

# 合金论坛笔谈：商事合同与商事组织的内在关联<sup>\*</sup>

Hejin Forum: Inner Connections of Business Contracts and Organizations

王文字 主持

Wang Wen-yeu

缪因知 整理

MIAO Yin-zhi

**【刊发说明】** “合金论坛”是由来自国际中文学界十余个法域、数十个机构、近百位相关领域的一流法律研究者和实务者共同组成的一个邀请制在线论坛，创办人为台湾大学王文字教授。其宗旨是希望以合同研究为基础，探讨商事组织特征逻辑，进而探究涉及的金融法律议题。

作为财经法学领域的知名特色刊物，本刊与该论坛合作整理部分精华成果刊发以飨读者。这里不仅有顶尖专家就其关心的最新最前沿的具体话题的针锋相对，也有他们对各自得意之作的亲笔介绍，可谓不可多得的思想盛宴。为便于体现争点，本刊既适当保持了当时的交流原貌，也事后做了加工整理。

## 一、商事合同解释的特殊性

### （一）商事合同的解释应不同于民事合同

台湾大学法律学院王文字教授提出：合同（法）是民商法与金融交易法的基础。海峡两岸合同法对合同解释，都往往流于“宁可误套条文、拒绝适切解释”，违背了合同自由的真谛，这种现象在商事合同领域最为明显。而相对于民事合同，商事合同特别是无名商事合同对于任意性法律规范的需求较小。

有人曾将合同机制比拟成一个光谱，以买卖合同为例，从“一手交钱一手交货的现货合同”到“授予信用的合同”，到“你泥中有我、我泥中有你”，到“参与投资的合同”，到“企业合并合同”，由简到繁、由水平关系到纵向发展……，充分显示出合同的多元性与延展性。经济学上的“不完整合同”或“关系合同”理论对我们了解合同机制有很大帮助，虽然它们无法落实到合同法的“立法”上，但的确有助于明了合同机制是如何运作的。换言之，它们的贡献主要在“合同解释”及“合同规划”上，例如当事人缔约时，何时应刻意留白？何时应详尽臚列？何时谨订基

本原则（如 best efforts）？

解释合同应重视缔约目的与习惯法理，但欲贯彻此一理念，法律人在商业背景与法经济学方面的训练，尚有不足。例如传统法学看待合同，仅专注于当事人所签白纸黑字的那纸合同，却不重视交易背景与整体环境。例如对一个消费合同的争议条款，仅从一纸 B2C（商家对顾客）合同片面来考察，可能有失公平。但是从该笔交易涉及的整体市场来看，就能通过其他竞争与筛选机制的制约，缓和对外不公平的疑虑。如引入法经济学观点，我们对合同争议可能做出不同判断。

现代市场中存在不少长期而复杂的商事合同，用不完整合同与关系合同理论解释更为适宜。长期商事合同的内容往往是不完整的，原因可能是当事人的疏失，但也可能是考量世事多变，所以刻意留白，期望透过其他管道（如法院裁判或谈判修约）解决疑义。故解释合同，宜摒弃“任意规定即是模范规定”的态度，而应回归商事合同的本质，做出适切的合同解释（或填补合同漏洞）。

合同解释还有更积极的规划价值。从实践面来看，深化合同解释可提升商业律师的专业水平，具备宏观视野的好律师常可为客户在事前规划出

<sup>\*</sup> 本轮讨论实际发生时间为 2016 年 1 月—2 月。

好的交易模式与合同条款,取得捷足先登的优势。在这方面,美国著名法学院过去二十年发展出的商事交易(deals)课程会探讨其商业与经济学基础,值得我们效法。两岸法学界特别是商法学界不但应多了解合同解释,更应该多学习商事合同事前应如何规划,如此方能结合合同理论与实践。

华东政法大学讲师肖宇对此表示赞同,认为应使商事合同能突破民事合同类型化的束缚,保证其弹性与灵活性,但又保持法律的严谨、界限和确定性。

## (二) 合同解释的基本问题是厘清合同与合同法的关系

王文宇提出:合同是人际互动与市场运作的基础,以合同法作为确保履行的凭借。现代私法尊重合同自由,至于合同应纳入何种强行规定的制约,则有疑问。合同法重视当事人自治,然而当法院面对合同争议,应如何适用合同法解释合同,亦非易事;再者如当事人合同就相关争点并无约定,法官对于如何填补漏洞有时煞费苦心。

大陆法系民法典多设定合同类型与旨在补充当事人意思的任意规定,此举虽可减省当事人缔约成本,但应如何选择适用方符合当事人自治精神,亦宜审慎考量。追根究底,欲厘清合同与合同法关系,涉及合同解释的基本问题。随着商事合同愈加复杂,加上不完整合同广泛存在,合同解释更形重要。有鉴于此,我们于探讨合同解释前,允宜厘清法律解释、合同法解释与合同解释三者间之关系。

疑难合同的解释涉及三个基本步骤与问题:

第一,合同法针对疑难合同,是否设有强行规定。依照美国和德国等的合同法基本原则,强行性规定若不当介入合同自由,可能阻碍市场成长与创新、增加合同的交易成本,因此强行性规定的认定允宜谨慎,仅能视为合同法之例外规定。故首先我们须厘清相关合同法规定是强行规定或是任意规定。

第二,接着我们应回归系争合同本身,采取适当解释方法决定当事人之真实(或合理)意思,以做出判决。此时宜考量合同法是否有任意规定可资参考援用。应注意者,是否应引用任意规定有时不易判断,稍有不慎可能使任意规定变成“黏稠的任意规定”(sticky defaults)<sup>[1]</sup>,产生

不当后果。

第三,某些合同可能未针对系争事项做出明文约定,这就涉及如何填补合同漏洞的问题,此时除非法官宣告合同不成立,即须透过适当方法去填补合同漏洞。最近德国有权威学者主张回归假设的当事人意思,进行“补充的合同解释”,认为或许比套用任意规定为佳,此一见解可资赞同。

欲建构完整健全之合同法,于现今商业对商业(B2B)合同越形复杂常见之际,除健全合同解释外,不可忽略民事与商事合同本质之不同,依其性质为适当的合同解释,方能符合当事人之需求。此外,合同法领域中常见之请求权基础、诚信原则、类推适用等,早已成为两岸法律人惯用之法律概念,然其内涵亦应随合同法学发展重新检视,例如诚信原则宜更广泛地被应用,并得作为当事人请求权之基础;再者法院于定性合同与类推适用任意规定时,宜更加审慎。

## 二、从不完整合同看合同与组织之间的关联

### (一) 合同机制与厂商(企业)组织存在替代互补关系

王文宇提出:有些商业交易权利义务设定完整,理应纳入合同法规制;有些交易条件虽不完整,但是仍然受到合同法制约,只不过法院在解释合同时必须更费劲,长期合同即是如此。在最低限度上,这些交易都是法律上的合同,适用合同法的规定(包括合同法的解释规定或其他任意规定)。

有疑问的是:有些交易当事人间虽存在某些共识,但对其他事项却漏未约定,在此情况下合同法可能因其不够具体而不承认这些共识构成“法律上的合同”。但从更宽广的视角来看,可否将这种共识(经济学家眼中的合同)作为分析法律问题工具?

众所周知,1991年诺贝尔经济学奖得主科斯(Ronald Coase)认为合同机制与厂商(企业)组织存在替代与互补关系。市场合同(如突显价格机能的现货合同)固然神通广大,促使货畅其流,但是如商业交易均仰赖它,可能产生过高的交易成本(或费用),此时企业主可能另辟蹊径,改采垂直整合(或纵向一体化)方式,以

厂商模式进行生产。此举之所以能节省成本，主要是因为民可使“由”之，有时由上对下的指挥监督系统，会较处处讲求平等互惠的合同机制，来得更有效率。

当然，法律制度与概念的重要性绝非经济学观点所能撼动。以“公司”为例，有说它是一群“合同的连锁”，有说它是一群“分置的资产”，这些说法都有道理，但都犯了以偏概全的毛病。其实公司组织除了上述两者外，还涉及代表（理）与权威的安排，并非经济观点所能道尽。难怪我们法律人会创造“法人”这个深奥概念，毕竟民商事主体（包括公司）不但涉及经济面向，它们也会涉及社会（甚至政治）面向。

## （二）不完整合同的架构与功能

王文宇提出：现代益趋多元的商业合同类型显示，合同架构与内容的安排设计已经非传统合同可比拟。其特性之一为它通常并非“一手交钱，一手交货”，而是具有跨期特征，因此合同的履行对双方皆会产生较多未来不确定风险。

当事人愿意承担不确定风险的原因通常在于：追求双方利益最大化、保护特定资产的投资等，这不外乎将风险纳入成本利益考量后能够满足其缔约目的的情形。此前提下，若欲有效处理可能面临的风险，就有赖于缔约时适切设计符合双方期待的合同架构与内容。

为使合同机制能够发挥作用，需要确保合同履行的法律强制力与其他非正式机制，例如商誉、长期往来等的配合。为了在事前做好面对风险发生的充分准备，臻于完整的合同固然是一做法，但签订长期而复杂的合同时，为了巨细靡遗，恐须付出庞大成本。因此，订定保持履行之适当弹性又能兼顾承诺的“不完整合同”是较为妥适的态度。

由于期间拉长，不确定性因素的影响增加，设计合同架构与内容时，对成本分析有更为缜密的必要。我们可区分事前的“缔结合同成本”与事后的“执行合同成本”。前者包含撰写合同所费劳力、时间、费用，以及与他方协商成本等之总和；后者则包括执行合同可能出现的适应不良、讨价还价、设计治理机制、约束成本、法院验证信息成本，以及法院判断错误风险等总和。两者宜兼顾，始得以较为完整面向检视合同安

排。此外，就“不完整合同”亦有几个可能面临的问题有事前防范的必要。

“信息问题”是首要面对的问题，显然，若欲进行缜密分析，不可或缺的是相当的信息量。取得足以进行分析的信息有可能需要不少成本。如此一来，信息不对称的情形几乎不可避免。在这当中，最常见的有三个类型：“逆选择”、“道德危险”以及“验证的困难”。

逆选择一般是指遇到信息不对称情形时，交易一方可能隐藏自己的私有信息，提供不实信息以增加可由交易取得之利益，同时则可能减损他方利益。逆选择情形严重时，可能发生市场失灵的后果。

道德危险指在信息不对称情形下，交易人一方缔约后，如果合同所隐含诱因不佳，可能会引发其中一方混水摸鱼、损人利己，而另一方受损的现象。

遭遇前述两种情况时，验证的困难往往是问题的关键。当交易当事人双方面临争端，如需就双方说明上述情形是否将导致违约、合同本旨的实现仍有无可能等时，涉及专业或难以判断的标准，验证所需成本可能过高。

“不完整合同”的订定，正是因为当事人理解真实世界中各型各样的法律与经济考量，在衡量缔约前后阶段可能面临的风险后，在双方求取最大利益的共识下，保留一定弹性做出调整，并确保承诺兑现的结果。换言之，要问不完整合同应该达到如何不完整的程度，其架构及详细内容应如何安排、设计，宜采兼顾事前事后成本分析的观点切入，并求取在承诺与弹性之间的平衡。

## （三）合同与组织之间的光谱排列：威廉姆森理论的重点

王文宇指出，诺贝尔经济学奖得主威廉姆森（Oliver Williamson）对商业组织与交易的研究着力甚深，其组织经济学将科斯的观点发扬光大，跨领域整合法学与经济学，对学术研究与实务界皆极具影响力。他认为厂商除了关心生产外，更应重视人事典章制度的影响。

威廉姆森于分析“法律、经济与组织”时，主张以“合同科学”（science of contract）的分析方式，取代传统经济学“选择科学”（science of choice）的分析方式。他认为成立组织（或公

司)的好处之一,就是内部解决争端的模式与市场不同。例如公司内部不同部门对于是否接一个订单有不同意见,营销部门主张接单因为可增加业绩,生产部门反对接单因为不敷成本,争执不下时,就会呈交执行长或总经理来裁决定案。反之,市场中(或组织外)的交易就不会采取此种模式。这种诠释方式将“合同机制”予以扩张,包括了“组织内合同”,使我们更了解“简易合同”——“复杂商事合同”——“商事组织(合同)”的演进关系,颇具参考价值。

透过此一视角来观察,厂商采行的各种商业安排,在纵向(科层)与横向(价格机能)间摆荡,五花八门、各异其趣;好比人的姿势,站躺蹲跪不一而足。此一观点突显“组织”与“市场”以及“自行生产”与“委外生产”的重要商业主题。总之,我们如接受广义的不完整合同观点,那么“短期合同”——“长期合同”——“厂商组织”其实存在内在关联,而不是泾渭分明的迥异法律制度了。

相较于传统学说,威氏的研究主题“经济治理”对政府介入市场持保留态度,其认为法律应扮演重要角色,提供组织模式与行为准则。组织内部自身的监督与执行机制等“治理”面向得以有效地将交易成本纳入考量,追求生产行为的利益。

传统法学将“合同”与“组织”截然二分,不重视两者间的互相作用。在商业市场上,厂商企业家存在有法人组织、不具法人格的商业组织、长期而复杂的合同等运作形态。他们于生产决策时经常面临一难解问题:在组织内部生产,抑或委外生产?此疑问点出“合同”与“组织”两者间似乎存在着某种内在关联。事实上,此疑问呼应科斯所首先提出的交易成本与厂商理论——交易成本的考量因素决定如何在两方之间选择,以决定适切的布局安排。举例言之,若是业主透过市场机制进行生产活动,可能会因繁琐协商或履约争议等因素而衍生不合于利益的成本,此时就会倾向选择设立商业组织,由组织内部的上下阶层关系发号施令,以达到效率。据此,合同与组织之间确实具有相当的延展性。

威氏将科斯理论发扬光大,关注制度与经济分析、合同与组织的关联,并跳脱传统的“选择科学”转而着重于“合同科学”。他认为,由于

真实世界不存在经济学所谓的真正理性行为人,真实的人只能配合充满不确定性的环境,机动地进行调整,在有限理性之下寻求最佳的商业安排与合同,故“不完全合同”成为必然的结果。须强调者,此处的合同并非严格意义上的“法学上合同”,不是在不同人格之间的意思表示合致始得成立、并将争端解决诉诸外部第三人的合同。此处的合同可以被解释为一种组织内成员互相拘束与协调合作,为了达到共同目标而设计出的交易规划,用以支撑着一套组织的治理架构。

因此,在威氏的理论脉络下,组织具有鲜明的合同性质,两者之间关系紧密,而此一关系正是建立在基本问题“厂商自治还是委外合作”的治理机制的选择之上。

根据威氏的理论,从市场合同到垂直商业组织之间可以刻划出一道光谱描绘演进关系:市场治理架构(商业合同)→三方治理架构(长期合作合同)→双边治理架构(关系合同)→内部化的治理架构(阶层化治理架构组织)。存在于商业市场上的各种商业组织介于市场与组织之间,成员间借助保障机制而具有一定长期性质,有些类似长期性合同,却又兼有组织的特性。此一组织的成立或解散要件不太严格,亦不至于过度松散,保有适当的调整弹性,依靠一定治理机制维系。上述混合型组织运用的情形,正显示出合同与组织存在的内在关联。

威氏的理论对组织与市场之间的关联赋予相当高的有机性,亦提供了一套联结商业组织涉及的交易属性、组织内合同及治理机制的架构,分析并评估商业组织的各种构成组合之成本与效益。由于此一实用性高的分析法则,不同的组织类型得以不断地在寻求创新过程中互相刺激、竞争,发展出更合于市场参与者投入生产布局时需求的类型,进而能够活络商业交易的样态,促进更为多元丰富的商业市场之新局。

韩国高丽大学法学院的张琳补充指出:威廉姆森基于科斯的交易成本理论和Simon的有限理性理论,发展出了资产专用性理论。同时,他在Macneil的基础上,完善了“关系型合同”的理论。这两个理论被Ronald Gilson和Mark Roe很好地结合起来,用于分析日本Keiretsu这种企业间组织中存在的交叉持股,以及其所代表的解决

关系型合同中机会主义行为的治理模式。这一系列研究从效率的视角,分析了企业之间的合同与企业之间治理机制的互动。

台湾地区“中央研究院”法律所简资修研究员补充说明了威廉姆森对 Science of Contract 与 Science of Choice 的思考:新古典经济学将 firm 视为相对于消费者的(物理)生产单位,因此以投入产出模型去描绘 firm,在追求获利极大化的假设下,可以得出最适的投入产出,这描绘了 firm 的(最佳)选择(choice)。但这不是组织,这也是科斯的诺贝尔奖演说题为“The Institutional Structure of Production”以区别于这个生产函数的原因。

所以 firm 如果强调其生产功能,不妨翻译为“厂商”,<sup>[2]</sup>但如果强调其组织面向,也许翻译为“公司”或“企业”能指出集众之义。集众自然意味了相聚,从而是合同(contract)了。张五常将所有的制度视为合约安排,法律自然也是合约安排。

#### (四) 关于商事组织的合同路径的其他法经济学理论

高丽大学法学院的张琳指出,除了威廉姆森的理论,重要的还包括:

阿尔曼·阿尔奇安和德姆塞茨(Alchian & Demsetz)的“合同束”理论、Jensen 和 Meckling 的代理理论,<sup>[3]</sup>以及在此基础上,Eastbrook 和 Fischel 对公司法经济结构的分析。这一系列研究从效率的视角,分析了企业内部的合同与企业治理机制之间的互动,这也是对于 Berle 和 Means 命题的系统回应。当然,特定企业治理机制的产生和进化并非只是效率一种动因所推动的,政治和历史的因素也在其中发挥了重要作用。对于此,Mark Roe 有深入的讨论。

在合同和商事组织这对关系中,Curtis Milhaupt 引入了金融这一变量。在比较公司治理学者对日本 Keiretsu 这一合同治理模式进行褒扬的时候,他看到了其存在的社会成本,如对日本风险投资市场发展的阻碍,并进而损害了整个社会经济的创新和适应性效率。换句话讲,在 North 适应性效率的理论下,Milhaupt 证明了合同、商事组织和金融之间存在互动,但这种互动并非总是符合效率的。

故值得思索的是:法律在合同、商事组织和金融互动过程中的作用是什么?它如 John C. Coffee Jr. 所说是三者互动模式的决定力量之一?还是它作为三者互动的结果而存在?抑或其他?

#### (五) 法学中企业和经济学中企业的异同

华东政法大学讲师李诗鸿指出:经济学中的企业 firm 与法学概念中的 corporation 是截然不同的概念,如以公司法的历史发展为线索,我们知道在法学领域 corporation 具有法人主体地位,其指代的是公司(主要包括有限责任公司和股份有限公司)。而类似的词汇 company 基本意思是伙伴、“同伴”,并不带有独立实体的含义,因此不是一个特定的法律术语,只是“企业”的统称。在这个意义上 firm 与 company 的外延和内涵基本一致,可以等同使用。经济学对 firm 一词的运用说明,经济学对企业的研究更多在于定性而非定量,能够进行笼统的描述,而非细致的解构。

台湾中华开发创业投资股份公司董事长刘绍樑博士觉得经济学界一直比较注意市场效应,所以 firms 的本意应是“市场参与者”,但是这样说既不通达又绕口,所以用 firm 这个通用语汇。firms 当然包括但不限于 corporations,如果认同前述的领会,把 firms 翻译为“企业”或“事业”都可以。实际上 firms 可能是独资(sole proprietorships,其实就是民法上的自然人)或合伙(partnerships,在传统民法上被认为是一种合同,但在英美商法上早就被法人化)或公司或合作社(co-operatives)甚至同业公会或同业组织(trade associations, members-based stock exchanges)或大学(应系财团法人的形态居多),是否营利性或法律属性为何或许并不那么重要。而“Company”与“&Co.”可能指较有规模的独资事业或合伙事业,的确未必指公司,但仍应是法律实体。所以美国的反托拉斯法适用对象是“any person”。

台湾讨论公平交易法草案时对事业的定义采最广义,应是基于这样的理由。至于各种 firms 在企业组织形态的分类与法制的形成,美国学者如 Hansmann, Kraakman 与 Larry E. Ribstein 等人有许多研究,并指出企业组织有一个“un-corporation”(去公司化)的新趋势十分有趣。

刘绍樑认为:经济学甚至其他社会科学对一

些名词的讲究的确不如法律界，尤其是早期开创法律与经济分析领域的经济学者。但是越往财务学（等于是经济学里后来又发扬光大的一个次学门）的角度，就越精准，这也是财务金融市场的属性使然，在“法律和金融”领域的论述可以看出来。此外，经济学界讲的“交易”成本也不是指有合同等法律上的交易关系存在，而是泛指人际互动，它可能是订约前的谈判，甚或涉及没有互动的主体，如团体/集体诉讼中共同侵权行为的其他受害人。

### 三、法律作为合约的安排

王文宇提出法律对合同的解释和调整并非无弊害，张琳提及了支持特定企业组织形式的法律制度对日本经济的负面影响，简资修研究员进一步分析了法律作为交易费用之一种形式的本性。他指出：

当今法律经济学虽然蓬勃发展，但其有沦为数理模型与统计分析的形式主义之趋势，法律不见了。科斯虽然指出法律与比较制度之重要，大力驳斥这种黑板经济学，但其首发探究的交易费用之概念反被误用，成为经济形式主义的护身符。经济形式主义以单纯现象为失序，主张因高交易费用之存在，必须以法律的强制力作为诱因工具去改正之。

所谓“规范性科斯定理”（normative Coase theorem）与“规范性霍布斯定理”（normative Hobbes Theorem）之分，是错误的。前者，指市场交易费用低，法律确定财产权利即可，后者，指市场交易费用高，法律必须将财产权利直接分配给最高价值者。但这忽视了法律制度的运作成本（例如高权分配的必然滥权）以及法律制度的所得利益。换言之，市场交易费用低，但其财产权利确定成本可能很高，“规范性科斯定理”即不成立；或者，市场交易费用虽然高，但如其法律直接分配财产权利的成本更高，“规范性霍布斯定理”也是不成立的。

法律经济分析的正本清源之道是将交易费用一般化，始能看出法律作为人间制度之本质，此非张五常的经济解释莫属了。其说，人为了生存发展，会以合约制度约束各自的行为，减少租值消

散，从而交易费用、制度费用与租值消散同一了。

法律因此是合约安排，其目的在于减少租值消散，其本身即是（合约）交易费用，此费用数额的高低并非法律形成的关键，其如何减少了租值消散才是。这不同于经济形式主义，当法律作为合约制度时，现象一定先被检验，而且以交易费用计算，法律即在其中矣。这里的法律不是诱因工具，而是本身即具目的的规范体系，这也就是真正的法律的经济学。

简资修所撰《法律作为合约安排》一文首先讨论科斯提出交易费用的原因、限制与其被误用；接着以物权法与侵权法的经济分析为例，说明法律作为诱因之谬，而合约分析才是正途；再论述法律的规范性与体系性特征；为人常提及的法律价值，例如自由或正义，只有从法律作为合约安排看，才能厘得清。<sup>[4]</sup>

### 四、法学中契约与经济学中契约概念的异同

王文宇指出：法学对于合同有严谨的定义（要约、承诺、成立、价格数量必要之点等），但经济学则不是那么明确。经济学家所说市场上“看不见的手”，只要当事人一个愿打、一个愿挨，具有某种共识基础，就是合同。法学上合同与经济学上合同两者在精神上是相通的。不过经济学上合同关切重心是从“事前”来看，当事人对于某一事项是否有评估机会或定价基础。

王文宇的《合同解释三部曲》<sup>[5]</sup>采取的合同定义基本上仍依循法学定义，但是比较着重B2B的商事合同，特别指的是长期、不完整的合同（包括关系合同）。因为合同期间长，不确定性与风险也随之提高，因此商事合同的样子与权利义务关系自然与传统合同相异。

王文宇认为，经济学中的合同观点有时可以拓展法律人的视角，使之更了解许多法律制度的本质。法学中合同与经济学中合同的歧异主要出现于复杂多元的法律关系。以公司（法）为例，如果只是两个人投资设立闭锁公司，双方可缔结股东协议书来规范公司运作的基本权利义务关系，此时公司关系与合同关系重叠性高，若将公司比拟为合同不至于太离谱。但如果是大型公

司,各利害关系人(股东、债权人、员工等)关系错综复杂,如果将它们比喻为合同关系或是合同关系的群组(如nexus of contracts理论所主张),就显得过于简化。

举例言之,公司章程的修订可能影响投资股东的期待,但如从“经济学上合同”的视角来看,这是投资人事前就知道的事项,因此不论事后如何调整关系,都是投资合同(或事前预期)的一部分,如此扩张解释,未必为“法学上合同”所认同。其实,以公司组织的组成元素来看,除了须有“独立财产”与“合同关系”以外,还会涉及“授权及代表”关系,此一元素不适当被简化地涵摄为“合同关系”的一部分。

李诗鸿提出:长期契约、不完全契约、关系契约都是经济学、社会学对契约研究的视角,于法学研究有益处,但基于学科背景的差异,在具体适用中产生了较大的问题。例如,在经济学领域,对公司契约论理解中的偏差,往往造成研究者逻辑上的不协调。法学学者在借鉴经济学研究成果时与自身学科体系的兼容性方面,也易产生问题,如一个基础性概念的差异会在具体制度解析中被无形地放大若干倍。

经济学和法学研究中,对公司契约论基本概念的差异,李诗鸿认为主要表现在以下几个方面:

第一,经济学中使用的合约与法学中的契约不是同一概念,在理论研究中也特别容易被混用。合约一词在法律上有其特定的含义及法律构造上的特殊要求,公司中各方当事人间的权利义务的“交换”并不完全符合法律上契约的含义和要求。完全用契约理论来解释公司是有欠严谨的。有学者批评契约理论对于契约一词的使用大大超出法律上契约概念的内涵与外延。

第二,经济学中认为公司是一系列合约的联结,无论该合约是显性的还是隐性的。如加州大学洛杉矶分校班布里奇教授认为,契约论将公司视为一系列由显性和隐性契约组成的联合体。经济学家认为,即便隐性的合同也可以通过市场来执行,市场中的“声誉”等因素会发挥调节的作用。

相比较而言,法学中就不存在这样的说法,契约只能是显性的。如交易费用经济学家本杰明·克莱因、罗伯特·克劳福德和阿尔曼·阿尔奇安在《纵向一体化、可占用性租金与竞争性缔

约过程》一文中曾指出:长期契约的安排既是一种一体化选择,也能适应于市场缔约过程。具体的契约保障主要有两种:由政府或其他外部机构通过法律实施的明确保障;由市场机制实施的默认保障。经济学家认为明确的保障成本过高,默认的保障成本较低,但无法解决机会主义行为的产生。

经济学中契约一词的使用非常令人困惑,公司契约理论中的“默示的或不完全的”契约经常指向一些在法律上不能强制执行的标准化合意或道德性义务。尽管设立公司的动机是经济性的,但设立公司的机制则是法律性的,某些学者毫无批判地接受公司契约理论简直令人感到讽刺。

第三,对于权威的定义和适应理解不同。经济学、政治学和法学中都存在“权威”这一说法,经济学者如Alchian(1984)和Alchian & Woodward(1987)承认企业契约是一种权威关系。在政治学中,“权威”被认为与“合法性”、“主权”关联在一起,被认为是领导者获得他人服从的心理能力,它有赖于人们对职位的合法权力的服从。政治学的先驱者亚里士多德理所当然地认为:权威或统治的存在至少是政治社团的一个方面。其对于政体的分类标准之一,就是要看公民团体中最高权威或统治所在哪个部分。在法学领域,权威被认为是一种“社会的与心理的”状态。例如在绝大多数情况下,董事们对首席执行官很尊敬和服从。在关联交易中,让他们交换位置和同事及领导签订“距离”(公平)的合同自然是很困难的。在企业中,多数经济学家都认为企业内部的各契约不仅受到法律,还受到权威、信誉的保护,三者之间存在着替代与互补的关系。<sup>[6]</sup>

不过,刘绍樑指出1990年代后,在现代英美的资本市场实务上,有很多的实证研究指出不称职的CEO被董事会(尤其是独立董事)请走的例子越来越多。

## 五、金融法中的合同面与管制面

王文宇提出,金融法兼具管制面与合同面。

首先,金融与法律两者关系密切,金融涉及货币或金钱的请求权,本质上是一种虚拟而特别需要法律保障的权利。金融法其实包括两个面向:管制面与合同面,例如银行法就包含许多管

制性法规（如资本充足性），但也对金融合同（如存款）加以规范。不同金融法的管制密度会有差异，例如证券法的管制就比银行法宽松。

至于金融法有何特征，有不少讨论文献，这里只提最近哥伦比亚大学 Pistor 教授主张的不完整法律（或合同）理论。她认为世界金融海啸发生后，显示各国（特别是美国）在处理问题金融机构时，多基于“太大不能倒”的政策，而刻意不去执行相关的破产与清算法规。就此而言，金融法好似具有“虎头蛇尾”或“有时不能当真”的特性。她的说法也有不少回应意见。

刘绍樑对此表示赞同，认为金融法的管制面如披了法律外衣的政策，合同面则展现兴利性。所谓金融法是一个十分浩瀚的领域，尤其是管制面的挑战最大。哥伦比亚大学皮斯托（Pistor）教授想对此建立一个理论，这不太容易。她自己谦虚地说“打个底”（building blocks）而已。刘绍樑认为皮斯托的“不完全法律”并不太有说服力，说得重一点，有点像国王的新衣。

多年来处理金融法务的经验，加上十年前“改行”学做金融的领悟，使刘绍樑深切觉得其实金融法许多是“政策法典化”而已，或说得更白一点，是“披了法律外衣的政策”。“金融法”不一定是法律！就像民法承认紧急避难，此时无法胜于有法。

所以，刘绍樑现在持比较折衷的看法：管制性的金融法就像物理学上对光的性质，承认它兼有粒子与波动的二元性（wave-particle duality）一样。这样的光谱（continuum）一个极端是法律，另一极端是政策。碰到金融风暴，以法框架，当然就会食古不化，施展不开。但在常态时，强调法律性可确保公平、公开，促进可预期性，以符合市场的一般需求。另外，刘绍樑觉得公司法其实是最基本的金融法。美国以外许多国家地区的公司法，为了配合产业发展，其实都有嵌入“产业政策法典化”的条文。

对于王文字所谓合同面的属性，刘绍樑以往曾用“兴利性”（enabling）的概念来描述。此时，法律的功能往往是接受市场及商人的安排、交易，并提供备位规范（default rules），目的是降低交易成本，促进“动的安全”，即活络市场经济。美国公司法（尤其是德拉瓦（Delaware）

州法）就具备强烈的兴利性，所以有合同联结理论等对公司属性的理解（当然也有团队生产理论的少数说）。

关于 Roe, Easterbrook 等人对公司属性的不同见解，刘绍樑的体会是它显示兴利性与管制性的纠结，也预示理论家的立场。主张合同论，就表示要尊重契约自由，如芝加哥学派的论者就顺理成章地质疑为什么要强制信息披露。

传统对法人本质的实在说、虚拟说，在刘绍樑看来令人有虚无飘渺的印象。法律和经济理论的以上见解则提供了更好的解释。多年来，他一直在想什么是“法”理？现在的体会是：许多“法”理其实建立在社会科学之上，而还有其他很多想当然的“法”理，从其他学门来看，其实可能站不住脚。

英国莱斯特（Leicester）大学法学院高级讲师 Mark Hsiao 指出：英国早期公司法 Companies Act 1985 里的 14 节 Effect of Memorandum and Articles 的另一个名称叫法定合同（Statutory Contract）。早期普通法的 doctrine of attribution 就是从公司合同论点上去看公司内部章程来决定谁可以代表法人，即 attribute 到法人上。英国 2007 的公司法就是直接点出责任在董事会，再 attribute 到法人。伦敦经济学院的 Nicola Lacey 就是从历史、社会和政治多元的面向去看待这进化。莱斯特大学一位教授也一直用完全合同理论（complete contract theory）解释公司，所以公司对环境是没有责任的。

Mark Hsiao 教银行法时都会先问：当你存款到银行账户里，账户里的钱属于谁？多年来只有少数人会用财产法的所有权去分析是银行的钱，所以银行可以用那笔钱。存款人换到的是法律上的 chose in action (a personal right or right in personam) against the bank。要放钱到银行里，先要开户所以就有合同，整体可以假设合同扮演效益的角色，可是存款人不可能因为知道他仅有 chose in action，没有所有权而愿意多存钱，所以就有关联的存款保险机制（deposit insurance protection scheme）来增加存款人信心或是说通过监管来弥补 private chose in action 的不足。

对于合同的监管，Mark Hsiao 比较相信商事习惯（mercantile custom）理论或合同自由



论。G20峰会后全世界要求对柜台市场衍生品进行强制报告和清算，他认为这只是运用现有市场上的机制来处理支付义务的违约问题（default issue-then payment obligation）。中央交付对手（central counterparty）在1980年就用于飞机票清算账的方式，所以监管没有改变合同的本质。这可以参见英国法院跟美国法院对 Lehman Brothers' ISDA 合同的不同意见。

对货币或金钱的请求权很多的法律保障是根据 equity & trust law 下的方式产生，不过 Mark Hsiao 认为这都有些问题，因为钱是“占有即所有”（ownership by possession），所以他表示一直无法了解所谓所有权保留（retention of title）或是说 money had and received 的请求权论点。

## 六、公司的本质：公司为什么叫公司

在对企业本质的探讨中，刘绍樑兴致勃勃地做了番训诂学的研究。他提出，举凡全球大企业或金融机构都是公司；但公司法为什么称之为“公司”法？这个最基本的金融名词值得训诂。

20世纪末，刘绍樑曾与中国政法大学方流芳教授提到这项考据。二者都质疑我国台湾地区的“公司法”教科书中认定“公司”一词是出自《庄子》的说法。而台湾地区的史学界有一个见解：公司这用语是延平郡王郑成功“发明”的，因为那时他打跑了据台的“荷属东印度公司”，简称为“公司”。

在台北故宫博物院展出的郑荷之间的和约（降书）中，刘绍樑一再看到了“公司”。但他指出：当时应是透过通晓荷语的华人通事来议和，和约的原文是中古荷兰文，并无中文缔约本或类似文献可考。但许多相关的研究中，华人通事将 compagnie 这个古荷兰文译为“公班衙”。中国历史上多有政府亦官亦商的现象，刘绍樑认为“公班衙”可说十分贴切。

据他发现，“公司”可稽的最早记载是1683年（即康熙二十二年）的贸易记录。日本学者松浦章的《清代“公司”小考》引述《明清史料》提到：第三代延平郡王郑克塽的属下的船被清廷截获的报告中提到“公司”货物。松浦章认为：“‘公司’至少自清初以来，即已作为一种具有企

业集团或企业组织含意的中语汇在被人使用，后又用指外国的企业组织如东印度公司。”

“公司”固因中英官方文书的沟通而生，但它的约定俗成应该还有粤闽华人社会史上的深层意义：在清初海禁时代，“公司”在原籍福建与广东的南洋华侨社会中，也泛指“宗亲会”与“会所”，甚至秘密结社与合会。维基百科的“私会党”项下就提到1810年以来的多个公司是以福建方言 Kongsì 为名称的合会（客家话则称之为 Kung-Sze）。

《大清公司律草案》制定于1903年，但到民国初年却仍沿用日本的汉语“会社”作为各种形态公司的译名，可见当时名称还很混乱。在韩国，公司的法律用语也是会社，显然受到日本的影响。清末变法时为何没有沿用公司一词？刘绍樑认为或许是顾虑海外华人秘密合会的负面意义。不过，“会”与“社”或许在中文母语中已被污名化；Kongsì 此一中译英的用语却在南洋发扬光大。公司的“前身”应是合伙，南洋媒体人 Wang Tai-Peng 1979年在《亚洲研究学会期刊》的《The Word “Kongsì”: A Note》的论文引述荷兰文百科全书，指出荷属东印度公司认为 Kongsì 是从南洋华人合会发展出来的商业合伙，从17世纪开始，在南洋有数百年发展的历史。其后，他出版 The Origin of Chinese Kongsì 一书也重申此见。日本学者斯波义信的《宋代商业史研究》也提到当时泉州与回教世界做生意，引进类似两合公司或隐名合伙的海商贸易契约。

刘绍樑还引述了我国台湾地区学者王泰权的《巫帝国藏在甲骨文里》书中“公”与“司”的说文解字，指出“公”的原始图腾上半部是一个热气腾腾，煮羹冒烟的大缸，下半部是火焰与薪柴。甲骨文简化上半部为“八”，意指分配；下半部则为“〇”形符号，代表“缸”，指大家都用一缸分配，意喻为“公”。“司”的图腾是把缸那上半部的冒烟改成一把直立的捞肉长叉子，原意是用长木叉子捞取熬烂的肋条肉放在木板上细切分割，含意是管吃饭分配伙食的人。上古时代管火的人地位很高（古书称之为“火正”），“通常由烹调经验丰富的祖母级女巫担任，分配多少全凭自由心证”，故“司”演变到后世，就成为官职的称谓。

所以，“公司”就是煮一锅美食，让大家分享。Company这个西方舶来品，祖先给了它“公司”这样一个深具文化与历史意义又具独特性的译名。

## 七、作为交易与组织之中间形态的专（拼）车

中国人民大学法学院助理教授熊丙万认为：专（拼）车业是网络平台和数据分析技术进步的产物，是一种介于“经典市场交易”和“科层式企业”之间的新型经济组织形态。其在信息透明度、系统管理成本、市场竞争充分性和交易动员能力上具有明显特点。专（拼）车业在运营车辆供给、满足多元消费需求、促进行业良性竞争、提高存量车辆利用率、节能环保和社会道德建设等多方面具有显著的社会经济优势。其在客运安全、损害救济和市场秩序等方面引发的副作用常常被放大，且可通过技术改进或制度优化得到有效控制。传统出租车业需通过改革现有的特许经营模式来解决当前问题，并在与新技术的合作中寻求再生。现有法律监管体系需及时适应网络平台经济时代的新特点，主动迎接新技术带来的社会红利。

王文宇对此补充认为：以威廉姆森的观点来看，他会说这是介于水平合同与垂直整合间的中间合同或组织形态（hybrid），也可是各当事人间缔结的不完整合同。这里指涉的合同未必都构成法律上的合同，而可能只是法经济学观点的合同框架。为了分析这种长期复杂的交易，威廉姆森

创造了不少学说或观点（如“专属性资产”等），有助于我们检讨其中各种安排的利弊得失。

熊丙万赞同专属性资产等学说有助于加强对网络约租车平台经济的分析。例如，私家车主（专车司机）的汽车的专用性比较低，通用性比较高。中国大陆绝大多数私家车不是专门为从事客运活动而购，而是将家用车用于客运；类似地，专车司机的人力资源的专属性比较低，80%以上的专车司机都是兼职的或是将其作为短期职业。这意味着，如果私家车供给过剩或者市场需求降低（如同时开通了几条地铁），私家车主的资产流动成本比较低（车和人都如此）。

与此相反，传统出租车行业中的车和人的资产专属性都比较高：北京的出租车大都是专门为客运设计的最低配版本，舒适度不够，几乎不会有人用于家用，而很多出租车司机干了多年之后，也不太容易从事其他职业。所以，在出租车行业改革中需要特别考虑这种专属性问题。

如果打破出租车特许经营制，使专车合法化，熊丙万认为绝大多数出租车司机会选择从事职业专车运输。也就是说，只要客运市场还在，出租车司机就能顺利实现再就业。此外，北京的出租车很便宜，跟欧洲的奔驰宝马出租车不一样，一年份子钱就差不多足以偿付购车款了。也就是说，即便政府放开专车市场的数量管制，出租车公司的投资人也不会面临大的损失。除这两个问题之外，网络平台经济中还有大量问题可以通过类似理论得到很好的解释和安排。<sup>①</sup>

### 参考文献

- [1] Ian Ayres. Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules. 121 Yale L. J. 2045, 2012.
- [2] Harold Demsetz. R. H. Coase and the Neoclassical Model of the Economic System [J]. 54 The Journal of Law and Economics, Vol. 54, No. 4, 2011: S7-S13.
- [3] Jensen, M., W. Meckling. 1976. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure [J]. Journal of Financial Economics, 3.
- [4] 简资修. 法律作为合约安排 [J]. 交大法学, 2015 (3): 37-46.
- [5] 王文宇. 合同解释三部曲——比较法观点 [J]. 中国法律评论, 2016 (1).
- [6] 李诗鸿. 公司契约理论新发展及其缺陷的反思 [J]. 华东政法大学学报, 2014 (5).

（责任编辑：缪因知 赵建蕊）

<sup>①</sup> 编者注：更多讨论见吴韬：《网络约租车监管的制度逻辑》，《财经法学》2016年第2期；高秦伟：《竞争的市场与聪明的而监管》，《财经法学》2016年第2期。