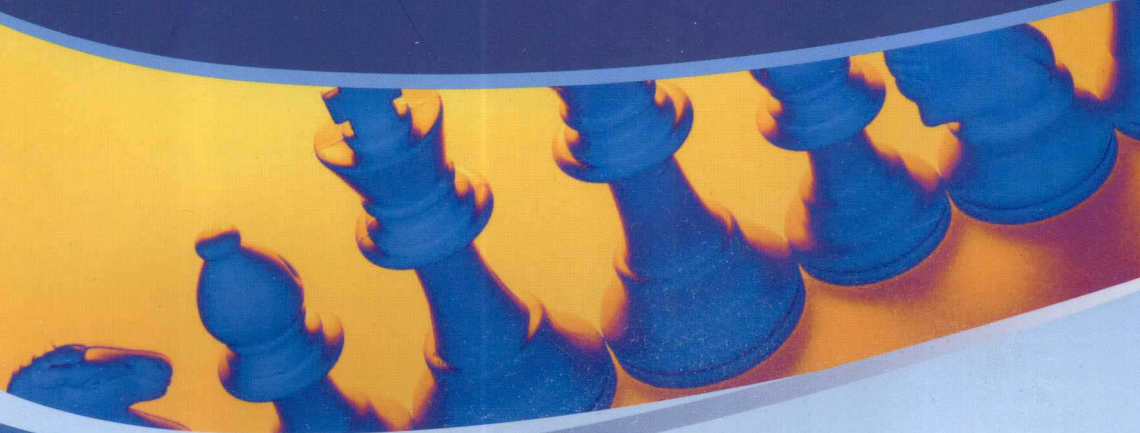


Corporate Governance
and Internal Control

企业经理人法律书架

公司治理与 内部控制

王宏 张婷 著



- 优化公司治理
- 拓展资本视野
- 把握投资决策
- 占据金融高地
- 揭示企业内控风险
- 直指企业内控难点
- 成功抵御内外风险



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

企业经理人法律书架

Corporate Governance
and Internal Control

公司治理与 内部控制

王宏 张婷 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司治理与内部控制 / 王宏, 张婷著. —北京:
法律出版社, 2011. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1605 - 4

I. ①公… II. ①王…②张… III. ①公司—企业管
理 IV. ①F276. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 251637 号

公司治理与内部控制
王 宏 张 婷 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
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 787×960 毫米 1/16
印张 16.5
字数 261千
版本 2011 年 6 月第 1 版
印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1605 - 4

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

安然事件之后,为重建资本市场的公众信心,美国《2002 年上市公司会计改革和投资者保护法》(萨班斯法案)要求上市公司建立关于法人治理和财务报告的新的实务。公司对内部控制的责任成为该法案中最具有挑战性的内容。该法案 404 条款“管理层对内部控制的评估”规定,除对内部控制系统的有效性进行报告之外,上市公司还须负责保持内部控制系统的有效运行。该法案要求多数上市公司在 2004 年 11 月 15 日或之后结束的财政年度中对公司对于财务报告的内部控制进行年度报告,包括国外私人发行公司在内的大部分其他公司达到一定市值后必须在 2005 年 7 月 15 日或之后结束的财政年度中遵循这些规定。可以说,萨班斯法案对美国的上市公司治理产生了深远的影响。

为了中国证券市场的规范化运行,并且保护投资者的利益,中国证监会拟在未来对中国的上市公司推行同样的要求:要求上市公司完善其法人治理结构,保持内部控制系统的有效运行。

本书以公司治理为主线,同时结合萨班斯法案,对公司应当如何改善内部控制系统,保持内部控制系统的有效运行提出了有效的建议,并且对公司如何通过该考核提供了指导;帮助公司改善公司治理的同时,满足证监会的要求,提升企业在投资者心目中的形象。

本书的作者是资深律师,同时在公司治理、内部控制和赴美上市方面有着丰富的经验和成功的案例。

第一章 公司治理——公司健康发展的基石	1
一、什么是公司治理	1
二、公司治理的起源——所有权和经营权相分离	4
三、公司治理的三个发展历程	7
四、从西方到东方——公司治理的三种典型模式	11
五、无规矩不成方圆——公司治理的原则	20
六、错综复杂的公司治理各利益相关方	25
七、公司治理的主要管理内容	33
第二章 公司治理与内部控制	42
一、什么是内部控制	42
二、内部控制的原则	44
三、内部控制的发展过程	47
四、内部控制的核心内容	50
五、内部控制的主要目标	54
六、内部控制的途径和措施	60
七、公司治理与内部控制的关系	67
第三章 美国上市公司治理与萨班斯法案	71
一、萨班斯法案颁布之前的美国上市公司治理	71
二、安然事件与萨班斯法案	77
三、萨班斯法案的主要内容	85
四、萨班斯法案对美国上市公司的影响	91

第四章 萨班斯法案对我国公司治理和内部控制的影响	95
一、我国公司治理和内部控制的问题	95
二、我国上市公司治理的规范化和制度化	98
三、“中国的萨班斯法案”——《企业内部控制基本规范》	103
四、萨班斯法案对中国公司治理的影响	107
五、对中国公司治理的建议	112
附录 相关法律法规	116
中华人民共和国公司法	116
企业内部控制基本规范	155
上市公司治理准则	164
中国证券监督管理委员会关于提高上市公司质量的意见	176
上海证券交易所上市公司内部控制指引	182
深圳证券交易所上市公司内部控制指引	189
美国萨班斯法案	199

第一章 公司治理——公司健康发展的基石

从 20 世纪 90 年代开始,在全球就掀起了公司治理的浪潮。最开始在英国出现了若干用专家名字命名的治理准则,还成立了由伦敦证券交易所、英国工业协会等机构组成的非政府组织的专家委员会。这些治理准则对董事会运作、独立性、高管薪酬进行了规定,为公司治理奠定了比较好的基础。

2008 年以来的这场金融海啸席卷全球,理论界和实务界多从房地产泡沫破灭、美联储的低利率政策、金融创新过度、杠杆率过高等方面来解释这场危机的来由。而从公司治理层面分析,金融危机爆发更深层次的原因正是不够合理和健全的公司治理机制,尤其是作为本次危机始作俑者的华尔街投行的公司治理结构的缺陷。因此,在金融危机之后,公司治理的重要性更为人们所重视,公司治理被称为公司健康发展的基石。但是对一些企业家而言,公司治理似乎总是等同于公司管理人员如何“治理”公司员工,把公司治理简单地等同于公司的各种规章制度。这与公司治理的真正含义大相径庭。公司治理是一个具有悠久历史和发展过程的、内涵丰富复杂的概念。只有充分理解了公司治理的内在含义和来龙去脉,才能真正掌握公司治理的精髓,并成功经营好公司。

一、什么是公司治理

当今社会,人们听到“公司”一词,完全不会有任何惊讶或者疑惑。公司作为一种经济形式,已经深入到经济生活的各个方面。但是,公司并不是自古有之。从整个人类社会的场合来看,公司实际上只是经济发展过程中产生的新生儿。

公司是指全部资本由股东出资构成,以营利为目的而依法设立的一种企业组

织形式。公司具有民事权利能力和行为能力,股东以其出资额或所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。公司是社会化生产和市场经济发展的产物,是现代企业中重要的、典型的组织形式。当今,公司治理问题正成为政治学家、经济学家和法学家共同关注和研究的国际性课题。公司治理的优劣决定了公司的前途命运,也影响了公司股东、经营者、债权人等在内的利益相关人的利益。

之所以会出现公司治理,是因为公司具有所有权和经营权相分离的特征。最早的所有权和经营权分离理论由亚当·斯密在其著作《国富论》中提出:产权的权利束可以适度分离,但与这种分离相伴随的是信息不对称、激励不相容和责任不对等,体现的是各个权益相关者之间的委托—代理关系。为他人尽力的股份公司董事很难像私人合伙公司合伙人那样周到地监视公司钱财的用途,难免产生疏忽和浪费。亚当·斯密悲观地认为在两权分离的条件下,受托从事公司经营管理的董事是不可能像维护自身利益那样维护所有者利益的。

直到1932年,美国的Berle和Means所著的《现代公司和私有财产权》才对两权分离现象进行了系统的阐述。由于公司所有权广泛地分散,尤其是股份有限公司的所有权更是广泛地分散在诸多股东手中,有很多股东都是不稳定的。于是引发了公司控制权逐渐与其所有权相分离的局面,以致公司不再为其股东所控制,而是由管理层来掌控。紧随这一结论之后的进一步研究成果表明:在所有权与经营权分离下形成的股东与管理层之间的委托代理关系中,由于信息不对称以及代理人难以避免的自利特性等原因,很难保证以董事、经理等为代表的管理层始终围绕股东或公司利益最大化的目标来展开活动,甚至出现了不惜以牺牲股东与公司的利益而满足代理人私利的现象。代理成本问题由此发生。正是为了妥善解决好两权分离下的委托代理关系,尽可能地降低或减少不必要的代理成本,才需要建立更为有效的公司治理机制,尤其要科学构建合理的公司治理结构。

公司治理的目的就是协调股东和管理人员之间的代理关系,以及将由于不可避免的自利行为而产生的代理总成本降至最低。其焦点在于降低代理成本,使所有者和经营者的利益相一致。从经济学的角度来看,公司治理可视为公司赖以代表和服务于它的投资者利益的一种组织安排,它包括从公司董事会到执行人员激励计划的一切事项;具体包括如何配置和行使控制权,如何监督和评价董事会、经

理人员和职工,如何设计和实施激励机制。公司治理结构就是公司组织机构现代化、法治化问题。从法学的角度讲,公司治理结构是指为维护股东、公司债权人以及社会公共利益,保证公司正常有效地运营,由法律 and 公司章程规定的有关公司组织机构之间权力分配与制衡的制度体系。

经济合作与发展组织(OECD)在《公司治理原则》中对公司治理的定义是,一种据以对工商业公司进行管理和控制的体系,它明确规定公司的各个参与者的责任和权利分布,诸如董事会、经理层、股东和其他利害相关者;并且清楚地说明决策公司事务时所应遵循的规则和程序;同时它还提供一种结构,使之用以设置公司目标,也提供达到这些目标的监控运营的手段。

英国牛津大学管理学院院长柯林·梅耶(Myer)在他的“市场经济和过渡经济的企业治理机制”一文中,把公司治理定义为,公司赖以代表和服务于他的投资者的一种组织安排。它包括从公司董事会到执行经理人员激励计划的一切东西。……公司治理的需求随市场经济中现代股份有限公司所有权和控制权相分离而产生。

吴敬琏在《现代公司与企业改革》中指出,所谓公司治理结构,是指由所有者、董事会和高级执行人员及高级管理人员三者组成的一种组织结构;在这种结构中,所有者、董事会和高级执行人员三者之间成为制衡关系。通过这一结构,所有者将自己的资产交由公司董事会托管;董事会是公司的最高决策机构,拥有对高级经理人员的聘用、惩罚以及解雇权;高级经理人员受雇于董事会,组成在董事会领导下的执行机构,在董事会的授权范围内经营企业。

李维安认为,狭义的公司治理是指所有者对经营者的一种监督和制衡机制,即通过一种制度安排来合理地配置所有者和经营者之间的权利与义务关系。公司治理的目标是保证股东利益的最大化。广义的公司治理涉及广泛的利益关系者,包括股东、债权人、供应商、雇员、政府和社区等与公司有利害关系的集团。公司治理通过一套正式或非正式的、内部的或外部的机制来协调公司与所有利害相关者之间的利害关系。这种观点侧重强调企业所有权或企业所有者在公司治理中的主导作用。

林毅夫认为,公司治理是所有者对经营管理和绩效进行监督和控制的一整套制度安排。公司治理中最基本的成分是通过竞争的市场所实现的间接控制或外部

治理。这种观点强调了市场机制在公司治理中的决定性作用。

结合各方观点与实际情况,可以将公司治理视为一种与现代公司制企业制度相联系的解决股份公司内部各种代理问题的机制。它规定公司内部不同要素所有者的关系,即股东与委托人—董事会之间的关系、董事会与代理人—经营管理层之间的关系等;它解决所有者、经营者、监督者等不同利益主体之间的收益、决策、监督、激励和风险分配问题。

二、公司治理的起源——所有权和经营权相分离

(一) 公司的起源

公司治理的起源必须从公司的起源说起。公司的不断发展壮大,正是公司治理出现的根本原因。

公司的历史渊源,一般认为可以追溯到中世纪的欧洲。但是,实际上公司的起源可以追溯到更远的年代,大量史实表明,公司萌芽于古罗马。古罗马战争频发,战争以及维持辽阔疆域耗资巨大。某些大商人联合起来为政府解决部分财政问题,政府则允许他们组成一定的商人组织,承包某些过去由政府控制的贸易、工程,甚至收税职能。在罗马共和国时期和罗马帝国时期,出现了类似股份公司那样的组织。

最初出现的那种类似公司的团体在欧洲长达几百年的时期里并未得以延续,因为随着日耳曼人的入侵和罗马帝国的灭亡,商业衰落、城市废弃,破坏了公司赖以存在的基础。直至10世纪以后,贸易才同城市一道重现繁荣。中世纪初期,在城市和贸易发展的刺激下,公司这一组织形式重新萌生起来。城市发展了,城邦政府的军事开支和行政费用均需大量资金的支持。于是,商人们便以替政府筹款为条件取得成立公司的特许权来获取厚利。

近代公司存在于15世纪末到19世纪下半叶,也就是封建制度逐步解体、资本主义迅速发展的时期。15世纪末,随着新航线的开通和美洲大陆的发现,地中海沿岸国家的商业贸易空前繁荣,加速了封建制度的解体。英法等国先后爆发了资产阶级革命,资本主义生产关系逐步生长,各国相继进入资本的原始积累阶段。继资产阶级革命之后又进行了“产业革命”,机器大工业取代工场手工业,为资本主义

制度的确立提供了政治保障并为商品经济的发展奠定了物质基础。为适应商品经济发展的需要,公司这种企业组织形式迅速发展,并逐步走向成熟。

现代公司始于19世纪末,也就是资本主义由自由竞争到垄断的过渡时期。这一时期,有两个因素强烈刺激了欧美各国在公司规模和数量上的急剧发展。其一,科学技术新发现和新发明在工业上的广泛发展。更具划时代意义的是电磁学的研究使发电机、无线电、电灯、电话相继问世,并为工业电气化提供了可能。其二,新兴工业部门如电力、石油、汽车、化学等部门开始崛起,矿业、钢铁、运输等重工业部门日益居于统治地位。重工业的发展要求企业具有较大规模,个别资本一般难以胜任。在这种情况下,能够满足上述发展要求的就是利用和发展已经出现的股份公司组织。公司组织以其筹资和联合的优势,在资本集中和加速垄断形成过程中发挥着巨大的杠杆作用;与此同时,公司自身也获得了迅猛发展,公司的经营规模和资金规模都不断发展壮大。

(二) 从经济和法学角度看公司治理出现的起源

1. 从经济角度来观察

公司被视为一个物资资本所有者、人力资本所有者以及债权人等利益相关者的一系列契约的组合。传统的公司治理理论,实质上多是围绕股东至上、股东利益最大化的根本原则展开的。但是随着公司的发展壮大,有人提出要改变股东至上的观念,跳出传统分权制衡的公司治理主张,突破委托代理理论的局限,使得公司被放在更加广阔的视野下重新加以审视。公司作为一个多种利益关系的集结网,已不再是仅为股东所拥有的工具。随着工业的发展以及公司的不断成熟、复杂,人们开始发现很多新的问题,其中的基础性问题就是究竟谁是公司的利益相关者。无论对这一问题的回答是怎样的,任何将公司简单视为利益相关者集合体的主张都是与现实不符的。人们不禁发问:公司是否已不再为股东所拥有?由股东投资组建的公司是否必须容忍其他主体的参与、共决?既然股东依然是公司风险的最终承担者,那么股东是否理所当然应该享有最高或者最终的决策权力?如果硬要将公司作为各相关利益主体的集合体的话,那么股东无疑是其中最为重要而绝不可忽视的主体。但是要如何平衡公司股东和其他力量之间的关系,是个重大的难题;尤其是如何平衡公司股东和经营者之间的关系,更是公司治理核心。在这一背

景下,公司治理应运而生。因此,从经济角度来看,公司治理起源于所有权和经营权的分离。

2. 从法学角度来看

从法学角度来看,公司治理的真正起源是公司法人财产权的确立。在法律上,法人是与公民(自然人)相对的民事主体,是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和独立承担民事义务的组织。法人具有独立人格,意味着法律赋予了法人参加民事活动的资格。法人能以自己的意思进行民事活动,享有民事权利,并承担民事义务。公司法人作为法律拟制的人是独立的民事主体,股东(不论是自然人股东还是法人股东)也是独立的民事主体;民事主体之间在法律上是平等的。股东对公司要履行的只是出资义务,公司的债务与公司股东无关,公司法人以其全部资产对公司的债务承担责任。公司享有由股东投资形成的全部法人财产权,这是公司承担民事责任的物质基础。公司法人的民事权利能力按照公司法人登记的业务、经营范围享有;因此公司法人的民事权利能力在法律上具有差异性,因公司法人登记的业务、经营范围的不同而不同。而公司法人的民事行为能力(即公司法人以自己的意思进行民事活动,依法独立享有民事权利,独立承担民事义务的资格)的实现则以不会说话的公司法人能够做出意思表示为前提。

“法人”作为法律创造出来的虚拟的“人”怎么能够像自然人那样做出意思表示呢?由于公司股东与公司法人是分离的、不同的民事主体,公司法人财产权与股东权益也是分离的,公司股东本身并不能直接代表公司法人做出意思表示。所以,法律规定,公司法人的民事行为能力的实现是由公司法人的机关或公司法人的代表(法定代表人)实现的;公司法人的机关或公司法人的代表(法定代表人)执行职务的行为就是公司法人的行为,由公司法人承担该行为的法律后果。具体而言,就是由公司股东组成股东会,股东会作为公司的权力机构,作为桥梁把本已在法律意义上实现了分离的公司法人与公司股东联系在一起。然后,股东会会产生董事会(或执行董事长)、监事会(或监事),董事会(或执行董事长)聘任公司经理。按照公司章程(公司股东共同签订的民事协议)的规定或董事会的选举产生董事长,董事长(执行董事)依公司法的规定成为公司的法定代表人。由此,公司法人具有了意思表示能力。可以说,法律创造了公司法人,法律(公司法)让公司法人具备了做出意思表示的能力,从而使公司法人具备了生命。公司的产生,伴随着公司法人财产

权与股东权益的分离、公司法人与股东的分离,从而也产生了公司治理问题。公司治理问题是伴随着现代公司制的建立而产生的。

三、公司治理的三个发展历程

公司治理结构的历史发展大体上可以分为股东会中心主义、董事会中心主义以及后董事会中心主义三个阶段;这是经济结构和历史传统等因素共同作用的结果。在公司治理结构变迁的背后,是公司治理价值取向:公平与效率地位的变化。经过分析,笔者发现公司治理结构的价值取向是在公平与效率之间徘徊的;在不同的发展阶段,公平与效率的地位是不同的。社会发展和法律发展的历史预示着公平与效率之间的平衡将是公司治理制度的目标。

(一) 股东会中心主义

近现代公司法所构建的公司权力结构,是将某种宪政主义的形式加于公司之上的结果。在这种模式下,“股东本位”的思想强烈,政治民主的观念演变为“股份民主”、“股东民主”;公司章程被类推为国家宪法的地位而被尊奉为公司内部的宪章;将执政者应受选民监督的政治理念引申为公司的经营者应受股东大会监督的经济理念。公司立法则普遍注意规定公司中股东的权限,特别是体现股东意志的股东会的权力,而董事会成了股东大会决议的消极的、机械的执行者。这就是公司法学说上一般所称的股东大会中心主义。这种公司权力结构于十七八世纪形成雏形,19世纪发达国家在确立公司设立准则时,股东大会作为公司最高权力机关也被确定下来。依照股东大会中心主义学说的解释,两大法系都贯穿过股东大会中心主义的理念。大陆法系国家(如德国、日本)的近代公司立法,曾一度确认了股东大会是最高且万能的机关。传统英美公司法则在理念上,股东大会和董事会之间的权力分配完全由公司章程和章程细则规定,并依其变更而变更。在这种理念支配下,一直到20世纪初,英美的公司法和普通法均不承认董事会拥有独立于股东会的法定权力,董事会执行公司业务决策须完全依照章程授权和股东会的决议。

(二) 股东会权限的削弱与董事会权限的加强

到了19世纪末直至进入20世纪,由于公司规模扩大以及股东的高度分散,

公司治理在现实中偏离了股东大会中心主义的控权结构这一公司法的最初设计。对于股东而言,只要得到了满意的分配,就愿意把公司的各项事务交给董事会处理。因而,董事会在客观上存在侵蚀股东大会权限的现象。这一现象,被 Berle 和 Means 称为所有权和经营权相分离。为应对这种现实,各国的公司法开始了公司权力的重新构造。20 世纪初,德国银行家拉兹诺(Rathenau)提出了“企业自体”的理论,主张企业本身具有经济上、法律上及社会上的固有性及继续性价值,独立存在于股东之外,不因股东变更而变动,企业应被视为一个独立的法益来保护;就公司机关而言,公司的经营应从被天然自私的营利动机所驱使、不惜损害企业效率及社会职能之实现的股东之手,尽可能地移向独立于股东之外,并能自由和客观地衡量企业要求的经营机关。在这种理论的支配下,1937 年《德国股份法》率先废除了股东本位的法律结构,大大削减了股东会的权限,同时加强了董事会相对于股东会的独立性和经营权限。1965 年《德国股份法》进一步确认,股东大会只是对在法律和章程中所规定的特别事项做出决议,而关于业务经营中的问题,只有在董事会提出要求时,股东大会才能做出决定。在德国立法改革的影响下,大陆法系各国公司法纷纷效仿。

(三) 向董事会中心主义转变

普遍的观点认为,从当代世界各国的公司立法看,大都有限制股东大会权力、加强董事会权力的趋势,并认为股东大会中心主义转变为董事会中心主义是现代公司的发展趋势。不可否认,现代公司立法的确显示出逐渐削弱股东大会的功能,强化董事会(或者董事)功能的趋势。这里,关键是要解决认识上的两个重点:一是公司机关的分化不等于股东会丧失了最高权力机关的地位或“中心”的地位;二是经营者控制是一种现象而不是立法的本意。

公司机关的分化及其权限划分的法理,之所以成为公司治理结构的基本原则,是因为在一个现代的大公司里,所有权和权力绝不是非结合不可的。在理论上,公司为股东所创设,股东承担公司经营的风险和责任,因而享有管理公司事务的一切权力实属天经地义。但是,让一部运转不便的机器来承担日常管理工作,这显然是不现实的。可见,传统意义上的所有者直接管理企业的治理方式只能适用于古典企业;对于现代企业来说,高度专业化的经营要求与极度分散化的股东形成了一个

决策上的障碍。多数股东一方面缺乏经营管理的技能,另一方面又不太关心企业的经营,试图通过每年一次的股东年会来做出与公司有关的一切重大决定,显然不利于公司的生存和发展;如果由全体股东构成的股东大会执行公司的业务,那么,在其效率性、机动性和能力上都会出现很多问题。所以,公司的业务执行不得不委托给股东以外的专门的经营机关。这样,公司法面临的一个主要问题,就是为公司不同机关之间做出恰当的互相制约的制度安排,以利于公司的运营。正如马克思所作的经典分析,“与信用制度一起发展的股份企业,一般地说也有一种趋势,就是使这种管理劳动作为一种职能越来越同自有资本或借入资本的所有权相分离”,资本的所有权归“单纯的所有者,即单纯的货币资本家”,资本的使用权归“单纯的经理,即别人的资本的管理人”。^①

股份有限公司的机能是由它的各个机构来分担的,公司法对机关分化的目的是处理好股东大会与董事会的关系。虽然公司法明确划分了股东大会和董事会各自法定的固有权限,但在权力的划分时,公司法始终假设:股东大会是作为企业实际所有者的社员合议机关,是公司的最高、最终的决策机构。因此对于公司来说,由股东大会决定的法定事项是关系到公司的基础以及会影响到营业的根本变动的事项,关系到股东的重大利益的事项,关系到公司机构人员选任和解任的事项,以及公司高级职员报酬和任由董事会决定容易导致专横危险之类的大事项。一句话,关系到公司根本的事项的决定须通过股东大会进行。而董事会只是业务执行机构,所以在那里做出的决定均是关于公司的日常事务事项,即经营业务事项。值得注意的是,在股份有限公司机构分化、权限划分时,在股东大会和董事会固有权限之外出现了一个权力的空间。在这个空间中,股东大会和董事会分别拥有多大的权限,不是一个定量,而是一个变量,可变因素在于章程的规定,而章程属于股东大会决议的事项。因此,在这个变量中,完全由股东大会掌握主动权。为了达到平衡,在立法上的基本反应就是将这些可变的权限暂定为董事会的权限;但不具有专属的性质,股东大会可通过章程予以保留,从而剥夺董事会的这些权限。如日本、韩国公司法上的新股发行权就属于这种情况。

由此可见,立法上对公司权力的构造,其基本的立场并没有改变,仍然坚持了

^① 马克思:《资本论》(第3卷),人民出版社1975年版,第436页。

股东大会为最高权力机构的原则。与传统公司权力构造相比,股东大会所丧失的不是地位,而是机能,即其不再是万能的机构。事实上,也只有在机关分化时,才谈得上机关的最高性问题。如果股东大会对公司权力无所不揽,则根本不是最高机关,而是唯一机关。所以,股东大会作为最高性的机关,其“最高性”意味着出资者的意思决定机构以及成为主要事项的终究性效力的根据,并非意味着将其他机构的权限作为类概念而包括进去。

在公司所有与经营分离的过程中,出现了所谓的公司控制的情形。正是由于董事会取得了公司的经营管理权,而公司又往往被董事会所控制,因而就造成了一种假象,即公司权力从股东大会转移到了董事会。因此,在有些学者看来,这种经营者控制正是董事会中心主义的写照。事实上,经营者控制与董事会权限的强化没有直接的联系,更不能夸张为董事会中心主义的表现。所谓经营者控制公司,其本质是控制经营,而不是控制公司根本事项的决定。股东大会仍然掌握着决定公司命运的生杀大权,如章程修改、合并、营业转让、解散。更重要的是,董事的任免权仍然为股东大会牢牢掌握,这样从理论上来说,股东大会仍然控制着公司的经营。尽管在实践中由于股东的分散、消极参与公司治理等因素造成股东大会的空壳化(或称形骸化)倾向,但这不是公司立法本身的问题。公司法的结构、制度安排,仍然是以关怀股东权(权力、权利)为根本而设计的。从公司法渗透的实现和保护股东权的理念(如股东大会最高意思机关地位的维持、股东的表决权、查阅权、派生诉讼权等权利的赋予)即可看出,股东大会形骸化的原因不在立法,而在于股东自身,如“用脚投票”或干脆“搭便车”等消极行为。这是立法和实践之间存在的距离,当然,消除这种距离是公司立法面临的课题。

值得关注的是,20世纪80年代以来,随着机构投资者、法人股东的增多,股东参与公司治理的情况大为改观:股东不再是消极的转让股票以退出,而是真正用心去表决。近年来,机构投资者在公司治理方面已积极地参与,特别是对董事会的提案又开始投出了决定性的反对票。这从反面恰好说明了股东大会作为最高权力机构存在的价值。如果真的是董事会中心,股东大会被剥夺权力,从而丧失控制公司的功能的话,设想会有谁愿意投资创立公司为别人做嫁衣裳呢?公司法所确立的法则,不是股东而是董事服从公司的权力。正如有学者指出的那样,很少有人像现代公司董事那样乐于完全服从组织的权力而又意识不到自己的服从性质。

四、从西方到东方——公司治理的三种典型模式

作为一种人为设计的、有效率的制度安排,现代公司治理结构不仅是人们追求经济效益(经济技术演进)的必然结果,同时也是在特定的政治、历史环境中按不同方式演进和运作(实现制度创新)的,即现代公司治理结构是经济效益与制度适应的统一。公司治理机制的建立有着很强的路径依赖性。不同国家公司治理模式应该适应本国特定的制度环境。笔者向来反对简单的“拿来主义”,主张从西方发达国家的经验中吸收适合于中国国情的内容。下面就介绍世界范围内的三种典型公司治理模式。有意思的是,这三种典型模式恰好构成了东西方社会的不同公司治理模式。

(一) 英美模式

在英美模式中,公司内部的权力分配是通过公司的基本章程来限定公司不同机构的权利并规范它们之间的关系的。英美现代企业的治理结构虽然都基本遵循决策、执行、监督三权分立的框架,但在具体设置和权利分配上却存在差别。

1. 股东大会

从理论上讲,股东大会是公司的最高权力机构。但是,英美公司的股东非常分散,而且相当一部分股东是只有少量股份的股东,其实施治理权的成本很高。因此,不可能将股东大会作为公司的常设机构,或经常就公司发展的重大事宜召开股东代表大会,以便做出有关决策。在这种情况下,股东大会就将其决策权委托给一部分大股东或有权威的人来行使,这些人组成了董事会。股东大会与董事会之间的关系实际上是一种委托—代理的关系:股东们将公司日常决策的权利委托给了由董事组成的董事会,而董事会则向股东承诺使公司健康经营并获得满意的利润。

2. 董事会

董事会是股东大会的常设机构,董事会的职权是由股东大会授予的。关于董事会人数、职权和作用,各国公司法均有较为明确的规定,英美也不例外。除公司法的有关规定以外,各个公司也都在公司章程中对有关董事会的事宜进行说明。公司性质不同,董事会的构成也不同。在谈到公司治理问题时,常常要根据不同性质的公司进行分析。为了更好地完成其职权,董事会除了注意人员构成之外还