

论公司治理中协议与决议的区分

吴飞飞*

内容提要：股东协议与公司决议是公司治理的两大工具，二者在公司治理中经常交叉重叠甚至冲突碰撞，如何协调二者的关系是现代公司治理的一大难题。股东协议与公司决议的形式主义区分路径，因流于表现与形式而无法为这一难题的解决提供有理论深度的指引。而二者在法益目标与功能偏向上的差异，构成了区分和融合二者的理论基点。在法益目标层面，股东协议与公司决议在自益性事务与公益性事务上、在封闭公司与公开公司中各具不同定位；在功能偏向层面，股东协议与公司决议在分配型事务与决策型事务上、在不同类型公司以及处在不同生命周期的公司中亦具有不同定位。

关键词：股东协议 公司决议 公司合同理论 决议行为

一、问题的提出

协议与决议既是现代公司治理的两大实施工具，也是公司治理法治化的行为载体，有关公司治理的所有重要事项、安排悉数出自协议或决议。其中，协议主要以股东协议、投资协议为其具化形式，决议主要以股东会决议、董事会决议为其具化形式。由于此两种行为载体的存在，在日常的公司治理中，经常出现协议与决议互相交织重叠、冲突打架的现象。从契合度来考量的话，决议这一团体法行为治理更符合作为私法团体的公司法人治理的行为规则诉求，应当逐渐成为现代公司治理的主导性行为载体。然而，从近年来的公司治理实践来看，协议压倒、排除、替代决议的公司治理异象比比皆是，甚至在部分领域呈现出趋势性动向。典型如在私募股权投资领域，私募投资方与目标公司原股东所订立的股权投资协议几乎取代公司决议以及公司章程，成为目标

* 西南政法大学经济法学院讲师。

本文为2018年国家社科基金青年项目“《民法总则》与公司决议制度适用对接问题研究”（18CFX045）的阶段性成果。

公司治理的“根本行动纲领”。

在公司治理中，协议与决议到底哪个更关键，它们彼此间的功能定位的差别点在哪里，二者的边界如何厘定以及公司法应当如何对二者进行有效引导等等问题，无论是在理论研究中还是在实务纠纷处理中，均是待解命题。在公司法学界已有相关成果尝试对二者在公司治理中的边界及各自的功能定位进行区分和阐释，〔1〕以及对公司治理中协议替代决议的现象进行批判式剖析，〔2〕并形成了诸多共识。但总体而言，既有成果对协议与决议的区分多集中于结构与形式视角，技术路径以及法解释学色彩浓郁，多未深入到协议与决议各自的法益目标及价值观倾向维度。因此，本文尝试从法益目标以及功能倾向两个维度对公司法上的协议与决议进行厘定与区分，并剖析该种区分对公司法规则建构以及纠纷处置的启发意义。

二、公司治理中协议与决议区分路径之厘定

（一）形式主义区分路径的问题

理论上，任何两种事物之间的差别都可以是无穷尽的，股东协议与公司决议亦复如此。仅从表现以及形式来看，我们可以提炼出的二者的主要差别点，也非常之多。具体如：其一，意思表示结果不同。股东协议需要订立协议的所有股东形成意思表示一致的合意；而公司决议可简单多数决，亦可绝对多数决，而非形成合意。其二，名义主体不同。尽管无论是股东协议还是公司决议，股东均是唯一的参与主体，但最终以哪个主体的名义订立或做出却不同。简而言之，股东协议的订立主体为股东；而公司决议的名义主体却是公司，即一种整体或集体名义。其三，程式不同。股东协议重在意思表示的一致达成，通常无程式要求，甚至单个股东的允诺、同意加总在一起只要可以形成合意，也可以算作是以默示形式形成了股东协议；公司决议则不然，它有法定的议事程序和表决程序，程序性瑕疵可以导致决议不成立、可撤销或者无效。其四，拘束力不同。股东协议仅能约束参与订立协议的股东，即使对于后加入公司的股东也不产生拘束力。而公司决议却具有一定程度上的外部拘束力，通常情况下不仅公司内部成员一体受其约束，特定情况下对外部第三人亦可产生对抗效力，典型如公司担保合同关系中，债权人即对公司股东会或者董事会的担保决议负担形式上的审查义务。

有关股东协议与公司决议的区别，诸如此类还可列举很多。但仔细揣摩，我们会发现上述区分比较仅仅是形式意义上的，并未触及问题的根本，没有“来龙”，亦没有“去脉”，对于化解二者在公司治理中的矛盾冲突并无实质性助益。

原因在于：其一，股东协议与公司决议的形式化区分，所澄清的问题更多集中于二者的区别是什么，却难以回答这种区别为什么产生，也就是造成二者区分的深层理论来源问题。如笔者在前文提及的二者名义主体不同，一个为股东，一个为公司，而如果无法剖剔出造成这种区分的深

〔1〕 参见邓峰：《作为社团的法人：重构公司理论的一个框架》，载《中外法学》2004年第6期；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；蒋大兴：《公司法中的合同空间——从契约法到组织法的逻辑》，载《法学》2017年第4期。

〔2〕 参见陈群峰：《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。

层理论基础，那我们就无法进一步解释为什么公司治理中的有些事项可以以股东协议的形式做出，而另一些事项则必须由公司以决议行为为之。又如，从意思表示上看，百分百比例通过的公司决议与股东协议在形式上均达成了股东间的合意，那是否就意味着二者在这种情况下是相同或者可以相互替代的呢？其二，没有深入到法益以及价值层面，也就无法为股东协议与公司决议的制度进化及司法裁判提供明确的方向性指引。股东协议与公司决议各有其生成机理，这也就决定了二者在法益以及功能层面的差别。而要找寻和梳理二者的生成机理，则必须深入到法律行为层面，以协议与决议两种法律行为的不同法益目标与功能偏向来解构二者。如股东协议，从法律行为层面上看为什么必须要在当事人之间形成一致同意的合意，而决议则多数决即可？最大而化之的理由是，决议人数众多，形成合意不具备效率性，所以退而求其次采多数决。笔者以为答案并非如此简单。又如，公司决议中，赋予特定成员多倍投票权的“加权表决制”的价值正当性来源于哪里？有观点认为是其他股东的同意与允诺，而笔者认为这种说法具有解释力，但解释链条太长，以至于其理论引导意义严重弱化。再如为什么公司决议有些事项适用“人头多数决”而有些则适用“资本多数决”，除了“人头”与“资本”以外，还能否存在其他的决议计量标准？这些疑问均须在洞悉公司决议的法益目标与功能偏向之后才能明晰。

（二）股东协议与公司决议区分标准之再厘定

新颁布的《民法总则》第134条首次规定决议行为，并将其纳入法律行为体系，“为民事法律行为贡献了鲜明的‘中国元素’”。〔3〕公司决议因此具有法律行为属性。而与之区分比较的股东协议，本身也隶属于法律行为之列。只不过，对于股东协议究竟应当归属于何种法律行为，当前学界尚有不同观点，有观点认为股东协议在性质上属于共同行为，理由在于在共同行为中，各方当事人彼此间的意思表示方向平行且一致，不同于合同行为当事人意思表示对称交叉的特点，而股东协议中各股东的意思表示指向具有一致性，故股东协议应属共同行为。〔4〕另有观点则认为股东协议属于合同，“当事人利益关系是共同性还是相对性似乎并非是判断其行为是否属于合同的标准”，〔5〕进而言之，只要当事人之间形成意思表示一致的合意，就属于合同或契约。相对而言，主流观点更多地认同股东协议的合同属性，目前学界多数关于股东协议的研究也都是在合同属性下展开的，因此本文也是在合同属性之下对股东协议进行讨论。原因在于：其一，共同行为目前还仅仅是处在学理讨论阶段，其性质、特征、概念以及内涵均尚未真正明晰化，亦未进入制度与立法层面。进而言之，它目前还是一个不确定的概念，以一个不确定的概念作为展开讨论和比较的前提，本身又会弱化结论的确定性和说服力。其二，无论是在商主体层面还是在司法裁判视野中，股东协议即是股东间订立的合同的思维已经几乎定式化，在这种情况下承认股东协议的合同属性即具有了实践基础。其三，从法理逻辑层面分析，股东协议也更接近于合同而非共同行为。因为共同行为中当事人的意思表示具有同向性，而实践中大多数的股东协议中意思表示其实是交互性的。如股权代持协议、对赌协议等均是股东就彼此间在公司中的管理性利益与金融性利益进行交互给付的，各方意思表示是互换对称的，而非平行的。

〔3〕 王雷：《〈民法总则〉中决议行为法律制度的力量与弱点》，载《当代法学》2018年第5期。

〔4〕 参见王文字：《闭锁性公司之立法政策与建议》，载《法令月刊》2003年第6期。

〔5〕 张学文：《股东协议制度初论》，载《法商研究》2010年第6期。

综上所述，一般性的股东协议具有合同的属性，是“合同自由原则是公司法上的延伸”，〔6〕公司决议则具有决议行为的法律属性。因此，合同与决议两种法律行为的深层差异也就构成了我们厘定股东协议与公司决议区分点的解释论起点。合同与决议的区别也是纷繁多样的，但是从核心层面而言，二者的区别可归纳为两点，亦是这两点构成了本文区分股东协议与公司决议的理论基础。

第一，法益目标标准。合同属于个人法行为，决议则属于团体法行为。〔7〕个人法与团体法的差异决定了二者法益目标的差异。所谓法益目标，即某种制度或者行为规则所旨在保护的最核心的利益。合同以自由主义、个人主义为其基本价值构造。如有学者针对法国大革命后的合同法称道：“19世纪的法国合同法满足了一个自由主义时代的要求……它是统治19世纪法哲学的一个杰作；即法律个人主义的杰作。”〔8〕合同的核心理念在于每个人均可且仅可自由地处分自己的权利。这包含两层含义：一为意思自治，即依照自己的意志自由处分自己的权利；二为相对性，即不能为他人设定负担。这两点即构成了合同所要达至的全部法益目标。决议的本质是议众人之事，“事”并非是每个成员之事的独立加总，而是经过化合反应后所呈现出的具有一定意义的独立性的综合性事务。这就决定了决议行为规则包含两项并存的法益目标：一是为确保团体或整体利益的最大化，为达至这一目标在不可避免、十分必要的情况下可限制甚至剥夺部分成员的利益；二是为确保少数派、弱势成员的利益不被不公平压制。综上所述，合同与决议各有两大法益目标，并具有明显差异。归纳而言，可以说在合同中，个人私权是绝对的、神圣的，不存在整体和团体利益之说；而在决议中，团体利益是绝对的、神圣的，个人私权则具有可让渡性、可衡量性。股东协议与公司决议边界的厘定以及二者各自的制度进化延展均以上述法益目标为基点。

第二，功能偏向标准。不同的法律行为类型有着不同的功能定位，进而形成各自的功能偏好。合同的功能偏好，重心在于资源的交易与分配，尤其是其中的交易功能，因此有学者认为“合同行为的民法哲学基础则是交换正义”。〔9〕法律行为理论以合同法为重心，所以我们的民事法律行为在德国法上又被称为“法律交易”。〔10〕我们可以说合同或者契约本身并不创造价值增量，而是将资源配置给对其效用评价更高的人，进而通过提升资源利用效能的方式促进整个市场、社会的进步。决议则不然，相对于合同而言，决议的功能是多重的。其一，决议本身也具有资源分配功能。如在一个组织体中，我们需要通过决议的方式决定组织体的资源如何在成员之间进行分配。但资源分配功能并不是决议的核心功能。其二，决议具有社会组织功能。小到一个公司、社团的治理，大到国家与社会治理，均在不同程度上需要依赖于决议。从宽泛意义上而言，我们每个人每天的每一个行为甚至都可以归之于决议。〔11〕如今晚电影院同期放映三部电影，一

〔6〕 罗芳：《股东协议制度研究》，中国政法大学出版社2014年版，第88页。

〔7〕 参见吴飞飞：《论中国民法典的公共精神向度》，载《法商研究》2018年第4期。

〔8〕 〔美〕詹姆斯·戈德雷：《现代合同理论的哲学起源》，张家勇译，法律出版社2006年版，第264页。

〔9〕 王雷：《论我国民法典中决议行为与合同行为的区分》，载《法商研究》2018年第5期。

〔10〕 参见米健：《法律交易论》，载《中国法学》2004年第2期。

〔11〕 就一个自由、民主、文明且富有公共精神的社会而言，笔者认为“社会决议论”要比“社会契约论”更具理论解释力。

部为当红小鲜肉、流量明星的商业片，一部为匠心制作的反映现实问题的纪录片，一部为喜剧片。消费者到底购买哪一部电影的票，其实就是在行使决议的投票权，多数人的这一票投给谁对整个电影文化产业就会产生激励性引导效果。购买电影票，从私权视角看它是一种合同行为，从社会视角看，它是一项决议行为。决议的社会视角其实就是决议的社会组织功能。其三，决议具有增量创造功能，这一功能属于私法上决议行为的核心功能。如奥地利国父卡尔·伦纳在《私法的制度及其社会功能》一书中提出“财富在非物主手中执行的是生产功能，但在物主手里执行的只是分配功能……社团所有权将财物由原物主手中变换到社团手中，旨在实现财物的生产功能——资本积累功能”。^{〔12〕}而社团的资本积累功能主要依赖于决议治理。综上所述，合同的功能偏重于资源的交换与分配，即存量利益的交互性配置；而决议的功能则更偏重于组织体的形成，以及治理尤其是利益增量的创造。

三、股东协议与公司决议的法益目标区分及其启示

在前文中，笔者对合同与决议的法益目标区分做了阐释，顺延这条分析线路，在公司治理中股东协议与公司决议在法益目标层面又有何区分，这种区分对于公司法立法及纠纷裁判又有何借鉴意义呢？

（一）以自益性事务与共益性事务为依据的区分

股东协议在法益目标层面，体现于两个不同的层面，一个层面是股东可以自由地行使、处分自己的权利；另一个层面是股东不能因为行使、处分自己的权利而对公司以及其他股东造成不当影响。如果股权属于普通的物权或者债权，则这一法益目标的实现并不复杂。然而，股权不同于传统民事权利，它兼具“请求性与支配性、团体性与个人性”^{〔13〕}特点。公司内部各个股东所拥有的股权彼此间存在交叉地带，在很多情况下股东行使、处分自己的权能亦会对公司以及其他股东的权益造成影响。进而言之，股东权的完全独立部分构成了股东个人的自益权，而股东权与其他股东权的交叉地带则构成了股东的共益权。相应地，从股东权的结构性划分角度来看，公司内部的事务也就二分为为了自益性事务和共益性事务。重回到股东协议与公司决议法益目标区分的线索上来，股东协议仅能涉及股东个人私权部分，因此股东协议也就仅能涉及自益性事务而不能涉及共益性事务。相反，公司决议则对应公司治理中的共益性事务，公司决议的目的也仅能指向公司的整体福祉。

以上述自益性事务与共益性事务的区分标准来重新检视实践中的股东协议与公司决议，我们会发现一些问题。比如，在私募股权投资协议中普遍性地存在着私募投资者书面同意条款，根据这类条款，不仅是公司治理中的合并、分立等法定绝对多数决事项，还包括选聘经理、利润分配、财务会计等众多其他事项，这些事项不论目标公司股东会是否通过，均须征得私募投资人书面同意方可实施。目标公司原有股东为了尽快融到资金，一般均会同意上述条款。这类条款在表

〔12〕 〔奥〕卡尔·伦纳：《私法的制度及其社会功能》，王家国译，法律出版社2013年版，第188-205页。

〔13〕 江平、孔祥俊：《论股权》，载《中国法学》1994年第1期。

面上看，经全体股东一致同意通过，甚至还有目标公司的同意，似乎应当有效。但问题在于，在这类股东协议条款中，实际上私募投资方为了自身利益而以股东协议的形式在特定事项上剥夺了公司在共益性事务上的决定权，导致公司在特定事项上意志的形骸化。^{〔14〕}因此，笔者认为对于此类股东协议，尽管存在意思表示一致的合意，也不能就当然地认定为有效。并且，即使抛开理论合理性不谈，从实践效果层面上看，这类条款也经常导致纠纷发生，私募股东书面同意条款使私募投资方的利益优位于目标公司以及原有股东利益，而在公司经营管理过程中，彼此间的利益冲突不可避免，若不征得私募投资方同意，原有股东、创业团队擅自决定条款所列事项，纠纷往往会随之而来；若征求私募投资方意见，则私募投资方必然会将自身利益置于公司利益之上，而对公司的整体利益构成戕害。另外有限责任公司股权代持协议道理也是如此，是否隐名出资人与显名出资人私下订立协议即生效？对此笔者认为，该种协议不仅涉及股东私权处分关系，还涉及有限责任公司人合性问题，而人合性事务属于共益性事务。那么股权代持行为的规制逻辑其实与股权转让一脉相承，即代持关系须为其他股东知悉，其他股东应享有知情权和同意权，而同意权的行使参照股权转让的过半数规定，其实就是以决议行为为之。

综上所述，可知股东自益权的行使与处分可以股东协议为之，而涉及公司治理中的共益性事务则必须以公司决议为之。此外，有一个比较特殊的问题是，在有限责任公司中全体股东一致同意的形式管理公司事务的现象较为普遍，这似乎是以股东协议的形式处置共益性事务，若如此则与笔者的分析逻辑有所冲突。对此，笔者认为此时的全体股东一致同意，本质上是公司决议的特殊形式，即获得一致通过的公司决议，而非股东协议。换言之，公司决议亦可一致决，一致同意未必就是股东协议。原因在于，此时的全体股东一致同意处理的是公司的整体性事务、共益性事务，最终是以公司的名义形成相关文件或做出相关行为，而非针对股东之私人事务、私权事务。吴建斌教授在对于初始章程与章程修订案的属性理解中亦表达了与笔者类似的观点。他指出：“由后续（修改）章程的性质，可以推断同一个章程修改之前的性质也非合同，全体股东或者发起人签字同意，只是形成组织章程的一个特例。”^{〔15〕}进而言之，公司决议“未必只能多数决，亦可一致决，甚至一票决”。^{〔16〕}一票决的情况如部分上市公司中独立董事就特定事项的一票否决权。特殊的公司决议在外在形式上或许与股东协议别无二致，但共益性的价值目标倾向却是其区别于股东协议的核心点所在。

（二）以封闭公司与公开公司为依据的区分

由于法益目标的差异，股东协议与公司决议在封闭公司与公开公司中亦遵循着不同的法理逻辑。就股东协议而言，在封闭公司中，股东私权的独立空间较大，这也就意味着股东协议的合法性更强。而在公开公司中，股权纯然意义上的私权属性逐步退却，股权的公共属性逐渐增强，相应地股东协议的制度空间也就被逐渐压缩，公司决议的制度空间也就相对伸张。正如邓峰教授所言：“公司的本质在于其‘加总’的意志独立性，公司的公共化程度意味着公司意志独立性的增强，而带来相应的公司治理、公司法调整方式的变化，以及公司控制和经营者的权力独立性的增

〔14〕 在PPP项目合作协议中也存在类似现象，项目公司治理中的重大事项均须征得政府方股东同意。

〔15〕 吴建斌：《合意原则何以对接多数决——公司合同理论本土化迷思解析》，载《法学》2011年第2期。

〔16〕 吴飞飞：《决议行为归属与团体法“私法评价体系”构建研究》，载《政治与法律》2016年第6期。

强，也必然带来其责任的变化。”^{〔17〕}并且，因为法益目标的变化，在封闭公司和公开公司中，法律对于股东协议的具体规制路径也产生变化。如就股权转让问题而言，在封闭公司中，股权之转让这种私权处分行为因为会牵涉公司的人合性，所以立法的规制路径是赋予其他股东知情权、同意权和优先购买权。而在公开公司中，普通股东一定比例以下的股票买卖行为属于私人投资行为，法律不予干预。但是对于大额持股变动以及高管、控股股东以及持股一定比例以上的股东，法律的规制手段变为强制信息披露、强制分阶段停止买卖以及期限内限制买卖。这种规制路径与对有限责任公司股东转让股权的规制路径已经有了明显差别，原因即在于法益目标的转换。在公开公司中，上述股权变动限制规范所要保护的法益目标已经不再是维护公司人合性，而是资本市场系统性风险防范以及中小投资者权益保护。

公司决议也是如此，在封闭公司与公开公司中有所区分。一般层面上而言，决议在公开公司比在封闭公司中具有更大的适用空间。但是相应地，决议在公开公司中所受的制度约束也更大，而这种制度约束也来自于笔者前文所述的法益目标。比如，在有限责任公司中，根据我国《公司法》的规定，公司治理的重大事项采三分之二以上通过的绝对多数决。那么，公司章程中可否对重大事项提高通过标准，即规定全体股东一致决或者五分之四以上通过等等？从司法判例来看，当前多数法院对该种做法持认可态度。而在公开公司中，将重大事项决议比例提高到三分之二以上的做法却存在很大争议。原因在于：其一，封闭公司中，决议具有人合性基础，人合性情感因素的存在在某种程度上可以填补公司治理的制度缝隙、增强共益性事务处理机制的弹性空间。因此，在封闭公司中，不论决议比例设定为多少，在通常情况下公司决议事项均有较大的协商谈判空间，甚至有时候决议的通过比例仅仅是一种形式而已。在公开公司中则不然，在此类公司中通常存在着直接或者潜在的控制权争夺战，在这种情况下公司法针对上市公司所作的通过比例规定就具有了中立条款的属性，它的法益目标已经不同于封闭公司中的类似规定。而上市公司提高公司决议通过比例的做法，就类似于单方面变动中立条款，进而赋予现任大股东或者控股股东以一票否决权，所以会引发争议。其二，封闭公司在本质上是处于微观界面的，它不具备系统性，因此封闭公司决议制度的法益目标亦没有防范系统性风险的考虑。公开公司则不然，如上市公司处在整个资本市场的“契约群”^{〔18〕}之中，具有“公共性”，^{〔19〕}牵一发而动全身，具有显著的系统性特质，所以上市公司相关法律制度的法益目标皆会关注系统性问题。具体到公开公司决议，如果允许其将决议比例提高到四分之三、五分之四等较《公司法》规定更高的通过比例，极有可能引发公开公司控制权的锁死效应，这种锁死效应会导致公司并购市场的机能无法发挥，继而破坏整个资本市场的生态系统流动性，因此合法性存在争议。

四、股东协议与公司决议的功能偏向差异及其启示

在本文的第二部分中，笔者分析了合同与决议在功能偏向上的差异，这种差异同样体现于股

〔17〕 前引〔1〕，邓峰文。

〔18〕 陈醇：《金融系统性风险的合同之源》，载《法律科学》2015年第6期。

〔19〕 周游：《公司法上的两权分离之反思》，载《中国法学》2017年第4期。

东协议与公司决议之中，并对公司法上这两套行为规则的进化与完善具有启发性意义。同时需要澄清的是，法益目标的比较更偏重于公司决议与股东协议在价值伦理层面的偏差，而功能偏向层面的比较则更多地集中于公司决议与股东协议自身的结构功能差异。

(一) 以分配型事务与决策型事务为依据的区分

公司内部存在两种利益，“一种为金融性利益，一种为管理性利益”。^[20]同理，公司治理事务也存在类型化区分，只不过公司法学界对此一直关注不多。对此，笔者认为，根据公司治理事务自身特性的差异，可以将其分为两类：一类为分配型事务，典型如利润分配以及其他股东基础性权利分配型事务；另一类为决策型事务，一般而言凡是涉及商业判断和经营战略的事务均可纳入决策型事务之中。需要说明的是：其一，分配型事务与决策型事务的边界并非总是确定的，而是时有交叉。如某一公司在何时分配利润最为适宜，通常也具有战略决策性特点。其二，在商业竞争强度愈来愈大的今天，总的来说决策性事务在公司治理中所占的比重会呈现不断递增的趋势。

分配型事务在本质上具有交易、交换属性，如就利润分配而言，它其实是股东出资后从公司所获得的报偿，具有支付对价的特点。因此，公司尤其是封闭公司治理中的分配型事务，比较适宜以股东协议的方式处置。

决策型事务所指向的是公司治理的增量创造过程，具有开拓性、创造性、专业性和战略性特点。而这些特点往往是人与人之间的差异性所造就的，这就注定这类事务的处理与通常意义上的民主、平等格格不入，这也是公司为何采取科层制管理模式的原因所在。如科斯认为企业与市场是资源配置的两种机制，“在企业之外，价格变动决定生产，这是通过一系列市场交易来协调的。在企业之内，市场交易被取消，伴随着交易的复杂的市场结构被企业家所代替，企业家指挥生产”。^[21]企业家指挥生产的正当性则来自于他的魄力、创造力等企业家精神特质。公司决议规则即是意思表示的冲突规则，借助这一规则形成主体间意思表示的“化合物”，^[22]这一“化合物”则是成员集体智慧的结晶，所以公司治理中的决策型事务适宜以公司决议的方式为之。一个典型的例证是，从股东会与董事会职权划分的角度而言，董事会主要负责公司治理中的决策型事务，在上市公司中董事会具有法定的独立地位，所以董事会或者董事的履职行为主要是以公司决议为之，而无所谓董事协议之说。

还有十分重要的一点是，公司决议的功能偏向对于公司决议规则本身的进化也有极强的启发意义。在现行《公司法》框架下，我们的决议规则主要体现在两类：人头多数决与资本多数决。其中资本多数决是主要决议类型。然而，如笔者前文所述，公司决议的功能偏向之一在于创造增量或者说创造智慧增量，多数人支持的和多数资本支持的，尽管在通常情况下可能更具正确性、科学性，但是还有一种说法是“真理总是掌握在少数人手中”。因此，公司决议规则未来的进化方向应当是让有智慧、有魄力、有能力的成员掌握更多话语权。目前实践中所出现的“动态股权

[20] 吴飞飞：《公司法中的权利倾斜性配置——实质的正义还是错位的公平》，载《安徽大学学报》（哲学社会科学版）2013年第3期。

[21] 〔美〕罗纳德·哈里·科斯等：《企业、市场与法律》，三联书店1990年版，第3页。

[22] 陈醇：《论单方法律行为、合同和决议之间的区别——以意思互动为视角》，载《环球法律评论》2010年第1期。

架构模式”以及以双层股权结构为代表的“加权表决制”已经在一定程度上印证了这一进化方向。其中“动态股权架构模式”最典型的如“股权调整型对赌协议”，协议中通常将公司创业团队在一定期限内所达到的业绩条件或者特定经营目标（如上市成功）作为对赌条件性指标，进而引发股权结构在股东彼此间的动态流变。业绩也好，特定经营目标也好，其实都是人的智慧的创造性结果。再以“加权表决制”为例，阿里巴巴采用的“合伙人制度”实质上就是“加权表决制”的具体化适用，即赋予以马云为中心的合伙人集团以特殊、多重表决权。赋予合伙人集团“加权表决权”的依据在于合伙人高度认同阿里巴巴的文化价值观、具备强劲的团队协作经验等等。^{〔23〕}用通俗易懂的话说，就是这些人有能力、有才干又团结，能把阿里巴巴搞好，所以给予他们倾斜性的决策权。这与笔者前文所述的公司决议规则的进化路径也是一脉相承的。

如果大胆一点预想，笔者甚至认为公司决议机制或者说公司控制权分配规则存在着一个由资本多数决向“智识多数决”的流变趋势。在资产阶级工业革命初期阶段，彼时的公司多具有资金密集型特点，矿产开采、铁路修造、海外贸易无不如此，换言之资本对于彼时的公司而言属于稀缺资源，而刚刚从土地中解放出来的人力或者说劳动力资源却是十分丰富的。因为彼时的公司高度依赖资本，物以稀为贵，所以才会出现出资者对公司拥有所有权、出资者彼此之间以资本多寡分配话语权的资本多数决法则以及作为公司制基石的有限责任制度。^{〔24〕}延续至今，资本多数决在公司法上已如颠覆不破的真理。然而，今天我们已经由工业经济时代步入了知识经济时代，知识经济时代的最大特点便是人的智力、创造力所蕴含的价值被发现、被重视，并成为竞争性稀缺资源。而在另一个视角，随着经济全球化以及多层次资本市场的不断完善，公司的融资便利性不断提高、融资成本不断降低是已然之趋势。如此一来，我们可以说在未来的公司中，人的智识要素的重要性不断提高，公司对资本的依赖性将会逐渐降低，公司决议规则或者说控制权分配法则由资本多数决向“智识多数决”流变或许可期。在我国近年来的商事实践中，以有限合伙为代表的合伙制模式不断趋热，这一现象背后的一大缘由便是，根据我国现行《公司法》的规定，尚不允许股东以劳务作为出资，而《合伙企业法》则允许合伙人劳务出资，这意味着合伙人的智力、情感以及专业能力等智识要素在合伙企业中均可被估值，进而意味着合伙企业尤其是有限合伙企业可以做到真正意义上的“专家理财”，所以有限合伙制才会如此受私募股权投资基金的青睐。^{〔25〕}应该说这是合伙制相对于公司制的最具核心竞争力的优势，对公司决议规则的进化有着极强的启示性意义。

（二）以公司类型以及生命周期为依据的区分

不同类型的公司以及处在不同生命周期阶段的公司，公司治理功能偏重也是有所不同的，这一点已经逐渐为公司法理论与实务界所关注。典型如针对创新、创业型公司我们的立法和政策在多个方面已经或者正在尝试给予更大的法律与政策尺度。

第一，从公司类型上看，我们可以将公司分为智识依赖程度高的公司和普通公司。智识依赖程度高的公司，比较典型的如创新创业型公司、高科技公司、互联网公司、文化传媒公司等等。

〔23〕 参见蔡崇信：《阿里巴巴为什么推出合伙人制度》，载《创业家》2013年第10期。

〔24〕 参见〔英〕罗纳德·拉尔夫·费尔摩里：《现代公司之历史渊源》，虞政平译，法律出版社2007年版，第118-134页。

〔25〕 参见李建伟：《私募股权投资基金的发展路径与有限合伙制度》，载《证券市场导报》2007年第8期。

而所谓智识依赖程度高，归根结底其实就是这类公司的经营管理尤其是盈利性目标的实现高度依赖智识要素。换言之，这类公司十分倚重创造性能力。与股东协议相比，公司决议的功能偏向即在于公司的创造性面向。而智识依赖程度高的公司，在实践中多具有强人治理的色彩，即让更有智识、更有能力的人担当“带头大哥”，“带头大哥”的存在本身就意味着公司内部权力分配的非均衡化和差异化。并且，我们还会发现智识依赖程度高的公司治理不仅偏重决议规则，而且具有改进决议规则以对股东表决权进行差异化配置的积极性。如有学者统计发现，在美国资本市场上，采取双层股权结构的上市公司多为文化传媒公司、科技类公司等创新型公司。^{〔26〕} 股东协议所必须达成的一致同意的合意机制，显然是与智识依赖程度高的公司权力配置逻辑格格不入的。因此，对于这类公司，它的治理事务适宜更多以公司决议方式为之。与之相反，普通公司的公司治理并不需要太多智识和创造性能力，只需要按部就班经营便可，这类公司治理的核心问题更多地集中于利润如何分配以及如何维系公司治理的稳定性等方面，而股东协议的合意机制可以充分体现各方意志，相比于公司决议更契合普通公司的治理功能偏向。

第二，从公司的生命周期来看，我们可以将公司分为初创期的公司和稳定期的公司。对于初创期的公司而言，一方面股东彼此间都有着精诚合作的初心和诚意，彼此间能够互相尊重，对于公司经营管理的话语权分配也比较均衡；另一方面各个股东在能力和禀赋上的高低优劣尚未显现出来，尚不宜过早对股东权力（权利）做差别化配置。结合初创期的前述两个特点，我们可以发现股东协议或者说协议治理更为适宜这类公司。现实中的小公司、项目公司也确实更多地依赖协议治理而非决议治理。但是，此处需要说明的一点是，处在初创期的创新创业型公司具有一定程度上的特殊性，即笔者在前文所说的智识依赖程度较高。因此，这类公司不同于一般初创期公司，其治理更青睐于决议而非协议。此外，对于初创期公司而言，存在一个由初创期向稳定期转型的问题，在这个转型过程中需要避免的是公司治理结构被股东协议锁死的风险。具体而言，即由于过分倚重股东协议治理，当股东意见不一时，出现公司僵局、掣肘甚至“少数压迫多数”^{〔27〕}的风险。因此，我们可以说即使相对于处在稳定期的公司而言，初创期公司具有协议治理的便利性，但这种便利性仍旧是有限的，初创期公司的协议治理也必须保持其谦抑性。

就处在稳定期的公司而言，一方面处在这个时期的公司，其人格已经较为稳定和独立，在公司治理中股东意志不断让渡于公司意志，公司的社团性和组织性凸显。另一方面，在这个生命周期内各个股东在经营管理能力以及对公司忠诚勤勉度上的差别也逐渐体现了出来。因此，对于处在这个生命周期的公司而言，其治理更多地倚重公司决议，并且适宜采取差别化的决议方式。再者，因其倚重公司决议，故而存在的一个风险是公司控制权的锁死效应，或者说“多数派暴政”弊病。这一问题应当如何克服？路径大概有两种：一条路径是在关键性治理事项上重回协议治理，以赋予小股东借助合意机制向大股东“革命”的机会；另一条路径是改进公司决议规则的方式化解决议的自带性危机。笔者认为，第二条路径虽然难度相对较大，却是公司法摆脱个人法思维、回归团体法本位所不得不优先选择的路径。

〔26〕 参见马一：《股权稀释过程中公司控制权保持：法律途径与边界——以双层股权结构和马云“中国合伙人制”为研究对象》，载《中外法学》2014年第3期。

〔27〕 宋智慧：《资本对数决：异化与回归》，中国社会科学出版社2011年版，第12页。

五、结 论

尽管我们对于公司法人这一主体人格的认识，已经从法人否认说、法人拟制说渐次发展到了法人实在说，但是我们对于公司法人治理规则的理解和适用，还停留在拟制说与实在说的中间地带。因此可以说，就公司治理而言，我们的方法论尚未追得上认识论。拟制说偏重协议治理，实在说倾向决议治理，当下的公司治理，协议与决议并存。笔者认为之所以如此，很大一部分原因在于，当下的公司决议规则相对于合同（协议）规则而言还太粗糙、太稚嫩，以至于很多公司治理问题不得不求诸协议。然而，由协议治理迈向决议治理是公司治理以及公司法的演进趋势，在这一点上而言，我们可以说协议治理更多地代表着公司治理的过去，而决议治理则更多地指向公司治理的未来。由协议治理到决议治理的演进，这同时也是公司本身由“财产到组织”〔28〕的演进。

Abstract: Shareholder agreement and company resolution are the two major tools of corporate governance. They often overlap and even conflict in corporate governance. How to coordinate the relationship between them is a major problem in modern corporate governance. The formalistic distinction between shareholder agreement and company resolution cannot provide deep theoretical guidance for the resolution of this problem because of its focus on performance and form. In terms of legal interests and function, the difference between them constitutes the theoretical basis for distinguishing and merging. At the level of legal interests, concerning self-interest and common interest, shareholder agreement and company resolution take different positions in closed and public companies. At the level of functional bias, in distributed and decision-making matters, they take different positions in different types of companies and companies with different life cycles.

Key Words: shareholder agreement, company resolution, company contract theory, resolution behavior

(责任编辑：周 游 赵建蕊)

〔28〕 潘林：《重新认识“合同”与“公司”：基于“对赌协议”类案的中美比较研究》，载《中外法学》2017年第1期。