

商事法专题研究文库 王保树 主编

# 公司治理模式论

以公司所有和公司经营为研究视角

On the Mode of Corporate Governance

段威 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

D912.290.4

25

2007

商事法专题研究文库 王保树 主编

# 公司治理模式论

以公司所有和公司经营为研究视角

On the Mode of Corporate Governance

段威 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

公司治理模式论:以公司所有与公司经营为研究视角 / 段威著. —北京:法律出版社, 2007. 5

(商事法专题研究文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7208 - 8

I. 公... II. 段... III. ①公司法—研究②公司—企业管理—研究

IV. D912. 290. 4 F276. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 039739 号

© 法律出版社·中国

商事法专题研究文库

公司治理模式论  
——以公司所有与公司  
经营为研究视角

段威著

责任编辑 刘文科  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年4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 8.625 字数 197千

印次 2007年4月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

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

苏州公司/0512-65193110

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 - 7208 - 8

定价:23.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

**段威**，男，1975年10月出生，吉林磐石人。1998年7月毕业于中国人民大学哲学系，获哲学学士学位。2002年7月毕业于中国人民大学法学院，获民商法学硕士学位。2005年7月毕业于中国人民大学法学院，获民商法学博士学位。毕业后，进入中央民族大学法学院任教，同年进入中国社会科学院法学研究所从事博士后研究。

自2002年以来，发表论文10余篇，译著1部。2003年论文《论资本维持原则》获中国法学会2003年商法学优秀论文二等奖。

## 总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20世纪90年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的1997年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开

始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》中所讲的话表达我接触商法研究时的心情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下工夫推动商法学科建设的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界比较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展做出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法

的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画鹿不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望入选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的入选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士论文大多是研究专题的著作,因而以往入选的比较多。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作入选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

## 序

问题与基础,这是学习者和研究者都经常遇到的问题。一般而言,无论是哪一个学科,了解产生问题的基础比了解问题本身更重要。虽然,科学研究总是要解决某个或某些问题,但是,要从本质上或根本上解决问题则离不开对产生问题的基础的挖掘与剖析。然而,在实践中,人们往往只注意问题本身,却忽视问题产生的基础,这就是哲学上所批评的,只注意现象而忽视本质。近几年,人们花了很大的功夫研究公司治理,其实公司治理产生的基础是公司所有与公司经营的分离。只有对公司所有与公司经营的分离及其不同的表现有深刻的把握,才能在公司治理的讨论中有宽广的视野。正是在这个意义上,段威博士所著《公司治理模式论》的出版是有重要意义的。

我们在讨论公司治理的时候,经常追溯到 20 世纪 70 年代,似乎公司治理问题自 20 世纪 70 年代才发生。其实不然,即使不追溯到近代股份有限公司的产生,但完全有理由追溯到现代股份有限公司发生之时,而现代股份有限公司重要特征之一就是



公司所有与公司经营的分离。换言之,在存在公司所有与公司经营分离之初,就存在如何保证实现公司利益,进而实现股东最大利益,并不损害其他利害相关者利益的问题。只是,20世纪70年代公司治理的问题更突出了。可以说,段威博士探讨公司所有与公司经营分离,是抓住了问题的本质。

《公司治理模式论》在探究公司本质、对他国相关问题进行综合比较研究的基础上,就目前我国公司中公司所有与公司经营的正确定位、关系处理及相关法律制度设计等问题展开探讨,并廓清了公司所有、公司经营及公司控制的含义及其相互间关系。认为,公司所有与经营相分离,尽管可能会产生一系列问题,但并非那么可怕,若运用合理,反而会带来扩大融资规模、发挥专业优势、提升经济效率的好处;而公司所有与控制相分离,则可能是问题真正之所在,毕竟,让并非公司所有之人独占公司控制的地位,滥用不受限制的权力必将在所难免。《公司治理模式论》还对公司经营对公司所有的博弈与背离,公司所有对公司经营的监督与控制,有限责任公司中公司所有与公司经营等进行了分析。同时,提出了构建我国公司所有与公司经营的和谐关系的理论构造。它的主要贡献是:第一,肯定股东在公司中的所有地位,强调公司内部当事人的行为、公司法律制度设计等必须为全体股东最大利益服务。第二,追求对公司所有与公司经营关系妥善解决,构建公司内部权责明确、分立制衡的和谐体系。第三,审视公司治理结构的“同化”与“分化”趋势,凸显我国公司治理结构的具体性和特殊性,强调引进外国公司治理具体制度时必须充分研究我国公司的特殊股权结构、传统的公司文化等诸多问题。

段威博士在《公司治理模式论》中所讨论的问题既紧密联系了中国的实践,又具有前沿性,是一部颇有自己见解的佳作。它的问世,肯定会给读者带来重要收获。

以上寥寥数语为序,特祝贺《公司治理模式论》的出版。

王保树

2007年3月12日

## 序

公司治理日益成为各国公司理论界与实务界、法学界与管理学界热衷讨论的重要话题。当下,在各国纷纷启动的公司法改革进程中,有关公司治理的理论探索和制度设计已成为各国公司法改革的最重要组成部分。唯理论探讨也好,制度设计也罢,公司治理的核心——公司所有与公司经营问题,似乎并未引起国内法学界的足够关注。

在宏观视角下探讨具体问题,向来是我鼓励的研究方法。当段威博士提出要专门研究公司所有与公司经营的关系问题时,我就朦胧地感到段威博士正在走向公司治理问题的核心。但我并非无所顾虑。在公司所有与公司经营的关系问题上,国内学术研究成果匮乏,必须大量参考国外资料,这无疑会使得研究变得更加困难和艰辛;市场经济大潮汹涌,这既给学术研究提供了丰富的本土资源,也给研究者带来了诸多困扰。好在,段威博士有着分析微观问题的宏观视野,有着对学术研究的专注,有着独立从事学术研究的能力,还有着上佳的英文

水准。这样,如此艰难的学术研究课题,似乎变得简单了许多。

在本书中,作者从公司本质入手,评析了股东营利工具说、企业自体理论、公司合同理论和利益相关者学说等诸多主张,澄清了公司所有、公司经营、公司控制三者的含义,正确阐述了公司所有与公司经营在公司中的定位,分析了公司经营对公司所有的博弈与背离、公司所有对公司经营的监督与控制的辩证关系,并认为“公司所有与经营相分离”和“公司所有与控制相分离”意义并不相同。前者可能带来一系列问题,但并非那么可怕,若运用合理,反而会有促进效用;而后者,或许才是问题的核心所在。以此为基础,作者为了构建我国公司所有与公司经营的和谐关系,提出了诸多切实可行的具体建议,着重指出:公司所有与公司经营问题极端复杂,既带有一定的国家民族性,又表现出一定的历史阶段性;必须正视公司治理结构的“同化”与“分化”趋势,应当清醒认识到美国 and 德国模式都不是公司治理制度的绝对范式;应针对我国公司的特殊股权结构、传统的公司文化、现有的诸多实务问题等,构建起反映我国特色的、有针对性的公司治理机制;还要特别关注隐藏在法律规则背后的诸多因素,因为这些隐伏因素对妥善处理公司所有与公司经营相互关系有着重要影响。

在我国现实生活中,有限责任公司的数量庞大,地位极端重要,已成为事实上的主流公司模式。然而,既有的西方公司法理论或多或少地建立在公司所有和公司经营相分离的基础上,若将这种理论修改并推广到有限责任公司领域,将遇到前所未有的困难。有限责任公司既具备严格的资合性法律形式,又具有鲜明的人合性经济实质。针对如此特殊的公司形态,段威博士提出了诸多有价值的学术见解。例如,他提出公司经营者应当承担中立义务,这是尚未见诸于国内研究成果的、较具创新性的重要见解。段威博士认为,公司经营者应当是公司全体股东的“受托人”,须对全体股东承担信义义务;在公司经营管理中,经营者须不偏不倚,兼顾并追求公司所有股东的共同利益,不得仅追求个别股东的利益,更不得为追求个别股东利益损害公司及其他股东的利益。在我国特有

的公司股权结构下,这种结论具有相当重要的理论价值。

我既是段威硕士研究生阶段的指导老师,又是他博士研究生阶段的指导老师。在学术研究方面,段威博士勤奋刻苦、孜孜以求,给人印象极深且得到诸多学术前辈的认可;在对待父母、长辈和师长方面,段威博士谦逊、诚实、乐于助人,我也颇感自豪和欣慰。作为段威博士的导师,对他在论文写作中付出的辛苦、倾注的精力,我很是清楚。在选题的抉择、资料的搜集、结构的安排、用词的斟酌等各方面,段威博士都表现出不断探索、精益求精的毅力与态度。功夫不负有心人,在论文匿名评审、专家答辩过程中,他的博士论文获得了很高评价。毕业后,他如愿在中央民族大学法学院教书,现在还跟随中国社会科学院法学研究所陈甦教授从事博士后研究。

呈现在读者面前的这本新著,是段威博士在对其博士论文不断修改、完善和充实基础上顺利完成的。清华大学法学院王保树教授对该书也给予充分肯定,并同意将该书收入“商事法专题研究文库”这套广受好评的学术研究丛书。作为段威博士的导师,我甚感欣慰,乐于作序。

叶 林

2007年3月12日

## 摘 要

近年来,随着世界各国公司法大刀阔斧地改革,随着我国原公司法弊端日渐显露,以公司法修订为契机,围绕着我国公司类型、公司资本制度、公司治理制度等的理论探讨、制度构建及实践探索正如火如荼地进行。唯在此过程中,公司所有与公司经营问题一直未得到应有的、足够的重视,理论界尤其是法学界很少对此问题给以正面的触及和深入的论述。究其原因,或许在于其显得有些古老,或许在于其似乎已得到解决,而实际上,该问题一直作为各国公司法理论研究的根本性和前沿性课题,一直没有或者根本不可能得到一次性或终局性解决,其只能处于不断解决的过程之中。

公司所有与公司经营问题,一方面因其既涉及公司本质的认识又关乎诸多公司法律制度的设计,从而具有相当的重要性;一方面因其既带有一定的国家民族性又表现出一定的历史阶段性,从而具有相当的复杂性;一方面因其既未在我国理论界得到充分的研究更毋庸说阶段性解决又未在我国现行

法律制度中得到应有的体现,从而具有相当的时效性。本文试图在探究公司本质、对他国相关问题进行综合比较研究的基础上,就目前我国公司中公司所有与公司经营的正确定位、关系处理及相关法律制度设计等问题展开探讨。

绪论 主要探讨两个问题:第一,明确以公司所有为基点,研究公司所有与公司经营问题的重要性。面对我国目前理论界各种或赞同或反对公司所有概念的学说纷杂、相互间直接实质性理论交锋罕见,以及实践中公司诸多利害关系者权利义务模糊、公司经营者及公司控制股东滥用权力现象泛滥的情况,本文指出,公司所有与公司经营的研究,在目前的我国显得尤其具有理论必要性和现实紧迫性。唯有如此,理论上我们才能对公司各方利害关系者及其相互间利益关系形成清醒的认识,对公司各方利害关系者的权利与义务进行正确的分配;实践中也才有助于规范公司股东及经营者的行为,杜绝公司控制股东或利用优势地位或与公司经营者相互勾结侵吞公司财产,损害中小股东利益的现象。

第二,对公司所有、公司经营及公司控制的含义及其相互间关系予以明晰。公司所有绝非通常意义上法律上的所有权,其毋宁说是关于股东在公司中的一种特殊的经济上的“所有”地位,该地位在法律上表现为一系列权利的组合。公司经营与公司所有一样,亦非一种内容明确、界定清晰的法律权利,其首先是一种特殊的经济上的地位——对内组织管理公司运营、对外代表公司开展业务,其在法律上表现为处于公司经营地位的人依法享有的标明并保障其公司经营地位的具体法律权利。公司控制或许可在公司业务运营和公司根本事项两个层面表达其含义,但作为一个专用术语来讲,其更具意义的则表现在公司的根本事项层面,主要包括公司经营者与监督者之选任与解任,公司合并、分立、解散以及公司主要营业之转让、公司章程修改等事关公司根本或存亡命运事项的决定权。显而易见,“公司所有与经营相分离”和“公司所有与控制相分离”意义并不相同,前者主要是指公司经营从公司所有中分立出来而不再合一,公司经营具有相对于公司所有的独立性而不受其无理干预,这

意味着居于公司经营地位的人或者并非公司所有之人,或者即使是公司所有之人,其“所有”与“经营”的角色也须分离;后者是指居于公司所有地位的人却未能掌握公司控制的权力。可见,公司所有与经营相分离,尽管可能会产生一系列问题,但并非那么可怕,若运用合理,反而会带来扩大融资规模、发挥专业优势、提升经济效率的好处;而公司所有与控制相分离,则可能是问题真正之所在,毕竟,让并非公司所有之人独占公司控制的地位,滥用不受限制的权力必将在所难免。

第一章 公司所有与公司经营的正确定位。首先,对公司本质进行了再探究。文章指出,各国学者关于公司本质的股东营利工具说、企业自体理论、公司合同理论、利益相关者学说等诸多主张,尽管在某些方面有其合理性,但也都存在其缺陷性,或者有失极端,或者有失偏颇,或者可能在实践中造成不良后果。关于公司本质,不同的视角,似乎可以得出不同的结论:就股东设立公司的初衷及公司目的言,公司是股东所有的营利性工具;就股东与公司的责任分离言,公司是股东仅负有限责任的拟制性法人;就公司内部机构有效设置言,公司是内部机构功能完善权责制衡的统一体;就公司的影响言,公司是关系扩张影响深远的利益共同体。每一个论断,都从不同方面揭示了公司的本质或特征,但公司是股东所有的营利性工具,准确而又深刻地揭示了公司从无到有及其经营管理的存在与发展价值,无疑是公司本质的最主要方面。当然,这一定要与公司本质的股东营利工具说相区别,前者为通过法律规定体现雇员、供应商、消费者等有关各方利益提供了空间。

其次,论述了股东的公司所有地位。该地位表现为:全体股东经济利益最大化是公司及其内部各机构的最高行为目标;全体股东对涉及公司根本或存亡命运的事项拥有最终决定权;股东依法享有某些特定的参与管理权、监督权及受益权。明确股东之公司所有地位的意义在于:有利于确立股东在公司中的最优地位,有利于理顺股东与董事、监事、经理以及雇员、债权人、消费者等公司内外各方之间的关系;有利于董事、经理等公司经营者经营目标的明确,有利于公司中控制股东与非控制股东

利益的兼顾与平衡;有利于公司中监督制度的建立与贯彻,有利于董事、经理等公司经营者的业绩考核与奖惩标准的确定。

再次,论述了董事的公司经营地位。该地位表现为:在公司内部,董事排他性地享有公司业务经营管理权;对公司外部,董事唯一性地享有公司业务经营代表权。明确董事之公司经营地位的意义在于:有利于吸引各种现实的或潜在的投资者的资金,有利于公司规模扩大;有利于引进和利用各种具有经营管理才能的人才,有利于专业技能的发挥;有利于公司内部角色的明晰化,有利于公司外善意第三人合法权益的保护。

最后,论述了公司所有与公司经营的关系。文章从两个层面进行探讨:在抽象层面,公司所有与公司经营是目的与手段的关系。这意味着,公司经营必须时刻以公司所有为目的与方向,即处于公司经营地位的董事必须时时围绕居于公司所有地位的股东利益最大化这一目标进行各种经营活动;当公司存有可分配利润时,应该满足居于公司所有地位的股东分享利润的愿望,无论如何,承担公司经营盈利或亏损的最终风险的股东应该有权在公司有利润时分享该利润。在具体层面,公司经营与公司所有是分权与制衡的关系。一方面,公司股东会在董事之任免、董事权力之分配及行使等方面具有对董事的控制关系,股东依法享有知情权、诉讼权等对董事的监督权力;另一方面,公司一般经营管理权力则交由董事会行使,且该权力及其行使排斥其他各方尤其是股东会的无理干预,从而使公司董事会与股东会之间具有一定的平行关系。

第二章 公司经营对公司所有的博弈与背离。首先,论述了公司经营对公司所有的权力博弈。该权力博弈表现在公司经营的权力内容和权力行使两方面:在权力内容上,公司经营者经营管理权力不断扩大,除法律及公司章程规定的由股东会明确享有的特定权力及其他相反规定外,公司经营管理的一切权力归公司经营者享有,同时,公司经营者对股利分配决定权、股东会人事任免权等个别极端重要权力领域不断侵入;在权力行使上,公司经营者受到商业判断规则、依赖权等保障,以避免动



辄即须对商业判断承担经营责任。发生如上权力博弈,既有公司股东人数众多、地域分散、欠缺公司经营管理专业技能的原因,也有公司内部结构日益复杂经营决策日益专业、公司外部经济节奏不断加快生存竞争日趋残酷的原因,还有公司经营者自身良好道德品质、优秀专业知识等原因。

其次,论述了公司经营对公司所有的利益背离。其中主要包括公司经营之渎职行为和怠职行为,前者是公司经营者滥用自己在公司中的特殊地位和权力,侵害公司及中小股东合法权益的行为,具体包括自我交易中之利益侵占、篡夺公司机会等单纯侵害公司合法权益谋求一己私利之纯粹自利行为与勾结控制股东侵害公司和非控制股东利益之行为;后者是指公司经营者因各种原因未能很好地履行自己的公司经营职责,未能有效地实现公司及全体股东利益最大化的经营目标,具体包括公司经营者主观不努力或不进取与客观无能力或不称职两个方面。

第三章 公司所有对公司经营的监督与控制。首先,论述了公司所有对公司经营的控制。该控制主要包括四种途径:(1)股东自力控制。主要论述公司股东依法享有的知情权、表决权及诉讼权等监督和控制公司经营的权力。(2)股东他力控制。主要论述在公司中设立独立董事、监事会等专门性监督机构或人员对公司经营进行日常性、专业性控制,以弥补自力控制中股东在时间、精力、能力等方面有所不足的缺陷。(3)法律义务控制。主要从抽象层面之公司经营者信义义务与具体层面之公司经营者特定法律义务,明确公司经营者哪些行为可为、哪些行为不可为以及哪些行为必须为。(4)市场手段控制。主要论述公司收购、委托权争夺等公司外部的“自由竞争、优胜劣汰”市场规则对公司经营者的检验与控制。

其次,论述了公司所有对公司经营的激励。建立合理公司经营激励机制,对公司经营者给予应有的利益激励,可激发公司经营者的积极性与创造性,为公司及股东创造更大的利润,就此意义言,公司经营激励机制不失为一种或许能收到“奇效”的控制手段。公司经营激励机制源于