

## 内容摘要

公司章程作为由全体股东或发起人共同制定的规范公司的组织与行为以及公司与有关各方权利义务关系的基本法律文件，内容十分丰富，几乎涵盖了公司法的各个重要方面。从总体上看，各国法制背景不一，立法技术水平有别，对公司章程的具体规定各有差异，但有一点是可以肯定的，即公司经济发达的国家，其社会的章程意识必然强烈。我国是在商品经济不发达的土壤上，在政企不分的情况下发展公司制度，长期计划经济体制的影响，听从国家指令的企业行为，使得整个社会章程意识比较淡漠，公司章程的规范性、真实性与权威性都较差；而且公司章程这个重要的问题也长期被民商法学界所忽视，在很多民商法学书籍中都是略笔之处，弱化了所谓“宪章”的地位。

传统上，公司法被归类于商法，被认为是私法的一个分支。一般认为，商法以民法为基础，也即以私法规范为基础。但是我们应当看到，随着生产的社会化、企业组织的扩大化，现代商法所调整的对象发生了变化，既不是传统意义上的商人（自然人），也不是一般市民的商行为，而是经过设立登记、具有法人资格的企业组织。商法原本强调对平等主体的保护，但现代企业法律关系中，原本平等的主体间，其地位已发生了质的变化，没有同质性了。例如，早期股份公司中的股东基本上是自然人，虽有大小之分，但其地位有相互交换性，利害关系有同质性。而今天的股份公司中的大股东多为机构法人，他们与自然人小股东之间，已经没有地位相互转换的可能性，也少有共同的利害关系。在现代企业社会条件下，仅靠私法保护中小股东利益已实属困难、力量有限，还需要通过公司法从保护经济弱者及维护市场秩序考虑，做出政策性保护规定。

因此，尽管以“私权神圣”和“私法自由”为理论基石的传统公司法理论将公司章程的影响力限定在了公司内部，然而，这一认识正在逐渐受到挑战。由于公司章程在很多时候因规定与公司有关的外

部事物而具有显著的涉他性，因此应该受到法律规则的调整。即便是在公司制度发展时间较短的我国，因公司章程产生的纠纷也不再是个别现象，尤其是具有开放性和公众性特点的上市公司。上市公司的行为是否规范，将直接影响到广大股东的切身利益。目前，在我国的证券市场中，不少上市公司的现任大股东常常为了维护自身利益，利用了章程自治规章的性质，在章程中设置障碍性条款，限制甚至剥夺了其他股东的法定权利，侵害了股东的利益。而《公司法》作为国家意志的体现，其价值取向是保护股东的权益，尤其是中小股东的权益，使证券市场上的博弈双方在法律上取得一种平衡。如果上市公司章程与公司法的冲突问题未能得到有效地解决，很可能会动摇公司在整个社会经济中的地位，并损害公司法公平公正和股份平等的基本立法精神。

本文以“上市公司章程与公司法的冲突及其解决机制”为题，正是期望能在这一方面作一些探索。本文共有四章：

第一章是导论部分。在该章首先分析了上市公司在社会经济中的地位，并从事实上和理论上阐述了目前我国上市公司章程与公司法冲突的现状及其危害性，然后确立了我们应该以保护股东利益为解决该冲突的指导思想，并在讨论对冲突理论研究状况的基础上提出了本文的研究方法以及目标。这些内容实际上是阐明了研究上市公司章程与公司法冲突的意义以及正本清源，廓清思想上的认识，为后面的具体研究铺平道路。

第二章分析了公司章程与公司法冲突的原因。由于二者在性质、体现的意志和价值取向这三方面的差异，导致了它们有产生冲突的可能性。公司章程是公司内部的自治规章，是股东意志的体现，效率是其永恒的追求；公司法是“私法公法化”的产物，体现了国家意志，平等是它的一个重要价值目标。再加上现有公司制度中强化大股东地位的“资本多数决”的决议原则以及上市公司两权分离产生的“委托-代理问题”，为大股东在章程中加入有损中小股东利益的条款，从而使章程与公司法相冲突提供了有利条件，进一步加剧了产生冲突的可能性。

第三章通过分析具体案例中章程与公司法的冲突来归纳冲突较为常见的表现形式。由于上市公司章程与公司法冲突的形式是千姿百态、千变万化的，从不同的角度看可以分为不同的类型，我们不能仅仅通过对一组案例和规范的分析就总结出冲突的所有类型，如果坚持如此总结的话，很可能会患上“一叶障目”“以偏概全”的毛病。即便是成功了，这种公式化的表述对于以后的进一步讨论也会成为一种障碍。因此，笔者从股东权利保护的角度出发，通过对具体案例中章程条款的违法性分析，归纳出两种最常见也是最容易发生的冲突形式，让我们能更直观地了解章程与公司法的冲突所在。

第四章针对我国目前上市公司章程与公司法的冲突问题提出了相应的解决机制。因为法律需要理念，同时需要在这种理念指导下的具体制度。笔者试图从冲突的事前防范和事后救济两个大的方面来构架一个系统。本文认为：要解决这一问题，在事前防范这一方面，公司法至少应健全以下两个方面的具体制度：（一）借鉴英美国家公司法区分闭锁公司和公开公司的相关规定，在《公司法》中有关股份有限公司应更多地适用强制性规则；（二）完善《公司法》有关公司章程制定和修改程序的规定。以上旨在减少大股东通过章程损害小股东利益的可能性。在事后救济方面，应赋予小股东通过股东大会进行自助救济、通过证监会进行行政救济以及通过法院进行司法救济的权利。以上旨在为小股东权益遭受损害时提供救济途径。

通观全文，本文对公司章程与公司法冲突及其解决机制的研究离问题的最终解决仍然十分遥远，不过任何认真、负责的研究总有一定的可取之处。本文力图在以下研究方法和理论问题上有所突破和创新：

第一，在研究角度方面，本文一改传统研究公司章程和公司法关系的路径，即分别对有限责任公司章程和股份有限公司（又分为上市公司和非上市公司）章程与公司法的关系做出分析，直接定位在与证券市场密切相关的上市公司章程，以保护股东利益为切入点来论述解决冲突的理论构架。换言之，本文通过研究上市公司章程与公司法的冲突，落脚在保护上市公司股东的利益。



第二，在研究方法上，本文不仅仅局限于从制度上分析公司章程与公司法冲突的表现，而且上升到了理论层次——由于公司章程与公司法在性质、体现的意志和价值取向这三方面的差异，才导致了它们有产生冲突的可能性，从而为后面解决体系的建立提供了理论依据。

第三，解决机制的构架。对于公司章程与公司法冲突问题的解决，现有的资料仅仅是从事后救济这一方面来讲，而忽略了对冲突的事前预防措施。本文不仅仅论及救济途径，而且还从立法上对我国《公司法》的完善提出了建议。正当的程序机制是权利人权益实现的保障，对权利人的保护仅仅从救济手段上着手是不全面的，甚至也达不到保护的目，只有同时从事前预防和事后救济两方面进行考虑，保护才是全面的，也才具有实现的可能性。

第四，在本文论题的实践意义方面。由于目前对公司章程与公司法冲突问题的研究尚较缺乏，本文利用对公司章程与公司法冲突的理论分析的结论，对我国转轨时期有关公司章程的立法问题进行总结、分析和研究，提出了建设性的意见。

诚然理论的研究是没有止境的，本文提出来的解决机制未必是最佳的办法与途径，只是希望能对我国公司章程和公司法理论研究领域有所贡献，对我国公司制度实践领域有所帮助也就心满意足了。

关键词：公司章程 公司法 股东权



# Abstract

The articles of corporation, a basic document mandated by the corporation laws, and made by all of the shareholders or promoters, rules the organization and practice of the corporation and the relationship between the corporation and all relevant parties. It concerns almost all of the important aspects of the company law. The articles of corporation have the contract value to the corporation and its member and all officers, as well as publicity values to the third party. It binds the corporation, shareholders, directors, auditors and managers of the corporation, thus making it the most important document of the corporation. Its stability and reasonability is beneficial to the healthy development of the social economy.

Traditionally and historically, our society pays much less attention to the articles of corporation than the western countries, because our socialist market economy is far from perfectly established, and the effect of enterprise's behavior in compliance the state order still exist, and our corporation system just put in operation for less than ten years, hence many loopholes, the standardization, authenticity and authority for the articles of corporation are not up the requirement of laws, and also the understanding of the issues, such as the nature, the legal effect, the contents, the forms and the modification of it is varied in the academic circle. All these make the articles of corporation not much effective, which it should have.

Based on the theory of Private Autonomy and Sacred Private Right, traditional Company Law limited the influence of the articles of corporation within the company. But this idea is confronting a challenge. Because the articles of corporation always govern the external matters of

the company, it should be put under the governance of the rule. Although the institution of the company was introduced into China briefly in time, the disputes resulting from the institution of the company come once and again, especially in those listed companies. At present, in our stock market, many majority shareholders set some restrictive clauses in articles of corporation to deprive of other minority shareholders' rights under the permission of the institution of the company. The Company Law demonstrates the will of the country and struggles to the interests of the shareholders, especially for those of the minority shareholders. In this way, it balances the game players' interests. If the conflict between the articles of corporation and the Company Law cannot be dissolved justly, the social status of the company will be undermined, and the spirits of the Company Law will be impaired.

For an in-depth exploration of this problem, this thesis sets its research on the conflicts between the articles of listed company and the Company Law with its solutions mechanism as its topic. It consists of four chapters.

The first chapter begins with an analysis the social status of the listed company. It elaborates the present situation of the conflicts and its consequences and renders a guideline to protect the minority shareholders interests. Actually, this part expounds why the author did the research and highlighted the problems that paved the way to the further research.

The second chapter probes into the causes of the conflicts. It is the difference between their characteristics, will and value that results in the conflicts. The articles of corporation are not only an array of the internal autonomy rules, but also the embodiment of the will of the shareholders. It gives top priority to high efficiency. The Company Law is the product of the publication of the private law; the manifestation of the will of the country, it enhances equality values. Besides, the decision principle and the problem of "trust and agency" make it easier to infringe the minority

shareholders' interest, resulting in the occurrence of the conflicts.

The third chapter analyzes the form of the conflicts with detailed case study. The diversity of the form makes it impossible to include all the forms; otherwise it will leave many exceptions. Therefore, from the angle of protecting the shareholders interests, the author introduces two kinds of conflicts that happen most often preceded by some research on the illegality of the article of corporation. In this way, the author clarifies the conflicts to readers.

The fourth chapter provides subsequently the solutions to these conflicts. The law has its idea and its detailed rules. The author tries to construct a norm system with the precautions and subscriptions. To solve this problem, the Company Law should lay down the following three concrete institutions: to devise different compulsory rules applicable to limited liability company and joint-stock limited company; to better the procedure in formulating, revising and recognizing the articles of corporation; to grant the minority shareholder the rights to remedy through the shareholders' meeting, CSRC and courts. The first two is precautions, and the last one is the subscriptions.

On the whole, the thesis is far away to solve all the conflicts completely; it only advances the research in the following respects:

At first, the research angle is different from the traditional ones, and it bases on the protection of the minority shareholders' interest. Secondly, the research method is not restricted in the analysis on the institution as in the past; it also analyzes it theoretically and provides a guideline to build up the norm system. Thirdly, the structure of the solutions consisting of previous protection and later remedy is complete. This thesis also comes up with the reflections on the bettering of law model and procedure. At last, the author provides lots of practical constructive advice.

Because research is no boundary, the opinions of this paper may be capable of further study. If this thesis would make some contribution to



the theoretical study of the corporation laws and the practical realm of the corporation system of our country, the author would feel satisfied any way.

**Key Words:** The articles of corporation      The Company Law  
Shareholder's rights



**西南财经大学**  
**学位论文原创性及知识产权声明**

本人郑重声明：所呈交的学位论文，是本人在导师的指导下，独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外，本论文不含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体，均已在文中以明确方式标明。因本学位论文引起的法律结果完全由本人承担。

本学位论文成果归西南财经大学所有。

特此声明

学位论文作者签名：朱悦衡

2004 年 4 月 22 日

# 第一章 导论

## 第一节 问题的提出

我国《公司法》第 151 条规定，上市公司是指所发行的股票经核准在证券交易所上市交易的股份有限公司。上市公司是最富典型性的股份有限公司形式，也是最具代表性的现代企业形式。从各国的情况看，上市公司不仅主导着一国证券市场的发展，而且作为企业的骨干和脊梁，构成整个国民经济发展的中坚力量。就我国而言，尽管证券市场的兴起和发展才只有十来年的时间，但截至 2003 年底，已有境内上市公司（A、B 股）1287 家，股票的市价总值达到 42457.71 亿元，占当年国内生产总值 116694 亿元的 36.4%，全年筹资金额共计 1357.76 亿元。<sup>①</sup>应当看到，我国的上市公司主要由国有企业改制而来，相当一部分还没有建立起规范运作的公司机制，实践中反映出不少亟待研究解决的问题。

作为开放性的公众公司，其行为是否规范，将直接影响广大投资者的切身利益，影响范围极大。在上市公司中，所有权与控制权的分离不可避免的产生了代理成本。为“一群毫不相干的人”的最大利益行事，这对于经营者而言，的确缺乏情感上的吸引力。出于自利心理，公司经营人员倾向于以牺牲股东利益为代价，以强化自身的地位，这种地位冲突的表现，形式繁多，不一而足，在公司章程中加入障碍性条款限制甚至剥夺其他股东的法定权利就是其中之一。

公司章程作为由全体股东或发起人共同制定的规范公司的组织与行为以及公司与有关各方权利义务关系的基本法律文件，内容十分丰富，几乎涵盖了公司法的各个重要方面。它对公司的运行方式、组织管理、权利行使及责任划分等方方面面所作的详细规定，使公司由设立、运作直至破产清算这样一个庞大复杂的系统有章可循。公司章

---

<sup>①</sup> 参见《中国证券监督管理委员会公告》2003 年第 12 期。

程对内的契约和规范作用，对外的公示和准据作用，及其对公司、股东、董事、监事、以及经理等所具有的广泛约束力，使它成为公司存在和运营的灵魂。

公司章程被誉为公司之宪章。<sup>①</sup>尽管以“私权神圣”和“私法自由”为理论基石的传统公司法理论将公司章程的影响力限定在了公司内部，然而，这一认识正在逐渐受到挑战。由于公司章程在很多时候因规定与公司有关的外部事物而具有显著的涉他性，因此应该受到法律规则的调整。即便是在公司制度发展时间较短的我国，因公司章程产生的纠纷也不再是个别现象，尤其是具有开放性和公众性特点的上市公司。不少上市公司的现任大股东常常为了维护自身利益，利用了章程自治规章的性质，在章程中设置障碍性条款，限制甚至剥夺了其他股东的法定权利，侵害了股东的利益。而《公司法》作为国家意志的体现，其价值取向是保护股东的权益，尤其是中小股东的权益，使证券市场上的博弈双方在法律上取得一种平衡。如果上市公司章程与公司法的冲突问题未能得到有效地解决，很可能会动摇公司在整个社会经济中的地位，并损害公司法公平公正和股份平等的基本立法精神。

我国《公司法》第一条开宗明义的揭示了保护股东的合法权益为立法宗旨之一。《公司法》第4条第1款规定，“公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者的权利”，是对股东权的高度概括。其中，第一项权利属于股东自益权的范畴；第二项和第三项的权利属于股东共益权的范畴。《公司法》还在其他各章从不同角度规定了股东权的保护，并通过建立股东大会、董事会和监事会的相互制衡机制以及董事、监事和经理对公司所负的义务保护股东权。

除了由法律强制性规范规定的股东固有权外，更多的股东权内容是由公司章程规定的，公司章程是股东权保护的渊源之一，只有在不违反强行法和股份公司本质的前提下，章程才可对股东权的内容予以

---

<sup>①</sup> 李泽沛主编：《香港法律概述》，法律出版社1987年10月版，第104页。



适当的限制或扩张。公司法赋予股东的基本权利不容公司章程的限制甚至剥夺。如果对公司章程中存在的“障碍性条款”现象听之任之，那么股东的法定基本权利便会图有虚名，这将严重挫伤投资者的投资热情。因为股东之所以成为股东，根本目的在于分享公司经营活动中所取得的利益，实现资金增值，如果忽视对股东权的保护，股东利益得不到维护，这势必挫伤广大股东投资的积极性，许多潜在的投资者也将畏惧认购股份，从而导致股份公司制度的最终失败。就我国来说，加强小股东保护的意義是多方面的，具体表现在以下三方面：

第一，这是股东平等的必然要求。现代公司的基本原则仍然是资本多数决定原则，但大多数情况下这一原则仅能实现股东的形式平等。这使得小股东因失望而无心参与公司事务的决策。公司作为一种经济组织虽以营利为目标，但如果毫无止境地追求经济效率，其结果即有可能突破这一制度所被禁止进入的界限。因此，公司股东以公司章程作为基础平等参与公司事务决策的权利必须得到实现。为实现股东之间的实质平等，保护小股东有效行使对公司事务的参与权，现代公司法在承认和确立大股东法律地位和公司事务决定权的同时，也开始注重对小股东的法律保护，尊重他们对公司事务的个人见解，赋予他们各种实体法和程序法上的权利。大股东对公司事务的决定权和小股东对公司事务的参与权与监督权同时实行，是现代公司法提倡股东平等观念的重要反映，是一个问题的两个方面。

第二，这是公司稳定、协调和健康发展的重要保证。公司主体权益得到实现和保护的最根本保障在于公司的稳定、协调和健康发展。如果无视小股东的存在，忽视他们的利益需要和权利的享有，则势必使公司成为董事、大股东实现自身利益的一种工具和手段，公司其他主体的权益保护无从谈起，也势必会影响到公司的正常发展。为此，必须协调大股东与小股东之间的权益保护，也必须协调公司董事与小股东之间的权益保护，以保证公司的正常发展。

第三，这既是我国适应国外公司法关于小股东保护制度发展趋势的需要，也是我国现实立法的需要。自英国 1843 年 *Foss v. Harbottle* 一案原则确立以来，英美公司判例法和制定法在公司小股东法律保护

问题上一直持积极态度，并努力开拓小股东保护的新途径，加强对小股东的救济方式，极大地完善了现代公司法中关于小股东保护的法律制度。而随着现代经济一体化的发展，大陆法系国家在小股东保护方面存在的严重不足(小股东权益得不到应有的保护，使为数众多的小股东只关注股票投机，而忽视公司的经营管理)日益突现。因此，近年来大陆法系国家一方面积极引进英美国家的先进经验；另一方面努力开拓，寻求为小股东提供尽可能全面系统保护的途径。面对公司法律制度的现代化和统一化趋势，为加强我国公司在国际上的竞争力，我们必须积极引进和吸收国外公司立法的成功经验，并努力开拓适合我国国情的小股东保护途径。



## 第二节 文章的结构及思路

现实是促使对问题进行思索的直接动力，笔者产生写作本文的想法是从思考我国上市公司相关案例开始的。在这些案例中，大股东首先在章程中设置障碍性条款，然后依据这些条款进行一系列的行为，行为的结果是他们获利而中小股东的利益受到了损害。这些大股东实际上是把公司章程作为侵害中小股东利益的一种手段，但是这种手段在程序上是合法的。因此，本文通过分析上市公司章程与公司法的冲突的原因和表现形式，落脚在保护上市公司中小股东的利益，并在此基础上提出冲突的解决机制。

首先，本文分析了公司章程与公司法冲突的原因。由于二者在性质、体现的意志和价值取向这三方面的差异，导致了它们有产生冲突的可能性。公司章程是公司内部的自治规章，是股东意志的体现，效率是其永恒的追求；公司法是“私法公法化”的产物，体现了国家意志，平等是它的一个重要价值目标。再加上现有公司制度中强化大股东地位的“资本多数决”的决议原则以及上市公司两权分离产生的“委托-代理问题”，为大股东在章程中加入有损中小股东利益的条款，从而使章程与公司法相冲突提供了有利条件，进一步加剧了产生冲突的可能性。其次，本文通过分析具体案例中章程与公司法的冲突来归纳冲突较为常见的类型。由于上市公司章程与公司法冲突的形式是千姿百态、千变万化的，从不同的角度看可以分为不同的类型，我们不能仅仅通过对一组案例和规范的分析就总结出冲突的所有类型，如果坚持如此总结的话，很可能会患上“一叶障目”、“以偏概全”的毛病。即便是成功了，这种公式化的表述对于以后的进一步讨论也会成为一种障碍。因此，笔者从股东权利保护的角度出发，通过对具体案例中章程条款的违法性分析，归纳出两种最常见也是最容易发生的冲突形式，让我们能更直观地了解章程与公司法的冲突所在。最后，本文针对我国目前上市公司章程与公司法的冲突问题提出了相应的解决机制。因为法律需要理念，同时需要在这种理念指导下的具体制度。笔

者试图从冲突的事前防范和事后救济两个大的方面来构架一个系统。本文认为：要解决这一问题，在事前防范这一方面，公司法至少应健全以下两个方面的具体制度：（一）借鉴英美国家公司法区分闭锁公司和公开公司的相关规定，在《公司法》中有关股份有限公司应更多地适用强制性规则；（二）完善《公司法》有关公司章程制定和修改程序的规定。以上旨在减少大股东通过章程损害小股东利益的可能性。在事后救济方面，应赋予小股东通过股东大会进行自助救济、通过证监会进行行政救济以及通过法院进行司法救济的权利。以上旨在为小股东权益遭受损害时提供救济途径。

### 第三节 文献综述及本文研究方法

本文探讨的有关上市公司章程和公司法的冲突问题是公司章程领域中的一个比较前沿的问题。综观本文研究之前的各类文献，几乎都是单纯的研究公司章程或者公司法。而且“公司章程这个重要的问题也长期被民商法学界所忽视，在很多民商法学书籍中都是略笔之处，弱化了所谓“宪章”的地位。”<sup>①</sup>对于从理论层面解析公司法规范的结构，美国学者 M·V·爱森伯格和加拿大公司法学者布莱恩 R·柴芬斯分别在其著作《公司法的结构》和《公司法：理论、结构和运作》中提出了自己的划分标准，我国的汤欣和张开平两位学者也分别在自己的著作《公司治理与上市公司收购》和《公司权利解构》中对这个问题提出了自己的看法。其中爱森伯格采用的以公司法规则的规范对象和表现形式为标准的二维分类方法最为清晰恰当，其他几位学者的分类方法虽有不同但也大同小异。对于公司章程与公司法的关系问题，只有蒋大兴在其著作《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》中进行过论述。他认为“试图将公司法规范从宏观上类型化，并根据此一类型化标准简化公司章程与法律的关系是危险的，因为，《公司法》规范都是具体的，不同场景中的强行法规则表现不同，很难构建

---

<sup>①</sup> 刘黎明：《公司章程条款研究》，载漆多俊主编《经济法论丛》第三卷，第 230 页。

一种统一化的一劳永逸的类型化标准。”“对公司章程与法律的关系的思考，可能主要应当是一种关涉每一具体法律条文的个别化思考”。虽然每位学者对于公司法规则都有各自不同的看法和分类标准，即对强制性规范的认定存在分歧，他们都赞同与公司法中强制性规则相冲突的公司章程条款应为无效。然而他们对此的论证仅仅限于案例与规范分析，是一种制度层面的解释。对于公司章程为什么会和公司法产生冲突，冲突的表现形式以及我们应该怎么样来解决这种冲突都未有论及。

针对上述研究中存在的问题，本文将运用经济分析方法、比较研究方法和综合分析方法，从保护上市公司中小股东利益角度出发，从实体和程序两方面着手，力图有效地解决上市公司章程与公司法的冲突问题。值得一提的是，本文结构和角度的新颖以及上市公司章程的多样性在使得研究难度加大的同时，也激发了笔者的研究兴趣。但是由于笔者目前的学术能力距离对该问题进行毫无疏漏的解说的境界实在太远，还恳请各位专家、学者多加赐教。



## 第二章 公司章程与公司法冲突的原因

### 第一节 公司章程与公司法性质不同

公司章程是指依法制定的规定公司性质、宗旨、组织和活动原则、经营范围、组织机构、活动方式、经营管理方法、权利义务分配等重大事项的文件。<sup>①</sup>中国台湾民商法学者刘清波先生认为“社团之章程为社团之宪章，系社团组织与实现其目的之准则”。<sup>②</sup>

大多数国家的公司章程都是由单一的文件组成，一般记载公司的名称、宗旨、资本总额、组织机构以及其他重要事项。但英美国家的章程则是由两部分构成的，它们分别具有不同的性质与内容，发挥着不同的作用。这两部分文件在英国称为公司组织大纲(或组织简章)(Memorandum of Association)和组织章程(Articles of Association)，在美国称为公司组织章程(Articles of Incorporation)和公司章程细则(By-law)。公司组织大纲(英)与公司组织章程(美)主要是用以指导公司与外界关系的，被称为公司的外在宪章(External Constitution)。公司的组织章程(英)或章程细则(美)的内容和作用则不同，它们是用以规范公司内部事务的，主要规定了公司与股东的关系，被称为公司的内部宪章(Internal Constitution)，并被视为是公司股东之间以及股东之间的合同(Contract)。<sup>③</sup>

在我国实践中，由于法律对公司章程的定性不明，加上公司注册部门以及从事企业登记咨询的专业机构为避免风险，乐于向投资者推荐千人一面的标准化公司章程，而且其中的很多条款都直接照搬《公司法》的规定，让人们忽略了公司章程的本质所在。因此，我们

---

<sup>①</sup> 周友苏：《公司法通论》，四川人民出版社，2002年第1版，第282页。

<sup>②</sup> 刘清波著：《民法概论》，台湾开明书店1979年12月版，第58页。

<sup>③</sup> 甘华鸣 罗锐韧：《世界主要国家和地区公司法——按公司法体系比较》，中国经济出版社1989年8月第1版，第446页。



有必要首先明确章程的性质。

公司章程的法律性质历来存在诸种学说。在学理上，对公司章程性质的认识主要有以下几种：

### 1、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。<sup>①</sup>契约说将章程契约调整的基本关系分为两类。其一是股东内部之间的关系，其二是公司与股东之间的关系。

### 2、权力法定说<sup>②</sup>

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。

### 3、秩序说<sup>③</sup>

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。

### 4、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。<sup>④</sup>

---

<sup>①</sup> 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。

<sup>②</sup> 温世扬 廖焕国：《公司章程与意思自治》，商事法论集第6卷，法律出版社2002年9月第1版，第8页。

<sup>③</sup> [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第111页。

<sup>④</sup> [韩]李哲松：《韩国公司法》，中国政法大学出版社2000年版，第76页。



## 5、宪章说<sup>①</sup>

随着现代公司对经济影响的增加,那种在契约说基础上建立起来的公司章程,似乎显得与人们对公司社会责任的趋高要求格格不入。于是,一些学者提出了公司章程的宪章说,认为公司章程是对公司内部相关者权利、义务规范的宪章性书面文件。

宪章说认为,不管是把公司章程说成合意结果的契约说,还是把公司章程说成在强行法指导下的“标准性”契约条款的理论,显然都是虚伪的,因为现行公司法中对公司章程大量条款的强制性规定就可以证明这一点。

契约说充分表达了当事人意思自治,有相当大的合理性。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。<sup>②</sup>而且,契约说为了与呆板的法律相适应,不得不采用一个意义相当广泛的契约概念。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。<sup>③</sup>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。

权力法定说以一种特定的关系为出发点,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。但它的不足也是显而易见的:首先,当事人意思自治表现不足。其次,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。

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

---

<sup>①</sup> 王海平:《公司章程性质与股东权益保护的法理分析》,当代法学 2002 年第 3 期。

<sup>②</sup> 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 年版,第 76 页。

<sup>③</sup> 双方同意是合同的本质特征,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。

公司章程本身的发展。

· 公司章程宪章说强调国家对公司章程的制定内容、修改的强制性规定。这样看来，表面上似乎克服了契约说的局限性，而本质上体现的却是国家对股东权利行使的范围、方式及其形式的过多干预。这样就丧失了公司章程的多样性，股东的自主性得不到发挥，实际上是矫枉过正。

笔者认为，公司章程究竟是社团自治“法规”，还是“规章”，在字眼上还有待推敲。虽然二者都强调社团自治的规范性质，然而，“法规”一词应当是享有立法权的国家机关制定的具有普遍约束力的行为规范的总称，而用来归纳章程的性质有些不妥。首先，章程的制定者行使的并非立法权，将其制定章程的权力比拟为立法权有欠严肃和准确。其次，就章程的约束范围而言至多能涉及公司的股东、董事、监事、经理及其他公司高级职员，不能约束广大公众。因此用“法规”一词概括章程的性质略嫌过于宽泛，而“规章”一词则可泛指各类社团乃至国家机构制定的主要用以内部约束的规范，用以归结公司章程性质较为准确。

综上所述，公司章程是作为设立中公司机关的发起人所制定的一种社团自治规章。

现代公司立法是在政府的职能扩张和对经济自由的限制以及对“私法自治”突破的基础上产生的，是“私法公法化”的产物。以美国公司法的发展为例，“公司法的发展说明了它是随着国家公法本身而发展的。后者在成功的使权力成为责任——使政府行为服从法律规则方面取得了一定的成就。形成中的公司法正重复着这一过程。虽然公司的行为还没完全为保证有关的各种利益平衡的规则所制约，然而，人们已有可能期望进一步阐明权利和责任，使公司权力和政府权力一样‘负有责任’”。<sup>①</sup>

传统上，公司法被归类于商法，被认为是私法的一个分支。一般认为，商法以民法为基础，也即以私法规范为基础。我国多数学者主

---

<sup>①</sup> [美]伯纳德·施瓦茨著，王军等译：《美国法律史》，第225页。

张民商合一，认为民法与商法是一般法与特别法的关系。<sup>①</sup>但是我们应当看到，随着生产的社会化、企业组织的扩大化，现代商法所调整的对象发生了变化，既不是传统意义上的商人（自然人），也不是一般市民的商行为，而是经过设立登记、具有法人资格的企业组织。商法原本强调对平等主体的保护，但现代企业法律关系中，原本平等的主体间，其地位已发生了质的变化，没有同质性了。例如，早期股份公司中的股东基本上是自然人，虽有大小之分，但其地位有相互交换性，利害关系有同质性。而今天的股份公司中的大股东多为机构法人，他们与自然人小股东之间，已经没有地位相互转换的可能性，也少有共同的利害关系。在现代企业社会条件下，仅靠私法保护中小股东利益已实属困难、力量有限，还需要通过立法从保护经济弱者及维护市场交易秩序考虑，做出政策性保护规定。<sup>②</sup>

从公司法的产生和发展来看，公司法是“私法”和“公法”相融合的产物。其一，公司法以私法为基础，公司法产生于民法“商”化，并从商法中独立发展出来，法律规范的许多方面是以传统民法或商法的基本原则和制度为基础的，并实际上是民法或商法规范在公司法领域的直接套用；其二，公司法中直接增加了一定的公法规范，如公司登记、刑事责任等；其三，公司法体现了公法与私法的渗透，特别是私法公法化的内容，即立法将公司与其他私法主体进行了一定的区分，将与公司有关的一些原本属于私法关系的内容变成公法关系的内容。

## 第二节 公司章程与公司法体现不同的意志

公司章程是公司的自治规章，是公司最基本的规范性文件，它规定公司的组织与经营的最根本事项。公司自治通过章程来实现。公司自治包括两方面内容：从公司本身作为私法主体看，指的是公司以自

---

<sup>①</sup> 王保树主编：《中国商事法》，人民法院出版社2001年1月版，第15页。

<sup>②</sup> 李黎明：《企业法学研究的理论与现实——兼谈商法与经济法的关系》，载杨紫烜主编《经济法研究》第2卷。



己的名义所享有的法律上权利或自由；从公司内部看，指的是公司内部自我管理和自我监督的自由。<sup>①</sup>

公司章程是股东或发起人共同制定的，从某种意义上来说，它是股东或发起人意思自治的产物。自治性主要体现在：其一，公司章程作为一种行为规范，不是由国家而是由公司依法自主制定的。公司法只能就公司的普遍问题对公司行为作出规定，不可能顾及各个公司的特殊性、个性问题。而每个公司依公司法制订的公司章程，则能充分反映本公司的个性，为本公司提供了具体细致的行为规范；其二，公司章程是一种法律以外的行为规范，由公司自己来执行，无需国家强制力来保证实施。当出现违反章程的行为时，只要该行为不违反法律，就由公司自行解决；其三，公司章程作为公司内部规章，其效力仅及于公司和相关当事人，而不具有普遍的约束力。

章程在公司治理中对公司自治原则的最充分的体现莫过于英美公司法了。在传统的英美公司法理念上，认为公司作为一种私法上的自治组织，法律赋予其从事商事经营的资格和权力，至于公司如何行使公司权力以取得权利、承担义务谋取利润则是公司成员自己决定的事情，法律不作强行规定。章程因而成为判断英美公司股东大会与董事会权限的重要依据。英美案例表明法官倾向于不干预公司事务而尊重公司章程的约定，因为他们认为：“法院用其自己的选择代替管理层真诚的达成的选择，或事实上质疑管理层的决定的正确性可能是错误的。”“法院不应该重新准备一份股东协议并强加给各方。”<sup>②</sup>华纳法官认为：法院不能随意的将源自它的公平概念的权利和义务强加于各方之间的协议和想法之中。尽管随着公司治理的发展变化，英美公司法上出现了对董事会权限的法定化的理论和判例，但章程在划分公司机关的具体权限上仍是不可或缺的最重要的依据。因此，章程又被称为公司这个组织体的“宪法”。

立法被认为是政府的一种新型权力。<sup>③</sup>法律是国家意志的凝结，

<sup>①</sup> 王红一：《公司法功能与结构法社会学分析》，北京大学出版社，2002年6月第1版，第17页。

<sup>②</sup> (1994)《每周法律评论》第一期，转引自[加]布莱恩·R·柴芬斯：《公司法：理论、结构和运作》，林华伟、魏旻译，法律出版社2001年4月第1版，第338页、351页。

<sup>③</sup> 参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克著：《法律、立法与自由》，中国大百科全书出版社2000年1月版，第130



它维护了以国家为代表的公共利益。<sup>①</sup>公司通过公司立法脱离传统的特权色彩，成为私法主体，一开始就是一种政府调节的结果，“法律从产生开始就成为权力介入的一种方式，也成为权力干预程度的一种表征”<sup>②</sup>国家干预广义上包括立法、司法、行政等各方面，在立法中最狭义的内容是对公司自治的限制和对公司的种种干预或管制。随着国家职能的发展和演变，国家对于社会经济干预的广度和深度有了一定的增加，干预的性质和内容也发生了很大变化，对于公司也从自由放任到进行管制。公司是最基本的市场主体和最重要的经济力量，在社会经济生活中的地位举足轻重。大型股份有限公司特别是上市公司、跨国集团公司的影响力，远远超出了公司单纯的营利范围。面对日益强大的共识，为了保证社会公共利益，显然我们需要法律来将公司的经营活动约束在有益于整个社会的范围内。针对于公司在现代社会发展的状况及其对于市场经济秩序的影响力，国家通过公司立法对公司进行规范和管理，在此过程中，实际上融入了国家或政府的意志和政策目标，公司法称为“私法公法化”的主要领域，强制性规范大大增加。

历史上，国家曾试图通过“命令与控制”的策略实现公司法目标。国家通过立法或司法干预具体指明什么应该做，什么不应该做，并对违反禁令者施以惩罚。<sup>③</sup>然而，越来越多的人认识到这种方法的局限性，即对行为或结果进行直接规定往往难以奏效，反而可能导致规避法律而提高司法成本。于是国家更多地转向间接方法，这种方法试图通过创设一种自我平衡制度来实现其管理目标。因为从广泛意义上讲，国家与股东通过章程的自治目标具有某种程度的一致性，他们都希望公司富有效率、公平竞争、不滥用权力并保持商业机制的灵活性。因此，国家非常关注公司经营业务性质以确保公司内部程序公正性，并禁止对公司管理权利的滥用。国家通过法院或其他机构直接承担的

---

页。

<sup>①</sup> 葛洪义：《法理学》，中国政法大学出版社，1999年第1版，第40页。

<sup>②</sup> 孙笑侠著：《法的现象与观念》，群众出版社1995年版，第135页。

<sup>③</sup> 根据英国1985年《公司法》第151条禁止购买公司股票时的金融资助，1993年《英国刑事审判法规》，国家禁止内幕交易。



任务，诸如批准不当交易、批准公司章程和追究董事失职的责任等，可以通过授权给公司内部或外部有利害关系的团体间接达到。从这个意义上讲，作为公司章程制定者的股东是国家非常合适的代理人，因为他们的动机与国家的愿望大部分相吻合，公司高效且公平的管理是国家和作为剩余权利请求权人的股东的共同目标，尽管二者动机各异。

但是，国家与股东之间的一致性随着公司的进一步发展出现了裂痕。公司的发展促使“公司经济帝国”的形成，1868年的《美国宪法修正案》第14条，更是将公司视为“人”，公司在国家的扶持之下，规模迅速扩大，以至于19世纪后期被称为“公司的时代”。随着公司的进一步发展，人们发现，无论是市场的规律还是股东的控制都不足以约束这些经济巨人。于是，政府重新强调在限制公司滥用权力方面的作用，因为国家不能任凭个人利益最大化而置社会利益于不顾。

经济学认为，个人是自身利益的最佳选择者和最佳维护者，当人们必须在若干取舍之间做出选择时，——各种选择的结果将对个人的“最后满足”或“福利”产生不同的影响——人们将更愿意选择那种能为自己带来“较多好处”的解决办法，而不是与此相反，这是“经济人”的基本特性。<sup>①</sup>在公司中，股东、发起人和董事都是“商品性领域”里的典型的“经济人”，受逐利动机的驱动，在利害关系事项中，他们往往选择对其最为有利的方式行使权利，而不顾及公司和其他股东的利益。虽然现代公司法一致认为多数股东尤其是控制股东及董事对公司和少数股东负有忠实义务，要求其在利益冲突出现时以公司利益为重，不得将自身利益凌驾于公司利益之上，并不得损害少数股东利益，但在相关制度未予设置的情况下，仅仅将其视为公正无私的“道德人”显然是没有意义的。

在上市公司中，由于股东数量众多，为了保证决策形成和实施的效率，公司的职权通常委任于董事会和经理。这样，所有权和经营权就分离了，所有权和控制权的“两权分离”也就成为这种公司的基

---

<sup>①</sup> 包万超：《试论司法公正中的法官与经济人》，《法学杂志》1998年第10期。

本特征。在两权分离的情况下，公司的最终所有权人(即股东)与控制权人的最终目标函数是不一致的。对公司投资者(或“所有人”)来说，最终通过投资收益的形式表现出来的公司利润可以被其占有，投资行为的效用最大化可以简单化为公司利润最大化。而公司董事、经理等管理层只是公司资产的控制者，其效用函数中的收入不等于公司盈利。也就是说，公司利润最大化并不意味着管理层效用的最大化，两者不能划上等号。所以，管理层追求利润最大化的激励不足。也就是说，两权分离会天然地伴生出所有人和控制权人激励不相容的问题<sup>①</sup>。

在这种情况下，上市公司中的“委托—代理问题”<sup>②</sup>变得十分突出。这在西方国家被称为阿基里斯之踵难题<sup>③</sup>。由于公司股东和董事等管理层的效用函数不一致，董事等高级管理人员(代理人)就有可能出于私利而机会主义地行事，忽略或损害股东的利益。因为，在这类企业里，委托人、股东并不直接参与组织的运作。执行经理们往往掌握着更充分的信息，也更密切地参与经营活动。这样，他们可以按自己的利益行事。这不利于掌握信息较少的委托人。例如，股份公司的经理们可以设法将业务活动安排得让人难以批评，或者使自己享受到很高的在职消费。同时，他们可以容忍违背委托人利益的低利润的情况存在。因此，所有权与控制权的分离有可能造成很高的信息成本和组织成本<sup>④</sup>。

可见，董事、经理等高级管理人员为自己的私利活动不必花费昂贵的成本，只要他们能抓住所谓的“机会”就可以了。因为，成本和收益相比较，收益明显大于成本，这使他们在心理上有了相当的动力。相反，公司股东们则处于不利的地位。一方面，在经营判断能力上弱于高级管理人员。他们不知道高级管理人员的哪些行为对公司有利，哪些对公司不利，哪些对公司是必要的，哪些对公司是不必要的。

---

<sup>①</sup> 林毅夫等：《现代企业制度的内涵与国有企业改革方向》，载《经济研究》，1997年第3期。

<sup>②</sup> “委托-代理”是经济学上对公司股东与董事、经理关系的称谓，而在法学上对股东与董事(董事会)的关系，通说认为是委任关系，并不是委托-代理关系，至于董事会与经理则是聘任关系。因为，在法学上委任关系和代理关系有明确的区别。参见：王保树、崔勤之著：《中国公司法》，中国工人出版社1995年版，第112页。

<sup>③</sup> 阿基里斯是古希腊神话中的勇士。他出生后，他的母亲提着他的脚将他倒浸入冥河之中。由此使他全身刀枪不入，只有未被浸入的脚跟除外。“阿基里斯”一词被用来比喻一事物的致命弱点。

<sup>④</sup> 转引自[德]柯武刚、史漫飞著：《制度经济学》(韩朝华译)，商务印书馆2001年版，第331页、330页。

另一方面，公司股东也是信息上的弱者。高级管理人员作为公司内部管理者，对公司的经营状况和市场环境了如指掌，而公司股东则对公司经营、市场前景、利润状况等了解不多。所以，也就出现了信息成本的问题，唯一的办法是在股票市场上抛出自己的股票。

从以上的分析可以看出来，董事、经理等高级管理人员不但可能为了公司或者他们自己的利益而损害社会上一般投资者的利益，而且，他们也完全有可能为了自己的利益而直接损害公司的利益，并同时损害社会上一般投资者的利益。

在公司中，无论大股东还是小股东在法律地位上是平等的。公司制度奉行资本多数决的原则，大股东据以通过资本的表决取得对公司的控制权，这种现象本身并不违反社会所认可的公平、正义的理念，理由是向公司出资是股东对公司承担的最重要的义务，大股东由于其出资多而向公司承担了比别人更重的义务和商业风险，因此由其控制公司是天经地义的，无可厚非。但仅仅顾及到这一层面是不够的，从社会正义和权力制衡的角度看，投资的公平维持离开对大股东权力的道德和法律的制约是不够现实的，大股东和其他的有权人一样，在行使权力是非常愿意挑战极限，在公开的和潜移默化的环境中接受权力的自然腐蚀，喜欢滥用权力，以损害小股东的正当利益为代价谋求自身利益的膨胀。资本多数决原则有以下弊端：

第一，资本多数决削弱了少数股股东对公司事务的管理权力，进而引发了股东大会的形式化。这是因为，由于实行资本多数决，多数股股东的意志总是处于支配地位，当少数股股东的意志与多数股股东的意志一致时，则被多数股股东的意志所吸收；而当少数股股东的意志与多数股股东的意志不一致时，则被多数股股东的意志所征服。所以，少数股股东的意志对公司的决策难以产生有效的影响。

第二，资本多数决存在被滥用的危险。所谓滥用资本多数决是指多数股股东为了实现自己的利益，以资本多数决为手段而实施的旨在损害公司利益和少数股股东利益的行为。造成资本多数决滥用的原因在于：1、有限责任制度使多数股股东在行使表决权时少有顾忌。有限责任制度是公司法中的一项基本的制度，其产生的基础在于所有权



和经营权的分离。对于一般的投资大众来说，由于不享有对公司事务的有效支配权，因而承担有限责任是合理的，而对于那些掌有公司事务的支配权的大股东来说，若承认其仅负有限责任的话，则割裂了支配和责任的关系。但实际上，因为支配股东也是股东，也应按照有限责任原则承担有限责任，如此一来，支配股股东即可依自己的优势地位任意行使其表决权。2、从历史上看，传统公司法作为私法的组成部分，深受民法理论的影响，作为近代民法基本原则之一的私有财产绝对原则在公司法中得到了淋漓尽致的体现，并演绎为表决权行使的绝对自由。从现实来看，由于股东对其出资所形成的股份享有所有权，支配股东在行使表决权时往往本着个人意志，出自个人利益，而当其利益与公司及少数股股东利益发生矛盾冲突时，则往往为了个人目的而不正当地行使其表决权，从而出现了资本多数决的滥用，而滥用资本多数决的结果不仅会使公司和少数股股东的利益受到不正当的侵害，违背公司所承担的社会责任，甚至还会破坏市场经济所需的经济秩序和道德秩序。3、股东间本身存在利益上的冲突。在股份有限公司中，公司的股东在动机和目的等方面往往都存在着很大的差异，而且，他们在公司中所持股份的数额悬殊很大，各自从公司中取得的利益当然也各不相同，因此，期待这些素昧平生、各自独立的股东放弃自身的特殊利益，共同一致地追求公司利益是不现实的，也是不可能的。对于多数股股东来说，一旦其利益与公司及少数股股东的利益发生冲突的时候，他们就会本着追求自身利益的目的，不正当地行使其表决权，从而造成资本多数决的滥用。

如果任由资本多数决原则自由调节各种股东间的利益矛盾，势必产生滥用资本多数决、违背股东平等原则真意的消极现象，对于处于弱者地位的中小股东来说很不公平，只有为弱势股东全力提供充分的保护，才符合法律公平、公正的根本理念。

### 第三节 公司章程与公司法价值取向不同

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。公司作为企业的一种，其整个行为目的都是为了追求利润的最大化。从理论上说，公司利润的最大化就等于公司效益的最大化，而公司效益的最大化又是和股东利益最大化相一致的。由于股东的收益、责任和他对公司的出资是成正比的，公司经营的好坏、利润获取的多少直接涉及每个股东的切身利益，因此股东在公司中所享有的发言权的大小也应当与其出资比例成正比。正因为如此，由股东特别是大股东充当公司的董事就成为顺理成章的事情。这种公司利益和股东利益绝对一致、公司应当由股东特别是大股东来管理的观念在人们心中已经被强化为一种最佳的制度选择，并被各国立法加以确定。

在公司这种企业组织形态诞生之初，公司的权力中心是股东大会。由于早期的公司大都规模不大，股东人数不多。加之受当时“个人本位”理论的影响，许多国家并不强制公司必须设立董事会。人们一般不承认或不愿承认集体、团体的权利和独立的地位，认为只有股东大会才是公司意志的代表，而董事会不过是根据公司授权进行活动的公司代理人而已。即使在较早采用“法人实体说”的大陆法系国家，虽然承认董事会是公司的法定机关，但受经济民主思想的影响，也认为只有股东的共同意思才是公司的意志。因此，由于“所有权与经营权”的密切联系，公司主要是由股东来经营的。

进入 20 世纪以来，随着股权的不断分散，数量众多的投资股东再也无法像过去那样单独或共同拥有控制公司所必需的股权，许多股东开始将自己的注意力和兴趣点从公司的经营转向证券市场。加上市场竞争的加剧，公司的经营越来越复杂，而大多数非职业投资者（即一般股东）又缺乏相应的管理知识。因此，股东对公司的实际控制能力不断地受到削弱，股东在公司中所处的地位变得越来越微不足道。不少大型股份有限公司的控制权事实上已经转移到了公司经营管理人员手中，公司出现了所有与控制相分离的趋势。公司内部的权力中心从股东大会向董事会过渡，股东会中心主义也被董事会中心主义所取代。

公司治理结构的变化也带来了公司章程与股东意思之间的某种



分离。股东一直在公司结构中处于中心地位，因此，股东的意思在很大程度上就等于公司的意思。随着董事会中心主义的到来，股东在很大程度上成为了一个公司之外的旁观者，章程中的意思并不仅仅是股东意思的独白，公司的意思发生了不以股东为转移的某种偏向。

因此，公司章程并非仅仅是制定者之间的一种契约安排和私法秩序，而是一种涉他性的文件。这种涉他性主要体现在两方面：其一，约束主体——效力的涉他性。各国公司法大都认可，除了章程制定者应当受到公司章程约束以外，公司章程的效力还具有扩张性，它可以约束制定者以外特定范围内当事人的行为。如我国《公司法》第 11 条规定：依法制定的“公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力。”由此看来，尽管公司章程的制定者只是公司设立阶段的股东，但其效力却可扩及到公司成立后的股东、公司本身和公司的管理层，这些被公司章程效力影响的人主要局限于公司内部，不妨称为公司内部关系人。其实，公司章程的影响力远甚于此，甚至在特定情形下，债权人等公司外部人也可能受其约束。其二，记载事项的涉他性。根据不同的标准，公司章程记载事项可以做不同的分类。如大陆法系国家通行的做法是根据记载的效力将其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。但就其关涉对象而言，公司章程记载事项大体上可分为有关公司内部组织、成员关系的事项和有关公司外部事务的事项两类。前者如公司内部机构之间的权利及划分等，后者如公司合并、分立、解散等。由于公司章程的约束主体涉及到“制定者以外的人”，且其记载事项涉及公司外部事务，因此，公司章程是一种非常典型的涉他性文件。

如果以纯粹的市场眼光来看待公司法，经常面临的责难是忽视了公司法的“政治属性”，因此，公司法还必须获得效率以外的目标。因为法律与政治从来就没有彻底分开过，即便是英美国家，党派之争就经常以“法律大战”的形式表现出来。公司法“政治性”的一个极好注脚就是前年美国的公司改革法案。自 2001 年底安然公司财务欺诈行为被揭露以来，美国大公司会计丑闻频频曝光，投资者信心连遭打击，美国股市因此受到重创。接连出现的重大市场欺诈激怒了美国

社会，投资者对美国经济和公司盈利前景相当担心，因此他们在华尔街各大交易所抛出股票，并将资金转移到黄金和海外证券市场。美国政府为了赢得民众的支持率，仓促之间就推出了旨在“肃清”资本市场的严酷法令《萨班斯-奥克斯利法案》（即 SOX 法案）。

法律价值，从作为法律主体的人的角度去理解，是人们设置法律制度的动机、目标和需要。从作为法律客体的社会存在去理解，是法律设置后所应取得的社会效果和影响。<sup>①</sup>法的价值大体有三种含义：一是法促进哪些价值；二是法本身有哪些价值；三是在不同类价值之间或同类价值之间发生矛盾时，法根据什么标准来对他们进行评价。<sup>②</sup>法律有多种价值目标，如公平、平等、效率、安全等等，由于立法政策受到不同时期社会经济发展要求的影响，并且受到立法者意志的局限，法律的价值在任何一个国家不应当是中立无偏的。

公平是公司法的一个重要价值目标。从目的解释的角度而言，法律在公司机构之间分配职权无非有两个目的：一为实现公司内部机构之间的制衡，即追求“公平”；二为实现公司运作的效率。但这些都是表面目的，此种分权的根本动因在于——维护公司股东的利益，这是设置公司内部组织机构，乃至设立公司的更为主要或终极的目的。

“公司法学的理念并不仅仅是经济效益”。<sup>③</sup>公司法关注的是股东利益，证券法关注的是交易安全。近现代公司法的历史就是一部为股东权保护而奋斗和努力的历史，公司法实际上就是股东权保护法。<sup>④</sup>我们必须时常以这种态度来探讨和研究公司法。股份有限公司是富裕经济生活的最有力的手段之一，它创造了巨大的财富。但如果公司制度毫无止境的追求经济效率，其结果即有可能突破这一制度所被禁止进入的界限。“权利的分配强调平等，甚至不惜以效率为代价。”<sup>⑤</sup>也许对权利的追求是不折不扣地对追求经济效率的侵犯。

之所以要专门讨论公平与效率这对矛盾体是因为要保证小股东

---

<sup>①</sup> 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 252--254 页。

<sup>②</sup> 沈宗灵：《法·正义·利益》，《中外法学》1993 年第 5 期。

<sup>③</sup> 久保欣哉：《公司法治理理念》，《台大法学评论》，第 23 卷第 2 期。

<sup>④</sup> 刘俊海：《构建维护股东权保护的法治系统工程》，《投资者利益保护》，2003 年 12 月第 1 版，第 25 页。

<sup>⑤</sup> 阿瑟·奥肯：《平等与效率》，华夏出版社 1987 年版，第 7 页。

合理的“公平参与机会”的各种制度，即使人们承认起点位置绝对不可能平等，人们还是可以采取各种做法以允许全体成员有同等的参与机会，这是经济公平的希望。对经济公平的坚持就会出现一个可能的效率损失问题，但这仅仅是某些效率的损失，而且，这种效率的损失可能是很小的。<sup>①</sup>股份有限公司法极其看重程序正义，其目的正是在寻求机会的公平。我坚信，更大的机会均等会带来更大的收入平等；促进机会均等的努力自然会接受一种个人权利倾向的、必不可少的竞争经济；更大的机会均等会产生更大的对权利的制约和平衡，即使为此而失去一些效率也是值得的。更多的机会均等会产生更多的信心而不是更多的挫折。

---

<sup>①</sup> 对此问题的详细论证，请参阅詹姆斯·M·布坎南：《自由，市场与国家》“公平与公平待遇”，上海三联书店 1989 年版，第 210-211 页。



### 第三章 公司章程与公司法冲突的类型：

#### 案例与规范分析

股份公司“资本多数决”原则的贯彻意味着大股东的意志完全可以以公司意志的形式表现出来，也意味着可能出现大股东对中小股东意志的支配、控制甚至强制的现象。在股权分散，中小股东众多的上市公司这种现象更为突出，中小股东的意志很容易受到漠视甚至剥夺，进而损害中小股东的利益。由于我国市场经济尚处于起步阶段，资本市场仅仅走过了十年的路程，与证券市场相关的法律法规和配套制度还不很完善。因此，在我国目前的证券市场中，有一些上市公司的现任大股东为了维护自身利益，利用了公司章程的自治规章性质，在章程中设置了很多障碍性条款。从而限制甚至剥夺了其他股东的法定权利，排除了通过正常的资本运作行为，实现资产与经营管理的优化组合。这些障碍性条款往往与《公司法》和《上市公司章程指引》相冲突，侵害了其他股东的法定固有权利，阻碍了正常的资本运作行为，也有学者将这种障碍性条款称之为“灰色条款”。<sup>①</sup>

由于上市公司章程与公司法冲突的形式是千姿百态、千变万化的，从不同的角度看可以分为不同的类型，我们不能仅仅通过对一组案例和规范的分析就总结出冲突的所有类型，如果坚持如此总结的话，很可能会患上“一叶障目”、“以偏概全”的毛病。即便是成功了，这种公式化的表述对于以后的进一步讨论也会成为一种障碍。因此，笔者从股东权利保护的角度出发，通过对具体案例中章程条款的违法性分析，归纳出两种最常见也是最容易发生的冲突形式，让我们能更直观地了解章程与公司法的冲突所在。

---

<sup>①</sup> 谢巍等：《上市公司章程中“灰色条款”的法律探析》，《企业经济》，2000年第8期。



## 第一节 剥夺股东的表决权或提案权

在引起证券市场和法学界普遍关注的首次“章程之争”——“大港油田收购爱使股份”一案中，“爱使”公司之所以能使通过合法资本经营行为而取得其第一大股东地位的“大港油田”无法实现临时股东大会召集请求权，也难以通过提案和临时股东大会选举，进入“爱使”董事会，其原因在于《上海爱使股份有限公司章程》(以下简称《爱使章程》)第67条有三款规定直接构成了对其进入爱使公司董事会的障碍。

《爱使章程》第67条关于董事、监事提名的方式和程序规定的具体内容如下：

“董事会在听取股东意见的基础上提出董事、监事候选人名单。董事、监事候选人名单以提案的方式提请股东大会决议。

单独或者合并持有公司有表决权股份总数百分之十(不含股票代理权)以上、持有时间半年以上的股东，如要推派代表进入董事会、监事会的，应当在股东大会召开前二十日，书面向董事会提出，并提供有关材料。

董事会、监事会任期届满需要换届时，新的董事、监事人数不超过董事会、监事会组成人数的二分之一。

董事、监事候选人产生程序：(一)董事会负责召开股东座谈会，听取股东意见；(二)董事会召开会议，审查候选人任职资格，讨论、确定候选人名单；(三)董事会向股东大会提交董事、监事候选人名单，提供董事、监事候选人的简历和基本情况”。

我国《公司法》及其他相关法律、法规，无一对股东行使提案权的持股比例作出规定。中国证监会颁布的《上市公司章程指引》第57条虽然将该比例规定为5%，但这毕竟只是具有指导意义，而不具有直接的法律约束力。在存在立法空白的情况下，公司章程规定股东行使提案权的持股比例是否具有法律效力？笔者对此持否定见解。因为提案权的重要性绝不亚于表决权，在某种意义上甚至较表决权更重

要(股东大会只对列入会议议程的事项进行表决, 如无相对应提案, 自无所谓表决), 故而只有《公司法》才能对股东行使提案权的持股比例作出规定。虽然公司章程作为公司内部的自治规章可以在一定程度上弥补公司法的漏洞与不足, 但这并不是说在公司法没有相应规定的情况下公司章程就可以随意进行限制。在《公司法》对这一问题存在立法空白的情况下, 我们就需要从公司法的理念与精神上来判断, 即从保护股东利益的角度去衡量。

选择管理者是《公司法》赋予股东的三项基本权利之一, 而董事提名权则是该权利的具体落实。但董事提名权究竟是单独股东权(即不问股东的持股数额多少, 拥有一股的股东即可行使的权利, 如《公司法》第106条第1款规定的股东表决权), 还是少数股东权(即要求拥有股份达一定数量的股东才能行使的权利, 如《公司法》第104条第3项规定的股东大会召集请求权), 主要取决于立法者的政策选择, 而这一选择则是与本国公司的股权分布、股东权利意识的觉醒程度相适应的。为实现保护少数股东利益与保护公司利益之间的平衡, 不少国家把股东提案权界定为少数股东权。

《爱使章程》把股东行使提案权的持股比例提高到10%, 这与《上市公司章程指引》规定的5%相差悬殊。不要说中小股东, 就是连作为第一大股东的大港油田也无法行使这一权利, 于理于法皆难谓公平。退一步来说, 即便章程可以对股东行使提案权的持股比例作出规定, 但10%的要求仍嫌过于严苛, 在我国目前流通股高度分散的情况下, 如少数股东拥有的股份总额达到这一标准, 这些股东其实可称为大股东, “少数股东权”将名不符实; 反之, 真正的散股股东要达这一标准, 则需成百上千地联合起来, 这实际上几乎不可能, 况且《爱使章程》还将投票代理权排除在该持股比例之外, 这使得少数股股东要行使提案权, 在实务操作上的可能性接近为零。

《爱使章程》将投票代理权不计入持股比例的规定同样不具有法律效力, 因为《公司法》第108条规定股东可以委托代理人出席股东会, 并在授权范围内行使表决权。表决权可以授权他人行使, 提案权当然也应能作相应授权, 《爱使章程》将投票代理权排除在外的规定,

显然构成了对股东权利和意思自治原则的侵害,应确认为无效。否则,其他公司的董事会也会竞相效尤,利用自己的“内部控制力”,对股东的提案权设置类似甚至更高的门槛。这样一来,股东平等与股份民主的法律价值将荡然无存,股东的投资热情也将烟消云散,“公司制度”这一市场经济的大厦即刻便有倾覆之虞。<sup>①</sup>

无独有偶,在郑百文公司重组过程中,重组方三联集团为了使公司流通股股东所持股份的 50%能够无偿过户到自己名下,在其召开的临时股东大会上通过了修改公司章程的议案,在原章程第九章第 162 条中增加一款“股东大会在作出某项重大决议,需要每一股东表态时,同意的股东可采用默示的意思表示方式,反对的股东需作出明示的意思表示”,从而在其公司章程中写进了“默示同意,明示反对”原则。郑百文董事会实际上是考虑到他们拿出的资产重组方案要想以正常程序获得股东大会的通过是十分困难的,“默示同意”原则是专门为了资产重组方案而精心设计出来的“相关配套措施”,更准确地说,它是确保股东大会通过资产重组方案的必不可少的工具。<sup>②</sup>

参与股东大会表决是股东的一项权利,对于股东大会所讨论的事项,股东有权表示同意或者反对,也可以既不表示同意也不表示反对,即弃权。上市公司由于股权很分散,在召开股东大会时,绝大多数中小股东都不会选择到场投票,而更倾向于用“脚”投票(因为他们不可能也不必要明确表达自己的意见)。正是基于这样的考虑,我国《公司法》规定股份公司召开股东大会时,其议案的通过不按全部股东而仅按出席会议的股东所持表决权进行表决和计算。<sup>③</sup>也就是说,未出席股东大会的股东的票数根本不纳入统计,既不能默认为“是”,也不能默认为“非”,只能是作为弃权。而根据郑百文章程中的“默示同意”原则,实际上是以全部股东所持表决权来进行统计,而没有出席股东大会的股东都被视为投了赞成票,这在实质上是剥夺了股东投弃权票的权利。

<sup>①</sup> 罗培新:《我国证券市场首次“章程之争”引发的法律思考》,《广西政法管理干部学院学报》,1999 年第 1 期。

<sup>②</sup> 吴晓求 梅君主编:《法律诉讼案例》,中国人民大学出版社,2003 年 3 月第 1 版,第 50 页。

<sup>③</sup> 参见《中华人民共和国公司法》第 106 条。



其实,像《爱使章程》、《郑百文章程》中出现的“障碍性条款”现象在我国上市公司中并不罕见。<sup>①</sup>更有甚者在其章程中作出这样的规定:“公司的董事及监事的提名方法,由发起单位推荐董事候选人,或由上一届董事会推荐下一届董事候选人,监事由发起单位推荐”。<sup>②</sup>这实际已将股东的董事提名权剥夺殆尽,股东即使有再多的表决权,也不过是对已有名单的认可而已,无法真正行使选择管理者的权利。而且,公司的股权结构无论怎样变动,也不能动摇老股东的控制地位。因为他们已经完全垄断了董事、监事提名权,这种造成新老股东之间差别待遇的不公平条款是《公司法》、《证券法》所不能容忍的。

## 第二节 限制股东转让股份的权利

股东权(Shareholder's rights)的概念有广义和狭义之分。广义的股东权,泛指股东向公司得以行使的各种权利;狭义的股东权,则指股东基于其股东资格而享有的从公司获取经济利益并参与公司经营管理的权利。

股东权既含有财产性权利,也含有非财产性权利。有学者认为股东权仅指财产权,<sup>③</sup>这种观点值得商榷。股份公司作为典型的营利社团法人和资合公司,其股东当然享有直接从公司获得经济利益的财产性权利;但为确保此种财产性权利,法律和公司章程也承认股东参与公司经营管理的非财产性权利。德国学者考勒(Kohler)认为社员权中存在着表决权等机关权与利润分配请求权、剩余财产分配请求权等价值权两类不同的权利。法国学者多米尼克·施密特认为有些股东权是股东为了自身利益而直接行使的,并使股东一人独立、直接受益,而包含表决权、就股东大会决议提起诉讼的权利等内容的社会权则使

<sup>①</sup> 有人认为,方正科技董事会拒绝将裕兴方面推荐的董事、监事人选递交股东大会审议所依据的《方正科技公司章程》第67条第2款应属无效,方正科技董事会审查董、监事任职资格构成越权行为。《裕兴为何落败?知情人揭秘方正股权争战几大疑点》,载于《财经时报》,2001年7月11日。另,在“张鸿诉上海中华实业股份有限公司”一案中,中华公司章程第18条:“股东大会闭会期间,董事人选有必要变动时,由董事会决定,但所增补的董事人数不得超过董事总数的三分之一”被法院认定为无效。

<sup>②</sup> 谢巍等:《上市公司章程中“灰色条款”的法律探析》,《企业经济》,2000年第8期。

<sup>③</sup> 片山义胜《株式会社法论》第374页;田中耕太郎《株式会社法讲座》第2卷,第390页;张文龙《股份有限公司法实务研究》,汉林出版社1977年版,第54页。



公司和全体股东直接受益。由于社会权的行使界定了股东大会中多数决的效力，确保了公司的正常经营，施密特又认为社会权具有“政治法”。法国巴黎上诉法院于1954年的一个判例中曾指出，股东作为股份的所有者，不仅拥有与公司资本、利润和公积金相关联的财产权利，而且拥有“支配权”，诸如股东大会出席权和表决权，此类权利与股份的所有权永不分离。该法院认为，如果没有此种权利，股东便不能成为名副其实的公司成员和其所持股份的所有者。意大利学者拉泽尼也采用了与法国学者施密特大致相同的分类方法。值得注意的事，英国传统公司法与大陆法系不同，他们视表决权为财产权。如杰塞尔（Jesell）大法官在Pender诉Lushington一案中即持此见解。<sup>①</sup>尽管股东权中既有财产权利，也有非财产权利，但由于两者均为股东权中的权能，且后者往往是实现前者的手段，前者往往是后者的存在目的，这两种权利又是相互统一的。

股东权包括股东共益权和股东自益权两个方面。其中的股东共益权是基于股东的共同利益而享有和行使的权利，主要表现为各种带有人身性质的权利。股东自益权是股东为了实现自己的利益而享有和行使的权利，主要表现为股东所享有的各种财产权。对于股东的财产权，非基于法律的规定或权利人的同意，他人无权进行处分。

郑百文在重组过程中，按照“默示同意，明示反对”原则，此次决定不参加重组的股东，必须在自股东大会公告发布之日（即2001年2月23日）起15日内，向郑百文提交《股东声明》。郑百文股东大会公告说，超过期限公司未收到其《股东声明》的股东视为同意参加重组；同意参加重组的股东不需再办理任何通知和申报手续。届时，由董事会根据股东的选择结果，代采取默示同意的意思表示方式的股东办理有关股权的过户手续，代采取明示反对的意思表达方式的股东办理有关股权的回购和注销手续。而上述两种意思表示以外的任何意思表示，均视为不参加重组，公司将按公平价值回购其股份，并予注销。

---

<sup>①</sup> 转引自刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社，1997年9月第1版，第14页。

股份公司股份的转让限制具有很大的任意性，世界上大多数国家的法律原则上都不允许股份有限公司可以通过章程限制其股份的自由转让，只有少数几个国家的法律规定允许，但这种允许只是授权性的，就是说股份公司可以在章程中规定，也可以不规定，并且，法律对这种限制还进行了反限制，最终还是允许股东对其股份进行转让的。以韩国为例，我们可以对这一问题进行更详细的了解，韩国是世界上为数不多的允许章程对股份转让进行限制的国家之一，其实，韩国商法在 1995 年修改之前是不允许的，1995 年之前的商法第 335 条规定：“股份的转让，不得以章程加以禁止或限制。”通过 1995 年对其商法第 335 条进行修改，开辟了以股份公司可以在章程中规定，要求董事会承认的方式，限制股份转让的途径。从限制对象上来看，虽然没有明文规定，转让限制只有记名股份才可以，而且对于上市的股份，只要不废止上市就不得限制转让。

法律对章程所作的限制也进行反限制具体表现为三个方面：（1）不得与其他法律相冲突。如美国特拉华州公司法、美国统一公司法规定，公司章程可以对广泛转让进行限制，但对于上市公司的股份来说这种限制是无效的。（2）限制不能过于严格，以至于广泛转让的极度困难或根本不可能（如荷兰）。（3）不得全面禁止股份的转让，即公司章程所施加的限制只能是部分的、某一方面的而不能完全限制其转让，因为这与股份公司的本质是相背离的。法律授权公司这种权力既可避免国家力量对股份转让的不适当的干预，又能借公司章程之手来实现这种可能。

我们认为，郑百文公司章程的修正案是不符合公司法法理和公司法的有关规定的。抛开“默示同意、明示反对”这种明显有悖于股东权利行使的方式不谈，单纯的强制股东转让其股份就已超出了股东会的决议范围。从公司法的基本原理来看，综观各国，无论是信奉委托代理关系的美国、代理关系的德国，还是崇尚准信托关系的英国、委任关系的日本，均以现代公司制度为基础，其核心就是保护股东权益。股东是公司利益的最终享有者，股东对于其股权的转让应该是自主的，不必受公司章程的约束，在章程中写入强制股东转让股权的条款

是与股东权严重相违背的。公司和股东是两个不同的权利主体，二者都有自己独立的法律人格，股权的转让也是股东的固有权利。正像股东不能越过股东会直接处理公司的财产一样，公司也不能未经股东同意就擅自处理属于股东所有的财产和财产权。虽然“在对股东有利并且公平的前提下，公司有权通过合法的程序重组其股权结构”<sup>①</sup>。但这种股权重组不能以违背股东的意志为前提，因为“自己是自己利益的最佳判断者”，公司不能将自己的判断强加给股东。公司不能强迫股东接受公司的配股，更没有权利强制股东转让属于自己的股份。

---

<sup>①</sup> 《关注郑百文重组新进展》，《中国证券报》2001年11月19日第9版。



## 第四章 公司章程与公司法冲突的解决途径

证券市场法律维护的价值应该是符合市场改革取向的一般的本价值，同时又应该是具体的、可操作的一种实践价值。这个实践价值就是股东的利益，尤其是中小股东的利益。因为在证券市场侵权与维权的这个社会博弈中，中小股东往往处于弱势的地位。依目前的实践，这个博弈是非常不平等的，要维持这种博弈，就要使博弈的双方在法律上取得一种平衡。

上市公司章程与公司法的冲突实际上是章程条款与公司法中强制性规则的冲突，与公司法中强制性规则相冲突章程条款应为无效。按照现有的公司法，大股东可以很容易的在章程中设置障碍性条款来限制甚至剥夺中小股东的权利，而且这在程序上是完全合法的。对于冲突的解决途径，理论界尚未有一个明确的体系，因此，笔者试图从冲突的事前防范和事后救济两个大的方面来构架一个系统。本文认为：要解决这一问题，在事前防范这一方面，公司法至少应健全以下两个方面的具体制度：（一）借鉴英美国家公司法区分闭锁公司和公开公司的相关规定，在《公司法》中有关股份有限公司应更多地适用强制性规则；（二）完善《公司法》有关公司章程制定和修改程序的规定。以上旨在减少大股东通过章程损害小股东利益的可能性。在事后救济方面，应赋予小股东通过股东大会进行自助救济、通过证监会进行行政救济以及通过法院进行司法救济的权利。以上旨在为小股东权益遭受损害时提供救济途径。

### 第一节 立法上的完善

#### 一、股份公司应更多地适用强制性规则

我国是一个有着很深的大陆法传统的国家，向来都是以规则的形



式、以一种抽象的方式来给公众提供一种合理的预期。由于我国公司法学界对公司法中哪些规定属于强制性规定没有明确的划分标准,而对此的界定又是判断公司章程有效还是无效的重要依据,因此我们必须首先明确公司法规则的分类。

我国《公司法》第二章“有限责任公司的设立和组织机构”和第三章“股份有限公司的设立和组织机构”的规定中,关于股东大会的召开和职权、董事会的组成召开和职权、监事会的组成和职权等方面的规定,除个别数字略有变化外,简直如出一辙,甚至一些用语也分毫不差。由于有限责任公司和股份有限公司具有不同的经济结构,导致了公司参与各方关系的差异和股东合理预期的不同。因此,为了不带来法律资源的浪费,我们应该借鉴英美法区分闭锁公司与公开公司的做法,在我国公司法中对有限责任公司和股份有限公司分别作出不同的规定。

公司章程与法律的关系,说白了也就是公司章程与强行法的关系。为此,首先必须厘清强行法和任意法的含义。<sup>①</sup>按徐国栋教授的理解,所谓强行法,是指不能由当事人自由选择,而必须无条件地一体遵循的规定。强行法体现了社会的根本价值,对这些价值的不尊重或破坏,将危害该社会赖以存在的根基。因此,强行法的强行性,来自于其负载价值的根本性。所谓任意法,是指可由当事人自由选择是否遵行的规定。此种规定,不过是作为专家的立法者对当事人所提出的建议或忠告,并无强制力。其存在的前提,是相信当事人能作出最有利于自己的判断和选择。此种规定往往由那些不能作出更好选择的当事人选用,它们对于那些缺乏经验的当事人具有积极的意义。任意性规定的这种由当事人自由选择的地位,来自于它们所负载价值的非根本性,换言之,当事人对它们是否遵循,不影响对社会根本价值的维护。<sup>②</sup>

美国学者 M·V·爱森伯格在其文章《公司法的结构》中对公司法规则的分类提出了一个比较完整的二维划分体系,根据爱森伯格的看

<sup>①</sup> 蒋大兴:《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》,法律出版社,2001年12月第1版,第336页。

<sup>②</sup> 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第38页。

法，就规范对象而言，公司法规则大体可以分为以下三类：<sup>①</sup>

第一，结构性规则(Structural Rules)，主要规范权力在不同公司机关的分配、各机关行使这些权力的要件，以形成运作有序的公司治理构架，如我国公司法第 103 条、112 条、126 条分别规定了股东会、董事会和监事会的职权范围。

第二，分配性规则(Distributional Rules)，规定了公司财产在股东间的分配方式。如我国公司法第 177 条规定，公司弥补亏损和提取公积金、法定公益金后所余利润，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

第三，信义性规则(Fiduciary Rules)，规范了董事和控股股东的义务。如我国公司法第 59 条至第 63 条规定了这些规则，包括竞业禁止义务、保守秘密义务、忠实管理的义务等。

以上三种规则，既可以通过公司法明文规定而成，也可以由公司章程的形式表现，但总的来说，他们都形成文字，所以也可以将其统称为“制定性规则”(Constitutive Rules)。

如果以规则的表现形式为标准，可以分为以下三类：

第一，赋权性规则(Enabling Rules)，在这种规则允许范围内，公司参与各方可以自由设定规则，这些规则当然的具有法律效力。如我国公司法第 51 条规定，有限责任公司，股东人数较少和规模较小的，可以设一名执行董事，不设立董事会。执行董事可以兼任公司经理。

第二，补充性规则(Supplementary Rules)，除非公司参与各方另有约定，这些规则当然的具有效力。在英美普通法中，一个典型的例子是涉及股票的权利，如果公司章程中没有证据表明存在相反的意图，法官就推定一家公司的所有股票具有同等的权利。又如关于董事会决议的生效要件，日本《商法典》第 260 条之 2 第 1 款规定：“董事会的决议，以董事的半数以上出席、出席董事的半数以上做出。但不妨碍以章程加重此要件。”法国《商事公司法》第 100 条第 2 款也规定：“公司章程没有规定更高多数的，董事会的决定以获得出席或

---

<sup>①</sup> M·V·爱森伯格：《公司法的结构》，张开平译，载王保树主编：《商事法论集》第 3 卷，法律出版社 1999 年版，第 390-442 页。

由他人代理的董事的多数票通过。”这些法条均可称为补充性规则。

第三，强制性规则(Mandatory Rules)，不允许公司参与各方以任何方式加以修正。

另外，加拿大公司法学者布莱恩 R·柴芬斯提出将公司规则分为三种：强制适用的规则、推定适用的规则、继续可适用的规则。就笔者解读的情况来看，这种分类方法与爱森伯格的大同小异，故不另作介绍。中国学者对公司法规则类型的划分似乎受到了这两个学者观点的影响。<sup>①</sup>

英美法按公司股东对象不同和股票能否转让将公司区分为公开公司和闭锁公司两种。《美国公司治理准则》第 1.06 条指出：所谓闭锁公司，是指公司的股权证券为少数人所拥有，且该类证券没有活跃的交易市场存在的公司形态。在闭锁公司，股东们通常以讨价还价方式确定某些结构性和分配性规则。“充分知情的当事人是其自身效用的最佳法官”。而公开公司拥有大量的股东，绝大多数股东既不参与也不直接监督公司的业务经营。在这种条件下，股东们之间，或者管理层与股东们之间进行讨价还价实质上是不可能的。

在闭锁公司诞生之前，对于小型的营运事业，人们习惯于采取合伙的形式，而对于大型营运事业，则采取公众公司对外募股的形式。但由于有些小型事业的投资方不愿承担合伙人的无限责任，而规模限制又使其无法采取公众公司的形式，因此介于两者之间的闭锁公司形态就应运而生了。美国最初将闭锁公司与公众公司在同样的商业公司法案下注册，甚至一度将适用于公众公司的公司法规则用来处理闭锁公司中股东的争端，这种做法遭到了市场的极大排斥。

爱森伯格在其文章中充分的论述了为何要区分闭锁公司与公开公司，主要的理由来源于公开公司中所有权和控制权的分离，由此导致的管理层与股东利益的不一致，这种利益冲突主要分为三种：所有

---

<sup>①</sup> 我国学者汤欣和张开平对公司法规则的分类与前述二人并无本质上的区别。汤欣将规则分为两类，即普通规则和基本规则。参见汤欣：《公司治理与上市公司收购》，中国人民大学出版社，2001 年版，第 55 页。张开平将公司法规则分为三类：即“赋权型规则”、“强制性规则”、“补充型或任意型规则”。这与爱森伯格的分类方法基本相同，只是解释略有区别。参见张开平：《公司权利解构》，中国社会科学出版社，1999 年版，第 20 页。



代理人都会具有的偷懒的现象；代理人通过不公正的自我交易，把受托人的资产据为己有(用)，从而享受潜在的利益；以牺牲股东的利益来维持和巩固自身地位的职位利益冲突。要防止这些利益冲突，就必须要有法律介入，如果任由股东和管理层之间进行协商，由于股东力量的分散及其拥有的信息的影响，股东表面上的同意具有很大的局限性。<sup>①</sup>基于这些原因，爱森伯格认为在公开公司中强制性规范要多于闭锁公司。因此，法律规整有关闭锁公司的结构性和分配性规则，须以赋权型和补充型规则为主，而不必是强制性规则。信义性规则须以强制型为核心。在公开公司中，涉及股东利益与高级管理层利益存在冲突的领域的有关核心性信义规则以及结构性规则必须由强制性法律规则来调整。核心的结构性规则包括：由一个控制机关即董事会来任命并监督高级管理人员；股东表决程序的健全公正等等。<sup>②</sup>

最后，波斯纳以下这番话虽然有些偏激，但在总体上仍不失为对闭锁公司法律规范性格的一个总结：“法律可以做而且确实已普遍的做了的一件事就是，允许非公众持股公司的创立人非常自由的违反作为标准形式契约的州公司法——即让公司创办人以大公司不可行的办法各自进行它们的交易，大公司中的股东不可能对公司事务提出很有意义的建议，其部分原因是股东与公司的利害关系太小，而他们对公司管理进行非常详细具体的研究的成本就无法得到补偿。法律承认的另一种可能是，如果出现了一种使公司陷入瘫痪的僵局，那么就允许股东解散公司。如果解散使其财产价值下降，那么这样的预期就会使股东尽极大的努力进行商谈而摆脱困境。当然，正如离婚一样，非公众公司与之在经济上有相似之处——很重要的是，解散请求权是以对其他股东进行适当补偿为条件的。否则，解散请求权就会变成任何因解散损失最少的股东进行讨价还价的资本。”<sup>③</sup>

---

<sup>①</sup> 爱森伯格主要分为名义同意、夹杂利益冲突的同意、被迫同意、无可奈何的同意四种情况来论述股东同意的局限性。参见 M·V·爱森伯格：《公司法的结构》，张开平译，载王保树主编：《商事法论集》第3卷，法律出版社1999年版，第407-412页。

<sup>②</sup> M·V·爱森伯格：《公司法的结构》，张开平译，载王保树主编：《商事法论集》第3卷，法律出版社1999年版，第412页。

<sup>③</sup> [美]波斯纳：《法律的经济分析》（下），蒋兆康译，中国大百科全书出版社，1997年6月第1版，第551页。



我们可以引用英国合同法原理中的一个案例：Wilberforce 勋爵在著名案例 Photo Production v. Securicor(1980)的判决中写到：“总体而言，如果商事活动当事人各方的协商能力没有不公平的差异，……那我们应该有一切理由给当事人足够的自由去按他们认为合适的方法进行风险的分配，我们应该尊重他们的选择。这也即是英国议会的态度”。而在 1977 年的《非公平合同条款法》(Unfair Contract Terms Act)的立法报告(First Report on Exemption Clauses in Contracts)中，英国议会法律委员会把立法的必要性表述如下：“有充分理由禁止‘以合约形式退出法律规定(contracting out)’。因为它使得组织良好的商事企业可以经常把不公平的合同条款强加给消费者，从而剥夺了本由法律赋予他们的权利。一般来说，消费者甚至不清楚他们自己的处境；而且即使他们对此有所了解，也会觉得非常困难以致于不可能避免屈从于这些条款，因为他们缺乏足够的谈判能力”。<sup>①</sup>前者似乎适用于有限责任公司法中的任意性规则，后者对于股份有限公司法中的强制性规则来说，则有异曲同工之妙。

正如汤欣老师所指出的那样，我国现有的公司法基本上将有限责任公司规则的强制性等同于股份有限公司，这将会带来法律资源的浪费，<sup>②</sup>同时在有限责任公司范围内，也不利于达到社会的最优化安排，相反可能带来管制成本的增加。例如《公司法》第 38 条和第 46 条分别规定了有限责任公司股东会和董事会的法定职权，与股份有限公司的相关规定完全一致，暴露了立法未周全考虑两种不同类型公司的经济结构。在有限责任公司中，股东一般亲自经营，因此将股东会与董事会的职权作清晰的划分既无可能又无必要。应该由赋权型规则取代这一强制性规则。

因此，未来的公司法应当将规范有限责任公司的规则更多地规定为一种任意性的规则，包括赋权性和补充性规则，以这两种规则为主。针对有限责任公司封闭性的特点，突出有限责任公司的自治特色，扩大其任意性规范，允许公司在不违背善良风俗和公共秩序的前提下，

---

<sup>①</sup> 转引自杨良宜：《国际商务游戏规则——英国合同法》，中国政法大学出版社 1998 年 2 月版，第 768-770 页。

<sup>②</sup> 汤欣：《论公司法的性格——强行法抑或任意法》，载《中国法学》，2001 年第 1 期。

通过章程作出灵活规定。<sup>①</sup>对于股份有限公司，尤其是上市公司，则相应地要将更多的规则解释为强制性规则。具体到分析个案时，可以按照爱森伯格的分类，对于不同规则，分析其规定的事项的性质及公司的性质，在此基础上确定该规则应为强制抑或任意。如果对于某些灰色地带无法划分清楚时，就应当以实现社会安排的最优化为目的，这既包括社会效率的最优化也包括当事人之间利益安排的最优化。

## 二、《公司法》有关公司章程规定的完善

公司章程是公司的自治规章，在公司内部具有最高行为准则的效力。如果章程中含有障碍性条款，大股东又依据这些障碍性条款作了损害中小股东利益的事情，虽然实质上不合法，但在程序上仍然是合法的。笔者在本部分准备从《公司法》有关上市公司章程的程序性规定入手，提出我国《公司法》中有待完善的地方，包括创立大会通过章程和股东大会修改章程两个方面。正是因为我国目前公司法中关于这两方面的规定不是很严密，才会导致不少上市公司的大股东可以随意的将维护自身利益而损害中小股东利益的“障碍性条款”写入公司章程，从而使公司章程与公司法产生冲突。

### （一）、公司章程的通过程序

《公司法》第 92 条规定，创立大会行使的职权中包括了“通过公司章程”。从语言上来推敲，“通过”只有赞成或不赞成的权利，没有包括可以对章程进行修改的内容。这一规定似乎有些不妥。因为在公司成立以前，公司的初始章程是由发起人制定的，根据我们前面的分析，很有可能会出现章程内容有限制甚至侵害认股人利益的情况，一旦公司章程生效后，这些不利于认股人的内容将对其产生约束力，对于没有参与公司章程制定的认股人来说就显得很不公平。当然，认股人也可以采取不赞成方式使公司章程不能通过，但这势必导致公司

---

<sup>①</sup> 冯果：《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。

迟迟不能成立，对认股人的利益也会造成损害。创立大会作为设立中公司的意思形成机关，是股东大会的前身，其法律地位类似于股东大会，它应当享有股东大会所享有的公司章程的修改权。因此，以募集设立方式成立的股份有限公司，发起人作为设立中公司的机关应该负责制定公司章程，而创立大会则应享有“审议、修改并通过公司章程”的职权，《公司法》还可以对创立大会修改和通过公司章程的表决权行为做出必要的限制，从而为认股人，实际上也就是广大的中小股东提供一种利益上的保护机制。

## （二）、公司章程的修改程序

《公司法》第 107 条规定：“修改公司章程必须经出席股东大会的股东所持表决权的三分之二以上通过。”这里存在一个立法漏洞，即公司法未对召开股东大会的最低股份比例做出规定。从郑百文股东大会的决议程序来看，郑百文董事会关于“明示反对，默示同意”的议案得到了股东大会九成以上股东的同意，但由于出席该临时股东大会的股东所持有的股份总数仅占总股本的 31.98%，从根本上说，该项决议不能代表大多数股东的意志。<sup>①</sup>因此，虽然郑百文股东大会决议的内容存在瑕疵，但其决议在程序上是完全合法的。

公司变更其章程，单纯由董事会作出变更决议还不行，还必须由股东会作出决议，非经股东会决议，公司章程的变更决议无效。<sup>②</sup>关于股东会决议的通过程序，各国法律的规定并不完全相同，一般有三种方法：

1、认为决议要获得通过，须有代表已发行股份的过半数的股东出席，并且以出席股东三分之二以上表决权多数同意。此种方法为日本商法<sup>③</sup>和我国台湾公司法<sup>④</sup>所采取。

2、认为此种决议要获得通过，必须有四分之三以上的有表决权的股东同意，有关会议的通知须标明所作出的决议将是特别决议，并

<sup>①</sup> 冯静 苑福秋：《郑州百文前路漫漫》，载顾功耘主编《公司法评论》（2001 年卷），第 334 页。

<sup>②</sup> 美国《修正标准商事公司法》区分公司章程内容的性质，认为某些内容的变更需由董事会和股东会共同做出，而某些内容的变更则仅需由董事会单方面地做出，无需股东会的更进一步批准。参见张民安：《现代英美董事法律地位研究》，法律出版社 2000 年版，第 129 页。

<sup>③</sup> 日本《商法》第 343 条。

<sup>④</sup> 我国台湾《公司法》第 277 条。



且此种通知必须在会议召开之前的不少于 21 天的时间内发出。此种方法为英国公司法所采取。<sup>①</sup>

3、认为此种决议要获通过，仅需 2/3 以上的有表决权的股东同意，为我国公司法所采取。

从德国、日本、法国等几个国家公司法对章程变更和修改生效条件的规定来看，是比较严格的。《联邦德国股份公司法》第 179 条关于对章程修改的股东大会的决议第(2)项规定：“股东大会决议需要一个在作出决议时代表着基本资本的至少 3/4 的多数”。同时，还规定修改“经营对象”这一内容时则“必须规定一个更大的资本多数”。

《日本商法》公司编第 343 条对章程变更的决议方法规定为：“有相当于已发行股份总数半数以上股份的股东出席、有相当于其表决权 2/3 以上多数作出。”同时，还于第 348 条对股份转让的限制的章程内容变更时，要求其决议“由全体股东的半数以上、相当于已发行股份总数的 2/3 以上的多数作出。”《法国商事公司法》第 153 条规定修改章程由特别股东大会行使修改权。同时对出席股东大会的人数这一前提作了具体要求，即“至少拥有应第一次召集时 1/3 半数，应第二次召集时 1/4 的具有表决权的股份的条件下，才得进行有效审议，”并以“获得出席或由他人代理的股东拥有的票数的 2/3 多数票作出决定。”从上述三个国家的规定来看，德国最为严格也最为科学。因为这一立法精神充分体现了维护章程的绝对效力地位和相对稳定性，要获得总股份的 3/4 通过为生效要件是不容易的。同时，它仅以股份为量化标准而对参加人数不作要求，符合股份公司资合的法律特征，具有科学性。日本和法国相对于德国而言要松一些，只要求出席股东大会的股东所持股份的多数通过即可，但它们均对出席股东大会所持股份作了限制性要求，以保证表决权在总股份中仍占有较大比例，以体现公司决策的普遍代表性和民主性。

我国公司法第 107 条对章程修改也作了规定，即“修改公司章程必须经出席股东大会的股东所持表决权的 2/3 以上通过。”该条文在

---

<sup>①</sup> S. 141(1), (2), The Companies Act 1948.



文字上不很严密，易产生理解上的歧义。“表决权”到底仅指出席大会股东的 2/3 以上的表决权，还是指出席股东大会的股东所持总表决权的 2/3 以上的表决权，这是一个十分严肃的法律界限问题，理解不同其实践结果大相径庭。根据世界各国的立法经验，从维护章程的严肃性和相对稳定性出发，其“表决权”应该是公司的总表决权，不管出席股东大会人数多少，只要有占总股份的 2/3 以上通过即可。或者，其“表决权”是指出席股东大会的股东所持自己股份的 2/3 以上通过的话，也必须对他们所持自己股份总数有一个最低要求。而我国公司法既没有采取总表决权 2/3 以上通过的严格立法，也没有对出席股东大会进行有效表决的最低股份作出要求。这样将导致两个不良的法律后果，一是损害股东大会决定的民主性，对需要提交股东大会决定的事项都是公司中一些重大问题，有关公司和股东的切身利益，应该获得全体多数股份的通过。如果只要求出席股东大会的股东自己的 2/3 以上股份即可通过，一旦出席大会的股东极少，所持股份极少也能获得有效通过的话，那将使许多股东丧失对这一权利的行使，使股东大会民主性的意义受到破坏，章程修改的正确性也得不到保证。

按照我国《公司法》的规定，即使出席股东大会的股东所拥有的表决权达不到总表决权的一半或三分之一，甚至更少，从法律逻辑上仍然能够有效通过修改公司章程的议案。这就可能损害公司法的公平公正和股份平等的基本立法精神。值得立法机关在修改公司法时斟酌。

## 第二节 救济途径分析

公司章程与公司法冲突的救济途径是指章程记载的事项或内容违反了公司法的强制性规定，已经或可能造成对股东或第三人利益的损害，有关当事人依法对违法章程条款进行纠正的方式和程序。根据现行法律法规的规定，并参考大陆法系其他国家的相关规定，上市公司章程如果出现违法条款，有关当事人可以通过以下三种方式对其进行纠正。

## 一、自助救济

按照《公司法》的规定,股东的自助救济是通过公司的内部治理结构解决,即提议召开临时股东大会并提出修改章程的议案。根据《公司法》第104条,董事会认为有必要或应持有公司股份10%以上的股东的请求,应当召开临时股东大会;另外,监事会也有权提议召开临时股东大会。关于修改公司章程的议案的提出,《公司法》没有作具体规定。《上市公司章程指引》第57条规定:“持有或者合并持有公司发行在外有表决权股份总数的百分之五以上的股东,有权向公司提出新的提案。”

但是按照我国《公司法》的规定,无论是股东年会还是临时股东大会,其召集权均操持在董事长手中,<sup>①</sup>监事会或持股占一定比例的股东只有召集股东会议的提议权或请求权,<sup>②</sup>并无自行召集权或请求法院强制召集权。因为通过章程条款损害中小股东权益的恰恰是董事会或董事会所代表的少数人,而董事长拒不行使召集会议的权力,使股东大会根本没有机会行使职权来阻止这一行为,中小股东的利益实际上是处在一种任由董事长或其代表的少数人支配或宰割的局面。

另一方面,股东大会提案制度是一个操作性很强的法律问题,我国证监会颁布的《上市公司股东大会规范意见》虽有涉及,但内容上存在许多疏漏,导致实践中股东提案权难以实现。股东提案权是指股东享有向股东大会提出议题或议案的权利。关于股东提案资格,英国法规定代表有表决权股的1/2或拥有1万英镑以上股本的股东均可要求在股东大会上讨论其提案;法国规定代表公司股本5%的股东或其股份面值为100万德国马克的股东可以请求把一些附加项目列入议程。《日本商法》规定6个月前开始持有已发行股份总数的1%或300股以上的股东有提案权。我国台湾地区公司法要求股东持股必须一年以上。根据我国证监会颁布的《上市公司股东大会规范意见》第10条、第12条的规定,董事会、监事会以及持股5%以上的股东有提案

---

<sup>①</sup> 《中华人民共和国公司法》第112条。

<sup>②</sup> 《中华人民共和国公司法》第104条。

权。笔者认为股东提案资格应当借鉴国外立法，从持股比例结合绝对数标准和持股时间两方面予以限定。单一的持股比例标准过于僵化，不适应我国当前上市公司股权高度分散的客观实际情况，不利于保护投资资本较大但在公司股份中占很小比例的股东的利益。由于《公司法》对股东提案资格没有规定，在我国的实际生活中，许多上市公司就以公司章程的形式自行对股东提案资格进行限制，而这类限制在一定程度上缺乏合理性和公平性，导致中小股东甚至包括公司设立后入主公司的一些大股东无法行使提案权。如大港油田以购买方式持有爱使公司 10917680 股，占爱使公司总股份的 9%，成为第一大股东，但其改选董事会的提案却遭到爱使公司管理层的拒绝，理由是根据爱使公司的章程规定，股东行使董事提名权须持股 10%以上，并且持股时间在半年以上。鉴于股东行使提案权可能会遭到董事会的拒绝、拖延或搁置，为保障股东提案权的实现，我国《公司法》还应对在行使提案权过程中受到阻碍股东提供相应的救济措施。例如规定符合提案资格的股东将符合提案条件的提案在报经有关部门准许(如当地证券管理机关)后，该提案应当在股东大会会议上进行议决，并且所做决议为有效决议。

综上所述，为了防止大股东以资本多数原则为由，滥用经济权力，就应该在法律中补充和加强监督措施。其他国家公司法中的股东提案权，委托投票权，股东申请和自行召集股东大会的权利等制度，都是我国公司法所缺乏的重要的或实质性的制度与程序，这些制度完善与否直接影响到中小股东通过股东会保障其权益的实现。

## 二、行政救济

在我国，股东的行政救济方式即是提请证券监督管理部门确认公司章程违法。根据中国证监会《关于上市公司检查制度实施办法》第 4 条第(3)项的规定，公司章程是否符合法律、法规的规定，是否符合中国证监会发布的规定和规范性文件的要求等，属于证监会的检查内容。因此，如果上市公司章程违法，有关当事人可以向中国证监会及



其派出机构提出确认违法并纠正的请求。但是，即使证监会确认章程的相关条款违法，从理论上说，也仍然需由股东大会表决通过予以修改。

在“大港油田收购爱使股份”案中，大港油田后来是采用了这种方式，即以紧急提案的方式要求主管机构中国证监会和上海证管办依法行使检查权。但这种方式客观上存在一个问题，那就是在股东大会召开前，这一条款还是有效的，这样，就需要召开两次股东大会才能达到大港油田入主爱使董事会的目的。现在通过一次股东大会来解决这一问题，是有关主管部门协调下双方协调的结果，但存在的相关法律问题是应该引起注意的。

因此，从现状来看，尽管证监会有现行的检查制度，但这种检查制度并不足以防止或消除上市公司的违法违规行。鉴于上市公司章程的重要性以及事实上存在越来越多的上市公司在章程中设置障碍性条款，亟需有关监管部门对上市公司章程制订有关规范细则或设立一种制度，即上市公司应当就章程中与《上市公司章程指引》不一致的及自行增加的条款向证监会报告，由证监会审查并作出是否核准的批复。这样，或许可以避免出现与法律相冲突的章程条款。

### 三、司法救济

司法救济，又称为司法机关的救济或诉讼救济，指的是人民法院在权利人权利受到侵害而依法提起诉讼后依其职权按照一定的程序对权利人的权利进行的补救。赋予股东诉权是适应“所有权与经营权相分离”而产生的一项重要的重要的公司法律制度，在公司法的发展史上具有划时代的重要意义。股东诉权的取得，一方面表明了股东与公司的密切联系，公司的资本是由股东的出资构成的，股东不可能对由自己的出资所构成的公司资本的运营漠不关心；另一方面也表明即使是在董事会权力中心主义的情况下，也不能漠视股东的权利，公司内部主体的权力必须受到制约和制衡。

世界发达国家的公司法都有较为健全的股东诉讼制度，但令人遗



憾的是，我国公司法对于股东直接诉讼的规定残缺不全，对于股东派生诉讼则付诸阙如。历数我国公司法有关股东诉讼的规定，只有 63、111 条有所涉及。第 63 条规定：“董事、监事、经理执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。”这条本应赋予股东派生诉讼权，但是它对于由谁提起赔偿请求、如何赔偿等都语焉不详。

根据《公司法》第 111 条的规定：“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。”这是我国立法第一次对于股东诉权做出规定，是公司法对股东直接诉讼制度的确认，具有很大的理论和现实意义。但是这条规定也有很多不足之处，主要有：

1、本条仅规定了股东有权要求法院停止该违法行为和侵害行为，而未规定股东有权就该行为给公司或股东造成的损害要求赔偿，使该条缺乏可诉性。霍姆斯说过一句耳熟能详的名言：“法律的生命不是在于逻辑，而是在于经验。”也有学者将法律的可诉性誉为法律文本的脉搏，可以激活法律条文的生命<sup>①</sup>。

2、若股东会、董事会决议违反法律或行政法规时，股东向人民法院提起的诉讼应当包括撤销之诉、无效之诉和损害赔偿之诉。

3、条文是以决议侵犯股东的合法权益为要件。那么什么是合法权益？公司如果利用合法的程序损害了股东的权益，算不算是侵犯了股东的合法权益？这点可与公司法另外两条规定结合起来分析。《公司法》第 60 条第 3 款规定：“董事、经理不得将公司资产为本公司的股东或其他个人债务提供担保。”这是禁止性规定。接着第 214 条第 3 款规定：“董事、经理违反本法规定，以公司资产为本公司股东或者其他个人债务提供担保，责令取消担保，并依法承担赔偿责任，将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的由公司给予处分。”这是制裁性规定，表面上看很完善，然而实际上存在着漏洞。如果公司董事利用自己的表决权合法的通过决议，将本公司资产为他公司债

---

<sup>①</sup> 刘俊武：《可诉性：法律文本的脉搏》，《法制日报》2000 年 6 月 28 日。

务提供担保，而董事本人就是公司的股东，这样的决议违不违法？按照公司法规定，显然不在法律禁止之列但这项决议显然会侵犯公司小股东的权益，置小股东权益于危险境地。这时，其他股东能否起诉？或者提起诉讼能不能获得司法上的救济？对于董事或董事会来说，他们有一个非常有力的理由进行抗辩，即该决议没有违法。合法的决议怎么会损害合法的权益呢？

如果某种权利缺少适当的救济方式，这种权利就不能存在，就不能得到法律的保障，这便是“救济先于权利”<sup>①</sup>（Remedies Precede Rights）。纵观我国公司法有关规定，无论是通过股东会制约，还是通过股东诉讼救济方式，我国公司法现有模式所能为小股东提供的保护措施是相当缺乏和薄弱的。小股东权益被粗暴的无视已经是一种现实而不是理论上的担忧，这便使得投资性小股东只关心股票投机，而忽视公司财产是如何被使用。当对公司失去信心时，则消极的转让股份来摆脱困境，而不是行使表决权来表达，这是我国目前公司制度的一个近乎公认的不良现象。这是不完善的法律导致的尴尬结局。但无论如何，人们有权利要求用完善的法律代替有缺陷的法律，正如人们有权利要求用理想的世界改善现实的世界。

在大陆法系的各国公司立法中，几乎所有国家和地区都规定了股东大会决议瑕疵救济制度。德国的《联邦德国股份公司法》、法国的《商事公司法》、意大利的《民法典》、日本的《商法》、韩国的《商法》、台湾地区的《公司法》都有这一制度的相关规定，且都规定了股东大会决议的撤销之诉与无效之诉这两大主要制度。在股东大会决议瑕疵救济这一问题上，无论是诉讼类别还是诉讼事由，各国及地区的规定都是大同小异，大的方向一致，具体制度有差别。撤销之诉的诉由主要是违反法律与章程关于股东大会的程序性规定和决议方法，无效之诉的诉由主要是决议的内容违法。股东大会决议的无效，是指股东大会决议内容违反法律或章程的规定而导致该决议在法律上不生效力。<sup>②</sup>与该决议有关的利益关系人都可以向法院提出确认决议无

---

<sup>①</sup> 冯大同：《国际商法》，对外经贸教育出版社 2002 年版，第 23 页。

<sup>②</sup> 杨建华：《浅议公司股东会决议之无效与撤销》，《辅仁法学》，第 2 期第 2 页。

效之诉。被法院裁定为无效的股东大会决议，自始不发生法律效力。

德国《股份公司法》第 241 条“无效的原因”规定无效之诉的诉由包括：对《股份公司法》关于增减资本的强制性规定的违反、股东大会没有按法律的规定召集和召开、决议没有公证、决议与股份公司的性质不相符合、决议违反保护公司债权人利益的法律规定、决议违背公共利益、决议违背了良好的传统习惯、决议已被撤销之诉撤销而无效、决议已被法院基于非诉事件的裁决而无效。此外，第 250 条规定监事会成员选举违反法律限制性规定的无效，第 253 条规定了违规使用结算盈余的决议无效。透过上述繁杂的列举可以看出，德国的无效之诉的诉由只是包括违反法律规定的事由，不包括违反章程的事由。

法国《商事公司法》第 173 条规定了无效之诉的各种事由，概括起来主要有：对商事公司法规定的股东大会的组成、表决、召开时限、文件提供等制度的违反(第 153 条至 157 条)、和对股东提案权制度的违反。总的说来，法国的无效之诉仅限于商事公司法对股东大会规制的违反。

意大利《民法典》第 2379 条规定无效之诉的诉由为决议“内容违法或不可能实现”。韩国《商法》第 380 条与日本《商法》第 252 条以近乎同样的语言规定了决议无效之诉的事由为股东大会的决议违反法令。我国台湾《公司法》第 191 条规定：股东会决议之内容，违反法令或章程者无效。

参考各国的立法例，这项权利作为单独股东权在股东大会的决议损害中小股东权益时，是一种很好的救济方式，因而对此制度的详细规定是非常有意义的。如果股东大会修改公司章程的决议违反了《公司法》第四条规定的股东的三项基本权利，即资产受益权，重大决策权和选择管理者的权利，那么即使决议在程序上无懈可击，也应该被认定为无效，因为它从根本上违反了股东的基本权利。



## 参考文献

### 论著类:

- 1、李泽沛主编:《香港法律概述》,法律出版社1987年10月版。
- 2、周友苏:《公司法通论》,四川人民出版社,2002年第1版。
- 3、刘清波:《民法概论》,台湾开明书店1979年12月版。
- 4、卞耀武主编:《当代外国公司法》,法律出版社1995年4月版。
- 5、甘华鸣 罗锐韧:《世界主要国家和地区公司法——按公司法体系比较》,中国经济出版社1989年8月第1版。
- 6、[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版。
- 7、[韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版。
- 8、[美]伯纳德·施瓦茨著:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1997年4月版。
- 9、王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社2001年1月版。
- 10、王红一:《公司法功能与结构法社会学分析》,北京大学出版社,2002年6月第1版。
- 11、[加]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年4月第1版。
- 12、[英]弗里德里希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年1月版。
- 13、葛洪义:《法理学》,中国政法大学出版社,1999年第1版。
- 14、孙笑侠:《法的现象与观念》,群众出版社1995年版。
- 15、张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版。
- 16、刘俊海:《构建维护股东权保护的法治系统工程》,《投资者利益保护》,2003年12月第1版。
- 17、阿瑟·奥肯:《平等与效率:重大的抉择》,王奔洲等译,华夏出版社1987年版。



- 18、詹姆斯·M·布坎南：《自由，市场与国家》，平新乔等译，上海三联书店 1989 年版。
- 19、王保树、崔勤之著：《中国公司法》，中国工人出版社 1995 年版。
- 20、[德]柯武刚、史漫飞著：《制度经济学》，韩朝华译，商务印书馆 2001 年版。
- 21、吴晓求 梅君主编：《法律诉讼案例》，中国人民大学出版社，2003 年 3 月第 1 版。
- 22、张文龙：《股份有限公司法实务研究》，汉林出版社 1977 年版。
- 23、刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社，1997 年 9 月第 1 版。
- 24、蒋大兴：《公司法的展开与评判——方法·判例·制度》，法律出版社，2001 年 12 月第 1 版。
- 25、徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社 1992 年版。
- 26、汤欣：《公司治理与上市公司收购》，中国人民大学出版社，2001 年版。
- 27、张开平：《公司权利解构》，中国社会科学出版社，1999 年版。
- 28、[美]波斯纳：《法律的经济分析》（下），蒋兆康译，中国大百科全书出版社，1997 年 6 月第 1 版。
- 29、杨良宜：《国际商务游戏规则——英国合约法》，中国政法大学出版社 1998 年 2 月版。
- 30、冯静 苑福秋：《郑州百文前路漫漫》，载顾功耘主编《公司法评论》（2001 年卷）。
- 31、张民安：《现代英美董事法律地位研究》，法律出版社 2000 年版。
- 32、冯大同：《国际商法》，对外经贸教育出版社 2002 年版。
- 33、朱慈蕴：《公司法人格否认法理研究》，法律出版社 1998 年版。
- 34、张开平：《英美公司董事法律制度研究》，法律出版社 1998 年版。

#### 论文类：

- 1、刘黎明：《公司章程条款研究》，载漆多俊主编《经济法论丛》第三卷。

- 2、温世扬 廖焕国：《公司章程与意思自治》，商事法论集第6卷，法律出版社2002年9月第1版。
- 3、王海平：《公司章程性质与股东权益保护的法理分析》，当代法学2002年第3期。
- 4、李黎明：《企业法学研究的理论与现实——兼谈商法与经济法的关系》，载杨紫烜主编《经济法研究》第2卷。
- 5、沈宗灵：《法·正义·利益》，《中外法学》1993年第5期。
- 6、久保欣哉：《公司法治理理念》，《台大法学评论》，第23卷第2期。
- 7、包万超：《试论司法公正中的法官与经济人》，《法学杂志》1998年第10期。
- 8、林毅夫等：《现代企业制度的内涵与国有企业改革方向》，载《经济研究》，1997年第3期。
- 9、谢巍等：《上市公司章程中“灰色条款”的法律探析》，《企业经济》，2000年第8期。
- 10、罗培新：《我国证券市场首次“章程之争”引发的法律思考》，《广西政法管理干部学院学报》，1999年第1期。
- 11、《裕兴为何落败？知情人揭秘方正股权争战几大疑点》，载于《财经时报》，2001年7月11日。
- 12、M·V·爱森伯格：《公司法的结构》，张开平译，载王保树主编：《商事法论集》第3卷，法律出版社1999年版。
- 13、汤欣：《论公司法的性格——强行法抑或任意法》，载《中国法学》，2001年第1期。
- 14、刘俊武：《可诉性：法律文本的脉搏》，《法制日报》2000年6月28日。
- 15、冯果：《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。
- 16、杨建华：《浅议公司股东会决议之无效与撤销》，《辅仁法学》，第2期。
- 17、《关注郑百文重组新进展》，《中国证券报》2001年11月19日第9版。

## 立法资料:

### 1、法国公司法规范

- (1) 1807 年《法国商法典》。
- (2) 1966 年《法国商事公司法》及 1985 年、1994 年的修正。

### 2、德国公司法规范

- (1) 1897 年《德国商法典》。
- (2) 1892 年《德国有限责任公司法》，1993 年修正。
- (3) 1965 年《联邦德国股份公司法》及 1993 年的修正。

### 3、英国公司法规范

- (1) 英国《1948 年公司法》。
- (2) 英国《1985 年公司法》。

### 4、美国公司法规范

- (1) 1984 年《模范修订商业公司法》。
- (2) 美国《特拉华州普通公司法》。

### 5、日本公司法规范

- (1) 1899 年《日本国商法》及 1938 年、1992 年的修订。
- (2) 1938 年《日本有限公司法》及 1992 年的修订。

### 6、我国公司法规范

- (1) 1993 年《中华人民共和国公司法》。
- (2) 1994 年《中华人民共和国公司登记管理条例》。

### 7、我国台湾地区公司法规范

- (1) 1980 年修订后的公司法。
- (2) 1997 年对公司法的修订。

## 后 记

终于完成这篇论文的写作时，已经是初夏时节。几个月的艰辛劳作，终于化作了眼前这篇尚不成熟的论文。几个月来，浸润在博大精深的公司法之海中，在深感自身的浅陋和不足的同时，也深深地体会着那些极其复杂而精妙的制度设计。

在一定的法哲学背景下，体现人类智慧、承载法哲学价值的，当是那些经过了无数次实践修正的制度设计。而我国的立法长期以来忽视制度建设，即使在最需要以具体的制度设计来组织和平衡股东之间、股东与董事之间关系的公司法体系中，情况亦然。随着我国证券市场的发展，在具有开放性和公众性特点的上市公司中，一些现任大股东常常为了维护自身利益，利用了公司章程自治规章的性质，在章程中设置障碍性条款，限制甚至剥夺了其他股东的法定权利，侵害了股东的利益。

有感于这样的事实，便有了这篇文章。希望能够通过对有关公司章程与公司法冲突的理论和具体制度的探讨和分析，对我国公司章程和公司法理论研究领域有所贡献，对我国公司制度实践领域有所帮助。但是由于笔者目前的学术能力距离对该问题进行毫无疏漏的解说的境界实在太远，还恳请各位专家、学者不吝赐教。

学习生活马上就要结束了，在渐行渐远的岁月里，西南财经大学，和它的精神，将永远留在我的心中。

笔者

2004年4月22日于光华园



## 致 谢

本论文的顺利完成得益于很多老师和同学的帮助。

首先要感谢我的导师岳彩申教授！在论文的撰写过程中，我得到了岳老师的倾力指点和帮助。从论文思路的确定到论文大纲的拟定乃至一些字句的润色，都得到了岳老师的悉心指导和无私帮助，并提出了许多极富启发性的建议和观点。岳老师深厚的学养和开阔的治学胸襟以及高尚的人格，将使我受益终身。同时我还要感谢刘文副教授，在论文的写作过程中，她费心地给予了结构和观点上的指正，并对本文的写作与修改提出了很多建议。

此外，我还要感谢法学院的高晋康教授、姜玉梅教授、鲁篱副教授、喻敏副教授、辜民安副教授以及其他老师，正是在他们的精心培养与帮助下才让我能够跨进法律这一神圣的殿堂。

我真诚的希望这篇论文能表达对所有关心和帮助过我的人们的无尽的谢意！

笔 者

2004 年 4 月 22 日于光华园