

公司共同治理机制研究

刘畅

(西南政法大学,重庆 400030)

摘要:构建规范的公司治理结构一直是法学界和经济学界讨论的热点。而公司法人治理结构理论的每一次飞跃都是和先进的经济学理论紧密相连的。因此,自20世纪中期以来,随着公司理念的不断更新,公司法人治理结构也出现了新的调整,建立在公司契约论和公司能力论之上的劳动力与资本共同治理公司的理论已为世人所广泛接受。本文试图剖析“共同治理”论,并在此基础上对完善我国国有大中型企业的治理结构提出建议。

关键词:公司法人;治理结构;共同治理;机制

中图分类号:D922.291.91

文献标识码:B

文章编号:1008-5831(2003)06-0106-03

一、公司法人治理结构的传统构架及其面临的挑战

公司法人治理结构是随着公司制企业的出现而形成的,其理论上的深入与发展也是以相应的公司理论为基础的。法人治理结构(Corporate Governance),意指法人或公司企业的“统治”和管理。因为传统的公司理论将公司定义为一个由物质资本所有者或股东组成的联合体,所以其公司治理结构理论也是以“股东本位”为指导的,并在此基础上形成了股东会、董事会、以及监事会三位一体的权力结构,试图通过三者之间权责的划分,形成权力的制衡,以实现物质资本所有者对公司的最终控制。

(一)公司法人治理的主体及其权责划分

传统的公司法人治理结构,是以股东本位为核心建立起来的“三权分立”结构。公司的决策权、管理权和监督权分别由股东会、董事会、监事会执掌,此三机构为公司治理的主体。股东会 股东会是公司的最高权力机构,其由全体股东组成,是全体股东聚集在一起决定公司的投资计划、经营方针、选举董事与监事的非常设机关,是公司及其机构产生的源泉。董事会 董事会是公司的执行与代表机关,是公司治理的核心机构,是由股东大会选举产生的,由全体董事所组成的行使公司经营管理权的业务执行机关。公司的重大事项决策权及业务管理权由董事会行使。监事会 监事会具有监督公司业务执行状况及检查公司财务的权力。由于“权力趋于腐败,绝对的权力便绝对的腐败”,所以为了避免作为所有者代表的董事会成员将自身利益置于公司利益之上而损害公司、股东及相关人等的利益,就由股东大会选举产生监事会,行使监督权。上述三个权力机构分权制衡,各司其职,相互制约,以期能够高效、平稳的维持公司运行。

(二)传统法人治理结构的面临挑战

随着经济的发展,社会的进步,“民主”、“人权”的思想观念逐渐融入法律。传统公司理论中的股东本位理论已经受到了

挑战,以此为基础构架起来的整个公司法人治理结构也受到了巨大的冲击。

1. 股东的统治地位受到挑战

传统的公司理论认为公司是由物质资本所有者组成的联合体,是他们赚钱的工具。所以,在传统的公司治理理论中,股东被认为是公司的唯一所有者,是公司一切权利的源泉,是公司的最高统治者。这也是传统公司理论的核心之所在。这一切,源于当时人们对资本的崇拜。在资本原始积累时期,在资本主义发展还不完善的情况下,公司的建立与发展是与资本密不可分的,“资本是第一生产力”。这种理论鼓励了投资,有力地促进了资本的聚集和生产力的发展。

然而,随着经济发展和社会进步,随着科学技术的迅猛发展,作为生产力要素之一的劳动力在经济发展中的作用日益凸现,“科学技术成为第一生产力”,劳动力及其创造性劳动成为公司利润的最主要来源。在这种情况下,劳动力及其所有者就必然要求加入公司治理者的行列,成为公司的主人。股东的地位受到了来自劳动者的冲击。

2. 董事会的职责及构成面临新的调整

传统理论中董事会的职责可以归为两个方面:一是监督职责,即董事会充当股东的监督人,并代表股东对经营者的行为进行监督;二是受托职责,即董事会充当股东财产的受托人,并对股东负有“照管责任”、“忠诚责任”和“应有的注意”。但是,随着股东主权地位的衰落,学者倾向于要求董事会对更加广泛的利益主体承担责任,各国立法机关在立法中也逐渐接受了这一观点,以此为基础的立法不断涌现。而在传统公司法理论中,由于董事会普遍采用单层制,并且其成员只能由股东选举产生,如果要求由股东会选举出的董事会对股东以外的其他利害关系人负责,显然有悖于“股民”选举董事的初衷。在这种情况下,传统的董事会职责及构成理论受到了巨大挑战。如何改革董事会的产生机制及构成,以确保董事会

收稿日期:2003-07-20

作者简介:刘畅(1977-),女,福建福州人,西南政法大学教师,主要从事法学研究。

的“中立性”,使其能更好的服务于股东和广大利益相关者,成为公司立法的一个新课题。

二、公司共同治理的理论基础及其正当性

公司共同治理是以公司定义的“利益相关者”理论为基础的。这种理论认为,公司作为一种有效率的组织,是各种生产要素的所有者为了各自的目的联合起来而达成的一种具有法人资格和地位,并且叫做“公司”的契约关系网络。尽管这种理论对公司成员的具体范围在认识上存在分歧,但对于“公司不仅仅是一个由物质资本所有者组成的联合体,更重要的是它在本质上是物质资本所有者、人力资本所有者等利害关系人之间的契约关系充当连接点”这一认识是一致的。在这一理论背景下,公司法人治理结构被定义为股东、债权人、职工等利害关系人之间有关公司经营与权利的配置机制,从而形成了利益相关人对公司的共同治理。学者们为了证明公司共同治理的正当性,提出了许多学说,其中有代表性的观点有以下几种。

经济民主理论 在现代政治生活中,民主已深入人心,并且在很大程度上得以实现。而在经济生活中,特别是在公司治理结构中,股东主权所体现的只是一种“资本民主”,即只有那些拥有资本的人才有权来选择公司的领导,以体现自己对公司的权利;而在公司从事财富创造的雇员,一方面在社会生活中享有广泛的政治权利,其中包括选举权和被选举权,而在公司里面这些当然的权利被剥夺,并被排除在公司法人结构之外。以股东主权为理论支柱的公司法人治理模式,即不利于缓和劳资冲突和提高雇员的劳动积极性,又损害了公司的组织效率,增加了公司的管理成本,并且与现代社会中的民主理论格格不入。经济民主论认为:民主的公司体制是一种管理人的机构,而不是管理财产的工具。在这个结构内,管理者被选举出来,作为被管理者的代表实施管理工作。在公司里面,经理是管理者,有权选举自己“领导”的被领导者,即那些接受公司经理命令的人,受经理管理的人。而股东不是受经理管理的人,所以,公司的从业人员,即被管理者,才是公司的最高权利的拥有者。

人力资源所有权理论 如果说股东本位是“资本基本主义”的特定历史产物的话,那么,自20世纪以来,在国家政治经济生活中,物质资本的相对价值和重要性正在稳定下降。知识、技术等“精神力量”在各个方面的力量却呈现上升趋势。随着经济增长对知识资本的依赖,以物质资本为基础的规模生产也随之转向了以知识为基础的设计与创新。这样,物质资本所有者以所有权形式对公司的投入虽然是公司获取利润的一个因素,但已不再是关键因素;公司通过知识的积累过程获取新知识,并将该知识运用到公司中去,成为公司发展的主导力量。由于人的“经济价值”的提高以及劳动与物质资本的“经济地位”的变迁,这必然要求扩大雇员在公司中的法定权利,让他们参与公司的治理。

资产专用性理论 资产专用性是指一种资源被投资于某领域,就不得再作他用而不减少其价值。将这一理论运用于对公司的分析,则可表达为:无论人力资本所有者还是物质资本所有者,一旦将他们所拥有的资源中的部分产权让渡给公司,那么这些资产将因“投资”而形成一种专用性资产,它的使用价值趋向单一,而缺乏向其他用途转移的可能性;即使挪做

它用,也将受损失。因此,就组成公司的资源而言,一旦出现了专用性人力资本和专用性物质资本,他们被锁在一起,谁也离不开谁。公司专用性资产的形成,既避免了资源的所有者寻找另外一个团队的未来成本,也意味着任何一方的随意退出或机会主义行为均可使对方受到损失。这必然要求人力资本所有者和物质资本所有者一起来治理公司。

共同所有权论 该理论的立论基础在于西方著名学者科思提出的“企业契约理论”,其认为公司的构造与一般的民事契约有异曲同工之妙,公司本身就是一个特殊的契约组织,是人力资本所有者与非人力资本所有者进行产权交易的一种形式。在公司成立之前,物质资本所有者与人力资本所有者都对自己的生产要素(资本和劳动力)有完全的产权即所有权。但是,一旦人力资本所有者和物质资本所有者一起组成公司,他们就必须让渡一部分产权,这些让渡出的产权是公司独立财产权存在的基础,公司在此基础上享有独立的产权,独立于物质资本所有者,独立于人力资本所有者。因而,就公司内部而言,人力资本与物质资本是同等重要的。由于人力资本所有者和物质资本所有者都对公司的财产权作出了贡献,并且公司财富的创造源于这些“特型物质资本”和“特型人力资本”的联合运用,故公司权利应在人力资本所有者和物质资本所有者之间分配。

三、国外共同治理机制模式

公司制企业本身起源于西方,经过数百年的经营,西方各发达资本主义国家已形成了各具特色的共同治理模式。

(一)德国模式

德国是老牌资本主义国家,其法律以严密的逻辑性著称于世。正如所有的工业化国家一样,德国早期的公司立法也认为公司是由股东组成的联合体,公司的经营管理应置于公司的股份所有者手中。但是,自二战以来,德国新的公司理念更倾向于将公司定义为劳动与资本之间的一种伙伴关系。由此,便产生了一种新的公司治理结构——资本与劳力的共同治理。这种共同治理主要表现为公司治理的双层委员会制。

所谓“双层委员会”是指“监事会”和“董事会”。现行德国法律要求有关公司依法建立一个由监事会与管理董事会(Management Board)组成的二元董事会结构,在这种结构中,监事会为公司的最高权利机关,其成员分别由职工委员会和股东大会推选出的代表对等组成,监事会除了选举管理董事外,还应以公司整体利益,而非个人或某一集团利益为标准,对管理董事会及其成员的行为进行监控。管理董事会则在监事会的监督下,对公司进行经营,此即“双层委员会制”的治理机制。

不难看出,此种治理机制的最大特色在于监事会而非股东会会是公司的最高权利机构,这是对传统公司治理理论最重大的突破。监事会是由职工大会和股东大会各自选举出的代表共同组成的,并且其代表的数量相等。将劳动者的意志体现到公司的决策中去,这就在最大程度上实现了职工对公司治理的参与,实现了劳动力与资本的共同决策。其次,在双层委员会制中,作为公司日常经营机构的管理董事会是由监事会而非股东会选举产生的,这就使劳动者的意志得以切实贯彻到公司的日常经营管理中,实现劳动力与资本对公司的共同管理。最后,由职工代表和股东代表组成的技术同时行使公司的最高监督权,公司的所有机构都受其监督,在其监督

下开展活动,这就又实现了劳动力与资本对公司活动的共同监督。

总之,双层委员会制以职工代表与股东代表共同组成的监事会为基础,实现了劳动力与资本对公司的共同决策、共同管理、共同监督,将共同治理的理论光辉发挥到了极致。

(二)日本模式

作为一衣带水的邻国,日本文化长期受我国“儒学”及中华文化的浸润,形成了一套高度重视人力资源的“人本主义”的思想传统。与此同时,自“明治维新”以来,日本不断向西方学习,西方法学理念在日本生根发芽。东西文化在日本融合形成了一套有日本特色的公司治理理论。其特点在于:(1)经营者主治。日本公司中的所有权与控制权分离明显,特别是其普遍的公司法人之间的相互持股,致使各法人股东对其持股企业的经营状况不甚关心,这样,就削弱了股东对公司经营者的控制与监督,使公司的经营者有更大的经营自主权。(2)从业者主权。日本公司治理理论是建构在人本主义理论基础之上的,因此,日本学界更倾向在此基础上理解公司归属,遵循“从业者主权原则”。所谓“从业者主权”原则是指公司归长期固定在那里工作的从业者“所有”,从业者不仅对公司的最基本问题有决策权,而且也对公司所获得的经济利益有优先分配权。

经营者主治与从业者主权原则为劳动力参与公司治理提供了理论基石,确立了公司共同治理的正当性,使广大劳动者能积极参与到公司治理的进程中来。其在实践中主要体现在:“双向控制”和“相机治理”。

所谓双向控制是指股东与从业员作为公司治理的主体共同行使控制公司的权利。公司为追求二者利益最大化而服务。“双向控制”首先体现为从业集团对公司的控制。从业集团对公司的控制主要源于日本文化这一非正式规则。受传统儒家文化的影响,日文化中强调“家”、“国”,强调“长幼有序”,强调决策一致,强调集体主义和团队精神。由此形成了一种重视长期利益的公司治理文化,形成了从业者对公司的认同感,一体感,使从业者真正成为公司的主人。在这种文化的影响下,日本的从业者对公司治理的正当性得到确认,职工通过其组织对公司的重大事项进行决策管理,对公司进行实质上的管理与控制。作为双向控制的另一方,股东也对公司进行控制。从法律角度来讲,股东会是公司的最高权利机构,应行使公司的决策权,而在实际操作中,日本的“股东会”的权利它被严重虚化,成为一个“虚位”。所以,从表面上看,日本实行了双向控制的治理方式,但实际上,公司治理的实权却掌握在职工手中,形成了世界上独一无二的劳动力控制资本的治理结构。但是,这种控制是有条件的,即在公司正常运行的情况下。在公司陷入危机时,以银行为主的法人股东将对公司进行接管,从实际上控制公司,从而引出日本公司治理的另一特色——相机治理。

所谓“相机治理”(Contingent governance)是日本公司治理的一大特色,其本意是指作为控制公司的两个集团,即:股东和从业员,对公司的控制权是随公司的财务状况的变化而变化。也就是:在公司处于正常状态时,由职工控制公司;而当股东处于财务上的困境时,则由股东接手公司,对公司进行切实有效的管理。从一定意义上说,所有有效率的公司法人治理结

构都是相机的,但日本公司法人治理结构的相机性特征特别明显。这一制度让资本与劳力在不同的阶段发挥不同的作用,有力的提高了职工的积极性,同时又积极稳妥的实现了资本的保值、增值,实现了资源优化配置,实为公司共同治理之典范。

四、我国公司法人治理引入共同治理机制的思索

我国是人民民主专政的社会主义国家,广大人民群众是国家的主人。我国国有企业是国民经济的支柱,是体现社会主义优越性,体现人民群众当家作主地位的重要场所。因此,从理论上讲,我们的广大工人是企业的主人。然而,事实上,在人民享有广泛民主权利和崇尚职工是企业主人的中国公司法中,职工参与公司法人治理只是一种“例外”规定;在现实中,职工“有主人地位,但无主人权益”的现象较为普遍。在共同治理已经成为一种国际趋势,在深化企业改革的今天,如何立足于我国的基本国情,并借鉴国外当代法人治理结构的经验来重塑我国的公司法人治理结构,是当前我国法学研究以及立法的一项重大而迫切的课题。

首先,坚持实现“国家所有,法人主权”。即在坚持公有制,坚持国家所有的情况下,明晰企业的产权,实现国有资产的法人化。但是,由于我国现行国有资产的管理体制遵循国家所有、分级管理的原则,国有股权的地方化和行政化趋势明显,致使国有股权的主体位缺、国有股的股权代表的素质低下而缺乏相应的监督能力、以及现行的国家所有权与国家行政权合一而导致的随意干预。显然导致了公司的低效,严重制约了经济发展,与现代企业制度是不符的。为此,必须努力实现国有股的法人化,使公司首先真正成为独立的治理主体。改变目前的国有公司产权主体实际上的位缺状况。应改革目前的国有资产管理体制,变政府分级管理为国家集中管理,可以设立一个独立于政府的国有资产管理委员会,由其集中代表国家行使国有资产的所有权及其他权能。这样,可以有力的克服国有资产管理过程中的地方保护主义、部门保护主义和行业保护主义的情况,可以加速国有股权法人化的步伐。

其次,坚持实现员工主治。我国是人民当家作主的社会主义国家,“全心全意依靠工人阶级”是中国共产党的一贯主张,为了充分发挥职工的主人翁意识,更应当创造条件让职工参与公司法人的治理。并且这种治理应具有普遍性和平等性,让公司的每一分子都有权利加入到公司的治理中来,成为自己的主人。为了实现这一目标,我们应该采取一系列可行性措施。考虑到法律传统及我国的现实国情,我以为我们可以采用德国的双层委员会制。即由职工大会选举的职工代表和股东大会选举的股东代表共同组成监事会,充当公司的最高权利机构;再由监事会选举公司的管理董事,由这些董事组成公司的日常经营机关。这种治理结构的内容及特点有:(1)监事会为公司的最高权利机关,其成员由职工代表与股东代表共同组成,且数量相等。并且,二者在监事会中的权利应当平等,共同行使公司的最高治理权。同时,监事会应对职工、股东以及公司法人等利益相关者负责,其职责应是“监督型”的,即代表职工、股东以及公司法人等利益相关者对经营董事的活动进行“全方位、一揽子”监督。(2)由经营董事组成的高层经理组织是公司的经营机关,它只对监事会负责,并受监事会的监督,其职责应是“经营型”的,即负责整个公司的(下转第113页)

务上的知识、经验和技能,如果已成为劳动者人格权中财产利益的一部分,事后如何利用是劳动者的自由,任何特别约定都不能拘束这种自由。世界知识产权组织在反不正当竞争示范法的注释中也指出:离职后的雇员为了谋生,一般享有使用和利用其在以前的受雇期间所掌握的任何技术、经验和知识。作者认为,协调竞业禁止权利冲突应遵循以下原则:

(一)限制权利负面外部效应原则

在经济学上,把经济主体在自愿进行的生产、交易等经营活动或消费过程中强加给他人的损害或者利益称为外部效应。限制权利负面外部效应原则是从社会整体效益出发确立的原则,当权利冲突发生时,应综合社会成本与社会收益,以消除阻碍市场竞争的各种社会经济现象,维护完全竞争的社会经济环境为目的,确立权利效力范围,消除权利冲突状态。很显然,雇员的完全竞业行为产生的外部效应是一种负面效应,是一种外部成本。根据限制权利负面外部效应原则解决竞业禁止中的权利冲突时,应适当限制雇员的择业自由权,维护雇主的竞争利益以及商业秘密权等权利。

(二)利益平衡原则

在处理竞业禁止的权利冲突中,应当充分权衡雇主与雇员的利益关系。根据利益平衡原则,首先在竞业禁止关系中必须存在合法的应保利益。在竞业禁止关系中,商业秘密是法律确认的主要应保利益。因此在司法实践中,确认涉及商业秘密竞业禁止协议的有效性时,应严格审查雇主的技术信息、经营信息是否符合商业秘密的法定要件。如果不存在商业秘密这种应保利益,那竞业禁止协议应视为无效。许多国家法律都将应保利益作为离职职工竞业禁止协议有效的必备要件。

除了存在应保利益以外,在处理竞业禁止权利冲突时,还应权衡合法的应保利益是否大于被牺牲的利益。在竞业禁止关系中,被牺牲的利益主要是雇员的生存权和择业权,以及公众利益。如果被牺牲的利益大于雇主应保的合法利益,竞业禁止协议应认定为无效。

(三)合理限制原则

在处理竞业禁止的权利冲突时,必须将竞业禁止置于合理的限制条件下,使之符合诚实信用、自愿平等、等价有偿的原则。判断竞业禁止的限制是否合理,应当综合限制的目的、限制的时间、限制的地域范围、限制的领域、限制的方式与对象、给予合理补偿等因素作出判断,确保做到以下几个方面:目的正当性。保护商业秘密的竞业禁止首先必须存在商业秘密,与商业秘密无关的竞业禁止协议无效;其次,必须维护公平竞争的目的。时间的合理性。竞业禁止的期限不能太长。德国规定不超过两年,瑞士限制退職职员竞业期限最长不得超过三年。在实践中,具体的限制时间应根据雇主的商业秘密等竞业利益在市场竞争中所具有的竞争优势、持续的时间和雇员掌握该秘密的程度,以及国家对商业秘密的保护水平的高低等因素来确定一个合理的期限,我国规定离职职工的竞业禁止期限一般不得超过三年。领域的合理性。竞业禁止范围不能是一个不确定的变量,否则将危及雇员的生存权。地域的合理性。一般而言,限制地域不得超出原雇主单位业务活动或即将开拓业务活动的领域。对象的合理性。一般说来,竞业禁止的对象是因为职务关系或工作关系接触或可以接触本单位商业秘密的雇员,特别是处于关键单位有可能接触本岗位重要商业秘密的人员。方式的合理性。竞业禁止应体现于企业与员工的竞业禁止合同、商业秘密保护制度中的规章制度,以规范形式确定下来,并得到单位员工明示或默示的认可。给予合理的补偿。因竞业禁止限制了有关雇员的择业及劳动报酬权,根据权利义务对等和平衡原则,应由通过合理的竞业禁止而加强自身商业秘密保护的单位以合适方式,给予雇员在竞业禁止期间相应的补偿。

参考文献:

- [1] 孔祥俊. 商业秘密保护法原理[M]. 北京:中国法制出版社,1999.
- [2] 冯晓青. 企业知识产权战略[M]. 北京:知识产权出版社,2001.
- [3] 吴汉东,胡开忠. 无形财产权制度研究[M]. 北京:法律出版社,2001.

(上接第108页)日常经营。(3)职工大会和股东会是两个平行的机关,相互之间不存在依附关系,其主要职责是独立的选举各自的代表,进入董事会,维护本集团的利益的最大化。

其三,实行“相机治理”。相机治理是任何一个高效的公可所必备的经营策略。日本的成功经验为我们提供了范例。在我国目前情况下,职工的整体素质还不高,其治理公司的能力是有限的,在公司陷入困境时,为了维护国家利益,实现国有财产的保值、增值,为了维护职工的长远利益,就有必要由股东方,即国有资产管理委员会接管公司。国有资产管理委员会作为国家的受托人,应及时掌握各个公司的经营情况,在公司陷入困境时,派出熟悉公司业务的专业人才,接管公司,

及时调整策略,实现公司的正常运转。

参考文献:

- [1] 李昌麒. 经济法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2] 马俊驹,聂德宗. 公司法人治理结构的比较与重构[A]. 商事法论集(第五卷)[C]. 北京:法律出版社,2000.
- [3] 今井贤一. 现代日本企业制度[M]. 陈晋,等译. 北京:经济技术出版社,1998.
- [4] 松本厚治. 企业主义[M]. 程玲珠译. 北京:企业管理出版社,1997.
- [5] 青木昌彦. 主银行体制下的监控特征[M]. 北京:中国金融出版社,1998.