

Commercial Law Review

清华大学商法研究中心/编

商事法论集

王保树/主编

第6卷

VOL. 6

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第6卷/王保树主编. —北京:法律出版社, 2002. 8

ISBN 7-5036-3899-0

I. 商… II. 王… III. 商法-世界-文集
IV. D912.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 057274 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店

开本/850×1168 1/32
版本/2002年9月第1版

印张/12.375 字数/376千
2002年9月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414142(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)88414934(科原大厦营业部)
(010)88960092(八大处营业部) (021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3899-0/D·3616
定价:28.00元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

·写在卷首·

本书是《商事法论集》第6卷(2001年号)。

2001年11月8日,中国法学会商法学研究会正式成立,它是1949年以来中国商法学界成立的第一个全国性学术团体。《商事法论集》借2001年号出版之际,谨向中国法学会商法学研究会表示诚挚的祝贺。

本卷仍立足于中国商法的发展与完善,广泛借鉴和吸收国外商法的发展经验和判例学说,追踪国外商法的发展趋势,推动商法专题研究,促进商法学的学科建设,进而为商事立法和审判实践提供服务。

本卷设《商法专题研究》、《判解研究》、《外国商法》、《商事法律、法规推介》、《经济法理论研究》、《硕士学位论文》等栏目。其中,《判解研究》和《商事法律、法规推介》是第一次设置。

《商法专题研究》收入了七篇商法的专题研究论文。这七篇论文,立足于对中国商法现状的考察,并在对此研究的基础上提出了自己的新论。温世扬、廖焕国的《公司章程与意思自治》以意思自治为主线,探讨公司章程的性质、一般条款以及它在当代社会的新发展。刘和平的《上市公司独立董事与监事会关系论》注重对我国公司治理结构现状的考察,探讨了我国上市公司引进独立董事后,如何实现独立董事与现有公司治理结构“无缝”接入,如何实现独立董事、董事会、监事会、监事之间的权力重新配置。冯果、艾传涛的《控制股东的诚信义务及民事责任制度研究》专就规范控制股东行为,建立追究责任机制进行了探索。杨继的《我国不必要建立无限公司制度》廓清了“无限公司”与“商事合伙”两个概念,认为我国不必要建立无限公司制度。该文的着重点在于考察和论证了德国商法典上的所谓无限公司就是商事合伙。侯汉杰、刘佑凤的《证券信息披露法律制度研究》运用金融监管法理论和经济学理论,对证券信息披露法律制度进行了系统研究,并提出了完善措施。Charles Zhen Qu的《中国内幕交易法的域外视角之研究》是一篇从国外研究的角度探讨中国证券法的论文,重点阐

述了如何借鉴澳大利亚的经验,认为在证券法中接纳和采用非基于普通法中有关衡平理论的法律更为容易和可行。王苏生的《基金个人交易的法律管制》揭示了基金个人交易的利益冲突,探讨了基金个人交易行为的准则,是一篇在我国基金投资法尚未出台的情况下研究基金投资的论文。

《判解研究》中收入了李旺的《海上货物运输提单中的首要条款的法律意义》。该文对首要条款的性质和如何认定合同的准据法提出了自己的见解,值得重视。

《外国商法》栏目收入了两篇论文,分别是研究美国公司法和澳大利亚公司法的。蔡立东的《论公司治理结构的非法律根源》以美国法为中心,从法社会学的角度考察公司治理结构的非法律根源,即从股权结构、金融体制和证券市场等因素,探讨公司法人治理结构形成机理的丰富内涵,给人以新的视角。詹尼斐·希尔的《澳大利亚董事和高级职员的报酬披露制度》是一篇从董事与高级职员报酬的角度讨论公司治理的论文。该论文认为,董事和高级职员报酬是公司治理讨论中的核心问题,充分披露其报酬被认为是有效规制董事和高级职员报酬及良好的公司治理的关键。该文论述了报酬水平、报酬的构成以及某些具有增强董事和高级职员责任功能的特殊种类报酬的设置,同时论述了运用全面披露制度作为对董事和高级职员报酬的主要规制工具的政策理由。这一问题的提出,很值得在完善公司治理结构中加以注意。

《商事法律、法规推介》栏目登载了《深圳经济特区商事条例》。本论集之所以特别推介该条例,是因为它是第一个在中国进行商事通则性立法的。实际上,也是在实行民商合一立法体制的国家中第一个进行商事通则性立法的。它虽然还有不完善之处,但它解决了一个根本性问题,即在将民法作为一般法的前提下,如何提供各个单行商事法律、法规所没有也不可能有的共同性、指导性的规则。这种经验的提供,其意义是很难估价的。

《经济法理论研究》的设置,正如此前说过的,它不意味着经济法是商法。相反,经济法和商法是关系密切的两个不同的法律部门。本栏目收入的吕忠梅、赵立新的《产业调节法研究》,运用法学和经济学的理念,从理论框架的角度对产业法进行了探讨,强调产业法在宏观调控法中的核心地位。这一问题,应该在经济法理论研究中得到重视。

《硕士学位论文》收入了张严方的《论票据责任》。该文论述了票据责任的本质和特征,比较了不同票据的责任,并对我国票据责任的问题进行了剖析。这篇论文是少有的研究票据问题的硕士学位论文,希望有更多的研究票据法的论文问世。

· 目 录 ·

· 写在卷首 ·

· 商法专题研究 ·

- 公司章程与意思自治…………… 温世扬 廖焕国(1)
- 上市公司独立董事与监事会关系论
——兼论独立董事功能的定位…………… 刘和平(28)
- 控制股东的诚信义务及民事责任制度研究
…………… 冯 果 艾传涛(65)
- 我国不必要建立无限公司制度
——考察德国商法引起的思考…………… 杨 继(103)
- 证券信息披露法律制度研究…………… 侯汉杰 刘佑凤(114)
- 中国内幕交易法的域外视角之研究
…………… Charles Zhen Qu 黄 辉 译(197)
- 基金个人交易的法律管制…………… 王苏生(221)

· 判解研究 ·

- 海上货物运输提单中的首要条款的法律意义
——远东中国面粉厂有限公司诉利比里亚美姿
船务公司海上货物运输货损赔偿案…………… 李 旺(240)

· 外国商法 ·

- 论公司治理结构的非法律根源
——以美国为中心的探讨…………… 蔡立东(250)
- 澳大利亚董事和高级职员报酬披露制度
…………… 詹尼斐·希尔 史晨霞 译(267)

·商事法律、法规推介·

深圳经济特区商事条例····· (296)

·经济法理论研究·

产业调节法研究····· 吕忠梅 赵立新(305)

·硕士学位论文·

论票据责任····· 张严方(350)

·商法专题研究·

公司章程与意思自治

温世扬* 廖焕国**

目 次

引言

- 一、从行政权力的附属到当事人意思自治的表征:章程发展阶段的粗线条考察
- 二、公权与私权的交融:公司章程性质探讨
- 三、强制性条款效力的弱化与意思自治因子的渗透:关键条款探讨
- 四、章程与意思自治的变异:对章程的动态考察
- 五、结语

引 言

公司是现代市民社会较以家长制为特征的近代市民社会的主要区别所在。作为一种最重要的商事主体,它是在市民社会中产生和发育起来的,带有深深的民法理念烙印,洋溢着私权神圣和私法自治的精神。公司章程浸淫着民商法之基本理论,以当事人意思自治为核心和灵魂,成为公

* 温世扬,法学博士,武汉大学法学院教授、副院长。

** 廖焕国,武汉大学法学院民商法硕士研究生。

司人格实现的重要机制。

章程有实质意义和形式意义之分。实质意义上的公司章程是指依社员们的法律行为成立,具有对成文法的补充性、变更性效力,并以此对公司团体法性质的法律关系进行规制的规范的总称;形式意义上的章程,是指记载其规范的书面文件。^①大陆法系的公司法认为公司设立需要人、物和行为三要件,章程属于行为的复合要件,不可或缺。与大陆法系的章程分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项相对应,在英美法系,公司章程分为两个部分:组织大纲和章程细则。组织大纲被称为 corporation constitution、chapter、certificate of incorporation、article of corporation、memorandum of association 等,章程细则为 articles of association、by-Laws,一般也是公司设立的必备要件和登记的必备文件。^②

本文从公司章程的历史考察出发,以意思自治为主线,探讨公司章程的性质、一般条款以及它在当代社会的新发展。力图通过对公司章程在意思自治中的地位和作用演绎出公司章程发展的迂回历程,从而揭示公司章程与意思自治的发展规律,为我国公司法的修改以及公司章程的定位提供一种思路。

一、从行政权力的附属到当事人意思自治的表征:章程发展阶段的粗线条考察

根据意思自治的发展脉络,可将公司章程的历史划分为三个阶段:前公司时期、特许设立时期和准则主义时期。

众所周知,在罗马法中并没有确立法人制度,其法人概念中包含两种不同的制度:社团、基金会。罗马法确立了社团的人格,为了形成一个真正的团体,即具有法律人格的团体,必须有数个为了同一合法目标而联合并意图建立单一主体的人。对于基金会而言,它不是权利主体,而只是一

① [日]末永敏和:《现代日本公司法》,人民法院出版社2000年版,第39页;[韩]李哲松:《韩国公司法》,中国政法大学出版社2000年,第75页。

② 章程有两种立法例,一种是法律明文规定,如日本、中国。还有一种没有集中规定,如美国等,但有关法条却贯穿这种精神——公司章程是不容忽视的。参见刘志文:《论公司章程》,载《民商法论丛》第6卷,法律出版社1996年版,第196页;Michael Forde: Company Law in Ireland, The Mercier Press 1985, p. 45. "Every registered company must have a memorandum and articles of association."

笔财产的使用所追随的目标。国家行使对它的保护,以保证该财产不脱离为它确立的目标。^① 团体和基金会是社团法人和财团法人的前身,从罗马法上的法人概念来看,目标是法人不可或缺的基本要素,目标是将个体集体化、抽象化的有效工具,这一点与公司章程有某些类似。只是罗马法上的目标是一个很难把握的范畴,它可以是具体的,也可能以“合法”为已足。虽然罗马法上承认私法人的存在,但法律却对此进行了限制,大量存在的是公法人。这样,法人的目标便体现为以管理公共事务和维护公共利益的罗马法律。在前公司时期,目标作为公司章程之雏形,在相当程度上与法律是一致的。从罗马法到17世纪公司法确立的漫长岁月中,法人制度得到了确立。教会为了取得日益庞大的捐赠财产,首先确立了以捐助为目的的财团法人制度。目标与法律的一致性在教会法时期得以延续。

章程的第二个发展时期是公司特许设立时期。早在14世纪初英国就以皇家许可证(royal charters)的形式授予当时的公司(company)以特权,例如16世纪英国的“规制公司”(regulated company)便是典型。这种特许状在美国1819年的达特茅斯学院案的判决中得到了定性:公司的特许状属于受宪法契约条款保护的契约。特许状包含着对公司经营范围、法定人员(家族)、营业地域等的限制,实质上它是一种特权。如果说公司章程存在的话,那么它也只是主权者命令的另一种表达。这与法律就是主权者的命令何其相似,可见这时候的章程与法律之间依然混为一体。特许权在公司章程的发展史影响很深,英美法系将公司章程分为两部分,其中对于强制性的组织大纲的保留,就带有明显的特权说的痕迹。1844年的《合股公司法》宣告了特许状使命的终结,美国纽约州在1811年废除了特许权令状,代之以订立章程和申请执照,其他州竞相仿效,到1860年,成立公司的途径已经是依据普通公司法而不再依据特别立法授权的

① [意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第50页。

特许状。^①由此可见,公司章程的最终形成是在公司人格最终确立之时,^②并且前者是后者的基础,公司独立人格主要体现在公司章程之上。

公司章程发展的第三个历史时期是准则主义设立时期。准则主义最早是由1862年英国公司法所创设,并为19世纪西方各国所普遍采用。该制度强化设立人的责任,并注意结合司法机关、行政机关对公司的监督之责。在公司依准则主义设立的情况下,公司章程成为了每一个公司成立的必须具备的形式要件和实质要件。不仅如此,各国对公司章程的内容多有列举之规定,例如公司名称(商号)、公司住所、公司目的、公司性质、公司资本等等。公司章程成为公司对外时的资信参照物,也是对内进行公司治理的依据。^③它不再与法律混为一体,更不是特权的另一种表达,而成为当事人意思自治的表征。

综上,可以发现章程发展历程有如下特点:首先,章程的自治性得到不断增强。最开始的公司章程以特许状为表现形式,实际上是一种封建垄断的特权。现代除了少数特许行业依特许设立外,一般依准则主义设立。章程从公法、特权,走下圣坛,其外部地位日益衰落,其自治意义得到不断加强,成为当事人意思自治的工具,成为解决公司内部争端之宪法。其次,章程的规定不再被视为对公司权利能力和行为能力的限制,从根本上确立了公司的民商事主体地位。再次,公司章程从严格、僵化走向简单、灵活。在英美法系的有些国家,如英国、爱尔兰规定公司章程细则均是必备文件,但美国公司法并不这样认为。在德国、日本、韩国等国家,^④公司章程的生效形式要件是进行公证,但是也有许多国家逐渐放弃了这种做法。为便利公司业务拓展并顾及交易安全,公司章程内容也日益一般化、形式化。

① 参见朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第9、11页。

② 虽然英国和美国公司法的历史有诸多不同,但两国却同时确立了公司作为“人”的法律实体地位。在英国1896年Salomon一案,在美国则是1886年Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad一案。

③ 刘黎明:《公司章程条款研究》,载漆多俊主编《经济法论丛》第3卷,中国方正出版社2000年版,第232页以下;刘志文:《论公司章程》,载《民商法论丛》第6卷,法律出版社1996年版,第196页以下。

④ 参见卞耀武主编:《当代外国公司法》,法律出版社1995年版,第118、603页。

二、公权与私权的交融:公司章程性质探讨

公司章程的法律性质历来存在诸种学说。郑玉波先生将章程看做公司成立之“行为”的要件,章程与设立行为互为表里,因为无论设立何种公司,均需要设立章程,而且还需要在书面上,符合一定之款式,故公司设立之行为属于一种要式行为。^①因此有学者将郑玉波先生对设立行为性质的总结视为对章程性质的概括。^②诚如郑玉波先生所言,二者是内容与形式的关系,不可混为一谈。设立行为在性质上不管属于契约、单方行为还是合同行为,作为最终的结果,章程在形式上总表现为各方达成的书面契约。在学理上,对公司章程性质的认识主要有以下几种:

(一)契约说

章程性质契约说是英美法系对章程的传统定性。他们认为章程是股东之间、股东与公司之间依法所签订的合同。^③这种类型的公司章程起源于英国,由英国公司法专家高维尔(Gower)首创,开始并非适用于法人型公司,而是为了使非法人的合股公司成员之间建立一种以合同为基础的纽带关系。^④例如《不列颠哥伦比亚公司法(British Columbia Company Act)》§ 13 规定:公司章程和章程细则一旦注册,就要在同等程度上约束公司及其成员,如同公司和它的每个成员均已经在章程上签字盖章,并能约束各方的每个成员、他的继承人、遗产执行人和管理者。^⑤显然把公司章程看成公司与股东、股东与股东之间的合同。更为典型的是《英国1985年公司法》第14条的规定,它认为组织大纲和章程细则约束公司和股东,就像由每个股东签字盖章的文件一样,并且包含每个股东都会遵守

① 郑玉波:《公司法》,台湾地区三民书局1980年版,第31页。

② 刘黎明:《公司章程条款研究》,载漆多俊主编《经济法论丛》第3卷,第233页。

③ Bruce Welling: *Corporate Law in Canada—The Governing Principles*, Butterworths Toronto 1984, p. 57。在早期由于公司特许论的影响,有学者认为该契约还可以在公司与政府之间达成,特许状就是法人与政府之间的契约。参见朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第31页;张开平:《英美公司董事法律制度研究》,法律出版社1998年版,第21页。

④ Gower: *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens, 1979, p. 315。

⑤ Bruce Welling: *Corporate Law in Canada—The Governing Principles*, Butterworths Toronto 1984, p. 56。

有关条款的保证。在很多案例中法官已经确认了公司章程和组织大纲的合同地位。另外,学术评论家已经承认这些文件本质上是合同,这一基本原则基本上不存在争议。^①

契约说将章程契约调整的基本关系分为两类。其一是股东内容之间的关系,其二是公司与股东之间的关系。股东之间受到他们之间以合同为基础的章程中规则和程序的限制,从理论上讲,任何违反公司章程的行为都可以诉讼来解决。股东还可以自由建立内部争端的解决机制,并且约定在内部机制没有发动之前,股东不能试图对其他股东和公司就违反公司章程而诉诸法院。但公司章程的效力是依法创建和界定的,公司参与者只是在章程规定的范围内受约束。一个参与者可能有不同的身份,可能是股东,同时还是董事或者管理人员,章程只是规定股东与股东、股东与公司之间的权利义务关系,却并没有规定公司董事或者经理层受其约束,这一说法得到了英美法院判例的支持。股东对于董事及管理层违反职责的救济不能通过章程本身来解决,只能依靠通过说服多数股东的支持,或者寻找到属于自己的被侵害的个人权利来获得救济。为了防止公司股东利用其他的身份为自己谋取利益,英美国禁止股东利用其他身份获得股东利益的救济。^②

契约说充分表达了当事人意思自治,有相当大的合理性。它不仅解释了公司结构的基本特征,而且还用私法上的缔约各方的同意说明了公司形式的合法性,使公司权利义务在本质上蜕变为个人权利和义务,公司章程成为个人权利交易的书面契约。其不足之处在于:首先,公司章程不是民法上的契约,属于组织契约,因此必须大幅度修改民法上契约的规定。^③ 契约论所依赖的契约观念在现代合同法学者看来早已过时,就该理论赖以存在的同意原则而言,显然落后于现代已被一系列因素所否定

① [加]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,法律出版社2001年版,第488页。

② Bruce Welling: *Corporate Law in Canada—The Governing Principles*, Butterworths Toronto 1984, p. 58.

③ 德国、韩国等国的章程契约论者均持此论调。参见[韩]李哲松:《韩国公司法》,中国政法大学出版社2000版,第76页。

的契约理论；^①而且，契约说为了与呆板的现行法律相适应，不得不采用一个意义相当宽泛的契约概念。值得一提的是，公司章程大纲和章程细则虽然从技术上说是一种合同，但由于受到法律过多限制，因而对大部分公司来说，章程并不真正是当事人各方协商的结果。由于契约论极大地扩展了契约这一概念的含义，因而在学理上和道德上的说服力已大打折扣。^②这样导致章程很难被视为契约，也没有被视为契约的必要。其次，契约为当事人之间达成的协议，但是章程本身是少数服从多数的调和物，即使股东对公司章程有异议，也必须服从，此时根本找不到当事人意思的影子。在实践中，对股东来说最重要的是公司的利润分配方案和股票价格，而公司章程也许根本没有进入其视线，从而也无从体现契约各方意思一致。再次，契约说的弊病还在于它仅仅在缔约当事人之间有效，按照英美法的观点，公司董事、经理不受章程约束，他们的权力义务是法定的，这样对保护少数股东的利益相当不利。再其次，契约论未能全面准确说明公司章程的内容，尤其是该理论忽视了公司章程中存在的一些不能排除的规则，这些规则与契约论是相悖的。如果公司章程仅仅是当事人之间达成的协议，那么当事人不能修改或排除的强制性规则就没有生存空间。最后，对公司章程而言，契约论并不符合其发展沿革。纵观公司章程的演化过程，可以发现效率是它永恒的追求，以当事人事前同意的内容为基础，可以防止过高的交易成本，但这并不是说效率便是章程的惟一价值目标，公平、社会正义以及公司交易对社会的影响等问题都是公司章程的价值取向。

正是考虑到上述不足，契约说的现代发展是把它扩大到公司与其董

① 双方同意是“合同”的本质特征，这一点对合同分析论来说非常重要。正是由于有了公司中各类成员的同意，才可能推导出公司结构富于效率的结论。

② 契约论认为，如果公司治理结构不是公司中各类成员协商订约的结果，那么就很难推论出这种结构是有效率的，然而现代合同法学者们却认为，只要公司治理结构能够通过股市上的股票价格来加以评估，那么就可以推论出该治理结构是否有效率。这一假定是以另外两个假定为前提。第一，股市是有效率的；第二，股东是在这种股市有效率的信息基础上进行交易，而不是捕风捉影。这两个假定在学界都是有争议的。参见 Cheffins. *OP. cit.* n. 152, pp. 55—58。

事、管理者之间,^①从而扩大了少数股东对公司董事、管理人员的“违章”行为的救济途径。经济分析法学派则给契约说注入了全新的内容。该学派认为公司是一系列契约(the nexus of contract)组成的,股东被视为提供注册资本的合同一方,根据合同,他们享有公司利润,并在承认其他人的优先权的前提下承担主要风险,他们同债权人、劳动力和服务提供者一起,通过经理层运用最适当、有效的管理方式而聚合起来。但问题依然存在,这样公司章程就只是授权性的,强制性的规定毫无用武之地,连汉密尔顿教授也承认,系列契约说并没有道出公司章程的全部真相。^②现在越来越多的学者强调公司的社会性和团体性,事实上,一位持此观点的学者已经宣称契约主义在公司法上的死亡。^③

(二)权力法定说

契约说在英国和澳大利亚的公司法中仍将继续得到反映,而在新西兰和加拿大,公司法理论则已经摒弃了契约论,认为公司章程完全是法定的。该说认为公司章程不是参与各方之间的合同,它的效力仅及于公司的内部事务,是在公司参与者、董事、管理者、股东以及有限的延及公司债权人之间的一种权力分配关系。每一位具有董事、股东、管理者或者债权人等不同身份的人,都被依法赋予了特定的权力和特定的义务。这些权力和义务可以被强化、~~更改~~修改,但几乎很少被公司章程及其附属文件所删除。因此公司章程是与法令和救济相关的,而与此对应的契约说“眼中”的章程则是与合同和权利相关的。某个人想要排除或者矫正违反公司法或者公司章程的行为,所依据的不是与此相关的“权利”。在权力法定的立法模式下,违反公司章程并不能自动使股东获得任何提起侵权、违反合同、侵害财产或者其他保护私权之救济权利,相反,法律提供一系列的程序救济,以处理在特定情况下少数股东的诉求,某个少数股东要获得救济

① Robert W. Hamilton: *The Law of Corporations* 4th Ed., West Publishing Co., 1996 p. 62.

② Robert W. Hamilton: *The Law of Corporations* 4th Ed., West Publishing Co., 1996 p. 8.

③ 参见 Branson, “The Death of Contractarianism and The Vindication of Structure and Authority in Corporate Governance and Corporate Law” in Mitchell, *Progressive Corporate Law* (West View, Colorado, 1995) p. 93. 既然如此,则公司章程的契约说也必然随之幻灭。

有两种办法:其一是说服大多数的人支持他的观点;其二是他被赋予一个广泛的法定救济的清单,他能够依此获得救济。救济的根源在于他的“身份”,而不是他拥有任何可以凭借的个人“权利”。

权力法定说以一种特定的关系为出发点,是英美法普通法中“关系”这一中心观念在公司法上的具体表现。^① 它的合理之处在于其能建立少数股东利益保护机制,较好的保护少数股东的利益,这一点也是加拿大公司法的基本原则之一。^② 它的不足也是显而易见的:首先,当事人意思自治表现不足,因为公司章程不可能对各方当事人的利益做出统一的评价,因而不可能对各方当事人的权利义务做出完备无缺的规定。其次,公司章程规定的权力既然属于法定的,那么其行使也应该服从于法定的目的。按照加拿大的公司法学界的解释,权力必须是为了公司的利益而行使,因此公司权力的拥有者在行使权力时应依正当目的义务和诚实信用义务就变成了服从公司利益的一个标准。它的弊端在于这也在很大程度上排除了公司股东及其他利益主体为个人利益行使其权力,这一点在公司利益与个人利益相冲突时尤为明显,同时也难以对“公司利益”进行衡量的主体、标准和程序取得一致意见。因此新西兰的法院坚持认为公司权力的行为还有更加具体化的目的。再次,将一切归之于法定,仅凭身份获得救济,实际上把公司章程等同于公司法本身,或者是公司法的组成部分,与公司章程的宗旨有违。

(三)秩序说

秩序说的倡导者是纯粹法学派的代表人物凯尔森,他认为社团的所谓“章程”(by-law),即调整社团成员行为规范的总和。他还在更加广泛的意义上考察了社团的组成,认为几个人只有当他们已被组织起来,仿佛每个人关于别人都有特定的功能时,他们才组成一个集团、一个联合,也就是当他们的相互行为有秩序、规范制度所调整时,他们才被组织起来。接着他开始分析社团内部构成,认为这一联合具有机关的意思,同组成联

^① [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,法律出版社2001年版,第14页。

^② 加拿大公司法的四个立法原则分别是:公司人格、管理权力、多数决、少数股东利益保护机制。参见 Bruce Welling: *Corporate Law in Canada—The Governing Principles*, Butterworths Toronto 1984, p. 50。

合的人由一个规范秩序所组织的意思,正好是一样的。构成社团秩序或组织就是社团的法律。社团只有通过它的法律才能在法律上是存在的。社团及“其”法律、调整某些人行为的规范秩序以及由秩序所“构成”的联合(共同体),并不是两个不同的本体。联合或者共同体只是由秩序所决定的人的那些行为所组成,而这些行为只是当它们组成秩序规范的内容时才“属于”联合或共同体。^①显然,它是以法人拟制说为其立论前提的。秩序说与契约说相同之处在于强调了章程在公司意思自治的重要地位,其区别在于章程的地位和“违章”救济方式的不同:前者把章程看成是团体,是当事人之间的法律,从而其救济不完全按照违约进行救济。它与权力法定说不同之处在于对当事人之间意思自治重视的程度,秩序说在根本上还是认为章程是当事人意思自治的结果。秩序说适应了早期目的范围外无效原则的要求,显然已经滞后于公司章程本身的发展。

(四)自治法说

自治法是大陆法系国家对公司章程的传统定位。例如韩国多数学者认为,章程不仅约束制定章程的设立者或者发起人,而且也当然约束公司机关和新加入的公司组织者。因此章程对于已经成为其成员者,不管其意思如何都具有普遍的约束力;章程不管其成员的个别意思如何,都可以根据其成员的一般意思而变更;社员的变动或者股份的转让也不影响章程的法规性质,因此将公司章程视为自治法是正确的。^②在某种程度上,它与凯尔森认为章程是一种低于法律秩序的次级秩序有异曲同工之妙。但是从实质上讲,自治法也好,法人秩序说也好,其实都是非常抽象的概念。“自治法”中“自治”的对象为何,“法”如何定,都付之阙如。有学者认为,公司章程具有自治规范的特征,首先它由公司依法自行制定,其次由公司自己执行,无须国家强制力保证;再次其效力仅及于公司和机关当事人而不具备普遍的约束力。^③该说忽视了公司章程的强制性规范条款的存在,从而将公司自治规范看成了纯粹任意性条款之记载,有违法理和各

① [奥]凯尔林:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社1996年版,第111页。

② [韩]李哲松:《韩国公司法》,中国政法大学出版社2000年版,第76页。

③ 参见王保树:《中国商事法》,人民法院出版社1996年版,第95页。