

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2020.03.012

董 事 无 因 解 任 的 体 系 评 析 和 制 度 完 善

——兼评《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》第三条

袁 坚

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 400073)

摘 要: 我国现行《公司法》对于董事解任制度的规定非常模糊,尤其是对于董事在任期届满前是否可以由股东(大)会无因解任没有明确规定,与当前国际普遍适用的法律规则存在差异,也给商事实践和司法裁判带来一系列挑战。《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》第三条首次明确了董事的无因解任规则,旨在进一步保护投资者利益,为优化营商环境提供司法保障,但是该规定比较简单,体系化程度不够,尤其考虑到我国当前上市公司中小股东的参与股东大会投票不积极等实际情况,需要进一步出台相关配套规则,包括决议程序、司法判决解任等,避免董事无因解任制度成为大股东或实际控制股东侵害中小股东利益的工具,防止出现实践中“规则执行走样”等情形。

关 键 词: 营商环境; 董事解任; 中小股东利益保护; 公司权力分配

中图分类号: DF 411.91 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-3758(2020)03-0092-08

The Analysis and Perfection of the System of Director Removal Without Cause

—— The Review of the 3rd Article of *Provisions (V) of Judicial Interpretation Concerning the Application of the Company Law*

YUAN Jian

(Law School, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 400073, China)

Abstract: Provisions of the Director Removal System in the current Chinese *Company Law* are very vague. In particular, there is no clear stipulation on whether directors can be removed by the shareholders without cause before the expiration of their current terms. This is different from the current international legal rules. It also brings a series of challenges to commercial practice and judicial judgment. The 3rd Article of *Provisions (V) of Judicial Interpretation Concerning the Application of the Company Law* has, for the first time, clarified the rules of director removal without any cause. The purpose is to protect the interests of investors and provide judicial guarantee for optimizing business environment. However, the rules are simple and not systematic enough. Especially considering the fact that the minority shareholders of listed companies in China do not vote actively at the shareholders' meeting, further relevant supporting rules, including resolution procedures, judicial decisions, etc., need to be introduced to prevent the system of director removal from becoming a tool for major shareholders or actual controlling shareholders to infringe upon the interests of minority

shareholders, and avoid the occurrence of “rule execution different from what is expected” in practice and other situations.

Key words: business environment; director removal; protecting the interests of minority shareholders; distribution of power of company

根据世界银行的营商环境排名指标体系,保护少数投资者是其中一项重要指标,这项指标旨在减轻公司董事、高级管理人员以及大股东利用职务优势为了自身利益而损害公司以及其他股东利益的风险^[1]。世界银行针对保护中小投资者指标设置了46个问题,其中第24个问题为董事任期届满前股东能否无理由撤销其职位,虽然我国在回复该问题时认为《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)或证监会等规范性文件均没有禁止股东无理由撤销董事会的成员资格,因此可以理解为股东在董事任期届满之前可以无理由撤销其董事职位,但是世界银行并没有认可我国的回复,其坚持认为在我国股东更换董事必须有理由或者在董事辞职等特定事件发生时方可更换^[2]。

2019年4月28日,最高人民法院颁布《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》(法释〔2019〕7号,以下简称《公司法司法解释五》),其中第三条首次对董事解任作出规定,明确股东会或股东大会可以不需要说明理由通过有效决议解除任期届满前的董事职务,完善了现行《公司法》对此问题的相关规定,与国际上的通行立法接轨,有利于建立透明的股东权利保护规则。但由于其系匆忙出台,上位法供给不充足,缺乏具体配套规则,容易在实践中造成执行效果与制度初衷背离。本文试图就这一问题进行研究,进一步完善我国董事解任规则,对我国下一步修改《公司法》提供有效建议。

一、董事无因解任:比较法考察及法理论基础

董事无因解任制度的规定,各国立法中基本经历了一个从无到有的发展过程,目前董事无因解任基本已是国际立法通例。现在欧洲各国的公司法一般允许股东会(本文中股东大会与股东会的表述无实质差别,适用于公司形式不同而已)随时解任董事,不需要特别理由,包括丹麦、卢森堡、法国、荷兰、瑞典等,只有个别国家例外,如奥地

利,该国《公司法》规定由监察委员会进行董事罢免事由审查^[3]。东亚地区如日本、韩国、我国台湾地区等《公司法》都明确规定董事无因罢免,对此问题,我国台湾学者陈顾远教授有经典表述,其认为由于公司是资合团体,选任董事时考虑的是其才能而非股东身份,若事后证明其不足以担当董事时,作为公司最高意思机关的股东会可以随时解任^[4]。美国因为立法体制的原因,各州立法不尽一致,但是总体上也是以无因解任为主,美国现行《示范商业公司法》明确除非公司章程有限制性规定,否则可以在董事解期届满前无因解任,不少州采用该示范立法规定,但是也有部分州则直接采用无因解任规则,没有明确公司章程限制性条款,如《纽约州商业公司法》(NYBCL)第706条(b)款直接规定股东罢免董事不需要说明任何理由。

各国针对董事无因解任规定从有因到无因的演进,体现了背后公司法上的权力分配机制的进化。公司权力分配标准在全世界并无统一的标准答案,各国公司法选择的具体模式均须结合本国的经济发展水平、历史文化沉淀以及公司组织形式等因素具体制定。公司权力分配发展史就像一部企业发展史。对于早期股权结构更为集中的未上市公司或有限责任公司,由于其具有较强的人合性,所有者(股东会)决策或许更有效率,也更容易降低代理成本,在这种情形下董事会的作用就稍显次要,基本上不存在股东会与董事会权力之争。大陆法国家(如德国、法国、意大利、西班牙、日本等)的近代公司立法,都曾经确认过股东会是公司最高权力机关。在英美公司法立法上,在20世纪以前,股东会与董事会的权力分配由公司章程及章程细则规定,立法上并不承认董事会有独立于股东会的法定权力,董事会须按照公司章程授权以及股东会决议执行公司业务决策^[5]。

随着规模经济的展开、公司经营业务范围的扩大以及股权结构的分散,公司的经营权与所有权发生分离。作为公司所有者的股东将公司的经营管理权委托给更专业、更具有持续性和稳定性的董事会行使,于是就产生了股东的股权价值最

大化与董事会行使经营权过程的代理成本之间的矛盾,尤其是资本市场的繁荣导致上市公司增多,公司的股权结构呈进一步分散趋势,公司的业务类型也更加丰富多元,股东因专业能力与精力受限无法快速有效对公司管理作出决策,于是出现了职业的经营管理层。董事只要能够给股东提供满意的分配,股东就会愿意把公司的各项事务交给董事处理^[6]。20世纪初有人提出“企业自体”理论,将企业视为独立法益来保护,其具有经济、法律及社会的固有性及继续性价值,企业自身不因股东变更而变动。在此理论基础上,不少国家开始了公司权力分配的改革,如1937年德国《股份公司法》率先废除了股东本位的法律结构,大大削减了股东会的权限,第119条第1款规定属于股东会权限范围仅仅是一些基本的决策,第2款甚至明确只有在董事会提出要求时,股东会才能针对业务经营问题作出决定。可见,董事会在当时公司治理体系下发挥着越来越重要的作用,董事也逐渐占据越来越重要的地位,股东大会不能轻易罢免或解除。随后很多其他大陆法系国家均照此效仿,包括法国等。英国在1906年修订的《示范公司章程》将罢免董事的程序从“特别决议”调整为“特别多数决议”也体现了这种社会思潮。

董事阶层的兴起形成了公司权力分配的新格局,原有很多属于股东的权力逐渐过渡到由董事会行使。然而,随着董事会权力的扩大,由于缺乏有效监管机制,实践中出现了大量董事违反受信义务的行为,尤其是一些股份特别分散的上市公司,给股东带来高昂的代理成本,严重者甚至会出现公司治理失败的风险,公司股东尤其是中小股东对于公司治理的管控以及自身经济利益的维护显得无力^[7]。于是又出现了股东权力恢复运动,各国公司法开始加强对董事行使职权的监督,尤其是完善董事解任规则。在英美法系国家通过公司法等强行性立法规定替代过去由公司章程确立股东会罢免董事的任意性规定。如英国1948年《英国公司法》首次对于罢免董事作出了强行规定,美国《示范公司法》(1969)第39条和现行《示范商业公司法》第8.08条,均规定了董事罢免程序。在大陆法系国家立法中也出现了相同的内容^[8]。目前来看,公司权力向股东集中的趋势仍在继续,董事解任的无因性理论基本已经成为各国立法通例。

在现代企业制度下,公司“股东会”与“董事

会”的权力平衡是现代公司治理的核心命题,“不管是德国的双层制治理模式、日本的董事会监事会并行模式,还是英美国家的董事信义义务、独立董事制度,都是以在所有权与经营权相分离的前提下如何尽量减少代理成本、维护股东会对董事会的监督为根本出发点的”^[9]。由此可见,董事解任制度是对股东权力的回归,但并不是对于董事会权力的否定,只是在现代企业治理结构中的一种权力平衡。

二、董事解任:中国公司法的立场变迁

1. 公司法的规则嬗变

我国公司法上关于董事解任的规制也经历了从有因到无因的转变过程。1993年《公司法》在第47条第2款和第115条第2款规定:“董事在任期届满前,股东会不得无故解除其职务。”后2005年修订《公司法》时虽然将该条予以删除,但是也没有对无因解任作出明确规定,2005年《公司法》施行至《公司法司法解释五》出台前是一个理论与实践有分歧的时期。

之所以没有在2005年《公司法》中明确董事解任的无因性,可以从当时的立法资料中看出些端倪,国务院法制办编著的《新公司法修订研究报告》记载,2005年《公司法》修订时对于董事解任制度广泛征求了意见,但是人大代表、学术界、监管层、实务界等各方意见并不一致^[10],如上海证券交易所(建议稿)提出“董事在任期届满前,股东大会不得无故解除其职务。但公司董事严重违法、违反法律、行政法规、公司章程和股东大会决议的规定,分割公司利益,造成严重后果,经直接或间接持有3%以上公司股份的股东或1/2以上董事或1/2以上独立董事的提议,并经监事会同意,可以提前中止负有责任董事的职权”。而商法学会(建议稿)提出:“股东大会可随时以特别决议的程序决定解任董事。但对于有确定任期的董事,如无正当理由而于任期届满前将其解任,该董事可向公司请求赔偿因此所受之损害。”由此可见,上海证券交易所比较坚持从严解任董事,不仅需要正当理由,还需要履行严格的提议、审议程序,甚至需要公司监事会同意,而商法学会则主张可以随时解任董事,但是得以特别决议审议并有合理补偿。

正因为当时在修订《公司法》时对于这个问题

存在分歧,最终通过的《公司法》对此问题进行了淡化处理,没有直接就这一问题作出规定,但也没有沿袭1993年《公司法》的规定。在实践中坚持有因论者为多数,尤其是在上市公司体系,与2005年《公司法》修订时上海证券交易所(建议稿)中的部分观点接近,上市公司的公司章程基本上都规定了“董事任期届满前,股东大会不得无故解除其职务”。《公司法司法解释五》第三条出来以后,董事解任问题得到了明确,基本统一了各界观点,与国际通行立法并轨。在我国建立现代企业制度及营造良好营商环境的背景下,在法律上明确董事解任制度,是立法上的进步,也符合现阶段我国经济发展的实际情况。当然,如果要更好地理解董事解任制度在中国法语境下所面临的理论难题和实务挑战,需要从实证分析维度考察其具体运行情况,检讨问题发生原因和制度完善方案。

2. 上市公司董事解任规则的体系演变

相比非上市公司仅需要遵循《公司法》的相关规定以外,上市公司还需要遵循证监会、证券交易所的相关规则和规范,公司治理更为规范,权力分配透明度更高。现行《公司法》虽然删除了1993年《公司法》第47条第2款和第115条第2款的规定,但对于董事在其任期届满前是否可以无因解除并不明确,因此,给证监会等监管机构留下了制度空间,证监会在2006年出台的《上市公司章程指引》(证监公司字[2006]38号)仍然沿续了1993年《公司法》的规定,即使该章程指引在制定依据上明确指明是依据《公司法》的相关规定,但仍在第96条规定:“董事在任期届满以前,股东大会不能无故解除其职务”。随后证监会在2014年和2016年分别以证监会公告[2014]19号、证监会公告[2014]47号和证监会公告[2016]23号三次对章程指引进行了修订,但是均没有对前述第96条进行修改。直至2019年4月17日,证监会对章程指引进行第四次修订时,才对第96条进行了修改,调整为“董事由股东大会选举或者更换,并可在任期届满前由股东大会解除其职务”。

因为证监会《上市公司章程指引》的规定,实践操作中,在2019年4月以前上市公司在其章程基本中都规定了与前引第96条内容相同的条款,只有少数公司有关于董事无因解除的约定,如2019年3月23日紫江企业(600210.SH)发布《紫江企业关于修改〈公司章程〉〈董事会议事规则〉〈监事会议事规则〉的公告》,对章程及董事会

议事规则进行了调整,约定可以在任期届满前解除董事职务,类似的公司还有海螺型材(000619.SZ)、唐山港(601000.SH)、众生药业(002317.SZ)等公司。2019年版《上市公司章程指引》发布以后,部分上市公司开始主动修改其《章程》,纷纷修改了董事无因解任的相关规定,如众业达(002441.SZ)在2019年4月19日召开董事会提议修改章程将原章程第106条关于“董事在任期届满以前,股东大会不得无故解除其职务”的条款修改为“(第111条)董事由股东大会选举或更换,并可在任期届满前由股东大会解除其职务”。但是也存在在新修订的公司章程中未修改的情形,如好莱客(603898.SH)、昊华能源(601101.SH)、海利尔(603639.SH)等。

上市公司董事会席位对公司控制权非常重要,在公司控制权争夺中往往是双方争夺的焦点,因此很多控制权争夺案的发生时点,都是在董事会换届或个别董事辞职时发生,若强行要求解任董事,必然会引起现任董事的激烈反抗,防御一方往往以此为由抵抗“入侵方”更换董事的请求。在著名的“宝万”控制权争夺案中万科管理层使用了这一招。2016年6月26日宝能系提请万科公司董事会召集临时股东大会,提请罢免王石等10名董事和2名监事,并提出了明确罢免理由。2016年7月1日晚,万科披露了《董事会议事规则(修订版)》,其中规定:“董事在任期届满前,股东大会不得无故解除其职务。”万科公司于2016年7月1日下午召开了董事会审议否决了宝能系的相关提案,董事会决议虽然没有详细披露具体否决理由,但是董事会任期未到期应为其原因之一。

在现行规则下,实践中如果上市公司在任期届满前解任董事,基本上都会提出相应理由,如相应董事出现《公司法》或交易所规定的不适格情形、两次以上未出席董事会、未能勤勉尽职、违反忠实义务等行为。毫无疑问,由于何为合理理由,本身具有主观性,现任董事会往往会以各种理由拒绝,部分股东只能通过监事会或自行召开股东大会进行审议,提高了股东权利行使的成本,间接扩大了代理成本,不利于保护股东合法权益。

三、董事解任司法实践实证观察

对于董事解任问题,实践中往往是在相应公司章程中设定了类似1993年《公司法》规定的“董

事在任期届满以前,股东(大)会不得无故解除其职务”的条款,被解任董事或其代表股东提请争议解决,请求撤销股东会决议或确认股东会决议无效。笔者以“不得无故解除其职务”为关键词,在案由“公司决议纠纷”中按照判决全文,在北大法宝司法案例数据检索,共检索到相关司法案例共160例(检索时间为2019年6月5日上午),其中24起案例中审理法院对于“股东(大)会不得无故解除其职务”作出解释,其他案例中基本上回避了该问题,要么索引关键词不属于案例焦点,要么审理法院以股东(大)会召集程序或表决程序为由进行了判决。

在检索的24起案例中,不同法院的审查范围及最终判决结论有所差异,裁判结果差异较大。总体来讲,大部分法院在审理该类案件时,都会对公司章程的相关条款进行审查,裁判时审理法院一般会要求在任期届满前解任董事须提供理由支持,只是对理由审查的深度有差异,主要集中在是否存在解任理由及其正当性、公司章程相关条款是否有效以及判断双方争议背后的实质背景等。具体而言,呈现以下几个特点。

(1) 部分法院不会对解任理由进行实质审查,仅审查是否提出理由本身,而不论该理由是否正当合理。如(2014)豫法立二民申字第00519号河南省高级人民法院认为,“就实质而言,由于公司章程对股东会罢免董事的职权未作明确限制,法院原则上不介入公司内部事务,以最大限度尊重公司自治。因此,临时股东会罢免董事所依据的事实是否属实,理由是否成立,不属于再审查的范围”。类似案例包括(2011)金民二(商)初字第1446号、(2016)川1102民初1327号、(2017)闽0823民初2487号等案例。

(2) 部分法院实质审查解任理由,认为解任理由必须正当合理。如(2015)沪一中民四(商)终字第801号中上海市第一中级人民法院认为,“根据视臻公司章程的规定,执行董事在任期届满前,股东会不得无故解除其职务。……本案中股东会欲解除公司执行董事职务须有正当合理理由,……并未能提供充分证据证明紧迫性事由的具体表现,也未能证明系争股东会决议解除视臻公司执行董事职务系具有其他合理事由。(股东会决议)违反了视臻公司章程规定”。类似案例包括(2014)来民二初字第00065号、(2009)沪二中民三(商)终字第568号(2011)、浙嘉商终字第185

号、(2011)沪二中民四(商)终字第778号等案例。

(3) 部分法院在当事人提出了具体理由后,会进一步审查解任理由背后的实质商业背景,并试图判断是否损害中小股东利益。如(2016)粤0306民初4935号中广东省深圳市宝安区人民法院认为,“(公司章程)第二十七条规定:‘董事任期3年,董事任期届满,可以连选连任。董事在任期届满前,股东会不得无故解除其职务。’原告作为金之彩公司的董事长,任期应为三年,美盈森集团作为控股股东,并由美盈森集团提名的董事王治军、黄琳在原告正常履职的情况下,提议免去原告的董事长、董事职务,没有充分的事由。股东会提起审议的理由是鉴于欧阳宣的年龄状况及公司近两年的业绩,原告的年龄状况在其被任命为董事长、董事时既已客观存在,被告也未提交证据证明公司最近两年的具体经营状况,因此临时董事会决议免去原告的董事长及董事职务、股东会决议免去欧阳宣的董事职务均应属无故解除原告职务,违反了公司《章程》第二十五、第二十七条之规定,同时这种行为有利用控股股东地位损害小股东利益,并促使《收购协议》中2016年12月31日前收购标的公司30%的股权不成立之嫌疑”。类似案例包括(2011)沪二中民四(商)终字第778号。

(4) 部分法院对于公司章程的相关解任条款进行效力审查。在公司章程的相关条款是否有效的问题上,绝大部分法院不会作出具体判断,尊重当事人的公司自治,但有个别法院判决对此有阐述,如(2017)闽0823民初2487号中福建省上杭县人民法院认为,“根据《中华人民共和国公司法》第三十七条的规定,股东会可选举和更换董事和监事;佳和公司章程第二十七条‘董事任期三年,任期届满前,股东大会不得无故解除其职务’的约定与《中华人民共和国公司法》的上述规定相冲突,应为无效”。

四、《公司法司法解释五》董事解任制度的评析与完善

如前文所述,中国公司法语境下董事解任的立法规定和司法规则并不完善,在理论上和实践中引发了很多争议问题,亟需通过立法修订或司法解释的方式明确董事解任规制的基本立场。如今,《公司法司法解释五》第三条结束了长期以来

实践界与理论界的分歧。但是目前《公司法司法解释五》第三条规定相对简略,体系化程度不够,在实践中执行可能会走样,需要完善相应的配套规则。

1. 第三条的强制适用与公司章程自治的冲突

虽然《上市公司章程指引》(2019年)以及《公司法司法解释五》出台以后,部分上市公司启动了章程修改,但是也存在部分上市公司并不及时修改,或者没有意愿修改。而非上市公司修改意愿就更低,因此首先需要明确的是未修改的章程条款与《公司法司法解释五》第三条是否存在冲突,章程是否可以排除第三条的问题。

从《公司法司法解释五》第三条具体内容来看,没有规定类似《美国示范商业公司法》的“章程另有规定除外”的例外条款,因此是否可以被公司章程排除适用,存在模糊之处,需要结合其立法目的及规范对象分析第三条的规范性质。根据现行《立法法》第104条第1款的规定,最高院司法解释应针对具体条文作出符合立法目的、原则和原意的适用解释。司法解释应当与其解释的具体法律条文具有同一效力^[11]。然而,我们注意到此次《公司法司法解释五》中并未明确第三条是针对《公司法》中的具体条文,该司法解释开头仅模糊提及“结合人民法院审判实践,就股东权益保护等纠纷案件适用法律问题作出如下规定”。现行《公司法》的董事任免条款规定比较原则,如第4条(股东收益权、决策权和选择管理者权)、第37条(有限公司股东会职权)、第45条(董事会任期及延期改选),股份公司和有限公司的条款规定非常接近,不再重复列举。从立法目的及原意上理解,第三条是针对《公司法》中董事任期条款进一步解释更为合理,其对应的规范性质与该条应具有同一性质。首先,在1993年《公司法》对于董事有因解任的规定与任期条款规定在同一条文项下,属于前后条款关系,被列为同一事项。其次,现行《公司法》第45条分为两款,分别规定了任期及连任(第一款)、任期届满后延期改选(第二款),但是唯独没有规定任期届满前改选问题,似乎是一个法律漏洞,此次第三条理解为弥补了这一漏洞似乎更为合理。

由此,问题具体到如何理解《公司法》第45条的规范性质。《公司法》第45条分为两款,第一款规定的是任期问题,该条明确可以由章程进行自

主设定的,能够被“排除”适用无疑,实践中有规定三年,也有规定五年的,如中国平安的章程。第二款规定的是未及时改选或辞职导致人数不够时董事的履职问题,这属于公司董事的信义义务范畴,应该属于强制性规范,不能够被“排除”适用,否则将导致公司法理机制失灵,实践中也未见有公司章程“排除”该款的案例。由此,现行《公司法》第45条不同款项性质不同,是否可被公司章程“排除”适用难以明确。如何理解第三条性质,美国戈登教授的观点值得借鉴,他认为公司法中的权力性分配规则不允许公司“排除”适用,否则将引发大量的投机性修改公司章程的情况发生^[12]。笔者认为,董事无因解任规则属于公司法上的权力分配规则,借鉴前述观点,第三条的规定应理解为不可“排除”适用的强制性规范,否则将导致出现股东与董事之间权力的失衡。

我们也注意到,虽然《公司法司法解释五》第三条具有强制适用性,但是根据法不溯及既往原则,对于目前现行有效的公司章程而言,由于其制定过程是股东(大)会有效表决完成的,只要表决程序合法,体现了全体股东的合意,应当继续有效。对于《公司法司法解释五》实施以后,新制定或修订的章程,如果仍有相应限制性条款的,异议股东可以主张相应股东(大)会决议内容无效,在《公司法》第22条的规定范围内主张权利。

2. 董事解任的程序性规则完善建议

《公司法司法解释五》第三条仅明确了董事无因解任的股东(大)会决议内容的效力,对于解任程序并没有作出配套规定,从文义上理解,具体解任程序仍按照《公司法》或公司《章程》的相关规定执行。根据现行《公司法》第43条及第103条规定,除特别重大事项,如修改公司章程、增加或者减少注册资本、公司合并、分立、解散或者变更公司形式等决议,必须以特别决议表决外,其他事项均以普通决议表决。据此,可以理解为董事解任决议应以普通决议表决进行,即经出席股东大会出席人数有表决权的半数以上通过即为有效。

董事解任的普通决议机制到底是降低了解任董事的难度,还是提高了解任董事的难度,以及这种安排是否切实有利于保护中小股东的利益,在不同股权结构的企业中,会发生不同的甚至与政策制定者预期完全相反的效果。

以我国上市公司这个企业群体举例,由于实际控制股东或大股东持股比例偏高,中小股东投

票参与积极性不高,普通表决机制容易发生大股东侵害小股东利益的行为,而且董事解任不实行回避制度,凡是出席股东大会的股东都有表决权,对于大股东或控制股东持股超过50%的上市公司而言,中小股东在董事解任上基本上没有任何话语权。根据统计,目前我国3623家上市公司中(数据截至2019年6月10日),有840家上市公司大股东或实际控制股东持股比例超过50%,若以普通决议表决董事任免,中小股东几乎没有任何机会参与董事会的组成,有2242家上市公司实际控制股东或第一大股东持股比例超过30%,占比为61.88%,对于这部分上市公司,如以普通决议表决董事解任,需要持股比例60%以上的股东参与投票,根据目前的投票实践,投票结果很容易被实际控制股东或大股东操纵。由此可见,若纯以普通决议解任董事,实践中中小股东的利益受侵害的机会比较大,大股东的话语权过重,单纯靠《公司法司法解释五》第三条的规定难以达到保护中小股东利益的立法目标,并不能明显改善营商环境,董事无因解任反而容易成为实际控制股东或大股东“清除异己”的工具。

考察域外的法律规定,董事解任表决程序并不统一,究竟采用何种决议形式,其实没有孰优孰劣之分,各国立法者往往结合本国经济发展水平以及治理结构的实际状况采取不同选择方案。如英国公司法立法对此就经历了一个“特别表决—特别多数表决—普通表决”的演进过程,体现了该国公司法随着社会发展以及公司法理论发展动态调整的过程。美国公司法采用的是普通决议,但同时遵循解任与选举程序一致原则,即采用普通决议选举的董事其解任程序应采用普通决议,采用累积投票选举的董事,其解任程序也应采用累积投票,不同类型股东选举的董事只能由该类别股东解任,如美国《示范商业公司法》第8.08(b)(c)条,以及参考特拉华州公司法第141条与纽约州公司法第706条。日本、韩国公司立法中规定,解任董事的股东会决议属于特别决议事项,具体可参考《日本商法典》第257条。我国台湾地区所谓“公司法”对于董事解任经历了从普通决议调整为特别决议的过程,第199条(董事解任)规定了董事决议解任制度,明确规定董事可以由股东会决议随时解任,但公开发行股份的公司与非公开发行股份的公司有不同程序,即非公开发行股份的公司须由已发行股份的2/3出席并经出席股东

过半数同意,对于公开发行股份的公司,由已发行股份过半数股东出席,并经出席股东2/3以上表决同意,同时章程设定更高标准的,适用章程之规定。可见我国台湾地区所谓“公司法”是采用从严标准,并且鼓励章程设置更严厉条件。

总体来看,董事解任程序如何规定是一种立法选择,需要根据各国国情进行具体安排。选择特别决议事项防止董事被任意罢免或者某些董事刻意迎合股东需求而影响公司的长远稳健发展。而选择普通决议事项则是考虑到防止董事会利用其职权侵害公司利益,以及实际控制股东或大股东利用投票权优势侵害中小股东利益,降低了解任董事的难度,提高公司的运行效率。考虑到当前阶段我国公司股权结构特征,采用纯普通决议解任董事,容易因大股东投票话语权过重而损害中小投资者利益的情形,而针对股权结构相对集中的有限责任公司,如果采用特别决议则容易陷入公司僵局,影响公司运行效率。建议在后续修改《公司法》时参考我国台湾地区的做法,针对公众公司与非公众公司作出差异化的安排。

3. 建议完善董事司法判决解任制度

股东会自行决议解任董事职务属于公司治理运转相对顺利的情形,但是在部分情形下,因为股权结构分布差异,会出现股东会自行决议解任董事机制的失效,如在股权结构特别分散的公司中,股东会往往容易被分化,从而导致解任董事职务的股东会无法形成有效决议,同样在股权结构特别集中的公司中,大股东往往能够绝对左右股东会表决结果,因此中小股东的利益也容易受到实质侵害。因此建议在《公司法司法解释五》第三条规定的“决议解任”之外,还应增加“司法判决解任”机制,以切实达到政策实施目标。

我国现行《公司法》对于司法判决解任并没有明确规定,仅在第149条至152条规定了董事对公司或股东的损害赔偿责任,并不能当然地理解为司法解任董事。然而纵观各个国家及地区立法,司法判决解任基本是各个国家及地区法律配合决议解任制度的标配。如依据美国《示范商业公司法》第8.09(a)条规定,如果法院认为某董事具有欺诈或不诚实行为等,则可以免除该董事的职务。如果某位董事有明显的渎职行为,即使是由多数股份的股东推选的董事,司法机构也可以代表少数股东介入。我国台湾地区所谓“公司法”也有类似规定,第200条(解任董事之诉)规定,

“董事执行业务,有重大损害公司之行为或违反法令或章程之重大事项,股东会未为决议将其解任时,得由持有已发行股份总数百分之三以上股份之股东,于股东会后三十日内,诉请法院裁判之”。

如何落实司法判决解任董事制度,应充分权衡董事会稳定、中小股东利益保护、第三方交易安全等因素综合考虑。根据前引第 200 条规定,在股东决议解任未完成时,持股 3% 以上股东有提请法院判决解任权,但是该权利需要在 30 天以内提起,否则就会失效。这 30 天以内的规定,对于外部股东来讲,其证据收集、材料组织难度比较大,可以参考现行公司法第 22 条关于股东决议无效的时效规定,即 60 天较为恰当。此外,由于我国目前积极股东不发达,中小股东维权成本又比较高,提起董事司法解任的主体可以放宽一点,不限于 3% 以上股东。参考我国台湾地区所谓“公司法”的规定,还可以由投资者保护中心作为适格主体提起诉讼。在 2009 年增订该法第 10 条之(一)后,过去鲜少被提出的少数股东代表诉讼与裁判解任董事诉讼,现已可由投保中心提起,案件数量也日渐增加^[13]。

我国于 2014 年 12 月成立了中证中小投资者服务中心有限责任公司(简称“投服中心”),由证监会管理,以投资者的身份履行一些行权、维权、调解事项。但是,由于现投服中心持有每家公司的股权比例比较低,其在很多事项上达不以 3% 以上股东的提议资格,建议政策制定者下一步考虑制定专门的投资者保护法律,赋予投服中心更多法定权限,以达到切实履行中小投资者保护的功能与效果。

五、结 语

《公司法司法解释五》第三条明确了董事决议解任制度,弥补了我国现行公司法上的漏洞,对于改善我国营商环境、保护中小股东利益、防范内部人控制等方面均有积极意义,但是由于该条规

定较为简单,不够体系化,今后司法适用过程中不可避免会出现争议与纠纷,有待根据实际情况进一步完善相应规则,尤其是推出司法判决解任规则、完善投服中心权限等制度。对于董事解任制度而言,《公司法司法解释五》第三条的规定只是这一问题的起点,后续还有很多问题有待实践解决。

参考文献:

- [1] 世界银行. 2019 年营商环境报告:强化培训,促进改革[EB/OL]. [2019 - 10 - 31]. https://chinese.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf.
- [2] 罗培新. 世行营商环境评估之“保护少数投资”指标解析——兼论我国公司法的修订[J]. 清华法学, 2019(1):167.
- [3] Sofie C. Europe's Ius Commune on Director Revocability[J]. European Company & Financial Law Review, 2011, 8(2):199 - 234..
- [4] 陈颐远. 商事法(中册)[M]. 台北:复兴书局, 1968(8):377.
- [5] 钱玉林. 股东大会中心主义与董事会中心主义——公司权力结构的变迁及其评价[J]. 学术交流, 2002(1):46.
- [6] 张开平. 英美公司董事法制制度研究[M]. 北京:法律出版社, 1998:36.
- [7] 张弛. 英国公司治理中的股东会中心主义——立法、判例与借鉴[J]. 中国证券期货, 2019(4):88.
- [8] 朱谦. 股东会罢免董事的法律问题研究——对公司法人治理结构优化的侧面考察[J]. 比较法研究, 2001(3):52.
- [9] 叶敏,周俊鹏. 从股东会中心主义到董事会中心主义——现代公司法人治理结构的发展与变化[J]. 商业经济与管理, 2008(1):74.
- [10] 曹康秀. 新公司法修订研究报告(上册)[M]. 北京:中国法制出版社, 2005:118.
- [11] 王成. 最高院司法解释效力研究[J]. 中外法学, 2016(1):277.
- [12] 罗伯塔·罗曼诺. 公司法基础[M]. 罗培新,译. 北京:北京大学出版社, 2013:167 - 190.
- [13] 邵庆平. 2016 年公司法与证券交易法发展回顾[J]. 台湾大学法学论丛, 2017, 46:1531 - 1560.

(责任编辑:王 薇)