

公司经理与经理权



赵万一 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公司经理与经理权

赵万一 主编




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司经理与经理权 / 赵万一主编. —北京:法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4411 - 8

I. ①公… II. ①赵… 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 302735 号

公司经理与经理权

赵万一 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 贻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 255千

版本 2013年3月第1版

印次 2013年3月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4411 - 8

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

赵万一简介



赵万一，1963年4月生，山东巨野人。现任西南政法大学民商法学院院长、二级法学教授、博

士生导师，西南政法大学学位委员会副主席。兼任中国法学会理事、中国民法学研究会学术委员会副主任、中国商法学研究会副会长，福建省人民政府顾问，上海大学、福州大学、西南大学、福建师范大学、山东经济学院等学校兼职教授，上海大学、福建师范大学兼职博士生导师，英国《法律与管理国际杂志》（*ML-The International Journal of Law and Management*）编委。重庆市高级法院智库专家、重庆市人大常委会立法咨询专家、重庆市第一中级法院、第三中级人民法院、重庆市工商局、国土资源局、公安局、江北区人民政府等单位法律咨询专家，重庆市财政局政府采购评标专家。1991年被评为四川省“做出有突出贡献的中国博士、硕士学位获得者”，1992年被聘为副教授，同年被评为四川省高校“十佳青年教师”，1997年被评为教授；2001年被聘为博士研究生导师。2006年8月获重庆市首届“十大优秀中青年法学、法律专家”称号。主要研究领域为民商法基本理论和公司法、证券法、竞争法。独立完成的专著有：《证券法的理论与实务》（1991），《中国竞争保护法律问题研究》（1996），《商法基本问题研究》（2002），《民法的伦理分析》（2003）。主编有包括司法部统编教材、21世纪法学教材《商法学》《证券法学》《民法学》在内的教材、专著、工具书六十余部。先后在《中国法学》《法学研究》《人民日报》《光明日报》等杂志和报刊上发表论文140余篇，有数十篇文章分别被《新华文摘》《中国社会科学文摘》和人大复印报刊资料转载。1985年与金平教授等人提出民法调整的是平等的财产关系和人身关系的观点，这一理论为我国《民法通则》所原则采纳。1987年在全国率先提出了国营企业“委

托经营权”理论，成为国内有影响的代表性学术观点之一。2001年在我国率先提出民商法价值取向差异理论，认为民法的首要价值目标是公平、商法的首要价值目标是效益。这一观点目前已成为民商法学界的主流观点。2003年提出民法的伦理性价值观点，认为中国民法典的制定既要考虑技术性要求，同时也要考虑伦理要求，民法典必须是国际性和民族性的有机统一。2006年在《中国法学》上发表《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》，提出市民社会与政治国家的分野是公、私法划分的理论基础，也是处理宪法和民法关系的主要依据。认为宪法是公法的基本法，民法是私法的基本法，相对于宪法而言，民法具有更为基础的地位。文章发表后，引起了广泛的社会影响，有多篇文章对其进行了评价和驳议。

其学术观点不但在国内有较大影响，而且在海外有一定影响。2004年在日本《修道法学》发表了《关于目前中国商法研究的几个问题》。其学术观点在日本引起关注，2007年11月日本早稻田大学助理教授但见亮在日文杂志《中国研究月报》第61卷第11号（第3-22页）《物权法草案违宪争论诸相》（薛轶群译）中曾对《从民法与宪法关系的角度谈我国民法典制订的基本理念和制度架构》一文进行了详细评介。其学术专著《民法的伦理分析》于2005年在中国台湾最负盛名的法律类学术著作出版机构五南图书出版公司出版。

有较强的司法实务经验，曾作为立法咨询专家参与了我国《物权法》的制定和《公司法》、《证券法》的修改，参加了最高人民法院于《合同法》《破产法》在内的多个司法解释的讨论、论证工作和多部地方立法的制订和论证工作。2011年1月5日-8日在海口参加了由中国证监会授权深圳证券交易所举办的上市公司高级管理人员培训班学习，取得独立董事培训资格（深交所公司高管（独立董事）培训字（06000）号）。现为贵州百灵、闰土股份、国兴地产等上市公司的独立董事。

经理是什么（代序言）

公司是以资本为主导的现代企业的典型形式,公司的有效运作有赖于良好的制度设计,而在公司的所有制度设计中有关管理机关的具体设置尤为重要。纵观世界各国的立法例我们不难发现,在管理机关中设立经理这一职位则是现代各国公司的普遍做法。因此经理既是我们耳熟能详的一个称谓,同时也是一种权势和财富的象征。但要给经理下一个确切的定义却并不容易,这不但是因为经理称谓并非为所有国家所通用,更主要的则是因为各国对经理的含义在具体立法上存在很大差异。具体说来,民商分立国家(比如说德国、日本和我国澳门地区)大多倾向于在商法典总则中对“经理”做出规定;而在民商合一的国家(比如说意大利、瑞士和我国台湾地区)则一般是在民法典中对“经理”加以界定。

但不可否认的是,经理在公司治理中的作用已经越来越为重要。实际上早在 20 世纪 20 年代,美国制度学派的创始人凡勃伦就敏锐的察觉到:随着科学技术的发展及其作用的日趋凸显,科学家、工程师和技术人员大有取代资本所有者而成为企业乃至经济社会的主导力量之势。在其著名的《企业理论》一书中,该问题更被上升到所有权与经营权相分离的理论高度加以解读。1932 年,由法学家贝利(Berle)和经济学家米恩斯(Means)合著完成的经典著作《现代公司与私人财产》一书中,第一次对所有权与经营权分离后产生的委托人(股东)和代理人(经理层)之间

的利益背离进行了法和经济学的分析,认为现代社会中大公司的管理权已经不可避免地从小所有者手中转移到具有管理技能的公司经理人手中,因所有权与经营权分离而引发“经理革命”时代已经到来。这里的所谓经理革命,主要是指由专业经理取代公司所有者成为决策者的公司治理结构。经理革命的兴起与发展是公司发展到一定阶段的必然产物,是公司为了应对日新月异的科技发展,日趋激烈的市场竞争和日益复杂的社会生活而做出的一种以经营管理活动专业化为核心内容的无奈而明智的选择,同时也是对传统的股东会中心主义和董事会中心主义的一种反动。建立在“利益群体”假设基础上的股东会中心主义和董事会中心主义治理模式认为,由共同利益而结成的群体必将为了该群体的利益而竭尽全力,故由股东会与董事会分工负责经营公司就可以最大限度的实现公司治理和最大限度地实现公司营利的双重目的。然而,一旦落实到公司的实际运营过程中就会发现,“利益群体假设”理论存在过多虚幻的成分:首先,“利益群体”中的决策者和执行者在执行公司事务的过程中很可能会背弃群体的共同利益,利用其所掌握的公司资源牟取私益;其次,即使公司的决策者和执行者竭尽全力为公司谋取利益,其专业技能与精力未必能实现该种目的。特别是知识经济时代的到来与公众开放型公司的普遍化更是加剧了这种挑战。为了适应公司发展的要求,公司内部的权力结构必须重回经营决策权和业务执行权适度统一的趋向,这一趋向直接体现为公司权力的高度集中和经理地位的突出,经理成为现代公司事实上的控制者,现代公司治理结构亦开始出现向经理中心主义过渡的趋势。

通过以上梳理我们至少可以得出以下几点结论:第一,经理是一种职业。这有两层含义:其一是说,经理本身就是公司内部的一个重要岗位,是公司机关的重要组成部分。其二是说,经理职位的担当必须具有相关的专业要求、技术要求和知识要求,因此在国外这一职位主要由职业经理人来承担。对于什么是职业经理人,在西方国家一般将那些以经营管理工作作为长期职业,具备一定职业素质和职业能力,并掌握企业

经营权的群体视为职业经理人。在我国,尽管不同学者对其有不同表述,但作为职业经理人的基本特征无外乎两条:一是职业的,即以契约形式将其经营职责与个人回报挂起钩来,将业绩考核作为报酬支付的基础,职权与奖惩机制呈现出透明化、契约化的特点;二是专业的,即经理是以其专业智慧获取相应的报酬。

第二,经理是一种法定职务,经理权是一种法定权力。在我国作为现代意义上的“经理”一词,最初见于清末,主要用于指当时规模较大的票号银行里负责业务执行之人。而在英美判例法上,“经理”一词的用语曾被表达为“Manager”,意指一个被选任用来经营、指导或管理他人或公司及其分支机构事务的人,他被授予一定的独立经营权。按英美法院的判解解释,“经理”这一称谓本身就隐含着总的权力和允许合理的干预——被称为经理的雇员有权控制雇主的营业并根据自己的独立判断做出相应的营业行为的自由。不仅如此,经理作为公司中法定的或由章程规定的经理职位的具体担当者,在法律或者章程的授权下,可以直接公司名义为一切营业上的行为。并且公司经理的这样一种权利对其来说同时也是一种必须履行的义务,即一旦被任命为经理,他就必须履行管理公司日常事务的职责,不能随便放弃这种权利,否则就构成失职甚至违法。

第三,经理的身份具有多重性。经理是多重法律关系的主体,其地位也具有多元化的表征,经理权因而也就成为了一种非常复杂的权力构造。在公司与经理的关系中,经理作为公司的代理人其权力受制于公司授权的权限,但在经理与交易第三人的关系中,经理权更多的来自于法律的规定,其所获得的是基于经理职位的外观权力,因而只有当交易第三人处于非善意时,这一权力才会受到实际授权的限制,否则,经理的外观权力优于实际代理权。并且,这一外观权力成为公司对第三人承担法律责任的基础。因此从某种意义上说,经理对外代表公司为营业上的行为与其说是董事会授权的结果,毋宁说是经理权外观权力发生作用的结果。

第四,经理是一个群体。现代公司能力理论认为,与早期的资本集合体不同,现代公司更主要表现为一种知识的集合体,传统的实物资本和货币资本已经失去原有的光环与对利润获取所起的作用,而智力资源的占有程度则成为公司发展的决定性力量。董事会的成员囿于专业技术的限制往往不能掌握足够的信息,并对信息做出正确的分析判断,从而极大束缚了公司的发展。应运而生的专业化经理的引入,其直接后果是将公司财产权中的经营权交由具备专门知识的经理人掌握,这些具备专业知识的经理人能够运用专门技能对市场的信息作出准确的判断,从而最大程度防范市场的风险,并最终为公司谋取最大限度的利润。与此相适应,承担经理事务的通常也不是单个的自然人,而是一个群体。以职业经理人为例,属于这个群体的就包括:首席执行官(CEO)、首席运营官(COO)、首席财务官(CFO)、首席法律顾问(CLO)等众多业务执行者。

第五,经理意味着义务和责任。公司经理作为管理层的重要组成部分,由于享有较大的权力,因而根据权力与义务相一致这个基本原理,公司经理必须负有更多义务和责任。并且这种义务和责任在公司经理离职的一定期限内都不能免除。其主要原因在于,公司经理离职虽然导致其与公司终止了基于经理职位而发生的劳动合同关系,但由于公司经理承载着公司机关、公司代表、公司代理人等多种职能,因其地位的特殊性和职能的多重性而产生的对公司的影响并不会因劳动合同的解除而立即自动消失。因此,相对于普通员工来说,公司经理应该而且必须对公司负有更多的信义义务。

时至今日,在经济全球化浪潮的冲击下,市场风云变幻莫测,能否及时而有效地把握瞬息万变的商业机会在很多情况下会成为企业生死存亡的关键。而我国《公司法》中至今仍然奉行比较保守的股东会中心主义,该种立法理念由于没有正视经理对于实现公司治理目标及价值具有的不可替代的作用,没有对公司内部权力予以合理配置,因而不可避免地会在现实生活中出现一定的目标背离,不仅无法有效践行公司法最大

限度地满足公司的营利要求和促进社会繁荣发展的主旨精神,也不能很好的实现现代公司治理所要求的优化公司内部权力配置,平衡公司利益矛盾,强化公司激励与约束机制的作用。因此当务之急是高度重视掌握专业管理知识和技能的经理在公司治理中的作用,并从立法层面对公司经理的权力、义务和职责做出明确规定,唯有如此才能真正使公司经理的作用得到有效发挥。

是为序。

赵万一

二〇一二年十二月于重庆

目 录

导论 / 1

第一章 公司经理制度概说 / 5

一、公司经理的含义 / 5

二、经理的法律地位 / 9

三、公司经理的设置模式 / 13

第二章 公司经理的法律地位 / 16

一、公司经理法律地位概述 / 16

二、经理与公司内部相关主体间的关系 / 17

三、经理与公司外部相关主体间的关系 / 24

第三章 公司经理在公司治理中的作用 / 27

一、经理在现代公司治理中的作用 / 28

二、经理在现代公司治理结构中的法律地位

——以经理在现代公司治理结构中的权力坐标
为研究视角 / 36

三、怎样更好地发挥经理的作用——我国经理制度的
检审与完善 / 43

第四章 公司经理权的内容与限制 / 54

- 一、公司经理权概述 / 54
- 二、公司经理权的授予 / 62
- 三、经理权的范围 / 64
- 四、公司经理权的行使与终止 / 67
- 五、对经理权的限制 / 69
- 六、我国公司经理权的制度构建 / 74

第五章 公司经理权的行使规则 / 84

- 一、经理权行使的一般理论 / 84
- 二、公司经理权行使的原则 / 87
- 三、经理权行使的内容 / 97
- 四、经理权行使的限制 / 108
- 五、我国公司经理权行使规则之检讨与重构 / 118

第六章 公司经理权与公司控制权 / 132

- 一、从“国美之争”看控制权的争夺 / 132
- 二、企业控制权归属问题分析 / 136
- 三、创始人丧失控制权的原因 / 137
- 四、保护创始人控制权的重要意义 / 141
- 五、保护创始人控制权的对策分析 / 144

第七章 公司经理的义务与责任 / 154

- 一、公司经理的信义义务 / 154
- 二、公司经理民事责任 / 174

第八章 CEO 制度在中国的重构 / 201

- 一、CEO 制度概述 / 202
- 二、CEO 制度在我国的重构 / 215

第九章 公司经理和职业经理人制度 / 225

- 一、职业经理人法律地位现状考察 / 225
- 二、职业经理人的法律地位 / 234
- 三、我国职业经理人法律地位的完善 / 254

第十章 经理人与表见经理制度 / 266

- 一、表见经理的基本理论概述 / 266
- 二、表见经理的构成要件分析 / 281
- 三、表见经理立法例考察 / 290
- 四、表见经理制度的我国法构建 / 296

后记 / 304

导 论

现代公司的产生,极大地促进了经济的发展。公司制度是一项丝毫不逊色于蒸汽机和电子计算机技术的伟大发明。早在 1921 年,美国著名法学家、哥伦比亚大学教授尼古拉斯·默里巴特勒就指出:“公司是现代社会最伟大的独一无二的发明。就连蒸汽机和电都无法与之媲美,而且倘若没有公司,蒸汽机和电的作用更会相应地萎缩。”^[1]然而,随着市场经济的不断发展,社会分工的日益深化,公司所有权与经营权的分离,公司制度也面临着一系列的挑战。如何平衡、协调拥有公司所有权但不参与公司经营的股东与并不拥有公司所有权但掌握公司经营权的管理层之间的利益关系,或者说是如何完善公司的治理结构,以更好地保护利益相关方的利益是最为重要的挑战之一。

长久以来,人们对于公司治理结构的关注更多的是放在股东会、董事会及监事会三方之间的制衡上,而很少涉及对公司经理的讨论。然而近年来,公司经理携款潜逃、侵吞公司财产的事件时有发生,这就使我们不得不将注意力转移到这一“经理问题”上来。其实,“经理问题”最早可以追溯到 1776 年亚当·斯密的《国富论》,书中提到了对经理为受雇

[1] [美]R. W. 汉密尔顿:《公司法》,刘俊海译,中国人民大学出版社 2001 年第 4 版,第 2 页。

业主工作积极性的担忧。斯密认为：“在钱财处理上，股份公司的董事^[2]为他人尽力，而私人合伙的伙员，则纯是为了自己打算。所以，要想股份公司董事们监视钱财用途，像私人合伙公司伙员那样用意周到，那是很难做到的。”^[3] 20世纪20年代，美国制度学派创始人凡勃伦（Veblen）也提出了与此相关的思想，认为科学技术的发展及其在社会生产过程中的作用日趋重要，这使得科学家、工程师和技术人员具有取代资本所有者而成为企业乃至经济社会的主导力量。在其著名的《企业理论》一书中，该问题被初次提升为所有权与经营权相分离的理论。^[4] 1932年，由法学家贝利（Berle）和经济学家米恩斯（Means）合著完成的经典著作《现代公司与私人财产》一书中，第一次对所有权与经营权分离后产生的委托人（股东）和代理人（经理层）之间的利益背离作了法和经济学的分析，并论证了他们所称的“经理革命”的公司权力结构。^[5] 贝利和米恩斯通过对美国的200多家非金融企业进行调查、研究发现，由经理层实际控制公司的已占被调查公司总数的44%，进而得出了在现代巨型公司中股票所有权与控制权相分离的结论。^[6] 后继的学者对这一问题继续研究后，均发现这实际上已成为现代公司不可逆转的一个趋势。正如日本学者增地庸治朗所说：“与其说所有权与支配权分离阻碍了经济发展，还不如说事实证明正是这种分离才助长了经济的发展。”^[7] 接着，制度学派经济学家加尔布雷思对这一问题又进行了深入的论证。他提出了“权力始终归最重要的生产要素所有者占有”的思想，

[2] 经理与此处的“董事”在该问题上具有共性。

[3] [英]亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》（下卷），郭大力、王亚南译，商务印书馆1981年版，第303页。

[4] 李健：《公司治理》，经济科学出版社1999年版，第24页。

[5] 王保树、钱玉林：“经理法律地位之比较研究”，载《法学评论》2002年第2期。

[6] [美]贝利、米恩斯：《现代公司和私有财产》，转引自梅慎实：《现代公司机关权力构造论》（修订本），中国政法大学出版社2000年版，第147~148页。

[7] 梅慎实：《现代公司机关权力构造论》（修订本），中国政法大学出版社2000年版，第149页。

并认为在当代社会中,技术知识成为比资本更为重要的生产要素,故企业的权力亦从所有者手中转移至以经理人员为首的“专家组合”那里,从而导致了深刻的社会经济变革。

法学家贝利(Berle)与经济学家米恩斯(Means)以20世纪20年代美国主要大企业的控制事态为基础,从法学与经济学的角度对美国200家大公司进行了实证研究,试图分析现代股份公司的控制结构。1932年,二人在《现代公司与私人财产》一书中指出,现代社会中大公司的管理权已经不可避免地由私人所有者手中转移到具有管理技能的公司经理手中,所有权与经营权二者分离后产生委托人(股东)与代理人(经理层)之间的背离而引发“经理革命”时代的到来。^[8]“所谓经理革命,是指由专业经理取代公司所有者成为决策者的公司治理结构运动。在爆发经理革命的情况下,经理层的权力一旦形成,可能会事实上控制董事会,自己任命自己为董事长或执行董事。”^[9]其结果是经理控制成为现实,经理本身成为自身永续的存在。根据1963年Robert Lerner对200家企业的调查结果显示,“比起1929年Berle和Means调查当时的处于经营者控制下的公司为44%增加一倍。”^[10]可见,“公司机关的出现是由于公司权力分化的需要,而公司内权力分化到今天,已远远不是传统三权分立可以概括的,经理职权扩大是不争的事实,因此,从传统公司分权框架下分化出经理这一机关具有必然性。”^[11]而且,为了适应公司发展的要求,公司内部权力结构又呈现经营决策权和业务执行权的适度统一趋向,这一趋向直接体现为经理地位的突出和权力的集中,经理逐渐由单纯的“他人资本的管理人”发展到拥有公司控制权的“经理阶

[8] 王保树、钱玉林:“经理法律地位比较研究”,载《法学评论》2002年第2期。

[9] 蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社2001年版,第583页。

[10] [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第342页。

[11] 赵旭东:《公司法学》,高等教育出版社2006年第2版,第402页。

层”。^[12] 尽管经理在公司中的地位和作用日趋重要,但是我国不论是理论上还是司法实践中,至今尚未形成统一的经理的定义,而且,实务运作中经理的实际内涵与法律和理论上界定的经理存在一定的差异。

虽然学者们从不同的角度对这一问题提出了不同的看法,但有一点是一致的,就是公司所有权与经营权的分离是一个不可逆转的事实,是经济不断发展的自然结果。而公司的发展与公司治理结构的发展如影随形。随着社会关系的复杂化和市场经济的发展,公司经营管理已经成为一项极具专业性的工作。“当公司经理以此为契机,由单纯的‘他人资本的管理者’发展到拥有公司控制权的庞大的‘经理阶层’而爆发‘经理革命’的时候,无论是经济学家还是法学家,不得不对这一影响公司命运的特殊利益阶层的权利结构予以关注。”^[13] 既然如此,那么我们又应该如何承认这一现状的基础上扬长避短呢?所谓的“长”也就是充分利用资本所有者的资本,充分发挥职业经理人等专业人才的才能,以实现共赢。而所谓的“短”就是拥有经营权的管理层违背所有者的意愿侵吞公司财产、损害利益相关方的利益的现象。一个可行的路径是完善公司的治理结构。然而,以往对公司治理结构的研究更多的是集中在如何设计、平衡股东会、董事会及监事会三方的利益关系,以使三者之间相互牵制,进而达到一种相对平衡状态;而很少涉及对公司经理的研究。然而,随着社会分工的日益深化,公司所有权与经营权的分离,“经理革命”现象的出现,我们必须重视对经理问题的研究。

[12] 周友苏:《公司法通论》,四川人民出版社2002年版,第381页。

[13] 孙雯:“公司经理法律制度比较研究”,载范健、邵建东、戴奎生:《中德商法研究:第三届费彝民法学论坛文集》,法律出版社1999年版,第204页。