

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.04.002

欢迎按以下格式引用:李响. 有限责任公司涉章决议中的股权保护——基于对公司法人理论的思考[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2020(2):119-130. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.04.002.

**Citation Format:** LI Xiang. The protection of equity right in article-related resolution of limited liability company: Based on the theory of company legal person[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(2):119-130. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.04.002.

# 有限责任公司涉章 决议中的股权保护

## ——基于对公司法人理论的思考

李响

(南京大学法学院,江苏南京 210093)

**摘要:**伴随《中华人民共和国民法总则》以及《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)》的施行,公司章程在公司法人治理中的地位进一步得到提升。但现代性条件下股东、公司法人以及外部社会之间的张力尚存,且现有法人理论不足以支撑公司尤其是有限责任公司的治理实践。为更好地规范涉章决议以避免其侵害股东权益,仍需进一步发掘我国公司法人理论。从股东在有限责任公司法人共同体中的特殊性权利义务出发,在公司法人差异化,章程、股东权类型化的前提下实现股东合法利益的最大化。

**关键词:**公司章程;法人;决议;股东权利

**中图分类号:**D922.291.91

**文献标志码:**A

**文章编号:**1008-5831(2020)02-0119-12

2017年对于我国法治建设,特别是公司<sup>①</sup>的规范性治理是十分重要的一年。因为一方面,民法典性质的《中华人民共和国民法总则》(下文简称《民法总则》)代替了已施行30年的《中华人民共和国民法通则》;另一方面,为进一步落实《中华人民共和国公司法》(下文简称《公司法》),最高院通过了《最

修回日期:2019-04-02

**基金项目:**国家社会科学基金重点项目“权力清单的理论与实证研究”(15AFX003);南京市法学会一般项目“区域法治中的清单制度”(NJFX2016B09)

**作者简介:**李响(1990—),男,江苏扬州人,南京大学法学院博士研究生,主要从事行政法、公司法研究,Email:267319588@qq.com。

<sup>①</sup>本文所涉公司主要指内资非一人有限责任公司,以便于统一论述。在我国当下,该类公司的相关纠纷问题也最为显著,这也与有限责任公司的相对封闭性以及股东内部任职的普遍性有关。

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)》(下文简称《公司法解释四》)。两者既直接反映我国当代民商事法规的嬗变,也折射出公司法人相关领域关系矛盾的繁杂<sup>②</sup>,这种关系矛盾主要存在于股东、法人以及国家相互之间,其必然性根植于现代性条件下的人本身<sup>③</sup>,但法治的价值正是对涂尔干所谓“社会失范”状态的人的克服。

遍观《公司法》以及《公司法解释四》,其中多次出现公司章程另有规定可排除法律法规适用的情况。再回溯《公司法》的历次修订<sup>④</sup>,例如2014年《公司法》关于设立登记制度的修改,其中注册资本缴纳制度的改革实质即是对公司章程规范地位的进一步肯定。这种立法、司法、执法方面公司法人治理依据的变化正是法人治理权源转移的反映。同时上述趋势又与个别股东最大化个人利益的追求相纠缠,这就导致股东间的矛盾在章程适用过程中,特别是在公司成立后章程修改决议表决时的集中体现。而《公司法解释四》有关公司决议效力的条款并不能掩盖实践中股东实体性权利保护的困境,这也与传统法人理论重法人意思表示、轻股东权利义务<sup>⑤</sup>以及组织体说将法人视为与自然人的恒定社会主体相关联。

对涉章决议中股权保护问题的解决源头始终是公司章程本身,即寻求更为良善的公司章程生成机制。为此还需将孤立的公司法人纳入包含“股东—法人—国家”的体系性框架内,并在三者的关联关系中理解各自的权利义务。在此基础上,方能在章程制定过程以及可能的司法裁判中保障公司章程对个体股东特殊性利益与法人及社会普遍性利益的最大兼顾,并在共建共治共享的关系中发挥章程应有的规范性作用。

## 一、对公司法人理论的另一种解读

针对公司法人理论,大体可溯源为两类法人本质学说,一类是法人拟制说<sup>⑥</sup>,另一类是法人实在说<sup>⑦</sup>。前者的创始者是历史法学派中罗马法派的核心代表萨维尼,产生的历史背景是法国大革命后国家对新兴社团活动的限制乃至敌视;而后者中具有代表性的有机体说的主要旗手则是推崇社团独立性与治理能力的基尔克(Gierke)<sup>⑧</sup>。尽管两种学说存在巨大差异,但在我国却是取折衷的组织体说为通说<sup>[1]</sup>。回顾公司制度特别是我国近年来公司法规的变迁,发现公司法人制度实践一直在发生偏转,其变化区间虽介于相对立的否定说与实在说之间,却得不到组织体说的理论支撑,因此对我国公司法人理论还需要做进一步的认识。

### (一) 我国公司制度变迁对法人理论的冲击

从古罗马时期商人组织形式的原始公司到现今的现代公司<sup>⑨</sup>,汉语“公司”一词的内涵基本没有超出魏源在《海国图志·筹海(篇四)》一文中所言“公司者,数十商辏资营运,出则通力合作,归则

②十八大以来《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》以及《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》强调要健全协调运转、有效制衡公司法人治理结构,并将股权作为产权加以依法保护。

③关于现代性的理解,参见:《安东尼·吉登斯,克里斯托弗·皮尔森.现代性——吉登斯访谈录》(尹宏毅译,新华出版社,2001年版第69页)。

④2005年《公司法》相较1993年版,增改了6条关于公司章程排除公司法适用的条文,即第42、43、50、72、76、167条。

⑤现代公司中产权正是基于不同主体与客体间的权利关系而生的。

⑥其极端为法人否定说。

⑦法人实在说又可细分为有机体说、组织体说和社会作用说。

⑧基尔克同时也是历史法学派分支之一日耳曼法派的重要代表,其团体法理论又使其可被归于自由法运动。

⑨德国在1892制定了完整承认有限责任制的公司法。

计本均分,其局大而联”<sup>⑩</sup>。但制度层面却一直在发生嬗变,一是体现在准入机制,二是债务责任的分配机制。其中准入机制还可分为两层,第一层是以公司为主体,第二层则是以股东为主体。

在公司准入机制方面,最具典型性的就是严格准则主义向单纯准则主义变迁趋势下,2014年《公司法》对注册资本登记条件的放宽以及“简政放权”政策下对注册登记程序的简化,在横向层面还包括“国退民进”背景下行业准入许可的核准主义放宽。

在股东准入机制方面,注册资本认缴登记制的确立无疑降低了股东出资的门槛,认缴出资额、出资方式、出资期限等也被纳入发起股东自主约定的范围,进一步加强了有限责任公司的人合性。

在债务责任分配机制层面,有限责任制也在经受股东及高管信义义务的冲击,当然与之紧密关联的破产清算制度也得到了更为细致的规范。

上述三类变化,前者明显是对产生于全能国家背景下的法人拟制说的背反,但后两者却又是法人拟制说乃至否定说所支持的对法人人格的突破。因此我国公司制度的变迁正是存在于拟制说与实在说的二律背反之中,“实践中,法人具有哪些特点取决于实用的考虑,而不取决于理论的逻辑展开,受制于法律规定,而不完全受制于其本质的内在要求”<sup>[2]</sup>。

就我国实在法中公司制度的客观变化而言,不仅未能体现组织体说的理论魅力,作为两极的拟制说与实在说还从不同角度分裂了公司法人制度实践,且上述法人本质学说均无法较好解释公司社会责任等新问题。这就使得组织体说事实上处于一个十分尴尬的地位,即作为一个理论妥协产物缺乏制度建构的指引作用,更多的则是作为制度解释工具<sup>⑪</sup>,提供法理前提的解释论<sup>[3]</sup>。在论证董事等高管对公司债权人责任这类问题时,只能归结于法律的特殊规定<sup>⑫</sup>。当然近年来一些学者也在努力调和拟制说、实在说等学说间的冲突,强调实践中体现的法人本质理论的多重性<sup>⑬</sup>,使“各种学说均有其适用范围,各自之间并不存在互相排斥、冲突的问题”<sup>[4]</sup>,从而反证实践操作的合理性。但恐怕仍以传统私法的理论视野很难完整回答法人本质问题这一拉德布鲁赫所认为不可解的法哲学问题<sup>⑭</sup>。

## (二) 基于关系论的公司法人

事实上围绕公司法人,其人学基础绝非不同程度的抽象人,而是吸纳了“理性人”<sup>⑮</sup>“经济人”等要素的“现实的人”。这种现实性首要体现在其社会历史性,即旨在“以取得利润并分配给股东等出资人为目的”人的动态联合,同时这种人又是身处国家域内的;其次则是自然性,通俗地讲就是不同程度的个人自由、利己主义。公司法人从成立到消灭始终都是上述合力的表现,这正是黑格尔对康德<sup>⑯</sup>的超越,认识一切现实之物都包含有相反的规定于自身<sup>[5]</sup>。因此公司法人的本质同样符合马克思的经典结论,即“人的本质不是单个人所固有的抽象物,在其现实性上,它是一切社会关系的总

<sup>⑩</sup>在部分时空,公司还有明显的政治功能,如殖民时期的贸易公司,美国第一、第二银行,兰芳公司以及名为公司实为会党等。

<sup>⑪</sup>从近几次公司法相关法规的立法动议中就会发现现有法人本质理论缺乏指引作用。

<sup>⑫</sup>参见:李飞《论董事对公司债权人负责的法理正当性——从法人组织体说的局限性及其超越之路径展开》(《法制与社会发展》2010年第4期,第37-49页)。

<sup>⑬</sup>参见:蔡立东《公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读》(《法制与社会发展》2004年第1期第55-70页;黄忠《法人本质理论及其制度构建的关联分析》(《甘肃政法学院学报》2009年第3期第144-149页;刘泽宁《法人本质学说辨析》(《河南省政法管理干部学院学报》2009年第6期第131-133)。

<sup>⑭</sup>参见:拉德布鲁赫:《法学导论》(米健译,中国大百科全书出版社,1997年版第63页)。

<sup>⑮</sup>康德的理性人理论恰恰是萨维尼法人拟制说乃至其整个学说体系的哲学基础。

<sup>⑯</sup>康德的二律背反理论所代表的理性辩证法也是对传统“非此即彼”独断论的批判。

和”<sup>[6]</sup>,只不过公司法人是这一结论下人的衍生物。此时无法仅靠“唯名论”式的某一种法人本质理论来回答“公司法人本质是什么”,因为其琢磨不透<sup>①</sup>,还需从其所涉的一切人的一切现实社会关系中认识公司法人<sup>②</sup>,这或许正是海德格尔所言的在者无蔽——它绝对不仅仅是一种实在的状态,而是一种发生<sup>[7]</sup>。

一旦从一切人的一切现实社会关系去认识公司法人,就会发现相较传统的单一法人理论,股东、法人、国家的位置在公司法人制度中能够更好地得以安放。从关系论中的权利(权力)义务角度,可以更好地理解公司法人成立、运行及解散时事实(实然)与规范(应然)的冲突。

在公司法人成立的要件上。发起股东的意思表示自然在发生学意义上处于首要地位,但同样不能忽视的是社会主义市场经济原则下国家所代表的个人、公司等其他社会主体的利益与意志。因为公司作为营利法人,必然不是发起股东的“过家家”游戏,而是发起股东借助公司法人从事与潜在主体发生关系的经营行为的集合。股东权以及彼此间的义务在此时得以明确,既长期受制于股东间达成的章程协议,也受国家<sup>③</sup>乃至超国家组织权力的束缚。这就决定了《民法总则》《公司法》等法律法规以及章程对公司成立及以后的规范作用。

在公司成立后的运营阶段。公司既会受制于股东会、董事会、监事会乃至工会,也会在例如股东直接诉讼、大股东操控、劳务纠纷或者高管承担债务责任等情况时,与个别股东、董事、监事、职工及外部人相互之间发生关系,当然也会受到章程、国家制定法甚至社会舆论的影响<sup>④</sup>。

总体上遵循《民法总则》第76条第1款的规范视角,所谓“营利”,非指法人本身之“营利”,而是指法人成员设立法人或加入法人之目的为获得投资利益即“营利”<sup>⑤</sup>。公司法人作为股东的联合体无疑是共同体性质的,和国家一样都是其各自团体成员意思与财产的一般性整合,其产生旨在为其所有成员服务。但在成立后的运营过程中一经出现股东或者其他内部成员损害股东、公司或者公司以外第三方利益,或是发生任职股东丧失劳动能力等情况,共同体的人合关系、成员营利的目标在事实层面出现破裂,法人身份的完整性即会在不同程度上受到减损。这种共同体的瓦解先是事实层面的,后是规范层面的,其结果必然是部分成员的退出或是整个共同体的解散。

这也意味着公司法人作为一种生产共同体与其他政治、血缘、宗教共同体一样<sup>⑥</sup>,共同体和个体、普遍性与特殊性、规范与事实之间的矛盾始终存续其中。因此以独立意思表示、独立财产等静态固定标准来描述公司法人,预设公司共同体内部及治理机制存续的一贯性,注定无法回应公司在现实的生产经营实践中可能产生的一切社会关系。

### (三) 有限责任公司法人的异质性

本文所涉的有限责任公司相比股份有限公司这类的开放性公司以及特殊的一人制公司,其在法人理论方面的异质性是十分明显的,股东股权的实现与其作为共同体成员参与公司治理息息相关。

尽管所有权与经营权相分离的理念已然成为潮流,但相较于股份有限公司以及较大规模的有

<sup>①</sup>参见:齐格蒙特·鲍曼《共同体》(凤凰出版传媒集团,2007年版序言部分)。

<sup>②</sup>有意思的是这也暗合萨维尼本人关于法的有机性的观点。

<sup>③</sup>在政府采购中国家本身也可能成为一方平等交易主体。

<sup>④</sup>如舆论压力一定程度上促使网游中实名制、防沉迷机制、国企高管限薪令的产生。

<sup>⑤</sup>参见:梁慧星《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》(法律出版社,2004年版第151页)。

<sup>⑥</sup>区别于滕尼斯社会与共同体两分背景下的共同体概念。

限责任公司,大部分有限责任公司中所有权与经营权实际上是混合的,股东往往也是公司的管理者,同时股东彼此之间也经常存在亲缘关系或是其他私人关系。因此有限责任公司的理论存续时间小于股份有限公司,其法人存续时间往往受限于自然人股东的寿命以及股东间的人合关系情况。

同时,由于有限责任公司的封闭性,使其股份的价值缺乏一个成熟公允的交易市场予以衡量,这种价格风险是股东退出公司时所必须承受的。在公司决议恶意增资、不分配利润、肆意提高任职大股东薪酬甚至革除公司设立时约定的小股东任职等情况发生时,小股东要么忍受压迫,要么选择在没有议价能力的前提下退出公司,而不是在二级市场自由变现交易。

上述特点决定了在有限责任公司中大股东及其控制的管理层对其他股东有着一种不同寻常的信义义务(Enhanced Fiduciary Duty)。这种信义义务不同于股份有限公司中经理层对所有投资者基于合理商业判断的尽职与忠诚,其内容可能不合乎市场规律,违背商业规则,但却是发起股东基于信任的一致认同以及对未来的期待,是可能不合理但合法的信义义务<sup>23</sup>,不因属于企业内部管理行为而被任意豁免司法审查。

因此,套用单一法人本质理论必然无法适应不同类型公司的治理实践。

综上所述,如果从感性到理性概括回答“公司法人本质是什么”这个问题,那么区别于传统组织说,关系论下的共同体正是笔者的答案。对这一共同体的认识,不仅要考虑人的社会性与普遍性,也要兼顾其自然性与特殊性;既要保护公司法人共同体内的成员,也要顾及公司法人以外国家乃至超国家的其他社会共同体成员;同时注意不同公司法人的异质性。在“关系论”视野下,公司的治理问题自然化归权利视角下“股东—法人—国家”域内一切人的共建共治共享,而非多数决原则掩盖下的多数人暴政。

## 二、涉章决议侵害股权的主要情形

在纷繁的公司治理纠纷中最核心的无外乎“股权”二字,因为股权中不仅含有股东因投资公司而产生的现时及预期财产权利,更代表了共同体中的社员权。作为股东参与公司治理、获得收益的前提条件,股权取得与股权转让所涉的股东准入与退出(除名)机制一直是公司规范治理的重头戏。在认缴制下,发起股东按照章程约定履行出资义务后,其股权取得并不会会有太大争议。但在公司成立后,区别于经营管理权与所有权普遍相分离的股份有限公司,有限责任公司决议增资、股权转让或是进行内部管理时常会发生矛盾,出现控制股东破坏原有信赖关系,通过公司决议损害小股东权益并以章程修订或是董事会决议的形式加以“合法化”。之所以如此,正归因于《公司法》中的表决原则以及认可公司章程效力的部分任意性条款。

### (一) 决议增资时可能出现的公司法规悖论

不同于发起成立公司时的股权取得,公司成立后的增资行为无论增资入股或者增资扩股都可能引发原公司人合与资合状态的改变。在恶意稀释股权比例或者不良资信投资者进入时,更是会破坏原有公司共同体的状态<sup>24</sup>。对于持反对意见的小股东,尽管《公司法》第74条中没有此类情况的退出机制,但似乎可以通过公司初始章程的制定保障自身权益。一种路径是在章程中约定较《公

<sup>23</sup>这也是信托的来源。

<sup>24</sup>这也适用于公司合并的情况。

司法》第43条更为严苛的投票表决制;另一种路径则是约定出现此类情况作为退出事由或是约定反稀释条款<sup>⑤</sup>。前者对表决制的限制毋庸置疑具有根本作用,可以从根本上控制日后股东会决议对原有章程条款进行修改或者删除。在仅使用后一种方法的情况下,资本多数决原则基础上符合《公司法》第43条的股东会决议显然可以打破初始章程的合意,剥夺原始小股东的选择自由以及可能的预期收益<sup>⑥</sup>。当然小股东也可以依据《民法总则》第85条及《公司法》第22条第2款在法定除斥期间向法院诉请撤销已成立但内容违反章程的决议或是诉请决议无效,但不免具有被动性与事后性且判决结果未知<sup>⑦</sup>、无力抗拒善意相对人<sup>⑧</sup>,同时也可能将公司拖入到治理僵局之中。

在从时间线上区分新旧章程的前提下关于相关决议的撤销,《公司法》第22条第2条款与第43条第2款间明显存在悖论。即股东会作出的关于修改公司章程的决议,排除极少数《公司法解释四》第4条但书所言的轻微程序瑕疵问题且未产生实质影响的情况<sup>⑨</sup>,法院的态度十分明确。是否撤销,某种程度上只取决于异议股东是否依《公司法》第22条第2款提起撤销诉求<sup>⑩</sup>,这就使第43条第2款在事实上失去了部分价值,即除非一致同意且时限内无人反悔,不然股东会涉章决议一旦违反原章程就可撤销<sup>⑪</sup>。此外,非普通股股东是否有决议撤销请求权,抑或是能否章程约定放弃撤销请求权也是一个问题。

## (二) 股权转让的泥潭

如果说上述情况下部分股东的股权是“可择”“隐性”地减损的话<sup>⑫</sup>,那么此处股权转让乃至除名就是“不可择”且“显性”的。因为不管是适用《公司法》第71条的成文法规则还是章程约定内容,对第43条第2款条件下的异议少数而言,同等条件下其交易的受让方首先是拥有优先购买权的其他股东。在章程另有规定的情况下,一旦决议新立、修改或废除原章程关于股权转让的相关约定时,异议少数股东同样面临固定的受让方,甚至在转让价格上也会受到章程约定的影响,出现远低于合理价格的情况。一些公司章程的修订还会新设或修改某些强制转让的事由,例如2007年周岩诉大丰市丰鹿建材有限公司股东权纠纷一案<sup>⑬</sup>中公司在解除与原告劳动关系后临时修改章程,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”的“强制离职转股”条款。这些看似依法依章的股权转让规则使得异议少数股东的股权转让显然不具有

<sup>⑤</sup>过于苛刻的反稀释条款可能会影响远期投资者的进入。

<sup>⑥</sup>参见:叶纪卫、葛晓卿诉平湖伟峰科技有限责任公司股东会决议效力纠纷一案,浙江省嘉兴市平湖区人民法院“嘉平商初[2010]1114号”。本案中法院支持了原告诉请决议无效的请求。

<sup>⑦</sup>参见深圳市国瑞投资咨询有限公司与西部航空有限责任公司公司决议效力确认纠纷一案,“渝一中法民终字[2005]00865号”。本案中一、二审法院均未支持原告关于决议无效的诉求。二审法院认为即使国瑞公司能够证明公司大股东通过增资滥用股东权利给其造成损失,根据《公司法》第20条第2款,国瑞公司也只能提起损害赔偿之诉,而不能依据该条规定确认股东会决议内容无效。

<sup>⑧</sup>关于《公司法解释四》第6条,最高院在制订过程中,鉴于解决取消决议涉及的各项问题的难度及超出公司法司法解释的工作范围,取消了对决议可能涉及的法律关系进行分类并明确效力的方案。参见:杜万华主编《最高人民法院民事审判第二庭,最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》(人民法院出版社,2017年版第162-163页)。

<sup>⑨</sup>如何解释作为不确定性概念的“实质影响”也是个值得讨论的问题。

<sup>⑩</sup>在《公司法解释四》征求意见稿第8条中罗列的数种驳回起诉的情况并未被最后采纳。

<sup>⑪</sup>这也导致一些地方的工商行政部门对于增资等重大事项,不论章程是否有相关约定,必须股东一致同意且超过60日的除斥期或是有法院生效判决才予受理变更登记。

<sup>⑫</sup>“隐性”是指增资时部分股东未按照实缴的出资比例认缴出资的情况,即部分股东股权比例增大或者新股东进入改变原有占比,以及收益权被架空的情况;“可择”是指异议股东退出或诉求撤销股东会决议的情况,当然也包括退出时异议股东选择转让而不是由公司强制转让或收购的情况。

<sup>⑬</sup>类似的案件还有滕芝青诉常熟市建发医药有限公司股东权纠纷案,王某、曾某等诉请确认南京金陵石化工程设计有限公司股东会决议修改公司章程强制收购离职股东股权无效案。

可选择性,至于这种“人走股清”是否经出让方同意,是否符合民法基本原则则是不论的。

同理,异议少数股东也可以依《公司法》第22条第2款诉请撤销决议或确认无效,但《公司法解释四》第2条规定原告在起诉时应具有公司股东资格。这就意味着如果其他股东“心狠”(强制全部转让)“手快”(决议后立即办理变更登记)<sup>③④</sup>,那么被除名股东往往无法以股东身份提起撤销之诉<sup>⑤</sup>。相比于此前尚存的适用第22条第2款的可能性<sup>⑥</sup>,《公司法解释四》无疑倒逼控制股东“心狠手快”地强迫其他股东完全退出公司或无法参与管理、分红,从而把少数异议股东拖入越陷越深的诉讼泥潭之中。哪怕异议股东诉讼胜诉,依据《公司法解释四》第6条对善意相对人的保护也使原来的公司物非人亦非。

### (三) 被管理层架空的股东收益权

不同于股份有限公司中股东的收益形式,在有限责任公司这类封闭公司中,由于任职股东以工资形式获取收益现象的普遍存在,大股东还可以利用受其控制的董事会通过公司管理行为侵害其他股东的权益。例如支付任职的大股东或其亲友巨额薪酬,解雇或变更小股东的职务和待遇、侵占公司资产等。上述行为与不分配或象征性分配公司利润行为相结合,在我国现有法规体系中小股东是得不到救济的<sup>⑦</sup>,雇主的任意雇佣选择权为公司的私行政提供了法理依据。《公司法解释四》第15条但书所言的“违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润,给其他股东造成损失的除外”并不能从根本上对名为内部管理行为,实为滥用股东权行为进行规制<sup>⑧</sup>。而在出现股东滥用权力损害公司经营,违反同业竞争规则,拒绝履行章程规定的义务,劳务出资股东<sup>⑨</sup>失去或部分失去劳动能力等情况时,依原有章程或对相关股东作出除名决议的效力存有争议。

诚然,如北京市高院2008年发布的《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》中第12条规定“有限责任公司非经全体股东一致同意,不得变更《公司法》第35条、第43条规定的或者公司章程规定的利润分配方式、新股认缴方式和表决权行使方式。股东以相关股东会决议或者章程修改未经股东一致同意为由,请求人民法院确认无效的,应予以支持”。但远未实现全国范围内司法实践的统一裁量,高院作出的“指导意见”对辖区内下级法院并无强约束力,更缺少关于初始章程中股份转让权是否能够在资本多数决原则下予以修改的规范。新施行的《公司法解释四》中关于《公司法》第22条的相关规定虽然表面上保障了异议股东的权利,但其与《公司法》第42、43条纠缠在一起,反而容易导致各地法院在保障个别股东权益与公司法人正常运营间摇摆不定<sup>⑩</sup>。

<sup>③④</sup>这也引发部分地区工商行政部门出现寻租空间。

<sup>⑤</sup>司法实务中如决议内容本身即为剥夺股东资格,能否直接受理或者先确认股东资格,抑或是合并审理存有争议。笔者认为既然决议内容涉及剥夺股东资格,而股东资格的确认又是基于该决议,那么被除名股东自然是有诉权的。对该类诉请的驳回也正是法律形式主义的恶果,此类情况虽有最高人民法院“民申〔2015〕893号”案件关于合并确认股东资格之诉与查阅权纠纷之诉的先例,但尚不具有普遍意义。

<sup>⑥</sup>2005年《公司法》第22条的表述较新《公司法》第22条更为模糊。

<sup>⑦</sup>《公司法》第74条第1款规定的申请回购权被完美规避。

<sup>⑧</sup>参见:楼秋然《公司法第20条中“滥用股东权利”规定的理论与实践》(《西部法律评论》2016年第3期第10-20页)。

<sup>⑨</sup>在新《公司法》认缴制度下是具有可行性的,例如以劳务报酬分期缴纳出资。

<sup>⑩</sup>2006年公布的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)》第53条规定:“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。公司章程对股权转让价格未作规定,且当事人不能协商一致时,一方请求以评估方式确定股权转让价格的,人民法院应予支持。”依据本条,大股东完全可以通过股东会决议决定受让人。

### 三、权利话语下的涉章决议股权保护

在有限责任公司中,公司章程无疑是公司法人的“宪法”,之所以说是“宪法”,是因为章程之于公司法人正如同宪法之于现代政治国家。理由一,制宪会议制定的宪法普遍先于国家成立,代议制下的最高立法机关则拥有多数决原则基础上的修宪权与立法权。所有发起股东一致同意或默示同意的初始章程同样先于法人成立,而对章程的后期修改则一般遵循第43条第2款资本多数决原则基础上的多数决制;理由二,宪法作为国家的根本法,是国家域内法位阶的顶层,区别于《立法法》文中的法律法规,是某种意义上奥斯丁、凯尔森、哈特等人笔下所追求的基础性规范,是连接众意与公意的关键环节。公司的初始章程(包括发起股东协议)在法人域内相较后期股东会、董事会决议亦是基础规范性质的,连接司法介入(外部规制)与公司自治(内部规制);理由三,对于宪法本身的修改,在国家不发生暴力革命的前提下,必须遵循宪法精神且不违反宪法基本权条款<sup>④</sup>,是“人性尺度上的革命”<sup>[8]</sup>。哪怕是通過革命的手段,一场真正好的革命必然也是一场“不流血的革命”。对公司章程的修改同样应当如此,即在坚持“以取得利润并分配给股东等出资人为目的”的前提下,尽力维护公司法人的人合性与资合性,保障所有股东的知情权、利润分配权,以及以合理价格转让股份的权利;理由四,正如现代政治国家与市民社会中宪法的公民政治理想与市民宗教之间的张力。于1855年由英国立法首创的有限责任制将传统合伙、无限公司企业的人合性与股份公司的资合性相结合,同样留下了公司章程的共同体意识与实际运营中个体股东利益最大化之间的张力空间,这也是所有权与经营权分离的必然结果。

上述公司章程的“宪法”特质,也正是传统公司章程“契约说”<sup>[9]</sup>、“自治规范说”<sup>[10]</sup>等学说所不能完美阐释的部分原因,同样这也是宪法学说的争议焦点。但回到公司章程的制定问题,上述“宪法”特质也意味着制定一部良善的公司章程需要注意如下两点。

#### (一) 初始章程与章程修订案的区分

根据《公司法》第23、25条以及第43条第2款,在公司设立阶段需要“股东共同制定公司章程”,“股东应当在公司章程上签名、盖章”的章程与公司成立后“必须经代表三分之二以上表决权的股东通过”的章程明显具有不一样的生成机制与正当性基础。即使是经符合第42、43条的章程约定表决程序一致同意通过的修改章程决议,由于其主体是公司法人,因此形式上仍有别于初始章程。初始章程作为发起股东的共同意思表示,源于股东的众意,是最典型的合意;对原章程进行修改的股东会决议则是法人的意思表示,是一种公意(volonté générale)。故前者倾向于实质正当,后者倾向于形式正当。在我国《公司法》条文中“公司章程另有规定”的表述并不意味涉章决议的“无所不能”。

这也是为什么一些学者提出“初始章程”与“章程修订案”两种区分概念,并指出“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”<sup>[11]</sup>。当然,此处的合同并非我国现代日常语言语境中的合同,而是合同与契约区分语境下的契约。初始章程作为一种社团契约有别于传统

<sup>④</sup>如我国的“82宪法”以及美国19世纪60年代、20世纪30年代及60、70年代的宪法变革都遵循了上述规律,即阿克曼教授所谓的宪法时刻(Constitutional Moment)。



私法中的财产合同,符合社会学领域人类冲破血缘与家族纽带,建立一种更为平等权利义务关系的社会演进趋势,即梅因(Maine)在《古代法》一书中的著名论断:“进步社会的运动,到此处为止,是一个从身份到契约的运动。”<sup>[12]</sup>人际关系、社会关系的契约化意味着法治社会取代封建家族制社会,意味着人的进一步自由解放。我国《合同法》第2条第2款关于身份关系协议的适用规则也正是上述契约与合同区分语境下的产物<sup>②</sup>,这也符合认缴制下对公司内部人合性的关注。以此观之,根据古典契约自由所包含的两重意思:一是契约要建立在双方当事人协议的基础上;二是契约是自由选择的结果。资本多数决原则下的章程修订案则更像是一般意义上的合同<sup>③</sup>,强调规范平等而非事实平等,异议股东对决议本身并不能充分自由选择。两者虽皆称章程,但其机理却相差甚大,章程修订案的制定存在着一种内部紧张关系,即卢梭认为的,少数服从多数机制与以平等、自由、合意为内质的“公意”不相契合<sup>[13]140</sup>。亦其所言的“假如根本就没有事先的约定的话,除非选举真是全体一致的,不然,少数人服从多数人的抉择这一义务又是从何而来呢”<sup>[13]21,44</sup>。

在普通法国家,设立章程/初始章程(英国法称 Memorandum or Memorandum of Association or External Constitution、美国法称 Certificate of Incorporation or Original Articles of Incorporation)与运作章程/内部细则(英国法称 Articles of Association or Internal Constitution、美国法称 By-laws)的区分方法,更是直白地反映出章程间的差异。前者作为公司成立所要提交的必要文本,是公司与国家的契约,必须包括公司法人名称、地址、经营目的、出资、债务责任等涉外条款,因此修改程序最为严苛,受到公司法的严格限制;后者则作为规范公司内部事务的法律文件,包括如公司内部机关的权力配置、表决权的行使、股权转让、责任的限制、利润分配等与法律以及章程大纲不相抵触的有关公司业务经营和内部事务管理的规定内容,可以选择是否一并写入设立章程之中<sup>④</sup>,是公司自治的“自留地”。但在涉及某些股东权时除非当事人股东同意,运作章程并不当然具有溯及力。美国《示范商业公司法》ACT DEFINITIONS 部分第1条规定“‘公司章程’指的是最初的公司章程,该章程的修订稿以及依据本法(16.21节的规定除外)本州公司向州务卿办公室申请归档时所允许或要求提供的任何其他文件”<sup>⑤</sup>。§6.27(a)条款中明确规定“公司章程、公司内部规章细则、股东之间的协议或股东与公司之间的任何协议都可以规定限制转让公司股票或公司股票转让的注册。这一限制并不影响在其实实施之前已发行股票的有效性,除非股票持有人是该项限制协议的一方当事人或投票表示赞同该项限制”。上述制定法的限制使封闭公司在取得拥有一般投票权的全部股东书面同意后,方可转让股份,从而保障股东的预期期待。

在作为营利法人的公司中,少数人服从多数人的义务正是出于营利并按约分配利润的大前提。不管是章程修订案还是运作章程,其存在的必然性都旨在“能够伸缩地适应企业环境的不断变迁,才能提高营利性”<sup>[14]</sup>。而区分其与初始章程、设立章程的价值就在于在变迁过程中确立某些绝对

②《合同法》第2条规定“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定”。

③从词语结构角度,“契约”二字在汉语中皆为名词,是个同义复合词,“合同”二字前者是动词后者是宾语,强调了一种过程。这也符合初始章程与章程修订的时空状态。

④由此看来,卢梭也比通说所认为的托克维尔更早地意识到多数人暴政的隐患,当然这主要是政治学意义上的。

⑤参见:朱慈蘊《公司章程两分法论——公司章程自治与他治理念的融合》(《当代法学》2006年第5期第9-16页)。

⑥原文:“‘Articles of incorporation’ means the original articles of incorporation, all amendments thereof, and any other documents permitted or required to be filed by a domestic business corporation with the secretary of state under any provision of this Act except section 16.21.”

或相对不变的因素,克服少数服从多数所产生的结果(即内容)正当性被其形式正当所掩盖的弊端,保证公司运营期的商业判断受制于初始章程以及一切具有溯及力的协议中基于信义义务的股东权利,而不是仅由不受限制的决议表决程序和股东的美德所保障,从而实现哈贝马斯所谓的“合理的可接受”。这也是《公司法》第42、43条规定特别决议制与授权公司章程可另有规定的目的所在,尽力避免代表公意的实证规范性质的股东会决议成为专制工具。与《立法法》关于绝对保留与相对保留的精神一样,对公司章程的两分法抑或是多分法正是形成效力位阶有序的公司内部规范体系的前提,有助于人合与资合相结合的有限责任公司内部治理权责的分配以及股东权的具体保护。

## (二) 股东权的实质区分

将章程形式上分为初始章程与章程修订案有助于辨别章程制定的不同机理,并在此基础上对章程进行实质意义上的划分,即从公司的两合性角度进一步明晰章程所涉的股东权种类。

根据《公司法》第25条的规定,我国对章程的内容同《示范商业公司法》一样也进行了必要内容与非必要内容的区分,列明了如“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”“公司法定代表人”等必要内容以及“股东会会议认为需要规定的其他事项”的非必要内容。这种国家立法保证的他治与自治事项的区分与结合,虽然辅之有第43条第2款的特别决议制,但仍然不能抑制公司法人内部他治的肆虐。

正如上文周岩案中二审法院的观点:“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。”<sup>④7</sup>显然此处“合法转让”的情形并不包括未经股东本人同意的强制转让或除名。

反观王某、曾某等诉请确认南京金陵石化工程设计有限公司股东会决议修改公司章程强制收购离职股东股权无效一案,案中部分持股高管及技术骨干自行组建工程设计公司与原公司进行同业竞争,或跳槽到其他工程设计类企业甚至带走原公司承接的工程设计项目。这些有违信义的行为必然影响原公司留任股东的利益,破坏原法人共同体的两合性。一审及二审法院判定因解决留任与离职工股东权利义务失衡的股东会决议有效的机理正在于此。这也意味着对部分股东权的维护仍然是置于公司法人架构乃至整个社会架构内的,是兼顾普遍性与特殊性的<sup>④8</sup>。

在有限责任公司中,能被称为股东固有权利的还远不止自由转让权。除公司法已规定的股东权外,如果公司成立时发起股东通过章程约定,股东还可能拥有担任公司的某些管理职务或者技术岗位<sup>④9</sup>,约定任职股东的薪金,约定利润分配方式,以公司名义对某些股东或他人提供担保,约定期权,约定优先清算权,约定某种稀释保护条款、约定同业竞争的豁免等一系列权利。上述约定内容正是相关股东加入公司的前提条件,也是公司法人完整的必要条件,在不违反《公司法》以及《合同法》第52条等法律法规强制性规定的前提下,当然地使当事人股东具备了某种固有权利。这种“固定性”基于相关约定的合法性,更是源于约定生成时法人共同体两合状态所保证的正当性,即相关主体基于信义义务特别是大股东信义义务所达成的共识。从这个角度讲,如果发起股东在公司

<sup>④7</sup>参见:《法制日报》2007年5月27日,第11版。

<sup>④8</sup>类似案例还包括最高法院第10号指导案例“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司公司决议撤销纠纷案”。

<sup>④9</sup>在人数较少,相对封闭的责任有限公司,股东直接参与公司日常运营是常态。

成立策划阶段的发起人协议中约定了相关内容,只要初始章程没有异议,哪怕是章程文本中没有提及也应当将其视为发起股东的固有权利。

根据《公司法解释四》第9条<sup>⑤</sup>,股东知情权哪怕股东一致同意也不能放弃,相较于《公司法》第71条第4款以及第75条关于股权转让继承的“另有规定”,显然所谓固有的股东权内部也存在绝对固有与相对固有的差异。

有限责任公司的两合性决定了意图通过决议修改章程以实现变更上述股东权的行为都受到严格的内容及程序控制<sup>⑥</sup>,这种程序控制本身也可能是章程的具体内容之一,尽管对《公司法》第42条及第43条的关系存在不同释义,但对部分事项需经特别决议制的立法目的是明确的。诚然,在章程中对部分事项决议是否约定人数表决制还取决于股东的合意<sup>⑦</sup>,但从立法或是章程范本角度进一步通过类型化完善股东会决议修改章程的表决制,不管从保护股东权还是节约司法资源的角度都是值得考虑的。

对章程及股权的上述区分在章程制定时需要有所体现,但侧重点却略有不同。在制定初始章程时需要“放眼未来”,因为公司成立时法人共同体的完整性是空前的,在不违反国家法的前提下章程内容是自治的。因此反而更应考虑未来关系变更、股权转让时的情景,结合自身实际制定合理的程序规范,特别是对涉及包括约定除名、强制转让的股东会决议程序进行全面规范,避免出现影响决议效力的程序性问题<sup>⑧</sup>。在制定章程修订案时则需“回忆过去”,对章程已约定的股东权利义务应原则上保持尊重,对大股东而言这不仅是保护其他股东的合法权益,也是减少诉讼成本避免公司僵局的唯一途径。

文至此处就会发现,仅从公司法人域谈论章程的规范制定十分无力,因为股东间利益的博弈,规范性视角无法一致统一。因此除了制定更为详尽的章程文本以外,还需从社会角度通过国家立法进行规制。这种规制并不是提供何种章程的固定样板,而是应当从根源上对章程特别是涉章决议的效力予以规范,在已有的《公司法》及司法解释的基础上,对《公司法》第22条第1、2款以及43条等条款进一步细化。通过明晰诸如知情权、利润分配权、任职薪酬权在内的不同种股东权益确立涉章决议的效力边界,从而更高效地保障股东权。当然在出现部分股东违反信义义务导致法人共同体遭到确实破坏的情况时,法院也应敢于判决支持相应的强制转让乃至除名决议的效力。

## 四、结语

公司章程正如同成文法律,存在着滞后性、不周延性的天然局限,因此需要日后修订。但正如形式法治与实质法治的差异,章程本身的规范性来源绝不仅仅是符合法律法规或者章程约定的某种程序性制定规则,而是根源于权利本位基础上公司法人的股东、社会公众等利害关系人的合意。在股东直接参与治理,具有充分人合性的有限责任公司中,股东有着比开放公司更为复杂的权益,需要更具有针对性地规范予以保护。

<sup>⑤</sup>《公司法解释四》第9条规定“公司章程、股东之间的协议等实质性剥夺股东依据公司法第33条、第97条规定查阅或者复制公司文件材料的权利,公司以此为由拒绝股东查阅或者复制的,人民法院不予支持”。

<sup>⑥</sup>对应的内容控制即《公司法》第22条第2款及《公司法解释四》第4条为依据的,决议内容违反章程时的撤销权。

<sup>⑦</sup>约定“一票否决制”存在较大难度。

<sup>⑧</sup>这也意味着一旦出现司法纠纷,更多的是对事实问题的考量。

当然也正如法治之艰难,公司治理制度的完善之路在现代性的负面作用下仍将是漫长而曲折的。但对公司法人共同体的认识必将为相关实践,特别是在人类命运共同体概念之下的整个人类社会共同体维度提供智识支持。

#### 参考文献:

- [1]中国人民大学民商法律科学研究中心.中国民法学三十年(1978-2008)//教育部人文社会科学重点研究基地:法学基地(9+1)合作编写.中国法学三十年[M].北京:中国人民大学出版社,2009:106.
- [2]蔡立东.公司本质论纲——公司法理论体系逻辑起点解读[J].法制与社会发展,2004,10(1):55-70.
- [3]梁慧星.民法总论[M].北京:法理出版社,2004:128.
- [4]张民安.商法总论制度研究[M].北京:法律出版社,2007:235-236.
- [5]黑格尔.小逻辑[M].贺麟,译.北京:商务印书馆,1997:139.
- [6]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集(第1卷)[M].北京:人民出版社,2012:135.
- [7]HEIDEGGER M. Poetry, language, thought[M]. New York:Harper & Row Publishers,1960:53-55.
- [8]布鲁斯·艾克曼.美利坚合众国国的衰落[M].田雷,译.北京:中国政法大学出版社,2016:序言 XVII.
- [9]HAMILTON R W. The law of corporations[M]. West Group,1996:62.
- [10]龙田节.商法略说[M].谢次昌,译.兰州:甘肃人民出版社,1985:113.
- [11]BEBCHUK L A. Limiting contractual freedom in corporate law: The desirable constraints on charter amendments[J]. Harvard Law Review,1989,102(8):1820-1860.
- [12]亨利·萨姆奈·梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,1959:97.
- [13]卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1997:140.
- [14]李哲松.韩国公司法[M].吴日煊,译.北京:中国政法大学出版社,2000:594.

## The protection of equity right in article-related resolution of limited liability company: Based on the theory of company legal person

LI Xiang

(School of Law, Nanjing University, Nanjing 210093, P. R. China)

**Abstract:** With the implementation of the General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China and the Provisions of the Supreme People's Court on the Application of the Company Law of the People's Republic of China (4), the status of the articles of corporation in corporate governance has been further enhanced. However, under the condition of modernity, the tension among shareholders, corporate legal persons and external society still exists, and the existing corporate theory can't fully support corporate governance practice, especially for limited liability company. For better regulating article-related resolution and in order to avoid its violation of shareholders' rights, it is still necessary to further explore the theory of corporation legal person in China. It should be starting from shareholders' special rights and obligations in the limited liability corporate community, to maximize the legitimate interests of shareholders, on the premise of differentiating the legal person of the company and classifying the articles and shareholders' rights.

**Key words:** articles of corporation; legal person; resolution; shareholders' rights