

公司章程性质的二元论路径与展开

陈彦晶

摘要：关于公司章程的性质，理论上向来有自治规则说与合同说之争，但两种学说均基于公司章程的宏观把握而立，未曾深入到公司章程的具体条款。对公司章程性质的把握，单一地确认其为自治规则或契约均有不妥之处，应考虑章程的不同条款以确定其性质，方能真正解决理论之困境与实践之难题。通行的公司章程之中，出资、组织机构的设置和产生办法、表决权安排、利润分配条款应以合同性质来把握，非经全体股东一致同意不得修改；其他条款则纯属调整公司治理结构等方面，应以自治规则的属性来认识，只要满足法定的章程修订表决权数即可进行修改；特定情形下还存在着自治规则被视为合同、合同性质的规则转化为自治规则的可能。

关键词：公司章程；合同；自治规则；二元属性

[中图分类号] D913.991 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 06-0068-15

一、案例与问题

某有限责任公司有三名股东甲、乙、丙，分别持股 40%、30%、30%，公司章程规定的出资期限是 2017 年 6 月 30 日，丙于 2017 年 6 月完成了实缴，但甲、乙一直未能全部实缴到位。2017 年 8 月，该公司召开了股东会，在甲、乙同意而丙反对的情况下作出决议修改了公司章程，将股东出资期限延期至 2018 年 12 月 31 日。丙对此十分不满，但又因该决议符合法律所要求的形式要件而无法否定该决议的效力，各方并未签订出资协议，亦无法主张违约责任，可谓哑巴吃黄连有苦说不出。这是公司章程性质的自治规则说所带来的“恶果”。如果认为公司章程是合同则可以解决这一困境，但是又无法解释公司章程对董事、监事、高级管理人员的约束力问题，这便是公司法上由来已久的公司章程性质之争。由本案也可以发现，公司章程的性质不仅是理论上务虚的表达，更具有切实的实践意义。遗憾的是，现有的理论纷争多是泛泛地谈公司章程究竟为自治规则还是合同，但在实践中的公司章程，少则二十余条，多则数百条，所有的具体规则均为自治规则或者均为合同的表达是否失于粗疏？是否有这样一种可能：即使采取自治规则说，也要承认一些章程条款是具有合同属性的，至少是股东之间的合同，尤其是初始股东之间？即使采取合同说，

【作者简介】陈彦晶，黑龙江大学法学院教授，法学博士。

也要承认一些章程条款纯属自治规则，与合同无关，即便不同意该修改的股东依然要受到章程规则的约束，而无须借助经济学上的宽泛合同理论来解释这种现象？换句话说，能不能将公司章程条款进行类型化，将公司章程的性质由一元论变成二元论？现有国内研究中，有学者提到了这一思路，如钱玉林教授认为，有必要对公司章程内容作类型化的分析，以便为公司章程成为裁判的法律依据找到正当化的理由。作为合同的公司章程包括：（1）有限责任公司的股东未能按照公司章程履行出资义务时对其他股东的违约责任；（2）有限责任公司的股东未能按照公司章程履行出资义务时其他股东对公司的连带责任；（3）股份有限公司的发起人未能按照公司章程履行出资义务时其他股东对公司的连带责任。有一些公司章程条款则需要根据具体情形来确定为合同还是自治规范，具体包括关于股东表决权、股权转让、股权继承、利润分配权的条款。如果公司章程“另有规定”针对的是个别股东权，则采取“资本多数决”原则对个别股东权予以限制或剥夺缺乏正当的理由，此时，公司章程“另有规定”应以合同的方式进行。^{〔1〕}

笔者试图在前人研究的基础上继续探索，并在两个维度上作出努力：一是将视角下沉，具体地研究公司章程的哪些条款应当作为股东之间、股东和公司之间的合同来对待；二是将对章程性质的研究从务虚走到务实，通过案例所反映出的问题来论证将公司条款类型化并进行二元论解释的合理性，以最大化回应实践的需求。下文首先对现有章程性质学说进行梳理，指出现有学说的缺陷或不足；然后根据我国现行公司法的规定整理公司章程中常见的各类事项；接下来将这些事项进行二元的归位并阐述理由，当然重点阐述哪些内容应视为合同，剩余的则应归入自治规则范畴；特定情形下，还存在自治规则与合同相互转化的可能，需单独加以阐述；最后则是本文的结论部分。

二、公司章程性质的之争

对于公司章程性质的理解直接涉及公司章程在法律制度中的定位、公司章程功能的发挥、公司章程与公司法的关系等一系列问题。^{〔2〕}我国公司法学理论上就公司章程的性质历来有自治规则说与合同说之争，通说采自治规则说，但合同说亦为部分学者所提倡，也可谓理据充分。除以上两种学说外，公司章程的性质还存在着宪章说、权力法定说、秩序说等其他学说^{〔3〕}，但影响力不如以上两种学说，下文着重评析自治规则说与合同说。

（一）自治规则说

自治规则说又称自治法说，主张公司章程不仅约束章程的制定者和发起人，而且也当然约束

〔1〕 钱玉林：《作为裁判法源的公司章程》，《法商研究》2011年第1期，第95-100页。

〔2〕 常健：《公司章程论》，中国社会科学出版社2011年版，第33页。

〔3〕 相应观点可参见朱慈蕴：《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理念的融合》，载朱慈蕴：《全球化与本土化时代的公司制度演进》，法律出版社2015年版，第56-58页；刘坤：《意思自治视角下的公司章程法律制度解读》，中国法制出版社2010年版，第110-111页。

公司机关及新加入公司的股东，因此具有公司自治法规的性质。此说为我国通说。⁽⁴⁾ 比如，施天涛教授认为，公司章程是一种自治性规则，即公司章程是依照公司成员的法律行为而成立的规则，是对公司内部关系进行规范的规则。⁽⁵⁾ 刘坤博士认为，公司章程不应该是契约而应该是自治规范，这是因为自治规范说反映了公司自治的本性，具备契约说的合理内核；同时，暗含“规范”的必要，避免了泛自由主义倾向，能更好地回应对公司自治契约性的各种质疑。⁽⁶⁾ 刘俊海教授则对自治规则说和合同说进行比较，论证了自治规则说的合理性，得出结论认为公司章程是由设立中公司机关的发起人所制定的公司自治规章，并非合同。⁽⁷⁾ 自治规则说深受日本公司法学说的影响，日本主流学说认为，公司章程是确定有关股份公司组织和运营的基本事项的自治规范。⁽⁸⁾ 在公司的种种内部规则中，章程占据着最高的地位。⁽⁹⁾

自治规则说也统治着我国的司法实践，案例中分别用自治规则、自治规范、自治规章来描述公司章程的性质。例如，最高人民法院认为，公司章程是公司最为重要的自治规则，其对公司、股东、董事、监事、高级管理人员均具有约束力。⁽¹⁰⁾ 江苏省高级人民法院认为，公司章程是调整公司内部组织和公司经营行为的自治规则，约束的对象除了公司自身和公司经营管理人员外，还包括签署章程的股东等，具有约束相关主体行为的作用。⁽¹¹⁾ 河南省高级人民法院⁽¹²⁾、四川省高级人民法院亦持相同观点。⁽¹³⁾

（二）合同说

合同说又称契约说，依据研究方法的不同可分为两类：一类是经济学意义上的契约说，此为法经济学派所主张；另一类则是法律意义上的合同说，如英国公司法、德国公司法均将公司章程表述为公司合同。

1. 经济学意义上的契约说

将公司章程视为公司各方缔结的契约，是公司契约理论方法中的一环，公司章程可以被视为一个同意公司董事和经理们管理公司的契约。契约关系理论中所谓的“契约”（contract），就经济学家所指的意义而言，包括“合意理性关系”与“非合意理性关系”。前者即所谓的“显性合同”，或者称为“真实合同”，也就是法律家所谓的法律意义上的合同安排。后者则是一种“隐性合同”，或者指人们有理由相信当事人之间在类似情况下会订立那样的合同，如果需要订立

(4) 赵旭东：《公司法》，高等教育出版社2006年版，第170页。

(5) 施天涛：《公司法论》，法律出版社2006年版，第117页。

(6) 刘坤：《意思自治视角下的公司章程法律制度解读》，中国法制出版社2010年版，第121-122页。

(7) 刘俊海：《现代公司法》，法律出版社2011年版，第96页。

(8) [日]田中亘：《会社法》，东京大学出版会2016年版，第550页。

(9) [日]龙田节：《会社法大要》，有斐阁2007年版，第430页。

(10) 最高人民法院（2013）民申字第1102号民事裁定书。

(11) 参见江苏省高级人民法院（2015）苏商初字第00016号民事判决书。

(12) 参见河南省高级人民法院（2013）豫法民二终字第188号民事判决书。

(13) 参见四川省高级人民法院（2016）川民终第950号民事判决书。

那样的合同。⁽¹⁴⁾ 罗培新教授对契约说进行过详细的解释,将章程视为合同,在理论上是可以接受的。理由在于:章程应被认为是全体股东合意的结果。当然,这种合意在公司初始章程和后续的章程修改中,其充分程度并不相同,但这并不影响章程的契约性质。公司董事和经理在加入公司之时,即含有接受法律和公司章程约束的预期。公司章程是股东和公司管理层之间合约的当然条款。⁽¹⁵⁾ 最终,罗教授认为,公司章程是不完备的开放式合同。⁽¹⁶⁾ “不完备的开放式合同”显然并非法学术语,而是经济学上系统地研究经济制度和经济组织的工具。⁽¹⁷⁾

由于公司章程的契约说有助于在公司治理结构上形成系统体系,并且客观上表达了公司的结构特征,更为重要的是,这种学说继承了新古典经济学的“公司合同理论”,是科斯理论的直接反映,在尊重当事人意思自治的选择效果上可谓是体现得淋漓尽致。因此,契约说无疑在“社会责任”“私法公法化”的浪潮中显得特立独行,同时也成为学者们在反思公司本质的过程中,对这一学说倍加推崇的理由所在。⁽¹⁸⁾

2. 法律意义上的合同说

契约说不仅来自经济学理论的认知,一些国家的公司法理论甚至成文公司法也将公司章程称为公司合同。比如,英国普通法往往认为,各类组织(无论它们是俱乐部、工会、友好社团还是其他组织)的内部规则都具有合同属性。公司章程并非该原则的例外。《2006年英国公司法》第33条规定,“公司章程的规定对公司及其成员具有约束力,犹如公司与其每一成员达成协议以遵守公司章程的规定”。……公司法评估小组并不确定将公司章程认定为合同是否仍然妥当,但最后他们认定这一问题并不需要马上得到解决,而且《2006年英国公司法》实际上仍然保留了合同的路径。然而,公司章程显然是一种特别形态的合同,我们必须提一提这种独特性。⁽¹⁹⁾ 这一合同与众不同的地方在于,并不是所有的合同条款都能在法院获得履行。……尽管公司章程拥有合同的属性,但是它们显然不仅仅是公司与其成员之间的私人谈判。法院根据这一情境(公司章程的公示)得出结论,即标准的合同法只有在满足特定的条件下才能够适用于公司章程。特别是,如果把那些合同法的原理适用于成文的合同将可能导致那些合同条款的内容后来被认为与人们阅读注册文件所获得的理解显著不同时,法院将不愿运用这些原理。⁽²⁰⁾ 不过需要注意的是,英国的章程限于公司成员,不包含董事。⁽²¹⁾ 具体而言,作为公司的合同,章程存在于公司与公司成员之间、

(14) 施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第18页。

(15) 罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第140-141页。

(16) 罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第142页。

(17) [美]帕特里克·博尔顿、[比]马赛厄斯·德瓦特里庞:《合同理论》,格致出版社2008年版,第24页。

(18) 刘坤:《意思自治视角下的公司章程法律制度解读》,中国法制出版社2010年版,第144-145页。

(19) [英]保罗·戴维斯、萨拉·沃辛顿:《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第67页。

(20) [英]保罗·戴维斯、萨拉·沃辛顿:《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第68页。

(21) [英]保罗·戴维斯、萨拉·沃辛顿:《现代公司法原理》,罗培新等译,法律出版社2016年版,第70页。

公司成员与成员之间。⁽²²⁾

美国公司法理论认为章程细则 (bylaws) 有时候 (sometimes) 被作为公司和董事、经理、股东之间的合同, 以及他们个体之间的合同。⁽²³⁾ 所谓的“有时候”可能更多地是在股东之间适用。“在长达百年的时间里, 特拉华州和其他法院认为当人们购买了一个公司的股份, 他便加入了一个和公司以及其他股东之间的合同。”⁽²⁴⁾ 例如, 在 *Airgas* 案中, 特拉华州最高法院解释说, 公司章程和细则是公司股东之间的合同。⁽²⁵⁾ 在 *Chevron* 案中, 原告主张公司细则不是一个合同, 因为它欠缺一致的同意, 但法院却说该合同是一个可变的 (flexible) 合同。⁽²⁶⁾ 如此, 则更加接近经济学意义上的合同了。合同理论为法院提供了一种解释章程和细则的方法论, 章程可用合同原则来解释。⁽²⁷⁾ 但是很显然, 公司章程不是一个普通的合同。公司章程只包含着一种与合同原则相去甚远的同意, 即使是合同论者也承认加入公司之后所进行的章程条款修改在合同效力上是存疑的。⁽²⁸⁾

德国股份法和有限责任公司法直接将公司章程称为公司合同。从公司合同的全部内容来看, 它并不必然都具有章程的特性, 也可以有其他的内容, 如债法性质的成分。⁽²⁹⁾ 对其加以区分是非常重要的, 因为只有具有章程的特性, 构成公司持久存续基础的内容才适用有关章程修改的特别规定。⁽³⁰⁾ 德国流行的、经过修正之后的规范理论认为, 公司合同即章程, 是一种组织合同, 即一种特殊的合同类型, 该合同既建立了参与设立公司股东之间的权利与义务关系, 又构建了规范股东创建组织的法律框架。⁽³¹⁾

(三) 对两种学说的评价

自治规则说作为通说, 自然有其合理性, 尤其是从《中华人民共和国公司法》(下称《公司法》) 第 11 条的条文出发, 只能得出公司章程作为自治规则的结论。如将公司章程解释为合同, 等于突破了合同相对性的原理, 将由股东所制定的公司章程适用于并未参与章程制定的董事、监事、高级管理人员总是缺乏足够的理论支撑。因此, 合同说不得不将董事、监事、高级管理人员的加入公司行为拟制为同意加入公司合同的意思表示, 采取扩大解释合同法上同意的方式来实现理论的圆满。但是, 如果全然坚持自治规则说, 则又存在着导致不公平结果的可能, 如在文章开头的案例中, 如果坚持认为公司章程是自治规则, 则合法修订的公司章程自然能够约束不同意的股东, 对于已经按照章程足额缴纳出资的股东丙十分不公平, 甚至其能否按照《公司法》第 28 条主张违

(22) 林少伟:《英国现代公司法》, 中国法制出版社 2015 年版, 第 112 页。

(23) Robert W. Hamilton, Richard D. Freer, *THE LAW OF CORPORATIONS*, 6th ed., West, 2011, p.57.

(24) Larrence A. Hamermesh, *Consent in Corporate Law*, 70 B. L. 163(2014).

(25) See *Airgas, Inc. v. Air Prods. & Chems., Inc.*, 8 A.3d 1182, 1188 (Del. 2010).

(26) *Chevron Corp.*, 73 A. 3d at 939-940.

(27) Jill E. Fisch, *Governance by Contract: The Implications for Corporate Bylaws*, 106 CALIF. L. REV. 380(2018).

(28) Helen Hershkoff, Marcel Kahan, *Forum-Selection Provision in Corporate "Contract"*, 93 WASH. L. REV. 268-269 (2018).

(29) [德] 格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》, 殷盛译, 法律出版社 2010 年版, 第 297 页。

(30) [德] 格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》, 殷盛译, 法律出版社 2010 年版, 第 301 页。

(31) [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔:《德国资合公司法》, 高旭军等译, 法律出版社 2005 年版, 第 405 页。

约责任都存疑，因为按照新修订的公司章程，甲、乙并无违反公司章程的行为。可见，自治规则说有其不合理的一面。

而经济学意义上的契约说法律价值十分有限。正如契约说自己所承认的那样，公司合同理论，与其说是揭示了企业的本质，还不如说是提供了认知公司的一套方法。⁽³²⁾也许公司契约，像社会契约论中社会契约一样，不过是一个修辞工具而已。毕竟，投资人并没有坐下来对契约的条款进行协商。⁽³³⁾“将公司视为合同更多是为了提醒法律制定者：公司法规则应更大程度地尊重股东的意志自治，而非真正地将公司与公司章程视为民法意义上的合同。”⁽³⁴⁾经济学意义上的契约不是法律意义上的合同，其仅具有描述的意义，而不具有解决纠纷的能力。不过，法经济学派也承认公司中有一些真正的合同（*real contract*），公司成立和发行股份时的章程条款就是真正的协议。⁽³⁵⁾这点和法律意义上的合同说已经十分接近了。

值得特别关注的是法律意义上的合同说。英国合同说的价值在于将合同的主体限定于公司的股东和公司，如此则避免了董事、监事、高级管理人员受到章程约束的解释困境，为我们在特定情况下将章程条款解释为股东之间的合同提供了一个借鉴视角。德国合同说的价值在于，区分了公司合同所具有的章程属性成分和债法成分，提示了笼统地将公司章程解释为自治规则或者合同都可能具有某种局限性。而美国学说和判例能够给我们的启示是“有时候”这个重要词语，这提示着我们原本属于自治规则的条款可能偶尔被作为合同来对待。尽管日本学说普遍认为公司章程是自治规则，但是也有学者提到公司章程的契约属性问题，比如龙田节教授就提到，章程是关于公司运营方法的股东之间的合意，所以也具有股东之间合同的要素。⁽³⁶⁾

自治规则说在特定情形下导致不公平的结果，经济学意义上的契约说不具有解决纠纷的能力，而仅仅是一种认知方法。因此，应当放弃传统的公司章程性质的一元化理解，即不应坚持所有的条款都是自治规则或者都是合同的观点，而应采取二元论的路径来认识公司章程，即承认公司章程中部分条款具有自治规则属性、部分条款具有股东间合同的属性，当然，从比例上来看，自治规则占据了公司章程的绝大多数。

三、公司法框架下公司章程的记载事项

既然将研究的视角下沉，从笼统地评价公司章程的属性改变为区分公司章程不同条款以确定其性质，则须梳理公司章程可能出现的条款，以便将这些条款分别贴上自治规则还是合同条款的标签。公司章程的条款按照其必要性，分为绝对记载事项、相对记载事项和任意记载事项。

(32) 罗培新：《公司法的合同解释》，北京大学出版社 2004 年版，第 29 页。

(33) Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW*, Harvard University Press, 1991, p.15.

(34) 吴飞飞：《“公司章程另有规定”条款的理论争点与司法解说》，《甘肃政法学院学报》2014 年第 1 期，第 92-100 页。

(35) *Supra* note (33), at 16.

(36) [日] 龙田节：《会社法大要》，有斐阁 2007 年版，第 431 页。

绝对记载事项，是指章程必须规定的事项。相对记载事项，是指章程如果不加以规定则不生效力的事项。⁽³⁷⁾ 任意记载事项则是按照公司意愿记载于章程的事项。绝对记载事项的依据十分容易查找，即《公司法》第 25 条和第 81 条所规定的公司章程中“应当”记载的事项，通常也被称为绝对必要记载事项，如果公司章程中缺少这些事项中的任意一项，会导致整个章程无效，并成为公司设立的无效事由。⁽³⁸⁾ 公司登记过程中缺少绝对记载事项当然也无法登记。而相对记载事项也即相对必要记载事项在我国《公司法》上并无明文规定⁽³⁹⁾，学者多是引用日本和韩国的学说来证明此类事项。例如，《日本公司法》第 28 条规定，在设立股份有限公司的情形下，下列事项未记载或记录于公司章程的，不发生效力：金钱以外财产出资人的姓名或名称，该财产及其价额、对出资人分配的设立时发行股份的数量；约定股份有限公司成立后受让的财产、其价额及转让人的姓名或名称；发起人因股份有限公司成立而获得的薪酬及其他特别利益、发起人的姓名或者名称；由股份有限公司承担的设立费用。然而我国并不存在未记录于公司章程不发生效力的事项，或者说，除了绝对记载事项以外，其他所有事项如果不记载于公司章程均不发生效力。因此，本文从我国《公司法》的法条出发，在章程记载事项上采取两分法，将公司法各个条款中提及应当或者可以由公司章程加以规定但又不在于第 25 条和第 81 条规定范围内的事项，作为任意记载事项来对待，比如公司对其他企业投资或者担保的决议机关、有限责任公司定期股东会的召开等事项。由此，整理出我国公司法制度框架下章程可能记载的事项。⁽⁴⁰⁾

有限责任公司的绝对记载事项包括（《公司法》第 25 条）：公司名称和住所；公司经营范围；公司注册资本；股东的姓名或者名称；股东的出资方式、出资额和出资时间；公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；公司法定代表人；股东会会议认为需要规定的其他事项。有限责任公司的任意记载事项包括公司向其他企业投资或者为他人提供担保（第 16 条）、股东会的职权（第 37 条）、定期股东会的召开（第 39 条）等。

股份有限公司章程的绝对记载事项包括（《公司法》第 81 条）：公司名称和住所；公司经营范围；公司设立方式；公司股份总数、每股金额和注册资本；发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间；董事会的组成、职权和议事规则；公司法定代表人；监事会的组成、职权和议事规则；公司利润分配办法；公司的解散事由与清算办法；公司的通知和公告办法；股东大会会议认为需要规定的其他事项。股份有限公司章程的任意记载事项包括公司向其他企业投资或为他人提供担保（第 16 条）、股东大会职权（第 99 条）、临时股东大会的召开事由（第 100

(37) [日] 江头宪治郎：《株式会社法》，有斐阁 2008 年版，第 64、67 页。

(38) [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，第 166 页。

(39) 但是也有学者认为我国《公司法》第 16 条关于公司对外投资或者提供担保的决议机关和数额限制、第 169 条聘任审计机构的决议权等事项属于相对必要记载事项。股份公司章程的相对必要记载事项包括：第 104 条公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等是否须经股东大会决议；第 105 条股东大会选举董事、监事是否实行累积投票制。参见王军：《中国公司法》，高等教育出版社 2017 年版，第 237 页。

(40) 当然，公司章程中还可能还有其他任意记载事项，但因其可能漫无边际，也不影响本文的观点阐释，故在此不作列举。

条)等。

在上述章程可能的记载事项中,除了绝对记载事项以外,还有一些任意记载事项是我们所忽略的。通过对公司法条文的统计发现,除最后一项兜底规定外,有限责任公司章程的绝对记载事项有7项,股份有限公司章程的绝对记载事项有11项;有限责任公司章程的任意记载事项有23项,股份有限公司章程的任意记载事项有19项。无论是有限责任公司还是股份有限公司,一刀切地认为章程中的30个条款均是自治规则或者均是合同,似有武断之嫌,而应该对这些事项进行门类类地定性。

四、公司章程条款中的合同

既然自治规则是通说,只需找出具备合同属性的章程条款即可,其余的则属于自治规则,而无须将几十个章程条款一一对号入座。需要强调指出的是,本文意义上的合同是纯粹法律意义上的合同,因此所谓的具有合同属性条款的“合同”仅限于股东之间、股东和公司之间,而不包括公司的董事、监事、高级管理人员。公司章程中如下四类条款应属于合同:(1)关于出资的安排;(2)关于公司组织机构的设置和产生办法;(3)关于股东表决权的安排;(4)关于利润分配的安排。

(一) 出资的安排

《公司法》第25条要求有限责任公司章程必须记载股东的出资方式、出资额和出资时间,第81条要求股份有限公司章程必须记载发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式和出资时间。股东之间关于出资的安排是各方在设立公司时最初始的合意,反映着各股东在出资时对自身和其他股东出资的预期,其无关公司的治理,而只关乎各股东在公司设立时权利义务的安排。各股东的出资安排虽不符合狭义契约的特点,股东之间的权利义务并非彼此享有或负担,却十分契合合同法上共同行为的特征,“为同一内容之多数意思表示合致”。⁽⁴¹⁾2020年5月28日颁布的《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)第134条也将多方意思表示一致达成的行为作为民事法律行为对待。如将出资安排解释为自治规则,将会出现大股东通过表决权优势修改章程,最终侵害小股东合理预期的后果,为公司股东平等和公司意思自治原则所不容。司法判例也显示,大股东利用其优势地位,在召开关于减资的股东会时,屡次故意不通知小股东,并通过多次股东会决议对除小股东之外其余股东予以减资,该类股东会决议无效。⁽⁴²⁾同时,值得注意的是,《公司法》第83条第2款规定了股份有限公司发起人 not 按照规定按期足额缴纳出资,应当按照发起人协议承担违约责任。股份有限公司场合下违约责任的“约”,法律已明定为发起人协议,发起人协议亦为股份有限公司设立所必需,所以这里不会有疑问。但是《公司法》第28条第2款规定,股东不按期足额缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责

(41) 王文宇:《公司法论》,元照出版有限公司2015年版,第93页。

(42) 参见江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02民终第1313号民事判决书。

任。尽管有学者强调这里的违约责任应由股东向公司承担⁽⁴³⁾，但这仅仅是承担对象上的理论纷争，与章程是否具有合同属性无关。有限责任公司场合下各股东并无发起人协议，是否有股东出资协议亦不为法律所强制，因此这里的违约责任的“约”应当也只能被理解为公司章程，这也是公司章程中有关出资安排应当被看作股东之间合同的一个明确的法律依据。此外，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（下称《公司法解释三》）第13条第1款规定，股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。公司请求股东履行出资义务容易理解，但是股东请求瑕疵出资股东向公司履行出资义务，其请求权基础为何？恐怕在此只能将请求权基础定位为公司章程这一合同，即股东请求瑕疵出资股东承担《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第107条的继续履行的违约责任。当然，另一个请求权基础可能是《公司法》第151条第3款规定的派生诉讼，即他人侵害公司合法权益，给公司造成损失的，本条第1款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。但是很明显，司法解释此处并未要求股东完成第151条前两款规定的任何前置程序，而是可以直接起诉，与第151条的复杂配置存在明显差异。将这里的请求权基础理解为《公司法》第151条第3款远不如理解为《合同法》第107条平滑顺畅。

（二）公司机构的设置及其产生办法

于规模较小、股东人数较少的有限责任公司场合，设置董事会还是仅设一名执行董事，设置监事会还是仅设一到两名监事；于股份有限公司场合，是采用直接投票制还是累积投票制；于所有设置董事会、监事会的公司场合，董事和监事的产生办法，都体现着股东之间对于公司治理结构协商的结果。实践当中，参与意愿强烈的有限责任公司中小股东倾向于选择董事会和监事会而非执行董事和监事；股份有限公司可能在中小股东的努力之下于章程中规定了累积投票制；而最为普遍的情况是，多数采取董事会和监事会的公司，章程中都会规定各股东拥有董事会、监事会若干成员提名权或委派权。尤其是在存在着绝对控股股东的公司，如果采用直接投票法，所有的董事会和监事会成员都将由控股股东所选任，所以中小股东为了保护自己在董事会和监事会当中的参与决策权，通常与大股东协商确认其亦拥有一定的董事和监事的委派或提名权限，并将协商结果作为章程条款固定下来。如果将公司机构的设置和产生办法理解为自治规则，则大股东可以通过修订公司章程对其加以修改，那么就可能出现如下几种损害小股东利益的情况：（1）规模较小的有限责任公司，原来设置的是董事会，中小股东亦有董事会席位，大股东通过修改公司章程，撤销董事会而仅设置执行董事；（2）剥夺中小股东所拥有的提名董事和监事的权限；（3）股份有限公司的大股东通过修改章程取消累积投票制。这几种结果无论如何都难言公平，亦不应为理论和实践所接受。只有将公司机构的设置及产生办法理解为合同才能避免这一不公平结果的出现。

(43) 朱慈蘊：《股东违反出资义务应向谁承担违约责任》，《北方法学》2014年第1期，第31-38页。

（三）股东表决权的安排

有限责任公司中，股东按照出资比例行使表决权，但在认缴制下，章程可以规定是按照认缴出资比例还是实缴出资比例行使表决权，同时公司章程还可以规定股东不按照出资比例行使表决权；股份有限公司中，股东所持每一股份有一表决权，但公司法并未规定是按照认缴的股份还是实缴的股份计算表决权，同样章程可以对此加以规定。这类公司章程条款也应作为合同对待。无论是基于认缴或实缴的表决权安排还是不按出资比例而按其他方式行使表决权，都体现着所有股东共同的意愿。尤其是体现着中小股东在公司成立之时和大股东协商的结果的条款，如果将这些条款都理解为自治规则，则大股东可以随意撕毁与中小股东在公司成立之时的约定，按照有利于自己的方式修改公司章程，置中小股东利益于不顾。而将表决权的安排解释为股东之间的合同则不存在这一风险。

（四）公司利润分配条款

《公司法》第166条第4款规定，公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第34条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。在利润分配问题上，《公司法》对两类公司的安排有所不同，股份有限公司可以通过章程规定作出例外安排，而有限责任公司应通过全体股东约定。与上述表决权类似，股份有限公司章程中也可以规定按照实缴还是认缴持股比例分配，或者不按照持股比例分配，这类条款也应作为合同对待，理由如上述。同时，《公司法》第74条第1款第1项规定，公司连续5年不向股东分配利润，而公司该5年连续盈利，且符合法律规定的利润分配条件，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其所持有的股权。可见，《公司法》将分配利润作为股东之间、股东与公司之间的合同，如果其他股东和公司存在违约行为，则允许股东解除其与公司和其他股东之间的合同，赋予利润分配规则以合同的效果。

值得特殊说明的是，按照法律规定，有限责任公司的利润分配权和优先认缴权是按照实缴出资比例行使的，但是全体股东另有约定的除外。有些有限责任公司也的确作出了按认缴出资比例分配利润或者行使优先认缴权等特殊安排。为了更好地约束公司，这类条款也常常出现在公司章程之中而非另行签订股东协议，对于章程中利润分配和优先认缴条款，法条上已经表述为“全体股东约定”，自然应作为合同来对待。

确认以上四类章程条款是股东间合同的效果在于：首先，这四类条款未经全体股东一致同意不得修改；其次，如有违反应当承担违约责任；最后，对于大股东的严重违约行为，小股东可以主张解除合同，即主张解散公司。

（五）替代方案的局限

反对者可能提出，其他理论或方式也能达致上述效果，例如股东压制理论、股东固有权理论、决议效力理论。

1. 股东压制理论

股东压制理论的确能够在一定程度上阻却大股东修改公司章程的行为,《公司法》第20条第2款也设置了股东滥用权利损害其他股东的损害赔偿规则。但是股东压制理论在解决大股东修改公司章程损害小股东预期的问题上有以下三点不足:第一,股东压制理论是一种事后的救济措施,受害股东能够选择的救济途径是损害赔偿、股权回购和司法解散,唯独没有阻止公司章程修改这一项事中救济。换句话说,在股东压制理论之下,小股东只能眼睁睁地看着公司章程的修改,然后事后求得其他替代性救济。第二,股东压制理论下的损害赔偿额度难以确定,很难说股东出资方式与期限、组织机构的设置与产生办法、股东表决权安排的改变给股东带来了多大的经济损失,在损害赔偿额难以确定的情况下,小股东可能怯于起诉,大股东可能更加肆无忌惮。第三,在大股东甘愿承担损害赔偿、股权回购甚至司法解散的后果,执意要修改公司章程的情况下,股东压制理论无法解决问题,甚至在一定程度上帮助了大股东实现“挤出”中小股东的目的。

2. 股东固有权理论

在章程效力理论上历来存在着初始章程和修订章程的区分,修订章程不得剥夺股东固有权也为学界的通行观点。但是,股东固有权理论也无法解决将特定条款解释为合同所要解决的问题。首先,关于出资的安排与股东固有权并无关联,无论是股东自己出资还是要求其他股东按时足额缴纳出资,都并非股东的固有权,甚至从出资的角度来说更多是股东的义务。其次,关于公司组织机构的设置和产生办法涉及抽象层面的股东参与重大决策和选择管理者的权利,规定于《公司法》总则的抽象权利到底是不是股东固有权存在着疑问。就具体权利而言,这方面涉及的是股东在董事、监事上的提名权,以及股份有限公司中累积投票制所创造的选举董事、监事的机会,可以说累积投票制下的选举权还有着一定的固有权色彩,但是董事、监事的提名权到底是不是固有权就又存在疑问了。再次,关于股东表决权,在不涉及优先股的情况下,即使我们承认表决权是固有权,但因为表决权的安排只是涉及认缴和实缴、按出资比例还是按其他,股东的表决权并未被剥夺或者限制,只是调整了计算的基准而已,甚至只是回归了资本多数决的公司常态而已,故固有权理论并无用武之地。最后,关于利润分配请求权,随着《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(下称《公司法解释四》)的颁布实施,其属性变得更加扑朔迷离,与表决权一样,固有权理论难以发挥作用。其实,固有权理论最严重的问题在于,什么是股东固有权并无一个确定的标准,多数学者认为股东固有权是指那些不能被公司章程或者股东协议限制或者剥夺的权利,但这是固有权划定了之后的法律效果,并不是区分固有权的标准,除了《公司法解释四》将股东知情权明确为股东固有权之外,固有权这一概念下还包含哪些股东权利并不十分清晰,因其自身存在着诸多不足,借助一个自身尚不确定的理论概念解决实践问题,总有力不从心之感。

3. 决议效力理论

在本文的意义上,确认上述四类事项合同性质的意义在于,不能通过资本多数决修改公司章

程，而资本多数决的作用途径便是股东（大）会决议。如果按照《民法典》第 134 条第 2 款和《公司法》第 22 条，通过否定决议的法律效力，也能达致上述将章程条款认定为合同的效果。但是很遗憾，前路崎岖。按照《民法典》第 153 条，法律行为无效的理由有二，一是违反法律、行政法规的强制性规定，二是违背公序良俗。按照《公司法》第 22 条，违反法律、行政法规的决议无效。可见，能够阻却决议效力的武器是法律、行政法规的强制性规定，抛开《民法典》第 153 条第 1 款但书“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”的不确定性不谈，修改上述四类事项的章程条款的决议本身并未违反法律、行政法规的强制性规定，出资、机构及产生办法、表决权、利润分配均是法律许可的框架内股东之间的协议结果，尤其出资、表决权和利润分配方面在资本认缴制下更是呈现出多种合法样态，决议的修改只是在多种合法样态之间的切换而已，并不违法，但却严重挫败了股东的合理预期，进一步放大了资本多数决的缺点。或者还有另外一个思路，即将此时的股东（大）会决议解释为违反了《公司法》第 20 条第 1 款股东“不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益”的规定，比如，有学者就认为滥用资本多数决的股东会决议为无效。^{〔44〕}但是，本款的规定失于宽泛，“滥用”的外延有哪些并无规定，哪些决议属于正常形式股东权利，哪些决议又属于滥用资本多数决，界限也不清晰，在第 20 条第 2 款已经提供了损害赔偿救济的前提下，随意适用第 1 款否定决议效力，也会在一定程度上架空第 2 款的损害赔偿规则，解释适用路径上不如直接将其理解为合同更为便捷。因此，通过否定决议效力来实现上述效果的道路行不通。

决议无效行不通，反对的小股东似乎还可以主张撤销该修改公司章程的决议，理由是决议的内容违反了公司章程。此时会出现一个悖论：修改章程的决议因为违反了章程而可撤销。但是从《公司法》第 22 条第 2 款的解释适用来说并无尴尬，该款规定的股东（大）会决议撤销的理由之一便是股东（大）会决议的内容违反了公司章程。不过这里引出了一个更为复杂的问题：公司决议和公司章程的关系到底是怎样的，决议的效力来源究竟是法律规定还是章程规定？传统民法理论认为，决议的效力来自章程的规定。德国民法学者就认为，之所以决议对所有入合组织的成员具有约束力，是因为后者根据章程受决议约束。^{〔45〕}如果按照这一逻辑，问题便可迎刃而解，也就是修改公司章程的决议因违反了公司章程对于反对股东而言不具约束力，除非经过全体股东一致同意，此时视为他们重新缔结了有关公司的合同。只是，如果公司章程中也明确规定了修改章程只需股东所持表决权 2/3 以上通过即可，能否将其理解为是股东预先的授权，也就是说，现有的章程修订是符合章程规定的？表面上看来，似乎这种修订是符合公司章程规定的，不应被否定，诚如法经济学的学者所提到的：“规范章程如何修改的规则”本身也是真正的合同，典型的章程常常允许通过多数投票进行修订，股东们也可以轻易地阻止修订，或者要求超级多数，或者允许

〔44〕 宋智慧：《资本多数决：异化与回归》，中国社会科学出版社 2011 年版，第 124 页。

〔45〕 [德] 本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒：《德国民法总论》，于馨淼、张姝译，法律出版社 2017 年版，第 132 页。

随意修改但是前提是要收购不同意股东的股权。⁽⁴⁶⁾但是,不应作如此简单的理解。一方面,公司章程中有关章程修改的表决权定足数的规定常常只是公司法的照抄而已,股东们在制定章程之时可能并无关于该条款如此复杂效果的真正理解,此时非要作这样的提前授权的理解有些“强股东所难”;另一方面,即便将这些理解成提前的授权,也不应理解为是对所有事项的授权,应当允许作出限缩解释,即股东只是授权股东(大)会决议修改章程中那些与各股东之间协商,尤其是小股东经过努力才争取来的利益无关的条款,即上文所述的应属于合同的章程条款之外的条款。如果认为决议的效力来自法律的规定,似乎章程的修改无法因为违反了章程而被撤销。但是,与前述章程中预先留下了修改章程的许可相同,应对法律赋予决议的效力作出限缩。“决议并不调整参与制定决议的人们个人之间的关系,而是旨在构筑他们共同的权利领域或者他们所代表的法人的权利领域。”⁽⁴⁷⁾上述所列应属合同的条款恰恰是调整股东个人之间的关系的,而非构筑他们共同的权利领域或法人的权利领域,所以这些事项不应被决议所撼动。

除了上述四类条款外,公司章程中的其他条款应归入自治规则的范畴,对这些条款的修改无须全体股东一致表示同意,而只需满足修订章程所需要的表决权数即可。可喜的是,我国已经有法院发现了公司章程所具有的合同属性。浙江省高级人民法院认为,公司章程是关于公司组织和行为的自治规则,是公司设立的法定必备文件之一,公司章程是公司的行为准则,对公司具有约束力。公司的董事、监事及其高级管理人员因其执行公司职务,而受到公司章程的制约。同时,公司章程又具有契约的性质,体现了股东的共同意志。⁽⁴⁸⁾只是这种认识还失之精细,只提到了章程具有的双重属性,未能就具体的某些条款来阐述为何是自治规则或合同。

五、特定情形下章程条款性质的转化/拟制

上文论述了四类章程条款具备合同的性质,其余的章程条款应作为自治规则来对待,但是这种划分并非绝对,特定情形下还存在着条款性质转化的可能,即原本是自治规则的条款被作为合同来对待,原本是合同的条款却被作为自治规则来对待。

(一) 自治规则被视为合同

营业期限和解散事由是有限责任公司的相对记载事项。这两个事项原本属于自治规则,通过股东会决议可以修改,但是《公司法》却赋予其合同的法律效果,体现在第74条的异议股东股权回购请求权事由上,即如果公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的解散事由出现,股东会会议通过决议修改章程使公司存续的,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。这显然是一套合同法的逻辑:将营业期限和解散事由条款视为合同,合同所约定的解除合同情形出现,但是公司却通过股东会决议修改了相应条款,此时出现其他股东

⁽⁴⁶⁾ *Supra* note (33).

⁽⁴⁷⁾ [德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第433页。

⁽⁴⁸⁾ 浙江省高级人民法院(2012)浙商提字第43号民事判决书。

的违约行为，因此允许反对股东行使解除合同的权利，即退出公司。当然，这里也可以将公司章程视为股东与公司之间的合同，在解释回购请求的时候更有说服力一些。比如，李志刚博士就认为：“公司决议体现的是股东与公司的关系，而不是股东之间的权利义务关系。”⁽⁴⁹⁾ 需要强调的是，《公司法》只是赋予章程中的营业期限和解散事由条款以合同的法律效果，并不意味着将这一条款作为合同来对待，也不意味着营业期限和解散条款属于本文意义上的合同条款，因为公司还是继续存续的，所以只能称为一种特定情形下的“拟制”。

公司组织的变更也是如此，这里的组织变更并非公司形式的变更，即不是有限责任公司和股份有限公司的相互转变，而是指公司的合并和分立。《公司法》第74条第1款第2项规定，公司合并、分立、转让主要财产，第142条第1款第4项规定，公司合并、分立的，反对股东均可以要求公司收购其所持有的股权或股份。

（二）合同向自治规则的转化

上文虽然将公司机构的设置和产生办法解释为合同，非经全体股东一致同意不得修改，但是也存在这类条款转化为自治规则的可能，即无须全体股东一致同意，只需满足修订章程的特别决议即可。当这类条款所设置的机制不够合理，导致出现公司僵局时，即应如此。实践当中经常出现组织机构的设置和产生办法安排不合理的情况，例如，章程中直接写明由某自然人担任董事长、执行董事、总经理、法定代表人，一旦该自然人因个人原因无法履职，公司便陷入困境。又如，某公司章程中规定，公司总经理为法定代表人，由小股东提名。通常情况下，该条款应作为合同对待，不应修订章程删除小股东提名的条款，但若面临经理被董事会解聘，经过董事会催促并提供合理期限的情况下，小股东仍然不向董事会提名经理候选人的困境，应允许召开股东会修订公司章程，否则将使公司经营管理陷入严重困难，损害各股东利益。厦门市中级人民法院在一则案例中即表达了如此立场：在公司章程的机构和制度设计不尽合理时，投资者有权依照《公司法》第4条规定行使“选择管理者”的权利，出资最多的投资者有权召集全体投资人讨论决定董事会人选。虽然公司章程没有股东会或者投资人会议这个机关，但被告公司仍然必须执行投资人会议所作出的决议，履行申办董事会成员变更登记手续的义务。控股股东有权通过改变董事会结构达到修改章程的目的。⁽⁵⁰⁾

当然，如果此时大股东的持股比例不足以修订公司章程，将使公司彻底陷入僵局，只能进入司法解散程序。因为如果董事会不顾小股东的提名而直接聘任经理，该决议一定违反了公司章程，小股东可以依据《公司法》第22条撤销该董事会决议。但这是与章程性质无关的其他问题了，在此不赘。

(49) 李志刚：《公司股东会撤销决议之诉的当事人：规范、法理与实践》，《法学家》2018年第4期，第85-100页。

(50) 福建省厦门市中级人民法院（2006）厦民初字第387号民事判决书。

六、结语

现有公司法理论中，无论是自治规则说还是合同说，均将公司章程作为整体来对待，未能就公司章程的条款进行区别对待，导致现有公司章程的性质理论缺少对于司法实践的回应，沦为务虚的口舌之争。实际上，真正发生争议的往往是章程中某一条款所调整的事项，而非整个章程，这就需要理论研究的视角下沉到公司章程的具体条款之中。此时便会发现，公司章程中有些条款具备自治规则的性质，有些条款具备合同的属性，特定情形下还可能发生相互的拟制或转化，并非单纯自治规则说和合同说所能准确概括的。因此，在章程性质上应采取二元论的观点，而非传统的单一、整体判断合同性质的方式，如此方能有效保护中小股东，将资本多数决这一猛兽困于牢笼之中。需要强调指出的是，如此理解表面上看来是强化了私法对于公司的管制，实际上却是一个更加尊重股东意思自治、避免股东凌霸的结果。

On the Nature of Articles of Incorporating: Contracts or Autonomy Rules

CHEN Yanjing

Abstract: About the nature of articles of incorporating, there is a controversy of contract and autonomy rules. However, both of these two theories base on the macroscopic approach, and neither focuses on the specific provisions of corporate articles. Judging the nature of articles by a unique perspective and getting a conclusion of contract or autonomy rules are not perfect. Instead, we should take a perspective of microscope, considering the different provisions of articles. In a common articles of incorporating, contribution of capital, institutions' setting and generating, voting arrangement and profit distribution should be treated as legal contracts, and others should be considered as autonomy rules which can be modified by the shareholders meeting. In some particular situation, the autonomy rules can be treated as contracts, also the contracts provision can transfer to autonomy rules.

Keywords: Articles of Incorporating; Contract; Autonomy Rules; Dual Natures

(责任编辑:王乐兵)