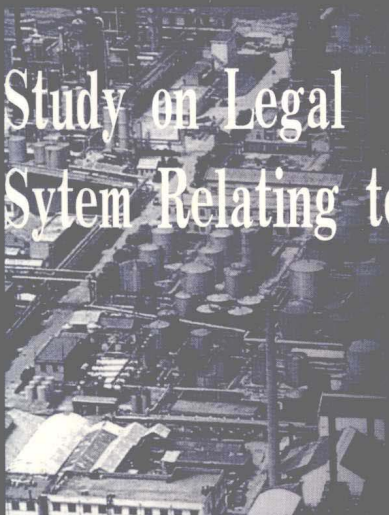


现代企业法律制度研究



Study on Legal
System Relating to Modern Enterprise

主 编/马俊驹

副主编/余延满 施天涛



现代企业法律制度研究

主 编 马俊驹

副主编 余延满 施天涛

图书在版编目(CIP)数据

现代企业法律制度研究/马俊驹主编. —北京:法律出版社,2000.6

ISBN 7-5036-3059-0

I. 现… II. 马… III. 企业管理-法制-研究-中国
IV. D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 17382 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/何 萍

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/23.375

字数/566 千

版本/2000 年 6 月第 1 版

2000 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/Pholaw@Public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3059-0/D·2780

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

经济部门起决定作用的是一些资源所有者联合的企业,在这些企业中,不仅物质资本的提供者和人力资本提供者发生了分离,而且无论是物质资本提供者还是人力资本提供者均人数众多。正是在这一意义上,现代企业理论的一个核心观点是:企业本身是一些不同资源所有者组成的联合体,各种要素所有者之所以自愿走到一起来组成企业,是想通过企业这种组织形式来共同协作创造出一种比任何单个生产要素的所有者“单干”更高的效率。因此,企业的本质是各种利益相关者组成的耦合体。由于各利益相关者存在着不同的利益目标,因而它需要一套企业法律制度来协调。

从历史上看,早期的企业制度(包括法律制度)更多地倾向于保护物质资本所有者的利益,以致于人们形成了这样一种企业理念,即企业是物质资本所有者“所有的”,并且在法律上遵循着“所有权绝对”原则。究其原因在于:当时物质资本的相对短缺和社会经济增长对物质资本的依赖程度较高,以及当时的经济发展是在劳动力的无限供给的条件下进行的。然而,自本世纪以来,由于社会经济增长对技术的依赖程度的提高,而拥有技术并且创造技术的是劳动者的劳动,因此,在现代社会中的一般情况是人力资本所有者所拥有的高素质的劳动比物质资本更为稀缺^①。由于企业的各利益相关者“经济地位”的变迁,对企业制度提出了新的要求,与此相适应,西方国家企业制度及其法律制度出现了新的调整,其总的趋向是:人力资本所有者在企业中的法定权利正在被扩大,而在此过程中物质资本所有者的部分权利正在被减弱,劳动者似乎比以往变得更像“资本家^②”了。

① 参见[日]今井贤一等主编:《日本现代企业制度》,陈晋等译,经济科学出版社1995年版,第53页。

② 参见[美]西奥多·W·舒尔茨著:《论人力资本投资》,吴珠华等译,北京经济学院1990年版,第175页。

明确企业是一个由不同利益相关者组成的联合体,其实践意义在于在设置企业法律制度时,必须充分考虑不同利益主体的利益要求。但是,纵观我国企业立法及国有企业改革的实践,侧重对物质资本所有者的利益的保护或者强化物质资本所有权的思路始终成为了我国国有企业改革和法律制度建设的主线,人力资本所有者在企业中的权利没有引起应有的重视。因此,国企改革应突破物质资本本位论的历史逻辑,并且运用利益相关者的企业理论来重塑我国的企业立法。当然,我们这里所要塑造的企业立法,不仅要遵循民商法的基本原理和规则,而且还要适用经济法、行政法、劳动法等的调整原则和手段。实际上,现代企业法律制度是一个庞大的法律体系。

二、企业的财产权

由于受物质资本本位论这一传统企业理论的影响,关于企业的财产权,在我国的学术界人们更加倾向于从物质资本所有权的角度来分析,并且在此基础上主要形成了两种不同的观点:

一种观点认为,企业财产权就是企业所有权,是企业对自己法定财产所应享有的占有、使用、收益及处分的权利。这种理论认为,物质资本所有者将自己的资本以所有权的形式投入到企业之中去后,由此而形成了两个不同并且彼此独立的法律主体:一是物质资本所有者变成了股东,全体股东成了企业的终极所有者,物质资本所有者对企业的所有权表现为投票权(包括“用手投票”的权利和“用脚投票”的权利)和剩余索取权(即参与企业“剩余收益”的分配权);二是企业所有权,即企业对物质资本所有者对其以所有权的形式投入到企业中的财产所享有的占有、使用、收益及处分的权利。因此,在企业的财产上存在着双重所有权问题,即物质资本所有者的所有权与企业所有权。而双重所有权理论又与传统民法的“一物一权”原则相矛盾,于是学者们对股东权的性质又发生了

严重的分歧,有的认为股东权是物权性质,有的认为股东权是债权性质,然而无论哪种学说都无法圆满回答这个问题。显然,大陆法系财产权的传统体系在这里受到了强烈的冲击。

另一种观点认为,企业财产权的实质是经营权。这种理论认为:企业所拥有的法人财产权是财产的实际支配权而不是所有权;只是部分的财产支配权,并且这种支配权是在物质资本所有者的监控下企业对财产的支配权。因此,企业财产权的实质是经营权。^①同时,持这种观点的学者还指出,经营权是依据“两权分离”而产生的,物质资本所有者兴办企业,绝不是让渡其对物质资本的所有权,只是让渡了经营权,而企业法人所获得的只是对物质资本的经营权,这种权利不具备完整的所有权的权能。因此,将企业的财产权等同于所有权的观点是错误的。人们对上述观点也会表示怀疑,如果企业财产权的实质是经营权,那么我国有关表述企业财产权性质的法律为什么从使用“经营权”而改变为使用“企业法人财产权”呢?在这里,难道经营权与财产权是同语反复吗?显然不是。按照我们的理解,既然提出企业法人财产权的概念,其本身就是对原来经营权概念的否定。

对企业财产权的认识尽管在国内存在分歧,但我们认为,理解企业财产权还应从以下两个方面把握:

一是企业财产的范围,即企业财产权的客体问题。由于现代企业理论通常将企业界定为一个由物质资本所有者与人力资本所有者的联合体,因此,从理论上讲,企业财产权的客体应当包括人力资本和物质资本。所以,那种仅仅从物质资本的角度来分析理解企业财产权的观点在理论上是片面的。同时,从现实中企业存在的实际情况来看,物质资本所有者并没有像这种理论所假定的那样承担企业的全部风险,其他要素的参与者也没有脱离自己对

^① 参见刘诗白:《法人财产权辨析》,载《经济社会体制比较》,1994年第4期。

企业所承担的风险或责任。特别是企业的职工在一个企业工作多年之后,会形成一种只能在这家企业才有用的人力资本的投资。这是一种专用性(firm-specific)的资产。如果企业经营失败,这些职工将离开企业,他们的这种专用性人力资本将化为乌有。因此,投入了这种专用性人力资本的职工实际上也在与物质资本所有者一起承担着企业的风险^①。所以,这种专用性的人力资本也是企业财产的组成部分。

二是企业财产权的性质。企业财产权不具备所有权的完整权能,因而单纯从传统民法中的所有权理论来理解企业财产权的内涵,难以自圆其说。从一般的意义上讲,将所有权界定为所有者对于属于他所有的物的占有和完整的支配权利,是理解所有权的基本出发点。从历史上看,1804年颁布的《拿破仑法典》将所有权定义为“对物的绝对无限制的使用、收益及处分的权利”,在这里,所有权包括使用权、收益权和处分权。在我国《民法通则》中,所有权被定义为“所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利”。如果将企业财产权理解为所有权,那么这种“企业所有权”将与物质资本所有者的所有权和人力资本所有者的所有权均应具有相同的所有权含义,这样将会形成一种所有权的“积极冲突”和加剧企业利益相关者的利益对抗,并且违背了传统民法理论中的“一物一权”原则。因此,不能把企业的财产权理解为所有权。另外,将企业财产权理解为经营权,但经营权是一个什么性质的权利,它与物质资本所有者和人力资本所有者的所有权处于一个什么样的关系,显然需要我们作进一步研究和探讨。值得注意的是,在国外近期的有关文献中,由于许多学者将企业理解为一个由不同资源所有者组成的利益相关者的契约组织;同时,由于契约本身

① M. Blair(1995), "Onership and Control, Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century". The Brookings Instiute, Washington D. C., P93.

的不完备性,因而对于签约的当事人(即人力资本所有者和物质资本所有者)而言,肯定存在一些在契约中没有明确约定的“剩余权利”(residual rights)。所以,他们认为企业财产权是指企业对财产的“剩余控制权”。(residual rights of control)^①。正当我们在解释企业财产权性质发生困难之时,上述契约组织论的提出,恰恰为我们打开一个新的思路。所以,本书在第一章将继续对这个问题作些讨论。

三、企业治理结构

企业治理结构是一个具有重要理论和实践价值的研究主题。在国外企业理论中,尽管人们对这一问题存在着不同的理解,但这一问题日益受到人们的重视。在美国,美国法律协会在总结有关企业治理结构的理论成果以及对80年代末期以来各州公司法变革的基础上,于1992年公布了《公司治理结构原理:分析与建议》(Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations)的“白皮书”;在英国,1992年发表了《公司治理结构中的公司财务》(The Financial Aspects of Corporate Governance)的Cadbury报告;在日本,日本企业治理结构论坛于1997年公布了《法人治理结构的原则——关于新日本型法人治理结构的思考》的中期报告;^②在中国,于1999年年初在海口专门召开了有关“公司治理结构”的国际研讨会。可见,企业治理结构问题是现代企业理论和立法中又一重要问题。

企业治理结构理论的内容相当广泛和综合,它既涉及到企业

^① O. Hart (1995), "Firms, Contracts and Financial Structure," oxford university press.

^② 参见〔日〕酒卷俊雄:《日本企业治理结构论与公司法的修改》,载李黎明主编《中日企业法律制度比较》,法律出版社1998年版。

的定义、企业的所有权结构、企业财产权、代理人问题等理论性很强的方面,也涉及到企业内部体制、国别比较和市场体制的作用等方面的问题。在传统的公司治理结构理论看来,由于企业被定义为一个由物质资本所有者组成的联合体,因此,公司治理要处理的是企业物质资本所有者确保自己可以得到投资回报的方法问题。同时,由于企业财产权被理解为剩余控制权,因此,公司治理结构实质上要解决的是因物质资本所有权与控制权相分离而产生的代理人问题,^①即物质资本所有者与企业高层管理人员之间的约束与控制问题。不过,由于更多的文献将企业理解为不同资源所有者(其中包括人力资本所有者和物质资本所有者)组成的契约组织,因此,从更广泛的角度上讲,公司治理结构被认为是指在物质资本所有者、债权人、职工等企业利益相关者之间有关经营与权利的配置机制^②。

从国别方面来看,公司治理结构主要存在着两大不同流派:一是英美法系中的美国模式。美国模式的主要特点是:①以股东主权为主体的单一控制制。在美国传统的企业理念中,由于企业被定义为由物质资本所有者组成的联合体,因此企业经营绩效的提高以及代理人问题的解决主要通过股东以及由股东大会所推选的董事会来实现的。如果经营者不能对股东尽法律上的义务,或者股东认为经营者因道德风险而不能使企业有效经营,就可以通过董事会来更换企业的经营者。但问题在于,董事会是否真的具备监督经营者的能力?即便具备这种能力又怎样才能使之正确发挥?正是因为这些问题的存在,董事会的构成与职责问题日益受

① A·Shleifer and R·Vishny(1997),“A Survey of Corporate Governance”, the Journal of Finance June1997.

② 参见[日]青木昌彦等著:《经济体制的比较制度分析》,魏加宁等译,中国发展出版社1999年版,第175页。

美国学者的关注与检讨^①。②企业控制权市场理论。美国学理中的新古典学派认为,法人控制权市场可以解决股东控制经营者的问题。如果企业经营效率不高,或者董事会不能起到监控者的作用,企业的股票价格便会低于正常情况。若外部投资者能够正确查知股票下跌的原因,就会在股票市场上收购这家企业的股票而取得控制权,并且以股东的身份行使发言权,通过更换经营者或董事会等措施而使企业恢复活力。同时,这种理论还认为,即使没有监督者,经营者也会因为害怕被更换而自觉地按照股东的利益和要求,从事经营活动。但是,即使是在被认为已建立了近似于新古典理论所设想的法人控制权市场的美国,在进入 80 年代以后,人们也对其功能产生了疑问,其存在的合理性也日益受到人们的怀疑^②。二是大陆法系中的日本模式。日本模式主要特点是:①双向控制模式。在日本商法中,企业的定义就是以物质资本所有者为其成员的实体,但在日本的现实中这显然只是法律上的概念,作为一种社会现实,企业是指它的从业人员组成的实体。^③ 由于法律制度与现实社会的差距,在日本企业中,对经营者多少有些控制权的集团有两个:一个集团是作为企业剩余请求者的股东和债权人,这种集团主要包括由个人股东和以主银行为首的机构股东和债权人组成;另一个集团是企业职工即职工集团,即在终身雇佣制度下的劳动者。因此,如果从治理主体这一角度来考察,日本企业遵循的是双向式的共同治理机制。②相机治理。相机治理为日本学者青

① 参见[美]埃达·登勃等著:《董事会:如何应付错综复杂的经济社会》,赵鑫福等译,新华出版社 1996 年版。

② 参见[美]J·弗雷德·威斯通等著:《兼并、重组与公司控制》,唐旭等译,经济科学出版社 1998 年版。

③ 参见[日]松本厚治著:《企业主义》,程玲珠等译,企业管理出版社 1997 年版,第 1 页。

木昌彦于1994年提出^①,它是指将企业的控制权和企业生存的决定权等企业各种经营方面的权利随着企业财务状况而转移的治理形态:即当企业业绩好时,组成企业的从业人员成为企业的治理主体和剩余权的控制者;否则,以银行为主体的机构股东和债权人将成为企业剩余权的控制者,而当企业业绩非常差时,他们甚至可以解散企业或对企业进行重组,以达到更换不称职的经营者的目的^②。

在我国,随着国有企业改革措施的不断推进和企业自主权的扩大,出现了诸如对企业经理人员激励机制扭曲、国有资产流失等问题,于是,企业治理结构问题日益受到人们重视。但是,在设计我国企业治理机构的总体方向方面,人们又存在着分歧。一种观点认为,应强化物质资本所有权对企业的约束,即从确保国有资产保值和增值的角度出发,来构造我国国有企业的治理结构;另一种观点则认为,企业治理结构的构造应突破“股东至上主义”的历史逻辑,以实现“共同治理”,即在构造我国国有企业治理结构时,不仅要重视物质资本所有者的权益,而且要重视其他利益相关者对企业的监控;不仅要强调经营者的权威,还要关注其他利益相关者的实际参与。我们认为,企业的本质在于企业是由不同利益相关者组成的联合体,企业经营的成败不仅仅只关系到物质资本所有者或者股东的利益,而且还关系到其他利益相关者的利益。因此,在我国实现“共同治理”不仅具备相应的理论基础,而且还与我国的社会主义基本国情相适应。同时,“共同治理”的企业治理模式还是世界主要国家法人治理结构变迁的一个基本方向。因此,在企业治理结构方面,实现不同利益相关者的“共同治理”应是构建我国企业治理结构的一种明智选择。

① M. Aoki(1994), "The Contingent Governance of Teams: Analysis of Institutional Complementarity", *International Economic Review* 35: P657—676.

② 参见[日]青木昌彦等著:《经济体制的比较制度分析》,第200页。

目 录

引言	1
第一章 企业与企业的法律形态	1
第一节 企业的概念	2
第二节 企业的法律形态	8
第二章 企业、市场与制度	12
第一节 对企业与市场一般关系的解释	12
第二节 企业与资本市场	16
第三节 企业与劳动市场	20
第四节 企业与经理人员市场	25
第三章 现代企业法律制度概述	32
第一节 现代企业制度的概念	32
第二节 现代企业的产权制度和治理结构	36
第三节 现代企业制度运行的法律规范	43
第四章 现代企业与我国国有企业改革	46
第一节 我国国有企业改革的历程	46
第二节 建立现代企业制度的措施	57
第五章 企业法人制度的基本问题	74
第一节 法人的概念与本质	74
第二节 企业法人的设立与成立	86
第三节 企业法人的民事能力	92
第四节 企业法人的机关、意思和过错	112
第五节 企业法人的财产权	120

第六节	企业法人的分支机构与代理机构·····	124
第七节	企业法人的变更和终止·····	128
第八节	企业法人登记制度·····	131
第九节	企业法人的责任·····	142
第十节	企业法人的人格权·····	147
第六章	公司法律制度·····	172
第一节	公司是企业法人的典型形式·····	172
第二节	公司的含义、能力和主要分类·····	178
第三节	公司的设立·····	191
第四节	公司的财产关系·····	201
第五节	公司的机关·····	211
第六节	股份有限公司股份的发行和转让·····	225
第七节	公司债·····	235
第八节	公司财务、会计·····	242
第九节	公司的变更·····	245
第十节	公司解散与清算·····	250
第七章	国有企业与国有企业的公司化改造·····	255
第一节	国有企业的基本特征·····	255
第二节	国有企业的现状评价·····	267
第三节	国有企业的地位问题·····	278
第四节	国有企业财产权性质的探讨·····	285
第五节	建立现代企业制度与国有企业改革·····	288
第六节	我国国有独资公司问题·····	296
第八章	合伙企业法律制度·····	310
第一节	合伙企业的发展动因·····	310
第二节	合伙企业的主体资格·····	313
第三节	合伙企业的财产性质·····	327
第四节	合伙企业的内部关系·····	335

第五节 合伙企业的对外规则·····	344
第六节 合伙企业的变更和解散·····	349
第九章 合作社企业法律问题·····	359
第一节 合作社与合作社企业·····	359
第二节 西方国家合作社的发展·····	366
第三节 合作社企业的财产性质·····	382
第四节 合作社企业的组织结构·····	393
第五节 合作社企业的内部管理·····	398
第六节 合作社企业的民事责任形式·····	400
第七节 我国合作社企业的前景展望·····	405
第十章 股份合作制企业的法律探讨·····	408
第一节 股份合作企业的概述·····	408
第二节 股份合作企业的法律地位·····	428
第三节 当前“股份合作企业”规范化思路设计·····	455
第十一章 外商投资企业法律制度·····	482
第一节 中外合资经营企业法·····	483
第二节 中外合作经营企业法·····	494
第三节 外资企业法·····	502
第十二章 关联企业的发展及其法律对策·····	511
第一节 关联企业概述·····	511
第二节 关联企业的表现形式·····	524
第三节 关联企业对现行法律的挑战·····	534
第四节 中国关联企业的产生和发展·····	544
第五节 中国关联企业的形成方式·····	552
第六节 中国关联企业的立法问题·····	560
第十三章 企业破产法律制度·····	567
第一节 新中国破产法立法概述·····	567
第二节 破产法适用中的几个问题·····	570

第三节	破产和解与破产重整·····	589
第四节	破产立法的制度完善·····	616
第十四章	现代企业与政府调控法·····	621
第一节	市场缺陷与政府调控·····	621
第二节	宏观调控法·····	625
第三节	市场监管法·····	639
第十五章	现代企业与社会保险法·····	701
第一节	社会保险与现代企业制度·····	701
第二节	几种主要的社会保险法律制度·····	711

第一章 企业与企业的法律形态

企业作为现代社会中一个基本单元,它与人们的政治、经济生活甚至文化生活都存在着密切联系。首先,在政治领域企业长期被视为政治制度的载体和实现工具,因此,我们过去曾习惯地将企业定性为社会主义企业与资本主义企业;在经济领域我们知道企业既是社会财富的生产者,同时也是生产资料的消费者;在文化领域内,近期人们又对“企业文化”产生了兴趣,研究表明企业文化与企业的经营业绩存在着密切关系^①。从历史上看,虽然企业的产生至少可以追溯至 1200 年以前,但人们对企业的“兴趣”始于本世纪 30 年代。一般认为,对企业理论进行系统研究,并对人们日后的探讨产生重要和直接影响的是美国法律与经济学派的杰出代表、1991 年诺贝尔经济学奖得主科斯(R·Coase)于 1937 年发表的一篇论文。自此之后,随着德姆塞茨(Harold Demsetz)等人对企业理论的开创性研究,本世纪 70 年代以来,人们对企业的认识发生了革命性的突破。特别是随着一些新理论(如信息理论、激励理论、契约理论以及委托——代理理论等)产生与问世^②,使企业这个长期以来被人们当作“黑箱”(black box)的经济组织开始科学地

① 参见[美]约翰·科特等著:《企业文化与经营业绩》,曾中等译,华夏出版社 1997 年版。

② 参见钱颖一《企业理论》,载汤敏等主编:《现代经济学前沿专题》(第一集),商务印书馆 1996 年版。

进入现代企业理论的视野。

第一节 企业的概念

企业是一种久已存在的经济组织形式,但是,什么是企业?这个看起来简单的问题却并不容易回答。因为站在不同的角度,人们看到的是企业不同的性质,给企业所下的定义也就不一样。据统计,理论家给企业所下的定义达几十种。^①当然,影响最大的要数新古典理论和法律与经济学派给企业所下的定义。

一、新古典理论对企业的定义

新古典理论是在过去大约一百年的时间里建立起来的。这种理论主要从技术的角度来看待企业,按照美国学者曼斯菲尔德的说法是:“简单来说,企业就是生产商品和劳务以供销售的单位。与福特基金会那样不追求盈利的机构相反,企业是尽力创造利润的单位。”^②因此,在新古典理论看来,企业是一个生产单位,它设立的目的是为了实现利润的最大化;其功能是把土地、劳动等人力资本和非人力资本等生产要素进行投入并转化为一定的产出^③。

新古典理论从“经济人”这一假设出发,将企业定义为一个追求最大利润的单位,并从劳动、土地、资本等生产要素的角度考察了企业的“投入——产出”关系,这是这一理论对企业定义的积极意义。但它对企业的解释也存在着显而易见的漏洞。主要表现在:

① 参见〔日〕富永健一主编:《经济社会学》,孙日明等译,南开大学出版社1984年版,第121页。

② 〔美〕曼斯菲尔德著:《微观经济学:理论与应用》,郑琳华等译,上海交通大学出版社1988年版,第166页。

③ 参见赵晓雷著:《现代公司产权理论与实务》,上海财经大学出版社1997年版,第48页。