

# 股份公司组织机构的 法的实态考察与立法课题

王保树\*

## 一、引言

股份有限公司的组织是股份有限公司法律制度的重要组成部分,而其组织机构则是股份有限公司组织制度的核心。因此,建立和完善股份有限公司的组织机构制度并使其有效运营,是中国公司法的根本任务之一。

评价中国公司法上的股份有限公司组织机构,首先要遇到一个标准问题。是以制度完美为标准,还是以实践中的现实为标准?这是一个不可避免的选择。仅以制度完美为标准,注意它的逻辑结构和详尽,就容易就制度论制度,忽视它的实施效果和问题。同样,仅仅注意股份有限公司组织机构制度实践中的现实,就容易为现象所纠缠,而忽视这一制度的本质。所以,必须将两者结合起来。

在考察我国股份有限公司组织机构时,不仅要注意社会经济背景,也要注意股份有限公司组织机构制度与传统企业领导体制的联系。前者,不能不注意中国的经济还不是成熟的市场经济,而是正在建立中的社会主义市场经济。因此,成熟市场经济条件下的股份有限公司组织机构制度的经验还不可能全部在中国公司法中得到反映。在这方面,中国公司法表现出一种过渡性和矛盾性,即既吸收了国外公司法上的许多通行规则,又在一些方面表现出不完善和漏洞。后者,在现行公司法的股份有限公司组织机构制度中,又表现出某些明显的传统企业领导体制的痕迹。这些痕迹,有的是可以同现代股份有限公司组织机构制度统一起来的,有的则有待于进一步改革。因此,进一步健全中国公司法上的股份有限公司组织机构,仍是一项艰巨的任务。

在探究中国股份有限公司组织机构的合理性和问题时,必须将它放在实践中去考察。换言之,我们必须考察公司法与现实的真实关系,即现实与法在多大程度上是一致的,在多大程度上又是不一致的。无疑,现实对法的偏离,在许多国家是具有普遍性的。并且,这种偏离不仅表现在形式上,也表现在实质上。但这种偏离反映为两种不同的意义,一是公司法的规定没有得到有效的实施,一是公司法自身的规定有漏洞,使有些规则不能实施。显然,有效地实施现行公司法,对建立中国的现代企业制度是有重要意义的。而所谓有效地实施公司法,就是使公司法从纸面上的文字规定变成实践中人们无一例外地遵守的制度,并且,使公司组织机构的运营不仅形式上合法,实质上也合法。但是,现实中反映出的股份有限公司组织机构的问题也是不容

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。

忽视的,并且应该将它们作为未来的立法课题。

本文的目的,就是从制度和实践两个方面探讨股份有限公司组织机构如何从形式合法走向实质合法,并进一步探索弥补股份有限公司组织机构由形式合法走向实质合法的规则空白,完善股份有限公司组织机构的法律制度。

## 二、中国公司法上的股份有限公司组织机构

### (一)立法者的着重点

股份有限公司的组织机构,又称公司内部管理体制和内部机构体制,<sup>[1]</sup>包括传统公司法的公司机关和经理。在起草公司法的过程中,人们曾对有限责任公司的组织机构的设计有不同的意见,但对股份有限公司组织机构类别却没有大的分歧。因此,立法者的指导思想易于得到贯彻。立法者设计股份有限公司组织机构的着重点是:

#### 1. 坚持公司组织机构的四个层次

公司法确认公司组织机构的四个层次<sup>[2]</sup>是:(1)股东大会。股东是公司资产的所有者,由其组成股东大会作为权力机构,决定公司的重大事项;(2)董事会是公司的业务执行和经营决策机构,对股东大会负责,依照法律的规定和股东大会的授权,作出经营管理决策,任免公司经理等高级管理人员。董事长对外代表公司;(3)经理由董事会聘任,依照法律规定的职权和公司章程、董事会的授权,负责公司的生产经营管理工作;(4)由股东代表和适当比例的职工代表组成监事会,作为公司的内部监督机构,对经营管理者进行监督。

#### 2. 重视组织机构的规范化和精简、效率的统一

立法者对股份有限公司组织机构的设计,不象对有限公司组织机构设计得那样灵活,而是强调它的规范性和统一性。由于股份有限公司规模较大,股东人数多而分散,发生问题会影响广大股票持有者的利益,公司的组织机构需要统一。同时,立法者也重视公司组织机构的精简和效率,防止机构重叠,避免互相扯皮。<sup>[3]</sup>

#### 3. 强调股份有限公司组织机构组成部分之间的权责分明和相互制约

公司法的规定,注意使股东大会、董事会和监事会的权责分明,相互制约,调节所有者、经营者和职工之间的关系,形成激励和约束相结合的机制,既保障所有者的利益,又赋予经营者以充分的经营自主权。<sup>[4]</sup>

### (二)公司组织机构的法律特征

股份有限公司组织机构的特点,既源于上述立法者的着重点,也同中国公司法颁布的背景有关。公司法颁布的背景是:一方面,中国已经经过了长期的经济体制改革;一方面,又刚刚正式将市场经济体制作为国家的经济体制目标,处于社会主义市场经济的初级阶段。就企业制度而言,商事公司在远离社会经济生活二十余年之后,经过70年代末开始设立的外商投资企业的初步实践,刚刚在其他领域再现。并且,多数股份有限公司是由国有企业改造而来的。其中,大部分股份有限公司仍然是国有股控股的。在这种情况下,到底在多大程度上借鉴国外公司法的经验?是立即引进成熟的市场经济国家公司法中的公司机关的经验,还是注意到中国市场经

[1] 卞耀武:《关于中华人民共和国公司法(草案)的意见的汇报》(1993年6月22日)。

[2] [3] [4] 全国人大法律委员会关于《中华人民共和国公司法(草案)审议结果的报告》(1993年12月28日)

济发展的实际,有步骤、有选择地引进国外公司法中公司机关的作法?显然,中国公司法采取了后一种立场。因此,形成了自己的特点:

### 1. 确认公司股东大会的中心地位

就国际意义而言,股东大会权限弱化、董事会权限强化,已成为现代股份有限公司法的发展趋势。<sup>[5]</sup>但中国现行公司法基于其恢复公司制度不久的国情,较其他国家更需要强调保护股东的合法权益。因此,它必须使股东大会的权力机关的地位既有其名又有其实,即确认股东大会在公司机构中的中心地位。其突出的表现是:股东大会是股份有限公司必设的权力机关(即最高意思决定机关),而且,由于公司法未采用授权资本制,它拥有较广泛的职权,包括决定增加或减少注册资本,发行公司债券(含可转换公司债券)的权力。

### 2. 公司代表单一制与法定化

所谓公司代表的单一制和法定化,是指公司的代表仅由公司法规定的董事长一人担任。无疑,这种作法并非是公司法首创的,它来源于民法通则的规定。根据民法通则第38条的规定,“依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人”。该项规定的要点有两个:一是法人代表仅指法定代表人;二是法定代表人仅能是代表法人行使职权的负责人,从而确认了只能由一人代表法人的制度。公司法人是企业法人的一种,依民法和商法是一般法和特别法的关系,其公司代表人制度理应依民法通则的一般性规定。

### 3. 监事会组成的二元性与集体职权的行使

股份有限公司的监事会由股东代表和适当比例的职工代表组成。其中,股东代表出任的监事,由股东大会选举产生;职工代表出任的监事,由职工选举产生。监事会设召集人,召集并主持监事会。除列席董事会外,公司法没有规定监事的个人职权。换言之,监事会只能作为一个机构行使法律规定的监督职权,而不是由监事个别地行使监督权。

### 4. 经理职权法定化和法律地位的多元化

同大多数大陆法系国家的公司法不同,中国公司法对经理的职权作出了明确的列举式规定。经理的地位虽然未被公司法明文规定,但公司法条文的精神却揭示了经理的身份:第一,依公司法第119条第一项的规定,经理“主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议”。他显然是对公司日常经营管理负有总责任的高级管理人员。第二,经理由董事会聘任,它同董事会的关系属于聘任关系,即为广义的雇佣关系的一种。因此,经理应为公司的高级雇员。第三,依公司法第119条第八项的规定,经理除可行使法定职权外,还可行使“公司章程和董事会授予的其他职权”。这表明,经理和公司之间有一种代理关系。由于这种代理关系既基于法律规定,又基于授权,因此,经理作为公司的代理兼有法定代理和委托代理的性质。但是,经理仅仅是公司的代理人,将其视为在其职务范围内的公司法定代表人是与公司法规定相违背的。<sup>[6]</sup>

### 5. 股份有限公司的组织机构之间存在着层层负责的关系

根据公司法的规定,董事会应对公司股东大会负责,经理应对董事会负责。所谓“负责”,即董事会执行股东大会决议,接受股东大会监督,向股东大会报告工作。<sup>[7]</sup>经理执行董事会决

[5] 王保树:《现代股份有限公司法发展中的几个趋势性问题》,《中国法学》1992年第6期。

[6] 江平主编:《公司法教程》,法律出版社1987年版,第180页。

[7] 王保树:《中国公司法的制定与公司运营上的留意点》,日本《判例时代》857。

议,接受董事会监督,向董事会报告工作。显然,这种“负责”关系,表明了相互之间的一种制约。但是,董事会对股东大会的负责和经理对董事会的负责不同,前者,基于选任关系,后者基于聘任关系。

### (三) 公司组织机构继受和改革传统企业领导体制的法制度

上述特点表明,中国公司法上的股份有限公司组织机构虽然吸收了国外公司法的许多通例,但它却有一些不同于国外公司法之处。这里,固然有许多原因,但同传统企业领导体制的继受和改革不无关系。

#### 1. 传统企业领导体制的基本构成

所谓传统企业领导体制,是指国有企业沿用已久的企业内部领导体制。该项企业领导体制开始于本世纪30年代中华苏维埃时期,<sup>〔8〕</sup>中华人民共和国建国之初被采用,<sup>〔9〕</sup>以后曾中断一个时期。80年代,重新实行这一体制,并进入了系统化和规范化时期,其集中表现是《全民所有制工业企业法》(1988年4月13日)。依该法第7条和第4章的规定,传统企业领导体制的基本构成是:

(1) 厂长(经理)是企业的法定代表人。

(2) 厂长(经理)是生产经营管理机构的负责人。企业建立以厂长为首的生产经营管理系统。厂长在企业处于中心地位。

(3) 企业实行厂长(经理)负责制。它是传统企业领导体制的集中表现。80年代,重新实行厂长(或经理)负责制,其原因有二:就积极意义而言,是因为“现代企业分工细密,生产具有高度的连续性,技术要求严格,协作关系复杂,必须建立统一的、强有力的、高效率的生产指挥和经营管理系统。只有实行厂长(经理)负责制,才能适应这种要求”。<sup>〔10〕</sup>就消极意义而言,1956年开始实行的党委领导下的厂长负责制“存在着决策慢、效率低、无人负责”等弊端,很不适应现代化大生产的需要。<sup>〔11〕</sup>

厂长负责制,实质是指厂长对作为所有者的国家负责。根据《全民所有制工业企业法》第44条的规定,厂长的产生方式有委任、招聘和企业职工代表大会选举三种,但选举也需要政府管理部门批准。可见,国家和厂长的关系基本上是委任或聘任关系。因此,厂长应对委任人和聘任人负责。

厂长负责制的主要内容,应包括企业的物质文明建设和精神文明建设两个方面,即对国家投资设立的企业的物质文明建设和精神文明建设负有全面责任。

(4) 厂长对企业的生产经营管理有决定权。就法律意义而言,表现为厂长的法定职权,包括:①依照法律和国务院规定,决定或者报请审查批准企业的各项计划。②决定企业行政机构的设置。③提请政府主管部门任免或者聘任、解聘副厂级行政领导干部(法律和国务院另有规定的除外)。④任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部(法律另有规定除外)。⑤提出工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度,提请职工代表大会审查同意。提出福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的建议,提请职工代表大会审议决定。⑥依法奖惩职

〔8〕 《中华苏维埃国有工厂管理条例》(1934年4月10日)。

〔9〕 《中共中央东北局关于党对国营企业领导的决议》(1951年4月)。

〔10〕 《中共中央关于经济体制改革的决定》(1984年)。

〔11〕 袁宝华:《关于中华人民共和国国营工业企业法(草案)的说明》。

工; 提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

以上表明, 在实行厂长负责制国有企业, 除国家保留的对国有企业的某些决定权外, 企业的经营决策权、业务执行权、生产指挥权和对外代表权, 均集中于厂长(经理)一身。

## 2. 股份有限公司组织机构对企业传统领导体制的继受与改革

将上述股份有限公司组织机构与传统企业领导体制相比, 不难看出, 公司法中的股份有限公司组织机构确实继受了传统企业领导体制的某些东西, 其主要表现是:

(1) 经营者负责制。如上述, 股份有限公司组织机构采用了“经营者负责制”。这种继受不仅表现在形式上, 即不仅采用了“负责”的词语, 而且继受了某些传统企业领导体制中“负责制”的实质, 即向所有者负责。其中, 董事会直接向所有者——股东大会负责, 经理通过向董事会负责, 间接向股东大会负责。但是, 股份有限公司组织机构没有继受厂长负责制中的“一长制”和“单层负责制”, 而是采用“多层负责”和“层层负责”, 增加了其间的制约关系。

(2) 经理职权法定化。经理职权法定化, 是股份有限公司经理制度继受的另一重要内容。因此, 中国公司法上的经理制度同其他国家公司法相比所表现出的特点, 是来源于《全民所有制工业企业法》上的传统企业领导体制的。但是, 股份有限公司经理没有传统企业领导体制经理那样广泛的决定权, 而只有作为对公司日常经营负有总责任的高级管理人员的职权。质言之, 股份有限公司经理制度只是继受了传统企业领导体制经理职权法定化的形式。

(3) 法定代表人的法定化。如上述, 公司法定代表人的单一制与法定制起源于民法通则的法人的代表制度。但是, 它直接继受的是《全民所有制工业企业法》中的企业法定代表人制度。就代表人制度本身而言, 这一继受不仅表现在形式上, 也表现在实质上。

(4) 继受与彻底改革。股份有限公司组织机构对传统企业领导体制的继受, 并不是概括性的继受, 也不是对传统企业领导体制个别环节的简单移植, 而是在改革基础上对传统企业领导体制个别因素的吸收。伴随着国有企业改建为公司这种形式的采用, 企业法律制度也经历着一场改革。其中, 包括企业组织机构的改革。从“党委领导下的厂长负责制”到“厂长负责制”, 解决了企业无人负责和厂长无权负责的问题, 实质是解决了企业从变幻不定的性质到确认为经济组织的问题。从“厂长负责制”到“公司组织机构”, 使企业组织机构的改革上升到一个新的水平, 这就是股份有限公司组织机构在继受传统企业领导体制中所进行的革命: 第一, 传统企业领导体制的单一结构被股份有限公司多元的组织机构取代了。在传统企业领导体制中, 作为企业的行政机构, 仅有厂长(经理)一人。在股份有限公司中, 这种领导体制的单一制结构就被股东大会、董事会、董事长、经理和监事会组成的多元结构代替了。并且, 其间存在着制约关系。第二, 传统企业领导体制中的经理职权在股份有限公司组织机构中被分散, 经理的地位也相应发生变化。从传统企业领导体制到股份有限公司的组织机构, 经营决策权、业务执行权、生产指挥权和对外代表权不再集中由经理一人行使, 而是分别由董事会、经理和董事长行使。与此同时, 经理不再是法定代表人, 在企业的中心地位也不复存在, 而只具有上述对公司经营管理负有总责任的高级管理人员、公司代理人和高级雇员的地位。第三, 股份有限公司组织机构中建立了监督机关, 解决了传统企业领导体制中对经营者的经营决策和业务执行无相应企业机关进行监督的问题。

## (四) 公司组织机构继受和改革传统企业领导体制的理念

虽然, 股份有限公司的组织机构和国有企业的传统领导体制产生于不同的社会经济条件。但是, 公司法在吸收国外经验的同时, 也在实际上确认了继受和改革传统企业领导体制的结

果。之所以如此,有经济体制的背景,有法律文化的背景,也有价值取向问题。质言之,是由于这多种因素综合作用的结果。

无疑,我国国有企业的传统领导体制是以国有经济的主导地位和计划经济体制为存在背景的。就企业自身而言,它又是以国家拥有企业财产所有权,企业没有财产所有权,单个个别资本控制企业,企业权力集中为特征的。虽然,国有企业的单个个别资本是国有的,但在单一性和个别性上是与自然人的独资企业有共同点的。由于单个个别资本的控制,不可能有多投资主体的多元的利益要求。因此,企业领导体制表现为权力集中,除投资者保留的决定权外,其余的权力均掌握在经理(或厂长)手中。就一定意义而言,国有独资企业的传统领导体制是从自然人独资企业转换而来的。这种企业领导体制是一种“集中”型的,它追求的目标是将企业经营的责任落实到一个人身上。

我国股份有限公司组织机构采用的是大陆股份有限公司组织机构的模式,而大陆现代股份有限公司组织机构的模式是在近代股份有限公司组织机构模式基础上,经过引进英美法系公司法上的董事会制度和自行改造而成的。这一模式,虽因各国制度安排的细节而有所差别,但本质的东西都在成熟市场经济条件下保留下来了。所谓股份有限公司组织机构的本质,其基本构成是:以企业所有与企业经营为基础,实行公司内部的权力分配与制衡,集中表现股份有限公司的“民主型”<sup>[12]</sup>企业的特征。

股份有限公司不同于自然人独资企业,也不同于我国国有独资企业,它是由多数投资者投资的企业形式之一。投资者作为股东不可能象单个个别资本控制的企业那样,每个股东都直接参加经营管理,而是在实行股东有限责任原则的条件下将公司的经营管理事务交由专业人员组成的业务执行机关。于此,则形成了所谓“企业所有与企业经营的分离”,即公司的所有者为全体股东,公司的经营者为董事会。这一制度构造,并不是一种纯财产权利的构造,而是一种以公司与股东财产关系为一般条件的权力构造基础。在此基础上,为了保障股东经济利益的实现,除股东大会对董事会的监督外,还设有专司监督职能的监督机构对董事会行使权力和经理实施管理进行监督。实质上,股份有限公司组织机构的核心,是公司权力的合理分配和对经营者行使权力的监督。这些,集中反映了股份有限公司的民主性。它不仅表现为股东大会的意思决定和董事会的经营决策所贯彻的多数决定原则上,也表现在公司实行内部自治监督机制,防止董事、经理滥用权力而侵害公司和股东合法权益上。

为什么集中型的传统企业领导体制的某些东西能够经过改革在股份有限公司组织中保留下来,并与民主型的股份有限公司组织机构相结合?

首先,集中型的传统企业领导体制和民主型的股份有限公司组织机构的交汇是不同法律文化的汇合。正如有的学者所指出的,“这种汇合有些只是形式,有些是实质性的。世界法律文化很自然会产生广泛汇合,现代法律文化正在征服世界。科学和技术不尊重政治边界。飞机场控制塔中没有当地习惯的地盘,银行业、防疫注射和造水坝全世界都差不多。普遍需要和制度使法律在一定程度上一致起来”。<sup>[13]</sup>伴随着股份有限公司这种企业形式在我国社会经济生活中的重新出现,民主型的股份有限公司组织机构不可避免地为公司法所确认。而公司法又承担着推动建立现代企业制度的任务,包括促进国有大中型企业改建为公司的任务,于是,公司法

[12] [日]大久雄:《株式会社发生史论》(下卷),日本中央公论社刊,第244页。

[13] [美]弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣泽,中国政法大学出版社1994年版,第258页。

也不可避免要与改革中的传统企业领导体制相衔接。所以,改革中诞生的公司法使股份有限公司组织机构法律文化和传统企业领导体制法律文化相汇合是不足为怪的。这里,公司机关权限分明、相互制约和实行责任制是两种法律文化汇合的实质,至于权限以列举的方式作出规定则是形式的。

其次,集中型的传统企业领导体制和民主型的股份有限公司组织机构并非绝对冲突。固然,前者的权力集中和后者的权力分散是有冲突的。但是,前者中的责任制和民主型的组织机构并无矛盾,民主型的组织机构也需要明确不同机构的责任,否则,就是一种无效率的组织。公司法中明文规定股东大会、董事会、监事会、董事长、经理的职权,恰恰是吸收了集中型传统企业领导体制中责任制的合理内核。

再次,转变中的经济体制还没有提供充分借鉴现代股份有限公司的民主型组织机构和摒弃传统企业领导体制的条件。如上述,我国的经济体制正处于转变时期,它还不是一个完善的健全的社会主义市场经济体制,而是经过改革向市场经济迈进又同时保留某些旧体制痕迹的经济体制。就绝大多数股份有限公司而言,由于不加区别地实行国有控股制,股份过分集中而不分散,不可能全面学习现代股份有限公司组织机构的经验。相反,由于国有股在公司的支配地位,保留了传统企业领导体制发生作用的土壤。并且,在充满计划经济体制和市场经济体制矛盾的转变时期,两者的相容处可以结合而继续存在一个时期。

无疑,民主型的股份有限公司组织机构和经过改革的传统企业领导体制的结合是有主次之别的。虽然,我国现在处于经济体制转变时期,但最终建立社会主义市场经济体制的目标是明确的,适应现代企业发展要求的股份有限公司组织机构不可能也不应该与传统企业领导体制在公司法的框架内平行存在。并且,随着经济体制改革的进一步深入,国有控股的行业将不再是无所不包的,而只是关涉国计民生的行业,大多数行业股份有限公司的股份将由社会法人股和自然人股持有。因此,两者的结合必须以现代的民主型的股份有限公司的组织机构为主。换言之,经过改革的集中型的传统企业领导体制某些东西的保留不能也不允许与民主型的股份有限公司组织机构相抵触。

### 三、股份有限公司组织机构的现实

#### (一) 股份有限公司组织机构的法的实践

1993年12月29日颁布的公司法为新设的股份有限公司的组织机构树立了一个标准,也为原有的股份有限公司组织机构的规范化创造了条件。1995年7月2日,国务院发出了《关于有限责任公司和股份有限公司依照中华人民共和国公司法进行规范的通知》。根据该通知,公司组织机构的设置及董事、董事长、监事、监事会召集人、经理的任职条件和产生程序应符合公司法的规定,不符合规定的要在规定的期限(1996年12月31日)内改正。此后,国家体改委、国有资产管理局等也据此先后发出通知,要求股东大会、董事会、监事会制定议事规则,股东大会、董事会、经理等建立工作细则,并分别建立会议记录制度等。无疑,这些规定都是为了使纸面上的公司法变成实践中的公司法。由于上述措施伴随着公司法的实施而同时实施,因而股份有限公司组织机构进一步完善了,其运营水平也有了提高。主要特点是:

1. 转变了将公司权力机关和权力机关实现形式等同的观念。依公司法第105条的规定,召开股东大会,应通知和通告公司的全体股东。但公司法颁布之初,曾沿用股份制企业试点中

的作法,出现了与上述规定相左的现象:

其一,将股东大会改为股东代表大会。公司董事会自行规定出席股东代表大会的代表资格股份。如将出席股东代表大会的资格股份确定为 10000 股,持有该股份数额以上者方可出席股东大会。持股不足 10000 股者可委托有资格者或自行组合每 10000 股产生 1 名代表出席会议。<sup>[4]</sup>

其二,虽仍称股东大会,但作法与上述办法相同。<sup>[5]</sup>

其三,在召集股东大会的通知上表明出席股东大会的资格股份额,不采取上述委托和推举代表的作法。<sup>[6]</sup>

上述现象的出现,主要是这些公司的董事们认为,公司股东众多,即使都通知他们,也不可能人人到会。更何况,只要具有一定数额股份的大股东出席会议,就能达到公司法规定的通过决议的表决权数。无疑,这是将作为公司权力机关的股东大会和作为权力机关实现形式的股东大会会议混淆了。随着公司法的实施,不仅上述作法得到纠正,而且人们也实现了从将股东大会与股东大会会议混同到将两者加以区别的突破。显然,任何一个组织都有两个不同的层次:一是它的组成层次,即由成员的全体组成还是由成员的代表组成;二是它的实现层次,即以何种形式实现和存在。股东大会作为后者,是以会议形式存在的。股东是否参加会议,应任其自由。而股东大会作为前者,应由全体股东组成。一方面,股东作为投资者,需要不经过代表而实现自己的利益要求,因而选择了股东大会的直接民主形式。<sup>[7]</sup>另一方面,公司法人作为自律法人,要实现其自治,非有全体股东组成权力机关,不能决定法人之意思。<sup>[8]</sup>所以,召开股东大会的通知和公告必须面向全体股东。理念的转变引起了实践中的变化,以上现象于 1995 年下半年开始已不再存在。

2. 股东行使表决权形式的多样化。依照公司法的规定,股东行使表决权有两种方式,即股东出席股东大会,亲自行使表决权;股东委托代理人出席股东大会,由代理人在授权范围内行使表决权。无疑,公司法这一规定的精神,是方便股东行使表决权。实践中,股东除采用这两种行使表决权的方式外,还采用了不违反公司法规定精神的其他行使表决权的方式:

其一,通讯表决,即股东不出席股东大会,仅以公司准备好的表决票作出通讯表决的意思。这种表决形式满足了那些身在公司住所地之外但对股东大会审议事项有表决意愿的股东的要求,符合方便股东行使表决权的精神。但实践中,通讯表决的设置并非都是出于对股东利益保护的考虑,也同时体现了方便董事会工作的要求。就通讯表决出现的背景而言,它不是公司为了避免因人数不足而不能形成必要的决议,而在很大程度上是为了解决太多股东出席股东大会而会场不足的矛盾。

通讯表决的采用,向人们提出了一些理论和实务上应该解决的问题:(1)在有通讯表决存在的情况下,如何计算出席股东的表决权数?公司法虽然没有规定出席股东大会的股东表决权的最低法定比例,但决议的通过是以出席会议的股东所持表决权半数以上(特别决议事项为三

[4] “福建省耀华玻璃工业股份有限公司召开第七次股东代表大会的公告”,《上海证券报》1994年11月29日第4版。

[5] “合肥美菱股份有限公司关于召开第五次股东大会的公告”,《上海证券报》,1994年11月1日第8版。

[6] “深圳市华宝(集团)股份有限公司关于召开特别股东大会的公告”,《上海证券报》,1994年11月1日第8版。

[7] 王保树:《股东大会的地位及其运营的法理》,《中国社会科学院研究生院学报》,1995年第1期。

[8] [日]中村真澄:《会社法》,成文堂1994年4月版,第138页;李宜琛:《民法总则》,台湾正中书局,第150页。

分之二)为标准。因此,计算出席股东所代表的表决权数不可避免地要涉及采用通讯形式行使表决权的股东。通常的理论认为,通讯表决是以股东不出席股东大会为前提的。<sup>〔9〕</sup>实际上,这种观点易于被人们理解为计算出席会议的股东表决权时排除以通讯行使表决权的股东,显然这是不适当的。根据通讯表决的实践,可以将“出席会议”作两个层次理解:一是形式意义的出席,即股东本人亲自赴会场出席会议;二是实质意义的出席,即股东本人虽未亲临会场,但股东本人却未通过他人而亲自作出了审议股东大会决议事项的意思表示。股东的通讯表决可作为实质意义的出席,因而应将其计算为出席会议的股东,但表决票回函应在股东大会召集通知载明的时限送达。(2)通讯表决对股东临时议案的效力。无疑,通讯表决是对股东大会既定议案的表决,它不可能对股东大会进行中临时提出的议案作预先表决。因此,在股东大会上因股东临时动议而提出议案时,不能笼统地推定以通讯形式进行表决的股东的意思,只能依具体议案具体分析。如临时议案与既定议案完全冲突或基本冲突,通讯表决对既定议案作了赞成表示的,可推定该通讯表决对临时议案作反对表示。相反,可推定该通讯表决对临时议案作赞成表示。如临时议案与既定议案一致或基本一致,通讯表决对既定议案作了赞成表示的,可推定该通讯表决对临时议案作赞成表示。相反,可推定该通讯表决对临时议案作反对表示。如临时议案与既定议案无关,则不应推定该通讯表决对临时议案的意思表示,即既不应推定为赞成,也不能推定为反对和弃权,而应视为采通讯投票的股东未出席会议。(3)通讯表决和亲自出席会议的选择。无疑,股东的表决权属于私法上的权利。股东采用何种方式行使该权利,这完全是股东个人的事情。换言之,股东对于通讯表决和亲自出席会议进行表决有选择权。实务上,公司有两种作法:一是在召集股东大会的通告中列出上述表决形式,由股东选择;二是直接通知一部分股东,仅让他们采通讯表决形式。显然,第一种作法有利于保护股东的利益,而第二种作法则不利于保护股东的利益。实践中,已有小股东因第二种作法而向法院提起诉讼即诉公司剥夺出席股东大会权利的情况。小股东的理由是:这两种作法虽然都可以使股东行使表决权,但第二种作法无法使股东行使发言权和质询权。依公司法第110条的规定,股东有质询权。而且,通讯投票确实有无法保护股东质询权的缺陷。然而,问题不在于通讯投票的固有的缺陷,而在于公司没有给予股东选择权。(4)整个股东大会可否选择通讯表决形式。这种作法,是使全体股东不能选择有会场的股东大会会议,而只能选择通讯投票的表决形式。但是,股东大会决议采取这种形式,并载入公司章程之中,其后的股东大会是可以采取此种形式的。

其二,双层委托投票(即转委托投票,以下相同),指股东委托代理人,并作出投票指示,再由委托代理人汇总投票指示,委托其代理人出席股东大会投票。这种投票表决的形式,已在境外上市的公司出现。该种表决形式与一般委托代理人出席股东大会并行行使表决权无本质区别。但由于它包含了两层委托关系,不可避免地形成了自身的特点,也同时带来了理论上和实务上的新问题。首先,公司法所规定的委托代理人出席股东大会是指股东委托,双层委托投票是否符合公司法规定的精神?委托代理投票是代理人在代理权限内,以股东本人(委托人)的名义出席股东大会并就其决议事项作出表决意思表示,其意思表示的效力直接归于股东本人的行为。这里,有两个重要特征:一是代理人以股东的名义出席股东大会并行行使表决权;二是表决的意思表示的效力直接归属于股东。就表面意义而言,双层委托投票似乎不符合委托投票的特征。但是,如两次委托均是严格依公司法规定的程序进行,第二次委托没有违反股东委托的本意,

〔9〕刘江永编译:《日本的股份公司制度》,经济科学出版社1993年版,第52页。

并且委托人进行再委托的事实为股东本人所知道,又为公司章程所认可,则与公司法规定的精神不违背,因而是可以采用的。其次,双层委托投票可能产生的弊病应引起足够的注意。由于双层委托投票不是由股东的代理人直接参加股东大会,而是由代理人委托的人出席股东大会。由此,股东对代理行为很难进行监督,易于产生欺诈行为。换言之,股东的代理人很可能改变股东关于投票的指示而按自己的意思进行再委托。所以,在允许双层委托投票存在的同时,应采取制止欺诈行为的措施,如规定允许双层委托投票的情形、避免因双层委托投票而集中表决权操纵股东大会、股东对双层委托投票的监督及委托投票的撤销等。

3. 股东大会会议的公证监督。由于一些公司大股东的存在和多种表决形式的采取,股东大会工作的真实性与公正性不可避免地引起人们的极大重视。无疑,股东大会的召集、议案的准备,都是董事会依职权应进行的工作;主持股东大会是董事长应依法行使的职权。因此,应接受监事会的监督。但是,由于公司社会公众股东众多,其经营涉及许多人的利益,表现了很强的社会性。在监事会没有公司外部监事的情况下,很需要来自公司外部的监督。于是,在上市公司股东大会的进行中引进了公证监督。尤其是上海的上市公司,相当普遍地采取了此种措施。<sup>(20)</sup> 股东大会会议公证监督的主要范围是:(1) 监督通讯投票。公司将通讯投票的送达地址确定为公司委托的公证处的住所,而不是公司的住所。通讯投票的来函拆封与表决情况的统计,由公证处承担。这样,可以避免公司董事会将不利于自己的投票抽走的情况,保证通讯投票的真实性。(2) 亲临会场,对股东大会会议全过程进行公证。目的在于,对股东大会会议遵守公司法、公司章程规定的决议程序、决议方法和表决的真实性进行监督,建立股东对公司的信任感。

4. 董事会在实现其职能中完善。由于国有企业的内部领导体制是从所有者直接到厂长(经理),没有中间层次。而股份有限公司的董事会的地位又有别于外商投资企业的董事会。因此,股份有限公司董事会的运营无法在既有企业形态中找到可循的先例,而只能在实践中逐步积累经验和完善自己。其主要者是:

(1) 寻找经营决策和业务执行分离的途径。就董事会与股东大会的关系而言,董事会属于业务执行机关。但是,董事会作为一个会议体,不可能具体执行每一项业务,而是要通过日常经营的决策来执行股东大会的决议。或言之,董事会作为公司机关,其职权既应包括日常经营决策又应包括业务执行。所以,在实践中实现两者的分离,是董事会运营所必须的。目前,有两种分离的方式:一是设执行董事。整个董事会负责日常的经营决策,执行董事负责业务执行。如山东新华制药股份有限公司董事会由12名董事组成,10名董事为执行董事。二是设董事长会议,负责董事会闭会期间的业务执行。此种作法,和公司法第120条规定的“公司根据需要,可以由董事会授权董事长在董事会闭会期间,行使董事会的部分职权”的精神是一致的。如上海国脉通信股份有限公司,为了提高董事会的决策效率,及时处理公司经营管理中的有关事务,特在章程中设立了董事长会议制度。董事长会议由董事长、副董事长以及由董事长确定的与审议事项相关的董事组成,其具体职权是:负责召集临时股东大会,决定会议的时间、地点、召开方式、召集程序和议程;向临时股东大会报告工作;执行股东大会的决议;决定公司内部管理机构的基本格局和子公司、分公司的设立、合并、分立或解散;决定公司的基本管理制度;对投资

(20) 见“上海大众出租汽车股份有限公司1996年年报”,第14页;“上海国脉通信股份有限公司1996年年报”,第10页;“上海中华实业股份有限公司1995年年报”,第6页。

计划中个别明显不适应市场变化,投资后会给公司造成不良后果的项目,作出及时的调整;决定计划外投资项目,并在下一次股东大会上给予说明。

(2) 设董事会秘书。此种制度开始于深圳市。深圳市人民代表大会 1993 年 4 月 26 日制定的《深圳经济特区股份有限公司条例》第 102 条规定,董事会设秘书。秘书负责董事会的日常事务,受董事会聘任,对董事会负责。自 1996 年开始,上海也实行了董事会秘书制度。1996 年 3 月 21 日,上海市证券管理办公室、上海证券交易所发布了《关于 B 股上市公司设立董事会秘书的暂行规定》,旨在规范上市公司行为,提高董事会工作效率,保护投资者利益。1996 年 4 月 10 日,上海市经济体制改革委员会等发出的《关于贯彻国务院(1995)17 号文件<sup>①</sup>的实施意见》也要求“公司设董事会秘书一人,由董事长提名,董事会聘任”。1996 年 8 月 9 日,上海证券交易所还发布了《上海证券交易所上市公司董事会秘书管理办法(试行)》。该办法不仅适用于上海的上市公司,也适用于其他地区但在上海证券交易所上市的公司,基本确认了董事会秘书制度的框架:

董事会秘书的职权是:(1)依法准备和及时递交中国证监会、地方证券管理部门、政府有关部门及上海证券交易所要求董事会、股东大会出具的报告和文件;(2)依法负责公司信息披露事务,并保证公司有关信息及时、真实、完整规范地进行披露;(3)筹备董事会会议和股东大会,负责会议的记录工作,并负责保管会议文件和记录;(4)为董事会决策提供意见和建议,协助董事会行使职权时切实遵守国家法律、法规、公司章程及交易所有关规章制度。在董事会作出违反有关规定的决议时,应及时提出异议,并有权如实向中国证监会、地方证券管理部门及交易所反映情况;(5)负责管理和保存公司股东名册资料,保管董事会印章,确保符合资格的投资人及时得到公司披露的资料;(6)负责公司咨询服务,协助处理公司与股东之间的相关事务和股东日常接待及信访工作;(7)负责筹备公司境内外推介宣传活动;(8)负责办理公司与董事、中国证监会、地方证券管理部门、交易所、各中介机构之间的有关事宜;(9)董事会授予的其他职权。

董事会秘书的任职条件是:具有大学专科(含专科)以上毕业文凭,从事金融、工商管理、股权事务等工作三年以上,业经上海证券交易所组织的专业培养并考核合格,一般年龄不超过 45 岁。董事会秘书应熟悉公司经营情况和行业知识,具有良好的个人品质和职业道德,具有较强的公关能力和处事能力。根据以上《办法》,公司法第 57 条规定的不得担任董事、监事、经理的情形,也同样适用于董事会秘书。并且,董事会秘书原则上由专职人员担任,也可由公司董事兼任。但如某一行为应由董事及董事会秘书分别作出时,则兼任董事会秘书的董事应以董事会秘书的身份作出。

董事会秘书任免程序较董事会任免其他人员复杂。董事会聘任董事会秘书后,还应履行下列程序:向股东大会报告;通过公共传播媒介向社会公众披露;报中国证监会、地方证券管理部门和证券交易所备案。董事会解任董事会秘书,应立即以书面形式通知中国证监会、地方证券管理部门和证券交易所;向下届股东大会报告;通过公共传播媒介向社会公众说明被解聘的董事会秘书终止聘任的原因。

董事会秘书的设置,为研究公司组织机构提出了新的课题。如何认识董事会秘书的地位和

①指《国务院关于原有限责任公司和股份有限公司依照《中华人民共和国公司法》进行规范的通知》(1995 年 7 月 2 日)。

性质? 无疑, 设置董事会秘书的实践表明, 它应作为公司组织机构的一部分。但他不是股东大会选举产生的, 因而不是董事会成员, 不具有董事的地位。相反, 董事会秘书是由董事会聘任的, 依上述规范性文件规定, 应属于公司的高级管理人员。而公司法上规定的高级管理人员, 是对公司日常经营负有总责(如公司经理)或部门责任(如财务负责人)的。显然, 董事会秘书不属于此列, 而是对董事会执行职权所产生的事务负有总责的高级管理人员。上述规范性文件规定董事会秘书对董事会执行职权的合法性进行监督, 显然是不适当也不可能的。因为, 董事会秘书是董事会聘任的, 他理应接受董事会的监督, 并向董事会负责, 而很难反过来监督董事会。

5. 监事会在探索中执行监督职权。监事会制度在实践中表现了两种趋势: 一是将法定职权所确定的监督具体化; 二是将监督途径具体化。前者, 主要包括董事会决策程序监督(列席董事会, 参加公司重大决策的讨论)、财务监督(如审核中期财务报告、年度财务报告、年终决算和分配预案等)、董事与经理行为的合法性监督、股东大会决议执行的监督。后者, 在本身无专门办事机构的情况下, 主要同审计监督、员工监督一道进行, 并侧重加强事前监督, 督促公司的制度建设。

## (二) 股份有限公司组织机构的法律制度实施中的问题点

由于商事公司在中国恢复时间不长, 人们对企业的传统观念还未转变过来, 加之公司法本身的缺陷, 股份有限公司组织机构法律制度实施还没有充分体现出它的功能价值, 甚至还在一些公司中表现出了某些对法的精神的偏离, 主要是:

1. 股东大会走向形式化的可能性开始出现。股东大会权力机关的地位, 只能建立在股东强烈的参与意识的基础之上。并且, 公司应为股东参加股东大会会议并行使表决权创造条件。任何淡化股东参与意识和软化上述条件的作法, 都会使股东大会走向形式化。股东大会形式化的可能性来自以下几个方面: (1) 参加股东大会的股东所代表的表决权数少。这主要表现在股份高度分散的公司中。某公司 1994 年年会, 802 名股东出席会议, 共代表股权 7816807 股, 占公司股本总额的 11.14%; 1995 年会, 360 名股东出席会议, 共代表股权 5399687 股, 占公司股本总额的 4.52%。之所以如此, 主要是小股东对股东大会兴趣不大。这种状况, 已经引起一些股份高度分散的上市公司的困惑, 它们不得不采用适当措施, 寻求大股东或较大股东的介入。(2) 股东大会发礼品, 扭曲了股东的注意力。许多上市公司向参加股东大会的股东发送礼品, 导致一批“出席股东大会的专业户”出现。这些股东持股量很小, 但同时持有几个公司的股份。他们既不是为了获得投机利润, 也不是为了分配股息, 更不可能控制公司, 而是为了取得股东大会的礼品。一旦到了召开股东大会的季节, 他们动员全家老小赶会场。这种现象, 将股东从出席会议行使表决权转向出席会议领礼品。(3) 控股股东支配公司, 使中小股东无力对公司施加影响。国有企业改建为股份有限公司之后, 由于人们对公有制的错误理解, 导致国有股不分行业地在许多股份有限公司控股, 甚至处于绝对支配的地位。因此, 许多小股东不得不将注意力转向证券市场进行证券投机, 从而使股东大会缺少生机。

2. 董事会的组成和运营不适应其地位的要求。董事会作为股份有限公司的业务执行和日常经营决策机关, 其基本要求是组成人员的素质和专职化以及决策的及时性。实践中的董事会虽正在提高运营水平, 但其不适应之处也是明显的: (1) 股东关于董事的观念尚有不正确之处。核心的问题是, 董事属于谁? 正确地回答这一问题, 是使董事会有效运营的关键。然而, 这一问题又可细分为两个方面: 其一, 董事是属于公司还是股东? 在股东尤其是控股股东看来, 董事是股东的董事。因为, 董事人选是股东推荐的。无疑, 这是一种错觉, 是将董事的产生程序和董事

的地位混淆了。的确,董事是由股东推荐或提名的,但这只表明董事产生的初始过程,而不表明董事和股东的关系。相反,董事是董事会的组成人员,因而他是公司的董事,与公司存在着委任关系。其二,董事是对个别股东(甚至是控股的股东)负责,还是对全体股东负责?这一问题,主要出现在有控股股东的公司和有相对持股量较大的股东的公司之中。有的公司在董事会届期未满足之前,突然出现了持股量相对较多的股东。于是,该股东要求有代表自己利益的董事,即要求改变董事会的组成结构。甚至,不经选举就要求由代表自己利益的“董事”进入董事会。显然,这是歪曲了董事同股东应有的关系。虽然,如上述,董事是公司的董事,但这并不意味着董事同股东没有任何关系。董事是股东选举的,因而董事同股东存在着选任关系,董事应对其选举者负责。但是,董事是股东大会选举产生的,而不是个别股东选举产生的。因此,董事只能对全体股东负责,即如公司法第112条规定,“董事会对股东大会负责”。(2)专职董事数量少。尤其在国有股东控股的公司中,这种情况更加明显。在此类公司中,董事会的成员由三部分人组成,即国家股推荐的董事、同国家股相关的国有法人股(国家股控股的公司和国有独资企业)推荐的董事、在本公司任职的董事。由于前两类董事占了大多数,专职董事则数量太少。无疑,在股份有限公司发展社会化的过程中,公司的社会责任加重了。在此情况下,董事会成员中容纳一定数额的公司外的专家是很必要的。但是,鉴于董事会承担着日常经营决策的繁重任务,熟悉公司经营情况的董事应该多一些。因此,在公司内任职的专职董事不可太少。(3)相当多数的公司董事只有职务工资,而没有股东大会所决定的报酬。从国有企业到股份有限公司,经营层的报酬问题没有得到适当解决。虽然,公司法已规定董事的报酬由股东大会决定,但多数公司的董事并未由股东大会决定报酬。其中,在公司担任职务的董事仅依职务序列领取高级管理人员的工资,非在本公司担任具体职务的董事仅领取补贴。显然,这是人们将“公平”理解为“平均”的一个结果。换言之,“不患寡,而患不均”的信条仍在起作用。然而,权利和义务是一致的。没有董事应得的适当报酬,就很难要求董事承担赔偿责任。所以,不保障董事报酬的作法,是不适应建立激励和约束董事机制的。

3. 董事长兼经理,有违公司法的精神。依公司法的规定,董事长是公司的法定代表人,但法律对董事长职权的规定却很少,和法定代表人的地位不相称。而对于经理职权的规定,则由于前述继受全民所有制工业企业法强化经理职权的作法,涵盖了经营管理所必要的內容。由此,两者在权力结构上显得不均衡,较难实现两者之间的协调。无疑,董事长代表权的行使,主要表现在对外上。但是,没有对内业务执行的基础,就无从行使法定代表人的职权。同样,经理既主持公司的生产经营管理工作,似应同时拥有对外的适当的代表权。为了解决两者的交叉和公司权力分配结构的缺陷,相当一部分公司采用了董事长兼任经理的作法。但是,它所带来的新问题是不可忽视的。一是它只注意了董事长和经理在公司组织机构中的紧密联系和协调两者之间的关系,但忽视了两者的任职程序不同和两者地位的重大差别。二是忽视了董事长在董事会闭会期间对经理的监督责任。如允许董事长兼任经理,不仅使他们的地位模糊了,而且也有自己聘任自己的弊病,难以实现董事会对经理的监督。所以,现代企业制度试点方案特别指出,“董事会可以决定由董事会成员兼任经理。董事长一般不兼任经理”。<sup>[2]</sup>

[2] 国家体改委生产司编:《如何制定现代企业制度试点方案》,改革出版社1995年1月版,第43页。

#### 四、股份有限公司组织机构运营中提出的立法课题

上述问题点告诉我们, 仅就股份有限公司组织机构的运营而言, 已提出了一些不容忽视的立法课题。主要是:

##### (一) 健全股东大会的运营规则

股东大会作为公司的权力机关, 应能集中股东多数表决权所代表的意志。所以, 健全股东大会的运营规则将不可避免成为完善公司组织机构的重要课题。

1. 建立股份有限公司股东大会的股东出席法定人数制度。现行公司法只有通过决议事项的法定多数制度, 而没有股东出席的法定人数制度, 致使少数公司出现了上述仅有代表 4.52% 的股权的股东出席就举行股东大会的情况。换言之, 不及 5% 的股权的股东主宰了 95% 的股权的股东。显然, 这违背了资本多数决定原则和股东民主的精神。要改变这种状况, 就必须建立股东出席法定人数制度。

无疑, 现代各国公司法对股东出席法定人数制度持不同立场: 有的国家公司法对股东出席法定人数不作一般性规定, 但规定通过重要决议事项须得到表决权的绝大多数(如四分之三)。<sup>[23]</sup> 有的国家公司法直接规定股东出席法定人数, 如法国关于商事公司的法律规定, 召集普通股东大会, 出席股东应至少拥有四分之一的具有表决权的股份; 召集特别股东大会, 出席股东应至少拥有二分之一的具有表决权的股份。<sup>[24]</sup> 有的国家则有限制地规定了出席股东的法定人数, 如日本商法典第 239 条规定“股东大会的决议, 除本法或章程另有规定的情况外, 应当有代表已发行股份总数过半数的股东出席”。<sup>[25]</sup> 这些国家的规定虽然有差异, 但总体精神是一致的, 即放弃了股东大会中心主义, 改行董事会中心主义, 因而不再生象近代公司法那样强调出席股东大会的股东所代表的表决权的多数。而我国的公司法不同于这些国家的公司法, 没有实行授权资本制, 仍然采取股东大会中心主义。因此, 出席股东大会的股东所代表的股份应超过已发行股份总数的二分之一。

2. 建立并规范通讯表决形式。对于已经在众多公司采用的通讯表决形式, 公司法在未来的修改中应该加以肯定。但以法的形式建立这种制度时, 应充分考虑有效保护股东权益的问题。一是仅将通讯表决作为股东可以选择的形式, 而不是将其作为股东必须采取的形式; 二是明确股东向公司返回通讯表决的函, 即应将该股东作为出席股东大会对待, 统计在出席股东总数之内; 为避免董事将不利于董事会的投票抽走, 应建立通讯投票监督制度。

3. 建立表决权行使例外制度。公司各股东, 每一股都有一表决权, 并依其持有的股份享有与其股份数同额的表决权, 这是公司法确认的股东行使表决权的原則。但是, 为了防止持有股份较多的股东操纵股东大会, 平衡持有不同种类股份的股东的利益, 很有必要借鉴国外经验, 规定表决权行使的例外规则, 包括对持有一定数额股份的股东行使表决权的限制; 拥有利润分配优先权的股份没有表决权; 公司就其持有的本公司的股份没有表决权; 对决议事项有利害关

[23] 见李功国等译:《欧洲十二国公司法》的奥地利公司法、比利时公司法、德国公司法部分, 兰州大学出版社 1988 年版, 第 29 页、第 76 页以下、第 209 页以下。

[24] 卞耀武主编:《当代外国公司法》, 法律出版社 1995 年版, 第 420 页。

[25] 盐野宏等编:《小六法》, 有斐阁 1993 年版, 第 848 页。

系的股东不能行使表决权。

4. 禁止公司向出席股东大会的股东发送礼品。公司向出席股东大会的股东发送礼品,不仅有上述扭曲股东注意力的弊病,而且对全体股东有失公平。虽然,不出席股东大会是股东放弃权利的一种选择,但公司不应因此对出席股东大会的股东和不出席股东大会的股东有不同的待遇。否则,出席股东大会的股东可以领取公司的礼品,而不出席股东大会的股东领不到礼品,则显然违背了股东平等原则。因此,应予禁止。

5. 充实关于股东大会决议瑕疵救济的规定。现行的公司法仅规定股东大会决议违反法律、行政法规,侵犯股东合法权益的,股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。为了保护股东的合法权益,应将这一规定细化。一是将“决议违反”的范围扩大到违反公司章程;二是应将决议违法之诉细别为“撤销决议之诉”(即股东大会的召集手续、决议方法违法和违反章程)、“确认决议无效之诉”(即决议内容违法),加之停止侵权之诉,一共三种诉讼。三是将可以提起诉讼的股东具体化。

## (二)完善董事会的组成和董事的行为规则

虽然,股东大会是公司的权力机关,但董事会担负着公司日常经营决策和业务执行的重任。它的组成和有效运营对公司的存续和发展具有重要意义。因此,应进一步完善董事会制度。

1. 健全董事会的组成规则。现行公司法基于尊重公司的意思自治,仅规定董事会的成员为五人至十九人,而未规定董事会的组成原则。然而,董事会组成的合理性,将直接影响董事会的作用的发挥,因而健全董事会的组成规则应成为今后公司法的一个立法课题。根据董事会行使职权的需要和实践中提出的问题,董事会的组成应实行“公司外部成员和公司内部成员结合,以公司内部成员为主”的原则。在公司内部工作的董事不应少于整个董事会组成人员的三分之二,但公司经理人员不宜过多。

2. 完善董事会的产生规则。现行公司法规定了董事由股东大会选举产生,这是董事会产生的最基本的规则。但是,仅有这一规则是不能适应公司组织机构运营需要的。鉴于实际生活中存在着大股东要求它所推荐的董事代表它的利益,容易形成大股东通过其推荐的董事控制公司的情况。因此,有必要增设累积投票制度,以使中小股东也有机会选出它们推荐的董事,进而实现公司董事会组成的多元化。

3. 推动董事会运营的合理化。现行公司法规定的董事会职权、董事会运行方式和董事的责任,是董事会运营合理化的基础。但是,在公司法中增加董事会运营规则的密度是有必要的:(1)强化董事会的监督职能。依据现行公司法的规定,经理由董事会聘任,对董事会负责,他理应接受董事会的监督。同样,除董事长外,董事没有单独的职权,他大多是接受董事会的委托而执行职务,因而也应接受委托人董事会的监督。然而,现行公司法却对此有所忽略。在未来的公司法的修改中,应明确规定董事会监督董事和公司经理执行职务的职权。(2)改革公司代表人制度。随着公司现代化和生产经营多元化的发展,只由董事长一人代表公司已显不足。适应公司运营的需要,应突破公司代表人仅由一人担任的传统,改由公司章程规定多人代表公司。但是,考虑到过多的人代表公司于公司和债权人不利,可由公司法规定公司代表人最多不超过3人。(3)建立董事对第三人责任的制度。在公司侵害第三人利益时,理应由公司承担对第三人的侵权责任。但董事是业务执行者,为了防止董事滥用职权侵害公司的利益,也为使第三人所受损害得到充分救济,规定其对第三人的责任是必要的。然而,董事应在多大程度上承担对第三人的责任,尚需考虑当事人的利益的平衡。是只要公司违法侵害第三人董事就承担对第三人

责任呢<sup>[6]</sup>,还是应以有过错为前提呢?在强调过错为责任要件时,是只要有过错就对第三人负责,还是须以有恶意和重大过失为前提?<sup>[7]</sup>鉴于公司已对第三人承担责任,第三人所受损害已从公司获得救济,董事对第三人负责应以故意和重大过失为条件。(4)增加表见董事长的规定。为了贯彻“外观主义原则”,保护信赖“行为外观”的第三人,也为了和正在起草的合同法中的“表见代理”相衔接,宜作出关于表见董事长的规定。

### (三) 监事会的监督必须到位

同董事会一样,监事会也有一个组成合理和运行到位的问题。如何使监事会能有效地行使监督职权,这是完善公司法的一个重大课题。

1. 加强监事会的组织。现行公司法规定监事会的成员不少于3人,而实践中股份有限公司的监事会成员也大多仅有3人。不仅人员偏少,其构成也不尽合理,缺少懂财务会计、法律的人,不能满足履行监督职责的需要。应在未来的公司法的修改中强化监事会,包括增加监事会的人数,规定监事会中懂财务会计、法律的人员的比例和上市公司监事会的外部组成人员的比例。

2. 充实监事会的职权。公司法应明确,当公司董事、经理的行为损害公司利益,并经纠正无效时,监事会应代表公司提起诉讼。法律还应明确监事会的调查权,监事可对公司(含子公司)业务、财产状况进行调查,并可要求董事、经理报告公司的营业情况。

## 五、结束语

无疑,对中国股份有限公司组织机构法律制度作出全面的考察还为时过早。因为,股份有限公司制度恢复时间不长。即使从股份制试点开始算起,也仅10年左右。如从1994年7月1日实施公司法算起,才3年多。同时,股份有限公司数量少,上市公司仅710多家。总的来说,股份有限公司组织机构法律制度的实施和实践还不充分,还很难在其考察中作出准确的判断。

再者,考察股份有限公司组织机构并不是一个纯理性的事情,需要前已述及的制度研究和实践考察相结合。本文虽然也注意引用社会调查的资料,但深感调查的面窄,数据不充分,还难以将定性分析建立在充分的定量分析的基础上,显然,这又是影响理论抽象的一个因素。

正是基于以上原因,本文对中国股份有限公司组织机构制度的认识是初步的。但是,本文所描绘的总体轮廓,还是反映了中国股份有限公司组织机构制度的现状和趋向的。这就是:中国的股份有限公司组织机构制度反映了公司各机关之间既有分工又有制约的关系,基本上是适应公司运营需要的;实践中的股份有限公司的运营在总体上是符合公司法的。但是,实质上偏离公司法精神的现象是不容忽视的。加之,公司法本来就有漏洞。因此,进一步完善公司法的许多课题已经摆在人们面前,需要立法者分别轻重缓急,有步骤地加以完成。

[6] 见我国台湾公司法,第23条。

[7] 《海南经济特区股份有限公司条例》第106条;《日本商法》第266条之3。