

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

现代英美董事 法律地位研究

张民安 著

XIANDAI YINMEI
DONGSHI FALU DIWEI
YANJIU

法律出版

693 01 - 1234

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

现代英美董事法律地位研究

张民安 著

法律出版社

第一编 公司董事的职位

第一章 公司董事的任命

一、引 论

公司事务的控制权掌握在公司的两大机关手中,即公司股东大会和公司董事会。现代英美公司法并没有对公司的管理和控制结构作出特别规定。在一些小型公司,尤其是具有合伙性质的紧密型公司,公司董事会对公司事务的控制是直接的;而在一些大型的公司尤其是公共持股的上市公司,公司的所有权(ownership)与控制权有很大的分离,对公司事务进行控制和管理的人往往持有公司股份的比例极少,而持有公司大部分股份的所有权人一般并不积极参加公司董事会、对公司事务进行管理。所有权与控制权的有机结合和统一是小型公司尤其是紧密型公司的重要基础;而所有权和控制权的高度独立和分离,则是大型公司尤其是上市公司的基础。在大型公司的管理机构中,管理人员又可因为其职能不同而分为两类:其一为较高层次的董事会,此种层次的董事会对公司的财务和政策享有最终的指导权;其二为较低层次的董事会,它们具体负责更加详细的管理方面问题的讨论和决议。^①在一个超大型的公共持股公司中,股东会基本上是只承担批准公司董事

^① See Betts, Characteristics of British Company Directors, 4 Journal of Management Studies, 71 (1967).

会行动的机关。公司事务基本上是由公司董事会进行自我持续的控制、管理和运作。^①

现代英美公司章程通常将公司事务的管理权和业务执行权授予给公司董事会,而公司董事会往往又通过权力委托(by delegation)的方式将自己的管理权委托给公司的某些单个董事。这样,公司事务的管理权最终还是由某些单个董事所控制。此种权力委托制度是现代英美公司制度中的一个十分重要的内容。

尽管公司董事在公司中居于十分重要的地位,但现代英美公司法很少对董事(director)这一术语作出界定和加以说明。根据英国国会 1844 年通过的特别法令,所谓董事就是指对公司事务进行指导(direction)、处理(conduct)、管理和监督(superintendence)的人。^②英国现代公司法对此种定义作了扩大解释,这就是,英国 1948 年公司和 1976 年公司法以及此后的其他公司法认为,董事包括任何占据公司董事职位的人而不管他是被如何称呼和命名的。^③在英国许多制定法中,尤其是在有关经济犯罪的制定法中,董事的定义包括任何意图以董事资格从事行为的人,或任何董事按其指示行为的人。^④必须注意的是,公司董事依其指导、指令行事的人在英国 1980 年公司法中被称之为“影子董事”(shadow director),并且在许多情况下被看作是公司的董事。^⑤当然,如果公司董事仅仅依据那些以专家的身份(in a professional capacity)提出

① 参见张民安:《公司少数股东的法律保护》,梁慧星主编:《民商法论丛》第 9 卷,法律出版社 1998 年 5 月版,第 114—115 页。

② 参见张民安:《公司少数股东的法律保护》,梁慧星主编:《民商法论丛》第 9 卷,法律出版社 1998 年 5 月版,第 114—115 页。

③ S. 455(1) C. A. 1948.

④ Eg. Insolvency Act 1976, S. 9(7); Finance Act 1976, S. 72 (8).

⑤ S. 63, C. A. 1980.

的建议行事,则此种人不应被看作影子董事。^①这些规定和说明表明,董事如何被称呼并不重要,“重要的是他们在公司事务中所起的作用,而不是董事的名称的定义”。^②

二、公司任命董事的权力

董事会核心地位的确立并不意味着公司股东会对公司事务毫无发言权。现代公司法和传统公司法一样,都通过一定的手段保障公司成员对公司事务的发言权。这就是,公司法认为,虽然公司董事会对公司事务享有控制权,但公司股东会享有表决权、派生诉讼提起权以及公司剩余财产的索取权。通过表决权的行使,公司股东可以就公司董事的选任、解任等事项加以控制,从而保证自己能将自己信得过的人选任到董事会;通过派生诉讼提起权的行使,公司股东可以对滥用职权的董事和公司高级职员提起诉讼,抑制他们的不适行为,追究他们的法律责任;而通过剩余财产索取权的行使,股东可以保障自己财产利益的最后实现。这三种权力的行使,尤其是表决权的行使,使公司法学家们仍然坚信这样的观点:股东通过股东大会对公司事务享有最终的控制权。

由于表决权是公司成员所享有的一项最重要的权利,而此种权利可以用来批准或不批准公司结构的基本变化诸如合并、联合或清算,也可以用来批准或不批准公司董事对之享有有冲突的利害关系的交易,还可以用来批准或不批准对公司章程、细则或大

① S. 63(1). C. A. 1948.

② Robert R. Pennington, *Company Law*, (4th ed) London. Butterworth, 1979, p. 493.

纲^①所作的修改或变更。最后,最为重要的是,它可以用来选举董事或解除董事,从而使公司事务的最终控制权掌握在公司股东会的手中。此种控制权的享有和行使确保了股东在公司中所占的优越地位得以稳固。就任命公司董事的权利而言,股东所享有的表决权属于公司成员性质的一种权利,因此,必须按公司章程所规定的方式行使。^②现代英美公司法对公司章程如何规定任命董事的方式没有强加任何限制。一般说来,任命公司董事的权力往往被公司章程授予给公司普通股东大会,但是,公司董事会本身,甚至外部人员等在一定的情况下也享有任命公司董事的权力。结果,公司章程可以规定,公司雇员可以选派自己的代表进入公司董事会。如果公司章程对董事的任命没有规定,也没有规定适用公司法中的有关规定,则任命公司董事的权力即由公司成员以普通决议的方式加以行使。^③

三、第一届董事和后续董事的任命

(一) 第一届董事的任命

英国 1948 年公司法 A 表(Table A)之第 75 条规定,董事的数量和第一届董事的姓名应当由公司组织大纲(the memorandum of association)的签名者(subscribers)或他们中的大多数成员来议决。公司大纲的签名者任命了第一届董事以后,必须将由他们签名载明第一届董事姓名、第一届秘书以及有关他们的资料的陈述(statement)连同这些人同意以董事身份行为的、经他们本人签名

^① 在英国,公司文件主要有大纲和章程;而在美国,公司文件主要有章程和细则。英国的章程类似于美国的细则,而大纲则类似于美国的章程。不过,在英国,大纲和章程均为公共文件,必须注册、公开;而在美国,细则不属于公共文件,不须注册。

^② Robert R. Pennington, *ibid.*, p. 493.

^③ Robert R. Pennington, *ibid.*, p. 494.

的同意书向公司注册署登记注册。一旦公司注册登记完成,公司即正式成立,在此种陈述中规定的人即为第一届董事,由公司章程任命的其他人为董事的,其任命为无效。^①因此,由公司大纲签名人所陈述的第一届董事即为公司的董事。

(二)后续董事

第一届董事以后的后续董事的任命权通常由公司成员以普通大会之普通决议的方式来行使。如果公司章程规定了公司可以任命的董事的最大数,则公司超过最大数而任命的董事为无效。但通常而言,公司成员有权以普通大会普通决议的方式增加或减少公司董事的最大数,在此种情况下,超过规定的最大数而任命董事被认为是对增加董事数目权力的行使行为,因而,其任命是有效的。^②对减少公司董事数量的权力而言,在公司董事的任期未到之前,公司普通大会不能行使减少公司最大数董事的权力,因为它使公司既有的董事被解除。然而,第一届董事以后的董事,其任命方式可谓多种多样,而不仅仅是由公司普通大会加以任命。根据英美公司法,后续董事的任命方式包括:由公司章程所作的任命,由公司董事会本身所作的任命,由外部人员所作的任命,以及由这些方式联合在一起而作的任命。究竟公司采取何种方式任命董事,完全取决于公司章程的规定。必须指出,英美公司法的此种制度同其他许多国家的公司制度不同。

四、公司股东大会对董事的任命

通常而言,选任董事的权力被公司章程授予给公司大多数股东。公司章程将此种权力授予给公司成员的方式并不完全相同。

① S. 21 (5), C.A. 1976.

② Worcester Corsetry Ltd v. Witting [1936]Ch 640.

有时,在公司成员的数目很少的情况下,为了更加实际,公司章程规定的最为普通的方式就是由公司成员通过股东大会选举的方式任命董事,此种任命董事的方式或者适用于对董事会增加成员,或者在董事退休以后所进行的循环选举。而有时,公司章程规定的任命方式是,由公司大多数成员以书面签字的方式任命公司董事。此种方式通常规定在那些为另外一家公司所完全拥有的子公司的章程中,或者规定在被其他两家平等地享有任命同等数量的董事的投票权的公司所共同持有的公司的章程中。之所以如此,是因为,当公司章程将“提名”一个董事进入董事会的权利授予给某些人或某些公司时被提名人(nominee)即刻成为公司董事,在完成此种任命时,无须其他董事对此种提名人予以正式接受。关于公司股东会任命公司董事的方式,英国公司制定法设定了下列规则:

(一)公共持股公司不得在单一决议中任命两名或两名以上的公司董事

根据英国 1948 年公司法第 183(1)节和 1985 年公司法第 292 节规定,当公共持股公司的股东会以普通决议任命或再任命董事时,除非公司会议首先在没有任何人持异议的情况下决议任命两名或两名以上董事,并且此种任命两名或两名以上董事的混合决议将要交由股东会决议。否则,公司股东的决议不得同时任命两名或两名以上的董事。违反此种规定的决议无效,不管在通过的时候有没有人对此加以反对。英国公司法的此种禁止性规定的主要目的在于:公司股东不应当被置于一种不得不任命一个他们不同意的人以换取他们任命另外一个他们同意任命的人的位置上。也就是说,公司不得强迫他们作出要么全部任命要么一个也不任命的决议。但是,此种规则对紧密型公司并不适用,公司法并不禁止紧密型公司在同一决议中任命或再任命公司两个或两个以上董事甚至整个董事会;并且,英国公司在实践中,在再选公司董事¹¹充实到既存的董事会中时,此种方式也是十分常见的。此外,

规则也不适用公司股东会作出的变更公司章程的决议。因此,它不适用于公司所作出的、在其章程中规定 A 和 B 应成为公司董事的特别决议。

违反上述规定而通过的董事任命决议虽然是无效的;但是,它仍然产生如下两种后果:

1. 英国 1985 年公司法第 285 节仍有适用必要。依据该法第 285 节,即使后来发现在董事任命方面存在着瑕疵,该董事的行为也是有效的。

2. 它会阻止有关违反另外一个任命的退休董事的自动再当选条款的适用,诸如英国 1948 年公司法之 A 表(Table A)中的第 92 条和 1985 年公司法中公司规则(从 A 至 F)中的第 78 条。因而,如果 A 和 B 根据章程退休,公司单一决议意图通过选择 C 和 D 担任他们的职位或再选 A 和 B,根据 1985 年公司法第 292 节,此种决议为无效。

(二) 对公司作出的通知

在英国,公司成员可以向公司推荐某些人为公司董事,被公司成员推荐的人也可以向公司表示他愿意担任公司董事。如果被公司成员推荐的人在表示愿意担当公司董事以后,公司股东会可以召开会议,就公司成员推选的人进行表决。根据英国判例,如果某些成员意图推荐他人担任公司董事,则推荐的人必须以书面形式向公司发出通知,此种通知必须由推荐的人签字或盖章。如果被推荐担当公司董事的人同意此种推荐,愿意担任公司董事职位,他必须对公司发出通知,表示他同意被选为公司董事,他必须在所发出的对公司的通知中签名或盖章。^①英国 1948 年公司法 A 表(Table A)之第 93 条规定:

“除非经过公司董事的推荐,否则,在公司股东会议上将要退

^① Catesby v. Burnet [1916]2 Ch 325.

休的人无权在公司普通大会上被选为董事,但如果对公司的通知是由那些意图推荐他人当选为公司董事的人所签名、并且这些推荐人是有权在选举董事的股东会上表决的公司成员所发出的以及对公司的通知是由那些同意被选为公司董事的人签名后发出的话,并且如果公司在公司选举董事的股东会召开前的3-21天的期限内将公司成员对公司的通知和被推荐为董事的人同意担当董事的书面通知置于公司的注册办公室的话,则即将在公司股东会上退休的董事可以在公司股东会上选为董事”。

英国股票交易联合会规定,挂牌上市的公司必须在其章程中作出这样的规定:“意图推荐他人为董事的通知以及愿意担当公司董事的同意通知必须在公司股东会召开选举董事的会议前的7日内发出”。^①

(三)服务契约

董事一旦当选,是否必须与他所担任该种职位的公司订立服务契约?在英国,公司制定法没有要求董事必须同他所服务的董事会所在的公司订立正式的服务契约。但是,如果董事根据英国1948年公司法A表(Table A)而与公司订立了服务契约,并且是取得报酬的,则此种服务契约必须由公司普通大会以普通决议方式加以批准,除非董事被董事会任命为管理性董事,在此种情况下,其服务契约的内容由公司董事会决定。英国股票交易联合会(the Federation of Stock Exchange)要求挂牌上市公司的董事会将董事与公司订立的所有服务契约提交给股东会,由股东会批准,即使是管理性董事的服务契约。但是,如果服务契约的期限少于10年,或者可以由公司在10年以内根据其条款决定的,并且根据契约,在服务契约终止时,董事无权取得任何补偿,除非公司章程有

^① 转引见 Alfred Read: *The Company Director*, Jordan & Sons Limited, London, 1971, p. 28.

相反规定；否则，董事服务契约无须取得公司股东会批准。^①

五、公司董事会对董事的任命

在英美公司法中，公司董事会往往享有增加公司董事数量的权力。如果此种增加没有超出公司章程所规定的最大限额的话，董事会往往享有任命公司董事以填充董事临时空缺(casual vacancies)的权力。英美公司法的此种规定是最为有用的一种规定，因为它可以使公司在不经过召集股东会的繁杂程序的情况下任命公司董事。但是，如果严格固守这一原则，则公司股东的利益就会受到严重的损害，在此种情况下，英美法律往往认为，经过董事会任命的董事应在下一年度的普通大会上退职，并由公司股东会对他进行再选。英国股票交易联合会规定，此种规则必须为上市公司所遵守。

(一)英国法律关于临时性空缺和增加董事数目的法律规定

除非公司章程作禁止性规定，否则公司有填充临时性空缺的固有权，^②而此种权力通常被授予给公司董事会。同样，根据英国判例，如果公司章程对公司董事的最大数额作了规定，在此种最大数额还没有满的情况下，公司董事会也常常享有增加董事(additional directors)名额的权力。通常而言，由董事会运用临时性空缺填空权或运用董事名额增加权任命的董事，其任期通常到公司召开股东大会的下一个年度时为止，在下一年度股东大会上，此种董事须退职，如继续作为董事，则必须由普通大会股东重新选举。但公司章程有时规定了这样的条款，即由董事会运用临时性空缺

^① The Stock Exchange Memorandum on the Admission of Securities to Listing, Appendix, Sch. VIII, Para. 10 (a).

^② Boyle & Sykes, Gore - Browne on Companies, Vol. 2, Jordan, p. 25. 002

填空职位所任命的董事,其任期应到他所替代的董事原本可以担当董事职位的期限时为止。填充董事的临时性空缺通常在一个董事的任期末届满时,由于其死亡、辞职、或不再具备董事资格等原因而使此种职位空缺成为一种事实时始有必要。根据英国法,如果持有资格股是被任命为董事的先决条件,那么,公司章程授予给董事会的填充空缺的权力或增加董事名额的权力就不能使他们享有任命那些还没有实际登记为所规定的特定数目的股份的持有人的人为公司董事。^①即使在董事会拟选任他为董事时,他已经取得了可以注册的绝对性权利,他也不能被任命为董事。^②

根据英国法律,如果公司董事会故意或因为有争执无法达成协议而不能行使空缺填充权的话,则公司股东也享有董事临时空缺的填充权。因为,根据英国 1948 年公司法 A 表(Table A)之第 97 条,填充临时空缺和增加董事的权力是公司成员和公司董事会共同行使的一种权力。但是,根据英国判例,即使公司章程没有将此种权力明示授予给公司成员,法庭也会推定他们享有此种共有的权力。^③在欠缺公司成员和董事会享有共同行使临时空缺填充权或董事增加权的明文规定时,董事会任命董事的权力仅在此种情况下始被解释为是排它的:董事会仅能在公司成员基于董事正常退职的情况下任命新的董事的同样的期间和同样的条件而填充董事空缺、增加董事名额。^④如果公司董事会和公司普通大会同时享有填充董事空缺、增加董事名额的权力,那么,无论是董事会先任命还是股东会先任命,其对董事的任命都是有效的,对方不能靠意图撤销或取代此种任命的方式予以再任命,因为一旦已被一

① Jenner's Case (1877) 7 CHD 132 (CA).

② Spencer v. Kennedy [1926]1 Ch 125.

③ Worcester Corsetry Ltd v. Witting [1936]Ch640.

④ Blair Open Hearth Furnace Co. Ltd v. Reigart (1913) 108 LT665.

方填补董事空缺,即无空缺存在。^①

(二)美国公司法关于董事会对董事选任的规定

现代美国公司制定法将董事职位空缺的填充权交由公司成员或公司董事会行使。美国修正标准商事公司法第 8·10 节规定:除非公司章程另有规定,否则董事会出现的空缺可以由董事会或股东会去填充。被董事会选任来填充空缺的董事,其任期到下一年度的公司普通大会召开时为止,如果要继续担任董事职位,则必须经由公司股东大会选举。^②但美国一些州的公司法遵循较早前的标准商事公司法的规则,规定那些被董事会选任的董事,其任期为其前任董事的任期。美国一些较早的公司法区分“旧”的空缺填充和“新”的空缺填充。旧的空缺填充主要是由于某个董事死亡或辞职而产生的,在此种情况下,董事空缺可以由其余的董事填充,在此种情形被选任的董事,其任期是前任董事未到期的期限。而一个新的空缺填充则是由于公司章程或细则的修改需要增加董事数量而产生的。对于此种情形发生的董事空缺,只由股东会去填充,董事会无权填充。这两种类型的董事空缺填充是由特拉华州的判例确立,被美国 1950 年版的标准商事公司法所规定,但最后在 1962 年被废除。^③

六、第三人对董事的任命

根据英美公司法,公司股东、董事以外的第三人有时也可以对公司董事予以任命。根据英国 1948 年公司法 A 表(Table A)之第 81 条,公司董事会可以将其任命增加董事的权力委托给公司的某

① Robert R. Pennington, *ibid.*, p. 496.

② S. 8. 05 (b), the Revised Model Business Corporation Act.

③ Robert W. Hamilton: *The Law of Corporations*, West, 1990, pp. 223—224.

些外部人员行使,由外部人员选任某些人充任公司董事。此种规则在董事希望从某人那儿取得借贷,而此人仅愿在提名一定数量的董事进入董事会以保护自己利益的情况下始可提供贷款的时候是尤其有用的。^①如果公司章程明确授权由外部人员对董事予以任命,则外部人员任命董事的行为显然是有效的,如果公司拒绝接受外部人员的被提名人为公司董事会的成员,则法庭会颁发禁令(injunction)强迫公司予以接受,但被提名人不适合担当董事为公司行为的除外。^②然而,判例认为,如果外部人员有权任命公司董事会的大多数成员,则法庭会拒绝签发禁令,因为,在此种情况下,公司事务的控制权可能被从公司成员手中剥夺掉。^③

由公司以外的第三人任命公司董事的情形,过去主要由私营公司即非公共持股公司所采取,这些公司的章程和董事的服务契约常常授权董事将他们的职位在他们退休时转让给他们选择的人。根据英国1948年公司法第204节的规定,如果此种职位的转让由公司成员以特别决议方式予以批准,则其转让行为应为有效。由于此种原因,董事职位的转让目前不在公司章程和董事服务契约中作出规定。在实践中,它们已经被由将要退休的董事享有提名一个或几个董事进入董事会的规则所代替。此种被提名的董事并不是提名者的职位的受让人或继承人,而是公司董事会的正常成员;并且,此种提名行为,并不要求公司成员的批准。

在美国,由第三人选任董事的规则主要适用于紧密型公司中的少数股东。这就是,某些单独类别的股东有权选任特定数量的董事进入董事会。美国修正标准商事公司法第8·10(10)节规定,如果空缺的原任者是由某种单独类别的股东选出的董事,如果此

① Robert R. Pennington, *ibid.*, p. 496.

② *British Murac Syndicate Ltd v. Alperton Rubber Co. Ltd* [1915] 2 Ch 186.

③ *British Murac Syndicate Ltd v. Alperton Rubber Co.* *ibid.*

种空缺应由股东来填充的话,则只有此种单独类别的股东始可表决填充所空缺的董事。

第二章 公司董事的资格

一、引 论

从历史上看,英美公司法往往对董事的资格作了诸多限制,诸如董事的资格股份、董事的国籍以及董事的年龄等。在现代英美公司法中,几乎所有的英美公司法都废除了董事资格股的要件,尽管公司章程往往还以此种条件作为公司董事职位取得的要件。由于董事在公司中所处地位的重要性,人们在选择公司董事时往往会考虑各种各样的因素。其中,公司董事在有关商事领域具备一般能力(*general ability*)和经验虽然一般被认为是最重要的因素;但是,董事的人格、品质和与其他人合作共事的能力等也都是十分重要的因素。为了确保公司董事诚实地、勤勉地和全心全意地为公司服务,英美公司制定法对公司董事的消极资格(*disqualifications*)作了许多规定,这些规定对于确保公司和股东利益的不受损害具有十分重要的意义。

二、董事的资格股

英美公司制定法并不要求公司董事必须由公司成员担任,但公司章程往往规定,公司的每一个董事都必须持有公司章程所规定的特定数额或比例的资格股份(*share qualification*)。公司章程要求董事必须持有所规定的股份,其目的在于保证此种董事对公

司事业具有个人性质的利益关系,^①确保董事从自己利益的角度考虑公司事业的发展,从而刺激公司董事管理公司事务的积极性和创造性。现代英美公司法的发展思潮是,对董事任职仍然以资格股加以限制,但对此种资格股的要求较低,不规定过高的资格股份或过大的资格股比例,有的甚至完全废除资格股。英美公司法的此种趋向是同公司的这样的认识相关联的:某些具有商事能力和经验的人未必就一定有足够的资本去持有公司的股份,如果以一定数量或一定比例的股份作为取得公司董事会成员的资格,则一些具有能力和经验的人就会因此而被排除在公司管理机关的大门之外,而这对公司和股东都是极大的损失。在伦敦证券交易所挂牌上市的公司,其作为公司高级官员已不再被要求必须具备资格股的条件。

(一) 公司董事资格股与公司章程

现代英美公司法没有要求董事必须是公司的成员,因而公司法也没有规定董事所取得的最低股份数。在公司实践中,董事的最低资格股由公司章程具体加以规定。但如果公司适用英国1948年公司法A表(Table A),则董事的最低资格股份数可由公司普通大会以普通决议加以确定,并且在此种情况下,除非公司股东大会作了规定,否则,并不要求董事取得资格股^②。通常而言,公司章程规定资格股的方式多种多样,不过,其典型方式有以下几种:

1. 联合持股和无记名股份(joint holdings and bearer shares)

根据英美判例法,股东之间联合持股可以使某一个人具备担当公司董事的资格。^③但是公司章程时常规定,此种共同持有的股

^① Archer's Case [1892]1Ch.322.

^② Art. 77, Table A. C. A., 1948.

^③ Re Glory Paper Mills [1894]3 Ch.473.