

SHANGDA FAXUE WENKU
上大法库

意思自治视角下的

公司章程法律制度解读

刘坤
著

YI SI ZI ZHI SHI JIAO XIA DE
GONG SI ZHANG CHENG FA LU ZHI DU JIE DU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

意思自治视角下的 公司章程法律制度解读

刘 坤 著

YI SI ZI ZHI SHI JIAO XIA DE
GONG SI ZHANG CHENG FA LU ZHI DU JIE DU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

意思自治视角下的公司章程法律制度解读/刘坤著.

—北京: 中国法制出版社, 2010. 1

(上大法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1641 - 2

I. ①意… II. ①刘… III. ①公司法 - 研究 - 中国

IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 225063 号

策划编辑 张岩

责任编辑 周琼妮

封面设计 李宁

意思自治视角下的公司章程法律制度解读

YISI ZIZHI SHIJIAO XIAD E GONGSI ZHANGCHENG FALU ZHIDU JIEDU

著者/刘坤

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/ 8.5 字数/ 152 千

版次/2010 年 1 月第 1 版

2010 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1641 - 2

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

《上大法学文库》总序

上海大学法学院发展到今天差不多已经三十年了。子曰：三十而立。经过近三十年筚路蓝缕的开拓和高歌猛进的奋斗，一所引人注目的新型法学院已崭露头角。一个学校、一个学院要在强手如林的学术界占有一席之地必须有自己的文化传承和文化积淀，必须有良好的学术氛围，必须有鲜活的学术思想。而学术氛围的打造、学术思想的凝练则必须靠具有一定学术水准的专著、论文、学术讲座等学术平台加以记载、传播和张扬。为了活跃思想、提升学术档次，上大法学院在学校支持下相继打造了“上大法学大讲堂”、《上大法学文库》和《上大法学评论》三个学术阵地。

“上大法学大讲堂”主要是邀请国内外名流、学术精英到上海大学杏坛晒技、传经布道。他们当中，既有我国法学界的领军人物，如江平先生，也有国外的学术名流，如日本著名商法专家早稻田大学教授大塚英明先生、澳大利亚拉卓比大学法学院院长戈登·沃克先生；既有德高望重的学术名宿和学术泰斗，如马克昌先生、李龙先生，也有蜚声学术界的中青年法学家，如朱苏力先生、尹田先生。他们深邃的学术思想、超人的学术勇气和犀利语言，使广大受众获益良多，同时也极大地提升了上大法学院的学术水准和学术品位。

《上大法学评论》则是一个学术论文集，其主要目的是密切追踪学术动向、及时发布学术思想，作者群主要以本院的师生为主，同时亦邀请了一些学术名家以这一出版物为阵地将其最新研究成果与社会分享。《上大法学评论》现已出版了四本，今后将定期出版，其超前的学术思想和不凡的学术观点已开始在学术界引起关注。

《上大法学文库》是以发布具有较强理论深度和较高学术水准的学术专著为内容的学术平台，其主要目的是通过系列专著的方式集中展示上海大学法学院的整体研究实力，充分反映上大人“重基础、高起点、严要求、铸精品”的学术理念。《上大法学文库》初期的写作队伍以本院的教师为主，以后将逐步吸纳一些能够引领学界的学术大家和崭露头角的青年才俊加入这个群体。我们也真诚地希望社会各界积极对本书库进行关心和指导，使《上大法学文库》这棵学术幼苗尽快发育成长为学术之林中的一棵参天大树。

赵万一

2008 年 12 月

序

本书源自我写于 2006 年的博士毕业论文。文章撰写时正值现行公司法颁布施行前夕，社会各界参与公司法立法活动的热情空前高涨，特别是理论法学学者提出了结合政治体制与经济体制改革，将完善公司立法作为建立健全社会主义市场经济法律体系重要部分的思路，对我国转轨体制下公司制度建设、公司缺乏自治、公司治理结构失效等重要问题进行了较为全面和深刻的总结分析。结合这场讨论，并根据自己专业知识的积累和理论基础知识的丰富程度，我将对公司法自身的关注和对公司法律制度的研究作为最基本的定位和目的，从基础理论和实证分析等不同方面探究意思自治在公司法律制度中的地位和作用，并最终解读意思自治视角下的公司章程为主线完成了本文的写作。可以说，书中的内容和观点是自己从事法学学习和研究以来主要心得的集中体现。

本书交付出版时，美国次贷危机演变形成的全球金融风暴还

在持续蔓延，美国公司法律机制暴露出来的问题和引发的灾难性后果可见一斑。面对当前形势，针对如何实现公司内部管理制度和公司法律制度的有效结合以使公司治理变得安全且有效率，如何坚持公司自律规则为主的理念，如何创新政府监管机制等类似问题，我们非常有必要重新审视，认真予以澄清，这一定是有效应对金融风暴必需的法学理论支撑。面对经济世界的风起云涌，法学研究应该积极作为，希望本书对此有所贡献。

刘 坤

2009 年 12 月

目 录

引 言	(1)
第一章 意思自治是公司章程的灵魂	(16)
——公司章程自治的理论思考	
第一节 意思自治之内涵	(17)
第二节 意思自治探源	(30)
第三节 从意思自治的演进分析看对公司法的 现实意义	(46)
第四节 公司契约理论——意思自治在公司制 度上的实现	(61)
第二章 公司制度溯源	(69)
——公司章程自治的制度思考	
第一节 公司起源与公司自治	(72)
第二节 公司特许设立与公司自治	(82)
第三节 公司准则设立与公司自治	(93)
第三章 公司章程自治边界研究	(104)
第一节 公司章程的性质 ——公司章程自治的内部机制	(104)
第二节 公司法的性质 ——公司章程自治的外部机制	(129)

第三节 构建我国公司章程自治的边界	(147)
第四章 公司章程自治在我国的异化	(161)
——兼评我国原《公司法》之典型问题	
第一节 公司章程自治在我国异化的原因	(161)
第二节 公司章程自治异化在我国公司法中的 表现及解析	(176)
第五章 理性自治的公司法修正之路	(206)
——以新《公司法》为视角	
第一节 我国公司法的修改与完善	(207)
第二节 章程自治在新公司法中的规范考察	(219)
第三节 章程自治在新公司法中的制度考察	(228)
结语：公司章程自治的前行之路	(243)
参考文献	(246)
后记	(263)

引 言

一、研究的缘起

公司是市场经济的主要组织形式。我国自上个世纪八十年代初出现具有较大规模和现代企业特征的公司以来，公司已经渐渐融入了我们的政治、经济生活，并越来越发挥出令人瞩目的社会推动作用。其后，在 1993 年颁布的《中华人民共和国公司法》的规范和指引下，各类公司的建立和发展步入了法制化轨道，公司也由此获得了适宜成长的环境。步入新的世纪后，随着我国改革进程的加快、市场经济体制的完善，现有的公司法律制度已经难以适应经济发展的要求，尤其是经济全球化和激烈的市场竞争，使得原本致力于国有企业改革和在计划经济思维模式下运行的相对僵化的《公司法》显现出了力不从心的疲态。对《公司法》的修订终被提上了议事日程，而该不该放宽对公司的束缚和如何实现公司的自治，就成为了这次公司法修订的重要焦点。

事实是摆在我们面前的，然而对事实却能产生出种种不同的判断。公司在我国走过了坎坷的二十年，我们突然发现越是对它关注的深切，越是发现它还存在如此多的问题，如公司对外丧失信用，常有虚假、恶意、欺诈的丑闻被披露；对内不能自我规范，不是被内部人控制就是被大股东控制……我们不禁发出感

慨，作为人类智慧产物的公司制度到底怎么了？在我国历史上缺乏私法自治精神的背景下，人们惯性思维的必然逻辑就是：只要公司秩序混乱，就一定是自治过度造成的。因此，加强对公司的管制就成为解决公司问题的灵丹妙药。这一思维指导了我们的实践，可是事实证明其效果与人们美好的愿望存在着巨大地偏差，甚至有南辕北辙之嫌。

事实上，公司自治失灵是市场机制失灵的具体表现，而市场可能失败的论调，往往被广泛地用于政府必须干预的辩护证据。^①上述惯性思维的谬误在于，不仅将公司自治等同于公司自由，还把实现公司自治误认为就是给公司无限自由。这不但亵渎了真正的公司自治精神，给民众造成心理压力，妨碍市场经济的进步，更为可怕的是它极大地掩盖了对公司所施加的政府规制、法律强制的不当行为，为权力的滥用提供了口实。在这样的前提下讨论如何解决公司自治的问题，必然会循环往复的一错再错。公司自治并不排斥政府（国家）干预。现代各国总是自觉不自觉地运用多种手段对企业运行实施间接或者直接的干预；无论国家经济干预的具体方略是否是专门针对企业而提出，它们对企业的运行都会产生或多或少的影响。^②

^① James M. Buchanan, *Liberty, Market and State*, Distributed by Harvester Press, 1986, p. 14.

^② 卢代富、吴春燕：“企业运行中的国家干预法律制度研究”，载《现代法学》1998年第6期，第29页。

公司自治，简单来说就是把公司的事务交给公司当事人进行自我管理、决策和实施，法律对此给予认可和保护。有学者指出，私法自治具体到公司制度上就是公司自治，它包括公司享有法律上的独立人格……；公司的事务和业务，由公司的机关根据公司法 and 公司章程所确定的规则来管理和决定，而不是靠国家计划、政府主管部门的意志来安排；公司是当事人（股东）依照自己的意愿，根据公司法所明确规定的条件而成立，无需政府特别许可……^①由此可见，公司自治涉及的是两个方面的力量平衡，一是股东与公司这一对私权利之间的配置；二是公司与政府（或者国家）这样的私权利和国家权力之间的较量。在公司法领域内的自治与管制的关系根据不同的价值追求则可以简单概括为：公司自治以效率标准配置资源，旨在促进经济增长、增加社会财富；政府（国家）对公司自治的干预旨在追求社会公平的实现，解决公司自治过程中衍生的非公正、非平等现象。在这一点上来说，我国现阶段强调公司自治在一定意义上就是为了明确圈定公司自治的边界！不难看出，公司自治问题是公司制度、公司法的统帅性问题，它涵盖了公司领域的所有具体制度和规则，影响着公司人格的界定，左右着理论界和实务界对公司的设立、运作和灭失全过程的理解、看法和操作。因此对公司自治的研究耗费了许多学者的精力。

① 张开平：《公司的权利结构》，中国社会科学出版社1999年版，第259页。

二、国内外研究现状

就可供掌握的资料来看，近年来国内学者们针对公司自治问题提出了很多见解，也完成了很多极具价值的研究成果。这些研究成果从不同视角阐述了各自对公司自治的理解和追求。其中，有围绕公司制度的理论和历史展开对公司自治的评述^①，认为公司制度的产生、发展、演变是经济社会自发的结果，公司自治意味着作为微观主体的公司具有型构自身制度的自由，因之公司制度生成摆脱了对国家建构的路径依赖，转而主要来源于自发进化，内在制度构成了公司制度的主体，非正式制度也将成为公司制度的重要内容。从对公司发展历史的事实研究证明，公司制度从来就是人们自发行动的结果，而非国家建构的产物。历史所展示的结论，完全可以按照理论的逻辑予以证成。将公司视为合同的产物的观念古已有之，公司获得了独立人格，赢得相应的自治空间，得以抵御国家的绝对控制。也有学者以论述公司法中的国家强制为中心^②，通过提出问题、文献综述、理论假设、逻辑推导、经验论证的研究方法，对自由与强制（国家强制与私人强制）作了论证，同时指出了公司法中国家强制的标准、国家强制的实现、私人强制的标准在公司法中的应用等问题。还有学者在

① 详细内容参见蔡立东博士论文：《公司自治的法理解释》。

② 详细内容参见邓辉：《论公司法中的国家强制》，中国政法大学出版社2004年版。

借鉴国外研究成果的基础上,用契约的方法来解释公司法存在的合理性,通过以合同为视角、以“应然”为方向,寻求公司法的实质正当性,对公司法的规范基础以及公司法结构的各个要素给予契约理念上的全面理解。^①这种研究思路针对以“市场缺陷要求国家干预”、“社会利益本位”等作为公司法中强制性理论基础的解说,提出了即使市场的确存在缺陷,但公司法以强制性规则取代公司参与方的“自发秩序”,也并不因此就能够获得正当性的来源。并指出,即使是关于公司长期合同和公司关系合同固有的缺陷和漏洞补充机制而存在的以强制性面目出现的公司法规则,也都包含着合同的属性。同时,由于标准合同的局限性,在特定的情况下,公司参与方可以“选出”公司法规则以使公司获得更大的自治。此外,还有一些文献从具体制度来印证公司自治理论,比如公司设立制度研究、公司经营范围、公司章程效力和变更、公司章程对股东权的保护等等。这些文献对于丰富公司自治和公司章程自治理论都起到了一定作用。

在国外的相关理论中,由于法律制度和法律传统的差异,国外学者多侧重于从公司股东与公司的内部关系的角度阐释公司自治的含义。国内外这种研究倾向的不同,主要是由公司在不同社会中独立发展所面临的不同障碍所决定的;而相同的是,大家的目标都是将公司锻造成为独立自治的法人实体。对于我国公司自

^① 详细内容参见罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版。

治理理论产生比较重要影响的著述有：科斯的《企业的性质》、弗兰克·伊斯特布鲁克和丹尼尔·费希尔的《公司法在经济结构》、布莱恩·R·柴芬斯的《公司法：理论、结构与运作》以及爱森伯格所著的《公司法的结构》。我国学者的研究成果对于上述文献的介绍已经颇为丰富，在此不再赘述。

本书的写作很大程度上得益于包括上述文献作者在内的众多学者的智慧结晶。但是，上述成果在公司自治的研究方面始终还存在着些许遗憾。这些遗憾主要体现在：第一，从研究视角上说，多价值判断，少实证研究；多抽象的学理概括，少生动的个案分析。究其产生原因，应该是缺少对公司自治实现方式的重视，这也是本书选取公司章程自治作为研究基点的主要原因。第二，从研究对象上来看，有些注重公司自治的理论研究，有些注重公司自治的实务研究，有些注重自治的内容，有些注重自治的实现程序，而较少关注公司自治中理论证成和实践指导的结合。第三，从研究方法上来看，缺乏相关学科的协调和融合，缺乏对国外法律制度应用于我国本土公司自治理论的形成、实现和演变过程及其背景的深入分析。上述种种不足，造成我国公司自治研究的体系上的残缺。为此，应该首先选准研究公司自治的角度，并着手从理论到实践、从历史到现状、从应然到实然全方位的对公司自治加以阐释和论证，这项工作应该说具有重要的理论与实践意义。

三、研究的思路、内容和结构

（一）研究的思路

开宗明义：公司需要更大的自治空间，公司章程是这一空间的主宰者。

鉴于妥善解决公司在实际操作中引发的各类问题的需要，也为了弥补公司自治理论研究的不足，本书不自量力的试图接近、了解、综述和揭示“公司自治”相关的法律问题。但有别于以往学者的研究思路，本书选取的是以意思自治与公司章程的关系，以及公司章程对公司自治的意义为观察视角。对公司法来说，对于“公司制度在多大的范围内允许当事人的意思自治”这个问题的研究，牵扯的是公司制度和公司法的根本问题，而且还需要注意紧紧把握其依随时代更替而不断被注入的新含义。无论从哪个方面来看，研究工作都是极重要且艰难的。由此难免让人发出感慨，研究思路的选择或许比结果更有意义。本书将研究思路集中在两个方面，一是公司章程自治是公司自治的实现方式；二是意思自治是公司章程自治的理论基础。

1. 公司章程自治是公司自治的表现形式

尽管学者们在公司法修改之际纷纷提出了倡导公司自治的观点，但自治需要一个载体，公司章程作为公司自治的载体的性质往往为人们所忽略。公司章程为什么能够成为研究公司自治的最佳领域？直接来看，公司章程自治是公司自治的最为重要的表现

形式，公司章程能否自治、能在多大程度上实现自治是公司自治的直接反映。

首先，公司自治需要通过公司章程来实现。公司自治是一种抽象的法理念，它的这一特性尽管使其本身具备了极大的灵活性，也为其适用提供了宽广的空间，但是由于缺乏明确的载体和实现形式，致使公司自治的内涵显得非常模糊和不可捉摸。之前也有很多学者都主张应该放松对公司的管制，重视对公司自治的尊重和保护。然而，哪些公司制度应该体现这一精神？通过什么方式来实现？它们在实现的过程中作用是否完全一样？公司制度体系的各个组成部分在这一实现过程中如何分工、如何衔接？这些问题是不能回避，又是抽象的“公司自治”理念不能解答的。因此，必须寻找一个载体和表现形式来承载这一厚重的公司法理念。只有有了这样一个载体，公司自治的精神才能真正的充实和丰满起来，才能为其理论研究构建一个相对独立和完整的体系，才能使研究中的各种争论和意见有的放矢、针锋相对，才能真正串联起公司体系的各个部分，才能真正指导公司立法和公司实践。公司章程是公司制度的核心，又是公司自身运作的指导性规范，它的内容涉及公司实务的各个方面，以公司章程来承载和表现公司自治就进入了本文的视野。

其次，公司章程能够体现公司自治的精神。这一方面是由公司章程在公司法、公司实务中的地位和作用决定的。公司是自治企业，公司依靠章程来实现自治，公司章程是公司的自治规范，