

## 国有公司治理的法哲学反思

张颖杰

**摘要:** 公司治理问题是国企改制的一个重要方面。国企改制后, 国有公司治理绩效的不佳仍客观存在。本文从法哲学的角度对国有公司治理机制的根本问题进行了理论上的探讨和反思。文章指出, 代理人问题仍是国有公司治理机制的核心问题。有基于公司治理的复杂性以及国有公司治理的特殊性, 国有公司治理问题应当以专门立法加以规制, 而对非国有公司的治理问题宜以市场自律性机制来加以引导, 即由各类民间性自律性团体提供非强制性的治理原则来加以指导, 由各公司根据自身情况和市场压力作出自主性的治理机制安排。

**关键词:** 公司治理, 公司治理结构, 公司治理机制

国有企业改制的根本方向就是打造现代公司制企业。在国企产权置换完成后, 接下来顺理成章地就是国有公司的治理机制的选择, 毕竟公司的“有限责任、独立人格、分权与制衡的治理结构, 是我们认识公司制度的起点和终点”。[1]然而, 国企公司化改造后, “新三会”(股东会、董事会、监事会)的确立却并未解决“老三会”(党委会、工会、职代会)所遗留下来的历史问题; 不仅如此, 因“新三会”与“老三会”的交叉重叠所导致的摩擦成本反而加剧了国企的内耗。更令人不安的是, 作为转轨时期的各国公司治理的普遍现象--“内部人控制”, 伴随着中国国企改制亦愈演愈烈, 直至管理层收购(MBO)被官方紧急叫停! 国企改制“换汤不换药”的残酷现实, 加上近期的“中航油”与“中棉储”两大国有公司的“冰海沉船”, 迫使我们不得不再次深刻反思和检讨国有公司治理机制的根本问题所在。

### 一、公司治理涵义的反思

“公司治理”源于英文“Corporate governance”。迄今为止, 不同的学科, 甚至是同一学科, 不同的学者站在不同的角度对公司治理的涵义作出了各种版本的解释。客观地说, 由于“公司治理”一词被过于频繁地使用, 极容易导致该术语原本涵义的丧失, 这就如同某个商标最终沦为一个为其所附着的该类商品的通用名称一样(如阿斯匹林)。是故, 学界便出现了“公司治理”与“公司治理结构”两个术语的争议。应该说, 理论界争议的初衷和目的都是善良的, 都渴望对Corporate governance有一个准确地定位和诠释, 以便为国企改制后的治理机制选择提供一个理论上的方向和注解。其实, 就企业治理所涉及的因素而言, 它是一个内涵和外延都相当宽泛的概念--它既涉及到人们对企业本质的认识、企业的产权结构等理论性问题, 也涉及到企业的内部经营、管理机制、外部控制等实务性很强的方面。从实用主义的角度说, 对公司治理机制进行任何形而上学的探讨似乎都是意义不大的, 在此, 公司绩效的表现很自然地成为功利主义者评判公司治理机制优劣的近乎唯一的标准--当然, 这也是“优胜劣汰”的市场选择机制的客观要求。所以, 笔者在此并无意于亦无力对“公司治理”下一个精确的定义, 或者对不同的术语进行甄别, 而是只希望尽可能地不同的角度揭示和接近“公司治理”的本质。

我们认为, 从对企业本质的不同理解来看, “公司治理”可分为二个层面: 即若我们将企业视为物质资本所有者组成的联合体, 公司治理实质上要解决的是因物质资本所有权与控制权相分离而产生的代理人问题(狭义的公司治理); 若我们将企业理解为不同利益相关者所组成的长期性的关系性契约组织, 则公司治理是指在物质资本所有者、债权人、职工等企业利益相关者之间有关经营与权利的配置机制[2](广义的公司治理)。从企业成长和运营的角度看, “公司治理”亦可分为二个层面: 从静态看, 公司治理是一种政治化、法律化的安排, 具有制度性和结构性--有关收益和风险的制度安排, 有关权力分立和制衡的结构安排和组织安排; 从动态看, 公司治理是一种持续互动的管控机制, 表现出系统的无限开放性。它总是与一定的市场生态环境相关。[3]从公司治理的力量源泉来看, “公司治理”还可分为内部治理与外部治理: 公司的内部治理体现于公司各机关(股东会、董事会、监事会等)的分权与制衡, 公司的外部治理则体现了公司所承担的社会责任--公司在追逐利润的同时还需兼顾社会的公共利益和国家的经济规制。从上述角度说, “公司治理”是一个异常复杂而多变的命题--将“公司治理”等同于废除“老三会”树立“新三会”的思路无疑

过于直线和僵化，容易导致企业改制“一刀切”的思维模式和操作路径。

在阿尔钦、德姆塞茨等人的理论上，麦克詹森（Michael Jensen）和威廉姆·麦克林（William Meckling）等人发展了企业契约理论，并提出公司是一个“合同集束”的观点。受经济学理论的影响，法学界愈来愈重视公司的利益相关者理论和公司社会责任理论。从现代企业理论的角度看，公司治理在本质上是一种契约关系，分权制衡的制度安排只是这种复杂性契约关系的核心要求和体现。治理结构重在强调公司内部稳定的权力分立与制衡形式，而治理机制则意味着在稳定的基础上随机变化以求尽可能适应各种不确定性。所以实务中“公司治理结构”这一术语的过度使用，容易使人们误以为公司治理只是一种形式上的纯技术性构架，而忽略了其更是一种灵活而机动的体制性安排。作为一种制度安排，“不同的公司治理模式代表着不同的制度安排，人们在不同的制度安排中做出选择，实际上是权衡各种制度安排的成本收益比，从中找出一种成本收益比最小（或最大）的制度安排”。[4]而“公司治理机制在一定程度上源于制度，并通过制度来加以保证，公司任何关于相互监督、相互制约的规则和制度都可形成治理机制”。[5]

公司治理的独特性在于，公司本身是各要素所有者之间相互缔结的契约的联结体，而现实中的契约总是不完全的，契约本身是充满不确定性的。由于契约的不完全性，一般认为将企业资产的剩余控制权（Residual Claim）和剩余索取权（Residual Ownership）配置给同一的主体应该是有效率的。然而，根据伯利（Adolph Berle）和米恩斯（Gardener Means）对美国几百家工业股份公司的考察，所有权与经营权客观上普遍发生了分离，由此，“二权分离”所导致的代理人问题成为日后英美等国公司治理的焦点所在。西方许多学者据此提出公司治理所要解决的根本问题，就是如何克服因“两权分离”而引发的管理者偏离股东的目标问题，亦即如何控制管理者按照股东利益最大化的目标行事问题。目前，有些学者认为代理人问题只是存在于英美市场国家（因公司股权普遍高度分散），并不适合其他国家和地区的公司治理模型，而且也与现代企业利益相关者共同治理的理念不符（因代理人问题侧重于股东权益的保障）。我们认为这种观点值得商榷，因为“两权分离”以及代理链条的出现和延伸，是市场专业化分工和整合之后的必然，是资本市场和经理人市场成熟后的客观要求。有学者指出，从私人企业向股份企业的转化，与其说是所有权与经营权的分离，不如说是企业家职能的分解，作为企业家职能的经营至少应该包括资本经营和管理经营两个层面。[6]值得注意的是，不只是分散持股会导致代理人成本，集中持股也会遇到成本问题。在股权高度分散的情况下，企业的管理人员会乘机巩固自己的职位（entrenchment），这种情况同样也发生在股权集中的企业里。德国就是这样一个例子”。[7]所以，无论我们对企业本质的认识如何深化、理论上如何推陈出新，在市场机制的客观作用下，公司治理要面对和解决的仍然首先是代理人问题--它是公司治理的基本面。离开代理人问题讨论公司治理，任何治理机制的改革都极有可能会出现“舍本逐末”、“南辕北辙”的后果！

## 二、影响公司治理的要素

由于公司治理的多角度和多维性，我们不妨将其视为一个目标函数，那么影响公司治理这一因变量的自变量主要有哪些呢？

1. 公司自身的股权结构和运行机制。“公司治理机制的形成与企业股权结构有直接的关系，在单个股东持股25%、50%或更多时，‘搭便车’(free riding)的问题不易产生，由于投资者愿意对企业进行监督，如果企业经营失败，投资者通常倾向于更换企业管理层，而无须借助收购市场、外部董事乃至破产机制来进行监管。相反，在公司股权结构相对分散的国家，接管收购的现象就较为普遍”。[8]而公司股权的分散与集中程度，亦决定了公司治理路径的根本不同：如果公司股权高度分散，则决定了公司治理所要解决的根本矛盾是代理人问题（管理者侵占股东的权益）；如果公司股权相对集中或高度集中，则决定了公司治理所要解决的根本矛盾除了代理人问题外，还包括如何保护中小股东利益的问题（大股东侵占中小股东利益）。此外，股权的流通过程与公司的治理绩效一般亦呈正相关，当然这必须有赖于规范而成熟的证券市场和公司控制权市场的形成。客观地说，中国国有上市公司的管理者所面对的市场压力远小于英美公众持股的管理者，且其职位的稳定性相对呈现出超强的态势--甚至在企业出现巨额亏损时亦不例外，这种不合市场规律的现象很大程度上是由于国有股不能全流通所致。

2. 公司控股股东的身份。不同身份和类型的股东持有企业所有权的成本是不同的，因为他们的决策能力、对风险的判断和承受能力、对管理者的监督能力、对信息的遴选和甄别能力等方面是不完全相同的，甚至差异很大。典型如机构投资者（尤其是金融机构投资者）与一般中小投资者之不同，相对来说他们更加理性化，更偏向于投资而非投机，同时他们往往也更强烈地渴望公司治理绩效的提升，对管理者的监督亦更为有力。而国家作为股东显然不同于私人投资者，国有资产委托人的激励和约束机制不可能天然形成，与私公司相比，除了代理人问题和大股东侵占中小股东利益问题外，还要面对公共选择理论所指出的“政府失灵”(political failure)。政府部门作为国家股权的代表，由其利益偏好所决定，股东代表亦有可能侵占股东利益。因此，我们对国有公司的治理机制安排显然不应当与私公司的治理机制同样或类似。

3. 公司的发展阶段及其规模。如同霍布斯所形容的：“许许多多的公司是存在于一个较大的联邦政府深处的众多小联邦政府，这就好像人体内的寄生虫”。[9]愈来愈多的学者已经观察到现代公司其实极其类似于一个政治国家的科层结构，公司治理的民主与独裁、分权与集权模式与政治国家的治理形态颇有异曲同工之处。历史与现实已经无数次地证明，公司在创业初期和转型期间--如同政治国家在成立之初和转轨期，都更多地强调治理上的集权，甚至独裁；而在公司平稳发展期间--如同政治国家和平建设时期，则更多地强调治理上的民主与制衡。由于集体决策的非理性，民主机制往往意味着效率上的代价，由此而产生了公司治理的价值观--公平与效率、自由与安全之间的矛盾张力，而现实的选择只能是对公司所处的发展阶段进行考量后方可决定相应的治理机制安排。同时，公司若尚未形成一定的规模和科层结构，谈公司治理问题恐怕也只能是一种奢侈品，股东人数较少、规模较小的有限公司、一人公司、简易股份公司等等一般都不会设立CEO、CFO、CIO、COO等机关和职位正是这个道理。

4. 公司所处的外部市场环境和市场结构。由科斯关于企业与市场的相互替代原理可知，所谓良好的公司治理结构只是意味着企业对市场的替代是更有效率的而已，而不好的治理结构则意味着企业有可能为市场所重新替代。从这个角度说，公司治理结构必然总是与产权的配置和自由流动、公司控制权的接管、资本市场与人力资源市场的发达程度等要素市场紧密关联的，因而公司治理与市场的结构、市场的发育程度是直接相关的。正是这些要素的差异促成了不同类型的公司治理模式，即市场主导型和政府主导型模式、外部人模式（outsider system）与内部人模式（insider system）。同时，由于“经济人”的有限理性和机会主义、企业合约的不完全性、市场交易的不确定性、以及交易费用的客观存在等原因，市场的信用机制、信息机制、法律机制等无疑对公司治理会产生重要的影响。这些机制是否健全、能否产生应有的效能，直接决定了企业合约当事人的违约成本，也是抑制代理人的道德风险和逆向选择、防范“劣币驱逐良币”的重要保障。

除了上述这些基本因素外，一国的民族传统、文化心理等因素亦制约着公司治理绩效的发挥。如东南亚国家长幼有序、家长制的文化“差序格局”是这些国家普遍存在家族治理模式的重要原因；而德国和日本之所以重视企业治理的雇员参与并非受企业利益相关者理念的影响，亦非取经于美国式的雇员持股计划（ESOP），而是“德日历史上就有维持高就业率和稳定产业关系的传统”。[10]

### 三、公司治理的制度安排启示

由于公司治理的动态性和复杂性，使得公司治理如同“正义”一般，“有着一张普洛透斯似的脸（a Protean face），变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时，我们往往会深感迷惑”。[11]我们只能从影响公司治理的各种相关因素来不断接近公司治理的本质所在。从这个角度说，诸多学者（如张维迎、日本学者青木昌彦等）所提出的“相机治理”理论可能更具有实用主义的价值，而美国学者Blair亦对此早有研究和论证，即企业的剩余索取权和剩余控制权是一种状态依存所有权，这些权利实际上是随着企业财务状况而转移。客观地看，这一理论能够较好地解释当公司财务状况发生显著改变时（如恶化），公司治理的权利主体由股东转变为债权人，甚至是公司的雇员。然而由于制度安排是需要一定稳定性的，“正如我们所知，社会生活中的秩序所关注的是构建人的行动或行为的模式，而且只有使今天的行为与昨天的行为相同，才能确立起这种模式。如果法律对频繁且杂乱的变化不能起到制动作用的话，那么其结果便是混乱和失序，因为无人能够预知明天将出现的信息和事件”。[12]所以“相机治理”的理论很难直接运用于公司治理的制度构建层面。但我们至少可从中得到启迪：“正如并不存在一个普适性的企业最优所有权安排或企业制度一样，也不存在一个普适性的最优职工持股模式，它们都是状态依存的，所以，在比较中外职工持股运行模式之后得出孰优孰劣的结论是极有风险的”。[13]

从法学的角度分析，任何过于实用主义的治理理论都难免有“事后诸葛亮”之嫌，法律制度必须形而上学地对公司治理原则和模式进行构建，以充分实现法律的规范调整之功能，从而达到立法者所希望出现的社会秩序。然而公司治理机制的选择客观上又确实经常面临二律悖反的尴尬境地。比如公司治理结构所要求的权力制衡机制的确不是其目的，制衡只是不得已的手段而已。如同三权分立的政治国家，分权与制衡只是实现民主的一种途径，它绝不是最有效率的安排，但确是防止腐败与专制的最有效的手段。但同时我们也可以看到，如果一个企业家能够类似于柏拉图在《共和国》中的描述的“哲学王”式的君主，公司（和国家一样）实行集权式的控制往往更有效率。由于国家治理更倾向于结构上的安全和稳定，而公司治理则根本上是谋求商业利益（亦不得不冒商业风险），所以我们并不能从普遍存在的民主共和体制推导出如出一辙的公司治理模式。从理论上说，个人的有限理性会导致集体行动的非理性化，故而集权的建立是必须的--权威存在的一个重要理由就是抑制集体非理性的产生。所以，民主治理并不意味着绝对的利益相关者全面参与并分割企业的剩余控制权--投入、收益、风险和责任应该具有均衡性、匹配性。再比如“一股独大”固然有问题，但并不意味着股权高度分散就是最好--美国安然、世通丑闻导致了美国公司改革的索克斯法案出台即为例证。其实，股权集中也有其优越性的一面，它有利于控制股东通过长期投资形成大量的专用性（firm-specific）资产来维护企业的信用，而这恰恰是股权过于分散的股份公司所不及之处--这些企



业的股东行为往往显得过于功利、投机甚至于短视--只要能获得资本利得，他们不惜“用脚投票”！又比如说，总经理和董事长的人选是兼任还是应当分离？对此，很多管理学家都主张分立，但是，美国企业至今仍有为数较多的企业的总经理和董事长是由同一个人“双肩挑”的。毕竟“董事会是一种管理外部变量和减少环境不确定性的机制，一个有效的董事会应是随着环境的变化而变化的‘权变董事会’，所以不能简单地确定董事长和总经理两职的分离与合一，而应根据企业的具体情况来定”。[14] 所以，公司治理机制不应泛泛而谈，它更多地是一种具体的、实证的、功利的安排--给定的条件越具体（一定的国家、一定的市场结构和环境、公司的产权特点和发展阶段等），其规律性就越明显。离开了这些具体条件谈公司，治理极容易给人们造成假象和错觉。大概正因如此，西方市场国家对于公司治理这一重大问题通常不以国家立法的形式作出直接地安排和强制性的规定，而是以非官方的民间机构所发布的报告（如英国的Cadbury report）、指南（如德国的DSW guideline）、原则（principle）、声明（statement）、建议（recommendation）、守则（rule）等来引导公司治理机制的选择。这显然不同于我国由证监会发布《上市公司治理准则》（2002年1月7日）的模式。究其原因，在成熟而发达的市场条件下，公司治理机制的生成路径更多地与哈耶克的制度进化论理性主义相符；而在不发达、不规范的市场环境下，公司治理机制的形成方式则更多地与威廉姆森的司法中心主义相契合--主要依赖于立法者的制度设计。需注意的是，从西方国家公司治理的实践来看，任何一种治理结构和模式的形成（如美国特色的董事会专门委员会制度），根本上是企业合约当事人重复博弈的合作性结果，是特定市场环境下的竞争性选择后果。故对于私公司而言，法律不必亦不可能代替市场主体对企业合约的权利义务作出千篇一律的强制性安排，在制度设计上应当更多地运用授权性规范（激励当事人自在而为）和许可性规范（允许当事人排除法律规定，尊重其合意）。而对于国有公司来说，由于企业契约的重要主体委托人和代理人的合约行为外部性极强，收益和风险的配比往往极不均衡，故立法者更应通过强制性的制度构建对此加以预防--尽可能地将其外部性予以内化。从理论上说，法律对于市场主体的经济管制总是与市场主体交易行为的外部性相联的，因此法律有充分的理由对国企治理机制作出强制性安排，而制度进化论模式在此发挥作用的余地并不足够--那种试图通过市场竞争机制对国企治理进行自动构建和修正的观点是不全面的。

由于公司治理首先是一个经济问题，因而法律对于公司治理的安排和设计经常会考虑经济学家的观点，然而任何一种经济学理论都是以一定的假设为前提的，这必然会迫使立法者亦应选择一定的立场。譬如，对董事制度的设计以及董事责任性质的立场究竟是取“代理说”还是“受托责任说”或是别的什么理论（如资源依赖理论、管理者控制理论等）。我们认为，在不发达的市场环境下，董事和高管人员的“有限理性”更为突出，其道德风险和机会主义更为严重，“代理理论”显然更符合中国当前的发展阶段和实际情况（对西方市场国家而言或许有些过时），更有利于解决委托人和代理人之间的逆向选择问题，而其他的理论或许过为超前了。所以，对董事及相关高管人员的利益机制进行重构对中国国企而言应是当务之急、重中之重，譬如如何解决大股东代表损害大股东利益、如何解决管理者过度内部控制现象、如何解决管理者自我评价和自我打分--既当裁判员又是运动员的问题、如何对管理者实施有效的监督而又不影响决策的效率、如何解决监督者自身的监督问题等等。对这些问题并没有完全现成的答案，甚至很多问题对于其他国家而言也仍处于探索和改革的阶段（如美国的独立董事制度本身仍在改进之中）。因此公司治理问题决不是单纯借鉴和引进其他国家的现成制度便可大功告成，我们也不能说自己企业治理的绩效差仅仅是因为缺乏如同西方市场国家一样先进的公司治理机制，这种理解显然过于片面和肤浅。

另一方面，立法者在构建制度时，不可避免地需要借鉴和移植他国既有的先进制度，然而“社会中各种制度安排是彼此关联的。不参照社会中其他相关的制度安排，就无法估价某个特定制度安排的效率。因此，在一个社会有效的制度安排在另一个社会未必有效”。[15]我国公司治理所引进的独立董事制度之所以引起人们的质疑，甚至被喻为“花瓶”，其根本原因正在于此。而我们的近邻日本在最近几年对其商事公司法进行修改的思路显然值得我们反思和学习。日本通过修法，“首次以立法的形式引进美国式的独立董事制度，但充分考虑到独立董事制度与监事制度之间职能的替代关系，尊重企业经营的自主性和灵活性，未采取‘一刀切’的强制性统一规定，而是同时设置两套方案供企业自主选择”[16]。日本学者滨田道代称之为“日本通过公司法的修改，通过提供新的可供选择的制度来推进改革，以提高公司法治理的实效性。尤其是，法律修改并不是强制推行董事会的改革，而仅仅是提供可供选择的制度，采取一种尊重各公司内部自主性改革的姿态”[17]。日本修法的思路是务实而稳妥的，无疑这是我国今后修改公司法时值得参考和借鉴的。公司治理并不意味着监督机构越多越好--监督也是有成本的，不合理的监督机制只能使监督成本反而可能超出了监督所得！现实地说，中国国企治理存在的多头监督体制客观上并未能发挥其应有的作用和效果。出于对公司治理的相机性以及国有公司治理特殊性的考量，我们认为在今后条件齐备、市场健全成熟时，国有公司治理问题应当以专门立法（而非普通商事公司法）来加以规制，而对非国有的各类公司的治理问题则宜以市场自律性机制加以引导，即由相关民间性自律团体提供非强制性的治理原则来加以指导，由公司根据自身情况和市场压力作出自主性的治理机制安排。

参考文献：

[1] 徐晓松.公司法与国有企业改革研究[M].北京：法律出版社，2000.13.

- [2] 马俊驹.现代企业法律制度研究(引言)[M].北京:法律出版社,2000.7.
- [3] 官欣荣.独立董事制度与公司治理:法理和实践[M].北京:中国检察出版社,2003.43-45.
- [4] 李维安,武立东.公司治理教程[M].上海:上海人民出版社,2002.6.
- [5] 李维安.中国公司治理原则与国际比较[M].北京:中国财政经济出版社,2001.3.
- [6] 张维迎.企业理论与中国企业改革[M].北京:北京大学出版社,1999.2-3.
- [7] 汉斯曼.企业所有权论[M].于静,译.北京:中国政法大学出版社,2001.85.
- [8] 汤欣.公司治理与上市公司收购.[M].北京:中国人民大学出版社,2001.11.
- [9] 顾功耘.公司法律评论(2002年卷)[C].上海:上海人民出版社,2002.106.
- [10] 李维安.中国公司治理原则与国际比较[M].北京:中国财政经济出版社,2001.45.
- [11] 博登海默(Badenhaimer),邓正来译.法理学:法律哲学与法律方法.北京:中国政法大学出版社,1998.261.
- [12] 博登海默(Badenhaimer),邓正来译.法理学:法律哲学与法律方法.北京:中国政法大学出版社,1998.340-341.
- [13] 江平,赖源河.两岸公司法研讨[C].北京:中国政法大学出版社,2003.20.
- [14] 李维安.中国公司治理原则与国际比较[M].北京:中国财政经济出版社,2001.31.
- [15] 科斯,阿尔钦,诺斯.财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集[C].上海人民出版社,1994(2002重印).374.
- [16] 日本公司法规范(译者序).吴建斌,黄增华,陈林森译.北京:法律出版社,2003.7.
- [17] 滨田道代,吴志攀.公司治理与资本市场监管:比较与借鉴[C].北京:北京大学出版社,2003.13.

作者简介:张颖杰(1975-),男,湖北襄樊人,武汉大学法学院法学硕士,襄樊学院政法系讲师,湖北东升律师事务所执业律师,襄樊仲裁委员会仲裁员。

本文系湖北省教育厅2004年专项科研项目(2004d293)成果之一。

联系电话:13972232393

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话:64022187 64070352 邮件:law-culture@163.com  
地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720