

第一章 导言

- § 1.1 公司组织形式的主导地位
- § 1.2 同合伙的比较
 - § 1.2.1 投资人的责任
 - § 1.2.2 投资人转移权益的能力
 - § 1.2.3 法人人格
 - § 1.2.4 管理权力的定位
- § 1.3 封闭公司的特性
- § 1.4 公司法和其他同公司有关的法律
- § 1.5 本书的主题

公司的兴起

§ 1.1 公司组织形式的主导地位

仅仅几百年以前，私有的营利性商业公司还没有出现^[1]。十九世纪初，大部分商业和贸易都是由个体企业和合伙企业来经营。而现在公司却是占支配地位的商业组织形式。例如，最近一年来，同近 1, 300 万的个体企业和 100 万合伙企业相比，美国公司数量尽管仅有约 300 万，其营业收入却占了总营业收入的大约 89%^[2]。此外，商业企业规模越大，就越可能采取公司的经营方式。例如，在每年收入超过 100 万美元（按现在的标准，这个数字仅仅比中等程度略大）的企业中，公司就占了 96% 以上^[3]。诚然，情况会随着行业的不同而有所变化。

在制造业、运输业、公共设施 and 批发业中，按获得收益的百分比，公司占有压倒性的优势地位。在批发、转口贸易和服务业中，公司的比例通常达到 40%。但是，在农业、林业和渔业中，个体企业仍然最为重要，公司仅占这些行业收益的大约四分之一。在某些大的经济部门，如高等教育和医疗，非营利性公司仍是占支配地位的组织形式。但是总的看来，商业公司仍是这个国家进行商业活动的主要形式。公司成为占支配地位的组织形式，这种类似的情况也在其他非共产主义的工业化国家或发展中国家发生或正在发生。

对公司主导地位的 质疑

这种惊人的历史性转变的原因是什么？为什么公司这种组织形式会受到持久的青睐？这种青睐是否有可能成为现代经济的永恒的现象？

基于四项主要特性的解释

我想对这些问题给出一种可能的答案。简单地说，公司作为一种组织形式的成功，在于它的特性和使得这些特性发挥作用的社会环境。为了方便，我将列出如下四种特性：

- (1) 投资人的有限责任；
- (2) 投资人权益的自由转让；
- (3) 法人人格（实体权利、生命期和目的）；
- (4) 集中管理。

对公司形式有利的条件

这四种特性都发挥了积极的作用，极大地促进了来自众多投资人的大量资金的有效集中，并使拥有众多股东和雇员的大型企业得以有效运转。我认为，从十九世纪开始，社会上出现的三个条件使得一种能够发挥这些作用的组织形式比其他组织形式更适于生存和发展。

(1) 大型企业

技术进步导致经济规模的急剧扩大，即适宜组合在单个商业组织内部的工人人数和资本设备量的巨大增长。这时就出现了一种发展大型商业企业的趋势，因而需要一种适于大型企业的有效的组织形式。铁路和电报系统树立了这种新型企业的光辉典范。在殖民时代，商业企业有许多特长，但是雇工超过十二人的企业很少^[4]。在十九世纪末和二十世纪，许多企业雇佣员工达数千人。

限制条件

在向大规模转变的过程中，技术进步的影响非常大，但不是唯一的因素。例如，在许多工业企业中，技术革新使得一个中等规模的工厂能够生产足够的产品，来满足可占有市场的大部分需求。从理论上来说，企业家完全可以经营稍大的制造企业并且通过独立的分销商来销售所有产品。然而，很多这类企业采取“一体化导向”——他们建立或获取自己的分销系统，而且变得更大。对此过程的一项重要的历史分析表明^[5]，他们这样做是为了将生产活动同批发过程和零售过程更好地协调起来。那么，人们为什么认为企业内部的协调比同企业外部的分销商的市场协调或合同协调更好，是因为企业内部的协调本身同通讯系统和交通运输的技术进步相联系。管理人员开始发现新的方法以减少协调复杂的商业活动的成本^[6]。

当然，并不是所有商业规模的扩大都纯粹是由规模经济的原因引起的，有的是强力压制竞争的产物。各种动机混合在一起，很难有把握确定下来，但建立在技术基础上的现实经济的力量显然是巨大的^[7]。

(2) 财富的分散

公司组织形式的第二个有利条件是财富的分配，尽管不可能

平等，却不会极端倾斜。这意味着建立和维持大型商业企业所需的大量货币资本必须筹集和积聚起来，组成可以利用的集合基金。商业活动必须寻求大批投资人，而不仅仅是和少数富豪私下磋商。

私有财产

第三个条件是投资财产的私人所有权作为社会准则被接受。这就排除了单纯依靠使政府通过税收强制储蓄和投资，以及由政府经营大型企业等其他解决资本积累难题的办法。相反，大型企业的发起人必须设法开发众多的私人投资者的储蓄潜力。此外，由于投资人阶层数量巨大，不可避免地使得他们中的许多人很少知道，或是有权力控制大企业的实际经营。

三个条件的一般结果

所有这些因素加在一起——大的商业单元，相对较为富裕的众多的投资人，以及财产私有制——助长了这种组织形式，它促进大量来自众多的地域上分散的投资人的兴起，而后将自身交给拥有众多雇员和所有人的大型企业的富有效率的管理层。在这些方面，公司形式明显要优于它的对手：个体企业、合伙企业、有限合伙和商业信托。

由于这些确定无疑的特性，公司更适应它所成长的环境，并且在事实上已经生存发展，并繁荣壮大起来。同样，如果社会环境的三个确定条件中的一个或多个将来发生剧烈变化的话，商业公司完全可能会因其它组织形式的兴起而黯然失色。

黑暗面

然而，公司的发展并不仅是带来好处。如果把四个确定特性中的每一个都视为一个论题的话，那么每一个论题都有其非常头疼的反论题。这些特性产生可以预见的一系列冲突和问题，构成公司制度的永恒的结构特征。这些冲突和问题是公司法 and 证券法规要处理的大部分实际问题。事实上，最好把公司法理解为综合这些论题和反论题的尝试，即解决、缓和、或升华公司制度中的这一系列永恒和可以预见的问题。

为什么研究下一节

如果你

- (1) 想了解公司的特性，它同其他商业形式的显著区别；
- (2) 想了解公司为什么成为这样一种占支配地位的集体活动的组织形式；
- (3) 想能就商业组织形式之间的选择给委托人以良好建议；
- (4) 想统一从而简化你对公司法的大部分特殊问题和法规的理解；

你最好要认真掌握上述四个特性。

| | |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 研究计划 | <p>§ 1.2 同合伙的比较</p> <p>为了探讨公司的这四个基本特性中每一个所具有的意义，我将把它同普通合伙的特征作一类比。我将探询公司的特性所起的作用，这些作用在社会上是否都获得良好的效果。然后我将介绍这些特点引起的问题。本书的其余部分详细揭示这些问题的各种具体形式。</p> |
| 未来铁路假说 | <p>我们来看一个假想的例子。来自美国和日本的殖民者定居在土星的一颗卫星——泰坦的一大片分散的城镇上。有几名企业家心想，一个星际喷气式铁路系统将有力地促进重工业的发展，并且会非常有利可图。他们估计需要 11 亿美元来建造这个铁路系统。泰坦银行愿意贷款 6 亿美元，因此他们必须设法从私人投资人中另外筹集 5 亿美元。他们或许可以从泰坦城中 10 个最富有的家族中筹集到这笔款项，但是，除非财富的分配严重失衡，否则不是所有的大工程都能用这种方式筹款。因此另外假定他们必须使 50,000 名中产阶级的投资人对此发生兴趣，其中每个人认缴 10,000 美元可自由支配的资金，作为回报，获得分享铁路系统的利润的机会。现在，他们正决定是按照《统一合伙法》^[8] (UPA) 组建合伙企业，还是按照泰坦版的《标准商业公司法》(MBCA) 组建公司^[9]。（今天这些条款都是相关的。《统一合伙法》的各种版本存在于 48 个州和哥伦比亚特区。《标准公司法》影响了许多州的法律，而且在这里所说的某些方面，它同其他各州的公司法令相差并不大。）</p> |
| 合伙企业法令和公司法令 | <p>合伙企业一词指为了营利而从事经营的两个或两个以上共同所有人的联合^[10]。在大多数重要方面，合伙人的权利和义务都由具体合同来规定。从技术上说，法令对于合伙企业的设立并不是必需的，它主要是填补当事人的协议和理解上的空白。相反，公司是一个法律实体，只要遵守一定的正式程序，例如用适当的格式把公司章程提交给州务卿，他然后颁发正式的公司执照，公司即被视为成立^[11]。采纳这些程序是依据为公司的合法存在所必需并设立支配当事人权利和义务的严格规则的公司法令。</p> |
| 合伙人的侵权责任 | <p>§ 1.2.1 投资人的责任</p> <p>作为合伙人。如果在泰坦的发起人组建一家普通的合伙企业，50,000 名投资人中的每个人都成为合伙人，那么将会发生侵权责任、越权代理、合同责任的不利后果。通常认为合伙人对其合同义务负连带责任，对侵权责任负连带和各别责任。为了掌握这些流行术语的实际含义，需要作些解释。假定爱德华是代表</p> |

合伙企业的投资人-合伙人，他试图用炸药炸毁山顶的方法来加快铺设喷气铁轨，由于疏忽大意造成线路错误，毁掉了一座五百人的城镇。幸存者想提起非法致人死亡诉讼，要求每人赔偿 100 万美元。如果要与这样做的程序问题来据理力争的话，这些幸存者可以把 50,000 名合伙人全部列为被告提起诉讼，也可以以爱德华的疏忽大意而对任何一名合伙人提起负全部责任的诉讼^[12]。

违反信托

此外，如果掌管收集和分配泰坦银行贷款的收益的合伙人 大卫，携带这些钱潜逃到地球，那么泰坦银行可以对它应接受服务的所有合伙人起诉，也可以从每一个合伙人的私人资产中收缴这 600 万美元的债款^[13]。

合同责任

假定喷气铁路系统由于主要合伙人雷克斯的经营不善而彻底失败：合伙企业花光了合伙人的认缴款项和贷款收益，又没有获得任何收入，把系统作为废品出卖得到 1 亿美元，那么还有比其资产超出 5 亿美元的银行贷款负债。银行可以从合伙人身上收缴差额^[14]。依照《统一合伙法》，他们负连带责任，这仿佛意味着在泰坦银行提起的诉讼中他们必须一起参与进来（这对银行是一个苦差使，因为有 50,000 名合伙人），但是在这一点上法令和法院存在分歧^[15]。银行可以起诉合伙企业本身，因为每个合伙人都应该按份额分摊合伙企业的损失，以便债权人能收回合伙人所负的合伙债务^[16]。而在合伙人当中，每个人认缴的数额可以依据协议。如果没有协议，他们就以分享利润同样的方法来分摊损失（不一定要和他们的出资额成比例）。如果没有分享利润的协议，就由所有合伙人平均分摊（这仍不同于根据每个合伙人出资多少按比例分摊）。在这个假说中，当银行收回贷款时，每个具有足够资产的投资人至少要损失起初的 10,000 美元投资，再搭上非投资资产 10,000 美元。

认缴没有得到满足

此外，如果合伙企业终止，有些合伙人——如一半——不能或将不认缴损失的话，其余合伙人必须弥补差额。那么每个负责的投资人还得再损失 10,000 美元。这就是说，说来说去，每个投资人对合伙的合同债务就负有潜在的无限个人责任，而不仅是侵权责任。投资人当然有权从其他合伙人中获得认缴资本。而这种权利是否能起到实际的安慰效果，取决于其他合伙人的财富，以及提起执行认缴权诉讼的成本和困难。

相互代理

最后一种令人头疼的情况是，由于所有 50,000 名合伙人都是合伙企业的合伙业务的代理人，这样就会产生合伙企业对第三方的合伙责任，从而使得全部上述问题变得糟糕得多^[17]。

总之，任何赞成合伙人在提议中的喷气铁路企业中有可能承担全部责任的潜在投资人，都会感到大失所望。

股东的有限责任

作为公司股东。如果放弃设立合伙企业的主张，这 50,000 名投资人签约购买一家公司的普通股股份，每个人认缴 10,000 美元购买 100 股，他们就只承担这认购价格责任^[18]。公司的代理人和雇员一下子承担很大的侵权和合同责任，但是这 50,000 名被动投资人只会损失起初的 10,000 美元认购额。他们的其他私人资产将安然无恙。

有限责任产生收益吗？

公司投资人的有限责任的作用。聪明的学生常常怀疑股东的有限责任是否真的会产生纯收益，这种收益是对股东、对企业、还是对全社会。试看以下论证。如果银行打算贷款给组建为公司的喷气铁路企业，泰坦银行将考虑到：它不可能从 50,000 名投资人的私人资产中收回贷款，而如果企业组建为合伙企业，银行可以依靠这些资产，作为偿还贷款提供的额外担保。因而银行对公司企业会比对合伙企业收取更高的贷款利率。投资人—股东的风险就比他们是合伙人时小，但在实际上他们要支付更高的利息，自己从营业中获得的纯收益就更少。他们获利了吗？在有完善的竞争性贷款市场的情况下，他们能从有限责任中获益吗？

(1) 转移风险给更好的承担者

答案是肯定的，有三个很明显的理由。首先，有限责任经常把风险转移给更有优势的风险承担者，这将从交易中产生收益。如果银行贷款利率相差 1%，则每个中产阶级投资人每年就会拿出大约 100 美元投资在公司而不是在合伙企业，结果就等于投资人支付 100 美元购买一份全面个人责任保险单，以保护其非投资资产。

购买这种保险是非常理性的，它使投资人和保险人双方获益，而不使其他任何人受损。一个原因同财富的边际效用有关。中等收入的普通中产阶级的投资人失去价值 10,000 美元的私人资产，如私人汽车，比失去可自由支配的 10,000 万美元的投资，将会烦恼得多。因为财富边际效用递减，损失同等的金额并不总是产生同等程度的挫折或痛苦。

相反，银行将发现它有 10,000 美元份额的贷款收不回来这样很小的风险，因为它不可能兴师动众地让法官去把投资人的汽车弄来然后卖掉，因为银行是一个大机构，拥有贷款和投资的多样化投资证券组合，这 10,000 美元的损失完全不属生活必需。银行是更有优势的风险承担者的另一个原因是，它更善于评估和监督风险；风险评估是它的专长之一。

(2) 减少交易成本

第二，有限责任消除了承担巨大交易成本的可能性，如果银行必须要对 50,000 名地域上分散的投资人分别提起收款诉讼时，这种情况就会发生。同样，如果规则是无限责任，这样银行将依赖于投资人的偿债能力，它就需要评估所有 50,000 名投资

人的信用等级——这是一项极其麻烦和费用昂贵的任务。有限责任消除了这种需要。银行仅需评估公司的偿债能力，设定利率和其他相应的贷款条件。这样，有限责任就极大地降低了贷款合同的两种交易成本：信用评估成本和执行成本。本质上，消除这些成本能够使部分甚至全部与公司有关的人受益，而不使任何人受损。

在这一点上，不明世事却知道一点经济理论的观察家可能会提出反对，说股东有限责任的两个优点是虚幻的，因为它们并不限于股东。本质上，合伙企业完全可能同意支付更高的贷款利率，而银行也会同意不审查合伙人的私人资产。这样合伙人就能享有上述有限责任的两个好处。这种策略事实上是合法的，但无人愿意这样做。在一家有很多贷款方和供应方，以及其他潜在的债权人的规模很大的商业企业中，和每一个债权人进行谈判设定具体合同条款来获得实际的有限责任，对投资人将会是麻烦的、昂贵的、和有风险的。（例如，当经营合伙人未能和某个债权人达成协议时，会发生什么？）由法律制度设立下面的一种普遍推定，或者说格式合同，那么效率就会更高：与某类商业机构（即公司）打交道的每个人（指投资人、贷款人、和商人）必须预期到投资人有限责任就是规则，并以此安排事务。这将省却许多旷日持久的个别谈判的经费。如果和某公司打交道的贷款方或供应方不喜欢这项一般规则，尽可以通过谈判要求部分或全部投资人提供私人担保。实际上，公司法令只是对有关风险分配设立一种有效的一般推定。投资人和债权人可以自由就推定进行磋商，但是如何确立推定可以对商业部门的经济活动造成重大影响。

(3) 避开侵权责任

另外，可以签订免除个别投资人责任的合同并不能使合伙人的私人资产免除由商业经营所导致的侵权责任。这点反过来又说明了有限责任的第三个作用。股东有限责任有时使得投资人不必支付企业外部影响的全部成本。如果企业损害消费者或局外人的利益，而他们对侵权的赔偿请求无法从公司资产中得到满足，损失就将简单地落在受害人身上。这种可能性是否表明关注整体公共利益的立法者应该废除关于公司对侵权受害者的有限责任的一般规则，将在第 2 章进行讨论。

在此有必要对这个理论问题的重大意义的实际情况作些说明。尽管近来有些例外情形值得注意，但是看来很清楚，贯穿现代公司的大部分历史，极少有大公司化的企业因为侵权责任，而不是合同责任而宣告破产。批评那些阻止侵权受害人得到不利于公司的判决的规则，则要合情合理得多，例如，在严格产品责任司法的判例法尚未极大发展之前，旧规则阻止遭受公司产品损害

而又不能证明公司疏忽的消费者获得补偿^[19]。正如有些历史学家认为^[20]，如果说十九世纪后期的法官确立了把大量商业成本转嫁给消费者和公众而不是投资人的规则的话，那么这种做法是在侵权法的判决中，而不是在股东有限责任的一般制度中可以找到。

§ 1.2.2 投资人转移权益的能力

合伙人的财产权

作为合伙人。假定喷气铁路企业已经组建为合伙企业，而 50,000 名投资人中有一人需要现金，就想把她所有的合伙权利出让给其他人。这并不是是一件简单的事，因为作为合伙人不是一件简单的事。按照《统一合伙法》，合伙人的财产权包含三层意义^[21]。

(1) 她拥有具体的合伙财产权，即作为合伙占有人，她对企业的土地、铁路、喷气等等，和其他合伙人共同享有不可分割的权利^[22]。

(2) 她拥有合伙权益，包括分享利润和合伙盈余权^[23]。

(3) 并且，如无相反的协议，她有平等参与合伙企业经营管理的权利^[24]。

这三项财产权利可以分割，但它们不能作为一个单元同时转让。

在合伙企业中出售 权益的困难

首先考虑合伙权益，因为作为对未来一系列收益的请求权，这项权利是新投资人付钱时最有趣获得的东西。合伙人可以把她在合伙中的权益出让或者说“让与”给新投资人。其他合伙人不能提出反对，而这种让与也不会解散合伙企业^[25]。但是这个过程存在严重的缺陷。受让人关于合伙企业经营业务的知情权是贫乏的。她不能援引《统一合伙法》授予完全合伙人下列权利的各节条款：审查和复制合伙文件^[26]，使其他合伙人一经要求即提供全部有关合伙企业业务的真实和完整的信息^[27]，以及在某些条件下获取有关合伙业务的正式帐簿^[28]。受让人是否能获得她认为所支付应得的回报，提供的保障是很不完善的，因为合伙权益并不体现在所谓的票据上^[29]。这意味着，即使善意购买这种权益价值的人也有可能要应付转让人或先前所有人对权益提起不可预测的请求权。

此外，人们常常怀疑，受让人获得合伙企业收入的权利，要取决于合伙企业的商业成功，和最初让与该权益的某个合伙人的努力和行为。按照许多合伙企业协议，个体合伙人的利润份额（即合伙权益）取决于她带来多少业务，做了多少工作，以及其他等等。

| | |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 具体财产权 | <p>如果把合伙权益视为一种投资证券，那么就必须把它视为有两名发行人：合伙企业和某个合伙人，而源于某个合伙企业的合伙人的权益和源于同一合伙企业的另一名合伙人的权益是不可互换的。说得婉转些，这构成了合伙权益的一个复杂市场。毫无疑问，合伙权益的转让性中第四个特性，也是最严重的缺陷是没有有效的、高度组织的交易市场可以买卖这些权益^[30]。这种不足源于其他缺陷——缺乏知情权、非谈判性以及双重发行人问题。</p> |
| 经营管理权 | <p>至于原始合伙人在具体合伙企业的财产权，个别合伙人不能将其让与^[31]。因此没有这些权利的交易市场或者说“二级”市场，更不存在有组织的有效市场。只有当合伙企业的财产项目，或者财产出售所得收益，从合伙企业分配到合伙人手中时，这些权利才有意义——例如，当合伙企业终止时。</p> <p>另外，合伙人的经营管理权也是不可转让的，如果没有相反的协议，要成为新的完全合伙人的唯一办法是取得所有现行合伙人的同意^[32]。即使选择新合伙人的权利依据协议委托给合伙人委员会，投票权或参与权仍然不能个别转让，因此对外部人来说，就无法轻而易举地通过收买从而控制某家合伙企业（如购买合伙企业的多数权益）。</p> |
| 合伙人投资的相对不流动性 | <p>仔细考虑出让一揽子合伙权利的这些零碎烦人而不完备的方法，潜在投资人有可能对投资的预期价值大打折扣，因为投资是如此不流动——即如果有需要时，很难迅速并以充分反映权利内在价值的价格出让。这种折扣将使得发起人很难筹集到必要的资金。比起若能为投资人的投资提供更流动的情形，他们不得不对每单位投资资金提供更高的预期回报。</p> |
| 股东容易出售全套权利 | <p>作为公司股东。如果发起人给 50,000 名投资人提供的是公司的股票股份，情况就会截然不同。公司股份权利的特征是多重的和变化的。公司法令允许公司发行类别股，经适当的正式程序载明的诸如相对权、优先权和限制条件^[33]。但是依州公司法律，普通股通常拥有下列三项权利：</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) 在董事依职权宣布发放股息时按比例（即同股同酬）分取股息的权利^[34]，以及在企业清算时按比例的分配权^[35]。 (2) 对董事选举和重要的公司变更（比如同其他公司合并和清算^[36]）在一票一权的基础上^[37]的投票权；以及 (3) 一项受到限制、但不可忽视的以股东有权检查公司帐簿和记录的形式而存在的知情权^[38]。 <p>如果没有相反协议或特许条款^[39]，所有这些权利都可以作为一个单元转让（股东可以将这些权利出让），而无需公司的其</p> |

他股东或董事和高级职员的不同意。这些权利通常体现在票据中^[40]。这里仅有一名发行人：因为公司法令清楚地将投资人和管理人员的职能相分离，按比例分配股息的请求权仅取决于股票所有权。某种股票的先前所有人过去和现在是否公司的支薪雇员或高级职员，他现在是否继续增加还是减少公司的赢利，都和与该种股票同类的其他股票的相对股息权毫无关系。某家公司的某类股票股份一般是可以互换的。

为什么存在股票市场

公司股票的所有这些特征（全套权利的自由转让、票据的流动性和类别股之间的互换性）使得公司的股票有可能产生有组织 and 有效率的交易市场，而且确实产生了。假若新企业的发起人提供的股票可以在一个有组织的股票市场上进行交易，潜在投资人就不会如同对待合伙权利那样，因不流动而对其投资大打折扣。

可交易股份的价值

股份自由转让的作用。公司股份自由转让的主要作用是提高投资人的资金流动性，从而间接促进资本形成过程。当一个人把投资人资金流动性作为主要的考察方面时，这种作用显得尤其重要。这种方法是授予每一个投资人有权随时要求企业以现金购回她的权益，可以由某种格式确定的价值，比如帐面价值购买；或通过一系列程序，比如由三位独立评估人确定的公平价值购买。这种强制清购的权利通常合伙人都享有^[41]，但是授予一家大型非金融企业^[42]的投资人有权在任何时候被清购，是很危险和有潜在破坏性的。如果大量投资人一拥而上行使这种清购权，企业可能只有通过出售财产和损坏经营，从而毁掉企业的某些营运价值才能履行义务。（营运价值指企业在发挥经营统一作用时的企业价值，这种价值在成功的企业中比财产的各个项目分散出售的价值和企业的其他所有权出售的价值之和要大得多。健康的企业在有生命时比死亡时价值更大。）这样，清购权为投资人提供了流动性，但同投资人所具有的将权益出让给其他投资人的流动性相比，无论是对整个投资人阶层还是对社会，这种清购权都是极端浪费的。此外，要求行使清购权的投资人赔偿清购权给其他投资人带来的破坏性损失——这是《统一合伙法》所采用的方法^[43]——不可能使清购权的破坏性得到充分补救，因为这种破坏性损失尽管可以提出损害赔偿要求，但仍然可能对社会产生致命的惨重损失，至少同投资人权益的有效二级市场所带来的损失相比较是这样。

§ 1.2.3 法人人格

虚构法人的经济价值

法对商业生命在经济上最重大的、并且由于比许多其他贡献产生更少的诉讼而经常被律师所忽视的贡献之一，是创造了虚构

但为法律承认的实体或者“人”，从而被作为具有自然人的某些特征的“人”来对待。在我们的想像中，这个创造虚幻的过程或多或少是彻底的。有些法人发育不全，权力有限，没有灵魂，像一台手控计算器。其他如古代的假人或科幻小说中的未来机器人，不仅威力巨大而且具有内在的目的或目标结构。合伙企业和公司属于后者。

合伙企业的权力

合伙企业的权力。泰坦喷气铁路系统的发起人会发现，把企业组建为合伙企业而不是公司，将会带来一些问题，因为合伙企业被视为法人的程度不如公司，尽管同上述讨论相比较，这些问题不是很大。按照现代合伙企业法律，对企业经营有重要意义的权利往往设置在实体中。这样，按照《统一合伙法》，任何不动产中的财产可以以合伙人的名义获得，而且这样获得的财产可以被任何以合伙企业的名义行使转让权的合伙人转让^[44]。（想像一下不得不在每一份合伙财产注册契约中登记 50,000 名合伙人的名单，和由于新合伙人加入或老合伙人死亡、退休、或退出而不得不改变契约。）另外，许多州的程序规则允许合伙企业作为实体起诉或被诉^[45]。但是为了某些目的，可以把合伙企业作为成员的集合，而不是作为法律实体来考虑^[46]。

合伙企业的目的

合伙企业的一般目的是由《统一合伙法》所下的合伙企业的定义来默示的：为了营利而经营一家企业的两人或两人以上作为共同所有人的联合^[47]。合伙企业能够合法从事的各种商业活动是非常广泛和开放的。对合伙企业的限制不是来自合伙企业法，而是出于实际考虑和其他法律限制。

合伙企业的生命期：危险

合伙企业的生命期可以由合伙协议来设定，但是每个合伙人仍然有权杀死或威胁企业的生命。例如，当合伙协议没有对合同术语或者特定的经营事业作出明确具体的说明时，任何合伙人可以随时导致合伙解散而不违反合伙协议。如果没有相反的协议，合伙人可以把合伙财产用来支付合伙负债，合伙盈余用来现金支付对合伙人所负的净债务^[48]。即使同合伙协议相抵触，合伙人也可以随时通过“明示意愿”解散合伙企业^[49]。在这种情况下，解散合伙者对违反协议造成的损害负责，其他合伙人可以选择作为相互合伙人继续经营。但是他们仍然必须支付解散合伙人在合伙企业中的权益价值（或由法院批准的债券获得支付），减去她所负责的损害赔偿^[50]。这样，解散合伙企业意味着终止合伙人之间的合伙关系；它并不表明基本的商业活动已经终止。但是，如果有足够的合伙人愿意撤销和解散旧合伙企业，付清工资的要求也可能会导致商业活动的减少或终止。这样，合伙企业的生命就很危险，从而使得那些想要发起初期成本很高的大型企业的人

停止不前。

公司的权力

公司的权力。对于合法的目的，公司几乎是和自然人一样的实体。权力设定在实体中，这些权力是非常广泛的。除了列举诸如以自己的名义拥有不动产的权利以及起诉和被诉这些陈规俗套外，《标准公司法》授予公司“有权力像个人那样去做一切对经营公司业务和处理公司事务有必要的或有利的东西。……”^[51]公司的目的可以极其多样、广泛和开放，因为《标准公司法》声明，除非在公司章程中设立更受限制的目的，依照本法成立的公司的目的可以是从事“任何合法的经营活动”^[52]。与从前的公司法令下的情形不同，现在大多数公司法令都允许公司的组织章程声明其目的是从事任何合法的业务，而不一定要从事任何特定的行业活动。

公司法令在涉及到公司目的时，实际上指的是业务活动行业，而不是指公司为谁的利益服务的问题。尽管公司法令没有明确回答这个问题，律师、法官和经济学家通常假定商业公司的更终极的目的是为股东谋利。更准确地说，公司管理人员（董事和高级职员）作出的公司决策应当使公司的股份价值最大化^[53]，限制条件是必须履行它对其他同公司有关或受公司影响的人的所有法律义务。这些其他人包括雇员、债权人、顾客、普通公民（如受到公司污染影响的人），和政府机构。换句话说，虽然公司对这些其他人负有大量甚至是全面的义务，但是只有股东对企业的剩余价值，即所有明确的义务履行之后所剩留下来的东西，拥有请求权，并且管理人员有积极开放的义务去增加这种剩余价值，而不是一些其他有关集团（包括他们自己）的财富。在第 16 章，我们对公司目的的概念还要作更多的讨论。

公司的生命期：耐久性

现代法令，像《标准公司法》，给公司永久的存在权^[54]，更好的措辞或许是“无限期”存在。公司的法人地位在经过确定的年限或完成了指明的商业活动时，并不自动终止，章程也不周期性更新。永久存在并不意味着公司不能终止其存在，但是在执行有效的解散程序之前，公司作为法人可以继续存在下去。按照《标准公司法》，公司可以在某些极其罕见的特定情形下由法院判决强迫解散^[55]，或者由公司行为，即由董事会的决议和随后的多数股东的投票自愿解散^[56]。但是公司不像合伙人，没有个别股东（除非这名股东控制了董事和拥有必需的多数股份或有封闭公司规定的利益^[57]）能单方面解散实体和撤出投资。当董事决定宣布发放股息时，当解散和随之而来的清算分配发生时，或者当公司决定重购某些股份或者行使赎回股份权时，股东就从公司获得现金分配或财产分配。公开公司的普通股东很少有权强迫公

司购回其股份。他们也不能主动倡议强迫公司清算，从而对全部股东进行支付。因此，就不像普通的合伙企业那样，很多投资人一起行使这种权利就有扼杀企业的危险。公司有存在更加稳定、更有可能保持大型项目的营运价值。

机械效率

法人人格的作用。把权利交给一个虚构的法人，在从事合法活动时，其作用仅是简单的机械效率。较好的例子是公司能够以自己的名义拥有不动产。没有这种能力或某些类似的法律设施，一个在全美国和加拿大的许多省县拥有林地的森林产品公司，可能不得不在几十个房地产登录办公室登记它的全部几千名投资人，并且频繁更新登记，这是一项格外昂贵的程序。法人人格明显节省交易成本，而这些例行的节省累积起来，效果是极为显著的。

保持营运价值

如上所述，公司永久存在的作用是使破坏性最小化，保持商业企业的营运价值。如公开公司的一般情形那样，当股东能够在合理的有效股票市场转让其权益给其他投资人以满足其资金流动需要时，这种作用特别可能产生纯社会性的收益。

为什么利润是剩余目的

法人的唯一目的是使其所有者的财富最大化，对它的社会价值人们更是争论不休。有一类论证可以合理说明法院的传统观点，可作如下说明。单一的客观目标，如利润最大化，比层次众多、含义模糊飘缈的目标，如公正合理地调节所有相关权益，更容易接受监督。例如，指出公司的管理人员是否做了她应该做的事情，比指出大学校长是否做了她应该做的事情要更容易。假定股东拥有控制权机制^[58]、更好的监督方法，那么公司的管理人员就将更加负责。他们就更有可能会做他们应该做的事情，并且做得很有效。这样，更好的责任心就会鼓励人们参与大型组织，其中对组织的请求权和管理权适当地各自独立；这有助于这种组织的生存，更好地发挥作用。大型组织反过来又经常是为每个人所需要的。它们增加了社会福利，因为假如没有这些组织，某些大规模的商业活动就根本不可能进行，或者造成很大的浪费。

另一方面，没有人需要因公司的利润最大化这一单一目标而受损。非股东集团，如雇员的利益可以由合同、普通法的发展、以及特别立法来保护。消极的外部事物如污染可以通过侵权法，或通过污染法告诉公司不得污染，或当它们这样做时对它们进行征税来纠正。公用产品如防务的生产，和财富从富裕向贫穷的再分配，可以通过实际的政府更好地完成，政府有更合法的请求权去做这些事情。如果当选议员认为合适的话，他们仍可以设法将公司资源用于这些政府活动，因为政府可以对公司和股东双方征税。考虑这个论证的两个分论点——单一的客观目标提高管理层的责任心，而无需政府先行对公司进行直接的监管使公司对社会

负责——有人会得出结论说，利润最大化是商业公司的合法和理想的目的。

疑问

这一系列连锁推理能否经得起实际分析是一个很难回答的问题，需要大量背景知识。因此，在探讨了传统的公司法之后，我将着手处理这一问题。^[59]

§ 1.2.4 管理权力的定位

非特定化和平等的假定

在合伙企业，合伙法基本上把所有合伙人既作为投资人又作为管理者来对待，通常人们对合伙人就是这样假定的。在如我们的假说中泰坦喷气铁路系统那样拥有 50,000 名投资人的企业，这种假设一开始就是荒唐的和机能失调的。具体来说，《统一合伙法》宣布，如果没有相反的协议，所有合伙人都有管理合伙企业事务的平等权^[60]，每一个合伙人都是合伙企业的合伙业务的代理人^[61]。在一定条件下，合伙企业受到任何合伙人的承诺^[62]、任何合伙人的知识或给予任何合伙人的通知^[63]、任何合伙人的违法行为^[64]，以及任何合伙人的违反信托的行为等的约束^[65]。使人想起这个口号，“人人为我，我为人人。”这个口号对三四个滑膛枪手有可能很起作用，但是对一个拥有 50,000 名资本家的集团来说，就要求太高了。

董事和高级职员的权力

对公司而言，公司法唯一至关重要的事实就是管理权力的合法集中化。传统上，董事会有正式的权力管理公司业务^[66]。注意到在大型公司中，与实际管理企业的高层高级职员相比较，董事只是扮演一个被动角色，而更现代的法令往往准许董事扮演监督者的角色^[67]。但是职权的法定集中化这种基本事实仍然保留着。这最好从反面来理解。除法律给予投票权的少数情况外，股东对公司的经营管理几乎没有发言权；除董事或高层高级职员授权，或者因代理法的基本原则而得以拥有第三人的职权外，雇员也几乎没有正式的发言权。公司法处理职权背后的模式是，这种单方受控的职权来自一个单一的权力源泉，而不是如气泡那样汨汨涌出，将许多个别的私人权力来源汇合在一起。州有权力，它授权给公司董事会。然后董事又授权给高级职员，甚至授权给层次低得多的雇员。

股东的有限投票权

按照《标准公司法》，股东有有限的投票权。他们可以选举董事^[68]、批准合并（仅当董事向他们提交合并提议时）^[69]、批准出售实质上公司的全部资产（在相似的条件下）^[70]、批准自愿解散^[71]，以及不多的其他方面。因此，股东和董事的关系并不能完全描述为委托人和代理人的关系。（人们一般认为委托人有

权指导其代理人的活动^[72]。) 股东不仅不得发起或对抗管理人员的具体商业决定, 而且他们也不得或(有人会说) 不应决定公司的最终目标、经营范围、经营策略, 甚至实际管理公司的高层高级职员的身份。

授权和代理法的雇员权力

如上所述, 雇员原则上由授权才有正式的职权。公司可以是高度集中化的或高度非集中化的。它可以按不同的功能进行组织, 或分成独立的利润中心。低层雇员可以有大量实际职权。法律上重要的一点是管理人员能控制指定的决策职权的性质、数量和承受方。为了保护同公司打交道的第三人, 这种控制是有限的。按照适用于公司情形的代理原则^[73], 雇员的行为有时可以约束公司, 即使管理人员断然否认雇员有权采取这些行动。例如, 假如某一行业实际上所有的公司购买代理人, 都可以在没有从更高层的管理人员预先获得批准时就订购一定数量的新产品, 那么, 应某一应该获得其主管人批准的购买代理人的订购要求, 装运该数量新产品的善意供应方, 就仍然可以要求公司履行合同。这时公司的高级职员当然可以惩戒这名违法的购买代理人, 如解雇他。在代理人和公司之间, 他的行为仍然是一种违法行为, 因为在公司内部, 最终权力的集中化占据主导地位。

来自专门化的收益和减少多余

集中管理的作用。公司法创造的集中管理的主要作用是推动角色的专门化。虽然可以重叠, 投资人可以仅仅是纯粹的投资人, 而管理人员也可以仅仅是管理人员。这不仅使得创办和经营企业有更熟练的技巧, 因为能提供资本的人不一定最善于经营管理, 而且它会极大地减少昂贵的多余活动。两三个合伙人经营企业, 大概是较好的开展业务的选择, 这样每一个合伙人都充分知悉全部必需的事实以评价某项经营决策, 并就这项议题的决议和其他合伙人交换意见。但是要确保大约 50, 000 名公共投资人的每一个人都接收充分足够的信息来就每一项重要而复杂的经营决策作出评价和判断, 将会非常浪费时间。交换意见所带来的任何好处无疑可以通过一个小得多的范围内的决策人而获得。

最优网络

集中管理的另一个主要作用是它准许公司的管理人员构造一个最优的通讯网络, 并且控制在公司内部。这一点很微妙, 也很重要, 虽然对很多观察家来说难以理解。它强调许多大型组织是“层级制度”, 而非“民主制度”。因此要对它比通常情形下作出更加详尽的说明。本书结尾的附录 A 中探讨对层级组织形式的赞成和反对的意见。

§ 1.3 封闭公司的特性

规模的重要性

附录 A 表明, 一个组织的绝对规模, 不论是按雇员的数量,

还是按资本供应者的数量来衡量，都对它的结构和业绩具有多方面的影响。规模的不同也有助于解释法律为什么对封闭持股公司同对公开公司不同。除非对封闭公司特有的问题分开来认识，否则公司法就不可能得到很好的理解。有了这种认识，律师就必须不断地努力去注意某一司法裁决是否同封闭公司有关，并确定公司的地位是否同案件的结局有关。

封闭公司是什么

封闭公司，即封闭持股企业的简称，可以定义为只有少数（如少于三十）个体股东，并且股东的股份不得在正式认可的证券交易所或柜台市场进行交易的公司^[74]。美国虽然不在许多民法国家之列，但美国的封闭公司传统上是按照与公开持股公司或公开公司相同的商业公司法令成立的。不过，从某种意义上说，它们不是“真正的”的公司。这些公司的成员想从事，或者发现自己被迫从事的实践，经常同公司组织形式的四个必要条件相矛盾。由于这个原因，律师有时称封闭公司为公司化合伙企业。

参与者有可能得不到有限责任

这样，小型封闭持股公司的股东们就会赞成有限责任（这种全面责任保险单，只要提交申请费，州政府就愿意赠送，为什么不采用呢？）但是有可能发现主要的合同债权人，比如贷款给公司购买房屋和设备的银行，会坚持股东对公司债务提供私人担保。对这些债权人，股东就承担了合伙人的无限责任。

可以取消自由转让

封闭公司的股东常常试图取消公司股票所具有的假定自由流动性：每个人将想拥有类似于合伙人拥有的那种权力：审查股东俱乐部新成员的资格。因此，股东就对能以合同限制股份的转让——所谓清购协议——很有兴趣。例如，依第一拒绝权协议，股东要想出售股票将投资变现，就有可能首先必须以公式或估价确定的价格向公司或其他股东发出要约，只有当这些受让人拒绝购买，他才能自由向第三人出售股票。有的投资人甚至希望绝对禁止向外部人出售。还有的人会愿意签订合同，以便公司或其他股东有义务在一定条件下购买他们的股票。

封闭公司的股东愿意公司拥有法人人格的许多要件，但不是全部要件。主要的障碍是公司的永久存在。为了保持大型公司的营运价值，商业公司法令使得除非有特殊情况，个别股东或个别股东的小联盟不可能解散公司或终止公司。但是封闭公司的股东往往更愿意拥有这些权力。由于他的股票不能在流动市场上进行交易，也许还由于受到转让限制，想变现投资的股东就会希望迫使公司对他进行清购。假如他是一名重要股东，如拥有 25% 的股权的股东，而公司没有多少流动资产储备（如果公司业务繁荣的话，情况就不会是这样。）这有可能使得公司终止，或大幅削减经营业务。在股东想变现投资的很多情况下，如退休、死亡，

或者和其他股东闹翻等，继续持股，接受无定期的股息收入已不可能，或不如现在就将投资全部兑换成现金。股东宁愿得到类似合伙人的撤出权。例如，如果股东同时兼任公司的高级职员，从企业以薪金的形式接受大部分收入（这经常是征税的理由），现在想退出来，他就有可能害怕剩下的成员，将继续担任现行高级职员和雇员的其他股东，将不开始就支付足够的股息进行投票。他们不愿这样做，是因为这样做会给自己带来税收负担，而且感到退出的人员，既然不再在企业工作，就不“值得”从公司得到任何收入。

可能想调整集中管理

从后一点可以得到某些有关第四个先决条件的结论，管理的集中化，及其必然结果所有权和控制权的分离。退出股东或非现行股东，或前现行股东——雇员的遗孀、鰥夫和其他剩存者，不应从企业中接受大量的无限期的持续股份收入，这种感觉在许多封闭公司中是很强烈的。它源于这些公司中的参与者没有明确区分投资人和管理人员或雇员的角色（用经济学的术语来说，资本和劳动力的角色）。许多封闭公司的参与者承担两种角色，关于名义工资在多大程度上实际上是资本认缴和剩余风险承担的报酬，及在多大程度上名义股息和重购支付实际上是行为贡献的报酬，各人都有自己的看法——甚至没有看法。但是公司作为一个机构的主要意义，或者说公司提高社会效率的一个主要因素，正是将资本供应和管理职能分成互相区别的法律角色。一旦混淆了这些角色，封闭公司的参与者就将不可避免地发现，他们自己想做的事情违犯这些规则，或这些规则的精神，这些规则演变为支配公开公司的董事、高级职员、和股东的行为的规则。

像许多合伙人一样，封闭公司的参与者经常想分享管理权而不是使其集中。由于人数更少，从理论上说，让所有参与者成为董事就可以使他们如愿以偿。但是为公开公司演变的这些规则会产生各种问题。每一个参与者都想签订有效的合同使自己有权当选为董事，即使他不拥有必需的股份数来确保依有关的公司法规他能够当选。他想得到董事或股东对部分或全部经营决策进行否决的权利，而不是遵守简单多数规则。他认为定期参加董事会会议，这个董事会在会上采取公司行为的必要条件，需要作会议记录，是烦人的繁文缛节。

为什么封闭持股企业作为公司来经营？

封闭持股企业公司化的原因。封闭公司公司化的历史在多大程度上和如何使封闭公司的参与者可以合法解决上述问题，既折磨人也吸引人，这在其他地方讨论^[75]。但是我们可以有理由问，为什么成千上万——事实上是上百万——的小企业首先公司化。为什么大部分不仅仅是组建为合伙企业或单独的个体企业？看来