

应以出席董事计算董事会决议表决权总数 ——对《公司法》第 111 条的修改建议

作者：秦悦民 | 郑润镐¹

一. 问题的提出

《公司法》第 111 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。”对于董事会会议的程序要求，全国人大法工委(下称“法工委”)在《公司法释义》中指出，董事主要通过召开董事会会议的形式来行使职权，会议就必然要满足一定的程序要求：一是出席人数要求；二是表决比例要求。² 施天涛教授也认为：“董事的行动表现为会议的形式，就必须满足于一定的程式要求。这种程式要求主要表现在两个方面：一是法定人数；二是表决要求。”³

《公司法》第 111 条对股份公司董事会会议所涉及的法定人数和表决比例均作出规定，前者要求董事会会议应有过半数董事出席；后者要求董事会作出决议，须经全体董事过半数通过。法工委认为，董事会作出决议须经全体董事的过半数通过。董事会人数总体较少，易形成相对集中的意志。同时，董事会作出决议，应反映大多数成员的意愿。因此董事会作出决议，必须经全体董事过半数通过，该决议方为有效。⁴

如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

笔者认为，以全体董事计算表决权总数的现行规则，存在使《公司法》第 111 条规定的法定人数制度失去作用，抑制董事会决策效率等问题。对于董事会决议的表决权总数应如何认定，理论界存在争议。有观点认为《公司法》第 111 条的

¹ 本文作者均为通力律师事务所律师、合伙人。

² 宋燕妮、赵旭东主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2018 年版，第 234 页。

³ 施天涛：《公司法论》，法律出版社 2018 年版，第 367 页。

⁴ 宋燕妮、赵旭东主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2018 年版，第 234 页。

“全体董事”指董事会的全体董事；⁵ 也有观点认为应参酌国际公司法惯例，解释为出席董事会会议的全体董事。⁶司法实践中，对于如何理解“全体董事”也莫衷一是。有法院认为应指董事会全体董事，⁷ 也有法院认为指“出席会议董事”更为合理。⁸

笔者认为，董事会决议表决权总数应以出席会议的董事人数计算，即《公司法》第 111 条的“全体董事”应被修改为“出席会议的董事”。本文将从现行规则的来源，比较法的有关规定及我国司法实践等角度来论证修改的适当性和必要性。

二. 以出席董事计算表决权总数的适当性

《公司法》第 111 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。”笔者认为，此规定一方面使《公司法》第 111 条规定的法定人数制度失去其应有的功能；另一方面，此规定会抑制董事会决策效率。因此，董事会决议的表决权总数以出席董事数计算，才是恰当的。

(一) 法定人数制度与表决权机制相关联的适当性

董事主要通过召开董事会会议的形式行使职权，会议就必然要满足法定人数和表决比例的要求。⁹《公司法》第 111 条“董事会会议应有过半数的董事出席方可举行”对法定人数作出了规定。笔者认为，法定人数的规定在使得董事会决议具有广泛代表性，防止少数人决定多数人的事方面发挥了重要作用。但根据现行规则，法定人数与董事会决议的表决比例不具关联性，使法定人数制度无法发挥应有的作用。

1. 法定人数的作用

法定人数，即出席会议所要达到的最低人数。¹⁰为了在董事会会议上通过决议，法定人数的要求必须得到满足。¹¹只有在符合法定人数的成员出席会议的情况下，会议通过的决议才有

⁵ 周友苏：《新公司法论》，法律出版社 2006 年版，第 332 页。

⁶ 刘俊海：《现代公司法》，法律出版社 2015 年版，第 605 页。

⁷ 参见天津拓鑫力神电动汽车租赁有限公司、天津力神电池股份有限公司公司决议纠纷案，判决法院：天津市第一中级人民法院，案号：(2019)津 01 民终 7869 号，中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=9350277f7d164777bb97ab8e013d9144>，最后访问日期：2021 年 3 月 16 日。

⁸ 上海利物盛石墨烯科技有限公司与西德科东昌汽车座椅技术有限公司公司决议撤销纠纷，判决法院：上海市第二中级人民法院，案号：(2020)沪 02 民终 4310 号，裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=c377b47312b24a52b962abeb011b963d>，最后访问日期：2021 年 3 月 16 日；上海汇通能源股份有限公司与上海某某公司决议撤销纠纷，判决法院：上海市第二中级人民法院，案号：(2013)沪二中民四(商)终字第 658 号，威科先行网站：[https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAwMjY1MTY1MTY%3D?searchId=15cb2283ed2d4a8a90a6f4c7699aca36&index=1&q=\(2013\)%E6%B2%AA%E4%BA%8C%E4%B8%AD%E6%B0%91%E5%9B%9B\(%E5%95%86\)%E7%BB%88%E5%AD%97%E7%AC%AC658%E5%8F%B7&module=](https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAwMjY1MTY1MTY%3D?searchId=15cb2283ed2d4a8a90a6f4c7699aca36&index=1&q=(2013)%E6%B2%AA%E4%BA%8C%E4%B8%AD%E6%B0%91%E5%9B%9B(%E5%95%86)%E7%BB%88%E5%AD%97%E7%AC%AC658%E5%8F%B7&module=)，最后访问日期：2021 年 3 月 16 日。

⁹ 宋燕妮、赵旭东主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2018 年版，第 234 页。

¹⁰ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary 10th Edition* (2014), Thomson Reuters, p.1446.

¹¹ Leslie Kosmin QC, Catherine Roberts, *Company Meetings and Resolutions Law, Practice, and Procedure 3rd Edition* (2020), Oxford University Press, p.380.

效。¹²董事会作出决议一般通过开会决议的形式。如果每次董事会会议必须全体董事出席才有效，则议事效率过低，但如果只是少数董事参加会议并作出决议，其合法性值得怀疑。因为少数董事作出的决议未必能代表多数董事的意见。法定人数的规定使董事会决议具有比较广泛的代表性，防止少数人决定多数人的事。¹³

2. 法定人数与表决机制欠缺关联性的不利影响

我国《公司法》对出席董事会会议人数的规定，与董事会会议的表决机制没有实际意义上的关联性。《公司法》第 111 条对出席董事会会议的最低人数进行了规定，要求董事会会议有过半数董事出席，但同时规定，通过董事会决议要求全体董事过半数通过。据此，在已知董事会全体董事过半数同意一项决议的情况下，出席董事会会议的董事必然超过了全体董事的一半。¹⁴此时，法定人数的规定不具实际意义。

在法定人数与表决机制缺乏关联性的情况下，笔者认为，法定人数的作用会被严重削弱。

首先，法定人数的作用之一在于使董事会决议具有比较广泛的代表性，防止少数人决定多数人的事。但是，在法定人数与表决机制缺乏关联性的情况下，董事会决议无法准确反映未出席董事对表决事项的真实态度，因此不具有广泛代表性。具体而言，以全体股东计算表决权总数所蕴含的推定，即所有未出席董事会会议的董事对于议案均持否定态度。如果某位董事未出席董事会会议，则根据现行规则，其行使了表决权，投出了反对票。不难发现，以全体董事计算表决权总数所蕴含的推定为：所有不出席董事会会议的董事对于议案均持否定态度。这种推定显然有悖于常理。反之，以出席董事计算表决权总数所蕴含的推定为：在不出席董事会会议的董事中，对于某项议案持同意态度的人员比例，与出席董事会会议的董事中，对于该议案持同意态度的人员比例相同。此时，想要对决议事项投票的董事必须积极参与董事会会议，以表明自己的态度，这使董事会决议具有更广泛的代表性。

其次，根据以全体董事计算表决权总数的现行规则，当出席董事会会议的董事人数少于全体董事时，由于出席董事人数的不同，通过一项决议所要求的赞成票数占出席董事数的比例，会随出席董事人数的变化而变化，这有悖于常理。举例说明：假定某公司有 17 名董事，此时根据通过董事会决议须“全体董事过半数同意”的规定，不论该董事会会议有几名董事出席，通过一项决议均需 9 名以上董事表决通过。如此，当 17 名董事全体出席时，一项决议需 53% 以上(即 9 名以上)出席董事表决同意方可通过；但如果仅有 9 名董事出席董事会会议，此时 9 名出席董事须 100% 同意方能通过该决议。¹⁵这种表决比例随出席董事人数变化

¹² Madeleine Cordes, John Pugh-Smith, Tom Tabori, *Shackleton on the Law and Practice of Meetings 15th Edition (2020)*, Sweet & Maxwell, p.51.

¹³ 朱锦清：《公司法》，清华大学出版社 2019 年版，第 269 页。需补充说明，大陆法系国家对于法定人数的最低要求通常为“全体董事过半”，但是笔者也注意到，英国、香港地区的公司法对于法定人数的最低要求为 2 人，此时法定人数制度并不当然具备“使董事会决议具有比较广泛的代表性，防止少数人决定多数人的事”的作用。

¹⁴ 秦悦民：《关于我国法律中会议法定人数制度之检讨》，载《公司治理：国际借鉴与制度设计》，北京大学出版社 2005 年版，第 130-133 页。

¹⁵ 秦悦民：《关于我国法律中会议法定人数制度之检讨》，载《公司治理：国际借鉴与制度设计》，北京大学出版社 2005 年版，第 130-133 页。

而变化的情况，不合常理。若以出席董事过半数作为决议通过的规则，这一问题则迎刃而解。此时通过一项决议所要求的赞成票数占出席董事数的比例固定为大于 50%，将不会再因出席董事人数的变化而变化。

(二) 正确反映董事会决议形成及董事意思的必然要求

按照公司法的基本原理，股东有权期待董事会成员在董事会会议上表达各自的意见，有权期待董事会作为一个整体履行职能，并从董事的集体行动中获益。¹⁶但是，董事会决议须由全体董事过半数通过的规定，未能正确反映董事会决议的形成机制，进而影响到董事会决议形成的科学性。同时，现行规定会造成少数董事得以左右董事会决议的不合理结果。

1. 董事、董事会、董事会会议、董事会决议

《公司法》第 46 条规定，“董事会对股东会负责”。董事的权力来自公司和股东，这一权力是授予董事会作为一个机构整体，而不是单个董事的简单相加。¹⁷董事管理公司以“会”的形式进行，而不是以“个人”的身份实施管理。只有出席董事会会议的董事才能行使法律赋予董事会的权力。¹⁸董事会董事必须聚集在一起以“协商会议”的形式进行“实时互动”的辩论才能作出有效决定。否则，即使通过电话、书信甚至面谈的方式，从每一个董事那里分别取得“认可”，也不能成为董事会的决定。¹⁹

换句话说，董事会作为一个团体对公司享有很大权限。《公司法》第 46 条赋予董事会各项权能。董事会通过召开董事会会议，进行决议的方式行使其权力。虽然董事个人享有一些权利，如通过查账、阅读记录或者其他方式获取信息的权利，但是董事个人对公司没有任何权力。²⁰简言之，董事、董事会、董事会会议和董事会决议是四个不同的概念。董事会作为公司机关，由董事构成，董事会再通过召开董事会会议的方式，最终形成董事会决议，对公司实施管理。

周淳老师认为决议的形成包括三个层次。第一层次为个体意思的形成与表示，即公司股东或董事按照公司法和章程规定的议事方式，通过商谈、讨论或辩论，各自对决议事项产生赞成、反对或弃权的意思，并对决议机关作出表示；第二层次为公司机关集体意思的形成，前述个体的意思在公司法和公司章程规定的表决规则加总下形成集体意思；第三层次为公司意思的形成，即符合公司法和章程所搭建之议事方法与权力构造的多数意思被认可为公司的意思，从而约束公司与公司中的各群体，并作为公司代表机关对外法律交往的依据。²¹

¹⁶ Derek French, *Mayson, French & Ryan on Company Law, 36th Edition (2019)*, Oxford University Press, p.472.

¹⁷ 朱锦清：《公司法》，清华大学出版社 2019 年版，第 266 页。

¹⁸ Loh Siew Cheang, William MF Wong, Kerby Lau, *Company Law: Powers and Accountability, 2nd Edition (2017)*, LexisNexis, p.936.

¹⁹ (美)亨利·罗伯特著；(美)莎拉·科本·罗伯特，亨利·M.罗伯特三世，威廉·J.埃文斯等修订：《罗伯特议事规则》(第 11 版)，袁天鹏等译，格致出版社 2015 年版，第 357 页。

²⁰ 施天涛：《公司法论》(第四版)，法律出版社 2018 年版，第 355 页。

²¹ 周淳：《组织法视阈中的公司决议及其法律适用》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 141 页。

具体就董事会决议的形成而言：第一层次是董事在董事会会议上表达自己对决议事项的态度；第二层次是董事的个人意思在董事会会议上被吸收转化为董事会的集体意思；第三层次是通过董事会决议，董事会的集体意思进一步被转化为公司意思。易言之，董事的个人意思在董事会会议上被吸收转化为董事会的集体意思，进而通过决议对公司和公司中的各群体产生约束力。

2. 现行规则有悖于董事会决议的形成机制

《公司法》现行规则以全体董事计算董事会决议的表决权总数，未出席董事也可对董事会决议结果起到影响，即部分董事的个人意思可在不经由董事会会议吸收的情况下，直接影响到最终的决议。这不符合上述董事会决议形成的机制。况且，将未出席董事的意思推定为对董事会决议事项投反对票，如前所述，在法律没有明确规定的情况下，其正当性亦存在疑问。

笔者需同时指出，不能认为未出席董事会会议的董事已作出了“投反对票”的意思表示。“未出席”的客观事实在法律上属于单纯的沉默。²² 沉默只有在法律特别规定或当事人特别约定的情况下才产生意思表示的效力。²³ 《公司法》没有规定未出席董事会会议的董事视为投出反对票。因此，不能就此拟制未出席的董事已作出了意思表示。

3. 董事会决议存在被少数董事左右的风险

法工委在《公司法释义》中指出，董事会决议应当反映大多数成员的意愿，防止少数董事的意见左右董事会决议。²⁴ 朱锦清教授也认为，董事会开会必须有足够数量的董事出席方为有效。会议有效人数的规定是为了董事会具有比较广泛的代表性。²⁵ 但现有规则下，董事会决议反倒容易被少数董事的意见所左右。²⁶

假设公司有 9 名董事，不可否认，如果按出席董事会会议的董事过半数表决通过的规则，最少仅需 3 名董事的同意即可通过一项决议，²⁷ 存在少数董事意志左右董事会决议的可能性。但是笔者认为，采全体董事过半数通过的现行规则并不能有效改善这一现象，甚至会造成不合理的结果。

根据现行规则，在特定情况下，1 名出席会议董事的反对票就可能阻止一项决议的通过。举例来说：假设 5 名董事同意某项决议为全体董事过半数的条件。此时，若董事会会议仅有 5

²² 笔者认为这里不构成民法意义上默示的意思表示。默示的意思表示需要行为人为具体的行为。此处董事单纯未出席董事会会议不存在具体的行为。

²³ 朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社 2016 年版，第 195 页。

²⁴ 宋燕妮、赵旭东主编：《中华人民共和国公司法释义》，法律出版社 2018 年版，第 234 页。

²⁵ 朱锦清：《公司法》，清华大学出版社 2019 年版，第 269 页。

²⁶ 沈贵明：《论公司法对董事会决议表决的规范——我国〈公司法〉第 112 条规定的失误与修正》，载《法学》2011 年第 6 期，第 91 页。

²⁷ 根据法定人数的规定，该公司董事会会议法定人数为 5 人。假设有 5 名董事出席了董事会会议，若采出席董事过半数的规则，此时通过一项董事会决议须 3 名董事同意。

名董事出席，只要出席董事中的任意 1 名董事投反对票，决议事项就因未获全体董事过半数赞成而无法通过。

笔者认为，上述情况无异于赋予了出席会议董事“一票否决权”。相较于“出席董事过半数”规则，在导致“少数董事的意志左右董事会决议”方面，“全体董事过半数”的规则有过之而无不及。

(三) 提高董事会决议效率的必然选择

规定董事会决议由全体董事而非出席董事过半数通过，还会抑制董事会的决策效率。如上所述，在特定情况下，部分董事可能享有“一票否决权”，此时部分董事的个人意志即可左右董事会决议的走向，这势必影响董事会的决策效率。司法实践中，甚至出现了一些极端情形，即使出席董事会会议的人数符合法定人数要求，且出席董事会会议的董事一致同意某项决议，该决议仍无法通过。

例如，在天津市第一中级人民法院 2020 年审理的天津拓鑫力神电动汽车租赁有限公司、天津力神电池股份有限公司公司决议纠纷案中，²⁸ 公司章程规定通过某项董事会决议须全体董事三分之二以上表决通过。后该公司五名董事有三名董事出席了董事会，并均投了赞成票。未出席董事主张该董事会决议不符合公司章程的规定，该董事会决议不成立。法院经审理认为，全体董事指代的是公司的全部董事，而非出席董事会的董事。据此，公司董事会要形成有效决议需要其全体 5 名董事中的至少 4 名董事表决通过。由于案涉公司董事会决议的表决结果并未达到该公司章程规定的通过比例，所以案涉董事会决议不成立。

可见，以全体董事计算表决权总数的规定会大幅增加董事会决议通过的难度，降低董事会决策效率。作为公司事务执行机关的董事会若不能高效作出决策，无疑会给公司决策带来很大的不确定性，增加公司的治理成本，有碍于公司的发展。

三. “全体董事”立法原因探究

既然现行规定存在种种缺陷，那么立法者当年是基于何种考量作出如此规范呢？由于《公司法释义》仅对法定人数的意义加以阐述，没有进一步论述董事会决议须经“全体董事”过半数通过的理由，笔者试图从比较法和我国立法史中寻得依据。

²⁸ 参见天津拓鑫力神电动汽车租赁有限公司、天津力神电池股份有限公司公司决议纠纷案，判决法院：天津市第一中级人民法院，案号：(2019)津 01 民终 7869 号，中国裁判文书网：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=9350277f7d164777bb97ab8e013d9144>，最后访问日期：2021 年 3 月 16 日。

(一) 比较法

笔者查阅了比较法上的有关规定,发现日本、韩国、美国、法国等国家和我国台湾地区有关董事会决议的规定与《公司法》第 111 条存在不同,都采用了“出席董事会的董事”这一表述。具体而言:

《日本商法典》第二百六十条之二第一项规定,董事会的决议,由董事过半数出席并以出席董事的过半数决定;《韩国商法典》第三百九十一条规定,董事会的决议应由过半数的董事出席并由出席董事的过半数决定之;《美国示范商事公司法》第 8.24 条第 3 项规定,如果投票表决时与会董事人数达到法定人数,且半数以上的与会董事就决议投了赞成票,则视为董事会通过了该项决议,除非公司章程或章程细则中规定通过需要更高数量的赞成票;美国特拉华州《普通公司法》第 141 节 b 项规定,在有法定人数的董事会上的多数董事表决就是董事会的作为,除非在组成公司证明文件上或在组织细则上规定要有更多数人的表决;《法国商法典》第一百条第二款规定,公司章程没有规定更高的多数的,董事会的决定以获得出席或由他人代理的董事多数票通过;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,应有过半董事之出席,出席董事过半数之同意行之。

笔者也注意到,早在 1887 年,英国法院就已经意识到法定人数(quorum)和表决要求(requirement of voting)的关联性。在一则判决中,²⁹ 英国法院指出,一项决议的表决应由多数人出席,并且以出席会议董事的多数通过(the major part must be present at the meeting, and of that major part there must be a majority in favour of the act or resolution)。在《罗伯特议事规则》一书中也写到,以全体董事计算表决权总数,除非董事会有强制出席制度,否则这样不是很现实。³⁰

(二) 我国立法史

1. 《公司法》颁布前存在“出席董事”计算表决权总数的规定

据笔者检索,在《公司法》颁布前,我国法律法规中已出现了以出席董事计算表决权总数的规定。如 1983 年 9 月 20 日发布的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第 35 条规定:“董事会会议应有三分之二以上董事出席方能举行。”第 36 条规定,“合营企业章程的修改等若干事项由出席董事会会议的董事一致通过方可决议。”1993 年 5 月 14 日通过的《广东省公司条例》第 117 条规定:“董事会的决议,必须由董事的过半数出席,并由出席董事过半数的通过方为有效。”可见,我国立法者当时应当知道“出席董事”的含义,并且可以在某些法规中得以应用。那么在《公司法》中为何使用了“全体董事”这一概念呢?

²⁹ Merchants of Staple of England v Bank of England (1887), 21 Q.B.D. 160 at 165.

³⁰ (美)亨利·罗伯特著; (美)莎拉·科本·罗伯特, 亨利·M. 罗伯特三世, 威廉·J. 埃文斯等修订:《罗伯特议事规则》(第 11 版), 袁天鹏等译, 格致出版社 2015 年版, 第 296 页。

2. 宪法性文件中关于法定人数规定的检讨

笔者认为，以全体董事计算表决权总数的规定可能是立法者借鉴了宪法性文件中的有关概念。立法者或许认为，我国宪法、宪法性文件以及前苏联宪法中均不包含“出席会议的成员”这一概念，而是采用了“全国人民代表大会全体代表”、“常务委员会全体成员”等表述。

1982年通过的《中华人民共和国宪法》(下称“《宪法》”)对全国人大会议的法定人数未作规定。《宪法》第六十四条规定，“宪法的修改，由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。法律和其他方案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。”1989年通过的《全国人民代表大会议事规则》第四条首次对全国人大会议的“法定人数”作了规定，即“全国人民代表大会会议有三分之二以上的代表出席，始得举行。”但是该规则第五十二条第一款、第二款规定，“大会全体会议表决议案，由全体代表的过半数通过。宪法的修改，由全体代表的三分之二以上的多数通过”，即均以全体代表计算表决权总数。1987年通过的《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会议事规则》第四条和第三十条第一款分别规定，“常务委员会会议必须有常务委员会全体组成人员的过半数出席，才能举行”“表决议案由常务委员会全体组成人员的过半数通过”。

前苏联宪法以及俄罗斯宪法中同样不包含出席代表的概念。前苏联《宪法》(1936年版)第一百四十六条规定，“苏联宪法，须经苏联最高苏维埃两院各三分之二以上多数决定，始得修改之。”俄罗斯联邦宪法性法律的立法程序中也保留了这一规定：“联邦宪法性法律经国家杜马全体代表 2/3 以上多数投票赞成，方被视为由国家杜马通过；经联邦委员会全体代表 3/4 以上多数投票赞成，方被视为由联邦委员会赞成。”俄罗斯联邦宪法的修正案与宪法性法律的立法程序相同，也未对“全体代表”和“出席代表”进行区分。³¹

笔者认为，如果遵循宪法性文件的规定是当时立法者的考量，这种思路存在两点误区：第一，据笔者考据，中国共产党在瑞金时期的宪法性文件中，其实存在以“出席人数”作为表决权总数制度的规定。1926年通过的《江西省第一次全省农民代表大会会议规则》规定：“代表大会凡有过半数代表出席，则为正式会议。每一代表有表决权。表决议案，如赞、否人数相等时，则取决于主席。各种议案经出席代表过半数之通过，即为决议案。”

第二，《公司法》关于董事会决议表决制度的规定须与宪法性文件保持一致的正当性存在疑问。宪法及宪法性法律文件是国家根本大法，涉及公法领域的问题，其修改须经过严格的程序。以全体代表计算表决权总数可能存在特别考量。但是公司作为一种基本的商事组织，其设立和运行主要建立在当事人意思自治的基础上，《公司法》本质上属于私法范畴。因此，《公司法》遵循宪法及宪法性文件规定的合理性值得商榷。例如，日本宪法规定宪法的修订

³¹ 邓立强、温静芳：《俄罗斯联邦宪法研究》，黑龙江教育出版社 2007 年版，第 196-210 页。

须各议院全体议员 2/3 以上赞成,³² 但如前所述,《日本商法典》中仍规定以出席董事计算董事会决议的表决权总数。

3. “全体董事”或为立法失误

笔者再提供一个思考的方向。《公司法》第 111 条关于“全体董事过半数”的规定可能是一个立法失误。笔者注意到在 1993 年《公司法》颁布后,全国人大法工委在《中华人民共和国公司法实务全书》³³ 一书中先是写道,“董事会决议实行多数表决通过的原则。该原则有两层含义:一是要有多数董事出席会议,二是要有出席会议的董事表决权的多数同意”。即法工委认为应以“出席董事”计算表决权总数,但旋即又写道,“我国《公司法》中关于董事会的表决,没有区分普通决议和特别决议,各类决议应由全体董事的过半数同意”。就在同一页,法工委又进一步分析了普通决议的通过方式,指出“普通决议以简单多数即可通过。所谓简单多数是指 1/2 以上董事出席会议,出席会议的董事表决权 1/2 以上同意。”³⁴

由此可见,法工委当年也认可以出席董事人数计算表决权总数,但在表述时却屡次将“全体董事”和“出席董事”相互混用。故笔者推断,在公司法起草过程中,立法者并未意识到“全体董事”和“出席董事”在法律含义上存在不同之处。

四. 结论与建议

《公司法》第 111 条规定了股份公司董事会决议的法定人数和表决比例。但现行规定忽略了两者间的内在联系。“全体董事过半数同意”的规定使法定人数的作用微乎其微,无法使董事会决议具有广泛代表性,也不符合董事会决议形成的内在机理。同时,现有规则使部分董事在特定情况下享有“一票否决权”,足以以个人意思左右董事会决议,这既有悖于常理,也会严重损害董事会会议的议事效率。

笔者注意到,司法实践中已有法院注意到了这一问题。例如在上海市第二中级人民法院 2020 年审理的上海利物盛石墨烯科技有限公司与西德科东昌汽车座椅技术有限公司公司决议撤销纠纷案中,法院将公司章程中规定的“需董事会一致通过的事宜”解释为“参加董事会会议的董事一致通过”,并指出如此解释更符合社会实际。

我国采“全体董事过半数同意”的立法例,可能想遵循宪法及宪法性文件的规定,抑或是对于“全体董事”和“出席董事”的概念未作准确区分。笔者认为,对《公司法》第 111 条进行修改,能解决现行规则

³² 《日本国宪法》第 96 条第 1 款规定:“本宪法的修订,必须经各议院全体议员 2/3 以上赞成,由国会创议,向国民提出,并得其承认”。

³³ 本书共分六篇,“第一篇——中华人民共和国公司法导读”主要由参加《公司法》起草工作的全国人大法工委经济法室的同志撰写,对我国《公司法》的起草过程、起草难点、国际惯例以及《公司法》本身从立法原意、基本理论及条文含义等方面作了详细阐释。(卞耀武、刘鸿儒主编:《中华人民共和国公司法实务全书》,经济日报出版社 1994 年版,第 2 页)

³⁴ 卞耀武、刘鸿儒主编:《中华人民共和国公司法实务全书》,经济日报出版社 1994 年版,第 78 页。

所存在的种种缺陷，使我国公司会议制度更趋完善。将董事会决议表决权总数由“全体董事”修改为“出席董事会的董事”极具必要性。

综上，笔者建议将《公司法》第 111 条第 1 款修改为：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，必须经出席董事会会议董事的过半数通过。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



秦悦民
+86 21 3135 8668
charles.qin@llinkslaw.com



郑润镐
+86 10 8519 1623
patrick.zheng@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系：master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 本文首发于中国商业法研究会主办的《商业法评论》总第 3 卷，人民法院出版社 2021 年 7 月出版。