

论公司决议的形成规则及其在回避表决时的运用

——从“万科董事会决议”的争议点切入

温 长 庆*

摘要:万科董事会决议之争牵出了学者们较少关注到的回避表决规则的设计与运用问题。决议的形成规则属于公司治理体系框架内的对权利及行使权利的基础性安排;决议形成适用法定规则还是章程自治,须在对公司法规范的属性和章程自治的本质的准确认识基础上进行分析。章程是决议形成规则的最初法源,公司法中的决议形成规则是立法者所作的标准制度设计,在整个决议形成规则体系中,前者是主体,后者是前者的“兜底”;回避表决应遵循特定的实体和程序要件,在整合了章程规定和公司法规定的综合性决议形成规则的指导下,回避表决应遵循特定的规则寻找路径、解释方法和适用方法,在回避表决规则有漏洞的情况下,规范运用漏洞填补方法。

关键词:决议的形成规则 回避表决 规范属性 章程自治

一、问题的提出

决议是法人机关作出意思表示的主要方式。决议,在现代汉语词典中解释为“经过会议讨论通过的决定”。^①会议讨论后,得出统一决定之前,必然涉及表决。表决是指会议讨论后投票的行为或过程,表决规则指的是关于表决权及其分配、表决权行使的方式与程序、表决权的回避以及投票行为效力评价的一整套机制。公司决议是社团决议的一种典型,它是通过会议组成人员的表决而形成团体的意思表示。^②公司决议的形成规则即指在特定时空场所实施的表决机制并由此形成公司决议的一整套复杂的制度安排。一般而言,法律规则对决议并不关注其会议讨论过程,却非常关切讨论后的表决。这犹如民事法律选择性地忽视个人意思形成的心理过程,却重视个人意思的表达。在这样的语境下,法学对决议的研究通常侧重于会议讨论后的投票环节,即表决问题的研究。因而,“公司决议的形成规则”通常也会表述为“公司表决规则”,特指多数决规则。本文所要探讨的便是多数决规则的渊源、解释和适用问题。

“多数决规则下,依据预定的决议形成规则所通过的决议对未同意者亦有拘束力,即决议对团体发生普遍拘束力无需参与者一致同意。”^③根据表决权分配依据的不同,多数决可区分为人数多数决和资本多数决。根据决议通过所需赞成票或反对票的最低比例要求,多数决在我国通常表现为过半多数决和2/3多数决,^④具体的比例要求实践中表现不一。其所解决的是所需赞成票或反对票的定足数,即计算上的“分子”问题。但凡团体行动都存在搭便车或窃取私利的问题,因而,参与投票的基数是实践中的一个变

* 华中师范大学企业社会责任研究中心研究员
基金项目:国家社会科学基金项目(15BFX118)

① 参见江天、李建唐、张红星主编:《逆序现代汉语词典》,辽宁大学出版社1986年版,第365页。

② 参见梁上上:《论股东表决权——以公司控制权争夺为中心展开》,法律出版社2005年版,第49页。

③ 徐银波:《决议行为效力规则之构造》,《法学研究》2015年第4期。

④ 多数决的种类在理论研究上通常又可分为普通多数决、特别多数决、特别重度多数决和法定特殊事项的一致决,依次逐渐提高决议通过的比例要求。其中的一致决规定,如日本和韩国的商法都曾出现过对经营者损害责任的免除、公司组织变更等事项的一致决的规则。参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第388页。

量。其所解决的是会议出席或参与的表决权基数的确认,即计算上的“分母”问题。每一项具体决议获得通过所需的最低表决权数,既取决于规则中的比例,也取决于基数大小,即决议通过所需最低票数等于规定比例乘以有效的基数。比例和基数两者任何一项出现争议,将直接导致所形成决议有效性的争议。不管是“分子”问题还是“分母”问题,计算都涉及相应规则的选择、解释和适用问题。这是本文进行展开分析的逻辑基础。

以万科董事会决议之争为例。万科公司董事会共 11 名董事,在某项重组议案表决过程中,1 名独立董事以关联关系为由提出回避。董事会最终以 7 票赞成,3 票反对,1 票回避,公告通过了重组议案。但是,大股东华润股份有限公司公开发表声明,主张决议不符合万科公司章程规定的“须由董事会 2/3 以上董事表决同意”(11 名董事的 2/3 为 8 名董事),否定董事会决议的效力。公司法与万科公司章程对回避票不一致的处理规定导致该决议的效力出现截然相反的结论,由此引发一系列理论与实践的争议。选择适用章程还是公司法以及怎样对章程和公司法本身的不明确规定作出解释即是本案争议的问题。笔者从该案显露出的问题出发,以公司决议形成规则的法定和章程约定的解读为切入点,梳理总结公司法中的相关规定及其背后的法理依据,剖析公司决议形成规则的法源、解释和适用问题,进而试图阐明决议形成规则在回避表决时应如何运用。

二、公司决议形成规则的法定与章程约定

公司决议的形成规则是公司内部权力在决策问题上的根本性制度安排。根据公司合同理论学派的观点,公司是一种便于财富创造的“契约束”安排,公司治理的目标是实现公司总体福利的最大化,任何一项公司制度创设都是公司参与方追求效益最大化的内成结果。^① 决议的形成规则便是其中的典型。在公司法的法律经济学分析视角下,公司法只是立法者对公司的标准合同安排。然而,在现实中的公司立法文本中,大量的强制性规范打着克服内生制度有限理性的名义频繁出现,任意性规范却显有不足。^② 公司章程作为公司团体的基础性“宪章”,应当在公司治理域内居于核心地位。在公司实践中,公司法与公司章程规定不一致现象属于常态。面对国家意志和社团意志的甄别抉择,决议形成规则适用公司法规定还是章程规定,是实践中每个公司对待具体决议必须认真考虑的问题。

(一)法定规则的属性区分

1. 是赋权性规则、补充性规则还是强制性规则

私法规范的属性向来强调以任意性规范为主,强制性规范为辅,并把规范的任意性化视为立法演进的方向。对此,公司法的每一次修改都可得以印证。理论研究上区分法律规范的不同属性以便确定调整同类对象的规范间不同的法律适用规则。司法上对法律规范的属性界定是法律适用中的法律推理的“大前提”进行内部证成的必要步骤,^③其也是决定权利主体自由界域的关键依据。具体到公司法中设置的决议形成规则而言,公司法所规定的关于股东会、董事会和监事会的决议形成规则条款的规范属性界定,既决定了纠纷裁判中须援引该条款的必要性,也决定公司章程可以作排除性规定的空间与效力。

关于公司法条文规范属性的分类,学者们有不同的观点。^④ 当前学界比较流行的观点是美国著名公司法学者爱森伯格教授提出的三分法,即将公司法规范区分为赋权性规则、补充性规则和强制性规则三

① 参见[美]弗兰克·伊斯布鲁克、丹尼尔·费希尔:《公司法经济结构》,罗培新、张建伟译,北京大学出版社 2014 年版,第 8—22 页。

② 参见罗培新:《公司法强制性与任意性边界之厘定:一个法理分析框架》,《中国法学》2007 年第 4 期。

③ 参见吴飞飞:《公司法“规范错位”与公司章程自治法律风险》,《西部法学评论》2016 年第 3 期。

④ 学界对公司法规范属性的分类问题,代表性的观点有柴芬斯教授的三分法(许可适用规范、推定适用规范和强制适用规范)、汤欣教授的二分法(普通规范和基本规范)和爱森伯格教授的三分法。参见[加]布莱恩 R. 柴芬斯:《公司法:理念、结构和运作》,林华伟等译,法律出版社 2001 年版,第 233—237 页;汤欣:《论公司法的性格——强行法抑或任意法》,《中国法学》2001 年第 1 期;[美]爱森伯格:《公司法的结构》,张开平译,载王保树主编:《商事法论集》第 3 卷,法律出版社 1999 年版,第 390—442 页。

类。^① 本文的讨论即以此为参照。赋权性规则是指授权公司通过章程自由设定的规则当然地具有法律效力,公司法直接将章程或股东的约定引入裁判的法源,法条表述中常含有“依照公司章程的规定”、“由公司章程规定”等词句。补充性规则是指除非公司章程作出排除性规定,否则当然地具有效力,即准用法律的规定,法条中常包含“公司章程另有规定除外”、“全体股东约定的除外”等词句。“强制性规则是指必须适用的规则,别无他选,排除其他规定。”^② 笔者以公司法所设置的股东会(股东大会)和董事会的决议形成规则为例来作具体分析。

股东会或股东大会的决议形成规则,规定于《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第42条、第43条和第103条中。表决权分配的依据,有限公司和股份公司都规定为资本多数决(以出资比例或持股份额决定表决权大小)。但是,有限公司的规则属于补充性规则,因为表述中缀以“公司章程另有规定的除外”,而股份公司“一股一权”铁律属于强制性规则。在比例的要求上,有限公司规定除特殊事项(修改公司章程、增加或减少注册资本、合并、分立、解散和变更公司形式)必须经过2/3的比例通过外,其余均由章程约定,属于特殊事项的强制性规则与普通事项的赋权性规则的结合。相比之下,股份公司规定普通事项“必须……过半数通过”和特殊事项“必须……三分之二以上通过”,都缀以“必须”予以限制,表现出较强的拘束力,强制性色彩浓厚。对于基数问题的规定,有限公司的普通事项决议是以赋权性规则完全交由公司章程规定,而对特殊事项决议法条中笼统地用“表决权”一词表述,其具体所指范围不无疑问。结合《公司法》第43条第1款后半段的“除本法有规定的外,由公司章程规定”,其疑惑就在于本法虽有规定,却又规定不明确,在这样的情况下,可否由公司章程另行规定还是只能另行寻找本法的其他解释路径,有待继续阐明。股份公司将基数限定于“出席会议股东所持表决权”,其表面上看似明确具体,但具体该如何理解“出席会议”仍然存疑。怎样才算“出席”?是表决权的“出席”还是股东人的“出席”?现今信息时代,网络会议、电话会议并不罕见,而且委托表决和表决权征集现象对于股份公司尤其是上市公司的股东大会属于常态。因此,该款所指的“出席会议股东所持表决权”还需进一步解释说明,但从文意理解的角度判断,其偏向于强制性规则属性。

董事会的决议形成规则,规定在《公司法》第48条、第111条和第124条中。董事和股东在公司法上有质的差异。股东在公司法上是公司的所有者,其代表自己的利益参与股东大会的决策,理论上可以不受公司团体利益的义务约束自由行使投票权,而董事作为股东选出的受托人,必须承担公司法所规定的忠实、勤勉义务,本着公司福利最大化的原则对公司及股东负责。因此,由于股东与董事的法律角色定位不同,股东会(股东大会)和董事会的决议形成规则也必然存在差异。从表决权分配依据上看,有限公司和股份公司都规定“董事会决议的表决,实行一人一票”,即按人头数决。该款用“实行”一词表达,有学者提出,其是作“必须实行”解,还是应作“可以实行”解,不得不疑,实践中也确实存在当出现董事会表决的赞成票和反对票相等的僵局时,公司章程赋予董事长额外的一票决定权。^③ 笔者认为,立法者拟定条文时应该注意到了这个问题,对其理解应当顺从词义的一般用语习惯,作“必须实行”解释更妥当,原因是立法者将祈使句表达中的“必须”省略并不偏离原意,而将“可以”省略则会彻底变更句意逻辑,立法者只是把“必须”省略罢了。然而,对于发生类似理解上的偏差和实践中的矛盾,它的确显示出该款条文立法预设的逻辑缺陷。董事会作为公司的内部机构,通常是由一群拥有商业决策才能的人组成,既然董事会决议本质上属于商业判断范畴,那么理念上应该拥有较大的自治空间。因而,该款的将来修改方向,应改强制性规则为赋权性规则,缀上“可以”修饰以满足实践的需求。在比例要求上,有限公司用赋权性规则交由章程规定,而股份公司规定“必须”、“过半数通过”,相比之下明显带有较强的拘束力,应当属于强制性规则。对于基数问题的规定,这也是万科董事会决议之争的争议点之一。有限公司对此依然采赋权性规则,而股份公司规

① See Melvin Aron Eisenberg, The Structure of Corporation Law, 89 Columbia Law Review, 1461-1525(1989).

② 罗培新:《公司法研究的法律经济学含义——以公司表决权规则为中心》,《法学研究》2006年第5期。

③ 参见罗培新:《公司法研究的法律经济学含义——以公司表决权规则为中心》,《法学研究》2006年第5期。

定“应有半数以上的董事出席方可举行”“必须经全体董事”。在“万科案”热议期间,学者们对此有不同的解读。^① 笔者认为,不论怎样理解,也改变不了其属于强制性属性的判断结论,原因是《公司法》第111条所用“应”、“必须”的表达是强制性规则的惯常表现形式。然而,结合《公司法》第124条对上市公司董事会关联交易事项决议所作的特别规定(上市公司董事会因利益冲突有关联关系的董事所持表决权须排除在基数之外,召开董事会由半数以上无关联董事出席即可),反观《公司法》第111条对股份公司董事会决议的一般规定,其中“半数以上董事出席”是作“董事会全部董事的半数”解,还是作“无关联董事的半数”解就会有分歧。同理,其中“全体董事”是作“全部董事”解,还是作“无关联的全部董事”解也存在解释上的分歧。但是,起码《公司法》第124条对上市公司董事会的规定是比较明确的,其属于强制性规则的异议不大。笔者认为,《公司法》第111条“半数以上”具体所对应的基数,无论从体系解释还是文意的一般理解,都应该认定为“董事会全部董事的半数以上”,否则《公司法》第111条和第124条完全可以统合规定,无须分别说明。另外,对于《公司法》第111条与第124条的关系,理论上应属于并联的关系,后者是前者的特别规定,股份公司中上市公司的董事会只须受第124条的约束,对此,笔者将会在下文论述。

2. 属性区分的法理与解释方法

公司法的经济分析是公司法前沿理论研究的热门话题,近些年受到国内外学者的热捧。具有代表性且研究成果丰富的显然属于公司合同理论学说。该学说受制度经济学关于公司的契约解构和交易成本理论的影响,将公司的一系列制度设计理解为契约的形成和追求组织福利最大化效益的安排,公司法中的决议形成规则便是在这样语境下产生的。^② 要求组织性社团内原子式的个体利益都朝着一个方向选择并不现实,有社团就必然有决议,而决议作为化解团体内部利益的矛盾和实现社团自治的重要工具,是实现社员权中的共益权^③的基本途径。为满足社团对私域自治的诉求,立法者必须考虑干预公司内部决议行为的必要性。为实现整体福利的最大化,决议形成规则的设计必须同时满足公司效率和股东自由的两个基本要求。公司决议形成规则本质上属于团体法的产物,公司内部约定才是决议形成规则的最初法源,在公司法中通过社会公议所创设的决议形成规则应当尽量克制命令式的强制性。

表决方式和表决程序的预先设计实质上是为了满足程序正义的要求,避免自治性团体临事而决产生不必要的混乱与纠葛。同时,它通过有效的程序设计均衡协调强弱参与者之间的利益,实现实质上的平等。

首先,依据公司合同理论学说,公司法实际上就是一个参照式的标准制度框架,是经过各种公司治理模式长期的竞争而生长出来的,适应了特定时代的公司立法要求。从这个意义上讲,公司法所规定的决议形成规则条款应当是公司参与者在协商成本足够低的情况下,最终必然会选择的制度。这一说法也巧妙地解释了实践中大量公司章程照抄、照搬公司法条文的现象。公司法既然作为标准的合同制度,应当以降低商业交易成本和提高公共产品供给的效益为目标,起一种导向性和教育性的作用。另外,实践证明,商业实践的发展永远走在公司立法的前列。公司法既然没有取代实践中的公司制度的能力,那么伴随着中国市场经济的日渐成熟,公司立法就应当还给公司团体其应有的自治空间,克制扩大强制性规则的立法冲动。即使来不及更新旧有的强制性规则,法官在司法适用上也应该适当地对其作软化解释。

其次,公司法另一个功能是对制度漏洞的外生性填补。公司章程及其他公司内部约定作为内生性制度,应对纷繁复杂的商业社会不可能面面俱到、事无巨细。可想而知,当初制定万科公司章程的股东们应该没有意识到章程第137条使用“董事会”一词表达的缺漏会落得如今这个矛盾局面。这种情况下,便需要通过外生性标准制度的《公司法》第124条“回避表决的基数排除规则”去填补万科公司章程第137条的缺漏。

① 参见邓峰:《从万科案看公司法中的“魔鬼细节”》,《南方周末》2016年6月30日。

② 参见罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第197—259页。

③ 德国法学家拉伦茨认为,社员权包括受益权和管理权两项权能,前者为自益权范畴,后者为共益权范畴。参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),谢怀轼等译,法律出版社2003年版,第222页。

最后,公司法中规定的决议形成规则的规范属性的应然理解应当为其其实然理解提供解释的方向指引。在应然层面,立法者应当克制自己行使商业判断的权力。商业事项的决议行为是专业化活动,事关表决的方式、程序问题应当以公司的自主约定为主,而公司法规范其实是对公司决议形成规则自治性安排的“兜底”。尽管公司法在特殊场合运用了强制性规则,也应当作必要的软化解释。实际上,强制性的约束力也有轻重的差异,起码在用语表述上“应当”和“必须”就具有强度差别。就决议形成规则的三大构成要素——表决权依据、比例和基数——而言,表决权依据采“人数决”还是“资本决”取决于剩余索取权和经营风险分配的权源性安排。股份公司基于公众利益考虑接受强制性约束是对资本民主和股东平等的坚守,而有限公司由于人合性特质允许自主约定更符合灵活治理的需求。但是,公司法只能对实行人数决还是资本决的权利依据作强制选择,而不应该对表决权的具体分配问题也作强制规定。股东“一股一权”、董事“一人一票”可以作为原则,同时也应当允许“一股多权”、“一人多票”作为例外,原因是表决权具体分配问题本质意义上属于商业决策权的分配。比例的强制性规定应当理解为立法者指导下的最低限度要求,提高比例采超级多数决甚至是一致决并不违背立法者的初衷,所以通说上也认为允许章程约定法律的最低要求之上的加强表决规则,如万科公司章程第137条将董事会决议比例提高至2/3。但是,考虑到操作的可行性问题,若提高比例超过了必要限度,可能导致公司瘫痪、长期无法形成有效决议。此时,出于决议行为的目的和效率考虑可以对此作否定评价,其中关键在于把握好的必要限度的判断。对公司法中关于基数问题的强制性规定应当作恰当的软化解释。笔者认为,只要没有特别表述为“全体股东”、“全体董事”,其他类似的“股东会”、“董事会”、“董事”都可以适用“基数排除规则”,从而将未出席票或回避票排除在基数之外。学理上,法律规则的强制性有效力型和管制型的区分,^①尽管其普遍适用于合同行为领域,但对公司法决议形成规则的规则属性解释也有相当的参照价值。为体现公司法的商业自由精神,公司法中的决议形成规则的强制性的归类应当尽量向管制型靠拢,若是将其一刀切地都划归为效力型强制性规则,或许将违背作为上位概念的“团体自决”的宪法精神。笔者认为,效力型强制性规范应当限制在公共利益或公序良俗目的的必要范围之内。此外,公司法中的赋权性规则应当还原其绝对自治的本色,适法者不得任意解读无端增加其约束力。补充性规则须严格遵从准用性的适用方法,除非先从章程出发寻找真实意思的目的不达,才能发挥其对章程约定空白范围内的漏洞填补功能。

(二)章程约定的准则与解释

公司自治的本质属性和突出表现是公司的“章程自治”,且只有在公司“章程自治”统领下,公司治理结构才能持续向好、稳定运行。^②民事法律行为是实现私法自治的重要工具,决议行为也是广义上的民事法律行为的一种,^③而章程本身便是由决议行为产生的。关于章程的法律属性,理论界的代表学说有契约说、自治法规说、宪章说、权利法定说、秩序说等,^④也有学者主张章程具有多重属性应采折中说。^⑤但是,不论持何种学说,从逻辑上而言,因为有公司才需要制定公司章程,且正因为有着公司章程,才使得公司得以存在。因此,章程与公司可以说是同时产生的。但是,公司法的产生是因为在实践中有了规范公司行为的必要性,若靠民法和合伙法能解决规范社团行为的任务,^⑥就没必要制定公司法了。结论是先有公司后有公司法,先有章程后有公司法,公司法是实践中无数具体章程凝聚的范本之一。因此,公司章程是公司法的原始法源,决议形成规则的“章程自治”应当处于规范的主体地位,而公司法实际是章程的“兜底”。

① 参见蒋建湘:《商法强制性规范的类型、性质与边界》,《法学杂志》2012年第7期;曹兴权:《认真对待商法的强制性:多维视角的诠释》,《甘肃政法学院学报》2004年第5期。

② 参见董慧凝:《公司章程自由及其法律限制》,法律出版社2007年版,第2页。

③ 有学者主张“决议行为”构造上有别于“法律行为”,属于独立的意思形成一般机制。笔者认为,自德国法学家创造“法律行为”的概念以来,其内涵就具有广泛的外溢性,“决议行为”既然属于意思机制的一类,也应当属于广义上的“法律行为”。参见陈醇:《意思形成与意思表示的区别:决议的独立性初探》,《比较法研究》2008年第6期。

④ 参见朱慈蕴:《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理念的融合》,《当代法学》2016年第5期。

⑤ 参见钱玉林:《作为裁判法源的公司章程:立法表达与司法实践》,《法商研究》2011年第1期。

⑥ 实际上,从公司的诞生历史来讲,据英国学者研究,公司就是产生于合伙团体对有限责任的需求。See Paul. L. Davies, Gower's Principles of Modern Company Law, Sweet and Maxwell, London, 6th ed, 1997, pp. 178—179.

章程自治应遵循特定的准则。首先,公司章程具有优先适用性,能排除公司法的非效力型强制性规范。公司法与公司章程的关系不同于上位法与下位法的关系,也不同于普通法与特殊法的关系,两者是补充机制和本位机制的特殊关系,公司章程作为本位机制有优先适用性。其次,公司章程对决议形成规则的约定须满足公司法中强制性规则的最低限度要求。上文提到,公司法的强制性规则有约束力轻重的差异,公司法各类强制性条款本质上是公意代表的立法者对经济社会中公司行为参与者有限理性的矫正,而不可否认立法者自身理性也存在局限性。实践中,若公司参与者基于具体的商业法则和自身特殊性判断所作出约定的理性超越了站在宏观视角的立法者,从这个意义上讲,就应当承认市场主体自己的理性安排。例如,章程将比例由1/2提高到2/3、突破“一股一票”或“一人一票”规定等特殊情况下的例外安排。最后,公司章程约定须符合私法上基础性的公平原则和程序正义原则。在商活动大众化和金融资本泛化的公司运作管理领域,强调资本的话语权固然重要,但现代公司法对处于社会弱势角色的中小股东、债权人的保护以及程序化决策机制中对利益的均衡分配,无不体现了国家终极的人文关怀,也是公司法制定的核心价值之一。公平原则强调对公司中小股东和债权人的保护,程序正义原则强调民主决策程序中对参与者异议权的尊重和保护。

章程自治应遵循特定的解释方法。首先,章程的解释要以探寻真实目的和实现决策效率为目标。公司章程制定或修改的参与者缺乏立法者所具有的那种规范、严谨的思维,他们愿意花更多心思倾注于基本的商业目的分析和成本收益判断,由此使得章程内容先天的具有理性经济人特质,却缺乏堪比立法的严谨度。因此,从遵循制定者的原始意图角度来讲,章程的解释应当融入制定当初原本就存在的商业判断思维,即用目的和效率的标准去把握解释的方法和评价解释的结果。其次,章程漏洞的填补要优先使用文本文体系内自我填补的方法。章程本身属于社会团体内生性的自我规范机制,作为非制定参与者的局外人(包括司法机关)的他类认知嵌入解释时应当尽量保持克制态度。唯在穷尽章程体系内其他相关内容的辅助解释后,才能借用公司法规则作填补性解释。例如,万科公司章程第137条中“董事会”一词具体所指的基数范围,在借用本章程第152条第2款已然能够充分解释清楚的情况下,就无须借助《公司法》第124条来解释了。最后,章程的解释结论要用公司法精神去作实质公正的评价。规则的解释是一项严谨的法律适用行为,要经得起逻辑、法理以及争议相关人可接受程度的检验。一旦进行解释就必然带有可裁量空间。公司法精神的主要内容就是规范公司的组织和行为、保护公司参与各方的合法权益及维护社会基本经济秩序。其实现的是一种可资参考的、导向性的正义目标,与章程解释所要达到的实质公正标准是一致的。

三、回避表决的要件及处理方式

公司的决议行为是站在公司利益立场对商业问题的裁断行为,一切判断的出发点都是追求本公司或者依托公司的股东个人利益最大化目标下的单向性利益,若决议行为参与者牵涉到交易中的双向利益,则易引发利益输送的道德危机。“禁止损公肥私”,是对关联交易回避最朴素的理解。回避规则是有关关联交易的决策、执行和监督的一整套规则安排,回避表决便是其中有关决策部分的规则。回避表决制度,即是指当某一决议参与者与会议讨论表决事项有特别利害关系时,该参与者所持表决权不得参与表决,亦不得代理其他参与者行使表决权的制度。^① 回避表决的目的是对因关联关系所产生利益冲突交易的决策影响因素的隔绝。依据《公司法》第216条第(4)项,关联关系在中国法语境下本质上即是“利益冲突交易”的替代。^② 秉承自由主义精神的现代公司法并不排斥关联交易的发生,但要求合理规制关联交易中的不公平行为。《公司法》第21条规定:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”其中,前款类似于美国法

① 也有学者认为回避表决制度属于限制表决权制度中的一种,是限制的特殊形态。参见赵万一、孟继超:《股东表决权的限制与排除》,《法制日报》2005年3月3日。

② 参见施天涛、杜晶:《我国公司法上关联交易的皈依及其法律规制——一个利益冲突交易法则的中国版本》,《中国法学》2007年第6期。

上的信义义务的中国法表达,后款将违反信义义务和造成损失并列作为责任承担条件。由此可见,我国公司法对关联交易行为是采实质审查标准。在责任承担上,损害和义务的实际违反必须同时证明,且要求证明两者存在因果关系。此外,《公司法》第124条针对上市公司特别规定了“董事会回避表决规则”,使用强制性规则的方式申明应当将董事回避票排除在基数之外。这不仅是对《公司法》第21条一般规定的限缩,同时其“一刀切”的做法并没有在现代公司的广泛自由要求下提供其他可供选择的余地,故而显得灵活性不足。为此,为了克服立法的僵硬性和满足商业自由决策的诉求,应当寻找合适路径对《公司法》第124条作软化解释。另外,公司法对上市公司董事会以外的其他公司机关的回避表决规则留下广阔的空白,《公司法》第124条“基数排除规则”能否作类推适用,理论上存在较大争议。

(一)回避表决的实体与程序要件

《公司法》第124条用寥寥几句浓缩了对回避表决制度的态度,而回避表决具体适用于什么情形?回避由谁决定以及如何做出决定?不无疑问。回避是对决策事项表决权的排除,即不得发表“赞成”或“反对”的意见,其与弃权票或反对票有质的差异。“弃权”属于表决意见中的一种,须以弃权者享有表决权为前提。反对是对决策事项的一种否定意见,对决议的通过产生阻却效果。回避,并不属于“表决意见”,而是指没有表决权。回避表决是对关联交易行为的程序规制,必须在合理认定其实体和程序要件的基础上,才能准确界定回避表决规则可由章程自由约定的空间究竟有多大。

回避表决须满足特定的实体要件。行使表决权是公司股东和董事参与公司治理最核心的途径,为体现对这种权利的基本尊重,回避表决制度的形成和适用必须严格从实体要件去把握。回避表决制度产生于规避关联交易负面影响的整体制度框架之中,其必须以关联关系实际存在为条件。上文提到,关联关系在中国法语境下实质上就是指利益冲突关系。利益冲突,包括直接利益冲突(与交易直接关联的冲突)和间接利益冲突(因与交易相关利益间接关联的冲突)。^①前者指直接的交易行为,如与控股股东或董事所控制的公司进行交易。后者是指因为交易行为产生间接的利益关联。利益冲突还有另一种分类方法,区分为正向利益冲突和反向利益冲突。前者指关联主体与决议事项通过的利益是同向的,即能获得公司利益之外的利益。后者指关联主体与决议事项通过的利益是相悖的,即决议通过存在对其相关联利益的不利。另外,传统公司法上,利益冲突交易受制于衡平法发展而来的受信义务。^②其不仅包括基本的商业判断,也涵盖司法的最后审查标准。回避的理由是否成立,争议不清时要接受司法的最后审查,而司法审查应采实质公平的标准。该标准的核心内容是该关联交易事项表决通过或不通过是否会导致公司利益外流或者丧失商业竞争机会。当然,作为外行的法官面对复杂的商业判断难免受到学识、经验的限制。因而,制度安排上可以引入举证责任的倒置规则,由反对方去证明回避理由的成立或不成立。总而言之,回避表决在实体要件上要满足利益冲突交易的实际存在和符合实质公平的双层标准。

回避表决须满足特定的程序要件。《公司法》第124条仅对回避表决制度作了笼统的规定,它并未涉及回避产生的具体程序问题。这或许不算立法上的缺漏,而是立法者有意留给公司章程自由约定的空间。回避申请由谁提出和怎样提出?由谁批准?是否需要专门针对回避决定按决议形式进行会议表决?这些都是有待进一步探讨的问题。万科事件后,国内一些学者对此组织召开研讨会,讨论后认为:“回避是一种法定程序,须由法定主体依法作出决定;若回避的决定未经法定程序,或者公司批准了不符合条件的回避申请,均不会产生法律效果;万科章程及董事会会议规则均未对回避程序作出规定,可以推定应由其董事会按照董事会决议的方式作出回避决定”。^③笔者认为,既然公司法未对回避表决程序作出规定,根据私法

① 参见王文宇:《新公司与企业法》,中国政法大学出版社2003年版,第102页。一九八四年美国模范公司法(MBCA)第八·三一条(a)款也采用此分类标准。

② See Robert R. Pennington, *Company Law*, 8th ed, London, Butterworths, 2001, p. 727.

③ 2016年7月3日,北京市竞天公诚律师事务所会同北京大学企业与公司法研究中心邀请国内13位法学专家召开“万科股权争议论证会”,就董事会决议效力、一致行动人等相关法律问题进行了研讨。参见北京大学企业与公司法研究中心:《万科公司股权争议论证会专家意见书》,http://www.askci.com/news/finance/20160704/20452037618.shtml,2017-01-15。

“法无明文规定即自由”的理念,回避表决程序应该属于一种约定的程序,由公司治理参与者根据程序公正的标准自主约定。回避申请的提出方式,考虑关联关系的隐蔽性,应当以当事人主动提出为原则,股东会、董事会非利害关系的多数人或者监事会决定的被动要求为例外。实际上,规避不公平的利益冲突交易不可能完全依赖于回避表决制度,立法上应当转变规制观念,重心放在公司治理参与者受信义务的培育和引导上。从结果上来讲,回避不等于断绝了关联交易,不回避也不等于确定会发生利益输送,这是个彼此衡量的过程。因而,规则设计者应当秉承公司自治的精神和对受信义务的信仰,让回避主要由当事人主动提出。另外,完全信任当事人的道德自律也不现实,但也并不意味着最终的回避决定必须按决议形式作出。笔者认为,除非是股东会、董事会或监事会决定的被动要求,当事人主动提出的情况下并不需要针对是否回避的问题专门进行一次表决。理由在于,一方面关联关系属于复杂的商业判断问题,且具有隐蔽性和专业性的特点,非利害关系股东、董事要作出有效判断也许需要耗费不小的信息收集和处理的成本,这不符合商业效率的安排。另一方面,通过加强信息披露和采用事后审查的方法同样能达到期待的目标。当事人主动发现或被动发现关联关系时,要求及时准确地进行信息披露,说明是否回避的理由并到相关组织(股东会、董事会或监事会)报备。事后发现,应当回避而不回避或不应该回避却回避的,除股东会、董事会非利害关系的多数人或者监事会决定的被动要求为其免责背书之外,当事人应当对所造成的损失承担赔偿责任。

(二)回避票是否计入基数

回避表决所代表的表决权是否计入基数是万科董事会决议之争的关键问题之一,其决定了董事会表决结果是否满足 2/3 比例的要求,从而间接决定了重组预案决议的效力结局。回避票是否计入基数有两种选择,分别是计入基数和不计入基数。

计入基数指回避所代表的表决权计入表决通过比例算式的分母。回避票若计入基数,则其在计算表决通过比例时与反对票、弃权票^①的效果上是一致的。回避票与反对票、弃权票虽性质迥异,法律效果却是一致,这样的安排有不符合逻辑和法理的嫌疑。但是,计入基数实际上彰显的是对回避者所持表决权作为决策权整体不可或缺一部分的尊重。实体要件上,回避者回避的理由既可能因为利益的正向关联,也可能因为利益的反向关联,由此所反映回避者回避背后的真实愿望也许是赞成票,也许是反对票。笔者认为,道德问题的法律约束也可能同时抹杀了道德良知发挥价值的空间。回避者尽管利益冲突,也不能排除其能够恪守受信义务的可能。不论其真实意愿是赞成还是反对,其所代表的表决权在商业实践的某些场合也应当有存在的价值,尤其当回避者是会议决策的核心智囊时更为明显。^②此外,假使在一项重大决议中,大部分人因关联关系回避了,由少部分人决定了该重大交易通过与否的命运,未免也太过于草率。

不计入基数指回避所代表的表决权不得计入计算表决通过比例算式的分母。该规则在排除回避票行使表决权的同时,实际上也排除了其作为决策团体一分子的资格,使得回避主体与决议事项相互隔绝,达到了对关联交易完全排除不公平因素干扰的效果。《公司法》第 124 条即采“不计入基数”规则。实践中有代表性的公司章程,如万科公司章程的第 152 条第 2 款亦采此规则。但是,“不计入基数”做法实际上也可能导致反向的不公平或者产生公司的僵局。当控股股东或大股东因为与某重大事项有关联关系而回避表决时,由于控股股东或大股东所持表决权排除在决议基数之外,该重大事项便完全交由出资份额占少数的小股东决定。在有限责任制下,小股东因为分担的风险份额小,从而可能对其实施决策的理性分配不足,但实际是由大股东承担了该决策的大份额风险,由此便导致权利享有与风险负担不匹配的不公平现象。这是一种反向的不公平。在董事会上,若有半数以上董事或大部分董事因关联关系回避表决,该项决议便

① 对于弃权票,按大多数国家的法律规定,弃权票实际上等同于反对票,我国亦是如此,本文也以此为准。但是,也有学者认为这种处理结果不符合弃权股东的真实意思,弃权的真实意思是“既可接受决议的通过,也可接受决议的不通过”的一种“无所谓”态度,而不是“当作反对票”处理。参见梁上上:《论股东表决权——以公司控制权争夺为中心展开》,法律出版社 2005 年版,第 61 页。

② 从比较法上分析,英美国家公司法实务对不公平关联交易的规制不是主要依靠回避表决制度,而是通过对是否违反信义义务、交易是否有损公司利益、交易是否公平以及是否符合“业务判断”等规则来约束。

完全交由少数几个董事决定。此时,若出席会议的董事不符合法定的“半数以上”或《公司法》第124条规定“3个以上”的要求,就会产生董事会决议的僵局。一般认为,这种情况下应提交到股东会或股东大会去表决,鉴于大股东和董事在实践中高度重合,进而又会产生从董事会的僵局转向股东会的反向不公平的困境。总而言之,“不计入基数”规则尽管效果上更符合回避的核心目标,但也存在其特有的弊端。

四、决议形成规则在回避表决时的运用及规则漏洞填补

决议形成规则的选取、解释、适用以及漏洞填补必须兼顾公司法和公司章程的综合性要求。该要求的基本内容包括,在公司决议形成规则的公司法定和章程约定的互洽整合之下,通过规范的适用路径、解释路径和漏洞填补路径综合运用而形成的整体性规则。面对具体决议的纠纷,裁判者找法应当准确把握决议形成规则的法理逻辑,区别对待公司法的规则 and 公司章程的规则,理解两者逻辑上的主次性、规范上的层次性和效力上的差异性,并在此基础上做好规则漏洞的填补工作。具体到回避表决制度的运用上,《公司法》第21条和第216条在对关联关系问题作了基础性铺垫后,仅在第124条对上市公司董事会的回避表决作出概括性的规定。而对公司法有限规定之外的回避规则应如何认定与适用?章程中已有的回避规定与公司法冲突如何处理?对第124条应如何作正确解读以及其是否有类推适用空间?对回避的具体问题未作规定的漏洞如何填补?这些问题都得在公司法与公司章程体系化整合的决议形成规则的指引下展开讨论。

回避表决属于团体决议法上的一般性问题,只是在具体规范对象上存在差异。公司法中规定的回避表决规则除见于第124条外,第16条第(3)款关于公司为股东、实际控制人提供担保的股东会(股东大会)决议设置了类似于第124条的回避表决规定。另外,在狭义法律之外的行政法规、规章层面,中国证券监督管理委员会在《上市公司章程指引》(2016年修订)及《上市公司股东大会规则》(2016年修订)等文件中也规定了类似于《公司法》第124条的规则。尽管有这些零碎分散的规定,至今也没有一部法律法规或部门规章针对回避表决问题作出系统完整的规定,遑论对有关回避的复杂细节问题做具体规定。既然依靠公司法、法规、规章等“公共产品”供给的标准制度不能解决问题,回避表决制度就应当有赖于章程自治功能的发挥。实际上,回避问题本来就应当主要依据公司的自主约定去解决。笔者认为,应当发挥章程约定的主体作用,将回避表决的具体内容交由章程规定。公司治理的参加者可以根据自己所属行业、业务经营内容、对外交易现状的评估和各自的经验评价,对什么情况下适用回避、如何回避、如何计算基数等细节问题作出具体的、量身定制的规定,以发挥出章程中回避表决制度的科学性和可适用性。

规则出现漏洞在实践中是在所难免的,回避表决规则的漏洞须遵循正确的填补路径。实际上,适法者的漏洞填补过程也是一个推进规则完善和发展的过程,最终都会作用到立法或章程制度建构上。第一,公司章程作为内生性制度,只有在穷尽章程体系内的自我填补手段后,才需要借助作为外生性制度的公司法规则来填补漏洞。整个章程是个完整协调的公司自治“生态体系”,反映了章程制定者们真实的整体性意思表示。所以,不可否认,章程内的其他相关规则与回避表决问题能够产生意思表示的相互关涉。第二,漏洞的填补结果要接受目的、效率和公平标准的检验。章程规则本身要经得起检验,经过漏洞填补后的规则也需经得起检验。目的标准是指任何回避表决规则的解释和补充,都必须符合规则制定者的真实意图,一般以促进公司之整体利益为目的。目的标准主要可以从两个方面得出,一是规则创设者的目的探知,二是规则属性的考察。效率标准是指回避表决规则的安排须朝着成本最小化、促进交易达成和效益成果最大化的目标进行。效率是商法区别于民法的首要价值目标,回避表决的目标不是阻碍关联交易进行,相反,是为了鼓励公平的关联交易达成。公平标准是指,是否应当回避以及回避对决议结论的影响要经得起实质公平的审查。实际上,公司治理参与者参与决策的目标在于对公平交易的期望,而不在乎能否获得一系列假设的法律权利。第三,若章程根本未作任何有关规定,并且章程中找不到任何相近似的规则适合作补充或类推解释,这种情况下,可以借助公司法精神准用《公司法》第124条所明定的规则。

对《公司法》第124条的解读,学者们的观点不一,在万科事件的讨论中暴露出的问题也比较集中。首

先,第124条规定的回避表决的主体范围仅限于董事,且规定于“上市公司组织机构的特别规定”一节之中。尽管立法者作了这样的安排,但并不意味着该回避表决制度仅适用于上市公司的董事会。回避表决属于决议形成规则中的一般性问题。笔者认为,立法者之所以做这样的安排,是因为上市公司的公益性比较强,应优先作出倡导性的规定,而对其他公司机关的相关规定则更适合交由公司章程自主约定,以保持公司法的开放性。其次,第124条表述采“不得”、“须”、“应”等字词表达带有较强的约束力,属于强制性规则。尽管如此,根据公司法规范属性的解释法则,适用时也须对其作软化解释。经过软化解释后的第124条,在其基本文意之外仍有较大的可适用性空间。例如,第124条规定的比例是“无关联关系董事过半数通过”,如若章程约定将该比例由1/2提高到2/3,属于对第124条的加强规则;与此同时,在章程中规定将回避票计入基数,将“无关联董事”放宽至“全体董事”,最终的效果是以加强规则计算出的所需最低表决权数并不少于依据第124条计算出的结果。如此也应当是章程自治范围内许可的,应该有效。简言之,若提高第124条规定的决议比例,则可突破“无关联”的限制,这样在一定程度上可以克服该条“一刀切”式的僵硬性。最后,关于第124条与第111条之间的关系。鉴于第111条也属于强制性规则,学者们对两个条文之间的关系观点不一。有学者认为,这两条属于串联适用关系,即既要满足“过半数的董事出席方可举行”,也要满足“过半数的无关联关系董事出席即可举行”,同理,既要满足“全体董事的过半数通过”,也要满足“无关联关系董事过半数通过”。也有学者认为应当属于并联适用关系,“第124条是对第111条的特别规定,也就是对上市公司董事会决议只要满足第124条规定即可,而无须符合第111条的规定”。^①笔者赞同后者。从实质效果上分析,第124条明显比第111条规定严苛。另外,从立法体系编排上观察,第111条是在“董事、经理”节名之下,而第124条是在“上市公司组织结构的特别规定”节名之下,从章节名称的表述逻辑判断,后者是对前者股份公司范围内“上市公司”特殊对象的特别规定。更重要的理由是,串联适用关系的观点不仅无端加重了上市公司董事会回避表决规则的繁琐和严苛程度,也有违背立法者初衷的嫌疑。

此外,有研究者主张区别对待股东的回避表决制度和董事的回避表决制度,基于表决权依据和利益立场性质的差异,应当缩小股东回避表决的适用范围。^② 股东回避表决制度首创于1897年德国的商法典,而在30多年后,德国删除了商法中关于缔结法律行为的回避表决规定。^③“日本商法典也在1981年删除了旧法典中第239条第5项限制股东行使表决权的規定。”^④由此可见,德国、日本商法都对股东的回避表决范围进行了限缩。回到中国的语境下分析,中国的公司制度设计属于典型的股东会中心主义,但对股份公司尤其是上市公司,在股权分散的状况下,董事高管层拥有相对集中的权力。权力影响作用越大、行为越自由,越有规制的必要。在这个意义上讲,有限公司股东的回避表决的适用率高于股份公司,而股份公司董事的回避表决适用率高于有限公司。有限公司的自由度高于股份公司,立法上对有限公司关联交易的规制意义要强于股份公司。另外,在现代公司所有权与经营权分离的发展现状下,关联交易规制的主体在特定语境下一般针对于公司控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员,由此也反映出《公司法》第21条和第216条第(4)款对关联关系对象进行列举的意义。从表决权依据和利益立场差异的实质层面上分析,股东投资于公司并参与公司治理,其代表的是自己的利益诉求无可非议,而董事是由股东们委托产生并受到类似于传统信托法上信托责任的约束,要对公司及股东会(股东大会)整体负责。由此导致股东会(股东大会)中的股东利益群本质上混杂着“离心力”,而董事会中的董事群天生就带有利益“同心力”。利益立场的分歧削弱了回避理由的价值支撑,而利益立场的一致性加强了信托责任下以规避道德风险为目标的回避表决制度的可信赖程度。因此,主张限缩股东回避表决的适用范围的观点不无道理。这也是

① 邓峰:《从万科案看公司法中的“魔鬼细节”》,《南方周末》2016年6月30日。

② 参见郭锋:《少数股东权在股东大会中的行使与保护》,《证券法律评论》2001年第1期。

③ 参见钱志远:《股东行使表决权回避之法理研究——兼论董事回避行使表决权》,《研究生法学》2006年第1期。

④ 廖大颖:《论股东行使表决权回避之法理——兼评台北地院九十一年诉字第三五二一号民事判决》,《月旦法学杂志》2003年第8期。

我国相关立法的演进方向。

五、余论

社会团体的决议行为实质是私人在社会连带关系中的附条件自治,决议形成规则是在尊重民主的一般价值基础上,对个体权利保障和公共效益的协调安排。^① 公司是社会团体最活跃的代表,公司章程与公司法同属于司法视野中的裁判法源,两者对决议形成规则的融合对接形成了公司治理规则中有互洽性、体系化的综合性决议规则。从司法立场上观察,一般情况下只有将公司章程与公司法进行规范对接,才能形成一套完整的“裁判规范”,进而构建出有体系性的法律推理“大前提”。^② 公司法作为规范公司的标准制度,承担着现代公司制度“公共产品”的供给功能。公司章程作为公司制度的内生性制度,起着整个公司治理体系建构的主导性作用,同时也通过实践中无数章程的竞争、淘汰方式指引着公司法的修改与演进。公司法对无数具体公司章程的指导与监督和实践中的公司章程对公司法的反馈,两者相互影响,和谐共进。立法和私权自治的关系,正如亚当·斯密所预设的那样,“在人类社会的大棋盘上,每个个体都有其自身的行动规律,和立法者试图施加的规则不是一回事。如果它们能够相互一致,按同一方向作用,人类社会的博弈就会如行云流水,结局圆满。但如果两者相互抵触,那博弈的结果将苦不堪言,社会在任何时候都会陷入高度的混乱之中”。^③ 万科董事会决议之争揭露了公司决议形成规则中的“魔鬼细节”,认真对待公司章程不是句玩笑话,规范适用公司法也不是指一味照抄,公司决议形成规则的法定民主与约定民主应当和谐共存。

责任编辑 翟中鞠

① 参见华燕:《论社会多数决的适用——基于公寓大厦管理立法的展开》,《法制与社会发展》2012年第3期。

② 参见吴飞飞:《公司法“规范错配”与公司章程自治法律风险》,《西部法学评论》2016年第3期。

③ 转引自[日]青木昌彦:《比较制度分析》,周黎安译,上海远东出版社2001年版,第1页。