

董事会中心主义神话破灭后的董事会角色定位： 兼评《公司法（修订草案二审稿）》

刘俊海^{*}

内容提要：董事会角色定位是《公司法》修改的重中之重。建议超越股东会中心主义、董事会中心主义与总经理中心主义之争，重构基于股东中心主义价值观的董事会制度，确认董事会是公司业务执行机构，并对股东会负责。董事会或总经理的中心主义均有悖信托关系与代理关系的基本逻辑。董事会职权不源于天授神赐或立法者恩典，而是源于股东委托授权。董事会（经理人）中心主义仅是美国大公司经历的三大治理模式之一。畸形的两权分离模式与董事会中心主义模式并非全球公司的标配模式。在不剥夺或减损股东会固有法定职权的前提下，章程可视公司具体情况适度扩充或缩减董事会职权。董事会职权的法律规定是任意性规范。章程与股东协议可限制董事会职权的范围与行使方式，股东会有权推翻董事会的不当决策，但不能对抗善意相对人。股东会特别决议可要求董事会实施或不实施特定行为，但这不导致董事会在特别决议作出前已实施的行为无效，也不得对抗善意相对人。限制董事会的章程、股东会决议只要在公司登记机构登记、备案或公示，即可自动对抗任何相对人。

关键词：董事会中心主义 股东中心主义 执行机构 最高权力机构 股东会

一、引言

董事会是现代公司治理之重器，是最活跃的公司机关，是承上启下的公司业务执行中心。作为全体股东受托人，董事会负责公司经营管理事务。早在英国与荷兰的东印度公司分别于 1602 年与

^{*} 刘俊海，中国人民大学法学院教授。

本文为全国人大常委会法工委 2019 年度重点课题“公司法修改研究”（2019K20205）、全国工商联 2022 年重点课题“法治民企研究”（2022K20125）的阶段性研究成果。

1604 年诞生之时，董事会就应运而生。后者公司章程（octroi）规定的董事会竟有 60 人之众，分别代表作为股东的阿姆斯特丹与鹿特丹等地的商会。据考证，1615 年英国东印度公司董事会每天都聚集一堂，商讨公司发展大计。董事会文化基因可追溯至欧洲中世纪的代议制机构（如议会、城镇理事会、同业公会与教堂理事会）。〔1〕 由于董事会的结构与功能关乎公司核心竞争力，董事会制度在全球范围内一直处于变动不居的试错与改革之中，并成为公司法领域长盛不衰的热议话题。

改革开放以后，随着市场经济与公司制度在我国的复苏成长，董事会先后成为外资公司、民营企业与国有公司的法定治理机构。现已废止的三资企业法（含《中华人民共和国中外合资经营企业法》及其实施条例）虽未提及股东会，但对董事会情有独钟，并擢其为公司“最高权力机构”。从总体来看，我国董事会制度从无到有，从弱到强，日臻成熟，对提升公司治理水平与核心竞争力贡献匪浅，堪称我国公司法现代化的晴雨表。

董事会在实践中也存在失灵或异化现象。其一，董事会因法律角色定位不清，存在越权和滥权现象。有些内资公司董事会以最高权力机构自居，不对股东会负责，也不执行股东会决议。有些董事会决议超越或滥用权限，导致公司遭受无妄之灾。其二，董事会职权规定的规范属性不明，致使剥夺、限制或扩张董事会职权的章程条款效力存疑。其三，现行《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第 37 条与第 46 条分别列举股东会与董事会职权的立法技术遗留了权力真空，致使权斗不断。其四，董事会存在有名无实的潜规则。有些董事会被控制股东或实际控制人操纵，沦为霸凌中小股东、侵害债权人与利益相关者权益的工具；有些董事会被内部控制人架空，很难真正发挥独立的实质性决策、指导与监督功能。其五，董事会民主决策程序被虚化，民主制衡机制陷入空转。有些法定代表人、董事长自诩为“一把手”，将个人权威凌驾于董事会民主治理规则之上。一些法定代表人擅越《公司法》与章程确定的董事会决策权限，随意以公司名义签署对外担保与投资合同。其六，有些董事会缺乏法律定力，并未成为公司治理压舱石，反而沦为控制权争夺的桥头堡。“双头”董事会现象并不罕见。其七，有些董事会以对公司利益相关者承担社会责任为名，规避股东主权约束，出现了既不对股东负责、也不对利益相关者负责的双重道德风险。其八，外资公司修改章程时需遵循的董事会全员一致决规则，导致不少外资公司无法修改章程以对标《公司法》治理规则。董事会的失灵或异化现象源于权力资源的绝对稀缺、利益争夺的丛林法则、法理认识的严重分歧、制度设计的碎片化与实践层面的潜规则。

董事会在公司治理体系中举足轻重，自然会成为《公司法》修改的重中之重。十三届全国人大常委会第 32 次会议 2021 年 12 月一读审议的《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称《一审稿》）、第 38 次会议 2022 年 12 月二读审议的《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》（以下简称《二审稿》）总结了董事会经验教训，听取了利益相关者诉求，增设了审计委员会制度，充实了董事会议事规则，细化了瑕疵董事会决议救济制度，强化了董事责任，兼顾了普通公司（有限公司与股份公司）、上市公司、国有独资公司与中小微企业的差异化规则需求。但距离董事会制度现代化目标仍有差距，对公司自治与股东主权的理解并不深刻，单一化董

〔1〕 See Franklin A. Gevurtz, *The Historical and Political Origins of the Corporate Board of Directors*, 33 (1) Hofstra Law Review 89, 127-166 (2004).

事会权力配置规则与多元化公司治理需求之间的矛盾仍在，可诉性缺憾犹存。为增强董事会制度竞争力，扭转董事会结构貌似健全但治理能力薄弱的“外强中干”现象，必须推进董事会角色定位的系统化、科学化、精准化、可诉化、可裁化与可操作化。

二、董事会作为公司业务执行机构的基本定位

（一）公司业务执行机构的法理证成

公司是法律拟制的营利法人（商法人），而非商个人。自然人具有大脑与眼耳手足等器官，公司运转也离不开机关（治理机构）。董事会系由全体股东选任的受托人组成的、按照法律与章程就公司经营管理一般事项作出意思表示并付诸实施的常设性合议制公司业务执行机构。董事会在公司治理架构中承上启下，位于股东会与经理层的中间层。

由于董事会是合议制集体决策机构，董事会履职时通常以会议方式为之。各国公司法原则禁止董事会成员个人单独履职，要求董事以合议体形式履职。这彰显了董事们作为受托人的审慎勤勉、深思熟虑、相互制衡，以及对股东中心主义的信仰与敬畏。1879年的美国某判例就曾指出，董事缺乏作为独立个体单独履职的权限，仅有以会议形式集体履职的权限。^{〔2〕}《模范商事公司法》第8.21条允许董事会不召开会议履职的例外情形之一是全体董事一致作出书面同意的意思表示，第8.25条也允许董事在专门委员会履职。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）确定了董事会作为公司执行机构的定位。第80条要求营利法人设权力机构，第81条要求营利法人设执行机构，第82条虑及公司监督模式的多元性（如双层制、单层制或混合制）而使用了不同措辞，明确了监事会或监事等监督机构的监督职权。现行《公司法》第46条开宗明义地要求董事会对股东会负责，第2项要求其执行股东会决议。细品整个条款，董事会法定职权基本上围绕作为股东会执行机构的角色定位而展开。秉承《民法典》设计理念，《一审稿》第62条强调“董事会是公司的执行机构”。未料《二审稿》第67条将其删除。立法态度摇摆的主因是，董事会亦有决策权与监督权，并非纯粹执行机构。其实，决策权与监督权都不能动摇董事会作为执行机构的基本法律定位，理由有四：

其一，公司决策权具有层级性。股东会系最高意思表示机关（权力机构），负责公司重大决策与宏观决策。股东会虽就公司重大事项作出决策，但不必亲力亲为地将其付诸实施。股东会有权通过章程与股东会决议有效指导、协助与监督董事会。股东会最高决策权有助于维护股东的终极控制权与剩余索取权，促进公司可持续发展。隶属于董事会的管理层是公司日常性经营管理事务的微观决策者。董事会为业务执行机关，是介于宏观与微观之间的中观决策者，除非获得章程或股东会特别授权，不得觊觎或问鼎股东会专属决策权。

其二，公司的执行权、决策权与监督权水乳交融。公司经营管理诸环节几乎都涉及决策权。决策权不唯权力机构独享。决策权与权力机构、执行权与执行机构、监督权与监督机构之间总体上一一对应，但不能作简单机械解释。执行机构享有履职所必需的决策权，与股东会最高决策权

〔2〕 See Baldwin v. Canfield, 1 N. W. 261, 270 (Minn. 1879).

相比,仍属于执行权的范畴。董事会对其成员的自我监督权以及对转受托人(管理层)的监督权亦属执行权范畴。管理层享有微观经营事务决策权及对员工的监督权,亦派生于董事会的执行权。权力机构有权监督业务执行,也可在执行机构不存在或失灵时直接行使执行权。

其三,董事会角色立体多元。董事会在股东会面前是执行机构,在管理层面前是决策机构、监督机构与战略指导机构,在监事会面前是被监督者(在不设监事会的情况下,独立董事与审计委员会监督内部董事),在管理层面前是监督者。不能仅因管理层执行董事会决议而否定董事会作为业务执行机构的基本定位,也不能因董事会的业务执行机构属性而否定其对公司中观事项的决策权及其对管理层的监督权。股东会与董事会的双边关系宛如大脑与手足。董事会执行公司业务既是权力,更是面向公司及其全体股东的受托职责。

其四,董事会仅是公司善治体系的关键一环,但非独揽公司重权的万能权力机构。在理想且理性的公司治理平台中,权力机构、执行机构、法定代表人与监督机构各行其道,各尽其责,有机衔接,无缝对接,共同组成科学严密、民主高效的治理体系。股东会是公司最高意思决定机构。董事会享有对股东会宏观决策的执行权与中观层面的公司业务决策权。法定代表人负责对外代表公司。监事会负责监督董事会业务执行的合法性与妥当性。

综上,《民法典》确立的董事会执行机构地位应在新《公司法》中得到体现。在公司治理体系的上下左右互动关系中,董事会的主要角色是执行机构,而非权力机构。被废止的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第30条确认合营企业董事会为最高权力机构的规定也随着三资企业法的废止而退出历史舞台,绝非偶然。建议恢复与完善《一审稿》第62条的表述,将董事会确定为受托开展公司经营管理活动的业务执行机构。

(二) 股东中心主义对董事会权力配置规则的价值引领

股东会中心主义与董事会中心主义之争是公司治理制度变革的焦点问题之一。^{〔3〕}建议超越股东会中心主义、董事会中心主义与总经理中心主义之争,构建基于股东中心主义价值观的董事会制度。股东中心主义包括股东主权、股东平等、股东民主、股东诚信、关怀弱者与多赢共享等内涵。^{〔4〕}股东中心主义源于自由、平等、民主、诚信的核心价值观,董事监事高管(以下简称“董监高”)背信懈怠的惨痛教训,股东与董监高在理性权衡利弊得失与成本效益之后的平等博弈。股东中心主义平等惠及全体股东,促进公司可持续发展,贯穿于公司治理全过程,是公司治理体系的定海神针,容易获得国有股东、民营企业与投资者群体的普遍共鸣。

而董事会或总经理中心主义均有悖信托关系与代理关系的基本逻辑,蕴含反仆为主、反宾为主的道德困境。董事会中心主义缺乏股东中心主义蕴含的产权保护与民主价值,也欠缺总经理中心主义蕴含的效率价值。“董事会决策比股东会更高效、比总经理更民主”的观点并无实证数据支撑。在内部人控制董事会的情况下,董事会中心主义容易异化为总经理或内部人中心主义的翻版。董事会职权既非天授神赐,也非立法者恩典,而是股东们委托授权的结果。没有股东主权与终极控制权,董事会职权将沦为无本之木。股东中心主义价值观孕育了股东会中心主义模式,但

〔3〕 参见赵旭东:《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》,载《法学评论》2021年第3期。

〔4〕 参见刘俊海:《股东中心主义的再认识》,载《政法论坛》2021年第5期。

又超越了股东会中心主义。股东与董事争论孰为公司最高权力中心，如同业主与保姆辩论谁决定物业的占有、使用、处分与收益一样不言自明。可见，董事会中心主义理据不足，不宜成为新《公司法》的选项。

将股东会中心主义设置为公司治理的默认规则，有助于继承和发展股东会中心主义传统，确认与维护股东作为公司剩余索取权人与最终控制权人的主权及其主人与主体地位，抵制董事会或管理层中心主义等内部控制人理论的诱惑与干扰，缩短委托代理链条，压缩代理人滥权和弄权空间，确保代理权始终处于充分、必要、有限、透明、可控的状态。建议立法者夯实股东会权力机构地位，充实股东会法定职权，使之包含但不限于决定公司的商业模式、发展战略、经营理念、长期发展规划与近期工作计划（含投融资计划），审议批准公司财务会计报告与审计报告，选择审计机构，直接任免总经理等高管。公司的年度财务预决算方案仍有存在价值，有利于约束董监高代理人的资产浪费冲动。

股东会中心主义并不排斥董事会和经理的经营管理权，更不意味着董事会与经理的碌碌无为。相反，股东会为权力中心、最高决策中心、宏观决策中心，董事会为业务执行中心、中观决策中心，经理为运营操作中心与微观决策中心。因此，股东会、董事会与经理都是“中心”，且并行不悖，缺一不可，和而不同。但股东会是唯一、排他的公司最高权力中心。

（三）美国上市公司董事会中心主义的式微与股东中心主义的崛起

《一审稿》《二审稿》围绕董事会的执行机构定位、董事会对股东会负责的两大定理的摇摆不定与董事会中心主义神话的幻想有关。董事会中心主义常被误解为天经地义的金科玉律。鉴于美国被誉为董事会中心主义的摇篮，有必要追本溯源。既要关注应然的立法条文与理性的学说争鸣，更要关注实然的公司治理实践。为避免制度移植中的东施效颦，有必要回顾与反思美国大公司经历的债权人中心主义、董事会中心主义与股东中心主义的沉浮枯荣。

美国大公司，尤其是上市公司，经历的初始治理模式是银行债权人中心主义模式。该模式始于美国南北战争结束，终于1933年出台《格拉斯—斯蒂格尔法》之时。这期间，大公司融资主要以商业银行的间接融资为主。美国国会1933年出台了《格拉斯—斯蒂格尔法》，强制金融业与商业相互分离。以金融资本为中心的公司治理模式遂寿终正寝。^{〔5〕}

以1933年《格拉斯—斯蒂格尔法》为标志，美国上市公司治理模式切换为经理人中心主义，一直延至20世纪80年代。伯尔和米恩斯1932年合著的《现代公司与私人财产》一书率先剖析了上市公司股权高度分散而导致的经理人事上掌握控制权而引发的公司治理问题，即“所有权和控制权分离”（the separation of ownership from control，以下简称“两权分离”）。^{〔6〕}他们意识到两权分离的公司治理隐患，即“所有权与控制权相互分离也创造了所有权人股东与经营者利益相互分离的条件，原先存在的限制权力行使的制衡措施已荡然无存”^{〔7〕}。因此，两权分离是公众股东处于“乌合之众”状态时必然伴生的股东与股东会缺位的不正常、非常态、非理性现象。

〔5〕 See Mark J. Roe, *A Political Theory of American Corporate Finance*, 91 Columbia Law Review 10, 31-53 (1991).

〔6〕 See Adolf A. Berle, Jr. & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, The Macmillan Company, 1932, pp. 1-396.

〔7〕 前引〔6〕，Adolf A. Berle, Jr., Gardiner C. Means书，第6页。

经理人中心主义模式有时被称为董事会中心主义。但在内部董事控制多数董事席位、外部独立董事虽占多数席位但实际受内部董事操控时，董事会中心主义实乃经理人中心主义。董事会中心主义异化为经理人中心主义的乱象并非没有缘由。该模式的偶然出现主要归因于债权人与公众股东等利益相关者在公司治理体系中的缺位导致的权力真空状态。在大银行退出公司治理舞台后，一盘散沙的公众股东也长期无法回归公司治理舞台。由于股东直接民主的成本居高不下，上市公司出现了管理层遴选董事、而非董事会任命高管的本末倒置怪象。恰因股东无法任免和监督董事高管，管理层逐渐成为断线风筝。

美国上市公司自20世纪80年代开始迎来股东中心主义的荣耀回归。随着公司集团化运动的中道夭折，机构投资者（如共同基金与对冲基金）群体的崛起壮大与持股比例的稳步增长，股权结构集中度的逐渐提升，机构股东在公司治理舞台上积极行权运动的持续勃兴，公众股东代言人独董的鱼贯而出，敌意收购活动的风起云涌，“门口野蛮人”的层出不穷，美国上市公司治理模式逐渐从经理人中心主义悄然转变为股东中心主义。美国三大指数基金（BlackRock、Vanguard与SSGA）受托管理的S&P 500指数公司的持股比例自20世纪90年代以来稳步增长，在2003年增至9.4%，在2019年已达19.8%。该比例有望在2028年跃至27.6%，在2038年可达33.5%。^{〔8〕} 白布查克（Bebchuk）等人力主股东中心主义，并强烈批评董事会中心主义。^{〔9〕} 有学者力主股东主动发起章程修改行动。^{〔10〕}

不过，美国股东中心主义治理模式的回归并未借助暴风骤雨的立法突变，而是通过春风化雨、润物无声的市场渐进创新自然发生。因此，很多美国学者并未察觉到悄然而至的股东中心主义革命。^{〔11〕} 我国学界对此也未予充分关注，有人甚至将上市公司两权分离的公司治理问题误读为破解我国公司治理难题的灵丹妙药。殊不知，董事会中心主义是两权分离的产物，而两权分离主要源于股权结构的高度分散化、公众股东的一盘散沙与制度设计碎片化。股权结构的集中化必然带来两权合一、股东中心主义的强势回归与董事会（经理人）中心主义的逐渐式微。既然董事会（经理人）中心主义并非亘古不变的理想公司治理模式，那么我们就不能将其误解为全球公司治理的最优标配模式，更不宜将其设定为我国的法定化、常态化、强制化、单一化公司治理规则。

（四）我国台湾地区公司董事会的执行机构定位

海峡两岸公司制度同根同源，都传承了受人之托、忠人之事、忠诚信实的传统文化，董事会的角色定位如出一辙。台湾地区“公司法”第193条明确了股东会决议对董事会的拘束力：“董事会执行业务，应依照法令章程及股东会之决议；董事会之决议，违反前项规定，致公司受损害时，参与决议之董事，对于公司负赔偿之责。”第1款从正面倡导董事会严格遵循章程或股东会

〔8〕 See Lucian Bebchuk & Scott Hirst, *The Specter of the Giant Three*, 99 Boston University Law Review 721 (2019).

〔9〕 See Lucian A. Bebchuk, *The Case for Increasing Shareholder Power*, 118 (3) Harvard Law Review 833, 833-914 (2005).

〔10〕 See William W. Bratton & Joseph A. McCahery, *Regulatory Competition, Regulatory Capture, and Corporate Self-Regulation*, 73 North Carolina Law Review 1861, 1925-1947 (1995).

〔11〕 See Edward B. Rock, *Adapting to the New Shareholder-Centric Reality*, 161 University of Pennsylvania Law Review 1907, 1907 (2013).

决议，第2款从反面强调董事违抗股东意志而作出损害公司利益决议时的责任追究。董事会执行业务必须唯章程与股东会决议马首是瞻。第202条重申董事会的执行机构地位：“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。”

台湾地区学界对股东会权限存在概括规定说和缩小说，前者为通说。理由是“股东会即是由全体股东所组织而为公司内部决定意思之最高机关”^{〔12〕}，“形成公司之意思决定之股份有限公司之最高必要机关”^{〔13〕}。台湾地区1966年修改“公司法”时，“经济部”所拟该法第183条的修正草案曾增设“股东会得为决议事之事项，以本法或章程所规定者为限”。但“立法院”将其删除，理由是“股东会为最高权力机关，无限制必要”^{〔14〕}。可见，作为受托人的董事会的业务执行权与作为委托人的股东会的最高决策权无法平起平坐，不可同日而语。

三、精准界定董事会职权的立法表达技术

（一）美国公司董事会职权的立法演变

2016年版《模范商事公司法》第8.01（b）条规定：“除非第7.32条授权协议另有约定、并在遵守第2.02（b）条允许的公司设立章程限制性规定的前提下，全部公司权力由董事会行使或在董事会范围内，公司的经营与事务由董事会管理或在董事会的指挥与监督下由他人管理。”

该条款的演变过程较为复杂。1974年之前的《模范商事公司法》第8.01（b）条规定“公司的经营与事务由董事会管理”，意在要求董事会负责公司日常经营管理。但在实践中，公众公司董事会很少直接从事日常经营管理。因此，1974年该条款修改时新增“或在董事会的指挥下由他人管理”的内容，确认了董事会经营管理职权的有限性。^{〔15〕}既然董事会职权有限，那么股东不能对董事会存在不合理期待，董事会也不应当承担不相称的责任。这意味着，董事会有权深度探究，但仅在注意义务要求的限度内担责。基于这一考虑，1974年的修法同步增设了注意义务的立法定义。

21世纪初的安然、世通、施乐等美国公司因治理失灵而破产倒闭的严重事件再次导致股东主义者猛烈挾伐董事会监督失察。2002年，美国国会颁布《萨班斯法》。同年3月，美国律师协会任命公司责任研究小组，其次年提交的研究报告建议《模范商事公司法》明确界定董事会的监督职责。^{〔16〕}为强化董事会监督之责，2005年《模范商事公司法》第8.01（b）条将“或在董事会的指挥下由他人管理”修改为“由董事会管理或在董事会的指挥与监督下由他人管理”，并增加了第8.01（c）以明确董事会的8项监督职责。

2023年版《特拉华州普通公司法》第141（a）条规定的董事会职权与《模范商事公司法》

〔12〕 王泰铨：《公司法新论》（第3版），三民书局2004年版，第403-416页。

〔13〕 王文宇：《公司法论》，元照出版公司2003年版，第294页。

〔14〕 台湾地区“立法院司法委员会”：《“公司法”审查修正草案与“行政院”修正条文及原文对照表》，载《“立法院”公报》1966年第37会期第13期，第143页。

〔15〕 See The Committee on Corporate Laws of the American Bar Association Section of Business Law, *Report of the Committee on Corporate Laws: Changes in the Model Business Corporation Act*, 30 The Business Lawyer 501, 504-505 (1975).

〔16〕 See American Bar Association, *Report of the American Bar Association Task Force on Corporate Responsibility*, 59 (1) The Business Lawyer 145 (2003).

第 8.01 (b) 条相若, 其规定: “根据本章设立的每家公司的经营与业务均由董事会负责管理或在董事会的指挥下管理, 除非本章或公司章程另有规定。如果公司章程有此规定, 本章授予董事会的权力与职责就由章程规定人员按照章程规定行使。”《纽约商事公司法》第 701 条亦大同小异, 其规定: “除第 620 条第 2 款授权的公司设立证书或第 715 条第 2 款规定外, 公司业务应当在董事会指导下进行管理。”

上述三部法律文本仅将公司股东委托董事负责公司经营管理设置为倡导性规范范畴中的默认模式, 而不禁止公司章程或股东协议另择其他经营管理模式; 其未将公司的全部决策权配置给董事会, 更未将全体股东的全部权利 (包括剩余索取权与终极控制权) 拱手送给董事会。因此, 公司经营管理模式并非单一, 而是具有多元性, 至少表现为三种: 一是董事会直接管理的模式, 二是董事会指挥与监督、管理层管理的模式, 三是公司自主选择的其他模式。

(二) 界定董事会职权的其他立法例

从主要国家和地区的立法例来看, 立法者对董事会职权的界定存在抽象概括与具体列举等两套方法论, 但以概括法为主。美国、英国、德国、法国、荷兰等即其适例。日本貌似采取了列举法, 但从本质上看仍系概括法。

英国 2018 年《私人股份有限公司示范章程》与《公众公司示范章程》第 3 条将董事会的一般权限概括为开展经营管理公司所需行使的公司所有权力, 但第 4 条允许股东会保留制衡董事会, 甚至对其发号施令的终极控制权。

德国区分有限责任公司与股份公司。就前者而言, 《有限责任公司法》第 35 条第 1 款要求公司在法院内外均由董事代表, 第 45 条要求公司章程规定股东与公司经营管理有关的权利, 除非法律另有特别规定。就后者而言, 《股份法》第 76 条第 1 款规定 “董事会自负其责地从事公司经营管理活动”; 第 77 条与第 78 条分别设计了董事会对内管理公司、对外代表公司时的行为规范。相较而言, 有限责任公司规模较小, 股东可以直接行使经营管理权, 而股份公司规模较大, 股东们难以事必躬亲, 只能将公司经营管理权委托董事们代为行使。

法国《商法典》第 225—17 条要求有限公司由 3 人以上组成的董事会负责管理; 第 225—58 条要求公众有限公司由 5 人以上组成的管理团队负责管理, 第 229—7 条要求欧洲公司由 7 人以下组成的执行董事会负责管理; 第 231—7 条规定不问其形式如何, 公司在法院的有效诉讼代表人均均为董事。在实践中, 股份公司董事会负责决定并监督公司战略与重大决策的实施。

荷兰《民法典》第 2: 44 条规定: “在遵守公司章程限制的前提下, 董事会负责公司经营管理。董事会决定签署涉及登记财产的取得、转让与抵押的协议, 或者签署公司担任保证人、连带债务人、保证第三方履约或为他人债务提供担保的协议时, 必须基于章程授权而为。章程既可限制这种权力, 也可就此附设条件。除非章程另有规定, 前述排除、限制和条件也适用于董事会代表公司实施上述法律行为的权限。”

我国台湾地区 “公司法” 第 202 条采取了概括法, 其规定: “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。”既强调董事会职权的核心是业务执行权, 也确认股东会决议权的优位性。

日本《公司法》第 362 条第 2 款列举的董事会 (取締役会) 履行的职权范围更广: 一是业务

执行决定权，二是董事履职监督权，三是代表董事任免权。

无论采取何种立法技术，各法域的董事会权力配置大同小异。其核心职权被界定为公司经营管理权（业务执行权）。不少立法例近年来新增或强化了董事会对其成员或管理层的监督权。

（三）现行《公司法》第46条列举董事会职权清单的启蒙倡导功能

现行《公司法》第46条列举了董事会11项职权：召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会决议；决定公司经营计划和投资方案；制订公司年度财务预算方案、决算方案；制订公司利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增减注册资本以及发债方案；制订公司合并、分立、解散或变更公司形式的方案；决定公司内部管理机构设置；决定聘任或解聘经理及其报酬事项，并根据经理提名决定聘任或解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；制定公司基本管理制度；章程规定的其他职权。

上述权力清单贯穿着股东中心主义基调，将董事会职权一分为四：一是股东会决议的执行权（第2项），二是为股东会运转提供行政事务支持的股东会会议召集权（第1项），三是为股东会决策提供议题与决议草案的提议权（第3项至第7项），四是对公司介于宏观与微观之间的中观经营事项的决定权（第8至第11项）。清单列举法的优点有二：一是一目了然，清晰明确，可操作性强。即使章程不作量体裁衣的个性化设计，对法律规定的董事会职权照单全收，也能确保董事会依法有序履职。二是刚柔相济，动态包容。允许章程补充授权的兜底条款有助于推动章程持续升级改版，确保董事会职权的内涵与外延与时俱进。由于董事会权力清单在实践中认同度较高，绝大多数公司采此标配。但立法者并非先知先觉，其思维再缜密，也难免挂一漏万。因此，董事会权力限定列举的美中不足在于，倘若章程未能及时拾遗补缺，立法漏项与盲区在所难免。

（四）《一审稿》第62条概括董事会剩余权力的制度优势

《一审稿》第62条不再逐条列举董事会职权，改采以静制动的剩余权力概括法，其规定：“有限责任公司设董事会。董事会是公司的执行机构，行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权。公司章程对董事会权力的限制不得对抗善意相对人。”这种立法技术优点有四：一是化繁为简、简约实用，二是敬畏股东主权与公司理性自治，三是预防现行《公司法》第37条与第46条因分别列举股东会与董事会职权而遗留的权力真空与解释论冲突，四是为章程动态调整两会决策事项、实现两会同频共振预留了联想空间。

公司资源的控制权是稀缺的，在控制权总量保持恒定的情况下，两会职权分配存在你多我少的零和游戏。若董事会职权多寡取决于股东会职权的变量，股东会职权越多，董事会职权越少；反之亦然。但究竟如何配置两会权限，归根结底取决于股东们的理性选择。因此，《一审稿》第62条的表述方法值得赞赏。

（五）《二审稿》对董事会经营管理权清单列举法的回归

与《一审稿》第62条相比，《二审稿》第67条发生了两个重要变化：一是既未恢复“董事会对股东会负责”的股东主权理念，也删除了“董事会是公司的执行机构”的论断；二是将董事会职权的规定由剩余兜底法回归现行《公司法》第46条的清单列举法，将董事会职权具体拓展为9项：召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会的决议；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；制订公司合并、分

立、解散或者变更公司形式的方案；决定公司内部管理机构的设置；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、财务负责人及其报酬事项；制定公司的基本管理制度；章程规定或股东会授予的其他职权。

《二审稿》立法技术向现行法的回归与董事会中心主义神话的影响有一定关联。在赋能董事会的使命感驱使下，立法者可能担心《公司法》与章程赋予股东会决策权过多，为董事会预留剩余决策权过少。其实，倘若公司及其全体股东基于公司文化与公司治理策略而选择强势版股东会与弱势版董事会并无不妥，更不违法。

（六）确定董事会权力的立法技术选择

为鼓励公司理性自治，破解股东会与董事会职权配置的规范属性之争带来的权力冲突与争讼，消除两会权力冲突与盲区，预防公司审计报告等事项批准权归属不明的现象，建议恢复《一审稿》立法技术，明确董事会受股东之托而负责公司经营管理的业务执行属性。

即使《二审稿》第67条第2款执意恢复现行《公司法》的列举法，也必须明确规定董事会职权清单本质上是任意性或倡导性规范，而非强制性规范，更非效力性规范，明文允许章程可对此类规定予以变通或修改，允许章程或股东会决议限制董事会职权，要求董事会服从并执行股东会决议。在坚持股东中心主义价值观的基础上，在不剥夺或减损股东会固有法定职权的前提下，章程根据公司具体情况适度扩充或缩减董事会的经营权具有商业合理性。

四、董事会必须对股东会负责的价值判断与立法选择

（一）现行《公司法》要求董事会对股东会负责的立法理念

为弘扬股东中心主义的价值观、避免董事会成员私欲膨胀、追逐私利，现行《公司法》第46条在规定董事会职权之前，开宗明义提出了微言大义、铿锵有力的九字训诫，即“董事会对股东会负责”。这意味着，董事会权力源于股东会全体组成人员的授予，董事会权力的行使必须追求全体股东利益最大化，贯彻股东会意志。作为个体的董事在履职时也必须敬畏股东主权，忠于全体股东，捍卫股东利益，维护股东价值，常怀知遇之恩，常修忠信勤勉之德，常思背信懈怠之害。因此，问责训诫是悬在董事会头顶的达摩克利斯之剑。

问责训诫传承了仁义礼智信、温良恭俭让的传统文化，体现了股东与董事之间的委托代理关系与信托关系的法律逻辑，折射出诚信为本的企业家精神，有助于督促董事会诚实守信、勤勉尽责地创造公司利润与股东价值，预防董事会异化为尾大不掉、反仆为主的背信弃义者，避免董事们堕落为监守自盗、滥权自肥的奸佞之徒。从实践看，凡是董事会对股东会负责的公司，无论民企、国企抑或外企，都具有强大竞争力与较高商誉；凡是董事会不对股东会负责的公司都会因董事高管贪腐横行或慵懒懈怠而元气大伤，甚至被市场淘汰出局。逻辑很简单：董事不忠于股东，也不会忠于公司或利益相关者。问责训诫堪称公司治理的压舱石。

（二）《一审稿》对九字问责训诫的渐行渐远

《一审稿》第62条将现行《公司法》第46条对董事会职权的逐项列举改为抽象概括后，九字问责训诫也不翼而飞。《一审稿》第124条重申第62条普适于股份公司。

该条款惜墨如金，但信息量不小，大有董事会问鼎公司最高权力、确立董事会中心主义之势。首先，就对内关系而言，由于董事会包揽股东会职权之外的其余所有公司职权且无需章程逐一授权，董事会的权力会空前扩张，至少不会小于现行《公司法》第46条列举的权力。其次，就对外关系而言，由于章程对董事会权力的限制不得对抗善意相对人，在董事会权力欲望逐渐膨胀的不臣之心与善意相对人渴望摆脱股东制衡董事会越权交易的自私之心的内外夹击之下，股东们很难甚至无法通过章程管束董事会的越权行为。最后，更危险的是，“董事会对股东会负责”的威慑神器也已淡出公司立法，不可一世的万能董事会呼之欲出。

《一审稿》第62条在删除九字训诫的同时新增“董事会是公司的执行机构”的论断，似可理解为“九字训诫”向“十一字论断”的置换或转换。“董事会是公司的执行机构”与“董事会对股东会负责”貌似异曲同工，实则不然。因为，执行机构是对董事会职权属于执行权、而非决策权或监督权的属性概括，并不蕴含董事与股东之间存在委托代理关系、信托关系或主仆关系的价值判断。从字面看，董事会仅是“公司”（而非股东会）的执行机构，股东似难凭借“执行机构”一词要求董事会对股东会负责。即使股东会向董事会发难，董事会也会堂而皇之地辩称：我们全体董事只对公司及其利益负责，而不对股东及其利益负责，公司利益高于股东利益。要推翻该抗辩，股东们必须煞费周章地从股东中心主义与股东主权的底层逻辑说起，再探讨董事的信托义务、股东利益在公司利益结构中的核心地位与股东营利性在公司营利性价值目标中的中心地位。因此，“董事会是公司的执行机构”与“董事会对股东会负责”并行不悖，均应保留。

（三）《一审稿》与《二审稿》之间的头脑风暴

在《二审稿》形成过程中，立法机关曾于2022年11月13日至14日召开专家座谈会征求意见。会议讨论的二审稿初稿提供了董事会职权重新配置的两个方案。鉴于董事会的公司治理职能包括执行股东会决议、基于股东会授权对特定重大事项作出决策，单层制董事会还会履行监督职责，方案一主张删除董事会是公司执行机构的规定，同时恢复董事会职权列举的规定。方案二主张将“董事会是公司的执行机构”改为“董事会负责经营管理”，维持《一审稿》“行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”的表述。

方案一旨在恢复现行《公司法》项下的法定职权清单。但删除董事会的执行机构定位会冲淡股东中心主义价值观，危及股东会的权力机关地位，并不可采。就方案二而言，公司执行机构与负责经营管理的职能定位并无本质区别，但“经营管理”一词会引发董事会与经理（管理层）之间的权限表述冲突或误解。此外，两个方案都删除了九字问责训诫。

（四）《二审稿》对九字问责训诫与董事会执行机构地位的双重抛弃

《一审稿》第62条删除九字训诫，严重偏离了股东主权的主航道。《二审稿》第67条既删除九字训诫，也删除“董事会是公司的执行机构”的论断，更将董事会职权拓展为9项。此举貌似限缩了董事会职权，实则空前扩张了董事会职权。首先，立法者同步删除《公司法》第46条规定的董事会的第3项职权（决定公司经营计划和投资方案）与第4项职权（制订公司年度财务预算方案、决算方案）及第37条规定的股东会的第1项职权（决定公司的经营方针和投资计划）与第5项职权（审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案）。其次，董事会充分享有章程与

股东会决议授予的其他职权。再次,《二审稿》第 59 条第 2 款增加股东会专项特别授权条款,即“股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议”。最后,《二审稿》虽扩张董事会权限,但对章程或股东会决议能否收回或限制董事会职权则语焉不详。笔者认为,公司及其股东基于理性自治而限缩或收回董事会部分或全部职权的做法具有必要性、合理性、正当性与合法性。

《二审稿》第 67 条初心纯正善良,旨在减轻股东会决策负担,同步扩充董事会职权,加大董事会责任,但削弱了股东的公司重大决策权与监督权。既然董事会职权空前扩张,不再受制于“对股东会负责”的紧箍咒,角色定位也不限于《民法典》设定的执行机构,人们会担心该条款确认的董事会职权会如同潘多拉魔盒或所罗门魔瓶。

(五) 新《公司法》恢复董事会对股东会负责的必要性与紧迫性

在立法者删除问责训诫并否定董事会的执行机构地位之后,裁判者与监管者会面临接踵而至的系列问题:董事会若不对股东会或全体股东负责,究竟对谁负责?是对公司负责,对自己负责,对良知负责,对利益相关者或对全社会负责,抑或对公司未来负责?

上述选项无一经得起推敲。其一,董事会若只对公司负责,无异于将股东利益与公司利益对立起来,最终诱引董事会恶意制造虚假的公司利益幻影对抗股东利益诉求。从法律形式看,董事受雇于公司;从经济实质看,股东群体才是公司的剩余所有权人与终极控制权人。作为受托人的董事会无论公然挑拨公司与股东对立,还是画饼充饥以虚幻公司利益对抗股东利益、以股东长远利益对抗股东近期利益都不道德。其二,董事会若只对自己负责,迟早会监守自盗。其三,董事会若只对良知负责,在董事们缺乏良知时,公司前途与股东价值则危在旦夕。其四,董事会若只对利益相关者或全社会负责,则偏离了公司作为营利法人的初心。价值目标越抽象,约束力越弱。在这种假设下董事们似应弃商投身非营利公益事业。其五,董事会若不对公司当下现实负责,仅对公司未来负责,则缺乏诚信勤勉地为公司及其股东创造财富的起码诚意与道德底线,甚至已经精心筹划贪腐懈怠后逃之夭夭的路线图与时间表。

从法理看,公司可持续健康发展与承担社会责任之间并不冲突,股东核心利益(根本利益与长远利益)与公司其他相关者的福祉具有兼容性,董事会只有对股东会负责才能坚守股东中心主义价值观。从教训看,美国 20 世纪 30 年代至 80 年代期间股权高度分散与不当制度设计导致的董事会中心主义带来了内部人控制乱象。这种路径依赖与历史惯性还催生了 21 世纪初的安然与世通等上市公司破产与 2008 年华尔街金融危机。从未来看,脱离股东会控制的董事会势如脱缰野马,违背现代公司民主治理潮流与企业家精神。为优化公司治理生态,促进公司可持续发展,建议新《公司法》恢复并完善问责训诫,规定“董事会对股东会负责,接受股东会监督,执行股东会决议”。

五、关于董事会法定职权条款的规范属性

(一) 现行《公司法》第 46 条有关董事会职权的规范识别挑战

现行《公司法》第 46 条逐条列举了董事会 11 项法定职权。问题是该条规定究竟属于任意性规范、倡导性规范,还是强制性规范?若为强制性规范,究系管理性规范,还是效力性规范?该

条规定的规范属性界定直接关乎公司治理与裁判实践。实务界与学术界对此聚讼纷纭，莫衷一是。基于公司与股东的理性自治原则，笔者主张任意性规范说，补强理由如下：

其一，若依效力性规范说，董事会法定职权只能增，不能减。该条款采取了“10+N”的列举法，囊括了十项法定职权与N项章定职权。由于缺乏但书条款，N只能被解释为正数，而非负数。这种只加不减的规范表述刚性有余、柔性不足，确实符合刚毅决绝、不能变通的强制性规范的风骨。但若董事会权力只能膨胀、不能压缩，显然违背股东与董事间的主仆关系与委托代理关系，违反委托人通过限制代理权监督制衡代理人的基本伦常。

其二，若依效力性规范说，董事会法定职权不得由股东会代行。倘若股东会作出决议聘任公司总经理，显然鸠占鹊巢，侵夺了董事会权限。若在股东会决议时投反对票的异议股东向法院提起股东会决议无效确认之诉，裁判者似乎就要判如所请。殊不知，代理人可从事的行为，被代理人也可实施。

其三，若依效力性规范说，董事会法定职权均不得由监事会或股东染指。为提高股东会决策效率，董事会有权制订分红方案和补亏方案，制订增减注册资本与发债的方案。但监事会也有权依现行《公司法》第53条向股东会会议提出提案；持股3%以上的股份公司股东也有权依第102条第2款在股东会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。

其四，效力性规范说有悖股东中心主义价值观与公司理性自治精神，践踏诚实守信、勤勉尽职的信托文化与契约精神，不利于保护中小股东权利。若采任意性规范说，以上悖论均迎刃而解。

其五，实际上，《二审稿》第67条第3款中的“公司章程对董事会权力的限制不得对抗善意相对人”蕴涵着两层含义：一是章程可限制董事会权力；二是该限制仅在公司内部有效，不得对抗外部善意相对人。由是观之，现行《公司法》第46条与新《公司法》有关董事会职权的规定皆为任意性规范，至多是倡导性规范。

（二）英美董事会职权规定的缺省性规范属性

美国早期公司法基于上市公司股权的高度分散化、中小股东一盘散沙的无组织化、公司亟待董事会集中经营管理的现实需要，曾将公司法规定的董事会经营管理职权视为神圣不可侵犯的专属性权力，倾向于将该等规定视为强制性规定。例如，特拉华州法院在1989年“派拉蒙公司诉时代公司一案”中判决管理层根据州公司立法授权而推进公司合并的决议有效，尽管多数股东明确反对该合并决议。^{〔17〕}美国在19世纪末的某判例曾确认股东会直接任命董事之外高管的决议无效，理由是除非章程另有特别规定，州公司立法将经营权仅授予董事会。^{〔18〕}20世纪初的某判例曾判决股东会以多数决形式作出的出售公司决议无效。^{〔19〕}

但随着20世纪80年代股东中心主义的勃兴、董事会或经理人中心主义的式微，对董事会职权法律规范的缺省性属性的认识也不不断深化。例如，对公司法予以契约主义分析的伊斯特布鲁克（Easterbrook）等学者力主任意性规范说，强调“与人为善的赋能型立法允许管理人员与投资者

〔17〕 See *Paramount Communications, Inc. v. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140, 1154 (Del. 1989).

〔18〕 See *Charlestown Boot & Shoe Co. v. Dunsmore*, 60 N. H. 85, 87 (1880).

〔19〕 See *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame*, [1906] 2 Ch. 34, 43 (Eng. C. A. 1906).

自定规则，确立免受监管者实质审查的治理制度”〔20〕。即使曾主张董事会中心主义的本布瑞奇近年来也承认，美国诸州公司成文法中的绝大多数规范为任意性规范、预设型、缺省性规范（default rules），可由公司股东予以变更。他认为，各州立法者规定了一整套有关基本公司法的任意性规范，类似于服装店衣架上展示的各类成衣。各州成文公司法的内容通常都可由公司作出全面变更，唯一的法律要求是公司对公司法规范的变更必须记载于公司章程并以符合法律的方式为之（例如，经股东同意）。他还专门例示《特拉华州普通公司法》第141（a）条之规定：董事会经营管理公司，“除非公司章程另有相反规定”。〔21〕

《模范商事公司法》第8.40（b）条允许董事会选任管理人员，管理人员依据附属章程或董事会授权任命其他管理人员。倘若把该条与第8.01（b）条解释为强制性规定，认为公司的最高权力属于董事会而非股东会，则股东会无权直接任免总裁（president）、首席执行官（CEO）或首席财务官（CFO）。美国法院在20世纪中叶有判例认为，剥夺董事会控制公司经营管理人员或个人的权力的制度安排违反了公司须由董事会经营或在其指导下经营的立法条款。〔22〕但实际上，当代美国各州公司法大都允许股东会依章程规定直接任免高管。例如，《特拉华州普通公司法》第142（b）规定：“管理人员依据附属章程规定、董事会或其他治理机构规定的条件被任命并履职。”这意味着，管理人员可由股东会直接任命，而无需董事会任命。

综上，从契约自由与公司自治的视角看，《模范商事公司法》第8.01（b）条规定的董事会的经营管理职责是旨在降低公司治理成本的任意性规范或倡导性规范。若公司及其股东未作相反的自治法安排，闭锁型公司可由董事会直接负责日常运营管理，公众型公司由董事会负责指挥与监督、由管理层负责运营管理。若公司及其股东量身定制自身的公司治理体系与规则，亦无不可。鉴于《模范商事公司法》第8.01（b）条与《特拉华州普通公司法》第141（a）条均为任意性规范，即使这两项条款推荐的董事会权限包罗万象、囊括公司全部经营管理权，也并非创设董事会中心主义的强制性法律规范。因此，该两项条款不是支持我国新《公司法》赋予董事会最高权力中心地位的立法例。

在英国，任何有限公司都必须制定章程，作为公司经营管理的“宪章”。2018年《私人股份有限公司示范章程》与《公众公司示范章程》第3条规定了董事们的一般权限（general authority），即“董事们负责经营管理公司，他们为实现该目的可行使公司所有权力”；但第4条规定了股东们的保留权力（reserve power），即“股东们有权作出特别决议，要求董事们实施特定行为或禁止其实施特定行为；该种特别决议不导致董事们在特别决议通过之前已经实施的行为无效”。易言之，股东会特别决议可以改变董事会的职权范围，并就董事会职权范围之内的事项作出具有拘束力的决议。董事会必须服从股东会作出的特别决议。作为通说，英国法并不认为董事会职权

〔20〕 FFrank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 Columbia Law Review 1416 (1989); Larry E. Ribstein, *The Mandatory Nature of the ALI Code*, 61 George Washington Law Review 984, 989-991 (1993).

〔21〕 See Stephen Bainbridge & M. Todd Henderson, *Boards-R-Us: Reconceptualizing Corporate Boards*, 66 Stanford Law Review 1101 (2014).

〔22〕 See *Kennerson v. Burbank Amusement Co.*, 260 P.2d 823, 823, 830-33 (Cal. Dist. Ct. App. 1953); *Long Park, Inc. v. Trenton-New Brunswick Theatres Co.*, 77 N.E.2d 633, 635 (N.Y. 1948).

是其享有的不可分割的经营管理权，董事会职权既可扩张，亦可缩小。股东会特别决议可以修改章程，偏离公司法推荐的缺省性制度，改变董事会与股东会之间的权力配置。^{〔23〕}

综上，从英美公司法经验看，董事会的公司经营管理权可由章程或股东会特别决议予以限制，公司法有关董事会职权的法律规范并非强制性规范，而是缺省性规范。

（三）《二审稿》第 67 条第 2 款有关董事会权力的缺省性规范属性

公司法虽冠以“公”字，但本质上属于私法范畴，理应尊重意思自治、保护私人产权、捍卫契约自由、鼓励公司自治。现代公司法必须与市场经济同呼吸共命运，顺应全球化、数字化大势。为打造市场化、法治化、国际化的营商环境，我国公司法也应尊重与鼓励公司及其股东们的理性自治。公司法规规范体系应以任意性规范为主，强制性规范（mandatory rules）为辅。

基于对现行《公司法》第 46 条的解释论逻辑，《二审稿》第 67 条第 2 款属任意性规范或缺省性规范。为避免因规范属性的语焉不详导致同案不同判现象，建议在借鉴英美公司法经验的基础上，在《二审稿》第 67 条第 2 款增加规定“除非公司章程另有规定或者全体股东协议另有约定，董事会行使下列职权”，将第 3 款修改为“公司章程与股东协议可以限制董事会的职权的范围与行使方式，但是这种限制不得对抗善意相对人”，并增设第 4 款规定“股东会有权作出特别决议，要求董事会实施特定行为或禁止其实施特定行为；但该种特别决议不导致董事会特别决议作出之前已经实施的行为无效，也不得对抗善意相对人”。

（四）关于《二审稿》第 59 条第 2 款的存废

《二审稿》第 59 条第 2 款仅规定“股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议”。该条款看似波澜不惊，但存在两大缺陷：一是该条款就其他事项授权语焉不详，致使股东会可否授权董事会就其他事项作出决议存在争议；二是该条款仅系对董事会增加授权的加法思维，缺乏对董事会减少授权的减法思维。

上策是删除该条款，回归股东自治，维持股东会职权完整性，保持董事会谦抑性。虽然公司在发债后可获授信利益，但会增加资产负债率、提升债务杠杆、增加公司经营与股东投资风险、扩张董事高管得以控制的腐败资源。下策是将授权董事会的尚方宝剑由“股东会决议”细化为“股东会特别决议”，并将发债授权限定为一事一议，杜绝长期或永久有效的概括性授权或非审慎授权。因为，作出股东会普通决议虽比特别决议更简单快捷高效，但易滋生中小股东挑战发债决议的效力。为避免股东会权力机构的名存实亡，立法者应要求股东会特别决议严格限定授权的事项、金额与期限，禁止无期限无限制的概括性授权，规定损害股东权利的授权行为无效。

六、“公司章程对董事会权力的限制 不得对抗善意相对人”隐含的公示公信效力命题

（一）章程限制董事会权力与法定代表权的异质性

《一审稿》第 62 条第 2 款与《二审稿》第 67 条第 3 款都规定：“公司章程对董事会权力的限

〔23〕 See Robert R. Pennington, *Corporate Law*, 7th ed., Butterworths, 1995, p. 765.

制不得对抗善意相对人。”该条款似乎仿自《民法典》第61条第3款的立法例，该款规定：“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”

《民法典》第61条第3款的立法本意是区分公司内部治理关系与外部交易关系，甄别公司的内部议决权与公司法定代表人的外部代表权，预防与遏制法人随意修改章程或作出决议限制法定代表人的对外代表权，损害已经与法人缔结法律关系的善意相对人或者即将与法定代表人签约的潜在善意相对人。可见，该条款的立法重心旨在确保法定代表权的稳定性、透明度与可预期性免受法人背后控制权人的非理性干扰，进而稳定公司外部交易秩序、维护交易安全。

既然《二审稿》第67条禁止公司章程对董事会权力的限制对抗善意相对人也有维护交易安全之效，似乎将《民法典》第61条第3款的立法例平移到董事会权力的场景也具有不言自明的正当性与合法性。但严格来讲，章程限制董事会职权与法定代表权具有异质性。首先，章程限制的董事会职权主要是董事会集体的决策权，而非单独董事（包括作为法定代表人的董事长、执行董事或代表董事）的对外代表权。其次，涉及外部法律关系得丧变更的董事会集体决策结果被拟制为公司法人的意思表示，而法人意思需要借助法定代表人或代理人向相对人代为转达才能产生拘束法人的法律效果。最后，对善意相对人而言，亟待保护的节点是章程或权力机构对法定代表人代表权的限制，而非章程或权力机构对董事会的限制。由于相对人通常并不直接与董事会签约，即使章程或权力机构限制董事会权力，只要不对代表权或代理人的代理权直接作出不透明不合理的限制，也不必然损害相对人对代表权与代理权的善意信赖。

除了董事会职权与法定代表权的异质性，只要公司法确认外观主义法理，并盘活《民法典》中的既存表见代表制度与表见代理制度，完全足以合理保护善意相对人与守信债权人。例如，《民法典》第504条确认越权代表行为原则有效、例外无效的规则，其规定：“法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。”此点在公司法定代表人越权对外签署担保合同的场合展现得淋漓尽致。^{〔24〕}

既然法定代表人或代理人之外的董事会成员或董事会整体并不直接面对相对人，新《公司法》完全不必亦步亦趋地增设“公司章程对董事会权力的限制不得对抗善意相对人”的规定；否则，徒增庸人自扰之讥，更会助长董事会与恶意相对人内外勾结、沆瀣一气损害公司与股东利益的侵权背信行为。立法者倘若杞人忧天，执意规定该条款，也须采取兴利除弊的对冲手段，有效预防规则滥用，而提高章程的透明度与公示公信效力则是关键一环。

（二）公司章程条款的透明度与公示公信效力

宪法是政治生活中的根本大法，是治国安邦的总章程。公司章程是公司生活中的根本大法，是企兴业旺的“公司宪法”。因此，《公司法》第11条要求设立公司依法制定章程，章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。章程主要调整内部组织关系，但有些规定（代表人或代理人授权制度、公司内部决策权限划分制度）涉及交易伙伴安危。在实践中，常有章程条款限制法定代表人的代表权，以遏制其越权对外签署担保合同、借款合同或投资协议的风险。

〔24〕 参见刘俊海：《公司法定代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》，载《中国法学》2020年第5期。

为确保公司内安外顺，公司、股东与其他利益相关者都期待章程条款公开透明，并认可其公示公信效力。对公司及其内部法律关系主体而言，具有透明度的章程既可确保各行其道、各尽其责、各得其所，亦可警示外部交易伙伴当心公司治理的特殊规则、留意交易中的风险点，具有固本培元、利人惠己之效。对公司外部交易伙伴而言，具有透明度的章程可降低尽职调查成本，提高交易效率，预防交易风险，加速商事流转。

《民法典》对章程透明度乐见其成的包容心态一览无遗地流露在《民法典》第61条第3款“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人”的字里行间。依反对解释，章程或权力机构对法定代表人代表权的限制可对抗非善意相对人。而非善意相对人要么是对权力限制心知肚明、明知故犯、以身试法的恶意者，要么是对权力限制熟视无睹、视而不见、充耳不闻的重大过失者。而恶意者与重大过失者的眼泪都不值得公司法同情。

纷至沓来的问题是：如何完整准确全面地理解《民法典》第61条，避免各取所需的断章取义的法律解释困境；如何提高章程透明度；如何识别善意相对人与非善意相对人；相对人是否有义务索要、查询与细研章程对董事会决策权或法定代表人代表权的限制性条款。

（三）《民法典》第61条第3款的解释论

《民法典》第61条第3款旨在平衡章程自治与交易安全两极价值目标，但因文字过于简约，导致解释歧义绵延不绝。有学者指出，债权人在与担保公司签约前有义务审查公司章程与法定代表人签名的真实性、法定代表人的代表权限、章程及其担保决议的真实性与合法性。此种审查义务源于法律规定、章程备案的对抗效力、商事习惯与监管部门的业务指引。若债权人怠于或拒绝审查担保公司法定代表人的越权事实，担保公司有权拒绝承担相应的担保义务。^{〔25〕}反对说认为，章程关于担保能力、担保额度与担保审批程序等方面的规定系调整公司内部法律关系的规范，仅在公司内部产生相应法律效果，通常不能对抗公司外部第三人，对以担保违反章程为由主张担保关系无效的，除非公司为内部人作保，一般不予支持。^{〔26〕}其潜台词是，章程缺乏透明度，相对人无权也无义务获悉其确切内容。

建议对《民法典》第61条第3款作系统解释，重视章程的公示公信效力。其一，对《民法典》第61条第3款的妥当解释离不开对第1款细节的关注。该款对法定代表人的定义隐含着法定代表人履职条件与程序必须合乎章程的必要前提条件，其规定“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人”。可见，严格依章程所定条件与程序代表法人履职是法定代表人适格履职的法定要求。法定代表人只有依章行事，才构成职务行为；否则，仅构成个人行为，与公司无涉，不能拘束公司。因此，认为“法定代表人实施的所有行为都是拘束公司的职务行为”的观点忽视了第1款与第3款之间的内在逻辑联系。

其二，既然《民法典》第61条第1款是公开透明的法律条款，相对人就有义务合理谨慎地核查法定代表人是否依章代表公司履职。相对人若积极索要并认真阅研章程，并合理确信法定代表人基于章程授权而签约，则属于善意相对人；若拒绝或怠于索要并阅研章程，则不属于善意相

〔25〕 参见徐海燕：《公司法定代表人越权签署的担保合同的效力》，载《法学》2007年第9期。

〔26〕 参见孙晓光：《加强调查研究 探索解决之道——就民商事审判工作中的若干疑难问题访最高人民法院民二庭庭长宋晓明》，载《人民司法》2007年第13期。

对人。相对人的合理审慎审查义务既非极度宽松的形式审查义务，也非极度严苛的实质审查义务，而是合理审慎的形式审查义务。注意标准过低会纵容相对人疏忽懈怠，弱化公司内部治理机制，虚化公司权力制衡，侵蚀公司竞争力，滋生道德风险外溢，增加交易隐患。而注意义务过苛又会推高交易成本，降低授信效率，阻碍商事流转和金融服务于实体经济发展。

其三，相对人的非善意主观状态包括明知故为的恶意，也包括应知而不知的重大过失。相对人不索要并阅研章程、不了解章程重要条款的消极不作为本身就是过错。应知而不知章程中公司治理条款的重大过失不属《民法典》第61条第3款中的“善意”。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第18条提及的非善意仅限于“公司能证明债权人明知章程对决议机关有明确规定”的明知情形，显然遗漏了应知而不知的常见情形。相对人既然能查明“同意决议的人数及签字人员符合章程”，也不难查明章程对董事会、法定代表人、董事长与总经理的权力限制。

综上，对《民法典》第61条第3款的正确解释是：法人章程或法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人；但该限制在公司登记机构登记备案或在公司信用信息公示系统公示的，不在此限。易言之，限制法定代表人代表权的章程或公司决议若登记备案或公示，当然可对抗相对人；若未登记备案或公示，则不得对抗善意相对人。

（四）登记备案或公示的章程或股东协议当然对抗任何相对人的法律逻辑

为避免《二审稿》第11条第2款与第62条第2款有关章程限制法定代表人或董事会职权的公示公信效力产生类似《民法典》第61条第3款的解释漏洞或歧义，有必要洞察章程登记备案或公示后可当然对抗任何相对人的基本逻辑。

其一，章程因登记或备案于登记机构而产生公示公信效力。章程具有透明度，公众皆可自由查询。现行《公司法》第6条第3款赋权公众查询公司登记事项，敦促登记机构提供查询服务；第16条、第104条与第148条鼓励章程限制法定代表人对外代表权限，旨在激励公司量身定制理性自治规则。既然普通公众享有对登记备案信息的知情权，理性相对人与公司签约之前更有义务索要章程，研判公司是否已自我剥夺或限制与相对人缔结特定契约的行为能力，是否已限制决策机构的权限、限额与程序，是否限制法定代表人或代理人的对外代表或代理权限。若登记机关拒绝或怠于向相对人提供章程，相对人应立即放弃或终止与该公司的缔约活动。

其二，即使登记机关拒绝或怠于向相对人提供章程，公司有义务向相对人提供章程。但基于对登记备案的成本收益与风险考量，公司提供章程版本可能异于备案章程版本。因此，相对人有权要求公司签署承诺书，承诺其提供的章程版本的真实性与合法性，并承诺该章程是相对人可以合理信赖的唯一章程文本。若相对人对章程的真实性与合法性存疑，可要求公司对其办理公证。若公证处未能发现章程瑕疵，相对人基于该章程而与公司缔约时则属心存善念。但若公司拒绝或怠于提供章程，相对人应立即紧急止损。

其三，相对人主动索要并阅研章程是利己惠人的智慧与美德，更是诚实信用原则与禁止权利滥用原则派生而来的谨慎注意义务。相对人既然有义务与能力阅研章程，若拒绝或怠于索要并阅研章程条款尤其是限权条款，就无权主张外观主义原则框架下的善意抗辩。债权人若发现登记备案章程与公司提交的未登记备案章程相互抵触，可要求公司澄清释明，并明确拘束拟签署合同的章程文本。基于契约自由，缔约方可选择以登记备案章程或未登记备案章程作为缔约背景文件。

基于公司自治，若未备案章程规定不同章程版本发生冲突时以未备案的特定内部版本为准，且内部版本相关条款不损害公序良俗或第三人利益，此种自治安排理应受到法院的尊重与保护。

其四，增强章程公示公信效力既是公司、登记机关或相对人的共同义务，也是含苞待放的公司自治法在我国市场经济沃土生根发芽、枝繁叶茂的阳光雨露。章程是公司自治法的核心。基于公司法典与公司自治法的二元化规范结构论，立法者应重视位于《公司法》与《民法典》之间的公司自治法。鼓励公司理性自治、尊重和保障公司自治权是公司法现代化的不二法门。理性自治源于公司作为营利法人的本质属性，乃真正的市场无形之手。因此，公司法应尽量为公司自治法预留空间，夯实其在公司法规范体系中的基础性地位。为提升我国公司法的全球竞争力，必须鼓励公司法典与章程之间、不同公司章程之间的自由制度竞争。^{〔27〕}若缺乏增信手段，再好的章程等自治法也会束之高阁。为弘扬敬畏与保护章程自治的核心价值观，为扭转重法律、重合同、轻章程的裁判思维定势，立法者必须高度重视登记备案章程的公示公信效力。

（五）限制董事会或管理层权力的章程或股东协议的公示公信效力的立法保障

限制董事会或管理层权力、法定代表人代表权的章程、股东会决议或董事会决议只要在公司登记机构登记或备案，即可自动对抗任何相对人，除非章程或公司决议是秘而不宣的保密文件。建议将《二审稿》第11条第2款与第67条第3款分别修改为“公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制未经登记、备案或公示的，不得对抗善意相对人”“公司章程对董事会权力的限制未经登记、备案或公示的，不得对抗善意相对人”。

章程涉他事项并不限于对董事会权力或法定代表人职权的限制，还包括对董监高或监事会职权、公司经营范围的限制等一系列事项。因此，最理想的立法方案是删除上述两款，统一在总则增设专条规定：“公司章程、股东会决议或董事会决议对董事会、监事会、法定代表人、董事长、总经理以及其他董监高的权力或职权予以限制的，应当及时办理登记、备案或公示；未经登记、备案或公示的，不得对抗善意相对人。”

七、结 论

董事会是基于股东高度信赖与委托授权而成立的公司业务执行机构，对股东会与全体股东负责。立法者应超越股东会中心主义、董事会中心主义与总经理中心主义之争，重构基于股东中心主义价值观的董事会制度。为避免制度移植中的东施效颦，有必要反思美国大公司经历的债权人中心主义、董事会（经理人）中心主义与股东中心主义的沉浮与枯荣。新《公司法》不能将畸形的两权分离模式及董事会中心主义模式误解为全球公司治理的最优标配模式。

为鼓励公司理性自治，破解股东会与董事会职权配置的规范属性之争带来的权力冲突与不必要争讼，建议恢复《一审稿》立法技术。在不剥夺或减损股东会固有法定职权的前提下，章程可视公司具体情况适度扩充或缩减董事会经营权。既然董事会权力源于股东授予、董事由股东会任免，那么建议立法者要求董事会对股东会负责，接受股东会监督，执行股东会决议。股东会对董

〔27〕 参见刘俊海：《论基于公司理性自治的公司法规范重塑》，载《法学评论》2021年第5期。

事会决议享有终极控制权，在董事会决策机制失灵时具有兜底补救功能。股东会决议可推翻董事会、监事会和管理层的不当决策，但不能对抗善意相对人。

现行《公司法》第 46 条有关董事会职权的规范是任意性规范。要允许章程或全体股东协议对董事会职权另作特别规定或约定。公司章程与股东协议可限制董事会职权的范围与行使方式，但不得对抗善意相对人。股东会有权作出特别决议，要求董事会实施特定行为或禁止其实施特定行为；但该决议不导致董事会在特别决议作出之前已经实施的行为无效，也不得对抗善意相对人。公司章程、股东会决议或董事会决议对董事会、监事会、法定代表人、董事长、总经理以及其他董监高的权力或职权予以限制的，应当及时办理登记、备案或公示；未经登记、备案或公示的，不得对抗善意相对人。

Abstract: The role of the board is the top priority of Corporate Law reform. The debates between the centralism models of the shareholders' meeting, the board and the CEO should be surpassed, the board system based on shareholder-primacy should be restructured, and the board should be defined as corporate executive body and responsible to the shareholders' meeting. The primacy of the board or the CEO is contrary to the basic logic of trust and agency. The authority of the board does not derive from God-given or legislator's grace, but from shareholders' delegations. Board (CEO) -primacy is only one of three governance models that large American corporations have experienced. The deformed separation of ownership from control is not the perfect model for global corporations. Without depriving or derogating from the inherent statutory powers of the shareholders' meeting, the charters may appropriately expand or reduce the powers of the board according to corporate specific circumstances. The legal provisions for the powers of the board are default rules. The charters and the shareholders' agreement may limit the scope and exercise of the powers of the board, and the shareholders' meeting may overturn the improper decision of the board, but it may not defend against bona fide third parties. A special resolution of the shareholders' meeting may require the board to perform or not to perform a specific act, but it does not invalidate the act that the board has carried out before the special resolution is made, nor shall it defend against bona fide third parties. The charters and the resolutions of the shareholders' meeting can automatically defend against any third parties as long as they are registered, filed or published with corporate registration agency.

Key Words: board-primacy, shareholder-primacy, executive body, supreme authority, the shareholders' meeting

(责任编辑: 李 敏 赵建蕊)