

论法人董事与代表人董事

——兼议董事独立性的界限

● 许德风*

【内容摘要】 我国现行企业法中已存在一些零散的关于代表人董事和法人董事制度的规定。将这些制度有效整合,正式承认代表人董事乃至法人董事制度并一般性地将其扩大适用于各类企业,有助于降低股东委任、改派和监督董事的成本,有助于澄清股东与董事、董事与公司、股东与公司的法律关系,是适应我国公司治理现实的制度选择。法人董事与代表人董事制度的存在,也具有重要的理论价值,说明强调董事的独立性本身仍不足以充分保护公司利益。对公司利益的维护,是董事制度、股东的信义义务等制度综合运用结果。法律应适应企业经营现实,提供充足的公司类型及恰切的公司治理模式供投资者选择。

【关键词】 法人董事 代表人董事 董事会 派遣权 监事派遣

法人董事,即由法人(通常是股东)担任公司或其他类型法人的董事。代表人董事,是指由自然人(代表人)受法人指派而担任的董事,这些代表人先由法人(或政府)指定出来,再通过股东大会选举以个人身份正式当选。二者的共同点是具体行使董事职权的自然人均可由派遣人随时改派而无需经过股东大会的决议(前提是董事须在任期内)。与上述两种董事相近的是“股东董事”,即由自然人自己担任董事或形式上由自然人担任董事,但该董事客观上受到其背后的任命者即股东的直接控制,其与代表人董事的差别是每次选任和罢免都须经过股东大会的程序。

对我国《公司法》及相关法律而言,“股东董事”很常见,但代表人董事和法人董事却是陌生的。尽管《公司法》第 44 条、第 108 条关于董事资格积极要件的规定及第 146 条关于董事资格消极要件的规定未明确禁止非自然人担任董事,但第 146 条第 1 款列举的不得担任董事的五种情形均是针对自然人的。这在事实上排除了非自然人担任董事的可能性。对此,公司上市规则与公司登记规则可以作为辅证。中国证监会《上市公司章程指引》(2014 年修订)第 95 条规定“公司董事为自然人”;而公司登记实务操作也需要董事的身份证等个人证件。故总体而言,我国对法人担任董事的制度持否定态度。^①

不过,仔细考察我国公司法的整体实践可以发现,断然否定我国存在代表人董事或法人董事制度的观点并不正确。一方面,现行法在许多情形下仍例外地允许法人董事或代表人董事的存在(详见下文);另一方面,在我国的公司运作实务中,董事由特定股东指派并事实上由该股东任免的“股东董事”

* 作者单位:北京大学法学院。本文是国家万人计划(第一批青年拔尖人才支持计划,2013 年)研究项目“法教义学与价值判断”的阶段性研究成果。

① 参见梅慎实:《现代公司治理结构规范运作论》,中国法制出版社 2002 年版,第 459~460 页。

之情形普遍存在,其与事实上的代表人董事或法人董事已相去不远。如有研究发现,我国有 37% 的上市公司董事长(其中,国有控股公司平均为 44%,私人控股公司平均为 23%^②)并不在上市公司领薪,其薪酬是由作为股东的控股公司或其他单位根据上一年度上市公司完成的业绩或上缴利润情况发放;此外,上市公司的部分董事也不在上市公司领薪,这都非常直观地反映了我国股东派出董事的现实。

目前,我国关于这一问题的研究已有一些进展。如赵旭东教授于 2003 年提出,我国法人董事的现象是实际存在的。许多公司的控股股东成为事实上的董事,或其派出的董事成为其代言人,行为和意见受该法人股东操控,实质上行使了董事的职权。若立法上规定法人董事制度,有助于明确担任董事的法人及其代理人的责任。^③ 林承铎等则分析了我国台湾地区关于法人董事与代表人董事的规定及学理争议,认为法人董事有利于维护法人股东的合法权利,有利于理顺法人股东与其代表人的关系,有利于监督和约束法人股东的行为及完善董事责任制度,同时也指出了该制度可能存在的缺陷,建议我国大陆公司法立法确认法人董事制度,以规范现实中存在的法人实质董事的现象,并建议规定法人董事的代表人不限于一人,选派代表应经过股东大会任命,法人董事对其代表人执行职务造成的损害承担连带责任。^④ 黄爱学将法人董事分为名义上的法人董事和事实上的法人董事,并认为此两种制度均应在我国法上建立。^⑤ 官欣荣持反对法人董事或代表人董事制度的观点,认为法人董事制度的产生有特殊的历史条件,必须结合现实作出解释,且比较法上出现了禁止法人担任董事的趋势,同时提出了一系列反对法人董事制度的理由。^⑥ 邓峰认为,董事是否必须为自然人是一个有争议的问题,法人董事制度会加强公司间的关联和造成职位瓜分,与社团选举、轮换等民主原则形成冲突。他同时还认为,禁止法人担任董事并不能消除上述弊端,因为股东可以通过协议安排达到相同的目的,实质上的法人董事无法避免;对法人董事问题,从根本上还是需要通过公司程式化和董事责任的有效追究两个途径予以解决。^⑦

本文拟在上述既有成果的基础上,结合全面而详细的比较法解析及对我国法上股东董事现象的进一步考察,厘清法人董事与代表人董事制度中各方之间的法律关系。同时,在现实的维度上重新探讨董事独立性理论,为评价和指引董事、其背后股东或其他利益相关人的行为提供更周全的规范依据。

一、我国法人董事与代表人董事的实务考察

如前所述,我国现行法上并非完全没有关于法人董事或代表人董事的规定,具体体现在以下几个方面。

其一,我国《公司法》关于国有独资公司董事会成员的委派规定(第 67 条第 2 款)及职工代表大会选择代表人担任董事的规定(第 44 条第 2 款),都可以说是承认了国有资产管理机构或职工代表大会选派代表人担任董事的权利。

其二,现行《中外合资经营企业法》第 6 条明确规定:“合营企业设董事会,其人数组成由合营各方协商,在合同、章程中确定,并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的,由他方担任副董事长。”《中外合作经营企业法》第 12 条第 1 款也规定:“合作企业应当设立董事会或者联合管理机构,依照合作企业合同或者章程的规定,决定合作企业的重大问题。中外合作者的一方担任董事会的董事长、联合管理机构的主任的,由他方担任副董事长、副主任。”在司法实践中,围绕外商投资企业董事更换与指定问题所发生的争议不小,因缺

^② 参见郑志刚、孙娟娟:《任人唯亲的董事会文化和经理人超额薪酬问题》,《经济研究》2012 年第 12 期。

^③ 参见赵旭东:《有限责任公司的改造与重塑》,《政法论坛》2003 年第 3 期。

^④ 参见林承铎、吴涛:《法人董事理论与立法选择》,《南京大学法律评论》2006 年春季号。

^⑤ 参见黄爱学:《法人董事制度的法律分析》,《西部法学评论》2012 年第 2 期。

^⑥ 参见官欣荣:《法人董事制度与公司治理》,《法学》2007 年第 12 期。

^⑦ 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 533~534 页。

乏清晰的理论指导,常有疑案。如在“丰原药业案”^⑧中,被告程文显是蜂宝厂的法定代表人和大股东,蜂宝厂在与某外企组建的中外合作企业百春公司中的出资占比80%。后程文显将蜂宝厂所持的百春公司的股权转让给丰原药业,程文显成为丰原药业的董事,被丰原药业委派至百春公司担任董事。其间,因被告程文显从事多项关联交易,原告丰厚药业认为其损害了百春公司和丰原药业的利益,故诉请更换该董事。但由于合作公司的章程规定,“合营各方有权委派和更换董事,必须征得对方同意”,而原告撤换董事的要求未得到该外企股东方的同意,因而陷入僵局。法院审理认为,公司章程的约定与合同法中有关委托合同的规定相悖因而无效,遂判决支持原告撤换董事的请求。该案体现的主要问题就是法人股东如何约束其派遣董事,以及可否随时更换被派遣董事。

其三,在合伙企业中,法人可担任合伙事务执行人。当然,考虑到法人不具有真正意义上的意思能力,因此《合伙企业法》第26条第3款规定,法人、其他组织执行合伙事务的,由其委派的代表执行。这一规定是对法人可担任企业事务执行人的确认。

其四,在企业破产时的债权人会议中,债权人会议的主席应从有表决权的债权人中指定,这也意味着该主席可以由法人担任。在法人担任债权人会议的主席时,应由该法人指定其工作人员或代理人履行债权人会议主席的职责。^⑨

其五,在有限公司的股东协议中,股东常会就公司的人事安排作出约定,如约定由某一股东委派董事(当然,在我国《公司法》不承认代表人董事的情况下,还是要经过公司的选举)。^⑩对于此类股东间约定对其他股东乃至对公司的拘束力,并不能简单地否定。^⑪

其六,一些在中国从事经营的知名企业也明示地采取了派遣董事或代表人董事的制度安排。例如,携程网的公司章程就规定了股东指定董事的权利。尽管携程网作为一家在美国纳斯达克上市的公司,并非是依照中国公司法组织的公司,但其独特的股东派遣董事制度,仍然体现了美国证券市场对董事委任制度的宽容,同时也成为一种外国公司法制间接“输入”中国的特殊形式。^⑫2014年在美国纽交所上市的阿里巴巴公司的董事选任规则也具有派遣董事的特征:该公司的董事选举是由“合伙人委员会”提名,并由股东大会就该提名所确定的人选投票完成。若股东大会无法通过该提名,则“原董事会会继续履行职责,直至下一次股东大会根据所提名的人选选出新的董事”。^⑬结果是只能由既有的董事和合伙人委员会提名的董事经营和管理公司,其与代表人董事或派遣董事无异。

其七,如前所述,我国各类公司中与法人董事或代表人董事相仿的“股东董事”现象极为普遍,如何加以规范值得深入研究。在实践中,国有资产管理机构除了在独资公司中委派董事、监事外,在非独资的情况下,也通过委派董事或监事维护自身权益。2013年发生的北京银行监事会主席更迭纠纷,是近年来因(国有)股东委派董事、监事而导致矛盾激化的典型事例。^⑭现实中,国有股东(包括国有资产管

^⑧ 参见安徽省高级人民法院(2004)皖民二终字第62号民事判决书。

^⑨ 我国《企业破产法》第60条规定:“债权人会议设主席一人,由人民法院从有表决权的债权人中指定。债权人会议主席主持债权人会议。”

^⑩ 例如,在“青海碱业案”中,青海碱业的三位股东即浙江玻璃(甲方)、董利华(乙方)、冯彩珍(丙方)与新湖集团(丁方)订立了增资扩股协议,约定新湖集团以9亿余元认购青海碱业增资后的35%股份(实际上新湖集团向青海碱业增资的结果是稀释老股东的股权,相当于老股东合计转让35%的股权给新湖集团),其中约3亿元用于增加注册资本,约6亿元用于增加资本公积金,增资款分期支付。增资后,其他股东持股比例为:甲方60.279%,乙方4.249%,丙方0.472%。协议第6条为“公司治理”,第6.1条约定:“丁方有权按照青海碱业公司章程的规定向青海碱业委派董事、监事,自协议生效日至丁方实缴全部出资完成日前,丁方有权至少向青海碱业委派1名董事和1名监事。”参见陈群峰:《认真对待公司法:基于股东间协议的司法实践的考察》,《中外法学》2013年第4期。

^⑪ 参见许德凤:《组织规则的本质与界限》,《法学研究》2011年第3期。

^⑫ 携程网公司(Ctrip.com International, Ltd.)于2003年9月4日通过的公司章程曾规定该公司董事会由8人组成,其中凯雷(Carlyle)等投资人可以指定两名董事,三位股东每人可以指定一名董事。在公司2011年的年报中仍有诸如“股东所指定的董事只能由股东免职”的表述。

^⑬ See Registration Statement Under the Securities Act of 1933 (Form F-1) (Alibaba Group Holding Limited), 2014. 5. 6, p. 189.

^⑭ 参见周鹏峰:《任志强炮轰北京国资委干预,北京银行称依法选举新任监事长》,《上海证券报》2013年1月16日第F07版。

理机构股东和国有公司股东)委派董事(即所谓“股东董事”)的具体操作程序是,先由党内组织部门及政府人事部门对被考察人进行考察,在被考察人获得通过后再履行公司股东大会表决等相应程序(或者由集团公司以股东身份投票选任其所中意的工作人员担任董事^⑩),如中央汇金公司2009年就曾面向社会公开招聘派出股权董事候选人并推荐到该公司参股或控股的金融机构担任专职董事。除了当事人身份具有特殊性的国有企业和中外合资企业外,在“正常”的公司制企业中,因董事任免问题而发生争议的情形亦不少见。例如,在“君安诉申华案”中,表面上的争议是股东大会的程序问题,但实际焦点仍是委派董事的问题。正如学者所指出的,虽然我国法并未明确规定代表人董事,但是法人股东提议能够代表其利益的人选并通过股东大会选举使其进入董事会的做法,是实务上的惯例。该董事需要更换时,法人股东仍然需要重新提议自己希望改派的人选,并需通过股东大会选举而非必然当选,因而会产生如“君安诉申华案”中的纠纷。^⑪

二、域外法人董事、代表人董事制度的广泛应用

(一)域外法人董事或代表人董事制度概览

关于域外法人董事及代表人董事制度,既有研究已取得了相当的进展。^⑫ 总体而言,多数国家或地区的公司法都承认法人董事或代表人董事制度。

《法国商法典》第L225-20条明文允许法人担任公司的董事。在法人当选为董事时,其必须指派自然人为其经常性的代表人,以履行董事之职责。该法同时规定,虽名义上董事为法人,但该代表人也将被视为董事,履行同样的义务并承担相应的法律责任。此外,在法国法上,代表人可随时改派。^⑬

在英国法上,法人可担任董事。英国2006年《公司法》第155条第1款规定,公司必须有一个自然人董事。这意味着在自然人之外,还可以由法人担任公司董事。该法第164条还规定了法人担任董事时的登记事项(公司或法人名称、主要营业处所等)。^⑭ 在英国,尽管实践中选任董事的事项通常由股东大会负责,但这一做法并非“通行”(universal)。^⑮ 根据2008年英国《公司章程指引》^⑯第17条,公司董事既可以由股东大会选举,也可以由董事会自己任命。这与我们通常的董事会由股东(大)会选举的认识(如我国《公司法》第37条第1款第2项之规定)有很大的出入。当然,对于一个公司尤其是上市公司而言,董事的独立性非常重要。也正是出于这样的原因,由英国财务报告委员会(Financial Reporting Council)制定的《英国公司治理准则》(The UK Corporate Governance Code,2012)规定,若董事代表特定股东,则应予披露,此类董事应被认为是非独立董事;不包括董事会主席在内,公司应当具有一半或一半以上的独立董事(该规定主要适用于FTSE即富时指数所涵盖的350家公司,不适用于小公司,对后者要求有两名或两名以上的独立董事)。另外,英国2006年《公司法》确立的另一个重要规则改变了此前法律的规定,即无论公司与董事之间有何种约定,公司都可以通过股东大会决议罢免董事。^⑰

我国香港特别行政区《公司法》(Companies Ordinance)第456条原则上禁止法人董事,不过并非没有例外。根据其第457条的规定,目前对于不属于任何拥有上市公司的公司集团的私人公司(Private

^⑩ 如《哈药集团有限公司外派董事管理制度》(2004年)第11条规定:“在派遣董事时,集团公司董事会董事长先根据董事会决议,在权属公司股东大会上对外派董事提议案进行表决,外派董事提议案经过权属公司股东大会表决通过之后,再由董事会董事长签发外派董事任命书。”

^⑪ 参见罗培新:《股东投票机制的合同解释》,载蒋大兴主编:《公司法律报告》第3卷,中信出版社2006年版,第240~241页。

^⑫ 参见林仁光:《“公司法”第二十七条法人董监事制度存废之研究》,《台大法学论丛》2011年第1期。

^⑬ 同上注;[法]居容:《法国商法》第1卷,罗结珍等译,法律出版社2004年版,第338页。

^⑭ 在英国2006年《公司法》颁布后,原来只有公司董事的公司,被要求在2010年10月1日以前选出自然人董事。参见 <http://www.companieshouse.gov.uk>,2014年12月29日访问。

^⑮ See Paul L. Davies, Gower and Davies' Principle of Modern Company Law, 8th Edition, Sweet & Maxwell, 2008, p. 379.

^⑯ See The Companies (Model Articles) Regulations 2008.

^⑰ 同前注^⑮, Paul L. Davis 书, 第389页。

Company),可例外允许法人担任其董事。

我国台湾地区允许政府或法人在符合法定要件时担任公司的董事或监事。^⑳其“公司法”第27条规定:“(1)政府或法人为股东时,得当选为董事或监察人。但须指定自然人代表行使职务。(2)政府或法人为股东时,亦得由其代表人当选为董事或监察人,代表人有数人时,得分别当选,但不得同时当选为董事及监察人。(3)第一项及第二项之代表人,得依其职务关系,随时改派补足原任期。(4)对于第一项、第二项代表权所加之限制,不得对抗善意第三人。”具体而言,按照上述第1项,政府或法人本身是董事。当然,因政府或法人无实体,无法执行董事职责,应由政府或法人的代表人履行董事职责。政府和法人可以与代表人签订明示或默示的委任合同,随时撤换和改派这类代表人。^㉑第2项所规定的董事被称作代表人董事。

欧盟法也有关于法人董事的规定。^㉒另外,在欧盟新创立的公司组织形式SE(Societas Europaea)中,若其本国法允许,法人可以成为公司机关的成员。^㉓

关于美国法,有学者援引《特拉华公司法》第141b条认为,“公司应设一名以上的董事,每一名董事都应当是自然人”乃是禁止法人董事的规则。^㉔不过,该规定的存在并不意味着公司章程不可以规定股东享有不经股东大会而任命董事的权利。在美国的封闭公司中,对公司管理架构所作的约定被认为是有效的,因此股东可指定特定人担任董事。^㉕

德国《股份公司法》采取的是所谓双重“董事会”的结构(dual board system),包括负责公司经营管理、对外代表公司的董事会(Vorstand)和选任与监督董事会的监事会(Aufsichtsrat)。^㉖其中,董事与监事均应由自然人担任。^㉗不过,监事是可以通过“派遣”制度由股东任命的。^㉘而此处的监事,在性质上更接近于我国公司法或美国公司法上的董事,其具有重要的借鉴意义,故下文予以详述。

(二)德国法上的监事派遣制度

从德国股份公司及《股份公司法》的历史发展来看,监事派遣权的规定最早并不针对股东代表人的派遣,而是针对职工监事。有关规定最早出现在1920年的《企业工会法》中,内容是企业工会有权派遣职工进入监事会,不过该规定在20世纪30年代被废止。之后,经过第34届德国法律人大会的建议,1931年的《股份公司法》草案规定了股东的监事派遣权,以便为国家等公法社团(öffentliche Körperschaften)对公司机构施加影响提供渠道。^㉙按照当时起草者的设计,被派遣的监事应当享有和其他监事相同的权利,尤其应当维护所担任监事公司的利益。^㉚有关股东的监事派遣权的正式法律规范依据是1937年德国《股份公司法》第88条。目前仍施行的1965年德国《股份公司法》第101条第2款保留了该制度,可见在德国公司法上该制度是相对稳固的。

在性质上,“监事派遣权”被认为是《德国民法典》第35条所规定的股东“特别权利”(Sonderrecht),

^⑳ 同前注①⑦,林仁光文。

^㉑ 参见王文宇:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第102页。

^㉒ See Art. 47 of Council Regulation(EC) No. 2157/2001.

^㉓ 同前注①⑦,林仁光文。

^㉔ 同上注。

^㉕ See § 7.32 of MBCA.

^㉖ Jan Lieder, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit, JWV (Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft), 2006; Lieder, The German Supervisory Board on Its Way to Professionalism, 11 German Law Journal 115(2010).

^㉗ Vgl. § 76 III, 100 I AktG.

^㉘ 对此,一些学者仍有误解。同前注①⑦,林仁光文。

^㉙ Vgl. § 77 AktG - E 1931; DJT - Kommission, Generalbericht, 1928, S. 22; Spindler, Bayer et al. (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Mohr Siebeck, 2007, S. 512. 当时还有更为激进的观点,如有人建议允许非股东、非职工的第三人享有监事派遣权,但未被立法者采纳(Vgl. Brodmann, ZHR 1929, 31, 39 f.; Hopt/Klaus, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., § 101, Rdn. 102; 傅学昱:《德国股份公司中监事会成员选任制度研究》,北京大学2010年硕士学位论文,第42页)。

^㉚ Vgl. Schmölder, JW 1930, 2623, 2627 (zum AktG - E 1930).

只有当事人自己同意并经章程修改方可调整(特别权利不得以社员大会的决议加以损害)。^{③④}当然,若在章程制定之初便规定公司股东大会可以调整监事派遣权,如规定股东大会可以决议减少派遣监事的名额,则该规定视为股东对其“特别权利”受限的事先同意。^{③⑤}德国法上关于监事派遣权的基本规定如下。^{③⑥}

其一,为避免干预公司自治,法律未明确规定派遣权的形式、行使方式、权利限制等事项,而留由章程自治。具体而言,监事派遣权的内容,既可在章程制定时就予以规定,也可通过之后的章程修改进行规定。例如,2014年版的德国大众汽车公司章程(Satzung der Volkswagen Aktiengesellschaft)第11条第1款便规定,只要作为股东的下萨克森州直接或间接持有的大众汽车股票不少于15%,其便有权向监事会派遣两名监事。

其二,派遣权可为特定股东设定,也可为记名股票(vinkulierte Aktien)设定。前者为人身性的监事派遣权,即所谓“股东派遣权”,规定于德国《股份公司法》第101条第2款第1句前项,具有人身属性,非经章程规定的公司批准程序,不得转让,亦不得继承。^{③⑦}后者为与记名股票相连的派遣权,属于所谓的“股权派遣权”。股东派遣权既可由自然人享有,也可由法人享有。在法人/公司享有监事派遣权的情况下,该权利不因法人形式的变动而消灭,只要该形式变动符合德国《公司法》第190条以下的规定;但若章程无特殊规定,公司合并、分立及对外转让资产等行为将导致监事派遣权的丧失。^{③⑧}股权派遣权规定于德国《股份公司法》第101条第2款第1句后项,其转让受法律或章程对记名股票转让的限制,比如,此类股票的转让通常需要经公司(董事会)的批准(德国《股份公司法》第68条第2款)。^{③⑨}将监事派遣权限制在特定股东及记名股票上,目的在于防范纯投机性持有股票的股东获得此项权利。若持有股权者为复数,章程可规定股权派遣权的行使方式(多数决或全体一致决)。若章程对此无规定,则适用《德国民法典》第741条以下关于按份共有的规定,适用简单多数决。

其三,根据德国《股份公司法》第101条第2款第4句,派遣人数不得超过监事总数的三分之一。该规定的目的是保证股东大会对监事会的控制力,同时防止个别股东在未持有充分股权的情况下,对公司的经营管理享有过强的影响力。^{④①}该三分之一的数量限制是法定的,若章程规定的派遣监事的数量超出此限制,则原则上全部派遣权无效,而不仅仅是超出部分无效。但若派遣权只由一名股东享有,则派遣并非无效,而是自动缩减到三分之一以下。^{④②}

其四,如同股东在股东大会上的投票自由(Wahlfreiheit)一样,派遣人也有派遣自由(Entsendungsfreiheit),即可在章程规定的范围内,自由选择其派遣人选,派遣人也可以不行使其派遣权,若不行使派遣权,则除非章程有特别约定,有关监事成员的位置将空置,公司不得自行补足之。^{④③}在具体程序上,派遣人在选定了其监事人选后,通知公司董事会即可完成派遣。

三、选举与派遣的权衡——兼议董事的独立性

有观点认为,法人不应直接担任公司的董事。理由是,法人归根到底是拟制的,和血肉之躯的自然人是性质不同的法律主体,这一核心差异将导致以下问题:(1)法人作为一个拟制主体很难适应商界瞬息万变的局面,从而及时有效地作出适当的商业判断。(2)法人对外的代表需要由特定的自然人担任,

^{③④} Vgl. Hopt/Roth, in: Großkomm AktG § 101 Rn. 117.

^{③⑤} Vgl. Mertens, in: KölnerKomm AktG § 101 Rn 49.

^{③⑥} 同前注^{③⑤}, 傅学昱文, 第42页以下。

^{③⑦} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 34.

^{③⑧} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 38.

^{③⑨} Vgl. Windbichler, Gesellschaftsrecht, C. H. Beck München, 2009, § 30 Rn. 5.

^{④①} Vgl. Begr. RegE Kropff, S. 138 f.

^{④②} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 55.

^{④③} Vgl. Karsten Schmidt (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 2008, § 101 Rn. 26.

因此很难想象法人可以被选举为公司董事。(3)法人担任董事可能会发生与法人目的相冲突的情况。以营利法人为例,法人的核心目的是获取利润;而法律对董事要求的核心是强调董事承担忠实义务和注意义务,允许法人担任董事,将造成这两方面义务的冲突。^④(4)若法人有权同时指派代表人担任董事与监事,则董事与监事之间的关系也存在相互冲突的问题。(5)当董事须承担民事责任时,究竟是由法人与董事共同承担还是由二者之一承担,亦有疑问。^⑤

在上述反对法人董事或代表人董事制度的理由中,前四项均可在承认法人董事制度的框架下得以解决,而无需废除法人董事制度。其中,前两项并非真正的难题,毕竟法人担任董事并非是法人这个虚拟的人出席董事会并参与企业的管理,而是法人所指派的代表参与董事会并进行管理。第3、4项可以通过确立双重的信义义务解决:在代表人董事制度下,董事知悉其所担任董事的公司(董事公司)的经营信息,而委派该董事的股东(股东公司)因与代表人之间有委托合同,也知悉董事公司的信息,故二者均对董事任职的公司负有信义义务。^⑥同样,法人所选派的监事也应承担相应的义务。对于上述第5项,可通过公司集团法的规范,要求作为股东的公司承担相应的责任。^⑦

涉及董事委派问题的“沈阳娃哈哈公司董事秦鹏竞业禁止案”是一个争议颇多的案例,也非常具有代表性,可以作为探讨法人董事与代表人董事问题的例示。该案的具体案情为:沈阳娃哈哈公司成立于1997年,由杭州娃哈哈饮料有限公司(为达能所控制)持股95%,由沈阳陵东实业发展总公司持股5%。2007年7月初,沈阳陵东实业发展总公司以原告的身份将沈阳娃哈哈达能方的派出董事秦鹏诉至法院,并以沈阳娃哈哈公司为诉讼第三人。原告认为,秦鹏违反了竞业禁止规定,违规在与沈阳娃哈哈公司有竞争关系的其他公司中担任职务,给沈阳娃哈哈公司造成了损失,请求法院判决秦鹏停止在其他竞业公司中担任职务,停止担任沈阳娃哈哈公司董事,并向原告和沈阳娃哈哈公司支付各种款项合计人民币500万元。法院经审理查明,秦鹏自1997年开始先后担任上海达能酸乳酪有限公司、中山乐百氏食品有限公司等25家公司的董事和董事长职务,2007年以后,秦鹏先后辞去上述部分公司的职务,但仍保留在中山乐百氏食品有限公司、汇源果汁集团有限公司等公司中的职务。这些公司与沈阳娃哈哈的生产经营范围均为饮料产品。在此期间,秦鹏既参与沈阳娃哈哈公司的经营管理与决策,又在乐百氏的系列公司及其他公司中任职并参与经营管理,掌握各公司的经营战略和重要信息。法院据此认为秦鹏违反了我国《公司法》中“竞业禁止”的相关规定,判决其停止在沈阳娃哈哈公司担任董事职务,其在担任其他竞业公司职务期间所得收入人民币20万元归沈阳娃哈哈公司所有,并另需赔偿沈阳娃哈哈公司经济损失人民币20万元。

笔者认为,法院的上述判决值得肯定。尽管董事与其派遣人(股东)之间存在委托关系,但因其对公司的信义义务应优先于其对派遣人的义务,故秦鹏应拒绝被派遣至其他公司担任董事或主动从沈阳娃哈哈公司辞职。若非如此,则在同一人担任多家公司董事的情况下,因所有的企业信息均经由同一人处理,即便规定了董事对公司的信义义务,也无法有效履行。^⑧当然,囿于原告的请求,上述裁判并未涉及股东的责任。实际上,进一步思考后可以发现,本案争议的本质,乃在于股东即达能是否违反了竞业禁止义务及董事(秦鹏)是否应独立于派遣者(达能),而非董事是否违反了竞业禁止义务。换言之,尽管形式上是秦鹏这位沈阳娃哈哈公司的董事违反了竞业禁止义务,但真正违反竞业禁止义务的主体并

^④ 同前注^②,王文字书,第101~102页。

^⑤ 同前注^①,林仁光文。

^⑥ 参见我国台湾地区“经济部”2000年4月24日商89206938号函;由我国台湾地区学者李模、赖源河完成的“公司法修正建议”也未采纳删除“公司法”第27条第1款、第2款的见解。参见高静远:《“公司法”上法人股东代表人人数之规范探讨》,《月旦法学杂志》第79期(2001年)。

^⑦ 参见吴越:《企业集团法理研究》,法律出版社2003年版,第25页、第46页以下。

^⑧ 在这个意义上,我国废止诸如“公司的董事、经理不得在与所任职公司没有投资关系的同行业的其他公司兼任董事、经理职务”的规定是有一定道理的(参见国家工商总局1998年发布的《公司登记管理若干问题的规定》(已失效)第26条)。

不是被派遣的董事,而是公司的股东。为此,法律有必要明确规定此种情形下股东的责任,即股东在事实上或法律上控制多家公司时,应对因其控制而给个别公司造成的损害承担责任,如承担代表人董事制度中派遣人的责任。^④

董事独立是一个美好的愿望,但我们在面对这一愿望时不得不考虑公司经营和运转的现实。应当承认,与强调董事独立的美好愿望相比,尊重现实需求更为必要。从逻辑上说,若承认法人的独立人格尤其是其独立的意思能力,且法律不禁止自然人股东担任公司董事,禁止法人董事或代表人董事的理由便无法成立:既然不禁止自然人股东为保障其投资利益而亲自当选为董事,法人有独立的意思机关和执行机关,为何要对其当选为董事加以禁止?正如论者所指出的:“若政府或法人所指派之代表人当选,在办理登记时载明该自然人董事为政府或某法人之代表人,而能使幕后支持者与该自然人董事之关系透明化,对于股东与投资人而言,具有正面意义。”^⑤而在“幕后支持”的股东与受派遣人的关系透明化后,损害的归责也将更为清晰、准确。

我国有学者深刻地认识到了实践中股东委派董事的“潜规则”。如邓峰认为:“股东尤其是控股股东过度控制了董事会的成员,特别是由于国有企业和家族企业作为公司中的主要构成,使得董事会的独立地位不能保证,董事会成员受控于其所提名或选举的股东,其向全体股东负责的诚信义务不能得到法律裁判的支持。这影响到了董事成员之间的平等,合意也常常流于形式……”基于上述分析,其所提供的解决方案是,应“明确董事会的议事方式必须将实质辩论、说服与被说服等包含在内……确保组织的独立和持久存续,保证董事会向全体股东负责而不是只向某一部分股东负责,向公司的长期利益而不是单纯体现为股东意志的股东利益负责,才是董事会制度存在的理性所在”。^⑥

按照这一理论,首先,公司要获得发展,必须充分保护全体股东的利益或公司的利益;其次,若要充分保护公司的利益,董事须对公司负责,应遵循科学的董事会议事规则行事,即独立于其选举者或派遣者。这一观点有一定道理,但仍需斟酌公司法的目的与定位加以必要限定。

其一,在中国当前的公司治理中,法律所要追求的治理模式不应当是一个抽象的、理想化的单一标准,而应当是真正满足市场需求、充分反映交易现实的制度安排。即必须要认真关注公司的“所有权”情况,充分回应现实的需求。在我国,相当多的公司的所有者是“家族”或国家。在面对这类具有绝对控制权的大股东时,抽象形式上或理论意义上的董事独立性或许是不现实的:现行法并非未规定董事的独立性、董事需要通过选举产生等规则,但这并不能改变董事被大股东派遣的“潜规则”。既然董事被派遣已是事实,那么为何不以法律的形式予以承认并加以规制?

其二,就公众公司尤其是上市公司的小股东保护而言,制度重心应放在小股东财产权(如分红权)、退出权的充分保护上。换言之,对小股东的保护不必然意味着应让小股东取得参与公司经营管理的权利。事实上,过度分散的管理权很可能并不利于公司整体利益的实现。^⑦或许将经营管理的问题交由当事人自行决定更为妥当:若股东本人是一个企业家,可由其经营管理公司;若股东本人是不参与管理的单纯投资者,其应当尊重其他股东在(包括董事在内的)管理者上的选择。让董事在一定程度上受命于大股东,或许更有助于降低股东和经理人之间的委托代理成本,更有效地贯彻股东的经营判断和市场策略选择,同时避免决策过程中不必要的外部干扰。

^④ 中国证监会于2002年及2006年分别颁布的《上市公司治理准则》和《首次公开发行股票并上市管理办法》就针对控制股东这一主体规定了竞业禁止义务。《上市公司治理准则》第27条规定:“控股股东及其下属的其他单位不应从事与上市公司相同或相近的业务。控股股东应采取有效措施避免同业竞争。”《首次公开发行股票并上市管理办法》第19条规定:“发行人的业务独立。发行人的业务应当独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业,与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不得有同业竞争或者显失公平的关联交易。”

^⑤ 同前注^④,林仁光文。

^⑥ 邓峰:《董事会制度起源、演进与中国的学习》,《中国社会科学》2011年第1期。

^⑦ 关于集体决策的成本,参见[美]汉斯曼:《企业所有权论》,于静译,中国政法大学出版社2000年版,第54页以下。

其三,不应过分高估董事的经营管理职能。若董事会不过是大股东会议的变形,CEO等高级管理人员才是实际的管理者,允许存在代表人董事、法人董事或股东派遣董事便更有其合理性。实际上,正如学者所指出的,现代公司法语境下的董事会的战略管理职能已经下放给了CEO,此处的董事会在很大程度上更多地承担监督的职责。^② 此处的董事会,与德国《股份公司法》上的监事会在性质上较为类似。对于此类董事或监事的性质,我国早有学者指出:“盖就沿革上言,监察人制度实系大股东会议之蜕化而来,论其权限,原以执行业务为主,而以监督业务之执行为从,乃以高级之业务执行机关,常得指挥董事,办理公司事务也。”^③ 在这一背景下,董事会更多地是股东大会的“简化版”,在这一基础上再强调董事的独立性并无太大意义。

其四,对于公司利益的保护,董事是否独立、是否勤勉与忠实固然是影响因素,但关键还在于股东是否履行了对公司及对其他股东的信义义务。在现实中,公司利益受损的根源往往在于大股东对公司财产的侵占及对其他股东利益的掠夺,在这一过程中,董事不过是实际执行人,充其量只是工具或“帮凶”。^④ 强调董事的独立性表面上可以斩断股东干涉公司的通道,但在根源未消除的情况下,这一做法不仅难以治本,也不现实。只有真正让股东承担其对公司和其他股东的信义义务,才能让董事的独立有可以健康生长的土壤。而代表人董事或法人董事制度可以明晰股东与公司之间的关联,为股东承担责任提供更好的基础。

综上所述,我国有必要借鉴比较法上的制度安排,至少规定代表人董事制度(若觉得法人董事制度跨度太大的话),允许派遣人在该董事的任期内不经股东大会程序而随时改派其他人担任董事,以明晰股东和董事之间的关联,降低无谓的程序性工作(如召开股东大会)所带来的成本。另外,更重要的是,还应明确规范派遣人、代表人、公司这三者间的法律关系,澄清三者各自的权利和责任。同时,也将此种规范应用于实践中普遍存在的“股东董事”,切实保护公司及其他股东的利益。

四、股东、派遣董事/代表人董事与公司的法律关系

(一) 股东与代表人

在我国法上,关于股东(派遣人)与代表人(被派遣人)之间的法律关系,判例上倾向于认为属委托关系。如在前述安徽省高级人民法院关于“丰原药业案”的判决中,法院认为《中外合资经营企业法》中关于合营各方有权委派董事的规定所指的委派为委托关系。但应如何理解这一委托关系?派遣人可否对被派遣人作出指示?若被派遣人违反该指示而行为,其公司法上的效果是什么?

1. 股东与代表人之间为事务管理或委托合同关系

在德国法上,根据是否支付报酬,派遣人与被派遣人的关系可被认定为事务管理合同(Geschäftsbesorgungsvertrag)或委托合同(Auftrag)的关系,派遣人拥有“指示权”(Weisungsrecht),被派遣人应按照派遣人的指示行为。若派遣人是公法社团,被派遣人是公职人员,则两者之间还存在公法上的关系。^⑤ 但与一般委托合同(按照合同自由原则,当事人可自由确定合同内容)不同的是,派遣人与被派遣人的关系受到法律、章程的诸多规制:其一,公司章程可对派遣人与被派遣人之间的内部关系及代表人的资格

^② Vgl. Eisenberg, Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors, and Accountants, 63 California Law Review 375 (1975); 不同观点,参见前注^①,邓峰文。

^③ 梅仲协:《公司法概论》,正中书局1945年版,第173页。这与学者描述的董事会的来源有较大差异。邓峰援引Gevurtz的观点,认为董事会的存在、选举和代议,按人投票、集会行事等制度原则自始即存在,持续影响并塑造了公司的治理体制(Gevurtz, The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors, 33 Hofstra Law Review 108 (2004))。同前注^①,邓峰文。

^④ 对于股东的信义义务,学理上已有相当充分的研究。参见朱慈蕴等:《论控制股东的义务》,《政治与法律》2002年第2期;汤欣:《控股股东法律规制比较研究》,法律出版社2006年版,第86~88页,第123~127页,第211~227页;习龙生:《控制股东的义务和责任研究》,法律出版社2006年版,第193~217页;彭冰:《理解有限公司中的股东压迫问题——最高人民法院指导案例10号评析》,《北大法律评论》2014年第1期。

^⑤ 同前注^①,傅学昱文,第53页。

等进行规定,章程还可以排除派遣人的指示权,或规定被派遣人不得接受任何报酬。^{⑤⑥}其二,章程也可以对派遣人在委托合同下的知情权(Auskunftsrecht)加以限制。^{⑤⑦}此外,即使章程不加以限制,被派遣人也要根据法律的规定(德国《股份公司法》第116条第2句)负有沉默义务(Verschweigungspflicht),不向派遣人披露特定的信息。^{⑤⑧}

2. 代表人违反股东指示的法律效果

股东与代表人的关系是合同法上的委托关系,而在股东作出了派遣决定后,一旦代表人接受该决定,公司与代表人之间便产生了社团法上的组织关系(korporationsrechtliche Rechtsverhältnisse):代表人成为公司的机关成员,且其身份、权利与义务与公司董事会/监事会的其他董事/监事并无差别。^{⑤⑨}

在社团法上,上述合同关系与组织关系是互不影响的。例如,甲受欺诈而与乙、丙订立合伙合同并出资、完成合伙企业的登记并展开营业。后合伙经营失败,丁要求甲、乙、丙对合伙债务承担连带责任。甲可否以受欺诈为由抗辩丁的请求?答案是否定的。此处甲在合同关系上受欺诈,并不影响其合伙成员身份的取得及基于该身份所应承担的责任。该责任在甲按照组织规则终结其成员身份之前无从免除(尽管在内部关系上受欺诈方可以向行为人追偿)。在法人董事与代表人董事的语境下,合同关系下股东撤销委托、代表人违约等行为,在组织关系被调整之前,不得影响代表人在组织中行为的效力。在董事会/监事会决议中,即便被派遣的董事/监事未按照派遣人的指示进行表决,有关表决也仍是有效的,即被派遣人是否依指示行事不影响其表决行为的效力,也不影响基于该表决行为的决议的效力。

另外,在公司利益与派遣人利益相冲突时,若被派遣人出于对派遣人利益的考虑不能主张公司利益,而利益冲突又不能以其他方式解决,则被派遣的代表人须放弃职务(被派遣的监事可以随时放弃职务,且对该放弃不要求存在重大事由)。^{⑤⑩}当然,董事或监事不遵守派遣人的指示或放弃职务可能导致对公司、对股东(派遣人)的损害赔偿赔偿责任。不过,在法律禁止代表人以牺牲公司利益为代价为股东牟利的情况下,股东并不能要求代表人赔偿不能实现其非法获利的损失。

(二) 股东与公司

通说认为,在派遣人与其以法人董事身份所任职公司之间并不存在民法意义上的合同关系。^{⑤⑪}其与公司之间的关系,应根据持股等具体事项加以确定。在通常情况下,派遣人为公司的股东,因此其与公司的关系即为股东与公司或成员与社团之间的关系。在派遣权的行使上,股东必须把任职公司的利益(Belange der Gesellschaft)置于首位,不得为追求对其所持股公司有害的目的而行使其派遣权,不得违反信义义务。^{⑤⑫}这是对派遣权的最重要的限制。

关于派遣人滥用派遣权或违背信义义务行使派遣权的法律后果,德国法上一般不认为派遣无效,而认为监事会有权依据德国《股份公司法》第103条请求公司登记法院基于“重大事由”将有关监事解职。

对于代表人的不当行为给公司造成的损害,派遣人应否承担责任,应结合具体情况加以分析。可资参照的学说认为,代表人既非派遣人的履行辅助人,又非受雇人,因此仅就代表人的不当行为本身,公司并无权追究派遣人的责任。但若派遣人故意损害公司利益,根据《德国民法典》第826条、第117条,其应对公司承担侵权责任。^{⑤⑬}这一理论也应适用于代表人董事或法人董事制度,即派遣人仅在因故意或重大过失行为造成公司利益损害时方承担责任。

^{⑤⑥} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 46.

^{⑤⑦} Vgl. Drygala, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, § 101 Rn. 24.

^{⑤⑧} Vgl. Mertens, in: Kölner Komm Rn. 60; Hopt/Roth, in: Großkomm AktG Rn. 158.

^{⑤⑨} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 50.

^{⑤⑩} Vgl. Geßler, Aktiengesetz, § 101, Rdn. 98; 同前注^{⑤⑨}, 傅学显文, 第52页。

^{⑤⑪} Vgl. BGHZ 36, 296, 309; Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 48.

^{⑤⑫} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 45, 51; BGH ZIP 2006, 2077, 2079.

^{⑤⑬} Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 48.

(三)代表人与公司

公司与代表人之间是组织体与机关成员的关系。代表人董事/监事与其他董事/监事享有相同的权利义务,包括享有相同的报酬权利(德国《股份公司法》第113条、第104条第6款第1句)。^④

当公司利益与派遣人利益相冲突时,该派遣人派遣的董事/监事须始终把公司利益放在首位。在德国法上,这一点早在1937年《股份公司法》第88条的官方立法说明中就已有阐述:“只有在派遣人利益与公司利益不冲突的情况下,被派遣人才能维护派遣人利益。”^⑤在一项判决中,汉堡市政府在一个供电公司中占有73%的股份,市政府派遣两名代表(市长与财务局长)担任监事。在关于是否应提高居民电价的决定中,大股东即市政府的意见是可以提高电价,但是股东的红利分配应由原来的9%降为7%。大股东委派的监事据此进行了表决。决议作出后,小股东要求公司就追究监事的责任作出决定,并认为大股东在公司对该责任追究的表决中不应享有表决权。法院未支持小股东的请求,认为就监事是否尽职,大股东也有表决权,但法院特别强调,代表人在表决中应按公司利益优先的原则进行。^⑥在公司利益优先的原理下,被派遣人的行事虽然受其派遣人的指示约束,但该指示权要受到以下两方面的限制,一是被派遣人按指示行事时不能有违公司利益;二是派遣人给予指示时不应使被派遣人违背对公司的注意义务。若被派遣人将派遣人利益放在首位而使公司利益受损,则应赔偿为此给公司造成的损害(德国《股份公司法》第106条和第93条)。^⑦

五、结语

在解释公司法制度时,可借鉴民法上的物权法定原则。在物权法上,一个重要的问题是法律应规定多少种物权。若所规定的物权类型太多,则会导致人们为了解诸多陌生的物权类型而付出更多的调查成本,进而导致交易成本的大幅增加。同样,若规定过多的公司组织类型,则可能导致市场主体在进行交易时,不得不对纷繁多样的公司组织形式进行审查,从而对交易造成阻碍。但就像物权法上规定的物权类型过少会影响人们进行交易选择的自由度一样,若公司法规定的公司组织类型太少,则会迫使人们通过合同的方式实现原本所欲实现的交易目的,也会增加交易成本。例如,我国长期不存在有限合伙制度,这使得很多原本可以以有限合伙形式实现的交易无法完成,当事人被迫采用其他并非特别合适的交易安排。有限合伙制度的出现极大地满足了人们的交易需求,得到了市场的积极回应。在这一背景下,立法者作为交易框架的提供者,其角色至关重要。

立法者除了应在组织形式类别的设立上积极回应市场需求,在组织形式内部也同样有义务作出周全的设计。以上代表人董事制度即是一例。

法人董事或代表人董事制度有可能增加(大)股东与(小)股东之间的代理成本,但可以降低股东与董事之间的代理成本,二者的成本比较有赖于周全的实证分析。在数百万家企业的基数上进行有代表性的统计分析并非易事。但市场的现实选择或前文所提及的“股东董事”这一“潜规则”的存在,已能较好地作出回答,这样的选择在很大程度上意味着市场主体(无论是大股东还是小股东)对此种制度安排的接纳。在这一背景下,法律宜予以一般性承认,并详细规范在这一安排之下各主体之间的法律关系。

(责任编辑:洪玉)

^④ Vgl. Habersack, in: MünchKomm AktG § 101 Rn. 50.

^⑤ Vgl. Amtliche Begründung zu § 88 Aktiengesetz 1937, in: Klausung, Aktiengesetz 1937, S. 76.

^⑥ Vgl. BGHZ 36, 296 = NJW 1962, 846; Holger Altmepfen, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, 2561. 在此之前,在德国有非常多的地方政府保留在其所持股的公司中对其代表人的指示权,该判决明确地限制了此种指示权。

^⑦ Vgl. BGHZ 90, 381, 398.