

公司法教学

Gongsifa Jiaoxue Anli

范健 ◆ 主编 王建文 ◆ 副主编

案例

根据《民法通则》和企业登记管理法规的规定,法人企业领取的是《企业法人营业执照》,而不具备法人条件的经营单位领取的是《营业执照》。在实践当中,非法主体往往由投资者承担无限连带责任,但由于我国社会信用体系尚未建立,个人信用并不可靠,公司制法人往往具有雄厚的资金与较高的商业信誉,股份有限公司由于具有非常高的最低注册资本金,也就相应地取得了更高的资信。在市场交易实践中,交易相对人往往更愿意与股份有限公司实施交易行为,商业机会也相应增多。由于公司与一般的企业,特别是不具备法人资格的企业在设立、承担债务、赔偿责任等许多方面有本质差别,擅自冒用公司名义,不仅妨碍社会主义市场经济下的企业竞争,而且容易扰乱社会经济秩序,损害债权人的合法权益。故《公司法》第208条规定:“未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义,进行业务活动,情节严重的,并处1万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”本案张×和李×冒用股份有限公司的名称,工商部门对张×和李×的处罚是有法律依据的。

《公司法》第3条规定:“有限责任公司和股份有限公司是企业法人。有限责任公司,股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。股份有限公司,其全部资产对其所持有的股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。”第8条规定:“设立有限责任公司,必须满足本法规定的条件,符合本法规定的条件的,登记为有限责任公司;不符合本法规定的条件的,不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的,在公司登记前依法办理审批手续。第224条规定:“未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的,责令改正或者予以取缔,并可处以1万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”(二)公司章程与公司法性质及其相互关系案例:某股东诉某股份有限公司章程违反《公司法》、《公司法》第224条规定,请求确认其无效。【案情介绍】某股份有限公司章程中规定:“股东大会闭会期间,增补董事人选有必要变动时,由董事会决定,但新增补的人数不得超过董事总数的四分之一。”该公司的董事会根据该条规定,在股东大会闭会期间,增补了3名董事。王某为该股份有限公司的股东,他认为选举和更换董事是公司法规定的股东大会的职权,本公司章程的上述规定违反了公司法的这一规定,因此公司董事会依据此规定选举3名董事的行为违法。遂向人民法院提起诉讼,要求确认其无效。公司辩称:公司章程增补董事的行为,是依据公司章程所为的行为,而公司章程是经过股东大会表决通过的,故增补董事决议有效。一审法院支持了原告的诉求,被告不服,提起了上诉,后被二审法院驳回。【问题】

如何理解公司法的性质?公司章程法律性质如何?公司章程能否改变公司法的规定?实践中公司章程存在哪些主要问题?在公司章程改变公司法规定的情况下,董事会依公司章程所做决议是否有效?【评注】1.公司法理论一般认为,公司法兼具强制性和任意性双重属性,但以强制性规范为主。凡要求当事人必须遵守、不允许变更或选择适用的为强制性规范;反之,凡可依当事人意思自由变更或选择适用的为任意性规范。各国公司法中除了少量任意性规范外,大多为强制性规范,以更多地体现国家意志和干预。当然,公司法作为私法,对于不损害第三人和社会利益的行为和事项,应允许当事人通过自愿协商对非强制性规范予以选择适用与变更。

2.公司法中的规则可分为普通规则与基本规则两种,前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等普通制度的规则,后者指有关公司内部关系等基本制度的规则。普通规则可任意性的,而基本规则应当是强制性的。公司法中对究竟哪些是强制性规范,哪些是任意性规范,争议颇多。有学者认为处理这个问题首先应区别上市公司与非上市公司,对上市公司应有更多的强制性规范。其次要区别股份有限公司与有限公司,对有限公司应当有更多的任意性规范。在内部关系问题上,在公司意思机关的设立及权限、法定代表人、表决程序中涉及章程修改、保护等方面应采取法定主义,除此以外,其他方面应当允许公司章程作出与法律不相



法律版

高等院校法学案例丛书

公司法教学 案例

Gongsifa Jiaoxue Anli

主 编 范 健

副主编 王建文

撰稿人 (依章节顺序)

范 健 王建文 龚鹏程

奚 庆 唐剑辉



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法教学案例/范健主编. —北京:法律出版社,
2005. 2
(高等院校法学案例丛书)
ISBN 7-5036-5303-5

I. 公… II. 范… III. 公司法—案例—中国—高等
学校—教材 IV. D922. 291. 91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 142105 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁敏

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/15.5 字数/295千

版本/2005年1月第1版

印次/2005年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

传真/010-63939650

读者热线/010-63939635

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5303-5/D·5020

定价:23.00元

编写说明

公司法以纷繁复杂、变动不居的公司法律关系为其调整对象,具有极强的理论性、实践性及应用性,尤其在中国,公司法在公司法律实践中不断完善与创造着新的制度与规则,不断通过对成案的研究明确公司法律制度的现实状态。由此,与其他法律部门相比,判例在公司法中的作用分外突出。

在英美法系,虽然制定法构成了公司法的主要渊源,但判例法始终起着不可或缺、无可替代的重要作用。就法律调整的实际效果而言,可以说判例法在英美法系仍然占有核心地位。从某种意义上讲,公司制定法只不过起着一般规定的作用而已,具体案件的具体法律适用仍然必须依赖于随时发展变化的判例法。在大陆法系国家,且不论判例在多大程度与范围上能够成为法律渊源,至少可以肯定法院等法律实务部门与法学界都日益明显地表示出了对司法案例的高度重视。基于公司法极强的实践性与应用性,相对而言公司法案例无疑对公司司法与公司法教学研究具有更为重要的价值。

在两大法系逐渐融合的背景下,继受了大陆法系传统的中国,司法案例尽管未被作为法律渊源之一,但其在司法实践中具有事实上的“约束力”以及在教学与研究中具有极为重要的价值,则是毋庸置疑的事实。就商法而言,由于我国市场经济制度本身尚处于一个逐渐建设与完善的过程之中,相应的公司法律制度还极不完备,因而往往会大量发生缺乏法律明文规定或者既有法律规定不尽合理,从而使诉诸法院的新型公司法律纠纷难以得到妥善解决的状况。因此,正如司法解释在我国所具有的特殊地位一样,公司司法案例也往往在一定程度上具有创新法律的功能。与之相适应,公司法研究当然也不可能拘泥于法律规定,还必须通过对大量司法案例的剖析,从中挖掘具有事实上约束力的解决问题的规则,并以此为基础建构相应的理论体系,从而为未来的公司立法提供理论支撑。

就公司法教学而言,作为初学者的学生往往由于缺乏相应的感性认识,不易理解各种复杂的公司法律制度,因而更有必要通过大量典型公司法案例的研习,使其对公

司法律制度与理论的理解能够落到实处。

本书面对的读者主要是高等院校法学专业的本科学生,同时也可以成为硕士研究生,尤其是经济法学、民商法学硕士研究生学习与研究商法之用书。此外,司法部门与其他法律实务部门也能从中获取典型公司法案例所反映出的新的公司法精神与理念。在编写本书时,我们注意基于以下几个方面的因素作内容的编排与取舍:(1)基本按照教材的体例与顺序排列,以方便读者查阅;(2)选择具有代表性的典型与疑难案例,但又确保每一个案例都具有法律适用与理论上的确定性;(3)在“基本案情”之后,以“问题”的方式将本案所涉法律问题加以明示,此外,有时还将与此相关的问题提出一并加以分析;(4)在“评注”部分,将有关基本法律制度与理论问题加以提示,并将该案所涉及的或引发的深层次的法理加以分析;(5)将每一案例相关的法律、法规加以列举,使读者能够有一个清晰的制度对照。

范 健
2005年1月
于南京大学

目 录

一、公司与公司法概述

(一)公司的本质特征.....	(1)
案例:某合伙企业冒用股份有限公司名称案	(1)
(二)公司章程与公司法的性质及其相互关系	(4)
案例:某股东诉某股份有限公司章程违反《公司法》纠纷	(4)
(三)股份合作制公司的法律性质及其公司法适用	(8)
案例:某股份合作制公司股东退股纠纷	(8)
(四)公司案件的审判管辖	(11)
案例:股东诉某有限责任公司返还投资款纠纷	(11)
(五)子公司能否向母公司出资	(13)
案例:某公司向其母公司增资纠纷	(13)

二、公司的分类

案例一:有限责任公司的设立及出借印章行为的认定	(17)
案例二:股份有限公司的设立	(21)
案例三:外国公司分支机构制度	(24)

三、公司的设立

- (一) 公司设立的时间认定 (28)
 - 案例一:某贸易公司诉某镇人民政府返还欠款案 (28)
 - 案例二:某学院设立公司案 (31)

- (二) 设立中公司的法律性质及其法律适用 (34)
 - 案例一:某造船厂诉某公司追索欠款案 (34)
 - 案例二:张××诉某贸易有限公司、某医药公司设立公司纠纷案 (38)

- (三) 公司章程的制作要求与法律效力 (41)
 - 案例一:中国银行某支行诉某市某金属总公司返还贷款案 (41)
 - 案例二:某建材公司诉B公司履约案 (43)

- (四) 能否以公司章程变更《公司法》的明文规定 (45)
 - 案例一:某市百货公司与某市纺织厂及某市科技服务中心三股东出资
和转让出资纠纷案 (45)
 - 案例二:李某诉中华公司董事会决议无效案 (48)

- (五) 公司名称的法律性质 (50)
 - 案例一:某市红都时装有限公司诉某市红都制衣公司名称侵权案 (50)
 - 案例二:某工商银行诉B公司偿还贷款案 (53)

- (六) 公司权利能力与行为能力的判定标准及其法律适用 (55)
 - 案例一:股东张某诉董事会越权案 (55)
 - 案例二:B厂诉A公司违约案 (59)

四、公司的资本制度

- (一) 公司资本原则的具体体现与法律效力 (63)
 - 案例一:晁×、钱×虚假出资导致公司不具备法人资格案 (63)
 - 案例二:B公司抽逃出资纠纷 (66)

(二)货币出资的具体要求	(68)
案例:非法来源资金出资所获股权纠纷	(68)
(三)实物出资的具体要求	(70)
案例一:未办理过户手续的房屋及土地使用权出资纠纷	(70)
案例二:机器设备出资作价不实纠纷	(72)
(四)无形资产出资的具体要求	(74)
案例一:非专利技术评估纠纷	(74)
案例二:某科技开发公司专利出资不实纠纷	(76)
(五)非法定形态出资的法律效力	(78)
案例一:股权出资的效力认定	(78)
案例二:人力资本出资不予登记之行政诉讼案	(80)
(六)限制出资转让的效力认定	(83)
案例一:有限责任公司股东出资转让对象与股东会决议不符导致转让 无效纠纷	(83)
案例二:协议转让发起人股的效力纠纷	(87)
(七)注册资本增减的程序要求及法律效力	(89)
案例一:增加注册资本手续不全	(89)
案例二:A公司减资无效案	(93)

五、股份与股票

(一)股份与股票的概念与特征	(95)
案例一:某股份有限公司自行向社会公开募集股份案	(95)
案例二:普通股与优先股股息分配不均引发的纠纷	(97)
案例三:黎××因股票被盗申请公示催告案	(101)
(二)股份的发行	(103)
案例一:某股份有限公司向社会公众募集股份发行价格不同引发的纠 纷	(103)
案例二:某股份有限公司违法发行新股被处罚案	(106)

案例三:某股份有限公司采用虚假招股说明书发行新股案	(108)
(三)股份的转让	(111)
案例一:公司接受自身股票作为履约定金引发的纠纷	(111)
案例二:某股份有限公司违法收购自身股票案	(116)
(四)股份的上市	(118)
案例一:A股份有限公司上市申请被否决案	(118)
案例二:某股份有限公司应当如何申请公司上市	(121)
案例三:利用虚假信息操纵股票价格案	(123)
案例四:A公司因违法导致股票被暂停上市案	(127)

六、股东与股权

(一)股东资格的具体认定	(130)
案例一:A公司诉B公交公司确认股东资格案	(130)
案例二:A公司、杜××等诉潘××股东权确权纠纷案	(132)
(二)股东的权利与义务	(137)
案例一:张三等16名股东诉A公司股东会召集权、知情权纠纷案	(137)
案例二:A公司诉股东B公司出资不实案	(142)
(三)股权行使的要求、形式与程序	(146)
案例一:股东丙诉A公司要求行使股东权案	(146)
案例二:王××诉A公司等侵犯股权案	(150)

七、公司的治理结构

(一)公司法确立的公司治理结构基本模式的法律性质与效力	(154)
案例一:A公司违法撤销监事会案	(154)
案例二:董事会中的职工代表产生不当导致公司登记受阻案	(157)
(二)股东大会的职权与行使	(160)
案例一:有限责任公司临时股东会罢免董事长的纠纷	(160)
案例二:董事报酬的决定权争议	(162)

(三) 股东大会的召开、议事规则与效力	(165)
案例一: 股东会召集程序的争议	(165)
案例二: 股东会决议的效力争议	(167)
(四) 董事会的产生、召集与效力	(170)
案例一: 董事会的召集及主持纠纷	(170)
案例二: 临时董事会的召开及其决议的效力争议	(172)
(五) 董事对公司的义务	(175)
案例一: 董事违反竞业禁止义务赔偿公司损失案	(175)
案例二: 董事泄露公司秘密案	(178)
(六) 独立董事的职权与责任	(179)
案例一: 独立董事提议免去董事长职务	(179)
案例二: 独立董事陆××不服证监会行政处罚提起行政诉讼案	(183)
(七) 监事会的职权	(185)
案例一: 监事会对外代表公司履行信息披露义务	(185)
案例二: 监事会行使财务检查权争议	(187)
(八) 经理在公司中的法律地位及职权	(189)
案例一: 经理越权签订合同的效力争议	(189)
案例二: 董事长与经理的权利之争	(193)
(九) 经理的义务与责任	(195)
案例一: 经理违反自己交易禁止义务导致合同无效案	(195)
案例二: 经理对公司的损害赔偿 responsibility	(197)

八、公司的合并、分立、解散与清算

(一) 公司合并	(200)
案例一: 公司合并纠纷案	(200)
案例二: 公司合并因违反法定程序损害债权人利益案	(203)
案例三: 公司合并中不当履行债权人保护程序引发的纠纷	(207)

(二)公司分立	(211)
案例一:公司分立纠纷案	(211)
案例二:公司分立后债务承担纠纷案	(214)
案例三:分立后抵押担保债务纠纷案	(218)
(三)公司解散	(220)
案例一:公司解散纠纷案	(220)
案例二:公司被依法责令关闭案	(223)
(四)公司清算	(224)
案例一:公司清算纠纷案	(224)
案例二:公司清算过程	(229)
案例三:公司清算中债务纠纷案	(232)

一、公司与公司法概述

(一)公司的本质特征

案例:某合伙企业冒用股份有限公司名称案

【案情介绍】

张×与李×合伙在县城郊区开办了一家榨油厂,半年下来获利可观,次年便以10万元注册资金到工商管理机关以“兴业榨油厂”名称申请了工商登记,并取得了营业执照。2002年10月,张×与李×在未经批准登记的情况下,将原厂牌换成“某省兴业油业股份有限公司”的牌子,并以便于经营为由分别以“公司”董事长和总经理名义印制精美的名片,从事收购油桐籽、榨油和一条龙服务。2003年2月,他们收下了外省一企业2万元定金后,由于行情变化未能按时交货,被对方诉上法庭。法庭在审理中发现,他们的企业不具备公司法人的条件,未经工商登记,实为两人合伙的非法人企业。法院在判令他们承担违约责任的同时,依法向工商机关提出司法建议。当地工商机关经调查,发现张×、李×冒用股份有限公司名称,便作出责令其改正,罚款1万元的处罚决定。他们在接到处罚决定书后,不禁傻了眼:政府不是鼓励发展股份制企业吗?我们有《营业执照》,开个股份制公司犯什么法?

【问题】

我国公司法所确认的公司含义如何?如何理解公司的本质特征?有限责任公司、股份有限公司等公司名称是否可以随意使用?擅自使用公司名称应承担何种法律责任?

【评注】

在大陆法系国家和地区,公司一般可分为有限责任公司、股份有限公司、无限公司以及两合公司,但无限公司与两合公司被普遍认为是具有合伙性质的非典型公司,有限责任公司与股份有限公司则被认为是典型公司。

在英美法系国家和地区,没有大陆法系的这种公司分类。无限公司与两合公司

被作为普通合伙与有限合伙排除于公司组织形式之外。英美法系的公司分为封闭式公司(英国称 Private Company, 美国称 Close Corporation)与开放式公司(英国称 Public Company, 美国称 Public Corporation), 它们类似于大陆法学的有限公司与上市公司。

我国公司法仅规定了有限责任公司与股份有限公司两种公司, 理论界也往往基于这两种公司来界定公司的涵义与法律属性。至于无限公司与两合公司, 学术界倾向于以合伙企业与有限合伙来规制。

(1) 公司的营利性。公司的营利性特征已为世界上多数国家和地区的公司立法确认, 从而成为公司的基本属性。我国《公司法》未就公司的营利性作出明确规定, 但该法第3条指出, 公司是企业法人, 而此处所谓企业法人显然乃采用我国法学界关于企业即商事企业(以营利为目的)的认识, 因此实际上间接地规定了公司的营利性。此外, 《公司法》第5条第2款规定公司“以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的”, 也印证了公司的营利性。

(2) 公司的社团性。在传统公司法上, 单独一人不能组建公司, 而只能组建独资企业。公司是由多数人组织而成, 所以公司是社团之一种。^① 社团以社员之结合为其成立基础,^② 财团则以财产之捐助为其成立基础。社团是“人的结合体”, 与作为“财产的集合体”的财团具有本质区别。传统商法与公司法认为, 构成公司组织的实体仅限于人(投资者, 即股东)的结合体, 因而作为财产的集合体的财团并不具有成为公司的资格。

公司的社团性包含了公司应由两个以上的股东出资设立的内在要求。由于公司需要从事经营行为的物质基础——资本, 因而股东应通过出资促成物质基础的形成。因此, 公司不仅仅像非营利社团那样, 只是一个纯粹的人的结合体, 同时也具有资本结合体的性质。

(3) 公司的法人性。我国《公司法》第3条明确规定公司是企业法人。依我国《民法通则》第36条第1款之规定, 法人是具有民事权利能力和民事行为能力, 依法独立享有民事权利、承担民事义务的组织。我国法学界的通说认为, 法人应具有四大特征: 独立的人格、独立的组织机构、独立的财产和独立承担法律责任。

(4) 法定性。公司的法定性通常被表述为公司依法定条件和程序成立, 在商法中, 商主体严格法定原则被视为商法基本原则。^③ 公司作为典型的商主体, 当然应当遵循这一基本原则。

① 参见郑玉波:《商事法》, 中国台北大中国图书公司 1998 年版, 第 20 页。

② 应注意不要将此处“人的结合”的基础与公司(指本节前文所界定的狭义公司)的资合性混淆起来。

③ 参见范健、王建文:《商法论》, 高等教育出版社 2003 年版, 第 143—146 页。

现代各国一般都制定大量的强制性法规对商主体的资格予以严格控制,形成了商主体严格法定原则。它主要包括商主体类型法定、商主体内容法定和商主体公示法定三方面的要求。^①与此相适应,公司的法定性也包含了公司类型法定、公司内容法定与公司公示法定三个方面的内容。

公司的法定性是传统商事交易行为之自由主义向现代商事活动之国家干预主义转变的结果,是现代商事管理制度的核心,是公司登记制度的基础,充分反映了作为私法的公司法所含有的公法性因素。

综上所述,我国《公司法》将公司(狭义公司)确立为一种与合伙企业有实质性区别的企业形态,不具备严格的条件就不能成立。因此,尽管合伙企业也可以登记为公司,但这种公司并非《公司法》意义上的公司。即使合伙企业名称中有“公司”字样,也不能在相关宣传资料中将其更改为狭义公司,从而使人误解为其乃狭义公司。本案张×和李×的行为已经违反了我国法律的有关规定。

根据《民法通则》和企业登记管理法规的规定,法人企业领取的是《企业法人营业执照》,而不具备法人条件的经营单位领取的是《营业执照》。在实践中,非法人企业虽然由投资者承担无限连带责任,但由于我国社会信用体系尚未建立,个人信用并不可靠。公司制法人往往具有较为雄厚的资金与较高的商业信誉,股份有限公司由于具有非常高的最低注册资本金,也就相应地拥有了更高的资信。在市场交易实践中,交易相对人往往更愿意与股份有限公司实施交易行为,其商业机会也相应增多。由于公司与一般的企业,特别是不具备法人资格的企业在设立、承担债务清偿责任等诸多方面有本质差别,擅自冒用公司名义,不仅妨碍社会主义市场经济下的企业管理,而且容易扰乱社会经济秩序,损害债权人的合法权益。故《公司法》第 224 条规定:“未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的,责令改正或者取缔,并可处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。”本案中张×和李×冒用股份有限公司的名称,工商部门对张×和李×的处罚是有法律依据的。

【法条备览】

《公司法》

第 3 条 有限责任公司和股份有限公司是企业法人。

有限责任公司,股东以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。

股份有限公司,其全部资本分为等额股份,股东以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任。

第 5 条 公司以其全部法人财产,依法自主经营,自负盈亏。

^① 参见范健主编:《商法》(第 2 版),高等教育出版社、北京大学出版社 2002 年版,第 8 页。

公司在国家宏观调控下,按照市场需求自主组织生产经营,以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的。

第8条 设立有限责任公司、股份有限公司,必须符合本法规定的条件,符合本法规定的条件的,登记为有限责任公司或者股份有限公司;不符合本法规定的条件的,不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。

法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的,在公司登记前依法办理审批手续。

第224条 未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的,责令改正或者予以取缔,并可处以1万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(二)公司章程与公司法的性质及其相互关系

案例:某股东诉某股份有限公司章程违反《公司法》纠纷

【案情介绍】

某股份有限公司章程中规定:“股东大会闭会期间,董事人选有必要变动时,由董事会决定,但所增补的人数不得超过董事总数的四分之一。”该公司的董事会根据该条规定,在股东大会闭会期间,增补了3名董事。王某为该股份有限公司的股东,他认为选举和更换董事是公司法规定的股东大会的职权,本公司章程的上述规定违反了公司法的这一规定,因此公司董事会依据此规定选举3名董事的行为违法。遂向人民法院提起诉讼,要求确认其行为无效。公司辩称:公司董事会增补董事的行为,是依据公司章程所为的行为,而公司章程是经过股东大会表决通过的,故增补董事决议有效。一审法院支持了原告的诉求,被告不服,提起了上诉,但被二审法院驳回。

【问题】

如何理解公司法的性质?公司章程法律性质如何?公司章程能否改变公司法的规定?实践中公司章程存在哪些主要问题?在公司章程改变公司法规定的情况下,董事会依公司章程所做决议是否有效?

【评注】

1. 公司法理论一般认为,公司法兼具强制性和任意性双重属性,但以强制性规范为主。凡要求当事人必须遵守、不允许变更或选择适用的为强制性规范;反之,凡可依当事人意思自由变更或选择适用的为任意性规范。各国公司法中除了少量任意性规范外,大多为强制性规范,以更多地体现国家意志和干预。当然,公司法作为私法,对于不损害第三人和社会利益的行为和事项,应允许当事人通过自愿协商对非强

制性规范予以选择适用与变更。

2. 公司法中的规则可分为普通规则与基本规则两种,前者指有关公司的组织、权力分配和运作及公司资产和利润分配等普通制度的规则,后者指有关公司内部关系等基本制度的规则。普通规则可以是任意性的,而基本规则应当是强行性的。公司法中对究竟哪些是强制性规范,哪些是任意性规范,争议颇多。有学者认为处理这个问题首先应区别上市公司与非上市公司,对上市公司应有更多的强制性规范。其次要区别股份公司与有限公司,对有限公司应当有更多的任意性规范。在公司治理结构问题上,在公司意思机关的设立及权限、法定代表人、表决程序中涉及章程修改、少数股东利益保护等方面应采取法定主义,除此以外,其他方面应当允许公司章程作出与法律不同的规定。

3. 公司章程是指公司必然具备的由发起设立公司的投资者制定并对公司、股东、公司经营管理人员具有约束力的调整公司内部关系和经营行为的自治规则。公司章程之于公司,就如宪法之于国家,它规定了公司的最基本的权力(利)架构与基本制度,如公司的组织形式、公司机构的职权、公司与股东、董事、经理等公司参与者之间的关系等等。公司章程具有公示性,外部人可借此了解公司的基本情况,以决定是否向公司投资或与公司进行交易。同时,公司章程也是国家公权力向私人领域渗透的一个途径,通过规定公司章程的必备条款,国家可以在宏观上对公司质量加以控制。合法的、规范的公司章程可以更好的维护公司、股东、董事、公司债权人及各方参与者的利益,保持公司的正常运作。

对于公司章程的性质,我们可以从以下几个方面加以认识:

(1)从公司章程制定的主体看,有限责任公司的章程的制定主体是全体股东,章程是由全体股东的意合而产生的。股份有限公司的公司章程的制定主体一般为发起人,其他投资者只能对发起人制定的章程表示接受或者拒绝,接受者即成为股东。股份有限公司成立后,对公司章程的修改一般遵从大股东的意志,但中小股东可以通过出卖股票表达意志,股份有限公司的章程也是股东合意的结果。因此,股东制定章程的行为是一种共同行为。

(2)从公司章程的意思表示性质看,公司章程仅是公司这种民事主体的一种书面的意思表示而已,与国家立法机关制定法律、行政法规及规章等迥然不同,公司章程可以说是当事人意思一致的体现。特别是有限责任公司的章程需要全体股东签名同意,即使是在公司成立后加入公司的股东,也必须以接受公司章程为前提。总体看来,公司章程是全体股东的意思表示,一般不受外界的干扰。当然,股东意思不能违反法律、法规及其他的规章制度,否则,该章程无效。

(3)公司章程是一种协议。公司的章程相当于公司与其成员之间的一种协议,也是公司的成员与成员之间的一种协议。因为公司章程属于公司的内部文件,仅对公司内部的事务有约束力。我国多数学者认为,公司章程是指公司必备的规定公司组

织与活动基本规则的书面文件,是以书面形式固定下来的全体股东共同一致的意思表示。这表明公司章程是一种股东共同一致的意思表示,也就具有了协议的性质。

(4)公司章程必须按照法律规定的内容进行制定,尤其是法律规定的必须记载事项。这一要求,完全为了保护股东的权益和维护交易安全。对于其他的相对记载事项及任意的记载事项,则完全由当事人根据公司的情况来决定。

综上所述,公司章程是在法律规定的范围内由全体股东的意思表示而形成的决议,只对公司的股东及其有关的内部人员有约束力,而不能对抗第三人,对外一般起着提示交易者的作用。公司章程是公司对内管理的依据,公司作出的决议、有关规定等不得与章程相违背。公司章程所确立的内部制度虽然不是法律,但对于公司本身来说,确实具有约束力,甚至被称为“准法律”。

应当从以下几个方面把握公司章程的制定准则:

(1)公司章程的内容不得与《公司法》重复和冲突。所谓不重复即指公司法已做明确规定的,该内容不得在章程中再作记载。如股东的权利,像分红权、表决权、质询权及诉讼权等,公司法都做了明确的规定,章程中就不必再记载了。不冲突即指章程所记载的事项不得与法律法规相抵触,具体包括三个方面:第一,章程记载的内容不得否定法律法规,即法律法规要求所有公众、社会组织应遵守和履行的义务性条款,不得以股东意志为而做出相反的规定;第二,章程的内容不能规避有关法律法规,即法律法规所禁止的条款,章程不得以规避的手段为之;第三,不得违反公序良俗。

(2)公司章程要注意弥补公司法的遗漏。如为了保护中小股东的利益,章程中可以加上一些针对性条款,像限制大股东投票权的累积投票制度,以防止大股东垄断选举权。再如我国公司法没有规定监事、少数股东召集权而只赋予他们提议权,如果少数股东的提议得不到拥有召集权的董事会的支持,提议权就是一纸空文。这时可以利用公司章程作出规定,以加强股东、监事对公司和营业人员的监督。

最后,还应注意公司章程的稳定性和可变性。具体包含两方面内容:一方面是章程一经创立大会通过,不得随意变更;另一方面章程又不是一成不变的,公司章程按照一定的程序是可以修改或变更的。

4. 在公司实务中,公司章程中存在着如下一些问题:一是公司章程大量简单照抄照搬《公司法》的规定,没有根据自身的特点和实际情况制定切实可行的章程条款;二是公司章程有些条款的内容明显不符合《公司法》精神,甚至有剥夺或变相剥夺股东固有权利的情形,对董事、监事和经理的诚信义务强调不够,对公司管理层权限界定不够清晰,不能有效地保护中小股东的权益;三是绝大多数公司章程缺乏建立富有特色且有效的自治机制。

《公司法》第39、49条规定,股东会和董事会的议事方式和表决程序,除《公司法》有规定的以外,由公司章程规定。《公司法》第45条第3款规定,董事长、副董事长的