



21世纪法学系列教材

商事组织法

董学立 编著

经济法系列

LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



D922.291.91

29

21世纪法学系列教材

经济法系列

商事组织法

董学立 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商事组织法/董学立编著. —北京:北京大学出版社, 2004. 8

(21 世纪法学系列教材)

ISBN 7-301-07650-9

I. 商… II. 董… III. 企业法-法的理论-中国 IV. D922.291.911

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 069756 号

书 名: 商事组织法

著作责任者: 董学立 编著

责任编辑: 冯益娜 周淑敏

标准书号: ISBN 7-301-07650-9/D·0932

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 25.5 印张 480 千字

2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序 言

面对市场经济的压力,我们须改变自己以求生存与发展。这一改变在企业制度层面上的表现,就是企业法律制度的创新。国人长期在计划经济环境下形成的思想上的禁锢以及理论上的模糊,使得我们在国有企业股份制改造中,按照现代企业制度建立的企业,多徒具其形式而缺少其内容。现代企业制度所特有的明晰的产权关系以及在此基础上构建的权义均衡的内部治理结构,都在萌芽初期且发育不良的市场经济“胎盘”中,成了畸形儿——面目全非且步履蹒跚。经济学界与法学界都在思考同一个问题:为什么在他乡运行良好备受赞誉的现代企业制度,在我国却身处如此境地?不同的学科不同的学者给了不同的回答。

本书作者也想释解这一问题。在长期的科研和教学工作中,商事组织形式一直被我们所关注。在作者眼中,企业一经存在,就绝非仅属于特定投资者自己的企业,它也“属于”交易相对人的企业,还是社会的企业、劳动者的企业,即企业的存在,对于除却它自己之外的所有法律主体,都在企业这一组织体中各取所需。这其中,既有财产关系,也有人身关系。法律对企业各种关系的调节,是以赋予各方主体以权利来实现的。企业的组织形式不同,权利的设置就不同。但有一点是相同的,这就是:赋予某一主体的权利须与其承担的义务相均衡,而均衡的权利、义务设置,服务于企业这一营利工具的统一和良性运转。

作为财产聚合体的企业,法律所关注的焦点是促进人们投资财产的效率和保证财产的安全,且财产的效率与安全在企业法中多有统一完好的体现;作为人们投资工具的企业,法律所表述的是人们相对于企业的权利、义务与责任,且人们的权利、义务与责任在企业法中也多有统一完好的体现;作为具有独立存在意义的企业,它的独立存在虽不具有终端目的意义,但却具有手段意义。

本书表述了上述内容。

写作本书的直接原因来源于试图弥补目前公司法著述的不足。就目前公司法著述的不足而言:一是内容陈旧,大大落后于法学发展的步伐;二是多具法条解释式样,少有法理学说阐释;三是内容单一,形成了就公司法论公司法的固定模式,少有不同商事组织制度间的比较;四是缺乏商事组织形式法律制度的一般理论指导。造成我国公司法著述上述不足的原因是多方面的:有法学理论研究的断层所造成的理论上的浅薄;有像“法人财产权的本质是什么”等无味问题之争对有限研究力量的内耗;有《中华人民共和国公司法》的出台早于其他商事组织法给人们研究视域形成的限制,等等。针对上述不足,作者在写作本书时试图做

了一些努力,期能有所补益。就本书的弥补措施而言:第一,系统地论述了商事组织法的基本基础理论,这一点是从两个角度来论述的。一是从历史的角度或曰纵向的角度进行论述,即商事组织是如何从个人独资企业形式演化为公司企业形式的,其间经历了原始、近代和现代商事组织形式,演化的线条内容是企业从无人格到有人格、从无限责任到有限责任,以及法人人格与有限责任的关系;二是从现实的角度或曰横向的角度进行论述,即从我国企业立法的现实入手,提取独资、合伙和公司三类典型商事组织形式的基本要素——企业成员的数量、企业的法律人格、企业成员的责任形式进行了分析和对比,并以此为工具对三类商事组织的优劣比较及选择提出了意见。这些内容安排在第一编,涉及第一至第五章。第二,打破传统公司法著述的局限,将非公司商事组织法——独资企业法与合伙企业法纳入到本著述之中,这既是第一编的逻辑延伸,也是下述公司法内容的理论铺垫。因为作者认为,如要深刻地理解公司法,非要了解商事组织形式的历史脉络、构成要素以及独资、合伙企业法的全貌不可。传统公司法著述多限于阐释公司法的内容,因缺乏对比而显得苍白。第三,以公司法为本著述的核心内容。尽管有第一编、第二编以及第四编的内容安排,但细心的读者会注意到,公司法的内容不仅在篇幅上占到一半“江山”,而且,从逻辑关系及编排顺序上,落脚于公司“商事组织法”是本著述的目的所在。这也是第二编内容“显瘦”的原委所在。第四,增加新内容。与传统的公司法著述相比,本著述增加了一人公司、公司设立瑕疵、独立董事制度、公司法人否认制度、可转换公司债、企业集团等新的内容。

本著述是在从事教学和科研的过程中,并在参考前人研究成果的基础上完成的,从本人的教学实践效果来看,这一内容编排和讲述,符合商事组织法的体系性和逻辑性,与我国的立法实际相吻合;对于学生学习和理解公司法来说,有抽象、有具体、有归纳、有比较,可谓符合认识规律。本著述在内容显著更新的基础上,为学习者全面深刻地理解我国商事组织法提供了一个新的编排范例。

作者

2004年5月18日

目 录

第一编 商事组织法总论

第一章 企业与企业法	(1)
第一节 企业	(1)
第二节 企业法	(9)
第二章 商事组织形式及其立法的历史沿革	(11)
第一节 商事组织形式概述	(11)
第二节 原始商事组织形式及其立法	(11)
第三节 近代商事组织形式及其立法	(17)
第四节 现代商事组织形式及其立法	(22)
第三章 企业法律形式与我国现代企业立法	(32)
第一节 企业法律形式概述	(32)
第二节 企业法律形式的分类标准	(37)
第三节 三种主要企业法律形式概述	(39)
第四节 改革开放后的中国企业立法	(43)
第四章 商事组织形式的法律构成要素	(50)
第一节 企业成员的单一与多数	(50)
第二节 企业的法律人格	(63)
第三节 企业成员的责任形式	(76)
第五章 商事组织形式的优劣比较与选择	(81)
第一节 商事组织形式的优劣比较	(81)
第二节 三种典型商事组织形式的比较与选择	(85)

第二编 非公司商事组织法

第六章 个人独资企业法律制度	(91)
第一节 个人独资企业概述	(91)
第二节 个人独资企业的权利和义务	(98)
第三节 个人独资企业的转让	(102)

第七章 合伙企业法律制度	(105)
第一节 合伙企业的设立.....	(105)
第二节 合伙协议.....	(108)
第三节 合伙企业的财产和法律地位.....	(117)
第四节 合伙企业的内外部关系.....	(120)
第五节 合伙的几种特殊形式.....	(125)
第六节 合伙企业法的几个特殊问题.....	(131)

第三编 公司商事组织法

第八章 公司与公司法概述	(139)
第一节 公司概况.....	(139)
第二节 公司的种类.....	(142)
第三节 公司法的概念与性质.....	(148)
第四节 公司法的渊源与地位.....	(153)
第九章 公司的设立	(157)
第一节 公司设立概述.....	(157)
第二节 公司设立的方式.....	(162)
第三节 公司设立的条件.....	(163)
第四节 公司章程.....	(165)
第五节 公司的能力.....	(170)
第六节 公司的名称和住所.....	(174)
第七节 公司设立瑕疵.....	(178)
第十章 公司的资本制度	(181)
第一节 公司资本制度概述.....	(181)
第二节 公司资本的原则.....	(188)
第三节 公司资本的构成.....	(191)
第四节 公司资本的变更.....	(195)
第十一章 公司债	(197)
第一节 公司债的概念和种类.....	(197)
第二节 公司债的发行.....	(202)
第三节 公司债的转让.....	(208)
第四节 可转换公司债.....	(210)
第五节 对公司债债权人的保护.....	(218)

第十二章 股东股权与公司法人财产权	(223)
第一节 股权概述.....	(223)
第二节 股权的性质.....	(228)
第三节 对股东权利的保护.....	(235)
第四节 公司财产权的一般理论.....	(240)
第五节 公司财产权的性质.....	(244)
第十三章 公司法人治理结构	(250)
第一节 概述.....	(250)
第二节 股东大会.....	(253)
第三节 董事会.....	(255)
第四节 监事会.....	(258)
第五节 独立董事制度.....	(260)
第十四章 公司财务和会计制度	(267)
第一节 公司财务会计制度概述.....	(267)
第二节 公司财务制度.....	(268)
第三节 公司会计制度.....	(271)
第四节 公司利润的分配.....	(273)
第十五章 公司的责任制度	(276)
第一节 公司的责任能力.....	(276)
第二节 法人人格与有限责任.....	(278)
第三节 公司法人人格否认制度.....	(285)
第四节 公司的独立责任和社会责任.....	(288)
第五节 董事的责任.....	(291)
第十六章 公司的合并、分立、解散与清算	(296)
第一节 公司的合并.....	(296)
第二节 公司的分立.....	(299)
第三节 公司的解散.....	(301)
第四节 公司的清算.....	(303)
第十七章 有限责任公司	(306)
第一节 有限责任公司概述.....	(306)
第二节 有限责任公司的设立.....	(309)
第三节 有限责任公司的出资.....	(312)
第四节 有限责任公司的治理结构.....	(317)
第五节 一人公司.....	(323)
第六节 国有独资公司.....	(327)

第十八章 股份有限公司	(331)
第一节 股份有限公司概述.....	(331)
第二节 股份有限公司的设立.....	(333)
第三节 股份有限公司的股份.....	(340)
第四节 股份有限公司股份的发行.....	(344)
第五节 股份有限公司股份的转让及其限制.....	(347)
第六节 上市公司.....	(349)
第七节 股份有限公司的治理结构.....	(352)
第十九章 外国公司的分支机构	(361)
第一节 外国公司分支机构的法律地位.....	(361)
第二节 外国公司分支机构的设立程序.....	(363)
第三节 外国公司分支机构的义务.....	(365)

第四编 特殊商事组织法

第二十章 国有企业法律制度	(367)
第一节 国有企业的概念与特征.....	(367)
第二节 国有企业的分类.....	(369)
第三节 我国国有企业的不足与改革.....	(372)
第四节 国有企业产权法律制度创新的现实意义.....	(376)
第二十一章 企业集团法律制度	(381)
第一节 企业集团的含义与特征.....	(381)
第二节 企业集团的产生和发展.....	(383)
第三节 企业集团的组织结构关系.....	(385)
第四节 企业集团的组建.....	(388)
主要参考文献	(396)

第一编 商事组织法总论

第一章 企业与企业法

企业和企业法是商事组织法律制度中的基本概念,但这一对基本概念在人们对其使用中,常有被误解的情况。大陆法系法律制度的一个基本特点就是概念的准确与清晰,离开了准确、清晰的法律概念,法律制度的运行就会变得难以预测,法律的目的也难以实现。因此,我们须首先弄清楚企业与企业法这两个基本概念。

第一节 企 业

一、企业的概念

企业一词,源于英语中的“enterprise”一词,原意为企图冒险从事某项事业,原来用以指经营组织或经营体;汉语中本来没有企业一词,现在我们所称的“企业”,是从日语中翻译来的词语,而日语词汇又源于英语语系中的“enterprise”。^①

“企业”在起初主要不是法律的概念,而基本上是一个经济的概念。在颇具影响的《牛津法律大辞典》中,根本就没有“企业”这个词条。后来,企业一词开始出现在法律辞典和法律规范中。^②在中国现代企业法律制度中,“企业”一词频繁地、广泛地使用甚至作为法律的名称,如《中华人民共和国全民所有制工业企业法》、《中华人民共和国外资企业法》等,但是如何定义企业,在理论上和方法上仍然是一个悬而未决的问题。

下面,我们列举中外立法、学说和学者对企业所下的定义,以便对企业一词

① 见《汉语外来语词典》,上海辞书出版社 1984 年版。

② 周振想主编:《法学大辞典》,团结出版社 1994 年版。

进行分析和界定。

在德国、日本商法中,企业与“商誉”、“经营资产”似乎是完全相同的概念;西班牙的劳动法把企业定义为“以等级制度为基础的生产组织”;荷兰废除了“商人”、“商业交易”的概念,用“经营企业的人”代替了“商人”,其范围非常模糊,包括了除自由职业之外一切可能存在的经营形式;意大利商法规定了一系列与企业有关的概念,如“经营者”和“商业资产”等。从这些规定中,可以看出,在意大利商法中,企业实际上是一个以一定的商业资产为基础,从事商品生产、交换和社会服务的组织。在欧共体条约中,则用企业代替公司、法人等概念。

除立法外,中外学者也从不同角度对“企业”下过许多定义:

1. 美国《布莱克法律词典》解释道:企业是一种冒险活动或组织,尤指投入财产的冒险事业。

2. 日本学者认为:企业通常是指从事一定财物生产和提供劳务的经济组织。

3. 我国学者认为,“企业是在社会分工的条件下从事生产、贸易、运输等经济活动的独立单位”^①;或“企业是指依法成立并具备一定组织形式,以营利为目的的独立从事商品生产经营活动和商业服务的经济组织”^②;或“企业是经营性的从事生产、流通或服务的组织”^③等。

从以上有关企业立法和学理的定义中,可以得出:以往的立法和学说往往满足于企业的经济含义并且经常混淆该词的经济含义和法律含义。一般说来,企业的经济含义所关注的是企业的营利性,即财产的经营效率;而企业的法律含义所倾心的则是如何处理因企业设立、经营、消灭而引发的主体间的财产关系,即财产的归属安全。所以,在给出企业的概念之前,我们有必要细致分析企业的经济含义和法律含义。

二、企业的经济含义

企业的经济含义指的是作为企业法律制度调整对象的企业的经济特征,并以此区别于其他非企业的经济现象。作为经济现象的企业,经济学中对其有多种理解。一般认为,企业是一种经济组织,它把生产要素(如资本、劳动、生产资料等)集合在一起并由此生产出产品或提供服务,是追求利润最大化的经济组织系统。古典经济学把企业看做一个生产函数,考量的是投入与产出之间的关系,对其内部结构、外部关系并不深究。正统微观经济学关于价格机制的理论没有

① 许涤新主编:《政治经济学辞典》(上),人民出版社1980年版,第562页。

② 刘文华主编:《新编经济法学》,高等教育出版社1993年版,第65页。

③ 李占祥:《积极创新社会主义企业管理学》,载《经济理论与经济管理》1984年第4期。

揭示企业存在和发展的原因。现代经济学对企业的研究基本上有两种学说：一种是新古典经济学的厂商理论，另一种是产权经济学的商事组织理论。在厂商理论中，厂商是生产者，是能够作出统一的生产决策的基本经济单位，包括个人独资企业、合伙企业和公司。厂商的目的是实现利润最大化，通过对投入与产出的技术关系及成本与收益的经济关系进行分析。厂商理论以严密的逻辑演示了企业实现利润最大化的条件及追求利润最大化的理性行为。在完全竞争的条件下，企业是市场价格的接受者，所以它只能调整投入量和产出量这两个因素，而这种数量调整则受到生产函数的约束。所以，在新古典经济学中，厂商是被作为生产函数来理解的。

产权经济学经济理论是科斯(Coase)首先提出的，他把企业 and 市场视为“两种可相互替代的协调生产的手段”。在企业之外，价格机制调节着生产，对生产的协调是通过一系列市场交易实现的；在企业内部，这些市场交易消失了，与这些交易相联系的复杂的市场结构让位于调节生产的企业家这一调节者。明显的，科斯是将企业理解为一种组织，这种组织可以将一部分市场交易纳入到组织内部中来，通过非市场化的安排获得其目的，企业便是作为市场的替代物而产生的。“企业理论”(the theory of the firm)的兴起，使人们对企业有了更为深层的理解。1937年，科斯(Coase)发表了他的著名论文——《企业的性质》，对企业的性质及其存在原因给予了新的分析。科斯用“交易费用”概念解释了“企业在一个专业化的交换经济中出现的根本原因”^①。科斯用“交易费用”概念所阐述的企业理论，主要有以下几方面的论点：(1) 企业替代市场的根本原因是因为市场交易存在成本，市场价格机制的运作是有代价的。(2) 交易费用是运用市场价格机制的费用，包含有获得准确市场价格信息的费用和进行具体交易活动的费用两个主要因素。(3) 商事组织出现后，依靠价格纽带形成的单个经济主体之间的市场交易关系就被企业内不同要素所有者之间的契约关系和服从企业家的“权威”所替代，从而可以降低交易费用。对于同样的交易，当通过某种组织让某个权威指挥调节生产要素的成本低于通过市场价格机制的成本时，企业就产生了。(4) 企业的显著特征就是作为价格机制的替代物，但因为企业内部交易也有其成本，因而企业的规模并非是越大越好，企业规模扩大的限制因素同样也是交易费用，即科斯所言：“企业将倾向于扩张至企业内部组织一笔额外交易的成本，等于通过在公开市场上完成同一笔交易的成本减去另一企业中组织同样的交易的成本为止。”科斯的交易费用概念不仅是一个范畴，也是一种方法，其对企业存在原因的分析和论证，是对正统的微观经济学说的修正。

以后，西方一些经济学家沿用科斯的交易费用概念发展商事组织理论。例

^① R. 科斯等著：《企业、市场与法律》，上海三联书店 1994 年版。

如,美国 A. A. 阿尔钦和德姆塞茨于 1972 年在《美国经济评论》上发表了《生产、信用费用与经济组织》的文章,这篇论文被认为是商事组织理论的经典之作。其他一些经济学家如 M. C. 詹森、W. H. 麦克林、威廉姆森、张五常等人也对此问题进行了深入的研究,并发表了各自的研究成果。

总之,商事组织理论仍以主流经济学的“效率”和“主观选择”为基础,同时又引入了“交易费用”这一分析工具,分析“理性人”如何在“利益最大化”目标激励下,选择不同的交易方式来实现劳动分工的好处。因此,企业的经济学含义是这样的:如果某种交易在市场上完成的费用高于在企业内完成的费用,那么,交易就会在企业内完成,或者说此时企业的存在就是成为必要的了。一言以蔽之,企业是被作为与市场并存的、可供人们选择的交易方式或经济组织。

三、企业的法律含义

法律是社会经济生活权利义务关系的概括者。在现实社会中,企业总是作为法律关系的主体或客体,存在于一定的法律制度框架之中,受到法律制度的调整。

其一,企业作为法律主体的表现。

在企业法中,“企业”主要是作为法律关系的主体——“法律上的人”出现的。企业是某类权利与义务的承担者。“法律上的人并不是在其本身的权利和义务之外的一个分立的主体,而不过是它们人格化了的统一体,或者由于权利与义务就是法律规范的对象,所以不过是一批法律规范的人格化了的统一体而已。”^①所以,企业与法律所规定的企业的权利和义务是同一的。企业的法律含义就是企业法律制度所规定的它的权利和义务。因为,法律权利和义务是法律关系主体的权利和义务。“企业”作为法律关系的主体,依据它所处的法律关系的特点,或者为自然人(包括合伙),或者为法人(企业法人)。“企业”也据此分为个人所有制企业、合伙制企业和公司制企业等法律形式。同时,企业的法律含义也因其不同的法律形式而有不同。

企业除拥有作为民事主体的一般的权利和义务外,还有因其本身不同于一般自然人及其他法人的独特社会经济功能而特有的权利、义务。这些权利、义务表现于两个方面:一是表现于企业的内部,企业作为独立的法律主体与其投资者、经营者和劳动者之间的权利、义务关系;二是表现在企业与国家税收、国家的宏观调控、产业政策、社会分配、社会经济秩序、消费者、环境保护等外部关系。法律对表现于企业内部、外部的特定的权利和义务,在不同的法律制度中都做了相关规定。企业享有和承担的一般的权利、义务与企业享有和承担的独特

^① 沈宗灵著:《比较法总论》,北京大学出版社 1994 年版,第 202—203 页。

利、义务,共同构成了完整企业的法律定义,基于此,企业获得了其独有的法律内涵。

其二,企业作为法律客体的表现。

企业具有法律含义的双重性:一方面,作为社会组织体,企业是民事权利义务的享有者或承担者,是民商事法律关系的主体,是法律人格的载体;另一方面,企业作为有形财产和无形财产的集合体,它当然可以作为转让、交换的客体。因而企业又可成为民事行为和商事行为的客体。著名民法学者江平教授指出:“企业又是商法中可以流转的一种特殊客体,企业之所以是商法中的一个特殊客体,是因为它不是一般的财产,而是综合财产。”^① 这些财产包括企业的不动产和动产,如厂房、土地、机器设备、商品、现金、企业经营活动中的债权、企业拥有的工业产权等。

企业之所以具有法律含义上的双重性,即具有主体和客体的地位,是由企业在不同的法律关系中所处地位不同所决定的。相对于企业自身的行为及其拥有的权利和义务,企业是法律关系的主体;相对于企业的投资者或企业的所有者而言,企业又是所有者的客体或交易关系的对象。即一企业在此法律关系中可以是权利、义务的承受者,但在彼法律关系中就有可能成为权利与义务指向的对象。企业作为法律关系的主体,是其法律含义的主要方面,而作为法律关系的客体仍然是商品经济发达后的标志。在商品经济发展初期,企业规模小、竞争平缓,难有以整体企业为交易对象的情形。随着商品经济的发展,特别是资本主义由自由竞争阶段过渡到垄断阶段后,以整体企业作为交易对象成为平常的事情,如企业的购并、接管、合并等。

企业的经济学含义与企业的法律学含义是相互影响、相互渗透、互有包容的。企业的存在以营利为目的,而企业的存在势必关涉到企业与社会、出资人、债权人的利益。如何处理这些利益关系以促进企业的营利性目的,是法律规范设计的根本原则和目的,但却不是法律规范自身。因为,所谓商事法的营利性并不表现为指导人们如何营利,而在于以法律制度构造企业商事组织自身营利的统一有机体,或者说,营利是企业的目的但却不是企业自身。在经济学的视域里,其所关注的是“人与物之间的关系”,即人的投资与产出之间的物质价值差额。在法律的视野里,其所关涉的是人与人之间的利益分配关系,这种关系不仅包括投资者与企业之间的关系,更包括投资者与他人及社会之间的关系。把因企业的设立与存续而产生的对投资者、对他人、对社会的利益分配作为己任,并以利益分配为调节杠杆来促进企业的营利机制的实现,是法律规范关注的焦点。企业永远是以营利为其目的的,法律也就不可能抛开企业的营利目的性而另求

^① 江平著:《西方国家民商法概要》,法律出版社1984年版,第210页。

立法上的目标。所以,企业的营利目的与企业立法的营利机制具有目的与手段的关系。

企业是财产的集合,这一财产的集合状态是为了追求在财产分离状态下难以达到的财产规模效益。人类法制文明的历史表明,任何财产关系的变动须以财产归属的清晰与安全为前提,任何财产归属清晰与安全的缺乏将导致该财产经济效率的下降。从经济学的观点看,财产的聚集或分散调节了劳动与资本的关系,进而影响了财产的经济效率。同样的问题从法律学的观点看,财产的变动归根结底是要调节人与人之间相对于财产的行为界限,以求财产及其效益归属或占有的确定与安全。历史反复证明,为财产归属之确定而舍弃财产效率的例子是屡见不鲜的。但是,必须看到,自人类历史进入资本主义社会后,随着财产货币化并进而证券化的实现,在资本增值的利益驱动下,在保证财产及其效益归属安全的范围内,人们总在殚精竭虑地觅寻得以增进财产效率的商事组织形式,设计并不断创新了如独资、合伙、公司等商事组织形式,设定人们相对于财产的不同行为边界,打开了一扇扇通往得以聚集财富的大门,铺就了一条条得以创造财富的道路。其企业制度设计与创新之精巧,为人类自己亦惊叹不已。这正像马克思所认为的,假如必须等待积累去使单个资本增长到能够修建铁路的程度,那么恐怕直到今天世界上还没有铁路。但是,集中通过股份公司转瞬之间就把这件事完成了。所以笔者认为,财产的商事组织形式与财产的效益之间存在“契通”;财产企业法律制度的安排与创新从来就服从于财产效益最大化的人类理性追求,人类对财产效率的追求也从未超脱出财产及其收益归属的限制。也就是说,任何一种财产企业法律制度安排,首先须在保证财产及其收益归属安全的基础上才能成为必要。为了避免资本人格化而产生的本能地追求财产收益和资本增值的偏好,在不经意间打乱财产效率保持与增长的客观规律的偏向,我们只能以法律制度预先界定财产经营收益的归属,通过企业财产组织形式的调整,发现并完善企业管理和效率的激励机制,确定企业出资人与企业之间,企业与债权人之间,企业与雇工之间的权利、义务在商事组织中的相互渗透、相互制衡的边界。

至此,我们可以得出企业的概念如下:企业是指依法成立并具备一定的组织形式,以营利为目的的独立从事商品生产经营活动和商业服务活动的经济组织。

企业具有以下四个方面的法律特征:

第一,企业在形式上表现为一种组织体。企业的此一特征使得企业与其他从事工商业活动的个人区别开来,也使企业的外延扩张至公司之外。

人类社会经济的发展是一个自然的历史进程。人类经济活动的方式或采取生物状态的个人活动,或采取社会状态的组织活动。原始社会初期,人类为了抵御自然力量,满足生存的需求而以部落的组织形式进行生产生活。社会的进一步发展,特别是进入资本主义社会以后,人们为了获取在个人状态下难以获得的

财产规模效益而有组织的进行个人间的财产聚合。这一行动的结果就表现为企业的组织形式。企业这一组织形式就其本质而言,是对个人经济活动的超越。企业是个人间的结合,但又独立于结合成企业的个人。

企业作为一种组织体,通常是由若干个人组成的,如合伙、公司等。但进入法律视野的企业,其组织体也可因其法律“定格”而由一个人“组成”,如个人独资企业。在个人独资企业,尽管企业由一人“组成”,营利与风险亦由一人承担,但仍属于一种具有法律意义组织形式的经营,而非自然人的日常行为。这是因为,独资企业创设行为的法律程序,使其与创设独资企业的个人有了法律上的区别:一是独资企业有自己的名称或曰商号,可以申请商标注册,可以从事个人所不得从事的经营活动;二是独资企业有自己相对确定和稳定的经营场所;三是独资企业有自己独立的营业登记和商业账本;四是独资企业一般也有雇工。从承担财产责任的角度看,独资企业不具有独立的法律人格,但其存在具有独立的组织形式,这种商事组织本身与投资设立该组织的企业主个人是两个不同的概念。

第二,企业在社会功能上是独立从事商品生产经营和商业服务活动的经济组织。企业的此一特征使之与公益组织、政治组织、宗教组织、民间团体等组织相区别。

企业是经济活动的主导力量。经济活动主要是商品生产或商品经营以及提供劳务或服务的活动。为从事经济活动,实现社会功能,企业首先需要集中资金、劳力、技术、原材料、管理以及土地等生产要素,根据市场需要进行专门商品的生产、销售以及提供其他的商业服务,从而满足人类社会在物质生活和精神生活等方面的需求。其次,企业的经济活动行为要有独立性和连续性。所谓独立性,是指企业对外的经济活动是以企业的名义发生的,企业内部的分支机构和职能部门的经济(对外)活动一般要获得企业的授权或事后认可。此外,独立性还表现在企业的决策和民事责任的承担方面。对于法人企业来讲,企业的决策权集中在企业法人的股东会或董事会手中,非法人企业的决策权集中在投资人手中;法人企业以其经营管理财产或所有的财产为限对外承担民事责任,体现了安全的独立性;而非法人企业的债务要由投资者承担无限的或连带的责任,表现为不安全的独立性。所谓连续性,是指企业的经济活动处于持续状态,任何一次性的或季节性的短期商业活动都不能被认为是企业的经济活动。企业通常要有明确的存续期限或虽无明确的期限,但须有法定的或法律认可的企业终止的原因和程序。

第三,企业的设立目的具有营利性。企业的此一特征使之与同样是有经济活动内容但却非以营利为目的某些社会组织区别开来。

企业通过其经济活动以获得利润,这一目的性根植于投资者的投资欲望和动机中。投资者不论是政府还是个人,在把消费资金转入生产资金时一般都期

望资本的增值,这种期望通过企业的经济活动去实现,这就表现为企业活动的营利性。^① 营利,从投资人角度看,是投资人设立企业的目的,从企业自身的角度看,则是企业活动的宗旨。企业的一切活动必须为实现投资人的营利目的服务,即以营利为其活动宗旨。对投资人设立企业的目的而言,企业的存在仅具有“工具”意义。企业本身没有其最终归属意义的财产,其现实层面所“归属”或占有的财产仅为经营中的财产,是“产出”前的“投入”。但对于何为以营利为目的,各国立法实践和理论有不同的理解。有的国家认为营利目的应仅仅限于生产经营领域而不在于利益的归属和利润的分配及用途;而有的国家则认为企业的营利目的,不仅仅局限于生产领域,更主要地表现于利润分配领域,企业的营利活动具有手段意义,将企业活动所得利润分配于企业投资人才是最终目的。我们认为后一种观点更为妥当。认为第一种观点“较有说服力”^② 的学者的主要理由是:企业是企业法的主体,而举办企业的人不是企业法的主体。法律应以其主体为核心,主张某个组织只要是为了获得利润而进行经营就应该承认其是以营利为目的,应成为企业,而不问利润用于何人,归于何处。这一理论是片面的。诚然,企业是企业法的主体,但企业在其他法律关系如相对于投资人,它只是以投资法律关系的客体地位而存在的。企业在企业法律制度中主体地位的设定,是法律创设一个能够享有权利、承担义务的法律主体的要求,企业所享有的权利、承担的义务完全是为了企业从事经济活动服务的。企业本身作为“营利工具”绝不可以有其积极意义上的财产归属和收益所有。简言之,企业相对于交易相对人具有主体地位,相对于投资人则居于客体地位,此客体地位则与“工具”同一意义。

第四,企业存在的法律条件是必须依法成立并须具备一定的法律形式。此一特点使其与以自然出生这一事实而享有权利的自然人相区别。

现代世界各国,对各类企业的设立都制定有法律上的审查核准制度,这些审查核准制度的程序繁简不一,管辖机关也不尽相同。国外历史上(英国工业革命前后)曾有过自由设立的原则和事实,但这仅是企业设立制度中短暂的一幕。目前世界各国通行的企业设立制度主要有特许设立、许可设立和准则设立几种。在发达的资本主义国家,主要实行准则设立制度,实践中也将这种设立制度称为“注册制”。从我国进行企业制度改革的现实情况看,我国目前已经确立了准则设立制度,企业经营的业务如有法律规定必须报经政府有关部门批准的,则要求在企业注册时,提交政府有关机关的批准文件,特定行业由国家特许设立。此外,企业在法律形式上有公司制企业、合伙企业和个人独资企业之分,不同法律形式的企业在设立时有不同的法律要求,且在企业的法律地位、权利义务、管理

① 甘培忠著:《企业与公司法学》,北京大学出版社1998年版。

② 郑立、王益英主编:《企业法通论》,中国人民大学出版社1993年版,第12页。