

公司经理权 问题研究

杜
军
著



光 华 文 丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公司经理权 问题研究

杜
军
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司经理权问题研究 / 杜军著. —北京:法律出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2322 - 9

I . ①公… II . ①杜… III . ①公司法—研究 IV .
①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 145312 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/独立项目策划部
经销/新华书店
责任印制/张建伟

开本/A5
版本/2011 年 10 月第 1 版

印张/8.25 字数/200 千
印次/2011 年 10 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2322 - 9

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)

序

“经理”这个称谓运用得如此广泛,但对经理的商法研究却相当不足,显得与实践很不相称。在此情况下,杜军的《公司经理权问题研究》的问世,是有积极意义的。

在中国公司法上,关于经理的规定不多,但涵盖的内容复杂,既有作为机关的经理,也有作为个人的经理,加上原来国有企业经理负责制的影响,经理的内涵很难确定,经理权的构成不易理清。面对这些问题,作者通过对现有文献的考察和对实践的研究,跨越英美法系和大陆法系,抓住经理权利和经理权力两个核心概念,在比较概括规定模式和授权规定模式的基础上,对公司经理权进行了探讨。本书给人的启发是:本着促进交易和交易安全的立场,商事代理被设计成制度性代理和概括性权力的代理,明显区别于民事代理,经理权属于商事代理;公司经理权是以营业为核心的权力,采用概括规定模式界定公司经理权必须从“营业”的角度来进行。这些探讨是积极有益的,有利于人们对公司治理中发生的新现象进行认识。

从本质上说,经理权问题是商法领域的一般

规则问题。但本书先从公司这种企业形态开始讨论,符合从特殊到一般的思维逻辑,符合从现象到本质的认识规律。而我们也不能忽视,经理不只是存在于公司之中,甚至不仅存在于企业法人之中,那些非法人的合伙企业、个人独资企业中也同样存在经理,只是具体称谓不同而已。在实际生活中,我们会习惯地称桃是水果,梨是水果,苹果是水果,却不能说清楚何为水果?忽视一般性而仅仅在个别企业形态中讨论经理权,是很难揭示经理权的一般特征的。如像概括界定经理权这样的问题,恐难在不同企业形态中彻底解决,最终还是依赖于商法的一般规定。换言之,经理权规定的共性大于不同企业形态经理权规则的特殊性,这一点是相当重要的。

本书讨论的是一个专题,在中国又是一个难题,作者所做的探讨实为不易。本书出版之际,以寥寥数语为序,祝贺大作出版。

王保树

于 2011 年 6 月 11 日

摘 要

法学和经济学对公司经理人问题都有探讨。从法学研究所要求的精确性来看,现有的研究很少对规范意义上的公司经理人作出界定。对公司经理人这一群体地位的界定应当从公司经理权的角度切入。公司经理权是认定公司经理人的前提要件,在认定公司经理人时宜采用实质标准。公司经理权的勃兴是公司规模扩张和公司管理职业化、分权化的结果。管理职业化和分权化既创新了公司的治理结构,也使得治理结构中的理论问题需要精细化研究。公司治理涉及公司内部权力的定性和分配,公司内部权力包括机关权和管理权两大类,公司治理既要在法律层面上实现两大权力恰当的分割,又要落实两大权力的协调和约束。而在管理权的问题上,需要探讨经理管理权的基础性问题。

“公司经理权”在语源上来自商号“经理权”,但商号经理权的理论是否在公司场合当然适用在不同国家(地区)的法制上有不同的回答。总的来说,公司经理权包括概括规定模式和授权规定模式两种。在公司内部权力结构中,公司经理权可能会同以董事会为主的公司机关权

发生冲突,在协调这种冲突时要区分公司经理权的授权规定模式与概括规定模式而分别对待。授权规定模式下公司机关权可以比较方便地控制公司经理权。概括规定模式下协调公司经理权与机关权需要结合公司经理权的本质特征并进行相应的价值选择,同时要注意对第三人的保护。公司经理人权力的扩大和地位的上升引发了三大命题:其一是公司经理权机关说;其二是继股东会中心主义与董事会中心主义后,在公司内部权力格局中又出现了经理人中心主义的趋势;其三是公司经理权扩张为 CEO 权力说。然而,经理人地位的上升与权力的扩大并不意味着公司经理人已如同公司董事会一样成为公司的机关,公司经理人实际上也不是独立的公司机关。而经理人中心主义反映的实质并不在于经理权的扩大与否,而在于应如何重新构造董事会从而规范经理人对公司事务的过分参与。

我国现行《公司法》还没有从公司经理权的角度来建立公司经理制度,因而在我国公司中究竟哪些人是公司经理人还存在疑问。我国公司立法中应当建立公司经理权的概念,而公司经理权应当采用概括规定模式。1993 年我国《公司法》在一定程度上反映了概括规定模式下公司经理权的基本特征。而 2005 年修订后的《公司法》向概括规定模式下的公司经理权更进了一步,但仍然没有使得这一制度最终确立。这是我们在未来《公司法》修改和公司经理权制度修正中应当加以完善的。

目 录

导论/1

- 一、问题的提出/1
- 二、研究的背景及意义/4
- 三、现有文献的介绍/5
- 四、本书的研究方法/14
- 五、本书的结构安排/15

第一章 公司管理权的成长与配置：公司经 理权的基础/18

第一节 企业管理权演进的历史证据：从 早期文明中的组织管理、业主所 有制到公司/20

- 一、早期文明中组织管理的经验及启示/20
- 二、业主所有制企业的管理和
管理权/24
- 三、公司中的管理和
管理权/28

第二节 公司管理权的理论框架/33

- 一、从“看不见的手”到“看得见的手”/34

二、管理权分配的模式/37

三、公司治理与公司管理权/39

本章小结/45

第二章 经理权与公司经理权:公司经理权的提出/47

第一节 商法上的经理权:商事代理与民事代理之间/48

一、《商法典》(或《民法典》)中经理权的立法规定/49

二、经理权之于商事代理:商事代理的分类界说/50

三、大陆法上的商事代理与民事代理之关系/54

四、《商法典》(或《民法典》)上经理权的内容:兼与民事代理权的比较/58

第二节 公司经理权的提出/64

一、大陆法中的公司经理权的提出/65

二、英美法中的公司经理权的提出/74

三、两大法系公司经理权的比较/82

第三节 公司经理人的确定/87

一、公司经理人的界定问题:形式标准与实质标准/87

二、公司经理权模型的延伸:分经理权与副经理权/91

第四节 公司经理权的取得:授予行为/94

一、如何授予:选任、授权与经理人契约/95

二、公司经理权的授予(一):选任(决议)行为/97

三、公司经理权的授予(二):授权行为及经理人契约/101

四、授予给谁:受权的主体/103

五、公司经理权授予中的瑕疵及效果/109

第五节 公司经理权的取得:表见经理权/111

一、表见经理权的基础构成:表见代理/111

二、概括规定模式下的表见经理权/114

三、授权规定模式下的表见经理权/116

本章小结/117

第三章 公司经理权的定位/119

第一节 公司经理权的性质:权利、权力与职权之辨/119

- 一、公司经理权的性质:权利说/120
- 二、公司经理权的性质:权力说与混合说/123
- 三、公司经理权与公司经理人权力/130

第二节 公司经理权的地位/132

- 一、董事会对公司经理权的控制/135
- 二、公司经理权机关权说之探讨:兼论公司经理中心主义/145
- 三、公司经理权和公司 CEO 权力之比较/152

本章小结/160

第四章 公司经理权的边界/162

第一节 公司经理权之代理权内容:从营业的角度介入/163

- 一、“营业”边界之提出/163
- 二、“营业”概念之分析/164

第二节 公司经理权的权力类型/169

- 一、现代公司经营权力的分类:法学视角的解释/171
- 二、经营权力之一:结构性权力/172
- 三、经营权力之二:营业性权力/179
- 四、经营权力之三:辅助性权力/183

第三节 公司经理权的限制与表征/186

- 一、公司经理权的法定限制/187
- 二、公司经理权的意定限制/189
- 三、公司经理权的表征/197

本章小结/200

第五章 公司经理权与中国公司经理制度的改革/201

第一节 我国公司经理制度的发展/202

一、新中国成立初至 1956 年我国的公司经理制度/203

二、1956 年至 1980 年的公司“经理”制度/205

三、1993 年《公司法》与公司经理制度/208

第二节 我国《公司法》中公司经理权的确立/212

一、对 1993 年《公司法》中公司经理职权规范的既有批判及其
评释/212

二、2005 年《公司法》的立场及完善/217

三、公司经理权体系的建立：仍需进行的努力/222

本章小结/225

本书结论/226

一、内容总结/226

二、本书做出的探索/228

参考文献/230

后记/246

导 论

一、问题的提出

先哲亚当·斯密在《国富论》中曾断言：股份公司中的经理人员为他人尽力，而私人合伙公司的伙员，则纯粹是为自己打算。所以，要想股份公司经理人员们监视财产用途，像私人合伙公司伙员那样用意周到，那是很难做到的……因此，疏忽和浪费，常为股份公司业务经营上多少难免的弊窠。^{〔1〕}公司经理人群体的日益壮大使得斯密的预言被证实：一种在现代经济学中被称之为“代理成本”的东西始终是公司经营中挥之不去的梦魇。但是，这种担忧似乎并没有阻挡公司形式的风靡，也没有抑止公司经理群体的壮大。公司经理这种公司的雇佣人越来越成为公司的实际控制人。甚至在某种程度上，公司是否有稳定和相当数量的专业经理人员，已经成为判断公司经营是否专业化和现代化的重要标准。

1932年伯利和米恩斯在其《现代公司与私

〔1〕 参见[英]亚当·斯密著：《国民财富的性质和原因的研究》（下卷），郭大力、王亚南译，商务印书馆1974年版，第303页。

有财产》一书中对美国的 200 家非金融公司的所有权结构进行了分析,其在结论中认为,所有权的高度分散和非股东的经理人掌权是现代公司的两大特征。据此,作者提出了所有权和控制权相分离的著名论断。在所有权与控制权相分离的背景下,经理人可能会追求自身的利益而不是股东利益的最大化;在公司监督方面,因为股东对经理层的监督需要支付相应的成本,而监督所产生的收益却又使所有股东共同受益,所以中小股东由于从监督中的获利少就会采取“搭便车”的行为,从而使公司监督更多地依赖大股东的努力。而在股权极度分散的情况下,大股东的缺乏会使“搭便车”的行为成为中小股东的普遍心态,从而使得经理人更加缺乏监督。在伯利和米恩斯的研究中,所有权与控制权的分离并不是问题的结束,而仅仅是问题的开始,即为了维护股东的利益,必须要对经理人的行为加以约束,必须采取恰当的措施解决所有权与控制权相分离的局面。^[1]随后不久,美国经济学家伯纳姆(J. Burnham)^[2]在 1941 年出版了《经理革命:正在发生的情况》一书,书中首次提出了“经理革命”的概念,将公司中经理的地位提升到了社会统治阶层的高度。伯纳姆认为,虽然从法律的角度来讲,所有权和管理是可以分开的,但从社会学的角度来看,所有权本身就意味着管理。因此真正的所有者(而不是名义的所有者)必然是接近生产手段和产品分配的人,经理阶级正是这样的人。而对大多数股票持有人来说,所有权有着非常次要的性质,因为他们很少有接近生产手段的管理权,而且没有比较决定性的管理权。故经理阶级是社会上“最有权力的人”,既是管

[1] 参见[美]阿道夫·A.伯利、加德纳·C.米恩斯著:《现代公司与私有财产》,甘华鸣等译,商务印书馆 2005 年版,第 93~97 页。

[2] 本书中涉及的外国学者(法官)的译名,笔者采用如下标准:其一,如果是从中文译著上引用,则采用译者使用的译名;其二,如果是从外文文献上直接引用,则笔者依照《世界人名翻译大辞典》(新华出版社 1993 年版)的翻译使用;其三,对《世界人名翻译大辞典》上检索不到的姓名,笔者根据音标直译。另外,对引用的国外案例中涉及的当事人的姓名,本书不作翻译。

理者,又是实际的所有者。^{〔1〕} 1967年新制度学派经济学家加尔布雷思(J. K. Galbraith)在《新工业国》中也阐述了企业中的权力从资本家手中过渡到非股东的技术经理层手中的过程和原因。总之,经济学的研究结论表明所有与控制的分离似乎成为公司(尤其是股份公司)发展的不可逆转的潮流,经理人作为新生的力量在现代企业中具有重要的影响力,发挥着重要的作用。但是与之相伴随的问题是,在经理人日益成为公司控制者的情形下,如何降低专业经理人与公司间的“委托代理成本”,如何约束经理人的行为,如何在公司内部各机构间分配权力,如何在作为整体的经理人的内部来划分权力;等等。这些问题为经济学的进一步研究提供了广阔的空间,而且也能为法学家思考公司内部权力结构的分配创造了条件。

经理革命不仅在发达国家企业实践中开展得如火如荼,其在我国近年来也初现端倪。许多资料均表明,伴随着我国近年来上市公司数量的增加、国有股减持的进行、股权分置改革的影响以及职业经理人群体的形成,公司专业经理人群体在公司中占据了相当的数量,经理人对公司的控制力也明显加强。但是,脱胎于传统企业管理制度的我国公司经理制度在很大程度上经受着传统与现实的双重变奏:一方面是传统制度的影响使得公司管理制度改革的阻力较大;另一方面又是现代公司治理结构的召唤使得改革必须具备一定的速度。所以,我国公司经理制度的改革和经理革命的推行具备了更多本土化的特色。所谓的经理革命在我国更多地表现为一幕幕的公司内部权力斗争,其结果是以一方的离开和另一方的沉默而收场。但是根源性的问题:现代公司治理结构中经理人处于何种地位,公司经理人的权力是什么,在投资者(股东)出资及代理人(董事)经营的公司标准模型中经理应当如何协调与两者的关系等问题依然没有得到解决。所以,与其说我国公司经理革命中经理人与资

〔1〕 J. Burnham, *The Manager Revolution: What it Happening in the World*, New York: The John Day Company, Inc., 1941, p. 32.

本所有者的矛盾是因理念、经营模式冲突等产生,^[1]不如说是由现实中我国公司经理人的尴尬地位造成的。所以,在现代公司经理权理论的基础上对中国公司经理人的地位、权力等进行分析,应当是一项亟待完成的工作。

二、研究的背景及意义

公司中的经理至少可以从经济学和法学两个角度来理解。经济学中的经理人是比较宽泛的概念,它是指在公司中区别于投资者的经营管理人员,通常所说的董事、监事、经理人、公司秘书等均可以纳入经济学中的经理范畴。伯利和米恩斯在其名著《现代公司与私有财产》中所谓的“经理”就没有严格区分董事和支薪经理阶层,“经理”有时是指董事,有时是指支薪经理阶层,有时是两者兼指。所以,严格地说,所谓的“经理革命”应当是“经营管理者革命”。而非常巧合的是,从大陆法系国家(地区)《商法典》(或《民法典》)上也能找到类似“经理”的概念,而且,这种经理与经济学上的经理的所指非常类似。所以,在不太严格的意义上,经济学上的经理与法学上的经理似乎可以等同。如果说经济学的研究还没有注意到法学理论中的“经理”制度的利用价值的话,那么法学研究却早已将经济学上的“经理”作为相关研究的惯常工具了——在不少讨论经理地位、权力等的文献中,经济学上的“经理”的研究成果被广泛应用到法学领域中。诸如,经理与公司之间的关系是“委托——代理”关系等观点屡见不鲜。在此,笔者无意对这种方法进行是非评价,而仅仅认为简单的、符号意义上的引用和借鉴可能难以发现真正的问

[1] 经理人的频繁“换马”成了2000年以来中国企业界一种引人注目的现象,到2001年达到了高峰,从长虹集团赵勇的出局,到杨宏儒出走“新四通”,再到科龙的班子“换血”、荣事达洋总裁的下台,以及王惟尊与喷施宝公司董事长王祥林的恩怨,华帝公司“一个和七个”的故事;而互联网公司更是经理人“换马”的密集区,从新浪的王志东、中公网的谢文,到搜狐的李文谦,一个接一个行业中赫赫有名的名字,逐渐在出局的名字中赫然出现。参见“频繁换‘马’:中国经理革命的预兆(1)”,载《经济日报》2002年6月11日第3版。

题,更难以在法学的领域内对公司经理制度进行清晰和合理的解释。所以,对公司经理制度的研究最终还是要回到法学的轨道上来,要将一系列陌生的术语转化为惯常的法律语言,从而探求公司经理人在公司内部治理结构中的恰当的法律地位,进而在法律上完善我国的公司经理制度。

头衔、身份上的混同不等于权力上的混同,公司经理人的研究实际上是要研究公司经理权。因为在当今之商业社会,“经理”的头衔已呈泛滥之趋势,但是否所有在公司中具有经理称号的人均为公司法典意义上的经理?反之,是否不具有“经理”称号的人均不是公司法典意义上的经理?这些问题的模糊在实践中造成了很多纠纷。笔者认为,对公司经理人的理解应当从公司经理权的角度着手,因为具有经理权是公司经理人的构成要件;在对公司经理权这一核心概念有了清楚的认识后,才能将生活用语中纷繁芜杂的经理与法律意义上的经理人相区分,从而准确地界定主体之身份以利于商事交易的进行。公司经理权的研究有助于对公司治理框架中作为商事代理人的经理人做出准确的定位,也能够对公司经理人与公司之间的关系以及公司经理阶层的代理权与公司机关权力之间的关系做出恰当和合理的解释。

三、现有文献的介绍

(一) 中文文献的研究成果

对公司经理权问题进行系统、全面研究的中文文献尚显不足。归纳起来,中文文献的研究主要集中在以下几方面的问题:

1. 公司经理权的内容

很多文献都对公司经理权的内容进行了探讨,这方面的观点可以归纳为如下几点:(1)学者一般认为,公司经理权是民法上经理权概念的一个子概念,公司经理权的含义、内容与经理权的含义、内容

是一致的。^{〔1〕}也有学者认为,公司经理权与民法上的经理权并不完全等同,其认为,商号与公司在法律体制上截然不同,商号本身并非权利主体,在概念上与其营业主合而为一,无独立人格。公司经理人一旦获得任命,就有完全的经营及代表权。公司则为独立存在的权利主体,性质上为营利社团法人,设有股东会、董事会、监察人为其行为机关。经理人非为公司业务执行机关,在无授权情况下经理人应当不得自行代理公司为营业上一切必要之行为及为其签名,故而认为公司法的经理人的职权不可完全适用民法上经理人的职权。^{〔2〕}(2)关于经理权的内容,我国台湾地区及大陆多数学者认为经理权包括管理权能和代表权能。但有学者认为,这只是少数国家(地区)理论上的一种理解,多数大陆法系国家和英美法系国家采取的是单一权能说,即认为经理权只包含代表权能,而不包括管理权能;并认为,强化经理权中的代理权能,而弱化其管理权能,为现代各国经理权制度的立法趋势。^{〔3〕}

2. 公司经理权的性质

对公司经理权性质的认识,存在以下几种观点:(1)经理权是商法上的代理权。这种代理权以民法上的代理权为基础,但又有自己独特的性质。与民法上规定的代理权权限范围的授予方式不同,经理权的权限范围不是由被代理人决定的,而是由法律直接规定的。经理权作为一种代理权,它所涉及的是企业主和第三人之间的对外关系,这种关系与经理权本身形成时所依赖的基础关系,如雇佣、任用关系不一样;从基础关系中抽象规定一个经理权的概念,目的在于使经理权的有效性与基础关系的有效性相分离。^{〔4〕}(2)经理权

〔1〕 参见刘清波著:《商事法》,台湾商务印书馆1986年版,第57页;柯芳枝著:《股份有限公司之设立与管理》,中国政法大学出版社2000年版,第243页。

〔2〕 参见王丽玉:“公司经理人制度之研究”,载《辅仁法学》第10期,第255页。

〔3〕 参见蒋大兴:《公司法的展开与评判》,法律出版社2001年版,第586页。

〔4〕 参见范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社2003年版,第283~284页。