

## 公司法语境下决议与协议之界分<sup>\*</sup>

周游

摘要: 司法实践存在协议“杀死”决议的现象。协议在我国公司治理当中运用甚广,然而,无论是放松管制,还是保障股东权益,又或是维护公司人合性,都难以成为协议“杀死”决议的正当理由。继而,无论是旨在加强收购监管的一致行动(协议)制度,还是意在确认行为效力的表决权拘束协议,察其本质都无法得出强制履行协议的结论。进而,通过明确公司章程在公司法上的价值,也能进一步厘清公司法语境下协议与决议的界分。当公司法之制度供给显著少于合同法,且决议制度本身还存在诸多不足时,协议极易“杀死”决议。要阻却这种伤害,公司法需要构建特殊的协议制度;同时,决议制度也需要在目的、原则、内容、程序、效力及责任等方面进行系统性修复。

关键词: 决议; 表决权拘束协议; 公司章程; 公司治理

### 一、问题的提出

在公司法的语境中,协议<sup>①</sup>与决议本是泾渭分明的两种行为:协议,以股东协议为典型,也关注股东与他人之间的特殊安排,这主要是当事人内部利益调整的问题;决议,以股东会决议、董事会决议为代表,所涉及的是有关公司治理的内容。无论在形式还是实质方面,抑或在功能还是目的方面,协议与决议之间相互独立。

然而,正如认知学家指出,当面对一个复杂的因果系统时,我们总会提取主旨而遗忘细节<sup>[1] [前言 P. XX]</sup>。细节的遗忘可能使得原本泾渭分明的事物变得模糊不清。实践中,将公司决议和股东协议相混淆的案例屡见不鲜,试举一例:2009年12月29日,江西华电电力有限责任公司(下称“华电公司”)及其第一大股东兼法定代表人胡达作为甲方与乙方张国庆签订《股份认购协议》与《期权授予协议》,约定华电公司向张国庆定向增发股权,在华电公司股份上市交易前,张国庆承诺其所持华电公司股份的投票与胡达保持一致。该约定事项在2010年6月10日华电公司董事会形成了董事会决议。之所以产生纠纷,是因为张国庆在华电公司股东会2015年第6号、第7号两次决议之表决中皆投了反对票,而胡达投了赞成票;公司以上述两份协议为凭据,直接将张国庆的投票统计为赞成票,使两次决议达到代表三分之二以上表决权的股东通过之法定要求。张国庆先后两次分别诉请法院撤销上述决议,经过两级法院审理后,其请求均被驳回(下称“华电案”)。<sup>②</sup>我国现行法之相关规定极不完善。无论裁判结果如何,司法裁判对于此类案件理应进行充分的说理。然而,省察本案所有裁判文书后不难

作者简介:周游,法学博士,中央财经大学法学院讲师、资产管理法治研究中心执行主任。

\* 本文系中国法学会2018年度部级一般课题[[编号:CLS(2018)C44]及中央财经大学2018年青年教师发展基金项目(编号:QJJ1816)的研究成果。

① 尽管探讨协议、合同、契约之间的差异可能存在理论上的意义,但这不是本文探讨的内容,三个用语在本文被视为同义语并视场合交替使用。

② 有关第6号决议的纠纷,参见江西省新余市渝水区人民法院(2015)渝民初字第02693号民事判决书、江西省新余市中级人民法院(2016)赣05民终12号民事判决书、江西省高级人民法院(2017)赣民申367号民事裁定书;有关第7号决议的纠纷,参见江西省新余市渝水区(2016)赣0502民初75号民事判决书、江西省新余市中级人民法院(2016)赣05民终328号民事判决书。需要说明的是,以上纠纷还有小股东周正康作为共同原告,其在两次决议中与张国庆一样皆投了反对票。

发现 裁判理由显然难以令人信服,其逻辑可归结为一句话:当事人应依约而行,不能违背诚信原则。这是一种轻视公司法理念的合同法立场,无疑留下许多可商榷的空间。

公司法语境下反思决议与协议之界分至少有几个留意点:

第一,中国公司实践中为何涌现协议“杀死”决议的现象?合同法与公司法本应有各自的调整范围;但我国的问题是,相对于合同法,公司法的制度供给明显不足,涉及股东协议的规定更是少之又少。如此一来,一旦出现类似纠纷,司法裁判不得不从合同法当中寻找依据,从而难免忽视公司法的价值。这种部门法之间的供给不平衡,再加上我国目前公司治理的实态,使得涉及公司治理的协议之效力认定可能成为一个极具中国特色的问题。

第二,公司法语境下界分决议与协议究竟有何实质意义?一方面,目前域内外理论与实际中常涉及的股东协议主要有表决权拘束协议及一致行动协议两种,无论这两种协议之间有何异同,单就相关规则的制定与运行来看,两者似乎都不是为了更好地干涉公司治理,故而厘清组织法视角下协议制度的价值也极为必要。另一方面,就程式(formality)对于组织法的重要性而言,公司决议存在着协议无法呈现的诸多价值。公司程式的彰显是为了维护公司独立人格,而后者又与现代公司最重要的特征——股东有限责任<sup>[2][P.27]</sup>紧密相连。因此,混淆决议与协议两者,可能是对公司本质的曲解。

第三,要妥善处理涉及协议与决议的纠纷,究竟是要扩充合同法的适用边界,还是要革新公司法的相关规则?通过司法过程对合同法规则进行扩张解释似乎是成本较低的一种策略,但这毕竟治标不治本。通过立法对相关问题予以回应,可能更妥当。当然,立法也可能存在两种完善路径,亦即修订合同法还是公司法。换言之,在处理涉及公司治理的合同纠纷时,我们所面对的,究竟是一个合同法问题,还是一个公司法问题。

对于以上三个方面的回应,构成了本文的基本骨架。2017年9月1日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(四)》(下称“《公司法解释四》”)也对决议效力案件之法律适用问题作出规定,以应对实践中的疑难问题。一个简要的结论是:在公司法之制度供给显著少于合同法,而决议制度本身还存在诸多不足时,协议极易“杀死”决议;要阻却这种伤害,公司法要构建特殊的协议制度,同时,决议制度的完善也极为关键。

## 二、协议缘何“杀死”决议:中国问题反思

在如何“认真”对待决议与协议的问题上,我国学界存在两种截然不同的声音。一方面,许德风认为,在商事组织中,成员合同与组织规则不应截然区分,组织亦具有合同属性,成员合同应予尊重<sup>[3]</sup>。另一方面,冯果、段丙华指出,组织交易的特殊性决定了简单地套用合同理论处理与商事组织有关的商事纠纷具有局限性<sup>[4]</sup>;陈群峰更是认为,股东间协议在公司和公司法实践中大量涌现,甚至出现了“协议替代治理”现象,这是我国公司法上公司观念的落后和对股东会、董事会定位不合理所致<sup>[5]</sup>。

矛盾的焦点似乎是如何权衡自由与干预之间的关系,但本质上是公司法的理念之争。具体而言,协议“杀死”决议的以下三点理由值得推敲:第一,符合全球公司法放松管制的发展趋势;第二,有效保障股东权益;第三,有助于维护非公开公司的人合性。

### (一) 放松管制?

受到公司合同理论的影响,公司法的存在意义长期被认为是填补公司合同的“缝隙”(loopholes)<sup>①</sup>。该理论根植于经济学的自由主义,主张放松对公司的管制,增加公司法当中的任意规范。与之类似,英国法上的公司章程被视为公司与股东之间的以及股东与股东之间的法定契约(statutory contract)<sup>②</sup>。这似乎已成为英美法上的主流学说,但对此予以反思的学者大有人在。例如艾森伯格、比博绍克、戈登、科菲等人认为,公司法中的强行规范必不可少<sup>③</sup>。由于法系的差异,公司合同理论自引入中国起就存在不少错误的观念,部分学者已对此予以

① Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, Columbia Law Review, Vol. 89, p. 1416 (1989).

② Alan Dignam, John Lowry and Nicola Padfield, *Company Law* 5th ed., Oxford University Press, p. 8 (2009).

③ Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of Corporate Law*, Columbia Law Review, Vol. 89, p. 1461 (1989); Lucian Arye Bebchuk, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, Columbia Law Review, Vol. 89, p. 1395 (1989); Jeffery N. Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, Columbia Law Review, Vol. 89, p. 1549 (1989); John C. Coffee, Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, Columbia Law Review, Vol. 89, p. 1618 (1989).

澄清。例如黄辉指出,合同的概念在法学与经济学当中并不等同<sup>[6]</sup>;吴建斌指出,不能从公司是合同束的理解出发,推导出合意原则取代多数决的结论<sup>[7]</sup>。尽管如此,从近十余年来不同国家和地区的立法改革来看,放松对公司的管制的确符合全球公司法发展的趋势,这在英国2006年公司法、日本2005年公司法以及我国2005年公司法中都得以充分体现。尊重当事人之间订立的协议,似乎成为协议“杀死”决议最直接的理由。

然而,放松管制是否意味着必须打破协议与决议的区隔?显然不是。放松管制的本质不是简化法律关系,而是在确保不损害其他主体权益的前提下尽可能地促进公司之组织和行为的多样化,使其无需拘泥于公司法提供的惟一的规则文本。纵观不同地域的公司法改革,放松管制的核心主要有两点:一是通过简化资本制度为公司松绑,但改革一般不包括简化资本变动的程序,故而与公司治理的联系并不紧密;<sup>①</sup>二是进一步拓宽非公开公司的自由度,但此类改革并不是要弱化章程或决议在公司治理当中的重要性,一旦需要扩张协议对公司治理的影响,也必须以法律有明确规定为前提。<sup>②</sup>倘若不加限制地允许协议干扰公司治理,那么这种公司法改革就不是放松管制,而是动摇公司形式乃至公司法存在的根基。况且,就目前公司法改革的趋势来看,拓宽公司自由度的策略也不是以协议替代治理,而是在公司法的语境下尽可能丰富当事人在公司基本框架设计、<sup>③</sup>股东权利的享有与行使、<sup>④</sup>公司机关设置<sup>⑤</sup>等关键领域的规则选择权,由此彰显公司法的选择功能。<sup>⑥</sup>

强化公司法的选择功能必须考虑到选择本身可能带来的风险,因此,当事人无论作出何种选择,经由公司决议并将其固化于公司章程之上,同时每种选择都将配之以特定的风险防范措施,这是一种符合逻辑的制度范式。如此一来,法律关系在放松管制的背景下不仅不能简化,还理应更加明确协议之影响边界,以防规避法律及徒增风险的行为发生。

## (二) 保障股东权益?

协议“杀死”决议还有一个看似合理的缘由——股东在所有权与控制权相分离(两权分离)学说影响下的公司治理结构当中渐次丧失话语权。在美国,从1932年伯利和米恩斯的《现代公司与私有财产》开始,两权分离就被视为公司法必须回应的问题。<sup>⑦</sup>班布里奇还指出,两权分离不仅不是一个问题,还是现代美国公开公司的独到之处。<sup>⑧</sup>高度分散的股东在如此独特的公司治理结构中之地位也不断弱化。<sup>⑨</sup>随着机构投资者对资本市场的影响渐次增强,股东行动主义鼓吹的夺回股东在公司中的权利、积极参与公司决策等提议也得到不少美国学者的拥护。<sup>⑩</sup>由此,确保协议的效力且强制其履行成为股东参与公司治理的重要策略。例如根据特拉华州《普通公司法》的规定,只要协议当事人包含非公开公司发行在外的表决权股份过半数的股东,协议干涉公司治理的安排有效。<sup>⑪</sup>不过这并非惯常做法,美国其他州一般要求一致同意的协议方可对公司事务作出决定,如果董事会不同意,可以请求召开股东会对此进行表决<sup>[5]</sup>。从司法实践来看,美国法院也通常会判决执行这些协议。<sup>⑫</sup>这也符合美国公司发展的实际境况。

① 以我国2013年《公司法》修订为例,尽管删除了最低注册资本额、缴纳期限等规定,但对于减资、回购、分红等规定皆未改动。

② 以我国台湾地区2015年“公司法”修订为例,此次修订增加了“闭锁性股份有限公司”形式,其中规定股东可以约定表决权行使的方式,但这种约定必须按期送交公司办理登记,否则不得以约定对抗公司。参见我国台湾地区“公司法”第356条之9。

③ 例如不少国家和地区的立法都明确规定章程之相对必要记载事项的内容,该类事项只有记载于章程方能生效,这既赋予了当事人的制度选择权,也排除了协议在这些事项上干扰公司治理的可能性。参见我国台湾地区“公司法”第130条。

④ 例如日本《公司法》列举了股份公司可以选择发行的股份种类,而一旦选择发行特定种类的股份,章程还必须同时规定法律列举的相关事项。日本《会社法》108条参照。

⑤ 例如日本《公司法》允许股份公司对治理结构进行选择,继而在选择项下适用不一样的规则。股份公司依章程规定,可以设置董事会、会计参与、监事、监事会、会计监查人、监查等委员会或提名委员会等。根据不同的公司类型与规模,法律还规定了必须设置董事会、监事或监事会的情形,以及监事、监查等委员会或提名委员会等只能选其一而设置等内容。日本《会社法》326-328条参照。

⑥ 从原来被动填补公司合同“缝隙”到如今引入主动提供多重选项的模式,这是公司法功能的重要变化。参见周游“从被动填空到主动选择:公司法功能的嬗变”,载《法学》2018年第2期。

⑦ Adolf A. Berle and Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, the Macmillan Company, pp. 115-119 (1932).

⑧ Stephen M. Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, p. 3 (2008).

⑨ 按照克拉克的说法,股东地位的变迁是从企业家开始,依次变成所有者、资金提供者、受益人的过程。See Robert C. Clark, *The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises*, Harvard Law Review, Vol. 94, p. 561 (1981).

⑩ 对此,比博绍克的观点最具代表性。See Lucian A. Bebchuk, *The Case for Increasing Shareholder Power*, Harvard Law Review, Vol. 118, p. 833 (2005); Lucian A. Bebchuk, Alon Brav and Wei Jiang, *The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism*, Columbia Law Review, Vol. 115, p. 1085 (2015).

⑪ See Delaware General Corporation Law § 350.

⑫ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, Stanford Law Review, Vol. 38, p. 271 (1986).

那么,我国在制度借鉴过程中能否直接照搬美国有关强制履行股东协议的规定?兴许不能。与美国实践不同的是,股东把持公司治理是绝大多数中国公司的实态,司法实践中因为股东利益未受损而认定公司利益未受损,或是因为控制股东的影响而致使公司自认为利益未受损的案件非常多。<sup>①</sup>我国尽管也强调两权分离,但经营权与控制权在我国语境下是存在本质区别的,我们所言之两权分离,是所有权与经营权(而非控制权)相分离。<sup>②</sup>我国公司法的立法框架,以及从过往到当前、从国企到私企所呈现的中国公司对控制权的整合与争夺,都反映出这样一种极具特色的制度谱系:在形式上,我国公司法以及相关官方文件都力图实现所有权与经营权的分离,而在实质上,实现所有权与控制权的结合是企业发展壮大之命门<sup>[8]</sup>。目前中国公司治理常被认为处在股东会中心主义阶段,但这可能只是简单理解域外模式之后的粗糙嵌套。从实践中不难发现,以股东(而非股东会)为中心才是中国公司的常态——不经过股东会而直接通过协议甚至是根据大股东意志就决定了公司事务,可谓“股东”中心主义。故此,我国公司治理的主要问题不是股东丧失话语权,相反,如何防止这种强大的话语权掩盖公司的本质,方为公司法的主要任务。

### (三) 维护公司人合性?

承接上述非公开公司的探讨,公司人合性也成为强化协议在公司治理当中地位的一项有力辩解。吉尔森极端地认为,非公开公司的股东在作出决策时,并不存在市场运作去修复其中可能出现的机会主义与主观偏见,因而调整这类公司的法律可能根本不属于公司法范畴,将其视为合同法之特别适用更为妥当。<sup>③</sup>美国这种务实的做法对司法实践提出了极高的要求,同时,相对于公开公司而言,这种做法在美国也只是一种例外。许德风指出,坚持股东协议与章程、合同规则与组织规则截然区分的观点,至少就股东人数较少的非公开公司而言,并不能成立<sup>[3]</sup>。这是准确看法,非公开公司的人合性确是我们关注协议影响的重要原因。

只不过,人合性只体现在非公开公司场合吗?并不尽然。需要澄清的是,公司人合性实则不是指股东之间的合意,而是强调公司对股东个性(即谁是股东)的重视。<sup>④</sup>故而,这反映的是公司与股东之间的关系。公开公司尽管在学理上往往被归类为资合公司,然其人合性同样不应被忽视。例如,一致行动协议本身就存在明显的人合性特质。又如,发行特别股的公司往往不允许优先股股东出席一般的股东大会,这是其所获得预先约定股息这一财产利益的对价,也在一定程度上体现出普通股股东所组成的股东大会之人合性。再如,阿里巴巴“合伙人”制度也是旨在强化创始人股东选任董事之权,以此确保决策层成员之稳态,维持成员间的高度信任关系。<sup>⑤</sup>倘若以公开公司是资合公司为由一概否认当事人之间达成的协议,无疑有失偏颇。这也说明,以人合性作为承认协议在非公开公司治理中之效力的理由,并不能完全站得住脚。

因此,综合保障股东权益与维护公司人合性两点来看,承认协议效力,不意味着必须强制履行协议。这需要在公司法语境下明晰协议与决议的界限。

### 三、公司法语境下界分协议与决议之意义

实践中,当事人为了保有其对公司之控制权,往往会订立表决权拘束协议或一致行动协议。在“华电案”中,法院认为这两者是相同的协议。而从域内外公司实践不难发现,两者存在一定联系,然其差异也非常明显,对两者之制度价值予以分析,继而探索决议与公司程式的联系,能更进一步明辨协议与决议之区分意义。

#### (一) 一致行动制度设置之意义重申

中国证监会在2006年修订《上市公司收购管理办法》时增设了一致行动制度,其第83条第1款规定,一致

<sup>①</sup> 例如参见“苏振等诉荣春明公司高管人员损害公司利益纠纷案”,北京市海淀区人民法院(2009)海民初字第32426号民事判决书;“周云飞诉施新章损害公司利益责任纠纷案”,浙江省余姚市人民法院(2011)甬余商初字第431号民事判决书。

<sup>②</sup> 例如中国古代的客栈、酒馆,老板完全可以聘请掌柜负责日常经营,但对于重大事宜,往往须由老板决策,这表明控制权与经营权之间理应有区别。而掌柜在中国文学作品当中有着极为典型的“精明”形象,例如鲁迅先生的名篇《孔乙己》中的咸亨酒店掌柜;而孔乙己对“我”说“将来做掌柜的时候,写账要用”也表明掌柜如同钱庄经理一样,是个可被更换的职位,属于商事习惯中被称之为“伙友”的一部分。参见《鲁迅全集(第一卷)》,人民文学出版社2005年版,第457-462页;张家镇等编著《中国商事习惯与商事立法理由书》,中国政法大学出版社2003年版,第589页。

<sup>③</sup> Ronald J. Gilson, *Separation and the Function of Corporation Law*, Berkeley Business Law Journal, Vol. 2, pp. 141, 152 (2005).

<sup>④</sup> 前田庸《会社法入门》114页(有斐阁,2009年)参照。

<sup>⑤</sup> 有关阿里巴巴“合伙人”制度的详细介绍,可参见其官网公布的解释。网址: [http://www.alibabagroup.com/cn/ir/governance\\_9](http://www.alibabagroup.com/cn/ir/governance_9), 最后访问日期:2019-07-02。

行动是指投资者通过协议、其他安排,与其他投资者共同扩大其所能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。同时,该条第2款以列举方式进一步明确,如无相反证据,存在关联关系的投资者将被视为一致行动人。因此,在特定情形下,即便当事人之间并未订立协议,又或是他们并不承认互为一致行动人,监管机构也可根据实际情况对其予以认定。从这一规定来看,一致行动制度的设置初衷更多是迎合监管的需要,其主要应用于收购监管,防止收购人借助不同马甲来分散持股,掩盖收购意图或规避其他收购监管措施<sup>[9]</sup>。进而,通过合并计算一致行动人所持有的股份,信息披露义务的主体也得以明确。<sup>①</sup>可见,一致行动制度作为一种监管策略,是为了防止控制股东滥用权利,其要义不在于关注协议本身的效力问题,而在于这种关系究竟会对市场产生何种负面效应。

既然是为监管所设,那么一致行动制度设置的目的就绝不是要确保当事人的协议能够影响公司治理。退一步讲,即便法院认定一致行动协议为有效协议,这一认定的意旨也理应在于关注此种约定对上市公司究竟带来何种影响;至于是否必须通过强制履行的方式保护合同当事人的权益,似乎不能单纯根据合同法规则予以裁判。换言之,一致行动制度不是为了维护乃至扩张当事人的权益范围,恰恰相反,其本意在于划定当事人的权益边界。因此,遏制控制权滥用的机制至少在理论上无法得出应当强制履行当事人所订立之协议的结论。

## (二) 表决权拘束协议效力认定之反思

根据前述分析,一致行动制度更多省察内部行为的外部影响,其实并无触及行为本身的效力问题;亦即,即便当事人的相关安排被认定为一致行动,然其行为之效力如何,仍需借助其他规则加以评判。纵观部分国家和地区的相关规定,表决权拘束协议作为一种公司法语境下的特殊协议制度,对此则有所回应。

表决权拘束协议之称谓源于日本,经由我国台湾地区学者之广泛讨论而为大陆地区学者所熟知。该协议一般是指“股东与他股东约定,于一般的或特定的场合,就自己持有股份之表决权,为一定方向之行使所缔结之契约”。<sup>②</sup>表决权拘束协议既可能是大股东用以进一步控制公司的手段,也可能是小股东以此形成影响公司决策的重要力量。因此,订立该协议的当事人并不局限于上市公司场合。有趣的是,除了美国对类似协议采取过分宽容的态度外,其他国家和地区在对待协议影响公司治理之问题上仍极为谨慎。例如我国台湾地区长期以来都否定表决权拘束协议的效力,认为这种协议对小股东非常不公平,也与公司法有关决议规定之原意相左,更极端地认为其违背了公序良俗原则。<sup>③</sup>这一看法的确过于保守,实属因噎废食之举。除非协议本身已明显具有负外部性,否则,运用公序良俗原则对协议效力予以评判似有不妥。进而,立足于公司法视角,倘若规则本身没有就协议效力问题作出明确规定,那么单纯为了维护公司治理的独立性而否定协议效力也似有逾越。可能也是基于类似考量,台湾在近年来进行了相应的制度革新,一是如前述在闭锁性股份有限公司当中允许股东约定表决权行使的方式,二是规定公司进行并购时股东亦可进行类似的特殊安排。<sup>④</sup>至于其他情形下表决权拘束协议之效力如何,仍有疑问。

相比之下,英国的做法更值得注意:违背协议的救济可能仅限于赔偿,而不能要求强制履行;公司也不能承诺接受违背公司法事项的拘束<sup>[10] (P. 77)</sup>。由此可见合同法与公司法之应有区隔:其一,原则承认协议的有效性,其二,违约责任承担方式的选择需考虑公司法的特性。亦即,协议效力认定的主要依据是合同法,除非公司法对于特殊协议的效力认定已有明确规定;至于协议目的的实现途径,因为多有涉及公司治理的内容,则有必要省察公司法是否就协议条款的履行划定了边界。我国合同法第107条规定了继续履行、采取补救措施或赔偿损失等多种方式,进而第110条是要求继续履行的除外规定。其中,表决权行使理应属于“债务的标的”不适于强制履

<sup>①</sup> 参见谈萧“一致行动人的比较法考察”,载《证券市场导报》2006年第6期《中华人民共和国证券法》第86、88条。

<sup>②</sup> 例如参见郭大维“论股东表决权拘束契约之效力——评‘最高法院’九十六年度台上字第一三四号民事判决”,载《月旦裁判时报》2011年第10期;森田果「株主間契約(一)」法學協會雜誌118卷3号402頁(2001年)参照。

<sup>③</sup> 我国台湾地区“最高法院”曾指出“此项契约乃股东基于支配公司之目的,自恃以持有之表决权无济于事,而以契约结合多数股东之表决权,以达成支配公司所运用之策略。若股东间得于事前订立表决权拘束契约,则公司易为少数大股东所把持,对于小股东甚不公平,更易使有野心之股东,以不正当手段缔结此种契约,达其操纵公司之目的,不特与公司法有关股东会或董事会决议规定之原意相左,且与公序良俗有违,自应解为无效。”参见郭大维“论股东表决权拘束契约之效力——评‘最高法院’九十六年度台上字第一三四号民事判决”,载《月旦裁判时报》2011年第10期。

<sup>④</sup> 我国台湾地区“企业并购法”第10条第1款规定,公司进行并购时,股东得以书面契约约定其共同行使股东表决权之方式及相关事宜。

行”之情形。因此,表决权拘束协议一概被认定为无效的确不妥,但有效的协议并不意味其必定可强制履行。如此区隔,本质上体现的是两种相互独立的法律关系,既可防止协议“杀死”决议,也能遏制决议对当事人自由进行利益安排的不当干涉。

### (三) 决议与公司程式

通过对表决权拘束协议之效力分析,能比较清晰地认识到两种法律关系的独立性及其法律适用。不过这其中仍存在一个疑问:倘若公司本身也是协议当事人之一,其董事会也通过决议的形式对协议加以确认,那么是否可以认为,因为公司已然认可股东之间有关表决权行使的特殊安排,从而使得协议获得了“杀死”决议的合理性?前文提及的“华电案”也存在类似情形。这的确让人迷惑,但也并非无解。

一方面,所谓公司认可,应当是指公司愿意接受特定股东之间行使表决权时保持意见一致的事实,亦即,这是协议约定的公司义务;该义务的对价是公司获得特定股东按期足额缴纳的认购款。倘若该股东不按约定行使表决权,即超出了协议的内容,不存在公司是否接受的问题,而需回到公司法寻求解决策略。与特定股东不按约定行使表决权无法强制履行相类似,倘若公司不接受特定股东之间达成的行使表决权时保持意见一致的约定,也不应当是强制公司接受这样的行使表决权之安排。<sup>①</sup>由此,协议与决议之间仍可作出明确的界分。

另一方面,倘若表决权的行使可被强制履行,无异于公司通过协议即可发行特别股,从世界各地的实践来看,这不符合制度运行的一般逻辑。例如,日本公司法明确列举了股份公司可以选择发行的股份种类,例如包括附取得请求权的股份、附取得条款的股份等等,公司一旦选择发行特定种类的股份,其章程还必须同时规定法律列举的相关事项。<sup>②</sup>与此类似,我国台湾地区“公司法”将发行特别股列为章程的相对必要记载事项,并明确规定公司发行特别股时章程应当载明之内容。<sup>③</sup>故而,通过协议形成的表决权行使方式当然可以在当事人之间产生约束力,但却难以直接获得组织法上的效果。

再一方面,公司无法代表其背后所有的利害关系人。尤其是在公司被大股东控制的场合,公司的中小股东之意愿就很容易被忽略。<sup>④</sup>即便退一步讲,假设公司在引入外部投资人之前为一人公司,那么公司是否为协议当事人也根本无关紧要,因为此时公司的独立意志极易被惟一的股东侵蚀,从而沦为纯粹的投资工具罢了。

以上分析对公司而言貌似极为不公,因为特定投资人遵守协议约定很可能是公司向特定定向增发股权的前提。然而,这忽视了一个关键点:特定投资人违约,以及强制履行协议可能与公司法相抵触,都是公司决定定向增发股权时理应考虑到的风险。为了降低这种风险带来的损失,协议中明确约定相应的违约金是必不可少的举措。同时,约定公司在股东未依约表决时得回购其股权也是约束股东行为的一种手段。当然,由于我国公司法目前有关回购的规定较为苛刻,这在司法实践中引致诸多疑难问题,也对制度改革提出了新的要求。<sup>⑤</sup>值得注意的是,2019年4月29日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》第5条在一定程度上为回购行为扩展了适用空间。无论是相应的违约金还是约定回购条款,这些风险防范策略都是在协议框架下采取的补救策略,通常不伤及公司程式,实为妥当之举。

之所以要如此刻意地维护公司的程式,是因为公司治理常比我们想象的脆弱得多。一方面,正如汉斯曼等人之资产分割理论所强调的,实体保护(entity shielding)需要法律,而所有者保护(owner shielding)不需要。<sup>⑥</sup>所有者保护可通过合同实现目的;而在组织法领域,公司法律关系淡化了契约因素,而需要通过立法的形式对权利进行确认及保护。另一方面,企业权威的存在是企业区别于市场的重要特征,<sup>⑦</sup>这与公司合同理论的契合之处

<sup>①</sup> 这种假设是完全有可能的,例如,一旦大股东的一致投票侵害到了公司利益,那么小股东可据此提起股东代表诉讼,结果就可能公司拒绝接受这样的表决权行使方式的特殊安排。

<sup>②</sup> 日本「会社法」108条参照。

<sup>③</sup> 参见我国台湾地区“公司法”第130、157条。

<sup>④</sup> 例如在“华电案”中,除了内部股东胡达和外部投资人张国庆以外,尚有20余位小股东,持股比例共计31.3%,其中持股比例最大的也未超过5%。

<sup>⑤</sup> 已有不少司法裁判肯定了投资协议中股份回购条款的效力。例如参见“南京源达投资中心(有限合伙)与张建国等公司收购股份纠纷上诉案”,上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终3042号民事判决书。

<sup>⑥</sup> Henry Hansmann, Reimier Kraakman and Richard Squire, *Law and the Rise of the Firm*, Harvard Law Review, Vol. 119, p. 1335 (2006).

<sup>⑦</sup> Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, Vol. 4, p. 386 (1937); Stephen M. Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, p. 38 (2008).

在于核心决策者往往可以对不完备合同进行修订,以固化其权威,从而危及公司独立人格。尤其是在中国,自公司制滥觞起就存在一种忽视公司独立人格的强烈倾向。<sup>①</sup>公开公司对于程式的要求自不待言,而非公开公司之所以需要在一定程度上维持公司程式,不是因为当事人不能通过协议合理安排各自利益,而是考虑到,一旦为了迁就公司人合性而践踏公司程式的话,诸多违反规则的行为将可能成为当事人攫取不当利益的潜规则。非公开公司尽管自由度更高,但在对待程式问题上,妥当的策略是淡化,而非完全摒弃。所谓淡化,是指赋予投资者对公司治理结构的设计足够的选择权,而这种选择并不是简单通过协议即可实现,而仍需经由公司法的程序性规则将其固化为机制。这也是非公开公司与合伙、联营、协作等其他组织形式或松散关系之间相区别的底线。

公司程式充分彰显公司法的价值。梅西认为,将股东与公司之间的关系视为契约并不能反映公司治理的实质,公司治理的核心是承诺(promise),股东因为相信管理者会信守承诺所以进行投资,公司治理的关键是这种信任,而不是后期的强制履行。<sup>②</sup>这一观点的重要启发是:由于这种信任不一定会有、甚至往往缺乏合同的保护,故而公司法的价值在于建立一套确保这种信任机制能够长期显效的规则。由于公司法律关系复杂、主体众多且利益存在异质性,为防止部分人之短视的或投机的行为侵蚀整体利益及公司持续发展,以决议为中心的民主决策机制需得以体系化完善,而在公司法框架下构建特殊的协议制度,也极为必要。

#### 四、协议与决议两种制度的公司法调适

协议“杀死”决议的根源在于公司法缺乏必要的制度供给。由此,明明是一个公司法问题,却可能因为理念与规则的缺失而使其变成一个合同法问题。

##### (一) 既有规则的省察

我国公司法第37条第2款之书面表决制度与第42条可以不按出资比例行使表决权之规定,似乎都体现出一定的契约特性,从而为协议替代治理找到了法律上的依据;然其本质,值得细细推敲。

一方面,将书面表决视为一种契约,显然不当。首先,股东书面一致同意所形成的文件为“决定”,而非协议。股东一致同意作出的决定,凸显企业的权威特质:不仅股东要遵守,公司内部其他机关也必须依照决定执行相关事务,其本质是一种“下行文”。<sup>③</sup>其次,即便存在一致同意的的外观,但容易忽视的是,这是一种“同意不开会+同意待决定事项”之“双同意”机制,仍蕴含公司程式的意味。亦即,即便股东同意待决定事项,但并未排除其要求召开股东会之权利行使。再次,不召开股东会而形成的决定同样产生决议的法律效果,因此,我国公司法第22条以及《公司法解释四》有关决议的规定可适用于决定效力认定之场合。这也与协议存在本质区别<sup>[11] (P. 276)</sup>。

另一方面,不按照出资比例行使表决权需以章程另有规定为前提。此规定可与我国公司法第34条作对比:不按照出资比例分红由全体股东约定(主要就是指协议),至于表决权行使方式的变更,却必须经由公司章程方能产生组织法上的效果。这体现出分红权与表决权之间的本质差别,前者更多体现的是股权的财产利益,股东因出资获得与之价值相对应的股权财产利益,当股东与他人重新安排股权财产利益之归属时,并不会减损公司价值,故公司通常无权干涉;后者更多体现的是股权的人身利益,与公司治理密切相关,若要改变其行使方式,单纯依靠当事人之间的合意或是董事会的决议皆不能实现,需通过章程修订对此予以吸收转化,从而固化为公司意志。

当然,这些欠缺体系化考虑的制度设置,在应对商事交易中组织法与契约法时常交融之境况方面,显然不足。如何在公司法体系下构建特殊的协议制度、修复决议制度,是接下来制度改革必须直面的难题。

##### (二) 协议在公司法上的制度框架

公司法上的协议种类繁多,尤以股东协议为典型。尽管从形式上来看,股东协议似是合同法调整的对象,然其履行涉及到公司治理,故而本质上是一个公司法问题,根治之策是在公司法框架下对其予以必要的制度回应。当事人之间的合意可以对股权利益之优化配置及实现方式作出合理安排,根据当事人之角色差异,协议类型还

<sup>①</sup> 近代中国公司实践与清末《公司律》都对法人制度缺乏基本认识。参见周游“近代中国公司法制之形塑及其诱因考论——以股权利益调整为线索”,载《法制与社会发展》2015年第6期。

<sup>②</sup> Jonathan R. Macey, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, Princeton University Press, 2008.

<sup>③</sup> 按照我国《公司法》第37条的规定,股东会是公司的权力机构。下行文意指决定文件从上级发往下级。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第1359页,词条“下行”。

可作进一步细分。

其一 股东之间订立的协议。此类协议还分为全体股东协议及个别股东协议两类。全体股东可对股权利益作出整体安排,如前述公司法第34条有关不按照出资比例分红由全体股东约定的规定正是其例。个别股东协议则是特定股东之间的合意,对其各自享有的股权利益重新予以配置,例如甲、乙股东约定,连续五年将甲每一会计年度所分取红利当中的百分之十归属于乙,公司也同意将此收益直接转入乙之账户,以作为出资时乙为甲垫资之回报。再如,股东还可通过协议放弃自己的某些利益,这在理论与实践中都存在可能性。<sup>①</sup> 股东协议所进行的股权利益安排聚焦于股东之间的利益配置,尽管也会对公司治理产生一定影响,但股东协议的内容不能直接处理公司事务,这与股东会决议之效果有别。更重要的是,股东协议并不适用资本多数决原则,这对于股东平等原则的实现能产生积极效应,尤其是对中小股东权益保护发挥重要作用。我国公司法制并未充分关注股东协议之功能,理论研究也稍显薄弱;<sup>②</sup>这无疑是对资本多数决原则之过分依赖,也忽视了股东角色分化及利益平衡之多种可能。<sup>③</sup> 继而,股东协议之利用形态在不同种类之公司场合也有所区别。有学者认为,股东协议在公开公司可能被运用于企业结合及企业支配之目的,而非公开公司则主要以此进行股东间权限及利害之调整。<sup>④</sup> 当然,这并非绝对化之差异。无论是何种股东协议,一旦涉及到公司治理的问题,就可能存在不能被强制履行的风险,当事人应当对此进行综合考虑,并在协议中约定必要的救济措施。

其二 股东与其他股东以外之主体订立的协议。股东可根据自己的利益需求,与其他股东以外之相对人协商一致,对股权之一部利益或全部利益之归属重新安排。继而,根据这种安排是否引起股权变动还可作出细分:不引起股权变动之合意,以股权收益权信托合同为典型;引起股权变动之合意则以股权转让合同为代表,还包括股权赠与等特殊情形;实践中还存在诸如股权出质等不必然引起股权变动之样态。这一区分之意义在于,不引起股权变动之合意主要关注特殊利益安排之合法性,例如是否规避了相关法律之强制性规定,又或者是否存在不正当之利益输送。引起股权变动之合意则聚焦于利益让渡之实质内容以及不同利益让渡可能出现之时间差,倘若全部利益之让渡,在利益享有方面并不存在分离,但此种解释能明晰股权变动的过程,区隔不同法律关系可提升股权变动的效益,从而实现股权利益与公司利益之间的谐和。同样地,立法也需关注此类协议对公司治理的干预问题。

在明晰协议类型之基础上,公司法上的协议制度构建至少需要注意以下两点:一方面,合同法在处理与股权相关的协议纠纷时通常采取类推适用方法,但类推适用的范围应当限缩、条件应当明确。类推适用本身亦需要满足一个重大前提,那就是法律存在漏洞<sup>[12] P. 63-65</sup>。法律漏洞的存在有其不可避免的因素,但法律的目的解释与扩大解释常常能够使得这种漏洞并非不可逾越。即便公司法对于特殊协议制度尚无规定,但这并不必然要将问题的解决方法诉诸于合同法。商事审判宜首先秉持理性的商事思维对当事人法律关系进行剖析,先从公司法当中找到能够适用的原则性规定,或者类推适用公司法规则。另一方面,无名合同的“有名化”的确是利益保护的重要途径,然而,与公司法律关系紧密相连的合同实现“有名化”主要是公司法的任务。具体规则要对特殊协议类型作出规定,明确约定事项的边界,并可设置详细的任意性规定作为当事人协议的补充。

### (三) 决议制度的系统性修复

受到公法传统影响,公司自治的核心是民主决议,这与契约自由强调之合意存在本质区别。同时,作出决议的是公司机关,其如同人之器官,并非法律主体,并无代表公司之权,由此使得决议本身也有别于民法上所定义之法律行为。决议是公司意思形成的结果,这就像人在作出意思表示前,首先要进行审慎的利弊权衡乃至痛苦

<sup>①</sup> 田道真敏「会社法の強行法規性と株主権の放棄: 英国? ドイツ? オランダの比較法的考察」修道法学 32 卷 1 号 398 頁(2009 年) 参照。

<sup>②</sup> 不过近年来已有个别学者对股东协议制度进行了系统性研究,全面分析其功能、效力认定及对公司治理的影响,意义重大。参见罗芳《股东协议制度研究》,中国政法大学出版社 2014 年版。

<sup>③</sup> 有外国学者认为,我国之所以不重视股东协议的理论研究,可能是因为实践中因股东协议引起的纠纷并不常见。这一看法可能因果倒置: 纠纷不常见是因为法律未能明确股东协议之机能,学界对此也不关注。See Mathias M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, p. 53 (2008).

<sup>④</sup> 森田果「株主間契約」私法総 64 号 1 頁(2002 年) 参照。

的纠结与挣扎,方能形成“意思”,传统私法并未将此作为调整重点。<sup>①</sup>故而,传统私法更关注“心意已决”之后的行为,而公司治理之重点却恰恰是“心意已决”之前的方方面面。我国公司法对决议的程序、内容及效力设置了相关规则,但这些规则有待改进,且欠缺若干核心制度。粗糙的决议制度无法很好地规制当事人干预公司治理的恣意安排,徒增协议“杀死”决议的可能性。完整的决议制度应当包括决议的目的、原则、内容、程序、效力及责任等方面的规定。

第一,决议的目的是增进公司利益,实现理性的公司自治。受到此种目的的制约,决议内容不单纯调整股东之间的利益,而一般要涉及公司治理的具体问题,这与协议存在较大差异。尽管协议制度在人合性程度较高的公司当中可能得以更频繁适用,但决议的这种目的并不因为公司类型的不同而发生变化。故而,公司法总则部分宜对决议的目的加以明确,以防止其被滥用。当然,从广义的角度来看,对公司利益的理解不应局限于作为主体的公司之得失,还必须在公司法律关系框架内斟酌如何优化利益相关者的利益实现方式。也正因为在此关系中往往存在不同的利益需求,利益之间产生冲突亦在所难免,私法上所强调的合意制度对此不能发挥更大作用,从而在其目的之指引下,决议也需要适用特定原则。

第二,决议的原则是民主协商、程序正义。股东民主的理念在公司治理进化过程中经久不衰,并深刻影响着公司法制的构建。<sup>②</sup>特别是规模巨大、股权分散的公司,为防止管理者滥权,这种民主倾向更为突出。<sup>③</sup>同时,公司自治失灵也将促使股东民主的强化,后者对前者也起到良好的修复作用。<sup>④</sup>民主意味着不同意见的汇聚、碰撞、妥协,其结果都是少数人的意见不能被接受,且少数人也必须受到结果的约束。故而,尽管要求部分人违背意愿不合私法常理,但公司法引入民主机制却在很大程度上使其获得公法上的合理性,从而使公司法规则不拘泥于众人之合意,以确保效益价值的实现。当然,民主无法消弭人与人之间的利益分歧,但经由明晰的列示、充分的说理、有序的争辩、公开的表态等一系列庄严程式,可减少机会主义行为,从而降低恣意的黑箱操作之可能性。在这样的背景下,能否使得少数人“心服口服”就成为考究机制是否被滥用的标准,由此彰显程序正义在整个决议过程中的重要作用。

第三,决议的内容是在其目的限制下能经由会议表决的事项。我国公司法对此之规定较为详细,至于内容违反章程的决议应当被认定无效还是可撤销,存在可商榷的空间。我国台湾地区采纳无效说,而日本则与我国大陆的规定一致。<sup>⑤</sup>我认为,尽管章程与决议在效力层级上存在差别,但两者皆为公司意思形成之表征,只要在程序上并未存在严重瑕疵,不宜轻易否定内容违反章程的决议之效力,这也是尊重公司自治的体现。继而,如何判定决议内容是否违反法律、行政法规的规定成为问题的关键。理论上,决议内容应当符合决议的目的,亦即决议处理的是公司事务,焦点也是公司利益;同时,决议内容不能剥夺股权的法定权能,除非股东依法调整甚至放弃了与之相应的股权利益。例如多数股东不得以决议的方式剥夺其他股东的分红权,否则该决议无效<sup>[13]</sup>。

第四,决议的程序涵盖从明确议题、会议召集与通知、会议召开与出席、意见表态与协商、进行表决到作出决议及对记录签名确认等事项之整个流程。由于我国公司法缺乏对决议的目的与原则的一般性规定,我们容易忽略程序正义在公司意思形成过程中的价值。对于决议而言,少数服从多数是一般规则,如何保证这种意思冲突机制不违背公平价值,就需要对其形成过程给予充分的关注。公司的意思形成与人的意思形成存在的本质区别在于,公司作为一种拟制主体,其内部结构、决策流程都可以通过一系列的制度设计得以呈现,因而具有可视性与确定性;而人之内心纠结与取舍难以琢磨,故法律侧重关注意思表示,甚至在意思与表示不一致时,倾向于采取外观主义法理来保护相对人的信赖利益。故此,通过审查公司意思形成过程中的机制运作而非形成结果来判断其效力是防范风险的关键环节。在此基础上,立法应当摒弃一刀切之做法,对于程序违反法律、行政法规的决

<sup>①</sup> 有学者甚至认为,传统私法中的法律行为理论根本没有对意思形成作出调整,因其“意思”之根基是个人意思,而非团体意思,个人的意思形成是行为之动机,这不是私法需要过分在意的。参见陈醇“意思形成与意思表示的区别:决议的独立性初探”,载《比较法研究》2008年第6期。

<sup>②</sup> Dalia Tsuk Mitchell, *Shareholders as Proxies: The Contours of Shareholder Democracy*, Washington and Lee Law Review, Vol. 63, p. 1503 (2006).

<sup>③</sup> 松井秀征「株主総会制度の基礎理論:なぜ株主総会は必要なのか」181頁(有斐閣、2010年)参照。

<sup>④</sup> See Robert Sprague and Aaron J. Lyttle, *Shareholder Primacy and the Business Judgment Rule: Arguments for Expanded Corporate Democracy*, Stanford Journal of Law, Business and Finance, Vol. 16, p. 1 (2010).

<sup>⑤</sup> 参见我国台湾地区“公司法”第191条;日本「会社法」831条参照。

议应有针对性地作出分类,以重构决议的效力规则。

第五,决议的效力是对表决结果的合法性判定,应当包括决议无效、决议可撤销及决议不成立等情形。我国公司法第22条仅规定了前两种情形,《公司法解释四》确立了决议不成立之诉,后者之意义在于:一方面,与决议无效相比,决议不成立并未在决议内容上违反法律、行政法规,此时根本无法请求确认决议无效;另一方面,与决议可撤销相比,决议不成立是因为决议缺乏必不可少的成立要件而根本没有谈及是否存在瑕疵的必要,故而无须遵照撤销决议的期限及其他要求。日本在二十世纪五十年代已出现有关决议不存在确认之诉的案件,学界也开始探讨如何构建这样一种诉讼机制,日本公司法对此也作出明确规定。<sup>①</sup>而在我国台湾地区主要通过判例对这一机制加以确认,我国台湾地区“最高法院”在1976年之个案中指出,若股东会之决议欠缺成立要件,尚非单纯之决议方法违法问题,如认为决议不成立,自始即不发生效力,无须再行诉请法院撤销,尤以公司法上之特别决议为然。<sup>②</sup>实际上,我国大陆部分法院也较早意识到这个问题,但判决确认决议不成立的案件仍不多见。<sup>③</sup>《公司法解释四》对此将起到积极的指导作用。

第六,决议的责任包括瑕疵决议的责任以及违反决议的责任两方面。由于决议责任的缺失,违约责任的完备性又成为协议“杀死”决议的一项理由。决议的效力判定仅仅是对决议行为本身的处理,至于与决议相关的主体责任,立法对此应当有所回应。决议行为既然能产生法律效力,那就应当要求引起决议无法生效的主体以及受生效决议约束而又不履行义务的主体承担责任。至于决议责任的归责原则,宜采过错推定,这是考虑到决议程序的可视性与确定性,除非当事人能够证明其在标准化流程当中并无过错。而决议的责任形式与追究机制是制度构建的难点。董事会决议还可能通过完善董事责任体系来加以规制,但现行法对股东会决议的责任并未设置明确的追究机制。理论上,决议的责任形式可包括警告、限制表决权或其他权能行使、罚款、赔偿损失甚至是不妨碍股权财产利益前提下的除名等等。<sup>④</sup>在《最高人民法院公报》刊载的一个案例中,法院确认股东会对股东按照公司章程规定享有惩罚权,并试图划定这种惩罚权行使的边界。<sup>⑤</sup>随后类似个案的判决亦遵循该规则。<sup>⑥</sup>由于这些责任形式往往都涉及到当事人的切身利益,我国在公司法当中对此予以明确是最为妥当的策略选择。

## 五、结语

概念之间的差异,不只是字眼上的不同,更在于定义概念的经验与语境都可能存在天壤之别。<sup>⑦</sup>在协议与决议之间,吴建斌当年用的是“对决”一词,似有势均力敌之意<sup>[7]</sup>;如今,从“对决”到“杀死”,后者似乎更契合当前中国公司治理实况。协议“杀死”决议,从本质上反映的是公司法从理念到规则都亟待革新。

合同法与公司法之间如何区隔,乃至公司法语境下之协议如何处理,都是富含实践意义的议题。新近也有与之相关的系列研究。<sup>⑧</sup>司法裁判也渐次对此有所察觉,例如在最高人民法院公布的指导性案例第67号“汤长龙诉周士海股权转让纠纷案”中,法院认为,有限责任公司的股权分期支付转让款中发生股权受让人延迟或拒付等违约情形,股权转让人要求解除股权转让合同的,不适用我国合同法第167条关于分期付款买卖中出卖人在买受人未支付到期价款金额达到合同全部价款的五分之一时即可解除合同的规定。<sup>⑨</sup>这一看法及其背后的商法

<sup>①</sup> 河本一郎「株主総会決議不存在確認判決の第三者に対する効力」神戸法學雜誌5卷4号698頁(1956年);日本『会社法』830条参照。

<sup>②</sup> 参见“成○○有限公司、西○○有限公司与华○○民生农牧开发股份有限公司、黄○○、美○○开发建设股份有限公司、殷○○○、李○○○请求涂销登记三审民事判决书”,我国台湾地区“最高法院”65年度台上字第1374号。

<sup>③</sup> 例如在个案中,有判决确认股东会决议实际上并不存在,只要原告在知道或者应当知道自己的股东权利被侵犯后,在法律规定的诉讼时效内提起诉讼,人民法院即应依法受理,不受《公司法》第22条关于股东申请撤销股东会决议的60日期限的规定限制。参见“张艳娟与江苏万华工贸发展有限公司、万华、吴亮亮、毛建伟股东权利纠纷案”,载《最高人民法院公报》2007年第9期。

<sup>④</sup> 目前涉及股东除名的规定仅见于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第17条,且仅能适用于瑕疵出资之特殊情形;但在未来的制度改革中可考虑扩大除名制度的适用范围,并在一定程度上认可公司不违反民主协商、程序正义原则前提下确定的除名事由。

<sup>⑤</sup> 参见“南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹏股东会决议罚款纠纷案”,《最高人民法院公报》2012年第10期。

<sup>⑥</sup> 参见“袁乐与湖南绿源房地产有限公司公司决议撤销纠纷案”,湖南省张家界市中级人民法院(2015)张中民二终字第29号民事判决书。

<sup>⑦</sup> 正如语言学家莱考夫等人指出,概念系统是人与外部环境相互作用的产物,概念的定义不是孤立的,而是根植于我们的经验。See George Lakoff and Mark Johnson *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, pp. 115 - 125 (2003) .

<sup>⑧</sup> 例如参见蔡元庆、黄海燕“股东协议治理:缘起、困境与规范进路”,载《财经法学》2019年第2期;吴飞飞“论公司治理中协议与决议的区分”,载《财经法学》2019年第2期;王真真“股东协议的科斯法律经济学分析”,载《财经法学》2019年第2期。

<sup>⑨</sup> 参见最高人民法院(2015)民申字第2532号民事裁定书;四川省高级人民法院(2014)川民终字第432号民事判决书。

理念值得赞许,但裁判文书当中主要以是否为了满足生活消费需求为由将股权转让合同区别于一般的买卖合同,理据似乎不够充分,学界对此也多有反思。<sup>①</sup>这说明,无论是学术研究还是司法实践,我们在面对既有规则难以妥善处理的问题时,理念革新固然是首要的,但新理念往往会与旧规则产生冲突,因此,比得出结论更重要的,可能是进行全面且缜密的说理。

#### 参考文献:

- [1] [美]史蒂文·斯洛曼、菲利普·费恩巴赫《知识的错觉:为什么我们从未独立思考》,祝常悦译,中信出版社2018年版。
- [2] [美]斯蒂芬·M.班布里奇、M.托德·亨德森《有限责任:法律与经济分析》,李诗鸿译,上海人民出版社2019年版。
- [3] 许德风“组织规则的本质与界限——以成员合同与商事组织的关系为重点”,载《法学研究》2011年第3期。
- [4] 冯果、段丙华“公司法中的契约自由——以股权处分抑制条款为视角”,载《中国社会科学》2017年第3期。
- [5] 陈群峰“认真对待公司法:基于股东间协议的司法实践的考察”,载《中外法学》2013年第4期。
- [6] 黄辉“对公司法合同进路的反思”,载《法学》2017年第4期。
- [7] 吴建斌“合意原则何以对决多数决——公司合同理论本土化迷思解析”,载《法学》2011年第2期。
- [8] 周游“公司法上的两权分离之反思”,载《中国法学》2017年第4期。
- [9] 刘燕、楼建波“企业并购中的资管计划——以SPV为中心的法律分析框架”,载《清华法学》2016年第6期。
- [10] [英]保罗·戴维斯、莎拉·沃辛顿《现代公司法原理》(上册),罗培新等译,法律出版社2016年版。
- [11] 王军《中国公司法》,高等教育出版社2017年版。
- [12] 王泽鉴《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版。
- [13] 曾宛如“多数股东权行使之界限——以多数股东于股东会行使表决权为观察”,载《月旦民商法杂志》2011年总第31期。

## The Demarcation between Resolution and Contract in Corporate Law

Zhou You

**Abstract:** The contract “killed” the resolution in judicial practice. In China, the contracts are widely used in corporate governance. However, several aspects, such as deregulation, protection of shareholders’ interests, and maintenance of corporate affinity, cannot become the reasons for contract to “kill” the resolution. Then, it is not appropriate to confuse “acting in concert” with “voting agreement”. The former is aimed at strengthening the takeover supervision, and the latter is intended to confirm the behavior effect. Neither cannot come to the conclusion of enforcement of the contract. Thus, it is conducive to understand the value of corporate formality and clarify the boundary between the contract and resolution. The contract is apt to “kill” the resolution when the supply of corporation law is less than that of contract law, and the resolution rules are deficient. In order to prevent damage, it is necessary to set special contract rules in corporation law, meanwhile, it needs to revise the resolution rules in the aspects of purpose, principle, content, procedure, effect and accountability.

**Keywords:** Resolution; Voting Agreement; Corporate Formality; Corporate Governance

(责任编辑 寇 丽)

<sup>①</sup> 例如参见吴建斌“指导性案例裁判要点不能背离原案事实——对最高人民法院指导案例67号的评论与展望”,载《政治与法律》2017年第10期;万方“股权转让合同解除权的司法判断与法理研究”,载《中国法学》2017年第2期。