

法人董事之可能与构建*

林少伟

摘要:在董事能否由法人担任这一问题上,各国立法存在较大差异。我国法律虽无明确规定,但从解释论上而言实际将董事局限于自然人范围之内。然而,“董事只能由自然人担任”这一规范解释的合理性与正当性值得商榷。事实上,法人担任董事所涉及的人格问题、代表人利益冲突以及董事独立性疑虑均能够在法人董事制度内部实现逻辑自洽。法人董事在提高董事会实效、回应法人股东需求,以及平衡控制股东责任等方面具有自然人董事所不可比拟的优势。不论是于集团内部为母公司提供对子公司实质合理的驾驭之术,还是引入专业管理公司进入董事会改善公司治理之困境,均是法人董事于商业环境之有效运用。此外,法人担任公司董事的构建,可通过建立强制任命常任代表与完善连带责任规则等制度予以实现。

关键词:自然人董事 法人董事 公司治理 制度构建 连带责任

中图分类号:DF411.91 文献标识码:A 文章编号:1673-8330(2020)04-0056-15

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2020.04.005

一、引言:自然人董事“一统江山”是否具有合理性

董事会处于公司治理的核心地位,掌握着公司控制权的关键,其席位也因而成为商业战场上硝烟弥漫的必争之地。前有我国首例“第一大股东状告公司”的“君安诉申华案”,^①后有堪能载入中国资本市场教科书的“宝万之争”。^②有鉴于此,学界着眼于董事会角色与组成,关注董事义务的内容要素、董事会与股东会的边界、董事是否独立、如何决策、行为标准与责任承担等诸多问题,这些研究与探讨的目的大多是为了优化董事会的治理作用。然而,关于公司董事是否能由非自然人担任这一主体资格问题,却罕有关注,^③“由自然人担任董事”这一长久以来的传统也似乎理所当然地成为公司治理模

* 本文系司法部2016年国家法治与法学理论研究课题“遗嘱信托法律构造的困境及其出路”(16SFB3035)的阶段性研究成果。

[作者简介]林少伟,西南政法大学民商法学院副教授,法学博士。

- ① 参见牛忠麟《大股东状告上市公司——上海法院受理深圳君安状告上海申华案》,载《人民日报·华东新闻》1999年3月12日第2版。
- ② 参见张华、胡海川、卢颖《公司治理模式重构与控制权争夺——基于万科“控制权之争”的案例研究》,载《管理评论》2018年第8期。“宝万之争”引发很多法律问题与争议,其中之一在于万科管理层、华润大股东以及万科公司独立董事三方势力在万科董事会会议上的角力以及因此而导致的法律问题。
- ③ 关于法人董事的文章,参见许德风《论法人董事与代表人董事——兼议董事独立性的界限》,载《法学》2015年第3期;官欣荣:《法人董事制度与公司治理——对“肯定说”的商榷与修法建议》,载《法学》2007年第12期;谈亚评、宣湘湘《法人董事制度的反思》,载《江西财经大学学报》2005年第4期;黄爱学《法人董事制度的法律分析》,载《西部法学评论》2012年第2期;叶敏:《法人董事制度在公司法上的意义》,载《江苏商论》2011年第2期。

式的基本假定之一。诚然,董事设立之初衷在于接受股东之委托,负责公司基本事务的决策与执行,其所倚赖的乃是董事自身的能力与操守,自非自然人莫属。但在公司自治日益扩大化的背景下,结合我国公司治理结构的现状,重新审视公司法规则,则会对自然人在董事会领域“一统江山”的合理性与正当性产生质疑:这一传统规则是否有继续维持(或坚持)的价值与必要?若法人存在的法理依据是其具有(法律赋予的)独立人格,在此情况下,既然法人从法律上而言被假定为与自然人无异的有机体,则法律将法人排斥于董事主体范围之外的正当性何在?进而言之,可否允许法人担任董事?如答案肯定,其可能存在哪些障碍?又或者,如允许法人担任董事,则法人董事是否可能在某些方面优于自然人董事?如答案肯定,则面对法人董事的潜在优越性,法律是否应当作出积极回应并构建相关制度,抑或一如既往地沉默以对?美国公司法学者班布里奇(Bainbridge)教授曾言,禁止某项制度选择的规定应当具有压倒性的理据。^④ 以此而言,笔者试图提出,“自然人董事”这一主体限制性规定并不存在压倒性理据,由此建议我国公司法应放开此限制,给予法人董事以存在空间。有鉴于此,笔者试图拨开法人董事的面纱,提出允许法人董事的正当性依据,并在考查域外相关规定的基礎上,揭示法人董事的内生性优势,最后就法人董事制度的框架提出构建路径与规范要素。

二、当前规则:法人董事制度探寻

(一) 影影绰绰的国内立法

法人能否担任公司董事涉及公司法上的董事任职资格问题,我国1993年《公司法》未就此问题作出明确规定,此后《公司法》几经修改与解释,相关草案或文本对此也只字未提。王保树先生曾建议修改《公司法》时纳入“董事须为具有完全民事行为能力之自然人担任”这一相关条款以明确限制董事的主体资格要件。^⑤ 但2005年《公司法》修改时未采纳该意见。故此,对于董事是否可以由自然人之外的实体来担任这一问题,立法者似乎选择了忽视。唯一明确表态的规范性文件是1997年中国证监会颁布并于2016年修订的《上市公司章程指引》,其第95条规定“公司董事为自然人。”但因其仅为规章,效力层级较低,且范围仅限于上市公司,因此该规定缺乏普遍意义上的规范效力。

此外,我国《公司法》第146条从消极的角度对董事资格也作出了规定。根据该规定,如具有法条所囊括的情形之一的,不得担任公司董事、监事、高级管理人员,即使被选任也无效。该条款对董事成员的资格要求包括:其一,行为能力,董事要执行公司职务,独立行使权利、履行义务并承担相应责任,因此必须是完全民事行为能力人。其二,职业操守,董事负责公司的运营与公司财产的管理,要求具备较高诚信度。因此,以非法手段牟利,对所在企业被吊销营业执照负有个人责任的人员不得担任董事。其三,经营能力,董事必须具备相当的经营管理能力,因管理不善导致企业破产的人员在一定期间内不得担任董事。其四,财产状况,负有巨债到期未偿还的人担任董事可能存在以公谋私进而篡夺公司财产的较大可能性,因此也不适宜担任董事。从上述董事任职消极要件的规范语义而言,有学者认为,这些要求背后蕴含着公司董事只能为自然人而不能是法人的含义。^⑥ 例如,该条款所使用的“无民事行为能力人”“因犯罪被剥夺政治权利”等表述均为针对自然人所设定。但就规范要旨而言,该条款本质上是对董事之行为能力、职业操守、经营能力以及财产状况的要求,具有独立人格的法人并未被明确排除在外。公司法规范至少没有对“法人是否可以担任董事”这一现实问题作出明确的禁止规定。如果说我国的公司董事只能由自然人担任,那很可能是出于一种“法律推定”或者“实践惯例”。故此,我国公司法立法与理论亟需正视这一可能的“立法疏漏”,以积极回应实践需要和澄清可能的“误解”。

^④ See Stephen Bainbridge, Todd Henderson, *Boards – R – Us: Reconceptualizing Corporate Boards*, 66 Stanford Law Review, 2014, p. 1051.

^⑤ 参见王保树《中国公司法修改草案建议稿》,社会科学文献出版社2004年版,第276、357页。

^⑥ 参见前引^③官欣荣文,第123—124页。

(二) 见仁见智的域外规则

通过检视不同国家和地区关于董事主体资格的规定,可以发现,大多数国家公司法对于董事的资格通常是针对自然人加以规定,至于是否允许法人董事则迥异不一。部分国家对法人董事持否认态度,美国、德国、澳大利亚、加拿大、意大利、爱尔兰等国家法律规定,董事必须是自然人,法人不能担任董事。^⑦ 例如,《澳大利亚公司法》明文规定只有年满 18 周岁的个人方能担任公司的董事。^⑧ 加拿大公司法同样否认了非自然人担任董事的情况。^⑨ 而在爱尔兰,其法律一贯禁止法人担任董事。^⑩ 美国长期以来坚持董事只能由自然人担任,不管是美国法学会(American Law Institute)颁布的《公司治理守则》,抑或是第三版的《示范公司法》均有关于董事资格的条文规定,而董事应为自然人似乎是个无须讨论的问题,长期以来也少有关注。^⑪ 但值得一提的是,美国加州大学班布里奇教授在一篇刊载于《斯坦福法律评论》的文章中对这一规定提出质疑,认为尽管公司法学者为改进董事会做出不少努力,但公司治理文献中还存在着一个巨大漏洞,那就是董事只能由自然人担任这一长期以来的规定是否具有合理性与正当性。^⑫ 当然,也有不少国家与地区对法人担任董事持肯认或不排斥态度,比如英国、法国、比利时、荷兰以及我国台湾地区、澳门地区等。这些法域在允许法人担任董事的同时,也规定该法人必须指定一名具有完全行为能力的自然人作为其代表。^⑬ 例如《澳门商法典》规定,公司行政管理机关的成员既可以是自然人,亦可以是法人,如法人被指定为行政管理机关成员时,则应指定自然人作为该法人的代表担任有关职务。^⑭ 最为典型的当属英国,近一个世纪以来,英国公司法允许公司或者法人实体参与其他公司的董事会。^⑮ 在《英国 2006 年公司法》立法咨询过程中,英国政府曾提出禁止公司作为董事的建议,但这一意见遭遇业界的强烈反对。随后,双方有所妥协,互让一步。最终出台的《英国 2006 年公司法》第 155 条规定,董事可以由法人担任,但至少有一名董事是自然人。法国商法也允许法人董事,《法国商法典》第 L225—20 条明文允许法人担任公司的董事。法国法人董事制度的特殊之处在于,其明确规定法人担任董事必须指派一名常任自然人代表,该代表人与法人同时被视为董事。之所以如此规定,其目的在于厘清代表人的法律责任,因为该自然人代表名义上虽为法人之代表,但实际上受到如自然人董事般同等约束,需履行同等职责并承担同等责任,且法人董事对其负连带责任。颇值探讨的是,尽管都允许法人董事的存在,我国台湾地区的法人董事制度可谓独树一帜。其“公司法”第 27 条所规定的法人董事代表制度与法人股东董事代表制度并存之局面自 1946 年确立以来引起学界颇多争议,但“公司法”几经修改仍保留了该独特制度。细究该条款确有欠缺之处,但学者之批评争议并非针对“法人担任董事”这一原则,而是集中于该条所规定之第 3 款,即无论是法人自身担任董事还是法人指派的代表担任董事,法人均有权随时改派代表。有学者批评指出,该规定实乃主管机关对两个不同制度的混淆而导致的结果。^⑯ 具体而言,当法人股东自身担

⑦ 参见汪振江《比较公司法》,中国社会科学出版社 2012 年版,第 296 页。

⑧ Corporations Act 2001 (Cth) s 201B (1) (Austl.).

⑨ Canada Business Corporations Act, R. S. C. 1985, c C-44, 105.

⑩ See Barry Conway, Aoife Kavanagh *A New Departure in Irish Company Law: The Companies Act 2014 – an Overview*, 16 Business Law International 2015 p. 135.

⑪ 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》,载《台大法学论丛》2011 年第 1 期。

⑫ 参见前引④,第 1051 页。

⑬ 前引⑦。

⑭ 参见冷铁勋《澳门公司法论》,社会科学文献出版社 2012 年版,第 267 页。其中,《澳门商法典》所规定的公司行政管理机关以合议制的形式运作,在其他国家或地区的公司法中,相应地称为董事会。

⑮ See Len Sealy *Paycheck Services 3 Ltd: The Supreme Court Reviews the Concept of the De Facto Director*, 287 Company Law Newsletter, 2011, pp. 1-3.

⑯ 参见黄虹霞《政府或法人股东代表当选为公司董监事相关法律问题》,载《万国法律》2000 年第 4 期;廖大颖《评公司法第二十七条法人董事制度》,载《月旦法学杂志》2004 年第 9 期。

任董事时,其指派的代表与法人董事之间属民法上的委任关系,自有随时撤换之权。但当法人指派之代表当选为公司董事,法人股东的指派行为并非导致代表人进入董事会的直接原因,代表人是否当选取决于股东选举结果,两者不属于同一法律关系。此时如仍赋予法人随时改派代表的权利,则无疑违背股东平等原则,并变相赋予了法人股东不经选举则可随时撤换董事成员之特权。

三、制度论争:法人董事之质疑与回应

(一) 异议蜂起:法人董事之质疑

如同上述,我国公司法虽没有明确否定法人担任公司董事的可能性,但从解释论和实践惯例看,我国实际上排除法人董事这一可能性。纵览学界反对观点,大致有以下几点:第一,董事会的公司机关性质排除了法人担任董事的可能性。反对者认为董事是由公司委任,负责公司经营决策与事务执行之职责。归根结底,董事制度设立之初衷在于接受股东委任,其职责性质也要求董事须符合公司所要求之专业能力与品格操守,故无行为实体的法人当无能力担此重任。而本于股东对董事的个人信赖关系,公司董事的资格也非自然人莫属。^{①7}第二,法人董事派驻代表行事势必增添法律关系复杂性。学者有谓,法人担任董事,因其行为能力限制,势必要指派自然人代表实际履行董事职责。^{①8}公司法上对于董事资格之限制是否约束法人指派之董事?当公司利益与法人董事利益产生冲突时,自然人代表何去何从?有学者指出:“法人董事制度之存在,可能产生另一个令人困扰的问题,就是代表人所为之行为是否为其代表权限范围内之行为,如有超出代表权限之行为时,其法律效果及责任应如何厘清?”^{①9}故此,禁止法人担任董事,可减少立法复杂性与实务中代表董事的无可适从。第三,现代公司法本质在于通过所有权与经营权的分离,使得资本拥有者与管理才能拥有者各展所能。但“现实中担任法人董事的都是公司股东,这反映了我们对于公司制度的一种不理解”。^{②0}简而言之,反对者认为在允许法人担任董事的情况下,法人股东势必争夺董事会的控制权从而对董事会的独立性造成冲击。为此,否认法人董事,实际上是保障董事会的独立地位与价值。

(二) 颠扑不破:法人董事制度质疑之回应

由上述对法人董事制度的质疑可知,反对者多着眼于制度设立之意图,而置其实际所发生的作用与意义于不顾,即赞美或维护一项固有制度时,“习惯于从善良愿望出发考察它的纯洁、崇高的起源”,^{②1}而在批评制度之失败或者不足时,又“往往归结于其先天的理论不足或者创制者的道德缺失”。^{②2}事实上,上述反对论点均可在承认法人董事制度的框架内得以解决,而无须将法人与自然人之间“血肉之躯”与否的差异横亘其间,粗暴地划出一条泾渭分明的界限。毕竟,良好的制度应是后来者在实践经验中理性塑造的产物,而不是先行者一蹴而就的无瑕美玉。

1. 法人担任董事的资格与能力问题。在法人实在说的立场下,将董事限于自然人之说实属微弱。法人的核心特征在于其具有独立法律人格,即法人作为法律拟制之人具有权利能力与行为能力。长期以来,法人在法律上拥有自然人的大多数权利。^{②3}法人固无血肉之躯,对于出席会议、投票表决等实体行为确实无法亲力亲为,但法人设有权力机关与执行机关,具备与自然人无异的意思表示,且在

^{①7} 参见廖大颖《公司法第27条法人董事制度》,载《月旦法学杂志》2004年第9期。

^{①8} 参见前引③官欣荣文,第123页。

^{①9} 前引①。

^{②0} 前引③谈亚评、宣湘湘文,第78页。

^{②1} 苏力《制度是如何形成的》,北京大学出版社2007年版,第52页。

^{②2} 前引②。

^{②3} 例如,在美国,法人享有大多数自然人所拥有的权利。在 *Consol. Edison Co. of N. Y. v. Pataki*, 292 F.3d 338, 346-47 (2d Cir. 2002) 一案中,法官指出“宪法的诸多权利均可被公司所主张”;而在 *Ehlinger v. Hauser*, 785 N.W.2d 328, 365 (Wis. 2010) 一案中,法官更是直截了当地指出“公司拥有与自然人同等的权力,可以做一切必要或方便其营运或事务的事情”。

实际履行董事职务时可借助其代表人或者代理人实现。若以法人不会“思维”去论证法人不能担任董事,则无异于否定法人本身的存在。^{②④}况且,类似的法人充任制度事实上并不罕见。《韩国公司重整法》第 95 条也有法人可以担任重整管理人的规定。^{②⑤}在公司重整过程中,重整管理人享有董事代表的法律地位。^{②⑥}同时,我国现有法律也并不禁止法人在公司以外的其他实体充当类似于公司董事的角色,最为典型的当属《合伙企业法》对普通合伙人的限定。^{②⑦}《合伙企业法》第 3 条规定“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。”言下之意,上述实体以外的公司可以成为普通合伙人,享受与自然人相同的管理权利并承担同等义务。在有限合伙企业中,由于有限合伙人的管理权利让渡给普通合伙人,以获得“有限责任”之庇佑。所以,有限合伙企业中普通合伙人的管理权利甚至比公司董事更广泛。这意味着,对某些企业或商事组织而言,由组织实体而非自然人承担治理责任不仅可行,而且也具有潜在的需求。至于法人的信誉问题,股东会选任董事时主要考量的是董事的专业能力与品格操守,而法人作为一个团体在这些领域并不逊色于自然人。此外,董事履行职务离不开财产作为履约能力的担保,尽管对董事品格操守的评价涉及多方面的因素,但归根结底终究离不开对其责任能力的评价。当董事是自然人时,他们承担责任的能力相对法人而言可能更弱,因为一般而言,法人作为具有独立责任能力的团体比自然人可能拥有更雄厚的财力与更强大的责任能力。甚至,法人作为董事的责任激励也强于自然人。

2. 董事身份疑虑与代表人利益冲突问题。学界对于法人董事另一质疑的焦点主要集中于法人董事委派到目标公司的代表人。^{②⑧}因法人并非血肉之躯,履行董事职责所需的必要实体行为须经由指派之代表人实际参与公司董事会工作来实现,由此形成“法人董事—代表人—目标公司”的三角关系。反对法人董事的学者往往夸大此特殊关系的复杂性,并将之视为危及公司治理制度的洪水猛兽,从而认为应当禁止法人董事。但深虑之,所谓三角关系所生之疑虑或可在承认法人董事前提下通过特殊制度安排得以化解,或问题本身仅为反对论者无端臆测而不足虑,以此为由而禁止法人董事制度无异于因噎废食,实不符成本效益原理。

首先,关于董事身份认定所造成之困扰。在法人董事制度下,事实上充任董事者为法人本身,而非其代表人。因此有学者提出,“为维护公司利益之竞业禁止规定理论上似仅能适用于该法人股东,却不及于实际参与董事会议、经常有机会深入了解公司事务之自然人代表,其适用上之不合理,不言而喻。”^{②⑨}事实上,在法人董事制度已存在数十年的我国台湾地区,对于董事消极资格以及禁止行为的适用,近年来倾向于采取“两位一体”的观点,即在法人担任董事的情况下,公司法对于针对董事的资格限定与义务管控之规定同时及于其自然人代表。^{③⑩}在此制度安排之下,自然人代表实际以法人名义参与董事会事务并承担责任,而其本身也受到董事义务与消极资格的规范,并不存在实际履职之人与信义义务承担者发生人格分离的情况。

其次,关于法人董事与目标公司之间发生利益冲突时自然人代表如何自处的疑虑。这实际来源于我国台湾地区法人董事代表制度与法人股东代表董事制度共存的困境,在其“公司法”第 27 条第 2

^{②④} 参见前引③黄爱学文,第 87 页。

^{②⑤} 参见前引③官欣荣文,第 118 页。

^{②⑥} 参见前引③黄爱学文,第 88 页。

^{②⑦} 参见前引③许德风文,第 86 页。

^{②⑧} 参见前引③官欣荣文,第 120 页;前引③谈亚评、宣湘湘文,第 79 页。

^{②⑨} 邵庆平《再论公司法第二十七条——公司治理强化下的另一种思考》,载《财产法暨经济法》2005 年第 2 期,第 103 页。

^{③⑩} 我国台湾地区“经济部”2002 年 12 月 16 日商字第 09102287950 号规定“法人股东之代表人于董事会行使董事职权时,就其代表人之法人股东与公司缔结买卖契约等相关议案,应以‘利害关系致幽海域公司利益之虞’,依公司法第 206 条第 2 项准用 178 条规定,不得加入表决。”2003 年 5 月 16 日商字第 09202098290 号规定“按公司法第 192 条第 5 项规定‘第 30 条之规定,对董事准用之’。是以,依同法第 27 条第 1 项规定,当选之董事其指派之代表人如有第 30 条之情事,自依该条第 3 项规定改派之。”

项的规定下,法人股东得以指派代表人担任董事,实际身居董事职位的人为代表人本身,委任关系存在于被管理公司与代表人之间,而该条第3项又赋予法人股东得以随时改派该代表人的权利。因此,法人股东掌握着代表人董事之“生杀予夺大权”,自然人代表必然以法人股东利益为最大考量,两者之间也存在着实质的委任关系。代表人无论以何者利益为重,均会损及另一方之利益,导致“里外不是人”的矛盾结局。究其本质,这种董事身份与自然人实际代表之利益之间的割裂是所谓“利益冲突困境”的根源。而在法人董事制度下,法人本身担任董事,董事委任关系实际存在于法人与被管理公司之间,有关该董事职位之权利义务直接归属于法人本身。自然人仅为法人董事忠实注意义务的履行辅助人,其与被管理公司之间并不存在委任关系。代表人所为不论是法律行为还是事实行为,其后果均直接归属于法人董事本身,这也是“代表”的应有之义。故此,法人董事之位、权、责均归于一体,与自然人担任董事并无本质区别。当公司与法人董事之间产生利益冲突时,依董事忠实义务之约束,法人董事自该以公司利益为先,此不存疑。至于法人董事对代表人的权限限制以及代表人超越权限的行为责任,依“代表”之法理,法人董事对代表人的限制属其内部关系,对目标公司及第三人不发生效力。

再次,由于法人担任董事时派出自然人代表的行为无须经过股东会选举,批评者指出法人董事随意更换代表人可能导致董事会成员变动频繁,影响被管理公司经营连续性。这一论点表面上看似有理有据,但正如之前所述,担任董事的是法人本身,代表人所扮演的仅仅是一个传达法人董事意志的角色,法人董事经由意思机关所作出的经营策略选择与事务决断当然也不会因代表人的更换而改变。故此,此种担忧也属多虑。当然,考虑到更换代表人给法人自身管理带来的不利益,代表人人选的调整也不会随心所欲,随意而为。法人身为逐利的“经济人”,必然会顾虑到人事变动的成本而对代表人的调整设定具体事由。

最后,至于有学者提出的由代表人代为履职导致实际运作上的迂回与董事履行职责程序上之繁复的问题,^{③①}这本质上属于公司内部自治的问题。商法内生性价值之一是商事组织具有较大的自治空间,故公司均得以在合乎法律规范范围内,定制契合自身需求的治理结构,安排符合自身特点的治理机制,公司对此拥有较为充分的“想象空间”,法律也允许各方当事人在各自诉求上对各种利益和不利益进行衡量后自行取舍。因此,法人是否参与董事选举,股东会是否选举法人担任董事完全可由公司自己决定,法人董事所带来的程序上的繁复也可由当事人在各种利益权衡与权力博弈中达成平衡。法律为明确公司内部自治边界所设的禁限条款不应以减损公司治理方式选择权为代价,也不应侵蚀公司自治空间。故此,公司法担忧法人董事之程序上的不利益有“庸人自扰”之嫌,更有“越俎代庖”之疑,为此而禁止法人董事也自然值得商榷。

3. 董事独立性之感。保有董事的独立性,尤其是强调保持董事进行独立经营判断的能力,长期以来一直是改善公司治理道路上的一个美好愿望。^{③②}“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。”^{③③}按照这一观点,董事只对公司负责,其不是特定股东的利益代表人,与股东之间也没有直接的法律关系,董事作出决策当也无须以股东本身的利益为考量。然而,这种立意良善的愿景是否果真能在实践中得以实现?董事在公司治理过程中是否真能做到“遗世而独立”?从公司经营的实践来看,董事由股东提名并经其选举进入董事会,他们很难真正脱离提名股东而仅以公司利益为先。试问,如果股东不要求董事当选后作为其利益代言人,那么股东提名并选任董事的动力何在、基础何

^{③①} 参见前引③叶敬文,第152页。

^{③②} 参见前引③许德凤文,第91页。

^{③③} 邓峰《董事会制度起源、演进与中国的学习》,载《中国社会科学》2011年第1期,第176页。

存?资本的逐利性驱动股东做出最有利于自身利益的选择,即使在否认法人董事的立法例下,法人股东也会提名特定董事并根据持股数量或投票规则选举其出任公司董事,并为自己的利益发声。此种背景下,要求股东推选的董事“大义凛然”地弃提名股东意志于不顾,全心全意以公司利益为唯一考量无异于天方夜谭。事实上,已有学者提出董事异质化的问题,即认为董事在实践中的所作所为可能受到其背后“选区”股东的指示,进而提出董事同质化的假定摇摇欲坠的观点。^{③④}

既然董事会成员受控于提名股东已是默认规则和不可避免之现实,公司规范设计就不能一厢情愿地无视这一“潜规则”。相反,应理性尊重这一现实并回应需求,积极寻求利益平衡机制来缓和此种内在冲突。因为,“董事会本身即是一种利益平衡器和利益分配的组织机制。股东大会是各方利益博弈的场所,董事会成员是各方利益博弈的产物”。^{③⑤}自然人股东既然有机会在董事会席位角逐中获得支持,从而得以进入董事会为自身利益发声,法人股东又何尝不可?既然无法改变董事受派遣(或提名)股东控制的局面,与其让广大的法人股东将自然人董事作为“橡皮图章”,隐匿其背后实行董事之职,不如直接承认其本身董事地位,并施以明确的义务责任规则加以规范。诚如霍姆斯法官所言,“法律的生命始终不是逻辑,而是经验”。^{③⑥}制度理性不能完全脱离现实,董事独立性的强化本就不依赖于董事成员的自然人属性,而法人董事制度之于董事独立性的减损,也并非牢不可破。

四、制度优势:改善公司治理的另一种思考

(一) 改善董事会职能

公司治理的核心问题之一是决策权的归属。在董事会中心主义的影响下,董事会实际控制公司已成不少国家的实际常态。事实上,对公众公司的绝大多数中小股东而言,只要得到满意的分红,他们也不会在乎公司的经营管理。^{③⑦}尽管有学者提出,董事会功能强化与经营者控制是一种现象而非立法的本意,^{③⑧}但随着伯利(Berle)和米恩斯(Means)所称的“所有权和经营相分离”趋势日趋鲜明,^{③⑨}公司法无法忽略董事会在公司治理结构中的核心地位。^{④①}故此,如何有效改善董事会职能,进而提升公司治理,无疑值得研究,而笔者试图在此论证确立法人董事制度,可以更大发挥董事会的积极功能,从而改善公司治理并扩大其正面效应。当然,在阐述法人董事改善董事会职能这一优势之前,有必要先行交代现代董事会在真实世界的职能。

1. 董事会的职能。董事会的主要职能是管理、监督和服务,这些职能之间的相对平衡会随着时间推移而有所变动,且在各个企业中也程度不同、表现不一。首先,董事会拥有特定管理职能。尽管涉及公司利益重大问题的最终决定权被授予股东会,但董事会在公司经营决策上仍扮演着不可或缺的重要角色,其同时也为经理执行公司日常运营事务设定框架与边界。在规模日益庞大的现代企业中,股权结构日渐分散,股东会职权也相对缩减,与之相对应,董事会在公司的管理权限则有扩张趋势。其次,董事会(尤其独立董事)监督着经理层的表现。董事会通过决定聘任或者解雇经理人员、决定报酬、审查经理层提出的计划和方案以及制定广泛的管理制度来实现监督职能。最后,董事会也承担特殊的服务职能。作为公司运作的“掌舵者”,董事会成员或单独或集体向经理人员提供指引。多元

^{③④} 参见林少伟《董事异质化对传统董事义务规则的冲击及其法律应对——以代表董事为研究视角》,载《中外法学》2017年第3期,第668—669页。

^{③⑤} 孙光焰《董事会独立性之感与董事分类选举制度的构建》,载《北京社会科学》2017年第11期,第72页。

^{③⑥} Olive Wendell Holmes *Review of CC Langdell, Summary of The Law of Contract*, 14 *American Law Review*, 1880, p. 233.

^{③⑦} Saleem Sheikh, William Rees *Corporate Governance, Corporate Control*, Cavendish Publishing Limited, 1995, p. 225.

^{③⑧} 参见钱玉林《股东大会中心主义与董事会中心主义——公司权力结构的变迁及其评价》,载《学术交流》2002年第1期,第47页。

^{③⑨} See Adolf Berle, Gardiner Means *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, 1932.

^{④①} 参见叶敏、周俊鹏《从股东会中心主义到董事会中心主义——现代公司法人治理结构的发展与变化》,载《商业经济与管理》2008年第1期,第77页。

化的董事会可以为公司提供潜在在供应商、客户、资金来源以及其他关键需求的供应者,由此丰富公司网络。此外,多元化的董事在与股东以及其他利益相关者联络方面也扮演着重要角色。可以说,“董事会的功能实际上转向了战略控制与监督两个方面,战略控制包括战略决策和服务”。^①

2. 法人董事对董事会职能的改善。尽管现代公司法在持续寻求更优的董事会组成和结构方面做出不少努力,例如独立董事的引进、董事提名选举程序的改进以及董事会性别的多元化等,但促进董事职能实现的效果并不尽如人意。^②有鉴于此,笔者认为,不妨从另一个方向思考董事会职能的提升路径,即重思董事会成员的组成,允许法人担任公司董事。因为在自然人担任董事一统江山的背景下,法人董事实际上拥有许多自然人无法比拟的潜在优势,对提升并实现董事会职能也具有天然的长处。

首先,在董事会管理职能方面,法人董事很可能会比自然人作出更优的决策。董事会之所为,或是自行决策,或是对经理层提出的建议进行评估判断。但已有证据表明,在董事会的上述决策或判断中,集体的智慧优越于个体。^③既然如此,则法人董事的确立,显然可比单一的自然人董事发挥更大的效果,因为法人董事本身是拥有众多雇员和董事的组织体,多元化的人员组成带来了多人集合的综合知识和专业能力,这相对于单个人的智慧无疑更具优势。此外,法人董事本身的团体性质也增加了单个董事席位为被管理公司的治理所贡献的工作时间。换言之,在自然人担任董事的情况下,一个董事席位只能贡献单个自然人的精力和智识,实际上行使的是个人决策权。而由法人担任董事时,单个董事席位所作出的最终决策都是先通过法人内部程序,由法人内部集体决策提出意见,再由具体任职的自然人代表按法定程序在董事会中进行讨论和表决。此时,一个董事席位所作出的每一个投票决定实际上是法人内部集体智识的汇集,这无疑极大提升了董事会投票的质量。

其次,在董事会监督职能方面,法人董事比自然人拥有更强的激励机制,进而也比自然人董事更注重效率。在禁止法人董事的情况下,大多数公司的自然人董事无非是自然人股东或法人股东提名的利益代言人。一般而言,自然人股东在大公司的持股比例远不及法人股东,尤其在机构投资者日益兴起的今天,机构股东更远非自然人股东所能比拟。^④而受法人股东指派进入董事会的自然人董事与公司利益的关系可能更为微弱,背后的法人股东也缺乏对其利益代言人的有力约束机制,这显然会给自然人董事消极怠工留下可乘之机,毕竟其有效监督经理层的激励机制相当有限,如亨德森(Henderson)和班布里奇所言,且不说他们因此而获得的收益,单就因其作出决策而自身受到的损失而言,成本收益明显不对称。^⑤

最后,在董事会服务职能方面,董事会的作用在于通过提供正式与非正式的沟通渠道或(以及)居中协调来促进公司关键资源的获取。^⑥兰德尔·克罗兹纳(Randall Kroszner)和菲利普·斯特拉恩(Philip Strahan)的研究发现,在21世纪之交,美国约三分之一的大型非金融公司的董事会中都至少有一位银行家。他们认为,银行家对放贷机构和市场信息具有一定的专业判断,并能充当资本市场信誉的信号,从而降低资本成本。^⑦在为董事会服务职能提供资源方面,其他专业人士也能扮演同样的

① 李建伟《公司制度、公司治理与公司管理——法律在公司管理中的地位和作用》,人民法院出版社2005年版,第147页。

② 例如,我国独立董事的引入与确立,并没有明显改善公司治理。相反,独立董事因其“不独立”和“懂事”而遭受诟病。参见赵青《独董如何“独立”和“懂事”》,载《法人》2018年第5期;李彖、刘安《独立董事真的能“独立”吗——基于法治思维的分析》,载《法律方法》2017年第1期;周佰成、邵振文、孙祖珩《中国上市公司独立董事功能缺失与制度重塑》,载《社会科学战线》2017年第3期。

③ See Stephen Bainbridge, *Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance*, 55 *Vanderbilt Law Review* 2002, pp. 1-30.

④ 甚至有学者提出,因机构投资者的日益增多,公司法可能会出现消亡趋势。See Zohar Goshen, Sharon Hannes, *The Death of Corporate Law*, 2 *New York University Law Review*, 2019.

⑤ 参见前引④,第1051页。

⑥ See Michal Barzuza, Quinn Curtis, *Board Interlocks and Corporate Governance*, 39 *Delaware Journal of Corporate Law*, 2015, p. 669.

⑦ See Stephen Bainbridge, Todd Henderson, *Outsourcing The Board: How Board Service Providers Can Improve Corporate Governance?* Cambridge University Press, 2018, p. 383.

角色,例如会计师、工程师、学者或政治人物等。法人董事本身有自己的经营业务,特别是在大型法人中,其大量雇员的背后意味着每个员工都有自己的客户和同事网络,由此形成了法人董事本身的丰富资源。例如,在有私募股权基金投资的情况下,基金有参与被投资企业董事会从而获取被投资企业信息并进行投后管理的需要和动力,本身又与社会各界有广泛的联系。若基金担任董事,凭借其深厚的关系网络,往往能直接为被投资企业带来许多战略性资源并将之融入企业之中,使其成为被投资企业的竞争优势。一方面,上述战略性资源包括为被投资企业引入重要的战略合作伙伴和外部专家,包括帮助其寻找供应商、产品经销商,挑选会计师事务所、律师事务所,帮助被投资企业聘请管理咨询公司等;另一方面,资源广泛的基金还可凭借对所投行业的经验,帮助被投资企业聘用合适的高级管理人才和核心技术人才。故此,在建立公司资源网络方面,法人董事能够为公司发挥更好的服务职能。

(二) 法人股东治理力量的发挥

股权结构的日益分散、股东搭便车心理以及理性冷漠等使得大部分股东并不热衷于参与公司事务。他们作为消极股东,一般会委托具有专业能力的董事管理公司,公司法传统的代理问题之所有权与经营权的分离也因此产生。尽管此种分离被认为是现代公司的基本特征之一,^{④⑧}有助于发挥董事专业性的管理优势,能为公司及全体股东创造更大价值。然而,公司也因股东与董事之间的分离而面临世纪难题。本质上而言,股东是公司剩余利益索取者,享有公司长远发展的所有收益,其关注的是公司的经营业绩与长期发展竞争力。因此,股东期望管理层以最大努力实现股东财富最大化。而管理者的主要诉求是提高薪酬、增加闲暇时间以及降低投资风险等,其具体行为目标与股东期望可谓大相径庭。故此,董事完全有可能为了自身私利而背离股东利益,这种背离主要表现在道德风险与逆向选择两个方面。在法人股东可以直接担任公司董事的情况下,剩余索取权的享有者与控制权的拥有者在一定程度上重合,公司的管理层得以重构,委托代理关系在很大程度上也得以优化。由此可见,法人董事制度有助于降低传统公司法的代理问题。同时,肯认法人的董事地位,允许法人股东出任董事、指定自然人代表充任,能极大方便法人股东的意志贯彻,有利于保障法人股东对所投资公司的合法控制利益,从而鼓励法人持有股份和对外投资。自然人股东的投资短期化特征明显,在公司市场表现不尽如人意时,倾向于“用脚投票”。相较于自然人而言,法人股东往往多为长期投资者,具有稳定而长期的规划,对所投资公司的长期治理效果整体表现出更强的关注,并能将自己的战略意图与目标公司的发展相结合,发挥规模经济效益,协助公司做大做强。就此而言,允许深谋远虑的法人股东在目标公司直接担任董事,能激励其参与公司决策,积极利用自身市场资源与视野优势真正协助公司完善治理结构和实现战略目标。

然而,法人董事之禁止为法人股东参与公司治理制造了无端的阻碍,例如“君安诉申华案”。该案起源于申华公司的最大股东——君安公司更换董事的要求。作为最大股东,君安公司认为自己有更换代表自己的董事的权利,而公司则将其更换董事之提案改变成罢免和重新选举董事两个提案,最终导致君安公司的待选董事没有顺利进入董事会,君安公司遂提起诉讼。^{④⑨}实践中,股东一般是按照所拥有的股权比例选派董事候选人,在法人董事没有得到明确肯认的情况下,真正拥有董事地位的是法人所支持的自然人董事。一旦该董事在任期内因故无法履行职责时,公司可以利用重新选举这一程序工具操纵替换掉法人股东指派之董事,如若持股居多的法人股东在董事会中缺乏利益代言人,就会出现上述君安公司所面临的尴尬困境。如此一来,不仅会导致程序烦琐,增加公司负担,也造成法人股东权益受损,并挫伤法人股东持股并参与公司治理的积极性。如允许法人担任董事,则法人董事

^{④⑧} 参见周游《公司法上的两权分离之反思》,载《中国法学》2017年第4期,第285—286页。

^{④⑨} 参见前引①。

身份与法人股东人格合二为一,法人作为投资主体的经济需求与合法权益也能得到有效保障。

论者有谓,我国当前公司法规制的核心对象是中小股东利益保护机制,而非维护法人股东的权益。^{⑤0}然而,这与法人董事制度并不矛盾,法人董事制度对法人股东的偏袒不会侵蚀中小股东的利益。众所周知,法人股东一般偏向长期而稳定持股,股东利益与公司长期价值具有更大的契合度,公司治理利益对法人股东的激励较强,这也是法人董事制度能够促进法人股东控制力量发挥的原因。而中小股东更注重短期回报,因受限于自身力量,其积极干预公司治理的需求较小。在公司业绩良好时,其倾向于获取发展红利。而在公司面临困境时,其主要诉求是及时退出公司,一走了之。因此,公司法加强中小股东利益保护的重点在于股东分红权和退出权的利益平衡与规范设置,而非滴水不漏地保障其经营管理权。由此可见,法人董事的存在并不会加剧中小股东的窘境,这本质上属于两条并行不悖的股东保护路径。

(三) 大股东过度控制的司法监督

公司法不乏对董事失职行为的规制,董事忠实勤勉义务以及与之对应的股东代表诉讼等都是监督和约束董事行为、追究董事责任的机制。然而,公司治理的一大疑虑在于“董事责任的最终归属”。在公司没有担任职务的大股东,尤其是法人股东,通过幕后操纵董事会影响公司决策、损害公司利益时,董事责任却无法透过自然人董事直指背后的法人股东。而这一问题的根源在于,作为股东利益代表的自然人董事与法人股东的人格分离。具有实质影响力的法人股东在现行制度下无法进入董事会,只能利用选举自然人董事的契机安排亲信进入董事会执行职务。在“影子董事”缺位的情况下,他们通过此种“垂帘听政”的方式,不用自己出面却实际掌握公司所有重大决策,并“行董事之权”,这使董事会会议常常流于形式,董事之间的平等也名存实亡。^{⑤1}更重要的是,由于他们实际上“无董事之名”,针对在任董事的司法监督机制对此也束手无策。欲通过“名义董事”自然人穿透至背后的法人并依法追究该法人的责任,关键在于将董事幕后的支配股东控制纳入司法监督范围,而允许法人直接担任董事无疑有助于实现这一目标。

大股东有争夺控制权并成为控制股东的实际需要,中小股东对公司事务不可能也不会亲力亲为,由此形成的股东控制实际上在一定程度上建立起了控制股东与中小股东之间的信义关系。控制股东作为受托人应当受到诚信义务的约束,公司法在遏制股东滥用控制权行为和追究滥权责任方面也应有所回应。^{⑤2}我国公司法对股东控制的相关规定主要体现在《公司法》第20条“股东滥用权利禁止条款”和第21条“关联交易的禁止条款以及法人人格否认条款”。^{⑤3}但滥用股东权利条款的前提是股东滥用其自身股东权利,然何为“股东权利”则不无疑义。股东滥用表决权剥夺小股东的分红权利或者滥用知情权损害公司利益时,该条款的适用自无疑虑,但若股东操纵其指派的董事介入公司经营谋取私利,进一步解释为股东滥用“选择管理者”这一股东权利则可能过于牵强。同样,关联交易禁止条款的适用范围也有限,无法规制股东通过影响董事执行公司职务的合法形式实施的滥权行为。至于法人人格否认条款,且不论其对公司独立法律人格和股东有限责任制度的侵蚀,以及本身适用上的不确定性,我国公司法明确规定法人人格否认制度的适用要件是“严重损害债权人的利益”,这就将股东损害公司利益而未危及公司债权人的情况排除在外。从比较法角度而言,股东通过董事对公司的

^{⑤0} 参见前引③官欣荣文,第120页。

^{⑤1} 参见前引③,第175页。

^{⑤2} 参见朱慈蕴、郑博恩《论控制股东的义务》,载《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;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》,载《北大法律评论》2014年第1期。

^{⑤3} 有学者认为对控制股东信义义务规则的确立,应当通过运用法解释学的方法对我国《公司法》第20条进行有效运用,以实现规范控制股东行为的目标。参见朱大明《美国公司法下控制股东信义义务的本义与移植的可行性》,载《比较法研究》2017年第5期。

不当控制可由“事实董事”或“影子董事”制度加以规范。根据英国事实董事制度,当一个人实际上履行了正式任命的董事通常执行的管理职能时,其将被视为以事实董事的身份在行事。⁵⁴可见,对董事的界定侧重于功能意义,且由于英国传统公司法对董事身份未作出限制,只要实际执行董事职务者,不论其为自然人还是法人均被视为董事,因此也会被纳入司法监督的范畴之内,并受到董事义务和责任的约束。但我国在坚持董事只能由自然人担任的情况下,上述事实董事制度并没有适用空间,也因此而缺乏相应的规制。现行法律虽然对股东控制进行了一定程度的规制,但是在法人股东操纵董事不当行事这种特殊的模式下,法人股东作为控制利益的享有者“在公司的实际作用与其承担的责任严重失衡”。⁵⁵相比个人董事,法人董事经济实力强,承担责任的能力更强,一旦董事失职行为侵害第三人利益,法院也更倾向于判决法人董事承担高额赔偿,这对于公司及第三人来说相当于增加更强的保险功能。事实上,法人董事的责任激励机制相对于自然人董事也有过之而无不及,该制度下法人与其代表之间的连带责任对于抑制其机会主义行为起到重要作用。申言之,法人董事制度有利于矫正法人股东在公司主导权掌握与法律责任承担上的严重失衡,进而有助于实现公司治理上的“生态平衡”。

除上述原因外,将法人纳入董事会还有其他优势。法人替代自然人成为公司管理者意味着自然人的生老病死或者退休等个人情况不再影响董事会的稳定结构,从而保持管理上的延续性。同时,法人董事可能带来管理上的便利,例如在香港,私人公司允许法人跻身董事会,部分外国投资者则利用法人董事(一般是公司服务提供商或者金融机构)作为香港公司的地方代理董事,以便及时处理诸如签署文件这类事务。⁵⁶

五、商业实践:法人董事的可能应用

法人参与公司董事会可能会为公司治理提供灵活性与操作优势,在商业环境中,尤其是大型集团公司,法人董事可以成为企业一体化管理的手段之一,减轻企业管理负担,降低管理成本。

(一) 集团公司治理结构优化

在经济全球化的浪潮中,大型公司羽翼渐丰,业务范围的扩大导致经营结构的复杂化,集团公司的综合化经营成为现代公司发展的一大趋势。而集团公司的复杂结构对公司治理也提出更高的要求,其中主要涉及母子公司之间的治理关系。法人董事制度可以为公司集团治理带来运营协同效应,这种效应尤其体现在跨国集团中。一方面,母公司可直接对子公司实施集团政策,减少指令传达误差并提升效率,从而促进统一管理。子公司的重大决策从属于集团整体战略一盘棋考虑,业务运行从属于集团模式,集团战略的协同性得到增强。此时,集团治理转变为由上至下的管理,有利于统筹发挥集团核心优势并降低集团内部的代理成本。可以说,法人董事的施行可以畅通母子公司管理联系,进而有助于加强集团作为整个战略核心的控制力。另一方面,集团可任命中间公司为集团其他下属公司的董事,尤其是拥有共享服务中心或专业管理公司的大型企业。随着大数据、云计算和人工智能等技术的高速发展和运用,将具有规模经济和范围经济效益的业务放到一个服务中心集中处理的共享服务模式应运而生,⁵⁷典型如财务共享服务中心⁵⁸与人力资源共享服务中心。⁵⁹共享服务中心是没有自主经营活动的主体,它们是集团中其他公司的工具。如允许法人担任董事,这些服务中心可以参与

⁵⁴ 参见林少伟《英国现代公司法》,中国法制出版社2015年版,第367页。

⁵⁵ 赵旭东《上市公司董事责任与处罚》,中国法制出版社2004年版,第69页。

⁵⁶ See Ji Lian Yap, *De Facto Directors and Corporate Directorships* 7 *Journal of Business Law*, 2012, pp. 579, 581.

⁵⁷ 参见张瑞君、陈虎、张永冀《企业集团财务共享服务的流程再造关键因素研究——基于中兴通讯集团管理实践》,载《会计研究》2010年第7期,第58页。

⁵⁸ 参见程平、万家盛《大数据时代财务共享服务中心云平台的构建及其应用》,载《商业会计》2015年第15期。

⁵⁹ 参见刘迪、陈利芳《基于互联网的人力资源共享服务中心服务模式研究》,载《中国人力资源开发》2017年第7期。

集团各下属公司的董事会中来为其提供管理、咨询或财务等服务。

(二) 专门管理实体参与董事会

法人董事的另一个商业运用涉及董事职能外部化的问题。在公司经营管理方面,以公司管理工作作为职业的人——“职业经理人”日渐形成专门市场,公司高级管理服务可由专业化的经理人提供已成共识,这一机制也在实践中被证明为工业时代企业管理最有效率的方法。而管理的更高层次是治理,其核心为董事会。相比起一般管理人员,董事会在更高的层次上治理公司,除了监督经理层之外,董事会还扮演重要的战略指导角色。因此,为更好地履行公司战略决策的职能,董事会的构建必须在需求明确的前提下通盘考量,由合适的人选担任董事,以形成一个高效运作的战略型团队。在此问题上,颇具效率的“经理人职业化”趋势可以为董事会成员招募提供借鉴。^⑥在肯认法人董事的情况下,专门的管理实体可进入董事会,利用其专业化的管理服务于董事会,并承担董事职位上的所有义务与责任。股东业务能力和管理技能的缺乏是解释他们可以将管理权分配给第三方的因素。管理实体相对于自然人的专业智慧和独立客观则是吸引公司吸收外部力量提升董事会现有能力的动力。由于时间限制、信息劣势、个人能力平庸或熟悉互惠偏袒等履职困境,现代董事会在商业实践中偏离公司法所设定的战略指导角色,董事会质量提升存在巨大的改善空间。^⑦商业组织在分散风险、专业化服务方面无疑比个人具有更大优势。其拥有来源广泛的信息并掌握处理信息的能力,能够雇佣有较少利益冲突的专业化人士,拥有更多可以用于分析和作出决定的时间,具备更优的激励措施,在管理方面完全可以做得比单个自然人要好。^⑧一旦公司面临重大事务需要决策,管理实体完全可以调动自己的全部资源进行统筹分析进而谨慎决策。^⑨同时,董事会闭会期间,商业组织可以代为处理日常性事务,其专业化的优势足以为其胜任这一职责“背书”,从而保证董事会职能的随时在位,促进董事会更好地运作。从另一方面来说,管理公司的参与还可以弥补独立董事技能不匹配、履职时间有限等劣势,为公司注入外部专业力量,拓宽董事会的战略视野。在实践操作中,管理实体参与董事会这一模式也无须对既有公司法规则作出大大的改动,当前的董事会选任、功能和责任制度均能保持不变,只需放宽董事选任的限制,允许法人担任董事即可。至于责任承担,在管理实体参与董事会的模式下,董事的不当行为或违反信义义务的责任将由该管理实体承担,而不是其代表或内部雇员。

六、实现路径: 法人董事的制度构造

(一) 法人董事的规范要素

制度选择可谓是立法者在平衡其可能带来的潜在利益和风险之后作出的决定,是否赋予其存在空间、采用何种规制模式以及如何平衡利益冲突等均是立法者所要谨慎考量的因素。考虑到法人董事可能在公司治理实践中带来的效率和灵活性,立法上对法人董事可以秉持宽容态度。从规范设计的角度来说,可考虑补充有关法人董事制度的法律条文,具体包括以下三个规范要素:

1. 明文承认法人董事并重构董事消极资格。诚如学者所言,中国新一轮公司法改革最终目标应定位于实现自治型公司法的转型,最大程度地尊重公司的意思自由和行为自由。^⑩在此理念指引下,公司法应赋予商业实践者更多的行为自由,提供多样的制度选择以便创设出符合利益最大化目标的高质量治理体系。公司治理机构的组成关乎公司运行效率与治理效果,为建立高效灵活的制度,公司法应当赋予公司更大的自主权,由其自由选择董事会组成人员、资格限制、产生方式等。诚然,法人董

^⑥ 前引④,第177页。

^⑦ Stephen Bainbridge, *Corporate Directors in the United Kingdom*, 59 *William and Mary Law Review Online*, 2018, p. 65.

^⑧ 参见前引④,第177页。

^⑨ See Remus Valsan, *Board Gender Diversity and the Enlightened Shareholder Value Principle*, 37 *Company Law*, 2016, p. 171.

^⑩ 参见赵万一、赵吟《中国自治型公司法的理论证成及制度实现》,载《中国社会科学》2015年第12期,第171页。

事不是商业环境的必需工具,但却是可供选择的一种公司治理实践,能为公司治理带来较大的灵活性与较高的效率,其可能产生的负面影响也能够 在法人董事制度框架内得以解决。在未来的公司法修改中,笔者认为,应承认法人董事的合法性,赋予其存在空间,以供商业实践者自主选择,发挥其在商业环境中的操作优势。或者至少允许公司章程自行规定,给予公司选择董事主体的自由。但应该注意的是,条文措辞应当明确法人董事的确切范围,实际上现有数个肯认法人董事的法域均严格使用“法人”一词限定机构担任董事的主体资格。与此同时,公司法关于董事资格要件的规定也应作出相应修改。可将董事消极资格一分为二,区分自然人董事和法人董事两种。自然人董事的消极资格限定沿用现有规定即可,法人董事的消极资格限定则可借鉴《合伙企业法》对于实体担任普通合伙人的规定。如前所述,我国允许特定实体以外的公司成为普通合伙人,承担企业管理职能,这相当于充当“公司董事”的角色。《合伙企业法》第 3 条除外条款的立法旨意在于限制国有资产及其他公益性资产对合伙企业债务承担无限责任。由于董事承担信义义务,法人董事可能因履职不当承担民事责任。因此,可排除国有独资公司以及公益性的事业单位、社会团体成为法人董事,对于包括上市公司在内的其他实体法人则可作为法人董事。

2. 常任代表的强制任命。肯认法人董事制度仅是起点,让法人董事参与并优化公司治理才是目的。然而,法人董事具体应如何参与公司治理?笔者认为,可通过设置常任代表的方式来实现法人董事的功能,即要求法人董事指定一名常任代表执行相关行为,包括参加董事会并签署一切必要文件。法人董事常任代表的由来可以追溯到 1966 年由 *Loi sur les sociétés* 发起的法国公司法改革,其最初目的是防止不同代表出席董事会会议而导致责任稀释。常任代表必须是自然人,并且受一定资格条件约束。^⑤ 公司法目前对自然人董事的一切任职条件的限制可适用于常任代表,即其本身必须满足自然人董事的行为能力、职业操守、经营能力和财产状况等条件。正式任命的常任代表是唯一有权代表法人董事行使公司董事职权的人,这个职位具有排他性,公司其他人无权以被管理公司的董事身份行事。法人董事有权任命和免除常任代表的职务,但是这种自由裁量权应受到某种程度的限制,只有在存在特定事由的情况下法人董事才能更换自己的代表。这一方面是为保持董事会事务执行的连续性,另一方面也是为防止法人董事利用随时更换代表之契机过度操纵代表人选进而损害公司利益。特定事由的规定可通过“列举+兜底”的方法来设置,例如因丧失能力、履职不能、死亡或者辞职等客观因素导致的不宜继续代表法人履行董事义务等情形。当然,公司章程可以就法人董事代表的指派和更换进行额外限制。此外,法人对于常任代表的委任和更换有及时通知公司的义务。如法人免除其常任代表的委任职务,应立即以书面或其他可知悉形式通知公司,并于规定期间内向公司通报其新任常任代表的身份。关于法人董事与其代表的关系,我国台湾地区学者认为常任代表在代为行使董事职务时,“其人格包含于法人董事的人格范围之内,因此公司法对于禁止董事竞业行为的规范,在解释上必然包括法人董事之代表”。^⑥ 换言之,自然人代表在执行董事职务的时候必然获取公司的营业信息等,而作为法人董事的代表,其又有向法人报告的义务,如此一来,法人董事与自然人代表均得以合法途径获取公司商业秘密。可以说,双重信义义务是法人董事的应有之义,相关义务规则的适用范围同时及于法人董事及其自然人代表。^⑦ 这种约束不止及于竞业禁止等董事的忠实勤勉义务,还包括公司法上对特定情形下董事持股比例、持股期间的限制,以及董事会表决时利害关系的判断。

3. 连带责任。制度的落地,还需要法律责任追究体系的到位。法人董事制度规范的第三个核心

^⑤ See Paula del Val Talens, *Corporate Directors: In Search of a European Normative Model for Legal Persons Board Members*, 14 *European Company and Financial Law Review*, 2017, p. 609.

^⑥ 廖大颖《评公司法第二十七条法人董事制度——从台湾高等法院九十一年度上第八七〇号与板桥地方法院九十一年度诉字第 二一八号判决的启发》载《月旦法学杂志》2004 年第 9 期。

^⑦ 参见前引③许德风文,第 90 页。

要素是法人董事的常任代表与法人承担连带责任。即使常任代表本身被要求受董事身份的一切义务与责任的约束,法人也不能豁免于公司法针对董事的各项责任规制。连带责任的主要目的是保护相关债权人以维护商业交易的安全。^⑥ 债权人因法人董事与常任代表之间的特殊关系而处于信息劣势,通过连带责任加强对债权人的保护有利于平衡各方利益。在连带责任下,一旦法人董事之失职行为损害债权人利益,其无须费心劳力地去查明法人董事的行为究竟是来源于常任代表的失职还是法人的指令,因为常任代表与法人被推定为对债权人的损害具有相同的责任。债权人可以选择向法人或其代表索赔,由此最大限度减少债权人的举证责任。当然,连带责任并不影响其与其他董事之间责任的分担,每位董事被推定对违反义务的共同决定所造成的损害有同等责任。此外,法人董事与常任代表内部可以追偿,法院应该考虑双方对损害确切的责任。值得注意的是,连带责任的规则应当是强制性的,公司章程不得就此作出另行规定。

(二) 可能面临的问题

1. 有限责任庇护。法人作为董事会成员可能涉及的一个问题是有限责任可能会成为法人董事的“盾牌”。董事受到信义义务的约束,违反信义义务的董事需要承担法律责任。而法人担任董事的情况下,相当于允许董事受到一定的保护,有限责任制度允许其仅在公司财产的范围内承担履职失败的责任,而不必追溯至法人背后的股东,这可能进一步削弱董事的信义义务机制。但因为法人董事本身是实体,其资产具有一定规模,一般情况下其承担责任的能力强于自然人,即使是董事失职行为导致了责任,比起自然人担任董事,股东有限责任的存在也不会导致对被管理公司或者债权人更多的不利。^⑦ 况且,法人的信誉比起自然人而言有更大的价值,强烈的信誉激励机制有助于抑制法人董事的机会主义行为。^⑧ 如果上述专业管理服务市场形成,尽职的高信誉管理公司自然得到更多青睐,而那些失职的公司则会被市场自然淘汰,在这种风险面前,有限责任的担忧虽无法避免,但也不必过多担心。

2. 透明性顾虑。法人董事在公司的应用并非一本万利,在上述集团结构的透明性方面,法人董事可谓是把“双刃剑”。一方面,在以明确的董事名义控制公司经营的情况下,指令由谁发出、政策如何实施都一目了然。利益相关者只要看一眼董事会的组成就能推断公司实际由谁掌控、背景如何,从而决定是否进行相关交易。法人董事在一定程度上间接达到了控制权披露的效果,这种集团结构披露无疑有利于吸引投资并保护利益相关者。但另一方面,当存在对法人董事拥有实际控制权的自然人时,法人董事则可能充当这些实际受益人的“前线”。在法人面纱的遮掩下,不愿透露个人身份的实际受益人可利用法人董事作为屏障,既可以理所当然地通过法人这个“前线”传达指令,又可以隐藏其实际受益人的身份并且逃避责任的追究。以此而言,法人董事可能被有心之人作为责任隔离的利用工具,这种责任屏障的效果可能在助长洗钱等金融犯罪方面有较大的潜在风险。^⑨ 平衡法人董事在公司透明性收益与风险的关键是公司披露制度。在有强制披露要求的上市公司中,法人董事被用于隐藏复杂公司结构下的实际受益人的风险可得以缓解,从而能够有效发挥其在集团结构透明性方面的优势。从域外的经验来看,对(大型)公司披露的更高要求是公司法监管的重要趋势。美国证券交易委员会要求披露持有有一个注册经纪商 25% 以上份额的全部持有者,包括这些所有者 25% 以上份额的持有者,持续追索直至报告公司的最终所有权。英国政府要求对公司所有具有重大控制权的人均必须登记在 PSC 登记簿上。^⑩ 正如美国路易斯布兰狄西法官的著名语录:“阳光是最好的防腐剂”,

^⑥ 参见前引⑤。

^⑦ 参见前引④,第 365 页。

^⑧ 参见前引④。

^⑨ Department for Business, Innovation & Skills, *Final Stage Impact Assessments to Part A of the Transparency and Trust Proposals* (Companies Transparency), 2014, p. 155.

^⑩ See Small Business, Enterprise and Employment Act 2015, c. 26 § 790K.

灯光是最好的警察。”对法人董事也可以施加类似的披露要求,在选择采纳法人董事的公司或集团中,法人董事自身的股权结构应该作为披露的一部分,以便公众或者监管部门知悉法人董事自身的董事、高级管理人员或者主要股东的身份。此举可以确保公司的透明性不因法人董事的存在而受危及或损害,同时不至于完全牺牲法人董事可能带来的效率与便利。

七、结 语

商事法具有组织法的属性,因而在公司组织结构上会设置相应的包含强制性规范在内的诸多条款。但这并不意味着公司内部组织机构之设置都应被纳入强行法之中,恰恰相反,只有存在清晰可信的证据表明某些设置会不可避免地损害相关利益且无法在自治框架内得到妥善解决时,才应通过法律明确禁止的方式予以干预。而法人董事制度并非如此,其对公司治理的潜在效率足以引起对“自然人担任董事”这一规范解释的质疑。在主体需求日益多样化以及投资结构日趋复杂化的今天,公司法理当回应社会经济实践的需求,扮演好交易制度提供者这一角色。法人董事作为一种公司治理实践,其成本与效益的考量应交给商业实践者选择。况且,在目前我国没有法律明确禁止法人担任董事,但实际又存在某种程度的“法人董事”现象的灰色状态下,对法人董事予以明确肯认并对规范要素进行清晰化界定更符合实践需求。鉴此,在管制型公司法向自治型公司法改革的背景下,我国在未来公司法修改时应当考虑对法人董事制度予以一般性承认,并在此前提下设计相应的制度规范以平衡其可能带来的风险。

The Possibility and Institutional Construction of Corporate Directors

LIN Shao - wei

Abstract: Regarding the issue of whether directors could be legal persons, there are huge differences in the legislations among various countries. Although there is no clear regulation in China's legal system, director is actually limited to the scope of natural person in terms of the interpretation. However, the rationality and legitimacy of this traditional concept, namely the directors can only be appointed by natural persons, is debatable. In fact, the personality issues, the conflict of interests of the representatives and the doubts about the independence of the directors involved in the corporate directors could be solved within the framework of itself. Corporate directors have the advantage that natural person directors cannot match in improving the effectiveness of the board of directors, responding to the needs of institutional shareholders, and balancing the responsibilities of controlling shareholders. Whether it is to provide the parent company with a reasonable control of the subsidiary within the group, or to introduce professional management companies into the board of directors to improve corporate governance, are the effective implementation of corporate directors in the business environment. If a legal person is allowed to serve as a company director, it is necessary to construct and improve the system of mandatory appointment of permanent representatives and joint liability rules.

Key words: natural person directors corporate directors corporate governance institutional construction joint liabilities