mechanism

(责任编辑 鄢梦萱)