清华法学 Tsinghua University Law Journal
Vol. 13, No. 6 (2019)

重思公司共同决议行为之功能

蒋大兴*

目　次

一、共同决议之常态：为什么不是精英判断
二、公司内部共同决议的功能基础：股东会/董事会为什么存在?
三、合作博弈 *vs.* 竞争博弈：公司决议与政治决议有何不同?
四、反思公司法关于决议行为的效力构造：软化公司决议效力的司法干预
五、结论

摘　要　公司设立会议机构，以共同决议方式进行决策、开展业务，被认为天经地义、理所当然，理论界很少去反思、评价共同决议方式是否是一种有效率/有价值的组织运行形式。按组织行为学理论，组织决策始终存在“同意”与“授权”两种行使方式，对公司商业判断而言，“授权”这一精英治理模式有天然优势，能满足商业决策快速反应之需求，还能权责清晰地贯彻“自己行为、自己责任”，避免“决议大锅饭”衍生的不负责决策/冷漠决策/沉默决策现象。表面看来，共同决议机制旨在实现公司内部高效决策和监督制衡，但这两大目标均已落空。公司内部共同会议只是尊重资本主权的威权仪式，与其说是决策形式，不如说是信息交流。公司民主不是政治民主的经济翻版，前者以“合作性博弈”为基础，后者以“竞争性博弈”为基础。从合同法中的“合同性代理”到公司法中的“组织性代理”，代理人的权限受到了更多监管与限制。基于合作性博弈的品性，公司内部共同会议应淡化其决议功能，强化其信息沟通功能。由此，也应改造公司决议的效力评价机制。要让股东会/董事会回归“讨论/辩论的场所”，软化对公司决议效力的司法干预。

关键词　公司　共同决议　股东会　董事会　代理

* 北京大学法学院教授，法学博士。

本文是国家社会科学基金重大项目“社会主义市场经济中的公共商行为及其规制”(项目号：14ZDC019)的阶段性研究成果。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

普选的教条在某种程度上具有威力。〔1〕“共同决议”是公司行为之基础——以共同决议方式处理公司事务，已成商事习惯及公司法中的关于“复合股东”企业的强制安排。无论是英美法系还是大陆法系，几乎所有国家公司法都会对股东会/董事会决议事项、决议程序及决议效力作出规定，公司章程通常也会依法规范类似事项。一些研究还指出，公司治理是政治民主程序在公司内部的翻版。因此，董事会呈现一种“代议制的模式”。然而，“对公司董事会的存在及其运作模式，由于受制于公司理论的发展阶段，过去没有得到很好的解释”。〔2〕尤其是，实务中的股东会/董事会决议很少出现否决票，更勿言发生实质性改变议案内容的现象，这促使我们反思一个问题——既然股东会/董事会的“共同决议”很少能/会改变经理层的决定，股东会/董事会的“共同决议”为什么重要？我们究竟基于何种原因需要“共同决议”——若系基于效率原则，更有效率的“精英判断”能否取代“共同决议”机制？公司内部的共同决议与政治领域中的共同决议是否存在差别？以及，中国现行公司法是否能满足共同决议的功能需求？等等，这些问题均需回答。遗憾的是，在中国公司法理论中，并无特别多的有关公司决议行为的讨论，既有研究也多停留在关于决议行为的性质认定（是否属于法律行为、是否属于共同行为）〔3〕以及效力识别上〔4〕，很少对决议行为之功能意义及其本身的存在价值进行讨论。本文试图从公司

〔1〕〔法〕古斯塔夫·勒庞 《乌合之众：大众心理研究》，冯克利译，广西师范大学出版社 2007 年，第 180 页。

〔2〕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，第 1 页。

〔3〕学术界对决议行为到底是否为法律行为、共同行为等存在很大分歧。韩长印教授以公司设立行为为例，讨论过作为决议行为基础的共同行为理论为何比契约行为理论对公司法现象更有解释力（韩长印 《共同法律行为理论的初步构建：以公司设立为分析对象》，《中国法学》2009 年第 3 期，第 73－90 页）。与此相反，王雷则讨论了决议行为与共同行为、合同行为之不同，认为其扩张了民事法律行为之类型（王雷 《论民法中的决议行为：从农民集体决议、业主管理规约到公司决议》，《中外法学》2015 年第 1 期，第 79－99 页）。徐银波则认为，社团决议行为并非法律行为，无法直接适用法律行为规则。物权法、公司法虽设有特别规则，但二者关于决议行为效力类型及瑕疵事由的规定均不周延且相互冲突，无法满足司法需求。非公司法人等的决议行为更面临法律规制漏洞。未来民法典总则亟需增设决议行为规则（徐银波 《决议行为效力规则之构造》，《法学研究》2015 年第 4 期，第 164－183 页）。吴飞飞则从团体法角度将决议行为界定为团体法的私法评价体系，从而否决了对其进行共同行为定位的观点，但仍认为决议行为应纳入法律行为的范畴。他认为：合同法等个人法已经建立了较为完善的“私法评价体系”，我国《民法通则》所提供之“私法评价体系”亦对合同法等个人法更具有适用性，而我国法上的团体法“私法评价体系”却严重缺位。决议行为是构建团体法“私法评价体系”的线索与纽带，在我国民法典编纂的历史机遇下，唯有确认决议行为的法律行为属性，私法自治理念才能借助法律行为制度穿透团体自治的“黑箱”，构筑起团体法的“私法评价体系”。团体法行为与个人法行为的关键区别在于是否具有“公共管理属性”，共同行为仅仅是各自独立的私权之协同行权行为，并不存在私权部分让渡的情形，亦不会衍生出“共益权”及团体之公共管理机关。因此，共同行为属个人法行为而非团体法行为，亦无从参与团体法“私法评价体系”之构建。决议行为规则之价值本旨在于追求更具民主性、效率性的私法团体生活，“多数决”仅仅是实现该价值本旨的主要操作形式，进而言之，决议未必“多数决”，亦可“一致决”甚至“一票决”（吴飞飞 《决议行为归属与团体法“私法评价体系”构建研究》，《政治与法律》2016 年第 6 期，第 9－18 页）。其他论文还可参见陈醇 《论单方法律行为、合同和决议之间的区别：以意思互动为视角》，《环球法律评论》2010 年第 1 期，第 49－58 页。

〔4〕关于决议行为效力的讨论，可以参见张旭荣 《法律行为视角下公司会议决议效力形态分析》，《比较法研究》2013 年第 6 期，第 137－145 页；许中缘 《论意思表示瑕疵的共同法律行为：以社团决议撤销为研究视角》，《中国法学》2013 年第 6 期，第 56－66 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

共同决议与精英判断的功能差异、公司决议行为与政治决议行为的实质不同，分析公司内部共同决议行为的功能意义，进而评价公司法关于共同决议效力构造上的妥当性。

一、共同决议之常态：为什么不是精英判断

除少数例外情形，每一个复数股东构成的公司都有股东会/董事会。公司每年为召开股东会/董事会均需花费大量经费。例如，外地股东/董事出席会议的交通费、住宿费、招待费，一些公司还会为会议出席者发放会议津贴，以促成更多人与会或奖励与会行为。虽然，曾因证监会要求，上市公司召开股东会不得再给予与会股东特别利益，出席会议的费用（例如，交通费、食宿费等）均由股东自行负责〔5〕，但上述规定在其后有关文件中已被删除。〔6〕现行行政规范也并未明确禁止对董事发放会议费用，董事出席会议的费用一般仍视为履职条件而由公司承担。若董事居于异地，此乃一笔不菲开支。按照每家公司7名董事、每年现场开会6次、每次人均花费3000元保守估算，每年董事出席会议的费用至少也有12.6万元。

可是，一个非常有趣的现象是，股东会/董事会在绝大多数情况下，都尊重了经理层在最初提案中的意见，与会者对上述议案，很少发表不同见解，更勿言投票反对。唯公司内部发生控制权争夺、股东失和、管理层腐败等异常现象时，方会出现弃权票、否决票〔7〕，理论上认为很重要的股东会/董事会，在实践中基本属于“花瓶机构”。早在1934年，曾任美国SEC主席长达36年之久的法律教授威廉姆·欧·道格拉斯（William O. Douglas）就曾指出“董事并不管事”，这一断言在很大程度上是对的。〔8〕1962年，曾有一位美国公司的董事这样吹嘘道“如果你兼任5个董事职位，那你简直就像呆在了天堂，享受着永久的热水浴。你无需做任何工作。每个月只需坐上公司给你提供的小轿车去开一次会，看起来威严而睿智，然后在合适的场合说

〔5〕例如，《上市公司股东大会规范意见》（证监公司字〔2000〕53号）第27条规定“公司召开股东大会应坚持朴素从简的原则，不得给予出席会议的股东（或代理人）额外的经济利益。”

〔6〕例如，在证监会2006、2014、2016年多次修订的《上市公司股东大会规则》（证监发〔2006〕21号；证监会公告2014年第20号；中国证券监督管理委员会公告〔2014〕46号；证监会公告〔2016〕22号]）中，都未再看到有类似禁止给予股东额外经济利益的规定，按照反面解释的规则，至少证监会已并不完全禁止上市公司为出席会议的股东提供特别经济利益了。

〔7〕以中植系为例，其资本平台中新融泽及其一致行动人2016年2月违规举牌荃银高科（300087），被上市公司诉至法庭要求宣告违规增持部分股权无效，并被证监会立案调查。5月25日荃银高科召开年度股东大会，中新融泽对增发及现金收购资产等相关议案投了反对票，造成增发方案未通过股东大会决议。再如，2015年举牌东方银星（600753）并成为第二大股东的豫商集团，与第一大股东东鑫建材内斗不止，使得上市公司议案在股东大会上持续被否。在2016年4月召开的股东大会上，《关于公司章程修改的议案》因豫商集团及其一致行动人投票反对而未获通过。参见《反对有效！30天13家公司议案遭股东大会否决》，《证券时报》2016年7月1日，第A005版；资料来源：http://stock.10jqka.com.cn/20160701/c591384444.shtml，2018年6月28日访问。还可参见《其实小散有力量！30天13家公司股东大会决议被否》，资料来源：http://guba.eastmoney.com/news，000755,432014785.html，2017年3月2日访问。

〔8〕Katrina Brooker，*Trouble in the Boardroom*，FORTUNE，May 13，2002，at 113－116. 转引自〔美〕肯尼思·A.金、〔美〕约翰·R.诺夫辛格《公司治理》，刘江译，中国人民大学出版社2004年，第43页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

‘我同意’，就万事大吉了。”〔9〕 如果董事会如此没有意义，国家法律为何还要花费如此大的成本去设计公司内部决议机构的结构和权利、义务及责任?

同样的现象在股东会中也多次重现。例如，阿伯德·杨（Abe de Jong）、杰拉德·梅滕斯（Gerard Mertens）和彼得·罗森博姆（Peter Roosenboom）研究了 1998 至 2002 年间 54 家荷兰上市公司 245 次年度股东会的情况。结果发现——在全部 1583 项提案中，只有 9 项议案被拒绝或撤销；有 601 项提案获得 1 票以上反对。学者寄予厚望、认为会采取“股东积极主义”立场的机构投资者往往不会反对提案，但养老基金对提案所投反对票的数量确实在逐年增加。即便如此，管理层的提案也很少在股东会上被拒绝或撤销。在被拒绝或撤销的 9 项提案中，有 6 项与授权股份发行、限制或排除优先购买权有关，这意味着几乎所有管理层的提案都获得了股东会通过。在 1998 年被统计的提案中，有 48 项提案与年度报表的审阅有关，其中 12.5% 的议案存在反对票，但对该事项的平均反对率为0.10%（投反对票的事项和平均反对率见表 1）。因此，在荷兰，股东会并未使公司股东对经营产生任何重要影响。〔10〕

而且，还有一个很重要的现象是，股东会的出席/投票率并不高（尤其是算上无证书的股份资本），从 1998 至 2002 年，股东的平均投票率不到 40%（参见表 2），难道投票权的设计是为了奖励出席的股东，让其有更高的出席率?

在全球范围来说，关于股东会的经验研究数据其实十分匮乏，但毛格（Maug）和吕德奎斯特（Rydqvist）仍统计了美国 1994 至 1997 年间 3530 次股东会会议的情况。其中，有 17% 的提案是股东提出来的，股东会会议的平均投票率（average turn-out）是 82.2%，最低通过率是 44.3%。但在股东和董事提出议案的通过率（pass-rates）上存在极大差别，分别是 5.1% 和 98.7%。〔11〕 在英国，1998 年 FTSE 350 指数的样本公司中，平均投票率是 45.8%。〔12〕 但不幸的是，比较这些结果却存在困难：首先，在美国和英国，法律强制要求养老基金出席股东会，这对股东会的出席率会有积极影响。其次，在美国，因为关于股东保护的立法存在不同，不同州之间会存在很大差别。但毛格和吕德奎斯特的研究并未区分各州情况。〔13〕 例如，如所周知的特拉华州，有许多美国公司在那注册，其立法与其他各州显著不同，这对企业价值已经产生了很大影响。〔14〕 在美国，现有文献都集中于股东积极主义。但当以股票短期价格及/或长期表现

〔9〕 同上注。

〔10〕 Abe de Jong, Gerard Mertens & Peter Roosenboom, *Shareholders' Voting at General Meetings: Evidence from the Netherlands*, 10 JOURNAL OF MANAGEMENT AND GOVERNANCE 353, 361 – 362 (2006).

〔11〕 Ernst Maug & Kristian Rydqvist, *What is the Function of the General meeting? Evidence from the U. S. Proxy Voting Process*, Working Paper, 2001. 转引自前注〔10〕, Abe de Jong, Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

〔12〕 PIRC Proxy Voting Trends at UK Companies 1993 – 1998, 1998, http://www.cix.co.uk/%7Epirc/pubs/pr98.htm. 转引自前注〔10〕, Abe de Jong, Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

〔13〕 同前注〔10〕, Abe de Jong, Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

〔14〕 Robert Daines, *Does Delaware Law Improve Firm Value?*, 62 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 525 (2001). 转引自前注〔10〕, Abe de Jong, Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

表 1　荷兰上市公司股东年会关于经营事项的投票情况（1998 年至 2002 年）

Table— Voting on management proposals at general meeting

		1998	1999	2000	2001	2002
年报审议	*Adoption of annual accounts*					
	Number of proposals	48	51	49	48	48
	Percentage proposals with of votes against	12.50%	15.69%	20.41%	33.33%	35.42%
	Average percentage of votes against	0.10% [5]	0.12% [4]	0.14% [8]	0.37% [14]	3.05% [14]
解雇董事	*Discharge*					
	Number of proposals	46	54	51	50	50
	Percentage proposals with of votes against	10.87%	16.67%	27.45%	52.00%	46.00%
利润分配	Average percentage of votes against	0.01% [3]	0.16% [6]	0.09% [12]	0.70% [24]	0.68% [19]
	Distribution of profits					
	Number of proposals	43	43	41	42	40
	Percentage proposals with of votes against	9.30%	11.63%	21.95%	35.71%	32.50%
股份发行	Average percentage of votes against	0.05% [3]	0.68% [3]	0.21% [7]	3.11% [12]	0.45% [12]
	Issue of shares					
	Number of proposals	30	34	32	42	41
	Percentage proposals with of votes against	70.00%	73.53%	87.50%	69.05%	80.49%
优先购买权	Average percentage of votes against	4.31% [15]	5.76% [20]	6.20% [20]	7.69% [23]	8.33% [31]
	Pre-emptive rights					
	Number of proposals	8	7	12	14	13
	Percentage proposals with of votes against	87.50%	85.71%	100.00%	85.71%	92.31%
股份回购	Average percentage of votes against	9.36% [2]	5.73% [5]	4.94% [6]	9.92% [10]	8.42% [12]
	Share repurchase					
	Number of proposals	41	45	43	44	43
	Percentage proposals with of votes against	19.51%	24.44%	30.23%	45.45%	39.53%
章程修订	Average percentage of votes against	1.04% [8]	2.24% [9]	1.15% [12]	1.11% [18]	4.23% [16]
	Amendments to articles of association					
	Number of proposals	21	12	23	24	10
	Percentage proposals with of votes against	23.28%	50.00%	56.52%	45.83%	70.00%
减资	Average percentage of votes against	1.40% [5]	3.37% [4]	1.58% [8]	2.42% [8]	5.79% [7]
	Reduction of share capital					
	Number of proposals	4	5	2	5	4
	Percentage proposals with of votes against	25.00%	20.00%	50.00%	20.00%	25.00%
任命外部会计	Average percentage of votes against	0.00% [0]	0.00% [0]	0.01% [1]	0.00% [0]	0.04% [1]
	Appointment of an external accountant					
	Number of proposals	14	10	15	16	14
	Percentage proposals with of votes against	14.29%	20.00%	40.00%	25.00%	28.57%
监事会薪酬	Average percentage of votes against	0.06% [2]	0.08% [2]	0.02% [6]	0.13% [4]	0.02% [4]
	Remuneration of supervisory board					
	Number of proposals	11	7	1	8	7
	Percentage proposals with of votes against	18.18%	28.57%	0.00%	37.50%	42.86%
任命监事	Average percentage of votes against	0.00% [0]	0.54% [2]	0.00% [0]	0.25% [3]	0.87% [2]
	Appointment supervisory board member					
	Number of proposals	21	15	18	25	21
	Percentage proposals with of votes against	14.29%	6.67%	33.33%	60.00%	42.86%
	Average percentage of votes against	0.00% [0]	0.00% [0]	0.02% [5]	0.64% [10]	0.23% [9]
任命董事会成员	*Appointment management board member*					
	Number of proposals	5	8	8	12	12
	Percentage proposals with of votes against	40.00%	12.50%	37.50%	50.00%	67.00%
	Average percentage of votes against	0.11% [2]	0.24% [1]	0.02% [3]	0.11% [4]	0.13% [8]
其他事项	*Other proposals*					
	Number of proposals	11	9	23	18	11
	Percentage proposals with of votes against	36.36%	44.44%	52.17%	58,33	85,71
	Average percentage of votes against	2.20% [4]	5.33% [3]	4.83% [9]	0.85% [10]	4.15% [6]

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

表 2 荷兰公司股东会投票率（shareholder turn-out）（1998 –2002）[15]

	1998	1999	2000	2001	2002
Panel A: Shareholder turn-out					
Percentage of share capital, certificates					
Average	89.83	88.15	94.06	92.82	94.03
Median	97.76	97.34	98.62	97.26	98.41
Number of companies	13	14	11	10	9
Percentage of share capital, without certificates					
Average	31.86	36.51	33.52	31.00	33.17
Median	26.63	33.25	37.50	30.42	33.96
Number of companies	25	28	24	25	26
Panel B: Identity of shareholders present					
Pension funds	22	20	15	11	17
Mutual funds	3	4	5	3	5
Other institutional investors	1	1	1	1	4
Number of companies	48	52	49	48	48

去衡量时，股东会上的股东治理建议对公司价值提升到底有多大意义，现有证据是混杂不清的。[16] 罗曼诺（Romano）认为，积极的机构投资者应当评估股东会议程以便更有效率地运用其资源。[17] 但是，一些养老基金，例如，公务员退休基金（CalPERs）及美国教师退休基金会（TIAA-CREF）有良好声誉，能凭其声誉在股东会之外，通过与公司管理层的私人谈判，积极影响公司治理。[18] 因此，出席股东会、通过针锋相对的辩论方式甚至投票去表达意见，对其而言可能并非最佳选择。此种情形，法律强制要求其出席股东会，实质意义并无想象那么大。

由此，我们不断面临这样一个非常重要的问题——若股东会/董事会决议很少出现否决票，我们为何还需要“共同决议”？“共同会议”以及“共同决议”的价值到底何在？

---

〔15〕 同前注〔10〕，Abe de Jong，Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 361 页。

〔16〕 有关文献可以参考：Daine Del Guericio & Jennifer Hawkins，*The Motivation and Impact of Pension Fund Activism*，52 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 293（1999）；Stuart L. Gillan & Laura T. Starks，*Corporate Governance Proposals and Shareholder Activism: The Role of Institutional Investors*，57 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 275（2000）；Jonathan M. Karpoff，Paul H. Malatesta & Ralph A. Walkling，*Corporate Governance and Shareholder Initiatives: Empirical Evidence*，42 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 365（1996）；Andrew K. Prevost & Ramesh P. Rao，*Of What Value are Shareholder Proposals Sponsored by Public Pension Funds?*，73 JOURNAL OF BUSINESS 177（2000）；Deon Strickland，Kenneth W. Wiles & Marc Zenner，*A Requiem for the USA: Is Small Shareholder Monitoring Effective?*，40 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 319（1996）；Sunil Wahal，*Pension Fund Activism and Firm Performance*，31 JOURNAL OF FINANCIAL AND QUANTITATIVE ANALYSIS 1（1996）. 转引自前注〔10〕，Abe de Jong，Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

〔17〕 Roberta Romano，*Less is More: Making Institutional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance*，18 YALE JOURNAL ON REGULATION 174（2001）. 转引自前注〔10〕，Abe de Jong，Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

〔18〕 Willard T. Carleton，James M. Nelson & Michael S. Weisbach，*The Influence of Institutions on Corporate Governance through Private Negotiations: Evidence from TIAA-CREF*，53 JOURNAL OF FINANCE 1335（1998）；Michael P. Smith，*Shareholder Activism by Institutional Investors: Evidence from CalPERS*，51 JOURNAL OF FINANCE 227（1996）；转引自前注〔10〕，Abe de Jong，Gerard Mertens & Peter Roosenboom 文，第 358 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

二、公司内部共同决议的功能基础：股东会/董事会为什么存在？

鲍勃·陲克（Bob Tricker）按照董事会主席对董事会运作方式德影响程度不同，将董事会区分为“橡皮图章”“乡村俱乐部”“代表性董事会”和“职业董事会”四种（参见图1），在不同类型董事会中，董事关系结构及责任关注各不相同。[19]

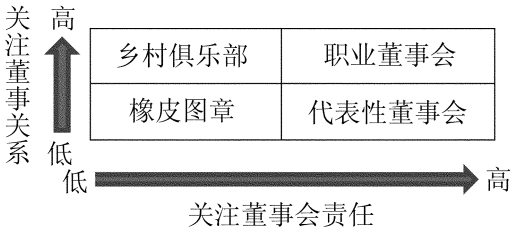

图1　董事会类型图

斯蒂芬·班布里奇（Stephen M. Bainbridge）很早就质疑，公司为何需要董事会？为何不能采取首席执行官之类的集权统治？[20]对于股东会/董事会为什么存在这样的问题，学者见仁见智。[21]例如，斯却特里（R. Stratling）认为，股东会有三方面重要作用：一是，向股东汇报公司的经营状况和财务表现；二是，对超出董事会权限范围之外的事项进行授权；三是，为董事和股东之间的讨论提供交换意见的场所。[22]而按照肯尼斯·阿·克姆（Kenneth A. Kim）和约翰·R. 诺芬森（John R. Nofsinger）的观点，董事会的职责总的来说包括四方面　“一是聘用、评价甚至解聘经营班子的高级成员，其中CEO是重点；二是对重大经营决策（例如大额资本支出项目和收购）进行投票表决；三是对重大财务决策（例如发行股票和债券、支付股利、回购股票等）进行投票表决；四是向经营班子提供专家咨询。在履行这些职责的过程中，董事会被认为是在代表股东利益行事。”[23]本尼斯（Bennedsen）认为，在封闭公司使用董事会旨在保护非控制性股东免受控制性股东的剥削，尤其与公司分配有关的事宜方面。[24]

按照早期制度经济学家古斯塔夫·冯·施莫尔（Gustav Von Schmoller）的观点，组织内部的会议可能还有稳固组织持续的功能。因为“在组织内部，支配与依附关系，或者友爱关系得以

---

〔19〕慕凤丽《董事会的本质》，经济管理出版社2016年，第25页。

〔20〕Stephen M. Bainbridge, *Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance*, 55 VANDERBILT LAW REVIEW 1 (2002).

〔21〕同上注；Morten Bennedsen, *Why Do Firms Have Boards?*, Working Paper, Mar. 2002, Available on the SSRN Database。

〔22〕Rebecca Stratling, *General Meetings: A Dispensable Tool for Corporate Governance of Listed Companies?* 11 CORPORATE GOVERNANCE: AN INTERNATIONAL REVIEW 74 (2003).

〔23〕同前注〔8〕，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第42页。

〔24〕同前注〔21〕，Morten Bennedsen。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

建立。但是在大型组织里，存在着高于个体的权威力量，这种权威力量不会因为人员的更替而变动，这使得组织具有了稳固的持续性。”〔25〕 股东会/董事会机制就是这种高于个体的权威力量。可是，集会只是一种人类合作的形式。如同现实生活中的各种会议（例如，通气会、通报会、咨询会）未必一定需要表决一样，公司股东/董事聚集在一起进行“共同会议”是否等于“共同决议”？公司会议除了以决议为目的，是否还有其他重要功能？“共同决议”是否并非“共同会议”的唯一目标？“共同决议”的预设功能与其实际功能是否一致？对此，需要反思共同决议到底有何功能。

（一）共同决议的功能意义：预设的一面

通常认为，通过股东会/董事会共同决议机制建立起公司内部的决策体系，有助于形成科学决策，实现投资者之间/董事之间的监督制衡。例如，斯蒂芬·加里斯洛夫斯基、克雷格·托米认为：“董事会的作用，是确保公司拥有健全的执行管理和合乎道德并富有效率地运作，以此保证长期持续的发展。”〔26〕 斯蒂芬·班布里奇也认为，董事会是一个生产团队，其职责在于管理、制定政策、监督管理者，同时作为合同连接体中的中心签约人，可以为公司提供资源。〔27〕 董事会有两大职能——管理职能与监督职能。〔28〕 而且，通常，管理学领域更注重董事会的管理职能，而其他领域特别是法律学者更注重企业董事会的监督职能。〔29〕 因此，共同决议的主要功能是高效决策与监督制衡。可事实上，这两项功能基本上都不可能顺利实现——“一些董事会主要由于管理层的朋友（或密友）组成，他们通常只在那里给管理层的决定充当橡皮图章，许多董事的参与作用基本可以忽略不计。”〔30〕

1. 高效决策

中国古话常说“三人行，必有我师焉”，这是对群体智慧给予了很高褒扬。因此，共同决议的民主决策机制往往试图借助群体中的“他人智慧”来提高决策的精确性和效率性，公司内部会议决策也是如此。依据组织行为理论的研究，集体决策的正确性要高于个体决策，这是因为集体决策能从以下诸方面促进效率：其一，集体决策有助于克服人类在信息获取、储存、计算掌控、交流转化等方面的有限理性；其二，集体决策有助于消除偏见。因为其可以汇集不同意见、消除过分自信而导致的盲目决定；其三，集体决策可以降低代理成本，将监督扁平化，有助于解决“谁来监督监督者”的问题。因此，斯蒂芬·班布里奇认为，共同决议的集体决策之所以被立法青睐，是由集体决策所折射的决策理性所决定的。〔31〕 因为一些行为心理学的研究认为，在决策判断事务上，董事会之类群体决策（group decision）比单一个体（single individuals）

〔25〕〔法〕贝尔纳·夏旺斯：《制度经济学》，朱乃肖、周泳宏译，暨南大学出版社 2013 年，第 6 页。

〔26〕〔加〕斯蒂芬·加里斯洛夫斯基、〔加〕克雷格·托米：《投资丛林：一位投资大师跨越 50 年的私人手记》，王飞等译，中信出版社 2009 年，第 53－54 页。

〔27〕 Stephen M. Bainbridge，Corporate Theory，at 89－100. 转引自同前注〔2〕，邓峰书，第 10 页。

〔28〕 同前注〔19〕，慕凤丽书，第 95 页。

〔29〕 同前注〔19〕，慕凤丽书，第 95－96 页。

〔30〕 同前注〔26〕，〔加〕斯蒂芬·加里斯洛夫斯基、〔加〕克雷格·托米书，第 54 页。

〔31〕 同前注〔27〕，Stephen M. Bainbridge，第 89－100、80－82 页。转引自同前注〔2〕，邓峰书，第 10 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

决策更准确。〔32〕

虽然精英决策模式被认为是民主政治欠发达国家广泛存在的一种政府决策模式〔33〕，似乎是一种落后的决策方式。但社会心理学的试验表明，与精英判断相比，群体决策并非高效决策的有效形式。因为“真理并不会与人数上的优势携手同行”。〔34〕相反，群体决策往往导致决策效率低下、资源浪费，以及产生愚蠢的决策结果。因为，“在产业世界的众生相里，最高位置上有着一个精英族”。〔35〕里德·黑斯蒂认为，群体比起水平居中的成员做出的判断更为准确，但群体中最好的成员经常胜过群体整体。〔36〕盖尔·希尔1982年在《群体与个体表现：N+1是否大于1?》的文章中，也得出了类似结论。她总结了近50年来关于个体和群体表现的研究，认为群体通常胜过其中一般个体，但是群体经常不如其中最优秀的个体。〔37〕萨皮儿（Sapir）研究了决策者决策能力指数分布下的专家规则、多数规则以及介于二者之间的一些决策规则，结果表明，专家规则是最优规则的概率远大于多数规则。〔38〕因此，公元前六世纪波斯帝国始皇帝、军队统帅居鲁士大帝提倡“多方商议，统一指挥”。〔39〕还有很多研究都不断证明——民主是最无效率的决策机制，“集权式”中国的快速发展也印证了这一点。为什么在股东会/董事会中无法依托“群众智慧”进行更科学高效的决策？这是因为：

其一，公司治理的专业性、高门槛导致“群众智慧”无法应对。因商事交易日趋复杂，公司治理日趋专业化，管理甚至因此成为专门学问，普通股东/董事未必有可与董事长/总经理媲美的专业能力。公司治理的专业化集中体现在董事本身的“分化”上——董事作为公司内部的权力精英（此种权力往往是建立在技术理性、知识理性以及关系理性基础之上），其内部实际上也是“分化的”。例如，行业外的独立董事不太了解公司内部及技术事宜，非法律、会计专业的董事不太了解合规及会计问题，这导致其在决策中可能产生“盲从专业董事”的现象。因此，董事会决策中存在潜移默化的“路径依赖”现象。〔40〕针对这种“倾向于治理精英”的盲从现象，学者指出，所有共同决策都很容易受到精英的干涉——政治家决策机构也是这样，“议会中

〔32〕 E. g., Micheal J. Saks, *Book Review*: *Blaming the Jury* (Review of Judging the Jury, by Valerie P. Hans & Neil Vidmar) 75 GEORGETOWN LAW JOURNAL 693, 706 – 707 (1986). Quoted from Franklin A. Gevurtz, *The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors*, March 30, 2004, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=546296 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.546296.

〔33〕 王钰 《关于精英决策的制度分析》，《山东行政学院山东省经济管理干部学院学报》2004年第5期，第98 – 100页。

〔34〕 同前注〔1〕，〔法〕古斯塔夫·勒庞书，第180页。

〔35〕〔英〕菲利普·鲍尔 《预知社会：群体行为的内在法则》，暴永宁译，当代中国出版社2007年，第215页。

〔36〕〔美〕斯科特·普劳斯 《决策与判断》，施俊琦、王星译，人民邮电出版社2004年，第186页。

〔37〕 同上注。

〔38〕 Luba Sapir, *The Optimality of the Expert and Majority Rules under Exponentially Distributed Competence*, 45 THEORY AND DECISION 19 (1998). 转引自庄锦英 《决策心理学》，上海教育出版社2006年，第314页。

〔39〕〔澳〕米娜·杜莱辛甘、〔德〕沃尔夫冈·莱马赫 《决策与判断：走出无意识偏见的心理误区》，中国人民大学出版社2017年，第167页。

〔40〕 沐风 《乌合之众：大众非理性行为的经济学逻辑》，中国人民大学出版社2016年，第131 – 133页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的群体很容易受暗示的影响，而且就像所有群体一样，暗示都是来自享有名望的领袖。”〔41〕

其二，“搭便车与会”的心理，导致大部分普通股东/董事不会对会议议题予以特别关注和研究，除非该议题涉及其自身或己方利益集团的利益。这使普通股东/董事在精英股东/董事之外，事实上对共同决议的实现基本无智慧可贡献。由于股权集中，持股比例较少的股东，或经营不那么专业的董事，很易产生“搭便车”心理。如同学者所言，尤其当所有权与经营权分离后，股东在企业决策中的作用也越来越小，董事会也开始控制在企业的职业经理人手中，既非股东又非传统经理人员的专业人士开始参与企业决策。在参与企业决策的股东日渐稀少的时候，作为企业最高决策层级的董事会逐渐被经营层控制，导致所谓董事会的虚设。经营层对企业控制权的滥用意味着董事会真正的决策功能缺失。〔42〕

其三，“群决策”（Group decision-making）内含的认知困境（决策陷阱），导致共同决议可能出现决策错误或决策偏差，无法产生科学决策的效果。群体决策质量受很多因素影响，例如，群体成员的决策能力、群体规模的大小（一般认为，在人数少于 5 人的群体中，成员参与水平较高，易得到一致意见；在人数多于 7 人的群体中，成员参与机会减少，受少数人支配的可能性增加；随着群体增大，可用资源增加，但沟通和协调成本随之加大）、群体成员间的信息沟通、群体结构与类型（群体成员的知识结构、权重配置、性格气质以及决策风格的互补性、年龄及性别结构等）以及群体择案规则（决策群体选择最终决策方案的程序和方法，例如一票否决、协商一致、多数原则、等级决定原则）等〔43〕，都在不同程度上会影响群体决策的精度。由此，产生认知心理科学上的“决策错误”与“决策偏差”现象非常普遍。所谓决策错误，是指在群决策过程中，因决策陷阱的存在而导致决策不正确的情形。虚假确定效应、框架效应、心理账户、成本沉默效应、过度自信、比率偏见效应等〔44〕，都可能形成决策陷阱，导致错误决策。所谓决策偏差，是指在群决策中还广泛存在的“群体极化”（指群体讨论容易增强群体成员达成一致倾向的现象）〔45〕、“群体趋同/从众效应”（指个体由于真实的或臆想的群体压力，在决策的认知或行为上不由自主地趋向一致的现象）〔46〕、“群体决策中的归因误差与偏差”（指对行为及行为结果的原因进行解释）〔47〕以及“群体盲思”（指心理活动的效率、对现实的检验以及道德判断的退化，这种退化来自群体内压力）〔48〕等可能导致群体决策虽未根本错误，但出现认知、决策准确度等方面的偏差。〔49〕马克斯·巴泽曼在《管理决策中的判断》一书中总结，可

---

〔41〕 同前注〔1〕，〔法〕古斯塔夫·勒庞书，第 180 页。

〔42〕 同前注〔19〕，慕凤丽书，第 88 页。

〔43〕 同上注，第 309 – 315 页。

〔44〕 同前注〔38〕，庄锦英书，第 114 – 157 页。

〔45〕 斯通纳在研究中发现，集体决策中被试者在参加讨论之后，似乎更愿意提倡和拥护冒险行为。Stoner & James Arthur Finch，*A Comparison of Individual and Group Decisions Involving Risk*，Unpublished Master’s Thesis，1961，Masachusetts Institute of Technology. 转引自同上注，庄锦英书，第 315 页。

〔46〕 同上注，庄锦英书，第 317 页。

〔47〕 同上注，第 319 – 321 页。

〔48〕 Irving L. Janis，Group Think: Psychological Studies of Policy Decisions and Fiascoes（2nd Edition），Houghton Mifflin，1982. 转引自同上注，第 321 页。

〔49〕 同上注，第 114 – 157 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

能导致的决策偏差包括易于回忆、易提取性、假定的联系、对基率不敏感、对样本大小不敏感、对偶然性的误解、趋均数回归、联合谬误、锚定、联合事件和分离事件偏差、过度自信、证实陷阱、后见之名和知识祸因等 13 种之多〔50〕，而这些认知错误及偏差在股东会/董事会决议时都可能发生。

正是基于以上原因，针对股东会/董事会设计的试图实现科学高效决策的共同决议机制实际上难以实现预设效果。在现实生活中，尽管法律建立了一套民主的治理机制，但公司治理实践中的民主成分是极为稀缺的。例如，在某公司关于高管的薪酬考核办法的汇报材料中，有这样的记载 “考核结算中，对 9 个方面的问题实行了扣分：……九是当面对抗领导，为错误言行辩解，规定一次扣 10 分。2011 年 5 月 17 日，XX 副总发生一起，扣 10 分”。而公司发生其他涉及生产、交货、质量等方面的事故，最多也就扣 10 分（参见表 3），这意味着公司将维护大股东/董事长的权威视为最重要的事情。〔51〕 因此， “盛宣怀模式的独裁的总经理 + 查帐董事（事实上是监事）可能更加符合经济效率”，集体共管的最高权威式的决策，在中国的确可能没有太大意义。〔52〕

表 3 某股份公司薪酬考核办法中扣分事项及分值

事故类型		扣分比例
安全事故	按照事故严重程度	每例扣 3 – 10 分
质量事故	损失 1 – 5 万元	每例扣 3 分
	损失 5 万元以上	每例扣 4 – 10 分
交货不及时		每例扣 3 分
用户投诉		每例扣 2 – 10 分
分管部门员工严重违纪		每例扣 2 – 10 分
原材料质量事故	损失 5 万元以下	每例扣 3 分
	损失 5 万元以上	每例扣 4 – 10 分
材料供应脱节		每例扣 2 分
发货延误和途中发生事故		每例扣分管副总 2 分
财务管理	审核不严	每例扣 2 – 10 分
	管理漏洞	扣 4 – 10 分
后勤部门安全、卫生、治安事故	一般事故	每例扣 3 分
	重大事故	每例扣 4 – 10 分
汇报工作实实、弄虚作假		每例扣 10 分
当面对抗领导为错误行为辩解		每例扣扣 10 分

〔50〕〔美〕马克斯·巴泽曼 《管理决策中的判断》，杜伟宇、李同吉译，人民邮电出版社 2007 年，第 19 – 46 页。

〔51〕 XX 股份有限公司《关于公司经理层成员 2011 年度薪酬考核结算方案（草案）和 2012 年薪酬政策及岗位目标考核办法的汇报》。

〔52〕 同前注〔2〕，邓峰书，第 29 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

2. 监督制衡

“董事会的一个重要作用是评价公司的经营班子，尤其是 CEO”。[53] 但共同决议意图实现的监督制衡，实际上在很大程度上也是空想。在股东会/董事会的绝大多数场合，基本没有不同声音，以致于学者都认为股东会/董事会“形式化”了。一直到 20 世纪 80 年代之前，公众也并不怎么关注董事。到 20 世纪 80 年代，并购浪潮接踵而至，公众才开始呼吁要进行良好的公司治理。[54] 以《商业周刊》为例，它也只是从 1996 年才开始对董事会进行评级。[55] 为什么本身存在利益冲突的股东/董事对大多数决议案不愿发声？可能是因为以下原因导致共同决议作为制衡机制失效。

其一，负责人称职。由于公司的负责人——董事长、总经理是通过选举/协商程序确定，投资人在考察其代言人时一般都是谨慎的，此种选举机制导致其可以信任公司负责人，故而监督动力不足。谢里夫实验也表明 ‘在模糊不定的情境，个体的判断会受到他人——特别是看起来颇为自信的他人的影响（即社会影响）而产生顺从行为”[56]，在一次很简单的有关“线段长短”的视觉判断实验中，有 75% 的被试者给出了至少一次错误回答，即对群体的错误表现出了“遵从行为”。在 50 个被试者中，平均有 32% 的人有“从众反应”。但进行单个测验时，则没有任何被试者出错。[57] 这也证明当公司董事长/总经理对推荐到董事会/股东会的提案充满自信时，会导致群体因“从众反应”而使监督变得空洞无用。以中国 2005 年的股权分置改革事项表决为例，当股东会采取网络投票与现场投票方式时，现场投票通过率明显高于网络投票通过率（参见表 4），也从另一个侧面证明了现场投票更易受到参与者“从众心理”的影响。

表 4 流通股东现场投票通过率与网络投票通过率 [58]

代码	名称	现场投票通过率	网络投票通过率	流通股通过率
002006	精工科技	100	86.53	87.23
002007	华兰生物	100	92.26	92.27
002012	凯恩股份	100	78.63	80.96
002015	霞客环保	100	84.89	86.1
002020	京新药业	100	91.25	91.61
002022	科华生物	99.03	91.44	92.23
002037	久联发展	100	82.34	82.59
002048	宁波华翔	100	94.95	95.15
平均		99.88	87.79	88.52

[53] 同前注 [8]，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第 49 页。

[54] 同上注，第 43 页。

[55] 同上注，第 46 页。

[56] 刘华 《社会心理学》，浙江教育出版社 2009 年，第 236 页。

[57] Deborah J. G. Dobson & Keith S. Dobson，*Problem-solving Strategies in Depressed and Non-depressed College Students*，5 Cognitive Therapy and Research 237 (1981). 转引自同上注，刘华书，第 238 页。

[58] 李建标等 《股权分置改革中网络投票实证与实验研究》，《西部商学评论》2008 年第 1 期，第 84 – 96 页；李建标 《公司治理机制与当事人行为：实验经济学和行为经济学的视角》，高等教育出版社 2009 年，第 36 页。http://www.sse.com.cn/sseportal/ps/zhs/home.shtml；http://www.szse.cn/main/default.aspx，2005.

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

其二，熟人效应。真正有效的监督是必须把监督者从“熟人”变成“陌生人”，只有对陌生人我们才能“下狠手”监督。例如，停车场的收费员若是司机的亲戚，则其难以对不缴费的“亲戚司机”进行有效催款。相反，若将收费员更换为不认识司机的陌生人，则收费监督立即变得有效。最典型的是在高速公路收费处，很少有司机能逃费过关，因为收费员是陌生的监督者。ETC 收费系统之所以更能防止腐败，也是因为 ETC 收费系统通过机器/程序将管理者和被管理者完全陌生化了，若无事先设定的“免费通关”程序，逃费过关是不可能的。电子监控是冰冷的没有言语的、最无私的监控者。因此，可以预见人工智能的发展将改变人类社会的监控系统。可是，这种陌生人监控机制在需要讨论、发言的股东会/董事会中却很难奏效：一则，投资者只会从熟悉的人员中选择合作伙伴进而再从其中选任董事或者高管，甚至二者兼任，无论是外部董事还是内部执行董事，都容易走向“推荐熟人”的状态；二则，即使是陌生人参与投资或担任董事，股东会/董事会的决议机制，也会将陌生的股东/董事变成熟人，从而日益抵消监督的效果。例如，在很多公司，CEO 由董事长兼任，董事会如何去监督 CEO？即使在外部董事更多的公司，许多所谓外部董事，也都与 CEO 存在着业务或私人关系。[59] 在上榜《财富》杂志的公司中，有 91% 的公司聘请了本公司已退休的经营班子成员出任董事；有 83% 的公司聘请了其他公司的经营班子的成员担任董事；有 56% 的公司聘请了学者担任董事；还有 52% 的公司聘请了前任政府官员担任董事。[60] 此种熟人构造的状况，使公司股东会/董事会内部的监督制衡基本停留在制度想象之中，很难演绎为现实。

其三，面子观念。中国人特别看重的面子观也导致共同决议的监督机制失效。作为中国人特有的文化心理现象，面子文化极大地影响了中国人的日常社会生活。面子文化的产生与儒家传统文化、耻感文化、社会取向的文化以及中国是人情社会有极大的关系。“面子”的符号象征功能、社会交换功能和社会控制功能不仅调节了中国人的相互交往关系，也有利于社会的和谐与稳定。[61] 面子文化可能导致形式主义、缺乏诚信（人前一套、人后一套）、缺乏内在约束（面子本质是一种外在约束），从而形成两极人格。[62] 凡此种种都可能导致通过会议进行“当面监督”难以奏效。管理学认为，中国的面子文化会改变管理策略。因为面子文化的原因，管理者要善于进行“印象整饰”，选择有利于良性互动的管理风格和调控策略。[63] 中国人往往在对某某人或某某事提出不同意见之前，必须对被建议的对象予以表扬，先阐明认同感，就是此种“印象整饰”的反映。

因为面子原因，股东/董事在开会时一般不会质疑议案，更勿言提出反对意见。而且，董事会成员一般都是大股东、董事长/CEO 影响下确定的，让这些人去监督选任者——选任者会很没面子——不可能有良好的监督效果。根据 2001 年光辉国际咨询顾问公司的一项年度董事会研究结果，大约 2/3 的董事认为，在确定新董事会成员方面，CEO 或董事长的影响最大。[64] 案例研

---

〔59〕 同前注〔8〕，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第 49 页。

〔60〕 同上注，第 46 页。

〔61〕 姜彩芬：《面子文化产生根源及社会功能》，《广西社会科学》2009 年第 3 期，第 116 – 120 页。

〔62〕 宋圭武：《面子文化是缺乏民主的》，《北京日报》2008 年 5 月 19 日，第 10 版。

〔63〕 陈炳、高猛：《“面子”文化与管理之道：中国式管理的文化生态学视角》，《管理学报》2010 年第 6 期，第 797 – 803 页。

〔64〕 同前注〔8〕，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第 46 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

究也表明，面子文化会影响到企业组织的效率。〔65〕 在笔者对某公司董事的调研过程中发现，在该公司某次董事会上，A 独立董事对某一违规提案本已与另一独立董事沟通好，共同表达反对意见，但在董事会正式召开时，公司高管特别就该提案所涉问题做了说明，并提请董事予以关照，结果该独立董事未再表明任何异议，仅 A 独立董事对该提案坚持了异议，其后 A 独立董事被解任。面子观在体制内的国企中尤为突出。因董事之间（包括外部董事）共事形成的密切/熟悉关系，基于相互的面子，只要过得去，参与者都不会太反对某些可能不是特别合规的议案。因此，尽管公司法建立了“异议免罚”机制〔66〕，对错误决议以免责方式奖励异议董事，以促使董事提出异议，实务中仍无多少董事愿在会议表决时提出异议。这种不异议的现象虽然可能是多种原因造成，但面子观念无疑是其中重要的原因。

最后，股东/董事选民的“理性冷漠”。怠于异议也有可能是因为股东/董事缺乏足够的信息和专业知识，难以判断竞选人所承诺政策的优劣。因为“信息偏在”问题，选民的投票偏好很容易受其他因素（例如，政治/商业广告、产品宣传、高管汇报劝诱等）影响而改变。相关研究也表明，选民的投票并非以业绩为导向，他们比较倾向于选择素质好的候选人。〔67〕 即便选民能够判断候选人承诺政策的优劣，也还存在“集体行动困难”。尤其对上市公司，选民的投票决策是典型的集体行动，对单个选民而言，一张选票的边际收益几乎为零，对竞选结果的影响微乎其微，以致他们认为不会影响竞选结果，而投票需要付出时间成本及其他机会成本，这就导致他们处于一种“理性的无知”状态——投票随意，甚至很容易放弃投票或者被人拉票。〔68〕 如同学者所言：“商业领域正在大幅度地把参与和互相尊敬纳入决策中。然而在大多数等级结构的公司里，你总是埋头工作，完全不发表任何意见。创造力的源泉被堵塞。管理人员发现下属很少或没有反馈意见。”〔69〕 中小股东的“理性冷漠”甚至导致了一人股东会的现象发生。例如，迪康药业 2011 年第二次临时股东大会审议《关于委托理财事宜的议案》虽获 100% 通过，但出席股东大会的股东及授权代表仅一人，即大股东——四川蓝光实业集团有限公司。〔70〕 这种现象虽属奇葩，但对股权过于集中的公司而言，小股东的此种投票冷漠，却可能是理性的。尽管有研究认为，中小股东的“冷漠”是非理性的，可能损害其利益，但仍承认就中小股东对议案的认同度而言，存在“搭便车”式的边际收益。〔71〕 还有人指出，网络投票只能在一定程度上提高中小股东的投票表决率，从整体上看，中小股东的投票表决率并不高，大股东等控制人仍对股东

〔65〕 柳在润、金东光：《中国“面子文化”对在华韩国企业内部沟通的影响：以中国三星总部为例》，《中央民族大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 S1 期，第 108 – 114 页。

〔66〕 例如，《公司法》第 112 条第 3 款规定：“董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。”

〔67〕 彭宗超等：《合作博弈与和谐治理：中国合和式民主研究》，清华大学出版社 2013 年，第 79 页。

〔68〕 同上注，第 79 页。

〔69〕〔加〕布莱恩·斯坦菲尔德：《共识建导法：从个人创造力到集体行动》，杜文君等译，复旦大学出版社 2005 年，第 2 页。

〔70〕 熊锦秋：《超级“理性冷漠”下的一人股东会奇观》，《上海证券报》2011 年 10 月 18 日，第 F07 版。

〔71〕 孔东民等：《冷漠是理性的吗？中小股东参与、公司治理与投资者保护》，《经济学》2013 年第 1 期，第 1 – 28 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

大会的表决结果具有决定性作用。〔72〕

因此，基于上述原因，监督制衡在公司内部共同决议过程中事实上非常弱化，通常只有在股东/董事存在分歧、利益冲突等极为少数的情形才会看到。如同格兰特·海德（Grant M. Hayden）和马修·特·博迪（Matthew T. Bodie）所言，这一点很好理解：在该领域，所有与控制分离是基础，但公司选民（股东）对选出来的公司官员缺乏问责，不得不通过股东诉讼、证券规制，或者收购标价来进行监管。选举监督的可能性在很大程度上都被认为是不可能实现的。〔73〕

（二）共同决议的功能意义：实际的一面

既然股东会/董事会都无法实现其预设的功能，那么，我们为什么需要股东会/董事会？公司内部共同决议机制具有何种实际功能？笔者认为，共同决议作为威权仪式及信息交流通道，才是公司内部实行共同决议机制的根本原因。

1. 威权仪式

很多研究表明，人类社会通过很多仪式来表彰权力、地位和控制关系——仪式是一种权力的表征。例如，司法仪式、宗教仪式、成人仪式以及结婚仪式等其他民间仪式都与相应的司法权威、宗教权威以及民间其他威权形式的建构之间存在密切关系。〔74〕公司内部共同决议为投资人提供了一种尊重其“资本威权”的仪式。通过经理层向董事会/董事会与监事会向股东会层层汇报的机制，彰显资本在公司内部的权力，从而体现股东作为公司主人/所有者（控制者）所具有的威权的一面。这就如同在中国以及其他东方社会，逢年过节，晚辈要给长辈问候请安/拜年是同样的效果——彰显后者对前者的地位/控制权，这种习惯性的制度仪式在建立权威的同时，还能给前者一种/一些“心理安慰”。若无股东会/董事会此种共同决议的形式，则投资人将与公司处于失联状况，因此，也可能会产生“投资不安”/“投资不信任”的情绪，这种负面情绪会影响/甚至抵消投资者间的合作效率。

2. 信息交流

“用一个会议去强加一个想法或解决方案是无效的。”〔75〕共同决议的另一个重要功能，是能产生“信息交流”（exchange of information）的效果。既然在股东会/董事会上都缺少监督制衡，待表决的议案很难被否定，则“表决”其实就不是/不应是股东/董事共同开会的主要目的。如

---

〔72〕彭彩惠《网络投票能改善中小股东的冷漠吗？》，厦门大学2014年硕士学位论文，摘要部分。

〔73〕Grant M. Hayden & Matthew T. Bodie, *One Share, One Vote and the False Promise of Shareholder Homogeneity*, 30 Cardozo Law Review 445, 446 (2008).

〔74〕杨冰川《浅论司法仪式与司法权威》，《重庆科技学院学报（社会科学版）》2011年第1期，第44页；曾令健《纠纷、仪式与权威：迈向象征主义法人类学》，《民间法》2015年第1期，第138页；宣璐《仪式、传统和权威：司法公信生成的文化因素》，《厦门特区党校学报》2016年第3期，第61页；厚德顺《司法权威的反思与建构：从司法仪式说起》，载最高人民法院《全国法院第二十六届学术讨论会论文集：司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，人民法院出版社2015年；赵旭东《仪式性竞争与第四种权威：政治人类学视角的民间权威与公共性支配的社会逻辑》，《西北民族研究》2017年第2期，第25页；李向平、李思明《信仰与民间权威的建构：民间信仰仪式专家研究综述》，《世界宗教文化》2012年第3期，第110页；尹鸿《成人仪式：权威意识与东方主义的殊途同归》，《当代电影》2000年第1期，第34页。

〔75〕同前注〔69〕，〔加〕布莱恩·斯坦菲尔德书，第15页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

此，则不如直接废除预设的共同会议的表决功能。让会议变成一种具有“头脑风暴”可能的交流场所。〔76〕因为，重要的可能不是决议——“重要的是要获得整个团体的所有想法”〔77〕——决议在此之前早就通过董事长或总经理形成和固定。

或许，股东/董事参与共同会议/决议主要旨在建立一种信息沟通/交流的场所和通道——通过此种信息沟通和交流，投资者藉以了解董事、董事藉以了解高管，进而掌握公司经营情况，对董事/高管之经营行为予以评价，为事后董事/高管的更换、追责提供依据。因此，共同决议所提供的会议场所，使股东/董事能得到更多交流机会，甚至可能通过辩论改进董事/经理的微观决策。为促使此种信息交流能够常态化、强硬化，法律甚至还创设了质询权，以使会议交流变得充分有效。可见，“信息交流”是股东会/董事会得以合理存在的实际动因。但这样的一种功能，在法律偏重“权利逻辑”的思维下，被更有权威的“决策”功能淹没了。

虽然会议的信息传达功能，被一些人认为是“已经走到了尽头”的“无价值参与”〔78〕，但会议作为信息交流通道，无论是对西方社会还是东方社会，都并不陌生。例如，在西方文化中，酒会的主要功能就是信息交流、情感沟通，为便于此种信息和情感沟通，甚至不设固定座位，使参与者可以流动交流。在东方社会，甚至还提出了“会议经济/会展经济”的概念，例如，广交会、珠海航展、甚至博鳌论坛、APEC、奥运会、一带一路峰会等，很多或大或小、领域不同、内容有异的会议，都是以信息交流为形式和目的的。连最常见的老乡会、同学会也莫不以感情沟通、信息交流为主要任务——股东会/董事会也应如此。一旦发现了股东会/董事会此种隐藏的功能，法律就应当在此基础上调整其立场和态度，才能有效实现“规整的目的”。

三、合作博弈 *vs.* 竞争博弈：公司决议与政治决议有何不同？

人类社会虽然总体上是一种依存关系，但这种内部关系可能存在合作、竞争与独立三种相关的关系面相。这三种面相在政治、经济领域的表现程度可能是不一样的。德尤茨（Deutsch）认为，人们相信其目标是相关的，是一个影响他们相互作用的动态和结果的重要变量。人们关于目标是相关的信仰大大影响了他们的预期、沟通、交换、问题解决以及生产率，识别了人们目标相关的三种可能：合作；竞争；独立。〔79〕为什么公司内部股东会/董事会的共同决议会表现为一种“缺少否定”的结果？以及政治无处不在的今天，公司内部决议是否是政治决议程序的翻版，从而完全适用政治程序中的选举规则？如同学者描述的那样，公司法这种最商业的领域，已经十分政治化了——“公司法已被强迫面对其政治的一面。在整个 20 世纪，学者在其有关公司的分析中，聚焦于信义义务、代理成本、社会效率。当高管与董事、股东的关系被密切

〔76〕 同上注，第 76 页。

〔77〕 同上注，第 55 页。

〔78〕 同上注，第 5 页。

〔79〕 M. Deutsch，The Solution of Conflict，Yale University Press，CT，1973；M. Deutsch，*Fifty Years of Conflict*，in Leon Festinger ed.，Retrospections on Social Psychology，Oxford University Press，1980. 转引自张朋柱等 《合作博弈理论与运用：非完全共同利益群体合作管理》，上海交通大学出版社 2006 年，第 11 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

关注，其中最直接的关系，即股东对董事的选任关系，理所当然、必须、毫无争议地成为年度民主运动（annual exercise in democracy）。”〔80〕

尽管一些主流学说往往将公司简单地等同于政治模式的经济反应，布坎南等也认为，说政治公共选择行为类似于普通市场行为是恰如其分的。〔81〕但笔者认为，二者之间存在本质区别：公司内部共同决议的主体之间是一种“合作性博弈”的关系，而政治决议主体之间往往是一种“竞争性博弈”的关系。这种“元关系基础”的不同，导致公司内部共同决议与政治共同决议存在本质的差别——前者以“缺少否定”为常态，而后者以“充满否定”为常态——这在两党制的民主国家表现得更是淋漓尽致。

（一）竞争性博弈

“物竞天择，适者生存”/“自然选择，最适者生存”〔82〕，达尔文主义者认为，人类社会是以竞争为基础的，或者说这至少是进化的动力。在《物种起源》中，达尔文用“生存斗争”这一一般名词来表述生物界普遍存在的竞争。〔83〕政治社会的进化首先遵守达尔文规则。尤其是自有民主的政治体制，政党竞争成为政权更替的主旋律。有人比较三种民主模式的特征，自由竞争式民主是靠政党竞争、三权分立、地方分权与自治来实现政府治理的。〔84〕

因此，所谓竞争性博弈，是指建立在竞争目的基础上的博弈。竞争性博弈是一种“非合作博弈”，其假定参与人之间不能达成有效的协议与联合行动，每个参与人根据其所了解的信息，单独行动追求自身利益最大化。〔85〕政治领域不同党派/利益集团之间的博弈多为竞争性博弈，竞争几乎可以被视为不同政治力量博弈的起点和终点。因此，这些政党/利益集团虽然可能组成统一的政府，甚至也可能会出现“合作民主”的倾向，但其间的博弈仍是以竞争为原因/目的而展开的——不同党派/利益集团为了竞争未来的组阁权力，从一开始就是在竞争的基础上进行博弈，任何一方执政，另一方都可能始终处于对立博弈的政治状态中。可见，政治领域中的博弈以竞争为主旋律。这从历史上的国共合作、我国台湾地区蓝营/绿营以及美国民主党/共和党历年大选中的博弈竞争中可窥一斑。

基于政治的此种竞争性，甚至有学者提出了“抗争政治理论”（Contentious politics theory）。例如，1996 年，查尔斯·蒂利、麦克亚当和塔罗共同发表了一篇重要论文“图绘抗争政治”，该篇论文后来扩充为《抗争的动力》和《抗争政治》两部核心著作。其所谓抗争政治，是由抗争行为、集体行动与公共政治的交集构成（参见图 2），是指在诉求者和他们的诉求对象之间偶尔发生的、公共的、集体的相互作用。抗争政治是不同于选举那样的一般政治，也不同于与公共

〔80〕同前注〔73〕。

〔81〕〔美〕詹姆斯·M. 布坎南、〔澳〕杰弗里·布伦南《投票者的选择：评估政治的方法》，载〔美〕詹姆斯·M. 布坎南《宪政的经济学阐释》，贾文华、任洪生译，中国社会科学出版社 2012 年，第 98 页。

〔82〕〔英〕达尔文《物种起源》（达尔文进化论全集第三卷），周建人等译，科学出版社 1996 年，第 60 – 104 页。

〔83〕同上注，第 45 – 59 页。

〔84〕同前注〔67〕，彭宗超等书，第 62 页。

〔85〕同上注，第 72 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

政治无关的社会冲突。〔86〕 抗争政治较好地描绘出了公共政治的竞争特质。

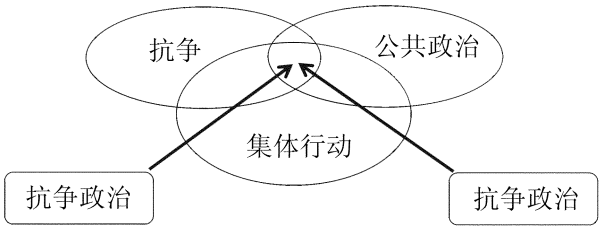

图 2 抗争政治的构成〔87〕

(二) 合作性博弈

亚当·斯密指出:“无论我们认为某人是多么自私,在这个人的天赋中总是明显地存在一些本性,这些本性使他关心别人的命运,并将别人的幸福看成是自己的必需品,尽管除了因看到别人幸福而感到高兴之外,他别无所得。”〔88〕 这表明,合作互惠是人类的天性。而且,人们之所以合作,并不仅仅是出于自利的原因,也是出于对他人福利的真正关心、试图维护社会规范的愿望,以及给合乎伦理的行为本身以正面的价值。〔89〕 托尔斯泰也认为:“我们不知道为什么会发生战争或革命。我们仅仅知道,为了进行某种活动,人们组成一定的集体,他们都参加了那个集体;我们说,人的天性就是如此,这是一种法则。”〔90〕 也许正是因为合作的重要性,乔治·阿克洛夫和瑞秋·克兰顿认为,组织的成功,取决于员工共享组织目标。否则,员工将就任何提供给他们的薪酬方案展开博弈。此时,共享目标意味着认同其所在的组织。〔91〕 认同才能产生合作,合作进而产生效率。这是商业组织的秘密。

所谓合作性博弈,是指建立在合作基础上的博弈。“尽管合作普遍存在于许多物种之中,智人的合作仍然是异乎寻常的,人类的合作能够超越亲近的家系亲属,甚至可以扩展到素不相识的人身上,除了社会性昆虫之外,人类的合作规模远远大于其他物种。”〔92〕 合作是指人们同别人一起从事互利活动的行为。这样的例子不仅包括对政治和军事目标的共同追求,也包括构成日常生活基础的更平凡活动:公司员工之间的通力合作,买者和卖者之间的交易,邻居之间对区域设施的共同维护。〔93〕 合作性博弈是假定参与人可以相互协商并达成有效的协

---

〔86〕 谢岳:《社会抗争与民主转型:20 世纪 70 年代以来的威权主义政治》,上海人民出版社 2008 年,第 17 – 18 页。

〔87〕 Sidney Tarrow & Charles Tilly, CONTENTIOUS POLITICS, Paradigm Publishers, 2007, at 7. 转引自同上注,谢岳书,第 18 页。

〔88〕 〔英〕亚当·斯密:《道德情操论》(2000 [1759]) 第 1 章,第 3 页。转引自〔美〕塞缪尔·鲍尔斯、〔美〕赫伯特·金迪斯:《合作的物种:人类的互惠性及其演化》,张弘译,浙江大学出版社 2015 年,第 1 页。

〔89〕 同上注,〔美〕塞缪尔·鲍尔斯、〔美〕赫伯特·金迪斯书,第 1 页。

〔90〕 同前注〔35〕,〔英〕菲利普·鲍尔书,第 215 页。

〔91〕 〔美〕乔治·阿克洛夫、〔美〕瑞秋·克兰顿:《身份经济学:身份如何影响我们的工作、薪酬和幸福感》,颜超凡、汪潇潇译,中信出版社 2013 年,第 56 页。

〔92〕 同前注〔88〕,〔美〕塞缪尔·鲍尔斯、〔美〕赫伯特·金迪斯书,第 3 页。

〔93〕 同上注。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

议，因而可以通过联合行动追求最佳结果，合作博弈强调的是集体理性，竞争博弈强调的是个体理性。〔94〕

市场/经济/公司领域内不同交易方之间的博弈都是合作性博弈。例如，合同双方当事人在缔约过程中的博弈，就是以达成交易（合意）为基础/目标导向的。法律甚至因此界定“合同成立”的概念。因为“合作目标”的一致性，尽管仍然存在利益竞争，但这种竞争是在合作框架下展开的分配商谈行为。“合作行为可能给合作的个体带来超过成本的净利益，因此完全可以由自利的动机所推动。市场交易就是这样一个例子。在市场交易中，合作是一种互利，也就是说它能给行动者和他人同时带来净利益。”〔95〕瑞士行为经济学家恩斯特·费尔（Ernst Fehr）和他的同时西蒙·盖赫（Simon Gächter）的实验表明，在投资收益测试过程中，即使在一些未有过多次交往的人中，也会形成合作意向。〔96〕因此，在互惠互利的基础上，合作性博弈各方往往更容易达成妥协，故很难或者说一般勿需以投票方式，而多以“商谈方式”解决问题，投票其实是一种最“伤害和气”又未必聪明的决策方式。

公司尤其是闭锁公司本身为“人合组织”，合作共赢是设立公司的基础〔97〕——与志趣相投的人共同创业，本来是快乐的事情，“人们可以从中获得快乐，或者感到有义务这么做”〔98〕，共同创业者之所以能同甘共苦，大体原因也在于此。因此，合作性博弈是公司内部股东与股东之间、董事与董事之间关系的基础。合作性博弈是一种新的理论路向——它能解释清楚为何股东会/董事会决议很少反对的声音？或者至少是很少反对票。

四、反思公司法关于决议行为的效力构造：软化公司决议效力的司法干预

由于合作性博弈是公司内部关系的基础，公司内部共同决议并非旨在进行表决/投票定胜负，而在于建立一种信息交流、沟通机制，为尊重股东的“资本威权”建立一种“治理仪式”。因此，公司内部股东/董事“共同决议”的重点其实不在“决议本身”而在交流和讨论/甚至辩论，由此，股东会/董事会应当成为一种“沟通的场所”而非表决的机制。如果将股东与董事之间的关系简化为代理关系，我们发现，从合同法中的“合同性代理”到公司法中的“组织性代理”，代理人的权限受到了更多监管与限制，也正是这种监管与限制，导致组织治理的效率丢失。因此，如果有可能，我们要让股东会/董事会决议回归到“讨论/辩论的场所”中来，淡化对股东会/董事会表决权的授予及规制，相应地，还应当软化对公司决议效力的司法干预。

（一）代理：从合同到组织

在《合同法》中，委托人若委托代理人从事某种行为/活动，代理人有较大的处理权，委托

〔94〕 同前注〔67〕，彭宗超等书，第72页。

〔95〕 同前注〔88〕，〔美〕塞缪尔·鲍尔斯、〔美〕赫伯特·金迪斯书，第3页。

〔96〕 同前注〔35〕，〔英〕菲利普·鲍尔书，第342页。

〔97〕 蒋大兴：《团结情感、私人裁决与法院行动：公司内解决纠纷之规范结构》，《法制与社会发展》2010年第3期，第54－77页。

〔98〕 同前注〔88〕，〔美〕塞缪尔·鲍尔斯、〔美〕赫伯特·金迪斯书，第4页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

人在授权之后，通常毋需在代理人实施有关法律行为前再对该行为予以同意/决议，代理人也仅需向委托人报告其工作情况及工作结果即可〔99〕——即，受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果，此为推进代理效率的制度设计。可见，在《合同法》的逻辑下，代理人有较为充分的代理事务“自主权”。《合同法》并未要求代理人在从事代理行为前，先经过委托人决策，而仅要求代理人按照委托人要求报告代理事务的处理情况，确保委托人的知情即可。即使在存在多名委托人的“共同委托”之情形，法律也未要求该多名委托人在代理人实施交易行为前先行决策，只是概括地要求代理人“应当按照委托人的要求”从事代理行为。

有意思的是，组织法/公司法不过是长期合同的组织/稳定形式，董事/经理是代理机制在公司内部的变体/折射，无论我们是用信托、代理或其他术语定位/解构此种内在关联，都能得出这一判断。然而，代理机制从交易法进入组织法却发生了较大的变化，在《公司法》中，居于代理人位置的角色（董事/经理）被要求向被代理人负责〔100〕，尤其是其在从事有关交易行为时，被要求需经过委托人的“共同决议”，《公司法》中代理人的交易决策权要受制于委托人的共同决议，其自我决定的能力减弱，由于法律过分关注股东会/董事会的“决议功能”，事实上使组织法的效率降低了——而由于代理人选任机制，被选为代理人的人首先被推定为值得信任的人，但该种值得信任的人在从事交易决策时又“不被信任”，不能独立进行交易决策，需要组织对法定/约定交易予以共同决议，组织法本身存在内部矛盾。这也是从契约法到组织法聚合出来的秘密——代理人被拘束了。

代理人之所以被拘束，完全是因为代理成本理论所造成的。因为股东和经营班子分配握有公司的所有权和经营权，前者拥有公司，后者控制公司。由于所有权和控制权的分离，便产生了一个简单的问题——经营者为什么要替所有者操心？在利益面前，经营者总是把自己作为优先考虑对象，为此会不惜牺牲所有者的利益，这便是如所周知的“委托—代理问题”或者“代理问题”。〔101〕这一理论假设，现代公司法最大的问题是不能解决各种代理成本问题，例如，股东不能解决对董事的控制、董事不能解决对经理的控制，委托人假设代理人是有自我利益的主题，并且，在代理人滥权的个案刺激下，代理人被想象成委托人的敌人，委托人毕生的事业是为代理人划定牢笼，约束其恣意的自利行为。“代理成本理论”过分夸大了代理人的背叛动机，将本来与委托人站在同一立场上的代理人标记为敌人——从而扭曲了商业组织法对委托代理关系的主体构造。商业组织法的内部治理几乎直接转化为“内部监督”，本来技术中性的“corporate governance”异化成为偏向牵制的“corporate supervisor”。

因此，现在是最需要反思的时刻。按照交易成本理论，科斯将企业视为“价格机制的替代物”，认为设立企业的原因在于以企业内部的生产组织取代企业外部的市场调节，从而减少交易

〔99〕 例如，《合同法》第 396 – 401 条。

〔100〕 在公司法中，所谓被代理人是指代理人的选择者，例如股东可视为董事的被代理人/董事可视为经理的被代理人。虽然在法律上，董事被视为接受公司的委托，但因实际上董事都会或多或少地听命于选任/提名其担任董事的股东之意，在公司运作层面，将股东而非其形成的公司之壳直接视为董事的委托人，是能够成立的。

〔101〕 同前注〔8〕，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第 15 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

成本。可见，企业是一种基于合作而实现“交易效率化”的工具，但组织法所设计的代理机制，显然不合此种目的，将“共同决议”作为一种监督机制，既达不到预设的监督效果，更损害了公司内部的决策效率。因此，组织法需要反思其内部决议的功能基础，是通过内部决议形成公司意思更好，还是通过特定代理人——集权人物/精英判断形成公司意思更好？股东会/董事会应被设计为决策机构、强调其“共同决议权”更好，还是设计为咨询讨论机构，发挥其信息交流的功能更好？肯尼斯（Kenneth）认为，组织作出决议有两种不同的方式，即同意方式（consensus）和授权方式（authority）。对于同意方式来说，其要求参与决策者拥有相同的信息和利益，以便他们能以较低成本集中在一起作出决议。相反，对于授权为基础的决议作出方式，适用于集团成员拥有不同的信息和利益的场合。在公众公司中，职工之间所获得的信息是不对称的，利益也是不相同的，适合采取授权方式作出决议。所以，职工这一群体不能成为决策者。应当由股东这一群体作为决策者。[102] 实际上，即便股东之间也不会拥有相同的信息和利益，按照股东分层理论，股东基于其动机不同，可以区分为管理股东和财务股东，前者看重公司管理的参与，后者看重公司的投资回报。因为此种投资目的的差异，股东关注的公司信息自然也会有所不同，管理股东更关注公司内部治理信息，财务股东更关注外部市场信息。因此，无论公司的公开程度如何，基于股东之间信息和利益的差异，都更适合以授权方式作出决议。

过于强调股东会/董事会的决策/共同决议功能，必然会导致其咨询/信息交流功能被弱化。在中国，为何公司股东很少行使其质询权，这可能也是过于关注决议权行使使然。由此，法律可能应回归到一个更本能的原点——我们不能忽略：公司之形成乃基于股东之间的合作而非对抗，是基于交易伙伴之间的信任而非欺诈的产物，公司内部代理人的选择/产生同样也是如此。所以，组织法的规范设计不能忽略了公司作为“合作性博弈”本质的一面，公司内部决策机构应更多地定位为友好的“信息沟通场所”，而非对抗的“共同决议场所”，事实上，投票是民主过程中最坏的机制，人类社会大量的事件不是通过投票，而是通过“商谈”来决策的，公司也应吻合“偏好合作”的人类社会这一根本的组织及运行逻辑——原则上，董事/经理的汇报事项毋需决议，只有当内部存在明显争议/对抗/纠纷时，才需要启动内部决议机制进行干预，以有效地化解纷争。[103] 由此，合同法与组织法中的代理就保持了一致，代理进入组织法不是为了抵消组织内部的合作效率，而是为了增进组织内部的合作效率。

因此，尽管表决权可能存在价值，例如，表决权可能使公司运营更有效率，有助于对董事行为进行牵制，有助于公司收购，表决权争夺也有利于股票价格的提升[104]，但将表决权从股东会/董事会转移到被授权主体——董事长或者经理，可能更有利于发挥公司精英的独立判断权，更有助于提升企业效率。至于所谓代理人滥权的问题，可以通过选任机制、股东诉讼、代表诉讼、公众监督等方式解决。因此，在美国，对于公司表决权机制并不采取强制性要求，一些州允许公司根据自己的情况建立自己的表决机制。[105] 尽管一些研究认为，股东没有剩余请求权的

---

[102] Stephen M. Bainbridge，CORPORATION LAW AND ECONOMICS，Foundation Press，2002，at 464 – 466. 转引自梁上上《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，第 5 页。

[103] 同前注〔97〕，蒋大兴文，第 54 – 77 页。

[104] 同前注〔102〕，梁上上书，第 16 – 17 页。

[105] 同上注，第 17 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

公司或者股东不能进行表决的公司，相对于普通公司而言，公司业绩更差；在组织解构上妨碍控制股形成的公司业绩也相对较差。[106] 但同时也有一些相反的研究在证明，听从股东的建议并不会显著提高公司的业绩，即使那些表决通过股东建议的公司，情况也是如此。[107] 在一项由机构投资人委员会领导的旨在研究股东行动主义的工作中，研究人员发现，目标公司的业绩并未有所提高，股东的行动主义也未见效。[108] 从这些不同的证据来看，股东的行动主义是否真能提高公司业绩，尚未可知。[109] 事实上，因为影响公司业绩的因素是多种多样的——有各种宏观和微观的元素，现有证据并不能充分证明共同决议与企业效率提升之间存在正相关关系。我国台湾地区学者邵庆平教授也认为："将特定公司事项交由股东会决定，其必然面临的问题是：在股东人数众多的大型公司中，股东们对于待决事项可能面临所知有限、资讯不足而无法理智地做出决定；持股数量不多的股东也可能会有'不差我这一票'的预期心理，因此对于决定过程的参与抱持消极的态度，而形成集体行动的困难（collective action problem）"。[110]

（二）决议效力：约束干预

虽然，基于法律、公众、政治权力以及法院的干预，公司治理日益表现出作为公共秩序的一面——诸如，股东地位特殊性的淡化、契约性的弱化以及治理重心的趋外部化等，均是此种公共干预的集中展现。[111] 但，既然股东会/董事会应当被定位为资本主权受到尊重的仪式以及信息交流的场所，强化其共同交流、弱化其共同表决的功能，则相应地应当修正组织法关于决议效力的立场。在现行公司法中，存在大量可以否定公司决议效力的情形和机会[112]，这导致公司商业决策效力很容易处于不确定过程中，而确定性又是商事交易着重追求的价值。[113] 因此，应当调整《公司法》有关股东会/董事会决议效力的条款，只有当会议的召开可能影响到资本主权和最终信息交流时，才应影响到决议效力，因此，从理论上而言，原则上个别股东的事宜是否不应影响团体决议的效力？在认可共同决议有"表决功能"之情形，如何平衡"股东平等"/"股东的最低保护"与"公司治理效率"问题，确实是公司法中的难点。梁上上教授曾认为：

---

[106] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard University Press, 1991, at 72. 转引自同前注〔102〕，梁上上书，第 17 页。

[107] Jonathan M. Karpoff, Paul H. Malatesta & Ralph A. Walkling, *Corporate Governance and Shareholder Initiatives: Empirical Evidence*, 42 Journal of Financial Economics 365 (1996). 转引自同前注〔8〕，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第 122 页。

[108] Wei-Ling Song & Samuel H. Szewczyk, *Does Coordinated Institutional Investor Activism Reverse the Fortunes of Underperforming Firms?*, 38 Journal of Financial and Quantitative Analysis 317 (2003). 转引自同上注，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书，第 122 页。

[109] 同上注，〔美〕肯尼思·A. 金、〔美〕约翰·R. 诺夫辛格书。

[110] 邵庆平：《公司法：组织与契约之间》，（我国台湾地区）翰庐图书出版有限公司（台北）2008 年，第 193 页。

[111] 蒋大兴：《论公司治理的公共性：从私人契约向公共干预的进化》，《吉林大学社会科学学报》2013 年第 6 期，第 75－85 页。

[112] 例如，按照《公司法》第 22 条，决议内容违反法律、行政法规或者决议程序违反法律行政法规、决议内容违反公司章程都可能导致决议效力被否定。

[113] 傅鼎生：《论商法的基本原则》，《政治与法律》1997 年第 5 期，第 15－18 页；陈雪萍：《论商法的原则》，《社会科学论坛》2005 年第 10 期，第 28－31 页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

“公司决议的团体法个性，决定了法律在处理公司决议时应当采取较为谨慎的态度。公司决议的特殊性在于，不能因为其中某一股东的意思表示瑕疵，就可主张撤销公司决议，其只能对自己个别的投票进行撤销。这样，股东个人对公司决议的无效、撤销的主张并不直接影响决议的效力。只有当股东的表决权行使的无效、撤销而产生定足数或者说决议要件不充足时，也就是说，只有被撤销的投票是关键性的票数时，才会成为决议撤销或者说不存在的原因。而且，为了维护公司决议的稳定性，商法或者公司法规定决议的无效、撤销只能以诉讼方式加以主张，必须通过决议撤销之诉或者决议不存在之诉来否定决议的效力。”〔114〕 这样的主张，是不是应当被认真对待?

基于共同会议的主要目的在于体现对资本主权的尊重及信息交流，现行立法对决议效力的“易于否定”的立场应予以修正，要约束外部力量（包括司法）对公司内部无害的共同会议的干预，只有在这种共同会议产生外部损害、背离信息交流的目的等行为发生时，才能否定其效力。具体修正思路如下:

其一，废除共同会议的决议机制，仅保留特别事项的决议权，使股东会/董事会的共同会议回归其原点。至于何种事项为特别事项，可以由公司自己在章程中决定，诸如，公司内部的权利争夺，股东会/董事会需要以决议方式行使预先裁决权〔115〕，或者，其他特别重要因而股东会/董事会予以保留决议的，等等，似可归为此类。

其二，限制共同决议无效/撤销事宜。原则上，微小程序瑕疵不构成共同决议撤销之事由，区分表决权撤销与决议撤销的不同。个体意思表示瑕疵，可能构成表决权撤销的理由，但未必构成决议撤销的理由。同时，对有限的共同决议，仅在其产生严重的外部性，例如，违反法律/行政法规的强制性规定; 损害公共利益; 违背善良风俗等现象发生时，方可令其无效。为此，现行公司法司法解释四的立场可能也要做相应调整。

其三，限制司法对公司内部决议的裁判权，建立公司内部预先裁判机制，由公司内部权力自行决断内部治理纠纷。〔116〕

对共同决议行为及其效力的限制，其本质在于为公司内部的精英判断留下空间，因为事实/历史不断证明，精英统治才是公司有效运营/有效竞争的关键。尤其在信息爆炸的今天，几乎所有成功的公司背后都有某位/几位核心精英。组织法如果不能发现商业实践的运行规律，如果忽略商业实践中的精英力量，组织法就会构成对公司实践的阻碍，公司就会走在离成功越来越远的道路上。因此，改造组织法的传统构造，抛弃被代理成本理论所过分夸大、假设的敌对关系，让公司回到合作博弈的轨道上来，也许才是今天公司法改革中最有意义的部分。

五、结　论

从原始社会起，人们就用投票表决的方式来表达对熟人的意愿，这种古老的群决策方法也是当今社会最常用的表达民意的方式，社会选择理论是从早期投票理论中发展而来的。迄今为

〔114〕 同前注〔102〕，梁上上书，第52页。

〔115〕 同前注〔97〕，蒋大兴文，第54－77页。

〔116〕 同上注，第54－77页。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

止，已知的开始对投票方法进行研究的最早时期是中世纪，其代表人物有诺曼·吕尔（Roman Lull）和努拉斯·库桑（Nuolas Cusanus），前者描述了一种两阶段的“两两比较选举法”，而后者提出了一种最早的“排序赋权法”。[117] 格夫特（Gevurtz）认为，董事会的存在、选举和代议、按人投票、集会行事等制度原则，几乎从有公司开始就“坚硬”地存在着，其间或有损益，但并无根本变化。[118] 公司设立会议机构，以共同决议的方式进行决策、开展业务，被认为是天经地义、理所当然，理论界也很少去反思、评价共同决议方式是否是一种有效率的组织运行形式，反而在“存在即合理”的思维惯性下，将这一商事实践养成的组织治理机制延宕至今。

实际上，按照组织行为学的理论，组织决策始终存在“同意”与“授权”两种行使方式，对公司所需商业判断而言，“授权”这一精英治理模式反而具有天然优势，能够满足商业决策需求的快速反应，还能权责清晰地贯彻自己行为、自己责任，避免“决议大锅饭”下从众心理所形成的虚伪决策现象发生。表面看来，共同决议机制的设计旨在实现高效决策和监督制衡，但实际上股东会/董事会只是花瓶机构，既未实现高效决策，也未实现监督制衡。公司内部共同会议只是尊重资本主权的威权仪式，与其说共同会议是决策机构，不如说其更像是信息交流场所。认为公司内部共同决议是政治民主的经济反射，公司民主是政治民主的翻版，这样的说法没有认识到二者的本质差异——政治民主是“竞争性博弈”，而公司决议是“合作性博弈”。这也能够解释为何在政治民主运行过程中，议会表决充满了反对票，而在公司内部决议过程中，却很少否决票。合作而非竞争，才是股东会/董事会的主旋律。这是由公司作为商业团体的本质（合作共赢）以及公司行为之“共同行为”本质所决定的。

基于“合作性博弈”的品性，公司内部共同会议应淡化其决议的功能，强化其信息沟通的功能，由此，也应改造公司内部决议的效力评价机制。从合同法中的“合同性代理”到公司法中的“组织性代理”，我们会发现代理人的权限受到了更多监管与限制，也正是这种监管与限制，导致组织治理的效率丢失。因此，要让股东会/董事会决议回归到“讨论/辩论的场所”中来，淡化对股东会/董事会表决权的授予及规制，相应地，还应当软化对公司决议效力的司法干预。对共同决议行为及其效力的限制，其本质在于为公司内部的精英判断留下空间，因为事实/历史不断证明，精英统治才是公司有效运营/有效竞争的关键。组织法如果不能发现商业实践的运行规律，如果忽略商业实践中的精英力量，就不仅不会成为商业实践润滑剂，还会成为商业实践的阻碍。因此，改造组织法的传统构造，抛弃被“代理成本理论”假设并过分扩大的委托人与代理人的敌对关系，让公司回到合作博弈的轨道上来，也许才是今天我们公司法改革过程中最应当被关注的内容。

---

[117] 徐玖平、陈建中：《群决策理论与方法及实现》，清华大学出版社 2009 年，第 3 页。

[118] Franklin A. Gevurtz, *The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors*, March 30, 2004, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=546296 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.546296.

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net