

## 上证联合研究计划第十五期课题报告

# 上市公司股东大会制度缺陷的法律问题研究

武汉大学法学院课题组

课题主持人：冯 果

课题研究与协调人：上海证券交易所 杜惟毅

课题研究员：陈志祥、汪翠荣、马传刚

## 内容提要：

从现代公司制度发展演进的历史角度来看,随着企业间竞争日益加剧和大规模股份公司的不断涌现,以股东大会作为公司权力中心的定位,已逐渐让位于“董事会中心主义”和“经理中心主义”。在这个过程中,股东大会虽已不再是原来的万能机构,不能就公司经营中的所有事项享有所谓无所不包的决策权,但其在公司中所处的最高机关地位没有也不容许动摇。尤其是在美国世通、安然等公司财务丑闻曝光后,大家开始反思公司少数高管人员大权独揽、缺乏监督的公司治理缺陷。在股东积极主义的推动下,全球范围内兴起了建立强有力的董事会改革浪潮。美国 Sarbanes-Oxley 法案、纽约证券交易所《公司治理原则修正案》、OECD 新版的《公司治理准则》,都对如何加强公司治理的民主性提出了新的要求。现代公司主要是“资本的联合”,因而股东大会制度的设计实际上也就构成了公司法人治理结构的基础。作为公司治理结构的一种制衡力量,股东大会制度的有效运作与否直接关系到这一目标的实现。

我国上市公司的法人治理结构主要采用大陆法系国家的普遍做法,设置了股东大会、董事会及监事会等三大公司机关。但在上市公司的实际运作中,股东大会制度作为公司的表意组织,有着完全异于执行组织——董事会和监督组织——监事会的运作机制。国内研究文献中关于股东大会制度的理论阐释已经非常详备,但缺乏直接针对上市公司运作实践中典型案例和具体问题的实证分析。以近十多年来国内上市公司股东大会实践为基础,针对股东大会制度运作中存在的实际问题,深入探究上市公司完善治理结构的有效途径,正是本课题的研究宗旨之所在。

公司法的创制者们把股东大会置于公司诸组织机关之首,赋予股东投票决定公司重大决策的权力,其本意在于鼓励全体股东积极地参与公司方针政策的决定以及行使管理者的选择权,从而使股东民主在公司法的框架内得以实现。股东大会不仅是公司意思形成和表达机关,而且是实现公司股东民主和公司自治的枢纽。然而,这一制度框架却与理论设想产生了巨大的反差,股东大会在实践中演

变成由控股股东导演、少数股东参加的一场闹剧，股东民主成了仅在理论上存在的“神话”。上市公司股权分散及其高度流动性的特点，决定了其治理结构能否有效运转的关键和难点就是股东大会制度的构建。没有健全的股东大会制度就不可能有理想的公司法人治理结构。通常而言，作为组织体机关的股东大会的权力是通过会议体机关的股东大会会议来实现的，因此激活股东大会制度首先应从激活股东大会的会议制度来着手。具体而言，上市公司股东大会制度缺陷主要存在于召集、提案、表决和决议各环节中，既有制度建设层面规则不健全的问题，也有制度执行层面主体行为不规范的问题。本课题从股东大会的召集制度、提案制度、表决制度和决议制度等四个主要方面，对国内上市公司股东大会制度运作实践中存在的具体缺陷和问题进行分析，提出了相应的法律救济途径，以期得到促进上市公司规范运作的可行性对策建议。

### **关键词：**

上市公司，股东大会，制度缺陷，法律救济

# 目 录

## 1 引言

- 1.1 本课题研究的简要背景
- 1.2 股东大会：股东民主的“神话”
- 1.3 完善上市公司股东大会制度的客观必要性

## 2 上市公司股东大会召集制度的缺陷及其完善

- 2.1 上市公司股东大会召集制度存在的主要缺陷
  - 2.1.1 上市公司股东大会召集原则上的缺陷
  - 2.1.2 上市公司股东大会召集条件上的缺陷
  - 2.1.3 上市公司股东大会召集程序上的缺陷
- 2.2 上市公司股东大会召集制度缺陷的法律救济
  - 2.2.1 股东大会由董事会召集原则的修正
  - 2.2.2 明确股东大会行使召集权的顺序

## 3 上市公司股东大会提案制度的缺陷及其完善

- 3.1 上市公司股东大会提案制度存在的主要缺陷
  - 3.1.1 上市公司提案权主体规定上存在的缺陷
  - 3.1.2 上市公司股东大会提案内容上的缺陷
  - 3.1.3 上市公司股东提案权行使程序上的缺陷
  - 3.1.4 上市公司董事会对提案内容审核上的缺陷
- 3.2 上市公司股东大会提案制度缺陷的法律救济

## 4 上市公司股东大会表决制度的缺陷及其完善

- 4.1 上市公司股东大会表决权的法律属性及其固有缺陷
  - 4.1.1 上市公司股东表决权的固有缺陷

4.1.2 上市公司股东表决权原则出现“失灵”

4.2 上市公司股东大会表决制度在运行中存在的主要缺陷

4.2.1 股东表决权取得与行使方式上的主要缺陷

4.2.2 上市公司股东表决权实现上的不足

4.2.3 上市公司股东行使表决权方式上和结果上存在的问题

4.3 上市公司股东大会表决制度缺陷的法律救济

4.3.1 一股一表决权原则的修正

4.3.2 资本多数决原则的修正

## **5 上市公司股东大会决议瑕疵问题及其完善**

5.1 股东大会决议的法律性质和成立要件

5.2 上市公司股东大会决议瑕疵的表现

5.2.1 股东大会决议的程序性瑕疵

5.2.2 股东大会决议的实质性瑕疵

5.3 上市公司股东大会决议瑕疵的法律救济

5.3.1 股东大会决议瑕疵的事前防范

5.3.2 股东大会决议瑕疵的事后救济

## **6 结束语**

# 1 引言

一般来说，现代公司的法人治理结构通常是由公司权力机关的构造表现出来的，其宗旨在于构筑公司的权力分配与行使关系，调整公司最终所有者——股东（包括消极股东）与作为公司法律上的控制者——董事会之间的权力分配与行使关系。而现代公司主要是“资本的联合”，因此股东大会制度的设计实际上也就构成了公司法人治理结构的基础。我国上市公司的法人治理结构主要采用大陆法系国家的普遍做法，即设置股东大会、董事会及监事会三大公司机关。股东大会作为公司的表意组织，有着完全异于“执行组织——董事会和监督组织——监事会”的运作机制。立足于近十多年来国内上市公司股东大会的实践，针对股东大会制度运作中出现的实际问题以及存在的缺陷，深入探究上市公司完善治理结构的有效途径，正是本课题的研究宗旨之所在。

## 1.1 本课题研究的简要背景

从现代公司制度发展演进的历史角度来看，随着企业间竞争日益加剧和大规模股份公司的不断涌现，以股东大会作为公司权力中心的定位，已不能适应现代公司的发展，从而逐渐让位于“董事会中心主义”，后又因公司规模扩大和股权日趋分散，进而又演变为“弱股东、强管理者”的“经理中心主义”。在这个过程中，股东大会虽已不再是原来的万能机构，不再对公司经营中的所有事项享有决策权，但其在公司中所处的最高机关地位依旧没有也不容许发生动摇。股东大会的这种最高性主要体现为：一是就公司组织和运营中的基本事项（如经营方针、投资计划、章程修改等）行使决策权；二是对董事、监事享有选任和解任权；三是其依法作出的决议对董事会、监事会和经理均产生法律上的约束力。

尤其是在美国世通、安然等公司财务丑闻曝光后，人们开始反思公司少数高管人员独揽大权，并且缺乏有效监督、制衡机制的公司治理上的缺陷。在股东积极主义<sup>1</sup>的推动下，全球范围内兴起了建立强有力的董事会的改革浪潮。2002年

---

<sup>1</sup> 所谓股东积极主义(institutional shareholder activism)，是指机构投资者不再简单地“用脚投票”，而是通过征集代理投票权和提出股东议案等形式积极地参与公司治理。

美国 Sarbanes-Oxley 法案和纽约证券交易所公布的公司治理原则修正方案 ,均提出一系列强化公司董事职责、增强董事会独立性、加大董事及高管人员违法处罚力度的措施。2004 年国际经济合作组织 ( OECD ) 颁布新版的《公司治理准则》,对如何加强公司董事会的民主性、独立性及社会责任提出了新的要求。作为公司治理结构的一种制衡力量 ,股东大会制度的运作有效与否直接关系到董事会改革目标的实现。但中国在推行公司制的十多年来 ,证券场所发生的诸多问题都清晰地表明 :在股权结构极不合理的我国 ,上市公司股东大会形骸化的问题十分突出 ,这不仅损害了公司广大股东的合法利益 ,而且直接破坏了公司法人治理结构。在这样的背景下 ,对我国上市公司股东大会的制度缺陷进行实证分析 ,进而提出能促进其规范、高效运作的对策 ,无疑是十分具有现实意义的。

## 1.2 股东大会：股东民主的“神话”

从法理上来讲 ,股东大会作为公司机关之一 ,首先是组织体机关。“组织体机关的意思功能是社会的 ,是分工制约的 ,法人机体的规模越庞大 ,组成人员越众多、利益越多元化 ,其意思机关就越受权力分立与制衡理论的影响 ,以保证组织体能够有效健康的发展。公法权力中的相互分权、相互制衡必然要在私法团体权力结构中得到运用和体现。”( 江平 , 1994 , P.30 ) 因此 ,作为意思执行组织的董事会和作为监督组织的监事会与其同为公司组织体机关。股东对公司控制者的控制、对公司财产权的保护以及对股东权的行使都必须通过公司组织机关来进行。其次股东大会与董事会、监事会一样又是会议体机关 ,因为它们行使权力都是也必须是通过会议的形式来实现。公司重大事项的讨论、表决、决议均是在股东大会会议、董事会会议以及监事会会议上进行的 ,特别是股东大会权力的行使更加依赖于会议体的形式 ,并且作为组织体的股东大会是公司的非常设机关 ,每年召开股东大会会议的次数较少 ,甚至每年仅召开一次会议。

公司法的创制者们把股东大会置于公司诸组织机构之首 ,赋予股东投票决定公司重大决策的权力 ,其本意在于鼓励全体股东积极地参与公司方针政策的决策以及有效行使管理者的选择权 ,从而使股东民主在公司法的框架内得以实现。股东大会不仅是公司意思形成和表达的机关 ,而且是实现公司股东民主和公司自治

的枢纽。然而，这一制度框架却与理论设想产生了巨大的反差，公司法所确立的表决制度在上市公司的实际运作中产生了许多相反的效果：首先，为持有多数表决权的控股股东左右股东大会的意志，掌握公司的控制权创造了有利条件；其次，公司法平等地赋予股东“一股一票”的基本原则，却成为了大股东排斥中小股东决策权的合法外衣；再次，拥有表决权的众多中小股东全然不重视或不愿意行使这项权利；最后对已经“基本定型”的股东大会议案，使中小股东手中的权利“名存实亡”，无法有效的行使。这一系列导致的直接后果就是将股东大会演变成了由控股股东导演的、少数股东参加的一场闹剧，股东民主成了仅在理论上存在的“神话”。所谓的公司自治也蜕化成公司大股东自治。这些问题的产生与现行法律法规关于股东大会制度规定的线条过粗和存在较多“真空”现象不无关系，可以说，立法之粗疏是上市公司股东大会形骸化的根本原因。

### 1.3 完善上市公司股东大会制度的必要性

上市公司的公众性本质决定了必须有一个体现股东集体意志的团体机关，而这一机关非股东大会莫属，也就是说，不应当存在一个凌驾于股东大会之上的公司机构。但由于上市公司的股东人数众多，各自的投资心理皆不相同，因此存在着典型的集体行动困难（collective action problem）问题。不少投资股东和投机股东只关心股利分配的多寡及股价的涨跌，而对公司经营缺乏兴趣；还有些股东虽愿意出席股东大会，却囿于时间和费用只能“望会兴叹”，再加上公司经营者对于股东表决权委托书的劝诱甚至收购，致使股东大会的运作很容易流于形式。也就是说，广大股东不能通过股东大会行使董事会所享有的经营活动决策权，即使是就股东大会权限内的基本事项也无法行使决策权。若不及时采取有效措施激活和完善我国的股东大会制度，待股东大会形骸化之后，一些控制股东与内部控制人可能更肆无忌惮，这无疑将直接威胁到股东权益的保护。可以说，上市公司股权分散及其高度流动性的特点，决定了其治理结构能否有效运转的关键和难点在于股东大会制度的构建。没有健全的股东大会制度就不可能有理想的公司法人治理结构。

可喜的是，随着股东权利意识的觉醒，越来越多的股东开始重视股东大会这

一论坛和权力机构。他们开始积极参与股东大会，充分利用股东大会的平台反映自己的呼声，维护自己的利益，影响公司管理层的经营理念 and 经营行为。（刘俊海，2004）通常而言，作为组织体机关的股东大会的权力是通过会议体机关的股东大会会议来实现的，因此激活股东大会制度首先应从激活股东大会的会议制度来着手。为确保股东大会运转的民主、公开、公平和公正，有必要完善股东大会运作中各个环节的规则和制度。

从内容上来说，股东大会制度主要包括股东大会召集制度、提案制度、表决制度和决议制度等。国内相关研究已经对这些制度的法理基础、原则规范等内容进行了细致的阐释和论述，我们不愿在这里仅作简单的理论综述，而将遵循“从实践中来、到实践中去”的实证研究原则，直接针对国内上市公司股东大会制度运作实践中存在的具体缺陷和问题进行分析，并提出相应的法律救济途径，以期探询到促进上市公司规范运作的可行性对策。

## **2 上市公司股东大会召集制度的缺陷及其完善**

股东对公司所享有的权利集中体现在股东大会上，及时、有效地参加股东大会是股东的必然要求。如何确保股东在股东大会召开前的合理时间内得到股东大会的召集通知，正是召集制度的意义之所在。股东大会作为股份公司的权力机构，通常要对涉及公司重大利益的事项进行决议，如果不及时召集股东大会，这些事项便可能被搁置，造成时机延误，公司的正常运行因此会受到严重影响。而且，召集制度使股东大会得以启动，召集程序的合法与否直接关系到股东大会的正常召开及决议的效力。因此，妥善处理好这些问题有赖于建立科学完善的股东大会召集制度。

### **2.1 上市公司股东大会召集制度存在的主要缺陷**

一般来说，股东大会召集制度主要包括召集原则、召集条件、召集程序等内容。国内上市公司股东大会召集制度运作的实际缺陷也主要体现在这几个方面。

### 2.1.1 上市公司股东大会召集原则上的缺陷

上市公司股东大会召集原则主要体现为董事会召集原则和召集人正当行使召集权原则。这两项原则在我国上市公司具体实施过程中，都出现了一些问题，两项基本原则均不同程度地受到了有悖于初衷的歪曲。

#### (1) 股东大会“由董事会召集”原则异化为“董事会单一召集”原则

从国外立法实践来看，董事会召集是大多数国家股东大会召集制度的基本原则，我国《公司法》也作出了类似的规定。<sup>1</sup>这样规定的理由有三：首先，董事会与股东大会有着天然的密切联系。董事会隶属于股东大会，并直接受股东大会的控制。在“董事会中心主义”条件下，虽然董事会的地位与权力得到了扩大与强化，但是股东大会仍然是公司的权力机关，董事会成员仍然由股东大会选举与撤换，股东大会与董事会之间仍然存在着上下控制关系，股东大会也仍然对董事会有一定的制衡作用。其次，董事会是公司的意思执行机关，对内负责公司的日常经营决策，组织协调公司的各项工作，对外则代表公司执行业务。第三，董事会是对公司及股东利益影响最大的一个机关：对股东大会定期会议来讲，与会议有关的公司年度财务报告及其它重要的材料由董事会来备置；对股东大会临时会议来讲，一些涉及公司利益诸如公司是否出现亏损，公司董事人数是否符合法律或章程所规定的人数等事实，董事会也最为清楚。因此，将股东大会的召集权原则上赋予董事会是应然的。

在上市公司的实践中，虽然由董事会召集股东大会已经成为召集制度的一项原则，但该原则在执行过程中却出现了一个认识性的错误，即将“由董事会召集”原则理解为“董事会单一召集”原则。这样一来，在股东大会的召集上就出现了以下问题：一是在董事会暂时缺位的情况下无人召集股东大会。“新都酒店（000033）第四届董事会依法不能成立事件”经常作为召集人缺位的典型案例被广泛引用<sup>2</sup>。在该案例中，公司第三届董事会届满并成立了第四届董事会，而法

<sup>1</sup> 德国《股份公司法》规定：“董事会可以简单多数作出召集股东大会的决议。”《日本商法典》规定：“股东全会的召集，除本法或章程另有规定者外，由董事会决定。”我国台湾地区公司法第171条同样规定：“股东会除本法另有规定外，由董事会召集之。”我国《公司法》第105条规定：股东大会会议由董事会依照本法规定负责召集，由董事长主持。

<sup>2</sup> 2003年8月，深圳市罗湖区人民法院判决新都酒店召开的2002年度股东大会关于第四届董事会的选举无效，第四届董事会依法不能成立。新都酒店对一审判决不服，依法提起上

院却判决第四届董事会不能成立。在法院判决生效后,作为公司股东大会唯一召集人的公司董事会不存在。在这种情况下,公司又必须召开股东大会选举产生董事会,股东大会由谁召集呢?虽然后来,公司监事会为维持正常的日常经营,保障上市公司治理结构的完整,自愿履行公司的信息披露义务,充当召集人召集的临时股东大会,选举了新的第四届董事会。这一实践与“监事会无权直接召集股东大会”的法律规定显然存在冲突。二是在董事会无法正常履行召集职责的情况下无人召集股东大会。在兰州黄河(000929)董事会分裂案<sup>1</sup>中,公司董事会虽然存在,但却无法正常运作。公司同时召开的两场董事会会议足以证明公司股东大会召集人——董事会出现了严重的分裂,召集人已经无法正常履行召集人的职责。后来,公司部分股东和监事会联合召集了临时股东大会,罢免了旧的董事会,并选举产生了新的董事会。但现行法律法规也未规定公司股东和监事会可以联合召集股东大会,这样就产生了这种召集股东大会的情形是否合法的疑问。虽然兰州黄河事件发生已有数年的时间,但对于股东和监事会是否可以联合召集股东大会,现行各项规定仍是一片空白,建议在《公司法》修订和颁行相关新法规时应予以充分考虑。

## (2) 召集人正当行使召集权原则异化为对召集权的滥用

对不同的召集人而言,召集权具有不同的意义。董事会的召集权更多地体现为一种职责和义务。在法定或章程规定的一定条件发生时,董事会有义务召集股东大会,即在上一个年度结束后6个月内必须履行召集股东大会的职责,否则就应承受一定的法律责任。而对于董事会以外的其他召集人来说,召集权则是一种权利。因此,正当行使召集权原则上必须为召集人所遵守。由于股东大会与董事会存在相互制衡的关系,后者要对前者负责,因此,在有些时候,尤其是由于自身因素导致公司出现不利状况时,董事会或其他召集人很有可能会故意拖延,甚至不进行股东大会的召集,或者在股东大会的召集过程中滥用召集权。

---

诉,2003年12月,深圳市中级人民法院终审判决,驳回上诉,维持原判。判决生效后,公司出现了暂时无董事会的局面。

<sup>1</sup> 自1999年下半年以来,兰州黄河(000929)董事长和副董事长之间的矛盾日益加剧。1999年11月6日,董事长在只有3名董事参加的情况下,在兰州召开了公司董事会。与此同时,副董事长在8名董事到会的情况下,在北京召开了董事会。公司董事会分裂瘫痪的状态完全公开化。后来部分股东和监事会召集了临时股东大会罢免旧的董事会,选举产生了新的董事会。

在上市公司的实践中,出现过召集人懈怠行使召集权和滥用召集权的典型案例。ST 襄轴(000678)董事会超期“服役”案就是非常典型的召集人懈怠行使召集权的例子。<sup>1</sup>我国《公司法》规定,董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过三年。董事任期届满后,公司应该召开股东大会进行换届选举。上市公司无论什么原因延误股东大会召开以及董事会换届,都是对正当行使召集权原则的违背。宏智科技的“双股东大会”案例<sup>2</sup>,则表明召集人滥用召集权甚至达到了极至,这主要表现在两个方面:一是公司董事会对控股股东王栋要求董事会召开临时股东大会的提议,应当作出而未作出任何意思表示和书面反馈。二是公司董事会在召开股东大会当天擅自变更股东大会召集事项。董事长在要求主持王栋召集的股东大会未果后,就立即召开董事会并做出决议,决定更改宏智科技 2004 年第一次临时股东大会时间和地点,造成了“双股东大会”的事实。

### 2.1.2 上市公司股东大会召集条件上的缺陷

股东大会通常分为年度股东大会和临时股东大会,这两种股东大会的召集条件有所不同。股东大会应当每年召开一次年会已经成为法律的强制<sup>3</sup>,所以法律一般不对年度股东大会的召集条件做出具体规定。如果公司董事会未在法定期限内召集,则公司监事会、独立董事或满足一定提议条件的股东均有权提请董事会召集。

而临时股东大会则通常是由于发生了涉及公司及股东利益的重大事项,无法等到股东大会年会召开而临时召集的股东会议。关于临时股东大会的召集条件,国外大致有三种立法体例:一是列举式的召集条件,即将召集条件一一列举出来,

---

<sup>1</sup> ST 襄轴二届董事会于 1999 年 12 月任期就已经届满,按照公司法和公司章程的规定,公司股东大会召集权人——董事会应当及时召集股东大会选举产生新的董事会,而二届董事会并未及时召集股东大会进行董事会换届,致使二届董事会超期“服役”近三年,直到 2002 年 8 月,公司三届董事会才得以选举产生。

<sup>2</sup> 2004 年 1 月 11 日,宏智科技(600503)第一大股东王栋自行召开了 2004 年第一次临时股东大会。宏智科技董事长黄曼民在要求主持股东大会遭到拒绝后,公司董事会立即做出决议,决定更改宏智科技临时股东大会时间和地点。王栋召开的临时股东大会股东以 2400 多万股的赞成票通过了更换宏智科技董、监事会成员的议案。黄曼民召开的股东大会以 4000 多万股的反对票否决了王栋要求更换宏智科技董、监事会成员的议案。而在股东大会之后,双方的律师均认为己方的股东大会决议合法有效。

<sup>3</sup> 参见《公司法》第 104 条。

试图把各种召集条件都在法律中作出明确规定。二是抽象式的召集条件，即不具体列举召集条件，而将决定权交由召集权人根据需要确定，德国、日本等国家的法律采取的是该种立法例<sup>1</sup>。三是结合式的召集条件，即在规定的抽象的召集条件之后，对法律认为重要的事项进行列举，如英国《公司法》在规定的临时股东大会的召集条件时，采取的就是结合式的办法<sup>2</sup>。目前我国公司法关于股东大会的召集条件，既非纯列举式，也非真正的结合式，至多只能称之为接近结合式<sup>3</sup>。因为《公司法》第 104 条仅规定董事会、监事会认为必要时可以召集临时股东大会，而并未有一个兜底条款将需要召集股东大会的其它情形抽象出来。

通过对国外一些国家和地区以及我国立法中关于股东大会临时会议召集条件的分析比较，可以看出，一方面我国目前这种立法存在范围过窄，限制过多的弊端，无法适应不同公司在不同时期的各种需要，上市公司的重大事项通过列举的方式无法穷尽。比如在 2004 年 12 月开始实施的《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》中，又增加了召集临时股东大会的情形<sup>4</sup>。因此，有必要规定一条抽象性的召集条件，使得公司能够根据自身的营运状况，在必要时召集临时股东大会。另一方面，鉴于我国公司目前的发展状况，对一些具有共同性，对多数公司都具有重要意义的事项应准予列举。

### 2.1.3 上市公司股东大会召集程序上的缺陷

无论是年度股东大会还是临时股东大会都不是随意召开的，而是应依照公司法和公司章程的规定，由召集人按既定的程序才得以进行。尤其是对于临时股东大会的召开更是有比较详尽的召集程序。在国内上市公司的实践中，既有因现行

---

<sup>1</sup> 德国《股份公司法》第 121 条第 1 款规定：股东大会应当在法律或章程规定的情形下以及在公司的利益需要时召集。”日本《商法典》也规定：“临时全会于必要时随时召集”。

<sup>2</sup> 英国《公司法》规定：“股东临时会可于必要时随时召集，尤其是涉及到章程变更、公司的转化、限制股份转让的新规则、董事竞业的认可、董事私人交易责任的免除等”。

<sup>3</sup> 《公司法》第 104 条规定，有以下情形之一的，应当在两个月内召开股东大会：（1）董事人数不足本法规定的人数或者公司章程所定人数的 2/3 时；（2）公司未弥补的亏损达股本总额 1/3 时；（3）持有公司股份 10% 以上的股东请求时；（4）董事会认为必要时；（5）监事会提议召开时。

<sup>4</sup> 中国证监会《关于加强社会公众股股东权益保护的若干规定》：“公司再融资、重大资产重组、股东以持有的股权偿还所欠公司债务、对上市公司有重大影响的附属企业到境外上市等必须召集临时股东大会。”

法规不完善所导致的制度缺陷,也有上市公司在对相关法律法规执行上的不规范导致的实际问题。具体而言,主要有以下几个方面:

#### (1) 提议股东行使召集权缺乏具体的操作程序

我国《公司法》规定,一旦公司出现了某种法定状况,例如董事会不足规定的董事人数、公司未弥补的亏损达股本总额的 1/3,临时股东大会的召集便被提上了议程。对于持有公司股份 10 % 以上的股东请求召开临时股东大会的规定,在一定程度上保护了中小股东的权益。但由于缺乏具体的操作程序,这种利益保护机制难以起到应有的作用。如持有公司股份 10 % 以上的股东请求召开临时股东大会的动议没有被董事会接受,其是否可以自行召开? 按照中国证监会《上市公司股东大会规范意见(2000 年修订)》的规定:董事会认为提议股东的提案违反法律、法规和《公司章程》的规定,应当做出不同意召开股东大会的决定,并将反馈意见通知提议股东。提议股东可在收到通知之日起 15 日内决定放弃召开临时股东大会,或者自行发出召开临时股东大会的通知。但是,《公司法》规定股东大会由董事会召集,董事长主持。显然,法律只规定了董事会具有召集股东大会的权利,并没有规定董事会的召集义务,也没有认可股东自行召集临时股东大会的权利。如果董事会利用召集权而不召开股东大会,就将使少数股东处于束手无策的境地。这是我国《公司法》在股东大会召集程序规范方面的不足之一。日本商法对这种情况作了比较具体的规定,即少数股东“提出请求后如果不及及时进入召集程序,或从请求之日起 6 个月以内未发出大会通知时,该股东可根据法院的许可自行召开股东大会。”(末永敏和,2000,P.109)其他国家也有相类似的规定,即法院可以授权提出要求的股东召集股东大会或公布议题,这在一定程度上避免了上述提议股东自行召集股东大会所遇到的尴尬状况。我国下一步的公司立法可以借鉴这种做法。

#### (2) 召集通知的具体方式规定不够具体化

召集通知作为传达召开股东大会的信息并使全体股东知晓的公司文件,必须在法定时限内以某种法规或章程认可的形式予以送达或公示。否则,召集通知本身的缺陷,将导致召集条件程序上的不合法,从而引致股东大会决议出现程序性瑕疵。因此各国对于股东大会的召集通知的方式和期限都有具体的规定。但我国《公司法》的规定则不十分具体,只在第 105 条做了概括性规定,“召开股东大

会，应当将会议审议的事项于会议召开 30 日前通知各股东”，“发行无记名股票的，应当于会议召开 45 日以前就有关事项作出公告”。与国外相关立法例相比较，这些现行的规定存在着明显的缺陷：一是召集通知送达和公示的要求规定不具体，在执行中给董事会留下了很大的自由空间；二是通知对象不明确，立法既未对有表决权和无表决权的股东进行区分，也未将监事会成员列为通知对象，有可能使监事会借助股东大会行使监督权的机会丧失；三是对会议召集地点规定不明确，为部分上市公司董事会把股东大会放在公司住所地之外提供了方便，不利于降低会议成本和加强股东大会对董事会、监事会的监督；四是召集通知的具体内容不明确，只是笼统地规定将会议审议事项通知给各股东，如果董事会对相关决议事项不作明确宣示，将侵害股东的知情权。对于上面的这些缺陷，证监会颁行的《上市公司股东大会规范意见（2000 年修订版）》和《到境外上市公司章程必备条款》中有所弥补，但仅仅在规范性文件中明确召集程序的这些重要环节显然是不够的，亟待在更高层级的公司立法中予以考虑。

### （3）股权登记日的现行规定使召集程序的合理性受到质疑

股权登记日是证明股东身份的重要日期。但目前上市公司召开股东大会的股权登记日与会议召开日不一致，股权登记日在先，会议召开日在后，股权登记日与会议召开日相差甚远。如鄂武商 2003 年年度股东大会登记日与会议召开日相差 11 天<sup>1</sup>，国电长源 2004 年第二次临时股东大会的召开日与登记日相差 24 天<sup>2</sup>。这样就可能出现参加股东大会的登记股东实际上在会议召开日已经不是公司股东的情形。因此，股权登记日的确定应遵循登记日的股东与会议召开日的股东一致原则，即以会议召开前一交易日为股权登记日。此外，提议股东持有的股份应在提议日至股东大会会议结束之日间禁止转让。

## 2.2 上市公司股东大会召集制度缺陷的法律救济

### 2.2.1 股东大会由董事会召集原则的修正

---

<sup>1</sup> 鄂武商 2003 年年度股东大会于 2004 年 5 月 21 日召开，而股权登记日却是 5 月 10 日下午 3 点。

<sup>2</sup> 国电长源 2004 年第二次临时股东大会的召开日是 12 月 23 日，而股权登记日是 11 月 30 日，二者相差 24 天。

首先,应扩大召集人范围。董事会召集原则出现问题的原因在于股东大会的召集人仅限定在董事会。解决的办法就是扩大召集人范围,赋予监事会、独立董事和少数股东、法院甚至证券监管机关股东大会召集权。从法理上来看,这些主体充当股东大会的召集人也是行得通的,而且在现行的低层级法规中已有涉及。

监事会作为股东大会召集人。我国《公司法》规定了监事会提议召开时,董事会应当在两个月内召开临时股东大会。但是如果董事会不为召集时,法律并没有规定相应的救济措施。因此,在监事会提议召集股东大会而董事会不召集时,监事会可以自行召集股东大会。 独立董事作为股东大会召集人。独立董事对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。独立董事承担维护公司整体利益,尤其要关注中小股东的合法权益不受损害的职责。《关于在上市公司中建立独立董事制度的指导意见》中规定,独立董事取得全体独立董事的二分之一以上同意后,向董事会提请召开临时股东大会的权利。但是,如果董事会不同意召集,法律并未规定补救手段。因此在这种情况下,独立董事可以自行召集股东大会。 提议股东作为股东大会召集人。提议股东一般指单独或者合并持有公司有表决权总数10%以上的股东,《公司法》第104条规定,持有公司股份10%以上的股东可以请求召开临时股东大会。对于董事会不同意召开的情形,法律未规定补救措施。虽然《上市公司股东大会规范意见(2000年修订)》对少数股东的会议召集权作了具体规定,但其法律效力太弱。因此须明确赋予提议股东股东大会召集权。 法院作为股东大会召集人。国外公司法大都规定:法院既可以在一定条件下召集或授权召集股东大会,也可以对股东大会的召集、召开与决议是否合法进行裁决<sup>1</sup>。我国《公司法》没有规定法院召集制度,也没有授权法院对股东大会召集争议予以裁判。而只是规定股东大会(或董事会)决议违反法律、行政法规,侵犯股东权益的,股东可以向法院起诉,但这一缺陷在新都酒店案件中已经暴露出来,法院在判决公司董事会不能成立的同时,并未指定股东大会召集人。幸好监事会主动扮演了召集人的角色,才不至于公司混乱下去。因此,在法院判决公司董事

---

<sup>1</sup> 法国公司法规定:法庭在紧急情况下应一切有关人员的要求,或应至少拥有1/10公司资本的一名或若干名股东的要求,或在一定条件下应股东协会的要求,而裁决由指定的代理人召集股东大会。欧盟第5号公司法指令规定:持有一定数额股份的股东(所认股本总额5%以下的法定比例),有权请求公司召集股东大会,如果在一个月没有采取召集行动,有管辖权的法院必须召集或授权申请股东或其代理人召集。

会不能成立的情况下，应赋予法院股东大会召集权。 证券监管机关作为股东大会召集人。2004 年 1 月，中国证监会和深圳市政府对南方证券公司进行行政接管案表明<sup>1</sup>，证券监管机关可以作为公司股东大会召集人，履行召集职责。因为《公司法》赋予了中国证监会对证券市场的监督管理职责<sup>2</sup>。尽管南方证券不是上市公司，但该案例对于上市公司具有借鉴意义，当上市公司出现重大风险，行政机关决定对其实行接管，暂停董事会履行召集人职责时，立法上应给予支持。

其次，应对监事会、独立董事和提议股东的召集权设定前置条件，即向董事会提议召集股东大会未获同意时启动监事会、独立董事和提议股东的召集权。为何要设前置条件呢？因为监事会是公司的监督机关，而非公司意思执行机关，其职责是负责监督公司的日常经营活动以及对董事、董事会违反法律、章程的行为予以指正，而并非是负责公司意思的执行。独立董事与非独立董事一样，都是公司董事会的组成部分。在通常情况下，其应当在董事会的意志之下行事，而不能在董事会意志以外任意行事。而提议股东行使召集权应该具有更多的前置条件：一是在提议股东向董事会提议召集股东大会未获同意的情况下，提议股东还应向公司所在地法院提出召集股东大会的请求，由法院裁定提议股东是否有权召集股东大会。这样规定的原因主要在于：作为公众公司的上市公司，股东人数众多，从理论上讲，单独或者合并持有公司有表决权总数 10% 以上的股东数量也比较多，若对提议股东提议召集股东大会的要求不予限制，公司将会陷入经常召开股东大会的混乱局面，影响公司的稳定性和持续经营能力。二应限制提议股东的持股时间。德国《股份公司法》及韩国《商法》没有明确规定少数股东持有股份的时间，但《日本商法典》及我国台湾地区公司法对此有明确的规定<sup>3</sup>。如果对提

---

<sup>1</sup> 参见中国证券监督管理委员会和深圳市人民政府公告：鉴于南方证券股份有限公司（以下简称“南方证券”）违法违规经营，管理混乱，为保护投资者和债权人合法权益，中国证券监督管理委员会、深圳市人民政府决定自 2004 年 1 月 2 日起对南方证券实施行政接管。行政接管期间，中国证券监督管理委员会、深圳市人民政府会同中国人民银行、公安部成立行政接管领导小组，负责对南方证券行政接管和风险处置工作。行政接管期间，由行政接管领导小组派出的接管组全面负责南方证券经营管理。接管组行使公司权力。接管组组长行使公司法定代表人职权。南方证券股东大会、董事会、监事会暂停履行职责，董事、监事和高级管理人员暂停履行职务。

<sup>2</sup> 我国《公司法》规定：“国务院证券监督管理机构依法对证券市场实行监督管理，维护证券市场秩序，保障其合法运行”。

<sup>3</sup> 《日本商法典》规定为“6 个月前连续集有已发行股份总数 3% 以上的股东”；我国台湾地区公司法则将此时间规定 1 年以上。

议股东的持股时间不作限制,有可能出现部分股东为享有召集权而临时成为提议股东的现象,使得公司的运作经常处于不稳定的状态。因此对于享有股东大会召集权的提议股东,对其所持股份应规定不低于 6 个月的持有时间。

## 2.2.2 明确股东大会行使召集权的顺序

董事会自行召集的股东大会不存在召集顺序问题。对董事会召集原则进行修正以后,股东大会召集人由董事会扩展到包括董事会在内的独立董事、监事会、提议股东、法院和证券监管机关,再加上董事会应当召集而未召集的情形存在,就产生了召集人行使召集权的顺序问题,这应在立法上加以明确。

首先,在年度股东大会的召集顺序上,根据董事会召集原则,年度股东大会由董事会召集。在董事会不能正常履行召集职责的情况下,由监事会召集,因为监事会是公司的常设机关和监督机关,其具有仅次于董事会的召集股东大会的便利条件。

其次,在临时股东大会的召集顺序上,根据临时股东大会的召集条件,可以将临时股东大会分为董事会主动召集的临时股东大会,董事会应监事会、独立董事、提议股东的请求而被动召集的股东大会以及监事会、独立董事、提议股东自行召集的临时股东大会。 董事会主动或被动召集的临时股东大会的召集顺序。董事会主动或被动召集的临时股东大会不存在召集顺序问题,在这两种情况下,都是由董事会召集。 在董事会不能正常履行召集职责情况下的召集顺序。在该种情况下,又包括以下几种情形:一是在公司暂时无董事会的情况下,由监事会充当召集人;如果监事会也无法正常履行召集职责,就由法院指定的召集人召集股东大会或法院自行召集。二是在董事会无法正常履行或懈怠履行召集职责的情况下,由独立董事充当召集人,因为独立董事虽然是公司董事会的组成人员,但其具有独立性,具有关注公司股东利益特别是中小股东利益的职责。如果独立董事无法正常行使召集权,就由监事会充当召集人。三是在公司监事会、独立董事、提议股东向董事会提议召开股东大会,董事会明确表示不同意召开或在规定期限内未予答复的情况下,公司监事会、独立董事可以自行召集,提议股东还须向法院提出申请,由法院决定其是否可以自行召集。四是监事会、独立董事、提议股

东提议召开股东大会的原则。在公司监事会、独立董事、提议股东提议召开股东大会时,实行时间优先原则,即先向董事会提出召开股东大会提议的人享有优先权。两方或两方以上同时向董事会提出召开股东大会提议的,由相关各方协商解决,协商不成的,由法院裁决。五是召集权的暂停行使,这又包括两种情形:第一,在公司监事会、独立董事、提议股东已经开始自行召集股东大会时,公司董事会不得再以任何理由行使召集权,以避免诸如宏智科技“双股东大会”的出现。第二,在召集权争议处于法院裁决的过程中,争议各方不得行使召集权,以避免类似天歌科技(000509)召集权纠纷的出现<sup>1</sup>。

另外,法院和证券监管机关与其他召集人一般不存在召集权冲突问题。法院是在判决董事会不能合法存在的前提下或其它召集人无权召集的情况下才决定是否亲自行使召集权,而证券监管机关只有在决定对公司进行行政接管且暂停公司董事会职责的情况下,才能行使召集权。

### 3 上市公司股东大会提案制度的缺陷及其完善

上市公司股东大会提案制度直接关系到公司治理结构中董事会、监事会与股东三者之间的关系,也关系到监事会各项监督权的落实及监督的有效性。我国《公司法》对股东大会提案制度没有明确的规定,这对完善公司治理结构,改进对公司董事会的监督制衡机制都产生了一定的负面影响。因此,建立和完善上市公司股东大会提案制度,是保证股东大会制度规范、有效运作的重要环节。

#### 3.1 上市公司股东提案制度存在的主要缺陷

一般来说,股东大会提案制度主要包括提案权主体、提案内容、提案权的行使程序、对提案的审核等内容。国内上市公司股东大会提案制度运作的实际缺陷

---

<sup>1</sup> 在天歌科技(现名“同人华塑”)股东大会召集权之争案中,天歌科技董事会已经将与被告的召集权之争诉诸法院,请求法院裁决。在法院作出判决前,法院先裁定中止被告的召集权。很显然,法院是将股东大会的召集权中止起来,双方均不得召集股东大会。就在这种情况下,天歌科技董事会又作出召集股东大会的决定,法院在被告的申请下,又中止了董事会的召集权。

也主要体现在这几个方面。

### 3.1.1 上市公司提案权主体规定上的缺陷

提案权主体是指享有提案权的机关或个人。在上市公司中享有提案权的主体主要包括公司董事会、监事会和股东三类。在“由董事会召集”的原则下，董事会当然享有提案权，这一点是没有疑问的。因为股东大会是在董事会认为需要召开的情况下召集的，董事会决定召开股东大会讨论重大事项的过程，就是董事会享有和行使提案权的过程。

我国《公司法》没有明确规定监事会有股东大会提案权，但规定了监事会对董事、经理执行职务的行为行使监督权，并有权提议召开股东大会，就无疑意味着赋予了监事会提案权。因为监事会在对董事、经理执行职务时违反法律、法规或者公司章程的行为、损害公司利益的行为进行监督，要求纠正而得不到应有的响应时，就应该向股东大会报告有关情况，监事会不仅要陈述意见，而且应该提供可供股东大会表决，从而可以变为公司实际行动的议案，由股东大会作出决议。而监事会提议召开的临时股东大会，就更不只是为了让股东们听取监事会的意见陈述，监事会应该提出供股东大会审议、表决的议案，因而监事会的提案权就是题中应有之意。中国证监会制定的《上市公司股东大会规范意见（2000年修订）》明确规定了上市公司监事会享有提案权<sup>1</sup>。在监事会职权范围内的事项，需要股东大会作出决议时，由监事会拿出有关的提案是最为合理、最有效率的提案权分配方案，这不仅符合《公司法》设立监事会这一专门监督机构并赋予其广泛的监督权力的立法意图，而且对于加强监事会对董事会及经营管理层的制衡能力、改善公司治理结构和机制具有重要的意义。从另一个角度来讲，对于与董事、董事会执行职务行为有关的监督性的提案，一般不可能由董事会自行提出。由于大股东与董事会一般有着密切的关系，对董事会或董事监督性的提案，大股东一般也

---

<sup>1</sup> 《上市公司股东大会规范意见（2000年修订）》第十二条规定，年度股东大会上，单独持有或者合并持有公司有表决权总数百分之五以上的股东或者监事会可以提出临时提案。临时提案如果属于董事会会议通知中未列出的新事项，同时这些事项是属于本规范意见第六条所列事项的，提案人应当在股东大会召开前十天将提案递交董事会并由董事会审核后公告。第十九条规定，监事会提议董事会召开临时股东大会时，应以书面形式向董事会提出会议议题和内容完整的提案。

不会提出；而小股东的提案权又受到较高的持股比例的限制，因此赋予监事会提案权还可以在一定程度上克服董事会、大股东垄断股东大会提案权的弊端，维护公司整体利益及中小股东的利益。在上市公司实践中，监事会行使提案权并得到公司股东大会认可的实例已经出现<sup>1</sup>。因此，从公司立法的层面上赋予监事会以提案权显然是非常有必要的了。

另外，提案权对于保护股东权益至关重要，许多国家的公司立法都明确规定了股东享有提案权，我国《公司法》对此并未作出规定。1998 年底修改的韩国证券交易法为了对从上市法人的经营中排除的一般股东赋予主导公司意思决定的机会，效仿日本商法，新设了股东提案制度。我国台湾地区在最近修改《公司法》时，也增列了一定持股比例以上股东提案权的相关规定（刘绍梁，2002）。我国《公司法》同多数国家规定一样，股东大会会议由董事会负责召集，由董事长主持。股东大会会议的议程及会议内容由董事会所控制，股东只能对董事会股东大会上提出的事项进行审议并进行表决，并无提出新的事项进行审议的权利。并且《公司法》只是规定股东大会“审议的事项”应由董事会提出，却未涉及股东如何提出议案，这样一来中小股东的意愿无法在股东大会上得以表达，他们的权利也无法通过股东大会得到保护和实现。方正科技与北京裕兴等六股东之间的提案权纠纷就是比较典型的案例<sup>2</sup>。但上市公司作为公众公司，股权分散、股东人数众多，也并非所有股东均享有提案权，而仅仅是提案股东才享有提案权。各国立法在赋予股东一定的提案权的同时，均对其提案权予以适当的限制，这样既能保护少数股东和公司利益之间的平衡，也能有效地防止少数股东凭该权利干扰公司的管理。一般而言，主要是限制持有股份的数量和持有期间。各国规定的持股数量有两种方式：一为比例标准，二为绝对标准，美日德采用的是比例性标准和绝对数标准相结合（王书江等译，2000，P.59），法国只有比例性标准 5%

---

<sup>1</sup> 据《中国证券报》2000 年 6 月 27 日报道，ST 凯地丝绸于 1998 年 10 月在中越边境设立销售点，共发出价值 1000 余万元合纤绸，有 745 万余元销售款未返回公司，一位时任公司董事副总经理的人士被认为应对此事负责。监事会向 1999 年度股东大会提出议案，建议罢免该董事的职务，股东大会通过了监事会提出的该项罢免案。

<sup>2</sup> 2001 年 6 月 12 日，在方正科技董事会公告中第三项决议称，决定将方正集团提交的关于增补推荐董事候选人的提案提交 2000 年度股东大会审议，但未将北京裕兴等六股东于 2001 年 5 月 11 日提交的《关于增补推荐董事候选人和监事候选人的提案》提交股东大会审议。对此，北京裕兴认为己方提交的提案符合上市公司股东大会规范意见（2000 年修订）的相关规定，董事会决定的合法性存在问题。

的规定（金邦贵，2000，P.145）。对于持有期间，日本商法规定只对6个月以上持有符合上述要件的股份数的股东认定提案权，德国也有相似的规定。这是为了防止以提案权的行使为目的取得股份的现象。为避免个别股东滥用提案权，建议我国仿照美日立法之例，规定持有公司具有表决权的5%以上的股东为提案股东，其行使提案权时应已经持有股份六个月，而且这种持股行为必须持续到股东大会召开之日。

### 3.1.2 上市公司股东大会提案内容上的缺陷

根据《上市公司股东大会规范意见（2000修订）》第9条的规定<sup>1</sup>，未明确具体内容的提案不能视为提案，股东大会不得进行表决。之所以这样规定，主要是考虑了上市公司股东大会一般会期较短的实际情况，要求提案内容具体，以利于提高会议效率。从这一角度讲，这样规定是有价值的。但是，不能简单地将股东大会提案理解为只能是内容具体的议案，至少应该允许监事会、股东提出值得股东大会关注而又暂时无法确定具体方案的提案，供股东考虑、股东大会讨论。

股东大会提案是提交股东大会讨论决定的建议，但提案根据建议内容和提议程序的不同还是应该有所区别的。我国《公司法》和相关规章均未对股东提案进行分类，也导致了相关法律责任的不清晰。在日本商法典中，股份公司股东的提案权被区分为议题提案权和议案提案权。按照日本学者的解释，议题提案权是指在大会的原定议题（如原定议题为审议批准利润分配方案）之外，增加其他议题（如增加解任董事等新议题）的权利，也叫做议题追加权；议案提案权则是不超越大会原定的议题范围，而提出不同于董事会或会议召集人的议案，例如提出相反的或反对的议案，或在会议召集人提出的议案基础上提出经过修改的议案，因而也叫做反对提案权或修改提案权。区分议题提案和议案提案的意义在于，在出现董事会无视依法行使的提案权的情况时（如未将提案内容列入召集通知书中通知股东，或未将提案列入会议议程并交付表决），会由于无视的是议题提案还是议案提案的不同，对该次股东大会所作出的决议产生不同的法律后果。

---

<sup>1</sup> 股东大会的提案是针对应当由股东大会讨论的事项所提出的具体议案，股东大会应当对具体的提案作出决议。

我们认为,针对提出提案的不同主体,各主体的提案权范围及对不同主体提出的提案的要求也应该有所区别。在董事会提案的内容上,由于议题提案权和议案提案权的区分一般是以董事会发出的股东大会召集通知所列内容和议题为标准的,因此董事会的提案并不存在议题提案和议案提案之分。对董事会提出的提案,应该要求提案内容都是具体的、有可操作性的,不能仅有议题而无具体内容,这是与董事会这一机构的性质相适应的必然要求。在股东提案的内容上,既可以提出议题提案,也可以提出议案提案。提出的议题提案和议案提案,既可以具体、也可以不具体,只要在基本要求上应达到有明确的主张,股东大会可以就该主张进行表决。也就是说,提案应具有可决议性,在其具体性及可操作性程度的要求方面,应该低于对董事会提案的要求。在监事会提案的内容上,提案的内容应该尽可能具体、明确,有可操作性,也就是说对监事会提案的具体性程度的要求应高于对股东提案的要求,因为与一般股东相比,监事会成员本身负有忠实、勤勉、注意等义务,监事会成员应该具备更多的专业知识和技能,而且监事会还可以利用公司资源获得专业顾问的帮助,有条件、也应该在提案具体性方面达到比一般股东更高的要求。这是从总体上来讲的,对于单个的提案来说,并不需要坚持监事会的每一个提案都比股东的提案更为具体。比如说,监事会对于董事任免提出的提案,应该是限于对某个或某几个董事的任免,一般并不要求监事会提出替代人选,因为一般而言提名董事并非监事会的职权范围,而股东提出董事任免提案时,一般要提出董事候选人或罢免董事后的替代人选。

### 3.1.3 上市公司股东提案权行使程序上的缺陷

股东大会分为年度股东大会和临时股东大会,因此提案权的行使程序也有年度股东大会和临时股东大会之分。不过,无论哪种形式的股东大会,都应当避免ST猴王(000535)“罢免四董事”风波的出现<sup>1</sup>。

#### (1) 年度股东大会提案权行使程序

---

<sup>1</sup> 2000年5月,猴王股份有限公司股东大会召开前夕,公司五名董事提议以通讯方式召开临时董事会,建议罢免另外四名董事、再增选四名董事、选举董事长,并计划将该议案直接提交股东大会审议,从而引发了全国瞩目的“罢免四董事”风波。显然,猴王股份的这项股东大会提案,在程序和内容上都违反提案的权的行使程序,后被中国证监会武汉证管办制止。

年度股东大会是定期股东大会，一般是由董事会召集的。因此董事会在召开董事会会议并决定召开股东大会时，对股东大会需要讨论的问题已经做了充分的准备，所以，对董事会而言，其提案权的行使程序比较简单。因此，在实践中主要是应该保障监事会和提案股东的权利行使。

在董事会发出会议召集通知之前，监事会和提案股东可以向董事会提出提案，要求董事会将提案列入会议通知中告知公司全体股东。在董事会发出会议通知之后、股东大会召开之前的合理时间内，监事会和提案股东还可以提出临时提案，要求董事会公告或者自行公告。另外，监事会和提案股东还可以在股东大会上直接提出提案。监事会和提案股东提出的年度股东大会临时提案如果属于董事会会议通知中未列出的新事项，监事会和提案股东应当在股东大会召开前十天将提案递交董事会并由董事会审核后公告。除此以外的提案，监事会和提案股东可以提前将提案递交董事会并由董事会公告，也可以直接在年度股东大会上提出。

## （2）临时股东大会的提案权行使程序

在董事会召集的临时股东大会上，应该允许监事会和提案股东提出提案并要求将其提案作为该次股东大会的审议事项。一般情况下，监事会的提案应该在董事会决定召集临时股东大会后、召集通知发出前以书面方式提交董事会，由董事会将监事会的提案列入会议通知中告知股东。因为监事列席董事会会议，对于董事会的决定应该是能够立即获知的，所以监事会一般有条件在董事会发出会议通知之前提交提案。但是，也要考虑到一些特殊情况，例如董事会在未通知监事会列席会议的情况下开会并作出了决议，或者董事会准备提交临时股东大会讨论表决的事项比较复杂或专业性较强，监事会提出独立意见或监督性的提案需要进行充分的调查或咨询专业人员，可能难以在董事会发出会议通知之前提出提案。因此，在这类情况下，应允许在董事会发出会议通知之后，提案股东和监事会在股东大会召开前的合理期限内（如十五天之前）仍然可以提出新的提案，这主要是考虑股东大会的效率问题。对新提案的通知或公告，提案股东和监事会当然首先可以要求董事会进行，如果董事会拒绝或拖延，提案股东和监事会可以自行在不晚于股东大会召开前十天的期限内公告。

在由提案股东或监事会提议召开的临时股东大会上，而提案股东或监事会在向董事会提出书面召集会议的要求时，应该将完整的提案内容同时提交给董事

会。董事会可以在接受提案股东或监事会的提议、决定召开股东大会的过程，行使自己的提案权。在董事会发出会议召集的通知后，除会议通知有遗漏或错误的情况以外，提案股东或监事会不得再对提案内容进行修改或增补，也不得就该次会议提出新的提案。同样的，对于董事会以外的其他召集人自行召集的临时股东大会，提案股东、董事会和监事会均可以提出提案，而且这种提案主要是临时提案，提案股东、董事会和监事会只要在股东大会召开前的合理时间内（如十五天之前）提出提案即可。提案股东、董事会和监事会提案的通知或公告，应该与董事会提议召集的临时股东大会中提案股东和监事会提案的规则保持一致。关于上述提案股东行使反对或修改提案权规定的实践，无疑要数招商银行 2003 年股东大会上关于发债方案合法性讨论的经典案例<sup>1</sup>了。当时作为提案股东的基金和券商代表提出否决提案，请公司董事会立即审查，并召开临时股东大会。招商银行董事会认为对原提案的任何变更都应视为一个新的提案，不得在当次股东大会上进行表决。基于现行法规的约束，提案股东最终也只能认可该提案不在当次股东大会上予以讨论，但根据公司章程的规定，董事会应提供下一次讨论的机会。

### 3.1.4 上市公司董事会对提案内容审核上的缺陷

按照《公司法》和中国证监会的现行规定，上市公司除董事会自己提出的提案之外，所有其他的股东大会提案都应提交公司董事会，董事会都有权对提案进行审查。从法理上来讲，董事会主要应对提案的关联性和程序性进行审核。董事会对提案进行审核后，认为提案涉及事项与公司有直接关系，并且不超出法律、法规和《公司章程》规定的股东大会职权范围的，应提交股东大会讨论。对于不符合上述要求的，不提交股东大会讨论。如果董事会决定不将提案提交股东大会

---

<sup>1</sup> 2003 年 10 月 15 日，引起广泛关注的招商银行 2003 年第一次临时股东大会以绝对多数通过发行不超过 100 亿元可转换债券的议案。基金和券商代表提出《关于否决招商银行 100 亿可转债发行方案的提案》，要求“表决票应区分流通股与非流通股，分类计算、唱票、当场公布表决结果并公告”时，招商银行引用《上市公司股东大会规范意见（2000 年修订）》第 4 章第 33 条的规定，认为“表决程序是一项新提案，股东大会通知中未列明该事项，因此不能进行表决”。单独或合并持有公司有表决权总数 5% 以上的股东只能在年度股东大会上提出新的提案，并且提出新的提案也有相应的程序要求，本次临时股东大会不能对任何新的提案进行表决。根据《意见》第 19 条的规定，单独或合并持有公司有表决权总数 10% 以上的股东，可以向董事会提议召开临时股东大会，但本次提出上述提案的基金代表的股份没有达到比例要求。

表决，应当在该次股东大会上进行解释和说明。董事会对提案涉及的程序性问题可以做出决定。如将提案进行分拆或合并表决，需征得原提案人同意。原提案人不同意变更的，股东大会会议主持人可就程序性问题提请股东大会做出决定，并按照股东大会决定的程序进行讨论。那么，董事会对提案权人提出的提案是否都应进行审核呢？我们认为不能一概而论。

首先，董事会不能审核监事会提出的提案。监事会作为公司的监督机构，主要监督的对象就是公司董事会、董事及高级管理人员，而且监事会的提案大部分可能涉及董事会、董事的问题，或者是监事会认为董事会的决策或行为明显不当，甚至认为董事会或董事的行为违反法律、法规或公司章程，或者要求改选董事，追究董事责任，对董事会表示不信任等，专门监督机构的议案不应经被监督者的审查同意。监事会与董事会作为公司两个平行的机关，它们的提案权不应存在相互审查的问题，监事会的提案内容不应由董事会审查，正如董事会的提案不须由监事会审查一样。但是，监事会提出的提案应自行保证其内容与法律、法规和公司章程的规定不相抵触，并且属于公司股东大会的职权范围，提案符合法律、法规及公司章程对股东大会提案的形式要求、内容具体性要求。但是，如果监事会的提案没有在规定时间内提出，董事会可以不将该提案提交该次股东大会讨论和表决。

其次，董事会对股东提案的审核应遵循相关的程序。董事会对股东提案应该进行审核，因为在公司中，拥有提案权的股东较多，提出的提案可能会更多，若不经董事会的审核，将可能造成公司股东大会会议的不稳定、无效率。经董事会审核后，对于符合股东提案条件的，应提交股东大会讨论；对于不符合要求的，不提交股东大会讨论。如果董事会决定不将股东提案提交股东大会表决，应当在股东大会上进行解释和说明，并将提案内容和董事会的说明在股东大会结束后与股东大会决议一并公告。董事会作出否定的决定后，不影响股东大会的召开和作出决议，若有提案者的说明要求，应提供其在股东大会上说明该议案的机会。这里要注意的是，现实中董事会常常以提案与公司章程相冲突为由而拒绝将提案提交股东大会审议，因为《上市公司章程指引》第 58 条规定，提案不能与章程冲突。那么，与章程冲突的提案和修改章程的提案是否可以同时提出呢？例如公司章程规定董事实行等额选举，但有些提案提出的人选超过了公司章程规定的董事

数额，股东大会可否对这样的提案进行讨论和表决呢？在日本，有人认为可对提案人的意图作善意的理解，即上述提案同时也包括提出修改公司章程中有关董事选举规定的建议。但是，另有一种理解认为，有关修改公司章程之类的重要提案，必须事先明确公告。1998 年发生的大港油田入主爱使股份（60652）一事应当作为成功案例，在立法时应予以采纳<sup>1</sup>。笔者认为，应该允许将与公司章程冲突的提案和修改公司章程的提案同时提出，但修改章程的提案理应依法公告并按特别决议通过方能生效。

## 3.2 上市公司股东大会提案制度缺陷的法律救济

借鉴国外成熟的立法例，明确股东行使提案权所须具备的形式要件和程序要件：

（1）股东提案权行使的形式要件。 持股数量要件。应持股数量达到一定比例，才可以行使提案权，否则因为持股额少，对生产经营也不关心，只在乎分红，使股东提案流于形式。另外，只能是基于有表决权的股份，因为股东提案权只有在提案人本身能够参与意见决定时才有实际意义，可以采用比例性标准和绝对数标准。建议仿照美日立法之例，规定持有公司具有表决权的 5% 以上的股东为提案股东。 持有期间要件。可以规定为其提案之日起 6 个月连续持有公司股份，而且必须持续到股东大会召开之日。之所以规定 6 个月的持续保有时间，一方面是为了防止持续持股时间太短，小股东对公司经营不了解，对公司事务不关心，怠于行使权利。6 个月的时间比较适中，能够表明股东对所持有股票的信心和关心，从而关注公司运营。另一方面也是为了防止以行使提案权为目的取得股份的现象产生。 提案内容要件。只要是属于公司经营范围和股东大会职责范围内，与法律、法规和章程的规定不相抵触，并且出于合理目的的提案，都应纳入股东大会讨论范围。

（2）股东提案权行使的程序要件。 提交程序。在召开股东大会 6 周之前，

---

<sup>1</sup> 1998 年大港油田在进入董事会时就遇到爱使股份公司章程条款的限制。爱使股份公司章程规定，进入董事会必须持股比例不少于 10%，持股时间不少于半年，而大港油田并不具备这样的条件。后经协商妥协，股东大会将修改章程和增补董事的提案同时进行了表决，大港油田顺利入主爱使股份。

应向董事会书面提交提案内容。董事作为收信人提交股东大会。如果股东行使议案提案权时，应在拟作会议目的事项中追加该股东提出的议案的要点，并且记载于股东大会的召集通知书和召集公告上。说明程序。列入股东大会议程的提案，如果同时有提案者的说明要求，应向其提供在股东大会上说明该提案的机会，从而将提案的动机、目的、内容做详尽的说明和论述，其他列会股东可以通过讨论和提问的方式，对提案的内容有充分的了解。无视提案权的救济程序。如果董事会无视的是合法的议案提案权，而在股东大会上通过了董事会提出的议案，应该认定为会议召集程序存在瑕疵，因此股东大会作出的决议就是可以通过诉讼请求撤销的。而对于董事会无视的是议题提案权的情形，由于股东大会并没有就该议题作出任何决议，不存在可以撤销的决议，所以只能追究董事的责任，对董事请求赔偿损失。区分两类提案对于完善股东大会的提案规则有着重要的意义。一般来讲，议题提案的规则应该比议案提案的规则严格一些，至少在提案提交的时间要求上应有所区别，以方便股东为审议提案作准备。

救济程序是实现提案权的关键和保障。这里我们主要针对董事会拒绝采纳提案的问题进行讨论，这也是实践中提案制度运作存在的主要问题。股东认为其提案应当依法列入股东大会的审议范围，但董事会认为提案不符合要求，拒绝将其作为会议审议事项，就在股东与公司董事会之间发生了争议。对此争议的解决方法，一般有两种方法解决：

一是通过行使股东大会召集权进行救济。符合提议股东条件的提案，股东或监事会通过行使股东大会召集权，自行召集股东大会，审议表决自己提出的提案。在这种情况下，应按照股东大会召集权的有关规定办理。

二是通过提案权诉讼进行解决。《上市公司章程指引》对提案权诉讼仍是空白。提案权诉讼是指当事人之间因提案是否应列入会议日程发生争议而引起的诉讼。提案权诉讼制度应包括以下几个方面：

（1）起诉的条件。提起提案权诉讼的前提是股东或监事会的提案是否应列入股东大会日程发生争议，董事会或与该提案有利害关系的人认为该提案不应列入会议日程，而股东或监事会坚持认为应列入会议日程的情况。在此情况下应提起股东或监事会的提案权诉讼，由法院决定是否应将其列入会议日程。

（2）诉讼当事人。一般地，只有监事会和符合条件的股东才能按规定向董

事会行使提案权，也只有董事会才有权决定是否应将该提案列入会议日程，按规定程序进行通知。因此，提案权诉讼涉及的当事人包括提案股东、监事会和公司。至于在诉讼中由谁作为原告和被告，则因具体情况而定。

（3）股东或监事会作为原告。公司董事会已告知股东或监事会拒绝其提案的决定，则坚持应列入会议日程的股东或监事会可以依规定起诉公司，要求将其提案列入会议日程。

（4）监事会和股东以外的原告。与提案有利害关系的人，除了董事会、监事会和股东之外，还会有其他人，该有利害关系的他人认为如将该提案列入会议日程将损害自己的合法利益时，有的国家规定允许该利害关系人可以向法院提起诉讼，要求不将该提案列入会议日程<sup>1</sup>。此时，提案权诉讼的原告是董事会、监事会和股东以外的其他人。至于该诉讼的被告，应是公司和行使提案权的股东或监事会。因为与原告直接发生争议的，是行使提案权的股东或监事会，是该股东坚持认为应列入会议日程，行使提案权的股东或监事会应作为被告；同时，在公司同意提案时，在公司与原告之间就发生了提案是否应列入会议日程的争议，当然应作为被告；在公司尚未同意提案时，原告的起诉是要求阻止公司将提案列入会议日程，公司当然的成为该诉讼的被告。

## 4 上市公司股东大会表决制度的缺陷及其完善

上市公司股东大会表决制度是股东大会制度的重要环节，股东所有权利的实现均通过表决制度进行。股东大会表决制度的内容包括表决权的基本原则、表决权的取得与行使、表决权的实现等。其中股东表决权是股东大会表决制度的核心。

### 4.1 上市公司股东大会表决权的法律属性及其固有缺陷

#### 4.1.1 上市公司股东表决权的固有缺陷

---

<sup>1</sup> 加拿大商业公司法第 137 条第 1 款规定，声称已因该提案而受冤屈的任何人可向法院提出申请，要求允许公司不把股东提案载入管理层委托书通函。

传统公司法理论将股东权分为自益权和共益权。自益权是股东以自己从公司获得经济利益为目的而行使的权利,共益权是股东为公司的利益也为自己的利益参与监督公司经营的权利。一般认为,股东的自益权属于财产性权利,与股东的身份密切连在一起。股东的共益权则是公司事务参与权,一般为非财产性权利。股东表决权是共益权中最重要权利,不仅股东享有的重大决策和选择管理者的权利是通过表决权来实现的,而且股东通过表决权的行使,形成股东大会决议,把自己的意思转化为公司的意思,对公司董事、监事的人选,对公司的重大决策起到决定性作用。但从公司的本质上讲,公司只不过是股东谋取利益的工具,因而股东自益权是目的性权利,而股东共益权不过是实现自益权的手段性权利。因此,股东对自己拥有的表决权,对选举董事和公司合并等重大事项的表决,通常都是漠然的。当股东只拥有小部分公司股份时,他们知道自己的投票很可能对任何一个表决的结果都产生不了什么影响,因此股东特别是中小股东既不关心自己的表决权,也不关心大股东的表决是否能够帮自己选出理想的能使公司迅速发展的管理者。在这种情况下,股东大会表决也就异化为大股东表决。这方面的案例屡见不鲜,如深大通(000038)2003年第二次临时股东大会仅有一名股东参加<sup>1</sup>。就连拥有近两万名股东的东风汽车(600006)<sup>2</sup>,也仅有5名股东及股东代表参加公司2003年年度股东大会。

股东表决权是股东权的重要内容,而股东权又来源于股权,因此股东表决权结构和股东权结构决定于股权结构,股权结构对股东权以及股东表决权有着直接的影响。而我国上市公司的股权结构呈现出明显的二元性,即表现为以国有股为主体的国有股控股股权结构和以非流通股为主体的非流通股控股股权结构。在二元股权结构中,由于上市公司股权结构的失衡,在流通股股东表决权上就表现为表决权不但绝对数量少,而且所占的比例也小。根据资本多数决原则,客观上存在着非流通股股东滥用股东表决权侵害流通股股东表决权的可能。股权的流动性分割使非流通股股东侵害流通股股东表决权的可能成为必然。因为在一元股权结构下,公司全体股东的利益具有一致性。而在二元股权结构下,流通股股东与非

---

<sup>1</sup> 在2003年9月22日召开的深大通第二次临时股东大会上,参加大会的仅有第一大股东方正延中传媒有限公司的一名股东,代表股份2700万股,占公司总股本的29.84%。

<sup>2</sup> 在东风汽车2003年的年度股东大会上,出席会议的股东及股东代表5人,代表股份72423万股,占公司总股本的72.4%,其中流通股股东及股东代表4人,流通股2423万股,占公司总股本的2.4%。

流通股股东利益存在异质性，以 2002 年用友软件分红案为例<sup>1</sup>，公司流通股股东要求送红股，而非流通股股东则主张送现金。因为非流通股股东在其收益组合中没有二级市场股票转让价差的诱惑，因此，其主要关注股票的分红收益和公司的净利润，基本上不关心公司股票在二级市场中的表现。而对于流通股股东而言，其利益主要体现在二级市场中的股票价格变化上，分配现金红利的意义则居于次要位置。但是，由于流通股股东拥有的股东表决权无足轻重，其主张无法通过股东大会决议的形式上升为公司意志。

#### 4.1.2 上市公司股东表决权原则出现“失灵”

上市公司股东表决权有两大基本原则，即一股一表决权原则和资本多数决原则。在上市公司二元股权结构中，上述两大基本原则在不同程度上出现了失灵。

（1）一股一表决权原则为大股东操纵股东大会提供了便利。即通常所说的每一股份享有一个表决权的股东平等原则。从理论上说，股份公司制度是由全体股东平等地通过一股一票的机制来行使控制权或支配权的民主制度，一股一表决权原则是现代公司决策制度得以存在的基础，体现了风险与收益相匹配的精神，其既提高了公司的决策效率，又保护了大股东投资热情，因此，一股一表决权原则为各国法律所承认。我国《公司法》也将一股一表决权原则确认为基本原则<sup>2</sup>。但是，一股一表决权原则的确立，使股东对公司事务控制力的大小，完全取决于其所拥有的股份数额：股东对公司投资越多，拥有的股份越多，所承担的风险越大，对公司事务的话语权就越大。一股一表决权原则形式意义上的平等掩盖不了由于不同股东所持股份的不同则表决权不同的矛盾。因为没有哪个公司的股东所

---

<sup>1</sup> 用友软件非流通法人股东以 8400 万元资产折股 7500 万股，每股出资只有 1.12 元，而社会公众股却以 9.17 亿元发行 2500 万流通股，出资是每股 36.68 元。2001 年度分红派现每股 0.60 元，法人股东分得红利 4500 万元，按其出资年收益达 53.6%；而流通股东分得红利 1500 万元，按出资年收益仅为 1.6%，只有法人股的 1/33，投资回报周期需要 62 年。但是如果是同股同价、同股同权发行，摊薄后的分红即为每股 0.067 元，年收益可达 6%，投资回报显然剧增。在 2002 年用友软件的股东大会上，流通股股东曾提议，非流通股股东分现金，流通股股东送红股。流通股股东这种貌似不合理的要求实际上与股权分裂基础上的资本形成制度是相适应的。

<sup>2</sup> 《公司法》第 41 条规定：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；第 106 条规定：股东出席股东大会，所持每一股份有一表决权。

持股份数量是完全相同的，由于所持股份数量不同，表决权所体现的股东意志也是不相同的，这就造成了股东实质上的不平等，从而违背了股东平等原则，也为大股东操纵公司提供了便利。在我国上市公司二元股权结构中，表现的尤为明显。

（2）资本多数决原则使大股东操纵股东大会成为必然。资本多数决原则的确立与发展对平衡股东之间的利益冲突，促使公司有效形成决策具有重要意义。若这一原则运用恰当，对于确保公司经营决策的效率，平衡股东与公司之间及股东相互之间的利益关系是十分必要的。但同时我们也应看到资本多数决原则带来的负面效应。资本多数决原则得以有效运行的前提是股东（大股东与中小股东）之间利益同质以及股东与公司之间利益同质。只有在具备这两个前提的情况下，大股东在股东大会上投票时才会促成公司利益并顾及中小股东权益。然而，在我国上市公司二元股权结构中，流通股股东与非流通股股东之间存在股权结构失衡和股东利益异质等矛盾，流通股股东所持有的表决权很难在股东大会议案的表决中达到法定数额的要求，因此股东大会往往仅反映大股东的利益和要求，资本多数决原则也就成了大股东侵害流通股股东权益的手段。郑百文（现“三联商社”，600898）强制回购流通股股东 50% 流通股的案例表明<sup>1</sup>，资本多数决原则完全成为非流通股股东侵害流通股股东利益的工具。法院也认为，郑百文的股份回购行为侵害了原告作为股东对其股份依法享有的所有权即股权。

## 4.2 上市公司股东大会表决制度在运行中存在的主要缺陷

### 4.2.1 股东表决权取得与行使方式上的主要缺陷

从国外公司立法的经验来看，股东表决权的取得与行使主要可以通过股东身份、股东代理人身份、股东表决权信托的方式以及公开征集投票权方式取得。但

---

<sup>1</sup> 参加郑百文 2001 年第一次临时股东大会的股东及股东授权代表共 108 人，共代表股数 6318 万股，占公司总股本的 31.98%。会议表决通过全体股东将所持公司股份的 50% 过户给三联集团公司（重组方）的议案。根据该次股东大会的决议，公司 68077 名股东所持股份的 50% 过户给三联，38 名明示反对的股东持有的 111362 股流通股也被强制回购。2003 年 8 月 21 日，共持有 15600 股的 6 名股民诉至法院，要求返还全部股票。2004 年 6 月 11 日，一审法院判决被告返还 6 名原告全部被回购注销的流通股股权的 50%，共计 7800 股。

我国公司立法仅对于以股东身份和代理人身份两种取得方式予以了明确,滞后于上市公司股东大会运作的实践需要。

投资者购买公司股票后即成为公司股东,同时也拥有了与其持股数量相对应的股东表决权,有权随意处分自己享有的表决权:可以亲自参加股东大会对重要事项行使表决权;可以仅出席股东大会却放弃行使表决权;还可以既不参加股东大会也不行使表决权;也可以不参加股东大会而委托其他人行使表决权。受托人以代理人的身份出席股东大会,并在授权范围内行使股东表决权。我国《公司法》对这两点均有明确的规定,但关于国外证券市场上较为普遍的以股东表决权信托和公开征集投票权方式取得并行使表决权的規定仍是空白。

(1) 以股东表决权信托的方式取得股东表决权。在一定期限内,股东可以将其享有的股东表决权以不可撤回的方式转让给其所指定的表决权受托人,以谋求表决权的统一行使。该方式的实质是将股东的共益权和自益权分离。随着公司所有权与控制权分离程度的提高以及证券市场的日趋发达,不少股东特别是中小股东对于亲自行使表决权的兴趣不大,每年一度的委托他人代理投票或书面投票又显繁琐。因此,只要其作为股东的其他权利特别是自益权不受表决信托的侵害,便不会抵制表决信托的运用。而有些股东甚至并非股东的商事主体为汇集其他股东表决权以达到自己实际控制公司的目的,也非常愿意作为表决权的受托人。因此,表决权信托同时满足了中小股东和欲控制公司的商事主体两类人的需要,在国外得到了迅速广泛的运用,但在我国证券市场尚未实行。

(2) 通过公开征集投票权的方式取得股东表决权。公开征集表决权是上市公司股权分散化、流动性的必然产物。我国《公司法》规定,股东可以委托代理人出席股东大会并代为行使表决权,这是征集投票权的法律根据。中国证监会2002年1月颁发《上市公司治理准则》,明确提出公司董事会和符合条件的股东可向上市公司股东征集其在股东大会上的投票权。在公司股份高度分散的情况下,每个股东持有的股份与公司的股份总额相比是微不足道的。因此单个股东无论从个人利益还是从个人投票的影响力来考虑,都无法使他积极地行使投票权。公开征集表决权为中小股东组织起来参与上市公司股东大会提供了机会,在2004年宝钢股份(600019)增发案例中<sup>1</sup>,公开征集投票权活动第一次让中小股

---

<sup>1</sup> 针对宝钢股份董事会决定召开临时股东大会审议280亿元的增发方案,2004年9月7日,新浪网和今日商报《大众证券》周刊发起“抵制宝钢巨额增发,紧急征集中小投资者投票权”

东有机会组织起来参与上市公司股东大会,使社会各界尤其是管理层对中小股东的弱势地位,以及现行公司立法落后于上市公司运作实践的制度缺陷有了更新的认识。但我国目前尚未制定公开征集投票权的具体实施办法。

#### 4.2.2 上市公司股东表决权实现上的不足

上市公司股东表决权实现上的不足,在实践中主要体现在股东行使表决权的期间的有关规定上。股东行使表决权的期间一般是指从股东对股东大会决议开始进行表决到表决结束的时间段。在参加现场股东大会行使股东表决权时,股东为了实现自己的表决权,必须在这一时间段即在表决权期间内行使表决权,否则视为放弃行使表决权。随着在非现场行使表决权的方式日益普遍,关于表决权期间的规定所暴露出的不足就更加明显。这主要表现在以下两个方面:

(1) 部分股东通过网络投票方式行使表决权的期间与现场投票的期间不一致。在召开股东大会时,部分股东并未出席现场股东大会,其表决权是通过网络投票方式行使的,这部分股东应该何时开始进行表决呢?是在现场投票之前?亦是在现场投票开始后?还是与现场投票同时进行呢?由于现场投票的时间非常短暂,非现场投票不可能与现场投票同时进行,更谈不上在现场投票开始之后。目前的做法是在现场投票之前即在整个股东大会会议召开期间均可进行。如在民生银行 2004 年第三次临时股东大会<sup>1</sup>中,公司股东大会网络投票起止时间为当日上午 9 时至下午 3 时。但有的公司在股东大会召开之前,就开始接受部分股东通过网络进行投票。如重庆百货 2004 年第一次临时股东大会的网络投票时间比股东大会召开时间提前了 1 天<sup>2</sup>。股东大会表决是股东大会会议的一个重要环节,

---

活动。9 月 9 日,北京首放联合数十家媒体也参与该抵制活动。最终 266 位个人投资者向征集方提交了完全符合要求的 600 多万股反对票的委托投票权。这一活动直接促使宝钢股份调整增发方案,并加快了以基金为代表的机构投资者的利益互换进程。从而使宝钢的不支持率达到 13% 左右。

<sup>1</sup> 民生银行在关于召开 2004 年第三次临时股东大会的再提示公告中称,本次股东大会由于技术原因,网络投票仅适用于流通股股东,请非流通股股东按原定方式参加现场股东大会。根据本公司第三届董事会第十五次会议决议,本公司定于 2004 年 12 月 24 日在北京召开公司 2004 年第三次临时股东大会。本公司股东大会网络投票起止时间为 2004 年 12 月 24 日上午 9:00 时至 2004 年 12 月 24 日下午 3:00 时。

<sup>2</sup> 重庆百货 2004 年度第一次临时股东大会会议二次通知的公告称,会议召开时间为 2004 年 12 月 27 日上午 9:30 分,投票方式为采取会议现场投票及网络投票方式进行表决,网

如果在股东大会召开之前部分股东就进行表决，有悖于召开股东大会的召开程序，因此在股东大会召开之前不宜进行表决。

（2）以通讯方式参加股东大会的股东表决权的行使期间与现场投票期间不一致。在股东大会的实际运作中，出现了以通讯方式召开股东大会的形式，比如秦丰农业 2004 年 8 月 31 日召开的临时股东大会就是采用通讯表决方式进行的<sup>1</sup>。这种股东大会无现场与非现场之分，股东行使表决权的方式一般是通过传真的形式或在规定期限内将自己的表决意见发送到公司，公司收到表决意见后进行统计，然后公告表决结果。通讯表决方式的安全性和真实性遭到怀疑。

### 4.2.3 上市公司股东行使表决权方式上和结果上存在的问题

（1）累积投票制未起到应有的作用。从投票地点划分，股东行使表决权的方式分为现场投票和非现场投票。该两种方式在上面已经进行了讨论，在此不再赘述。实践中的问题主要出现在累积投票制度上。

在直接投票制下，有表决权的每一股份拥有与拟选出的董事或监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权只能分别使用，目前绝大多数上市公司的股东大会在选举董事或监事时，均是通过直接投票的方式产生。但由于上市公司股权结构明显失衡，流通股股东利益经常受到非流通股股东的侵害，因此，部分上市公司在选举董事或监事时开始推行累积投票制度。在累积投票制下，有表决权的每一股份拥有与拟选出的董事或监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权既可以分别使用，也可以集中使用。实行累积投票制度可以给予流通股股东将其代言人选入董事会、监事会的机会，使其选举出自己信赖的董事参与公司治理，以达到董事会权力制衡的目的。2002 年初颁布实施的《上市公司治理准则》首次在我国引入了董事选举的累积投票制，但由于一直没有出台关于该制度的实施细则或者操作指引，上市公司对其含义理解各异，误解和曲解亦非鲜见，以至在实践中产生了不少问题，不仅出现了股东在累积投票制下等额选举董事的情况，甚至出现

---

络投票时间为 2004 年 12 月 26 日 17 点至 27 日 15 点。

<sup>1</sup> 秦丰农业 2004 年第三次临时股东大会于 2004 年 8 月 31 日上午以通讯表决方式召开，出席会议的股东代表 3 人，代表股份 2249 万股，占公司股份总数的 17.46%，董事会聘请陕西法智律师事务所傅瑜、刘丽雅律师出席会议见证并出具了法律意见书。

了股东在累积投票制下对董事候选人投反对票的笑话。

(2) 表决结果的统计方式存在问题。在参加股东大会的股东均在现场进行表决的情况下,在表决期间结束后,通过对表决情况的统计,就可以计算出表决结果。这在实践中是不存在问题的。但随着网络表决方式的推行,部分股东在非现场参加了股东大会,并参与了表决,这样一来,就出现了如何统计表决结果的问题。解决这个问题,应坚持公正、公平、公开原则,非现场股东虽然在股东大会会议开始时就可以进行网络表决,但现场股东大会在此时不能开始进行投票结果统计,否则会干扰现场股东大会的进行。同样,在非现场股东网络表决结束之前,即使现场股东大会表决已经结束,也不能进行表决结果统计,否则将干扰非现场股东行使表决权。因此,表决结果统计应坚持网络投票与现场投票孰后原则。等股东大会表决结果产生后,公司董事会应及时履行信息披露义务,披露的内容包括参加股东大会的人数、参加表决的股东人数、股东所持股份总数、每一议案的表决情况及结果。对于类别股东大会,除披露上述信息外,还须披露以下信息:参加表决的社会公众股股东人数、所持股份总数、占公司社会公众股股份的比例和表决结果,并披露参加表决的前十大社会公众股股东的持股和表决情况。

### 4.3 上市公司股东大会表决制度缺陷的法律救济

在上市公司股东大会的表决制度方面,除了上述制度执行层面的缺陷必须在公司立法层面加以规定和明确外,最根本的还是要对表决制度所涉及的两个基本原则——一股一表决权原则和资本多数决原则,在现实情况下进行适应地修正。

#### 4.3.1 一股一表决权原则的修正

在二元股权结构中,一股一表决权原则的突出表现就是国有股“一股独大”。在目前这种股权结构不可能短时间内解决的情况下,有必要从以下几个方面对一股一表决权原则进行修正。

(1) 无表决权股份的设定。设定无表决权股,持有无表决权股份的股东不享有表决权。具体包括下面三种情形:

优先股股东不享有股东表决权。优先股股东享有盈余分派优先权，不承担投资风险，其地位与公司债权人相似，作为风险管理手段之一的表决权并非是他们所必须持有的权利。

违规占用公司资金的股东不享有表决权。股东违规占用上市公司资金的行为，既侵犯了公司的法人财产权，也侵犯了公司其他股东的股东权，在这种情况下，若其仍享有表决权，参与对公司重大事项的决策，对其他股东来说，显然是不公平的。\*ST 华信（600765）的大股东华信集团违规占用公司巨额资金达四年之久<sup>1</sup>，将公司逼近了终止上市的绝境。如果从其占用上市公司资金之日起，剥夺其表决权，也不至于让其利用手中的表决权控制公司多年，从而使公司坐失重组发展的良机。

允许股东表决权分割行使。表决权的分割行使是指股东有两个以上表决权时，在股东会议上将一部分表决权对股东大会议案投赞成票，而将另一部分表决权对股东大会议案投反对票。行使表决权的名义上的股东，若在其背后有持不同利害关系的实际股东时，为反映实际股东的意思，有必要分离行使。

（2）限制部分股东行使表决权。股东在行使表决权时，有时需要对与自己有利害关系的事项进行表决，而这种表决对其他股东来说，可能侵害了他们的利益，因此有必要对涉及利害关系事项的股东表决权进行限制。

股东责任免除时的表决权限制。主要表现为在进行关于免除发起人、董事、监事责任的决议时，限制作为发起人、董事、监事的股东参与表决。

公司与股东间缔结合同时的表决权限制。在进行营业转让、营业受让、经营委任等关联交易决议时，限制作为交易方的股东参与表决。

对股东行使权利时的表决权限制。在决定董事、监事报酬时，限制作为董事、监事的股东参与表决。

在上述三种情形中，这些股东往往是公司的大股东或多数股东，允许他们在此情形下行使表决权极易损害公司利益和少数股东的利益。因为对所议事项存有利害关系的股东，不能期望他们把自己利益置于公司利益之后。在 2002 年武汉塑料（000665）高管人员高薪案例<sup>2</sup>中，高管人员的高薪议案是由大股东控制的

---

<sup>1</sup> \*ST 华信的大股东华信集团自 2000 年起，违规占用公司资金 1.5 亿元，成为导致公司连续三年亏损的主要原因。公司股票自 2004 年 3 月 22 日起暂停交易。

<sup>2</sup> 2002 年度武汉塑料全年实现净利润 151 万元，而公司董事、监事及高级管理人员的年度

董事会、股东大会表决通过的。所以，当某一股东与股东大会讨论的决议事项有特别利害关系时，该股东或其代理人不得就其持有的股份行使表决权。

### 4.3.2 资本多数决原则的修正

虽然资本多数决原则加深了大股东与中小股东之间的矛盾，但该原则所反映的法律精神又使得其有继续存在的必要，因此在坚持资本多数决原则的情况下，需要对之进行修正。这主要体现在以下几种制度创新上：

（1）引入流通股股东类别表决机制。2003 年 10 月，由 47 只基金（均未流通股股东）联盟反对招商银行（600036）发行 100 亿可转债的风波<sup>1</sup>，使得类别股东表决机制引起关注。在推行类别股东表决制度时，需要注意以下事项：

类别股东分类。所谓类别股份，是指因认购股份时间、价格、认购者身份、交易场所的不同，而在流通性、价格、权利及义务上有所不同的股份。在二元股权结构中，非流通股和流通股存在重大利益差别早已成为不争的事实。在这种情况下，上市公司的控制权往往被非流通股股东控制，控股股东有可能利用股东表决权在股东大会上做出不利于其他股东利益的决议。因此，鉴于我国上市公司股权流动性割裂的事实，应将类别股份的类型分为流通股和非流通股。相应地，类别股东的类型分为流通股股东和非流通股股东。

重大事项的确定。重大事项是指上市公司与其他市场主体之间发生的对流通股股东利益有重大影响的转移资源或义务的行为，以及上市公司与股东之间发生的对公司及股东利益有重大影响的行为，包括上市公司再融资、重大资产重组、变更募集资金使用等事项等。当公司出现上述事项时，就应当将该事项分别提交出席股东大会的股东以及流通股股东表决。在两次表决中，如果股东大会和类别股东中有一个表决未通过，上述事项就不能实施。

参加股东大会的类别股东的最低人数。在华北制药（600812）、民生银行（600016）、华电能源（600726）、重庆百货（600729）2004 年 12 月份召开的

---

报酬总额为 152 万元，与公司年度净利润基本持平。

<sup>1</sup> 在招商银行 2003 年第一次临时股东大会上，部分基金反对公司发行可转换公司债券，在审议关于发行可转换公司债券的发行规模时，反对票 395,338,334 股，占出席会议有表决权股份总数的 10.38%。

临时股东大会上，参加类别表决的流通股股东人数分别为 67 人、216 人、42 人和 20 人。其中在参与投票的前 10 大流通股股东中，自然人股东人数分别为 1 人、0 人、3 人和 7 人。相对于上述四家公司上万名流通股股东而言，参与表决的流通股股东和自然人股东人数确实太少。为了体现上市公司的公众性，避免上市公司被少数机构投资者操纵的危险，有必要对参加股东大会的类别股东的最低数量进行限制。此外，大多数国家公司法对于符合股东大会召集条件的出席人数都有具体的规定，而且对于临时股东大会召开的人数规定往往比年度股东大会有更高的要求。如法国《公司法》规定：“特别股东大会，只有在出席的或由他人代理的股东至少拥有第一次召集时 1/3、第二次召集时 1/4 的具有表决权的股份的条件下，才得有效地进行审议。”（卞耀武，1999，P.86）日本商法还规定，公司不得以章程排除或减轻法定的人数标准。我国《公司法》恰恰在这方面无明确规定，应在下一步公司立法中加以补充和完善。

参加股东大会的类别股东持有的表决权的最低比例。银山化工（000675）<sup>1</sup>和福田汽车（600166）<sup>2</sup>分类表决案已经从正反两方面证明了少数流通股股东持有较少的流通股表决权进行表决并不能代表多数流通股股东的利益。在银山化工股东大会的分类表决案中，参加表决的流通股股东的持股比例仅为 10% 左右，无论赞成者、否定者所持或者所代表的股份代表性都不够高。华北制药（600812）参与表决的流通股只占流通股股本的 4.04%，最高的民生银行（600016）也不过 10.29%。因此分类表决须规定出席股东大会的流通股股东持有或代表的股份的最低比例，以充分体现上市公司的公众性。

对流通股大股东行使类别股东表决权的限制。在流通股股东内部也有大小之分，一般分为机构股东和个人股东，他们之间也可能发生分歧。流通股股东中

---

<sup>1</sup> 在银山化工 2003 年第二次临时股东大会上，参与投票的股东及股东代理人 319 人，代表股份 7155 万股，占公司发行在外股份总数的 62.58%；出席流通股类别股东大会的股东及股东代理人共计 316 人，代表股份 328 万股，占公司流通股份总数的 9.91%。其被称为“郑百文模式”的股份置换方案分别以 95.32%、65.28% 的赞成比例获得股东大会及流通股类别股东大会的通过。

<sup>2</sup> 福田汽车 2004 年 9 月 27 日召开了临时股东大会，会议事项之一就是对公司董事会提出的“增发不超过 1.5 亿股 A 股，约占总股本 33%”的议案进行表决。出席该次股东大会的流通股股东代表共有 27 名，持有 4433.4 万股流通股，占公司流通股份的 28.4%。在对“关于公司符合增发新股条件”的议案进行表决时，流通股股东弃权 2740 万股，反对 374.8 万股，仅有 1318.5 万股赞成。赞成票仅占参加表决的流通股总票数的 29.7%。其增发议案在股东大会上被流通股股东否决。

的机构股东完全可以利用自身在类别表决时的优势地位而与上市公司进行私下谈判和交易，而交易的结果很有可能会牺牲流通股小股东的利益。因此需要对流通大股东在类别表决时进行一定的限制，防止上市公司与流通股中的大股东进行私下交易：首先应明确持有上市公司 5%流通股以上的股东为流通股大股东。上市公司对于该类股东不得以非公开方式披露任何影响投资决策的信息。其次，在类别表决投票日前的合理期间，上市公司对于该类股东不得采取公关交流活动。第三，该类股东在类别股东大会上行使表决权时，必须公开陈述理由。

（2）进一步完善累积投票制度。累积投票制的直接目的，在于防止控股股东完全操纵选举。笔者认为，在我国现代企业制度初创时期，累积投票制度对保护中小股东的利益，特别是对完善我国公司治理结构具有独特的价值。没有累积投票制度，公司董事会和监事会完全可能被控股股东所垄断，这不但无法在董事会内部形成必要的监督，减少集中决策的风险，而且使《公司法》所设计的“三权分立”的权力制衡机制也形同虚设，无法建立起完善的公司治理结构，同时也使中小股东的利益无从得到切实的保障。为此，必须在我国的公司立法中引入强制性累积投票制度，增加中小股东的代表进入董事会的机会，使中小股东有机会平等参与公司决策，防止大股东利用自己的优势地位损害中小股东的利益；同时也避免大股东在发起设立公司时在公司章程中排除累积投票制的适用，使累积投票制度能真正体现立法者的初衷。

在设计我国适用的累积投票制度时，不能仅仅局限于董事的选任，而应当扩展到监事和独立董事的选任上。随着现代公司治理结构从股东大会中心主义向董事会中心主义的转变，董事违背忠实义务侵犯股东利益的行为更加难以控制。如同传统上大多数采用累积投票制度的国家和地区那样，仅仅把累积投票制适用于董事的选任，以有利于小股东将自己信任的人选入董事会的方式，实现事前的救济，已远远不足以保护中小股东的利益。为此，必须大力加强监事会和独立董事的作用。为保障监事会有效的行使监督权，应当借鉴台湾《公司法》第 198 条、第 227 条的规定，把累积投票制同时适用于董事和监事的选任上，避免大股东对董事和监事人选的垄断，同时割断董事和监事之间的利害关系，以利于监事会在股东大会闭会期间对董事会实施全程监督，防止其滥用权力。具体到公司立法上，可以在我国《公司法》修订时，在该法现行第 106 条的基础上增加一款作为其第

3 款，即规定“股东大会选举董事或监事时，每一股份有与应选出董事或监事人数相同的表决权。股东可以集中选举一人，也可以分散选举数人，由所得选票代表表决权较多者当选为董事或监事。本款所称的董事，包括独立董事。”考虑到我国公司法规定监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成的状况，应增加一款作为本条第 4 款，即“前款所称应选出的监事人数，仅限于股东代表出任的监事人数。”

（3）积极试行股东表决权征集制度。目前，我国股东表决权征集制度尚处于设计阶段，因此，在实行股东表决权征集制度时，需关注以下几个方面<sup>1</sup>：

严格限制表决权征集人的资格。由于公司对自己股份不享有表决权，故公司自身不得担任本公司股东的代理人。除此之外，是否有必要把代理人限于本公司股东？如果公司章程中有此规定，则该条款的效力如何？在日本，对此问题有效与无效两种截然不同的看法。我国有学者持无效说（刘俊海，2000，P.144）。我们认为，由于委托书制度的功效极其复杂，其正反两方面的作用都对股东的权利影响至深，故而对于投票权的委托这一私权既要尊重，又要规范，在进行规则设计时应注意扬长避短，兴其利而除其弊。在法律上可将委托书分为非属征求的委托书（即不是由委托人主动征求的）和征求的委托书。前者中的受托人一般并不具有争夺公司经营权的目，可由股东自行委托他人（如股东的配偶、亲友等等）行使，并不一定要求其必须具备本公司股东的身份；而后者中的代理人则一般本着影响公司的经营决策甚至改组公司决策阶层的动机而进行委托书的征求，存在利用投票委托干扰公司正常运营、甚至道德风险，故应对其资格予以限定，条件包括持股数量和持股时间，而且代理人征求委托书的数量越多，对其持股数量和持股时间的要求也应越高。如此规定的意旨在于一方面使具有经营管理诚意的股东（一般也都具有相当资力）能够通过委托书的征求进入董事会，对在任的经营者形成潜在制约，另一方面也可有效消除恶意股东为谋求个人私利以低成本征得大量委托书，进而干扰公司正常运营的情形发生。

对代理人行使表决权的数量进行限制。为防止个别股东借表决权行使之机，操纵公司的经营决策，更为了减少代理成本，增加决策的理性价值，我国立法上一方面要规定代理人行使表决权不得超过按其所持股份所能行使的表决权

---

<sup>1</sup> 该部分主要吸收了刘俊海先生的观点。

的一定倍数,另一方面要限制代理人行使的表决权在公司已发行股份的表决权总数中的百分比。

对授权范围进行明确界定。征求委托书的说明书应明确叙述所征求代理的事项,未记载于委托书的事项,代理人原则上无权代理投票。这样规定的优点是股东权利得以保障,缺点是代理人对于由其他股东提议的事项,或会议中的临时动议,均无代理权,这将使公司的某些决议可能无法获得通过,这样,委托书的价值必大受减损。故而在征求委托书上一方面可以明确所征求代理的事项,另一方面可借鉴美国的做法,规定对以下事项代理人可为全权委托:第一,征求人在征求前所不知,但却在股东会上提出的议案;第二,承认前次会议记录;第三,因候选人无法为公司服务,而选任其他已提名于委托书的候选人;第四,依照规定可以不记载于委托书或委托书声明的事项;第五,附随于会议的事项,或者规定这些事项为已经委托人默示授权。但法律必须明令禁止投票权信托和限制不可撤销的投票权委托。

禁止以金钱或其他物质利益为代价而征求委托书。按照一般认识,购买委托书违反了公共政策,引诱股东为蝇头小利而出卖投票权,不利于股东权利意识的培养,反而为恶意股东干扰公司运营提供了便利,我国应予以禁止。另外,征求出席委托书时,在征求资料、委托书、通知或其他通讯(包括口头或书面中)均不得有虚伪或令人误解的重大事实。征求人在发布征求资料前,必须将相关资料报证券交易所进行审核。

明确违反委托书管理规范的法律后果。对于违反委托书制度所产生的请求权,可分为股东的损害赔偿请求权和公司的损害赔偿请求权。第一,股东的损害赔偿请求。股东的损害赔偿请求的依据,主要有两个方面:其一,侵权行为责任。股东以委托书委托他人出席股东会的情形有二种:一为应委托书征求者的征求而交付委托书;二为将委托书交给非委托书征求者,委任其出席。在第一种情形,如委托书征求者的征求书面资料或广告不实,违背使用委托书规则,致使股东认识错误而将委托书交付,即对股权造成损害。股东即有权向委托书征求者请求赔偿。在第二种情形,受托人如未依股东委托的意旨行使委托书,也系因故意或过失不法侵害股东的权利,构成侵权行为的,也应对股东负损害赔偿责任。其二,受任人处理委任事务有过失或越权行为时的损害赔偿责任。不管受托人是否主动

征求委托书，只要股东交付予他人代理出席股东会，股东与此代理人的关系，即基本上适用民法委托的有关规定。股东为委托人，代理出席者为受任人，如受任人处理此项委任事务有过失，或因逾越权限而导致委任人受到损害，对于委任人应负损害赔偿的责任。第二，公司的损害赔偿请求。委托书的使用，如违背法律规定，则该委托所代表的表决权即为无效。但如果此项表决权在股东大会中仍被计算而使决议获得通过，则有可能使该项决议违反法律而被提起撤销之诉，最终使公司受到损害。此时，即发生公司对于导致股东会决议被撤销的股东、受托的代理人或委托书征求者请求损害赔偿。委托书管理规范的设计，在很大程度上是立法政策选择的结果。我国在将来制定委托书管理规范后，还须随着股份公司治理结构和股权变动等情况的变化而适时调整，以期不断满足现实的需要。另外，委托书管理规范能否得到很好的遵循，在很大程度上取决于股东权利意识的觉醒，在这方面，我国还有很长的一段路要走。

（4）逐步引进股东表决权信托制度。表决权信托是利用信托机制控制公司经营的一种法律机制。因此，它既与公司法密切相关，又不失为信托制度的特别应用，其法律关系十分复杂。在上市公司运作中，股东将其所享有的出席股东大会并行使表决权的权利信托给第三人行使，有利于股东自益权不受侵害的情况下，于一定期间内将公司的重大决策权交给一个更善于管理的机构来行使；同时也利于第三人不持有公司股份而实际控制公司经营之目的。这种信托成立的基础是信托协议。根据协议，股东将其股份转让给受托人，并办理股东名义变更，从而使表决权受托人成为登记在册的记名股东。同时，为使善意第三人了解股权信托的真实情况，以受托人名义记载的股东名册及受托人持有的公司股票上应注明“股权信托”的字样。信托协议应对受托人行使权利的范围有所约定。因为股权信托并不等于股权转让，受托人所获得的仅仅是股东权中出席股东大会并行使表决权的权利，以及与这些权利密切相连的其它附属权利，如召开股东大会通知获悉权等。股东的其它诸多共益权和全部自益权都不属于受托人，如未经多数信托人的同意，受托人无权以其受托股份为其他债权人设定质押、无权出售或更换公司财产、无权增发新股、无权合并、分立及解散公司等等。如果受托人有越权行为，侵犯了信托人的权利，应承担相应的法律责任。我国目前的公司法没有关于表决权信托的规定。从确保公司管理政策的延续，防止外部入侵者获得公司的控

制权，防止内部人控制和保护中小股东利益等方面考虑，我国公司法有引进国外股东表决权信托制度、设置股东表决权信托规范条款的必要。

## 5 上市公司股东大会决议瑕疵问题及其完善

上市公司股东大会决议是公司将参加股东大会的单个股东的意思汇集起来，运用资本多数决原则，形成股东的集体意思，并以决议的形式将集体意思上升为公司集体意思的结果。股东大会决议制度在整个股东大会制度中起着重要的作用，它既是股东大会制度的最终环节，又是股东行使表决权的結果，也是股东大会结果的最终体现。

### 5.1 股东大会决议的法律性质和成立要件

股东大会决议属于独立性法律行为。就股东大会意思形成过程和效力的特殊性而言，股东大会决议在性质上属于独立性法律行为，其与传统的法律行为分类有较大的区别。在传统的法律行为理论中，无论是双方法律行为还是多方法律行为，其成立的前提是当事人的意思表示达成一致，并且仅对当事人具有约束力。而股东大会决议并不要求以全体股东意思表示一致为前提，而仅要求占资本多数的表决权通过。并且，股东大会决议一旦产生，既约束全体股东及公司各机关等全体关系人，同时又约束公司与外部发生的全部交易行为。因为在股东大会决议中即使存在与决议结果不一致的情况，但根据资本多数决原则，股东大会决议依然成立。

股东大会决议不适用有关意思表示和法律行为的一般原则，通常不得以股东大会决议的股东意思表示不一致、非股东真实意思表示、股东虚假意思表示为由主张无效，或以过错、欺诈、强迫为由撤销股东大会决议。同时，为了保持法律关系的稳定，对股东无效或可撤销的意思表示不直接影响决议的效力，除非由于股东表决权行使的无效、可撤销而产生决议要件不充足时，可通过提起以此为由的决议撤销或确认不存在之诉来否定决议的效力。

股东大会决议的成立要件主要包括参加表决的股东最低数限制、资本多数决

原则、过半数表决权通过等。

(1) 参加表决的股东最低数限制。由于股东大会决议有别于单方法律行为,一般来说,单独一个股东的意思表示不能成为公司的意思表示。在股东大会讨论的决议事项中,牵涉到多数人利益。所以,股东大会对会议议案进行决议时,需要一定数量的股东参加表决。特别是在我国目前股权分置,股东大会开成了大股东会议,大股东决议成了股东大会决议的现实情况下,尤其需要规定参加股东大会决议表决的股东的最低数,以保护中小股东的利益。

(2) 资本多数决定。股东大会决议是社团性法律行为,以拟制股东利益同质性为前提的多数决原则是公司形成决议的基础。上市公司是典型的资合公司,根据其资本规模和运作效率的要求,决定上市公司不可能如人合公司一样,在作出公司事项决议时,取得每一位股东的一致同意。为了使公司适应现代社会的需要,必须按照“效率优先,兼顾公平”的精神进行公司经营与运作,资本多数决原则乃是此精神在公司决议时的具体体现。

(3) 过半数通过。过半数通过是公司集团意思决定的基本方法。股东大会普通决议须参加股东大会的股东所持表决权的半数以上通过。但是,为防止大股东控制和由此带来的少数股东利益受损,有些事项需要参加股东大会的股东所持表决权的三分之二以上通过。我国《公司法》对此进行了明确规定<sup>1</sup>。同时还有须经全体股东一致同意的特殊决议形式。如依照《韩国公司法》的规定,须经全体股东同意的事项有:免除发起人对公司设立的损害赔偿责任,免除董事、监事、清算人对公司的损害赔偿责任,将股份公司组织变更为有限公司。

## 5.2 上市公司股东大会决议瑕疵的表现

股东大会决议瑕疵,是指股东大会决议形成过程中因内容或程序不符合法律法规和公司章程的规定,而使得决议具备可撤销或宣告无效的要件。一般来说,股东大会决议的瑕疵根据成因的不同可以分为程序性瑕疵和实质性瑕疵两种,前者产生于决议的形成过程中,后者存在于决议本身的内容。

---

<sup>1</sup> 《公司法》第 106 条规定:股东大会作出决议,必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。股东大会对公司合并、分立或者解散公司作出决议,必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

### 5.2.1 股东大会决议的程序性瑕疵

股东大会决议的形成有着严格的程序性,只有严格按照法律规定的程序作出的决议才能产生合法的效力。如果在会议召集、提案、表决等环节违反法定程序的话,则股东大会决议会因程序缺陷而影响其本身的有效性。

(1) 召集程序不符合相关法律规定。主要是指年度股东大会或临时股东大会因召集程序不符合法律法规或章程的规定,或因法律和章程规定阙如,使得会议的召集因欠缺基本条件或法定形式而影响其决议的合法性和有效性。如股东大会召集的事由,是股东大会特别是临时股东大会决议事项有效性的法定依据,基于法定事由而召开的股东大会所形成的决议才具有合法性。反之,在法定事由出现本应召集临时股东大会时,董事会不在法定时限内召开或越权决定并以股东大会决议发布的,股东大会决议则失去了合法性的依据而存在程序性瑕疵。又如由于董事长专擅行使股东大会召集权,使召集权主体行使召集权在实践中变形运作,特别是在国有控股的上市公司中,由董事长甚至由总经理一人决定召开股东大会,造成股东大会召集的随意性,这自然混同了董事会、董事长、总经理等主体属性,由此造成股东大会失去了合法依据。具体的情形在前文关于召集程序瑕疵部分中已经论述。

(2) 未达到议事定足数和议决定足数。美、法、日等国都要求公司股东大会决议的形成必须符合法律上关于议事定足数和议决定足数的规定。如《美国标准公司法》第 32 条规定:“除公司章程另有规定外,有表决权的股份之多数拥有者亲自或由代理人出席会议,应构成股东会议的法定人数,但在任何情况下,法定人数也不应少于在会议上有表决权股份的三分之一构成。”《日本商法》第 239 条规定:“除本法及章程另有规定者外,股东全会的决议,应有代表已发行股份总数过半数的股东出席,并经出席股东表决权的过半数通过方能形成。”我国《公司法》只对议决定足数作了规定,并没有规定股东大会的议事定足数。即使只有极少数的股东甚至是一名股东与会,也可以作出约束全体股东的决议。这为某些公司不重视股东大会,由少数股东操纵股东大会留下借口。对于除特别决议事项以外的普通决议事项的决议标准没有特别规定,授权公司章程自行规定。这使得

关乎公司重大利益的事项反而可能轻易通过,同时也增加了大股东滥用资本多数决,对少数派股东利益压制的可能性,从而可能从根本上违背规定特别事项决议要件的初衷。

(3) 表决权受限制的股东参加股东大会议案表决。股东平等是现代公司法的基本原则之一,依据此原则,每一股东按其拥有股份的多少而对公司享有权利和承担义务。股份平等是股东平等原则的具体体现,我国《公司法》对此进行了明确规定<sup>1</sup>。依此规定,在召开股东大会,对公司事项进行决议时,持有多数股份的股东较持有少数股份的股东拥有更多的发言权。在特定情况下,多数股东利用这种优势地位,滥用资本多数决原则,为自己谋取私利,而损害公司和少数股东的利益,股份平等背离了股东平等的要求,以形式上的平等掩盖了股东间实质上的不平等。为了避免多数股东滥用资本多数决,操纵股东大会决议,以达到其长期控制公司的目的,国外有关立法限制公司持有的自己股份、相互股份股东和特别利害关系股东的表决权行使<sup>2</sup>。参与股份公司的股东以经济利益为共同目的,表决权的行使须受公司和全体股东的共同利益的限制。公司股东就公司事项决议时,如违反表决权限制的规定,则形成的股东大会决议无效。

(4) 已经产生效力的股东大会决议变更。股东大会决议一经产生,就具有法律约束力。在股东大会决议尚未实施或未实施完毕之前,由于客观情况的变化而使决议不能或不宜实施时,可以变更已经通过的股东大会决议,或者在符合决议设置的失效条件时,股东大会决议失效。变更已经产生的股东大会决议,就是对已经成立的股东大会决议的内容进行一定程度的改变。公司准备变更股东大会决议时,必须严格遵守股东大会召集程序,召开新的股东大会,以新的股东大会决议的形式进行变更。如在2004年12月28日召开的重庆百货临时股东大会上,就涉及到变更公司决议。公司将2003年度股东大会审议通过的增发方案中的“本次发行不设置优先认购权”修改为“本次增发,股权登记日登记在册的流通股股东享有优先认购权。股权登记日登记在册的流通股股东在发行价格之上的有效认

---

<sup>1</sup> 《公司法》第130条第1款规定:同股同权,同股同利。第106条规定:股东出席股东大会,所持每一股份有一表决权。

<sup>2</sup> 《韩国商法》第369条规定:“公司持有的自己股份无表决权。”第368条规定:“对于股东大会的决议有特别利害关系者不得行使表决权。”《法国商事公司法》第358条规定:“如果一公司拥有另一公司10%以上股份或10%以上资产时,不得享有表决权。”德国股份公司和日本公司法亦有类似规定。

购按照其持有流通股份的 10 比 3 的比例进行优先认购。优先认购之后，如有剩余，则向网上其他社会公众投资者和网下机构投资者相结合的方式发售，本次发行不预先设定网上发行和网下发行的比例，参与网下申购的机构投资者不设有禁售期。<sup>1</sup>”但由于社会公众股股东的反对而未成功。

（5）股东大会决议形式上存在缺陷。我国《公司法》第 109 条规定，股东大会应对所议事项的决定做成会议记录，由出席会议的董事签名。会议记录应当与出席股东的签名及代理出席的委托书一并保存。《上市公司章程指引》中也有相应的具体规定<sup>2</sup>。此外，《到境外上市公司章程必备条款》、《上市公司股东大会规范意见（2000 年修订）》等文件中也均有类似的规定。法律和章程之所以作出这样的规定，在于股东大会决议必须具备法定形式，这既是股东大会决议规范披露的重要条件，也是股东主张合法权益的法定要求。因此，股东大会决议法定形式的欠缺，将直接影响到决议本身的有效性。

（6）股东大会对目的外事项进行越权表决。目的外事项决议是指股东大会就召集股东大会目的以外的事项进行决议。召集股东大会的目的必须记载于召集通知上，如《日本商法》第 232 条第 2 款规定：“前款通知中应记载会议目的事项。”一般认为，未记载于通知上的事项不得进行决议。对目的外事项进行决议，违反了股份平等原则蕴含的实质内涵，因知晓目的外事项股东与不知晓目的外事项股东是在不平等的前提下进行决议的。因而，目的外事项的决议应是无效决议。我国《公司法》就临时股东大会不得对目的外事项进行表决作了明确规定<sup>3</sup>。虽然我国《公司法》明确排除了临时股东大会就目的外事项进行决议的可能，但没有明确年度股东大会是否可以进行目的外事项决议。

---

<sup>1</sup> 重庆百货临时股东大会公告称，公司关于重新确定增发方案的议案未能被流通股股东表决通过。华宝兴业多策略增长基金通过网络投票投出了反对票，否决了重庆百货的股东大会议案。表决结果：同意 7805 万股，占参与投票股东所持股份总数的 97.9%，反对 163 万股，占参与投票股东所持股份总数的 2%。其中：社会公众股股东表决同意 121 万股，占参与投票的社会公众股股东所持社会公众股股份总数 42.6%，反对 163 万股，占参与投票的社会公众股股东所持社会公众股股份总数 57.4%。

<sup>2</sup> 《上市公司章程指引》第 74 条规定：股东大会应有会议记录。会议记录应记载以下内容：（1）出席股东大会的有表决权的股份数，占公司总股份的比例；（2）召开会议的日期、地点；（3）会议主持人姓名、会议议程；（4）各发言人对每个审议事项的发言要点；（5）每一表决事项的表决结果；（6）股东的质询意见、建议及董事会、监事会的答复或说明等内容；（7）股东大会认为和公司章程规定应当载入会议记录的其他内容。第 75 条规定：股东大会记录由出席会议的董事和记录员签名，并作为公司档案由董事会秘书保存。

<sup>3</sup> 《公司法》第 105 条规定：临时股东大会不得对通知中未列明的事项作出决议。

## 5.2.2 股东大会决议的实质性瑕疵

股东大会决议的具体内容,涉及股东实体权利和义务的分配及其公司相关制度的创设,其决议内容的合法性、有效性直接影响到决议本身的实质效力。在上市公司实践中,常见的实质性内容瑕疵主要有以下几种情形:

(1) 股东大会决议内容违反法律法规的规定。任何公司的股东大会决议都必须在遵守国家法律法规以及公司章程的情况下作出,否则将会导致无效。上市公司在实践中容易出现的违规情形主要包括: 股东大会违反股权平等和有限责任原则,在决议中附设或加重股东承担的出资责任以外的义务和责任; 违反公司利润分配的法定原则,在弥补亏损和提取法定公积金、法定公益金之前分配利润,或任意扩大利润分配前各项基金的比例而实际缩小可分配利润的份额,或者把可分配利润转作公司股份或可转换债券等; 违反法律规定进行股份转让,如大股东违反自愿原则,强行收购小股东的股权,或违反诚信原则把股份转让给关联企业,或者股东在公司股东大会召开、股份发行或公司清算期间转让股份等;

以低于票面金额发行股票(孔祥俊,1997,P.319);等等。我国《公司法》明确规定,对于违法法律法规的股东大会决议,股东可以向人民法院起诉<sup>1</sup>。新都酒店2002年度股东大会通过的董事选举决议后来被法院裁定无效就是典型的案例<sup>2</sup>。

(2) 股东大会决议内容违反章程的规定。章程是公司发起人依法订立的规定公司组织及活动原则的文件,是公司活动的行为准则,也是确定股东权利义务的依据。股东大会如未经修改章程而作出违反章程规定的决议,即为无效决议。但我国《公司法》没有明确规定章程的生效时间,对章程是一经制定签章或署名即发生法律效力还是必须向有关管理部门进行登记方才有效,尚未明确规定。导致章程在制定后至登记前此一期间的法律效力处于未决状态。如果修改后的公

<sup>1</sup> 《公司法》第111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。

<sup>2</sup> 深圳市罗湖区人民法院、深圳市中级人民法院一、二审均认为,新都酒店2003年6月27日召开的2002年度股东大会有关董事选举决议,因所选出的两名独立董事不含会计专业人士、另一董事属于参照国家公务员的管理范围,及其选举中未实行累计投票制,均违反了我国法律法规及《公司章程》的规定,其中任何一项事由的违反,都可以构成公司的董事选举无效,因此该次股东大会有关董事选举的决议无效。

公司章程如经出席股东大会的股东所持表决权数的三分之二以上多数通过,在公司章程重新登记之前,公司再次召集股东大会,作出违反新章程而符合原章程的决议时,该决议的效力难以确定。上述情形在现实中虽较少发生,但由于立法的疏漏,致使修改后的章程的效力处于不稳定状态,无益于调整当事人之间的利益关系。

### 5.3 上市公司股东大会决议瑕疵的法律救济

股东大会决议是公司内部的最高意思决定,是公司运作上最基本的、关键的程序,决议不得含有程序、内容上的瑕疵。股东大会在程序和实质内容两个方面所表现出来的瑕疵,对内严重损害了部分股东的合法权益,对外则逃避法律责任而损害公司债权人利益和社会公共利益,因此,从保护公司全体股东、债权人和利害关系人的合法权益出发,要加强对上市公司股东大会召集、表决等运作环节的规制,对股东大会决议瑕疵进行有效的法律救济,可以从事前防范和事后救济两个方面来着手:

#### 5.3.1 股东大会决议瑕疵的事前预防

股东大会决议瑕疵的事前救济主要是规范会议决议制度,通过一些专门的制度安排对出现决议瑕疵的事由进行防范,以确保股东的合法权益。

(1) 设定股东大会的议事定足数。目前我国《公司法》只对股东大会的召集、提案、通知等事项作出了规定,但对股东大会在什么条件下召开才能为合法有效并没有明文规定。《公司法》第 106 条对股东大会作出决议只是针对出席股东表决权的多数制作出规定,即只对议决定足数作了规定,并没有对股东大会出席的法定人数或股权比例作出规定,即并未规定股东大会的议事定足数。即使只有极少数的股东甚至是一名股东与会,也可以作出约束全体股东的决议。这为某些公司不重视股东大会,由少数股东操纵股东大会留下借口。因此应建立股东大会法定出席人数制度,在《公司法》明确规定股东大会在代表或持有股份占发行公司股份总数二分之一以上的股东或代表出席时方可召开,以从立法上杜绝少数

股东主要是控股股东操纵股东大会的可能性。

(2) 完善股东大会的相关表决制度。通过规范和完善股权表决制度来防范股东大会决议瑕疵,一方面要规范委托投票制度,实施累积投票制度、类别股东投票制度和网络投票制度等,另一方面也要限制相互持股和持有自己股份的股东与特别利害关系股东的表决权。关于这两个方面的内容在股东大会表决权制度里已经进行了论述,在此不再赘述。

### 5.3.2 股东大会决议瑕疵的事后救济

一般而言,否认决议效力只能以诉讼来主张,股东大会决议瑕疵的法律救济也主要是体现在对决议纠纷的防范和化解上。我国《公司法》对股东大会决议纠纷的法律救济作了规定<sup>1</sup>,此规定为解决股东大会决议纠纷提供了法律途径。股东大会决议的法律救济是为了使股东等有诉益者的利益免受股东大会决议纠纷的损害,或在利益遭受损害后能得到弥补,以恢复和伸张法律正义而设置的一种措施和途径。

股东大会决议的法律救济是多种的,利害关系人可根据具体情况选择适用。大陆法系国家公司法大都规定,如果股东大会决议在内容或程序上违反法律、法规或章程的规定,任何股东均有权请求法院宣告该决议无效或予以撤销。股东提起诉讼时,既可以单独行使诉讼,也可以集体行使诉讼。股东大会决议的纠纷分为程序上的和内容上的,以此为标准又可将诉分为撤销之诉和确认无效之诉。

(1) 股东大会决议的撤销之诉。所谓“股东大会决议的撤销之诉”,是指股东大会决议形成的程序如召集、提案、表决、法定形式等方面存在瑕疵而经法院宣判予以撤销后而自始无效的诉讼。当股东大会在程序和形式等方面与法律、法规或章程的规定不符时,股东有权在一定期限内向法院提起诉讼,要求法院宣判撤销该决议。股东的撤销之诉并不限制股东持股比例,持股延续时间,而且与瑕疵无关的股东或无表决权的股东都可以提起诉讼。韩国商法甚至不要求股东为作出决议时的股东,只要是起诉时的股东即可。股东请求法院撤销决议必须在法定

---

<sup>1</sup> 《公司法》第 111 条规定,股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规,侵害股东合法权益的,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。

期限内作出,超过法定期限而股东未提出异议的,该决议即为有效。对于起诉的法定期限,各国规定不尽相同,如法国规定决议作出之日起两个月,我国台湾为一个月,意大利,日本为三个月。股东大会决议撤销之判决,不仅对公司、股东发生效力,而且对第三人也发生效力,并具追溯力,其无效追溯至决议作出之时。

(2)股东大会决议的无效之诉。所谓“股东大会决议的无效之诉”,是指股东大会决议的实质内容有违反法律法规或公司章程的实质瑕疵的情形时,经法院判决为决议无效而自始不发生任何法律效力的诉讼。决议无效的诉讼的起诉主体不限于股东,与该决议有关的利益关系人都可向法院提起确认决议无效之诉,如公司债权人在有诉益时可提起诉讼。但公司债权人只能在股东大会决议的具体事项侵犯其合法利益时方可向法院提起决议无效之诉,对公司对内事项的决议,如选任和撤换公司董事、监事的决议,则不得提起诉讼。

在关于股东大会决议瑕疵救济的过程中,也要注意对与决议有特别利害关系而不能行使表决权的股东的权益保护。限制与决议事项有特别利害关系的股东不得就该决议事项进行表决,是为了防止出现滥用资本多数决形成不公正的决议。但特别事项如果涉及多数股东利益,则有必要排除上述特别决议的限制,允许特别利害关系股东以股东大会决议不当为由提起取消或变更决议的诉讼,以保证公司运营按照公司多数股东的意思进行。之所以另外赋予特别利害关系股东以变更之诉,是为了防止出现作出撤销判决之后再通过同样的有瑕疵的决议,以充分保护特别利害关系股东的合法权益。但特别利害关系股东提起不当决议撤销或变更的诉讼须符合下列条件:一是对决议有特别利害关系的股东未行使表决权。特别利害关系股东提起诉讼必须是由于特别决议受上述限制而无法行使表决权。二是决议明显失当。即有特别决议显著侵犯公司或特别利害关系股东的情形时,特别利害关系股东亦可提起诉讼。三是如有特别利害关系股东行使表决权,就能阻止决议通过。

此外,如果股东大会决议在内容、程序上违法、违规、违章的情形下,造成股东和其他利害关系人的合法权益受损时,应允许相对权利人向法院提起侵权之诉,要求公司及责任股东停止侵权并承担连带赔偿损失。

必须明确的是,股东大会决议瑕疵的法律救济制度不是某一个条文所能解决的,而应从体系化的角度加以构建。首先,股东大会决议是借助于会议体将股东

意思的集合上升为公司法人的意思决定,不仅依赖于股东大会召集程序和决议方法的合法性和正当性,而且也有赖于决议内容的合法性和正当性。这就意味着股东大会决议瑕疵问题的解决,必须要在公司立法范畴内树立程序正义和内容正义的理念,要与召集制度、提案制度、表决制度等相关制度的完善同步推进。

## 6 结束语

正如有的学者指出的,任何促进法律“完善”、与“先进”标准接轨的努力,都必须在“完善”法律的同时,重新确认法律的不完善和亟待改革。所谓“凡需要救济者,即否认立法现状而主张‘完善’权利”(冯象,2001,P.131)。可见,法律的完善和不完善之分野,在于是否承认法律活动的能动性和创造性。证券市场本来就是法律活动创新最多的地方,关于上市公司的法律规定又尤其复杂多变,本课题所提到的股东大会的制度缺陷,大部分都是源于上市公司的实践活动领先于成文法而导致的各种“不完善”。正是因为有了这些活生生的案例,各项公司法规制度的修订和完善才有了经验数据和事实基础,才有了“生长”和“发达”的土壤。我们相信,包括股东大会制度在内的公司法律规范一定会在上市公司的法律实践中不断检验,不断演进,不断发展和完善的。

### [主要参考文献]

卞耀武,1999,《法国公司法规范》,法律出版社。

冯果,2003,《变革时代的公司立法——以台湾地区“公司法”的修改为中心考察》,《南京大学学报》2003年第2期。

冯象,2001,《鲁迅肖像权问题》,《读书》2001年第3期。

雷兴虎,2001,《公司法新论》,中国法制出版社。

刘俊海,2000,《股份有限公司股东权的保护》,法律出版社。

刘俊海,2004,《谨防股东大会形式化倾向》,《上海证券报》2004年11月23日。

刘绍梁,2002,《台湾地区公司法制的迷思与挑战:以“公司法”与“金融法规”修正为中心》,载王保树主编:《商事法论集》(第7卷),法律出版社。

江平,1994,《法人制度论》,中国政法大学出版社。

金邦贵译，2000，《*法国商法典*》，中国法制出版社。

孔祥俊，1997，《*公司法要论*》，人民法院出版社。

王书江等译，2000，《*日本商法典*》，中国法制出版社。

石少侠，1997，《*公司法教程*》，中国政法大学出版社。

徐子桐，2004，《ST 宏智“双头董事会”案评析》，《*法学*》2004 年第 5 期。

[日]末永敏和，2000，《*现代日本公司法*》，金洪玉译，人民法院出版社。