

当代企业 基本法律制度研究

*STUDIES ON BASIC LEGAL SYSTEM
OF MODERN ENTERPRISE*

张国平 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

江苏省哲学社会科学研究十五规划重点项目
南京师范大学国家“十五”“211”工程建设项目

当代企业 基本法律制度研究

STUDIES ON BASIC LEGAL SYSTEM

OF MODERN ENTERPRISE

张国平 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当代企业基本法律制度研究 / 张国平著. — 北京: 法律出版社, 2004. 12
ISBN 7-5036-5196-2

I. 当… II. 张… III. 企业法—研究—中国
IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 111860 号

法律出版社·中国

责任编辑 / 郑 导

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社

编辑 / 法学学术出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 / 陶 松

开本 / A5

印张 / 10.75 字数 / 283 千

版本 / 2004 年 12 月第 1 版

印次 / 2004 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

电话 / 010-63939796

网址 / www.lawpress.com.cn

传真 / 010-63939622

法学学术出版社 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件 / xueshu@lawpress.com.cn

读者热线 / 010-63939690

传真 / 010-63939701

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真 / 010-63939777

客服热线 / 010-63939792

网址 / www.chinalawbook.com

电子邮件 / service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店 / 010-63939781/9782

中法图北京分公司 / 010-62534456

中法图上海公司 / 021-62071010/1636

中法图苏州公司 / 0512-65193110

中法图深圳公司 / 0755-83072995

中法图重庆公司 / 023-65382816/2908

中法图西安分公司 / 029-85388843

书号: ISBN 7-5036-5196-2/D·4914 定价: 20.00 元

前 言

我曾长期从事律师实务,1984年至1990年,曾为江苏省许多外商投资企业提供项目法律服务,也曾为一些省内企业的海外投资项目提供法律咨询,有机会接触世界上最著名的律师行的公司律师,实践也要求我学习和了解国外的企业法律制度。1991年作为访问学者在英国学习期间,我曾有机会在英国利兹的Heapworth & Chadwick律师事务所的公司部学习近半年时间。在这段时间里,我认真学习了英国公司法中的成文法和相关的判例,认真研读了英国律师有关公司法律业务的各类法律文本,使我对英国的公司法有了一定的了解。1992年我回国时,以《有限责任公司规范意见》和《股份有限公司规范意见》的颁布为标志,现代企业制度的实践在我国已拉开了序幕。从1992年至2000年的近十年时间里,我曾有机会参与了省内绝大部分上市公司的股份制改革和包括A股、B股、H股的股票发行、上市的项目法律服务。

我近二十年的律师业务,基本上是围绕企业法开展的。也可以说,职业给了我从法律的视角审视和分析我国现代企业制度实践的机会。在此期间,丰富的感性认识也促使我作一些理性的思考。譬如,我国的企业法律形态和企业立法体系应该如何建立?内资企业法律制度和外资企业法律制度如何实现统一?企业集团和关联企业是什么关系?企业集团的连接纽带是什么?

2000年初,我有幸成为一名教师并主要讲授企业法。早已过不惑之年的我,一旦进入学术的殿堂,就充满了疑惑。2001年,我申请并获准接受了江苏省社会科学十五规划的关于现代企业制度研究的一个重点课题,现著成《当代企业基本法律制度研究》一书,以此记载我近年来的所学所思,也至诚希望以此求教于同行。

目 录

第一章 企业形态法律制度研究

一、企业的本质和法律特征	1
二、企业组织形式的历史沿革	4
三、企业的法律形态和企业立法体系	10
四、外资企业法律制度与内资企业法律制度的统一	17
五、股份合作制企业	23

第二章 企业资本法律制度研究

一、公司法人财产权	31
二、我国的公司注册资本制度	34
三、公司股份回购法律制度	44
四、公司注册资本的最低法定限额	52
五、公积金和公益金制度	55
六、公司转投资的限制	57
七、现物出资法律制度	59
八、出资责任法律制度	64
九、财产承受和事后设立法律制度	70

十、公司资本结构法律制度	71
十一、债转股法律制度	74
十二、人力资本法律制度	77

第三章 公司治理法律制度研究

一、公司治理缘何而起	84
二、公司治理为谁而设	89
三、公司治理的内涵和分类	92
四、公司治理模式的比较	93
五、公司治理中的职工参与	106
六、独立董事法律制度	116
七、股票期权法律制度	124

第四章 股权法律制度研究

一、股权的法律分析	135
二、股权保护法律制度	151
三、股权转让法律制度	194

第五章 企业收购法律制度研究

一、公司收购的相关概念	206
二、公司收购的分类	209
三、上市公司收购的基本原则	216
四、要约收购法律制度	222
五、反收购法律制度	234
六、一致行动人法律制度	241
七、我国公司收购立法的评述	245

第六章 国有企业法律制度研究

一、国有企业和市场经济能否兼容	258
二、国有企业效率低下的原因分析	260

三、国有企业存在的必要性分析	262
四、国有产权和国有企业法人财产权	268
五、股份制是公有制的一种表现形式	273
六、关于“政企分开”的理解	276
七、现代企业制度能否适用于国有企业	278
八、国有独资公司法律问题	281
九、《企业国有资产监督管理暂行条例》评述	285
十、国有股减持法律分析	287
十一、外资并购国有企业相关法律问题	293

第七章 企业特殊法律制度研究

一、一人公司	300
二、关联企业	310
三、企业集团	321
四、公司法人格否认	326

附录

主要参考书目	334
--------	-----

第一章 企业形态法律制度研究

内容提要:长期以来,我们将企业的所有制性质作为企业法律形态划分的标准,并以此为基础建立了我国的企业法体系。改革开放以来,各种经济成分在企业中融合。这种社会现象是对我国传统的企业法律形态划分方法直截了当的否定,也使我国传统的企业法律体系难以为继。所有制只能说明企业的经济属性,不能揭示企业的法律性质,企业的法律属性取决于企业的产权组合方式。企业在经济形态上的可以有多角度、多标准的划分,企业在法律形态上的划分却只能是单一的。按照企业的产权组合方式,企业主要有三种法律形态:公司、合伙和个人独资企业。

一、企业的本质和法律特征

我们所称的“企业”一词为舶来语,源于英语中的“Enterprise”一词。日本人将其译为汉字“企业”,并传入中国。^{〔1〕}

传统经济学认为,企业是一种谋求产出最大化或者利润最大化的生产单位或者经济单元,其功能是把土地、劳动、资本等生产

〔1〕 参见《汉语外来语词典》,上海辞书出版社1984年版,第284页。

要素的投入转化为一定的产出。传统经济学把企业视为一种生产函数,从投入和产出的转化关系上来描述企业的性质。这实际上仅是从企业行为上来考察企业,而把企业组织排除在考察的视野之外,忽视了企业的内部结构、产权归属、指挥协调,因而不能令人信服地揭示企业的本质。

20世纪30年代(1937年),交易费用经济学的代表人物科斯在美国的《经济学》杂志上发表了《企业的本质》一文,对企业本质的认识在理论上产生了新的突破。科斯认为:“在企业之外,价格变动指挥生产,它是由一系列市场上的交换交易来协调的。而在企业之内,这种市场交易被取消,复杂的市场结构连同交换交易被企业家这种协调所取代,企业家指挥生产。显然十分清楚的是,以上二者是可以相互替代的协调生产的方法。”科斯认为,企业 and 市场是两个性质完全不同,然而又可以在一定条件下相互替代的资源配置机制。企业不同于市场的特征就在于以企业领导者的协调取代价格机制成为配置资源的动力。科斯的理论为从企业的内部结构和运作机制上来揭示企业的本质奠定了基础。^{〔2〕}

科斯理论告诉我们,企业 and 市场一样,同为资源配置的机制。那么,为什么有了市场这样的资源配置机制,还要有企业作为另外一种配置机制呢?科斯认为:“市场的运行是有成本的,通过形成一个组织,并允许某一个权威(一个企业家)来支配资源,就能节约某些市场运行的成本。”^{〔3〕} 科斯理论告诉我们,交易成本的节省是企业作为一种资源配置机制之所以存在的根本原因。所以,古典经济学家发现,当理性的经济人选择以联合组织形式替代外部市场从事经济行为时,企业就成为人类社会结构中不可或缺的构成要素。^{〔4〕}

理性和现实都告诉我们,正是市场 and 企业的同时存在,才为理

〔2〕 [美]科斯著:《企业、市场和法律》,上海三联书店1990年版,第3—4页。

〔3〕 [美]科斯著:《企业、市场和法律》,上海三联书店1990年版,第7页。

〔4〕 [美]科斯著:《企业、市场和法律》,上海三联书店1990年版,第7页。

性的经济人追求利润最大化提供了有效的工具。如果只有市场,没有企业,我国所有企业中每道工序都用交易来完成,则和现代化大生产格格不入;反之,如果只有企业,没有市场,如同我国计划经济时期,全国的产业部门成为一个企业,用行政命令完成所有的生产和交换,实践证明这和效率的追求也是背道而驰的。市场与企业,如同汪洋大海和岛屿,市场是汪洋大海,企业则是大海中的岛屿。市场与企业这两种社会现象和大海与岛屿这两种自然现象一样总是同时存在的。

自科斯以来,企业契约理论也从另一个侧面揭示了企业的性质。市场经济就是契约经济,契约成本又决定着各种制度安排。短期、个别的契约由市场安排,长期、重复的契约则需要由固定的企业组织安排,企业的本质就是各要素所有者的联合的契约。例如,作为企业形式之一的公司,“公司并不是实物资产的集合,而是一种法律框架结构。其作用在于治理所有企业的财富创造中作出特殊投资的主体之间的相互关系……,投入并不限于股东,贷款人、顾客,尤其是企业的雇员往往都作出了特殊投资。”〔5〕

企业具有以下法律特征:

1. 企业是一种组织体。企业作为组织体,通常由若干人组成,如合伙企业,公司等。即使是个人独资企业,虽然其由一人组成,营利和风险也由一人取得和承担,但个人独资企业和个人仍有法律上的区别:一是个人独资企业有自己的名称或商号;二是个人独资企业有相对稳定和确定的经营场所;三是个人独资企业有商业登记和商业账本;四是个人独资企业通常有雇工。

2. 企业在社会功能上是独立从事商品生产经营的经济组织,以此和公益组织、政治组织、宗教组织、民间团体等相区别。

3. 企业的经营活动具有连续性。所谓连续性是指企业的经营活动处于持续状态,而不是一次性或短期的经营活动。这也是

〔5〕〔美〕玛格丽特·M. 布莱尔:《共同的所有权》,载《经济社会体制比较》1996年第3期。

民事合伙和商事合伙的区别之一。民事合伙可以是短期的,甚至一次性的,所以民事合伙不是企业。商事合伙的营业必须是长期的,所以商事合伙是企业。

4. 企业具有营利性。某种意义上讲,企业是营利的工具,不以营利为目的的企业只是个别的情形。

5. 企业的存在具有合法性。无论是个人独资企业、合伙企业还是公司,其成立都要符合法定条件。企业设立的制度主要有许可主义和准则主义两种形式,即便是在准则主义制度下也要求企业的设立必须满足法定条件。而且,目前世界上大多数国家对企业的设立都有按照法定程序注册的要求。

二、企业组织形式的历史沿革

企业是商品生产的组织。所以,企业的出现和发展同商品经济的出现和发展是有紧密联系的。

(一)个人独资企业

一般认为,个人独资企业是企业的最初形式。这种企业组织形式是与古代社会简单商品经济生产的社会条件相适应的。受当时的社会生产力水平所限,商品生产和商品经营都是以个人为单位进行的,商品交换也主要发生在个人之间。和这种商品经济相适应的企业组织就是个人独资企业。另外,个人独资企业的存在与家长制和长子继承制有密切的联系。在夫妻组成的家庭取代了原始氏族以后,家庭便成为社会经济生活的组织形式。而在家长制和长子继承制的条件下,只有家长才能成为个人独资企业的业主。家庭的其他成员尽管可以成为个人独资企业的经营管理人员,但却不可能成为个人独资企业的业主。

(二)合伙企业

一般认为,传统家庭制度的变革,即长子继承制的崩溃,是合

伙企业得以最初产生的直接原因。长子继承制的崩溃,使得作为个人独资企业业主的家长的子女、亲属能以平等的身份共同继承独资企业的财产,而不是由长子一人继承,每个继承人都会拥有一份企业的产权而成为企业的所有人。原来的个人独资企业作为继承的客体虽然依然存在,但这时的企业因为由一个所有人变为多个所有人而成为合伙企业。这种家庭合伙企业是历史上最早的合伙企业。

但是,以家庭继承制度为导因的“家庭合伙企业”毕竟不是社会的普遍现象。家庭制度的变革应当是合伙企业出现的导因,而不是合伙企业出现的根本原因。商品经济的发展以及与之相伴的社会分工,必然相应地要求不同生产者之间的合作。这才是合伙企业出现和发展的根本原因。正是这个原因,使各自独立的生产者在更广泛的社会领域和经营范围内结合成为合伙企业。

与个人独资企业恒久不变的惟一形式不同,合伙企业在其发展的历史上,经历了丰富多彩的变化,曾以“一体多面”适应不同的商品生产和商品经营的需要。

康孟达(Commenda)是其中最为著名的合伙形式。它起源于11世纪意大利北部的威尼斯和热那亚,后来成为欧洲大陆从事海上贸易和其他高风险事业时被广泛采用的企业组织形式。康孟达是一种商事契约,是资本所有者和船舶所有者或经营者的合作。按照康孟达契约,提供资本的合伙人承担有限责任,负责经营的合伙人承担无限责任。合伙有赢利时,则按协议比例由双方分享;亏损时,则资本提供者在其出资范围内承担有限责任,负责经营的合伙人则要承担无限责任。这种合伙使资本所有者出资不出力,并仅承担有限责任,同时又使经营者不出资只出力就能获利但要承担无限责任。康孟达的盛行与欧洲中世纪严格限制高利贷有关。直至19世纪习惯法被最终取代之前,欧洲的习惯法严格限制高利贷。这是资本所有者之所以投资于康孟达的重要原因。因为投资康孟达要承担风险,所以不算高利贷,不在习惯法的限制之列。这种合伙企业与现在的有限合伙企业相似。

在欧洲中世纪广泛采用的另一种形式的合伙企业是索特富(Sotietas)。它和康孟达的主要区别是其所有合伙人都要承担无限责任。这种合伙赋予每个合伙人对其他合伙人的代理权,而且每个合伙人都有经营合伙企业的权利。这种合伙与现在的一般合伙相似。

事实上,合伙企业的历史并非从康孟达开始。根据现有可查的法律文献,最早关于合伙的记载是公元前 20 世纪的古巴比伦时代的《汉穆拉比法典》。该法典第 99 条规定:“倘自由人以银和自由人合伙,则彼等应在神前均分其利益。”

在罗马优士丁尼法中,也有关于合伙的规定。该法按照目的的不同,将合伙分为商业合伙和非商业合伙;按照结合的程度,将合伙分为“共同体”和“单项合伙”,前者指有组织的合伙,包括双方的全部资产,后者指合伙经营某种特定的业务,单项合伙业务结束时,合伙也随之结束。^[6]也有学者考证,罗马法上的合伙有六种形式。一为公产合伙,亦叫共有合伙,即以各人全部财产合并为共有财产而成立的合伙;二为特业合伙,即指合伙人出资经营诸如粮食、酒业等特种事业的合伙;三是所得合伙,指合伙人限于把劳动所得作为合伙资产的合伙;四是租佃征收合伙,指以承包租佃征收为目的的合伙;五是单业合伙,或称临时合伙,指当事人临时为经营一事业,事毕即解散的合伙;六是隐名合伙,指当事人投资于他人经营的事业而分配其损益的合伙。^[7]

(三) 公司企业

在对公司产生和发展的历史寻根溯源时,有些作者通常在时间上往往作无限公司、两合公司、股份有限公司、有限责任公司的先后排列。这种看法事实上是缺少佐证的。第一个关于无限公司

[6] 江平、龙卫球:《合伙的多种形式和合伙立法》,载《中国法学》1996年第3期。

[7] 周枏、吴文翰、谢邦宇著:《罗马法》,群众出版社1987年版,第242页。

的立法是 1673 年法国的《商事敕令》，而 1600 年和 1602 年就有了作为股份有限公司前身的英国和荷兰的东印度公司。尽管这些公司的成立以皇家特许为前提，是政治权力的产物，似乎和公司作为私法上的主体相左（确有作者因此否定它们是股份有限公司的前身），但它们在许多方面已经符合股份有限公司的特征。如 1600 年英国东印度公司就具备以下特征：

1. 根据英国女王颁发的特许状而成立。特许状实际上是女王代表国家赋予东印度公司的一种特权。

2. 公司资本由股份构成。英国东印度公司开设时资本为 68,732 英镑，平均为若干股，每人可以认购其中若干股，公司成立时有 198 名股东，且股份转让的方法和范围都比较随便。根据亚当·斯密的考证，东印度公司开始只有船舶是公有的，贸易资本还是个人的，仿佛是以一种组合公司的形式在进行贸易。在 1612 年，个人资本才合为共同资本。1612 年东印度公司的资本由个人资本合为共同资本时，股份每股为 50 英镑，总额为 74.5 万英镑。^{〔8〕}

3. 公司具有法人地位。英国东印度公司的章程规定：任何货物都不能作为企业中某一股份接运。这表明公司的财产和股东的财产相分离，公司的业务是独立的业务，不能把公司的业务作为某一股东的业务。

4. 公司实行有限责任制（只要特许证有相应的规定）。完全有限责任制最早在东印度公司实现的重要原因之一，是只有实现有限责任制才能吸引私人对仍有较大风险的殖民地贸易公司投资。^{〔9〕}

5. 公司具有长久存续的性质。公司一开始就将其资本看做是长期的。公司最早开始扩大发行具有固定票面价值的股票，发

〔8〕〔英〕亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，商务印书馆 1979 年版，第 307 页。

〔9〕江平主编：《公司法教程》，法律出版社 1987 年版，第 40 页。

行量根据其对资本的需要而定。该公司是最早将利润(公司将它作为股息分掉)与资本(通常由公司保留)加以区分的公司之一。^{〔10〕}

由上可见,英国的东印度公司具备了法人人格所要求的资本合股、人格独立和有限责任等内涵特征。

另外,认为两合公司一定晚于无限公司的观点似乎也难成立。既然公司是在康孟达的基础上发展起来的,康孟达本身就是一种有限合伙人和无限合伙人组成的合伙组织,为什么在此基础上发展起来的公司不能是由有限责任股东和无限责任股东组成的两合公司,而只能是由无限责任股东组成的无限公司呢?何况,康孟达产生于公元 11 世纪,距第一个确认无限公司的立法——法国的《商事敕令》已有五六百年的时间,两合公司和无限公司完全可能在相同或相近的时期产生。

我们应当看到,资本合股、法人人格自由取得、有限责任作为现代企业制度的内涵特征是经过漫长而曲折的历史过程而形成的。尤其是以人格独立为前提的有限责任,是现代企业制度的本质特征,所以也是衡量现代企业制度完善和发展的重要标准。有限责任又是公司人格独立的法理基础,一个人格独立的主体又不能承担有限责任是有悖法理的。法国 1673 年的《商事敕令》确认了无限公司,但无限公司在本质上和合伙没有区别。按照严格的法律逻辑,合伙企业没有法人人格。1600 年先后在英国出现的特许公司,虽然有了有限责任的特征,但这种有限责任也仅限于特许公司。1844 年的英国的《合股公司法》有三个引人注目的原则:(1)凡超过 25 个成员的新公司必须登记,而且成员所持股份的转让无须其他成员同意;(2)设立公司只需依法登记,无须特许;(3)为防止欺诈,公司事务必须公开。该法确认了现代企业制度的一个重要理念:设立公司不再是政治上的特权,而是一项私法上的权利。这在公司法的发展史上有着划时代的意义。但该法对股东

〔10〕 [意]卡洛波拉主编:《欧洲经济史》第 2 卷,第 47 页。

的有限责任却并没有作出明确规定。1855年,英国颁布了《有限
责任法》,第一次将“有限责任”明确授予注册公司的成员,并要求
将“有限责任”的字样写入公司名称中,以提醒交易相对人对其交
易风险的认知。

1846年,英国又颁布了《合股公司法》。这部法律被认为是第
一部现代意义上的公司法。到1862年,英国颁布了《公司法》,更
清晰的表现了现代公司法人人格独立、有限责任和资本合股三个
基本特征,标志着现代公司制度的最终建立。

现代公司法人人格制度的三项原则,极大地满足了市场经济
对企业组织形式的要求:(1)公司法人人格自由取得的原则,意味
着公司设立的特许主义被准则主义所取代,公司设立不再是一项
政治特权,而是一项私法上的行为。(2)合股原则可以将小额资本
汇集到公司的管理之下,实现规模效益优势,适应了机器大工业对
企业规模的要求。正如马克思所说:“假如必须等待积累去使某些
单个资本增长到修建铁路的程度,那么恐怕到今天世界上还没有
铁路,但是通过股份公司,转瞬间就把这件事情完成了。”^{〔11〕}
(3)有限责任原则限定了投资人的投资风险,大大提高了投资者的
积极性。

在大陆法系国家,法律对公司法人人格的赋予相对晚一些。
如1807年的法国商法典还没有赋予公司以法人资格,直到1966
年,《法国商事公司法》才承认了公司的法人资格。

有限责任公司是最晚出现的一种公司形式。与股份公司相
反,它不是从实践中产生的,而是法学家和立法者一手设计出来
的。这种公司形式由1892年德国制定的《有限责任公司法》首次
正式规定。作为一种小的股份制企业组织形式的有限责任公司,
在以后的时间里,以其惊人的魅力,不仅在德国而且在其他国家也

〔11〕《马克思恩格斯全集》,人民出版社,第25卷。