

董事还是董事会？ ——关于《公司法》第60条第3款之“董事”的解读

柳经纬

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

摘要:对《公司法》第60条第3款规定的“董事”应如何理解,在理论和实践上都具有重要的意义。文章从解释学和法律适用等方面,指出该条中的“董事”应作个别董事解释,而不宜解释为“董事会”。为使公司法对董事善管义务规定得更加科学和准确,文章进一步对《公司法》第60条第3款提出了修改的立法建议。

关键词:董事;董事会;法律解释

中图分类号: D921.29

文献标识码: A

文章编号: 1000-5935(2004)03-0068-04

我国《公司法》第60条是关于董事、经理善管义务的规定。^[1]其中,第3款规定:“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。”其所谓“董事”究竟应该作何解释?是仅指个别董事还是包括由全体董事组成的董事会?不无疑义。请看下例:

A公司是一家上市公司,A公司的董事会通过一项决议,为其股东B公司(处于A公司的控股地位)提供担保(保证),以便B公司获得C银行的一笔贷款。A公司董事会做出的为B公司的债务提供担保的决议符合公司章程的规定。之后,B公司未能偿还银行贷款,C银行遂诉诸法院,要求A公司承担连带保证责任。A公司以其担保违背《公司法》第60条第3款关于“董事不得以公司资产为本公司股东的债务提供担保”的规定为由进行抗辩,主张保证合同无效。该案经过两审法院的审理,但关于保证合同效力的结论却截然相反。一审法院认为,《公司法》第60条第3款规定的“董事”仅指个别董事,不包括董事会。本案中,A公司为B公司所

作的保证是A公司董事会做出的决议,且符合公司章程的规定,应认定是公司的行为,而非董事个人的行为,因此保证合同不宜认定无效。基于上述认识,一审法院未采纳A公司的抗辩理由,认定保证合同有效,判决A公司应承担连带保证责任。然而,二审法院并不赞同一审法院的看法。二审法院认为,《公司法》第60条第3款规定“董事不得以公司资产为本公司的股东提供担保”,目的是为了阻止大股东利用其对公司的控制地位而损害中小股东的利益,该款规定的“董事”不仅指个别董事,也包括全体董事组成的董事会。因此,即使由董事会做出决议,为本公司股东的债务提供担保,也应在法律禁止之列。基于这种认识,二审法院做出终审判决,确认A公司与C银行的保证合同无效,并根据《民法通则》以及《合同法》关于合同无效的责任承担的规定,判决A公司对C银行的损失承担50%的赔偿责任,即承担偿还B公司借款的50%。

很显然,在上例中,两审法院所作的不同判决主要是基于对《公司法》第60条第3款规定的“董事”的不同解释。由此可见,对该款之“董事”所作的不同解释,不仅具有法律解释学上的意义,还直接影响

收稿日期:2004-04-01

作者简介:柳经纬(1955-),男,福建寿宁人,厦门大学法学院教授、博士研究生导师,主要从事民商法学研究。

《民法通则》第61条和《合同法》第58条都规定,合同被确认无效或者被撤销而无效的,有过错的一方应赔偿他方所受的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法院认为合同双方对保证合同无效都有过错,从而作出各承担一半的责任的判决。

就本案而言,关于《公司法》第60条第3款的解释,还可能涉及对“以公司资产提供担保”的理解。董事以公司资产为本公司的股东提供担保,是仅指物的担保(抵押、质押)还是包括人的担保(保证)?如包括人的担保,似乎没有必要强调“以公司资产”,只要规定“董事、经理不得以公司名义为本公司股东或其他个人债务提供担保”即可。

到对一项担保的法律效力的判定,因而也具有法律适用上的实际意义。

二

1. 从一般语义上分析,董事和董事会有明显区别的。董事是由股东推举产生或以其他方式产生的担任“董事”职务的自然人。当一个公司的董事为多数时,多数董事组成董事会,董事会是公司的组织机构。如果从法律上分析,二者的不同更为显著。依我国公司法规定,作为公司机关的是董事会,而非董事。除了规模比较小或股东人数少的有限责任公司可以不设董事会只设执行董事外,公司均应设董事会,以管理公司事务。董事会依法享有法定的职权。《公司法》第46条和第112条分别列举规定了有限责任公司和股份有限公司董事会的职权,内容包括:负责召集股东会,并向股东会报告工作;执行股东会的决议;决定公司的经营计划和投资方案;制定公司的年度财务预算决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案;决定公司的内部组织机构;制定公司的基本规章制度等。至于董事,公司法除了规定董事长拥有法定代表权外,并未规定一般董事对于公司事务享有的职权。从我国《公司法》的规定看,一般董事对于公司事务拥有的权力甚至不如经理,因为经理享有公司法规定的职权。因此,在我国公司法上,董事的地位只是董事会的组成人员(即公司机关的成员),而非公司机关,这与大陆法系国家或地区的法律规定不同,后者通常规定董事也是法人机关。在我国公司法中,如果说董事也应享

有权利的话,他仅仅享有作为一个董事会成员所应享有的权利,如参加董事会并表决的权利,在任期内不受任意解除职务的权利。^{[2][3]}由此可见,在我国公司法中,“董事”一词仅具有作为公司机关的组成人员的意义,不具有公司机关的意义,“董事会”则具有公司机关的意义。二者可谓泾渭分明,不宜混淆。作为公司机关成员的董事,其行为只是个人行为,不足以构成公司行为;而作为公司机关的董事会做出的决议当属公司行为,而非董事个人行为。因此,笔者认为,《公司法》第60条第3款之“董事”应解释为作为公司机关的成员的董事为宜,不宜理解为作为公司机关的董事会。如又作董事会理解,那么基于法人机关与法人同一人格、法人机关的行为即法人行为的民法原理,该款似乎应表述为:“公司不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保”,方为妥当。这样一来,与《公司法》第60条关于董事、经理善管义务的立法旨意,则相去甚远。所涉及的问题就不是董事、经理的法律义务,而是公司的民事能力问题。然而,从立法旨意看,《公司法》第60条第3款所禁止的是董事、经理的越权行为,而非限制公司为保证人或抵押人的民事能力问题。有的学者认为,《公司法》第60条第3款之规定,不仅是对董事、经理的限制,也是对公司的限制。^[4]这种将董事与公司混为一谈的解释,在法律解释上是很难成立的。

2. 将《公司法》第60条第3款之“董事”界定为单个董事而非董事会是必要的。从法律对公司对外

在德国,董事会的成员由监事会任命。参见[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·莱塞:《德国商法导论》,中国大百科全书出版社1996年版,第286页。在英美,公司董事出现空缺时,董事会可以任命董事以填补空缺;公司股东、董事以外的第三人依然可以任命公司董事。参见张民安:《现代英美董事法律地位研究》,法律出版社2000年版,第9—12页。

依法国法规定,在只设董事会不设监事会的公司,法人可以担任董事,但必须指定1名自然人作为其常任代表。参见甘华鸣主编:《中国公司法与公司运行实务指南》,中国国家广播出版社,1994年版,第744页。

《公司法》第45条第4款和第113条第2款均规定:“董事长是公司的法定代表人。”关于法定代表人的研究,可参见柳经纬:《论法定代表人》,《贵州大学学报》2002年第1期。

依《公司法》第50条和第119条的规定,经理享有的法定职权包括:主持公司的生产经营管理工作、组织实施董事会的决议、组织实施公司的年度经营计划和投资计划、拟定公司的内部管理机构设置方案和公司的基本管理制度、制定公司的具体规章、提请聘任和解聘公司副经理和财务负责人、聘任和接平除应由董事会聘任和接平以外的管理人员等。

在我国台湾公司法理论上,董事和董事会均为股份公司必设的执行机关。参见梁宇贤:《公司法》,三民书局1993年版,第130页、136页。依日本公司法理论,除董事会外,设有代表董事,执行公司对外业务,代表董事由董事会决议在董事中选任,可以为多人;公司章程还可以设定业务担当董事,执行公司内部事务。参见永末敏和:《现代公司法》,金洪玉译,人民法院出版社2000年版,第141页。

《公司法》第48条、第116条规定,召开董事会会议,应当于召开十日前通知全体董事。

《公司法》第47条、第115条规定,董事任期届满前,股东会不得无故解除董事职务。

方流芳:《关于公司行为能力的几个法律问题》,《比较法研究》1994年第3、4期;参见冯果:《现代公司资本制度比较研究》,武汉大学出版社,2000年版,第164—166页。

提供担保的规制来看,各国法律基于保护股东和债权人权益的宗旨,一般对公司为他人债务提供担保均加以限制。例如,在英美法的传统观念中,公司为他人债务提供担保并不属于公司之固有权力(inherent power),如果公司要为他人债务提供担保,须依有关法律规定或公司章程规定,否则属于越权行为,股东有权起诉禁止公司负责人的此种行为。大陆法系国家公司法则从资本维持和保护债权人利益的角度,认为除了为公司自身的债务而设立抵押外,公司不得为他人的债务提供担保。因为,在公司为他人的债务提供担保的情况下,当债务人无力清偿债务时,公司的资产被用来清偿他人的债务,势必造成公司资本确定原则丧失意义,危及股东和债权人的利益。然而,法律并非完全禁止公司为他人债务提供担保。通常,在以下几种情况下,法律没有必要限制公司对外担保:(1)公司的目的事业包含担保业务,如专业从事担保业务的担保公司;(2)公司章程或者股东会决议授予董事会对外提供担保的职权。在这两种情况下,股东都是自愿承担公司对外担保的风险,法律对股东权益的保护没有必要扩大到股东自愿承担风险的程度。(3)如果公司对它的债权人披露了其为他人债务提供担保的事实而未引起债权人的异议。(4)公司有足够的资产来清偿自身的债务,不至于影响其债权人的利益,法律也无限制的必要。(5)在不影响债权人利益的前提下,公司为自身利益而充当担保人,如母公司为子公司的债务提供担保或者子公司为母公司(也就是股东)的债务提供担保。^[5]

在上例中,A公司为B公司的银行债务充当保证人,是由A公司的董事会依据公司章程赋予的权限以决议形式做出的,而章程是由股东大会通过的。符合上述公司对外提供担保的第(2)种情形,应视为股东自愿承担公司对为他人债务担保可能产生的风险,法律自无必要加以限制。

3. 将《公司法》第60条第3款之“董事”界定为个别董事,而不包括董事会,与《公司法》关于董事违反善管义务的法律责任的承担也是一致的。《公司法》第214条第3款规定:“董事、经理违反本法规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,责令取消担保,并依法承担赔偿责任,将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的,由公司给予处分。”显然,该款与《公司法》第60条第3款是前后呼应的。按照该款的规定,违反《公司法》第60条第3款规定应承担责任的董事只能是

作为董事会成员的董事个人,而不可能是董事会。公司的董事会是不能成为责任主体的。而且,该条规定的“违法担保取得的收入”也只能指董事、经理的个人收入,而不可能是公司的收入。如属公司的收入,则无“归公司所有”之必要。《公司法》第214条第3款之“董事”不能作“董事会”理解,同样《公司法》第60条第3款之“董事”也不宜作“董事会”解释。

4. 主张《公司法》第60条第3款之“董事”应作包括个别董事和董事会的解释,其主要理由是为了保护股东尤其是上市公司的广大中小投资者的利益。诚然,公司尤其是上市公司,少数大股东基于其控制地位可能支配着董事会,他们可能通过董事会决议的方式,使公司为自己的债务提供担保。一旦他们无力偿还债务而由公司代为偿还或以公司设立抵押的财产清偿,势必会损害其他股东的利益。但是,投资是有风险的,当投资者购买公司的股份或者认购出资额而成为该公司的股东时,他就承担着不能获得投资回报的风险。公司在获得股东投入的资产后,基于其经营业务的需要,必须将这些资产投入经营,而经营本身即意味着风险的不可避免。公司为他人债务提供担保虽非一般企业之经营业务,但在经营活动中,公司相互提供担保常常是企业经营所需,有其交易上之必要,一律禁止也不利于活跃经济^[4]。既然投资风险和公司对外担保不可避免,那么为保护股东利益着想,法律上所能采取的办法只能是对公司对外担保加以规范,而不是禁止。在公司法中,公司为其股东的债务提供担保属于典型的关联交易^[5],应纳入关联交易加以规范。因此,试图通过扩大对“董事”的解释,禁止公司董事会做出决议为本公司股东的债务提供担保,实际上是公司为股东提供担保的“关联交易行为”混同于《公司法》第60条第3款规定的“越权行为”,理论上实不可取。需要指出的是,依《公司法》第60条第3款的规定,似乎法律只是禁止董事、经理以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保,并不禁止为非本公司股东的其他企业提供担保。但是,凡公司为他人债务提供担保,不论被担保的债务人是否本公司的股东,都存在着公司资产被用于清偿债务人无力偿还的债务的风险,同样可能构成对股东利益的损害。如对该款之“董事”也可作“董事会”解释,那么无异于说,公司不得为本公司的股东或个人债务提供担保,但为非公司股东的企业债务提供担保则不为法律所禁止。这显然是无法用保护股东利益

的理论加以解释的。在上例中,二审法院以保护其他股东利益为由,将《公司法》第 60 条第 3 款之“董事”解释为包括“董事会”,认定 A 公司的担保行为无效,并依据无效合同处理的规定,判决 A 公司对 C 银行的损失(即贷款)承担 50% 的赔偿责任,这与认定担保合同有效使 A 公司承担清偿 100% 贷款的保证责任,不过是“百步”与“五十步”的差别,又怎么谈得上保护其他股东的利益?

三

需要指出的是,《公司法》第 60 条第 3 款的立法旨意应当是关于董事、经理“善管义务”的规定,但现行条文存在诸多缺陷:(1)以公司的资产为本公司的股东提供担保属于公司关联交易的问题,不应归入董事、经理善管义务的规制范围;(2)强调法律禁止以公司资产为本公司的股东提供担保的行为,容易造成司法实践中以此为标准判定担保合同效力的法律适用错误;(3)突出法律禁止以公司资产为个人债务担保的行为,容易造成司法实践中对自然人和法人的不平等态度,有违民事主体平等的民法原则;(4)突出董事、经理“以公司资产”为他人的债务提供担保,容易造成司法实践中将该款的适用范围仅限

于董事、经理越权以公司资产设立抵押或质押的情形,而将董事、经理越权以公司名义为他人债务提供信用“保证”排除在该款的适用范围之外。

因此,笔者建议,修订公司法时,应将该款修改为:董事、经理不得擅自以公司名义为他人的债务提供担保。同时建议:增加关于关联交易的规定,将公司为本公司股东提供担保纳入关联交易的规制范围;增加关于公司对外担保的规定,明确公司对外担保的适用范围,以区别公司对外担保和董事、经理越权对外担保,避免法律适用的混淆。

参考文献:

- [1]顾功耘. 商法教程[M]. 上海:上海人民出版社,2001, 128.
- [2]方流芳. 关于公司行为能力的几个法律问题[J]. 比较法研究,1994(3-4).
- [3]曹士兵. 中国担保法诸问题的解决与展望——基于担保法及其解释[M]. 北京:中国法制出版社,2001. 48.
- [4]钟明霞. 论公司法对公司资金运用的规范[J]. 法律科学, 1999(6).
- [5]柳经纬等. 上市公司关联交易的法律问题研究[M]. 厦门:厦门大学出版社,2001,35.

Directors or the Board of Directors

—A Study on the Norm “Director” in Art. 60 (3) of Company Act

LIU Jing - wei

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: A proper comprehension of the concept “Director” in Art. 60 (3) of Company Act is of essential theoretical and practical significance. From legal interpretation aspect and legal application aspect, this article submits that the norm “Director” in this article should be interpreted as individual directors, not “the board of directors” in the company. Aiming to have the Company Act regulations on the Duty of Care and Duty of Loyalty of the directors more scientific and more precise, the article further puts forward a legislative proposal on modifying Art. 60 (3) of Company Act.

Key words: directors; the board of directors; legal interpretation

(责任编辑 魏晓虹)