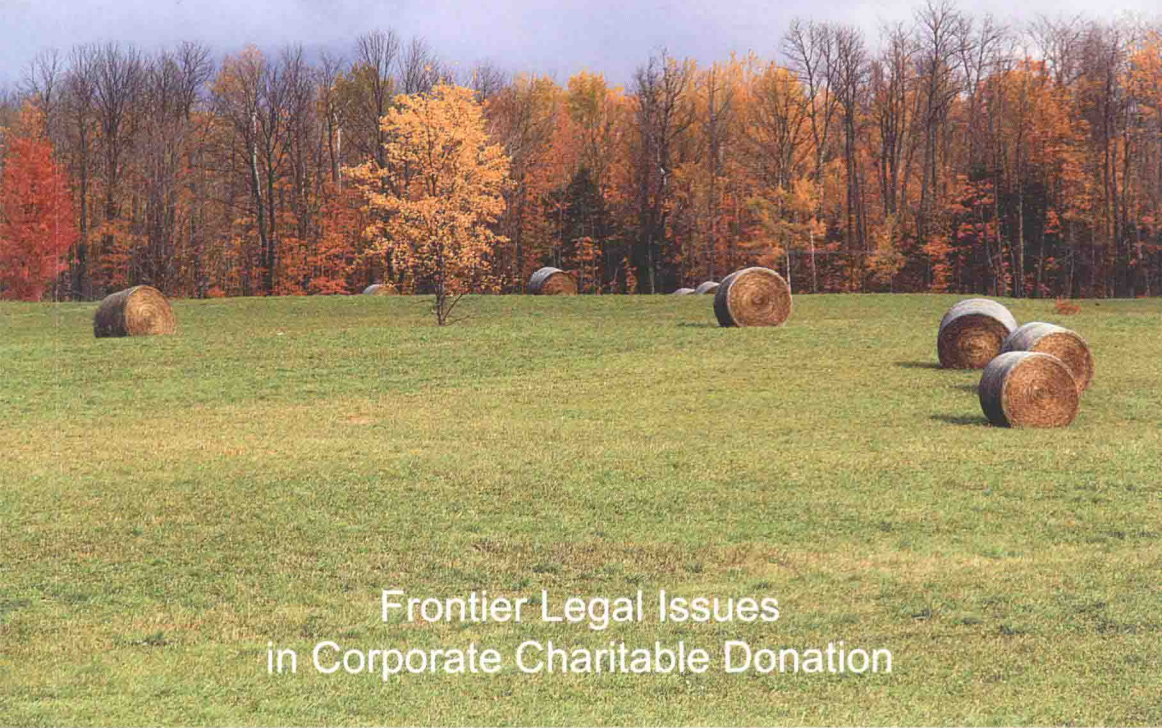




Frontier Legal Issues
in Corporate Charitable Donation

公司捐赠的前沿法律问题

葛伟军 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

上海市哲学社会科学规划课题 (项目号: 2010FFX002)

Frontier Legal Issues
in Corporate Charitable Donation

公司捐赠的前沿法律问题

葛伟军 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司捐赠的前沿法律问题 / 葛伟军著. —北京:
法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8243 - 1

I. ①公… II. ①葛… III. ①企业—慈善事业—法律
—研究—中国 IV. ①D922.182.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 175279 号

公司捐赠的前沿法律问题

葛伟军 著

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 21 字数 378 千

印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 - 8243 - 1

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

本书在阐述公司法一般性问题的基础上,对涉及公司捐赠的特定问题进行了讨论。本书是作者同期出版的另一本书《公司捐赠的法理基础与规则解构》的姊妹篇。后者探讨了公司捐赠的一些基础理论问题,内容主要涉及公司捐赠的概念及其合理性、英美法关于公司捐赠的立法演进、公司捐赠的要件论和程序论、公司捐赠股权和艺术品、公司基金会等。囿于篇幅,后者尚未讨论的部分内容,纳入本书。

本书主要从三个方面对公司捐赠展开了讨论。第一,从公司法的视角,主要探讨了两个问题:董事义务、股东诉讼。第二,从慈善法的视角,主要分析了两个问题:慈善抵扣的理论基础、作为受赠人的慈善组织。第三,从捐赠的主体和客体的视角,主要探讨了两个问题:国有企业的捐赠、知识产权捐赠。

企业捐赠一直以来是我国慈善事业中的主力军,而民营企业又是中坚力量。自有全国性的统计以来,企业捐赠数额一直占据了捐赠总额的一半以上,而民营企业的捐赠数额又占了企业捐赠数额的一半以上。在我国,2007年至2013年的捐赠总额分别为309亿元、1070亿元、630亿元、1032亿元、845亿元、817亿元和989亿元。自2008年起,年增长率分别为246.28%、-41.12%、63.81%、-18.12%、-3.31%和21.06%。^{〔1〕}

2012年的捐赠总量为817亿元,比2011年的845亿元下降了3.31%。捐赠总量的下降可以归结于几个方面的原因:全球经济形势持续低迷、重大自然灾害的减少以及公民权利的觉醒减弱了盲目的捐赠。2012年的捐赠总量中,企业捐赠的数额约为474.38亿元,占捐赠总量的58.04%;个人捐赠263亿元,占捐赠总量的32.19%。在企业捐赠中,民营企业的捐赠数额为275.06亿元,占企业捐赠总

〔1〕 数据统计自2006年开始,2006年的数据仅为民政系统接收捐赠的数据,而2007年以后数据统计的范围有变化,所以无法计算2006年和2007年的年增长率。参见彭建梅主编:《2013年度中国慈善捐助报告》,企业管理出版社2014年版,第21~22页。

额的 57.98%。^{〔1〕}

2013 年的捐赠总量为 989 亿元,比 2012 年增加 172 亿元,同比增长 21.06%。专家指出,捐赠总体水平的提升可归结于宏观社会环境影响的结果,具体包括以下几个方面的原因:慈善事业发展的社会政策环境转好;我国经济增长稳中向好;自然灾害的发生激发了人们的捐赠热情,促进捐赠数额的增加;公民慈善意识有所提高。根据测算,2013 年各类企业的捐赠总额约为 716.1 亿元,占到捐赠总额的七成以上;其中民营企业捐赠总量约为 365.64 亿元,占企业捐赠总额的 51%。^{〔2〕}

本书在附件中收录了与公司捐赠相关的法律、行政法规及国务院规范性文件、部门规章及部门规范性文件,以便读者详尽了解我国目前关于公司捐赠的法律架构。

作为上海市哲学社会科学规划课题(项目号:2010FFX002)的研究成果,本书的写作和出版受到了来自各方面朋友的关注。感谢上海市委宣传部、上海市委党校组织第二十期青年理论骨干学习研讨班,让作者有机会认识班上的其他同学。感谢上海市哲社办的课题资助以及李明灿、董卫国等老师的帮助。感谢法律出版社刘文科编辑长期以来的支持。特别感谢妻子杨艳瑾对家庭的照顾,以及我们双方亲朋好友的温馨陪伴。

在付梓之前,上海财经大学法学院的张亦昆、杨弘扬、吉淑娴、周炜等硕士研究生对书稿进行了校对,在此深表谢意。鉴于作者才学疏浅,本书如有错误与不当,所有责任由作者承担。

葛伟军

2015 年 7 月 1 日于上海

〔1〕 此处的民营企业,是指在中国境内除国有企业、国有资产控股企业和外商投资企业以外的所有企业,包括个人独资企业、合伙制企业、有限责任公司和股份有限公司,以及含有小部分国有资产和(或)外商投资资产但不具企业经营权和控制权的有限责任公司和股份有限公司。参见彭建梅、刘佑平主编:《2012 年度中国慈善捐助报告》,中国社会科学出版社 2013 年版,第 26~27、32~52 页。

〔2〕 彭建梅主编:《2013 年度中国慈善捐助报告》,企业管理出版社 2014 年版,第 23~24、87 页。

目 录

前 言	(1)
第一章 公司捐赠中的董事义务	(1)
第一节 捐赠决策权的分配	(1)
第二节 董事义务的内涵及其发展	(9)
第三节 商业判断规则与合理性标准	(26)
小 结	(37)
第二章 公司捐赠与股东诉讼	(38)
第一节 问题的提出	(38)
第二节 英国法的经验	(40)
第三节 对我国法的反思	(52)
第四节 与公司捐赠相关的股东权利:以知情权为例	(58)
小 结	(68)
第三章 慈善抵扣的理论基础	(70)
第一节 慈善抵扣的含义与框架	(70)
第二节 慈善抵扣的基本理论	(77)
第三节 慈善抵扣中的疑难问题	(81)
小 结	(91)
第四章 作为合格受赠人的慈善组织	(92)
第一节 基本概念辨析	(92)
第二节 慈善组织与慈善信托之比较	(106)
第三节 慈善组织的疑难法律问题	(116)
小 结	(131)
第五章 国有企业捐赠的法律问题	(132)
第一节 国有企业捐赠的基本概况	(132)
第二节 国有企业与社会责任	(142)
第三节 国有企业捐赠的法律构造	(152)
小 结	(165)
第六章 知识产权捐赠的法律问题	(166)
第一节 知识产权捐赠的法律界定	(166)

2 公司捐赠的前沿法律问题

第二节 知识产权捐赠的慈善抵扣	(177)
第三节 知识产权捐赠的理论研究与实践	(182)
小 结	(196)
结 语	(198)
附件一 关于公司捐赠的主要法律法规(截至2015年6月)	(201)
附件二 参考文献	(314)
代后记	(325)

第一章 公司捐赠中的董事义务

公司捐赠表面上是公司的行为,实则是控制公司的董事或股东的行为。当董事控制公司时,如果公司捐赠给公司造成了损害,董事有可能要对公司承担责任。董事组成了公司的董事会,即公司常设、必备的业务执行机构。董事会作为公司的经营意思决定机构,其决策的正确与否,直接关系到公司的经营能否顺畅进行下去。围绕如何理解及平衡董事行为所发展出来的一系列关于董事义务的规则,构成了公司治理的核心。虽然我国《公司法》规定了董事对公司的忠实义务和勤勉义务,但是这些义务的内涵和外延却并不明确。对这些概念的具体阐述,一部分由学者来完成,另一部分则由法官在判决时作出适当表达。本章主要关注公司捐赠中的董事义务,涉及捐赠决策权的分配、董事义务的一般含义、商业判断经营规则与合理性标准等内容。

第一节 捐赠决策权的分配

一、两个中心主义的讨论

在考察英国的慈善法考察时,Peter Luxton(2001)曾经提到,现代判决表明,公司向慈善组织的捐赠涉及三个问题:首先,公司自己是否有捐赠的权力;其次,捐赠是否由公司机关正当授权;最后,董事关于向慈善组织捐赠的决定,是否应受责难。^[1]由此可见,捐赠是否有公司机关正当授权,是非常重要的,直接关系到捐赠是否成立。与此相关的一系列问题包括:如果缺乏正当授权,公司捐赠的效力如何?如何理解公司机关的正当授权?哪个公司机关有权决定捐赠,股东会还是董事会?权力在股东和董事之间予以配置的标准是什么?

原则上,对于公司捐赠的事项,如果公司章程有明文规定,从其规定。例如,关于公司捐赠的条件和程序、数额限制,一旦公司章程的具体条款已有涉及,那么

[1] Peter Luxton(2001),The Law of Charities,Oxford University Press,para 19. 74.

依此规定执行。如果公司章程对此没有规定(实践中大部分公司章程对公司捐赠都没有明文提及),问题就变成了如何在股东与董事之间合理分配公司捐赠的决策权。

我国《公司法》对股东会和董事会的职权划分采取法定主义,即由法律来明文界定。《公司法》的条文以列举的方式,分别对股东会和董事会的职权予以了详细的规定。但是随之也提出了一些问题:对于《公司法》规定由董事会行使的职权,能否由股东会行使?换句话说,董事会已经通过会议决议的事项,股东会能否通过会议决议的方式推翻它?对于法律以及章程没有涉及的事项,由股东会还是董事会决定?

我国大陆和台湾地区一般将股东会视为公司的最高权力机关,而董事会为业务执行机关。王文宇(2004)认为,股东会是指股东就公司的业务作出个别的意思表示并加以决议,从而形成公司的意思决定的(股份有限)公司的最高必要机关;董事会是指(股份有限)公司的法定、必备、常设的业务执行机关。^[1]刘俊海(2011)认为,股东会是众股东对公司重大事项作出意思决定的公司权力机关,而董事会是由董事组成的、就公司经营的一般事项作出意思决定的公司必备、常设的合议制业务执行机构,在公司的治理架构中,董事会位于股东会与经理层的中间层,处于承上启下的地位。^[2]

在我国,学理上存在股东会中心主义和董事会中心主义这种称谓。根据前者,股东会中的各个股东享有公司的各种权力,董事不过是股东会决议的执行人。随着“有限责任”、“公司独立人格”、“所有权与经营权分离”等公司基本特征被逐渐理解,人们意识到如果允许股东会可以随时干涉董事会的经营决策,有碍于交易的安全,并不利于公司发展。公司经营决策权的重心由股东会向董事会转移,出现了所谓的董事会中心主义,即由董事会行使公司的经营管理权。学者指出,判断股东会中心主义与董事会中心主义的标准有两个:一是哪个机构享有经营管理公司的实质决策权;二是法律没有明确规定的剩余权力由谁行使。据此,我国《公司法》基本上采取了股东会中心主义。^[3]

笔者认为,股东会中心主义是我国在引入“公司”概念的时候,没有充分理解公司独立人格以及所有权与经营权分离这个原则所致。改革开放之初,国有企业、集体企业没有采纳现代公司的治理结构,所有者与经营者混为一谈。20世纪

[1] 王文宇:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第249~250、278页。

[2] 刘俊海:《现代公司法》(第二版),法律出版社2011年版,第466、483页。

[3] 刘俊海:《现代公司法》(第二版),法律出版社2011年版,第468~469页。

90年代初,伴随着《公司法》的出台,开始谈建立现代企业制度。^{〔1〕}我们对公司的认识存在一个过程,而股东会中心主义向董事会中心的转变,从某个角度生动地体现了这个过程。对于公司理论而言,股东会中心主义是一个错误的提法,对公司独立人格构成了挑战。

邓峰(2009)对股东会中心主义和董事会中心主义的划分有过精辟的论断。他认为,很少有其他语种的文献会使用这样的表述,大多数国家都是将董事会视为公司的默认权力机关,可以充分代表公司而行事,^{〔2〕}股东则可以通过投票的方式修改公司章程,对董事的权力形成某种制约。股东会中心主义的表述(例如,公司的一切事务,除股东之固有权,只要不违背公司的强制性规定、不违背公序良俗、不超越股份有限公司的资本范围,股东大会都有权作出决议),在其他国家的立法和法学理论中几乎是看不到的。这些国家的立法常常表达了将公司权威明确配置给董事会的倾向。在公司法规则的内部逻辑上,股东会中心主义是难以自圆其说的。^{〔3〕}

二、英美法的传统观点

股东、董事和管理层之间的权力划分,是公司治理的基本问题。^{〔4〕}权力划分的原则,被称为“所有权和控制权的分立”。该原则对一些公众公司影响较大。对于大部分私人公司而言,因为股东和董事是相同的人,所以权力划分并不具有实际意义。原则上,权力划分是公司章程的功能。^{〔5〕}

一直到19世纪末,英国公司的股东会被视为公司的最高权力机关,董事仅仅是公司的代理人。而受限于股东会会议的决议。股东可以在任何时候通过普通决议向董事发出关于如何行使经营权的指示。1906年,英国上诉法院在一个案例中采纳了新的方法:董事会和股东会之间的权力划分完全取决于对公司章程的解释,如果权力已归于董事会,那么股东会不能介入该权力的行使。1909年,该新的

〔1〕 1993年11月,中共十四届三中全会举行,并通过了《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》。该文件是经济体制改革的行动纲领,规定了国有企业的改革方向为建立现代企业制度。

〔2〕 虽然英美法系普遍将董事会视为公司的权力机关,但是,具体到谁能代表公司这个问题,各个国家的态度也不尽相同。例如,在英国,managing director(常务董事)视为能够代表公司;而在美国,officer(高级人员)才可以代表公司,单个的董事不能代表公司,只能通过在董事会上的表决而集体行事。

〔3〕 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第418页。

〔4〕 管理层的含义有广狭之分。广义上,管理层包括董事和经理层。狭义上,管理层仅限于经理层。英美法中的“officer”译成公司高级人员,通常是指除了董事以外的经理层。

〔5〕 Derek French, Stephen Mayson & Christopher Ryan (2009), Mayson, French & Ryan on Company Law (26th ed.), Oxford University Press, para 15.10.1.

方法已被普遍接受。^[1]

现代公司法关于股东和董事之间权力划分的原则,可以具体描述如下:“公司是区别于其股东与董事的实体。根据其章程,公司的某些权力可由董事行使,某些其他权力则可以保留于股东会会议。如果经营权归于董事,他们并仅可以由他们行使这些权力。股东可以控制章程授予董事之权力的行使的唯一方法,是修改章程,或者如果章程之下的机会产生,拒绝重新选择他们所不同意的董事。股东不能夺取通过章程而归于董事的权力,如同董事不能夺取通过章程而归于股东的权力。”^[2]

1985年起,英国公司的示范章程进一步明确了董事的经营权。这些规定现在反映在2006年《英国公司法》的示范章程中。无论对于私人公司或者公众公司,董事都享有一般经营权:受限于章程,董事对公司业务的经营管理负有责任,为此目的他们可以行使所有的公司权力。^[3]一般经营权,是指作为经营良好公司开展业务的权力。^[4]

引起争议的问题是,股东是否对董事的一般经营权享有一般监管权。根据英国的公司示范章程,(a)股东可以通过特殊决议,指示董事采取或者不得采取特定的行为;(b)该特殊决议,并不使得董事在该决议通过之前已经做的任何事情无效。^[5]有观点认为,这些条款不足以给予股东一般监管权;要给予一般监管权,有必要使用1845年《英国公司条款合并法》第90条中的法定公司所采纳的格式,使得董事行使其权力“受限于为了此目的而特别召集的任何股东会议的控制和规制”。在登记公司的示范章程中缺少这些强烈的词语表明,登记公司的董事具有与法定公司的董事不同的地位,登记公司的股东不具有一般监管权。该观点也遭受了一些质疑。反对者认为,权力划分原则并不是普遍受欢迎,董事应当受限于股东的控制而被视为股东的代理人。反对者引用Neville法官在一个判决中的观点,^[6]即公司股东具有通过普通决议监管董事的内在权利,除非章程另有规定。无论如何,权力划分原则近几十年来已被法院普遍采纳,但是对该原则的批评仍

[1] Paul Davies & Sarah Worthington (2012), *Gower and Davies Principles of Modern Company Law* (9th ed.), Sweet & Maxwell, pp. 387-388.

[2] *Shaw & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw* (1935) 2 KB 113, p. 134.

[3] SI 2008/3229, art 3 (private companies limited by shares) and art 3 (public companies).

[4] 据此理解,一般经营权并不赋予董事申请清算公司的权力。但是,现在根据1986年《破产法》第124条第1款,公司董事具有申请公司清算的法定权力。

[5] SI 2008/3229, art 4 (private companies limited by shares) and art 4 (public companies).

[6] *Marshall's Value Gear Co Ltd. v. Manning Wardle & Co Ltd.* (1909) 1 Ch 267. 在该案中,董事会未能决定公司提起诉讼,法官判决股东会决议可以决定公司提起诉讼。该案件的判决,目前已被另一个案例 *Breckland Group Holdings Ltd. v. London & Suffolk Properties Ltd.* (1989) BCLC 100 推翻。

在继续。^{〔1〕}

尽管董事会享有一般经营权,法律仍然强制性地为股东保留了一些权力,要求在某些场合,董事会的决定必须要有股东的同意。这些场合通常涉及对股东的法定和合同权利产生重大影响。例如,修改公司章程;变更公司类型;法定股份或者不适用股份优先购买权;减少股本,或者股份回购;变更依附于股份类别权利;采纳安排的计划;自愿清算公司的决定等。^{〔2〕}

与英国法一脉相承的美国法,自然也将董事会视为经营权的终极归属;董事没有义务满足大多数股东的希望。经营权并非归于董事个人,而是归于董事会。董事会通过集体决策而行事。^{〔3〕}根据最新修订的《美国示范商事组织法》,在受限于公司章程或者股东协议的情况下,所有公司权力应当被或者根据董事会的授权而行使,公司的业务和事务应当被或者根据其董事会的指示而经营,并且受限于其董事会的监管。^{〔4〕}对于公众公司,董事会的监管责任包括多项内容:经营业绩和计划;公司面临的主要风险;公司高级人员的绩效和报酬;培育公司遵守法律和道德行为的政策和实践;编制公司财务报告;公司内部控制的有效性;向董事提供充分和及时信息的安排;在考虑独立董事的重要作用时,董事会及其委员会的组成。^{〔5〕}

三、捐赠决策权分配的争辩

如上所述,鉴于董事会享有一般经营权,如果捐赠也在公司经营的范围内,那么其决策权似乎应归于董事会。但是 Brudney & Ferrell (2002) 对此提出质疑。首先,他们指出有些公司捐赠的目的,在于提高公司的公众形象。捐赠所促进的公司福利,是公众对公司作为“良好公民”的认可。公司无法从捐赠行为中产生情绪上的满足,因此,即使公司能忍受无对价的捐赠,并非是因为情绪上的驱动。公司捐赠的对价,是获得了一些无形的权益。例如,公众对其作为社会中的道德扮演者的形象认可。通过该认可所代表的“权益”,尽管不是早期普通法所要求的“直接权益”,已经有一段时间被视为使得管理层授权(作出对公司或其股东不产生任何收益的决策)正当化。结果是,公司以及管理层被授权作出带有无私性质的捐

〔1〕 Derek French, Stephen Mayson & Christopher Ryan (2009), Mayson, French & Ryan on Company Law (26 ed.), Oxford University Press, para 15. 10. 2.

〔2〕 Paul Davies & Sarah Worthington (2012), Gower and Davies Principles of Modern Company Law (9th ed.), Sweet & Maxwell, pp. 393 - 394.

〔3〕 William T. Allen, Reinier Kraakman & Guhan Subramanian (2012), Commentaries and Cases on the Law of Business Organization (4th ed.), Aspen Publishers, pp. 104, 108.

〔4〕 MBCA 2011, § 8. 01 (b).

〔5〕 MBCA 2011, § 8. 01 (c).

赠,该捐赠不属于任何利润最大化的行为。^{〔1〕}

集中决策程序在公司捐赠中,对公司财富最大化而言是不必要的。与公司事务的行为所产生的大多数费用不同的是,捐赠是一种不连续的费用。在生产或者分配能够产生只能通过集中决策才能实现的集合性回报的产品或服务中,捐赠不是作为整体项目费用的必要部分。捐赠不是必须视为公司整个项目之一部分的销售过程的组成部分。捐赠也不是受选择特定受赠人之影响的生产过程的一部分。很少有必要将捐赠与集中决策程序联系在一起,后者仅为(作为公司利润来源的)公司产品或服务的融资、生产、销售所需。简言之,反对股东参与公司经营的考虑因素,不适用于对公司捐赠的股东决策,无论该捐赠是否满足公司“权益”的要求(当该术语被广义解释时)。^{〔2〕}

如果受赠人的选择是捐赠人道德原则的执行,那么很难理解为什么该选择管理层作出捐赠决策。管理层没有作出该选择的特殊道德胜任,至少对于不属于他们的财产是这样的。管理层可以用他们自己的资金向从事促进他们所推崇的社会和道德价值或福利服务的慈善组织或企业捐赠。但是,管理层不得利用捐赠不属于他们的资金作出无私的行为。股东为了追求利润而投资于公司,没有默认授权管理层去选择捐赠的受赠人。投资者的默示或明示同意,是让管理层去指导公司财富的增加。最后,他们总结捐赠的决策权应当归于股东,并且提出了执行股东决策的两种方案:一是对公众公司,通过法律强制执行股东决策。二是修改《国内税收法典》(Internal Revenue Code),只允许股东指定的捐赠,才可以享受慈善扣除。^{〔3〕}

Richard Painter(2002)对上述观点进行了回应,认为股东指定的捐赠存在以下几个方面的问题。第一,与管理层指定的捐赠相比,股东指定的捐赠具有较少的宣传价值,其理由有三项:(1)管理层可以战略性协调捐赠,而股东却不能。管理层比股东更容易识别能够提高公司声誉的非股东参与者(消费者、供应商、社区和地方政府等)。(2)公众公司的股东非常分散,不如管理层那样向公司业务集中地以及捐赠具有最大宣传价值所在地的慈善组织捐赠。(3)管理层从股东指定的捐赠中获得较少的关于自身社会威望的宣传价值,股东也不可能实现相应的更大宣传价值。因此,管理层可能要求提供薪酬待遇,从而获得相关损失的补偿。第二,无法控制公司捐赠的管理层可能会减少或者消除捐赠。管理层可能将更多的公

〔1〕 Victor Brudney & Allen Ferrell(2002), Corporate Charitable Giving, 69 U. Chi. L. Rev. 1191, pp. 1193-1195.

〔2〕 Victor Brudney & Allen Ferrell(2002), Corporate Charitable Giving, 69 U. Chi. L. Rev. 1191, p. 1199.

〔3〕 Victor Brudney & Allen Ferrell(2002), Corporate Charitable Giving, 69 U. Chi. L. Rev. 1191, pp. 1206-1209.

司资金用于与业务相关联的项目,以提高其自身的商业或社会声誉。第三,如果股东选择有争议的慈善组织,会引发公司内部暗斗,管理层很可能因此减少或者消除公司捐赠。第四,存在丰富的规避战略。例如,管理层可以决定提高薪酬,从而让处于管理层的个人向其自己选择的慈善组织捐赠;管理层可以决定向供应商和消费者提供更优惠的合同条款,从而让他们向其选择的慈善组织捐赠。第五,因为股东通过其代理人行事,所以两者之间的通信会有成本。如果股东没有花费更多时间去研究代理人提供的材料,也会产生巨大的成本。^[1]

美国法上,对于公司的基础性或者重大的行为,通常交由股东决定。Eisenberg 教授从理论上提出了用来划分董事和股东职能的标准:(1)需要特别技巧的业务和一般性的基于公司业绩评价基础上的投资技巧,前者归属董事会,后者归属股东;(2)所需决策事项的经济重要性(包括其大小、风险、取得效果的时间以及撤回的成本等),越重要的事项,越应当得到股东的确认;(3)所需决策事项的发生频率,越不经常发生的事项,越应当得到股东的确认;(4)所需决策事项需要的速度,如果时间不允许,就可以授权董事会来判断。在此基础上,该教授总结:对于业务性质的决策,属于董事会;对于公司结构性的决策,应当属于股东。业务性质的决策又包括两种,一是产生效果时间较短、需要快速决策的日常业务,例如雇用或者解雇员工;二是虽然不经常发生,但是在公司一般业务框架内的业务,例如扩展车间、与工会谈判等。结构性的决策也包括两种:一是涉及公司基本结构的变化,例如出售重大资产、清算等;二是涉及控制权的转移。^[2]

四、德国法的启示

根据德国《股份法》第 118 条第 1 款,对于股份有限公司,股东大会是股东行使其权利的机构;股东大会的职权受到法律和章程规定的限制。根据该法第 76 条至第 78 条,董事会独自负责公司的经营和管理,董事会拥有公司的管理权和代表权。董事会不仅可以确定公司的经营策略和经营方向,而且也可以采取具体的经营措施。在公司章程规定的范围内,董事会可以不必听从股东大会或者监事会的指令而进行独立的经营管理。

德国《股份法》第 110 条第 1 款明确规定,股东大会有权决定以下四类事项:选聘股东监事;决定盈余的使用;决定免除董事会成员和监事会成员的责任;选聘年终决算审计师。除了这些事项以外,股东大会还有一些其他职权分散地规定于《股份法》的不同条款。这些职权包括决定监事的报酬、决定解聘监事会中的股东

[1] Richard W. Painter (2002), Commentary on Brudney and Ferrell, 69 U. Chi. L. Rev. 1219, pp. 1219 - 1223.

[2] 邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 420 ~ 421 页。

代表、聘请特别审计师、对董事会成员进行信任或者不信任的投票、决定提起或者放弃特定的损害赔偿之诉。此外,对引起公司基本结构发生变化的事项,股东大会也有决定权。这些事项包括修改公司章程、筹资和减资措施、资产转移和向公司转让资产的义务、公司合并、公司分立、批准公司合同、批准公司的加入和解散等。^{〔1〕}

《股份法》关于分权制度的主要内容是:对涉及公司的基本决定或者结构性的决定由股东大会作出,有关业务管理即企业管理方面的事项则由董事会负责管辖,如有需要可以在征得监事会的同意后由董事会决定。如果董事会提出要求,股东大会对要求的事项具有特别业务决定权。由此可知,对涉及公司在经济和法律上进一步发展的管理措施,股东大会一般具有决定权。但是,应当将这些事项与日常事件区分开来。后者没有涉及公司的基本结构,因此它们必须由公司管理机构处理。为了避免界限过于僵化,应该采用数量特征与质量特征相结合的界定方法。有学者指出,人们在界定时必须首先遵循一个基本原则,即只要交易的数额占公司总资产的20%至25%,那么这就是有关公司结构变更的交易。其中的关键问题是:有关措施是否涉及了公司的核心业务,这些措施是否改变了公司“形象”和“结构”,从措施的本质分析是否改变了公司的经营范围。最后,还有必要对事项的各个方面进行仔细的评估。尽管如此,两者之间的界限并不十分明显。^{〔2〕}

在德国,有限责任公司比股份有限公司的灵活性更大。根据《德国有限责任公司法》,该类公司只有两种机构:经理和股东大会。经理是公司的经营管理机构和代理机构,对外代表公司。不同于股份有限公司的董事会,经理不是独立地管理公司,而是根据公司章程或者股东大会决议的规定管理公司业务。股东手中掌握着公司制度和经营管理的重要决策权。在公司章程的框架内,股东确定内部的职权分配,可以将所有的决策权收归己有,并有权对经理发布指示。股东大会是公司的最高机构和决策中心,控制着公司的财务权和人事权。^{〔3〕}

德国法的启发是,对于股东与董事(或经理)之间的关系,股份有限公司与有限责任公司采取了不同的做法。前者中的董事会比后者中的经理具有更大的独立性,享有更多的自由裁量权。由此带来的问题是,公司捐赠的重要性,是否关切公司结构的变化?是否属于日常业务的范畴?对于两类不同的公司,是否应予以

〔1〕 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军、单晓光、刘晓海、方晓敏等译,法律出版社2005年版,第138、221~224页。

〔2〕 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军、单晓光、刘晓海、方晓敏等译,法律出版社2005年版,第225~226页。

〔3〕 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》,高旭军、单晓光、刘晓海、方晓敏等译,法律出版社2005年版,第524~526页。

区别对待?

综合以上论述,笔者认为,捐赠决策权的分配应当结合公司的性质以及公司捐赠的重要性等因素予以综合判断。有限责任公司的董事会通常由股东组成,代理成本较小,因此董事的决定往往可以视为股东的决定。股份有限公司的情况则有所不同。因其股东人数众多且分散,所有权与经营权分离的特征明显,代理成本比较高,所以董事的决定并不能代替股东的决定。原则上,公司捐赠属于公司的日常业务范畴,一般由董事会予以决定。“剩余权力归股东大会”观点是不正当的,因为其没有充分理解公司独立人格的含义以及董事会的决定代表公司意志的合理性。此外,公司捐赠由股东决定存在两大弊端,一是时效性(捐赠的需求时效与决策的形成时效之间的矛盾),二是有效性(信息不对称造成人数分散的股东难以作出有利于公司的决定)。但是,如果公司捐赠的数额过大乃至构成公司结构的变化(例如,捐赠数额占公司总资产的20%以上),此时该捐赠应当交由股东大会决定。

第二节 董事义务的内涵及其发展

一、董事义务的传统解读

什么是董事?学者们在研究成果中,大多不会尝试对董事的概念作出完整、全面的定义。取而代之的是,从董事的身份与资格、选任与解任、权力与义务等方面出发,勾划出董事的内涵和外延。例如,有些学者认为董事作为董事会的构成人员,是公司法定、必备、常设之业务执行机关。在概念上,董事可以分为机关董事和个人董事。前者系公司组织之一部分,与公司互为一体,其行为即为公司之行为,其本身并无权利能力可言。后者具有权利能力,与公司居于委任关系。^{〔1〕}也有学者认为,全体董事构成董事会,公司业务由董事会决定,由董事执行;但是日常业务全部由董事会决定是不合乎显示的,所以推定业务执行的决定权限于董事。因此,公司日常业务执行由董事决定、执行和代表。每个董事只是董事会的构成人员,而不是公司的机关。^{〔2〕}

董事在我国公司法中的身份,已经被概括得比较详细。张民安认为:“公司董

〔1〕 柯枝芳:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第240~241、560页;王文字:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第278页。

〔2〕 〔日〕末永敏和:《现代日本公司法》,金洪玉译,人民法院出版社2000年版,第134、135页。

事的身份多种多样。基于董事代表公司与第三人从事交易的需要,董事被认为是公司的代理人;基于董事对公司资本和财产的管理和运用,董事被认为是公司的受信托人;基于公司对董事侵权行为、犯罪行为等不法行为承担责任的需要,董事被认为是公司的机关;基于董事为公司提供具体的劳务服务,董事被认为公司的雇员。”〔1〕

无论董事是不是公司的业务执行机关,也无论董事是不具有多重身份,对董事作出一个清晰、完整的定义似乎是非常困难的。英国公司法则走得更加彻底,干脆放弃了对董事作出定义的想法。该国公司法对董事概念的阐述通过两个途径完成,一个是在成文法中,规定“董事”包括处在董事位置上的任何人,不管其称呼;〔2〕另一个是在大量的判例中,完成对董事概念的填充。由此可见,英国公司法沿袭一贯作风,对董事概念采取了非常灵活的方式。董事是根据某个人的功能或作用,同时结合公司性质、章程等来判断,而不是看他有没有董事这个头衔。即使某个人被称为管理人、受托人或咨询人,都不会影响他作为董事的法律地位。〔3〕

什么是董事义务?国内外学者对这个概念的阐述已经相当详尽。董事义务又称受信义务,简单地说,是指董事负有的义务。我国公司法参照两大法系的观点,将董事义务分成两个内容:一为忠实义务,二为勤勉义务。

在理解董事义务的时候,必须要注意一个问题:董事作为“受信人”(fiduciary)的身份,其与公司的关系,并不等同于信托(trust)当中的受托人与受益人之间的关系。在信托中,委托人将信托财产交付给受托人管理,受托人对受益人负有信托义务,信托财产的所有权从委托人转移至受托人,受托人享有信托财产的所有权,但是必须为了受益人的利益而管理这些财产。在公司中,董事必须为了公司利益而管理公司财产,董事对公司负有受信义务,但是董事并不享有公司财产的所有权。受信义务就是一种信托义务,两者可以互相代替。在各种信托义务中,信托中的受托人对受益人的信托义务,是最严厉的。〔4〕

(一) 忠实义务

忠实义务(duty of loyalty),是指“董事、监事、经理管理经营公司时,应毫无保留地为公司最大利益努力工作,当自身利益与公司整体利益发生冲突时,应以公司利益为先。”也就是指董事、监事、经理对公司负有忠诚尽力,殚精竭虑,个人利益服从公司利益的义务。简言之,忠实义务禁止背信弃义和自我交易。无论何

〔1〕 张民安:《公司法上的利益平衡》,北京大学出版社2003年版,第315、316页。

〔2〕 Companies Act 2006, s 250.

〔3〕 葛伟军:《英国公司法:原理与判例》,中国法制出版社2007年版,第171页。

〔4〕 Derek French, Stephen W. Mayson & Christopher L. Ryan (2009), *Mayson, French & Ryan on Company Law* (2009-2010 ed.), Oxford University Press, p. 469.