

文章编号: 1674 - 5205(2023)01-0160-(013)

董事会权力的失焦与矫正

刘 斌

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

摘要 面对公司法的结构性改革契机,公司治理中心的探讨应该从抽象的公司治理范式转向具体的权力配置。当前公司法修订思路承继了《民法典》对董事会的执行机构定位,并通过剩余权力概括归属于董事会的方式重新定义了董事会权力,是十分重要的制度创新。但是,在我国复杂的公司治理语境下,这种权力配置方式会导致董事会权力的失焦,使其难以真正负担公司经营管理的职责。为矫正董事会权力配置的失焦,首先应当重置董事会的职能定位,避免将其简单定性为公司执行机构,更不应定性为股东会的执行机构。其次,剩余权力概括归属于董事会的立法模式仅提供了一个公司权力分配的单向流动管道,并未改变股东会和董事会权力的实质调整空间。为实现对董事会权力失焦的实质矫正,应删除股东会的利润分配、发行债券等条款。最后,与董事会权力失焦的矫正相配套,应当减少法定代表人对董事会权力的抑制,将公司代表人选任的权力归于董事会,与董事义务和责任的强化相匹配,实现权责平衡。

关键词 董事会中心;法定权力;剩余权力;商事判断;法定代表人

Abstract: Facing the structural reform of company law, the discussion paradigm should shift from the abstract ideals to concrete corporate power distribution. The revision draft of company law inherits the rules of the Civil Code, and redefines the power of the board of directors by deleting the listed powers and attributing the residual powers to the board, which is a very important institutional innovation. However, in the context of complex corporate governance in China, this power allocation method will still lead to the loss of focus of the power of the board, making it difficult for the board to truly undertake the responsibilities of the company's management. In order to realize the correction of the power allocation of the board, First of all, the functional positioning of the board of directors should be reset, and it should not be simply characterized as the executive body of the company. Let alone the executive body of the shareholder's meeting. Secondly, the residual power attribution mode only provides a one-way flow channel for the distribution of corporate power from the board to shareholders, and cannot realize the substantial adjustment of corporate powers. In order to realize the substantial correction, the statutory powers such as profit distribution and bond issuance and other business powers should be distributed to the board. Finally, to overcome the legal representative's inhibition of the power of the board, the power of designating company's representative should be exclusive to the board of directors.

Key Words: board of directors primacy; statutory powers; residual powers; business judgement; legal representative

中图分类号: D922.291.91 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2023.01.007

董事会是公司治理的核心,其权力配置不仅对公司治理制度具有系统性影响,同时也关涉公司资本制度的设置与变革。但是,我国现行公司法对董事会权力的规定仅勾勒了模糊线条,董事会的职能定位、权力内容、与股东会权力的动态关系等诸多问题均有待廓清。加之我国学界长期对股东会中心主义抑或董事会中心主义的

收稿日期: 2022 - 02 - 15

基金项目: 中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(20CXTD02); 中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目

作者简介: 刘斌,中国政法大学民商经济法学院副教授,博士生导师,全国人大常委会法工委公司法修改工作专班成员。

区分标准莫衷一是,使得前述问题更趋于复杂。⁽¹⁾ 逐本溯源,公司治理中心之争的核心命题即公司权力的归属,即谁享有对公司的经营管理权力,故而对公司权力归属进行具体探讨显然更加切中肯綮。⁽²⁾ 在不同公司治理模式之下,董事会的角色可分为战略管理型、共同决策型、监督和系统维护型等不同类型,权力配置差异甚大。⁽³⁾ 在所有制不同、公开性各异、大小分化的多元公司类型中,董事会功能差异较大。故而,面对复杂的公司经营管理事项,董事会的类型化剖析固然有助于明晰其法律定位,但并不能替代对公司权力归属的具体讨论。

与董事会中心主义的改革诉求相适应,立法机关在2021年12月20日审议的《中华人民共和国公司法(修订草案)》(以下称《公司法(修订草案)》)中试图突出董事会在公司治理中的地位,具体体现在明确董事会作为公司执行机构以及董事会行使公司法和章程规定属于股东会职权之外的剩余权力,并同时删除了原条文对董事会职权的具体列举条款。⁽⁴⁾ 该修改被部分观点解读为中国版的董事会中心主义,也有部分观点认为其有导致股东会进一步侵蚀董事会权力之虞,妨碍董事会中心主义之实现。对作为公司治理核心的董事会进行权力调整,势必导致公司治理系统的关联变化,亦将对整部公司法产生系统性影响,系此次公司法修改之重大事项,不可不察。更值得关注的是,在并未改变公司治理规范系统的背景下,仅对董事会权力进行单独调整而未对股东会职权做任何调整,此种单独强化董事会地位的做法是否可以进一步优化,亦有待审视。

一、董事会权力在公司治理系统中的失焦

自1993年以来,我国《公司法》对董事会职权一直采取封闭性的具体列举方式。为了放松管制,2005年修订后的《公司法》在董事会职权列举中增加了“公司章程规定的其他职权”的兜底条款,以章程自治的方式进一步厘定董事会与股东会的权力划分问题。审视现行《公司法》第46条的规定,董事会的权力包括对公司经营计划和投资方案的决定权,对利润分配、分立合并等重要事项的方案制定权,公司基本管理制度的制定权、对公司经理的任免权等重大事项,董事会可得决策的事项不可谓不“重大”,其中不乏实质性权力。⁽⁵⁾ 从权力属性来看,该条中董事会的职权属于法定职权,不能通过章程规定分配给其他机构,也不能随意剥夺。⁽⁶⁾ 除了十项法定权力之外,尚有兜底条款允许公司章程赋予董事会其他权力。

与现行《公司法》不同,《公司法(修订草案)》一改列举式立法模式,删除了现行法第46条所列举的十项董事会职权和兜底条款,改采概括式立法模式。在董事会权力范围上,该草案第62条规定,董事会行使“本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”。与之相匹配,《公司法(修订草案)》第69条亦对经理的职权列举作了删除处理,概括规定为根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。除此之外,由于草案对授权资本制的引入,董事会还在授权范围内对股份发行享有决策权。从形式上来看,《公司法(修订草案)》对董事会职权的规定已经与《美国示范公司法》第8.01条非常类似。后者规定,公司所有权力应由董事会或者在董事会授权下行使,公司的经营或事务应由董事会管理或者在其指导下管理,除非公司章程或者经7.32条的股东协议另有安排。类似的立法还有美国《特拉华州普通公司法》第141条(a)款“依(本法)本章组建的公司,其业务或事务应由董事会管理或在董事会指令之下管理,除非(本法)本章或公司章程另有规定。”从条文文义来看,《公司法(修订草案)》所明确的“剩余权力”不仅涵盖了董事会的既有权力事项,也进一步扩大至公司法和

(1) 赵旭东《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,《法学评论》2021年第3期,第68页。

(2) 梁上上《公司权力的归属》,《政法论坛》2021年第5期,第69页。

(3) 邓峰《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:实证法的考察》,《中国法学》2013年第3期,第101页。

(4) 王瑞贺《关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉的说明——2021年12月20日在第十三届全国人民代表大会常务委员第三十二次会议上》。

(5) 楼秋然《股东至上主义批判——兼论控制权分享型公司法的构建》,社会科学文献出版社2020年版,第12页。

(6) 宋燕妮、赵旭东主编《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2019年版,第97页;赵旭东主编《新公司法条文解释》,人民法院出版社2005年版,第96页。

公司章程未明确划分的事项,从逻辑上来看董事会的权力将进一步扩张,反映了“突出董事会在公司治理中的地位”的修法思路,具有重要价值。

但是,董事会权力条款并非仅在公司治理规则中存在,立法单一改变董事会职权并不能系统实现董事会的治理中心目标,当前修订草案的概括主义模式仍然受到其他相关条款的掣肘。比如,最直接的关联条款即股东大会的职权条款在《公司法(修订草案)》中未做任何调整,仍然维持了现行法所列举的十项职权和兜底条款。在维持股东会职权的前提下对董事会的法定职权条款进行删除,是否会造成股东会权力的实质扩张和董事会权力的相应削减?有观点认为,删除列举职权条款的同时,既没明确哪些权力是董事会不可被股东剥夺的,也没规定哪些职权是董事会可以主动放弃的,这或导致公司通过章程、股东会决议、股东间协议等方式将现行《公司法》中董事会的法定权力划归股东会,进一步弱化董事会的治理中心地位。⁽⁷⁾加之我国公司法上董事会权力和义务的不对称,权力和责任的不一致,殊难以通过对董事会权力条款的单独调整实现董事会中心主义的目标。⁽⁸⁾

事实上,长期以来,我国现行《公司法》规定的董事会权力存在巨大模糊性。虽然法条明确规定了董事会权力范围,但却常常“失焦”。董事会权力的失焦,集中体现在对公司法条文的巨大解释争议,包括董事会的职能定位、权力范围、组织机构间分权等具有复杂关联关系的事项。造成这种模糊性的部分原因是立法技术不精湛。⁽⁹⁾比如,现行《公司法》第37条规定的股东会决定经营方针和投资计划的权力,与第46条规定的董事会决定经营计划和投资方案的权力,二者边界难以厘定。但是,更深层次的原因则在于现行法缺乏对董事会权力的系统定位和动态审视。在未对公司治理规范进行系统调整的情况下,《公司法(修订草案)》仅通过明确董事会的执行机构地位和改采董事会职权概括式立法模式,尚不足以充分矫正董事会权力的失焦现象。要解决该问题,应当系统审视导致董事会权力失焦的关联因素,具体包括以下三个方面:

1. 董事会在公司治理系统中定位的错位。2017年通过的《民法总则》第80条和第81条分别规定,营利法人应当设权力机构和执行机构,董事会或执行董事为执行机构,该规定被《民法典》全部吸收。依立法者见解,营利法人之所以必须同时设立权力机构和执行机构,是因为需要由执行机构来执行权力机构的决定,否则权力机构的决定就会落空,法人也无法正常运转。⁽¹⁰⁾由此可见,在《民法典》中,虽然执行机构名义上为营利法人之执行机构,却是为了执行权力机构的决议而存在,毋宁称之为权力机构的执行机构更为合适。在《民法典》的基础上,《公司法(修订草案)》第62条和第124条进一步明确规定了董事会是公司的执行机构。但是,《民法典》第81条直接将董事会或执行董事定性为营利法人权力机构的执行机构是不妥当的,这违背了《公司法》将董事会定位为经营决策机构的本意。⁽¹¹⁾董事会定位紊乱所产生的影响是体系性的,董事会与股东大会的相互关系即首当其冲。比如,现行《公司法》第46条所规定的“董事会对股东会负责”“董事会向股东会报告工作”“董事会执行股东大会的决议”,第112条第3项所规定的董事会决议违反股东会决议的法律责任,究竟对董事会权力产生何种约束?如果不能矫正董事会在公司治理系统中定位的错位,即使赋予其更多权力,董事会仍然会受到公司治理系统中的机构间关系之影响。

2. 董事会实质权力不足。虽然《公司法(修订草案)》的概括式规定使得董事会获得了形式意义上的剩余权力,但是诸多重要的实质权力仍然在股东会职权中。作为公司权力的默示归属机构,董事会应当具有默认模式下完备的经营管理权,以及单层制模式下的监督权力。有学者将公司权力分为所有者权力和经营者权力:所有者权力是指股东作为公司的所有者对关涉公司最根本事项所保有的权力,这些事项关系到公司的基础,直接

(7) 邓峰《修订公司法,不如退而结网》,《财经》2022年第1期,第78页。

(8) 邓峰《董事会制度的起源、演进与中国的学习》,《中国社会科学》2011年第1期,第175页。

(9) 刘斌《中国公司法的立法技术革新——以立法技术瑕疵评估为中心》,《大连理工大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第78页。

(10) 黄薇主编《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第200页。

(11) 梁上上《公司权力的归属》,《政法论坛》2021年第5期,第75页。

决定公司的存续与发展并直接影响全体股东的重大投资权益;经营者权力是指公司的实际管理者对公司经营管理事项所享有的权力,为董事会和经理所享有。⁽¹²⁾从现行公司法的权力配置来看,董事会和经理的法定职权固然都是经营者权力,但股东会的权力却不止所有者权力,还包括部分经营者权力,比如经营方针和投资计划的决定权。这有待通过法律修改进行调整。实际上,修订公司章程、利润分配、公司的重大事项变更等往往同时涉及公司经营者和所有者利益,这些事项究竟归属于所有者权力抑或经营者权力,其决策权如何分配,主要取决于立法者的价值判断。例如,利润分配通常被认为是所有者权力事项,但如果从公司利益的视角观察,利润分配事项与公司经营更为攸关。总之,现行《公司法》对股东会法定权力的过分赋予,将不可避免地导致董事会权力的削弱,是董事会权力失焦的重要原因。

3. 除了董事会定位错位和董事会权力不足之外,董事会权力还受到关联制度的抑制,包括控股股东或实际控制人对公司的实际控制、法定代表人对公司表意机制的垄断、经理的经营管理权等等。其中,控股股东或实际控制人对公司的实际控制属于公司治理实践中的事实问题;后两者则属于公司法层面的规范问题。虽然分属于事实层面与规范层面,但公司治理实践对立法预设的偏离系制度改革的关注重点与改良基础。⁽¹³⁾对此,《公司法(修订草案)》联动性地回应了对控股股东和实际控制人的规制、经理的权力配置问题,但与法定代表人制度的联动修改仍然有巨大的改进空间,该制度是制约董事会权力实现的最大障碍。

二、董事会职能定位的错位与矫正

我国公司法对股东会与董事会的关系设置仿照了全国人民代表大会和其常务委员会的设立模式。⁽¹⁴⁾这种模仿很大程度上是因为《公司法》制定时受到大量国有企业遵循行政管理模式影响。⁽¹⁵⁾在前述立法模式之下,股东会界定为公司的权力机构,负责决议公司的“一切重大问题”,且“只负责”就公司的重大事项作出决议,集体行使投资者权益;董事会作为公司的决策机构,负责公司的经营管理。⁽¹⁶⁾亦有观点认为,董事会是股东会决策的执行机构,是公司的实际管理者,负责公司经营活动的指挥和管理,很大程度上可视为股东会的执行机构。⁽¹⁷⁾加之现行《公司法》第46条规定的董事会对股东会负责,如果作文义解释,只能解释出董事会是股东会的执行机构而非公司的执行机构,隐含了董事是股东而非公司代言人的意涵。⁽¹⁸⁾但是,对于有职工董事的董事会,其需要兼顾股东利益和职工利益,同时执行股东会和职代会的意志,更不应被视为股东会的单方执行机构。⁽¹⁹⁾由此可见,对董事会的职能定位,在现行《公司法》上存在巨大的解释分歧。从规范层面而言,首先需要廓清的问题即董事会的职能定位:董事会究竟属于股东会的执行机构,抑或公司的执行机构,抑或公司的经营决策机构?

尽管前述对政治制度模仿的立法模式十分契合我国现行《公司法》的立法理念,但该模式却很难有效调整公司治理。比如,有学者指出,虽然我国《宪法》第57条和第128条分别规定了全国人民代表大会是最高国家权力机关、最高人民法院对全国人民代表大会和常务委员会负责,但全国人民代表大会和常务委员会并不能越

(12) 赵旭东《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,《法学评论》2021年第3期,第73页。

(13) 刘斌《公司类型的差序规制与重构要素》,《当代法学》2021年第2期,第107页。

(14) 梅慎实《现代公司机关权力构造论——公司治理结构的法律学分析》,中国法制出版社2002年版,第1页;邓峰《中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:实证法的考察》,《中国法学》2013年第3期,第107页。

(15) 罗培新《股东会与董事会权力构造论——以合同为进路的分析》,《政治与法律》2016年第2期,第131页。

(16) 安建主编《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2005年版,第65页。

(17) 宋燕妮、赵旭东主编《中华人民共和国公司法释义》,法律出版社2019年版,第97页。

(18) 徐强胜《我国公司人格的基本制度再造——以公司资本制度与董事会地位为核心》,《环球法律评论》2020年第3期,第65页。

(19) 叶林《公司治理制度:理念、规则与实践》,中国人民大学出版社2021年版,第117页。

过最高人民法院行使审判权。⁽²⁰⁾ 故而,此种模糊的制度基因并无法直接影响董事会权力的规范配置。事实上,随着我国国企公司化改造的完成和市场经济的发展,前述政治制度模仿式或行政管理模式的公司立法实际上已经失却了其现实基础,相应地,立法对此应当予以剥离和调整。但是,基于路径依赖等诸多因素,《民法典》和《公司法(修订草案)》等近期立法仍然延续甚至发展了既有模式,将董事会明定为公司的执行机构。虽然通过立法方式明确了董事会是“公司”的执行机构,而非股东会的执行机构,对董事会的独立地位有所推进,但仍然不足以反映董事会在公司治理中的核心地位。譬如,即便在《民法典》明确了董事会作为营利法人而非其权力机构的执行机构,本文前引立法者见解仍然将董事会“执行”的涵义解释为对权力机构决定的执行。⁽²¹⁾

董事会的角色定位与权力配置之间存在互动关系,分属于抽象与具体两个层面,抽象的董事会定位应当反映公司法和公司章程中董事会的具体权力内容。就权力内容而言,董事会并非仅具有公司业务的执行功能,还可能兼具经营管理、经营决策、内部监督等多重功能,由此决定了不宜将其简单界定为执行机构。事实上,董事会的角色定位并非一成不变,如果说1993年《公司法》中锚定董事会与股东会关系的条款有其时代合理性的话,三十年后董事会的立法角色定位亦应与时俱进。域外法上亦然:譬如,过去几十年,美国公司法上关于董事会角色的立法语言也有所变化,从传统立法上要求公司事务由董事会管理,转而发展至宽松地规定公司事务由董事会管理或者在董事会的指导及监督下进行。⁽²²⁾ 这种对董事会权力更为宽泛的规定,既可以满足公众公司中监督型董事会的定位,也可以满足封闭公司中管理型董事会的预设。

我国1993年《公司法》对董事会权力的配置有明显的强制性,2005年《公司法》修改虽然试图增强自治性,但兜底条款的加入并未实现这一改革目标。面对新一轮的改革契机,基于我国超过3800多家公司广泛分布于高度封闭性与高度公开性之间的差异情形,克服“万司一律”的标准化权力配置弊端,是进一步释放自治空间和商事效率的重要方向。⁽²³⁾ 从宏观角度视之,面对股东会中心主义、董事会中心主义、经理层中心主义等模式,公司法的使命不是从中“多选一”并排除其它,而是允许公司根据其自身需求进行适当安排。⁽²⁴⁾ 在不同的治理中心模式之下,董事会职能可能在执行机构、决策机构、监督机构等不同定位之间游移甚至叠加。

在《公司法(修订草案)》对公司治理机构进行诸多调整之后,董事会的职能定位也趋于多元化。其中有两个特点被突出强调:一是突出董事会的经营管理职能,以剩余权力概括归属于董事会为标志;二是突出董事会的监督职能,以非执行董事的引入为标识。草案对公司监督机制进行了重大改革,基于单层制治理架构,允许公司在设立董事会审计委员会的情况下选择性地不设置监事会,使得单层制董事会进而承担了监督职能。⁽²⁵⁾ 对于上市公司而言,监督义务更是被视为董事勤勉义务的重要组成部分,监督职权可在董事会内部进行自主分配。⁽²⁶⁾ 除了单层制公司董事会和上市公司董事会外,另一种负担监督职责的董事会类型是国有企业的董事会。在国有独资公司中,《公司法(修订草案)》明确规定取消监事会,但应当在董事会中设置由董事组成的审计委员会等专门委员会,审计委员会的成员应当过半数为外部董事。这是与近年来国有企业改革相适应的制度调整。党的十九届三中全会通过的《党和国家机构改革方案》明确,不再设立国有重点大型企业监事会。2017年,国务院办公厅《关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》提出,国有独资、全资公司全面建立外部董事占多数的董事会,国有控股企业实行外部董事派出制度,完成外派监事会改革。⁽²⁷⁾ 2018年,国务院《关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》提出,国有资本投资、运营公司设立董事会,不

(20) 楼秋然《股东至上主义批判——兼论控制权分享型公司法的构建》,社会科学文献出版社2020年版,第14页。

(21) 黄薇主编《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第200页。

(22) Richard Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2020, p. 106.

(23) 刘斌《公司机构设置的组织法逻辑及改革路径》,《法律适用》2021年第7期,第20页。

(24) 赵旭东《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,《法学评论》2021年第3期,第81页。

(25) 刘斌《公司治理中监督力量的再造与展开》,《国家检察官学院学报》2022年第2期,第34页。

(26) 吕成龙《上市公司董事监督义务的制度构建》,《环球法律评论》2021年第2期,第87页。

(27) 《国务院办公厅关于进一步完善国有企业法人治理结构的指导意见》(国办发〔2017〕36号)。

监事会,其成员原则上不少于9人,由执行董事、外部董事、职工董事组成。董事会下设战略与投资委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会、审计委员会、风险控制委员会等专门委员会。⁽²⁸⁾由此,国务院国资委履行出资人职责的中央企业取消外派监事会后,也不再内设监事会,通过引入外部董事并成立董事会审计委员会等专门委员会发挥监督作用。总之,随着公司治理实践的发展,理论上仍然坚持董事会作为执行机构的定位无疑是刻舟求剑。

再者,从立法技术的角度而言,《民法典》总则编关于营利法人执行机构的规定是对《公司法》提取公因式的结果。⁽²⁹⁾此种立法技术决定了《民法典》应当尊重《公司法》对董事会的职能定位而不应加以改变。基于“民商合一”的立法思路,《民法典》在董事会规则的基础上抽象提取营利法人执行机构规则时,存在十分明显的过度抽象问题。在公司法理论对董事会角色定位尚且难求一致的前提下,追求在《民法典》层面进行更为抽象的定性,不仅立法技术失当,而且会造成对公司法演进路径的偏离和反向制约。从论证逻辑上,应当基于《公司法》确立的董事会定位判断《民法典》营利法人执行机构的定位妥当性,而不应反向进行。故而,《民法典》意义上的“执行”显然不足以涵盖董事会的公司经营决策、业务执行、监督等职能,属于对董事会定位的选择性抽象,在立法技术上并不可取。

总之,《公司法(修订草案)》沿用了《民法典》中执行机构的术语,但其内涵已然超出了民法典中“执行”的固有涵义,最为妥当的方式是删除对其执行机构的界定,将董事会的定位回归至经营管理机构或监督机构。否则,《公司法(修订草案)》中“执行”一词的含义,将与《民法典》第81条中“执行”一词的含义完全不同,因而需要将执行的范围进行超出其文义的扩大解释,至涵盖经营决策、业务执行、监督、对外代表等各项公司事务。此时,所谓的执行业务,已经不仅限于公司的营业事务,已经扩大至需要公司处理的所有事务等广义范畴。⁽³⁰⁾故而,妥当的表述方式应当是明确公司由董事会负责经营管理或者在董事会监督之下进行经营管理,以兼容董事会管理或监督的职能定位。

三、剩余权力概括归属于董事会的体系效果

2005年修订的《公司法》在董事会的职权条款中增加了“公司章程规定的其他职权”作为兜底条款,以扩大章程自治范围。但是,该兜底条款中章程可调整的董事会职权范围一直存在巨大争议。由于《公司法》第37条和第46条所列举的股东会职权和董事会职权都是法定的、不可剥夺的权力,公司不能通过章程方式予以调整。亦有学者基于法政策角度,认为如果允许公司章程、股东会决议变更股东会和董事会的法定职权,将对小股东保护不利,解释上不应允许此类调整。⁽³¹⁾循此逻辑,通过章程方式调整的权力空间实属有限,解释上仅包括股东会和董事会法定职权之外的事项,比如经理的职权;以及公司法上允许公司选择性赋予股东会或董事会的职权,比如对外提供担保、转投资、转让或受让重大资产、聘请或解聘会计师等。职是之故,有学者认为,前述兜底条款不但不能实现扩大章程自治范围的立法目的,反而进一步导致了章程没有规定时董事会与股东职权划分的争议,建议在未来修法时予以删除。⁽³²⁾《公司法(修订草案)》以概括式立法模式,明确了公司剩余权力归属于董事会,比前述主张更为彻底。如果在理论上将剩余权力说作为界定董事会中心主义的判断标准,草案的规定至少在形式上满足了董事会中心主义的建构需要。至于能否实质上确立董事会中心主义,需要考量该剩余权力归属条款所产生的规范效果以及其在公司法体系中的地位。

(一) 概括式立法模式的自治空间

(28) 《国务院关于推进国有资本投资、运营公司改革试点的实施意见》(国发〔2018〕23号)。

(29) 刘斌《论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角》,《当代法学》2016年第3期,第101页。

(30) 赵旭东《再思公司经理的法律定位与制度设计》,《法律科学》2021年第3期,第38页。

(31) 李建伟《公司法学》,中国人民大学出版社2018年版,第299页。

(32) 徐浩《股东会、董事会职权的兜底条款质疑》,《北方法学》2010年第6期,第82页。

从“列举+兜底”模式转向概括式立法模式,产生的最直接效果就是原本属于董事会的法定职权可得自治安排。具体而言,现行《公司法》第46条规定的第一项至第十项职权原属于董事会的专属权力,解释上不能通过章程的方式调整至股东会。在删除了前述法定职权列举之后,公司可以通过章程的方式将其赋予股东会。由此可见,当前修改方案的直接效果会导致董事会专属权力失去专属性。但是,《公司法(修订草案)》中股东会的法定权力列举和兜底条款却未作调整,易言之,公司并不能通过章程将股东会的权力调整至董事会。这种公司权力分配机制仅具有从董事会向股东会的单向流动特征,而无法实现二者之间的双向流动。正是基于此,前引观点认为《公司法(修订草案)》可能会导致董事会地位的进一步弱化。⁽³³⁾

从公司内部权力配置的角度而言,的确存在此种选择可能。在极端的情形下,公司甚至可能选择将原属于董事会的法定权力通过章程的方式完全配置给股东会,从而削弱董事会设置的必要性。对于封闭性公司而言,实际上并无强制设立董事会之必要,其可作为公司的自治选择和例外情形存在。⁽³⁴⁾在立法例上,不设董事会的情形亦属常见。比如,《美国示范公司法》第7.32(a)条规定,符合该法规定的股东协议可以对以下事项作出安排:取消董事会或限制董事会的自由裁量权;控制分配的授权或实施;确定公司董事或高级职员的选任及解任方式;向一个或多个股东或者其他人转让全部或部分公司权力;控制公司、股东、董事之间的关系等等。以上事项不仅包括董事会的设置与否,也涉及董事会权力的实质性调整。在日本公司法上,不设董事会的公司以封闭性公司为蓝本,原则上公司股东会可以对公司的组织形态、公司运营、公司管理等有关公司的所有事项进行表决,股东会为“万能机关”。⁽³⁵⁾由此可见,董事会的权力配置乃至设置与否,均属于公司自治选择,法律并无干涉必要,但这会对董事的义务和责任产生关联影响。

真正需要考量的是,在章程等组织文件未对公司权力进行调整的情况下,当前草案的默认配置是否会导致董事会权力的虚化?特别是,在我国公司普遍使用公司登记部门提供的示范章程的情况下,示范章程通常照搬公司法上的默示权力分配方案,导致了公司法上的默认配置被不加调整地适用于各类公司。此时,《公司法(修订草案)》中的规范配置的确可能会导致董事会权力虚化,其原因有二:1. 默示规范中董事会权力的实质内容本身不够充分,本应当归属于董事会的权力被赋予股东会;2. 从列举式立法转向概括式立法,将导致其与股东会权力的解释竞争空间被压缩甚至消失。譬如,经营方针和经营计划、投资计划和投资方案等之间的边界虽然模糊,但仍然有相互容纳的解释空间。一俟将经营计划、投资方案的具体规定删去,经营方针和投资计划的涵摄范围将实质性扩张,进而导致董事会原本具有的决定经营计划和投资方案的权力被变相压缩。对此二者,均需要对董事会的默认权力内容进行实质矫正。

除了公司法和章程对董事会职权的第一次分配之外,实践中尚有通过股东会决议授权的方式进行的二次分配,这是公司决策对专业化和效率化的需求使然。⁽³⁶⁾在现行《公司法》框架下,二次权力分配的合法性取决于授权事项是否具有法定性:如果授权事项本身即为法定事项,章程尚且不能调整,更勿论通过股东会决议进行调整,否则将产生借决议之名行公司章程修改之实。从这个角度而言,可授权的事项应当为法定职权之外的股东会权力,亦须为不属于董事会法定职权的事项,否则无需授权。在《公司法(修订草案)》的框架下,可供二次分配的权力范围将发生变化:股东会法定权力中除法律允许授权的部分之外,其他权力不得授权董事会,譬如,授权资本制需要通过法律规定的方式方可实现,否则将混淆股东会和董事会的权力界分;剩余权力明确归属于董事会,显然无需股东会授权,董事会即可为之。那么,可通过授权方式行使的公司权力只剩下公司章程规定的股东会权力,章程未作规定的公司权力直接归属于董事会。当然,二次分配并不能豁免授权机构的总体

(33) 邓峰《修订公司法,不如退而结网》,《财经》2022年第1期,第78页。

(34) 梁上上《公司权力的归属》,《政法论坛》2021年第5期,第69页。

(35) (日)近藤光男《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第179页。

(36) 蒋大兴、薛前强《股东大会授权董事会的法理分析——基于理论与实践的双重解读》,《投资者》2018年第3辑,第74页;曹兴权、黄超颖《股东会授权董事会的底线:权利配置基础结构维持原则》,《财经法学》2017年第3期,第107页。

责任,或者免除成员的个人责任。⁽³⁷⁾ 总之,在《公司法(修订草案)》的默示模式下,股东会可以进行二次分配的公司权力范围实际上缩小了,董事会无需通过二次分配的方式即可享有剩余权力,在该层面董事会权力并无虚化之虞。

(二) 剩余权力归属的体系解释

如果说从“列举+兜底”模式转向概括式立法模式,主要关涉董事会权力能否删减,那么,剩余权力归属于董事会的规则主要关涉董事会权力是否增加。在现行《公司法》上,剩余权力的归属是不明的。单独观察《公司法》第37条和第46条可知,股东会和董事会职权的规定均系法定模式,并未明确法律和章程规定之外的剩余权力归属于谁。由于立法上对公司权力的列举不可穷尽,剩余权力的归属使得董事会获得足够的灵活性和开放性。职是之故,有学说将剩余权力归属作为公司治理中心的标志,主张谁享有剩余控制权,谁就居于公司治理的核心地位。⁽³⁸⁾ 在公司治理实践中,有些权力虽然未进入《公司法》的列举范畴,但对公司利益产生的影响不可小觑,比如公司重大资产处置、借贷、关联交易等事项。从这个角度而言,《公司法(修订草案)》明确了剩余权力的归属,使得法律和章程规定之外的公司权力悉数归于董事会,避免了归属不明的现象发生。但是,将剩余权力归属于董事会是否能够实质意义上实现董事会中心主义,亦有探讨空间。按照公司法的基本设计,公司的绝大多数权力是经过长久实践、反复梳理并被类型化之后进行法定分配的,完全被立法遗漏、有利于公司法条和公司章程之外的公司事项已无许多,剩余权力空间并不大。⁽³⁹⁾ 如果以将少数不重要的权力归属于董事会便得出董事会中心主义的结论,亦有过度之嫌。特别是在《公司法(修订草案)》未调整股东会法定职权的情况下,剩余权力的空间并不大。总之,剩余权力归属于董事会的效果,更多的意义在于提供了一个公司权力分配的管道,其本身并不足以实现对董事会权力失焦现象的根本矫正,其实质效果仍然取决于法律上预留的公司权力“剩余空间”。

对公司剩余权力的行使,《公司法》上还存在其他制约条款。在《公司法(修订草案)》中,随着董事会职权的调整,一同被删除的还有“董事会对股东会负责”“董事会向股东会报告工作”“董事会执行股东会决议”三项规则。但是,现行《公司法》第112条所规定的“董事会的决议违反法律、行政法规或公司章程、股东会决议,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”,仍然予以保留。前述规则的删减与维持,在剩余权力归属模式之下又将产生何种效果,对董事会权力的影响可谓十分重要。基于前文对董事会职能的厘清,现行《公司法》第46条中“董事会对股东会负责”和“董事会向股东会报告工作”的规定,实际上是早期行政管理式公司立法的遗产,导致实践中对公司机构间关系的诸多误解,应当予以删除。从“董事会对股东会负责”转向“董事会是公司的执行机构”,虽然有失准确,但却对董事会承担责任的对象予以矫正,明确了董事会系向公司负责的组织机构。“董事会执行股东会的决议”的规定在规范层面明确了董事会的法律义务,但并非为股东会创设新的权力内容,股东会决议亦须限于法律和章程规定的事项。《公司法(修订草案)》对“董事会对股东会负责”“董事会向股东会报告工作”“董事会执行股东会决议”三项规则的删除,不仅削弱了公司法的行政管理特征,也矫正了董事会的负责对象,值得肯定。现行《公司法》第112条明确了董事会决议违反股东会决议的法律责任,但此处的股东会决议亦应以合法有效决议为限。比如,在股东会作出分立合并等决议之后,董事会不能作出相反决策。如果股东会超越其职权而行使董事会权力,则属于决议内容违法,自不必对董事会产生约束。易言之,现行《公司法》第112条不应解释为对股东会职权的普遍授予。即便《公司法(修订草案)》对该条予以维持,亦不会对董事会权力产生干扰。

无独有偶,我国台湾地区2001年修改之前的所谓“公司法”第202条规定,“公司业务之执行,由董事会决定之;除本法或章程规定,应由股东会决议之事项外,均得由董事会决议行之”。对于该条文是否限缩了股东

(37) 郭富青《公司权利与权力二元配置论》,法律出版社2010年版,第113页。

(38) 李建伟《公司法学》,中国人民大学出版社2018年版,第299页。

(39) 赵旭东《股东会中心主义抑或董事会中心主义?——公司治理模式的界定、评判与选择》,《法学评论》2021年第3期,第72页。

会权力,理论上有两种解读:一说认为,该条文系为了避免股东会职权之扩大与复杂,故规定股东会决议事项以法律或章程规定为限,股东会决议内容不得逾越二者;另一说则认为,综合该“法”第193条第1项“董事会执行业务应依照法令章程及股东会之决议”的规定,前述规定并非有意限缩股东会的决议事项范围,股东会可得决议的事项不限于法律或章程的规定。⁽⁴⁰⁾ 经由2001年修法,第202条被修改为“公司业务之执行,除本法或章程规定应由股东会决议之事项外,均应由董事会决议行之”。该条文把“得”字修改为“应”字,在一定程度上克服了前述争议,即明确了董事会对公司剩余权力的专属享有。但是,有学者指出,我国台湾地区所谓的“公司法”第193条第1项未一并修改,董事会仍然受股东会决议约束,职权划分仍然不够清楚,应当将之予以删除。⁽⁴¹⁾ 比较而言,《公司法(修订草案)》对“董事会执行股东会决议”的删除,可以较好地避免前述争议。

综上所述,为强化董事会的治理中心地位,《公司法(修订草案)》试图以概括式立法模式明确将公司剩余权力归属于董事会。但是,在对现行《公司法》第37条中股东会职权未做调整的情况下,所产生的自治空间仅包括公司权力从董事会向股东会的单向流动,而无法提供双向流动的渠道。剩余权力归属的明确,亦仅提供了一个公司权力分配的管道,无法改变股东会和董事会权力的实质调整空间。循当前法律修改思路,进一步完善的重点在于着力压缩股东会的法定职权,将经营管理、财务决策、内部监督等权力赋予董事会,方能实现董事会权力的矫正与回归。

四、董事会权力内容的实质矫正

在取得公司法对剩余权力的概括授予之后,董事会实质上成为公司权力配置的基点,其他机构的权力配置应当围绕董事会权力展开。董事会是公司人格的最大表征和实现者,因为主要是董事会而非股东会代表并实现着公司利益,否则公司的独立人格无从实现。⁽⁴²⁾ 缩小股东会权力,扩大董事会权力,发挥经营者在业务经营管理领域的专长,是实现公司灵活、高效经营,增强公司活力的客观需要。⁽⁴³⁾ 无论基于决策效率的要求,抑或平衡董事的权力和责任的需求,均要求将公司权力原则上赋予董事会。从这个角度来说,股东会权力和董事会权力并非是对等的,董事会的权力是广泛的,而股东会的权力需要限定在特定领域。⁽⁴⁴⁾ 以董事会权力为基点,公司权力的基本分配路径是:常态情形下公司权力由董事会独立行使,例外情况下由董事会与股东会共同行使,特别情形下公司权力由股东会行使。当然,一俟公司权力被法律和章程厘定,股东会与董事会均不得逾越权力边界。

对于股东会与董事会的分权,域外公司法上亦通常将其作为自治事项,仅在特定情形下设定股东会介入的强制性规则。在奉行董事会权力来源于法律规定的美国公司法上,与董事会的广泛权力相比,股东会仅享有有限权力,主要是选举和罢免董事、修改章程细则、批准公司重大事项(修订章程、兼并、重大资产处置、自愿解散)、批准利益冲突交易等。⁽⁴⁵⁾ 近年来,有美国学者呼吁进一步扩张股东权力,允许提起和决定修改章程、公司运营规则,以及在具有实质重要性的特别经营事项下予以干涉的权力,包括结束经营事项和缩小经营规模事项,前者诸如合并、出售所有资产、解散,后者诸如进行现金或实物分配。⁽⁴⁶⁾ 反对的观点认为,前述主张是一种对股东会中心的痴迷,本质是对公司董事会的不信任,不但缺乏实证数据的支持,也将对特拉华州公司法的核

(40) 王文宇《公司法论》,元照出版公司2019年版,第379页。

(41) 王志诚《股东会之权限与议事原理》,《月旦法学教室》2005年第1期,第74页。

(42) 徐强胜《我国公司人格的基本制度再造——以公司资本制度与董事会地位为中心》,《环球法律评论》2020年第3期,第605页。

(43) 郭富青《从股东绝对主权主义到相对主权主义公司治理的困境及出路》,《法律科学》2003年第4期,第52页。

(44) 许可《股东会与董事会分权制度研究》,《中国法学》2017年第2期,第144页。

(45) Richard Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell*, West Academic Publishing, 2020, p. 103-105.

(46) Lucian Bebchuk, *The Case for Increasing Shareholder Power*, *Harvard Law Review*, Volume 118, Issue 3 (January 2005), p. 835.

心原则造成破坏。⁽⁴⁷⁾ 从前述讨论可知,股东会对公司事务的介入与公司法对董事会的信任与否密切相关。《公司法(修订草案)》在全面加强董事的信义义务和法律责任的情况下,赋予董事会更多的信任和权力亦是避免董事会权责失衡的重要途径。

与美国法不同,英国公司法偏向股东会中心模式,董事会与股东会的分权属于公司成员的私人秩序,董事会权力来自于章程规定,而章程的默示条款也赋予董事会大量权力。⁽⁴⁸⁾ 这种模式显然适合运用单一的法律来规制各种类型的公司,满足差异化的权力分配需求。在英国公司法上,需要股东会强行介入批准的公司决策事项较多,包括变更公司章程、变更公司类型、决定发行股份或取消股份发行时的优先权、减少股本、回购股份、财务资助、变更股份的类别权利、通过债务清偿计划、决定自愿解散公司等非惯常事项,以及委任公司审计师、董事与公司的关联交易、董事利用公司机会、反收购的防御措施等事项。⁽⁴⁹⁾ 与之相类似,澳大利亚公司法规定的股东会法定权力主要涉及公司的基本架构、资本结构、董事会组成、其他重大事务等方面。⁽⁵⁰⁾

比较而言,我国《公司法》第37条所规定的十项职权和一项兜底条款值得探讨,该十一项规定的存续与否与董事会权力休戚相关。其一,应删除与董事会的经营管理权相竞争的权力条款,即第一项“决定公司的经营方针和投资计划”。在《公司法(修订草案)》删除了董事会权力中列举的“经营计划”和“投资方案”之后,“经营方针”和“投资计划”失去了区分解释的空间,将迎来文义的扩张,与经营和投资相关的各类事项在一定程度上均可纳入其中。究其实质,无论是经营事项,抑或是投资事项,除非其触及结构性变更,均属于商事裁量事项,应调整至董事会。其二,删除行政管理式立法模式下的职权规定,包括第三项“审议批准董事会的报告”、第四项“审议批准监事会的报告”和第五项“审议批准公司的年度预算、决算方案”。此三项事权均为形式权力,不涉及公司权力的实质分配,系行政管理式立法的遗留,应予删除。其三,将公司的利润分配及其他类分配事项的职权调整至董事会,但应允许封闭性公司通过章程予以调整。资本作为公司运营之基石,公司法对其提供的规制包括前端的资本形成规则和后端的分配规则。基于不同的规制模式,各国公司法上的分配可区分为广义分配和狭义分配。狭义分配仅指利润分配,如我国现行《公司法》第166条即仅适用于利润分配情形。广义分配则涵盖公司为股东利益将货币或者其他财产对公司股东的直接或间接的转让,或者承担债务的行为,亦有学者称之为“大分配”模式。⁽⁵¹⁾ 广义分配的立法模式以《美国示范公司法》第6.40条的规定为其著例,可涵盖利润分配、股份回购、减资等行为类型。在前述类型视角之下,利润分配和其他类似行为虽然能产生同样的法律效果,但受到不同强度的规制,导致各类资本交易之间呈现出“木桶效应”。有学者指出,我国现行公司法上的分配制度包括抽逃出资、利润分配、股份回购、减资等四项,但各规则缺乏统一的标准,难以进行联动的体系化解释。⁽⁵²⁾ 这种区分规制的方式人为割裂了本属同质的交易行为,导致了对股份回购等情形的过分限制,以及对实质相同的交易适用不同法律规则的不公平后果。⁽⁵³⁾ 在前述类型基础上,《公司法(修订草案)》新引入了财务资助规则,成为可能适用广义分配规则的又一类型。⁽⁵⁴⁾

对于分配的决定权,《美国示范公司法》第6.40条明确规定,董事会可以授权并由公司向股东进行分配,但应符合该条(c)款规定的清偿能力标准。《美国示范公司法》第8.33条规定了董事违反注意义务标准的法律责任:董事对超出分配标准的分配数额承担个人责任;因非法分配承担责任的董事有权要求其他负有责任的

(47) Theodore N. Mirvis, Paul K. Rowe and William Savitt, Bechuk's "Case for Increasing Shareholder Power": An Opposition (Discussion Paper No. 586) (May 2007).

(48) (英)保罗·戴维斯、(英)莎拉·沃辛顿《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第374页。

(49) (英)保罗·戴维斯、(英)莎拉·沃辛顿《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第382-383页。

(50) 黄辉《现代公司法比较研究》,清华大学出版社2011年版,第174页。

(51) 刘燕《“对赌协议”的裁判路径及政策选择——基于PE/VC与公司对赌场景的分析》,《法学研究》2020年第2期,第128页。

(52) 王军《抽逃出资规则及公司分配制度的系统性改造》,《法学研究》2021年第5期,第81页。

(53) 孔令政《公司分配法律制度研究》,法律出版社2021年版,第56页。

(54) 刘斌《公司分配的类型规制与体系调适》,《政法论坛》2022年第4期,第105页。

董事分摊责任,并且向明知违法分配的股东进行追偿。与美国法不同,英国公司法上利润分配权由董事会和股东会共同享有,封闭公司和公开公司的示范章程条款均要求利润分配由董事会提出方案并由股东会批准,但股东会不得批准高于董事会建议水平的利润分配方案。⁽⁵⁵⁾在德国法上,有限责任公司可以基于公司章程将利润分配决定权分配给任一公司机构,默示情形下由股东会决定;股份公司的利润分配请求权则强制性地归股东会享有,但其只能根据董事会和监事会确定的年终报表进行决议,所以基本没有可能反对管理机构提出的分配建议并提出一个新的分配方案。⁽⁵⁶⁾在日本法上,股东会行使利润分配的决定权,但也设定了董事会决议进行利润分配的例外,包括《日本公司法》第454条规定的中期分红,以及满足第459条规定的特定情形下的分红。⁽⁵⁷⁾

公司分配关涉多元主体的利益,既包括个体层面的公司利益、股东利益(包括大股东和中小股东)、债权人利益等,也包括整体层面的团体利益、社会利益、公共利益、国家利益等。就公司治理而言,分配决定权的归属主要取决于公司利益和股东利益如何权衡。例如,就作为狭义分配的利润分配事项而言,对于公司而言,利润分配关系到其清偿能力、商业经营、企业维持等因素,本质上属于一项商事裁量事项;对于股东而言,其虽然有权获得资产收益,享有抽象的利润分配请求权,但在形成具体的利润分配请求权之前并无法行使。我国《公司法》第1条开宗明义确立了公司、股东、债权人的差序保护格局,公司作为公司法首先保护的利益主体,在同一规范体系下应当维持价值判断的统一性,以公司利益作为优位因素。相较于异质化利益诉求的股东,董事更能够代表和维护公司利益。进一步而言,利润分配作为商事裁量事项,由作为经营管理机构的董事会决定更符合董事会的商事判断能力和信息优势,股东会显然不适宜作此判断。唯有将分配的判断权归属于董事会,方能进一步推动公司分配领域从资本维持标准向清偿能力标准进化。⁽⁵⁸⁾

其四,将发行公司债券的权力调整至董事会,删除该条第八项“对公司拟发行公司债券作出决议”。从公司债券的性质来看,其构成发行公司与债券持有人之间的金钱债务关系,学界并无争议。与股权融资相比,债券持有人不参与公司经营。公司债券具有团体性和长期性,在公开募集时还具有涉众性,与股份发行相类似。除了前述规模上的相似性,近年来以夹层融资、类别股等为代表的股债融合工具发展趋势明显。⁽⁵⁹⁾尽管如此,非债券类的债权融资通常经由董事会甚至经理层决策即可实现,同属于债权融资的公司债券由股东会决策,并未实现相同事项同等对待。在日本公司法上,公司债的发行由董事会决定。董事会通常需要从公司现状、市场利率或者证券市场等方面进行综合考虑,判断作为公司的资金筹措手段,发行公司债是否合适,接下来还必须决定公司债的总额、债券的券面金额、利率、发行价格、发行形态、偿还期限等等。⁽⁶⁰⁾由此可见,公司债券的发行关涉事项众多,本质上属于商事裁量事项,归于董事会显然更具效率和信息优势。面对稍纵即逝的商业契机,要求董事会将债券发行决定再付诸股东会表决,无疑将牺牲公司的融资效率。例如,我国台湾地区所谓的“公司法”中,无论是一般公司债的发行,抑或可转换公司债的发行,均只需董事会的特别决议即可。⁽⁶¹⁾

其五,增加全部资产或实质性资产转让时股东会的批准权,但应当由董事会提议。现行《公司法》第104条规定“本法和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的,董事会应当及时召集股东大会会议,由股东大会就上述事项进行表决。”第104条在《公司法(修订草案)》中被删除,意味着前述事项完全交由公司自治。但是,不同于重大资产的转让或受让,公司全部资产或者实质性全部资产一旦出售,等待解散几乎成为公司的唯一命运。对此,《特拉华州普通公司法》第271条规定,出售

(55) (英)保罗·戴维斯、(英)莎拉·沃辛顿《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第382-292页。

(56) (德)托马斯·莱赛尔、(德)吕迪格·法伊尔《德国资合公司法》(上),高旭军等译,上海人民出版社2019年版,第287、689页。

(57) (日)近藤光男《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第357页。

(58) 刘斌《认真对待公司清偿能力模式》,《法律科学》2021年第4期,第187页。

(59) 李安安《股债融合论:公司法贯通式改革的一个解释框架》,《环球法律评论》2019年第4期,第51页。

(60) (日)近藤光男《最新日本公司法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第369页。

(61) 王文宇《公司法论》,元照出版公司2019年版,第534页。

全部或者实质性全部资产需要经过多数股东表决同意。《美国示范公司法》第 12.02 条亦规定,使公司无法持续实质性商业活动的出售、出租、交换或者其他方式的资产处置均需要公司股东大会的批准。对于需要股东大会批准的资产处置,由董事会决议通过,向股东大会提交处置建议并由其批准。此时往往涉及复杂的商业考量,由董事会进行商业审查更契合其职责属性,由董事会和股东大会共享决策权。⁽⁶²⁾

经前述职权调整,需要经股东大会决议的事项包括:选任和解任董事、监事,决定董事、监事薪酬;增加公司资本;公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式;修改公司章程;实质性资产转让等。其中,经由授权资本制度的引入,董事会可在授权范围内发行股份的增资,解释上亦应豁免股东大会决议程序。除了前述直接调整模式,亦有主张建议借鉴股份发行的授权机制,在公司法上允许股东大会决议将财务方案、利润分配、弥补亏损、增加资本、减少资本、发行债券等授权董事会行使。这种方式属于董事会权力授予的折中方案,实质上仍然未实现董事会权力的正本清源与实质调整,但可作为法律修改的备选方案。

五、董事会权力矫正的配套机制

对于董事会权力的实质矫正,将对整个公司治理系统产生重大影响。董事会权力“从纸面走向现实”,不仅取决于其自身权力,还取决于公司治理系统内影响董事会权力行使的其他因素,主要包括控股股东或实际控制人、经理、法定代表人制度三个方面。对于控股股东和实际控制人、经理,《公司法(修订草案)》已然通过实质董事制度和经理职权的调整予以实现,真正有待进一步联动调整的是法定代表人制度。

1. 《公司法(修订草案)》所确立的实质董事制度,规制对象系滥用权力的控股股东和实际控制人,旨在解决二者对公司的操纵控制问题。在我国公司股权集中的语境下,控制股东或实际控制人仍然维持公司控制权,无论如何强调董事会的治理中心地位都难以摆脱这样的实践土壤。赵旭东教授进一步指出,控股型公司的公司治理模式既不是股东会中心,也非董事会中心,而可能是控股股东中心,控股股东对董事会权力实现的影响由此可见一斑。⁽⁶³⁾ 尽管控股股东对公司经营具有巨大的控制权,但其权力并非法定的管理权,而是事实上的权力。对于控股股东的规制,《公司法(修订草案)》第 191 条通过引入实质董事的法律责任予以实现,也属于醇化公司治理体系、落实董事会地位的重要关联制度。⁽⁶⁴⁾ 此种将控股股东或实际控制人的追责落脚于董事责任的路径,亦是革除实际控制人操纵公司经营弊端的“治本”之策。

2. 董事会权力受到作为执行机构的经理之分割。有学者建议,总体上应将经理纳入董事会制度,经理的设置与否以及权力清单均由董事会自行决定,并在公司法有关章节中明确规定董事会可以授权公司经理执行公司的业务。⁽⁶⁵⁾ 《公司法(修订草案)》第 69 条在删除了经理职权的列举之后,明确规定经理“根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权”,在规范层面明确了经理的权力来源,已然将前述关系予以厘清。

3. 董事会权力受到法定代表人的极大抑制。我国《公司法》将公司的经营决策权和代表权分离开来,分别归属于董事会和法定代表人,这种分离机制对董事会权力的执行必然产生影响:要么因法定代表人怠于执行而无法实施决议,要么因法定代表人擅自进行表意而侵蚀董事会职权。⁽⁶⁶⁾ 登记制所塑造的垄断性与固有性、选任中附加的任命环节,以及并不充分体现公司意志的变更机制,均可能导致公司代表表意权的滥用。⁽⁶⁷⁾ 对此,《公司法(修订草案)》通过第 10 条扩大了法定代表人的选任范围,通过第 41 条将法定代表人的选任机制交由公司章程自治,这在一定程度上的确弱化了法定代表人制度的强制性。但是,这种将公司代表权分置于董事会

(62) 王文宇《股东会与董事会共享之权利》,《月旦法学教室》2006 年第 6 期,第 25 页。

(63) 赵旭东《公司治理中的控股股东及其法律规制》,《法学研究》2020 年第 4 期,第 99 页。

(64) 刘斌《重塑董事范畴:从形式主义迈向实质主义》,《比较法研究》2021 年第 5 期,第 89 页。

(65) 徐强胜《我国公司人格的基本制度再造——以公司资本制度与董事会地位为核心》,《环球法律评论》2020 年第 3 期,第 65 页。

(66) 柳经纬《“斩不断、理还乱”的法定代表人制——评〈公司法〉第十三条关于法定代表人的新规定》,《河南省政法管理干部学院学报》2006 年第 4 期,第 110 页。

(67) 袁碧华《论自治视角下的公司代表制度》,《法律科学》2022 年第 1 期,第 191 页。

之外的处理方式,仍然难以改变公司表意途径的垄断性,无法有效化解法定代表人对董事会权力的分化与抑制。^[68]

为避免公司经营管理权与代表权之间的冲突,无论在股东会中心主义抑或在董事会中心主义治理模式之下,董事会均应成为公司的执行代表机构,将公司表意权归属于董事会,并由董事会予以决议确定。譬如,《日本公司法》第349条规定“董事代表股份有限公司。……前款本文的董事有2人以上的,董事各自代表股份有限公司。股份有限公司(董事会设置公司除外)可基于章程、章程规定的董事互选或股东大会决议,从董事中确定代表董事。代表董事有实施有关股份有限公司业务的一切诉讼内或诉讼外行为的权限。”《德国股份法》第78条规定“董事会在诉讼上和诉讼外代表公司。董事会由数人组成的,在章程无其他规定时,董事会的全体成员有权以共同的方式代表公司。”为避免董事会的经营管理权受法定代表人代表权的压制,应当将选任法定代表人的权力直接归于董事会,由董事会选任法定代表人,凭董事会决议发生法定代表人的变更效力,凭商事登记发生法定代表人的对抗效力。同时,权力伴随着义务和责任,在全面强化董事会权力的同时,强化各类董事的信义义务和法律责任亦是题中应有之义。强化控股股东和经营管理人员的责任是此次公司法修改的一大要点,《公司法(修订草案)》完善了董事、监事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务的具体内容,加强对关联交易的规范,强化董事、监事、高级管理人员维护资本充实的义务,增加了董事、高级管理人员对第三人责任等等。在草案全面加强董事义务和责任的情况下,唯有董事责任匹配其权力,对其施加信义义务方有逻辑上和价值上之正当性,避免法律上之强人所难,方能夯实公司治理之董事基础。

结论

公司经营事项复杂且充满商业风险,各国公司法通常赋予董事会比较大的商事裁量空间。在该裁量范围内,董事会可利用其商业智识自由地经营企业。在我国,随着股东代表诉讼、证券纠纷代表人诉讼等制度的激活,在严格的董事责任制度之下,董事会权力的失焦更为明显,这种状况或将造成优质董事人才的流失,不利于市场经济的长远发展。作为公司治理的实质核心,公司法应当以董事会为中心配置公司权力。循前述思路,《公司法(修订草案)》可在以下方面予以完善:其一,矫正董事会的职能定位,确立董事会的公司治理中心定位,在立法上容纳执行机构、决策机构、监督机构等多元董事会类型;其二,剩余权力概括归属于董事会的立法模式虽然扩张了公司自治空间,但仅能提供公司权力从董事会向股东会的单向流动,而无法提供双向流动的渠道,也无法改变股东会和董事会权力的实质调整空间;为实现董事会权力的实质矫正,应着力压缩股东会的法定职权,删除现行《公司法》第37条第(一)项、第(三)至(六)项、第(八)项的规定,将上述权力默示配置给董事会,并增加全部资产或实质性资产转让时股东会的批准权。其三,在配套机制上,应当将选任法定代表人的权力直接归于董事会,确立生效董事会决议变更法定代表人的效力,以克服公司代表权与经营管理权之间的冲突。

(本文责任编辑 焦和平 肖新喜)

[68] 刘斌《公司治理视域下公司表意机制之检讨》,《中国政法大学学报》2021年第2期,第146页。