

董事会制度的渊源、进化和中国的学习*

邓 峰**

摘要:随着研究的深入,一些理论试图回答董事会的存在、功能、角色及其行事方式的理性和原因。两权分离和董事会中心、共管与合议模式及其作为责任的最后承担者是董事会的三个基本原则,各国立法中几乎概无例外。本文首先讨论了董事会制度在公司法中是通过制定法和案例所表现出来的,始终恪守的隐性原则,分析了其与公司本质理论、两权分离、职能和角色等问题之间的盘根错节式的纠结关系;进而,论文分别介绍了已有研究中的两大解释,即 Bainbridge 教授对董事会中心和群体决策的效率理论,和 Gevurtz 教授对这一制度追溯式的历史分析;继而,论文对中国自 19 世纪早期以来的公司实践进行了历史考察和分析,对中国公司概念和思想的引入发展,尤其是从 19 世纪 40

* 本文简版已发表在《中国社会科学》2011 年第 1 期。

** 法学博士,北京大学法学院副教授。本文在写作过程中得到了中国人民大学清史研究所曹新宇、北京大学法学院李启成、彭冰教授在观点和材料上的直接支持,并得到了北京大学法学院青年教师工作坊诸多同仁,尤其是甘超英、易平教授的批评。谨此致谢,文责自负。

年代到清末变法这一阶段的学习过程进行了历史分析,进而分析和评述了中国现行公司观念之中对董事会制度原则及其法律制度的陌生。

关键词:董事会 公司理论 比较制度分析 组织理论 历史制度分析

古今中外,有公司必有董事会。在人类历史中,除了在极个别的时间和地点之外,我们都可以在经验上通过观测得到这一结论。公司法在这一问题上,在世界范围内的一致性,要远远超过大多数法律上的问题,诸如宪政模式、侵权赔偿规则、法人制度等,甚至对安乐死的态度、正义观念的区别。与纷纭芜杂的公司理论及其延伸命题——公司特性究竟包括哪些因素的争论——相比,^①董事会在规范意义上作为公司的最高权力行使者,集体决策、合议和共管的行为模式,几乎是没有任何例外的公司现象。尽管法人人格、股东及其权利、有限责任、市场化融资等,可以看成是公司的一般特征,但中国的公司和公司法理论研究中,常常忽略董事会作为公司治理模式必然存在的特征。

对公司董事会的存在及其运作模式,由于受制于公司理论的发展阶段,过去没有得到很好的解释。在19至20世纪的大多数时间中,对公司的理解受制于拟制论和实在论的争夺,以及20世纪30年代之后,各种各样的合同理论和政治理论沉溺于解释股东如何形成群体或实体及其权威或利益分配,更多关注于公司管理者作为代理人对股东利益的偏离。无论是归咎于合同理论本身的发展逻辑,还是基于公司的社会属性、进化理论、知识依赖、比较制度分析或制度转轨等视角所进行的研究的自然延伸,董事会制度的原则、合理性、角色定位等规范命题的研究开始涌现。本文试图在这种研究的基础上,提供一个中国文本。

^① See John P. Davies, *Corporations: A Study of the Origin and Development of Great Business Combinations and of Their Relation to the Authority of State*, Vol. 1, New York: G. P. Putnam's Sons, 1905, pp. 13-34. 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第97、98页。

一、董事会制度的原则性规范

虽然各国成文法中的董事会制度存在诸多差异,但是如果对成文法和各国判例进行纵横观察,可以发现公司董事会制度中有三个隐性的统领原则,界定了公司董事会运作的边界,即(1)董事会是公司权力的最高行使者(director primacy);(2)董事会是采用“一人一票”的平等方式并且合议行事的(peer);(3)与前面两个相联系的,董事会对公司制度的有效和正当运作负有最后责任(accountability)。这三个原则是相互联系并交错在一起的,董事会的集体决策权力行使方式,传统上也称为共管(Collegial)。^②学者基于比较法而进行的总结也明确表达了这种特点:

“董事会构成了公司最高的、战略设定的要素是其法律特点,代表了集中或专业化的管理……董事会的特点是多数人组成的,与公司管理层和股东相分离的公司机关,尽管是整体或主要是由股东选举的(直接或间接的),并且与股东的控制权相关。董事会的作用,是决定公司战略、监督和提出管理建议,并且促进公司利益……这些简明举例可以表明,在所有的司法裁量中,公司都有某种形式的董事会,决定战略、监督和向公司提出建议,以及管理执行董事会决策。不同系统之间的差异,可能并不明显。我们同时也会注意到进化趋同的趋势。”^③

董事会作为公司权力的最高行使者是传统原则,也是目前除了中国之外大多数国家和地区明确在成文法之中的表述。这一原则:(1)确立了股东和董事会之间的两权分离,除非股东一致同意(美国特拉华州是唯一的例外,允许所有有投票权的股东以书面形式在无须通

^② See Douglas M. Branson, *Corporate Governance*, Charlottesville, VA: Michie Company, 1993, pp. 153 - 157.

^③ Beate Sjaafjell, *Towards a Sustainable European Company Law: A Normative Analysis of the Objectives of EU Law with the Takeover Directives as a Test Case*, Boston: Kluwer Law International, 2009, pp. 45,48.

知程序下多数决^④), 股东不能越过董事会直接作出决策, 股东的投票参与的权利(通常认为属于意定权利)是由法律和章程限制的, 而区别于完整、统一、无上的物的所有权。董事会的权力是完整和最高的, 而股东权利则是依情形约定的, 章程只是对权力作出限制而已。如英国, “依据章程, 董事们向公司业务的管理负责, 为此目的他们可以行使所有公司的权力”,^⑤美国, “(1)除非依据 7.32 条的规定(指股东一致同意), 每一公司必须有董事会; (2)所有公司权力应当由董事会或者在其授权下行使, 所有公司的业务和事项应当在董事会的管理, 或在其指导下, 或受其监督(oversight)下进行管理, 除非公司组建章程或依据 7.32 条授权的协议设定限制”,^⑥法国、德国、意大利、西班牙、比利时、荷兰等尽管董事会结构不同, 但均有类似的明确表述;^⑦(2)决定了许多衍生法律规则, 最典型的是法定诚信义务, 以及业务判断规则;^⑧(3)这一原则伴随着股东选举董事成员中的比例代表制, 通常是简单多数, 但也会存在诸如累积或累退投票制之类的变化, 以用于反对控制股东的霸权。^⑨

董事会采取集体和以投票方式实现决策的共管模式, 英美法对这

^④ 特拉华州普通公司法 § 228 条。See Edward P. Welch and Andrew J. Turezyn, *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals*, Boston: Little, Brown and Company, 1993, pp. 510 - 515.

^⑤ Cited from Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 8th edition, London: Sweet & Maxwell Ltd., 2008, p. 367.

^⑥ 修订标准公司法 § 8.01。Charles R. T. O' Kelley and Robert B. Thompson, *Corporations and Other Business Associations: Selected Statutes, Rules and Forms, 2007 Edition*, New York: Aspen Publishers, 2007, p. 66.

^⑦ See Mads Andenas and Frank Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, France, p. 285; German, p. 301 (GmbH), p. 307 (AktG); Italy, p. 322 (SpA); p. 347 (SRL); Spain, p. 353 (SRLs), p. 357 (SAs); Belgium, p. 361 (SA), p. 367 (SPPRL); Netherlands, p. 368. 但有些国家, 如西班牙, 其和股东之间的权利分配有细微不同的解释。Hereinafter cited as “*European Comparative Company Law*”.

^⑧ See Melven Aron Eisenberg, *Corporations and Other Business Organizations*, 8th edition, New York: Foundation Press, 2000, pp. 180 - 181.

^⑨ See Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, New York: Foundation Press, 2002, pp. 450 - 452.

一原则的恪守要超过大陆法,具体而言:(1)除非例外情形,比如均势对立情形下,可能有些国家允许董事长或资方代表有第二票,董事会议应当采用合议方式决策,一人一票,有些法律直接规定人数必须为奇数;(2)董事通常应当亲自出席(physical presence)。这有许多细致的操作规定,比如委托投票,只能就某次会议作出授权,不能长期授权,否则会被视为出卖职位;比如传统上不得采用书面一致同意的方式来作出董事会决议,必须有实际的会议过程,^⑩尽管今天有所放松,允许采用一致的书面意见或电话等方式开会,此类案例仍然会受到严格审查。^⑪这其中的默认假定实际上是“政治人”,即董事决策是研究、辩论、说服和被说服的过程。修订标准公司法(RMBCA)的起草人对此有明确的表述,“相互咨询和观点交换是董事会发挥功能的应有组成部分”;^⑫(3)多数规则,以投票方式作出决策,董事会决议是“书面的、可执行的合同”。对合议存在不同意见,应当记录在案;(4)必须有正式记录(minutes)。

共管模式在大多数比较法层面上是相同的,但是在是否可以单独行使的问题上存在较大的分歧。英美法、法国法、德国法^⑬都有明确规则限制董事个人行使公司权力而只能以合议方式作出决策,比如RMBCA规定,董事“无权单独代表公司行为,而应当作为董事会的一个成员来行为”,甚至规定,除非得到明示授权,董事只能在会议上行动。但东亚国家包括日本、韩国等则允许董事个人代表公司行事。这是一个非常值得注意的细节。中国法在公司法上并不存在类似的规定,但在上市公司中,证监会在规则制定上受到了英美法的影响,通过上市公司章程指引塞进了类似的规定。

董事会制度的第三个原则,是权力与责任相对应。和合同法、行政

^⑩ Rufus J. Baldwin and another vs. Thomas H. Canfield. 26 Minn. 43; 1 N. W. 261; 1879 Minn.

^⑪ May v. Bigmar, Inc., 838 A.2d. 285, 288 n.8 (Del. Ch. 2003).

^⑫ Cited from Stephen M. Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2008, p. 82. Hereinafter cited as “Bainbridge Corporate Theory”.

^⑬ See *European Comparative Company Law*, Op. Cit., pp. 288, 291, 308. 德国明确允许公司章程作出例外规定,但个体决策不能对抗多数决策。

法等趋向于程序或形式方式不同,公司法施加了实体倾向的诚信义务(fiduciary duty),这甚至被视为是公司法的核心规范。^⑭ 具体而言:首先,公司错误、非法、犯罪行为的后果第一责任人是董事,即权力的行使者,而不是“所有权人”;其次,控制股东并非当然地对公司行为承担责任,只是在行使了公司权力,替代了董事会或管理者的职责,直接作出决策或指挥的情形下才需要为公司行为负责;最后,董事会派生其他公司机关,通常是选举执行或管理机关,其他机关的设立理由,要么属于基于规制产生的强制性要求,要么是基于其他利益攸关者的考量,而这些机关的诚信义务则是待定的、模糊的,其责任要么来源于法律,要么来源于其专业或职业角色而产生的。在比较法层面上,各国法在前两项上规定得比较清晰,但在最后一点上有些模糊。同时,更多地受到法律调整方式的影响,大陆法系中的诚信义务更多带有事前的强行性禁止的特色。^⑮

尽管董事会制度存在比较法上的诸多差异,但上述三个原则,如同惯性,或多或少,或隐或现地在不同法律制度之中以不同表述和形式呈现出来。随着公司实践的变化以及理论内在要求的统一性,会对这些原则形成一些冲击或扰动。实践中的变化,主要体现在董事会角色定位和职能设定之上,理论上的冲击,主要表现在公司理论对董事会的解释、忽视或者强调之上。

法律实践对董事会的冲击,主要体现在近几十年来美国和德国法律之中董事会模式的变化之上。受到一体化和规模经济的影响,公司规模扩大,现实中的大公司决策和管理上的集权不断增强,尤其是公司结构不断从U型(unitary form)向M型(multi-divisional form)发展,从而

^⑭ See Lawrence E. Mitchell, Fairness and Trust in Corporate Law, *Duke Law Journal*, Vol. 43, No. 3 (Dec., 1993), pp. 425-491. 这里所说的合同法和行政法,只是一般规范意义上的,在理论上也存在争议,包括合同法中的对价理论和行政法中的公平要求。See Larry A. DiMatteo, *Contract Theory: The Evolution of Contractual Intent*, East Lansing: Michigan State University Press, 1998; See also H. W. R. Wade and C. F. Forsyth, *Administrative Law*, 7th edition, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 44.

^⑮ 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第442页。

导致权力趋向于管理层,如 CEO 的出现就验证了这种变化。^⑯ 在股东、董事和经理的单一层级的关系上,美国公司逐渐趋向于总经理和董事会之间的平行,从而将这种纵向关系转变成了实际上的三角关系。Eisenberg 教授在 20 世纪 60 年代之后,基于这种结构变化,一方面试图对股东和董事的两权分离程度进行理性化调整,^⑰另一方面强调战略管理职能日益转变成总裁或总经理的职责,进而董事会应当以监督、督导和公司运行系统设计、管理和维护作为主要职责和角色定位。^⑱ 董事会不再需要亲自管理公司,可以通过组建下级委员会或向管理层授权的方式将其战略管理职能转让出去,但第三个原则仍然不能动摇,因此,不得将监督职责授权出去。

董事从管理者趋向于系统维护者、监督者,这构成了 20 世纪 80 年代美国公司治理的主题之一。在 20 世纪 80 年代,董事会的监督角色很好地和主流公司本质理论(合同理论)发生了契合。董事会职能在合同理论中可以解释为对股东的利益进行保护,从而减轻管理者的机会主义行为。现在,学者和立法者已经普遍将管理者角色的董事作为传统模式,而将监督者角色的董事会作为现代模式。这典型地表现在修订标准公司法的表述从“公司的业务和事务应当由董事会管理”转变成了“应当由或在董事会的领导下管理”,“公司事务应当在董事会裁量下管理”。^⑲ 另外一个变化和两权分离有关,有些原本属于股东的权力,法律开始允许通过章程授予董事会,如修改公司章程,甚至废除绝对多数票制度。

在另外一种主流模式中,德国的董事会制度则趋向于员工参与,采

^⑯ See Oliver Williamson, Corporate Governance, *Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 7 (Jun., 1984), pp. 1197 - 1230.

^⑰ See Melvin A. Eisenberg, The Legal Role of Shareholders and Management in Modern Corporate Decision - making, *California Law Review*, Vol. 57, No. 1 (Jan., 1969), pp. 1 - 181, at pp. 10 - 14.

^⑱ See Melvin Aron Eisenberg, Legal Models of Management Structure in the Modern Corporation: Officers, Directors and Accountants, *California Law Review*, Vol. 63, No. 2 (Mar., 1975), pp. 375 - 439.

^⑲ See James D. Cox and Thomas Lee Hazen, *Cox & Hazen on Corporations: Including Unincorporated Forms of Doing Business*, Second Edition, Vol. 1, New York: Aspen Publishers, 2003, p. 409.

用社会民主方式以确立公司存在的正当性。1937年纳粹时期,德国采用董事会—监事会制度(欧洲大陆模式)对抗方式,作为压制工会集体谈判方式的一种替代。第二次世界大战之后,在英占鲁尔区的钢铁和煤炭企业中,英国军政府要求这些企业组成11个成员的董事会,其中股东代表和员工代表各5人,第11人则是由前10人选举,这是依据资方和劳方的“均势”(Parity)原则在政府控制的企业中采用的制度。第二次世界大战后,随着军政府向联邦德国政府移交企业,在1951年通过法律确立下来,即共同决策法(也被称之为Mortan Act),但是董事会中的均势变成了董事会中监督委员会中的均势。^② 社会民主党上台之后,一直致力于扩展这一制度。1976年,德国进一步修订了该法,在适用范围上从钢铁、煤炭及相关产业上扩大到了超过2000名员工的所有企业,包括股份公司、有限公司和有限合伙。例外的只是继续适用1951年法案的产业,以及政治或慈善组织、媒体。德国的董事会分成监督委员会和管理委员会,两者存在严格的划分,即监督委员会负责公司的总体政策的制定和实施,并选举、监督管理委员会的董事,而管理委员会则负责日常的管理,并且两者之间不得兼任、相互授权。管理委员会有义务经常或应要求向监督委员会汇报。

理论上,Dallas教授将董事会归结为三种类型,分别对应不同的职能定位和角色:传统上和美国式的制约管理霸权式(contra-managerial hegemony)、德国的权力联合式(power coalition)以及她所倡导的关系理论(relational theory),^③与这些相对应,董事会也有着“管理”、“监督”、“关系”(relational)和英国传统式的“战略管理”(strategic management)等职能的定位。^④ 但从战略管理到监督的职能演变中,尤其是董事会的职责变成了更重要的选任、监督和撤换最高管理者,维持公司作

^② See Benjamin A. Streeter, III, Co-Determination in West Germany—Through the Best (and Worst) of Times, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 58, No. 3 (1982), pp. 981-1002, at pp. 982-983.

^③ See Lynne L. Dallas, *The Relational Board: Three Theories of Corporate Boards of Directors*, *Journal of Corporation Law*, Vol. 22, No. 1 (Fall, 1996), pp. 1-25.

^④ See Lynne L. Dallas, *The Multiple Roles of Corporate Boards of Directors*, *San Diego Law Review*, Vol. 40, No. 3 (Fall, 2003), pp. 781-820.

为一个制度系统,共管、合议的决策方式,采用平等协商、辩论和投票机制,在审慎决策、消除分歧、平衡不同目标上与这种职责更为契合。

不同的董事会模式受制于公司理论本身的发展。在目前的研究中,将公司看成是一个“合同连接体”是大多数学者的共识,尽管对合同本身的解读不同,存在不完全合同和关系性契约的分歧。一些学者在美国法背景下,提出应当加强股东对公司,尤其是董事会的控制,或者股东应当成为公司治理的监督者的观点。比如 Bebchuk 提出应当由股东设定公司的基本制度,对公司的重大交易进行批准,^②加强股东通过选举对董事会的控制等。^③但这并不是合同理论学者的主流意见,甚至遭到了剧烈的批评,^④这种争论还在持续之中。反之,将公司看成是一个“实体”的政治理论,强调公司是一个利益攸关者的网络,则倾向于为董事会扩权,而且更强调公司管理中的相互信任和达成共识的必要性。^⑤甚至有学者认为女性董事、少数股东的利益代表者、外国董事等新的多元类型的董事的增加,既是实然的,也是应然的趋势,适应了全球化、CSR、利益攸关者等多种社会现实的发展需要。^⑥

^② See Lucian Arye Bebchuk, The Case for Increasing Shareholder Power, *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 3(Nov. , 2005), pp. 833 -914.

^③ See Lucian Arye Bebchuk, The Myth of the Shareholder Franchise, *Virginia Law Review*, Vol. 93, No. 3 (May, 2007), pp. 675 -732.

^④ See Virginia Law Review, Vol. 93, Issue 3 专刊中对 Bebchuk 理论的争鸣讨论。E. G. Martin Lipton and William Savitt, The Many Myths of Lucian Bebchuk, *Virginia Law Review*, Vol. 93, No. 3 (May, 2007), pp. 733 -758.

^⑤ See Margaret M. Blair and Lynn A. Stout, Trust, Trustworthiness and the Behavioral Foundations of Corporate Law, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, No. 6 (Jun. , 2001), pp. 1735 -1810.

^⑥ See Lynne L. Dallas, Does Corporate Law Protect the Interests of Shareholders and Other Stakeholders? The New Managerialism and Diversity on Corporate Boards of Directors, *Tulane Law Review*, Vol. 76, No. 5&6 (Jun. , 2002), pp. 1363 -1407.

二、效率理论

占有主导地位的产权(不完全合同)理论在过往的 20 多年发展之中,强调市场和股东的财产权利之于公司的重要性,进而对董事会的制度、原则及其理性并没有过多关注。因此,合同理论对诚信义务的解释也就不够充分。^② 关系型契约的公司理论则强调董事会对公司资产的保护。在比较了股权和债权融资之后,Williamson 指出,“董事会由此内生地出现,充当了一个可置信承诺(credible commitment),其效果是通过限制重新配置资源,降低了用于融资项目的资本成本……董事会充当了一个保护,相比特定资产的债务融资的规则规定,可以提供更好的条款界定(terms)”。^③ 尽管关系型契约为董事会独立于股东提供了一个制度功能解释,但 Williamson 的理论并不能解释法律规则中对董事会原则坚持采用合议、共管模式的理性。

试图采用经济理论或效率理论对董事会的集体决策原则提供解释的是 Bainbridge 教授,他注意到了主流公司理论在解释上对两权分离的漠视,根源上来自两种合同理论本身的分歧。合同理论中坚持不完全合同理论,或者团队生产理论,会倾向于股权;而如果采取关系型契约理论,则会倾向于权威集中。由此,与实证法相结合,Bainbridge 教授将公司理论建构为两个不同的维度:目的和方式。前者意味着公司规范的目的或者价值取向,后者意味着决策权的集中与否。Bainbridge 教授引用了阿罗的两种决策模式:共识模式(Consensus)和权威模式(Authority)。在共识模式下,组织的每个成员拥有同样的信息和利益,所有成员可以自行选择合适的行动;而在权威模式下,成员具有不同的利益和信息量,产生集中决策的需要。由此,董事会作为最天然的合适机关,就代表公司充当了这个中心签约人的职能。现代公司是这种决

^② See Oliver Hart, An Economist's View of Fiduciary Duty, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 43, No. 3 (Summer, 1993), pp. 299-313.

^③ See Oliver E. Williamson, Corporate Boards of Directors: In Principle and in Practice, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 24, No. 2 (Oct., 2008), pp. 247-272.

策结构的天然结果。股东本位,既不是事实上的,也不是规范上的,仅仅是对公司目的的要求,而不能当成是一种实现方式。股东未必会愿意参与到公司的管理之中,其角色也是摇摆不定的。^⑩

为什么董事会需要集体决策呢?Bainbridge教授基于Arrow的组织决策,结合经济分析,也尝试给出理论解释。^⑪董事会是一个生产团队,其职责在于管理、制定政策、监督管理者,同时,作为合同连接体中的中心签约人,可以为公司提供资源(监督和关系角色)。依据组织行为理论,尤其是实证研究,集体决策的正确性要高于个体决策。集体决策的效率在于:(1)有限理性。决策有四个要求,第一,观察或者获得信息;第二,记忆或者储存信息;第三,计算或者掌控信息;第四,交流或者转化信息。而个人理性是有限的,可能在有些情形下个体决策会优于集体决策,但集体决策并不会妨碍好的个体决策获得集体认可;(2)集体决策可以消除偏见,第一,可以汇集不同意见(Herding);第二,可以消除过分自信;反之,其成本则是集体偏见;(3)代理成本,组织总是存在纵向监督和横向监督,而集体决策有助于监督的强化,克服代理成本,同时,集体的董事会有助于解决“谁来监督监督者”的问题。^⑫在Bainbridge教授看来,法律之所以明确规定共管模式的行事方式,是出于集体决策理性的坚持而要求采取的特定方式。^⑬

Bainbridge教授的解释仍然不能令人满意:首先,集体决策和个体决策各自都存在优缺点,而且集体决策在追究错误决策责任上比较困难。集体决策在量上的优势并不意味着绝对排斥个体决策,而这显然和公司法中对董事会模式的严格恪守之间存在差距。为什么公司法不能允许当事人在这两者之间自行选择呢?^⑭其次,如果集体决策仅仅是基于上面所分析的信息交流的作用,为什么一定要亲自出席或进行

^⑩ See Stephen M. Bainbridge, Director Primacy and Shareholder Disempowerment, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 6 (Apr., 2006), pp. 1735-1758.

^⑪ See Stephen M. Bainbridge, Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, No. 1 (Nov., 2002), pp. 1-55.

^⑫ See *Bainbridge Corporate Theory*, pp. 89-100.

^⑬ See *Bainbridge Corporate Theory*, pp. 80-82.

^⑭ 当然,有些个别国家允许这么做。

辩论和讨论呢?采用书面形式轮流批注,或者群发邮件交流是否可以视为开会呢?实证法中并不允许这样的方式,而一定要遵循相应的程序。再次,这并不能解释为什么一定要采用特定的集体决策方式,即一人一票的机制。集体决策也可以采用多种方式,但为什么纵观各国,都明确界定了这一原则呢?最后,Bainbridge 教授的解释是针对今天公司运作方式的,但这并不能解释过去,或者说,似乎群体决策应当是基于效率进化产生的,人类在公司历史上应当尝试过很多其他的类型,最终发现这是一个有效率的模式。但是这恰恰错了,公司从一开始产生的时候,这三个基本原则就没有重大的改变。

总体上说,就方法上而言,基于经济理论和效率的解释,只能解释结果,而不能解释过程的唯一性。同时,合同理论并没有将公司和合伙等更靠近合同机制的企业形式做出区分,因而也缺乏规范性的基础,实证数据上表现出来的集体决策的量上的优点,并不能排斥其他的方案选择。

三、历史和政治理论

Bainbridge 教授的关系型契约分析忽视了早期公司是模拟“宪政国家”,观念上受制于“政治理论”的历史。董事会的“共管”方式,在多大程度上是经济理性的构建呢?公司是历史发展而来的法律制度,董事会的上述三个原则,是否在历史上有过不同的替代呢?Gevurtz 教授试图基于历史分析和政治理论,对早期欧洲公司中的公司治理,尤其是对其中的“一人一票”的共管模式进行了分析。

Gevurtz 教授指出美国今天模式的董事会的三个原则是:(1)股东选举董事会,即两权分离;(2)集体决策和一人一票;(3)董事会负有选举和监督管理人员的最后职责。这种制度的功能理性在于:(1)集中管理的需要;(2)群体决策;(3)代表不同利益攸关者(Constituents,选民)和协调不同的分配要求;(4)监督管理者的需要。对这种模式的渊源探索,他采用“追溯式”、“考古挖掘式”(archeological dig)的方法来

表述,^⑤即将现在制度的历史倒推回去,观测董事会制度的来龙去脉。

“私”的采取准则设立,允许私人自由组织并承担有限责任的,和现代公司法最相近的,最早可以追溯到1811年的纽约公司法。当时对董事描述的术语是“信托人”(trustee),“此类公司的股票、财产和利益(concerns)应当由信托人管理和运作,除第一年之外,所称公司的董事应当由指定公司的章程中所规定的时间和地点选举产生”。这种制度除了董事会还负责战略管理之外,和今天并无不同。此前,美国更早期的特许方式设立的公司,更多集中于公共领域。比如汉密尔顿作为发起人的1791年美国银行(The Bank of United States),其中规定了25个董事,每年由股东选举产生,其中四分之一不得连任,董事会任命总裁。同年,他在新泽西州立法会特许下组建的The Society for Establishing Useful Manufactures,也采用同样的治理方式。^⑥

很显然,美国大陆从一开始就采取了董事会制度,这来源于英国。1694年成立的英格兰银行是美国公司的一个样板。该公司最早使用了Director来指代董事,其章程规定,股东会(当时称为“发起人会议”Court of Proprietors)选举产生24名董事,其中三分之一不得连任。英格兰银行的模式被Gevurtz教授称为最早的两权分离。

再向前,1606年詹姆斯一世出于殖民和贸易,对北美颁发了两家公司的特许。第一家最早称为伦敦公司(the London Company),后来更名为弗吉尼亚公司(the Virginia Company),在北纬34度至41度之间殖民。另外一家普利茅斯公司(the Plymouth Company),在北纬38度至45度之间殖民。每家公司都有在章程中列明的“骑士、绅士、商人和其他企业家”,以及允许加入的其他“原始股东”,章程规定了两种理事会,每家公司都有国王任命的13人的当地代表,同时国王在英国任命一个13人的“弗吉尼亚理事会”,负责“最高管理和指导”。詹姆斯一

^⑤ See Franklin A. Gevurtz, *The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors*, *Hofstra Law Review*, Vol. 33, No. 1 (Fall, 2004), pp. 89-172. Hereinafter cited as “Gevurtz Historical Origins”.

^⑥ *Ibid.* 这一部分以下的内容除列明出处的之外,均来自于该文,出于篇幅限制,兹不一一注明。对Gevurtz教授的公司历史起源的文章,国内学者有过介绍。参见吴伟央:“董事会职能流变考”,载《中国政法大学学报》2009年第2期。

世尝试剥夺公司股东的权利,1609年颁发了一个新章程给伦敦公司,称为“Treasurer and Company of Adventurers and Planters of the City of London for the First Colony of Virginia”,将公司行政管理权力转到了司库(Treasurer)和副司库手中,同时在英国建立了一个新的理事会,由公司成员选举产生而不是经过国王任命。当地理事会被取消,直接由理事会任命的总管(Governor)负责具体管理。这种模式被Gevurtz教授认为具有了董事会中心的治理方式。

与殖民地美国同时期的英国,存在的公司形式是殖民公司(Trading Company)为主业的合股公司(Joint Stock Company)。^⑩包括著名的东印度公司、俄罗斯公司、地中海公司、哈德逊湾公司等,均有证据表明,它们持续采用了董事会制度。比如1600年,伊丽莎白一世颁发章程,允许216名骑士、市府参事(alderman)、商人组成“政治体和公司(a body politic and corporate)”,名为“Governor and Company of Merchants of London, trading into the East Indies”,即此后的东印度公司,授权范围包括管理航线,以及与公司相关的其他事务。其中,由总管和24人组成的“委员会”(Committees),即今天的董事会。章程任命Thomas Smith为首任总管,但委员会成员由公司成员每年选举产生。当然,东印度公司的治理模式也是有先例的,1554年,菲利普和玛丽颁发了“俄罗斯”也称“莫斯科”公司的章程,被视为最早的合股公司。国王任命Sebastian Cabot为终生总管,4个“坚定、值得信赖、聪慧、谨慎和诚实的”人作为“领事”(consul),以及24个成员作为助理(assistant)——今天的董事。这些合股的殖民公司被视为今天的世界范围内的公司来源。

早于合股公司的是规制公司(Regulated Company,也译为公共公司),如Eastland Company。规制公司相当于今天的行会,可以继续向下授权组建合股公司,更多是商人群体的集合。规制公司并不实际上从事经营,而是商人之间的协调组织。在规制公司之中也存在董事会,相当于今天行会中的理事会,是制定规则、立法(管理成员)和纠纷解决(处理成员间的纠纷)的,“规制公司董事会的作用并不是对经营业务负有全部责任,而是为了维持垄断而施加给个体商人以规则”。但是,

^⑩ 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第16-19页。

因为合股公司是规制公司向下的授权和复制,故而董事会治理方式也随之延伸。我们可以合理推测,这可能是今天的公司制度中从“公”到“私”发展,继承了某些政治组织特点的原因之一。

最早的两家规制公司是斯台伯商人公司(The Company of the Merchants of the Staple)和商人冒险家公司(The Company of Merchant Adventurers),前者负责英国羊毛原料的对外出口,大概在1313—1363年间采取了董事会治理方式,后者负责英国成衣和其他商品的出口,在1505年亨利八世时成立,也设立了董事会。它们从国王获得授权,垄断各自领域的对外贸易。商人(即成员)选举产生总管,而董事会的主要职责是解决内部纠纷,对外支持商人的贸易行为。英国公司的起点到此为止,但欧洲大陆同时期的其他公司,包括荷兰东印度公司、汉萨同盟(Hanse),都有董事会类似的治理方式。

Gevurtz 教授的考察揭示出一个基本原理,即董事会的存在、选举和代议、按人投票、集会行事等制度原则,几乎从有公司开始就“坚硬”地存在,其间可能有所损益,但并无根本变化。尽管董事会的职能,在治理结构中的位置,随着所在组织的不同而有所变化,也是一个不断进化的过程,但基本原则始终是沉淀在其中的。就公司从规制公司向合股公司,从公共公司向商事公司,从特许设立向准则设立的进化来看,董事会治理方式及其制度原则的顽强存在显然从某种意义上,可以说是组织概念的自我复制。^⑳

不过,公司作为一个创造物而非自然产生的制度,其对代议制民主的引入和使用,在思想上一定有其他来源。“代议式的 Board 和一个首席行政官一起工作(早期公司章程中采用的典型术语是‘主管’),是中世纪晚期西欧政治实践和理念的反映”。^㉑ 规制公司出现之前,在英国地方政治中广泛采用的“集会”(assemblies)或“议会”(parliaments),城

^⑳ 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理论中的较新发展出来的一种解释。See Barbara Levitt and James G. March, *Organizational Learning*, *Annual Review of Sociology*, Vol. 14, 1988, pp. 319 - 340. See also Geoffrey M. Hodgson and Thorbjorn Knudsen, *The Firm as an Interactor: Firms as Vehicles for Habits and Routines*, *Journal of Evolutionary Economics*, Vol. 14, 2004, pp. 281 - 307.

^㉑ *Gevurtz Historical Origins*, Op. Cit., p. 129.

镇理事会,行业理事会以及教会中,已经存在类似的机制。Gevurtz 教授对此也进行了“考古挖掘”,集体决策的 Board,政治中来源于“顾问团”。比如中世纪的大多数国王,都拥有一个顾问团,采用委员会机制。地方贵族(barons)和国王之间的斗争,要求统治者获得更大范围的正当性,推动了更广泛的教士和地方贵族的代表、集会机制的产生。例如,1295年,爱德华一世颁布了 Model Parliaments 的谕令,要求地方长官推动选举组成议会,每个县(county)两名骑士,每个城市(city)两名市民,每个市镇(borough)两名村民作为代表,最终骑士和城镇代表组成议院(chamber),和贵族分开议事,此后逐渐成为下院(the House of Commons),区别于贵族组成的上院(the House of Lords)。这是今天议会的来源。西班牙国王也在差不多同时设立了议会,称为 Cortes,德国和法国也在地方和中央政治层面逐渐出现了代议制。

地方的城镇或乡村理事会是董事会的另一个来源,英国有据可考的城镇理事会是 1200 年的 Ipswich,英王约翰以章程方式授权给 Ipswich,允许其选举产生两个执政官(bailiff)和四个司法官(coroner),6月29日,该镇举行了集会并进行了选举。有证据表明,在 12 世纪之后,英国有些自治城镇组成理事会,由 12 个或 24 个成员组成是一个普遍做法。而公司的监督者(auditor)则被认为是来源于行会。⁴⁰

除了政治层面的来源之外,中世纪的这些制度,文化上受制于基督教也是毋庸置疑的。合议、代表和投票选举制度并不是自然产生的,而是和特定的制度、文化、对人的假定等联系在一起。在 1200 年之前,可以考据的,由代表以平等协商和投票的方式进行决策,尤其是选举最高领导的制度,是 11 世纪中期的红衣主教团(the College of Cardinals)。尽管代议制可以追溯到 325 年的尼西亚会议(Nicaea),即第一个教会理事会(Ecumenical Council),由来自 5 个教派(君士坦丁堡、罗马、亚历山大、安提俄克和耶路撒冷)的代表组成。1059 年,教皇尼古拉二世颁发谕令,授权教会内部的红衣主教团选举教皇,以改变在此之前国王指定教皇的规则,导致随着政治斗争同时出现三个教皇的局面。在理论上,公司(corporation)本身来自于拉丁中的“体”(corpus),遵循“影响全

⁴⁰ Gevurtz *Historical Origins*, OP. Cit., p. 162.

体之事必经由全体同意”(quod omnes tangit ab omnibus approbetur)的原则。教皇英诺森四世(the Innocent IV)最早提出拟制论,强调教堂作为一个体是法律的拟制,其主张背后隐含的是权力应当掌握在首领(head)手中。这是为了反对红衣主教、教会法学者 Henricus de Segusio 对传统教条的恪守,后者主张权力应当由首领和成员共同行使。

董事会治理方式作为一种代议制(representative)民主方式,选举代表、合议、负责产生最高管理者,与希腊的直接民主(civic)以及罗马的元老院治理方式是不同的。总结一下 Gevurtz 教授的观点,在前公司时代,有两个源头是非常关键的:第一,在一个独立的非国家组织中,按照章程,采用这种治理的方式,很显然是受到基督教传统的直接影响,其目的在于保证组织的自治和独立的;第二,公司负有殖民、商业垄断管理等政治或社会职能,并受到中世纪的议会、合议、代议等政治传统的影响,采取了政治组织的原则。这种进化源头符合了公司作为私的政治实体的特点,从规制公司,到合股公司,再到现代私人公司,董事会的治理方式,尤其是三个原则,在底层顽强地生存。

Gevurtz 教授的考古挖掘的启示是:(1)公司董事会的治理方式从来源上说,更多是促进组织独立,制约管理霸权,体现全体成员意志的;(2)理解公司应当和对历史的考察相结合,许多原则的边界是和政治理论甚至宗教联系在一起的;(3)许多理论并不是如同表面表述那样,特许理论和拟制理论背后存在政治斗争,经济理论并不能解释历史和许多沉淀的制度来源;(4)董事会的原则和角色、职能是不同的,在历史上董事会承担的职责更多是保持对法律的遵守,而不是追求效率;更多是为了制定规则(立法)、进行内部仲裁(司法)或提出建议而不是决策和执行。

四、对照与检验:日本和中国的近代化

公司作为企业模式是从欧洲随着资本主义和殖民扩张,以及其他地区在基督教文明的推动下的法律改革而不断扩张的。董事会中心的

公司是在历史上从欧洲形成的,并在目前成为世界性的公司治理方式。^①如前所述,公司及其治理方式在很大程度上受制于政治和宗教观念,^②这可以从伊斯兰世界和东亚国家——主要是儒家文化圈的日本和中国对公司制度的学习和借鉴中得到验证。

公司及其制度并不会简单地随着商业贸易和人际交往而通过市场等方式来繁衍,伊斯兰世界就是一个典型例子。12世纪到13世纪之间地中海南北岸就存在阿拉伯人和欧洲人之间的持续交易,但双方采用的交易制度却因为受到各自文化观念的影响发生了制度分化。^③1851年奥斯曼帝国才建立了伊斯兰世界第一个真正意义上的合股公司。在欧洲和中东交往了一千多年之后,借鉴法国以变法模式采用了公司形式。有学者认为这是因为伊斯兰教义和公司制度间的不兼容问题。^④

不只是伊斯兰世界,儒家文化圈的东亚国家也有类似现象。公司及其治理方式,对非基督教文明和政治体而言,是纯粹的舶来品。人们总是用固有的观念去填充未知领域的。缺乏底层的政治和宗教观念的支持,采用主动变法模式,照搬照抄法律规则,而不是进行充分理论准备之后,或者经过完整的理论研究以确定制度合理性,在变法之后就会遇到许多“橘逾淮为枳”的情形。这种舶来品产生的移植局限,在许多

^① See Franklin A. Gevurtz, *The European Origins and Spread of the Corporate Board of Directors*, *Stetson Law Review*, Vol. 33, No. 3 (Spring, 2004), pp. 925 - 954. Hereinafter cited as “Gevurtz Spread Board”.

^② 许多新的研究强调了法律背后的基督教观念。参见哈罗德·伯尔曼:《法律与革命:西方法律传统的形成》(第1卷),贺卫方等译,法律出版社2008年版。See David S. Cunningham, *Christian Ethics: The End of Law*, London: Routledge, 2008.

^③ See Avner Greif, *Cultural Beliefs and the Organization of Society: An Historical and Theoretical Reflection on the Collective and Individualist Societies*, *Journal of Political Economy*, Vol. 102, No. 5 (Oct., 1994), pp. 912 - 950; See also Avner Greif, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lesson from Medieval Trade*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

^④ See Timur Kuran, *The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, No. 4 (Fall, 2005), pp. 785 - 834.

制度细节之中都可以发现。日本和中国作为主动转轨的国家,^⑤是最典型的基督教文明之外的例子。

Gevurtz 教授分析了日本的例子。儒家文化的明治维新之前的日本,不存在西方式的多数投票决策、代表、共管等制度。在明治维新之前的日本,诸侯式封建模式统治着日本,商业领域的组织采用家族企业形式,家长作为领导,与其他成员共同拥有企业财产,儿子可以以家族企业的名义建立分支。在 17 世纪至 18 世纪,这些企业中有雇佣管理人员的存在,如同中国的山西商号一样。很多家族企业之间存在协调,是一种协商机制(discussion system),首领是轮换制的。^⑥ 这些特点,本质上是封建模式在公司治理中的延伸,不过是企业间的合作模式受制于政治文化的另一个例子。

19 世纪 60 年代,日本认识到合股公司在诸如铁路建设等领域的筹资功能,新政府通过变法引入了公司制度。1872 年,日本颁布了国家银行法令,模仿美国 1863 年的银行法,允许四家合股公司成立银行。1876 年,允许武士投资设立银行,政府为其出资提供债券保护,由此产生了近 150 家合股银行。这些合股公司和银行采用与传统行会相同的机制,董事会有三个董事,但是轮流代表公司对外行为。每个董事有 30 名干事(steward),其中 6 个一组按月轮换去监督管理具体商业事务。1876 年的国家银行法令提供了标准章程,其中规定董事在会议上选举公司总裁,总裁和董事在会议上可以决定公司的人事和制度。在日本正式采用德国模式强行规定董事会治理模式之前,这些银行的治理规则,作为一个转轨中的系统,很大程度上受制于传统政治结构。一直到 1893 年的公司法,日本通过照搬照抄的方式,才正式确立了董事会为公司管理中心的制度。尽管如此,细节都在“魔鬼”之中,今天仍然可以在日本公司法,乃至日本输出的韩国,和东亚其他受到日本影响的地区之中,找到缺乏政治文化和宗教观念的董事会制度的边界:
(1)董事可以独立对外代表公司,履行分工职能进行管理,而不是以监

^⑤ 参见邓峰:“清末变法的法律经济学解释——为什么中国学习了大陆法”,载《中外法学》2009 年第 2 期。

^⑥ *Gevurtz Spread Board*, Op. Cit., pp. 931-934.

督为中心,必须采取合议、共管、投票的方式;(2)董事间的相互授权时间缺乏限制,而不存在卖官鬻爵的董事行使权力的限制。^{④7}

日本在短短 20 年之间采用全盘西化、囫囵吞枣的方式完成了公司制度的引入,和当年儒家化的过程类似。中国与之不同,作为一个文明原生国(或者说用雅斯贝斯的说法“轴心文明”),对公司制度的吸收情形就要复杂、长期和多样化得多。Gevurtz 教授也注意到了中国明代的企业制度中,出现了类似职业经理的管理者,所有者给予管理者所有权力,每年查一次账,不存在董事会的治理方式,但并未展开分析。^{④8}

今天中国所采用的公司制度,直接来自于清末立法。这一时期,公司的概念进入中国,并伴随着贸易、殖民、洋务运动和变法而分层次、分阶段地引入中国。考察这一过程,也可以看出外来董事会的制度,在另外一个不同文化领域中是如何生根发芽的。中国对公司的概念有所理解是开始于 19 世纪早期。有观点认为,在 1830 年左右的很长一段时间内,在对外贸易的广州,公司特指东印度公司(大东公司),^{④9}而其他的西方公司则用行、局等称呼。^{⑤0}西方传教士所办的《东西洋每月统计簿》(Eastern Western Monthly Magazine)中文杂志在道光戊戌年(1838 年)9 月期有文章介绍对“公班衙”(指“Company”,作者注)概念进行了介绍,是目前可以找到的较早的中文关于公司介绍的完整文献,其中对公司及其和中国之间的交往和认识,已经表述得非常清晰了:

“汉人屡次闻此言,而不知其义。今将其实情明说一遍,令看管一览而通之。亚细亚卓各方自古以后有巨富之名……西国商知此,莫不勉励与该国通商也。俗世唯利是图,唯财是索……明孝宗弘治年间,葡萄牙人精神涌发,营大图艰,始与共谋水路也……设使商独一人发船,不可抵挡贼敌,故个人出捐钱,或一千,或一万,或三万元,藏公帑,将此

^{④7} 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 488-489 页。

^{④8} See Wellington K. K. Chan, *Merchants, Mandarins and Modern Enterprise in Later Ch'ing China*, Cambridge: Harvard University Press, 1970, p. 70. See also Gevurtz *Spread Board*, Op. Cit., pp. 935,951.

^{④9} 参见方流芳:“‘公司’词义考:解读语制的制度信息”,载《中外法学》2000 年第 3 期。

^{⑤0} 参见孙毓棠编:《中国近代工业史资料》(第 1 辑,上册),上海人民出版社 1957 年版,第 234-237 页。

银积库,备一帮船,载大炮,募弁兵,不行遇葡舰海贼,决一死战,致耀武扬威,以震惊其对头也。船只返来,所载之货,发卖与各捐士,分其利也。由此商会其公班衙与也。公班衙者,为群商捐资贮本钱,共同作生意也。

“荷兰公班衙为首也……两次攻澳门,但败散船只而退矣。故据台湾之港口,与福建沿海之居民买卖也……士人之君,皆邀公班衙之恩,连和共为唇齿矣……郑成功寇镇江败归……猛战不息,而镇守官投降返棹回国也……不幸嘉庆年间,与英吉利国动干戈,交相攻伐……故公司散局,而将所据之地方归国家。

“英吉利公班衙渐渐与兴焉……自此以后,英吉利特命之总督兼摄五印度国,大半之权而发政也……自从五印度国属英公班衙之手,四海平静,治百姓,以宽和处之。但其所获之国广,不可贸易治国而已。故其贸易止矣。其通商虽息,其掌握尚存焉。每年所藏国帑之银,共计一万五千万元,但其使费繁,所剩者无几矣。目下公班衙执风化之大端,加训推广立教,化民成俗,使人慕义而戒恶也。故曰,公班衙之治天下,可运之掌上。瞭然知宰世馭物,其德威远播四海,统御矣。”^⑤

这篇短文中已然将公司的合资、独立地位及其商业和政治功能阐述得非常清楚,但并没有涉及公司内部治理的具体原则和方式。这是从功能上进行知识介绍。避免核心价值的冲突,并希冀阅读者被接受——这种视角对外来文明的传播者而言,是非常合理的选择。当然也可能是作者对公司的认识受制于当时流行的观念,即当时流行的拟制公司理论的影响。这种从功能和历史上认识公司的特点,传递给中国之后,很大程度上局限着中国对公司的认识。上述短文基本上被魏源的《海国图志》全盘接受。这之后,直到薛福成的《论公司不举之病》,陈炽的《纠集公司说》等著名论述,均将公司等同于筹资,设公司

^⑤ 爱汉者等编:《东西洋考每月统计簿》,黄时鉴整理,中华书局1997年版,第418-420页。爱汉者是德国籍传教士郭实腊(Karl Friedrich Gutzlaff)的笔名,杂志由中国益智会举办。这一杂志中关于公班衙的论述直接被魏源的《海国图志》所吸收。参见黄时鉴导言。

等于工商救国。^②

“中国初无公司之名也，公司之法，创自泰西。惟能合众人之财，斯能得众人之利，始则合数十人，推而至于数百人、数千人，聚财愈多，斯建业愈宏，得利愈厚，人见公司得利之厚，则附股自多，招股自易。小以成小，大以成大，即有资本极大之事，每苦力有未逮者，乃自有公司之设。则无事不可为矣。至一业有一业之公司，一事有一事之公司，几合一国之人而皆有通财之义，而谓商务犹不能起色者，未之有也……为今之计，无论何项贸易，均宜设立公司。”（申报：《论商务以公司为最善》）

“外洋公司所以无不举者，众志成城，章程密，禁约严，筹划精也。中国公司不举，所以无一举也，众志成城，章程舛，禁约弛，筹划疏也。四者俱不如人，由于风气之不开，风气不开，由于朝廷上之精神不注，西洋旧俗，各视此为立国命脉，有鼓舞之权，有推行之本，有整顿之方，明效应之捷，于影响中国……故风气不变，则公司不举，公司不举，则工商业，亦无一能振。工商之业不振，则中国终不可以富，终不可以强。”（薛福成：《论中国公司不举之病》）^③

这些早期的有些狭隘的公司观念，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，就容易变得走样，而其固有的传统知识就会作为填补。这在日本和中国是非常典型的。比如1867年容闳所起草的《联设新轮船公司章程》，被视为中国官方确认的第一个公司章程。其背景是，在战胜太平天国之后，面临外国的旗昌轮船公司在航运中的垄断地位，曾国藩等人在官方缺乏资金，华人很多私下附股外商的情形下，试图允许华人自行购买洋船进行经营。^④容闳在章程中先是在总则中痛斥了旗昌的垄断地位，“自此垄断独登，操纵由己”，提出“今议设一新轮船公司，俱用中国

^② 许多经济史学者注意到了这一问题，并且将其与中国面临的亟须富国强兵的观念、官办企业的方式等联系在一起。参见豆建民：《中国公司制思想研究》，上海财经大学出版社1999年版；杨在军：《晚清公司与公司治理》，商务印书馆2006年版。

^③ 参见何良栋辑：《皇朝经世文四编》（卷25），户政公司、荒政、疆域卷，鸿宝书局石印本，上海书局石印本，光绪二十八年（1902年）。

^④ 参见聂宝璋：“19世纪中国近代航运业发展史的几个问题”，载《聂宝璋集》，中国社会科学出版社2002年版。

人合股而成”,在之后共计16个条款中,分别明确了:(1)公司本银数;(2)轮船数;(3)轮船从美国购买;(4)船主、大车、大火用外国人;^⑤(5)码头经营人员中只用一个外国“写字”; (6)“议办理公司事务,请一主事,一副主事,并两司账。共四人。每年于十二月中公司众人会集,抽签公举四人办事”,主事和副主事应当持有百股以上;(7)“议公司内所用司事人等,必均系有股分者,仍由众人抽签公举。每股著一签”,可代为抽签;(8)主事者薪酬;(9)外国人薪水;(10)主事聘用其他人;(11)“议在公司办事者,倘有不周,或账目糊涂,查处确据,立即辞退,如有亏挪,勒限赔补”;(12)“议所有公司生意进款,一经收到,即就地拨存妥当银行,无论多寡,务用公司名记支拨,不得出入别人名下。亦必因公司正用,方可支取,不得支作别用”;(13)公司股东必用本公司轮船;(14)“议每年十二月十五日,公司众人宜会集,听主事人报明本年公司生意如何。即会议来年公司事务。主事人并将本年各项账簿呈出众人阅验,如有利息,立即照股摊派,限以五日派清”;(15)“议寻常有事须议,公司众人未能集齐,即由主事与公司内股本多至一半者会议,其所议章程,仍听公司众人俱各允洽,方可准行”;(16)“议年终核算,倘是年生意亏本至二分五,即将所剩之本,招股摊还散局。如公司众人均欲再做,即再妥议续行,所亏之本,议须补足,再行照股派补”。^⑥可以看出,其中具备了许多公司的基本特点,比如股本、股东、股东权利和义务、公司账号和名义,甚至某种程度的诚信义务,但在内部治理上,并不存在董事会制度,仍然采用类似于晋商商号的经营方式。

这个章程因为雇佣了外国人而引起非议,谨慎的曾国藩并没有实施。第一家官方许可的公司是1873年李鸿章设立的轮船招商(公)局,其章程被称为《招商局条规》,共计28条,是典型的官督商办模式,

^⑤ 可能是分别对应着今天的船长、大副和轮机长,这个条款是引发清政府驳难和担心有外国势力的根源。曾国藩在七月初五的函件中明确提到了这种担心,最终导致公司的经营失败。

^⑥ 中央研究院近代史研究所:《中国近代史资料汇编·海防档·甲·购买船炮》(下册,共三册),中央研究院近代史研究所1957年版,第873-875页。

其中仅在第4条提及了董事，“有能代本局招商至三百股者，准充局董”。⁵⁷ 该公司实行的是总办负责制，由官方任命，不过是行政模式的翻版加上商人出资而已。这里所谓的董事（局董），并没有明确其角色和职能，在某种意义上不过是“股托”而已，是领薪水的特权股东。由于招商不足，半年之后就进行了改组，新版的《轮船招商章程》明确了董事的选举，“选举董事，每百股举一商董，于众董中推一总董”，但“将股份较大之人公举入局，作为商董，协同办理”，这种董事会不过是类似于股东会的常设机构而已，在实践中几乎没有发挥任何作用。⁵⁸ 到1885年，盛宣怀拟定了《用人章程十条》，改回到官方直接任命督办，再加上“查账董事”作为监督机制，其目的在于防止利用董事的身份行实际领薪，裁减冗员。尽管轮船招商局波折不断，人事变幻，⁵⁹但其中可以看出当时官方对公司的理解。与之相佐，包括张謇在内的诸多实业家，其实践都表现出人们对公司的理解局限于合资、融资（《招商局条规》中还有备受诟病的官利规定）、实业、商业贸易等层面。那时候大多数中国人理念中的公司，更多是具备了股份融资功能的工厂、商行而已。

对公司尤其是董事会的作用认识在19世纪80年代之后有很大的进步，这有赖于郑观应、钟天纬以及哲美森等在《申报》等刊物上的批评和对西方公司治理的介绍。⁶⁰ 人们开始陆续认识到董事会具有制衡

⁵⁷ 中央研究院近代史研究所：《中国近代史资料汇编·海防档·甲·购买船炮》（下册，共三册），中央研究院近代史研究所1957年版，第921页。

⁵⁸ 聂宝璋：《中国近代航运史资料》（第1辑，下册），上海人民出版社1983年版，第846-847页；张国辉：《洋务运动与中国近代企业》，中国社会科学出版社1979年版，第131-134页。

⁵⁹ 参见黎志刚：“轮船招商局国有问题，1878—1881”，载《中央研究院近代史研究所集刊》1988年第17期（上册），第15-40页；黎志刚：“轮船招商局经营管理问题，1872—1901”，载《中央研究院近代史研究所集刊》1990年第19期，第67-108页。

⁶⁰ 这方面的研究资料众多，参见杨勇：《近代中国公司治理：思想演变与制度变迁》，上海世纪出版集团2007年版；朱荫贵：《中国近代股份制企业研究》，上海财经大学出版社2008年版；高新伟：《中国近代公司治理（1872-1949）》，社会科学文献出版社2009年版。

监督的功能,“层层钳制,事事秉公”。^①此外,郑观应、何启、胡礼垣等更强调了官督商办的不合理,强调“按西例,由官设立办国事者谓之局,由绅商设立,为商贾事者谓之公司”,明确了公司的公私划分上的属性,也认识到了公司内的分权层次,如“公司总办由股董公举,各司事由总办所定”,^②开始意识到公司作为组织要求自治的特性。受制于将公司等同于商号融资的认识,他们的自然逻辑是,公司应当完全商办,进而强调商事法律的重要性。之后,梁启超等人更从公司与交易所和银行的关系等进行了阐述。

如果用今天的眼光来看,严复对公司的认识可能是同时代人之中最深刻的,在其翻译的《国富论》之中,通过按语清晰地阐明了公司的法律上的特点,^③而在《法意》之中,更通过按语揭示了公司受制于政治特性的特点。但是这种卓越的认识,却被时代所淹没。

① 对此,钟天纬的表述最具有代表:“西洋之立公司也,一以议院为法,各股东公举董事十二人,各董事公举总办……凡会议之从违,以董事大半为断,每用银至若干,即须董事会议允许签名。总办一人不能自专。凡董事数人同心,即可邀集大众会议,或指驳数目,或查核银钱,均无人敢阻。即总办之去留,亦惟众论是听。是以总办,受成于各董事,而各董事复受成于各股东,层层钳制,事事秉公,自然弊无由生。今中国仿照外洋设立公司,而官督商办事权,偏重一切惟总办之言是听。近來各种公司,皆办不得法者,即坐此弊也。欲救其弊,宜减轻总办之权,以收群策群力之效……如此则事权,不致偏重,而兴利除弊,可以一秉大公矣。”钟天纬:“轮船电报二事应如何剔弊方能持久策”,载陈忠倚辑:《皇朝经世文三编》,卷二十六,户政三,理财下。

② 《郑观应集》(上册),上海人民出版社1988年版,第612页。

③ 兹录全文如下:“此所谓联,西名歌颇鲁勒究,犹中国之云会、云行、云帮、云党。欧俗,凡集多人同为一业、一事、一学者,多相为联。然与中国所谓会、行、帮、党大有不同者。盖众而成联,则必经议院国王所册立,有应得之权,应收之利,应有之责,应行之事。四者缺一,不成对联。故英律注曰,联有五例:一曰惟联无死,权利事责,与国永存。二曰联一成体,有功过可论。其于律也,可为原告,可为被告。三曰联得以敛费立业。其为议院所准者,得抽外捐及强买业。顾其事必经议院准之而后,外此虽国王所许,不得为也。四曰联有名号钤印,其行事以此为凭,不以头目长老。五曰联得自定其章程约束,以取赏罚其群。具此五德,斯称为联。故西国有学联,各国国学皆由此起。有教联,教门之事自律自治,于国家无为也。有乡联,凡乡、凡邑、凡屯、凡属地皆有之,相时地之宜而自为律令,与国家大法有异同,而其地之土功、水利、井里、巡兵多为所独断者。今中国各步租界所谓工局者,犹此制也。有商联,如印度大东公司,及今之汇丰商皆属此。有工联,则如此篇所指而已。其事与中土之社会差同,而规制之公私,基业之坚脆,乃有大异。故其能事,亦以不同。此所以不能译之曰会,而强以联字译事之穷焉。”[英]亚当·斯密:《原富》,严复译,商务印书馆1981年版,第115-116页,严复按语。

“欧美商业公司，其制度之美备，殆无异一民主，此自以生于立宪民国，取则不远之故。专制君主之民，本无平等观念，故公司之制，中国亘古无之。迨者吾国耸于外洋之富厚，推究所由，以谓在多商业，则亦相与为其形似，设商部，立商会，鼓舞其民，使知变计，一若向有大利在前。吾民皆梦然无所见，而必待为上之人，为之发纵指示也者。顾彼西人，则以我为天赋货殖之民。夫以天赋货殖之民，而成就不过如是，则其所以然之故，必不在商之能事也明矣。”^④

对公司认识的进步，也来自于官方的推动。也许是经历了漫长的学习与摸索，也许是因为日本学者照搬照抄，《公司律》大致恪守了董事会制度的三个原则。首先，明确了两权分离，第45至61条明文界定了股东权利，选举董事，尽管没有明确董事会和股东会的权限划分，很难判断是否明确了董事会中心，除非对第67条进行扩大解释；其次，确立了董事会共管模式，第64条规定了董事会三人到场即构成会议，并且遵守会议条例；第89条规定一人一票，第91条规定僵局时董事长有第二票；第92条规定必须有书面记录；最后，明确了董事会作为产生其他机构的中心。第67条“各公司以董事局为纲领，董事不必常住公司内，然无论大小应办应商各事宜，总办或总司理人悉宜秉承于董事局”；第77条规定“公司总办或总司理人司事人等均由董事局选派，如有不胜任及舞弊者，亦由董事局开除”。^⑤并且，值得注意的是，其中并没有规定总办或总司理人是必须配备的。

和日本类似，1908年颁布的《公司律》是以照搬照抄的方式来实现的且比较系统西化的法律版本，明确了董事会在公司治理中的核心作用。与日本不同的是，中国对公司及其特定治理方式的认识，从接触、尝试到施行，经历了近100年。这可以看成是原生文明的转轨或学习成本。

^④ [法] 孟德斯鸠：《法意》，严复译，商务印书馆1981年版，第440页，严复按语。

^⑤ 此处所引《公司律》，均源于《大清新法律汇编》，麟章书局1910年再版，第551-580页。

五、现有制度的检讨

中国对公司的学习路径,即从功能视角上,而不是从本质上来理解公司,是为了满足自己一方富国强兵的特定需要而引入的,在学习过程中也缺乏系统的理论辨析,加上特定历史时期的理论影响,大清公司律对董事会制度原则的吸收,并没有沉淀成为我国法律体系的一般知识。之后法律模式几经变化,当我们在1978年之后重新认识公司的时候,这些知识被遗忘了。检讨一下现行法律就是最好的例子。当下中国的董事会法律规则,采用了法条比较的研究方法作为基础,或者说“博采众长”,或者说“东拼西凑”,在一些形式规则上,和其他立法例之间颇为近似。比如股东会按资投票,董事会按人投票,多数决,甚至还有累积投票可供选择,新修订的法律中大幅完善了诚信义务,甚至试图将两大法系的不同做法融为一炉,但仔细检验一下,^⑥对董事会的前述三个原则,现行法并没有明确的意思去遵守。

现行法中没有明确董事会作为公司管理的最高权威,第47条、第109条款中采用了列举方式界定了董事会职权,明确表述“股东会是公司的权力机关”,允许章程自行规定股东会和董事会的职权。许多行政规章会较为任意地改动股东和董事之间的分权界限,比如证监会的《上市公司章程指引》,将许多战略管理的权力上收给了股东会。在司法实践中,将公司看成是股东财产延伸的观念广泛存在。这和现实中广泛存在的董事会不过是控股股东们对公司控制权延伸的手臂,董事席位是股东按资瓜分而不是选举的等诸多情形是吻合的。总体来说,当下主流公司治理理论是倾向于股东会中心主义的,在股东会和董事会纵向权力上的收缩,导致股东尤其是控股股东过度控制了董事会的成员,尤其是基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难以保证,董事会成员受控于其所提名或选举的股东,

^⑥ 此类的批评,参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第553-557页,§13.2.2。

其向全体股东负责的诚信义务(fiduciary duty)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,合议也常常流于形式。

现行法对董事会的共管模式,缺乏明确的原则,边界并不清晰。其中规定了诸如一人一票、记录、合议、多数决(所有董事人数为基准)等。受到法定代表人制度的影响,并不存在董事独立对外代表公司的情形。但仍然存在:(1)董事间相互授权并无实体限制,第113条允许在不能亲自出席的时候委托其他董事行事,且对授权次数和期限无限制;(2)董事产生方式是选举产生的,但并没有明确的规则反对席位瓜分等方式,而现实生活中采用董事派出制是强烈的“潜规则”;(3)没有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。

第三个原则是非常特别的,中国现行法上存在不同层面。首先,无论是法条表述上、理论上,还是在实践中,董事们对公司行为负有最后责任是明确的。即便是国有企业也是如此,一旦集体决策作出,在很多情形下构成履行了“正当程序”,可以作为免责事由。^⑥在认定犯罪等行为的时候,一旦公司行为认定为非法,相关作出决策的董事都应当承担 responsibility。其次,董事会派生其他机关,尤其是总经理是明确的,但监事会、法定代表人与董事会之间的关系和协调是不明确的;最后,权力和义务并不对称,没有事前的最高权力,常常受到控制股东的直接指挥,但却要承担最后的决策责任,既没有业务判断规则保护,也缺乏权责一致的激励。

六、结论

考虑到中国现行法不能坚持三个原则而有别于其他“普遍性”立法例,如果站在将公司等同于股东手臂的延伸,纯粹从功能上,经济效率上来考虑的话,我们可以提出一个非常好的问题:董事会有什么意义呢,尤其是一些一年只开一两次会议,并不存在实质交流、真实辩论的

^⑥ 参见邓峰:“公司利益缺失下的利益冲突规则——基于法律文本和实践的反思”,载《法学家》2009年第4期。

董事会?集体决策就一定要好于个体决策吗?这种高成本维持的法律制度,究竟能获得多少制度收益呢?假如自然总是选择最短的道路,单纯从功能上认识,在中国人曾经探索的模式中,除了容闳模式的公司仍然是晋商式的,或者是可能被利用为高级官员洗钱、获得干股等方式来从事不当行为之外,盛宣怀模式的“独裁的总经理+查账董事”(事实上是监事)可能更加符合经济效率或者股东利益。为什么不能像盛宣怀所尝试过的那样,略略改造一下,股东会选举总经理,然后由董事履行查账功能呢?为什么还要啰啰嗦嗦地先要选举一个董事会,然后由董事会(实际上也是代理人)去选举一个管理一把手呢?

对董事会存在正当性的辩护,Eisenberg的观点是其中的一种——在新的社会条件和理论背景下,董事会的职能发生了变化。战略管理职能已经被放弃,CEO或总裁随着公司规模扩大越来越趋向于集权,他们拥有直接的顾问和智囊团,而董事会的角色则趋向于监督。监督需要选举和解职的能力,踩刹车式的决策和维护系统的职责,这需要斟酌和考虑更多的因素,通过辩论、讨论的方式来加强信息的沟通,消除偏见,更适合合议和共管方式。但这仍然是从功能上论证的,并不能排除其他的选择项。

这应当回到公司的本质,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。如果仅仅从功能、效率上去认识公司,并不是从公司理论上入手,从公司的独立地位和社会属性、董事会会议方式作为小型民主制度上入手,^⑧从强调公司的宪法特性,责任权威(accountability)、审慎决策(deliberation)和可争论性(contestability)入手,从组织的独立性入手考虑公司董事会的存在、功能和角色,是无法解释和判断董事会在其他法域之中的行事方式和原则的。^⑨尽管公司的本质理论存在二元对立甚

^⑧ See Mark M. Hager, *Bodies Politic: The Progressive History of Organizational "Real Entity" Theory*, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 50, 1989, pp. 575-654.

^⑨ See Stephen Bottomley, *The Constitutional Corporation: Rethinking Corporate Governance*, Ashgate Publishing Limited, 2007.

至“精神分裂”，^⑥“……公司法，当下以及将来仍然会，同时在教条上和道德上，在涉及三个基本并彼此相关的问题上，存在深深地矛盾：公司治理最高权威的定位，公司生产的预期受益人，以及公司法和社会良善的实现之间的关系”。^⑦但公司董事会制度及其规则的政治和民主属性并不能因为“执其一端”而被忽略。

董事会的治理原则，当下中国的公司法理论中，一些假定或底层知识被忽略了：公司是两权分离的，是政治组织的私化，而不仅仅是一个融资或扩大生产的工具。组织自治，才会产生董事会作为立法者和裁判者的角色需要（商人冒险家公司），或者是内在的，自我选择选举最高领导者的举措（红衣主教团），或者是基于董事作为政治人的假定（说服、辩论和讨论的过程）的。换一个角度来说，公司法发展的历史逻辑是：公司在前，股东在后，才会产生已有的垄断性企业如何去扩大融资吸收新股东，进而发展出资本市场的，发展出股票等工具的。而无论效率理论也好，功能视角也好，则是从逻辑上颠倒过来的，要解决的命题变成了股东如何利用公司去实现扩大再生产。

当下中国的公司治理模式和对董事会制度的意识淡薄，毫无疑问受制于儒家法律传统中缺乏合议、共管、投票决策的知识，受制于希腊-罗马式民主宪政制度的匮乏，受制于现行体制下国有企业和家族企业构成主体的现实，受制于资本市场受到规制并被分割的规制模式，受制于在法学知识上倾向于股东会中心主义的思维习惯，但随着公司组织在今天的社会现实中的进化，重新认识董事会制度及其背后的深层逻辑，“认真对待”公司的政治属性，在私的“民主和宪政制度”上继续不断学习，也许是我们的必然选择。

^⑥ See William T. Allen, *Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation*, *Cardozo Law Review*, Vol. 14 (Nov., 1992), pp. 261-280.

^⑦ Christopher Bruner, *The Enduring Ambivalence of Corporate Law*, *Alabama Law Review*, Vol. 59, 2008, pp. 1385-1447. 参见邓峰：“作为社团的法人：重构公司理论的一个框架”，载《中外法学》2004年第6期。