

公司章程的多层次审查:投服中心的初始贡献

张巍* 邓峰**

摘要:公司章程自治日益成为一个理论问题,其合规性和正当性审查也日益并且应当成为资本市场、证券监管和公司法律研究的重点问题之一。无论是公司登记机关、产业监管部门,还是证监会、证券交易所、法院,还是以法定公益股东定位的投服中心,也都面临这一问题的挑战。诸如控股股东滥用股权、小股东权利保护等重大命题,都与章程审查密切相关。本文对章程审查的必要性、现有审查的法律体系和层次进行了总结,结合投服中心已开展的工作,对所有上市公司章程梳理的初步结论进行了阐释,并对未来的工作进行了展望。

关键词:章程 章程审查 抽象性审查 股东权利保护 利益攸关者

公司具有独立的法律人格,以章程为基础。章程构成公司的存在依据,组织体的“宪法”或“纲领”为公司的设立和运营提供了组织规范和行为规范。章程作为对公司的组织和行为进行调整的具有公共性质的法律文件,在内部效力上,规范着股东与公司、股东与股东、股东与管理者之间的关系,同时也规范着股东和不属于高管人员的公司职工之间的关系。^① 因为章程的公示,建立起第三人对公司的信赖。^②

随着公司通过发行股份或者债券而构建起来的资本市场的发展,在公司自治的理念不断为人们所接受,多元化公司治理作为私的秩序(private ordering)日益受到重视的背景下,公司的章程审查也成为促进公司自治、改善公司治理、加强投资者保护

* 北京大学法学院博士研究生。

** 北京大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

① 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第120~121页。

② 同上书,第235页。

的重要手段。本文将结合中证中小投资者服务中心(投服中心)组建之后,基于合规、合法的上市公司审查工作和得到的一些初步判断,对公司的章程审查的必要性、现有法律的层次以及章程审查的困难进行相应的阐释。

一、公司章程审查的必要性

(一)公司自治与法律介入之间的平衡

公司章程与公司法的关系一直是公司法理论与实务中的热点问题。章程的边界在理论上争议不断的,现在的各国公司法通常均允许公司根据自身的特点在章程中对权力分配、决策规则和盈余分配等作出自己的安排,这被称为章程自治的理念。但同时,公司的章程规定又必须具备公司法规定的特定内容,并不得违反法律、行政法规的规定。这两者之间的张力,产生了种种的不同理解和具体实践。尽管存在着理论争议,不过可以达成共识的是,公司的章程条款可能构成对公司法规定的细化、补充或替代。^①

我国早期的《公司法》实践,公司法的管制特色明显,更多强调公司对公司法强制性规范的遵守,在公司章程自治层面留下的空间较少,公司章程更多是对公司法规定的简单重复,章程大多千篇一律,而较少根据公司自身的特点制定具体的切实可行的章程条款。

随着2005年《公司法》更多地允许股东在章程中对相关的公司治理事项“另有规定”,^②公司自治的空间相应得到扩展,公司的章程条款开始结合公司自身特点与公司治理的需要进行个性化的安排,公司章程也更多地是对公司法条款的补充和替代。在公司章程条款的这种差异化安排中,违反、超越法律、行政法规与相关公司法原则或精神的情形也不断增加,如公司章程的条款可能侵害了部分股东的财产权利和表决权、知情权、质询权等管理性权利,可能淡化了董事、监事、高级管理人员的诚信义务等,公司治理中需要更多地处理公司章程与公司法不一致的情形,这就使公司章程的法律审查显得尤为必要。

^① 参见时建中:《公司法与公司章程在公司治理中的协调》,载《中国发展观察》2006年第2期。

^② 如《公司法》第41条第1款关于股东会会议召开提前通知的规定,《公司法》第42条关于股东行使表决权的規定,《公司法》第49条第2款对经理职权的规定,《公司法》第71条对股权转让的规定,《公司法》第75条对死亡股东股权继承的规定,《公司法》第166条第4款对股份公司利润分配的规定。

（二）股权平等与小股东保护

在以股东会为中心的公司治理规则下,很容易出现公司权力被控股股东或其代理人控制的情形,公司的利益演变为控股股东的个人私利。在这种公司的标准化、程式化和理性化不足的情况下,小股东的保护就容易成为一个问题。^①

当公司章程的修改被多数股东控制,章程规定侵害少数股东、无表决权的特别股东或者优先股股东的权利时,小股东通过事后的诉讼对自身权利进行救济往往比较困难,并且对股东的救济也通常建立在法院对公司章程效力进行判断的基础上,从促进股权平等、保护小股东利益的角度出发,章程的审查也十分必要。

（三）代理成本与控制权市场

公司由于所有权与经营权的分离,容易产生委托代理问题。尤其是在公司股权高度分散而管理者权力相对集中的情况下,股东缺乏足够的信息和相应的机制来监督管理层,管理者更容易控制公司,并从自身利益角度出发而采取与公司目标和利益不一致的行为。而公司并购就是解决代理成本问题的一种方式。公司在并购活动中,可以替换掉被收购公司的管理层而代之以新的管理层,从而形成公司的控制权市场。并购活动中外部人的这种监督和压力,使公司一旦经营业绩下滑就可能面临被收购的危险,公司管理层必须努力改善公司运营以降低被收购的可能性。

然而,对于过度着眼于短期利益的公司收购行为,收购者可能只是追求短期的公司溢价而忽视公司运营的整理价值,从而不利于公司的长远发展,这使适当的反收购措施成为必要。另外,如果任由公司设置反收购条款来增加公司收购的成本和难度,则可能导致公司控制权市场应有的制度功能被架空。同时,我国公司治理中普遍存在着大股东控制公司的问题,大股东的利益与公司的利益通常具有同质性,董事会的权力与独立性较薄弱,大股东可能利用公司的章程条款抵御收购,这使公司章程条款的设计更多地出于对大股东利益的考量,而非从公司整体利益和其他利益攸关者出发。从这一角度出发,也有必要对公司的章程条款进行审查。

二、公司章程审查的法律体系

（一）公司章程审查的法律体系

在我国的现行法律制度和实践中,公司登记机关、证监会、人民法院也都或多或

^① 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社2009年版,第411~412页。

少地存在着对公司章程的审查。

我国的公司登记机关为市场监督管理机关,《公司法》第29条、第83条第3款分别规定了有限公司和股份公司的设立登记。^① 公司章程是公司设立时的登记事项之一,《公司登记管理条例》第23条对公司的章程审查进行了规定:“公司章程有违反法律、行政法规的内容的,公司登记机关有权要求公司作相应修改。”根据该条规定,公司登记机关应当就公司章程是否违反法律、行政法规进行审查,如果公司章程的规定违反了法律、行政法规,公司登记机关有权要求公司进行修改,使之符合规定。

证监会对公司章程的审查主要体现在对上市公司的监管中。证监会发布的《上市公司章程指引》作为行业规范,为上市公司的章程制定与修订提供了模板。除此之外,证监会对上市公司的章程审查主要体现为对公司章程中反收购条款的审查以及其他内容的审查。关于上市公司章程反收购条款的合法性审查,《上市公司收购管理办法》第80条第2款规定:“上市公司章程中涉及公司控制权的条款违反法律、行政法规和本办法规定的,中国证监会责令改正。”对上市公司章程合法性的审查,亦主要判断是否符合法律、行政法规与《上市公司收购管理办法》的相关规定。

人民法院对公司章程的审查,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)》采取了尊重公司章程的立场。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)》第5条^②确定的公司决议不成立的五种情形中,公司决议违反公司章程,法院可以直接认定决议不成立。违反公司章程导致决议不成立的情形建立在法院对公司章程效力默认的基础上,法院可以直接适用公司章程对公司决议的效力进行判断,而无须对公司章程是否违反法律、行政法规进行审查。而在股东向法院提出公司章程效力审查请求的情况下,关于公司章程的效力判断,法院的判断标准通常也是对公司章程是否违反法律、行政法规的规定进行判断。例如,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》指

^① 《公司法》第29条规定:“股东认足公司章程规定的出资后,由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程等文件,申请设立登记。”《公司法》第83条第3款规定:“发起人认足公司章程规定的出资后,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以及法律、行政法规规定的其他文件,申请设立登记。”

^② 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)》第5条规定:“股东会或者股东大会、董事会决议存在下列情形之一,当事人主张决议不成立的,人民法院应当予以支持:(一)公司未召开会议,但依据公司法第三十七条第二款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外;(二)会议未对决议事项进行表决的;(三)出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或者公司章程规定的;(四)会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的;(五)导致决议不成立的其他情形。”

出,“公司章程是股东之间的协议,是公司的组织准则与行为准则,只要不违反法律、行政法规的强制性规定,公司章程即具有法律约束力。公司章程与《公司法》条款规定不一致时,应当结合具体案件判定所涉法条的性质是否属于强制性规定,凡所涉法条不属于强制性规定的,即不影响公司章程的效力”。

在公司章程效力的审查中,上述三类机关虽然在审查的时间、审查的重点、审查的启动程序上存在差别,但对章程的效力判断都是对章程的合法性进行判断,即判断其是否违反了法律、行政法规的规定。

(二) 公司章程审查的法律层次

1. 合法性审查与合理性审查

关于公司章程与公司法之间的关系,早在 20 世纪八九十年代,别布丘克(Bebchuk)教授就指出,公司章程与公司法不一致时,章程是否需要遵守法律的问题。^① 而公司章程的合法性审查也首先需要处理这一问题。

对于公司法的规定,存在这样一种分类,即依照规范对公司章程的影响程度、是否允许当事人缔约改变其内涵和规范的表现形式,将公司法的规范分为强制性规范、补充性规范和赋权性规范。^② 强制性规范具有不可通过约定予以排除或变更的特性。^③ 补充性规范允许当事人排除适用法律的规定,但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。^④ 赋权性规范允许公司及参与者依照特定的方式采纳这些规范,便赋予其法律效力。^⑤ 由于补充性规范和赋权性规范允许公司章程排除或者补充公司法的规定,公司章程违反公司法的规定就主要是指违反公司法的强制性规范。

同时,对于公司法补充性规范和授权性规范所赋予公司自治空间的章程条款,在合法性问题之外,也可能违反公司法的有关原则和精神,因而也涉及对相关章程条款的合理性审查。例如,公司的大股东或者控股股东,通过在公司章程中制定不公平的条款为自己谋取利益,损害中小股东的利益,就违反了公司法的股东平等原则。

关于公司章程的效力判断,美国早期的判例中法院判决章程条款无效主要在于

^① See Bebchuk, Lucian Arye, “Foreword: The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law.” *Columbia Law Review* 89. 7 (1989): 1395 – 1415; see also Lucian Arye Bebchuk, “Limiting contractual freedom in corporate law: the desirable constraints on charter amendments”, 102 *Harv. L. Rev.* 1820 (1989): 1820 – 1860.

^② 参见董慧凝:《公司章程自由及其法律限制》,法律出版社 2008 年版,第 233 页。

^③ 同上书,第 234 页。

^④ 同上书,第 240 页。

^⑤ 同上书,第 242 页。

其与法律政策或者普通法建立的政策相冲突。这种冲突程度的判断带有倾向性,法院的公共政策意识可能起着决定性作用。总体而言,如果法院认为法律不合时宜,它们更倾向于承认偏离法律规定的章程条款的效力。在长期的司法审查实践中,法院积累了判断章程条款效力的一些规则。通常而言,彻底的公司契约论者会执行股东制定的任何条款,除涉及欺诈或胁迫的情况下采纳的条款,而反契约论者则只能容忍最低限度的背离公司法的行为。对于采取中间立场的人而言,他们通常利用如下规则作为探索性工具而在公司章程条款的创新与机会主义行为之间进行权衡:章程的约定不得减少或限制公司诚信义务人公平交易(*deal fairly*)和诚信行事(*act in good faith*)的义务,不得与任何旨在保护股东及其之外的个人利益的法律规定、已经建立起来的公共政策的明确目的相冲突。如果章程条款是以章程修正案的方式被采纳,在该修正案不会使相比其通过之前股东状况更糟糕的情况下,由没有利害关系的多数股东通过。^① 在具有判例法传统且以董事会为公司权力中心的美国,法院对公司章程效力的审查主要在于判断章程条款对诚信义务的影响,以及是否违反了法律、公共政策的明确目的。

2. 程序性审查与实质性审查

在对章程内容进行审查之外,公司章程的制定或修改是否符合公司法的程序性要求也会对章程的效力产生一定的影响。比如,法律要求公司成立时必须设立章程,同时允许公司成立后修改章程。公司章程的设立与修订存在不同的程序要求。公司设立时的章程订立,就有限责任公司而言,由全体股东共同制定并经全体股东签字、盖章;就发起设立的股份公司而言,由全体发起人制定公司章程;就募集设立的股份公司而言,由公司的创立大会通过公司章程。因而公司章程的制定,原则上需要经全体股东同意。而对于公司章程的修订,无论是股份责任公司还是有限责任公司,须经代表2/3表决权的股东通过,而不再是全体股东的一致同意。公司章程的制定或修改违反了相应的程序要求,也会对章程的效力产生影响。

3. 默认条款的缺乏与司法审查的薄弱

与公司法的强制性规范作为一种抗衡机会主义者修订公司章程的约束机制不同,公司法的默认条款以提供章程模板的方式允许当事人排除相关法律规则的适用,

^① See Jr, John C. Coffee, "The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role" *Columbia Law Review* 89. 7(1989): 1664 - 1665.

来约定更符合特定情形的交易机制。^①一方面,公司法的默认条款降低了股东设立和修订公司章程的时间和成本;另一方面,基于商业实践的多样性,公司法难以在“仅提供一套所谓的标准规则之基础上对不同的投资格局及治理模式予以很好的制度回应”。^②在公司自治理念日益强化的背景下,由于我国公司法的规定较简略,诸多法律空白需要当事人根据商业实践的需要自行填补,这就使立法者提供公司法默认规则的工作转嫁到由法院对当事人约定的章程条款的审查工作中。加上我国缺乏相应的判例法传统,在司法领域尚未发展出一套成熟的公司章程效力的判断规则,对章程条款的效力审查在目前就显得比较薄弱。

三、投服中心的公司章程审查工作

投服中心设立以来,积极开展相关的研究与实践工作,在公司章程的检索与分析、公司章程审查的司法裁判上均有所推进。

(一)投服中心已开展的章程审查工作

投服中心自成立以来,在其现有定位与职能的基础上,在公司治理与公司章程的检索与分析方面开展了一系列工作。截至2017年年底,投服中心完成了除湖南、广东、上海三个试点辖区之外33个辖区共计2730家上市公司章程的搜索工作,在章程的搜索与整理过程中,发现上市公司章程在投票制度、分红制度、不当反收购等方面不同程度地存在一些问题。

在公司投票制度上,公司章程在网络投票制度、征集投票权制度、单独计票制度、累积投票制度等方面都存在不同程度的问题。(见图1)总体而言,网络投票制度方面,上市公司表现较好,只有7家公司未对此作出规定,占比仅0.26%;在征集投票权方面发现的问题最多,共有777家公司章程中存在未明确征集投票权或在征集投票时对于征集条件做了一定限制的情况,占上市公司总数比重达28.46%;单独计票方面,共发现问题上市公司668家,占比达22.16%;累积投票制方面的问题较复杂,有605家公司章程中出现问题,占比达22.16%,其中主要问题有以下几点:(1)公司未明确选举时实行累积投票制;(2)主板上市公司控股股东持股比例超过30%时未明确“应当”实行累积投票制;(3)中小板和创业板未明确“应当”实行累积投票制等。

^① 参见杨志壮:《公司法律规范分类研究》,载《政法论丛》2014年第5期。

^② 周游:《从被动填空到主动选择:公司法功能的嬗变》,载《法学》2018年第2期。

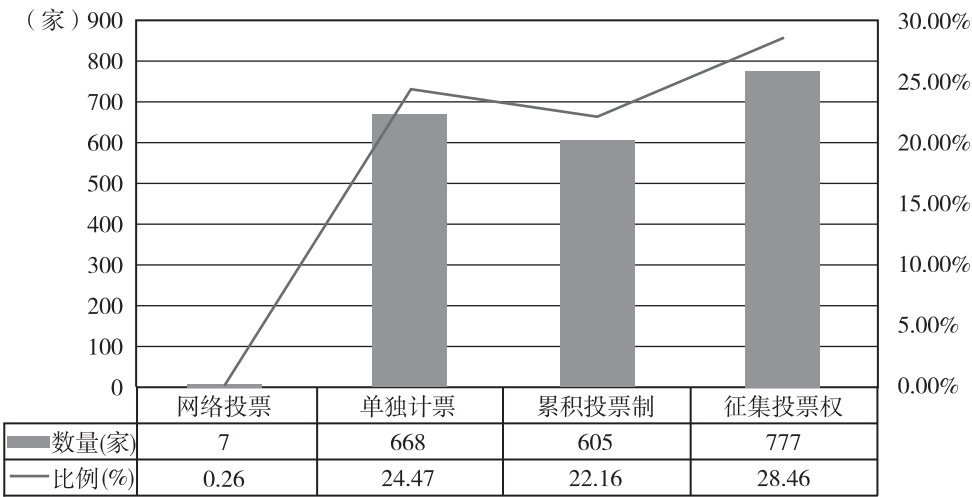


图 1 投票制度问题分布

同时,整理发现,大股东持股比例与不当设置反收购问题数量呈反相关关系,而与对投票制度问题数量呈正相关关系,投票制度问题与不当反收购问题之间的比例随着股权结构越来越集中呈现上升趋势。如图 2 所示,在北京辖区,第一大股东持股比例在 30% 以下的公司中,平均每个公司在投票制度存在 0.75 项问题,在不当反收购存在 0.4 项问题;第一大股东持股比例在 30% ~ 50% 的上市公司中,平均每个公司在投票制度存在 1.13 项问题,在不当反收购存在 0.3 项问题;第一大股东持股比例在 50% 以上的上市公司中,平均每个公司在投票制度存在 1.29 项问题,在不当反收购存在 0.24 项问题。上市公司股权结构越集中,对中小股东投票权的限制就越多,在不当反收购方面的问题就越少。

在公司分红制度上,上市公司章程在分红决策机制方面问题较少,而在现金优先权方面问题最多,公司章程在规定分红政策制定过程中听取中小投资者意见的措施上,问题也较多。如图 3 所示,在分红决策机制方面上市公司表现较好,只有 49 家公司未对此作出规定,占比 1.79%;在现金优先方面发现的问题最多,共有 357 家公司章程中没有明确规定现金分红优先于股票分红,占上市公司总数比重 13.08%;有 333 家公司章程中没有规定在分红政策制定过程中听取中小投资者意见的措施,占比 12.20%。

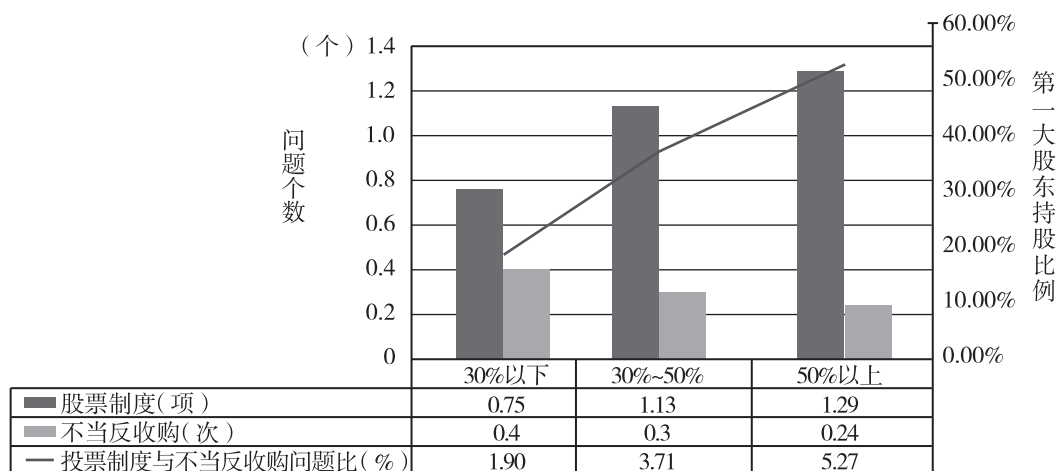


图2 北京辖区股权结构、投票制度与不当反收购关系

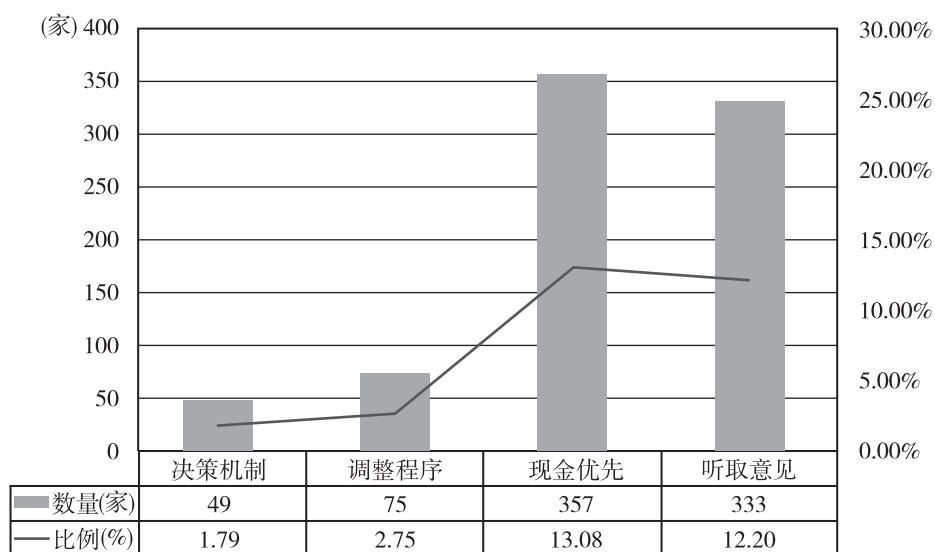


图3 分红制度问题分布

在反收购条款上,上市公司章程中的反收购条款主要集中在限制股东对董事和监事的提名提案权以及规定董事会换届的留任比例上。如图4所示,共665家公司章程设有限制股东提名提案权的条款,126家公司对董事会换届时规定了董事的留任比例。自“宝万之争”之后,为防止“野蛮人”入侵,多家上市公司修改公司章程,引入反收购条款,采取种种限制措施、增加收购难度,阻止公司被市场化收购,不合理地限制股东权利或增加股东义务、抬高股东行权门槛。

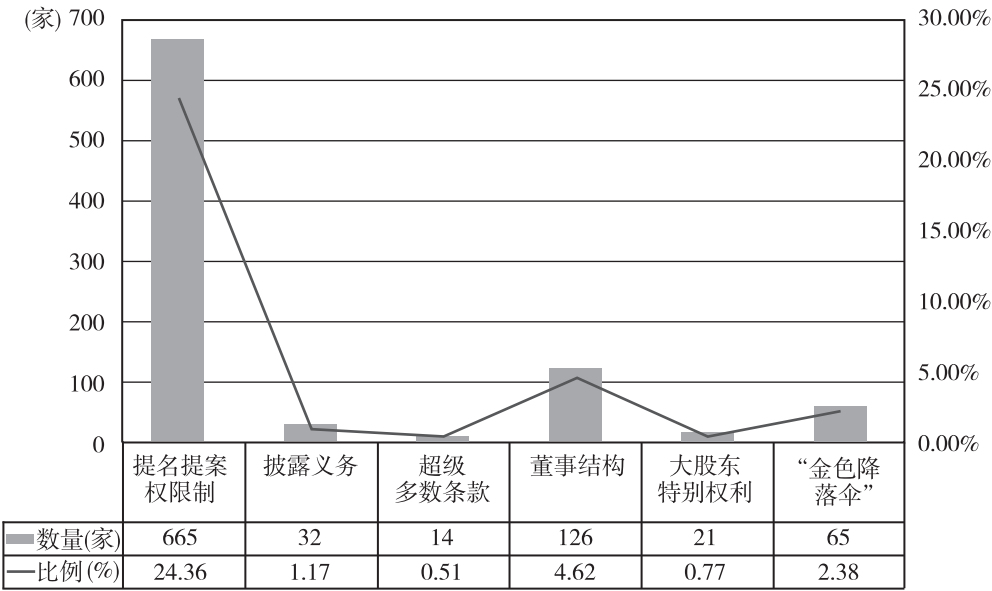


图 4 不当反收购问题分布

在对上市公司章程进行整理和分析的基础上,投服中心结合上市公司章程存在的问题提出了完善公司章程的建议,这些建议主要包括三个方面:第一,基于上市公司小股东的角色定位向公司发送股东建议函建议修改章程,或者在大量数据分析调查的基础上根据上市公司的行业、体量、股权结构等制定不同的公司章程模板供公司选择,督促上市公司不断完善公司章程。第二,投服中心可以其股东身份行使相关股东权利来监督公司对章程的实际执行。第三,建立上市公司章程评价体系,对上市公司章程的完善和执行情况进行评价。

除此之外,投服中心还基于其股东身份,在具体的案件中积极行使股东权利,推进对章程条款的合法性审查。例如,“在海利生物案”^①中,投服中心在要求海利生物更改其章程自治侵权行为遭到拒绝后,以股东身份提起诉讼,请求法院确认公司章程中反收购条款的法律效力。本案中投服中心获得胜诉,本案也成为首例反收购条款司法确认案件,为公司章程中反收购条款的合法性审查提供了借鉴。

^① 王一鸣:《投服中心首次股东诉讼,海利生物涉嫌违反》,载搜狐网:http://www.sohu.com/a/153238445_161623,最后访问日期:2018 年 7 月 15 日。

(二) 投服中心章程审查的法律依据与审查层次

1. 投服中心章程审查的法律依据

随着社会生活的不断发展,公司治理也会出现新的问题,相应的法律制度也在不断更新,《国务院办公厅关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》于2013年公布,《上市公司股东大会规则》和《上市公司章程指引》于2016年更新,公司章程也随之做出了修改。投服中心对上市公司章程效力进行分析的法律依据,除相关的法律、行政法规之外,也参照了上述法律文件与行业规范。

2. 投服中心章程审查的层次

公司章程的内容是否完备。投服中心的章程审查首先是看上市公司的章程是否规定了应当具备的事项。在投服中心对上市公司章程中存在的问题的梳理中,很多问题是章程条款未对特定的问题规定。例如,在投票制度上,公司章程未规定网络投票制度,未明确选举时的累积投票制度,未明确征集投票权,也未明确不对征集投票权有最低持股比例限制。在分红制度上,公司章程未规定分红决策机制,未规定现金分红优先于股票分红,也未规定分红决策机制中听取中小投资者意见的措施。就公司法而言,《公司法》第25条、第81条分别规定了有限责任公司、股份有限公司章程应当载明的事项。^①对于上市公司,公司章程中应当载明公司的名称、住所、经营范围、设立方式、股份总数、每股金额、注册资本,发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间,董事会的组成、职权和议事规则,公司的法定代表人,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以及公司的通知、公告办法等事项。投服中心所指出的上市公司章程未规定的特定内容,虽然属于公司法要求规定的事项,但并不都是公司法要求公司章程明确规定的特定的制度。由于这些具体的制度为国务院办公厅《关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》《上市公司章程指引》等文件所规定,因而投服中心在章程审查中也将这些制度纳入章程内容完备性的审查中。

^① 《公司法》第25条第1款规定:“有限责任公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;(三)公司注册资本;(四)股东的姓名或者名称;(五)股东的出资方式、出资额和出资时间;(六)公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;(七)公司法定代表人;(八)股东会会议认为需要规定的其他事项。”《公司法》第81条规定:“股份有限公司章程应当载明下列事项:(一)公司名称和住所;(二)公司经营范围;(三)公司设立方式;(四)公司股份总数、每股金额和注册资本;(五)发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间;(六)董事会的组成、职权和议事规则;(七)公司法定代表人;(八)监事会的组成、职权和议事规则;(九)公司利润分配办法;(十)公司的解散事由与清算办法;(十一)公司的通知和公告办法;(十二)股东大会会议认为需要规定的其他事项。”

公司章程是否损害了中小投资者利益。我国股权结构较为集中,中小投资者在公司治理中上很难有话语权。投服中心通过对上市公司章程进行分析,进而指出,在投票制度上,上市公司章程在网络投票制度、征集投票权制度、单独计票制度、累积投票制度上存在的问题,损害了中小投资者在公司机制构建上的话语权和参与度;在分红制度上,上市公司章程在分红决策机制、现金优先股票、决策中听取投资者意见等方面也存在问题,分红政策的制定和修改并未听取中小投资者的意见;在反收购条款的设置上,投服中心对反收购条款的考察也在于看其是否不合理地限制了股东权利,增加了股东义务,对广大中小股东的合法权益造成了损害。

投服中心对上市公司章程的审查主要是合法性审查与合理性审查,对公司章程的内容进行审查,而对于章程制定与修改的程序则并未涉及。在合法性审查上,主要审查上市公司的章程是否对特定的制度进行了规定,是否违反了公司治理原则,是否违反了股权平等原则,损害到中小股东利益,而该合法性审查也和合理性审查有所交错。

四、投服中心在公司章程审查中的法律定位

作为采用民事方式行使股权保护中小投资者利益的公益性组织,投服中心在职能设定上旨在促进投资者保护。一方面,投服中心以股东身份直接行使权利的特性十分明显;另一方面,作为公共监管部门授权设立的公共机构,投服中心类似于一个法定机构。在目前的实践中,投服中心的关注重点之一在于公司的合规义务,要求上市公司遵循既有的法律规则。^①

而在中国特定的背景下,投服中心的角色、职能和任务设定可以分为不同的层次。第一,投服中心是填补监管弱项,弥补执法水平、频度、强度等质量不足的制度化机制。投服中心可以一手股票股东的身份,常规性地参与公司的各项活动,以股东身份进行日常的、常规监督。第二,投服中心可以在纠正董事、高管人员、控股股东的背信行为监督、追责以及寻求法律救济上,扮演机构投资者(公益股东)的角色,采用事前或者事中进入或者干预决策,或者事后追责或寻求法律救济的方式,补足中国制度中的薄弱环节。第三,投服中心可以凭借专业的公共机构角色,作为近似于自愿部门

^① 参见邓峰:《论投服中心的定位、职能与前景》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(2018年第2辑),法律出版社2018年版,第89~109页。

的组织,提供公共产品。第四,在股东派生诉讼规则刚刚确立的情形下,投服中心可以成为积极的股东权利主张者、董事和高管人员公共责任的法律追究者。第五,在中国现有的制度背景下,投服中心最终应当成为证券权利、股东权利等金融产品消费者保护领域的法案倡导者、立法者和纠纷解决者。^①

不同于公司登记机关、证监会、人民法院的章程审查,投服中心的章程审查并不产生直接的法律效力,投服中心不能直接责令公司对违反法律规定的公司章程进行修改,也不能对公司章程的效力直接作出裁判。投服中心的章程审查工作更多地是基于其股东身份行使的参与公司治理的权利,敦促公司履行合规义务;作为机构投资者,投服中心也可以在合法性审查的基础上,结合自身的专业知识,提出相应的改进意见。同时,作为具备相应专业知识的公共机构,投服中心还可以承担起良好公司治理的知识提供者的角色。

五、投服中心公司章程审查的困难与未来发展

公司章程的合法性审查,这里的“法”在《公司法》《上市公司收购管理办法》等法律文件中被界定为“法律、行政法规”,在将公司法规划分为强制性规范、赋权性规范、补充性规范的基础上,“法律、行政法规”通常是指“强制性规范”。但是,这种对公司法条文的定性,并非由我国立法机关作出,这种解释并非有权解释。同时,公司法的强制性规范和任意性规范(包括赋权性规范和补充性规范)也处于不断的变动之中,此时的强制性规范彼时可能成为任意性规范,按照此类法律标准对公司章程进行合法性审查,公司章程的效力也可能就具有不确定性。

再者,合法性审查中“法律”边界的模糊,可能导致合法性审查与合理性审查的边界也不是很容易区分。投服中心对上市公司章程的效力判断更多的是从维护广大中小投资者利益的角度出发,结合相关的政府文件、行业规范对公司章程的效力进行的判断,相关政府文件、行业规范在定性上更不属于“法律、行政法规”,因而投服中心对公司章程效力的审查更多的是一种合理性审查。

对于公司章程效力的合理性审查,投服中心指导性的判断标准在于改善公司治理、保护中小投资者利益,具体的合理性的判断规则虽然尚未形成,但随着公司治理

^① 参见邓峰:《投服中心的定位、职能与前景》,载郭文英、徐明主编:《投资者》(2018年第2辑),法律出版社2018年版,第19~21页。

的实践不断深入,公司理论不断发展,诸如股东平等、公司董事、监事、高级管理人员的诚信义务等规则也将在合理性审查中进一步深化和细化,公司章程合理性审查的判断规则在未来的发展中也应当进一步明晰。

公司章程的效力审查在我国尚处于起步阶段,相关的规则体系亟待建立。公司章程的效力审查,既要加强对现有法律规则性质的研究,逐步明晰法律强制性规定与市场主体意思自治的界限,也要从公司法层面对相关公司治理原则如诚信义务规则、股权平等原则等原则进行厘清。既要从规则提供的角度为公司章程的制定提供一套成熟的机制,又要从规则审查的角度为公司章程的效力判断提供相应的原则和标准。在具体的章程条款审查上,既要注重从实体层面对公司章程的内容进行审查,又要注重程序层面的要求,敦促公司遵守公司程式。在公司治理的实践不断推进的过程中,不断发展出相应的原则、规则和制度。

投服中心对公司章程的效力审查也只是一个初始。投服中心目前的章程审查工作多集中于对上市公司章程的研究,以及作为股东所行使的参与公司治理的权利,以敦促公司履行合规义务。在完善公司章程、提升公司治理的层面,投服中心仍有很大的发挥空间。投服中心作为一个类似于法定机构的公益性组织,可以更多地承担向社会提供公共产品的职能。其可以基于自身的专业优势与参与公司治理的实践经验,分担本来由立法者承担的标准条款供给的功能,总结并提供多样化的章程模板以供市场主体参照,使公司可以根据实际需要选择适合自身发展的章程条款,扩大公司参与者自主选择章程条款的空间,促进公司自治走向实质层面。同时,在公司章程的效力裁判上,面对我国判例法传统缺席、章程效力判断的规则体系尚未建立起来的现实,投服中心可以进一步加强法学研究工作,对其他国家已经建立起来的章程效力判断规则进行研究和总结,为我国的司法审判工作提供相应的知识供给,并在相关的立法工作中发挥建议者与倡导者的作用,更加充分地发挥其作为中间层组织的作用。