

公司业务执行权之主体归属

——兼论公司经理的法律地位

韩长印 吴泽勇*

一、引言

大陆法系的公司立法,鉴于股份有限公司和有限公司(有较多股东者)之众多股东亲自参加业务执行之困难,顾及股东追求的利润最大化目标而应坚持之所有者支配原则,同时受法国大革命时代政治思潮的影响,悉将公司内部组织结构准照“三权分立”原则分设股东会、董事会、监事会,分享重大问题决策、业务执行和业务监督之权,即股东会享有重大问题决定权,公司业务经营权(含日常经营决策、业务执行、对外代表、业务监督)则采董事会和监事会双轨制加以推行。^[1]英美国家虽然采用董事会单轨制,由董事会总体上行使业务经营权,但董事会内部却有执行业务董事与一般董事(不执行业务)之分,前者担任具体之业务执行,后者则在参与董事会决议之余通常有业务查核和业务监督之权,^[2]故公司内部的权力划分结构仍与大陆法系相当。

在两大法系公司内部的权力分配模式中,公司的业务经营权归属于董事会,其中业务经营决策由董事会以会议决议方式决定,而具体业务执行则往往由董事或兼职董事为之。经理通常不被看作公司机关^[3]或公司级机关,^[4]或者虽被看作公司机关,但仅为公司之辅助业务执行机关,不认其为独立之业务执行机关。

我国1993年公司法并未对董事长、副董事长或董事是否拥有业务执行权作出规定,而是在规定经理为有限公司和股份有限公司必设机关的同时,明文列举规定了经理的一系列职权,而这些权力大多属于业务执行权范畴。对于我国公司法这一与国外立法例大相径庭的做法,学术界多有诟病。有专家指出:“现代典型企业以资本为主导,经理受聘于企业或曰股东,属于雇员范畴。……由其性质所决定,经理设或不设及其具体职权,依当事人自治,无需由法律规定。因此,经典的民商法把经理作为一种代理制度,而非公司的机关。……所以,我国《公司

* 韩长印,河南大学法学院副教授;吴泽勇,河南大学法学院硕士研究生。

[1] 法国1966年商事公司法始规定公司章程可于单轨制与双轨制之间选择适用。

[2] 见英国1948年公司法第147条(3)。

[3] 理论上对该问题的认识可见诸各类相关著作中,比如,王保树、崔勤之:《中国公司法》,中国工人出版社1995年版,第224页;另见史际春、徐孟洲:《大陆六法精要·经济法》,第107页。

[4] 有学者指出,“只有公司组织体的‘首脑’级机构才能成为公司的机关”,“公司经理只是董事会下属的辅助董事长和董事会管理的机关,它本身不是公司级机关,更不是独立的组织机关”。梅慎实:《现代公司机关权力构造论》,中国政法大学出版社1996年版,第2页、第15页。

法》第50条、第69条、第119条规定应当设经理,并对有限公司和股份有限公司经理的权限分别作了具有普遍性的规定,可谓一项中国特色。”〔5〕

传统的公司内部管理体制中,董事会作为公司的常设业务执行机关,既负责作出经营决策,又负责实际的经营管理活动。随着经济不断向社会化、专业化方向发展,多由股东出任的董事会在公司经营管理方面已力所不及,辅助其执行业务的机构便应运而生。经理机构的出现和设置,“使公司管理更加专门化,能够提高公司的经营管理水平和竞争能力,从而符合公司所有权与经营权分离的一般趋势”。〔6〕经理在现代公司中有着举足轻重的地位,并发挥着愈来愈重要的作用;然而,其在当今社会能否取得独立的业务执行机关地位?如认其享有独立之业务执行权,则与公司支配构造的“所有者支配”原则是否违背?又与公司业务执行之效率规则是否矛盾?诸如此类问题,学理上并未展开过广泛而深入的讨论,至少有学者系统论及。

笔者认为,公司作为独立的法人主体参加市场运行,其业务经营之模式固可各具千秋,因此,或许各公司的自我创造比法律的硬性规定更能贴近公司实际。〔7〕但按照通说将公司业务执行权与经营决策权一起交由董事会行使,却未必科学。如以成文法方式对此加以界定的话,毋宁将公司经营权一分为三,即经营决策、业务执行与对外代表、业务监督,并将业务执行权以法律明定方式(而非董事会授权方式)赋予专职之经理行使(至于经理与董事之身份竞合则另当别论),从而使经理获得独立之业务执行机关的地位。文中提出并强调的想法或许谬误甚至荒诞,尚祈得到斧正。

二、公司业务执行权归属之立法例及运作实态

美国标准公司法对董事会、董事及“高级主管”的权限作了规定。依照规定,所有公司权力应当由董事会行使或在它的授权下行使,公司的营业和业务也应当在它的指导下执行。〔8〕除非公司章程或内部细则另有规定,董事会可以设立一个或多个委员会并指定其成员进入委员会工作,每个委员会可以有两个或更多的董事参加,他们按董事会意思工作。在董事会规定范围内或章程、细则规定范围内,每个委员会可以行使前述规定的董事会的权力。〔9〕同时,公司高级主管得由章程或内部细则规定其权限和责任,也得由董事会或经董事会授权的高级主管规定其权限和责任。〔10〕

美国公司法(含各州公司法)，“认董事会为公司最高业务执行机关,若章程别无规定,则股东会之决议事项,仅限于章程的变更、资本的减少、合并、全部营业财产的转让等公司组织基本事项,股东会亦且不能拘束业务执行的方针”,此种“以董事会为业务执行机关”的制度,被学者

〔5〕〔6〕 史际春:《国有企业法论》,中国法制出版社1997年版,第384页以下;第385页。

〔7〕 这是西方公司法理论所持的基本态度,其依据可能在于由股东追求自利最大化动机推导出的股东和公司均应为“理性人”的假设。基于此,各国公司立法多以劝导性规范为主。但我们认为,这样的态度并不符合我国当前的实际,一方面,我国并无类似西方国家那样经过长期历史沉淀而产生的一套关于公司运作的制度、观念和意识,因此相当多的投资者是非理性的;另一方面,国有大股东的广泛存在及其身份所决定的种种特殊性更是动摇了“理性人”假设的根基。在这种情况下,以成文法界定公司权力配置格局倒不失为一种明智的选择。

〔8〕 见美国标准公司法第8章 §8.01(b)。

〔9〕 见该法第8章, §8.25(a)。

〔10〕 见该法第8章, §8.41。

称之为“董事会中心主义”。^{〔11〕}而由“董事(不须具股东身份)参与委员会,并依授权执行董事会职权,以实际发挥董事会为法定业务执行机关权能的制度”,学者称之为“美式董事专才制”。^{〔12〕}

日本立法例上,公司业务的执行也由董事会(有限公司由其董事)决定。^{〔13〕}然而日本公司的董事大部分实际担任公司高级管理职务,此乃日本董事会制度的特色。在公司管理组织构造中,其所担任的职位依序为会长、社长、副社长、专务董事、常务董事、部长(或支店长、工厂长)董事,其中部长(或支店长、工厂长)董事一般称之为使用人董事,其余董事一般称为业务担当董事。公司业务之执行依法系由董事会作成决议而后交付执行,但各董事因实际上在公司管理组织中担任职务职位之高低不同,因而其地位及在董事会决议时影响大小也不同。学者称之为“日式董事专才制”。^{〔14〕}

可见,无论美国还是日本,与董事会中心主义相适应,都采行董事专才制,由董事实际担任公司职务(或参与执行业务之专门委员会),负责业务之具体执行,并不将具体业务执行权交给董事会集体行使。但美国却仍带有集体执行的特征,1974年前,标准公司法规定“公司的业务由董事会经营”,但1974年即修订为“公司的业务在董事会指导下经营”,1991年修改时又加入了董事会中心主义的标志性内容,即“所有的公司权力应由董事会行使或在其授权下行使,公司的业务也应在其指导下开展经营”。现行美国公司之具体业务经营虽由董事会推行转向由董事参与各专门委员会推行,但仍未摆脱会议体执行业务机关之弊窠。何况董事只是有义务参与各委员会,并非专司业务执行,因而大量业务权限不得不转移至公司高级主管,仰赖高级主管之个人行为使业务得以有效执行。同时,随着外部董事比例的增加,^{〔15〕}董事兼职比例由1965年的约40%到1973年已呈渐趋减退之势,^{〔16〕}其结果是董事会在公司管理方面的权限减弱,而公司高级主管的权力却得到加强。日本董事一方面内部董事居多,再则几乎自上而下全部由董事兼任各级管理职务,^{〔17〕}其上下级观念和界限至为明显,因而,无论形成决议还是日后之贯彻执行都极为容易和彻底,其效率当不亚于美国体制。

我国台湾公司法明文规定由董事会决定公司(指股份有限公司)的业务执行(第202条),即亦采美、日等国之“董事会中心主义”,但对董事如何具体参与公司的业务执行却未作规定。实践中,“由于董事通常不兼任公司干部,亦无如美国公司法上由委员会职司业务执行之制度,有关业务执行大多交由经理人具体执行之”,从而以所谓“经理专才制”取代了“董事专才制”。^{〔18〕}在此情形下,学术界多将经理的法律地位解释为“章定、任意、常设之业务执行机关”^{〔19〕}或“章定、任意、常设之辅助业务执行机关”。^{〔20〕}但亦有学者对此提出激烈批评。该学者认为,“公司董事会(股份有限公司)在法律体制上既被设定为业务执行机关,当然即应享有

〔11〕〔12〕 王丽玉:《公司经理人制度之研究》,《辅仁法学》第10期。

〔13〕 日本商法典第2编第260条,日本有限公司法第26条。

〔14〕 前引〔11〕王丽玉文。

〔15〕 美国公司“公司外董事占半数以上的董事会,达到全部董事会的80%,所以美国的董事会,绝大多数是由本公司外的董事掌权”。转引自〔日〕奥村宏:《法人资本主义》,李建国等译,三联书店1990年版,第116页。

〔16〕 前引〔11〕王丽玉文。

〔17〕 日本有学者认为董事兼任经营管理职务与日本之政治制度有关,即政府官员兼任议员,立法与行政不分。见前引奥村宏书,第110页以下。

〔18〕 前引〔11〕王丽玉文。

〔19〕 刘甲一:《公司法新论》,第72页,转引自前引王丽玉文。

〔20〕 柯芳枝:《公司法论》,第51页,转引自前引王丽玉文。

业务决策权及执行权,而此权限在性质上原亦应当然专属于该机关,其他个人除非得有该机关之授权,否则并不当然享有该项权限,其理至明,毋待烦言。经理人在此公司组织的制度设计中,法律制度上原即不占任一公司机关的地位,则在解释论上自当不应认其为得享有与业务执行机关同等之权限”,〔21〕“公司法虽企图以经理专才制代替董事专才制,唯经理人无须董事身份,此种将有关业务交由其具体执行方式,实难谓与法律规定董事会为业务执行机关之意旨相符,而致法律修正所特意采行董事会中心主义之立法精神及目的,亦根本无由实现”。〔22〕

应当指出,台湾有关“董事专才制”与“经理专才制”的争论,一方面在于学者对经理地位的认识不同,另一方面也在于台湾公司法虽明文规定董事会为业务执行机关,却没有将与之相适应的“董事专才制”在立法上加以贯彻。

与美、日及我国台湾立法不同,我国公司法关于董事会地位的规定仅限于经营决策权而无业务执行权的内容。即便是有限责任公司的执行董事或股份有限公司的董事长的个人职权也仅限于行使董事会的权力(公司法 51 条第 2 款)或检查董事会决议实施状况的权力(公司法 114 条),并无明确的业务执行权内容。同时,公司法将经理的职位设置和职权范围法定化,且明定其有业务执行之权,从自身体制构造上并无如我国台湾地区那样——一方面立法明文董事会为业务执行权,另一方面却把具体之业务执行权交由经理行使——的矛盾。

由此,似乎可以初步得出结论:无论是美、日体例,还是海峡两岸台湾与大陆体例,在公司经营权力的配置上,一方面,有关公司经营决策由董事会以会议决议方式推行;另一方面,公司业务的具体执行权则趋向于落实到董事或经理个人,而非落实到以会议方式行使权力之董事会。应该说,这正是公司经营中决策的科学化与执行的快捷化合力作用的结果,同时也体现了公司管理结构构造的民主原则与市场运行的效率要求之间的妥协与平衡。

三、公司业务执行权之归属与业务执行之效率

公司内部权力的分配是公司财产所有权权能在公司内部的进一步分化。这种分化的主要动因在于投资者基于自利最大化目标而产生的对效率的自觉追求。正如有学者所言,“在界定产权的发展中,专门界定所有权权能分化的权利规范,已经大大远离了所有权的初始界定,从而构成当代西方公司法律体系的主要内容”。〔23〕

将公司业务执行权从日常经营决策权中分化出来并使之脱离作为委员会体制之董事会,转归董事(或经理)个人行使,正是基于效率的考虑。在经营决策稳妥科学的前提下,效率便成为业务执行的核心要求。“没有高效率,就无法实施企业的组织目标”,〔24〕当然也无法实现企业的经营目标。应当指出,强调执行效率的原因,取决于公司业务执行的广泛性、直接性、紧迫性、灵活性特点。业务执行涉及公司各个具体的业务领域及各种具体事务,面对广泛而复杂的执行事务,没有专门的指挥者和高效率的执行体制及强有力的执行手段是难以适应的。同时,业务执行比经营决策更具直接性,它是将经营决策结果具体而又直接地落实下去,如果没有专门高效的执行主体,决策目标就无法实现。再者,业务执行往往具有很强的时间性、紧迫性,如

〔21〕 前引〔11〕王丽玉文。

〔22〕 前引〔11〕王丽玉文。

〔23〕 田培炎、蒋兆康:《论权利和效率》,《法学研究》1992年第6期。

〔24〕 邓荣霖、郑明身:《现代企业的组织与领导》,浙江人民出版社1989年版,第7页。

果具体执行赶不上此种时间限度,决策目标同样难以实现。加上业务执行可能遇到的情况很难预见,并且可能千变万化,需要随时采取灵活多样的措施,因而委员会体制的业务执行制度是难以胜任的。

委员会作为现代企业组织结构的一种,如果运用于经营决策,则能够发挥其固有的优点,即:(1)集体讨论和判断;(2)对过分集权的限制;(3)协调各个部门的活动;(4)信息的传递和分享;(5)增进对参与者的激励。但委员会组织形式有其先天性缺陷,这些缺陷决定了它适用于业务执行的局限。即:(1)花费较多时间和金钱;(2)可能造成优柔寡断;(3)责任分散化,可能无具体个人负责等。^[25] 有一项调查便于了解执行委员会的运用效果(下图)。调查结果是美国管理协会(AMA)根据 20 余家有代表性公司的经理访谈得出的,反映了这些公司中最高主管部门经理对集体管理和个人管理的看法。^[26]实际上,几乎所有的管理职能上都可显示出个人管理的优越性(只有在处理权限问题上执行委员会的优势才显著地表现出来),尤其在领导、执行、组织方面,个人管理的效率更是明显占上风。

个人管理和委员会管理效果比较(%)

管理职能	可由委员会有效地执行的	可由委员会执行,但个人执行更为有效的	由个人执行委员会加以辅助的	主要由个人执行,而由委员会执行无效的
计划	20	20	25	35
控制	25	20	25	30
确定目标	35	35	10	20
组织	5	25	20	50
权限争执	90	10	—	—
领导	—	—	10	90
行政	20	25	25	30
执行	10	15	10	65
革新	30	20	20	30
信息沟通	20	15	35	30
咨询	15	25	35	25
决策	10	30	10	50

四、公司业务执行权之归属与公司权力转移趋势之判断

在股份公司产生之初(其初始形态为合股公司),并无股东大会的设置,公司由董事会掌管。至 19 世纪,发达国家确立了公司设立的准则主义,股东大会作为公司最高权力机构也被确立了下来。^[27]其集中表现是:公司的董事经由股东大会选举产生,公司增资、减资和章程的修改须由股东大会批准;公司经营的重大事项应由股东大会决策。^[28]相应地,在传统英美公司法理念上,股东会与董事会间的权力分配,完全由公司章程和章程细则决定,并依其变更而变更。在这种理念支配下,一直到本世纪初,英国的公司法和普通法均不承认董事会拥有独立

[25][26] 参见郁义鸿:《现代企业组织架构择略》,上海译文出版社 1994 年版,第 65 页以下。

[27] 前引[5],史际春书,第 303 页。

[28] 参见王保树:《现代股份公司法发展中的几个趋势性问题》,《中国法学》1992 年第 6 期。

于股东会的法定权力。董事会执行公司业务须完全依照章程授权和股东会的决议。这种股东会至高无上、董事会完全依附于股东会的权力分配格局被称为股东会中心主义。^[29]

但是,19世纪末,股东大会的地位开始下降。其原因在于:(1)少数大股东的控制和众多小股东的存在;(2)公司所有与公司经营的分离;(3)不出席股东大会的股东增多。^[30]自本世纪初,英国判例法开始承认董事会权力的独立性。^[31]德国1937年股份法中即不再承认股东大会是最高权力机构,而规定公司经营的业务执行中的问题一般由董事会决定,股东大会仅在董事会要求时方可作出决定。1965年股份法仍体现了这个特征。^[32]日本现行商法也彻底改变了股东会中心主义的传统,规定董事会为公司决策和业务执行的最高机关,股东大会可以决议的事项仅以商法和公司章程规定的范围为限。^[33]分析公司控制权的中心由股东会向董事会转移的主要原因,不外乎包括:(1)有效的经营决策只能委诸具有专业知识的董事和经理来决定。(2)股东的“白搭车”心理预期和“关心公司不如关心股市”的实惠态度。(3)现代的商事交易以迅速、确定为特征。董事会如果没有独立的权力使其与第三人交易的契约关系对公司产生约束力,而须一年一度经股东会批准,不仅影响公司经营效率,更不利于保护善意第三人,从而破坏交易安全。根据现代经济学的交易费用理论,权利愈确定,交易成本就愈低,从而有助于提高市场整体的效率。^[34]由此可见,董事会权力由完全依附于股东会(即股东会中心主义)向权力相对独立(即形成董事会中心主义)的过渡,虽与股权结构的变化有关,更主要的是在管理的技术化、专业化以及经营的效率和交易安全的目标驱使下形成的。

然而,公司经营权由股东大会转移到董事会,并不意味着公司内部权力构造的演变就已走到了尽头。与股东大会一样,董事会的工作方式也是会议制的。这种形式对于公司经营决策的作出是适合的,因为对重大事务的决策来说,科学性和稳妥性是最重要的,会议制在这方面相对个人决策无疑具有优势;但对于公司具体业务的执行,会议制的董事会就显得捉襟见肘,其中原因已如前文分析。鉴于此,在各国公司的实际运作中,具体业务的执行几乎无一例外地要委诸个人开展。具体的模式大体有三种:第一种是美国由部分董事和董事会授权的高级主管共同行使业务执行权的模式;第二种是日本的董事兼任公司干部直接参与业务执行的模式;第三种是我国台湾和大陆由经理负责业务执行的模式。在第三种模式中,台湾和大陆公司中经理的地位又有所不同,主要表现在前者的职权是公司章程授予的,而后者则由公司法明文规定,故前者可被称为“章定”之公司机关,后者则是法定公司机关。

比较此三种模式,我们发现,第一、二种模式的区别仅在于公司的业务执行权是否完全由董事实际行使,而第三种模式则因其使公司经理成为公司机关而与前两种模式有重大区别,同时也与经典商法的一般规定相异。正因为这一缘故,第三种模式经常遭到学者的批评。^[35]但笔者认为,如果仅因为此种模式与传统的公司权力配置方式相悖即否定其合理性,很难说不是

[29] 参见张开平:《英国董事制度研究》,法律出版社1998年版,第36页以下。

[30] 前引[28]王保树文。

[31] 前引[29]张开平书,第36页。

[32] 见德国1965年股份法第1编第4部分第1章。

[33] 见日本商法典第2编第4章第3节。

[34] 前引[29]张开平书,第40页以下。

[35] 有学者即便肯定了经理职权法定化的做法,但仍认为它是“集中型的传统企业领导体制的某些东西经过改革在股份有限公司中的保留,并与民主型的股份有限公司组织机构实现了结合”。见王保树:《股份公司组织机构的法的实态考察与立法课题》,《法学研究》1998年第2期。

部分地出于对新事物的偏见；而通过运用民法上代理制度的法理来解释公司经理的地位，进而否定经理作为公司业务执行机关的观点，更是面临着一系列难以解决的问题，在理论和实务操作上均不能令人满意。从适应现代市场经济对公司经营的效率要求，以及公司内部权力配置的科学、制衡的角度出发，我们不揣冒昧地提出这样的预测：将公司业务执行权与经营决策权分离并将前者赋予作为公司机关之经理，或许正是现代公司内部权力转移的一个新趋势。作出这一判断的主要依据是：

(一)美国、日本公司业务执行权运作的现实已为我们提供了部分的证据。首先，在美国，就业务执行而言，无论是董事还是公司高级主管，其执行业务时与公司之法律关系皆为代理关系。^[36]显然，这种法律关系性质与董事会行使职权的法律关系性质是有重大差别的。我们认为，这种差别正反映了公司经营决策权与业务执行权本身的不同，同时也隐伏着这两种权力分离的可能和动因。而公司大量的日常经营管理交由非董事的高级主管执行，更可看作是公司业务执行权与经营决策权分离的一种现实迹象。其次，所谓“日式董事专才制”，由于其董事大多由公司职员提拔产生，而且又正是其在公司担任的职务实际地影响着董事地位的高低，我们反倒不如将其称作“经理专才制”。日本公司的董事与经理(公司高级主管)是合二为一的，但人们通常把这种体制作为“董事专才制”的一种模式，这很难说不是受了“董事会中心主义”之传统观念的束缚。比如，日本公司中董事会讨论议案时，“其他董事鲜有不听从会长或社长意见者”。^[37]对这种状况，与其解释为“董事会首脑兼任公司高级主管”，其实不如认为是公司高级主管(经理)权力扩张到业务决策上从而为董事会所吸收的一种体现。因为后一种态度更符合日本公司中经理和董事产生的顺序，也与效率机制作用下公司内部权力转移的通常方向相吻合。^[38]

(二)从理论上讲，日本公司这样的董事兼任经理，使经营决策机关与业务执行机关合为一体的制度安排，有着明显的弊端。人们通常只注意到了这种体制的优点：其在决策上的体现是，“决策与实施联系紧密，信息反馈及时；讨论制订方针政策的时候，常常会把有关日常业务执行的问题提出来，在决策过程中已经搜集了执行过程中将会遇到的问题的信息，容易确保决策切实、准确和实施顺利”。^[39]体现在执行上就是，由于董事本身即兼职公司干部，因此董事会一旦形成决议，“董事各在其工作岗位上，鲜有不支持而彻底执行者”。^[40]因此在决策的科学性与执行的快捷两方面日本体制都有着显著的优势，如学者所言，“日本公司经营手段灵活，业绩领导全球，若说与其特殊的董事会制度存在重大的因果关系，或不为过”。^[41]但这种体制的弊端也是相当明显的，这就是，董事与经理人员身份的竞合必然导致公司及股东对经营人员控制力的减弱，(加之“董事会中心主义”的权力配置框架)从而极易形成内部人控制。在传统公司法理论中，经理通常被认为是董事会任命并在董事会授权下执行业务的公司雇员。在此理念下，董事会对其雇佣的经理人员进行必要的监督、约束乃是保证公司经营方向、保障股东利益的当然要求。所谓“董事会中心主义”也正是与这种理念紧密联系的；既然董事会是唯一代表股东利益的公司机关，那么由它作为公司权力运作的中枢就成了维护股东权益的唯一选择。

[36][37] 前引[11]，王丽玉文。

[38] 在经理职权和地位没有法定化的体制下，经理与董事之间经常地发生权力争夺。而在此过程中，经理总是占有种种优势，而在效率机制的作用下，经理权力的扩张是通常的结果。

[39] 吴家骏《日本的股份公司与中国的企业改革》，经济管理出版社1994年版，第269页。

[40][41] 前引[11]，王丽玉文。

但董事与经理在身份上的竞合显然大大降低了董事制约经理的效用,以至于可以说动摇了上述逐级授权的权力配置方式之根基。事实上,在现代社会公司所有权与经营权分离的大背景下,董事兼任经理的体制很容易导致公司权力由(代表股东利益之)董事会向(实际执行业务之)经理阶层的转移,以至形成学者的所谓“经营者主宰企业,最终所有者被架空”^[42]的局面。

(三)使公司业务执行权与经营决策权分离并将其赋予经理,将有利于公司对经营者的控制。大公司中内部人控制的形成与其股权结构有很大关系。当股权相对集中,即存在一个或几个大股东时,这些大股东出于对自己利益的关心,会通过种种手段影响公司决策的形成和实施,^[43]因此除非经营者互相串通,一般很难形成内部人控制。在没有大股东而且股权分散的大公司,内部人控制则相对较易形成。但在董事与经理身份竞合的情形下,无论是否存在大股东,均较容易形成内部人控制,因为此时起码在董事与经理之间串通的机会主义成本降低到零。将业务执行权从经营决策权中分离出来并赋予经理,则不论是对经理还是董事,都增加了一层约束机制。对经理来说,由于其拥有了独立的业务执行权,成为了公司机关,则董事会出于对公司决策的执行情况的关注,必然会加强对经理的监督和约束。而对董事来说,业务执行权被分离出去,使得董事会在一定程度上远离了公司具体的经营管理,其对公司的控制力将受到限制,又加之董事会权力的进一步明晰,从而形成内部人控制的可能性降低。从这个意义上,可以说将公司业务执行权独立地赋予经理体现了公司权力配置的制约机制和民主化要求,与“资本支配”的现代企业经营原理不仅并行不悖,反而恰恰为后者提供了一层新的制度保障。

实际上,现行理论中试图通过强化经理的受雇人地位来克服内部人控制的努力恐怕是徒劳的。内部人控制的实质在于本该为经理人员独立支配的业务执行权与董事会成员的经营决策权竞合而导致经营人员脱离股东的控制,所以也称作经理人控制。此种控制产生的一系列难题不可能也不应当通过剥夺或限制经理的业务执行权来克服,而应根据经理所处的“企业环境类型”以及企业的股权结构,分别从诸如公司组织制度、收入制度、监督制度、小股东保护制度以及经理选聘等方面入手,从内外两种渠道实现对经理的激励和约束目的。

(四)资本的所有权与经营权分离是现代公司制的一个基本特征。两权分离作为生产社会化的一种结果,又反过来以其自身的机能大大地促进了生产的进一步社会化和专业化,成为推动现代经济发展的巨大动力。两权分离在公司经营管理中的一个结果是经营的科学化、专门化,即形成通常所谓“企业家经营”。由于股东自身能力的局限,其本人未必是经营专家,所以为了适应公司经营的“专门化”要求,现代西方国家大多已不再强调董事必须是股东的法定资格,有的国家,如日本,甚至在其商法典中明文规定“公司不得以章程规定董事必须是股东”。^[44]这是公司为适应现代市场竞争对决策科学和效率的要求而对其内部管理机制所作的调整,其结果是进一步推动了资本所有权与经营权的分离。但现实中,外部董事往往在董事会中并不占主导地位,这主要因为:首先,外部董事的选任要受到内部董事——尤其是作为公司负责人的内部董事的控制;其次,外部董事与内部董事相比,对有关公司经营的各种信息的掌

[42] 此为日本股份公司的一大特点。参见前引[39],吴家骏书,第6页。

[43] 比如,有学者分析认为,美国的所谓“董事会主义”实际就是“大股东中心主义”。因为“大股东根据其判断,得随时撤销不称职的或对股东有道德问题的个别董事和经理的职务,这是没有问题的。”因此,“事实上,美国企业的经理人员感受到来自股东的压力是非常大的。”参见前引[5],史际春书,第305页。

[44] 郭富青:《公司董事与经理的比较研究》,《法律科学》1995年第1期。虽然有些国家(如英国)公司法仍有董事资格股东的规定,但这与一般意义上的“从股东中选任董事”显然不可同日而语。

握相对较少,这使其在董事会中的作用受到限制;最后,外部董事与公司经营成败没有直接利益关系,因此通常较小动力和压力参与公司经营决策。在这种情况下,一旦大股东左右了内部董事的选举,上述通过外部董事来增强公司经营效率的意图就常常落空,而所谓“两权分离”也就很难贯彻始终,于是小股东的利益因此更容易受到损害,大公司在现代市场经济中本应发挥的社会功能亦将因此受到抑制。^[45]公司经营决策权与业务执行权的分离和经理作为公司业务执行机关地位的确立,无疑更有利于公司所有权与经营权的分离,因为即使在大股东控制董事选举的情形下,经理也可因其独立的职权而保持相对的稳定性,从而阻碍了大股东对公司事务的过多干涉。因此,公司业务执行权从经营决策权中独立出来并归属于经理,似乎可以看作是与公司两权分离的“大趋势”相伴而生的公司内部权力配置的一个“小趋势”。

(五)最后让我们再回到与日本体制的比较上。与日本公司董事兼任经理的体制相比,我们提出的将业务执行权赋予经理独立行使的体制似乎在执行的效率方面有所欠缺,即多了一层机关,董事会决策信息的完整传达就多了一重困难;而当经理与董事会意见不一时,执行的效果更是大打折扣。但笔者认为,这种执行效率上的负效应起码可被经理职权法定化所带来的好处从两个方面部分地抵销。一是经理自身的优势。作为公司的直接管理者,经理应该是真正的企业家,又加上经理要负责公司日常经营的组织和指挥,因此与董事相比,经理一般具有能力上、信息上、人事上的诸多优势。这些优势在经理独立地掌握公司业务执行权后会得到进一步加强,从而使经理在执行各项业务时更得心应手。二是权力明晰化导致的交易费用减少。在经理职权、地位不明确的体制下,董事会与经理阶层之间经常地进行着权力的争夺。这种现象的普遍存在必然产生巨大的交易费用。而将经理的业务执行权法定化,将会在一定程度上降低权力争夺所带来的交易费用,因为“权利界定越明确,交易费用越低”。此外,如果考虑到由于公司业务执行权与经营决策权的分离降低了内部人控制的风险所给股东带来的利益,效率上的细微损失更不应是不可原谅的。毕竟,公司经营的效率追求首先是以资本所有者利益的有效保障作为前提的。

五、公司业务执行权之归属与公司对外代表权

经理职权与经理地位是密不可分两个问题,或者说是一个问题的两个方面。假如赋予了经理法定的业务执行权,那么其作为公司业务执行机关的地位应是无可置疑的。与经理地位密切相关的另一问题是经理对外执行业务时的身份问题:基于不同的地位,经理对外执行业务时就享有不同的权利,其行为产生的后果亦有所不同。因此有必要就公司代表权问题作一探讨,以获得对经理的职权和地位的更全面认识。

就公司经理的法律地位,我国台湾有学者认为,经理不具有公司机关的地位。“故于有处理公司管理事务之必要时,若为内部事务管理……应属董事会或其他有业务执行权之人的提

[45] 在西方公司治理结构的争论中,“利益相关者论”认为,“公司的目的不能局限于股东利润最大化,而应同时考虑其他利害相关者——职工、债权人、供应商、用户、所在社区及经营者的利益,股东利润最大化并不等于企业创造社会财富的最大化,企业各利害关系者利益的最大化才应是现代公司的经营目的”(参见赵增辉:《西方公司治理结构中争论的几个理论观点》,《经济学动态》1998年第10期)。对这种理论人们尽可以讨论和批评,但在现代社会中,公司存在的意义早已超出了为投资者谋利,也是一个不争的事实。而这在笔者看来,恰恰从一个重要的方面体现了两权分离的意义。

示,而为事务之管理。若为外部事务之管理,亦即有与第三人发生接触之必要时,其在法律地位上既非是公司之代表机关,则理论上即不当然具有公司代表权,故执行职务时……应经公司代表机关即董事长之授权后,始可认已取得处理该项事务之代表权,此时就其所处理事务之法律关系而言,惟因不具有机关地位……与董事长或董事所为者,不能相提并论。”故法律上经理之地位似应解释为:“基于委任关系,于受公司业务执行机关或代表机关之指示或授权,而代为处理事务之人。”^[46]

我国大陆理论界通说认为,经理对外代表公司参加经济活动是基于公司董事长的委托授权,因此,他与董事会之间发生的关系适用民法中代理的规定。^[47]究其原因在于,“现代典型企业以资本为主导,经理受聘于企业或曰股东,属于雇员范畴。……因此,经典的民商法把经理作为一种代理制度,而非公司机关。”^[48]然而实际生活中,经理以公司的名义对外开展业务活动,却是经常发生的事情。对于此种情况下经理的身份、地位及其行为后果可能产生的法律关系性质应如何界定,学理上有两种观点:其一,经理仅在董事会或董事长授权时才对外代表公司。当然基于公司经营需要的需要,董事长对经理的委托不必限于一次性,董事长可就经理代表公司的事项作出范围明确、时效较长的授权。^[49]其二,董事长和经理在其职权范围内都可以作为公司法定代表人。^[50]

我们认为,与公司业务执行权与经营决策权分离的趋势相适应,并出于提高公司对外经营的效率、保护相对人权益等方面的考虑,应明确规定经理享有公司的对外代表权。具体理由如下:

首先,把经理与公司间的关系描述为代理关系,将会遇到一系列的难题。(1)我国公司法将经理的权限于立法明定外另规定得由章程或董事会授权,与此不同,各国公司法大多规定经理的权限仅由董事会授权产生。那么,此种授权应以授权书方式为之抑或以章程为之?如以后者则不属董事会或董事长授权而系股东会授权,如以前者,则变更授权是否必须以书面方式修改授权书并公示之?未经公示而内部变更授权的效力若何?(2)此种授权在何种条件下可予限制或剥夺?(3)经理人每次与相对人进行交易时,都必须提交授权委托书吗?如果提交,此种繁琐的交易方式于现实中能得到多大程度的贯彻?如不提交,则第三人如何知悉经理人的代理范围并作出经理人有无代理权的判断?(4)此种授权与民法上所谓表见代理的原理以及我国民法通则关于职务代理的规定关系若何?^[51]经理人作为代理人存在的意义和价值于我国民法通则规定的本人(比如公司)明知代理人以自己名义实施代理行为而不作否认表示以及“本人授权不明时”应与代理人对代理后果承担连带责任的场合又有何种体现?此时的越权

[46] 前引[11]王丽玉文。

[47] 参见王保树、崔勤之:《中国公司法》,中国工人出版社1995年版,第124页。

[48] 前引[5]史际春书,第384页。

[49] 前引[47]王保树、崔勤之书,第224页、第125页。

[50] 参见江平主编:《公司法教程》,法律出版社1987年版,第180页。

[51] 在现实中,职务代理与公司代表权的明朗化之间存在着难以协调的矛盾,这种矛盾在经理对外执行业务时显得尤为突出。表见代理似乎可以做为一种制度上的补充,但很显然,表见代理也没有解决上述矛盾,因此其实际运作的成本(比如信息收集的成本、举证的成本等)是相当高的。

代理能阻碍本人承担民事责任吗?。^[52]对上述疑问,通说似乎并未提供令人信服的答案。

其二,假定实务中董事长不兼任总经理并且不担当业务执行之责,则董事长的职权除参与董事会决策及依法代表公司外,对股份有限公司依我国公司法第114条规定尚有以下三项职权:(1)主持股东大会和召集、主持董事会会议;(2)检查董事会决议的实施状况;(3)签署公司股票、公司债券。显而易见,公司对外代表权赋予享有业务执行权而与第三人产生大量交易关系的经理要比赋予仅仅参加决策而不承担对外交易责任的董事长更便于公司经营业务的开展。经理在业务执行中必然与交易相对人谈判并签订大量交易契约,如果经理没有独立对外代表权使所签契约产生效力,此种交易便不易取得相对人的信任并保证交易的安全,亦消极地影响交易的成本和速率。

其三,假定董事长兼任经理并担当业务执行之责,即出现董事长与经理的身份和职位竞合时,是因为董事长吸收了经理职位而享有代表权还是因经理吸收了董事长职位而取得代表权?我们认为,对外代表权应与业务执行权结合在一起,而不应与经营决策权合为一体。因为经营决策是公司内部意思的形成,此意思的效力是对内的,无需向外公示。而业务执行权则涵盖对内事务管理和对外交易两个方面。如对外交易时,交易的完成依赖于双方的代表人或代理人即业务的实际担当者。而业务担当者权力的明晰化、定型化及代表权的真实性对保证交易的顺利进行及交易目的的实现是至关重要的。作为公司对外业务的实际执行者,经理如果没有代表权而是每次交易均须单独授权,则不仅会延缓交易效率,而且会因交易环节的增多而增加交易成本,从而有违公司权力配置的实质目标。正如学者指出的,代表权区别于代理权之所以必要,即在于“复杂、繁琐的代理制度不利于增强法人在经济交往中的竞争能力和应变能力,有必要代之以一种简化的、高效率的、易于取信于社会大众的制度——这就是代表制度”。^[53]

其四,传统的法定代表人制度的实质,在于公司之意思借助于作为自然人之董事长实现对外的表示。各国法律通常并未因法定代表人具有自然人的弱点(即作出的表示与真实意思可能有出入)而宽宥法人的责任,反而对其要求十分严格。^[54]因而董事长作为法人代表所作的表示与公司真实意思之不一致对公司可能产生的风险于当今各国采董事会中心主义而致董事长较少接受股东会约束的情况下要比股东会中心主义时代其系数大得多。我国当今立法和现实虽未过渡至董事会中心主义而仍属股东会中心主义,但将对外代表权赋予经理而使其受到董事会(通过聘任解聘的人事任免机制以及经理报酬多少的收入决定机制)、监事会的双重约束,起码不会增加因表意不实可能给公司产生的风险。这与前文所言将执行权归属于经理从而更利于对其监督、约束的道理是一致的。

其五,公司代表权法定化的理论基础是所谓“有机体理论”。该理论认为,“把公司看成是一个有机体,主张董事会的代表权是由法律直接授予的,代表人可以依法独立代表法人,股东会不得随意约束其行为。”^[55]我国学者论及这一理论相对于传统的“委托理论”的优点时认为,“在法律上确定代表权的法定性……有利于所有权与经营权的分离,有利于使经营者摆脱所有者的直接控制,因而也更有利于法人组织的自身发展和社会总资本的流通安全以及维护资本所有者的整体利益”。^[56]这无疑道出了公司代表权法定化之真谛。但我们认为,将公司对外

[52] 出于保护交易相对人的考虑,答案当然是否定的。既然如此,那么此种“代理行为”与代表行为在现实效果上又有何种区别?

[53][55][56] 石慧荣:《法人代表制度研究》,《现代法学》1996年第4期。

[54] 参见彭诚信:《对法人若干基本理论的批判》,《吉林大学社会科学学报》1998年第5期。

代表权由董事长转交经理行使,则是所有权与经营权分离的更高层次的要求,并更加有利于法人作为独立实体参与经济生活,造福社会大众。假如经理享有了法定代表权,则即使大股东控制了董事会,经理依然能以其法定职权执行业务,从而在一定程度上保证了全体资本所有者的利益,也更有利于公司社会功能的充分发挥。这又一次与前文所述业务执行权归属经理所达之效果相仿,恰恰从一个侧面反映了业务执行权与对外代表权的同质性和不可分离性。

其六,各国公司法虽均规定董事长为公司法定代表人,但由于经理无代表权造成的种种不便,立法或实践中常常要做出某些变通。如日本商法典第262条(表面代表董事)规定:“总经理、副总经理、专务董事、常务董事和其他被认为有代表公司的权限等名称的董事所做的行为,公司在该董事虽无代表权的场合,仍对善意第三者承担责任。”^[57]而在美国,一方面认为“公司对经理行使权利的管理,更多地是适用代理法的有关原则”,另一方面又认为,“当经理代表企业与第三人进行业务交往时,通常被看成享有 implied actual authority (隐蔽的权力)或 apparent authority (明显的权力)。这些权力或是由他们职务的性质来确定,或是根据他们过去处理某项业务的经历来确定。”^[58]这样说来,“在美国,董事会行使公司权力是法律赋予的”,^[59]而经理的权力则是现实中暗含的。因而,美国公司中“chief executive officer”一词的内涵便因公司不同而有异,有时可指董事长,有时又指总裁。当董事长为公司的 chief executive officer (最高行政负责人或最高业务主管)时,总裁就只能是公司的 chief operational officer (主要执行主管),其地位低于董事长。^[60]由此可见,无论董事(或董事长)是否与经理(最高业务执行人)的职位发生竞合,负责业务执行的经理(或有别的名称)被视为代表公司行事并由公司承受其行为后果,其必要性及现实可能性均已十分明了。只是因为各国立法无如对董事会或董事长那样明文赋予其代表权,才使经理与公司的关系界定在代理的范畴之内,而被交易相对人拟制为经理实际上拥有默示的或明示的代表权。而日本立法则在明文规定董事会有代表权之外,规定经理也有代表权,其立法自身的妥协之处由此可见一斑。

综上所述,我们认为,公司对外代表权应与公司业务执行权结合,一并归属于经理。但是,由一个自然人代表公司能否适应现代化和生产经营多元化的发展需要已为人们所怀疑。^[61]在立法例上,多人代表亦已存在。^[62]故我们认为,如果设一人代表公司,应由有业务执行权之经理担任,理由已如上述;如果多人代表公司,则首先应将经理包括其中。固然,多人代表有可能给公司增加类似合伙那样的较多风险,但表见代理制度以及我国民法通则中关于法人工作人员执行职务的行为应由法人承担责任的规定,也足以使公司承受经理行为的全部后果和责任,此种后果与代表行为的后果最终并无两样。

结 语

公司是一种组织,这是公司的一个基本特征。然而作为组织体的公司,其目标只能靠自然

[57] 引自卞耀武主编:《当代外国公司法》,法律出版社1995年版,第642页。

[58] 参见[美] Eunice K. Kim:《试论中国股份制企业内部机构的组成——兼与美国有关公司立法之比较》,《法学评论》1987年第4期。

[59] 前引[29] 张开平书,第39页。

[60] 参见石慧荣:《美国公司领导体制的特征》,《现代法学》1993年第3期。

[61] 前引[60] 石慧荣文。

[62] 见日本商法典第261条关于数名董事共同代表公司的规定。

人组成的机构的运作得以实现。因此,所谓“公司治理结构”问题对公司的存续和发展就具有了非常重要的意义。在狭义上,公司治理结构是指有关公司权力与责任在各公司机构之中分配状况的制度安排,从理论上讲,它一般应包含两个方面内容:一是公司权力如何划分;二是这些权力如何在各公司机构中分配。各种关于公司治理结构的理论,最终都要在这两个问题上提出自己的见解和方案。我国学者一般将公司权力划分为所有权和经营权;或者进一步将经营权分为经营决策权与监督权,从而按照所有权、经营决策权、监督权“三权分立”的原则来考虑公司权力的配置和运作。笔者认为,这种划分方法过于简单化,已不能适应高度复杂的现代市场经济对公司权力构造理论提出的要求。这主要表现在,用经营决策权来涵盖除监督权以外的所有公司经营权力,理论上缺乏说服力,实践中也缺乏可操作性。在复杂、高速的现代市场竞争中,业务执行显然不应再被看作是公司经营决策的附属物,其自身早已具备了对公司生存、发展的巨大意义以及相应的在理论上的独立价值。正是从这个意义上,有必要突破传统的股东会、董事会、监事会“三足鼎立”的公司权力构造理论框架,将公司业务执行权作为一种独立的权力加以研究,并在此基础上重新审视公司经理的职权和地位。

但在我国,这样的研究显然还太少。这也正是笔者不揣冒昧,提出自己对此问题的思路和见解的原因之一。我们深知,作为一种初步的研究,本文提出的问题比解决的问题更多;而且,本文提出的观点,在我国的现实国情下,可能更容易遭到批评和挑战。正如学者指出的,在我国公司的实际运作中,经理拥有的权利大大超出了法律所载明的范围,他们在公司内部权力体系中甚至代替了传统企业所有者的位置,登上了权力阶梯的顶层,行使着公司资本运作的几乎所有权能。^[63]这时候,从理论上明确经理的业务执行权,与学术界主张限制经理权力的呼声似有不协调之处。其实这是一种误解。我们主张的是应该按权力自身的特征决定其归属,并在法律上予以明晰化,这不仅不是对经理权力的“放纵”,恰恰是约束。在我们看来,公司的各种权力只有按照市场运行的要求、权力配置的原则和权力自身的特征得到配置,所谓“各得其所”,公司权力配置结构才能相对地趋于稳定,相应的公司经营效率的提高和所有者利益的保障才有了基本的前提。而法律所能做的仅仅就是把这种相对科学的权力配置结构明晰化、固定化。这里,我们想套用托克维尔的一句名言:法律只要不以事物自身的规律为基础,就总要处于不稳定的状态。^[64]

最后需要补充的一点是,对本文提出的将公司业务执行权赋予经理,使经理成为公司机关的想法,主要应看作是对现实的另一种“解释”和对公司权力转移趋势的另一种判断。解释是否合理,判断是否准确,既取决于未来实践的检验,也取决于理论上的进一步论证,我们希望学界同仁能对这一在理论和现实中均具有重大意义的课题给予更多的关注,进行更为全面、深入的研究。

[63] 参见李玉梅:《建立我国经理法律制度的思考》,《法制与经济》1997年第4期;另见范健、蒋大兴前引文。

[64] 托克维尔的原话是:“法律只要不以民情为基础,就总要处于不稳定的状态。”托克维尔:《论美国的民主》上册,董果良译,商务印书馆1988年版,第315页。