

孔玉生 蔡 泳 著

CHAIRMAN
OF
THE BOARD

GENERAL
MANAGER

董事长、总经理 和公司法定代表人 结构研究

LEGAL
REPRESENTATIVE

CHAIRMAN
OF
THE BOARD

孔玉生 蔡 泳 著

董事长、总经理 和公司法定代表人 结构研究

GENERAL
MANAGER

LEGAL
REPRESENTATIVE

 江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS

镇 江

图书在版编目(CIP)数据

董事长、总经理和公司法定代表人结构研究 / 孔玉生, 蔡泳著. —镇江: 江苏大学出版社, 2016. 6
ISBN 978-7-5684-0014-5

I. ①董… II. ①孔… ②蔡… III. ①企业—法人治理结构—研究—中国 IV. ①F279.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 132049 号

董事长、总经理和公司法定代表人结构研究

Dongshizhang Zongjingli He Gongsì Fading Daibiaoren Jiegou Yanjiu

著 者/孔玉生 蔡 泳

责任编辑/张小琴

出版发行/江苏大学出版社

地 址/江苏省镇江市梦溪园巷 30 号(邮编: 212003)

电 话/0511-84446464(传真)

网 址/http://press. ujs. edu. cn

排 版/镇江文苑制版印刷有限责任公司

印 刷/江苏凤凰数码印务有限公司

经 销/江苏省新华书店

开 本/718 mm×1 000 mm 1/16

印 张/14.25

字 数/273 千字

版 次/2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

书 号/ISBN 978-7-5684-0014-5

定 价/42.00 元

如有印装质量问题请与本社营销部联系(电话: 0511-84440882)

◆ 前 言 ◆

党的十八大提出了国有企业改革的新思路：借力资本市场，以竞争化解垄断。近年来，我国全面展开国有企业改革工作，其核心是建立健全现代公司治理结构。国资委开展的建立和完善国有独资公司董事会试点工作是深化国有企业改革、完善公司法人治理结构和建立现代企业制度的重要举措，也是适应新的国有资产管理体制要求、规范行使出资人权利、强化国有企业出资人制度、完善国有资产管理体制的需要。国务院国有资产监督管理委员会积极落实中央关于深化国有资产管理体制改革的重大决策，从健全机构、完善法规、加强监管、加快推进国有企业改革和国有经济布局结构调整等方面，做了一些开创性的工作。经过努力，具有中国特色的国有资产监督管理体制框架基本建立，国有资产保值增值责任得到落实，国有企业实现又好又快的发展。继续深化国有企业公司制、股份制改革，健全现代企业制度，是优化国有经济布局和结构，增强国有经济活力和影响力，更好地发挥国有经济的主导作用的必由之路。党的十八大对全面推进我国改革开放和社会主义现代化建设、全面推进党的建设的伟大工程做出了战略部署，为夺取全面建设小康社会的新胜利指明了方向。实践证明，党中央做出国有资产管理体制和国有企业改革的各项决策是完全正确的。

自十四大以来，我国经济体制改革进一步深入，国有资产管理体制的改革也在此背景下逐步加深。其中，国有企业改革是国有资产管理体制改革的重点。目前，我国国有企业改革正处于关键时期，如何使国有企业适应市场经济的发展要求，是改革的根本思想。按照现代市场经济的发展要求，宏观上要有各种发达的公平竞争市场，如产品市场、资本市场、经理市场、兼并市场等；微观上则要求企业具备合理有效的公司治理，即企业要在激烈的市场竞争中保持长久的生命力和活力，就要建立规范高效的公司治理结构和公司治理机制。国有企业作为社会主义市场经济中重要的微观经济单位，其公司治理问题便成为中国微观经济的关键。然而，如何在保留一定国有成分的情况下，建立市场经济体制并使公司治理有效，处理好政府、国家所有权人、公司之间的关系，始终是我国国有企业改革面临的一大难题。

改革开放以来，我国国有企业的改革经历了放权让利、利改税、经营责

任制、承包制和建立现代企业制度等不同阶段。尽管不同阶段有不同的内容,但从根本上看,我国的国有企业改革主要是沿着法人治理结构这一主线推进的,表现为剩余索取权和控制权在政府和国有企业经营者之间分配的变动。也就是说,我国国有企业改革的进程,就是其治理结构演变的过程。

在国有企业改革的过程中,建立产权清晰,权责明确,政企分开,管理科学的现代企业制度是改革的方向和核心。从股份制试点开始,我国就迈出了建立现代企业制度的步伐。早在 2003 年,党的十六届三中全会就明确了现代公司治理制度的目标和改革方式,国有企业健全现代企业制度的进程开始加快。

董事会改革是国有企业改革的重要组成部分。国资委推进董事会试点,打破了以前旧的管理体制,实现了所有权、决策权和经营权的分开,是一个重大突破和创举,为国有企业的发展提供了体制保障。结合中国特色,研究公司董事长、总经理和法定代表人的结构对于进一步明确管理层职责,保证出资人利益具有重大的现实意义。

目 录

1 绪 论

- 1.1 研究背景 / 001
- 1.2 国内外研究现状 / 002
 - 1.2.1 国内研究现状 / 002
 - 1.2.2 国外研究现状 / 006
- 1.3 研究思路及方法 / 010
 - 1.3.1 研究思路 / 010
 - 1.3.2 研究方法和工具 / 012
- 1.4 研究内容及目标 / 012
 - 1.4.1 研究内容 / 012
 - 1.4.2 研究目标 / 013
- 1.5 我国国有企业改革回顾及现状 / 013
 - 1.5.1 改革背景 / 013
 - 1.5.2 改革现状 / 016
 - 1.5.3 试点企业存在的问题及经验总结 / 019

2 理论基础

- 2.1 公司治理的含义和理论基础 / 021
 - 2.1.1 公司治理的含义 / 021
 - 2.1.2 公司治理的理论基础 / 022
- 2.2 我国公司治理理论的历史演进 / 025
- 2.3 国外法人治理结构模式 / 026
 - 2.3.1 英美的外部控制型公司治理模式 / 026
 - 2.3.2 日德的内部控制型公司治理模式 / 026
 - 2.3.3 东亚和东南亚家族主导型治理模式 / 027
 - 2.3.4 中东欧转轨经济国家公司治理模式 / 028

- 2.4 英美等国公司治理模式的启示及借鉴 /028
 - 2.4.1 美、英、德、日国有企业公司治理模式借鉴探究 /028
 - 2.4.2 对中国国有企业董事长、总经理、法定代表人关系的思考 /034
- 2.5 我国国有企业法人治理模式与法人治理结构探究 /035
 - 2.5.1 我国国有企业法人治理模式演进 /035
 - 2.5.2 我国国有企业法人治理结构分析 /037
- 3 国有独资公司治理发展历程和现状
 - 3.1 国有企业改革和国有资产管理体制改革的发展阶段 /042
 - 3.1.1 国有企业改革的演进过程 /042
 - 3.1.2 国有资产管理体制改革的发展 /045
 - 3.2 现代企业制度建设沿革 /047
 - 3.2.1 国有企业股份制改革试点 /047
 - 3.2.2 国有企业建立现代公司制度方向的确定 /048
 - 3.2.3 国有企业建立现代公司制度进程加快 /048
 - 3.3 国有企业公司治理的发展和现状 /049
 - 3.3.1 国有企业公司治理的发展 /049
 - 3.3.2 国有企业公司治理的现状 /050
 - 3.4 国资委董事会试点工作的特点和意义 /052
 - 3.4.1 国有独资公司及其特征 /052
 - 3.4.2 国资委董事会试点工作的特点 /053
 - 3.4.3 国资委董事会试点工作的意义和作用 /054
 - 3.5 国有独资公司的特点 /055
 - 3.5.1 国有公司的界定 /055
 - 3.5.2 国有公司的分类及其特征 /059
- 4 董事长、总经理、公司法定代表人法理分析
 - 4.1 法人、法人代表与法定代表人及法律规定 /064
 - 4.1.1 法人、法人代表与法定代表人 /064
 - 4.1.2 法律法规 /077
 - 4.2 董事长、总经理、公司法定代表人的权责定位 /084
 - 4.2.1 董事长的权责定位 /084
 - 4.2.2 总经理的权责定位 /085

- 4.2.3 公司法定代表人的权责定位 / 086
 - 4.2.4 国资委对国有企业的考核要求 / 087
 - 4.3 公司法定代表人制度的由来和法律意义 / 089
 - 4.3.1 公司法定代表人制度的由来 / 089
 - 4.3.2 我国公司法定代表人制度的法律意义 / 092
 - 4.3.3 我国现行公司法定代表人制度分析 / 093
 - 4.4 法定代表人、总经理、董事长的设立方式 / 097
 - 4.4.1 法定代表人的设立方式 / 097
 - 4.4.2 董事长与总经理的设立方式 / 107
 - 4.5 董事长、总经理、公司法定代表人结构与公司治理的关系 / 112
 - 4.5.1 董事长、总经理、公司法定代表人的关系分析 / 112
 - 4.5.2 我国国有企业董事长、总经理、公司法定代表人关系辨析 / 116
 - 4.5.3 董事长、总经理、公司法定代表人结构与公司治理的关系 / 117
- 5 董事长、总经理、公司法定代表人结构设计
- 5.1 影响因素变量 / 122
 - 5.1.1 董事长、总经理和法定代表人的概念及职权 / 122
 - 5.1.2 外部董事制度 / 125
 - 5.1.3 影响董事长、总经理和法定代表人结构的因素 / 127
 - 5.2 结构设计 / 130
 - 5.3 结构评价 / 133
 - 5.3.1 董事长、总经理和公司法定代表人三职合一(一人组) / 133
 - 5.3.2 董事长、总经理和公司法定代表人三职中任两职由一人兼(二人组) / 135
 - 5.3.3 董事长、总经理和公司法定代表人三职分设(三人组) / 150
 - 5.3.4 小结 / 154
 - 5.4 结构适用性分析 / 156
 - 5.4.1 理论依据 / 156
 - 5.4.2 各结构适用性 / 156

- 5.5 人员选聘标准分析 /157
 - 5.5.1 人员选聘标准——基于气质理论 /157
 - 5.5.2 人员选聘标准——基于企业生命周期理论 /160
- 5.6 推荐的10种结构模式评析 /163
- 5.7 国内外公司治理结构评价体系 /168
 - 5.7.1 国内外公司治理结构评价体系介绍 /168
 - 5.7.2 国内外公司治理结构评价体系特点 /169
 - 5.7.3 启示 /170

6 董事长、总经理和公司法定代表人结构与公司绩效的实证分析

- 6.1 假设的提出 /172
- 6.2 检验模型的构建及变量定义 /173
 - 6.2.1 检验模型 /173
 - 6.2.2 变量定义及指标选取 /174
- 6.3 样本选择与数据来源 /175
- 6.4 样本描述性统计分析 /175
 - 6.4.1 董事长、总经理和公司法定代表人结构(三职状态)的描述性统计 /175
 - 6.4.2 自变量的描述性统计 /181
- 6.5 小结 /184
- 6.6 国有控股公司(独资公司)治理效果实证分析及案例 /185
 - 6.6.1 董事会试点工作总结 /185
 - 6.6.2 试点企业分析 /187
 - 6.6.3 案例 /191

7 结论与建议

- 7.1 结论 /196
- 7.2 政策建议 /201
 - 7.2.1 对国资委管理工作的建议 /201
 - 7.2.2 试点过程中对董事会和董事长的建议 /202
 - 7.2.3 构建有中国特色的国有企业公司治理结构模式 /204
- 7.3 应注意的问题 /207
 - 7.3.1 试点过程中应注意的问题 /207

- 7.3.2 应处理好的几组关系 /210
- 7.4 对国有独资企业董事会改革的启示 /210
 - 7.4.1 总述 /210
 - 7.4.2 法定代表人的设置 /211
 - 7.4.3 推荐模式 /212
- 参考文献 /214
- 后记 /218

1 绪 论

1.1 研究背景

经济全球化使得国际竞争加剧,比较而言,中国的国有企业国际竞争力严重不足。中国加入 WTO 后,诸多市场领域对外全面开放,中国国有企业能否在不受政府保护的条件下保持原有的国内市场份额,已成为一个令人担忧的问题。为此,在经济全球化趋势下的国有企业改革需进一步理清思路。^①

当前,中国资本市场逐步走向规范,资本市场在调配企业资源、促进市场经济发展中起着越来越重要的作用。2007 年 10 月,时任中国证监会主席尚福林在接受《人民日报》采访时表示,资本市场规模的壮大、功能的健全,以及运行基础的巩固,为优化经济结构,转变经济增长方式提供了有力支持。资本市场中长期健康发展的趋势不会改变,其服务于国民经济的能力也将明显提升。因此,国有企业改革应该借助资本市场,利用有效的资本流动机制,更好地改变产权结构和内部治理结构,提高国有企业经营的透明度,促进国有资产的保值增值。

2004 年 6 月,国资委下发了《关于中央企业建立和完善国有独资公司董事会试点工作的通知》,标志着中央企业董事会试点工作正式启动。国资委选择了神华、宝钢、诚通、国旅、国药、铁通、高新 7 户企业为首批董事会试点企业。2005 年 4 月,国务院下发文件,提出了 2005 年深化经济体制改革的意见,明确要求“以建立健全国有大型公司董事会为重点,抓紧健全法人治理结构、独立董事和派出监事会制度”。2005 年 10 月 17 日,宝钢集团依照《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)改建为规范的国有独资公司,成为第一家外部董事全部到位且超过董事会成员半数的中央企业。

^① 夏绘秦:《在经济全球化趋势下应进一步理清国有企业改革思路》,《陕西经贸学院学报》,2001 年第 2 期。

2005年10月至2006年12月,试点企业扩大到19户,外部董事人数增加到65人(次)。2006年3月和6月,国资委先后召开试点企业董事长座谈会和外部董事座谈会。

在董事会中引入外部董事很有必要,实施外部董事制度带来的主要变化有:促进了重大问题决策的科学化,促进了内部财务管理的规范化,促进了企业经营管理工作的制度化,促进了董事长、总经理、党委书记之间关系的协调,促进了公司内部改革的深化。

国有独资公司从过去的厂长负责制转变成现在以外部董事占多数的董事会制度,使经营者从对上级组织部门负责转变成对资产的收益和保值增值负责。经营层只有具备为企业创造价值的能力,为国有资产带来收益,实现国有资产的保值增值,才能通过薪酬委员会的考核与评价,得到认可。

董事会试点改革使企业的各方面工作发生了很大变化。实行试点以来,企业的财务预算、财务决算、利润分配等方面的工作得到进一步完善,企业对投入产出的控制得到加强,企业的依法经营和财务核算控制的意识得到明显提高,董事会决策较以前更加科学,董事长、总经理及各个部门的经理人员等逐步树立起新的理念,认真执行董事会决议,各方面工作都在向好的方向发展。

1.2 国内外研究现状

1.2.1 国内研究现状

国内关于董事长与总经理两职状态和法定代表人制度的文献很多,但是目前还没有对这三者之间的关系及其设置模式进行研究的相关文献。这可能是因为:董事长与总经理两职设置是公司治理结构中的重要一环,研究公司治理结构不可避免地要研究他们之间的关系。而法定代表人制度是中国特有的法律概念和法律制度,是随着改革开放的进程而逐步建立和发展起来的,并非传统的“公司治理结构”概念的一个部分。因此,研究董事长和总经理两职问题的学者并没有把法定代表人制度纳入公司治理的范畴加以讨论。同样,研究法定代表人制度的学者也多从法律角度出发,对我国的法定代表人制度进行剖析,而没有涉及公司治理结构问题。

以国有企业为研究对象,探讨董事长、总经理和法定代表人三者之间的关系及其最佳设置模式,离不开公司治理结构这个大框架,也离不开已有的关于董事长和总经理两职问题和法定代表人制度的研究成果。因此,首先对这几个问题做一综述。

1.2.1.1 有关董事长、总经理两职问题的研究

董事长与总经理两职设置的不同模式各有利弊。两职合一有利于提高其创新自由度,但对总经理等高层管理团队监督的有效性可能被降低。两职分离虽可以增强董事会的独立性,但会损害高层管理团队的创新动力。目前国内有相当一部分学者主张采取董事长和总经理分离的政策。

查振祥认为,作为投资人的代表和经营者的代表,董事长应当行使投资人代表的权力,总经理应当行使经理人代表的权力;两职分设的最佳模式是兼职的董事长与专职的总经理。

姬定中发表的《对国有公司治理“本土化”问题的反思》一文中指出,我国上市公司中,董事会与经理层整体上相对独立性差,不少公司董事会和管理层人员高度重合,把分权制衡体制演化成两套班子一套人马,模糊了决策权与执行权的界限。但是,鉴于我国国有企业所处的制度背景,改制后的企业中两职兼任的情况仍然非常普遍,姬定中认为,这是目前国有企业直面现实的“无奈选择”,是国有企业改革路径依赖性使然。

吴淑琨以国外代理理论、现代管家理论和资源依赖理论为基础,把有关两职状态与绩效相关的观点归纳为3种:①代理理论认为,采取两职分离可以提高监督效果;②现代管家理论认为,基于利他性和自律性的考虑,采取两职合一同样可以提高企业的绩效;③资源依赖理论,从环境的不确定性出发,得出两职是否分离应与环境的变化性结合起来考察的结论。从实证研究来看,每一种观点都有一些相应的实证支持。

国内有关两职状态与公司绩效的研究结论也不一致。吴淑琨等人在《董事长与总经理两职的分离与合一——中国上市公司实证分析》中的实证分析表明:两职是否合一与其绩效之间并没有显著的联系。他后来的实证分析假设在控制影响公司绩效的有关变量的情况下,董事会两职状态与公司绩效负相关,通过以总资产利润率作为衡量公司绩效指标,得出该假设不成立的结论。孙铮等选择每股收益、速动比率、总资产周转率、资产负债率和净资产收益率5个指标作为业绩评价指标,回归得出两职合一与公司绩效负相关。李子江的实证研究表明,含国家股高的上市公司,两职兼任,公司业绩好;两职分离,公司业绩相对差些。王素凤和邓枚的研究表明,两职分离比两职兼任能产生较高的公司价值和价值成长能力。造成这些实证分析结论不同的原因可能是选择的样本、采用的绩效指标不同,以及是否考虑控制变量等有关因素。

关于两职状态与股权结构的实证研究,李子江认为,就国有股所占股份而言,在两职兼任的公司中,国家股比例最高。谢永珍和王维祝认为,第一大股东为国有资产管理公司的两职分离程度最低。他们是从两个相对的角

度得出了相同的结论。吴淑琨也认为,随着市场化进程的加快,国有股比例越大,两职状态越倾向于合一。但他分析这并不是因为两职合一一定会提高企业的绩效,而是从总体上讲,两职合一比两职分离更有利于企业。因为两职合一与否对于提高国有股东的监控能力的作用并不大,国有股东自身或其代表监控动力和能力的弱化是导致国有股占很大比例的企业更可能采取两职合一,而不是两职分离的主要原因。汪爱娥和蔡根女也认为对国有企业而言,两职合一导致的董事会对经理层监督机制的弱化所造成的代理成本的增加低于他们之间协调和沟通的成本,两职合一可能更有利于决策质量的提高,决策能更有效地得到执行。相反,两职分离则极有可能导致企业高层之间矛盾重重,增大内耗,公司运行效率低,不利于绩效的提高。

关于公司规模与两职状态的关系,吴淑琨等人的实证研究表明,二者显示出正相关性。即公司规模越大,越倾向于采取两职合一。但李子江等人的实证研究表明,只有在含有外资股的上市公司中才表现出这一规律,而在不含外资股的上市公司中,两职部分分离的公司其总资产、股东权益相对较大,两职分任的公司最小,两职兼任的公司处于中间位置。造成吴淑琨等人的实证分析有失普遍性的原因可能是其研究的范围和样本存在片面性,以及采用方法的局限性,从而不能真实地反映中国上市公司的实际状况。

关于两职状态与董事会规模的关系,有实证分析表明:董事会规模与领导权结构也具有显著相关性。在两职分离的公司中,董事会规模较小,而在两职兼任的上市公司中,董事会人数较多。在两职兼任或部分分离的公司,因为董事会的独立性降低,监事会的规模就相对大一些,这有利于监事会对董事会和总经理的监督。

谢永珍等的实证研究还表明,我国上市公司领导权结构呈现出逐年分离的发展趋势。除了与公司股权结构、董事会规模等因素之间的联系之外,还表现出如下特点:① 环境变化激烈的上市公司倾向于采用两职合一,而环境较为稳定的上市公司多采用两职分设;② 性质不同的第一大股东的控制能力不同,两职状态的选择也不同。法人控制型的上市公司两职分离程度最高,政府控制型的上市公司两职分离程度最低,并且法人控制型的上市公司控制能力越强,两职分设的程度越高。这表明第一大股东为法人股东的上市公司较政府或国有企业更加关注代理问题,其领导权结构的选择更多地考虑如何控制代理成本,而不是给予经营者更多的创新空间。谢永珍等的另一篇文章表明,近5年来我国上市公司的领导权结构由两职完全合一逐步向两职分离过渡,董事长与总经理两职分设的制衡作用效果明显。两职完全分离的上市公司对降低代理成本具有显著的滞后效应,同时,两职分设对于防止上市公司的财务舞弊现象的发生及规范关联交易具有积极的作用。

总体来看,两职是否合一,并不存在硬性的标准和统一的规定。即使是两职分离,重要的也是在多大程度上进行分离,以及如何在管理创新自由与责任之间取得适宜的均衡。谢劭认为,两职分离与合一问题,要视所处的金融环境而定。在发达经济体下董事长与总经理两职分离比较好,而在不发达经济体下,两职合一的成本小于分离所形成的代理成本。对于国有企业和较大型企业来说,董事长与总经理两职分离似乎更为可行。

1.2.1.2 有关法定代表人制度的研究

中国的公司法定代表人制度产生于经济改革和企业改革时期,对公司的发展起到了积极的作用。但它带有鲜明的计划经济体制痕迹,这是这一制度存在弊端的根本原因。目前,我国学者对这一问题的研究主要关注在对现行的单一代表制的利弊分析,重点是对其缺陷的探析,并对此制度提出改进或完善的政策及立法建议。

原《公司法》规定,董事长是公司的法定代表人。这一制度初期是有一定优势的,比如有利于在公司内部保持法人意志和行为的高度统一性,利于提高工作效率;有利于董事长实施决策和执行业务时保持一贯性,增强公司凝聚力等。^①但是,随着我国改革的深化发展,公司法定代表人制度在我国市场实践中暴露出种种弊端,主要有:容易造成法定代表人滥用权力;不利于保护第三人的利益,也不利于维护交易安全;仅有一人代表公司,在复杂多变的交易中不够便捷和迅速等。

我国新《公司法》规定,由公司章程确定公司董事长、执行董事、经理中一人担任公司的法定代表人,打破了过去只能由董事长一人担任法定代表人的制度。对此,江平教授认为这点改变纯粹是考虑了国有企业,因为在国有企业中,总经理和董事长是平级的,总经理当然也可以作为公司的代表人。实际上,新《公司法》所规定的法定代表人制度仍然是公司代表制度中的单一制,其缺陷仍然表现为:权责一致原则的缺位;脱离了公司所处的不同发展阶段和面临的具体情况;随着经济的高速发展,公司的规模在不断扩大,交易也日趋频繁,只有董事长(执行董事)或经理担任公司的代表人,有碍交易的便捷和迅速。

对现行法定代表人制度的完善,学者们各持己见。有学者认为,应当保留我国单一的法定代表人制度,这是基于法人对外活动的需要,也是保护交易安全的需要。^②也有学者认为,应当将法人的代表权授予董事会,使董事会成为名副其实的代表机关。按照董事会代表制,全体董事均有代表权,但在法人的

^① 张丽萍:《我国公司法定代表人制度探讨》,《中国西部科技》,2006年第4期。

^② 尹田:《民事主体理论与立法研究》,法律出版社,2003年。

活动中,董事会可以根据具体情况确定最为合适的代表人,可以是单一代表,也可以是共同代表,还可以就法人的不同事务分别确定代表人。^① 还有学者认为,应该加重对法定代表人责任的追究,或对法定代表人进行限权或分权,或根据公司所处的不同发展阶段和面临的具体情况而定。如在公司设立时,设立人大会应为公司的代表,清算时,清算组是公司的代表;公司与董事长发生诉讼时,监事会或公司指定的其他人为公司的代表等。多数学者认为应当废除法定代表人的单一代表制,采用多元制或混合代表制。^②

综上,可以看出,多年来我国学者对于董事长、总经理两职问题的规范性研究和实证性研究,以及对现行的法定代表人制度的探讨已经比较深入,他们提出了很多具有建设性的意见和建议。公司治理结构、法人代表制度的实践和不断完善的法律法规都从中汲取了很有价值的思想。但是,把董事长、总经理和法定代表人三者结合起来,构建最有利于企业发展的运行模式,是需要深入探讨的课题。

1.2.2 国外研究现状

1.2.2.1 公司治理理论研究的演进

理论界对公司治理的研究至少可追溯到 20 世纪 30 年代。托尔斯坦·凡勃伦(Thorstein Bunde Veblen)在其《企业理论》(*the Theory of Business Enterprise*, 1904)一书中,首次阐述了 200 多年前被亚当·斯密所质疑的“所有权与经营权分离”问题,认为近代公司的组织形式是“不在者所有制”(Absence Ownship)(李健,1999)。伯利和米恩斯在其著作《现代公司和私有财产》中进一步清晰地揭示了现代公司对传统意义上的私有产权的挑战。通过对 20 世纪 20 年代末美国最大的 200 家股份公司“所有与控制分离”(the Separation of Ownership and Control)状况的研究,发现 58% 的公司资产被经营者所控制,所有权与经营权的分离称为普退现象,即所谓的“经理革命”(Managerial Revolution)。Berle-Means 命题指出,两权分离容易引发经理者的道德祸因与败德行为。在道德祸因的驱使下,经理者会引导企业的行为朝着有利于其自身效用的方向发展,使公司目标与股东目标发生偏离(彭壁玉,2001)。勒纳(R. Lerner, 1966)对美国最大的 200 家非金融企业经营控制形态与伯利和米恩斯的研究进行了对比分析,结果表明经营者控制资产的比例已由伯利和米恩斯时代的 58% 上升至 85%,从而得出结论,美国公司已基本实现两权分离。钱德勒(Chandler, 1977)在其《看得见

① 柳经纬:《论法定代表人》,《贵州大学学报(社会科学版)》,2002 年第 2 期。

② 王光明:《混合代表制——公司法人代表制度之检讨与重构》,《中国律师和法学家》,2005 年第 4 期。

的手》一书中,再次分部门、行业论证了现代公司两权分离的历史演进过程。

鲍莫尔(Baumol, 1959)的销售收入最大化模型、威廉姆森(Williamson, 1964)的一般化经理行为效用最大化模型是经理主义的具体例子(宋劲松, 2000)。鲍莫尔认为,在给定经理拥有决策上的自由处置权的条件下,经理会将企业目标引向销售收入最大化,尽管股东目标和公司目标都不一定如此。所以,公司治理的本质就是在两权分离的条件下,通过企业内部有效的权力分配来约束经营者行为,同时通过合理的制度设计来激励其工作热情(彭璧玉, 2001)。

20世纪70年代出现了由信息经济学、博弈论和契约理论共同演化的委托-代理理论(the Principal-Agent Theory),代表人物有威尔森(Wilson, 1969)、斯宾塞和赫泽克梅森(Spencer and Zeckhauser, 1971)、罗斯(Ross, 1973)、莫里斯(Mirrlees, 1974, 1975, 1976)等。他们将企业看作“委托人”(the Principals)(投资者、股东)与“代理人”(the Agents)(管理者、经理层)之间围绕风险分配所做的一种契约安排。由于利己动机和信息不对称(Information Asymmetry),必然出现“道德风险”(Moral Hazard)和“逆向选择”(Adverse Selection)。两权分离以及由此产生的委托代理问题是公司治理产生的根源。詹森和麦克林(Jensen and Meckling, 1976, 1979)从各层面经济关系入手,剖析了代理问题的成因,指出因代理问题衍生的代理成本(Agency Costs),包括委托人的监督支出(Monitoring Expenditures)、代理人的保证支出(Bonding Expenditures)、剩余损失(the Residual Loss),探讨并找寻各种降低(Minimize)代理成本的策略便成为公司治理的关键所在。因此,企业运营的关键在于委托人如何选择或设计一系列最优激励合约,通过这一激励相容约束(Incentive Compatibility Constraint)来控制代理人的败德行为和逆向选择,从而增大代理效用,减少代理成本。这些最优契约几乎包含了所有或然情况(Contingencies)以及行动对策,所以不需要剩余索取权(Residual Claim)、控制权(the Residual Rights of Control)或被科斯(Coase, 1937)称作“权威”(Authority)等变量的存在。因此,无法对组织形成、产权配置、公司治理等现象做出令人信服的解释(杨瑞孩, 杨茸静, 2001)。

格罗斯曼和哈特(Grossman and Hart, 1986)、哈特和穆尔(Hart and Moore, 1990)将科斯(Coase, 1937)体现的“企业是不完备契约”(the Incompleteness of the Contracts)的思想明确定义为企业不完备契约即留有“漏洞”(Default)的契约,不能准确描述与交易有关的所有未来可能出现的状态以及每种状态下契约各方的权利和责任的契约,从而开创了不完备契约理论(Incomplete Contract Theory, 简称GHM理论)的先河。由于企业契约的不完备性,从而出现了企业所有权安排及剩余索取权和控制权的分配问题。而契约的不完备性意味着无论企业所有权如何安排,帕累托最优