市场经济法治

文章编号: 1001 - 2397(2020)04 - 0113 - 14

公司董事会的职权再造

——基于“夹层代理”及现实主义的逻辑

蒋大兴

(北京大学 法学院,北京 100871)

摘 要: 流行观点认为,中国应从“股东会中心主义”走向“董事会中心主义”,这一判断未充分考虑企业治理实践中广泛存在的“代理权下沉”。中国公司的组织构造是一种夹层结构——董事会居于股东会与经理层之间,此种夹层机制导致决策层级多、效率低下。公司内部至少存在四层代理权,组织法应介入多层次内部代理行为的调整。拥有法律强权的董事会,在实践中早已“形式化”。大量公司经营决策是由经理层完成,“决策者不管理、管理者不负责”的现象普遍存在。有必要将董事会从日常经营事务中解放出来,让其致力于公司战略改进和经理层评价,股东会也应远离具体经营。由此,公司法应夯实经理层的经营决策职权,与其走向“董事会中心主义”,不如认可“经理人中心主义”。为保持机构弹性,还应允许以公司章程、股东会决议或董事会决议授权、股东协议等方式修正公司机构的法定职权,以此维持公司治理世界的弹性结构。

关键词: 董事会; 股东会; 经理层; 职权; 夹层代理

中图分类号: DF920.0 文献标志码: A

DOI: 10.3969/j.issn.1001 - 2397.2020.04.08 开放科学(资源服务)标识码(OSID):

公司治理已经被列入世界各国的改革日程。[①]其中,董事会与股东会之间的权利义务配置主要体现在“董事会中心主义”与“股东会中心主义”的争论上。[②]中国现行公司法是实行“股东会中心主

收稿日期: 2020 - 04 - 07

基金项目: 2014 年度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”(14ZDC019)

作者简介: 蒋大兴(1971),男,湖南邵阳人,北京大学法学院教授,博士生导师。

①参见 [美] 杰弗里·N. 戈登、马克·J. 罗编《公司治理: 趋同与存续》,赵玲、刘凯译,北京大学出版社 2006 年版,序言部分,第 1 页。

②例如,[美] 斯蒂芬·M. 贝恩布里奇著《理论与实践中的新公司治理模式》,赵渊译,法律出版社 2012 年版。该书第三章法院所接受的“董事会中心说”、第四章从“经理主义理论”向“董事会中心说”的转变、第五章公司治理的未来 “股东中心说”还是“董事会中心说”等,都在围绕此问题进行讨论。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

义”的，董事会的法定权限并未得到充分凸显，因此，公司法主流学说似乎主张中国应当走向“董事会中心主义”。[①] 虽然对何为“董事会中心主义”仍然存在不同见解，但“应当扩张董事会职权”仿佛是一种“没有异议的共识”。[②] 这就意味着公司法改革的基本方向应是向董事会扩权，减少股东会对董事会的干预，以制度方式彻底或进一步实现“两权分离”。有趣的是，理论界对董事会所寄予的厚望与实践中董事会的无足轻重形成了鲜明对比。在企业经营实践中，普遍存在“管理权下沉”的现象——一方面，我们看到股东会对董事会授权现象广泛存在，法定的股东权被下沉到董事会；另一方面，董事会的权利又以各种方式下沉到经理层。企业日常经营管理权并不像制度设计者预设的那样——主要由董事会行使。董事会以会议方式行权，每年召开次数有限，由董事会直接行使法定权利的机会并不多。相反，现代企业的大量管理事务实则都由经理层完成。有意思的是，公司法似乎对经理并无对董事那般关注。在公司法有关管理机构的职权、义务及责任安排中，对董事的规范设计很明显超过了对经理的规范设计。这就很容易形成“决策者不管理、管理者不负责”的现象。法律所预设的董事会形象与现实生活中的董事会形象发生了重大偏差，这可能预示着法律对董事会的职权安排不当，也可能是企业实践中董事会行权不当的结果。从理想主义角度而言，董事会究应如何定位其职权？这可能与公司治理旨在实现的目标有关——诸如，经营效率的提升与管制监督之间应维持何种平衡程度？本文拟从现实主义角度展开对这些问题的讨论，以期为董事会构造合适的制度角色，从而实现公司治理的最初目标——提升企业运营效率。

一、董事会职权的制度形象：立法者预设的“夹层代理”结构

奥地利弗雷德蒙德·马利克认为：“当前形式的公司治理是美国人的发明，其目的是为了保护股民的利益，防止被腐败的经营者骗光钱。当时的出发点是，自 20 世纪 90 年代中期以来，美国上市公司防止出现经营失败，防止公司最高领导们贪图私利。”[③]美国模式基于对个人自律的信任，试图采取一种一元制的“自我管理”监督模式，在董事会内部以董事分工的方式完成监督权利配置。此种监督模式致力于董事会绩效的提升，在内部完成监督任务，这被认为是次于德国的二级模式（董事会与监事会分立）的治理方式，德国的治理模式排除董事的自我监督[④]，充满了对人的不信任，监督刚性更大。我国公司法也试图兼采两种模式的优点，但结果似乎是丧失了两种模式的优点，既未形成有效率的董事会，也未形成刚性的监事会。

---

① 例如，在赵万一教授主编的《公司治理的法律设计与制度创新》一书第五章“公司治理中的董事会”中，分别论述了董事会制度的理论基础、董事会中心主义在各国的体现及其对我国的启示、我国引入董事会中心主义的必要性分析，及我国董事会中心主义的构建与完善。参见赵万一主编《公司治理的法律设计与制度创新》，法律出版社 2015 年版，第五章。再如，傅穹教授认为，引入董事会中心主义的理由涉及到“为反收购活动的展开提供法律空间”等。参见傅穹《敌意收购的法律立场》，载《中国法学》2017 年第 3 期，第 226 – 243 页。再如，范桂香《我国股份有限公司治理结构完善研究》，华南理工大学 2018 年硕士学位论文；王亮《董事会中心主义的法律模式建构》，西南政法大学 2017 年博士学位论文；辛晶《论董事会中心主义》，西南政法大学 2014 年硕士学位论文。

② 也有个别人认为，谈论董事会中心主义还太早。参见李雪峰《A 股谈董事会中心主义还为时过早》，载《证券时报》2016 年 7 月 13 日 A06 版。

③ [奥] 弗雷德蒙德·马利克（Fredmund Malik）：《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》，朱健敏译，机械工业出版社 2018 年版，第 6 页。

④ 参见 [奥] 弗雷德蒙德·马利克（Fredmund Malik）：《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》，朱健敏译，机械工业出版社 2018 年版，第 7 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

在现行公司法的制度结构中,董事会被定义为日常经营决策和执行机关。① 一方面,董事会需要对公司经营中所涉日常事务进行决策; 另一方面,董事会还需负责执行股东会的决议,决议执行暗含监督——独立董事的设立就是美国模式的翻版。因此,董事会被定性为股东会决议的执行机构; 同时,又是公司日常事务的决策机构,董事会所做决策,由经理层负责执行。由此,在股东会和经理层之间,董事会成为一种“夹层机构”——具有决策者和执行者双重身份。此种夹层设计,从公司法关于股东会、董事会和经理的职权构造中可窥一斑。在股东会、董事会、经理的权利构造中,存在诸多理论界认为重复而又非常难以区分的“夹层领域”。这种夹层设计,要么是法律事先安排的,要么是事实上存在的。例如,在经营方向确定与投资决定权分配方面,股东会有权“决定公司的经营方针和投资计划”; 董事会“有权决定公司的经营计划和投资方案”; 经理“组织实施公司年度经营计划和投资方案”,这是一种典型的夹层职权设计,股东会、董事会与经理层均从不同角度参与该职权的行使。虽然在实务界能很轻松地区分经营方针与经营计划、投资计划与投资方案的不同,但在理论上却总是引发“立法语词模糊”的争议,甚至该类职权的动词标示“决定”与“组织实施”存在何种不同,也存在解释困难。再如,在重要方案批准权方面,法律规定股东会有权“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案”,有权“对公司增加或者减少注册资本”、“对发行公司债券、公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式”作出决议; 董事会有权“制订公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案”,有权“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,公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案”。上述职权安排表面上看来是在股东会与董事会之间分配,董事会出草案,股东会做最终决议,法律并未规定经理层对这些方案制订的参与权。但实际上,这些方案都是经理层拟订的,董事会根本不可能亲自拟订,在职权行使过程中,夹层机制仍然明显存在。可见,在重要方案批准权方面,法定职权的分配与法定职权的实际行使之间,明显存在主体错配。再如,在公司内部重要机构与重要文件的决定权分配上,也存在一种事实上的夹层安排。例如,法律规定董事会有权“决定公司内部管理机构的设置”,经理有权“拟订公司内部管理机构设置方案”; 董事会有权“制定公司的基本管理制度”,经理有权“拟订公司的基本管理制度、制定公司的具体规章”。在法律规范中,这两项权利虽然只在董事会和经理之间分配,未明确将股东会纳入进而设计夹层职权。似乎在公司制度的制定上,董事会、经理层是在离开股东会相对独立地决策(虽然,有可能这种职权行使,是在执行某次要求制定基本规章制度的股东会决议)。但实际上,一些公司重要的基本管理制度都是股东会最终确定的。例如,上市公司股东会议事规则、董事会议事规则通常最终都提交股东会审议通过。② 而且,公司的基本管理制度与公司的具体规章之间确实存在难以区分的问题,公司章程通常也不对二者进行区分解释。一些重要规章制度的制定权,在实务中也并非都如同法律安排一样,交给董事会或经理确定,尤其是在公司内部管理制度的制定上,实际上还是存在一种权利行使的夹层结构。对于重要文件制定,还有必要提及的是公司章程的制定权,法律完全交给股东会行使,并未对董事会以及经理

① 例如,在公司法关于董事会的职权安排中,体现了董事会作为决策者和执行者的角色。

② 例如,长江出版传媒股份有限公司董事会 2018 年 11 月 21 日修订《股东会议事规则》、《董事会议事规则》的公告都强调该修订在董事会通过之后仍需经过股东会审议通过。参见《长江传媒: 关于修订〈公司章程〉、〈股东大会议事规则〉、〈董事会议事规则〉和〈董事长办公会议制度〉的公告》,载中财网,http: //www. cfi. net. cn/p20181120000632. html, 2019 年 11 月 21 日访问。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

层如何参与章程草案拟订进行权利划分，仿佛是股东会在独立行权。但实践中，公司章程及其修订草案也多由董事会、经理层事先拟订，制度安排上的非夹层机制也是通过“实践行权的夹层化”填补的。同样，对股东会审议批准董事会、监事会的报告这一职权，法律也未设计董事会与监事会的配套职权，但显而易见这些报告并不是股东会从头到尾自己撰写完成的，只能由报告者或其下属职能部门完成，夹层机制自然也在实践中存在。比较有意思的是人事报酬权，对于这样一种极为重要的职权安排，表面上夹层性不强，无论是股东会、董事会还是经理层都有一定的人事决定权，但在其实践运作过程中，无论是董事、经理还是副经理、财务负责人甚至重要部门的负责人等的选任，都存在一种事实上的夹层监督机制，都难以逃脱董事会甚至控股股东的夹层监督或事实决定。

因此，从股东会、董事会与经理层的职权设计中，我们很清晰地看到一种三位一体、层层负责、夹层监督、类似于“俄罗斯套娃”一样的明示或隐示的代理构造。这种代理构造既是源于对上一层次权利行使者的尊重，也是源于对下一层次行权者的不信任，在增加监督环节的同时，无疑也降低了经营效率。此种职权行使的夹层构造理念，自然使居中的董事会成为公司经营中极为重要的一环，也是公司多重代理环节中的“第一环”（董事作为股东的代理者）。相应地，为了避免代理者滥用权利，公司法将董事义务和责任规制放在了极为重要的位置，为此专门设计一章以规范董事的资格与义务。①

立法以简化为基本手段，公司法将焦点停留在董事和董事会中，只是简化了公司内部复杂的代理环节。② 公司内部存在多环节的代理设计，董事作为股东的代理人是第一环节的代理，经理作为董事的代理人是第二环节的代理，部门经理作为总经理的代理人是第三环节的代理，普通员工作为部门经理的代理人是第四环节的代理……公司正是通过此种“层层代理”进行交易活动。这四个环节的代理行为只是简要勾勒出公司内部代理的层次性，这些代理环节在组织法与交易法的规范结构中是有轻重区别的。前两个代理环节主要由组织法调整，而后两个代理环节主要由交易法调整（参见图 1）。代理权的层次性和重要性再次证明，公司法的主要任务在于解决内部代理人的合规用权问题。

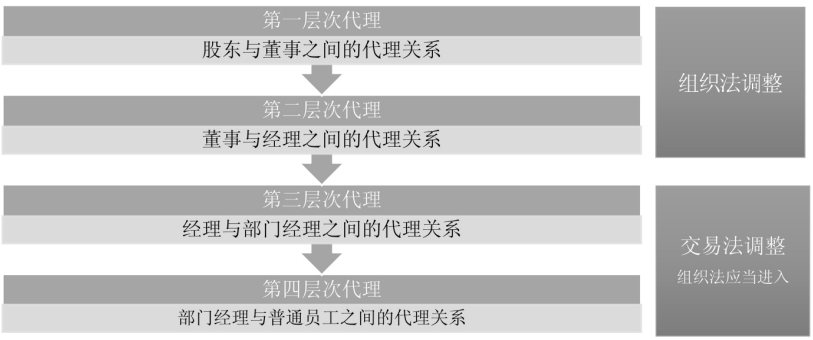


图 1：公司内部多层次代理构造及立法调整分工图

当然，代理权的多重性在不同交易中是有差异的，未必具有“恒定性”。可能在某些具体交易过

① 参见《公司法》第六章公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务。

② 本人以代理统称公司内部复杂的行权结构，未仔细区分其本质上到底是信托、委任或者普通的代理关系，因为无论何种关系，其在核心义务上，其实并不存在我们想象的那么大的差异，对本文相关问题的讨论，该种细致区分的意义并不太大。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

程中,多层次的代理环节会被减缩。例如,一些重大交易可能由公司董事直接对外实施,此时可能只存在第一层次的代理环节。若由股东直接从事外部交易,内部代理环节也会相应简化甚至消失,仅存在外部代理环节。因此,公司法的主要任务之一就是厘定其所规制的代理环节,当代理一方的行为呈现出外部属性时,公司法是否还有管理的能力? 或言之,此时是否应将此类代理行为直接交给交易法管理? 从而划定组织法与交易法对代理问题的管理空间。毫无疑问,公司法作为组织法,其主要任务是进行组织内部管理权的配置。例如,分配股东会和董事会的权利就是最为典型的内部代理规制。再如,分配董事会与经理层的权利,也是典型的内部代理的规制。但严格来说,经理和部门经理,以及部门经理与普通员工之间的代理,也是组织法内部的代理,但,目前无论是组织法还是交易法对此都不太关注,从而形成了组织法内部的“代理规制空隙”。公司法通过内部代理的权利分配,旨在实现内部决策的效率,确保交易的内部安全。但任何内部交易安全保障措施,最终都要通过外部交易安全机制得以落实,交易安全是组织内外一体的安全。因此,公司法在关注第一、第二环节之间代理权配置的同时,还有必要关注第三、第四环节的代理行为,以及第一、第二环节中直接对外发生的代理行为,唯此才能确保公司利益不至受到损害。公司法因此应当是“整体规制代理关系的法律”,公司法的地域范围也应当因其对代理行为的整体规制而予以扩张。

二、董事会职权的现实结构: 是董事,还是经理在决策?

(一) 谁在公司决策: 揭开公司决策者的面纱?

康斯坦斯·E. 巴格莱指出,“在特拉华州以及大部分其他的行政区域,公司法令规定公司应该在董事会的指导下进行管理。董事们由股东进行选举,而且如果股东对董事的行为不满意,最终会选择其他人替换原来的董事。尽管如此,真正在办公室负责治理公司的是董事而不是股东”。① 尽管在立法上,董事以及董事会是被青睐的代理环节,董事会在职权定位上被视为日常决策机构和重要决议的执行机构。但在公司运营实践中,却普遍存在“双重权利下沉”现象: 一方面,股东会的职权经常以授权方式下沉到董事会; 另一方面,董事会的职权也经常以授权方式下沉到经理层。例如,在国有公司和上市公司中,普遍存在股东会对董事会的授权现象; 也普遍存在董事会再对经理层及其他下属决策主体授权的行为。“有不少例子表明,一个能力强、有经验的中层管理队伍弥补了董事会的弱点,实际的工作经常由董事会以下层面的人员来完成。在我提供的咨询业务中经常能遇到这样的例子,董事会很少有作为。”②此种层层授权的现象可能表明,公司股东会或董事会的部分法定职权安排不当——决策权过于上移到股东会、董事会,导致公司决策效率比较低下。

另一个要注意的现象是,“公司法上的决策环节”(法定决策环节)与“实务中的决策环节”(实践决策环节)可能存在较大差异——法定决策环节通常比较简化,但实践决策环节可能更加复杂。尤其是在国有公司,此点表现更为明显,企业实践中的决策环节远比公司法所设计的决策环节多元

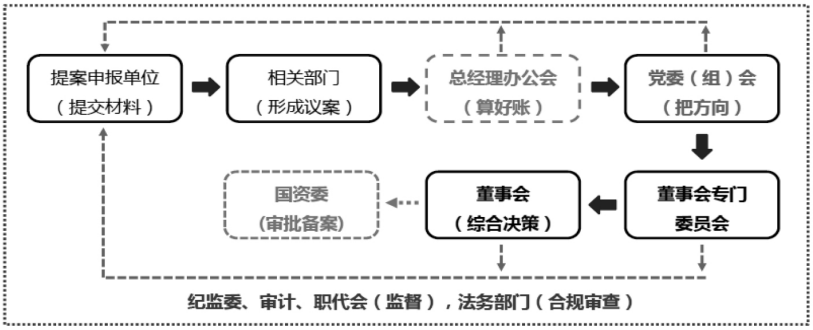
① 康斯坦斯·E. 巴格莱《“股东至上”是一种选择,而不是强制性律令》,载[美] M. J. 爱波斯坦、K. O. 汉森《公司治理》,聂佃忠、张悦译,北京大学出版社 2014 年版,第 97 页。

② [奥] 弗雷德蒙德·马利克(Fredmund Malik):《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》,朱健敏译,机械工业出版社 2018 年版,第 62 – 63 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

及复杂。以国有独资公司为例，对重要事项的决策，董事会在未对总经理进行授权的情况下，一般要经过以下决策环节（参见图 2）。

图 2：董事会决策流程图（无授权情况）



可见，重要决议事项从提案申报单位提交材料，到相关部门形成议案，再到总经理办公会算好经济账、党委会把好政治关、董事会专门委员会决策，再到董事会综合决策、国资委审批备案，至少要经过 7 个环节，这其中还不包括纪监委、审计、职代会（监督）、法务和风控部门进行合规审查所耗费的程序和时间。在存在授权决策的情形，这样的决策链条可能会有所缩短，决策层级下移到被授权部门即可。在实务中，尤其是国企董事会，授权现象比较混乱，从授权事项来说，董事会可能将包括融资、担保、资产或股权处置、对外捐赠或赞助、内部改革重组、行使股东权利等 6 类重大决策事项授予其他单位行使。授权额度一般按照资金额度或净资产比例划分。被授权主体则五花八门，可能是董事长、总经理等实体职位，也可能是授权给董事长办公会、总经理办公会或者专门委员会等虚体职位（参见表 1），从而导致授权情形下如何承担责任成为严重的问题。例如，授权能否授出责任？授权给虚体机构，虚体机构是否有承担责任的能力？在笔者看来，授权行为完全可以用代理规则来解释，被授权者作为代理人，其行为后果应当由被代理人承担，因此，授权并不授出责任。但履行授权职责的代理人在其行使权利的过程中，同样应承担作为代理人的责任，因其行为不当而产生对公司的损害时，直接行为人似乎难以全部免除责任。

表 1：公司内部实际的授权及行权情形

类别	授权对象	行权方式	案例单位
1	董事长或董事长办公会议	董事长办公会议	原国电、国家电网、中化、国投
2	分别对董事长、总经理按资金额度或事项的重要程度	公司常务会或总经理常务会	宝武、原神华
3	总经理	总经理办公会	中国铝业、兵装
4	专门委员会	专门委员会	兵装

除决策层级繁多外，另一个重要的实践样态是董事会决策时很少出现否决票，这意味着用董事会去监督此前公司内部决策程序的合规性或决策方案的商业合理性，可能是徒劳的。否决票少的原因可能很多①，但外部董事掌握的经营信息有限、董事会决议事项过多、外部董事在会上并无充分

① 参见蒋大兴《重思公司共同决议行为之功能》，载《清华法学》2019 年第 6 期。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

时间斟酌讨论也是其不太敢否决的原因之一。而内部董事又因此前参与了不同层级的决策,已多次发表意见、修正了议案,再无太大否决动力与必要。尤其是,若一项重要决策在公司内部翻来覆去经过了将近十个层级的讨论/决策,参与人员都会趋于疲惫,对内部董事而言,董事会的讨论可能已不新鲜——一些董事会成员本身还兼任总经理、副总经理甚至部门或下属子公司负责人,在董事会决策前已在不同层级多次参与相关事项的决策,这使得董事会的决策趋于形式化。一旦董事会决策形式化,真正对决策起决定作用的主体可能是前面环节的经理层甚至部门负责人。可是,这些人在公司法上的代理人地位并未被充分尊重,他们往往处于第二、第三层级的代理环节中,既非交易法重点关注的环节——交易法往往关注外部代理中的第三人保护问题(对公司内部代理经常视而不见),也非组织法关注的环节——组织法往往关注第一环节的代理。因此,公司法内部存在一种体系性缺陷——我们假设是董事会/董事在决策,其实是董事会以下的经理层在真正决策。① 此即,“经理人中心主义”。公司法是否应当从关注董事会的建设转向更多地关注经理层这个隐蔽的决策主体?这可能是我们在设计公司组织架构时需特别关注的问题。如同学者所言:“今天意义上的公司治理虽然已被讨论得很多,但在最近的企业管理史上却多数是错误的做法。正确的是突出高层管理的重要性,尤其是一反过去更加重视监事会的作用。现在的公司治理有三方面的错误,涉及公司治理的内容、高层管理机构的任务以及企业高层管理部门的构建和工作方法。”②

在实践中,国有企业的公司经理层的行权方式大多以总经理办公会的方式行权,很少按照公司法的设计由总经理单独行权,这被认为是“更民主的方式”。但在私人公司,总经理行权可能更多采取单一行权的方式,因而多不存在什么总经理办公会。然而,对于总经理办公会以及董事长办公会究属何种性质的机构,在公司法上并无特别定性——其是董事长、总经理的决策咨询机构,还是董事长、总经理的决策代表机构?换言之,总经理办公会和董事长办公会做出的决定,在公司法中应视为董事长、总经理的决定,由其个人承担责任?还是采取集体决议的归责方式,由参与会议的主体,例如,包括中层部门负责人一起承担责任?这在公司法上长期都是不清晰的。这也印证了前文所言,未来公司法的改革可能在关注第一、二层级的代理规制安排的同时,还应特别关注组织内部第三、四层代理环节的问题。

(二)董事会应当做什么:咨询评价机构,还是决策机构?

董事会到底应当做什么?应当如何定位其职权,确实是一个很困难的问题。对此,可以采取强制主义和自由主义两种模式。前者是由法律强制规定,设计董事会的各种职权;后者是由投资人自行决定,法律不强制设计董事会的各种职权,甚至公司是否设立董事会,都可交由投资人完全自决。现行有关法律关于公司董事会的设立及职权,整体上是倾向于强制性的。唯股东人数较少或规模较小的公司,可不设立董事会,只设执行董事,但其职权也基本都是强制性的。

抛开董事会设立的自由性问题,在已设立董事会的公司,如何定位董事会的职权是一件困难的事。有将董事会定位为重要决策机构的,也有将其定位为执行机构的,还有将其定位为咨询/监督机构的,或者在这三种职能当中进行重要性不同的排列组合。在我国公司法中,唯重大的事情才需

① 参见杜昕《论股份公司经理的经营决策权》,载《山西经济管理干部学院学报》2009 年第 4 期。

② [奥]弗雷德蒙德·马利克(Fredmund Malik):《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》,朱健敏译,机械工业出版社 2018 年版,第 1 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

股东会决议，大量日常经营事项是由董事会决定的，正是因为此种日常经营决策机构的定位，在我国企业中，董事会参与了大量经营决策事项，此种“过于信任董事会”的职权安排，导致实务中董事会的形式化。如前所述，内部董事因本身往往兼任其他经营职务，在决策事项上报董事会前，其往往已在不同环节以各种身份（例如总经理、副总经理、部门经理、下属公司董事、总经理等）参与过多轮讨论甚至决策，因此，在董事会最后决定该决策事项时，内部董事早已丧失讨论热情。这可能是为何在公司董事会进行决策讨论时，内部董事保持沉默的重要原因之一。对外部董事而言，其虽然可能在此前并未实质参与决策事项的讨论，但往往因知晓信息有限，难以进行实质性的异议表决。这两种因素交织形成了董事会的形式化结果——提交董事会决议的事项很少被异议或否决。如果董事会不能/不会实质性改变提交其讨论的议案，是否可以取消董事会对相关经营议案的决策权？或者将决策行为修改为备案、汇报等无需积极决策评价的事项呢？

在国有公司改革过程中，董事会的功能角色被定位为“定战略、作决策和控风险”。所谓定战略，是指董事会负责确定公司的发展战略、中长期发展规划、经营和投资计划。所谓作决策，是指董事会就公司的重大改革重组事项、重大投融资项目、组织机构设置、资产处置、财务预决算等进行决策。所谓控风险，是指由董事会负责对公司进行全面风险管理、财务控制和内部审计。这实际上是认为，董事会具有重大决策与监督功能。实务中争议的焦点是，是否需要压缩/扩张董事会的经营事项决策权？“董事会中心主义”的逻辑认为需要进一步扩张董事会对公司经营事项的日常决策权，而“监督主义”的逻辑则认为，董事会应当管大事，应从日常经营决策中解脱出来，负责公司战略和经营评价事项。由此，可能形成经营型董事会或者评价型董事会两种不同的董事会现实结构。还有人明确提出，未来国有独资公司董事会建设大体可分为三种模式，即战略决策型董事会、项目管理型董事会和均衡型董事会。战略决策型董事会，将更多精力投入到研判公司战略发展，仅对公司特别重大项目进行把关，其他事项授权给董事长或经理层进行决策和执行。战略决策型董事会适用于已发展成为资产规模较大、战略意义突出的特大型国有独资公司。项目管理型董事会，则是将更多精力投入到公司的项目审批上，相应地，董事会的任务将更加繁重。项目管理型董事会适用于快速发展、资产规模相对较小的国有独资公司。均衡型董事会，介于战略决策型董事会和项目管理型董事会之间，在兼顾公司战略发展的同时，把关公司的重大项目审批，实现公司的稳定、长远发展。[①] 以上讨论虽然主要涉及国有独资公司董事会的设计，但其一般原理对普通公司的董事会设计仍有帮助。

鉴于公司尤其是国有公司内部决策链条过长的现象比较普遍，如果分设董事会，从提高公司决策效率角度而言，似应将董事会从日常经营决策中解脱出来，让真正在一线决策的经理层能对自身决策负责，承担决策责任，从而可以解决目前“管理者不决策、决策者不负责”的弊端，因管理者滥权而由董事会“背锅”的现象也可在一定程度上得到缓解。目前，公司内部决策层级繁多，还可能导致难以区分决策责任的问题，每一个参与决策的部门可能对决策失误都有责任，但其间责任如何量化区分，存在明显的操作困难。这在国资委起草中央企业投资经营损失责任实施细则时体现至为明显。在“多因一果”的情形下，很难对导致损失的各种原因进行“分别归责”，抽象的“近因规则”虽

① 参见国家能源技术经济研究院《国有独资公司董事会建设研究》，2019 年 10 月北京，课题结项汇报 PPT，第 41 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

然可能有助于厘清责任,但在近因的判断标准以及区分适用上也存在困难。

董事会的职权定位可能需要区分公司规模设计。对于规模较大、战略定位复杂、战略改变空间大的公司来说,“好的董事会”可能应当致力于公司战略的确定调整和经营的监督评价,因为此种公司经常面对战略转型、战略调整的问题。而对于规模较小,无需专门战略定位、战略调整的小公司而言,其董事会成员可能与管理层高度重合,此类公司董事会的职权定位可能是以日常经营决策为主。基于管理成本的问题,这些小公司很难实现董事与经理层的分离,董事会往往深度参与公司经营活动,从而呈现出经营决策型特征。当然,也可能存在居于二者之间,部分参与公司战略、部分参与公司经营决策和监督的董事会,但此种董事会在组织设计中不应视为优选模式。因此,董事会的职权定位可能还是应当从法定强制转向任意规制,由公司自己根据其规模和特点进行确定,公司规模较大时可以选择战略型的董事会,从而从日常经营中解脱出来,专门负责战略和监督; 公司规模较小时,如果设立董事会,则可以选择经营型董事会,此时因公司董事直接参与经营,其监督职能则可能弱化,战略定位职能也可能交给股东会完成(参见表 2) 。

表 2: 董事会的基本类型及权利配置

公司类型	公司特征	董事会类型	董事会职权配置	评价
大规模公司	面临战略转型/战略调整问题; 董事与经理层分离	战略决策型	定战略、远经营、强监督(评价)	优选
小规模公司	战略稳定; 董事与经理层高度重合	经营决策型	负责日常经营、战略及监督(评价) 职能弱化	优选
复合类公司	公司有一定规模,面临战略问题; 董事与经理层部分重合; 日常经营事务多	均衡型	定战略、参与部分经营活动、履行部分监督(评价) 职能	次选

就规模相对较大的公司而言,将其董事会从日常经营决策中解脱出来,主要参与战略制定和监督是合适的,一般公司董事会每年召开最多 10 余次会议,让其负责公司日常经营决策,一方面可能导致决策迟延(公司因无法凑齐全部董事或多数董事的时间,从而影响决策效率) ; 另一方面又可能导致决策仓促的现象发生(在董事会召开的短短几小时内,需要对大量日常经营决策事项进行讨论,时间往往不够) 。在此类公司,一旦董事会从日常经营决策中解脱出来,解放了董事会的同时,也优化了公司决策流程,缩短了决策链条,从而最终有助于提升公司的营业/决策效率。还要注意的是,此类公司董事的监督评价权不同于监事会的监督评价权,二者在监督对象、监督事项、评价标准上都存在差异。董事会对经理层的监督评价,是一种基于商业/经营绩效的监督评价,也即董事会侧重从业务效果上对经理层进行监督评价,实质上是对经营层的考核评价。例如,评估项目可研报告中的经济指标是否如期实现,在未能实现项目目标时,分析原因并对经理层进行奖惩。而监事会的监督则更多地侧重于对董事、经理层管理行为的合法性进行评价,其监督对象比董事会的监督权要更为广泛,董事本身也在监事会的监督范围之内,而董事会的监督权主要针对经理层进行。

由董事会负责评价经理层的行为,还可避免单纯由股东进行评价可能衍生“过于考虑股东利益”的短期经营问题。按照美国商业圆桌会议的解释,“任命、免除,必要时评价公司首席执行官”是

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

董事会的首项监督职能。[①] 高效的公司治理只能从企业整体系统的作用能力方面来谈，其他一切则是长期对企业有害的东西。因此，公司治理研究必须超越公司法——公司治理必须在内容上涉及指挥角度和领导角度，不涉及当前在公司治理原则中惯用的法律和金融条规。这些条规是必要的，但是不够，只有当这些条规应用到企业领导的内容中，才能实现目的。[②] 高层管理者正确决策的唯一有效的定位指标是顾客效用和竞争力，单这两条就是成功的保障，而且是唯一无法人为操纵的指标。股东价值和资产增值原则，一般涉及金融市场的指标，必须在企业管理中得到重视，但是不适合指导管理者的战略行动。公司治理必须无条件地针对本企业和企业的市场竞争力，不允许面向某些利益群体，既不考虑股东也不考虑其他利益相关者。面向某些利益群体，将全面导致高层管理者的错误决策，由此导致企业的倒退。[③] 因此，要做到正确的企业领导，首先必须把公司内部的因果关系扭转 180 度: 以股东价值为导向的做法是错误的，正确的做法是以客户价值为导向。注重增值是错误的，正确的做法是注重竞争力的加强。经营的理念在这里不允许有妥协。[④] 这恐怕是董事会在对经理层进行评价时，要坚守商业本质的逻辑——如何更好地便利社会，但不能完全局限于经济价值的逻辑。

三、改变公司法: 从规范面再造董事会职权

当确定了董事会职权的再造方式应当从“单一强制”走向私法自治，如何从规范面再造董事会之职权就成为关键问题。对此，仍需平衡股东会与董事会、经理层的关系。在我国当下不少企业经营效率低下的情况下，如何透过董事会职权的再造提升企业经营效率，增进诚信、改善营商环境是极为重要的课题。一些学者建议走向“董事会中心主义”，“建议删除我国《公司法》关于董事会职权的规定，而代之以规定‘除法律和章程另有规定外，董事会享有经营公司的全部权力’”。[⑤] 在董事会形式化日趋严重的情况下，其实，除了走向“董事会中心主义”以外，也可能还存在走向“经理层中心主义”的可能，这也许是更切合中国实践的公司组织机构构造方向。由此，公司法的组织机构职权应做如下调整。

首先，应大幅削减股东会的职权，将股东会从经营决策中解脱出来，若非涉及公司发生根本变更或者年度报告事项，股东会无需参与决议。股东直接管理公司是公司法的“史前阶段”，在美国，董事会的概念可以追溯至十九世纪上叶，在 1840 年前所有者一般直接管理企业。[⑥] 长期以来，一个普遍认同的观点是，股东在公司事务上只有非常有限的权利。近一百年前的一个常被引用的观点

---

① 参见 [美] 斯科特·格林《〈萨班斯－奥克斯利法案〉与董事会——公司治理的最佳技巧及范例》，荆新译，东北财经大学出版社 2012 年版，第 16 页。

② 参见 [奥] 弗雷德蒙德·马利克(Fredmund Malik) :《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》，朱健敏译，机械工业出版社 2018 年版，第 3 页。

③ 参见 [奥] 弗雷德蒙德·马利克(Fredmund Malik) :《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》，朱健敏译，机械工业出版社 2018 年版，第 3 －4 页。

④ 关于客户价值的可评价性，可以参见 [奥] 弗雷德蒙德·马利克(Fredmund Malik) :《正确的公司治理——发挥公司监事会效率应对复杂情况》，朱健敏译，机械工业出版社 2018 年版，第 2 页注释 1 所列举的文献。

⑤ 罗培新《股东会与董事会权力构造论: 以合同为进路的分析》，载《政治与法律》2016 年第 2 期，第 122 －132 页。

⑥ 参见 [美] 斯科特·格林《〈萨班斯－奥克斯利法案〉与董事会——公司治理的最佳技巧及范例》，荆新译，东北财经大学出版社 2012 年版，第 7 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

是这样描述股东角色的 “一个通行的法则是,股东并不参与公司的日常经营事务。法令规定股东在某些特殊情况下拥有确保公司运行的权力,但是除了由法令规定的以外,这些权力主要带有许可或者确认性质……他们并没有直接的权力。国家没有任何法令赋予他们参与公司事务的提议权。他们要了解公司经营的具体细节,需要经过必要的同意、请求和推荐才行。股东的建议必须通过董事会才能实施,在董事选举会议上更换董事人选时,他们也只能间接地行使股东权力”。① 在我国,削减股东会职权旨在减少经营层级,提升经营效率。对国有公司而言,则意味着履行出资人职责的机构应进一步进行权力下放。股东会的经营性职权一部分可以调整给董事会,例如,决定公司经营方针和投资计划的权力可以调整给董事会; 其他权限,一部分可以调整给经理层,例如,审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案,审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案,对发行公司债券作出决议、对公司增加或者减少注册资本作出决议等都可以调整给公司经理层。实践中,经理层提出的这些方案极少在董事会上被改变。另外,还可适当增加公司股东会的某些特别职权,例如,赋予股东会对公司内部组织机构之间发生的争议做出裁决的权力,通过内部裁决权迅速化解公司内部纠纷,提升公司纠纷解决的效率。在股东会权限下放之后,为避免董事或经理层通过董事会、经理办公会等形式损害公司股东利益,可以为股东会保留对不当决议的撤销权。由此,瘦身后的股东会职权可以罗列如下:

第××条 除公司章程或股东会决议、全体股东一致同意的协议另有规定外,股东会行使下列职权:

(一) 选举和更换非由职工代表担任的董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;

(二) 审议批准董事会的报告;

(三) 审议批准监事会或者监事的报告;

(四) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议;

(五) 修改公司章程;

(六) 当公司内部机构(包括但不限于董事会、董事长办公会、总经理办公会等) 做出的决议损害股东利益时,股东会有权自作出决议之日起 30 日内召开会议予以撤销;

(七) 对公司内部机构以及机构与成员之间发生的争议做出裁决。

其次,应大幅削减董事会的日常经营权限,将董事会从繁杂的日常经营决策中解脱出来,让其回归战略决策和经营评价者的位置。例如,决定公司经营计划和投资方案权力可以调整给经理,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等事实上由经理层决定的职权均可调整给经理层决策,让这些决策回到其真实的决策状态。其中,制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案也下移到经理层,因其最终决策权在股东会手中,经理层做出初步决策之后,直接由股东会决策,打破影响经营效率的“夹层代理”结构。公司内部管理机构的设置以及公司基本管理制度均涉及公司经营事项,事实上也多由经理层决定或制定,可让其回归经理层之手。当然,还有必要根据董事会职权的调整,专门增加其对 CEO 的评价权力。 “每年对 CEO 进行评估是董事会实施有效监管的核

① See Continental Sec. Co. v. Belmont, 99 N. E. 138, 141, (N. Y. 1912). 转引自大卫·J. 伯格《一个从业者对现代公司股东权利的一些思考》,载 [美] M. J. 爱波斯坦、K. O. 汉森《公司治理》,聂佃忠、张悦译,北京大学出版社 2014 年版,第 140 页。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

心内容。”[①]董事会要成为有效的监管者需要做好三件大事: 确保公司管理层、雇员行为合法且合德; 批准公司发展战略并评估其进度; 妥善处理专门针对高级管理人员的选举、评估和薪酬等事务,如果有必要,撤换 CEO 并确保高管继任计划得以贯彻执行。[②] 由此,董事会成为战略决策与评价机构,当然,考虑到公司规模及经营情况的复杂化,仍可为董事会职权设计例外条款,若公司章程对其职权另有规定,则章程规定优先。

第××条 董事会对股东会负责,除公司章程另有规定或股东会决议授权、全体股东一致同意的协议另有规定外,董事会行使下列职权:

(一) 召集股东会会议,并向股东会报告工作;

(二) 执行股东会的决议;

(三) 确定或调整公司发展战略、经营范围;

(四) 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、法务负责人及其他部门负责人及其报酬事项;

(五) 考核、评价经理、财务负责人、法务负责人及其他部门负责人的年度经营业绩,决定其奖惩方案。

再次,夯实经理层的各项经营决策权。在公司契约论看来,公司经理拥有公司的控制权。[③] 如前所述,实际上大量的经营决策事项都是由经理层负责决策,但由于存在“夹层代理”结构,这些决策事项同时需要董事会甚至股东会多头决策,不仅造成决策效率低下,而且影响决策责任的分配。因此,在再造组织机构职权时,不如将这些决策下移到其真实的决策主体——经理层,从而,概括性地赋予经理享有经营公司的全部权利,认可事实上的“经理中心主义”。同时,还应规范经理层的行权方式——要求其以民主的方式决议,并且,对经理层明显违法或损害公司利益的决定,赋予股东会及董事会撤销权,以此种消极权利的配置方式,减少股东会、董事会对具体经营活动的干预,从而使决策扁平化,决策效率因此也得到提高。鉴于公司日常经营权向经理层倾斜,还应设计约束措施,避免总经理专断。此种约束措施主要包括: 其一,经理的职权以经理办公会的形式行使; 其二,经理办公会的参与者应对违规决议给公司造成的损失承担赔偿责任。由此,公司经理层的职权设置如下:

第××条 经理对董事会负责,除公司章程另有规定或股东会、董事会决议、全体股东一致同意的协议另有规定外,经理享有经营公司的全部权利,包括但不限于下列职权:

(一) 主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;

(二) 决定并组织实施公司年度经营计划和投资方案;

(三) 决定公司内部管理机构设置方案;

(四) 制定公司的基本管理制度和具体规章;

(五) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人、法务负责人及其他部门负责人;

---

① 杰伊·W. 洛尔施《矫正董事会授权》,载 [美] M. J. 爱波斯坦、K. O. 汉森《公司治理》,聂佃忠、张悦译,北京大学出版社 2014 年版,第 169 页。

② 参见杰伊·W. 洛尔施《矫正董事会授权》,载 [美] M. J. 爱波斯坦、K. O. 汉森《公司治理》,聂佃忠、张悦译,北京大学出版社 2014 年版,第 167 页。

③ See Frank H. Easterbrook&Daniel R. Fischel, The Corporate Contract, Columbia Law Review, Vol. 89, No. 7(1989), p. 1416.

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

(六) 决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员;

(七) 决定公司的年度财务预算方案、决算方案,决定公司的利润分配方案和弥补亏损方案;

(八) 决定公司增加或者减少注册资本,制订发行公司债券的方案;

(九) 制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案。

公司经理以召开经理办公会的方式行使上述职权,财务负责人、法务负责人以及其他部门负责人是经理办公会的成员。经理办公会决议因违反法律、行政法规和公司章程而损害公司利益的,参与决议的成员应承担赔偿责任,在经理办公会上表明异议并投票反对的成员可免除责任。

四、结论

公司治理是一个进化的理想,也是一个持续改进的过程。[①] 伯利(Berle)和米恩斯(Means)提出的公司所有权与控制权分离的命题,[②]影响了公司法学界数十年。董事会职权的再造以及连带发生的股东会、经理层的职权再造是公司法改革中的难点问题。流行的理论观点总是笼统地认为,中国应从“股东会中心主义”走向“董事会中心主义”,相应地赋予董事会更多的经营决策权。这样的判断并未充分考虑到我国公司法设计的“夹层代理”结构是如何影响企业决策效率的,也未能充分考虑到中国企业治理实践中所存在的广泛的“代理权下沉”现象。在制度设计中,董事会居于股东会与经理层之间,此种夹层决策机制导致公司经营层级众多、效率低下。具体而言,组织法内部至少存在四层代理权,即“股东与董事”“董事与经理”“经理与部门经理”以及“部门经理与普通员工”之间的代理权。正是依托这四层代理权,公司作为无生命的法人组织得以存续。前两个代理环节主要由组织法调整,后两个代理环节主要由交易法调整。但交易法主要关注外部第三人保护,并不关注公司内部的代理构造问题,这就使得第三、第四环节的代理问题成为规制空白。这也可能是公司治理很难控制滥权行为的关键所在。公司法的主要任务在于解决内部代理人的合规用权问题。因此,组织法应全面介入多层次内部代理行为的调整,尤其应关注经理层事实上享有的无上权利。在制度设计上,董事会被视为日常经营决策机构和执行机构,但董事会每年开会次数有限,又大量介入公司日常经营决策,导致其无法关注战略问题且日益形式化。事实上,大量的经营决策是公司经理层而非董事会完成。因此,与其走向“经营决策董事会中心主义”,不如走向“经营决策经理中心主义”。必须重构董事会的运行模式。规模较大、业务经营复杂的公司应采取战略型董事会的模式,将董事会从日常经营中解放出来,致力于公司战略的确定改进和对经理层的评价监督。小型公司因难以解决董事、经理分离的问题,董事会仍需参与一些日常经营,从而呈现出经营型董事会的特点。公司法上股东会、董事会以及经理层的权利规范也应重新构造,大量削减股东会、董事会的日常经营决策权,夯实经理层的经营职权,同时保持公司内部治理中机构职权构造的弹性,允许以公司章程、股东会决议或董事会决议授权,以及全体股东一致同意的协议方式自由选择如何配置股东会、董事会及经理层的职权。ML

① 参见[美]斯科特·格林《〈萨班斯-奥克斯利法案〉与董事会——公司治理的最佳技巧及范例》,荆新译,东北财经大学出版社2012年版,第7页。

② 参见[美]阿道夫·A. 伯利、加德纳·C. 米恩斯《现代公司与私有财产》,甘华鸣、罗锐韧、蔡如海译,商务印书馆2005年版。

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

Reconstruction of the Authority of Board of Directors: Based on the Logic of "Mezzanine Agency" and Realism

JIANG Da-xing

(Law School, Peking University, Beijing100871)

Abstract: The popular view is that China should change from the centralism of shareholders' meeting to the centralism of board of directors. This judgment does not fully consider the phenomenon of "proxy power sinking" in China's corporate governance practice. The organizational structure of China's company is a kind of mezzanine structure, in which the board of directors resides between the shareholders' meeting and the managers. This mezzanine decision-making mechanism leads to multilevel decision-making and low efficiency. There are at least four levels of of agency within the company, therefore, the organizational law should be involved in the adjustment of multilevel internal agency behaviors. Although the board of directors has significant legal power, it has long been "formalized" in fact. Many business decisions of the company are made by managers rather than the board of directors, and it is common that "decision makers are not managed" and "managers are not responsible". Maybe we should liberate the board of directors from day-to-day business activities and devote them to strategic improvement and management appraisal, and to keep shareholders' meetings away from specific operations. Therefore, the Company Law should strengthen the operation decision-making power of managers. It is better to recognize the "manager centralism" rather than "board centralism". In order to maintain the resilience of the organization, it should also be allowed to amend the statutory authority of corporate institutions by means of articles of association, resolutions of shareholders' meetings or resolutions of the board of directors, and shareholders' agreement, so as to maintain the resilient structure of the corporate governance.

Key Words: board of directors; shareholders' meeting; management; authority; mezzanine agency

本文责任编辑: 黄 汇

青年学术编辑: 林少伟

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net