

股东会授权董事会的底线： 权利配置基础结构维持原则

How to Treat the Fundamental Structure of Right Allocation
between the Shareholders' Meeting and the Board of Directors

曹兴权 黄超颖

CAO Xing-quan HUANG Chao-ying

【摘要】 《公司法》关于股东会与董事会之间权利配置基础结构的规定是股东之间交易合作的基础，也是股东会授权董事会行使职权的自治边界。在理解适用《公司法》第46条董事会职权第11项“公司章程规定的其他职权”时，应将该权利基础结构维持原则作为判断股东会授权董事会是否合理的底线。股东权利行使方式的变革、董事会中心主义的公司治理发展趋势以及对公司经营效率的追求等均不得成为损害该底线的理由。为妥善处理公司自治与中小股东投资预期保护之间的矛盾关系，应在区分股东会内部基础性权利与经营性权利的基础上，构建以正当程序机制和信义义务机制为核心的股东会授权董事会行使职权的授权机制。在评判授权是否正当时应理性对待公司经营效率原则，宜将其定位为辅助标准而非基础标准。

【关键词】 股东会中心主义 董事会中心主义 董事会职权 董事信义义务 控股股东信义义务

【中图分类号】 DF411.91 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 03-0092-18

Abstract: The regulations of Company Law on the fundamental structure of right allocation between the shareholders' meeting and the board of directors are not only the foundation of the deal and collaboration between shareholders, but also the self-governing boundary of the board of directors' obligations and rights authorized by the shareholder's meeting. When understanding the applying of 11th item of the article 46 in Company Law, maintaining the fundamental structure of right allocation should be regarded as the baseline for judging the rationality of the right the shareholders' meeting authorizes the board of directors. All those can never be the reasons to violate the baseline including the reform of the way shareholders exercise rights, the managerial and development tendency of companies advocating the centralism of the board of directors and the pursuit of the corporation's operational efficiency. In order to properly deal with the conflicts between corporation autonomy and the protection of middle and small shareholders' investment expectations, the authorized system that the shareholders' meeting authorizes the board of directors, whose cores are legitimate procedures and fiduciary duties, should be built based on distinguishing the internal fundamental rights and operational rights of the shareholders' meeting. The principle of the corporation operational efficiency should be treated rationally as an auxiliary standard rather than a fundamental one while judging the legitimacy of the authorization.

Key words: Shareholders' meeting centralism The board of directors centralism The board of directors' authority The fiduciary duty of directors The fiduciary duty of controlling shareholders

[收稿日期] 2017-03-15

[作者简介] 曹兴权，男，1971年6月生，法学博士，西南政法大学教授，主要研究方向为商法；黄超颖，男，1991年9月生，西南政法大学2014级民商法学硕士研究生，主要研究方向为商法。

一、问题的提出

《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第37条第1款明确规定了有限公司股东会的职权,第46条规定了有限公司董事会之于股东会的法律地位以及股东会的具体职权。在司法实务中,如何理解公司董事会所享有的“公司章程规定的其他职权”的范围一直存在争议。^{〔1〕}诸如:公司股东会能否将修改章程的职权、批准董事与高级管理人员是否可以利用公司商业机会或者是否可以同公司竞业的职权、决定公司的经营方针和投资计划的职权通过公司章程的方式授权给董事会?^{〔2〕}当然,司法实务争议直接针对的不是能否授权的问题,而是董事会依据这些授权而做出的董事会决议是否有效的问题。比如,发生在上海市浦东新区的张鸿诉上海中华实业股份有限公司侵权纠纷中,董事会依据公司章程关于“股东大会闭会期间,董事人选有必要变动时,由董事会决定,但所增补的董事人数不得超过董事总数的三分之一”的规定做出更换董事的决议,诉争的焦点就在于,原告认为中华公司章程的上述条款违反了法律规定而无效,董事会决议因此也无效。^{〔3〕}

此类争议如何理性界定涉及股东会与董事会职权之间关系这一公司治理中的基础性命题。股东会权利的行使方式分为两种,一种是直接行使权利,另一种是间接行使权利,即所谓的“授权”。问题在于,股东会间接行使权利即授权董事会行使本应属于自己的权利的正当性边界在哪里。我们或许会有担忧,在公司中普遍存在控股股东与实际控制人的情况下,授权董事会行使部分股东会权利无疑会强化大股东对公司的控制,此结果可能与我国当前公司治理环境所提倡的保护中小投资者、发挥小股东积极作用的“股东积极主义”理念背道而驰。当然,我们也可能从公司自治与公司效率的角度予以宽容甚至支持。因为股东会作为一个相对庞大的机构(尤其是在上市公司),无论是召开还是决议都会产生大量的成本,由股东会直接行使权利不可避免地会影响公司决策效率,增加决策成本;而公司自治意味着公司有权通过章程的方式授权董事会行使某些职权。所以,股东会与董事会之间职权配置命题的核心问题在于,理性协调平衡小股东利益保护和提高公司效率之间的矛盾以构建股东会授权董事会职权的边界。

对此,可能存在浪漫主义与现实主义、立法论与解释论等不同解释路径,并且在解释中又不可避免地受到股东积极主义、董事会中心主义、公司社会责任、公司经营效率等多种思潮的影响。或许我们会认为,从股东会中心主义转向董事会中心主义是公司内部权限配置的发展趋势,为了公司治理的效率,为了追求公司之于社会的整体价值,为了实现公司的社会责任,应基于公司自治原理而允许公司股东会基于公司章程修改规则

〔1〕 鉴于《公司法》第99条、第108条分别明确规定股份公司股东会与董事会职权适用有限公司的相关规定,为行文便利,本文将有限公司股东会与股份公司股东大会统一称为股东会;凡没有特别指明,表述同时针对有限公司、股份公司。

〔2〕 比较《公司法》第37条与第46条,选举和更换非由职工代表担任的董事、监事的权利归股东会享有;决定公司的经营方针和投资计划的权利归属股东会,董事会只是有权决定公司的经营计划和投资方案。根据第148条,批准董事与高级管理人员是否可以利用公司商业机会或者是否可以同公司竞业的权利只能够由股东会享有。

〔3〕 参见(1996)浦民初字第5940号《民事判决书》;(1998)沪一中民终字第282号《民事判决书》。

而授权董事会以各种决策权，董事会基于此类授权而形成的决议应当有效。这是一种浪漫主义的立场，也是对待法律制度的向前看思维。但是，如果我们将公司章程授权董事会行使股东会的权利作为一种交易并且考虑该交易中中小股东的决策，那么《公司法》现有规定以及公司章程在修改前既有规定肯定作为中小股东交易决策的一个重要前提而存在，如果授权董事会以各种决策权的决议可能损害某些股东对现有公司章程的特定预期，此类授权事实上会损害股东的利益甚至危及公司立法者设置特定规则时预设的特定价值选择。这是一种现实主义的立场，可以说是对待法律制度的向后看思维。如果我们是立法者，采用浪漫主义的立场无可厚非，因为法律已经授权我们以全面设计法律规则的充分自由；如果我们是裁判者，采用现实主义立场去解释法律或许是理性选择，因为我们必须正视既有规则并且尊重市场参与主体在既有规则体系中形成的交易预期。

《公司法》关于股东会、董事会法律地位以及各自职权的既有规定是讨论的前提。为此，本文主要从解释论的理论立场对股东会授权董事会的边界问题展开分析。同时，也将关注《公司法》关于股东会职权配置的其他规定，例如第16条关于公司对外担保的决策，第121条关于上市公司一年内重大资产交易或担保的决策，第148条关于公司董事与高级管理人员与本公司订立合同或者进行交易、利用公司机会或者与本公司竞业的决策，第166条关于提取任意公积金的决策及第169条关于聘任会计师的决策。

二、股东会与董事会之间的权利配置基础结构

（一）作为交易基础的权利配置基础结构

1. 作为投资者合作基础的权利配置基础结构

股东投资于公司或者股东充当某个公司的股东，可以被看作一项与其他投资者之间进行的交易安排。投资者协商合作的基础可以是投资协议、公司章程，也可以是公司法的既有规定；其中，投资协议、公司章程是当事人交易磋商后安排的结果，公司法的既有规定可作为投资协议、公司章程的补充性甚至强制边界规定而存在。

股东为保护自己的投资收益，会围绕表决权、分配权等关键问题就公司内部决策与监督等事项在投资协议以及公司章程中进行系统安排。基于《公司法》、公司章程示范文本以及自己对于公司制度的常识理解，投资人会将股东会作为聚合众多股东意志的公司权力机构。这其中，股东会董事会职权结构就是一个关键性事项。投资协议以及公司章程会对此关键事项做出明确界定。根据《公司法》第23条规定，在有限责任公司中，由股东共同制定公司章程；第76条规定，在股份有限公司中，由发起人制订公司章程，采取募集方式的必须由创立大会通过。无论是有限责任公司，还是股份有限公司，在公司成立之初，章程都是由发起人共同制订完成的，是所有发起人共同意志的体现。虽然在股份有限公司募集设立的过程中，章程只需要经过出席创立大会的认股人所持表决权过半数即可通过，但是对于所有参与募集设立的股东来说，他们都已经通过招股说明书了解到章程草案的内容，^{〔4〕}所以如果他们参加了创立大会，选择购买公司股权，实质上就是认同了章程中有关权利配置的规定。因此，在章程生效之时，公司股东会和董事

〔4〕 根据《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第1号——招股说明书》第128条规定，招股说明书结尾应列明备查文件，并在指定网站上披露；招股说明书的备查文件包括公司章程（草案）。

会的基本权利结构就已经得到确立,而这种初始的权利配置基础结构就是所有股东合意的结果。即便是后来通过增资扩股或者股权转让加入公司的股东,同样可以通过章程了解公司的权利配置的基础结构,对公司的治理制度和未来发展产生相应的心理预期,从而成为其购买股权、成为公司新股东的重要交易条件。

对于公司股东会和董事会的基本权利结构这类股东设立或加入公司时必须考虑的重大价格因素,所有股东都应在交易后予以尊重;否则,轻易地将这些初始配置中股东会基本权利转授给其他主体的做法将严重破坏股东的投资预期。当然,基于公司自治原理与股东会决策机制,将股东会的基础性权利授予董事会从而改变这一权利配置基础结构未尝不可,其前提是在形式上不危及股东的投资预期或者在危及预期后对那些预期受到严重影响的股东进行利益救济。

2. 作为公司制度基础的权利配置基础结构

私法的基本原则是私法自治,作为交易当事人交易的示范文本或者填补当事人意思自治的内容是私法发挥作用的基础性路径。公司法属于私法,其作用路径也如此。投资者可以参照公司法文本起草投资协议与公司章程;投资协议与章程约定不明确或者没有作明确约定的,公司法的规定起到补充当事人意思的作用。对此,关于公司法契约分析的理论已经有全面的分析。^{〔5〕}

回到公司制度的运行实践。公司治理的终极目标是通过设计和运行各种公司治理机制降低公司经营的代理成本,维护股东利益。^{〔6〕}股东会与董事会之间权利配置基础结构的设置是公司法中公司治理机制的一个重要内容。当然,基于对董事会地位认识的差异,各国公司法的规定可能不一致。在美国,可以强调董事会在公司治理中的意愿,甚至对董事会的职权进行法定化,^{〔7〕}股东会的很多权利可以授予董事会行使。其他国家的公司法遵循股东会至上的原则,股东会将权利授予董事会行使时可能存在是否合法的判断。基于董事会的权利源于股东们的授权、股东们通过公司章程的修改对授权范围保持最终的控制权的判断,对于股东会可能享有的一些专属性权利,不能授予董事会行使。

即使面临“两权分离”的发展趋势,^{〔8〕}为了平衡股东会和董事会的关系,各国和地区的公司法也明确地为股东会设置了固有的权利。台湾“公司法”第202条明确规定:“既为公司法明定股东会决议之事项,自不得由董事会决议变更之。”^{〔9〕}日本2005

〔5〕 参见罗培新:“公司法的合同路径与公司法规则的正当性”,《法学研究》2004年第2期,第79页。

〔6〕 除了股东会与董事会之间权利配置基础结构,公司治理机制还包括了股东诉讼制度,经理人薪酬激励制度,敌意收购的市场压力等。参见〔美〕约翰·C·科菲:《看门人机制——市场中介与公司治理》,黄辉等译,北京大学出版2011年版,第4页。

〔7〕 参见马俊驹、聂德宗:“公司法人治理机构的当代发展”,《法学研究》2000年第2期,第81~82页。

〔8〕 关于两权分离的论述,参见〔美〕阿道夫·伯利,加德纳·米恩斯:《现代公司与私有财产》,商务印书馆2005年版,第4页。

〔9〕 参见台湾地区“公司法”第202条,同时可参见台湾地区“经济部”九十年四月十八日商○九○○二○七四二五○号函:依公司法第二百零二条规定:“公司业务之执行,由董事会决定之。除本法或章程规定,应由股东会决议之事项外,均得由董事会决议行之”,复依公司法第二百四十一条规定,公司发行新股得依股东会之特别决议,将公积之全部或一部拨充资本,按股东原有股份之比例发给新股。是以,既为公司法明定股东会决议之事项,自不得由董事会决议变更之。

年《公司法》第295条^⑩也规定，股东大会的法定权限不得以章程委托其他机关行使，否则无效。^{〔10〕}当然，由于公司法上规定的股东会权利是多元的，哪些权利是其专属性权利则需要进行判断。

我国《公司法》坚持的是股东会中心主义原则，《公司法》第36条明确规定股东会是“公司的权力机构”，第37条明确规定股东会享有“审议批准董事会的报告”的职权，第46条明确规定“董事会对股东会负责”。虽然第46条规定董事会可以享有“公司章程规定的其他职权”，但股东会应当享有一些不能授予给董事会行使的专属性权利。此点，是公司法界定的作为公司制度基础的权利配置基础结构。

投资协议与章程约定不明确或者没有作明确约定的，公司法关于股东会与董事会之间的权利配置基础结构的规定应当起到补充当事人意思的作用，从而构成投资者或者股东进行交易的基础。对该权利配置基础结构的任何随意改变都可能构成对投资者或者股东交易预期的破坏。

3. 作为授权主体自治边界的权利配置基础结构

公司法的私法属性意味着公司法规范的任意性色彩相对浓厚，但这是否意味着作为公司制度基础的权利配置基础结构都可以通过股东会决议的方式来改变呢？该问题涉及权利配置基础结构方面授权主体的自治边界。

在理论上讲，私法自治将受制于弱者保护、公共利益保护的政策目的。公司权利配置的基础结构是在对权利主体行使能力和资格的择优选择的基础上建立起来的。在主体的权利行使能力上，“股东会中心主义”的观点认为，在公司基础性问题上，相较董事会而言股东会是更好的权利行使主体，董事会往往面临着重大利益冲突，此时董事会的决议可以取代股东会的决议更好地代表全体股东的利益，这是存在重大疑问的。股东作为公司的出资人和公司的所有者，承担着公司运营的最后风险，可以说，没有人能比股东对自身的利益作出更好的判断。虽然股东会可以将一部分经营权转移给董事会行使，但是这种非基础性权利的转授并不能动摇股东会在“股东会中心主义”理念下最高权力机构的地位，对于公司根本性问题的决策仍然必须属于股东的核心权利范围。^{〔11〕}在我国，《公司法》坚持“股东会中心主义”模式，将董事会的角色定位为战略管理。^{〔12〕}在该模式中，立法者特别强调体现股东整体意志的股东会权利，使得董事会成为股东会决议下机械的、消极的执行者。^{〔13〕}董事会不仅仅要对大股东负责，还应当对全体股东负责。也就是说，对全体股东特别是大股东之外其他股东利益的保护，是董事会的当然职责，也是判断股东会授权董事会行使权利是否正当的基础。如果该类授权将危及中小股东利益，作为中小股东投资预期保护基础的股东会与董事会之间的权利基础结构就不得随意改变。

对我国而言，有必要继续坚持“股东会中心主义”的公司治理模式。因为，“股东会中心主义”始终坚持以股东利益最大化作为公司的价值取向和司法原则，强调保护股

〔10〕 参见日本2005年《公司法》第295条。

〔11〕 参见甘功仁、史树林：《公司治理法律制度研究》，北京大学出版社2007年版，第232页。

〔12〕 参见邓峰：“中国法上董事会的角色、职能及思想渊源：实证法的考察”，《中国法学》2013年第3期，第105页。

〔13〕 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”，《学术交流》2002年第1期，第46页。

东特别是小股东的利益，即使在“利益相关者”理论盛行的今天，仍然没有被真正颠覆。中国社会科学院研究员仲继银就曾在《商务周刊》中肯定“股东会中心主义”对于股东和资本市场的意义：“被实践检验了几百年的，还是‘股东利益至上’原则，它不完美，但至少是有效的、次优的。‘股东利益第一’原则和‘管家精神’背后，是资本主义社会对创造一个企业所需的创新、冒险精神的尊崇，和对私有财产权的尊重，是历史上一系列经验教训换来的。”^{〔14〕}为强化中小股东利益保护政策，在坚持“股东会中心主义”的公司治理模式的同时，也应将股东会与董事会在基础权利配置上的基本结构作为股东会授权董事会的自治边界。当然，此种边界效力程度则是另一个需要讨论的问题。

（二）股东会与董事会职权分配中的基础性权利与经营性权利

1. 从公司法规范双重属性看股东会基础性权利的判定

从实证角度考察，公司法规范具有双重性。一是技术层面的组织属性。公司法首先是作为商事组织法而存在的，表现为公司设立的条件和程序、组织机构、权利配置等，目的在于建立并完善公司的法人组织，赋予公司独立性人格，以便其能够有效参与市场行为。虽然各国立法对于公司的组织设置各有差异，包括在独立董事制度、监事制度上存在不同的选择，但大体上是一致的，股东会和董事会都是公司中最基础的机构，分别掌握着公司的所有权和控制权。20世纪以来“两权分离”的发展趋势，验证了公司制度是有效率的，也反映了公司鲜明的组织属性。^{〔15〕}在追求效率的同时，为平衡股东会和董事会的关系、稳定公司的组织结构，各国公司法将公司的权利分为基础性权利和经营性权利，而分类的基础主要是股东的所有权和董事的控制权，因此在分类方式上基本相同。例如绝大多数国家的公司法都会把公司兼并和新设合并的权利归属于股东会。我国《公司法》也要求公司合并、分立必须经过股东特别多数决议；《英国公司法》强制规定在对于公司兼并、分立及相关行为上需要获得75%以上参会股东表决权的股东同意。^{〔16〕}即便在倡导“董事会中心主义”的美国，绝大多数州（包括特拉华州和采用《修正商事公司示范法》的州）也要求由发行在外股份总数的简单多数批准公司兼并或者其他组织变更。^{〔17〕}

其二是政策属性。任何立法都是立法者基于特定立场选择的结果，以技术属性表现出的公司法规范只不过是备选的方案而已。由于立法政策定位不一致，权利配置上的最终选择立场也会不一致。结果是，某个国家或者地区公司法中的基础性权利可能被另外一个国家或者地区界定为经营性权利，某个国家或者地区公司法中的经营性权利可能被另外一个国家或者地区界定为基础性权利。这就导致了在不同的国家，股东会决策权中的基础性权利和经营性权利的范围会有所不同。因此，在界定基础性权利与经营性权利时，我们应重点关注各国特殊的立法偏好。

以崇尚“董事会中心主义”的美国为例，《示范公司法》第8.01条（b）款规定：

〔14〕 参见仲继银：“国美案的五个追问”，载《商务周刊》2010年9月24日。

〔15〕 参见张杰、司光禄：“公司治理框架下的企业属性分析”《理论学刊》2014年第9期，第73页。

〔16〕 参见《英国公司法》第427A条。

〔17〕 参见《特拉华州普通公司法》第251条第3款；《修正商事公司示范法》第11.04条第5项。

“所有公司权力都需要由董事会行使或由董事会授权行使，公司的事务也得在董事会的指导下经营管理，但董事会的这些权力受到公司章程明示限制的约束或受由 7.32 条认可的股东协议的约束。”^{〔18〕}《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。”《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；除了法律明文规定属于股东大会的权力，董事会在公司目的范围内行使这些权力。1950 年日本修改商法，重新配置公司机构之间的权利，废除了股东会有权决定公司一切事务的内容，将其权利限制在法律明定和章程约定的范围内，而公司其他所有的经营管理权都属于董事会。^{〔19〕}

从上述各国法条可以看出，在“董事会中心主义”的国家，坚持的理念就是“法（章程）无禁止即有权”，股东会只享有在章程和协议上明示列举的权利，除此之外法律将公司所有的“剩余控制权”都交由董事会行使，股东会权利的终点就是董事会权利的起点，^{〔20〕}这大大扩张了董事会的权利，缩小了股东会的基础性权利。

鉴于我国《公司法》坚持的“股东会中心主义”模式，同时大多数公司的股权比例高度集中，加之《公司法》对于控股股东信义义务规定上的缺失和董事信义义务在实践中的忽视，我国小股东的利益难以得到很好的保障。因此，在股东会基础性权利的判定上，应当向作为弱者的小股东利益进行倾斜，适当扩大此类权利的范围，做出有利于保护中小股东的解释，以保护好股东会的专属权利。

2. 我国股东会决策权中的基础性权利与经营性权利

公司兼并、分立、董事选举、章程变更、关联交易等涉及公司结构形态改变的攸关股东根本利益的基本事务决策权，反映了股东利益的核心地位和股东作为出资人对公司的最终控制权。基于“股东会中心主义”以及强化中小股东保护的政策理念，我国《公司法》直接将这些权利界定为股东会的基础性权利。这些规定，一方面体现了对股东倾斜性的保护，另一方面是基于信义义务特别是大股东信义义务的考量。

需要注意的是，在《公司法》第 37 条以及其他条款规定的股东会多项权利中，除上述基础性权利外，还存在其他的权利。这些其他权利是否都不属于基础性权利呢？该如何判断是否属于股东会基础性权利？

比如，《公司法》第 37 条第 1 款第 1 项“决定公司的经营方针和投资计划”。该权利在某种意义上属于股东会的基础性权利，但从另外一个角度看可能不一定是。2004 年 6 月，某集团在股东会上经 96.92% 表决权同意修改了公司章程，将股东会职权从“决定投资计划”修改为“决定重大投资计划、单项重大投资（达公司净资产 15% 以上的）”，从而将部分投资决策权间接授权董事会行使。作为公司股东，周某认为这种间接授权行为违反《公司法》规定，侵犯了股东权利，要求认定该章程修改行为无效，故提起诉讼。一、二审法院都认为，该公司修改公司章程的行为并不违反《公司法》，属于公司的自治范围，也没有侵害周某的股东权，据此认定章程修改有效，驳回

〔18〕 卞耀武：《当代外国公司法》，法律出版社 1996 版，第 68 页。

〔19〕 参见蔡元庆：“从商法的修改看日本董事制度的发展”，《当代法学》2002 年第 7 期，第 98～103 页。

〔20〕 参见罗培新：“股东会与董事会权力构造论：以合同为进路的分析”，《政治与法律》2016 年第 2 期，第 125～126 页。

了周某的起诉。^[21]《公司法》第37条第1项规定,股东会决定公司的经营方针和投资计划;第46条第3项又规定董事会决定公司的经营计划和投资方案。然而,“经营方针”和“经营计划”,“投资计划”和“投资方案”的区别又在哪里?“经营方针”、“投资计划”相对“经营计划”、“投资方案”而言,更加宏观和抽象,经营活动中一般只有涉及公司根本性利益时,才是指“经营方针”,属于股东会的基础性权利,而其他的经营行为应当都被认定为“经营计划”,属于董事会经营性的权利;而“投资计划”相比“投资方案”的主要区别在于投资的数额上,《公司法》上的模糊规定为股东会授权提供了一定的自主性和独立性。本案将股东会的基础性权利限定在达到公司净资产15%以上的投资计划,实际上是将公司净资产15%以下的投资计划间接地授权给董事会行使,相对而言,公司净资产15%以下的投资计划,不会对公司的基础权利结构产生重大的影响,处于股东会基础性权利和经营性权利的边缘。

再例如,出售公司重大资产的权利。一般而言,资产出售属于公司的日常经营管理行为。但在特殊情况下,资产出售的性质将会发生变化。此时就需要结合大股东的信义义务对权利的性质进行重新界定。对公司而言,一旦实质性或者关键性资产被出售,对大多数股东而言,分配资产出售收益、等待解散几乎成了他们唯一能做的事情。如果资产购买者继承了资产出售者的债务,那么这种伴随着公司解散的资产出售行为就几乎与公司并购行为具有相同的法律效果。同时,小股东在公司重大资产出售事项的信息方面存在着严重的不对称性,他们无法具体清晰地了解公司的所有资产,更不可能进入到资产出售的实质谈判,而大股东在公司重大资产的出售中存在着巨大的利害关系,并且能够利用手中的控制权操纵公司的资产购买与出售,一旦将出售重大资产的权利授予董事会行使,大股东就可以轻易地通过低价收购公司股权,再以高价向控股公司转移不良资产。草原兴发案就是一例典型。^[22]

因此,许多国家将出售公司全部或者实质性资产界定为必须经过股东会批准的公司重大行为。例如,美国特拉华州要求特别大宗的公司资产出售获得股东会批准。^[23]我国立法也有所体现,《公司法》第104条规定,如果在一年内购买、出售重大资产或者担保的金额超过上市公司资产总额百分之三十的,必须由股东大会决议,并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。可见,公司重大资产出售事项,其性质已经涉及了公司的结构性变化,而且大股东和董事在该事项中又存在严重的机会主义风险,为了维持权利配置的基础结构,应当将公司的重大资产出售与购买纳入到股东的基础性权利中来。此外,我国《上市公司章程指引》还特别将一些权利界定为上市公司股东会的基础性权利,并且明确要求不得由股东会授权给董事会行使。根据该《指引》第40条,

[21] 参见李东:“有限责任公司股东会能否通过公司章程限缩自身的职权并授权董事会行使?”,载 <http://www.110.com/ziliao/article-273884.html>,最后访问时间:2016年8月24日。

[22] 在该案中,大股东兴发食品利用草原兴发上市募集而来的资金,以1.78亿元的价格购买了草原兴发24%的股权,同时又以8000多万的价格将兴发食品所持有的锡林兴发60%的资产转移给草原兴发。在本次交易中,大股东兴发食品的法定代表人方武同时任职草原兴发的总经理,而董事长张振武又是操纵股权收购的幕后推手,大股东与董事会及高管共同串谋,利用董事会及高管手中的投资决策权,进行关联交易。案情介绍,请参见左大培:“国企改革与被瓜分的草原兴发”,《经济管理文摘》2004年第20期,第35~36页。

[23] 《特拉华州普通公司法》第271条规定,出售全部或者实质性全部资产需经多数股东投票同意。

聘用、解聘会计师事务所作出决议、审批较大数额以及存在关联关系的担保、审批变更募集资金用途事项、审议股权激励计划等权利由股东会行使，并在注释中禁止这些事项的股东会授权。虽然《上市公司章程指引》并非正式的法律文件，但在其成为上市公司治理习惯的场合，我们或许可以作为判断上市公司股东会基础性权利的法源依据。

因此，我国股东会基础性权利的范围不应当仅限于《公司法》第37条，基于我国“股东会中心主义”和信义义务的考量，建议将重大资产的购买与出售、聘用和解聘会计师事务所、审批较大数额的担保、审批变更募集资金用途事项、审议股权激励计划等权利纳入到股东会的基础性权利中。

当然，这并非意味着经营性的权利就能够随意地授权给董事会行使。首先，根据《公司法》的规定，只有在公司章程规定董事会享有这些职权时董事会才能够行使。也就是说，授权应通过变动公司章程的决议的方式来做出，而不能通过一般的决议来做出。显然，即使是一般性经营性职权的授予，也要求经由股东会的绝对多数决表决机制来实现。其次，对于涉及利益冲突的职权授予，可能需要特别机制予以保障，比如董事忠实义务豁免审批职权的授予，需要遵守《公司法》在特别立法政策背景下的特别规定。其三，由于股东会与董事会之间职权配置基础结构涉及合同法与公司法两大法域，应同时解决变动涉及的两类法律问题。比如，涉及股东交易基础合意变动的，需要根据合同原理处理，而非简单的公司法上的一致决议。如果合同有特别约定的，还要遵守合同的特别约定。这些内容，涉及股东会与董事会权利配置基础结构的正当变动问题，我们将在下一个部分再行讨论。

三、股东会与董事会权利配置基础结构的正当变动

维持权利配置基础结构是股东会授权董事会职权的基础性原则，但是这并非意味着公司不得通过股东会决议特别是修改章程决议的方式将股东会的职权授权给董事会行使。在这里，我们只是强调思考涉及变动正当性的诸多问题。股东会的基础性权利在通常情况下是不能授权的，但在例外情况下也是可以授权的，那么这样的例外情况是什么？需要哪些程序性机制来配套实施？与非基础性权利结构的程序要求有何不同？股东会基础性权利和非基础性权利的区分规则是什么？对于非基础性权利，是否一概都可以授权？这些问题，归纳起来不外乎正当程序机制和信义义务机制两个方面。

（一）正当程序机制

除了法律的强制性规定之外，股东会将其他权利授予给董事会行使是可能的。当然，为保证公司的基础权利结构不受侵害，确保股东利益特别是中小股东的利益得到有效保护，基础性权利和非基础性权利的授权程序应当有所不同。因此，权利配置基础结构维持原则的运用不仅需要实体上的判断和选择，也需要相应程序机制的配套实施。虽然授权的效果满足实体性的要求，但是违反了程序上的规定，这种授权效力是有瑕疵的，至少是可撤销的。换言之，超出了程序正当性边界要求的授权也是有问题的。我们在运用权利配置基础结构维持原则的过程中，需要结合程序正当规则，作为授权有效性的前提性标准。程序正当规则主要包括授权方式、表决比例以及退出机制三方面。

1. 授权方式

根据我国《公司法》第46条规定，董事会享有公司绝大部分事项的经营权；同时，

根据该条第11项的兜底性规定,董事会还享有章程规定的其他职权。从程序上看,我国《公司法》对于股东会授权董事会该采取何种程序并没有明确规定,只是间接地表明,董事会享有的其他权利来源于章程规定。从严格的文义解释看,董事会根据兜底性授权而享有的职权应当由公司章程明确规定的方式来体现。

但是,《公司法》的该规定是否得到有效遵守尚存疑问。中国证券业监督管理委员会(以下简称“证监会”)颁布的《证券公司治理准则》就规定,股东大会授权董事会可以通过公司决议或者章程规定两种方式来实施。对照《公司法》第46条的立法本意似乎可以认定,《证券公司治理准则》的该规定有明显违背上位法的嫌疑。有意思的是,证监会发布的《上市公司治理准则》则严格地遵守了《公司法》第46条的立法本意。《上市公司治理准则》第7条明确规定,上市公司股东大会对于董事会的授权应当规定在公司章程中,并且将授权内容明确具体化。

在现实中,非上市公司特别是有限公司股东会授权董事会行使基础权利存在较多的随意性。诸如,股东会常通过一般决议而非修改章程的方式授权董事会决定是否分红、是否增资扩股、甚至决定是否修改公司章程等。对此,应当从程序正义的角度保持警惕。

当然,我们也不能将股东会通过非修改公司章程的决议的方式授予董事会行使职权的做法都认为是违背程序正当性的。例如,申万宏源集团股份有限公司股东大会在2016年对董事会授予了有关投融资事项、管理事项等方面的权利,紫光学大在2016年通过股东大会决议授权董事会办理非公开发行A股的相关事宜。从操作实际看,这些事务实质上是具体的管理性事务,不属于基础权利配置结构中的权利涉及的事务。股东大会批准了公司的融资决策后,具体事宜的经办当然由董事会领导经理去落实,本不需要再对董事会做出授权。即使要授权,最快的授权方式就是股东会决议,如果对于任何一项经营性权利的授权都要通过章程来修改通过,那么将浪费大量的时间、人力和物力,与授权董事会追求效益的初衷背道而驰。即使是《公司法》第37条规定的股东会的职权,由于并非全部属于基础性权利,对于公司兼并、分立、董事选举、章程变更、关联交易、批准董事会监事会报告等涉及公司结构形态改变的攸关股东根本利益的基本事务决策权之外的其他职权,从经营效率原则出发,如果有必要授权给董事会行使,也并非全部需要经由通过修改章程的方式来实现。

2. 授权决议的表决比例

既然在授权方式上需要区分股东会的基础性权利事项和其他权利事项,那么在不同授权事项的表决比例上也会有所不同。对于非基础性权利,一般指公司的经营性权利和日常管理性权利,授权的方式是决议。根据《公司法》第43条,在有限责任公司中,除了本法有规定的外,由公司章程规定股东会的议事方式和表决程序。根据第103条第2款,在股份有限公司中,股东大会作出决议,必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。有限责任公司股东会决议的表决,若不召开股东会会议而直接做出决定的,需要由全体股东在决定文件上签名、盖章,需要全体股东一致同意;若召开会议,则适用《公司法》第43条的规定。依据该条,股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,采取公司自治原则而由章程决定;如果章程没有特殊约定,通常认为可以参照股份有限公司的规定,经代表二分之一以上表决权的股东通过即可。因此,如果章程没有特殊规定,对于非基础性权利的授权,有限责任公司经代表二分之一以上表决权的股东通

过、股份有限公司经出席会议的股东所持表决权过半数通过即可授权。

对于股东会基础性权利事项的授权必须通过修改章程的方式进行。虽然按照《公司法》第43条、103条的规定，股东会修改章程必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。但根据股东会决议原则，在基础性权利的授权表决上有时需要经全体股东一致同意。比如，股东在设立新公司或者加入一个既有公司时，由于会将股东会与董事会之间的权利配置基础结构作为基础交易条件，设立新公司或者加入公司行为本身就意味着交易双方在此条件上达成了一致。当然，以募集方式设立股份公司时认股人批准设立文件的决议稍有例外。问题在于，当某个股东特别是中小股东成为某公司投资者后，公司股东会基础性权利授予董事会行使时是否需要经由中小股东的同意？如果需要，等于股东会决议是事实上的一致决。我们认为，鉴于股东会与董事会之间的权利配置基础结构是作为交易基础而存在的，对该交易基础的改变也应当尊重和保护中小股东的交易预期。为此，如果公司章程事先没有就此权利配置基础结构变革的表决机制做出特别约定，或者如果没有对此权利配置基础结构变革后交易预期改变带来的利益损失做出特别的安排，那么应遵从一致同意规则来处理该表决。

也就是说，在未经中小股东同意的场合，股东会与董事会之间的权利配置基础结构的变革将危及中小股东的交易预期而没有正当理由的，该授权应无效。需要特别说明的是，该原则并不是要否定股东会与董事会之间的权利配置基础结构的任何变革，也不是要否定公司通过章程的方式将股东会基础性权利授予董事会行使的任何授权，当然也不是坚持任何修改章程都该获得一致同意。首先，该严格的决议规则仅仅针对股东会基础性权利授权给董事会行使的公司章程修改，其他公司章程的修改只需要遵循三分之二的多数决机制即可。其次，如果公司成立时的公司章程已经明确规定，将股东会基础性权利授权给董事会行使的公司章程修改只需遵循三分之二的多数决机制，则无须考虑中小股东的交易预期特别保护问题。再次，如果表决事项涉及股东会基础性权利授权给董事会行使的公司章程修改，公司章程事先也没有对此事项的表决做出规定，但公司就此权利配置基础结构变革后中小股东交易预期改变带来的利益损失做出特别的安排，遵守多数决的表决机制也未尝不可。此种特别安排，涉及下文讨论的中小股东的公平退出问题。

3. 公平退出机制

前述提到在基础性权利的授权上，需要全体股东一致同意修改章程才能表决，但如此严格的表决比例要求在股东人数较少、规模相对较小的公司中尚且可行，在股东人数众多的有限责任公司和股份有限公司中，实践操作难度确实很大。为了维持权利配置的基础结构，同时保证公司持续、良好、长久地运行下去，如果无法得到全体股东的同意，公司又确实存在授权董事会基础性权利的需要，那么至少需要经代表三分之二以上表决权的股东通过修改章程来授权，同时为其他不同意的股东设置公平退出权。为什么要设置这样的公平退出权呢？

首先，权利配置的基础结构是股东选择公司、考虑股权价格的重要前提，基础性权利的授权意味着股东设立或者加入公司的基础性条件发生了根本性的变化，出于意思自治原则的考量，应当为其配置相应的退出机制。

其次，中小股东在信息、交易能力上相较于大股东处于绝对的弱势，而《公司法》第37条规定的基础性权利，包括修改章程、选任董事、公司合并分立等与公司命运重

大相关的事项,又属于股东的核心权利。作为投资者和公司的主人,每一位股东都有权了解并且参与其中,将公司未来的命运掌握在自己的手中,这也是保护小股东知情权、表决权的重要体现。即便章程授权经过了特别多数股东(三分之二甚至更多)的通过,但从性质上来说,这与小股东直接行使权利的意义是完全不同的。大股东或者其他股东都无权通过多数投票的方式去剥夺或者处分(与董事会共享权利也是处分权利的一种形式)任何一位股东法定的基础性权利,而这些基础性权利是投资人加入公司的基础前提。中小股东参与修改章程、公司合并分立等重大事项的表决的最终结果如何并不是最重要的。即便中小股东可能无法通过投票实现自己的目的,但关键在于要在程序上保证他们参与其中,通过投票表达其诉求。这就是权利配置基础结构维持原则在程序机制上所要体现的对弱者利益保护的价值。因此,如果要剥夺股东在基础性权利上的表决权,那么至少应当为其提供公平退出公司的机会。

曾经发生过这样一个案例。甲、乙等10人在2011年创办了某餐饮有限公司(以下简称A公司)。在《公司章程》中设定了股东的资格条件——具备厨师的国家职业资格。2年后,大股东甲希望退出公司却找不到具备国家厨师职业资格又愿意接手股权的人。为达目的,同年10月,在甲的授意下,公司董事会通过了“修改章程”的决议,删除了章程中有关对外转让股权的资格限制。甲由此将股权转让给无厨师证的丙。不久,另一股东乙就发现《公司章程》已经被董事会通过决议修改了,且公司股东也发生变化,作为新股东的丙并不具备厨师资格。乙认为董事会修改章程决议没有法律依据,新股东丙的加入违背了公司成立的初衷,随后向B区法院提起诉讼,要求确认董事会决议以及甲丙之间的股权转让协议无效。B区法院审理后认为,A公司董事会关于“取消股东资格限制”的章程修改决议违反《公司法》有关权利配置的规定,根据《公司法》第37条规定,章程修改的权利应当属于股东会,董事会即便得到大股东甲的授权也无权进行修改,最终判决此次章程修改不发生效力。^[24]我们暂不考虑股东甲未经乙同意私自授权董事会修改公司章程中有关股东资格的内容的合法性问题,如果为乙设置了公平退出权,或许双方的争议就不会如此之大。

对于在基础性授权事项上投反对票的股东,可以请求公司按照合理的价格收购其股权。此制度可以参照《公司法》第74条有限公司股东公平退出权制度来设计。虽然我国《公司法》回购权制度中并没有这样的规定,但是随着股东会授权现象的逐渐增多,为保证每一位股东在基础性权利授权的过程中意志得到充分尊重、利益得到较好的保护,将基础性权利的授权表决异议纳入回购制度是必要的。

(二) 信义义务机制

1. 信义义务产生的逻辑

信义义务是指当事人基于信义关系而产生的相应义务。^[25]公司法上的信义义务包括控股股东的信义义务和董事的信义义务。

对股东会与董事会之间权利配置基础结构的变更进行限制,其目的在于通过限制控股股东的决策自由以有效保护中小股东的交易预期。从这个意义上讲,在股东会授权董事会基础性权利的事项上对控股股东设置信义义务这个一般性义务是必要的。对董事设

^[24] 参见姚增坤:“谁能修改公司章程”,载 http://www.fabao365.com/zhuanlan/view__2643.html,最后访问时间:2017年1月8日。

^[25] 参见王继远:《控制股东对公司和股东的信义义务》,法律出版社2010年版,第2页。

置信义义务的原因在于，董事会对股东会授权实施的实际控制以及授权事项可能涉及董事、高级管理人员忠实义务的履行。此外，通过对控股股东与董事施加特别诚信信用义务进行约束还基于以下两方面的考虑：

首先，在基础性权利的判别上，需要以控股股东和董事的信义义务作为标准。如果说股东会和董事会的基础性权利属于一个定量，那么在这个定量之外的权利就是一个变量。在坚持“董事会中心主义”法定模式的国家，立法将这个变量归属于董事会，但是在坚持“股东会中心主义”法定模式的国家，这个变量是属于股东会。无论是“董事会中心主义”还是“股东会中心主义”的国家，变量的决定因素都在于章程，而章程又是由股东会决议的。显然，股东会在这个变量中仍然处于主动地位，股东会可以选择保留，也可以选择授予或者放弃。但问题在于，在不同权利配置模式的国家，定量（股东会和董事会的基础性权利）与变量（剩余权利空间）的范围并不相同，这就会大大影响股东会授权边界的认定，例如在“股东会中心主义”的国家，某些权利可能属于股东会的基础性权利；而在“董事会中心主义”的国家，这些权利可能属于变量的范围（股东会可以通过决议授权董事会），甚至可能被立法直接分配为董事会的固有权利（根本无需股东会授予）。权利配置基础结构维持原则强调了对股东会基础权利的保护，但是却并没有为股东会基础权利给出一个认定标准。该如何去判别哪些权利属于一国股东会的基础性权利而哪些权利不属于，必须在一国给定的成文法框架下，根据权利的性质，辅以控股股东信义义务和董事信义义务的判断规则，以价值理念进行引导，综合判断。这也是贯彻基础权利结构维持原则的必然要求。

其次，在非基础性权利上，股东会是否都可以授权给董事会行使？如果不能，那么哪些非基础性权利属于可授权范围，哪些超出了股东会的授权边界？原因又是什么？这些问题都需要结合大股东和董事的信义义务进行具体分析。

2. 控股股东的信义义务

传统的公司法并不认可股东之间存在信义关系。控股股东仅以股东身份行事时并不对公司和其他股东承担义务。^[26]但随着公司股东数量不断增多，大部分公司的股权高度分散，小股东对公司越来越缺乏控制。集体决策的高额成本带来了股东的理性冷漠，股东会逐渐出现空壳化趋势，当大小股东之间不可避免地产生利益冲突时，“股东会中心主义”被异化而演变为少数股东把持公司的“大股东中心主义”。此时，如何限制大股东特别是控股股东的控制权以保护其他股东的利益就成为公司法必须考虑的课题。早在1919年，在南太平洋公司诉博格特（Southern Pacific Co. v. Bogert）一案中，美国最高法院就在诉讼中向控股股东施加了类似于董事的信义义务。在该案中，布兰代斯法官就明确指出，当控股股东行使控制权时，应当像董事那样，对中小股东负有信义义务。^[27]虽然我国《公司法》没有明确规定控股股东信义义务，但在类似于公司治理习惯的《上市公司治理准则》中设置了该规则。《上市公司治理准则》第19条规定，控股股东对上市公司及其他股东负有诚信义务。由于《上市公司治理准则》位阶较低，并且仅仅适用于上市公司，控股股东信义义务的有限规则难以完全满足公司治理实践的需要。因此，我国《公司法》有必要在适当的场合以适当的方式规定大股东信义义务。我

[26] 参见徐晓松、徐东：“我国《公司法》中信义义务的制度缺陷”，《天津师范大学学报（社会科学版）》2015年第1期，第52页。

[27] See Southern Pacific Co. v. Bogert, 250 U. S. 483, 63 L. Ed. 1099, 39 S. Ct. 533 (1919).

们认为,股东会授权董事会行使股东会基础性权利的场所,明确规定让控股股东承担信义义务是必要的。

一方面,在基础性权利的授予上,大股东不能滥用控制权甚至操纵股东会通过章程授权董事会行使。在授权中,应尽量尊重中小股东的意见;应尽量按照严格程序获得中小股东一致同意;在未能获得中小股东一致同意的情况下,除非给中小股东提供公平退出机制,该授权决议不生效。另一方面,对于非基础性权利的授予,也不得与公司法规定的控股股东特别义务相冲突。例如,我国《公司法》第16条第1款规定,公司对外投资或者为他人提供担保可以依照公司章程由董事会或者股东(大)会决议;但第2款中明确规定,公司为公司股东和实际控制人提供担保的必须经过股东(大)会决议。从目的解释来看,第2款主要是为了防止大股东、控股股东操纵公司与自己进行关联交易,损害中小股东的利益。在股东会将自己全部权利授予董事会行使的案例中,就涉及该授权与第16条第2款的关系。虽然第2款关于要求经由股东会批准的表述似乎排除了授权董事会批准的可能,但从该款属于公司内部管理性规定而非效力性规定的一般认识看,仅仅从公司自治原则分析很难得到该授权无效的结论。但如果从公司法立法者对控股股东设置特别诚信义务的特别立法政策看,则可以得到该授权无效的结论,原因在于违反诚信义务的行为效力应当被法律否定。因为一旦允许股东会将该权利通过一般决议授权给董事会行使,那么大股东就很容易利用控制权转移股东会对于关联担保的决议权,从而为公司向自己提供关联担保大开方便之门,这显然违背了大股东的信义义务。可见,即使是非基础性权利的授权,也不能一概而论,需要结合大股东的信义义务进行判断,如果与大股东信义义务相冲突,就应当限制股东会的授权。

3. 董事信义义务

源于英国衡平法的董事信义义务制度,现在已经成为《公司法》的核心内容。^[28]董事信义义务主要包括忠实义务和注意义务。忠实义务要求董事克服贪婪和自私,将公司和股东的利益置于个人利益之上。注意义务则要求董事勤勉、谨慎地履行权利来实现公司的最大利益。信义义务制度,既强调董事要主动地行使权利,同时要求董事在进行商业判断的过程中要忠实地守护公司的利益,从而协调董事职权与责任之间的价值冲突。^[29]股东会授权董事会行使其部分权利的正当性在于发挥董事专业的商业判断能力,^[30]从而有效地克服股东会决策的局限性,提高公司运行效率。然而,即便董事会获得了股东会的授权,在进行商业判断的时候,董事会也应当对公司和股东负有信义义务。可见,股东会对董事会的授权不应当与董事信义义务的性质相冲突,这也是维持股东会和董事会权利配置基础结构的要求。

股东会对董事会的授权涉及董事信义义务的事项,可能与董事的选任、董事报酬、董事与本公司的利益交易、董事利用公司机会或者与公司竞业等事项有关。

[28] 参见周天舒:“董事诚信义务的构建——英国公司法的启示”,《北京工商大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第101页。

[29] 参见汪青松:“中国公司法董事信托义务制度评析——以英美公司法相关理论与实践为视角”,《东北大学学报》2008年第5期,第431~434页。

[30] 在英美法系的司法上,商业判断规则是一项重要的公司法裁判规则。商业判断规则是指这样一种推定,即公司董事所作的经营判断建立在掌握足够信息的基础之上;有正当理由相信,该诚实判断符合公司的最佳利益。参见前注[26],徐晓松、徐东文,第57页。

在“莫全富与姜彭年诉上海申华实业股份有限公司公司决议侵害股东权纠纷”一案中，^[31] 被告上海申华实业股份有限公司章程第18条规定，股东大会闭会期间，董事人选有必要变动时，由董事会决定，但所增补的董事人数不得超过董事总数的三分之一。上海市第一中级人民法院的终审判决认为，选任董事是股东大会的职权，该授权违反了《公司法》的规定，而不具备法律效力。虽然不能认为一旦授予董事会选任董事的权利，董事会就会出现滥用权利的现象。但显然选任董事是与董事会具有密切利害关系的事项，如果将选任董事的权利交给董事会行使，事实上很难保证董事会信义义务的履行，即便通过事后的追责也很难起到良好的监督效果，甚至可以认为是对公司和股东利益的重大威胁。

我国台湾地区最高法院2004年“台上字第1224号判决”^[32] 涉及股东大会将报酬的决定权委托、授予给董事会行使的问题。在该案中，法官认为，根据“公司法”第196条，没有经过章程明确规定，董事的报酬应当通过股东大会决议，防止董事利用公司管理者的地位与权利，任意索取高额报酬。为了贯彻这一立法原旨，公司股东大会不能通过决议的方式将报酬的决定权委托、授予董事会决定。因此，有关董事报酬的授权已经严重威胁到了董事信义义务的履行，损害了权利配置的基础结构，因此这样的授权是应当受到限制的。

当股东会授权董事会行使的权利与董事的利益密切相关时，或者虽然表面上不相关但这些行为背后却隐藏着相当程度的利益冲突时，该授权就可能与董事的信义义务相冲突。例如在出售公司中，参与谈判的董事如果已经进入“公司晚年”的阶段，为股东利益努力奋斗的动力将大大削弱，他们极有可能为自己的离职协议或者新的雇用协议与公司收购者进行谈判。^[33] 再例如，对于选举非职工董事监事、批准董事会报告、规定董事监事报酬等涉及股东的核心利益且与董事会利益冲突的权利，同样不能授权董事会行使，否则将会出现董事会自定报酬、自批报告等“既当运动员，又当裁判员”的不当后果。

因此，在授权过程中，必须强化董事对于小股东的信义义务。在董事会具有重大利益冲突和自我图利风险的决策事项上，例如有关董事和大股东涉嫌关联交易的事项上的监督权等，更容易成为大股东利用董事会控制公司的方式和手段，立法上应当从公司和小股东的利益出发，限制与董事信义义务相冲突的授权，处理好股东会授权和董事信义义务的关系，将董事的信义义务放在优先的地位，作为判定股东会授权效力的重要原则，为授权边界提供更加明智的引导。

四、作为辅助评判机制的效率规则

效率一词原是经济学中的概念，意指以最小的投入获得最大的产出。在法学理论

[31] 参见（1998）沪一中民终字第171号《民事判决书》。

[32] 台湾地区“最高法院”认为，根据台湾“公司法”第一百九十六条规定，董事之报酬，未经章程订明者，应由股东会议定之，以避免董事利用其经营者之地位与权利，恣意索取高额报酬。为贯彻此一立法原旨，公司股东会固不得以决议将报酬额之决定委诸董事会定之，唯若仅将各个董事分配之报酬额委由董事会决之，并经公司股东会事后追认者，自非法所不许。该案的案号为93年台上字第1224号，参见台湾地区“最高法院”《民事裁判文书汇编》第48期，第290~296页。

[33] 参见〔美〕莱纳·克拉克曼等：《公司法的功能剖析——比较与功能的视角》，刘俊海等译，北京大学出版社2007年版，第158页。

中,效率是法律价值的一种。我们经常用效率来判断某种制度是否以最小的成本获得最大的收益,或者说该种制度是否实现了社会资源的最优化配置。^[34]法经济学的成本收益方法与传统法学分析方法最大的不同在于,其追求一个相对客观的目标,即效益最大化,为法学问题的分析提供了一个更为确定和科学的评价方法。^[35]虽然效益最大化不一定适用于所有法律领域,但是与以效益作为重要原则的商法完美契合,特别是公司法领域。^[36]公司作为市场经济的主体之一,其必然将以较小的投入获得较大的产出,实现企业利润最大化作为首要目标。虽然从维护公司基本权利结构的稳定、保护公司和全体股东的利益的角度看,权利配置基础结构维持原则应作为评判股东会授权董事会行使职权是否正当的统领性原则,但我们也必须关注公司的商主体属性,关注公司必然会追求各方面运行的效率性的客观现实。否则,随着公司效益水平降低,投资者的投资热情也会随之降低,不利于公司长期发展。^[37]

因此,在贯彻权利配置基础结构维持原则的过程中,可以将效率规则作为辅助性判断标准。也就是说,在确定股东会的某项权利是否可以授予董事会行使的过程中,可以参考效率规则,分析何者能够使公司治理的成本最小,何者能够使公司的经营管理高效运转,将公司经营决策权授予能够使公司治理成本最小、各方利益最大化的公司机构。这既符合公司商主体的属性,也是科学高效的法律制度的价值追求。

首先,根据公司的类型来区分。在实践中,对于一些股东较少的“私人公司”,股东会可能更倾向于将董事会的法定权利转移给股东会。因为在此类公司中召开股东会是便利而廉价的,这种权利的转移有利于股东会直接控制公司,减少代理成本。反之,在股东众多、规模较大的股份公司,股东参与公司管理成本高、收益低。为了提高公司决策效率,股东会倾向于将一些法定权利(比如第37条的第5项审议财务预决算、第6项审议利润分配和弥补亏损方案以及第8项决议发行债券等)转移给董事会。

其次,对于日常化的公司行为,可以授权给董事会行使。股东会直接做出决策的成本太高,容易出现“搭便车”等集体行动难题。在股权分散化的公司,一个活跃股东的卷入不能使他获得通过关注企业运营或加入董事会所带来的全部收益,从而增加了承担责任的风险。该股东要负担相应的成本,虽然存在潜在收益,但收益却要在全体股东中间分配,每个股东只能获得其中很小的一部分,这使得大多数分散的小股东都明智地避免对企业的干涉。鉴于公司股东人数众多且分散,不仅缺乏决策所必需的信息和激励而面临集体行为难题,同时也难以通过协商一致的方式进行快速决策,而作为常设性小群体决策机制的董事会具有效率上的相对优势和足够的决策动力。因此,将这些日常化的公司行为交由董事会决策能最大化地提高公司的效率,也符合中小股东的利益倾向。

最后,无论如何,效率原则只能是权利配置基础结构原则的补充。事实上,效率规则对于股东会授权在立法和司法上的运用是十分广泛的。不过,这些运用都是辅助性的,而非基础性的。

[34] 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社2011年版,第268页。

[35] 参见〔美〕理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第485页。

[36] 参见罗培新:《公司法的法律经济学研究》,北京大学出版社2008年版,第40页。

[37] 参见周友苏:《上市公司法律规制论》,商务印书馆2007年版,第54页。

例如,《公司法》第73条规定,对于股权转让后修改章程中有关股东及其出资额的记载不需要经过股东会的表决。显然,第73条是对《公司法》第37条的例外规定。为什么此时章程的修改无需经过股东会表决呢?对于股权转让之后股东及其出资额的修改属于简单的程序性规定,根本没有必要再通过召开股东会来表决,否则就是对资源的极大浪费。对于股权转让后修改章程中有关股东及其出资额记载的权利完全可以授予董事会行使,这就是效率规则在股东会授权上的典型体现。显然,章程的修改虽然属于股东会专属的基础性权利,不能授予董事会行使,但不应该就此进行僵化理解,在不改变章程任何实体内容的情况下,股东会是授权董事会对章程进行程序性修改的。例如,在不改变语义的情况下对章程文字的修改,以及根据股东的实际变化更改章程中的股东名单等,这样的授权既不损害股东的核心权利,又能够大大提高公司的决策效率,“何乐而不为”呢?

再例如,《上市公司收购管理办法》第33条规定,在收购人做出提示性公告后至要约收购完成前,没有经过股东大会批准,被收购公司董事会不得通过处置公司资产、对外投资等方式对公司资产、负债、权益或者经营成果造成重大影响。从法律价值看,收购制度更倾向于保护的 legal value 是兼顾效率与公平,以效率为主。^[38]可见,我国《上市公司收购管理办法》为了鼓励收购市场的竞争,要求反收购措施必须经过股东大会的批准,严格限制股东会在反收购措施上对董事会的授权,这同样是基于效率规则的考量。

有学者认为,法官对案件的处理也是一种资源配置,通过法律经济思维提高资源配置效率是一种优化审判质量的重要方式。^[39]对于《公司法》没有明确规定的授权范围,包括决定公司利润分配方案、决定公司是否回购股权等权利、出售公司资产,法院在裁判的过程中,可以将效率规则作为重要的参考标准,决定股东会的授权是否有效。在杭州可艾个人护理用品有限公司诉张欣公司利益责任纠纷一案中,^[40]可艾公司章程规定,董事会职权包括审议批准公司收购或兼并资产、业务或股权,且交易金额超过公司上一会计年度经审计的总收入、总资产或净利润任何一项指标的百分之十的交易;或售出、转让或以其他方式处置公司的资产、业务或其持有的子公司的股权等。法院认可了该章程授权的效力,要求公司财务人员在处理这些事项过程中经过董事会的同意即可。收购新资产、出售旧资产是公司参与市场行为的重要方式,一般而言,这些行为属于公司的日常经营管理行为。这种市场经营行为对决策效率的要求较高,董事会作为小团体决策机构,能够快速专业地对这类事项做出判断并决策,法院认可该授权的效力正是基于效率上的考虑。

《公司法》的强制性规定并非完全符合效率规则,效率规则能够成为立法在价值上的参考,也能在法律对股东会授权出现法律漏洞的情况下成为商事思维在司法裁判中的具体运用。因此,效率规则是权利配置基础结构维持原则的重要补充,也是判断授权边界的辅助性参考因素。

[38] 参见曾祥生、方昀:“论上市公司反敌意收购行为的法律规制”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2014年第3期,第23页。

[39] 参见张霞:“民商事法官:要有点法律经济思维”,载《人民法院报》2016年6月5日,第2版。

[40] (2015)杭下商外初字第00109号《民事判决书》。

五、一点启示

股东会有效行使职权是中小股东发挥积极作用、监督大股东和管理层、保护自身利益的前提和基础。因此,鼓励中小股东主动、直接、积极地行使权利是改善我国公司治理现状的重要路径。但基于对公司决策效率的正当追求,股东会将自己的权利授权给董事会行使似乎不可避免。为平衡二者之间的矛盾,需要对股东会授权董事会行使自己职权的行为进行合理限制。

结合我国公司立法和公司治理市场实际状况,应将权利配置基础结构维持原则作为判定授权效力的核心原则。股东会与董事会之间的权利配置基础结构是股东在创立和加入公司时设计相关合同的基础性前提,法律应保护投资者基于此种前提进行交易安排的交易预期。此种权利配置基础结构,可以通过股东直接的投资协议、公司章程的方式来表达;如果协议或者章程没有涉及,公司法的既有表述应被理解成股东之间交易的补充性内容。虽然从公司自治的角度考虑,公司股东会有权通过修改公司章程决议的方式,将公司章程规定的一些属于自己的既有权利或者公司章程没有规定但公司法规定属于自己的权利授权给董事会行使,但是如果考虑到对信赖该基础权利结构而做出交易安排的小股东利益的充分保护,我们不得不对公司自治做出适当的限制。在此场合,我们也不得不慎重对待公司法关于股东会职权以及公司章程修改、公司决议等规定的基本规则。

一般认为,经过三分之二的多数决机制,股东会可以通过修改公司章程的任何决议。但是,股东会与董事会之间的权利配置基础结构维持原则似乎在某种程度上打破了该常识。至少,在股东会授权董事会行使职权的事项上,我们应考虑正当程序规则与信义义务规则。从某种角度看,保护公司小股东利益的讨论似乎显得抽象,但在股东会授权董事会行使职权的事项上,该命题的确存在值得深入思考的具体问题。

最后,公司法理论探讨不能脱离现行法律与社会环境,否则结论可能是虚幻的。既然我国公司法已经选择了“股东会中心主义”的基本模式,而投资者也将此种模式作为处理投资事务的基本交易结构,那么此后的公司决策也当然应保护投资人的此种预期,除非股东自愿放弃此种预期利益。所以,两权分离的公司治理发展趋势、公司治理效率追求的论证不能脱离我国立法的既有规定。

参考文献

- [1] 罗培新. 公司法的合同路径与公司法规则的正当性 [J]. 法学研究, 2004 (2).
- [2] 甘功仁, 史树林. 公司治理法律制度研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2007.
- [3] 邓峰. 中国法上董事会的角色、职能及思想渊源: 实证法的考察 [J]. 中国法学, 2013 (3).
- [4] 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 [J]. 学术交流, 2002 (1).

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)