

经理革命 的 法学解释



• 谈萧 著

LEGAL INTERPRETATION
OF MANAGERIAL
REVOLUTION



中国时代经济出版社
China Modern Economic Publishing House

D922. 291. 915/42

2005

经理革命 的 法学解释

• 谈萧 著

LEGAL INTERPRETATION
OF MANAGERIAL
REVOLUTION

中国时代经济出版社
China Modern Economic Publishing House

图书在版编目 (CIP) 数据

经理革命的法学解释/谈萧著. —北京:中国时代经济出版社, 2005. 1

ISBN 7-80169-661-1

I. 经… II. 谈… III. ①公司法-研究-中国②公司-企业管理制度-研究 IV. ①D922.291.914②F276.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 142044 号

经理革命的法学解释

谈
萧
著

出 版 者	中国时代经济出版社
地 址	北京东城区东四十条 24 号 青蓝大厦东办公区 11 层
邮政编码	100007
电 话	(010)68320498 68320825
传 真	(010)68320634
发 行	各地新华书店
印 刷	北京昌平百善印刷厂
开 本	880×1230 1/32
版 次	2005 年 1 月第 1 版
印 次	2005 年 1 月第 1 次印刷
印 张	11
字 数	266 千字
印 数	1~5000 册
定 价	22.00 元
书 号	ISBN 7-80169-661-1 / D·026

版权所有 侵权必究

序

自公司制度尤其是股份公司制度诞生以来，公司经理在公司治理和公司运营中扮演着越来越重要的角色。现实地位的不断提升也不断加大了公司经理攫取公司权力的胃口。然而，在法律设定的公司所有权制度和公司治理制度中，公司经理在公司权力构造上并无一席之地，也就是并不能构成与股东（会）、董事（会）、监事（会）相抗衡的一极。早在上个世纪 30 年代，就有学者观察到公司权力（包括但不限于公司控制权）已经开始或显性或隐性地向公司经理转移，这一现象显然与传统公司法律制度背道而驰，因而被称为经理革命。经理人员作为一个职业阶层兴起，他们以其专有的职业技能为武器，揭竿而起，要“革”传统公司法律制度的“命”。

知识经济的来临更是将经理革命推向一个新的高潮，因为经理人员的管理技能和知识已经被看做是一种投入到公司的生产要素，在公司生产运作中它丝毫不逊色于股东投入到公司的实物资本，甚至在某些公司中其作用大大超过了实物资本。一些经济学家于是对此做出了种种理论解释，其中最具有影响的当属人力资本理论和企业契约理论，其开创者舒尔茨和科斯都因此而获得了诺贝尔经济学奖。

尽管美国法学家贝利和另外一位经济学家米恩斯曾率先对经





理革命现象做了引人入胜的实证研究，完成了他们的经典著作《现代公司与私人财产》，然而此后的法律学者却对这一极富现实意义的问题少有系统的、深入的探讨。众多关于公司治理结构的法学著述对不断高涨的经理革命浪潮视而不见，依然在传统公司法律制度设计的股东本位、董事会中心主义中求解公司治理难题。面对不断增值的经理人力资本，法学界和立法者或受制于股东本位思想，或困于人力资本出资制度难以设计，也未能做出重大理论和实践突破。总的来讲，到目前为止，经理革命现象并未引起法学界的足够重视。

经济学界关于经理革命的各种理论固然能够解释为什么经理阶层会发动这场挑战传统公司法律制度的革命，但是对任何社会现象仅有理论阐释是不够的，最终落实到实践层面必须有具体的、可行的解决方案。对经理革命现象而言，提供应对之策和相关制度安排，当属法学界的使命。

本书作者对经理革命背景下的公司经理法律地位、公司经理选任制度、激励制度和约束制度做了较为系统的研究，并形成了二十余万字的专著即将出版，其勇气和勤奋着实可嘉。

本书吸收了经济学里的人力资本理论和企业契约理论，对公司经理在公司权力构造中的角色进行了重新定位。作者认为，传统代理理论无法解释公司经理在公司内外监督制约机制失灵的情况下为什么还会努力地为公司工作，应该从契约的角度定位股东与公司经理的法律关系，进而主张经理作为人力资本所有者，可以通过契约约定享有公司剩余索取权和剩余控制权，从而在公司中取得类似于股东的法律地位。公司经理能否最终享有这种地位，取决于其人力资本与股东实物资本的专用性程度的博弈，博弈的结果应通过契约来做出制度安排。这种观点突破了公司法从代理角度界定公司经理法律地位的传统，进而为公司经理激励制



度和约束制度提供了新的理论基础。当公司经理作为一个人力资本所有者参与公司这个契约时，对其激励和约束就不应该仅仅是为了解决代理问题，更重要的是为了回报人力资本（激励）和避免人力资本虐待物质资本（约束）。

本书将公司经理任职资格作为一个问题进行了专门探讨。公司经理的积极任职资格，立法没有涉及，也为公司法学界所忽视，仅规定消极资格而不规定积极资格，只能从德的方面而不能从才的方面把住经理人职业入口。因此，全面研究公司经理任职资格是很有必要的。本书还讨论了近年来许多中国公司旨在“与国际接轨”而设立 CEO（首席执行官）一职所面临的法律问题。在公司经理激励与约束制度设计上，作者认为应该建立激励与约束相容，物质激励（约束）与精神激励（约束）相容的制度，并对相关制度进行了系统分析。这些见解和论述都颇具深度和实践意义。

本书较注重实证分析，借助了大量最新调研数据和案例资料来分析问题；在写作风格上，一反学术著作语言的晦涩，通过寓意深刻的寓言故事和生动形象的比喻将枯燥的理论问题阐述得有声有色。这不仅使得本书贴近现实，也大大加强了其可读性。当然，作者对一些问题的论述尤其是制度层面的分析还是欠缺一定深度的，有些观点还是值得进一步推敲的。

在本书即将交付出版之际，特为此序，我很乐意将其推荐给广大读者，尤其是关心中国企业改革的读者。

武汉大学法学院教授、博士生导师 冯 果

于武昌珞珈山

2005 年元月





目 录

导 论	(1)
一、命题及回顾	(1)
(一) 命题提出	(1)
(二) 研究回顾	(5)
二、方法与贡献	(10)

上篇 理论阐释

第一章 历史考察：从经理问题到经理革命	(15)
一、经理之词源与概念	(15)
(一) “经理”词源考	(15)
(二) 管理学意义上的经理	(17)
(三) 法学意义上的经理	(18)
二、西方经理问题的演进	(20)
(一) 古典企业时代	(20)
(二) 股份公司时代	(22)
(三) 知识经济时代	(27)





三、中国经理问题的演进	(30)
(一) 公有制企业时代	(30)
(二) 私有制企业时代	(33)
四、经理革命：历史发展之必然	(36)
第二章 角色界定：公司经理之地位	(41)
一、问题提示：青铜是怎样炼成的？	(41)
二、经理与股东：从代理到契约	(42)
(一) 代理关系及其法律支撑	(42)
(二) 现实的困惑：果真是代理关系吗？	(46)
(三) 新的理论和新的实践：契约关系	(48)
(四) 经理革命：这只是开端	(56)
三、经理与董事会：从辅佐到独立	(58)
(一) 经理崛起，董事会死亡！	(58)
(二) 为什么不能“将相和”？	(61)
(三) 要制衡，而不是争斗！	(69)
四、经理与雇员：从一般到特殊	(75)
(一) 代理理论下之经理与雇员	(75)
(二) 契约理论下之经理与雇员	(76)
五、小结：公司经理之三元角色	(78)
第三章 理论重构：公司经理之激励与约束	(81)
一、制度检讨：激励与约束失范的原因	(81)
二、理论重构：激励与约束相容	(85)
(一) 实证考察：重约束轻激励的恶果	(85)
(二) 实证考察：重激励轻约束的恶果	(87)
(三) 激励与约束如何相容	(89)





三、理论重构：物质与精神相容	(91)
(一) 曹操与刘备用人：哪个更高明？	(91)
(二) 物质与精神如何相容	(94)
四、小结：三元角色下之多向、动态激励	(97)

下篇 制度解构

第四章 谁能当经理：公司经理之资格	(101)
-------------------------	-------

一、问题提示：熊猫适合当猫公司的经理吗？	(101)
二、谁不能当经理：消极任职资格	(103)
(一) 他们不能当经理	(103)
(二) 有没有漏网的？	(105)
三、谁能够当经理：积极任职资格	(108)
(一) 积极任职资格确立之必要	(108)
(二) 公司经理的“材质”	(109)
(三) 中国经理人员的“质量”	(111)
(四) 法律能做些什么？	(113)

第五章 谁来当经理：公司经理之选任	(119)
-------------------------	-------

一、从哪选经理：经理市场制度	(119)
(一) 从市场上选经理	(119)
(二) 中外经理市场制度建设之比较	(120)
(三) 中国经理市场制度的建立和完善	(123)
二、谁来选经理：选任机关	(125)
(一) 并非简单的问题	(125)
(二) 当前中国公司经理选任权的分布状态	(129)



(三) 公司经理选任权的重新配置	(130)
三、如何授权：经理权规则	(132)
(一) 三元角色下经理权的性质	(132)
(二) 经理权的授予：从严格到灵活	(134)
(三) 经理权的范围：法定还是意定？	(136)
(四) 经理权的解除：原因与方式	(140)
四、特别观察：中国公司设立 CEO 的法律分析	(142)
(一) 何谓 CEO？	(142)
(二) 中国公司设立 CEO 的必要性与合法性	(143)
(三) 中国公司设立 CEO 法律障碍的消除	(145)
第六章 送“钞票”：公司经理之薪酬激励	(149)
一、薪酬激励制度：理论与运行	(149)
(一) 薪酬激励制度及其结构	(149)
(二) 薪酬激励制度的理论基础：人力资本 回报	(151)
(三) 薪酬激励制度的运行基础：绩效评价	(153)
二、中国经理薪酬激励制度存在的问题	(156)
(一) 钱拿得有点少	(156)
(二) 结构不合理	(159)
(三) 高收入 ≠ 高效益	(160)
(四) 奇特的“零薪酬”现象	(161)
三、中国经理薪酬激励制度的完善	(163)
(一) 以人力资本回报为原则	(163)
(二) 以绩效评价为基础	(165)
(三) 以行业规范为保障	(168)





第七章 送“金手铐”：公司经理之股权激励	(170)
一、经理股权激励制度：内涵及价值	(170)
(一) 内涵：赋予经理剩余索取权	(170)
(二) 方式：十大工具及其比较	(171)
(三) 价值：“金手铐”和“双刃剑”	(181)
二、经理股权激励在中国：溯源与实践	(184)
(一) 山西票号身股制：中国历史上的股权激励制度	(184)
(二) 政府的引导与市场的实践	(186)
(三) 与国际的比较	(195)
三、经理股权激励在中国：法律障碍	(197)
(一) 宏观障碍：法律环境不成熟	(197)
(二) 中观障碍：证券市场运行不规范	(201)
(三) 微观障碍：公司治理结构有缺陷	(202)
四、经理股权激励在中国：法律对策	(204)
(一) 宏观对策：完善法律环境	(204)
(二) 中观对策：规范证券市场	(208)
(三) 微观对策：健全公司治理结构	(209)
第八章 送“安全带”：公司经理之保险激励	(211)
一、问题的提出	(211)
二、董事与经理责任保险：内涵及价值	(212)
(一) 董事与经理责任保险的内涵	(212)
(二) 董事与经理责任保险的价值	(215)
三、董事与经理责任保险在美国：挑战与改革	(216)



(一) 1995 年美国《私人证券诉讼改革法案》	(216)
(二) 1996 年以来美国董事与经理责任保险业 状况	(223)
(三) 2002 年美国《公司改革法案》	(225)
(四) 美国董事与经理责任保险的改革	(227)
四、董事与经理责任保险在中国：尝试与障碍	(230)
(一) 关于董事及经理人员的民事责任	(231)
(二) 关于证券民事赔偿	(236)
(三) 关于诉讼费用	(239)
五、董事与经理责任保险在中国：本土化对策	(240)
(一) 正确定位董事与经理责任保险制度的 目的	(241)
(二) 准确把握董事和经理人员的职业责任 风险	(242)
(三) 合理设计除外责任条款	(243)
(四) 合理确立保险费的承担	(244)
附 1：公司董事及高级职员责任保险条款	(245)
附 2：DIRECTORS' AND OFFICERS' INSURANCE	(254)
第九章 “紧箍咒”：公司经理之内部约束	(264)
一、构建经理约束制度的基本思路	(264)
(一) 经理约束制度之价值	(264)
(二) 经理约束制度的基本范式	(269)
(三) 三元角色下之多向、动态约束	(272)
二、合同约束及其实现机制	(273)
(一) 合同约束之价值	(273)



(二) 合同能约束之内容	(274)
三、公司章程约束及其实现机制	(276)
(一) 公司章程约束之价值	(276)
(二) 公司章程能约束的内容	(277)
四、机构约束及其实现机制	(279)
(一) 机构约束之价值	(279)
(二) 公司经理机构约束的典型模式	(281)
(三) 中国公司经理机构约束的缺陷及完善	(287)
第十章 “紧箍咒”：公司经理之外部约束	(295)
一、法律约束及其实现机制	(295)
(一) 法律约束之价值	(295)
(二) 现行立法中经理之法定义务	(297)
(三) 三元角色下经理法定义务的加强	(306)
(四) 经理法定义务的实现机制	(307)
二、市场约束及其实现的法律机制	(314)
(一) 产品市场约束及其实现机制	(315)
(二) 资本市场约束及其实现机制	(317)
(三) 经理市场约束及其实现机制	(320)
三、经理人协会约束及其实现的法律机制	(322)
四、媒体约束及其实现的法律机制	(324)
结束语 知识经济时代经理革命的法律回应	(326)
参考文献	(330)
后 记	(334)





导 论

一、命题及回顾

(一) 命题提出

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,自 18 世纪以来就成为人类社会发展的强劲动力。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,蒸汽机和电的重要性更会相应地萎缩”。^①一部市场经济文明的发展史,可以说大半都是由公司制度及其运作写就的。然而,随着市场经济的不断发展尤其是随着以知识的生产、分配、使用为基础的知识经济^②的来临,公司制度也面临着来自各方面的挑战,比如公司的社会责任问题、公司的所有权制度安排问题等。因此,世界各国

① 转引自刘俊海:〔美〕R. W. 汉密尔顿所著《公司法》(第四版)影印注释本导读,中国人民大学出版社,2001 年版,第 2 页。

② 经济合作与发展组织在 1996 年年度报告《以知识为基础的经济》中指出,知识经济是以知识为基础的经济,它直接依赖于知识和信息的生产、分配和使用。





公司法都在酝酿着改革。^① 公司经理法律制度，正是知识经济时代公司法改革的重要议题之一。

这一结论的得出首先源于公司经理的价值或称功能。马克思曾指出：股份公司的建立使“实际执行职能的资本家转化为单纯的经理，即别人的资本的管理者，而资本所有者则转化为单纯的所有者，即单纯的货币资本家”。^② 随着公司的发展，现代公司（不仅仅是股份公司）越来越多地建立在股东权与经营权相分离的基础之上。这主要是由以下三个方面的因素共同促成的。首先，市场竞争日趋激烈，市场交易与公司事务处理日趋复杂，这使得公司股东无法仅凭借个人能力驾驭公司；其次，商事公司作为一种营利性团体（机制），其投资者越来越分散甚至处于流动状态，众多中小投资者看重公司股票的投机价值而不关注其经营权，希望“搭便车”（Free Riding），也就是利用专门的公司经营者的才能实现其投资收益；第三，公司经营管理知识的积累使其发展成一门专业技术，拥有此项技术的人将公司经营管理作为职业并形成比较固定的经理人市场，他们比公司投资者更擅长经营管理。以上三方面因素相互推动，使得一群专事公司经营管理，被命名为“经理”或其他称谓的人在公司运作和发展的过程中所起的作用越来越大，直接决定着公司运营的效益。现代公司治理中正出现这样一种倾向，即由董事会中心主义向经理中心主义转变。公司经理在公司权力结构中地位不断提升，甚至取代股东取得公司实际的控制权。这被认为是由经理人带来的对传统公

① 在这里我们没有采用“公司法修改”的概念，而是说“公司法改革”。这是接受了王保树教授的观点：“我们在审视公司法时，应有一个改革的态度……”，参见王保树：《竞争与发展：公司法改革面临的主题》，载《现代法学》，2003年第3期。

② 参见《马克思恩格斯全集》第26卷，人民出版社，1975年版，第507页，第493页。





司法律制度的巨大冲击；更有人直接将其称为一场“革命”——经理革命。^①近年来，盛行于世界各国公司中的 CEO（首席执行官），不仅拥有传统公司总经理的所有权利，还分享了原本属于董事会和董事长的权利，一场真正意义的经理革命似乎已经悄然发生。公司法学研究必须充分关注近年来被经济学界、企业界频频提及的经理革命现象，这是知识经济背景下我国公司法改革面临的一个重要课题。

知识经济时代公司法改革的主要目标至少有三：一是降低公司运行成本；二是减少公司经营风险；三是保护公司利益相关者的合法权益。这三个目标的实现都与事实上处于公司运营中核心位置和权力膨胀状态的公司经理有关。因此，如何准确地界定公司经理的法律地位、明确其权利和义务，如何选任合格的公司经理，如何激励和约束公司经理勤勉地为公司工作，是我国《公司法》中经理制度要解决的重要立法课题，也更是每个中国企业在设置企业章程，健全内部经营管理机制时需要进行制度创新的课题。我国《公司法》以及目前的公司经营管理机制中的经理制度如同《公司法》的其他制度一样受国有企业改革的牵制和影响，脱胎于国有企业厂长、经理负责制。最典型的是股份有限公司组织机构继承了传统企业领导体制的某些东西，如经营者负责制、经理职权法定化、代表人法定化。^②我国《公司法》直接规定了经理法律地位并赋予其法定经营权限，无疑限制了董事会中心主义，似乎推动董事会中心主义向经理中心主义的转变；但又直接规定了董事会对经理的诸多法律制约，似乎排除了经理中心主义

① 1941 年，美国学者伯纳姆（J. Burnham）在《经理革命：世界上正在发生的事情》一书中首次把经理人员实际取得企业控制权的现象称为经理革命。

② 王保树：《股份有限公司组织机构的法的实态考察与立法课题》，载《法学研究》，1998 年第 2 期。





的可能。^① 对于涉及公司运行成本和竞争力以及利益相关者保护的公司经理选任制度、激励制度与约束制度，我国《公司法》尚付阙如，公司治理实践上也存在许多盲点。近年来，我国公司管理层面的纠纷层出不穷，而法院往往以公司内部管理事务为借口拒绝介入这些纠纷，在我国市场经济建设不断推进，行政权力顺理成章地从公司管理领域退出而司法权力又不及及时补充的情况下，公司管理领域纠纷一时失去了法律救济。此外，我国公司经理选任、激励与约束不当导致的案例也时有发生，高级管理人员和企业老板从精诚合作到反目成仇的事例屡见不鲜。这都表明我国《公司法》以及公司治理机制中的经理制度需要创新，需要健全和完善。

基于对公司经理价值和我国《公司法》以及公司管理机制中的经理制度缺陷的观察，本书将“经理革命”作为一个命题来进行法学上的理论和实证研究。本书提出了这样的命题：在经理革命的冲击下，公司经理角色亦即其在公司权利坐标中的位置是否已经发生变化；如果发生变化，传统的公司经理法律制度应如何做出调整。这种研究在理论上可以对经理革命做出法学解释，界定知识经济时代公司经理的法律地位；在实践上可以为我国公司治理提供一个新视角，建构适应知识经济时代的经理选任、激励与约束制度。总之，当下讨论公司经理法律制度的意义表现在理论和实践两个层面：在理论上，可以对知识经济时代经理革命现象做出法学阐释，明确公司经理的地位及其选任、激励与约束的关系；在实践上，为经理革命浪潮下我国公司治理实践提供一个新视角，建构适合我国公司发展的经理选任、激励与约束制度，

① 刘俊海：《中国加入世贸组织后公司法的修改前瞻》，载《中国法学》，2002年第6期。

