

Commercial
Law Review

清华大学商法研究中心/编

商事法论集

王保树/主编

第9卷

VOL.9



法律出版社
LAW PRESS CHINA

Commercial Law Review

清华大学商法研究中心/编

商事法论集

王保树/主编

第9卷

VOL.9



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集.第9卷/王保树主编.—北京:法律出版社,
2005.3

ISBN 7-5036-5364-7

I.商… II.王… III.商法—世界—文集
IV.D912.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 011525 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/17.25 字数/511 千

版本/2005 年 5 月第 1 版

印次/2005 年 5 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

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5364-7/D·5081 定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

· 写在卷首 ·

本书是《商事法论集》第9卷(2005年号)。

本卷仍立足于中国商法的发展与完善,广泛借鉴和吸收国外商法的发展经验与判例学说,追踪国外商法的发展趋势,推动商法专题研究,促进商法学的学科建设,进而为商事立法和审判实践服务。

本卷设《商法专题研究》、《研究报告》、《外国商法》、《硕士学位论文》等栏目。其中《研究报告》是本论集第二卷以来第二次设立的栏目。

《商法专题研究》栏目收入了四篇论文。徐卫东、祝杰的《对董事行为调控的制度建构》是一篇研究监督董事的论文,提出了在公司权力重构中实现对董事的监督。该论文认为,清晰地界定董事的概念是正确追究责任和课以义务的关键。董事与经理和高级职员等非公司董事的职员的区别在于,在公司的权力分配的范围内,董事参与的决策是最终的。基于这一点,该论文认为董事应包括正式董事和事实董事。前者,指经过正式选举程序,在董事会中担任董事职位的人;后者,指有董事之实而无董事之名的董事。该论文的结论是,从一种功能的角度,我们可以把董事界定为,在董事会中担任董事职务,或者事实上行使董事职权的自然人或法人,而不论他们的任命是否存在瑕疵。谢朝斌的《论我国独立董事制度的建构》是一篇探讨我国独立董事制度的论文。该文强调我国独立董事制度的建构应当根据该制度发生的具体背景,遵循制度建构的合理原则;该文认为,独立董事的任职资格包括积极资格和消极资格两个方面,一般而言,独立董事任职的要求严于一般的董事资格;其任免的趋向是由董事会下设的主要由独立董事组成的提名委员会专门负责;其职权的重点是履行其特殊职能所必需的某些特定权力(权利);薪酬制度设计的关键是处理好对独立董事的激励与保持其独立性之间的关系;而独立董事的义务与责任则取决于其法律地位及其与公司之间的关系。在建构我国独立董事制度的过程中,一方面要紧紧把握该制度

作为公司内控机制的制衡理念;另一方面更要注重制度建构的内在化和实在化。张民安的《有限责任公司的治理结构研究》着眼于有限责任公司的封闭性,揭示了有限责任公司治理结构的特点。该文中关于打破公司僵局的问题,既有理论意义,也有实践意义。我国近年来对于公司治理的关注大多集中在股份公司,并且,有关公司治理的讨论和有关部门所采取的公司治理措施主要是针对上市公司的。其实,有限责任公司在我国居多数,它们在市场经济中的地位不可忽视,对于该类公司的治理应该给予足够的关注。李红卫的《保险受益人的指定·变更》是一篇研究保险受益人的论文,作者从比较法的角度揭示了保险受益人的指定与变更的法构造,指出了我国相关制度的缺陷和完善之路,很值得重视。

《研究报告》栏目收入了朱慈蕴主持的课题组的研究报告《上市公司信用制度的法律架构》,该研究报告认为上市公司信用是一个系统工程,“上市信用”是上市公司的特有信用,上市公司治理的有效性是上市公司信用的根基。健全上市公司信用机制,首先应发挥已有法律的作用。但在强调运用已有法律资源的同时,还应强调法律实施中的信用,即有法必依。监管在保障上市公司信用中的地位不容忽视,但监管的理念必须更新。研究报告还认为,信息是建立上市公司信用机制的神经。无论是上市公司良好的信用,还是上市公司信用缺失,都与信息有着千丝万缕的联系。而信用的缺失总是伴随着信息的不对称而产生,信用状况的下降与信息的不完全同步发展。为了提高上市公司的信用水平,必须建立实现信息充分的法律规则,以最大限度地纠正“信息不对称”。研究报告提出的这些问题无疑是抓住了上市公司信用的要害。

《外国商法》栏目收入了三篇论文。玛格丽特·M.布莱尔、林恩·A.斯托特撰写并由黄辉翻译的《公司法的团体生产理论》是一篇国外学者研究公司法的论文。该论文提出了一个研究公司法的方法,即团体生产方法(team production approach)。认为,这种方法可以比公司的代理关系模式更深入地解释适用于公众公司的特殊法律原则和这些商业组织在美国经济生活中所扮演的独特角色。该论文认为股东不是对公司生产提供资源投入的惟一群体,公司管理人员、普通雇员、甚至债权人或者当地社区也对公司作出重要的贡献,并且享受公司成功所带来的收益。论文指出,我们不可能通过明示契约来事前分配公司中不同团

体成员的报酬和责任,从而阻止他们的渎职行为和寻租行为。因此,提出一个明示契约方法的替代性制度即公众公司法解决。论文认为,公众公司法可以提供次优的解决团体生产问题的方法,因为它允许希望从团体生产中获益的理性人(rational individuals)通过选择内部的公司治理结构,来避免渎职和寻租行为。论文将这种内部治理结构称为“协调性层级制度”。本质上,该制度要求团体成员将一些重要的权力(包括对于团体共同产出和团体投入的财产权,比如金融资本和与具体企业相关的人力资本)让渡给公司设立行为所产生的法律实体。换言之,公司资产不属于股东,而是属于公司本身。在公司中,对于那些资产的控制权由内部层级的管理者来行使,他们的工作是协调团体成员的活动,分配公司产出和调停团体成员在收益分配上的纠纷。这种层级制度中的最高层是公司董事会,他们支配公司资产的权力是本质上绝对的权力。论文主张的协调性层级制度研究方法,即认为公众公司法律作为一种团体成员发现订立明示契约很困难和不可能解决问题的一种替代机制,其与将公司法看作“契约群”(nexus of contracts)的方法相一致。但是其政策内涵是:董事应当不受股东或其他利益相关人的直接控制。魏游的《关于日本商法禁止子公司取得母公司股份的立法考察》和丁珍燮的《利用假设人、他人名义的股份认购与股东资格》也对公司法实施中提出的问题颇具针对性,值得认真研究。

《硕士学位论文》收入了两篇论文。徐子桐的《内幕交易赔偿责任的理论基础》是一篇研究内幕交易的论文。内幕交易是证券市场与生俱来的顽疾,有效地防止内幕交易对于证券市场健康发展有积极意义。该文从立法论的角度分析了内幕交易行为,探讨了内幕交易赔偿责任的理论,指出了内幕交易赔偿责任的难点,提出了相关的立法建议。黄健的《证券私募发行之法律问题研究》是一篇专题研究证券私募发行的学位论文。该文界定了证券私募发行的概念,分析了境外私募发行的法律制度,探讨了私募发行与公司法、证券法若干制度原则的关系,并对我国法律引入私募发行制度提出了建议,该项研究与建议有理论意义与实践价值。

王保树

2005年3月4日

· 目 录 ·

· 写在卷首 ·

· 商法专题研究 ·

对董事行为调控的制度建构

——一种公司法层面的思考…………… 徐卫东 祝 杰(1)

论我国独立董事制度的建构…………… 谢朝斌(21)

有限责任公司的治理结构研究…………… 张民安(82)

保险受益人的指定与变更

——日中保险法的比较研究…………… 李红卫(113)

· 研究报告 ·

上市公司信用制度的法律架构…………… 朱慈蕴等(151)

· 外国商法 ·

公司法的团体生产理论

…………… 玛格丽特·M. 布莱尔、林恩·A. 斯托特 黄辉 译(267)

关于日本商法禁止子公司取得母公司股份的立法考察

…………… 魏 游(341)

利用假设人、他人名义的股份认购与股东资格

——以韩国的法律与大法院判例为中心…………… 丁珍燮(354)

· 硕士学位论文 ·

内幕交易赔偿责任的理论基础…………… 徐子桐(368)

证券私募发行之法律问题研究…………… 黄 健(467)

·商法专题研究·

对董事行为调控的制度建构

——一种公司法层面的思考

徐卫东* 祝杰**

目 次

- 一、董事的界定
- 二、董事会中心主义：一种虚幻
- 三、董事会中心主义：实践的另一种建构
- 四、在公司立法层面的思考
- 五、强化所有者对公司的控制
- 六、公司权力重构中的监督

一、董事的界定

1. 董事的双重角色

从机关和个人两个角度分析董事的概念，“董事”一词在概念上可以区分为作为机关的董事和作为机关任职人的董事。所谓机关董事，

* 徐卫东，吉林大学法学院教授、博士生导师。

** 吉林大学法学院民商法专业硕士研究生。

指的是由股东大会选举产生的、管理和督察公司事务的董事会必要成员之个别机关。^① 具体而言,机关董事是指能够代表董事会行使职权的董事长、副董事长、执行董事等。由于董事会采取定期或不定期会议的形式集体行使权力,在闭会期间,赋予个别董事以代表董事会的职权乃公司正常运营所必须。机关董事的职权一般由公司法或公司章程所规定,有时亦可由董事会内部约定。机关董事为公司之必要组成部分,其行为在法律上被视为公司的行为,本身并无权利能力,其行使权力的效果归属于公司。个人董事,是指个人独立行使其职权,并对其行为负个人责任的董事。董事会一般采取集体表决的方式行使权力,其权利行使的效果一般归属于公司。处于集体表决时之个人为个人董事。在一般情况下,个人董事要为其表决权的行使或不作为承担个人责任。现代公司的董事既具有机关性的一面,又具有个人性的一面。这是确定董事与公司之间的关系以及董事的义务、责任的基础。然而,机关董事与个人董事并不是截然分开的。当以董事会会议方式集体行使权力时,机关董事亦为个人董事。另外,在机关董事行使其职权时,比如机关董事利用公司机会的场合,若机关董事是代表董事会作出的决定,则由董事会承担责任。若是依自己之力而作出对公司具有约束力的决定时,机关董事将承担个人责任。

2. 谁是董事?

追究董事责任的前提就是认清谁是董事。“董事”一词基本为各国公司法所使用。如英文 director, 法文是 administrateur, 德文 vortandsmitglied, 日文是“取締役”。但是各国公司法基本没有对董事下一个确切的定义,我国公司法亦无董事概念的界定。事实上,国内外的立法与学说关于董事的定义并未形成共识。《牛津法律大词典》定义董事为:公司股东选举出的决策者及主管公司业务的管理者。P. H. Collin 在“English Law Dictionary”中定义董事为:股东任命管理公司的人。英国在其 1985 年《公司法》第 741 条第一项界定“董事”为“处于董事地位的任何人,不论其称谓如何,例如管理董事、行政长官或董事会

① 参见梅慎实著:《现代公司法人治理结构规范运作论》,中国法制出版社 2001 年版,第 353 页。

经理成员均是”。^②

我们认为,董事概念的界定,不仅是一个理论问题,亦是一个实践问题。清晰地界定董事的概念是正确追究责任和课以义务的关键。要界定董事的概念,最重要的是明确董事的权力。由于各国公司法采用不同的公司治理结构,因而公司内部的权力与义务配置亦有所差别,所以各国公司法对董事的概念界定不一致乃是正常的事情。我国公司法的治理结构采用“三权分立”的方式确立。股东大会享有最终决定权,董事会拥有业务决策与执行权,监事会负责公司事务的监督。从根本上而言,董事的权力为对公司事务的决策与执行和对公司业务的管理。董事与经理和高级职员等非公司董事的职员的区别在于,在公司的权力分配的范围内,董事参与的决策是最终的。从这个意义上而言,以下人员应被确定为董事:

(1)正式董事。正式董事是指经过正式选举程序,在董事会中担任董事职位的人。在董事会中担任董事职务,行使董事职权,在各国公司法中都当然地被认为是公司的董事。我国公司法没有规定董事的概念,能够达成共识的认识是,认为董事只能是在董事会中任职的人。英美国家股份公司的董事会中,正式董事分为经营董事与非经营董事。经营董事,是指既是公司的雇员又担任董事职位的人。经营董事在英国被称为 executive director(执行董事),在美国被称为 management director(管理董事)。非经营董事是指那些兼职董事,他们不参与公司具体业务的执行与管理,只是为公司决策、业务控制提供建议咨询,以一定的方式对经营董事和管理层实施监督。非经营董事在英国被称为 non-executive director(非执行董事),在美国被称为 outside director(外部董事)。将董事分为经营董事与非经营董事,在制定法上并无直接反映。在实践中,公开公司一般都采取此分类。在公司的治理结构中,董事会享有业务执行权和决策权。董事会的权力行使方式是集体表决。所以,无论是经营董事还是非经营董事,都要为集体的决议承担法律责任,不能因为有经营与非经营之分,而免除某一类董事的责任。但是,

^② 参见张开平著:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第57页。

在实践中,由于经营董事参与公司的具体运营,会掌握公司内部更多的信息,因而对公司的决策会更具影响力。非经营董事的权限一般集中在监督上。所以,对经营董事与非经营董事在具体的责任认定上会有不同的标准。

(2)“事实董事”或“影子董事”。“事实董事”是指有董事之实而无董事之名的董事。按照我国现行公司法,这部分人并不被认为是董事。但是实践已经向我们提出这一问题。在美国,虽然制定法没有事实董事的概念,但是在判例法上却比较常见。以特拉华州为例:为了保护与公司交易的善意第三人,“一个人尽管他未经合法的程序被选任,或其选任程序事后发现有瑕疵,或曾是董事但后来被免职,只要他的行为再现出是以董事的身份在活动,他就被认为是事实上的董事”。^③“事实董事”在英美法国家亦被称为“影子董事”。根据我国公司法的实践,“事实董事”一般以下列形式表现:

①大股东。大股东是指在公司决策中享有控制权的股东。由于公司的股权结构千差万别,大股东的控股份额并无一定的标准。有的公司大股东需要持有 51% 的股份才能对公司事务享有决策权。而在股权分布比较散的公司中,往往持有 5% 左右的股份就能够控制公司。大股东由于占公司股份比较大,其在公司中拥有较大的个人利益,因而会比较关心公司的营运。一般而言,他们有较强的动力去干预公司决策。但是,公司决策必有风险,背后隐含着巨大的法律责任。一些大股东为避免承担法律责任,就拒绝在董事会中任职。但是由于他们操纵着股东会,因而必然在事实上控制着董事会,结果就形成了“傀儡董事会”。在这种情况下,让董事会承担全部法律责任显然不公平,而且董事个人一般不若大股东有强大的经济后盾,能够承担赔偿责任。将大股东视为董事亦会带来法律执行的便利。

②控股公司。控股公司一般会持续地控制子公司的业务。控股公司虽然带来了交易的便利,但是亦会带来规避法律的风险。一般情况

^③ Delaware Corporation Laws Annotated, 1994~1995 ED., The Michie Company, 1995, p. 33. 转引自张开平著:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社 1998 年版,第 57 页。

下,控股公司都会在其子公司派出董事,代其进行管理和决策。但董事惟控股公司之马首是瞻,以控股公司的利益为决策的首要考虑。有时会置子公司的生死于不顾。英国公司法把控股公司视为正式任命的董事,对其课以严格的法律责任。虽然控股公司与子公司之间的关系已有专门的法律规范进行调整,但是将控股公司视为董事,会增加法律调整的途径,而且关联交易的公司法规范由于欠缺严密性而存在缺陷。再者,关联交易的标准在实践中亦不好把握。将控股公司视为董事会解决很多关联交易法所很难解决的问题,并给法律调整带来很大的便宜。现在公司法中存在着董事是否必须是自然人的争论。我们认为公司既然可以成为股东,自然亦可成为董事。公司作为董事不存在任何的法律障碍。

(3)冒牌董事。冒牌董事是指那些事实上不是董事,但是享有董事之名的人。法律采取此种处理方式,其目的是为了地更好地保护善意第三人的利益。日本《股份公司法》第 262 条就有对表见代表董事的规定:就赋予总经理、副总经理、专务董事、常务董事及其他应当认为有代表公司权限头衔的董事所实施的行为,即使是该人无代表权的情形,公司也对善意第三人承担责任。^④ 比如,有的董事就不是经过选举程序产生的,或者其选举程序有瑕疵,但其照样行使董事的职权。当由于董事会决策承担法律责任时,由于其董事职位的瑕疵而免除其责任,对善意第三人而言显失公平。当然,有董事之名本身并不一定就会在法律上被认为是公司的董事。冒牌董事的认定亦取决于与公司交易的第三人。当第三人在交易是善意时,并且不追究其责任对第三人明显不利时,冒牌的董事才会被认定为董事。若第三人明知董事任职的瑕疵则不在此限。

(4)联系董事(associate director)。一些公司给某些高级管理人员授予董事头衔,即使他们并非董事会的正式成员。一个原因可能是想用认可及其相应的地位来奖励他们的工作表现,另一个原因是给同客户和经理打交道的经理一定的威望。这些人有时被称为联系董事。当他们被别人理所当然地认为是公司董事时须向其他董事一样对公司负

^④ 参见吴建斌主编:《日本公司法规范》,法律出版社 2003 年版,第 104 页。

责,即使他们并未经股东大会正式任命为董事,也未按交易所上市规则中规定的那样将其董事身份载入公司文件。^⑤

以上分析表明,董事的名称并不重要,“重要的是他们在公司事务中所起的作用,而不是董事名称的定义”。^⑥从一种功能的角度,我们可以把董事界定为,在董事会中担任董事职务,或者事实上行使董事职权的自然人或法人,而不论他们的任命是否存在瑕疵。

二、董事会中心主义:一种虚幻

公司的重大决定一般由董事会最终决定,或者董事会建议由股东大会最终拍板。董事要对董事会的决定集体负责,与董事会“一荣俱荣、一损俱损”。^⑦ 董事会是董事行使权力的场所。从一定意义上说,董事权力的大小取决于董事会在公司治理结构中的位置。摆正董事会的正确位置,对判定董事责任而言至关重要。

1. 一种普遍的观点

长期以来,公司法学界一直认为,董事会处于公司治理结构的核心位置,现代公司完成了由股东大会中心主义向董事会中心主义的转化。现代公司的出现,首先得益于所有权与经营权的分离。美国学者伯利和米恩斯的研究成为该领域的主导观点:“20世纪美国经济革命的中心内容是用于生产的财产大规模集中化,与之相伴的是个人决策权和控制权的衰落,拥有财富与积极参与管理之间的联系也大为削弱。”作者通过对美国最大的200家非金融公司的实证研究后得出结论:“没有控制权的财产所有权与没有财产所有权的控制权是股份公司发展的逻辑归结。”正是由于董事会取得了公司的经营管理权,而公司又往往被董事会所控制,因而就造成了一种假象,即公司权力从股东大会转移到了董事会。因此,在有些学者看来,这种经营者控制正是董事会中心主义的写照。

^⑤ 参见[英]鲍勃·特里克著,韩纪东、张丽译:《董事》,外文出版社、上海远东出版社1997年版,第52页。

^⑥ Robert R. Pennington, *Company Law*, 4th ed, London. Butterworth, 1979, p. 493.

^⑦ 参见朱伟一著:《美国公司法判例解析》,中国法制出版社2000年版,第107页。

2. 董事会真的处于核心吗?

事实上,董事会的真实作用要比人们想象到的小得多。哈佛商学院的 Myles L. Mace 对制造业、零售业和矿业公司的董事行为进行了 3 年的实地调查。他发现,在管理人员和董事拥有极少股份的中型和大型广泛持股公司里,董事充当董事长的提供意见者和顾问、或精神塑造者(高级职员必须为外部董事准备和解释他们所提供的材料,正是这一事实有助于使他们更加理性和正直),以及在危机时刻的决策者。少数董事会制定或者至少研究和评价了公司的目标、策略和政策,比如生产线更换、经营多样化措施和劳资协议;但是大多数董事会并没有这么做。而且,在大部分情况下,董事会既没有真正选举和重新选举董事长,董事们也没有监督和评价他的工作业绩。^⑧ 自 Myles L. Mace 的独创性研究以来,情势似乎也正在向这方面发展。MBO 的兴起说明了公司的实权正在滑向经理人手中,董事会变得日益傀儡化。

从分析的角度而言,这种局面的出现有其必然的因素。仅仅执迷于法律和理论的表面是无法真正触碰到真实的世界的。

(1) 时间、信息的限制。大型公司的董事仅仅是每月会见几个小时。因此他们不可能全面彻底地讨论复杂的公司决定的确切含义。他们也不能有效而详尽地在事后评价谙熟公司经营业务的公司高级职员的判断和观点。有时,提供的资料对他们来说又太粗略,以至于无法评价公司的经营政策是否明智;有时,资料又如此浩繁,简直无法理解。在所有这些情况下,高级职员挑选资料的事实产生了某种风险:董事看到的描述可能被歪曲了,却未发现受到歪曲。最后,董事通常缺少仅仅对他们负责的职员。^⑨

(2) 激励机制的不足。对于董事而言,即使是董事有充裕的时间和真实的资料,他们也很难去控制和监督经理层。这是因为董事们缺乏适当的激励机制。在早期公司法中,受信托理论的影响,董事不得接受公司的任何报酬。虽然现在董事们都有一定的报酬,但是它们对董事们而言是微不足道的,同时,他们的报酬一般与公司业绩无关。所以只

^⑧ 参见[美]罗伯特·C. 克拉克著:《公司法则》,工商出版社 1999 年版,第 79 页。

^⑨ 参见[美]罗伯特·C. 克拉克著:《公司法则》,工商出版社 1999 年版,第 80 页。

要他们担任董事,不论他们做过或没做过什么,他们只能获得固定的报酬。公司并没有一定的激励机制去鼓励董事们监督和控制经理层。再者,董事会一般采取会议的方式集体决策。有些问题总会被有些董事发现,基于这种想法,就存在着有的董事的“搭便车”现象。

(3)股东参与经营,董事会权力被架空。研究企业史的著名专家小艾尔弗雷德·D. 钱德勒经过研究认为,现代公司的产生的一个必要条件是所有权与经营权的分离,并且,指导各级工作的支薪经理这一职业,变得越来越技术性和职业化。^⑩然而,历史在这里却出现了惊人的回归。现代公司的股权在广泛分布的同时,社会财富亦日益广泛化。财富的取得往往不再是基于地位和身份。财富日益与能力和技术画等号。公司的高级职员和支薪经理日益成为社会中的富有阶层。经理在掌管公司具体事务的同时,日益演化为公司的大股东。这样,所有权与经营权经历了久分而必合了。由于经理是在管理自己的财富,作为公司事务决策的董事会自然也就无法参与其中,其权力日益被经理阶层所架空。

三、董事会中心主义:实践的另一种建构

既然董事会没有真正行使法律所赋予的职权,那么追究董事的责任就失去了依据。然而虚幻的董事会中心主义却以另外的一种形式充实起来。现实就是这样扑朔迷离。董事会中心主义并没有被彻底地否定。立法、观念、传统和实践都在巩固并完善着董事会的真实位置。

1. 公司法的构造

虽然所谓的董事会中心主义并不像我们想象的那样纯粹,但是,董事会中心主义却被各国公司法的立法实践所承认和表现。美国《示范公司法》的规定是董事会中心主义的典型代表,“公司的所有权力应由董事会行使,或者在其授权下行使”的规定使得董事会成了公司权力机关的核心。美国式的董事会中心主义理念也迅速影响了世界其他国家的公司立法。日本和德国等大陆法系国家也相继完成了股东会中心主义向董事会中心主义的转变。虽然事实的权力并不掌握在董事手中,但是法律规定董事会享有决策权。法律的构造使得经理和公司的高级

^⑩ 参见[美]小艾尔弗雷德·D. 钱德勒著:《看得见的手》,商务印书馆1987年版,第8~9页。

职员内化到董事会中,实现其权力的合法化,从而形成了独特而纷繁复杂的公司权力分布。

2. 经理和公司的高级职员架空董事会,并没有使董事会形同虚设,而在于他们大部分本身也成为公司的董事

他们权力的行使是通过董事会实现的。我们塑造了观念和传统的同时,观念和传统也塑造了我们。受立法和公司实践的影响,传统上,我们会认为,董事会是公司事务的决策机构,只有董事会决定的事务才会对公司具有约束力。经理和高级职员的重大决定必须经过董事会的批准。这种观念使得经理和高级职员只有本身成为董事,才能使其权力合法化。同时,经理们为了实现自己的经营理念,而不受董事会的掣肘,他们也有很强的欲望控制董事会。实践也表明,公司经理和高级职员大部分都兼任董事。在澳大利亚,公司董事长和总经理兼职占公司总数的78%。在英国,股份公开公司中经营董事的比例正在不断上升,典型的大公司中经营董事的人数已经接近或超过50%。在日本主要公司的董事会便由来自公司的经理们组成。^①

3. 其他一些因素也巩固着董事会的中心位置

作为公司的董事会成员,董事们一般都会具有应有的业务素质,对公司的发展与战略作出决定。而且,董事一般都是由一些在商业和经济领域比较具有威望的人担任,他们在自己的领域内一般都作出了大家所公认的成就。所以,他们的决定一般都比较具有说服力。作为职业的董事,他们所具有的卓越的领导能力和对本公司发展的前瞻能力,一般会对本公司的职员产生巨大的影响力。久而久之,这些董事们成功的实践逐渐地渗入到我们的思维中去。我们在认可董事领导的同时,实践亦认可了董事会的中心位置。

四、在公司立法层面的思考

法律和生活现实就是这样相互吸收和排斥而形成了亦此亦彼的董事会面貌。实践的重新构造对现行的公司立法与实践提出了新的要求。董事会和董事在实践中的真实地位是我们解决董事问题的新的出

^① 参见[英]鲍勃·特里克著,韩纪东、张丽译:《董事》,外文出版社、上海远东出版社1997年版,第15~16页。

发点。所谓的公司治理结构,其本质就是在董事会、股东大会和监事会之间寻求一种权利义务关系的平衡。由于公司实践的另一种发展,使原先设计的平衡与制约机制失灵。董事会本身是公司法的一个构造,所以董事会的制约仍是公司法的设计问题。后来的任务就是公司法如何进行调整,使公司董事会这一公司中最重要机关,既能具有运作的高效率,又能受到一定的制约。

实现公司治理的内部权力的平衡,达致权力的相互制约一直是完善的公司治理结构的宿求。我们的公司法律也以此达致目的而进行着公司内部制度的设计。我们的公司法放眼观去,最明显的体系框架就是股东大会、董事会和监事会的相互制约。世上的万物总是在成就自身的同时臻于完善。^⑩ 我们的公司法律制度亦是在三者的此消彼长中不断发展的。

实践的经验告诉我们,是董事会处于公司治理结构的核心。公司的董事事实上掌握和控制着公司。未来的公司法的走向就是如何加强对公司董事的控制与监督,使他们既谨慎又忠心,既富有冒险精神而又不至于不思进取。法律的设计本身就是不相信任何人的。仅仅抱着一种好的态度寄希望于董事自身的勤勉和努力无异于幻想。股份公司的董事,用别人而不是自己的钱,不可能期望他们会像私营公司的合伙人以十分的警惕性频繁地监管自己的资产那样去监管别人的资产。^⑪

非法律的因素虽然会影响和引导公司董事的行为,但是这要以公司的基本规制为前提条件。只有公司法律在人性和制度最容易引发腐败和堕落的地方做好预警和威慑,才能期望非法律的因素会更好地引导董事的行为。对一个公司的董事而言,公司法最应该关注的地方就是董事的权力。权力必将导致腐败,绝对的权力必将导致绝对的腐败。这是亘古不易的真理。公司法不能解决权力的问题,就不会解决董事行为的法律规制,亦不会造就完美的公司结构和成功的公司。

^⑩ 参见[爱尔兰]J.M.凯利著,王笑红译:《西方法律思想简史》,法律出版社2002年版,第12页。

^⑪ 参见[英]亚当·斯密著:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),商务印书馆1972年第1版,第76页。