

公司法修订中的公司治理制度改革新

(文/中国政法大学民商经济法学院教授 赵旭东)

摘要：中国公司法历经近三十年的发展，资本制度的改革日新月异，取得了举世瞩目的成就，而中国的公司治理却广受诟病，公司治理制度虽经精心设计和尽力完善，公司治理的改革也始终在推进，但公司治理的现状却总是不尽如人意，难有彻底改观。中国的公司治理制度需要一次更为全面、系统而深刻的制度变革和创新。目前，全国人大已经启动并正在推进新一轮的公司法修订，寻求不断发展的中国公司治理制度再次迎来改革与创新的新的历史发展机遇，再次面临着对既有治理制度、法律观念的理论拷问和对未来治理制度的价值判断与理性选择。

自 1993 年实施至今，我国公司法已走过了短暂而又不凡的 28 年。所谓短暂，是指与发达国家公司法的悠久历史比较，我国公司法发展的历史是短暂的；所谓不凡，是指在这短短 28 年中，我国公司法先后经历了 1999 年修正、2004 年修正、2005 年修订、2013 年修订、2018 年修正共 5 次修改，修改频率之高位居世界前列。

公司治理制度和资本制度既是公司法的两大基石，也是支撑整个公司法的两大支柱制度，中国公司法几十年的修订和改革主要围绕这两大制度展开，其中公司治理制度的改革是公司法律制度改革和发展永恒的主题。公司治理的永恒有如公司的永恒，公司治理的改革和发展永远没有止境，市场和社会发展改变着公司治理的环境，对公司治理不断提出新的目标和要求，公司治理及至公司法的现代化就是通过不断地革新，保持其与市场、社会发展的同步和协调，从而为社会主义市场经济的发展注入新的活力。

中国公司法历经近三十年的发展，资本制度的改革日新月异，取得了举世瞩目的成就，而中国的公司治理却广受诟病，公司治理制度虽经精心设计和尽力完善，公司治理的改革也始终在推进，但公司治理的现状却总是不尽如人意，难有彻底改观。

从公司股东会、董事会、监事会等组织机构的名不副实，到控股股东对公司的过度控制，从上市公司的虚假陈述、操纵市场、内幕交易，到有限公司内部的股东内斗、控制权滥用，及至近来发生的当当网公章之争、中概股瑞幸咖啡财务造假事件等，显示我国公司治理中长期存在的各种痼疾依旧程度不同地存在。

亚洲公司治理协会(ACGA)2018 年发布的公司治理观察报告(CGWatch2018)显示，中国公司治理在 12 个受观察的亚洲国家中排名第 10 位，这样的位次与中国在整个世界经济总量中第二的排名完全不相匹配，巨大的公司数量和规模、强大的经济实力与相对落后的公司治理水平形成了强烈的反差。

中国的公司治理制度首创于 1993 年颁布的公司法，近三十年来，公司法虽然进行了多次修改，但在公司治理制度上无论基本架构还是核心机制，基本上未发生具有实质意义的变革，只有 2005 年的公司法修订对其进行了完善性的修补。就法律制度本身的静态观察而言，中国的公司治理制度可谓已经相当的完美，其似成高度成熟、难以撼动的超稳定系统，中国公司治理的立法使命似乎大功告成，再也无可作为。

然而，中国公司治理的严重形势并未彻底改观，形式上看似完美的公司治理

制度与实践中的公司治理发生严重脱节，借鉴和效仿于欧陆公司法的中国公司治理制度，已时常显露出诸多水土不服的反应，历史和现实已经日益表明和提示，中国的公司治理已经陷入既有制度锁定的困境，小修小补、原地打转式的改良对于根治公司治理的痼疾已经无济于事，公司治理的改革需要空前的决断和魄力，其根本的出路在于彻底突破现行制度和法律观念的束缚，摆脱和克服对既有治理结构和治理机制的路径依赖。

一言蔽之，中国的公司治理制度需要一次更为全面、系统而深刻的制度变革和创新。

目前，全国人大已经启动并正在推进新一轮的公司法修订，寻求不断发展的中国公司治理制度再次迎来改革与创新的新的历史发展机遇，再次面临着对既有治理制度、法律观念的理论拷问和对未来治理制度的价值判断与理性选择。

一、公司治理制度强制性与任意性的合理定位

公司法中的任意性规范和强制性规范各有其存在的价值。任意性规范是指公司参与各方可以另作约定，若公司参与各方没有另作约定，则该规则默认适用于各方；强制性规范是指公司参与各方所必须遵守的规范，不得通过合同选出。公司法中的任意性规范因其能够促进公司参与各方缔约、促进私人信息披露、降低交易成本等功能而备受学者、立法者的关注和认同，明确肯定和规定更多的任意性规范已成为现代各国公司法发展的趋势。

曾几何时，强制性过度而任意性不足是我国公司法的突出特点和严重缺陷，随着“公司契约论”在我国理论界的引入，将公司理解为“合同的联结体”、将公司法视为公司参与各方之间的格式合同的理论见解在我国学界和实务部门得以深入研讨并取得广泛共识，2005年的公司法修订将强化公司自治、弱化管制作为立法的重要指导思想，修订后的公司法增加了许多任意性规范，使公司法的强制性得以弱化，任意性得到明显加强。

需要解决的问题是，如何界分公司法中的强制性规范和任意性规范？尤其是如何确定公司治理规范的强制性和任意性？此为公司法2005年修订以来常被提及但却始终未得解决的疑难问题，它甚至被学者称为是公司法合同解释论中的哥德巴赫猜想。虽然部分境内外学者早已对公司法规范进行了有益的分类，但这些分类方法都较为抽象和宽泛，仍难以作为区分强制性规范和任意性规范的具体标准。

公司治理规范调整的是公司的内部法律关系，主要包括公司内部组织机构设置规范、组织机构职权规范和组织机构运行规范三大方面。总体而言，公司治理规范一般不会直接影响公司外部当事人的合法权益，也无损害社会公共利益之虞，原则上应是任意性规范，但若一些规范涉及公司组织机构存在和运行所必需的要求或条件，则应具有强制性，具体而言：

第一，对于公司组织机构设置规范而言，股东会、经理机构的设置规范应具有强制性，而董事会、监事会的设置规范应具有任意性。组织机构的设置规范应视不同机构设置的现实需要而分别定性，若某个机构的存在是公司运行所必需的，那么该机构的设置就应具有强制性，反之则否，可交由公司自主决定是否设置。现行公司法将公司的组织机构分为股东会、董事会、监事会和经理机构。

股东会的确是所有公司必设和应有的组织机构，但凡一个公司存在复数股东，则必须要借助股东会这种形式对股东权利进行集中协调和统一行使，故而股东会是所有公司必设的组织机构。经理机构的设置同样具有必须性，如果说公司的决

策是自上而下进行的，那么任何一个决策的具体落实和实施必然是自下而上的，一个公司可以没有董事会、监事会，但却不可能不存在执行具体事务、对公司日常经营事项进行管理的经理机构。

与股东会、经理机构设置的必须性不同，董事会和监事会在公司治理架构中并非不可或缺。在实行单层制的国家，如美国、法国等，允许封闭公司的股东自己经营而免设董事会或者监事会，允许董事长、总理由一人兼任；我国亦不例外，无论是有限公司还是股份公司，董事长（执行董事）和总理由一人担任的情况比比皆是。由此可见，董事会的权力既可以上收由股东会直接行使，也可以下放由经理机构直接行使，董事会并非所有公司必设的机构，因此，董事会设置规范应是任意性的。

至于监事会，其设计的初衷是负责监督董事会和经理，然而由于经济、社会、文化等种种复杂因素，尤其是我国股权所有权结构相对集中，具有控制性地位的股东常常直接出任董事长（执行董事）或总经理，监事会的监督职能在实践中发挥得并不理想，被戏称为“花瓶”。在理论界和实务界，呼吁取消监事会的主张也取得了相当的认同和共识。由此，即便不能完全取消监事会，但将其设置规范定位为任意性规范存在充分的理据。

第二，对于公司组织机构的职权规范，其强制性和任意性应区分不同事项分别确定。股东会、经理机构的职权规范应是强制性的，董事会的职权规范应是任意性的，若设监事会，则监事会的职权规范也应是任意性的。其确定的根据在于不同机构职权的专属性质，即当某项职权必然专属于某个机构，否则该机构的设置就失去其应有功能时，那么该项职权规范就应具有强制性，反之则否。

就公司法规定的有限公司股东会的十项职权而言，可以将其分解为所有者权利和经营者权利。

所有者权利包括任免董事监事并决定其报酬，审议批准董事会和监事会报告，审议批准公司年度财务预算、决算、利润分配和弥补亏损方案，对公司增资、减资、合并、分立、解散、清算或变更公司形式作出决议，修改公司章程等，对于这些职权法律应作强制性规定。经营者权利包括决定公司经营方针和投资计划、对发行公司债券作出决议两项，这两项虽十分重大而被公司法规定为股东会的职权，但却并非所有者的固有权力，因此，应赋予其任意性，允许公司将这两种权力规定由董事会或经理机构行使。

对于董事会的职权规范而言，前文已述，董事会机构设置规范应是任意性的，公司有权根据自身具体的经营情况，选择设置或不设董事会，故而其职权也应是任意性的，董事会的职权既可以上收至股东会，也可下放到经理层，不存在专属于董事会的职权。至于监事会的职权规范，如保留监事会的设置，那么其职权应是强制性的，否则失去监督权的监事会将失去其设置的意义。

经理机构的职权实质上是一种事实上的权力，这种权力并非来自法律的赋予，而是来自客观存在的公司经营管理的逻辑结构，即谁在事实上行使经营者权力，谁就是事实上的经理机构，谁就享有经理机构的职权，法律对此项职权的规定不过是顺应这种客观现实，对其予以立法的肯定和规范，故而此种规范应属强制性规范。

第三，对于组织机构运行规范而言，宜将其全面定性为任意性规范。诸如公司每年股东会的召开次数、召集方式、通知、主持、董事会人数、董事和监事的任期以及是否可以连选连任等，纯属公司内部管理事项，并不涉及外部当事人的利益，也不会危及交易安全和社会公共利益，完全可以允许公司自由设计适应其

经营模式的运行规则。因此，公司组织机构运行规范应全面定性为任意性规范，立法者应对公司的自主安排和设计予以充分的尊重。

二、股东会中心主义与董事会中心主义的界定与选择

公司治理模式的选择是公司治理具体制度构建与革新的过程中需要解决的基础性和前置性问题，这一看似偏向于在理论层面探讨的问题实则贯穿于公司治理实践的方方面面，直接影响着公司各组织机构的权责甚至存废。

公司治理模式选择方面的争议主要集中在股东会中心主义与董事会中心主义两种不同的公司经营体系的抉择上，两种治理模式孰优孰劣、何者更贴合当下中国公司法立法需求，一直是公司治理研究关注的热点话题，本次公司法的修订也对这一问题给予了格外的关注与重视。

关于股东会中心主义与董事会中心主义的区分与界定，公司法理论众说纷纭，多种学说的视角和着眼点各有不同。例如，从公司治理的终极目标加以区分，公司治理若追求股东利益的最大化则对应着股东利益导向的股东会中心主义；而若认为公司治理的最终目标是公司自身的最大化利益，则应董事会中心主义。

从公司实体权利的分配与归属的角度加以界定，则衍生了比较有代表性的“最终决定权标准”与“剩余权利标准”。前者认为股东会与董事会何者对公司主要和重大的经营管理事项拥有独立、终局性的决策权利，何者便是公司的治理中心；后者则认为治理中心的认定取决于公司法和公司章程中尚未类型化的“剩余权利”归何者享有。当然，理性分析不难发现这些学说的各自局限。

首先，公司治理目标与治理模式的选择之间系目的与手段的关系，实现同样的目的并非只有唯一的手段，因而公司治理目标是为股东还是公司自身利益的最大化与股东会中心及董事会中心在逻辑上并非一一对应之关系。

其次，在“最终决定权标准”的区分方式之下，对于“重大经营管理事项”的界定本身便需要进一步界定，公司经营涉及多方面内容，若细究哪些可认定为“重大经营管理事项”则不无争议。

最后，凭借剩余权利的归属认定治理中心也难免招致质疑，倘若涉及经营管理的大部分重要的权利都已经类型化并分配给股东会，仅少数无关紧要的剩余权利归董事会行使便认定为董事会中心主义似乎也有不妥。

不过公司治理问题本就体系庞大，用一套技术化的标准来进行股东会中心主义与董事会中心主义的精细切割确实不易，概括地加以分析，二者的区分还是在于判断何者在公司中拥有最主要和核心的权力，可以实际地主导公司的经营发展方向。

从历史嬗变上来看，公司治理模式整体的发展是由股东会中心主义向董事会中心主义过渡的，股东会中心主义在股东会制度建立初期的 19 世纪是世界各国公司法较为普遍的选择，而董事会中心主义是在 20 世纪随着公司规模扩大、股权趋于分散以及职业经理人群体的出现而登上历史舞台的，也越发成为西方国家主流的选择。

不同的历史发展背景使两种治理模式存在各自适合的土壤。股东会中心主义的治理模式实现了公司所有者与经营者的合一，可显著降低代理成本，在规模较小、股权集中的封闭公司中更为适合，有利于维系股东会作为核心决策机关的地位；而董事会中心主义的治理模式则在股权分散、规模较大的公众公司中更易凸显其优点，更容易发挥职业经理人的专业性以及董事会作为常设机构作出决策的及时性。

我国目前的公司治理模式其实处于一个相对尴尬的境地，从公司法对于股东会和董事会职权的分配和安排上看，董事会当为主要掌管公司经营事项的机构，而股东会则居于公司所有者而非经营者的地位，因而董事会中心主义应当是对于目前我国公司法规范的理论注解。

但现实却呈现了与立法的脱节，董事会的治理中心地位在许多公司中已经名不副实，其在公司经营管理中的主导或核心地位实际上已经被经理机构或控股股东取而代之，准确地说，许多公司的真正治理模式并非董事会中心主义，而是经理层中心主义或者是控股股东中心主义。这种规范与现实的错位也要求立法对于公司治理模式的选择进行重新思考。

从现实层面来看，我国公司的整体发展目前处于一个相对复杂的环境中，不乏许多大规模的现代化上市公司，也仍有数量相当庞大的中小规模公司，还有诸多转型中的国有企业，每个公司的具体情况更是迥异，特殊的现状给公司法的一体化制度设计提出了特别的要求，由此注定了在现阶段从两种治理模式中择取其一而全面推行并不科学合理。既然两种治理模式各有千秋且不同公司情况各不相同，那么在这一问题上不妨采取更加灵活的处理方式，即把选择权移交给公司自身，允许每个公司根据自身的资产状况、人员构成甚至文化理念等方面自行决定采取何种治理模式。

具体可以通过把股东会以及董事会的职权条款设计成任意性条款同时将董事会设置成非必设机构来实现，允许公司章程对公司法所规定的机构职权进行调整，甚至可自行决定是否设立董事会，如此既发挥了公司法“示范章程”的价值，又给予各个公司充分的自治权利，摆脱公司治理中心界定不明和难以统一界定的立法困境。此种办法，不失为在我国公司向现代化发展和转型的过渡时期的一种明智之举。

三、股东（大）会制度的改革与创新

自 1993 年公司法出台以来，虽经历了多次修订，但在股东会相关制度上一一直未有重大调整，从整体上看，股东会制度基本的结构和定位并无明显问题，需要改善的部分主要是在股东会制度的实际运行层面，如何更好地发挥股东会的职能以及促使更多股东参与到公司的集体决策中。随着公司规模的不扩大和信息化时代的到来，公司法在建构现代化股东会制度上应做出更多的尝试，以下四个具体的制度创新和完善已是大势所趋。

第一，双重股权结构的认可和确立。长期以来，我国一直奉行“同股同权”的股权平等原则，虽然在有限公司中赋予了公司自治选择不按股权比例进行表决的空间，但实践中的适用并不广泛，而股份公司中则是完全封死了“同股不同权”的路径，并不允许持有同比例股权的股东拥有不同比例的表决权。

由于在我国主板上市的公司提起 IPO 之前必经股份制改革，故而目前双重股权结构在我国主板证券市场中并无适用空间。诚然，同股同权原则更符合资本逻辑，相对更加公平，但允许表决权有所差异的不同类别股同时存在的双重股权结构在为公司吸引多样化投资、对抗恶意收购以及促使公司经营管理专业化等方面也确实存在不可替代的好处。

近年来阿里巴巴、京东等大批量优质企业纷纷舍弃 A 股而选择海外上市，其中一项重要原因便是国内对双重股权结构的限制。而近期科创板进行的特别表决权股份的设计，为公司法正式确立双重股权结构提供了先验性的尝试，也证明了这种特殊模式所蕴藏的市场活力。英美等国的公司法及证券法更早已为双重股权

结构创造了空间。许多公司对于双重股权结构有特殊的诉求，且只要进行充分的披露并且对于拥有特别表决权的股份流通进行必要的限制，双重股权结构的推行并不存在理论障碍，完全具有广泛的发展空间。确立单一股权结构和双重股权结构并行的双轨制模式，可成为股东会制度改革中的一项重要创新。

第二，电子表决机制的引入作为信息化时代的产物在股份公司及规模大、股东数量多的有限公司中具有特别的意义。按现行公司法的规定，股份公司的股东大会需股东本人或代理人实际出席会议并现场进行表决，而实践中，股份公司尤其是上市公司股东大会股东出席率较低，个别大股东可以对会议决议进行完全的控制，股东集体决策的目的很难实现。规模较大的有限公司同样面临着相似的问题，部分股东若出于某种原因无法参加会议很可能导致股东会不能及时召开，进而影响公司决策的时效性

然而，随着网络信息时代的来临，现有技术早已能够支持通过网络、电话等电子通讯媒介召开会议，也使电子表决成为可能，股东线上参加会议并通过特别的软件或载体行使投票权并无障碍。若公司法可以在法律层面正式对于股东会电子表决的效力予以认可，使电子表决机制在有限公司和股份公司全面推广，地域和时间的壁垒便可被打破，股东会会议的召开将更加灵活，也更有利于股东之间的权力制衡。

第三，表决权征集制度的确立有益于股份公司股东大会更好地进行集体决策。表决权征集在法律上的本质属于表决权的集体代理，现行公司法并未对此作出禁止性的规定，而允许股东委托代理人出席股东大会并行使表决权，故而在逻辑上表决权征集属于合法行为。

但之所以目前上市公司并未广泛推行该项制度，主要还是在于法律并未对此作出具体的程序性规定，未明确有权征集的主体有哪些以及征集需要经过哪些审批备案程序等。表决权征集制度最主要的意义在于优化公司治理的结构，保障中小股东的利益，也给予公司管理层更多独立的决策性权利。

小股东在公司人微言轻，也缺少管理公司的动力，表决权征集制度让有诉求有主张的小股东有机会征集到大量表决权，从而代表小股东的集体利益，使其声音和利益诉求更多地被股东大会听到并纳入考量；而公司管理层征集表决权后可以更好地与大股东互相制衡，避免大股东对公司完全的控制，让管理层有更多独立决策的空间。此次公司法修订中，对于表决权征集制度应作出具体的规定，明确征集主体和征集程序，让这一制度充分激发股东大会集体决策的活力。

第四，股份公司股东大会应明确最低表决权出席比例。现行公司法仅规定了股份公司股东大会决议须经出席股东大会股东所持表决权半数或 2/3 以上同意方可通过，但并未规定出席股东大会的最低表决权比例，这也意味着很多情况下决定某项决议通过与否决的表决权可能仅占公司全部表决权的很小比例。

这种表决方式在现实中造成了很多十分严重的问题。很多公司的大股东可以实现对决议完全的控制，中小股东的诉求无法得到保障。甚至某些大股东为其私利，在多数股东不方便的时间或地点召集股东大会，导致出席股东大会的股东人数十分稀少，进而推动股东大会决议按其意志形成并通过，导致公司大股东与中小股东之间的矛盾。

此前由于时间和地域所限，若规定股东大会的最低表决权出席比例很可能导致很多公司难以作出有效决议，但如今可推行的电子表决机制及表决权征集机制则为规定最低表决权出席比例创造了条件。此次公司法修订可在股份公司股东大会表决规则中增加半数的最低表决权出席比例，只有达到相应出席比例的股东大

会决议方为有效，如此可进一步增进股东大会的集体决策，对限制大股东滥用权利、消解股东间矛盾亦有裨益。

四、公司治理中的控股股东及其法律规制

在资本多数决的表决规则下，一旦公司中形成了控股，控股股东便占据了股东大会的表决权多数，在大多情况下可直接掌控决议的通过或否决，从而可凭借个人意志驱动股东大会的决策方向。除了对于重大事项的决策，按照现行公司法的职权配置，股东会拥有对董事和监事的任免权，董事会又有权选任经理，控股股东便相当于可以一并控制公司的决策机关股东会、执行机关董事会、监督机关监事会以及日常工作的管理者经理，成为了整个公司治理体系中的核心角色。

某种意义上讲，控股股东是公司真正且唯一的国王。不同于西方国家的公司股权通常较为分散，我国大多数公司的股权仍然集中于少数股东，要么国家控股要么私人控股，上市公司中“一股独大”更为普遍，控股股东全面掌控公司是我国公司治理的常态。

然而我国公司法却远未给予控股股东应有的重视，对于控股股东的规制十分稀缺，整部《公司法》只提及控股股东三次：其中两次出现在附则中，系对控股股东概念的规定；唯一一条实体规定是第 21 条，规定了对控股股东、实际控制人和公司董监高关联交易的限制，而此条文也并非专门针对控股股东，并不是基于控股股东的特殊性而作出的特别规定。

现行公司法对于控股股东作出的专项规制几乎为零，控股股东并无任何区别于一般股东的权利也无须承担任何特别的义务，法律规制的缺失与控股股东在公司治理中事实上的重要地位呈现严重的不匹配。而实践中普遍存在的公司治理难题正是源于这种现实地位与法律规制的脱节，控股股东与中小股东的矛盾越发成为公司经营中最主要的矛盾，控股股东滥用控制权给公司和其他股东造成损害也是上到上市公司下到小微企业最难以克服和解决的难题。

如何构建一套完整的针对控股股东的法律规制体系，使其做到权力、责任与地位的统一是此次公司法修订中的一项重要课题，亦是中国的公司治理体系走向成熟的关键一步。

对控股股东进行较为系统的法律规制主要涉及两个层面的内容：一是对控股股东的特别权利进行法律认可，二是控股股东追责机制的整体构建。所谓控股股东特别权利的法律认可是将控股股东在公司治理中所拥有的事实权利确立为正式的法律权利，在法律上赋予控股股东区别于一般股东的特殊权利，使其能够更好地在公司治理中起到主导的效用。

对于控股股东的特殊权利，法律其实无须隐晦，而应大胆地承认其必然性和合理性。控股股东掌权将是我国公司长期维持的特点，亦是我国特定的历史文化背景的产物。与其违背现实地剥夺控股股东对公司治理的控制权，不如正面地认可并加以限制，而且实践和理论均可证明控股股东主导公司治理其实存在诸多正面的价值。

实践中，控股股东通常会为公司经营投注大量的心血和资源，相较于其他小股东缺少管理公司的热情，甚至展现出“理性冷漠”，控股股东掌控公司经营往往更有利于公司经营业绩的稳定和公司的整体发展。至于赋予控股股东哪些具体权利则属于深层次的立法技术问题，一种较为大胆的尝试是确立控股股东的股东会职权代行机制，即法律可规定在特定条件下某些事项无须召开股东会讨论，而让控股股东直接代行股东会职权。

其实控股股东拥有的最主要的事实权利恰恰就是法律规定本属于股东会享有的职权，职权代行机制背后的法律逻辑是十分清晰的，当其表决权达到可独立推动决议通过的比例时，股东会会议其实已经仅仅为一项程序，确立职权代行机制也不过是对现实的一种法律肯定。在法律认可了控股股东的特殊权利之后，第二个层面的规制内容自然便是使控股股东承担与其权利相适应的义务和责任。

在公司法学界早已存在令控股股东对公司和其他股东承担信义义务的呼声。从英美等国的立法经验上看，控股股东信义义务也几乎成为了立法共识。我国公司法主要规定了董事与高级管理人员的信义义务，未及于控股股东可能也有此前法律未规定与信义义务相对等的控股股东权利的考量；而在认可了控股股东特殊权利之后，自然也可相应地构建起以控股股东信义义务为基础的追责机制。

虽然目前公司法中也有对于禁止权利滥用的规定，但在实践中以此抽象规定作为追究控股股东滥用控制权责任的主要依据还是面临诸多困难，而在控股股东追责机制下便可规定更为具体的控股股东义务内容，并明确违反相应义务、滥用权利损害公司或其他股东利益时所产生的赔偿责任，亦可进一步规定其决策存在重大不当或失误、特别是违法违规决策时要承担的法律 responsibility。

五、董事会的性质与职能重构

我国公司法学理将董事会定位为公司的执行机构，这一法律地位看似清晰，但深入细究又不甚明了。若将董事会与股东会进行比较，则董事会属执行机构，股东会属决策机构，董事会的职责之一即在于执行股东会的决议。若将董事会与经理机构进行比较，则董事会属决策机构，经理机构属执行机构，董事会作为决策机构最重要的职责在于监督经理机构对决策的具体落实。从现行《公司法》第46条规定的董事会的10项职权看，董事会的一部分职权是为了实现股东会所执掌的所有者权力而设置的职权，还有一部分则进入了公司经营管理领域，与经理机构分享着不同层次的公司管理权力。

其中，召集股东会会议，并向股东会报告工作纯属程序性权力，是为了衔接董事会和股东会的工作流程而设置的职权。而对于制订公司的年度财务预算方案、决算方案，制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案，制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案，制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案这4项职权，董事会拥有的是制订方案的权力，而上述方案的决定权则属于股东会。

如果将制订方案也视为一种决策，那么对于上述事项，股东会和董事会分享的是相同事项在不同决策阶段的不同权力，董事会对各种方案的决策权是为了实现股东会的所有者权力而专门设置的工作权力，在此意义上，董事会更像是为股东会所有者权力的实现而服务的常设工作机构。董事会的其他职权则进入了公司经营管理领域，如决定公司的经营计划和投资方案、决定公司内部管理机构的设置、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、制定公司的基本管理制度等。

可见，依照公司法的职权规范，公司的经营管理权是由董事会与经理机构分别行使的，只不过相较于经理机构，董事会的经营管理权更为宏观和抽象，而经理机构则在日常的更为具体、微观的事项上进行管理。由此，我国公司法上的董事会实际上具有股东会决议执行机构与公司经营管理机构的双重属性。

在此基础上进行董事会制度改革的重要方面是赋予或强化董事会的监督职能。其实在以美国为代表的欧美公司法上，董事会本来就具有公司监督机构的性

质，在没有专门监事会的体制之下，公司事务监督本来就是以外部董事和独立董事为主要成分组成的董事会的重要职责。我国近二十年对独立董事制度的引入和对其监督权责的赋予，已经使我国公司的董事会具有了公司监督的职能。

实质上，在由股东会、董事会、经理构成的三级公司治理结构中，作为承上启下、对上落实股东会决议、对下任免经理并负责重大经营管理事项的中间层次，董事会的职权本身就具有事务监督的实质功效。

按照公司治理改革的总体思路，如果对公司的所有者权力和管理者权力进行科学划分，将公司的经营管理权力向经理机构集中，进一步强化和发挥经理机构的职业化和专业化管理作用，那么在减少或弱化董事会经营管理职能的同时，就应明确肯定和强化董事会的监督职能。如果监事会设置取消或在某些不设监事会的公司，董事会的主要性质也许应向监督机构转化，其监督职能和具体权力更应得到全面、完整的设计和规定。

六、公司监督机制再造与监事会的取舍

第一，监事会的评价与取舍。中国公司治理中最为失败的莫过于监事会。2005年公司法修订时对监事会的职能和运行规则作了许多补充和修改，包括但不限于限定职工监事的比例、扩大监事会的职权、细化监事会的召开和决议程序等，这些制度设计上对监事会的改革虽然煞费苦心，但依然难以改变监事会形同虚设的局面。

无论是有限公司内部的股东压制，还是上市公司的财务造假、虚假陈述等丑闻，抑或是董事、高管违法关联交易、侵占渎职等公司治理中的各种问题，常见的都是股东奋起反抗或是董事仗义执言，却极少见到监事会的有效作为。

几十年的公司治理实践证明，效仿德日公司法的监事会制度在中国的经济、社会、文化条件下水土不服，无法发挥监督的功能，监事会的设置不但徒增公司治理成本，而且形成了公司监督万事大吉的麻痹意识，挤占了公司监督机制的制度空间。为此，学界已形成取消监事会的广泛呼声。公司法修改即便不宜作出彻底取消监事会的决策，至少也应允许公司自主选择监事会的设置，这也许是中国公司监督机制革新的重要突破口。

第二，监督职能的重构。如果取消监事会，那么公司的监督职能完全可以由董事会和股东会替代。前文已述，董事会最重要的职能恰恰是监督和制约公司经理，尤其在单层制结构的公司法，并不存在凌驾于董事会之上的监事会，因而董事会在很大程度上更强调其监督职能。特别是在公司所有权结构相对分散的英美国家，由于董事们往往都是各方的代表，并且多数都是非执行董事，并不直接参与公司经营管理，公司经理实质上掌控公司具体的经营管理事务。

此时，董事会最为主要的作用并非决策和执行，而是对大权在握的经理层进行监督并维护公司和股东的利益。由股东会代替监事会作为公司的监督机构也不存在任何法理上的障碍。从我国公司法设置监事会的逻辑看，监事会本来就是作为全体股东的代表，对公司的管理者和经营者实施监督，而股东会作为全体股东集中行使权利的机构，其既可以行使一般的所有者权利，也完全可以亲自行使监督的权力。

同时，就监督的内在激励而言，股东是公司管理者、经营者的任何机会主义行为的最后承担者和承受者，其比任何人都更有动力和积极性去监督经理层，更可避免监督者的懈怠或不作为。此外，股东会监督相较于董事会监督还有一个角色上的天然优势，即股东会可以监督董事，而董事会却很难进行内部成员间的相

互监督。

第三，监督职能的有效实现。无论是股东会还是董事会，它们都只是法律职能上的监督机构，具体的监督职能的实现不能仅依靠股东会或董事会的决议，而需要依赖具有专业性和职业性的工作机构和人员。例如，对于公司监督而言，最重要也是最核心的监督是财务监督，而财务工作是专业性极强的工作，没有专业知识根本无法胜任财务监督工作；并且财务监督需要投入大量的时间和精力，仅仅依靠兼职人员来实现财务监督并不可行。

现行的独立董事制度未能实现该制度设计的初衷，主要原因之一就是独立董事的非职业性，兼职的独立董事们并非没有胜任监督工作的才能，实然是本职工作已经占据了他们绝大多数的时间和精力、常常自顾不暇，难以抽出额外的时间和精力去完成公司监督工作，其履职效果的惨淡可想而知。监督工作的职业性尤为重要，为此，公司法对公司监督具体工作机制的要求和设计同样甚为必要。

七、公司经理的再定性与新设计

相较于股东会、董事会与监事会等公司的主要机关，经理常常是在公司法的理论研究中被忽视的角色。关于公司治理的学术著作中未见对经理制度有较多着墨，法律关于经理的实际规定也十分单薄，然而在公司治理的实践中，经理却是决定了公司这台机器能否妥善运转并创造巨大价值的那一颗非常关键的“零部件”。

在公司法的职权分配下，经理更多的是作为股东会和董事会决议的传达者和执行者，而公司的决策机关所作出的决议能否实际落实以及落实的最终成果如何恰恰取决于经理这一连接公司决策层和一线实践群体的“轴承”。经理实际管理着公司日常经营的方方面面，对公司业绩乃至企业文化的塑造均有较为直接的影响，故而在公司法的修订过程中理应对公司经理相关制度的革新予以特别关注。

经理在我国现行公司法中的定位是高级管理人员之一，负责领导和管理公司日常的具体经营事务。实践中很多公司相关职位并非称作经理，而称为“总经理”“总裁”，另有一些大型公司设立 CEO（首席执行官），但这些职位的职能都几乎与公司法中的经理无异，不过是更换了称谓。

现实中每一个公司都存在经理或行使经理职能的其他职位，但公司法却并未将经理作为公司必设的职位，而在法条中使用了“可以设经理”的表述，这当属立法在此方面的一种潜在的疏忽。从逻辑上讲，经理是公司日常经营活动的组织管理者，而一个正常运转的公司必然存在营业活动，也就相应地必定有人在事实上扮演经理的角色，也许董事会的职权某种程度都可被股东会或经理完全取代，但任何一个有实际经营活动的公司却不可能没有经理。

诚然在小规模公司中可能是某位股东或董事亲自管理着公司的日常经营，但这并不意味着此时公司不存在经理这一职位，而是股东或董事同时兼任了公司经理。立法上将经理设置为非必设职位，反而导致了很多人日常经营管理职位的职权不明晰，也难以追究其责任。故而在本次公司法修订中不妨考虑将经理改为必设职位，统一各公司相应职位的称谓，也可进一步明确其权责。

关于经理的制度规则中另一项值得考量的问题是，是否应当赋予经理对外代表公司的权限。目前法律规定公司仅有一位法定代表人，由董事长、执行董事或经理担任，这也意味着公司经理并不确定地享有对外代表权。倘若法定代表人由董事长或执行董事担任，则经理无权代表公司与其他主体签订合同或从事其他法律行为，而现实中经理却是最常代表公司与其他业务伙伴进行交涉和磋商的主体，

交易中的各项细节也通常由经理来安排和确定。这体现出法律规定与社会现实某种程度的脱节。

最了解交易内容的经理可能并无代表权限，而有代表权的法定代表人却不一定充分了解交易细节，这无疑徒增了交易的时间成本，甚至可能导致公司失去宝贵的交易机会，同时也潜在地提高了交易的风险。

故而在公司法的新设计中，理应打破现有的每个公司只能有一位法定代表人的限制，而赋予经理以确定的对外代表权，使公司董事长（执行董事）以及经理均有权直接代表公司，如此可有效地提升交易的效率，也给予经理更广阔的谈判空间，使其有更大的决定权。如果经理的决策存在重大过失或存在不当谋取私利的行为，同样可追究其违反信义义务的责任，对于其超出权限范围的行为，也可参照法定代表人的越权行为加以处理。

在实践层面，与之相配套的举措则是确立公司经理的法定登记制度，现行的法律法规并未将经理登记作为公司相关信息登记中的强制登记事项，但当赋予了经理对外代表权之后，在公司登记中将经理作为法定强制登记事项便是必要之举。当公司新设经理或经理发生变动时均应在工商部门及时进行登记，从而使经理登记信息产生对世的、推定其享有代表权的公示效力，从而实现周延的法律规制体系。对经理赋予公司代表权并配合经理的法定登记制度是公司经理制度改革中一项颇具意义的创新之举。

八、公司治理中的利益相关者保护

对公司利益相关者的保护是现代各国公司法的重要目标和任务，由此形成的法律规则已成为公司治理制度的重要组成部分。在利益相关者理论看来，任何一个公司的成功都无法仅仅依靠股东的投资，而同时需要依靠从股东到公司债权人、职工、消费者、供应商、政府、社区等众多公司参与方的共同努力。

股东为公司提供的是物力资本，职工提供的是人力资本，债权人提供的是融资或信用支持，其他相关方则为公司经营提供了各种外部环境和条件。他们都是公司这一经营体的利益相关者，公司的生死存亡都直接影响到他们的切身利益，因而公司治理制度的设计必须对此予以兼顾和重视。是否要在公司治理制度中规定利益相关者保护问题，需要区分不同的主体分别加以说明。

就职工保护而言，我国现行公司法对职工代表大会、职工董事、职工监事的最低比例等都做了详尽的安排，对职工的关怀和保护不可谓不深，并且除公司法外，《工会法》《劳动法》《劳动合同法》《社会保障法》等专门立法都对职工进行了周密又强有力的保护。

就债权人保护而言，现行公司法并未将债权人保护纳入公司治理制度之中，对其的保护主要集中在资本制度、法人人格否认和清算责任等方面，这些保护看似完善，但实践中公司债权人合法权益的保护并不理想。

本文认为，在新一轮公司法修订中，可考虑以下几个方面的制度安排

第一，在《公司法》的立法目的中，应加入保护利益相关者的表述。现行《公司法》中对职工保护多有规定，但《公司法》的立法目的条款却并未给予应有的宣示，只规定了公司、股东和债权人合法利益的保护，存在明显的遗漏。

第二，增加董事、高级管理人员兼顾和维护利益相关者合法权益的条款。对利益相关者的权益保护，虽有合同、担保等各种法律机制，但这些外部保护机制有其局限性并相对滞后，不能替代来自公司内部治理机制提供的特殊保护。甚有必要赋予董事、高级管理人员在制定和执行公司经营决策过程中兼顾和维护公司

债权人、职工、消费者、供应商、社区等利益相关者合法权益的权力和义务，以此完善和强化利益相关者权益保护机制。此种机制虽在一定程度上与公司的短期目标和股东利益有所冲突，但其有助于克服现实存在的股东短视问题，最终仍有利于公司和股东的长远投资利益。

第三，赋予债权人必要的知情权。当公司不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力时，按照剩余索取权理论，债权人取代了股东成为公司财产的剩余索取权人，其理应获得股东对公司的各项权利。由此，在公司缺乏清偿能力时赋予债权人以知情权，完全具备法理逻辑的正当性。我国公司资本制度改革的重要思路和方向是从资本信用转向资产信用。

在资本信用之下，债权人关注的只是债务人公司的资本规模等静态的表面事实和资本是否真实、出资是否抽逃等简单事实；而在资产信用之下，债权人则要对债务人公司包括资本信息在内的所有信息实时跟踪，包括资产结构信息、资产流动信息、资产的状态信息等。

为此，应赋予债权人就债务人公司的土地、房产、机动车、股权、知识产权等资产进行调查和收集信息的权利；应规定管理相关事务的政府部门或单位按法定条件向债权人提供资产信息的义务；对于金融、保险、证券等特殊资产信息，在更为严格的条件下，司法机关应根据当事人的请求协助索取；应鼓励和发展更为完善的征信业务和征信制度，为债权人提供更为丰富有效的市场信息服务。

第四，新增债权人对董事、高级管理人员的赔偿请求权。公司董事、高管故意或者重大过失对公司利益造成损害进而对债权人利益造成损害的，违反了董事、高管对债权人的受信义务，应当对债权人承担侵权责任。这种责任，美国法上称之为董事对债权人的责任，在德国法上称为“毁灭公司责任”。董事、高管须对其他非股东成员承担受信义务的理由在于，在公司缺乏清偿能力时，如果公司资产进一步恶化，首先受到损害的是债权人，而不是股东。由此，立法应承认董事、高管对债权人的受信义务，并限制其实施不利于债权人的冒险投资或其他高风险商业决策。