

股东会与董事会权力构造论： 以合同为进路的分析

罗培新

(华东政法大学,上海 200042)

摘要 :依循传统的代理、信托或委任说,股东会就董事会权限范围内的事项做出决议,董事会必须执行,股东会甚至可以径行做出董事会权限范围内的决议。我国《公司法》“董事会必须执行股东会的决议”的规定即顺承了这一逻辑。然而,依据公司合同理论,股权只是公司这一合同联结体的诸多“投入”要素之一,公司资产上附着了大量的利害相关方的请求权,股东享有制定、修改章程的排它性权力,并不意味着股东可以像所有权人那样处分公司资产。借鉴域外立法例,股东不得以普通决议就董事会权限范围内的事项做出决议。建议删除我国《公司法》关于董事会职权的规定,而代之以规定“除法律和章程另有规定外,董事会享有经营公司的全部权力”,同时删除该法关于经理的职权规定,而将其委诸董事会聘任经理层的聘任合同。

关键词 :股东会权力;董事会权力;公司合同;利害相关方;公司章程

中图分类号 :DF411.91 文献标识码 :A 文章编号 :1005-9512(2016)02-0122-10

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2016.02.010

一、问题的提出

关于股东会与董事会的权力构造,似乎是一个再老套不过的话题,相关学说及论著林林总总。然而,近日一起普通不过的商事案件却再次提醒人们,我国学界对于这一问题的研究还远远没有结束。相较于既往研究而言,人们甚至还需要引入一个全新的视角,才能求得论理的通达与圆畅。

为简化行文,笔者将案情简述如下:某有限责任公司章程规定,董事会有权处分价值不高于50万元的资产。某日,该公司董事会拟将公司一台价值为30万元的设备卖给第三方。但股东会同时通过了保留该台设备的决议,并要求董事会执行。董事会则坚称处分该设备属于其权限范围,拒不执行股东会决议。概言之,该案系争焦点在于:股东会就董事会权限范围内的事项做出决议,董事会能否拒不执行?该案甚至可以产生如下变种:该公司董事会并未就设备转让事宜与第三方达成协议,而股东会直接通过决议,将该设备卖给第三方,此时董事会能否以股东会“越权”为由拒不执行?

作者简介:罗培新,华东政法大学教授、博士研究生导师。

从规范分析的角度,此案很容易陷入适用法律的困境:我国《公司法》第46条第1款第2项规定,董事会行使的职权包括“执行股东会的决议”,而该款第11项规定,董事会行使“公司章程规定的其他职权”。因而,在本案中,董事会在行使公司章程规定的这项职权(处分价值不高于50万元的资产)势必与执行股东会决议的职权(不得处分该资产)相冲突。这两项职权之间,是否存在优先的位序?究其根本,股东会与董事会关系的性质,以及由此带来的两者在权力分配方面的法律构造,成为必须先期解决的问题。

二、股东会与董事会关系的性质及权力分配的法律构造

在世界范围内,公司法上多年来一个争议不休的问题是:公司章程将权力授予董事的法律效果是仅仅将权力授予董事,还是同时还限制股东会在权力已授予董事的领域进行决策?股东与董事的关系是否仅仅为被代理人与代理人之间的关系,^①或者公司章程在本质上对于股东大会与董事会的职权进行了清晰的划分?在一定意义上,这只是一个选择适当的默认规则的问题。如果认定股东与董事之间的关系属于代理性质,则鉴于被代理人拥有单方撤回委托权,被代理人在授权给代理人的同时通常并不会限制其自身行事的权力;但与此同时,并没有理由认为被代理人不可以签订代理人拥有排它性权力的合同。同样地,公司章程通常会对诸多机构的权力进行划分,但法律上并没有理由认为,公司章程不应当将同样的权限同时授予两个或者多个机构。然而,这两种法律分析路径之间的选择,却极大地影响着法院对具体公司的章程条款的解释方法。

当然,在把公司章程视为分配股东会与董事会权限的合同之前,还必须厘清公司与董事关系的性质,方可界定公司章程作为合同适用的范围及边界。

概括而言,关于公司与董事之间的关系,存在两种不同的学说。其一为英美法系的信托说或代理说。该说认为,董事是公司财产的受托人(trustee)或代理人(agent),在管理公司事务时必须诚实守信、勤勉并负有注意义务,同时不得使自己的利益和公司利益发生冲突。其二为大陆法系的委任说,尤以日本为代表。《日本商法》第254条第1款第3项规定:“公司与董事之间的关系,依照关于委任的规定。”该条第3款规定:“董事负有遵守法令和章程的规定及大会的决议、为公司忠实地执行其职务的义务。”^②我国台湾地区“公司法”也在第192条第3款规定:“公司与董事之间的关系,除本法另有规定外,依民法关于委任之规定。”

我国《公司法》对此未设明文,在理论上则众说纷纭。倾向性的观点是将其视为委任关系,如王保树教授认为:“用信托制度来解释公司与董事之间的关系,人们在习惯和心理上均很难接受。相反,运用委任关系来说明公司与董事关系,比较符合中国人的习惯与传统。”^③持同一观点的不在少数,^④他们都从不同角度作了论证,具有一定的道理。然而,值得注意的是,董事受任人说并非大陆法系国家之通说,而仅为少数国家所采纳。根据我国台湾地区学者的见解,委任关系仅存在于委任人

^①显然,在经济学家们的功能分析中,当被称为“委托人”的一方的福利,取决于被称为“代理人”的一方的行为时,就产生了“代理问题”。董事为代理人,股东为被代理人,因为前者能够实际上影响后者的利益。但是这并不意味着,授权给董事使得他们成为了股东在法律意义上的代理人。关于公司法语境下的代理成本问题的详细分析,参见[美]莱纳·克拉克曼、亨利·汉斯曼等:《公司法剖析:比较与功能的视角》(第二版),罗培新译,北京大学出版社2012年版,第36-52页。

^② 卞耀武主编:《当代外国公司法》,法律出版社1995年版,第638页。

^③ 王保树:《股份有限公司机关构造中的董事和董事会》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第120页。

^④ 参见石少侠、胡晓静、王福友:《论公司董事与董事责任》,《吉林大学社会科学学报》1997年第3期;刘俊海:《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社1997年版,第218页。

与受任人之间,代理关系则还存在于被代理人与第三人之间。^⑤然而,董事作为公司的受任人,他在处理公司事务时并不仅仅是与公司本身发生权利义务关系,而且在一定情况下还应就其事务处理行为与公司一起对第三人承担共同的连带责任。^⑥在这种情况下,董事与其说是公司的受任人还不如说是公司的代理人。正是由于代理关系与委任关系之间的界限难以区分,法国民法实际上将两者混同。^⑦而在香港公司法律制度中,则将董事称为公司的“代理人”(Agent)或“准受托人”(Quasi-Trustee)。^⑧

在我国,公司法明确规定股东大会是公司的权力机构,但对董事会的性质则未设规定。在学理上,有学者认为董事会是公司的执行机构,^⑨而不是决策机构。但笔者认为董事会并非纯粹的执行机构,原因如下。其一,从董事会享有的法定职权看,根据我国《公司法》第 46 条和第 108 条,董事会不仅负责向股东大会报告、执行股东大会决议,而且有权决定公司的经营计划和投资方案、决定公司内部管理机构设置等;其二,从董事会的产生看,股东会因无法时时因事设会,故无法独揽决策权,只好将部分决策权委诸具有专业经营能力的董事(再由其聘任管理层)行使。故而,在一定层面上,董事会既是执行机构又是决策机构。

以上论争表明,相当多的见解倾向于认为董事(会)的权力来自于公司的授权,不管是代理、委任抑或是信托理论,都着眼于权利的这一授予过程。而且,在很大的程度上,人们认为股东会的意志即公司的意志,据此逻辑,股东会自然可以通过决议的形式,介入公司的运营和管理,股东会甚至可以就董事会权限范围内的事项做出决议。我国《公司法》第 46 条和第 108 条规定“董事会必须执行股东大会的决议”即是这一逻辑的体现。

笔者认为,在确立董事会与股东的关系之前,梳理一番域外的相关法律制度,不无借鉴价值。

直至 20 世纪初,英国的公司法和普通法中,均不承认董事会拥有独立于股东大会的法定权力。人们似乎普遍地将以下观点奉为圭臬:股东会是公司的最高权力机构,董事会仅仅是公司的代理人,它必须听从股东大会的控制。根据这一分析路径,股东随时可以通过普通决议对董事如何行使其管理权发号施令。因而,在 *Isle of Wight Railway v. Tahourdin* 案中,^⑩一家根据成文法设立的公司的董事请求禁止召开股东大会,而该股东大会的目的之一是指派一家委员会来重组公司的管理层,而管理层的委任属于董事会的权限。法院驳回了董事的诉请,Cotton 大法官称:“的确,当大多数股东认为董事在其职权范围内的做法并不是为了公司利益,而召开股东会成为他们唯一的干预方式时,遏制股东大会的召开就是非常严重的事情。”^⑪

然而,1906 年,上诉法院在 *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co v. Cuninghame* 案中清楚地表明,^⑫董事会和股东大会的职权划分完全取决于公司章程的构造,如果权力被授予了董事会,则股东会再无权干涉该种权力的行使。公司章程被认为是一份合同,公司成员在该合同中同意“董事、而且只有董事才拥有公司管理权”,^⑬那么,如果股东会以普通决议方式通过一项买卖合同,而该决议所涉及的事项属于董事会的管理权限,则董事有权拒绝实施该合同。1908 年由另一拨法官组成的上

⑤ 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 362 页。

⑥ 参见《日本商法》第 266 条之二。

⑦ 同前注⑤,史尚宽书,第 360 页。

⑧ 张汉槎:《香港公司法原理与实务》,科学普及出版社 1994 年版,第 124 页。

⑨ 顾功耘:《全面修订公司法的若干建议》,《法学》2000 年第 4 期。

⑩ (1883) 25 Ch. D. 320, CA.

⑪ (1883) 25 Ch. D. 320, CA, at 329.

⑫ [1906] 2 Ch. 34, CA.

⑬ Per Cozens-Hardy L.J. at 44.

诉法庭在引用这种新的路径时对其表示了明显的赞同,^⑭当然,它并没有很快就被广为接受。^⑮然而,自从 *Quin & Axtens v. Salmon* 案^⑯以来,看起来被普遍接受的是,股东会无权干预董事的决策,除非董事违背了公司法或者公司章程的规定而行事。^⑰

在 *Shaw & Sons (Salford) Ltd v. Shaw* 案中,^⑱法院认定股东大会做出的不同意董事行为的决议无效,Greer 大法官是这样阐述现代法理的:“公司是一个区别于其股东和董事的实体。根据公司章程的规定,其部分权力可由董事行使,其余部分权力则可以保留于股东大会。如果管理权授予董事,则他们并且只有他们才可以行使那些权力。股东大会能够控制董事行使授予他们的权力的唯一方式是变更章程,或者不再推选那些股东不满的人担任董事。股东自身不能篡夺那些章程已经授予董事的权力,正如董事不得篡夺章程授予股东大会的权力那样。”^⑲另外,在 *Scott v. Scott* 案中,^⑳某公司股东大会做出了可以被解读为指示发放临时股利、或者发放贷款的决议,但法院认为,基于同样的理由,该决议无效。在任何情况之下,相关的权力已经授予了董事,在通过修订章程而剥夺董事的这些权力之前,股东大会的成员不能干涉其权力的行使。正如大法官 Clauson^㉑正确地指出的:“经历数年之后,股东大会对于公司的控制权高于董事权限的这种专业见解已然改变。”^㉒

当然,这一判例法的新进展,在一定程度上被 1948 年成文法的一项变革所遏制,当时引入了一项权力(目前规定于《2006 年公司法》第 168 条),即股东有权通过普通决议罢免董事。因而,正当判例法完全接受了新的解释时,立法机关改变了规则,股东被赋予了以普通多数决罢免董事的权力。尽管罢免权与做出指示的权力存在差异,但它们在相当程度上存在交集,因为不满的股东实际上可以向董事表态:如果你选择不听从我们的看法,我们将通过普通决议将你免职。这将能够极大地诱使董事按股东的偏好言听计从。但尽管如此,在英国公司法上业已确定的是,股东会不得通过普通决议,改变董事会在其权限范围内的决定。

英国公司法的演变,只是世界上众多国家公司法变革趋势的一个缩影。事实上,各国公司立法均顺应时势,为董事会与股东会的权力分野提供了制度框架。

《美国示范公司法》第 8.01 条(b)规定:“所有公司权力应当由董事会行使或在它的许可下行使,公司业务和事务也应当在它的指导下经营管理,但上述一切均应受公司设立章程明示限制的约束。”《特拉华州普通公司法》第 141 条(a)款规定:“除非本法或公司设立章程另有规定,公司的业务和事务应由董事会管理或在其指导下进行管理。如果公司设立章程中另有规定,则应依照该章程规定的范围,由章程所确定的人员来实施或履行本法授予或施加给董事会的权力和义务。”《纽约州商事公司法》第 701 条、《加利福尼亚州民法典》第 300 条也有类似规定。在美国,股东会的权力则由

^⑭ *Gramophone & Typewriter Ltd v. Stanley* [1908] 2 K.B. 89, CA; 尤其可参见 per Fletcher Moulton L.J. at 98, 和 per Buckley L.J. at 105-106(尽管,事实上彼时他的著作的现行版本采取的是相反的观点)。

^⑮ *Marshall's Valve Gear Co v. Manning Wardle & Co* [1909] 1 Ch. 267.

^⑯ [1909] 1 Ch. 311, CA; [1909] A.C. 442, HL.

^⑰ 但是关于相反的观点,参见 *Goldberg* in (1970) 33 M.L.R. 177; *Blackman* in (1975) 92 S.A.L.J. 286; 和 *Sullivan* in (1977) 93 L.Q.R. 569。

^⑱ [1935] 2 K.B. 113, CA. 另见 *Rose v. McGivern* [1998] 2 B.C.L.C. at p.604.

^⑲ [1935] 2 K.B. 113, CA, at 134.

^⑳ [1943] 1 All E.R. 582. 另见 *Black White and Grey Cabs Ltd v. Fox* [1969] N.Z.L.R. 824, NZCA, 在该案中对这些案件进行了审查,正如 *Plowman* 法官在 *Bamford v. Bamford* [1970] Ch. 212, CA 案的一审中所做的那样。

^㉑ [1943] 1 All E.R. 582, at 585D. 大法官 Clauson 当时是大法官法院的法官。

^㉒ 如果将上述案例中的裁决与 *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461 案中的裁决进行对比,就可以很清楚的看到这一点。现代的观点在 *Breckland Group Holdings Ltd v. London and Suffolk Properties Ltd* [1989] B.C.L.C. 100 案的一审中获得了重述,由 *Wedderburn* in (1989) 52 M.L.R. 401 和 *Sealy* in [1989] C.L.J. 26 进行了评论。

法律和公司章程明确规定,除此之外,所有权力均由董事会行使,股东会权力的终点就是董事会权力的起点。

在主要的大陆法系国家中,对股份公司董事会与股东会也存在明显的职权分野。《法国公司法典》规定,董事会享有在任何场合代表公司活动的广泛权力,董事会在公司目的范围内行使这些权力,法律明文规定属于股东大会的权力除外。《德国股份法》规定,董事会本身负责领导公司。日本《商法》规定,董事会决定公司业务的执行,并监督董事执行职务。《德国股份公司法》第202条、第76条和第119条第2款、第15条至第19条的规定,董事会在公司经营管理方面享有法定的“专属权限”,凡属“专属权限”范围内的事务,董事会均有做出决定的全权,不受股东大会的干预。股东大会对董事会权限所施加的限制,不得用以对抗第三人。²³

从世界范围看,各国公司法都将公司的经营管理权委诸董事会,而股东一般只保有资产受益、重大事项决策(如公司合并、分立、重大资产的出售等)和选任董事的权利。公司法这一权力架构背后的经济学理据是,在公司规模较小、股东大多参与公司经营的时期,一般会创设股东会一元主义的公司权力架构,但随着公司规模扩大,大型公司不断涌现,股权日益分散,理性的冷漠使得股东远离公司经营管理,而商场的迅速多变要求公司管理层反应迅速,寻求股东会临事授权极不现实,章程更无法预测后期市场变化而事先细致授权。在这种情况下,必须为董事会拓展独立的权力空间,以使其能够便捷地做出决策。早在数十年前,伯利和明斯就曾经言及:“(董事会)管理和控制公司的权力,由法律所创制,这在相当程度上致使公司部分利益分流给管理层的现象,获得了合法基础。”²⁴故笔者认为,在现代公司中,董事的权利并不来源于股东的让渡,而是作为一项包括股东、管理者、职工等多方参与的关系合同中由契约做出的初始权利分配的结果,公司法在此充当了标准契约的角色。

三、股东会与董事会权力构造的合同进路

如上文所述,如果 Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co v. Cuninghame 案发生在我国,毫无疑问,根据我国《公司法》第112条关于“董事会必须执行股东会决议”的规定,既然股东会通过了一项决议,要求公司把某项资产出售给一家新公司,尽管只是以简单多数通过,我国法院也会裁定董事会必须执行这项决议。同理,在本文开篇之初提及的案例中,既然股东会通过决议保留某台设备,董事会自不可将其处分,尽管处分该设备本属其权限范围。然而,在英国,上诉法院法官却裁定,公司章程一经把特定的权力授予董事会,股东会就不得干预他们行使此项权力。²⁵由此,关于董事的自主权,有一段经典的论述,常被法院所引用:“公司是一个实体,独立于股东,也独立于董事。根据章程,公司的一些权力由董事行使,另一些权力由股东通过股东大会行使,如果经营管理的权力授予董事,那么只有董事可以行使这些权力。股东通过章程授予董事权力的唯一办法,就是修改章程或在章程允许的情况下不再选举他们不满意的董事。股东不能自行侵占章程授予董事的权力,就如同董事不能侵占章程授予股东的权力一样。”²⁶

以上论述将公司合同理论发挥到了极致:公司参与方通过章程载入各方合意,由章程确定的股东和董事权力分配的格局,对股东和董事均有拘束力。接下来,笔者拟于本文中摒除传统的代理说、信托说和委任说,从公司合同的进路来阐释股东会与董事会的权力构造。

²³ 同前注^②,卞耀武主编书,第258页。

²⁴ Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, P335.

²⁵ L.S. Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, Butterworths, 1992, p187-190.

²⁶ James Shaw & Sons (Salford) Limited v. Shaw, [1935] 2KB 113.

早在 20 世纪 30 年代,科斯就曾提出了一项被后人称为是公司合同理论的奠基性见解。在 1937 年《企业的性质》(Nature of the Firm)这篇文章中,他指出,企业和市场是合约的两种形式,企业内部科层制的组织形式,很好地起到了协调合约各方、减少交易成本的作用。直到时隔近 40 年,这一见解才得到广泛的关注。20 世纪 70 年代,阿尔钦(Alchian)、德姆塞茨(Demsetz)、詹森(Jensen)和麦克林(Meckling)等通过公司合同理论,将公司的内部行为,导入了新古典经济学的研究视角,正式开创了“公司合同理论”。

公司合同理论主张,公司“乃一系列合约的连结”。这“一系列合约关系”根据詹森(Jensen)和麦克林(Meckling)的见解,包括法律拟制物(企业)与原材料或服务的卖方签订的供应合同,与向企业提供劳动力的个人签订的雇佣合同,与债券持有人、银行、股东及其他资本供应方签订的借贷或投资合同,以及与企业产品的买方签订的销售合同。它们包括文字的和口头的、显性的和隐性的、明示的和默示的各种合约。^{②7}作为这一理论的盛事,1972 年,阿尔钦和德姆塞茨在《经济学评论》上发表了《生产、信息费用和经济组织》一文,^{②8}同时,詹森和麦克林在《公司理论:管理行为、代理成本和所有权结构》一文中关于公司理论的阐释,也堪称分水岭之作。^{②9}这两篇论文后来分别被认为是“公司合同理论”的两个分支即交易费用理论和委托代理理论的代表作。

根据公司合同理论,公司作为一种合同机制,之所以能够取代市场,是因为公司内部的科层序列很好地降低了合同各方的交易成本。根据这一理论,公司合同的基本分析单位是个人(各个合同方),股权只是公司这一合同联结体的诸多“投入”要素(包括资本、经理才能、劳动力和原材料等)之一。阿尔钦和德姆塞茨认为,在作为合同联结体的公司里,并不存在所谓由以股东为中心(所谓的股东中心主义)或者以经理为中心(所谓的经理中心主义)的层级序列。公司管理只不过是公司持续性合约反复不断的过程。^{③0}

公司合同理论与公司法人人格理论构成了深度的耦合。公司制的基本特征是法人人格独立,而人格独立的前提是财产独立。也就是说,公司享有由股东出资及后续营运所累积资产的独立的所有权,与股东个人的所有权截然不同。正如公司是众多合同的联结体那样,公司资产上附着了大量的请求权,依其主张请求权的位序主要包括:其一,雇员工资、董事及管理者的薪酬请求权;其二,政府的税收请求权,如果企业有利润,必须缴纳相关的税款;其三,担保债权人的请求权,主要体现为取回权和别除权;其四,无担保债权人的一般请求权;其五,股东收益及剩余财产请求权。根据公司法的安排,股东的收益及剩余财产请求权位居于所有请求权之最后。也就是说,股东最后获取回报,是剩余索取权人,承担着最后的风险,拥有最大的动机来经营好公司,所以,应将投票权配置给股东,并由其享有制定、修改章程的排它性权力,但这并不意味着股东可以像所有权人那样随意处分公司资产,因为公司资产上附着了诸多利害相关主体的请求权。

在此种情况下,一旦公司章程规定了股东会与董事会处分公司资产的权限,也就为所有利害相关主体确立了这两类机构之于公司资产的处理权限的预期。

从世界范围看,公司章程对董事会的权力限制主要包括两项内容:其一为涉及董事、管理层的利益冲突交易,以及董事管理层报酬的批准事项;其二为涉及公司重大变化的事项,如公司章程变更、

^{②7} Jensen & Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. FIN. ECON. 305, 360 (1976).

^{②8} Alchian & Demsetz, Production, Information Costs, and Economic Organization, 62 American Economic Review, 777 (1972).

^{②9} Jensen & Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. FIN. ECON. 305, 310 (1976).

^{③0} Alchian & Demsetz, Production, Information Costs, and Economic Organization, 62 American Economic Review, 777 (1972), at 794.

公司兼并、分立、重大资产的出售等。前者需要股东会的介入,是因为事关利益冲突,不可能由利益冲突中的主角来自我判断;后者则因为事关股东重大利益,足以克服股东出席股东会的怠惰心理,代理成本也相应降低。

前述分析表明,无论董事会在其权限范围内做出何种决定,股东会都无权推翻的观点,似乎未免过于绝对。但与此同时,一个非常不确定因而也是极难回答的问题是,如果股东会有权推翻董事会在其权限范围内的决定,那么,这种权力是否存在界限?如果存在界限,这种界限应当如何划定?正如前述,在 Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Company Limited v. Cuninghame 案中,^①股东大会通过普通决议,要求董事会将公司资产售予一个为购买该资产而设立的公司,但董事会却拒不执行。审理该案时,英国上诉法院支持董事会的决定,柯林斯(Collins)法官认为,股东的要求相当于修改章程,仅仅通过多数股东的普通决议并不能完成。^②科曾斯·哈迪(Cozens-Hardy)大法官更进一步地认为,董事会与股东大会共同享有平等的地位,它有权不受股东干预。^③这一观点历经辩论,最终为英国和英联邦所接受。

当然,尽管这种看法得到了法院的广泛承认,但也不乏批评的声音。有人认为,股东可以通过普通决议解雇董事,却不能以较为温和的方式来推翻董事会的决定,这看起来相当奇怪。^④也许英国《〈1985年公司法〉〈表A〉》第70条的规定,可以适当地回应以上批评。该条规定:“公司董事行使一切公司权力,经营管理公司业务,但受到本法规定、章程以及特别决议的限制。”作为在董事经营自主权和限制之间的一种平衡,该法将股东干预的界限划定于“法律禁止”、“章程规定”、“股东特别决议”这三项。而且,自1985年以来,英国的《示范公司章程》致力于为那些采纳它的公司就前述案件所示情形提供明确的立场。因而,根据当前适用于封闭公司和公众公司的示范章程,向董事会的授权应受到“遵守公司章程”的限制,而且现在有具体的条文规定“成员保留权力”的事宜。^⑤它清楚地表明,公司成员可以通过特别决议(也就是说,通过修改公司章程所需要的多数决)来指示董事“采取、或者不得采取具体的行动”。其潜台词是指,股东通过普通多数决就董事会授权范围内的事项所做的任何指令,对董事都无拘束力。

笔者认为,上述判解及《示范公司章程》对我国深具启示意义。

第一,正如世界各国的公司法所规定的,公司的日常运营由董事会实施,或者在其指导下实施,股东只就公司的重大事项进行表决,这事实上形成了股东和经营层之间的权力分野。而且,这种分野几乎是一道鸿沟,远非传统的“所有权和经营权分离”理论所能解释。根据传统的所有权论,管理层既然受托于股东,当然必须听命于他们。然而,管理层营运公司的权力,已经事实上(尽管从法律上看未必如此)排除了股东的干预。

做出股东会“抓大必须放小”的法律规定,原因有两方面。其一,股东与董事相较,显然后者更长于经营,由股东投票否决公司的日常经营活动,有违经济常理,而且势必带来极高的机会成本。况且,一旦“用人不疑”的原则在事实面前遭到碰壁,股东还可以“疑人不用”,另行撤换董事及管理人

^① [1906] 2 Ch 34.

^② Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Company Limited v Cuninghame [1906] 2 Ch 34.

^③ 同上注,第45页。

^④ 转引自何美欢:《公众公司及其股权证券》,北京大学出版社2000年版,第336页。

^⑤ 需要注意,根据英国《示范公司章程》第4(2)条,通过特别决议更改章程或给予董事指示并不会使任何在决议通过之前董事的行事无效。如果在股东决定通过特别决议而采取Y路径之前,董事只是决定要采取相反的X路径时,则或许可以认为,股东的决议会对董事起到有约束力的指示作用,要求他们不实施其此前的决议。但是,如果在实施他们此前的决议时,董事已经代表公司与第三方签订了合同,则该涉及第三方的合同将继续约束公司。如果股东运用了其广泛的指示权,则可以想象到的是,他们可能会被认为是公司事实上的董事或者影子董事。

员,而不是通过干涉日常经营的方式来达此目的。对于公司经营而言,错误干预对公司造成的损失是百分之百不可回复的。其二,公司的重大变更,如兼并、重大资产的出售等直接事关股东切身利益,因其影响巨大,足以克服股东集体行动的偷懒、搭便车等种种问题,特别是机构投资者,对此类事项极为关注。

第二,股东保有人事权和重大事项的表决权,这已经构成了董事及管理层的制约。值得注意的是,在美国,尽管公司的董事会成员在被选任时通常有任职年限规定,但却没有任期(tenure of office)一说。股东可召集会议,重新选任董事会新成员,并可以某种理由(甚至无理由地)解聘董事职务。如特拉华州公司法的相关规定,就素以董事职位最不稳定著称。这项规则使得公司的控制权相对稳固地掌握在享有剩余索取权的人的手中。如果股东无法接受高昂的代理成本,就可以解雇董事及高管人员。当然,尽管在公众公司中,股东很少中途撤换董事成员,但这项规则却犹如悬挂在公司高管们头上的达摩克利斯之剑,他们不得不为股东利益兢兢职守,否则便有被撤换之虞。

在任期制方面,将公司高管人员与政府管理人员作一比较,不难发现政府管理人员的任期相对较为稳定,且更有保障。对此的解释之一是,公司的高管人员,其经营绩效直接反映在公司股价上,这直接决定着他们的薪酬,所以,即使没有任期作保障,公司高管仍会尽心尽力,不敢过于懈怠。而政府管理人员则不然,如果职位朝不保夕,那他们对未来没有预期,就极可能只图一时政绩而“透支将来”。任期制可以在一定程度上解决这个问题。

除了保有人事权之外,股东会还保持着对公司重大事项如公司合并、重大资产的出售、章程修改等事项的表决权。例如,股东会对于公司合并事宜有权予以表决,这对于董事而言,相当于政府高级官员的中期选举,因为一旦被收购,则新的管理层通常另行“组阁”,原任管理者“出局”。这样,法律规定公司合并事项需要股东同意,本身即蕴含着为股东提供一个重新选任经营者的机会的用意,这自然可以理解为法律确立了股东选择管理者的权利。同样,公司法要求修改章程也需要股东会决议,而章程的修改结果,往往事关在任的管理层能否顺利阻遏潜在的要约收购。因为公司的管理层经常将章程设计得让收购者无法从并购中获得利益,从而迫使其放弃并购。此时,股东如果发现管理层对章程的设计纯为个人私利,将投票反对这些修订。所以,股东投票还兼有监督管理层的功效。近些年的情况表明,美国公司的机构投资者并不看好章程中的“驱鲨剂”(Shark-repellent)条款,公司中的机构投资者越多,章程中的此类条款越容易被否决。所以,股东可以决定公司重大经营事项的这一制度安排,事实上还具有监督和选任管理者的功效。

以上分析表明,公司把日常经营的决断权配置给管理者,并排除股东的干涉,而股东保有重大事项的决定权,除非章程有相反规定或者股东通过绝对多数特别决议的方式介入的这一规定极具合理性。

四、特殊情形下股东会行使董事会的权力

如果董事会出于某些原因无法行使授予其的权力,则股东大会可以行使这些权力。基于这一理由,在以下情形中,股东大会采取的行动被认为是有效的:董事会形成了僵局;³⁶公司没有董事;³⁷无

³⁶ Baron v. Potter [1914] 1 Ch. 895. 与此相反的情形时,董事会无法按照多数董事的意愿行事,因为少数董事在章程授予其的权力范围内提出了反对意见。例如,可参见 Quin & Axtens v. Salmon [1909] A.C. 442, HL 案及 Harman 法官在 Breckland Group Holdings v. London & Suffolk Properties [1989] B.C.L.C. 100 案中的裁决。

³⁷ Alexander Ward & Co v. Samyang Navigation Co [1975] 1 W.L.R. 673, HLSc, per Lord Hailsham at 679.

法达到有效的法定人数,³⁸董事被剥夺了投票权。³⁹总之,尽管公司章程明显地将权力排它性地授予董事,但在符合以下条件的情况下,股东仍然有权采取行动。如果董事会无法行使权力(例如董事会陷入僵局),或者董事会的决策存在某种缺陷,或者有董事会主动邀请股东参与决策,则股东就可以做出或者参与做出公司决策。

在这方面需要探讨的最后一个问题是:如果股东一致同意,股东会能否做出董事会权限范围内的公司决策?英国已确定的判例法表明,股东只有在极为少数的情况下,才可以通过一致同意来拘束公司。而且,这里的“一致”是指所有拥有投票权的股东,而不是那些只是出席了会议的股东。正如前述,在一些案件中,的确有法官认为,股东通过一致同意的表决,甚至可以在公司章程已经授权给董事会的事项方面约束公司。⁴⁰然而,已决案件中无一例明确属于股东对已由公司章程分配给董事会的事项以一致同意方式做出决定的情形。最为接近的案件是 *Express Engineering Works Ltd, Re* 案,⁴¹该案引发争议的决定是有关购买特定财产的事宜。根据将一般管理权授予董事会的规定,它显然属于董事会的权力,但在该案中,实际上所有董事均丧失了就购买特定财产做出决策的资格,因而根据前面探讨的原则,可以认为股东拥有默认的权力来做出此类决策。

英国的《公司法评估报告》一度建议把以下条文写入公司法:“公司成员可以通过一致同意拘束公司或者对公司进行授权,无论公司章程有何限制性规定。”⁴²然而,政府却反对将其法典化,尽管新的公司法保留了普通法规则,⁴³因而看起来一致同意规则是否在公司章程达成的权力分配的框架内运作,将由法院来决定。

允许股东通过一致同意来偏离公司章程的规定,究竟有何好处?一致同意的要求意味着这里不存在保护少数股东的问题,而法院在引入股东不得通过普通决议来就董事职权范围内的事项发号施令这一法理时,考量的因素之一正是保护少数股东利益。允许股东一致同意以变更章程的规定,会进一步强化股东优于董事的地位。股东只要一致同意,就可以对董事发号施令,甚至在公司章程授权给董事会的权限范围内也可如此。然而,对此的反对意见在于,即便承认股东在一致同意的情形下可以如此行事,但股东无须承担与董事同样的义务(例如忠实义务及注意义务),因而股东之外的利害关系人(尤其是债权人)将会承担风险,在股东做出于其不利的公司决策时,他们就无法像当那些决策由董事会做出之时那样获得同样的保护。而且,最为重要的是,由股东会直接做出董事会权限范围内的决策,会改变公司合同中众多参与方的预期,这些参与方包括债权人、雇员、经理等。他们都确立了董事会有权对该等事项做出决策的预期,这甚至影响了他们当初加入公司的选择。举例来说,经理之所以受聘于公司,很可能是因为自认权限不受干预,而如果章程确定的董事会的权限要受股东会决议影响,依此类推,经理的权限也会受董事会决议的左右。而且,一如前述,公司资产属于公司所有,在该资产上附着了诸多利害相关主体的请求权,股东无权把其当成私产随意处分,在变更章程关于权力配置的安排之前,股东涉足董事会权限范围内的事项,实属不当。当然,由于股东拥有法定的权力来解聘董事,此种理论上的冲突看起来在实践中不太可能发生。

³⁸ *Foster v. Foster* [1916] 1 Ch. 532.

³⁹ *Irvine v. Union Bank of Australia* (1877) 2 App.Cas. 366, PC.

⁴⁰ 例如,参见 *Salomon v. Salomon & Co Ltd* [1897] A.C. 22 at 57, per Lord Davey.

⁴¹ [1920] 1 Ch. 466, CA. 有类似影响的案件是 *Euro Brokers Holdings Ltd v. Monecor (London) Ltd* [2003] 1 B.C.L.C. 506, CA 案,在该案中(基于股东同意下的)系争决定要求董事会做出决议,但股东的一致同意被视为对此的替代。然而同样的是,在这里董事会无法行事,因而该案可以被视为是股东拥有默认权力行事的案件。

⁴² Final Report I, para.7.17. 该报告指出这正是普通法中对该规则的认识,尽管这么说可能有些夸大事实了。

⁴³ Modernising, paras 2.31-2.35;英国《2006年公司法》第281(4)条。

⁴⁴ *Grant v UK Switchback Rys* (1888) 40 Ch. D. 135, CA.

另外,在英国,如果董事打算行使保留给公司股东大会的权力,则公司股东大会可以追认这种行为,从而使其具有法律效力。为了批准董事会以往的行为,而不是对董事会未来的行为予以授权,没有必要通过股东会特别决议来变更章程,通常而言,普通决议即已足够。^④需要顺带提及,在英国,通常认为,董事会完全可以(如果愿意的话)将任何议题提交股东大会以追认董事会已经实施的行为。非常清楚的是,正如上诉法院在 Bamford v. Bamford 案中所确认的,^⑤对于董事(例如因违背信义义务)做出的可撤销的行为,公司股东大会也可以追认,只要该行为在公司的权限范围之内,而且股东大会做出决议时获得的信息充分且不存在压迫小股东的情形。

五、我国《公司法》相关规定的完善

我国《公司法》第 46 条对董事会的职权采取了以下概括式的立法规定:“董事会对股东大会负责,行使下列职权:(一)召集股东会,并向股东会报告工作;(二)执行股东大会的决议……(九)聘任或者解聘公司经理,根据经理的提名,聘任或者解聘公司副经理、财务负责人,决定其报酬事项;(十)制定公司的基本管理制度。(十一)公司章程规定的其他职权。”本着合同的视角,上述规定存在以下问题。

第一,行政化的立法思想。根据笔者的前述分析,董事会和股东会同为公司机关,通过公司章程和公司法(标准契约)构建了权力分配格局,以求在效率和公平之间寻求妥当的平衡点。任何一方僭越权力边界,都可能打破这种微妙的平衡状态。如果将董事会一方完全降为股东会的执行机构,则公司不但效率尽失,公平的价值追求也可能荡然无存。因为在经济领域,效率在相当程度上即意味着的公平。从我国《公司法》“董事会对股东会负责”、“董事会向股东会报告工作”、“董事会执行股东大会的决议”中的表述分析,立法者似乎存在行政化“公司立法”的倾向,将董事会视同为行政机构,依附于股东会这一权力机关,而不是公司业务的经营管理机构。也正是这些字眼,使得人们在我国《公司法》颁布之后,产生了一些对公司权力机关的误解,如“一般公司的领导机构都是由股东大会、董事会、以经理为首的经营管理委员会和监事会组成”、“董事会是股东大会闭会期间行使股东大会职权的常设权力机构”等等。^⑥这种将股东会与董事会的关系,类比为“全国人大及其常委会”的模式,在相当意义上受到了当时公司立法模式的影响。

这种立法语言,是特定历史背景下的产物。1994 年我国企业公司化改造之初,大量的国有企业还遵循着行政管理的模式,相当多的国企具有一定的行政级别,基本上对政府主管部门负责。所以,在《公司法》中规定的股东会和董事会分权的格局,在国有股一股独大的股份公司中没有意义,因为董事的意志即为股东的意志。而在时隔 20 年后的今天,我国经济的市场化进程已今非昔比,《公司法》的立法思想和语言也应作相应的调整。

第二,僵化的立法范式。我国《公司法》对董事会的职权采取了列举加概括的立法范式。但这里列举的具体权限中存在不少问题。例如,如董事会的第三项职权“决定公司的经营计划和投资方案”与股东会的第一项职权“决定公司的经营方针和投资计划”存在边界模糊的缺陷,更为重要的是,董事会的职权中包括“执行股东大会的决议”,会陷入本文前面论证的逻辑困境。

在英国公司法上,对于董事会的权限采取的是“负面清单”的方式加以规定,即规定以下重大事宜需要获得股东大会的批准,其它均属董事会的权力范围(当然,公司仍可视具体情形由公司章程进一步分配股东会与董事会的权限):变更公司章程;变更公司类型(例如从公众公司转化为封闭公司,

^④ [1970] Ch. D. 135, CA.

^⑥ 潘岳主编:《董事必读》,经济科学出版社 1996 年版,第 229-232 页。

或者相反) ;决定发行股份^{④7}或者取消股份发行时的优先权 ;^{④8}决定降低股本 ,回购股份 ;封闭公司动用资本回购或者回购股本 ,或者封闭公司提供财务资助 ;变更股份的类别权利 ;^{④9}通过债务清偿计划 ;^{⑤0}决定自愿解散公司。^{⑤1}

基于以上分析 ,笔者建议 ,删除我国《公司法》关于董事会职权的列举加概括式的规定 ,而代之以如下规定 :“除法律和章程另有规定外 ,董事会享有经营公司的全部权力。”

第三 ,董事会和经理的法定职权分工 ,有违合同精神。从理论上说 ,既然经理由董事会聘任 ,经理的职权就应当完全由聘任合同规定。我国《公司法》规定了经理的职权 ,尽管还设有“经理行使公司章程和董事会赋予的其他职权”这一兜底条款 ,避免了列举不周延的问题 ,但有些条款将某些权力强制性地配置给经理 ,却显然欠缺合同基础。如“聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的其他经营管理人员”的规定 ,就存在以下问题 :哪类管理人员“应当”由董事会聘任 ?难道只限于《公司法》规定的经理、副经理、财务负责人吗 ?副经理、财务负责人为什么一定须经董事会亲自聘任 ?其他经营管理人员为什么一定要由经理而不可以由董事会直接聘任 ?

因公司规模、类型、公司经理是否兼任董事、股东控制力等的差异 ,公司经理的职权也应有所区别 ,需要由董事会根据具体情况随时做出调整。我国《公司法》做出如此刚性的规定 ,其正当性基础存有疑问。

总之 ,我国公司法在确定股东会、董事会、经理的权力安排方面 ,表现出强烈的“为市场做主”的思想 ,管制色彩过于浓厚 ,应本着合同的路径予以修改。

(责任编辑 :闻 海)

^{④7} 英国《2006 年公司法》第 549 条。

^{④8} 英国《2006 年公司法》第 569ff 条。

^{④9} 英国《2006 年公司法》第 630 条及以下内容

^{⑤0} 英国《2006 年公司法》第 895 条及以下内容。

^{⑤1} 英国《1986 年破产法》第 84 条。