

青年学者文库

代议制的公司

中国公司治理中的权力和责任

Corporate as Representative Institution

邓峰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

代理制的公司

中国通商银行与日本帝国主义侵华档案资料选编

1915-1945

中国通商银行
1915-1945

青年学者文库

代议制的公司

中国公司治理中的权力和责任

Corporate as Representative Institution

邓峰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

代议制的公司：中国公司治理中的权力和责任/邓峰著. —北京：北京大学出版社，2015.2

(青年学者文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 25467 - 7

I. ①代… II. ①邓… III. ①公司—企业管理—研究—中国
IV. ①F279.246

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 026497 号

- 书 名** 代议制的公司：中国公司治理中的权力和责任
著作责任者 邓 峰 著
责任编辑 王 晶
标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25467 - 7
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印刷者 北京溢漾印刷有限公司
经 销 者 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 15 印张 248 千字
2015 年 2 月第 1 版 2015 年 2 月第 1 次印刷
定 价 33.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010 - 62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010 - 62756370



本书获得北京大学上山出版基金资助，特此致谢！

献给我的母亲,并纪念我的父亲

前 言

法律同异的考察

相同或近似的名词、规则并不能得到相同或近似的判断,相同或近似的要素组成也不能得到相同或近似的事物。作为一个移植而来的法律系统,这种相同的输入不能得到相同的输出的现象,在中国法上是极为常见的。这可以看成是一种移植的变异,类似淮南之橘变成淮北之枳,换个角度来说,也可以看成是一种制度和文化的嵌入性(institutional embeddedness),由此产生了既有制度和文化的自主性和对外来规则的抵抗。即使我们将法律的制度化(institutionalization)理解为是一个渐进演化的过程,也会存在着不同的判断:趋向于更有效率或内在合理一致性,还是保持生物种类的多样性。此类不同的价值取向、事实判断,构成了过往三十年中各方面理论争议的假定分歧。

1980年代开始的中国法学,争论众多,其中非常著名,并且与上述命题相关的一个是,法律更多是政治性或本土性的,因不同国家、地区、文化、制度、人而不同,还是更多是技术性的,与国籍、肤色、民族、信仰、性别等等因素并无关系。这种争论,涉及对法律和正义的认识,法律移植的可能和局限,乃至法律内部的诸多划分。当然,争论的两个视角,不同的立场,也许只是强调了“同等情形同等调整,不同情形不同调整”这一法律永恒主题的不同层面。在实际制度的展开之中,两个层面都会存在着

对各自有利并且有力的证据支持。

这种矛盾视角的、可以为人所接受的两极观点,在对立中可能形成的短期均衡,包括:(1)公法和私法的划分,前者是由特定的政治、社会、文化特性决定着差异,而后者则因为是个人的交易、互动、合作而趋向一致,这来自于近代国家观念下,并受基督教影响的流行解释;(2)分配正义与校正正义的划分,如同弗里德曼^①所说,偷盗相同的数额在不同的地方刑罚是不一样的,但是欠债相同的数额则并不随着债务人转换地点而不同,这可以追溯到伯利克里^②和苏格拉底^③;(3)集体和个人的划分,不同的群体有不同的合作、联合的组织方式,奉行直接或间接、明示或默示的多数原则,而个人所面临的事务则应当建立在人人相同的假定之上,这来自于亚里士多德。不过,后面两个短期均衡几乎没有在中国的讨论文本中出现,更多、更容易被接受的是公与私的划分,公法规则及其展开带有更多的制度嵌入性,而私法规则更容易与其他法域接轨。

不过,法律上的划分大都是描述性的^④,用这些划分、标准或原则去检验具体的情形,常常是“草色遥看近却无”。即使在私法、校正正义或者个人事务的层面上,相同的规则得不到相同的产出也是非常普遍的。这甚至无关开辟者、前行者和后来者的学习能力差别。近年来兴起的一种比较研究是用相同的事实去观察不同国家的司法裁判推理的差异。^⑤即便是以校正正义为主的侵权,可以对其采用理性人的假定而予以成本收益的分析,是一般化的,但如果我们探求到具体情形和深入层次,那么

① [美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第34—35、76页。

② Thucydides, *The Peloponnesian War*, translated by Richard Crawley, Ranaom House, 1951, pp. 104—106; quoted from Donald Kagan Steven Ozment Frank M. Tumer, *The Western Herieage*. Fourth Edition, New York: Macmillan, 1991, p. 81.

③ See Plato, *Laws*, Available online at <http://classics.mit.edu/plate/laws.html>.

④ 关于法律分类的法理学探讨,尤其是对法律体系、方法论等方面相关的探讨,可以参见 Roscoe Pound, *Classification of Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 37, 1924, pp. 933—969.

⑤ 比如 See E. J. H. Schrage, *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Kluwer Law International, 2001. See also Philip R. Wood, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, Second Edition, Sweet & Maxwell, 2007.

不同的价值、信念在不同的“市场”之中也会由于其差异而导致意义和权重的不同。“信念、理想和态度是我们法律的有机组成。无论是基于当下的宗教教义,或者是过去与宗教无关的信仰,都在我们最广袤的法律部门中塑造着可期待之合理行为的内涵。它们在特定的法律领域中的角色,既取决于该领域的需求和功能,也取决于该领域与其他法律领域的关系(它所施加以及向它施加的万有引力)。法律的每一个部分必须不仅仅实现个别的特定功能,同时必须回答我们的正义感的关键视角:满足与法律其他部分合理兼容的要求”。^① 如果连以校正正义为基础的、私法色彩更重的、更多是个人之间的侵权领域,其司法解决最终也受制于信念、理想的时候,试图通过划分不同的规则领域来找到矛盾两端的中点,那么寻找两个极端论点的中间均衡点的中庸视角,也不过是对法律的理解停留在较为肤浅一些的理论基础上的结果而已。

当然,世界上本来就没有两片相同的叶子,相同与否的比较本来就需要一定的尺度和简化才能完成。按照柏拉图的绝对和相对尺度的说法,当我们宣称“等”或者“同”的时候,必然只是在某个角度、标尺、度量衡上而言。^② 找到“同”不过是认识事物的无尽过程中的一个步骤而已。不过,如果我们不那么形而上学的“看淡一切”,回到法律之中,解释相同的规则得不到相同的产出这一普遍存在的现象,更多是如何理解法律的问题。法律不是一套简单的规则系统,而是庞德、卡多佐所提出^③,并由哈

① See Guido Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law: Private Law Perspective on a Public Law Problem*, Syracuse University Press, 1985, p. 115. 可参见中译本[美]卡拉布雷西:《理想、信念、态度与法律:从私法视角看待一个公法问题》,胡小倩译,北京大学出版社2012年版,第107页。

② See Peter Western, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, 1990, pp. 22—25.

③ “在一个发达的法律系统内,当一个法官决定一个他在寻找的理由的时候,首先,要在该特定理由中实现(找到)正义,并且进而,要依据法律而实现——即,法律所提供或规定的理由和过程”。See Roscoe Pound, *The Theory of Judicial Decision*. III. A Theory of Judicial Decision For Today, *Harvard Law Review*, Vol. 36, 1923, pp. 940—959, p. 940. See Benjamin N. Cardozo, *A Ministry of Justice*, *Harvard Law Review*, Vol. 35, 1921, pp. 113—126.

特、萨克斯所发扬光大的“司法过程”。^① 法律是一个制度过程，并不是一个简单的规则对事实的约束和裁剪，并不是一个教条或者原则的阐释问题。这个制度过程，包含了规则、标准、政策和原则的输入和输出，而在其现实的实现之中，必然依赖于具体制度下的人、思想、行为特性，不存在脱离了具体的制度和人的法律产出。

“作为文化的法律”概念强调法律不仅仅是一套规则或概念。它同时是法律共同体内的一套社会实践。这种社会实践，决定着规则和概念的实际含义，及其在社会中的权重、应用和角色。然而，如果法律不仅仅是一套规则或概念的话，那么它也不是一套孤立的社会实践。法和法律实践不过是其所属文化的一个方面。“法律文化”是更一般文化的一部分。理解法律意味着一种知识和一种对其所属的法律共同体的社会实践的理解。理解这种社会实践意味着对法律共同体所嵌入的社会中的一般文化的知识和理解是先决条件。^②

如果我们在这个意义上理解法律，作为一个制度过程的法律，就很容易理解为什么相同的规则并不能保证相同的法律产出。进而，当我们在中国法学的现阶段，在使用赖以生存的比较法的时候，研究就不能只是简单地对他国成文规则甚至制度的抄袭或改造，并不能仅仅是在一个名词、术语、规则下的排比对照；同样，在进行法律移植的时候，就不能仅仅是成文规则或者案例的单纯翻译、摘抄和简化。甚至，我们需要警惕，我们在使用同样的词语的时候，头脑中所指向的具体对象，作出判断所依赖的共识或者常识，进行分析所需要的前提或假设等诸多方面上所存在的差异。

这种法律作为过程的观点，并不是比较方法的死亡，更不是将法律制

① See William N. Eskridge, Jr. and Philip P. Frickey, The Making of “The Legal Process”, *Harvard Law Review*, Vol. 107, 1994, pp. 2031—2055.

② Mark Van Hoecke and Mark Warrington, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrines: Toward a New Model for Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, 1998, pp. 495—536, p. 498.

度的运行看成是一个黑箱而终于不可知论,而毋宁说,在我们进行比较的时候,需要考虑更多的不同层面。在我看来,依次是:(1) 规则 and 标准 (rule & standard),即作为规则的法律 (law as rules),前者是立法机关的明确规则,后者是司法裁判中所掌握的尺度;前者是开车不得超速,后者是行驶于乡村道路超过 60 公里构成超速。这些仅仅是法律制度的最浅的一个层面。(2) 制度 (institution),即特定规则或标准嵌入的规则束或群,包括制度运作、法律实现过程中所涉及的相关制度。比如公司章程的效力,可能会涉及章程的形成、规范效力、变动规则、公示规则以及司法实践中对待章程的态度,也会涉及公共权力部门的组成、职权、分工和相互的制约关系。这既包括作为规范表述的正式和非正式规则,也包括特定具体制度下的实践,这种运作,也可以称之为制度化^①。以制度为中心的法律 (law as institutions) 观念,受到了许多学者的青睐,包括相关学科诸如经济学和社会学的学者。^② (3) 范式、理论和学说 (paradigms, theories, and doctrines),特定法律规则集合及其制度化,会因为解释体系、研究范式乃至学说理论的不同而形成差异。库恩 (Thomas Kuhn) 在 1970 年代所提出的范式,意味着理论赖以发展和科学探讨得以进行的共同框架,暗含着共同的科学语言、概念和世界观。不同的法律范式、理论和学说会形成不同的法律文化,这包括从什么是法律、正当规则的来源、形成和实施规则的方式、争论、合法化,到共享的意识形态。即便是在具体的裁判案件之中,也会存在着不同的范式、理论和学说的制约影响,而这应当是研究考察的重要组成。(4) 正义观念 (idea of justice),尽管正义在大多数人类社会的地域和时间中是类似甚至相同的,并且种类上是有限的^③,但是

① See Neil MacCORMICK, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, pp. 1—2.

② E. g. See Daron Acemoglu and James A. Robinson, *Why Nations Fall: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Business, 2012. See also e. g. Elhanan Helpman, ed., *Institutions and Economic Performance*, Harvard University Press, 2008.

③ See e. g. Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, Inc., 1983; See also e. g., David Schmidtz, *Elements of Justice*, Cambridge University Press, 2006; See also Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, translated by Isaac Husik, The Macmillan Company, 1925.

特定法律时空内，不同的结构、组合，对法律规则、制度和文化的制约则是显著的。^① 当我们运用比较的方法去探求法律的共同理性或者独有特性的时候，法律过程的视角，或者复合分层的比较，是更好（尽管我们不能说是最好的）的方法。

这样的法律观、法律文化观和研究视角，也构成了本书写作的起点。我所相信的是，“徒法不足以自行”，同样的规则，在不同的理论，以及其所蕴含的价值趋向、视野宽度、思维中的公司“格式塔”下，会出现不同甚至截然相反的结果。对这种差异的探讨，可以作为对中国公司法特性的定位过程，这也是本书所要面对的命题。

公司理解的差异

尽管不能说是写作缘起，这本书是我持续研究的一个短期总结，但在历年的研究和实践（作为教员和作为仲裁员）中，我遇到有些典型案例，其输出结果的差异（假想的或者实际发生的），还是非常淋漓尽致地表现了不同的公司理想和不同的公司理解。

下面的案例是1880年的美国判例^②，至今仍然在被广泛地引用，其权威性可以从RMBCA（Revised Model Business Corporation Act，《修订标准商业公司法》，本书中下同）的起草人Melven Eisenberg教授的教科书也仍然在使用它得以证明。在当时，中国刚刚有了第一家官方设立的国有公司——轮船招商局，还并没有正式的公司法。即便是明治维新的日本，也仅仅是刚刚引入公司制度。

原告Charletown Boot & Shoe Co. 系以获取利润进行分配的制造业公司（本案属于较早的案例，有些表述与现在略有差异，即目标为

① 参见邓峰：《儒家法律传统中的校正正义》，北京大学法学院工作论文，未刊稿。

② Charletown Boot & Shoe Co. v. Dunsmore, New Hampshire Supreme Court, 1880, 60 N. H. 85.

营利性的公司),从1871年开始从事商业活动。被告Dunsmore在同年被选为董事,Willard在1873年被选为董事,之后的历次选举中均被选为董事,并一直履职。1874年12月10日,公司(在当时法院用此术语指代股东全体)投票,任命一个委员会,以董事身份行事,用来负责公司的解散事项(close up it affairs),该委员会由Osgood一人组成。被告拒绝与Osgood共同履职,而是依职权签订了大量的新合同,导致公司产生了新的负债。

原告认为,被告存在过失,其未经委员会同意或听从其指示而从事活动,产生下列事项上的损失:(1)导致公司签订新合同而产生的债务损失为2163.23美元;(2)由于其在处置公司货物中的过失,导致公司损失3300.40美元;(3)由于其在出售不动产和机器设备中的过失,导致公司的资产贬值20 000美元;(4)原告拥有和占有价值为10 000美元的店铺,其中有大量的机器设备和固定资产,价值10 000美元。按照原告的说法,“被告作为董事负有义务,应当针对火灾进行充分和适当的投保,对这种应当进行充分保险的事情,被告已经被原告告知,但是他们没有这么做,在1878年4月28日,上述未经投保的财产,被大火完全摧毁,导致了原告的巨额损失为20 000美元”。原告入禀法院,要求被告就前述公司的各项损失承担赔偿责任。

数年之中,无论是我将这一案例正式作为考试题目,用其考核我所教授的学生,还是在各种不同的场合、课堂之中,将其用作为案例来进行课堂讨论,几乎没有一个学生甚至是律师、法官的回答,和原审法官的判决是一样的。只有极其个别的例外情形,某个学生或者讨论者能够在某一些方面作出和原审法官相同的判断,但绝没有一个全部一致。这就是相同的事实情形,甚至相同的规则,但却无法得到相同判断的典型例子。

下面是我在正式考试中提供给学生的参考答案,这个答案和原审法官的判决一致,但我基于理论而有所阐发,括号中的内容是原来提供给学

生的补充解释:

答:(1) 驳回原告所有诉讼请求。(2) 被告系选举产生的董事,与 Willard 一起组成董事会,共同管理公司。公司的所有事务应当在董事会的管理下或指导下进行,被告在本案中始终担任这一角色,拥有相应的权威和权力去处置公司事务。(3) 股东未经修改章程,直接任命新的委员会,并且允许不属于董事的人行使董事的职权,是对董事会权力的干预。因此,Osgood 获得的权力是不当的。如果原有的董事需要听令于额外任命的人,那么就破坏了董事会的权力中心地位,不仅违反章程所保护的董事会权力,而且违反法律。换言之,权力只有一个中心,并且受到章程保护。(4) 股东试图进行清算,可以由股东、董事或其选任的第三人来行使公司权力,但前提是,应当废止董事会的活动,或将董事解职,不能像本案这样同时进行。而且,此时处理公司事务的人(其他国家的清算人、破产管理人或中国的作为清算组的股东集体或其授权的人)(当然原来的董事也可以经重新授权担任清算组成员)应当首先向债权人负有诚信义务,股东不应当再是诚信义务指向的第一对象。(5) 股东行使直接管理权力的方式就是通过修改章程或股东会决议的方式,并且后者常常受到董事会对提案选择权力的制约。股东如果直接指示董事从事某一个具体行为,比如就公司的财产进行投保,应当以股东会决议的方式进行,而不是仅仅采用告知的方式(想想股东人数那么多,可能说得那么多),否则,该事项仍属于董事会的职权范围(引申一下:即便如此,也必然不代表董事会必须要遵守,这个权限划分的边界是比较艰难的问题,是公司治理中的前沿理论问题。你可以回想一下英国代议制下的国会和内阁的复杂的相互制约关系。在公司法上,我们大致上可以认为,遵守股东会决议是董事会的一般义务,除非董事有明确的法律或章程上的依据,认为股东会决议违反了前面的规定)。(6) 在本案中,被告有权判断是否进行投保,并不能在或然性极高的

火灾发生之后,受到本案所称的指责,这属于业务判断规则的保护范围。

除了在我的课堂中所遇到的大多数本科学生对本案的陌生之外,在其他场合的讨论中,许多更加具有社会经验(social sophistication)的讨论者,包括法官、律师和企业中的管理人员,随着2005年版的公司法引入了诚信义务(fiduciary duty),更倾向于侃侃而谈董事之于股东利益的背离和应当被追究责任;也会有个别的具备国有企业经验的听课人会考虑到“集体决策”而指出此案涉及集体决策而难以判断责任。但几乎没有人会去考虑以下的因素:(1)事前的权力分配,包括应然和实然的。董事会的权力是法律或者章程明确界定的,虽然中国没有采用董事会作为公司剩余权力中心的表述,但是股东会产生董事会,并且董事会的职权也是明确的,而绝大多数讨论者常常忽略这种情况。(2)基于权力而产生的职责和义务,当董事们被赋予了权力的时候,他们并不能随意地放弃所赋予的权力,否则就成了懈怠。(3)命令、指示、告知在持续性关系中的正式性,即便是如中国法一样,股东作为所有者,股东会公司的权力机关,其决策、行事方式也需要符合相应的程序和形式。组织内的沟通也存在着正式和非正式的区别,这是为了保证组织的团结和日常沟通的需要。如果组织内的人所有的相互沟通都会产生相应的决策意义,那么组织内的人日常沟通就无法进行。在本案之中也是如此,如果董事仅仅因为股东向其作出过告知、警示或指示,而不考虑这种沟通的正式性与否,就导致董事因此产生决策上的认识或判断错误而需要承担责任的话,由此产生的负向激励就是董事会的合理和理性选择就会变成在日常管理工作中,一概拒绝倾听股东的声音。(4)和上一个问题相联系的,组织通常意味着集体或多数,这也常常意味着存在着不同的声音。董事可能得到了某一个或某几个股东的信息,希望董事去进行投保,但是在缺乏正式决议、通知或者提示的前提下,某一个、几个股东的意思表示并不意味着董事就只是得到了这样的信息,我们甚至可以合理推断会有不同的声音,出于节

省成本等方面的考虑,可能会作出不同甚至相反的意思表示。只有通过多数表决形成了集体意志,为数众多的股东才能通过程序和形式完成向董事的指示、命令或通知。

另外一个典型的我们身边的例子是2010年发生的国美电器控制权之争。其间发生的事实纷纷扰扰,以陈晓为董事长的管理层,与大股东黄光裕为首的持股家族就公司的控制权展开了各种层次的斗争。这种冲突持续了很久,其中的种种细节未必完全披露出来,事实细节也存在说法上的分歧。我并不想介入其中的细节,去讨论该案中的种种是非,也不想评价最终陈晓的离职和黄光裕的重夺控制权问题。但是,根据媒体披露的信息,整体看来,该案的缘起是大股东和管理层之间在发展战略上的差异。这种战略上的差异,更多地是一个企业家的判断。我关心的是发生该案时候的舆论倾向。甚至包括我的很多同行,法学教授,在不熟悉细节的情况下,基于“朴素”或“直觉”的正义,认为管理层或董事长不应当违背大股东的意思。更有传闻说,很多大陆商人去购买香港国美电器股票,试图在股东会投票的时候去支持大股东。这种“正义”和最终的投票结果是截然相反的。我想我国内地和香港的一般人,在这一冲突中的“朴素”或“直觉”的正义认知,是不同的。大股东可以提议召开临时股东会,在今天一些比较注重自由化的国家或地区的公司法中,也允许“无故”罢免董事,但是,这并不意味着在投票没有开始之前,在全部股东没有作出意思表示的时候,就可以“先入为主”地产生董事是错误的“直觉”。国美电器的控制权之争上的这种“有罪推定”的微妙心态,折射了我们身边的默认观念:缺乏全体股东、多数表决的概念,以及对董事会权力的尊重意识。

不止是这样两个案例,此类观念上的差异,是非常普遍的,进而会导致人们对不同的案件判断不同。我并不企图列举更多的案例或者准备通过实证研究、数据来严格证明,在我们的日常生活、思维乃至文化中,普遍缺乏这两个案件中所涉及的诸要素。这些要素包括:组织权力和责任、事前通过法律或章程等正式文件的权力分配、正式行为和集体意思的多数

决。但我可以说,对这些要素的陌生或淡漠现象是肯定存在的,这可以算是一种“直诉人心”的经验判断。这些要素合并起来,在公司法中的命题是我们对董事会权力和中心地位的陌生,但是更基础的,是对代议制度的陌生,因为这些缺乏的要素加起来,就是代议制度的核心。

间接民主的代议

股东民主是公司得以形成独立意志的基石,同样,股东集体向董事会让渡权力,以可以分割的股权、投票去实现不可分割(但可以向下授权)的控制和集中管理,这种权力的形成过程,即便可以用“社会契约论”的方式来解释,这种契约也存在着不同的方式,即直接民主和间接民主。前述案例中表现出来的两种不同的董事会决策的责任追究理解,非常鲜明地体现了这两种民主的理解。

如果说古代民主是城邦的对应物,那就是说它是“直接民主”,而我们如今已不可能亲身体验那种希腊式直接民主了。我们的所有民主都是间接民主,即代议制民主,我们受着代表们的统治,而不是自己统治自己。

当然,我们不能过于从字面上理解直接民主(和自治)的概念,以为古代城邦的统治者与被统治者是二而一的关系。即使当时出人头地的民众领袖克莱翁,也从未主张如此理想化的表述这种制度。只是把它看做全体平民参加集会而已。甚至那时也有领导,并且可以抽签或选举方式挑选官员履行某些职能。然而,在全部繁杂的人类事务中,这种古代民主无疑是最有可能接近字面民主的民主制度了。在那里,统治者与被统治者并肩共事,面对面互相协商。不管我们怎样评价城邦的自治强度,无论如何,直接民主和间接民主有着根本的区别。把它们放在一起看,直接民主就是人民不间断地直接参