

商事法专题研究文库 王保树 主编

董事会权力法律制度研究： 理论与规则

王勇华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

董事会权力法律制度研究： 理论与规则

王勇华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

董事会权力法律制度研究:理论与规则 / 王勇华著.
—北京:法律出版社,2014.10
(商事法专题研究文库)
ISBN 978-7-5118-7098-8

I. ①董… II. ①王… III. ①董事会—公司法—研究
IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 253572 号

商事法专题研究文库	董事会权力法律制度 研究:理论与规则	王勇华 著	责任编辑 刘文科 黄琳佳 装帧设计 乔智炜
-----------	-----------------------	-------	--------------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014 年 11 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 三河市龙大印装有限公司

印张 9.5 字数 247 千

印次 2014 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7098-8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”表达我接触商法研究时的心情。经过多年的商法研究工作,愈发感觉如此。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。

商法学研究的任务是认识商法,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作出了贡献。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,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究,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,商法解释的生命力就在商法的实践之中。虽然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作出自己的努力。

《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:(1)入选的著作必须是学术著作;(2)须是对商法专题研究的著作;(3)须是符合学术规范的著作。由于博士学位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(包括博士学位论文)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

目 录

第一部分:基础理论

第一章 引言 / 3

- 一、提出问题 / 3
- 二、研究意义 / 26
- 三、研究方法 / 34
- 四、主要内容 / 41

第二章 董事会的生成原理及其法律性质 / 44

第一节 董事会制度的源流之初探 / 44

- 一、董事会制度之“源” / 45
- 二、董事会制度之“流” / 47
- 三、董事会源流的启示 / 52

第二节 董事会制度的生成原理:经济解释 / 54

- 一、集中管理说 / 54
- 二、利益调节说 / 56

三、公司监督说 / 60

四、小结与启示 / 63

第三节 董事会制度的生成原理:法律解释 / 64

一、法人行为能力的两种解释路径 / 65

二、法人获得行为能力的分析方法 / 68

三、法人行为能力的理论基础分析 / 71

四、机关说解释法人行为能力的优越性 / 75

五、英美法系公司理论对机关说的态度 / 79

第四节 董事会的法律性质及其特征 / 81

一、董事会的法律性质 / 81

二、董事会的法律特征 / 82

三、董事会形成公司意思的理论缺位 / 86

第三章 董事会权力的法律性质及其推论 / 91

第一节 董事会权力的内容:论决定权和监督权的同质性 / 91

一、董事会权力的主要内容 / 91

二、董事会权力的主要类型 / 94

第二节 董事会权力的法律性质:公司形成其经营意思的机制 / 103

一、董事会权力:建构公司意思形成机制 / 103

二、董事会决议:团体内部特殊法律行为 / 106

三、小结:董事会权力具有特殊法律地位 / 112

第三节 董事会权力的本质特征:论意思形成机制的理论基础 / 113

一、多数决的理性基础 / 113

二、程序决的理性基础 / 117

第四节 董事会权力的法律意义:公司法的三个重要理论问题 / 123

一、董事会权力运行的逻辑结果:公司机关分立之法理 / 124

二、董事会权力运行的效力规则:决议效力规则之法理 / 138

三、董事会权力运行的替代机制:意思形成机关之替代 / 155

第二部分:具体规则

第四章 董事会权力运行空间之研究:以董事会权力范围之判断规则为中心 / 161

第一节 确定董事会权力范围的基本规则及其缺陷 / 162

一、董事会权力边界的基本规则 / 162

二、董事会权力范围规则的缺陷 / 168

第二节 章程性文件作为董事会权力范围判断标准 / 170

一、英美法系的经验 / 170

二、大陆法系的经验 / 174

第三节 决议事项作为董事会权力范围的判断标准 / 178

一、英美法系的经验 / 178

二、大陆法系的经验 / 183

第四节 董事会权力边界的界定规则与我国公司法 / 191

一、董事会权力范围之判断规则 / 191

二、我国《公司法》第46条分析 / 194

第五章 董事会权力运行方式之研究(一):以董事会决议规则及其法理为中心 / 200

第一节 董事会会议召集规则和通知规则 / 201

一、董事会召集权人 / 201

二、董事会会议通知 / 207

第二节 董事会决议规则和决议形式 / 216

一、董事会决议之要件 / 216

二、董事会权力独立性 / 223

三、董事会决议之形式 / 232

第六章 董事会权力运行方式之研究(二):以董事会权力运行替代机制为中心 / 240

第一节 董事会权力运行替代机制的实践形态及其存在的法律问题 / 240

一、董事会权力运行替代机制的实态考察 / 242

二、董事会权力运行替代机制的理论冲击 / 245

第二节 董事会权力运行替代机制法律效力分析:解释论上之考察 / 249

一、学说观点之归纳 / 249

二、解释论上之考察 / 251

第三节 董事会权力运行替代机制建构规则考察:立法论上之探索 / 256

一、法国公司组织结构多样化和灵活性的法律实态考察 / 257

二、大陆公司法董事会权力运行之替代机制:营业委任 / 261

三、英美公司法董事会权力运行之替代机制:影子董事 / 264

四、董事会权力运行之替代机制的理想范式:股东协议 / 268

五、我国董事会权力运行之替代机制的设定原则和路径 / 271

第四节 小结:公司经营方式的自由化 / 275

第七章 结 论 / 277

参考文献 / 282

后 记 / 293

第一部分：基础理论

第一章 引言

一、提出问题

(一) 董事会权力:法律现象的抽象

传统私法是一种权利本位法。德国著名法学家图尔(v. Tuhr)认为:“权利是私法的中心概念,且为多样化法律生活的最终抽象化。”^{〔1〕}权利的功能在于保障个人自由的范围,使其得自主决定、组织和形成其社会生活,尤其是实践私法自治原则。权利为主观化的法律,法律为客观化的权利,行使权利就是为法律而斗争。^{〔2〕}前述言论和观点已被我国私法学界所普遍认同,并成为我国私法研究的指针。传统私法的整个制度主要围绕权利概念而展开,历经数百年的锻造和锤炼,通过借助类型化

〔1〕 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第83页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第529页;〔德〕卡尔·拉伦兹:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第276页。

〔2〕 〔德〕鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》;梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1995年版,第12~59页。

等抽象方法,构建了庞大、复杂而精致的权利体系,为人们解读法律关系的具体内容提供了丰富的概念、理论和分析方法。可以认为,权利这一概念成为传统私法中一切其他概念和理论的逻辑起点和终点,其地位相当于自然科学界的物质的基本组织形式之一——原子(atom)。

具体到公司法领域,我国公司法学界通说认为,公司法主要还是属于私法,公司法是渗透着公法因素的私法领域。^[1] 公司法主要包括两部分内容:一是关于公司商事主体地位的组织法^[2],如公司的设立、变更、终止、章程、权利能力、行为能力、组织结构和法律地位等法律制度;二是与公司组织法有关的行为法^[3]如公司证券(股票和债券等)的发行、增减资、公司机关^[4]召开会议并作出决议、合并、分立等法律制度。公司法中的组织法是第一位的,行为法是第二位的。^[5] 主要作为组织法的公司法的核心内容是关于公司组织结构的规定即主要是关于股东大会、董事会和监事会等制度的规定。虽然权利概念是私法的中心概念,民事权利是民法^[6]里具有根本性的问题^[7],民事权利常被作为私权的替代概念而使用,但是主要作为私法的公司法体系中除了包括权利的内容。例如,股东对因持有股票而享有的权利、董事获得报酬的权利,更有大量关于权力(power)的内容。我国已有学者注意到公司权力

[1] 王保树主编:《中国商事法》(新编本),人民法院出版社2001年版,第14页。

[2] 组织法又称团体法。参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,中国政法大学出版社2000年版,第5页。

[3] 行为法又称交易法。参见梁宇贤:《公司法论》,台湾三民书局1997年版,第9页。

[4] 法律所规定的作出公司意思决定或实施行为的自然人或会议体组织就叫作公司机关。[日]前田庸:《公司法入门》(第12版),王作全译,北京大学出版社2012年版,第260页。

[5] 江平主编:《新编公司法教程》,法律出版社1994年版,第1~2页。

[6] 我国的民商事法律体系中,民法最能代表所有私法中最本质的内容和特征,因此,民法常常被作为私法的替代语而使用。本书在论述过程中,并不严格区分民法和私法的关系;本书所说的私法主要是指民商事法律。

[7] 谢怀栻:“论民事权利体系”,载《法学研究》1996年第2期,第67页。

(corporate power)问题。^{〔1〕}在公司组织法领域,权力现象非常普遍,主要表现为公司股东大会、董事会和监事会及其成员的权力等。

以董事会为例,英美国家公司立法和理论直接承认其享有权力;大陆法系国家公司立法和学说通常并不直接使用董事会权力这一概念。虽然大陆法系公司立法和学说通常并不直接使用董事会权力这一概念,但考虑到大陆法系国家公司制度中的董事会与英美法系国家公司制度中的董事会具有大致相同的功能和法律地位,因此,从解释论上自然也可以认为董事会享有权力。

那么,上述公司法与传统民法基本概念的简单比较,提示出公司法领域中存在通常在公法领域中比较常见的权力这一事物,这种观察是否准确?会不会仅仅是概念用语上的差异或文字游戏?发现并研究这一现象是否仅仅是为了以耸人听闻的奇谈怪论来吸引读者的眼球以达到某种特定目的?

任何严肃的学术著作,无论其立论观点如何,均应进行详细的论证,即便给出“错误”的结论,也应让人能够明晰了解这种“错误”结论的分析论证过程和产生这种“错误”的原因。因此,为了更详细地引出董事会权力概念,需要进一步从事如下分析工作:

1. 英美法系董事会权力概念概述

在英美法系国家公司法立法和研究领域,使用董事会权力这一概念的文献比比皆是。董事会权力概念不仅被法律性文件所采纳,而且更广泛地被公司法研究文献所使用。在英美法系公司法领域,董事会享有权力是不证自明的事实。可以非常容易找到美、英两国法律性文件和研究性文献中所提到的董事会的权力。

〔1〕 我国已经有学者就公司权力问题进行了深入的研究并认为,公司权力是指“公司以自己的名义享有权利和承担义务的身份或资格”。公司权力不同于公司权利。公司权利是指“公司基于特定事实而依法获取利益的能力”。公司权力与公司的权利能力应该是等同的概念。公司权力是公司享有并行使权利的基础;而公司权利则是公司具有权力的具体表现。参见张瑞萍:《论公司权力》,清华大学法学院2004年博士学位论文;施天涛:《公司法论》,法律出版社2005年版,第159页。

在英美法系法律性文件中,承认董事会权力的典型例子是美国《示范商事公司法》和英国《1985 年公司法》中有关董事会制度的关键条款。

以美国公司法制中最具代表性的《示范商事公司法》^[1](Model Business Corporation Act, MBCA, 2002)为例,该法 § 8.01(b)规定:“除非公司章程另有规定,或者,除非依据本法 § 7.32(关于股东协议的规定)之授权,股东协议另有其他约定,否则,所有公司权力必须由其董事会或在董事会授权下行使,并且,公司事务必须由董事会管理或者在董事会的指导下进行管理。”(原文:…all corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation manage under the direction of, it's board of directors…)美国《示范商事公司法》关于董事会权力的这一表述被绝大多数州的公司法所采纳,其中尤其以《特纳华州统一公司法典》§ 141(a)、《纽约州商事公司法》§ 701 和《加利福利亚州公司法典》§ 300(a)的规定最为典型。由此可见,美国公司立法认为董事会根据法律规定的条件享有权力,董事会的权力来源于公司权力。

从英国《1985 年公司法》^[2](Company Law 1985, CA, 1985)相关规

[1] 美国《示范商事公司法》(Model Business Corporation Act, MBCA)是美国律师协会(The American Bar Association, ABA)商法委员会下属的公司法委员会所草拟。公司法委员会由民间的 25 位会员组成,对《示范商事公司法》的内容有最终决定权。《示范商事公司法》迄今已经数度修正。该法并不具有正式法律之效力,仅供美国各州制定和修正州公司法参考。因为该法内容完整而充实,符合理论和实务需求,所以全美约有 35 个州的公司法均系参考该法之内容而制定。该法对美国公司法制的发展具有非常深刻的影响。正因为如此,本书将该法视为正式法律文件对待。据笔者了解,截至 2006 年 4 月,公司法委员会对该法的最近一次修改是 2004 年 11 月,所修改内容涉及该法第 1, 7, 8, 14 章等。本书以该法 2002 年修订后版本作为援引之依据。

[2] 英国《1985 年公司法》后来增加了 1989 年修正案的相关内容,1989 年修正案的内容自 2004 年开始生效。虽然英国公司法有这一变化,但由于《1985 年公司法》的重大影响以及英国公司法修订的特殊方式,各国公司法学界在引用英国公司法时还是习惯于称《1985 年公司法》。本书从这一惯例。2006 年,英国大幅度修改了公司法,英国《2006 年公司法》修改点多达 400 多处,和重新制定新法相差无几,后来又对该法典进行了相应修改。我国关于英国公司法的中文最新译本参见英国《2006 年公司法》(2012 年修订译本),葛伟军译,法律出版社 2012 年版。

定来看,该法并没有直接规定董事会享有管理公司事务的权力,只是规定特定公司权力应该由股东通过股东大会行使。但是,在实践中绝大多数英国公司通常将该法之附件表格 A《示范公司章程》^[1]直接或略经修改后作为自己的章程,这就为英国公司法中的董事会享有权力提供了基本法律依据。该章程 Art. 70 规定:“在遵守本法、公司章程及章程细则、股东大会特别决议的前提下,所有公司事务应由董事们(directors)进行管理;董事们可以行使所有公司权力(all the powers of the company)。”由此可见,综合考察英国《1985 年公司法》、公司章程和章程细则之规定可以认为,公司权力除部分保留给股东之外^[2],其余均应由董事会行使。

在英美法系国家公司法的研究文献中,董事会权力概念的使用非常频繁;承认董事会享有权力的例子几乎可以信手拈来。

美国著名公司法学者 Robert W. Hamilton 教授在其经典公司法入门书籍《公司法》中指出:“传统公司模式中董事会与公司事务相关的权力与其说是来自于股东授权,不如说来来自制定法的授权。”^[3]美国公司法学者 Arthur R. Pinto 和 Douglas M. Branson 在 LEXIS 出版集团组织的

[1] 英国《1985 年公司法》附件包括表格(table) A《示范公司章程》。该章程自 1956 年起作为公司法附件随公司法的修正颁布而修改并颁行,其本身具有补充适用的法律效力,只要公司设立时没有明确表示排除其适用或对其条款作出修改,则该文件自动适用于公司。

[2] 通常,英国《1985 年公司法》所规定的应由股东通过股东大会行使的权力主要包括:修改公司章程和章程细则、改变股权资本、授权发行股份(包括可回赎股份)、放弃新股发行时的优先购买权、指定监察人、罢免董事、授权进行股份回购、决定公司清算。除此之外,作为英国《1985 年公司法》附件的 Table A《示范公司章程》还规定了股东可以选择保留的权力包括:授权发行新股、选举董事、决定公司利润的处置方式(是否分红等)。在具体情形下,关于董事会的权力具体内容,还需根据其章程的具体规定进行识别。关于股东大会和董事会的具体权力范围的划分,是公司法领域中另一饶有兴味的课题,本书后续章节将就这一问题展开详细讨论。

[3] Robert W. Hamilton, *the Law of Corporations in a Nutshell*, 6th ed., Minnesota: West Group, 1996, p. 187. 原文如下: the power of directors with respect to the business and affairs of the corporation in traditional model flows from the statute rather than from the shareholders who elected them. 横线系本书作者所加。