

重大法学文库  
恢复建院十周年纪念丛书

# 公司法的制度解析

GONGSIFA DE ZHIDU JIEXI

张舫◎著



重庆大学出版社

<http://www.cqup.com.cn>

重大法学文库  
恢复建院十周年纪念丛书

# 公司法的制度解析

GONGSIFA DE ZHIDU JIEXI

张舫◎著

重庆大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

公司法的制度解析/张舫著. —重庆:重庆大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-5624-6756-4

I. ①公… II. ①张… III. ①公司法—研究—中国  
IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 110448 号

**公司法的制度解析**

张 舫 著

策划编辑:雷少波

责任编辑:李定群 邓桂华 版式设计:雷少波  
责任校对:杨长英 责任印制:赵 晟

\*

重庆大学出版社出版发行

出版人:邓晓益

社址:重庆市沙坪坝区大学城西路 21 号

邮编:401331

电话:(023) 88617183 88617185(中小学)

传真:(023) 88617186 88617166

网址: <http://www.cqup.com.cn>

邮箱: [fxk@cqup.com.cn](mailto:fxk@cqup.com.cn) (营销中心)

全国新华书店经销

重庆升光电力印务有限公司印刷

\*

开本:787×1092 1/16 印张:15.25 字数:282 千

2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5624-6756-4 定价:30.00 元

---

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换  
版权所有,请勿擅自翻印和用本书  
制作各类出版物及配套用书,违者必究

重大法学文库  
恢复建院十周年纪念丛书

顾问:李昌麒 陈德敏

编委会主任:陈忠林

编委:陈忠林 徐建华 黄锡生 胡光志  
秦 鹏 程燎原 杨春平 曾文革  
陈伯礼 张 舫 宋宗宇 齐爱民

## 总 序

在八十余年办学历程中,重大人不能淡忘 2002 年 6 月 16 日。在这一天,重庆大学法学院经过两年艰辛筹备后恢复重生!自这一天,一经站立的她就迈开了坚实的步伐,缘由是如此充分:早在 1945 年重庆大学就成立了法学院;新中国成立后,1952 年全国院系调整中,法学院调出成为新建西南政法学院的骨干力量;改革开放后恢复高等法学教育不久,重大在 1983 年即开设了经济法课程;1995 年重大获准法学本科专业招生;1999 年申报新兴的环境资源法硕士点……

筚路蓝缕,玉汝于成。法学院师生严谨治学,直面挑战,坚韧奋斗,创造了不同凡响的“重大法学现象”,孕育形成了独具特色优势的学科领域与研究方向。2005 年法学院获批环境与资源保护法学博士授权点,并取得法学一级学科硕士点;2006 年“西部环境资源法制研究中心”核准为重庆市人文社科重点基地;2007 年获法律硕士专业学位授权;2008 年单独立项进入国家“211”工程;2009 年建成法学一级学科博士后流动站,法学本科专业成为重庆市高校特色专业;2010 年重庆大学法学学科成为“985”工程建设学科;2011 年建成法学一级学科博士学位授权点,法学一级学科被评定为重庆市重点学科。从教学科研的持续跋涉中一路走来,重大法学院正在踏实执著地积累并展现其学术研究的活力与创造力。

“等闲识得东风面,万紫千红总是春。”在法学院恢复设立十周年之际,我们谨向学界和社会有识之士呈上“重大法学文库”。它既是重庆大学法学研究的当前成果集萃,也是对恢复建院十周年院庆的厚重献礼。其中的著述,或为追踪民主法制实务的研判,或为参与国家立法起草的感悟,或为创新法学理论的辨析,或为对法制历史传统的厘清,皆是从法律实践的不同层面和法学理论的不同视角,为实施依法治国方略而求是探理、评析献策。文库是法学院师生呕心沥血、笔耕不辍的结晶,系统呈现了重大法律人思索拓新的积淀,昭示着重大法律人立志前行的期许,承载着重大法律人投身中国民主法制建设的信念。

我们心存感激。因为“重大法学文库”的编辑出版,离不开学界前辈的关心提携,受惠于学界同行的真诚相助,得到了重庆大学出版社的鼎力支持。感恩的同时

还望得到评判、指正和扶持。

我们寄予期盼。因为建设社会主义法治国家的伟大实践,正是砥砺催生法学新思想新理论的沃土和摇篮。“重大法学文库”提供了这一学术交流平台,给观念以碰撞,给思想以提炼,给治学以启迪,给价值以升华,期望能从中持续产生有益的理论创新和实践昭示。

愿“重大法学文库”与法学院成长同行,越走越好。

愿重大法律人为中国的法治昌明和社会进步,奉献更多。

陈德敏

2012年5月

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| <b>第一章 绪论</b> .....            | 1   |
| 第一节 企业组织的嬗变——所有与经营的分离 .....    | 1   |
| 第二节 所有与经营分离后的代理成本问题 .....      | 5   |
| 第三节 从特许主义到准则主义——现代公司法的出现 ..... | 9   |
| <b>第二章 公司的法律属性及构成要素</b> .....  | 22  |
| 第一节 作为法人的公司 .....              | 22  |
| 第二节 公司的构成要素 .....              | 32  |
| 第三节 公司的能力 .....                | 43  |
| <b>第三章 有限责任公司的设立</b> .....     | 54  |
| 第一节 有限责任公司的股东 .....            | 55  |
| 第二节 出资 .....                   | 61  |
| 第三节 有限责任公司设立程序与设立中的公司 .....    | 82  |
| <b>第四章 有限责任公司的股东</b> .....     | 91  |
| 第一节 有限责任公司股东权的取得 .....         | 91  |
| 第二节 有限责任公司股东的权利 .....          | 106 |
| <b>第五章 有限责任公司的组织机构</b> .....   | 124 |
| 第一节 股东会 .....                  | 125 |
| 第二节 董事会、监事会和经理 .....           | 133 |
| 第三节 一人公司的特殊规定 .....            | 141 |

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| <b>第六章 股份公司的公司治理结构及其问题 .....</b>  | <b>146</b> |
| 第一节 股份公司的治理模式与理论 .....            | 146        |
| 第二节 所有者控制治理模式存在的问题 .....          | 152        |
| <b>第七章 股权分散与公司治理——以美国为例 .....</b> | <b>170</b> |
| 第一节 股权分散对公司治理的影响 .....            | 170        |
| 第二节 机构投资者的作用与增强股东权 .....          | 178        |
| <b>第八章 德国和日本的金融机构控制 .....</b>     | <b>190</b> |
| 第一节 银行在公司治理中的作用 .....             | 190        |
| 第二节 两种股权结构的比较 .....               | 193        |
| <b>第九章 我国上市公司的治理 .....</b>        | <b>205</b> |
| 第一节 我国上市公司治理的基本制度 .....           | 205        |
| 第二节 股权结构带来的问题 .....               | 226        |
| <b>后 记 .....</b>                  | <b>232</b> |



# 第一章 绪 论

为什么要制定公司法？这不仅是初学者可能提出的问题，即使对于在公司法上道行很深的学者和律师，这个问题也时常会萦绕于心。

公司是人们共同投资形成的一个经营组织体。如果该组织体的内部、外部关系都可以用契约来解决，就不需要公司法，就像有些学者（尤其是经济学者）认为的那样，公司就是一组合同，公司法只是一个合同范本。但是，为什么所有有公司的国家都颁布了公司法？它真的就是一个合同范本？这些问题的背后是公司法的功能问题。本章通过企业财产关系的历史演变来说明公司法是如何出现的，它主要解决哪些问题。

## 第一节 企业组织的嬗变——所有与经营的分离

企业组织的发展史是一个所有与经营的分离过程。在个人经营和合伙经营中，所有和经营都是合一的，但这两种组织形式固有的弱点使其无法容纳众多的投资者。人数众多的投资者组成企业，必须将企业交给一部分人集中经营，才能克服合伙企业固有弱点的制约，公司便是在这种所有与经营的分离中产生的。

### 一、所有与经营合一的合伙组织

人类的最初交易是在个体之间进行的。交易人以个体为交易对象，以家庭财产为交易担保，交易在所有权的让渡和取得中完成，所有权是交易的基础。人们的经营行为通过所有权赋予的支配物的权利直接实现，也就是说，人们通过自己支配所有物实现了财产增值。

在交易规模、交易范围扩大后，当一个人的财产和抵御风险的能力不足以支撑交易时，人们选择了以契约联合更多的人共同经营的方式——合伙。合伙经营与

个体经营并没有本质的区别,只不过共同经营的财产由原来的个体所有转变为合伙人共同所有,对共有财产的处分由原来的一个人进行转变为各共有人按契约共同进行。个人家庭财产仍是交易的最终担保。

合伙存在一个致命的弱点,即这种经营方式容不得人数过多,如果人数太多,过巨的协商成本会使企业随时面临着分裂的风险。现代学者对合伙制这方面的局限作过精辟的论述:

(1)无限责任。合伙人对合伙组织的债务承担无限连带责任,这无疑会为各合伙人带来风险。如果企业规模小,人数少,这种风险是可以控制的。一方面,小规模企业产生的债务数额有限,一般不会超出合伙人个人对债务的承担能力,再加上合伙人对彼此的经济能力十分熟悉,各个合伙人承担债务的风险可以在合伙人共同承担责任的制度下降低;另一方面,合伙人都有对合伙企业事务的处理权,即对外都可代理企业处理事务,如果合伙人人数较少,因合伙人代理合伙事务而产生债务的风险就会被限定在一定的范围内,控制起来相对容易一些。如果企业规模巨大,合伙人人数众多,这种风险就难以控制。

(2)转让份额困难。转让份额意味着新的合伙人加入和旧的合伙人退出。由于各个合伙人的经济状况对其他合伙人承担债务的风险有重要影响,因此,合伙人转让合伙份额需经过全体合伙人一致同意。如果合伙人人数众多,则很难取得一致意见,合伙份额的转让面临巨大困难。

(3)管理困难。所有的合伙人都有管理企业的权利,可以代理企业处理事务,即使合伙人之间存在对处理企业事务的约定,也不能对抗第三人。这将使人数众多的合伙组织管理混乱,经营风险巨大。

(4)由于合伙企业的契约性,每一个合伙人的退出或死亡都会使合伙组织面临更新或解散的风险,如果合伙人人数众多,合伙企业将随时面临这种风险。

要发展大规模的企业,必须发明一种新的企业形式以克服这种弱点。新的组织形式一方面可以将多数人的资金聚合在一个企业以满足商业的资金需求,另一方面这种资金聚合又不会因人数过多而增加风险。这一探索经历了几个世纪。

## 二、所有与经营的初步分离——Commenda 和 Magna societas 的出现

欧洲中世纪后期,随着企业活动范围和规模的扩大,风险的增加,人们已经认识到合伙经营的上述弱点。出资人不断摸索新的企业经营模式,以规避风险,提高经营效率。先后出现了康枚达(commenda)、Magna societas、合股公司(joint-stock company)等企业形式。与合伙组织相比,这些企业组织形式具有两大特点:其一,企业成员由两部分人组成:一部分成员对企业经营过程中产生的债务

承担无限责任,另一部分人则以出资为限对企业债务承担责任。其二,承担有限责任的出资人不再亲自经营出资的财产,而是交由承担无限责任的出资人经营。用日本经济史学者大冢久雄的话说,资本家分成了“职能资本家”和“股份资本家”两部分。<sup>①</sup>

康枚达最初出现于中世纪末地中海沿岸,特别是意大利的一些城市的海上贸易。康枚达有委托的意思,这种商事组织的成员分为两部分:一部分为 *commendator*,是指将实物或资金交托他人经营的人;另一部分为 *tractator*,是指接受委托进行海外贸易的人。*commendator* 不能要求归还出资,但在经营有损失时,仅以出资为限承担责任,而 *tractator* 承担无限责任。“康枚达和海上合伙所具有的极大好处就是合伙人的责任被限制于他们最初投资的数额。在这方面它很像近代的股份公司。而且投资者可以通过把他们的钱分散在几个不同的康枚达而不是完全投入一个康枚达中以减少风险。”<sup>②</sup>

在康枚达中,*commendator* 的出资还没有完全被企业吸收,有的 *commendator* 也参与一些企业经营工作,对出资还有一定的控制权。但是,在后来出现的 *societas maris*(*commenda* 的一种变种)中,一部分出资人已彻底脱离了对自己出资的控制。在 *societas maris* 中,*commendator* 和 *tractator* 的出资共同构成企业的财产,但对这些财产的经营则完全交由 *tractator* 来进行,*commendator* 则完全处于被动、无职能状态。“由于上述那种 *societas maris* 的发达,面向职能资本家的出资,既无职能而担负有限责任的份额资本家逐渐确立起来。……这种情况导致了一种资本集中及其产物,即公司企业的出现。”<sup>③</sup>这种企业组织后来发展为有限合伙。

*magna societas* 是从陆上贸易的合伙组织发展而来的一种商业组织,在其出现之前,欧洲大陆的商业组织较常见的为 *societas*——一种商人合伙。由于 *societas* 的组织成员都有对企业财产的经营权,如果人数大量增加,相互排斥的支配欲随时孕育着组织分裂的危险。*magna societas* 在合伙组织的基础上借鉴康枚达制度,解决了这一问题。在 *magna societas* 中,经营者吸收了那些没有支配欲望的投资者,使其成为匿名出资人,匿名出资人不从事企业经营,但以出资额为限承担责任,从而避免了因出资人增加而导致企业经营决策困难。那些从事经营而承担无限责任

① 日本学者大冢久雄将投资人分为两大类。一类为职能资本家,即不仅出资,还因出资而亲自掌握企业职能的人。职能资本家有两大特点:其一,在职能资本家中,“拥有企业”与“经营企业”是合为一体的;其二,在发生损失的情况下,职能资本家要承担无限责任。另一类为非职能资本家,非职能资本家是指丧失了能动企业职能的投资人。他们只对企业出资,然后根据出资占有一部分利润,但不亲自经营企业。

② 哈罗德·J. 伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方,等,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:430.

③ 大冢久雄. 股份公司发展史论[M]. 胡企林,等,译. 北京:中国人民大学出版社,2002:94-95.

的合伙人,逐渐成为职能资本家;而那些匿名的出资人则放弃了对投入企业财产的支配,成为只接受资本利润分配的投资者。这种企业组织后来发展为隐名合伙。

从上述企业的发展历程中我们可以看到以下特点:

(1)出资人逐渐从职能资本家过渡到股份资本家。从合伙制发展到公司制的过程实际上是一个从出资人自己经营出资到委托他人经营出资的发展过程。在这个过程中,一部分出资人逐渐脱离了对自己出资的控制。

(2)出资人承担有限责任还是无限责任,与出资人是否亲自经营出资存在着密切的关系。在出资人将出资委托给他人经营,脱离了对自己出资的直接“监护”时,以出资为限承担责任的“有限责任”也会相伴而生。

(3)出资人与出资财产的分离和有限责任,淡化了出资人个人财产与企业财产的关系,出资人的个人信用不再是企业信用的基础,这为出资人自由转让出资份额提供了基础。

(4)企业经营权与无限责任曾密切联系在一起,经营企业之人必然承担无限责任在早期似乎是一个约定俗成的原则。承担无限责任为出资人享有企业经营权提供了合理性,而享有企业经营权也必然导致承担无限责任。

### 三、所有与经营的彻底分离——股份公司的出现

职能资本家与股份资本家的结合虽然解决了职能资本家的协商成本问题和股份资本家的风险问题,但随着企业规模的扩大,股份资本家的出资在企业中所占比例会越来越大,大企业经营产生的巨额债务、风险只由少部分职能资本家承担,当这种风险超出了职能资本家的“资力”时,对他们来说也是难以承受的。

于是,股份公司在职能资本家寻求有限责任的过程中最后完成。

1602年,荷兰联邦会议赋予荷兰东印度公司所有股东有限责任;1662年,英王查理二世颁布条例,规定英国东印度公司、非洲公司及其他 joint-stock company 实行全部成员的有限责任。荷兰和英国的东印度公司被大部分学者看做是最早的股份公司。

荷兰的东印度公司是荷兰的商业资本家阿姆斯特丹集团、泽兰集团和鹿特丹集团为争夺东印度贸易达成妥协的产物。1601年3月20日,这三个为争夺东印度贸易权打得不可开交的贸易集团,合并成立统一的东印度公司。

在合并成立东印度公司之前,三大集团也成立了一些商业公司,但这些公司并没有脱离“先驱公司”的形态。公司成员仍然由职能资本家和股份资本家组成,三大集团实力雄厚的资本家是东印度公司的主要出资人,围绕着大的资本家又形成了多数人组成的出资者群体,这些人将资金交给这些大的资本家,然后由这些大的

资本家再向公司出资。大的资本家组成具有合伙人总会性质的董事集团支配着企业的经营,“董事集团将企业看作基本上只属于他们自己的合作企业,以商业资本的方式对‘企业支配’进行垄断,并拒绝其他‘出资者群体’的积极参与。”<sup>①</sup>与经营权相对应的当然是对企业亏损承担的无限责任,而其他出资者群体则只以出资为限承担企业亏损。企业的存在也只具有暂时性,每一次贸易完成后,都要进行决算。但是在统一的东印度公司成立之后,情况却改变了。

一方面,特许状第42条赋予了所有成员有限责任,出资人两大阵营在责任方式上的界线消失了。“出资人群体”不再通过大资本家间接出资,而是堂而皇之地被记载在公司成员名单之上,成为名副其实的公司成员。公司则从不断更新的特许授权书中获得了永久性。

另一方面,私人的无限责任不再是企业信用和支配权的支柱,企业的支配权向一小部分人——董事会或监事会——集中,出资者只要谋取董事会中的职位,即可取得企业的支配权。在企业规模不断扩大的情况下,对企业财产的支配逐渐脱离了出资人的控制,在全体出资人都以出资为限承担责任后,企业相对于出资人的独立性越来越强。“如果 *magna societas* 达到了如此的规模,‘企业本身’由此超出了形成其核心的 *societas* 成员(掌握企业职能者)的私人的个性,而带有了客观性的、公共性的色彩,那么,在 *magna societas* 形式之中就发生了重要的质的变化。即,所谓‘公司机构’分化、产生,核心性的 *societas* 开始显示出机构的样子,这样,‘企业职能’就呈现出脱离 *societas* 成员的私人的个人性(*Personlichkeit*),在公司机构中固定的、客观化的倾向。”<sup>②</sup>

## 第二节 所有与经营分离后的代理成本问题

当财产脱离所有人交给他人经营时,代理成本问题就会出现。亚当·斯密对这一问题曾有过一段著名的表述:“在钱财的处理上,股份公司的董事为他人尽力,而私人合伙公司的伙员则纯是为自己打算。所以,要想股份公司的董事们监视钱财用途,像私人合伙公司的伙员那样用意周到,那是很难做到的。……这样,疏忽和浪费,常为股份公司业务经营上多少难免的弊窦。”<sup>③</sup>如果没有一种机制解决这

① 大冢久雄. 股份公司发展史论[M]. 胡企林,等,译. 北京:中国人民大学出版社,2002:304.

② 大冢久雄. 股份公司发展史论[M]. 胡企林,等,译. 北京:中国人民大学出版社,2002:109.

③ 亚当·斯密. 国家财富的性质和原因的研究:下卷[M]. 郭大力,等,译. 北京:商务印书馆,1974:303.

一问题,代理人就会肆无忌惮地挥霍委托人的财产,满足自己的私欲,极高的代理成本会使企业无法生存下去。

## 一、“先驱公司”代理成本问题的解决

早期的公司被大冢久雄称为“先驱公司”。康枚达、societas maris 和 Magna societas这些先驱公司至少有两种机制减少代理成本。

### (一) 经营者的无限责任

经营者承担无限责任对其滥用经营权起到一种制约的作用,如果经营失败,经营者可能因无限责任而赔上全部家当,因此,即使没有出资人的监督,经营者也不会冒着承担巨额债务的风险而走得过远。更何况这些人的投资占企业资本的大部分,如果出现亏损,受到损失的首先是这些职能资本家。

### (二) 企业组织的临时性

“先驱公司”具有临时性。早期投资人的联合往往是为了某一次航海贸易,在该次航海贸易结束后,都要进行决算,决算后,出资者将分取利润、收回出资。这种临时性,一方面,投资者可以及时收回出资,在某种程度上降低了出资者的风险;另一方面,也对经营者起到某种制约的作用。清算后,经营者经营效率的高低清晰可见,如果经营者不负责任造成亏损,信誉的丧失将使其在下一次贸易中难以筹集到所需资金,出资者和经营者这种“重复博弈”关系,使经营者一般不会选择背叛。

但是,当这些商事组织发展到股份公司阶段,情况就完全不同了。尽管经营者仍然是那些主要的出资人,但无限责任转变为有限责任,承担债务风险的制约没有了。股份公司也不再是临时组织,永久存在的股份公司使经营者不再有向出资者定期返还出资、分配利润的压力。在这种情况下,缺乏监督机制的股份公司必然成为一个经营者专制统治的世界,这意味着公司的末日即将来临。荷兰东印度公司就出现了这种情况。

## 二、代理成本问题的解决是股份公司存亡的关键

### (一) 荷兰东印度公司——一个失败的例子

虽然没有了无限责任和定期决算的压力,荷兰东印度公司董事会成员的选任并没有实质的变化,三大集团的大商业资本家仍然操控着董事会成员的选任,牢牢地掌握着东印度公司的经营大权。失去约束的董事们开始肆无忌惮地利用

职权谋取私利。首先,董事集团将海外贸易必需品买卖垄断在自己手中,高价出售给东印度公司;在销售返航货物时又将这些货物以不合理的低价购进再高价卖出。其次,通过对装备船只的费用、装船货物和返航时运载的货物抽取1%的方式,获得不正当的报酬。最后,利用会计制度的缺失和暗箱操作操纵公司的分红。一般出资者的权利没有任何保障。

这种状态必然会导致荷兰东印度公司走向死亡。在东印度公司后期,董事们对公司的掠夺使其他出资人彻底失望,由此导致公司股权融资困难,使公司只有靠发行公司债的方式来筹集资金,债台高筑的公司不可能有好的经营业绩,1736年以后,荷兰的东印度公司已没有利润,处于连续亏损状态,1795年,曾经辉煌一时的荷兰东印度公司终于解散。<sup>①</sup>

荷兰东印度公司的衰亡说明:必须有一种机制来减少代理成本,否则,所有与控制分离的企业必然走向死亡。

荷兰东印度公司的生命历程给予我们以下启示:

(1)大规模的商事企业出现必然导致出资人与企业经营者身份的分离。众多的出资人不可能像合伙企业那样人人都享有参与企业事务的权利。因此,一部分出资人必须出让对出资的经营权,与自己的出资完全分离。

(2)最初的经营者是出资人中的一部分,这些人曾长期从事商业活动,谙熟经营技巧,其个人出资也在企业中占有的较大份额。

(3)与出资人分为经营者(职能资本家)和非经营者(非职能资本家)相伴随,对企业损失承担责任的形式也发生了变化,非职能资本家只以出资为限承担企业经营损失,以化解交出出资支配权而面临的风险;职能资本家则要对企业的损失承担无限责任,以制约其滥用经营权。此时股份资本家没有对职能资本的控制权,也不需要对其职能资本家的控制权。

(4)在职能资本家也获得了有限责任资格时,无限责任对其的制约不存在了。职能资本家滥用经营权的情况必然发生,也必然导致股份公司的灭亡。

(5)政治体制对资本民主有重要影响。荷兰东印度公司的历史表明,如果政治体制是专制体制,国家政权可以随意干预经济生活,资本民主就难以实现。当职能资本家对企业的专制遭遇到股份资本家的反抗时,寻求执政集团的支持来打压股份资本家是一个最可行的办法。当一项商事活动有利可图时,不但商人有垄断牟利的欲望,掌控国家政权的集团也同样有这种欲望。共同的利益使两者勾结在一起,股份资本家的利益就不可能得到保护。在股份资本家的抗争无济于事,这

---

<sup>①</sup> 关于荷兰东印度公司的情况,参见:大家久雄. 股份公司发展史论[M]. 胡企林,等,译. 北京:中国人民大学出版社,2002:349-350.

些人的退出使资本市场的沃土逐渐贫瘠,股份公司存在的基础也就没有了。

在所有的出资人都承担有限责任之时,必须有一种有效的制约机制降低代理成本,才能使公司发展下去。那么这种制约机制是什么呢?

## (二)英国东印度公司对公司治理机制的探索<sup>①</sup>

英国的东印度公司是为了对抗荷兰东印度公司对东亚的贸易垄断成立的。1599年,英国商人在伦敦集会,决定成立一个与荷兰东印度公司相同的贸易公司——英国东印度公司,与会商人举行了第一届“总会(general assembly)”,并选出“董事团(committee of directors)”,负责向女王申请设立东印度公司的特许状,并准备第一次贸易航行。1600年,东印度公司获得了女王颁发的特许状,东印度公司正式成立。

英国东印度公司建立之初就弥漫着民主气息。在女王的特许状中,由所有成员组成的会员总会,被规定为决策机关,公司的执行机关——总裁团,则由总会每年以超过半数当选的方式选出。

但是真正现代意义上的会员大会在东印度公司早期并没有建立起来。在很长一段时间里,这种会员大会并不是全体出资人大会。首先,在早期的东印度公司中,出资人分为主出资人和匿名出资人两种,匿名出资人是通过主出资人向公司间接出资的。这些人隐匿了自己的身份,当然也就不会在会员大会上有一席之地。其次,即使后来全体出资人都以自己的名义出资,也不是所有的出资人在会员大会上都有表决权,如1650年1月31日英国议会作出将东印度公司与考坦公司合并的决议,在该决议中规定,只有出资500英镑以上的出资人才能享有总会的投票权。因此,在早期英国的东印度公司,公司的决策大权仍掌握在大投资人手中,整个总裁团的面孔每年很少变化,中小投资人几乎没有发言权。

早期的英国东印度公司尚处于一种“先驱公司”的形态。公司的出资人分为职能资本家和股份资本家。职能资本家作为主出资人,掌控着董事会的席位,负责公司的经营,相应地对企业的债务承担无限责任;而股份资本家——匿名出资人对企业决策没有发言权,当然也只以出资为限承担企业的经营损失。<sup>②</sup>公司的最初经营也是以一种临时组合的形式进行,每一次航海贸易结束后,公司都要进行清算,

---

<sup>①</sup> 关于英国东印度公司的情况,参见:大家久雄. 股份公司发展史论[M]. 胡企林,等,译. 北京:中国人民大学出版社,2002:第4部分。

<sup>②</sup> 英国东印度公司出资人承担责任的形势比较特殊,即它是以一种“追征”(追加征收)的形式表现出来。在企业资本不足以支撑经营或偿还债务时,董事会要向出资人追征额外的资金。由于这种追征不具有强制性,对于匿名投资者来说,追征很难实现,因此,对债务的承担最终还是要落在董事团成员和主出资人身上。



退还出资,并根据贸易情况发放利润。

但是,这种总裁专制状态并没有持续很久,代表工业资本家和自耕农利益的清教徒革命以后,大商业资本家在东印度公司的独裁开始受到制约,出资人总会的表决不再是以前的“举手通过”,而是通过匿名表决的形式,所选举的董事会成员也开始发生变化。1657年,执政的克伦威尔向东印度公司颁发了特许状,在东印度公司根据特许状发布的《创立宗旨书》中明确表示,东印度公司是广泛地向一般国民募集出资的永久性公司制企业。出资人总会由全体出资人组成,总裁团由出资人总会选举产生,现代意义上的公司民主体制正式形成。

由于克伦威尔的改组并没有涉及出资人的责任问题,因此,从理论上说,此时的出资人仍对公司亏损承担无限责任,现代股份公司制度的建构并没有彻底完成。1660年,英国王政复辟,上台的查尔斯二世撤销了克伦威尔的特许状,取而代之的是1661年重发的东印度公司特许状,该特许状并没有颠覆公司民主制度,反而对此进行了补充。1662年,查尔斯二世颁布了《破产者布告条例》(*AN ACT declaratory concerning Bankrupts*),其中规定,股份公司的出资人不再承担与公司总负债额有关的无限责任。有限责任的确立,标志着英国现代公司制度的产生。

### 第三节 从特许主义到准则主义——现代公司法的出现

#### 一、特许制度下的企业法人

从制度层面上,合伙组织的出现,并没有给所有权制度带来冲击。合伙组织被看做合伙契约的产物,合伙财产被看做合伙人共同所有的财产,合伙人根据合伙契约分享所有权,对这些财产进行支配,合伙人对合伙经营的亲历亲为完全可以被看做合伙人行使所有权的結果,因此,合伙人对经营中产生的债务承担无限责任也是顺理成章的。在对内对外关系的处理上,所有权制度和契约制度已提供了足够的法律工具。

在出现承担有限责任的出资人时,这些出资人脱离了对出资的控制,用财产共有的所有权制度显然难以解释也难以处理出资人与经营人之间的关系。最初,人们尝试用委托契约关系来解决这一问题,但人们很快就发现,委托契约关系无法解决所有的问题。其一,委托契约无法解释出资人、经营人与企业财产的关系。出资人不能请求收回已出资的财产,显然这已不是借贷关系,也不符合委托关系的性