

公司章程“另有规定”检讨

钱玉林*

内容提要：公司法在有限责任公司股东表决权、股权转让、股权继承、股份有限公司利润分配等方面规定了公司章程“另有规定的，从其规定”，从而排除适用公司法的条款。初始章程与章程修正案具有不同的法理基础，公司章程“另有规定”的效力应分别作判断。在适用法上，公司章程“另有规定”应贯彻股东平等原则。

关键词：公司章程 初始章程 章程修正案 意思自治 股东平等原则

一、引言

公司章程在公司法结构以及适用法上的地位，是公司法理学中值得探讨的一个问题。我国2005年公司法强化了公司自治，对规范公司章程的条款作了重大修正。尤其是在触及传统公司法基本原则、基本理念方面，对原有公司法规范所作的修改是否意味着公司法体系、结构已经发生变革，值得深思。2005年公司法在有限责任公司股东表决权、股权转让、股权继承、股份有限公司利润分配等方面规定了公司章程“另有规定的，从其规定”，从而排除公司法条款的适用，把公司自治或者说股东意思自治的领域扩展到了股东固有权部分，在很大程度上冲击了传统公司法中如股权平等、由资本决定表决权等刚性原则。这样，所谓公司章程“另有规定”，究竟改变了什么，是实践中的公司法应当认真检讨的问题，需要作出理论上的回答。与1993年公司法相比，2005年公司法使公司章程从训示性的特质走向了实践性的品格，成为一个具有内在价值的体系存在于公司法规范中，因此，公司章程“另有规定”已大大超出了一般法律文本的意义，具有丰富的法学内涵。毋庸讳言，公司章程“另有规定的，从其规定”这一法条，已经衍生了本文以下着重讨论的问题，这些问题虽然不会从根本上动摇公司法的法理基础，但足以引发公司法体系优美而不正确之疑问。

二、公司章程“另有规定”：公司法改变了什么

公司法对章程的规范在内容上大致可以分为将章程作为公司置备的文件和向登记机关备案的文件的一般性规定（包括制定或修改的程序性规定）、赋予章程自治规范效力、合同效力以及裁

* 扬州大学法学院教授。

本文为教育部规划基金项目（05JA820025）的阶段性成果，并得到华东政法大学国际法与比较法研究中心资助。

判法地位的规定等方面。1993年公司法共有46个条文分别对这些内容作了规定,然而在2005年修改公司法时,除了将章程作为公司置备的文件和向登记机关备案的文件的一般性规定基本上沿袭旧制外,在赋予章程自治规范效力、合同效力以及裁判的法源等方面,在继承旧制的基础上,作了较为深刻的变革,新增24个条文,使公司法上规范章程的条款达到70条。而且,新增或修正的绝大部分内容体现在进一步尊重公司章程的法律地位,彰显公司章程的司法化等方面。与1993年公司法形成鲜明对照的是,2005年公司法引入了公司章程“另有规定”的规范,为公司章程可以排除公司法的适用奠定了基础。

通过对2005年公司法的梳理,涉及公司章程“另有规定”的规范共有6条,即:第42条:“召开股东会会议,应当于会议召开十五日前通知全体股东;但是,公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外”;第43条:“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50条:“公司章程对经理职权另有规定的,从其规定”;第72条第3款:“公司章程对股权转让另有规定的,从其规定”;第76条:“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”以及第167条第3款:“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”。除了第76条为新增条款外,其余条款都是在1993年公司法的基础上修订而来的。2005年公司法以“但书”的立法技术,将原本为强制性的法律规范转变为任意性法律规范,从而使公司法的这些规范仅具有填补公司章程空白的功能。

在公司法理论中,有一种比较盛行的观点,认为公司法的功能是为股东提供一套“示范条款”,以推动股东之间订立协议的进程,降低交易成本。这些示范条款不具有强制效力,股东可以排除适用这些条款而自由地制定公司章程。这种观点主要源于公司是合同的产物(“一束合同”)的理论。^[1]公司章程“另有规定”的这些规范,符合该观点所述的示范条款的意义。在1993年的公司立法中是没有这类规范的,公司法除了指明章程应记载的事项外,对于章程如何记载这些事项大多有明确的规定,公司自治的范围相当狭窄。换言之,1993年公司法没有为公司自由地制定章程提供多少空间。实践中的公司章程基本上是公司法文本的“抄袭”或“临摹”,最多做几项填空而已。用法学界和法律界共识性的语言,就是公司章程缺乏所谓的个性。立法在处理公司章程与公司法的关系时,采取法律授权的方式,允许公司章程在个别内容上对法律的规定予以细化或者补充。如“董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定”、“股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定”等等。1993年公司法不允许公司章程排除成文法的适用,从这个意义上说,2005年公司法虽然仅新增了6个条款对公司章程可以排除公司法的适用作出规范,但其价值不能小觑,因为它为股东自由制定公司章程打开了一个缺口。当然,公司章程“另有规定”的范围能否进一步扩张,或者说公司法关于公司章程的示范条款与强制性规范如何分野,无疑成为今后公司法研究中的一项课题。

公司章程“另有规定”之规范,可归结于公司法引入意思自治的私法理念。长期以来,对公司章程的性质,学理上一直存在着不同的观点。有的认为章程是“公司与其高级职员、董事和股东之间,以及他们相互之间的契约”;^[2]而有的则认为章程是公司内部的自治规范。^[3]应当说,遵循既有的契约理论来阐释公司章程的基本法理,有着深厚的法制史背景。追溯公司法制的历史沿革,不难发现,公司法原理最初是从合伙法的规则中脱胎而来的,由于合伙人之间为契约关

[1] Easterbrook & Fischel, *Corporate Control Transactions*, 91 YALE L.J. 698 (1982).

[2] R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, West Group, 1996, p. 62.

[3] [日]龙田节编:《商法略说》,谢次昌译,甘肃人民出版社1985年版,第113页。

系，因此，契约法是合伙的规范模式，是公司法的根源。^{〔4〕}只不过在公司法的发展过程中，合伙法的规则和契约理论对解释公司法律问题逐渐显现出其局限性，所以在适用民法中有关契约的规定时，“要斟酌民法上关于契约的每一条文所具有的意思之后再决定是否在章程上类推适用”。^{〔5〕}正因为如此，反对契约说的论者认为，如果大幅度承认对一般契约的例外，那么章程的性质就很难被视为契约，而且也没有视为契约的实际意义。^{〔6〕}但无论如何，公司章程“另有规定”的规范，打破了既有的公共权力创造的法律秩序，通过公司章程这样一种介质，把公权让渡给私权，使章程成为“社团的秩序”或“社团的法律”。^{〔7〕}公司章程对公司、股东、董事、监事及其高级管理人员产生约束力，应当归功于一种制度，即“基于章程，对合法性的信仰”，^{〔8〕}或者“合理的性质”，^{〔9〕}使章程得以成为国家法律秩序中的次级法律秩序，并成为裁判的法源。就某种程度而言，公司法对公司章程的地位，类似于法国民法典对契约赋予规范性质的表达，^{〔10〕}是自然理性的一种诉求。公司法在确认公司章程“另有规定”的“特别法”效力时，与其说是一项立法任务，莫如说是“重新表述自明的原则”。^{〔11〕}公司章程“另有规定，从其规定”这一立法用语，揭示了立法者将公司章程从倡导性规范，即向社会诱导性地提倡一种其认为较佳的行为模式的法律规范，转变为可以作为法官判案依据的裁判性规范，从而具有“法的确信”或“法的承认”^{〔12〕}的效力。这是2005年公司法导入公司章程“另有规定”之规范的一个贡献，同时，也说明契约说和自治规范说可以并行不悖。

三、“另有规定”的争点：基于章程制定与修改的不同法理

（一）章程制定与修改的不同法理

章程制定与修改的规则在公司法上属于程序性规则，虽然公司法创设了股东（大）会决议撤销之诉制度来保护这些规则所欲实现的程序正义的价值理念，但无论理论还是司法实践都未能对这些程序性规则背后的实质正义给予足够的重视。公司章程“另有规定”之规范虽然不失为2005年公司法所取得的成果，但问题是，公司法忽略了章程的制定与修改之间的区别，忽略了因为这种区别可能使这些规范的实践产生违反实质正义的后果。因此，探讨章程制定与修改的不同法理，对于正确实施公司章程“另有规定”之规范有一定的指导意义。

公司章程是在公司设立时制定的，但在其后公司存续期间，“由于社团法人具有支配自己的独立的意思，因此可以根据自己的意思变更自己的存在规范，这才是忠实于社团法人本质的说明；而且，公司作为营利团体，只有能够伸缩地适用企业环境的不断变迁，才能提高营利性”，^{〔13〕}因此，法律允许修改公司章程。对于“同意的计算”规则而言，依照公司法的规定，章

〔4〕 Paul L. Davies (ed.), *Gower's Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 178-179.

〔5〕 参见〔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76页。

〔6〕 同上书，第76页。

〔7〕 〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书1996年版，第111页。

〔8〕 〔德〕哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社1989年版，第184页。

〔9〕 〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》上卷，林荣远译，商务印书馆1997年版，第239页。

〔10〕 法国民法典第1134条：“依法成立的契约对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力”。

〔11〕 法国民法典当初写入第1134条的立法理由是，“法律不能替代生活事务中的自然理性，而起草契约之各项规定的委员会则强调其任务不是制定法律，而是重新表述自明的原则。”参见〔美〕泰格、利维：《法律与资本主义的兴起》，纪琨等译，学林出版社1996年版，第241页。

〔12〕 立法者或人民对于规范的“法的确信”，或人民对规范的“承认”，使规范成为法源，因为“法的确信”或“法的承认”为规范之效力的实质基础。参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第2页。

〔13〕 前引〔5〕，李哲松书，第594页。

程的制定与章程的修改遵循了不同的法则。在制定章程的场合，公司法第23、25条规定有限责任公司“股东共同制定公司章程”、“股东应当在公司章程上签名、盖章”；第77条规定股份有限公司“发起人制定公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过”。而在章程修改的场合，公司法第44条规定有限责任公司“股东会会议作出修改公司章程……的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过”；第104条规定股份有限公司“股东大会作出修改公司章程……的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过”。比较两者，存在两个主要的区别：一是制定章程的主体是股东或者发起人，而修改章程的主体则是公司（股东会或股东大会是公司机关，其所作的决议本质上是公司的意思）；二是章程的制定须经全体股东或发起人的一致同意，^[14]而章程的修改则采资本多数决原则。这两个区别揭示了从制定章程到修改章程的过程，实质上就是从股东意思表示到社团意思表示的一种转变，同时暗含了章程制定与章程修改的不同法理。

有的学者把设立公司时制定的章程称为“初始章程”（initial charter），把公司存续期间经修改的章程称为“章程修正案”（charter amendment），并认为在排除适用公司法方面，初始章程与章程修正案之间存在着实质性的差别。“初始章程存在合同机制，而章程修正案无须全体股东一致同意，不能视为一种合同，因此，不能直接依赖合同机制的存在作为基础，支持章程修正案排除适用公司法。”^[15]将初始章程视为合同的观点，在德国早就有学者提出，并为韩国、日本的学者所追随。^[16]立法上，德国股份法第2条非常明确地将初始章程与契约作为同义语而使用。^[17]由于初始章程由全体股东或发起人制定，并采取全体一致同意的原则，因此，初始章程构成股东之间平行一致的合意，初始章程的制定属于合同行为。而章程修正案则是通过股东大会决议的方式作出的，采取资本多数决原则，既不同于一人一票的“人头”多数决原则，更不同于全体一致同意的表决原则。以决议方式作出的章程修正案与个别股东的意思无关，对反对决议或不参与决议的股东均有约束力，因此，除全体股东一致同意修改章程的情形外，^[18]以合同原理来解释章程修正案对股东的约束力缺乏正当性的基础。比如，当某一条款被写入初始章程时，由于此时的投资者有权决定是否出资，所以投资者的出资行为就可以被推定为默示同意了该条款；相反，通过修改章程而写入某一条款时，投资者已经成为股东，不能因为该股东没有转让股权，就推定他对修改章程表示默示同意。故不能笼统地说公司章程是合同或不是合同。笔者认为，初始章程具有合同机制存在的基础，可以视为合同，因公司存续期间章程可以被修改，不妨称之为“不完全合同”。但是公司法将填补不完全章程的权利赋予了公司（股东会）而非全体股东，这就造成了不完全合同的制定（初始章程）与不完全合同的填补（章程修正案）之间实质性的差别。这一结论提示，考察公司章程“另有规定”时，应充分注意时点，源于初始章程的“另有规定”和源于章程修正案的“另有规定”缺乏共同的法理基础，应对章程修正案“另有规定”的自由予以必要的限制。

[14] 虽然在采用募集方式设立的股份有限公司，发起人制定的章程须经创立大会通过，但由于发起人公告招股说明书时应当附有公司章程，若认股人反对公司章程，可以拒绝认购股份，反之，认股人认购股份的行为可以推定为接受公司章程的一种意思表示；同时，创立大会对发起人制定的公司章程的表决结果只有通过和未通过两种，没有修改公司章程的权利，若未通过公司章程，则公司设立失败；因此，经创立大会通过公司章程不具有实质性的法律意义。

[15] Bebchuk, *Limiting Contractual Freedom In Corporate Law: The Desirable Constraints On Charter Amendments*, 102 *Harvard Law Review* 1824 (1989).

[16] 参见前引[5]，李哲松书，第73页。

[17] 德国股份法第2条规定：“公司合同（章程）必须由已出资认缴股份的一人或数人确认。”

[18] 实践中并不排除章程修正案由全体股东一致同意通过的特别情形。在此情形下章程修正案与初始章程一样，具有合同机制存在的基础，对章程修正案“另有规定的，从其规定”。本文所讨论的章程修正案是指常态下（即存在反对派股东）以资本多数决作出的章程修正案。

(二)“另有规定”的争议问题

正因为初始章程具有合同机制存在的基础，而章程修正案欠缺这样的基础，因此，公司法不加区别地规定“公司章程另有规定的，从其规定”，难免产生争议。其中，对个别股东权予以限制或剥夺的“另有规定”，成为讨论的问题。

2005年公司法关于公司章程“另有规定”之规范分为两方面的内容：一是公司章程对公司内部事务之规范，包括第42条（股东会会议通知）和第50条（经理职权）；二是公司章程对股权之规范，包括第43条（股东表决权）、第72条第3款（股权转让）、第76条（股权继承）和第167条第3款（利润分配权）。前者由于是对公司内部事务的一种制度性安排，不涉及作为私权性质的股权，与股东个别意思无关，因此不能依照合同原理来加以阐释，无论是采一致同意规则的初始章程还是采资本多数决原则的章程修正案，其所作的“另有规定”均符合团体自治法制定与修改的逻辑，具有正当性的基础。但对于后者，由于公司章程“另有规定”涉及作为私权性质的股权，因此，任何对个别股东权的不同安排，本质上属于对股东私权的一种处分，除依法定程序予以限制或剥夺外，应当尊重当事人的意思，始符合私法自治的原则。从这个意义上讲，公司章程对股权的“另有规定”，与股东个别意思紧密相关，民法上意思表示的规则有适用的余地。易言之，初始章程基于合同机制的存在，对个别股权予以限制或剥夺的“另有规定”应“从其规定”；而在资本多数决原则下的章程修正案，对个别股权予以限制或剥夺的“另有规定”是否应“从其规定”，不无疑问。

公司章程对股权的“另有规定”包括了表决权、股权转让权、股权继承和利润分配权等四个方面。其中，关于股权继承，公司法规定“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”。显然，公司章程“另有规定”的范围限于具有人身属性的股东资格，而对股权所包含的财产性权利不在其列。立法的用意在于维护有限责任公司“人合”的本质，而非对股权继承作出优于继承法的特别规定。自然人股东死亡后，是否接纳其合法继承人为股东，取决于其他股东的意思，与死亡股东的意思无关，因此，股东资格的继承同样不具有合同机制存在的基础，在不违反法律的强制性规定的情况下，公司章程修正案对股权继承“另有规定”的，也应当“从其规定”。但公司章程如果对个别股东的表决权、股权转让权和利润分配权“另有规定”，由于触及了股东的“固有权”，除非依法予以变动（如司法扣押、强制执行等），否则“未经股东同意，不得以章程或股东大会多数决予以剥夺或限制”。^[19] 诚如有学者所言，“像那些以股东大会的决议或者董事会的决议可以限制股东的表决权以及规定股东之间不同分派率的章程规定，均为无效”。^[20] 因此，试图通过修改公司章程，对个别股东的表决权、股权转让权和利润分配权作出不同于公司法的“另有规定”，应该取得这些个别股东的同意，这不仅是治愈章程修正案欠缺合同机制的一种方法，也符合公平正义的法治理念。

遗憾的是，2005年公司法在导入公司章程“另有规定”之规范时，未能充分注意到初始章程与章程修正案的不同意义，立法上没有采取任何防御性的规范，存在法律漏洞，以至在司法实践中对章程修正案所作的“另有规定”颇有争议。如2007年周岩诉大丰市丰鹿建材有限公司股东权纠纷一案，^[21] 被告以原告违反公司规章制度为由，与原告解除了劳动合同，之后召开股东会修改公司章程，规定股东辞职、被除名、开除或解除劳动合同关系的，股东会可以决定其股权由其他股东受让。虽然原告对此修改投了反对票，但被告仍依照章程修正案的规定转让了原告的股权，遂引发纠纷。原告诉至法院请求确认强行转让其股权的股东会决议无效和公司章程部分条

[19] 刘俊海：《股东权法律保护概论》，人民法院出版社1995年版，第24页。

[20] 前引[5]，李哲松书，第218页。

[21] 参见《法制日报》2007年5月27日，第11版。

款无效。一审法院认为,公司章程是公司行为的根本准则,根据公司法资本多数决的基本原则,被告修改公司章程的程序合法,修改的内容不违反现行法律法规,应为有效,故判决原告败诉。原告不服一审判决提起了上诉。二审法院认为,股东权的自由转让是股东固有的一项权利,股东权一经设立,除非经合法转让,或由国家强制力予以剥夺,或公司经清算程序予以分配,否则不能被变动。因此,股东权的自由转让原则应理解为强行性法律规范中的效力规定,凡违反该原则,限制股东权自由转让的章程条款应归于无效,故撤销了一审判决,予以改判。值得一提的是,山东省高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》注意到了这一问题,对此所作的解释认为,“公司章程规定股东因退休、解聘、调动等原因离开公司时应将股权转让给其他股东,但未规定具体受让人,且当事人无法协商一致的,股东会确定的股东有权受让该股权”。^[22]若依此规定,上述案件的二审判决似难以成立。事实上,这类案件在司法实践中已具有一定的普遍意义。在2006年滕芝青诉常熟市健发医药有限公司股东权纠纷一案中,^[23]法院也认定公司章程修正案所规定的“自然人股东因本人原因离开企业或解职落聘的,必须转让全部出资”的条款无效。显然,各地各级法院对公司章程“另有规定”之规范缺乏全体认同的法学思维方法和适用法律的解释方法,这一现象带来的消极后果就是司法难以统一,公司法难以得到社会的认同。

公司章程“另有规定,从其规定”之规范,在司法实践中所引发的争议焦点,在于资本多数决原则下的章程修正案能否作出限制或剥夺个别股东的表决权、股权转让权和利润分配权的“另有规定”。笔者认为,如果对个别股东的表决权、股权转让权和利润分配权予以限制或剥夺的“另有规定”是由初始章程作出的,因其为全体股东一致的意思表示,权利受影响的股东应受“另有规定”的约束;而如果以公司章程修正案的方式作出该类“另有规定”的,则在未经受此约束的股东同意的情形下,公司章程修正案的“另有规定”欠缺合同存在的基础,这些“另有规定”不能产生排除适用公司法规定的效力。从这个意义上说,不能简单地认定公司章程“另有规定”的效力。不同法院对这一问题在理解上之所以产生分歧,根本的原因还是在于公司法对公司章程“另有规定,从其规定”的作用机理模糊不清。立法上德国的一些经验似可借鉴。德国股份法第179条规定:“如果将目前多种股票之间的比例关系改变为对一种股票不利,股东大会的决议仅在取得受损害的股东同意后才有效。”同时,第180条规定:“一项让股东承担附随义务的决议只有在得到有关股东的同意后才有效。”这两条虽然不能清晰地解释上述讨论的问题,但法条中所包含的价值理念是值得参酌的。当然,在德国的司法判例中,公司通过修改章程对表决权进行限制,即使受到影响的股东对此表示反对,也不影响修改的效力。根据德国联邦最高法院的判决,这种修改虽然侵犯了股东的表决权,但是,如果多数股东认为这一限制是必要的,那么它就是合法的。^[24]因此,要真正消弭纷争,必须在立法上就公司章程对个别股东权予以限制或剥夺的“另有规定”作出明确的限制。

四、“另有规定”的适用:一种法解释学的分析

(一)“另有规定”适用的条件

公司章程“另有规定”之规范,在性质上属于可排除适用的任意性规范,或称之为“推定适

[22] 山东省高级人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的意见(试行)》鲁高法发(2007)3号,第53条。

[23] 常熟市法院(2006)常民二初字第335号判决。

[24] [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2004年版,第248页。

用规范”，^[25]即该种规范为法律上预设的默示规则，除非当事人的意思表示予以排除，否则被推定适用。“另有规定”之规范在1993年的公司法中为强制性规范，从强制性规范演变为任意性规范，无疑体现了立法者价值取向的嬗变。萨维尼认为，法学有两大任务：一方面必须系统地理解法律，一方面必须历史地理解法律。^[26]系统的、历史的法学方法，有助于探求立法者制定法律时所作的价值判断及所欲实现的目的，以推知法律文本的意义。对“另有规定”之规范而言，立法者将公司法的规定蜕变为当事人意思空白情形下的一种补充，在适用法的顺位上，改变了公司章程与公司法的关系，将公司章程置于优先适用的裁判法地位。然而，这并非意味着当事人的“另有规定”可以恣意为之。如欲排除公司法的适用，这种“另有规定”应当获得法律上或一般社会观念上的肯定性评价。

换言之，公司章程“另有规定”在适用法上取得优于公司法的地位，一个基本的前提就是这种“另有规定”是有效的。违反法律强制性或禁止性规范的行为应为无效，否则强制或禁止的法意无由贯彻，这一点已成为司法上的基本观念。但在特殊情况下，违背强制性规范的行为“亦有仅一部为无效或仅为得撤销或加以别种制裁者，稀有不完全之规定，其违反亦无制裁者”。^[27]从反面解释，未与法律的强制性规范或禁止性规范相冲突的行为就是有效的，这似乎已经成为一种经验性的解释方法。在绝大多数情况下，这一解释方法的有效性得到了印证。但在强制性规范未具明文化的情形下，如何认定当事人排除适用法律的意思表示的效力，就值得认真研究了。

在上述周岩诉大丰市丰鹿建材有限公司股权转让纠纷一案中，二审法院判决理由认为，股东权的自由转让原则应理解为强行性法律规范中的效力规定，凡违反该原则，限制股东权自由转让的章程条款应归于无效。这一判决理由向公司法理学提出了一个问题，即法律原则的规范意义及其性格。

依照《布莱克法律辞典》的解释，法律原则是“法律的基本原理和准则，成为其他规则的基础或来源；同时又是法律行为、法律程序或法律判决的决定性规则”。^[28]在法律规范体系中，法律原则的功能表现为两个方面：一是其他规则产生的依据；二是法律上的一般条款。用法律原则来表达一般性规范的意义，无疑是立法技术的成果。通过这样一种技术化的处理，法律原则成为克服具体法律规范局限性的工具。不过，由于不同的法律原则具有不同的“分量”，而且不同分量的原则甚至互相冲突的原则都可能存在于同一部法律之中，因此，法律原则是否属于正式的法律规范，在法理学上成为争论的问题。尽管有人主张法律规则穷尽了法律规范的内涵和外延，法律规范体系就是法律规则体系，只有法律规则属于法律规范，法律原则不具有法律规范的属性，但认为法律原则与规则一样同属法律规范的观点仍占主流。^[29]在司法实践中，法律原则具体化于个案并成为裁判的法源，已是一个不争的事实。惟在司法裁判的通常情况下，法官的任务是尽可能全面彻底地寻找个案裁判所应适用的规则，只有当具体法律规范供给不足或者穷尽规则时，法律原则才可以作为弥补法律漏洞的手段发生作用。而司法裁判之所以需要法律原则来填补法律漏洞，“不是因为法律原则符合个人的道德信念，而是因为法律原则能够抓住法体系的精神”。^[30]

当法律原则具体化于个案时，如民法原则适用于个案时，有学者认为“民法基本原则是强制

[25] [加] 布莱恩·R·柴芬斯：《公司法：理论、结构与运作》，法律出版社2001年版，第234页。

[26] 林端：《德国历史学派——兼论其与法律解释学、法律史和法律社会学的关系》，《清华法学》第3辑，清华大学出版社2003年版，第42页。

[27] 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第13页。

[28] Black's Law Dictionary, 5th ed., West publishing Co., 1979, p. 1074.

[29] 参见舒国滢：《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》，《苏州大学学报》2005年第1期。

[30] Jeremy Waldron, *The Need for Legal Principles*, 82 Iowa Law Review 857 (1997).

性规定”，〔31〕“民事主体的行为，违反民法基本原则的，应为无效”。〔32〕但对于公司法原则的性格，学说上有不同的观点：有的认为，由股东平等原则所产生的各项具体规定具有强行法的性质，但并不能说明股东平等原则具有强行法的性质；〔33〕但多数人认为，股东平等原则是强制性规范。〔34〕日本有判例认为，违反股东平等原则的章程无效。〔35〕不过，持这两种不同观点的学者都认为，违反股东平等原则的违法性可因蒙受不利益的股东的同意而获得治愈。〔36〕笔者认为，法律原则具有强制性规范的性格，但与具体规范的强行法性格不同，具体强行法规范的价值判断为个案判决提供了清晰的、合理化的论据，而“法律原则是需要去证成的东西”。〔37〕对个案来说，并不存在一项确定的、排他适用的法律原则，从适用法律原则中通过司法判决推导出来的个别规范，实际上是对不同法律原则的“分量”作出权衡的结果，也仅仅是作为支持该项判决的一个理由而存在，不具有普遍适用的意义。就股东平等原则而言，同时存在着意思自治、契约自由诸多原则的交错，因此，股东平等原则受意思自治、契约自由原则的限制，或者说，违反股东平等原则的瑕疵可因蒙受不利益的股东的同意而治愈，这样的选择是可取的。

（二）股东平等：裁判准用的法律原则

2005年公司法有关公司章程可以“另有规定”的六个事项中，除股东会会议通知和经理职权外，其余四项均系以股东权为中心展开的。在司法实践中，对“另有规定”的讼争大多也是因欠缺股东之间的合意或者不平等对待股东而引起的。对公司章程的“另有规定”，如限制或剥夺部分股东的表决权、确立不公平的利润分配办法、对部分股东持有的股权限制受让人和转让价格等等，显然违反了股东平等的法律原则。

股东平等原则在18世纪受政治上、法律上平等思想的影响而被引入公司法中。现行各国公司法都在不同程度上贯彻这一法律原则。有的将它明文化，如1976年欧共体《公司法第2号指令》第42条规定：“为贯彻该指令，各成员国的法律应当确保处相同地位的全体股东获得相同的对待”。德国于1978年根据该指令修改了股份法，增列第53a条，规定“在同等条件下应平等对待所有的股东”。德国学者认为，这一条款具有更重要的深层意义：公司不能武断地、没有任何正当理由区别对待公司的股东。〔38〕而有的虽然没有明文化，如日本、韩国，但在公司法的具体规范中体现了这一法律原则。由于股东平等原则的重要功能，各国立法、判例或者学说都承认它为公司法的法律原则，甚至认为股东平等原则是“可与民法上诚实信用原则相比拟的一般条款的最高原则”。〔39〕

我国公司法并没有明确规定股东平等原则，但基于民法通则所规定的“当事人在民事活动中的地位平等”，以及公司法对股东诸权利的具体规范，同样可以推导出公司法所隐含的股东平等原则。理论上，法律原则以“实定的法律原则”和“非实定的法律原则”两种样态存在。〔40〕股东平等原则即属于非实定的法律原则，虽然未存于法律明文，但由于其处于自我存在的状态，可

〔31〕 徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第37页。

〔32〕 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第40页。

〔33〕 [日] 出口正义：《股东权的法理展开》，文真堂1991年版，第189页。

〔34〕 [日] 田中诚二等：《新版商法》，千仓书房1991年版，第145页。

〔35〕 [日] 末永敏和：《现代日本公司法》，金洪玉译，人民法院出版社2000年版，第67页。

〔36〕 前引〔19〕，刘俊海书，第64页。

〔37〕 [美] 迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年版，第12页。

〔38〕 前引〔24〕，托马斯·莱塞尔等书，第118页。

〔39〕 前引〔5〕，李哲松书，第224页。

〔40〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第19页。

从法律体系中归纳出来，也被称为“未有法律条文的法律原则”。〔41〕由于股东是以出资额为基础而享有权利的，所以从作为股权或者股份归属者的立场上，股东平等原则是股权平等或者股份平等在主体层面的表现。依照公司法的规定，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。这些权利有的是依出资大小而行使，有的则仅以具有股东资格为条件，相应地，股东平等可以分为“绝对性平等”和“比例性平等”。〔42〕绝对性平等的权利，如质询权、查阅权等，只要具有股东身份，不管持股多少，都享有平等的权利；而比例性平等的权利，如利益分派请求权、表决权、剩余财产分配请求权等，是按股东各自持有的股权比例赋予平等的权利。因此，在适用股东平等原则时，对于比例性权利，应遵守比例性平等原则；对于非比例性权利，应遵守股东人人平等原则。

然而，对公司章程“另有规定”准用股东平等原则时，仍不免产生疑问。有两个值得讨论的问题：一是关于股东的表决权，公司法对有限公司规定了“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”的任意性规范。从文义解释，似乎可以理解为有限公司章程可以规定股东不按照出资比例行使表决权，如采取一人一票的原则、不按持股比例重新分配表决权数等。这样的规定，其本质无异于限制了部分股东的表决权。从国外的经验看，公司章程可以限制股东的表决权，但这种限制不能针对单个股东。〔43〕而根据初始章程与章程修正案的不同法理，笔者认为，因初始章程是全体股东一致的意思表示，对表决权作出非按照出资比例行使的规定，并不违反股东平等原则；而以章程修正案作出的非按持股比例行使表决权的的规定，除非经权利受限制的股东的同意，或者有正当的理由，〔44〕否则有悖于股东平等原则。另外，该条规定是否意味着有限公司章程可以规定无表决权的股权，有待进一步研究。二是关于利润分配权，公司法规定“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”。不按持股比例分配的做法，实践中如规定所有股东均按同一比例分配利润、规定股东不同的分配比例但不与持股比例相对应、规定部分股东固定的分配比例，其余的股东按照持有的股份数分配，等等。同样，依照文义解释，似乎公司章程作出这些“另有规定”即可排除公司法的适用。但笔者认为，如果对公司章程的“另有规定”不加以限制，很容易导致资本多数决的滥用，限制或剥夺少数派股东的权利。因此，除全体股东一致同意公司章程的“另有规定”外，对利润的分派仍应贯彻股东平等原则，即比例性平等的原则，因为“在资本团体性浓厚的股份公司中，对股东来说，比例性原则更加具有本质性，通过它强烈地显示出股东的利害关系”。〔45〕对公司法的这一规定，应采取限缩性解释，即所谓的“不按持股比例分配”，应理解为公司章程可以规定适用不同分配原则的种类股份，如无表决权的优先股等，而即便规定了不同种类的股份，在同种类的股份相互之间，同样要遵守股东平等原则。

五、结 语

公司章程“另有规定”之规范的引入，改变了原有公司法的规范结构。从强制性规范转变为可排除适用的任意性规范，在某种意义上同时改变了原有规范赖以存在的根基以及人们对此形成的法治观念，尤其是股东按照持股比例行使表决权和利润分配权，已经在实践中形成了比较深厚

〔41〕 [日] 星野英一：《未有条文的民法“原则”》，转引自前引〔32〕，梁慧星书，第39页。

〔42〕 前引〔5〕，李哲松书，第223页。

〔43〕 参见德国股份法第134条第1款。

〔44〕 前引〔24〕，托马斯·莱塞尔等书，第119页。

〔45〕 前引〔5〕，李哲松书，第223页。

的信念。公司章程的“另有规定”要冲破这种信念，但被排除适用的规范让位于公司章程要有一个正当的理由，因为“法律规范导源于一群人共信的社会事实……社团或公司章程、决议，与契约一样，基于法律事实的法律规范，对其所提供的保护，直接来源仍是基于社会事实所导出的规范”。^{〔46〕}虽然在立法层面上，公司章程“另有规定”作为一种制度性的安排已经确立，但在司法层面上对这一制度的解读却刚刚开始。本文所提出的问题和观点，并不一定切中这一命题的要害。初看起来，公司章程“另有规定”之规范不过是公司法规范体系中不起眼的细枝末节，但事实并非如此，这一规范对公司法基本制度的设计以及公司法体系化的逻辑都会产生重大的影响。例如，资本多数决原则是否因公司章程“另有规定”而改变，都是该规范衍生的问题，绝非“公司自治”这一话题所能简单涵盖。

Abstract: The articles of “...unless it is otherwise provided by the bylaw” were introduced into the Company Law of China in 2005. According to such articles, legal norms of the Company Law, such as how to exercise shareholders’ voting rights in a limited liability company, how to distribute profits in a joint stock company limited, etc., can be opt out by the bylaw. These articles changed the nature of relevant legal norms from mandatory provisions to random ones.

The proposition that companies should be free to opt out legal norms has been put forward by some important and influential scholars. The advocates of this opinion start from the view that the company is a contractual creature, a “nexus of contracts”. But there is a different legal basis between a bylaw amendment and an initial bylaw. An initial bylaw can be viewed as a contract binding all the shareholders, but a bylaw amendment, which does not require unanimous consent of all the shareholders, cannot be viewed as a contract (except that all the shareholders vote for the amendment). Consequently, one cannot rely directly on the contract mechanism to uphold the otherwise—provisions of a bylaw amendment.

The company law of 2005 ignored the above—mentioned differences. In practice, minority shareholders’ fundamental rights are often limited or deprived by amendments of bylaw. Legislation and judicature should pay attention to such problems. Shareholders should not submit to otherwise—provisions of a bylaw amendment unless their own consent. Furthermore, the otherwise—provision itself should be effective before it can be applied. It should follow the principle of equality between shareholders, and so on.

Key Words: bylaw of company, an initial bylaw, a bylaw amendment, autonomy of will, the principle of equality between shareholders

〔46〕 参见 W. Friedmann: 《法理学》，杨日然等译，台湾司法周刊杂志社 1984 年版，第 266 页以下。