

商事法专题研究文库 王保树 主编

公司章程自由 及其法律限制

Freedom and Legal Restrictions of Corporate Charter

董慧凝 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

商事法专题研究文库 王保树 主编

公司章程自由 及其法律限制

Freedom and Legal Restrictions
of Corporate Charter

董慧凝 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司章程自由及其法律限制/董慧凝著. —北京:法律出版社,2007.12

ISBN 978-7-5036-7808-0

I.公... II.董... III.公司法—研究—中国 IV.D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第160772号

©法律出版社·中国

商事法专题研究文库	公司章程自由及其 法律限制	董慧凝 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 乔智炜
------------------	--------------------------	--------------	------------------------------

开本 A5

版本 2007年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 13 字数 334千

印次 2007年12月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7808-0

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20世纪90年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的1997年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开

始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》中所讲的话表达我接触商法研究时的心情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下工夫推动商法学学科建设的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界比较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展作出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法

的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画鹿不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望入选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的入选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士论文大多是研究专题的著作,因而以往入选的比较多。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作入选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

序

有团体须有章程,无章程则无以为团体。公司作为市场体系中的重要组织体,其章程是公司的重要组织要件。对外,章程彰显公司的法律人格特质;对内,章程凝结公司的团体组织机制。凡以公司为职业要素的人,无论是以经营公司为业的人,还是以研究公司为业的人,对于公司章程的必要性一般是有充分了解的。然而,对于公司章程的重要性,恐怕就未必有充分的了解。只要想到工商登记中的公司章程绝大多数是在范本上填空制作的,司法实务中的公司章程更多的只是起到股东名册的作用,就会发现当下的公司章程正处于说起来重要而做起来却不那么重要的境地。这是一个很有意思的现象。

常有人说,中国社会的契约意识不强,不能适应市场经济的发展需要。其实,比起人们对公司章程的态度来,合同在当今社会的观念体系中无疑处于相当优越的地位。在当今社会中,章程意识要远弱于契约意识,公司章程的实际效力远不如合同的

实际效力。或许有人说,由于我国市场经济体制确立的历史较短,人们对公司章程的经验尚不丰富,对其运用尚不熟练。可是,如果从改革开放之日算起,经济活动中的合同与公司章程几乎是孪生姐妹,但公司章程仍是千人一面、弱不禁风,合同却已经多彩多姿、强如超女了。我想,造成章程意识弱于契约意识的现象,或许是“对外讲礼仪、对内讲权威”的文化基因在起主要作用吧。由于市场经营主体相互平等独立,遵守合同规则既是必要也是重要,开门做事不讲合同人家也不答应;公司内部却存在层级结构,公司“章治”总是取代不了公司“人治”,关门做事不讲章程自家总是好办。尤其是,合同大多规范两个主体之间的权利义务关系,却总被理论与实务看重,相关著述充栋,相关法律繁多;公司章程是规范多个主体之间的权利义务关系,却常被理论与实务忽略,相关著述甚少,相关法律了了。看来在一定的时空场合,两个人的关系要比多个人的关系复杂,两个人的关系也比多个人的关系要紧。这也是一个很有意思的现象。

现在总是热讲“公司治理结构”和“公司自治”,其实,最为重要的公司治理结构,就是公司处于“章治”结构,而不是处于“人治”结构;公司自治的本质属性和突出表现,是公司“章治”,而不是公司“人治”。或者说,只有在公司“章治”的统领下,公司治理结构才有可能持续向好、稳定运行。许多研究公司治理结构的人爱把公司比做国家的缩影,这倒为公司“章治”提供一个同理可证,正当国家崇尚法治之时,公司同样应当提倡“章治”。当然,“人治”公司也能跻身强势公司之列,但若寻求公司治理结构的一般合理性,却只能到“章治”公司中去寻找。许多公司治理结构的研究者,总是在追寻一种最佳的公司治理结构。其实,没有抽象最佳的公司治理结构,只有一般合理的公司治理结构和具体最佳的公司治理结构。一般合理的公司治理结构由法律提供,具体最佳的公司治理结构由章程确定。具体最佳的公司治理结构体现公司个性,是公司竞争力的重要构成之一。公司之间的竞争,不仅是产品优势的竞争,也是公司章程优势的竞争。现在常见的情形却是,一方面强调完善公司治理结

构和公司自治,另一方面却忽略公司章程的制度建构功能和行为规范功能。这真是一个很有意思的现象。

要通过公司章程形成具体最佳的公司治理结构,制度形成机制中的章程自由就是必要的了。但是,如果不对公司章程自由进行深入的理论分析和系统的论证表述,那就不能真正知道章程自由的好处,亦不能真正知道章程自由的难处。董慧凝博士的这本书,从制度形成机制与功能实现机制的视角,阐释了公司章程自由的内涵与功能;以历史沿革与理论演进为线索,分析了公司章程自由的理论基础,公司章程自由与公司自治的关系,公司章程自由在不同制度环境和社会氛围中的表现强度与实现方式;在制度技术分析的层面,论证了公司章程与法律规范的关系,在法律既定规范体系中公司章程自由得以伸展的维度,以及在一些具体事项上公司章程的自由选择模式。在热议公司治理结构却忽视公司章程功能的氛围中,这本书是一个有力的提醒,提醒人们进一步关注公司章程自由的价值,提醒人们进一步研究有关公司章程的理论,提醒人们进一步强化公司章程的作用。

我喜欢这本书,但并不喜欢这本书的书名。本书名曰《公司章程自由及其法律限制》,字面上多少显示出点对公司章程自由的提防心理,这些许影响了本书倡扬的公司章程自由的理念。公司章程自由本身就是法律规范下的自由,所以“法律限制”不需特别强调。在当前,公司章程自由最需要的不是法律限制,而是法律的保障和鼓励。自由还不够呢,且慢限制。

陈甦

2007年12月5日

目 录

导言 / 1

一、选题背景及问题提出 / 1

二、理论与现实意义 / 3

三、研究现状、文献综述 / 5

四、研究的路径方法 / 7

五、论文结构 / 10

第一章 公司章程自由是实现公司章程功能的本质属性 / 13

第一节 公司章程概述 / 13

一、公司章程是公司的自治规则 / 13

二、公司章程文件的基本特征 / 17

三、公司章程自由增强的趋势 / 18

第二节 公司章程的功能分析 / 24

一、确定公司人格的功能 / 24

二、市场识别的功能 / 27

三、建构治理结构的功能 / 29

公司章程自由及其法律限制

四、利益分配的功能 / 31

五、提供纠纷解决依据的功能 / 34

第三节 公司章程自由是公司章程的本质属性 / 35

一、公司章程自由的含义 / 35

二、章程自由是公司章程独立存在的决定因素 / 45

三、公司章程自由是完善公司治理结构的规范基础 / 47

四、公司章程自由是公司制度创新的保障 / 50

五、公司章程自由是实现公司自治的必要机制 / 52

本章小结 / 61

第二章 公司章程自由的理论依据与实践基础 / 63

第一节 公司章程性质的理论演变 / 63

一、自治法说 / 64

二、合同理论 / 69

三、演变的趋势 / 83

第二节 公司章程功能的历史考察 / 89

一、公司章程的制度形成过程 / 90

二、形成过程分析 / 112

三、当代的发展趋势及分析 / 119

第三节 我国经济环境中的公司章程地位的现实分析 / 125

一、建国后公司章程地位与功能的演变 / 125

二、我国公司章程泛形式化的表现 / 131

三、我国公司章程泛形式化的原因 / 139

四、公司法对公司章程自由扩大的肯定 / 154

本章小结 / 160

第三章 公司章程自由的维度及其法律限定 / 162

第一节 公司模式：公司章程自由的本质限定 / 162

一、公司章程选择公司模式 / 162

二、公司法对公司章程质的限定的必要 / 164

三、限定的内容:目的限定和结构限定 / 166
四、识别的技术:成员资格与登记公示 / 170
第二节 公司法的基本原则:公司章程自由的合理性限定 / 172
一、股东平等原则 / 172
二、资本维持原则 / 181
第三节 公司法规定的治理机制:公司章程自由的结构性限定 / 188
一、公司章程规定股东成员权的自由及限制 / 189
二、公司章程规定公司管理的自由及限制 / 198
三、公司章程规定管理人员权力、义务的自由及法律限制 / 201
第四节 公司章程效力:公司章程自由的时空限定 / 210
一、公司章程的效力范围 / 210
二、公司章程的生效时间 / 216
三、公司章程的无效及救济方式 / 219
第五节 公司章程修改程序:对章程自由的稳定性限定 / 223
一、修改公司章程须通过特别决议作出 / 223
二、公司章程修改不能影响特别股股东的权利 / 226
三、公司章程修改中主干部分排除公司法的基本限制 / 229
本章小结 / 232
第四章 公司章程与公司法规范的联系 / 233
第一节 公司法规范分类及其特性 / 233
一、强制性规范 / 234
二、补充性规范 / 240
三、赋权性规范 / 242
第二节 公司法强行性规范与章程自由 / 244
一、公司章程不得违反强制性规范 / 244
二、强行性规范适用中的章程自由 / 247
第三节 公司法补充性规范与章程自由 / 253
一、补充性规范与章程自由的联系 / 253
二、章程排除补充性规范的可能情形 / 254

第四节 公司法赋权性规范与章程自由 / 262

一、允许公司章程选择采纳赋权性规范 / 262

二、公司章程对赋权性规范的适用 / 264

本章小结 / 267

第五章 实现公司章程自由的机制与措施 / 269

第一节 强化鼓励公司自治和章程自由的立法理念 / 269

一、放弃以往管制色彩浓厚的政府主导立法 / 269

二、强化公司自治的立法理念 / 272

三、鼓励公司通过章程自由安排公司事务 / 276

第二节 构建有利于实现章程自由的公司法规范体系 / 279

一、强制性规范的设定要有正当基础 / 279

二、任意性规范应发挥更大作用 / 281

三、保持同社会发展的同步性和适度超前性 / 285

四、应对公司法现代化之挑战 / 286

第三节 形成崇尚公司自治和章程自由的企业文化 / 290

一、文化的地域性是企业文化产生的土壤 / 290

二、公司的自治空间是企业文化差异根源 / 292

三、公司章程是固化企业文化的重要形式 / 293

第四节 完善公司章程的登记审查 / 296

一、登记审查原则：公开与效率 / 296

二、形式审查：章程自由的体现 / 299

三、完善我国公司章程登记审查制度 / 303

第五节 加强对公司章程自由的司法保障 / 310

一、违反公司章程之诉的特点 / 310

二、司法的确认功能 / 310

三、司法的校正功能 / 313

四、司法的执行功能 / 315

本章小结 / 319

结语 / 321

参考文献 / 325

附录:英国 1985 年公司法及香港公司条例附表 A 对照(示范公司
章程) / 342

后记 / 397

导 言

一、选题背景及问题提出

近年来,我国公司法经历着巨大的变革,《中华人民共和国公司法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议于2005年10月27日修订通过,自2006年1月1日起施行。公司法的修改主要目的在于放松管制、加强自治。学者长期关注的问题以立法的形式确定下来。^①其实,各个国家或者地区商法、公司法也都相继进行重大修改,纷纷发起公司法现代化运动,以顺应放松管制、强化公司自治的世界潮流。英国自20世纪90年代起,连续完成了Cadbury Report (1992)、Greenbury Report (1995)、Hampel Report

^① 陈甦:“公司法:与时俱进的制度创新”,载《中国社会科学院院报》2005年12月30日。江平、赵旭东、陈甦:“公司法修改三人谈”,载《公司法评论》(第3辑),人民法院出版社2005年版,第180~185页。顾功耘、井涛:“2001年中国证券市场法制研究报告”,载《公司法评论》(2002年卷),上海人民出版社2002年版,第5页。冯果:“中国《公司法》修订之思考”,载《法学杂志》2004年第6期。

(1998)、Turnbull Report(1999)、Final Report(2001)五份公司法报告。立法机关针对成文法和判例法开始进行改革,以增强公司法规规范的灵活性。^① 法国也注意到了其公司法的管制性过强的现象,学者认为对于越来越面临国际竞争的企业的需要来说,公司法已经过于僵化。如果习惯地生活在“打法律的擦边球”状态那也是不健康的公司组织生活。^② 有台湾学者认为,尽管存在对公司强化监控与放松管制的理论分歧,但从各国立法实践来看,放松管制却成为公司立法改革的强音。^③ 日本《公司法》更是面临巨大变革,仅就1990年以后的商法修改来看就有1990年、1993年、1994年、1997年、1999年、2000年、2001年(修改3次)、2002年、2003年等多次。2005年日本提出了“公司法现代化的构想”,将成为19世纪末现行商法典制定以来的最大一次修改,目的是使日本经济活性化,提高在国际社会中的竞争力。^④

在公司法放松管制、加强自治的潮流中,一个极为重要的问题——公司章程的自由问题还没有得到足够的重视。公司章程是实现公司自治最为重要的制度安排。它是公司设立的基本要件,是发起人、股东对公司组织、运营的一种内部自治规则,与公司实际运作息息相关。所以公司的章程自由及其实现机制成为公司法修改后的一个迫切需要认识和重视的问题。

如何理解公司章程自由及其实现机制?对这个问题的回答需要选

① 具体工作由公司法改革指导委员会完成,该委员会由资深法官、学者及专业人士组成,组织各方面力量评估和研究现有公司法的方方面面,甚至深入到一些非常细微和具体的内容。如区分董事和执行官的职责、公司资本的维持、减少和股份回购、公司重组、信息披露等具体问题。

② Y. 居荣著:《合同简论,公司(章程与股东协议进行的调整)》,转引自[法]伊夫·居荣著:《法国商法》,罗结珍等译,法律出版社2004年版,第700页。

③ 赖源河:“从法规松绑与公司监控论公司法之修正方向”,载《月旦法学》2002年第1期。

④ [日]尾崎安央:『日本における2001年、2002年、2003年商法改正と2005年会社法大改正構想～会社法制の現代化の意義』、『中日法律の比較研究學術シンポジウム』2004年、第32～34頁、中国社会科学院法学研究所圖書館。

择恰当的维度,又不能忽视公司章程的基本理论。首先需要检讨公司章程自由的基本理论,这些理论问题有些以往的研究没有澄清、有些还欠缺研究、有些还有待深入。静态的分析包括公司章程文件本身如何构成、公司章程有什么样的功能、章程自由的含义、章程自由的必要性、公司章程的性质、章程自由与公司法规范的关系等。动态的分析是,在动态、变化的社会中,公司章程文件本身发生了什么变化、反映了什么问题、公司章程制度演变过程如何、这种演变反映了什么样的问题、变化的根源在哪里、公司章程在当代的发展趋势如何、在我国的经济环境中公司章程发挥的地位如何、通过何种机制保证实现,等等。那么,公司章程自由的基本理论如此庞杂,怎样选择论证公司章程自由及其实现机制问题恰当的维度、可行的切入点?本文试图遵循这样的思路:在立足公司章程自由是实现公司章程功能的本质属性基础上,检讨公司章程自由的理论依据与实践基础,进而探讨公司章程自由的维度及其法律限定,论证公司章程与公司法的规范联系,最后提出实现公司章程自由的机制与措施。

二、理论与现实意义

在理论上,公司章程自由是经济民主、自由在公司中的体现。在公司的发展过程中,公司章程自始至终贯穿着自由的主线。不同时期、不同社会历史背景下,对其进行动态考察有助于深入地理解公司章程的自由属性。公司章程处于强行法与任意法、国家公权与市民私权交融之处,它与公司法之间存在着相关互动、此消彼长的关系。公司章程体现着公司在多大程度上能够意思自治,而公司法则在另一方面体现着法律在多大程度上能够对公司自由进行限制。公司章程的制度创新能力同公司治理结构的设计、公司法在闭锁公司、公开公司中的运用、对股东、债权人权利的保护力度等实体与程序上的问题紧密地联系在一起,决定着公司自治的强弱程度。公司章程自由及实现机制的研究对于厘清公司章程自由的基本理论、公司章程与公司法之关系、如何保障公司章程自由实现这些问题的解决具有重要意义。