

论《公司法》补充性规范与 公司章程自由

董慧凝

【提要】《公司法》中的补充性规范允许当事人排除适用法律的规定，但是如果当事人之间没有自治性的安排，则适用法律规范作出的安排。补充性规范对当事人意思的约束上弱于强制性规范，而强于赋权性规范。公司章程可以排除补充性规范的适用，仅在章程没有排除补充性规范时，才适用补充性规范的规定。在我国，公司章程可以选择排除公司部分机关、股东表决权行使方式、股东大会会议通知、利润分配、优先认购、股份转让、股份继承等补充性规范。

【关键词】 公司法 补充性规范 公司章程

【中图分类号】 DF411.91 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000—2952 (2009) 01—0061—06

《公司法》规范将影响到公司制定和修改公司章程的“度”。依照规范对公司章程自由的影响程度强弱、是否允许由当事人缔约而改变其内涵和规范的表现形式，可以将《公司法》规范分类为：强制性规范、补充性规范和赋权性规范。补充性规范对当事人意思的约束上弱于强制性规范，而强于赋权性规范。研究各类《公司法》规范对于确定公司章程的自由空间非常必要，本文着重于探讨《公司法》补充性规范与公司章程自由的关系。

一、补充性规范可排除适用的特性

补充性规范允许当事人排除适用法律的规定，但是如果当事人之间没有自治性的安排，则适用法律规范作出的安排。因此，补充性规范具有“缺省”安排的效果，有点像债法中的“标准合同”。公司之间的情况各不相同，参与者之间对公司的期望也各不相同，因此，一个

法律标准不可能在所有情况下都适用于所有各方。如果规范是强制性的，受其影响的人只能承受强制性规范带来的有利或不利后果。如果规范是补充性的，则矛盾就不会那么突出，因为受到影响的人可以选择适用其他的方案排除法律规范的适用给其带来的负面影响。在《公司法》的制度文本中，补充性规范常采用“公司章程另有规定的除外”(in so far as the articles do not exclude or modify……that……)的表示方式。

与强制性规范相比，补充性规范的优势在于：其一，它的灵活性给公司参与者带来好处。强制性规范可能会阻碍公司有效率的安排，如果强制性规范给整个社会带来负面的效应必须通过修改法律的方式来纠正，这种制度成本很大。如我们在追溯历史时所看到的那样，国家对公司的强制性规范带来了整个公司制度发展的低效率，而这一纠正过程付出了沉重的历史代价，最终通过公司的准则设立、有限责任等

的修正,才使公司得以成为经济高速发展之“利器”。而补充性规范不符合效率的要求,当事人可以排除适用。其二,在法律的解释适用上,如果强制性规范的范围模糊不清,公司参与方就可能需要付出聘请律师等成本来明确他们的行为是否符合法律的规定,在需要迅速对交易作出判断、机会稍纵即逝的今天,这会给公司带来低效率。而如果规范是推定适用的,他们就会有另外的选择,即排除适用,而不用考虑行为的效力问题。例如,我国《公司法》第167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,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。公司可以根据自己情况来作出利润分配的方式,公司在作出这样的章程规定后,所有人员都不必担心这种行为的合法性。

补充性规范的缺点在于难以兼顾各方面的公平要求,这和强制性规范适用的正当性有关。在涉及到提高效率以外的目标时,^①补充性规范的适用可以给受到不利影响的人排除的可能性,相关公平等价值的要求就可能被削弱。另外一个可能需要强制性规范的情况,是在有关规范管理不平衡的交易过程时。在这种情况下,如果适用补充性规范,有人就可能在并不符合他们利益最大化的情况下选择排除。同样,当规范涉及到第三人时,如果那些被管理的人有机会排除,法律就可能不起作用,因此相关的规范应是强制适用的。^②

二、补充性规范与公司章程自由的联系

既然补充性规范允许当事人排除适用法律的规定,但是如果当事人之间没有自治性的安排,则适用法律规范作出的安排。那么究竟应当在哪些事项上允许公司章程排除《公司法》的适用,即公司章程可以在那些条款上“排除”(opt-out)《公司法》的适用是值得研究的。

从强制性规范、补充性规范和赋权性规范三者的特性可以看出:公司章程是不能排除适

用《公司法》的强制性规范的,强制性规范不可排除和更改的特性,不允许公司章程作出偏离的选择。而赋权性规范赋予当事人以特定方式采纳规范的权利,没有规定具体要求公司参与人应该做什么,赋予的是一种权利和利益。对赋权性规范而言,没有所谓“排除、不排除”的问题。公司章程可以选择排除《公司法》,主要是针对《公司法》中的补充性规范而言的。公司章程可以对补充性的《公司法》规范不作出自己的安排,而缺省适用规范本身作出的安排;也可以选择排除法律规范的适用,撤出《公司法》。因此说公司章程选择排除《公司法》适用,就是指公司章程可以选择排除补充性的《公司法》规范。这种选择退出是在两个意义上说的:第一,公司章程制定本身可以选择退出《公司法》的公司章程示范文本。第二,公司章程的某些条款可以选择退出具体的《公司法》规范。

不管有没有法律推定适用的公司章程示范文本,公司章程都可以在一定程度上选择退出《公司法》的某些规范,而选择适合公司自己的安排,这就是公司章程的自由选择。下面就从我国《公司法》着眼,具体分析现行《公司法》所允许的公司章程选择退出条款。但如前面已经分析那样,我国《公司法》中补充性规范并不多。

三、公司章程排除补充性规范的可能情形

(一) 有限责任公司章程选择排除公司机关的规范

公司机关的有关规定多数为《公司法》的强制性规范所调整,也有少数事项为赋权性规范调整,但在有限责任公司有个别事项可以由补充性规范调整,对于这些补充性规范规定的事项公司章程可以通过自行选择设置条款排除公司法:

^{①②} [加] 布莱恩 R. 柴芬斯著《公司法:理论、结构和运作》,林华伟、魏旻译,法律出版社2001年版,第282、282页。

第一，小型有限责任公司的董事会、监事会的设立。从我国《公司法》第109条和第45条来看，对于股份有限公司和普通的有限责任公司，公司董事会的设立是强制性条款，公司必须设有。但在有限责任公司，符合条件的情况下，可以选择排除《公司法》，不设董事会，只设一名董事。根据《公司法》第45条和第51条的规定，有限责任公司设董事会，其成员为三至十三人；但是股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。对于小型的有限责任公司而言，这是一条补充性规范。所以在人数较少和规模较小的有限责任公司^①就可以选择排除《公司法》关于董事会的设定。这种董事会退出的补充性规范不是仅在我国才有的，类似的立法如美国《示范公司法》第8.01条，该条规定，除了第7.32条规定情形外，每一公司必须设有董事会。而按第7.32条(a)第1项的规定，股东协议可以撤销董事会或对董事会的裁量权加以限制。与我国立法不同的是，美国《示范公司法》对董事会的排除是针对所有公司的，而不像我国只对小型公司而言。但考察德国、法国、日本的公司立法，未发现对董事会的排除性规定，当然德国的有限责任公司根本就不存在董事会这个机构。

对于小型公司监事会的情形，《公司法》采取的态度也基本相同。《公司法》第52条第1款，有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人。这是法律的强制性条款。同时《公司法》第52条第1款第2句规定，股东人数较少或者规模较小的有限责任公司可以设一至二名监事，不设监事会。因此小型公司章程可以排除《公司法》有关的监事会设置的规定，在章程中确定设置监事。

第二，公司经理的职权事项。我国《公司法》第50条、第114条规定了在董事会决定设置经理情况下的经理职权。有关经理职权的规定是一条补充性规范。该条规定：“经理对董事会负责，行使下列职权：（一）主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；（二）组织实施公司年度经营计划和投资方案；（三）拟

订公司内部管理机构设置方案；（四）拟订公司的基本管理制度；（五）制定公司的具体规章；（六）提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；（七）决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；（八）董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。”根据这一规范，公司章程可以不对经理职权作出规定而适用《公司法》列举的经理职权，也可以根据公司管理经营情况作出适合公司实际情况的经理权力规定。当然，公司章程对公司经理职权的规定应是在董事会职权范围内对公司经理的授权，不能够超越公司机关之间法定的权限划分范围。在公司董事会自行确定经理职权的情况下，公司章程就排除了《公司法》。

（二）有限责任公司章程选择排除股东大会会议通知的规范

在有关股东大会的事项上，笔者仔细查阅整部《公司法》，只有第42条第1款是补充性规范。第42条第1款是有限责任公司股东大会会议通知的规定：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规定的除外。股东大会的会议通知属程序性事项。这一规范是一条补充性规范，立法将其作为补充性规范大概是出于有限公司人合性的考虑。允许当事人排除适用法律的规定自行确定召开股东会会议的通知时间，但是如果当事人之间没有自治性的安排，则适用法律规范作出的安排。公司之间的情况各不相同，参与者之间对公司的期望也各不相同，因此，一个法律标准不可能在所有情况下都适用于所有各方。会议通知的灵活性不属强制性范畴，这种灵活性也会给参与者带来好处。

（三）公司章程选择排除关于股东、股份的规范

《公司法》有关股东资格及权利的规定中，对有限责任公司的表决权规定属补充性

^① 《公司法》并没有明确股东人数较少或者规模较小的有限责任公司的条件。

规范。《公司法》涉及股份的条款都是与股东的资格、股东的权利特别是资产权相联系的。《公司法》在有限责任公司利润分配、优先认购、股份转让、股份继承上设定的是补充性规范，在股份有限公司关于利润分配上设定的是补充性规范。

1. 有限责任公司章程选择排除股东表决权行使方式规范

《公司法》第43条规定股东会会议按照出资比例行使表决权；但是公司章程另有规定的除外。这是一条补充性规范。公司章程可以选择适用公司法的规定按出资比例行使表决权，也可以设置不同的条款排除《公司法》按出资比例行使表决权的适用，比如公司可以按人头通过举手投票的方式行使表决权。英国《1985年公司法》附表A就给出了或按人头或按股份的示范条款，其第54条规定：根据任何股份所附有的任何权利或限制下，如以举手方式表决，每个亲自出席（个人）或委托代表出席（公司）的成员，及本身不是成员而被授权投票的人，均有1票，而如以投票方式表决，每名成员就其持有的每股股份享有1票。另外，公司章程也可以设置一些适合公司情况的表决权条款排除《公司法》的规定，例如设定最高表决权限制，增加法定人数的要求和最低票数，设定决定性表决权等等。

2. 公司章程选择排除利润分配规范

我国《公司法》关于利润分配的规范是补充性规范。《公司法》第35条规定，股东按照实缴的出资比例分取红利，但是全体股东约定不按出资比例分取红利的除外。同时《公司法》第167条第3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35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。所以，在有限责任公司中，在全体股东同意的情况下，公司章程可以选择排除股东按照实缴的出资比例分取红利。在股份有限公司中，公司章程可以规定不按出资比例进行利润分配从而选择排除《公司法》，当然在公司章程不排除的时候就推定适用《公

司法》的利润分配规范。

这种用公司章程排除《公司法》利润分配规范的情形，在2005年《公司法》修改前是不允许的。当时的《公司法》规范对利润分配的条款还是强制性规定，只能按照《公司法》规定的方式分配利润。但实践中出现了很多承包合同不按照《公司法》利润分配的规范进行分配，最后诉至法院的情形。^①这种情况在有限责任公司中出现较多。有的股东可能想通过向公司出资净享利润，而有的股东愿意自己从事经营多获得些利润但同时也要承担更多的风险和付出更多的劳动，其实这种自发安排的方式更能鼓励人们多创造财富和鼓励人们的投资。但由于当时《公司法》的强行禁止，实践中和理论上都无法突破《公司法》的限制。

然而，就法律本身而言，将利润分配规范规定为强制性事项无疑是不妥的。这在利润事项上限制了公司的私人安排，也不利于鼓励投资和创造财富。从国外立法例来看，也基本未见到对利润分配事项纳入强行性规范的。在德国《有限责任公司法》的第29条就不是强制性条款。无论在什么条件下多数股东可以决定设立盈余储备金和结转利润，还是规定金额的分配，公司章程都可以作出另外的规定。美国《示范公司法》第6.40条有董事会可实施向股东进行分配，但要遵守公司章程的限制性规定。如果公司章程规定了利润分配的方式那么就遵照执行，公司章程未作规定的情况下由董事会决定。按韩国《商法》第462条和第463条，都可以依据公司章程的规定向股东分派期中利息和建设利息。

修改后的《公司法》将利润分配规范修订为补充性规范，是《公司法》上分配制度的一大变革，有利于强化公司自治，也将提高公司运营的效率，鼓励创造财富和投资。但是，笔者认为，鉴于公司享有的积累自由的权利，由此会危及少数股东的利益，所以建议在公司章

① 如罗培新所列举的南京市鼓楼区法院的案件。罗培新：《公司法的合同解释》，北京大学出版社2004年版，第168～169页。

程中无论如何要规定一个每一股份的最低利润分配率。

3. 有限责任公司章程选择排除优先认购规范

在《公司法》有限责任公司的规定中，股东优先认购新增资本的规定与红利分配规定在同一条中，即第35条。按照第35条，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，但是全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资的除外。这同样是一条补充性规范，但并不是允许公司章程任意排除，而是限定了一定的条件，即在全体股东约定的情况下而不是多数决定情况下，公司章程才可以排除按比例优先认购规范。

按比例优先认购实际上是股东平等原则的体现之一。优先认购权在立法上有两种立法例，法定主义立法例和任意主义立法例。^①法定主义立法例下，承认优先认购权，但是不允许公司章程予以限制或排除，只有具备正当理由时，方可由股东大会依严格的程序要件排除具体的新股优先认购权，至于抽象的新股优先认购权则不得予以排除。如《欧盟第2号公司法指令》、我国台湾地区的立法。在任意主义立法例下，股东是否享有优先认购权、怎样享有，则完全由公司决定，如《日本商法典》、我国《公司法》第35条的相关规定。

对于《公司法》第35条允许公司章程退出优先认购权规范来说，应当注意两点：第一，公司章程对优先认购权规范的排除要兼顾股东平等原则，这种排除必须是为了实质的平等，而不能由控制股东恣意侵害小股东权益，造成对小股东的歧视。第二，程序上的要件是，必须经全体股东的同意。其实，笔者倒认为全体股东的同意容易造成该规范的运行障碍，不如规定绝对多数同意。

4. 有限责任公司章程选择排除股份转让规范

我国《公司法》第72条规定：有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让

事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。《公司法》第72条第1至3款规定的是有限责任公司股份转让的规范，第4款是对股份转让规范允许公司章程选择排除的规定。原则上，股东有自由转让股份的权利，而有限公司由于其人合性，存有一定的限制是合理的，但《公司法》的制度设计也是保证股东实现出资转让的权利的。公司章程对股份转让规范的排除设计，可以使股份转让变得更加自由或者更加困难。这种排除既可以是对第72条第1至3款的完全排除，也可以是部分排除。公司章程让股份转让变得更自由的情况自不必说，可以增强股份的流动性，但缺点是没有兼顾有限责任公司的人合性。但多数情况下，公司章程会对股份转让施加限制，以防止同公司缺少家族关系和往来关系的人加入，避免降低公司内部的相互信任程度。

其实，公司有充分的自由通过公司章程的规定对股份的转让进行限制，公司章程对股份转让的限制也为很多立法所允许。美国《示范公司法》第6.27条(a)也规定，公司章程、章程细则、股东之间的协议或股东与公司之间的协议，可对公司股份的转让或转让行为的登记备案作出限制性规定。公司章程可以规定哪些转让必须得到公司的同意，章程也可以列举拒绝转让的原因，也可以明确规定应该由哪个机构对转让作出批准与否的决定。

但是章程限制转让的权利并不是没有限制

^① 刘俊海：《股份有限公司股东权的保护》，法律出版社2004年版，第239~240页。

的,限制的有效性有其法律标准。如果章程规定的限制使股东根本不可能出让其股份,这种限制就是没有法律效力的。美国法对公司章程中股份转让限制的有效性标准是,它“没有不合理地对股份可转让性加以限制或禁止”。^①为保护股东的转让股份的资产权,现在的趋势是抑制而不是促进股份转让的限制。

5. 有限责任公司章程选择排除股份继承规范

《公司法》还在股份继承的规范上,允许公司章程选择排除。《公司法》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”。合法继承人可以继承死亡股东的股份。这里需要界定的是“合法”,应包括法定继承和遗赠等意定继承两种情况下的继承人。公司章程未作规定的情况下,适用《公司法》提供的规范;在公司章程另有规定时可以选择退出《公司法》。比如鉴于闭锁公司的人合性公司章程可以规定,不允许新股东的加入,股东死亡后股份只能由其他股东按照正常的市场价格购买,所得价款由继承人支配。如果股东给出的购买价格不合理或者其他股东不按章程规定购买的,股东继承人可以提起诉讼要求继承或转让给其他人。这里需要注意的就是,公司章程不能造成股东

资格上所附财产权利的剥夺。

结语 从上面的分析可以看出,《公司法》的补充性规范具有很大的弹性。《公司法》中的补充性规范允许当事人排除适用法律的规定,既尊重了当事人的意思自治,保证公司的章程自由,如果当事人之间没有自治性的安排,则适用法律规范作出的安排,又对当事人在遗漏约定的情况下弥补漏洞,提供缺省规则。公司章程可以排除补充性规范的适用,仅在章程没有排除补充性规范时,才适用补充性规范的规定。在我国,公司章程可以选择排除公司部分机关、股东表决权行使方式、股东大会会议通知、利润分配、优先认购、股份转让、股份继承等补充性规范。

本文作者:北方工业大学文法学院副教授,
中国人民大学法学院博士后研究人员,
中国社会科学院研究生院法学系2006届
毕业法学博士
责任编辑:赵俊

① [美]罗伯特·W. 汉密尔顿著《公司法概要》,李存捧译,中国社会科学出版社1999年版,第170页。

On Supplementary Rules of Corporate Law and Freedom of Corporate Charter

Dong Huining

Abstract: Supplementary rules in corporate law are those which permit participants of corporation to opt out by their autonomic arrangement; if participants of corporation do not opt out, the supplementary rules apply. When applying mandatory, supplementary and enabling rules of corporate law, the freedom of charters increases gradually. Corporate charters could opt out supplementary rules. Only in the cases that charters do not opt out supplementary rules, do the supplementary rules work. In China, corporate charters may opt out such supplementary rules as some corporate organs; the use of voting right; the notices of shareholder meeting; the distribution of profit; the preferred right to buy stocks; the transferring of stocks; the inheritance of stocks etc.

Key words: corporate law; the supplementary rules; corporate charters