

西南民商學人文庫

民法理論若干問題研究

徐 洁 著

法律出版社

西南民商學人文庫

民法理論若干問題研究

徐 浩 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法理论若干问题研究/徐洁著. —北京:法律出版社,
2009. 5
(西南民商学人文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9605 - 3

I. 民… II. 徐… III. 担保—物权法—法的理论—中国—
文集 IV. D923.21 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 079218 号

民法理论若干问题研究

徐洁 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年6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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.75 字数 245 千

印次 2009年6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 - 5036 - 9605 - 3

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

让我们一起见证辉煌

西南政法大学民商法学科发展至今已经历了接近56个年头,几乎与新中国的法学教育事业同步。西政民商法学科的前身可以追溯到1953年9月7日成立的西南政法学院教务处教研室民法组。1956年2月15日在原民法组的基础上成立了西南政法学院民法、民诉法教研室。1977年5月西南政法学院恢复招生后民法教研室成为学校复办后首批成立的教研室,除了将因学校停办而未来得及遣散的教师如金平教授、杨怀英教授、张序九教授等重新聚集起来之外,先后从最高人民法院和北京、四川、贵州等地调回邓大榜、黄名述、聂天颢、李开国等老师,从而初步奠定了民商法学科基本的教师队伍。在金平、杨怀英等学界前辈的不懈努力下,民商法学科的师资队伍不断壮大,从教研室成立初期时的4个人,发展到80年代末32个人,师资结构也有了明显改善,一大批硕士研究生先后充实到教师队伍。并在长期的教学实践中创造出了求真务实的良好学风。1988年成立法律系时,民法教研室隶属于法律系。1999年学校在对校内法律教学资源进行调整和整合组建法一系时,民商法学科成为该系的中坚力量,无论是师资队伍还是组织建构都得到进一步充实和完善,民商法学科也被析分民法和商法两个教研室。2003年6月以民商法学科为基础组建了全国第一个民商法学院。在内部机构设置上,在保留原民法教研室和商法教研室的基础上,分别从民法教研室中分出婚姻家庭法与妇女理论教研室,从商法教研室中分出知识产权法教研室,并从民法教研室和商法教研室中各抽掉一部分教师成立了房地产与劳动法教研室,从而奠定了我校民商法学科的现有基本结构布局。

五十多年的风雨兼程,半个多世纪的沧桑更迭,在民商法学科的曲折发展历史中,学科经历了草创——被撤销——复建——积极开拓——

创新发展等几个不同的发展阶段。改革开放之初,本学科在金平教授、杨怀英教授等前辈大德的带领下筚路蓝缕、艰苦创业,创造了我校民商法学科的第一次辉煌。1981年,经国务院批准,本学科获得了全国第一批法学硕士学位授权点,1983年3月至6月承办了首届全国法学专业民法学师资班,佟柔、江平、赵中孚、谢邦宇、林诚毅、关怀、金平、杨怀英等国内知名学者亲执教鞭、传经布道,为全国培养出了改革开放后第一批民法学基本教学科研骨干。在以后的发展过程中,后继者李开国、黄名述、王卫国、尹田、张玉敏、赵万一、陈苇、刘俊等一批中青年骨干殚精竭虑、绍继前贤,继续巩固了本学科在全国的优势地位。1995年,本学科成为四川省首批省级重点学科,重庆直辖后,又被确定为首批市级重点学科。1998年经国家批准,本学科获得博士学位授予权,2004年经国家批准设立民商法博士后流动站。本学科迄今为止已为我国培养了三千余名硕士研究生以上的高级民商法专门人才,其学子遍布神州,延及海外,他们在各自的工作岗位上为我国的法制建设和社会发展做出了卓越贡献。

本学科现有专职教师(不含行政管理和学生管理人员)76名,其中教授16名,副教授28名。拥有1个重庆市人文社会科学重点研究基地,7个校级科研机构,1个国家级人才培养模式创新实验区(复合型知识产权应用人才培养模式创新实验区),4门重庆市精品课程。本学科长期专注于民法、商法、知识产权法、婚姻家庭法、劳动与社会保障法、房地产法、金融法、医事法等8大方向的教学与研究,先后组织出版了《中国不动产法研究》、《家事法研究》2份学术刊物以及“民商法学博士文库”、“西南知识产权博士文库”2个博士文库。为了弘扬民商法精神,本学科在继续组织出版原有出版物系列的基础上,又推出了这套“西南民商学人文库”、“西南民商法学阶梯”、《民法哲学研究》、《西政民商教授讲演录》等四个学术系列。其中“西南民商学人文库”收录了本学科16名教授和部分副教授的前沿性研究成果,既是对我校民商法学科近几年学术成就的一次集中展示,也是与其他学校同行专家进行切磋和交流的良好平台,相信会对我国民商法学的研究事业和本学科的进步起到巨大推动作用。

II

值得说明的是,本文库的出版得到学校领导和法律出版社的大力支持,特别是法律出版社学术分社编辑刘文科先生和钱小红女士亲临重庆,现场办公,为本文库的编辑出版付出了大量心血,他们的高度敬业精神令人十分钦佩。本文库的出版还得到金平老师、黄名述老师、聂天旻老师、邓宏碧老师、赵勇山老师等诸多离退休前辈和王卫国、尹田等部分外地校友及本学科诸多博士研究生和硕士研究生的大力支持。没有他们的努力和帮助要想出版这样一套较大规模的丛书是完全不可能的。在此我谨代表西政民商法学全体同仁,向为本丛书的出版提供了各种形式帮助的老师、领导、校友和同学表示衷心的感谢。同时也向长期以来关心、支持本学科发展的各位同行专家和各位领导表示诚挚的谢意。我相信在各位专家学者的继续支持下,经过西政同仁坚持不懈的努力,西政民商法学科的明天一定会更加灿烂辉煌!

是为序。

赵万一

2009年5月18日于西南政法大学

序

本书主要选录了有关财产法尤其是担保物权法方面的论文,这些论文写于2000年至2008年之间。在此段时间之前,中国经历了经济体制的巨大变革,基本实现了从原有计划经济模式向市场经济模式的转变,建立了相对比较自由的市场体系;加入世界贸易组织进一步推动了中国的国际化进程,使中国不断融入到世界经济之中。在这一期间,法律一方面成为推动经济体制改革的重要工具,另一方面也开始受到经济生活的作用而不断地作出回应,1993年公司法和1994年担保法的适时制定,有力地推动了市场体制的发展。1999年制定的合同法反映了市场体制已初步形成,这部法律确立了市场赖以存在的契约自由原则,废止了原有《经济合同法》对合同自由的诸多限制,对于巩固和发展市场交易秩序具有巨大的作用。

随着市场体制的形成,许多新的关系需要制定新的规则加以调整,而新的制度的构建,应有充分的理论准备作基础,因此,笔者就担保物权理论、公司制度理论作了一些研究,旨在推动这些领域的法制建设的进程。

对担保物权的思考是从宏观理论角度来把握的。《担保物权制度的发展趋势》一文,从历史角度揭示了担保物权制度演变发展的走向;《信用交易——担保物权制度演变的经济分析》,阐释了担保物权构造发展变化的内在动因;《我国担保物权制度评析与展望》,指出区分消费借贷和生产借贷对理解担保物权制度的分化所具有的重大意义,提出了构建我国担保物权体系的思路;而《担保物权功能的重新解读》一文,则着重探讨了信用交易中债权与担保物权的地位与作用,重新界定了担保物权与债权的地位;《论担保物权——关于性质与立法的思考》一文则指出担保物权的性质并非物权,应当在立法中作为独立权利加以规定。

此外,笔者也选录了几篇与市场体制关系密切的其他文章。其中,《健全和完善股份公司机关的策略》一文,是针对1993年公司法在公司治理问题上的缺陷所作的研究,文中提出实行董事会中心主义和加强监事会机能的主张在2005年公司法修改中得到了较多体现。

发表于日本刊物《修道法学》上的《中日公司并购制度比较研究》一文,是与日本学者合作的成果,本书只收录了笔者撰写的中国公司并购制度部分,文章虽未对此问题进行深入讨论,但从整体上勾画了我国公司并购制度的基本样态,并指出了其中存在的问题。可以预测,在公司法制逐渐完善之后,公司并购必然是受到关注的重要内容。

《论用益权的物权属性》一文,是在物的利用关系逐渐受到重视的当今,对用益权法律性质所作的思考。其他两篇关于所有权的论文分析了从改革开放至今,各个不同时期国家所有权、集体所有权、个人所有权的地位和作用,提出几种所有权的新理念和新定位,并建议通过新的立法加以反映。

另外几篇文章是在不同领域的研究成果,都是笔者在不同时期里思考的一些感悟,这里不再一一加以说明。

本书的研究是初步的,所涉及的各种问题,都有待进一步深入研究。本书仅是笔者在上述领域所作研究的一个阶梯,借此希望能得到方家的批评指正。笔者坚信,随着市场体制的逐步完善,我国民法理论研究在中国特色社会主义法制建设的实践中必有长足的进步,笔者也愿为此付出更多的努力。

徐洁

2009年5月8日

于歌乐山曦园

目 录

健全和完善股份公司机关的策略	1
论动产抵押物的转移与抵押权的效力	17
论法人的独立人格及判断标准	37
论“一房二卖”现象的法律防范	48
论用益权的物权属性	56
担保物权制度的发展趋势	68
我国担保物权制度评析与展望	80
我国所有权体系的理论构架与立法思考——以物权立法为中心	102
从物权法的争论看社会主义市场经济条件下的所有权立法	113
担保物权功能的重新解读	123
信用交易——担保物权制度演变的经济分析	152
论担保物权——关于性质与立法的思考	174
典权存废之我见	192
简评美国《统一商法典》第九篇担保制度	205
论让与担保	213
中国公司并购制度的现状	224
论确立情事变更原则的意义	241
什么是法学研究——民法学习的一点体会	252
论后现代主义的使命	261

健全和完善股份公司机关的策略*

我国于1993年12月颁布了《公司法》，此后，新成立的公司多按照公司法的规定组建，过去已经成立的公司则纷纷按照公司法的要求各自对公司内部管理结构进行调整。但由于我国《公司法》本身的某些缺陷和疏漏，以致许多公司内部结构存在不少先天性毛病，同时也由于在实际运作中存在若干问题，使得内部治理机制出现病态，乃至无法作富于活力的运行。

公司乃是市场经济活动中最重要的运行主体，它的健康与否直接关系到整个市场经济的发展前途。因此，有必要对我国现行《公司法》进行重新评价，借鉴世界各国对公司立法的有益经验，以期补充和完善我国《公司法》，建立起既具备高效的工作能力又具有合理的权力分配和制衡关系的股份有限公司。

一、现代公司机关形态的发展趋势

现代公司机关不是单一的，而是依照公司权力的“分立与制衡”原则形成了三机关分立的状态：即由全体股东所构成的股东大会是公司的表意机关，它所形成的决议是公司的意思；董事会是执行公司意思的决策机关，指导公司业务执行并对外代表公司；监事会（英美国家不设此机关，但英国设公司审计人和美国设外部董事均与监事的功能相仿）是公司的监督机关，对董事会执行公司事务及会计事务实行监察。这就是所谓的机关分立主义（也即“公司权力层次论”）。〔1〕

从当代世界各国的公司立法看，大都有限制股东大会权力加强董事

* 原载于《现代法学》2000年第1期。《人大复印资料》2000年第5期全文复印，其后被张文显主编：《中国商法学精粹》2001年卷全文收录。

〔1〕 梅慎实：《现代公司机关权力构造论》，中国政法大学出版社1996年版，第241页。

会权力的趋势,^[2]并由股东大会中心主义转变为董事会中心主义。这一变化顺应了社会经济发展的潮流。在股份公司产生之初(其初始形态为合股公司),并无股东大会的设置,公司由董事会掌管。到19世纪,发达国家确立了公司设立的准则,股东大会作为公司最高权力机关也被确定下来。^[3]主要表现是:公司的董事经由股东大会选举产生,公司增资、减资和章程的修改须由股东大会批准;公司经营的重大事项由股东大会决策。^[4]传统英美公司法在理念上,股东大会和董事会间权力分配,完全由公司章程和章程细则规定,并依其变更而变更。在这种理念支配下,一直到本世纪初,英国的公司法和普通法均不承认董事会拥有独立于股东会的法定权力,董事会执行公司业务决策须完全依照章程授权和股东会的决议。^[5]早期西方各国基本上实行股东会中心主义,其原因在于当时公司的规模尚小,业务相对简单,股东持股的比例较高,股东人数不多,易于参与公司管理和决策。但近代,随着科技的迅速进步,生产力水平提高,企业间的竞争加剧,大规模现代股份公司不断涌现,加上证券市场的高度发达,公司股份流转加快,公司股份日益分散,出现了少数大股东控制公司和小股东众多的情形;同时公司经营趋向复杂化、专门化,公司的经营决策只能依赖于具有专业知识的董事和经理,许多股东无法参与经营活动,于是众多大公司的实际控制权逐渐从股东大会转移至董事会甚至经理手中。同时股东大会本身也发生了变化,由于小股东的大量存在,股东的“白搭车”心理和“关心公司不如关心股市”的实惠态度逐渐成为普遍现象,致使股东大会的决策能力迅速下降。据调查资料表明,美、德、日等国的许多股东根本无意参加股东大会,而我国,股东大会的股东出席率也不容乐观。“股东大会”实际上不是全体股东的会议,而只是一小部分股东的会议,^[6]这就使股东大会的决策能力大大弱化。有学者断言:“没有控制权的财产所有权与没有财产所有权的控制权乃

[2] 吴建斌:“现代公司治理结构的新趋势”,载《法学杂志》1996年第4期。

[3] 史际春:《国有企业法论》,中国法制出版社1997年版,第303页;韩长印、吴泽勇:“公司业务执行权之主体归属”,载《法学研究》1994年第4期。

[4] 王保树:“现代股份公司法发展中的几个趋势性问题”,载《中国法学》1992年第4期。

[5] 张开平:《英美公司董事法制制度研究》,法律出版社1998年版,第36页。

[6] 梅慎实:《现代公司机关权力构造论》,中国政法大学出版社1996年版,第255页。

是股份公司发展的逻辑归结。”〔7〕世界各国公司立法顺应这种变化,先后废除股东会中心主义而改采董事会中心主义。根据《美国示范公司法》第8章第1条的规定,除只有50个以下股东的公司可由章程载明不设董事会或限制权力外,其他所有公司必须设立董事会。一切公司权力应当由董事会行使或在它的许可之下行使,公司的业务和事务也应当在它的指导下经营管理,董事会只受章程所载明的限制的约束。〔8〕《德国股份公司法》第76条规定由董事会领导公司,《法国商事公司法》第98条更为明确地规定,“董事会拥有在任何情况下以公司名义活动的最广泛的权力,董事会在公司宗旨的范围内行使这些权力,法律明确赋予股东会议的权力除外”。日本、我国台湾地区的公司立法也都反映了这一变化。

二、我国公司的合理结构

我国现行《公司法》似乎没有跟上国外公司立法的步伐。《公司法》确认董事会的法律地位是公司法定代表机关和业务执行机关,赋予董事会有关公司业务的决策权、公司的宏观管理权、任命公司经理及其他高级管理人员的权利。但是上述职权均是采用列举式赋予,这使得董事会的权力,受到限制若遇列举权力以外的事项而又需及时决策时,董事会就会束手无策。至于《公司法》所列举的“制订公司的年度财务预算方案”、“制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案”、“制订公司增加或者减少注册资本的方案以及发行公司债券的方案”等董事会职权,都须等待股东大会审议同意方能生效、执行,而“公司的经营方针和投资计划”决定权则由股东大会和董事会共享。显而易见,董事会的权力很大程度上受到股东大会的制约,至少从立法上看是缺乏独立性的。对此我国有学者评价说,我国公司法保留了股东大会中心主义的残余。〔9〕

这样的权限划分显然是为了确保公司所有者——股东们对公司活

〔7〕 Berle & Means. *The Modern Corporation and Private Property*, 1932, revised, 1968. 转引自刘海俊:《股东权法律保护概论》,人民法院出版社1996年版,第120~122页。

〔8〕 卡耀武:《当代外国公司法》,法律出版社1995年版,第385页。

〔9〕 吴建斌:“现代公司治理结构的新趋势”,载《法学杂志》1996年第4期。

动的控制力,但事与愿违,从我国公司立法及公司制度实施的现状来看,尽管公司法确认了股东大会为公司的最高权力机构,并赋予了明显多于董事会的权限,仍不能避免股东会流于形式,且股东大会和监事会的监督权也没有得到有效的保障。究其原因,一方面,我国社会经济发展随十几年来改革开放,已逐渐向现代化迈进,形成了现代经济模式的雏形。股份公司的数量不断增多,证券市场已逐步建立,广大的城乡居民纷纷入市购买股票;但是鉴于中国普遍的收入水平不高,只能购入数量极小的股份,再加之他们中许多人既无时间和精力,也缺乏企业经营的知识经验,而无法参与公司管理,因此,绝大部分小股东对股份的经营管理既不关心也无法关心,他们购买股份只是为了在股市中获利而并不期望成为股份公司的终极所有者。同时,股份公司的管理层对参加股东大会的股东作了限制。从许多上市公司召开股东大会的公告可知,股东大会充其量是股东代表大会,公司往往要求股东持股数万才可参加股东大会,因而只有极少数股东有资格出席。例如,1994年11月15日深圳某上市公司出席(含委托出席)会议的股东代表只有19人,其代表股份占公司总股份72.5%。因而,所谓的“股东大会”实际上是大股东会和管理层操纵的会议。^[10]另一方面,我国公司立法在公司机构的权力分工上极不合理,其中,规定股东会和董事会均享有“决定公司的经营计划和投资方案”的职权就有很大弊病。这项职权乃是对公司具体经营活动的决策权,从立法初衷来看,这一规定既赋予了股东大会对公司经营活动的控制权,同时也使董事会有权自主地对公司业务决策,从而能从容应付瞬息万变、错综复杂的市场变化。殊不知,这一灵活的规定却导致了公司权力结构的混乱。从理论上讲,股东大会是公司的最高权力机构,其决定具有当然的权威,既然股东大会对公司经营作出决策,那么董事会就只能是公司决策的执行者,所以董事会拥有的与股东大会相同的职能变得毫无意义。另一方面,实践中的运作又远非如此简单,由于董事会和股东会均可依法对“公司的经营计划和方案”有效决策,所以董事会也可不经股东会同意而进行决策,使股东会的这一职权流于形式;

[10] 梅慎实:《现代公司机关权力构造论》,中国政法大学出版社1996年版,第255页。

相反,董事会可能操纵股东大会,把董事会的意图强加给股东大会,使自己的决定成为股东大会的决定并生效,但其后果是,导致监事会因此丧失直接行使监督的条件,加剧监事会的监督不力。

显然,重新划分股东大会与董事会之间的权力界限有重大的意义,现实中,股东大会这种会议决策形式实际已不能满足现实社会经济竞争对企业的要求,需要一个高效率的领导班子面对瞬息万变的市场作出快捷、敏锐的决策。特别是中美已对中国进入世贸达成了双边协议,这意味着外国企业、跨国公司 will 直进中国市场,我国各类公司面临这一巨大挑战,无疑应以提高效率、降低成本、增强企业的国际竞争能力为其首要任务。

按照这一思路,公司立法应当建立董事会中心主义,将公司经营实权完全赋予董事会,股东会只对有关公司存在和发展以及直接关系股东利益的原则性事项有权决策。这样的权力结构,有利于建立一个灵活、高效的公司经营模式,同时加强监事会的职权,对董事、经理的行为进行直接的监督,以避免董事会滥用职权损害公司和股东利益。这样,既符合公正的要求,又是最有效率的。

三、股东大会的权力范围

确立董事会中心主义,其核心问题就是强化董事会权力,减少股东大会的职权,实际上是把原属股东大会的部分职权转移到董事会。这的确弱化了股东(公司终极所有者)对公司的控制力。但是,社会经济发展的现实已经从客观上导致了股东大会职权的“形式化”,如果违反这一规律仍然过多保留股东大会权力显然不妥,因此直接赋予董事会广泛的公司经营管理决策权,而同时保留股东大会决定公司生存及发展的原则性权力和任免公司机关领导的权力,应是一种较合时宜的权力配置。股东大会应当保留以下权力:

(一)行使决议权

1. 选举和免除董事和监事的职权,通过这一任免机制,股东大会仍拥有对董事会的牵制力并督促监事会加强监督职责。这一权力的意义重大。

2. 决定公司的利润分配方案及股息红利。此事务直接关系股东的投资利益,因此应由股东大会决定。

3. 有对公司生存和发展作出原则性决定的权利。这类权利包括筹资和减资措施(即“公司增加或减少注册资本”)、公司合并、分立、解散、转让和清算以及对章程的修改等。此外,公司反收购的决定也应当由股东大会作出。因为,公司收购乃是一种外部的监督机制,如果一个上市公司的业绩不好,股价下跌,他人就可以对公司股价收购,从而取得较大股份,重组董事会,以取代原董事会对公司的控制权。如果原董事会可以任意决定反收购公司股票,这种外部监督的形式就失去了意义,而且必然损害公司股东的利益。如果赋予股东大会以决定权,也等于赋予了股东大会自主选择经营者的权利,而这一权利本来就是属于股东们的。

4. 尽管股东大会没有公司经营决策权,但是当公司决定对经营作重大变更和调整时,股东大会应当拥有对公司的“营业政策重大变更”的批准同意权。因为股东的投资乃是以信托的形式交由董事会管理,股东与董事会之间形成信托关系,而营业政策的重大变更及财产管理形式的重大变化,当然应经股东大会批准才得以进行。

(二) 听取报告权

1. 当公司亏损达到资本总额三分之一时,听取董事会的有关报告,以及董事会有关发行公司债券情况的报告;

2. 听取董事人提报有关表册的说明,公司清理时听取清算人的报告;

3. 听取董事会、监事会的年度工作报告。

对于以上诸事项股东有获知信息的知情权。因此董事会和监事会都有义务分别就有关事项向股东大会报告,若股东大会认为需要对董事会提供的账簿、表册进一步核实,还可以行使检查权,即查核董事会制作的有关账簿、表册,查核时有权选任查核人。这有助于股东大会直接接触到董事会报告的原始依据。

(三) 起诉权

如果认为董事、监事有侵犯公司利益的行为,有权代表公司对其提起诉讼。

四、经营管理层的权力配置——董事会与经理的地位和职能

董事会是股东大会选举出来的公司业务执行机关,全面负责公司的经营管理,对外代表公司进行活动,是公司的核心和中枢。但是由于法律规定的漏洞以及企业传统管理方式的影响,使董事会这一公司机关不能按照现代公司制度的理想运作方式来工作,而常常发生其职权为公司经理所取代的现象。

尽管我国《公司法》第119条明文规定,经理由董事会聘任或解聘,经理对董事会负责,明确经理是董事会的下属机关,接受董事会的监督和领导。但是实践中,董事会形式化的倾向十分严重,公司业务执行权实际上被经理取代。这种改变,不仅使作为公司经营者的董事会无法行使职权,而且危及整个公司机关的结构模式。究其原因,立法赋予董事会的职权相对较少,与其法定代表机关身份很不相称,而经理却享有公司经营管理的职权,两者权力分配很不协调。为了解决这个缺陷,《公司法》第120条允许“公司董事会决定,由董事会成员兼任经理”,而许多公司便选择了“董事长兼任经理”一途,藉以弥补董事会与经理在内部管理权限上规定的不足。但是这种权力组合,使得决策和执行高度集中,董事长的职权和经理的职权混淆,董事会对经理的监督也同时是对董事长的监督。于是,立法所预设的权力结构和监督体系被完全破坏了。

由此可见,当前中国公司制度之所以不能有效地实行,很大程度上是公司法本身不完善所致。欲使公司经理层有效地运转,有必要在立法上对董事会及经理的权限和地位作明确的界定。

正如上文所述,为了使公司能够更加适应市场运作的要求,董事会应拥有广泛的职权,包括日常经营决策权和业务执行权,涵盖经理的全部职权。因为,经理的职权来源于董事会的聘任和授权,而经理的职能是协助董事会完成其职责。就董事会与经理的关系而言,大多数学者认为,经理的性质应当是公司的代理人。台湾学者王丽玉把“经理”解释为:“基于委任关系,接受公司业务执行机关或代表机关之指示或授权,

而代为处理事务之人。”^[11]

有学者提出,公司对外代表权应与公司业务执行权结合,一并归属于经理;而且业务执行显然不应再被看作是公司经营决策的附属物。^[12]

笔者认为,此种观点不能正确反映公司经理的法律地位,使经理职权独立化只能导致健全和完善公司制度的步伐停滞不前。

首先,经理的法律地位只能是公司代理人而不是公司代表人。理由有三:其一,董事会是股东大会选举产生,负责公司日常事务的公司机关,其实质是股东大会的常设机构,代表所有股东经营管理公司财富,所以它从内部来看对股东负“受信”义务,对外则代表公司;经理则不然,尽管经理为执行公司业务常以公司名义对外活动,但是他的活动均是完成董事会委任的任务。其二,股东大会由于股东众多,不能实际管理公司,也无法代表公司,所以由董事会权充公司法定代表人。而董事会人数不多,均为管理公司的干才,有充分的管理能力。所以尽管董事会受会议制度限制而不便行使业务执行权,但并不影响其管理公司的能力。其三,经理是董事会的下位机关,由董事会聘任,如果对外与董事会同为法定代表人显然不妥。

其次,我国公司经理与各国公司经理的职权产生发展的轨迹不同,因此其演化的方向也是不一致的。各国公司经营权都经历过这样一个演变的过程:首先,经营权由股东大会转移到董事会;董事会的工作方式是会议制,这种方式对于公司经营决策的作出是可行的,但公司具体业务的执行,却显不适宜,因此各国公司在实际运作中,具体业务的执行都无例外地委任个人开展,经理就是在这种情况下应运而生的,经理由此拥有公司部分业务执行权。例如美国,形成了部分董事和董事会授权的高级主管共同行使业务执行权的模式;日本则形成董事兼任公司干部直接参与执行的模式。公司大量日常经营管理活动交由高级主管执行的模式,反映了公司业务执行权与经营权出现分离的现实状况。^[13]

但我国股份公司经理制的产生却与国外截然不同。在1993年公司

[11] 王丽文:“公司经理人制度之研究”,载《辅仁法学》1997年第3期。

[12] 韩长印、吴泽勇:“公司业务执行权之主体归属”,载《法学研究》1999年第4期。

[13] 韩长印、吴泽勇:“公司业务执行权之主体归属”,载《法学研究》1999年第4期。