

# 从法条的公司法到实践的公司法

王保树\*

---

**内容提要:**人们对公司法规范结构的不同分类,其本质都是在讨论一个问题,即当事人的意思在适用公司法规范中有多大空间。并且,任何对公司法规范结构的讨论,都试图在解决公司法适用中的自由与强制的协调。违反公司法强制性规范并不当然使违反行为无效。是否使违反行为无效,应取决于强制性规范的具体性质与立法目的。讨论公司章程对公司法适用的影响时,应该注意公司章程到底有多大的自由空间。公司章程可以根据本公司的特点和特殊要求,规定不同于或不完全同于公司法的规则。而这些规则,可以优先适用于法律、行政法规,包括公司法的规定。

**关键词:**任意性规范 强制性规范 公司章程

---

## 一、引言

人们曾经以很大的精力研究公司立法、讨论如何完善公司法。这方面的成果,已有相当一部分吸收到了2005年修订的公司法之中。但是,公司法的价值需要在实施中体现出来。而公司法的实施,则应使法条的公司法转变为实践中的公司法。无疑,这种转变是一个庞大的系统工程,需要有法官、律师、学者、行政执法者、投资者、经营者等更多的人参与,以使公司对内对外关系得到最大范围和最大限度的调整。并且,这种转变需要深入的理论探讨和精当技术的运用,其中,特别需要法的解释。因为公司现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。公司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。前者依职权进行,无需多做讨论。后者,则多有深入探讨的必要。从运用立法论研究公司立法,到运用解释论使公司法变成活生生的实践中的法,这是一个很大的变化,需要人们去适应。应该说,公司法解释不仅是一种需要,更是一种对现实的考量。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公司法。

公司法的适用需要解释,公司法的发展需要解释,公司法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于公司法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。本文试图就公司法规范结构对公司法适用上的影响,违反强制性规范的法律后果以及公司章程对公司法适用的影响等问题做一些探讨。

## 二、规范结构对公司法适用的影响

### (一)公司法规范结构的不同分析

---

\* 清华大学法学院教授。

研究者依据不同的标准,对公司法的规范有不同的分类:

依据规范的表现形式,可以将公司法规范分为三种基本类型:赋权型规则,指公司的参与者依照特定的方式采纳这些规则,便赋予其法律效力;补充型或任意型规则,指规整特定的问题,除非公司参与者明确采纳其他规则;强制性规则,以不容公司参与者变更的方式规整特定的问题。<sup>[1]</sup>

依据是促进还是限制了私人秩序基础,可以将公司法规范分为三个基本种类:许可适用规范,只有在那些可能受其影响的人选择适用它们时才起到管辖作用;推定适用规范,指该种规范是推定适用的,除非受其管辖的人选择不适用它;强制适用规范,即对受管辖行为自动适用的规范,受管辖各方没有不适用的选择。<sup>[2]</sup>

依可否由当事人的意思变更或拒绝适用为标准,可以将公司法规范分为任意性规范和强制性规范。前者“仅为补充或解释当事人之意思,得由当事人之意思自由变更或拒绝适用”;后者为“凡法律规定之内容,不许当事人之意思变更适用者”。<sup>[3]</sup>但作为与任意性规范相对称的强制性规范的表述有所不同,有的直接表述为“强制性”规范或“强制性”规定;<sup>[4]</sup>有的则表述为“强行性”规范或“强行性”规定。<sup>[5]</sup>可见,强制性规范和强行法是作为同一用语使用的。

以上,是人们从不同角度对公司法规范结构形成的不同认识。但是,在这些复杂的分类中不难看出,不论是“三分法”的分类,还是“二分法”的分类,其本质都是在讨论一个问题,即当事人的意思在适用公司法规范中有多大空间。在“三分法”除了其中的强制适用规范,在“二分法”除了其中的强制性规范外,公司法规范的适用均给当事人意思留下了很大的自由空间。同时,任何对公司法规范结构的讨论,也都是在试图协调公司法适用中的自由与强制问题,即哪些规范的适用由当事人的意思决定,哪些规范由法院强制适用,哪些规范由当事人请求法院适用。这些,显然是在从法条公司法到实践中的公司法的转变中必须加以注意的。

## (二)我国公司法规范结构对公司法适用的影响

无疑,我国现行公司法的规范结构并不是在立法前设计好的,而是人们基于对实践需要的认识并试图满足其需要的一个立法结果。如何认识我国现行公司法的规范结构?在考察我国公司法的法条之后,运用已有的公司法规范研究成果,应该将其区分为:

1. 任意性规范,即当事人依其意思表示而变更适用或拒绝适用的规范。再以是确认适用还是排除适用为标准,则可以将任意性规范区分为:

(1) 可选择适用的任意性规范,即只有依当事人选择适用该规范的意思,该规范才管辖当事人的行为。在现行公司法中,通常表述为“可以”。如公司法第130条第1款规定,“公司发行的股票,可以为记名股票,也可以为无记名股票。”这意味着,公司法对于公司发行股票的种类并无强制性要求,公司可以选择记名股票种类,也可以选择无记名股票种类。如果公司依自己的意思选择了发行记名股票,则应遵守公司法发行记名股票的要求,譬如“应该置备股东名册”。后者的适用,是公司依自己的意思选择适用的结果。相反,如果公司不选择发行记名股票,当然就不必遵守“应当置备股东名册”的规定了。

(2) 可排除适用的任意性规范,即可依当事人的意思表示排除其适用的规范。在现行公司法中,

[1] 参见[美]M·V·爱森伯格:《公司法的结构》,张开平译,载E保树主编:《商事法论集》第3卷,法律出版社1999年版,第390页。

[2] 参见[加]布莱恩·R·柴芬斯:《公司法:理论、结构和运作》,林华伟等译,法律出版社2001年版,第234页。

[3] 梁宇贤:《公司法论》,台湾三民书局2003年版,第7页;赖源河:《学习商法与经济法需有宏观的企划能力》,载赖源河教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会:《财经法专论》,台湾五南图书出版公司1997年版,第4页。

[4] 参见江平:《公司法从19世纪到20世纪的发展》,载郭锋、王坚主编:《公司法修改纵横谈》,法律出版社2000年版,第28页。

[5] 参见赖源河等:《新修正公司法解析》,台湾元照出版公司2002年版,第3页;前引[3],梁宇贤书,第7页。

通常表述为约定或章程规定排除适用某规范。如公司法第 35 条规定,“股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。”但是,这一规定不是强制性规范,而是任意性规范,因为其作为“但书”的第二句规定,“全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”也就是说,全体股东依其约定可以排除适用第一句的规定。当然,如果股东没有另行约定,或者虽有约定,但没有明确排除适用的约定,则第一句的规定应适用于相关当事人。

以上表明,公司法中的任意性规范并不是自动适用的,因而对于任意性规范不能笼统地说“违反”,只要当事人未选择适用某任意性规范,或当事人已排除适用某任意性规范,就不发生违反公司法的问题。相反,只有当当事人选择适用某任意性规范,或者未排除适用某一任意性规范,并且又违反了该规范时,才发生当事人违反公司法的问题。

2. 强制性规范,即当事人不得依其意思表示变更适用或拒绝适用的规范。换言之,“受强制规范管辖的各方没有可以不适用这种规范的选择”。〔6〕毫无疑问,强制性规范最明显地表现了对私人秩序的干预。其中,这种干预又最突出地表现在规定当事人的义务上。根据受强制性规范管辖的当事人承担的义务的不同,可以将强制性规范分为两类:

(1) 规定当事人积极义务的强制性规范,即规定当事人积极作为的规范。通常,公司法中表述为“应当……”或者“必须……”。譬如,公司法第 63 条规定,“一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告,并经会计师事务所审计。”这就是公司法规定一人有限责任公司应该履行的积极义务。又譬如公司法第 5 条规定,“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”这就是规定了公司应履行的积极义务。公司法中采用“必须……”的表述并不多,应理解为与“应当……”的表述是相同的,甚至亦不应认为二者在强制性的程度上有较大的差别。

(2) 规定当事人消极义务的强制性规范,即课以当事人不得作为的义务。通常,公司法中表述为“不得……”。如公司法第 27 条第 3 款规定,“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%。”这就是公司法对全体股东的货币出资金额的强制性规定,是课以全体股东的一项消极义务。

在考察公司法的强制性规范时,我们必须注意到这种规范确认中的复杂性。

首先,将强制性规范划分为规定积极义务的规范和规定消极义务的规范,只是为了讨论问题方便。实际上,作为强制性规范,两者混合规定的情形也是有的。譬如,公司法第 20 条第 1 款规定,“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”就是将两者混合规定的典型。

其次,公司法中的强制性规范并非都是关于义务的规定,也并非都采用“应当……”、“必须……”、“不得……”等表述方式。有些规范虽然没有采用类似表述,而是采用一般叙述的方式表述,但并不能因此笼统地均视其为非强制性规范。在没有采用“应当……”、“必须……”、“不得……”等表述方式的规范中,有下列几种规范是值得重视的。

① 规定股东权利的规范,对于公司应视为强制性规范。譬如,公司法第 4 条规定,“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”这是对股东权利的概括性规定,股东可以依法行使,也可以放弃。但股东的权利是相对于公司而言的,后者必须保证实现股东的权利。因此,就公司而言,这一规范应属于以积极义务为内容的强制性规范。

② 规定股东会(股东大会)、董事会、监事会、清算组织职权的规范。譬如公司法第 38 条规定的股东

〔6〕 前引〔2〕,柴芬斯书,第 236 页。

会职权、第47条规定的董事会职权、第54条规定的监事会职权。这些是将公司的权力赋予公司特定机构的规范,而“公司的权力一旦赋予规定的机构,不论是依据章程细则还是公司条例,只有规定的机构能够代表公司实施行为从而排除了其他机构。”〔7〕因此,这些规范属于强制性法律规范。

③涉及董事长、副董事长、监事会主席履行职务的规范。虽然公司法在修订中,适应公司法的发展趋势,大幅度地增加了任意性规范,但同时其也因应解决实际问题的需要,增加了解决董事长、副董事长、监事会主席不履行职务的必要的强制性规范,如公司法第41条规定,“有限责任公司设立董事会的,股东会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。”第48条规定,“董事会会议由董事长召集和主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长召集和主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。”第52条第3款规定,“监事会主席召集和主持监事会会议;监事会主席不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。”和其他强制性规范一样,当事人董事长、副董事长、监事会主席对它们是不能以自己的意思变更或拒绝适用的。

总之,公司法中的强制性规范是自动适用于相关当事人的,这是它的本质,不因规范的表述方式不同而不同。与此相适应,任何对该种规范的变更或拒绝适用,都应视为违反了公司法的规定。从一定意义上说,所谓当事人违反公司法主要是指当事人违反强制性规范。

### 三、违反强制性法律规范的法律后果

民法学者为了确定违反强制性规范的不同后果,将强制性规范划分为效力规范(效力规定)和取缔规范(取缔规定)。后者,德国人称为“管理规范”。“强行法得为效力规定与取缔规定,前者着重违反行为之法律行为价值,以否认其法律效力为目的;后者着重违反行为之事实行为价值,以禁止其行为为目的。强行规定,是否为效力规定抑为取缔规定,应探求其目的以定之。”〔8〕虽然公司法中违反强制性规范的情况远比民法中的情况复杂,但民法的上述经验值得重视。一是以目的的不同区别效力规范与取缔规范;二是并非将违反强制性规范的行为统统认为无效,仅对违反效力规范者视为无效。

当事人违反强制性规范的行为大致有两类:

第一类,违反公司法规定的以“履行义务”为内容的强制性规范。这些规范与民法学者所称“取缔规范”(或“管理规范”)性质大体相同。设置这些规范的目的并非为了否认其违反该规范的行为的效力,而是要防止该违反行为发生。析言之:

股东违反出资义务的法律后果。公司法第28条规定,“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。”股东违反此规定,不按规定缴纳出资,并不被认定为无效,也不因出资不足而否定其股东资格。但是,依公司法第28条第2款规定,股东“除应当向公司足额缴纳外,还应当已向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任”,以纠正和防止股东不履行出资义务的行为发生。

董事、监事、高级管理人员违反义务的法律后果。公司法第148条、149条明确规定了董事、监事、高级管理人员的义务,其目的是防止董事、监事、高级管理人员违反义务的现象发生。以第149条第3项为例,规定董事、高级管理人员不得“违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会

〔7〕 [马]罗修章等:《公司法:权力与责任》,杨飞等译,法律出版社2005年版,第132页。

〔8〕 史尚宽:《民法总论》,1980年自版,第296页。

同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保”。该规定显然是为了禁止和防止董事、高级管理人员违反公司章程的规定,未经有权机构同意,将公司资金出借或者以公司财产提供担保,因此,违反此规范的后果是“给公司造成损失的,应当承担赔偿责任”。但由于该规定的目的是解决董事、高级管理人员履行对公司的义务问题,而不是要否认未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保的效力。相反,除非有证据证明第三人明知该借贷或该担保未经股东会、股东大会或者董事会同意的事实,或者董事、高级管理人员的上述行为是和第三人秘密勾结所为的,应承认该借贷或该担保对第三人的效力。

公司违反管理义务的法律后果。公司法规定公司管理义务,显然是为了维持一定的交易秩序。譬如第 187 条第 3 款规定,“清算期间,公司存续,但不得开展与清算无关的经营活动。”目的是为了为了保护债权人的利益,避免清算中公司开展与清算无关的经营活动而损害债权人利益,而不是为了否认与清算无关的经营行为的效力。所以,公司法相应采取的措施不是对无效行为的处理,而是在第 206 条规定,“公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的,由公司登记机关予以警告,没收违法所得”,以杜绝公司在清算期间开展与清算无关的经营活动。

第二类,违反以否定违法行为效力为内容的强制性规范。这类规范大多与违法行为的构成要件或消极资格有关,它们的设置就是为了否定特定违法行为的效力。

1. 瑕疵决议的法律后果。最典型的是公司法第 22 条关于股东会或股东大会、董事会决议无效的规定。该条明确规定,“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”确认了公司股东会或者股东大会、董事会的决议无效的要件是其内容违法。该规定的设置目的就是为了否定内容违反法律、行政法规的公司股东会或者股东大会、董事会的决议的效力。该条第 2 款规定的公司股东会或者股东大会、董事会的决议撤销,也涉及否定决议效力的问题,两者的不同在于,决议无效自始无效;决议撤销仅自撤销之时不再有效力。

应该指出的是,第 22 条的效力规定仅是针对该条所指向的行为。由于决议无效和撤销引发的交易并不当然无效,具体效力如何应视交易的具体事实再确定。

2. 违反消极资格的法律后果。公司法第 147 条的规定是专就董事、监事、高级管理人员消极资格做出的,是为了否认违反消极资格规定的董事、监事和高级管理人员的资格而设置的。该规定是典型的效力规范,因此,该条第 2、3 款接着规定,“公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。”“董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的,公司应当解除其职务。”

与第 22 条的效力规定一样,第 147 条的规定仅是针对董事、监事、高级管理人员违反消极资格任职的效力的否定,至于董事、高级管理人员代表(或代理)公司所为之交易,出于保护善意第三人的需要,没有其他证明无效的证据,仅是因为董事、高级管理人员违反消极资格,不能认定该交易无效。

#### 四、章程对公司法适用的影响

公司章程是公司运营的基本规则。由于它的自治法的地位,其适用优先于法律和行政法规。1993 年 12 月 29 日颁布公司法后,在公司的实践中人们似乎并没有对公司章程的地位与作用给以足够的重视。一方面,公司注册登记机关出于好意,唯恐股东们不会制定公司章程,为各色各样的公司准备内容划一的甲、乙、丙版本的章程,由公司挑选一种版本填写自己的公司名称即予注册,其结果削弱了公司章程作为自治法的功能。另一方面,则表现为公司章程照抄公司法,甚至有的公司将公司法上的“公司章程另有规定除外”字样也抄入了自己公司的章程。2005 年修订的公司法强调了公司章程的地位与作用,一方面是突出公司的自治,一方面也是引导人们更加重视公司章程的作用。

##### (一) 审慎解读公司法第 11 条关于公司章程效力的规定

公司法第11条规定,“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。”这一条实际是关于公司章程对人的效力的规定。通常说公司章程具有自治法的效力,那么其直接约束的主体是哪些?公司法第11条即对此做出了明确的回答。但是,公司法对于这些主体的约束力是同时发生的吗?恐怕不可能。

1. 公司章程对于公司的约束力。公司法第7条明确规定,依法设立的公司,由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。显然,公司成立之日,该公司的章程才开始对它有所约束力。由于公司章程不规定公司设立中的事项,公司章程不应对设立中的公司产生约束力。

2. 公司章程对于股东的约束力。能不能理解为章程对股东的约束力也产生于公司成立之时?不能。公司法第26条规定,有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的20%,也不得低于法定的注册资本最低限额;第28条还规定,股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。这表明,有限责任公司股东首次出资的义务应在公司登记之前按照章程的规定履行完毕。公司法第84条还规定,以发起设立方式设立股份有限公司的,发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份;一次缴纳的,应即缴纳全部出资;分期缴纳的,应即缴纳首期出资。这表明,有限责任公司股东、股份有限公司发起人(股份有限公司最初股东)在公司成立前已经依照公司章程的规定履行出资义务。换言之,有限责任公司股东和股份有限公司发起人在其制定出章程后即应接受章程的约束。

3. 公司章程对于董事、执行董事、董事长、经理的约束力。按照公司登记管理条例第20条、21条的规定,公司设立登记时,应当向公司登记机关提交由公司法定代表人签署的设立登记申请书。而公司法第13条规定,“公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者经理担任”。这表明,为签发设立登记申请书承担责任的可以是董事长、执行董事或者经理。同时,公司法第84条第3款还规定,“发起人首次缴纳出资后,应当选举董事会和监事会,由董事会向公司登记机关报送公司章程”。可以看出,在选举出董事、执行董事、董事长和聘任经理之后,甚至公司成立之前,他们即已开始履行职务,并对公司负有勤勉义务和忠实义务了。因此,公司章程对于公司首届董事会的董事、董事长或执行董事、经理的约束力应该开始于他们就任职务之始,而不是公司成立之时。

4. 公司章程对于监事的约束力。依据公司法第54条的规定,监事会、不设监事会的公司的监事对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督。而上述董事、高级管理人员从任职之始开始执行公司职务,监事与董事同时选出,因而他们也应从选出并就任职务之始就开始监督董事和高级管理人员。所以,公司章程对监事的约束力也应始于监事就任职务的开始。

## (二) 公司章程规则与具体规范在立法上的不同关系

就立法而论,根据公司章程规则的自由度,现行公司法中的具体规范与公司章程的关系有以下几种:

### 1. 完全授权公司章程做出规定,公司法不做规定

公司法的立法者认为完全属于公司自治的事项,不需要制定法干预时,不仅不以强制性规范做出规定,也不以任意性规范做出规定,而是完全授权公司章程自主做出规定。譬如有限责任公司董事长、副董事长的产生办法,公司法注意到有限责任公司的人合性质和董事会成员人数多寡的区别,完全不由法律规定,而由第5条第3款授权公司章程规定。又如不采用董事会的公司,由于执行董事可以兼有一般有限责任公司董事会、董事长的职权,可以兼任经理,同时,还可以依章程规定担任公司法定代表人。这样,不同的公司的执行董事的职权很可能不同。所以,公司法第51条第2款规定,“执行董事的职权由公司章程规定。”

### 2. 公司法做出规定,授权公司章程做出具体化规定

公司法尊重千差万别的公司的不同需求,虽然做出规定但由章程对其具体化。譬如公司法第13条框定了一个可以担任公司法定代表人的范围,即董事长、执行董事、经理,授权公司章程择其一做出

规定,或者董事长、执行董事担任法定代表人或者经理担任法定代表人。对于监事会中的职工代表的比例,公司法第52条第2款、第71条均规定不得低于1/3,但具体比例由公司章程规定。

### 3. 授权公司章程做出规定,但公司法予以适当限制

无论是有限责任公司还是股份有限公司,董事任期均由公司章程规定。但公司法第46条规定,每届任期不得超过3年。这表明了法律对公司章程的适度干预。

### 4. 公司法做出规定,但允许补充规定

公司法对于有限责任公司董事会、监事会的议事方式和表决程序都有所规定,但未予详尽,而是分别第49条和第56条分别规定,“除本法有规定的外,由公司章程规定。”另外,公司法在规定股东会职权、董事会职权、监事会职权时,除法定的实体内容外,还分别第38条第11项、第47条第11项、第54条第7项规定了“公司章程规定的其他职权”。以补充公司法对股东会职权、董事会职权、监事会职权的具体规定。

### 5. 公司法做出规定,但允许公司章程排除公司法规定的适用

公司法尊重公司章程自治的一个重要表现是,在公司法做出规定的情形下仍允许公司章程做出规定,并允许公司章程以该规定排除公司法相关规定的适用。譬如公司法第43条规定,“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。”第76条规定,“自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。”这表明,虽然公司法对股东行使表决权和继承股东资格有规定,但只要公司章程另有规定,则可适用公司章程的规定而不适用公司法的相关规定。当然,如公司章程没有另行规定,则适用公司法的规定。这里,表明了公司章程与任意性规范的互动关系。

### 6. 公司法做出规定,但公司章程另有规定的,从其规定

公司法在尊重公司章程的自治上还表现为,允许公司在公司法与公司章程同时做出规定的情形下仅选择适用公司章程规定。譬如公司法第50条规定了经理的8项职权,但同时第2款规定,公司章程对经理职权另有规定的,从其规定。公司法第72条以第1至3款详细规定了股权转让的规则,包括程序性规定和优先购买权的规定,但同时第4款中规定,公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。这表明,公司法将在这些领域中优先选择适用公司章程规则的权利赋予了公司。

以上表明,依据公司法的规定,公司章程可以做出公司法所没有的规定,可以对公司法的规定做出具体化的规定,也可以对公司法的个别制度做出特殊化的规定。总之,公司章程可以根据本公司的特点和特殊要求,规定不同于或不完全同于公司法的规则。而这些规则,可以优先适用于法律、行政法规,包括公司法的规定。

### (三)对于公司章程的规定应否有限制性要求

是否任何公司章程都可以优先适用于法律、行政法规?否。对此的一种共识性的观点是,公司法规定的应由公司章程记载的事项须满足不违反强制性法律规范,<sup>[9]</sup>不违反社会公共利益,<sup>[10]</sup>不缺项记载等要求。<sup>[11]</sup>只有这样的章程才能优先适用于法律、行政法规。根据这一共识,我们可以检视以下公司章程在不同类型的实践中产生的问题:

#### 1. 公司章程可否规定有限责任公司股东不得向股东以外的人转让股权

依公司法第72条第4款规定,“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定。”那么,“另有规定”

[9] 参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第65页;王文宇:《公司法论》,台湾元照出版公司2003年版,第224页。

[10] 也有学者表述为不得违反公序良俗,如潘维大等:《商事法》,台湾三民书局2005年版,第67页;或表述为不得违反公共政策,如英国法院不允许发布与公共政策不一致的章程,见前引[2],柴芬斯书,第237页。

[11] 参见赖源河:《实用商事法精义》,台湾五南出版社2002年版,第103页;前引[9],王保树等书,第65页;王文宇等:《商事法》,台湾元照出版公司2004年版,第21页。

可以包括“股东不得向股东以外的人转让股权”吗？回答是否定的。首先，有限责任公司股东转让其股权是股东退出公司的一个法律途径，当某股东既不能抽回出资，也不属于异议股东股权收买请求权行使的情形，又未落入公司僵局的地步时，只可通过转让股权来退出公司。所以，2005年公司法修订的精神之一就是平衡各种利益，健全股权转让机制，虽对股东向外转让股权规定较严，但也使股权转让成为可能。而如允许公司章程规定股东不得向股东以外的人转让股权，就直接违反了这一精神。再者，一般认为，股东的自益权多为非固有权，可以章程予以剥夺或限制，但是股份转让、股份收买请求权为固有权，不得以公司章程剥夺或限制。<sup>[12]</sup>

当然，国外也有允许公司章程完全禁止股东转让股权的。“但在这种情况下，如果股东继续留在公司已成为不合理的强求的时候，则股东有退出的权利。”<sup>[13]</sup>换言之，“如果其他股东对转让股份不予认可，仍然应当准许想要转让股份的人离开公司。”<sup>[14]</sup>那种既不允许股东转让股权也不给股东其他退出渠道的做法，是不可取的。

### 2. 公司章程可否否定合法继承人对已死亡自然人股东的股东权利的任何继承

公司法第76条规定了一个原则，即自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格。同时，公司法也允许公司章程另有规定。对于第76条但书的理解，应该包括允许章程对继承人的限制。但是，不能将“限制”理解为“可以否定对已死亡自然人股东的股东权利的任何继承”。股东依股东资格可以向公司主张股东权利，包括与人身结合的出席股东会的权利、行使表决权等，也包括各种诸如财产性的权利。无疑，股权转让时，这两种性质的权利应一同转让给受让人。同样，继承人继承股东资格的，当然也同时继承上述两种权利。但股东们考虑到公司的人合性，注意到公司成立与存续的重要基础是股东的个人信用，可以章程规定继承人不当继承股东资格，即限制继承人继承股东的地位。换言之，章程可以规定不允许继承人继承与股东人身相结合的权利。但是，不能否定股东合法继承人继承财产性权利的资格。因为对合法继承人继承财产性权利的这样一种章程剥夺，是违反继承法关于继承原则的强制性法律规范的。对此可以考虑的替代办法是，通过股东内部股权转让或公司股权回购等做法，使合法继承人得以继承相当于股权价格的财产。

### 3. 公司章程可否改变股东会（股东大会）、董事会和监事会的权力结构

公司章程可否将公司法规定应由股东会行使的职权变更为董事会的职权，将董事会的职权变更为经理的职权，变更或减少监事会的职权？这里，首先涉及公司法有关股东会、董事会、监事会职权的规定性质的判断。如前述，依现行公司法规定的股东会、董事会、监事会的职权具有专属的性质，仅由公司法规定的机关行使，具有排他的性质。因此，规定上述职权的规范属于强制性规范。如果公司章程改变上述职权的行使机关，则意味着对强制性规范的违反，将面临章程效力被审查的问题。

再者，我们不能不注意立法者在设计股东会、董事会、监事会职权时给予了公司章程多大的自治空间。一是它没有将公司章程规定职权的事项单独另列一款而是包括于职权规定的同一款之中；二是只确认“公司章程规定的其他职权”，而不是“公司章程另有规定，从其规定”，或“公司章程另有规定的除外”。从这种设计中不难看出，立法者的原意是让公司章程规定公司法规定的股东会、董事会、监事会具体职权以外的职权，因而采用了“其他职权”的表述。据此，公司章程不能改变公司法已规定的职权，只能规定法定职权以外的职权，具有补充规定的性质。

## 五、结 语

上述表明，当我们讨论公司法从法条到实践的转变时，或者说，当我们讨论公司法的适用时，往往

[12] 参见柯芳枝：《公司法论》上册，台湾三民书局2005年版，第172页。

[13] [德]托马斯·莱塞尔等：《德国资合公司法》，高旭军等译，法律出版社2005年版，第493页。

[14] [法]伊夫·居荣等：《法国商法》，罗结珍等译，法律出版社2004年版，第558页。

会超出公司法的范围。如前所述,一旦董事会决议被确定为无效,依该决议所进行的投资、担保以及其他交易的效力的判断问题就不可避免地要提到人们面前。对此,一个公司法的学者或者说,这不再是公司法的问题了,是投资法、担保法或者合同法的问题,公司法不能再过问了。但是,一个律师或者法官则不能这样看待问题,他必须将一个案件处理完毕,而不管涉及哪一部法律的适用。尽管如此,也应该明确三点:

1. 公司法属于团体法,与交易法有很大不同。在公司法中,规范的适用应贯彻企业维持精神,着眼于公司的成立、存续、发展,确实需要解散时,也应依严格程序进行。首先,公司章程可以创造很大空间,并优先适用于法律、行政法规。其次,在公司法的规范中,相对任意性规范,强制性规范多一些。但是,这些规范的效力绝大多数及于公司、股东及组织机构的成员。并且,在强制性规范中,效力规范明显少于取缔规范(管理规范),主要目的在于维持公司运营的秩序。

2. 在商事交易中,合同的成立是当事人意思表示一致的结果。通常,当事人所注意的是对方当事人的意思表示本身。至于在这背后,对方当事人的意思是如何形成的,除非是公示于众或直接参与,当事人是无法关注的,也没有义务去调查。同时,为了交易便捷和安全,当事人一般是关注对方当事人的行为外观,并以外观确定其法律后果。因此,股东会、股东大会或董事会的决议无效或撤销不能当然殃及相关交易。

3. 即使股东会、股东大会或董事会的决议无效或撤销导致了商事交易无效,其无效后果的处理也不能简单化,而应注意商事交易的特点。譬如,决议无效导致投资合同无效,而投资合同的履行已使一座大厦矗立于城市之中时,对此问题的处理,既需要考虑合同履行的事实,又需要考虑效率与利益平衡的问题,而不可能恢复原状。

---

**Abstract:** The classification on the structure of corporate rules is essentially the issue that how much space the corporate participants should enjoy within the framework of company law. And all the discussions on the structure of company rules aim at the harmonization between autonomy and compulsion related to the application of company law. Violating the compulsory rules of company law is not invalid per se, which depends on the nature and legislative purpose of the compulsory rules. When studying the effects of articles of incorporation on company law, we should note how much autonomy realm the articles of incorporation should have. The articles of incorporation can, in accordance with the feature and specific requirements of its company, establish the rules partly or completely different from the company law, which should prevail over the laws and regulations, including the rules of company law.

**Keywords:** discretionary rules, compulsory rules, articles of incorporation

---