

董事会中心主义的立法进路与实践检视

云 闯*

摘要：现代公司法以所有权与经营权相分离为预设构建法律规则体系。本轮公司法修订在一审稿中试图明确董事会中心主义，但之后又恢复到董事会职权列举的立法模式。从股东会决议的效率、企业社会责任、消解控股股东代理成本角度观察，在理论及实践中弱化股东会职权成为一种现实需求。新公司法在董事会职能定位上取消了“对股东会负责”的表述，董事会作为公司执行机构还应当充分考量利益相关者及社会公共利益。在股东会与董事会权限划分上，宜认为具有强行法属性。同时也应注意，本轮公司法修订，在公司治理结构上进行的改革虽有简化公司机关的设置，但并未区分设置董事会与不设置董事会公司之间权限分配上的差异。在仅设一名董事的情况下，由该董事行使完整的董事会职权，有可能叠加、放大“股东—董事”之间的代理成本。在“董事会一元主义”下，对作为监事会替代机构的审计委员会在运行中可能出现的新情况、新问题，也应当予以充分关注。

关键词：股东大会无机能化 董事会中心主义 审计委员会 权限划分 强行法

比较法视野下，公司治理模式中“股东会中心主义”与“董事会中心主义”的区分，最终都可以归结为在以下两个基本问题上发生冲突：“（1）就公司治理的手段而言，谁来制定公司决策？换句话说，当面临紧要关头时，谁最终说了算？（2）就公司治理的目标而言，谁的利益优先？当公司决策者面对一个‘零和博弈游戏’，即决策者必须在不同利益中进行取舍时，哪一方的利益会获得决策者的青睐？”^①我国学术界

* 江苏通达瑞律师事务所主任、江苏省律师协会公司法委员会副主任、二级律师。

① [美] 斯蒂芬·M. 贝恩布里奇：《理论与实践中的新公司治理模式》，赵渊译，法律出版社2012年版，第9页。

亦大多主张,“两者区分的标准有二:一是哪一机构享有经营管理公司的实质决策权;二是立法者没有明确列举的剩余权力由谁行使?”^①

以所有权与经营权相分离作为现代公司法立法的逻辑起点已无争议,由此引发的“股东—董事”之间的代理成本也是公司治理中的核心内容之一。从世界范围来看,公司法在规范公司治理方面呈现出从“股东会中心主义”向“董事会中心主义”的嬗变亦是不争的事实。“早期的公司法奉行‘股东至上’原则,因此公司权力主要集中在股东手中。时过境迁,随着公司的现代化演进,公司的权力转向由董事会行使,公司的经营和事务由董事会管理。”^②

“董事会中心主义治理模式形成于 19 世纪末 20 世纪初,伴随着公司规模不断扩大,股份公司的产生,股权逐渐分散,‘两权’分离不断加剧,单个股东很难对公司的决策形成决定性的影响。”^③英美法系国家自不必说,大陆法系国家或地区亦大多通过修法实现了从“股东会中心主义”向“董事会中心主义”的转变。如日本,“经过 1950 年的商法修订,日本商法实现了从德国型商法向美国型商法的转变。确立了以董事会为中心的公司内部治理结构,明确了董事会作为公司的业务决定与监督的核心组织地位。把原来属于股东大会的权限(新股发行等的决议权)及监事的业务监督权转移到了董事会。”^④韩国“1962 年商法引进英美公司法中的授权资本制度与董事会制度,实现了依用商法中股东大会中心主义向董事会中心主义转变的经营体制的一次重大变革。”^⑤我国台湾地区“公司法”则通过第 202 条^⑥的规定,明确公司的所有剩余权力均归董事会享有。这一立法目的“乃寓有强化董事会公司经营之职权,限缩股东会权限之目的”。台湾地区经济主管部门“经济部”明确指出第 202 条“旨在划分股东会及董事会职权,不使两者权责混淆,并充分赋予董事执行业务之权”。^⑦

我国公司法自 1993 年制订至本轮修订前,均采取股东会中心主义。从 1993 年公司法第 38 条、第 46 条关于股东会及董事会的职权列举上看,董事会的权力大多

① 高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,载《中国法学》2013 年第 2 期;转引自楼秋然:《股东至上主义批判:兼论控制权分享型公司法的结构》,社会科学文献出版社 2020 年版,第 6 页。

② 施天涛:《商法学》(第七版),法律出版社 2024 年版,第 174 页。

③ 甘培忠主编:《优化营商环境背景下的公司法修订》,人民法院出版社 2022 年版,第 41 页。

④ 平力群:《日本公司法与公司治理》,社会科学文献出版社 2021 年版,第 122 页。

⑤ [韩]崔竣璿:《韩国公司法》(上),王延川、崔嫦燕译,中国政法大学出版社 2020 年版,第 275 页。

⑥ 我国台湾地区“公司法”第 202 条规定,公司业务之执行,除本法或章程规定应由股东会决议之事项外,均应由董事会决议行之。

⑦ 参见廖大颖:《公司法原论》(增订 6 版),三民书局 2012 年版,第 222 页。

具有从属性、依附性。首先,法律明确“董事会对股东会负责”;其次,董事会具体行使权力也大多需要经过股东会的批准,法律文本表述为“制订……方案”。^① 2005年公司法修订时,第47条关于董事会的职权规定仍强调“对股东会负责”,但增加了第11项“公司章程规定的其他职权”,允许公司章程对董事会的权力进行扩充。尽管公司法在1999年、2004年、2013年亦进行过修正,但均未涉及股东会与董事会的权限划分。

本轮公司法修订“突出董事会在公司治理中的地位”,公司法修订草案(一审稿)第62条^②取消了对董事会职权的列举,明确“董事会是公司的执行机构,行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”,将公司的剩余权力划归董事会行使,从而试图确立董事会中心主义。一审稿公布后,“有的常委委员、地方、部门和专家学者、社会公众建议进一步完善公司组织机构设置及其职权相关规定,提升公司治理效果。宪法和法律委员会经研究,建议作如下修改:一是进一步厘清股东会和董事会的职权划分,恢复现行公司法关于董事会职权的列举规定……”^③刘俊海教授将此称之为“董事会中心主义神话的破灭”。^④ 有学者认为修订后公司法第67条“事实上仍采取的是‘股东会中心主义’的公司治理模式”^⑤,也有人将之称之为“有限地确立了董事会中心主义”。^⑥

尽管本轮公司法修订并未彻底走向“董事会中心主义”,在修订过程中,存在“向前迈了一大步随即又后退一小步”的立法徘徊,但确立董事会中心主义仍是今后公司法应该努力的方向。

① 公司法(1993年)第46条规定:董事会对股东会负责,行使下列职权:(一)负责召集股东会,并向股东会报告工作;(二)执行股东会的决议;(三)决定公司的经营计划和投资方案;(四)制订公司的年度财务预算方案、决算方案;(五)制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;(六)制订公司增加或者减少注册资本的方案;(七)拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案;(八)决定公司内部管理机构的设置;(九)聘任或者解聘公司经理(总经理)(以下简称经理),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。

② 公司法修订草案(一审稿)第62条规定,有限责任公司设董事会。董事会是公司的执行机构,行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权。公司章程对董事会权力的限制不得对抗善意相对人。

③ 江必新:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉修改情况的汇报》(2022年12月27日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十八次会议上),http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202401/t20240102_434025.html,2024年12月2日访问。

④ 刘俊海:《董事会中心主义神话破灭后的董事会角色定位:兼评〈公司法(修订草案二审稿)〉》,载《财经法学》2023年第4期。

⑤ 姜睿:《新公司法颁布背景下对重塑“董事会中心主义”的思考》,载《河北法律职业教育》2024年第2期。

⑥ 马可欣:《权力动态配置下的董事会中心主义》,载《北京社会科学》2024年第8期。

一、“股东会中心主义”的反思与检讨

所谓“股东会中心主义”系将股东会界定为公司最高权力机构,行使公司的最高决策权力。在“股东会中心主义”之下,董事会被认为是股东会延聘的职业经理人组成的公司机关,二者之间系“委托—代理”关系;董事会负责执行股东会确定的方针政策,对股东会负责。对于立法者没有明确列举的公司剩余权力默认由股东会行使,只有在公司章程明确规定或者股东会作出授权决议的情况下,才可以例外地由董事会行使。在公司治理实践中,“股东会中心主义”以及由此带来的股东至上理念受到批评的主要理由可以概括为以下几个方面:

(一)“股东会中心主义”无法适应大型公司治理,公众公司股东会因决策低效、程序烦冗、呈现病理性进而导致无机能化

公司制度出现之初并延续至今的封闭公司中,因股东人数较少、规模较小,所有权与控制权尚未完全分离,“股东会中心主义”有其正当性和现实需要。但随着公司规模扩大、公众公司股东会因股东人数众多、召集难度增大、会议冗长低效等弊端逐渐显现。随着资本市场的发展,以上市公司为考察对象,以股票交易为手段寻求短期收益的“投机型股东”大量存在。这些投机型股东根本不关心公司具体经营情况,对是否出席股东大会毫无兴趣,仅关注股票价格的涨跌以及是否可以从中牟利。随着融资融券交易的出现,在股票价格上涨时采取融资交易,在股票价格下跌时采取融券交易,都可以获得投资收益。

日本神户大学八木弘元教授于1943年提出了股份公司财团论。“认为股份公司是管理出资者提供的资产的团体……认股只是出资行为,是捐钱,之后由第三人对此进行管理运作,并分配所得到的利益,也就是说认股只是一个投资合同而已……股东大会是为保护投资者而进行的集会,原本就不是公司所有者的集会。”^①上村达男教授在股份公司财团论的基础上,进一步指出股份公司的本质是集合投资计划,“股份公司这一企业形式可以运用最大级别的市场,而且事实上拥有最大级别的、竞争激烈的市场就会导致股东大会的无机能化。”^②即便不考虑股东会召集的程序烦冗以及中

^① [日] 上村达男:《公司法改革:公开股份公司法的构想》,中国证券监督管理委员会组织编译,法律出版社2015年版,第75—77页。

^② [日] 上村达男:《公司法改革:公开股份公司法的构想》,中国证券监督管理委员会组织编译,法律出版社2015年版,第141页。

小股东“搭便车”的现象,但“随着公司规模扩大,部分股东缺乏先进的管理经验,在实践中股东大会也可能变得徒有形式,成为摆设,这些现象造成了股东大会空壳化。”^①

在英美法系国家,公司治理结构多采取董事会中心主义的单层制模式。我国本轮公司法修订亦允许公司通过章程规定在传统的“董监二元制”治理结构与“董事会一元主义”治理结构之间作出选择。^②在设置薪酬、提名、审计、诉讼等各种委员会的公司之中,传统意义上股东会关于董监事薪酬、董监事提名、公司对外诉讼等的决策权力,均被大量移交至董事会的相关委员会之中,由此出现了股东会职权的弱化。在资本市场法治中,对于股东——实际上已经表现为投资者——的保护,主要通过证券法的强制性规范(如强制信息披露、回避表决)等制度进行。

(二) 企业社会责任理论的兴起冲击股东至上理念

从管理学角度分析,“马克·格尔根和吕克·伦内布格(Luc Renneboog)提出公司治理的定义应该考虑各公司所关注的参与者或利益相关者差异……这些利益相关者包括股东、债权人、供应商、客户、员工以及与公司开展业务相关的合作者。”^③“随着社会的发展,公司的规模越来越大,开始成为举足轻重的社会力量,跨国公司也大量出现,人们认为公司掌握着大量资源,应当在解决环境等社会问题上有所作为……公司赚取巨额的社会财富,不仅是公司自己经营管理成功的结果,还是职工、供应商、消费者共同努力乃至全社会共同发挥作用的结果。公司应当通过捐赠等慈善行为回馈社会。”^④

企业社会责任理论的兴起,要求公司的经营不再以股东利益最大化为首要选择和最终目标。“ESG原则要求公司应秉承‘环境永续’‘社会参与’之理念,不应‘唯利是图’,商业决策背后之着眼点不再如传统般仅以股东为中心,而应将所有可能因企业决策而受影响之‘利害关系人’之利益纳入考量,包括员工、消费者、供应商、债权人,甚至是整体经济或国家利益。”^⑤本轮公司法修订后,于第20条亦明确规定了公司

① 甘培忠主编:《优化营商环境背景下的公司法修订》,人民法院出版社2022年版,第45页。

② 新公司法第69条规定,有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会,行使本法规定的监事会的职权,不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。第121条前两款规定,股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会,行使本法规定的监事会的职权,不设监事会或者监事。审计委员会成员为三名以上,过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务,且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

③ [卢森堡]马克·格尔根:《公司治理》,王世权等译,机械工业出版社2016年版,第3页。

④ 王瑞贺主编:《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2024年版,第34页。

⑤ 王文字:《公司法论》(2022年9月增修七版),元照出版公司2022年版,第48页。

社会责任的具体内容。^①

以司法实践中处理的公司解散案件为例,法院亦有从公司社会责任角度考量并作出司法裁判的“先例”。如在合肥丰源雷克萨斯汽车销售服务有限公司解散纠纷案中,安徽省高级人民法院即基于社会责任理念,判决不应解散公司。法院裁判理由指出,“根据公司社会责任的立法理念,公司维持原则应当得到充分尊重,在公司解散诉讼中应尽量维持公司的生命力。特别是涉及公司股东内部人的利益与公司外部消费者等社会公众利益的冲突时,需要优先维护社会公共利益。丰源公司作为以销售汽车及售后服务为主业的企业,通过数十年的经营,已形成消费者达几千人规模的售后服务群体,公司正式员工达70余人,公司解散对广大消费者群体及职工利益影响最大。因此,徐某与郭某在公司经营管理中产生争议时,也不宜将解散公司作为首选方案,尤其在当前社会经济环境下,双方更应兼顾社会责任,互谅互让、求同存异,妥善处理股东之间的纠纷。”^②显然,在该案中,法院基于企业社会责任理念,认为对消费者及职工利益的保护,应优先于股东主张的解散公司进而取回剩余财产。相反,对于无法履行社会责任的僵尸企业,法院则倾向于判决解散公司。如辽宁省高级人民法院在营口华清格瑞新能源有限公司解散纠纷案中指出,“华清格瑞公司既无办公场所、生产设备,也无固定资产、经营资本;既无法推进协议投资项目,也没有可开展的新业务……公司治理结构已然失灵、设立目的已无法实现、社会责任亦已无法承担”,进而维持解散公司的一审判决。^③

(三)“股东会中心主义”放大控股股东的代理成本,忽视对股东利益的整体保护

“大股东—中小股东”之间的关系是公司法中与“公司—董事(高管)”之间的关系并列的一对代理关系。在这一代理关系下,强化董事会的职业判断被认为是消解大股东机会主义的有效途径。

在注册资本认缴制下,股东出资方式会产生明显的差异化。如某公司有甲(持股70%)、乙(持股30%)两名股东,乙股东的出资完全实缴到位,而甲股东的全部出资均处于“认而未缴”的状态。此时如按照传统的“股东会中心主义”,在股东会内部,甲

^① 公司法第20条规定,公司从事经营活动,应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境等社会公共利益,承担社会责任。国家鼓励公司参与社会公益活动,公布社会责任报告。

^② 参见徐某与合肥丰源雷克萨斯汽车销售服务有限公司公司解散纠纷案,安徽省高级人民法院(2019)皖民终1078号民事判决书。

^③ 参见五矿(营口)产业园发展有限公司与营口华清格瑞新能源有限公司等公司解散纠纷案,辽宁省高级人民法院(2020)辽民终1024号民事判决书。

股东仍得享有对乙股东的绝对优势,有失允当。进一步言之,即便甲、乙两名股东的出资均全部到位,如若甲股东将其所持股权全部质押融资,而乙股东的股权并未设置任何权利负担;此时,由于甲股东的股权上存在质押担保,有被质押权利人诉请实现质押权的风险,如其股东权利仍得以任意行使而不受限制,对乙而言亦有失公允。另外,在杠杆收购(LBO)过程中,收购方以极少的自有资金以小博大,收购后以公司资产或者所持有的公司股权进行质押。如仍坚持“股东会中心主义”、股东至上的逻辑,恐损害公司中小股东以及债权人的利益。

因此,“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。”^①“尽管股东至上主义确为公司法历史发展的产物,却并非历史的‘必然选择’,更遑论‘最优化’的选择。”^②

(四) 新公司法向“董事会中心主义”的迈进

前已述及,《公司法修订草案(一审稿)》第62条曾采取放弃列举董事会职权的立法模式,通过排除法将公司经营权及剩余权力分配给董事会,从而试图确立“董事会中心主义”。遗憾的是,这一立法模式在后续审议中并未得到坚持。但从法律文本分析,仍可洞察限缩股东会权力、强化董事会公司经营职权的立法态度。

首先,新公司法第67条关于董事会职权的规定较修订前公司法第46条而言,删除了“董事会对股东会负责”的表述。“在不设监事会的公司,无论是否在董事会中设置审计委员会,董事会都需要同时兼具管理职能和监督职能。”^③

其次,新公司法明确删除修订前公司法第37条中股东会享有的“决定公司的经营方针和投资计划”“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”两项职权(第59条第1款)。

再次,新公司法明确规定股东会可以将自身部分职权授权董事会行使。如股东会可将发行公司债券的权力授予董事会行使(第59条第2款、第112条第1款)、对于股份公司确立了授权资本制(第152条)、股份公司中为实施员工持股计划、债转股以及市值管理情况下收购本公司股份(第162条第2款)、发行可转债(第202条)、财务资助(第163条);对于国有独资公司,明确规定履行出资人职责的机构可以授权董事会行使股东会的部分职权(第172条)。

^① 邓峰:《代议制的公司:中国公司治理中的权力和责任》,北京大学出版社2015年版,第10页。

^② 楼秋然:《股东至上主义批判:兼论控制权分享型公司法的构建》,社会科学文献出版社2020年版,第166页。

^③ 周游:《新公司法条文解读与规则适用:案例·规则·文献》,法律出版社2024年版,第147—148页。

最后,新公司法明确将公司经营事项中的有关权力设定为股东会与董事会共享的权力,引导公司通过章程进行选择。如公司转投资及对外担保(第15条第1款)、自我交易及关联交易的许可(第182条第1款)、利用公司商业机会的许可(第183条第1项)、竞业限制的豁免(第184条)。

此外,根据《九民纪要》第27条的规定,对于股东代表诉讼中达成的调解,人民法院应审查协议是否为公司的真实意思。调解协议只有在经过公司作出决议后,人民法院才能出具调解书予以确认。至于具体决议机关,取决于公司章程的规定。如果公司章程对此未作出规定,应当认定股东(大)会为决议机关。从这一规定来看,亦体现出对于股东代表诉讼中和解协议的确认权可成为股东会与董事会的共享权力。

二、我国董事会运行的实践检视——基于股东会“越权”决议的考量

大陆法系的公司法即便确立了“董事会中心主义”,也都不同程度地保留着“股东会中心主义的余韵”。^① 在本轮法律修订前,公司法(2018年)仅在第66条第1款中规定“国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项”,此外再无关于股东会对董事会授权的规定。但从证监会的规章及规范性文件中,对于股东会将部分职权授权董事会行使则持明确的支持态度。如《上市公司治理准则》(2018年修订)第14条^②以及《优先股试点管理办法》(2023年修订)第11条第1款前段^③的规定。

(一) 非公司法定机关的“股东会”作出的决议应属无效——以外商投资法施行前的涉外公司决议为例

外商投资法于2020年1月1日起施行,中外合资经营企业法等“外资三法”同时废止。如中外合资经营企业法实施条例(已废止)第30条规定,董事会是合营企业的最高权力机构,决定合营企业的一切重大问题。因此,在外商投资法施行前,对于中外合资企业、中外合作企业在治理结构上均采取股东合同约束下的“董事会中心主

^① 参见甘培忠主编:《优化营商环境背景下的公司法修订》,人民法院出版社2022年版,第40页。

^② 《上市公司治理准则》第14条规定,上市公司应当在公司章程中规定股东大会对董事会的授权原则、授权内容应当具体明确。股东大会不得将法定由股东大会行使的职权授权董事会行使。

^③ 《优先股试点管理办法》第11条第1款前段规定:“公司股东大会可授权公司董事会按公司章程的约定向优先股支付股息。”

义”的治理模式。合营企业的最高权力机构为董事会。实践中,以股东会决议方式作出的合营公司决议亦被法院认定为无效。如在银都公司、鼎辉公司与青晨公司等因股东除名决议所引发的公司决议纠纷案中,法院裁判理由指出:“有关中外合资经营企业的股东变更、章程修改等合营企业所有重大事项均应由公司董事会作出决定。在未经合营各方协商一致,经一方股东召集设立并召开股东会,并以股东会决议的形式解除另一方股东资格,既违反公司章程,也违背中外合资经营法律规定,在法律规定及章程约定的最高权力机构之上再设立股东会也违背了我国外商投资法律对中外合资经营企业的特别立法目的,故该股东会决议应认定为无效。”^①

外商投资法第42条第2款为新法施行前依照原“外资三法”设立的企业设置了5年的过渡期,“可以继续保留原企业组织形式”,过渡期至2025年1月1日止。在过渡期内,中外合资企业、中外合作企业等公司章程的修改仍应由董事会行使,而不能由股东会“越权”行使。如在优派能源(阜康)煤业有限公司公司决议纠纷案中,法院指出,“上诉人优派能源(阜康)煤业有限公司系台港澳与境内合作的外商投资公司,在未经各方协商一致的情况下,经一方股东召开股东会,变更公司的组织机构,修改公司章程,系股东会‘越权’就董事会职权事项作出决议,且未经其他股东追认,既违反公司章程的规定,也违反公司法(2018年)第22条第1款^②的规定,应当认定为无效。”^③

(二) 股东会否决董事会决议

在上市公司实践中,对于属于股东会的职权事项,一般需要先召开董事会审议,然后再由董事会履行召集股东会的职责,进而由股东会进行审议。即对于公司重大事项,股东会有最终决定权。以公司分配盈余为例,依照新公司法第67条第2款第4项的规定,“制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案”属于董事会行使的职权;而“审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案”则属于股东会的职权(第59条第1款第4项)。在上市公司实践中,公司利润分配方案应由董事会通过决议作出具体方案,然后提交股东会进行审议。股东会在审议时,如认为董事会拟定的方案不适当,可以否决。实践中,股东会否决董事会决议的情形亦屡见不鲜。据《中国证券报》报道,“今年以来(截至2019年6月4日)194家新三板公司董事会决议遭股东大会否

^① 何云:《中外合资经营企业股东会除名决议的效力认定》,载《上海审判实践》2021年第1辑。

^② 2023年公司法修订后,条文序号调整为25条,内容为“公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”。

^③ 参见新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州中级人民法院(2022)新23民终1954号民事判决书。

决。否决事项包括扩大经营范围、关联交易事项、利润分配方案等,否决原因多为出于相关挂牌公司未来发展需要,以及股东未达成一致意见。部分决议被否决是因相关事项或涉及违规。另有部分公司出于各种原因否决了申请从新三板摘牌议案。”^①

(三) 股东会与董事会之间权限划分的强制性

在公司法明确列举股东会与董事会职权的情况下,是否应当认定二者权限划分具有强制性,公司法文本中并未给出答案。在日本法上,对于设置董事会的公司,“股东大会限于本法所规定事项以及章程已规定事项可作出决议”(第295条第2款),以明确二者分权具有强制性。我国台湾地区“公司法”第202条特别规定“公司业务之执行,除本法或章程规定应由股东会决议之事项外,均应由董事会决议行之”,二者分权的强制性以及剩余权力的归属十分明确。作为主管部门“经济部”的相关函释亦明确“公司法”第19条第1项关于经理人委任、解任及报酬事项,“已明定由董事会决议,倘公司章程规定上开各条项应经股东会决议,自与公司法规定不符”。可见,在我国台湾地区理论及实务上,亦均坚持股东会与董事会之间分权的强制性。

从公司法第67条第2款董事会的法定列举职权来看,“决定公司的经营计划和投资方案”(第3项)、“决定公司内部管理机构的设置”(第7项)、“决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项”(第8项)以及“制定公司基本制度”(第9项)均属于法定的、董事会可以自行决定的事项。另外,对于股份公司董事长、副董事长的选任,公司法第122条第1款明确“由董事会以全体董事的过半数选举产生”,可见股份公司中董事长、副董事长的选任亦属董事会的独立职权。^② 如果股东会越过董事会决议前述事项,是否构成决议瑕疵;在构成决议瑕疵的情况下,属于公司决议的无效事由还是可撤销事由,均不无争议。

以股东会“越权”任免总经理为例进行案例检索,实践中存在两种裁判路径:一是认为股东会任免总经理属于决议内容违反公司章程的规定,判决予以撤销。如在中国技术创新有限公司(简称中创公司)公司决议撤销纠纷案中,法院经审理后认为中创公司2013年第一次临时股东会决议中“免去曾某某董事、副董事长、总经理职务,并进行离任审计”的内容违反公司章程的规定,应予撤销。^③ 二是认为股东会作

^① 参见中证网, https://www.cs.com.cn/xsb/201906/t20190605_5955567.html, 2024年12月2日访问。

^② 与股份公司不同的是,对于有限公司中董事长、副董事长的产生方式,依照新公司法第68条第2款的规定,“产生办法由公司章程规定”。

^③ 参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第11950号民事判决书。

为公司最高权力机关,基于董事会亦须对股东会负责的立法表述,股东会有权任免总经理。如在尹某清、尹某杰等与西安华锐光纤通信工程有限责任公司公司决议纠纷案中,陕西省西安市中级人民法院经审理后认为,2017年6月30日股东会中同意任命尹某清为公司执行董事,并根据公司章程第五章第21条确定尹某清为公司法定代表人,免去尹某柏公司执行董事的决议内容符合公司法(2013年)第37条股东会职权第二项的规定,合法有效。裁判理由指出,“股东会是公司的权力机关,董事会对股东会负责,故股东会依法有权作出解除尹懿杰总经理职务的决议。股东会作出该决议后,由执行董事执行该决议。”^①

本文认为,法律明确规定的股东会与董事会之间的权限划分宜认定为强行法规则。“现行法的制度在大部分情况下已经固定了立法者的价值判断”^②,“随着立法工作的完成,不同利益群体所争夺的利益结果固定为某一具体法律制度的制度利益。”^③对于公司法明确列举的董事会完全职权事项,亦应认定其具有强行法属性,公司不得以股东会为最高权力机关而越权决议,否则亦应否定其效力。

三、“董事会中心主义”下审计委员会运行中的问题

(一) 与既有审计委员会的重叠

在新公司法施行前,我国上市公司及国有企业均设置审计委员会。^④但既有审计委员会的组成与新公司法仍存在差异。

对于股份有限公司而言,依照新公司法第121条第2款的规定,审计委员会成员为3名以上,过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务,且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。而对于有限责任公司,仅要求在董事会中设置由董事组成的审计委员会作为监事(会)的替代方式,对于审计委员会的组成是否必须为外部董事并无明确要求,仅明确“公司董事会成员中的职工代表可以成为审计

① 参见陕西省西安市中级人民法院(2020)陕01民终244号民事判决书。

② 卜元石:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社2021年版,第15页。

③ 梁上上:《利益衡量论》(第三版),北京大学出版社2021年版,第95页。

④ 《上市公司治理准则》第38条规定,上市公司董事会应当设立审计委员会,并可以根据需要设立战略、提名、薪酬与考核等相关委员会……专门委员会成员全部由董事组成,其中审计委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人,审计委员会的召集人应当为会计专业人士。《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》(国办发〔2017〕36号)亦指出,董事会应当设立提名委员会、薪酬与考核委员会、审计委员会等专门委员会,为董事会决策提供咨询,其中薪酬与考核委员会、审计委员会应由外部董事组成。

委员会成员”(新公司法第69条)。可见,法律要求的审计委员会构成较目前上市公司以及国有企业中审计委员会的组成较为宽松。但对于非上市股份公司,如果虽设置审计委员会,但其组成人员尚不满足第121条第2款的法定标准,则仍不能作为监事会的替代机构。

从文义解释看,新公司法下审计委员会作为董事会下设机构,具有对董事会整体的从属性;但因其被赋予行使法定的监事会职权,因而又具有一定程度上的独立性。根据公司法第215条的规定,在公司章程有明确规定的情况下,审计委员会还可以决定聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所。相较而言,《上市公司治理准则》中关于审计委员会的职权规定仍侧重于其作为董事会下设工作机构的从属性。^① 国有企业中既有的审计委员会职能更多体现在为董事会决策提供咨询意见。

新公司法施行后,对于治理规范程度较高的上市公司、国有企业,究竟选择延续既有审计委员会与监事会并立,抑或根据新公司法设置审计委员会承接监事会的职能,应交由公司章程自治解决。考虑到上市公司及国有企业在“董事会中心主义”的立法上走得更为深远^②,在董事会中依法设立承接监事会职能的审计委员会、建立董事会一元主义的治理机制,有望在制度竞争中最终胜出。

(二) 作为监事会替代机构的审计委员会的运作

“审计委员会本质上属于法定型专门委员会,在组织设置、成员选任、会议决议和组织运行方面具有独立性。”^③新公司法下作为替代、承接监事会职权的审计委员会,其运行具有独立性,其决议应具有终局性。新公司法对于设置类别股的股份有限公司,为了保障优先股股东对审计委员会成员选举、罢免的参与权,避免享有超级表决权的股东滥用这一权利,特于第144条第3款明确“对于监事或者审计委员会成员的选举和更换”,在股东之间不考虑所持股权的差异性,“类别股与普通股每一股的表决权数相同。”同时,为了保障中小股东的利益,第117条对于监事的选举,明确可以按照公司章程或者股东会的决议,实行累计投票制。

^① 如《上市公司治理准则》第39条规定,审计委员会的主要职责包括:(1)监督及评估外部审计工作,提议聘请或者更换外部审计机构;(2)监督及评估内部审计工作,负责内部审计与外部审计的协调;(3)审核公司的财务信息及其披露;(4)监督及评估公司的内部控制;(5)负责法律法规、公司章程和董事会授权的其他事项。

^② 根据《上市公司章程指引》《上市公司治理准则》的要求,在上市公司董事会中已经普遍要求建立各种独立的委员会。对于国家出资企业而言,修订前公司法(2018年)第66条已经规定可将国有资产监督管理机构可以授权董事会行使股东会部分职权,决定公司的重大事项。

^③ 刘斌:《中国式审计委员会:组织基础与权责配置》,载《法律科学》2024年第4期。

整体上看,新公司法通过引致规范^①对单层制治理模式下审计委员会承接并行使第78条规定的监事会的全部职权作出规范。但对未统一规定于第78条之内的监事会的其他职权,则需要通过解释的方式,将其纳入审计委员会的承接范围。如第79条规定的监事会调查权,第80条要求董事、高级管理人员提交执行职务报告的监督权,第215条依照公司章程规定聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所的权利等。

(三) 审计委员会的决议瑕疵

本轮公司法(修订草案)进行第四次审议时,为了完善审计委员会的议事方式和表决程序,对第121条进行完善,增加“审计委员会作出决议,应当经审计委员会成员的过半数通过;审计委员会的表决,应当一人一票”等内容。新公司法第57条、第110条规范的股东对于监事会会议决议的查阅、复制权利,在单层制治理结构中,应当当然解释为包括审计委员会决议。因此,有必要探讨审计委员会的决议瑕疵问题。

从法律修订的过程来看,无论是修订前还是修订后的公司法,公司决议的瑕疵形态均仅针对股东(大)会、董事会的决议,而遗漏了监事会决议。换言之,监事会决议是否存在无效、可撤销、不成立的瑕疵形态,在公司法文本及司法解释中并不能找到答案。对此,实践中有两种截然不同的裁判观点:一种观点认为监事会决议不具有可诉性,人民法院对于主张监事会决议瑕疵的,应不予受理。四川省成都市中级人民法院在唐某坤等27人与成都国腾电子集团有限公司公司决议纠纷案中指出,监事会仅为监督机构,无权处分公司的实体权利。从法律及司法解释相关规定可以看出,公司决议效力之诉的审查对象仅为股东会、董事会决议,并不包含监事会决议。唐某坤等27人诉请确认监事会决议不成立,不属于人民法院受理民事诉讼的范围。^②另一种观点认为,对于监事会决议瑕疵,应参照股东会、董事会决议瑕疵受理并依法处理。山东省高级人民法院在烟台市建筑设计研究股份有限公司与烟建集团有限公司公司决议撤销纠纷案中维持一审判决,一审判决的第八项为“依法撤销2012年3月23日被告监事会关于选举张某原为公司监事会主席的决议。”^③有学者指出,“在审计委员的职权范围内,其决议即为董事会决议,也可以成为决议无效、决议可撤销、决议不成立等决议瑕疵之诉的适格对象。”^④

① 如新公司法第69条、第121条。

② 参见四川省成都市中级人民法院(2020)川01民终12628号民事裁定书。

③ 参见山东省高级人民法院(2014)鲁商终字第17号民事判决书。

④ 刘斌:《中国式审计委员会:组织基础与权责配置》,载《法律科学》2024年第4期。

本文认为,在选择“董监二元制”治理结构的公司中,董事会下设的审计委员会完全属于董事会的工作机构,其决议具有内部性、中间性、从属性和依附性,即便存在瑕疵亦不具有可诉性。对于根据新公司法第 69 条、第 121 条的规定,采“董事会一元主义”设置审计委员会替代监事会的,因审计委员会具有相对独立性^①,有权单独就公司相关事务作出处分,因而其作出的决议应参照公司法第 25—27 条的规定,从程序及实体两个方面进行评判,相关决议具有可诉性。其解释路径有二:一是根据民法典第 134 条第 2 款^②的规定,公司决议属于民事法律行为,从而将审计委员会决议统摄在法律行为之下进行评价;二是参照公司法第 25—27 条的规定进行扩张解释,使之涵盖审计委员会决议即可。

四、本轮公司法修订公司治理结构的思考

本轮公司法修订,在公司治理结构上作出了重大的调整。一方面,简化了公司治理结构,表现为有限责任公司在股东一致同意的情况下,可以不再设置监督机构(第 83 条后段);对于股份有限公司,也进一步简化机构设置。规模较小或者股东人数较少的股份有限公司,可以不设董事会、监事会,仅设一名董事及一名监事即可(第 128 条、第 133 条)。另一方面,允许公司根据自身实际需要,在传统的“董监二元制”或者“董事会一元主义”之间作出选择。尽管一审稿试图确立完全意义上的“董事会中心主义”,但最终仍恢复到董事会职权列举的传统立法模式上。但这种恢复又不是简单地维持不变,而是在列举董事会职权的基础上,做出了例外的变通规定,表现为股东会可以将其部分职权授权董事会行使,其实质仍是向董事会中心主义迈出了一步。

本轮公司法修订在公司治理结构上还存在一个隐忧,甚至可以说是立法的缺憾。那就是法律在修订的过程中并未区分设置董事会和不设置董事会的公司。无论有限公司还是股份公司,在依法不设董事会而仅设一名董事的情况下,不仅没有消弭“股东—董事”之间的代理成本,相反强化、放大了这种代理成本。尽管新公司法强化了

^① 依照公司法第 78 条的规定,审计委员会行使监事会职权中,第 6 项“依照本法第 189 条的规定,对董事、监事、高级管理人员提起诉讼”具有独立性。此外,根据公司法第 215 条第 1 款的规定,在章程规定由审计委员会决定聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所时,审计委员会的决议亦具有独立性。又如,根据公司法第 121 条第 4 款的规定,审计委员会决议的表决,应当一人一票。因此,在计票上亦有与董事会相同的瑕疵存在。如在选举审计委员会负责人时,亦应当认为与选举监事会主席一样,该决议具有独立性。

^② 民法典第 132 条第 2 款规定,法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立。

董事、高级管理人员、控股股东、实际控制人的法律责任,但法律责任的追究是事后追惩制,是后端追责而非前端预防。在日本以及我国台湾地区“公司法”上,“董事会中心主义”表现的是董事会整体作为共同代理人的会议决议前提下的中心主义,单一董事——即不设置董事会的情形——并无所谓“董事会中心主义”的问题。在公司执行机关为单一董事的情况下,应当承认股东会以及股东自己的判断才是最符合股东和公司的最佳利益。如日本法上,此时股东大会仍是最高权力机构;在我国台湾地区“公司法”上,对于有限公司也明确不参与公司经营的其他股东均可以行使监督权利。^①甚至可以这样说,一方面强化董事会的职权,另一方面又允许单一董事行使全部董事会的职权,这样无疑使得一旦该董事出现背信行为,其代理成本以及对公司和股东所造成的损失亦将被叠加放大,这恐怕是立法者始料未及的。当然,其社会效果如何,仍需留待法律施行后的实践检验。

从“所有权”与“经营权”相分离的前提出发,本文认为宜认定股东会与董事会的职权划分具有强制性。对于法律明确列举为董事会单独、完整职权的事项,股东会不应再行否决或者进行复决,甚至以越过董事会的方式径行作出决议。当然,对于仅设一名董事的情形,由于不存在“董事会中心主义”的前提,此时股东会行使最高权力、终极权力具有正当性。换言之,区分设立董事会与不设立董事会的公司,在公司治理实践中仍尤为必要。

^① 我国台湾地区“公司法”第109条第1项规定,不执行业务之股东,均得行使监察权;其监察权之行使,准用第48条之规定。