

董事会规模强制规制模式的解释与反思

李建伟

(中国政法大学民商经济法学院 北京 100088)

内容提要:源自国企特殊的领导干部职数限制的规定,经由单向的路径依赖扩展适用至所有类型的公司,进而演变为董事会人数区间的强制性规范,是一个带有深刻计划经济思维及其理念的陈旧制度安排,不仅违背市场经济体制要求,而且由于其难以具有一项强制性规范的基本禀赋,带给公司自治、司法救济与行政执法等领域一系列的法律规范适用困惑。董事会的规模可能是公司根据所面临的内外市场环境所做的一种反应,公司会本着“成本—效益原则”自主选择一个最适合自身的规模及结构,公司法对其规制不仅要注意强度的合理性,而且在规制路径上也有比强制规制人数区间更优的选择。

关键词:董事会规模 人数违限 路径依赖 规制失范 分类规制

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2019.10.004

比较域外公司法关于董事会规模的规制,中国《公司法》可谓特立独行:同时限制董事会人数上下限,有限公司为3~13人,股份公司为5~19人。可以说,这一模式目前绝无仅有,历史上亦没有先例。若从社科法学的视角来分析、解释董事会人数规制,管中窥豹,可以发现此乃我国传承已久的传统,藉此可以观察我国公司法制所处的传统及背后的法治理念,追根溯源,虽有域外制度移植的影响因素,但主要是中国特色的地方性知识。公司治理制度是不断演化的,且有显然的路径依赖,“对制度学习者来说,在实践中受到观念、知识、时局、政治等因素的制约,一旦超出简单观念的边界,就容易走样,而其固有的传统知识就会作为填补。”^①质

言之,观察中国公司法制如何“学习”域外制度,又是如何“走样”“填补”的,董事会人数规制乃是理想的样本。

一、规制董事会人数上下限:独特的中国模式

(一)规制上下限为举世罕见

域外公司法规制董事会人数的模式分为三类,一是仅设定下限;二是完全不设限制;三是既设定上限,也设定下限,其中第一种处于主流地位。如美国《统一示范公司法》曾设定董事会人数下限为3人,1969年版本删除之,现行版本第8.03条规定董事会须由1名或多名董事组成,许多州采取该立场,如特拉华州《普通公司法》第四分章第141节、德克萨斯州《商事

作者简介:李建伟(1980—),男,汉族,河南周口人,中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。

① 邓峰《董事会制度的渊源、进化和中国的学习》,载《证券法苑》2011年第4卷。

公司法》第 2.31 条、纽约州《商事公司法》第 702 条亦作同样的规定。但是,更多的州选择不设上下限,截至 2007 年已有 14 个州不再设定董事会人数下限。虽然有软法规范建议性对董事会上限设限制,如比利时公司治理委员会发布的《Cardon 公司治理报告》提出多数情况下董事会不宜超过 11 人,多伦多证券交易所建议最多不宜超过 20 人,美国参议院财政委员会建议董事会人数不超过 15 人。但是,国家立法明确设定上限的模式,非常罕见。西方主要市场经济国家仅法国一例,《法国商法典》规定公众董事会人数上限为 18 人,新合并董事会人数最高 24 人,三年后必须减为 18 人,^②这被认为体现了法国政府干预经济的一贯传统,堪称另类。另外,在特殊时期或针对特定行业的,也有设定上下限的,如 1933 年大萧条期间美国颁布《格拉斯-斯蒂格尔法案》也即《1933 年银行法》,规定全国性银行公司的董事会人数上下限为 3~25 人,时至今日,仍有针对金融等特定行业保留上限的规定。三是仅设定下限,这是世界主流的规制模式。美国多数州立法保留了董事会人数的下限,如加州《公司法》第 212 条规定,一般情况下董事会人数应至少 3 人。^③英国 2006 年《公司法》154 条规定,封闭董事会人数应为 1 人以上,公众公司最少为 2 人。香港《公司条例》的规定与此相同。日本《商法典》第 255 条规定股份董事会人数应在 3 人以上,2005 年《公司法典》第 331 条保留该规定,“在设置董事会的公司中,董事会人数须为 3 人以上”,其他类型的公司,可以只设 1 名董事。韩国《公司法》第 383 条规定,董事会人数应为 3 人以上,资本总额为 5 亿韩元以下的公司可以

为 1 人或者两人。总之,仅设下限乃世界范围内的主流立法模式。最后需要指出,域外法设定董事会人数下限多区分封闭、公众公司。如英国、德国、香港、日本等仅对公众公司设下限,封闭公司设董事会与否、人数多少皆从自治。至于缘由,一曰封闭公司多规模较小,董事设置的制度需求不强,二曰封闭公司的治理与社会利益牵涉较少,法律不宜干预。

(二) 中国模式特立独行

我国《公司法》第 44 条规定“有限责任公司设董事会,其成员为三人至十三人”,第 50 条规定“股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以设一名执行董事,不设董事会”,第 108 条规定“股份有限公司设董事会,其成员为五人至十九人”。由此确立规制董事会人数上下限的中国模式,适用于所有类型公司,不区分公司组织形式、规模大小以及公众与否。举诸世界,对董事会人数的规制严厉非中国莫属,极具中国特色,可谓之为中国模式。

二、董事会现行模式的形成与变迁

中国作为公司制度的后学者,各项公司规则或者可从横向对比的角度溯及域外的移植渊源,或可从纵向分析的角度发现其历史渊藪,但对董事会人数规制模式之源头,却缺少类似的参照。现行公司法严定董事会人数上下限的模式不仅与世界主流立法悬殊,与本国早期的公司法实践甚至与上世纪 80 年代改革开放初期的公司法治实践亦有突兀之处,不免给人横空出世之感。即便如此,若从 1949 年后有限的公司立法文本资料着手,仍可一窥现行模式的形成过程及其背后的意识渊源。

^② 对董事会人数上限,法国成文法经历了几次修订。1966 年法国《商业公司法》规定,公众董事会人数应为 3 至 24 人。合并成立的新公司,在 3 年内董事会人数最高可为 30 人,但最后必须减为 24 人。2011 年法国《新经济法》对 1966 年《商业公司法》的上述规定做出进一步限缩,并纳入《法国商法典》,将公众董事会人数上限由 24 人缩减到 18 人,新合并董事会人数最高 24 人,3 年后必须减为 18 人。

^③ 但存在几项例外,即:公司发行股份前,董事会人数可为 1 人或 2 人;公司只有 1 名股东时,董事会人数可为 1 人或 2 人;公司只有两名股东时,董事会人数可为 2 人。

第一阶段:建国初期(1949—1979)。1949年后“六法全书”被废止,政务院1950年出台《私营企业暂行条例》规定有限公司可不设董事,由股东执行公司事务,未提及股份公司的董事会人数。1951年《私营企业暂行条例施行办法》第72条规定(股份公司)董事应就股东中选任之,至少为三人”,此下限规制模式与1946年《公司法》同。《私营企业暂行条例》仅是全面实施计划经济前的昙花一现,随着1955年全面推行国有化,《暂行条例》名存实亡,私有企业不复存在,企业被分为国有和集体两类,1945年最初从苏联引入东北地区的厂长负责制成为公司管理方式,1956年又确立党委领导下的厂长负责制,企业徒有“公司”之名,股东会、董事会等法人机关已无踪影,企业成为政府管理的一个个“单位”。

第二阶段:改革开放初期(1979—1992)。1979年《中外合资经营企业法》的出台标志着有限公司制度的回归。据该法规定,中外合资企业采有限公司形式,董事会是必设机构、权力机构,但关于董事会人数未设限制,第6条规定“合营企业设董事会,其人数组成由合营各方协商。”1988年《私营企业暂行条例》规定私营企业可以采有限公司形式,也未提及董事会人数问题。这一时期一些沿海地区为推动国企股份制改革出台地方性法规,却延续了董事会人数下限的传统,如1987年《深圳经济特区国营企业股份化试点暂行规定》第31条规定,“董事会董事不得少于三人”,1988年《福建省股份制企业暂行规定》第31条规定“股份制企业的董事会,不得少于三人”。

第三阶段:公司法时代(1993年至今)。1992年体改委颁布为国企改制服务的《有限责任公司规范意见》《股份有限公司规范意见》,关于董事会人数,后者第52条规定股份公司董

事会不少于五人且为奇数,前者第27条规定有限公司董事会成员不少于三人。这两个规定为此后的我国《公司法》沿用。盖1993年《公司法》出台,规定有限公司、股份公司、国有独资公司的董事会人数区间分别为3~13人、5~19人、3~9人,延续至今。^④这一规制模式,横向比之于域外公司法,纵向相比于历史上我国公司法之演变,堪称最强力度。其具体背景是,1993年《公司法》主要为国企公司改制服务的,故规定的本意是为国有公司董事会人数设限,但随着1996年修订《私营企业暂行条例》明定私营公司也适用《公司法》,这一规定适用于所有的公司。

三、董事会基于国企法制的路径依赖

改革初期的企业立法是按照所有制身份分别立法的,对非国有企业(三资公司、私营公司等)的董事会人数不设限制,全民所有制工业企业不设立董事会,也就不存在规制的问题。当时的人们普遍认为,不同的公司设置不同的董事会规模,以精简为宜,但大公司有例外,比如对当时股份制改制实践具有广泛影响的一本书这样描述董事会人数问题:

“在多数国家,董事会的成员根据该公司的大小,在3到15人之间。有时金融机构的董事会要大些,最多达30人。在日本,董事会全部由内部董事组成,其规模非常大,在8人到50人之间。事实已证明这些非常大的董事会过于臃肿,以致成立了比较小的常务董事会(Jomakai)。最近,又实行了范围更小的执行委员会。一致的意见是,在多数情况下,董事会的规模应限制在10人以内,非常大的公司例外。由于这些大公司内部和外部的选举人很多,有时董事会成员达15人甚至20人也是合理的。”^⑤

^④ 1993年《公司法》关于国有独资董事会人数定为3~9人的规定,在2005年修订时删除。

^⑤ 孙效良、王乐梅《股份制指南》,改革出版社1989年版,第318页。

但1993年我国《公司法》为何史无前例地严格限定董事会人数?追踪立法线索,可以一窥彼时的立法路径是如何直接或间接地塑造了这一规制模式。

(一) 精简机构、提高效率: 国企股份制改革的人事政策要求

1983年国务院有关部门根据全国人大授权起草《公司法草案》,初衷是整顿清理政府机关、关系人设立的大量“官倒公司”,将重点放在公有制改革上。1992年全国人大法工委手起草工作,抛弃了国务院的只适用于公有制企业的立法方案,将各类所有制的公司均纳入调整范围,但用股份制改造国企的初衷未改。经过长期的争论,彼时社会主流思潮刚刚解放到“股份制与公有制并不矛盾”“股份制可以为国企改革服务”的境界。1993年《公司法》的制定并非为了促进社会投资,而是为了改变国有企业效率低下的局面,也即本质上是一部“国有企业改革法”“是对披上公司这层面纱的国有企业进行规范的法律。”^⑥在此背景下,1993年《公司法》规制董事会人数的规定体现了国企改革“精简机构与提高效率”的规制倾向,一点也不奇怪。在立法讨论过程中,关于董事会人数有过意见分歧,早期草案未设定上限,1993年6月22日第八届全国人大常委会第二次会议审议的《公司法草案》第35条规定“设立股东大会的有限责任公司,根据本公司的实际情况,可以设立董事会,其成员不得少于三人;也可以设一至二名董事。董事由股东会选举产生。”^⑦到了1993年12月20日五次会议上交付审议通过的《公司法》,上述规定变为“3~15人”“5~19人”的严格限定。全国人大法律委员会

《关于〈中华人民共和国公司法(草案)〉审议结果的报告》阐明对公司内部体制规制的整体基调,可以帮助理解严格规制模式的立法逻辑,报告指出:

“有些委员、部门提出,公司的组织机构和管理体制,既要注意到规范和科学,也要重视机构的精简和效率,防止重叠,互相扯皮。我们吸收了 this 意见,在机构设置上既重视其规范化,又保留一定灵活性。公司法草案根据党的十四届三中全会关于改革和完善企业领导体制,形成企业内部权责分明、团结合作、相互制约的机制的原则,对公司的内部管理体制作了规定”。^⑧

“机构的精简和效率”应该是立法者设定上限的直接缘由。政企不分,机构臃肿,人浮于事,权责不清,是彼时国企普遍存在的问题。为防止董事会成为一个新的冗官冗员、扯皮不止的官僚机构,确保其在市场经济条件下积极发挥应有的治理功能,立法者特意设立一个国企董事会人数的上限。针对国企而言,这一立法理念不无必要性,或许不乏合理性,国家作为国企的出资人,主动通过立法规制其董事会规模,某种意义上类似于股东通过制订公司章程、股东大会决议调整公司内部事务,于公司法理不违。但是,通过公司法这种商事基本法将针对国企的特别规则上升为面向所有公司的普遍规则,不仅漠视公司自治,忽视其他所有制公司的多样化治理模式需求,还有“绑架”全社会之嫌。中国特色社会主义市场经济以公有制为基础,由计划经济转变而来,这决定了在市场经济早期立法者将重点放在国企改制上,彼时的公司法实为国企改制法的某种时代过渡性。但随

^⑥ 张民安《2005年〈公司法〉在我国公司法现代化中的地位》载赵旭东主编《国际视野下公司法改革——中国与世界:公司法改革国际峰会论文集》,中国政法大学2007年版,第50页。

^⑦ 《关于对〈中华人民共和国公司法(草案)〉的意见的汇报》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/28/content_5003072.htm,访问日期:2018年11月5日。

^⑧ 《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国公司法(草案)〉审议结果的报告》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/28/content_5003073.htm,访问日期:2018年11月5日。

着市场经济的深入发展, 国企公司改制法必须与时俱进地演化为普通公司法, 满足全社会不同类型公司的一般规范需求, 提供更具灵活性、适应性的多元治理模式。2005年修订《公司法》是实现这一转变的关键一跃, 大规模供给普通公司法规范, 减少国有公司的特殊规范, 在多种场合下注意到区分国有公司与其他公司的规范安排。但是, 这一转变未彻底完成, 现行公司法文本将国有公司特殊规范上升为普通公司法规范的隐性条款仍未得到彻底清理, 董事会人数上限规定即为其中之一。

(二) 高仿党政机关的企管模式: 独特的制度演进

企业管理模式一直处于不间断的演化之中, 演化遵循一定的路径依赖性。路径依赖原本是指体制的演进受其初始选择的制约而在既有路径上不断演变发展的特性, 一旦做出某种初始选择, 体制便进入自我强化和锁定, 且即使情境变化时, 原有的某些特征也不会完全消失, 而是在新组织中得以部分体现。^⑨ 我国公司治理模式包括董事会结构的演化亦体现出这种路径依赖性, 且是行政主导模式下的路径依赖。^⑩ 在国企转制为现代企业制度的过程中, 企业组织发生激烈的演变, 如企业中“党的领导”转变为“党的政治核心作用”, “政府决策”转变为“法人治理”, “铁饭碗”转变为“市场用工”, “大锅饭”转变为“按劳分配”, 并伴随较强烈的

路径依赖性, 使很多转变前的惯例保留在转变后的模式中。组织发展是按照已有的知识结构自我复制扩张的, 这是组织理论和演化经济学发展出来的解释。^⑪ 具体到董事会设置上, 计划经济时代的国有企业没有这一机构, 党委是核心决策机关, 董事会制度引入之初, 高度仿效党委体制也就成为自然选择。尽管自清末以来引入西方董事会长达一个世纪之久, 公司治理实践也不绝如缕, 但经过暴风骤雨般的社会革命, 这一历史经验出现断代, 并没有“沉淀为中国法律体系的一般知识”。^⑫ 于是在构建市场经济之初重新设计现代公司制度时, 在现代企业实践经验中断数十年之久的背景下, 党委的组织模式也就成为制度设计者最直接也是最熟悉的参考样本。根据党的组织原则, 各级党委都有明确的职数限制, 在党委淡出国有公司日常管理、董事会吸收与替代党委的部分职能之后, 党委的组织模式也被国企董事会比附适用。^⑬ 国企董事会比附、沿袭党委组织模式和人数限制之所以可能, 首先因为二者都是一种委员会会议制度, 组织和议事原则是相通的, 也即董事会和党委会(在比较大的党组织中, 则进一步选举常委会行使日常的决策权) 都是委员会制集体决策机构, 具有一系列不容忽视的相似性:

一是计划体制下国企的治理结构和人事制度高度仿效党政机关。1949年以后, 公有制企

^⑨ Egidi M、Narduzzo A. The emergence of path-dependent behaviours in cooperative contexts. *International Journal of Industrial Organization*, 1997(15) 677-709,

^⑩ 参见李维安《演进中的中国公司治理: 从行政型治理到经济型治理》, 载《南开管理评论》2009年第1期, 第1页以下。

^⑪ See Bar bara Levitt and James G. March, “Organizational Learning”, *Annual Review of Sociology*, vol. 14, 1988, pp. 319~340.

^⑫ 邓峰《董事会制度的渊源、进化和中国的学习》, 载《证券法苑》2011年第4卷, 第71页。

^⑬ 国企董事会比附党委组织模式和人数限制之所以可能, 首先是因为二者都是一种委员会会议制度, 组织和议事原则是相通的。尽管根据《国务院组织法》《党政机关干部选拔任用工作条例》等法律和党的规范性文件, 行政领导的职数也有限制, 如中央部门正职领导1人, 副职2至4人, 国务院直属办事机构负责人2至5人等, 但行政领导的设置在职能上更类似于公司中的经理人等执行机构, 和董事会有较大差异。因此, 笔者仅讨论党委和董事会的制度路径依赖关系。

业成为完成国家经济指标的一个个执行成本核算的基层生产单位。^⑭企业的管理机构设置也高度模仿党政机关,从1956年开始普遍实行党委领导下的厂长负责制,内部决策权集中在以党委书记为首的党委会,厂长主要负责执行,渐次演变为国营企业在内部体制上全面复制党政机关的设置,企业内党的组织领导原则、人事制度和党政机关无异,国企的领导班子和党政机关领导班子在结构上是相通的,企业党委领导和企业管理人员,也本着“党管干部”原则,由上级党组织“选派、推荐”。在外部,国企有央企、地方国企之分,领导人也对应正部级、副部级、正厅副厅、正处副处、正科副科几个级别。长期以来的政企结合,传统国企转制为现代公司制度的过程中,对原有体制的路径依赖使得一些党政机关的治政、治党经验仍旧自然而然地在新组织、新制度中得以保留。

二是党委人数上限是党的一贯组织原则。关于党委常委会的职数长期遵循一定的惯例,既确保有足够的职数能够满足分工和配合的需要,又要防止人浮于事。1988年6月中共中央提出省级常委会委员设7~9人,最多不超过11人。设常委会的基层党委常委5~7人。^⑮这一规定虽历经修订,但基本框架基本沿用至今。实践中各级党委往往超出中央的规定,据统计,上世纪末本世纪初的省级党委常委多为15人,地市级、县级一般为13人左右,常委人数过多,不够精干,从决策环节看往往决策决议不透,从执行环节看往往工作推不动。^⑯对此,2006年中共中央下文规定省级党委常委职数一般为11~13人,西藏、青海、新疆可以有14~15人。2010年中组部明确提出要限制市级、县级党委

常委职数,市级一般为9~11名,县级一般为7~9名。

三是国改制后董事会吸收、替代党委的管理决策职能。1992年十四大正式提出建立现代企业制度的目标,要求公司改制的国企构建法人治理结构,设置股东会、董事会、监事会等新“三会”机构,但在改制初期,许多国企并未深刻理解“三会”职能,董事会更是形同虚设。普遍存在着“老三会(党委会、职工代表大会、工会)”与“新三会”之争,焦点则在党委会与董事会的职能分配上。改制公司的董事、中高层行政领导由组织部任命或公司党委推荐,与《公司法》规定的“股东会——董事会”权力结构相去甚远。公司的决策、管理、监督机制无法理顺,党组织和董事会关系不明确,相互掣肘,冲突不止,党委、党组书记往往兼任董事长,在研究战略、预算、投资等重大事项时多采党政联席会议或党委、党组扩大会议形式,由书记最后总结并形成会议决议。党政联席会议和党委、党组模式虽然也符合民主决策要求,体现集体智慧、决策程序简单效率高,但却将董事会束之高阁。^⑰经过一段时间的实践摸索与政策调整,党委、党组逐渐淡出企业日常经营管理,职能主要变为贯彻党的方针、政策,“发挥政治核心作用”,党组成员以董事身份加入董事会,参与公司重大决策,体现党的领导。^⑱董事会作为决策中心的角色逐渐清晰后,如何构建完善的董事会成为重要的立法课题。如有学者所言,无论清末引入公司制度还是改革开放后重新恢复公司制度,中国对公司的学习路径,是为了满足富国强兵、发展经济的功能性目标,缺少系统的理论分析,“对制度学习者来说,在实践中受到观

^⑭ 吴敬琏《现代公司与企业改革》,天津人民出版社1994年版,第69页。

^⑮ 马俊杰、秦志辉主编《最新企业党务工作实务指南》,企业管理出版社1995年版,第131页。

^⑯ 杨彧《关于地方党委领导体制和运行机制的调查与思考》,载《理论探讨》2009年第4期,第113页。

^⑰ 李建红《中央企业董事会法律制度研究》,对外经济贸易大学出版社2012年版,第15页。

^⑱ 唐德华主编《股份有限公司设立与内部运作法律实务》,人民法院出版社1998年版,第576页。

念、知识、时局、政治等因素的制约,一旦超出简单观念的边界,就容易走样,而其固有的传统知识就会作为填补。”^①清末工商界选择公司制度,旨在“工商救国”,不过并未真正理解董事会的制度价值,在内部治理上很多公司采传统的晋商商号的协商模式。在上世纪九十年代恢复董事会制度时,可以推断制度设计者必然一定程度上对长达数十年的计划经济时代企业管理经验存在依赖。在董事会逐渐吸收、替代了企业党组织的决策职能,党委成员以董事身份加入董事会的变革完成后,党委会的组织原则必然继续影响国企董事会的建构。设定党委常委职数上限是党早就形成的成熟管理模式和路径,这种路径为公司改制后的国企所沿袭,并随着《公司法》的颁布上升所有类型公司的普遍规则。

(三) 严格管制主义: 市场经济初期的公司立法指导思想

后发国家在确立市场经济体制的初期,由政府主持的制度建构往往在变革中起到主导作用。构建新制度的应急性,加上计划经济时代的遗存,塑造了1993年《公司法》显著的家长主义、管制主义倾向。如学者观察,“无论对清政府、民国政府还是共和国政府,公司都是一种新事物。1949年如此,1994年仍然如此。而面临的基本矛盾则是政府如何有效地防止私人创业的自由带来对社会秩序和管理制度的冲击问题。”^②家长主义,表现在为接受者的利益,将自己的判断强加于接受者,管制主义,则表现为政府本位、权力本位,立法者的意志高于当事人的意志,政府是唯一的权力中心,个体、社会受制于这一中心。家长主义、管制主义在市场经济

体制建构过程中的一般体现是:用事先设计的模式去建立“市场经济”,凡不能在这一模式中取得合法性的行为概属“不规范”、必须矫正的行为。这种立法模式首要保障变革的更快进行,但另一方面其不分对象、场景的一刀切式规定,往往留下不适应性等后遗症,时间一长,弊端日显,渐被诟病甚至成为失败的立法典型。回到董事会人数上,如果说国家作为全民的代表行使国有企业的所有者权益、故而有权通过立法强制要求国企采取一个法定的人数“最优标准”来落实机构精简、提高效率的要求,以实现我国《公司法》第1条规定的“建立现代企业制度,规范公司的组织和行为”的宗旨,尚有一定的合理性,但是,将这种标准推而广之强行适用于非国有公司,则无疑是政府的一种强势家长主义作风。实际上1993年《公司法》不仅采强势的家长主义,且是一种有差别的家长主义:在管制上对不同所有制类型的企业“一视同仁”,但在权利赋予上却对国企有所偏向,致使私企在受到与国企相同管制的同时并没有享受到相同的权利。^③诞生于计划经济向市场经济转型初期的我国《公司法》,管制主义大行其道,不当限制公司自由的诸多强制性规范后来多受批评以至否定。“立法者既然选择了市场经济,就不能一味迷信立法权的智慧,一味怀疑公司和股东的自律自治能力”。^④2005年修订《公司法》一定程度上回应了这种批评,下力气放松了管制,比如删除了国有独资公司董事会人数3~9人的规定,但对于其他公司的严格限制,丝毫没有松动。

四、董事会规模的形成

董事会规模与公司绩效的相关性,一直为

^① 邓峰《董事会制度的渊源、进化和中国的学习》,载《证券法苑》2011年第4卷,第73页。

^② 邓峰《中国公司治理的路径依赖》,载《中外法学》2008年第1期,第64页。

^③ 如1993年《公司法》第75条规定,设立股份公司应有5人以上的发起人,但国企改制为股份公司的发起人可以少于5人。

^④ 刘俊海《论新公司法的现代化》,载《环球法律评论》2004年冬季号,第395页。

实证研究所关注。一般认为,董事会人数、不同类型董事的比例等是影响董事会治理成本与绩效的重要因素。依法经济学的视角,是否符合经济理性是判断公司法规则成败的重要标准,加之我国公司法强制规制董事会的人数,所以也就演变为一个法律问题。究竟哪些因素影响了董事会的规模,不同的董事会规模对公司绩效有何影响?下文的分析有助于深化对董事会规模规制规则的认识,也有益于判断公司法相关规范背后的立法逻辑及得失。

(一)最佳规模董事会?——一个并不存在的“均衡状态”

关于董事会人数与公司绩效之间的关系,无论是理论模型还是实证研究均尚未给出清晰的答案。有学者认为,对这种现象可能的解释是:已有的研究多隐含一个假设,即存在一个最优的董事结构比例、董事会规模和权力结构——所谓的均衡状态,而学术研究的目的是找到这个均衡状态。所以此类研究多把包括董事会规模在内的公司治理结构作为一个外生变量,认为设置一个董事会规模的标准,可以帮助公司实现均衡状态。但实际上,这类研究普遍存在着内生性问题,公司业绩与董事会规模、机构之间可能不存在显著关系。所以,试图找到董事会适度规模的研究总是难以令人满意。^②在统计学上,内生性问题的来源不一而足,主要是模型设置错误和测量误差,其中一个重要来源是“联立性偏误”,其本质是被解释变量可能影响解释变量,存在双向因果关系。当学者试图研究董事会规模对公司绩效的影响时,实际上公司绩效也在影响董事会规模,或二者共同受其他复杂因素的影响,二者之间仅存在相关性,但并不存在明确的单向因果关系。

近几十年来,定量分析方法不断发展,但大量的社会学实证研究停滞在统计回归的描述阶段,且缺乏解释性机制和因果分析。^③而存在内生性问题的实证研究,不仅无法得出可靠的因果联系来预测事件将在什么条件下发生,而且本身对解释变量和被解释变量关系的描述也不可靠。在公司治理领域,很多实证研究存在内生性问题。如学界一直试图研究股权结构对公司绩效的影响。然而, Demsetz 早在 1983 年就提出,一个公司的股权结构应被视为反映股东决策影响的一个内生结果。分散的股权结构或集中的股权结构是股东最大化自己利益的必然选择。较高的公司绩效会使得管理层的股权期权价值提高,甚至能增加他们的股权。如公司内部和市场在未来公司绩效的期望上存在重大分歧,则内部人士有按照绩效的未来期望值来调整他们股权的动机。^④因此,股权结构也许会影响公司绩效,但公司绩效也在影响股权结构。

同样,在公司绩效与董事会结构的关系中,董事会结构实际上也应被视为一个内生变量。正如实证研究所发现的那样,多重社会经济因素以及公司股权结构、董事会结构都会影响董事会人数。我们观察到的董事会规模,往往是在公司的监督需求和决策需求的驱动下形成的,由公司面临的环境内生决定,代表着公司当下最优的安排。但在董事会与公司绩效关系的研究中,以往文献多以静态的观点把董事会结构当作外生变量。国内明确提出董事会结构存在内生性问题的是郝云宏、周翼翔,他们以 1999—2008 年间沪、深两市 509 家上市公司为对象,在动态面板数据模型中控制住内生性问题的影响后发现,无论是长期还是在短期,董事会规模与绩效均无显著关联,研究结论是:虽然

^② 谢香兵《董事会结构的决定因素及其运行效率研究》,西南财经大学出版社 2010 年版,第 18 页。

^③ 陈云松、范晓光《社会学定量分析中的内生性问题:以社会互动效应研究为例》,载《中国社会变迁:60 年回顾与思考》,社会科学文献出版社 2010 年版,第 3 页。

^④ 参见周翼翔《上市公司内部治理机制与绩效关系研究》,浙江工商大学 2010 年博士学位论文。

有些公司的董事会规模处于“非均衡”状态,但就中国上市公司整体而言已经根据自己的情况选择了最合适的规模,处于均衡状态,“故对董事会的改革,我们的重点不在于通过增加或减少董事数目来改善企业的经营绩效,而应创造一个良好激励与约束环境,使得董事会中每个董事的能力都得到充分发挥。”^③

在“公司规模较小时董事会规模与公司绩效呈正相关”的论断中,究竟是董事会规模的扩大作为一个外生变量提升了公司绩效,还是公司绩效的提升影响了董事会规模?一家小公司发展过程中,随着业务范围的增加、经营活动的复杂化,在公司价值增长的同时,往往会产生董事会扩容的需要,以便吸收更多的资源和加强监控能力;在这种情况下,董事会的扩容也许并不是公司绩效提升的原因,反过来公司绩效的提升也许驱动了董事会扩容,或二者受到业务范围、经营活动复杂程度等其他因素的共同影响。具体到某一个具体公司的董事会,可能确有其最优规模,但这规模可能是由很多复杂因素共同决定。董事会规模与公司绩效的关系并不显著,现有研究对其关系的描述也因缺少因果判断的解释力,不能对人们制定对策、改良社会提供依据。通过外部的强制性规定,将董事会人数作为一个外部变量强制施加于公司治理实践,其实际效果也许并不能如立法者所愿。

(二)形塑董事会规模:市场抑或法律的力量

但是,关于董事会人数多少与公司绩效的关系、以及什么是“适度的董事会规模”的实证研究未有一致的结论。尽管于东智和池国华(2004)的研究结论发现董事会规模在9~11人时公司绩效最高,但也仅限于上市公司而言,另一项发现公司确定董事会规模时会考虑多元化经营状况、董事会结构等各种因素,制订单一标准或许没有任何实际意义。^④从域外经验看,董事会人数一般是市场能够调节的,不需要法律强制。关于美国上市公司的调查数据表明,基于自我营运和管控需要,大公司的董事会人数出奇地一致,但这并非法律的强制安排而是自治的结果。美国大公司董事会平均人数长期保持在15人左右,1993年针对全美最大100个公司的调查发现有一半的董事会人数不超过13人,比1988年平均数少了2人。可见即使没有立法的强制规定,大公司也会自行调整董事会规模,且这种调整具有超强的稳定性,在过去200年间只发生过细微变化。^⑤在日本,历史上形成了独具本国色彩的传统董事文化,绝大多数为内部董事,授予董事身份是激励员工的重要手段,因此其董事会素以规模庞大著称,^⑥由于企业绩效的下降和外国股东的压力,上世纪九十年代后期日本企业开始自发的大规模董事会改革,包括规模的缩减。^⑦日本的大董事会模式曾在历史上发挥了积极作用,如强制设限反而影响企业发展,但随着市场的变化,公司的治理模式也相应变化,可见市场机制对董事会人

^③ 郝云宏、周翼翔《董事会结构、公司治理与绩效——基于动态内生性视角的经验证据》,载《中国工业经济》2010年第5期,第224页。

^④ 于东智、池国华《董事会规模、稳定性与公司绩效:理论与经验分析》,载《经济研究》2004年第4期,第70~79页。

^⑤ [美]罗伯特·孟斯克等《监督监督人:21世纪的公司治理》杨介棒译,中国人民大学出版社2006年版,第186页。

^⑥ 1995年日立公司董事为36人,日产49人,东芝40人,NEC42人,日本钢铁53人。参见仲继银《董事会与公司治理》,中国发展出版社2009年版,第55页。

^⑦ 如1997年索尼公司最先改革,将38人的董事会缩减为10人,退出的28名董事改任执行役員。参见冯剑《日本董事会改革现状研究》,载《现代日本经济》2004年第3期,第49页。

数的调节不失有效性,在一个市场能够发挥调节作用的领域设立强制规范,实在没有必要。

于东智、池国华(2004)对深沪1160家上市公司的研究表明,董事会的中位数为9人。^①南开大学课题组(2007)分析931家上市公司,发现91%的董事会人数集中在7~13人,中位数亦为9人。^②陆智强、李红玉(2012)以2516家上市公司为样本,亦发现中位数为9人。^③这表明上市公司较多适用9人左右的小型董事会,且长期稳定,与国际趋势基本一致,一定程度上也说明市场机制对董事会规模的调节是有效的。有学者据此认为,目前上市董事会在规模方面已经能够保证其基本治理功能的发挥。^④也有学者认为,大多数上市公司选择了最有利于提高绩效的董事会规模,“说明公司法中关于董事会规模的弹性区间的规定是比较妥当的。”^⑤这一认识的逻辑问题在于,尽管大多数上市公司董事会人数位于法定区间的中间位置,立法似乎未对公司自治造成大范围的明显妨碍,但并不意味着该区间设置的妥适性。上述实证研究恰恰表明,公司法强制性规制董事会规模的必要性受到质疑,大多数公司选择法定区间的中间位置数表明的是市场规律发挥了作用,而不是验证了设置法定区间的合理性。相反,强制性规范对绝大多数公司而言是冗余、无意义的;而对于有特殊需要的公司,法定上下限可能构成障碍。实证研究表明,董事会的结构、

规模等要素可能是公司根据面临的一系列内外环境所做的一种市场反应,这给立法者、监管部门的启示是,如违背市场规律强制公司采既定模式,可能给公司额外强加不必要的成本,^⑥比如公司为满足合规性要求而付出额外治理成本,或面临更多诉讼的可能。

五、公司法规制董事会规模的路径

上文研究表明,董事会人数的规制似乎更依赖市场,而不是法律的力量。

(一) 公司法规制董事会规模之作用限度

法律作为一种社会控制工具自有局限性,庞德认为由三个方面衍生出来:法律所能处理的只是行为而不能及于内部;法律制裁只能以强力对人类意志施加强制;法律不会自动执行。^⑦虽然在市场经济转轨过程中法律获得空前的重要性,法律全面规范企业内、外部经济活动中所形成的社会关系,由此形成了企业的整体法律环境,^⑧但法律调整公司治理关系的作用一直是有限的。科斯的“社会成本理论”表明当经济活动与法律发生冲突时,人们很可能自我调整以获得一个双赢的效果,这种调整可以和法律无关。加拿大公司法学者柴芬斯举例说,当公司参与者发现现实需求与法律相冲突时通常会通过调整合同的方式来变通,以减少法律的干预,比如股东有时会签订合同向债权人承诺以个人财产对公司债务负责,以打消债

^① 于东智、池国华《董事会规模、稳定性与公司绩效:理论与经验分析》,载《经济研究》2004年第4期,第70~79页。

^② 南开大学公司治理研究中心公司治理评价课题组《2003中国上市公司治理评价研究》,商务印书馆2007年版,第20页、第108页。

^③ 陆智强、李红玉《监督强度、决策效力与董事会规模——来自中国上市公司的经验数据》,载《上海经济研究》2012年第11期,第39页。

^④ 衣龙新《公司财务治理理论》,清华大学出版社2005年版,第172页。

^⑤ 黄旭《战略管理:思维与要径》,机械工业出版社2007年版,第268页。

^⑥ 谢香兵《业务复杂度、董事会规模与董事会的独立性》,载《中国会计学会2007年学术年会论文集》,第1328页。

^⑦ 参见李建伟《法律在公司治理中作用的一般理论及其政策意义》,载《证券法苑》2009年第1卷,第63~81页。

^⑧ 李建伟《论法律在公司治理中的角色和作用定位》,载《中国海洋大学学报(社科版)》2009年第5期,第30页

权人对股东有限责任的担忧。^⑨ 人们需要警醒法律规范尤其是强制性规范在公司治理中作用的界限。强制性规范存在的一个前提是市场存在失灵,“国家基于社会利益的考虑,为克服市场缺陷和痼疾而实行的宏观调控,使公司法中存在着体现国家干预的强制性规范。”^⑩ 公司法规范主要是一种组织法规范,其立法结构逻辑是:公司法提供一种标准的“宪政结构”,为当事人提供参考,以方便公司参与者在不受公权力实质干预的情况下,通过章程自主建立权利义务及权力关系结构,同时又禁遏在自治中侵犯公共利益、侵犯他人合法权利。^⑪ 举例说,董事会人数过多或过少均存弊端,但并非市场不可以调整,亦非公司自治不可以自我调节。如前引实证研究表明的,在管理和绩效的内部需求以及外部压力的驱动下,大多数上市公司选择了一个合适规模的董事会,对出于正当理由而需要设立更大或更小规模董事会的公司而言,强制性规范恰限制了自由选择空间。

(二) 公司法强制规制董事会规模之失范效应

作为一个集体行权的常设委员会组织,董事会在任期内的人员构成及其数量有所变化是非常正常之事,公司法如强设禁区与红线,不仅生出一系列始料未及的法律规范适用困局,总体上讲董事会人数的上限规定不仅会抑制大公司董事会的正常扩容的市场需求,而且违法后的不确定后果将给司法介入、行政执法带来不确定性,增加执法成本的同时更会人为增加守法成本,抬升公司的自治障碍。具言之,首先,关于董事会上下限的规定属于强制性规范无

疑,但另一方面公司法未明确超限董事选举的决议效力究竟如何,是有效、全体无效还是相应的最后名次无效? 不仅立法解释上有多重解读,司法上的判解也不一致,这就加大了人们关于董事选举失范的焦虑,增加了相关公司运行的法律风险。其次,会带来策略性滥诉。如肯认关于董事会上下限的规定属于强制性规范,那么据《公司法》第22条第1款,选举超限人数董事的决议可被提起决议无效之诉,引来司法干预。这一诉讼安排留下了“策略性滥诉”的隐患,给公司运行带来不确定性风险。三是带来选择性执法,由于公司法尚未规定对董事人数不符合规定的公司施以行政处罚,但针对上市公司,证监会施加责令上市公司改正等“行政监管措施”,应无障碍,从而使董事会人数规范具备了行政强制性。由于“行政监管措施”既不同于行政处罚,亦不同于行政强制措施,但某些时候的严厉性较行政处罚有过之而无不及,却不受《行政处罚法》的约束,行政相对人也缺少事前听证、事后申诉等救济机制,所以监管机关的执法任意性空间较大。^⑫

(三) 公司法规制董事会规模路径之一: 分类规制的可行性

一般认为,立法对于各类企业的监管力度存在某种梯级结构,相应地,强制性规范的配置情形也有很大的差异。就我国而言,从中小型企业、大型有限公司、发起设立的股份有限公司、募集设立的股份有限公司到上市公司存在一条渐趋严格的管制路线。^⑬ 有限公司尤其小型有限公司的股东和管理层合一,代理成本

^⑨ [加]布莱恩·R·柴芬斯《公司法:理论、结构和运作》,林华伟等译,法律出版社2001年版,第77页。

^⑩ 吴弘、李霖《中国公司章程的实践问题与法理分析》,载顾功耘主编《市场秩序与公司法之完善》,人民法院出版社2000年版,第230页。

^⑪ 孙革新《公司法结构与市场经济结构浅析》,载《法商研究》1997年第3期,第29页。

^⑫ 关于行政监管的详细分析,参见李建伟、毛快《董事会人数违限的规范适用研究》,载《社会科学》2019年第5期。

^⑬ 李建伟《公司制度、公司治理与企业管理》,人民法院出版社2005年版,第62页。

较低,股权缺乏流动性,经营相对稳定,合意相对充分,能够利用较完备的契约分配权利和义务,因而强制性程度较低。股份公司尤其是公众型股份公司的所有权和控制权相分离,多数股东不参与公司管理,代理成本巨大,股东意思自治缺陷明显,因而安全性是首要问题,需要配置更多更强的强制性规范。但是,现行公司法的强制性规范配置没有很好地体现两类公司间的差异性。^④关于董事会人数,公司法不问公司类型均设上下限,且有限责任公司的区间更窄,这种安排未尽合理。针对下限,有学者指出,如投资者认为便利,小型有限公司可不设董事会甚至执行董事,只设总经理即可,小型股份公司也可不设董事会,但目前的規定使得许多不需要董事会的有限公司、不需要5人董事会的小型股份公司为了迎合法定要求不得不设立董事会,且聘用法定足数的董事,这无疑增加了营运成本。^⑤

(四) 公司法规制董事会规模路径之二:正当程序的供给

关于董事会规模的规制,域外公司法更多聚焦于董事会人数的变动对公司治理的影响,及设置董事会人数变更的规则,而不是设定僵硬的区间。如美国伊利诺伊州1984年《商业公司法》规定,公司章程可自行设置董事会人数区间,许可以不修改章程而在章程规定的区间范围内决定增减董事会人数。^⑥在公司法契约理论看来,只有在自治权的行使受阻或者不法侵害社会公共利益、他人利益时,国家公权力才得以介入公司自治,以排除某一类私权主体对于其他主体的意思强制(包括多数股东利用表

决权优势对于少数股东的意志强制,管理层利用内部人控制地位对股东的意志强制,以及股东利用有限责任的优势对于公司债权人的意志强制等),^⑦与这些问题有关的治理结构才匹配《公司法》的强制性规范。一般情况下,董事会人数不涉及核心的结构性规范。无论对于公司内部的不同利益主体及组织机构的权利配置,还是对于各利益主体私权行使的必要规范,法律的介入点是设置必要程序来确保公司正义的实现,而非简单的设定某组织机构的规模大小,因为这些问题既非某组织机构的规模不合理造成的,也不是通过限定其规模所能解决的。

六、结论

基于我国的国企管理体制的历史传统与学习前苏联计划经济时代的僵化国有企业管理模式,源自国有企业特殊的领导干部职数限制的规定,基于单向、偏颇的路径依赖扩展适用至所有类型的公司,进而演变为董事会人数区间的强制性规范,是一个带有深刻计划经济思维及其制度理念的制度安排,不仅不合时宜于市场经济体制,而且从规范法学的立场视之,由于其难以具有一项强制性规范的基本禀赋,带给公司自治、司法救济与行政执法无穷的法律规范适用之困惑。

董事会的规模与结构等可能是公司根据其面临的内外市场环境所做出的一种反应,通过市场自发调节而成,如由立法出面强制规制其人数,可能是立法者的一厢情愿,并不具有实践理性。相比之下,域外鲜有强制规制董事会人数区间的先例,不仅暗合公司自治之道,也符合

^④ 关于此点,不胜枚举。比如《公司法》第99条、第108条关于有限公司股东会、董事会职权的规定,一并适用于股份公司,其间的差异会一笔勾销。对封闭公司而言,股东一般亲任经营,公司法试图清晰划分股东会、董事会的职权既无可能,也无必要。

^⑤ 参见蒋大兴《公司法的观念与解释I》,法律出版社2009年版,第63页。

^⑥ See James M. Van Vliet, THE NEW ILLINOIS BUSINESS CORPORATION ACT NEEDS MORE WORK, Chicago-Kent Law Review, 1985, 61 Chi.-Kent L. Rev. 1.

^⑦ 李建伟《论法律在公司治理中的角色与作用定位》,载《中国海洋大学学报(社科版)》2009年第5期,第34页。

管制公司的成本效益分析。正如韩国公司治理委员会发布的《公司治理最佳做法准则(1999)》的描述:董事会规模应该能够确保会议讨论富有成果,决策合理、迅速而谨慎,但并没有一个完美的董事会人数标准,能够适合所有千差万别的公司,原因在于影响董事会规模的因素众多,如公司规模、商业环境、公司特征等。日本公司治理论坛发布的《公司治理原则中期报告(1997)》第6A项也表示,董事会人数如能够确保有效地讨论以做出清晰而迅速的决策,则为合适的。董事会本身是一种解决公司代理成本的制度安排,公司会本着“成本—效益原则”自主选择一个最适合自身的规模及结

构。“公司法演进的历史说明,凡是试图把某种企业控管形态强加给一个社会,试图用某种‘最优模式’去一统天下的公司法都失败了。”^⑧法治是良法之治,只有在符合、尊重社会规范的背景下,法律才能够得到人们的服从和尊重。公司法的基本品格应是适应性而非强制性的,惟有努力寻找任意性与强制性的妥当平衡,方能保持干预公司治理的合理性与正当性。事实上,如公司法有意保持对公司董事会规模的某种强度的规制体系,尚有比严格规制人数区间的更优选择,其中符合国情的分类规制思路固然值得重视,但正当程序的供给才是不遑多让的重点。

Interpretation and Rethinking of Mandatory Regulation Mode towards Size of the Board

Li Jianwei

Abstract: Originating from the state-owned enterprise, the specific regulation of which imposing restriction on the number of leadership positions, has experienced the course of change from an unidirectional path dependence to the one that applicable to all types of corporations, and further evolved into a peremptory norm which governs the size of the board. As an obsolete institutional arrangement with a deep imprint of thoughts and philosophy of planned economy, it not only goes against the system of market economy but also brings a bunch of obfuscation in application of legal norms in the areas of corporate autonomy, judicial relief and administrative law enforcement for the absence of a basic endowment of peremptory norm. The scale of the board may be a reflection of a corporate practice in response to the internal and external market environment. Corporation is able to make an independent choice upon its scale and structure which suits itself the most based on the “principle of cost-effectiveness”. In addition to paying attention to the intensity of its regulation, corporation law shall notice that there are better choices on the regulatory path other than merely put forward a mandatory regulation on the size of the board.

Keywords: board size; violation of limit on number of board members; path dependence; regulation anomie; classified regulation

(责任编辑:付强)

^⑧ See Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fishel, *The Economic Structure of Corporate Law* 5, 7, 13, 15 (1991).