

Study on the Civil Liability System of Modern Corporation
——Emphasis on Shareholders and Managers

现代公司民事责任制度研究

——以股东和经营管理者为重心

何尧德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Study on the Civil Liability System of Modern Corporation
——Emphasis on Shareholders and Managers

现代公司民事责任制度研究

——以股东和经营管理者为重心



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代公司民事责任制度研究:以股东和经营管理者
为重心/何尧德著. —北京:法律出版社,2011.5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2031 - 0

I. ①现… II. ①何… III. ①公司—民事责任—研究—
中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 059077 号

现代公司民事责任制度研究
——以股东和经营管理者为重心

何尧德 著

责任编辑 潘洪兴 费翔萍
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720×960 毫米 1/16

版本 2011 年 5 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 固安华明印刷厂

印张 24.25 字数 348 千

印次 2011 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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 - 2031 - 0

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序言：一部反思和重建我国 公司法律制度的力作

龙翼飞^{*}

自我国改革开放以来，民商法学者就开始对公司法律制度进行系统的理论研究，历经艰苦攻关，取得了丰硕的学术成果。目前，在众多耀眼的学术成果中，《现代公司民事责任制度研究——以股东和经营管理者为重心》当属对我国现行公司制度进行反思和重建具有重大参考价值的力作。这是我所指导的博士研究生何尧德在他的博士学位论文“现代公司中股东和经营管理者民事责任制度研究——兼论现代公司制度的基础理论之重构”的基础上修订而成。作者从公司法律制度的起源和历史演进入手，探求公司制度的本质以及未来的发展趋势，认为有关现代公司制度的基础理论需要重新审视和重构，对我国的公司制度尤其是公司法人

^{*} 龙翼飞：现任中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师。

治理结构及其民事责任制度重新进行定位和构建。

—

我国公司法学者对现代公司的独立人格、公司治理结构与模式、公司股东的法律地位与责任的研究存在诸多问题。本书作者收集了大量最新的国内外资料与学术成果并潜心研究,提出了一系列具有重要参考价值的观点和改革意见。

关于公司法律人格的本质,作者认为,公司独立法律人格的本质不仅仅在于独立财产,还在于独立意志。股东的出资仅构成公司产生的根源和目的,即公司财产的集中管理和整体营利,这是公司独立法律人格的物质基础,即独立财产,而如何实现公司财产集中管理和整体营利的目的,必须依赖公司机关来完成并实现公司的独立意志。公司的独立意志,并非股东意志的简单集合,而是体现股东共同意志又不同于股东共同意志的、作为公司独立的法律人格而独立生成的自主意志,必须有一套机制确保公司独立意志的产生,使其不受股东个人意志或经营管理的个人意志的不当影响或干涉。这种机制便是公司的组织制度或者公司的治理结构。公司独立人格的支柱并非在于独立责任,而在于独立财产与独立意志。独立财产是公司人格独立的基础要件,而独立意志是公司人格独立的核心要件或标志。二者是公司独立人格的基本要求,只有在财产独立与意思独立的情形下,才可赋予公司独立人格;而一旦赋予了公司独立人格,便可产生独立责任的法律效果,责任是否独立,完全取决于财产和意思是否独立。

关于公司分权与制衡,目前许多学者借助于国家权力的三权分立学说将公司权力划分为:股东会作为表意机关或权力机关,行使决策权(近似于立法权);董事会作为执行机关,行使执行权(近似于行政权);监事会作为监督机关,行使监督权(近似于司法权)。作者认为,这种公司权力划分方法并不科学,实际上属于对公司权力进行机械式肢解的结果,远远脱离了法律和商业的真实世界,因为公司的权力并非单纯来自于股东或全体股东的授权经营,还来自于国家法律的拟制或明确规定。如果公司的权力完全来自于股东,即意味着全体股东有权力决定公司的一切行为,由此,就不会产生因滥用公司独立地位而揭开公司面纱或股东有限责任的例外适用的法律后果。公司的股东很少能直接罢免董事或监事选任或委托的高级管理人员,公司内部各方主体在公司中具有不同的法律地位,其权力、义务、

责任及其所承担的风险各不相同,属于法定分权,具有强制性。经营决策权一般由经营管理者中处于最高地位的人或机关即最高层的经营管理者行使;执行权由执行董事所领导的经理层共同行使;监督权常常与选任权密切相连,在经营管理者内部存在高层管理者对中层管理者的选任和委托关系,因此,监督权具有上下级或垂直领导性质。公司权力的一般分权方式为:监督权、决策权与执行权。这三种权力既存在分权的不同层次,又存在一定的交叉关系,并不完全等同于国家权力中的三权分立。

在公司治理过程中必然存在不同层次的分权。第一次分权体现为股东与经营管理者各自作为一个整体相互间的分权,股东作为一个整体组成股东会,享有监督权、制定和修改公司章程权、选任经营管理者等法律明确规定的权力。而经营管理者享有股东权力之外的公司一般性事务管理权、经营的最高决策权、监督权和业务执行权,简称经营控制权。股东与经营管理者之间的分权,依据公司法律和公司章程的规定,属于法定分权。

第二次分权乃经营管理者内部分权,属于行政性质分权,具有垂直领导和上下级关系,表现为监事会享有的监督权、董事会享有的经营决策权和经理层享有的业务执行权,由监事会选任、奖惩董事并组成董事会、由董事会选任、奖惩高级管理人员组成经理层,高级经理人员受雇于董事会,成为董事会领导下的执行机构,在董事会的授权范围内经营公司。由此,形成了直线型的上下分权层级制治理机制。

公司的规模越大,其治理的分权层级就越多,即将高级管理人员或经理层所享有的业务执行权,通过委任的方式,向中层管理人员或下层雇员授权,可称为第三次分权。故此,公司层级组织机构变成了持久性权力和公司持续成长的源泉与基础,从而节约了交易成本,扩大了经营规模,提高了经营绩效。

关于公司治理模式,作者对英美法系的单层委员会制、德国与荷兰的双层委员会制、法国的限定范围任选制以及韩国、中国的单层二元平行委员会制四种模式进行了深刻的研究和剖析,并郑重提出:我国公司治理结构的制度缺陷最关键的症结在于监事会错位;韩国、中国的单层二元平行委员会治理模式的最大失败在于:监事会不能直接选任董事。其他三种治理模式都遵循了一个最基本的原理和共同规则,即监督权不能与任免权分离:管理机构的成员由监督机构任命或免职,管理机构的成员不能同时兼任监督机构的成员。无论是股东会对董事会的监督或董事会对经理层的

监督,还是股东会对监事会的监督或监事会对董事会的监督,都离不开选任权,都属于一种上下级或垂直型的关系监督,属于上下级的分权制衡。只有这种分权和监督,才能既保障监督者高于或优越于被监督者的地位和权威,又能保障监督权力的集中行使,实现监督或制约的制度功效。而我国大中型国有公司的监事会并无选任经营者这一权力,公司内部监督机制多元化,监督权力被过度分割。具体而言,国有资产管理部门、金融工委、大型企业工委和人事部负责公司高层管理者的任免;财政部负责资本金管理,稽查特派员公署负责财务审计;国家发改委对公司经营活动进行监控,企业工会、上级党委、政府的行业主管部门等机构分享或独享本应专属于监事会的某些监督权力。这种监督机制多元化,监督机构分散化,使得各项监督之间存在冲突,不能形成合力,必然导致监事会权力的弱化,监督成本和代价高昂,缺乏实际的监督效果。

我国公司的监事会与董事会处于平行关系,董事会对于重大业务决策,对监事会并无报告或经得其同意的义务,即监事会对重大经营决策并无实质意义的知情权,仅是董事会经营管理决策作出之后向监事会“通报”而已,监事会的监督不具有事前和事中监督的功能,仅具有事后监督或财务监督抑或事后救济的功能,根本无法产生监督者的“实际控制能力”,其监督权的行使无法得到基本保障。反映在制定法上,我国新《公司法》第149条无法具体详细地规定监事的忠实义务,而仅规定董事和高级管理人员的八项忠实义务。因为我国监事或监事会并不具有其应有的法律地位,其权力的弱化必然导致其义务和责任的弱化,故我国监事和监事会只能产生“陪衬”的法律效果。

鉴于我国公司治理模式的上述缺陷,作者提出三种改革路径。第一,选择美国模式,在董事会内部分权制衡:独立董事负责监督,执行董事负责业务的执行,经营决策权由董事会行使,即由独立董事与执行董事共享。第二,选择德国监事会模式,即应调整我国公司机关的权力结构,让监事会居于董事会之上,由监事会直接任免董事会成员。第三,选择法国的限定范围选任模式,其监事会属于公司内部对董事会进行强有力监督和制约,有权选任董事会成员、审查公司账目、批准公司重要交易合同等重要而广泛的权力,而其会计监察人是被排除在公司管理之外的一种常设性或专家性的监督,以弥补监事会个别或专业监督能力之不足。法国所创设的在美国和德国模式范围内进行选择的这一模式为1991年1月1日《欧盟公司

法第5号指令》所确认和采纳,并为2004年10月8日生效的《欧洲公司条例》明确规定,已经在欧盟各成员国中执行,更具有灵活性与包容性。

关于股东有限责任的例外适用,作者赞同虞政平的意见,认为我国多数学者采用从日本引进的“公司法人格否认”这一概念并不严谨,与该制度的实际内容发生冲突,系对其英文概念“disregard of the corporate entity”的误译和误解,正确的翻译和理解应该是“无视公司人格”。理由是,在所谓的公司人格否认中,公司仍应作为责任主体对债权人承担责任,因此公司人格自始没有被否定;被否定的实际上只是股东的有限责任,从而要求股东对公司债务承担连带责任。股东有限责任和公司独立人格并没有必然联系,并不能因为否认了股东的有限责任,就认为公司人格被否定了。因此,作者认为,采用德国的公司“直索或穿透责任”概念更为贴切。即在某些特定情形下,法院可忽视公司与股东这两个权利主体的分离,使债权人得以穿透作为债务人公司的独立人格,径直向公司法人背后的股东追索责任。法院赋予债权人的这一权利,被称为“直索权”。股东的直索责任不仅适用于控制股东与公司之间、母公司与子公司之间的法律关系,而且适用于兄弟公司之间的法律关系;不仅存在顺向追索,而且存在反向追索与平行追索。它是股东或实际控制人基于其特有的控制股东地位,实施了滥用公司法人资格和股东有限责任来逃避债务,并严重侵害了债权人利益的行为而产生的法律后果,即对公司债务承担连带责任。这里的“连带责任”在本质上属于无限连带责任。其独特性在于:(1)股东对债权人不享有先诉抗辩权,即不能要求债权人先起诉公司,不能提出自己仅就公司不能清偿的部分承担责任之抗辩。(2)股东承担了公司债务后,对公司不享有追偿权,公司对股东也不产生追偿权。(3)在特定的法律关系和特定的案由中适用,债权人承担更多的举证义务。

二

关于公司经营管理者民事责任,是本书聚焦的重心。作者在研究现代公司治理原理和经营管理者的法律地位、基本权力、义务、任职条件的基础上,认为公司法人对其机关成员的经营管理活动承担代表责任,对其所有工作人员的职务侵权行为承担代理责任,并着重研究了自我交易、关联交易、共同董事、管理报酬、公司机会、同业竞争等经营管理者违反忠实义务向违反公平交易义务演变和发展的责任判断规则,以及经营管理者违反

信息报告或披露义务的责任判断规则,财政困难期间经营管理者违反特定义务的责任判断规则,控股股东滥用控制地位所产生的经营管理者的连带责任,经营管理者违反其他法律禁止性或限制性规定的责任判断规则,经营管理者民事责任的构成要件、责任形式、损害赔偿在特定情况下之限制等一系列关键问题,结合我国公司法及公司制度的现状,揭示了我国公司制度的重大缺陷,提出了一系列改革建议。

第一,作者认为,英美法系经营管理者的“注意义务”与大陆法系“谨慎、勤勉义务”为同一概念。我国公司法只是从勤勉义务的角度进行原则性规定,并不完整,同时缺乏具体标准。事实上,注意义务不仅包括勤勉义务,而且包括谨慎义务,二者不可分离。尤其是我国公司法律未能明确规定经营判断规则,不能为经营管理者注意义务的履行或其赔偿责任之限制提供司法裁判标准。相反,英美法系对经营管理者的注意义务的一般标准及其经营判断规则作为一个不可分割的整体适用于具体案例,则更为成熟和完善,应多为我国公司立法与司法实践所借鉴。

第二,关于自我交易问题。我国新《公司法》第149条仅规定了公司章程的规定和股东会、股东大会的同意权或批准权,排除了无利害关系的董事及其组成的专业委员会对自我交易的批准权。尤其是我国的监事及其组成的监事会缺乏应有的法律地位和权力,均将其排除在外,缩小了自我交易的程序监督和审查主体范围,有悖于法律机制实际功能的发挥主要取决于其相匹配的成本、效益机制的基本原理。

第三,关于关联交易问题。我国新《公司法》没有明确规定所有类型公司关联交易的公平性要求这一公司法审查标准,其立法缺陷的关键在于没有准确把握现代公司经营管理者忠实义务与公平交易义务之间的本质联系:忠实义务实质上属于董事等经营管理者的道德义务,公平交易义务才是“忠实”这一道德义务的商业和法律技术化,与忠实义务相比,“公平交易”更具有可操作性和适应性。

第四,我国目前的公司法律对于共同董事问题根本没有涉及,属于立法缺陷。法官在遇到此类案件时,只能借鉴外国的法律规则进行司法审查。

第五,关于管理者报酬问题。由于我国公司股权结构较为集中,内部人控制问题更为严重,尤其是当控股股东兼任董事、董事长或总经理时,虽然董事等经营管理者的报酬由股东会决定,而在事实上可能是董事等经营

管理者自己决定自己的报酬。因此,有关管理薪酬的自我交易规则在我国同样具有适用的范围和空间。我国新《公司法》第 117 条仅规定了股份有限公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况,对有限责任公司未作明确规定。作者认为这一管理报酬披露规则对有限责任公司应同样适用,同时,应遵循公平交易的一般原则与方法。

第六,公司机会属于公司,但并不意味着公司高级管理人员完全不可以利用。按照我国新《公司法》第 149 条的规定,经过股东会、股东大会的同意,经营管理者可以利用公司机会。但该条规定排除了无利害关系的监事或董事运用经营判断规则对公司机会放弃利用的决定权,不符合公司经营决策效率的基本原理。

第七,对于同业竞争,我国新《公司法》第 149 条的规定虽然顺应了竞业限制的未来发展趋势,但其主要缺陷同样在于:排除了无利害关系的监事或董事运用经营判断规则对同业竞争的事前授权或经披露后的批准权,不符合公司经营决策效率的基本原理,尤其缺乏是否可以进行同业竞争的实质性判断标准。

第八,我国公司、证券法律并没有明确规定作为经营管理者集体行使权力的董事会、监事会对公司信息的报告义务,而主要属于宽泛、抽象规定公司承担信息报告义务。我国将上市公司确定为特定信息报告的义务主体,并由董事会秘书负责信息披露事项,将董事会、监事会排除在外,董事会及经理人员仅仅是对董事会秘书的工作予以支持,使董事等高级管理人员享有的权力和承担的义务并不对称,虽然明确规定董事等经营管理者承担连带责任,但并没有规定其信息披露的法定义务,由此造成董事等经营管理者的义务与责任之间缺乏衔接和一致性。作者认为,就立法技术而言,我国公司信息披露义务的直接责任主体错位,其逻辑结构颠倒,应该首先规定董事等经营管理者的公司信息报告义务与责任,在此基础上才可以规定公司法人的连带责任。

第九,我国公司在发生严重亏损,即濒于无力偿债、资不抵债或者无支付能力时,董事等经营管理者是否承担对股东和债权人的诚信义务,即如何履行其职责,目前存在重大制度缺陷。由此,造成如下严重问题:即使资不抵债仍然负债经营,股东对此不知情或者故意放任董事等经营管理者欺诈交易第三人,第三人常常处于被动受骗的境地而无法维护其合法权益。因为即使经营资产显著不足,若交易成功,股东仍可以获得巨大的潜在收

益,若交易失败,其风险和责任因股东有限责任的一般原则而可完全转嫁给第三人(即债权人)。虽然可以追究股东责任,但存在巨大的诉讼成本,而且根本无法追究董事等经营管理者的责任。即无法对管理者的该类行为进行有效约束,既不能以经营管理者可能承担的法律风险与责任对此加以预防或事前约束,也不能进行事后约束或追究。该法律漏洞或制度缺陷是我国目前交易秩序混乱、交易安全无法得到基本保障的内在原因,也是我国商业诚信严重缺失、交易成本和风险外部化的深层次制度根源。故此,作者认为,应当借鉴美国判例法和德国、法国的立法经验,尽快完善我国公司财政困难时董事等经营管理者的特定义务与责任制度,以重建我国商业诚信,确保交易安全和秩序。

第十,关于公司法人和控股股东的经营管理者的连带责任。控股股东滥用其控制地位或利用关联关系损害公司利益并给公司造成损害时,控股股东应依法承担赔偿责任。可是,控股股东与公司的交易并不限于关联交易,还包括使用公司财产、公司的机会、其在公司的控制地位或者利用公司的内幕信息进行公司证券交易等情形,而我国公司法对此并无直接规定。同时,控股股东滥用其控制地位损害公司利益时,公司的经营管理者是否应承担连带责任?这一关键问题为我国立法者所忽视,在公司法律中无明确规定,显然系立法的重大缺陷。

作者认为,控股股东若要滥用其控制地位损害公司利益,如果没有公司董事等经营管理者的同意、合作或配合,控股股东损害公司利益的行为也就难以发生或实现,在许多情况下,控股股东与公司董事等经营管理者合谋或存在共同意思联络,即共同故意,给公司造成损失的,应该依法产生共同侵权责任,尤其是公司法人或控股股东一方或双方处于财政困难或濒于破产清算或已进入破产清算阶段,即公司法人或控股股东均对公司债权人已不具有充分或足够的清偿能力时,其最为严重的法律后果不仅在于股东有限责任的例外适用即直索责任,而且公司法人和控股股东的董事等经营管理者应依法承担连带赔偿责任。

第十一,我国公司法律应明确规定追究股东或经营管理者民事赔偿责任的诉讼时效制度。相对于民法中一般诉讼时效制度而言,公司中股东和经营管理者的赔偿责任更具有隐蔽性和复杂性。作者认为,我国民事诉讼的普通时效较短,应借鉴德国、法国立法例,基于公司被撤销或基于公司设立后的法律行为与决议被撤销或者因违反法律、行政法规或公司章程以及

在经营管理中出现的过错给公司或第三人造成损害而对股东、经营者主张民事赔偿责任或主张公司机关决议无效的,其诉讼时效期间可规定为五年,自宣告撤销的行政决定或司法裁判决定生效之日或无效行为发生之日或造成损害的行为之日起计算。若此种行为被隐瞒,自其披露之日起计算。如前述行为构成犯罪的,其诉讼时效期间可为十年。

三

作者通过对现代公司制度的重要基础理论重新进行审视,对我国公司法律制度进行深刻反思,提出尖锐的批判和颇具前瞻性和建设性的改革意见。对于作者这一学术成果,答辩委员会主席石少侠教授(国家检察官学院)和答辩委员会成员梁书文教授(国家法官学院)、钱明星教授(北京大学)、叶林教授、姚辉教授(中国人民大学)以及论文评阅人的王亦平教授(北京工商大学)、吴宏伟教授(中国人民大学)给予了充分肯定和高度评价。

作为本书的选题,具有较大的理论意义和实践价值,是迄今在这一课题上研究更为深入的一部学术专著,极具创新性,就某种意义而言,具有填补学术空白的积极意义,将对进一步丰富和完善我国公司法律制度起到重大推动作用。

本书聚焦于股东与经营者作为现代公司不可缺少的重要主体的基础和核心地位及其权力责任配置原理,综合运用经济学、管理学、法学、历史学等分析方法,对现代公司历史演进的奥秘和公司的独立人格、公司治理与公司股东、经营管理者民事责任之间的本质联系进行研究,开创出一条新的研究路径与方向,探究其具有本质性与规律性的基本原理或共同规则。虽然本书的许多观点由于作者探索的勇气与创新,一时难以为人们完全接受,甚至还需要进一步深化和细化,但作者认为公司股东和经营管理者法律地位、权利或权力、义务与责任配置原理,此乃现代公司民事责任制度构建与完善的关键所在,并对如何完善我国公司法人治理结构与机制、公司中股东与经营管理者民事责任制度提出了具体建议,为我们认识和研究现代公司法律制度提供了一个全新的视角。

在本书得以出版之际,我深感欣慰,故欣然介绍和评论,是为序。

2011年2月9日
于中国人民大学

现代公司将向何处去？

——代作者自序

现代公司将向何处去？它对人类社会的未来有着何等意义与影响？

这是四百年前自现代公司的始祖——特许合股公司产生以来，人们就已开始不断进行探询的重大命题。在不同的时代背景下，众多学者从不同的角度给出了不同的答案。这正如一个天才婴儿诞生后，经历数个世纪的风雨洗礼不断成长和强大，如今已作为一种组织、一种制度、一种人类文明的巨大成就，尤其是作为现代人们的一种生存方式、一种生活方式已无处不在。现代公司的力量 and 影响已经能够和现代国家在平等的地位上进行竞争，甚至要尽一切努力摆脱国家的管理或控制或者试图去控制国家。换言之，现代公司如何改变了世界？又将如何继续改变世界？我国的公司法律制度如何完善？

笔者认为，若要科学探究上述重大课题，首先必须探讨“现代公司从何而来”？若不研究

现代公司的起源与历史演进,就无法理解现代公司的现状,更不能准确把握现代公司的本质、特征与未来。作者沿着上述路径进行探索,发现有关现代公司制度的若干重大基础理论应重新审视和梳理,进而揭示出现代公司的基础与核心问题:公司股东和经营管理者的权利或权力、义务与责任配置原理,此乃现代公司民事责任制度构建与完善的关键所在。

通常意义而言,有何种公司资本制度和治理结构,就存在何种公司权利或权力、义务、责任配置原理或规则,就存在何种公司民事责任制度,这是从“实然状态”考察现代公司股东和经营管理者的民事责任制度。

坦率地说,有关公司制度历史演进的奥秘和现代公司治理的真谛,西方学者并没有直接明确告诉我们,对于西方的文化传统或商业实践与惯例而言,这或许是不言自明;对我们而言,或许正如他人所言“西方人并不真正希望我们崛起和强大,只阐释了公司的形式结构却没有向我们揭示公司治理的实质与真谛”,但真正根源仍在于历史传统、语言文化或国情的差异所导致的学习或理解上的差错;甚至对日本这一早在 19 世纪末开始觉醒并崛起的亚洲国家而言,在学习和引进西方国家的公司制度,尤其是公司治理的经验方面,存在重大的不足或误解,我们同样如此,而且主要学习和借鉴了邻国日本失败的公司治理规则。日本人虽然在 1974 年就废弃其率先创立的监事会与董事会平行并列这一失败的公司治理结构并开始向美国化进行重大修改,但 20 世纪末,我国许多学者由于文化背景的差异和翻译理解上的差错,仍将日本人失败的或正在废弃的公司治理规则奉若至宝加以推崇并引入我国,这对我国公司制度的现在与未来均产生了重大不利影响。因此,我们需要正本清源,需要对现代公司的起源和历史演进进行认真考察,进而探究其历史演进的奥秘、未来发展的趋势和现代公司治理的基本国际经验。由此,作者认为,有关现代公司制度的基础理论需要重构,认为我国公司制度尤其是股东和经营管理者的权利或权力、义务、责任配置及其民事责任制度存在诸多需要变革和完善之处。这又必然导致“从实然到应然”角度研究现代公司股东和经营管理者的民事责任制度。

毫无疑问,现代公司是“法人”与“合伙”这两棵民事主体之树经历了两千多年的缓慢成长,于 16 世纪以来资本主义海外殖民扩张、工业革命的技术推动和商品经济迅猛发展所导致的社会化大生产与分配相结合的产物,并通过三个多世纪国内商业实践中的不断更新和完善,于 19 世纪随着西方资本主义国家公司立法法典化运动而直接完成向现代股份有限公司

的过渡。英国虽然拥有最早从事海外贸易的特许合股公司,也最先开展工业革命运动,但由于以南海公司为代表的特许公司对股票的过度投机与炒作,直接导致了1720年禁止合股经营的泡沫法案(the Bubble Act)的出台。该法案唯一的“作用”是把股份公司在英国的发展推迟了一百多年。但美国属于新兴独立国家,没有较多的历史重负或阻力,较少政府管制或国家干预,具有最广阔而统一的国内市场,尤其是分权制衡的联邦制国家结构、判例法与成文法并存发展、自由而充满活力的民族信念……所有这一切导致了19世纪中后期以来美国的现代公司发展的规模和速度赶上和超越了英国,一直引领着英美法系现代公司发展的潮流与趋势。显然,现代公司(尤其是单层制公司治理结构)在英美法系,主要属于一种自然演进、自由竞争、适者生存的产物,它是一种商业、司法实践经验和智慧的结晶。

德国工业革命虽然起步较晚,1871年普鲁士邦才完成德意志帝国的重建,但它的工业与经济发展迅猛,属于后起之秀,到了19世纪末,同样超过了英国和法国,尤其是德国继承了古罗马和中世纪教会法的历史传统与遗产并根据自身注重理性思维的民族特性进行适当创新——这正是它的公司制度独特的路径依赖,尤其是双层制治理结构,此乃德意志民族所代表的人类理性与智慧的产物。

20世纪以来,现代公司的历史演进对合伙、法人的传统概念也带来了巨大冲击,体现在美国有限责任公司(即LLC)在制度创新方面的深远影响和德国《民法典》对“合伙”概念及其与“法人”概念之间的关系的积极修正。作者所用的“法人”或“法律人格”与“权利能力”为同一概念,即“与自然人相区别并具有法律意义上的取得权利和负担义务(或债务)的能力或资格”,但并无“独立承担责任”这一必然内涵,是否独立承担责任,完全取决于立法政策上利益平衡的结果,而我国民法上的“法人”概念及其“法人人格否认”理论的缺陷更加突出,故应重新界定或修正合伙、法人的概念及其与公司之间的关系。

现代公司具有哪些基本特征?笔者认为,现代公司可以归纳出五大基本特征:(1)法人性(或法律人格),是现代公司的首要特征;(2)股东的有限责任,是现代公司的根本特征,与法律人格共同成为构建现代公司制度的两块基石;(3)规范化的公司治理结构与机制成为现代公司的核心与关键;(4)股权具有独立性、可转让性;(5)营利性是现代公司的基本目的与

宗旨。

现代公司的本质何在?事实上,现代公司在本质上属于具有一定强制性规范约束的标准化的关系性契约,同时它是一种特别构造的组织体,具有法人人格或法律地位。作为一种标准契约的现代公司,其股东(传统意义上即“资本家”)、经营管理者和雇员(传统意义上即“工人”)这种复杂而特殊的三元(或三主体)契约关系和产权结构,三者之间形成一种相互制约、利益平衡的互动关系,就突破或改变了传统企业(单业主制或合伙制)中所有权与经营权融为一体,即“资本雇佣劳动”或资本家与工人之间长期形成的直接、紧张、对立的劳资关系、劳资矛盾或其利益冲突与平衡的二元(或两主体)契约关系与产权结构,其直接目的在于:减少直接对立或摩擦,增进合作与协调,降低交易成本或代理成本,并尽可能多地产生公司规模经营和管理效益。因此,现代公司在本质上既是法律的创造物或拟制人,又是公司上各利益主体通过意思自治、自由协议的产物。

何谓公司治理?现代公司治理的国际经验何在?曾经借鉴立法、行政、司法三种国家权力之分权的传统的公司权力分权理论是否科学?实际上,在现代公司治理的基本准则中,公司权力的一般分权方式为:监督权、决策权与执行权。这三种权力既存在分权的不同层次,又存在一定的交叉关系,是由公司权力本身的集中性与统一性所导致的,并不完全等同于国家权力中的三权分立。股东会与经营者之间的分权属于法定分权。德国的监事会事实上正相当于美国的董事会,德国的董事会正相当于美国执行董事所领导的经理层。二者的法律地位和基本职能并无本质的差别,都遵循了一条最基本的原理和共同规则,即监督权不能与任免权相分离。无论是股东会对董事会的监督或董事会对经理层的监督,还是股东会对监事会的监督或监事会对董事会的监督,都离不开任免权,都属于一种上下级或垂直型的关系监督,属于上下级的分权制衡。这是现代公司治理中最基本的国际经验。而我国公司治理结构的关键症结在于:监事会与董事会处于平行关系,监事会无权直接选任董事——作者特此提出了我国公司法人治理结构变革和完善的三条路径选择:既可以选择美国为代表的单层制模式,也可以选择德国为代表的双层制模式,还可以选择法国所创设的限定范围(即在美国和德国模式中)选任制。究竟如何选择?最终取决于我国社会各界共识的程度与立法者的抉择。

同时,笔者认为,股东或潜在投资者的知情权或管理者对公司信

息的报告或披露义务在现代公司治理中具有基础地位,主要目的在于应对和解决现代经济生活尤其是公司制度中必然存在的信息不对称问题。因为公司信息知情权(或经营管理者承担的公司信息报告义务)不仅是经营管理者内部公司经营决策权、监督权(包括任免权)和执行权正常行使的前提和基础,而且也是公司股东或潜在投资者的决策权和监督权正常行使的前提和基础,它是完善现代公司治理的基本要求。而控股股东在现代公司治理中的法律地位通常被视为(或等同于)公司的经营管理者对待并进行规制。

公司的法人性与股东的有限责任这两块现代公司这座大厦得以构建的基石相结合,产生了公司制度的核心法则:分离法则,即公司的财产与公司股东的财产相分离,公司的意思或行为与股东的意思或行为相分离,由此决定了公司的人格因与股东的人格较为彻底分离和公司的责任因与股东的责任彻底分离而各自独立。

股东的有限责任实际上来源于股东权利或权力的有限性,并决定了股东出资的基本义务、风险与责任,而股东的出资义务又构成了现代公司的财产权基础,并决定了股东的身份、地位、权利(或权力)及其责任配置。若没有股东,尤其是没有股东的有限责任,也就没有现代公司,即公司成立、组织、运行、监督以及其他权利或权力与责任配置都将失去正当性基础。股东或公司的成员已成为现代公司的基本主体。而股东权利或权力、义务和责任配置成为整个现代公司结构和秩序的基础。

向公司出资或承诺出资是取得股东地位的实质条件,即股东的基本义务,故股东违反出资义务的民事责任是现代公司股东民事责任的基本形态,其主要表现形式为瑕疵出资和抽逃出资,分为一般股东违反出资义务所产生的出资填补责任(即法定有限责任)、发起人股东之间因其瑕疵出资而产生的连带补偿责任(即连带有限责任)、控股股东因滥用公司独立人格或地位所产生的无限连带赔偿责任即直索责任。我国因错误学习和继受日本人的法人人格否认理论,存在重大缺陷,应以股东有限责任的例外适用:直索责任取代之,尤其应完善我国公司股东直索责任的司法裁判标准和规则。

在20世纪中后期以及当人类迈入21世纪,由于知识经济、信息经济尤其是人力资本在现代公司中占有越来越重要的地位,同时,由于现代公司的独立人格和公司法人治理的内在要求,经营管理者拥有公司经营管理