

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

作者：秦悦民 / 王利民 / 章祺辉 / 赖博玮 / 苏翹如

本次研讨会由通力律师事务所合伙人秦悦民律师(以下简称“秦”)、王利民律师(以下简称“王”)、通力律师事务所章祺辉(以下简称“章”)、赖博玮(以下简称“赖”)以及香港大学法学院实习生苏翹如(以下简称“苏”)参加。

### 一、 关联董事的认定及回避问题

**秦：**本次研讨会的主题是公司会议法律与实务。首先，我想讨论关联董事的认定及其回避问题。在召开董事会会议时，可能存在某些董事会成员与议决事项有某些利益上的联系或冲突。《公司法》第一百二十四条规定，“上市公司董事与董事会决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。”这意味着关联董事必须回避表决。但是《公司法》对于如何认定关联董事？关联董事何时需要主动披露关联关系？还有当关联董事回避有误时异议董事或股东有何救济途径是否作了规定呢？

**王：**我从资本市场的角度谈一谈关联董事的定义。对于上市公司，《上海证券交易所股票上市规则》以及《深圳证券交易所股票上市规则》都在第 10.2.1 条规定了六种关联董事的情形。其中第(六)项是兜底性质的规定，即“中国证监会、本所或者上市公司认定的因其他原因使其独立的商业判断可能受到影响的人士。”

如您需要了解我们的出版物，请与下列人员联系：

郭建良: (86 21) 3135 8756  
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所  
[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)

**赖：**那是不是说只有符合《股票上市规则》中关联董事的定义，上市公司董事才可以回避表决呢？

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

**秦：**我注意到，《公司法》第一百二十四条和二百一十六条的用词是“关联关系”。而“关联董事”、“关联交易”二词多见于部门规章、规范性文件和自律规则中，包括上述《股票上市规则》。由于“关联关系”、“关联董事”和“关联交易”分别出现在不同的法律、部门规章、规范性文件和自律规则中，因此我认为首先需要确定的是“关联关系”、“关联董事”和“关联交易”在不同的规定和规则中的定义及其相互之间的关系。

在《现代公司法》一书中，刘俊海教授认为《公司法》中的关联关系外延甚广：既包括财产关系，亦包括各类人身关系；既包括直接的关联关系，也包括间接的关联关系。我注意到，《公司法》仅使用了“关联关系”这个概念，而在部门规章、规范性文件及自律规则中经常出现的是“关联交易”、“关联董事”这两个概念。从文义解释的角度，“关联关系”的外延应该是大于“关联交易”的，两者应该是一种种属关系。而“关联董事”的概念并未出现在《公司法》中，按照文意理解，对上市公司而言，是不是就可以认为《股票上市规则》中的“关联董事”就是《公司法》第一百二十四条所提到的“有关联关系的”董事呢？

**章：**我认为，对上市公司而言，《股票上市规则》对关联董事的界定当然是理解《公司法》第一百二十四条提及的“有关联关系的”董事的一个重要的参考，是《股票上市规则》对《公司法》中“有关联关系的”董事的理解，股票在该交易所上市交易的公司都应该遵守交易所的规则。但这并不是说《股票上市规则》对“关联董事”的界定能够完全周延到《公司法》对“有关联关系的”董事的界定。

《公司法》对关联关系作了定义，即《公司法》第二百一十六条第(四)项的规定，“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”从该项规定来看，《公司法》对关联关系做了开放而非穷尽列举式的界定，这无疑更能适应千变万化的商业实践。

从《立法法》的角度讲，《公司法》作为法律的效力位阶是仅次于宪法的。证券交易所的规则并非《立法法》规定的法律渊源，而应该理解为上市公司都必须遵守的自治规则或者商业惯例，其可以在法律文义的范围具体化法律的适用，但不能限制法律的适用。目前有观点认为，若上市公司董事在召开董事会会议时不存在《股票上市规则》所规定的关联关系的，就不是《公司法》意义上的“有关联关系的”董事，这种观点我认为是值得商榷的。

**秦：**此外，《公司法》对董事应如何进行信息披露没有规定。在公司会议实践中，董事信息披露的要求在各公司的《公司章程》中也不尽一致。那么董事应当何时披露与关联交易相关的信息呢？

**苏：**根据英国《公司法》第一百八十二条以及香港《公司条例》第五百三十七条的规定，关联董事应当在合理地切实可行的范围内尽快披露关联关系。英国《公司法》第一百七十七条第二款和香港《公司条例》第五百三十八条还规定，关联董事进行披露应当(1)在董事会会议上；或(2)至少

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

在公司达成某项交易或安排之前披露；或(3)若董事通过书面通知的方式披露关联关系时，其必须确保关联关系的信息为其他董事所知晓。

## 二、 公司决议存在瑕疵时的救济问题

**章：**另一个问题，关于公司决议瑕疵的诉讼救济。我注意到，德国《股份法》第 241 条、法国《商法典》第 255-121 条、日本《公司法》第 829 条和第 830 条、韩国《商法典》第 376 条和第 380 条以及台湾地区《公司法》第 189 条和第 191 条，都规定了在股东(大)会决议有瑕疵的情况下给予股东诉讼救济，但这些立法例都没有规定董事会决议有瑕疵时可以给予股东诉讼救济。

而《公司法》第二十二条则规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”其中为何规定了股东有权主张董事会决议无效或可撤销呢？

**王：**现行《公司法》第二十二条的规定是在 2005 年修订《公司法》时首次确定下来的。1993 年《公司法》第一百一十一条规定：“股东大会、董事会的决议违反法律、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。”可以明显看出两个条款对于股东行使救济的方式和对象有着本质上的区别。

对于立法者增加《公司法》第二十二条中关于股东有权提起董事会决议无效或可撤销之诉的立法意图，我也查阅了 2005 年《公司法》修订时，全国人大常委会、国务院法制办和最高人民法院的一些报告和资料，但是没有发现与此有关的立法理由说明。

**秦：**梁慧星教授在《民法解释学》中提到，“我国(大陆)立法无附具立法理由书之制度，其他立法资料如审议记录不公开，立法机关通过法律时由起草人所作的立法说明往往非常简单。”此外我国公司法专家学者对于第二十二条中为何股东有权提起董事会决议无效或可撤销之诉的论述也几乎没有，因此要探究参与修订 2005 年《公司法》的立法者的立法意图目前看来很困难。

**各位对于我国现行《公司法》第二十二条中关于股东享有对董事会决议瑕疵的诉讼救济的规定有什么看法？**

**苏：**在香港公司法下，若董事未做完全披露就与公司进行交易，撤销的对象是合同而非董事会决议。若董事不当地促使第三人与公司交易，此类合同也是可撤销的。董事会决议有瑕疵的情况下股东针对董事会决议本身提起诉讼这一救济途径在普通法下似乎是不存在的。在英国 1935 年的 *James Shaw & Sons (Salford) Limited v. Shaw* 一案中，法官认为，如果董事享有某些经营管理的权力，那么只有董事可以行使这些权力。股东控制董事权力的唯一办法就是修改章程或是在章程允

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

许的情况下不再选举他们不满意的董事。

**秦：**我认为，将董事会决议无效和可撤销也纳入《公司法》第二十二条，可能是因为考虑到了我国一些公司中特殊的治理结构。比如，《公司法》第六十六条规定，“国有独资公司不设股东会……国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权。”

再如，中外合资、中外合作的有限责任公司的董事会是公司的最高权力机构，这两类公司并不设股东会。

因此，我认为，在上述类型的公司中，若董事会利用权力侵犯公司或股东利益，股东可能的救济途径之一便是诉请法院否定董事会决议的效力。

但即使存在上述可能，我认为赋予股东对董事会决议提起无效和可撤销之诉的权利也是值得商榷的。《公司法》并未规定股东有权在董事会会议上提出议案、参与董事会会议的讨论和表决。既然股东在董事会会议上并不享有任何权利，那么股东对有瑕疵的董事会决议提起无效或可撤销之诉的权利基础何在？

**章：**在大陆法系的一些国家，如韩国，有学者认为股东(大)会决议无效或可撤销或不存在的法理基础在于，股东大会决议是股东之间的一种特殊协议。但似乎董事会决议并没有被通说认为是协议的一种。

《公司法》下股东对于有瑕疵的董事会决议享有诉讼救济，我认为需要明确的一点是，股东能够主张董事会决议无效或可撤销的前提是，董事会决议的内容或相关程序违反法律、行政法规或者公司章程。这似乎也印证了我们上面的讨论思路，即仅仅违反证券交易所的相关规则，似乎不能够成为股东要求撤销董事会决议的理由。

在《股票上市规则》认定的“关联董事”之外，董事存在其他关联关系从而需要回避表决是完全可能的。不能仅仅因为董事不是《股票上市规则》认定的“关联董事”，就认为董事的回避表决导致董事会会议的相关程序违反了法律、行政法规或者公司章程。

**王：**我注意到，2005年2月25日，时任国务院法制办主任的曹康泰在第十届全国人大常委会第十四次会议上做的《关于〈中华人民共和国公司法(修订草案)〉的说明》中，提到了一条对于关联交易的修改意见，即“应当回避表决的董事未回避表决的，上市公司有权自作出决议之日起3个月内向人民法院提出撤销有关合同、交易，但对方为善意第三人的除外。”但是这一条最后并没有被放进《公司法》的条文中。

我理解，在关联交易的语境下，规定董事会决议若存在表决程序上的问题，撤销的对象是“有关合

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

同、交易”而非董事会决议将更加节约司法资源，并且相较于撤销董事会决议而言，能够更加直接有效地否定存在问题的董事会决议所产生的效果。

**赖：**在 2010 年天津市高级人民法院审理的金华(中国)有限公司(“**金华公司**”)等与汇英(加拿大)有限公司(“**汇英公司**”)股权转让合同纠纷上诉案中，天津高院在判断加拿大汇英公司提出的撤销《董事会决议》的主张是否已过诉讼时效时，似乎将董事会决议定性为合同。

该案判决书这么说：“本案中，加拿大汇英公司请求确认《股权转让协议》及《董事会决议》无效，其该项请求权属形成权范畴，并非诉讼时效的客体，不应适用诉讼时效的相关规定。与此同时，《中华人民共和国合同法》及相关法律未规定确认合同无效请求权的除斥期间，因此加拿大汇英公司提起本案诉讼不存在超过法律所规定的期限之情形。”

**秦：**上海有一个类似的公报案例，将董事会决议认定为合同。2002 年上海市第二中级人民法院审理的谢民视诉张瑞昌、金刚公司股权纠纷案中，金刚公司董事会作出决议，同意金刚公司股东谢民视将其在金刚公司中的股权转让给另一股东张瑞昌，二者同时分别是金刚公司的副董事长和董事长。上海二中院认为，系争董事会决议不但议定了金刚公司股东间转让股权的方案，还议定了受让方如何向出让方支付转让款等问题。该决议具有董事会决议和股权转让合同的双重属性，谢民视与张瑞昌在该决议上签字时，双方的股权转让合同已成立。

### 三、董事是否回避对董事会决议效力的影响

**秦：**本次研讨会的最后一个议题，如果董事会会议表决程序完成后，发现董事不该回避但是其在会上回避了，此时是否可以董事会决议违反法律、行政法规或公司章程的规定而提起决议可撤销之诉？

**王：**关于董事回避问题，我认为董事该回避表决而不回避，此时做出的董事会决议很可能由于违反《公司法》第二十二条和第一百二十四条的规定而导致可撤销。

从实践角度而言，如何去认定一名董事不该回避表决而回避则存在很大难度。

**秦：**就公司会议程序而言，董事该回避表决而不回避的确是个问题，我国立法过程中有过针对此行为的讨论。但是董事不该回避表决而回避，我认为其本质上就是缺席会议，就是将决策权交到了其他董事手中。

在境外国家和地区，董事不该回避表决而回避并不成为问题，原因是这些国家和地区的公司法都是这样规定的：例如我国台湾地区《公司法》第二百零六条规定：“董事会之决议，除本法另有规定外，应有过半数董事之出席，**出席董事**过半数之同意行之。”此外法国《商法典》第 225-37 条、日本《公司法》第 369 条、香港《公司条例》第 563 条和第 564 条中均规定了董事会决议通过与

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

否是与**出席董事**而非全体董事挂钩的。德国《股份法》、《俄罗斯联邦股份公司法》、英国《公司法》以及美国特拉华州《普通公司法》中的规定也是如此。

而我国《公司法》第一百一十一条规定：“董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经**全体董事**的过半数通过。”由此造成了回避与缺席在计算决议表决权总数时产生了实质区别，导致部分观点认为不该回避表决而回避会导致会议决议可撤销。如今年6月17日万科股份有限公司召开的董事会会议上关于张利平董事的回避问题，业界就产生了其表决权是否计入表决权总数的争议，我们对此也已经发文作了分析。

从技术上来说，如果《公司法》的立法者认为**董事会决议需要全体董事的一定比例通过，而不是出席董事的一定比例通过**，则公司会议制度似应建立强制出席制度以匹配，规定**全体董事必须出席每次董事会会议，不出席的视为出席，并且视为其对于该次董事会会议上拟议事项都投了赞成票**。

此外，我也注意到，在英国最为权威的关于会议法律和实务的出版物 *Shackleton on the Law and Practice of Meetings* 中，作者写道，会议进程中，若某些事项需要被讨论，则往往会以动议的形式出现，此时可能还有附议者。动议者应当将动议以书面形式记录下来，让人明白无误地了解动议内容。实务中，会议主席应当要求与会者对此动议进行讨论并表决。因此，在境外实践中，若对于董事是否可以回避这一事项没有与会董事在会议当时提出动议，此后也没有与会者对是否可以回避这一事项进行讨论和表决，那么似乎在会议结束后无权再主张董事会决议因董事的回避问题而可以被撤销。

**赖：**根据目前检索到的其他国家立法例，《俄罗斯联邦股份公司法》第六十八条规定了董事会决议瑕疵的诉讼救济制度。第六十八条第5款规定：“对公司董事会(监事会)违反本法、俄罗斯联邦其他法律文件、公司章程规定程序所通过的决议，**没有参加投票表决或者投反对票的公司董事会(监事会)董事**，如果这一决议侵犯其权利和合法利益，他有权向法院提起诉讼。”

值得注意的是，依俄罗斯法，有权对董事会决议提起诉讼的主体只有两类，(1)没有参加投票表决的董事；(2)投反对票的董事；对于董事会决议的效力问题股东是没有权利主张的。

**秦：**我认为，《俄罗斯联邦股份公司法》第六十八条的规定也是诚实信用原则或是禁止反言原则在公司会议制度上的体现。比如，在董事会会议现场，某董事提出他因为关联关系需要回避，而其他与会董事并未在会上对该董事的回避提出异议，我理解这次董事会会议最后做出的决议至少不能再因为回避这一节事实被认定为可以撤销。

在这一方面，我认为境外一些判例中涉及的股东大会争议对于我国的会议法律与实务也有一定借鉴意义。例如在英国1937年的 *Carruth v. ICI* 一案中，一个主要的争议点是持有递延付息股份的

## 探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题

股东召开的股东大会会议通知不够详尽是否影响股东大会决议的有效性。法官认为，首先，会议的召集程序毫无疑问是合法有效的。其次，会议上诸多事项的决定权都掌握在与会人员手中，比如何时终止讨论或进行表决等。最重要的一点是，法官认为，如果在会议进行中，没有与会者就所涉事项提出反对意见，那么会议应当被认为符合会议的正当程序而有效。

因此在实践中，若存在公司会议违反法律、行政法规和公司章程的情形，与会人员应当及时提出，否则在会议通过相关决议后再提异议似乎有违诚实信用原则之嫌。

王：说到公司决议的效力问题，我注意到在大陆法系的国家和地区，对此规定并不完全相同。比如，在日本和韩国，否定公司决议的效力分为无效、可撤销和未成立，采三分法。而台湾地区《公司法》对公司决议的效力与《公司法》目前的规定相同，即采无效和可撤销的两分法。

在最高人民法院近日公告的公司法司法解释四征求意见稿中，新增了公司决议不存在以及未形成有效决议这两种类型，似乎是对其他大陆法系国家和地区立法例的回应。

章：无论是三分法、二分法还是《公司法司法解释四征求意见稿》里的四分法我倒认为不影响法院事实上的处理。我国《合同法》和《公司法》对合同的成立，决议的通过都已经从正面规定了要件，所以确认合同不成立、决议未通过不需要另寻请求权基础，只要不符合成立条件或通过条件的合同或决议即可以消极确认之诉主张。最高院已经有明确的支持不存在合同关系的消极确认之诉进入法院审理范围的案例。

从《立法法》的角度讲，司法解释也不能创设法律规则，而只能对法律的具体适用作出解释，因此确认决议不存在或未形成有效决议应该被认为是包含在公司法本身的规定里的，《公司法司法解释四征求意见稿》里的四分法如果被正式确认为司法解释，也只是将其明确显露出来。但如果因为《公司法》没有明确正面规定决议未通过的请求权基础，把决议未通过与决议的撤销相混淆，对应该确认未通过的决议向法院主张撤销，则是削足适履罔顾事实了。

秦：由于时间所限，本次研讨会主要从关联董事相关制度、我国《公司法》对董事会决议的相关规定以及董事会决议瑕疵的诉讼救济这三个方面做了探讨。最后，引用英国 Lindley 大法官在 1887 年的 *Browne v. La Trinidad* 一案中对司法救济和公司自治之间的界限所做的表述来结束本次研讨会：“我认为最重要的是法院应坚守其一贯奉行的准则，即不在公司被投诉出现不合规之举但此举可以在任何时候得到纠正时，对公司进行干预，迫使其按照最严格的规则行事。”

**探究：公司董事会会议中三个重要的法律与实务问题**

如需进一步信息，请联系：

作者	
<b>秦悦民</b> 电话: (86 21) 3135 8668 charles.qin@linkslaw.com	<b>王利民</b> 电话: (86 10) 8519 2266 leo.wang@linkslaw.com
<b>章祺辉</b> 电话: (86 21) 3135 8748 peter.zhang@linkslaw.com	<b>赖博玮</b> 电话: (86 21) 3135 8696 billy.lai@linkslaw.com
上海	
<b>俞卫锋</b> 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	<b>秦悦民</b> 电话: (86 21) 3135 8668 charles.qin@linkslaw.com
<b>杨培明</b> 电话: (86 21) 3135 8787 peiming.yang@linkslaw.com	
北京	
<b>秦悦民</b> 电话: (86 10) 8519 2266 charles.qin@linkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所联营)	
<b>俞卫锋</b> 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	<b>吕红</b> 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com
<b>谢岚</b> 电话: (86 21) 3135 8688 amigo.xie@linkslaw.com	

本篇文章首次发表于《无讼阅读》(2016年7月20日)